

## 資料

### 現在のドイツ刑法学の概観

エリック・ヒルゲンドルフ

佐藤 拓磨／訳

〔著者紹介および解題〕

本資料は、二〇一六年一月三〇日に慶應義塾大学三田キャンパスにおいて行われた、エリック・ヒルゲンドルフ教授 (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf) による講演の翻訳である。

ヒルゲンドルフ教授は、テュービンゲン大学で法学、近代史および哲学を修められ、「法学における論証」という研究で哲学の博士学位を取得された<sup>1)</sup>。その後、「危険社会における刑法上の製造者責任」によって法学の博士学位を取得され、一九九六年には、「刑法における事実的言明と価値判断の限界づけについて」という業績により刑法、刑事訴訟法および法哲学の教授資格を取得された<sup>3)</sup>。コンスタ

ント大学教授を経て、二〇〇一年からヴェルツブルク大学で教鞭をとられている。

教授の研究分野は、刑法の基礎理論をはじめ、医事刑法、国際刑法、インターネット刑法、ロボット技術と法といった最先端の分野まで及び、極めて幅広い。とりわけ、ロボット技術と法に関しては、二〇一〇年に同教授の講座に研究拠点を併設され、同拠点で働く若手研究者らとともに多数の業績を公にしている<sup>4)</sup>。教授は優れた法理論家であると同時に、機能主義的な刑法観の持ち主であり、社会問題の解決に資さない机上の理論に対しては距離を置かれている(前記の法学博士の学位請求論文でも、そのような姿勢が現れている)。また、教授は、国際学術交流にも並々な

らぬ熱意を注がれており、その交流の範囲は全世界に及ぶ。とりわけ中国の北京大学とは緊密な関係を有しており、二年おきに共同学術シンポジウムを開催されている。<sup>(5)</sup>

本講演は、このような教授の問題関心および国際交流の実績を背景に、ドイツ刑法学の現状、その国際的な影響力、現在直面している課題などを明快に叙述したものである。本講演の内容で特に注目すべき点を挙げるとすれば以下のようになる。

第一に、ドイツ刑法学の継受が、東アジアや南米にとどまらず、トルコを介して中央アジアにまで及んでいるということである。このことは、アメリカ中心のグローバル化の流れが刑法学にはそのまま妥当しないことを示すものである。

第二に、現在のドイツ刑法学では、医事刑法やインターネット刑法などの先端的な問題領域に関心の重点が移っており、古典的なテーマはあまり重要性を持たないと考えられているということである。近年、公刊された博士学位請求論文や教授資格請求論文の中で現代的な問題に焦点を合わせた研究の占める割合が増加していることは、このことを裏づけるものといえよう。同時に、現代的で先端的な問題に対応するために必要な学際的研究がうまく進んでいな

いことや、犯罪の越境化に対応する刑法のヨーロッパ化の抱える問題などについても語られている。

第三に、ポピュリズム的な刑事立法に対して、ドイツ刑法学が有効な対抗手段を見出せていないということである。この点に関する教授の見解は講演の最後で簡単に述べられているが、具体的に刑法学者がどのような手段をとりうるのかは、今後の日独の刑法学の大きな課題となる。なお、この問題との関係で、教授は、法益論の立法制約機能には懐疑的な態度をとられている。このような態度は、我が国の研究者にとって、にわかには受け入れ難いもののように思われるかもしれない（実際、本講演後の質疑応答では、この点に質問が集中した）。しかし、教授の主張の背景には、ドイツ連邦憲法裁判所が、法益の観点からの刑事立法の正当化を不可欠なものとはせず、むしろ比例性の観点から立法の当否を審査するという立場をとっているという事情があることに留意すべきである。<sup>(6)</sup>

以下の翻訳では、ヒルゲンドルフ教授の了解を得た上で、当日の講演をできるだけそのまま再現する形をとることとした。したがって、文末形式も敬体となっている。なお、本講演の内容は、時間の制約上、概括的なものとなっている。より詳しい内容については、二〇一七年に〇五

Miller社より出版予定の、Eric Hilgendorf/Hans Kudlich/  
Brian Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1  
を参照されたい。同書には脚注も付されている。

〔翻訳〕

敬愛する同僚の皆様、以下では、現在のドイツ刑法学に  
ついての概観を皆様にお示ししたいと思います。したがっ  
て、刑法解釈論 (Strafrechtsdogmatik) を展開すること  
は、本講演の主題ではありません。刑法学の対象として重  
要性を持つ限りで触れるに留めたいと思います。そのため、  
以下でお話することは、刑法解釈論的な性格のものでは  
なく、皆様がお望みになっている通り、学問社会的な性  
格のものです。

一 はじめに

「全刑法学」として理解される刑法学は、多数の研究  
テーマを包含しています。つまり、実体刑法と刑事手続法、  
少年法と行刑法、そして刑事学にまで至るものです。しか  
し、古くからずっと、刑法解釈論または「刑法理論  
(Strafrechtstheorie)」がその中心にあります。

ドイツの刑法理論は、国際的に非常に影響力が強くなっ  
ています。スペインやラテンアメリカが今日ではドイツ的  
モデルにならっているだけでなく、トルコも同様です。ト  
ルコは、さらに、ドイツから影響を受けたその刑法思想を  
中央アジアに広め始めています。特に注目されるべきなの  
は、ドイツの刑法理論が東アジアに伝播したことです。東  
アジアでは、ドイツの刑法理論は、日本を経由して韓国へ、  
そして最終的には中国にまで達しました。もちろん、これ  
らの国々では、多かれ少なかれ、ドイツのオリジナルなモ  
デルとの相違がみられます。それは、とりわけ条文の違い  
(特に各則の違い) に基づいています。それぞれ国の  
歴史や、概していうと文化にも根差しています。

二 現在のドイツ刑法学——簡単な描写

ドイツの刑法学の強みと弱みについて立ち入る前に、ド  
イツ刑法学のアクター、テーマおよび議論を取り巻く環境  
について手短にお話したいと思います。ドイツの刑法学  
は、およそ四〇〇名の刑法学者を本職とする者によって構  
成されています。「科学コミュニティ」への入会は、伝  
統的に、教授資格と結びつけられています。この基準は、

たとえば研究機関や裁判所で働いていて、極めて高度の専門知識を有し、博士学位は取得しているが教授資格を取得していない者たちが今日では多いことに鑑みれば、もはや維持され得ないでしょう。

ドイツの刑法学者の大多数の法政策的な基本姿勢は、次のことによって特徴づけられます。すなわち、刑法学を「刑法制限学」として理解するということによってです。このことは、大部分の刑法学者が、刑法を拡張し峻厳化しようという立法者の試みに対し、基本的に懐疑的な態度をとっているということを意味します。刑法は、市民を、彼らに与えられ法的に保護された利益に対する侵害から保護することに資するものでなければなりません。つまり、刑法は、本来、法益保護を通じて市民の自由を保護するものです。しかし、刑法解釈論は、可罰性の法律上の要件を可能な限り正確に浮き彫りにし、それにより刑事訴追を予測可能にし、とりわけ検証可能にすることを通じて、被疑者および犯人の自由をも保障するのです。

刑法学上の業績の古典的な形式は、いまでもなお、論文、判例評釈、法令の注釈および学術教科書です。この二〇年間に、短めの教科書の数が、爆発的と言ってよいほどに増加しました。似たような傾向が注釈書にもみられます。

その原因は、第一に、印刷費の著しい低下、第二に、定期的な出版活動の事実上の強制にあります。学問上のキャリアは、しばしばこれに左右されるのです。ピア・レヴェューは、ドイツの刑法学ではいまだあまり普及していません。たとえば、『ゴールドタナー誌 (Goldammer's Archiv für Strafrecht)』や『全刑法雑誌 (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)』のような著名な刑法学の雑誌の編者は、そのような手続がなくとも、高度な学問的レベルを確保することができたのです。いまだでは自然科学および社会科学において一般的に通例となった「引用ランキング」は、ドイツの刑法学においては、これまでのところ重要ではありません。

刑法学と実務、とりわけ判例との関係は、非常に良好です。ドイツの上級裁判所の刑事判例は、専門的に非常に高いレベルにあります。裁判官は、学説とコンタクトを取ることに努めています。つまり、刑事事件に関する上級州裁判所および連邦通常裁判所の裁判官において、刑法学の出版物が単に幅広く引用されるだけでなく、内容的にも取り入れられているのです。上級裁判所の裁判官と学者との間のコンタクトは密です。多くの教授が上級州裁判所で兼職していますし、連邦通常裁判所の裁判官が、非常勤講師また

は客員教授として、法学部で働くこともしばしばです。すべての学者がすべての判決に賛同しているわけではないことは、上級州裁判所または連邦通常裁判所の一部の裁判官が、時折、批判に対して不機嫌に反応するのと同様に、意外なことではありません。

より問題があるのは、刑法学と政治（法政策）との関係です。既にお話した通り、ドイツの刑法学では、大多数が、刑法を拡張する政治の傾向、つまり刑法の範囲を拡大し、より峻厳にするという要求に対して懐疑的な態度をとっています。ポピュリズム的な論拠を用い、刑法の峻厳化を要求することで票を獲得しようという多くの政治家の傾向は、厳しく批判されています。政治としては、とりわけ立法手続の下準備の際に、刑法学の専門家の鑑定書をよく利用します。しかし、主として、既に他のところで下された決定を取り繕うためだけに刑法学者が動員されているという印象を嫌というほど受けるのです。

特に問題なのは、近年、刑事学的な知見を考慮することに対する政治機構の関心が薄れたようにみえることです。高度なレベルで経験的な犯罪調査と刑事政策との間を架橋する「治安報告書（Sicherheitsberichte）」の実務は、現在、継続されていません。法的に重要な事実の精査なくし

て、犯罪防止の分野で説得力のある立法ができないことは、明白です。「無視界飛行の刑事政策」は、刑法を（も）通じた有効な法益保護を目指す現代国家が行いいうることの中で、最も望ましくないものです。

大部分の刑法学者の思考様式は、刑法解釈論によって特徴づけられています。つまり、体系論的に指導された法規範の概念的な分析と法規範の解釈に向けられているのです。法適用の手続は、適用者による評価の影響を受けるということで、本質的には、純粋な法解釈の行いとは区別されませんが、両者は、通常、ほとんど区別されません。刑法学者が行う評価に限って言えば、それは第一に一般的な社会道徳に、第二に一定の人間像に沿っています。その人間像とは、法に従いかつ不法に抗う決定をすることができる、共同体に関係づけられた個人として観念されるものです。このような非決定論に基づく人間像は、確かに、数年前、あらゆる人間の行為の決定性を強調する何人かの脳科学者の懐疑的な意見により、挑戦を突きつけられました。顕著なまでには揺るがされませんでした。

刑法解釈論的な思考様式の特徴は、経験的な問題提起、そしてまた経験的研究の帰結との折り合いの悪さを必然的に伴います。このことも、前述したドイツにおける刑事学

の危機に寄与しました。確かに、刑法規範の目的論的解釈を通じ、刑法の解釈および適用の際に、とりわけ一定の判断の帰結に関する経験的な仮定を考慮することも可能です。けれども、このような経験的知識の影響は、通説的な方法論を通じて光をあてられるというよりは、むしろぼやかされます。多くの法適用者は、そのことを意識すらしめずです。学問理論的に啓蒙され、現代的な学際性の必要條件を満たした方法論的自覚は、ドイツの刑法学には縁遠いものなのです。

これまで、ひとまとめに「ドイツ刑法学」と言ってきた。このような言葉の使い方は、これまで素描してきた共通性によって正当化され得ます。しかし、ドイツの刑法学の中には、非常に様々な傾向も確認しようというものを隠蔽するものであつてはならないでしょう。もつとも、拘束力を持つ共同の問題設定および解決アプローチを有する学者グループという意味での「学派 (Schulen)」は、もはやほとんど口にされません。「学派」の名に値する最後のものは、ハンス・ヴェルツェルを取り巻く目的的行為論者たちでした。ヴォルフガング・ナウケや、残念ながら既に故人となったヴェインフリート・ハツセマーを取り巻く「フランクフルト学派」では、はるかにより緩やかな学派

的つながりが存在するだけです。たとえば、問題および論証の土台を共有しているという意味です。本来の意味での学派的つながりではありませんが、「解釈学 (Hermeneutik)」の指導概念に方向づけられたアルトゥール・カウフマンの弟子たちの間にも、問題および論証におけるつながりがみられます。これに対し、ハンス・ハインリヒ・イエシエックやアルビン・エーザーのような影響力のある学者は、学派を創設しませんでした。さらに二人だけ極めて影響力のある学者を挙げるとすれば、ユルゲン・パウマンとクラウス・ロクシンの弟子たちも、古典的な意味での「学派」を形成していません。

ドイツの刑法学は、今日、主として、新しい実践的な問題を刑法的に、また刑事訴訟法的に克服することに取り組んでいます。そのような問題とは、道路交通刑法、経済刑法（これには非常に多くの力が注がれています）、さらに医事刑法やインターネット刑法のように、新しいが既に創始されていた下位分野にまで及びます。新しい分野は、技術刑法です。現在では、基礎的な問題はあまり重要ではありません。

仮に本来的な刑法学派がもはや存在しないとしても、相互に区別可能な一定の流派 (Richtungen) は存在します。

それらの流派の見解は、なるほど、通常、その淵源からのみ推論可能です。いわゆる現実の「事物論理構造」が存在し、立法者もそれに拘束されるという主張は、ハンス・ヴェルツェルの目的主義の中心的な言明に属します。これに基づいて、ヴェルツェルは、とりわけ行為概念は新たに構想されなければならないと述べたのです。

しかし、法が予め与えられた「事物論理構造」に拘束されるという主張は、既に早くから方法論的な観点より疑問視され、また、イエーリングにならつて、あらゆる法は存在論的ではなく、目的論的に理解されなければならないということが強調されました。このような目的論的アプローチは、一九六〇年代および七〇年代に、クラウス・ロクシンおよび彼の弟子であるベルント・シューネマンによつて取り上げられ、発展させられました。さらに進んで経験的な先所与性 (Vorgegebenheit) を拒絶するのが、ギュンター・ヤコ布斯によつて主張されるいわゆる「ラディカルな規範主義」です。けれども、「規範主義」とロクシンおよびシューネマンの目的論的アプローチとの間に範疇的な相違は存在しません。

はるかにより明確に異なるのが、政治的刑法に対する態度に関する二つの流派です。ヤコ布斯は、既に八〇年代に

「敵刑法」の構想を展開しました。これは、法治国家的な拘束をはつきりと緩めるものであることから、「市民刑法」とは区別されるべきものです。このような、カール・シュツミットの味方・敵の区別を彷彿とさせ、記述なのか推奨なのか不明確な構想は、とりわけ二〇一一年九月一日のテロ攻撃後に注目を浴びました。ヤコ布斯は、彼のアイデアをいまだまったく詳細には説明していませんが、ドイツの刑法学では、この考え方は厳しく批判されています。いまではヤコ布斯を批判することは、もはやほとんどエチケットに属するようになりました。もつとも、何人かの批判者は、自分たちが自覚している以上に、味方・敵思想に近い立場にあるようにみえるのですが。

もう一つの大きな論争は、現代の立法者の刑法拡張の傾向に関わるものです。ハッセマーの見事な表現を借りれば、刑法は、ドイツの刑事立法者にとつて（同様に、ヨーロッパの刑事立法者にとつて）、ずいぶん前から、もはや最終手段 (ultima ratio) ではなく、ますます頻繁に、第一の手段 (prima ratio) として、時にはそれどころか唯一の手段 (sola ratio) として用いられています。それと並行して、刑法は、どんどん前倒しされています。つまり、法益の保護は、包括的な未遂犯処罰だけではなく、具体的危

危険犯や抽象的危険犯を著しく増やすことを通じても達成されるというのです。このような刑法の拡張と弾力化は、新しい普遍的法益の創出を通じて援護され、加速させられています。しばしば、このような全体的な発展は、「危険刑法」という概念を用いて説明されます。

立法者に対する批判は、とりわけ、ドイツ刑法学のいわゆる「フランクフルト学派」の周辺の学者からなされました。若干の学者は、生命、身体的完全性および自由といった個人的法益の保護を超える刑法を許容することを疑問視すらしています。それらの学者は、その際、「古典的」法治国家的刑法を引き合いに出します。しかし、ここでもう批判をはじめてしまいますと、「古典的」法治国家的刑法は、そのような形では決して存在したことがないのです。さらに付け加えれば、この数十年の技術進歩は、人間の生活の基盤を以前とはまったく異なった形で脅かしています。このような新しく、最終的に個々の人間を脅かす発展を克服するために、なぜ刑法が投入されるべきではないのでしょうか？

法益の表見的な刑法制限機能をめぐる論争も、これとの関係に位置づけられます。法益とは、フランツ・フォン・リストが定義した「法的に保護されるべき利益」と理解さ

れています。そのような利益は、社会から生起するものです。つまり、私たちの国家に属する市民の事実上の利益なのです。それらの利益に国家が保護を施す、たとえば法的に保護することにより、法益となるのです。

法益は、様々な機能を有します。刑法規範の解釈を指導し、各則の法素材を体系的に分類することを可能にし、そして教育においても重要な役割を果たすのです。法理論の一部、主にフランクフルト学派の周辺の人々は、法益概念にさらなる機能を付与しようとします。つまり、許容される立法活動を制限する機能です。立法者は、根本理念では、法益が脅かされたところでのみ、刑法的手段を投入することが許されるというのです。それを超えて刑法を投入することは許されないとします。

このような論拠は、立法者自身が、その活動を通じて社会的利益に法益としての地位を与えるのだということを見過ごしています。ある利益に刑法的保護を保障するという立法者の決定を通じて、その利益は法益となります。したがって、既に論理的な理由からして、法益概念を用いて立法者の活動を有効に制限することは不可能なのです。ドイツの連邦憲法裁判所が述べたように、せいぜいのところ、基本法上の基本権（基本法一条〜一九条）と結びつけて比



例性の原則を用いることでしか制限することはできないのです。

この二〇年の間に、ドイツの刑法学は、ますます新たな種類の問題に直面しているように見受けられます。それらの問題は、単純には伝統的な問題群の中に組み込むことができず、多くの者の見解にしたがえば、ドイツの刑法解釈論のさらなる発展を要求するものです。第一に挙げなければならないのは、全世界におよぶ問題状況に取り組み必要性がますます喫緊のものとなっていることです。伝統的な刑法では、たとえば二者間での傷害、侮辱または窃盗のように、ほとんど専ら場所的に限局された事案ばかりが扱われてきました。とりわけ環境刑法において、最初の、重大な国境をまたぐ問題が登場しました。現代では、インターネット犯罪や金融犯罪のような問題領域は、そもそも最初から国境を越える次元のものです。

第二にここで例示的に挙げなければならない問題領域は、現代の脳科学の成果に鑑みたときに、伝統的な責任刑法を維持することが可能かという問題に関わります。アメリカの脳科学者であるベンヤミン・リベットの実験を引き合いに出し、ドイツ刑法にとって核心的である意思自由の仮定は不適切だという主張がなされたのです。そのため、ドイ

ツ刑法全体が、新たな土台を必要とすることになったのです。注目すべきは、この極めて挑戦的な主張が、ドイツ刑法学において激しい議論となったことです。もともと、いまではこの議論は少々落ち着きました。結局、意思の自由は証明可能でも反証可能でもなく、むしろ国家に必要なフィクションだという古典的な立場が、確認されたのです。

第三の新たな問題領域は、ドイツおよび全ヨーロッパの新たな多宗教化と多文化化です。ドイツでは、現在、いまだ二七パーセントがプロテスタント、二八パーセントがカトリック、そして四パーセントがイスラム教です。いまでは国民の多数派は無宗教です。そのため、宗教に基づく文化的な紛争が生ずることは必然なのです。こうして、二〇一二年の夏にケルンラント裁判所が下した裁判は、大きな注目を浴びました。その裁判は、伝統的な男児の割礼を傷害と位置づけ、それゆえ原則的に可罰的だとしたのです。ユダヤ教徒およびイスラム教徒の圧力団体だけではなく、プロテスタント教会もカトリック教会もこの決定を厳しく批判しました。なぜなら、それが宗教の自由の不当な制限とみなされたからです。これに対し、アンケートが示したのは、ドイツ国民の大多数は、宗教の自由よりも子の福祉をより重要なものに位置づけているということでした。そ

れにもかかわらず、立法者は、ケルンラント裁判所の裁判が公になったわずか数週間後に、宗教的に動機づけられた割札に対して新たに法律上の根拠を与える意思があることを発表しました。この論争だけでもわかるのが、ドイツにおける新たな多文化化が、将来的に刑法に対していかに大きな影響を与えうるかということです。いまでは、さらなる要因が加わりました。特に、二〇一五年に起きたイスラム教を信仰する者の大量移民です。

### 三 体系的に構築された刑法理論への道

以下では、現在のドイツの刑法理論の強みと弱みについて少し詳しくみることにします。ドイツの刑法理論が世界に広まった理由から始めましょう。

刑法的思考の中心にあるのは、啓蒙期以来、法律主義の原則です。刑罰は、刑罰の要件を十分に明確に表現した成文の法律に基づかなければなりません。刑罰法規の適用の際には、裁判官は、規範の文言に準拠しなくてはならず、たとえば類推を用いてそれを超えることは許されなければなりません。最後に、法律は、行為の時点で既に存在していなければなりません。遡及的な刑罰法規の創出は禁じられていま

す。

法律主義の意義は、とりわけ、刑罰付科の際の恣意と不正義を排除することにあります。それ以外にも、法に従う者が、何が刑罰によって禁じられているのか、何が許されているのかをいつでも知ることができなければなりません。これが満たされている場合のみ、法に従う者は、刑法上の命令および禁止に合わせて行動することができます。換言すれば、法律が十分に明確であり、かつ、刑事訴追機関が厳密に法律に準拠していると法に従う者が確信しうる場合にのみ、刑法は予防効果を発揮することができます。

そのような方法で法的安定性を確立し、また刑法の予防効果を支えるため、実務的な問題に対して個々の事案ごとに答えるのではなく体系的に答えるのであれば、刑法および刑法適用の理論と、あらゆる問題がそこに論理上の位置を有する体系的に構築された審査構造が必要です。古典的な体系にしたがえば、構成要件該当性、違法性、責任に分けられます。ドイツの刑法理論においては、体系論的問題は、だいぶ前から、もはや重要な役割を演じていません。学者のほとんどは、たとえばイエシエックやロクシンの浩瀚な教科書で示された構成にしがついています。

#### 四 体系的な刑法理論の長所

体系的に犯罪の構造にアプローチすることの利点はどこにあるでしょうか？ 出来のよい構造化された刑法理論は、恣意を排除し、規則性ある刑法の適用を可能にします。このようにして、刑法の適用は予見可能となり、検証可能にもなるのです。「規則志向性」、「予見可能性」、「検証可能性」の三つの観点を満たした場合、その考案された刑法理論は、格別に「合理的」だということが出来ます。恣意の排除は、法適用者、中でも裁判官を立法者の意思に拘束することに繋がります。ここに特別の法治国家的な刑法適用の拘束が現れているのです。ドイツでは、立法者は、民主的に選ばれた議会です。

大陸法にとって特徴的なのは、裁判官が法律の背後に退いているという観念です。英米刑法における裁判官の非常に強い地位は、ヨーロッパ大陸法には縁遠いものです。もはや、かつてのモンテスキューのように裁判官を「法律を語る口」とみなすことはないにせよ、ヨーロッパ大陸、特にドイツの刑法的思考においては、裁判官は刑罰法規にきつく拘束され、決してその文言を超えてはならないという

観念が支配的なのです。

刑法理論によって支えられた、刑事裁判官の法律への厳しい拘束により、法に従う市民は、原則として、裁判所の裁判を予測し、また行動をそれに合わせる事ができます。このような形で、刑法理論は法律の予防効果を強化します。さらに、法に従う市民は、法が明確に定めている場合にのみ処罰されるということを信頼することが出来ます。刑罰法規の個別の事案への適用は、厳格な論理規則および方法的規則にしたがってなされます。刑法の適用が、これらの規則により根拠づけることができなければ、許されないということになります。

このように、刑罰法規は、市民の法益を犯罪的行為から守るだけでなく、刑事訴追機関による不適法な干渉からも保護するのです。犯罪者であっても、刑罰法規が定めるよりも厳しく処罰することは許されません。リストは、彼の刑罰理論を背景に、刑罰法規を「犯罪者にとつてのマグナ・カルタ」と名づけましたが、彼の主張は正しかったのです。

これまで述べてきた観点——方法論により導かれ、それゆえ予見可能で検証可能な、国家による恣意を排した刑法の適用、法適用者の立法者への拘束、明確な方法論を通じ

た刑法の予防効果の保障、そして不適切な刑罰からの市民の保護——は、大陸的な刑法理論、とりわけドイツの刑法理論を魅力的なものとし、世界の多くの国々がこれを受容したのです。古い固有の刑法が現代の要求に十分に応えることができなかったため、法秩序を新たなものにしなればならなかった国家のほとんどが、そのようにしたのです。その好例が、日本におけるドイツ刑法および刑法理論の継受です。

つまり、ドイツの刑法学が世界的におさめた成功は、具体的な問題に対するテーマや解決案ではなく、むしろその理論、すなわち「刑法解釈論」に基づくものなのです。ドイツの刑法学は、法治国家的な法律主義の原則に立脚し、概念および論証方法を体系的に結びつけて蓄えてきました。その蓄えとは、法律事件を明確かつ明瞭に組み立て、分析し、そして解決することを可能にするものなのです。刑法適用の手続は、予測可能かつ合理的に点検可能になります。裁判官自らの評価の意義は、それが道徳的な性格のものであれ、政治的な性格のものであれ、著しく後退します。それにより、啓蒙主義の哲学者たちが人間にふさわしい刑法に求めた本質的な要請が満たされるのです。

## 五 ドイツの刑法理論の弱み

ドイツの刑法理論の成果も、ドイツの刑法学が、今日、重要な問題と格闘しなければならぬということを覆い隠すことはできません。その問題は、部分的には刑法学それ自身の中から、また部分的には外部からもたらされるものです。

「内部的な」問題に属するのは、一部不条理なまでに過度な、解釈論上の問題の詳細な分析です。一定の問題の解決に、実務ではもはや検証することが不可能なまでに微細な解釈論的な相違が持ち込まれるならば、法律実務がその種の遊戯 (*Glaspenspielen*) に背を向けても不思議ではないのです。

既に述べましたように、経験的な問題と法解釈論的な問題を明確に区別し、それぞれを妥当に解決することができないという問題もあります。このことが、現代医療、インターネット、または金融市場で起こる事象との関連でますます頻繁に生ずる学際的な問題を扱う際に、ドイツ刑法学の妨げになるのです。

さらなる重要な課題は、部分的には明白に、しかし部分

的には隠れた形で進行しているドイツ刑法のヨーロッパ化です。ドイツ刑法学は、いまだそれに対する説得力のある回答を見出せていません。一方で、既に述べたインターネット犯罪や金融犯罪を思い浮かべただけでもわかるように、犯罪の問題はますます国境をまたぐものになっており、そのため同様に、国境を超えた超国家的な、または少なくとも国際的に画一な形での回答が求められるのです。他方で、これまでのところ、ヨーロッパ刑法は、真に民主主義的な正当性を有していません。むしろ、ヨーロッパの行政機構が、ヨーロッパレベルでの刑法の発展を推進しているのです。

ヨーロッパの刑法政策に顕著なのは、かなりの程度の厳罰主義だということです。ますます増える本物のまたは懲罰上の弊害を「防止」するために、刑法が用いられます。それは、あたかも最終手段性の原則が存在しないかのようです。より一層憂慮すべきなのは、ヨーロッパ的な条件のついた国内刑法は、基本的な法規の明晰性および明確性の要請をしばしば満たさないということです。そのことは別にしても、現代のヒューマンバイオテクノロジーや臨死介助を思い浮かべただけでもわかるように、いくつもの事案は、ヨーロッパの中での宗教的・文化的な相違のために、

刑法上統一的に規制することがほとんどできないのです。

けれども、刑法学にとつて、苦勞して勝ち取った刑法における法治国家的な保障の（ヨーロッパ法的に表向き正当化された）侵食に対する理由のある疑念を世間に伝え、そこから政治に伝えることは極めて難しいことなのです。ポピュリズム的な刑法政策を用いて票を獲得することに對する誘惑はあまりにも大きく、ましてや刑法における法治国家的な保障の重要性に對する意識はあまりに低いのです。この二つのことは、法治国家的刑法の精神的・法政策的基礎を広く世間に伝えることに關し、刑法学が機能不全に陥っていることを示唆しています。

有効な対策になるのは、ヨーロッパの啓蒙主義にある現代刑法の起源を思い出すことでしょう。当時、刑法は、具體的な不法を経験したことから端を発し、また、猛烈な抵抗に抗つて、人道主義的、自由主義的かつ合理的な基礎の上に打ち立てられたのです。とりわけ、法律主義の原則が徐々に受け入れられていったこと、つまり刑事裁判官を行為時に既に定められていた法律に拘束することや、比例性原則を「最終手段性原則」として刑法的な形で導入することがこれに属します。

今日のグローバル化された世界の中で生き残るためには、

国内の刑法学は、国境を越えて外を眺め、国際的につきあいを求めることも学ばなければなりません。東アジアの刑法学は、長い間、大きな成果を伴いながらこれを行ってきました。ドイツの刑法学もこの例にならうべきでしょう。自らに固執することを打破し、刑法比較に従来よりもはるかに多くの意義を認め、そしてとりわけ他国の刑法学と同じ目線で協同しなくてはなりません。

- (1) 同研究は、Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz というタイトルで、一九九一年に Duncker & Humboldt 社より公刊されている。
- (2) 同研究は、Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“ というタイトルで、一九九三年に Duncker & Humboldt 社より公刊されている。
- (3) 同研究は、Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht. Entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung というタイトルで、一九九八年に Duncker & Humboldt 社より公刊されている。
- (4) 業績リストは、以下の URL から参照可能である (二〇一七年二月二七日最終閲覧)。http://www.jura.uni-

wuerzburg.de/forschung/forschungsstelle\_robotrecht/publikationen/

これらの業績を網羅的に紹介しようというプロジェクトの成果の一部として、「ロボットと法」研究会・石井徹哉編「文献紹介」『ロボットと法』シリーズの論文紹介(一)「千葉大学法学論集三二巻二号(二〇一六年)一五〇頁以下がある。

- (5) その成果として、以下のものがある。Eric Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich. 2013; ders. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des chinesischen und deutschen Strafrechts. Beiträge der zweiten Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtlerverbandes in Peking vom 3.-4. September 2013. 2015. アジエでは、中国のほか、我が国や韓国との交流にも積極的である。Ostasiatisches Strafrecht. Würzburger Tagung zum Strafrechtsvergleich vom 8.-12. Oktober 2008. 2010 参照。二〇一六年九月には、日本人刑法学者を招いての日独比較刑法シンポジウムを井田良教授(当時は慶應義塾大学大学院法務研究科所属)と共催された。
- (6) BVerfG, Beschl. vom 26. 2. 2008, BVerfGE 120, 224. 本決定を紹介した邦語文献として、上田正基「その行為本当に処罰しますか」(弘文堂、二〇一六年)七頁以下、

武市周作「ドイツ憲法判例研究（一四四）血縁の兄弟姉妹間の近親姦の合憲性」自治研究八六卷五号（二〇一〇年）一五三頁以下、萩原滋「近親相姦禁止規定（ドイツ刑法一七三条二項二文）の合憲性」白山法学九号（二〇一三年）一頁以下がある。