

資 料

将来の課題を前にした刑法学

クラウス・ロクシン

岡上雅美 訳

- I 概 観
- II 刑法学の継続的な任務としての刑法・刑事訴訟法ドグマティーク
- III 古い作業領域と新しい作業領域
- IV 超国家的刑法の基礎
- V 判例および立法に対する助言
- VI 学問的な刑事政策
- VII 超国家的刑法をめぐる作業
- VIII 結 語

I 概 観

前置きは抜きにして、さっそく本題に入ることにいたしましょう。私は、将来における刑法学（Strafrechtswissenschaft）の課題を次の6点に表しました。引き続き、これらについて詳しくご説明してゆくことにいたしましょう。

1 刑法学は、将来もまた、現行国内法の体系化、解釈、そしてさらなる発展、すなわち古典的な意味での刑法ドグマティークに重きを置くことでしょう。これは、実体法についても、訴訟法についても、刑法学その他の分野についてもいうことができます。

2 その際、刑法学は、伝統的な考え方を絶えず検証しつづけてゆかなければならず、必要があれば、それを改めなければなりません。しかし、社会・科学・技術の発展によって、新たな、そして未解決の諸問題が刑法にも突きつけられ、刑法学はそのような諸問題に対しても特別なエネルギーを傾けなければならぬでしょう。

3 刑法学は、従来以上に、超国家的な基礎のもとで、国内法の整備にも取り組まなければならないでしょう。

4 ドイツ刑法学は、判例や立法への助言という領域で、その中心的役割を築き上げ、または復活させなければならないでしょう。

5 刑法学は、将来は——これまで長い間そうであったように、そしてなお今日でも一部にはそうであるように——実定法にとどまることは許されないでしょうし、学問的な刑事政策に従事しなければならないでしょう。すなわち、現実の立法への助言とは別に、将来の刑法がどうあるべきかを絶えず新たに提案し、それにより絶え間なく改正手続を開始させてゆかなければならないでしょう。

6 最後に、刑法学は、超国家的な刑法に、近い将来においてはヨーロッパ刑法および国際刑法に、学問的な基礎を与えなければならないでしょう。

II 刑法学の継続的な任務としての刑法・ 刑事訴訟法ドグマティーク

犯罪総論のドグマティークは、——確かにそれ自体ではなくとも、その優れた業績とともに——古くから、ドイツ刑法学の輸出品目でした⁽¹⁾。刑法学は、モデル的に対置させますと、論理的一貫性と目的適合性、従順な法解釈と独創的な法形成、構造的な体系性と体系から自由な問題解決性、事物拘束的な思考と帰責的な機能主義、法的安定性を保障する一般化された抽象性と個別的正義へ向けた時代適合的な努力とがそれぞれ互いに入り交じった、壮大な作業領域となっております。刑法学は将来もなお、有意義に発展してゆくことができるでしょう。

このような楽観的な見方に対しては、もちろん国内外の学者の中には、ドグマティークに飽き飽きした懐疑的な立場がございます。そのいうところによりますと、ドグマティークは、多くの点においてあまりに複雑化し過ぎ、細かい

(1) ドグマティークの概念とその任務について、詳しくは、*Manfred Maiwald*, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, in: *Otto Behrends/ Wolfram Henckel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik*, Göttingen 1989, S. 120. ドイツ刑法体系がヨーロッパにおいて生き残れるかの問題については、*Walter Perron*, *Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft ?*, in: *Festschrift für Lenckner*, München 1998, S. 227を参照。

ことを気にし過ぎるというのです。ドグマティークは、結論の違いに結びつかない、子供のガラス玉遊びとなるおそれがあり、他の領域であったなら、もっと生産的につき込まれているはずのエネルギーを拘束してしまっているというのです。ここで正当なのは、このような批判に値する現象があるということです。しかし、そこから導き出されるのは徹底的な異論ではありません。なぜならば、どの分野でも、試行錯誤を経てはじめて正しいものに辿り着くのですから。楽器が下手に演奏されることがあるというのは、楽器それ自体への批判とはなりませんし、価値の少ない本が溢れているからといって、学説の将来の可能性に反対する論拠にはならないのです。

さて、我々の専門領域に戻りましょう。日本からチリに至るまで大勢の若手研究者がドイツの大学で活動している——私の夏学期のゼミでは、ドイツ人よりも外国人参加者の方が多かったほどです——うちは、そして、我々が世界各地に招待され、我々を招待して下さった方々と実り多い意見交換を行い、刑法のドグマティークと体系性についての構想を国際的な水準で評価し、つねに改善することができている間は、我々は刑法ドグマティークの将来について、何の心配もいらないでしょう。

しかし、刑法学の将来の任務に属するのは、とくにまた刑事訴訟法のドグマティークを発展させることです。刑事訴訟法は、実体刑法の背後で大きく取り残されてきました⁽²⁾。それには、さまざまな理由があります。まず第1に、刑事訴訟法は、大学では実体刑法ほどにはいそしまれてきませんでした。第2に、刑事訴訟法は、つねに裁判官法の領域だったので、それゆえに、学説の影響を受けるのが実体刑法以上に緩やかだったことがあります。最後に、戦後、憲法上の基準が、広範にそしてさまざまな、一目では見渡せないほどの帰結と共に古い刑事訴訟法を作り替えたのでした。そして、結局、——公平な裁判から答弁取引に至るまでの——アングロ・アメリカの刑事手続の影響もまた、元来、要式に厳格なドイツ刑事訴訟法に、まったく異なる姿を与えたのでした。

このような歴史を背景にして、現行刑事訴訟法を、一貫し、法的安定性を保障しつつ、同時に新しい展開に対して開かれた体系にすることというものは、我々において、なおかつてまったく認識されてこなかった、まだ着手されたばかり

(2) すでに *Claus Roxin, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht - Ein Rückblick auf 40 Jahre*, in: Othmar Jauernig/Claus Roxin, 40 Jahre Bundesgerichtshof, Heidelberg 1991, S. 66 f.

の大きな将来的課題でしょう。例を挙げてみましょう。証拠禁止の理論⁽³⁾、取引実務⁽⁴⁾または自己負罪拒否原則 (nemo-tenetur-Prinzip)⁽⁵⁾といった問題領域は、法律上は規定がなく、基本権と同様、我々の訴訟法の体系的に練り上げられた全体構想に決して十分な形では統合されていないのです。

私はこれらの課題をただ提示するだけで、ここでは解決の方向をほのめかすことすらできません。それでも少なくとも次のことを指摘しておきましょう。すなわち、この作業は、実務上も大きな意義があるということです。とっくにできあがっているはずの新しい刑事訴訟法典は、これまで120年間続いてきたやっつけ仕事⁽⁶⁾を補うはずのものです。必要な学問的基礎研究がなければ成功はおぼつかないことでしょう（そして、おそらくそれゆえに一度も真剣には着手されてこなかったのでしょう）。また、見誤ってはならないのは、刑事司法の領域で、立法と司法の発展は、ここ20年間、ますますいわゆる機能主義に方向づけられた効果思考に導かれてきたということです。ここにおいては、裁判所や訴追機関の判断の裁量に歯止めをかける法的安定性は背後に退いてきました。とりわけ国民の基本権および自由権は、つねに大幅に、比較衡量プロセスの意のままにされてきたのであり⁽⁷⁾、法治国家的に憂慮すべきやり方でこれらの保障機能は絶えず弱められてきました。ここで、刑法学は、よりすぐれた構想を対置させ、必要があれば連邦憲法裁判所に通さなければなりません。

-
- (3) *Ernst Beling* が1903年にその著作 “Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß” において、証拠禁止の語を用いて以来、この領域においては、見渡すことができないほどの学説の対立が生じたが、理論的な一貫性には今日に至るまで成功していないだろう。*Claus Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl., München 1998, § 24 D m. zahlr. w. N.
- (4) これについて詳細は、*Bernd Schünemann*, Gutachten zum 58. DJT, München 1990; *Thomas Rönnau*, *Die Absprachen im Strafprozeß*, Kiel 1990; *Werner Beulke*, *Strafprozeßrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 1998, Rn. 394 ff.; *Roxin* (Anm. 3), § 15, Rn. 6 ff.
- (5) 包括的には、*Klaus Rogall*, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin 1977, S. 104 ff.; さらに *Torsten Verrel*, *Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes*, NStZ 1997, S. 361, 415を参照。
- (6) 刑事訴訟法の歴史概説として、*Roxin* (Anm. 3), §§ 71, 72.
- (7) これについてのとりわけ顕著な例を提供するのは、証拠禁止の領域での判例の展開である。そこでは、連邦通常裁判所は、ますます、市民の自由権の保障という個人の利益に対して、犯行の解明という国家の利益を慎重に衡量するようになっていく。BGHSt 19, 331; 27, 357; 34, 53; 38, 221 ff.; 42, 377を参照。

III 古い作業領域と新しい作業領域

些細なことですが、まず申しあげておくべきことがあります。つまり、ミレニアムを迎えるということは、時代を画する区切りなのではなく、単に暦の上での出来事だということです。したがって、ミレニアムは、刑法学の課題をきっぱりと新たにすることではなく、古くからある多くの任務もまた、さらに学問的に解明されてゆかなければならないでしょう。2つだけ例を挙げて見ますと、不作為犯の可罰性⁽⁸⁾や、刑事訴訟法上の行為概念⁽⁹⁾——これは、裁判の対象を拘束し、既判力を限界付けるのに非常に決定的です⁽¹⁰⁾——の射程距離については、今もなお、コンセンサスの得られるモデルというものがありません。しかし、そのほかにも、刑法学は、すべての領域において、従来と同じく積極的にさらに作業を続けなければなりません。なぜならば、古くからの解決方法は、新たな状況が現れることによって、繰り返し試験台に載せられなければならないからです。また、理論的な構想が新たになれば、つねに新しい解決の可能性が現れます。法律学においては、最終的に究明されたものとして処理済であるかのように取り扱うことのできるものは何もないのです。

それにもかかわらず、将来、大きく挑戦が行われると思われますのは、新たな社会、産業、技術、自然科学の発展により、第2次世界大戦後に初めて現れ、または、今日的な意味を獲得した作業領域です。例として、6つの問題領域を挙げてみましょう。3つは実体刑法からのもので、他3つは刑事訴訟法からのものです。

将来的作業の第1の大きな領域を形成するのは、国際的な経済犯罪の全領域です⁽¹¹⁾。これには、(因果関係、過失犯、正犯および共犯並びに不作為犯を如

(8) これについて基本的には、*Rolf Dietrich Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantieprinzip, Berlin 1972; *Bernd Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971; *Joachim Vogel*, Norm und Pflicht bei Unterlassungsdelikten, Berlin 1993.

(9) 詳細には、*Roxin* (Anm. 3), § 20, Rn. 1 ff.

(10) *Roxin* (Anm. 3), § 50, Rn. 11 ff.

(11) これについては、例えば、*Detlev Geerds*, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, Lübeck 1990; *Heike Jung*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als Prüfstein des Strafrechtssystems, Berlin 1979; *Rudolf Müller/Heinz-Bernd Wabnitz/Thomas Janovsky*, Wirtschaftskriminalität,

何に決定するかについての多くの新しい課題と共に) 企業の刑事責任が含まれます。また、団体への制裁というなお未解決の問題もまた、この領域に含まれます⁽¹²⁾。

将来の刑法にとっての第 2 の隣接的な基本問題として、大多数の人々を脅かす大きな危険を挙げましょう。これは、原子力工場および化学工場から発生するものですが、しかしまた、製薬産業、食料品製造、動物用飼料工場などからも生じうるものです⁽¹³⁾。これは、刑法学の根本に触れる問題でもあります。

4. Aufl., München 1997; Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allgemeiner und Besonderer Teil, Reinbek 1976; ders., Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts - Versuch einer Zwischenbilanz, in: Festschrift für Dünnebieber, Berlin 1982, S. 519を参照。さらに、第49回ドイツ法律家会議での意見および議事録 (Gutachten und Sitzungsberichte zum 49. DJT, München 1972 (Bd. I Teil C und Bd. II Teil F)) を参照。

- (12) これについて詳細には、Hans Achenbach, Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS 1990, 601; ders., Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen, in: Festschrift für Stree/Wessels, Heidelberg 1993, S. 545; Heiner Ahtwart, Strafrechtliche Haftung des Unternehmens - vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen, ZStW 105 (1993), S. 752; Hans Joachim Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, Opladen 1993; ders., Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, ZStW 107 (1995), S. 285; Harro Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, Berlin 1993; Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln 1979; ders., Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41; Günter Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, in: Festschrift für Rud. Schmitt, Tübingen 1992, S. 295; Klaus Tiedemann, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, 1169; ders., Strafrecht in der Marktwirtschaft, in: Festschrift für Stree/Wessels, Heidelberg 1993, S. 527; Klaus Volk, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, 429.
- (13) 連邦通常裁判所は、この間、すでにいわゆる皮革スプレー判決および木材保護剤判決においてこの種の事件を取り扱った。BGHSt 37, 106; 41, 206. 生造物責任および企業の責任について、より詳しくは、Joerg Brammsen, Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?, GA 1993, 97; Lothar Kuhlen, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NSStZ 1990, 566; Erich Samson, Probleme strafrechtlicher Pro-

刑法は、そもそもこのような危険に対処するのに適切な手段なのでしょう⁽¹⁴⁾？それとも、よりよい解決は、特定の方法を放棄することにあるのでしょうか。（キーワードは、原子力からの撤退）それとも事前予防的なコントロールを完全にしていくことにあるのでしょうか？

私は、刑法は、危険を減少させるためのこれら2つの解決方法の後に現れる第3の選択肢としてのみ顧慮されるものと考えております。しかし、その場合でも、なお数多くの未解決の問題が提起されます。例えば、刑法は、遠く離れた危険の領域であっても、法治国家的に許容される、すなわち、適切かつ比例性に叶った社会統制の道具なのでしょう⁽¹⁵⁾？従来、刑法の任務を法益保護の概念を用いて記述して参りましたが、その法益保護の中心概念は、将来、何世代か後になって初めてその影響が現れてくるような環境侵害または土壌物質への作用において、そもそもなお有用なのでしょう⁽¹⁶⁾？それとも、法益保護は、例えば将来の安全といったような他の基準によって置き換えられなければならないのでしょうか⁽¹⁶⁾？

我々のドグマティーク上のさまざまなカテゴリーもまた、大きな危険に対して投入されるにあたり、多くの新しい問題を投げかけることが判ります。抽象的危険犯の抽象性および社会的「法益」の一般性（例えば、社会の安全または危険に対する国家の備え）は、どの程度、遠くに及ぶことが許されるのでしょうか？そして、禁止に対して刑法による制裁を加えることは、どの段階から正当性を失うのでしょうか⁽¹⁷⁾？個人の誤った態度に帰責する責任主義は、この領

dukthftung, StV 1991, 182; *Joachim Schmidt-Salzer*, Strafrechtliche Produktverantwortung, NJW 1990, 2966; *Bernd Schünemann*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung im Bereich von Umweltschutz und technischer Sicherheit, in: Rüdiger Breuer/ Michael Kloepfer u. a. (Hrsg.), Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, Heidelberg 1994, S. 137, 163.

- (14) 基本的には、*Cornelius Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, Frankfurt a. M. 1993.
- (15) この問題は、とりわけいわゆるフランクフルト学派からは否定され、活発な争いの対象となっている。*Claus Roxin*, AT/I, 3. Aufl., München 1997, § 2, Rn. 26-31.
- (16) *Günter Stratenwerth*, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), S. 679. より詳しくは、*Roxin* (Anm. 15), Rn. 32 f.
- (17) *Roland Hefendehl*, Strafrecht und Schutz kollektiver Rechtsgüter (未公開の教授資格論文), 1998; *Felix Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und

域において、なお国家の介入権に歯止めをかける有意義な手段なのでしょうか？これらすべての問題が、今日すでに我々刑法学の関心事であり、それへの取組みは始まってはおります。しかし、これらに対して満足の行く回答が得られるのは、なおずっと先の将来のことでしょう。

刑法にとってもまた第3の将来的領域として考えられなければならないのは、科学の進歩によって新しい局面を迎えた、人間の生死に関する問題全体です。これは、胚の保護を初めとし、生殖技術⁽¹⁸⁾および移植法⁽¹⁹⁾を含み、現代の集中医療を鑑みて以前とは別のあり方で提起されている臨死介助⁽²⁰⁾の問題

strafrechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg 1991; *Günther Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), S. 855; *Lothar Kuhlen*, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, 362; *Heinz Müller-Dietz*, Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, in: Festschrift für Rud. Schmitt, Tübingen 1992, S. 104; *Cornelius Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, Frankfurt a. M. 1993; *Bernd Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, 210; *Frank Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998を参照。

- (18) *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend, JZ 1987, 837; *Rolf Keller*, Rechtliche Schranken der Humangenetik, JR 1991, 441; *ders.*, Klonen, Embryonenschutzgesetz und Biomedizin-Konvention, in: Festschrift für Lenckner, München 1998, S. 477; *Bernhard Losch*, Lebensschutz am Lebensbeginn - Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes, NJW 1992, 2926; *Friedrich-Christian Schroeder*, Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes, in: Festschrift für Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 533; *Detlev Sternberg-Lieben*, Fortpflanzungsmedizin und Strafrecht, NStZ 1988, 1.
- (19) これについては、*Erwin Deutsch*, Das Transplantationsgesetz vom 5. 11. 1997, NJW 1998, 777; *Ulrich Schroth*, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1997, 1149; *Jarmila Dufková*, Die Zulässigkeit und Strafbarkeit der Organentnahme zu Transplantationszwecken im Vergleich zu klinischen Sektionen, MedR 1998, 304; *Hermann Christoph Kühn*, Das neue deutsche Transplantationsgesetz, MedR 1998, 455; *Martin Heger*, Erwiderung auf Schroth, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes (JZ1997, 1149 ff.), JZ 1998, 506.
- (20) これについて詳細は、第56回ドイツ法律家会議での意見および議事録 (Gutachten und Sitzungsberichte zum 56. DJT, München 1986 (Bd. I Teil D

にまで及びます。これらのテーマはすべて、生命の保護全般と同様、医学または生命倫理だけでなく、刑法の中心的な作業領域、でもあります。この領域において、立法者は、これまで、期待されたほどの成果はほとんど上げてきませんでした。移植法は、あらゆる臓器取引を禁止しようとしたましたが、これは大幅に失敗に終わっていますし⁽²¹⁾、臨死介助は、(法的には拘束力のない)連邦医師会のガイドラインに委ねられてきました⁽²²⁾。今後いっそう、立法論としてであれ現行法においてであれ、現実に対応した問題解決を作り上げて行くことが、刑法学の任務となりましょう。

私の第4の例を刑事訴訟法から取り上げることにいたします。すでに申しあげましたように、検察、裁判所および弁護人の間での協定合意によって、今日、すべての訴訟のうちかなりの部分が終結しておりますが、法律上、規定されているものではなく、対審として起草された我々の刑事訴訟をいっそう当事者主義的な手続に変えて行くことでしょう。このようなパラダイム転換が、法律上の根柢をもたずに行われてよいのかは、未解決の問題です⁽²³⁾。公判廷外

und Bd. II Teil M)。

- (21) これについては、Ulrich Schroth, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1997, 1149 ff.; Peter König, Strafbarer Organhandel, Frankfurt a. M. 1999をも参照。
- (22) Deutsches Ärzteblatt 1979, 957および現在については, NJW 1998, 3406を参照。法律による規制の内容と意味については、臨死介助に関する法律対案 (Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, Stuttgart 1986) および Adolf Laufs, Selbstverantwortetes Sterben?, NJW 1996, 763; Erich Steffen, Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben?, NJW 1996, 1581; Herbert Tröndle, Nochmals: Sterbehilfe, lex artis und mutmaßlicher Patientenwille, MedR 1988, 163; ders., Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, ZStW 99 (1987), S. 25 m. w. N. を参照。
- (23) 注4に掲げた文献のほか, Werner Beulke, Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 1989, S. 116; Werner Beulke/ Helmut Satzger, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen - BGHSt 42, 191, JuS 1997, 1072; Reinhard Böttcher/Hans Dachs/Gunter Widmaier, Verständigung im Strafverfahren - eine Zwischenbilanz, NStZ 1993, 375; Hans Dachs, Absprachen im Strafprozeß, NStZ 1988, 153; Winfried Hassemer, Pacta sunt servanda - auch im Strafprozeß? BGH, NJW 1989, 2270, Jus 1989, 890; Klaus Lüderssen, Die Verständigung im Strafprozeß, StV 1990, 415; Lutz Meyer-Goßner, Entlastung der Strafrechtspflege - ein ungewöhnlicher Vorschlag, NStZ 1992, 167; Dieter Rössner/Christian Engelking, Der

で行われた協定合意を捜査段階における基本原則および公判段階を支配する裁判の公開主義、口頭主義および直接主義と如何に調和させるかという問題もまた未解決です。連邦通常裁判所は、現実的な解決を求めて努力してきました⁽²⁴⁾。しかし、このような法律外の展開は、その影響が広範に渡るものですが、至細に至るまで、これを厳密な意味で法的に整理し直すことは、まだ行われておりません。否定することはできないものの、展開の主流からは無視されているシューネマンの全体的な批判⁽²⁵⁾を最終的で決定的な言葉と考えるつもりがないのであれば、整備はなお不十分なのです。将来は、2つの刑事訴訟法すなわち1つは対審的な訴訟法、今1つは合意による訴訟法の双方を必要とするということになるかもしれません。

第5に、刑事手続における捜査方法もまた、学問的な新領域となっています。これは、科学および技術の発展によって生み出されたものであり、戦後かなり経ってもなおよくは知られておりませんでした。例えば、トロール網的な捜査方法、ラスター捜査および警察の監視のための公告のような、コンピュータの使用によって可能となった捜査方法がこれであり、ビデオによる監視、「大盗聴」およびとりわけ証明の可能性を著しく拡大することになるDNA分析⁽²⁶⁾がこれです。立法者は、もはや全体主義的な監視国家が遠くのユートピアではないと思わせるような、これらの新しい捜査方法を情報自己決定権並びにその他の被疑者の基本権および証言拒否権と調和させるよう試みてはおりますが、そのスタートにおいては決して満足の行くような成功を取めてはおりません。異なった意味においてはありますが、協定合意の場合と同じく、ここ

praktische Fall: Strafprozeßrecht - Der "Vergleich" im Strafverfahren, JuS 1991, 664; *Christoph Rückel*, Vertidigertaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren, NStZ 1987, 297; *Werner Schmidt-Hieber*, Absprachen im Strafprozeß - Privileg des Wohlstandskriminellen?, NJW 1990, 1884; *Thomas Weigend*, Abgesprochene Gerechtigkeit, JZ 1990, 774; *Gunter Widmaier*, Der strafprozessuale Vergleich, StV 1986, 357.

(24) BGHSt 36, 210; 37, 10, 298; 38, 102; 40, 287; 43, 195; BGH NJW 1994, 1293; 1995, 2568; BGH NStZ 1994, 196.

(25) *Schünemann* (Anm. 4); *ders.*, Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozeßkultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums, StV 1993, 657.

(26) この新しい捜査方法については、*Roxin* (Anm. 3), § 10, Rn. 17 ff. および § 33, Rn. 7 m. w. N. を参照。

でもまた、国家の介入権限と市民の自由権との絶妙なバランスの上に成り立っている我々の刑事訴訟法の全体構想が危険にさらされております。法治国家としては、このバランスを保たなければなりません。ここでは、研究の必要性はなお大きいのです。学問的な解明を進めていった末には、おそらく、相当大きな修正と行き過ぎた介入権限の抑制が求められることでしょう。

この刑事訴訟法の領域でなお、研究されるべき第6番目のそして最後の将来的課題の重点は、刑事訴追機関によるスパイがますます広範に活用されているという事態に関わるものです。覆面捜査官すなわち正体を明かさずに現れる警官が、最近法律によって許容されております⁽²⁷⁾。規制の対象外におかれておりますのは、いわゆる警察に雇われた情報提供者すなわち警察の私人情報提供者の利用です⁽²⁸⁾。これらの者はますます多く犯罪の捜査に投入されています。しかし、これ以上に、警察はその他の私人をもまた被疑者および証人を探るために用いているのです⁽²⁹⁾。

さて、刑事訴追機関が被疑者および証人から聴取する際に、あらかじめこれらの者に彼らの黙秘権および証言拒否権について説明しておかなければなりませんし、決して、欺罔による供述を手に入れてはならないにもかかわらず、上述の捜査員達は、如何なる説明も行わず、彼らの真の目的について被疑者を欺いているのです。このさまざまな手続のあり方は、法的にはほとんど相互調整されていないのが明らかでして、現代型の、とりわけ組織犯罪に対しては、多くのスパイを投入してはじめて対処しうるのだといってもそれは、まったく法律的な論拠にはなりません。というのは、目的は手段を正当化するものではないからです⁽³⁰⁾。これもまた、刑事訴訟の根本問題ですが、これまでまったく

(27) これについては、*Roxin* (Anm. 3), § 10, Rn. 25 ff. m. w. N.

(28) *Roxin* (Anm. 3), § 10, Rn. 29 m. w. N. を参照。

(29) とくにこれに属するのは、すでに連邦通常裁判所大刑事部が手がけた、いわゆる「電話会話事件」である。BGHSt 42, 139を参照。

(30) 電話会話事件の問題性については、BGHSt (GrS) 42, 139並びに *Klaus Bernsmann*, Verwertungsverbot für Angaben eines Beschuldigten, die dieser ohne Kenntnis des Hintergrundes in einem Gespräch mit einer von der Polizei mit dem Aushorchen beauftragten Privatperson macht ?, StV 1997, 116; *Friedrich Dencker*, Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, StV 1994, 671; *Hans Liskén*, Telefonmithören erlaubt ?, NJW 1994, 2069; *Joachim Renzikowski*, Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, JZ 1997, 710; *Claus Roxin*, Nemo tenetur - die Rechtsprechung am Scheideweg,

解明されてこなかったものです。

しかし、このような覆面補助者の投入が、法律によって規制されるとしてもあるいは法律がなくとも許されるべきだとしてもなお、その権限の限界は不明確なままです。そして、実際に、おとりによって犯罪へと誘惑された者は実際に処罰されるべきなのでしょうか⁽³¹⁾。そして、どのような要件の下で、唆した側の者自身は、たとえそれが罪状立証の目的であったとしても、犯行への誘致を理由として、処罰されるのでしょうか⁽³²⁾。これらすべての問題については、膨大な文献と若干の判例（これらの中にはヨーロッパ人権裁判所のものも含めて⁽³³⁾）——これらに全く矛盾がないというわけではありませんが——がございます。しかし、法的な明確性はありません。それを明確にすることが、急を要する学問的課題なのです。

すでにこの章だけでも、将来の作業プログラムの中でどれほど大きな課題がミレニアムの始まりに刑法学に課されているかを示すことができるでしょう。

IV 超国家的刑法の基礎

次に、私は、さらにいっそう重要な作業課題に至るのですが——将来の刑法学は、これまで以上に、国際的な基礎に立って活動しなければならないでしょう⁽³⁴⁾。国際的な基礎——例えば、ローマ法の基礎——に基づく法学は、歴

NStZ 1995, 465; *ders.*, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, 18; *Christian Tietje*, Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei - ein Fall der Art. 10 GG und 8 EMRK, MDR 1994, 1078; *Torsten Verrel*, Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes - 1. und 2. Teil, NStZ 1997, 363, 415.

- (31) 詳しくは, *Roxin* (Anm. 3), § 10, Rn. 27 f.; *Imme Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 3. Aufl., München 2000.
- (32) これについては, *Claus Roxin*, in: LK, 11. Aufl., Berlin 1992, § 26, Rn. 67 ff. m. w. N.
- (33) 警察のおとりを投入して得た有罪判決の許容性について, 例えば, EGMR NStZ 1999, 47を参照。
- (34) この領域における従来の努力については, 例えば, *Ulrich Sieber* (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Köln 1993; *ders.*, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, 369 m. zahlr. w. N.

史上すでに存在いたしました。それは、大抵が裁判所実務が適用すべき法の領域において、国内法の限界をもつ学問として行われたものでした。これは誤りであり、今日、状況はそれよりも進んでおります。周知のように、すでにパスカル⁽³⁵⁾が「川を境界とするこっけいな正義」のことを冷やかしておりました。ピレネー山脈のこちら側の法的真実は向こう側とは違うのだということが、正当にも彼には判かっていたのです。

将来を視野に入れて、私は次のテーゼを維持しようと思います。すなわち、刑法学は、現代の諸々の法典にも部分的にはさまざまに異なった規制はあるものの、ただ1つのものなのであり、その発展に向けてすべての国々の研究者が共同に活動して行かなければならないということです。この会議への参加者が、実に国際的な範囲に及んでいるということが、これについての生きた証しであると私には思われます。つまり、すべての現代国家における刑法学の対象は、さまざまであるというよりもむしろ、実は同一だと考えられるのです。そして、法規制の多様性でさえ、刑法学の統一性に疑問を投げかけるものではありません。私は、2つの発言を手短に取り上げてみましょう。なぜなら、それらは、私が、我々の刑法学の作業の仕方について、そこから引き出そうとしている帰結の基礎となるものだからです。

まず第1に、研究対象の統一性についてです。犯罪とは、現代の先進工業国すべてにおいて非常に似通った形で現れる現象です。刑罰の対象とされているものは、決して恣意的に選ばれたものではなく、学問的研究になじむ、保障された自由主義的な共同社会生活の諸条件を通じてあらかじめ広く示されているものです。中核刑法の「古典的」構成要件に関して、このことは古くから周知のことです。すなわち、どんな社会もカオスに陥ることを望まないならば、謀殺および窃盗、強姦および自由の剥奪、ならびに数多くの行為態様を処罰しなければなりません。というのは、これについて寛容であるならば、社会のシステム——刑法はこれを保護するためにあるのです——が崩壊してしまうでしょ

(35) *Blaise Pascal*, *Pensée*, Fragment 94, *Mercur de France*, 1976. この思想についての原形を、パスカルはモンテーニュのエッセイに見出している。すなわち、「川向こうでは犯罪だと考えられている「徳」がどのような価値をもちうるのか。この山並みで終結し、それを越えた世界では、「嘘」と呼ばれる真実は何になるのだろうか。」(Michel de *Montaigne*, *Essais*, Erste Moderne Gesamttübersetzung von Hans Stilett, Frankfurt a. M. 1998, S. 289) 私がモンテーニュへの言及ができるのは、グラーツの *Peter J. Schick* 教授のおかげである。

うから。しかし、このことは同じく、新しく、多かれ少なかれ歴史の浅い処罰規定にもあてはまります。国際的な基礎のもとに組織された犯罪に効果的に対処しようとする者は、マネーロンダリングを刑罰の対象とすることを放棄できないでしょう。できる限り効果的であるために、このような構成要件がどのように形成されなければならないのか、ということは、今日でもなお未解決で、もっとも重要な学問的問題であり、世界規模の問題なのです⁽³⁶⁾。同じことが、ここ数十年間で初めて、共同体を脅かす程度にまでになった環境破壊の抑止にもあてはまります。この領域においてもまた、我々の刑法の道具としての機能はなお不十分ですが、それを如何に改善するかが、すべての国の研究者が同じように携わらなければならない課題なのです⁽³⁷⁾。

しかし、超国家的刑法の統一性の多くは、犯罪類型に関してのみ生じるわけではありません。犯罪総論の法律的なカテゴリーは、ある程度発達したあらゆる刑法学では世界規模での研究の対象となっています。「正当防衛」や「緊急避難」のような法制度は、必ずあらゆる法秩序において一定の役割を演じておりますが、それは、それらの法制度ができた原因である生活状況は、どこにでもあるものだからです。例えば、大陸ヨーロッパの思想にあまりなじみのない北アメリカの連邦の刑法を考察すると、そこでは防衛 (defense)⁽³⁸⁾と呼ばれるもの下で、ヨーロッパや東アジアの刑法学者が、取り組んでいるのと、同じ問題提起が隠れております。因果関係および客観的帰属、故意・過失および錯誤、予備、未遂犯および中止犯または不作為犯の可罰性といった諸問題もまた、至るところで提起され、国内的な特性をもつわけではありません。

もっともさまざまな犯罪類型および犯罪総論のカテゴリーに結びつく問題

(36) これについて、包括的にそして比較法的には、*Petra Hoyer/Joachim Klos*, *Regelung zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, 2. Aufl., Bielefeld 1998.

(37) これについては、国際的には、例えば、*Karin Cornis/Günter Heine* (Hrsg.), *Umweltstrafrecht in den nordischen Ländern*, Freiburg i. Br. 1994; *Albin Eser/Günter Heine* (Hrsg.), *Umweltstrafrecht in England, Kanada und den USA*, Freiburg i. Br. 1994; *Günter Heine* (Hrsg.), *Umweltstrafrecht in osteuropäischen Ländern*, Freiburg i. Br. 1995, 並びに国内法的には、*Michael Kloepfer/Hans-Peter Vierhaus*, *Umweltstrafrecht*, München 1995.

(38) これについて詳細には、シュテファン・シュタウダーの比較法的研究 *Stefan Stauder*, *Die allgemeinen defenses des New York Penal Law*, Frankfurt a. M. 1999.

が、すべての国々において、同じように解決されるわけではありません。しかし、こういった事情があるからといって、——ここで私は、私の第2の中心的な言明に至るのですが——刑法学的知見の普遍的な性格が疑問視されるわけではありません。確かに、妊娠中絶、薬物使用、臨死介助の刑法上の諸問題または——刑法総論のドグマティークに移りますと——不能未遂や不真性不作為犯の可罰性が、さまざまな国々において、部分的には異なった規制を受けております。しかし、決定的なのは、問題は同一だということです。何らかの解決のために援用される根拠付けは、その数において限りがあり、原則として超国家的な妥当性をもち、すべての政治的な統一への努力を超えて、国際的なコンセンサスと、そしてその帰結において、同一または類似の規制に至りうるものです。それは世界の大部分で、刑法の広い領域にとって、今日すでに特徴的なことなのです。

しかしながら、ここにおいて、見過ごすことが許されないのは、政治的、社会のおよび文化的な前置条件が、至るところで、とりわけすべての法領域において、同一だというわけではないということです。このような同一性が、望ましいわけでもないでしょう。なぜならば、ヨーロッパ文明と世界文明の豊かさや実り多きは、個々の伝統が並存しうることを前提とするからです。したがって、超国家的刑法学にとって、このことは、その共通の課題を解決するために協力して作られた論拠が、それぞれの国で、同じ重要性をもつはずがないということになります。むしろ、——至るところにはないとしても、そこかしこで——さまざまな歴史のおよび社会文化的な条件が、慎重に考慮されるべき諸々の法的理由の重要度に影響を与えることがあり、その結果、個々の国々は、法律問題の異なった解決方法を認め、しかし、その領域にとって、その都度、正しい法を見つけ出すことができるはずで、その場合、実際に、さまざまな真理があるわけですが、だからといって、真理を発見するために用いられるべき刑法学の方法の普遍性をいささかも侵害することにはならないのです。

このことは同時に刑法における学問的作業について、国内の文献および判例を超えてさらに、国際的な議論の場をつねに目前にしている者のみが、時代の頂点にいるということです。ドイツ刑法学がまさに、このことに耳を傾けなければなりません。なぜならば、ドイツ刑法学は、この点で、他国に遅れを取っているからです。スペイン、ポルトガルおよび日本の学者は、刑法上の重要問題を取り扱うにあたり、ドイツの文献を考慮しないことはほとんどないでしょう。しかし、ドイツの刑法学者は、まさに比較法の専門家でない限りは⁽³⁹⁾、

ドイツ以外の刑法思想を無視するという非を犯していることがよくあるのです。我々の専門領域における学問の伝わり方はしばしば一方的なものでした。

これには、さまざまな理由がございます。例えば、学者の仕事量の限界、多くの大学における外国刑法の蔵書の欠如（フライブルクのマックスプランク・インスティテュートはここで国際基準から見ても立派な例外です）、そしてまた、言葉の壁です。しかし、刑法においては、ドイツ語もまたその1つに属する国際語の場合には、ある程度は克服可能です。

しかしながら、我々がこれらの難点を前にして諦めるべきだとは私には思われなのです。むしろ私はまさにここに、最終的に着手されるべき世界刑法学の将来的課題があると考えます。我々は、——もちろん、多くの巻から成る——すべてのヨーロッパ諸国およびもっとも重要な非ヨーロッパ諸国の刑法が記述され、比較され、解釈されている世界刑法の教科書を必要としています。そのような教科書は、その時代の刑法の規制および思想の蓄積を含み、それと共に、規範の内容を判断するのみならず、裁判所による解釈の実情や影響力の大きい学説をも含み、そして超国家的な見地から、さまざまな国のさまざまな理論的見地と実務上の法適用の長所と欠点を、法政策的な衡量により評価するものです。比較的な概観において、一定の解決モデルの長所と欠点がさまざまに評価される限りで、これは、妥当とされる論拠を引用しつつ、決着をつけない形で記述され、さらなる国際的な議論に受け継がれることになりましょう。

そのような作業は、いまだかつて包括的な形では、試みられてきませんでした。しかし、できる限り多くの国々からできる限り多くの学者がこれに関与すれば、かなりささやかな財政的な援助でも、国際的な国家共同体を通じてさまざまな国の言葉への翻訳をも含めて、必らず実現することができるでしょう⁽⁴⁰⁾。

そのような著作はどのような点で役に立つのでしょうか。それはまず第1に、このような著作は、刑法学に大きな刺激を与えることでしょう。それぞれの学者に、自らの取り扱う問題領域が、直ちに国内法的な伝統と立法を超え

(39) 「比較刑法の機能、方法および限界」について、とりわけ示唆的であるのは、*Albin Eser, Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsverglei-*chung, in: *Festschrift für Kaiser* 1998, Berlin 1998, S. 1499.

(40) ヨーロッパ刑法の領域におけるこれまでの調和の努力については、*Ulrich Sieber. Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch*, JZ 1997, 371 f.

て、世界を包摂する脈絡の中で目の前に姿をあらわすのですから。そうなれば、上で取り上げました将来の刑法学の6つの作業領域を、最初から国際的な刑法文化との関連で取り扱うことができるでしょう。考察がすでになされた事柄や試行済みのものについて、手間ひまかけて自分で調査し考察する手間を省けるような形の、手軽でまとまった手引きの可能性は、今日に至るまで存在しませんでした。それが、いったんあるとなれば、これは、世界中の刑法学者に非常に役立つことでしょう。というのは、このような領域で活動する者は誰でも、始めからこれまでに到達した知識状況を基礎とすることができるでしょうから。

さらにこのような世界を包摂する概説書が、現代のデータシステムによって謀介されれば、すべての国々の立法作業に大きく役立つことでしょう。今世紀初頭にドイツ刑法典が改正されようとしたとき、この作業を準備するために、16巻からなる『ドイツ刑法および外国刑法の比較的記述』が数多くの刑法学者によって作り上げられました⁽⁴¹⁾。当時、その改正は完成することはありませんでしたが、『比較的記述』は、10年間、刑法の基本的著作、ラートツィノヴィックの言葉によりますと⁽⁴²⁾、「比較刑法研究の歴史における金字塔」でありつづけました。国際的なコミュニケーションと情報伝達の可能性が、今日では今世紀初頭とは比べ物にならないほど、ずっと大きいのですから、この伝統は、新たにされかつ強化されてゆかなければなりません。基本的な国際刑法の教科書は、世界中の刑法学と立法にとって、有意義な知識源となることでしょう。このような教科書は、——そして、私は私の冒頭のテーゼに戻りますが——同時に、我々の刑法学の世界の統一性を説得的に論証するものとなるでしょう。

V 判例および立法に対する助言

永遠の、そしてそれ故にまた将来的な刑法学の課題となりますのは、そのほかに、判例および立法に助言を与えるということです。それらは、ドイツにお

(41) *Karl Birkmeyer* u. a. (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Bd. I-VI, 1908 und *Besonderer Teil*, Bd. VII-IX, 1909 (Registerband für AT und BT, 1909).

(42) *Sir Leon Radzinowicz*, *International Collaboration and Criminal Science*, *The Law Quarterly Review* 58 (1942), S. 128.

いては、全く対照的な発展の仕方をして参りました。

刑法の領域で、法律家同士の対話および学問と実務の相互的な影響が行われていたということから、ドイツにおいては、比較的緊密で実りの多い共同作業をしてきたことがわかります⁽⁴³⁾。諸外国の中には、大学教授と裁判官は、多かれ少なかれそれぞれ固有の世界に生きており、裁判所は、学問的な意見にはほとんど敬意を払わないところもあるのに対して、連邦通常裁判所は、少なくともその基本判決において、刑法学説に注意深く取り組んできましたし、古い判例を破棄して、新しい学問的構想を取り入れたことも稀ではありません。このような法律問題のリストは、責任説⁽⁴⁴⁾の受容を始めとして、正犯故意と共犯の結びつき⁽⁴⁵⁾——2つの判決が下され、新しい総則の立法者もまたそれを取り入れたのです——を経て、答責的な自己危殆化への関与の不処罰性⁽⁴⁶⁾、中止未遂の限界づけ⁽⁴⁷⁾および供述拒否権に関する不作為による指示⁽⁴⁸⁾の帰結にまで及びます。最後の例において、連邦通常裁判所は、この判決でそれどころか、従来、ほとんど比類のないやり方で、そして、全く私が先に行いました要求の方向で、国際的な理論状況に片をつけました。実体刑法において、学問が実務に与える影響は、刑事訴訟法よりもずっと強力です。刑事訴訟法においては、しばしば、判例がはじめて学問をより深い研究へと導いておりますが、これがすでに申しあげましたような、実体法と訴訟法との、いくらか異なった発展の仕方によるものなのです。しかし、総じて、学問と判例は、非常に活発なそして両者にとって同じく意味のある意見交換の状況にあります。

将来的に実現の可能性があるのは、この領域で、とくに学者と実務家の間での人的交流です。講演または会議の機会に実務家と刑法の諸問題について、議

(43) すでに、*Roxin* (Anm. 2), S. 66.

(44) BGHSt 2, 196.

(45) BGHSt 9, 370.

(46) BGHSt 32, 262. これについては、*Claus Roxin*, NSTZ 1984, 410; *Harro Otto*, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung - BGH NJW 1984, 1469, Jura 1984, 536; *Walter Stree*, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGHSt 32, 262 und BGH NSTZ 1984, 452, JuS 1985, 179.

(47) BGHSt 31, 170; これについては、*Hans-Joachim Rudolph*, Rücktritt vom unbeendeten Versuch, NSTZ 1983, 361.

(48) BGHSt 38, 214 m. Anm. *Gerhard Fezer*, JR 1992, 385. 並びに、*Claus Roxin*, Erstreckung des Beweisverwertungsverbots auf polizeiliche Vernehmungen ohne Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht, JZ 1992, 923.

論をしてきた私たちの誰もが、何と豊かな知見をそこから得ることができるのかに気づいたことでしょう。大学教授は、大局的な脈絡の中で問題を捉え、実務家はむしろそのそれぞれの専門性と裁判実務的な解決という観点から問題を捉えるのです。これらすべての見方を共有することからはじめて、広く合意の可能な解決が生じてくるのですから、それ故に、理論家と実務家が学問的な対話を求めてゆくべきでしょう。1997年のいわゆるマールブルク刑法会議は、きわめて意義深く、さらなる議論の刺激となる成果⁽⁴⁹⁾を得ましたが、この領域で、伝統を形成することになると思われる前途有望な第1歩なのです。

ずっと悪い状況にあるのが、立法に助言を与えるという領域です。これは、将来においても、さらに刑法学の主な作業領域とならなければなりません。内容的にもっともよく、立法技術的にもっとも恵まれた、戦後ドイツの刑事立法の成果は、1975年以来の現行法である新しい刑法典総則だと思えます。この総則ができましたのは、1962年草案を作成した、大学教授を主な構成員とし、しかしまた実務家も参加していた刑法改正大委員会が8年かけて行った改正作業によるものであり、刑法典対案を生みだした対案教授の私的な作業グループがその後3年間に行った助言によるものであり、そして、2つの草案を今日の刑法総論へと作り上げた刑法改正特別部会の基本的な助言によるものでした。この成果は、1つの妥協であり、そのようなものとして批判することも可能です⁽⁵⁰⁾。しかし、法律は、——また国際的にも——評価に値するものであり、もちろん新しい刑事政策の展開を取り入れつつ、なお長らく存在することでしょう。

それ以降、おおよそ基本的にすら助言を得た刑事立法というのはありませんでした。むしろ、学者の助言は、ともかくなお刑法典において見られるものの⁽⁵¹⁾、ますます減少し、その結果、刑法の領域における立法技術が今日著しい衰滞状態になりました。この典型例は、1998年の第6次刑法典改正法律です。これは、始めから、大きな新構想として起草されたわけではなく、古い刑法典にあった、以前から知られていた欠陥を、数多くの個別的な変更を行うこ

(49) これについては、*Frank Dietmeier*, Marburger Strafrechtsgespräch 1997, ZStW 110 (1998), S. 393.

(50) もっぱら *Jürgen Baumann*, Kleine Streitschriften zur Strafrechtsreform, Bielefeld 1965を参照。

(51) 例えば、*Heike Jung/Heinz Müller-Dietz* (Hrsg.), Vorschläge zum Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 2. Aufl., Bonn-Bad Godesberg 1974; *Arthur Kaufmann* (Hrsg.), Die Strafvollzugsreform, Karlsruhe 1971.

とによって除去しようとしたものです。したがって、第 6 次刑法典改正法律は、一種の手当てとしての法律であるとされており、これらの除去されるべき欠陥はたいへい非常に古く、例えば第 3 者領得の問題のように、すでに 1871 年刑法典の公布によって生じていたものもあったのですから、これほど立法を急ぐ理由はまったくなかったにもかかわらず、理解し難いほど性急に可決されたのでした。したがって、基本的な助言と考察を行うために、落ちついて、もっと時間をかけることができたことでしょう。とくに立法者は、性急さによる高揚状態から引き起こされた、不十分な感情で、例えば、被傷者の同意があった場合の傷害⁽⁵²⁾、強要⁽⁵³⁾、そしてまた謀殺⁽⁵⁴⁾といった多くの失敗作である構成

-
- (52) *Harald Niedermair*, Köpverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten. Zum Funktionsverlust einer Generalklausel, München 1999; *Detlev Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997.
- (53) 暴行概念の下にどのような事情が含まれるかについては、BVerfGE 92, 1 ff. 以来、とくに争われてきた。さまざまな傾向を有する改正関連の文献の中では、*Jürgen Baumann*, Bei § 240 StGB ist der Gesetzgeber gefordert, ZRP 1987, 265 ff.; *Rolf-Peter Callies*, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985, 1513; *Arthur Kaufmann*, Der BGH und die Sitzblockade, NJW 1988, 2581; *Heiko H. Lesch*, Ist die Sitzblockade einer Straße eine Nötigung anderer mit Gewalt?, StV 1996, 152; *Rupert Scholz*, Sitzblockade und Verfassung - Zur neuen Entscheidung des BVerfG, NStZ 1995, 424; *Friedrich-Christian Schroeder*, Die Grundstruktur der Nötigung und die Möglichkeiten zur Beseitigung ihrer durch das BVerfG geschaffenen Lücken, NJW 1996, 2627; *Jürgen Wolter*, Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, NStZ 1986, 248 f. を参照。
- (54) 殺害の構成要件に関する改正の論議については、*Peter-Alexis Albrecht*, Das Dilemma der Leitprinzipien auf der Tatbestandsseite des Mordparagraphen, JZ 1982, 697; *Gunther Arzt*, Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971), S. 1; *Heinrich Beckmann*, Zur Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte, GA 1981, 337; *Albin Eser*, Gutachten D zum 53. DJT, 1980 (これについては、*Hans Fuhrmann* と *Karl Lackner* の報告がある。im DJT-Sitzungsbericht M, München 1981); *Gerd Geilen*, Zur Entwicklung und Reform der Tötungsdelikte, JR 1980, 309; *Karl-Heinz Gössel*, Überlegungen zur Reform der Tötungsdelikte, DRiZ 1980, 281; *Burkhard Jähnke*, Über die gerechte Ahndung vorsätzlicher Tötung und über das Mordmerkmal der Überlegung, MDR 1980, 705; *Harro Otto*, Straftaten gegen das Leben,

要件を、何も変えることなくそのままにしてしまったのですから。かくして法律となったものは、問題を解決したというよりも、ずっと多くの問題を作り出してしまいました。このことをここで一つ一つ裏付けることはできませんし、また、そのことは数多くの著作において記されておりますから、その必要もありません⁽⁵⁵⁾。アルツト⁽⁵⁶⁾は、「これまで聞いたこともないような辛辣な嘲りとやり場のない怒りの波紋が刑法学の側から立法者に向けられた」と言っております。そしてまた、1つ例を挙げますと、連邦通常裁判所もやや皮肉気味に、「誰しも認めるように、あまりうまくいっているとはいえない、第6次刑法典改正法律による重い強盗に関する新規定⁽⁵⁷⁾」という言い方をして、大刑事部に、当該規定の不明確さを明らかにさせようとしています。第6次刑法典改正法律が、唯一の例ではありません。例えば、1997年の臓器移植法は、極端な厳格主義で、生体における愛他的な臓器提供に制限を設けておりますが、これは実体に適合しているわけでも、憲法に適合しているわけでもありませんし、連邦憲法裁判所⁽⁵⁸⁾にさえ反しているのです！

ZStW 83 (1971), S. 39; *Hinrich Rüping*, Zur Problematik des Mordtatbestandes, JZ 1979, 617; *Heinz Zipf*, Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte usw., in: Festschrift für Würtenerberger, Berlin 1977, S. 151.

- (55) 代表的なものとして、ここでは次の概観的な記述のみを挙げておく。*Friedrich Dencker/Eberhard Struensee/Ursula Nelles/Ulrich Stein*, Einführung in das 6. StrRG, München 1998; *Ellen Schlüchter* (Hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. StrRG, Frankfurt a. M. 1998; *Tatjana Hörmle*, Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, Jura 1998, 169; *Christian Jäger*, Die Delikte gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit nach dem 6. StrRG – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, Heft 1; *Claus Krieb*, Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts, NJW 1998, 633; *Hans Kudlich*, Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, JuS 1998, 468; *Rudolf Rengier*, Die Brandstiftungsdelikte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, JuS 1998, 397; *Gregor Stüchel*, Das 6. Strafrechtsreformgesetz – Vom Streben nach Harmonie, großen Reformen und höheren Strafen, StV 1998, 98; *Gereon Wolters*, Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1998, 397.
- (56) *Gunther Arzt*, Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG, ZStW 111 (1999), S. 757, 758.
- (57) BGH NSTZ 1999, 302.

ここで、まとめをして、打ち切ることにはしましょう。我々の刑法文化の凋落を避けようと思うならば、刑法学は、第1次および第2次刑典改正法律以来以上に、もっと強力で将来の立法者に助言を与えなければならないでしょう。公聴会は、あまりにも短かすぎ、あまりに遅すぎ、たんに体裁を整えるための口実でしかないことさえあり、立法計画に対する意見陳述の可能性についての拘束力のない承認と同様に、不十分なのです。むしろ、刑法改正大委員会のとときにそうであったように、制度的に、学識者を法案作成の助言に介入させることが必要です。ここでは、組織改革についての個別の問題点を詳細に立ち入るのはやめておきます。アルツトは、今年の春にハレで行われた刑法学者会議において建設的な提言を行っておりますが、我々は、それをもっと詳細に検討していくべきでしょう⁽⁵⁹⁾。ここに将来の刑法学の大きな任務があるということは、私には疑いがないものと思われれます。

VI 学問的な刑事政策

今、申しあげましたことと密接に関連するのが、私の次の、そして第5の将来的な要求です。すなわち、刑法学を通じて、刑事政策的構想と改革の下絵作りを広範にそして強力で発展させることです。ここで私が考えておりますのは、すでに申しあげましたような、立法者が準備している法案に対して助言的な協力をすることではなく、これとは別に、改革を構想し、それを学界で議論し、立法者に対し立法を發議するよう促すことです。従来、これがあまりにもおろそかにされてきましたが、それは、おそらく、次のような伝統的な考え方にその原因があるのです。つまり、法律学の任務は、現行法の解釈および体系化にあるのであり、新たな法律を作ることは、政治的任務であって、学問の任務ではないという考え方です。

しかし、これは、決定的な異論ではありません。なぜなら、刑法学は、法律を公布するわけではなく、提案をするのですから。そしてまた、これらの提案

(58) BVerfG AZ 1 BvR 2181/2182/2183/98. 第1刑事部第1部は、ウルリッヒ・シュロートによって説得的に根拠付けられた憲法異議の申し立てを残念ながら判決に取り入れなかった。Ulrich Schroth, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1997, 1151をも参照。

(59) Gunter Arzt, Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG, ZStW 111 (1999), S. 757.

は、主観的で好き勝手な、立法には意味のない見解に依拠するべきではなく、憲法の諸基準、したがってとくに法治国家・社会国家原則、人間の尊厳の絶対的な妥当性、基本権の意味と国際的な改革論議の成果を具体化して練り上げられてゆかなければなりません。これは純粋に学問的なそして学者のみが専門的に解決しうる任務です。改正法案と法律の提案についての学問的な発展には、ドイツでは、伝統があります。その伝統は、フランツ・フォン・リストとその学派に始まり、戦後の対案にまで及びました⁽⁶⁰⁾。しかし、刑法学全体は、従来まだ、この任務を自らのものとは決して考えてこなかったのです。

このような状況が変わることが、私が将来の刑法学に望むことです。このように望む根拠は、議会の一部門としての立法者が、少なくとも刑法の領域においては、もはや自身の力だけで、大きな法律改正を実現できないということにあります。これは、ドイツ刑法改正の歴史を見れば判ることです。刑法改正は、100年たっても、刑法典の新しい総則を大きく超えることはありませんでした。刑法典各則そしてまた刑事訴訟法も、なお19世紀の基礎に基づいています。そしてまた、私が将来の課題としてすでに申し述べましたように、刑法典総則は、次のような事情、すなわち、対案教授連による、15年に渡る強力な助言および職務という言葉では覆い尽くせない学問的な協力を通じて始めて実現したのです。

立法者だけで、あるいは少数の専門家の助力だけで成しとげられていることは、主として、今日的な問題を解決するものです。例えば、刑事手続の迅速化⁽⁶¹⁾、テロリズム⁽⁶²⁾および組織犯罪⁽⁶³⁾対策、刑事手続における女性および子

(60) 1871年以来の刑法改正作業について詳細は、*Roxin* (Anm. 15), § 4.

(61) 例えば、1994年12月1日に施行された1994年10月28日の犯罪対策法 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) は、とりわけ手続の迅速化を新たに規定した。これについて詳細は、*Roxin* (Anm. 3), § 72, Rn. 25 m. w. N.

(62) 例えば、1978年4月14日の刑事訴訟法典改正法律 (*Gesetz zur Änderung der StPO*) は、テロ行為を解明する場合の警察の捜査権限を拡大し、同時に、弁護人および被疑者の権利に制限を加えた。これについて詳細は、*Roxin* (Anm. 3), § 72, Rn. 15 m. w. N. その他、テロ行為の場合の刑事訴追の集権化を内容とする1987年1月1日に施行された1986年12月19日のテロリズム対策法 (*Gesetz zur Gekämpfung des Terrorismus*)、並びに、とくに王冠証人規定を導入し、それにより同様にテロリズム対策のための1989年6月9日の刑法典改正法律 (*StrRÄndG*) をも参照。これについては、*Roxin* (Anm. 3), § 72, Rn. 19, 21.

(63) 1992年9月22日に施行された1992年7月15日の組織犯罪対策法 (*OrgKG*)

供の保護あるいは証人および被害者の保護の強化⁽⁶⁴⁾がこれです。これらは、たとえすでに行われた規制がしばしばバランスを欠くことがあるにせよ、傾向としては正しい目的です。しかし、100年の学問的業績の息吹は、これらの条項からは聞こえてこないのです。これに必要なのは、政党や立法期に拘束されない、広大な構想です。これを刑法学は、犯罪学および比較法との共同作業の形で行わなければなりません。いくらか必要となる妥協と後退は、議会立法者が自ら配慮することでしょうから。

私がこの任務を強調いたしますのは、私が現代の立法者に向けて行った批判が、さもなくば刑法学にも跳ね返ってくるからです。実際の例を挙げて、これを明らかにしてみましょう。しばしば、そして正当にも異議が唱えられておりますのは、暴力犯の法定刑が、財産犯の法定刑に比して、あまりに低すぎることです。立法者は、ここ数年来、とりわけ第6次刑法典改正法律を通じてもまた、これを解決しようとしてきました。しかし、それは、局所的にのみ、法定刑の上限と下限をいささか手当たり次第に引き上げるということにつながりました⁽⁶⁵⁾。このような法定刑の引上げが誰も満足させていないのは、それが犯罪学的基础づけを欠いているからであり、数多くの体系内の不整合——私は結果的加重犯だけを想定しています——を作り出しているからです。これは、——個々のアプローチとは別として——法定刑学が存在していないことにも原因があります。しかし、学問的な法定刑体系は、すぐれた立法作業の前提となることでしょう。同じことが、他の大きな改正プロジェクトにもあてはまりません。

したがって、刑法学は、将来の改正プロジェクトに従事してゆくことによ

は、「違法な薬物取引その他の組織犯罪の現象形態に対する対策」のために作られたものである。これについて詳細は、Roxin (Anm. 3), § 72, Rn. 22 m. w. N. 1998年5月9日に施行された1998年5月4日の組織犯罪対策改善法 (Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität) によって、その時の頂点として、いわゆる「大盗聴」が導入された。詳しくは、Roxin (Anm. 3), § 10, Rn. 24 m. w. N.

(64) 1987年4月1日に施行された1986年12月18日の被害者保護法 (Opferschutzgesetz) および1998年12月1日に施行された1998年4月30日の証人保護法 (Zeugenschutzgesetz) のみをここで挙げておくことにする。これについて詳しくは、Roxin (Anm. 3), § 72, Rn. 18, 26.

(65) 個々の法定刑の変更については、Claus Kreß, Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts, NJW 1998, 634ff. を参照。

うし、その際、周辺的には意識されているように、チームワークというものを学ばなければならないでしょう。これは、孤高を保つ一騎討ちの戦士という、伝統的な学者像には矛盾するものでしょうが、多くの新たな習得・認識の道を開くものです。

VII 超国家的刑法をめぐる作業

私の第6のそして最後の将来的観点は、超国家的刑法に関するものです。この場合、どこでそして如何にして、刑法学に対し、新たな課題が生じているのでしょうか。私は、簡潔なまとめではありますが、私の目から見て、学問的な取扱いが緊急課題である4つの領域について述べてまいりましょう。

1 国際刑法の学問的發展

世界統一刑法典は、あまり遠くない将来、国際刑法の領域で起草されなければならないでしょう。なぜなら、国際刑事裁判所⁽⁶⁶⁾がまもなく創設されます

(66) 国際刑事裁判所設立の努力 (*Kai Ambos*, Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch, ZRP 1996, 263; *Hans-Heinrich Jescheck*, Zum Stand der Arbeiten der Vereinten Nationen für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs, in: Festschrift für Nishihara, Baden-Baden 1998, S. 437; *Heribert Ostendorf*, Thesen zur Ahndung von Völkerrechtsverbrechen, ZRP 1996, 467を参照) により、1998年7月17日および18日に、ローマにおいて設立規約が議決するに至った（これは、EuGRZ 1998, 618 ff. に転載されている）。ハークに設置されるという国際刑事裁判所について詳細は、*Kai Ambos*, Der neue Internationale Strafgerichtshof - ein Überblick, NJW 1998, 3743; *Ulrich Fastenrath*, Der Internationale Strafgerichtshof, JuS 1999, 632; *Klaus Kinkel*, Der Internationale Strafgerichtshof - ein Meilenstein in der Entwicklung des Völkerrechts, NJW 1998, 2650; *Herwig Roggemann*, Der Ständige Internationale Strafgerichtshof und das Statut von Rom 1998, NJ 1998, 505; *Carsten Stahn*, Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit - Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshof (IntStGH), EuGRZ 1998, 577; *Otto Triffterer*, Der ständige Internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit, in: Gedächtnisschrift für Zipf, Heidelberg 1999, S. 493. 「国際刑法における人権保護」については一般に、*Gerhard Werle*, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109 (1997), S. 808.

が、長い間、ニュルンベルク裁判を範として国際慣習法という方法で作られた数少ない曖昧な構成要件で長くやってゆくことはできないでしょうから。疑いなく必要なのは、民族謀殺および人道に対する罪のような行為は、それが国家間の争いという形であれ、内戦の形で行われたのであれ、処罰の対象となるということです。行為者が発覚をほとんど避けないために、機能的な国際刑法の予防効果は、個人の刑法の予防効果よりも大きくなるでしょうから。国際刑法の予防効果は、太古からの人類の夢であった恒久平和の実現に向けた決定的な一歩となりうるのです。

しかし、このような構成要件は、拡張解釈の可能性があり、不明確であり、国内刑法について世界中で古くから承認されてきた明確性の要請にかなうものではありません。これらの構成要件は、政治的な濫用につながりうるものであり、そのような場合には、国際的な紛争を阻止するというよりは、むしろそれを引き起こしかねないのです。おそらくこのために、全世界を管轄とする裁判所に対して、いくつかの国々がこれまで消極的な態度を取ってきたのです。このような不信は、明確で同意を得ることのできる国際刑法の規則を作り上げることによってのみ克服できるでしょう。この領域において、刑法学は、国際法と協力しなければならないのでして、刑法学にとって、まったく新しい作業領域が展開されることとなります。なぜなら、犯罪類型は、国内刑法のものと同一というわけではなく、大部分ははじめて作られ、または本質的な点においてすら、これから輪郭を形成してゆかなければならないでしょうから。また、そのような国際刑事裁判所の手続のすすめ方について法典化がなされてゆかなければならないでしょう。

2 ヨーロッパまたはヨーロッパ共同体に対する刑法典が我々に必要か？

これに対して、普遍的な犯罪に妥当する全ヨーロッパ刑法典またはヨーロッパ共同体加盟国のみを対象とする刑法典⁽⁶⁷⁾は、はるかに先のことであると私

(67) 刑法および刑法学の「ヨーロッパ化」または「国際化」については、例えば、*Gerhard Dannecker*, *Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Hirsch*, Berlin 1999, S. 141; *Kristian Kühl*, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, *ZStW* 109 (1997), S. 771; *Frederik Rüter*, *Harmonie trotz Dissonanz: Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa*, *ZStW* 105 (1993), S. 30; *Ulrich Sieber*,

には思われます。周知のように、ヨーロッパ裁判所は今日まで法規範を公布する権限をまったくもっておりません。また、憲法上の理由からもそれを行うのは困難でしょう。

しかし、それを別にしましても、私には、ヨーロッパ統一刑罰典は、当分は望ましいとも言えないように思われます。ヨーロッパの共通項として存在し、共同に作成できるもの——私はこれが非常に多くあるとすでに申し上げましたが——国内刑事立法の枠内でもまた実現しうるものです。なぜなら、我々は、自国の刑法を、絶え間なく発展させて刑法文化の現在の姿において、統一刑罰典では達成しえない、それぞれのもっともよい解決を目指さなければならないからです。

すでに申しましたように、ある程度の多様性を許すということが、もっとも実り豊かなヨーロッパの伝統であるばかりでなく、法的に必要なことでもあるのです。すべての相違を均等化してしまうことは、古くから中央集権主義がもたらす危険だと考えられており、このような危険は、ヨーロッパ共同体当局の活動にそこかしこに見ることのできるどころなのです。さらに、近い将来、起草される「統一刑罰典」は、もっともすぐれた事物の洞察ではなく、必然的に政治的な妥協を法典化したものとなるでしょう。そのような妥協は、悪しき解決であることが多いのです。なぜなら、第1には、学問的な事物の理解よりも特定の権力状況の方がより大きな影響力をもつためであり、そして第2には、相互に譲歩したときには、できあがった規制は、妥協へとまとめあげられる元案となった各モデルよりも劣ることが珍しくないからです。

このような理由から、少なくとも来たる数十年については、国内刑法秩序の自由な競争を維持する方がよいように私には思われます。それは、すでに申しましたように、ヨーロッパの共通性がますます増えてゆくとしてもそうなのです。そして、多様性がさらに存続しつづけ、文化的または社会的な状況からは正当化し得なくなったときが、少なくとも大きな正念場なのであり、最終的にはもっともよい解決を提示することができましょう。一言で言えば、ヨーロッパ刑法秩序がだんだんと融合してゆくことが、統一的な法典化の集権的な押付

Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), S. 957; *Joachim Vogel*, Wege zu europäischeinheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts, JZ 1995, 331; *Thomas Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtsskultur ?, ZStW 105 (1993), S. 774.

けよりも望ましいのです。したがって、ヨーロッパ刑法典の学問的な作成と解釈は、次々世代になって初めて可能な任務であるように私には思われます。これは、まだ間近な将来的テーマではないでしょう。

3 ユーロッパ模範刑法典が我々に必要か？

ヨーロッパ諸国——場合によってはその他の諸国——が立法に際して範を求めて参照しようとするような、法律的には拘束力のないヨーロッパ模範刑法典⁽⁶⁸⁾が作られるべきかどうかは、別の問題です。このようなやり方については、北アメリカおよび南アメリカにすでに前例があり、そして欧州理事会もまた、この考察に取り組んできました。さらに、もちろん、このような模範刑法典を起草することは、どのような任意の研究所以であれ、どのような学問的作業グループであれ、あるいは学者個人であれ、自由に行ってよいことです。しかし、おそらくは、ヨーロッパ共同体が導入するプロジェクトのみが権威を獲得することでしょう。このような準・公的な模範刑法典に対しては、私は懐疑的です。なぜなら、全ヨーロッパ刑法の法典化に対して投げかけることのできた異論のうち多くが、法的拘束力がないとしても、統一モデルに対してもまた妥当するからです。あまりに多くのことが、モデルを作成する依頼を受けた委員会の構成如何に左右され、また、あまりに多くのことが、学問的な影響力ではなく、政治的な影響力にも左右されることになりましょう。しかし、とりわけ、我々はこのような模範刑法典を必要としていないということなのです⁽⁶⁹⁾。多くのヨーロッパ諸国は、過去数十年間に、全面的にあるいは部分的に新たな刑法典を作り、そこにおいては明らかに、ヨーロッパ諸国および重要な非ヨーロッパ諸国の学問的所見が考慮されています。現在の豊富な国際的要請に比べれば必然的に著しく乏しい内容にならざるをえない統一模範刑法典が、どのような本質的に新しい知見を国内の立法者に与えるというのか、私にはまさによく判らないのです。

いくらか事情を異にするのが、この領域において、政治的な立場から自由で、純粋に学問的な努力です。ドイツでは、例えばティーデマン⁽⁷⁰⁾とその学

(68) これについて詳細には、Ulrich Sieber, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, 369 ff. m. zahlr. w. N.

(69) 異なる見解として、Ulrich Sieber, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, 378 f. は、模範刑法典に対して、少なくとも国際的な共同作業の強化を期待している。

派によって賛同され、部分的にはすでに実行に移されているのがこれです。なぜなら、いったんヨーロッパ模範刑法典に着手することになるのなら——そして集権化に向けた努力は周知のようにあらゆる領域で強力です——、少なくともそれはブリュッセル（欧州委員会）によって押し付けられるのではなく、ヨーロッパ刑法学の一流の専門家によって行われるべきだからです。そのような展開に手本を示すことは、今日、すでに刑法学の任務であると考えられます。それは、最初にすでに必要とされた、国内刑法学の国際化の副産物であり、確かにその核心部分であるということができるとでしょう。

4 全ヨーロッパ規模の規制の対象

ヨーロッパ刑法を全体的に統一することに対して、私は消極的な態度を示しましたが、それとは関わりなく、私の考えるところによりましてまた、超国家的な規制が緊急に行われなければならない、刑法学が緊急に要請される部分領域がございます。その例を2つ挙げてみましょう。

a) ヨーロッパ共同体の経済的および財政的利益

まず第1に、ヨーロッパ共同体の経済的および財政的利益は、特別な刑法上の保護を必要とします。そして、その保護は、合理的に言えば、ヨーロッパ共同体のすべての加盟国において平等でなければならないでしょう。ヨーロッパ共同体は、これをすでに今日実現しようとしています、それは錯綜したさまざまなやり方によるものです。すなわち、刑事法的な制裁の性質をもたないものの、なおそれに類似した行政刑法の規定⁽⁷¹⁾による場合、共通の協定や個々の加盟国間の条約上の義務づけによる場合、ヨーロッパ共同体指令による場合、国内刑法規範を「ヨーロッパのために」解釈する要請による場合で

(70) 例えば、*Klaus Tiedemann*, Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee, JZ 1996, 647. 「ヨーロッパ刑法における正犯と共犯に関する規定」については、*Klaus Tiedemann*, Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht, in: Festschrift für Nishihara, Baden-Baden 1998, S. 496.

(71) *Gerhard Dannecker*, in: Albin Eser/Barbara Huber, Strafrechtsentwicklung in Europa, Freiburg i. Br. 1995, S. 83 ff.; *Ulrich Sieber*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), S. 965 ff.; *Klaus Tiedemann*, in: Dieter H. Scheuing/Karl F. Kreuzer/Ulrich Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden 1997, II. 4を参照。

す⁽⁷²⁾。刑法学は、さまざまな規制と国内の議会や裁判所を通じて部分的にようやく移し替えることのできる諸要請とがこのように錯綜した状態を独自の法領域として認め、体系的かつ法的に、同じ内容で国内法秩序にそれを組み込むのみならず、裁判実務において統一的に解釈されるように、処理して行かなければなりません。これは、刑法学が従来あまり注意を払ってこなかった任務です。そのような規制を内容とする、いわゆる法典集⁽⁷³⁾は、多数の学者の目に触れることなく、若干の（もちろん高名な）専門家によって作成され⁽⁷⁴⁾、最近では、ハッセマー⁽⁷⁵⁾が述べておりますように、刑事訴追の利益を一面的に強調するものとなっております。ここでは、全ヨーロッパ刑法学による広範な議論が必要です。その議論にとっては、法典集は1つの最重要な提案でしかありえず、またそのようなものでのみあるべきなのです。

b) 国家を超えて影響力をもつ犯罪への対策

同じことがあてはまりますのが、活動態様の国際性のために、諸国が共同して初めて効果的に対処しうる犯罪です。例えば、国際的なコンピュータ・ネットワークにおける子供のポルノグラフィや人種主義的な宣伝を流布させること⁽⁷⁶⁾、隣国をも侵害する環境犯罪⁽⁷⁷⁾、国際的テロリズム⁽⁷⁸⁾および薬物取引⁽⁷⁹⁾

(72) これについて詳細には、*Hans-Heinrich Jescheck*, in: LK, 11. Aufl. 1992, Einl. Rn. 101; *Theo Vogler*, Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, 586 ff. また、*Ulrich Sieber*, The International Emergence of Criminal Information Law, Köln 1992, S. 78 ff. 並びに *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, AT, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 182 ff. におけるヨーロッパ刑法についての概観を参照。

(73) “Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union” は、1998年に、*Delmas Marty* により編集され、*Ulrich Sieber* の序文がつき、ドイツ語に翻訳されて、公刊された。

(74) しかし、*Barbara Huber* と *Guido Ruegeberg* による “Die Juristenvereinignungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft im Spiegel ihrer Tagungen 1997”, in: ZStW 110 (1998), S. 279 に関する報告を参照。

(75) *Winfried Hassemer*, “Corpus Juris” - Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?: in: KritV 1999, 133.

(76) これらの犯罪に関して、犯罪学上、技術上、実定法上および刑事訴訟法上の諸問題については、*Ulrich Sieber*, in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 1999, Teil 19; *ders*, Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace, NJW 1999,

がこれにあたります。これらの行為にはさまざまな規制とさまざまな訴追の強化が行われています。例えば、脱税や租税逃避の領域です。これは、これらの犯罪に対する国内法的な対策を非常に困難に、あるいは不可能にもしうる「犯罪のオアシス」なのです。この領域でも、すでに、統一化のために若干のことが行われてきました。とりわけ欧州理事会によるものです。しかし、刑法学は、この領域を政治家の手に委ねてしまうべきではなく、ヨーロッパの基礎に立って、その統一化に積極的に協力すべきです。そうなれば、共通規定の中核が次第に明らかとなり、それが徐々に拡大してゆき、ヨーロッパ刑法秩序がだんだんと融合するための出発点となることができるでしょう。

VIII 結 語

以上で、私の考察を終わります。私の世代は、戦後になって、独裁や戦争の負担なく研究を行うことができた最初の世代であり、当時すでに年配であった人々と共に、新しい法治国家的および社会国家的な刑法および刑事訴訟法に携わり、そしてドイツ刑法学に国際的な名声を回復することを任務とした最初の世代でありました。この世代は、今やだんだんと表舞台に表れることも少なくなりました。そして、私は、我々の世代がこれらの目的をどの程度まで達成したのかの問題に対する答えをここで未解決にしておこうと思います（これはすでに私のテーマを超えていますから）。しかし、私は、次に続く世代のために簡単なまとめとして、私の報告の背景にある1つのことを申し上げておきたいと思います。すなわち、我々が将来に残している課題は、我々が見てきた課題よりもずっと広範で複雑だということでもあります。

〈解題〉一九九九年一〇月三日から六日までの四日間、ベルリンのブランデンブルク科学アカデミー（Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissens-

2065を参照。

- (77) 環境刑法の国際的諸側面について詳細には、*Michael Kloepfer/Hans-Peter Vierhaus*, *Umweltstrafrecht*, München 1995, Rn. 163 ff. m. zahlr. w. N. を参照。
- (78) 詳細には、*George Daetwyler*, *Der Terrorismus und das internationale Strafrecht*, Zürich 1981.
- (79) 例えば、*Kai Ambos*, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, Freiburg i. Br. 1993を参照。

chaften) において、「ミレニアム目前のドイツ刑法学 (die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende)」と題するコロキウムが、マックス・プランク外国および国際刑法研究所 (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) の主催により開催された。本コロキウムの全体像は、加藤克佳・岡上雅美「コロキウム『ミレニアム目前のドイツ刑法学』に参加して」ジュリスト1180号6頁以下に紹介されているが、ここに訳出するのは、本コロキウムの最後を飾ったクラウス・ロクシンの講演 (原題は、“Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft”) である。ここには、将来の刑法学の課題として6つの構想が述べられ、そこには、まさに全世界あるいは全ヨーロッパにおけるドイツ刑法の「現代」が垣間見えるばかりでなく、刑事実体法、刑事訴訟法、犯罪学など刑事法全体の課題が壮大な視野の下に展開されており、わが国の刑事法に携わる者にとっても実に示唆的な内容を含んでいるものと思われる。本講演も、ベルリン・コロキウムの他の講演と共に、マックス・プランク研究所から刊行される叢書に採録される予定でもあるが、ロクシン教授のご厚意により、未公刊の原稿を翻訳することについて快諾をいただいた。同教授のご協力に対し、ここに厚くお礼申し上げます。