

△紹介▽

ハセマー「なぜにいかなる目的で処罰するか」

新 谷 一 幸

以下に要約して紹介するのは、ドイツ連邦憲法裁判所判事ヴァインフリート・ハセマーが、一九七七年五月五日にプファルツ州ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所の五〇周年記念日に、「なぜにいかなる目的で処罰するのか」と題して行った短い講演である（W. Hassemer: Warum und zu welchem Ende strafen wir?, ZRP 1997, S. 316-S. 320.）。

ハセマーは、刑事法における法治国原則を強く擁護しようとする、いわゆる「フランクフルト学派」のリーダーであるが、一九六六年に連邦憲法裁判所に就任している。

本講演で、ハセマーは社会問題解決の「希望の星」として乱用されがちな刑罰を前にして、刑罰の意義と目的を問い直している。

当時ドイツにおいては、旧東ドイツ政府の行為を犯罪として処罰できるのか、特に東西ドイツを隔っていた「壁」を越えて脱出

しようとした旧東ドイツ市民を狙撃・射殺した「壁の狙撃手」の処罰可能性が問題となっており、ハセマーはこれを例として、刑罰の意義と目的を考察している。ここでは、犯罪者の改善と潜在的犯罪者への威嚇は問題となりえず、被害者（遺族）の満足のみが合理的説明として考えられるが、そのように考えると従来の刑罰目的論の枠組みを踏み外すことになる。

ハセマーは、ここで、刑罰を理解する上での考え方を拡大することを提唱する。つまり、犯罪においては、犯人と直接の被害者が係わるだけではなく、社会にとつての基本的規範の侵害を経験した一般市民（我々すべて）も係わっているというのである。法益の安定化をもたらすべき行為命令の違反があった場合、これを放置することなく、公的に訂正し、基本的規範の安定をもたらす反応が不可欠であって、刑法システムはそのような反応のひとつである（「積極的一般予防論」）。

つぎに、ハセマーはもう一つ考え方の拡大を提唱する。「ヴォルムスの児童性的虐待事件」を取り上げ、濃厚な犯罪容疑の存在にもかかわらず、なおかつ無罪とするルールの存在を聴衆の市民・学生に向けてアピールする。刑罰の意義を考える際に、実体刑法上の禁止と命令のみに関連させて考えるのは狭すぎるのであって、刑罰法、憲法上の自由保障も基本的刑法規範と考えなければならぬ。これをハセマーは「刑法実践の文化」と呼び、刑法以外の日常的紛争解決のためにも活用すべきことを勧める。

そして、「希望の星」として、とりわけリスク防止のために刑罰が乱用されるならば、基本的規範の安定化というその役割を果たすことはできなくなるので、「中核刑法」に絞る必要性が主張される。権力内部における腐敗の危険に対して刑法的対応をする考え方を例示的に批判し、刑法のウルティマラティオ（最後の手段）性の維持が強調される。

最後に、刑罰が獲得できるのはせいぜい「象徴」作用（規範の明示と不法の烙印）であるのに対して、その投入は人間の自由の制限と行為への制裁という現実的帰結をもたらす点の指摘のもと、刑罰の乱用が戒められる。

講演後すでに一〇年近くを経ているとはいえ、最近のわが国の刑事裁判と刑事立法の活性化状況を見れば、刑罰の利用に伴う根本問題がわかりやすく説かれている点においてなお新鮮さと重要性を失っていない。とりわけ、学部的一年生がはじめて刑罰の意味を学習する際の優れた手引きとなるであろう。

I. 過去と未来

「なぜに、いかなる目的で」という表現は、哲学者と法律家が刑罰の価値を論証する文脈を忠実に指し示している。一方で国家的刑罰の概念と意義、他方でその目的が問題とされるのであるが、両者はうまくまとまりがつかないものである。

Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur（賢明で

あれば過去の罪を理由として処罰するのではなく、処罰によって将来の罪が生じないように処罰する）。この公式はいつ誕生したのかもしれないほど古いものであるが、「過去」と「将来」(*peccatum est, ne peccetur*)、そして、刑罰の「概念」と制度の「目的」との関係を示し、刑罰の意味を将来（目的）に方向付けている。（刑罰概念は応報的害悪賦課が特徴ではあるが）過去に生じた不法に対する単なる応報は無意味であり、汝の目を将来に向け、汝の刑罰システムを、将来可能な限り法侵害の発生がないように組織せよと国家は命じられる。優れて近代的音調を奏でている。

これに賛成できない人があろうか。いくつかの言葉をこれに補充すれば、単なる害悪の賦課は中世的であり、形而上学的であることはさらによくないであろう。近代国家は自己の行動を成果と失敗をもって自身を測定し、測定されなければならない。それが犠牲者と納税者に対する義務である。

II. 「希望の星」としての刑法

近年、国家刑罰への期待の声が、国内政策の他の分野ではみられないほど強力にそして一致してあげられている。刑法と刑罰は隆盛の時を迎えており、社会の万能薬の地位についている。これまで刑法学者は、「本来の法」、すなわち法律学の頂点である私法の陰の地位に甘んじてきたが、この隆盛に満足を感じている者も少なくない。

なるほど、一般市民や法学部一年の初セメスターの学生にとつても、刑法は法の典型であった。新聞を広げるだけで、それ以外には何も事情を知らない人ならば、法律家は、九〇パーセントは刑法に係わり、家族法には少しだけ、そして労働法にはほんのわずかしが関係していないと信じるに違いない。刑事法曹にこびを売る現実の歪曲であるが、刑事法曹はこれを歓迎し、請け合っている。つまり、刑法と刑罰は社会問題と政治的大問題の解決のため「希望の星」へと格上げされており、「焦眉の課題」にはより多くの刑法的禁止、干渉、制裁が伴っている。

思いつくままにあげてみると、公的サーヴィスの濫用、環境破壊、テロリズム、国内外のマフィア組織、麻薬、道徳的退廃、危険製品の販売、商品の闇取引、脱税などなど、刑法は全方位に向かうべきとされる。刑事司法が、日常の暴力沙汰や、性癖犯罪、そして、窮乏犯罪といった伝統的な汚れ仕事をますます敬遠して、上層階にある、銀行・企業サーヴィス、そして、別荘や政府機構の中へさ迷い込むことが増えている。刑事弁護が、専門職の中で名誉あるものとなると同時に儲け仕事にもなりつつある。

刑法は不法と責任に対する過去を志向する考え方から抜け出して、目的追求を目指しており、成果を約束する。刑法上の予防学説は、有罪判決を受けた犯罪者の改善と潜在的犯罪者（我々すべてのこと）の威嚇への期待を与えている。社会と政治家もまた同じように考え、刑法の実効性を当てにして、刑法に新しい刑罰威

嚇と峻厳な制裁を装備し、かれらにとつての緊急課題を刑法に委ねるのである。その課題は刑罰威嚇をもって、必要な場合には刑罰執行をもつて解決される。

しかし、これは本当にうまく行くのだろうか。じっくり検討してみれば、我々の伝統にも経験にも適合しない。

Ⅲ. 伝 統

カントの「島の事例」は、刑罰の概念、意義、そして目的を考える際の我々の伝統に属している。ある島の住民全員が島を立ち去る前に、すなわち社会を解散し、散り散りになる前に、牢獄にとらわれている最後の殺人犯人は処刑されねばならないとされる。その者が誰かを危険にさらすことがあるからではなく、また、全員の利益のために再社会化する必要があるからでもない。その者の行ったことに相応しいことが行われ、正義が満足するからであると、カントはいう。

この例では、刑法の予防的という社会と人間とに好意的な見解は消し飛んでしまう。社会解散の後には無意味となるのであるから、改善も威嚇も原状回復すらも追求する必要はないとされる。正義が満足されるべきだというのである。有罪判決を受けた者の生命が委ねられるのは、まれに見る厳格で復讐的な正義で、まれに見るエリート主義的で尊大な刑罰観である。刑罰がなんの役に立つのかを考慮することのない、正義の満足である。

この考え方は近代以前のもので、それゆえ学説史の物置にしまいこむべきであると考えたとしても、現在の刑法と刑罰に関する我々の経験を自分の頭で理解しようとする際には、物置にあるあれやこれやの事柄を参照することが必要となることもある。

IV・ 経 験

威嚇と改善という伝統的説明が役に立つのか否かを問う前に、我々の経験を理解し、そして正しい行動への指導線を得るために、我々の時代の症状を示し、我々の法生活にとつて緊急と考えられる三例を取り上げる。

最近の司法と世論は注目すべき力点を置いて「児童の性的虐待」を取り上げているので、これを検討する必要がある。刑法適用と処罰の意義に関する批判的質問の例として、東ドイツ国家防衛評議会メンバーの可罰性と、そして、いわゆる「壁の狙撃手」の可罰性を検討する。その理由は、ドイツ憲法裁判所第二部が最近全員一致の裁判を下したという理由だけではなく、とりわけ、ここで刑法理論上の学説と尺度とが屈折していることが直ちに理解できるからである。そして最後に、現在進行中の刑法上の作業に視点を向けるべきである。すなわち道徳的退廃の領域である。ここでは、大きな社会的混乱と刑法への期待との関係がよく現れている一方、刑事政策上の検証は未決着であるからである。

V・ 「政府の犯罪」

東ドイツとナチスを十把一絡げにする考え方はとらないが、刑法という特殊な観点で見れば一組の平行線が見られるのであって、これはさらに検討を要する。

第一例は、旧東ドイツの「政府犯罪」(国家により支持された犯罪)に対する連邦刑事裁判所の有罪判決である。九〇年代の刑事司法と憲法裁判所の選んだ道は、第二次大戦直後の司法が、かつて適切ではないと考え、正当にも批判した道であった。戦後司法はナチス政府の犯罪を実際には捕まえようとはせず、見え透いた法律構成をもって迂回した。私の見るところ「枉法(法をゆがめて適用すること)」「構成要件のあまりに狭い解釈があり、悪い意味での法の実証主義的な遡及禁止の解釈があり、正犯と共犯との現実離れた理解があった。総じて、ナチス指導者たちは刑事訴追を気に病むことはなかった。今日事情は変わっている。指導者は被告席の末席ではなく、教唆犯や幫助犯としてではなく正犯として中央に座っている。

行政権力や司法権力の中核はもはや原則的に刑事訴追を免れないとされるのであるから、かつての権力者に対する処罰がどのような理性的意味をもちうるのかはいっそう焦眉の課題となる。

VI. 改善と威嚇

このような状況で刑罰はいかなる意義をもちうるのか。結論を先取りしておく、近代刑法が達成することを求められている目的〔「再社会化」又は「改善」、〔「一般予防」又は「威嚇」〕はまじめに取り扱われていない。

関係者の高齢化という理由だけではなく、これらの人々がすでに多くのものを、とくに規範的な適応性を失っているという理由から、犯人の改善を考えることはあまりに素朴である。ともかくも、刑罰執行による規範的考え方の逆転を期待することはできない。刑罰威嚇と刑罰執行により犯罪傾向ある者を威嚇することへの希望もない。刑法の治癒的作用への信頼を不屈に維持している人といえども、旧東ドイツ国家防衛評議会の犯罪のような事柄が我々の刑法によって再現不能なものとなるうとは、よもや思い違いはしないであろう。

もちろん、これに反論して、処罰は犠牲者にとって意味をもちうるという人もあろう。例えば、壁で射殺された人々の遺族やその他の生活チャンスを侵害された人々にとつての意味である。この意見は正しい。しかし、目的指向型の近代刑法の領域を立ち去って、新しいゲレンデに踏み出すという立場でのみ正しいといえる。

ハセマー「なぜにいかなる目的で処罰するのか」(新谷)

VII. 被害者の満足

第一に、改善コンセプトという、強い「犯人志向性」を踏み外すことになる。被害者は、犯人が犯した法益侵害を表示する書類上の人物として登場するだけではなく、生命をもった人物として登場する。すなわち、刑罰理論は、被害者を正当な利益をもつ生きた人間として考慮することになる。第二に、改善や威嚇のコンセプトのもつ、強い「将来志向性」も踏み外すことになる。犠牲者の被害を単に抽象的な考慮要素としてだけではなく、具体的事実として刑罰目的の規定の中に取り込むとすれば、犠牲者の利益を考慮するということは、過去に生じた出来事への回顧を必然的に前提とすることとなる。

そして、最後に第三に踏み越えられるのは、再社会化や一般予防コンセプトの特徴である「適応」という生々しい考え方、すなわち刑罰を通して刑法上の規範を叩き込むことによつて、有罪判決を受けた者だけではなく、潜在的犯罪者すべてに対して、現在も将来も犯罪から手をひかせるようにさせようという考え方である。ところが、被害者を考慮するという考え方は、刑罰目的を一種の規範的コンセプトへと方向転換する。被害者の満足や回復は現実的な損害弁償を意味するだけではない。規範的なものを同時に意味している。つまり、侵害された人格の復権であり、人間の尊厳の回復であり、正しい行動と正しくない行動との境界線に関

する拘束力ある宣言である。被害者は（犯人でも、単なる事故でもなく）「犠牲者」であつたことの事後的確証である。

刑罰の目的としてこれは改善や威嚇とはまったく別物となる。そしてこれは「政府の犯罪」についてだけではなく（そこでは極端に現れるだけである）、国家的刑罰の領域全体に当てはまるのである。

犯罪被害者を刑罰理論の関連点とすることは問題となる事柄に係わっているが、問題の全体に係わっているわけではない、刑法にとつて重要であるのは侵害を受けた人物のみではない。犯罪被害者という刑法上のカテゴリーは大きな要求をもち、その範囲もより広いのである。犯罪の「犠牲者」とは、我々すべてのことであつて、その経験的理解においては、規範的理解においてである。最後にはここが問題となる。

VIII. 基本的規範の安定化

犯罪では犯人と被害者との当事者関係だけが問題となるのではない。犯人と直接の被害者以外に、我々すべてに係わっているのであつて、犯罪が一般に認知されていない場合であつても変わりはない。刑法は法益を保護する。このような法益が承認されなければ、今日、我々の規範的社会理解による、そして我々の民主的に構成された合意による社会生活は可能でなくなる。人間の尊厳の前提条件の安定化が重要であつて、とくに、生命、自由、健康、

名誉、財産、自由そして、同時に成功した社会の構築である。

犯罪は、このような法益の安定化をもたらすべき行為命令を侵害し、行為命令の効力を具体的に無効にする。これは被害者個人の問題であるにとどまらず、我々全体の問題である。行為命令に対する違反があつた場合、公的に、強力にその訂正がなされることにのみ、そして、我々が規範侵害を甘受・放置することなく、これを非難し、規範を固持し、規範否定が大手を振つてまかり通ることはないと言明するときにのみ、行為命令は存続しうる。これらのことをどのようにしてなすかは、多数の複雑で、長期的に変化する要素にかかつているが、決して自由刑でなければならぬといふわけではなく、また、常に刑罰である必要もない。法違反に対して耳に聞こえるように反応するのであれば、警告や非難でも十分な場合もありうる。しかし、我々の刑法の示している自由の限界がなお妥当すべきである限り、法違反に対する訂正的反応をなすこと自体は避けることができない。

このように考えると、刑罰は過去にも将来にも向いている。刑罰は社会生活に不可欠の規範への侵犯に対して、それを訂正する反応である。しかしまた、それは将来に向けて規範の持続力を安定化させようとする出来事でもある。そしてこのことが一般人の理解において刑法がもつ傑出した特徴である。規範の溶解と価値の変動を特徴とする時代では、社会一般に妥当する規範に関して公的に、拘束力をもつて、そして、成果を生むような形で議論す

る場が存在しなければならぬ。そのような場の一つが刑法システムである。刑法システムは基本的に不可欠の行為命令の原則を確定し、これを貫徹する。

（このような考え方（近年の刑法理論では「積極的一般予防論」と呼ばれる）は、多くの結論をもつが、ここでは以下の諸点が重要である。

犯罪者の改善や一般人への威嚇という刑罰目的は、基本的規範安定化の手段なのであるから、この文脈においても十分にその席を有する。

刑事司法が自己の行動を市民に明白かつ誠実に伝達することは特に重要である。そうしなければ侵害された規範の安定化は理論上のものにとどまり、現実の日常生活の中へは浸透しない。

責任は個人に帰責され、犯罪者の人格とその特殊性と分かちがたく結びついており、量刑と執行において正當に考慮されねばならない。

刑事司法は取り扱う個別事例を通して規範に関して公的に議論する場である。そこで例えば、刑事司法は、たとえ体制に変化が生じたとしても、規範の立場をとることを怠ってはならない。「人民法廷」やその他の非公式の公的施設にも価値はあるが、刑事司法には刑事司法の価値がある。すなわち、真実発見についての形式化された安定性、取り扱う事案の透明性、判断の拘束性である。

ハセマー「なぜにいかなる目的で処罰するのか」(新谷)

IX. 「ヴォルムスの児童性的虐待事件」

今日の刑罰理論は、法侵害に対する安定的で適切な反応を通して刑罰は我々の社会の基本的規範を安定させるべきであると説くが、重要な問題には決着を付けていない。なにが基本的規範といわれているのか。刑法典上の、窃盗、補助金詐欺、殺人に対する行為命令のみであろうか。それとも、刑事法上の規範や刑事法に関する憲法規範、例えば、刑事弁護の保障や無罪の推定、遡及的処罰の禁止や公正な裁判はどうであろうか。

私見では、最後に挙げた規範も含まれている（そして、この意見は今日もつばら専門職の間においてのみ支持されている）。なにゆえにこの意見が理性的であるのか、（そして、より多くの支持者を見出さねばならないはずであるのか）を、一例を挙げて説明したい。大見出し付きで刑事司法が取り上げられたマインツ地裁における「ヴォルムスの児童性的虐待事件」である。

自ら事実調べに参加していない事件について発言を控えるのが普通であるが、この事件についてはその特徴を挙げる事が許される。無罪判決が拠り所としていたのは、児童に対して非道なことが行われなかったということではない。被告人についてその罪責が刑事手続上の安定性をもって立証されなかったということである。その理由は、特に、私的「解明者」が被告人の不利とすするために、捜査成果を早くから汚染していた。そのせいで法廷に

とっては信頼するに足りる事実認定が不可能となった。とりわけ児童の証言が一方的に誘導されていた。そのもたらした被害は著しいものであつて、特に児童とその家族にとつて取り返しのないものであつた。

なにか起こつたのか。刑法上の公式の真実探求をコントロールすべき規範が作用した。多くの学説では刑罰と刑法の任務に算入してはならないのであるが、この規範は刑法において基本的な重要性をもつ。経験的意味と規範的意味とをもっている。経験的には長年にわたる刑事学上の経験（心理学から彈道学そして現場保存技術）に係わつており、規範的には真実発見の利益と関係者のプライバシーとのバランスが図られている。刑事手続における真実探求は関係者にとつて、無実であるなしかかわらず、苦痛に満ちたプロセスであつて、それは被告人にとつても証人にとつても同じである。このプロセスは二通りのやり方で人の権利を侵害することがある。あまりに探索的であることもあり、過ちを白日にさらすこともある。この危険は著しく、それが現実化すれば、ひどい結果が生じる。この危険に対して刑罰法は、詳細で、安定した事前予防措置を講じているが、ヴォルムスとマインツだけで見られることではないが、濫用を確実には防げない。

X. 刑法実践の文化

この事例から学びうるように、中心的で基本的な刑法規範は刑

法典の中にのみあるわけではない。基本法、裁判所構成法、あるいは刑罰法の中にも存在する。換言すれば、刑法においては、市民男女に対する命令と禁止のみが重要なのではない。犯罪嫌疑や公判審理については、公務員の行動に関する法令や裁判上の手続の進め方に関する法令もまた重要なのである。このような手続法が技術的性格にとどまるのはごく限られた部分のみであつて、基本的にはまさに我々の「刑法実践の文化」を規定している。つまり被疑者・被告人や証人、鑑定人の地位を支え、彼らに義務と権利を正確に割り当てている。一定の要件のもとでは確定判決に対する攻撃すら許容し、特別裁判所を禁止し、担当裁判官の選定に際しては自動性と偶然性からなる抽象的メカニズムにこれを委ね、二重処罰を回避しようとし、自己負罪の強制を避け、そして、一般の好奇心に限界を設定しようとしている。刑事上の手続を定めるだけではなく、むしろ権利と義務に関する定めであつて、その実現を監視し、真実発見と正義探求とをルールと原則に縛りつけているのである。

私の主張するのは、刑罰の意義に関する学説が強姦や事故に際しての救助義務を命じる規範のみに、すなわち刑法典上の規範のみに刑罰を関連付けるにとどまるとしたら、それは狭きに失するということである。換言すれば、これらの犯罪構成要件が人々に伝達しているのは、「刑法」のごく一部分に過ぎず、やはり、一面的な誤った像を伝達している。刑法典（実体刑法）に限定すると

すれば、刑法は物事に対する否定でしかない。禁止、威嚇そして調教である。私の言う「刑法実践の文化」が欠落する。権利侵害を限定し、権力を分解し、自由を保障する規範は刑訴法、裁判所構成法、そして基本法にも存在するが、そのような刑法の規範が欠落するのである。再度言い換えれば、これまで刑罰の意義を問う設問はあまりに狭く定式化されてきた、刑法規範の全アンサンブルの精神で満たされていなかった。刑罰はまさに全刑法の道具としてその意義を受け取り、また、手続法の道具としても意味を受け取る。全刑法は禁止と調教のみを定式化しているのではなく、犯罪嫌疑、犯罪、犯罪者そして証人との接し方について、人権に友好的で法治的な範型と構造をも定式化しているのである。

ヴォルムス事件の問題はここに存する。当然のことであるが、そこでは児童に対する性的虐待が可罰であることになら疑問が提示されたわけではない。刑法典がその構成要件について難癖を付けられたわけではない。ヴォルムスにおいては濃厚な犯罪嫌疑がある場合であったが、捜査の「手法」と「文化」が問題となった。手法に関しては、がむしやりに猪突猛進するならば、取り返しのつかないほどに情報源を破壊するからであり、文化については、容疑のあまり感情的になれば、つまり関係者の権利を尊重しないならば、捜査にさらされる人間の人生に長く残る傷を押し付けることにもなるからである。

社会がコンフリクト解決の合理的手続を大いに自慢するとして

ハセマー「なぜにいかなる目的で処罰するのか」(新谷)

も、問題が一夜にして世論の中心に押し出され、そこで内部的に即座に、それと戦う手段はいかなるものといえども正当だとするほどに圧倒的な問題だと考える性急さから社会がいつの日にか免れることがあるとの希望を抱いてはいはない。「児童の性的虐待」の事例のような場合は犯罪問題であるので、刑法の出番であるが、それは犯罪構成要件の強化という意味ではなく(犯罪構成要件はならん問題とされているのではなく、誰も問題視していない、逆である)、手続法上の規範強化という意味である。事実的経験性と規範的毅然性とを根拠として、処罰手続における抑制、バランス、そして慎重さを保っている規範の出番である。

刑法は刑法典中の行為命令における自由の限界規定以上のものを社会に提供している。その手続法上の規範とその日常の実践において、犯罪嫌疑と処罰を問題とするプロセスをどのような基準とルールが導き、規定しているのかを示している。このルールは刑法以外の日常的な紛争処理(メディア、教室、行政事務所、児童保護団体など)に無条件に受け入れられているわけではない。しかしながら、このルールは日常的な紛争処理に模範を提供する上で十分に明白で、受け入れ正面の広いものである。刑事手続、刑罰賦課、そして刑罰執行は、このような範型を公的に伝達するという意味をもっており、この範型を侵害から安定化する意味をももつ。

XI. 中核刑法

刑罰の意味を究める質問に入る。この質問をもつて、刑罰と刑法に関するあまりに狭い考え方を打破しようとも考えている。

これまで二つの事柄を検討してきた。刑法は「希望の星」としてますます多くの問題平面に置かれていくこと、および、その任務は基本的規範の安定化にあることである。両者は一見したところ相互に関係がないように見えるが、再度考察すれば、両者は簡単に合体する。刑法の管轄が拡大されればされるほど、基本性への期待は少なくなるのである。拡大された刑法は、人間の生活利益の中核に集中した刑法よりも、第一次的重要性をもつものではない事柄を対象とせざるを得なくなる。

これがかなり以前から我々の経験している展開である。ざっと眺め渡せば、饒舌で、規律意欲に満ちた立法者を見ることになる。規範の網目がさらに窮屈なものとなることより重要なことには、同じ方向で作用するのであるが、刑法的手段に問題解決の委ねられる問題領域が不断に増える傾向である(例、環境と薬物)。

これにより広い領域が取り込まれる。この分野では複雑な問題(例えば、法化の増加、日常生活の犯罪化、あるいは動揺しつつある社会規範を刑法的に安定化する可能性)が展開しているが、今は立ち入ることはできないので、問題を指摘するにとどめる。しかし、若干注意が必要である。刑法の拡大は刑罰の意味に変化を

もたらずのであろうか。

必ずや変化をもたらす。中核刑法は人間の法益に限定して、社会的法益(普遍的法益)については、正確に把握可能でかつ人間利益の認識可能なもの(例えば、道路交通の危険、裁判上の真実探求、又は、公共に危険な対象物の所持)に限って刑罰のもとにおくが、その刑罰は、補助金システムや資本市場の機能性の保護のために投入される刑法や、近い将来に予想される複数人、例えば、団体への集団的帰責すら許容する刑法の用いる刑罰とは質が異なる。

およそ考えられるあらゆる普遍法益へと拡大された刑法は行政法に近似し、その制裁の質も行政法に相応したものとなる。把握可能な不法に対してこれを適切に埋め合わせること(侵害された規範をこの埋め合わせにより確証すること)が問題とされることはなく、損害が発生する以前のリスクへの配慮、危険の支配と干渉が重要とされるのである。伝統的に刑法が警察やその他の行政法と自己を区分してきた抑圧と予防との区別は邪魔者、時代遅れとされる。どこでも予防が望まれ、そして最も峻厳な武器をもってフルに実行される。

新たなモラルと新たな危険への適応という意味での刑法の現代化に反対するものではないが、刑法的手段をもって問題解決道具を無批判に補完することには反対である。それは相対的に廉価であり、個別事例においては峻厳に対応し、問題全体に対して実効

性を約束しているように見えるから、そのようなことが行われている。見る目を養うこと、批判の準備することを勧告する。そうすれば、刑法的手段は、我々が本来必要としているほどには、それほど予防的危険防止に役立つものではないことが理解されるであろう。あるいは、法治国上放棄することのできない原則、例えば、無罪の推定や制裁の比例性といった原則が、実効的問題解決の邪魔をしていることが理解されるであろう。

刑法が問題解決全体の万能薬へと格下げされれば、刑罰は活力を保ちえない。公的な議論と制裁による基本的規範の安定化は集中性と傑出性とを要するのであつて、真摯性、拘束性、そして、刑罰威嚇、刑事手続と刑罰執行における特別に彫琢された原則への忠実性を要求するのである。

XII. 道徳的退廃

本質に集中した刑法は問題解決を困難にするのではなくむしろ、容易化することについて、最後に、第三の例を挙げて触れたいと思う。道徳的退廃とこれに対抗する可能性を明示する例である。

私のように、「組織犯罪」に対して疑問の念をもつて対峙している者でも、道徳的退廃が展開する危険性を真剣に受け止めるであろう。というのも、これは一度生じると、ほぼ逆転不能なプロセスであるだけではない。とりわけ、これが国家権力の中枢で広まるならば、退廃と戦うために不可欠で、代替物の存在しない審級

ハセマー「なぜにいかなる目的で処罰するのか」(新谷)

が犯されることになるからである。退廃した警察、退廃した司法と立法は民主的で自由な秩序に内部から毒を盛ることになる。

しかし、退廃の展開に対して利用可能な最も峻厳な手段(刑罰)をもつて戦う必要があるとの結論を導き出すとしたら、現実的であるかもしれないが、誤りであろう。新しい犯罪構成要件、法定刑の重罰化、可罰性要件の削除、故意あるいはその立証要件の引き下げ、捜査手法の鋭利化(電話盗聴、覆面捜査官、屋内盗聴、免責証人)などがそれである。

問題点は別なところにある。刑法にその法治国的役割を全うさせ、問題解決の最後の手段(ウルティマラティオ)であり続け、第一次的手段にも、独占的手段にもしないようにするためには、刑法ではなく、行政法、公務員法、税法と税金政策、行政理論、企業経営論が問いかけを受けるべき参照ポイントであるはずである。そうすれば、すでに多くの提案(贈与に関する新法令、複数人によるチェック原則、官庁トップへのホットライン、専門化したコントロールシステム、意識的な配置転換、腐敗の芽を摘み取るその他多くの手段)がなされているのであるから、何が有効な予防であるのかが理解される。刑法もそこに席を有するが、退廃の展開に対する複合的で多彩な干渉の最後に初めて登場する。すなわち、刑法以外の予防に役立つ手段が失敗して刑法は初めて登場する。

道徳的退廃は一例である。刑法の負担を取り除かねばならない

という確信をこれは支持している。刑法の実効性への我々の期待からも解放しなければならぬ。刑罰に関する伝統的な目標である改善と威嚇が「実際に」作用しているのか否か、その他の点には手をつけず一度刑法だけを廃止してみたらどうなるのかは誰も知らないのである。実社会でも研究室でも実験されることはない。他方、作用と副作用とを「実際に」判定しうる日まで刑法手段を投入しつづ、その日を待つということもまたまったく素朴で現実離れしている。永久に訪れることのない日であろう。

我々は刑法を投入しているが、刑罰の働き方についてはせいぜい一部分しか知らないのだという洞察は刑罰の意義に関する理論を、奇妙ではあるが、なんら動揺させるものではない。今日、人は控えめになって、刑罰には規範を明示することと不法に烙印を押すことという「象徴」作用がともかくも認められると語る。これには賛同できる。しかし、これが我慢できるのも、よりよきもので刑法に置き換えるプロセスに恒常的に真摯に取り組む限りにおいてである。というのも、この法は自己の象徴的作用を獲得するために、生身の人間の骨身を削る、自由の制約と行動への制裁を行うからである。