

クルト・ゼールマン

刑法における法と倫理

Kurt Seelmann, *Recht und Ethik im Strafrecht*

松宮孝明（訳）

刑法は、道徳的カテゴリーに一定の親和性のあることが、古くからその特徴とされている。たとえば、「責任」は帰属条件の一つであると同時に刑罰の量に影響を与え、そして刑罰は、これまた他の法効果とは異なり、一般的に「社会倫理的な非難」であると理解されている。刑法のこうした一般的な道徳親和性については後で扱うこととして、まずは、現代、刑法に対する道徳規範の意味は変化しているのかどうか、刑法上の諸規範の内容に関して道徳化や脱道徳化が認められるのかどうか、問われねばならない。そのためには、さしあたり、刑法における処罰化（Pönalisierung）や非処罰化（Empönalisierung）について簡単に概観することが有益である。かくして、いかなる生活領域が刑法によってあらたに把握されるのか、反対に、

いかなる領域が可罰的な領域から除外されるのか、問われねばならない（Ⅰ）。つきに、そのようにして診断された展開が、伝統的な法と道徳の区別を背景に、これらの変化がそれぞれ刑法の道徳化現象あるいは脱道徳化現象として理解されるのかどうかという点について、観察されなければならない（Ⅱ）。もっとも、それによって、今日の展開に対するその伝統的な区別の説明内容は限界のあるものであることが明らかとなり、その結果、その変化についてのあらたな解釈モデルへ目を向けることが必要となる（Ⅲ）。最後に、冒頭ですでに言及した刑法の伝統的な道徳親和性が、変化のプロセスの原動力についての考察の中に組み込まなければならない（Ⅳ）。

I・処罰化と非処罰化

刑法における最近の展開が処罰化であるのか非処罰化であるのかについてその展開を考察すれば、少なくとも大陸ヨーロッパの法秩序においては相当程度の合意に達することになる。近年の経験的所見によれば、たとえば以下のような様相が見えてくる。

1・処罰化

ここ数年は、とりわけ以下のような行為態様が処罰化された。

(a) 犯罪行為の実行を目的とする結社の形成や、そのような犯罪行為を行なう組織への参加に関係する、あらたな犯罪構成要件や追加された犯罪構成要件が存在する。このことは、とりわけ以下のような構成要件において特徴的である。すなわち、具体的な犯罪行為の共謀 (Verabbarung) や実行さえも度外視しているもの、つまり、結果として共犯として処罰可能な状態に至る以前の領域での処罰化をもたらす構成要件である。その際、問題となりうるのは、直接的に「犯罪組織」の形成を内容とする犯罪行為ばかりでなく、広く従来の可罰領域の前段階で組織的な犯罪の構成に対して意味を持つ個々の予備行為に属

する犯罪行為も問題となりうる。後者は、たとえば「資金洗浄」が処罰されたり、あるいは、従来から存在した贈賄の構成要件の拡大によって腐敗 (Korruption) が把握される場合である。

(b) さらに、生殖医学の急速な発展に伴う一定の取り扱いの処罰化が目立っている。多くの国家において早期の胎児——受精後一四日間——の一定の取り扱い、たとえばそのような胎児を伴う実験や着床前診断、さらには生殖系細胞療法 (Keimbahntherapie) やクローンは、新たに処罰化された。胚子保護に関する従来の規定は、受精一四日後から出産までの期間に限られていた。

(c) さらに、国際的に、臓器移植に伴う一定の行為態様の処罰化が見られる。死体から臓器を移植する際、その移植が故人の存命中の意思や故人の近親者の意思に反して行われる場合、処罰を拡張する刑罰規範が存在する。ここでは、生体からの寄贈、たとえば、生体腎移植の場合も、しばしば臓器の営利的な利用が処罰されており、それによって、以前は多くの国家においてまったくあるいは明確には刑罰を科されていなかった行為が、新たに刑法に取り込まれた。

(d) さらに、水、土地、空気のような環境メディアの侵害が

ますます刑法で把握されている。しかも、各々の態度が人間の生命や健康に対する具体的な危険を生み出したかどうかとは無関係にある。要するに、ここでも、以前は刑法上重要ではないか、あるいはそのような範囲では問題でなかった行為が処罰されているのである。

このリストはたしかに完全ではない。たとえば動物保護の場面でも、また最近では性刑法の一部においても、あるいは、人種差別や人種差別主義の疑いのある発言の把握に際しても、処罰のサンプルは存在する。しかしここでは完全性ではなく、一定の展開の類型性を問題とするので、われわれの検討の目的にはここで言及した例で十分であろう。

2・非処罰化

処罰化についての列挙した諸事例から、刑法の問題解決能力への信頼が一般的に増加したという性急な結論を導くことはできない。近年、以前は刑法で把握されていた行為が非処罰化された例も存在する。

(a) 非処罰化は、妊娠中絶の領域において、世界的に実施されているか、少なくとも要請されている。そこでは、非常に幅

の広い適応的解決や期間的解決が大勢を占めている。要するに、正当な妊娠中絶の理由が拡大されており、例えば、社会的な逼迫状況が中絶根拠として認められているのである。さらに、いくつかの法秩序がとりわけ妊娠初期(二週まで)において妊婦に胎児の懐胎に関する決定を委ねており、せいぜい、あらかじめカウンセリングを受けるよう要求しているにすぎない。

(b) 安楽死(臨死介助 *Sterbhilfe*)の領域においても、非処罰化は拡大している。いわゆる消極的安楽死の領域においては、今日一般に、延命措置の中断は患者の表明された明らかなき意思がなくとも、一定の状況においては患者の「推定的な意思」だけでもすでに適法とされる点でコンセンサスが存在している。他方で、今日ではますます、直接的積極的安楽死——もつともここでは患者の表明された意思が結び付けられている——さえも、二三の国においては非処罰であると宣言されている。その他の国家では、直接的積極的安楽死の無罪は学説において要求されているか、あるいはその可罰性を承認する場合であっても、結局は、その可罰性に一貫性のないことが問題とされている。

3・制裁理解におけるパラダイム転換

処罰化と非処罰化の領域における発展に関して述べられる際に、この発展が正当に理解されようとするならば、制裁領域における変化も存在していることを見逃してはならない。刑事制裁が違ったものになれば、処罰は以前とは異なったものを意味することになる。処罰化と非処罰化は、その意義を、変化した制裁からもまた獲得するのである。特定の態度を明文で可罰的なものの領域から排除するという非処罰化と並んで、次のような場合には、もうひとつの意味における非処罰化もまたそれとともに存在する。その場合とは、対応する行為は確かに可罰的なままではあるが、しかしもはや伝統的な刑事制裁を生じさせないという場合である。このことはとりわけ、次に挙げる分野において意義をもつ。

(a) 損害回復と加害者・被害者の和解

欧米の法秩序において、民法に類似した要素を刑法に組み込み、そして私的刑法の一種となるような形で、国家に向けて行われる制裁を伴う公刑法から脱却しようとする試みが存在する。「損害回復」ないしは「加害者・被害者の和解」というキーワードの下に、いくつかの法秩序において既に今日、それが可能である限りにおいて、被害者に対して損害回復を達成し、ないしは被害者との精神的な和解にまでたどり着くことにより、

国家による刑罰を排除するという可能性がもたらされている。その場合には国家は、たいてい軽微な犯罪および中程度の犯罪の領域に限定された事件においては、制御機能とバックアップ機能のみを果たすことになる。精神的な和解の場合にも、そのような発展の中には民法への実質的な接近は存在しないが、伝統的な意味における刑法上の反作用の領域は、制裁的意味を後退させるのである。

(b) 団体の可罰性

団体および企業ならびに自然人ではないものの可罰性は、ますます多くの国において現実のものとなっている。大陸法圏においては、ここ二百年、刑法にはそのような団体責任は存在しなかった。一見すると、そのような発展はどちらかといえば処罰化に位置づけようと試みられるものである。もっともよく見ると、それは結果的には非処罰化といわねばならないことが明らかになる。刑事制裁は、それが団体や企業に対しても用いられる場合、根本的に刑罰としての意味を変えてしまう。刑罰に通常結び付いている社会的・倫理的困難という性格は、純粋な法人の責任および刑法上の負責について述べられる場合には、消滅し、ないしは減少するのである。しかもその上、この

変化は個人刑法へと遡及することが予想されるものである。すなわち、処罰のための要件としての責任がもはや個人的に罪を犯した人間を前提としていない場合には、この者に対する当該非難は、即物的で、価値中立的でかつ民法に類似した負責に近づくことになるのである。

II・伝統的な法と

倫理の区別の背景から見た展開

前述の展開傾向を伝統的な法と倫理の区別に照らして考察すると、それは奇妙な二義的狀態にあることがわかる。

1・行為の処罰と内心の処罰

集団内部の、外部の法領域にはなお関係しない出来事もまた処罰化する方向への発展は、共犯行為の前段階にまで処罰を拡張するものである。外部的なものとの対比は伝統的な法と倫理の区別の一要素である。それによれば、外部的な行為のみが法の対象となりうるものである。なぜならばその外部的行為に対してのみ、法的手段として強制がなしうるからである。内心事情は、処世訓の形成、およびそれに伴う道徳性に関係する。この区別は伝統的に、複数の個人からなる

「社会システム」の外側で個人への侵害ないしは危殆化が問題となる場合に、個人の外部的限界にだけでなく、この「社会システム」の外部的限界にもまた関係している。犯罪に関する具体的な共謀(Verabredung)の処罰化はそれ故に、長い間、唯一の——そしてそれゆえ慎重に扱われる——例外のままであった。それを乗り越える場合には、より厳しい程度に内心事情が把握される、そしてこの意味において、この処罰化は倫理化なのである。

2・自分自身に対する義務

生殖医療および臓器移植の領域における処罰化では、その保護法益が問われるのだが、しばしば、個人への侵害の阻止は全く問題とならない。既に一般に、学説では、受精後一四日までの人間の組織に、神学における伝統の意味において、既に個人を形成するだけの力を持っているのかどうか、という問題が提起されている。とりわけ、いわゆる「余剰胚」の場合、すなわち何らかの理由から、ある婦人から取り出し、そして体外で受精したこの婦人の卵子がもはや全く体内に戻されえない場合において、それを用いた実験を刑罰で禁止する場合、保護法益として喧伝された人間の尊厳はここにおいて、なお個人の尊厳で

あるのか、むしろ人間という種（類）の尊厳ではないのか、という問題が提起されているのである。類似の問題は、死者からの臓器摘出の場合にも提起されている。そこでは、保護されるべき個人はもはや存在せず、死後も残存する人格権という構成も、なお生きている者の人間像に対する隠喩でしかないのである。生きている者の手による臓器提供での商業化の禁止もまた、関係者が合意した場合には、個人ではなく、人間の身体組織を正当に取り扱うという我々のイメージを保護するものである。ここでは処罰化は、（カントの意味における）自分自身に対する義務、より詳しくは、自分自身の人格における人間性の尊重義務の侵害に対する刑事責任の追及である。そのような義務はカント的倫理の伝統においては、純粹に倫理的な義務に属するのであって、法化されることの許されないものである。したがってその限りにおいても、法の倫理化が存在するといえよう。環境刑法におけるように、自然をそれ自体として刑法で保護することが必要とされる場合には、これはもはや伝統的な法理解に合致するものではなくて、動物保護のカント的な理由づけと比較するなら、再び自分自身に対する義務の、したがって倫理的な義務の帰結なのである。

3・個別化対連帯化

法の脱道徳化への方向へという正反対の傾向が、妊娠中絶や安楽死の許容の増大の場合に、示唆されているように見える。いずれにおいても、非処罰化にとって有利になるように、個人——すなわちその自律性を引き合いに出す妊婦の、ないしはその自らの生命を終わらせようとする者の、主観的な権利が、連帯義務にに対して優越的に扱われているのである。すなわち胎児の保護ないし個人に生命の排他的な処分権を認めないという共同体の利益は、それらに比べて、背後に引き下がらなければならぬのである。

4・制裁の脱ドラマ化

損害回復や行為者と被害者の和解、あるいは団体や法人の処罰の導入によって伝統的な刑事制裁を補充しようとする、よく広まっている傾向は、制裁の領域における脱ドラマ化をもたらしている。犯罪行為を、個人に対する実質的あるいは観念的損害を補償する契機と捉えることは、制裁基準において、道徳的により中性的な民事法の負責基準にそれを近づける。団体的人格あるいは法人に刑法上の責任を負わせる場合、同様のことがいえる。ここでも制裁は、責任に対する反動として理解される

というより、どちらかといえば一定の客観的な損害に対する責任という方向で脱道徳化される。

伝統的な法と道徳の区別に照らして見ると、まるで、刑法を拡張するという現在の試みは道徳への接近を、またこれに対して刑法の拡張を食い止めようとする試みは道徳に対する法のより強固な自立化を内容としているかのように映る。もつともこれは、結論としては、すでにこれまでの考察に基づくなら、あまりに平凡なものに見えるにちがいないであろう。道徳化もしくは脱道徳化について語ることが示唆しているのは、ある場合には後退していることが、別の場合には拡大しているということである。これに対して、どのような道徳化もしくは脱道徳化が行われるのかに関して様々な諸点に目を向けてみると、このような動きはそれぞれ道徳の異なった側面に関係していることがわかる。道徳化は、内部的なものに向けての外部的なものに限界の超過と自分自身に対する義務の刑法による保護の拡大に関連したところで進展している。これに対して脱道徳化は、脱連帯化と、個人的な非難という性格の後退という意味での脱ドラマ化に関わることで進展している。つまり、法と道徳の伝統的な区別という用語においては、その動き方は全く異なるにもかかわらず、ある共通のものがあるのである。それはすなわ

ち、他者に積極的に向きあう、すなわち連帯する義務の意味での道徳的義務は、刑法では全く基盤を獲得していないということである。ほんの数十年前にはまだ、緊急の場合の連帯的救助の義務が刑法上の義務となりうるかということについて、刑法において激しい争いがあつたことを考えると、道徳化のこのような要素の欠如は、一貫して維持されているとみてよいであろう。すでにこのことから、道徳化と脱道徳化の区別は、刑法における現在の展開傾向の理解のためには、その倫理的な複数の次元を理解しようとするなら、あまりにわずかにしか把握できないことがわかるであろう。このような説明手法では、展開傾向の共通点とその複雑さを十分に把握することはできないのである。

Ⅲ 刑法における変化についての より新しい解釈モデル

今日の刑法における変化の傾向を説明するのに伝統的な法と道徳の区別では複雑さが足りないことに鑑みると、より新しい解釈モデルの有用性が検討されるべきである。

1・規範的なキー概念の交代 正義から尊厳へ

ある見解によると、今日法律学の議論では規範的なキー概念の交代が見られるいう。すなわち、「正義」という六〇年代及び七〇年代の最も重要な法理論のテーマが、しだいに「尊厳」に取って代わられているのである。自己尊重の相互的な尊重、すなわち侮辱の防止は、このような見解によると、今日個人的および社会的目標として、社会正義という観念的なものよりも重要と考えられている。実際唖然とすることなのだが、今日、新たな処罰化のために「尊厳」の概念、とりわけ「人間の尊厳」の概念がいかに頻繁に用いられていることが、ここでも、すでに最近の刑法において道徳化と脱道徳化を見て取る場合には、社会的な正義や連帯は目標とはされず、それどころか脱道徳化はまさに連帯という考え方に別れを告げていることが目を引く。

法—道徳図式によれば逆方向の傾向とされるはずの一連の展開傾向は、「尊厳」を新しいキー概念とするこのような見解によれば、同一の解釈モデルによって把握可能となろう。先に見たように、生殖医療の領域における処罰化は、前述のように、少なくとも種としての人間の尊厳の意味での「人間の尊厳」の概念に依拠している。このような現象は、臓器移植立法の領域

において、死者の取り扱いの際や、商業的取引、とりわけまだ生きている者の臓器の取引の問題の際に見られた。しかし、妊娠中絶や安楽死の領域における非処罰化傾向でも、その根拠づけの際に、「人間の尊厳」という概念に出会う。すなわち、望んでいない子供を身こもりつづけることを刑罰の威嚇によって強制することは妊婦の尊厳を傷つけることであるし、自らの死亡する時期や状態を自分で決定し、また耐えがたい痛みの中で無為に生きることなく、あるいは自分の手でどうすることもできるときには他人の手に委ねることが死に行く者の尊厳に適っているというのである。

さらに、処罰化の別の領域でも、我々は「尊厳」という規範的なキー概念に出くわす。第一に、環境保護立法が明示的に「被造物の尊厳」を引き合いに出す場合である。第二に、「尊厳」は明確に掲げられていないが、人間の具体的な侵害ないしは危殆化を超えて自然の保護が刑法の管轄下に置かれる場合である。ここでも、自然には、人間が尊重しなければならぬ固有の尊厳が認められるとする思想がある。組織犯罪、マネーロンダリングや汚職との闘争においてさえ、個人の権利の保護だけが問題ではなく、また国家保護だけが問題なのでもない。明らかにここでも、国家の統制可能な権力独占と自らの

生活設計における広範な方向づけの安定性を伴う、一定類型の自己決定的な生活が挙げられている。これも人格の尊厳と関係している。

2・危険社会とポストモダン

これまで述べた刑法における展開傾向についての別の新しい解釈モデルは、危険社会とポストモダンの概念から出発できるかもしれない。両概念の関係がまさに、一定の説明の価値をもたらす。危険社会は、地球規模であり、統制不可能であるが、それにもかかわらず人間によって惹起される危険が増大しており、同時に、見通しがつかないという感情が生ずるほどに個人では危険を制御することが不可能な社会として理解される。そのような不安感、すなわち方向づけ喪失感、いくつかの処罰化の動きの基礎となることがありうる。それは環境に対する危殆化に向けられ、環境破壊の処罰を要請するが、またさらに、組織犯罪とその見通すことはできないが、一見いたるところに存在するように見える脅威にも向けられる。また、自らの世界像や方向づけの安定性に対する危険は、医学の領域における新しい技術の発展をも出発点としている。すなわち、生殖医学あるいは臓器移植は、古い道徳的な規則規準では解決を見出せない

い新しい倫理的問題に人間を直面させている。見通すことのできない危険が、ここでも刑法による安全の要請を誘発しているのである。

見通すことができず、個人とつて統制不可能な危険は、社会参加からのポストモダンの離脱と徹底したプライベートへの引きこもりを導く可能性がある。それゆえ、このようなポストモダンのな再私化(Reprivatisierung)は、危険社会の帰結でもあると称されている。ポストモダンのな再私化は、妊娠中絶や安楽死の際の非処罰化によって、いやそれどころか、刑法全体と「損害回復」や「犯罪者と被害者の和解」における制法の民事法への接近による再私化によって、このような概念の助けを借りて、刑法にとつての異なった結論(処罰化対非処罰化)にもかかわらず、方向づけの安定性を確立するという目的のため、前述の処罰化と同一の傾向に位置づけられる。その場合、処罰化と非処罰化は表面的な相違にすぎないのであって、その狙いにおいては変遷する世界解釈に対する同じ方向での反作用であるといえよう。

3・共同体主義(コミュニタリアズム)

現在の第三の解釈図式として、共同体主義のそれがある。共

団体主義は二つの側面によって他と区別される。すなわち、共同体主義は、共同体主義の視点からは、個人は社会形成 (Vergesellschaftung) の基礎ではなく結果であるということとを顧みないとして個人主義を非難する。しかし、共同体主義は、個人にとつて外在的な機関 (Instanz) が役に立つことすべてを決定するパターナリズムの後見的国家とも区別される。つまり共同体主義者は、一方では、共和的な共同生活の美德を要求し、しかし他方では、より小さな集団の生きたエートスをも全体意思の設計の上位に置いてよいとする。

処罰化における尊厳の意味論 (Würde-Semantik) の再発見は、非処罰化における場合と同様、このような背景からも解釈できる。生殖医学の刑法は、臓器移植の刑法と同様、私的な崇敬の念の相互作用関係を保護しようとしている。それは、個人的な諸権利の保護では十分ではないが、しかし、国家的な目的の考慮に対して私的な生き方を自由に決定できないことに異議を申し立てるのである。

他方、妊娠中絶および安楽死における非処罰化の努力もまた、問題領域を国家の管轄から排除しこれらの問題領域をその時々との関係者の小集団の決定権へ返す試みとして理解できる。まさにこのいずれのテーマにおいても、つまり妊娠中絶と安楽死に

おいても、第一印象に反して、個人主義と自律性の呪文を唱えることが問題でないことは、まさに非処罰化に反対する者たちの論証が示している。妊娠中絶および安楽死の可罰性の拡大は彼らによって、まさにつぎのような論証によって要求されている。すなわち、そうしないと、妊婦、病人あるいは生きる気力をなくした者が、場合によっては利己的動機から妊娠中絶や医者の手による殺害へとせきたてる近親者の圧力の下に置かれるというものである。いくつかの事例において全く現実的と思われるそのような危険は、とりわけつぎのことを明らかにする。すなわち、これらの領域で非処罰化を行うならば、単純に個人に対する決定権の返還ではなく、小集団に対する決定権の返還が、状況を決定づけるであろう、ということである。しかし、まさにこのような返還は、共同体主義者から見れば、推奨すべきことである。

新たな制裁モデルとしての損害回復および刑事和解でさえ、この説明連関と調和する。それらもまた、つぎのような試みとして示される。すなわち、中世中期以来国家によってどんどん奪い取られてきた、耐えがたい規範侵害に反応する管轄を、直接関与者の小集団の紛争解決に返還する試みとしてである。

ここでは、現代的な三つの解釈モデルの間には、なお詳細に

探究されうる関係が存在することを示唆するにとどめよう。このようにして共同体主義は、危険社会およびポストモダン的な再私化の問題の解決策として提示されており、ひょっとすると、尊厳の意味論の栄光(Kantiere)もまた、まさにこの問題解決の試みから理解できるかもしれない。すなわち、社会の大規模な団体における場合と異なり、小集団にとつては、それが機能している限りは、正義というカテゴリーにおける思考は二次的なものであるが、これに対して、尊厳は、具体的な相互承認として、中心点をなしている。——すでにヘーゲル哲学において、相互承認は自己意識の前提条件であり、現代の心理学は、自己のアイデンティティーが小集団による承認に依存していることを、その論証のレベルで確認している。

IV・刑法の伝統的な道德親和性と新たな展開

私は、処罰化、非処罰化そして制裁システムの変更を、これまで実験的に刑法外の解釈モデルに結びつけてきた。それがそのとおりでないとしても、今日の刑法の発展においては、一般的な時代精神を、そのすべての複雑性の中に再認識することができる。しかし私は、刑法と倫理を、これまでの叙述では、どちらかというと外見的に結びつけて刑法規範の内容の道德化お

よび非道德化を検討し、そしてまさに刑法規範のこのような内容が時代精神の思想内容に極めて複雑に依存していることを明らかにした。もつとも、刑法ドグマリーティク的基础における内在的な変化とパラダイム転換は、少なくとも、刑法と倫理の関係に関しては、非常に啓発的といつてよいであろう。それゆえ、最後にこれにも——同じく概観するにとどまるが——簡単に言及する。

1・規範保護と財保護

刑法は、民法と違って、伝統的に規範の保護に奉仕するものであり、せいぜい間接的に財の保護に役立つものである。社会的に耐えがたい態度は、この耐えがたさのシンボリックな描写によって、受忍されないもの、受忍できないものとされる。他の法領域と比べてみても、伝統的な刑法の多くの特殊性はそこから導き出される。それは、個別的な紛争を解決するのではなく、権利主体の相互承認からなる法共同体の感情の保護と方向づけの安定性のために尽力するのである。

このような伝統的な構想は、ここ数年、自明のことではなくなっている。規範保護と財保護を仲介する試みとしての損害回復および刑事和解は、その一例にすぎない。さらに重要と思わ

れるのはつぎのことである。すなわち、かつては刑罰の目的をめぐって正義の回復か威嚇か改善かが論争されることができた。つまり、規範保護という目標表象のせいぜい部分的な側面ではない諸概念を論争の対象としてきたのである。これに対して、規範保護の構想は今日始めてそれにふさわしい自己理解に達した、ということである。しかし、自己理解に達した構想は、もはや自明ではない。というのも、それ自体がいまや他のものと並ぶ一つの可能性として認識されうるからである。

他と並ぶ可能性として認識するということは、これら他の可能性が規範保護の目的よりももっと有益でありえないかどうかを問うことをも意味する。妊娠中絶の刑事訴追は本当に最後の手段（ウルティマ・ラティオ）なのか。——それとも、今日では少なからずそう思われているのだが、可能な限り多くの妊娠中絶を防止するという目的は、他の措置、たとえば社会法上の措置によって、よりよく達成されるのではないか。私的な麻薬の費消を犯罪化することは、麻薬乱用の阻止に役立つのか、それとも外界から遮断されたサブカルチャーの惹起によってそれを促進することになるのか。環境刑法は、実際の環境保護における（政府の）サポーター・ジュの、とりわけ安上がりなアリバイではないか。むしろ環境保護には行政法が用いられるべきでは

ないか。刑法は、いくつかの紛争領域においては、もしかすると反生産的ではないか、等々。この種の考察は、つぎのことを明らかにする。すなわち、それぞれの場合について刑法による規範保護を行うという決定は、相当に十分な根拠づけを要するということである。なぜなら、刑法の背後には、総じて、倫理的な根本問題が隠れているからである。すなわち、どのような条件の下でなら、法的に組織された共同体の側から人間に意図的に害悪を与えることが許されうるのか、という問題である。

2・非難と負責（Haftung）

財の保護は負責（損害賠償の負担）に、したがってそれによって道徳的に中立的だが相当に複雑な管轄基準に媒介されるが、その際、有責性から場所的・事物的管轄を経て社会的な給付能力に至るまでに広がる多様な負責基準を論ずることができ。これに対して、規範の保護は、社会倫理的な非難、つまり道徳的に負わされるはるかに複雑さの少ない帰責戦略を必要とする。刑法における損害回復と団体処罰に賛成する決断は、非難というカテゴリーにも影響せずにはいられず、むしろ必然的に負責というカテゴリーに接近してくる。もちろん、この負責というカテゴリーも、道徳的にまったく無内容というわけでは

ない。というのも、誰が最終的に損害とその帰結を負担すべきかは、社会的正義の問題でもあるからである。しかし、まさに多様な倫理的諸原理を、それ自体として倫理的に基礎づけられるべき混合関係において、有効に活用することが可能となるような負責基準のもつより大きな複雑さのゆえに、同時に、一次的な責任帰属に対するその優位性も明らかになる。

まさに刑法が構造的先祖帰りをやめるその時代に、その保護方向において、それにもかかわらず、ますます尊厳が引き合いに出されるというのは、一見ただけだと矛盾のように見えるかもしれない。しかし、その展開は現代民法からも周知のことである。すなわち、非難中立的で責任(Schuld)に依存しない負責構造、たとえば危険負責と保険義務の組み合わせへと向かえば向かうほど、観念的な損害の埋め合わせにもますます注目されるようになるのである。これはつぎのこの徴候であるかもしれない。すなわち、法主体として、さらには具体的かつ必要な共同体の一員として相互承認することの意味がますます意識されるようになること、しかし同時に、これが回顧的な非難と地位の制限により最もよく保障されるという欺瞞的な希望に対して、人が懐疑的になっていくことの徴候である。

「ゼールマン講演に関する訳者コメント」

本稿は、昨(二〇〇〇)年九月二十九日に本法学部公法研究会で行われた、スイス・バーゼル大学のクルト・ゼールマン教授の講演を翻訳したものである。ゼールマン教授は、昨年九月五日から約一ヶ月間、関西大学の招待で来日され、関西の諸大学で講演をされた。バーゼル大学には、ギンター・シュトラテンヴェルト教授の後任としてハンブルク大学から赴任される現在、ドイツ語圏の中堅の刑法学者としては、最も注目される実力者のひとりである。本稿は、そのゼールマン教授が、欧米諸国における近年の刑事立法の動きを、処罰化と脱処罰化およびそれに伴う刑法の倫理的性格の変化とそれを説明できる新たな解釈図式の提示という問題意識で分析したものである。

ここでは、「犯罪化」(Kriminalisierung)と「非犯罪化」(Entkriminalisierung)という伝統的な分析視角に代わって、「処罰化」(Pönalisierung)と「非処罰化」(Entpönalisierung)という分析視角が用いられている。それは、「損害回復」ないし「被害者との和解」といった従来の刑法になかった法効果が刑法に取り入れられてきていることと団体に対する処罰の肯定ないし拡大といった現象を、いずれも、非難という性格をもった伝統的な刑罰からの離反として捉えるという意味を

持っている。同時に、それは一般刑法にも反作用を及ぼし、刑罰全体の非難的・倫理的品格を中和するという意味で「脱ドラマ化」という分析視角に通じる。その上で、ゼールマンは、組織犯罪や環境犯罪、遺伝子工学などの分野で進んでいる「処罰化」と、妊娠中絶や安楽死の分野で、さらには制裁の「脱ドラマ化」といった形で進行している「非処罰化」という一見相矛盾する傾向を解釈するには、伝統的な法と道徳の区別規程ないし刑法の倫理化といった分析視角では不十分であるとして、「正義」から「尊厳」へ、あるいは「危険社会」とポストモダンにおける「連帯義務」の一貫した低下という分析視角を提示する。それは、「共同体主義」によっても、小さな集団の内部では「正義」よりも自己尊重の相互承認が重視されるということとで説明できるとする。しかし、それは、刑法ないし刑罰から「規範保護」という伝統的な性格を奪い、同時にそれを「財保護」のためのより中性的・民事法的な手段に接近させ、さらには他の財保護手段に置き換えていくものとみなされるのである。

ゼールマンの現代刑法の展開方向に対するこのような見方は、全体としてみれば、刑法の緩やかな消滅という方向を示唆するものといえよう。しかし、そのような見方は楽観的にすぎるとはならないかという疑問もまたありうる。実際、社会レベルでの

「連帯」よりも、より小さな集団内部での「相互承認」ないし「尊厳」のほうが重視される傾向というのは、犯罪者を社会的「敵」とみなしこれと闘争するという刑事立法を助長し、結果的に「社会の敵」を増やして社会解体的に作用するのではないかという危惧は存在する。ボン大学のヤコブスが提示する「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)という分析視角は、そのような悲観的見方の表現である (Vgl. G. Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47-56.)

同時に、我々は、欧米の刑事立法に関するこのような分析視角を日本に適用したらどうなるか、といった問題にも取り組まねばならない。

最後に、本講演の翻訳に際して、本学法学研究科刑事法専攻の院生ないし当時院生であった安達光治、江角弘之、豊田兼彦、平山幹子、野澤充、玄守道の諸氏にご協力をいただき、また本講演の際の質疑応答においては関西大学教授の葛原力三氏に翻訳の労をお取りいただいた。記して謝意を表する。