

# 善き刑法とは？

Was ist ein gutes Strafgesetz?

スザンネ・ベック\*  
監訳 只 木 誠\*\*  
訳 根 津 洸 希\*\*\*

## 目 次

訳者はしがき

### I. 規範の諸側面

1. 手 続
2. 文法あるいは表現
3. 体 系 論
4. 法 趣 旨
5. 相 互 作 用

### II. 諸 観 点

1. 法内部的観点
2. 法外部的観点
3. 社会への影響

### III. 具 体 例

1. 刑法238条, ストーカー行為の可罰性 (文言)
2. 立法案: 刑法202条 d, 不正取得データ譲受 (Datenhehlerei) の可罰性 (体系論)
3. 刑法89条 a 以下, 著しく国家を危殆化する暴力行為等の予備

### IV. 総 括

---

\* ハノーヴァー大学教授

Susanne BECK

Prof. Dr. Leibniz Universität Hannover

\*\* 所員・中央大学法学部教授

\*\*\* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

## 訳者はしがき

本稿は平成28年3月27日に比較法シンポジウムにて、Hannover大学のSusanne Beck教授にご講演いただいた際の講演原稿に加筆修正を加えたものを、同教授の許諾を得て翻訳したものである。

本稿はドイツにおいて近年相次ぐ刑事立法を、冷静に、そして多角的に評価しようとするものである。その法律を評価する上での分析手法は多彩で、法学以外の多くの分野の知見にも触れている。そしてこの学際色豊かな分析が、検討対象と検討の視点をそれぞれ区別した上で、整然となされている。その分析は机上の空論にとどまることなく、現状の分析、とりわけ近時のドイツにおける3つの刑事立法の分析にあらわれている。本稿はこのような分析を通じて刑法のあるべき姿、すなわち善き刑法を模索するものである。

\*

\*

ストーカー行為の可罰性、対テロ刑罰法規の拡大、不正取得データ譲受の禁止、性犯罪の厳罰化、自殺介助の犯罪化など、刑法の拡大はとどまることを知らないようである。こういった刑罰法規の多くは、場当たりの行動の所産であることが多く、実務家や一部の利益団体、そして刑法学者たちから、厳しく批判されている<sup>1)</sup>。「不明確に過ぎる」「矛盾するものである」「実務に合わない」というのが、立法者意思を形式的に実現することに対してよくみられる非難の一部である<sup>2)</sup>。しかも、多くの刑罰規範

---

1) 刑法238条（つきまとい）については、たとえば以下を参照されたい。Beck, GA 2012, S.722; Schöch, NSTZ 2013, S.222. 刑法89a以下（著しく国家を危殆化する暴力行為等の予備罪）については、たとえば, Nachbaur, ZRP 2015, S. 215; Zöller, NSTZ 2015, S. 373; Mitsch, NJW 2015, S. 209.

2) 法の難解さにより、現在、金融市場法の領域でドイツ語の専門家の意見が取り入れられている。これはある種の流行を示し、つまり、法はしばしば理解し

の内容には、それによる自由の制限の合憲性についてであれ<sup>3)</sup>、それに応じた社会的な合意についてであれ<sup>4)</sup>、態度禁止を規定するために刑法を利用することの必要性についてであれ、疑問の余地がある。

こういった批判を背景にして、今日我々は刑罰規範を評価する基準を探求しようとするのであり、その際、真に善き刑法とはどのようなものか、という問いに向き合うことになろう。というのも、すでに *Franz von Liszt* がその教授就任講演において適切にも認めていたように、「(刑法学は) 刑事立法の手本でなければならず、刑事立法者にとって信頼のおける相談役であり、犯罪との闘いにおける指導者でなければならない」<sup>5)</sup>からである。この使命を理論の適切な実践という意味で果たすために、刑法学は適切な評価の視点と理性的な法律批判の基準を明確にする必要がある。本稿はこれを明確にするために若干の寄与をなすものであろう。

包括的な評価をするためには、刑罰規範の異なる諸側面を考慮せねばならない。本稿では、ここで、法学方法論<sup>6)</sup>にならって、「手続 (Prozess)」

---

がたい、という意識が高まっている。もっとも、これは、今日まで、立法者にとっては、理解しやすい法律を公布する動機とはならなかった。

- 3) スポーツにおけるドーピングの合憲性について詳細には、*Lenz, Die Verfassungsmässigkeit von Anti-Doping-Bestimmungen* (2000). 近親相姦の可罰性について、*Hörnle, NJW* 2008, S. 2085.
- 4) たとえばこれは現在盛り上がっているマリファナの合法化の議論からも明らかである。*Fischer, Zeit-Online* 2015, *Süddeutsche Zeitung* 2016; *Kerstan, Zeit-Online* 2015, *Meden, Süddeutsche Zeitung* 2015.
- 5) *Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 2. Aufl. (1948), S. 69 f. 「刑法学は立法者に、刑罰が法秩序の保護のための措置とともに目的を意識して、ありうべき結果とともに用いられうる原理体系を素描せねばならない。刑法学は立法者に、現行法を評価するための基準を与えねばならない。そして、将来の立法が目指さねばならない方向を示さねばならない。この任務を果たすことで、刑法学は刑事政策となるのである」(S. 70)。
- 6) これは、文法的、論理的、歴史的、体系的要素という語を用いる *Savigny* を踏襲している。*Savigny, System des heutigen Römischen Rechts* (1840), S. 213 f. を参照。

「文法 (Grammatik)」「体系論 (Systematik)」「法趣旨 (Telos)」を挙げる  
こととする。さらに、法律批判というのは様々な観点からなされるもの  
である。すなわち法内部的 (rechtsintern) な観点、そして法外部的  
(rechtsextern) な観点である。法内部が意味するところは、法システム  
の参加者 (弁護士・検事, 裁判官, 法学者) がそのシステムの重要な基準  
に即して行う評価である。これに対して、法外部的な観点は、観察者の立  
場から法以外の関係枠組み、たとえば倫理学<sup>7)</sup> や刑事政策学<sup>8)</sup> を参照する  
ことを要請する。

まずは構造を見て、抽象的にこの諸側面ないし諸観点をより詳しく解明  
してから、その考察を後にいくつかの例を挙げて具体化することとする。

## I. 規範の諸側面

法学方法論<sup>9)</sup>によれば、法律解釈の際には、その文言、立法史、体系論、  
そして当然に「意義と目的」、すなわち法趣旨が尊重されねばならない<sup>10)</sup>。  
しかし、これらの要素は、規範を個別事例に適用するためのみ意義を有  
するのではない。むしろ、これらの要素は法律の様々な特徴、法律の内  
容、つまりその理解に不可欠な側面を示しているのである。このようなこ

---

7) これについてたとえば、*Albers*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2003, S.419 ff.; *Coing*, in: *Blühndorn/Ritter, Blühndorn et al.* 1970, 1970, S. 11 ff.

8) たとえば *Volk*, *JZ* 1982, S. 85を参照。刑事政策について包括的には、*Lange*, *Kriminalpolitik: Unter redaktioneller Mitarbeit von Matthias Gasch* (2008), とりわけ BRD の体系について、*Frevel*, in: *Lange* 2008.

9) 一般的な法学方法論について、*Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl. (2012); *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 Aufl., Dritte, neu bearbeitete Aufl. (1995); *Rüthers/Birk/Fischer*, *Rechtstheorie*, 8., überarb. Aufl. (2015); *Lagodny*, *Juristisches Begründen*, 1. Aufl. (2013).

10) *Engisch/Würtenberger*, *Einführung in das juristische Denken*, 11. Aufl.(2010), S. 85.

とを前提とすれば、これらの要素はまさに規範の評価の際にも尊重されねばならない。規範を適用する際にそうであるように、規範を評価する際にも、これらの側面は互いに明確に切り離されているのではなく、相関するものである。しかし、ここではその諸側面をまずは個別に示し、その相互作用はその後に分析することとする。

## 1. 手 続

手続というのは法律の成立を指す<sup>11)</sup>。手続には、国家機関の立法活動に先立つ社会的紛争状態、並びに一般公衆を交えるか交えないかは問わず政治的意見交換の場、専門家の意見聴取、そして最終的には国の委員会の正式な立法というステップが含まれる<sup>12)</sup>。その手続が、社会問題に対する適切な反応であり、かつ憲法上要求される水準を尊重するのみならず、すべての関連する意見を汲み、そして専門家の意見を十分に考慮したものである場合、その手続には肯定的な評価がなされるべきである。後に詳細に言及するが、刑法においては、とりわけ犯罪学の専門家の意見<sup>13)</sup>がそれにあたる。

## 2. 文法あるいは表現

「文法」<sup>14)</sup>、ここには特定の概念の利用、構文論、狭義の文法が含まれる。さらには開かれた表現の刑罰規範や、可能な限り多くの状況を記述する規定が問題となっているのかという問いもこれに含まれる。条文構造、

---

11) 立法手続きについては、*Bryde*, *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland* (1989); *Reutter*, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 2007, S. 299; *Hellauer*, *Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland* (2011).

12) 立法手続き並びに様々な問題を考慮するものとしてたとえば、*Frenzel*, *JuS* 2010, S. 27, 119; *Brandner*, *NVwZ* 2009, S. 211; *Kloepfer*, *NJW* 2011, S. 131; *Redeker*, *ZRP* 2004, S. 160; *Thierse*, *NVwZ* 2005, S. 153.

13) これについて一般的には以下を参照 *Lüdemann*, *Gesetzgebung als Entscheidungsprozeß* (1986)。とりわけ95頁参照。

14) *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 133 ff.

たとえば様々な（各号の）類型の列挙，比較的短いあるいは長い構成要件，他の規範を参照する規定も，この文法の観点で議論されねばならない。犯罪構成要件が適切に作られていると，少なくとも市民はたいていの禁じられた態度をその文言から直截に汲み取ることができるが，そのような構成要件は簡明で直截的な表現により可能な限り多くの非難すべき態度状況を捕捉し，日常用語にも沿うものである<sup>15)</sup>。

### 3. 体系論

体系論という枠内で関心事となるのは，刑法，刑訴法またさらにはその他の法を顧慮しながら，規範を法体系に位置付けることである<sup>16)</sup>。ここでは，似たような文脈で同じ概念を同じ意味で用いるのか，異なる意味で用いるのが重要となってくる。また，特定の規範において他の規定と同じ評価が見出されるのか，あるいは矛盾する評価が見出されるのかという問いも体系論的考慮についての問題である<sup>17)</sup>。つまり，適切に作られた刑罰規範は，他の刑罰法規と可能な限り同じ概念を用い，可能な限り他の規範の参照を避け，既存の刑罰規範や他の法規則と同じ評価に基づくものである<sup>18)</sup>。

### 4. 法趣旨

最後の要素は内容的には以下のことを指すものである。すなわち，「法趣旨」<sup>19)</sup>という見出しのもとで議論されるのは，規範がどのような目的を追求するものか，このような目的を国家が追求することはそもそも許されるか，このような目的追求は「国家の有する最も苛烈な武器」である刑法

---

15) *Heintschel-Heinegg*, 29. Aufl. (2015), § 1 Rn. 13.

16) *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 1 Rn. 14.

17) *Engisch/Würtenberger* (Fn. 10).

18) 最高裁判例との関連で刑法における解釈について一般的には Simon, *Gesetzesauslegung im Strafrecht* (2005).

19) *Simon* (Fn. 18), S. 471.

という手段によって可能であるのか、そしてこの国家の有する最も苛烈な武器が規範の具体的な形態でその目的を達成することがそもそも可能か、という問いである<sup>20)</sup>。その際、しばしば刑法学者は保護すべき法益<sup>21)</sup>を探究し、もしそのようなものが無いと分かれば、規範の正当性を否定する<sup>22)</sup>。この法益というものが唯一重要な基準であるのか、あるいは、刑法学者が立法者によって選択された目的を疑うということが民主主義の枠内でどこまで可能なのかという問いは、後に検討することとする。

## 5. 相互作用

既に若干触れたように、これらの諸側面の間には多くの相互作用が存在する。たとえば、表現についての評価は、その概念が他の文脈でどのように用いられているか、という体系論についての問いとしばしば関係しているといったことが挙げられる。民主的であるか、透明性を有するか、専門家が関わっているかという観点での手続の適切性は、立法者により目標とされた法趣旨がどのように評価されるべきか、刑法という手段でのその法趣旨の達成可能性がどのように評価されるべきかという問いへの答えと関係していることがままある<sup>23)</sup>。これは刑罰規範評価の際に、それぞれの区別を不明瞭にしてしまうものである。しかし、分析の際に他の諸側面を見失うことなく、それぞれの特徴に重点を置くことはなお可能である。むしろ、これらの諸側面は常に併せて考えられるし、またそのように考えねばならないのである。

---

20) これについて詳細には、*Simon* (Fn. 18), S. 471 ff.

21) 法益論について一般的には、*Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre* (1973); *Hilgendorf*, *Neue Kriminalpolitik* (2010), S. 125, 128 ff.; *Appel*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1999, S. 278; *Engländer*, *ZStW* 2015, S. 616; *Roxin*, in: *Herzog/Neumann, Herzog et al.* 2010, 2010.

22) *Hilgendorf* (Fn. 21), S. 128.

23) 懲罰的な立法を考慮するものとして *Hilgendorf* (Fn. 21), S. 125.

## II. 諸 観 点

法律のその個々の側面に関連して、まずはさきほどと同じく抽象的に、刑法を見る上での諸観点を説明せねばならない。ここでは法内部的観点と法外部的観点到に触れる。この点、この両者がはっきりと区別されうるといふことを主張したいのではない。というのも、ここでは当然、人為的な構成が問題となっているからである。*Luhmann* 的に解せば<sup>24)</sup>、法システムのあらゆる参加者は、法内部的な考慮が外部から受ける刺激、あるいは法内部的な考慮が法システムの外部からもたらしうる刺激を知覚している。あらゆる観察者は法内部的な準則と分析の弱点を外部的にのみ知覚している。しかし、この人為的な構成は、分析のために、その限界を意識して用いるのであればなお有用であろう。

### 1. 法内部的観点

従前より、法学者の観点というものは、法内部的なものである。これが意味するのは、法学者が法的コミュニケーションの参加者として、規範を「正しいもの」あるいは「不正なもの」と評価してきたということ、規範の合理性、機能性、実効性を、予め立法者により設定された規範の機能に専ら鑑みて考慮してきたということ、そして場合によっては法適用者として規範が実務に堪えうるかを判断するということである<sup>25)</sup>。

#### (1) 規範の序列

刑罰法規は、その上位の規範に照らして、法体系の内部で「正しいもの」あるいは「不正なもの」というカテゴリーがなされうる。これは規範の合憲性、場合によっては欧州法適合性という問いを包含するものであ

---

24) *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1. Aufl. (1993).

25) 「二元的コード」について *Luhmann*, Canadian Journal of Sociology/Cahiers canadiens de sociologie 1977, S. 29.

る<sup>26)</sup>。刑罰法規は、それが憲法に抵触する場合に、広い意味で「適法ではない」<sup>27)</sup>。基本法は刑罰規範に対し、一定の基準を予定している。たとえば、行為自由の比例的制限（基本法2条2項）に並び、とりわけ人間の尊厳から導かれる責任主義<sup>28)</sup>、残虐かつ非人道的な刑罰の禁止<sup>29)</sup>、法律上の裁判官による裁判を受ける権利<sup>30)</sup>、そして基本法103条2項にいう罪刑法定主義などがこの基準に含まれる。とりわけ *Lagodny*<sup>31)</sup> と *Appel*<sup>32)</sup> によれば、ここで考慮されねばならないのは、刑罰規範は2つの見地において基本法を基準に評価されねばならないということである。ひとつは、その行為禁止が憲法に沿うものでなければならない<sup>33)</sup>。つまり、たとえば、他人に付きまとう（nachstellen）ことの禁止などである（これについては後に詳論する）。もうひとつは、刑罰威嚇、つまりその行為禁止に違反した場合、自由刑あるいは罰金によって制裁を科すという立法者の判断が基本法を基準として評価されねばならないということである。まさにここで、よくいわれるところの「補充性原則」が重要になるのであり、これは他のより侵害的でない手段が利用可能でない場合にのみ刑法の利用が許されるということをその内容としている<sup>34)</sup>。同時に、民主主義に基づく立法者は、

26) *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 1 Rn. 22 ff.

27) *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 1 Rn. 21 ff.

28) *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), Vor §§ 13 Rn. 103 f.

29) *Calliess*, in: Blanke, 4. Aufl. (2011), Art. 4 Rn. 1-22.

30) *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Art. 101 Rn. 19-37.

31) 彼の教授資格請求論文にて詳細には、*Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung (1996); *Lagodny*, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (eds.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 83.

32) 詳細には、*Appel*, Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens (1998); *Appel* (Fn. 21), S. 278.

33) *Lagodny* (Fn. 31), S.138 ff.; *Appel* (Fn. 32), S. 109 ff.

34) *Miebach*, in: Heintschel-Heinegg, 2. Aufl. (2012), § 46 Rn. 22 f.; *Hilgendorf* (Fn. 21), S. 127; 補充性原則の観点で刑法の拡大を批判するのは、*Hanssen*, Zeit-

関連する事実、その手段がもたらす成果の見通し、そして刑法の利用に関して、広い裁量を有している。立法者がこの裁量を越えた場合にのみ、法律は違憲であるといえるのである。

## (2) 規範の機能性

法規は、立法者により意図された目的追求に対し、機能的でなければならない。この検討というのは、たしかに、部分的には比例性についての憲法上の問いにおいて扱われるが、そこに留まるものではないのである。というのも、法規は社会問題を持続的かつ他の政治的手段よりも十分に解決しうるものでなければならないからである。それに加えて、法規は、法全体の機能性と同様に、それぞれの法領域（無論、ここでは刑法だが）の機能性に合致していなければならない。法規は社会問題の解決にとって、適当で必要性のある手段であるに留まらず、また実効性を有する手段でなければならないのである<sup>35)</sup>。国家的刑罰の目的は今日に至るまで争われてきたが<sup>36)</sup>、刑罰規範・有罪判決の一定の予防的・コミュニケーション的效果を基礎とする点では各見解に一致がみられ、この効果と目的を鑑みてそれぞれの刑罰法規が検討されねばならないのである<sup>37)</sup>。

## (3) 実務適応性 (Praktikabilität)

上記に関連するのが実務適応性の要請である<sup>38)</sup>。一方で、これは、法律に基づき種々の措置を命令したり（たとえば、刑法においては捜査手続きの開始）あるいは判決を言い渡したりする法の専門家にとって重要になってくる。この点、関連する紛争状態に規範が直接適用され、その規範の適用が法内部的な観点からみても妥当な紛争解決あるいは利益調整を導くよ

---

schrift für Rechtspolitik 2002, S. 318.

35) ドーピング禁止法の例について、*Momsen*, in: *Asmuth/Binkelmann, Asmuth et al.* 2012 2, 2012.

36) それぞれの刑罰目的論を概観するものとして、*Miebach* (Fn. 34), § 46 Rn. 24-49; *Streng*, in: *Albrecht/Kindhäuser*, 4. Aufl. (2013), § 46 Rn. 33-50; *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. (2014), Vor §§ 38 ff. Rn. 2-17.

37) *Stree/Kinzig* (Fn. 36), Vor §§ 38 ff. Rn. 35 ff.

38) すでにこれを指摘するのは、*Goetzeler*, *ZStW* 1951, S. 83.

うなかたちで、規範は解釈されねばならない。他方で、規範はまさに刑法においては、法の素人がこれを理解できるものでなければならないという点でも、実務に堪えうるものでなければならない<sup>39)</sup>。そのようにしてのみ、規範が法の素人にとって手引きとなるのであり、素人は意識的に、つまり法規を理解したうえで、その法に賛成ないし反対する決断をするのである。

## 2. 法外部的観点

法律は外部的な観点からも評価されるのであり、この外部的な観点は観察者の観点と呼ぶことができよう。この点、規範の合憲性という評価の視点と規範のその他の正当性という評価の視点は、ときおり互いに緊張関係に置かれることもあるが、相容れないものではなく、むしろ補充しあう関係なのである。その他の正当性という視点には、たとえば当該規範が一般に承認された法益を保護するか、という問いが含まれる。読者は正当にも、いち法学者がこの観点で語ることをそもそも許すか、いち刑法学者がこの役割において非法的な基準で法を評価することが許されるか、という問いを投げかけるであろう。その観点が問題分析、方法論、評価基準、つまり学問的取り組みのまさにあらゆる手段に関し、政治(学)、社会学、経済学、倫理学などから基準を導き出さねばならないゆえに、上述の問いはノーと答えられるかもしれない。本来はまさにこのような学問領域こそが、こういった取り組みや、理論的基礎付け、そして日常の出来事への応用にとって重大な影響力を有しているのである。

また同時に、このテーマに関して、法学者こそが法とその適用や構造、明らかな前提そして隠れた前提を誰よりも知っている者である、とする専門家の意見もある。法学者はそれぞれの重点に応じて、自国の「法文化」、法の歴史、法的紛争解決の要請、そしてなにより、他の学問分野の専門家が何に疎いのかを理解している。他の学問領域の知見と方法を取り入れる必要性は、法学者による外部的評価を非常に困難たらしめるが、なお不可

39) *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 1 Rn. 13.

欠である。それゆえ、学者はそのテーマの専門家として、少なくとも他領域の学者と一緒に現行法についての法外部的な議論に参加せねばならない。そもそも、そのようにしてのみ学者はその役目を果たせるのだということを、*Hassemer*も適切にも認めていた。「刑法を含め、学問というものは政治と切っても切り離せない。ただ沈黙を貫くというのは、学問にとってはあってはならない」<sup>40)</sup>。法外部的な評価という任務、既存の法状況を批判的にその背景を問うという任務は、その他の点でも私見によれば、大学における法律教育に表れるものである。これについては、基礎科目の復活が必要であるし、常に現状の背景を問い、他領域にも関心を寄せるよう学生を支援することも必要であり、おそらく政治学や経済学など他科目との共通ゼミを増やすことがこれに資するであろうし、立法技術やそれに準ずるテーマの授業をするというのも意義深いものとなろう。

それぞれの刑罰法規があらゆる利益を適切に調整するものであるか、紛争を持続的に解決するものであるか、そしてトータルしてデメリットより多くのメリットを獲得するものであるのか、という問いに法外部的な観点から取り組むこととする。この問いに答えるために異なる関係枠組み、とりわけ政治、文化、哲学などを参照する必要があるかもしれない。その際、互いにとって実り多いものとなるよう各専門家の意見を結び付け、その評価の切り口の多さを多様にするまさに学際的な研究が成功したならば、有益となるかもしれない。

(1) 政治的利益調整

法律の公布というのは政治的行為の中で最も重要な手段のひとつである。それゆえ、たとえば無差別大量殺人<sup>41)</sup>やテロリストによる暗殺事件<sup>42)</sup>

40) *Hassemer*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, in: Eser/*Hassemer*/*Burkhardt* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende (2000), S. 39.

41) TAZ 21.09.2010; *Horeld/Bartsch*, Zeit-Online 13.03.2009, Süddeutsche Zeitung 17.05.2010.

42) *Tomuschat*, Der 11. September und seine rechtlichen Konsequenzen (2002); *Krajewski*, Archiv des Völkerrechts 2002, S. 183.

あるいは連邦議会議員のパソコンから児童ポルノのような画像が発見されたりする事件<sup>43)</sup>のような、ある種の社会不安を巻き起こす事件に対して、迅速かつ直接的に新たな刑罰法規の公布あるいは既存の刑罰規範の厳罰化といった対応がなされるといったこともままある。しかし、刑事政策レベルでのこのような立法者の場当たりの行動はほんとうに無批判に受け入れられるべきであろうか？ 刑罰法規が問題を孕んだ手続の成果物であり、ただ一部の利益を考慮した成果物であった場合、その刑罰法規はどのように扱われるべきであろうか？ たとえば、いくつかの刑罰法規（たとえば賭博の可罰性）<sup>44)</sup>が、経済活動における上流階級の者が行う、よりリスクが高く、より強く非難されるべき行為から目を逸らさせるために、中流階級の者の注目を意識的に下流階級の者の誤った行いに向けさせているのだと仮定する。刑事政策的批判はこの法律の背後に潜む権力関係を分析し、可能な限りその当事者の行為と動機を明らかにし、これに歩み寄ることが持続的であるか、そして、社会全体にとって有益なものとなるかを問わねばならないだろう。

それに加えて問われるべきは、刑罰的にどのような利益が保護されることが許容されるか、である。ここで少しだけ、従来からなされてきた法益論に立ち入ることとしよう<sup>45)</sup>。これについては、規範が保護する法益との関係が、解釈のみならず、その正当化にとっても重要なものとなってくる。刑罰法規は、それが自然権や社会的合意あるいは憲法の見地から導き出されうる法益を保護するものである場合にのみ、正当であるといえる<sup>46)</sup>。私見によれば、刑罰法規がこのような法益保護を必要とするかの議

43) *Gercke*, Computer und Recht 2014; *Hoven*, NStZ 2014, S. 361; *Merkel*, ZStW 2014, S. 565.

44) *Wohlens/Gaede*, in: *Albrecht/Kindhäuser*, 4. Aufl. (2013), Vorbemerkungen zu den §§ 284 bis 297 Rn. 1.

45) これについて詳細には、*Neumann/Hassemer*, in: *Albrecht/Kindhäuser*, 4. Aufl. (2013), Vor § 1 Rn. 108 ff.; *Joecks*, in: *Heintschel-Heinegg*, 2. Aufl. (2012), Einleitung Rn. 30 ff.

46) *Neumann/Hassemer* (Fn. 45), Vor § 1 Rn. 115.

論は重要であり、いまだ最終的な解明にはいたっていないが、しかし、その問いは、保護に値する法益や利益あるいは一般的に刑罰によって追求可能な目的がそこから生じるような内容的基準の究明に比して、あまり重要性がないように思われるのである。ここに立ち入るとなるとまた別途そのための論稿を必要とするため、本稿では詳述することはできないが、私見によれば、刑法を正当化する法益の確固不変のカatalogなどは上述の関係枠組みからは一切導かれえない。なぜなら、このようなカatalogは社会の進歩とともにすぐに時代遅れとなっていくからである。むしろ、一定の排除基準の発展、つまり刑法で保護されることがあってはならない目的を突き止めることのみが手段として残されている。これは、たとえば、ただ一部の集団の利益や、純粹道徳的あるいはパターナリスティックな目的、人間の尊厳を軽視する目的などを排除するというやりかたである。排除されずに残った財に関しては、それが刑法で保護されるべきものである場合は、少なくとも理論上は社会的合意が想定可能であるはずである。私見によれば、一定の手続と確かな基礎付けの合理性がなければならず、評価の余地なくあらゆる重要な事実と明らかに関連し、比例原則に従うものでなければならない。

適切な措置を問題とする際に、刑事政策において実証研究が重要になってくる刑事立法者の評価にあたっては、犯罪の原因と結果についての犯罪学的知見、最も効果的な犯罪撲滅方法、行刑の副次作用を考慮するものであるか<sup>47)</sup>といった点も考慮されなければならない。この点、多くの事例で行為者の再社会化を実現するためには、まさに、自由刑は選択されるべき措置ではない。一般論であるが、予防目的、すなわち社会の安全にとっては、他の措置を講ずる方が賢明であるように思われることがよくある<sup>48)</sup>。

## (2) 文化的背景

規範、とりわけ刑罰規範は、常にその国の文化の発露でもある。「文化」

---

47) Neumann/Hassemer (Fn. 45), Vor § 1 Rn. 115.

48) これについて詳細には、Mühl, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen - absurde Utopie oder logische Konsequenz?, 1. Aufl. (2015).

という概念についてはもとより、その基準についても活発な議論がなされている<sup>49)</sup>。この基準には国家や宗教、あるいは、たとえば職業組合のような社会的副次システムが含まれる。本稿では、価値観とルール、道徳と慣習が互いに深く関わりあうという意味で、その国の文化の影響もあることを確認すれば十分である。刑罰規範を通じて国の文化が表現されること、つまり、こういった法律が文化的同一性にとって重要であることを、連邦憲法裁判所は Lissabon 判決において承認している。「刑法の関心事は、処罰の要件がどのようなものか、また、公平で適切な刑事手続のイメージがどのようなものか、といった点にまで及ぶのであり、それは文化的に形成され、歴史的展開にそって形成され、また言語的にも形成された前提理解に…… [中略] 依存する」<sup>50)</sup>。刑罰法規のより適切な理解と同じく、文化に関わる観点もその評価に寄与するものである<sup>51)</sup>。この点、刑罰法規は、たとえば、それがただ一部の者のイメージのみを表現するものであったり、その文化的なつながりを失ってしまっている場合に、問題を孕んだものであるといえるのである。同時に、この観点は他の評価方法に限界を設定するものである。比較法<sup>52)</sup>がそれである。自国の法律と他国の法律の比較によって新たな解決の道筋が開かれることに疑いがない場合、あるい

49) これについて導入としてたとえば、Hauser, in: Hauser 2003; Eagleton, Was ist Kultur (2001).

50) BVerfG 2 BvE 2/08 v. 30. 6. 2009, Rn. 253.

51) このようなアプローチは北アメリカでよくなされる。たとえば以下を参照。Leonard, Legal Studies as Cultural Studies: a reader in (post) modern critical theory (1995); Coombe, Yale JL & Human 1998, p. 463; Coombe, A Companion to Cultural Studies (Cambridge: Basil Blackwell) 2001, p. 36; Kahn, The Cultural Study of Law: reconstructing legal scholarship (2000).

52) これについて導入として、Kischel, Rechtsvergleichung (2015); Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. unveränderte Aufl. (2010); Pommer, Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung (2006); Sieber, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung (2009); Sieber, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung (2008); Sieber, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung (2010).

は、これによって少なくとも自国の刑法の問題が明らかとなりうる場合でも、文化的に形成された刑法が思うままに他国に転用したり代替したりできるものではないことは、比較法を行う際に考慮せねばならない。

(3) 哲学的分析と倫理的正当性

最終的には法外部的な評価というのは不可避免的に(法)哲学や倫理学との関係を示す。法律の公示というのは人間の行為であって、それゆえ他のあらゆる行動と同じく道徳的に評価可能である<sup>53)</sup>。倫理学はこの道徳的な評価の基準を提示しうるのである。法哲学は、一方で、それがその主題、すなわち法と具体的な規範のより詳細な分析を可能にし、他方で、国家論、社会論、とりわけ正義論について倫理的評価のための関係枠組みを形成する点で、法規範の評価に影響を及ぼす。刑法が「正義」に沿うか、刑罰法規に表れる国家観、社会観、犯罪者観、被害者観は哲学的観点から見て説得的か、という倫理的に重要な問いに答えるには、道徳的評価をなす学者が特定の法哲学の理論を参照せねばならない<sup>54)</sup>。この際、刑事政策的考慮と似たようなことがいえる。つまり、何が正義であるかの基準を確立するよりも、明らかに不正義な、すなわち不公正な取り扱いを生ぜしめる刑罰規範をそれと認識することの方が簡単なのである。とりわけ、数百年の議論を経てもなお今日にいたるまで、判決や法律、国家システムが正しいとされる条件は何かについて一切一致がみられないことは周知の通りである<sup>55)</sup>。その上、まさに正当にも *Derrida* が主張するように、正義は達成

---

53) 法と道徳というテーマについて、*Nida-Rümelin*, in: Vöneky 2013; *Jung/Müller-Dietz/Neumann*, Beiträge zu einer Standortbestimmung (1991).

54) とりわけ基本的な正義論については *Platon*, *Politeia*; *Plato/Schleiermacher/Otto/Wolf: Lysis*, Symposium, Phaidon, Kleitophon, *Politeia*, Phaidros, 33. Aufl. (2011); *Rawls/Vetter*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 19. Aufl. (2014); *Aristoteles/Dirlmeier*, *Nikomachische Ethik*, Bibliogr. erg. Ausg (2003); *Kelsen/Walter*, Was ist Gerechtigkeit? (op. 2000). このテーマについて導入としてほかにも、*Horn/Scarano*, Philosophie der Gerechtigkeit, 1. Aufl., Originalausg (2002); *Schaal/Heidenreich*, Theorien der Gerechtigkeit (2008); *Höffe*, Gerechtigkeit, Orig.-ausg (2001).

55) これについては前掲注54)を参照。

不可能な理想として位置付けられるが、その理想を追求することが我々の義務であるとする見解がある<sup>56)</sup>。このシーシュポスの任務、つまり原理的に終わりが無い課題に我々は弱気になってはいけない。専らそれだけを理由とするわけではないが、我々は、シーシュポスを幸福な人間であると思わねばならないことを、*Camus* から教わったからである<sup>57)</sup>。むしろ、理想が達成不可能であるにもかかわらず、より妥当な正義論を支持し、あまり妥当でない正義論に反対することも可能である。そしてまた、その理論が特定の時代や社会に適合するものか、これを基礎に同じものを同じく扱うこと、異なるものを異なって扱うこと、人間の尊厳に沿う生活の基礎条件、そして社会的に承認された正義のイメージの他の側面の一部を目指すものかを検討することはなお可能である。

### 3. 社会への影響

法内部的評価と法外部的評価は、既に述べた通り、完全に互いを切り離すことはできない。それゆえ、合憲性判断においては法外部的な観点にも関わる多くの側面が含まれたり、法哲学的検討は憲法規範の解釈に見出されたりもする。また、両者の観点は、純粋な結果主義的あるいは功利主義的考慮にはよらずに、社会とその個々の市民への法律の影響も勘案せねばならない。ここで、義務論的論拠と結果指向的な論拠の関係が議論されるべきである。すなわち、たとえば結果が全体としてマイナスである場合でも、責任主義は維持されるべきか、という問いが議論されるべきである。また、こういった結果の予測はどの程度検証されねばならないのか、ということも問われねばならないであろう。法律がいちど公布されると、それが後に再度検討されたり調整されたりすることは非常に少ない。しかし、このように法律を事後的に検討し、場合によっては事態に即して変更することは、法内部的な観点からも法外部的な観点からも、非常に重要であるとされる。一般的にいえば、その上、刑罰法規の消極的な効果、とりわけ

56) *Derrida*, *Gesetzeskraft*, 1. Aufl. (1991), S. 33-34, 36-37, 44-46, 51-52.

57) *Camus*, *Der Mythos des Sisyphos* (2013).

不公正な権力関係を増進してしまうことも考慮されねばならないであろう。これについては部分的に立法活動の脱構築 (Dekonstruktion) が求められる。

### III. 具 体 例

もっとも、なにも今まで述べてきたすべての観点を刑罰規範のすべての側面に用いようというわけではないので、その点は安心されたい。代わりに、このように体系化することがどのように刑罰法規の評価に役立ちうるか、いくつかの例を挙げよう。私見からすれば、とくに「失敗した」規範で、「象徴刑法」でしかないことが適切な議論によれば難なく示される犯罪構成要件を以下に示す。したがって、以下での検討は、むしろ、どのような場合に善き刑罰法規とはみなされるべきではないのかという問いに答えようとするものである。しかし、このような消極的な限界付けというのも、本稿ではそれ以上のことはできないこともあって、あるテーマへの最初のアプローチとしては適当であろう。

#### 1. 刑法238条, ストーカー行為の可罰性 (文言)

ひとつ目の例としては刑法238条を挙げるのが有益であろう。刑法238条によれば、2007年以降「つきまとい (Stalken)」が処罰されることとなった。この規範は様々な見地において批判されている<sup>58)</sup>。ここでは、法内部的な観点から文法と表現に注目しよう。法内部的な視点というのは、その規範を規範の序列に組み込むこと、規範の機能性と実務適応性について評価することを意味する。

この規範は、どういった行為が可罰的であるのかが、専らその文言からはもはや読み手に判別できないほどに、非常に多くの解釈の余地を残す概念を有している点に特徴がある。これは、ストーキングが、たとえば窃

58) Kinzig/Zander, JA 2007, S.481; Beck (Fn. 1), S. 722; Gazeas, Kritische Justiz 2006, S. 247.

盗、強盗、故殺とは異なり、どちらかといえば漠とした現象であることにも関係する<sup>59)</sup>。たとえば、「しつこく追いかける (Belästigen)」といったような、把握しやすい実行行為を記述せずに、立法者は「つきまとう (Nachstellen)」という曖昧な概念を採用した (この語は他にも鳥獣密猟罪 (刑法292条) においてもみられる)<sup>60)</sup>。特定の行為態様を具体的に列挙することによって、つきまとい概念が具体化されていれば、その不明瞭さに問題は無かろう。たしかに、本条では、各行為態様が列挙されているものの、これは「つきまとい」の概念をおよそ具体化させるものではない。というのも、さらに数多くの曖昧な表現がその行為態様の一覧にみられるからである。たとえば「その他の方法」や「濫用」、そして——特に問題なのは——受け皿構成要件である5号にいう「これに類する他の行為」である。同号の規定によって、この実行行為の不明瞭さは一層高まっている。執拗性の要件にも広く解釈の余地が残されている<sup>61)</sup>。「求愛する」という行為は社会的に相当な範囲にとどまるものであるが、どの段階からこの行為がもはや相当な範囲を超えた執拗なつきまといになるといえるのか？ 2回、3回、4回の接触ではどうか<sup>62)</sup>？

若干の指摘をすると、執拗性を追加したことで体系的見地においても深刻な適用の問題が生じたといえる。というのも、刑罰法規においては通常、個々の特定の実行行為のみが捕捉されるが、この構成要件の中では、一定の回数以後あらゆる行為が遡及的に可罰的となるのか、最終行為のみが規範に該当するのか、執拗性に含まれるすべての行為がまとめて考慮されるべきなのかが分からないからである<sup>63)</sup>。

不明瞭さの話題に戻ろう。行為結果も曖昧に表現されている。つまり何

59) これは構成要件によって保護されている法益までもが不明瞭であるということの意味するのではない。Valerius, 29. Aufl. (2015), § 238 Rn. 1 mwN.

60) Gericke, in: Heintschel-Heinegg, 2. Aufl. (2012), § 238 Rn. 14–16.

61) 同様に, Eisele (Fn. 28), § 238 Rn. 24 mwN.

62) Gericke (Fn. 60), § 238 Rn. 44 mwN.

63) 同様に, Gericke (Fn. 60), § 238 Rn. 44 f.; Eisele (Fn. 28), § 238 Rn. 24.

が「平穏な生活 (Lebensgestaltung)」なのか、いつそれは「侵害される」といえるのか、そしていつこの「侵害」が刑罰をもって制裁されるに十分な重大性を有するといえるのかは、少なくともこの規範からは読み取られない<sup>64)</sup>。

この表現は憲法という法内部的な観点、とりわけ基本法103条2項の観点で評価されねばならない<sup>65)</sup>。この点、市民の保護の見地から、刑罰規範は、その規範を指針とした態度を市民が取ることができるように定められていなければならない<sup>66)</sup>。たしかに、一般化や解釈の必要がある概念は完全には避けられえないという点に争いはない<sup>67)</sup>。そうでなければ可能な限り多くの状況を捕捉し、社会の変化に対応し、裁判官に個別事例に即した柔軟性をもたせることはできない。法実証主義に懐疑的であればいっそのこと、かりに、法実証主義を採用し、そのように具体的に法律が記述されている場合にも、個別判断の未決定性が前提とされていると考えたとしても、法システムの信用性を担保するためには、開かれた表現に明確な限界を設定することは必要である<sup>68)</sup>。少なくとも外から見て、個別事例に即しているか、裁判官の恣意によるものかを識別することは可能であろう。

そして連邦憲法裁判所が不明確な刑罰規範をいままで実務上、いちども憲法違反であるとしたことはないが<sup>69)</sup>、その規定を学問上はこれまでと同

---

64) *Gericke* (Fn. 60), § 238 Rn. 46; *Eisele* (Fn. 28), § 238 Rn. 29; *Kinzig/Zander* (Fn. 58), S. 481, 484; *Kühl*, in: *Kühl/Heger/Dreher/Maassen/Lackner*, 28. neu bearb. Aufl. (2014), § 238 Rn. 2.

65) 明確性の原則についてたとえば、*Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 103 Rn. 163 ff.; *Radtke/Hagemeier*, in: *Epping/Hillgruber* (2015), Art. 103 Rn. 24 ff.

66) したがって、どのみち処罰されない余地の境界は市民にとって明確でなければならない。BVerfGE 109, 133, 172 = NJW 2004, 739を参照。

67) とりわけ法の明確性は高められ過ぎてもならないのである。BGH NJW 1977, S. 1815を参照。これはたとえばとりわけ白紙委任規範の枠内で示される。*Radtke/Hagemeier* (Fn. 65), Art. 103 Rn. 29.

68) *Radtke/Hagemeier* (Fn. 65), Art. 103 Rn. 24; BVerfG NJW 2003, S. 1030 mwN.

69) これについてたとえば刑法43条aによる刑罰威嚇の違憲性は例外である。

様に真摯に受け止めるべきである。そして、どのような態度が望ましくないのかを市民が認識できる場合にのみ、刑法が社会的に容認できない態度の表明としての目的に沿うものであることを、絶えず指摘せねばならない。私見によれば、刑法238条が基本法103条2項に抵触するということは、実行行為並びに行為結果に関する多くの表現が不明瞭であることに照らせば、ほぼ疑いえない<sup>70)</sup>。

刑法238条の実務適応性に関しては、またさらに、その規範が更なる法規を参照することが挙げられる。つきまといは権限の無いものでなければならず、データ利用は濫用でなければならない。これにより、たとえば執行官の行為のような、許される行為態様はその構成要件にあたらぬとされる。これは内容的には説得的だが、これにより、当該規範はより複雑なものとなり、実務的に使いづらいものとなっている。刑法においてはこれも珍しいことではない。しかし、まさに全体像において、刑法238条はその表現と形式に照らすと違憲であるにとどまらず、実務に沿うものでもないことがわかる。

立法者には、ストーカー行為について比較的簡明な刑罰規範を想定することはほとんどできなかったという事情がありえよう。しかし、それは非常に複雑な問題を孕んだ刑罰規範で満足せねばならないことを意味するのではなく、逆に、むしろこれは、法内部的見地からストーカーに対する他の手段が優先しえないのか否かを問う、良い理由となる。有罪判決数の少なさは同じくこれに沿う事実である。このような欠陥のある犯罪構成要件を導入するよりも、暴行行為の処罰に関する法律<sup>71)</sup>を効果的に運用することや、ストーカー行為の原因やなしうる予防措置について被害者に詳細に発信すること、被害者組織への更なる国家的支援について取り組むことの方が、トータルしてより効果的であったであろう。

---

BVerfGE 105, S. 135-185を参照。

70) 同様に、Gazeas, JR 2007, S. 497 ff.; Gericke (Fn. 60), § 238 Rn. 35 f.

71) 同様に論じるのは、Borchert, FPR 2004, S. 239; Pollähne, StraFO 2006, S. 398; Rinio, Kriminalistik 2000, S. 587.

## 2. 立法案：刑法202条 d, 不正取得データ譲受 (Datenhehlerei) の可罰性 (体系論)

2015年12月によく公布された立法案について、その体系論に鑑みて、批判的に検討したい。すなわち、不正取得データ譲受である<sup>72)</sup>。とりわけ、そうしなければ更なる法の間隙が生じてしまうという理由で、とくに不正に入手されたデータの売買を捕捉する新たな構成要件を作成することが議論されたのである。これは、たとえば保護されるべきデータへのアクセスやそれに適したソフトウェア製造を処罰する刑法202条 a 以下の規定との関連で立法がなされた点では一見もっともらしい。その規範は種々の見地から批判されているが<sup>73)</sup>、ここでは2つの体系的な側面に話を絞りたいと思う。まずは、この新たな犯罪構成要件が保存データ保持法 (Vorratsdatenspeicherung) の一部としてほぼ秘密裏に導入されたことが指摘されよう。これは悪質なベテンである。

第一に、この規範は法内部的な視点から、既存の贓物罪構成要件と関連付けられよう。というのも、将来的にも、法適用者が本罪と贓物罪との類似性を指摘することが予想されるからである。データ以外では贓物取得は可罰的であるのにデータに関しては可罰性が欠けているということをもって新たな構成要件の必要性が主張されたのであるから、データも同様に考えるのは当然である。しかし、より厳密に考えれば、その2つの規範の間に類似点などそもそも存在しないことがわかる。古典的な贓物罪規範は、物がさらに譲渡されることによって所有権の回復が難しくなることから本来の所有者を防ぐものとされ、そのようにして終局的に物に対する本来の所有者の処分権を保護するものである<sup>74)</sup>。このような保護の方向性は、データに関してみるに、全く想定しえない。データというのは、もちろん必

---

72) 現在は刑法202条 d の枠内で規定されている。

73) たとえば, *Beck/Meinicke*, CR 2015, S. 481; *Dix/Kipker/Schaar*, ZD 2015, S. 300; *Golla*, Zur Mühlen, JZ 2014, S. 668; *Wefing*, DRiZ 2015, S. 212; *Buermeyer*, Süddeutsche Zeitung 04. 10. 2015.

74) *Maier*, in: Heintschel-Heinegg, 2. Aufl. (2012), § 259 Rn. 2.

ずというわけではないが、上記のような贓物罪における考え方になじみにくいものであり、あまり役にも立たず、重要でもない。というのも、他の者も同じくそのデータにアクセスできるからである<sup>75)</sup>。したがって、贓物取得との関連付けは、規範の正当性並びに規範の適用に誤解を招くのである。

ここで、体系的な適用の問題、すなわち規範の実務適応性に目を向けねばならない。つまり、この規範が刑法259条と同様に理解され得るという仮定のもとで、たとえば202条 d にいう「調達」や利得意図を259条と同様に解釈した場合、不正取得データ譲受の構成要件の目的が本犯を処罰する構成要件と同一内容の目的を追求することになり、さらに、両構成要件が同一の性質を持つ行為を処罰することになる。しかし、たとえば、刑法202条 d にいう調達にとっては、本来の権利者が従来よりもデータへのアクセスがしにくくなるか否かは重要となりえないであろう。むしろ、更なる売却が処罰されることによってデータ調達の利益が小さくなることこそが問題となるのである<sup>76)</sup>。さらに立証の困難さも乗り越えるべき壁である。つまり、以前の違法な獲得において現在のデータ所有者が関与したことを立証しえない場合であっても、可罰的でありうるとされる。これについて、データに対する支配についての問いはさして重要ではなく、一方で、立証につながる何らかの形式の所有者性、他方で、具体的なデータの利益、そしてデータ調達の利益が先行行為者において動機となりうるかが重要である。これは刑法259条<sup>77)</sup>にいう「調達」とはほぼ関係がなく、したがって、ここでは贓物取得と同様に考えても何ら役に立たないのであ

---

75) 法律の基礎付けも、データ探知の問題がとくに、入手した情報によって第三者が財産処分を行うという点にあるということに目を向けねばならない。BT-Drucksache 17/14362, 1を参照。

76) BT-Drucksache 17/14362, 1を参照。

77) 「自己調達とは、獲得され、先行行為者あるいはその他の前保有者との協働という方法での、意識的意欲的な、行為者による一定の目的での物に対する事実上の処分権の引き受けである」Maier (Fn. 74), § 259 Rn. 76.

る。解釈に際しての贓物罪との関連付けは、たしかに必ずというわけではないが、立法理由<sup>78)</sup>とこのような既成の概念の利用に従えば、当然である。この点で、この規範は不幸な表現の産物なのである。

データに関する新たな所有者の利益は、特定の意図、たとえば利得意図をも明らかにする。ここでも刑法259条と同様に考えることは誤解を招きやすい。古典的な贓物取得が盗難物の領得を領得意図の基準とみなしている一方で<sup>79)</sup>、起草されている不正データ取得の規範はそれ以上の意図を要求している。というのも、データそれ自体は一切財産的価値を有していないからである。領得意図をどのように解すべきなのかは、無論不明瞭である。行為者がいずれその保有するデータでひと儲けしたいと思っている場合、それで十分なのであろうか？ この点でもこの条文構造は実務上使いやすいつとはいえない。

この実務適応性に関連する体系論についての法内部的な検討は、さらに規範の重要な政治的側面が問題となる法外部的な体系論の視点からも補足されよう。すなわち公務員の特権である<sup>80)</sup>。国家的行為であることを理由に例外的に処罰対象から除外することは、体系的に見て必然的なものではない。通常、公務員もその活動に際しては犯罪を犯してはならない。したがって、その体系的なつながりは表向きは明瞭に正当なものと考えられ、さらには、この正当性が——たとえばスイスの税収データが記載されたCDの売買の正当性が<sup>81)</sup>——規範公示の根拠であると推定されよう。国家的行為を正当化するために特定の行為態様を犯罪とすることが説得的であるかは、疑わしい。したがって、この刑罰規範は、多くの非難すべき行為がこの領域において既に著作権法<sup>82)</sup>と連邦情報保護法<sup>83)</sup>によって捕捉さ

78) BT-Drucksache 17/14362, 1を参照。

79) *Maier* (Fn. 74), § 259 Rn. 142 ff.

80) 刑法202d 条 3 項 1 号を参照。

81) これについてたとえば *Klengel/Gans*, ZRP 2013, S. 16. は新たな構成要件の創設に賛意を示している。

82) 著作権法106条以下を参照。

83) たとえば連邦情報保護法43条, 44条を参照。

れているという理由からも、全体的に批判的に考察されるべきである。新たな処罰類型の代わりに、刑法202条a以下と刑訴法<sup>84)</sup>を補足することが立証と正当化の問題の解決のために為されるべきであったのである。これに対応する試みがまさに新たに導入された保存データ保持法<sup>85)</sup>であるが、これ自体も問題を孕むものである。インターネットのような現代的な技術に刑法を適用させていくことがますます必要になろうことは疑いない。そこでは、少なくとも一部の問いについては、伝統的な刑法を限定し他の方策を模索するということにもなろう。

### 3. 刑法89条a以下、著しく国家を危殆化する暴力行為等の予備

近年ますますテロ対策の領域で問題を孕んだ刑罰法規が公布されている<sup>86)</sup>。テロ対策の規範のうちのいくつかにおいて、それらの規範は、少なくとも治安当局に特定の集団を監視することを可能にするためにも用立てられるのであり、つまり実際には適用領域ではないところに刑訴法上の措置を適用するための「足がかり」でしかないとすら考えられ得る<sup>87)</sup>。こういったやりかたの理由としては、犯罪の嫌疑があるという理由で通話傍受をする命令の要求よりも、治安当局に対する予防活動の要請が折に触れて高まってきたことが挙げられる<sup>88)</sup>。その規範がテロ対策に役立つという論

---

84) BT-Drucksache 17/14362,1も参照のこと。

85) 2015年10月、連邦議会はデータ収集義務と交通データの収集期間導入についての連邦政府の法案を可決した。これは2015年10月16日に決議された。2015年11月6日、連邦参議院はその法律に賛成し、2015年12月10日に連邦大統領が調印、2015年12月17日に連邦官報にて公示された。BT-Drucksache 18/5088, BGBl. 2015, 2218を参照 ([https://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl115s2218.pdf](https://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl115s2218.pdf)。(2016年4月20日確認))。

86) Schäfer, in: Heintschel-Heinegg, 2. Aufl. (2012), § 89a Rn. 10-13.

87) いずれにしても、新たに導入された規定は刑訴法の多くの措置に結びついていいる。Deckers/Heusel, ZRP 2008, S. 170も参照のこと。

88) 警察の鎮圧的・予防的措置がますます混合していることについて, Kniesel, ZRP 1992, S. 164.

拠によって、さらに多くのことが正当化され得る。これにいったい誰が反論できようか？

本稿の他の多くの領域におけるのと同様に、立法者の場当たりの行動の結果は、必ずしも説得的ではない<sup>89)</sup>。この点について若干、まずは法外部的な観点、詳しくは法趣旨や法の目的から刑法89条 a 以下の新たな規定<sup>90)</sup>をみてみよう。

ひとつに、上述のように国家による予防的行為が行われることが考えられる。その際、正式な法律の目的ではなく、それ自体もっともらしいと思われるような立法者の意図が問題となるのである。テロ攻撃からの防衛を根拠として、治安当局に可能な限り多くの情報を与えることは正当化されえないのではないか<sup>91)</sup>？ 無論、それには個人の自由の制限に並んで、憲法から生じる権限分配が対立する<sup>92)</sup>。それによる「見せかけ詐欺 (Etiketenschwindel)」はさらに国家的制度の信頼を損なうものである。その上、こういったやりかたは市民の（見せかけだけの？）体感治安を高めるだけではない、ということも疑わしいのである。

2つ目の側面に目を向ければ、この点についての私見による批判はより明快である。すなわち、処罰の早期化<sup>93)</sup>と、このような態度の処罰化によって本当にテロ行為に基づく社会的紛争が解決されるのか、という問いである。これについて刑法89条 a 以下を考察してみよう。刑法89条 a によれば、当該状況によれば国家の安全を破壊するのに適した行為を準備した者は、罰せられる。刑法89条 b によれば、自身に一定の技能を習得させることに役立ちうる関係性を開始したことをもって既に可罰的である。刑法91条は、文書の準備あるいは自己調達すら禁じる。若干周近的なことでは

---

89) 同様に批判的なのは、*Deckers/Heusel* (Fn. 87), S. 169.

90) 法の基礎付けについては、BT-Drucksachen 16/12428.

91) 同様に、*Deckers/Heusel* (Fn. 87), S. 173.

92) *Deckers/Heusel* (Fn. 87), S. 172.

93) 早期化については、*Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 89a Rn. 3b; *Zöller* (Fn. 1), S. 373; BGH NStZ 2014, S. 703.

あるが、気を付けねばならないのは、ここで犯罪の成立を否定するためには市民が自らこのような行為を正当な（職業上の）目的で行ったものと立証せねばならないことである<sup>94)</sup>。この「挙証責任の転換」は刑法が自由を志向するものであることに照らせば問題を孕むものであり、とりわけこのことは、敵対刑法的要素を問題とする *Jakobs* の記述的認識に賛成するものである<sup>95)</sup>。

しかし、たとえ自由への志向を置いておくとしても、犯罪行為の単なる予備の予備が処罰されるとなると、個人の自由が強力に、過度に制限されることもままある、ということは何ら驚くべきことではない。興味深いのは、それ以上に刑罰規範が有する紛争能力解決能力に関する考察である。国家は、テロ攻撃を防ぐために、この規範によって一定の行為者を犯罪者とする。無論、テロ的な事情に対する有罪判決によってもたらされた社会的隔離が望ましい効果をもたらすかは甚だ疑問である<sup>96)</sup>。過激派集団との親密な関わりはしばしば社会的隔離という帰結をもたらす。処罰は、行為者が永続的に社会から隔離されることをもたらすものではない。テロの領域では通例外国人であれば強制追放がなされるが、そのように国外追放をなしえないドイツ国籍者が問題となる場合、数年後行為者は社会に復帰するのである。自由刑という屈辱、「テロリスト」としての社会的追放、そして犯罪者たちとの新たな接触のあとで、行為者は逮捕前より危険性が低くなっているとは考えにくい。どのみち、再社会化を意識した行刑におい

94) 社会的相当性条項については、*Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 91 Rn. 11; *Schäfer* (Fn. 86), § 91 Rn. 25. トートロジーであるとするのは、*Fischer*, in: *Schwarz/Dreher/Tröndle*, 62. Aufl. (2015), § 91 Rn. 16 mit Verweis auf § 89b Rn. 10. 「ここでも、同語反復的な規定が問題となっている。というのも、職業上の義務が不適法に履行されるということはほぼなく、その所為が適法な義務履行に資するものであれば、可罰性は考慮されないのである。」

95) 敵対刑法については、*Jakobs*, *ZStW* 1985, S. 753; *Jakobs*, *HRRS* 2004, S. 88. テロと敵対刑法については、*Bung*, in: *Uwer* 2006; *Albrecht*, *ZStW* (2006), S. 852; *Düx*, *ZRP* 2003, S. 189.

96) これについては、*Düx* (Fn. 95), S. 189.

て、こういったことがこれまでよりもさらに目指されねばならないであろう。

以上の検討からは、私見によれば、この規範は立法者の裁量を超えるものである<sup>97)</sup>。他の危険犯とは異なり、ここで問題となっている規範は、ほとんど効果がなく、個人の自由を苛烈に制限し<sup>98)</sup>、同時にその権限をみても疑わしく<sup>99)</sup>、それ自体正当化されえない。その代わりに、国家的予防措置を慎重かつ比例原則に即して適用することに加えて、とりわけ政治的に社会的少数派を効果的に融和することが促進されるべきであり、極端な思想へと走る傾向を弱めさせるべきであろう<sup>100)</sup>。

#### IV. 総 括

以上、ごく限られた刑罰規範を例証に分析を進めてきたが、これらの分析において問題となったのは、私見の立場から刑罰法規を入念に評価するための例にすぎない。もちろん、ここで示した指摘のすべてに更なる例を挙げることもできよう。これは今後の研究活動に委ね、その代わりに、以下のように本稿を要約する。

刑罰規範の評価は、これまでの検討によれば以下のように体系化される。規範の様々な側面、つまり文法や表現、体系論、立法手続、そして法趣旨が法内部的・法外部的観点から分析されねばならない。適切な評価にとって決定的な意義を有するのは、どの側面をどの視点で考慮するのか、どの基準を設定するのか、この基準にとってどのような前提が基礎となっているのかを絶えず検討し、発信することである。

必ずしもこれらの分析のすべて、法規批判のすべてが専ら法内部的な専門的意見に基づいてなされるわけではない。しかし、これは、法外部的

---

97) これについては、*Fischer* (Fn. 94), § 89a Rn. 7 ff. mwN.

98) 同様に、*Düx* (Fn. 95), S. 189. は「自由権への副作用」であるという。

99) *Deckers/Heusel* (Fn. 87), S. 172.

100) 民主主義的権利の拡充について、*Düx* (Fn. 95), S. 189.

評価はすべて他の学術領域に委ねられるべきであることを意味するのではない。逆に、「法」というテーマの専門家として、法学者はすべてから撤退するのではなく、差別的な効果を有していたり、機能しないものであったり、社会的利益に反するものであったり、その他の理由から最広義の意味で「不正」とみなされうるような、誤った方向へと導かれた立法に反対することをその中心的な任務のひとつと考えるべきであろう。このためには、法律学が学際的な協力を通じて取り入れるべき他の学問領域の知見、基準、方法に手を伸ばす必要がある。こういった方法、そして政治的手続における協働によってのみ、望むらくは今までよりもさらに「善い」刑法が実現しうるのである。そして、善き刑罰法規とは、法内部的・法外部的観点から、その側面・相互作用すべての分析に際して、上述の枠内で展開され、上述の消極的基準に抵触せず、恣意的で不正義にみえることを避け、社会的紛争を緩和する法律である。これは、何が善き刑法を特徴付けるのか、という様々な側面を有した問いに対する暫定的な回答にすぎず、さらに検討を深める必要があるであろう。これに十分な時間をかけて取り組む必要があることは自明である。あるいは、*Dostojewski*の言葉を借りれば、「完璧にするためには、初めから多くのことを理解する必要はない！理解が早すぎる場合には、われわれはきっと根本を理解していないのだ」<sup>101)</sup>。

---

101) *Dostojewski*, Der Idiot, Kapitel 45, VII.