

# ドイツ性刑法の改革（一）

新 谷 一 幸

## 目 次

### 課題設定

#### 第一章 犯罪法領域での改革

##### 一 「大改正」までの性犯罪規定

##### 二 「大改正」後の性犯罪規定

##### 三 第三三次改正後の性犯罪規定

##### （一）改正への経過

##### （二）社会の変化

##### （三）第三三次刑事法一部改正

##### （四）第六次刑法改正

#### 四 性犯罪法改革の特徴

##### （一）性的強要・強姦

##### （二）その他の性犯罪規定の改革

第二章 制裁法領域での改革

一 急速な改革

二 具体的改革の概略

第三章 自由刑残刑延期と保安監置継続の延期

一 自由刑残刑延期のための予測要件の修正

二 保安監直継続延期のための予測要件の修正

三 予測要件の「明確化」それとも「厳格化」？（以上本号）

第四章 保安監置の拡大と長期化（以下次号）

第五章 行状監督

むすび いかなる革命であつたのか

課題 設定

一 ドイツ「性刑法の革命」

一九九七年半ばから翌九八年初頭にかけて性犯罪に関するドイツ刑法は根本的な改革を経験した。この性刑法の展開をシュレーダーは「性刑法の革命」と呼ぶ。<sup>(1)</sup> 本稿はこれがいかなる「革命」であつたのかを検討するものである。

改革は犯罪構成要件レベルでも制裁法レベルでも実施されたが、両者における展開の仕方は大きく異なっているので区別して扱う必要がある。

制裁法レベルでの改革、とりわけ、保安処分法の改革は、九六年末に突如として改革要求と法改正の動きが現れ、ほぼ

一年を経ずして迅速に実現した。これに対して、犯罪構成要件レベルでの改革は、その中心的課題の克服に二〇年の歳月を要している。まず、八三年、配偶者間性犯罪の可能性が立法テーマとされたが、即座には実現せず、その後、同一テーマを巡って議論が繰り返されることとなった。中核部分に改革が実現したのは九七年であり、その進展は比較的ゆっくりしたものであった。もっとも、九二年以降、性犯罪に関して個別立法を通して改革が急速に進んだことにも注目が必要であり、その兆しは八六年には見え始めている。<sup>(2)</sup>九七年の「第三三次刑事法一部改正法律」により強姦罪と性的強要罪は根本的な変革を受けたが、その後、約半年という短い間隔で性刑法を含む刑法各則全般についてさらなる改革が実施された<sup>(3)</sup>。「第六次刑法改正法律」。

性犯罪者処遇法の改革は、九六年から翌年にかけて発生した性犯罪前歴者による数件の性犯罪（児童殺害事件）を具體的契機として、マスメディアがこれをセンセーショナルに報道を繰り返したことから、大衆の不安と憤激が激化し、これを背景に、性犯罪者に対する処遇の厳格化を求める立法要求がだされた。世論の強力な後押しを受けて、九八年「性犯罪およびその他の危険な犯罪との闘争法」が「第六次刑法改正」と同時に成立した。<sup>(4)</sup>その特徴は性犯罪の重罰化と性犯罪者に対する監視強化に見られる。

## 二 性犯罪法改革の二つの流れ

帝国刑法典（一八七一年）以来の伝統を受け継ぎ、倫理的色彩の極めて濃厚であったドイツ刑法典第一三章「風俗に対する重罪と軽罪」は、七三年の第四次刑法改正（いわゆる「大改正」）により自由化と脱倫理化を経験した。性犯罪の保護法益は「性的自己決定権」としてとらえ直された。その後、八〇年代まで性刑法は比較的落ち着いた状態にあった。もっ

とも課題がなかったわけではない。「大改正」以降もなお残存していた、封建的残滓(特に、男女の不平等、男性配偶者の不処罰「特権」)の除去を求める声は恒常的に存在していたが、立法要求に結節するほどに強力なものとはならなかった。「大改正」後の「残滓」克服要求が本格的に立法課題となったのは八三年である。具体的には、配偶者強姦の処罰を目的として、強姦・性的強要構成要件から「婚姻外」文言を削除することが要求された<sup>(5)</sup>。

八六年までは同じ改正要求が繰り返されたが、実現することはなかった。というのも、この時期は、刑法の基本思想として「刑罰権力に対する自由保障法としての刑法」観はなお維持され、刑法改革の具体的な要求もまた、性犯罪領域では、その脱倫理化、自由化、非犯罪化にあり、刑法限定に向けられており、また、婚姻という内密領域への国家的干渉を忌避する傾向が強かったからである。<sup>(6)</sup>

八六年以降の性刑法改革要求には、異なったトーンが見られるようになる。「婚姻外」文言削除というこれまでの要求に加えて、「性的自己決定権」に対する刑法的保護の包括的強化を求める声が高まる。具体的には、性犯罪に特有の狭い「暴行」概念解釈に対する批判をはじめとして、強要手段の拡大、「強姦」概念自体の拡大、および、法定刑の引上げの各要求が付け加わった。要求には、男性(配偶者)特権の排除のために、非親告罪性を維持することも含まれている。これらは、九七年、九八年改正で一応の実現を見る。この時期の特徴は、基本思想上「刑罰権力に依拠した権利(法益)保護の強化」観への転換であり、具体的特徴としては、法益保護の実効性強調、被害者の権利強調、犯罪化と刑法拡張の傾向を指摘できよう。「実効的」法益保護確保のための刑事システムの構築が改革の方向性を規定した。

### 三 制裁法改革

改正では、重罰化と性犯罪者に対する保安処分の強化が際立った特徴である。それは、一面では、八六年以降の「性的自己決定権」の包括的保護強化の流れの、制裁法上の締め括りとしての意味を持つ。他方、八六年以降に特に顕著に見られる実体刑法上の展開傾向（刑法的干渉の早期化、象徴刑法化、リスク刑法の強調など）と、それと平行的に展開した手続法上の展開傾向（八六年の「テロ闘争法」、九二年の「組織犯罪闘争法」での盗聴、おとり捜査、覆面捜査官、免責証人の導入など）との結び付きの中にも位置を占めている。

この結び付きについては、次の仮説が成立すると考えている。すなわち、八〇年代半ば以降、実体法レベルでは、法益侵害をまっぴらに刑法は発動するとの伝統的立場は動揺した。法益保護の実効性から見れば「手遅れ」であることが問題視されたのである（刑法の予防志向強化）。刑法的保護の早期化、前倒しは、主として抽象的危険犯構成要件の創出によりなされたが、普遍法益を多用することも「実害」の認定を不要とする利点から、これに利用されている。刑法を用いて象徴的に価値宣言することも利用されている（象徴刑法）。手続法も実効的法益保護志向の影響を免れることはできない。すでに発生した犯罪に対する「確実な処罰」が不可欠と考えられることから、現代型犯罪（組織化、国際化、情報化）に対応する必要が強調され、盗聴、おとり捜査、覆面捜査官、免責証人などが導入されたが、これらの多くは事前の犯罪予防のための情報収集としても機能するので、その治安法的性質が批判されてきた。

このようにして八六年以降、犯罪の事前予防と早期鎮圧を指向する国家的干渉システムが整備されてきた。今回の改正で、保護観察のための残刑（保安処分）延期の困難化、自由刑終了後の身体拘束（保安監置）の長期化、釈放後の国家的監視（行状監督）の長期化が導入された。これは事後的監視の強化を意味している。これまでの事前予防システムは、事

後的な監視体制の導入により補完されたのである。

しかも、性犯罪を論拠として改革は進められたのであるが、改革の多くの効果は、性犯罪に限定されているわけではなく、暴力犯罪を含む重罪一般にも適用可能である。従って、シュレーダーのいう革命は「性刑法の革命」にとどまるものではなく、刑法一般の革命と理解しなければならない。権力を掌握したのは法治国思想ではなく治安思想である。<sup>(8)</sup>

以下においては、まず、実体刑法上の性刑法の変遷を確認し(第一章)、次に、制裁法領域の改革の全体像を把握し(第二章)、「自由刑残刑延期および保安監置継続延期のための要件改革」(第三章)、「保安監置の改革」(第四章)、「行状監督の改革」(第五章)を検討し、最後に、今回の性刑法の「革命」が持つ意味と問題点を分析して、上記仮説を論証したいと考えている。

# 《注》

- (1) シュレーダーは、九二年以降の性犯罪法改革全般を概観する。「性的強要・強姦単一構成要件化」、「障害者保護の強化」、「児童保護の強化」、「ポルノの新たな保護客体としての出演者」の各論点を検討し、未成年男子の保護後退を例外として全体として重罰化している特徴をあげ、「第四次刑法改正による性刑法の自由化は、このことにより、反対方向への運動により解体された」と総括する。それとともに、重罰化が「徹頭徹尾、マイノリティ保護をもって根拠づけられている事実」を驚きをもって指摘している。Shroeder, Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998, JZ, 1999, S. 827ff (833).

- (2) 九二年の第二六次刑事法一部改正は、外国人売春婦の保護を目的とする。第一八〇条、第一八一一条の改正を通じて「人身売買」、「組織犯罪としての売春」に対する刑法的保護が強化された。翌年には、児童ポルノの「創出」・「所持」が処罰対象に加えられた(第一八四条)。九四年には、「同性愛」(第一七五条)の廃止と共に、未成年の一律保護を目的として第一八二条の改正と、性犯罪被害者未成年の保護を目的として「公訴時効」の延長も実施されている。「第一七六条ないし第一七九条の犯罪行為の被

害者が満一八歳に達するまで公訴時効は停止する。」(第七八条b第一項)

- (3) 第三三次改正は直後にさらに改正されたので、実務上「緩やかな中間法」の適用問題を生じている。改正内容自体の問題性は十分に整理されていない。

- (4) ハマシユラークは保安処分法改正の政府草案理由書に解説を加え、「残刑(処分)延期要件」、「保安監置要件の緩和と長期化」、「同意なし治療命令の許容」、「必要的鑑定」、「社会治療施設移送」、「軽微性犯罪の犯罪記録書記載」を説明している。
- Hammerschlag/Schwarz, Die Gesetz zur Bekämpfung vom Sexualdelikten und andern gefährlichen Straftaten, NSLZ, 1998, S. 321-S. 326. シュナイダーは性犯罪者の累犯頻度と長期性を根拠に無期限保安監置の必要性を強調する。Schneider, Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern, JZ, 1998, S. 436-S. 445 (438ff.). ショッフは性犯罪者に対する保安監置強化を原則的に承認する。但し、他の犯罪にこれを拡大することには反対している。Schöck, Die Gesetz zur Bekämpfung vom Sexualdelikten und andern gefährlichen Straftaten, NJW, 1998, S. 1257-S. 1262 (1261). アルプレヒトは保安処分強化を鋭く批判する。Albrecht, Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform, ZStW, Bd. 111 (1999), S. 863ff. 性刑法改革の「決定因子」は改善・保安処分の強化にあり、これにより、行為者・被害者・市民間の自由分配について「治安の優位」における新秩序が宣言された(865)。改革は「性犯罪」に限定されておらず、その他の「重罪」一般にも及ぶ(866)。国民感情の鎮静化が目的であったにもかかわらず、法益保護の実効性確保を論拠として利用している点に欺瞞がある(871-872)。「完全なる敵」に対する刑法である(870)。

- (5) ドイツ刑法の文言上「強姦」、「性的強要」は「婚姻外」行為に限定されていたので、とりわけ男性配偶者が不処罰「特権」を享受していた。わが国ではこの区別はないので、形式的な差別的取扱はない。しかし、事実上、男性配偶者による強姦は不処罰である。処罰した事例が一件あるが、事実上の婚姻破綻状態における共同正犯事例である(一九八七年六月一八日高裁判集四〇卷一七七一頁)。

- (6) Schünemann, Die Mißachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als kriminalpolitisches Problem, GA, 1996, S. 307-S. 329 (307).

- (7) 一九八六年は「チェルノブイリ原発事故」が世界を震撼させ、ベック「リスク社会論」がベストセラーになった年である。
- ドイツ性刑法の改革(一)(新谷)

(8) Albrecht, aaO. S. 865. フレーゼーは、リスク社会における「犯罪不安の平等化」現象を指摘する。テロ、身の代金目的誘拐に象徴されるように「金持ちも権力者も犯罪から安全ではいられない。」他方、環境汚染、犯罪組織による麻薬取り引き、性犯罪者による児童の殺害などに不安を感じている世論との間で「不安による連帯」が成立し、これが刑事政策に利用され、伝統的刑法の変質を生み出していると分析する。Fresee, Die Strafe auf dem Prüfstand Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse, StV, 1996, S. 222ff. (225).

## 第一章 犯罪法領域での改革

### 一 「大改正」までの性犯罪規定

ドイツ性刑法改革の経過を辿るためには、法律上の規定の変遷をまずは確認しておく必要がある。中核的規定である強姦罪と性的強要罪を中心に、いわゆる、「大改正」までの法規定を見ておく。一九七三年以前の古色蒼然たる規定から検討する。

当時のドイツ刑法典第一三章は、「風俗に対する重罪及び軽罪」の章名のもとに、風俗と性的道德に違反する犯罪として理解されていた。

濃厚な倫理的色彩は、例えば、「だまして婚姻外の性交を遂げる罪」(第一七九条)に見られる。この規定(第一項)は「結婚の儀式を仮構して見せかけることによつて、その他性交を婚姻関係上の性交と思ひ込ませるような錯誤をおこさせ又はすでにおこしている錯誤を利用することによつて、性交を許すように婦人を誘惑」する行為を「五年以下の重懲役」をもつて処罰していた。<sup>(1)</sup>



第一七六条「重い猥褻行為」および第一七七条「強姦」は次のように規定されていた。

第一七六条 (重い猥褻行為)

(一) 次に記する者は十年以下の重懲役をもつて罰する。

一 暴力を用いて婦人に猥褻行為を為し、又は身体若しくは生命にとつての現在の危険をもつてする脅迫によつて、猥褻行為の受忍を婦人に強要する者、

二 意思のない状態、若しくは、意識を失つた状態にある婦人、又は精神病の婦人を、婚姻外の性交に悪用する者、

三 十四歳未満の者と猥褻行為を為し、又は十四歳未満の者を猥褻行為を為し若しくは猥褻行為を受忍するよう  
に、誘惑するもの。

(二) 酌量減輕すべき事情が存するときは、六カ月を下らない輕懲役に処する。

第一七七条 (強姦)

(一) 暴力によつて、又は身体若しくは生命にとつての現在の危険をもつてする脅迫によつて、婚姻外の性交を受忍するように婦人に強要する者、又は婚姻外の性交に悪用する目的で一旦婦人を意思のない状態若しくは意識を失つた状態に置いた上で、これを婚姻外の性交に悪用するものは、重懲役をもつて罰する。<sup>(2)</sup>

(二) 酌量減輕すべき事情が存するときは、一年を下らない輕懲役に処する。

## 二「大改正」後の性犯罪規定

一九六〇年代の刑法改正の流れの中で、「六二年草案」、「対案」の議論を経て、七三年一月二三日の第四次刑法改正法により、第一三章は全面改正を受けた。

倫理的色彩の濃厚な「だまして婚姻外の性交を遂げる罪」はすでに削除されていたが、「大改正」により、一元的性道徳の拘束から解放されて、性犯罪の保護法益は「性的自己決定権」と把握され、第一三章の章名も「性的自己決定権に対する犯罪」と改められ、自由化と脱倫理化を経験した。しかし、封建的家父長制の名残を残す「婚姻外」(außerhehlich)文言(男性配偶者の特権的不処罰を意味する)はそのままとされるなど、不徹底な側面もあった。

かつての、「重い猥褻行為」は「性的強要罪」(第一七八条)および「抵抗不能者の性的濫用」(第一七九条)へと分割された。性犯罪は性的自己決定権侵害の観点から規定し直されたが、いずれの規定も「婚姻外」を維持している。<sup>(3)</sup>

### 第一七七条 (強姦)

(一) 暴力を用い、又は、身体若しくは生命に対する現在の危険をもつてする脅迫によつて、自己又は第三者との婚姻外の性交を婦女に強要した者は、二年以上の自由刑に処する。

(二) 比較的重くない事態においてはその刑は六月以上五年以下の自由刑とする。

(三) 行為者がその行為によつて軽率に被害者の死亡をひき起こしたときは、その刑は五年以上の自由刑とする。

### 第一七八条 (性的強要)

(一) 暴力を用い、又は身体若しくは生命に対する現在の危険をもつてする脅迫により、他人に、その者に対する自己若しくは第三者の婚姻外の性的行為を受忍するよう強要し、又は、自己若しくは第三者に対して婚姻外の

性的行為を行なうように強要した者は、一年以上一〇年以下の自由刑に処する。

(二) 比較的重くない事態においてはその刑は三年以上五年以下の自由刑とする。

(三) 行為者がその行為によつて軽率に被害者の死亡をひき起こしたときは、その刑は五年以上の自由刑とする。

### 第一七九条 (抵抗不能者の性的乱用)

(一) 抵抗不能の状態を利用してその者に対し婚姻外の性的行為を行ない又は被害者をして自己に対し性的行為を行なわせることによつて、次の各号に掲げる者を、乱用した者は五年以下の自由刑又は罰金に処する。

一 病的な精神障害のため、根深い意識障害のため、若しくは精神薄弱若しくはその他の重い精神の変性のために抵抗不能な者、又は、

二 身体的に抵抗不能な者。

(二) その行為が、婦女を婚姻外の性交に乱用することにより犯されたときは、その刑は一年以上一〇年以下の自由刑とし、比較的重くない事態においては三年以上五年以下の自由刑とする。

## 三 第三三次改正後の性犯罪規定

### (一) 改正への経過

いわゆる「大改正」の後、ほぼ二〇年近くは、これらの規定について改正は大きな立法問題とはならなかった。しかし、「婚姻外」文言の維持のゆえに配偶者間での性犯罪が問題とならないことや、各規定にみられる「比較的重くない事態」などから生じる男性(配偶者)の特権的不処罰(あるいは軽い処罰)は、徐々に、社会的に受入がたいと感ぜられるよう

になり、封建的家父長制的残滓の一扫が立法課題として重要視されるに至り、八三年に法律改正を求める立法要求が提出された。<sup>(4)</sup>

八六年には、この要求は、封建的色彩の払拭、つまり平等化を越えて、刑法による「性的自己決定権」の包括的保護のさらなる強化要求へと転化した。強姦と性的強要構成要件を婚姻領域に拡大することにもはやなんらの疑問もなかった。論争の重点は、どのような形の新規定を形成すべきかとの問題に移行した。議論は、とりわけ、フェミニストのリードにより活発化した。これまで強姦の「重大さの少ない場合」規定が被害者への責任転嫁戦術として利用されていたので、その廃止が、そして、性犯罪に特殊な狭い暴力概念の拡大が目標とされた(精神的暴力の問題)。古典的強要手段を廃止して「意思に反して」いる場合を処罰の対象とする提案<sup>(5)</sup>、法定刑下限の引き下げ提案<sup>(6)</sup>、性中立的文言の使用、また、被害者身体への貫入形態を、肛門、口腔を介しての性交類似行為への拡大(器物挿入をも含めて)する要求も出されている。<sup>(7)</sup> 強要手段を拡大して、「無保護状態の利用」を組み入れるという考え方についても一定の合意が成立していた。<sup>(8)</sup>

九五年段階では、平等取扱の議論の力は、改革に対する原則的反対をすでに政治的に許容しないものとしていた。「婚姻外」文言削除について広く意見の一致を見ていたが、最後に一種の親告罪化を計るかについて、「宥恕条項」と「異議権条項」を巡って争われ、法律改正は実現しなかった。<sup>(9)</sup>

## (二) 社会の変化

シューネマンは、改革の固有の動機と目的を解明するために不可欠であるとして、ドイツにおける婚姻の社会的変化を分析する。それによれば、家父長制婚姻観に対する擁護・打倒のいずれの側にとっても、婚姻内犯罪の扱いは、最後に残された象徴であった。このモデルは生活の現実ではなお広範に存在しているとはいえ、法律上公式にこれが許容されるこ

とはない。<sup>(10)</sup>

六〇年代までの「市民的婚姻」像は、男性配偶者の労働収入に依存する、見るべき財産を持たない小家族の像である。そこでの中心的権力要素（経済的資源のコントロール、性的資源のコントロール）は通常「左右対称的」に分配されていた。つまり、男性配偶者に与えられている「稼ぎ手」としての役割、そして、典型的には性交渉を「需要」し、それゆえに従属するパートナーとしての男性配偶者との性的交渉という伝統的秩序との結果として、両資源のコントロールは男女間に均等に分配されていた。ところが、配偶者間の性的交渉が、国家、社会の制御を受けない内密領域へと編入されてきたことにより、肉体的には強力な男性配偶者に潜在的強制力が生じ、これが家父長制的支配構造を確立してきた。<sup>(11)</sup>つまりは、本来、両性に均等に分配されていたはずの家庭内権力構造が経済資源の把握と公的に制御されない力の優越によりその均衡を失ない、男性支配を生み出してきたとの理解である。他方、八〇年代、九〇年代におけるこの関係は、収入と扶養の均等分割の法制度、および、共稼ぎ婚への社会の変化に伴い、男性配偶者の経済資源コントロールからの切り離しをもたらしている。<sup>(12)</sup>これが男性配偶者の不処罰「特権」否定への社会的要因である。<sup>(13)</sup>

### （三） 法律改正

#### （一） 第三三次刑事法一部改正法律

さらに法改正論議は進行し、一九九七年七月一日連邦衆議院は次の法律を可決した。第一七七条は「性的強制…強姦」として、二つの犯罪を単一構成要件化した<sup>(14)</sup>が、第五項（いわゆる、「異議権条項」）は後に連邦参議院で削除された。改正にともない第一七八条は「空き家」とされた。第一七七条と第一七九条の仮訳を試みる。

#### 第一七七条（性的強要…強姦）

ドイツ性刑法の改革（一）（新谷）

(一) 暴行、身体・生命への現在の危険をもつてする脅迫により、または、被害者が行為者の影響に無保護にさらされている状態を利用して、

① 行為者からの、もしくは、

② 第三者からの性的行為を甘受すること、または、

③ 行為者に対して、もしくは、

④ 第三者に対して性的行為を実行することを

他人に強要した者は、一年以上の自由刑に処す。

(二) 重大さの少ない場合はその刑は六月以上五年以下の自由刑とする。

(三) 特に重大な場合はその刑は二年以上の自由刑とする。特に重大な場合は、原則として、以下の場合である。

① 行為者が被害者と性交し、または、被害者を特に貶める、身体への貫入を伴う類似の性的行為を行った場合(強姦)、

② 行為が複数人により行われた場合、

③ 行為者が行為に際して、被害者を身体的に重大な虐待を加え、または、行為により被害者に死の、または重大な健康被害の危険をもたらした場合。

(四) 行為者が行為により、軽率に、被害者の死亡を招いた場合は、その刑は五年以上の自由刑とする。

(五) 第一項第一号または第三号の場合および、第二項または第三項とが結び付いている場合においても、被害者が行為者と婚姻中であるときは、被害者が異議を申し立てた場合は、刑事訴追機関が訴追について特別の公共

の利益が存すると考える場合であっても、行為者は訴追されない。異議の申し立ては、第一審の第一回公判開始までは検察官に対して、または、公訴提起後は、事件を担当する裁判所の裁判長に対して本人が申し立てることを要する。異議申し立ては撤回することができない。第一文、第二文は、行為者の行為が第二二三条、第二二三a条または第二四〇条を侵害する場合にも適用される。

#### 第一七九条（抗拒不能状態にある人物の性的虐待）

- (一) ① 精神的疾病による混乱、深刻な意識障害、意志薄弱、もしくは、その他の重大な精神的混乱のゆえに、または、

- ② 身体的理由ゆえに、

抗拒不能の状態にある人物に対し、その抗拒不能を利用し、性的行為を為し、または、為さしめた者は、五年以下の自由刑また罰金刑に処する。

- (二) 未遂は可罰的とする。

- (三) 特に重大な場合は、その刑は一年以上一〇年以下の自由刑とする。

- (四) 第一七七条第三項第二文はこれを準用する。

#### (四) 第六次刑法改正

第三三次改正の直後、人格的法益侵害に対する刑罰と物的法益侵害に対する刑罰との「調和」のスローガンのもとに行われた刑法各則の全面見直しの中で、性犯罪諸規定はさらに修正された。

第一七七条「性的強要・強姦」の構成要件は単一性を維持しているが、強要手段を列記する表現に改められると共に、

さらなる細分化と重罰化を経験し、現在に至っている。仮訳を試みる。

第一七七条 (性的強要・強姦)

(一) ① 暴行により、

- ② 身体または生命への現在の危険をもつてする脅迫により、または、  
③ 被害者が行為者の影響に無保護にさらされている状態を利用して、

行為者もしくは第三者からの性的行為を甘受すること、または、行為者もしくは第三者に対して性的行為を実行することを他人に強要した者は、一年以上の自由刑に処す。

(二) 特に重大な場合は、その刑は二年以上の自由刑とする。特に重大な場合は、原則として、以下の場合である。

- ① 行為者が被害者と性交し、または、被害者を特に貶める、身体への貫入を伴う、類似の性的行為を行った場合(強姦)、または

- ② 行為が複数人により行われた場合、

(三) 以下の場合には、三年以上の自由刑とする。

行為者が、

- ① 武器、または、その他の危険な道具を携帯していた場合、  
② 暴行、または、暴行の脅迫により他人の抗拒を阻害し、または、抑圧する目的で、その他の道具または手段を携帯していた場合、または、  
③ 行為により被害者に重大な健康被害の危険をもたらした場合。



(四) 以下の場合には、五年以上の自由刑とする。

行為者が、

① 武器、または、その他の危険な道具を使用した場合、または、

② 被害者を、

(a) 行為に際して、身体的に重大に虐待し、または、

(b) 行為により死の危険をもたらした場合。

(五) 第一項の場合の重大さの少ない事例は、その刑は六月以上五年以下の自由刑とし、第三項および第四項の場合、一年以上一〇年以下の自由刑とする。

第一七八条 (性的強要…強姦致死)

行為者が性的強要または強姦(第一七七条)により、少なくとも軽率に被害者の死亡を招いた場合は、その刑は無期または一〇年以上の自由刑とする。

第一七九条 (抗拒不能状態にある人物の性的虐待)

(一) ① 精神的 (geisig oder seelisch) 疾病または障害 (依存症を含む) により、または、深刻な意識障害により、または、

② 身体的理由により、

抗拒不能の状態にある人物に対し、その抗拒不能を利用し、性的行為を為し、または、為さしめた者は、六月以上一〇年以下の自由刑に処する。

(二) 抗拒不能の状態にある人物(第一項)に対し、その抗拒不能を利用し、第三者に対して性的行為を実行すること、または、第三者からの性的行為を為さしめることを、決意させた者も同様とする。

(三) 未遂は、これを罰する。

(四) 以下の場合には、その刑は一年以上の自由刑とする。

① 行為者が被害者と性交し、または、被害者を特に貶める、身体への貫入を伴う、類似の性的行為を行った場合、

② 行為が複数人により行われた場合、または、

③ 行為者が被害者に対し、行為により、重大な健康被害の危険、または、身体的もしくは精神的発達への著しい被害の危険をもたらした場合。

(五) 第一項、第二項及び第四項の場合の重大さの少ない事例は、その刑は三月以上五年以下の自由刑とする。

(六) 第一七六a条第四項及び第一七六b条は、これを準用する。

#### 四 性刑法改革の特徴

(一) 「性的強要・強姦」構成要件に係わる改革の特徴

第一に、「婚姻外」文言が削除された。配偶者に対する性的強要と強姦は性犯罪としての地位を得た。

第二に、性的強要・強姦が単一構成要件化された。強姦は加重的「原則的適用例」として量刑ルール化され、犯罪構成要件としての独立性を喪失した。

第三に、「強姦」概念が拡大され、「被害者を特に貶める、身体貫入を伴う類似の性的行為」もまた強姦に組み入れられた。女性性器を介しての性交も口腔または肛門を介しての性的行為もそれが強要される場合、被害者の被害、特に、精神的被害は性交と同様の深刻さと重大さを持つことが理由である。

第四に、暴行・脅迫という古典的強要手段の他に、第三の強要手段として「行為者の影響下に被害者が無保護でさらされている」状態の利用が追加された。これにより、強要概念に動揺が生じている。それとともに、依存関係のある場合の性的濫用との体系的関係について複雑な問題もまた生じている。

第五に、性中立文言が採用され、行為者についても被害者についても性別が問題となることはなくなった。

第六に、「持凶器の加重構成要件」が導入されたが、「凶器」、「危険な道具」の他に、「反抗抑圧目的での」危険でない道具の所持もまた規定された。この場合、加重要素としては主観的目的のみとなり、解釈上困難な問題を生んでいる。

第七に、「凶器など使用の場合のさらなる加重構成要件」が導入された。

第八に、「致死」は著しく重罰化された。

## (二) その他の性犯罪規定の改革

第一七四条 「保護を命じられた者の性的濫用」について修正はない。

第一七四条 a 「在監者・入院者の性的濫用」は用語の現代化のみである。

第一七四条 b 「公務上の地位を利用する性的濫用」につき修正はない。

第一七四条 c 「外来患者の性的濫用」を新規追加した。

第一七五条は削除されたままである。

第二七六条 「児童の性的濫用」は重罰化された。

第二七六条 a 「児童の性的濫用の加重類型」は独立させ、新たな規処罰類型を追加した。

第二七六条 b 「児童の性的濫用致死」を独立させ、重罰化した。

第二七七条 「性的強要・強姦」については既に説明した。

第二七八条 「性的強要(強姦)致死」を独立させ、重罰化した。

第二七九条 「抗拒不能者の性的濫用」を細分化し重罰化した。<sup>(15)</sup>

第一八〇条 a 「売春奨励」および第一八一条 a 「売春搾取」は文言を性中立化した。第一八一条 b 「行状監督」は対象犯罪が拡大された。

第一八二条 「未成年の性的濫用」の修正はない。

第一八三条 「露出行為」は技術的修正にとどまる。

第一八四条 「児童ポルノ」はそれまでの加重要素である「真実の反映」に「又は真実らしさ」を付加した。これはコンピュータによる合成写真の場合をも加重要素として取り込むものである。

性犯罪ではないが、「強要」(第二四〇条)にも加重例として「性的行為の強要」が追加されているので、本来の「性的強要」(第二七七条)との区別が解釈上の問題となる。なお、「行状監督」(第一八一条 b)について、対象となる犯罪類型が大きく拡大されたが、これについては後述する(第五章)。

総じて、立法者はフェミニストの側の要求に応じ、性的自己決定権の保護強化を図った。改正による処罰範囲の拡大は、限定性を欠くものとなった。いかなる「処罰の間隙」も見落すべきではないとの立法者の姿勢の反映である。しかし、体

系的には複雑となりすぎたように思われる。より重大であるのは、配偶者処罰後の、残された家族の生活支援である。これが不充分であれば、配偶者間性犯罪の被害申告の増加は、期待できないであろう。

# 《注》

(1) 一九七三年の第四次刑法改正、すなわち大改正までの刑法典正文は、最高裁事務局刑事局による翻訳『ドイツ刑法』(刑事裁判資料第九〇号)一九五四年より引用した。以下、同じ。参考までに大変詳細なものであった当時の性犯罪カタログを掲げておく。

## 第三章 風俗に対する重罪及び軽罪

### 第一七三条 (近親姦)

### 第一七四条 (従属関係にある者との猥褻行為)

### 第一七五条 (男子間の猥褻行為)

### 第一七五条 a (男子間の重い猥褻行為)

### 第一七五条 b (猥褻)

### 第一七六条 (重い猥褻行為)

### 第一七七条 (強姦)

### 第一七八条 (死亡の結果を伴う猥褻行為及び強姦)

### 第一七九条 (だまして婚姻外の性交を遂げる罪)

### 第一八〇条 (猥褻行為の媒合)

### 第一八一条 (猥褻行為の重い媒合)

### 第一八一条 a (職業的な猥褻行為の保護・援助)

### 第一八二条 (誘惑)

### 第一八三条 (社会に憤激の念を与える)

## ドイツ性刑法の改革 (二) (新谷)

第一八四条 (猥褻文書等の頒布)

第一八四条 a (恥しらずの文書を少年に販売する罪)

第一八四条 b (不快な報道)

(2) 「重懲役」とのみ規定されている場合は一年以上一五年以下である。

(3) 「大改正」後、第三三次改正までの正文は法曹会『ドイツ刑法典』(法務資料第四三九号)一九八二年を参考にしつつ、その後の法律改正を踏まえて試訳した。

(4) この時期に論争が生じている。ヘルムケン<sup>1)</sup>は、平等思想と自由思想を基礎にして婚姻内強姦の処罰論拠を整理し、不処罰論拠を排斥している。Helmsken, Zur Strafbarkeit der Ehegattennotzucht, ZRP, 1980, S. 171-S. 174.; Helmsken, Roll-Back des Patriarchats? ZRP 1985, S. 170-S. 175.

これに対して、ホーン<sup>2)</sup>は、婚姻により性交に応じる義務が生じると考える民法の婚姻規定(第一五三五条)と判例の見直しが必要と主張する。Horn, Nötigung des Ehegatten zum Beischlaf strafbar?, ZRP, 1985, S. 265-S. 267. ベームもまた現行法上、配偶者は不処罰であるが、第三者との性交強要のために夫が暴行を加えた場合のみ強姦で処罰可能とする。立法論として、軽い処罰を予定する特権的構成要件を主張する。Behm, Außerehelichkeit der Vergewaltigung-ein Rechtsprobleme?, MDR, 1986, S. 886ff

リンバッハ<sup>3)</sup>は、ホーンに反論して、家族法学者は「性交義務」を否定している事実を指摘し、ヘルムケンの主張に対しては説得力ある処罰論として賛意を表しつつも、「婚姻外」文言の廃止のみでは事態は改善されないとする。刑法的保護の限界性を考慮して、別な国家的保護システムの構築の必要性を説く。具体的には、家庭裁判所での問題処理である。Limbach, Zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in die Ehe, ZRP, 1985, S. 289-S. 312.

フロネル<sup>4)</sup>は、「婚姻外」文言削除の上で、「自由刑に代わる刑法的保護」案を提案する。重罰化は象徴的意味をもつに過ぎず、女性の状況を悪化させるのみなので、関係者間犯罪である点を考慮して、刑罰と和解の組み合わせを構想する。犯人と被害者との合意または、犯人が治療に服することで「刑の留保」が構想されている。リンバッハが「刑法に代わる」措置の主張であるのに対立する。Frommel, Wie kann die Staatsgewalt die Frauen vor sexueller Gewalt schützen?, ZPR, 1987, S. 242ff.

(5) Harbeck, Probleme des Einheitsstatbestandes sexueller Nötigung/Vergewaltigung. 2000. S. 15ff. ハーベックは性的強要・強姦罪

との単一構成要件化をテーマとする。改正に至る歴史記述は包括的で詳細である。諸政党の最終的立場および、EU諸国の法規定のリストも有益である。但し、その論述は、被害者への「責任転嫁戦術」の「封じ込め」のための解釈論に限定されており、その他の性犯罪規定に関する論述は見られず、制裁法強化の問題点に触れることもない。

- (6) Helmken, *Eheliche Vergewaltigung*. ZRP, 1993, 459ff.; Helmken, *Vergewaltigungsreform und kein Ende?*, ZRP, 1995, S. 302-S. 307.
- (7) Harbeck, a.o., S. 19.
- (8) Ebenda.
- (9) Ebenda.
- (10) Schühnemann, *Die Mißachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als kriminalpolitisches Problem*, GA, 1996, S. 307-S. 329 (309).
- (11) Ebenda.
- (12) Schühnemann, a.o., S. 309ff.
- (13) Schühnemann, a.o., S. 310. シューネマンも婚姻領域への公的コントロールは必要と考えているが、その手段としては「徹頭徹尾、家父長的である刑法はもつとも懸念の残る手段である」と述べて慎重である。シューネマンは、「いつ」、「どこで」、「だれ」と、「どのように」性交渉をもつのかを決定する自由としての性的自己決定権のうち、婚姻内強姦では「だれと」（相手方決定権）の侵害はないのであるから、婚姻外の場合と比較して軽度な処罰にとどめるべきであると主張する。
- (14) 第五項は、Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 25. Aufl., S. 1278. から試訳した。
- (15) Helmken, § 179 StGB-letzter Stolperstein der Vergewaltigungsreform?, ZRP, 1996, S. 241-S. 245. ヘルムケンは、第一七七条に「無保護状態の利用」が新設されたことにより、「抗拒不能者の性的濫用」（第一七九条）はこれと重なり合うこととなり、しかも軽罪であるところから、特権的減輕構成要件として利用されるおそれがあるので、第一七九条の削除を要求している。

## 第二章 制裁法領域での改革

### 一 急速な改革

犯罪法改革の動きが比較的緩慢であつたのに対して、制裁法領域（改善・保安処分法）の改革は迅速であつた。立法は一年を経ずして実現した。「性犯罪およびその他の危険な犯罪との闘争法」である（九八年一月二六日）。

改正の直接的契機は、九六年にバイエルンで、そして翌年にはニーダーザクセンで少女が、性犯罪による処罰前歴をもつ犯人に殺害された事件であつた。国民とメディアの憤激は爆発し、立法者にとって「手を打つ」必要性は回避不能となつた。<sup>(1)</sup>

保護観察のための早期釈放が、必ずしも、後の殺害事件と結び付いていたわけではないが、「条件つき釈放制度」が槍玉に上げられ、その制限と厳格化を求める潮流の中に置かれた。この制度が公共の安全欲求を適切に考慮していないと説明された。<sup>(2)</sup>

九六年十一月一九日バイエルン州が法案を提出した。「危険な性犯罪者に対する社会保護の改善のための法律案」である。そこには、すでに、後の法律の基本的構造が示されていた。立法者は、開放処遇・執行緩和を制限すべしとする提案はこれを受け入れず、その代わりに、性犯罪者に対する社会治療を予定した。九七年三月、連合会派と政府は「性犯罪およびその他の危険な犯罪に対する闘争法案」を提出した。参議院は、同年四月に、独自の法案「危険な犯罪者に対する社会の保護の改善のための法案」を提出した。連合会派と政府案がバイエルン法案の影響を強く受け、内容的にはこれを拡大しているのに対して、参議院案は、著しく抑制的であつた。刑法学者たちも招かれた公聴会では、主として、「保安監置」



と「行状監督」の問題が扱われ、「条件付き釈放」と「同意なし治療命令」は付け足しであった。法務委員会で多数の小修正が施され、とくに、「保安監置」、「条件付き釈放」について一層の制限と厳格化が生じた。<sup>(3)</sup>

立法者は行動の必要に迫られ、累犯危険を減少させる目的を掲げて、法律を作ったのであるが、このような短期間のうちに立法を行うと、とりわけ、市民の側に性急な沈静化をもたらす危険が存するとともに、中期的、および長期的な犯罪学のおよび、被害者学的研究成果が考慮されないままとなるとの問題が指摘されている。<sup>(4)</sup>

## 二 具体的改革の概略

(一) 「自由刑残刑延期（猶予）要件」と「保安監置継続延期（猶予）要件」が第五七条に関連して修正された。立法者は、実務慣行を「明確化」ととどまると説明したが、早期釈放を困難化する要件の「厳格化」との評価が対立している。<sup>(5)</sup> 以下で章を改めて検討する（第三章）。

(二) 従来、無期自由刑の残刑延期についてのみ「必要的」であった「鑑定」を拡大した（刑事訴訟法第四五四条）。<sup>(6)</sup>

(三) 治療に適した性犯罪者に治療を施す可能性が不十分との理由で、刑罰執行内外での治療可能性を拡大した。具体的には、保護観察の条件として発令される「治療指示」命令に関して、「身体的侵襲を伴わない治療」につき犯人の同意を不要とした。精神療法が想定されている。この指示事項違反は刑罰延期の取り消しをもたらす。

これまでの規定は以下の通りであった。

### 第五六条 c 三項

指示が、

ドイツ性刑法の改革（一）（新谷）

一 治療処遇又は、禁絶治療を受けること、又は、

二 適切なホーム又は、適切な施設に居住すること

である場合は、刑の言い渡しを受けた者の同意を得て初めて課することが許される。  
改正後の正文を仮訳する。

第五六条c三項

指示が、

一 身体的侵襲を伴う治療処遇又は、禁絶治療を受けること、又は、(傍線部追加)

二 適切なホーム又は、適切な施設に居住すること

である場合は、刑の言い渡しを受けた者の同意を得て初めて課することが許される。

これにより、同意を要件とするのは、「身体的侵襲を伴う治療」または「ホーム・施設入所」に限られることとなった。同意があれば身体侵襲を伴う治療命令を許可する規定であるが、他の保安処分への準用が多岐にわたるので、その影響は甚だ大きい。<sup>(7)</sup> もつとも影響の大きいのは、第六八条c行状監督の期間に追加された新第二項であろう。その形式要件は、「第五六条c第三項による指示に同意しない」場合、つまり、身体侵襲的治療への同意をしない場合に無期限の行状監督を許可している。後に「無期限行状監督」(第五章)に関連してその影響を検討する。

ハマシユラークの懸念は、ラントが治療施設への支出を増加させるか、それとも、この規定が社会治療施設収容と同一の運命(八四年廃止)<sup>(8)</sup>を辿るかにある。

これに対してシヨツホは懸念する。本人の同意なき精神療法の義務づけはドイツ刑法では新規のものであるが、有罪者

の一般的人格への比例性を欠く不適切な侵害を理由とする憲法上の懸念が残るからである。<sup>(9)</sup>

(四) 性犯罪者に対する行刑における「社会治療施設移送命令」が規定された（行刑法第六条第二項）。ただし施設整備の必要性を根拠に、二〇〇三年一月一日まで適用は延期されている。

(五) 「保安監置の無期限化と要件の緩和」（第六六条ないし第六七条d）が行われた。それまでの初度の保安監置の最高期間一〇年が削除された（第六七条d第一項）。それゆえ、一〇年経過後の自動的釈放はなくなった。それに代えて、一〇年経過毎の執行延期審査の義務化が行われた（第六七条d第三項）。

第六六条第三項が新設されたことにより、保安監置対象犯罪の大幅な拡大が生じるとともに、処罰前歴のない犯罪者に対する保安監置も可能となった。対象犯罪は性犯罪に限定されていない。「重罪」一般、性犯罪の大部分、および、一定の過失行為についても保安監置が可能とされている。

第六七条d第二項第三項では、「執行延期審査の厳格化」が行われ、無危険立証を要することとなった。<sup>(10)</sup> 重大な変更であるので、章を改めて検討する（第四章）。

(六) 「無期限行状監督」が可能となった（第六八条c第二項）。これは、治療指示命令に不同意の場合、および、指示命令不遵守の場合に無期限化されるものである。

行状監督については、これまで刑期満了者の場合、これまで二年以上の執行満了者についてのみ必要的開始であったのが、性犯罪者については一年の執行満了者にも必要的に開始する（第六八条f第一項<sup>(11)</sup>）。これも章を改めて検討する（第五章）。

(七) 「軽微な性犯罪の犯罪記録記載および長期化」が規定された（中央登録法第三二条など）。有罪判決（一年以下の少

年刑罰、九〇日以下の日数罰金、三月以下の自由刑または拘禁も)は三年間「犯罪証明書」に記載される。これにより、性犯罪者については、これまでの軽微犯は「犯罪証明書」に記載されないとの特権が脱落する。さらには、性犯罪を理由とする一年以上一〇年以下の自由刑は一〇年にわたり無犯罪証明書に記載され、刑期に加えるに二〇年を経てはじめて登録簿から抹消される。

少年法第九九条、第一〇〇条での裁判官の宣告による受刑歴抹消の可能性は性犯罪者については脱落した。未成年に対する教育的配慮は性犯罪を理由とする場合に部分的に停止されたのである。「犯罪証明書」には軽微犯罪を記載しないこととしてきた理由は烙印化の回避と社会的統合の維持にあるが、性犯罪者に対してはこの点で異なった政策が追求されるべきだということになる。この方向性は、一定グループの性犯罪者について「住居表示」(可視化)を義務づけるアメリカの「community empowerment」戦略を想起させる。これは懲罰的であり排除的であるとアルプレヒトは批判する。<sup>(12)</sup>

《注》

- (1) Schöch, Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998, NJW, 1998, S. 1257-S. 1262 (1257). ドイツ再統合後、警察統計上の性犯罪も、児童殺害、性的殺害も増加が見られたわけではない。九六年夏、ベルギーでの多数の児童が性的濫用後殺害された事件に関する報道が感受性の強い刑事政策的雰囲気生み出す背景にあった。
- (2) Ebenda.
- (3) Schöch, aaO. S. 1258.
- (4) Schneider, Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraf Tätern, JZ, 1998, S. 436-S. 445 (436).
- (5) 明確化にとどまるこの見解は、Hammerschlag/Schwarz, Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefähr-

lichen Straftaten, NSZ, 1998, S. 321-S. 326 (323-324); Schneider, aaO, S. 440. に見られる。これに対して厳格化との評価は、Schroeder, Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998, JZ, 1999, S. 833; Schöch, aaO, S. 1254f. に見られる。

- (6) 第六六条第三項第一文所定の犯罪行為を理由に二年以上の自由刑の宣告を受けた者については、早期釈放に対して公共の安全が対立していることを排除できない場合、保護観察のための残刑延期決定に鑑定が必要的とされた。重罪たる性犯罪はもちろん、軽罪（第一七四条ないし第一七四条c、第一七六条、第一七九条第一項ないし第三項、第一八〇条、第一八二条、第二二四条（危険な傷害）、第二二五条一項（要保護者濫用）二項未遂を含む）にも、酩酊下犯罪が重罪、上記の軽罪である場合には、第三二三条aにも適用される。上記犯罪を理由とする自由剥奪的保安処分（の延期についても）適用される。鑑定人は口頭で、無危険を証言することが必要である。裁判所は、残刑延期を拒絶する意図である場合には、鑑定聴取を見合わせる事が許される。

全ての有期自由刑を対象としていた草案は、最終段階で、重罪、並びに性犯罪の大部分、および、第二二四条と第二二五条に限定された。それでもなお年間約四〇〇〇名の有罪者について高価な鑑定が必要となる。無危険要件を見れば、鑑定はほぼ消極的結果に終わらざるを得ない。鑑定人が累犯の無危険を結論できるのは極めて稀である。鑑定報告費用の割りには、重罪と第六六条第三項第一文所定の性犯罪と軽罪について、保護観察のための残刑延期はほとんどなくなるであろう。これは比例性を欠く規定であると評価せざるを得ない。Scöch, aaO, S. 1259.

- (7) この変更は、法律上の準用指示により、大きな影響力をもつものである。残刑延期、行状監督の際の指示事項、刑罰の留保のもとでの警告内容、職業禁止の延期の際の指示事項など多岐にわたる。

- (8) Hammerschlag, aaO, S. 325-S. 326.

- (9) Schöch, aaO, S. 1260.

- (10) 第六七条d第三項の仮釈を試みる。経済的損害が列挙されていないので、単純な財産犯については釈放が考えられる。  
第六七条d

(三) 保安監置における一〇年の収容が経過した場合、被収容者が、その性癖により、被害者を精神的又は肉体的に重大に毀損する、重大な犯罪を犯す危険が存在しない時は、裁判所は処分の終了を宣告する。終了とともに行状監督を開始する。

(11) 拡大は草案段階では予定されていなかったが、審議会で挿入された。

(12) *Hammerschlag, aO, S. 325f.* 及び *Schneider, aO, S. 436.* は社会防衛上、当然と考えているようであるが、*Albrecht, aO, S. 868.* は性犯罪者(未成年性犯罪者を含めて)について烙印防止、社会統合維持を放棄した刑事政策への転換と見ている。

## 第三章 自由刑残刑延期と保安監置継続の延期

### 一 残刑延期のための予測要件の修正

改正により自由刑残刑延期、および、保安監置継続の延期について、要件が変更された。第五七条第一項は「保護観察のための残刑の延期」(必要的延期)を定めるが、犯人の将来予測に関するその第二号で「延期が、公共の安全利益を考慮して責任をもち」える場合であることと修正された。同時にこの評価に際して考慮すべき観点として「累犯に際し脅威を受ける法益の重要性」が明示的に追加された(第一項第二文)。この修正は第二項の裁量的延期にも、無期自由刑の残刑延期(第五七条a)についても妥当する。

これまで、第五七条(有期自由刑の残刑の延期)については、いわゆる責任審査条項として「有罪の言い渡しを受けた者が、刑の執行外でもはやいかなる犯罪行為を犯さないかどうかの審査に責任」をもちうる場合と規定されており、また、「総合評価」に際しては、犯人の「人格、その前歴、行為の事情、執行中の態度、その生活関係及びその者に対し延期により期待しうる効果」を考慮するものとしていた。

第五七条 (有期自由刑の場合の残刑の延期)

(一) 裁判所は、次の場合において、有期自由刑の残刑の執行を保護観察のために延期する。

一 科せられた刑の三分の二、ただし、二月以上の自由刑の執行を終え、

二 有罪の言い渡しを受けた者が、刑の執行外でもはやいかなる犯罪行為を犯さないかどうかの審査に責任をもちえ、かつ、

三 有罪の言い渡しを受けた者が同意したとき

判断に際して、特に、有罪の言い渡しを受けた者の人格、その前歴、行為の事情、執行中の態度、その生活関係及びその者に対し延期により期待しうる効果を顧慮するものとする。

(二) 以下略

改正後の第五七条は以下の通りであり、第一項第二号に修正が施され、同第三号に要素の追加が行われている。

第五七条 (有期自由刑の場合の残刑の延期)

(一) 裁判所は、次の場合において、有期自由刑の残刑の執行を保護観察のために延期する。

一 科せられた刑の三分の二、ただし、二月以上の自由刑の執行を終え、

二 延期が、公共の安全利益を考慮して責任をもちえ、かつ、(傍線部修正)

三 有罪の言い渡しを受けた者が同意したとき

判断に際して、特に、有罪の言い渡しを受けた者の人格、その前歴、行為の事情、累犯に際し脅威を受ける法益の重要性、執行中の態度、その生活関係及びその者に対し延期により期待しうる効果を顧慮するものとする。

(傍線部追加)

(一) 以下略

二 保安監置継続延期のための予測要件の修正

保安監置継続延期についても、改正がなされた。第六七条d第二項で、收容継続の保護観察のための延期が定められている(必要的延期)。その予測審査は、被收容者が「処分執行外で、違法行為をもしや犯さないことを期待しうる場合」へと修正された。これは、第六七条e第一項の「裁量的延期のための審査」にも基準として妥当する。

これまでの審査では、被收容者が「処分執行外で、違法行為をもしや犯さないかどうかの審査に責任をもちうる場合」に「直ちに」延期されることとなっていた。

改正前の規定はつぎのようなものであった。

第六七条d (收容の期間)

(一) 禁絶施設における收容は、二年、保安監置における最初の收容は、一〇年を越えてはならない。(後略)

(二) 最高期限が規定されていないとき、又は期限がいまだ経過していないときは、裁判所は、被收容者が処分執行外で、違法行為をもしや犯さないかどうかの審査に責任をもちうる場合に直ちに、以後の收容の執行を保護観察のために延期する。延期と同時に行状監督が始まる。

(三) 最高限の期間がすぎたときは、被收容者は釈放される。それによって処分は終了する。

(四) 略

(五) 略



改正後の正文の仮訳を試みる。第一項の「保安監置における最初の収容は、一〇年」が削除され、第二項の「責任審査条項」は「無犯罪期待」へと置き換えられ、それに応じて、第三項は「一〇年経過後の審査義務」へと修正された。

#### 第六七条d (収容の期間)

(一) 禁絶施設における収容は、二年を越えてはならない。(後略) (前記傍線部削除)

(二) 最高期限が規定されていないとき、又は期限がいまだ経過していないときは、裁判所は、被収容者が処分執行外で、違法行為を犯さないうることを期待しうる場合、以後の収容の執行を保護観察のために延期する。  
延期と同時に行状監督が始まる。(傍線部修正)

(三) 保安監置における一〇年の収容が経過した場合、被収容者が、その性癖により、被害者を精神的又は肉体的に重大に毀損する、重大な犯罪を犯す危険が存在しない時は、裁判所は処分の終了を宣告する。終了とともに行状監督を開始する。(傍線部修正)

(四) 略

(五) 略

### 三 予測要件の「明確化」それとも「厳格化」?

法改正により、要件は厳格化され、早期釈放はより困難なものとなったのであろうか。見解に対立が見られる。延期決定の尺度に関して、公衆の中に生じている「不適切な印象」に対応することを立法者は希望していた。<sup>(1)</sup>

(二) 明確化説(実務の追認と見る見解)

ドイツ性刑法の改革(二)(新谷)

ハマシユラークの見解を紹介する。その要点は、実務上、これまでの延期審査においても、厳しい基準が用いられていたたのであり、これを法改正で確認したにとどまるということにある。

つまり、条件付き早期釈放要件の修正は、旧規定の「責任審査条項」が公衆の中に苛立ちをもたらしていた。それは行刑裁判部が残刑延期決定につきどのどのような尺度を基礎としているのかについての苛立ちであつた。<sup>(2)</sup> それゆえ、立法者は法改正により内実的修正を意図したのではなく、尺度を明確化し、残刑延期を支える「成果」の蓋然性を判断するに当たっては、累犯により脅威を受ける法益の重要性と公共の安全利害とが重要性をもつことを明確化したにすぎない。<sup>(3)</sup>

これは、旧規定の実務上の運用実態(多数のラント最高裁判例)を法律的に確認したにとどまるのであつて、これまでも公共の安全は配慮されてきたし、身体・生命に対する犯罪と性犯罪の場合の判断に際しては、厳格な基準が設定されてきた。それゆえ、法改正により変化したのは、判決中に、犯人の再社会化の利益と公共の安全利益との衡量とその結果を明示する必要が生じた点のみであるという。

保安監置延期の要件でも、「責任審査条項」は「無犯罪への期待可能条項」に置き換えられた。「期待」概念は、「特別の事情」(第六七条b第一項第一文)とは異なり、決して「例外規定」ではない。保安監置の延期のために必要であるのは、第五六条と同じく、確実または無条件の無犯罪保証ではなく、事実により根拠づけられた蓋然性にとどまり、なお残るリスクは甘受されるが、しかし、蓋然性の程度は脅威を受ける法益の重大さに左右される。<sup>(4)</sup> それゆえ、危険な性犯罪者の保安監置延期の場合には、無犯罪についての高度の蓋然性が必要であるのに対して、非暴力的財産犯罪者の場合は、低い蓋然性でよい。いずれにせよ、新法は従来の判例の追認であるとされる。<sup>(5)</sup>

## (二) 厳格化説

これに対してショツホによれば、「明確化」のみが問題となつたわけではない。というのも、第五七条第一項第一文第二号（少年法第八八条も）は、「公共の安全を考慮してそれ（仮釈放）に責任をもちうる場合」のみであるとしているからである。延期判定に際して考慮すべき観点として、「累犯で脅威を受ける法益の重要性」が追加されている。保安監置継続の延期については、掲げられた。第六七条d第二項第一文では、自由剥奪的処分のさらなる執行の延期は、「被収容者が処分執行の外でも違法行為を犯さないことが期待できる場合」のみであると規定された。<sup>(6)</sup>

争いのないことには、累犯に際して脅威を受ける法益を考慮することが、実務上すでに支配的となっていた事実が確認される。しかし、責任審査条項の廃止の意味はそれを越えている。というのも、「再社会化利益に友好的であつた法律上の事前評価」が脱落したからである。これまで、犯罪者の自由への引き戻しの利益において、「その釈放に伴うリスクが受忍可能であると考えられる場合は」、予測が不確実だとしても、残刑延期を許容してきた。

なるほど、危険な犯罪者について、早期釈放審査実務の「ルーティーン化」を回避する必要はあつたが、保安処分について行刑裁判所の裁量権が制約されたのは疑問である。実務は、重大な法益への危険ある場合のリスクを適切に限定する合理的な道を発見しえたはずである。さらには、つまり、釈放された被拘禁者を保護監察官の助けによりコントロールしながら自由へと移行させる機能を維持しえたはずである。<sup>(7)</sup>

保安処分による拘禁からの早期釈放要件は「将来の無犯罪期待」へと置き換えられたが、これにより本来的な保護観察のための刑罰延期要件と同じにされた。すでに執行を終了した刑罰と保安処分の効果を見捨てることになるが特段の根拠づけはない。

保安監置執行施設の過重負担へのこれまでの警告は説得力がある。保安監置による被拘禁者のうち一〇から二〇パーセントは性犯罪者であり、八〇から九〇パーセントはその他の犯罪者であるが、性犯罪者は他の受刑者よりも釈放のチャンスが著しく少なくなる。

精神療法的処分執行は治療の名による無期限の保安監置に近づく。性犯罪者は裁判手続きにおいて、専門鑑定人との協力を拒絶しており、責任能力規定の適用を阻害しているからである。この適用なしには、精神病院への収容は不可能である。<sup>(8)</sup>

「期待する」とは無条件の無危険を意味するのではなく、「事実により根拠づけ可能な、刑罰から自由な生活形成の蓋然性」を意味しているのであり、延期につき必要な「成果の蓋然性の程度は、……累犯に際して脅威を受ける法益の重大性と一般の安全要求に依存している」と理由書は述べるが、予測条項の取り扱いに際しての行刑裁判部裁判官の運用により法律文言の峻厳さを、適切に相殺してほしいとの示唆的アピールである。<sup>(9)</sup>

結局、無犯罪立証の困難さを考慮すれば、早期釈放は困難なものとされたと評価せざるを得ない。<sup>(10)</sup>

《注》

- (1) Hammerschlag, Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftat. NSZ, 1998, S. 321-S. 326.
- (2) Schöch, Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998, NJW, 1998, S. 1257. ショッホの点は認める。
- (3) Hammerschlag, aaO, S. 323.
- (4) Hammerschlag, aaO, S. 323-S. 324.

- (5) Ebenda.
- (6) Schöch, aaO, S. 1258.
- (7) Ebenda.
- (8) Schöch, aaO, S. 1259.
- (9) Ebenda.
- (10) 第二章注(6) 参照。