

資 料

ヨーロッパ化とグローバル化の時代における 『人にふさわしい』刑事司法

アルビン・エーザー
岡上雅美 訳

ヨーロッパの刑事司法の目的は均一化ではなく、
最適化である

ドイツにおける現代の法政策について、数年前、次のように言われたことがある。すなわち、ドイツの法政策は3つの法則しか知らない。第1：刑罰は有用である。第2：その刑罰が役に立たない場合、もっと重い刑罰なら有用である。第3：もっと厳しい刑罰も役に立たない場合、裁判所が機能しなかったということである、と⁽¹⁾。このような法則に納得せず、司法を唯一の悪者に仕立ててしまうのが安易だと思ふ者は、次のように言おうとする。他の国々がどのようにしているか、まずは見てみようではないか、と。しかし、経済生活全体がますますグローバル化し、それに必然的に伴って、法がそれに適応すべき場合に、それが当然であるかのように、国境を超えた見方を求める声に対しては、ここで関心の対象とする刑法の領域について、次の第1のテーゼで答えることにしよう。

(※) 本稿は、1997年4月19日マインツにおいて「法が共同体を作る (Recht schafft Gemeinschaft)」についてのフリードリッヒ・エーベルト財団の法政策会議において行われた講演に由来する。そこで取り扱った諸問題について、私の敬愛する被祝賀者が興味をもってくださいるものと考えたので、祝賀論文集として結実したものを被祝賀者に捧げる。資料収集および起案作成の援助に対し、試補見習アクセル・ハオイセルマン (Axel Haeusermann) に特別の感謝を申し上げる。

(1) Ch. Bommarius, *Wie blind ist die Justiz ?*, [in:] "Die Woche", 1 XI 1996.

テーゼ1：経済生活，社会生活および国家における生活がいつそうヨーロッパ化し，グローバル化することは，新たな基本意識を求める挑戦として理解することができる。しかし，これは得がたい法的基準または再び得られるべき法的基準を適恰的に均一化する理由ではありえない。

このような対照に対して，親ヨーロッパ的な声は何を意味するのかは，さらになお，さまざまな個別論点で明確化されなければならないであろう。その代わりに，私にとって重要だと思われるのは，広範に広まった次のような誤解を避けることである。それは，ヨーロッパの法政策は，最少限の共通分母を——それにより，大抵は同時に最低のレベルを——求められるべきだというものである。このような最少限化は，その都度人にもっともふさわしいシステムがヨーロッパの法政策の指導的目標でなければならないという要求に反しうるものである。これは，その場合，もっとも優れた法システムをヨーロッパ規模ですべての国々に拡大するために，単にそのようなものを選びすぎてゆくことを意味するとは限らない。なぜならば，何がそのような「理想的な」法システムなのかは，現在明らかではないし，他の国にまかせれば必ずや，独自性を破壊する形で国の個性は抑圧されてしまう。それにもかかわらず，国家の法的伝統をモザイク的に単に寄せ集めたり皮相的に適合させたりすることで，我々の時代の挑戦を行うのではなく，ヨーロッパの法政策は刑法の将来的な任務は何かに関して，新たな展望と過去への回顧を行うということに存しなければならないし，それが可能なのである。

「さらなる継続」ではなく，我々の刑法システムを 革新的に考え直すこと

短い論稿の中で，上で述べた莫大な任務を一度に完全な形で論述すること，いわんや余すところなく解決することはできないとしても，以下では，少なくとも若干の端緒の道筋と目的の表象を展開してみよう。しかしここでは，さらなる誤った期待を防ぐことができるだろう。これが私を第2のテーゼへときっかけづけるものである。

テーゼ2：無分別ともいえるような「さらなる継続」によって伝統的な刑事司法を時々に応じて個別修正することに甘んじることなく，全刑法システムの正しい目的と支持可能なやり方を革新的に再考することが求められる。

私がこのような要求を正しく理解しているならば，もちろんなるほど組織犯

罪の脅威に直面して、「小盗聴」から「大盗聴」に至るまでの見込まれる効果に魅了されない者がいるだろうか？ しかし、同じくそれに、法治国家的に不安を覚えない者がいるのだろうか。伝統的な証拠法を放棄することなく、マネーロンダリングに対するより良い対策を求めない者がいるだろうか。あるいは、児童虐待や性犯罪において、被疑者の防禦権を不当に制限することなく、証人としての被害者の地位を改善したいと思わない者がいるだろうか。しかし、このような関心そしてまた同じような改革への関心は非常に重要であるとしても、まず第1に要請されるのは、個別の問題点に過度に集中するのではなく、我々の刑法システムのいくつかの新たな基本的方向性について、プログラムに則った形で考察することである。これを次に行うことにしよう。

個人と国家との関係から始めれば、刑法の必要性およびその目的についてよく考えなければならないであろう。ここにおいて、すでに個人を念頭において構築された刑法 [Individualstrafrecht：以下では、これを「個人刑法」と訳すことにする] の領域においてすでに、とりわけ制裁の理解と制裁手続とを「再個人化」する方向に向けて筋道を立てなおすことが必要であるという展開が誤りであることが明らかとなろう。しかし、いわゆる社会法益に対する罪または世界規模の犯罪に対しても、共同体の人を誤って導くことに対する特別な刑法的筋道に至るまでの新たな観点が必要である。最後に、さらに進むヨーロッパ化およびグローバル化に関してヨーロッパの調和への努力に至るまでの国境を超えた協力について若干の考察を行って本稿を締めくくることにしよう。

刑事訴訟における「人権」から 「人にふさわしい」刑事司法へ

我々が現状を伝えることに甘んじようとなしなれば、我々の刑事司法の目的と形態が正当化しうるか否か、しうるとすればどの程度か、または、改革が必要か、必要だとすればどの程度か、の諸問題が、文字通りに革新的に提起されるべきである。——ただし、ここでの「革新的」とは、もちろん何らかの極端なものという意味の政治的な意味ではなく、ラテン語の語源である、radix [根、根源の意] がそうであるように——我々の刑法システムの根源にまで遡るという意味である。しかし、これは、まず第1に、個人と国家との基本的な関係について確認することを前提とする。私は、これを次のテーゼでまとめてみたい。

テーゼ3：我々は、「人権」というよりもむしろ、新たな観点である「人にふさわしい」刑事司法を必要とする。ここにおいて、国家は自己目的化してはならない。むしろ、国家の権力は、人および人間性を保護することに資するものでなければならない。ここにおいて、人は、個人、共同体の同胞および次世代を繋ぐ者としての3つの役割において捉えられなければならない。

グスタフ・ラートブルッフ (Gustav Radbruch) は、今世紀における他のどのドイツ人法律家にも比類のない法学者および政治家として、法の濫用に苦しまなければならなかったのであり、そこから現在では「壁の射手訴訟」においてしばしば引用される公式「法律上の不法」を理由として記憶されるのみならず、「法を方向付ける人をどのように理解するかということと同様に、法の自体のスタイルにとって決定的なことは何もない⁽²⁾」という文言もまた彼に由来する。それに従って、「人権」の通常の話を推し量れば、人権とはただすでに存在する国家の手續を単に制限するものとして理解されるという印象を避けることはできない。したがって、その場合、特定の制限を同時に外から課す第1のものとして前提とされる。このような観点において、例えば刑事手續の機能能力⁽³⁾が——それとともに国家の利益が——、先に存在し、優越し、そして通常のものとして考えることができ、それに対して「人権」は単に国家の訴追の利益を例外的に制限するものとして理解することができるであろうし、それに応じて正当化されることになる。比喩的にいうと、このような観点では「人権」はもはや、さながら恒星としての国家の周りを回る唯一の星ではない。これに対して、恒星として国家ではなく、国家から自分を保護するために周りを回られる人を理解するときに、まったく異なった像が与えられる。このような衝突状況においては、刑事手續のような国家制度は、当初から存在するものとしてではなく、単に二次的に役立つ道具として理解される。このような視点から、「人権」は、優先的な国家権力を単に制限するものではない。むしろ、国家よりも先んじており、国家にそもそもはじめに固有の存在の正当性を作り出したのが人なのである。この意味で、人が国家を正しく評価すべきなのではなく、国家が人を正しく評価すべきなのであり、それも被害者の保護と満足のためであり、また、行為者との関わりにおいてもである。

(2) G. Radbruch, *Der Mensch im Recht*, 2. Auflage, Göttingen 1961, S. 9.

(3) これについて批判的なのは、すでにW. Hassemer, *Die "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" — ein neuer Rechtsbegriff?*, [in:] "Strafverteidiger" (StV) 1982, S. 275-280.

しかし、この場合、人は単なる個人として一元的に理解されるのみならず、社会の同胞（Mitmensch）としての人として理解されなければならない。すでにこのような二元的な位置づけから明らかになるのは、個人について、その自由には限界があるということである。個人はその社会の他の者のもつ同様の、そして同様に理解されるべき自由と権利領域に抵触しない限りで、自由を行使し、それを尊重するように要求することが許される。とくになお時間的な次元を採り入れると、社会的な人としては、その同時代の人々に対して、一定の義務をもつのみならず、前世代と次世代の人にもまた結び付けられる。個人は、社会の同胞との横のつながりと、その祖先と子孫に対する縦のつながりとが交錯する地点に位置するのである。

将来にもまた、刑法は放棄できない

このような、人の3元的理解が、人のための国家の機能と同じく、何を意味すべきなのかということ、なおさまざまに感じられるであろう。しかし、刑事司法の根幹に至るまでの実際に革新的な前進への要求を正しく理解するために、次の問題に手をつけずにいることはできない。すなわち、——人、社会、国家が——刑法をそもそも必要とするのか、または他の道具に取って替わられた方がよくはないかという問題である。この基本問題には、手短かに——それがここで要求されていることなのだが——答えることができる。

テーゼ4：刑法についていくつかの点を改革することが必要であるとしても、刑法は原則として将来もまた放棄し得ない。

これを根拠づけるには、結局、すでに3つの考察で十分である。

■ 第1に、人には欠陥があるという理由で、そしてまた、社会の不十分な点をすべて取り除くことは構造的に不可能であるという理由から、限界を超え、法に違反する結果を伴う人間相互間の紛争は不可避であることを確認することである。そうでなければ、個人の満足や社会の満足は、強者の法に委ねられたままになるために、この場合、相手方を簡単には放任したくないのであれば、一定の形態の紛争調停や弁償の道は避けられない。

■ 次に、これによりとくに将来の法違反を予防すべきであるならば、損害の賠償以外になお、第2の機能が付け加わらなければならない。つまり、制裁を加えることによって行為態様を統制しようとする機能である。なぜならば、例えば、隣人の財産にあやかりようとする、金のない者は、これが発覚したとき

盗品を返還する以上の虞れがないならば、窃盗を差し控えるだろうか。純粹に道徳的な警告によっても、窃盗犯は原則的に感銘を受けるわけではないし、これはより大きな規模の経済事犯でも同様である。ある社会で、経済的に成功すれば、やっとのことで成功したとしても、道徳的に「手が汚れていない」ことよりも大きな名誉である限り、最悪の場合でも、不正に獲得された利益を喪失する以外の虞れがないという見方には、何らの行為を統制する印象も期待し得ない。なぜならば、よい評判が金銭的な価値ある利益をもたらし、またはそれに相当する悪い評判が経済的な不利益の虞れをもたらして初めて、道徳的な価値を真剣に受け止める評価要因となるからである。それゆえに、法的な関心を尊重するようにすることは、法違反者に節度を守るようにいうだけでは、あるいは単に原状回復を強制するだけでは、達成することはできず、原則として、さらに追加して法違反者に法的損失または社会的不利益を確保して初めて達成することができるのである。

■ しかし、追加的な害悪を法定するという処罰による予防を行うや否や、その場合、——第3に——刑法への第1歩をすでに踏み出したのである。なぜならば、たとえその場合どのような害悪が科せられたとしても、このために用いられる強制をどのようにすなわち、刑法として、行政法もしくは秩序違反法として、または一見したところ、完全に価値中立的な単なる「介入法⁽⁴⁾」の意味で、特徴付けることができるとしても——そこで、法違反者にその限界をわきまえるように単に戒めることで、そして単なる損害の填補で甘んじることなく、規範貫徹のために追加的な害悪を科すや否や、我々は多かれ少なかれ刑法という形態での制裁化に関係しているのである。しかしながら、いずれにせよ、この場合、国家が決定および制裁化を独占し、それにより、法違反が個人間のものから公的なものになる。

(4) この概念の下で、ハッセマーは、完全に別のニュアンスで、いわゆる「フランクフルト学派」が宣伝するように、民法、公法および社会法といったよりフレキシブルな統制手段のために、刑法は退くべきことを要求している。Vgl. W. Hassemer, *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, StV 1995, S. 483-490 (490) P.-A. Albrecht u.a., *Strafrecht—ultima ratio*, Baden-Baden 1992, insbes. S. 13 f., 29 ff., 40 ff.; P.-A. Albrecht, W. Hassemer, M. Voß (Hrsg.), *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung*, Baden-Baden 1992, insbes., S. 13 ff., 37 ff., 55 ff.; W. Hassemer, *Aktuelle Perspektiven der Kriminalpolitik*, StV 1994, S. 333-337 (336 f.); K. Lüderssen, *Abschaffen des Strafans?*, Frankfurt/Main 1995, insbes. S. 22 ff.

このような展開の歩みは、元来、非常にわかりやすく簡単であるように思われるために、この場合、発展が誤ったとき、訳がわからないことだと思おうとする。しかし、こういう理由から可能な路線修正について考えておかなければならないのかである。

刑法でもって何が達成しうるのか

誤った発展に至る第1の萌芽は、刑法に対してあまりに高い目的を設定することにあることがある。これは、刑法が「より高次の正義」を行うものへと仕立て上げられ、そこで、刑罰権が一種の自己目的となってしまうことによる。

テーゼ4：刑法は、第1義的には目的を志向する法である。刑法は、平等な尊厳と自由という条件の下で、人間相互間の安全と自由を保証し、回復することに向けられていなければならない。そこから、刑罰は正義の実現それ自体によって正当化されるのではなく、応報のための応報それ自体を超えて、さらなる人間相互間の、そして社会的な目的を前提とする。

刑法の目的設定は、個人として、社会的存在として、そして世代を超えた存在としての人を中心に置く場合、原則として4重の目的設定となりうる。

■ 第1に、その権利を侵害された被害者に損害の回復がなされるべきである。現在のこのような特別のウィークポイントは、すぐに改めて取り上げることにしよう。

■ 第2に、社会的平和を回復するために、行為によって動揺させられた自由の限界と保護領域を、それも違反を一定の要式を通じて不同意とすることによって、再び安定化しなければならない。制裁の賦課が速ければ速いほど、そして公に明らかであればあるほど、このような規範の安定化は、いっそう実効的である。

■ とくに——第3に——規範の安定化は、一方で個別行為者に対する作用を通じて行われ、その場合、行為者は、自らの人間の尊厳において、そしてまた、その人の人間的に欠陥があるという点においても尊重されつづけなければならない。何故ならば、犯罪者もまた、その犯行にもかかわらず、人なのであり、同胞なのだから、あらゆる形で「法の保護を奪われてしまうこと（Vogelfreiheit）」は否定されなければならないのである。

■ 他方で、——第4に——一般人への作用もまた問題となる限りで考えられるべきなのは、我々の同時代の同胞の保護や安全のみならず、将来の世代の

福祉である。我々が、我々の先祖が与えてくれたもの——そして、そこにおいてはそれが不完全で改善の必要があろうとも、とくに国家共同体を根拠づけるもの——から恩恵を受けているのと同様に、法違反に制裁を科すことは、我々の子孫のために保護規範を安定化することにも方向付けられていなければならない。

個人刑法は再個人化を必要とする

このような目的設定を背景にして、先に挙げた刑法の目的によって、現在のところ、おそらくもっとも強烈に刑事政策の人々を動かしているのは、ヨーロッパ刑法の観点では、とりわけ被害者の役割と、被害者から期待されている損害の回復である⁽⁵⁾。そして、それには次のような十分な理由がある。なぜならば、誤った展開について語られるとき、これはとくに——それもとくにドイツ法域では——刑法から被害者を脱出させることがますます進んでいるということだと考えられているが、それは、犯罪被害者が少なからず刑法の被害者になるという結果を伴う。この原因は、さまざまな側面があるが、その中で、私は、——古くから知られた明らかな不十分さをあげつらうのではなく——3つの展開の筋に限定して話をしたい。——古くからの習慣でもあるから——それらを概観することにしたいが、それらは根源的で広範な意味がある。

■ 誤った展開の第1の理由は、すでに国家刑法の発生それ自体にある。国家の介入によって、紛争の除去は、完全に加害者と被害者の手を離れ、より高次の部局に委ねられてしまっているということからすでに、人間相互間の紛争はいわば「社会化されて」いる⁽⁶⁾。たとえ、このようなやり方で個人相互の復讐

(5) Vgl. ——とくに——S. Bieri, A. Ferrel, *Täter-Opfer-Ausgleich. Ansatz einer kriminalpolitischen Reform im Strafrecht*, Bern 1994; A. Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen*, [in:] G. Dornseifer u.a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, S. 723-747; A. Eser, G. Kaiser, K. Madlener (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg 1992; G. Kaiser, H. Kury, H.-J. Albrecht (Hrsg.), *Victims and Criminal Justice*, 3 Bände, Freiburg 1991, M. Löschnig-Gspandl, *Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht*, Wien 1996.

(6) ——法史の観点においても——侵害の関与について詳細には、T. Weigend, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin 1989.

の継続を止めることについて十分な理由があるとしても、しかし、直接の関与者の「力を失わせ」、高位に位置付けられる制度としての国家に正当な刑罰権を独占させることと、紛争の脱個人化が結び付けられ、これにより、争いの調停と弁償は、もはや個人に関係するものとは、そして自己責任にかかる事柄などは考えられていない。加害者・被害者間の直接の損害回復にますます戻れば戻るほど、そして刑法の形で、追加的に科される害悪に大きな意味が与えられれば与えられるほど、このような脱個人化傾向はいつそう強くなる。これによっても、加害者と被害者の間の距離は広くなる。つまり、加害者は、いまや高次に位置付けられる国家という制度に責任を負い、被害者は、その損害と共に孤立させられているように感じるからである⁽⁷⁾。

■ このような脱個人化傾向は、とくに刑法解釈学の展開を通じて裏付けられた。それも、つねにますます行われているように、被害者を犠牲にして法益を過大に高めることによってである。例えば、殺人または窃盗を、単に具体的な他者の侵害と見るだけではなく、それが社会や国家それ自体にさえ向けられたとき、およそ生命または財産への攻撃であるとすることによってである⁽⁸⁾。ドイツでは珍しいことではないが、このような学説においても、イマヌエル・カントは、次の彼の著名な文章において、このような考え方の父なのである。「他人から盗みを働いたとき、貴方は自分自身からも盗んだのだ⁽⁹⁾」と。確かに、窃盗は、他人の財物への攻撃を通じて、同じに財産制度を攻撃しており、それとともに、結局は自身の財産保護を根底から脅かしたのであるから、これによって高次の抽象化のレベルでは、カントは正しいのかもしれない。同様に、このような考察方法において、具体的な被害者は、なお一般的な財産保護の道具だと容易に考えられるのであり、それは、この場合、加害者がさらにいつそう個人としての被害者から引き離され、したがって、社会の同胞としての彼の責

(7) 同様の知見に達しているのは、J. Baumann, *Zur Repersonalisierung des Strafrecht*, [in:] W. Küper, J. Welp (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, S. 41-47, insbes. S. 42 ff.

(8) これについて、より詳しくは、A. Eser, *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*, [in:] U. Immenga, W. Möschel, D. Reuter (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmächer*, Baden-Baden 1996, S. 1005-1024.

(9) I. Kant, *Metaphisik der Sitten* (1797), Akademie-Textausgabe, Band VI, Berlin 1914/1968, S. 332, 333.

任を弱めることが判るのと同じである。

■ しかし、第3に、おそらくなお重要なのは、訴訟上の展開の流れ、すなわち、民事手続および刑事手続の流動化がいつそう進んだことであった。このように理解するのは、補填から刑罰の形での追加的な制裁の賦課へと、また独自の刑事手続への道に至り、その場合、国家機関によるありうる権力の濫用からの保護を保証するという要求が存在するが、この展開にはその代償があり、「人にふさわしい」手続に関してその代償があまりにも高すぎるのが次第に案じられるようになった。つまり、被告人がつねにいつそう手続の客体に位置付けられ、被害者が完全に刑事手続から除外されたということによってである⁽¹⁰⁾。これによって、刑事手続はいつそう脱個人化され、その個人相互的な内容は空洞化された。しかし、人にふさわしい紛争処理に関してより重大だと思われるのは、民事手続および刑事手続相互に関連させても、社会を乱すものとしての犯罪行為に対し、即時の包括的な回答を与えることはできないということである。刑事事件の終結において、加害者が罰金または自由刑を言い渡されたのに、自らは虚しい思いをすることを体験しなければならない被害者の失望を理解できない者がいるだろうか。そして、民事手続によって損害賠償を得ようとする見込みは、加害者が先に罰金を支払わなければならないために、またはそれどころか自由刑に服することで加害者から損害を賠償する可能性を奪ってしまうことから、うまくいかなくなるのだろうか。あるいは、他方、加害者がすでに被害者が完全に満足するためにすべてのことをしたにもかかわらず、なお事情のよく判らない刑事手続に付されるだろうと考えているとき、その加害者はどのような気分にならざるをえないのだろうか。ここでもまた明らかになるのは、国家の自己主張のために何が有益であるかは、直接の関係者に必ずしも適切なものだとは限らないということである。

これに対して、このような誤った展開は、私には——テーゼとして極端な形にすれば——次のような軌道修正が必要となるように思われる。

テーゼ6：刑法および刑事訴訟の脱個人化は、できる限り後戻りすべきである。その場合、とくに被害者への賠償は、刑事制裁の賦課の要件またその一部分だと考えられるべきである。

(10) K. Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, Frankfurt/Main 1989, insbes. S. 30 ff. W. Naucke, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, [in:] *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 1993, S. 135-162 (139 ff.) をも参照。

これについては、とくに3つのことが必要である。

■ 第1に、たとえ、故殺、窃盗または個人に対するその他の侵害は、同時に、社会または制度としての国家に対する攻撃であると考えとしても、そこで、法違反がもつ個人相互間の中核は視野から外されてはならない。すでにこのことから、一方では被害者を完全に刑事手続から追い出し、せいぜい証人としての役割ばかりを委ねること、他方では加害者を結局もっぱら捜査の客体および制裁の客体としてのみ把握することが禁じられる。

■ 第2に、とくに、損害を受けた被害者が刑事手続において一人にされていると感じること、それと共に、加害者の個人相互的な責任をも省みずに済ませることを防ぐために、一方では被害者への賠償に向けられた民事手続と、他方では加害者の処罰に向けられた刑事手続が互いに分かれて発展するのを阻止しなければならない。統一的な民事・刑事手続に完全に回帰することも排除されなければならないように思われる限りで、いずれにせよ、加害者と被害者が、法違反を根拠とする社会的紛争に対する統一的な回答として国家の反作用を認識しうるように、基本的な路線が定められなければならない。

■ 第3に、つねにそして真っ先に、直接的な関係者である被害者に満足を与えるべきなのだから、とくにそれがなければはじめから法違反が実際に処理されたといえないのだから、刑罰は損害回復を要件とするのであり、それも刑種を通じて損害回復が無にならないようにされなければならない。したがって、——例えば——罰金刑は、第1に被害者への賠償に当てられるべきであり、そして、受刑者を促して、可能な限り被害者への損害回復をさせるように、または、少なくとも損害回復を不可能にさせないように、自由刑は執行されるべきである。

この代わりに、限界について一瞥しておくことも価値があるように思われる。すべてのヨーロッパ諸国において、民事手続と刑事手続は、ドイツでそうであるほどには、あまり広くは厳格に分離して発展してきたわけではなかったのである。例えば、とくにスペインでは、民事・刑事の両法領域のつながりはずっと緊密である。また、スペインでは被害者の地位は、次の事情によりドイツよりも明らかに強力である。つまり、スペイン法には人民訴訟（Popularklage）があり、個人とくに被害者が刑事手続の開始を強制できる⁽¹¹⁾。私にはさらに重要だと思われるのは、スペインの検事には、刑事訴訟と同時に、被害者のための損害賠償訴訟を提起する義務が課せられており、これについて裁判所は、通常、同時に決定しなければならないということである。もっとも、誤解されて

はならないのは、このような訴訟形態もまた、加害者と被害者との間の紛争を一定限度「社会化」したものだということであるが、検察は、職権で被害者のために民事訴訟も提起するのである。しかし少なくとも、スペインでは、可罰的な態度に対する国家的な対応が、加害者と被害者とその紛争をまとめて処理できるようにするために、通常、時間的に統一して行われなければならないのである。

その他、スペイン刑法には、損害回復のまた別の側面がある。それは、ドイツ法と異なった道を歩むものであり、それも、——ギリシヤ⁽¹²⁾そして最近ではノルウェー⁽¹³⁾におけるのと同様に——被害者の損害賠償請求が、罰金および訴訟費用の支払いに対する国家の請求よりも優位を認められているということである⁽¹⁴⁾。これによって、加害者および被害者両者の正しい和解が第1に、そして、国家への服従要求が初めて第2に重要だということが加害者および被害者に予告されるのだから、これは、とくに社会心理学的にも重要である。

国内刑法の個別化に向けた勇気

これまで述べてきた問題すべてに対して、次のような異論が加えられても、それは驚くにはあたらない。つまり、人および財産に対する「古典的な」個人に対する犯罪が問題となっている限りでは、被害者の側面をこのように強調してよいであろうが、社会法益を保護するための刑罰構成要件の領域が依然として拡大しており、または個人としての被害者が確認しえない構成要件が重要であるときはどうなのか、というものである。ここで刑法はまったく「無理をし」なかった結果、結局、「整然とした撤退」以外のことは何も勧められないのでは

(11) Art. 101 Ley de Enjuiciamiento Criminal; 限界について詳しくは、N. Vossler, *Strafprozessale Zwangsmittel als Instrumente des beschleunigten Rechtsgüterschutzes, Ein Beitrag zur deutsch-spanischen Straf- und Zivilprozeßrechtsvergleichung*, Freiburg 1998, S. 51 ff.

(12) Vgl. D. Spinellis, *The Civil Action : A Useful Alternative to the Victims' Problems* ?[in:] J. van Dijk u.a. (eds.), *Criminal Law in Action*, Arnhem 1986, S. 405-418, insbes. S. 412.

(13) E.J. Husabø, A. Strandbakken, *Landesbericht Norwegen*, [in:] A. Eser, B. Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 5.1*, Freiburg 1997, S. 473-562 (505).

(14) Art. 126. I Código Penal; これについて、より詳しくはVossler (oben Fn. 11) , S. 53.

ないか。

実際に見誤られるべきではないのは、当初、個人を中心とした古典的刑法は、個人としての加害者と個人としての被害者を対置させていたが、スペクトルの他方の端ではほとんど個人が確認できないということである。被害者の側面では、なるほど全く正当にも、ほとんど個人的な損害が認められえない社会的な利益のみが問題となり、加害者の側面でもまた、もはや特定の個人を決められず、おそらく集団的な統一体が把握できるということである。例えば、一方で道にたむろしている17歳の不良少年がその隣に座っていた婦人からバッグをひったくったこと、他方である化学コンツェルンが流水域を後まで残る形で汚染したということに、人々は向きあうことができるのだろうか。それにも、この両者に同一の刑法が妥当するのだろうか。これに対する回答がよりいっそう難しくなるのは、今述べた世界の間でなお、加害者が個人か集団か、被害者が個人か集団か、被害者が特定しうるか不特定多数か、ならびに利益が個人のものか社会のものか、といった、さまざまな構成要因から生じうる諸段階をなお想定しうる場合である。その帰趨がなお流動的であるとしても、個人を侵害する態度と社会を侵害する態度という、この広範で多様なスペクトルを同一の刑法で一律に取り扱おうとする場合、この難点はあらかじめ予定されていたものである。平等取扱いに欠けているという非難が私に加えられ、「古典的」刑法の統一性に対する裏切りを責められるという危険を冒しつつ、私は次のテーゼを掲げたいと思う。

テーゼ7：刑法の統一性は、刑法自体と同様にそれ自体が価値である。特定の正当な利益を保護するための、そしてこれに応じて態度をコントロールするための道具として、刑法はできる限り機能的に正しく投入されなければならない。そこにおいて必要な場合にはさまざまな形でも形成されなければならない。

現代の法政策状況においてそのような個別化の道はどこに向かうのかを問題にすると、とくに2つの進路が考えられる。

■ 第1に、現在とくに「フランクフルト学派」の主張者が宣伝しているような⁽¹⁵⁾、刑罰以外の介入法に向けて挑戦することである。しかし、とりわけ経済犯罪および環境犯罪の領域において、政治的に提起される統制の要求によって、伝統的な刑法はますます加重な荷を負わされており、同一の〔伝統的刑法という〕道具でさまざまな発現形態の犯罪に対処しようとする試みは、伝統的

(15) Vgl. oben zu Fn. 4.

な刑法の構想を極度に酷使することにならざるをえないのであり、その場合、集団的な犯罪領域への対応が膠着すれば、個人刑法が影響される形で拒否されるといふ、フランクフルト学派の基礎にある知見が争われるわけではないのだが。したがって、いわゆる世界的法益の侵害という、または、集団という新たな形態は、伝統的な刑法カテゴリーを破壊しない限り、これでは十分に把握できないという、フランクフルト学派の分析には疑問の余地がないのである。そこからせいぜい問題となるのは、次のような可能な逃げ道である。つまり、「フランクフルト学派」の主張者達は、集団的な犯罪領域について、刑法を用いないように要求すること、およびその代替手段として刑法以外の「介入法」を要請しているが⁽¹⁶⁾、それに対して、私には、刑法内部での多様性を認めた方が、合目的であり、かつ法治国家的に確実だと思われるのである。なぜならば、刑法が法治国家的な確実性、これは他の法領域では——そして場合によってはありうる新たな「介入法」においても——容易には認められないものであるが、このような確実性を要請するということが正しいならば、まさに刑法から手を引くということは、直ちに、法治国家性の後退をとどめることができないという結果となろう⁽¹⁷⁾。そして、刑法内部が多様化すれば、機能的に伝統的な制裁要求を引き下げることができるとしても、刑法と継続的に結びつけることによって、容易にそれをコントロールしうる。これは、法治国家的な観点において、秩序違反も、「広義の刑法」として機能しているということから長所を得ているのと同様である⁽¹⁸⁾。

■ したがって、また第2の進路として、刑法内部での個別化が考えられる。これがどのような帰結になりうるのかは、手短かに、2つの異なった方向に進み道で明らかにされる。すなわち、1つには、共同体に対する犯罪の脱個人化に

(16) Vgl. Albrecht, Hassemmer, Voß (oben Fn. 4), S. 7, 102 f. P.-A. Albrecht, *Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts*, KritV 1993, S. 163–182 (166); ders., *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, StV 1994, S. 265–173 (266).

(17) これはもちろん、このような帰結が刑法以外の介入法の支持者によって望まれているという意味ではない。しかし、おそらく、刑事訴訟法に典型的であるような同様の——しかし、そうならば新たに、かつ独自に根拠づけられる必要のある——保障をもって、このような帰結は回避されるべきであろう。しかし、その場合その他の名前とは別に「介入法」によって何が残るのだろうか？

(18) W. Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Heidelberg 1995, S. 2; K. Rebmann, W. Roth, S. Herrmann, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl. 7. Lieferung, Stuttgart 1996, Vorbem. 1 ff. vor § 1,それぞれ同所引用の文献を参照。

関してであり、今1つには、集団的な刑法への特別な道筋である。

社会に向けた犯罪がもつ個人を超えた 性格を考慮に入れること

たとえ私が刑法以外の「介入法」の導入に共感を見出すことができないとしても、その基礎にある知見は、次の限度で正しい。つまり、我々は、環境刑法の場合、および古典的な詐欺を超えて全システムとしての経済を妨害した場合、そしてまた、その他に、ネット機能の統一性を倒錯させた場合、個人を超えた性格を持ち、部分的には、それによって同時に国家の統制政策をも推し進めるために犯罪化された法益と関連するという限りである⁽¹⁹⁾。そこには、誤った展開の危険があり、それに私は次のテーゼを対置させたいと思う。

テーゼ8：すべての犯罪類型を、個人主義的に同じく一律に取り扱うのではなく、共同体に向けた犯罪の場合は、その個人を超えた性格を考慮しなければならない。そのうえ、とくにこの領域では、「最後の手段」としての刑法は、社会、経済および環境政策の欠陥についての修復業および事故処理役に貶められてはならないと考えられる。

■ 第1に、真の「人にふさわしい」刑法に属するのは、当該犯罪において、個人責任と個人の損害回復が問題となる限りでのみ、個人のカテゴリーに方向づけられるということである。したがって、共同体に向けた犯罪は、いずれにせよ、個人相互間の相互作用がその基礎となっていない限りで、ある程度「脱個人化」させられている。これに意味があるのは、例えば、社会法益に対する犯罪行為の場合、真正の侵害犯ではなく、ますます危険犯が問題となるようになったときであり、それは、これによって可罰性の領域が、広く前倒しされるという結果を伴う⁽²⁰⁾。個人を危険にさらす犯罪の場合と同一の危険概念でこのような現象を処理しようとする場合、何らかの犯罪カテゴリーを犠牲にするこ

(19) Albrecht, Hassemer, Voß (oben Fn. 4), S. 7, 102 f.; G. Heine, *Beweislastumkehr im Strafverfahren?*, [in:] "Juristen Zeitung" (JZ) 1995, S. 651-657 (653 f.); G. Heine, V. Meinberg, *Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?* Gutachten D für den 57. "Deutschen Juristentag", München 1988, S. 28 ff., 45 ff., 120 ff.

(20) この傾向については、F. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1991をも参照。

とが問題となる。同じく、個人に対する侵害犯の場合の中止犯の問題性は、世界を危険にさらす犯罪の場合とは異なっている。例えば、世界的法益の犯罪の場合には、例えば、不処罰にするために、行為に表した悔悟 (tätige Reue) の一般的な導入が一考に価する。抽象性を高める一般化によってではなく、個人に対する犯罪と世界に対する犯罪を意識的に区別することによって、このような相違を考慮に入れることは、とくに「人にふさわしい」刑法解釈学に向けた挑戦でもあろう。

■ 第2に、そのような共同体に対する犯罪の場合、(集団ではなく) 個人たる行為者が問題となる限りで、個人刑法の諸原則は衰退させられてはならない。これはとくに、刑罰は責任を前提とするということである。しかし、これは、コモンローで認められているような⁽²¹⁾「絶対責任」や「厳格責任」がいずれにせよ個人刑法の領域で排除されるべきだということになる。

■ 第3に、個別化の領域は、今なお完全には開発されていないが、制裁の面で明らかにされよう。個人に対する犯罪で追求される路線、すなわち、犯罪と刑罰という行為と反作用は相互にできるかぎり緊密で均衡するような関連させ、これに応じて、被害者への損害回復は全制裁を構成する重要な要素として把握するという路線は、共同体に対する犯罪にもとり入れられなければならない。——デンマーク、スウェーデンおよびスイスにおける最近の例によれば——共同体を侵害する場合には「公益奉仕労働⁽²²⁾」の賦課が、環境犯罪の場合には環境保護機関に支払う罰金刑の納付が、薬物犯罪の場合には薬物助言機関のために罰金刑を利用しもしくは薬物関係措置の賦課がそれにあたる。

■ 第4に、最後に挙げた薬物犯罪の領域は、もちろん同時に、次の場合に

(21) 例えば、G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Mass. 1978, S. 449 ff., 468 f., 716 ff.を参照。

(22) これは、先に掲げた諸外国においてはもっとも、犯罪関係的な「象徴的」損害回復というよりもむしろ短期自由刑の一般的な代替物である。J. Vestergaard, *Landesbericht Dänemark*, [in:] A. Eser, B. Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.1*, Freiburg 1993, S. 87-135 (98 f.) ; G. Heine, N. Roulet, *Landesbericht Schweiz*, [in:] A. Eser, B. Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.2*, Freiburg 1994, S. 1277-1359 (1289 f.) ; K. Cornils, B. Schütz-Gårdén, *Landesbericht Schweden*, [in:] A. Eser, B. Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 5.1*, Freiburg 1997, S. 611-668 (623 f.) を参照。

刑法がその限界に突き当たる例である。つまり、刑法の投入が誤った社会政策の一種の「代用麻薬 [より副作用の少ない代替策]」としてはなから誤りとはいえない場合である。ここで多様な刑法について語るならば、それは限界がないという意味においてはではない。むしろ、私は、次の限りで「フランクフルト学派」の要求と見解を一にするのである。つまり、刑法を「最後の手段」と性格付けることは政治的な口約束に留まることは許されず、より優れた予防措置によって誤った態度への誘因をはじめから回避することができ、または刑事制裁を科さなくともすでに始まった侵害を排除しうるならば、およそ刑法の投入は放棄されるべきだという限りにおいてである⁽²³⁾。

団体刑法への特別な道

すでに明らかにしたように、前述の共同体に対する犯罪について特徴的であるように、被害者の面で個人的な要因に欠けているばかりではなく、行為者の面でもまた個人的な要因が欠けることがある。例えば、とくに経済犯罪および環境犯罪のような、いわゆる集団的犯罪活動の場合であるが、またいわゆる組織犯罪の場合でもある。ここで問題としている犯罪が、その性質上、個人である関与者なしに実現し得ないとしても、その社会的に有害な結果とともに誤った態度を帰責されるのは、結局、背後に存在する法人、またはその他の法的または経済的な組織体である。過料（§ 30 OwiG）および違法な利得の収奪（§ 73 StGBまたは§ 29a OwiG）を別にすれば、それに帰責可能な誤った仕業を理由として集団自身に刑事制裁を加えるのは、周知のように、ドイツでは困難である。自然人以外の人の行為能力がすでに否定されるのであれ、またはいずれにせよ集団に責任能力が否定されるのであれ⁽²⁴⁾、そのような個人刑法を構想する限りは、集団を処罰しうるかの問題に対する回答は否定的に下されなければならぬということ、実際に不思議なことではない。それに対して、私は次のテーゼを対置させたい。

テーゼ 9：集団は、その間、効果的な制裁を賦課することが目指される程に、

(23) この問題領域について、脚注 4 および 16 に掲げたものの他、Albrecht, KritV 1993, S. 163-182 (171) ; ders., StV 1994, S. 265-273; Hassemer, ZRP 1992, S. 378-383 (381); ders., StV 1995, S. 483-490 (485) .

(24) もっぱら H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 23 VII および同所引用の諸文献を参照。

社会的な力と帰責可能な固有の責任を獲得した。この場合、個人を中心とした規則を集団の誤った態度に適用するのではなく、集団に対する刑法に向けた独自の道が展開されるべきである。

この高度に複雑化し、争いのある問題⁽²⁵⁾をここで解決し尽くすのではなく、これについては少なくとも3つの側面を論じよう。

■ 第1に、基本的な側面。「人にふさわしいということ」は、法人を人のように扱うことではなく、そしてあまりに容易に濫用されることのある、人間精神が欠如した道具となりうる人間の精神の産物としてのみ、取り扱われるという意味である。しかし、このような道具としての能力によってすでに、法人は、その影響において容易にはもはや特定の自然人に帰責しえない独自の生命を発展させることができる。このような固有の能力は、それに由来する誤った仕業について責任を負わせることができる。これは、性質上、個人の能力ではありえないが、おそらく集団が利益を得ているのと同じく、その中で作用した力について責任を負わなければならないということによる。

■ 制裁のための要件の側面。これは、集団犯罪に対しては、個人刑法に対するのとは別の帰責モデルが発展させられなければならないという帰結となる。ここにおいて、集団犯罪においては、脱個人化への道が一貫して——そして、とくに個人の犯罪への否定的な帰還を回避しつつも——継続されるべきである。最近では、ギュンター・ハイネ教授が個人の場合と集団の場合で誤った仕業に対する反作用が異なっているかについての基礎研究の中で、これについて可能な方法を指摘している⁽²⁶⁾。ここにおいて、とくに将来にむけて示唆的であるように私に思われるのは、それも特定の個人の誤った仕業に還元すること——これを証明するのは大抵困難である——を問題とせず、すでに事業に類型的な危険が企業によって放置され、その結果、特定の損害が発生したということが可罰性を基礎づけうるということである⁽²⁷⁾。

■ 同様に、制裁の面。集団犯罪の場合、その性質上、個人刑法におけるのとは異なった道具が必要とされる。しかし、広く広まった誤解とは異なって、

(25) 特徴的なことに、団体の刑事責任の問題は、最近、次の3つもの教授資格論文のテーマとして取り上げられた。H.-J. Schroth, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Gießen 1993; G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden 1995; A. Ransiek, *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg 1996.

(26) G. Heine (oben Fn. 25), とくにS. 248 f., 256 ff., 271 ff., 307 ff.

これに対しては罰金刑および資産刑が考えられるだけではない。むしろ、自由刑もまた、財産の仮差押における一定の関係物または事業の閉鎖を考慮することができる。安全管理や組織化の義務づけが、これらよりも軽いものとして考えられよう。しかし、「清潔な」会社のイメージが与えられる高い市場価値やそれと結びついた「刑罰感銘性」に鑑みて、これらの形式的な公的な否認の与える印象力は過小評価されてはならない。

その他に、ここでその他に集団の制裁に関してもまた、ヨーロッパの隣国諸国を一瞥してみよう。例えば、フランス新刑法典では——法人の解散と罰金刑のほかに——有期の活動制限、事業所の閉鎖、裁判所による監視、公共市場からの除外、小切手振出の禁止ならびに判決の公告が規定されている⁽²⁸⁾。オランダでは——罰金刑のほかに——付加刑および処分として、特定の権利の剥奪、

(27) そのほか、集団の正犯性を根拠づけるために、他のヨーロッパ諸国で発展した帰責モデルが方向付けのために考慮されるに値する。ここでは、部分的になお結合される2つのアプローチに出会う。第1のアプローチは、より強力に、個人の帰責モデルに方向付けられており、直接に行為した個人の団体内における地位に照準を合わせる。例えば、フランスでは、Art. 121-2 NCPによれば、団体のためその代表者としてまたは機関として行為したのとなければならない。これに対して第2のアプローチは、集団に方向付けられ、団体の態度に全体的考察を加える。団体の行為を根拠づけるためのこれらのアプローチによれば、団体の故意および責任を根拠づけるための2つのモデルが存在するという。他方、団体のために直接行為した者または団体それ自体のどちらかに照準が合わせられる。本文で述べた、ハイネ教授のアプローチは、それぞれ第2の選択肢に位置付けられる。しかしながら、集団が刑法上処罰しうることを認めるヨーロッパ諸国の刑法典においては、圧倒的に、これらのモデルまたはより多くのモデルの混合形態が平行的に実現されている。例えば、デンマークでは、客観的基準として、団体に所属する自然人の行為が存在するか、法人それ自体の犯罪行為が存在しなければならぬ (§ 27 Abs. 1 dänStGB)。主観的には、決定的な基準となるのは、団体または団体所属者が行為を阻止しえたかである。V. Greve, *Collective Responsibility from a Danish point of view*, [in:] A. Eser, K. Cornils, B. Huber (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, European Colloquium 1996 on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law, Freiburg 1998, S. 117-129を参照。

(28) Art. 131-37 bis 131-49 Nouveau Code Penal.これについては、B. Koch, *Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code pénal*, [in:] Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 107 (1995), S. 405-416 (414 f.) を参照。

判決の公表、部分的または全面的な営業停止、管理委託者の投入ならびに特別な措置を実行する義務および刑法および経済刑法において生じた損害を除去する義務を含む⁽²⁹⁾。

人にふさわしい刑事手続に向けた指導的観点

「人にふさわしい」刑事司法にとっては、制裁を賦課するための要件およびその様式のほかに、手続もまたもちろん重要である。最初の路線修正は、いずれにせよ、個人に対する犯罪の領域について、すでに被害者をいっそう考慮し、被害者に弁償するという意味で注意を促すことであった。しかし、これではあまり十分ではないであろう。それゆえに、その限りで——同じくテーゼの形で表現すれば——次のことが要求されるだろう。

テーゼ10：刑事手続もまた、その目的設定と構造において、可能な限り最大限の「人へのふさわしさ」に関し根本から考察されなければならない。そこにおいて一方では個人の有罪判決に対する手続の態様と他方では集団に対する手続の態様が異なることを初めから除外すべきではない。

これが具体的にどのような帰結になりうるのか、ここで完全に取り組むことはできない。しかし、少なくとも個人に対する手続についていえば、3つの指導的観点について手短かに明らかにすることができよう。

■ 第1に、人が国家のために存在するのではなく、国家が人のために存在するという意味で、人は国家よりも優位に立つべきであるならば、そこからまた、行われた犯罪の損害回復や将来の犯罪の抑止に至るまで社会の紛争を処理する際に、国家は2次的な役割に限定されつづけるべきであるならば、可能な限り最大限に訴訟を共同形成する可能性を直接の紛争当事者に残し、そこから、直接の関与者に公平な紛争調停および適切な制裁の賦与が期待できない場合にも、国家機関が介入すべきであるという形で、刑事手続は形成されなければならない。このような意味で、例えばオーストリアでは、裁判外の和解を挙げることができよう⁽³⁰⁾。この原則は、現在——例を挙げると——必ずしも糾問主

(29) A. van Woensel, [in:] C. Cleiren, J. Nijboer (Hrsg.), *Tekst en commentaar strafrecht*, 2. Auflage, Deventer 1997, Anm. 3c, 3d zu Art. 51 Sr. 集団の刑法上の責任に関する全体的な問題については、A. Eser, G. Heine, B. Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, International Colloquium, Berlin 1998, Freiburg 1999における各国報告をも参照。

義的手続の類型を、容易に当事者主義的手続の類型に代替できるという帰結には至らない。なぜならば、まさに当事者主義的手続においても、被害者の役割を検察官に委ねることによって、被害者を完全に刑事手続から排除することができるというのは、正当にも異論の向けられている当事者主義的手続の誤った展開だからである⁽³⁰⁾。しかし、おそらくは、このような原則は——それも当事者主義的手続にとってだけではなく、糾問主義的手続にとってもまた——刑事手続がいわば両当事者に対して「上から下へ」行われるのではなく、両者が最終的に最高度の合意とそれとともにより大きな受容と尊重に至るために、両者が従来よりもいっそう真実の探求と判定の獲得に関係づけられるという帰結になりうる。

■ 第2に、その間に形成された制度によってというより関係者によって獲得された観点において明らかとなったのは、多様に要求される訴訟上の「人権」である。それは、もはや国家権力の外在的な制限としてではなく、人間相互間の交渉の内在的構成要素として考えられる。「公平 (Fairness)」は、その場合、それ自体、捜査権の広く進んだ厄介な例外なのではなく、すでに当事者とともにそして当事者間での手続に適った交渉の構成要素である。同様に、無罪推定は、そうでなければ全能と理解される国家に制限を与えるものとして対置させるのみならず、被疑者を人間でない者として扱うことは許されない——すなわちまだ有責だと評価された者ではない——という基本原則からすでに明らかなのである。

■ 第3に、とくにかつて全体主義に支配されていた諸国で⁽³²⁾ 現在議論されている問題、すなわち素人たる国民の刑事司法への参加という問題もまた、人に方向づけられた観点からは新たな側面をもつ。その場合、もはや重要ではないのは、次の諸問題である。つまり、素人裁判官が職業裁判官よりも真実発見に適しているか否か、素人裁判官に対していっそう予断のなさを期待しうるか、または、素人を裁判官に含めることによって一般人を教育する利益という形で、法的知識を広め、法意識の強化を期待しうるか否かといった問題である。国家

(30) 例えば、W. Hammerschick, *Ausweg aus dem Strafrecht—der "aussergerichtliche Tausgleich", Überlegungen anlässlich eine "Modellversuchs" im österreichischen (Erwachsenen-) Strafrecht*, Baden-Baden 1994; Löschnig-Gspandl (oben Fn. 5) を参照。

(31) これについて有益なものとして、G.P. Fletscher, *With Justice for Some*, Reading, Mass. 1995.

よりも人を出発点に考察するという観点からは、とくに社会的紛争の人間相互間の要素およびその処理をいっそう明らかにすることが重要となる。その場合、行われた不法を公平に処理し、願わくば将来の不法をも予防しようとする苦心するのは、もはや職業裁判官の形で排除される国家ではなく、むしろ素人裁判官の形での対等な社会的同胞としての人である⁽³³⁾。

国境を超えた犯罪からの挑戦

昔は、たとえつねに視点を国境の向こうに送るとしても、観察者の立地点はなお国内にとどまっていた。つまり、結局問題であったのは、つねに、どの程度まで固有の国内法のために、諸外国の経験および改革の努力から何らかのものを学ぶことができるのか、どの程度まで一方では諸国に遅れをとっているのか、他方ではおそらくすでに諸国に先んじているのかを明らかにすることであった。しかし、ヨーロッパ化やグローバル化がさらに進んでいる時代に、つねに進展する国境を超えた犯罪との闘争を開始し、他国間との刑事司法の連帯に加わりようとする場合、このように国内で自己陶醉したままでは許されない。これは、さまざまに進んだ形で起こりうる。

■ 第1に、いわゆる国際刑法および刑事事件における国際司法共助という比較的伝統的な形である。この領域において、もはやなるほど本質的に新しいことは期待できないが、おそらく若干の改善がなしうであろう。テーゼとして極端な形で挙げれば、ここでは2つのことが問題となる。

(32) 名前を挙げれば、例えばスペインおよび東ヨーロッパにおいて。スペインについては、C. Pérez del Valle, *Landesbericht Spanien*, [in:] A. Eser, B. Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 5.1*, Freiburg 1997, S. 729-789 (745); Vossler (s. oben Fn. 11) を参照。そこでは、一定の犯罪行為（殺人罪、環境犯罪および職権犯罪）について管轄をもつ陪審裁判所が問題となる。ロシアについては、B. Huber (Hrsg.), *Beobachtungen zur Strafrechtsentwicklung in Europa zwischen 1989 und 1993*, [in:] A. Eser, B. Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.2*, Freiburg 1994, S. 1821-1935 (1908) ; St. C. Thaman, *Das neue russische Geschworenengericht*, ZStW 108 (1996), S. 191-213を参照。

(33) これについては、A. Eser, *Laienrichter im Strafverfahren*, [in:] K. Kroeschell, A. Cordes (Hrsg.), *Vom nationalen zum transnationalen Recht*, Heidelberg 1995, S. 161-181をも参照。

テーゼ11：実定法のレベルでは、さまざまな国内法の適用領域が、一方では訴追の間隙が存在しないように、他方では諸国間の管轄の衝突ができる限り生じないようにまたは少なくとも適切な衝突規範を通じて衝突を緩和するように、相互に調整させられなければならない。訴訟法の観点では、犯罪行為者が国境を超えても、結局は、国際訴追網の上に乗る以外の何物にもならないように、国際司法共助が拡充強化されなければならない⁽³⁴⁾。

国際刑法のこのような「古典的な」領域においてすでに、ヨーロッパレベルにおいてすらなお、いくつかの点が改善されるべきであるということが、比較的最近広く世間に知られることとなったのは、ドイツで手配されている殺人犯がポルトガルに飛んでいったが——ドイツでの法定刑である無期自由刑がそれを阻害したために——ポルトガルからは引き渡されず、外国人が外国で行った殺人にポルトガル刑法は適用できないために、ポルトガルでは責任を問われることはなかったときであった⁽³⁵⁾。世界規模での強力体制の間隙はさらに大きいことが、人身売買およびマネーロンダリングへの対策において明らかとなっており、インターネットでの暴力賛美に対して新たに手立てがないことについてまったく何の規定もないのである⁽³⁶⁾。

■ 伝統的な国際協力のレベルから国家を超えた裁判権へ移行すれば、こ

(34) 一方では、競合する国内実体刑法のレベル、他方では、訴訟法的な国際司法共助のレベル、これら双方のレベルのさらなる個別問題については、A. Eser, *Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases*, [in:] E. W. Wise (ed.), *Criminal Science in a Global Society. Essays in Honor of Gerhard O. W. Mueller*, Littleton, Colorado 1994, S. 3-20 (6 ff.) を参照。

(35) これについて、一方ではポルトガルに関して、引渡しを禁じている Art. 31. 1 in Verbindung mit Art. 6 1e) Decreto-Lei No 43/91 vom 22. 1. 1991 および他方では現在のところ本文に挙げたような場合に代理する刑事司法を定めていない Art. 5. 1b) Código Penal vom 23. 9. 1982 (Neubekanntmachung 15. 3. 1995) を参照。

(36) 国際的なデータの流通についての刑法上の諸問題について詳しく多様に述べているものとして、K. Cornils, *Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet*, JZ 1999, S. 394-398; U. Sieber, *Internationales Strafrecht im Internet*, NJW 1999, S. 2065-2073. マネーロンダリングについては、——とくに—— K. Oswald, *Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg 1997; M. Pieth (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, Basel 1992 を参照。

これらの間隙の問題および管轄権の問題はすべて、一挙に解消されるように思われる。しかし、グローバル化の観点からは、とくに新しいと思われるこのようなやり方ではすでに、実定法上の2つの困難な障害を乗り越えなければならない。すなわち、国際犯罪について、できる限り包括的な刑法典を起草すること、そして、できる限り実効性のある国際刑事裁判所を設立することである。これらの双方とも、法的に複雑であり、そして権力政治的に微妙な試みであるが、目下のところ、ともかく1998年ローマ会議で「国際刑事裁判所」規定の起草が初めての成果に至ったのである⁽³⁷⁾。しかし、たとえ人間や国家間においていわゆる文化の違いを超えて、国際的に処罰の必要な犯罪についての世界規模でのコンセンサスを作り上げることができ、最終的には十分に多数の国々が超国家的な裁判所の設立に結びつく主権の喪失を受け入れる用意があるとしても、これが結局「人にふさわしい」展開なのかという問題は残る。あるいは、これによって不法な犯罪行為の個人的内容は、さらに高度に抽象化して消え去ってしまうことはないのだろうか。そして制裁はさらに加害者と被害者から離れるのだろうか。私は、国際刑事司法には基本的に共鳴を覚えるということを隠すつもりはないが、「人にふさわしい」刑法の理解という観点からは、一定の細分化が必要とされるように私には思われる。これをテーゼにすれば、おそらく次のように定式化することができる。

テーゼ12：個人の行為は、できるかぎり加害者および被害者に即して判断されるべきである。これに対して、被害者の側で個人を超えた法益が強く関係すればするほど、そして/または加害者の側で国家権力が強く作用すればするほど、国家を超えた刑事司法が要求される。

この提案がおそらくいささか曖昧だと感じられる者には、単に東ドイツの刑事不法の処理においてこれが有意義に適用されたことを指摘しておこう。政府の犯罪ということで把握することのできるすべての事柄は、超国家的な機関の下に服せられ、これにより「勝者の司法」の外観を取り去ることができよう。このようにして国家的に誘導されまたは隠蔽される犯罪行為を実効的に予防するのはもちろん、次の場合にはじめて将来的に期待できるのである。すなわち、

(37) これについては、M. Ch. Bassiouni (ed.), *The Statue of the International Criminal Court. A Documentary History*. Ardsley, New York 1998, S. 1 ff.; H. Roggemann, *Der Ständige Internationale Strafgerichtshof und das Statut von Rom*, [in:] Neue Justiz (NJ) 1998, S. 505-509; O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999を参照。

国家権力の行使が刑法の責任から自由はなく、また事後に不処罰にされることもありえないと考えなければならないという基本原則を民族共同体が認識した場合、したがって、国家権力の担い手が刑法上の「自己免責」を行うのを国際法的に阻止する場合である⁽³⁸⁾。

ヨーロッパにおける刑法の調和

このような真のグローバルな任務に従い、最後にヨーロッパに目をむけよう。今日、ヨーロッパ化を語るならば、これにより法の領域では原則的に、単なる国境を超えた協調という以上のことを意味している。それを超えてむしろ、統一的なヨーロッパ法⁽³⁹⁾を作り上げることまでは問題でないとしても、さまざまなヨーロッパ諸国の国内法を一様化することも重要である。刑法にとってこれはどのようなことを意味すべきなのだろうか。最後のテーゼにおいて、私の希望と疑念をともに読んでいただきたい。

テーゼ13：ヨーロッパ規模の完全に統一した刑法および刑事訴訟法を作り上げることが、いかにも望ましいとすれば、それが近い将来に実現するにはほとんど思われなくても、法政策上の全努力は、適切な刑法的保護のための、そしてまた加害者と被害者との「人にふさわしい」交渉のための最低限の基準を作り上げることに向けられなければならない。

「すべてに渡るヨーロッパ」という観念に対してこれが過少だと思われる者は、次の2点を思い出してもらいたい。

■ 第1には基本的に、ドイツまたはその他の国と同様に、ヨーロッパもまたそれ自体が価値であるわけではなく、その自然環境および文化環境とともに、人と民族に役立つことができ、その用意がある限りでのみ維持する価値があり、生き延びる価値がある。したがって、刑法の統一も、それ自体が目的ではなく、それが均一化ではなく最適に作用し、国内および地方の特質性を保護するために、とくに受容を促進し、十分な余地を残す限りで正当となりうるにすぎない⁽⁴⁰⁾。

(38) この問題に宛てられる比較法的プロジェクトについては、A. Eser, J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Freiburg 2000を参照。

(39) 考えるさまざまな様式については、U. Sieber, *Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch*, JZ 1997, S. 369-381を参照。

■ しかし、この基準は、実体験からも明らかな通り、完全な統一刑法で充足するのは困難である。時間が許すのであれば——私は数年前に「ヨーロッパにおける国家を超えた刑事司法の方法と障害⁽⁴¹⁾」に関する調査研究において好ましい結果として認めなければならなかったように——すでにフランスおよびイギリスの刑法システムとドイツの刑法システムとの比較しただけで、どのような重要な相違がすでに個々の刑罰構成要件および一般の帰責則において存在するのかということ进行を明らかにしよう。これは必ずしも、より深いレベルにおいて、結局、同一の基本原則を見出すことができるが、他のシステムのために、あるシステムを犠牲にしてのみ統一が可能であろうとか、伝統を犠牲にして完全に両者入り混じった刑法体系を決定しなければならないということの意味しない。しかし、スイス連邦は、これまで決して、その諸州に統一刑事訴訟法を提供することができなかつたし、大英帝国においてイングランドとスコットランドが国家的に統一してもなお、刑法を統一させようとはしなかつたということからも、——その他すべてのEUに——ヨーロッパ諸国が近い将来にヨーロッパ刑法および手続に関する包括的な統一法令集を作り上げることができるだろうとはほとんど想像しえないように思われる。

■ しかし、統一への行き過ぎた努力に対するこのような疑念は、いっそう強調的に、規制のモデルを發展させることにつながる最小限基準を起草することに尽力するというを決して妨げない。この場合、とくに訴訟法において、なお改良すべき点がある。とくに被疑者の権利の領域および現代的な捜査措置の投入の領域において、ドイツ法は、ある部分では他国の手本から学んでいるが、ある部分では他国のためにおそらく手本となりうるであろう。例を挙げれば、被疑者の黙秘権についてであるが、よりによってその母国であるイギリスでは、憂慮すべき侵食にあっているのである⁽⁴²⁾。

■ 個別の論点すべてを超えて、一般的なメンタリティの変化もまた過小評

(40) A. Haeusermann, Ch. Ringelmann, *Tagungsbericht: Europäisches Kolloquium "Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht"*, ZStW 109 (1997), S. 444-451 (450 f.) を参照。

(41) A. Eser, [in:] Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.), *Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension*, Wiesbaden 1992, S. 21-53, とくに 24 ff. A. Eser, *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, [in:] H.-J. Albrecht u.a. (Hrsg.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin 1998, S. 1499-1529 (1524 ff.) をも参照。

価されるべきではない。法の調和と結びついて、さまざまな法秩序を比較するように迫られるということが出発点となりうる。比較法は、それがなければ共通のヨーロッパ法政策はいずれにせよ考えられないのだが、他の法文化に、そしておそらくは自らの法文化を誤りなく評価することの意味にも目を開かせる。また、比較法は、原理主義的な動きが——そして、場合によってはおそらく、若干の最上級審の諸裁判所の判決も——誤りのない完全さを要求する時代において過小評価されるべきではない事柄を、自らの法的確信をわけ知り顔で過大評価することからも守ることができる。その限りで、法の領域においても、比較は、絶対的な真実への迷信に対する最良の薬なのである⁽⁴³⁾。

展 望

確かに、ここで述べてきたことの幾つかは現実味がないように聞こえるかもしれない。しかし、たとえユートピアはめったに現実化しえないとしても、部分的にでも実現すれば1つの勝利たりうるのである。

近代においてもっとも重要な刑事政策者であるイタリア人のチェーザレ・ベッカリアが彼の著名な著作『犯罪と刑罰について⁽⁴⁴⁾』の表題紙に標語として記したことが、ここで我々を勇気付けることだろう。つまり、彼の改革要求、とくに拷問と死刑の廃止は、早急に実現できるものではないということを、ベッカリアは、そのエポックメイキングな著作にフランシス・ベーコンの文

(42) 1994年刑事司法および公秩序法 (Criminal Justice and Public Order Act) によって、裁判所は、被告人が否認したこと、理由なく質問に答えないこと、および免責の事情を遅れて援用することから、被告人に意味ある決定的な推論を行うことが許された。これについて、同所引用の諸文献と共に、B. Huber, Y. Braun, *Landesbericht England*, [in:] A. Eser, B. Huber (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa* 5.2, Freiburg 1999, S. 1043-1164 (1086). A. Eser, *Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa*, ZStW 108 (1996), S. 86-127をも参照。

(43) これについてはすでに、A. Eser, [in:] Max-Planck-Gesellschaft (Hrsg.), *Internationalität der Forschung. Berichte und Mitteilungen der MPG-1/97*, München 1997, S. 82 f.

(44) C. Beccaria, *Dei delitti delle pene* (1764), [in:] deutscher Übersetzung zuletzt herausgegeben von W. Alff (Insel Taschenbuch 1086), Frankfurt 1988.

(Serm. Fidel. unum. XLVより)を載せている。“In rebus quibuscumque difficilioribus con expectandum, ut quis simul, et serat, et metat, sed praeparatione opus est ut per gradus maturescant.”これを訳すと「より困難な事柄においては、一度で種まきも収穫もできることを期待することはできず、徐々に熟すために準備作業が必要だということが予期できる」となる。そこでもユートピアが最初にあった。——その限りで、ユートピアは進歩の母なのである。

[解題] 本稿は、ポーランドのワルシャワで出版されたStanisław Waltós教授の記念論文集 (J. Czapska/A. Gaberle/A. Światowski/A. Zoll (Hrsg.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności*, 2000.ドイツ語題名は, *Strafprozeßrechtsgrundsatz angesichts der Herausforderungen der Gegenwart*.)に掲載された、マックス・プランク外国および国際刑法研究所所長のアルビン・エーザー教授 (Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Albin Eser) による論文である。

訳者は、以前、刑法の国際化およびヨーロッパ化について、これがドイツ刑法において着実に進んでいる旨の紹介をしたことがある (刑法雑誌第41巻第2号 (2002年) 290頁)。これに関して、エーザー教授にいくつかの点を確認し、また、将来、この方向はいつそう進んでいくことになるのかを質問したところ、教授自身はいくつかの疑問をもっていると答えられ、紹介して下さったのが本論文である。本論文は、まさに最新のヨーロッパ刑法の動向を示すものであり、また、現代的な犯罪対策の必要性を前にしても「譲ることの出来ない」刑事法の中核部分、あるいは放棄できない諸国の文化的な個性に関して考察を加えられるものであり、非常に示唆に富む内容のものである。

また、タイトルの中で「人にふさわしい」と訳出した “Menschengerechte” の語について一言しておきたい。原語には “Gerechte (正義)” の意味も含まれている。しかし、内容的に絶対的な「正義」を意味するというよりも、国家による犯罪対策の機能的道具とされつつある「刑法」に警告を発するものであり、ここでは、個々の存在として尊重されるべき個人・社会の同胞・将来の子孫へつながる人類としての3つの意味での「人間」に「ふさわしい」=人間らしい刑事司法 (したがって、「正義」にかなうという意味にもなりうる) が意味されているものと考え、このように訳すことにした。なお、本文中、[] で記した部分は、訳者による訳注である。