

講 演

象徴的刑法とそれがもたらすもの
—ドイツの議論状況*トーマス・リヒター**
中空壽雅 訳

- 1 テーマへの導入
- 2 象徴的刑法の診断
- 3 象徴的立法の適用領域
- 4 現代的刑事政策
- 5 象徴的刑事政策のもたらすもの
- 6 結 語

1 テーマへの導入

ドイツの文献において「象徴的刑法」ないし「刑法における象徴学」という言葉がどのように理解されているのかという問いに、簡単に解答を与えることはできない。というのは、この言葉の理解や範疇づけが多岐にわたっているからである⁽¹⁾。その議論において、「象徴的刑法」についての様々な「閉じられた概念」（特定の意味領域を持った概念）が取り上げられ、さらに新たな領域や概念に対しても開かれているので、このテーマを一つの論争点にまとめること

* この論文は、2005年9月27日に筆者が早稲田大学で行った講演原稿がもとになっている。早稲田大学での講演の機会を与えてくれた高橋則夫教授と当日通訳を勤めてくれた中空壽雅教授に感謝する。

** 筆者は、マックス・プランク外国及び国際刑法研究所東アジア担当主任研究員である。

(1) たとえば、Voß, S. 25ff.; Ditz Ripollés, S. 531ff.; Hassemer 1989, S. 554 参照。

は今日容易ではない。

その点を明らかにするために、このテーマをめぐる議論の歴史を概観することが有益であろう。まず60年代に、北アメリカの政治学、社会学、刑事学において、政治と象徴に関する論議が行われた。この議論で確認されたのは、政治が権力や様々な利益と関係するということだけではなく、象徴を配置することや象徴を維持することとも関係するということである⁽²⁾。象徴という言葉は、ギリシャ語の *symbolon* あるいはラテン語の *symbolum* に由来する。そして、その意味としてまずあげられるのは「特徴づけること」であるが、本来は「連結すること」を意味する言葉である。この象徴という言葉は、様々な学問分野で、とりわけ神学、哲学、心理学及び生態学で、様々な意味で使用されており、統一的な意味を見いだすことはできないといつてよいであろう⁽³⁾。いずれにせよ、象徴とは、そこからあることが推論ないし認識できるところの符号(シンボル)であり、推論される本来のものを超える符号として理解することができる。それは、他のあるものに関するシンボルである。象徴は、事実とは異なる表面的なものという悪い意味合い、つまり虚偽・虚構といった悪い意味合いをもつことがしばしばある⁽⁴⁾。とりわけ上述の議論では、このような意味で利用されていた。

およそ70年代以降、ドイツ語圏内において、法社会学や批判的刑法学の領域で、この問題に関する議論がなされた。そして、80年代末に、とりわけ刑法に特化した議論が全刑法学において大きな関心を引き起こした⁽⁵⁾。さらに、その後刑法の多くの新たな分野へと議論が拡大されることになった。このテーマについての80年代末までの議論は、主に立法に焦点をあわせたものであった。そして、その結果、「象徴的立法」ということも論じられた⁽⁶⁾。だが、90年代の議論は、さらに、象徴的な判例から刑務所建築の象徴学にまで及んだ。刑務所の外観が、一定の行刑戦略を象徴的に支えるべきものとされる一方で⁽⁷⁾、判例については以下のような種類の例が引き合いにだされた。すなわち、スペイン司法当局は粗暴犯に寛容すぎると非難されたために、その非難をうけた判例に

(2) *Hassemer* 1989, S. 553参照。

(3) *Noll*, S. 347参照。

(4) *Hassemer* 1989, S. 555 ; *Hassemer* 2001, S. 1017参照。

(5) *Hassemer* 1989, S. 554 脚注14とそこに挙げてある文献参照。

(6) *Voß*, S. 1ff. ; *Hassemer* 1989, S. 555.

(7) *Esch/Jung/Kroeber-Riel*, S. 66.

においては、被害者の証言を過大評価する傾向が現れた。そして、判例は、象徴的に被害者との連帯を強調し、犯人に寛容であるという批判に対応しようとした。しかし、そのことで、今度は逆に、判例は、疑わしきは被告人の利益という原則に抵触することになってしまったという例がこれである⁽⁸⁾。

刑事立法に関する限り、刑法学は、いうまでもなく象徴的行為の名宛人が、国民、より特定するならば、選挙民であることから暗黙裏に出発しているといっている。刑事立法は、象徴的な活動によって印象づけられ、その承認をうることになる。たいていの場合には、メディアがその中間に介入しており、メディアも名宛人に含まれる。というのは、それは、象徴の効果を何倍にもするものとして重要な意義をもっているからである。

2 象徴的刑法の診断

ずっと以前から、「現代刑法」がたどってきた発展に関する不満足感を何人かの刑法学者が表明している。啓蒙期以降の発展がそうであったように、現代の刑法はまさにその形態を変更しようとしているという印象が生じた⁽⁹⁾。この傾向は、常にあらたな領域へと刑法を拡張することへと向かう。そして、このことは、ますます国民国家へと照準を合わせることを不可能にするような国際的な発展でもあるように思われる。法益という限界を超え、抽象的危険犯を利用して処罰を早期化するという傾向と並んで、象徴的な刑法もまた、「現代刑法の危機的現象」の一つをなすといっただけであろう⁽¹⁰⁾。

何人かの刑法学者の診断によれば、多くの分野において、一定の社会的問題を解決するために刑法が象徴として利用されている—とりわけ環境破壊、組織犯罪、テロ、不法入国、汚職、遺伝子工学といった大きな危険性をもった現代の問題において⁽¹¹⁾。またさらに、政治は、刑法を危機的問題解決のための柔軟で即効性のある手段と考える傾向を持つようになった⁽¹²⁾。だが、刑法をこのように利用することは、刑法の基本的性格を掘り崩し、いきおい、その性格を大きく変更させることにもなる。

(8) *Díez Ripollés*, S. 532f.

(9) *Frehsee*, S. 14参照。

(10) *Hassemer* 1989, S. 559.

(11) *Díez Ripollés*. S. 517参照。

(12) *Hassemer* 2001, S. 1005参照。

「現代刑法」の実際に間違った発展や間違っていると思われる発展については、様々な方法での批判が可能である。決定的な点は、多くの領域で、刑法が、象徴としてのみ現れ、また象徴としての意義以外をもたないということである。もちろん、特に積極的一般予防論を前提とする場合には⁽¹³⁾、多くの法律や判決、それどころかほとんどの法律や判決が、象徴的な内容も持っていることに異論をはさむことができないのであるから、象徴の程度がここではとりわけ問題となろう⁽¹⁴⁾。簡潔に表現すれば、このことは、「象徴的刑法の基本的考え方」の問題なのである⁽¹⁵⁾。

象徴的刑法に対する批判の中心は、法律やその他の措置のもつ効果志向的な考察方法にある⁽¹⁶⁾。ここで重要なのは、法律が結果においていかなる効果を持つか、いかなる「アウトプット」を目指しているかという問題である。このようなアプローチは、経験的なものであり、理論体系内部での整合性のみを問題とする純粋に規範的なアプローチと比べて、かなり新しいアプローチである。(法律その他の)一定の措置によって何が生じるかということが問題にされるようになって初めて、原理上、一定の処分がアウトプットあるいは成果を目指したものか、それとも、何らの効果も持たない象徴的な行為にとどまるのか⁽¹⁷⁾が区別されることになるのである。

刑法規範が象徴的なものか否かは、規範の「顕在的な」機能と「潜在的な」機能から解明される⁽¹⁷⁾。顕在的な機能とは、規範の定式化から直ちに生じる機能である。潜在的な機能とは、規範の文言内容の外で生じるものであり、それには、現実の行動要求の満足、国民の沈静化、あるいは、たとえば国家の強大さのデモンストレーションといったことが含まれる。そして、潜在的機能が顕在的機能を上回る場合に、当該立法は象徴的な立法であるということになる⁽¹⁸⁾。

(13) *Hassemer* 1989, S. 554; *Voß*, S. 102ff.

(14) *Hassemer* 1989, S. 555f. このことについて詳細なのは、*Noll*, 354ff. *Jäger*, S. 52も同様。

(15) *Hassemer* 2001, S. 1003. *Díez Ripollés*, S. 528も同様。

(16) *Hassemer* 1989, S. 555.

(17) このような区別の背景については、*Voß*, S. 60ff. とそこに挙げてある文献を参照。

(18) *Hassemer* 1989, S. 556.

3 象徴的立法の適用領域

象徴的立法の典型的な例として、しばしば環境刑法が援用される。環境の保護は、多くの国において、ほぼ全国民に関係するような重大な社会的関心事となっている。空気、水、土壌は汚染され、危険な有害物質は満ちあふれている。また、オゾンホールは拡大し続け、森は死に、動物種は絶滅の危機に瀕し、海は汚染されている。しかし、一方で、環境犯罪の具体例を考えるとしたら、公的な駐車スペースでオイル交換をし、洗車をする自動車運転手、肥料を下水に流す農民、あるいは、家庭でのゴミを決められた場所に出さない人々があげられることになろう⁽¹⁹⁾。統計上の環境犯罪の大部分を占める、このような「罪悪」の刑事訴追によって、環境汚染の問題がその中核部分において解決されないことはいうまでもない。

同様のことは、ドイツの「現代刑法」の多くの領域で見られる⁽²⁰⁾。たとえば、以下のような改正がこれにあたる。

— 議員の汚職（刑法108条 e, 1994）と私的経済における職員の汚職（刑法299条, 1997）⁽²¹⁾

— 性犯罪その他の危険な犯罪行為防止のための法律による性刑法（1997）⁽²²⁾

— テロ防止（2002, 2003）⁽²³⁾

— 落書き防止のための立法。スプレーやペンキでの落書きが増えたという主張に基づいて、90年代半ばから、このような行動を強く防止するための努力が行われた。処罰の欠如が生じると思われる理由で、刑法303条、304条にいう器物損壊の構成要件を、「外観を損なう」という行為まで拡張すべきだということになった。しかし、これまでのところ、そのための議会での試みは失敗に終わっている。CDU / CSU の議員団のみが、刑法典にそれに対応する改正を加えようと依然として努力しているように思われる⁽²⁴⁾。とはいうものの、刑

(19) *Frehsee*, S. 19参照。

(20) *Frehsee*, S. 19f. でのその他の例としては、クレジットカード詐欺、刑法264条 a の目論見書を利用した詐欺ないし投資詐欺及び刑法109条 b による軍人の名誉保護がある。

(21) *Barton*, S. 1098ff. ; *Hamm*, S. 56参照。

(22) これについては、*Jäger*, S. 49ff.

(23) 2002年6月13日の欧州連合理事会の議決と2003年12月22日のドイツ連邦議会の議決をみよ。

法典の計画された補填が私的財産や公的財産のより効果的な保護をもたらし、スプレーで落書きをする者の効果的な処罰に役立ちうるかは、きわめて疑わしい⁽²⁵⁾。

—2005年のドイツ集会法とそれと結びついたデモの制限。この背景には、2005年5月8日、まさに第二次世界大戦ドイツ敗戦60周年の日の極右政党NPDのデモ行進、ベルリンのブランデンブルグ門と虐殺されたユダヤ人のための新たに設立された慰霊碑の前で行われる予定のデモ行進に対するおそれがあった。そして、第2次世界大戦でのドイツ敗戦からちょうど60年後という日時およびその場所とが、政治的な論争を沸騰させることになった。しかし、立法にあたっては、警察法によって通常的手段で阻止できることがほぼ確実なこの具体的なデモ行進を阻止することが実際には問題ではなく、国民の大部分の拍手喝采をうける極右政党を民主主義政党の連合から閉め出すことが問題であったことは明らかである⁽²⁶⁾。

—象徴的立法のもう一つ別の例としては、刑法241条bに「ストーキング」の構成要件の創設が計画されたことをあげることができる。

4 現代的刑事政策

啓蒙的な刑事政策が法律を作ろうとか改正しようとかする場合には、少なくとも、以下のような一定の望ましくない現象が既に生じていたり、あるいは生じることが予想されることが前提となる。それは、可罰性が、従来は認められていないか、あるいは十分には認められておらず、さらに意図された改正が、この結果を埋めるためにふさわしいものであり、必要なものであるような現象である。とりわけ、後者の二つの要件については、一部は専門家によって行われるような十分な法的検討が要求される⁽²⁷⁾。21世紀の今日、すべてが変化してしまい、上述の諸原則ももはや妥当しなくなっていないかということを問う

(24) 連邦議会公報15/302参照。既に連邦議会公報14/872も。

(25) この点に関する詳細は、*Hamm*, S. 57ff. をみよ。

(26) 法改正に対する類似の批判をするものとして、当時の連邦司法大臣 *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* (FDP), 2005年2月18日付けの *Süddeutsche Zeitung*。

(27) たとえば、マックス・プランク外国及び国際刑法研究所の1996年刑法による瀆職防止に関する鑑定書や2000年ドイツにおける刑法での起訴方法の改正に関する鑑定書を参照。

ことも許さざるを得ない。

実際のところ、たとえばテロの場合に、深刻な出来事とその後の事態の変遷に際し、政府は直ちに批判に見舞われ、「立法者への要望の声」が鳴り響くことになる⁽²⁸⁾。その際に、メディアが、しばしば社会統制の推進力となっている⁽²⁹⁾。マス・メディアは、発行部数や視聴率を上げるために、注意を喚起し、たとえば「安全神話崩壊」を通じて、議論を感情的なものにしようとする⁽³⁰⁾。しかし、野党も、時としては、議論の不偏不党性を損ない、政府の行動能力に重大な圧力をかけることに多大の寄与をする⁽³¹⁾。政府の政策は、国民の期待および不安に対応することを余儀なくされているということができよう⁽³²⁾。その際に、その政策は、たとえ一時的な圧力にすぎないとはいえ、強力かつ性急な行動主義の下で促進されることになる。法律が大急ぎで作られ、法案がますます迅速に議会を通過するようになる。従来何年も何十年も有していた法案が、いまや「大急ぎ」で議会を通過するようになる。そこでは、法律の質の問題が、立法手続の迅速さによって補填されることになっている。

法律行動主義は、「何かあることが生じるという外観をとるために」というモットーの下におかれている。法律を「政治的シグナル」あるいは「象徴として重要である」と特徴づけることによって、一部では、このことは多かれ少なかれ公然と肯定されている⁽³³⁾。生態学では、このような状況において、代償

(28) Noll, S. 361参照。

(29) Díez Ripollés, S. 516.

(30) Frehsee, S. 14ff. 参照。

(31) たとえば、2005年夏にベルリンのCDUが16歳の少年による7歳の児童の残虐な殺害後に示した対応がこれである。野党であるCDUは、幼児や児童に対する犯罪を防止するための迅速なプログラムと「ソフトな教育法(Kuschelpädagogik)」を止めることを要求した。そこでは、とくに、触法少年を閉鎖施設に収容すること、成人年齢を引き下げること、さらには全体として厳罰化した刑罰法規を採択すべきであることが主張された。この点につき、2005年2月9日のBerliner Zeitung参照。

(32) たとえば、幼児の性的虐待の場合について、連邦首相 Schröder は、ある女児に対する残虐な性的殺人に関する多くの人々の衝撃をうまく利用して、犯人を「隔離する、しかも永久に隔離する」という刑事政策的結論を主張した。このような表明は、保安監置、とりわけ、刑法66条bの釈放後の保安監置を可能とすることで実現された。

(33) Jäger, S. 49脚注4参照。連邦司法大臣 Brigitte Zypries が新設された刑法241条bでの「ストーキング」の処罰に関して示した対応も同様である。この

反応を問題とする⁽³⁴⁾。代償反応という言葉は、動物世界では、その動物が実際に戦闘をすることができないために、威嚇力の実際にはあまりないポーズ、あるいは意味のないポーズであるにすぎないような行動をとることとして理解されている。したがって、象徴的刑事政策が、刑罰法規の改正や創設において、法益保護が前面にでるのではなく、社会全体の行為要求の満足が前面にでるということを甘受しているのは明らかである⁽³⁵⁾。そして、ここから、アリバイ作りのための法規や戦時的法規が生じることになる⁽³⁶⁾。

法治国家原理の問題と並んで、象徴的刑法は非合理的か否かが、依然として問われなければならないが、それに対する一つの解答のみを出すことはできない。規範的解釈論的刑法体系を背景にするならば、象徴的刑法は非合理的である。「批判合理的法思想」においては⁽³⁷⁾、かくして、象徴的刑事政策は、啓蒙期以前の時代に後退するものであるということになる。

だが、法の定立にあたり、社会的な理念や規範の公的な承認のみが考えられ、その具体的な実行ははじめから考えられていない場合には⁽³⁸⁾、象徴的刑事政策は全く合理的なものということができよう。政治的にみても、たとえば、象徴的な立法によって国民の感情を宥和することができる場合には⁽³⁹⁾、このような方法は合理的なものといえる。また、このことを通じて、そのために活動する人間や政党の公的な支援の改善が見込まれうる⁽⁴⁰⁾。このことは、犯罪防止が結局のところ見せかけられているにすぎない場合にも妥当する⁽⁴¹⁾。

社会の複雑化の増加によって、「演技者」と「観客」とによる象徴的政治の可能性が増加する⁽⁴²⁾。経験のうち大部分のものは、今日、自らが行うのではなく、外部から提供されるのである。わずかな者のみが、海や河川の水質がよいかどうか、原子力技術の安全性が維持されているか否か、軍備の必要性が存

点につき、2005年8月11日付けの Frankfurter Rundschau 参照。

(34) *Hamm*, S. 56 ; *Voß*, S. 31参照。

(35) *Hassemmer* 1989, S. 559 ; *Hegenbarth*, S. 201ff. 参照。

(36) *Voß*, S. 31参照。

(37) *Noll*, S. 363.

(38) *Noll*, S. 349に引用されている *Gusfiendl*, S. 175参照。

(39) *Noll*, S. 362参照。

(40) *Schulz*, S. 127参照。

(41) *Stübinger*, S. 156.

(42) *Hegenbarth*, S. 203.

在するかどうかを実際に判断することができる。専門家の知識や経験が次第に引き合いに出されるようになることは、議会においても認められる。立法手続において、ますます、専門委員会やアンケート委員会その他の準備が決定的な役割を演じるようになる。国会議員の大部分は、法案作成に関する専門家ではなく、その採決に当たって、準備段階で各党派により出された勧告に依拠するにすぎない。議会での審議は、そのことによって一象徴的刑法の問題とは無関係に一重要性を失う。

現代の刑事政策は、以下のような理由で象徴的刑法を正当化する。すなわち、古典的刑法において既に行刑上の欠陥が存在したこと、現代的な刑法は、古典的なブルーカラー犯罪と並んでホワイトカラー犯罪も導入したがゆえに社会的に一層適合していることという理由がこれである。さらに、重大な問題には、考えられるあらゆる手段を、一もちろん刑法もその一つであるが一、用いることが要求されるという理由もあげられている。

5 象徴的刑事政策のもたらすもの

象徴的刑事政策とこれに伴う性急な行動主義の考えられる成果はなんであろうか？

一もっとも有用と思われる事例においても、象徴的立法は、所与の目的を達成しないというだけでなく、刑事訴追に直接的な影響を何らもたない。またいづれにせよ、法律という装置の（不必要な）膨張をもたらず⁽⁴³⁾。このことに関しては、いわゆる逆効果も生じうる⁽⁴⁴⁾。ある刑法上の構成要件がひとたび存在することになると、規範確証を放棄することは耐え難いものとなる。そのことによって、刑罰法規を整理することは困難となる。

一たとえば、261条の意味での資金洗浄のように、部分的には何度も改正されざるを得ないおびただしい数の規範が創設される。

一立法手続に、間違っただけのような手作業による間違いが紛れ込む⁽⁴⁵⁾。間違っただけの法律はよい判例を生まない。その場合、耐え難い結果を阻止するため

(43) すでに *Noll*, S. 354は、「法規の膨張的増加」について、*Hegenbarth*, S. 201は、「法規範の過剰生産」について論じている。

(44) *Noll*, S. 358; *Díez Ripollés*, S. 532参照。

(45) たとえば、第6次刑法改正法に関して、*Schulz*, S. 127とそこに挙げられている文献と *Schroeder*, S. 307ff. をみよ。

に、判例は、解釈学的には疑問の余地がある（緊急の）解決策に手を伸ばすことになる。

一象徴的立法は、たとえば刑法が危機に介入するための（主要な）装置へと機能変更をし、一比例性の原則に基づいた一基本的な性格を失うために、刑法体系や法体系が徐々にダメージを与えられることを通じて、生産的でないこともありうる⁽⁴⁶⁾。とりわけ、立法者の改正の迅速性が強調されることによって、裁判官の留保や基本権といった歴史上苦勞して獲得されてきたものが、「現代刑法」の効果要請を適正に評価できないという理由で危機に陥れられることになる。

一象徴的刑事政策は、合理的解決からはずれることもあるし、それどころか解決を妨げることもありうる。後にその措置の成果がでないままであることが認定された場合には、それにもかかわらず、しばしば刑法上のアプローチと決別をするのではなく、逆に（同一以上のものであるところの）さらなる立法活動が行われることになる⁽⁴⁷⁾。そして、刑法が期待を充足し得ない場合には、長期間にわたり信頼性を喪失するおそれがある⁽⁴⁸⁾。ドイツに関していえば、今日、なお法治国秩序の「同調優位」（法治国秩序を信頼しているということ）から出発しうるか否かは疑わしい⁽⁴⁹⁾。とりわけ、政治家や企業家が、「我々は法治国家をものはやあてにしない」と強調する場合には、政治の信頼性の喪失は、国民に不確実性をもたらし、法遵守喪失をもたらす⁽⁵⁰⁾。法律規範はもはや真摯に受け取られず、その価値が低下する。

一象徴的刑事政策は、確かに短期的には安上がりである。もちろん、国家財政が乏しい時代にはそれは重要でない論拠とはいええないが、しかし、長期的には、国民経済に対する計算できない損害を生じさせる。

一結局、民主主義的な法治国家の不安定化へと至る⁽⁵¹⁾。

(46) *Hassemer* 2001, S. 1005.

(47) 資金洗浄構成要件の展開を参照。

(48) *Hassemer* 2001, S. 1006.

(49) たとえば、さらに *Noll*, S. 363.

(50) *Hegenbarth*, S. 201参照。

(51) *Albrecht*, S. 22.

6 結 語

象徴的刑法に関する議論は、依然として、政治の補助的装置として利用され、誤用される「現代刑法」についての批判的分析の一部をなす。学者の研究と批判は、まず第一に刑事立法に向けられる。その刑事立法は、重大な社会問題を刑法という堅い剣によって解決することを口実とするが、しかし実際には現実的な問題をコントロールすることはできないものである。刑法は、そもそも、解決のためのふさわしい装置とはいえないか、公衆やメディアの圧力の下で慎重に反応するという時間を欠き、質的に劣悪な法律を生み出すことになるかのいずれかである。象徴的法規、それはドイツではそうこうするうちに通常の場合になってしまったと述べても⁽⁵²⁾、決して誇張ではないであろう。それは、多くの文献でも認められているように、もはや決してレアケースではないのである。

その場合に、象徴的な刑事立法は、処罰の欠如が生じていると思われる部分を埋めるという形態をとることも⁽⁵³⁾、可罰性は存在すると思われるものの、事実上はもはや存在しないかあるいは規範要請の遵守が副次的なものとなっている場合の可罰性を強化するという形態をとることもある⁽⁵⁴⁾。

象徴的刑法に関する議論は、これまで専門家による議論にとどまっておき、国民も政治家も顕著な影響力を行使することはなかったように思われる。刑法学者は、市井の人々がほとんど手に入れることのできないような専門的知識をもった専門家である。素材が複雑であるために、演技をしようとする政治家にとって、あるいは間違った方向に誘導しようとする政治家にとってさえも、その正体が暴かれないための十分なチャンスが与えられる。確かに、立法者の作業を精査することは常に可能であるが、しかし、とりわけ立法措置の結果を認定することは困難であるということは認めざるを得ない⁽⁵⁵⁾。立法活動の成功や失敗は多くの因子に左右され、その結果、よい立法作業にもかかわらず望ま

(52) *Hassemer* 1989, S. 555 ; *Hassemer* 2001, S. 1015.

(53) たとえば落書き防止。これに関して、*Hamm*, S. 58参照。

(54) たとえば場合によっては、作為による臨死介助。これに関して、*Baer-Henney*, S. 202参照。また、他の文脈においてであるが、*Hegenbarth*, S. 202も参照。

(55) すでに *Hegenbarth*, S. 204も参照。

しい結果が生じないことも、悪い法律にもかかわらず状況の事実上の改善が生じることもありうる。このことは、決して、法律が質的に良いものか悪いものかは何らの機能も持たないということの意味するわけではない。高い質を達成することは、依然として、すべての立法者に対する要請であるが、しかしそのことで、議会システムの危機をエスカレートさせるべきではない。立法活動を一象徴的に一望ましい行為操縦のために利用するということは依然として妥当である⁽⁵⁶⁾。純粋に象徴的な立法は、いわば緊急の社会的危機に対する代替反応として、決して効果がないというだけでなく、一重大な副次的効果のために一有害であり、いずれにせよ放棄することが可能である⁽⁵⁷⁾。

象徴的立法の効果として、刑法、法、さらには議会システム全体の危機が生じうる。支配的な、純粋に象徴的立法によって、法益保護という刑法上の基本的構想が破壊され、最終的には意味のないものとされてしまう。租税法や社会法といった他の法領域においても、象徴的立法が行われ、短期間に改正がなされるということ、しかも部分的には遡及的効力をもつ改正がなされるということも排除できないために、長期的な計画設定がもはや不可能になってしまう。

象徴的刑事立法に対する批判は、基本的には正当なものであると同時に必要でもある。その批判は、多かれ少なかれ、現代的な立法に対する明確な分析を含んでいる。このような分析が放棄できない限りにおいて⁽⁵⁸⁾、一生じうる一「問題」の検討を通じてのみ、そのための解決の可能性もまた見いだすことが可能であると思われる。象徴的刑法に関して引用した例は、決して十分な説得力を持っているものではないし、また、まったく説得力がないわけでもない。このことは、しばしば引用される環境刑法にも妥当する。いずれにせよ、年間約25000件登録される環境犯罪事例は⁽⁵⁹⁾、ドイツにおいては環境刑法は重要ではないという推定と量的には矛盾している。

いわゆる象徴的刑法という構想は、確かに、純理論的な概念として理解することもできる。なぜならば、将来も、あらゆる時代のあらゆる法秩序においても、象徴的立法という活動が生じうるからである。だがしかしながら、象徴的刑法の適用事例を探し出すことは、スープの中の塩と同様にこの議論の推進力となる。悪例は、象徴的刑法という構想に問題を生じさせないとしても、その

(56) *Roxin*, §2 RN23参照。

(57) *Noll*, S. 362も参照。*Barton*, S. 1100も同旨。

(58) *Hassemer* 2001, S. 1018もまた参照。

(59) たとえば2000年以降の警察犯罪統計。

論証力を弱めることになる。

象徴的刑法の諸現象は、観察すべき法文化衰退のすべての文脈において、それが国内的なレベルでも国際的なレベルでも重大な事柄である。成文法も不文法も、現在のところ、価値を決定的に失う傾向にあるように思われる。そして、その喪失は、急激に起こるのではなくて、徐々に継続的に生じるのである。このことに関して、実際には、(不) 真正の連邦首相信任問題によるドイツ連邦議会の解散の連邦憲法裁判所による承認⁽⁶⁰⁾、あるいは一さらに劇的なものとしては「予防戦争 (preemptive war)」⁽⁶¹⁾ という新ドクトリンによる国際法上の暴力禁止の解除や憲法上及び国際法上の拷問禁止の動揺もあげることができよう⁽⁶²⁾。

これらの議論においては、個人と集団ないし国家との間の評価の違いが問題となるだけではない。むしろ、法の役割を疑問視することの徴表それ自体が存在するのである。「予防戦争」というドクトリンは、確かに、なお一少なくとも不成文の一合法性を前提とする。しかし、「テロとの戦争」(George W. Bush) によるテロとの戦いは、既に、「緊急は法をもたない」というモットーの下で、あらゆる手段が許されることになる—想定される—自己保存のための戦いを示唆しているのである。

象徴的刑事立法は、法文化の衰退に寄与するものであるが、その場合に法は、様々な個人間や個人と国家間における人的利益の保護を保障するものとして理解される。—善意に基づいてであっても—不適切な刑罰法規によって国民を沈静化させることはそれ自体、軽率の誹りをのがれることはできず、いずれにせよ、長期にわたり法の地位を下げることになる。法律のゴミの山がどんどん大きくなり、—その山が大きくなればなるほど、ますます—、危険を引き起こす本質的なものが非本質的なものと混ぜ合わさって、その本質的なものへの

(60) Prantl 参照。

(61) とりわけ、2003年のイラク戦争に際して、George W. Bush アメリカ大統領が、このドクトリンを援用した。

(62) この点について、ドイツに関しては、多くの議論を呼び起こした、Metzler 事例とフランクフルト警察署長 Daschner 事例を挙げることができる。また、国際的なレベルでは、Guantanamo の捕虜収容所や Bagdad の Abu Ghraib 刑務所の収容者の取り扱いが議論の素材を提供する。この点に関しては、Stadler, S. 22の要約を参照。これに対して、拷問禁止に関する2005年10月はじめのアメリカ合衆国上院の事態打開のための明確な決議は、再び法を強化するための重要な兆候を示すものである。

洞察が遮断されることになる。それゆえに、立法者に対して、その刑罰法規が問題の解決にふさわしいか否かについて説明するよう要求し続けなければならないのである。

(引用文献一覧)

- Albrecht, Peter Alexis*: Die Bedrohung der Dritten Gewalt durch irrationale Sicherheitspolitik. In: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.): Irrwege der Strafgesetzgebung. Frankfurt a.M. et al 1999. S. 11-25.
- Baer-Henney, Juliane*: Die Strafbarkeit aktiver Sterbehilfe-ein Beispiel für symbolisches Strafrecht? Eine Analyse der deutschen Rechtslage unter Bezugnahmen auf die rechtliche Behandlung des assistierten Freitods in den USA. Aachen 2004.
- Barton, Stephan*: Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB). NJW 1994, 1098-1101.
- Díez Ripollés, José Luis*: Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe. ZStW 113 (2001), 516-538.
- Esch, Franz-Rudolf/Jung, Heike/Kroeber-Riel, Werner*: Die kommunikativen Wirkungen von Gefängnisarchitektur. Zugleich ein Beitrag zur Symbolik im Strafrecht. In: Martinek, Michael/Schmidt, Jürgen/Wadle, Elmar (Hrsg.): Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen 1993, S. 47-69.
- Frehsee, Detlev*: Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes/In: Frehsee, Detlev/Löschper, Gabi/Smaus, Gerlinda (Hrsg.): Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe. Baden-Baden 1997. S. 14-46.
- Hamm, Rainer*: Ein neuer Fall von symbolischem Strafrecht: "Graffiti-gesetz"/In: Albrecht, Peter-Alexis et al. (Hrsg.): Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag. Baden-Baden 2000. S. 56-64.
- Hassemer, Winfried*: Das Symbolische am symbolischen Strafrecht. In: Bernd Schünemann/Hans Achenbach/Wilfried Bottke et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin, New York 2001. S. [1001] -1019
-Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. In: Winfried Hassemer, Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden 2000. S. 170-188. = NStZ 1989, 552-559.
- Hegenbarth, Rainer*: Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze. ZRP 1981, 201-204.
- Jäger, Matthias*: Symbolisches Strafrecht-expressive Kriminalpolitik: die Reform der Sexualdelikte. In: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.): Irrwege der Strafgesetzgebung. Frankfurt a.M. et al 1999. S. 49-73.
- Naucke, Wolfgang*: Versuch über den aktuellen Stil des Rechts. KritV

- 1986, 189-210.
- Noll, Peter* : Symbolische Gesetzgebung. ZSchwR 1981, 347-364.
- Prantl, Heribert* : Die Helden von Karlsruhe. Süddeutsche Zeitung vom 10.8.2005.
- Roxin, Claus* : Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. München 1997.
- Ryffel, Hans* : Rechtssoziologie. Neuwied, Berlin 1974.
- Schaller, Heimer* : Strafrechtliche Probleme der Abgeordnetenbestechung. Tübingen 2002.
- Schroeder, Friedrich-Christian* : Gesetzestechnische Fehler im 37. Strafrechtsänderungsgesetz. GA (2005), 307-309.
- Schulz, Lorenz* : Zur Standortbestimmung aktueller Kriminalgesetzgebung am Beispiel des 6. Strafrechtsreformgesetzes. In: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.): Irrwege der Strafgesetzgebung. Frankfurt a.M. et al 1999. S. 123-140.
- Seibert, Thomas-Michael* : Plädoyer für symbolisches Strafrecht. In: Cornelius Prittwitz/Michael Baumann/Klaus Günther et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen. Baden-Baden 2002. S. 345-357.
- Stadler, Rainer*: Folgen der Folter. Süddeutsche Zeitung Magazin vom 30. 9.2005, 20-25.
- Steinert, Heinz* : Über symbolisches und instrumentelles Strafrecht. In: Detlev Frehsee/Babi Löscher/Gerlinda Smaus (Hrsg.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe. Baden-Baden 1997. S. 101-116.
- ders.: Über die Funktionen des Strafrechts. In: Michael Neider (Hrsg.), Festschrift für Christian Broda. Wien 1976. S. 335-371.
- Stübinger, Stephan* : Strafrecht zwischen Wissenschaft und Politik. Über die Differenz zwischen wissenschaftlichem und politischem Reformdruck auf das Strafrecht. In: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.): Irrwege der Strafgesetzgebung. Frankfurt a.M. et al 1999. S. 141 - 169.
- Voß, Monika* : Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten. Ebelsbach 1989.

(訳者あとがき)

本稿は、2005年9月27日に早稲田大学で行われた講演会(同大学比較法研究所主催)でのドイツ連邦共和国マックス・プランク外国・国際刑法研究所東アジア担当主任研究員であるトーマス・リヒター博士の講演原稿に博士自身が帰

国後にさらに加筆したものの翻訳である。なお、当日の講演は、「象徴的刑法は法か煽動か？—Recht oder Demagogie? Symbolisches Strafrecht」という原題であった。

本稿のテーマである「象徴的刑法」は、ドイツにおいて80年代後半から活発に議論されるようになってきた。それは、危険社会と社会規範の喪失・衰退を前提にした刑法の現代化の問題や積極的一般予防論の台頭と軌を一にしている。ハセマーによれば、すべての刑法は多かれ少なかれ象徴的側面をもっているが、「象徴的刑法」とは現代化した刑法の危機的現象とされているのである〔ハセマーの見解については、特に、W. Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, S.553ff. (新谷一幸「〈紹介〉ハセマー『象徴的刑法と法益保護』」修道法学17巻2号25頁以下)；ders., Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S.1001ff. を参照。〕。

刑法の現代化の特色として、①強く予防に方向づけられていること、②刑法が問題解決に適しているという確信に基づいて、刑法の最終手段性が放棄され、重罰化や新たな犯罪化といった現象を生じること、③普遍的法益が使用されること、④抽象的危険犯を利用した処罰の早期化が多用されること、⑤刑法の基本原則を問題解決に役立たない場合には放棄することがあげられる一方で、象徴的刑法とは、刑法の経験的作用可能性を過大評価し、刑事立法者の迅速性や問題処理能力を示威するために、緊急の重要問題処理に刑法の実効性を考慮することなく利用し、そのことで大量の行刑欠如が生じさらなる刑事立法を招来するものと特徴づけられている。それゆえに、本稿で指摘されているように、現代化した刑法と象徴的刑法とは質的差異ではなく量的差異であり、刑法の顕在的機能よりも潜在的機能が上回った場合に、その刑事立法が象徴的刑法と評価されることになる。さらにまた、刑事立法のもつ潜在的機能とは、現実問題に対する国民の行為要求の満足や国民の沈静化、さらには政治の問題処理能力を示威することを指すとされることになる。

しかし、「象徴的刑法」はいわば刑法の現代化の否定的側面であるから、象徴的刑法の範囲は刑法の現代化に対する態度によって左右されることにもなる。刑法の現代化を回避すべきであるとの消極的な立場に立てば、たとえば抽象的危険犯の多用、刑法の多用それ自体が象徴的刑法を意味することにもなる。これに対し、刑法の現代化を不可避であるとの立場に立てば、上述のように刑法の現代化と否定すべき象徴的刑法を区別すべきナイーブな基準が必要と

なるのである。講演当日の講演後の質疑応答においても、何を象徴的刑法とするかが中心的な問題点となったが、それは、この点の立場の違いにもよるものであろう。

わが国でも、1990年代半ば以降地下鉄サリン事件をはじめとするオウム真理教事件等々の凶悪犯罪が社会的な注目を集め、国民の刑事立法に対する関心が高まるにわかに高まると同時に、家庭・学校・地域等による社会統制の弱体化により刑法という統制手段による依存度が強まるという状況が存在している。そして、1999年以降さまざまな重要な刑事立法が行われ、いわゆる「ピラミッドの沈黙」が破られた（この点については、特に曾根威彦他「刑事法の現代と課題」刑事法ジャーナル1号6頁以下を参照）。そのような現状にあって、刑法の果たすべき社会統制手段としての機能を冷静に分析するためにも、まずは今後ますます「象徴的刑法」をめぐる議論の重要性がわが国においても高まるものと思われる。〔この問題に関して、金尚均『危険社会と刑法』（成文堂、2001年）、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』17頁以下（成文堂、2003年）参照〕