

保安監置制度の正当化について

——法的強制としての自由の剝奪の可能性?——

飯 島 暢

- 一 はじめに
- 二 ヨーロッパ人権裁判所の判決を契機とした最近の動向
- 三 保安監置制度を理論的に正当化する試み
——ケーラー及びヤコブスの見解——
- 四 結びにかえて

一 はじめに

我が国の刑法典は、犯罪者に対する制裁手段として主に刑罰しか規定していない。これに対して、ドイツ刑法典では様々な処分制度が刑罰と並んで予定されており、治安の維持と自由の保障に関して議論を行う上で前提条件が異なっている。処分制度による自由の剝奪が可能な法制度を有するドイツの方が、それが正当なものであるのか否かはさておき、より治安の維持に重点を置いていると一応言えるだろう。しかし、ここ数年来、ドイツの

処分制度の中でも保安監置 (die Sicherungsverwahrung) は激しい批判に晒され、一定の変容を余儀なくされている。いわば治安の維持から自由の保障への揺り返しとも言える現象が現実に生じているのである。本小稿は、保安監置に関する最近のドイツの議論を紹介しながら、その正当化の可能性を探るものである。我が恩師宮澤浩一先生は、かつてドイツにおける保安監置制度の動向をいち早く我が国に紹介され、その意義を論じられていた⁽¹⁾。従って、本小稿を先生の御仏前に捧げさせて戴くことは適切なものと言えらるう。

保安監置は、行為者の責任の有無と無関係に、想定される被害者及び公共に対する将来の危険性を理由にして、刑の終了後も更に自由を剝奪する制裁手段であり、ドイツ刑法六六条以下で規定されている。責任の有無と無関係ということは、責任能力を有する行為者についても、その者が重大な犯罪行為を行う「習癖 (Hang)」(六六条一項四号・二〇一一年一月一日から施行された新法によると四号に規定されている) を有する限り、たとえ責任の程度が低かったとしても、危険性の程度に応じた長期の自由剝奪が可能となる。このような制裁手段は、法治国家的刑法の要である責任主義と調和し難く、また危険性に関する判断も曖昧にならざるを得ないため、以前から多くの疑念に晒されており、⁽²⁾ その実務上の運用もかなり控え目なものに留まって対象者数も一九九六年の時点では一七六名でしかなかった。⁽³⁾ しかし、このような傾向は一九九八年以降一変する。同年の「危険な性犯罪者及び暴力犯罪者対策法」により一〇年という初回の保安監置の期間の上限が廃止され、更にはその遡及適用が認められたのを皮切りに、二〇〇二年に保安監置の留保の規定(六六a条)、二〇〇四年に事後的保安監置の規定(六六b条)⁽⁴⁾ が導入され、適用範囲は六六条の古典的な保安監置しかなかったときと比べて大幅に拡大されていった。⁽⁵⁾ これを受けて、監置対象者数も二〇〇三年に三〇六名、二〇〇五年に三五〇名、二〇〇七年に四一五名と増大し、二〇一〇年には五二四名に達した。⁽⁶⁾ このような保安監置制度の運用は、昨今世界的な潮流となっている、治安対策のために刑法を際限なく用いていく多罰化の思想と無縁ではなく、⁽⁷⁾ その賛否をめぐりドイツでは多くの研究書

が公開されている⁽⁸⁾。しかし、保安監置を拡大させる動きは留まることを知らず、マスメディアによる個別の事件の扇情的な報道とそれを受けた大衆迎合的な政治の主導の下で更なる強化が目論まれてもいた⁽⁹⁾。このような保安監置制度を治安維持の手段として積極的に活用しようとするドイツの刑事司法のあり方にまさに冷や水を浴びせたのが、以下で紹介するヨーロッパ人権裁判所（以下ではEGMRと略すことにする⁽¹⁰⁾）の判決である。

二 ヨーロッパ人権裁判所の判決を契機とした最近の動向

問題となった事案は以下のようなものである⁽¹¹⁾。ヨーロッパ人権条約で定められた権利を侵害されたとしてEGMRに申立を行ったM（一九五七年生まれ）は、一五歳のときから当時に至るまで刑事施設の外にいたのは数週間だけという、まさに保安監置の対象者の典型例と言える経歴の持ち主であった。Mは、少年刑の執行中に職員及び同房の者を襲ったことから、有罪判決を受けると共に鑑定の結果、精神の障害が認められて一九八四年一月以降はドイツ刑法六三条に基づいて精神病院への収容を命じられていた。その後、精神病院からの外出中に付き添っていた女性職員を襲い、一九八六年マールブルク地裁によって、謀殺未遂と強盗を理由に五年の自由刑と保安監置の命令が下されていた。

保安監置は刑の終了後、つまり一九九一年八月から開始されたが、当時の刑法六七d条一項第一文には、保安監置による初回の収容は一〇年を超えてはならないと規定されていたため、二〇〇一年九月にその期限が到来した。しかし、マールブルク地裁の刑執行部は二〇〇一年四月一〇日の決定で、Mには危険性がまだ認められるとして保安監置の終了を拒絶していた。更に同決定は同年一〇月二六日にフランクフルト上級地裁で追認された。両裁判所が示した態度の背景には、一九九八年の危険な性犯罪者及び暴力犯罪者対策法を受けて、刑法六七d条

が改正された結果、初回の保安監置に関する一〇年の上限が廃止されただけでなく、改正法によって、その遡及適用が認められていたという事情がある。その後、Mは連邦憲法裁判所に対して憲法異議の訴えを提起したが、これも二〇〇四年二月五日の第二小法廷判決 (BVerfGE 109, 133) によって退けられた。⁽¹³⁾ 特に、保安監置の上限の遡及的な廃止が、基本法一〇三条二項で規定されている遡及処罰の禁止に抵触するか否かが問題となったが、連邦憲法裁判所は、基本法で保障された同禁止は、刑罰を対象とするものでしかなく、保安監置を含む保安改善処分には当てはまらないとした。⁽¹⁴⁾ その後、おそらくは藁をもつかむ気持ちでMが二〇〇四年五月二四日にEGMRに対して申立を行ったところ、同第五小法廷は、二〇〇九年一月一七日に判決を下し、⁽¹⁵⁾ 保安監置が一〇年経過した後のMに対する自由の剝奪は、ヨーロッパ人権条約五条及び七条に違反するとして、Mに対する五万ユーロの補償をドイツ政府に命じたのである。これを受けて、ドイツ政府は、二〇一〇年三月一六日に事件をEGMRの大法廷に付託するための請求を行ったが、大法廷の審査部会によって同年五月一〇日に却下されてしまい、これにより右の判決は同日付けで確定することになった。

ヨーロッパ人権条約五条では自由及び安全の権利が保障されており、同七条では罪刑法定主義の原則に基づき、特にその一項で遡及処罰の禁止が規定されている。EGMRが、これらの条文に対する違反を認めた際の論拠は次のようなものであった。

ヨーロッパ人権条約五条一項は、自由及び安全の権利の内容として、自由の剝奪が許される場合を定めており、特にその(a)で「権限のある裁判所による有罪判決の後の人の合法的な抑留」というものを挙げている。Mからの申立を受けた小法廷は、同人に対する一〇年の上限を事後的に超過した保安監置による自由剝奪は、この五条一項(a)の場合に反するとした。同小法廷によれば、五条一項(a)の趣旨は、対象者に対して執行される自由の剝奪は、犯罪行為と有責性を確定する有罪判決に基づく形で、当該の判決と十分な因果関係を有していなければならない

とするものであるが、Mの事案において、この意味での有罪判決と言えるのは、一九八六年にマールブルク地裁によって下された、五年の自由刑と保安監置の命令を内容とする判決のみである。つまり、一〇年を超えてもなお保安監置の継続を認めた二〇〇一年の同地裁刑執行部の決定は、五条一項(a)が要求する有罪判決には当たらないことになる。そして、EGMRの小法廷は、一九八六年の時点でマールブルク地裁の判決が命じることのできる保安監置は法律上あくまで一〇年間だけだったのであるから、それを超えた保安監置による自由の剝奪は、一九八六年の「有罪判決」とは十分な因果関係を有しないものであるとして、五条一項(a)に違反すると結論付けたのである。

ヨーロッパ人権条約七条は罪刑法定主義の原則を規定しており、遡及処罰の禁止を内容とするその一項第二文によれば、「何人も、犯罪が行われた時に適用されていた刑罰よりも重い刑罰を科されない」とされている。小法廷は、一〇年という上限期間の事後的な廃止に基づく保安監置の継続は、この七条一項第二文に反するとした。この点で、ドイツにおける保安監置が、同条項における「刑罰」に当たるとは否かが問題となるが、同小法廷は、ドイツの法制度では、保安監置は刑罰とは区別された処分に分類されていることを明確に意識した上で、このような分類に囚われずに自由に解釈を行うべきとし、ドイツでは保安監置が通常の刑事施設内で執行されており、その実態は刑の執行と区別できないこと、刑罰と処分の目的は部分的に重なり合っている点⁽¹⁶⁾を挙げて、保安監置は人権条約七条一項第二文が規定する「刑罰」に該当すると結論付けている。⁽¹⁷⁾つまり、同小法廷によれば、Mに對して、事後法に基づいて一〇年を超えて執行された保安監置は、七条一項第二文が禁じた「重い刑罰」を科すことに当たるのである。

EGMRによる二〇〇九年一月一七日の判決によって、ドイツの刑事司法は一種の混乱状態に陥ったと言える。ヨーロッパ人権条約四六条により、締約国は自国が当事者である事件において裁判所の終結判決に従わなけ

ればならない。つまり、ドイツ政府は条約違反状態を終了させる義務を負うが、更には同四一条により被害を受けた当事者に対してその精神的な損害を補償する義務を課されている。具体的には、申立人である M を保安監置から解放し、五万ユーロの補償金を支払うということである⁽¹⁸⁾。確かにドイツ政府に課される以上の義務は、あくまで個別の事案に対するものでしかなく、それを超える形で直接的に国際法上の義務を負わせるものではない。また、既に確定した M に関する以前の判決や命令に対して再審手続を開始することも厳密には義務付けられていない⁽¹⁹⁾。しかし、ドイツ国内には、M と同様の状況で、つまり事後的な上限期間の廃止を受けて保安監置され続けている者が約七〇名いるとされたため⁽²⁰⁾、これらの者の取り扱いが問題とならざるを得なかった⁽²¹⁾。また、後述するように、二〇〇九年判決の論拠に従えば、事後的保安監置（また場合によっては保安監置の留保）もヨーロッパ人権条約に合致していると言えるかどうか疑わしいものとなるため、保安監置制度の抜本的な見直しが不可避となってしまったのである。仮に保安監置制度が崩壊し、明らかに危険な監置対象者を世に解き放つ場合には、治安の維持などは保てなくなるかもしれない。ドイツの刑事司法が陥ったのは、このようなジレンマであった。

ここで、E G M R の二〇〇九年判決の論拠が、ドイツ刑法六六 b 条の事後的保安監置に対する批判をも含意している点について触れておこう⁽²²⁾。同判決は、直接的には保安監置の上限期間の事後的な廃止の遡及適用に関するものであったが、同判決の論拠に従う限り、事後的保安監置はヨーロッパ人権条約五条一項(a)の要件を満たさないことが明らかとなる。既に述べたように、同五条一項(a)は、有罪判決と自由剝奪の因果的な結び付きを要求するものと解釈されていた。しかし、事後的保安監置の場合では、監置を科す命令は、先行する有罪判決とは無関係に、行刑中に明らかになった危険性に基づいて言い渡されるため⁽²³⁾、有罪判決とは因果的な結び付きを有しない自由の剝奪が科されることになってしまい、同五条一項(a)の要件を満たさないのである。右の事後的保安監置の規定は、二〇〇四年に導入されたものであるが、それ以前に犯罪を行い、有罪判決を受けた者に対しても事後的

な監置の命令は可能とされている。⁽²⁴⁾この点も、二〇〇九年判決の理解によれば、重い「刑罰」の遡及的な適用に該当するため、ヨーロッパ人権条約七条一項に反することは明らかとなる。⁽²⁵⁾

学説の多くは、EGMRの二〇〇九年判決に好意的であったが、同判決の趣旨をドイツ国内で貫徹させて、明らかに危険な犯罪者を保安監置から解放することは、一〇年の上限の廃止（或いは事後的保安監置）について遡及適用を認めた立法者の意思を否定し、公共に対する国家の保護義務の懈怠を招くことになりかねないとの懸念も表明されている。⁽²⁶⁾そもそも、ドイツ刑法二条六項では、保安監置を含む処分については、行為時ではなく、裁判時に⁽²⁷⁾効力を有する法律を基準にすると明記されているため、EGMRの二〇〇九年判決の内容を実現する際には、当該二条六項との矛盾も生じて来てしまう。しかし、同判決を好意的に捉える論者からは、二条六項には、「法律で異なる規定がなされていない場合」に、処分については裁判時の法律が基準になるとの条件が付されている点に着目し、二〇〇九年判決におけるEGMRによるヨーロッパ人権条約七条に関する解釈そのものが、右の意味での「法律」に当たるとして、刑法二条六項との抵触を回避する見解が唱えられている。⁽²⁸⁾

しかし、EGMRの二〇〇九年判決に対する実務上の対応では多くの混乱が生じた結果、特に判例の状況は不統一なものになってしまった。まず地裁の刑執行部の多くが、二〇〇九年判決の申立人であるMと同様に事後的に一〇年を超える形で監置されている者について、その処分の終了を認めるか否かの判断に迫られたが、終了を肯定するもの、否定するものに分かれてしまい、更に、地裁の刑執行部の判断に対する異議を司る上級地裁レベルでの結論も統一的な立場を示すものにはならなかった。⁽²⁹⁾また、連邦憲法裁判所第二小法廷は、二〇一〇年五月一九日の決定で、同様の事案について保安監置の終了を求める訴えを退けたが、⁽³⁰⁾これに対して、保安監置の上限期間の事後的な廃止に関する事案ではなかったが、EGMRの二〇〇九年判決を受けて、事後的保安監置の規定の遡及適用を否定的に解する連邦通常裁判所第四刑事部による二〇一〇年五月一二日の決定も見られた。⁽³¹⁾その後、

上級地裁レベルでの判断の不統一を解消するため、二〇一〇年七月二四日の裁判所構成法第四次改正法⁽³²⁾により裁判所構成法一二一条二項が改正され、ある上級地方裁判所が保安監置の終了或いはその継続について、他の上級地方裁判所或いは連邦通常裁判所の見解と異なる結論を下すときは、連邦通常裁判所に意見を呈示して判断を求める義務が設定された。この新たに導入された呈示手続に基づき、連邦通常裁判所第五刑事部が、二〇一〇年一月九日の決定で⁽³³⁾、事後的な上限期間の廃止により一〇年を超えて保安監置されている場合については、監置の対象者の人格及び行動に関する具体的な状況から、重大な暴力犯或いは性犯罪を行う高度の危険性が導き出される時に限るという制限を付しながらも、保安監置を継続してよい旨の見解を表明している。

EGMRの二〇〇九年判決に端を発する混乱状態を収めるためには、立法的解決を図る以外に手段がないとして、ドイツの立法者は保安監置制度全般を根本的に見直すための新法を呈示するに至っている。立法の動きは、既に二〇一〇年六月九日に連邦司法省によって示された「保安監置の改革のための大綱 (Eckpunkte für eine Reform der Sicherungsverwahrung)」を叩き台にして開始され、同年一〇月二〇日に連邦内閣によって改正草案が了承されて具体化していった。そして、同年十二月三十一日に「保安監置法の新規定に関する法律 (Das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen v. 22. 12. 2010)」⁽³⁴⁾が布告され、翌年の二〇一一年一月一日から施行されている。この法律によって改正されたのは主に以下の点である。⁽³⁵⁾①まず、ドイツ刑法六六条で規定されている本来の(古典的な)保安監置の重点化が図られ、適用範囲を暴力犯或いは性犯罪に本質的に限定することが試みられている。また、既に判例上も確立した見解であったが、有罪判決の時点⁽³⁶⁾を危険性判断の基準とすることが条文で明記された。②次に、ドイツ刑法六六 a 条の保安監置の留保の拡充が図られている。旧六六 a 条一項では、保安監置の留保を命じる前提として、習癖 (Habitus)⁽³⁶⁾ 及びそこから生じる公共に対する危険性がいまだ「十分な確実性をもって確定し得ない場合」という要件が定められていたが、新六六

a条一項では、「十分な確実性でもって確定し得ないが、蓋然性がある場合」と改められた。また、同条二項において初犯に対する保安監置の留保が導入され、その一号で定められた特定の重大犯罪を行った者については、習癖及びそこから生じる危険性が「十分な確実性でもって確定し得るか或いは少くとも蓋然性がある場合」(三号)には保安監置の留保を命じることが可能になった。⁽³⁷⁾③そして、ドイツ刑法六六b条の事後的保安監置は大幅に縮小されることになった。⁽³⁸⁾旧六六b条一項及び二項は削除され、精神病院への收容が終了した者に関する三項のみが維持された。但し、その適用範囲は部分的ではあるが拡充されている。④更に、行状監督制度の強化が図られ、行状監督における指示の内容として、電子的監視装置を身に付け、その機能を破壊しないようにすることを命じることが可能になった(新六八b条一項第一文二二号)。⑤最後に、精神に障害がある暴力犯罪者の治療及び收容に関する法律 (Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter) が立法された。

この法律は、EGMRの二〇〇九年判決と抵触するため保安監置を終了させざるを得なかった対象者を念頭に置いて、精神の障害に基づき他人の生命、身体の完全性、自由、性的自己決定に対して著しい侵害を与える高い蓋然性が認められる場合に、地裁の民事部が適切な監置施設への收容を命じることが可能にするものである。

特に最後に挙げた⑤の精神に障害がある暴力犯罪者の治療及び收容に関する法律については、EGMRの判決を受けて保安監置を終了させた者に対して、更なる自由の剝奪を認めるものであるため批判が強いが、⁽³⁹⁾事後的保安監置を新法が縮小させる点には学説の多くも賛同している。新法は、事後的保安監置を縮小させる代わりに、本来の古典的な保安監置を重大犯罪に集中化させると同時に、保安監置の留保を拡充させることで、懸念される治安の維持の悪化に対処しようとするものと言えるだろう。しかし、保安監置の留保の拡充については賛同する意見はあるものの、⁽⁴⁰⁾そもそもこの制度自体がEGMRの二〇〇九年判決の論拠からすれば、維持し得ないとする立場もあり、⁽⁴¹⁾学説の見解は分かれている。後者の否定的な立場は、保安監置の留保では、実際の監置の命令は刑

の執行の終了時に先行する有罪判決とは別個に下されるため、ヨーロッパ人権条約五条一項が要求する有罪判決と自由の剝奪の間に必要な十分な因果関係が存在しないと批判するものであるが、このような考えによれば、保安監置の制度はあくまでも本来の古典的な保安監置だけに一本化されるべきという結論になる。⁽⁴²⁾

実は EGM R の二〇〇九年判決でも古典的な保安監置そのものは問題視されておらず、保安監置制度全般を完全に廃止することは、現在のドイツではあまり主張されていない⁽⁴³⁾。危険性判断の不明確さや運用面での問題点が様々に指摘されてはいるが⁽⁴⁴⁾、古典的な保安監置の制度そのものは受け入れられていると言ってもよいであろう。しかし、古典的な保安監置は、将来の危険性を理由にして刑罰とは別に自由を強制的に剝奪する法制度である。そもそもこのような自由の剝奪を正当化する論拠はどのようなものなのだろうか。

三 保安監置制度を理論的に正当化する試み——ケーラー及びヤコブスの見解——

ドイツでは保安監置制度が長年に渡り運用されてきたが、その正当化を基礎付けるための論拠は驚く程貧弱なものではない。古典的な保安監置は、多くの論者から「好ましくはないが、必要な害悪」⁽⁴⁵⁾と見なされており、正当化の論拠としては、公共の治安の獲得が対象者の自由の喪失よりも上回るといふ衡量的な観点が持ち出されるのに留まっている⁽⁴⁶⁾。しかし、それでは公共の治安の維持のために、対象者をその手段として用いることになりかねず、物権の対象と混同しているとするとするカント的な批判がまさに当てはまってしまふ。仮に社会を危険な犯罪者から保護する必要性が認められたとしても、必要なものの全てが正当であるわけではないことは自明の事柄であり、必要性が正当化の論拠となるわけではない。特に九〇年代後半以降、保安監置の制度は刑事政策のウルティマ・ラティオ或いは「最後の緊急措置」としてのみ正当化されると言われ続けながらも、単なる掛け声ばかりで、

治安の維持のために同制度が積極的に活用されてしまい、本来要請されるべき積極的特別予防の観点を軽視する形で、対象者を治安政策のための単なる客体とすることが現実(47)に押し進められてきた事情(47)の背景には、このような正当化論拠の脆弱性があったと言えるだろう。何故ならば、空虚な内容の正当化論拠しかない場合には、批判すべき動向をきちんと批判して、その流れを押し返すことなどは到底不可能とならざるを得ないからである。しかし最近、保安監置制度を理論的に正当化する試みが、ケーラーとヤコブスによって主張されている。両者の見解は全くの真逆の方向に向かうものであり、特にケーラーの考えは、保安監置を刑罰概念のなかに批判的に解消する試み(48)と言える。これに対してヤコブスは、刑罰とは異なる法的強制の観点に依拠する形で、保安監置を人格に対する自由の剝奪として基礎付けようとしている(49)。まずは彼らの見解を概観してみよう。

古典的な保安監置とは、責任能力がある犯罪者に対して刑罰を科すだけではなく、その者が有する犯罪への「習癖(Habitus)」を手掛かりに、将来において犯罪行為を行う危険性を判断し、それに基づいて更に自由を強制的に剝奪する刑法上の処分制度である。しかし、ケーラーによれば、このような処分制度が対象にしているのは、責任能力を有する、つまり、法秩序の構成者たる自由な人格性(法主体性)を(潜在的に)保持している犯罪者であるため、それ自体としては正当化されるものではない。何故なら、犯罪者もいまだ法秩序を共に構成する主体(Mit-Subjekt)である限りは、あくまでその者との相互的な法関係を維持することを前提にした法的制裁である刑罰の対象とされなければならないからである(50)。当該の対象者に対しては、その者が法的に保障された自己の自由(或いはそれを行使する法的地位)を濫用する形で他者の自由及び法秩序の規範的効力に加えた侵害に見合った程度で刑罰が科されるに過ぎない。そして、ケーラーは、刑罰を対象者に科すときにもその者との間で刑法上の法関係(Strafrechtsverhältnis)「刑罰に関する法関係」は維持されることから、「共同で構成した法秩序においては、他者が……合法的に振る舞うであろうという相互的な法的信頼が、その反対の事柄が侵害という行動の形で

証明されるまで」妥当すると主張する。⁽⁵¹⁾ このような相互的な法的信頼は人格性と結び付いたその属性であるため、いまだ人格である犯罪者を扱う際にも一種の規範的な制約として作用する。そしてこれにより、その者が将来において犯罪を行う危険性だけを根拠に自由を剝奪することは許されなくなる。言い換えれば、刑法上の法関係が存在する限り、自己の行動を自ら規定する人格としての自律性が犯罪者にも認められるのであるから、仮に危険性判断が事実上可能であるとしても、危険性がいまだ新たな侵害行為の形で現れていない場合には、合法的に振る舞うであろうという法的な信頼に基づいて犯罪者を取り扱わなければならないのである。従って、ケーラーは、将来の危険性に関する判断に依拠する形で自律的な人格に対して刑罰とは別に自由の剝奪を執行する保安監置は、治安維持の目的を達成するための純粹な予防的装置に他ならず、人格を単なる自然のレベルでの危険な客体へと縮減させる「不法な概念」であると批判している。⁽⁵²⁾ では、明らかに犯罪行為への習癖を有する危険な犯罪者についても、その他の通常の犯罪者と全く同様に処罰せよ、とケーラーが提唱しているのかと言うと実はそうではない。彼も習癖に基づく犯罪行為については、責任そして違法性がより重大であるとして、加重された刑罰の賦課を認めている。つまり、ケーラーの見解は、習癖に基づいた将来の危険性を念頭に置くのではなく、処罰の対象となる犯罪行為に現れている限りで当該の危険性を捕捉することにより、危険な犯罪者に対する自由の剝奪という現行の保安監置が果たしている役割を加重された刑罰の内容として捉え直すものと言えるだろう。

このような結論を導き出すために、ケーラーは独特の責任概念を構想している。彼によれば、人間の行動は人格の発達過程において形成、固定化された習慣性 (Habitalität) と結び付いており、それが場合によっては不法な行動へと至る原因となる。そして、責任は、不法の格率を自らの行動原理とすることへの自律的な決意、⁽⁵³⁾ 正当な事柄へと至り得る自己の洞察の意思的な転倒の⁽⁵⁴⁾ 意味で意思責任 (Willensschuld) として理解されるが、犯罪者が不法の格率を採用する際には、その者がこれまでの人格の発達過程において規範に関する知見 (Normwissen)

をどの程度獲得してきたのかという点が関係せざるを得ないとする。つまり、規範に適った習慣性が形成されていけば、不法の格率の採用は困難になるであろうし、それとは逆に規範に反する習慣性がある場合には、よりたやすく不法な行動へと至ってしまうことになる。この意味で、習慣性は人間の本性と結び付いており、責任を判断する際にも不可分の構成要素になるとケーラーは主張する。⁽⁵⁵⁾ 更に、保安監置を規定するドイツ刑法六六条で掲げられた「習癖 (Hang)」の要件も、より詳細な類型化を必要とする概念ではあるが、⁽⁵⁶⁾ 基本的には右の意味での犯罪への習慣性を表わすものであり、それに基づいて行われた犯罪行為については、「行為者において継続的な犯罪の實行へと向けられた人格の態度 (Persönlichkeitshaltung)」⁽⁵⁷⁾ が認められるため、法秩序における規範の効力に対する侵害の程度、つまり違法性及び責任もより大きくなり、⁽⁵⁸⁾ 結論として加重された刑罰を認めることができるとする。ここでは、犯罪への習慣性という形で自己の人格を形成した点につき、違法性及び責任の加重を認める理由が問題となる。ケーラーは、自己の人格的な態度については、どのように形成されたにせよ、人格としての自己答責性に基づいていることを強調し、それが犯罪行為に現れている限りでは、責任を加重する方向で考慮する必要があるとして、ボツケルマンやヘルムート・マイヤーが主張した生活決定責任論と類似の見解を唱えて⁽⁵⁹⁾ おり、このような考えが加重的な処罰を認める際の理由となっている。⁽⁶⁰⁾ また、習癖に基づいて責任が重く評価される場合に、同時に違法性までもが重く評価されることについては、責任があつて初めて、法秩序の規範的効力の否定である違法性も完全なものになるとする犯罪論の体系をケーラーが構想している点を指摘しておきたい。⁽⁶¹⁾

現行の (古典的な) 保安監置を刑罰として再構成するケーラーの試みは、立法論の提案に他ならない。しかし、刑罰として捉え直すからこそ、犯罪者との間での法関係の回復を念頭に置いた再社会化の観点⁽⁶²⁾ を「保安監置」の内容に組み込んで、それを阻害する無期限の自由剝奪の可能性という現行制度が内包する問題点を回避できるようになる。ケーラーによれば、刑罰として捉えられる「保安監置」は、固定化された習慣性に基づく人格的な態

度が現れ出た犯行による法秩序の規範的な効力に対する侵害の程度にあくまでも相応するものとして、通常の刑罰と同様に明確な法定刑の形で規定される必要があるし、その具体的な執行の際にも、再社会化（仮釈放）の可能性を認めて、受刑者の人格的な態度を変化させるような積極的な働きかけと常に結び付かなければならないのである⁽⁶³⁾。

これに対してヤコブスは、(古典的な)保安監置を刑罰とは異なる、一種の法的強制として基礎付けようとする。法的強制とは、法秩序の規範的な効力を侵害しようとする違法な行為に対する反作用として許される強制手段であり、国家が主体となる危険防御や私人が主体となる正当防衛がその最たる例である⁽⁶⁴⁾。法的強制では、法秩序の不安定化を回避するために、それを惹起しようとする者に対して自由の制限の受忍を要求することになるが、ヤコブスの見解においては、将来犯罪を行う危険性を有する者が、どのような意味で法的強制の対象者となるかが問題となる。また、ヤコブスは先に挙げたケーラーの見解について検討を行い、保安監置を責任に基づいた刑罰に解消させるのでは、実行された犯罪行為に現れた習慣性を回顧的に捉えることしかできないと批判している⁽⁶⁵⁾。ヤコブスからすれば、保安監置制度の焦点は、犯罪への習慣性に基づく危険性を展望的な視点から把握する点にあり、むしろその正当化が真正面から論じられなければならないからである。そして、ケーラーの見解に従えば、習慣性が犯行に現れている限り、たとえ有罪判決の前に危険性が消滅したとしても、刑罰の加重は不可避免となってしまうとする。この点も批判されるべきとしている⁽⁶⁶⁾。

ヤコブスは、法秩序が行動の方向付けを規範的に行うためには、認知的な補強 (die kognitive Untermauerung)⁽⁶⁷⁾が必要であると主張し、このことは、まさに一つの規範的な制度ある人格についても当てはまるとする。つまり、一定の禁止規範が存在するだけでは、ある人格がそれに違反しないという予期を基礎付けるには十分ではなく、当該の人格については規範的な予期が認知的に補強されなければならないのである。このような認知的な補強と

して想定されるのが、展望的に「法的な忠誠が示されるであろうとの結論を許容させるような生活の方向性を全体として維持」しながら「認知的に信頼のおける形で自己表現を行うこと」(sich als kognitiv verlässlich darzustellen)であり、ヤコブスは、これを法における人格が市民として他者と共に行動の自由を享受するときには課される「一つの責務 (Obiegenhet)⁽⁶⁸⁾」として捉えている。その際人格は、この責務を果たすために、法的な事柄を自己の格率としなければならぬのではなく、適切な生活態度を示しながら、将来においても極めて重大な犯行が予期され得るとの結論を当然のものとしてしまうような犯罪の実行を断念すればよいだけである。しかし、それが自己表現の形でなされるときには、当該の人格が合法的な行動をとるであろうとの推測が破られてしまい、一つの人格的な欠陥が惹起されることになる。そこで、本来は各々の人格が果たすべき認知的な補強の代わりに、強制的な自由の剝奪が認知的な保障として必要となってくる。ヤコブスからすれば、これこそが保安監置に他ならない⁽⁶⁹⁾。こうして、保安監置という形での自由の剝奪は、法秩序の規範的効力の妥当性を認知的に保障するために科されることになるが、これも人格が「脅威となる自己表現」を通じて右の責務に反して答責的に引き起こした結果である。従って、保安監置も人格について認められる「行動の自由と結果に対する答責との間の双務的な関係性」に基づくものとして⁽⁷⁰⁾、いわゆる市民刑法に属する事柄となる。また、ヤコブスによれば、保安監置の対象者は答責的な人格なのであるから、自由の剝奪の継続中も、当該の者には自己の態度の変更を通じて責務を果たして監置を終了させる可能性が常に開かれていることになる⁽⁷¹⁾。

以上のように、ヤコブスは、犯罪者の将来的な危険性の顕在化を人格の責務に反する「脅威となる自己表現」と捉え、それが法秩序の規範的効力の動揺を引き起こすことから、それを回避するために自由の剝奪を科す制度として保安監置を理論構成している。このような考えは、保安監置を一種の法的強制と見なす立場と言えるだろう。確かに、法的強制は法秩序の規範的効力を侵害する危険性がある違法な行為に対して、それに相応する形で

行使される反作用であり、前提としては違法な行為が想定されているので、脅威となる自己表現では法的強制の本来の対象としては十分ではないかもしれないが、それが法秩序の規範的効力の危殆化につながる限りでは、法的強制の対象とすることも不可能ではない。これに対して、ケーラーは犯罪者の危険性を専ら回顧的に捉え、それが習慣性という形で犯罪行為に現れている限りでのみ加重的な刑罰を通じて対処するという見解を主張していた。しかし、ケーラーの立場からしても、展望的に将来の危険性に着目した自由の剝奪を法的強制として正当化することは不可能ではないと思われる。ケーラーは、自律的な人格同士の間には、各人格は合法的に振る舞うであろうという法的な信頼が妥当するとしていた。しかし、法関係に基づく法秩序では、各人格には相互に規範に適用形で他者を自己と同等の自律的な人格として扱う振る舞いが要求されるが、明らかにそれに反する「自己表現」が外的にも明確に表明される場合には、それによって、法秩序の規範的効力も相対的に不安定にならざるを得ないのであり、ケーラーが言う「法的信頼」もその程度では低下せざるを得ない。勿論単に一定の態度が外的に示されただけでは、必然的に犯罪として処罰の対象となるわけではないが、それが法秩序の規範的効力の不安定化を引き起こすものである限り、法的強制の対象として把握することは排除されないのである。つまり、法秩序の規範的効力の不安定化を惹起する「自己表現」に対する法的強制として科される自由の剝奪は、法秩序における規範の現実的な効力を維持するために、⁽⁷³⁾正当化され得るという結論になる。

四 結びにかえて

ドイツにおける古典的な保安監置のように、犯罪者の将来の危険性に着目して国家が自由を強制的に剝奪する

制度は、——ヤコブスやケーラーの基本的な思想に依拠する形で——理論的には法的強制として正当化できる。⁽⁷⁴⁾これが本小稿の一応の結論である。⁽⁷⁵⁾理論的に正当な事柄なのであれば、即座に実践に移して、⁽⁷⁶⁾我が国でもその立法化を提案すべきなのかもしれない。しかし、この点には躊躇せざるを得ない。保安監置制度を考察する際には、区別が可能な二つのレベルの問題が重なり合っていることを意識すべきである。一つ目は、犯罪者の将来の危険性をどのようにして確定するのかという事実レベルの問題であり、二つ目は、危険性が明確である点を前提にして、どのような理由から当該の犯罪者に対して自由の剝奪を強制し得るのかという理論的な正当化レベルの問題である。本小稿の結論は、二つ目の理論的な問題を肯定的に解消するものであるが、一つ目の事実レベルの問題はクリアされていることを前提にしている。しかし、実際の運用上は、事実レベルの危険性判断には常に不明確さが不可避免的に付き纏わざるを得ず、一つ目の問題が完全に解消されるという事態は——理論上はともかく——現実には想像し難い。また、仮に事実レベルでの危険性判断が明確になされたとしても、これに対する法的強制として——ドイツの制度のように——長期或いは無期限の自由の剝奪を科せるのかというと、実はこの点も否定的に解さざるを得ない。何故ならば、法的強制とは、法秩序の規範的効力を維持するために、その動揺に見合った反作用として科される強制手段であり、保安監置の場面では強制的な自由の剝奪として登場するが、規範にとつて脅威となる態度その他の単なる「自己表現」を通じては、——正当防衛や危険防御の場合とは異なり——実際の被害者がまだいるわけでもないため、法秩序の規範的効力の動揺は相対的に小さくならざるを得ず、それに対する反作用である自由の剝奪もそれ程大きなものにはなり得ないからである。確かに、侵害或いは危険に晒された現実の被害者の存在を媒介にした法秩序の規範的効力の動揺よりも、全く個別の被害者の存在を介さない法秩序の規範的効力の動揺の方が大きい場合があるとの想定も理論的には可能であるかもしれないが、原則的に暴力犯及び性犯罪のみを対象とすべき保安監置については、そのような事態はやはり例外であろう。少なくとも、長

期に渡り自由の剝奪を科すためには、剝奪の開始後も一定の短期間ごとに、法秩序の規範的効力の動揺を惹起する危険性の存在をその都度明確に確定していく作業が必要にならざるを得ないと思われる。

こうして、保安監置制度は法的強制として理論的に正当化できるとする本小稿の結論は、抽象的な理論レベルでの言明でしかないことが明らかとなる。正直に言えば、かろうじて正当化できる或いは正当化できなくはない、という程度の結論が筆者の本心である。このような制度を治安維持のために——様々なバリエーションを付けて——實際上積極的に活用しようとする場合には、多くの不都合が生じてくるのはある意味当たり前なのかもしれない。この点を裏付けるのが、近年のドイツにおける保安監置制度をめぐる一連の騒動である。既に述べたように、ドイツでは保安監置に関する新法が二〇一一年一月一日から施行されており、EGMRの二〇〇九年判決によって指摘された諸問題を回避するための立法的措置が一応図られている。しかし、その後全てを振出しに戻すかのような事態が生じていることを最後に指摘しておきたい。実は、二〇一一年五月四日付けの判決で連邦憲法裁判所第二小法廷が、保安監置の一〇年の上限期間の事後的な撤廃及び事後的な保安監置の命令に対して提起された、四名の保安監置対象者からの憲法異議の訴えに対して判断を行い、刑法と少年裁判所法における保安監置の命令と期間に関する規定の全てが基本法二条二項第二文及び同法一〇四条一項から導き出される基本的自由権に反しており、更に事後的な上限期間の撤廃による保安監置の延長や事後的な保安監置の命令が基本法二条二項第二文及び同法二〇条三項に基づく法治国家的な信頼保護の原則に違反する⁷⁷⁾としたのである。これにより、ドイツ刑法六六条以下の古典的な保安監置を含む保安監置制度全般は、施行されたばかりの新法の内容を含めて違憲とされてしまったが、連邦憲法裁判所は二年間の猶予期間を設定し、同期間中は一定の条件の下で現行規定も効力を有するとしながら、その間に新たな立法を行うように立法者に求めている。その際に同裁判所は、特に現行の保安監置処分の実態が刑罰の執行と比較してあまり差異がないという問題点を指摘しながら、刑罰の執行との

明確な（施設上の）分離の下で（家族と面会する可能性、危険性を減弱させるための治療手段の呈示及びそのための適切な職員の投入といった）より再社会化の観点を配慮した制度枠組みにする必要性を強調している。従って、二〇一三年五月までに行われなければならない新たな立法についても、より再社会化の観点を盛り込んだ内容となることが要請されている。いずれにせよ、既に改正が済んだと思っていいたら、新たな改正をする必要がまた出てきてしまったわけであり、これがドイツにおける保安監置制度の現状なのである。ドイツでの今後の立法動向に注目していきたいが、やはり保安監置については、「この槍使い難し」というのが筆者の現在の心境である。

（二〇一一年「平成二三年」五月一九日脱稿）

- (1) 宮澤浩一「事後的保安監置に関する新立法動向について」現代刑事法六九号（二〇〇五年）九五頁以下。
- (2) この点については、特に Walter Stree/Jörg Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Rn. 2 ff. § 66を参照。また保安監置制度の起源は、ナチス時代の一九三三年に制定された「危険な常習犯罪者に対する法律並びに保安及び矯正処分に関する法律」にある。このような歴史的背景も忌避される理由の一つである。
- (3) 例えば、一九八〇年には保安監置の対象者は二〇八名であったが、その後、一九九〇年には一八二名になり、更に一九九六年には一七六名とその数字も落ち込んでいた。この点については、Jörg Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter, 2. Aufl. 2010, S. 109 参照。Thomas Ullenbruch, Sicherungsverwahrung im Reformdilemma, StraFo 11/2010, S. 439 は、当時裁判官、検察官、弁護士が一致協力して保安監置の命令を忌避していたことを指摘する。
- (4) この規定ができるまで、ドイツでは各州の警察法レベルの法規によって、危険な犯罪者を事後的に監置する取り扱いがなされていた。しかし、当該の諸規定に対しては、二〇〇四年二月一〇日に連邦憲法裁判所第二小法廷によって、基本法七四条の「連邦の競合的立法権限のカタログ」の第一号にいう「民法、刑法及び刑の執行」の規定に反す

るとする違憲判決が下されたため (BVerfGE 109, 190) 、「連邦法による立法が必要となり、ドイツ刑法六六 b 条の規定が新設されたわけである。この点についての詳細は、宮澤「事後的保安監置に関する新立法動向について」(前掲注(1)) 九八頁以下参照。なお、その後の事後的保安監置制度の展開については、特に吉川真理「ドイツの事後的保安拘禁について」静岡大学法政研究一巻一・二・三・四号 (二〇〇七年) 一〇頁以下を参照。

(5) 保安監置の留保は、二〇〇三年の改正で成人刑法によって有罪判決を受けた年長少年にも適用可能となり、事後的保安監置は、二〇〇八年の改正で少年刑法によって有罪判決を受けた者にも適用が可能となっている。

(9) Kinzig, Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter (前掲注(3)) S. 109 及び Ullenbruch, Sicherungsverwahrung im Reformdilemma (前掲注(3)) S. 438 参照。但し、保安監置の留保と事後的保安監置の運用については、実務は抑制的であったことの指摘があり (Thomas Feltes/Michael Alex, Kriminalpolitische und kriminologische Probleme der Sicherungsverwahrung, in: Dieter Dölling u.a. [Hrsg.], Festschrift für Heinz Schöch, 2010, S. 738 ff.)、監置対象者数の増加はむしろ古典的な保安監置の命令が多用されたことに理由があるとする論者もある (Bernhard Böhm, Ausgewählte Fragen des Maßregelrechts, in: Festschrift für Heinz Schöch, S. 768)。

(7) このテーマに関する最近の文献として、Benno Zabel, Interventionsstrafrecht?, StraFo 1/2011, S. 20 ff.

(8) 前掲注(3) の Kinzig の著書 (初版は二〇〇八年に公刊された) の他、Elmar Habermeyer, Die Maßregel der Sicherungsverwahrung, 2008; Dagmar Sprung, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß?, 2009; Annika Flaig, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2009; Tillmann Bartsch, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010 を挙げておく。

(9) 連邦参議院において、様々な州政府が現行の保安監置制度における保護の隙間を埋めるために立法提案の発議を行っていた。例えばザクセン州によって二〇〇九年三月になされた立法提案は、保安監置制度を事後的保安監置に一本化するラディカルな内容であった。更に、同年一月には、バイエルン州とCDUが政権を担当している諸州との共同により、保安監置を随時可能にするために要件の緩和を念頭に置いた「保安監置法の調和 (Harmonisierung des Rechts der Sicherungsverwahrung)」のための草案が提示されていた。これらについては、Axel Boetticher, Die Sünden der Rechtspolitik bei den Änderungen des Rechts der Sicherungsverwahrung ohne Rücksicht auf

- kriminologische Erkenntnisse, in: Dieter Dölling u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Schöch, 2010, S. 726, 730 参照。
- (10) 我が国の文献では、加藤久雄『人格障害犯罪者に対する刑事制裁論』(二〇一〇年)一二三頁が若干の紹介を行っている。
- (11) 事案の詳細については、Jörg Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NStZ 2010, S. 233 f.; Heike Jung, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK, GA 2010, S. 639; Christian Laue, Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand, JR 5/2010, S. 198 f.; Christoph Grabenwarter, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JZ 18/2010, S. 857 f.; Mario Bachmann/Ferdinand Goeck, Das Urteil des EGMR zur Sicherungsverwahrung und seine Folgen, NJ 11/2010, S. 457 等を参照。
- (12) 改正された新条文であるドイツ刑法六七d条三項により、一〇年を経過した保安監置は、被收容者が習癖の結果、被害者を精神的或いは身体的に著しく侵害する重大な犯罪行為を行う危険性がない場合に、裁判所は処分の終了を宣告すると改められた。
- (13) 本件以前にも、保安監置の上限の遡及的な廃止に対しては憲法異議の訴えが複数提起されていた。これについては、Laue, Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand (前掲注(11)) S. 199 Fn. 6 参照。
- (14) この点につき、刑法の分野でのドイツの学説の多くは、処分制度も基本法一〇三条二項の対象になるとしている。特に Jörg Kinzig, Schrankenlose Sicherheit?, StV 6/2000, S. 332 f. 及び Fn. 27, 28, 29, 30 を参照。また、末道康之「フランスの保安処分をめぐって」南山法学三三卷三・四合併号(二〇一〇年)二一九頁以下によれば、フランスでは保安監置の遡及適用は、憲法院によって拒絶されている。
- (15) EGMR (V. Sektion), Urteil vom 17. 12. 2009 – 19359/04 M./Deutschland, NJW 2010, S. 2495 ff. (S. 2499 f.) 及び Ralf Eschelbach による評釈があるの(これ)も参照せよ)。なお、判決のドイツ語版全文は、<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/19359-04-1.php?preferer=db> から入手することができる。また、本文で同判決の内容を紹介する際、のヨーロッパ人権条約各条項の訳文については、松井芳郎編集代表『ベーシック条約集二〇一一』を参照した。
- (16) ドイツ行刑法一二九条は、保安監置の目的として、まず公共の保護を挙げ、次に積極的特別予防の観点に触れて

いる。これに対して、自由刑の執行に関する同法二条では、行刑の目的としてまず積極的特別予防の観点が強調されており、次に公共の保護が来るという形で重点の置きどころの相違があるに過ぎない。

(17) 刑罰と処分の差異の有無を検討しながら、EGMRの結論を支持するものとして、Henning Ernst Müller, Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention, StV 4/2010, S. 210.

(18) Helmut Pollähne, Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht?, KJ 2010, S. 256 f. によれば、Mは二〇一〇年六月二四日に、マールブルク地裁刑執行部の決定及びそれを認めたフランクフルト上級地裁の決定によって保安監置から解放されている。実は、右執行部によって同様の決定は既に同年五月一七日に下されていたが、これに対する異議申立が検察官よりなされていたため、Mの解放は遅れることになったという事情がある。

(19) EGMRの判決によって締約国が負う様々な義務の詳細については、Grabenwarter, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (前掲注(11)) S. 859 ff. 参照。再審手続を開始することは各締約国の裁量に任されている。

(20) 本稿を執筆する際に参照した多くの文献では、約七〇名とされていた。しかし、Pollähne, Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? (前掲注(18)) S. 258 Fn. 22によれば、公式の人数は明らかにされていない。Pollähne自身は、約七〇名から一〇〇名としている。

(21) 例えば、Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland (前掲注(11)) S. 238; Grabenwarter, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (前掲注(11)) S. 861は、これらの者全てを解放する義務も二〇〇九年の判決から導き出されるとしている。理由としては、彼らに対する監置が続く限り、条約違反状態が継続するため、人権条約一条によって求められる、同条約(本件の場合では、五条及び七条)によって保障された人権を尊重する義務に反してしまう点が挙げられている。

(22) 特^{二〇} Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland (前掲注(11)) S. 239; Laue, Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand (前掲注(11)) S. 202 ff. を参照。二〇〇九年判決を契機として、事後的保安監置の制度が疑問視されざるを得なくなることは、ドイツでは多くの

論者が肯定しており、後に本文で述べるように、実際上も事後的保安監置を縮小させる新法が一応のところ制定されている。また、バイエルン州法に基づいた事後的な保安監置がヨーロッパ人権条約五条に違反するとする判決もその後 EGMR, Urteil der 5. Kammer v. 13. Januar 2011 – Nr. 6587/04, HRRS 2/2011, S. 42 によって下されている（詳細は <http://www.rechtshupe.de/strafrecht/bayerische-sicherungsverwahrung-325312> を参照）。なお、Lorenz Böllinger/Helmut Pollähne, in: Strafgesetzbuch, NomosKommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Rn. 7 § 66b が事後的保安監置に関する様々な問題点をまとめて列挙している。

(23) 学説上は、Ruth Rissing-van Saan/Jens Peglau, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2008, Rn. 61 § 66b のように、当初の有罪判決は、事後的保安監置による自由の剝奪の延長があり得る旨の留保の下に置かれているとの見解も主張されている。確かにこのように考えれば、当初の有罪判決と事後的な保安監置という自由の剝奪との間にはいまだ因果的な結び付きを肯定できるのかもしれない。しかし、当該の見解に対しては批判が多い。例えば、Jung, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK (前掲注(11)) S. 641 は、「屁理屈のような説明」であるとしている。

(24) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Aufl. 2011, Rn. 11a § 66b を参照。

(25) 事後的保安監置の規定が導入された二〇〇四年七月二十九日以降に犯罪を行った者に対しては、Müller, Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention (前掲注(17)) S. 212 が示唆するように、適及処罰の問題は生じないのかもしれない。しかし、このような場合でも、Pollähne, Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? (前掲注(18)) S. 263 f. は「二重処罰の禁止の問題がある」としている。

(26) 例として、Michael Grosse-Brömer/Oliver Klein, Sicherungsverwahrung als Verfassungsauftrag, ZRP 2010, S. 172 中 参照。また、その後も EGMR の二〇〇九年判決からは、保安監置を終了させる義務が基礎付けられるわけではなく、Hennig Radtke, Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist?, NSTZ 2010, S. 537 ff. も保安監置を即座に終了させることは、国家による潜在的な被害者に対する保護義務を十分に配慮するものではないとするが (S. 543)、結論的には立法的な解決を求めながらも (S. 541, 546)、差し当たり、M のように一〇年を超えて保安監置の対象となっている者については改めて危険性に関する判断を行っ

て、それが否定される場合に限り、ドイツ刑法六七d条二項或いは同条三項によって保安監置を猶予或いは終了させるといふ解決を提案している (S. 544 f.)。更に Bachmann/Goeck, Das Urteil des EGMR zur Sicherungsverwahrung und seine Folgen (前掲注(11)) S. 459 f. も見よ。

(27) そもそもドイツ刑法二条六項が規定する「裁判時」が、保安監置の一〇年という上限期間の遡及的な廃止については、当初の有罪判決の時点を意味していると指摘するものとして、Müller, Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention (前掲注(17)) S. 208 Fn. 16.

(28) 詳細については、Grabenwarter, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (前掲注(11)) S. 866 f. 参照。後掲注(33) で挙げるように、連邦通常裁判所の各刑事部の間では見解の相違があるが、このような解釈を受け入れるか否かも争点の一つになっている。

(29) 例えば、二〇一〇年六月二四日のフランクフルト上級地裁の決定では、EGMRの二〇〇九年判決の申立人であるMの保安監置を即座に終了する決定が下されていたが、カールスルーエ、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、ハムの各上級地裁も同様の事案について同じ見解をとっている。これに対して、ケルン、コブレンツ、シュトウツガルト、ツェレ、ニュルンベルクの各上級地裁は、反対の結論を表明している。保安監置の終了を否定的に捉えた各上級地裁の立場については、特に Pollähne, Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? (前掲注(81)) S. 258 f. 参照。また、NK 4/2010, S. 160 に各上級地裁がどのような立場をとっているのかについての一覧表が掲載されている。なお、Badische Zeitung の二〇一〇年一二月二三日付けの記事によれば、保安監置から解放された者は四六時中警察の監視の下に置かれているようである。

(30) BVerfG Beschl. v. 19. Mai 2010 - 2 BvR 769/10, HRRS 6/2010, S. 266. 本注 http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100519_2bvr076910.html を参照。

(31) BGH Beschl. v. 12. Mai 2010 - 4 StR 577/09, HRRS 7-8/2010, S. 308 f.

(32) BGBl. 2010, Teil I Nr. 39, S. 976.

(33) BGH Beschl. v. 09. 11. 2010 - 5 StR 394/10/ 5 StR 440/10/ 5 StR 474/10, NK 4/2010, S. 159 f. なお、同じく第五刑事部による決定による BGH Beschl. v. 21. 7. 2010 - 5 StR 60/10, NSTZ 2010, S. 565 f. も参照。第五刑事部は、二〇一〇

- 年一月九日の決定が前掲注(31)で引用した第四刑事部の考えとは異なるため、自己の見解に従うか否かについて他の刑事部に対して照会を行っている。これに対する各刑事部の回答については、BGH Beschl. v. 15. Dezember 2010 - 1 ARs 22/10, HRRS 2/2011, S. 51; BGH Beschl. v. 22. Dezember 2010 - 2 ARs 456/10, 同 S. 51; BGH Beschl. v. 18. Januar 2011 - 4 ARs 27/10, 同 S. 51; BGH Beschl. v. 17. Februar 2011 - 3 ARs 35/10, HRRS 3/2011, S. 105 f. を参照。結論として、第三及び第四刑事部が第五刑事部とは異なる意見を表明している。
- (34) BGI. 2010, Teil I Nr. 68, S. 2300 ff. なお改正法の全文は、http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Sicherungsverwahrung/bgbl.pdf, jsessionid = 3C3D685236085D6DE8748620DFE91DE522_cid134?__blob = publicationFile より入手可能である。
- (35) 特ご Jörg Kinzig, Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung, NJW 2011, S. 177 ff.; Matthias Koller, Neuordnung der Sicherungsverwahrung, DRiZ April 2011, S. 127 ff. 参照。
- (36) 習癖概念その歴史的背景から批判して、新法から削除するようを提案していたものとして、Monika Frommel, Reform der Sicherungsverwahrung, NK 3/2010, S. 82 ff., 86 f.
- (37) しかし、旧六六 a 条一項の解釈としては、単なる蓋然性を超える高度のものが一般的に要求されていた。例えば、Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (前掲注(2)) Rn. 3 § 66a 参照。
- (38) 但し、経過的な措置として刑法施行法三二六 e 条により、二〇一一年一月一日より以前の時点で元になる犯罪行為が実行されている場合には、引き続き旧規定が適用できるとされた。
- (39) 例えば、Kinzig, Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung (前掲注(35)) S. 181 f. 参照。反対の意見として、Monika Frommel, Erweiterte vorbehaltene Sicherungsverwahrung für neue Fälle, eine überraschende BGH-Entscheidung und ein nicht minder überraschendes Therapieunterbringungsgesetz - ThUG- für sog. Altfälle, NK 4/2010, S. 123 ff.
- (40) 特ご Arthur Kreuzer, Strafrecht als präventiver Opferschutz?, NK 3/2010, S. 89 ff., 94. 参照。また、Laue, Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand (編者注(1)) S. 203; Müller, Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention (前掲注(1)) S. 212 も保安監置の留保には好意

的である。なお、少年裁判所法二七条のプロベーションモデルに厳格に依拠する形でのみ、保安監置の留保を制度的に維持すべきとする見解も、Diethelm Kleczewski, Strafen statt Verwahren, HRRS 9/2010, S. 402.

- (41) 特に Jörg Kinzig, Reformüberlegungen zur Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NK 4/2010, S. 148; ders., Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung (前掲注(25)) S. 179. 同様の見解も、Bachmann/Goeck, Das Urteil des EGMR zur Sicherungsverwahrung und seine Folgen (前掲注(11)) S. 463; Pollähne, Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? (前掲注(81)) S. 264 f.; Ullenbruch, Sicherungsverwahrung im Reformdilemma (前掲注(3)) S. 442 f. など。Böllinger/Pollähne, in: Strafgesetzbuch, NomosKommentar (前掲注(22)) Rn. 7 § 66a が、保安監置の留保に関する様々な問題点をまとめ、列挙している。

- (42) この点を明示する Kinzig, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland (前掲注(11)) S. 239.

- (43) 例えば Böhm, Ausgewählte Fragen des Maßregelrechts (前掲注(9)) S. 770 参照。但し、Kleczewski, Strafen statt Verwahren! (前掲注(40)) S. 396 f. は、保安監置全般の現状が、非人道的な若しくは品位を傷つける刑罰を禁止したヨーロッパ人権条約二条に違反するべきであると主張している。

- (44) 特に Böllinger/Pollähne, in: Strafgesetzbuch, NomosKommentar (前掲注(22)) Rn. 34 ff. § 66 参照。

- (45) Rissing-van Saan/Peglau, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (前掲注(23)) Rn. 2 § 66.

- (46) 例として Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (前掲注(2)) Rn. 2 § 66 参照。

- (47) Böllinger/Pollähne, in: Strafgesetzbuch, NomosKommentar (前掲注(22)) Rn. 31 § 66 参照。

- (48) Michael Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerichtigkeit, in: Michael Pawlik u. a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 273 ff.; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 55 ff. また同様の見解も、Kleczewski, Strafen statt Verwahren! (前掲注(40)) S. 400 ff.

- (49) Günther Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 35 ff.

- (50) ケーラーが依拠するヴォルフ学派の刑罰論の概要については、拙稿「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の

- 展開」香川法学二六卷三・四号（二〇〇七年）一〇一頁以下（及び一二七頁注(23)で挙げた諸文献）、同「カント刑罰論における予防の意義と応報の限界」香川法学二八卷二号（二〇〇八年）一頁以下参照。
- (16) Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit (前掲注(48)) S. 281.
- (22) 特に Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit (前掲注(48)) S. 279, 282, 284, 285 f. 参照。ケラーからすれば、処分制度は、本来的には責任無能力者に対してしか認められないことになる(S. 285)。しかし、責任無能力者と雖もいまだ生得的な人格性を有する存在として取り扱われなければならない。Köhler, AT (前掲注(48)) S. 55 の叙述もこの点を前提にしていると思われる。
- (23) Köhler, AT (前掲注(48)) S. 348; ders., Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit (前掲注(48)) S. 282 参照。また Diethelm Kleczewski, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2008, Rn. 375, 385 § 5 を見よ。
- (54) Köhler, AT (前掲注(48)) S. 361 f. 参照。
- (55) Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit (前掲注(48)) S. 282 f. の点について、Kleczewski, Strafen statt Verwahren! (前掲注(40)) S. 401 を見よ。
- (56) 詳細な類型化の試みとして、Köhler, AT (前掲注(48)) S. 438 ff.
- (57) Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit (前掲注(48)) S. 287.
- (28) Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit (前掲注(48)) S. 289, 291, 292 参照。Kleczewski, Strafen statt Verwahren! (前掲注(40)) S. 402 も習癖に基づいて行われた犯罪行為には、違法性及び責任を加重する状況があることを認めている。
- (59) Diethelm Kleczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991, S. 126 は、意思責任と習慣性の関係に関する自己の見解に「一番近い考えとして」、生活決定責任論を挙げている。但し、ケラー自身は、生活決定責任の概念では抽象的すぎることを (ders., Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerechtigkeit [前掲注(48)] S. 287)。
- (60) 更に Kleczewski, Strafen statt Verwahren! (前掲注(40)) S. 402 は、行為者が習癖の形成について全く責めを負わないような場合でも、当該行為者が責任能力を有する限りは、自己の犯行の不法性を洞察することができるのであ

るから、固定化された習癖に基づく犯罪行為を行う誘惑に抵抗する義務があるとして、より重い責任非難を正当化できると主張している。

- (61) これについては、Köhler, AT (前掲注(48)) S. 122 ff. 参照。
- (62) 再社会化を刑罰の内在的な観点として捉える点については、拙稿「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」(前掲注(50)) 一一六頁以下参照。
- (63) Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerichtsbarkeit (前掲注(48)) S. 288 ff., 291 f. 参照。
- (64) 法的強制の概念については、拙稿「救助のための拷問の刑法上の正当化について」香川法学二九卷三・四号(二〇一〇年) 八二頁以下参照。
- (65) Jakobs, Rechtszwang und Personalität (前掲注(49)) S. 40 f. 参照。
- (66) 同のような場合、Jakobs, Rechtszwang und Personalität (前掲注(49)) S. 44 Fn. 132 は保安監置として自由を剝奪する理由がもはやなくなる。しかし、Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßregeln durch die Strafgerichtsbarkeit (前掲注(48)) S. 290 f. も、行為者が答責的な決断を通じて法秩序に対する態度を変化させることにより、保護観察付きの仮釈放の可能性が開かれている点を強調している。従って、両者の見解は実質的にはそう変わるものではないとも言えよう。
- (67) Jakobs, Rechtszwang und Personalität (前掲注(49)) S. 42 参照。
- (68) Jakobs, Rechtszwang und Personalität (前掲注(49)) S. 43.
- (69) Jakobs, Rechtszwang und Personalität (前掲注(49)) S. 43 f. 参照。
- (70) Jakobs, Rechtszwang und Personalität (前掲注(49)) S. 41.
- (71) Jakobs, Rechtszwang und Personalität (前掲注(49)) S. 44 f. 参照。
- (72) ケーラーは、不法概念において故意とは別に不法意思というものを要求しており、この不法意思は不法に対する自己規定的な決意である意思責任から導き出されるとする (ders., AT [前掲注(48)] S. 123, 124, 348 ff. 参照)。言うなれば、不法の格率に従って行動しようとする内心の決意が不法に係る要素として求められている。このような

考えからすれば、完全に違法な犯罪行為として処罰の対象にならないのは当然であるが、犯罪を行うという明確な危険性を推測させる自己表現が犯罪者の態度等から肯定される場合については、法秩序の規範的効力の相対的な動揺を認めざるを得ないであろう。

(73) ヤコブスは、法秩序の現実的な効力を維持するために必要とされる認知的な保障の観点から自由の剝奪を導き出していた。その根底には、法秩序の現実的な効力は、規範的側面だけではなく、認知的な側面からも基礎付けられなければならないという考えがある。しかし、ケーラーの見解においても、外界において現実的な効力を有するという事柄は、規範の本質的な側面として考慮されているはずである。従って、法秩序の現実的な効力を維持するために必要である場合には、自由の剝奪は法的強制として実際に科されなければならない。以上の点は、刑罰が単なる宣言ではなく、実際に自由の剝奪乃至は制限という形で執り行われなければならないという問題とパラレルな関係にある。但し、拙稿「カント刑罰論における予防の意義と応報の限界」(前掲注(50))一五頁注(9)も見よ。

(74) 法的強制としての正当化を試みたヤコブスの見解には結論的に賛同できるが、その基礎にある個人、人格、法秩序の關係の捉え方に対しては、疑問を提起せざるを得ない。この点については、特に拙稿「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」(前掲注(50))一〇八頁以下参照。

(75) 回顧的に過去の危険性を考慮することの当否については、ケーラーの責任概念の検討が不可避となるため、本小稿では留保しておきたい。

(76) 理論と実践の關係については、ヴァイシエーデル版 (Werke in 12 Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1968) の Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, A 201, 202, 203 ff. (= 北尾宏之訳「理論と実践」[岩波書店版カント全集14「二〇〇〇年」一五九頁以下])を参照。

(77) BVerfG, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10 vom 4. 5. 2011. なお、判決文は http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvvr236509.html より入手可能である。

(追記)

脱稿後、以下の諸文献に接した。併せて参照を請う。まず、二〇一一年一月一日から施行された新法による「精神に

障害がある暴力犯罪者の治療及び収容に関する法律 (THUG)』についての文献として、Karl Nußstein, Das Therapieunterbringungsgesetz-Erste Erfahrungen aus der Praxis, NJW 2011, S. 1194 ff.; Christine Morgenstern, Bestrafen, Verwahren und danach Therapieren? - Das neue Therapie-Unterbringungsgesetz in der Kritik, NK 2/2011, S. 55 ff. がある。次に、連邦憲法裁判所による二〇一一年五月四日の違憲判決については、その後、HRRS 5/2011, S. 174 ff.; NJW 2011, S. 1931 ff.; NStZ 2011, S. 450 ff. において紹介がなされ、判決文が掲載されている。また同年五月十三日には、連邦通常裁判所第五刑事部が連邦憲法裁判所の違憲判決を基本的に踏襲した決定を行っている (BGH 5 StR 394/10 / 5 StR 440/10 / 5 StR 474/10-Beschluss vom 23. Mai 2011, HRRS 6-7/2011, S. 216; NJW 2011, S. 1981 ff.; NStZ 2011, S. 453 f. 及び BGH, Urteil vom 21. 6. 2011-5 StR 52/11, NJW-Spezial 2011, S. 537 f. を挙げよう)。最後に、右の違憲判決後に公開された保安監置制度に関する文献として、Klaus Peglau, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung, NJW-Spezial 2011, S. 312 f.; Jens Peglau, Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung-Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung, NJW 2011, S. 1924 ff. (以下同) は連邦憲法裁判所の違憲判決に関する評釈論文である。また、連邦憲法裁判所における口頭審理 [die mündliche Verhandlung] の様子を伝える文献として、Bernd-Rüdiger Sonnen, Das Ende der Sicherungsverwahrung, NK 2/2011, S. 43 f. 及び Joachim Renzikowski, Das Elend mit der rückwirkend verlängerten und der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung, ZIS 6/2011, S. 531 ff.; Andreas Mosbacher, Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick, HRRS 6-7/2011, S. 229 ff.; Benedikt Quarthal, Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung und der EGMR-zur innerstaatlichen Rechtswirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte, JURA 7/2011, S. 495 ff. がある。

(二〇一一年 [平成二十三年] 九月一日記)