

# 限界なき刑法？<sup>①</sup>

——犯罪化の哲学的な限界を探究して——

ゲルハルト ゼーエア  
上野 幸彦 訳

## 問題設定と考察プロセス

国家は、社会における生活を秩序づけ、安全、平和それに市民の自由を保障する任務をもっています。——やむを得ない場合には、強制によって。そして、国家は、刑法を公布する権限を有しています。ドイツでは、その権限は基本法第七四条第一項に基づきますし、他の諸国においてもまったく同様に憲法で規定されていたり、あるいはそれは数百年もの古くからの慣習法です。つまり、国家は、安全、平和および市民の自由を守るために刑法を制定することが

許されているのです。そればかりか、一般的に広まった確信によって、国家はまさにそれを行わなければならないのです。<sup>(2)</sup>

しかし、立法者は、どのような行為を刑罰の威嚇の下に禁止しようとも、自由に決められるのでしょうか。それとも、立法者の刑罰の権限には限界があるのでしょうか。

この限界をめぐって、刑法哲学上、長い間対立的に論争されてきました。ドイツでは、連邦憲法裁判所が次のような判断を示して以降、この論争がここ数年とくに活発になっています。それは、ドイツの立法者は、行為に関する犯罪化に際し、基本法に基づく基本権および憲法原理によってのみ制約されるのであって、学問上の考え方、とりわけドイツで広まっている法益保護の理論によってではないというものです。

しかし、連邦憲法裁判所は、どのような憲法原理を考えているのか、どのようにそれらは成立するのか、そして法治国家的な刑法の正当な限界に関する問題にとってそれらから何が導き出されるのでしょうか。憲法原理は、刑事立法における国家的な恣意に対して実効性のある保護となったり、可能な方法で「限界なき刑法」を威嚇するのでしょうか。

これらの問いをわたくしは四つの章で検討したいと思います。まず第一章において、活発な新たな論争の契機となった連邦憲法裁判所の判断が分析されます。その際に、とくに法益理論の拒絶を問題にしているので、この理論が第二章で分析され、批判されます。その後で、わたくしは第三章で連邦憲法裁判所によって指摘された「憲法原理」——とくに比例的適合性原理 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) ——が、刑事立法の効果的なコントロールを可能にするかどうかという問題を提起します。結論を先取りして言えば、信頼できるコントロールの基準は見出せません。それ

は第四章で論じられるべき最後の問いを投げかけます。…民主的な立法者は、刑罰構成要件の定式化にあたり広範に自由なのだろうか、それとも市民は、国家が言い渡し得るまさに最も厳しい禁止に対して合理的な根拠を要求する権利をもっているのでしょうか。

### 一・法益理論に対する連邦憲法裁判所の拒絶

二〇〇八年に連邦憲法裁判所は、兄弟姉妹間の近親相姦の刑罰構成要件、すなわち成人間の合意のある実の兄弟姉妹の性交の刑法上の禁止について判断を行いました<sup>(3)</sup>。裁判所はこの禁止がドイツ基本法と合致するかどうかを問題としました。その際、裁判所は、国家の刑罰権の限界についての学問上の理論、—とりわけ法益理論—も検討し、そうした理論から、刑罰構成要件の公布に対する立法者の自由にかなる制限も導き出すことはできないという結論に至りました<sup>(4)</sup>。

法益理論の拒絶により、連邦憲法裁判所は、国家的な刑罰権力の限界に関する一つの概念を拒否したばかりでなく、ドイツにおいて根本的に作り上げられてきた唯一の概念を拒否したのです。このため、立法者への白地委任を懸念させるような真空状態が生じています。まさに、市民の自由における国家の最も強力な侵害が問題となるところでは、そのような一括の授權は非常に憂慮すべきであり、この判決の意義や結論をめぐって活発な議論が沸き起るのもそれほど不思議ではありません。

連邦憲法裁判所は以下のように述べています。

「比例的適合性の基本原則は、…ある刑罰規範が他者または公共の保護に役立つということを要求している。…し

かし、可罰的な行為の範囲を義務的に確定するのは、立法者の基本的な責務である。立法者は、その保護が重要であると思われる一定の法益を、まさに刑法の手段によって守るのか否か、および場合に依じてどのように行うのかという判断に関して、基本的に自由である。<sup>(5)</sup>そしてさらに繰り返して、「当該の事情を考慮して可罰的な行為の範囲を確定することは立法者の基本的な責務である。連邦憲法裁判所は、ただ刑罰法規が実質的に憲法の諸規定と一致し、かつ書かれざる憲法の諸原則および基本法の根本的決定に適合しているという点について監視しなければならないのである。刑罰規範は、憲法上、」——引き続き決定的な文章ですが——「それらによって追求された目的を超えたより厳重な要求に服するものではない。とりわけそのような要求が刑法上の法益理論から派生するわけではない。」<sup>(6)</sup>と。

この拒絶はとても明確なのですが、一見ただけでは、その拒絶が一般的に何に対して突きつけられているのか、とても曖昧なものとなっています。なぜなら、裁判所がすぐ後に述べているように、もし「法益という概念について：一致していない」<sup>(7)</sup>とすれば、もはや「その刑法上の法益論」というのも存在しないからです。つまり、国家的な刑罰権の根拠および限界に関する一群の理論が問題となっているのであり、それらの共通性は、中心的な概念として「法益」という概念を用いているという点にあります。これらの理論については、次の章で詳細に述べることになります。

それに加えて、意外なのは、連邦憲法裁判所自身——刑法上の法益理論を一括して退けているにもかかわらず——当然のように繰り返し法益概念を用いていることです。…立法者は、「一定の法益を：まさに刑法の手段によって守る：か否かという判断に関して、基本的に自由である。」<sup>(8)</sup>というように。さらに、二〇一一年一月二八日のある部の決定の中で、次のように言っています。…「それに対して、法益侵害を阻止することは正当である。したがって、意見それ

自体の内容ではなく、既に具体的に**法益侵害**へと移行し、それにより輪郭が浮かびあがる**法益侵害**に向かい境界を超えたコミュニケーションの**態様**だけが、**禁止**されて良いのである。<sup>(9)</sup>「裁判所のこのような定着した言い回しの文化の例については、他にもたくさんあります。

このような言明からある規則を引き出すとすると、次のようになります。…立法者は法益侵害だけを刑法上の手段によって阻止することが許されるが、しかし、法益概念はその際に決して憲法に係る方法で立法者を制約することはない。

このような分析結果は実に不合理な印象を与えます。なぜならその立法を正当化する（法益に対する攻撃が刑法の手段によって阻止されて良い）法的な概念は、同時に、**刑罰構成要件の目的が法益保護**という概念によって評価できない場合も含めすべて立法を限界付けているのです。つまり、**法益の保護**が—依然として—**刑罰威嚇の決定的な根拠**であるとすれば、それは、**憲法上の限界**も示しているということでは、**何故、法益論から刑事立法に対する憲法に**関連するいかなる制約も導き出されないのでしょうか。

連邦憲法裁判所に明白な論理的誤謬を仮定しないのであれば、先に再構成した矛盾する立法規律の原因は、**法益概念**に探ることができるに違いありません。そして実際に、**法益概念**は、より詳細に見ると、**二つの顕著な欠点を露呈**します。…その多義性およびそれに向けられた多彩な様ざまの期待による詰め込み過ぎです。

## 二・ 法益理論の観念と欠点

はじめに、**法益理論**の最も重要なヴァリエーションが紹介されます。その際、同時に**法益概念**とともに作用するあ

らゆるアプローチの最初の欠点が明らかになるでしょう。…法益概念は、学問上の議論において、部分的にしか一致していなかったり、または一般的に一致していない異なる意味で使用されているのです。

### a 法益概念の多義性

#### (1) 目的論的な法益概念

目的論的な意味では、その概念は規範によって追求される目的を表しています。その目的は、立法者自身によって定式化されているか、または解釈の方法において説明されるかのいずれかです。法益の意義および機能をこのコンテキストに限るのであれば、実証的で、「体系内在的な」概念が明らかとなります<sup>10</sup>。その場合、法益は、限界事例におけるある規範の適用に際して必要とされる保護の目的なのです。—たとえば、ある行為の結果が一般的に当該の刑罰構成要件によって阻止されるべきか否かを確定するにあたっての<sup>11</sup>。この意味では、法益は各々に設定されている法規範の目的論的なミニマムとまったく同一です。…法規範は、法的に認められた目的に奉仕しなければなりません。そうでなければ、法規範は行為の自由に対する恣意的な介入であり、それゆえ憲法に違反することになるからです。

この目的論的な法益概念は、単に立法者の意思を再現しているだけです。なぜなら、それは、立法者によって設定された規範目的を表すことで、汲み尽くされているからです。と同時に、しかしそれは、方法論的に構築された規範目的の概念に何も付け加えていません。—それは余計なのです。そのうえ、この法益概念には、既にしばしば強調されているように、まったく批判的な可能性が欠けているのです。なぜなら、単に記述的な意義をもつに過ぎないからです<sup>12</sup>。立法者は基本法の枠内で、どのような目的を法的手段によって追求しようとも、また法益を自由な裁量により

創設することも自由なのですから、この法益概念の中身については任意であるということがさらに付け加わります。

## (2) 批判的な法益概念

目的論的な法益概念の内容上の任意性に対して、体系批判的な別の法益概念が登場します。それは、**個人的法益論**によつて最も精緻に仕上げられています。「保護される法益に害を及ぼす干渉」が、「一般的な行為の自由に対する（完全に）唯一の限界」を提供するのであり、その限界が刑罰威嚇を正当なものとし<sup>13</sup>ます。法益としては、その場合に「刑法上保護を必要とする人間の利益」だけが是認されており、そして「利益」として、ヴァインフリード・ハッセマー——この立場を最もはっきりと定式化した——は、必要不可欠な「生存のための財」(Lebensgüter) だけであると把握しようとしています。…生命、健康、行為および言論の自由、所有権およびその他若干。集合的な利益(すなわち、共同社会の価値)を、彼はそれらの基礎となっている個人の利益に還元することにより統一化しています。<sup>14</sup> すなわち、例として言えば、自由で公正な資本取引を、それに参加している個々人の商業的利益によつて。<sup>15</sup> このアプローチの選択的な可能性は相当なものであり、それゆえ刑法の限界をめぐる議論において先端的な位置を占めています。それに、連邦憲法裁判所が刑罰規範の正当性に関して基本法の規律を超えて設定されるような「より嚴重な必要条件」について言及した際に注目し、——そしてその承認を拒否しているのです。<sup>16</sup>

裁判所は、批判的な法益理論を「超実定的である」と批判します。<sup>17</sup> このことが、とくに、裁判所がこの理論の法的な重要性を拒む理由です。しかし、実定法を超えたところに、**自然法の諸原理**に関する場所があり、それらは、道徳、宗教、人類学あるいは合理主義に由来するでしょう。しかしながら、そのような根源について、個人的法益理論に

よって言及されることはありません。なぜなら、個人的法益理論は、その基盤を明示的に現行法秩序、基本法の自由主義的な精神に求めているからです。ハッセマーは、まさに法益理論を通じて憲法上の過剰な禁止を刑法的に具体化すること、—市民の一般的な行為の自由にとっても厳しい処置で介入するということの全般的な禁止、を問題にしているのです。<sup>(18)</sup>

批判的法益概念を「超実定的」であるとして消極的に特徴づけることは、さらに他の理由からもきわめて見当はずれです。…ドイツの法教義学では、以前から、基本法に明示的に記述されていない場合でも、法的に重要な諸原理が存在することが承認されています。あらゆる国家活動の比例的適合性の観念はそれに含まれますし、実質的正義の観念や国家社会主義の過去にかんがみだ特別なドイツの責任に関する基本原則などもそうです。そのような原理を連邦憲法裁判所自身、その判断を根拠づけるために繰り返し援用しているのです。それらは、法政策的、社会・道徳的そればかりか宗教的なコンテキストに由来しており、カールスルーエの裁判官たちに、かれらの判断の根拠となっている「超実定的な」由来が完全に自覚されているのは、ほとんど疑う余地はありません。<sup>(19)</sup>

それでは、批判的な法益理論を憲法上重要ではないと退けたとき、裁判所は実際には何を意図していたのでしょうか。少なくとも、それについて二つの理由が検討されなければなりません。

一つには、裁判所は、この理論が「立法者の彼岸にある官庁」から発するという点について、はつきりと批判的に強調しています。<sup>(20)</sup> それ自体はもちろん法学上の理論として何の欠陥でもありませんが、立法者がいかなる刑法を制定してはならないのか、立法者に拘束的に指示し得るといふ主張をともなつて現れるやいなや、民主的に正当化された立法者の主権と衝突します。こうした衝突は、とりわけ立法者が伝統的な刑法の核心部分を超えて、技術的でデジタ

ル化された世界における新たな状況に抽象的な危険犯罪として対応したり、社会道徳の価値を刑法的に強制しようとする場面で顕在化します。(たとえば、動物虐待の禁止、合意した成人間に対しても近親相姦の禁止を維持すること、さらに、<sup>21)</sup>—今話題となっている—自殺幫助の禁止)

もう一つには、批判的法益理論が学問上決して一致して支持されているわけではなく、いくつかの批判にさらされています。この理論が、たとえば道徳的な行動価値に関する刑法上の保護を範疇的に除外しているといったことについては、刑法を単に侵害の阻止のためのみならず、「基本的な行動規範」に関する「最低限のコンセンサス」にとつての保護手段としても受け入れるある伝統にもとづいて非難されているのです。<sup>22)</sup> そのうえ、基本法から、国家の刑罰権について侵害に対する個人の利益を保護するという構成要件に限定されることが説得的に導き出されるのか、再三疑われています。<sup>23)</sup>

個人的な法益理論の明確な限界づけのアプローチは直感的にも非常に好ましいものです。…連邦憲法裁判所がその理論に憲法上拘束力をもつ地位を授けるのを避けたというのも、理解することはできません。

#### b 法益概念に対する過大な要求

法益概念は、何よりもその多義性によつて損なわれています。法益概念は、(1)立法上の規範目的の呼称として、(2)加重された、それゆえに刑罰に値する不法の特徴づけとして、そして(3)刑罰に関する社会学的な意味でのレッテル(このアプローチをわたくしはここでは詳しく説明しません。)という意味を含んでいます。<sup>24)</sup> それによつて、少なくとも三つの相互に相容れない概念が流通しています。それは、刑罰構成要件の正当性に関するすべての問題を、法益という修

辞上で扱わなければならないと考えたために、ドイツの議論が無理に押し込めた独特な束縛の証しなのです。それは、歴史的な理由によるものかもしれません。<sup>25</sup>…術語的そればかりか体系的な必然性はまったく定かではないのです。

犯罪化の議論に関するまったく別の問題であっても、ある刑罰構成要件が法益を守るのかどうかという問いに還元されるということが、学説と判例との暗黙の了解であるかのように作用しています。目的論的な法益概念の観点は、規範目的だけを追求する限り、この問いは本来つねに肯定されるということを既に示しています。刑罰に値する加重された一定の利益だけを取り出す批判的(個人的)法益理論へと一歩踏み出すと、その利益について同じく「法益」という語を用いるのは、むしろ混乱を招きます。なぜなら、それによって特徴づけられた**概念**は、最初に挙げた、任意的である規範目的〔訳者註・規範目的の内容は問わないという意味〕とは全く別のものを包含するからです。

このような独特な実際の使用が、法益概念に矛盾する内容を背負わせており、それによって法益概念に過大な要求をし、ついには無価値なものとしています。<sup>26</sup>法益概念は、ある分析に二元的にコード化された yes/no だけを許しているのですから、—一定の状況、目的もしくは価値を一つの概念に割り当ててを超えて、さらに複雑な問いを問題とするようなディベートは正当化され得ません。中心には、国家の刑罰の目的や価値についての、個人の自由と社会的な一体性 (Eingebundenheit) と間のバランスについての、伝承されてきた社会道徳の位置価値についての、そして正当化され得る国家権力の射程についての見解の相違があるのです(論争問題のいくつかだけを指摘すると)。これらの議論は行わなければなりませんし、そして数多くの場面で扱われています。…けれども、「法益」という概念は、これらの議論を一定の方向に導いたり、まして指摘した諸問題を解決することはできないのです。

したがって、刑法上の正当性の構造に関する問いを新たに立てることには、まったくしつかりとした理由があるの

です。少なくともこの限りでは、「法益理論」の憲法上の重要性に関する連邦憲法裁判所の懐疑には賛同することができます。

しかし、裁判所が国家の処罰権の制限についての考え方を否定する点については、満足できません。裁判所は、その代わりにいかなる手段をもって刑事立法に対する有効なコントロールを遂行しようとするのか示さなければならぬのです。なぜなら、このコントロールは裁判所の任務だからです。そこで、以下の第三章では、連邦憲法裁判所が組み入れた手段が効果的であるかどうかを検討します。既にその章の見出しは、わたくしがその点について疑念を抱いていることを示しています。…

### 三．切れ味の悪い刀…連邦憲法裁判所のコントロールメカニズム

さて、連邦憲法裁判所の審査構造が、刑罰構成要件の正当性について効果的かつ合理的な判断を可能とするのか否かということが検討されなければなりません。裁判所自身、その任務を、「(審査される) 刑罰法規が実質的に憲法の規定に合致し、かつ書かれざる憲法原則および基本法の根本的判断と適合するように監視する」<sup>27</sup>点に見出しています。もともと、批判的な審査基準に関するこのような外見上の豊富さは、連邦憲法裁判所が法規範の憲法適合性<sup>27</sup>のあらゆる審査を、**比例的均衡性の原理**という装いの中に包み込んでしまうことによつてすぐに縮減します。こうした平等的一様性により、裁判所は確かにその判断のある程度の形式的な予測可能性を保障します。…しかし同時に、議論の領域は大幅に狭くなります。…あらゆる観点が、その規範が、—それはそれで、憲法に適合する—規制目的の達成のために適しており、必要でかつ関連するすべての基本権および憲法原理の比較衡量の下で相応であるか否かという

問題設定に従わねばならないのです。<sup>(28)</sup>

ある刑罰構成要件が目論まれた目的を達成するためにまったくふさわしくないということが、裁判官を確信させるほどに立証されるということはまずないでしょう。<sup>(29)</sup> それに、規制される生活実態にとつて、より深刻の程度は低いが等しい効果のある侵害規範が存在するかどうか、しばしば証明可能ではありません。…法規範の実効性は、より長期間にわたるその適用で判明するものであり、生の社会は、決して異なる態様の規制を任意に試す実験室ではありません。したがって、疑いながら、より強烈な規範―すなわち、刑罰構成要件―がより重たくない制裁形式に比べて必要であると見なすことになるでしょう。比例的均衡性の審査の構造は、最終段階で憲法適合性の可否に関して相当性の決定的な分岐点が生じるということを必然的にもたないます。ここでは、関連し相互に衝突する基本権および憲法原理の比較衡量が問題となります。この場合に刑罰構成要件について、保護される価値(たとえば、所有権や人格の保護であったり、道徳的な伝統の維持)と、その構成要件によって制限される市民の基本権(とくに行為の自由、あるいは表現の自由も、それに法的に重要な根拠なしに封じ込めてはならない権利)とが、慎重に比較衡量されなければなりません。

しかし、この比較衡量という審査の措置はまさにその合理性に関する激しい異論を表面化させます。これについて、長い間、ドイツと南米においてとても広まった**基本権の原理論**とその批判者との間で激しい法哲学上の論争が繰り広げられました。ドイツの法哲学者ロベルト・アレクシーは比較衡量のプロセスの合理化可能性を詳細に説明しようとして、大いなる努力を試みています。彼は「比較衡量法則」を公式化し、その結果として次のように適用しています。…「ある原理を実現しないまたは損なう程度が高くなればなるほど、他の原理を実現する重要性はより大きなものでなければならぬ」<sup>(30)</sup>とし、ある侵害について憲法に適合するための第一原理に位置づけています。さらに、彼は「価値公

式 [Gewichtsformel]」を構想しました。それは、—「数学的なモデル」の形式で—「比較衡量の構造の完全な記述」を提供しようとするものです。<sup>(31)</sup>

アレクシーは、「比較衡量法則」および「価値公式」により、衝突している基本権もしくは憲法原理間の比較衡量が数学的な値に変換され、そうして比較衡量を行った結果を電卓で計算できることを示唆しています。しかしながら、このアプローチは、比較衡量のプロセスのあらゆる要素に数字では換算できない評価がともなうということを見落としています。…どれほどの強さで規範により基本権が侵害されているのかということは、一般的には数学的な数として申告することはできません。…今日まで、基本権および憲法原理について抽象的にあらかじめ妥当する階層的なランク付けを公式化することには成功していません。結局のところ、規範の作用に関する経験的な予測は信頼できる数字に置き換えられないということについて、詳しく説明する必要はないのです。…それどころか予測することの曖昧さは、既に概念の中に書き込まれています。たびたび単に二つだけでなく、多数の諸原理が関わってくるという事情が付け加わると、<sup>(32)</sup> 価値づけのプロセスをさら著しく複雑な—それゆえに非数学的な—ものとしします。

既に一九九七年にドイツ国家法学会において、一般的に「価値多元主義、価値の衰退、コンセンサスの崩壊の時代において」、<sup>(33)</sup> 憲法の諸原理間の価値づけがいかに獲得され得るのかという問題が提起されました。ある貨幣価値について何かを「共通の分母」として示したときにはじめて比較衡量が可能となるのであって、ほとんどの観念的で集合的な憲法の基本的な価値の場合にはそれが欠けるでしょう。<sup>(34)</sup> 比較衡量のヴェールの下で、合理的に根拠づけられるのではなく、**政策的に決定されている**のかもしれない<sup>(35)</sup>。国家法の注釈書においても、比較衡量判断が合理的に限定されたときのみ構造化できると指摘されています。<sup>(36)</sup> 既に関連するものとして援用されている基本権および憲法の諸原

理の選択に際し、<sup>(37)</sup>さらにそれらの価値づけの決定的な措置にあたってはなお一層、つねに裁判官の主観的な価値判断が決定的な役割を果たしているのです。<sup>(38)</sup>

こうした判断の主観化は、客観的で偏見のない基準によって法律の適法性を審査すべき憲法裁判所の使命と矛盾します。すなわち、裁判所が、比例的均衡性審査の内部における比較衡量に際し、追加的な合理的かつ客観化可能な基準を導入しない限り、その判断は依然として偶然的なものであったり、恣意的なのです。

この恣意性に対しては、逆に別の見方をすることもできるように思われます。…民主的に正当と認められた立法者の決定の自由を考慮した裁判所の慎重な態度ということです。注釈書の中には、次のような文章が見られます。…正しさは、「より良い洞察を通じてではなく、民主的な多数によって確認される。」<sup>(39)</sup>と。この姿勢を、刑罰構成要件について違憲性が問題となった場合に、連邦憲法裁判所は今日までつねにとってきたのです。…六五年間、たった一つの構成要件についても違憲として無効にしたことはありません。最上級のドイツの裁判所のコントロールメカニズムが、もつとも強烈な自由への侵害—刑罰構成要件—に対してさえも、まったく切れ味の悪い刀であることは明らかです。そのことが、最後の考察へと導きます。…禁止が非常に過酷であったり、恣意的である、そればかりか無意味であると思われるような場合であっても、刑罰をもって行為を禁ずる立法者の広範な自由が存在するのでしょうか。

#### 四・刑事立法者の無限界の自由と過ちの可能性？

憲法裁判所の比較衡量が、その現在の形での刑罰構成要件に関する批判的・合理的な処理という問題に説得力をもつて解決できていないとすれば、—反対に—犯罪化の議論に関するすべての諸原理は単に法政策に属しているの

はないかという問題を提起します。「法政策」は、憲法裁判所によって制限されるべきではない、立法者の決定の自由の領域を指し示しています。なぜなら、民主主義国家における権力分立が政策をコントロールする権力を行政および立法の手に委ねており、裁判所には認めていないからです。それゆえに、たびたび連邦憲法裁判所には、「政策的な問題における慎重な態度」が要請されるのです。<sup>(40)</sup> この要請に裁判所は着目したに違いありません。裁判所は近親相姦の決定の中で次のように強調しました。立法者を制約する「超実定的な法益概念」というものは、「刑罰目的が刑法の手段によっても保護されるべき利益をどのように定めようが、それは基本法の秩序によって民主的に正当と認められる立法者の責務である」と。<sup>(41)</sup>

ドイツの国家法学では、一部で犯罪化のコンテキストにおけるあらゆる価値判断について民主的な立法者の完全な優位が主張されています。<sup>(42)</sup> この主張はまったく分かり易いものです。とりわけ、—長い学問上の伝統から脱却し—、刑法の正当性がとくに国家法の問題としても取り扱われなければならないというのは適切です。<sup>(43)</sup> しかし、—明らかに不当な構成要件（基本権に違反する）あるいは些細な行為に対するまったく度を越えた刑罰威嚇であっても—すべての刑事立法を単に政策的な決定として理解するとすれば、裁判上の審査を奪うというとても極端な結論を公式化することになるでしょう。…ある「政治的に無分別で、ポピュリスティックな、体系を無視したあるいは行動主義的な刑事立法」であっても、「直ちに憲法違反であるという（判決）が」追随することはないのです。<sup>(44)</sup> しかしこのことは市民が、その権利を合理的に考量された理由からではなく、非合理的な、—まさに政策的な理由から制限するというような刑事立法にも苦情も言わずに従わなければならないということにほかなりません。これに対しては、強く異議を申し立てなければなりません。

基本法の権利および利益の秩序は、その価値構造の頂点に人間の尊厳と自由を置いています(基本法第一条第一項および第二条第一項)。それゆえ、これらの権利に対する重大な侵害を正当化するほどの必要はまったくありません。しかし、刑法は市民の権利および自由に格別強度な方法で介入するのであり、ほとんどつねにほかに負わされる規制よりもはるかにより実質的な規制です。刑法は、——とくに有罪判決という意図的に烙印を押す作用にもとづいて——、ほかのいずれのものとも異なつた国家的な規制手段なのです。<sup>45)</sup>

立法者が刑法の手段に訴えるつもりであるならば、それゆえに立法者は、自由の諸権利に対するほかの侵害の際に帰せられるよりもはるかに超えた正当と認められるべき責任の重さを引き受けなければなりません。<sup>46)</sup> その根拠は、裁判所によって審査可能でなければなりません。なぜなら、そうでなければ、市民の生活全般に影響を及ぼす介入が行われる、まさにその場面で、ほとんどが裁判に縛られない領域となつてしまふでしょう。立法府の主権を基本法とは別の方法で制限しようとすることは、超実定的な考慮では決してなく、基本法それ自体の価値判断に根差す論証なのです。…意思決定および行為の自由は、それらの制限が例外として正当化されねばならないというのがルールです。そして、自由に対する制限が重大であればあるほど、根拠づけの責任も一層増大するのであり、その責任を立法者は政策的な討論においてのみならず、連邦憲法裁判所の前でも受けて立たねばならないのです。

新たな根拠づけの構造の出発点を**犯罪化**に関するアングロ・アメリカの議論が提供します。その中で刑罰構成要件の可能な保護対象が、他者の侵害から人間を保護し(他害原理)、自身を害する行為を防ぐ(パターナリズム)のかどうかにしたがって判別されたり、被害者のない犯罪行為(被害者なき犯罪)が問題となります。三〇年も前にアメリカの法哲学者ジョエル・ファインバーグは、ある非常に丹念な研究の中で示していますが、この観点から刑法上の行為規

範の賛否の議論に関して練られた体系が展開されています。<sup>(47)</sup> 国家は、保護しようとする被害者がいない刑罰構成要件のような場合には、そのような行動の禁止を正当化するため、どのような優越する公共の福祉の根拠を申し立て得るのか、とくに徹底的に問われなければなりません。<sup>(48)</sup> このアプローチの受容が、ドイツでやっと始まりました。その可能性は、近い将来刑法哲学者と国家法学者の間の共同の議論の中で探られるべきものです。

最後に最も重要な主張を要約すると、次の通りです。

・ドイツでこれまで刑罰法規の正当性についての支配的な理論、すなわち法益理論は、連邦憲法裁判所によって無価値であるとされました。

・それによって、法益理論は著しい欠陥を有しており、国家の処罰の根拠および限界を合理的に構築するについて、新しい概念によって探求されなければならないということが明らかです。

・連邦憲法裁判所によって刑罰構成要件の適法性を評価するための唯一の基準である比例的均衡性の原理は、主観的に評価された結論だけを提供するものであって、決して客観的な基準ではありません。

・刑罰構成要件をもつば政策的な観念によって作り出したり、維持するという立法者の限界のない自由は、自由主義的な憲法と一致し得るものではありません。立法者は大きな根拠づけの責任を負わなければなりませんし、その根拠づけは憲法裁判所によって審査され得るものでなければなりません。

・この問題に関する議論はスタートしたばかりです。刑法学および国家法学は共同の対話を探究しなければなりません。

脚注

- (1) 本稿は、二〇一五年一〇月一日に日本大学で行った講演の草稿にわずかに手を加えたが、話した表現をそのまま維持している。「訳者注：なお、訳出に当たり、本文については会話体とした。」
- (2) このことは、ドイツでは、基本権から導き出される国家の保護義務の理論により生じる。：国家は、市民の最も重要な財や利益を実効的な法的手段を用いて侵害から保護しなければならないのである。：これにつき *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, 74. Ergänzungslieferung, Mai 2015, Art. 1 Abs. 3 Rn. 19-24. 参照。
- (3) 刑法第一七二条第二項は、次のように定めている。「尊属である実の親族と性交を行った者は、二年以下の自由刑又は罰金刑に処する。：実の兄弟姉妹相互間で性交を行った者も同様とする。」
- (4) BVerfGE 120, 224, 241.
- (5) BVerfGE 120, 224, 240.
- (6) BVerfGE 120, 224, 241.
- (7) BVerfGE 120, 224, 241.
- (8) BVerfGE 120, 224, 240 (強調は筆者による)。
- (9) BVerfG HRRS 2012, Nr. 93 (強調は筆者による)。
- (10) この法益概念については基本的には *Hassmer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt/Main 1973, S. 19ff. を見よ。； *Hassemer/Neumann*, in: *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Aufl. 2013, Vor§ 1 Rn. 113ff.。
- (11) これについては典型的な *Gaede*, in: *Hefendehl, Roland/von Hirsch, Andrew/Wohlens, Wolfgang* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 183ff. を見よ。
- (12) *Wohlens*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, Berlin 2000, S. 279f.; *ders.*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S. 281. 参照。
- (13) *Hassmer*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S. 58.

- (14) *Hassmer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: *ders.*, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S.167; *Hassmer/Neumann*, in: *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, Band 1, 4.Aufl. 2013, Vor§1 Rn.138.
- (15) 個人的な法益理論は刑法上の理論であるので、その概念設定が刑法だけに照準を合わせているということは、強調されるべきであろう。共同の目標や価値—たとえば、環境や動物の保護、あるいは都市の美観—も、侵害的な処理を手段として追求され得るのかという点について、それによっては排除されていない。ハッセマー (ZRP 1992, S.378, 383) は、この領域を「介入法 (Interventionsrecht)」という観念で特徴づけている。
- (16) BverfGE 120, 224, 241.
- (17) BverfGE 120, 224, 242
- (18) *Hassmer*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S.60.
- (19) たとえば、以下の判例などを参照せよ。BverfGE 124, 300, 327ff. (ヴンシーデル事件) — 基本法第五条第二項の「一般的な法律」という必要条件からの逸脱は、ドイツ連邦共和国に対して国家社会主義の不法な体制と「同一であると刻印する意義」を有することによって正当化されている。; BverfGE 95, 96, 133 (ベルリンの壁狙撃兵事件) — 基本法第一〇三条第二項の遡及禁止に対する違反が、「実質的正義の命令」であることを援用して合法であると認められている。; BverfGE 120, 224, 248ff. (近親相姦) — その刑罰構成要件は、「文化歴史的に基づく…: 共同社会の確信」を参照指示して、そのまま堅持されているのである。
- (20) BverfGE 120, 224, 241.
- (21) 二〇一五年一月初めに、ドイツ連邦議会は複数の法律案について採決する。自由意思にもとづく自殺を可能にし、または促進する行為を規制したり禁止しようとするものである。二つのこれらの法律案は、そのような行為を処罰しようとしている。
- (22) ひとつは典型的には、*Stratenuwerth*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S.256ff.
- (23) *Logodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, S.138ff.; *Appel*, *Verfassung und Strafe*, Berlin

1998, S.372ff.

- (24) これら二つの「機能主義的な」アプローチは *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., Berlin 1993, Kapitel 2. を見よ。
- (25) これら二つの *Sina*, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“*, Basel 1962, 並びに *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1972, Teil I und Teil II, 1. Abschnitt. を見よ。
- (26) これら二つの *Seher*, in: *Die Rechtsgutstheorie* (脚注(11)), S.39, 44f. を見よ。
- (27) *BverfGE* 120, 224, Rn.38. (括弧の挿入は、筆者による。)
- (28) *Kunig*, in: von Münch/Kunig, *Grundgesetz*, 6.Aufl. 2012, Art. 2 Rn.24; *Schnapp*, in: von Münch/Kunig, *Grundgesetz*, Art. 20 Rn.44. を見よ。指摘した要素の審査結果は、確立した定式となっているような連邦憲法裁判所の諸判決を基礎にしており、よつあたり *BverfGE* 115, 118, 162ff.; 115, 276, 304ff. を見よ。
- (29) 相当性をめぐり既に強い疑問のある全くの構成要件の実例が存在するにもかかわらず、二〇〇八年二月二六日の第二部決定の少数意見 *BverfGE* 120, 224, 266f. で、ハッセマーによる異議が明確に強調しているように、兄弟姉妹間の近親相姦(刑法第一七二第二項第二号)はそれに該当する。
- (30) *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3.Aufl.1996, S.146; *ders.*, in: *Sieckmann* (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, S.110.
- (31) それによれば、具体的な個別事例における憲法原理の相対的な重要性は、この原理における侵害の強度、あらゆる原理の領域におけるその抽象的な重要性および抵触する原理と同一の座標との比較における審査される規範のその原理への影響に関する経験的な承認の確実性にもとづいて判明する。 *Alexy*, in: *Sieckmann* (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, S110. を見よ。
- (32) 最近の連邦憲法裁判所のスカーフ事件決定 (*BverfG NJW* 2015, 1359) では、たとえば宗教の自由(基本法第四条第一項)、親の教育権(基本法第六条第一項)、生徒の消極的な信仰の自由(再び基本法第四条第一項)それに国家の学校教育の管

理の原理（基本法第七条第一項）が相互に調和されねばならなかったのである。

- (33) *Leisner*, *Der Abwägungsstaat*, Berlin 1997, S.5f.
- (34) *Leisner* (脚注(33)と同様), S.72ff.
- (35) *Leisner* (脚注(33)と同様), S.77. 参照。
- (36) *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Stand: Juli 2014, Art.20 VII. Rn.119 mit Fn.6.
- (37) 「関係する」と判定される基本権の選択に際しての部分的な恣意性について *Amado*, *Rechtstheorie* 40(2009), S.1-42.
- (38) このことは画期的に説明を行った *Josef Esser* の業績 *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/Main 1970. 以来、よく知られている。
- (39) *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Stand: Juli 2014, Art. 20 VII. Rn.119.
- (40) *Hesse*, JZ 1995, 265, 267; *Vogel*, NJW 1996, 1505; *Schneider*, NLW 1999, 1303; *Lepsius*, *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: Jestedt (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlin 2011, S.161 165f. 参照。
- (41) BVerfGE 120, 224, 241.
- (42) *Gärditz*, *Der Staat* 49(2010), S.331ff.
- (43) *Gärditz* (脚注(42)), S.367.
- (44) *Gärditz* (脚注(42)), S.362.
- (45) 同頁 *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S.39f.
- (46) この主張は、既に *Hörnle* (脚注(45)), S.31f. が唱えている。
- (47) *Feinberg*, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 Bände: *Harm to Others* (1984), *Offense to Others* (1985), *Harm to Self* (1986) と *Harmless Wrongdoing* (1988)
- (48) これについて、わたしの分析を見よ。 *Seher*, *Liberalismus und Strafe*, Berlin 2000, S.143ff.

訳者あとがき

本稿は、日本大学比較法研究所が発行する *COMPARATIVE LAW* 三二巻 (二〇一五年) に掲載されたベルリン自由大学教授ゲルハルト・ゼーエア博士 (Prof.Dr.Gerhard Seher) の論文“Grenzenloses Strafrecht? Auf der Suche nach philosophischen Grenzen der Kriminalisierung“を邦訳したものである。この原稿は、ゼーエア教授が、日本大学の招聘に応じて来日され、日本大学法学部において三回のご講演を行われたうち、二〇一四年一〇月五日の第一回目のために準備された草稿にもとづいて作成されている。この回の講演では、青山学院大学法務研究科のカール・フリードリッヒ・レントツ教授 (Dr.Karl-Friedrich Lenz) により、質疑応答などの通訳が行われた。

ゼーエア教授は、二〇〇七年に「犯罪構成要件理論における帰属の観念とその意義」と題する論文で教授資格を取得された後、二〇一一年にベルリン自由大学の教授に就任され、現在、刑法、刑事手続法および法哲学を担当しておられる。今回のテーマにおいても、刑法学上の問題を取り扱っているものの、緻密な概念分析や法哲学・国法学の領域にわたる豊かな知見にもとづく考察が行われている。

「限界なき刑法」への問題提起は、価値観がますます複雑・多様化する現代社会状況の中で、あるいは高度なテクノロジーによって切り拓かれていくサイバースペースにおいて、市民の人権・自由を最大限に尊重しつつ、刑罰による介入をいかに行うべきかという課題に対し、刑事規制の正当化の在り方を根本的に問おうとするものであり、ドイツのみならず、日本においても真剣に検討されるべきテーマである。

法益論は、日本の刑法学ではあまり取り上げられることはないが、ドイツでは、とても大きなテーマとなっている (ドイツの議論も踏まえて、法益について考察するものとして、小林憲太郎『法益』について) 立教法学第八五号 (二〇一二年)

四八五頁参照)。個人的法益論のアプローチにもとづく刑罰の限界づけを拒否するドイツ連邦憲法裁判所の判断を端緒としながら、ゼーエア教授は、法益概念を精確に分析し、錯綜する議論を冷静に考察されたうえで、概念上混乱が認められる法益論に収斂した議論を批判すると同時に、連邦憲法裁判所の審査基準についてもその有効性に疑問を提起されている。ドイツのみならず、日本の最高裁判所においても違憲審査権の行使には極めて慎重な姿勢（刑罰構成要件について違憲無効と判断されたケースは、尊属殺重罰規定くらいにとどまる。）が見られるのであり、司法機関の役割・責務とも関連して、興味深い日独共通の課題を意識させてくれる。同時に、—日本では、アメリカ法の影響のもとで、実体的デュー・プロセスの考え方も受け入れられており、多少ドイツの議論と異なる側面もあるもの—、たとえば、日本で刑法の謙抑主義ということは広く支持されているが、この原理を実際にどのような基準によって違憲審査に反映させるのかという議論はまったく不十分であり（最近、この問題を理論的に分析、検討する興味深い研究として、上田正基『その行為、本当に処罰しますか 憲法的刑事立法論序説』（二〇一六年・弘文堂）がある。）、日本における刑罰構成要件に対する違憲審査基準の問題に関しても、示唆を与えるものである。

ゼーエア教授の問題提起はとても普遍的なものであり、この問いは、日本における刑法解釈および刑事立法の在り方においても、つねに問われるべき課題である。新たなアプローチの必要性とともに、日本においても、このテーマに関して、刑事法学に限らず、憲法学や公法学とのなお一層の学問的な対話の重要性は否定できない。非常に稚拙な邦訳ながら、このような観点から、原論文を邦訳する意義を汲み取って頂ければ、訳者として幸いである。

最後に、翻訳をご快諾して頂くとともに、わたくしの能力不足による翻訳上の疑問について、その都度懇切に答え下された原著者、ゲルハルト・ゼーエア教授に心からの感謝を申し上げたい。