

〔論 説〕

現代的なものと対敵刑法の狭間にある刑法改正*

フランシスコ・ムニョス・コンデ**

(飯島 暢*** 訳)

40年代の初頭、当時亡命生活を送っていたドイツの作曲家パウル・ヒンデミットが、次のように述べていた。「我々が慣れ親しんできた和声学は、かつては不可欠にして無比の教育法と見なされ、賞賛されていたが、崇拝を受ける台座から降りることを余儀なくされた」。我々は、伝統的なドイツ刑法解釈学について同様のことを述べることができるのであろうか？

今日の刑事立法及び判例が、伝統的な刑法解釈学が付き従い得ないような道筋を進んだのは自明である。行為概念、或いは法益概念のような構成概念、作為と不作為、直接的故意と未必の故意、抽象的危険犯と具体的危険犯、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の間にあるような区別、そして罪刑法定主義への厳格な拘束は、刑法解釈学の領域では、いわゆる「現代的な」刑法との関連で、普遍的な法益、因果性の確定を欠いた客観的帰属、複数の無規定な留保を伴う不作為の帰属、技術的な諸概念、白地刑罰法規によって置き換えられてしまっている。とりわけ、このことが、実務と学説が優劣を競いあう際に、伝統的な刑法解釈学が劣後する原因となっている。

いまや、刑法解釈学は、その有する道具によって、今の時代が要求してくる様々な挑戦的課題に適切に対応できることも示さなければならない。過去数年間における刑法の領域での改正は、経済、環境、情報処理、公の公衆衛生制度、製造物に関わる責任、租税、汚職、組織犯罪といった、現代における大きなリスクに対処するための道具として、立法者が刑法をも投入していることによって特に特徴づけられる。1995年のスペイン刑法（Código Penal）及びそれに続く今日に至るまでの一連の改正は、この点に関する有用な一例である。

判例もまた技術的及び社会的な発展による新たな諸問題に直面している。この点は、ドイツ連邦共和国では木材の防腐加工剤（Holzschutzmittel）或いは皮革スプレーの事件の状況により、そしてスペインでは、食用油の汚染によって示されている。

何故に古典的な刑法解釈学が、上記のような諸要請に対して正当な形で、或いは十分な方法で対応できなかったのかは、明白である。同解釈学は、法人或いは諸人格の集団ではなく、個々の人間である人格への不法の帰属を要求していたからである。そして、行為と損害の間での因果的な結合の精確な確認と確定、作為と不作為、故意と過失、正犯と共犯の差異に固執していたので

編集部注* 本稿は、2015年4月22日に関西大学で行われた講演である。

** バプロ・デ・オラビーデ・セビリア大学名誉教授

*** 法学部教授

ある。それ故に、刑法の現代化が始まって以来、ヴィンフリート・ハッセマーは次のような問いを提示していた。つまり、刑法は、その様々な保障と道具との関係で現代における技術的な発展に適合すべきなのか、或いは、刑法よりも当該の発展にベターに対応し得る法的な手段（介入法〔*Interventionsrecht*〕）が探求されるべきなのか、という問いである。このような選択肢は、刑法解釈学の基礎に関わるものであり、具体的な刑事政策上の需要に突き動かされる形で当該の需要と常に一定の関係を有している。議論の中核にあるのは、法益、責任主義、個別的な帰属、因果関係、錯誤、複数の者の責任（*Haftung*）といった刑法解釈学上の中心となる諸概念である。その際に、影響を被らないですむ刑法解釈学上の基本カテゴリーはまさに存在しない。このような文脈でどのような選択をなすのかということは、刑法解釈学にとっても非常に重要である。一方には、従来通りの様々な保障を配慮して謙抑的である刑法システムがあり、他方では、現代的な挑戦に効果的に対応し得る刑法が想定されている。両者の対置がまさに問題となっているのである。

ここで、刑法解釈学はどのように対応し得るのであろうか？ 刑法解釈学は、「現代的な」刑法に適合できるようになるために、刑法の拡張を歓迎しながら、伝統的な諸概念を変更して、新たな諸概念（つまり、普遍的な法益や抽象的危険犯など）を導入する準備があることを示すことができる。或いは、刑法解釈学は、そのような傾向を批判し、自ら自身を根拠としながら、因果関係、侵害犯、責任その他の中心的な諸概念を超えることのできない柵として用いて、当該の傾向に異議を申し立てることもできるのである。

議論は、まさに盛んになされているが、それにより、解釈学の限界及び帰結の改変に至ることが確実に予測され得る。但し、これは、現代社会の諸問題の解決に対しても刑法を通じた生産的な寄与ができるようになるために、刑法解釈学が、刑事政策、つまり新たな刑事政策的な諸傾向を同時に取り込んで、このような基礎に基づいて新たな諸概念と手段が展開される場合にのみ、生じ得るのである。

その際に、刑法解釈学と刑事政策の関係は、近代の刑法史においては牧歌的ではなく、むしろ葛藤に満ちたものであったこと、そして今現在においても不明確であり、壊れやすく、葛藤に満ちたものであり続けるであろうことを忘れてはならない。

それ故に、例えば、戦後においてドイツの刑法解釈学は、見かけ上は刑事政策との関係を何も有さなかったのである。行為、構成要件該当性、違法性、そして責任という基本的諸要素からなる段階的なカテゴリーによって犯罪概念を構成することは、ベーリング以来、ドイツ刑法解釈学の礎石と見なされ得るものであるが、第2次世界大戦以降は議論の対象外とされ続けた。犯罪の不成立を正当化と免責のカテゴリーに位置づけることも、ドイツ刑法解釈学の基本思想を構成するものであるが、受容されてきたのである。

戦後におけるドイツ刑法学の解釈学的な主要テーマは、存在論的な行為概念に関する議論と、犯罪論での故意の体系的な位置づけであった。20世紀の50年代から60年代にかけて、因果的行為論と目的的行為論の支持者の間でなされた激しい論争を想起すれば、因果的行為論の最も重要な主張者であるエドムント・メツガーが、その際に国家社会主義の時代の「問題のある過去」を隠

そうとしていたとの印象をすぐさま受けることになる。多くの罪過の後、長く厳しい罰が科せられたのである。規律化のために選ばれた手段は、メツガーが、ワイマール共和国の時代に―つまり、ヒトラーが権力を握るよりも更に以前に―彼の教科書『刑法』（初版1931年、2版1933年）において模範的に寄与していた刑法的な解釈学であった。メツガーは、50年代において、この解釈学を再び取り上げて、彼の教科書（3版1949年、2版と内容は同じである）のアクチュアル化に資するべきモノグラフでの中心的な研究テーマにしたのである。つまり、『刑法解釈学の新しい道』（1950年）である。同書の1頁目では、ゲーテのファウストからの引用をもじって「最初に意味があった」とされ、更に次のように書かれている。「刑法解釈学は、長きにわたり、刑法上の関心の脇に置かれていた。その年下でより上品ぶった妹である刑事政策が、刑法解釈学を日陰の存在に追いやっていたのである。この点につき、最近では変化が生じている。再び、解釈学的な諸問題に対する興味が高まってきている」。メツガーは、国家社会主義の時代では、まだ「社会及び民族にとって有害な人間の除去」を刑法の刑事政策的な任務にしようとしていたが、今度は存在論的な行為概念や犯罪論での故意の体系的な位置づけに関する論争に関与することに、30年代及び40年代におけるナチ体制との共働の下で示した情熱よりかはたとえ少なかったとしても、実際に熱中したのであり、その際に先のモノグラフによって一定の方法でイニシアティブをとったのである。

20年の後、目的的行为論の主張者であるだけでなく、存在論的な行為概念をめぐる争いでメツガーの敵対者であったハンス・ヴェルツェルは、刑法解釈学が国家社会主義という変革を切り抜けることができた理由は、それが「中立的な空間」を創出していたことだけにあると述べた。このような見解が本当に妥当なものであるのかどうかは、本稿では未確定のままにしておく。しかし、一つのことだけは確実である。刑法の主観化により、ヴェルツェルの目的的行为論は「意思及び心情刑法」に接近してしまい、場合によっては国家社会主義的な刑法の水路へと入り込むことにもなるのである。同行為論は、例えば、専ら任意的な減軽のみを予定する主観的未遂論、正当化の諸条件の客観的な存在では不十分であるとの帰結を伴う主観的正当化要素の承認、禁止の錯誤の際に行為者に不利な扱いとなる構成要件の錯誤と禁止の錯誤の分離によって処罰の拡大に至ってしまう。以上は、目的的行为論の刑事政策的な諸帰結であり、この点については、ヴェルツェルもおそらくは意識していたであろうと思われるし、見かけの上だけでは純粋な刑法解釈学上の理論が一定の刑事政策的な諸目的をも追求することを示すものである。

今日からすれば、当時の刑法解釈学的な議論が、一種の「罪人の避難所 (refugium peccatorum)」或いは直接的又は間接的な態様で国家社会主義の刑事政策的な諸傾向に付き従っていた多くの者にとっての逃避場になっていたことは明白である。従って、解釈学への回帰及び存在論的な行為構造に関する議論は、過去の隠蔽にも役立ち得るものだったのである。

しかしながら、60年代のドイツ刑法学においては、刑事政策に対して次第に多くの関心が向けられるようになり、転機が訪れた。その一つの理由となったのが、50年代の終わりに始まり、多くの草案（1959年と1960年）の後に1962年草案へと結実した刑法の改正であった。1962年草案は、その保守的な姿勢が理由となり、刑法学者の一グループによりすぐに批判されたが、この批判の

結果として、同グループは対案を公表した。その後、1969年以降になって、刑法の改正に関する様々な法律が、総則（不真正不作為犯、構成要件の錯誤及び禁止の錯誤、未遂、正犯と共犯、更には制裁のシステム）だけでなく、各則（姦通、決闘の規則、獣姦のようなもはや時代に合わない規定の削除、宗教犯の修正、「性的自己決定の保護」という表題の下での性犯罪の修正、デモ犯罪、墮胎罪などの変更）についても公布された。

刑法典の改正について語る場合、刑法解釈学的ではない、刑事政策上の諸問題が前面に立つのは自明である。刑法解釈学の意義は、それが純粹に体系的で秘教的な教義学として理解される限りでは、刑法の改正の際には非常に限定されたものとなる。それ故に、既に70年代の初頭に、対案の起草者の一人であるロクシンは、犯罪論への解釈学的な取り組みの際に、その中へと刑事政策上の目的適合性を組み入れるように呼びかけたのである。ロクシンは、既に1962年に目的的行為論の体系内在的でしかない諸帰結を強く批判しており、1970年の論文では、伝統的な刑法の体系を刑事政策に直面させたのである。「法的な拘束性と刑事政策的な目的適合性は、互いに矛盾したものではありません、ジンテーゼへともたらされなければならない」とのモットーに基づいて、ロクシンは、体系外在的（刑事政策的）な諸帰結を刑法の体系の中へと組み入れて、個別の犯罪カテゴリーを「最初からその刑事政策的な機能の観点の下で見据え、展開し、体系化すること」を刑法解釈学の任務にしようとした。

この時以来、ドイツ刑法解釈学は刑事政策とは何の関係も有さないとはもはや言えなくなった。他方では、ハッセマーと共に、ナウケ、リューダーセンが筆頭を占める、いわゆるフランクフルト学派は、80年代の初めから、極端にプラグマティックな刑事政策が、国家の刑罰権力との関係で市民に認められる様々な保障や諸権利、刑法の「最後の手段」という性格、刑法の可能な限り最小限の侵害性という原理に対して示し得る危険性に注意を促していた。特にこのことは、刑事政策が、是が非でも刑法を投入して、刑法にとっては固有のものではなかったり、よりラディカルではない方法で、他の法部門や技術的な措置を通じて満足のいく形で解決し得るであろう諸問題（例えば、重大な環境汚染や製造物責任の問題）を解決しようとする場合に当てはまる。

この点はさておき、刑事政策的な諸問題は、刑法規範の立案に関わり、その選挙民と世論に対して自らの活動の実効性を示す必要がある政治家だけでなく、理論家、大学教授、政策上の助言者にとっても、現代の刑法に関わる根本的な諸問題へと変化した。体系的な精確さを伴いながら、専ら頑迷に古典的な諸原理の適用を通じて、刑法上の答責性の客観的及び主観的な諸前提を確定する解釈学では、刑法の適用の根底にあるべきとされる刑事政策的な諸目的との関係で適切なものにはおよそなり得ない。同解釈学は、刑法を社会生活の形成及び、技術の進歩と経済的な発展と共に生じている社会全体の諸問題の解決のための重要な手段として用いたいプラグマティックな刑事政策に関して言えば、非生産的なものでしかありえない。

しかし、刑法は「刑事政策の超えることのできない柵である」というリストの有名な言葉に対応した刑法の純粹に解釈学的な方向づけとは対照的に、時代の推移に合致する形で、刑法上の解釈学、その諸概念、その体系構成を新たな刑事政策上の必然性に適合させようとする潮流がすぐに展開されていった。そこで、因果性の概念を漸次的に客観的な帰属によってまずは補充し、そ

して後には置き換えることが行われるようになったし、作為と不作為の差異は、該当者が行動したかしなかったかではなく、その者の管轄の領域に属する特別な義務に客観的な帰属を依拠させる規範的な構成に有利なようには完全には解消されないとしても、どんどん不明確にされていった。故意概念については、結果に対する意思的な関係性が放棄されてしまい、それを通じて過失の成立には不利な形で適用領域が大幅に拡大されることにより、行為の危険性の純粋な認識へと削減された。伝統的な法益概念は、まず第一に個別の人格の発展と自己実現に関係づけられて、(生命、自由、財産のような)実質的な内容を備えたものであったが、例えば、環境、金融システムの均衡性、社会経済的な秩序、領土の取りきめのような社会的な機能のまとまり、或いは規定可能な実質的な連関を欠いた社会的又は普遍的な種類の不明確なコンセプトに置き換えられた。侵害犯或いは具体的危険犯に対しては、抽象的危険犯のモデルが展開され、これがますます多くの領域で認められるようになった。更に、違法性の実質的な内容である規範に対する不服従や起訴法定主義並びに法律の留保は、スイスチーズのように、下位のランクにある行政上の諸規定への参照がなされている新たな種々の刑法規範を通じて穴だらけにされており、「白地刑罰法規」として知られる方策に置き換えられてしまった。この方策は、経済、環境、労働、建築、健康、食料に関わる刑法の分野において新たな構成要件を分類する際の一般的な形式として展開されている。過去20年から30年の間における技術的及び経済的に広範囲にわたって発展した多くの国々での刑法規範に目を向けると、上記の新たな方策が頻繁に散見され得ることが明白となる。刑法解釈学の一部について言えば、基本的なコンセプトを新たな刑事政策上の必然性に、このように適合させることは、刑法の機能主義的アプローチの不可避の帰結である。同アプローチからすると、刑法は、世界的な社会システムのグローバルな統一の枠内での帰属のサブシステム以上のものではなく、その均衡性に原状回復的に寄与し、刑法規範に違反した者の処罰を通じて、法律に忠実なその他の市民の信頼を強化すべきことになる。

これらの新たな傾向についてどのような見解が唱えられるのかとは関係なく、疑いなく当該の傾向は、(現行の刑法規範を出発点とする、刑法上の答責性の帰属の体系として理解される)刑法解釈学と刑事政策(刑法を通じた、一定の社会的な諸作用の達成である)の関係に関して常に激しくなされていた議論を更に促進させたのである。今日においては、フォン・リストの念頭に浮かんでいたような「全刑法学」という包括的なコンセプトに専ら困難な形でのみ還元され得る厄介な関係性が問題となっていることが意識されているにも関わらず、もはや誰も、或いはほぼ何人も、国家の刑罰権力の具体化である双方の形態の間を支配する必然的な関係性を疑問視していない。過去数年の間になされてきた議論は、法治国家の憲法的な諸原則によって前置された枠内で行われ、国内的或いは国際的に承認された人権に対して疑念を抱くものではなかったが、他方で、いわゆる「現代的な」刑法(このような新たな現象を特徴づけるために、ヴィンフリート・ハッセマーによって考案された巧みな表現である)の新たな方向性に鑑みた、解釈学の任務に関する論争は、純粋に学問的或いは理論的なものに留まっている。

何故かと言うと、刑法解釈学における機能主義的な方向性の最も確信的で重要な主張者であるギュンター・ヤコブスが、「世紀の転換を前にしたドイツ刑法学」というテーマで1999年の10月初

頭にベルリンで開催された学会での講演において、明確に断固とした口調で、もしかするとある程度は挑発的なものだったのかもしれないが、次のように述べたからである。つまり、今日の社会では、多かれ少なかれフレキシブルな或いは機能主義的なコンセプトに組み込まれて、その唯一の任務が刑罰のサンクションを通じて犯罪行為者によって侵害された規範の効力と法に対する市民の信頼（規範的な安全性）を回復させる点にある刑法の他に、更に別の刑法がなければならないことを認識し、是認する必要があると主張したのである。すなわち、それは「対敵刑法（Feindstrafrecht）」であり、この対敵刑法を用いて、国家は、重大な態様で繰り返し、社会を規定する根本的な規範に反抗して、当該の社会に対して脅威となる一定の主体に対して、はるかに戦闘的な方法で対応しなければならないとしたのである。そして、このことはもはや規範的な安全性や規範的な信頼ではなく、「認知的な安全性」を回復するために行われるのである。

ヤコブスによれば、この「対敵刑法」の枠内で、国家は、敵を効果的に殲滅するために、均衡性を欠いた過酷な刑罰による介入を行うのであり、それ自体では無害の行為、或いは法益に対して脅威又は危険となることからはるかに離れた行為を可罰的であると宣言し、そして—最も重大な場合には—刑事訴訟において被疑者に認められる一定の保障や権利を除去するか、最小限にまで削減させるのである。

上のようなテーゼが、刑事政策のアクチュアルな傾向に対応しているのは確かである。2001年9月11日のニューヨークで起こったテロ事件以降、多くの国々では、とりわけテロリズム、組織犯罪、薬物取引等との戦いの領域において、対敵刑法に関するヤコブスのテーゼを文字通り反映させた例外的な法律或いは刑法の改正法が施行された。

私見によれば、これらの諸改正や刑事政策的な諸傾向に対して、無関心のままでいることは不可能であるし、その存在に慣れる必要がある何か不可避の出来事として見なすことへと自らを制限することもできない。むしろ、この点につき明確な立場をとり、その種の構成は、国内的及び国際的な共同生活を本質的に形成する基本的な諸原理や諸権利とは両立し得ないことを示さなければならない。これは、私から見ると、純粹に機能主義的に体系的なアプローチからしても、基本的なものとして承認された、憲法及び人権に関する普遍的な宣言での諸権利や諸原理によって構築されている、より一般的でグローバルな法システムと刑罰的なサブシステムの内的な連関に関わる問いとなる。このようなシステムについて、例外を許容する場合、それから生じる全ての帰結と共に、当然の結論として、全体システムの破綻を認めなければならなくなる。確かに、国内的或いは国際的なテロリズムと戦うために多くの国々の政治家が用いようとしている「対敵刑法」の存在を誰も否定しないであろう。しかし、議論し続けるべきことは、それが法治国家原理及び根本的な諸権利の承認や尊重と調和し得るか否かである。まさに今こそ、国際的な共同体において最も代表的な者達と最も権力を有する者達の分裂的な関係が、満足できる方法で、根本的な諸権利及び法治国家の諸原則のために解消されなければならない。特に、このような分裂的な関係が、いくつかの国家によって後者の諸原則の違反が繰り返えされたことから生じているとしたらなおさらである。

以上により、我々は刑法における現在進行中の出来事に到達したことになる。上で述べたこと

によれば、刑法解釈学が、その周辺領域を参照し、この領域から向けられてくる期待をテーマ化する限りでは、刑事政策と緊密な関係にあり、時代の様々な挑戦に対して回答しなければならない点是否定できない。問題であるのは、単に刑法解釈学が刑事政策的な諸目的も共に考慮して、このような刑事政策上の諸目的に適合しなければならないということではない。どのような刑事政策について語るのかが重要なのである。

刑事政策が、例えば、対敵刑法論が提案するように、刑法の拡大、機能化そして強化への、罪刑法定主義の緩和への、被告人の刑事手続法上の保障の削減への傾向を示す場合、刑法解釈学は、刑事訴追のための解釈学、つまりは、刑事訴追を効果的に行うための単なる技術的な補助手段になってしまう危険にさらされる。

しかし、刑事政策が、正義及び法的安定性という憲法上の諸原則との調和の下、合理的で民主主義的な目的を追求する場合には、もはや刑法ではなく、憲法及び国際的に承認された人権に係る基本権が、「刑事政策の超えることのできない柵」となる。

私見によれば、刑法解釈学は、刑罰を限定する学問としても理解され得るし、そのように理解されなければならない。このように理解することにより、刑法解釈学は、国家の粗野な刑罰権力に限界を設定し、その目的適合性に効力を付与し、そして、刑事政策上の諸目的を包含するというリベラルな役割を果たせるようになる。

刑法解釈学と刑事政策は、私からすれば、刑法学の部門として矛盾した関係にあるわけではなく、同一の目的を追求する必要がある際の異なるパースペクティブである。つまり、あらゆる種類の犯罪に対して戦うときに刑法の目的適合性に効力を付与し、その際に同時に基本権としての根本的な人権を尊重するという目的である。

それぞれの領域及び定義づけ力 (Definitions-macht) が、現実においては、常に正確には区別できず、相互の間での不当な干渉が多くあることが否定され得ないのも明白である。刑法解釈学と刑事政策の抽象的な分離は、今日のアクチュアルな刑法学においてはもはや不可能である。しかし、刑法解釈学も刑事政策も含まれることになる普遍的な全刑法学の任務として、今日我々が追求しなければならない事柄からすれば、市民であろうと、敵であろうと、人間的な存在を粗野な権力の被害者にしないような刑法が展開されるべきなのである。