

特別寄稿

ヴォルフガング・フリッシュ

社会の変化の結果としての刑法の変遷

松宮 孝明*
金子 博** (共訳)

3つの「法の支柱」、すなわち、民法、刑法および公法のうち、一見すると、刑法は、社会の変化の影響を最も受けないように見える。(殺人、傷害、逮捕・監禁、窃盗、強盗のような)ある種の中核領域は、明らかに、時代および社会の多様な変化を超えた存在である。それ以外の犯罪は、確かに、社会の特定の状態に強く関係している。しかし、それらの犯罪は、しばしば、前刑法的な(民法上の、経済法上の、行政法上の)行為規律を前提とすることによって特徴づけられる¹⁾。その場合、刑法は、その行為規律の著しい逸脱を処罰することに限られる。このような犯罪における社会の変化は、それでもって、確かに、多かれ少なかれ、前刑法的な行為規律の広範囲に及ぶ変化を自ら要求する。しかし、刑法にとっては、その社会の変化は、大きな問題をもたらさないように見える。このことは、明らかに、新たなルールのうちのかなるものが、これまで刑法的に強化された規範と同様に比較可能な刑法的保障を必要とするかを確定することに限定されうる。

しかしながら、そういった外見は当てにならない。実際には、刑法もま

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

** かねこ・ひろし 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

1) これらの犯罪は、この意味において従属的である。刑法の従属性および刑法の更なる領域について、詳細は、Frisch, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993, S. 5 ff., 9 ff.

た、多大に社会的変化の影響を受けている。このことを確認するためには、制裁、とりわけ、制裁の形態に目を向けさえすればよい。しかし、個別の犯罪においても、いくらかより詳細に考察すれば、社会的変化による多数の刑法の変遷が見えてくる。その過程は、少なくとも特定の領域では、社会的変化に少なからず支配されている。

・制裁における変化

実体刑法の全分野において、最もめまぐるしく変化しているのは制裁である。

1. 最も重要な変化の概観

その際、その変化は、犯罪行為に対するリアクションの種類だけに関係しているのではない。制裁が用いられる基準や程度もまた関係するのである。さらに、多様な制裁が用いられてきた、そして、用いられている割合は、明らかに変化している。

a) まず、制裁の種類に関して言えば、1871年の刑法典には、4つの異なった自由刑および軽度の犯罪に対する更なる制裁として罰金刑があった。自由刑の諸形態は、重懲役刑、軽懲役刑、禁錮および拘留であった²⁾。これらの4つの形態の自由刑は、事実上、何も残されていない。というのも、それらは、単一な自由刑にとって代わられたからである³⁾。

今日、1871年の刑法典の特定の制裁がなくなったのとは反対に、他方で、1871年の刑法典にはなかった制裁が付加されている。とりわけ、いわゆる犯罪闘争のための予防措置が付加されている。それは、1933年に、「保

2) 重懲役刑に関する旧ドイツ刑法14条および15条、軽懲役刑に関する旧16条、いわゆる城塞禁錮あるいは禁錮に関する旧17条、および、拘留に関する旧18条による。

3) その代替の背景について、vgl. den Ersten Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. /4094, S.8.

安・改善処分」として刑法に導入され⁴⁾、第二次大戦後や刑法改正後でも維持され、近年（とりわけ保安監置の領域で）では、それどころか、再度、著しく拡充されている⁵⁾。全体として、制裁の領域は、すでに、制裁の種類に関するだけでも、ここ100年でドラスティックに変化しているのである。

b) 制裁の水準や、制裁がかつて行なわれ今日行なわれる状況もまた著しく変化している。自由刑の程度（Strafhöhe）は、刑法の施行以来、たいていの領域では、維持されているが、一部で、著しく減輕されている⁶⁾。同時に、現に宣告される自由刑は、本来は刑法の中心的制裁を形成したのであるが、そうこうしている間に、統計的には周辺現象になっている。自由刑が宣告されるとしても、それは、たいてい停止される。すなわち、宣告された自由刑のおおよそ70%は、保護観察のために停止されるのである⁷⁾。圧倒的な数の事件は、自由刑の宣告にすら至らない。とうの昔に、罰金刑が刑法の主要な制裁になっており、あらゆる犯罪の80%以上に宣告されている⁸⁾。今日、刑事訴訟法における便宜主義の様々な拡張に基

4) 当時の刑法旧42条以下（1933年11月24日の「危険な常習犯との闘争に関する法律」によって挿入された。これについて、Müller, Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933, 1997) 刑法改正後、刑法61条以下で「改善・保安処分」となった。全体について、Frisch, ZStW 102 (1990), 343 ff.

5) もっとも、さしあたり刑法65条で処分として同様に規定された社会治療施設における収容は、1度も行なわれず、1984年に再びなくなった。近年の保安監置およびその構造について、vgl. Frisch, in: Ambs (Hrsg.), Lexikon des Rechts, Band 8, 3. Aufl. 2004, S. 1-13 mit eingeh. weit. Nachw. Auf S. 12 f.; ders., Schlüchter-Gedächtnisschrift, 2002, S. 669, 679 ff. sowie zuletzt Albrecht, Schwind-Festschrift, 2006, S. 191 ff.; Laubenthal, ZStW116 (2004), 703 ff.; Milde, Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung, 2006; Stoiber, Schroeder-Festschrift, 2006, S. 3 ff.

6) より正確に言えば、刑法のはじめの50年ですでにおこなわれている。vgl. dazu Exner, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931, S. 17 ff., 20 ff.

7) Vgl. Eisenberg, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 36 Rn. 6: 自由刑と罰金刑の配分の関係は、100年のうちに逆転した。自由刑の停止について、Eisenberg, Kriminologie, § 36 Rn. 159; Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 93 Rn. 24.

8) Vgl. dazu Kaiser, Kriminologie, § 92, insbes. Rn. 24 (mit Statistik); Göppinger, Kriminologie, 5. Aufl. 1997, S. 737 und Albrecht, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 215 ff., insbes. 217.

づき、大多数の事件において、正式な処罰が行なわれないことを考えると、自由刑の意義は、よりわずかなものとなる。

c) もっとも、緩刑化傾向は、徹底しているわけではない。ある領域では、立法者と判例は、断固として、執行可能な自由刑を固守し、より正確に言えば、高水準を固持している⁹⁾。もっと言えば、いくつかの領域では、近年、それどころか、法定刑の重罰化が行なわれている。それに属するのは、とりわけ、麻薬取引、その他の組織犯罪の領域、重大な攻撃犯(Aggressionsdelikt)および危険な性犯罪者の犯行である。このような一連の行為者に対しては、長期の自由刑を科すだけでなく、同時に、予防的処分も行なわれる¹⁰⁾。

刑法典の初期の刑法に対して、この全体として極めて明白な刑法の変化に関する根拠は何か。

2. 刑法の変化の社会的背景

罰金刑による自由刑の排除は、容易に説明できる。とりわけ短期の自由刑は、しばしば益より害が多いという理解にその根拠がある。保安には、短期自由刑は、ほとんど役に立たない。というのも、短期自由刑により、動揺しやすい初犯者と本物の犯罪者が会うことで、初犯者が犯罪の道へと進むことは、珍しくないからである¹¹⁾。

9) Vgl. dazu und zum Folgenden *Frisch*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (wie Anm. 8), S. 155, 179 f.; *Albrecht* (wie Anm. 9), S. 215, 232 ff., 235 ff. (強姦, 侵入窃盗および重強盗に関して); *Götting*, *Gesetzlicher Strafrahmen und Strafzumessungspraxis*, 1997, S. 204 ff., 221 ff. (特定の犯罪における「通常刑(Regelstrafe)」について); *Maurer*, *Komparative Strafzumessung*, 2005, S. 139 ff. (薬物犯罪に関して)。

10) Vgl. dazu *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 34 Rn 62 f.; *Frisch*, *Schlüchter-Gedächtnisschrift*, S. 669, 677 ff.; *ders.*, *Lexikon des Rechts* (wie Anm. 6), Stichwort „Sicherungsverwahrung“, S. 1, 4 f.; *Kinzig*, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, 1996, S. 165 ff.

11) *Kaiser*, *Kriminologie*, § 93 Rn 12 ff.; *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 36 Rn 12; siehe schon *Franz von Liszt*, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band I 1905, S. 290 ff., 353 sowie den Ersten Schriftlichen Bericht (wie Anm. 3), S. 5 f.; weit. Nachw. bei *Frisch*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (wie Anm. 8), S. 155, 181.

残された自由刑に対しても認められうる 刑法の幅広い領域における緩刑化の長期的傾向を説明することは、より困難である。刑罰で行為者に加えられた苦痛に対して、社会がますます鋭敏になったことにその傾向の原因を求める向きもありうるであろう。しかし、この視点は、制裁実務の現状を完全に説明するには十分ではない。その視点では、なぜ減軽が、大筋においてのみ今日の刑法の傾向であり、徹底して今日の刑法の傾向となっていないのか、そして、なぜ特定の領域では、全くもって重い制裁が固守されているのか、明らかにされないのである。

むしろ、これらの違いは、別の観点をその検討に加えることによってはじめて明らかにされる。手法としては、ヘーゲルが挙げられる。「法哲学綱要」の§ 218の追記には、「刑法典は、必ずしも、あらゆる時代に妥当し得るものでない」とある。「それ自体安定した社会」は、「それ自体揺らいでいる社会」よりも、犯罪に対して軽い刑で応ずることができる。このヘーゲルによって明らかにされた、軽く処罰する制裁の要件は、今日、広い犯罪領域、いわば、あらゆる時代に存在する 当然、周辺のはっきりしない 「通常の」犯罪に当てはまる。それらに対しては、社会は、相対的に安定していると感じている。それが社会の共通感覚なのであるが、これらの犯罪形態は、軽い刑罰や比較的軽い刑罰によって、ほぼ抑制される。その際、緩刑化が大幅な犯罪の増大を招かないことは、これまでの緩刑化の結果に目を向けても、国際的比較によっても裏づけられている¹²⁾。さらに、それは、犯罪学的な認識にも沿うのである。それによれば、法意識の維持、そして同時に予防には、そもそも刑罰によってのみ応じられることで一般的に足りる。刑罰の重さは、むしろ、二次的な意味をもつにすぎない¹³⁾。

12) 例えば、類似の人口構造をもった州、すなわち、北方の国家間の比較によって、自由刑の適用における極めて重大な変化は犯罪率に対して基本的に影響を与えなかったことが示されている。vgl. *Lappi-Seppälä*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (wie Anm. 8), S. 261, 282 f.

13) とりわけ、ある特定の制裁の代替可能性の考察を参照。それについて、*Kaiser*,

もっとも、このことは、一般的にしか妥当しない、すなわち、軽い刑罰が犯行に対する適切な反応として受け入れられ、そのような軽い刑罰を科す場合にも、社会それ自身が安定していることができる限りにおいてである。事態は、社会が重大な脅威と感じ、軽い刑罰を科す場合には、決して、大筋においても社会が安定してられない犯行が問題となる限りで、変わる。組織犯罪、麻薬取引、重大な攻撃犯、危険な性犯罪者などの犯行が、これである。これらの行為者に対して、社会は、有効な保護を期待する。これらの犯罪形態に対して通常重い、近年では一部でいまだ強化される刑罰は、同様に特定の行為者グループに対して強化された犯罪予防処置が顧慮される。当然、緩刑化への一般的傾向があるにもかかわらず、特定の犯行や行為者グループに対して重く制裁することを社会心理学的に説明しても、そのように重く制裁することの正当性は、何ら述べられない。なぜ特定の社会的に条件づけられた法の変遷、まさに緩刑化が、ある特定の犯行の取り扱いに及ばなかったのかが、説明されるだけである。しかし、そのような限定は、社会の変化と法の変化の関係を問題とし、その変化の正当性ないしその限界を問題としない私のテーマに沿うものである。もっとも、重い刑罰だけが法秩序の侵害に対する犯行の意味や、社会に対する危険性に適合し、(社会の保護について) 正当な刑罰を完全にくみ出す(そして その他の場合のように 減輕しない) 根拠が存在する限りで、正当化の側面の下でも、重い刑罰を科すことや(その他の場合に正しいと認められうる) 緩刑化を断念することは、争い得ないことが認められるであろう¹⁴⁾。

Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 923, 938; ders., Kriminologie, § 31 Rn 34, § 91 Rn 4; Schöch, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973, S. 86 f., 198 f.

14) それについて(BGHの判例の評価に関して)、詳細は、Frisch, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Band IV (hrsg. v. Roxin und Widmaier), S. 269, 270 ff., 282 ff., 302 ff. をみよ。

・ 個別の犯罪における変化

重大な変化は、制裁だけではない。個別の犯罪のカタログやその格付けおよび序列もまた、著しく変化している。

1. いくつかの重要な変化の概観

1871年の刑法には、相当数の一連の犯罪構成要件があり、それは、時を経るうちに、徐々に脱落している。有名な例は、姦通、一連のいわゆる風俗犯（単純同性愛、獣姦など）、決闘、および、いわゆる違警罪という大きなグループである¹⁵⁾。他方で、今日の刑法には、1871年の刑法典にはなかった犯罪が少なからずある。時を経るうちに、例えば、（コンピューター詐欺、クレジット詐欺および補助金詐欺のような）様々な詐欺に類似した犯罪、技術的記録の偽造および破壊、マネーロンダリング、犯罪団体およびテロ団体の結成、身代金目的略取誘拐、人質犯およびその他多数が、犯罪構成要件として、付加されている¹⁶⁾。

もっとも、犯罪の変遷は、新旧のものだけに限らない。犯罪の格付けおよび序列における変更もまた、個々の犯罪における刑法の変遷に関して目につくことである。環境犯罪のような犯罪は、その意味を象徴的にも表現するために、部分的に型式を変更し、法定刑を高めることで、中核刑法へと受け入れられた¹⁷⁾。長年、財産犯より下位に置かれ、未遂では可罰的で

15) 例えば、1871年の刑法典172条（姦通）、175条（同性愛、獣姦）、201条および210条（決闘への挑発ないし唆し）、360条以下（違警罪）参照。

16) 例えば、今日では、刑法263条a（コンピューター詐欺）、264条（補助金詐欺）、265条a（クレジット詐欺）、268条ないし274条1項1号（技術的記録の偽造および破壊）、261条（マネーロンダリング）、129条、129条a（犯罪団体またはテロ団体の結成）、239条aおよび239条b（身代金目的略取誘拐および人質犯）参照。

17) Siehe dazu näher die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (18. StrÄG). Allgemeine Vorbemerkungen, Ziffer 4, BT-Drucks. 8/2382 ; *Frisch*, Grundlinien und Kernprobleme des deutschen Umweltstrafrechts, in: Leipold

はなかった単純傷害のような人身に対する犯罪は、高く格付けされた。しかし、とりわけ、傷害の重い形態や暴力と結びついた性犯罪および、集団的、営業的、あるいは組織的犯罪のような、いわゆる攻撃犯は、新たな構成要件を作り出し、加重したり、法定刑の強化に反映したりする新たな評価を得たのである¹⁸⁾。

2. 変化の社会的背景

とりわけ社会における変化が、上述の背景および一連の他の法の変化の背景をも形作っている。

a) 諸々の変遷は、まずもって、ものの見方、価値観および評価基準の領域で確定することができる。社会は、特定の逸脱的な、かつては不快かつ当罰的なものとみなされていた行為態様の評価において、寛容になっている。社会は、すでに、そのような行為態様の否定に対して、控え目になっているが、いずれにせよ、当罰的かつ要罰的なものとして評価することに対しては、慎重になっている。それが、ある特定の、1871年の刑法に含まれ、1962年草案でも定められていた、姦通または特定の風俗犯のような犯罪が、今日、刑法から削除されていることの根拠である。犯罪行為としての違警罪の削除もまた、基本的に、(いずれにせよ)軽微な瑕疵行為には当罰性がないという考えに基づく¹⁹⁾。

しかし、他方で、社会の基準は、1871年のリベラルな立法者が当罰的と見なさなかった行為態様が、次第に、否定されるべきでかつ当罰的なものと見なされる限りでも、変化している。あるいは、行為態様が、今日、過去十数年前よりも明白に当罰性が大きいとみなされている限りでも、であ

(Hrsg.), *Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan*, 2000, S. 361 f. m.w.N.; *Kühl, Lackner-Festschrift*, 1987, S. 815, 817.

18) 法律の改正や個別の変更について詳しくは、*Frisch, Schlüchter-Gedächtnisschrift*, S. 669, 677 ff., 682 ff. m. eingeh. weit. Nachw.

19) しかし、一連のそのようなかつての違警罪の場合、制裁化はそもそも排除されなかった。かつての違警罪は、今日、部分的に、過料で罰する秩序違反を形成する。

る。例えば、人身に対する犯罪の新たな評価は、刑法の立法者は人身という財（＝法益）をあまりに低く評価したという、個人の優位性および人間の尊厳の承認を有する基本法によって基礎づけられた見方に適合する。社会が、環境という財（＝法益）がいかに侵害可能か、そして人が健全な環境にいかに大いに依存しているかを痛感した直後に、環境犯罪は重く処罰されたのである。

b) もっとも、刑法の変革にとって重要であり、重要だったのは、社会のものの見方における変化だけではない。社会の実体的な所与の変化もまた、本質的な役割を果たす。様々な領域における技術的發展や研究は、世界を持続的に変化させる。進歩した客体は、実り多い新たな行為可能性を与えるが、同時に、存在する法益に対する攻撃可能性を作出し、法益を危険にさらす方法でも用いられ、乱用されうる。完全に対応して、研究の結果は、効果的に、かつ一般的利益のために用いられうるが、法益を危険にさらしても用いられ、また、その研究結果の無限性や望ましくないことのゆえに問題とみなされる方法で用いられうる²⁰⁾。法や刑法もまた、このような新たな危険性や乱用可能性に鑑みて何もしないでおくことができないことは、明白である。

そのために、現行法の改正や新たな立法を常に必要とするわけでない。多くの場合、現行法の適用による、場合によっては拡張解釈という方法で、新たに開かれた危険や乱用可能性が考慮されうる。とりわけ（行為関係的に限定されていない）一般的な結果犯は、その限りで、諸々の可能性を与える²¹⁾。しかし、その他の場合でも、判例は、一部で、すでに現行法の適用による、ある特定の新たに開かれた行為可能性および危殆化可能性に対

20) 後者の例として、例えば、現代の遺伝子技術や人の幹細胞（menschlichen Stammzellen）に関する実験による研究の可能性がある。

21) いわゆる刑法上の製造物責任の把握につき、それらの犯罪の給付能力が想定されよう。siehe dazu statt vieler mit Überblick über Rechtsprechung und Literatur Kuhlén, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof (wie Anm. 16), S. 647 ff.

処する手段や方法を見出している²²⁾。もっとも、判例の可能性は無限ではない、すなわち、まさに類推禁止を伴う刑法では無限ではないのである。新たな進歩や客体によって開かれた、財を危険にさらす行為態様は、これまで、すでに刑法的に把握された行為態様にいまだ大いに相応しうかもしれない。しかし、その行為態様が現行法の文言に添い得ないならば、その行為態様は、現行法でもって把握されえないのである。そのことは、(遺伝子研究や遺伝子技術の場合のような)相応する危険の可能性が存在しなかったため、これまで制定法でそもそも考慮されていない完全に新たな危険には、いっそう当てはまる。この種の場合、新たな危険は、立法者の介入によってのみ考慮されうるのである。

立法者の仕事は、これまですでに規定されている行為態様と同機能かつ同評価であるが、現行法の文言によって把握されない行為態様を法律に取り入れることだけが主たる問題となっているところでは、あまり困難ではない。この場合、通常、いまだ把握されていない行為態様を現存の構成要件に取り込む、あるいはその行為態様に関して新たな構成要件を設ける方法で、従来の法を補正していくことで足りる。その際、新たな行為態様とすでにこれまで把握された行為態様の評価の同一性がその基準を形成する。そのような補正に関する典型的な例は、例えば、いわゆるコンピュータ詐欺による詐欺の構成要件の補完や、技術的記録の犯罪やそれに対する犯罪による文書犯罪の補完である。

立法者の「職務 (Geschäft)」は、以下のような場合、より困難になる。すなわち、補完的適応だけでなく、これまで比較可能なものが欠けている、ある種の新たな危険を考慮することが問題となる場合である。典型的な例

22) 例えば、人が習得するコンピューターの言語もまた文書と見なされ (vgl. etwa OLG Köln NJW 2002, 527; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, 53. Aufl. 2006, § 267 Rn 3), コピーを通じて間接的に偽造文書が使用される場合、コピーの使用は、刑法267条に含まれ (BGHSt 5, 291, 293; 24, 140, 142; weit. Nachw. bei *Tröndle/Fischer*, aaO., Rn 24), 同時に、コピーの使用は、名目上オリジナルと見なされる (BayObLG NJW 1992, 3311). Siehe erg. *Puppe*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof (wie Anm. 14), S. 569 ff.

は、生殖医学の可能性、あるいは、人の遺伝子の研究およびその取扱いの、ある特定の技術的に存在する可能性である。ここで問題となる危険は、従来の構成要件の財および危険のスペクトラムから外れる。というも、それは、その点においては、これまで保護されなかった客体に関するものであり、一部では、現在でも見極めの困難な危険に関するものだからである²³⁾。立法者は、それに関して、この領域において許された行為態様と許されないかつ刑罰威嚇さえされる行為態様を区別する試みによって未知の国に踏み込む。その場合、立法者に生じた課題の解決は、対応する行為態様が道徳的観点では非常に異なって評価されることにより、困難となるだけではない²⁴⁾。対応する行為態様で得ることのできる利益とその行為態様と結びついた危険についても、見解は分かれており²⁵⁾、そのような行為態様の結果が望ましいか（Wünschbarkeit）、それとも望ましくないか（Unerwünschtheit）についても同様である。すでに法律の基礎をなしている判断要因や判断基準において多くの争いや不確実性が存在する場合、最終的に、制定法上の解決も²⁶⁾異論の余地があり、場合によっては修正

23) Vgl. dazu etwa *Schreiber*, Roxin-Festschrift, 2001, S. 891, 893 ff.

24) Vgl. dazu bei *Duttge*, GA 2002, 241, 249 ff., *Schreiber*, Roxin-Festschrift, S. 891, 893 f. – 倫理委員会（Ethikkommissionen）や国民倫理評議会（Nationalen Ethikrat）においても、当該問題（例えば、着床前診断、幹細胞に関する研究および幹細胞を使った研究）について、対立した立場が主張されている。

25) これまで治療できない病気の治療に関する完全に新たな知識を得る可能性を信じる者もいれば、その点において、治療のチャンスがまだ不確実である点を捉え、際限のない展開の危険性を指摘する者もいる。Vgl. dazu etwa *Schulz*, ZRP 2003, 362, 364 ff. m.w.N.

26) それについて、ドイツに関しては、2001年10月23日の法律、BGBl. I S. 2746 の言い回しにある1990年12月13日の胚保護法の1条および2条（生殖技術の可罰的乱用および人の胎児の乱用について）、同法5 – 7条（人の生殖系細胞（Keimbahnzellen）の人為的変更、クローン、キメラや雑種の生成の可罰性について）参照。そのほか、2002年6月28日の人の幹細胞の輸入および利用に関連した胚の保護の保障に関する法律（幹細胞法）（BGBl. 2002 I, S. 2277 und BGBl. 2003 I, S. 2304, 2306）を見よ。同法は、研究目的の胚の幹細胞の輸入および利用を狭い要件のもとでのみ可能とし（同法4条および5条）、6条により必要な許可（Genehmigung）なしの輸入および利用を13条で処罰する。Siehe zum Ganzen weiterführend *Duttge*, GA 2002, 241 ff.; *Renzikowski*, NJW 2001, 2753 ff.; *Schroth*, JZ

を必要とする制定法上の実験の連続になるという事態が、生じざるを得ない。

c) しかし、変化したのは、共同社会における実りある生活の基盤を形成するが、当然乱用されうる、社会の実体的所与性や潜在的所与性だけではない。いずれにせよ、すでに消極的に評価された社会の一部もまた変化している。すなわち、すでに存在する法がすでに犯罪行為と定義するものの形式および形態である。その犯罪性は、いくつかの領域では、明らかに、より激烈で、野蛮かつ危険なものになっている。傷害や暴力による性犯罪および暴力による所有権犯罪のような、ある特定の攻撃犯の実行は、より野蛮かつ危険になっている。とりわけ、所有権犯罪、利欲犯罪、武器、麻薬そして人間の許されない取引という領域では、その犯罪性は、これらの犯罪が集団または厳しく統制された組織によって遂行されることによって、新しい次元に達する。こうした犯罪は、しばしば、個別の構成員を逮捕した後でも、その真の核心においては、ほとんど把握されえず、重大な犯罪行為が継続されることによって個人や社会に少なからぬ損害を与えることと理解されうる。

こうした犯罪性それ自体の変化に帰する、一連の刑法の変化についてのカタログは、長い²⁷⁾。言及に値するのは、すでに存在する構成要件の強化や加重および新たな加重的構成要件の作出だけではない²⁸⁾。特定の、新しい純粋な犯罪性の形式に対する対応として、例えば、身代金目的略取誘拐や人質犯のような、完全に新しい、重大犯罪に位置づけられる特別な犯罪

2002, 170 ff. sowie *Schreiber* (wie Anm. 23) und *Schultz* (wie Anm. 25).

27) これについて詳しくは、*Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 164 ff. (実体法について) und 102 ff. (手続法について)。

28) 例えば、刑法では、子供の性的乱用(刑法176条 176条b)、特定の傷害(例えば、危険傷害224条、保護者の虐待225条、犯情の重い傷害226条)に関して、刑罰威嚇が強化された。例えば、新たな加重的構成要件は、重大な財産犯で設けられ(例えば、244条a:犯情の重い集団窃盗)、それだけでなく、犯行の集団的遂行について、数多く加重された(例えば、260条a:集団形態での盗品等蔵匿、146条2項:集団で遂行された通貨偽造) siehe dazu auch *Kinzig* (wie Anm. 32), S. 171 ff.

構成要件もまた設けられた²⁹⁾。これらの新たな構成要件の既遂構成要件の充足が、かなり前段階で開始されることは、珍しくない。典型的には集団犯罪や組織犯罪に分類される他の領域でも、しだいに、計画された犯罪の単なる予備行為が一部で重大な刑罰を科されるようになってきていることが明らかである³⁰⁾。さらに、前倒しされているのは、特定の（犯罪またはテロ）団体に加入することをすでに可罰的行為とみなす構成要件の可罰性である³¹⁾。

上述の犯罪の行為者に意図した犯罪利益によってもうけさせず、利益を吸い上げることによって犯行の遂行に対処するという考えも、立法者の構想において、重大な役割を果たす。この考えのために処方されたのは、没収の可能性の様々な拡大だけではない³²⁾。新たに設けられたマネーロンダリングの構成要件も、こうした背景で理解することができる。すなわち、その構成要件は、第三者が（必ずしも軽くない）刑罰で、犯行の収益を隠す、受け取る、別の価値あるものに変えることなど（そしてこの方法で「洗浄する」）を禁止されることによって、組織犯罪の行為者に対して犯行からの利益の活用および投資を困難にするのである³³⁾。

・ 手続における変遷

ドイツ刑事手続はここ数十年で多様な変革を遂げた。

29) 1971年の第12次刑法修正法によって挿入された刑法239条 a（身代金目的略取誘拐）や 239条 b（人質犯）参照。

30) 例えば、刑法149条（通貨偽造および証券偽造の予備）参照。

31) 刑法129条（犯罪団体の結成およびそれに対する関与）、129条 a（テロ団体の結成およびそれに対する関与）参照。この前倒しに関する一般的かつ基本的なものとして、*Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 ff.*; *Hassemer, NStZ 1989, 553 ff.*; *Kempf, NJW 1997, 1729 ff.*

32) とりわけ刑法73条 d をみよ。それについて（組織犯罪に関して）詳しくは、*Kinzig (wie Anm. 27), S. 211 f.*

33) 個別的には、刑法261条参照。その組織犯罪に関する意義について（批判的なものとして）、*Kinzig (wie Anm. 27), S. 209 ff.*

1. 事前手続 (= 捜査手続) の変遷: 警察化 (Verpolizeilichung)

まず、事前手続が著しく変わった。すでにずっと以前から、事前手続は、検事局の手中にあるのではなく、警察の手中にある³⁴⁾。この意味においてすでに、「事前手続の警察化 (Verpolizeilichung)」といえる³⁵⁾。しかし、そのキーワードは、別の意味でも当てはまる。用いられる (捜査) 方法という意味でも、「警察化」といえる。刑事手続やとりわけ事前手続は、多様な、新しい強制手段や捜査手法の導入によって、ますます強力な警察による監視活動に支えられている。搜索や差押えとならんで、走査線による個人識別 (Rasterfahndung)、個人情報のコンピュータによる蓄積 (Schleppnetz fahndung)、電話傍受、部屋会話傍受 (Raumüberwachungen)、監視、秘密捜査員の投入などのような、多数の更なる措置が講じられているのである³⁶⁾。これらの方法は、ある特定の手続において、例えば、麻薬犯罪との関連、またはその他の組織犯罪の形態との関連で、よく用いられる³⁷⁾³⁸⁾。

34) この展開の背景について、vgl. z.B. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 10 Rn 34 f.

35) 事前手続の「警察化」について、vgl. näher *Kinzig* (wie Anm. 27), insbes. S. 87 f., 125 (mit Hinweisen zur Entstehung des Begriffs), 133 ff., 790 f.; *Paeffgen*, in: *Wolter* (Hrsg.), Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, 1995, S. 13 ff.; siehe auch ders., GA 2003, 647 ff.

36) 網目スクリーン犯罪捜査について、刑事訴訟法98条 a - c (コンピュータのデータ検索) 参照、個人情報のコンピュータによる蓄積について、刑事訴訟法163条 d 参照、電話傍受について、刑事訴訟法100条 a および b 参照、技術的手法による私語の盗聴や録音を伴った部屋会話傍受について、(nach BVerfGE 109, 279 ff.) 刑事訴訟法100条 c 1項 (そして、それについては *Löffelmann*, NJW 2005, 2033 ff.)、長期間の監視について、刑事訴訟法163 f 条 (短期間の監視は、通説によれば、163条 1項第2文によってカバーされる。 ; vgl. z.B. *Meyer-Goßner*, StPO-Kommentar, 51. Aufl. 2008, § 163 f Rn 1) 参照、秘密捜査員の投入について、刑事訴訟法110条 a - 110条 e 参照、制定法上ルール化されていないいわゆる仲介人 (V-Leute) の投入について、vgl. *Roxin* (wie Anm. 34), § 19 Rn 25 ff.

37) Siehe dazu und zum folgenden im einzelnen *Kinzig* (wie Anm. 27), S. 427 ff., insbes. 443 ff.

38) Vgl. etwa *Kinzig* (wie Anm. 27), S. 427 ff.; siehe auch *Rieß*, in: *Lowe-Rosenberg*, StPO-Kommentar, 25. Aufl. 2003, § 158 Rn 12 ff. m.w.N.; *Weßlau*, Vorfelddermittlungen,

先ほどの、ある特定の犯罪形態の訴追における事前手続の変更は、偶然ではない。それもまた、社会的現実性の変化に対するリアクションである。その変更は、ある特定の犯罪形態、とりわけいわゆる組織犯罪のある種の形による、しだいに増加する社会の脅威に対する国家の回答である。最新の科学技術の監視方法や捜査方法を用いることなしには、特定の犯罪形態の効果的な説明は、最初から見込みがないというのである³⁹⁾。この点で、より明確に、犯罪闘争という者もいるが⁴⁰⁾、いわゆる敵味方刑法の現れだを見る者もいる⁴¹⁾。

2. 被害者の権利の強化

再び、通常の手続に戻れば、そこでは、手続関与者のところでの本質的な変更が明らかになる。刑事訴訟では長年全く表に出なかった被害者は、新たに発見されている。被害者は、調書を閲覧することができ、訴訟補佐人（Beistand）と共に訴訟に参加でき、報告を求める権利を持っており、そして犯行を原因とする賠償請求権を主張できる⁴²⁾。

1989; Lange, Vorermittlungen, 1999.

39) この意味において、たとえば、die Begründung des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG), BT-Drucks. 12/989, S. 1, 21, 40.

40) 立法者自身は、1992年7月15日の法律の名称を「組織犯罪との……闘争に関する法律」とし、1994年10月28日の法律の名称を「犯罪闘争法（Verbrechensbekämpfungsgesetz）」とする、vgl. BGBl I 1992 S. 1302 bzw. 1994 S. 3186.

41) 概念を特徴付けるものとして、とりわけ、Jakobs, ZStW 97 (1985), 751, 757 ff. und mehrfach, vgl. etwa neuestens ZStW 117 (2005), 839, 845 f., 846 ff. 最近の議論について、Cancio Melià, ZStW 117 (2005), 267 ff.; Hörnle, GA 2006, 80 ff.; Greco, GA 2006, 96 ff.; Gössel, Schroeder-Festschrift, 2006, S. 33 ff.; Saliger, JZ 2006, 756 ff.; Paeffgen, Amelung-Festschrift, 2009, S. 81 ff.

42) それに関して、403 406条 c（刑事手続における被疑者に対する請求権の行使）、406条 d（通知の請求）、406条 e（弁護士による文書閲覧の可能性）、406条 f（弁護士を刑事手続における訴訟補助人とする可能性）、特別に暴行の被害者に対する賠償について、vgl. das Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten i.d.F.v. 7.1.1985 (BGBl I, 1) und dazu Roxin (wie Anm. 40), § 58 B m.w.N.

実質的に、このプロセスの変更において暗示されているのは、刑事手続の機能についての理解の変化である。その際、法学上の理論形成の結果は、この意味の変遷の基礎にある観念のうちの一部であるにすぎない。その観念は、まず第一に、社会に起因するのである。その観念の少なからぬ部分は、被害者集団の譲歩、および、国家、刑法および刑事手続は、被害者の利害関係や正当な関心にほとんど配慮していないという社会に広く行きわたった見解である⁴³⁾。その際、その相応する考えは、訴訟上の領域に限られない。その考えには、いわゆる行為者と被害者の和解という形で、実体法において、対をなすものがある⁴⁴⁾。

3. 証拠法の変化：証拠禁止

刑事訴訟の核心部、すなわち証拠法もまた、前世紀で、著しく変化した。ドイツにおける今日の刑事訴訟上の証拠法にとって、とりわけ、証拠禁止の洗練された体系が特徴的である⁴⁵⁾。この網状の証拠禁止をおおよそ100年前の状況と比較すれば、刑事訴訟は、この点で著しく変化したことが明らかになる⁴⁶⁾。

43) 例えば、それに関して、Weißer Ringの「法政策的な要求」(unter www.weisser-ring.de)参照。

44) 刑法46条a参照。それによれば、法律によって望ましいものと見なされた(犯行とその結果の再度の回復という意味における)犯人と被害者の和解は、ある特定の場合には、刑の任意的減免をもって評価される。Näher dazu m. eingeh. weit. Nachw. Schöch, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof (wie Anm. 16), S. 309 ff.

45) 証拠禁止に関する概観として、Roxin (wie Anm. 34), § 24 D (Rn. 13-48); 詳細は、Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003.

46) 教科書のテーマの取り扱いの比較も、そのことを明らかにする。例えば、Graf zu Dohna, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 1929, S. 90 ff.の教科書は、確かに、学説の説明のなかで、ペーリングの1903年の論文 „Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung“ に言及するが、証拠理論について、90-114頁で、問題に関して、実質的に述べていない。Siehe auch Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 259 f. それに対して、今日の証拠禁止論は、刑事訴訟法学の最も取り扱われるテーマの1つである。そのテーマに20頁ほど費やすRoxin (wie Anm. 34), S. 178 ff. のような「概説書 (Kurzlehrbuch)」ですらある包括的な文献目録を参照。

この著しい変化の根拠は、被疑者の権利の理解と刑事訴追の利益についての見方の変化にある。確かに、被疑者は、すでに19世紀の刑事訴訟法で、しだいに訴訟主体になっていた。そして、1877年のライヒ刑事訴訟法は、明らかに、この被告人の地位を訴訟主体とすることを前提としている。その被疑者の地位は、第二次大戦後にはじめて、ボン基本法の効力のもとで、完全な重要性を獲得した。社会的評価に対応する決然とした、基本権の担い手としての個人の承認は、刑事訴訟にも決定的な影響を与え、徐々に、おおよそ100年前では法的効果をもたらさなかった刑事訴追のやり方に対して意識を高めさせた⁴⁷⁾。

4. 新しい形態での刑事手続の「処理」

最後に、刑事事件の処理の種類にも著しい変化が明らかになる。包括的な事実の解明の後、公判で言い渡される刑事判決は、しだいに表舞台から退いている。その代わりに、ますます合意による処理が増加している。そのきっかけは、まず、便宜主義に従う（単純な）打ち切りである⁴⁸⁾。そうこうしているうちに、この種の合意による処理は、とうの昔に、重大な犯罪行為の処理にも適用されてきている。確かに、この場合、通常、判決にいたる⁴⁹⁾。しかし、このことは、もはや必ずしも、考慮されるあらゆる証拠方法を慎重に利用し尽くし、すべての考えられる限りの方向に向けて事実が解明される公判の結果ではない。判決は、往々にして、手続関与者が、

47) この、まさに基本権およびその強調の背後にある社会の変化の作用が、独立した、直接的に基本権から発展した証拠（の活用）に隠されているのは、最も顕著である。vgl. dazu etwa BGHSt 14, 358 ff.; 19, 325 ff.; 34, 397, 399 ff.; BVerfGE 34, 238, 245 ff. und den Überblick bei *Roxin* (wie Anm. 34), § 24 Rn 41-46 m.w.N. Eingehend dazu *Jäger* (wie Anm. 45), S. 4 ff., 215 ff.

48) それについては、刑事訴訟法153条以下を見よ。

49) もっとも、例外がないわけではない！ 重大な損害をもたらした中級の犯罪の場合でさえ、一部では、打ち切りの可能性が遵守事項のもとで用いられることについて、vgl. z.B. *Eisenberg*, *Kriminologie*, § 27 Rn 68 ff., insbes. 79; *Meyer-Gößner* (wie Anm. 36), § 153 a Rn 1.

(通常、更なる解明を放棄して)いわゆる裁判所との合意(Absprache)という方法において、合意したものを表現しているにすぎない⁵⁰⁾。

このような法の変化の背景にも、広義の社会的変化がある。その際、ただ1つの現象だけが重要となるのではない。ここでは、社会における複数の事情や変化がともに作用するのである。

重要な役割を果たすのは、すでに実体法の変化のところでも述べたように、犯罪形態それ自体の重大な変化なのである。多数の複雑な、十分に解明されにくい、しばしば国際的關係を伴った犯罪行為が問題となることは、珍しくない。とりわけ、経済刑事事件、租税刑事事件および組織犯罪の広い領域では、そうである⁵¹⁾。事件がそもそも早期に解決されるべきものとするならば、それは集中を必要とする。さらに、これに立証の困難が加わる。それが、有罪判決に至るためには、更なる観点の解明の放棄と引き換えに限定された自白の提供を唯一のはかない希望と思わせることは珍しくない。

もっとも、そのような妥協の背景にあるのは、犯罪の新たな次元や解明の困難さだけではない。弁護における変化もまた、過小評価できない役割を果たしている。弁護人の中には、闘う弁護のかたち⁵²⁾で、常に新しい、拒否できない証拠調べ請求によって裁判を「無力」にするために、訴訟上の手段、とりわけ、証拠調べ請求権をも、ますます、利用するようになってきていることは、明らかである。以下のことが、容易に理解できる。すなわち、限られた処理能力しかない裁判所は、そのような弁護戦略に鑑み

50) そのような合意の容認の要件について、基本的なものとして、BGHSt 43, 195; 50, 40, および、今となっては連邦議会と連邦参議院によって決議されたが、いまだ公布されていない(2009年7月現在)、刑事手続における合意のルールに関する法律(BT-Drucks. 16/12310), insbes. dessen § 257 c StPO n.F.

51) 組織犯罪の事例における解明の困難さ、および、そのような事例における合意の実際について、例えば、Kinzig (wie Anm. 27), S. 802 ff.

52) Siehe dazu näher Dahn/Dahn, Handbuch der Strafverteidigung, 6. Aufl. 1999, Rn 413; Jahn, Konfliktverteidigung und Inquisitionsmaxime, 1998, insbes. S. 54 ff.; ferner Hamm, NJW 2006, 2084 ff.

て、最終的に、成立する見込みのある有罪判決に至るためだけに、低いレベルの有罪認定での取引を行なうことで我慢する、ということである。

当然のことであるが、犯罪や特定の手続関与者の態度の領域での変化だけでは、手続や手続法の変更に至るには十分ではない。相応する実際の変化は、刑事手続の目的に関する裁判所と検事局の観念の変化を伴わなければ、これまでと異なった処理実務を導かないであろう。多くの人々にとって、可能な限りの正当な判決の発見および事実の包括的な解明は、もはや無条件に決定的な手続目的でないことは明らかである。むしろ、手続をそもそも受け入れられる結末に至らせること、および、それを受け入れ可能な時間内で達成することのほうが重要であると思われる。このような姿勢なしには、取引という実務が、ますます広がるという事態にはほとんど至らないであろう。正義はもはや決定的な訴訟目標ではなく、そもそも、受け入れ可能ななにかをすることのほうが重要であるように思われる。

〔訳者あとがき〕

本稿は、2009年9月16日に立命館大学朱雀キャンパス中川会館で行われた、ドイツ・フライブルク大学のヴォルフガング・フリッシュ教授による法学会特別講演会の原稿を、フリッシュ教授の許可を得て翻訳したものである。フリッシュ教授は、1943年5月16日に、当時ドイツ領だったチェコのズデーテン地方のヴェルンスドルフで生まれ、1966年にエアランゲン・ニュルンベルク大学を卒業して、1970年に同大学で博士の学位を取得、さらに、1974年に同大学で教授資格を獲得し、ボン大学、マンハイム大学を経て、1992年よりフライブルク大学の教授となって現在に至る。量刑論、故意論、客観的帰属論等に関する重厚な著作で知られた、現代ドイツを代表する刑法理論家のひとりである。

今回、フリッシュ教授は、文科省科学研究費による「量刑法の基本問題」と題する日独シンポジウムのドイツ側代表として本学を訪問される機会があったので、あわせて、現代ドイツの刑事法の変遷に関する特別講演を行っていただくようお願いしたところ、ご快諾をいただき、この講演会を実現することができた。紙面を借りて、フリッシュ教授に感謝の意を表したい。

この講演では、刑法・刑訴法に関する現代ドイツの変遷が手際よく鳥瞰されて

いる。同時に、教授は、その背後には、必ず、刑事法に関する社会の考え方の変化があることを指摘されている点が興味深いところである。本講演は、現代ドイツの刑事法を学ぶ者にとって、不可欠の文献になるものと思われるので、その脚注を含めて、ここに訳出した次第である。