

法益保護構想の再構成

——ハセマー「社会コントロールの形式化構想」——

新 谷 一 幸

はじめに

一 刑法の将来をめぐる論争がドイツで展開されている。

新しいテクノロジーは新たな利益を生み出すとともにまた、新たなリスクをも生み出している。原子力や遺伝子の領域での予想もつかない、部分的にはコントロール不能と思われるリスクや、あるいは、一層深刻化しつつある環境汚染（海洋汚染、大気汚染、オゾン層破壊）など人類の将来にかかわる巨大リスクが生み出され、市民生活の大きな脅威となっている。

蔓延する薬物濫用や多発するテロに見られるような犯罪の組織化も、さらに市民生活に不安を生み出している。

二 脅威体験の増大からリスク管理を要求する「リスク社会」の声は不断に強まり、立法者への圧力となっている。想定されるリスクは、科学技術の急速な進歩によりもたらされる予測困難なリスクであり、したがって、その管理には柔軟

性を備えた手法が必要となる。また、そのようなリスクはひとたび実害として具体化するならば、およそ回復困難な質と規模をもつ巨大リスクである。それゆえ、リスクの現実化をあらかじめ防止する予防的関心が優先されることとなる。

リスク管理の要求は刑法にも向けられており、現代社会のこのような挑戦を刑法手段をもつて克服しようとする動向が現実の刑事政策の展開と刑事立法の展開の特徴となっている。

三 一方では、例えば、シュトラーターテンベルトが「刑法による将来保障」⁽¹⁾構想を展開し、あるいは、クラッチが「偶然をも支配して、法益保護の最大限化」を目的として、「全面的秩序を設定することによる個別的行為の直接的コントロール」を計る、いわば、「マニュアル化」⁽²⁾構想を展開している。他方、ハセマーらのいわゆる「フランクフルト学派」⁽³⁾を中心にした、批判的な方向性も有力である。

ハセマーは、「刑法の現代的改革」の実態をきびしく批判して、啓蒙の伝統の堅持を要求している。具体的には、刑法における法益保護構想を二重の意味で、すなわち、犯罪的侵害からの保護と、犯罪処理プロセスでの侵害からの保護と把握して、これを「人格的法益構想」と「形式化された社会コントロール構想」により確保することを主張している。

四 ミュシックはハセマーの方向性を基本的には評価しつつも、その首尾一貫性の欠如を批判し、ハセマー構想自体の目的達成能力を疑問としている。⁽⁴⁾

本稿では、ミュシックの見解を検討する前提として、ハセマーの法益保護構想の再構成を概観して、問題の整理を試みたい。

(1) Stratenwerth, G., Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW, Bd. 105 (1993), 679-696.

- (2) Kratzsch, D., Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, S. 119f., 265, 298.
- (3) Hassemer, W., Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSZ, 1989, 553-559 (Hassemer, Symbolisches Strafrecht ㉞ 略称㉞); ders., Sozialtechnologie und Moral, in: Jung (Hg.) Recht und Moral, 1991, S. 329-S. 333 (Hassemer, Sozialtechnologie ㉞ 略称㉞); ders., Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht, ZRP, 1992, 378-383 (Hassemer, Kennzeichen ㉞ 略称㉞); ders., Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994 (Hassemer, Produktverantwortung ㉞ 略称㉞); Institut für Kriminalwissenschaft Frankfurt a. M. (Hg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995.
- (4) Müssig, B., Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994.

第一章 刑法の現代的順応批判 (ハセマー)

一 社会工学化批判

ハセマーの把握する現状の特徴は次の諸点である。

(一) 現状分析

「リスク社会」の関心は、不安定の最少限化と複雑なプロセスの全般的コントロールの方向へと刑事政策を突き動かしている。刑事政策もこれに同調している。刑法は「倫理的ミニマム」の安定を重要とした自由主義的静観の殻をすて、社会的・国家的な大混乱 (Großverstörung) に備えるコントロール手段へと展開しつつある。犯罪処理は刑法の任務として狭きに失すると批判され、諸政策 (補助金、環境、保健、外交など) を側面から支えることの重要性が強調されている。⁽¹⁾ 個別的な権利侵害を適時に防圧することから、問題状況を広くカバーする予防への変化が観察される。

かつて「刑事政策が踰越することを許されない障壁」であった刑法 (リスト) はいまや、「刑事政策の伸ばされた腕、

刑事政策の道具としてあらわれている。刑法理論、刑罰目的論、刑法解釈学における機能主義理論により準備され、支持されて、予防考慮、効果配慮、そして、政策目的追究にとつての利便性が刑法正当化の中心的基準となっている」と、ハセマーは刑法と刑事政策の關係逆転、つまり、「刑事政策による刑法の全面支配」を指摘する。⁽²⁾

公衆が脅威と感じ、マスメディアがこれを喧伝するや、立法者は即座に立法措置を講じ、この「問題状況」に対して「闘争」を開始する。経済、環境、税、コンピューターの領域、テロル、薬物のような組織犯罪、ポルノビデオ、暴力ビデオの領域、はては、危険物の輸出にまで「闘争」は拡大されている。立法者は、リスク管理要求の社会的圧力に同調して、現代刑事政策の主要方向を包括的犯罪化に向けている。⁽³⁾

このような現状に対して、ハセマーは社会の現代的展開に刑事政策と刑法が無批判に追隨することを「刑法の現代的順応」として批判する。⁽⁴⁾ 順応の特徴は、包括的で柔軟な予防的手法を優先的に利用し、⁽⁵⁾ その実現を刑法に担保させる方向性であるが、これをハセマーは「刑法の社会工学化」と特徴づける。⁽⁷⁾

(二) 刑法の現実規定力の限界

社会工学化はリスク管理の要求に突き動かされ、刑法の現実規定力への強い信頼により支えられている。⁽⁸⁾ しかしながら、伝統的な法治国・自由主義型刑法の堅い枠組みは、政策目標の側面支援、問題状況のコントロール、危険状態の広い面をカバーする予防についてはおよそ不適格である。というのも、刑法は予防チャンスを繰り返して破られてきた、過去に目を向けている道具である。具体的には、将来発生するかもしれない予想外の混乱事例に対して柔軟に対処するために刑法が目標と解決手段を留保しておくことを「罪刑法定原則」は許容しない。「行為原則」は、有意義な予防としては遅きに失するが、重大な不法が実現されてはじめて刑法の投入を許容する。「個人責任原則」は、(複雑な危険状況においても)

具体的個人への帰責に多くの制約を加えている。「疑わしきは被告人の利益に原則」は立証に経験的不確実性がある場合には、刑法投入を禁止する。「責任原則」は再社会化の観点からは不合理であるとしても、刑罰の限界を設定する。このような刑法が現代の予防要求を充足できないことは明白である。⁽⁹⁾

そこで、予防要求に応じて、刑法を社会工学的リスク管理のメカニズムへと作りかえるためには、従来の刑法の活動領域を質・量ともに大巾に拡大することが必然となるが、それに利用されている道具としてハセマーは「普遍法益」、「抽象的危険犯」、「象徴刑法」を位置づける。しかしながら立法者のそのような努力にもかかわらず、「現代刑事政策」と「実効性の欠如」は形影相伴なう状況にあり、「実効性の欠如」への不満の声はとぎれることがない状況にある。⁽¹⁰⁾

(三) 法益構想の立法批判機能の衰退

かつて、法益保護構想は犯罪化に関する消極的要素であった。消極性が同時に実定法批判能力であったとハセマーは指摘する。すなわち、可能なきぎり明確に把握された法益に脅威を与える行為以外のことがらを立法者が処罰の対象とすることは許されなかった。⁽¹¹⁾ところが、現代刑法において法益保護構想は犯罪化に関する積極的要素へと変質し、犯罪化を促す刺激となっている。⁽¹²⁾

このような現状分析を前提に、ハセマーは刑法の現代的展開について、「刑法の社会工学化」を特徴とする「刑法の現代的順応」を批判し、啓蒙主義の伝統を維持しつつ、社会の現代的展開に対して「自らの道具だての可能性の枠内で、批判的、かつ、生産的に対処」する「合理的刑事政策」を要求する。⁽¹³⁾

これはつぎのように説明される。「決定について説得力を持ち、かつ、実用可能な基準を刑事立法者に与え、同時に立法者の決定の正当性を外部から吟味する尺度を展開しようとする、啓蒙主義に鼓吹された試み」である。⁽¹⁴⁾立法者は「明瞭

で正当な基準を用いて自己の決定を吟味し、その基準で決定を正当化し、その基準により批判されねばならない。⁽¹⁵⁾」法益保護構想は刑事政策的議論における立法批判機能を再生させる必要があるとの主張である。

つぎに、具体的批判を概観する。刑法の現代的順応の問題現象としてとくに次の諸点が重点的に批判の対象とされている。

第一に、保護客体については、個人法益に対して普遍法益を優先的に利用し、拡大することより刑法の容量の増加が計られている点である。⁽¹⁶⁾これは法益概念の「液化化」、「精神化」、「脱物質化」を進行させ、法益保護の実態把握をより困難にする。⁽¹⁷⁾第二に、侵害犯・具体的危険犯に対して優越的に抽象的危険犯を活用して、刑法の容量の拡大に利用している点⁽¹⁸⁾があげられている。これは法益侵害との結び付きを切り離し、刑法の作用について批判的検討を困難にする。第三に、象徴刑法は、刑法の作用を法益保護から切り離し、象徴的伝達に縮減するものであり、批判的検討をおよそ不可能にする点が批判される。⁽¹⁹⁾

二 成果指向型刑法の危機現象

(一) 成果による正当化構想の危機

現代刑事政策は、普遍法益に依拠しつつ、リスク管理の観点から予防的方向性と成果指向性を強化しているが、抽象的危険犯と象徴刑法はこの傾向の中で何を意味しているのであろうか。

刑法の「成果指向」(Folgenorientierung)、すなわち、法益保護成果の達成を刑法の義務とし、刑法の作用成果をもって刑法の力量を測定しようとする指向性が問題の背景として把握される。

ハセマーによれば、刑法が成果を指向することにより、刑法の正当化はもはや、憲法などの規範的前提に概念上適合しているだけでは、正当化根拠としては不十分と考えられるのであって、立法レベルでも、法執行レベルでも、成果を約束するものでなければならぬ。すなわち、一つには、潜在的犯罪者を威嚇し、一つには、現実の犯罪者を改善するという約束された成果が刑罰威嚇、科刑、行刑により実現されることの経験的証明に迫られているのである。つまり、予防という構想は予防の実効性が証明されない場合には、その正当性もまた崩壊する構想である。ところが予防の実効性を達成する「条件は複雑である上に、歴史的にも変化するものであって、今日、この条件は拡散している」ので、予防の実効性を立証することは困難である。⁽²⁰⁾

すなわち、抽象的危険犯・象徴的刑法は成果指向から生じる成果立証要求の圧力と成果立証困難性というディレンマからの脱出路として選択されているのであって、これが問題の背景である。ハセマーはこれを成果指向型刑法の危機現象と特徴づける。⁽²¹⁾

(二) 普遍法益批判

現代の刑事政策が普遍的法益を多用しているだけではなく、これをとくにあいまいに、かつ、広い面をカバーするように定式化している点で（国家秘密、司法、文書による法的交際の保護への全体の利益、国民の健康の保護、政府補助機構の機能保護）、その過度の一般化が批判されている。⁽²²⁾

これらは二重の意味で刑法の伝統から遠ざかっている。すなわち、かつて、個人的法益の保護が直接的問題であった。さらには、法益は可能ながぎり、具体的に正確に規定されるべきであった。ところが、普遍法益にみられるように、法益概念があいまいになれば、そして、より多くの対象を取り込めば、刑法がその予防的任務を遂行しているか否かについて

の批判的検討のチャンスは明らかに減少する。⁽²³⁾

(三) 抽象的危険犯批判

抽象的危険犯は成果立証圧力の軽減を約束する。それゆえに現代刑事政策の全領域にわたって古典的な侵害犯をほぼ完全に凌駕している。

抽象的危険犯は損害立証の断念と因果関係立証の断念とを内容としているが、その帰結は、第一に、犯罪化された行為と法益侵害との結びつきを切り離すことにより、法益保護に関する刑法の実際の力量を隠蔽する。そこでは、刑法上の不法とは可視的損害惹起ではなく、立法者により犯罪化された行為の実現である。この場合、犯罪化すべき行為の選択と概念化に際して、立法者が保護法益に対するその抽象的危険を正しくとらえているのか誤っているのかは、規範実現のレベルではおよそ論じることが許されず、もっぱら立法者の行う評価の要素であるにとどまる。第二に、抽象的危険犯は刑法適用を非常に容易にする。すなわち、予防指向にとって障害となる帰責を単純化し、容易化する。行為の危険性が裁判官の判断の中に示されることはなく、犯罪化された行為の立証にとどまるのである。処罰要件の切り詰めは同時に弁護機会の減少でもある。⁽²⁴⁾

しかしながら、環境刑法と薬物刑法という、特に抽象的危険犯が活用されている領域での「実効性の欠如」への不満はとぎれることがない。⁽²⁵⁾

(四) 象徴刑法批判

象徴刑法は次のように説明され、批判される。

ハセマーは、フォスの分類に従いつつ象徴刑法の典型例をつぎのように例示する。①「立法者の価値告白」（女性の自

己決定権と胎児殺害禁止との関係に関して、②「(道徳的) アピール」(環境刑法に見られるように、刑法典という目立つ場所で意義深く禁止することにより市民のエコロジイ的感性を教育する目標をもつ)、③「立法者の代償行為」(テロ対策法に見られるように、公衆の不安と憤慨をせめて緩和しようとする)、④「妥協の産物たる法律」(立法者の断固たる取組姿勢を示して、公衆の「行動要求」を満足させる)が例示されている。その共通の特徴は象徴的伝達にある。

刑法規範の実現(法益保護)についての期待可能性は、規範の道具的实施のために利用可能な客観的条件の質と量に依存しているのであるから、そのような客観的条件が十分に整備されておらず、それゆえ、フォースの指摘する潜在的機能(象徴的伝達)が顕在的機能(法益保護)を凌駕する程度に達している場合に「象徴刑法」と呼ばれる。すなわち、法律の実効性と道具性に関する偽善的みせかけ *Vorspiegeln* の要素、「欺瞞の要素」を備えている刑法規範が「象徴的」であり、これは有害・危険現象である。実際に追求される目標は規範の規律目標(法益保護)とは相対的にではあるが別となるので、規範明文への信頼が崩壊するからである。⁽²⁶⁾

象徴刑法は成果立証の負担の軽減を約束するのではなく、ただちに生み出す。というのも刑法が潜在的機能と顕在的機能との乖離を覆い隠すことにより、法益保護実現に関する刑法の現実的力量への批判的疑問提出はおよそ封じられるからである。⁽²⁷⁾

刑事政策が予防期待を抑制しないかぎり、象徴刑法は現代刑法の付随現象であり続ける。象徴刑法とは現実の法益保護よりも、政治的效果(公衆の側からの国家への「行動要求」を迅速に満足させることなど)へと方向づけられている刑法のことであって、現代の成果指向型刑法の危機現象である。⁽²⁸⁾

この領域では、「実効性の欠如」に対する不満がとぎれることがない。しかし、「実効性の欠如」は刑法が本来無縁の領

域に投入され、道具で支えられ、機能を拡大されていることの病理現象であって、この無縁性が原則的なものであり、偶然的なものでないことを示している。「実効性の欠如」は長い間には刑法が単なる象徴的機能に萎縮し、ついには、その真の機能を喪失することへとつながる。象徴刑法は短期的には鎮静的であるかもしれないが、長期的には有害である。⁽²⁹⁾

- (1) Hassemer, Symbolisches Strafrecht, 557-558.
- (2) Hassemer, Vorbemerkung vor § 1. Rn. 480ff., Alternativenkommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1 (1990). 以下の引用に際しては AK-Hassemer, Rn. xx. を表記する。
- (3) Hassemer, Sozialtechnologie, S. 329ff.
- (4) AK-Hassemer, Rn. 494.
- (5) AK-Hassemer, Rn. 483.
- (6) Hassemer, Sozialtechnologie, S. 329ff.
- (7) Ebenda.
- (8) Ebenda.
- (9) Hassemer, Symbolisches Strafrecht, 558.
- (10) Ebenda.
- (11) Hassemer, Symbolisches Strafrecht, 557.
- (12) BVerfGE. 39. 1. 45ff. 妊娠中絶の処罰は憲法上の「処罰命令」として示された。
- (13) AK-Hassemer, Rn. 469.
- (14) AK-Hassemer, Rn. 261.
- (15) Ebenda.
- (16) Hassemer, Kennzeichen, 381; ders., Produktverantwortung, S. 10.

- (17) AK-Hassemer, Rn. 482.
- (18) Ebenda.
- (19) Hassemer, Symbolisches Strafrecht, 558. 刑事司法の全領域に見られる予防関心の強化現象として、一般予防観点での法定刑の引上げ、捜査手続きでの強制処分 of 劇的な拡大、「免責証人」の導入が指摘されている。その特徴は機能主義化と脱形式化であり、目的による手段の正当化の進行の中にそれが見られる。脅威感覚の広まりと、組織犯罪・環境破壊・薬物依存の脅威に対する刑法的対抗への期待の広まりが、法治国的諸原則の放棄をもたらしているとされる (Hassemer, Produktverantwortung, S. 7ff.)。
- (20) Hassemer, Symbolisches Strafrecht, 556.
- (21) Ebenda.
- (22) Hassemer, Kennzeichen, 381. 現代刑法の焦点とされている領域は「市民(個人)」にとっては間接的にしか関係を有していない普遍法益である。直接には社会のあるいは国家の制度である。現代刑法における法益保護は制度保護となっている (ders., Produktverantwortung, S. 10f.)。
- (23) Hassemer, Produktverantwortung, S. 11. 問題となる普遍法益の例として、信用供与者の古典的財産保護と並んで、「経済的信用の不正な供与により経済全体に生じうる危機の回避についての一般の利害」が「信用詐欺罪」について指摘されている。
- (24) Hassemer, Symbolisches Strafrecht, 558.
- (25) Hassemer, Kennzeichen, 382; ders., Produktverantwortung, S. 13.
- (26) ハセマーは、象徴現象を現代刑法の特徴ととらえる。予防指向型の刑罰目的(とくに、積極的一般予防論)にも象徴性は見られる。積極的一般予防構想は「調教」と「暴力的行為規制」を越えるものをもつが、それは象徴的伝達(有罪判決を受けた者に対しては再社会化モデルを、その他の全ての市民には一般予防モデルを伝達する)を指向している (Hassemer, Symbolisches Strafrecht, 554.)。
- (27) Hassemer, a.a.O. 558.
- (28) Hassemer, a.a.O. 559.

(29) Hassemer, Kennzeichen, 382; ders., Produktverantwortung, S. 14ff.

第二章 法益保護構想の再構成（ハセマー）

一 法益保護の二面的保障

ハセマーは法益保護構想の再構成を試みる。人格的法益構想により、法益概念の液状化の阻止をはかり、社会コントロールの形式化構想により予防効率偏重に対抗しようとする。これは法益保護構想における法益保護の二面的保障として展開される。

「法益保護はたんに規範違反者による侵害に対して人間の利益を保護することを意味しているだけではない。規範違反に由来する紛争の克服と処理に際して生じる人間利益の侵害に対する保護をも意味している。⁽¹⁾」このようにして犯罪的侵害からの保護の側面と犯罪処理過程での侵害からの保護の側面とが法益保護構想の中に統合されるのである。これは従来、刑法の法益保護機能と人権保障機能として、むしろ対立・拮抗する機能として論じられているものであるが、ハセマーにおいては保障機能の優位に統合される。

ハセマーは、この構想を「もつとも深刻な紛争状況での法益保護」の要請から導き出す。「紛争に巻き込まれた者（有責者に限らない）の諸利益が最高度の脅威にさらされているのであって、分離、抑制、保護そして援助の形式化の準備が緊要⁽²⁾」である状況下では、「法益保護の二面的保障の中に刑法の正当性」が存するのであって、これが刑法を「野蛮⁽³⁾」から区別する。

刑法の任務は「法益保護にあると同時に刑法的社会コントロールの形式化による規範の主張と安定化に及んでいる。公式として表現すれば、刑法は、他のやり方では保護されえない基本的人間利益を形式化されたコントロールを通して保護せねばならない⁽⁴⁾」と規定される。

すでに示したように、刑法の「社会工学化」がもたらす諸帰結を見れば、一方では、象徴性を強めつつある刑法は、犯罪的侵害に対する法益保護の非実効性（テロ・環境犯罪・薬物犯罪）をもたらし、他方では、効率を優先する脱形式化の傾向が、紛争処理過程での侵害に対する法益保護の弱体化（法治国的諸原則の空洞化）をもたらししている。これらはいずれも、法益保護の長期的担保となるべき国民の信頼という刑事司法の基盤を掘り崩すものとして位置づけられる。ハセマーは法益保護構想の二面的保障によりこれを克服しようとするのである。

二 人格的法益構想

(一) 犯罪に対する保護の側面での法益保護は「人間の社会における共同生活にとって放棄することのできない、それゆえ、公的刑罰を手段として国家的強制により保護されねばならない」生命、自由、健康、財産あるいは交通の安全といった「生活利益」を刑法が保護するときに達成される⁽⁵⁾。このように法益をもつて刑法の任務を規定することは啓蒙主義の伝統を受け継ぐ合理的刑事政策の要求である⁽⁶⁾。

法益保護構想は、刑法の任務規定を当罰的行為の可視的な特性（法益危殆化・法益侵害）に結び付けることにより、任務規定を刑事政策の正当な当罰性規定に緊密に結び付ける⁽⁷⁾。保護範囲と保護技術に関する刑事立法者の決定をより正しく、見通しの付くものとし、また、説得力あるものとしうる⁽⁸⁾。

(二) 法益概念については、「具体的な、事実に存在する何か」、例えば、貨幣や土地を法益と理解するならば、立法者をこの可視的な「何か」のみに向け、その決定コントロールは容易となるが、⁽⁹⁾刑法では「具体的な何か」が問題になるのではなく、その中に実質化されている一般的利益が重要であるとされる。もつとも、このように保護客体を抽象化することにより、経験的把握可能性への疑問の芽が形成される弱点も認められている。⁽¹⁰⁾しかし、ハセマーがより重大な問題として強調するのは、普遍法益がもたらしている法益概念の「液化化」、「精神化」、「非物質化」傾向であり、これは法益保護構想の中核に脅威を与えるものと位置づけられ、批判されている。⁽¹¹⁾

これらを前提として、ハセマーは「法益保護」について首尾一貫した概念が必要であること、および、個人の側から国家を理解し、国家的行為の正当性を問題とする人格的法益論のみが自由主義国家構想に合致する⁽¹²⁾ことを理由として一元的人格的法益論の構想を採用する。

もつとも、ハセマーは普遍法益を全面的に否定するわけではない。「今日普遍的法益を断念することはできない。労働、経済、製品、旅行、まさに日常生活のほとんどすべてが複雑化しており、それゆえに侵害されやすくなっている。若干の古くからある危険がその脅威を失った一方で、支配不可能な新しい現在のリスクが生じている。人間は、ともかくも感覚的には、より高まった、同時により散漫な脅威のもとで生活している。複雑な社会は制度を通して組織されているので、制度全体の存続が全ての人間にとって重要であり、それゆえ制度そのものとして保護されねばならない。この保護は当然に普遍的法益を直接の対象としており、個人的法益を対象としているのではない。」⁽¹³⁾

ハセマーは、普遍法益を間接的に人格の利益である限りにおいてのみ是認する。⁽¹⁴⁾その理由は「人間は社会的存在であるので、その限りで、人間はその利益と財を他者との共同生活においてのみ、すなわち、社会的・国家的制度（経済、官僚制、

司法、保険、学校、軍隊、家族など）においてのみ、保持し実現しうる。かかる制度の保護（腐敗していない官僚制、真実と正義に拘束される司法、文書を介する効率的法的交際）は、これらの制度に依拠して生活し、行動している人間の間接的利益における法益保護である」⁽¹⁵⁾

三 社会コントロールの形式化構想

(一) ハセマーは、刑法を社会コントロールの中に組み入れることにより、刑法的社会コントロールの形式化構想（犯罪克服・処理過程での侵害からの保護を担保する）を導き出している。⁽¹⁶⁾

社会コントロールの中で刑法に割り当てられる領域は、刑法的に保護を要する人間利益（刑法法益）に関する「もっとも重大な逸脱的紛争」の領域であって、その克服と処理のためにもっとも峻厳な手段が与えられている。⁽¹⁷⁾

ハセマーによれば、刑法とその他の社会コントロールとの差異は形式化の程度の差にある。形式化の程度の低い日常的なコントロールにあつては、逸脱行動の定義に恣意性が見られ、サンクションの種類と程度も一定しておらず、コントロール手続きも未整序であるが、⁽¹⁸⁾ 刑罰というもつとも峻厳な手段を与えられている刑法はこのような紛争処理の不安定さを避けねばならないというのである。

そこで、形式化の必要性はつぎの諸点により根拠づけられる。

① 選択可能な紛争処理行為をあらかじめ選別し、構造化しておくことにより、紛争状況での、ともすれば感情に流されがちな関係者の行動に方向づけを提供する。

② 「犯人」と「被害者」を分離し、紛争処理においておのおのが果たすべき役割を規定し、紛争類型と役割に応じた

行為の選択肢を、社会的地位の強弱に関係なく割り当てることにより、弱者を保護する。

③ 行為の流れをあらかじめ規定しておくことにより終局的紛争解決の予測可能性を担保する。

このような形式化をもたらす規範は人間の社会化と文明化の構成要素であつて、これにより人間による人間の侵害を克服することが可能となり、逸脱から生じる紛争を克服することが可能となる。

以上がハセマーの根拠づけである。⁽¹⁹⁾形式化された社会コントロールが刑法の任務として割り当てられる。

(二) 保護技術と価値原則

ハセマーによれば、刑法は形式化を二種の方法で生み出す。一つは、「保護技術」であつて、これは刑法投入の前提、種類、態様、結果を、投入の前にあらかじめ公開し、明確にしておく。これにより刑法投入の予測可能性、再吟味可能性、修正可能性が担保される。他の一つは、「価値原則」であつて、刑法上の社会コントロールが新たな権利侵害となることを防止するために、刑法の投入を拘束する。⁽²⁰⁾

(a) 保護技術

これは形式化の観点から見た、罪刑法定原則のもつ意義である。

禁止・命令規範、制裁、手続きに関して、あらかじめ、公開の、可能なかぎり正確な情報を提供することは刑法の義務である。刑法上の行為は関係者にとって不意打ち・騙し討ちとなることは許されない。刑法上の行為は公開で再吟味可能、批判可能でなければならず、誤りのある場合には訂正可能でなければならぬ。⁽²¹⁾この目標は刑法的社会コントロールの要件と態様が「特定 bestimmt」されている限度でしか達成されない。

(b) 価値原則

刑事司法は一定の価値原則を基礎としているのであって、刑法的紛争に巻き込まれた人物の権利擁護のために刑法的社會コントロールの「実効性」を制限する。この原則は法益保護目標設定の限定原則と相即して刑事立法者に妥当する。両原則は犯罪の抑圧ではなく、犯罪の処理に関心を持つ原則であって、直接的な犯罪防遏の実効性のみをめざして刑法的道具を投入するのではなく、権利擁護をも重視する刑事司法を支持するものである。⁽²²⁾

このような価値原則に属する原則として、「比例性原則」、「消極的責任主義」、「罪刑法定原則」、「手続公開原則」、「弁護を受ける権利」、「法的聴問を受ける権利」、「疑わしきは被告人の利益に原則」、「上訴権」、特に「証拠申請権」、「証拠禁止」、「黙秘権、発言・証言拒否権」、「行刑の法治国的・社会的限定」が上げられる。⁽²³⁾

純粹に効率性をめざす社會コントロールは上記諸原則のどの一つをも知らない。というのも、これらの原則はとりわけ障碍となるからである。刑法が保障する価値原則は単なる実効性を制限するが、刑法に正当化を与え、その将来を担保する。⁽²⁴⁾

「実効性」を、たんに直接的な犯罪防遏の意味に理解するのではなく、関係者の動機づけをもふくむ含む広い意味で理解するならば、形式化された社會コントロールの構想が他のどの刑法任務規定よりもふさわしい。というのも長い目で見れば、刑法が「実効的」に法益保護を達成しうるのは、規範の正当性への洞察から市民が協働する場合のみである。⁽²⁵⁾

(三) 積極的一般予防論

ハセマーは積極的一般予防論を法益保護の二面的保護構想に組み込む。

積極的一般予防論は刑法を社會コントロールの形式化された部分として規定することからの必然的帰結であるが、この

理論は社会科学的方法においてはじめてしっかりした基盤と有効な定式化とを獲得する。⁽²⁶⁾

「社会コントロールの機能は、家族・学校から法の領域にいたるまで、当該社会 *Sozietät* の基本的規範を主張し、安定化し、そのことにより社会の形での生活をはじめて可能とすることにある。刑事司法もまた、固有の管轄と特別の手段をもつが、これ以外の任務をもたない。刑法を特徴づけ、同時に正当化する特殊性は刑法のもつ形式化貢献である。規範違反者による侵害と逸脱行為処理に伴う侵害の双方から人間の基本的諸利益を擁護することである。刑法はこの貢献を形式化をもたらず保護技術と価値諸原則とを尊重することを通して遂行する。⁽²⁷⁾」ハセマーはこれが積極的一般予防論の内実であると主張されている。

「規範の公的な主張と安定化、ならびに、紛争回避、および、形式化された紛争処理である。安定化されるべき不可侵の規範の中には、人格的法益侵害を禁止する規範だけではなく、紛争処理の形式化規範も含まれる。積極的一般予防論は社会コントロールの形式化に成功した場合に、そのときに限って成功する。⁽²⁸⁾」

ヤコブスに見られるような「規範承認のトレーニング」を強調する見解は、⁽²⁹⁾既存の規範への市民の順応を一面的に要求している点で「統合予防論」として特徴づけられている。ハセマーはこれを「積極的一般予防論」と区別し、批判する。批判の結論として、次の諸点が導き出されている。⁽³⁰⁾

第一に、基本的規範の主張と安定化は、刑法の展開とそれに対する公然たる批判のダイナミックな過程であるが、「統合予防論」の立場では、既存の規範への順応のみが一面的に強調され、立法批判の側面が著しく稀薄となり、「合理的刑事政策」の要求を満たすことはできない。

第二に、犯罪回避の実効性のみならず、犯罪処理の正当性も視野に入るべきであるから、安定化されるべき基本規範は、

人格的法益に対する犯罪的侵害を禁ずる規範に限定されているのではなく、刑法的社会コントロールの形式化を担保する規範もまたこれに含まれている。それにもかかわらず、「統合予防論」の立場では、規範としては前者のみが取り上げられており、⁽³¹⁾ 後者は視野の外に置かれている。

- (1) AK-Hassemer, Rn. 431.
- (2) AK-Hassemer, Rn. 310.
- (3) AK-Hassemer, Rn. 431.
- (4) AK-Hassemer, Rn. 335.
- (5) AK-Hassemer, Rn. 255.
- (6) AK-Hassemer, Rn. 261.
- (7) AK-Hassemer, Rn. 257.
- (8) AK-Hassemer, Rn. 260.
- (9) AK-Hassemer, Rn. 262.
- (10) AK-Hassemer, Rn. 264. 例として、所有が「他人の財物」から区別され、通貨による交際の安全と確実性が「偽造通貨」から区別されているがあげられている。

- (11) AK-Hassemer, Rn. 265.
- (12) AK-Hassemer, Rn. 276.
- (13) Hassemer, Produktverantwortung, S. 21.
- (14) AK-Hassemer, Rn. 276.
- (15) AK-Hassemer, Rn. 281.
- (16) ハセマーの社会コントロール（逸脱行為の定義と修正）に関する基本的考え方は、以下の通りである。AK-Hassemer, Rn.

297-301.

刑事司法は社会コントロールの部分領域である。逸脱行為確認の基礎である「規範」、逸脱行為への反応としての「制裁」、逸脱行為を確認し、制裁を賦課する「手続」は「刑事司法の三つの基礎的構成要素であるばかりではなく、社会科学上のさらに広い構想、社会コントロールの構成要素でもある。社会コントロール構想は刑法の任務を新たに、さらに包括的に解明しうる。」社会コントロールの機能は、規範の主張と安定化にあり、規範は「抗事的期待」であるとして、ルーマンの「認知的期待」と「規範的期待」との区分にしたがい、規範は「違反事例により修正・反証されるのではなく、典型的には強化される」と考えられている。社会コントロールは現実の社会生活の必須条件として位置づけられ、その中で、刑法が占める領域は、もっとも重大な逸脱的紛争の領域であり、それゆえ、もっとも峻厳な制裁手段を与えられている。ここから、刑法の任務規定の基礎が導き出される。それが、社会コントロールの刑法による形式化(法化 *Verrechtlichung*)である。

- (17) AK-Hassemer, Rn. 299.
- (18) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 320.
- (19) AK-Hassemer, Rn. 305-309.
- (20) AK-Hassemer, Rn. 311.
- (21) AK-Hassemer, Rn. 313.
- (22) AK-Hassemer, Rn. 319.
- (23) AK-Hassemer, Rn. 321-332.
- (24) AK-Hassemer, Rn. 333.
- (25) AK-Hassemer, Rn. 334.
- (26) AK-Hassemer, Rn. 430.
- (27) AK-Hassemer, Rn. 431.
- (28) Ebenda.
- (29) Jakobs, Strafrecht. AT. 2. Aufl., 1991. I/16. (S. 9.) ハッポは「法への「信頼」」「忠誠」および「受容」を内容とする、すべて

の人に対するトレーニングが国家的刑罰の任務とされている。

(30) AK-Hassemer, Rn. 432-433.

(31) AK-Hassemer, Rn. 434-437.

第三章 検 討

一 評 価

(一) 法益保護構想の二面的再構成

ハセマーは、刑法における法益保護構想を再構成して、二面的保護構想として提示する。すなわち、犯罪的侵害に対する人間利益の保護と犯罪により生じる紛争を克服・処理する過程で懸念される侵害に対する保護の二面を統合する構想である。⁽¹⁾

形式化されたコントロールの枠内での人間利益の保護が刑法の任務として割り当てられる。刑罰目的論としての積極的一般予防論もこの枠内に組み込まれている。⁽²⁾

(二) 重点の移動（形式化構想）

ハセマーの構想の特徴は、立法批判機能復活の重点が人格的法益構想から社会コントロールの形式化構想へと移されている点に見られる。

その背景には、法益構想が犯罪からの保護の側面では、犯罪化に関するかつての消極的要件から、積極的要件へと変質しているという事情がある。⁽³⁾

法益保護構想の再構成（新谷）

ハセマーは「法益」の社会的生成について二段階に分けて説明していた。すなわち、法益として問題となる具体的な財と利益は自然的プロセスにより生成するのではなく、まず、社会における規範的了解、「すなわち、利益侵害の頻度、被侵害利益に関する必要性の強度、および社会的に認知されている侵害の脅威強度のモメントをとおして財は生成する。それゆえ、財(例えば、婚姻制度、所有制度、あるいはまた、人間の自由、名誉、健康の意味のごとくに)は歴史的・地域的に相対的である。また、社会の経済的、文化的所与条件についても相対的である。」⁽⁴⁾次に、利益と財について刑法の観点で(そこで保護される法益として)、立法者は刑事政策にもとづいて「その刑法への受入を、距離をおいて審査するにとどまらず、この審査に際して修正もする。」立法者は法益を「構築」するのであって、法益を「社会的現実」から引き出すのではない。⁽⁵⁾

ハセマーによれば具体的法益の成立は社会の価値体験と立法者の政策的判断に依存している。そこで、複雑化するリスク社会での社会的保護要求が高まり、それが法益保護構想を犯罪化の積極的要素へと変質させている現状において、これをまったく無視して、法益保護構想をかつての消極的要素へと逆転させることは困難と判断しているのであろう。

現実には、ハセマーが法益生成の社会的関連を踏まえて到達した定義は「刑法的に保護する必要のある人間の利益」であるが、ここに「利益」は特定の内実を持つもの限定されているのではなく、「ほぼ任意に充填される概念的容器」⁽⁶⁾であつて、「重要な現象への視点をあらかじめ狭隘化させないために、概念を開いておく」必要があるとしている。

ハセマーにおいて、法益概念自身も、また、具体的法益も相対的なものとして把握されている。ここから、人格的法益構想に依拠したとしても、その立法批判機能もまた相対的なものとならざるをえない。

そこで、ハセマーは、重点を刑法的社会コントロールの形式化構想に移すのである。法益の内実規定は法益規定の社会

的過程と刑事政策的議論にゆだねざるをえない⁽⁷⁾。しかし、議論がまったくの現実順応となるのを防止するために、一定の枠組みを設定しようとするのである。それが社会コントロールの形式化構想である。この構想は、刑事政策議論に対して、予見可能性・批判可能性・修正可能性を担保する「保護技術」（罪刑法定原則）の枠と、紛争処理過程における新たな人権侵害を防止する「価値原則」（憲法と法治国的伝統から得られる）の枠をはめようとしているのである⁽⁸⁾。

（三）積極的一般予防論

ハセマーにおいて、積極的一般予防論は法益保護構想の二面的保護構想の枠内に組み込まれる。その意図するところは、市民を遵法へとトレーニングするという意味での「規範承認のトレーニング」を一面的に強調する「統合予防論」（ヤコブス）と区別することにある⁽⁹⁾。「統合予防論」では、市民は一方的に遵法訓練を受けるべき地位に置かれる。これをハセマーは逆転させようとするのである。すなわち、積極的一般予防論は市民に対する「威嚇」ではなく、市民の主体性に依拠した「洞察」により遵法を生み出そうとする構想であるから、積極的一般予防が成功するためにはその基礎として市民の信頼を確保することが必要であるとして、市民の信頼を確保するための条件整備を刑事司法の側に要求するのである。具体的には、合理的刑事政策を確立すること、および、刑事司法を「欺瞞」から解放することである。

（四）ハセマーの構想は、現代の刑事政策が法益保護の実効化を標榜しつつも、実際には、法益保護の現実的保障を提供できず、それゆえ「象徴刑法」へ方向性を強める一方で、伝統的法治国的な人権保障機能は、これを現実に崩壊させつつある現状を批判して、これに対抗して、一方で、実体的デュープロセスの思想を法益保護構想の中に組み込み、人権保障機能の再生をはかるとともに、他方で、市民の主体性に依拠して法益保護の実効性を確保しようとする試みであると評価できる。わが国の事情に引き寄せて考察すれば、規範的には、憲法三二条と整合する基本的方向性を備えている構想であり、

事実に、市民の耳目を驚かす事件の発生に対して、即座に刑事法の強化をもつて対応しようとする傾向が顕著である現状を見れば、ハセマーの構想には傾聴すべき点が多い。

しかしながらなお検討を要する問題点も残されている。

二 問題点 (ミュシツクの批判)

(一) 法益保護構想批判

ミュシツクはハセマーの構想を評価するに際して、従来の法益論が社会の現実との構成的関連なしに構想してきたのに対して、ハセマーは法益思想の体系批判的機能を社会科学の基盤の上で再定式化し、実践的刑事政策にとって有益な方法を提供しようとしている点で、これを「決定的貢献」として評価する。⁽¹⁰⁾

しかしながら、ミュシツクはハセマーの法益保護構想に対して二点から批判を加える。第一には、法益概念と具体的法益規定の相対性であつて、これによりハセマーの目的とする「合理的刑事政策」の「立法批判機能」を確保することは困難であると批判する。第二には、社会コントロールの一部として刑法を位置づけているにもかかわらず、逸脱行為定義の基礎である規範の社会的意味を十分に検討していないと批判する。

(二) 人格的法益構想批判

ミュシツクはハセマーの法益概念自身の相対性をまず指摘する。さらに、法益構築が社会の価値体験過程に依拠するとすれば、結局、ハセマーの構想は社会的価値体験の肯定的追認に陥る危険があるとして、この構想の立法批判機能にも疑問を呈している。⁽¹¹⁾ この点はミュシツクの指摘する通りであつて、ハセマーも上記のように、立法批判機能の重点を移動さ

せている。

また、法益の抽象性はハセマーも認めるところであるが、ミュシックは抽象化レベルに限定を施さないかぎり、（つまり、抽象化のレベルを上げれば）いかなる普遍法益も間接的には人格的法益に関連させることが可能となる点を指摘する。それゆえ、人格的法益構想に依拠するのみでは、普遍法益批判としては有効性を欠くと批判する。⁽¹²⁾

ハセマーも、人格的法益と普遍法益との関係の間接性は指摘するが、その限定には論究していない。抽象化レベルの限定基準を解明することがさらに検討を要する課題として残されている。

(三) 社会コントロール形式化構想批判

ハセマーにおいて、法益保護構想は全体として社会コントロール構想の中に組み込まれた。その中でハセマーは「いかなる行為が社会において、国家的機関の保有するもつとも峻厳な手段をもつて抑圧されねばならないほど、堪え難いものと考えられているか」という問題を設定する。その答えは「その行為により危殆化され、侵害される客体に対して社会がどのような評価を与えているか」に依存しているという。⁽¹³⁾ ハセマーはここから、「社会的価値経験、より正確には、利益侵害の頻度、被害法益に関する必要性の強度、および社会的に認知されている侵害脅威の強度」にしたがって法益は構成されると結論する。⁽¹⁴⁾

しかしながら、ミュシックによれば、ハセマーの上記問題設定は犯罪という逸脱行動の社会における定義プロセスに関する問題、逆に表現すれば、規範が社会的に構築される過程に関する問題設定にはかならない。ところが、ここでハセマーは規範の問題を十分に検討することなく、視点を転じて、規範違反行為により侵害される「財」へと向けていると批判する。⁽¹⁵⁾ ミュシックによれば、ハセマーは「社会的、コミュニケーション的に構築される」社会的価値経験、すなわち、社会の「規

範的理解」において経験する反響が決定的に重要となると考えている。つまり、ハセマーは逸脱行動の社会的定義プロセスを相互行為現象として、問題をコミュニケーション平面において理解している。それゆえ、⁽¹⁶⁾ここでは規範の社会的、コミュニケーションの意味を説明することが不可欠、かつ、論理的であったというのである。

たしかに、ハセマーは社会コントロールを逸脱行為の定義とその修正をもつて把握しているのであるから、逸脱行為定義の基礎となる規範、そして規範と法益の関係を説明する必要があった。それにもかかわらず、ハセマーの論述は逸脱行為(規範違反)の記述から、逸脱行為により脅威をうける客体(財・法益)に移行しており、規範そのものの検討はなされていらない。このことがもつ意味をミュシツクの批判を通して検討する必要がある。

- (1) 一章一参照。
- (2) 一章二(三)参照。
- (3) 一章一(三)参照。
- (4) AK-Hassemer, Rn. 282-283.
- (5) AK-Hassemer, Rn. 284.
- (6) AK-Hassemer, Rn. 286-287.
- (7) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 147.
- (8) 一章二参照。
- (9) 一章二(三)参照。
- (10) Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 57, 60.
- (11) Müssig, a.a.O., S. 60f.
- (12) Müssig, a.a.O., S. 188f.

- (13) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 147.
- (14) Missig, a.a.O., S. 58ff.
- (15) Missig, a.a.O., S. 61.
- (16) Ebenda.

むすびにかえて

ミュシツクの批判は、ルーマンのオートポイエシスのシステム論に依拠した制度的規範概念と社会理論にもとづく規範論を基礎としているので、ミュシツクの批判の不当を判断するためには稿を改めて、ミュシツクの立論自体を独自に検討することが必要であると思われる。

ミュシツクの提案がハセマーの基本方向と整合的でありうるのかを次に検討したいと考えている。