

《翻 訳》

ローター・クーレン「刑法の未来」

Lothar Kuhlen, *Die Zukunft des Strafrechts*

神 例 康 博 (訳)

「未来を知っていると称する者は、
たとえ彼が偶然真実を述べていると
しても、偽りを述べている。」

(アラビア語の諺)

1. 新たな世紀そして新たなミレニアムの始まりを間近に迎えていることは、「刑法の未来 (Zukunft des Strafrechts)」という問題を、長期的に、つまり、少なくとも、次の100年に関係づけて理解することを強く示唆する。残念ながら、私は、そのように理解される問いに対して、後ろめたさを感じることなく意見を述べるに必要な、予言者としての才能を持ち合わせてない。それゆえ、私は、この問題を扱うことに、良心の咎めを感じている。

2. 刑法には未来がある、というテーゼは、少なくとも、あまり大胆とはいえないテーゼである⁽¹⁾。進化論 (Evolutionstheorie) においては、報復 (Vergeltung) という戦略、すなわち、規範侵害に対して徹底して制裁で臨むことは、長期的には最も効果のあるものと見なされる⁽²⁾。このような効果は、(当然のことながら) 報復それ自体によってではなく、徹底した報復が悪だくみを魅力のないものとし、それにより、報復が公平な協調関係

⁽¹⁾ Claus Roxin, Hat das Strafrecht eine Zukunft? In: Karl Heinz Gössel / Otto Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S.135ff.

⁽²⁾ タカ派, ハト派, 裏切り者 (Angebern) と比べた報復派 (Vergelter) の行動類型について、例えば、Richard Dawkins, Das egoistische Gen, 2.Aufl. Heidelberg / Berlin / Oxford 1994, S.121ff. この点に関し、さらに、応報原理の社会的機能に関する他の理論について、Angela Kalous, Positive Generalprävention durch Vergeltung, Regensburg 2000, S.210ff.

(Kooperation) を保護することによってもたらされるのである⁽³⁾。つまり、長い目で見れば、国家的に保護された規範が、社会における無視できない行為調整 (Handlungskoordination) の手段となるのである。このような規範の保護は、さらに、規範違反者に対する知覚可能な諸制裁をも必要とするようになる (そして、それらは、規範違反の「シンボリックな」あるいは「表出的な (expressiv)」特徴付けと批判とはとどまり得ない)。

当然のことながら、そのような諸制裁は、重要な不利益とも結びつく。われわれは、これまで、行為者を (「烙印付け」も含めて) 批判することによってしか、規範違反行為を不同意とする方法を知らなかった。刑法的な不同意は、さらに、当事者の実質的負担と結びついており、その負担は、とりわけ自由刑の場合には、社会からの離脱 (entsozialisierend) として、それゆえ非生産的 (kontra produktiv) に作用しうる。さらに、国の刑事司法や行刑に係る莫大な費用も、負担に数えられる。

3. 刑法による規範確証の利益と不利益とに関する、このような非常に大ざっぱで不完全なスケッチから分かることは、(社会ないし刑罰) 理論的な考察は非常に広範な枠組みを設定しうるにすぎず、その具体的な充足は、文化的に条件付けられ、刑事政策的決定に依存するということである。刑法がどのようにして個別に発展していくのかを、社会科学の諸理論から演繹することはできない。例えば、自由刑は、(長期のヨーロッパのトレンドに対応するように) これ以上抑制されるであろうか、それとも、(90年代のアメリカにおいてそうであったように) 自由刑は重要性を増すのだろうか⁽⁴⁾。(ドイツのトレンドに対応するように) 国家刑罰のステイグマ付けという性格は、これ以上弱められるであろうか。それとも、(再び、アメリカの場合がそうである

⁽³⁾ Robert Axelrod, Die Evolution der Kooperation, 4. Aufl. München 1997.

⁽⁴⁾ この点につき, Sebastian Scheerer, Zwei Thesen zur Zukunft des Gefängnisses - und acht über die Zukunft der sozialen Kontrolle, in: Trutz von Trotha (Hrsg.), Festschrift für Fritz Sack, Baden-Baden 1996, S.321ff.; Hans-Jörg Albrecht, Anmerkungen zu Entwicklungen in der Kriminalpolitik, in: Wolfgang Feuerhelm / Hans-Dieter Schwind / Michael Bock (hrsg.), Festschrift für Alexander Böhm, Berlin / New York 1999, S.765 (767ff.) を参照。

が)ますます強調されるであろうか⁽⁵⁾。

このような予測を伴う問いに対して、社会科学的な丁寧さを求めることによって答えることはできない。付言するなら、社会科学の諸理論は、何が理性的でそれゆえ望ましい刑法の展開なのかという問いに対しても、なおこれ以上の助力はしないのである⁽⁶⁾。たしかに、「ラベリング・アプローチ (labeling approach)」の支持者は、例えば、自由刑の望ましい展開と刑事制裁のスティグマ効果に関する問いに対して、経済学的行動モデルに依拠した「合理的選択アプローチ (rational choice approach)」の主張者とは別の解答を行うだろう。しかし、いずれの「アプローチ」も、多くの問題が未解決のままである。とりわけ、いずれのアプローチにおいても社会科学的に回答不能な基本問題は(その認識様態的〔epistemisch〕状態は、信仰上の確信、個人的な生活経験および理論的反映のなかのどこかに位置づけられるのであるが)、どちらの社会科学的な「アプローチ」に従うか、ということである。

4. それゆえ、社会科学的な演繹が問題とならないとすれば、予測の方法として残されるのは、これまでの刑法の展開をもとに今後の傾向を予測する外挿法 (Extrapolation) である。その際に単なる偶然性に騙されるということは、観察可能な展開を一般化するとともに、長期的かつ将来的にも生じ、かつ、外挿法がその解決に寄与するような一定の諸問題に外挿法を適用することを通して、最も容易に回避しうる。もっとも、たとえそうするとしても、ヨーロッパあるいはアメリカ⁽⁷⁾における現在の刑法の展開のいずれを帰納的な出発点に選ぶかに応じて、おそらく、まさに様々な予測がなされるだろう。

ヨーロッパ刑法の比較的新たな展開に対するアメリカの影響は大きく、個

⁽⁵⁾この点につき、*Hans-Jörg Albrecht* (Fn.4), S.770.

⁽⁶⁾このことは、一般予防による刑法の正当化理論についてそうであるように、社会科学の諸理論について仮に規範的な刑罰理論の領域においてその意義を見出すとしても同様である。これについて、*Lothar Kuhlen*, Anmerkungen zur positiven Generalprävention, in *Bernd Schünemann / Andrew von Hirsch / Nils Jareborg* (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg 1998, S.55ff. を参照。

⁽⁷⁾この点につき、*Hans-Jörg Albrecht* (Fn. 4) のほか、*Hans Joachim Schneider*, *Kriminalpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Berlin / New York 1998. も参照。

別に評価する必要がある。もっとも、かなり前からアメリカにおける特徴とされてきたことであるが、死刑や度を越した自由刑の賦科、および、ステイグマを強調する諸制裁によって刑法の抑圧的なモーメントが強調されるということは、少なくとも西欧および中欧においては、近いうちにはないであろう。ヨーロッパの刑法研究者は、例えば野球の「スリーストライク、バッターアウト (three strikes and you are out)」のルールは刑法には合わないこと、それに基づいた長期の自由刑はたとえば取るに足らない財産犯には苛酷すぎるということを、十分に自覚しているはずである。別の表現をすれば、ヨーロッパの刑法の展開が事実に基づいた私の確信に合致するのみならず、私が望ましいと考えるものにも合致するのは、ヨーロッパにおける次の10年の刑法の発展はヨーロッパにおいて過去10年に刑法が刻印したトレンドを継承する、という前提で考えた場合である。

5. もちろん、それと同時に、経験的 (empirisch) にも、規範的 (normativ) にも、得られるものはほとんどない。というのも、ヨーロッパの、否、それどころか、ドイツの刑法の展開^⑧に限ってみても、まったく見通しはきかないからである。ドイツ刑法は、これまでの多くの自由主義刑法の諸原則を侵害しつつ展開しているものの、近い将来、ある一定の他の刑法のコンセプトに還元されることもない。したがって、その展開を理解したり評価したりすることは困難である。

私にできうることは、多くの興味深い個別現象から、ほんのわずかのことを選び出し、それをもとに、いくつかの刑法の展開について、ごく大まかなスケッチをするということにすぎない^⑨。刑法上の多くの重要な展開は、以下のように言うことができる。すなわち、(他の国家の機能と同様) 刑法的手当て (Strafrechtspflege) についてもコストプレッシャー (Kostendruck)

^⑧ 私自身が評価可能なのは、ドイツの刑法の展開に限られる。なお、例えばオーストリアにおける酷似した展開について、Manfred Burgstaller, Entwicklung des Strafrechts in Österreich seit 1975, in: Karl Heinz Gössel / Otto Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S.3ff. を参照。

^⑨ 比較的具体的で、かつ、一貫して納得のいくと思われる推測は、以下の文献に見られる。Claus Roxin, Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert,

がますます高まっているにもかかわらず、その一方で、刑法による社会的コントロールへの期待は、さらに増すとともに、ますます多様化している、と⁽¹⁰⁾。

コントロールの必要性の高まりは、一方では、中核刑法 (Kernstrafrecht) の領域において、とりわけ、日常的犯罪 (Alltagskriminalität) の領域 (取るに足らない財産犯, 身体傷害, 名誉毀損, 器物損壊, 強要など) においてみられる。コントロールの必要性は、(都市化, 個人化 [Individualisierung], アノミー化, 伝統的な結び付きの衰えなどに基づく) インフォーマルな社会統制の広範な弱体化を背景として、将来的に、どちらかといえば、高くなるであろう⁽¹¹⁾。このような諸問題の現在における、そしておそらく将来においても同様であろう解決策は⁽¹²⁾、実体法的に可罰性は維持しつつも、手続 (とりわけディバージョンの異なった形態を通して) や法的効果については、より低コストに、そして、よりフレキシブルに構成する、ということである。このことは、今後も低くとどまる制裁水準と結びつくであろうし⁽¹³⁾ (すでに今日、民法上義務づけられた損害回復は「制裁」とみなされ、さらに、捜査手続の遂行も「制裁」とみなされている。), 刑法の規定性 (Bestimmtheit) はさらに弱まることになろう。このようなオプションの限界は、今のところなお応報のマイルドな形態として理解可能な制裁法から「有言不実行刑法 (Angeberstrafrecht)」へと歩みをすすめ、その (実体法上の) 制裁予告が

in: *Emil W. Plywaczewski* (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok 1998, S.433ff; ders., *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, in: *Albin Eser / Winfried Hassemer / Björn Burkhardt*, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München 2000, S.369ff.

⁽¹⁰⁾ コストプレッシャーは、一方では莫大な政府財政支出比率 (Staatsquote) により、他方では進行する思考と判断の経済化 (Ökonomisierung) により促進される。

⁽¹¹⁾ 広範に知られ、また納得のいくように思われるこのような仮説は、当然のことながら、社会科学的にはまったく証明されていない。

⁽¹²⁾ 例えば地域的犯罪予防 (kommunale Kriminalprävention) の領域において見られる、フォーマルな社会統制とインフォーマルな社会統制との新たな組み合わせの他に。

⁽¹³⁾ 同様に、*Claus Roxin*, *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert* (Fn. 9), S.454ff.

もはや信用できなくなるという場合に存する。

コントロールの必要性の高まりは、さらに、いわゆる現代刑法 (moderne Strafrecht) の領域、すなわち、例えば、経済刑法、環境刑法、および同様の素材においてみられる⁽¹⁴⁾。ここでは、中核刑法の領域におけると同様、法的効果と手続とのフレキシブル化がみられ、そして、期待される。さらに、不明確かつ広範なものとならざるを得ない構成要件形式 (白地法規、非常に不明確な法概念、抽象的危険犯)、組織体に特殊関係的な帰属の形態 (組織体それ自体の可罰性をも含む)、経済的に特に知覚可能な諸制裁 (没収、資産刑)、この領域でしばしば費用のかかる手続を目の当たりにした訴訟当事者間の手続打ち切り要求、といったものが加わる。これらはすべて、従来以上に強く法化 (verrechtlichen) され、それが再び後戻りすることはまずないであろう⁽¹⁵⁾。

第3の領域として考え得るのは、目的あるいは組織形態ゆえに特に危険と評価される一定の犯罪および犯罪者の対策である⁽¹⁶⁾。テロ対策および組織犯罪対策のために作られた刑法は、実体法上及び手続法上、多くの特殊性を示している。この領域では、国家の強い介入権限が顕著であり、抑圧的で警察的な目標設定はますますはやけ⁽¹⁷⁾、制裁は比較的強く、行為原理は行為者関係的視点により相対化される。そのような「敵対刑法 (Feindstrafrecht)」あるいは「対策刑法 (Kampfstrafrecht)」が今後どこまで拡張するかは不確

⁽¹⁴⁾ 詳しくは、Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378.

⁽¹⁵⁾ Lothar Kuhlen, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, in: Albin Eser / Winfried Hassemer / Björn Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S.57ff. を参照。

⁽¹⁶⁾ この点について、Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Albin Eser / Winfried Hassemer / Björn Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, S.47ff. における、彼のいうところの敵対刑法 (Feindstrafrecht) に関する考察を参照。

⁽¹⁷⁾ この点につき、特に、Kalus Marxen, Organisierte Kriminalität und die Organisation der staatlichen Strafverfolgung, in: Hans-Dieter Schwind / Edwin Kube /

かであるが、少なくとも、それらが今後も存在することは明らかであろう。そのなかでも、現在の薬物刑法が今後もさらに維持されるべきかどうかは、(すでに経済的観点からも) きわめて問題があると思われる。

【訳者あとがき】

本稿は、フランクフルト大学 Ulfrid Neumann 教授, Cornelius Prittwitz 教授の編になる『Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts』(2005年刊)に収められた、マンハイム大学 Lothar Kuhlen 教授の論考「Die Zukunft des Strafrechts」を訳出したものである。本書は、2000年4月にイタリア・トレドで開催された同名のシンポジウムにおけるドイツ語報告原稿を収めたものである。

本稿は、あるべき刑法の未来を論じようとするものではなく、新たな世紀を前に、それまでの刑法の展開、現在における刑法を取り巻く状況をふまえ、刑法の未来を科学的に(wissenschaftlich)描こうとするものである。もっとも、そのような試みは、著者も指摘するように、方法論的に多くの困難を抱えることにもなる。

刑事立法の時代を迎え、わが国でも新たな処罰規定が次々と創設されるとともに、既存の犯罪についても重罰化が相次いでなされている(この点について、法時75巻2号4頁以下の特集「最近の刑事立法の動きとその評価」を参照)。そして、このような「犯罪化と重罰化」の傾向は、今後もしばらく継続すると予想されている(井田「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法時75巻2号4頁。同論文が公刊されてから3年が経つが、「犯罪化と重罰化」はなおも継続中である)。このようななか、時代の要請、社会の要請をそのまま受け入れるのではなく、理論学的視座からこれに対峙するためには、これまでの刑法の展開と現代の刑法を取り巻く状況を客観的に認識することが必要であろう。その意味で、本稿は、法科大学院において刑法を学ぶ学生諸氏にとっても有益な論文であると思われる。そこで、クーレン教授の許可を得、訳出することとした次第である。

