慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツにおける刑事制裁 : 経験的視点を交えた概観
Sub Title	Die strafrechtlichen Sanktionen in Deutschland : Ein Überblick unter Berücksichtigung empirischer Aspekte
Author	Streng, Franz(Koike, Shintaro) 小池, 信太郎(Yabunaka, Yu) 薮中, 悠(Hamada, Arata) 濱田, 新(Araki, Taiki) 荒木, 泰貴(Yamada, Yudai) 山田, 雄大(Hashimoto, Kodai) 橋本, 広大
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.34 (2016. 3) ,p.77- 155
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160325-0077

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

翻訳

ドイツにおける刑事制裁

――経験的視点を交えた概観――

フランツ・シュトレング
小池　信太郎／監訳
薮中悠・濱田新・荒木泰貴・
山田雄大・橋本広大／訳

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．責任、起訴裁量（Opportunität）そして刑罰
Ⅲ．一般刑法の主刑
1）罰金刑（Geldstrafe）
a）概要
b）不払いの効果
c）罰金刑の特殊形態
2）自由刑（Freiheitsstrafe）
a）自由刑の諸形態と意義
b）無期自由刑（Lebenslange Freiheitsstrafe〔終身自由刑〕）
c）自由刑の量的適用状況
d）刑の執行猶予（Strafaussetzung zur Bewährung）
aa）概観
bb）執行猶予に伴う諸判断
（1） 猶予期間（Bewährungszeit）
（2） 負担（Auflagen）
（3） 指示（Weisungen）
（4） 保護観察（Bewährungshilfe）
（a） 保護観察の命令
（b） 保護観察官（Bewährungshelfer）
（c） 執行猶予の取消し（Widerruf）又は刑の免除（Straferlass）
（d） 執行猶予の「成功」について
e）行刑（Strafvollzug）
f）仮釈放（Aussetzung des Strafrests zur Bewährung〔残刑の執行猶予〕）
aa）有期自由刑における仮釈放

bb）無期自由刑における仮釈放
3）罰金刑及び自由刑後の再犯（Rückfall）〔以上、小池訳〕
Ⅳ．付加刑（Nebenstrafen）と付加的効果（Nebenfolgen）
1）運転禁止（Fahrverbot）
2）資産刑（Vermögensstrafe）
3）官職就任資格（Amtsfähigkeit）と選挙権（Stimmrecht）の喪失〔以上、橋本訳〕
Ⅴ．刑法の「第 2 の軌道」
1）二元主義（Zweispurigkeit）――概要
2）改善保安処分（Maßregeln der Besserung und Sicherung）
a）精神病院収容（Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus）
b）禁絶施設収容（Unterbringung in einer Entziehungsanstalt）〔以上、濱田訳〕
c）保安監置（Sicherungsverwahrung）
d）行状監督（Führungsaufsicht）
e）運転免許の取消し（Entziehung der Fahrerlaubnis）〔以上、荒木訳〕
f）職業禁止（Berufsverbot）
3）利益収奪及び没収
a）利益収奪（Verfall）
b）拡大収奪（erweiterter Verfall）
c）没収（Einziehung）〔以上、山田訳〕
Ⅵ．量刑（Strafzumessung）
1）一般的基礎
2）法律上の準則
a）中心的な量刑規定：刑法 46 条
b）法定刑の減軽
c）一般的な二重評価禁止（Doppelverwertungsverbot）
d）短期自由刑の例外的性格
e）刑の代替（Strafersatz）の考慮
3）量刑理論（Strafzumessungstheorien）
4）数罪の量刑
Ⅶ．少年刑法の制裁
1）概要
2）補充性の原則（Subsidiaritätsprinzip）
3）少年刑法の特別な制裁
a）総説
b）教育処分（Erziehungsmaßregeln）
c）懲戒処分（Zuchtmittel）
aa）戒告（Verwarnung）
bb）負担（Auflagen）
cc）少年拘禁（Jugendarrest）
d）少年刑（Jugendstrafe）
aa）概要
bb）執行猶予と行刑
cc）いわゆる有罪宣告手続（Schuldspruchverfahren）
4）少年刑法の制裁後の再犯〔以上、藪中訳〕

Ⅷ．精神諸科学（Psychowissenschaften）との協働
1）総説
2）責任能力（Schuldfähigkeit）の判断〔以上、山田訳〕
3）再犯に及ばないことの予測（Legalbewährungsprognose）〔荒木訳〕

Ⅰ．はじめに*

ドイツの刑法は、約 500 年前に行われたローマ法の継受により、非常に強く影響を受けた。もっとも、この重要な転機は、当時はまだ、死刑や身体刑により特徴づけられていた残酷な制裁の現実にそれほど変化を与えなかった。キリスト教的・人道的思想の所産及びとりわけ啓蒙という時代がようやく、近代的な制裁への発展をもたらしたのである。特に、受刑者を自由の中での責任のある生活へと導くべき自由刑は、オランダ、イングランド及びアメリカ合衆国において近代的自由刑のためのモデル施設が設立された後、18 世紀及び 19 世紀になってはじめて、その構築が試みられた[1)]。

1871 年におけるドイツ諸国のドイツ帝国への統一、そして同じ年に公布された帝国刑法典により、中心的な刑罰制裁として自由刑が定められることとなった。それと並んで、きわめて重大な犯罪には死刑があり、制裁のスケールの反対の端には、特に軽い制裁として、控え目にのみ用いられた罰金刑があった。19 世紀末からは、ドイツ諸邦において、アングロサクソンのモデルに倣って、自由刑の執行猶予を可能にするモデルプロジェクトが行われた。そして、1923 年になってはじめて、自由刑の執行猶予が刑事法に、具体的には少年裁判所法（JGG）に正式にとり入れられた。成人に関しては、執行猶予は、当時はまだ恩赦の判断としてなしえたにすぎなかった。

1945 年における「第三帝国」の崩壊及びその後のドイツ連邦共和国の建国により、刑法の分野でも、1 つの画期が生じた。1948 年、ドイツの憲法（「基

＊法律名を断ることなく引用する条文は、Ⅰないし Ⅵ章では刑法、Ⅶ章では少年裁判所法のものである。

1）Vgl. *Laubenthal*, Strafvollzug, 6. Aufl. 2011, Rn. 91 ff.

本法（GG）」）により死刑が廃止された（基本法 102 条）。その背景にはとりわけ「第三帝国」における死刑のきわめて甚だしい濫用があった。1934 年から 1945 年の間に、通常裁判管轄において 16,560 件の死刑判決が下されたと考えられている[2)]。それに加えて、第二次世界大戦中に、軍法会議による約 5 万件の死刑判決があり、そのうち 3 分の 2 が執行された[3)]。その後、ドイツ国民は死刑廃止にすっかり馴染み、現在ではそれを全く撤回不可能なことと考えているということが確認されうる[4)]。

その後の重要な展開としては、1953 年に、刑の執行猶予が自由刑における正規の制裁の修正形態（Sanktionsmodifikation）として刑法典に規定されたことが強調されなければならない[5)]。また、自由刑の執行猶予は、1969 年の刑法大改正（Große Strafrechtsreform）により、さらに拡充された。加えて、立法者は、罰金刑をさらに前面に押し出した。以上が、一般刑法の主刑における発展の当時の状況のあらましである。

さらに、歴史的に注目に値するのは、ドイツの制裁体系における「二元主義（Zweispurigkeit）」の発展である。近代学派の創始者フランツ・フォン・リスト（Franz v. Liszt）は、画期的な講演「刑法における目的思想（Der Zweckgedanke im Strafrecht）」において、「改善が可能かつ必要な犯罪者の改善」「改善が不要な犯罪者の威嚇」と並び、「改善不能な犯罪者の無害化」をも要求した。「無害化」は、「終身の（又は不定期の）拘禁」により行われるべきという[6)]。そして、この二分法は、立法的な具体化を、まず、カール・シュトース（Carl Stooss）

2）数値について、*Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, 1952, S. 219; *Kubink*, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, 2002, S. 267 f.

3）*Messerschmidt/Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus―Zerstörung einer Legende, 1987, S. 220 f. 参照。

4）それについて詳しくは、*Streng*, Die Todesstrafe―eigentlich kein Thema?, in: jM―Juris. Die Monatszeitschrift 2015, 29 ff.

5）例えば、*Kürzinger*, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in der Bundesrepublik Deutschland, in: Jescheck（Hrsg.）, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, 1984, S. 1737 ff., 1869 ff. 参照。

6）v. *Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3（1883）, 1 ff., 36 ff.

による 1893 年のスイス刑法予備草案に見出した[7]。この二元主義において、1 つの軌道は、刑罰による責任応報（Schuldausgeich）であるが、もう 1 つの軌道は、基本的に責任に依存しない、保安及び治療である。グスタフ・ラートブルフ（Gustav Radbruch）により 1922 年に提出された「普通ドイツ刑法草案」を皮切りに、後続の刑法諸草案も、刑罰と並んで「保安監置（Sicherungsverwahrung）」を擁した[8]。そうして、「危険な常習犯罪者」に対処するための手段を持とうとしたのである[9]。その他の「改善保安処分（Maßregeln der Besserung und Sicherung）」は、1933 年における処分の導入以降、「治療・看護施設への収容」及び「アルコール中毒患者治療施設又は禁絶施設への収容」であった。また、ほかならぬ保安監置は、1998 年以降、より多くの安全を求める国民の願望の増大に応えるため、立法者により繰り返し拡大された[10]。

後に示されることとなるが、上述の二元主義は、一方で刑罰を、他方で純然たる予防的措置を、いささか単純化された姿で描いている。というのも、その間に混合形態も存在するのである。

Ⅱ．責任、起訴裁量（Opportunität）そして刑罰

刑法の主たる軌道、つまり罪を償う刑罰は、犯人の有責な行為を前提とする。それが意味することはまず、犯人が構成要件的な不法を実現し、その際、責任能力があり、また免責事由もないということである。

こうした刑罰の当たり前の要件から出発して、犯人の責任が、刑罰の付科をどの程度に左右するのかという問題設定に至る。これはまず、検察官が、犯罪

7）*Stooss*, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Vorentwurf mit Motiven. Allgemeiner Teil, 1893, Art. 13, 26, 28, 44 参照。

8）*Eb. Schmidt*（Hrsg.）, Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches（1922）, 1952, §§ 42 ff. 参照。

9）*Radbruch*, Bemerkungen, in: Eb. Schmidt（Hrsg.）, Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches（1922）, 1952, S. 56 ff. 参照。

10）*Streng*, Zur Legitimation der Sicherungsverwahrung, StV 2013, 236 ff. 参照。

事実を管轄裁判所に起訴するか、あるいは、――検察官から見て――有責に行われた犯行をあまり重大ではないと考え、便宜主義による手続打切り（Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsprinzipien）を選択するかという判断に関わる。すでにこの振分けにおいて、検挙された犯人に存する行為責任（Tatschuld）が、手続の打切りをどの程度に妨げなければならないのかという問題が意味を持つ。そこではまず、責任主義（Schuldprinzip）は、刑罰の上限を画するだけではなく、責任の下回りをも原則的に排除するという、ドイツ連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）及び連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）の判示が想起されうる[11]。もっとも、この責任主義は、刑訴法（StPO）の関係規定により緩和される。ここでは、そのうち最も重要な 2 つにのみ言及する。すなわち、刑訴法 153 条は、「責任が軽微」な場合に、無条件での手続打切りを可能としている。さらに、刑訴法 153 条 a は、軽罪（刑法 12 条 2 項参照）について、「負担（Auflagen）又は指示（Weisungen）が……刑事訴追の公益を除去するのに適しており、責任の重大性が妨げにならない場合」に、手続打切りを可能とする。これは、正式な意味で責任応報を全うすることを放棄することへの法律上の授権にほかならない。便宜主義による手続打切りを手段とするこうした刑罰の放棄は、裁判所レベルでも可能だが、下記の所見は、この手段の――より問題のある――検察官による利用のみに対するものである。

まず、検察官に与えられた、犯人に対する責任相当な制裁を免除する権限は、憲法上要求される平等取扱い（基本法 3 条）の観点の下、問題がないわけではないように思われる。それにより、個々の犯人が甚だしく寛大に取り扱われることになるからである。しかし、そうした手続は、とりわけ特別予防の領域に、つまり、これまで犯罪と縁のなかった市民が刑罰により非社会化されてしまうこと（Entsozialisierung）の回避に、ある種の実体的正当性が見出される。ただし、この種の非刑罰化手続の甚だしく頻繁な利用には、司法の負担軽減という、別の背景事情もある。

11）BGHSt 29, 319 ff., 321 f.; BGHSt-GS 34, 345 ff., 349; BGHSt-GS 50, 40 ff., 49; BVerfGE 133, 168 ff., 198, 207 参照。

検察官がなしうる、便宜主義的な裁量権を用いた有罪判決の回避は、刑訴法153条aの場合、「非正式の制裁（informelle Sanktionierung）」を伴う。被疑者との間で、少なくともある種の実質的な刑罰的作用を有する給付を行うことの合意がなされる。そのことに鑑み、管轄裁判所も、判断に関与させられなければならない。刑訴法153条aが定める全部で6つの負担又は指示のカタログは、検察官の判断を枠づける。その中で圧倒的に多く用いられるのが、最も経済的に実行可能な、「一定金額を公益的施設又は国庫に支払う」負担である。もっとも、法律は、この金銭賦課（Geldbuße）に上限を設けていない。それにより、特に経済犯罪に対する非正式制裁の場合に、非常に高額な、具体的には数百万ユーロ〔≒数億円〕といった金銭賦課が可能になる。正式の制裁でこうした高額のものは、裁判所により科される罰金刑（刑法40条）について、法改正により最近になって可能になったものである。

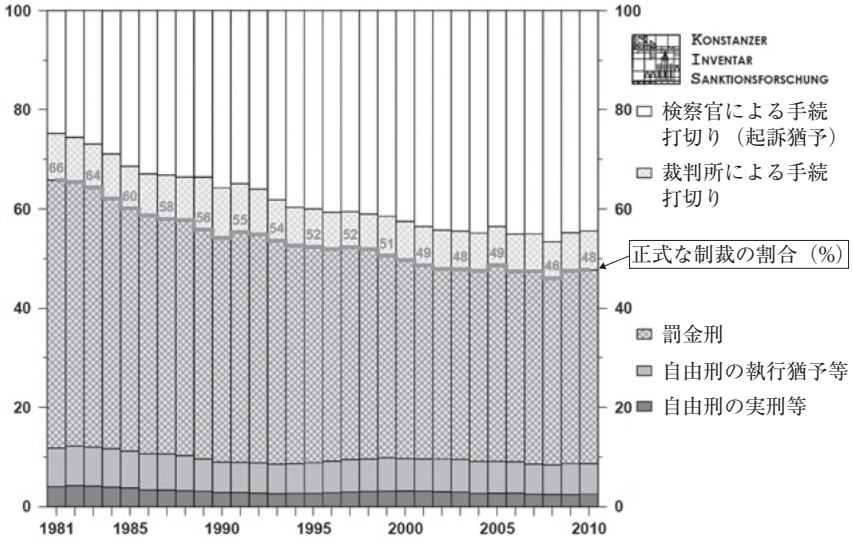
一方で、「非正式の制裁」の場合の制裁の限界が十分に整序されていないこと、さらに、それが――検察官の下で――非公開の手続で課されることは、学説において、強い批判を招いた。憂慮されるのはまた、金銭賦課の支払いと引換えの起訴放棄を検察官から持ちかけられる被疑者への間接的圧力である。自分は無実であると考える被疑者も、手続が無実の想定に沿った証拠状況を生じさせ、裁判所が被疑者の確信に従ってくれるかは知りえないために、検察官の提案に「任意に（freiwillig）」従うということが想像に難くない。しかしながら、検察官による便宜主義的判断には看過しがたい問題があることに鑑み、裁判所における微罪手続（Bagatellverfahren）を導入しようという提案[12]もまた、受け入れられることはなかった。公判を省略して経済的に遂行できる刑事手続のメリットが、これまでのところ、法治国家的疑念を打ち負かしているのである[13]。

グラフ1は、一般刑法犯に関する検察官による便宜主義的打切り（棒の最も上の白い部分）の30年にわたる拡大の経緯を示している[14]。

12）*Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 336 ff. 参照。

13）*Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 88 ff. 参照。

グラフ 1



ドイツ連邦共和国

Ⅲ．一般刑法の主刑

1）罰金刑（Geldstrafe）

a）概要

量的に他を完全に圧倒する主刑は、罰金（刑法 40 条）である。罰金は、総額ではなく、日額（Tagessatz）を支払うべき日数の形で言い渡されることが特徴的である。金額の高さという意味での日額は、犯人の 1 日分の実所得（Nettoeinkommen）に応じる。日額の高さは、最低 1 ユーロ〔≒ 130 円〕、最高 3 万ユーロ〔≒ 390 万円〕である。犯人の資産は、限定された範囲でのみ、日額に反映されうる（40 条 2 項）。それゆえ、罰金刑は、犯罪による増加資産の剝奪には役立たない。そのためには、立法者は「利益収奪（Verfall）」（73 条以下）

14）グラフの出典は、ヴォルフガング・ハインツ（Wolfgang Heinz）（コンスタンツ大学）がまとめた „Konstanzer Inventar Sanktionsforschung“ である。

表１　罰金日数の分布（2013 年）

日数	言渡し件数	%
5−15	57,236	10.3
16−30	194,755	34.9
31−90	266,629	47.8
91−180	36,359	6.5
181−360	3,069	0.5
＞360	264	0.05
	558,312	100

を定めている。

罰金刑が科される場合、責任及び予防の必要性に応じて、罰金日数として、最低 5 日、最高 360 日が、判決で言い渡される（40 条 1 項 1 文）。併合罪の場合には、罰金日数 720 日までが可能である（54 条 2 項 2 文）。罰金日数に、所得に応じた日額を乗じることで、犯人が支払うべき罰金の額（単位はユーロ）が算出される。

日額の高さを 1 日分の実所得に即して定めることは、資産なき被告人が、自己及び家族の生計を直ちにそれ以上賄えなくなるということにつながる。この問題には、限定的にのみ、支払緩和措置（刑法 42 条、刑訴法 459 条 a）により対応できる。こうしたことに鑑み、高額な日額の罰金は稀にしか科されない（表 1 参照）[15]。罰金にするとしたら日数を多くするのが相当である、やや重めの犯罪に対しては、裁判所は、自由刑、特に執行猶予を用いざるをえない[16]。

b）不払いの効果

罰金刑を科された者がそれを支払わず、検察官が執行の免除（刑訴法 459 条 f）を認めない場合、最終的帰結としては、代替自由刑の執行に至る（刑法 43 条）。もっとも、全ての州が、刑法施行法（EGStGB）293 条の授権に応じて、

15）Statist. Bundesamt: Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 194. 参照。

16）*Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 132 ff. 参照。

代替自由刑の執行をいわゆる自由労働（freie Arbeit）に転換することを可能としている。問題となるのは、多くの場合にソーシャルワーカーが世話をする、公益的労働を伴うプロジェクトである。もっとも、罰金債務者の多くは、その種の労働にあまりモチベーションがなく、又は、罰金債務分を残らず消化するのに必要な忍耐力が欠けていることが判明している。

それゆえ、代替自由刑は、量的にはかなりの意義を持つ。例えば、全行刑開始人員の約 13% が、代替自由刑による [17]。代替自由刑の執行については、換算基準は 1 対 1 である。つまり、不払いの罰金日数 1 日ごとに自由刑 1 日に服さなければならない。この換算基準は方々から批判される。なぜなら、1 日分の実所得の喪失は、丸 1 日の自由の喪失よりも重くない負担と考えられるからである。もとより、罰金日数 1 日と自由刑 1 日をイコールと見ることは、全く原理的な性質の立法的プログラムであった。時間（つまり日、週、月及び年）というレベルで、罪と刑の重さの統一的単位を作りだし、判決に含まれる犯行の評価を誰にでも理解可能なものにしようとしたのである。つまり、時間単位ごとの同じ刑の苦痛を担保するということではなく、コミュニケーション的関心が問題なのである [18]。

c）罰金刑の特殊形態

罰金刑の特殊形態として、利得犯罪（Bereicherungsdelikt）の場合、自由刑に、罰金刑を併科することができる（刑法 41 条）。この手法は、とりわけ更生（Resozialisierung）を阻害することがあるため、例外的性格を与えられている [19]。そのことは、併科罰金は「犯人の人的及び経済的状態の考慮の下で相当」でなければならないという法律の文言によっても明らかにされているというべきだろう [20]。また、41 条は、法定刑を拡大するものではない。つまり、制裁の併

17）*Streng*, Sanktionen, Rn. 141 参照。

18）*Streng*, Modernes Sanktionenrecht?, ZStW 111（1999）, 927 ff., 841 f. 参照。

19）BGHSt 26, 325 ff., 330; OLG Celle, StV 2008, 587 参照。

20）Sonderausschuss, BT-Drs.V/4095, S. 22 参照。

科に際し、自由刑の刑期及び併科される罰金の日数〔の合計〕が、法定刑の上限を超えてはならない[21]。さらに、当然のことであるが、制裁の併科により、責任を上回る刑に至ってはならない。

刑の留保付の戒告（Verwarnung mit Strafvorbehalt）は、不完全な罰金刑の方式ともいいうる。まず、刑の留保付戒告は刑ではないことが確認されなければならない。刑法 59 条 1 項の文言によれば、刑の言渡しはまさに留保されるからである。刑としての性格が欠ける以上、刑の留保付戒告は、本来、自由刑の執行猶予とパラレルには理解できない。それゆえ、戒告は犯歴証明書（Führungszeugnis）にも記載されない（連邦中央前科登録簿法〔BZRG〕32 条 2 項 1 号参照）。しかし、刑の留保付戒告と執行猶予は、猶予を与えて更生を期すアイデア（Bewährungsidee）において共通している。

刑の留保付戒告の適用範囲が不明確に思われるのは、立法手続における意見の不一致及びそれに応じた規定の妥協的性格のせいである[22]。それに応じて、裁判実務における意義は小さい。2013 年に 59 条により戒告された者は 7,655 名にすぎない[23]。

戒告の要件は、まず、被告人が 180 日以下の罰金刑を「言い渡されるべき（verwirken）」ことである。つまり、裁判官が、そのような罰金を責任相当（であり、また予防的に支持しうる）と判断することである。罰金の日数と日額は、戒告を述べ、更生が失敗した場合（Nichtbewährung）の刑の言渡しを留保する判決で定められる。刑の言渡しの留保のさらなる要件は、再犯に及ばないという予測、（罰金）刑の言渡しを「不必要」にする特殊事情の存在、そして「法秩序の防衛」のために刑が要請されないことである（59 条）。

自由刑の執行猶予と同じように、裁判所が猶予期間を定める。刑の留保付戒告の場合、猶予期間は 1 年から 2 年の間である（59 条 a 第 1 項）。保護観察に付すことは許されない[24]。裁判所は、一定の、カタログ的に列挙される負担

21）全体について、*Streng*, Sanktionen, Rn. 142 f. 参照。

22）例えば、Sonderausschuss, BT-Drs.V/4095, S. 24 f. 参照。

23）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013（Statist. Bundesamt: FS 10 R 3）, S. 254 参照。

と指示を課すことができる。それらは、59 条 a では、「指図（Anweisen）」という 1 つの概念の下でまとめられている。注目されるのは、法律はここで犯人に被害者との和解を命じることを可能としていることである（59 条 a 第 2 項 1 文 1 号）。それに対し、後述する刑の執行猶予の場合は、損害回復の義務づけのみが可能である。

戒告を受けた者が、留保されていた罰金刑をさらなる行動〔再犯など〕を理由に結局言い渡されることとなるか、「戒告で済んだ」ものとなるかは、執行猶予取消しに関する規定の準用により判断される（59 条 b）。

2）自由刑（Freiheitsstrafe）

a）自由刑の諸形態と意義

自由刑は、古典的な主刑である。例えば、1890 年にはまだ全科刑の約 3 分の 2 が自由刑の実刑であった。当時、一般刑法の自由刑には、最も重い「名誉剝奪的」自由刑として「重懲役（Zuchthausstrafe）」（旧 14 条）があり、その下に「軽懲役（Gefängnisstrafe）」（旧 16 条）が位置づけられ、さらにその下に、名誉剝奪的な効果を伴わない自由刑として「禁錮（Einschließung）」（旧 17 条）があり、そして最も軽い自由刑は「拘留（Haft）」（旧 18 条。最長 6 週間）であった。

1969 年の第 1 次刑法改正法 [25] により、自由刑の諸形態は大きく改変された。それ以来、単一の「自由刑」しかなく、その内部で、無期及び有期の自由刑並びに実刑及び執行猶予が区別される。

改正立法による罰金刑及び自由刑の執行猶予の拡充の結果、自由刑の実刑は、一般刑法による全主刑の約 5 %の割合へと縮小した。執行猶予は、今日、全主刑の少なくとも 12%、実刑の 2 倍ないし 3 倍の割合である [26]。それでも自由刑は、今日なお最も重要な「威嚇刑（Androhungsstrafe）」である。そのことは、

24）Sonderausschuss, BT-Drs.V/4095, S. 25 参照。

25）BGBl. 1969, I, S. 645 ff.

26）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 92 f., 158, 194 参照。さらに、*Streng*, Sanktionen, Rn. 156.

刑法各則を眺めれば分かる。いかなる犯罪構成要件も――少なくとも選択刑としての――自由刑による威嚇を放棄していないのである。その限りで、自由刑は一般予防の観点の下、特に重要な制裁である。また、特に執行猶予の付かない自由刑の形態、つまり実刑は、特別予防の峻厳な手段である。もっとも、その効果は、改善更生（Resozialisierung）の点については、きわめて疑わしいものである。

有期自由刑は、1月を下回ることはない。その上限は15年である（刑法38条2項）――併合罪の場合も同じである（54条2項2文）。それよりも長期の刑は、最短で15年間の服役を要する無期自由刑としてのみ可能である（57条）。執行猶予は、2年以下の有期自由刑について付しうる（56条）。

立法者は、自由刑の下限を1月と定めた。それに加えて、1月以上6月未満の領域において、罰金を優先するルールを創設した（47条）。それによると、6月未満の自由刑を言い渡すのは、特別予防的又は一般予防的な作用を及ぼす必要性ゆえに「不可欠」である場合のみである[27)]。短期自由刑の適用をそのように制限する理由は、そうした短期刑の行刑にあっては、一方で、真剣な矯正措置（Resozialisierungsmaßnahmen）のためには時間が十分でないが、他方で、社会的つながりや社会的生活基盤は、家族生活・職業生活からの離脱により脅かされるということである[28)]。

刑期が〔6月から〕1年（罰金日数360日）まで、併合罪の場合は2年（罰金日数720日）までの領域では、自由刑と罰金刑が、法律上の優先関係なしに競合する。ただし、ドイツの罰金刑における実所得主義（Nettoeinkommensprinzip）の帰結として、罰金日数が比較的多い罰金刑は、資産のある被告人の場合にのみ使用可能であることを想起しなければならない。

少なくとも傾向的には47条のプログラムに対応して、2013年には、1月以上6月未満の自由刑1件に対し、9件近い罰金刑（31日分から180日分）という割合であった[29)]。それでも、短期自由刑の言渡しは稀ではない。また、行

27）それについて、例えば、BGHSt 42, 40 ff., 43; BGHSt 53, 221 ff., 232 f. 参照。

28）*Streng*, Sanktionen, Rn. 158 参照。

刑の現実は、短期自由刑の回避という立法目的に、よりはっきりと抵触している。というのは、まずはともかくも執行を猶予された短期自由刑のうち、少なからぬ数が、猶予の取消しにより、結局行刑へと至るからである。その他に、例えば、未決勾留の算入（51 条）により短期の拘禁期間しか残らない場合もある。さらに、かなりの規模で、代替自由刑が執行されている。こうして、受刑者の中で、最終的に短期刑（予想される行刑期間が 6 月未満）となる者の割合が約 4 分の 1、2014 年には 24% に上る結果となっている [30)]。

b）無期自由刑（Lebenslange Freiheitsstrafe〔終身自由刑〕）

無期自由刑が許されるのは、法律が、つまり具体的な犯罪構成要件が定める場合のみである。無期刑は、謀殺罪（刑法 211 条）については、義務的である。他のいくつかの構成要件については、この最高刑は、責任がきわめて重い場合に裁判所により選択されうる（例：故殺罪〔212 条 2 項〕；強姦致死罪〔178 条〕；放火致死罪〔306 条 c〕）。57 条 a の仮釈放規定をめぐり、連邦憲法裁判所により制定法の外で（*praeter legem*）作り出された「陪審裁判所説（Schwurgerichtslösung）」〔仮釈放の制限事由である「責任の特別な重大性」の認定を、仮釈放機関としての執行裁判所ではなく、判決裁判所が認定すべきものとする見解〕に応じて、無期刑は、すでに事実審裁判所により、「通常の」無期刑と、57 条 a 第 1 項 2 号の「責任の特別な重大性」を理由に加重された形態のいずれかとして言い渡される [31)]。それにより、一見単一の刑と思われる無期自由刑は、すでにその言渡しに際し、量刑に準じた判断のための可変性（Varianz）を得るのである。

無期自由刑に関しては、繰り返し、かなり強力に、合憲性に疑問が提起されてきた。しかし、1977 年、連邦憲法裁判所はこの最高刑の合憲性を確認した。ただし、合憲としたのは「無期自由刑を言い渡された者に、いつか再び自由を

29）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 158, 194（1 : 8.7 の割合）参照。

30）Rechtspflege: Strafvollzug 2014（Statist. Bundesamt: FS 10 Reihe 4.1）, S. 14 参照。

31）BVerfGE 86, 288 ff., 317 ff. 参照。

享受するチャンスが原則的に残っている」という条件の下においてである（要旨3）。すなわち、「刑を言い渡された者が、その人格の展開にもかかわらず、自由を再び獲得するあらゆる希望を断念しなければならないとしたら、人間の尊厳の中核に抵触する」であろう、というのである[32]。〔連邦憲法〕裁判所は、どちらかといえば周辺部分で、受刑者の危険性が継続しているために恩赦又は仮釈放が問題とならない場合[33]や、責任の重大性ゆえに「無期〔終身〕自由刑が、その字義通り、終生にわたり執行される場合」[34]にも、人間の尊厳が害されることはないと述べている。無期自由刑の行刑からの早期の釈放を恩赦法に委ねるのではなく、刑法典で定めるという憲法裁判所の要求に、立法者は、仮釈放〔残刑の執行猶予（Strafrestaussetzung zur Bewährung）〕の創設（57条a）により応えたのであった。

謀殺規定（211条）には無期自由刑しか定められておらず、殺害動機や犯行態様は非常に様々であることを不十分にしか考慮できないことに鑑み、現在、この犯罪構成要件の改正に向けた作業が進んでいる。

無期自由刑は、2013年には92件で適用された（表2参照）。――言渡し件数は少ないが――長期の拘禁期間ゆえに、2014年現在、1,953名もの受刑者が無期自由刑に服している[35]。

32）BVerfGE 45, 187 ff., 245; vgl. auch BVerfGE 117, 71 ff., 95.

33）BVerfGE 45, 187 ff., 242; BVerfGE 117, 71 ff., 89 f. 参照。

34）BVerfGE 72, 105 ff., 116.

35）基準日は3月31日。Rechtspflege: Strafvollzug 2014, S. 15 参照。

c）自由刑の量的適用状況

表２　自由刑の科刑分布と執行猶予率（2013 年）[36)]

刑期	言渡し件数	%	執行猶予率（%）
1−6　月	34,761	30.0	72.8
6	16,219	14.0	80.3
6−9	18,833	16.3	79.3
9−12	15,917	13.7	79.0
1−2　年	20,639	17.8	73.3
2−3	4,516	3.9	−
3−5	3,386	2.9	−
5−10	1,412	1.2	−
10−15	105	0.09	−
無期	92	0.08	−
	115,880	100.0	

d）刑の執行猶予（Strafaussetzung zur Bewährung）

aa）概観

犯行の重大性だけですでに決定されることが多い自由刑の可否の判断に続いて、刑期が 2 年以下の場合には（刑法 56 条 2 項）、刑の執行猶予に関する判断が行われる。通説によれば、執行猶予は「刑の執行の修正形態（Modifikation）」にすぎない。ただ、連邦通常裁判所は、執行猶予が「特別な『社会内（ambulant）』処遇の方式という意味での独自性」を有することも認めている[37)]。

ここで扱われる判決段階での執行猶予は、刑の一部に限って行うことはできない。つまり、一部執行猶予（Teil-Aussetzung）は、ドイツでは（例えばオーストリアとは異なり）不可能である。そのことは、自由刑がその一部の執行後に猶予〔仮釈放〕される可能性（57 条）もあることに鑑みれば、重要な欠陥とは思われない。

36）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 158 f. 参照。

37）BGHSt 24, 40 ff., 43.

判決段階での刑の執行猶予の適用範囲と要件に関しては、56 条 1 項、2 項及び 3 項より、全部で 3 つの刑期区分があり、それぞれに許容要件が異なる。それらの刑期の限界は、判決の言渡し刑期を基準とする。すなわち、⑴ 1 月以上 6 月未満の自由刑の執行は、「有罪判決を受ける者が、すでにその言渡しを警告として受け止め、将来、行刑の作用がなくとも、犯罪行為にもはや及ばないであろうと期待できる場合」、つまり、再犯に及ばないという良好な予測（günstige Legalbewährungsprognose）がなされる場合には、常に猶予されなければならない（56 条 1 項 1 文）。⑵それを上回り、12 月までの自由刑の領域では、「法秩序の防衛（Verteidigung der Rechtsordnung）」の要請が、猶予の妨げにならなくてよいかを顧慮しなければならない（56 条 3 項）。⑶ 1 年を超え 2 年までの領域では、執行猶予を正当化するには、「特別な事情が存」しなければならない（56 条 2 項）[38]。ただし、実務は、1 年から 2 年の自由刑についても、全事例の 73.3% で執行猶予を認めており、全くもって、猶予を例外として扱ってはいない。より短い刑期の場合も、執行猶予の割合はわずかに高いものにとどまるのである（前掲表 2 を参照）。

ここで扱われる刑法典のルールの外で、刑の執行猶予は恩赦によっても可能であり、その場合、各州の恩赦規則（Gnadenordnung）が基準となる。また、麻薬法（BtMG）35 条、36 条により、2 年を超えない刑の執行を見合わせ（zurückstellen）、引き続いて薬物治療を行うこともできる。

刑法 56 条 1 項 1 文があらゆる執行猶予の要件として着目するのは、有罪判決を受ける者が「犯罪行為に及ばないであろう」という、裁判所のポジティブな期待である。もっとも、いかなる人間行動の予測も確実ではないことは明白だから、この期待が裁判官の盤石な確信を意味するということはありえない。それゆえ、事実により「根拠づけられた蓋然性」で十分である。ただこれは、将来犯罪をしないという漠然とした可能性やその単なる願望よりは多くのものを内包しなければならない[39]。刑の執行猶予は「見込みのある（aussichts-

38）*Streng*, Sanktionen, Rn. 169 ff. 参照。

39）BayObLGSt 2000, 74 ff., 77 参照。

reich）」ものでなければならない[40]。比較的最近の判例は、「将来犯罪行為に及ばない蓋然性が再犯のそれよりも大きいか」に即して判断している[41]。

裁判所は、刑の執行猶予のためには、有罪判決を受ける者が将来再犯をしないこと（Legalbewährung）に関して――相対的なものだとしても――ポジティブな評価に至らなければならない。ゆえに、その限りで、利益原則（疑わしきは被告人の利益に〔*in dubio pro reo*〕）の妥当性は排除される[42]。もっとも、通説は、予測の基礎に置かれる事実に関しては、疑わしい場合は被告人に有利に事実状況を考慮しようとする[43]。そうした私見によれば全く首尾一貫しないやり方で、厳格すぎると評価されている56条1項の不再犯予測への要求をかいくぐろうとしていることが明らかである[44]。

bb）執行猶予に伴う諸判断

⑴ 猶予期間（Bewährungszeit）

猶予期間は、最短で2年、最長で5年である。裁判所は、具体的事案について、刑期の長さと被告人の処遇必要性（Betreuungsbedürftigkeit）の一方又は双方を考慮して、猶予期間を判断する。裁判所は、そうして定められた猶予期間を、さらに事後的に変更することができる（刑法56条a）。

⑵ 負担（Auflagen）

裁判所は、「有罪判決を受ける者に、犯された不法の償いに役立つ負担を課す」ことができる（刑法56条b）。負担とは、有責な不法の埋合せに寄与し、犯人に刑の言渡しを感じとれるものにすべき、刑類似の措置である。負担によって、執行を猶予される自由刑は、同じ刑期の実刑の重さに少なくとも近づけられると言えよう。法律の文言が「諸負担（Auflagen）」という複数形を用い

40）BGHSt 7, 6 ff., 10 f.; BGH, NStZ 1986, 27.

41）BGH, NStZ 1997, 594 f.; BGH, NStZ-RR 2005, 38.

42）OLG Düsseldorf, JR 1988, 72 ff. 参照。

43）BGH, NStZ 1997, 336 f. 参照。

44）*Streng*, Sanktionen, Rn. 175 参照。

ていることは、56 条 b 第 2 項の法律上のカタログ[45]に限定列挙されている複数の処分の組合せも許されることを示している。2013 年には、全ての執行猶予の 3 分の 2 強で、少なくとも 1 つの負担が課されている[46]。

負担は、刑を言い渡される者に期待不可能な要求をするものであってはならない（56 条 b 第 1 項 2 文）。さらに、負担についても、責任と刑罰の均衡性という考え方が、限定原理として顧慮されなければならない。すなわち、猶予される自由刑それ自体及び付加されるべき付随的判断が、その全体的な重みの作用において責任の程度を上回ってはならない。

許される負担の筆頭（56 条 b 第 2 項 1 文 1 号）に、刑を言い渡される者が「犯行により惹起した損害を、全力で（nach Kräften）回復する」ことが挙げられている。損害回復の負担は、他の負担に優先する（56 条 b 第 2 項 2 文）。

実務において圧倒的に多用される負担は、いわゆる金銭負担（Geldauflage）である。この「一定金額を公益的施設に」（56 条 b 第 2 項 1 文 2 号）又は「国庫に」（4 号）支払うことの義務づけは、40 条以下の意味での罰金刑ではない。それゆえ、通説によれば、最低額及び最高額というものも存在しない。ただし、比例原則及び責任主義が、犯された犯行の重さにもはや見合わないであろう形で被告人を取り扱うことを禁止する。それゆえ、金銭負担の算定基準を、具体的事案で仮定的に科されうる罰金刑に求めることが検討される[47]。

最後に、裁判所はさらに、「公益的給付（gemeinnützige Leistungen）」の履行を課すことができる（56 条 b 第 2 項 1 文 3 号）。特に考慮されるのは、病院、看護ホーム、老人ホーム等における補助的作業である。こうした領域における職業的活動を義務づけようというのではない。というのも、そのようなことは、職業選択の自由（基本法 12 条）の侵害として許されないであろう[48]。この種の労働の義務づけにあっては、人間の尊厳の保護、期待可能性及び基本法 12 条

45）BVerfG-Kammer, NJW 1995, 2279 f. 参照。

46）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 93 参照（70.2%）。

47）*Streng*, Sanktionen, Rn. 194. 参照。

48）BVerfGE 58, 358 ff. 参照。さらに、刑法施行法（EGStGB）293 条 2 項参照。

2項、3項の強制労働の禁止の問題も、真剣に受け止められなければならない。もっとも、連邦憲法裁判所は、基本法12条3項はここで関わるものではないと考えている[49]。

刑法56条eにより認められる、負担（及び指示）の事後的変更――具体的には、新たな命令、修正又は取消し――の可能性は、まさしく行為応報的な負担については、法治国家的観点の下、問題を孕んでいるように思われる。それゆえ、刑を言い渡された者に追加的に負荷をかける修正に関しては、謙抑的な利用が求められる。そうしたことは、新たな事実を理由としてのみ行われてよい。元の判断の際にすでに知られていた事実について改めて異なる評価をしたというだけでは許されない[50]。

⑶ 指示（Weisungen）

指示（刑法56条c）は、全ての執行猶予のほぼ3分の2[51]で課されている。この措置は、有罪判決を受ける者が「それ以上犯罪行為に及ばないために、指示による助力を必要とする場合」には、義務的である。つまり、猶予に付随する、特別予防を目的とするこの指示は、とりわけ再犯のおそれのある者、詳しく言えば、良好な予測がなされるものの、相対的に大きなリスクを抱えたグループについて考慮される。指示を課すことは、執行猶予の実行段階で、それを成功させることに役立つだけではない。すでに猶予の許否を判断する段階で、――保護観察と同じように――よりよい予測に役立ち、そうして猶予を可能にし、正当化することへと結びつくのである。

負担と全く同じように、指示においても、有罪判決を受ける者に期待不可能な要求がなされてはならない。そこで特に問題となるのは、生活態度（Lebensführung）への要求の期待可能性である[52]。法律は、可能な指示を例示的に列挙している。下記の通りである（56条c第2項）。

49）BVerfGE 83, 119 ff., 126 f. 参照。

50）*Streng*, Sanktionen, Rn. 195 ff. 参照。

51）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 93 参照（69.2 %）。

52）それについて、BGH, StV 1998, 658.

- 滞在、職業教育、労働、余暇又は経済状態の整序に関する命令
- 出頭の指示
- 一定の人物又は人的グループとの接触禁止[53)]
- 所持の禁止
- 扶養義務の履行の義務づけ

法律に内容が明記されていない、いわゆる裁判官の指示も、有罪判決を受ける者が将来それ以上の犯罪行為に及ばないことを助ける目的を――少なくとも併せて――追求しなければならない（56 条 c 第 1 項 1 文）。許されないことが明白であるのは、刑罰的性格（Strafcharakter）を有し、それゆえに刑罰的性格を伴う措置としての負担（56 条 b）の限定列挙（*numerus clausus*）をかいくぐる指示である。

指示が基本権に反しないことの必要性には、特に注意しなければならない。基本法の法律の留保（Gesetzesvorbehalt）がある限りで、対応する 56 条 c 第 2 項に含まれる指示は、この授権を充たす。法律上明記されていない、裁判官により「考案される」指示に関しては、そうした「裁判官の指示」が基本権にどの程度介入してよいのか、争われる。裁判官の指示が法律上許されている以上、一般的な行動の自由（基本法 2 条 1 項）の制限が許されることは明らかというべきだろう[54)]。法律の留保のない基本権が指示により制限されてはならないことについては、争いはない。ゆえに、例えば、定期的に教会に行く（基本法 4 条違反）、特定の職業を営む（12 条違反）、団体に参加する（9 条違反）といった指示は許されないであろう。

次の 2 つの指示は、有罪判決を受ける者の同意を得てのみ課すことが許される。「1. 身体的侵襲を伴う治療若しくは禁絶療法（Entziehungskur）を受けること、又は、2. 適当な居住施設若しくは収容施設に滞在すること」である（56 条 c 第 3 項）。立法者は、身体的侵襲を伴わない療法の指示、つまり精神療法や行動療法については、同意の必要はないものとした。

53）その種の指示に要求される明確性については、OLG Jena, NStZ 2006, 39 f. を参照。

54）*Streng*, Sanktionen, Rn. 201 参照。

⑷ 保護観察（Bewährungshilfe）

ⓐ 保護観察の命令

刑法 56 条 c の指示の特殊な場合が、56 条 d が定める、有罪判決を言い渡された者を保護観察官（Bewährungshelfer）の「監督及び指導」の下に置く処分である（56 条 d 第 1 項）。「保護観察」は、一般刑法では、少年刑法（少年裁判所法 24 条参照）とは異なり、「有罪判決を受けた者による犯罪行為を防ぐために適当である場合」にのみ命じられる（刑法 56 条 d 第 1 項）。立法者は、27 歳未満の者に対する 9 月を超える自由刑の執行を猶予する場合には、この社会内での「保護観察という特別予防的な処遇手段」[55] の投入に特に強い理由があるとみている。その場合、56 条 d 第 2 項により、裁判所は「原則として」保護観察を命じる。

保護観察を命じる理由としては、（56 条 d 第 2 項も考慮した上で）少年であること、猶予可能な上限の刑期であること、精神的な不安定さ、社会的統合の欠如、些細とはいえない前科、以前執行猶予に失敗していること、といった事情が挙げられる [56]。

保護観察の付与は、増加傾向にある。例えば、2004 年には、全ての判決段階での執行猶予（56 条 1 項、2 項）につき、保護観察付与率は 31.3% であった [57]。保護観察の命令の増加が、どの程度に、裁判官の間での保護観察に対する理解の向上を反映しているのか、あるいは、それは執行猶予を言い渡される者に世話が必要な問題事例の増加を示すにすぎないのかは、回答が難しい。

保護観察に付す期間は、56 条 d 第 1 項により、執行猶予期間の一部に限定されうる。この限定の可能性は、対象者に対する過剰な介入を回避しながら、同時に猶予期間を（過度に）短く量定しなくて済むようにするために意義深いものである。執行猶予期間は 56 条 a 第 1 項の規定により 5 年までの間で定めうるものの、通常の場合、保護観察期間は 2 年や 3 年を超えるべきではないと

55）*Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 56 d Rn. 1.

56）*Streng*, Sanktionen, Rn. 204 参照。

57）*Jehle/Albrecht* u.a., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2010, S. 71 f. 参照。

いうのが大方の理解である。

（b） 保護観察官（Bewährungshelfer）

保護観察は、通常の場合、社会教育学を修めた専任の公務従事者により遂行される。ただし、無給非常勤（ehrenamtlich）の保護観察も許される（刑法 56 条 d 第 5 項）。

保護観察官は、一方で、自由の中での更生（Bewährung）を可能又は容易にするために、有罪判決を受けた者を助け、世話（betreuen）しなければならない。この任務を果たすためには、保護観察対象者との良好な、できれば信頼に満ちた関係が重要である。しかし他方、保護観察官は、裁判所の補助者として、負担と指示の履行等を監督（überwachen）し、対象者の生活態度について裁判所に報告しなければならない（56 条 d 第 3 項）。ここで生じる保護観察官の役割相克の困難[58]は、保護観察官が裁判所に届け出なければならないのは、猶予の付随措置への「甚だしく又は執拗な違反」だけであるということによって（56 条 d 第 3 項 3 文）、少なくとも一部緩和される。しかし、保護観察官に証言拒絶権が認められないことによっては深刻化する。

目下、専任の保護観察官 1 名に、50 名ないし 80 名の保護観察対象者が割り当てられている。それに、行状監督（Führungsaufsicht）（後掲 V. 2. d）の対象者が加わる。執行猶予が寛大になってきたことにより、ますます多くの、集中的な世話が必要な「問題のある対象者」が保護観察の世話を受けるようになっている。そのことからしてすでに、ずっと余裕のある 1 名あたりの割当件数が望ましいであろう。

行われるべき助力に関し、セラピーによる過去の克服には、保護観察対象者の現在の生活状況への働きかけに比して、より少ない成功の見込みしか見出せないということは、経済的考慮だけではなく、最近の刑事学的知見にも根拠が求められる[59]。

（c） 執行猶予の取消し（Widerruf）又は刑の免除（Straferlass）

58）*Streng*, Sanktionen, Rn. 208 f. 参照。

59）*Streng*, Sanktionen, Rn. 213 参照。

第 1 審の裁判所は、判決後の事態の展開により、執行猶予に必要な、再犯に及ばないであろうという予測の根拠が失われた場合は、執行猶予を取り消す（刑法 56 条 f）。取消しは、犯罪行為の遂行、指示への有責かつ「甚だしく又は執拗な」違反、あるいは保護観察官の監督・指導を拒んだことを理由に行われうる。また、裁判所は、有罪判決を受けた者が、有責に「負担に甚だしく又は執拗に違反」する場合、猶予を取り消す。この場合、再犯又は指示への違反の場合とは異なり、さらなる再犯予測の評価は必要でない。なぜなら、罰を与える負担は――裁判官により必要と考えられる場合には――「正しい」判断の放棄できない構成部分をなすからである。

刑の執行猶予の取消しが真に最後の手段（*ultima ratio*）にとどまるために、さらなる負担又は指示を課すことができる。とりわけ、保護観察を命じることができるし、猶予期間の延長の可能性も存在する（56 条 f 第 2 項）。この延長の場合、本来妥当する 5 年の上限（56 条 a 第 1 項第 2 文）を上回ることが許される。

執行猶予が取り消されない場合、裁判所は、猶予期間の経過後に、刑を免除する（56 条 g 第 1 項）。

(d) 執行猶予の「成功」について

判決による刑の執行猶予の成功――保護観察の問題は別にして――に関し、近時ようやく、連邦中央前科登録簿（Bundeszentralregister）を基礎とする全国的な再犯統計が登場している。執行猶予の 53.3% で、3 年間の追跡期間中に、猶予の取消しにも、新たな有罪判決にも至らず、つまりあらゆる観点において成功した[60]。それに対し、再犯又はその他の猶予中の非行（Bewährungsversagen）を理由に猶予が取り消された 23.3%、先行する執行猶予は取り消されていないが、新たな有罪判決に至った 23.4% は、執行猶予の不成功として記録されうる[61]。

60）*Jehle/Albrecht* u.a., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2010, S. 67, 81 参照（一部は講演者による算出）。

61）*Jehle/Albrecht* u.a., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2010, S. 81 参照（講演者による算出）。

注意を要するのが、保護観察に付された者の成功率は36.8%であり、その他の執行猶予者が取消しにも再処分（Folgeentscheidung）にも至っていない割合（61.1%）よりも24ポイントも低いことである[62)]。もっとも、この一見不可解な結果は、保護観察の欠陥というよりは、まさに再犯のおそれのより大きい者が保護観察に付されていることを示すものといえよう。

取消しは、その4分の3が猶予期間中の犯罪行為を理由として行われ、その他の違反を理由とする取消しはかなり少ない[63)]。その中では、特に保護観察官の監督・指導の執拗な拒否が、取消しへと導いている[64)]。その数値は、もちろん、保護観察対象者のみにかかるものである。

e）行刑（Strafvollzug）

実刑又は執行猶予の取消しによる自由刑の行刑に関し、連邦の立法者は、1976年にはじめて法律上の根拠を作り出した。この――今では補充的なものとなった――行刑法（StVollzG）は、2006年の憲法改正（いわゆる連邦制改革〔Föderalismusreform〕）を受けて作られることとなった、各州の行刑法のモデルとなった[65)]。

行刑の任務として、法律は、行刑法2条でまず、「行刑目的（Vollzugsziel）」を定めている。すなわち、受刑者は「将来、社会的な責任において犯罪行為のない生活を送る」ことができるようになるべきであるという。それに加えて、行刑は、自由刑の期間中、有罪判決を受けた者の確実な収監により、再犯から社会一般を保護することに役立つものとされる。行刑の構成原理として、行刑法3条では、次のことが強調されている。すなわち、⑴行刑における生活を可能な限り一般的な生活状況に同化（angleichen）させること、⑵自由剝奪の有害な作用を抑えること、そして⑶受刑者の自由における生活への順応を助けるこ

62）*Jehle/Albrecht* u.a., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2010, S. 81 参照。

63）Rechtspflege: Bewährungshilfe 2007（Statist. Bundesamt: FS 10, R 5）, S. 17（76,8 %）.

64）*Streng*, Sanktionen, Rn. 226 参照。

65）*Streng*, Sanktionen, Rn. 230 ff. 参照。

とに行刑を方向づけること、である。

行刑中の時間がそうした矯正（Resozialisierung）への努力なしに徒過することのないよう、刑事施設への入所に際し、「処遇行刑」にとり有意義と思われる措置を含む「行刑計画」が立てられる。例えば、「社会治療施設（sozialtherapeutische Anstalt）」（行刑法 9 条）への移送も予定されうる。その施設では、かなり多大な人的資源の投入による個別又はグループセラピーが、特に性犯罪者及び暴力犯罪者に対して行われる[66]。

通常の行刑においては、基本的に、存在する労働義務の枠内における有意義な就業に多くを期待することになる。受刑者の教科教育及び職業教育の分野における種々の大きな欠陥に鑑み、卒業資格の取得と職業の習得が、資質のある受刑者には可能な限り提供される。依然として、行刑における労働は、特別な資質を要しないような作業であることが多く、例えば月額 200 ユーロといった低い賃金（Entlohnung）が支払われる。いわゆる外部通勤者（Freigänger）として、刑務所の外で普通の水準の報酬が支払われる職業活動に従事し、毎日仕事が終わった後に刑事施設に戻る受刑者はずっと恵まれている。

「外部通勤者」は、可能な限り、いわゆる開放行刑（offener Vollzug）に収容される。開放行刑とは、逃走防止の設備が緩やかな刑事施設又はその部局である。例えば、受刑者はそこでは、日中は建物内で自由に動き回ることができる。

「外部通勤」は、いわゆる行刑の緩和（Lockerung des Vollzugs）である[67]。行刑緩和には、他に、受刑者の構外作業（Außenbeschäftigung）、引率（Ausführung）、外出（Ausgang）、さらにまた、年に 21 日までの外泊（Hafturlaub）が含まれる。行刑の緩和は、「受刑者が、自由刑の行刑から逃走し、又は行刑の緩和が犯罪行為へと悪用されるおそれがない場合」にのみ認められる（行刑法 11 条 2 項）。監視の付かない行刑緩和、つまり外出、外部通勤及び外泊については、要求は格段に高度である。

行刑緩和の許可及び開放行刑との関係で明白になっているアプローチは、考

66）*Streng*, Sanktionen, Rn. 259 ff. 参照。

67）*Streng*, Sanktionen, Rn. 247 ff. 参照。

試と褒賞により機能するものであり、すでに19世紀に発展したいわゆる段階的行刑（Stufenvollzug）に類似する[68]。

しかしながら、見逃せないのは、ドイツの行刑は、その処遇コンセプトに置かれた期待に不十分にしか対応していないことである。多くの受刑者に、矯正のための措置は使用不可能である。ますます大きくなっている、受刑者の約4分の1[69]という外国人の割合もまさに、ここでハンディキャップをもたらす。かねてから、ほかならぬ大きな刑事施設において、その価値評価や規範が行刑により伝達されるべき法治国家の市民的規範と正面から矛盾する施設サブカルチャーが生じている。そうしたサブカルチャーにはしばしば、様々な性質の依存性、そして薬物問題が結びついており、釈放後に、薬物調達目的の犯罪（Beschaffungskriminalität）である再犯へと至らせる。こうした展開に不十分にしか対抗できないことは、何よりも、施設の人員配置が量的に不十分であることに基づく。むろん、ここ数十年、特に社会教育学・心理学を修めた者がより多く雇われるようにはなっている。全ての職員グループを合算すると、行刑職員1名に約2名の受刑者が割り当てられる（1対2）。より強く処遇に向けられた社会療法施設における行刑では、この関係は1対1.3となる[70]。

現代的な行刑も、かねて知られたあらゆる行刑の〔望ましくない〕帰結作用を克服できてはいない。自由の剝奪により、家族の結びつきは断ち切られ、それまで職業教育の場所や職場を有していた者もそれらを失う。自由刑の前科があると、釈放後の職業上の可能性は甚だしく制約される。保護観察官による釈放後のアフターケアは、そうした状況に多くの面で不十分にしか対処できない[71]。

量的次元の観点では、毎年の基準日の集計が援用されうる。2014年3月31日には、被収容者（保安監置の対象者を含む）は54,515名を数えた。49,097名の被収容者は自由刑（うち1,953名が無期自由刑）に、4,910名が少年刑に服し

68）それについては、*Laubenthal*, Strafvollzug, 6. Aufl. 2011, Rn. 103 ff. 参照。

69）Statist. Bundesamt: Rechtspflege: Strafvollzug 2014, S. 12 f. 参照。

70）*Streng*, Sanktionen, Rn. 255, 263 参照。

71）*Streng*, Sanktionen, Rn. 265 ff. 参照。

ていた。受刑者人口に占める女性の割合は 5.7% にすぎない[72]。受刑者の数を人口比にしてみると、人口 10 万人あたりの被収容者は平均約 90 名であり、これはロシア（や米国）の被収容者率の 6 分の 1 未満である[73]。

f）仮釈放（Aussetzung des Strafrests zur Bewährung〔残刑の執行猶予〕）

aa）有期自由刑における仮釈放

自由刑は、あらゆる場合に満期まで執行されなければならないというわけではない。ただし、刑法 57 条による、残刑の執行猶予という形態の早期釈放（1975 年以前：条件付釈放〔bedingte Entlassung〕；1953 年以前：仮釈放〔vorläufige Entlassung〕）は常に、再犯に及ばないであろうという良好な予測を前提とする。その際、とりわけ重い犯罪の再犯が考えられる場合、予測への要求度は高くなる。受刑者が法律に列挙された特に重大な罪種により刑を言い渡された者である場合、心理学者又は精神科医による専門的な予測鑑定が行われなければならない（刑訴法 454 条 2 項 1 文 2 号）。地方裁判所の刑事執行部（Strafvollstreckungskammer）による仮釈放の判断は、専ら特別予防を基準に行われる。つまり、一般予防の基準は考慮されてはならない。

通常の場合、仮釈放は最短で宣告刑の 3 分の 2 が執行された後に可能となる（刑法 57 条 1 項）。特別の条件の下では、有期刑の半分に服した後であれば可能である（57 条 2 項）。後者に該当するのは、とりわけ比較的短期の自由刑に初めて服する者、及び、それ以外の受刑者では、特にポジティブに評価すべき事情が認識される者である。

仮釈放の裁判の管轄は、地方裁判所の刑事執行部にある。刑事執行部は、行刑施設及び受刑者からの聴取を経て判断する。裁判所の判断にとり、施設の長の意見表明が特に大きな意義を有するということが判明している[74]。

裁判所による仮釈放中の処遇（Bewährungssituation）のあり方については、判

72）Rechtspflege: Strafvollzug 2014, S. 10 参照。

73）例えば、*Laubenthal*, Strafvollzug, 6. Aufl. 2011, Rn. 78 参照。

74）*Streng*, Sanktionen, Rn. 285 f. 参照。

決段階における執行猶予に関する規定（56 条 a ないし g）が準用される。つまり、指示（Weisungen）を与えることができる。例えば、セラピーの指示である。負担（Auflagen）は、犯行の埋合せ又は償いの必要性がそれまでに服した刑によりまだ完全にはカバーされていない場合に考慮される。こちらはむしろ稀といえよう。

仮釈放期間については、下限として、残刑の期間を下回ってはならないということが妥当する。裁判所は、1 年を超える行刑からの釈放者については、保護観察官の下に置くべきものとされる（57 条 3 項）。

仮釈放が取り消されなければ、――判決段階の執行猶予と同様に――期間の経過後に、56 条 g により刑が免除される。

自由刑の回避又は短縮のさらなる形態、つまり麻薬法（BtMG）35 条以下及び連邦・各州の恩赦規則によるそれには、ここでは詳しく立ち入らないこととする[75]。

bb）無期自由刑における仮釈放

無期自由刑の場合の仮釈放に関しては、論争問題を伴う特別規定がある（57 条 a）[76]。そこでは、最短執行期間として 15 年が定められている。15 年の執行ですでに仮釈放が可能となるかは、まず、陪審裁判所（Schwurgericht）〔重大事件の公判審理を担当する地方裁判所参審部〕が「責任の特別な重大性」を認めていたかにかかっている。責任の特別な重大性を認めうるのは、私見によれば、法律が定める 15 年の最短執行期間では有罪判決を下される犯行に見合わない場合である。その際、評価の出発点としての法律上の最短執行期間は、常に 15 年である。〔211 条が定める 9 種の〕謀殺要件（Mordmerkmal）の基本的な重さはそれぞれ異なりうるとしても、である。そうすると、責任の特別な重大性を認めるには、常に、犯情を悪くする「重大な事情」が追加されなければならない[77]。

75）*Streng*, Sanktionen, Rn. 305 ff. 参照。

76）*Streng*, Sanktionen, Rn. 290 ff. 参照。

77）BGHSt 40, 360 ff. 370.

もっとも、以上は、この問題をめぐり主張される見解の 1 つにすぎない。最短執行期間ではなく、平均的責任が基準になると主張する学説もある [78]。

刑事執行部ではなく、陪審裁判所が〔有罪判決において〕すでに責任の特別な重大性について判断することは、連邦憲法裁判所により、法律の文言に反して命じられた。法治国家原則及び手続の公正が、犯罪事実により近い裁判所に判断させることを要求するというのである（いわゆる陪審裁判所説〔Schwurgerichtslösung〕）[79]。そうして、仮釈放の判断それ自体を管轄する刑事執行部がなお有する任務は、事実審が言い渡した責任の特別な重大性を、法律上の最短執行期間を超える量、例えば 18 年や 20 年に置き換えること（のみ）となっている。

受刑者がこの〔15 年又は責任の特別な重大性から要請される期間の受刑を終えた〕時点で実際に釈放されうるかは、その者の危険性の診断ないし将来行動の予測にかかっている。それについては、鑑定人が行う予測鑑定を基礎に、刑事執行部が判断する。裁判所がさらなる危険性を認めた場合、個別事例で、50 年に至る刑の長さとなったこともある。無期自由刑の平均的な拘禁期間は、目下、約 18 年である [80]。

仮釈放が認められる場合、その期間は 5 年である。原則的に保護観察が命じられる（57 条 a 第 3 項）。

3）罰金刑及び自由刑後の再犯（Rückfall）

近年になってようやく、ドイツ連邦共和国で有罪判決を受けた全ての者を把握する再犯研究が存在するようになった [81]。表 3 に、自由刑の実刑及び執行猶予並びに罰金刑についての調査結果が示されている。1994 年を起点とする

78）*Streng*, Sanktionen, Rn. 292 ff. 参照。

79）BVerfGE 86, 288 ff., 317 ff.

80）*Streng*, Sanktionen, Rn. 303 参照。

81）*Jehle/Heinz/Sutterer*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik, 2003; *Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007, 2010.

表３　３年再犯率（2004 年）と４年再犯率（1994 年）

	３年再犯率（2004 年）	４年再犯率（1994 年）
自由刑の実刑	48.1％	56.4％
・仮釈放なし（満期釈放者）	56.8％	63.6％
・仮釈放者	34.7％	47.2％
・無期刑の仮釈放者	23.1％	20.5％
自由刑の執行猶予	38.0％	44.7％
罰金刑	27.3％	30.2％

データは、判決の確定又は釈放以降の４年間の追跡期間を基礎に置いている。2004 年を起点とするデータは、３年のみの追跡期間である。連邦中央前科登録簿への新たな登録は全て再犯として計上される。自由刑又はさらには実刑の言渡しのみを考慮するならば、当然、再犯率の数値はより低くなる。

これらのデータの解釈のためには[82]、まず、数値は、一般行刑から釈放された全年齢層に関するものであることを考慮しなければならない。それゆえ念頭に置かねばならないのは、年齢に起因してともかくもより犯罪に及びやすい若年者は、有罪判決又は釈放の後、より高い再犯率を示すことである[83]。無期自由刑からの釈放者の相対的に低い再犯率も、この観点の下で解釈できる。また、ここでもちろん重要なのは、ほかならぬ殺人の罪（Tötungsdelikte）の刑の仮釈放は、再犯に及ばないという予測が非常に良好で確たるものであることが前提となるということである。

その他にも、この種の選別効果が再犯データの解釈のために重要である。例えば、自由刑に満期まで服した受刑者は、とりわけ再犯に及ばないことの予測が不良であったがゆえにそうならざるをえなかったということが考慮されなければならない。その限りで、いわゆる満期釈放者のより高い再犯率は、予測に即し、いわば自己充足的予言（*self fulfilling prophecy*）として生じているといっ

82）それについて詳しくは、*Streng*, Sanktionen, Rn. 310 ff, 324 ff.

83）例えば、*Jehle/Albrech* u.a., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2010, S. 41 ff. 参照。

てよい。このことは、反対の方向で、罰金刑を受けた者の低い再犯率にも妥当する。というのは、そこでは、あまり介入的でない制裁の選択が、再犯に及ばないであろうという予測に非常に強く規定されているからである。

Ⅳ．付加刑（Nebenstrafen）と付加的効果（Nebenfolgen）

1）運転禁止（Fahrverbot）

付加刑である「運転禁止」（刑法44条）の前提は、犯人が交通に関わる（verkehrsbezogen）犯罪を理由に主刑（自由刑又は罰金刑）を言い渡されることである。それゆえ、正しい見解によれば、運転禁止は刑の免除（例えば60条）又は刑の留保付き戒告（59条）に併科されることはない[84)]。運転禁止は、交通において重大な義務違反を示したが、それにもかかわらず69条（運転免許の取消し〔Entzug der Fahrerlaubnis〕）の意味で自動車運転に適さないとまでは評価されない者に、一種の「こらしめ（Denkzettel）」として作用すべきものである。運転禁止の短期は1月、長期は3月である。その刑罰としての性格ゆえに、運転禁止を命じる際には、主刑と付加刑の合計が行為責任の程度を超えることがないよう注意する必要がある。

要件としての交通に関わる犯罪行為とは、自動車の運転に際し、若しくはこれに関連して、又は、自動車運転者としての義務に違反して犯された犯罪行為をいう。「自動車の運転」の各行為類型は、自らの手による乗り物の進行の制御に関するものである。

酩酊運転（315条c、316条）による有罪判決の場合、44条1項2文によって「原則として」運転禁止が命じられる――ただし、69条によって運転免許が取り消される（より厳しい改善保安処分の）場合は別論である。――最近の判例によれば、315条c、316条における「アルコール飲料の摂取により乗り物を安全に運転することができる状態にない」運転手とは、血中アルコール濃度が少

84）*Streng*, Sanktionen, Rn. 351参照。

なくとも 1.1 パーミル を示す者であるとされる[85]。このいわゆる絶対的運転不能（absoluten Fahruntüchtigkeit）に至らない領域では、さらなる徴候、とりわけ交通上安全でない行動が推論を許す場合に、いわゆる相対的運転不能（relative Fahruntüchtigkeit）として、運転不能が認められる[86]。他の薬物の場合には、これまでアルコール摂取の場合のような限界値が示せていないために、運転不能の診断には難しい問題がある[87]。

2013 年には 26,232 件の運転禁止の付加刑が科された[88]。

2）資産刑（Vermögensstrafe）

刑法 43 条 a の資産刑は、組織犯罪の撲滅に向けた努力の所産であった。「資産刑」の名称からは、責任と結びついた刑罰制裁であるべきだったにもかかわらず、立法者は第 1 次的に予防的な目標設定を追求したことは間違いない。すなわち、職業的な犯罪行為の魅力を減じるために、そして犯罪組織から「経営資本」を取り上げるために、できる限り幅広く犯罪収益を剝奪しようとしたのである[89]。

43 条 a による資産刑の言渡しが可能とされたのは、特定の構成要件によって 2 年を超える自由刑が科される場合であった。そうした場合には、犯人の全資産価値を上限とする金額の支払いが言い渡されるものとされた。しかし、このような制裁の範囲ゆえに、基本法 14 条の財産権の保障や責任主義との衝突を理由とする疑問が生じた。その上、刑法の保障機能（基本法 103 条 2 項）の点において問題のある法定刑の不明確さが存在した。はたして連邦憲法裁判所は、法治国家的な明確性の原則に対する違反の点から、刑法 43 条 a を無効とした[90]。従って、ここでは資産刑にはこれ以上立ち入らない。

85）BGHSt 37, 89 ff. 参照。
86）BGHSt 31, 42 ff. 参照。
87）BGHSt 44, 219 ff., 222 ff. 参照。
88）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 338 参照。
89）BT-Drs. 11/5461, S. 5; BT-Drs. 12/989, S. 22 参照。
90）BVerfGE 105, 135 ff., 152 ff. 参照。

予防志向の財産的制裁については、後に利益収奪と拡大利益収奪の説明の際に再び言及する。

3）官職就任資格（Amtsfähigkeit）と選挙権（Stimmrecht）の喪失

刑法 45 条の「付加的効果」は、有罪判決を、つまり有責に行われた犯行を前提とする。付加的効果の刑罰的性格（Strafcharakter）は、少なくともそれが法律によって生じる限りは、刑法大改正によって廃止された「名誉刑」の歴史的遺物である。

官職就任資格と被選挙権の喪失（45 条）は、犯人が「重罪を理由に 1 年以上の自由刑を言い渡された」場合に、法律によって 5 年間生じる。それ以外の場合であっても、刑法各則の規定に定めがある場合は、この法律効果は裁判官によって命じられうる。同じことは、選挙権の一時的喪失にも妥当する。ただし、刑事訴追統計によれば、例えば 2013 年には裁判所による〔裁量的な〕市民的権利の剝奪は一度も記録されなかった[91]。それゆえ重要なのは専ら 45 条 1 項の法律によって生じる付加的効果である。

Ⅴ．刑法の「第 2 の軌道」

1）二元主義（Zweispurigkeit）――概要

主刑及び――制限付きではあるが――付加刑も、主に責任応報に役立つものである。それに対し、責任に報いる制裁ではなく、違法な犯行が遂行された場合における――大部分――責任に依存しない犯罪予防措置として構想された一連の制裁が存在する。そうした制裁に属するのは、「改善保安処分」、すなわち、精神病院収容、禁絶施設収容、保安監置、行状監督、運転免許取消し、職業禁止である（刑法 61 条以下）。さらなる制裁グループに該当するのは、犯罪生成客体や犯罪供用客体の「没収」（74 条）、犯罪によって得られた財産上の利益の

91）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 338 参照。

表４　処分・措置（2013 年）

	件数
運転免許取消し	94,213
精神病院収容	815
禁絶施設収容	2,457
保安監置（66 条）	32
その他の処分	100
利益収奪及び没収	36,881

「収奪」（73 条、73 条 d）である。表 4 は、量的な概観を与える[92)]。

必要不可欠な保安的措置としての責任に依存しない制裁の正当性もまた基本的に争われていない。というのは、刑罰は、有責に実現された不法への応答として回顧的に正当化されるもので、その枠内においてのみ、犯罪予防のために利用可能だからである。それを超えた保安及び犯罪者の改善のための措置、あるいは、有責な犯行を契機とするか否かにかかわらず必要不可欠な特別予防的働きかけは、責任に依存しない制裁を手段としてのみ行いうる。それとは逆に、圧倒的な予防的関心を刑罰という隠れ蓑の下で「一緒に済ま」そうとすれば[93)]、刑罰を制限する責任主義は腐敗し、その法治国家的保障は全体的に弱まってしまうであろう[94)]。

将来危惧される法違反が重大犯罪である場合、これを予防する制裁は、優越的利益を保護する共同体の緊急避難措置（Notstandsmaßnahme）の一種として正当化可能と思われる[95)]。ただ、周知のように〔再犯〕予測はかなり不確実なものであるので、将来の危険性が確固たるものとは全く言えない行為者の権利をも侵害してしまうことになる。そして、いったん不当に、自由を剝奪する処分

92）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 338 f. 参照

93）*Hassemer*, Glanz und Elend der Maßregeln im Strafrecht, in: Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 31 ff., 33.

94）*Frisch*, in: Frisch（Hrsg.）, Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 3 ff., 22 f. も参照。

95）BVerfG, NJW 2011, 1931 ff., 1937 f. 参照。

により収容されると、危険性がないことを証明するチャンスがもうほとんどなくなってしまう。緊急避難の構想に対するオルタナティブの正当化アプローチとしては、権利喪失についての社会倫理的根拠（sozialethischer Basis zur Rechtsverwirkung）に基づいた考慮がある。もっとも、その類の自由権喪失は、非常に重大で行為者に責任がある法違反の結果としてのみ生じうる。それゆえ、このアプローチは、行為者の有責な行動に依存せず、その者が危険に思われるという理由だけでなされるべき予防措置を正当化しない。ただ、少なくとも保安監置については、まず有罪判決で自由刑にも処されることが前提となるため、私見によれば、権利喪失アプローチを、緊急避難アプローチを補うものとして援用する余地がある。〔保安監置の主な対象である〕有罪判決後に有責に重大な再犯に及んだ者は、それに続く保安的措置のリスクを分かって冒しており、それゆえに、緊急避難アプローチに存する、再犯予測がかなり確実でないことによる正当性の欠陥は十分に緩和されるように思われるのである[96)]。

2）改善保安処分（Maßregeln der Besserung und Sicherung）

a）精神病院収容（Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus）

精神病院収容の処分（刑法 63 条）の要件は、まず、「ある者が、責任無能力（20 条）又は限定責任能力（21 条）の状態で違法な行為を行った」ことである。それに加えて、「その状態のために、その者によって重大な違法行為が行われることが予期され、それゆえその者が社会一般にとって危険である」ことが必要である。あらゆる処分と同じく、収容は、法治国家的な比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）を特別な方法で顧慮しなければならない（62 条）。この点で問題意識がますます強くなっていることから、できる限り、重い罪の場合又は累犯性が強い場合に限って収容を言い渡すことになっている。それにもかかわらず、63 条による収容は、2013 年に合計 815 件で命じられた[97)]。

法律上の要件が存する場合、63 条による収容は義務的である。しかし、行

96）全体に関し、*Streng*, StV 2013, 236 ff., 237 ff.; *ders*., Sanktionen, Rn. 337 ff., 341 参照。

97）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 362 参照。

状監督の命令及び場合によっては危険性を緩和するためのその他の社会内における措置で十分と思われる場合には、収容を執行猶予付で言い渡すことが可能である（67 条 b）。

限定責任能力の行為者について、精神病院への収容が刑罰と同時に言い渡される場合、それは刑の前に執行され、収容期間は刑期に算入される（いわゆる代替〔Vikariieren〕）。このことは、収容から釈放されるのと同時に、残刑からの仮釈放〔「残刑の執行猶予」〕が認められるという方法で行われうる（67 条 4 項）。

精神病院への収容は、法律上の時間的限界が示されていないために、特に重大な処分である。63 条に基づいて、実際に非常に長い収容がかなり頻繁に行われるということは、様々な研究により繰り返し確認されている。目下、平均的な収容期間は約 6 年半と考えられている[98]。

被収容者の法的地位に関しては、強制的な治療の問題が特に深刻である。強制的治療（Zwangsbehandlung）は、人間の尊厳及び一般的人格権（基本法 1 条 1 項、2 条 1 項）に深く介入するため、そうした侵襲は、最近の連邦裁判所の判例[99]によれば、少なくとも以下の 5 つの基本的要件を充たす場合にのみ許容される。すなわち、①被収容者に対し、適時に、治療について説明を伴いつつ告知し、患者を治療に協力するよう動機づける努力をすること、②同意の不存在が、疾病に基づく分別能力の欠如（Einsichtsunfähigkeit）に基づくこと、③執行目的を達成するために侵襲が医学的に必要であること、④比例原則を考慮していること（とりわけ医師による処分の指示と監督）、⑤期待可能性という限界を遵守すること、の 5 要件である〔丸数字は訳者〕。

被収容者にとって全体として非常に負担となる状況に鑑みて、ほかならぬ釈放手続にも権利保障を設けることには大きな意義がある。 裁判所は、遅くとも 1 年ごとに、〔残〕収容の執行猶予による釈放の可能性を審査する（67 条 d 2

98）*Dessecker*, Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2006,（KrimZ）2008. S. 34 参照。

99）BVerfG, NJW 2011, 2113 ff., 2115 ff.（Rn. 47 ff.）参照。

項）。しかし、目下、釈放の要件はいささか厳格な規定ぶりとなっている。それによれば、「被収容者が処分執行施設の外でもはや違法な行為を行わないことを期待できる」かどうかが問題とされる。処分の契機となった犯行（Anlasstat）が重大なものであった場合、管轄する刑事執行部は、猶予の裁判の準備のために、「有罪判決を受けた者において、その……危険性が存続している危険がもはやないか」という問題について、精神医学者又は心理学者の鑑定意見を聴取しなければならない（刑訴法 454 条 2 項）。しかし、ここで前提とされる、再犯のおそれがないという予測の確実性は、人間の予測能力に過大な要求をしている。そして、1998 年におけるこの要件の導入以来、平均的な収容期間の明白な延長と、司法精神病院施設の収容者数の増大をもたらしている[100]。2013 年（基準日：3 月 31 日）の時点で、6,652 名が、刑法 63 条により旧西ドイツ諸州の精神病院に収容されていたのである[101]。

目下議論されているのは、63 条の収容に時間的上限を導入すべきか、あるいは、例えば 5 年を超える収容期間は、真にきわめて重い犯罪を行う危険性がある場合のみとすべきかである[102]。

b）禁絶施設収容（Unterbringung in einer Entziehungsanstalt）

禁絶施設収容（刑法 64 条）は「アルコール飲料又はその他の麻酔剤を過度に摂取する」「習癖（Hang）」を要件とする。それに、酩酊状態で生じた、又は、上記の習癖を原因とする「違法な行為」の遂行が加わらなければならない（例えば、薬物調達目的の犯罪）。いずれの場合も、具体的な犯行が、健康上有害ないし社会的に危険なアルコール又は麻酔剤の濫用についての行為者の習癖の症状と認められることが必要である[103]。契機となった犯行で有罪判決を受けて

100）*Streng*, Sanktionen, Rn. 424 ff., 430 参照。

101）Statistisches Bundesamt: Strafvollzugsstatistik（Maßregelvollzug）2012/13, S. 3 参照。

102）改正のアプローチについて広く論じたものとして、*Streng*, Problembereiche und Reformperspektiven der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. §63 StGB, Zeitschrift für Gesetzgebung 2014, 24 ff., 39 ff. 参照。

いないことは、それが（ありうる）責任無能力の結果である場合、処分の命令を妨げるものではない。犯行時に 20 条の意味での責任無能力状態にあったことは、被告人の治療の必要性をむしろ強く認識させる。

64 条による収容のために、さらに、不良な予測が要件となる。その基準時は裁判所の判断の時点であって、釈放時点ではない[104]。裁判所は、行為者が、「その習癖に基づき、重大な違法行為を行う」危険性を見出さなければならない。

治療目的の保安目的に対する優位に応じて、治療が成功する十分に具体的な見込みがある事例においてのみ、収容を行うことが許される。その際、行為者を、少なくとも一定の期間、その習癖への逆戻りから守るという見込みで十分である[105]。刑事判例において、十分具体的な治療の成功の見込みは、かなり寛大に肯定されている[106]。

64 条による収容は、2 年を超えてはならない――ただし、収容が、同時に言い渡されるより長期の自由刑に算入されうる場合は別である（67 条 d 第 1 項。67 条 4 項と併せ読む）。

64 条による収容は、2013 年にはともかくも 2,457 件で命令された[107]。そうして、2013 年（基準日：3 月 31 日）に、3,819 名が旧西ドイツ諸州の禁絶施設に収容されていた[108]。

精神病院収容の場合と同様に、禁絶施設収容も、対象者が釈放され自由になっても、もはや犯罪行為に及ばないであろうことを期待できるときは、執行猶予により終了しうる（67 条 d 第 2 項）。ここでも、猶予に伴い、行状監督（68 条）が開始する。

103）BGHSt 3, 339 ff.; BGH, NJW 1990, 3282 f.; BGH, StV 1998, 75; BGH, NStZ 2000, 25 f.; BGH, NStZ 2009, 87 参照。

104）BGH, StV 1998, 72 f. 及び 73 参照。

105）BVerfGE 91, 1 ff., 34 も参照。

106）例えば、BGH, NStZ-RR 2001, 12; BGH, NStZ-RR 2011, 203 f. 参照。

107）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 368 参照。

108）Statist. Bundesamt: Strafvollzugsstatistik（Maßregelvollzug）2012/13, S. 3 参照。

c）保安監置（Sicherungsverwahrung）

介入の強度において、そして、個人を被害者とする重い犯罪の場合には無制限となる実施期間に鑑み、保安監置（刑法 66 条）は、精神病院収容に全く匹敵する処分である。保安監置は、社会一般を当該の行為者から保護するための「刑事政策上の最後の緊急措置」と考えられている[109]。満期まで執行された自由刑の後のさらなる収容の法治国家的問題点は見逃すことができないから、保安監置を命じるための要件は、厳格な（aufwändig）形で規定されている[110]。その要件は、⑴一定の重い犯罪を理由に比較的長期の自由刑を言い渡されたこと、⑵前に 2 度の自由刑の言渡しを受けていたこと、⑶前に少なくとも 2 年の自由刑に服したこと、及び、⑷当該行為者とその犯行の全体的評価によると、重大な犯罪行為に及ぶ習癖に基づき、有罪判決の時点で社会一般にとって危険であること、である。ただし、法律は、短期間に続けて重大な犯罪行為が行われた場合について、前の有罪判決及び前の服役に関する要件を緩め、そうして、すでに初めての有罪判決においても、保安監置の言渡しを認める（66 条 2 項、3 項）。

保安監置に関する裁判は、事実審裁判所によって、契機となる犯行を理由とする有罪判決と同時に行われる。2002 年以降、裁判所は、危険性が残るという診断がまだ明白に確実とはいえない場合について、保安監置による収容の留保を言い渡せるようになっている（66 条 a）[111]。この留保的保安監置（Vorbehaltene Sicherungsverwahrung）は、個人を被害者とする非常に重い一定罪種について、66 条の形式的要件を満たさないものの、再犯のおそれに関する不良な予測（ungünstige Legalbewährungsprognose）がなされる場合にも可能である。

保安監置に関する法規定の最新バージョンにおいて、留保的保安監置（66 条 a）は、次の事情ゆえに、特に重要である。2004 年に導入された事後的保安監置（Nachträgliche Sicherungsverwahrung）（旧 66 条 b）は、憲法上の原則を十分に考慮していなかった。欧州人権裁判所（EGMR）は、ドイツで運用されていた

109）BT-Drs. V/4094, S. 19; BT-Drs. 13/9062, S. 9; BGHSt 24, 153 ff., 154 も参照。

110）*Streng*, Sanktionen, Rn. 451 ff. 参照。

111）*Streng*, Sanktionen, Rn. 462 ff. 参照。

保安監置を、罪刑法定主義（*nulla poena sine lege scripta*）に服する欧州人権条約（EMRK）7条にいう「刑罰」と解し、そしてそれゆえに、いわゆる旧事例における保安監置の事後的な言渡し又は延長などを条約違反としたのである[112]。許される一般的な予防拘禁（Präventivhaft）の要件（欧州人権条約5条1項）もまた充たさないとされた[113]。この議論に結局従った2011年の連邦憲法裁判所の判決[114]に基づき、立法者は、事後的保安監置を広範に削除した。事後的保安監置は、精神障害が欠如又は解消されたために精神病院への収容が終了するが（67条d第6項）、なお危険性が継続する場合についてのみ、認められることとなった（新66条b）[115]。それにより、精神病院は、治療はできないが危険な犯罪者の無用な収容（Fehlbelegungen）の負担から解放されるべきであるというのである。

目下の法状況によれば、保安監置による収容は、時間的上限なく可能である。もっとも、遅くとも2年ごとに、収容の執行猶予による釈放が可能かを審査しなければならない。収容猶予が可能なのは、被収容者が現在の予測では違法な行為にもはや及ばないであろう場合である。収容から10年が経過した後は、被収容者の釈放後に重大な犯罪行為がもはや予期されない場合、収容の終了が宣告されなければならない。つまり、10年経過後は、収容の継続の基準は特に厳格になる。通常、裁判所は、裁判の準備のため、鑑定人（Sachverständiger）に予測鑑定を依頼する（刑訴法463条3項3文）。いずれの場合も、釈放後に、行状監督が行われる（刑法68条）[116]。

量的観察は、ここ数十年、保安監置の利用頻度が著しく変動していることを示す。すなわち、（本来的）保安監置の言渡しは、60年代の終わりころまで、1年につき最も多い年で268件であった。1969年の刑法大改正の後、保安監置

112）EGMR, NJW 2010, 2495 ff. 参照。

113）*Streng*, „Erkennbar gewordene Tatsachen“ und rechtsstaatliche Anforderungen an nachträgliche Sicherungsverwahrung, StV 2006, 92 ff., 98 参照。

114）BVerfGE 128, 326 ff., 372 ff., 389 ff., 394 ff. 参照。

115）BGBl. 2010, I, S. 2300 ff.

116）*Streng*, Sanktionen, Rn. 473 ff. 参照。

の利用は年間 50 件を下回った。1998 年から徐々に増え、2009 年には 107 件であった[117]。その後再び減少に転じ、2013 年は 32 件だけであった[118]。ただし、そこにおいては、判決において留保された保安監置が数に入れられていない。保安監置の被収容者数が示すカーブはこうした経緯に対応する。すなわち、1965 年の 1,430 名から、1980 年代及び 1990 年代に約 200 名に下がり、そして再び 2008 年から約 500 名に上昇した（基準日は各年 3 月 31 日）[119]。

d）行状監督（Führungsaufsicht）

改善保安処分としての行状監督は、保安（Sicherung）及び更生（Resozialisierung）、つまり予防目的のみに役立つべきものである。保安と少なくとも対等な更生の任務は、保護観察官により担われる。それと並んで、監督を担う行状監督所（Aufsichtsstelle）も存在する[120]。

行状監督は、法律に定めのある一定の罪種について、6 月以上の自由刑が相当であると判断された場合に、裁判所により命じられうる（刑法 68 条 1 項〔任意的行状監督〕）。この処分が適切であるのは、再犯のおそれに関する予測が、あまり良くない（kritisch）場合から悪い（schlecht）場合までである。ただし、任意的行状監督は、実務上きわめて稀にしか用いられない。それに対して、必要的行状監督には、大きな意味が認められる。必要的行状監督は、例えば、比較的長期〔2 年以上〕の自由刑の満期釈放〔68 条 f〕又は改善保安処分からの釈放〔67 条 d 第 2 項及び第 3 項〕の場合に、法律で定められている[121]。

行状監督の期間は、最短で 2 年、最長で 5 年であり、特殊な場合には無期限の行状監督も可能である（68 条 c）。

行状監督を効果的な内容とするために、裁判所は、言渡しを受けた者に、こ

117）Rechtspflege: Strafverfolgung 2009, S. 362 参照。

118）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 339 参照。

119）Rechtspflege: Strafvollzug 2014, S. 10 参照。被収容者数につき、収容が 66 条、66 条 a 及び 66 条 b のいずれによるかは区別されない。

120）*Streng*, Sanktionen, Rn. 384, 390 参照。

121）*Streng*, Sanktionen, Rn. 385 f. 参照。

の処分の期間中又は期間中のより短い期間、指示（Weisungen）を与えることができる。これについてはまず、68 条 b 第 1 項が限定列挙のカタログを示している。このカタログは、一定の場所への居住義務、立入り禁止、一定の人物との接触禁止、一定の活動の禁止、一定物件の所持禁止、自動車運転の禁止、〔行状監督所等への〕出頭義務、飲酒や中毒物質の禁止に関わり、スクリーニング措置[122]、セラピーの指示そして電子監視（*electronic monitoring*）を含む。

さらに、68 条 b 第 2 項は、個々人に適合したその他の指示を与える可能性を開いている。カタログ上の指示〔1 項〕及び裁判官の指示〔2 項〕が形式的に二分されていることは、指示の履行担保のための制裁の差異に関わる。68 条 b 第 1 項の指示に対する故意の違反は、それが「処分の目的を脅かす」場合には、145 条 a の犯罪構成要件を充足する。しかし、――それ自体必要な――指示の履行担保を、ほかならぬ犯罪構成要件の設定により行うことには、多くの批判がある[123]。とりわけ問題に思われるのは、145 条 a は単なる不服従を犯罪化し、その法定刑を上限 3 年の自由刑としていることである。

裁判官によって作り出された――つまり法律に定めのない――指示（68 条 b 第 2 項）への違反に対して、厳しい対応が可能であるのは、制裁の執行を猶予されて行状監督を受けていた場合のみである。すなわち、この場合、収容猶予の取消しが可能である（67 条 g 第 1 項 2 号参照）。

2013 年の刑事訴追統計は、同年の行状監督の命令は 38 件であったことを示すが[124]、これは、裁判所の裁量による言渡し（68 条 1 項）のみの数値である。行状監督の大部分は法律上当然に行われる（68 条 2 項）。行状監督の（日ごとの）対象人員は 2 万名から 3 万名超と考えられる。そのうち、刑の執行と改善保安処分に由来する者が約半分ずつである[125]。

122）OLG München, NJW 2010, 3527 ff. 参照。しかし、部分的に異なるのは、OLG München, NStZ 2011, 94 f.

123）*Streng*, Sanktionen, Rn. 393 参照。

124）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 369 参照。

125）*Cless/Wulf*, Forensische Ambulanzen in der Führungsaufsicht, Recht und Psychiatrie 29（2011）, 132 f. 参照。

e）運転免許の取消し（Entziehung der Fahrerlaubnis）

すでに取り扱った運転禁止（Fahrverbot）という付加刑と全く同じように、運転免許の取消しは、道路交通との関連において犯された違法な行為へのリアクションである。加えて、行為者が「自動車の運転の適性がない（ungeeignet）」ことが確認されなければならない。法律は、例えば、交通における酩酊や事故現場からの許されない離脱の場合の運転免許の取消しを、法治国家的な比例原則と問題なく調和しうるものと宣言している（刑法 69 条）。改善保安処分としての運転免許の取消しは、行為者が行為の際に責任能力を欠いていた（可能性がある）場合においても、行われうる。

判決の確定により運転免許が失効する。運転免許の再度の取得は、行政官庁を通じて、裁判所によって定められる禁止期間（Sperrfrist）の終了後にはじめて可能である。再取得禁止は、最短で 6 か月、最長 5 年に達するが、極端な事例においては無期限で命じられうる（69 条 a）。行為者が運転免許を有していなかった場合、裁判所は、運転免許取得の禁止期間を定めて、いわゆる独立的な取得禁止（isolierte Sperre）を命じる。

運転免許の取消しは、2013 年に合計 94,213 件命じられた[126)]。

f）職業禁止（Berufsverbot）

職業禁止の前提となるのは、行為者がその職業（Beruf）若しくは商売（Gewerbe）の濫用又はそれらと結びつく職業的義務に甚だしく違反して、場合によっては責任無能力で行った違法行為について、判決が下されることである（刑法 70 条）。この規定は、公務員については、45 条（官職就任資格の喪失）が特別法（*lex specialis*）となるため適用できない。加えて、行為者と犯行の全体評価を基礎にして、行為者が職業をさらに行えば「特定の種類の重大な違法行為を行う」おそれが認められなければならない（70 条 1 項）。これらの要件が存在する場合には、職業禁止を 1 年以上 5 年以下の期間又は無期限で命令する

126）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 366 参照。

ことができる。職業禁止は、判決が下された行為に関連した職務内容に限定されなければならない。そしてその枠内においても、比例原則に鑑み、職業上の可能性の制限が部分的で足りるならば、そうしなければならない。

2013 年には 62 件の命令が数えられるだけで、職業禁止処分の利用はきわめて珍しい[127]。その原因は部分的には、予測判断がここでも著しく不確実であることにあるといってよい。しかし、裁判官にとってより重要なのは、おそらく次の考慮であろう。職業禁止と同時に被告人の経済的な存在基盤が破壊され、それにより、犯罪行為をしないで生活を続けていくことへの適切な寄与がほとんどなされないことになるのである。

職業禁止の早期解除は不可能であるが、1 年経過後は執行猶予がありうる（70 条 a）。

職業禁止に対する違反は、刑法 145 条 c によって犯罪化されている。まさにそのことも理由となって、明確性の原則の観点から「判決において、遂行を禁止する職業、商売又はそれらの部門を正確に示すものとする」とされている（刑訴法 260 条 2 項）[128]。

3）利益収奪及び没収

a）利益収奪（Verfall）

利益収奪は、違法な行為の正犯者又は共犯者がその行為によって得た財産上の利益の剝奪をいう（刑法 73 条以下）。これは行為者の責任に依存しない、適法な財産配分に戻すための措置である。正犯者・共犯者に、犯行からの実質的な利益をできる限り与えないという利益収奪の目的は、特別予防的にも一般予防的にも重要である。というのも、いずれの観点からも「犯罪は割に合わない」という考えは中心的意義を有するからである。

利益収奪制度は、罰金刑が日数罰金制を採るために利益の剝奪に適さず、それゆえに罰金刑の併科（刑法 41 条）も不十分であるということから、なくては

127）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 369 参照。

128）それについては、OLG Karlsruhe, NStZ 1995, 446 f. 参照。

ならないものである。加えて、手続打切り（刑訴法 153 条 a）や刑の執行猶予（刑法 56 条 b）に伴う負担（Auflagen）を手段とした利益の剝奪は、責任が欠ける場合にはできない。

利益収奪の適用範囲については、この利益剝奪手段は（ありうる）私法上の賠償請求権に劣後するという問題のある限定がなされている（73 条 1 項 2 文）。少なくともアプローチにおいては有意義なこのルールは、一面では犯人が二重払いをしなくてよい、すなわち（利益収奪規定を介して）国家と被害者の両方に支払わなくてもよいということを保障するのに役立つ。また、もう一面では、被害者の賠償請求権が利益収奪によって脅かされるべきでないことに供されている[129]。もっとも、このルールによる利益収奪の制限に問題があるのは、まさに、被害者がそもそも請求権を行使しない場合においてである。この問題の解決のために、裁判所は、被害者の請求権（と間接的には利益収奪）の保全のために、目的物差押え（Beschlagnahme）ないしは物的仮差押え（dinglicher Arrest）を命令し、また継続させることができる（刑訴法 111 条 i 第 2 項、第 3 項）[130]。被害者が請求権を主張しなかった限りで、3 年の経過後、保全された財産価値は国家が獲得する（刑訴法 111 条 i 第 5 項）[131]。

利益収奪の効果は、対象者本人に所有権があるときには、「物の所有権又は収奪された権利は、裁判の確定とともに国庫に移転する」ということである（刑法 73 条 e 第 1 項）。従って、所有権移転のために、さらなる譲渡行為は必要ない[132]。第三者の権利はその客体になお残る（例えば、担保権、用益権）。裁判の確定前、利益収奪の命令には譲渡禁止の効果がある（73 条 e 第 2 項）。

正犯者又は共犯者によって「得られたもの」に関しては、「総額主義（Bruttoprinzip）」が妥当するようになった。つまり、――かつてのように――犯行の実行のために支出した部分を差し引いた後に残った「財産上の利益」につ

129）BGH, NJW 2001, 693 f.; BGH, NStZ 2011, 83 ff., 86 参照。

130）BGBl. 2006, I, S. 2350 ff., 2351 参照。

131）BGHSt 55, 62 ff., 64; BGHSt 56, 39 ff., 42 ff. 参照。

132）外国の土地の場合は異なる。BGH, NStZ 2000, 483 参照。

いてだけでなく、流れ込んだ財産的価値の全てが対象となる。

従って、犯人が自分の行為を通じてそもそも財産上の利益を得ていたことも必要でない[133]。そのようにして、犯人からの利益収奪により、その者が損得併せて犯行から得たものよりも多くの資産を剝奪できるようになると、この制裁は刑罰的性格を帯びてくる。このことは、主刑の量定において、〔利益収奪の〕刑罰的要素を考慮に入れることを合理的に思わせる。刑罰的要素の観点からは、加えて立法者が単に「違法な行為」を要求しており、有責な行為としていないことにも問題があるように思われる。これらのことから、責任が欠ける場合については、「純益主義（Nettoprinzip）」にとどまるべきであるように思われる[134]。しかし判例はこのような主張に従っていない[135]。

利益収奪命令は、正犯者又は共犯者が第三者（「他の者」）のために行為を行い、「それによって、その者が何か（etwas）を得たとき」には、第三者にも向けられうる（73 条 3 項）[136]。これについては、自然人ないしは法人の利益のための純粋に事実上の行為で十分である。

2013 年には、2,033 件について利益収奪命令が出された（少年を除く）[137]。

b）拡大収奪（erweiterter Verfall）

「拡大収奪」（刑法 73 条 d）は、営業的又は組織的な実行に関わる特定の犯罪構成要件に該当する場合に可能である。1992 年になって導入されたこの規定は、体系的には、一般的な利益収奪規定（73 条）に関連づけられている。収奪と対立する被害者の請求権の優先に関しては、拡大収奪も利益収奪制度の難点を分かち合っている（73 条 d 第 3 文）。

この新たな利益収奪の制裁に備わっている特殊性は、進行中の手続の対象と

133）BGH, NStZ 2011, 83 ff., 85.

134）*Streng*, Sanktionen, Rn. 369 参照。

135）BGHSt 47, 369 ff., 373, 375 f. 参照。さらに、BGH, NJW 1995, 2235 f.; BGH, NStZ 2000, 137.

136）BGHSt 52, 257 ff., 256 f. 参照。

137）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 365 参照。

なっていない違法行為に由来する客体（物及び権利）にも及ぼされうることである――すなわち、判決が下される犯行と問題の客体が由来する犯行は同一である必要はない[138]。73 条 d の文言は、注目すべき、いささか問題のある方法で立証負担を軽減している。というのも、違法な行為から当該客体を得ることができたと「想定すること（Annahme）が、諸事情から正当化される」ことで十分としているからである。それゆえ、連邦通常裁判所は、次のような合憲限定解釈によるべきとした。「拡大収奪の命令が……問題になるのは、事実審裁判官が十分な証拠調べと証拠評価に基づき、被告人が収奪命令の客体を違法な行為から得たことについて完全な確信に至った場合に限られる」というのである[139]。

こうしたことに鑑みれば、拡大収奪は法実務において稀にしか利用されないことは驚くべきことではないかもしれない。1998 年には連邦統計局（Statistische Bundesamt）は 122 件のみが拡大収奪の命令を受けたとしており（少年に対する制裁を除く）、うち 104 件は麻薬法（BtMG）の犯罪に関するものという。近年はそれに対応する詳細なデータはもはや示されていない。

c）没収（Einziehung）

利益収奪制度と親戚関係にあるのが、犯罪生成客体及び犯罪供用客体の没収制度である（刑法 74 条）。没収の一部は純然たる保安〔処分〕的性格を有するが、一部は刑罰的性格も持つ。いずれも効果は同じで、所有権の国家への移転である（74 条 e 第 1 項）[140]。

犯罪生成客体と供用客体は、有責に行為した正犯者又は共犯者が所有者の地位にある場合は、故意の犯行との機能的な関連だけを理由に没収されうる（74 条 2 項 1 号）。その限りで刑罰的性格を有する措置である。この刑罰的性格は、本来の刑の量定の際に、犯罪の効果〔である制裁〕の責任相当性の見地から、

138）*Streng*, Sanktionen, Rn. 376 参照。

139）BGHSt 40, 371 ff., 373; BGH, NStZ-RR 1998, 297; OLG Düsseldorf, wistra 2000, 315.

140）*Streng*, Sanktionen, Rn. 377 ff. 参照。

全体として考慮されなければならない[141]。

犯罪生成客体及び供用客体（*productum vel instrumentum sceleris*）が危険性のみを理由として、所有権のありかや行為者の責任とは無関係に没収されうるという限りで（74 条 3 項。2 項 2 号と併せて読む）、保安的措置である。文書、音声・映像媒体、写し（Abbildungen）、図画（Darstellungen）の没収も、保安的措置とみられる。

各則の構成要件に特別な規定がある場合にはさらなる形態の没収が許容される。それらの規定によれば、客体に危険性がない場合にも、犯人に権利のない客体の没収が肯定される。ここでは、権利者の行為が、当該客体が犯罪行為に利用されることに関わる場合、又は、客体の事後的な獲得に関わる場合につき、権利者の「準有責的行為」であることだけが要件とされている（74 条 a）。

一般的に、必要的没収が定められている場合を除いて、没収は、犯行の重大性と没収の名宛人への非難の程度と均衡しない場合には、命じることができない（74 条 b 第 1 項）。もっとも、裁判所は没収の代わりにその客体についてより侵害度の低い措置を行うことができる（74 条 b 第 2 項）。そこでは、特に当該客体の使用不能化、変更、処分の指示が考慮される。

没収は利益収奪よりもずっと頻繁に命じられており、例えば 2013 年では 32,603 件（少年は除く）である[142]。2013 年の刑事訴追統計では、没収及び利益収奪命令の全体の 58% が麻薬法（BtMG）上の犯罪を理由とするものであった[143]。

Ⅵ．量刑（Strafzumessung）

1）一般的基礎

ドイツ刑法において、量刑は、法定刑により生じる非常に広い裁量の幅がそ

141）BGHR, StGB § 46 I, Schuldausgleich 5, 6, 12 参照。

142）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 359 参照。

143）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 365 参照。

の特徴をなしている。謀殺罪〔刑法 211 条〕だけは無期自由刑を義務づける絶対的法定刑（absolute Strafdrohung）を定めている。刑法典を特徴づける相対的法定刑（relative Strafdrohung）の広さは、単純窃盗罪（242 条）を例にとると、次のように示すことができる。すなわち、同罪の法定刑の幅は、5 日の罰金から 5 年の自由刑に及ぶ。加重事由があると法定刑の上限は 10 年に引き上げられる（243 条）。このきわめて広い裁量の幅の利用について、アメリカのモデル（量刑ガイドライン）に倣って量刑基準が策定されているわけではない。46 条以下の刑法総則の諸規定は、量刑の判断過程を実に一般的にのみ規律している。そのため、量刑学説や、指針を与える上級審の判例がなすべきことが多く残っている。

2）法律上の準則

a）中心的な量刑規定：刑法 46 条

量刑の中心的な規範は 46 条により与えられる。それによれば「犯人の責任が刑の量定の基礎」である。この基礎公式（Grundlagenformel）は、責任への拘束の程度に関する不明確さを理由に繰り返し批判されている。しかし、現在までに、責任の上回りは絶対に許されないという点については見解の一致をみている。これに対して、責任の下回りは、比較的最近の学説では一定の範囲で受け入れられている[144]。46 条にいう責任は「量刑責任（Strafzumessungsschuld）」を意味する。この責任は、構成要件要素を対象とするだけではなく、評価可能な生活関係の作出という意味で広く把握され、とりわけ犯行と関連性がある事前の行動を捕捉する[145]。

責任基礎公式に続いて、量刑のさらなる指導原理として、特別予防効果の考慮が強調されている。裁判所の注意は「刑が犯人の社会における将来の生活に与えることが予期されうる効果」（46 条 1 項 2 文）に向けられる。その他の刑罰目的に関する規定は、特別な制裁形態の利用に関してのみ存在する。そこで

144）*Streng*, Sanktionen, Rn. 547 ff., 626 参照。

145）*Streng*, Sanktionen, Rn. 521 ff., 527 f. 参照。

は繰り返し「法秩序の防衛」が一般予防的な目的を設定するものとして言及されている（例えば、47 条 1 項〔短期自由刑〕、56 条 3 項〔自由刑の執行猶予〕、59 条〔罰金刑の留保付戒告〕）。公衆においてますます高く評価されるようになっている、犯罪者を拘禁することによる社会一般の保安という観点[146]は、量刑に関する総則的規定では考慮されていないが、少なくとも間接的に、すなわち一定の制裁形態（56 条 1 項、59 条 1 項）をめぐる〔再犯〕予測要件で言及されている。最終的には、保安目的は正当な一般的目的としても認められる[147]。

立法者は、特に重要だと考えられる事情を列挙することによっても、量刑をある程度指導している（46 条 2 項）。ただ、列挙された各事情は決して同価値ではない。経験的な研究においては、前科、損害の大きさ及び（個人を被害者とする罪の場合は）当該事例でどのようにして侵害を強いたのかということが、量刑上非常に重要であることが明らかとなっている[148]。

b）法定刑の減軽

一般的な法定刑減軽事由（allgemeine Strafrahmen-Milderungsgründe）として、近時、特に定められたのは、「犯人と被害者の和解（Täter-Opfer-Ausgleich）、損害回復」（刑法 46 条 a）及び「重大な犯罪行為の解明又は阻止への協力」（王冠証人規定〔Kronzeugenregelung〕：46 条 b）である。これらの場合、裁判官は、犯された犯罪について刑法各則で規定されている法定刑を減軽することができる（49 条）。つまり、基本的により低い刑の水準から出発することができる。

上述の 2 つの法定刑減軽事由の他に、非常に重要な、いわゆる類型化された減軽事由（vertypte Strafmilderungsgründe）がある。例えば、限定責任能力の場合、刑を減軽することが可能である（21 条）。幇助犯として犯罪行為に加功したにとどまる場合には、減軽は必要的となる（27 条）。その場合、例えば謀殺罪では、211 条で義務づけられている無期自由刑に代えて、自由刑 3 年以上 15 年

146）*Streng*, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel, 2014, S. 28 ff. 参照。

147）*Streng*, Sanktionen, Rn. 538 ff., 541 参照。

148）*Streng*, Sanktionen, Rn. 763 参照。

以下の刑罰枠（Strafrahmen）となる（49 条 1 項 1 号）。刑の減軽を基礎づける事情は、本来複数の減軽事由にあたりうる場合でも、1 度しか考慮してはならない。例えば、限定責任能力は、故殺罪（212 条）の場合には、21 条・49 条による類型化された刑の減軽、又は、213 条にいう故殺の「あまり重くない場合（minder schwerer Fall）」のいずれかを認める理由となりうる。50 条の「二重評価禁止」に鑑み、裁判官は、いずれによるか決断しなければならないのであるが、その際、最も有利に取り扱う（Meistbegünstigung）という観点が優先的に顧慮されなければならない[149]。

c）一般的な二重評価禁止（Doppelverwertungsverbot）

以上とは別に、一般的性格を有する二重評価禁止がある。それは、すでに法律上の構成要件要素である事情は、具体的な量刑判断の際にもう一度考慮されてはならないということである（刑法 46 条 3 項）。これは、フランツ・エクスナー（Franz Exner）[150] の次のような言葉で基礎づけられる。「当該の犯罪類型のあらゆる場合に存在する事情は、軽くする方向にも重くする方向にも作用しえない」。このことは、当該の刑罰規定の構成要件要素は、構成要件の単なる充足を超えて〔犯情を〕重くする要素を含む場合にだけ、量刑事情としても考慮されうるということを意味する。例えば、傷害罪の場合、被害者の怪我がとりわけ重かったことは、刑を重くする方向で考慮できる。あるいは、窃盗罪の場合に、盗品の価値がとても低かったことは、刑を軽くする方向で考慮できる。もっとも、殺人の罪における被害者の年齢は、量刑事情として評価できない。なぜなら、人の生命は常に等価値であり、そのことは被害者の余命や健康状態に全く左右されないからである[151]。

二重評価の考え方は、構成要件要素にとどまらず、立法の目的・動機にも転用される。このため、当該規定の制定にあたりすでに考慮されている犯行の重

149）*Streng*, Sanktionen, Rn. 692 ff. 参照。

150）*Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931, S. 100.

151）*Streng*, Sanktionen, Rn. 697 ff. 参照。

大性や予防に関する論拠で量刑を理由づけることは許されない――もっとも、特段の重さ・量の評価により、法律が想定する「通例の犯行パターン（Regeltatbild）」からの逸脱が生じる場合は別論である[152]。例えば、連邦通常裁判所は、凶器携行による重強盗罪（250条1項1号）の通例の犯行パターンに言及しつつ、被害者に突きつけられた凶器による畏怖作用を刑を重くする方向で考慮することは許されないとしている[153]。これに対して、当該脅迫により比較的多数の者を恐怖や驚愕に陥らせたことは、加重的に考慮してよい[154]。

d）短期自由刑の例外的性格

1969年の刑法大改正以降における科刑の重要な基本原則の1つは、刑法47条で強調されている。すなわち、短期自由刑つまり6月未満の自由刑は、例外的場合にのみ言い渡されるべきものである。前提とされるのは、短期間だけの収容による行刑では、処遇の実施による建設的展開を軌道に乗せられないことである。それにもかかわらず、短期自由刑に服する者は相当数に上る。これは、一方では、罰金を納付できない場合の代替自由刑の執行（43条）の結果である。他方では、裁判所により言い渡された刑罰への未決勾留期間の必要的算入（51条）の結果である[155]。

e）刑の代替（Strafersatz）の考慮

国家的な責任応報（Schuldausgeich）の原則のある種の緩和をもたらすのは、「刑の免除（Absehen von Strafe）」の規定（60条）である。犯人がその犯行について1年以下の自由刑に値する（そうした刑を「言い渡されるべき〔verwirken〕」）場合、犯行に起因して重い天罰（*poena naturalis*）が下ったときは、裁判所は、刑を完全に免除することができる。そのための要件は、犯罪行為により行為者

152）*Streng*, Sanktionen, Rn. 705 ff. 参照。

153）BGH, NJW 1990, 2570; BGH, StV 1997, 520; BGH, StV 1999, 597 参照。

154）BGH, NJW 2003, 76 f. 参照。

155）*Streng*, Sanktionen, Rn. 158 参照。

自身に生じた結果が重大であり、そのために刑を科すことが「明らかに失当（offensichtlich verfehlt）」であることである。

60 条の刑の上限、つまり 1 年を超える刑を言い渡されるべき場合であっても、同条の少なくとも基本思想を考慮すべきであろう。例えば、刑事手続で著しい不利益を被ったことや犯罪行為により行為者が健康を害したことは、「刑の代替」として刑を軽減する方向に考慮することができる。この場合、量刑による解決（Strafzumessungslösung）に比べて刑の執行上の解決（Strafvollstreckungslösung）、具体的には、そのような不利益を刑に算入すること（51 条の類推）の方が、結局のところ優れているだろう。というのは、この方法によれば、まずは相応しい刑を量定できるからである。そうすることで、判決で正しい刑を言い渡すという意味での刑法のコミュニケーション的な任務は、制限なく充足されよう[156]。その後にはじめて、責任応報の要素として考慮されるべき天罰を算入するのがよいと思われる[157]。

3）量刑理論（Strafzumessungstheorien）

法律上の準則が全くもって不完全であることに鑑み、それを補う試みが量刑学説（Strafzumessungslehre）においてなされてきた[158]。

学説及び判例で支配的なのは、「幅の理論（Spielraumtheorie）」である。「責任枠の理論（Schuldrahmentheorie）」とも呼ばれる。この見解が前提とするのは、裁判官は、適用可能な法定刑の範囲内で、当該事例についての「責任枠」を見出し、そのようにして量刑の中間段階を具体化するということである。責任が値として完全に特定されるのではなく、責任枠の形をとることは、すでに以下のことから明らかである。すなわち、評価としての責任帰属は大まかなものであって、それゆえ責任の程度を「一点に」定めることはできない。責任相当性

156）*Streng*, Sanktionen, Rn. 533 ff., 536 f. 参照。

157）*Streng*, Sanktionen, Rn. 536, 616 f. 参照。*Frisch*, in: Frisch（Hrsg.）, Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 3 ff., 25 f. も参照。

158）詳しくは、*Streng*, Sanktionen, Rn. 625 ff. 参照。

は、〔刑が軽すぎないという意味で〕「すでに責任相当」から〔刑が重すぎないという意味で〕「なお責任相当」までの幅の範囲内にあり、正確に特定可能な、絶対的に責任に相当する一点が決められるわけではない。責任枠の幅の中で、つまり責任の上回りや下回りを避けつつ[159]、許される刑罰目的を、当該具体的事例のために意味を持つ限度で考慮できるし、考慮すべきである。このことは、「応報の枠内における予防（Prävention im Rahmen der Repression）」という標語によりよく表現されている[160]。

幅の理論は、次の理由によっても正当と思われる。「規範を体現する人（Normmensch）」というものは存在しない。むしろあらゆる人はそれぞれ別個の社会化を遂げており、そこで基準となった（複数の）部分文化（Teilkultur）により影響されている。つまり、人ごとに、裁判官ごとに、価値評価は異なる。それが全体文化（Gesamtkultur）の範囲内にあり、よって「適切」ないし支持可能だとしても、である。責任相当として評価されるものに関する幅は、それゆえ、法理論的にも肯定されなければならないのである[161]。

ただし、支配的な幅の理論は、これを「非対称的（asymmetrisch）幅の理論」へと発展させることが合理的と思われる。それが意味するのは、特段の予防の必要性がない場合、具体的に科すべき刑は、責任枠の中心ではなく、その下限に即して決めるべきであるということである。この考え方は、重い刑は再犯防止の観点においてほとんどの場合効果が実証されていないという認識を考慮に入れている（「〔重い制裁と軽い制裁の〕交換可能性理論（Austauschbarkeitslehre）」）。全く明白な予防の必要性がある、例えば保安が必要不可欠だという場合に限り、責任枠の幅の中心から上限に至るまでの利用が正当化されうる[162]。

上告審の判例は、少なくともアプローチにおいて幅の理論に沿って、つまり、

159）BGHSt 24, 132 ff., 133 f.; BGHSt-GS 34, 345 ff., 349; BGH, NStZ 1992, 489 f. 参照。

160）*Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, 1985, S. 105 参照。

161）*Streng*, Praktikabilität und Legalität der „Spielraumtheorie", in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, 2001, S. 875 ff., 888 f. 参照。

162）*Streng*, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, 2001, S. 875 ff., 893 ff.; *ders*., Sanktionen, Rn. 631 参照。

量刑が「社会的〔評価の〕具体化活動（sozialer Gestaltungsakt）」[163] であることを踏まえて、事実審裁判官に一定の裁量を認める。その枠内では、上告審自身は本来他の刑が好ましいと考える場合でも、判決を破棄しないのである[164]。ただし、比較的最近の判例は、事実審裁判官にいちだんと強く、コンセンサスの観点を考慮して、その種の犯行に「通例（Üblichen）」といえる範囲にとどまることを義務づけるようになっている[165]。ここで要求される比較の作業は、具体的事例における〔犯行の〕類型を特徴づける要素を手がかりに行うのが有意義である。そうして、当該類型を特徴づける指導的要素の評価及びその類型についての通例の刑に即した方向づけにより、法定刑への乗入れ箇所（Einstiegsstelle）を大まかに示した後、具体的犯行のさらなる事情を「刑を加重する方向で」又は「刑を軽減する方向で」考慮して微調整を行い、刑を決定するのである[166]。

幅の理論に対抗するモデルとして、「位置価説（Stellenwerttheorie）」が主張された[167]。この見解によれば、客観化が困難なものと評価される刑罰目的〔予防目的〕は、制裁の種類を決定する段階ではじめて考慮される。つまり、刑の高さ（Strafhöhe）〔刑期・罰金日数〕は責任重大性のみに基づいて決定される。もっとも、この学説は、量刑過程のあらゆる場面で特別予防効果という意味での刑の作用を考慮しなければならないという法律上の準則（46 条 1 項 2 文）に抵触する。加えて、同説が判断の中心に据える他ならぬ責任の大きさというものも、刑罰目的〔からの刑の必要性〕に比べて、不確実・不明確さの程度が低いというわけではないのである。

163）*Dreher*, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, 41 ff., 43 f. 参照。それについては、*Streng*, Sanktionen, Rn. 649.

164）BGHSt 29, 319 ff., 320 参照。

165）*Streng*, Sanktionen, Rn. 655, 661 ff. 参照。

166）*Streng*, Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte, NStZ 1989, 393 ff., 397 ff.; *ders*., Sanktionen, Rn. 757 f. 参照。

167）*Henkel*, Die „richtige" Strafe, 1969; *Schöch*, Strafzumessung und Verkehrsdelinquenz, 1973, S. 80 ff. 参照。

より多くの注目を集めるようになっているのは、量刑の「犯行均衡性（Tatproportionalität）」の理論である[168]。この見解によれば、量刑は犯行の重大性、とりわけ被害者に生じた損害の大きさを全く中心的な基準にすべきであるという。この点についてはしかし、個人を被害者としない犯罪で困難が生じる。量刑事情の客観化は、法的平和が乱されたという感覚や犯人の動機・心情のような主観的要素の放逐に至る。しかし、そうした方向性により、人々の正義感情を考慮し、そうすることで社会の価値及び規範を守るというあらゆる刑法の中心的任務が弱められてしまう。

法定刑の有意義な利用に特に狙いを定めるのが、「連続的な重さのスケール（kontinuierliche Schwereskala）」の理論である[169]。この見解によれば、法定刑の上限及び下限は、その境界を上回ることや下回ることを禁止する役割を担うだけではない。むしろ、各法定刑は、有罪とされる犯行をその重大性に応じて位置づけることが可能な、軽いものから重いものに至る詳細な尺度を含んでいる。こうした考え方によれば、例えば、中程度の重さの犯行であれば、対応する法定刑の真ん中の刑を割り当てるべきことになろう。このモデルがその本質的方向性において正当であることは、ほとんど異論がない。しかし、すでに次の点で疑義が生じる。例えば、「中程度」というのは合意可能な形でどのように決定されるというのか不明確である。加えて、時代遅れとなった法定刑、しばしばナンセンスに高い刑の上限、そして、真に軽微な犯行の場合の手続の打切りによる法定刑の下回りも問題となる。このように、「連続的な責任の重さのスケール」のモデルは、いくつもの制限にさらされている。

4）数罪の量刑

1つの行為により複数の犯罪構成要件が実現された場合、「吸収主義（Absorptionsprinzip）」により、最も重い法定刑により処断される。ただし、こ

168）*von Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999; *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014 参照。

169）*Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947, S. 61 ff. 参照。

の場合、背後に退いた軽い犯罪に基づく特別な制裁の選択肢もなお有効にとどまることがある（52 条）。

複数の行為（Tatmehrheit）の場合、つまり複数の行為が同時に処断される場合のいわゆる併合刑（Gesamtstrafe）の形成については、「加重主義（Asperationsprinzip）」が妥当する。その意味するところは、「言い渡されるべき〔個別〕刑のうち最も重い刑」（基準刑〔Einsatzstrafe〕）がその他の犯行を加味して加重される、ということである。もっとも、個別刑（Einzelstrafe）は単純に加算されてはならず（53、54 条）、いわゆる基準刑は、通常は、併合関係にある他の犯行により、それなりに加重されるにとどまる。この「併合の利益（Mengenrabatt）」の背景については議論がある[170]。困難で、あまり可視的とはいえない併合刑の形成は誤りやすく、強い批判にさらされている。しかし、現在のところ、合意可能な対案モデルは見られない。

Ⅶ. 少年刑法の制裁

1）概要

ドイツの少年刑法は、1923 年以降、少年裁判所法（JGG）で規律されている。長い間に、当然のことながら数回の改正がなされている。少年裁判所法は、〔犯行時の年齢が〕14 歳以上 18 歳未満の年齢層（少年〔Jugendliche〕）に適用され、また、一定の条件の下で 18 歳以上 21 歳未満の年齢層（青年〔Heranwachsende〕）にも適用される。一般刑法とは異なり、少年刑法は一定の局面でのみ責任応報の思想によっている。制裁を決定する目的は、「少年又は青年の新たな犯罪行為を防止すること」である。この目的を達成するために、法的効果〔制裁〕、そして手続もまた、「優先的に教育思想（Erziehungsgedanke）に沿うようにしなければならない」（少年裁判所法 2 条）。いわゆる教育思想への方向づけと共に、裁判の理由づけにおいて、繰り返し「少年の福祉（Wohl des Jugendlichen）」が強

170）*Streng*, Sanktionen, Rn. 670 参照。

調されている。これは、「少年司法運営に関する国連最低基準規則（Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit）」でも支配的な考え方である。もっとも、それに伴って刑法の強制的性格が覆い隠されてしまうことについては、不断の批判的な監視を要する[171]。

教育思想の実現は、可能な限り、特別な専門教育とその後の職業的専門化を必要とするため、区裁判所及び地方裁判所に特別の裁判体が少年裁判所（Jugendgericht）として設置される（少年裁判所法 33 条以下）。同様の専門化は、検察官にもみられる（36 条）。本来的には望ましい刑事学的及び教育学的な資質（37 条）は、残念なことではあるが、司法行政により、少年刑法における職務のための要件とはされていない。

2）補充性の原則（Subsidiaritätsprinzip）

少年の刑事手続では、起訴法定主義（Legalitätsprinzip）が、起訴便宜主義（Opportunitätsprinzip）により緩和されているだけではなく、より広範囲に、「補充性の原則（Subsidiaritätsprinzip）」により甚だしく制限されている。その意味するところは、少年裁判所法 45 条による検察官の非正式の手続では十分ではない場合にのみ訴追されるべきであること、また、裁判所の手続に至ったときは、裁判所における手続打切り（47 条）の枠内での非正式の反応では十分でない場合にのみ正式の制裁で応じるべきことである。45 条、47 条による非正式な反応手段の枠内でも、補充性の原則は、制裁をできるかぎり寛大なものとするという意味で妥当する。全体として、いわゆるダイバージョン――すなわち正式の判決ないし制裁の「迂回」――の枠組みにおいて、可能な限り迅速に、スティグマを与えずに反応するという考え方によるべきである[172]。

少年刑事裁判所法 45 条、47 条は、全く制裁を与えない手続打切りも可能にしているにもかかわらず、たびたび、そこで予定された、他ですでに教育がなされたこと、又は、教育的措置が開始されたことを理由に、検察官（45 条 2

171）*Streng*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 21, 247, 393 参照。

172）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 173 参照。

表５

（%）

年 処理の種別	1981	1985	1989	1991	1998	2004	2009
45 条 1 項及び 2 項による打切り〔検察官〕	12.2	22.9	29.5	37.3	46.6	53.4	50.1
45 条 3 項（旧 45 条 1 項）による打切り〔検察官。裁判官同意〕	9.5	6.2	6.0	6.1	4.0	4.0	2.1
47 条による打切り〔裁判官〕	20.9	20.6	19.5	17.5	15.6	11.8	13.7
有罪判決（又は 27 条による宣告猶予）	57.4	50.3	44.9	39.1	33.9	30.8	34.1
制裁の可能性がある全手続	100	100	100	100	100	100	100

項）又は裁判所（47 条 1 項 2 号、3 号）が手続を打ち切る可能性が利用されている。ここで考慮に入れるべき教育的措置として、法は、特に犯人と被害者の和解を挙げている。より高い教育の必要性がある場合、検察官は、――公訴提起をせずとも――教育的措置の決定のために担当裁判官を広い意味で介入させた上で、自ら手続を打ち切ることができる（45 条 3 項）。少年刑法の制裁実務がこの種のダイバージョンの措置をどの程度とってきたのかを、表 5 が示す[173]。

3）少年刑法の特別な制裁

a）総説

少年刑法の制裁を論じるにあたっては、一般刑法の一連の制裁もまた少年刑法において適用可能であることを予め確認しておかなければならない。このことは、刑法の「第 2 の軌道」上の、改善保安処分及びその他の制裁に妥当するが、教育上問題があると考えられるいくつかの制裁は除外される（少年裁判所法 2 条、6 条、7 条参照）。留保的保安監置及び事後的保安監置の適用は、少年裁判所法では、少年に対する場合と青年に対する場合とで分けて規定されている（少年裁判所法 7 条、106 条）。ただし、上述の刑法上のルールに近い形である。

173）詳細は、*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 176 ff.

少年刑法の領域において保安監置の量的意義はきわめて小さいことに鑑み、以下で詳しく取り上げることはしない。

刑法上の制裁に特に重要な意義が認められるのは、青年に対する有罪判決の場合である。というのは、18 歳以上 21 歳未満の者については、裁判官は、少年刑法の制裁と一般刑法の制裁のいずれかを選択するからである（少年裁判所法 105 条 1 項）。この判断にあたっては、犯人の成熟性（Reife）又は犯行の「少年的特性（Jugendtümlichkeit）」といった、あまり説得力のない基準が結論を左右するが、そのことが不統一な法適用を招いている[174]。

少年裁判所法は、3 種類の少年刑法上の特別な制裁群を定めている。すなわち、教育処分、懲戒処分及び少年刑である。

できる限り効果的で教育的な裁判所の判断の形成のために、様々な制裁をそれぞれの制裁群の中から、あるいは制裁群の間でも組み合わせることが可能である。許容されている結びつきに関して制限されているのは、自由を剝奪するいくつかの制裁の組み合わせである（少年裁判所法 8 条）。もっとも、法律により認められている「制裁の創造性」は、繰り返し、問題のある「制裁のチャンポン（Sanktionscocktails）」[175] を生じさせている。表 6 では、――2013 年の――制裁言渡しの数が、有罪判決の数よりも明らかに多いことが示されているが、これは、〔異なる制裁群である〕教育処分と懲戒処分の組合せや同じ制裁群内での組合せがありうるためである[176]。

一般刑法とは異なり、少年刑法には数罪に有罪判決を言い渡す場合の「併合刑（Gesamtstrafe）」の規定はない。むしろ法律は、いわゆる統一刑（Einheitsstrafe）を定めている（少年裁判所法 31 条）。その結果、責任応報の優先からは離れて、教育的あるいは予防的に制裁を形成するためのより大きな裁量を裁判所に認めている。もっとも、このようなやり方では、いくつかの年齢層（少年、青年、

174）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 72 ff. 参照。

175）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 259 ff. 参照。

176）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 93, 312 f. 参照。2009 年の数値につき、*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 300 参照。

表 6　少年刑法上の制裁（2013 年）

制裁の種類	処分件数	有罪判決件数（最も重い制裁別）	%
教育処分	**27,948**	9,421	11.5
・指示	27,735		
・教育のための援助	213		
懲戒処分	**85,547**	59,129	72.3
・戒告	23,343		
・負担	47,723		
・少年拘禁	14,481		
少年刑	**13,187**	13,187	16.1
〔合計〕	126,682	81,737	100

成人）による犯罪が重なった場合に、解釈論上大変な困難が生じる。これについては、ここでは詳しく説明することができない[177]。

b）教育処分（Erziehungsmaßregeln）

教育処分（少年裁判所法 9 条）には、（少年の生活態度への）指示（Weisungen）の賦課、教育扶助（Erziehungsbeistandschaft）、施設での教育援助（Heimerziehung）がある。この制裁群に共通しているのが、刑罰的要素を含んでいないということである。問題となるのは、少年の援助と特別予防的に重要な補助である。教育処分だけが制裁として用いられたのはただの 9,421 件であったのに対して、ほぼ 2 倍の高い頻度（18,028 件）で懲戒処分と組み合わせて使われ、また、438 件で少年刑と組み合わせて使われたのは、懲罰的要素を欠いている点に負うものであるように思われる[178]。

圧倒的に多いのは、2013 年に 27,000 件を超えて命じられた指示である（表 6 を参照）。法律は、指示を「少年の生活態度を規律し、それを通じて少年の教育を促進し保障する命令や禁止」と定義している（少年裁判所法 10 条 1 項）。

177）それについては、*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 284 ff.

178）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 93 参照。

例として列挙されているのは、滞在場所、職業教育の場や職場、労働の提供、援護者（Betreuungshelfer）に付すこと、社会訓練コースへの参加、犯人と被害者の和解、特定の人物や場所を避けること、交通安全講習への参加に関する指示である（少年裁判所法 10 条 1 項 2 文）。

これらの措置の世話及びまた監督のために特に重要なのが、地方の少年局（Jugendamt）が担う少年裁判所補助（Jugendgerichtshilfe）である（少年裁判所法 38 条）[179]。少年裁判所補助者（Jugendgerichtshelfer）は、社会教育学を修めた上で、この任務のために特別に専門教育を受けた者である。援助者であると同時に監督者でもあるという二重の役割は、少年裁判所補助者を役割の相克へと導く。これは既に保護観察官の仕事に関して言及されたのと同様である。

指示の強制執行は許容されていないし、また、一部は全く可能でもないだろう。しかし、指示に有責的に違反した場合には、いわゆる不服従拘禁（Ungehorsamsarrest）としての少年拘禁（Jugendarrest）が科されうる。このために、指示の言渡しを受けた者にはそれを履行するともかくも感じとれるプレッシャーが及ぼされる（少年裁判所法 11 条 3 項）[180]。

社会扶助法（Sozialhilferecht）への架橋は、裁判官が少年に「教育のための援助（Hilfe zur Erziehung）」を利用することを命じることにより、行われる（少年裁判所法 12 条）。教育扶助か、施設あるいはその他の援護的住居への滞在かが検討される。教育扶助は、当該少年及びその両親への教育学的な資質を備えた者による拘束力はない助言である。立法者によりここでなされた刑法と少年扶助法の混合は、実務においてもあまりうまくいっていないと認識されている。そのため、上記の表 6 に示されているように、この制裁手段はほぼ全く利用されていない。

c）懲戒処分（Zuchtmittel）

懲戒処分は、犯罪行為に「罰を与え（ahnden）」、そうして言い渡された者に

179）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 106 ff. 参照。

180）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 370 ff. 参照。

自らが犯した不法の責任を負わなければならないことを強く自覚させるものである（少年裁判所法 13 条 1 項）。それは、特に特別予防に方向づけられた実質的な刑罰である。しかし、懲戒処分は、形式的な意味では刑罰ではない（13 条 3 項）。懲戒処分としては、戒告、負担の賦課、少年拘禁（13 条 2 項）が規定されている。注目に値するのは、懲戒処分はかなり高い頻度で併用されていることである。例えば、2013 年には、有罪を言い渡された者で最も重い制裁として懲戒処分が課されたのは 59,129 名であった。しかし、懲戒処分の総数は 85,547 件に及ぶのである（表 6 を参照）。

aa）戒告（Verwarnung）

裁判官が与える戒告は、少年に犯罪行為の不法を強く叱責するものである（少年裁判所法 14 条）。しかし、戒告に有罪の言渡しの事実それ自体を超える教育的ないし予防的な効果があるということについては、十分な理由をもって疑われるのかもしれない。それにもかかわらず、2013 年には、ともかくも 23,000 件以上の戒告が言い渡されている（上記の表 6）。

bb）負担（Auflagen）

負担（少年裁判所法 15 条）は、犯行に見合った給付を義務づけることにより、行為者に対し、その犯した不法を明らかにするものである。おそらく通説的な見解は、負担の意義は、責任感への教育的な働きかけの中に、そして場合によっては特別予防的な威嚇の中に、本質的に尽くされていると見ている。しかし、一部の見解では、被害者、あるいは法共同体（Rechtsgemeinschaft）に対してもまた、犯された不法の償いをもたらすという機能も重視されている。その場合、法共同体への償いは、応報（Tatausgleich ないし Vergeltung）と何ら異ならないものを意味しうる[181]。

許容される負担の法律上のカタログは、損害回復、被害者への謝罪、労働の

181）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 401 参照。

提供、公益的施設への一定金額の支払を掲げている（15 条 1 項）。これは限定列挙である。なぜなら、刑罰的な性格を伴う措置は、罪刑法定主義にいう成文法主義（*nulla poena sine lege scripta*-Prinzip）の下に置かれるからである [182]。負担は、直接強制ができないため、ここでは再び不服従拘禁〔少年拘禁〕に重要な意味が認められる [183]。

負担は、2013 年には約 48,000 件命じられており（表 6 を参照）、最も高い頻度で用いられる少年刑法の制裁である。その中では労働負担が圧倒している [184]。

cc）少年拘禁（Jugendarrest）

最も厳しい懲戒処分としての少年拘禁は、最短 2 日間（＝休日〔週末〕1 回分）・最長 4 週間の自由剝奪を意味する。少年拘禁は、最長で休日〔週末〕2 回分の休日拘禁（Freizeitarrest）、最長で 4 日間の短期拘禁（Kurzarrest）、最短 1 週間・最長 4 週間の継続拘禁（Dauerarrest）に分かれる（少年裁判所法 16 条）。

罰を与える性格を伴う自由剝奪として、拘禁は、刑の直接的効果を与えなければならないが、スティグマ付与の波及的効果を伴うべきではない。伝統的に追求されているのは、「ショート・シャープ・ショック」すなわち「短く厳しい、名誉感情に働きかけて将来の〔犯罪予防の〕ために強く訴える介入」という理念である [185]。それゆえ少年拘禁の執行猶予は不可能である（少年裁判所法 87 条 1 項）。規則に沿った短い拘束期間ゆえに困難ではあるのだけれども、拘禁期間をただ「座して過ごす」ことから建設的で教育的なアプローチへの移行が、ますます試みられるようになっている [186]。

少年拘禁の 1 つの重要な任務は、以前より、間隙を埋めることにある。なぜなら、自由剝奪を伴う最も重い制裁である少年刑は、最短期間 6 月とされてい

182）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 402 ff. 参照。

183）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 407 参照。

184）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 313 参照（全ての負担の 69 %）。

185）BGHSt 18, 207 ff., 209.

186）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 417 ff. 参照。

るからである。このため、そのような重い制裁は正当化されない犯行であっても自由剝奪を命じうるよう、少年拘禁は不可欠なものと思われる。そこで、少年刑法の教育思想には本来的にはあまりそぐわないこの制裁が、2013 年には 15,000 件近く命じられ（表 6 を参照）、実に頻繁に用いられていることには、ほとんど驚きはしない。

さらにかねてから争いなく意義を有しているのは、「不服従拘禁」としての、つまり、指示（少年裁判所法 11 条）や負担（15 条）の履行を強制するための少年拘禁である。

比較的最近の立法による疑わしい所産は、いわゆる警告射撃拘禁（Warnschussarrest）の導入である。それは、少年刑の執行猶予（21 条）や宣告猶予（27 条）と同時に、「導入拘禁（Einstiegsarrest）」として言い渡しうる。対象者に、拘禁による一時的な自由剝奪を通じて、猶予中に非行（Bewährungsversagen）に及べば正真正銘の辛い自由剝奪がなされることを明確に理解させるためである（8 条 2 項 2 文と 16 条 a とを併せて読む）。もっとも、問題といえるほど高い再犯率を示す少年拘禁がこの任務を効果的に果たせているかは疑われなければならない[187]。

d）少年刑（Jugendstrafe）

aa）概要

少年刑は真正の刑罰であり、それゆえ一般刑法の自由刑と同列に扱うべきである。ただし、少年刑には 2 つのヴァリエーション、つまり責任に基づくものと予防の必要性に基づくものがある（少年裁判所法 17 条 1 項）。いわゆる教育刑（Erziehungsstrafe）は、特別予防的な任務のためにより介入度の低い制裁では十分ではないと思われる場合に、「有害な性向（schädlicher Neigungen）」すなわち甚だしい再犯のおそれを理由として科される。これに対して、いわゆる責任刑（Schuldstrafe）は、まさに成人刑法の意味における「責任の重さを理由と

187）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 421 f. 参照。目下のところまだ利用は珍しく、2013 年に 255 件である。Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 313 参照。

して」科される。

少年刑の量定のために規定されているのは、構成要件ごとの法定刑ではなく、6月から5年までの統一的な刑罰〔の枠〕である。この原則的な刑の枠は、刑事施設における成果を期待させる教育的な働きかけの上限は4年、あるいは最も長くても5年までである、という考慮に基づく。それゆえ、法定刑が重い〔長期10年を超える〕重罪（Verbrechen）の場合に刑の上限が10年まで引き上げられるのは（少年裁判所法18条1項）、専ら責任が志向されたものである。青年層に対しては、上限ははじめから10年である。ごく最近、謀殺事例については、少年刑の上限が15年となった（105条3項）。このような、個別の構成要件から離れた刑罰という準則は、基本的に、少年の教育の必要性を志向する量刑という理念によるものである（少年裁判所法18条2項を参照）。しかし、責任のきわめて重大な事例において教育思想にのみ意を払うことは現実的ではなく、このことが、（表向きは）完全に教育志向の判決をするという連邦通常裁判所の判例に、重大な問題を突きつけた。例えば、連邦通常裁判所は、非常に重い刑を、贖罪思想（Sühnegedanke）により基礎づけた。責任相当な国家的反作用と、刑の苦痛を受けることにより重大な責任を克服するという行為者の（誤解された）利益とを整合させるためである。しかし、連邦通常裁判所もまた、非常に重い刑を「少年の福祉」の理念により理由づけようとすることからますます離れるようになっている[188]。

bb）執行猶予と行刑

2年以下の自由刑については、再犯をしないであろうという予測が良好な場合に執行猶予が可能である（少年裁判所法21条）。真に執行猶予の要件を満たすかがはっきりしない場合、裁判官は、いわゆる試験期間（Vorbewährung）を設定し、さしあたり最長6か月間、執行猶予の判断を留保することができる

188）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 435 ff. 参照。比較的近時の判例として、BGH, StV 1981, 26 f.; BGH, StV 1994, 598, 599; BGH, NStZ 1996, 496; BGH, NStZ-RR 1997, 21 f.; BGH, NStZ 2007, 522 f. 参照。

（57 条、61 条以下）。執行猶予を認めた場合は、裁判官は、猶予期間を最短 2 年から最長 3 年の間で決定する（22 条）。一般刑法におけるのと類似して、裁判所は、指示（Weisungen）により、有罪判決を受ける者の生活態度に働きかけるべきであり、また、負担（Auflagen）を与えることができる（23 条）。成人刑法の場合とは異なり、有罪判決を受けた者を常に保護観察官がサポートする（24 条）。有罪判決を受けた者の過ち（Fehlverhalten）による執行猶予の取消しに関しては、一般刑法の準則と全く同じ基準により判断される（26 条）。猶予が取り消されなかった場合、裁判官は、執行猶予期間の満了後に少年刑を免除する（26 条 a）。

2013 年には、13,187 名に対して少年刑が言い渡され、うち 11,276 名は執行猶予が可能な 2 年までの範囲内にあった。このうち実際に執行が猶予されたのは、70.9％である [189]。

少年刑の実刑は、特別の少年刑務所（Jugendstrafvollzugsanstalt）において執行される。ただ、――数少ない――女子の入所者は、一般の女子刑務所（Frauenvollzug）の特別な区画に収容される。少年刑の行刑は、――少なくともプログラム上は――強く教育思想に向けられている [190]。このような方向づけは、少年刑の実刑について、すでに 3 分の 1（かつ最短 6 月）を経過した後に仮釈放〔「残刑猶予」〕できるとする規定の背景をもなしている（少年裁判所法 88 条 2 項）。もっとも、実務では、そのような早い段階での仮釈放はきわめて稀である。むしろ一般刑法の 3 分の 2 という基準によっている。仮釈放期間中の処遇内容に関する裁判官の判断については、前述した判決段階の執行猶予に関する規定が準用される（88 条 6 項）[191]。

cc）いわゆる有罪宣告手続（Schuldspruchverfahren）

一般刑法には見られない制裁が、「少年刑の宣告猶予」である（27 条以下）。

189）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 284 f. 参照。さらに、*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 300.

190）例えば、バイエルン州行刑法（BayStVollzG）121 条 2 文、123 条 2 項。

191）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 532 ff. 参照。

ここでは、少年刑を科すことを必要とする程度に有害な性向があるかどうかが不確かである場合、ただ被告人の有罪だけが確認される。その他に、猶予期間や猶予に付随する指示あるいは負担について判断される。保護観察の付与は、――少なくとも猶予期間の一部について――常になされる。猶予期間が成功裏に経過したときは、有罪の言渡しは抹消される。そうでない場合は、裁判官は、判決の時点において、つまり、現在になって明らかになった有害な性向を当時確実に認識していたならば、科したであろう少年刑を科す[192]。――このいわゆる有罪宣告手続は、統計的には有罪判決（Verurteilung）として数えられないのであるが、2013 年には 2,185 件と、どちらかといえば抑制的に利用されている[193]。

4）少年刑法の制裁後の再犯

少年刑法の非正式及び正式の制裁の効果を比較するためにここで参照される再犯研究は、ドイツ連邦共和国において有罪判決を受けた全ての者に関するデータに基づいている（表 7 参照）[194]。1994 年を基準時とするデータは、判決確定又は自由剝奪からの釈放から 4 年間の追跡調査を、2004 年を基準時とするデータは、3 年間だけの追跡調査を、それぞれ基礎とする。それゆえ、1994 年のものの再犯率の方が必然的に高くなっている。連邦中央前科登録簿への新規登録はすべて再犯として計上されている。

データは、非正式制裁付のものを含むダイバージョンの再犯率が最も低いことを示す。教育的に方向づけられた正式処分の再犯率は、より高い。そして、少年拘禁は、少年刑の執行猶予と比べた場合でさえも悪い数字となっている。少年刑を執行された後の再犯の頻度はさらに少し高い。少年刑の実刑の中でも、

192）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 545 ff. 参照。

193）Rechtspflege: Strafverfolgung 2013, S. 59 参照。さらに、*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 553.

194）*Jehle/Heinz/Sutterer*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik, 2003; *Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke/Tetal*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007, 2010.

表７　３年再犯率（2004 年）と４年再犯率（1994 年）

	３年再犯率（2004 年）	４年再犯率（1994 年）
少年刑の実刑	68.6％	77.8％
・仮釈放なし（満期釈放者）	72.3	78.3
・仮釈放者	65.4	77.6
少年刑の執行猶予	62.1	59.6
少年拘禁	64.1	70.0
少年係裁判官の処分（少９、13、27 条）	50.8	55.2
ダイバージョン（少 45、47 条）	36.0	40.1

満期釈放はいくらか悪い結果を示している。この調査結果を単純に効果を測定したものとして解釈できないのはもちろんである。比較的重い制裁というのは、当然、相対的に高い刑事学的な負因〔前科・前歴〕あるいはその他の認識可能な高い再犯の危険を示す行為者に命じられる。そうして、この集団において最も多くの再犯もまた生じるのである[195]。

それにもかかわらず看過できないのは、特に少年拘禁及び少年刑の実刑は、教育あるいは改善更生（Resozialisierung）のポテンシャルをほとんど認識させないことである。2002 年の「ドイツ法曹大会（Deutscher Juristentag）」は、教育目的のために科される少年刑の代わりに、より明確に教育的な構造を持ち、すぐに逃走する危険のある者又は再犯の危険のある者だけを閉鎖的施設に収容する新たな制度を創出することを要請した。しかし、残念なことに、この要請は立法者によって取り上げられていない。ともかくも現在、バーデン - ヴュルテンベルク州には「チャンス（Chance）」プロジェクトによる通常の少年刑の執行に関する対案モデルがあり、それは正しい方向を指し示している[196]。

195）*Streng*, Sanktionen, Rn. 326 ff. 参照。

196）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 431 参照。

Ⅷ. 精神諸科学（Psychowissenschaften）との協働

1）総説

あらゆる可罰性の前提である責任能力を認定するためだけでなく、責任能力の低下を量刑において考慮するため、さらには被告人の危険性を予測評価するためにも、裁判所の精神諸科学との協働が非常に重要である。

ドイツでは、責任能力及び危険性予測の鑑定について、とりわけ精神科医が意見を求められる。これは一方では伝統に基づくものだが、他方で被告人を精神病院に収容することが可能な場合には、鑑定人の鑑定意見（Sachverständigengutachten）が必要であり（刑訴法 246 条 a）、これは精神科医に行わせるのが自然であることにもよっている[197]。他に、臨床又は刑事学に重点を置く心理学者も、司法精神医学者（forensischer Psychiater）に負けず劣らず、鑑定人として適している。意見を求められることになる医師の鑑定人も、刑事司法に関する専門性をも有していなければならないことは自明であろう。

これまでの経験によれば、検察官及び裁判所には専門知識が著しく欠如している。精神諸科学者の意見を専門的知識をもって受けとめるための職業教育（Ausbilding）又は継続教育（Fortbilding）は、刑事司法における職務の上で残念ながら前提とされていない。従って、再三、鑑定の質に疑いがあるものまで裁判所側で信用できるものとして受け入れられ、そうして誤判（Fehlurteil）がなされるという事態が生じている。法律家が専門知識に欠けるために鑑定人に依存するということは、法律上の任務の分配、すなわち、鑑定人は単なる「裁判官の補助者（Gehilfe des Richters）」であり、その決定につき裁判所のみが責を負わなければならないということと矛盾する[198]。

197）*Streng*, Sanktionen, Rn. 939 f. 参照。

198）BGHSt 7, 238 ff., 239 f. 参照。詳細は、*Streng*, Sanktionen, Rn. 957 ff.

2）責任能力（Schuldfähigkeit）の判断

ドイツ刑法において、子供（Kinder）すなわち 14 歳に満たない者は反証の余地なく責任無能力である（刑法 19 条）。満 14 歳以上 18 歳未満の者については、裁判官は、刑法上の答責性（Verantwortlichkeit）があることを積極的に理由づけなければならない（少年裁判所法 3 条）。犯罪行為をした満 18 歳以上の者は、基本的に、特別な要素から限定責任能力（21 条）又は責任無能力（20 条）の可能性があると考えられない限り、責任能力の下で行為をしたものとして扱われる 。限定責任能力、責任無能力の可能性がある場合、事実の解明について、補助者として鑑定人の意見が求められなければならない。

責任能力の低下を理由づけることについては、〔刑法 20 条の〕重要な 4 つの障害像、いわゆる入口要素がある。病的な精神障害（krankhafte seelische Störung）、根深い意識障害（tiefgreifende Bewusstseinsstörung）、精神薄弱（Schwachsinn）及びその他の精神的偏倚（andere seelische Abartigkeit）である。最初の 3 つはどれも――生物学的意味での――精神病として基礎づけられうる。もっとも、判例は、「正常心理学的に（normalpsychologisch）」把握できる状態としての重度の情動（schwerer Affekt）の事案において、根深い意識障害を理由とした免責の余地を排除していない[199]。また、立法者は刑法大改正において「その他の重い精神的偏倚」という入口要素を設けることで、本来追い求めていた精神病上の生物学的アプローチからさらに離れた。この基準によって、新たな精神障害診断体系（ICD-10、DSM-5）において捉えられているような類の人格障害（Persönlichkeitsstörungen）まで、関連性ある入口要素としての障害と認められることになる。

ただし、判例は、責任能力の低下の根拠づけについて、古典的な精神病学説のいう意味での精神病の場合は比較的寛大であるが、単なる人格障害の場合には非常に慎重であるということはなお確認できる。病的でない知的障害ないし精神障害の場合も、疾病基準（Krankheitskriterium）が利用される。すなわち、

199）*Streng*, Sanktionen, Rn. 892 参照。

責任能力にとって重要だと認められるための基準として障害が「疾病に値すること」が求められるのである[200]。

上述の責任能力判断に関する第1（生物学的・心理学的）段階の次に、不法の弁識能力（Unrechtseinsicht）及び制御能力（Steuerungsfähigkeit）を内容とする、第2の（心理学的・規範的）段階がある 。障害によって不法の弁識能力に欠ける者は責任無能力者である。しかし、行為者が事前の行動により自らの落ち度でこの禁止の錯誤（Verbotsirrtum）に陥った場合は別論である。落ち度がある場合、責任無能力は排除されるが、限定責任能力による減軽がありうる（刑法21条）[201]。これは刑法17条において落ち度のある禁止の錯誤の場合には免責されないとされているところとパラレルである。

責任能力に関する心理学的・規範的段階の2つ目の要素は、存在する不法の弁識に従って行動する能力、すなわちいわゆる制御能力である。結局のところ行為者が行為時に自由に他の行為、つまり適法な行為をもなしえたかどうかが重要である[202]。ここでは刑法上の責任の本質、すなわち意思の自由（Willensfreiheit）について根本的に問われることになる。この問題は、結局のところ未解決とされざるをえず、いずれにせよ裁判上の鑑定の枠内では本来的な自由は認定できないので、プラグマティックな解決を模索することになる。「類比的手法（analogisches Verfahren）」、すなわち行為者の状況における「同等の（maßgerecht）人間」との比較による判断に甘んじられる。学説の一部は、より強く個人に照準を合わせて、しかし上記見解と同じく本来的な意思の自由との関わりを避けながら、行為者が「規範により動機づけられえたか」、つまり、社会的な要求の意味で制御可能であったかを問う。そこで真の意思自由は問題とされていないとはいえ、そうした行き方にともかくも賛成する理由となるのは、そのようにして得られる結論は、精神的に害されていない市民に広く共有された自由の意識と合致しており、それゆえ、一般人の法意識の強化に寄与す

200）*Streng*, Sanktionen, Rn. 899 f. 参照。

201）*Streng*, Sanktionen, Rn. 859 参照。

202）BGHSt 2, 194 ff., 200 参照。

るということである[203]。

刑法 20 条の入口要素の 1 つが存在するが、責任無能力だといえるほどの制御能力の低下が認められない場合には、ともかくも 21 条の規定に該当し、限定責任能力が認められうる。この「類型化された」刑の減軽事由にあたると、少なくとも原則的に、実現された犯罪の法定刑が 49 条により減軽される。他方でしかし、限定責任能力が認定されると、責任無能力の場合と全く同じように、予測判断から重大な違法行為が将来行われることが予期されうる場合には、精神病院収容（63 条）が可能となる。63 条の無期限の収容のおそれに鑑み、限定責任能力による刑の減軽という特権（Privileg）は、刑事弁護人側からは、「瑕疵ある特権（*privilegium vitiosum*）」とみられることが稀ではない。

責任無能力（20 条）は全ての終局判決（Aburteilugen）のわずかに 0.1% 弱でしか認定されない。責任無能力が認められる割合が明らかにより高いのはとりわけ謀殺及び故殺の場合であり、全終局判決の 10% をわずかに上回る。限定責任能力（21 条）は〔責任無能力に比して〕明らかにより頻繁に認められ、全ての有罪判決の約 2.5% である。謀殺と故殺については、一時は全有罪判決の 50% をわずかに下回る程度になり、現在でも少なくとも約 4 分の 1 に及ぶ[204]。裁判所が限定責任能力をなかなか肯定しないようになってきていることの主たる原因は、判例が、犯人自身に落ち度がある酩酊を責任減軽事由として認定することについてますます慎重になっていることであろう[205]。

3）再犯に及ばないことの予測（Legalbewährungsprognose）

刑法典から直接に、少年裁判所法からはさらに多く読みとれるのは、判決の言渡しを受ける者の将来の行動の予測に、制裁の選択及びその量定に際しての大きな意義が認められていることである。例えば、刑法 46 条 1 項 2 文は、裁

203）*Streng*, Sanktionen, Rn. 861 ff. 参照。

204）*Streng*, Sanktionen, Rn. 969 参照。

205）それについて、*Streng*, Punitivität und Dekulpation, in: Yundina u.a.（Hrsg.）, Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft, 2012, S. 301 ff.

判官に、量刑の際に、言渡しを受ける者に期待される効果を常に考慮することを義務づける。すなわち、予防上効果的で、同時にその生活をできる限り阻害しない制裁を科さなければならない。少年刑法において全く中心的な教育目的の指示（少年裁判所法2条2文）が意味するのは、選択できる制裁に関する、援助と改善更生に向けられた効果予測の比較が、制裁決定のための優先的基準であるということである。際立った例として、両法典から、実務的に非常に重要な刑の執行猶予が挙げられる。いずれにおいても、執行猶予の要件は、犯人が「行刑の作用がなくとも」犯罪行為をしない生活を送るであろうという期待である（刑法56条、少年裁判所法21条）。再犯をしないことの予測は、改善保安処分の命令又は終了に関する決定に際してさらに重要な意味が認められるということは、処分にとってそれ自体重要な危険基準の観点から、おのずから明らかである。

予測評価は、大半の事例において裁判官により「直観的な（intuitiv）予測」の方法で行われる。ここでは、多かれ少なかれ個人差がある人間を理解する能力（Menschenkenntnis）及び刑事学的知見のその都度の程度が支配する。少年刑法においてだけは、少年裁判所補助者（Jugendgerichtshelfer）による助言に、裁判官の判断にとって一定の意義が認められる[206]。実務において支配的である直観的方法に、従って、高度な期待をすることはできない[207]。

それゆえ、再犯調査を基礎に、法曹実務家が予測の補助として利用できる統計的手段を創り出す努力が行われてきた。大抵は単純加点方式（Schlechtpunktverfahren）に基づく、いわゆる予測表が作られた。すなわち、統計的・一般的に実証されており、具体的事案で存在する負因であればどれも1点として計算される。点数の合計が多いほど、再犯の危険が高いと評価される。もっとも、この予測表は、他の経験的な資料に基づいて再チェックを行うと、不十分にしか成功していないことが判明した。問題は、例えば、基礎をなしている経験的資料がすぐに古くなってしまうことであり、また、資料が、財産犯

206）*Streng*, Jugendstrafrecht, Rn. 310 参照。

207）*Streng*, Sanktionen, Rn. 781 ff. 参照。

及び比較的軽い暴力犯罪の領域における大量に生起する犯罪（Massenkriminalität）により特徴づけられているという意味で偏っていることである。さらに、単純加点方式は、予測に不利に働く特殊な事例状況の影響を捕捉しない[208]。

ドイツにおいて、刑事学者ハンス・ゲッピンガー（Hans Göppinger）により発展させられた「理念型的比較による個別事例分析の手法（Methode der idealtypisch vergleichenden Einzelfallanalyse）」は、実務家の間で、ともかくも一定の反響を呼んだ。そこでは、諸種の事例状況の、横断的分析、縦断的分析、犯罪関連性が考慮される。そのデメリットは、この手法の利用のための訓練は実に大変であること、そして、適用可能性がよくある大量犯罪だけに限定されていることである。結局、この手法に慣れ親しんでいる裁判実務家はわずかである[209]。

精神科医又は心理学者である鑑定人を用いる意味でのいわゆる臨床的（klinisch）予測は、自由を剝奪する処分における収容（刑訴法 246 条 a）について、そして、比較的長い刑の執行又は重大犯罪を理由とする処分の実施の後の仮釈放（刑訴法 454 条 2 項、463 条 2 項、3 項）についても、定められている。本来的に期待されなければならない、専門的な鑑定書作成のため、ここでは、とりわけ国際的に認められている「保険統計的（aktuarischen）」予測方法が利用される[210]。例えば、暴力リスク評価ガイド（Violence Risk Appraisal Guide: VRAG）が挙げられる[211]。そこには、再犯研究に基づく予測表が重要であり、前歴や前科と並んで、専門的な人格診断が含まれる。しかし、臨床的手法にとってもなお残る問題は、予測の正確性は限定されていることである。予測でカバーされるべき期間が長いほど、ますます、計算に入れられるべき不正確性も増大する[212]。

208）*Streng*, Sanktionen, Rn. 785 ff. 参照。

209）*Streng*, Sanktionen, Rn. 799 ff. 参照。

210）*Nedopil*, Prognosen in der Forensischen Psychiatrie―Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2006, S. 99 ff. 参照。

211）*Streng*, Sanktionen, Rn. 794 参照。

212）*Streng*, Sanktionen, Rn. 803 ff. 参照。

この常に生じてくる問題に鑑み、この種の欠陥の扱いに関して、法律的な解明の必要性が生じる。特に、予測があまりはっきりしない中間領域の結論がもたらされた場合にそうである。基本的な出発点は、被告人を優遇する判断を行うためには、法律上前提とされる予測上の期待が満たされなければならないということである。つまり、疑わしきは被告人の利益にの原則（*in dubio pro reo*）はここでは妥当しない。そこにおいては、当然、絶対的な安全性は非現実的であろうが、身体や生命に対する重大な犯行のおそれがある場合には厳しい基準が適用される。他方で、通説は、予測の基礎に置かれるべき事実には利益原則を適用しようとする。しかし、それにより、法律に書かれた期待の水準が潜脱されてしまう。通説が説得的でないゆえんである[213)]。

特別な問題点は、無期限の保安処分の収容が行われている場合の釈放判断について生じる。確実に収容されている者は、自らに危険性がないことを証明することがほとんどできないから、ここでは、あまりにも長い自由の剝奪の危険が存在する。これは、特に、法律が釈放の基準を非常に厳しく定めて非常に良好な予測を要求する場合に、妥当する。例えば、刑法 67 条 d 第 2 項は「被収容者が処分の執行施設外でもはや違法な行為に及ばないであろうことが期待できる」ことを要求しているのである。それゆえ、被収容者の法的地位の保護という意味で、立法論的に、次のことに賛成する多くの理由がある。すなわち、釈放判断に際し、収容の継続のためには、原則的に、法律が〔最初に〕収容を命じるために要求しているのと同等の不良な予測ないし危険性診断を要求するのである。いずれにせよ、疑う余地なく存在する事態の展開が、当初の命令の時点で処分による収容の根拠となっていた状況がもはや存在せず、それゆえに、過去の判決の確定効の基礎が失われたことを示している場合は、そうしたことが言えるというべきであろう[214)]。

213）*Streng*, Sanktionen, Rn. 825, 828 参照。

214）*Streng*, Sanktionen, Rn. 831 参照。

【監訳者あとがき】

本稿は、文部科学省「スーパーグローバル大学創成支援」事業の一環として、慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）の特別招聘教授（国際）に任用されて来日したフランツ・シュトレング（Franz Streng）教授が、2015 年 3 月 4 日、5 日、9 日及び 10 日に行った連続講演（助教・大学院生向けセミナー）（原題：Die strafrechtlichen Sanktionen in Deutschland―Ein Überblick unter Berücksichtigung empirischer Aspekte）の原稿を翻訳したものである。

翻訳に際しては、原文の意味を損なわないまま、日本の法律家が理解しやすい文章とすることを重視し、逐語訳ないし原文の文法構造に忠実な訳には必ずしもこだわらない方針をとった。訳文において傍点が付された箇所は、原文において強調の趣旨で斜字体とされている部分である。訳文における〔 〕内の記述は、訳者の判断で原文を補ったものである。助教及び大学院生が翻訳を担当した部分については、監訳者が主として訳語・表現の統一の観点から手を加え、翻訳担当者との協議を経て、訳文を完成させた。ドイツ刑法及び少年裁判所法の条文の翻訳については、法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料 461 号（2007 年）、九州少年法研究会「ドイツ少年裁判所法及び同法基準」法政研究（九州大学）64 巻 1 号（1997 年）177 頁以下及び武内謙治「ドイツ少年裁判所法翻訳補遺―2008 年 12 月 17 日の法律による改正分まで―」法政研究（九州大学）76 巻 1 ＝ 2 号（2009 年）188 頁以下を主に参考にしたが、異なる訳語を用いた箇所もある。

講演者の略歴は、以下のとおりである。シュトレング教授は、1947 年生まれであり、ヴュルツブルク大学、ベルリン自由大学及びハイデルベルク大学で法律学を学び、1974 年、同大学のハインツ・レフェレンツ教授の下、博士学位を得た。1975 年に法曹資格を取得した後、1983 年には『量刑と相対的正義（Strafzumessung und relative Gerechtigkeit）』により、刑事学及び少年刑法の分野で教授資格を得た（1984 年に公刊。なお、教授資格は、1986 年に刑法に拡大されている）。その後、ハイデルベルク大学、コンスタンツ大学教授を経て、1991 年より 2013 年まで、エアランゲン＝ニュルンベルク大学教授として刑法及び刑

事学を担当し、2014 年からは、同大学名誉教授及び刑事学・制裁法研究所所長の地位にある。2010 年にはアテネ大学から名誉博士号を贈られている。20 年以上にわたり、ドイツ少年裁判所・少年裁判所補助協会（DVJJ）における要職を歴任している。

シュトレング教授は、刑事法全般について著作があるが、特に刑事制裁論、量刑論、責任論、少年刑法を重点的に研究している。本稿のテーマに関して、『刑事制裁論―量刑とその基礎―（Strafrechtliche Sanktionen―Die Strafzumessung und ihre Grundlagen）』（第 3 版、2012 年）、『少年刑法（Jugendstrafrecht）』（第 3 版、2012 年）、『犯罪観と厳罰主義の変遷（Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel）』（2014 年）などの単行書を著しているほか、ドイツの代表的な大型注釈書である『ミュンヘナーコンメンタール（Münchener Kommentar）刑法』（第 2 版、2011 年）における責任能力規定（19 条、20 条、21 条）の注釈及び『ノモスコンメンタール（NomosKommentar）刑法』（第 4 版、2013 年）における量刑規定（46 条、46 条 a、46 条 b、47 条）の注釈を執筆している。来日講演の翻訳として、「ドイツにおける量刑」（井田良＝小池信太郎訳）慶應法学 8 号（2007 年）123 頁以下、「量刑の経験的基礎」（高山佳奈子訳）フリッシュほか編『量刑法の基本問題』（2011 年）45 頁以下、「死刑制度―ドイツの視点からの考察―」（小名木明宏訳）井田良＝太田達也編『いま死刑制度を考える』（2014 年）87 頁以下（初出・北大法学論集 63 巻 6 号〔2013 年〕321 頁以下）がある。