

【紹介】

H・ミュラー・ディーツ

「刑罰と国家」

石 原 明

はじめに

本稿は、著者 Heinz Müller-Dietz が、恩師ヴェルテンベルガーの六五才の誕生日に捧げた「Strafe und Staat (wissenschaft und Gegenwart. Juristische Reihe Heft 5/6, 1973)」を要約して紹介するものである。ミュラー・ディーツはこの論稿で、立法者がある行為を可罰的として刑事立法をするために依拠すべき基準は何かについて論及するものであるが、それが決して一義的に定められるものではなく、きわめて複雑、困難な要因があることを見つめながら、なお、その立法の基準を探索しようとするものである。著者はその

場合、基本的には国家刑罰権の自己抑制の原則を貫きながら、可罰性の範囲を設定するために、「社会侵害性」や「寛容論」や「比例の原則」や「明確性の原則」などの諸原則を導き出して、その一つ一つに検討を加えるとともに、他方、「立法者の調査義務」「立法者の自由裁量権」というものをも引き合いに出して、そこに二律背反的な原則の対立があることを認めるとともに、これを解決し止揚するために、結局は「in dubio pro libertate」の原理に到達するのである。この論文を読むとき、刑事立法の合理的基礎づけに対する著者の真摯なアプローチと誠実な苦悩に接することができ、我々が立法論を展開する場合にも、きわめて示唆に富んだものが

内含されているように思われる。わが国では、刑法の全面改正作業が行なわれて、既に法制審議会を通過した改正刑法草案ができて上っているが、しかし刑事立法が個人の人権の問題と合わせて深いかかわり合いを持つことから、本書における著者・ミューラー・ディーツの思索をたどり、それを紹介することも、あなたがち無益ではないと思われたので、これを講読した機会に紹介するものである。以下はその論述の要旨である。

〔一〕 被告人は、自分が行なった行為に対して責任を負わなければならぬのは当然であるが、それと同様に裁判官も自らが下した判決については、責任を負わなければならない。しかし実は、裁判官の責任よりも前に、立法者の責任がそれに先行する。けだし裁判官は法律を適用し、また法律に拘束されるのに対して、立法者は、刑罰の対象、内容および範囲を法律規定によって定めるのであり、そのことについて立法者は、責任を負わなければならないからである。

〔二〕 ある一定の人の態度が、他人または公共の利益を侵害したならば、それに対して国家は、予防策を講じた保護措置をとることができることは、一般に承認されている。しかしその場合に、ある態度を罰すべきか罰すべきでないかを決め

る判断基準は何か、また、いかなる時点で、国家に処罰する権利が生じ、国家が、刑罰を用いることが許されるかといったことを考察することは、まさしく今日における重要課題である。

〔三〕 例えば、個人の性的自由のどの領域で、刑法的干渉をさしひかえるべきであるか、またさしひかえることができるか、あるいは、一定の経済上の策動に対して、刑法的にそれを阻止することが可能か、その程度はどうか、という問題が生じる。ところで、我々の行動は我々の道徳的品性のテストであるのと同じく、国家の立法は、国家秩序の自由的態度を確証するテストでもある。さて、ある一定の態度を処罰するかわいか立法者が迷う場合において、人間がかりに自由で道徳的な自己決定性を身につけているとすれば、道徳的にいかがわしい態度に対して刑罰を用いることなくして、個人の正しい決意に原則的に信頼すればよい。国家が市民に対して、家長的配慮により監督すること自体が、刑法の領域においては忌避される。その場合、そこに可罰性の間隙が生じているのが、疑わしいときはむしろ、個人の秩序観念に訴えるべきである。けだし、刑法は結局は個人の自由な自己決定を保証するものであり、それ故にそれ自体に矛盾があってはなら

ないからである。

〔四〕この問題を探索するには、歴史的考察も重要ではあるが、それよりもむしろ、現在の憲法から導き出される問題設定を説明することがより大切であり、またその場合に、刑事政策、犯罪学および社会科学の諸見解が、考察のための補助手段として用いられることができるのである。

〔五〕国家刑罰の前提条件に関する議論は、多元的な出発点をもっている。元来それは、広く人道、公平、合理性といった法律以外の、むしろ社会的、哲学的カテゴリーをもつて登場しており、また「刑法的価値を具有する人間性」という非合理的な要因による考察がなされた。しかしながら、刑事立法は、理性と、論証および反論による合理的な再検討によって確定されなければならない。ところが、この合理主義的検討は、一九六二年刑法草案の道義的刑法によって妨害を受けた。イェーガーはそれについて、ある行動を刑罰化するに当たっての根拠の明確性ならびに概念の正確性が欠如していると忠告し、「刑法学は、何が可罰的かを我々に教えるが、何故にその行為が可罰的であるのかについては、満足のいく基礎づけを与えていない」と述べている。そうして彼は、次の二つの命題を導き出すのである。一つは、刑法規範は「法益保

護」ということからのみ、その妥当性もも得るということ、及び「疑わしい場合」は、刑罰化を断念すべきである、ということである。刑法が社会侵害的態度の闘争に集中すべきであるとすれば、その刑罰化を決定するためには、犯罪学および社会科学の経験的知識による、社会の現実の調査、研究がきわめて重要となる。ところが、刑法規範の合理的基礎づけとなる「社会侵害性」という基準は、それだけではまだあまりにも不明確であることが、性刑法や堕胎刑法の改正に関する西ドイツ連邦会議の公聴会でも、明らかとなった。そこには問いをもって問いに答えるの感があり、またその決定主体の主観的価値観念に委ねられ、ひいては権力の非合理的判断に委ねるといふ危険に陥っている感じすらあるのである。それにも拘らず、社会侵害性の概念の再検討は、実り多い認識方法を導入した。それは「刑法の合理的形成」に対する立法者の義務を認識させ、「法の非神話化」をうながして、現代の科学理論による真の立法の動機ならびに価値決定基準の解明をもたらしたからである。この考察方法の出発点となったのは、一つはエルンスト・トピッチェのイデオロギー批判であり、他は、批判的合理主義の旗じるしのもとに、規範と価値とを取り上げた、カール・ポPPERおよびハンス・アルベル

トの、科学理論的分析などの社会科学であった。またハナクは、性刑法の改正に関する意見書において、「裁判官が行爲者の責任の証明なくして刑罰を科してはならないのと同様に、立法者は、その必要性なくして刑罰威嚇を行なつてはならない」と述べている。

〔六〕最近においては、寛容の精神により、道徳的色彩の強い構成要件を刑法から解放するとの方向で、批判的検討がすすめられている。その典型的な対象となるのは、いわゆる「陳腐で小市民的で道徳觀念のしたたる」一八七一年ドイツ帝國刑法の風俗犯と、一九六二年草案に見られる風俗刑法である。それを刑法から解放することは、同時に刑法の「脱形而上学化」と「自由主義化」への一般的要求の帰結である。この方向はさらに、次の二つの基本的カテゴリーを持ち込むものである。一つは「多元論」であり、今一つは「寛容論」である。「多元論」については、政治学者フレンケルは、それを「自由な、法治國家的民主主義の構成要素」として特徴づけた。世界觀、價值觀が多様であつて、その統一があり得ない社会においては、その唯一の通行地帯は、衝突の公正な仲介であり、それが国家刑罰権を限定する役割りを果すものとなる。刑法は、多様な社会的見解の中で、原則として万場一致

で「社会侵害的」とされた行爲のみを処罰できるのである。さもなくば、刑法はせり合うイデオロギーと權力欲の集合場所となり、刑法自身が時の支配的集團の道具となりさがるであらう。寛容の思想にも、それと照応する意義が与えられる。一九六二年に、フリッツ・ヴェルナーが「法と寛容」の關係をくわしく論じて以来、基本法の一般的自由権、信教の自由、自由な意思表明の權利などにおいて見られる、寛容の原理の憲法上の根拠づけが、学問的認識の中にも強く迫ってきた。そしてヴェルナーは、「道徳的事象に対しては、立法者は自らを制約すべきである」と述べている。例えば、妊娠中絶が一定の世界觀的確信から拒否されるとしても、國家はどのような確信を國家によって造り出す規範の基点としてよいかどうか、それとも國家はそれを個人の決断に委ねるという寛容の心を、刑法の中に持つべきではないか、ということが問われなければならない。刑法において、ある個人または一つの集團の合意のみによって支えられている一定の道徳觀念を正当視することは許されない。刑法典と道徳教本との同一化的傾向には反対すべきであり、刑法を社会侵害的態度の処罰化に限定すべきである。その時にのみ、刑法はその場かぎりの道徳觀念から独立して、多様な集團の中における

刑法的制裁の必要性についての同意を作り出すことができるのである。もっともこのように言っても、寛容の原理から展開される刑法の内容とその限界づけの基準そのものが、非常に広い層において把握されるので、必ずしもそれは、可罰性の範囲を正確に確定する尺度とはなり得ないことも見逃がしてはならない。もしそれに対する事態の経験的な調査吟味を欠くならば、それは結局は裁判官の法的確信以上のものではあり得ないことになろう。刑法規定がある集団の解釈となり得るためには、その集団がどれぐらいの規模にならなければならぬのか？。どのような基準が、ある片寄った物の見方に注目したり無視したりすることを決定するのであろうか？。その標識は必ずしも明白でない。それ故、さらに可罰性の範囲を、より精密に確定するための、その他の憲法上および刑事政策上の尺度が探究されなければならない。

〔七〕この問題を解くに当って注目されるのは、一九六〇年代以来、刑法理論の中に導入されてきた、「当罰性」と「要罰性」という二つの概念である。「当罰性」は社会倫理的に非難すべき態度についていわれるものであるが、さらに刑罰を正当化するためには、法益の単なる侵害もしくは危殆化ではまだ十分ではない。法益は、単に刑法によってのみならず、

私法的秩序や刑法以外の他の公法によってもまた、保護される。そこで、個人の権利に大きく干渉することになる「処罰」が、法益の保護にとって必要不可欠でなければならぬということも、そのようにして守られる法益は、それに対応するだけの重要な法益でなければならない。換言すれば、刑罰は常に個人もしくは社会の基本的な法益が、一定の態度によって侵害されもしくは危殆化された場合であって、かつ、法益の十分な保護が刑法の手段によってでなければ保証され得ない場合にだけ、科することができるのである。また、立法者が社会侵害的態度を刑罰化する場合の拘束原理として、基本法二〇条一項および二八条一項に手がかかりをもつ法治国家原理が持ち出される。そしてその原理から、専断の禁止、比例の原則および明確性の原則が派生する。専断の禁止は、ある一定の態度を刑罰化するに当って、その実質的理由を要求する。すなわち、刑法的禁止は、その態度がきわめて「反共同体的で社会侵害的」であるために、「刑罰を科せられるほどの社会的無価値判断に値する」時において、適正なものとなる。次に、手段および目的の比例性の原則は、法益を保護するための刑法的制裁が、適正であることと必要であることを要求し、また多様な立法的措置の可能性の検討とその間の衡量と

を要求する。構成要件の明確性の原則からは、刑罰規範は、ある一定の法益を明確に認識させなければならぬと同時に、禁止される態度を明白に記述しなければならぬという原則が導かれる。しかし、これらの諸原則は、なるほど新しい刑罰規範の創造や現存規範を検討する場合の手がかりとなるが、しかしそれだけである一定の結論を憲法上許容されたものとするためのまとまった体系をなすものではない。むしろ立法者には、衡量や判断の領域が残されていて、ここに挙げた諸原則に拘束されつつその政治的な決断によって、それが更に補充されなければならないのである。このことは、いわゆる限界事例においてより顕著にあらわれる。ここに立法者の裁量の広い領域が開かれるのであって、それに対する経験的に論証可能な、全く明白な原理というものは存在し得ないのである。すなわち、多様な、もしかすると全く反対の立法者の決定も合憲で、かつ刑事政策的にも主張され得るものもあるかも知れない。そしてまさにそれだからこそ、立法上の判断および決定の自由の領域をきびしく局限する基準が、なお摸索されなければならないのである。

[八] そこで次に考察されるのは、立法者の調査義務ということである。すなわち、ある一定の態度がどの程度に法益を侵

害、危険ならしめるのかを、立法者は刑事学のおよび社会的に探究することが必要になる。立法者は、社会の現実を無視し、あるいはそれを度外視して立法上の決定をしてはならない。しかしながら、社会の現実というものは、その全体が経験的に把握され得るものでは決してない。その原因としては、探究の怠慢、信頼できる調査方法の欠如、探究に用いられる手段の質の問題、社会の現実に関する十分な情報の不足、あるいはある一定の態度を一義的に判断することの困難性、など種々のものが考えられる。そのような場合に立法者は、いかに決断すべきか、また—憲法的あるいは刑事政策的に—どのような尺度が立法者に与えられるのが問題となる。例えば具体例として、わいせつ文書の頒布等を可罰的とする刑法一八四条を保持すべきか、あるいは変更または廃止すべきかについて、立法者はボルノグラフィーに関する社会の現状を調査しなければならないが、それについて見解を問われた学者の中でも、すでに幅広い見解の相違がある。また、わいせつ文書の実際の影響に関する十分な経験的データがはたして存在するか、アメリカやデンマーク、ドイツにおける調査が方法的に確実なものであったかどうか、などの問題もある。そして何よりも、その社会的影響を測定するのに、

実験室のように探究の条件を整備したり、少年や成人に対して実験を試みることも不可能であり、また禁じられているので、その判断に種々の違いが生じるのである。ここでは我々は、社会科学ならびに人間科学の発展にもかかわらず、結局のところ、ある態度の社会的重要性に関する十分な情報なくして、刑法的処罰を決定することを立法者に強いているように思われるのである。

九 このような、議論の多い限界事例を解決するために、疑わしい場合には個人の権利に対する介入（処罰）を止めるべきだとする、いわゆる「疑わしきは自由のために（in dubio pro libertate）」の原則が、憲法第二条一項の自由の推定の規定から導き出される。ここでは、市民の法的地位の尊厳をもしのぐほどの共同社会の価値の侵害がある場合にだけ、個人に対する介入が許されるのであるが、その侵害のおそれの存在を立法者が立証する責任を負うことになる。これについて、ペーター・シュナイダーは、「自由と、自由を制限する法との基本関係」は、「自由の優越によって特徴づけられる」と述べている。そしてこの原則から導かれる「自由の根本規範」からは、個人は適法に行動するという推定が生じるのである。しかしながら他方では、この推定は、法律は正当であ

り合憲であるという推定と矛盾衝突することにもなる。ただし、法治国家においては、法律は合憲であるとの原則的な推定が存するからである。すなわち、「疑わしきは自由のために」と、「疑わしきは立法者の権威のために」との両者の間にジレンマが生じる。この問題については、シュナイダーは、これを立証責任の法則から解決しようとしている。すなわち、「疑わしきは自由のために」の原則は、結局は証拠不十分の場合にどうするか法則に還元されるものであり、従って個人の自由の制限は、それに対応する事実的前提の存在が疑問の余地なく実証される場合にのみ許容される、というのである。すなわちシュナイダーによれば、「ある一定の態度が、一定の価値基準に方向づけられた共同生活を、明らかに危険ならしめる場合にのみ」その態度に対して刑罰をもってのぞむことができることになる。そして必要な場合には、立法者は、自由を制限することについて立証する義務を負わなければならない。これによって、「疑わしきは自由のために」の原則は、「疑問のある」場合には、その態度の処罰を断念することを立法者に義務づける立法責任上の法則となるのである。自由の推定に関するこのような理解は、たびたび賛同を得てきた。しかし、それに対する批判もないわけではない。

けだしこの原則は、新たに立法する場合の、立法者の判断活動に関するものであって、すでに存在している法律に関しては、やはり合憲性の推定が働らき、立証責任が転換されるとの主張があるからである。立法者に立証責任を負わすならば、疑わしい場合に立法者は、処罰を断念しなければならぬが、他方、ある態度を刑罰から解放したときに考えられる影響についての法政策的な議論も提起される。すなわち、おそらく社会侵害的であるだろうと思われる態度を刑法から解放した場合の、社会に対する危殆化の心配である。けだし、もし社会侵害性が積極的に確定されず、また消極的にも除去されないならば、それを刑法から解放することによって、社会に好ましくない作用がおよぶ可能性もまた、計算に入れなければならないからである。それ故そのような結果をただ耐え忍ぶことが、憲法上立法者に義務づけられるのではなく、むしろ万一の場合のための予防措置を講じる権能が、立法者に留保されなければならない。それ故、社会侵害性が確実に存在することが確定されなくても、ある一定の態度を処罰することでもまた、必要とされるのであって、そのためにまた、刑法の制定もしくは廃止に関する自由な判断の余地が立法者に与えられているのである。もっとも、この判断活動の領域内で行

なわれる態度決定は、これまで考察した、公正、比例、寛容および明確性の諸原則によって拘束をうけた上で行なわれなければならないことは、いうまでもない。

[5] 以上のようにみてみると、立法の基準として一義的に確實に明白なものを設定することは困難である。しかしながら、ここに再び、「疑わしきは自由のために」の原則をやはり有効に機能し得るものとして、今一度取り上げることが提唱したい。私は、疑わしいぎりぎりの限界事例については、「疑わしきは自由のために」か「疑わしきは自由にあらず」かどちらかに簡単に割りきれられるものではないと思う。けだし、原則論的な自由の推定も、また法律の合憲性の推定も、共に憲法にその基礎をもつのであって、それは互いに矛盾におち入るからである。もちろん、立法的決定を行なうについては、合理的な、法的にも異論のない精査が行なわれなければならないのは当然である。その場合に、個人の権利への国家的介入の問題に関して、連邦憲法裁判所が展開した、法益の衡量ならびに段階的処置の理論を基礎に置くべきものと思う。それによれば、立法者は、疑わしい場合において例外なく控え目であることもなく、また他方、「単なる嫌疑」によって刑罰を科すことが許されることもあり得ない。社会侵害的態度が

非刑罰化されて、社会に解放される場合に、その影響が少なければ少ないほど、立法者はその処罰化を断念すべきであろう。逆にそれが大きくなるにしたがって、立法者の自由裁量の余地は広がるであろう。その場合、社会に対する有害な結果の単なる思考上の可能性のみでは処罰化のための十分な根拠とはなり得ず、むしろそれに対する事実上、経験上の立証可能な手がかりが存在することがその前提条件として要求される。すなわち、社会に対する有害な結果の蓋然性ならびに推測されるその程度が、共に処罰化のための契機として取り上げられなければならない。そうした上でなお、社会に対する有害な結果が十分に見きわめられない場合には、基本法一条三項、二条二項などにより、個人の自由を尊重することを義務づけられている立法者は、まさしくこの自由を保護するために、必要にして控え目な処置を講じる可能性を与えられなければならないのであって、基本的な法益に対する危険化や脅威が現実には発生または実現されるまで立法者は待ち通さなければならないと考えるのは、正当ではないと思われる。もし立法者が、発生する可能性のある重大な危険を防止するために必要な措置を講じないならば、おそらく立法者は、個人の存在を守る法治国家的―社会国家的義務をゆるがせにし

たとさえいえるであろう。その場合に立法者は、経験的に精査することができる方法を用いて、これまでよりもより強い程度で、十分に事実に基礎を把握するように努力しなければならない。それによって、おそらく立法者が確認できる範囲は拡大されるだろうし、もっぱら立証責任の法則のみによって決定しなければならぬ領域は狭められるであろう。そして疑わしい場合が減少するならば、限界領域においても判断の確実性が増大し、それはまた、個人の自由を制約する法律の憲法的適合性をも、増大することになるであろう。とはいっても、我々はまだその段階に到達しているわけではないので、さし当っては、連邦憲法裁判所がその実際上の影響力によって立法部に圧力を及ぼし、立法的措置を合理的な根拠にもとづかしめ、経験的に基礎づけられた調査を行なわせることを期待しなければならない。いずれにしても、立法者の精査の基準は、それが常に個人の人格発展の自由にかかわるのであるから、可罰性の範囲を縮小するという方向で行なわれなければならない。そうしたことから、基本法上、何らの疑念をも生じないことは明白である。立法者は、たしかに法形成の自由をもつのであって、その中には、種々の適切と思われる処置を選択する権限が含まれている。立法者は、た

たとえば行政法や警察法の領域に属する公法的処置で満足することもできる。そして立法者は、基本法の精神により、あまり強硬でない処置でも法益を保護するのに十分であるならば、むしろそうしなければならぬ。つまり、「危険に対処」する「手段の選択」が立法者に義務づけられているのである（連邦憲法裁判所の指摘）。特に、これまで罪とならなかった行為を犯罪化する場合には、これまで犯罪とされていた行為を刑罰から解放する場合とくらべて、比較にならないほど厳しい拘束が、基本権との関連において立法者に負わせられるであろう。また、自由の制限を新たにつくり出すか、あるいはただそれを存続させるにすぎないかの区別は、外見上はあまり変りがないと思われるかも知れない。ただし、いずれも人格発展の自由は、同じように制約されるからである。しかしながら、両者には次のような大きな相違がある。すなわち、ある一定の態度が、以前から犯罪とされている場合には、市民は實際上、それによる自由の制約について自ら準備をしているし、たとえそれが不愉快であり、または疑問視されるとしても——永い間存在した自由の制約に、市民はおそらく慣れているにちがいない。それにくらべると、これまで禁止られていなかった態度を新たに犯罪化することは、これまで存

在していた刑罰法規を維持するよりもはるかに厳しい影響を市民に与えるからである。

[二] これまで述べたように、刑罰化の前提条件を確定するための解決は、決して単純なものではない。個人に対する原則論的な自由の推定も、また他方、法律の合憲性の推定も、それ自体としては十分な答えを与えることはできない。自由の保護のための自由の制限という、カント派の簡潔な定式もまた不十分である。ただし、ある態度が社会侵害的であるかどうか、それ故刑罰的保護が必要であるかどうかを十分見きわめないならば、その定式も、何らの具体的な結論を導かないからである。それは、疑わしい場合において、行なうべきものは何か、行なってはならないものは何かの問いに答えることはできない。なるほど、科学技術および経済の発展は、社会的に危険なもの、侵害の可能性のあるものの円周を大きく広げつつあることはたしかである。その例として、環境保全の問題や医薬品生産の問題を考えるだけで、十分であろう。立法者はこの事態に対して、何もせずに手をこまねいていることはできない。侵襲性が確認できるまで待っていては、致命的となるであろうし、刑事立法者の怠慢に対して支払われなければならない代償は非常に高価であろう。しかしながら、

次の事を常に心に留めておかなければならない。すなわち、刑罰の手段は、「最後の手段」であつて、それよりも緩和された他の処置では十分でない場合にはじめて発動することができる、ということである。人々のために存在する国家においては、個人の自由のために支払われる対価は、自由それ自体ではない。もし刑法が他のすべての法と同様に、人々のために役立ち、住みよい世界の創造と維持に貢献するものであるならば、人間という目的を刑罰という手段のために犠牲にしてはならない。このことは、人を助けて人間らしい生活を得させるという、いまだに生きつづけているカントの格言の遺産でもあるのである。

以上。