



## 資料

### ギンター・ヤコブス

#### 現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解

Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart von *Günther Jakobs*. Bonn in: Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (Herg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47-56.

### 松宮孝明

紹介者はしがき

ここに資料として紹介するギンター・ヤコブスの「現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解」と題する報告は、一九九九年一〇月のヘルリンにおける「千年紀転換前のドイツ刑法学——その回顧と展望」と題するシンポジウムで行われたものである。本報告の要旨は、すでに松宮孝明『積極的一般予防論』と刑事立法法の限界」光藤景皎先生古稀祝賀論文集（二〇〇〇年）九六七頁（九八六頁以下）で紹介し、また同趣旨の報告

現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解（松宮）

は、一九九九年一〇月の関西大学での講演会でも行われており、川口浩一＝葛原力三（訳）「Günther Jakobs 現代的要請に直面した刑法学」関西大学法学論集五〇巻一（二〇〇〇年）一九五頁、二〇七頁以下に公刊されている。もっとも、それはいずれも本報告の断片を伝えるものにすぎず、したがって、その全貌を明らかにすることには十分な意義があると感じられたので、ここに、その内容を要約して紹介することにする。ただ、蛇足ながら、事前に本報告の内容について、紹介者なりの注釈を加

一六八一（一一三）

えておく。

ここで展開されているキー概念は「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)である。この分析概念は、日本の伝統的な「治安刑法」という分析概念と多くの点で共通するが、その四つの特徴（処罰範囲の前倒し、罪刑の不均衡、一般犯罪への領域の拡張、手続的権利の制限）のうち、三つ目のものは後者になかったものである。その背景には、「敵味方刑法」を要求する主体の違いがあるように思われる。「敵味方刑法」では、その要求主体は、政党政治と民主主義政治システムを背景にした大衆である。日本の「治安刑法」では、その要求主体は、自分たちが多数派でないことを自覚しかつ恐れている政治的エリートであった。それは少数であるがゆえに、人々の日常生活における安全よりも、「国体」の安定を第一に考えた。ここでは、大衆は「治安刑法」の客体である。これに対して、「敵味方刑法」では、大衆がその要求主体となっている可能性が高い。

加えて、その「大衆」の支える社会の統合能力に対する不安が、大衆および政治家をして、「敵味方刑法」に走らせているようである。犯罪者を「同じ仲間」と見ることができない、なにか得体の知れないものという観念が、不安をいつそう掻き立てる。

それは、ヤコブスによれば、「社会解体的」(sozialdisintegrierend)に作用するが、現時点でそれに対する有効な対案は存在しないとされる。換言すれば、「敵味方刑法」に代わる社会統合的な作用をもつ刑法を再構築する道を模索しない限り、現代社会の未来はないということであろうか。

学としての刑法学は、単にある社会の刑法規範を集めて学問的な基準によって、つまり「何らかの形で」整序するばかりでなく、その時代に対するこれらの規範の必然性と限界とを明らかにし、その意味で刑法と時代を単一の概念にまとめるものである。実学としての刑法学は、二つの異なった社会システムと密接に結びついている。ひとつは法律という形態での法の権威的な確定つまり政治とであり、もうひとつは法と不法の区別つまり法システムそのものである。かようにして、注釈文献の大部分は、いずれにせよ不整合を浄化した実務の論理の蓄積と見ることができ。加えて、刑法学は教育システムとも結びついている。

相互に結びついた学問、政治、法、教育というシステムは、ひとつのカラー映像をなしているものであり、かつそれは、あるひとつの色を多少とも覆い隠し、他の色をそれに反比例して強

調することを可能にする。通常の定義では、この学問は実定法に重きを置き、かつそれを体系化するという任務を負っており、それゆえに法学は実学であるとされるのである。同じように、たとえば刑法学は「刑法のカテゴリー的な諸原理」に関係し、それは「基礎的な法概念」を引き出さなければならず、かつそれも「演繹的に」であって、しかもそれによって「現行法の理論」が法学から締め出されないようにしなければならない。カテゴリー的な諸原理の代わりに、「立法者に先行的に与えられ法学が明確化しなければならない構造」というものを語ることもできる。その際、ナショナルな立法者は、彼の制定法によって、「理解を促進する分析の契機」を与えるだけである。このような刑法学の無目的な部分のほかに、一般化可能な諸判例の転用を通じて、さらには個別事例の批判を通じても行われる、刑法実務の促進がある。その結果、刑法学は、政治システムのものも法システムのものも含めて、「国家机关の来るべき決定」に対して共同責任を負うことになる。法学の実務的な側面は、一部で、二つの意味に解されている。ひとつは、法学において法秩序の刑法システムの発展を通じた「平等かつ公平な司法」の基礎としてであり、もうひとつは、正しい扱いと正しくない扱いに関する学として、つまり実践哲学の一部としてである

現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解（松宮）

る。しかし、いずれにせよ、ここでも学問と政治と法は結びつく。

学問を犠牲にして実務を優先する法実証主義でさえ、——リストのように——この政治のためのアポステリオリツシユな作業（刑法学のこと——松宮注）と並んで、クリミノロギーとペノロギーを刑事政策として、つまり立法批判として措定するかもしれない、——学問と実務の結び付きを悪名高いものとみなすビンディングのように——「人類の秩序の学」としての法学のためには、同時に、「実体的なものはずべて成文法に尽きている」という錯誤ほど不幸なものはない（ビンディング）、というよつな、その「理性」を必要とする。その結果として、その種の実証主義者もまた、「常に立法および立法提案の入り口に法学的な所為（Tat）を見出す」のである。

要するに、現代刑法学の自己理解のためには、——それだけではないし、とくにケルゼンの手法は別にしてだが——政治システムと法システムとの結び付きが必要であり、それを基にして、政治と実務は、その固有の独自性のゆえに、学問の認識に奉仕するのである。学問と教育との結び付きは自明のことで、指摘するだけで足りる。

現代の大いなる挑戦、つまり経済システムの支配とその帰結

一六八三（一一五）

としてのあらゆる制度の国際化は、いずれにせよ、新しい秩序を不可避のものとするであろう。

中世が大聖堂によって(も)叙述できたように、社会がその目的から自由な学問によって叙述される時代は終焉を迎えつつある。経済は、知(Wissen)それ自体には重きを置かないのであって、唯一、利用できる知を、それも経済自身のために、つまり国際的に活動する経済のために利用可能なものだけを尊重する。そしてそのような経済にとつては、人がある程度短期間に財の安全に関する状態を改善しあるいは維持するにはどうしたらよいか、ということに関する刑法の知識のみが、経済によって利用可能なのである。スローガンの言えば、要求されるのは刑法の効率性である。もっとも、刑法と効率性との関係は、これを財の安全と解するなら、デリケートな問題である。法的正当性(Rechtfertigung)と安全とは、決して同じものではないからである。

法における人格は、第一次的には、彼の財の最大限の安全によって特徴づけられるものではなく、義務と権利の担い手として一般に承認されることによつて、つまりしかるべき地位(Status)を示すことによつて特徴づけられるのである。同様に、刑法は、財侵害によつて特徴づけられるのではなく、正

当性の侵害によつてだけ特徴づけられるのである。未遂の処罰から明らかになるように、犯罪の決定的なメルクマールは規範侵害であつて財侵害ではない。再度、同様に、刑罰もまた財の安全等に関わるものではない。財の安全と犯罪の予防は、刑罰にとつて、その機能を貫徹するには、あまりにも融通無碍な関係にある。むしろ、刑罰は、規範的な意味において犯罪をマージナルなものにするものと解されるべきであり、かつ、それによつて社会の規範状態が不変であることを確認するものと解されるべきである。というのも、処罰は社会のアイデンティティーのつまり規範状態の確認なのであつて、刑罰によつてこの刑罰目的は常に達成されるからである。

さて、社会のアイデンティティーを確認するといふ刑罰の潜在的な機能は、潜在的な機能として動機づけを操縦するということを否定するものではない。繰り返し行われる犯罪のマージナル化と社会形態の確認は、どこにでもある、あるいは推奨される行為態様のレパートリーの中から、犯罪的な行為態様を排除する。換言すれば、日常普通の行動計画立案の際に、犯罪的な行動をする可能性をさしあたりは考えなくなるのである。これは、潜在的な刑罰機能としての、いわゆる積極的一般予防である。加えて、威嚇効果、つまり消極的一般予防およびその他

の機能もある。

刑罰の確証効果を予防効果から区別すること、つまり顕在的な機能と潜在的な機能とを区別することは、きわめて重要である。なぜなら、刑罰は、その機能に応じて、異なった名宛人に向けられるべきだからである。確証機能は人格を名宛人とする。つまり、法的な存在として立ち現れるコミュニケーションの関与者である。

潜在的機能の場合には、事情は異なる。法への忠誠を習熟させたり、さらには怖がらせたりするのは、人格的な反作用ではない。人格は習熟や威嚇を必要としない。なぜなら、人格は法的存在としてのコミュニケーション関与者として立ち現れるからである。習熟や威嚇によって操縦されなければならないのは、それ自体としては法的存在ではない、カントの言葉を借りれば *homo phenomenon*、つまり快と不快のバランスによって動く個人である。

危険を意識した社会もまた、刑罰の顕在的な機能によって、つまり規範的アイデンティティーの確証のために刑を量定することができる。その際、前提とされるのは、時間をかければ十分に予防効果があるということである。もっとも、今日の社会が十分に息の長い態度を取れるかどうかは問題である。しか

現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解（松宮）

し、潜在的機能を常に二番目の足で走らせるといっても正しくないかもしれない。換言すれば、法治国家的に確定された刑罰では、領域によっては、不十分だということである。手短かに言えば、以下のようになる。

正当性という状態は法が妥当しているという状態である。この妥当は、規範違反の行動をマージナルなものにすることに よって事実 に抗しても貫徹されるものである。しかし、法的に構成された社会はまったく認知的な裏づけなしに機能するものではない。なぜなら、そこではヒロイックな人格だけがそのアイデンティティーを確証するのではなく、怖がりの個人もまた生計を立てたいと思っているからである。大多数の市民にとっては、正当性よりも個人的な生計のほうが優先される。そうでなかったなら、独裁というものはありえなかったであろう。死ぬことのできる人物は強制できない。汝殺すなかれという確信に到達するためには、きわめて高い確率で誰も人を殺さないだろうという確信も必要である。しかし、規範ばかりでなく、人格もまた認知的な裏づけを必要とする。人格として扱われたと思う者は、自分が人格として行動するであろうということの認知的な保証を、自らの側で提供しなければならぬ。この保証がない、あるいは明示的に拒絶されるときには、刑法は、

一六八五（一一七）

社会の構成員の犯罪に対するその反作用ではなくて、敵に対する反作用に転化する。これは、何をしても許されるということではない。むしろ、敵であつても潜在的な人格性は認められるかもしれないのであつて、その結果、それとの闘争の際には必要なものを上回つてはならないのである。もっとも、それは、必要な防衛が現実の攻撃に対する反作用でしかありえないところの正当防衛のときよりも常に多くのことを許容するし、他方で、敵味方刑法 (Feindstrafrecht) の場合には、すぐ後に示すように、将来の攻撃に対する防衛も問題となるのである。

敵味方刑法は、法治国家的な内部刑法 (Binnenstrafrecht) とは異なつたルールに従う。それは、そもそもまた、それ自身が法として立ち現れていないのである。敵味方刑法の典型的な特徴は、以下のようなものである。すなわち、(1) 可罰性の広範な前倒し、つまり行われた犯罪から行われる前の犯罪に視点を移すこと、たとえば、犯罪結社ないしテロ結社の形成という構成要件 (ドイツ刑法二二九条、二二九 a 条) あるいは麻薬の組織的栽培 (麻酔刑法三〇条一項一号、三二条一項一号) が挙げられる。(2) 可罰性の前倒しに対応した刑の引き下げがないこと、たとえば、テロ結社の首謀者の刑は、謀殺未遂犯の未遂原型がある場合の刑と同じである (ドイツ刑法二二九条二項、二二一

条一項、四九条一項一号)。それ以外のテロ結社のところに列挙されている犯罪の未遂減輕による刑は、大幅に引き上げられている。(3) 刑法の立法から闘争の立法へ、その際、たとえば経済犯罪、テロ犯罪、組織犯罪ばかりでなく、徐々に限界を失いながら、性犯罪その他の危険な犯罪ならびに犯罪一般が闘争の対象となりつつある。(4) 手続的保障の解体、この場合、接見禁止 (裁判所構成法施行法三一条以下) が、この間の最も典型的な古典的事例である。

前倒し、重罰による闘争、手続的保障の制限といった用語によつて、国家は、その市民と語るのではなく、その敵を威嚇するのである。その際、誰が敵とみなされるのかという問題が残っている。敵とは、その犯罪傾向が一時的でないか (性犯罪廃止された刑法二〇 a 条による「危険な」常習犯罪者も) あるいはその生計が犯罪であるか (経済犯罪、組織犯罪、とりわけ麻薬犯罪も) あるいは主として組織へのコミットメントによつて (テロリズム、組織犯罪、再び麻薬犯罪、すでに古くからの「謀殺共謀」、つまり、継続的に法から逸脱してきたと推定され、そしてその点で、その人物の潜在的行動の認知的な最低限度の保証がなく、その欠如がその行動によつて例証されている個人である。

必ずしもすべてが見当違いというわけではないが、敵の数はたやすく減るものではなく、むしろ増えている。国家に同調的な宗教や家族制度による支援を失い国籍もまた偶然的な性格のものとして解されるようになった社会は、法を無視してアイデンティティーを確立する個々人の夥しい可能性に対して、拘束力のもっと強い社会が提供できたものより多くのものを委ねている。加えて、いわゆるマルチカルチャーの爆発力がある。——それはまったく無意味なことである。多様な文化は、法的な基盤的共同性に対する単なる添え物であるか——それは、ひとつの文化の中の多民族主義である——、あるいは、そしてこれは危険な選択肢なのだが、多様性が構成員のアイデンティティーに刻み込まれる。その場合には、共通の法的基盤は並列的な生存のための単なる道具になってしまう。そして、あらゆる道具と同じく、それがもはや使われなくなれば、放棄されるであろう。これを大げさだと評する者は、ジョン・ロックの寛容の手紙を読むといい。

つまり、社会は、その中を流浪する敵を持ち続けるのである。危険を意識した社会は、このような認知的な安全性の欠如という問題を単純に脇に片付けたりしない。また、社会はこの問題を政治的な手段だけで解決することもできない。ゆえに、敵

現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解（松宮）

味方刑法に対しては、今日見受けられることのできる対案はないのである。市民刑法でも並列的に重視はできるのだが、認知的な安全性は、敵味方刑法では主たる目標となる。換言すれば、重要なのは、もはや社会内の苛立ち（Irritation）に応じた人格の秩序維持ではなく、人々が実際に人格として扱われることができるために必要な認知的な最低限度の保証を提供しない人物はすべて冷遇されることによって、受忍できる環境の条件を確立することである。たしかに、敵である個人を取り扱う手続きは法によって規制されている。しかし、それは排除の法による規制である。つまり、敵は實際上、人格ではないのである。つまり、観念的に言えば、敵味方刑法は、その *Gegenheit* あるいは *Totalität* が敵の恐れるすべてのことに依存する戦争なのである。市民刑法ではもっとはっきりと犯罪者を法的人格として扱うことを堅持するために敵味方刑法を定義しかつ市民刑法から区別することは、刑法学にとって今に始まった任務ではない。これで、刑法学の自己理解に対する主たる挑戦は明らかにされた。刑法学は、刑法という名のもとに行われていることを区別しなければならぬ。つまり、敵と闘争する法によって刑法が補完されているということをはっきりと言わなければならぬのである。刑法学が後者の必然性を承認しようとするのではない

一六八七（二一九）



あれば、それはその非効率性のゆえに、経済の支配する社会によってマージナルなものにされてしまつてであらう。刑法学が「刑法」という名のもとに行われていては、そのことを同等に取り扱うときには、それはその区別能力とともに、政治に屈服する、つまり自らを放棄することになる。かようにして、社会の進むべき目標を決定できない刑法学には、いずれにせよ、進むべき複数の方向性を列挙するという任務しか残らない。

国際化に際しての刑法学の課題については、罪刑法定原則問題にだけ言及する。罪刑法定原則を骨抜きにするつもりがないのであれば、行為地において行為時にその行為が可罰的でないならばならないという原則は規範的に理解されなければならない。すなわち、行為時に行為地において国内法化されていない国際的ルールに依拠したり、その国で人権に親和的に扱われていれば従われていたかもしれない行為地ルールに着目したり、自然法を援用したりするのは、いずれも不十分である。いずれの場合にも、現実の妥当は要請された妥当に置き換えられている。

要請された秩序がきちんと根拠づけられていさえすれば現実の秩序から要請された秩序へと移行するのは問題ないと考えられているのかもしれないが、それによって罪刑法定原則は破壊される。というのも、この原理は、行為後にそれを処罰すべき

きちんとした理由があるという場合にだけ、常に必要とされるからである。罪刑法定原則は、現に機能している秩序、現実存在している形態の社会に対する犯罪に刑罰を限定するという機能を有する。そして、そのためには、犯行前に打ち立てられた要請では足りず、犯行前にコミュニケーションの中で確立された規範が問題とされなければならないのである。刑法は、既存の規範的形態を守ることができるが、よりよい時代を導くことはできないのである。

にもかかわらず、至るところで明らかに疑いなく、国際刑事裁判所の設置が要求されるとすれば、それは、国家における「刑罰」と自然状態における「刑罰」とによって引き起こされた混交である。前者の国家における刑罰は、逸脱者によって違背され彼の処罰によって確証される既存の秩序を前提とする。後者の自然状態における刑罰は、他人によって期待された秩序に従わないものに対する強制手段である。前者はカテゴリーツシュに科されるが、後者は賢明さ(Klugheit)のルールに従つて科される。つまり、行為者が処罰される者としてよりも条約の当事者としてのほうが利用可能であるなら、処罰は放棄される。ここでは、生の便宜主義(Opportunität)、つまり賢明さが支配する。これらすべては、刑法と生の刑罰権力とがカテゴ

リカルに区別されることを理解しない者、つまり行為者の側面  
で言えば、既存の秩序からの逸脱をまだ達成されるべき秩序に  
帰依しないことと混交する者が行っているのである。換言すれ  
ば、自然状態での「刑罰」という名の使用は、服従させること  
が問題であるところで、法形式性 (Rechtsförmigkeit) がある  
ように暗示にかけるものである。つまり、それは必然性がない  
ところで必然性があるように見せかけ、また証明を要する資  
格・権限を、すでにあるように見せかける。要するに、それは  
確立された法とひょっとしたら正統化可能であるかもしれない  
にすぎない権力 (Macht) とを混交するのである。再度言い換  
えれば、他人を一定の法状態へと強制するそれなりの根拠はあ  
るかもしれないが、それが行われるまでは、そのような法状態  
は存在しない。機能的権力独占の前での刑法というのは、単な  
る名前であつて、概念ではない。

しかし、このような疑念にもかかわらず、この傾向は止めら  
れない。このような刑罰の混交に至る強烈な刺激が明らかに存  
在する。その第一に挙げられるべきは、犯罪者に対する被害者  
の了解可能な報復要求である。さらに、人権を保護する秩序で  
あることのデモンストレーションがある。さらにほかにもある  
かもしれない。以上すべてのことを、刑法学は単一の構想にま

とめなければならぬとするであろうが、それは、現実の秩序  
と要請された秩序との間のほころびを最小化することによつて  
も達成できない。法の刑罰と——必ずしも正統性のないもので  
はないが——力の刑罰 (Machtstrate) とを区別することに  
よつて初めて、刑法学は法学としての自己理解のための発展の  
条件を獲得するのである。