

アルトウール・カウフマン記念論文集の紹介(7)

K・リユーターセン

刑罰に代わるべき他の手段

Klaus Lüderssen : Alternativen zum Strafen, Festschrift
für Arthur Kaufmann, 1993, S. 487-498

刑法読書会

上田健二監修

(紹介者・井上宜裕)

紹介者はしがき

本論文は、刑法の「世俗化 (Säkularisierung)」という観点から、刑罰の代替可能性について論じるものである。著者リユーターセンは、一九三二年生まれで、一九七一年にフラン

刑罰に代わるべき他の手段

クフルト大学正教授に就任、現在に至っている。

本論文は、三つの章からなる。まず、第一章では、著者のいう「公共性 (Allgemeinheit)」概念を通じて従来の刑罰論が批判的に考察され、現行刑法の大部分を「社会介入法 (Sozialer Interventionsrecht)」へ移行させることが提案される。続く第

同志社法学 四九卷二号 一三七 (五六五)

II章では、前章の考察を受けて、実体法および手続法のモデルが提示され、最後に、第三章で、法政策上生じる原則的諸問題について検討が加えられている。

冒頭の「刑罰は効果がなく、非人道的である」という表現で端的に示されているように、本論文における著者の主張には、従来の刑罰論に対する痛烈な批判が含まれている。すなわち、そこには我々が刑罰について考える際に改めて考え直さなければならぬ多くの問題が提示されているといえる。

また、著者は、現行刑法の大部分を社会介入法へ移行させようとするが、それと同時に、移行の限界点として、なお純粹に刑法上の問題として残るものがあることも指摘している。その上、著者は、刑法でしか扱えないとされる問題のうち、抽象的危険犯と「態度統制 (Verhaltenskontrolle)」の問題をそもそも刑法で扱う必要のない問題として排除する。すなわち、ここで、本来的に刑法が扱うべき問題は何かが著者によって明らかにされている。これは、単に著者のモデルの提示にとどまらず、刑法の拡大傾向が顕著である今日の状況に対する警告の意味も含むものである。

これらの点を踏まえるならば、著者のいう「社会介入法」の具体的内容および「公共性」概念が不明確である点を差し引い

てもなお、本論文は我々にとってきわめて示唆に富むものといえよう。

以下、本論文を要約して紹介する。なお、「」内は紹介者が補ったものである。

I 出発点

刑罰は効果がなく非人道的である。この理解がすでにどれだけ広く行き渡っているかを立証するのは容易ではない。全体像は決して明らかではないが、私の推測するところでは、刑法に専門的にかかわりあう人達は、「(他の)住民」よりもっと早くからこの理解に傾いている。いずれにせよ、この理解がいかに正当でありうるか、また、この理解からいかなる必然的帰結が導かれるかについて追究する十分な動機がある。

たしかに、ここで問題にする第一次的な感覚については、ことさらに「演繹」する必要はない。しかし、この第一次的な感覚が、ある種の発展的な観点に対していかなる関係にあるかを見ておくことは有益であろう。この問題についての言明は、発展の解釈とそこから引き出された——規範的な——諸帰結の間に明確な限界が設けられないことから、しばしば批判されうる。しかし、歴史的に論証する者は、いまやこの問題から逃れるこ

とはできず、逃れようとしてもしていない。規範的解釈もしくは要求が孤立した形で掲げられるか、それとも、それが（諸観念、社会的諸構造もしくは諸々の純然たる事実に関連づけられた）歴史的な線に従っていることが示されうるのかが、まさに相違点である。この点について、人は誰もが現在の問題に対して多少とも意識的に歴史的連関において考えるのであり、私にはこのことから逃れることはできないように思われる。

現在我々がおかれている歴史的状況は、私の考えでは、刑法の世俗化（Säkularisierung）がまだ完結していないと解釈されるだけであるが、多くの者はこの世俗化の手續に対して新たな、そしておそらく最後の一撃を加えるように迫る。ここに、まさにあの問題をほらんだ経験的仮説と規範的公準の混和（Mischung）があることは、私には明らかである。

私が考える世俗化は、まず第一に「公共性（Allgemeinheit）」概念の創設を意味している。「公共性」の名において刑罰要求が生じるが、それはもはや「国家理性（Staatsraison）」と同一ではない。このことは強調されなければならない。というのは、一八世紀の「啓蒙主義（Aufklärung）」はこの点に触れることがなかったからである。一八世紀の「啓蒙主義」は、無意識のうちに、あるいは、国家理性の絶対的概念によって近

刑罰に代わるべき他の手段

代的啓蒙の目標が貫徹されもするとさえ考えたために、この点に触れなかったのである。一方で、国家的もしくは公的な「刑罰要求」の民主主義的自由主義的な理解は、法益保護の外にある訓育の利益（Disziplinierungsinteressen）にいかなる余地も残さない。公的刑罰権の基礎をこのように還元し、それを真摯に受け止めるならば、もはや応報（Vergeltung）や贖罪（Sühne）といった絶対的な刑罰目的を入れる余地はない。もちろん、開始はされたが、しかしいまだ完結していない世俗化と直接結びつくことによっても、同様の帰結に到達しうる。

応報や贖罪は進歩した社会における先祖返りであり、他の点（例えば、福祉事業）におけるこの社会の精妙さ（Raffinesse）とまったく相容れないものである。いまや、議論の余地があるのは、理性的な目的を追求する刑罰である。

保安（Sicherheit）と威嚇（Abschreckung）はたしかに合理的に跡づけることができる目的であるが、これらは憲法上の疑義に直面する。より詳細に見れば、さらにその合理性に裂け目すらあるのがわかる。これらの目的について経験はほとんどない。——後続の犯行を抑止するという意味での——合目的性は決して証明されず、反対の症候（Kontraindikationen）すらある。

いわゆる積極的一般予防〔論〕はあらゆる異議を回避できる

と考えているが、それは誤りである。ある人間を処罰すること

が、住民の法的忠誠の重大な侵害を防いだり、法が不可侵であることおよび犯罪的な攻撃から法秩序が保護されることに對する住民の信頼が動揺するのを阻止するのに適しているといった

ことは、決して証明できることではない。ひとたび少なくとも

検証可能な仮説を立てようとするれば、ただちに、住民の間で刑法が妥当しているという感覚を処罰が実際に強化するか否かという問題は、もう一つの問題を含んでいることがわかる。すな

わち、そこには、住民は刑罰にそもそも何を期待しているのかという問題が包含されているのである。刑罰は報復であるべき

か、それとも再社会化であるべきか。答えがどうであるかに応じて、刑罰が形成されなければならない。事態を直視すれば、

絶対的刑罰論のような目的のない制裁はますます理解が得られない、ということに帰着する。また、刑法を規範の安定化とい

う機能に限定しようとする論者も、他の刑罰目的が循環論に陥っているその位置を少し押し下ろすことができるだけであり、

それより先に進むものではない。このような問題状況において、

現状回復 (Wiedergutmachung) および再社会化 (Resozialisierung) という刑罰目的に少なくともチャンスが与えられない

ければならないだろう。

再社会化に対しては、何の効果もないという経験上の異議や、再社会化という刑罰目的は自由および人間の尊厳と調和しないという規範的な異議がある。

もつともこれらの異議を論破しようとするれば、再社会化のもつ刑罰的性格を廃止した上で、憲法上の疑義を生ぜしめないように理解するということになるだろう。また、現状回復も刑罰ではない。

したがって、最終的に構想されるのは刑罰の端的な廃止である。これは、一見そう見えるほどにラディカルではない。一九世紀ヨーロッパの改正運動によって開始された死刑および身体刑の廃止は、自由刑が廃止されたなら生じたであろうほどの深刻さに劣らぬものであった。また、なお存続している罰金刑は別個に論じられなければならないだろう。私は、あえて次のことを予告しなければならない。すなわち、罰金刑しかもたない刑法システムは公的刑罰の本来の汚点をすではぎ取ってしまっているであろうし、重大な利益侵害との国家的、社会的な交渉において目的合理性と自律性の保障に努める他のシステムと融合することには、もはや問題はないであろう、ということである。いずれにせよ、独自の国家理性に余地を残さない公共

性概念からすれば、被害者の保護しか問題となりえないことになる。たしかに、国家もまたその機能が侵害される場合には「被害者」となりうるが、それは国家理性のロジックとはまったく別のものである。かくして、刑法は（もはや）独自の不法概念を掲げることができず、統一的な不法概念を基礎とした最終的手段（ultima ratio）でしかありえないという帰結に至る。

それによると、他の法領域が「拒絶する」ところに手を出す、刑法の大衆的社會倫理はもはやあつてはならないのである。にもかかわらず刑法の大衆的社會倫理を要求する者は、刑罰のこの種の特殊な管轄が古い国家理性を前提としていることがよく分っていないのである。そこから真に訣別しようとするのであれば、刑法を厳格に従属的なものとしなければならない。刑法の「独自性」は格上げ（Steigerung）に尽きる。すなわち、原則として他の法秩序も配慮する格別に重大な利益侵害について、特別の帰属要件に結びつけられた特別の法的効果が予定されるということである。この法的効果がもはや刑罰でありえないのであれば、おそらくは「社会介入法（Soziales Interventionrecht）」と呼ばれうるような新しい法領域が成り立つという帰結しかありえないであろう。

現行刑法の大部分を直ちにこの社会介入法に移すことができ

刑罰に代わるべき他の手段

よう。あきらかに依然として純粹に刑法的な問題が残っているところでは、この移行は限界に達するようにみえる。すなわち、潜在的被害者を念頭に置く必然性、抽象的危殆化犯罪、公共に対する犯罪、重大な殺人および暴力犯罪との交渉、「態度統制（Verhaltenskontrolle）」の一般的問題がこれに属する。

刑法がこれらの問題をこれまで他の法領域に移さなかったのは、後者が手形を刑法宛に振出すのが困難なところにあつたらだというのが、私のテーゼである。この可能性を遮断する思考実験を行うならば、穴埋めのために他の法領域が創造力を發揮するであろうという連想が生じる。私見によれば、ここには、高められないポテンシャルがある。このポテンシャルが高められないのは、他の法領域の論者がこれについて考えることを、刑法の存在が妨げているからである。

ごく大まかに選別すれば、あきらかに純刑法的である諸問題のうち、いくらかのものはすでに刑法の正当化可能性に耐えないということが、この思考実験によって示されるだろう。抽象的危殆化犯罪や、刑法は「態度統制」の任務をもつという考え方がこれに当たる。その他の点では、刑法から発生したがもはや刑罰的性格を担っていない、原状回復および再社会化という目的が、他の法領域、とりわけ公法から広がった損害予防ある

いは損害の局限化に関連づけて理解されていれば十分だろう。

II モデル

1. 実体法

(a) 抑止

ここでは、とりわけ利益侵害の帰属のための要件を個別的に明確にし、純化することを考えなければならない。個別化的正義にとつてもはや刑法を指示することができないならば、それは他の法領域を通して実現されなければならない。そこでは、刑法の精緻な帰属解釈があらたな位置価値を獲得する。

刑法から派生した、より効果的な個別化的帰属解釈を他の法領域に移すことは、他の法領域でどのみち可能である法的効果を凌駕するような法的効果がこれに結びつく場合に格別の意味をもつ。その際、損害賠償について、「標準的民法における(im normativen Zivilrecht)」債務より多くの損害賠償がありうるかという問題が、大いに注目される。

現状回復とは別に、——それだけでは明らかに不十分な場合に——加害者に対する再社会化作用がある。前述のように——それが決して刑罰ではありえず、またあつてはならないとすれば——、再社会化の社会法というものが成り立たなければなら

ないというのが必然的な帰結となる。

(b) 予防

ここでは、あらゆる種類の損害予防を拡充することが重要である。ここでは、すべての法領域が問われている。経済法からは「混合経済(Mixed-economy)」モデルを継受することができ。その例として、カルテル法や薬事法における許可実務がある。環境法については、環境法学者によって刑法の効率の悪さが指摘されるが、その指摘は環境法学者自身に跳ね返ってくる。つまり、行政法および警察法上の用心深さは、まさに刑法が頼りとされていることで説明できる。

2. 手続法

従来の(非刑法的)実体法を補充するこのモデルの有効性は、裁判上の証拠調べの義務を強化し、その可能性を改善することによって確保しなければならないだろう。たとえば、民事訴訟法は、「(裁判所(裁判官)の命令および義務に関する)以下に挙げる各条でその基準点を提示している。〔口頭弁論に関して〕第一三九条【裁判官の釈明義務】、第一四一条【本人の出頭命令】、第一四二条【文書提出命令】、第一四三条【記録の提出命

令」、第一四四條【**検証、鑑定人**】、「証人尋問に関して」第三九〇條【**証言強制**】、第三九六條【**事件に関する尋問**】、「書証に関して」第四二五條【**提出命令**】、「当事者尋問に関して」第四四八條【**職権による尋問**】、「婚姻事件に関して」第六一六條【**職権探知主義**】など。

民法の活性化と刑法の負担軽減への重要な一歩は、おそらく一方では民事訴訟法第一四九條（「裁判所は、訴訟の進行中に可罰行為の疑いが生じ、その調査が裁判に影響するとき、刑事手続の終結に至るまで弁論を中止すべきことを命じることが出来る。」）の廃止であり、他方では刑事訴訟法第二二二條第二項（「しかしながら、裁判所は、審理を中断し、民事の訴を提起するために利害関係人のある者に対して期限を定め、または民事裁判所の判決を待つことができる。」）の強行法規への転換であらう。

最大の問題は、共同体を害する行為に関連して生じる。すでにここで、刑罰の代替手段では部分的解決しか問題でありえないということが指摘されうる。この問題については、すでに存在している民衆訴訟の制度を考慮することができよう。さらに、民事手続における超個人的な利益の擁護についての学説も示唆に富む。

刑罰に代わるべき他の手段

III 法政策上の原則的諸問題

他の諸介入のために刑罰を廃止することが、必ずしも私刑の不安をかき立てるとは限らない。刑罰を廃止しても、国家による保護がなくなることはない。それは、他の次元に移されるにすぎない。国家は、この次元においても同様に法治国家的である。刑罰を撤退させることで必然的に生じる異議、すなわち、——まさに刑法との関連で展開された——特別の「保護形式」も刑罰とともに放棄されることになるという異議は、したがって通用しない。損害防止法において、付加的な強制権限が創設されなければならないのであれば、当然のことながら、一般的に達成されている法治国家的標準に対応した予防措置が講じられなければならない。そこでは、とりわけ裁判官による統制が重要である。なぜ刑事手続と刑法だけが、法治国家性の番人であるとされるのか、私はいまだかつてこのことが洞察できていない。

私は、次の問題がはるかに深刻だと考える。すなわち、考慮に入れられる社会介入法は、たしかに刑罰の特殊な非人道性を回避するが、しかし一般的に自由を制限するということである。このことを突き詰めて考えるならば、隅々まで行き渡った予防

的警察国家の像が現れる。仮に予防的警察国家が法治国家的で穏やかなものであっても、なお残っている自由の制限は大きな重荷である。もちろん、第二章で提案されていることとこの見方との間には、なお大きな隔りがある。しかし、刑罰こそがその他の国家社会的な生活においてより多く自由をもたらす機能を持つというのは、奇異な考えではないのか。もつとも、私は、アメリカの刑法理論との対話において、全くそのように考えることもできるという印象を持った。アメリカ社会は、まさに犯罪化した階級が存在するという意味で、自由な社会のコストとして犯罪の現存と折り合いをつけたと言われる。アメリカの同僚は次のように述べる。すなわち、我々は、この犯罪化の原因が正当化されないということを知っているのだから、大がかりで強力な社会政策によってこれに対抗することもできる。しかしながら、この社会政策に必然的に伴うであろう自由の喪失は——刑罰の不正義と比較して——より大きな悪であろう、と。

この問題がここまで極端に押し進められなければならないかは、私には分からない。しかし、仮にそうするにしても、社会介入法がもたらすであろう何らかの自由制限を甘受することの方が、人を閉じ込めることを決断することよりもたやすくはないのかは、私にはいまなお確信がもてない。論証はいまや刑罰の

有効性についての疑念から離れ、刑罰の非人道性が念頭に置かれていないにすぎないと考えられるかも知れない。しかし、この見方は間違っている。いまではもはや、もう一つの効果考慮しか議論に投入されていない。すなわち、刑罰は個々の場合に決して予防機能をもたないとしても、それでもなお全体としてはある社会の自由維持をコントロールすることができるといった考慮がそれである。私は当初は憂慮すべきことだと考えたのだが、いざというときには刑法があるので法秩序の非刑罰的な部分はある種の寛容さを発揮することができるというのは、最終的には適切な診断であるように思われる。

実際、どのような社会が望まれているのかというきわめて根本的な決定が、ここで下されなければならない。しかし、それがなされるまでは、両極端の立場（一方は監視国家 (Überwachungsstaat)、他方はその問題の一部を刑法に転嫁している自由社会) をある種の調整へともたらしることができないかを熟慮すべきであろう。現時点では、刑法を制限し、——それに応じて——他の諸法領域の効果を改善することで十分だろう。すでに示されたように、なお他の法領域を動員することができるといっただけでは、刑法が取り組む若干の問題が解決困難なまま残っている。刑事手続において増大する被害者の特徴づけ

(Profiling) や了解の確立とともに、すでに刑法では、どのみちいくぶんは民事化する展開が始まっている。この展開がこれまで刑法において解決されていた諸問題を他の法領域に移す傾向があるとしても、この傾向がいまやさらに促進されなければならぬとは言われていない。

私の提案は、いわば、複線的になされるべきであろう。すなわち、一つは、「公共性」の適切な概念をよく考えた刑法および刑事手続法の改正であり、もう一つは、刑罰に特殊な非人道的な諸要素の撃退および他の法領域における捕捉機能の同時的調整である。これに伴う〔刑法から他の法領域への〕移行がどこで限界に達するかは、いずれ明らかになるであろう。