

Title	ヴィンフリート・ハッセマー著 『刑法入門』
Sub Title	Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.1 (1983. 1) ,p.114- 121
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19830128-0114">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19830128-0114</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 紹介と批評

Winfried Hassemer,

*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*

Schriftenreihe der Juristischen Schulung ; Heft 77

München: C. H. Beck, 1981, 340 S.

ヴィンフリート・ハッセマー 著

## 『刑法入門』

一 刑(事)法学は関連する刑法規範の意味内容を体系的に認識することを使命とするが、その理論的成果は、実務家(特に、裁判官)によつて一定の事件事実 *Schwerfakt* (あるいは事例 *Fall*) に適用されることが予定されている。そこで、刑法において「(刑)法規範」と「事例」とは、常に相伴う、二つの根本概念だと言うことができる。それにもかかわらず、伝統的な刑法学においては、規範的側面が中心的な研究の対象とされ、事例は、——往々にして現実とはかけ離れた仮の設例として——理論の例証のための補助手段として扱われている。しかし、そのことによつて、生の事実が提起する多く

の理論的問題が切り捨てられるばかりではない。言うまでもなく、刑法の現実には、「事例」を基軸として展開する。事件事実は、関係者に認識され、刑罰法規の適用され得るように「構成」され、さらに裁判官により刑法的な判断を与えられ、最終的に「解決」される。この過程のそれぞれを法的に規制するのが、刑法、刑事訴訟法、行刑法などの刑法規範の体系に他ならないのである。そこで、こうした「事例」を視野の中心に据えて、刑事法の体系を問い直し、それぞれの法制度、法的現象、法的活動の存在意義を反省するときに、現実即ち新たな諸認識が得られるであらうことは想像に難くない。「刑法の基礎への入門」と題するハッセマー教授の新著 (*Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981*) は、このような問題意識を出発点としてゐる。

もともと、本書が興味深いのは、単に右のような方法的観点からばかりではない。本書における著者の中心的な問題関心は、最近における刑法観の変遷を前提に、伝統的な刑法の諸原則の存在意義を問い直し、あるいはそれらに新たな意味づけを与えることによつて、現代刑法のあるべき姿を提示することに向けられているように思われる。著者によれば、現代刑法の特徴は、望ましい効果を生じさせ望ましくない副作用を回避するという現実の経験的機能によつて全体の刑法システムが方向づけられ、また正当化されなければならない点にある(1)の傾向は、本書二頁以下で *Folgenorientierung* という用語によつて表現されている。ところが、刑法の諸原則の多くは、こうした経験的に方向づけられた刑法観の展開される以

前に生まれたものであった。そこで、「伝統的」な刑法の諸原則と経験主義的な刑法観との間の理論的な調整は、現代刑法学の抱える大きな課題の一つとなっている。学生のための刑法入門書という制約を受けながら、本書は、このような課題に正面から取り組むものである（ちなみに、ハッセマー教授の経歴・著作等については、宮澤浩一・西ドイツ刑法学〔一九七八年〕一五六頁以下、同追録Ⅱ〔一九八一年〕一五頁以下、そして、同「西ドイツ刑法学の現状（追録Ⅴ）」本誌五五卷一―号〔一九八二年〕一三三頁を参照）。

以下では、本書の内容を要約し紹介したいと思う。

二 第一編（事例）で刑法学における「事例」の意義が説かれたのち（ちなみに、冒頭には、八頁にわたつて一少年事件の記録が載せられている）、第二編（関与者）では、まず、刑法が関わり合う犯罪者と被害者についての経験的知見の意義が強調され、次に、犯罪学の仮説が詳しく紹介・批判され、最後に、過去と現在の刑事司法における被害者の地位についても簡にして要を得た解説が加えられている。

著者によれば、現在見られるような、規範学に対する犯罪学・被害者学の従属的地位は、何よりも、刑罰の現実的機能を問題にしない絶対主義的応報刑論の支配の名残りに他ならない。これに対して、経験的效果に方向づけられた（*tolgenorientiert*）刑法観の下では、刑法のシステムは経験諸科学の知見に対して開かれたものではない。刑法実務家も経験的な仮説や認識を活用することが要求される。それとともに、刑法が対象とする犯罪行為・犯罪者・

被害者に関する経験科学としての犯罪学は、関心の中心に置かれることになるのである（一九一七頁）。

犯罪者に関する理論は、個人の生物学的・人類学的欠陥を犯罪の主たる原因とする学説（ロンプロトゾラ）から出発し、社会化（*sozialisation*）の過程における問題性に犯罪的逸脱の要因を求める見解（グリニク夫妻、サザランド、サイクス、マツァラ）を通して、社会構造の問題性を重視する理論（マートンら）へと展開した。これらのうちで、犯罪者の社会化の過程に注目する理論が現在最も有力で説得力を持つのは、それが諸科学の知見に対して開かれており柔軟性に富む（「犯罪諸科学の合流点」ばかりか、何よりも、経験的效果に方向づけられた刑法観に適合し、刑事政策の穏健な改善を約束するからに他ならない。社会復帰思想を犯罪学の立場から正当化するのが、この社会化理論なのである（二七―五三頁）。

ところで、右の諸理論に共通なのは、「犯罪者」を「通常人」から区別して認知することが可能であり、そして「犯罪者」や「犯罪の原因」と言うものがそもそも認識対象として存在するという前提である（原因論的アプローチ）。しかしながら、こうした前提は、「暗数」の存在の指摘により動揺するに至つた。現実が発生した全ての犯罪が認知され、説明され、起訴され、処罰されているわけではない（「犯罪の日常性」）。近時のラベリング論によれば、犯罪とは「定義づけ」の産物に他ならず（「犯罪者は作られる」）、犯罪学は、「たまたま犯罪者のステイグマを与えられた者」ではなく、犯罪を生み出している公的な社会統制機関の活動を中心的な研究の対象としなけ

ればならない、とされるのである。

著者は、こうしたラベリング論のもたらした諸認識の正当性を承認する。しかしながら、著者によれば、ラベリング論が従来の犯罪学理論の批判を自己目的とするのではなく、有効な犯罪社会学上の理論として穩健かつ生産的な刑事政策の改良を目指すのであれば、一般的な社会統制を視野に入れながら、公的な社会統制活動の法則性、換言すれば、ある場合には犯罪者のレッテルが与えられ、他の場合には回避されることの「原因」を明らかにしなければならぬ。

犯罪がそれを認知する主体から独立して存在するというナイーブな前提は捨てられなければならないが、進んで「犯罪の原因」の觀念自体を駆逐し従来の犯罪学のパラダイムを否定するのは行き過ぎであり——犯罪が「定義づけの産物」に過ぎないとするならば、その実体は否定され、暗数の存在も語り得なくなる(〽)——、従来の犯罪学の諸理論を内に受容しながら修正し視野を拡大することを通して犯罪(化)の原因を追求することのうちにラベリング論の将来は存するのである(五三—六四頁)。

第三編(事例の構成)において、著者は、事件事実が関係者に認識され、刑法的判断を下し得るような事例に「構成」されるまでを「理(一)解(Verstehen)」の過程として把握し、そこにおける実体刑法と刑事訴訟法の役割を詳述している。

著者によれば、「生の事実」が人間に有りのまま認識可能な実体として「存在」し、歪みなく言語によつて表現し得るといふ觀念は

余りにもナイーブである。事実には、関係者の持つ前提的な認識枠組(Vor-Verständnisse)によつて導かれ、言語によつて媒介されながら「構成」される。こうした「事例の構成」にあつては、認知者によつて限られた情報のみが「選択」され、特定の情緒を伴う言葉によつて「色づけ」られることは避けられない。このような問題に対処するために、実定法たる刑法・刑事訴訟法は、「事例の構成」を規律し保障する具体的なルールを定めている(七三—八一頁)。

事件事実を刑法的に観察するためには、前提的な認識枠組ないし情報の「選択基準」が必要不可欠である。実体刑法は、法的に重要な事実を指示することにより、こうした選択基準を提供し、事実認定を指導する。換言すれば、それは、「事例の構成」にあつて何に注目し何を無視してよいかを明らかにしているのである。確定されるべき事実の「指示」は、可罰性の要件に関しては簡潔・技術的であるが厳密であり、量刑に関しては現実的で包括的である。犯罪の成否についての簡潔・厳密な規定は、重要な歴史の所産であつて、法による裁判官の判断のコントロールを高度に保障することを可能にする。これに対して、量刑の場面においては、事件に関する広範な情報が考慮に入れられるために——特に、処遇思想の浸透に伴つて——被告人が無限定な事実探求の対象とされ、そのプライベートな領域が著しく脅かされる危険がある。手続二分制が導入されるべきであるならば、被告人の権利の保障を充分に顧慮しなければならぬ理由は、ここにある(八一—一〇六頁)。

「事例の構成」を手続的に秩序づけ保障するのが刑事訴訟法であ

る。それは、如何にして事例が構成されるか、いつ事例が構成され終つたものと認められるのかに関するルールを定めている。手続の関与者は、一過的で (flüchtig) 不可視的な (deklaratorisch) 対象につき、制限された時間の枠内で相互的な活動により言語手段を媒介にして「理解」し合わなければならない。著者は、こうしたコミュニケーションの過程を、「テクストの理解」と區別して「状況における理解 (szulisches Verstehen)」の過程として把握する。刑事訴訟法は、関与者の諸権利を保障しながら、こうした「状況における理解」を可能にし、保障するものに他ならない。確定されるべき「真実」はわれわれの外部に対象として「存在」するものでないから、結論の正当性は保障し得ないが、手続の正当性、従つて、当事者が議論と相互理解を通してコンセンサスに到達する可能性とその外的条件は保障し得る (一〇六一—二六頁)。

訴訟において、被告人に様々な権利が認められるのは、「理解」の過程を相互連絡的 (kommunikativ) に構成するためであるが、それは、国家の政治的決定に対して個人に参加の機会が認められていることの反映である。また、実体的真実主義はわが証拠法の基本原則とされているが、しかし、刑事訴訟において利用し得る時間、人および費用は限られており、また比例性の原則に従い手続関与者の利益保障にも意を払わなければならない。真実究明の要請は事件の軽微となるに従つて後退し、関係者のプライバシーの権利が優先される。さらに、証人の証言拒否権や証拠禁止 (Beweisverbot) などの制度の存在は、刑事訴訟の目的が実体的真実の発見にあるのではな

く、一定の制約の枠内での「訴訟における真実 (forensische Wahrheit)」の解明であることを明らかにしている。直接主義および口頭主義は、まさに、「事例」が公判において関係者の直接的な相互作用とコミュニケーションを通して「構成」されるべきこと自体を保障している。これに対して、法律上の裁判官 (gesetzlicher Richter) の要請 (西ドイツ基本法二〇一条一項後段)、弾劾主義、起訴法定主義、無罪の推定、公平な裁判所などの諸制度は、「状況における理解」を通して進行する訴訟の外的・形式的な枠組を保障する。もつとも、以上のような、相互的理解のための様々な保障にもかかわらず、コミュニケーションが失敗する可能性は残らざるを得ない。こうした疑いは、コントロールのための公判の公開、やり直しのための控訴制度、さらに「疑わしきは被告人の利益に」の原則を不可欠なものとしているのである (二二六一—二五八頁)。

第四編 (「事例の法的判断」) においては、刑事裁判官が事例に対して法的判断を与えるに際しての実体刑法の意義と役割が論じられている。

事例の法的判断にあつては、実体刑法を通して裁判官の判断が統制されることにより、斉一で予見可能、そして批判とコントロールの可能な判決が保障されねばならない。もつとも、「法律」のみによつて裁判官の判断を拘束することは、それが言語を手段とするために多くの困難を伴う。法は相互理解的な (kommunikativ) 現象であり、法律用語があまりに技術的になることは避けられな

ればならないが、他面、裁判官の拘束を可能にするためには一義的なものでなくてはならないはずである。しかし、法律の用いる言葉は、数学などにおける「形式言語」とは異なつて、現実の経験的世界を対象とする「日常言語」だけに開かれており、多義的であることを避けられない。刑罰法規には、四つの類型の「多義的」な概念が存在する。すなわち、曖昧な概念、(未來に対して)開かれた(*poros*)概念、価値概念、そして——証明が困難で同様の不確実性を伴う——主観的要素に関する概念 (*Dispositionseigenschaft*) である (一一八一頁)。

こうして、刑法典に多義的な概念が用いられることによつて不可避的に生ずる「解釈の幅」は、何らかの方法でさらに狭められなければならない。実体刑法の諸原則は、法適用における「選択の余地」を制限し、裁判官の拘束の可能性を更に高めるためのものである。裁判所の階層構造から生ずる刑事判例の(事実上の)拘束力は、「判例法」による裁判官の判断の拘束を可能にする。刑法解釈学は、法律と事件事実の中間にあつて両者を媒介し、——法律の抽象的な規定を具体化し、裁判所の個別事例に対する判断を一般化し、これらを体系化することによつて——裁判官に対する刑法の拘束力を(事実上)強化する役割を担う。犯罪論の体系もまた、複雑多岐にわたる判断のルールを体系化・図式化し、裁判官に刑法的判断の筋道を明らかにすることによつて、刑法の適用を齊一で確実ならしめるための手段である。それは、全ての犯罪形態に妥当するという意味で一般的(*allgemein*)であり、一定の判断順序に従つた、行為

者に対する犯罪結果の正しい帰責を保障するという意味で正当(*rechtfertigt*)であり、かつ、裁判官の可罰性の判断を秩序だて、重要な観点の見落としがないようにするという意味で図式的(*schematisch*)でなければならぬ (一一八一—三三五頁)。

立法者および裁判官に対する要請としての罪刑法定主義は、他の法領域に見られない、刑法に特有の原則であり、裁判官の判断を国民の意思によつて拘束することを目的とする。しかし、この罪刑法定主義の現代における機能を見ることによつて、法律による裁判官の拘束の限界を認識することができる。明確性の原則は、特に現代において、極めて疑わしいものとなつている。それは、第一に、刑事政策的機能を重視する刑法においては、——立法においては予見し得ない——具体的場面における刑罰の経験的機能を充分考慮して柔軟な対応をなし得るように、裁判官に大幅な裁量の余地が認められるからである。第二に、法律が「妥協の産物」である結果、どうしても法律が不明確となり一義的な立法者意思が読み取りにくく、また、そもそも具体的に妥当で、しかも明確な法律を作成することが技術的に極めて困難だからである。次に、適及処罰禁止原則については、その適用範囲に問題がある。法は、処分について同原則の適用を否定しているが、処分が実際上刑罰に劣らない不利益を意味する以上、疑問である。訴訟法にも同原則の適用はないとされるが、公訴時効期間の延長などは、当事者の信頼保護および不意打ちによる処罰の禁止の観点から同原則の違反と言わざるを得ない。これに対して、判例変更に適及処罰禁止原則が妥当するかどうかの問題

は、——例外的な場合を除いて——否定されるべきであろう。さもなくば、判例の発展が阻害されることになるからであり、また、禁止の錯誤に関する規定によつて具体的に妥当な解決は可能だからである。慣習刑法の禁止に関しては、「慣習法」の概念が非常に不明確だという問題がある。現実の社会に法違反が広く行なわれているという「事実」は、裁判官が当該刑罰法規の適用を否定する根拠にならない。これに対して、同原則を、裁判官による刑法の創造を禁止する意味に解するならば、それは、次の類推処罰の禁止原則と同じものになつてしまふであらう。そして、刑法の適用において類推を禁止することが実際に可能であるかどうか不明らかではない。法規範の趣旨・目的を考慮して、その語義を越えたところに当該法規範を適用するのが類推であり、語義の範囲内にとどまるのが拡張解釈だとされるが、法規範の趣旨・目的を考慮しないで語義の限界は定められないのであつて、類推と拡張解釈の区別は理論的に存在しない。それにもかかわらず、類推禁止原則が、法律の正しい解釈をめぐる議論において必要不可欠の強力な「論拠」として働くこと（「法政策的有効性」）は否定できないのである（三三九—三五八頁）。

第五編（事例の解決）においては、主として刑罰理論、特に犯罪予防に関する理論とその問題点が論じられている。

いかなる事態が生じたことによつて、事例が「解決」されたことになるのかについては、立場によつて見解が異なる。絶対主義的刑罰理論においては、刑罰が有する経験上の作用は顧慮されない。こ

れに対して、予防刑論は、事件を實際に「解決」する刑法システムの機能を問題にする。著者によれば、望ましい結果を生じさせるという現実的諸機能により刑罰が正当化されなければならないとすることが、われわれの時代の（法）文化の要求する合理性の帰結である。従つて、現在では、純粹の応報刑論を採ることは問題にならない（二五九—二六五頁）。

特別刑論は、個々の犯罪者が改善のための処遇を受け、社会復帰に成功することをもつて事件が「解決」されるとする。しかしながら、処遇思想は、現在、多くの疑問と批判に直面している。処遇行刑は、受刑者の人権を過度に侵害する危険を孕み、しかも、その成果についてはほとんど経験的に知り得ない現状である。基本的な問題とされるのは、——「解放的な社会治療（emanzipatorische Sozialtherapie）」の主張にもかかわらず——施設による自由の剝奪を通しての社会復帰処遇がそもそも可能であるのか、逆にそれは「施設化」とステイグマによつて犯罪者を「生み出す」ことになつてはいないかの点である。こうして、刑法理論ばかりでなく実務においても、自由刑の執行を制限し、これに代替する制度（例えば、罰金刑、猶予制度、「不干渉（Nonintervention）」の制度など）を整備する努力が行なわれているが、それぞれに難点もあり改善を必要としている。結局、特別予防論は、自由刑の弊害を回避し、処遇思想のたまた人権侵害の危険を法的にコントロールしながら、様々な実験的試みを通しての部分的な制度の改善も続ける一方で、処遇効果に関する経験的な「不確実性」にも耐えて行かなければならないのである

(二六五—二八五頁)。

これに対して、旧来の一般予防論もまた、犯罪者を一般国民の威嚇のための手段とするという「非人道的」な傾向により、多くの疑問にさらされている。こうした威嚇予防論は、科刑の制約原理を内在させてはいないし、行刑を不毛なものとせざるを得ない。また、刑罰の威嚇効果は経験的に解明し難く、非現実的でもある。従つて、刑法の目的は、威嚇予防の意味における一般予防ではなく、全体の社会統制の一部として社会化のための他の制度と協働しながら、社会の存続に不可欠な諸規範を強化し保障する点に認められなくてはならない。威嚇ではなく、基本的な規範を指示し(『刑の法定』、保障する(『行刑』)ことが刑法の一般予防目的なのである。正しく理解された一般予防は、法治主義的な限界づけの枠内においてのみ良く機能し得るのであり、すでに科刑の制約原理を内在させている(二八五—二九七頁)。

もつとも、「解決」を求める努力は、「不知」のうちに終わらざるを得ない。新しい一般予防論も、刑罰制度が社会統制の手段として経験的にどのような機能を営むかを、詳細かつ厳密に説明し得るものではない。しかしながら、この立場は、逸脱行動に対する合理的な対応を可能にし、またその対応自体を論議・批判可能とする点において相対的に優れている。換言すれば、それは、「具体的なユートピア」(エルンスト・ブロック)を提示し、未来に向けての生産的な批判を可能にし、現状打開の推進力たり得るのである(二九八頁)。

本書の最終部分において、著者は、刑法の役割と正当化について簡潔に論じ、その中で、現在でも応報刑論の基本思想を放棄し難いことを説いている。その大要は次の通りである(二九八—三〇三頁)。

かつて、リストは、刑法を「刑事政策にとつて越えることのできない障壁」と呼んだが、刑法のシステムの多くの部分において、こうした基本的な矛盾・対立が見られた。それは、政策と伝統、処罰要求と人権保障の対立であり、いわば刑事司法の原動力とブレーキに相応する。刑事訴訟において、真実の探求が手続関与者の権利保障のために制限され、実体刑法において、行為主義や罪刑法定主義により刑罰権の行使が枠づけられるのは、その例である。

従つて、予防刑論のみによつて刑法の任務を正しく把握することはできない。絶対主義的な応報刑論の賢明さは、刑罰と刑法をその現実的な機能によつて正当化することを拒否するところにある。刑罰の経験的效果に関する学問的な研究が行なわれる以前ではあつたが、応報刑論の根底には、今日のわれわれには明らかになつた認識が前提とされていたのである。すなわち、「刑法と刑罰をその経験的機能により正当化できるほどに多くの知識を得るのは、不可能である」という認識である。応報刑論の基本思想を今日においても捨て去ることができないのは、まさにこの点を理由とする。

もちろん、経験的な刑法観とそれがもたらした知見を放棄することはできないにせよ、予防刑論から刑法の正当化を導くことは——現在のわれわれの知識を前提とする限り——不可能である。われわ

れは、刑法において、断片的な知識に基づいて国民に刑罰という不利益を課さざるを得ない。その積極的な効果は部分的にしか知られておらず、逆に、重要な領域でマイナスに作用する危険を否定し得ない。もつとも、これを理由として刑法を廃止すべきことを主張するのはナイーブである。社会統制の全システムにおいて刑法の有する役割を引き受け得る別の制度は考えられない。刑法を正当化し得る理由もここにある。刑法による社会統制は、その高度に保障された「形式化 (Formalisierung)」を通じて場当たりのな処罰対象の選択を防ぎ、恣意的・不斉一・不平等な訴追と制裁の賦課を妨げることにより「刑事政策」を枠づけ、その経験的な「不確実性」にもかかわらず社会統制を耐え難いものにする、ことを阻止するのである。あらかじめ存在するルールにより社会統制を拘束すること、犯罪統制行動を開かれた、コントロール可能なものとする、統制を受ける者の権利を保障し、手続に関与する可能性を承認することなどは、まさに、——他の社会統制には見られない——「形式化された」刑法的社会統制の特性に他ならない。

三 以上が本書の内容の概要であるが、なお特記すべきは、数箇所に挿入された余論 (Epilogue) の存在であろう。その内容を概観すれば、刑法学にも大きな影響を与えているルーマンのシステム論の解説 (九〇—九二頁)、刑事訴訟におけるコミュニケーションの問題の概説 (一一七—一二六頁)、責任論の現状についての包括的で詳細な叙述 (二〇—二一三七頁) などが見られる (余論ではないが、手続二分

制をめぐる議論についての簡にして要を得た解説として、九四—一〇〇頁)。さて、本書に示された著者の基本的見解の検討と批判は、ここで課題ではない。総括的に一言すれば、本書は、基礎法学の知見と方法を駆使した高級な刑法「入門」書であるばかりか、現在のドイツ刑事法学の抱える諸問題を平易に説き明かすものとして、わが国の刑事法研究者の参考になる書物であるように思われる。

井田 良