

◇ 資 料 ◇

トーマス・フォルンバウム

歴史と解釈のなかの断片的刑法*

本 田 稔** (訳)

目 次

序

- A. 概念の明確化
 - I. 包括的意味における断片性
 - II. 広義の断片性
 - III. 狭義の断片性
 - IV. 小 括
- B. 歴史的視角
 - I. 名称の起源
 - II. 理 論
 - III. 立 法
 - IV. 解 釈
 - V. ま と め
- C. 展 望
 - I. 立 法
 - II. 刑罰制限学

世界と生はあまりにも断片的である！
余はドイツの教授に頼まん。
氏は生の成り立ちを心得ている。
しかも、生から明瞭な秩序を作り出す。
ナイトキャップと膝掛をもって、
世界の構造の欠陥を繕うのである。

ハインリヒ・ハイネ¹⁾

* 本稿は、2011年度刑法教師会議（ライプツィヒ）で行った報告原稿に脚注を補足したものである。時間的な事情から触れられなかったいくつかの文献は、今回公表するにあたって取り上げられている。

** ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

1) *Heinrich Heine, Buch der Lieder (Die Heimkehr)*, in: *Ders., Sämtliche Werke.* ↗

序

ゲオルク・クリストフ・リヒテンベルクも述べているように、美德と清水には、称賛されるが、あまり尊重されないという共通点がある²⁾。断片的刑法に関しても同じことが言える——公刊された大量の文献に注意を払うまでもなく、そのように言うことができる。確かに、断片的刑法に対して称賛の意を表して言及する文献³⁾は数多くあり、それは相当数の書物の表題に見ることができる⁴⁾。しかし、私が重

↘Düsseldorfer Ausgabe .Bd. 1. 1., Hamburg 1975, S. 271. *Vormbaum*, „Kraft meiner akademischen Befugniß als Doctor beider Rechte“. Heinrich Heine als Jurist, in: *Ders.* (Hrsg.), *Recht, Rechtswissenschaft und Juristen im Werk Heinrich Heines (Juristische Zeitgeschichte Abt. 6 [Recht in der Kunst] Bd. 27)*, Berlin 2006, S. 1 ff, 7; jetzt auch in: *Ders.*, *Diagonale - Beiträge zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Literatur*, 2011, S. 93 ff, 99. も見よ。

2) 正確な引用は、次の通りである。「清水は、美德と同様に多くの称賛を得ているにもかかわらず、あまり尊敬されていないが、そのことはこれらが共有している数多くの類似点のうちで決して取るに足らないことではない」。ここでの引用は、*Kollath* (Hrsg.), *Georg Christoph Lichtenberg, 2×2=3 oder Vom fruchtbaren Zweifel. Ein Brevier*, Wiesbaden 1952, S. 25. によった。「イタリア人が叫んだ。水を飲むことが罪ではないというのは残念である。それがどれほど美味しいことか」という格言も見よ (*Georg Christoph Lichtenberg*, *Sudelbücher, Heft F, Aphorismus 674*, in: *Ders.*, *Schriften und Briefe. Band 1. 3. Aufl.* 1994, S. 552.)。

3) 例を挙げると、*Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht AT*. 11. Aufl., 2003, S. 12; *Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. 2011, S. 36; *Rengier*, *Strafrecht AT*. 3. Aufl. 2011, S. 9 f.; *Wessels/Beulke*, *Strafrecht Allg. Teil*. 41. Aufl. 2011, S. 3 Rdn. 9; ferner die in Anm. 6 Genannten. *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*. 2. Aufl. 2009, S. 9. 言及が見当たらないものとしては、例えば *Frister*, *Strafrecht AT*. 2. Aufl. 2007; *Krey/Esser*, *Deutsches Strafrecht AT*. 4. Aufl. 2011, sowie *Köhler*, *Strafrecht AT*, 1997.——実定的な不法と犯罪に根拠を置いているため、体系に条件づけられている。

4) 例えば次のものがある。*Momsen/Bloy/Rackow* (Hrsg.) *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung*, 2000; *Haas*, *Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls als Beispiel für die fragmentarische Natur des Strafrechts*, in: ebd. S. 145 ff.; *Schilling*, *Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts*, 2009.

要なものを見落としていなければ、断片的刑法に関して詳細に注意を払っている——とりあえず有益な——論文⁵⁾や教科書の章節⁶⁾は、ほんの僅かである。

それゆえに、第1部では、いくつかの概念を明確にする試みが目的に適っているであろう。第2部では、いくつかの歴史的な側面を取り挙げて、検討する予定である。そして最後の第3部では、得られた概念と歴史の素材から若干の認識と提案を導き出したいと思う。

A. 概念の明確化

I. 包括的意味における断片性

法や刑法との関わりにおいて、時おりその周辺領域において競合する様々な現象が見られるが、それには「断片性」という言葉が用いられる。

1. 法学の「断片的」な性質は、次のような意味において語られる。それは、三段論法に基づいて論を展開する法学、体系的な法学、完璧な証明を目指す法学とは異なり、絶対的な価値序列を持たない法的レトリックの省略三段論法（Enthymem）であり、証明されるべき事柄の中から断片的な部分だけを選別して、それに依拠する論法である。法学の「断片的」な性質は、前者の法学に対して後者の法学が対立しているという意味において語られる⁷⁾。この論点は、以下のように議論の枠組か

5) 特に言及しておくべきは、次のものである。*Maiwald*, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: Festschrift für Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 9 ff.; *Prittwitz*, Funktionalisierung des Strafrechts, in: StV 1991, 435 ff., 437 I. Sp.; *Ders.*, Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 387 ff.; zuletzt *Hefendehl*, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, in: JA 2011, 401 ff.

6) とりわけ重要なものは、*Ebert*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 3 ff.; *Roxin*, Strafrecht AT 1. 4. Aufl. 2006, S. 8 ff.

7) 省略三段論法（*Enthymem*）に関して、2011年の春にハーゲン通信大学法学部において、カタリーナ・フォン・シュリーフェンらが、「省略三段論法——法学の断片的秩序に関して」というタイトルの会議を開催した。会議の要項には、法実務とその議論様式が過去百年において方法論によって自覚されてこなかったことなどが記されている。反対に、確かに法実務では学説の論理的な自己了解が共有されているが、学術的な体系の構築は影響を与えないまま存続している。それゆえに、法学的な思考実務は、論理学ではなく、修辞学の助けを借りることによって、より適切に把握されうるといふ推定が成立する。個々

ら排除される⁸⁾。

2. ミラノの刑法家であるファビオ・バジレもまた、場所的な移動を背景にして文化的に動機づけられた人間の犯罪の問題について、刑法の断片性 (frammentarietà) を語っている⁹⁾。グローバルな現象としての刑法は、多くの国々の個々の刑法に分散している。人間がある秩序から他の秩序へと移動すると、——尊厳死、強制婚、性器切除などのような——よく知られた問題を必然的に生み出す。そのようなこともあって、アメリカ合衆国では文化的正当性を盾にした防禦 (cultural defense)¹⁰⁾ という訴訟手法が発展している。私は、むしろこのような断片性の理解を断片化 (Fragmentierung) と特徴づけようと思うが、そのような断片性の理解もまた、以下のように議論から外される。

3. 「断片化」については、一つの刑法秩序の内部においても語る事ができよう。特別刑法 (Nebenstrafrecht) は、多くの点において——少なくとも実際には——中樞法典である刑法とは別の規則に従っている。同様の事柄は、少年刑法にもあてはまり、刑法典の内部では、「二元的性格」がすでに下位体系の存在を暗示している。

↳ 別的な論点に関しては、後に公開される会議報告集を参照されたい。

8) 網羅的な文献としては、*Viehweg, Topik und Jurisprudenz*. München 1953 u. ö.; *Perelmann, Juristische Logik als Argumentationslehre*. 1979. を見よ。刑法に関して概観し、論証するものとして、*Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme*. 1967, S. 29 ff. を見よ。歴史的に考察すると、刑法は、血が通っておらず、静態的・機械的な体系であり、カプセルに閉じ込められた概念であり、それについて多方面に渡って生じた不快感が生じているようである。そのような感情は、対象にある固有の法則性をより強く考慮に入れるべきであるとか、問題を考察することによって体系的な思考を控えるべきであるということを求める。それは、抽象化と体系化に基づいて追ってくる要求、すなわち「力強く増殖する法の素材に対処する」(a.a.O., 36 Anm. 55) という要求に変わる。イタリアの学者であるティベリオ・デキアニ (1509-1582) が総論の形成と体系化にあたって果たした重要な役割については、リュエダーセン前掲書36頁の脚注56を見よ。近時書かれた詳細なものは、*Pifferi, Generalia delictorum. II „tractatus criminalis“ di Tiberio Deciani e la „parte generale“ del diritto penale*. Mailand (Giuffrè) 2006.

9) *Basile, Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*. Mailand 2010.

10) その点に関しては、*Basile* (wie Anm. 9), S. 262 ff.; *De Maglie, Multikulturalismus und Strafrecht. Am Beispiel der USA*, in: *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* 7 (2005/2006), S. 265 ff.

しかしながら、この断片化もまた私の主題には含まれない——少なくとも、直接的にはそうではない。

本稿の主題は、この三つの問題領域のうちの一つの領域に関して、以下のような詳細な解説を加えることに限定される。その領域に関わることで、包括的な意味における断片的刑法について語る事ができる（原書690頁〔本書249頁〕の図表）。

II. 広義の断片性

主題の領域は、限定を施す必要があるが、しかも二つの領域を除外すべきである。それらには関連性があると主張できるかもしれないが、ここでは紙幅の関係だけでなく、実際的な理由からも議論から除外される。

1. 刑事手続の選別メカニズム (Selektionsmechanismus) である。それは、選別的な認定作業と嫌疑の抽出によって始まり、その後において証拠が収集できない状態が発生した場合には——例えば、証拠方法や証明の禁止原則のような規範的な理由による場合もあるが——、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって終結する。選別メカニズムを理由にした摩擦と軋轢によって失われるものがあるが、その問題は取り扱わない。従って、例えば租税に関わる銀行情報を得るために、刑事訴追機関と犯罪人が協力することによって刑事訴追の集中力を引き上げる (Steigerung) という逆転したメカニズム¹¹⁾があるが、それもまた以下の考察には含まれない。

2. それとならんで、特に20世紀において著しく増加した制裁回避と制裁緩和 (Sanktionsvermeidung und Sanktionsmilderung) の可能性である。それは、任意的な刑の減輕、必要的または任意的な刑の免除、一身の刑罰阻却事由および刑の執行停止事由、執行猶予、いわゆる「ディヴァージョン」、処遇の柔軟化、残余刑の執行猶予、恩赦、そして刑事訴訟法153条以下に基づく手続上の不起訴処分の可能性であるが、それも話題から外される¹²⁾。私は、このような事柄を主題から除外する理由として、犯罪化 (Kriminalisierung) と処罰化 (Pönalisierung) の概念の区別を挙げたいと思う。ここでより適切に表現するならば、非犯罪化 (Nichtkriminalisierung)

11) その点に関しては、Schünemann, Die Lichtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaates, in: NStZ 2008, 305 ff.; Ostendorf, Gekaufte Strafverfolgung. Die Strafbarkeit des Erwerbs von „gekauften“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertungen, in: ZIS 2010, 301 ff.

12) 包括的なものとして、F.-C. Schroeder, Festschrift für Eser, 2005, S. 181 ff.

と不処罰化 (Nichtpönalisierung) の概念を区別することである。前者の非犯罪化は、刑罰が科される態度の定義、つまり (抽象的な) 可罰性に関連している。後者の不処罰化は、(具体的な) 処罰に関連している¹³⁾。従って、以下のように刑法の断片性のもとで理解されるのは、法律が定めた可罰性の領域の断片性だけであって、処罰の断片性ではない。

非犯罪化と不処罰化を区別することは、法史家の認識をも促進させる。何故ならば、二つの領域が相互に発展する路線の関係は、興味ある方向へと開かれているからである。19世紀の最初の60年間を——以下において列挙される条件のもとで——断固たる行刑実務を維持しながら、同時に可罰性を緩和し、縮小したという点において特徴づけるなら、19世紀初頭以降続いてきた関係は逆転する。全体として可罰性 (Strafbarkeit) をさらに求める傾向が強まり、それと同時にわずかな処罰ないし寛大な処罰 (Bestrafung) を求める傾向が生み出される——そのような傾向はナチスの支配によって弱められたが、全く取り除かれなかった。このように異なる二つの傾向があるのは、偶然のことではない。何故ならば、著しく拡張する刑法は、20世紀および21世紀初頭の刑法と同じように、刑法典および特別刑法の諸規定にある通りには執行されないからである¹⁴⁾。過去数年間に於いて言及されてきた二重の傾向が、拡張と強化の同時傾向によって特徴づけられるかどうかは、議論の余地がある¹⁵⁾。

その機能の点で言えば (funktional), 処罰化と不処罰化の問題領域を取り扱われ

13) 脱犯罪化と脱処罰化の違いについて詳細に説明するものとして、Gaberle, Entkriminalisierung und Entpönalisierung in Polen - Illusion oder Wirklichkeit?, in: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip, 1990, S. 39 ff. ガベルレは、脱処罰化の領域において、それ以外の相違を的確に捉えている。それは、とくに法定の刑罰威嚇の緩和と実際に課される制裁の相違に関するものである。氏は、脱犯罪化と脱処罰化の関係についても詳細に述べ、例えばあらゆる脱犯罪化が脱処罰化の方にも向かって行き、それゆえポーランドでは時おり脱犯罪化は脱処罰化のことであると見る見解——ただし著者はそれを肯定していない——が主張されていることにも言及している (aa.O. S. 41)。

14) 印刷に付されている段落は、学会発表の際には時間的理由から述べることができなかった。私は、この観点が (シュトレックとの) 議論において話題にされたことに感謝している。シュトレックは、以下において紹介される不処罰の海に浮かぶ刑法の小島という像を、この小島の大きさが様々であるだけでなく、(刑罰の重さという意味で) 平坦であったり、あるいは起伏の多いものになりうるという点にまで拡大した。

15) ハイנטツは、最近になって公表された研究において、傾向的に消極的な結論に至っている。Heinz, Neue Straflust der Strafjustiz - Realität oder Mythos?, in: NKrim 2011, 14 ff.

るべき主題に取り込んでもよい。脱犯罪化を進めて、それによって刑法を——例えば、連邦憲法裁判所のカナビス決定の場合のように——「より断片的なもの」にする代わりに、刑事訴訟法153条、153 a 条に基づいて解決方法が示される場合には、取り込んでもよい¹⁶⁾。

「選別」と「不処罰化」という領域を主題から除外することによって、それ以外の二つの領域に関する主題領域が簡略的に表される。それに取り組むことによって、広義の断片的刑法（fragmentarisches Strafrecht im weiteren Sinne）について語る事ができる（図表を見よ）。

Ⅲ. 狭義の断片性

今もあり続けているものは、本来的な意味における断片的（fragmentarisch）刑法、すなわち部分から成り立っている（brüchstückhaft）刑法である。私はそれを二つの対概念を用いて表現しようと思う。それは、次のようなものである。

1. 外的断片性と内的断片性
2. 記述的断片性と前記述的断片性

1. 外的断片性と内的断片性

a) 全く一般的な話から始めようと思う。あらゆる法規範は、もちろん断片的であり、部分的であり、全体から切り離されたものである。何故ならば、法規範はそれを定式化することによって、適用領域（Anwendungsbereich）、すなわち現実から切り取られたものを記述するからである。「革命の諸原則に対するいかなる違反も処罰される」というミュンヘン評議会共和国時代の歴史的な公式事例¹⁷⁾でさえ、革命の諸原則に反しない（nicht）態度をかりうじて排除している。この意味におい

16) Beschluss vom 9. März 1994, BVerfGE 90, 145. それについては, *Nelles/Velten*, NStZ 1994, 366 ff. さらに, 次の否定的な批判を見よ. *Bernd Schönemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? 2003, S. 133 ff., hier 145 ff.

17) 1919年4月9日の革命裁判所の設置に関する臨時革命中央評議会の通達。これについては次のものを見よ. *Barreneche*, Materialien zu einer Strafrechtsgeschichte der Münchner Räterepublik 1918/1919, hrsg. von *Naucke und Seifert*, 2004, S. 129, sowie die Einleitung von *Naucke*, ebd. S. XI ff., XIII.

て断片的ではない刑法, 人間のあらゆる態度を網羅する刑法は, たとえ宗教上の制度としてであっても存在することはできない。何故ならば, 人間がその本性において罪深い存在であると見なすアウグスティヌス¹⁸⁾とルター¹⁹⁾でさえ, 人間がいたるところで罪を犯すとは考えていないからである。

それゆえ, 必然的に存在するのは, 外的断片性 (äußere Fragmentarität) として記述できる法と刑法の断片性である。

b) この外的断片性とならんで存在するのが, 刑法の内的断片性である。私があるもとの理解しているのは, 実体的な刑罰規範が客観的に見てある領域に向けられているにもかかわらず, それを網羅していないか, あるいは完全には網羅していないということである。私は, この後すぐに個別的な問題を取り上げるつもりである。

2. 記述的断片性と前記述的断片性

a) 記述的断片性

記述的断片性とは, 刑法が——経験に基づこうとも, 法や刑法の本質に基づこうとも——断片的であり, それが不完全であることを確認することを意味している。端的に言うと, 刑法は断片的な性格 (fragmentarische Natur) を持っているということである。

aa) 私は, すでに外的 (äußere) 断片性に関する事情を以上の通り言及した。しかも, それは内的断片性に対しても同じことがあてはまる。

bb) ジョン・ロックは, 人間の理解に関する小論 (Essay concerning human understanding) のなかで, 「言語が, その性質上, 不完全であること, そして言葉を用いる際に不明瞭さや混乱を回避することが非常に困難であること」について適

18) 原罪の理論については, 次の物を見よ。Aurelius Augustinus, Vom Gottesstaat (De civitate Dei). Dt. Übers. W. Timme. Bd. 2 (Buch 11 bis 22). 4. Aufl. 1997, XIV. Buch S. 154 ff.

19) Martin Luther, Das schöne Confitemini an der Zahl der 118. Psalm (1530), in: Aland (Hrsg.), Luther Deutsch. Die Werke Martin Luthers in einer Auswahl für die Gegenwart. Bd. 7 (Der Christ in der Welt). 4. Aufl. Göttingen 1991, S.308 ff. 「彼が神を恐れないこと, 信頼すること, 愛することが, 神に対する不信であり, 軽蔑であるとき, それが真の原罪であることを知る者はいない。そして心の中に真の葛藤があるとき, それが心の原罪であることを知る者はいない」。

切に語っているが²⁰⁾、このことは、一定の範囲において法規範の言語にもあてはまる。法規範は概念を用いるが、概念とは——ラディカルなプラトン主義を信奉しない限り——現実を抽象化したものである。規範の目的は、常に理解されているように、事案の構成を内容として含むことを求めているにもかかわらず、事案の構成は、抽象化の過程の犠牲にさらされるがゆえに、規範の語義では捉えられない。

cc) この断片性が放棄されるならば、法律なければ犯罪なしの原則は、刑法において妥当しなくなるであろう。内的断片性が言語に条件付けられているにもかかわらず刑法が存続するのは、この原則のおかげである。また、たとえ立法者 (Gesetzgeber) があいまいな規範の条文を制定しようとも、解釈者 (Interpreten) が類推解釈によって構成したり、慣習法を引き合いに出そうとも、そして立法者と解釈者が遡及法を制定し、遡及的な法適用をしようとも、この原則のおかげで内的断片性の効力は形骸化されずにすむのである。

私はこの側面を記述的 (deskriptiv) 断片性の領域に入れている。確かに、法定主義の原則には疑いもなく規範的な要素が含まれているが、そのような要素は、断片性それ自体 (als solche) ではなく、予測可能性、信頼保護、権力分立²¹⁾および一般予防²²⁾の諸原則に関係している。規制が、立法者の規制の意図に対応せず欠如し、それが立法者にとって大問題だというのなら、それは奇妙な話であろう²³⁾。つまり、ここでは断片性は法律なければ犯罪なしの原則の目的 (Ziel) ではなく、その反映 (Reflex) である。

もちろん、法律の条文が立法者によって意識的に (bewusst) 断片的に定式化さ

20) *John Locke, Versuch über den menschlichen Verstand (Essay concerning human understanding) (『人間悟性論』)*. Drittes Buch: Über die Worte. 10. Vom Missbrauch der Sprache (第三巻・言葉について 第10章「言語の濫用」). H・キルヒマンの翻訳 (1872—73年) の1962年版119頁に従った。

21) *Grünwald, Bedeutung und Begründung des Grundsatzes nulla poena sine lege*, in: *Klaus Lüderssen/Fritz Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten. Band I. 1974, S. 232 ff.* のところで、それは詳細に発展されている。

22) 「法律なければ刑罰なし」という今日的に通用している定式化は、フォイエルバッハに由来する——もっとも、それは部分的にしか述べられていない。彼は、それを (消極的) 一般予防論の枠内で展開した。 *Paul Johann Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 2. Neudruck der 14. Aufl. Gießen 1847. Aalen 1986, S. 41.*

23) それと類似のものは、 *Prittowitz, Das deutsche Strafrecht (wie Anm. 5), S. 405.*

れている場合もある。しかし、それはここで行われた区別に従えば、前記述的断片性の事例である。それゆえ、私はその問題に戻ってくるつもりである。

b) 前記述的断片性

前記述的（あるいは規範のないし非存在的）断片性に関しては、「刑法は断片的である (ist)」ということを確認することではなく、「刑法は断片的であるべきである (soll)」ということを要求 (Forderung) することが重要である。

今日、この要求に対して異議が唱えられることはほとんどない。というより——冒頭で言及したように——、むしろそれには一般的に肯定的な価値が付与されるほどである²⁴⁾。それとは逆に、今日の刑法の「ありえない」²⁵⁾ 状態や「絶望的な」²⁶⁾ 状態が批判されるときは、一様に刑法の断片的な性格が欠如していることが指摘されたり、それが不十分であること、あるいは刑事立法者と司法が「無欠缺妄想」²⁷⁾ にとりつかれていることが挙げられている。

とはいうものの、没落しつつあるものを要求にまで高めることは、今日では意義のあることではないのかもしれない。それゆえに、前記述的断片性は、記述的断片性とは違った構成にならざるをえない。前記述的断片性をどのように (wie) 構成するかは、その要求の基礎にある規範的な諸条件にかかっている。その及ぶ範囲は、記述的断片性——それは構造的に不可避的な断片性である——よりも広いであろう。

ついでに言えば、記述的断片性と前記述的断片性の区別は、私が「非存在的直接

24) 立法者（または判例）が、この断片性にあまり配慮していないと非難する形の主張が、過去数年にわたって頻繁に行われてきた（例えば、最近のヒルシュの批判を見よ。最高位の裁判所の判例は、「ある態度様式が、裁判所には当罰的に見え、そして何とかなして刑罰規定の文言に押し込められると、今度はその態度様式がその文言のもとに包摂される」という志向を示しているという (Hirsch, Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, in: Festschrift für Tröndle, 1989, S. 19 ff., 26)。そして、「刑法の『断片的な性質』について……ほとんど語られていない」という (ders., Der Umgang des Gesetzgebers mit dem StGB und die Notwendigkeit der gesetzgeberischen Berichtigung unterlaufener gesetzestechnischer Fehler. Über den Niedergang der Strafgesetzgebung, in: Festschrift für Puppe, 2011, S. 105 ff., 117)。

25) フランクフルト犯罪学研究所によって編集された叢書のタイトルがそうである (注 5)。

26) Hellmann, Vom desolaten Zustand des deutschen (Wirtschafts-) Strafrechts, in: Festschrift für Krey, 2010, S. 169 ff.

27) Hirsch (wie Anm. 24).

法」と命名しようとする言語形式が存在するために、ときおり曖昧にされる²⁸⁾。それは、すなわち非存在的な内容を直接話法的な公式で表現する言語形式である。例えば、「人間の尊厳は不可侵である (ist)」という命題によって表現する言語形式がそれである。このような形式があるために、刑法の教科書では、刑法が断片的であるべきである (soll) ということが問題になっている場合であっても、ときおり刑法の断片的な性格 (Natur) が語られている。

この公理の基本思想は——少なくとも法治国家においては——言うまでもなく、「刑法」が（キントホイザーが述べるように）「権力であり、あらゆる権力と同じように両刃の剣であり、それゆえに刑法が保護しようとする自由に対して潜在的な敵対物にもなりうる」ということを内容としている²⁹⁾。「疑わしきは自由にとって有利になるよう扱ふべし」の基本原則が——逆の見方から考察すると——法治国家において妥当しているならば、国家による人格の侵害の最も強烈な形態としての市民の処罰は、例外であり続けなければならない、それがその原則から導き出されなければならない。つまり、刑罰規範は——フィレンツェの刑法学者フランセスコ・パラッツォが審美的に定式化したように——自由の大海原に浮かぶ小島であり続けなければならない。それゆえ、彼は刑法の「範囲の狭い」性格を語るのである³⁰⁾。この要請は、正義、法的安定性および合目的性という法理念の三つの側面に依拠して実現することができる。

aa) 正義 (Gerechtigkeit) の領域においては、国家が合法的な手段を用いて何を処罰できるのかについての基準を求める試みは、犯罪の本質をなしているのは何であるのかというように異なって表現される。周知のように、これは実質的犯罪概念 (materieller Verbrechensbegriff) と特徴づけられる。実質的犯罪概念は、現在では保護法益の概念を超えて把握されている。保護法益は必ずしもそのようなものではなかった。それゆえ、私は歴史の箇所ですの問題に戻ろうと思う。

bb) 帰属原則 (Zurechnungsregelung)、とりわけ責任原理は、実質的犯罪概念に

28) Vormbaum, Einführung: Das Feindstrafrecht und seine Kritik, in: ders./Asholt (Hrsg.) Kritik des Feindstrafrechts, 2009, S. VII ff., hier S. XXX. においてすでに述べたものを見よ。

29) Kindhäuser, Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: Lüderssen/Tremel/Weigend (wie Anm. 13), S. 29 ff., 37.

30) Palazzo, Strafgesetzmäßigkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines „Fundamentalprinzips“, 2010, S. 37 u.ö.

よって限定された領域をさらに限定する。帰属原則を厳密に定式化すればするほど、刑法は（外的断片性という意味において）より断片的になる。

cc) それ自体として (als solche) 刑法の規制対象とされるべきではない道德規範が妥当する領域との間に一線を画すことも、——少なくとも近代の法律観に基づくならば——前記述的断片性に含まれる³¹⁾。

dd) 重大性の境界線、すなわち軽微事案を除外する基準もここに数え挙げられるべきである³²⁾。

ee) 法的安定性の視点から、従属性 (Akzessorietät) ないし第二次性 (Sekundarität) の原則が導き出されるが、それはもちろん実質的犯罪概念との複雑な混合状態のなかにあり³³⁾、今日まで議論が交わされてきた。その原則によれば、刑法は、他の「一次的」な法領域、すなわち民事法や公法において、すでに不法ではないと定義された態度様式に対して刑罰を科してはならない。つまり、刑法はそれ以外の法秩序から規制の対象を引き継ぐのである。

31) マウラッハ祝賀論文集においてマイヴァルト（注5）は、道德的規範を除外することに刑法の断片性の現象形態の一つを見ている。道德的規範と（刑）法規範の最もありうる一致を得ることが、必要条件という意味での賢明な刑法政策の要請であるかどうかは、また別の問題である。

32) 私の見解によれば、賢明な伝統的に基づいていた食料品窃盗罪の構成要件（刑法旧370条1項5号）を、秩序違反法の構成要件によって取り換えずに、窃盗罪構成要件に統合し、それに該当する行為を（それと並んで他の行為を）刑法248 a 条に対応させるというのは、立法者の誤った措置であった。

33) 法益概念が刑法以外のところでも見出され得るという場合、そこには何があるのか (*Amelung*, *Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* [wie Anm. 16], S. 155 Anm. 1. を見よ)。つまり、刑法の関係で議論された「法益」の概念は、全法秩序に属する概念として理解されているのか、それとも固有の刑法概念として理解されているのかという問題である。この問題に関して詳細に論ずるものとして、*Guzman Dalbora*, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in: *Diritto penale XXI secolo Jg. IX (2010)*, S. 371 ff. (G・フォルナザリによるスペイン語版の翻訳と著者グツマン・ダルボラによるイタリア語版からのドイツ語訳は近日公刊予定である)。グツマン・ダルボラの文献には、別の立場から調べられた数多くの新しい解釈論的端緒が含まれている。

補充性（Subsidiariät）は、従属性（Akzessorietät）から区別される³⁴⁾。補充性によれば、刑法以外の規制が刑法による規制に先行して行われる³⁵⁾。従属性（ないしは第二次性³⁶⁾）が是認され、それが無制限に——少なくとも被疑者・被告人に有利な方向で——妥当するとしても、補充性に関して、一つの問いを發することができる。すなわち、その時々規制領域において、刑罰威嚇が刑法以外の装置に比べて、僅かであっても統制力がある³⁷⁾規制であるといえるのか、より自由を重視した³⁸⁾統制であるといえるのかという問いである。一般的に言って、刑罰に結びつけられている「社会倫理的非難」ゆえに、そして刑事手続によってこうむる負担ゆえに、すでにその問いに対しては否定的に答えることができる。補充性は、まさ

34) 「従属性」、「補充性」と「ウルティマ・ラチオ」の概念は、常に明瞭に区別されているわけではない。私自身もまた、全刑法学雑誌（1995年）757頁において、補充性とウルティマ・ラチオだけを区別し、実際にも補充性と従属性を同一視したことがある。今回、本稿において従属性と補充性を区別することによって、そして補充性をウルティマ・ラチオ原則の特殊な適用事例として整理することによって、周辺領域を厳格に分け隔てることが可能になるように思われる。プリトヴィッツ（Anm. 5）も、もちろんそれ以外の概念規定を的確に捉えて、補充性原理とウルティマ・ラチオ原理を区別している（前掲390頁以下）。

35) 補充性原則に関しては、プリトヴィッツ前掲論文（Anm. 5）を見よ。それは、「補助的」という意味とならんで、「手助けする」という別の意味を強調しているが、それは私の見解によれば認められない。

36) まずは、次の文献を参照されたい。*Maurach*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. 1954, S. 21 ff. それは、その後の改定版 *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT Teilband 1. 8. Aufl. 1992, S. 24 ff. に引き継がれている。さらに詳細なものとしては、次のものを見よ。*Lüderssen*, Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: Festschrift für Albin Eser. 2005, S. 163 ff.

37) リューダーセンは、刑法以外の規制が、望ましくない「統制的密度」において行われ、それが「最終的には、不知の自由化効果を向上させる制限的な刑法よりも強い圧力をかける」場合について論じている。*Lüderssen*, Autobiographie, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. 2010, S. 351 ff., 381.

38) ここでは、刑法が市民に法と不法のいずれかを選択させ、それゆえ刑法が直接的な国家的介入よりも自由を重視していると論ずることができるであろう。すでにそのように論じたものとして、*Filangieri*, Scienza della legislazione/Gesetzgebungswissenschaft. 1784 (dt. Übers. von 1787). 「制定された刑法は、法律の一部である。そこでは市民には社会的な義務の履行と社会的な権利の喪失のなかからいずれかを選択する自由が与えられている」という句の引用は、*Vormbaum* (Hrsg.), Strafrechtsdenker der Neuzeit. 1998, S. 179 ff., hier S. 183. の抜粋に基づく。この点については、*Vormbaum*, ZStW 1995, 748. においてすでに述べたので、参照されたい。

しくウルティマ・ラチオ原則を特別に表現した形態であると考えられている。

ff) ウルティマ・ラチオ原則は、まずもって立法者の賢明さ、すなわち合目的性 (Zweckmäßigkeit) の公理である。合目的性の問題を管轄しているのは政治であり、それは実質的犯罪概念と従属性原理に対応し、また対応するであろう事項のなかから——刑法理論的に中立に表現するならば——刑罰威嚇や刑罰とは別の方法では対処できない態度様式を選別する。もちろん法治国家において、政治の活動もまた比例原則に結びつけられている。それは——それには論争があるが——たとえウルティマ・ラチオ原則が比例原則と同一視されなくてもである³⁹⁾。

規定に取り入れられるのが、法益の一定の部分または一定の側面だけであっても、また構成要件の充足のために追加的な要素——例えば、詐欺罪における欺罔のような特別の実行方法⁴⁰⁾や同じく詐欺罪における利得目的のような特別の主観的要素——が要件とされようとも、そしてそれによって内的断片性が意識的に拡大されようとも、立法者自ら (selbst) が法益保護の枠内において行う限定もまた合目的性に関係している。

それ以外にも記述的断片性のための視点があり、また前記述的断片性のための根拠づけもあるが、本稿の目的にとっては、以上の説明で十分であろう。

IV. 小 括

記述的断片性 (deskriptive Fragmentarität) は、刑法の性質 (Natur) に関する確認 (Feststellung) である。記述的断片性が外的断片性として記録しているのは、刑罰規範が現実から切り取られたものを形作っていること、刑罰規範が幅の狭いものだけということである。それが内的 (innere) 断片性として記録しているのは、この小島が丸い閉鎖的な形成物ではないこと、むしろ法律なければ犯罪はなし (nullum crimen sine lege) の原則ゆえにそれ自体として取り除けない数多くの歪みとひび割れを、いや礁湖と湖水さえも持っているということである。

これに対して、前記述的断片性 (präskriptive Fragmentarität) は一つの公理で

39) この点に関して詳しいのは、以下の論稿である。Böse, Grundrechte und Strafrecht als „Zwangsrecht“ und Bunzel, Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (wie Anm. 16), S. 89 ff. bzw. 96 ff.

40) *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. 1998, S. 56 ff. それは、「法益」と「侵害される存在対象」を区別している。

ある。前記述的断片性が外的 (äußere) 断片性として求めているのは、小島が群島に増殖したり、拡大して大陸にならないことである。それが内的 (innere) 断片性として求めているのは、立法者が小島の歪みを忌み嫌わず、法適用者がそれを尊重することである。しかしながら、前記述的断片性は、機能面 (operativ) からいえば——それが公式には (formal) 消極的な存在を有しているために——直接的に求められるのではなく、実質的犯罪概念、従属性原理やウルティマ・ラチオ原理のような積極的な原則の消極的な表現において求められる。

このことは、——いずれにせよ実体的には (jedenfalls substantiell)——断片的刑法の自立的な理論など存在しない (keine eigenständige Dogmatik des fragmentarischen Strafrechts) ということを意味する。しかし、断片性を促進する理論や解釈学は存在する⁴¹⁾。

B. 歴史的視角

I. 名称の起源

私は、報告の第2部において、まず「断片的刑法」の名称の起源に取り組もうと思う。

この名称の名付け親は、周知のように、「刑罰法規の断片的性格」について語るカール・ビンディングである⁴²⁾。ビンディングが、立法権の部門において、刑事立法ほど臨時法規 (Gelegenheitsgesetzen) を公布することによって際立った部門はないと批判するとき、それは立法者が刑法を軽率に拡大していることを批判しているのではない⁴³⁾。ビンディングは、むしろ立法者が体系的な仕事をしていないと、

41) 図表について補足的に指摘しておく、最も内側の円（第4番目の円）は、断片性の問題を法律なければ犯罪なしの原則の領域に限定する（最終的というよりも、実際的であると主張されている）立場を支持している。そのような傾向を示しているものとして、例えば、次のものを見よ。Naucke, Strafrecht. Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, S. 64, sowie Prittwitz, (wie Anm. 5), S. 405. プリトヴィッツは、断片的刑法の概念を「法律なければ犯罪なし」の原則の言い換えと解している。つまり、断片的刑法の概念をここで「内的断片性」と特徴づけられたものによって限定している。彼は、ここで「外的断片性」として特徴づけられたものを「狭く限界づけられた刑法」の問題と見なしている。

42) Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 1, Neudruck der 2. Aufl. 1902, 1969, S. 20.

43) これは、すでに様々な形で述べられている。例えば、Maiwald (wie Anm. 5), S. 9; Prittwitz (wie Anm. 5), S. 388; Lassak, Begründungsdefizite in der aktuellen

立法者を非難しているのである。刑罰が威嚇される犯罪とならんで、「立法者が放置したままの、それとかなり類似した、直接的な近接性を有するものがある」にもかかわらず、重大なことにも、それが立法者の作業から欠落している。つまり、法律の素材は、解釈による「包括」、しかも「これが正義の要求である」⁴⁴⁾ という類推による「包括」を求めているというのである。

このように論じたうえで、ビンディングは暗に立法者の 2 つの要求を提起した。第 1 は、刑法の規制領域を事態に即して「包括」すること、そして第 2 は、緊急の場合には、この「包括」を類推によって補う法律上の可能性を解釈者に認めることである。換言すれば、ビンディングは、(記述的に [deskriptiv]) 断片性が存在することを認めた上で、それを除去するための措置を (前記述的に [präskriptiv]) 求めているのである⁴⁵⁾。

ビンディングの発言は、「刑法は断片的であるべきである」という命題の意味における前記述的断片性に対して、「刑法は断片的であるべきではない (nicht)」という対抗的な要求が存在することを示している。というより、この要求の方が歴史的にはむしろ強力に主張されていたのである。もっとも、ビンディングは内的 (innere) 断片性、つまり立法者によって想定されていない断片性、すなわち記述的 (deskriptive) 断片性を引き合いに出して、類推禁止原則を徹底して拒絶している。ビンディングは、たいていの場合に引用される領域、すなわち外的 (äußere) 断片性という大きな領域とそれと並ぶ前記述的断片性という主要な領域を問題にしていない。

さらなる歴史的考察へとつなげられるならば、上記の説明によれば、法の拡張と限定、それと並んで——その反映として——多かれ少なかれ断片的な刑法が結果として (zur Folge) もたらした構造と成果だけが問題になる。

私は、刑法理論の領域、立法の領域、そして法律解釈の領域という 3 つの領域について語るつもりであるが、重要な視点と (または) 具体的な視点で満足せざるを

↳ Strafgesetzgebung, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt (Hrsg.), Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 75 ff.; *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003, S. 431; *Kölbl*, GA 2002, 404.

44) *Binding*, a.a.O., S. 21. とにかくビンディングは、既存の法律状態に鑑みて、類推を手掛かりにして——「もちろん、恥ずかしがりながら拡張解釈の仮面に隠れて——法律において威嚇されていない行為を刑罰のもとに引き込むことを試みる」人々に反対している (22 頁参照)。

45) *Kölbl*, GA 2002, 404. もまた、ビンディングが説明において第一に描写している (そして残念がっている) 特徴を指摘している。

えない。

II. 理 論

1. 実質的犯罪概念

まずは、刑法理論の領域である。ここで、とりわけ重要なのは実質的犯罪概念が努力して作られたこと、そしてそれが定式化されたことである。

私は、わが国の司法を3期に分けた場合の第1期の時代、すなわち18世紀後半から19世紀の最初の30年間までに関して考察を始める。そこで我々は、実質的犯罪概念の3つの端緒に遭遇する。

(1) 社会契約論。国家刑罰の合法的範囲を確定し、限定することは、まさしく社会契約論の中心的関心事であった。刑罰を求める権利——ベッカリーアはそのように言う——は、社会契約においてあらゆる個人によって放棄されたあらゆる最小限の自由の総和と同じ位に大きい⁴⁶⁾。この自由は、「他者の権利、その権利の保障人たる国家の権利を尊重することを確実にする」⁴⁷⁾ ために放棄された。

(2) カント・フォイエルバッハの権利侵害説。それは万民の権利とそれを構成する自由とが同一であるカントの権利概念に由来し、実質的犯罪概念を主観的権利の侵害に限定する⁴⁸⁾。

(3) 1834年以来、ヨハン・ミヒャエル・フランツ・ビルンバウムによって発展された侵害された「財」の理論。それによれば、犯罪とは、「一定の刑罰の威嚇と執行による方法でしか一般的な保障が功を奏さないところの、国家権力が万民に対して一様に保障すべき財の侵害または危殆化である」⁴⁹⁾。

46) *Beccaria*, Von den Verbrechen und von den Strafen (1764). 2004 (seitenidentische TB-Ausgabe 2005), S. 10 f.

47) *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. 1972, S. 20.

48) アメルンク上掲20頁。また(批判的なのは) *Schünemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (wie Anm. 16), S. 133 ff.

49) その原典は、*Vornbaum*, Moderne deutsche Strafrechtsdenker. 2011, S. 148 ff., hier S. 152.

この3つの端緒を同じ幹、つまり啓蒙思想⁵⁰⁾という一つの幹から出た枝葉と見なすのか、それとも異なる歴史的・政治的な語感を伴った独立した音階と見なすのかは、議論の余地がある。しかも、それらが独立していることは、アメルンクによって強調されている⁵¹⁾。シューネマンは、それらの相違を誇張してはならないと反論し、彼自身は——弁証法的方法によって——その相違を些細なものであると見なす方向へと傾斜している⁵²⁾。決定的に重要なのは、権利侵害説から財侵害説への移行をいかに評価できるのかという問題である。この移行が刑法の領域にとって重要でないと見なすのであれば、財侵害説は最初から刑法の限定という伝統のなかにあり、刑法学の主流によって今日認められている自由主義的な機能を發揮していることになる。この移行が重大であると見なすならば——シルヴァ・サンチェス⁵³⁾がその著書『刑法の拡大』のなかで分析したように⁵³⁾——、権利侵害説のゆりかごの傍に立っていたのは、刑法を限定する思想ではなく、刑法を柔軟化し、それを拡張する思想であったことになる。いずれにせよ、「侵害されうるのは、権利それ自体ではなく、この権利の基盤、何といても当該『財』である」という——疑いもなくの確な——指摘によって、主観的権利の侵害の範囲を超えて刑法を拡張するための扉を開いたのは、客観的にはビルンバウムである——そこで、とりわけ問題とされたのは、宗教犯罪といわゆる色欲罪⁵⁴⁾であった。我々は、ビンディング以来、法益侵害説と呼ばれている財侵害説の発展を目の当たりにしてきたが、かりに権利 (Recht) 侵害説が19世紀において拒絶されなかったならば、その後どのように発展したであろうかということを知らないがゆえに、それを歴史的に評価することは困難である。権利侵害説は、一種の集団権侵害をもたらしたかもしれない。我々にはそれは分からないし、それを知ることできない。仮定的な歴史的構成は留保するが、そうであっても、権利 (Recht) 侵害説の概念の方が、財 (Gut) 侵害の概念よりも、刑法の拡大傾向に対して強固であるように私には思われる。

ビルンバウム自身にとって、まづもって合法的な処罰を拡張しても、それは問題

50) *Schünemann* (wie Anm. 48), S. 139.

51) *Amelung* (wie Anm. 47), S. 38 ff. それは、「権利侵害説に対する批判から『財』保護の理論」を導き出している。

52) *Schünemann* (wie Anm. 48).

53) *Silva Sanchez*, Die Expansion des Strafrechts, Dt. 2003, S. 62 ff.

54) これに関しては、次のものを見よ。*Frommel*, Strafrecht und Polizei, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, 1987, S. 169 ff., hier S. 191 ff.

ではなかった。犯罪行為の範囲は、彼のところでは、権利侵害説に比べてただ穏健に拡張されたにすぎなかった。数十年の躍動期を経て、財保護説は、今日まで「法益」という普通に使われている名称を始めて用いたカール・ビンディングの支配のもとにあった。彼のところでは、法益はその前実定的な性格を失い、批判的手段から、少なくとも両義的な手段に、それどころか圧倒的に迎合的な手段へと変化した。ビンディングは、法益を「現実主義的な考察方法に基づいて発見された健全な共同体の実際条件」⁵⁵⁾と定義したが、もっともこの条件のより詳細な定義については、それを立法者に委ね、それによって新たな法益を創造することを任じた。フランツ・フォン・リスト⁵⁶⁾が犯罪を「法規範によって保護された生活利益に影響を与える」反社会的態度であると特徴づけたとき、ビンディングとの間に本質的な相違ない。その後、法益概念がとりわけ新カント主義によって経験した⁵⁷⁾さらなる精神化は、ナチスの支配間に法益概念に対置された義務違反説との距離を縮めた。それゆえに、ナチスの刑法理論家の論争は——アメルンクが適切にも強調したように⁵⁸⁾——結局のところ誤解に基づいているのであって、とくにナチスの時代においても法益保護思想を主張していた者は決して少なくなかったのである。

55) *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I. 2. Aufl. 1890, S. 339 ff.

56) もっとも、フロムメルが指摘したように、リストがその都度彼の見解を表明した時点で、またその後の時点で、彼が法政策家として論じているのか、それとも刑法解釈学者として論じているのを区別しなければならない。*Froemel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion. 1987, S. 76 ff.

57) (フロムメルの)議論では、新カント主義との関係において、次のような見解が主張されていた。それは、リストの理論を実際に継続・発展させる代替的可能性があったが、コールラウシュの路線（それはエーベルハルト・シュミットの路線であると補足しなければならない）が押し通されたという見解である。それは、その通りかもしれないが、その限りにおいて歴史が終わり、代替的可能性は実現しなかったものであり、それゆえにここで仮説として歴史を考察しても、議論はあまり前には進まない。潜在的な代替路線を考えるために、ラートブルフの名前が適しているか否かについては、全く疑いの余地はない。彼の名前で呼ばれる1922年草案は、確かにそれ以前にあった草案（1909年、1911年、1913年、1919年）に基づいているが、刑法を強化し、拡張する独自の新しい規定をもたらした。刑法改正に際して、オーストリアと意見の調整が測られ、それが死刑を憲法によって廃止したという事実においても、1922年草案に規定されている死刑の廃止には根拠がある。それに関して詳しいのは、*Goltsche*, Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch). Berlin 2010; *Vornbaum*, Strafrechtsangleichungsverordnung vom 28. Mai 1943, 2010, S. 60 f.

58) *Amelung*, Der Begriff des Rechtsgutes (wie Anm. 33), S. 160.

1945年以降、その誤解は法益概念のために役だった。もっとも、初期の連邦共和国における自然法は、保守的自然法から反動的自然法まで及んだが、法益概念がそれに対抗して再び指導概念になるために若干の時間を要したものの、とにかく誤解があったことは法益概念のために役だった。法益概念は、1960年代から70年代の間に短期間であったが全盛期を経験し、その旗の下において、とくに性刑法のいくつかの時代遅れの構成要件を削除するにいたった——これは刑法史の興味ある重要論点である。何故ならば、19世紀において権利 (Recht) 侵害説が拒絶された理由は、——例えば、カール・ヨゼフ・アントン・ミッターマイヤーによると⁵⁹⁾——権利侵害説がいわゆる色欲罪の構成要件を正当なものとは認めなかったからである。

今日、我々は、称賛に値するヘーフェンデール (Hefendehl) 等⁶⁰⁾の論文集によって、法益侵害説の多彩な様相、すなわちそれが何を制限し、何を拡張し、そして何を補充するののかに関して、その総括を見ることができている。そのような立場は、保護法益とは権利が実際に妥当していることが主要内容であるとする見解⁶¹⁾か

59) *Mittermaier, Über die Grundfehler der Behandlung des Kriminalrechts*, 1819, Auszug in: *Vormbaum* (Hrsg.), *Strafrechtsdenker* (wie Anm. 49), S. 122. ミッターマイヤーは、彼によって担われたフォイエルバッハの教科書の新版においても、権利侵害説に反対の意見を述べた。詳しくは、*Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl. 2011, S. 60 Anm. 27. 自由主義者として通っている編者がフォイエルバッハに関する注釈として、「すでにその概念において人の実際の権利への侵害を含んでいるところの……性欲の違法な充足 (だけ) を除外した」(Lehrbuch, a.a.O., S. 719.) と述べたことは、記録に留めるに値する。「ここでもまた、あらゆる犯罪は権利侵害であるという誤った見解が、全ての色欲罪を違警罪のもとに統合するという誤った方向に著者を導いた。国家にとっての人倫——それなしには、合法性の確固とした基礎は失われてしまう——の重要性を考慮に入れると、すなわち国家に結び付けられた市民を人倫の侵害から保護し、優先的に公的な礼儀作法を強め、その侵害を処罰し、まだ一人前になっていない若者を誘惑から保護する国家の義務を考慮に入れると、おそらく警察が認識している以上に重い刑罰を多くの種類の色欲罪に科して、処罰することが正当化される」(a.a.O. S. 719 f.). 「性欲の反自然的な充足」(フォイエルバッハによって同じ様に違警罪に分類されている) については、738頁を見よ。「あらゆる犯罪は権利侵害として考察されるであろうという考えに呪縛されているために、一連の多くの新しい法律の犯罪から獣姦が削除するという結果がもたらされている」。

60) *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), (wie Anm. 16); ergänzend *Roland Hefendehl, GA* 2007, 1 ff. *Sabine Swoboda, ZStW* 2010, 24 ff., 33 ff. は、発展と現在の状況について十分かつ網羅的に叙述している。

61) そのように主張するのは、*Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, S. 35. である。類似の主張としては、*Kindhäuser* (wie Anm. 29). ヤコブスが1985年の刑法教師会議で

ら、人格的法益概念⁶²⁾にまでに及び、また法益概念の概略を示すための新しい基準を発見する様々な試み⁶³⁾から、法益の一般的な (allgemein) 定義は破綻したと判断する見解⁶⁴⁾、さらには侵害原理 (harm principle) および攻撃原理 (offense principle) によって法益理論を代替・補充⁶⁵⁾することを介にして、憲法を模範にし (それには様々な度合いがある)⁶⁶⁾、また専ら比例原則を妥当させる考え⁶⁷⁾にまで及ぶ。

そもそも法益概念に刑罰制限的な断片的能力が備わっているのか、またはその能力が少なくとも法益概念に与えられているのか、あるいは法益概念はただ体制内的な方法的救助手段にすぎないのではないかとといった問題は、議論の余地がある。それにもかかわらず、文献では、法益の関連性が欠如していること、またその関連性が誤っていることを引き合いに出して、犯罪構成要件という小法典⁶⁸⁾、例えば「国民の健康」⁶⁹⁾、「保険会社の能力」⁷⁰⁾、「公的平和」⁷¹⁾、「交通安全」⁷²⁾、「感

▼で初めて用いた格言が広く知られている。「法益保護の端緒を徹底して継承する場合には、潜在的な行為者の危険な思想、さらには危険な思想の源泉に対して刑法で闘わなければならないであろう」。Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in: ZStW 1985, 751 ff., 753.

62) *Hassemer/Neumann*, NK StGB. 3. Aufl. 2010. Vor §1 Rdn. 131 ff.; *Roxin*, (wie Anm. 6) S. 16 und ff.

63) 様々な端緒に関する立証は、*Roxin*, AT/1 (wie Anm. 6), S. 47 ff.

64) そのように主張するのは、例えば B. *Schünemann*, (wie Anm. 48), S. 135 f.

65) それに関しては、*Hirsch*, *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*, in: GA 2002, 2 ff.; (erneut in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* [Anm. 16], S. 13 ff.); *Wittig*, *Rechtsgutstheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen*, in: ebd., S. 239 f.; *Seelmann*, *Rechtsgutskonzept, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien*, in: ebd., S. 261 ff.

66) とくに次の文献を見よ。*Hassemer*, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Anm. 16), S. 57 ff.; *Lagodny*, *Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, in: ebd., S. 83 ff.

67) Vgl. die Nachweise in Anm. 39. 連邦憲法裁判所の判例もまた、最終的にはこれに属する。連邦憲法裁判所の「二重」の比例性の検証の問題性に関しては、*Swoboda*, (Anm. 60), S. 44 ff. を見よ。

68) 刑法86 a 条, 129 a 条, 130条3項, 168 a 条, 183条, 261条, 264条, 265条および麻薬刑法31条 (少なくとも部分的) などの構成要件が列举される。

69) *Roxin*, AT 1 (wie Anm. 6), S. 17.

70) *Roxin*, AT 1 (wie Anm. 6), S. 17.; ferner *Schünemann* (Anm. 48), S. 151.

情」⁷³⁾、「信頼」そして「安全」⁷⁴⁾ という一連のいわゆる「みせかけの法益」のような犯罪構成要件から正当性を剥奪している。

Ⅲ. 立 法

1. 構造的な影響要因

18世紀初頭から始まった刑法の穏健な縮小は、——たとえ全ての領域⁷⁵⁾においてでなくても、また直線的でなくても——19世紀においてリベラルな影響のもとでさらに展開する。しかし、遅くとも19世紀の70年代以降に生成し、確立しつつあった介入国家の時代に、刑法はその範囲を拡大した——それは、時おり中断を伴いながらも、今日まで継続してきた事象である。このような拡大には、数多くの社会経済的、技術的、精神史のおよび政治的な理由がある。私は、ここでは法的要因に限定せざるをえない。法的要因が——あたかもすでに進化論の法則に従っているかのように——まず法典編纂の外部にある窪みにおいて発展し、そしてそこから——直接的または間接的に——刑法の中心に入り込んできたということが、私は重要であると思う。私が——その効果の点において——重要な影響要因として見ているのは、次の事柄である。

a) 超個人的法益を求める特別刑法 (Nebenstrafrecht)⁷⁶⁾。それは、その規制技術の点において、明確性の原則にとって良いものではなく、言うまでもなく過失犯、不作為犯および前置領域における行為の可罰性を拡大させる出発点をも築いてい

71) Swoboda, ZStW 122 (2010), 39.

72) Schönemann (Anm. 48), S. 152; Amelung, Der Begriff des Rechtsgutes (Anm. 33), S. 175.

73) Roxin, AT I (Anm. 6), S. 22 f. (mit Ausnahme von Bedrohungsgefühlen).

74) Amelung, Der Begriff des Rechtsgutes (Anm. 33), S. 177.

75) 例外を作ったのは、政治刑法 (カールスバートの決定!), 宗教犯罪, ならびに特に性刑法である (それは、実質的犯罪概念の発展にあたっても重要な役割を果たした)。それに関しては、次の文献を見よ。Roth, Die Sittlichkeitsdelikte zwischen Religion und Rationalität. Strafrechtspraxis und Kriminalpolitik im 18./19. Jahrhundert, in: Schulze/Vormbaum/Schmidt/Willenberg (Hrsg.), Strafzweck und Strafnorm zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung. 2008, S. 195 ff.

76) 1914年までの特別刑法に関しては、Robert Weber, Die Entwicklung des Nebenstrafrechts 1871 bis 1914 (Juristische Zeitgeschichte. Abt. 3 Bd. 5). 1999. ナチス支配期の経済特別刑法に関しては、Werner, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus. 1991. さらに次の文献を見よ。さらに次の文献も見よ。Schmitzberger, Das nationalsozialistische Nebenstrafrecht 1933 bis 1945. 2008.

る。第1次世界大戦⁷⁷⁾において、そしてそれ以降、雪崩のような拡大を経験している。

b) 1923年以來の少年法（Jugendstrafrecht）。それは、柔軟性を強く求め、その構造からして責任原理による制約的效果から離反している。

c) 1933年11月以降、法律によって規則化された処分法（Maßregelrecht⁷⁸⁾。それは、古典的な刑法の行為関係責任を、危険性の視点によって置き換え、それによって制裁領域を拡大し、——しかも徹底して——（現在の）刑法2条6項によって遡及禁止原則を取り外した⁷⁹⁾。

d) 刑法の内外にある経済刑法（Wirtschaftsstrafrecht）。それは、刑法の政策から見れば、異質な目的設定から生まれたものである。つまり、一方ではホワイトカラー犯罪（white collar crime）をいわば社会的な刑法の鏡に映し出して規制しながら、他方では経済を統制すべき刑法以外のより厳格な統制・制裁メカニズムを経済に適用することを控えるという目的設定から生まれた⁸⁰⁾。そして、経済刑法は、広範囲にわたって制御する意図を伴って、システムに条件づけられながら、急速に幅広い不明確な犯罪構成要件を作りあげている。

e) ヨーロッパ刑法（Europastrafrecht）。それは、経済刑法と幅広く関係してお

77) それに関しては、*Naucke*, Über das Strafrecht des I. Weltkriegs, in: ders., Die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte. 2000, S. 287 ff.; *Richstein*, Das „belagerte“ Strafrecht. Kriegsstrafrecht im Deutschen Reiche während des Ersten Weltkrieges. 2000.; zusammenfassend *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte. 2. Auflage. 2011, S. 153 ff.

78) 詳細なものとして、*Müller*, Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933. Kriminalpolitik als Rassenpolitik, 1997. また、次の文献をも見よ。ders., Verbrechensbekämpfung im Anstaltsstaat. Psychiatrie, Kriminologie und Strafrechtsreform in Deutschland 1871-1933. 2004.

79) 刑法2条6項に対する批判に関しては、*Dannecker*, LK Bd. 1, 12. Aufl. 2006, §2 Rdn. 135; *Hassemer/Kargl*, NK StGB, 3. Aufl. 2010, §2 Rdn. 57 ff, insb. Rdn. 60. の論証を見よ。

80) *Tiedemann*, Strafrecht in der Marktwirtschaft, in: Festschrift für Stree und Wessels. 1993, S.527 ff. のところで明瞭に述べられている。

り、その介入主義的性格ゆえに、基本的に一層の犯罪化をもたらす⁸¹⁾。それは、19世紀において帝国の統一法典へと至り、幅広い領域において、少なくとも自由主義的な刑法発展の総和を形成した発展に逆行する綱領を形成する。

f) そして、最終は国際刑法 (Völkerstrafrecht) である。それは、国家犯罪の不逮捕特権に終止符を打つという容易に理解できる関心事から生まれた。その関心事とは、一連の法制度を緩和し、謀殺罪と民族謀殺罪の公訴時効を廃止し、すなわち終身にわたって訴追することで、必ずしも人道的な刑法にとって好ましいとはいえないものである。「ホロコーストの否定」⁸²⁾ もまた、最終的にはここに属する。

2. 事 例

これらの影響要因の中核刑法における蓄積は、部分的には急速に、また部分的に緩慢に進んでいった。私は、中核刑法における刑法の著しい拡張に至った二つの刑法改正法について手短かに言及する。

a) 1876年改正法

刑法典の50を下回らない規定を——専ら刑罰拡張的ないし刑罰強化的な意味において——変更または新設した最初の広範な改正法は、1876年の刑法典の変更と補充

81) 文献全体を概観できないので、要点を押さえた次の文献を見よ。Naucke, Europäische Gemeinsamkeiten in der neuen Strafrechtsgeschichte und Folgerungen für die aktuelle Debatte, in: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 2 (2000/2001), S. 1 ff.; Lüderssen, Europäisierung des Strafrechts und gubernative rechtsetzung, in: GA 2003, 71 ff. m.w. Nachw. in Fn. 90 ff.; Donini, Subsidiarität des Strafrechts und Subsidiarität des Gemeinschaftsrechts, in: ders., Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa. 2006, S. 151 ff.; ders., Ein neues strafrechtliches Mittelalter? Altes und Neues in der Expansion des Wirtschaftsstrafrechts, in: ebd., S. 203 ff.

82) より詳しいものとして、Vormbaum, Vergangenheitsbewältigung im Rechtsstaat, in: Festschrift für Amelung, 2009, S. 783 ff. 国際刑法における敵見方刑法の要素に関しては、次の文献を見よ。Fronza, Feindstrafrecht und Internationale Strafgerichtsbarkeit, in: Vormbaum/Asholt, Kritik (Anm. 28), S. 413 ff. ホロコーストの嘘に関しては、次のものを見よ (それは比較法的でもある)。dies., Der strafrechtliche Schutz des Gedenkens. Bemerkungen zum Tatbestand der Holocaust-Leugnung, in: Jb. d. juristischen Zeitgeschichte 11 (2010), S. 243 ff.

のための法律⁸³⁾であった。私は、そこから二つの規則を取り上げる。

aa) 未遂に終わった共犯の原則的不可罰性は、たとえ様々な側面から限定されようとも、新たな49 a 条——いわゆるデュシェーヌ法 (Lex Duchesne)——によって突破された。今日、30条2項において前置領域の行為態様を厳密に限定した形態に対しても、これによって初めて刑罰が科された⁸⁴⁾。知られているように、それはこの厳格に限定された場合にはとどまらなかった⁸⁵⁾。

bb) 危険傷害罪の構成要件が新たに設けられた。ここでも、改正法は拡張的な展開の開始を示している。1912年には被後見人の虐待へと拡張され⁸⁶⁾、1933年には再度拡張されることによって独立した構成要件にされた⁸⁷⁾。1940年以降は、単純傷害罪の告訴要件が検察官によって取り去られた⁸⁸⁾。1969年には危険傷害罪の未遂 (Versuch) に刑罰が科された⁸⁹⁾。そして、いわゆる第6次刑法改正法によって、単純傷害罪の未遂を犯罪化する方向へと発展して、頂点——断片的刑法の意味

83) Gesetz betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben. Vom 26. Februar 1876. RGBl. 1976, 25, in: *Vormbaum/Welp*, Das StGB. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Bd. 1, 1999, S. 92 ff.

84) 背景事情に関しては、次の文献のまとめを見よ。Asholt, in: *Vormbaum/Welp*, Das StGB, Supplementband 3, 2006, S. 100. 刑法新49 a 条によって刑罰のもとに置かれたのは、犯罪または犯罪へ関与するよう依頼すること、そしてその依頼を受け入れることである。さらに、犯罪を行うよう申し込むこと、そして犯罪を行うよう申し込まれたことを受け入れること——それら全ての態度様式は、それが書面で発せられるか、または依頼や申込が「何らかの種類の利益の保障」に結び付けられている場合に限られる。より詳しくは、*Busch*, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des §49a StGB, Diss. Marburg 1964; Übersicht b. *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung (Anm. 57), S.22 ff.

85) それに関しては、前掲の文献を参照せよ。

86) Gesetz betreffend Änderungen des Strafgesetzbuchs. Vom 19. Juni 1912 (RGBl. 1912, S. 395), Nr. 3 (als §223a Abs. 2).

87) Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften. Vom 26. Mai 1933 (RGBl. 1933, S. 295), Nr. 15 (als §223b).

88) VO zur Änderung der Strafvorschriften über fahrlässige Tötung, Körperverletzung und Flucht bei Verkehrsunfällen. Vom 2. April 1940 (RGBl. 1940, S. 606), Nr.3.

89) EGStGB. Vom 2. März 1974 (BGBl. I 1974, S. 469), Art. 19 Nr. 94b.

においては最悪の地点——に達した⁹⁰⁾。

b) 1943年同化命令

私が挙げる第2の事例は、1943年のいわゆる刑法同化命令である⁹¹⁾。それは、未遂における任意的減軽を刑法典において施行し、1876年に始まった可罰性の拡張を共犯の前置領域にまで及ぼし、そしてさらに見せかけの犯罪構成要件をもたらした。それは、今日の強要罪の構造、宣誓なしの偽証、文書偽造罪の構成要件の予備段階への拡張である。上述のあらゆる規則は、1945年以降、今日の刑法典においても、周辺領域における論点に至るまで——幫助の未遂の可罰性⁹²⁾——存続している⁹³⁾。

示唆された方向には、さらに個別の事例群があった。私が念頭に置いているのは、とりわけ類推禁止原則を抑制して、択一的認定を許容した1935年の改正法である。私は、刑罰法規の解釈 (Interpretation) を問題にする際に再びそれを取り上げる。

3. 迅速化

「脱犯罪化」という言葉がよく用いられもした1960年代後半から70年代にかけての短い自由主義的な時期が終わった後、20世紀の最後の30年間から今日に至るまで、刑法の拡張が迅速に進められた。純粋に増えた刑法典の変更の数が、刑法の拡張とそれに伴う刑法の断片性の縮小を示すための指標である。1871年以来、刑法典の変更は240箇所あったが、そのうち1871年から1949年までの約80年間の変更は59箇所であったのに対して、1949年から今日までの約60年間の変更は180箇所を下回っていない⁹⁴⁾。

90) 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts. Vom 26. Januar 1998 (BGBl. I 1998, S. 164, Nr. 37).

91) それについては、Vormbaum, Strafrechtsangleichungsverordnung (Anm. 57).

92) それは、Art. 2 Nr. 8 des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. August 1953 (BGBl. I 1953, 735) によって削除された。

93) 刑法240条2項の「健全な民族感情」の「非難性」への変更と「健全な民族感情」に関する連邦通常裁判所の判例 (BGHSt 1, 84 ff.; 5, 256) に関しては、次の文献を見よ。Dencker, NS-Justiz vor Gericht, in: Requate (Hrsg.), Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960-1975), 2003, S. 93 ff.

94) その数字は次のところで分析されている。Vormbaum, 130 Jahre Strafgesetzgebung—Markierungspunkte und Tendenzen, in: ders./Welp, Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Supplementband 1, 2003, S. 456 ff, hier ↗

この数字を相対化する要因が存在することは疑いない。変更法の数は、新しい犯罪構成要件の数と同一ではないし、新しい犯罪構成要件の数は、可罰性の領域を拡張数と同一ではない。それは、たんに特別刑法を刑法典へと配置を転換したに過ぎないものもあった。しかし、別の視点から見ると、この相対化はおそらくその傾向をいささかも緩和するものではないことを示している。つまり、変更法の大群は新しい犯罪構成要件、可罰性の拡張と刑罰の強化を内容としているのである——私が記憶しているのは、いわゆる第6次刑法改正法が、横領罪の構成要件を大なり小なり「修正する解釈」をめぐる争いに判断を示したこと、そして新しい条文が大修正解釈を超えたことだけである。1998年の改正法は、断片的刑法にとって取り返しのつかない立法技術、いわゆる規則事例 (Regelbeispiel) をも前進させた。その技術の出所は、残念なことに1960年代の改正立法に基づいている。「243条の贖罪」⁹⁵⁾の後をさらに続くものが現れた⁹⁶⁾。軽罪の領域において、全ての結果的加重犯を規則事例によって置き換えることが、すでに連邦司法省において一度検討されたことがあるが、それがいつ実行されるのかについて、賭けが行われてもおかしくない。

IV. 解 釈

解釈に関する歴史的注釈は、多くの犯罪構成要件について行うことができる。それゆえ、私はここでは特に歴史の若干の個別的側面に限定せざるをえない⁹⁷⁾。私は、3つの論点を選択する。ナチスが支配した時代において、それらが担っていた

↘ S. 481 f. いわゆる闘争法の増加に関しては、次の文献を見よ。Hefendehl, Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, in: ZStW 119 (2007), 816 ff., 817 Anm. 6.

95) Scheffler, Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa. 2006, S. 36.

96) 指示による原則・例外技術が、第6次刑法改正法によって補充され、「公然の非理性的な規則」になった。Scheffler (Anm. 95); Schünemann, in: LK, 11. Aufl. §266, Rn. 177. 最後は批判的なものとして、Hirsch (wie Anm. 24).

97) 幅広い考察を行う傾向があるところでは、興味関心に役に立つ学説や判例だけでなく、しばしば数十年の時間を要して生ずる微妙な変化もある。ナウケは、フリードリヒ・クリスチャン・シュレーダーの雷雨事件に関する小冊子によって刺激されて、19世紀以来、各論の問題が総論へと移され、それに結び付けられた抽象性を理由にして可罰性の拡張に行き着いたことを、故殺罪を事例にして示した。そのように故殺罪に合わせて作られた合法性の概念が推し量られ、総論によって用いられている「死の惹起」という結果記述が支配的になったのである。Naucke, Rezension Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument, in: Journal der jur. Zeitgeschichte 5 (2011), 24 ff.

役割によって、それに共通性があることが特徴づけられる。

1. 類推禁止原則

19世紀において帝国刑法典に至るまで刑事立法において貫徹されてきた「法律なければ犯罪なし」の原則には、個別的な論点について難しい問題があるが⁹⁸⁾、類推禁止原則は原理として承認されていた。帝国裁判所は、周知のように19世紀末、電気エネルギーの窃取を窃盗罪構成要件に包摂することを拒否した⁹⁹⁾。そして、ビンディング (Binding) でさえ、刑法典を変更する前に拡張的解釈を隠れ蓑にして類推的な法律適用をすることを批判した¹⁰⁰⁾。1935年の刑法典のこの変更は、もちろん国家社会主義の立法者によって行われたのであるが、数多くのナチス刑罰法規——慣習犯罪人法からポーランド人刑法命令に至るまでの刑罰法規——が、その曖昧さゆえに、この類推解釈という道具をほとんど必要としなかったことを考えるならば、かかる刑法変更が一般的に成立した場合と比較すると、そのような経過は、センセーショナルなものとは思われていなかったようである¹⁰¹⁾。

判例が可罰性の根拠づけを拡張する可能性をどのように取り扱っていたかについては、私が知る限り、まだ包括的に研究されていない。しかし、個別的な研究は、判例が新しい道具をむしろ控えめにしか適用しなかったことを示している。そのことは、判例が物おじして、それまでの数十年間妥当してきた古い原則に文字通り違反しなかったことに由来しているのかもしれない。しかし、それを理由に判例に対して花飾りを付けることはできない。帝国裁判所の最も評判の悪い包摂業績の一つを見てみよう。私は、——例えばリヒャルト・ランゲの文献¹⁰²⁾のなかにある発言によっても支持されている——いわゆる血統保護法施行令第11条¹⁰³⁾の運用について

98) その点に関しては、*Danmecker*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots und des Milderungsgebots in Deutschland, in: Jahrbuch der jur. Zeitgeschichte 3 (2001/2002), S. 125 ff.; *Seebode*, Streitfragen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Zeitenwandel. Das Rechtsgutachten für den Reichstagsbrandprozess, in: ebd., S. 203 ff.

99) RGSt 29, 111; 32, 165.

100) 注(44)を見よ。

101) *Naucke*, Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, in: *ders.*, Zerbrechlichkeit (Anm. 77), S. 301 ff.

102) *Lange*, in: *Kohlrausch/Lange*, StGB mit Nebengesetzen und Erläuterungen. 36. Aufl. 1941. Anm. I zu §2 BlutschutzG.

103) 歴史のおよび法制史的な背景事情に関しては、次の文献が詳細である。*Ogorek*, ↗

て述べる。それによれば、血統保護法第2条の意味におけるドイツ人とユダヤ人の「禁止された交渉」は、「性交渉だけ」であった。しかし、帝国裁判所がこの要件のもとに包摂したのは、「性交の他、少なくとも一方の当事者の性欲を満足させることに役立つことが、その実行態様によって明らかな異性ととの性行為」であった¹⁰⁴⁾。そして、構成要件を充足するためには、もはや身体に接触することは必要ではなかった¹⁰⁵⁾。このような理解を根拠づけたのは、類推による法適用という新しい可能性ではなかった——その逆である。裁判所は、帝国検事局が提案した事案への法適用を明示的に拒否し、法律の表題が示している——ドイツ人の血統および（und）ドイツ人の名誉の保護——という規定の二重の保護目的を引き合いに出すなどした。裁判所は「解釈」をそのように理解したので、刑法2 a条（後の2条）を拒否することができたのである。

明白な類推に対して裁判所が控えめな態度をとったことは、政治的でもなければ複雑でもない領域ではっきりと現れている。もっとも、帝国裁判所によっても類推によってしか処罰できないと見なされた一連の事案があった。それに対して、後に連邦通常裁判所はこの成果を解釈によって成し遂げた¹⁰⁶⁾。しかも、そのなかには、帝国裁判所が類推適用によっても処罰できるとは思わなかった——たとえ重要なものでなくても——若干の事例もあった。しかし、連邦通常裁判所はそれを解釈（Auslegung）の成果として肯定したのである¹⁰⁷⁾。このことは、注意深く表現すると、「解釈」に関する偏見のない理解に順応する姿勢が、1945年以降、維持され続けていることを示している。

帝国裁判所がその当時許されていた類推を時おり引き合いに出していたなら、おそらくその方が良かったのかもしれない。というのも、そうしていたならば、1945

↘ „Rassenschande“ und juristische Methode. Die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in: KritV 2003, 280 ff.

104) 1936年12月9日判決。Leitsatz RGSt (Gr. Senat) 70, 375. それを概観するものとして、*Vormbaum*, Die Rassegesetzgebung im nationalsozialistischen Deutschland, in: Garlati/Vettor (Hrsg.), Das Recht und die Rechtsschändung. 70 Jahre nach dem Erlass der italienischen Rassegesetze. 2010, S. 167ff., 177; *ders.*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2011, S. 198 f.

105) 例えば、帝国裁判所判例集第73巻94頁以下、96頁（RGSt. 73, 94ff., 96）は、そのように判断している。

106) より詳しいものとして、*Priester*, Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: *Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie. 1976, S. 155 ff., hier S. 175 ff.

107) *Priester*, a.a.O., S. 178 ff.

年後に類推禁止原則が再建にされることによって、もしかしたら解釈と類推を区別する厳格な基準が再び得られたかもしれないからである。「電気窃盗」に関する帝国裁判所の判決から、トラックを「つながれた馬車」¹⁰⁸⁾と見なすための連邦通常裁判所の1957年以來の準備までの間には、60年の歳月があるとは言えない。むしろ、その間にはナチスの体制が存続し、類推規定が妥当していた年月があるのである¹⁰⁹⁾。

2. 択一的認定

同じく1935年の改正法によって、択一的認定が——「正しくない無罪判決を防ぐ」という公的な理由付けを伴って——無制限に認められた¹¹⁰⁾。この新しい刑法2b条もまた、法理論と判例において、ある部分は潜在的な、またある部分は顕在的な準備を行った。もっとも、公的な理由付けが、帝国裁判所の「自由主義的」で、「合理主義的」で、かつ「形式主義的」な判例¹¹¹⁾を批判したにもかかわらず、帝国裁判所は、択一的認定が同一の犯罪の範囲において許されていてだけであるという点を堅持した。1934年の時点では、その認定は窃盗と盗品の隠匿の關係に拡大できるだけだと見られていた。1935年の改正法以降は、墮胎未遂と詐欺の択一的認

108) BGHSt 10, 375.

109) この問題との関連において、さらに1945年前後の司法権における人的連続性に関する問題が提起される。この点に関して、*Rottleuthner, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, 2010. が詳細である。学会での議論において、文章上の叙述が(クーレンによって)一面的であると批判され、裁判官が処罰の必要性を抑制し、しばしば日常の裁判実務において法定主義原則に従っていたことが指摘された。私は、批判の射程範囲について評価できないため、その点に関しては争わない。しかしながら、「痛みの限界」がどこにあるのかについては疑問がある。私は、それは外側に向けて移動したという印象を持っているが、それは類推禁止原則に対する違反があったことを必ずしも意味しない。解釈に対する類推禁止原則の限界づけは、そうでなくても流動的だからである。判例の個別的な判断と「可罰性の欠缺」を埋める忌々しい傾向に対して正当な批判を向ける時、その当時の刑事立法の状態が、拡張解釈のための全く別の可能性を開くこともできたことを忘れてはならないと、ここでは指摘するのが適切であろう。判例に委ねられた道具的性格に慎重に関わるならば、別の名宛人、すなわち立法者という名宛人に対する批判がさらに提起される。何故ならば、民主的で法治国家的な刑法というものは、権力——裁判官の権力——に対する信頼ではなく、それへの不信を糧にして成り立っているからである。

110) 以下の事柄は、次の文献を範にしている。*Frister*, NK StGB. 3. Aufl., Nach §2.

111) *Frister*, NK StGB, Nach §2 Rdn. 3 m. Nachweisen.

定が可能であると判示した有名な判決へと行き着いた¹¹²⁾。1945年以降、判例は1935年以前の帝国裁判所の立脚点には決して戻らず、「法倫理のおよび心理学的な比較可能性」という有名な公式をコールラウシュから受け継いだ。そういうわけで、1935年の規定は削除されても一向に問題なかったのである¹¹³⁾。

3. 実際の考察方法

第3の指摘は、刑法以外の法秩序がすでに無価値判断を示した領域に刑法の適用範囲を限定する従属性原則に関連している。その原則の妥当性もまた、近年の刑法史においては、少なくとも難しい状況にあり、今日に至るまで議論が絶えない。裁判官が、立法者が従属性原則を顧慮せずに設けた構成要件に遭遇しても、もちろんこの構成要件を無効にすることはできない。しかし、刑事立法者自身が従属性原則を侵害した場合、裁判官は、観念的ないし現実的な刑事政策的理由から、少なくとも刑法の二次的性格を取り去るべきではないと求められる。それにもかかわらず、いわゆる実際の考察方法（faktische Betrachtungsweise）が出されてくる。この立場を綱領的に定式化したのが、ハンス＝ユルゲン・ブルンスの「刑法の民事的思考からの解放」¹¹⁴⁾である。その著作は、その時代には慣例であった美辞麗句であるにとどまらず、国家社会主義の政治に道具として貢献した。ブルンスは、健全な民族感情と具体的秩序思想に従って解釈を行なうことを要求して、「実証主義的な概念的束縛、法治国家的自由主義の申し子」を批判した。今日、実際の考察方法は、とりわけ「経済的考察方法」の装いで行われている——例えば、刑法14条1項の規定における有限会社の事実的な経営者の関係¹¹⁵⁾や有限会社・合資会社への不利益に対する背任¹¹⁶⁾がそれである。

述べられた3つの領域は、ナチスが支配していた時代に発展し、強化された欠缺充足傾向という意味において作り出されたものであるが、それが判例だけでなく、文献においても、いかにして1945年以降も生き続けたかということを経験的な方法によって明らかにしたい。ここにおいても、あの時代の刑事立法と刑法学が、その前

112) RGSt 69, 369; 71, 44; s. ferner *Frister*, NK StGB, Nach §2 Rdn. 5.

113) それは、1946年1月30日の管理委員会法第1号（ドイツ刑法の個別規定の廃止）第1条によって実施された（*Amtsblatt des Kontrollrats* Nr. 3, S. 55）。

114) *Bruns*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938.

115) それに関しては、次の文献を見よ。*Büning*, Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH, 2004, m.w.N.

116) それに関しては、*Lüderssen*, Festschrift für Eser, S. 175. を見よ。判例の財産概念に対する批判に関しては、*Hirsch*, Festschrift für Tröndle, S. 32 ff. を見よ。

後の時代のそれに対して、異質 (aliud) であったのではなく、むしろ20世紀全体を網羅した展開を急進的に進めただけであるというフォーゲル (Vogel) のテーゼが主張できることは明らかである¹¹⁷⁾。

4. 憲法判例

連邦共和国が建国されて以降、連邦憲法裁判所は断片的刑法の番人になったのではないかと期待を寄せることができる。この期待は、そのすべてが裏切られる。

1) 財産税を課すにあたり、分割原則の詳細な点に関してまで、立法者を厳しく監視する裁判所¹¹⁸⁾は、定着した判例の刑罰規範 (Strafnormen) を公布するにあたって、立法者に幅広い立法裁量を認めている。裁判所は、実質的犯罪概念——具体的には法益保護——を憲法から導き出すことを非難し¹¹⁹⁾、それによって外的断片性 (äußere Fragmentarität) の道具性を非難している。

2) 裁判所が、明確性の要求を二束三文で売り払い、とくに長く続いてきた確固たる判例によってこの要求を満たさない刑罰規範を再構成する可能性を肯定する場合には、内的断片性 (innere Fragmentarität) の状況はさほど良くない——とりわけ、粗暴な迷惑行為の古典的な事例 (刑法旧360条11号)¹²⁰⁾ がそれにあたる。

3) 連邦憲法裁判所のこの恐るべき中立的態度 (horror nullitatis) は、非 (Nicht) 犯罪化が憲法違反にあたらないか否かが問題になったところでは、注目に値する方法で打ち破られている。それゆえ裁判所は、基本権は客観的秩序の表現でもあるという概念構成の助けを借りて、刑罰規範を公布ないし維持する憲法上の義務 (Pflicht) がありうると主張した。例えば、人工妊娠中絶に関する第一判決がそれ

117) Vogel, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, ZStW 115 (2003), 638 ff.; erweiterte Buchfassung unter demselben Titel: Berlin 2004, S. 43 ff.

118) BVerfGE 93, 121, 136 ff.

119) 最近になって、兄弟姉妹間の近親相姦の処罰が合憲であるとの判決が言い渡されている (BVerfGE 120, 224).

120) BVerfGE 26, 41. 基本的な原理が市民に有利に作用することについて、裁判所は、それがここで市民に有利に作用したことは些細なことであると見ている。刑事手続における叱責による委縮に関しては、BVerfGE 122, 248. を見よ。それに関しては、Bertheau, NJW 2010, 973 ff. を見よ。

にあたる¹²¹⁾。

V. ま と め

この第2部をまとめると、次の通りである。理論、刑事立法、刑罰法規の解釈のいずれにおいても、刑法は——遅くとも19世紀の初頭以来——ますます拡張されることによって、しかもその拡張が加速され、脱形式化されることによって特徴づけられる。刑法の断片的性格は、それにともなって縮小する。フランセスコ・パラッツォ (Francesco Palazzo) のいう自由の海に浮かぶ刑法の小島は、現実には群島のように巨大化し、その多くはサモアやハワイほどではないにしても、マダガスカル、ボルネオやキューバの規模になっている。

このような——ドイツ刑法だけに限定されない——拡張を説明するために取り沙汰される根拠は、一般的に承認されている。私は、最も重要な根拠だけに言及する。それらは、もちろん相互に関連している。

- 1) 科学技術や人間が無為無策に陥ったために巨大な危険を作り出してしまったテクノロジー——個人的交通の機械化から原子力工学に至るまで——の発展。
- 2) 刑罰法規を制御手段の一つとして用いる機構国家、介入国家および保護国家¹²²⁾。

121) 私は、学会の議論において、裁判所が航空安全法に関して——受け入れられている——違法性阻却事由を違憲であると判示した判決 (BVerfGE 115, 118) を補足的に指摘した。ツォプフ氏は、廃止された違法性阻却事由が個人に（実に致命傷を与える）国家 (staatliches) の行為を正当化する特殊性を有していたことを、会話のやりとりの中で私に指摘した。その指摘は問題の側面を実際に明らかにするものであり、学会報告で言及すべきであった。また、その指摘は、刑罰威嚇を、刑法の断片性の要求が向けられる人に対しても向けている。しかし、両者は区別されねばならないと思われる。国家の立場からある人間集団に向けて「射撃」させる権利を国家に認めないことは、疑わしい脱断片化とは異なる性質を持っている。そのような脱断片化は、近年——ヨーロッパでも生じているが——例えば、汚職罪の構成要件の領域におい行われ、多くの事例では違反行為を中心的な判断者には及ぼしていない。

122) それに関しては、次の論証を見よ。Vormbaum, ZStW 107 (1995), 740 ff., sowie Müller, Verbrechensbekämpfung (Anm. 78); ferner Herzog, Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln, in: Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Anm. 13), S. 105 ff.

3) 家族からサブカルチャー的環境に至るまでの確固たる社会構造と社会的つながりが解体され、それに伴って第一義的な社会統制メカニズムの弱体化が生じたこと。そこに生じた空白には、政党を含む新しい道徳事業家が犯罪化の要求を携えて立ち入ってくる。国家保護刑法における保守主義者、経済刑法における社会民主主義者と社会主義者、環境刑法における緑の党、性刑法におけるフェミニスト、社会保障費の悪用に対するリベラル派のいずれもが、刑法という昔ながらの資源に関与したがっている。

4) これらの要因は、犯罪統計上のあらゆる知見と矛盾した犯罪のドラマ化によって強化され、マスメディアによってさらに強化され、政治が必要な措置と感じているものを呼び起こす¹²³⁾。

C. 展 望

以上の考察に引き続いてなされるのは、立法と法適用のために考え得る結論を出すことである。

I. 立 法

刑事立法を論ずるとき、まさに民主的立法過程においては、多くのベクトルが最終的に一つの結果へと結びつく。その場合、政治的妥協、また最終的には合法的手段である多数決による決定が、重要な役割を果たすということを忘れてはならない。それ以外にも重要なのは、市民的権利に対する刑法的介入である。それは、このような領域において、政治の恣意性の制限を考慮に入れることを想起させるからである。刑法の領域は、芸術や宗教とは違って、議会内多数派の恣意性に距離を置くことはできない。というのは、この領域の実態的構造の実質的 (materiell) 基準それ自体が、学問において議論の余地があるためではない¹²⁴⁾。そこで念頭に置くことができるのが、形式的 (formell) な制度だからである。ここでは、アメルンクがロシアの刑法学者イヤリンスキー (Jalinski) を手本にして考察した提案を想起す

123) Herzog (Anm. 122), S. 114.

124) 民主主義と刑法学の貴族的な自己認識の関係を問題視しているのは、Donini, Demokratische und wissenschaftliche Methode einer Verbindung von Strafrecht und Politik, in: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 3 (2001/2002), S. 408 ff., dann auch in: Neumann/Prittwitz (Hrsg), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 13 ff.

べきである¹²⁵⁾。それは、刑罰法規を定立するためには、憲法を変更するための議会内多数派を必要とするという提案である。イタリアにおいてそれについて論じたのは、例えばギュセッペ・ロサッピオ（Giuseppe Losappio）である¹²⁶⁾。有権者の50.1パーセントを得た代表が、場合によっては法律的効力をもって、ある態度を社会倫理的に非難すべきものと宣言できるのに、49.9パーセントでは非難すべきと見なすことができないということに、実際にも疑問が呈されている——そして、これは困惑した市民の自由と名誉のために引き続き問題にすべきである。

そのような規則が、数多くの一連の理論的・実務的な問題を投げかけることは明らかである。手続的には、基本法79条3項があるために、基本法の明示的な変更をしなければならない。つまり、刑法典を形式的に基本法の附属法にしなければならない。そこから出てくる第1の問題は、対抗的行為、つまり刑罰法規の削除や緩和を求める提案もまた、憲法を変更する過半数を必要とするのかという問題である。さらに、規制されていない領域において——とくに手続的保障に関して——権利がますます減少しないようにしなければならないであろう。その領域は広範にある。そのような提案をいわば脚注から今一度本文に移すことが、ここでは私にとって必要なことである。

II. 刑罰制限学

最後の論点として、私は——あまり正確ではないが——再び一つの提案を取り上げようと思う¹²⁷⁾。それは、私がヴォルフガング・ナウケ¹²⁸⁾を模範にして、刑罰制

125) *Amelung*, Der Begriff des Rechtsgutes (Anm. 33), S. 164.

126) *Losappio*, Feindstrafrecht, Freundstrafrecht, Feinde des Strafrechts, in: *Vormbaum/Asholt* (Anm. 28), S. 127 ff., 139. キントホイザーもまた、2009年にハンブルクで開催された刑法教師会議のパネルディスカッションにおいて、この提案に賛成した。ツァクツイークもまた、今次の刑法教師会議の報告において、それに同意した（本原書691頁を見よ）。*Lackner*, Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, in: NJW 1976, 1233 ff., 1234 f. は、過半数を大幅に超える賛同をもって刑罰法規を議決することが慣習に対応していると指摘した。それが1976年以降もまだ妥当しているか否かは、検討すべきであろう。その主張の妥当性を肯定しても、提案にはわずかな実務的效果しか期待できないであろう。——要するに、犯罪対策における後退を政党に主張させるような人はいない時代なのである。しかし他方で、それを支持することが必要であるとする意識は、少数政党のところにおいて別の見込みをもたらすかもしれない。

127) すでに次の文献で述べた事柄を見よ。Vormbaum, ZStW 107 (1995), 746 ff.

128) 例えば、次の文献を見よ。Naucke, Schwerpunktverlagerung im Strafrecht, in: KritV 1993, S. 137; ders., Wissenshaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht, in: ♂

限学として特徴づけようと考えている提案である。この提案は、刑罰と刑法 (Recht) を区別することから出発する。社会および政治のなかには、言うまでもなく刑罰 (および処分) を自明でかつ安上がりな制御手段として発動する志向があるが、この提案は、それを限界づける任務を刑法 (Recht) に背負わせるものである。ナウケは、この出発点を自然法によって基礎づけ、あるいはカント的な自由概念を根本にすえて、そしてそこから必要不可欠な核心刑法のための主張を行っているが、私はむしろこの出発点を試験モデルという意味での実用的な指揮として理解している。私は、それを具体化し構成するために、正義・法的安定性・合目的性というラートブルフ (Radbruch) 的な三和音を提案する。犯罪構成要件とその解釈は、正義に反する、合目的的ではない結果を生み出してはならないし、また法的安定性の要求を満たさない結果を生み出してはならない。従って、統制は「最恵国待遇」の意味において行われるべきである。3つの要求の1つでも満たしえないなら、立法ないし解釈による犯罪化は行われるべきではない。上述の3つの要素のもとでは、正義と合目的性は——実用的に考察して——拡張する潜在的可能性だけでなく、制限する潜在的可能性をも自らに取り込んでいるので、基本的に制限的に作用するのは法的安定性だけである。現在の歴史的瞬間において、目的思想、すなわち刑法の政策化は、制限的刑法および断片的刑法に対して最大の危機をもたらす要因であるとしか私には思えない。ただし、合目的性に関する議論が、とくに断片的刑法の意味において影響を及ぼした時期があった。それは、例えば18世紀初頭の時期、そして20世紀の60年代と70年代の短い時期である。

刑罰制限学の出発点を実用的に理解することは、それを弁証法的に——対話的に、と表現した方がよいかもしい——理解することを意味する。つまり、処罰願望との対話である。「疑わしい場合は、自由にとって利益になるように」の原則によれば、立証責任は、処罰願望を持つ相手方にある¹²⁹⁾。この出発点の終着点は——しかし、たんなる終着点でしかないが——脱犯罪化であり、それと同時に断片的刑法の頂点でもある。

私が以上のような立場に立っている理由から、転換のための個別論点について、

↘ GA 1998, S. 263 ff., 271; *ders.*, Autobiographie, in: Hilgendorf (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, S. 417 ff., 442 f.

129) ナウケも1988年の論文においてこの弁証法を考慮した。*Naucke*, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, in: *ders.*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. 2000, S. 13 ff., 27. しかし、私が見る限り、それ以降は取り上げられていない。

私が以前の刑法教師会議において説明した事柄¹³⁰⁾を取り上げなければならない。とくに解釈に関係するものとして、私は以下の覚書ないし考察を例示的に挙げるにとどめるだけにしたい。

1) 「実質的犯罪概念」に関して、今のところ、断片的刑法という意味では、法益論よりもましなものを得ることはできない¹³¹⁾。憲法に望みを託すことは、実際にも良い考えなのかもしれない。しかし、言及された連邦憲法裁判所の姿勢を見れば、今のところは、残念であるが、諦めるという選択肢と、「剣の矛先を世間の流れに逆らって向ける」という現実と反する選択肢しかなさそうである。ただし、法益に関する議論を引き合いに出すことによって——リュエダーセン（Lüderssen）の言葉¹³²⁾を挙げるならば——、拡張解釈と縮小解釈の不均衡な関係を作ること、すなわち拡張的な解釈目的を伴わない関係を作ることが重要である。

2) 同じことは、第1次的な法秩序に対する刑法の従属性と第2次性との関係においてもあてはまる。

3) 体制内在的な法益を探し出す場合、解釈は一つの（einer）保護方向を探し出すことを目標にすべきである。つまり、例えば164条において行なわれているように¹³³⁾、保護方向の多様化を認めるべきではない。

4) そもそも、解釈の可能性が複数ある場合、「疑わしきは寛大に」（in dubio

130) Vormbaum, ZStW 107 (1995), 734 ff., 744 ff.

131) 学会の議論において、実質的犯罪概念を法益と同列視するのではなく、その中に制約的なもの（上述のA III 2 bを見よ）を取り入れるべきであると勧められた。それによって概念の集合体を再編することが想定されているならば、それには問題はない。しかし、法益概念が内容的に正当であると認められた実質的犯罪概念の積極的な探求を実現しうるか否か、例えば実質的犯罪概念は権利侵害をカントの法理論から導き出さうかという意味において実現しうるか否かは、また別の問題である。その議論は、さらに行なわなければならない。

132) Lüderssen, Festschrift für Eser, S. 170.

133) それに関しては、次の文献がすでにあるので、それを見よ。Vormbaum, ZStW 1995, 754; 特に164条に関しては、Langer, Die falsche Verdächtigung, 1973, S. 44 ff. (それは専ら司法保護に関して論じている); Hirsch, Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, in: Gedachtnisschrift für Schröder, 1978, S. 307 ff., und Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, S. 455 ff. (それは専ら個人保護に関して論じている)。

mitius) の原則を適用することを考えるべきである。

5) 処罰の可能性がなくてもよいのかという議論は、避けるべきである。処罰の可能性がないこと (losigkeit) を論ずるだけでよい¹³⁴⁾。

6) 構成要件を体系的に分析する際に、それはペンディングの「膨張」の試みに容易につながっていくので、抑制的な態度がとられるべきである¹³⁵⁾。

7) 同じことは、法律の体系性に関する議論にもあてはまる——それは、法 (Recht) の体系性としての法律の体系性が自由保障の要素を作り出す刑法総論の領域ではなく¹³⁶⁾、とくに「法益保護の体系」によって作り出される刑法各論の領域にあてはまる。それは、言われているような法律の欠缺を閉じていく方向に傾斜するからである¹³⁷⁾。

134) 断片的刑法がやはり処罰の隙間を前提にしているという学会の議論において (クレーンから) 出された反論がまず私を哑然とさせたことを、私は打ち明けねばならない。しかし、(おそらく冗談半分にしか思われぬ) その反論は、ここで本文において主張された原則・例外関係を逆転することなしには成り立たない。可罰性が例外をつくり、不処罰性が原則をつくるとき、そこにあるのは処罰の隙間ではなく、不処罰の隙間なのである。「不処罰の隙間」に関する私の見解については、JZ 1999, 613. を見よ。「構造的」な問題はともかくとして、本文で表明された批判は、「処罰の隙間」(一度でもそれを想像できるならば) それ自体ではなく、この隙間を閉じる傾向に向けられている。

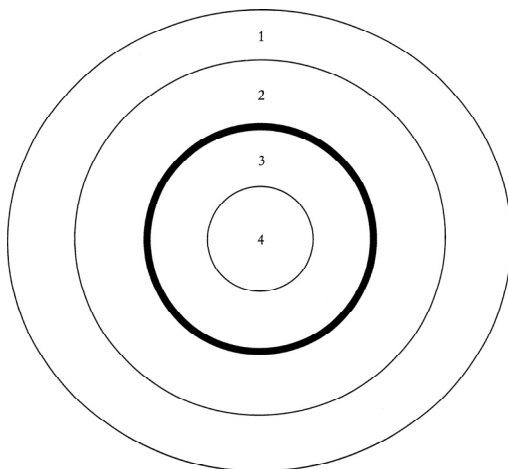
135) 基本法20条3項は、司法を法律と法によって拘束することを義務づけているが、司法がその義務に違反し、それによって「その任務をあまりにも広く把握し、理解している」という危険に陥っているために、すでにそのように言うことができる。Hirsch, Festschrift für Tröndle, S. 19 ff., 38. クレイは、1989年にトリーアで開催された刑法教師会議において、グンター・アルツトを引用して、「法律に適合しようとしないう学問的な体系思考」について話した。Krey, Gesetzestreue und Strafrecht, in: ZStW 101 (1989), 838 ff., 872. (そこでは、アルツトの基本的な立場を明らかにすることができないと指摘されている)。考え得るのは、例えば240条が暴行または脅迫のいずれかを手段として規定していることを理由にして、「暴行」を「耐えがたい害悪」の付与として理解する方法によって、強要罪の実行様式の「体系性」を構成する体系的努力である(「手詰り」判決では、連邦憲法裁判所の裁判官の半数がそうであった。BVerfGE 73, 206, 242 f.)。それに関しては、次の批判がある。Hirsch, Festschrift für Tröndle, S. 21. ここでは——各論において——「法律は体系に先行する」という原則が語られている。

136) これに関しては、次のものを見よ。Zaczyk, ZStW 123 (2011), S.691ff. (in diesem Heft).

137) ここでは、批判はまた上述のペンディングの発言を始めるであろう。立法者に「無造

最後に、若干ではあるが第1部のまとめと比較したい。私は、少なくとも実体的には、断片的刑法の解釈学など存在しないと述べた。私が理解しているような提案された出発点の場合には、断片的刑法の解釈学のようなものが存在するのは、——とにかく——実体のレベルではなく、実用的なレベルにおいてである。

図表



1. 包括的な意味における断片的刑法または断片的司法（外的および内的な断片性のような省略三段論法を含む）。
2. 広義の断片的刑法（非犯罪化のような「事実的および手続的」な選別メカニズムを含む）。
3. 狭義の断片的刑法＝非犯罪化という意味における外的および内的な断片性。
4. 最狭義の断片的刑法＝単なる内的断片性（法律なければ犯罪なしの原則の問題の着心地）。

↘作に取り上げた行為を……日常生活の事例から取り除かせる」ことは、合理性のある研究方法ではないと批判できるが、ピンディングの批判が立法者の「非体系的」な措置に対して向けられるところでは、それは議論になる。刑法典の立法者が——例えば、1909年草案の起草者とは異なり——各則に対して体系的な構成を与えず、緩やかな（たとえ任意でなくても）一連の構成要件グループを作りあげたことについては、少なくとも原則的に称賛されるべきである。

解説

1. 本稿は、トーマス・フォルンバウム（ハーゲン通信大学法学部教授・法制史研究所所長）の「歴史と解釈のなかの断片的刑法」の邦訳である（Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum, Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften Bd. 123 (2011) Heft 4, S. 663-690.）。

2. 刑罰が生命・自由を剥奪する峻厳な作用を伴う制裁であることから、刑法はあらゆる違法行為を対象とするのではなく、処罰の必要性が認められる行為に限定されるべきである。しかも、刑法の目的は、国家それ自体の保護や倫理的秩序の維持にあるのではなく、個人の生命・身体・自由・財産の保護にあり、刑罰が濫用されたり、恣意的に行使されないよう、その守備範囲は理論においても、実務においても限定が施されている。このような刑法の性質を「刑法の謙抑性」という。それは、刑法の補充性、刑法の断片性、刑法の寛容性などの側面において理解されてきた。

刑法の補充性とは、個人の自由や権利が侵害された場合に、慣習や道徳、地域社会に備えられているインフォーマルな方法によって対応できるならば、あえて法が介入する必要はない。そのような方法では解決困難なときに、法的手段が解決手段として発動される。しかし、そのような場合でも、民事的・行政的な非刑罰的手段が優先的に用いられるべきであって、それによるコントロールが功を奏さないときに、刑法がその不十分さを補うべく発動されるのである。

刑法が他の法的手段の不十分さを補充する役割を担うということは、刑法の守備範囲もまた自ずと限定されることを意味する。民法では、故意または過失によって他人の権利を侵害した者は、その損害を賠償しなければならないが、刑法では違法な行為を有責に行なったというだけでなく、それが構成要件に該当する行為でなければならない。民法では、権利侵害性がある限り、あらゆる違法行為が包括的に取り扱われるが、刑法では、刑罰でしか規制しえない重大な（その意味で可罰的な）違法行為、しかもあらかじめ法文において規定された構成要件該当の違法行為しか取り扱われない。その意味において、民法は包括的であり、刑法の部分的であり、断片的である。

刑法は、このように補充性と断片性という性質を持つが、個人の自由や権利が侵害され、それが構成要件に該当する違法で有責な行為であれば、ただちに処罰してもよいかといえ、必ずしもそうではない。刑法は、刑罰法規が定めた犯罪に該当

する行為を余さず漏らさず処罰する必要はない。現代社会には様々な個人が存在し、多かれ少なかれ他人の自由や権利と衝突しながら生きていかざるを得ないことが予想される。従って、各人は互いにある程度までは他人による侵害に対して寛容であることが望ましい。もしも、犯罪類型に該当する行為の全てを処罰しようとする、自由な活動を控えなければならない息苦しい社会になりかねないからである。

諸個人の自由を尊重する社会が個人の幸福と社会の発展を促してきた歴史を踏まえると、犯罪の認定と刑罰の行使にあたってこの刑法の謙抑性の性格を基本に据えることが、いつの時代においても重要であると思われる（平野龍一『刑法の基礎』〔有斐閣、1966年〕115頁以下）。

3. 本稿は、刑法の断片性をその謙抑性の構成要素として位置づけてはいないが、「C. 展望 II. 刑罰制限学」の7項目において定式化されているように、刑法の補充性・二次規範性や法益概念の実践的意義は、刑法のあるべき性質としての謙抑性を念頭において提案されている。刑法は犯罪と刑罰を定めた法律であるが、その意味は犯罪として処罰されるべき行為以外には刑罰を科さないということであり、その任務を担う刑法学は刑罰制限学でなければならない。ここには「刑法の謙抑性」が念頭に置かれているといえる。しかも、本稿は、そのような刑法の断片性を19世紀以降の刑法史——立法史・判例史・学説史——において位置付け、その具体的な状況を検証している。刑事立法を促進した構造的要因、その具体的な事例、解釈・適用方法としての類推、それらの戦後における受容過程などは、過去の刑法史の史料であるだけでなく、刑法と刑法学の現在の状況が断片的刑法の理念からどれほど遠ざかったところにいるのかを測定する重要な指針でもある。独裁と戦争、戦後の経済発展、国際社会の要請など共通する経験と課題を有する日本の刑法学にとっても、興味深い内容であると思われる。

4. 本稿は、フォルンバウム教授が、2011年6月23日から26日にかけてライブツィヒ大学で開催された第34回刑法教師会議（テーマ「全地球的にネット化された世界における断片的刑法とは何か」〔34. Strafrechtslehrertagung 2011 in Leizig 23.06.-26.06.2011 Fragmentarisches Strafrecht in einer global vernetzten Welt?〕）において行なった研究報告を加筆した論文の邦訳である。本稿の訳者は、同大学法学部のマンフレート・ゼーボーデ教授から本会議への出席の許可をいただき、その機会にフォルンバウム教授に本稿公表後に日本語訳することを申し出て、快諾を得ること

ができた。また、訳者がドイツ在外研究中の2013年6月21日・22日、ハーゲン通信大学においてシンポジウム「刑法と法学史——トーマス・フォルンバウム教授70歳祝賀」(Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte- Symposium anlässlich des 70. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum)が開催され、同大学法制史研究所から出席の許可をいただくことができた。シンポジウムには、著名や刑法学者、法哲学者、法制史研究者が参加し、イタリアとスペインからも研究報告が行われた。ドイツの多くの刑法学者と交流ができ、非常に有意義であった。

5. 本稿の原文でイタリック体で記載された個所は、邦訳ではマル括弧書きにしている。諸般の事情から本稿の邦訳が遅れたが、フォルンバウム教授にお詫びするとともに、邦訳を許可していただいたことに感謝する次第である。