

ドイツ性刑法の改革（二・完）

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

(二) 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

(二) 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

第四章 予測要件の「明確化」それとも「厳格化」? (以上前号)

第五章 保安監置の拡大と長期化

一 保安監置

二 保安監置の新類型

三 保安監置の無期限化

四 保安監置の継続延期審査およびその終了審査における予測要件の厳格化

- (一) 継続延期審査要件の厳格化
- (二) 終了審査要件の厳格化

第五章 評価

一 行状監督

二 行状監督の改正

- (一) 刑期満了後の必要的行状監督の拡大
- (二) 性犯罪に関する裁量的行状監督の拡大
- (三) 無期限行状監督の可能性

三 行状監督の中止と終了

四 評価

むすび いかなる革命であつたのか

- 一 犯罪規定改正の評価
- 二 制裁法改正の評価
- 三 刑事政策の展開と性刑法改正の評価

第四章 保安監置の拡大と長期化

一 保安監置

(二) 保安監置とは、重大な犯罪を繰り返す「危険」の存続を根拠に、自由刑終了後も、さらに身体拘束を継続する「自由剥奪を伴う改善・保安処分」である。刑に併せて宣告される。

責任に対応する刑罰を超えて自由剥奪を行うので、責任刑法とは本来一致し得ない制度であるが、例外的に公共の安全のための「刑事政策の最後の緊急措置」として、「比例性原則」(第六二一条)の留保のもとで、維持されてきた。改正前には、この制度が、責任の程度を超える権利制限であり、また、人間の将来の行動に関する予測に依拠せざるをえず、予測は不安定であることを考慮して、形式要件、実体要件に一定の限定を付して例外の拡大を警戒していた。さらに、本来保安処分は危険を根拠とするところから、危険の継続する限りは処分もまた継続されるべきであると考えられるのであるが、初度の保安監置は最高期限を一〇年に限定して、これが経過すれば危険の存否にかかわらず、釈放されることとなつてい

た（但し、行状監督が必要的に開始される）。裁判実務も保安監置発令には慎重であつて、長年にわたり年間四〇件前後にとどまつていた。

前述のように性犯罪累犯者による少女殺害事件をきっかけとして動き始めた法改正の議論の中で、保安監置を積極的に利用して性犯罪累犯者の危険に対応すべきであるとの提案がなされた。

(二) 改正前の正文は以下の通りである。

第六六条（保安監置における収容）

(一) 故意の犯罪行為により、一年以上の有期自由刑の言い渡しをうけた者があるときは、裁判所は、次の場合に、刑に併せて保安監置を命ずる。

一 犯人が、新たな行為に先立ち、これらの行為の一個又は数個を理由として、すでに一回、それぞれ一年以上の自由刑の言い渡しを受け、かつ、

二 犯人が、新たな行為に先立ち、これらの行為の一個又は数個を理由として、一年以上の自由刑の執行を終え、又は自由剥奪を伴う保安処分の執行を受け、かつ、

三 犯人とその行為を全体的に評価して、その者が重大な犯罪行為、特に被害者に精神的若しくは肉体的に重大な損傷を加え、又は重大な経済的損害を惹起するような犯罪行為への性癖(Hang)により、公共に対して危険であることが明らかになつたとき。

(二) 犯人が、それぞれ一年以上の自由刑に処せられるべき二個の故意の犯罪行為を犯し、これらの行為の一個又は数個を理由として三年以上の有期自由刑に言い渡しをうける時は、裁判所は、第一項第三号に掲げられた要件の

下で、以前の有期判決又は自由剥奪（第一項第一号、第二号）がない場合でも、刑に併せて保安監置を命ずることができる。

（三二） 略

必要的保安監置（第一項）の要件は以下の通りである。①これまでに故意の犯罪行為を理由として、すでに一度、それぞれ一年以上の自由刑宣告を受けた前歴と、②実際に二年以上の自由剥奪（刑または保安処分の執行）を受けた前歴をもつ者が、新たに、故意の犯罪行為により一年以上の有期自由刑の言い渡しを受ける際に、③犯人とその行為を総合的に評価して、その者が重大な犯罪への性癖（被害者に精神的・肉体的に重大な損傷を加え、または重大な経済的損害を惹起する犯罪への性癖）を理由として公共にとって危険と判断される場合である。

裁量的保安監置（第二項）の要件は、①それぞれ一年以上の自由刑に相当する三個の故意犯罪を理由として三年以上の有期自由刑の宣告を受ける場合に（これまでに有罪判決歴も自由剥奪歴もないとしても）、②重大な犯罪への性癖により公共の危険があると判断されるときである。

二 保安監置の新類型

（一）改正は、形式要件を緩和した新類型の導入、最高期限の撤廃、延期審査要件および終了審査要件の厳格化として実施された。新類型は第六六条に第三項を追加することにより導入された（旧第三項は新第四項へと繰り下げられた）。第一項および第二項に変更はない。

新第二項の仮訳を試みる。

(二) 重罪を理由として、又は、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、第二三四条、第二二五条第一項若しくは第二項による犯罪行為を理由として、又は、酩酊中の行為が重罪又は前記違法行為の一に該当する場合の第二二三条aによる犯罪行為を理由として、二年以上の有期自由刑の言い渡しを受ける者があるときは、裁判所は、犯人が、新たな行為に先立ち、これらの行為の一個又は数個を理由として、すでに一回、三年以上の自由刑の言い渡しを受け、かつ、第一項第二号及び第三号の要件を満たしている場合は、刑に併せて保安監置を命ずることができる。犯人が、第一文記載の犯罪行為のうち、それぞれ二年以上の自由刑に処せられるべき二個の犯罪行為を犯した場合であって、それらの行為の一個又は数個を理由として三年以上の自由刑の言い渡しを受ける時は、裁判所は、これまでに有罪判決の言い渡し又は自由剥奪(第一項第一号及び第二号)を受けたことがない場合であっても、第一項第三号の要件の下に、刑と併せて保安監置を命ずることができる。第一項及び第二項は排除されない。⁽¹⁾

(二) 形式要件の緩和

新第二三項で導入された「カタログ犯罪」について、二種類の裁量的保安監置が導入された。実体要件である重大な犯罪への性癖による公共への危険は変わりなく維持されているが、形式要件である有罪判決歴、自由剥奪歴に関しては大幅に引き下げられている。

新第三項により、新規に裁量的保安監置が許されることとなつた第一の類型は、①すでに一回、三年以上の自由刑宣告を受けた前歴と②一年以上の自由剥奪を受けた前歴をもつ者が、新たに二年以上の有期自由刑の宣告を受ける場合である。第二の類型は、①それぞれ一年以上の自由刑に処せられるべき二個の犯罪行為を犯し、三年以上の自由刑の宣告を受ける

場合であつて、この場合には有罪判決歴、自由剥奪歴は問題とならないものとされている。

(三) 対象犯罪の拡大

形式要件を緩和した裁量的保安監置の対象となる犯罪として、第三項第一文に犯罪カタログが提示されている。そこには、「重罪⁽²⁾」の全体、「軽罪」の一部、さらに過失犯の一部が含まれている。条文番号が示されているのはすべて「軽罪」であつて、性犯罪については「保護を命じられた者の性的濫用」(第一七四条)、「在監者・入院者の性的濫用」(第一七四条a)、「公務上の地位を利用する性的濫用」(第一七四条b)、「外来患者の性的濫用」(第一七四条c)、「児童の性的濫用」(第一七六条)、「抗拒不能者の性的濫用」(第一七九条)、「未成年者の性的行為懲罰」(第一八〇条)「未成年の性的濫用」(第一八二条)である。

性犯罪のうち重罪の条文番号は犯罪カタログに明示されていないが、当然に対象である。「児童の性的濫用の加重類型」(第一七六条a)、「児童の性的濫用致死」(第一七六条b)、「性的強要・強姦」(第一七七条)、「性的強要(強姦)致死」(第一七八条)、「重い人身売買」(第一八一条)である。

逆に、性犯罪のうちで対象とならないのは「売春の奨励」(第一八〇条a)、「人身売買」(第一八〇条b)、「売春搾取」(第一八一条a)、「露出症的行為」(第一八三条)、「公の憤激の誘発」(第一八三条a)、「ポルノグラフ的な文書の頒布」(第一八四条)、「禁じられた売春の実行」(第一八四条a)、「青少年に有害な売春」(第一八四条b)である。

保安監置は自由刑に併せて宣告されるのであるから、法定刑の枠を越えて事後的に自由刑の枠組みを拡大し、刑罰を「積み増し」することにほかならない。それゆえ、従来は、保安監置の例外性をなるべく拡大しない努力を払うことにより罪刑法定原則との「折り合い」をつけてきた。新設の「犯罪カタログ」を見すれば、「性的自己決定権」侵害を含む性犯

罪が中心となつてゐるよう見えるが、現実には先にも指摘したように、「重罪」一般、「軽罪」である暴力犯罪、過失行為まで含まれてゐる点を見落としてはならない。性犯罪累犯者への処遇強化が改正議論の出発点であつたにもかかわらず、形式要件の緩和が及ぶ対象犯罪は著しく拡散してゐる。

これまで、その者による多数の犯罪が認知され、処罰されてきた事実から累犯危険の一応の推定がはたらく者に限定した上で、さらに、「犯罪への性癖」⁽³⁾に起因する危険を要件としてきた従来の姿勢は放棄され、とくに、新規第二類型では、独立した二個の犯罪で初めて判決を受ける者にも保安監置を認めるのであるから、保安監置の例外性は大きく後退してゐる。

三 保安監置の無期限化

第六七条d旧第一項は「禁絶施設における収容は、二年、保安監置における最初の収容は、一〇年を越えてはならない。」

と規定していたが、右の傍線部分が削除され、新文言は「禁絶施設における収容は、二年を越えてはならない。」とされた。

ここにおいて、保安監置は一般的に期限の定めのない自由剥奪処分となつた。新第四項（旧第二項）による絶対的最高期限経過に伴う自動的釈放は、性犯罪と暴力犯罪を理由とする保安監置については廃止された。

保安監置収容の期間が限定されないことから、身柄拘束終了の予測可能性は失われる所以、このことがもたらす、一方では、被収容者の社会的再統合への悪影響と人格への破壊的作用が、他方では、収容当局の側での無展望性が懸念されてゐる。

四 保安監置の継続延期審査およびその終了審査における予測要件の厳格化

(一) 継続延期審査要件の厳格化

前記第三章三(一)、(三)で見たように、第六七条d第一項は次のように改正された。

(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の外で、違法行為をもはや犯さない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。

旧第二項は傍線部につき「違法行為をもはや犯さないかどうかの審査に責任をもちうる場合」と規定していたのに對して、新規定は刑罰の執行延期要件(第五六条)と同旨の文言への修正であり、この場合すでに刑罰執行を終え、保安監置で一定期間の執行を終えているという事情は考慮されていない。保安監置からの早期釈放は困難なものとなつた。

(二) 終了審査要件の厳格化

保安監置の最高期限が一般的に削除されたことにより、保安監置は、当初から期限の定めのない自由剥奪処分へと変質した。その代替として、一〇年経過ごとの執行終了審査が裁判所の義務とされた。

第六七条d新第三項は次のように規定する。

(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。(傍線部追加)

「危険」は第六六条第一項第三号にいう重大な犯罪行為への性癖の場合と同じであるが、「重大な經濟的損害」が除かれ

ているところから、非暴力的財産犯罪を理由とする保安監置については、なお、一〇年が最高期限としての意味をもつ。しかし、性犯罪と暴力犯罪については、無危険予測がない限り保安監置は継続され、一〇年との審査結果によつては、保安監置が終身に及ぶ可能性も生まれている。

法文上「危険が存在しない時」に保安監置終了が宣告されると規定されたところから、危険の存在が積極的に立証される必要はなく、逆に「無危険」の積極的確認が必要とされる。「危険の推定」を前提とした、一種の「拳証責任の転換」とでも評すべき現象が生じている。保安監置からの終了釈放は著しく困難なものとされた。

五 評 価

性犯罪を出発点としていたにもかかわらず、要件の緩和は性犯罪を大きく越えて、重罪一般、軽罪たる暴力犯罪、そして、部分的には過失行為にも及んでいる。保安監置は期限の定めのない自由剥奪処分と変質させられた上に、継続延期審査要件は厳格化され、終了審査要件についても無危険立証が要求されることとなつた。保安監置の強化であることに争いはない。刑事法の専門家の多くは改正による保安監置強化に反対の意見であつたが、立法過程ではほとんど重視されなかつた。

ハマーシュラーケ検事は、保安監置の強化は極端に危険な犯罪者のごく例外的な事例についてのみ効果を発するので、法律上の表現の著しい拡大と強化にもかかわらず、保安監置の「洪水」は生じることはなく、ウルティマラティオ性は保持されているといふ。「…保安監置は刑法的サンクション体系のウルティマラティオであり、刑事政策の最後の緊急措置 (BGHSt. 30, 220, 222.) という、その性質上、危険な犯罪者に対する公共の保護のために不可欠と考えられる、ごく例外的

事例についてのみ命令されるべきである」との立法者の基本姿勢を支持している。そこで、新たに導入された保安監置類型は「極めて稀な例外的事例について、従来より早期の保安監置命令を可能にする道具」と考えている。⁽⁴⁾

このような判断の根拠として五点が示されている。第一に、新第三項の「犯罪カタログ」である。世論と議会から出されていて極めて広範な要件緩和要求に対し、立法者は緩和を基本的に性犯罪と暴力犯罪に限定している。第二に、立法者は、併合罪を犯した初犯者も対象となることから生じる憲法上の懸念を考慮して、「性癖」を要件とすることにより保安監置を限定しようとしている。第三に、一般的無期限化のもたらす苛酷さの緩和を目指し、一〇年経過後の必要的審査を導入し、さらなる重大犯罪の無危険が確認されれば、保安監置を終了することとした。ここでは経済上の損害を除外することにより、長期保安監置は性犯罪者と暴力犯罪者に限定される。第四に、予測の安定性確保のために必要な鑑定を導入した。第五に、実務では、危険予測の不安定性からごく例外的にしか発令されてこなかつた。また、一〇年経過前に保護観察のための保安監置の延期が拒否された人数も少数である。⁽⁵⁾

ハマーシュラーケは新規定の定める「二つの独立した犯罪を理由とする一つの有罪判決」を基礎として、犯人の危険な性癖を安定的に確認することは困難であるが、「絶対的例外的事例」に限ればこれは可能であると主張し、実務では「絶対的例外的事例」に限定して適用されるであろうと予測する。⁽⁶⁾

しかし、その主張と評価は実務への強い信頼感から、濫用への危険には極めて楽観主義的であり、そのいうごく例外的事例のために、包括的な適用可能性をもつ規定を導入することの問題性に触れることもなく、また、性犯罪を越えた拡大についても論及するところはない。

これに対し、ショッホ元判事は保安監置の強化に関しては、「児童に対する性的濫用の特に重大な事例」と「強姦と

「性的強要」についてのみ賛成するが、その他の犯罪にこれを拡大することは反対の立場を主張している。ショッホは、性犯罪者の累犯率は想定よりもはるかに低いことから、保安監置強化の必要性への懷疑論に一定の理解を示しつつも、前記の性犯罪について保安監置要件の緩和は正当であると主張する。というのも、この領域では極端に危険な犯罪者が存在するのであって、治療措置では社会保護は不十分であるからだとされる。⁽⁷⁾すなわち、極めて稀とはいえ、著しい攻撃性や性的倒錯を伴う性犯罪事例では高度な累犯危険性を伴う中毒類似の行為モデルが現実に存在するからであり、このようない人物については、新規定のいう二度の犯行だけでも、その危険を認識することは可能であり、危険予測は十分に安定すると主張している。⁽⁸⁾危険予測の安定性と確実性については、ハマーシュラーカと同旨である。

ショッホによれば、これに対して、その他の暴力犯罪や軽い性犯罪については、二度の犯行のみでは長期にわたる身柄拘束決定のために必要な判断基礎は得られない。それゆえ、「重罪一般」、暴力犯罪にまでおよぶ要件が緩和されたことにより、責任刑法ではごく例外にとどめるべき、とりわけ問題の多い制裁が大幅に拡大された点が重大な危険と評価されていいる。

この危険の克服について、ショッホは、「保安監置命令の実体要件につき刑事裁判所がこれまでどおり厳格に解釈してくれることを望むほかはない。これまで判例は保安監置発令のために法の要求する犯罪件数をはるかに上回る犯罪件数を要求してきた。」⁽⁹⁾と述べて、実務での慎重な運用に委ねている。

基本政策の転換として法改正を高く評価するのはシュナイダーである。

シュナイダーの評価によれば、性犯罪法改正において、「（潜在的）被害者指向的衡量」を重視する方向転換が実現されており、これは率直に歓迎されるべきである。すなわち、犯罪者の再社会化の重要性が従来、過大評価されてきたせいで、

潜在的被害者の身体的、精神的、社会的不可侵要求が等閑視されてきたことに対し、立法者は法律改正を通して、犯罪者の再社会化の利益と潜在的被害者である一般人の安全利益との衡量を要求することにより、条件付き早期釈放を困難化した。つまり、立法者は「被害者が一方的にリスクを負う必要はない」ことを前提として、「性犯罪者の累犯傾向が高く、長年持続するという事実を考慮して、そして、性犯罪から生じうる被害者の深刻な被害に配慮して、疑わしい場合には、潜在的被害者の安全利益が優先されるべきことを明確化して決着」をつけたと評価するのである。⁽¹⁰⁾

シュナイダーは保安監置の拡大と強化への反対論に対し、反駁する。「犯罪者の将来的危険に関する曖昧な根拠に基づくだけで、これまでの犯罪歴、有罪判決歴、受刑歴の十分な徵憑作用」もなしになされる長期の自由剥奪は「比例性原則と合理性原則に反し、危険ではない多数の犯罪者が不當にも長期の身体拘束」を受けることになるとの批判的見解もあるが、しかし、「犯人処遇の改善のみでは、高度に、そして、長期にわたり累犯の危険のある性犯罪者に対する十分な保護は提供できない。保安監置はウルティマラティオであるが、まさに危険な性犯罪者に対する避難く不可欠」であると主張する。⁽¹¹⁾

「高い累犯率、長期に持続する行為者危険性（累犯傾向）、乏しい治療成果、そして、性犯罪の破壊的な精神的、社会的結果を考慮すれば、潜在的被害者の安全利益と犯人の自由要求との間に新たな衡量が必要」であつて、犯人の自由要求と潜在的被害者の身体的、精神的、および、社会的不可侵性要求との間には法律改正により必然的で適切な関係が成立していると積極的に評価する。⁽¹²⁾

シュナイダーの見解は、犯罪者の再社会化・再統合を目指す秩序観から、「潜在的被害者の安全利益」を優先する秩序観への転換を積極評価するものである。シュナイダーは性犯罪にテーマを限定して論じているが、実際の法改正が性犯罪

を越えるものであることは既に指摘したとおりである。

シシリアーノは保安監置制度そのものに対し原則的な批判を向けており、法改正により著しい要件の緩和を受け、拡大された保安監置についてその正当化根拠を厳しく問う。出発点はキンツィッヒの問題提起にある。

キンツィッヒは法案審議の公聴会で専門家として意見陳述したが、その際、危険性ありと誤って判定される人々に焦点を当て、誤った積極的危険判定の膨大さを指摘し、「一名の実際に危険な人物のために、受刑の後もはや重大な累犯性をもたない二名（おそらく、さらに多数）の人物が自由を剥奪されている。この実際には無危険な人物をも同時に長期にわたり収容することはなにをもつて正当化されるのか」と問題提起した。しかし、立法過程の議論を左右するテーマとして取り上げられることはなかつた。⁽¹³⁾

シシリアーノは、キンツィッヒに従い、人間行動の将来予測（犯罪予測）に関する予測の安定性・確実性問題を出発点として、膨大な数の誤った積極的危険予測を問題とする。

その主張によれば、「一定の蓋然性をもつてさらなる（重大）犯罪を遂行するであろう行為者が、危険な（性癖）行為者である」と判断されるのであろうが、一〇〇パーセントの的中率をもつ予測方法はないのであるから、常に、現実には誤って危険と判定される人物がある。もともと発生率の低い重大犯罪の場合、誤った無危険判定と比較して、誤った危険判定の数は多くなる。しかし、保安監置の場合、監禁継続中ゆえ誤った危険判定の率は知りえない。⁽¹⁴⁾

アメリカのバクストルーム事件の知見は「たくまざに生じた実験のセンセーショナルな結果」であつて重要である。⁽¹⁵⁾六年、ニューヨークにおいて、極めて危険と判定されていた九六七名の精神病患者が、憲法訴訟の成果として解放された。このうち四年半以内に再度収容されたのは一二四名にとどまった。危険誤判率は九七、四パーセントであった。真に危険な

人物一名に対し、そうでない三二名が身柄を拘束されていた。ディクソン事件ではペンシルバニアで危険判定を受けていた四二八名の犯罪者が釈放された。そのうち一四パーセントが四年以内に再び暴力犯罪を犯した。率はやや低いが、それでも六名の「無実者」に対して一名の「真犯人」であり、保安監置の場合とと同じく極めて危険と判定されていた人物が問題となっていた。これを見れば、裁判所による危険性の过大評価の危険は歴史的に証明されている。⁽¹⁶⁾

予測の不安定性問題について、シシリアーノは、ショッホの見解を例に検討する。ショッホが重大な性犯罪のみに保安監置の拡大を限定したことは積極的に評価されているが、「誤った積極的危険判断」問題を回避している点は批判されている。

ショッホは刑事政策のウルティマラティオとして保安監置を断念できないことの論拠として極めて稀であるとはいえる「極端に危険な犯人」が存在すること、そして、力量ある鑑定人であればこれを正しく捕捉しうるし、現に実務は正しく捕捉してきたと主張していた。シシリアーノはこの主張は、もっぱら「誤った無危険判定」防止を目的とする場合にのみ、説得力をもつてどまり、「誤った危険判断」の防止を目的とする場合には、バクストルーム事件、ディクソン事件の重要性を否定することは許されないと非難する。この批判は、ハマーシュラーケにも当てはまるであろう。

次に、保安監置の古典的な正当化根拠としての「緊急状態類似」の考え方について、シシリアーノは、ヴァイゲンドの見解をあげて批判する。

ヴァイゲンドが保安監置の拡大提案に反対した点は評価されている。さらに保安監置が「基本的にはなんらの積極的目的」を持たず、「社会的統合」に寄与せず、責任を超える自由剥奪であることを問題視する点も評価されている。しかし、ヴァイゲンドが、保安監置を廃止すれば、安全の確保には長期自由刑が必要となるので、これを避けるためには保安監置が緊

急状態類似の措置として正当化されると主張した点は批判される。⁽¹⁷⁾

ヴァイゲンドは「第三者の重要な法益に対する切迫した危険に対し、他の対応手段が存在しない場合の措置」としてのみ正当化可能であると主張するが、保安監置の無期限化は、一〇年を越える未来を前提としているのであるから、実際には、将来的なものにとどまる侵害に対する防御が問題とされているのであり、いわば、「予防的緊急避難」である。しかし、緊急避難は危険の現実的急迫性を前提とするのであるから、「予防的緊急避難」は成立しえない。

結局、「誤った積極的危険判断」問題を回避し、危険であると誤って判定された人物の自由制限を正当化する根拠は考慮していないので、法秩序は第三者の「重要な法益」に脅威を与える「高度に危険な行為者」を捕捉するために、「誤った積極的危険判断」を受けた多数の人物を犠牲にせざるを得なくなると批判される。⁽¹⁸⁾

シシリアーノは、また、シュナイダーに見られるような限定されたテーマに関する論拠を一般化する手法をも批判する。シュナイダーは強姦と児童に対する性的濫用の再犯データをもとに論じてはいるが、保安監置の強化は性犯罪に限定されていないし、性犯罪者についての再犯率に関する研究状態はそれ自体「闇」の中にある、相互に矛盾もしているというのである。⁽¹⁹⁾これは、性犯罪を論拠としつつ、現実には、性犯罪を大きく越えて重罪一般などへと拡大した立法者に対する批判でもある。

かくして、シシリアーノは、キンツィッヒの問題提起を受けて、バクストルーム事件とディクソン事件に依拠して、危険であると誤って判定され、自由を剥奪される人物の数が極めて多いことを指摘して、保安監置の拡大・強化に対しても、保安監置制度そのものに対しても原則的な批判を行い、保安監置の正当化問題は未解決であると結論する。

なるほど、実務での保安監置の「洪水」は生じないかもしれない。しかし、このような危険な道具を、必要な場合には

このじめ使用でやるのとして刑事政策一般の「武器庫」に装備してくる」といふ問題点がある。ショナイダーが率直に表明してくるよつて、このよつた保安監置の拡大・強化は、刑事政策上の基本方向の転換を前提とせざには理解可能ではない。アルブンヒュが、ショナイダーとは逆方向での評価を伴つて確認してくる、新しい秩序像の表現である。「一般市民、犯罪者、被害者の利害に関する新たな秩序の表現であつて、換膚すれば、治安と自由との利害調整に関する新秩序の表現であり、治安の利益が一方的に優勢である。⁽²⁰⁾」

《注》

- (1) たゞやう複雑な構成となつてゐる。一般市民の理解を前提とする一般予防効果は考慮されてゐない所である。
 - (2) 法定刑下限が一年以上の犯罪を「重罪」と呼ぶ。
 - (3) 「性癖」なるのは存在せず、存在しないのを予測するが不可能であるから、予測事件に注釈を施すことを刑法学者は拒絶するのである主張する原則的な批判である。Fablicius, Gefährliche Gewohnheitsverbrecher und triebhaft Sittlichkeitsverbrecher wiederlebt, in: Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 319-S. 346.
 - (4) Hammerschlag/Schwarz, Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten, NStZ, 1998, S. 321-S. 326 (S. 321-S. 322.)
 - (5) Ebenda.
 - (6) Hammerschlag/Schwarz, aaO, S. 322f.
 - (7) Schöch, Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten, NJW, 1998, S. 1257-S. 1262 (S. 1261).
 - (8) Ebenda.
 - (9) Schöch, aaO, S. 1262.
- マニラ性刑法の改革 (1・税) (新谷)

- (10) Schneider, Der Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern, JZ, 1998, S. 436-S. 445 (S. 440).
- (11) Schneider, aaO, S. 443ff.
- (12) Schneider, aaO, S. 444.
- (13) Siciliano, Ein Bericht aus dem Rechtsausschuß oder ungelöste Legitimationsprobleme der Sicherungsverwahrung, in: Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 363-S. 385 (S. 369-S. 370.).
- (14) Siciliano, aaO, S. 364-S. 367.
- (15) Ebenda.
- (16) Ebenda.
- (17) ベルの他の論拠には次のふたつのがある。カトイケンは「精神的疾患があるのではなうが、高度に危険な行為者であつて、監視監禁用にあつてもいいが行為者の経歴に現れてくる者については、こねば、監視監置といへ、保安監置制度に固執するいふは支持可能」であると主張し、提案を入れてこの改正には反対した。のほか、一回の犯行では「経歴」に現れてこぬるべなうとするが反対の根拠である。この点では、重大な性犯罪以外への保安監置強化の拡大に反対したハラツホと同様である。Siciliano, aaO, S. 376.
- ハラツホは法治国的根拠をあげて保安監置維持を支持する。やなわち、責任刑法から生じる「予防の欠如」の穴埋めを同法が躊躇するならば、警察の任務を委ねるをえない。警察の予防活動よつて、裁判官による保安監置のほうが法治国的にぐarterである。ハラツホは、ハーリアーノの批判は、警察の法治国的要求の強化が重要であり、同法の「警察化」は避けねばならぬとする所である。ハラツホ「法治国的根拠」に依拠して法治国原則の解消への道を拓くのである。Siciliano, aaO. S. 384ff.
- (18) Siciliano, aaO. S. 376-S. 378.
- (19) Siciliano, aaO. S. 380.
- (20) Albrecht, Determinanten der Sexualstrafrechtsreform, ZStW, 111, 1999, S. 865.

第五章 行状監督

一 行状監督

「行状監督」とは、自由刑または自由剥奪を伴う処分の終了後も「さらなる犯罪遂行の危険」が存続することを理由として、二年以上五年以下の期間、国家的監視を継続する「自由剥奪を伴わない改善・保安処分」である。監視と援助の二目的を追求するものとされている。

法律の定めにより、自由刑または自由剥奪を伴う処分の終了後当然に開始される必要的行状監督と、法律上行状監督の定めのある犯罪類型についての裁量的行状監督⁽¹⁾がある。後者については、「さらなる犯罪遂行の危険」の存在に関する個別的確認を基礎として、刑罰に併せて宣告される。前者の場合、釈放時に、危険の存否について審査がなされ、監督の必要がない場合には、行状監督は開始されない。

保護観察付き早期釈放を困難化したことから必然的に生じるより多くの満期釈放者に対して、保護観察の代替として行状監督を付することで、累犯者による犯罪リスクを減少させるという構想として提案された。

二 行状監督の改正

改正は、必要的行状監督の拡大、対象犯罪の追加、監督期間の延長（無期限化の可能性）、および、中止・終了審査時期について行われた。

（一）刑期満了後の必要的行状監督の拡大

ドイツ性刑法の改革（二・完）（新谷）

草案段階では第六八条fの拡大は予定されていなかつたが、性的自己決定権に対する犯罪について強力に行状監督を行うことを目的として法務委員会の勧告で盛り込まれた。第六八条f第一項に傍線部分が追加された。

第六八条f（死刑が延期されない場合の行状監督）

(一) 故意の犯罪行為を理由として二年以上の自由刑または、第一八一条b所定の犯罪行為を理由として一年以上の自由刑が完全に執行されたときは、有罪の言い渡しを受けた者の刑の執行からの釈放をもつて、行状監督を開始する。(以下略。第一八一条b所定の犯罪行為について、後記(二)参照。)

これまで、故意の犯罪を理由とする二年以上の自由刑の執行を満了した者について、行状監督が行われることとなつていた。改革により、第一項に、「第一八一条b所定の犯罪行為を理由として一年以上の自由刑」の文言が挿入され、性犯罪については、より短期の自由刑満了者についても必要的行状監督が開始されることとなつた。

(二) 性犯罪に関する裁量的行状監督の拡大

第六八条f第一項の修正と同時に第一八一条bも改正され、性犯罪について裁量的行状監督を許す対象が拡大される。

第一八一条b（行状監督）

(一) 第一七四条ないし第一七四条c、第一七六条ないし第一八〇条、第一八〇条bないし第一八一条aおよび第一八二条の場合には、裁判所は、行状監督を命ずることができる。

これまでの「児童の性的濫用」、「性的強要（強姦）」、「抗拒不能者の性的濫用」、「人身売買」、「重い人身売買」、「売春搾取」に加えて、新規定により「保護を命じられた者の性的濫用」、「被拘禁者性的濫用」、「職務利用性的濫用」、「治療利

用性的濫用」、「性的強要（強姦）致死」、「未成年の性的行為懲罰」が追加され、性的自己決定権に対する侵害を含む性犯罪のほぼ全てが裁量的行状監督の対象となりえることとなつた。

（三）無期限行状監督の可能性

改革により第六八条c（行状監督の期間）について、行状監督の最高期間（五年）をこえる「無期限行状監督」が可能となつた。第二項が追加され、これまでの第一項は第三項と繰り下げられた。正文の仮訳を試みる。

第六八条c（行状監督の期間）

（一）行状監督の期間は二年以上五年以下である。裁判所は、最高期間を短縮することができる。

（二）裁判所は、次の場合に、第一項所定の最高期間をこえる無期限の行状監督を命ずることができる。有罪判決を言い渡された者が、

一 第五六条c第三項による指示に同意せず、又は、

二 治療処遇又は禁絶治療に服すべき指示に従わない場合であつて、

さらなる重大な犯罪遂行による公共の脅威が懸念されるべきとき。

有罪判決を言い渡された者が、後に同意を表明した場合は、裁判所はさらなる行状監督の期間を決定する。その他の第六八条e第四項が適用される。（傍線部追加）

（三）行状監督は、命令の確定とともに始まる。この期間には、有罪の言い渡しを受けた者が逃亡し、かくれ、又は官の命令により施設内に監置された時間は、これを算入しない。

無期限化の形式要件は「第五六条c第三項による指示に同意しない場合」（第一号）、あるいは、「治療処遇又は禁絶治

療に服すべき指示を遵守しない場合」（第一二号）である。実体要件は、「さらなる重大な犯罪遂行による公共の脅威の懸念」である。

第二項第一号に掲示されている「第五六条c第三項」は、保護観察のために刑罰執行を延期する際に、有罪者が遵守すべき事項の指示に関する規定であるが、この規定もまた、性犯罪鬭争法による修正を受けた。これまで、身体的侵襲を伴わない場合であれ、身体的侵襲を伴う場合であれ、およそ「治療」に服すべきことを内容とする「指示事項」は有罪者の同意を要件としていた。このたびの改正により、「一 身体的侵襲を伴なう治療待遇又は、禁絶治療を受けること、又は、二 適切な適切なホーム又は、適切な施設に居住することである場合」にかぎり有罪者の同意を要することに修正された。そこで、身体的侵襲を伴わない治療指示（精神療法が念頭に置かれている）について有罪者の同意は不要となり、身体的侵襲を伴う治療待遇（例、薬物療法）または禁絶治療に服すべき指示（およびホーム・施設居住指示）についてのみ同意を要することとなつた。

第六八条c第二項の導入により、それゆえ、身体的侵襲を伴う治療指示に同意を与えない場合（第一号）、あるいは、身体的侵襲を伴わない治療指示に服従しない場合（第一号）に、刑期満了者に対する無期限行状監督が許されることとなつた。

刑期満了者に対する行状監督は、（残）刑の延期、保安監置の延期の場合とは異なり、延期の取り消しと再収監は不可能であり、また第一四五条a「指示事項違反罪」による処罰の威嚇も第六八条b第二項（治療指示）には及ばない。⁽²⁾立法者は、第一四五条aを拡大して、治療拒絶を刑罰威嚇のもとに置く道を選ばず、行状監督の無期限化という制裁を選択した。同時に、事後的に治療への同意がなされた場合には、無期限化した行状監督を、改めて期限つきの行状監督とするこ

とした。

○「付論」「同意なし治療」

従来、有罪者が正当な理由なしに、適切な治療処遇を拒絶した場合、その拒絶は（残）刑の執行延期の可否を決定する際に、不利な要素として考慮されてきた。治療を拒絶して刑期満了まで拘束されるか、それとも、治療に同意して早期釈放されるかの選択が許されていた。同意した後に治療に服しなかつた場合は、「指示事項違反」として延期の取り消しによる再収監が予定されていた。

新規定では、身体的侵襲を伴わない治療（精神療法）について、本人の同意を要件から外した。そこで、あらかじめ治療に不同意である場合には、やはり執行延期決定の際の不利な要素として働く。それのみではなく、同意なくして発令された治療指示に服しない場合もまた、（残）刑の執行延期の取り消しと再収監に結びつく。治療への不同意はこれまで早期釈放を得られないという消極的負担にとどまっていたのに対し、法改正により、身柄拘束の再開という積極的負担がプラスアルファとして付け加えられるのである。

ショッホは再収監の威嚇を伴う「この種の強制された治療については、有罪者の一般的人格への比例性を欠いた、不適切な侵害を理由とする憲法上の懸念が残る。」と批判し、立法者の目標（治療拒絶を簡単には甘受せず、強制のもとでお有罪者に対しておこなう治療協力の必要性説得の試み）は、従来のシステムに適合した手段により、つまり、刑罰執行の緩和を拒否する間接強制の限度で、達成されると主張する。⁽³⁾間接的ではあれ治療「強制」を許容する規定であるが、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。主要な準用事例は次の通りである。「殘刑延期」（第五七条第三項第一号）、「行状監督」（第六八条b第二項第一号）、「刑罰の留保のもとでの警告」（第五九条a第

三項第一号)、「職業禁止の延期」(第七〇条a第三項第一号)、「無期自由刑の残刑延期」(第五七条a)、「命令と同時になされる延期」(第六七条b)、「保安監置の延期」(第六七条d第二項)などである。

三 行状監督の中止と終了

無期限行状監督の終了に関しては、第六八条eに第四項が追加された。

第六八条e（行状監督の終了）

(一) 裁判所は、有罪の言い渡しを受けた者が、行状監督に付されなくとも、もはやいかなる犯罪行為をも犯さないことを期待しうるときは、行状監督を中止する。中止は、早くとも、法定の最低期間の経過後に許される。

(二) 裁判所はその経過前には行状監督の中止の申立てが許されない六月以下の期間を定めることができる。

(三) 保安監置における収容が命じられ、その執行が開始されたときは、行状監督は終了する。

(四) 裁判所が、第六八条cに基づき無期限の行状監督を命じたときは、遅くとも、第六八条c第一項第一文所定の最高期間の経過とともに、本条第一項第一文による決定が命じられているか否かを審査する。裁判所が行状監督の中止を拒絶した場合は、期間は決定と共に改めて開始する。(傍線部追加)

無期限行状監督の場合は五年経過後の義務的審査を導入した。第六八条e第一項は行状監督の中止についての審査であり、その形式要件は、少なくとも一年経過していること、実体要件は「行状監督に付されなくとも、もはやいかなる犯罪行為をも犯さないことを期待しうる」ことである。新規定により、無期限の行状監督の場合、形式要件として遅ければ五年の経過が必要とされ、必要的審査の許容時期がより遅くなる可能性がある。

四 評価

ハマーシュラーカの懸念は実効性に限定されている。「……立法者は、有罪の性犯罪者に対する、施設外での現実の強制治療の導入は憲法上の理由から不可と考えたので、この方法を編み出した。治療を受けておらず、それゆえ特に累犯の危険のある犯罪者を満期釈放後も、監督機関の特別のコントロールと影響力下にとどめる目的を持つ。無期限行状監督の場合にも比例性原則を適切に考慮するために、立法者は第六八条e第四項で、危険性から行状監督がなお必要かの定期的審査を裁判所の義務とした。」その評価によれば、基本的に正しいこの拡大が有効となるか否かは、ラントが必要な人的・物的手段を確保する決意と能力にかかっている。⁽⁴⁾

シュナイダーもまた、累犯犯罪を減少させ、潜在的被害者をよりよく保護するために、「性犯罪者については、その長期間持続する高い累犯傾向を理由として、釈放後により長期の監督が必要」とするが、行状監督の（特に大都会での）実効性を懸念する。⁽⁵⁾

これに対してもショッホは治療指示拒否の場合の無期限行状監督はこれを受け入れている。「治療拒絶の場合、あるいは身体的侵襲を伴う治療（例えば薬物服用）もしくは禁絶治療への同意拒否の場合に、行状監督の無期限化を許容した立法者は、同時に、有罪者が後に同意を宣言した場合の、行状監督期間の事後的限定をも採用したことにより、この争いのある処分について有意義な補完をした。ここから正当な端緒的強制が生み出されるので、これは支持しうる。」しかし、犯罪予防への「過剰期待」には注意が必要であるという。というのも、保護観察のための殘刑延期に際しての監督指導に比較して、刑期満了者については行状監督の実効性は弱いので、行状監督は期待されているような機能は不十分にしか果たせない。このようにして、ショッホは、刑罰延期の取り消し（第五六条f）の細分化した対応策の方が目的達成に有効で

あると主張する⁽⁶⁾。

行状監督についても、将来の危険予測の不安定性から生じる誤った危険判断の問題は残っている。しかも、さもざまな根拠から実効性に疑問があり、累犯危険への対応策として不十分であるならば、立法者の目的達成は展望を失う。結局は市民に偽りの安心を与える象徴立法にとどまる」ととなる。

《注》

(1) 必要的行状監督と裁量的行状監督は次の通りである。

「必要的行状監督」には次のものがある。命令と共になす釈放に際しての行状監督（第六七条b第二項）、刑罰執行後の収容審査を経ての釈放の際の行状監督（第六七条c）、無期限収容または期間満了前の釈放に際しての行状監督（第六七条d第二項）、保安監置一〇年経過後の釈放に際しての行状監督（第六七条d新第三項）、禁絶施設収容、一年経過後の釈放に際しての行状監督（第六七条第五項）、刑期満了者に対する行状監督（第六八条f）である。

特に犯罪類型を定める「裁量的行状監督」には以下のものがある。「テロ団体」（第一二九a条による）、「性犯罪」（第一八一条bによる）、「身の代金目的誘拐」と「人質強要」（第一二三九条cによる）、「窃盗」「集團窃盗」など（第一四五条による）、「強盗」と「恐喝」（第一五六条による）、「組織犯罪」的性質を帯びた、犯罪（例「営業的・集團的犯罪隠匿」、「マネーロンダリング」）（第一六一一条による）、「放火」・「爆発」に関する犯罪（第二二一一条による）、その他に、麻醉薬法第二四条によるものがある。

(2) 第一四五条a（指示違反罪）

行状監督期間中に第六八条b第一項に記載した種類の一定の指示に違反し、もつて、処分の目的を危殆化した者は一年以下の自由刑又は罰金に処する。この行為は監督所（第六八条a）の告訴がなければ訴追されない。

(3) Schöch, aaO, S. 1260.

(4) Hammerschlag, aaO, S. 325.

(5) Schneider, aaO, S. 444S. 445.

(6) ハッセによれば、保護觀察付き残刑延期はまれな逃亡者の例外を除いて、成果を上げてきた。五年間以内の累犯率は、満期釈放者（六七パーセント）、行状監督つき満期釈放者（五七、五パーセント）と比較して、残刑延期での釈放者の場合、四二パーセントなどまる。それゆえ、新法が基礎としている構想、つまり、保護觀察付き仮釈放の代わりに、より多くの満期釈放者を行状監督に付する」とで、累犯者による犯罪リスクを減少させるという構想では、結局、満期釈放までの隔離による予防効果しかない。

むすび いかなる革命であつたのか

一 犯罪規定改正の評価

ドイツにあつては、強姦罪と性的強要罪を中心とする性犯罪規定における「婚姻外」文言は封建的家父長制の残滓として、支配的な男性優位社会のシンボルとして認識されていた。一連の改正の中で性犯罪規定における「婚姻外」文言が削除されたことは、それゆえ、男女平等化の刑法上の表現として歓迎すべきことに疑問の余地はない。しかし、個人法益である性的自己決定権の刑法的保護強化の点のみをとらえて、ドイツ性刑法改革を評価するのは一面的にすぎるとある。

強姦罪・性的強要罪を含むドイツ刑法典第一三章全体に見られる新犯罪化、重罰化、つまりは、刑法の積極的活用主義の問題をも含めて評価する必要がある。さらには、保安処分法の改革に見られる、長期の国家的監視体制の形成をも含めれば、評価は単純ではない。

フェミニストは、当然のことながら積極的に評価している。⁽¹⁾ 残された課題として、法適用の実務において、男性（配偶

者) に有利な法運用への警告が発せられている。判例上、刑罰減輕根拠として承認された「歓迎されざるにあらざる暴力」(vis haud ingrata) の法理、当事者のそれまでの間人関係、被害者が無抵抗であった場合(新第一七七条第一項第三号)における「同意」の錯誤による故意の阻却などが警戒の対象となつてゐる。

これに対しても、批判的な評価としては、構成要件の細分化と重罰化は、象徴主義立法であつて、法益保護の改善に貢献しないとの批判が強い。⁽²⁾ 余りの細分化により法適用関係について見通しの悪さが生じてゐるので、市民の現実的行動準則としては機能しえないのである。さらには、この種の性犯罪が特に「関係者間犯罪」であることから、重罰化は、「暗数」の減少と犯罪解明に貢献するとは思われない。というのも、犯人と被害者との間人関係が濃密であるほど、それは警察への被害申告をためらわせる要素となると考えられるからである。とりわけ、配偶者間性犯罪の場合は、重罰化により加害者が行刑施設に収容される可能性が高まつてゐるのであるから、その間の、残された被害者(家族)の経済的支援システムを整備しなければ、被害申告率の向上は期待できないであろう。この点において象徴主義的立法であるとの批判は的を射ている。性的自己決定権の包括的保護の中に、法益に対する積極的保護を刑法による追究する(いわば「積極的法益保護思想」とでも呼ぶべき)方向性が如実に現れてゐる。⁽³⁾ そこでは、ニーダー・ザクセン改革委員会の提言に見られるような、性的自己決定に対する犯罪についての謙抑的で冷静な提案は省みられることがなかつた。⁽⁴⁾

二 制裁法改正の評価

制裁法改正(保安処分法)の改革は一面で、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中で生じた重罰化を補完する意味を与えられている。しかし、人間行動の将来予測の不安定性問題、すなわち、誤つて危険であると判

断される人々の人権問題は真剣に検討されることはなかつた。誤つて危険と判断された、その意味で本来ならば自由であるべき人の人権を犠牲にしても公共の安全を守ろうとする政策への方向転換であり、その帰結として長期自由刑と終身的拘束・監視への道が開かれた。

保護観察のための刑罰延期あるいは改善・保安処分の延期のため予測要件は厳格化された。これは性犯罪者のみならず、重罪を理由とするすべての自由刑受刑者および改善・保安処分被収容者について妥当する。無期限保安監置もまた、性犯罪者のみならず、すべての重罪犯人、危険な身体傷害犯人、ならびに、児童虐待の犯人に對しても適用される。しかも、最初の累犯事件でも、処罰前歴のない併合罪事件でも可能とされた。ドイツ刑法史上はじめて、有罪者の同意を不要とする「治療指示」が「指示事項」として導入され、この指示は刑罰延期、残刑延期に伴なう保護観察全ての事例について、および、行状監督について発令可能とされた。性犯罪者に限定した改革は、行刑における社会治療施設への移送と犯罪記録記載に関する改正のみである。

ここには、犯罪者一般に対する長期自由刑の執行、自由刑終了者のさらなる身柄拘束と国家的監視の長期化、ステイグマ（烙印）の強化が見られる。刑事政策上の再社会化と再統合理念を後退させ、「排除と監視」を強化する政策に転換したものである。⁽⁵⁾

最も重大な問題は、無期限保安監置と無期限行状監督の導入により、終身監視への道が開かれた点にある。重罰化により長期化された自由刑は、刑罰延期、残刑延期の困難化により刑期満了にいたる長期執行をもたらす。さらに長期の有期自由刑満了後の無期限の保安監置が可能となつていて。もちろん、遅くとも一〇年後、保安監置終了につき審査することは裁判所の義務であるが、さらなる犯罪について「無危險立証」がなければ、そのまま終身化するおそれもある。保安監

置による身柄拘束が終了したとしても、自動的に行状監督に付されることとなる。この場合、「治療命令不同意または不服従」の場合には、行状監督を無期限とし、監視を継続することが可能となつた。

将来の犯罪に関する「(無)危険」予測が不確実なものであることを考慮していたこれまでの抑制的姿勢は後退している。誤って危険であると判断された人々を、従つて本来自由となるべき人々を、刑期を越えて拘束し、監視下に置くことは、比例性原則に反した人権侵害であつて正当化されるものではないと思われるが、公共の安全（安全感）確保のためにこれらの人々の人権が犠牲に供せられることとなつた。⁽⁶⁾

三 刑事政策の展開と性刑法改正の評価

八〇年代半ば以降の刑事政策的展開の全体の中にこの改革を位置づけて評価すると、次のように言うことができる。手続法レベルでは、犯罪の事前予防を目的とする治安法的措置の強化傾向が見られた（テロ闘争法、組織犯罪闘争法）。国家的干渉の早期化と予防的情報収集活動権限の強化が行われた（盗聴、覆面捜査官など）。実体法レベルでは、普遍法益、抽象的危険犯の多用に見られる刑法的法益保護の早期化、リスク刑法化の現象が展開している。これにより犯罪の事前予防・早期鎮圧のシステムが構築されてきた。今次の法改正は事前予防・早期鎮圧システムを、さらに事後の監視システムを強化することにより補完するものと性格づけることができる。長期にわたる国家的監督と監視の体制が、保安処分領域で強化されることにより、事前・事後双方の国家的監視体制の最後の部分が補強された。

このような長期的監視体制の影響は性犯罪に限定されていない。むしろ性犯罪に限定されていないのであって、特に保安監置および行状監督は自由刑受刑者一般にかかる。性犯罪は保安処分の一般的強化・拡大の口実として利

用されたのである。それゆえ、革命は性刑法の革命にとどまるものではなく、刑法一般について生じた革命である。法治思想に代わり、国家的強制権力の強化と市民の自由制約を特徴とする治安思想が権力を掌握していることは明白であるようと思われる。

興味深いことは、このような「革命」を世論が強力にバックアップした事実である。フレーゼーは、ベックの「リスク社会」論に依拠してこれを次のように分析する。

産業社会に対する「リスク社会」の規範上の「対抗物、その基礎にあり、これを動かしている原動力」は「安全」である（スローガン的には「空腹だ」に対して「不安だ」）。「（犯罪）不安による連帶」が生じている。つまり、テロや身の代金誘拐に対しても「金持ちも権力者も犯罪から安全ではいられない」との一種の「平等化作用」が見られる。

「報道メディアにより伝達される犯罪の蔓延像は独特の現実性」を生み出し、これが刑法にもたらす結論は、「リスク社会が安全性伝達と安心感伝達の要求を増大させ、刑法は新たに発生した、あるいは、新たに意識された危険を刑法の管轄下に置くようとの挑戦を受けて、不断の拡大プロセスの中にある。」

現在特徴的なリスクは技術に由来し、刑法は人間を指向する。しかし、「リスク＝安全」へと視点を変えるならば、二つの政治的獲得物がある。第一に、自然由来のリスクをも刑法を通じて犯罪リスクへと作り替え、制限可能なものと考えることができる。第二には、これを人間の統御能力に結び付けることにより、その基本的な支配可能性が暗示される。これにより刑法は「オールラウンド」の規律道具となり、安全保障となる。国民はこれを受け入れるというのである。⁽⁷⁾

ハセマーは刑事政策の転換について、日常の些細なルール違反に対する「不寛容政策」の出現を指摘している。また、ハーシュも、アメリカ型の刑事政策について、国民の中にある「ルサンチマン」を政治的に動員する犯罪対策は比例性原

則を無視した感情的・非合理的刑事政策（「三振アウト法」など）であると批判してくる。ハコナイダーは、潜在的被害者の利益を優越せしむる新たな衡量の成果を誇るが、アルプレヒトはこれを拒否する。

性犯罪法と制裁法の「革命」が発生した同じ九八年、犯罪への不安はさらに煽り立てられ、その結果、基本法第一二一条は改正され、住居の不可侵に新たな制約が加えられた。犯罪捜査のために内密裡に私人の住居に侵入し、盗聴機器を設置すべし」とを許容する「大規模盗聴」（Grosser Lauschangriff）を刑事訴訟法に導入するためである。「人権擁護の名における人権侵害」の典型としてさしきだはなかろうか。

不安の源を断ち、不安を解消する」とが課題であるが、刑法にその能力があらうか。⁽⁸⁾

《注》

- (1) ハルツムの立場から論理あるとして、Harbeck, Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/Ver gewaltigung, 2000. があれ。Sick, Zweierlei Recht für zweier Geschlecht. Wertungswidersprüchen im Geschlechtverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts. ZStW, 103 (1991), S. 43-S. 91. の主張は相当程度実現してゐる。
- (2) 批判的な評価しつゝも、ヘーダーは象徴主義立派に批評し、法益保護の実効性は望めないと批判する。Jäger, Symbolisches Strafrecht-expressive Kriminalpolitik: Die Reform der Sexualdelkte, in: Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999, S. 49ff. 口一矢にかば、転職化は威嚇として働くが、暗数減少に役立たない批判するが、处罚前歴のなき人物の保安封鎖には賛成しつゝも。Rosenau, Tendenzen und Gründe der Reform des Sexualstrafrechts, StV, 1999, S. 388-S. 398.
- (3) アスマーハーた象徴主義を批判する。もとより改革では、カルト・マトリック原則と刑法の断片性原則が立法指導能力を喪失した点を指摘する。Bussmann, Konservative Anmerkungen zur Ausweitung des Strafrechts nach dem sechsten Strafrechtsreformgesetz, StV, 1999, S. 613ff.

(4) Albrecht (and.), Strafrecht-ultima ratio, 1992, S. 47-S. 56.

(5) 刑事政策の転換について、日本とヨーロッパの法理学的・政治的・社会的背景を考慮する「不寛容政策」へのハヤマーの批判参照。 Hassemer, Zero Tolerance-Ein neues Strafkonzept?, in: FS-Kaiser, 1998, S. 793-S. 814. ベルンハルト・メリカ型の刑事政策をして、国民の士気ある「ルサムチャハ」を政治的に動員する感情的・非合理的な刑事政策である。 少数者の排除に結びついた点を批判し、ドイツの警察のノルマノーティク。 v. Hirsch, Law and Order-Die Politik der Ressentiments, in: Aufgeklärt Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. 5, 1998, S. 31ff.

(6) ヤコブスは保安監置による規範安定化を主張している。 Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 1991, S. 29-S. 33 (S. 32).

やなわち刑罰によるものは被害者が被った財はもどり難い。それゆえ、規範的失望事例における規範的保障の確実な持続性とは別に、「皿」の基本的財が現実に無傷でありたい（ややかな）蓋然性」がなければ、社会生活も不可能となる。規範的保障は「明瞭な危険源」を放置であれ、それゆえ保安監置による危険への対応は、規範的保障に必要な「認識的基盤」を提供するものである。

しかし（現実には達成しがたい）経験的安全（=基本的法益の現実的保全）に対して、認識的安全（財が現実的に保持可能であるとの期待）を生み出し、リスクを社会心理的に受容可能なものとする点に保安監置の作用が認められてくる。「認識的安全」とは結底は「安心」である。ヤコブスもまた、「不安」と対して刑法的手段で「安心」を提供しようとしている。

(7) Frehsee, Die Strafe auf dem Prüfstand. Untersuchungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozeß, StV, 1996, S. 222-S. 230 (S. 224).

(8) ヤサールは一九九七年にマスクが大規模盗聴の必要性キャンペーントリビュート「犯罪統計」を歪曲して報道した手法を分析し、対応策の提言として犯罪不安に関する議論のリードを学界に求めている。「不安をより大きな社会問題の中に位置づけ、ハノの関連の中や犯罪問題に取り組むべきなのにな」と。 Sessar, Kriminalitäts-einstellungen: Von der Furcht zur Angst?, in: FS-Schneider, 1998, S. 399-S. 414 (S. 411).