

| | |
|------|--|
| タイトル | 「閉じこめろ、それも永久にだ」ドイツ刑法は保安刑法への途上にあるのか：変遷期にある法効果体系、制裁実務及び刑事政策討議(上) |
| 著者 | ハインツ, ヴォルフガング; 吉田, 敏雄 [訳] |
| 引用 | 北海学園大学法学研究, 45(4): 745-761 |
| 発行日 | 2010-03-31 |

資料

「閉じ込めろ、それも永久にだ」¹

ドイツ刑法は保安刑法への途上にあるのか—— 変遷期にある法効果体系、制裁実務及び刑事政策討議（上）

ヴォルフガング・ハイント
吉田敏雄（訳）

一 一九六二年のことだったが、被祝賀者であり友人でもあるシュトレイツが一次司法試験を終えたちょうどそのとき、大刑法委員会が起草し、連邦司法省が手を入れた「刑法草案」つまり一九六二年草案が公表された。一九六六年は、被祝賀者が二次司法試験を受けたときだが、「代案教授陣」が対抗草案、つまり、代案を発表した年であった。そして一九七〇年は被祝賀者が教授資格請求論文を仕上げた年だが、一九六九

年の第一、第二次刑法改正法で法効果体系の改革が実現していたのであって、一九〇九年の第一次草案から六〇年もかかってようやく目的が達成されたのだった。この改革は制裁実務に持続的影響を与えることと成った。被祝賀者の人生の節目という点から見ると、一九六二年と一九七〇年の間に自由刑の実刑判決の割合が一九・四％から七・五％に減少した、つまり、一九六二年当時の実刑の三分の二が外来制裁によっ

料
て置き換えられたのだった。

もちろん、この改正によって法治国、社会国刑法の支柱として、二つの基本原則——刑法は市民の自由のマグナ・カルタである、刑法は社会政策の最後の手段である——が確立されたと思つた者はその後失望させられたのである。むしろ、

「刑法の歴史は決して終わることのない改正の歴史」であることが分かつたのである。無論、過去一〇年の改正がたどつた道は多くの者には「間違つた道」に思える。批判的な者の診断では、自由な法治国から「社会・権威的法治国」、「予防国」、「保護国」あるいは「保安国」への過渡期にある。批判的な者は、刑法を「危険防御法」、「予防刑法」、「危険刑法または保安刑法」ないし「高度に柔軟な保安法」あるいは「敵性刑法の部分」を有する「刑法」への過渡期を見ているし、刑事政策が「大衆迎合的安全妄想」へと一変し、その果てに刑法は危険防御法にしかすぎなくなり、「暴力を振るう家庭内暴君は……自分を発生源とする永続的危険の故に二つの鑑定に基づき無期限に監置」(されうる)ことになるのを恐れている。なるほど、刑法は新しいそしてかなり重い犯罪形態の挑発に対応しなければならぬ。かつて、フランツ・リストは三度窃盗の廉で有罪判決を下された者は「改善不能な常習犯」と見

ていたし、「職業犯罪者」の典型の一つとして専門職的すりか議論されたこともあつたが、そういう時代は過ぎ去つた。しかし、こういつたことだけでは、立法がその間にたどつた道を説明することはできない。

上述の批判的な者は法効果体系の外の展開に立論の根拠をおいている。その見出し語を挙げると、とりわけ、「厳密さを欠いた刑法」、「新犯罪化」、「前域犯罪化」、事実証明の容易化(「抽象的危険犯」、正式手続と真実発見を犠牲にした刑事手続の短縮化(「取引」、「取り決め」あるいは最近ではもっと些細なことのように見せかける「折り合い」、起訴法定主義の弱体化の進行がある。しかし、法効果体系内でも批判に値する傾向が見られる。例えば、完結的に規定された加重構成要件に代わつて通例を規定することが増加していること、裁判官の裁量による量刑の余地がますます増加していること、立法、制裁実務、刑事政策の討議において懲罰性が増大していること、特に、危険だと評価された行為者に対する犯罪法上の限界が打ち破られていることが指摘できる。個人に対する、そして、集団に対しても予防、排除、没収、資格剥奪、制裁の措置がますます拡充されることによって、法効果は程度に応じて厳しくなり、種類も増える。非刑罰化及びディヴェ

ルジオンの余地は刑法の過剰負担と経済上の命令との関連でしか残らない。」（少なくとも）ここ一〇年の刑事立法において「一九六〇年代の再統合、再社会化の刑事政策との完全な断絶」あるいは「刑事政策の範型変遷」を見るところまでは行かないとしても、再社会化・処遇観点に比して安全・保安思想の価値が高まったことは否定しようもない。

こういった、さらにはその他の批判に値する点を本論文で網羅的に取り上げるべきではないし、取り上げることもできない。むしろ、視線を断片に向ける（そして特に限定する）べきである、つまり、法効果体系の変遷、制裁実務及び刑事政策の討議自体に目を向けたい。その場合ですら省略と簡略化が必要である。刑罰目的議論も刑執行、行刑も扱うことはできないし、いわんや少年刑法を扱うことはできない。制法改正の道しか説明できないのであり、一九七〇年代、一九八〇年代に現れた代替モデルには触れることなく終わらざるを得ない。勿論、このように限定するからこそ、重要な刑事政策の展開過程、実務における及び実務によるその実現、並びに、現在の収支決算の一面性、誇張、性急な一般化をより良く認識できるのである。

二 刑法の法効果に関する発展と傾向についてはこれまで頻繁に説明されてきている²⁶。それ故、本論文ではその詳細を省いてもよからう²⁷。一般刑法の法効果体系の大まかな傾向としては次のように纏めることができよう。

1 応報刑法から再社会化思想に拘束された刑法への移行

一八七一年の刑法により、一八世紀中葉と一九世紀の間が生じた身体刑から自由刑への移行が完結した。刑罰理論の面では、刑法は応報理論に基づいていた。特別予防の観点を刑法はまだ知らなかったのである。刑法は刑の猶予も処分も知らなかったし、行刑では社会化を可能にする処遇も行われていなかった。なるほど、改革の必要のあることは「マールブルク綱領」（一八八二年²⁸）のときから明らかになっていった。しかし、一九〇九年から順次公表された新しい刑法の諸草案は結局草案にとどまった²⁹。それでも、「近代学派」のおかげで部分的成果が罰金刑法（一九二二年ないし一九二四年）、特別予防指向の少年裁判所法（一九二三年）並びに一九三四年に導入された刑罰と処分の「二軌道」の面に見られた。

第二次世界戦争後は、死刑の廃止（一九四九年）、保護観察のための刑の猶予と残刑の猶予の導入（一九五三年）及び年長少年の新しい一九五三年少年裁判所法への部分的組み込みといった非常に重要な制裁法改革が行われた。一九六九年の刑法改正³⁰が、これは一九六二年草案と刑法代案の妥協の産物なのだが、今日まで通用する法効果体系の基本構造を定めたのである。制裁体系は、「将来の犯罪を防止する、とりわけ犯罪者の再社会化によってそうするという目的を有する刑事政策の有能な道具として」（構築）されるべきものだったのである。したがって、刑法の法効果体系の内容はかつてないほどの変更を受けた。「制裁体系の新規定には、現行法が自由刑から最も頻用される刑罰の種類としての罰金刑への移行がみられるのであり、これは、中世の身体刑、生命刑から啓蒙期の自由刑への移行と同じくらいの重要な転換点を意味する。」³¹

この綱領の中核にあったのが、責任の範囲内における特別予防の観点からの量刑指向であり、単一自由刑の導入であり、（特に短い）自由刑を抑えることであり、特に、刑法第四七条の最後の手段条項によるそれであり、自由

刑の下限を一月に引き上げることであり、罰金刑における日数制の導入であり、保護観察のための刑の猶予の適用範囲の拡大であり、保安監置の制限だったのである。立法者はこの刑事政策の構想を支持し、よりよきものにしたのであり、それは特に、無期自由刑における残刑の猶予を定めた一九八一年の第二〇次刑法改正法、中でも旧法の累犯加重規定（刑法第四八条）を完全に削除し、又——支払えない罰金刑に代わる——代替自由刑の執行を公共に役立つ労働（刑法施行法第二九三条）によって回避する場合の前提要件を新たに定めた一九八六年の第二三次刑法改正法に現れている。その後の諸改正は異なった傾向に仕えるものだったし、それまでの改正が押し戻された場合もあった。刑の留保を伴う戒告の分野でのつつましい改革を実現したのは二〇〇六年の第二次司法現代化法だけであった。

2 起訴便宜主義の拡充（刑訴法第一五三条以下）

上述した諸改革よりも量的に見てもっと重要だったのは起訴便宜主義の拡充である。これによって、検察官も裁判所も、有罪判決を下すことが予防の理由から適切と

は思われない、あるいは必要とも思われない場合に、「非公式に」対応することが可能となった。

一八七七年の刑法法では、訴追強制を伴う起訴法定主義がほぼ例外なく承認されていたのである。これは当時支配的だった応報理念に相関した訴訟法上の制度だったのである。犯罪予防及び再犯予防の観点から処罰の適切性、必要性を判断する予防的見解が徐々に浸透するにつれて、起訴法定主義はそのもとの正当化根拠の大部分を失うこととなった。というのは、起訴法定主義は、潜在的犯罪者を威嚇するためにも個々の犯罪者への働きかけのためにも必要でない場合であっても、それぞれどこか、処罰をすることが法確証を達成する上で反生産的である場合ですら、訴追を要求するからである。

起訴強制は一九二三年に少年刑法において初めて、特別予防という考えに依拠して、制限されたのだった。一九二四年一月四日のいわゆるエミンゲン命令によって、一般刑事手続法にも非訴追授權が導入されたのだが、但しその理由は負担軽減、迅速性、簡素化、費用軽減にあつ

た。つまり、烙印付けを回避するというのはむしろ（望ましい）副作用だったのである。今日、もとより一般刑法でも手続の打ち切りは刑法の予防任務に役立つと考えられている。つまり、それは「特別予防指向の制裁放棄」なのである。

一九二〇年代から、起訴便宜規定の条項が何倍にも増加し、中位の犯罪に拡大され、裁判官の関与が抑えられることで決定権限が次第に検察官に移されたのである。刑法第一五三条以下はその間手続法上の非犯罪化の道具「そのもの」になった。第二次刑法改正法と刑法施行法によって第三の犯罪範疇である軽犯罪が廃止されることで、立法者は軽微犯罪を実体法で規定する道を閉ざしていたのである。立法者には、その完全な非犯罪化も秩序違反罪として格下げすることも問題外だったから、この手続法上の道しか残していなかった。さらなる拡充の重要な里程標となったのは、特に一九七四年の刑法施行法であった。刑法第一五三条aにより、一般刑法でも、負担あるいは指図の履行があれば刑事手続を打ち切る可能性が初めて認められたのである。刑法第一五三

条、第一五三条aの規定は一九九三年に、中位の犯罪領域でも負担や指図と引き換えに公訴を猶予する可能性を實務に与えるべく、かなり拡大された。⁽³⁶⁾ 刑訴法第一五三条aによつて許される措置の型録を拡大することが一九九八年と一九九九年に実現したが、それはやはり適用範囲を拡大するためだったのである。

3 被害者利益、特に、満足利益と回復利益の考慮

刑罰で追求される予防機能は、社会・建設的な、不法結果の相殺に向けられる給付や犯罪に対する答責の引き受けによつても実現可能である。一九八六年に、行為者―被害者―和解が量刑事実の型録(刑法第四六条第二項)に取り入れられた。行為者―被害者―和解及び損害回復は一九九四年に自由選択の減刑規定として設けられた(刑法第四六条a)。一九九九年に、行為者―被害者―和解の促進規定が刑訴法に定められ(刑訴法第一五五条a)、行為者―被害者―和解は刑訴法第一五三条aの型録に組み込まれた。以後の改革は諸州の抵抗にあつて挫折した。諸州は罰金からの収入を被害者のために放棄するというようなつもりは無かつたのである。⁽³⁷⁾

4 財産便益の吸い上げを可能とする刑法上の規定の創設と拡充

一九六九年の刑法改正時に指導的だった、なるほど自由ではあるが、しかし弱く且つ間違いやすい人という人間像は、その当時既に合理的な、対費用効果を衡量する犯罪者像によつて補充されていた。第二次刑法改正法によつて、帰属と没収の制度が創設されたのだつた(刑法第七三条以下)。組織犯罪の行為者から、それも特に麻醉剤取引の領域の者から、並びに、経済犯罪者から、犯罪利益の取得を目的とする組織を拡大し、維持するための経済基盤を剝奪することを可能にしようとしたのである。一九九二年に、財産刑の規定(刑法旧規定第四三三a)と帰属の拡大規定(刑法第七三三d)が導入され、前者はしかし連邦憲法裁判所⁽³⁸⁾により無効と宣告された。刑法第七三三dは裁判例によつて憲法に適合するように縮小解釈された。⁽³⁹⁾ 帰属に関する諸規定はその間にとりわけ被害者のための「取り戻し支援」(刑訴法第一一一条b第五項)として重要性が出てきた。⁽⁴⁰⁾ 但し、これは執行支援にすぎないのであつて、被害者が請求権を自ら主張し

なければならぬ。これが行われなかった場合、帰属は刑法第七十三条第一項二文（帰属の「墓堀人」）の阻止効果の故に命令できなかったのである。それ故、二〇〇六年に、それまでの実体法・手続法吸い上げモデルが発展的に手続法解決に取って代わられ、国の受け取り権取得が定められた。⁴¹ 軽微な損害（但し故意に限定されているが）のため、個々の被害者が損害賠償請求訴訟等を提起しない場合を埋め合わせるのに役立つのが、私法と刑法の交差点にある、二〇〇四年ないし二〇〇五年に導入された利得ないし便益吸い上げ請求権（不正競争防止法第一〇条、競争制限防止法第三四条a）である。

5 再犯を犯す虞があるが故に危険である犯罪者からの保安

対象群指向における変化及び刑事政策の議論における変化は一九九八年に起こった。⁴² 第六次刑法改正法、性犯罪撲滅法によって、多くの構成要件の法定刑の下限と上限が引き上げられ、⁴³ 刑罰や処分の執行から釈放されるための予後前提要件が被有罪者に不利益な方向で変更され、⁴⁴ 「危険な」犯罪者として保安監置に収容される前提

要件が緩和化されたのである。⁴⁵ それ以来、刑事政策は危険と等級付けられた法違反者にますます関心を集中し、安全利益を自由利益よりも新たに且つ明確に高く評価し、再社会化及び再・統合は安全利益との関係でますます後退している。それ以来、新しい語彙が刑事政策の議論を支配している、いわく、危険性と危険な犯罪者、撲滅と零・寛容、安全間隙を埋めること、被害者保護と危険減少、犯罪不安、情動及び心配。

再発見され、拡充されたのは自由剝奪処分の兵器庫である、特に、保安監置が拡大され保安監置及び精神病院からの仮釈放が難しくなったのである。周知のように、刑罰は責任の程度を超えてはならない。「超過する」危険性への答えとして考慮されるのが、「行状監督を別とすれば」精神病院にあっては精神病院収容（刑法第六三条）であり、嗜癖問題では禁絶施設収容（刑法第六四条）であり、責任能力者、限定責任能力者については保安監置命令（第六六条）である。刑法第六四条の収容は基本的には二年に限定されているが（刑法第六七条e第一項）、他の二つの処分は時間的限定がない。精神病院や保安監

置収容は終身収容を意味しかねないのである。釈放が可能なのは再犯の危険がない場合であるが、収容が長期になればなるほど、それだけ詳細に検査されなければならぬ(刑法第六七条d、同第六七条e、刑訴法第四六三条)。

ここ一〇年以来、一般の人々を危険な犯罪者からどのように保護できるかという問題への答えは、特に保安監置に集中している。同盟九〇/緑の人々連合会派の当時の法政策責任者であるV・ベックは目標として「依然として危険の発生源である者は監獄から出られないようにする」⁽⁴⁶⁾ことを掲げていた。最初の頃の重罰化は子どもへの性的殺人に対する喫緊の反応であったが、近時の改正にいたっては、「貯蔵立法」の誘因となったのは虚構の事例でしかなかった。特に、「刑事政策の最後の緊急措置の一つ」としての保安監置⁽⁴⁸⁾がルネサンスを見たのである。⁽⁴⁹⁾一九六九年の第一次刑法改正法では、保安監置を科す前提要件が厳格になったのであるが、それはその最後の手段たる性格をいつそうはつきりさせるためだったのである。一九九八年に新設された刑法第六六条第三項では反

転して、保安監置収容の形式的要件が低くなり、もとより、重い性犯罪への限定も付いていない。それまでは、形式的要件としてのいわゆる傾向犯には少なくとも一年の自由刑に二回処せられたことが必要だったが(刑法第六六条第一項)、今では、暴力犯罪者又は性犯罪者の場合、二個の重い犯罪で足り、前科はもはや必要とされなくなった(刑法第六三条第三項二文)。さらに、一九六九年の第二次刑法改正法によって導入された、初回の保安監置収容期間の上限一〇年が廃止された。立法者の考えでは、これで「安全の間隙」がすべて閉ざされたわけではなかった。特に、なるほど、判決時点では危険性が予測されなかつたか、必要とされる確実性をもって予測できなかったが、自由刑執行からの釈放時点で危険が確実に予測できるように思われる場合、こういった犯罪者群からの保護が問題として残ったのである。二〇〇二年に、先ず、留保付き保安監置(刑法第六六条a)が、二〇〇四年に事後的保安監置(刑法第六六条b)が導入された。少年刑法においてすらその間に様々な形態の保安監置が設けられた。先ず、留保付き保安監置(二〇〇三年)が、次いで(二〇〇四年)、事後的保安監置が一般刑法によつ

て有罪宣告された年長少年に導入され、最後に二〇〇八年に、事後的保安監置が少年に対して、そして、少年刑法によって有罪を宣告された年長少年に対しても（少年裁判所法第七条、第一〇五条）可能となった。事後的保安監置の実務への影響は次のような点に現れた。多くの対象者が、照合票に基づき刑の執行開始時点において刑法第六六条bの形式的前提要件について検査され、予測の上で重要な目立つ点が把握されなければならなくなり、このことがかなりの出費を強い、資源を縛ってしまい、刑事施設の雰囲気悪化させた。⁽⁵²⁾

連邦憲法裁判所は初回の保安監置の場合の一〇年の上限の遡及的廃止も事後的保安監置も肯認した。⁽⁵³⁾ それどころか、連邦憲法裁判所は、憲法と不調和であると宣告された州収容法が半年以上の経過期間は引き続いて適用できると命令したので、危険と等級付けられた犯罪者を依然として収容できたのである。⁽⁵⁴⁾ 連邦憲法裁判所は、例えば、比例の原則や一〇年以上の保安監置の場合の挙証責任の転換を強調することで憲法上の線引きをしようとしているが、これは危険性予測のはらむ問題性の故にほと

んど実践的意味を有しないだろう。これに加えて、連邦憲法裁判所は、擁護できる残余の危険を冒すことは許されるが、刑の猶予が殺人の再犯に繋がってはならないとも断言している。⁽⁵⁵⁾ したがって、制限的実務に限定が設けられていない。

二〇〇七年⁽⁵⁶⁾に行状監督（刑法第六八条以下）が改正されたが、その目的は、これからは、犯罪者の生活態度をもっと効果的に統制すること、特に、社会に釈放された後の最初の三年間のそれを可能にすることにある。それどころか、これからは無期限の行状監督も可能である（刑法第六八条c第三項）。

一八七一年の刑法の「一軌道」体系はその間に「多軌道」体系に変わった（図表1参照）。軽い犯罪から中位の犯罪までの領域では、法適用者には、起訴や有罪宣告を猶予し、その代わりに非公式の反作用で臨む、例えば、義務付けのない打ち切りとか、負担や指図、つまり、「合意」の制裁を科すことができる。多軌道体系では、外来及び施設内世話・処遇措置による再社会化支援も単純な罰である「お灸制裁」も可能で

図表1 犯罪法における法効果（梗概）

| 犯罪法における法効果 | | | | |
|---|---------------------------------|---------------------------------|--|----------------|
| 第1軌道 | 第2軌道 | 第3軌道 | 第4軌道 | 第5軌道 |
| 起訴便宜主義 ないし補充性 の理由からの 手続打ち切り (デイヴェルジ オーン) | 回復／行為者 ―被害者―和 解 | 少年刑法にお ける刑罰ない し法効果 | 財産吸い上げ 措置 | 改善・保安処分 |
| 公の訴追利益 がない場合の 反作用放棄又 は指図／負担 によって公訴 利益が無くな る | 答責引き受け としての回復 ／行為者―和 解 | 責任調整とし ての且つ予防 目的指向の刑 罰 | 犯行と引き換 えに又は犯行 から得たもの の剝奪、その目 的は「枯渇」さ せることで犯 罪組織を壊滅 させる又は被 害者のための 取り戻し支援 | 危険予防とし ての処分 |

ある。危険な犯罪者のいっそう確実な監置も精神障害者や嗜癖者の治療も犯罪結果を回復や行為者―被害者―和解による調整の促進も可能である。最後に、犯行と引き換えに得たものあるいは犯行から得たものを犯罪者から剝奪することができ、それは、犯罪を割に合わないものにするばかりでなく、――特に、組織犯罪において――さらに犯罪行為を続けることを可能にする経済基盤を剝奪するためでもあり、もとより、被害者のためでもある（「取り戻し支援」）。

もちろん、これらの軌道の重要性の順位はここ一〇年で刑事政策においてはつきりと変動した。このことを範型的に表現した者がキリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟連邦議会派の作業部会、法の部会長であるN・ガイスである。ガイスは一九九七年一月一四日に行われた性犯罪撲滅法に関する議会審議において次のように発言した、「今日可決されるべき法律とともに、これらの法律によって分かることは刑法において方向転換が生じているということである。われわれの進む方向は、常に犯罪者だけを中核におく試みから離れて、もっと被害者を見、特に、公の安全、われわれ住民の安全、今日の問題である性刑法においては特にわれわれの子どもの

安全を正面にすえる試みへと動くことである。法政策において、まったく明らかであり、しかも一致して云えることは、今一度もっと、刑法と行刑法を犯罪撲滅の手段としても理解することが大事だということである。……われわれの見解では、犯罪者に次のように言うことによっても犯罪を撲滅できる、すなわち、十分に機能している警察がある、見つかることを覚悟しなければならぬ、見つかったら、厳しく処罰される、有罪宣告されたら、刑は猶予されない。刑法の助けを借りてこういった単純素朴に威嚇することをわれわれは（29）のところが軽視しすぎたのではなからうか。」と。

（29）

注

- (1) 「性犯罪者の処遇に関して言えば、小さな少女に暴行を働く成人男子を治療することはできないとの思いをますます深くする。それだから、一つの解決策しかない、つまり、閉じ込めろ、それも永久にだ」(前連邦宰相ゲルハルト・シュレーダー、Interview, Bild am Sonntag vom 8.7.2001; vgl. auch „Die Zeit“, 12.7. und 19.7.2001)
- (2) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 - Bundestagsvorlage - Bonn 1962 (BT-Drs. IV/650)

- (3) Baumann, Jürgen u.a. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil. Tübingen 1966.
- (4) Maihofer, Werner. Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts. In: Reinsch, Leonhard (Hrsg.). Die deutsche Strafrechtsreform, München 1967, S. 72-88, hier: S. 74.
- (5) Eser, Albin. Einführung, RdM. 17. In: Schönke, Adolf u. a. (Bearb.). Strafgesetzbuch Kommentar. 27. Aufl., München 2006.
- (6) Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.). Irrwege der Strafgesetzgebung. Frankfurt a.M. u.a. 1999.
- (7) Callies, Rolf-Peter. Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz - Entwicklungstendenzen vom freihheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat? In: NJW 1989, S. 1338-1343.
- (8) Denninger, Erhard. Der Präventionsstaat. In: Kritische Justiz 1988, S. 1-15.
- (9) Hesse, Hans Albrecht. Der Schutzstaat. Rechtssoziologische Skizzen in dunkler Zeit. Baden-Baden 1994, S. 115-118.
- (10) Hafke, Bernhard. Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat? In: Rode, Irrgangard; Kammeier, Heinz; Leipert, Matthias (Hrsg.). Neue Lust auf Straten. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Bd. 27, Münster 2005,

S. 35-66; Rzepka, Dorothea. Sicherheits- statt Rechtsstat-Überblick und Anmerkungen zu bundes- und landesrechtlichen Konzepten einer nachträglichen Sicherungsverwahrung. *Recht und Psychiatrie* 21, H. 3, 2003, 127-144, 191-214.

(11) Hassmer, Winfried. Sicherheit durch Strafrecht. In: ders. *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*. Berlin 2008, S. 269.

(12) Wöhlert, Wolfgang. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Berlin 2000.

(13) Haffke (Ann. 10), S. 40.

(14) Hilgendorf, Eric. Die deutsche Strafrechtswissenschaft 1975-2000. Reformen im Besonderen Teil und neue Herausforderungen. In: Vormbaum, Thomas; Welp, Jürgen (Hrsg.). *Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Supplementband I: 130 Jahre Strafgesetzgebung - Eine Bilanz*. Berlin 2004, S. 258-380; hier: S. 380.

(15) これはヤロブスの現行一般刑法に関する命題である (Jakobs, Günter. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS 3/2004, S. 88-95; hier: S. 93)° ヤロブスは「世間刑法」と「敵性刑法」を「未だかつて純粹な形では表現を見つゝなこ」 「罪念罪」を理解つゝた (ibid., S. 88)° Zur Diskussion um das Konzept des Feindstrafrechts vgl. die Nach-

weise bei Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch*. München 56 2009, Einleitung, Rdnr. 12a.

(16) Kreuzer, Arthur. Zur Entwicklung äußerster kriminalpolitischer Instrumente - Todesstrafe, Folter, lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung in Deutschland. In: Schlüter-Springorum, Horst; Nedopil, Norbert (Hrsg.). *Blick über den Tellerrand - Dialog zwischen Recht und Empirie. Festschrift für Hisao Katoh, den Förderer des Dialogs von und nach Japan*. Berlin u.a. 2008, S. 61-82; hier: S. 62.

(17) Rengier, Rudolf. Entwicklungslinien im Sexualstrafrecht. In: Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.). *Schutz vor Sexualstrafaten als gesamtgesellschaftliche Aufgabe*. 23. Triberger Symposium. Stuttgart 2003, S. 9-38; hier: S. 30.

(18) Kubink, Michael; Stöfing, Jan. *Moderne Kriminalpolitik im Lichte von Sicherheitsverständnissen und neuen Erkenntnissen der Hirnforschung*. In: Barton, Stephan (Hrsg.). „...weil er für Allgemeinheit gefährlich ist!“. *Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*. Baden-Baden 2006, S. 37-48; hier: S. 40.

(19) Schmülder, Robert. *Die Freiheitsstrafen und die Besserungstheorie. Unsere Berufsverbrecher. Die Geldstrafe. 3 Aufsätze zur Reformbewegung im Strafrecht*. Berlin 1889,

- S. 16-21; hier: S. 19.
- (20) じかも二〇〇一年九月二日からみんさく始まつたところのむねなご。Schöck, Heinz. Kriminalpolitik in Zeiten komplexer Bedrohungsformen. In: Lessel, Friedrich; Bender, Doris; Jehle, Jörg; Martin (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftliche Kriminalpolitik. Mönchengladbach 2007, S. 45-65.
- (21) フォルムバオムの「驚愕の型録」一覽を参照されたご。Vornbaum, Thomas. 130 Jahre Strafgesetzgebung. Markierungspunkte und Tendenzen. In: Vornbaum/Welp (Anm. 12), S. 456-489; hier: S. 486-487, ferner Hilgendorf (Anm. 14), S. 363-370. 雑誌註文ごつぽびでその大體を参照されたご。Heinz, Wolfgang; Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? In: BMJ (Hrsg.). Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? (im Druck.)
- (22) Vogel, Joachim. Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht. Juristische Zeitgeschichte, Bd. 12, Berlin 2004, S. 52.
- (23) Albrecht, Hans-Jörg. Anmerkungen zu Entwicklungen in der Kriminalpolitik. In: Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag. Berlin 1999, S. 765-788; hier: S. 770.
- (24) Pollähne, Helmut. Effektivere Sicherheit der Bevölkerung und schärfere Kontrolle der Lebensführung - Zur Reform des Maßregelrechts und der Führungsaufsicht. In: KritV 2007, S. 386-424; hier: S. 388.
- (25) Vgl. nur Schumann, Karl F. Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems. In: Festschrift für Lieselotte Pongratz. München 1986, S. 371-385.
- (26) 概観的説明をこつぐる大著教科書としては以下の文献を参照されたご。Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. 5. Aufl., Berlin, 1996, S. 70-89, oder Roxin, Claus. Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. I. 4. Aufl., München, 2006, § 3; ferner z.B. bei Eser (Anm. 5). Einführung, Rdhr. 1-18. 詳細な體ごたものごフォルムバオムとマヘルン編集の総括的論文集（注14）所収のRoth, Rosehorn, Buschmann, Scheffler, Hilgendorf論文がある。そのご次の文献を参照されたご。Kubink, Michael. Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel. Berlin 2002. そのご次の文献も参照されたご。Schmidt, Eberhard. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen 3 1965; Rüping, Hinrich; Jerouschek, Günter. Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 5. Aufl., München, 2007.
- (27) 紙数の関係から重要な変更点だけを指摘するに留めるが、改正法の正確な名称は断念せざるを得ない（これについて

- ラックナーの改正沿革を参照された⁵。Lackner, Karl; Kühl, Kristian. *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 26. Aufl. München, 2007.)改正法され自体についてはフォルトムン・オム編集の分冊本を参照された⁵。Vormbaum, Thomas (Hrsg.), *Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen*. Baden-Baden bzw. Berlin 1999ff.
- (28) これは一八八二年に行われたフランツ・フォン・リントのマルブルク大学教授就任の綱領的講演である(öffentlich in: ZStW 1983, S. 1-47)。「マルブルク綱領」については特に次の文献を参照された⁵。Naucke, Wolfgang. *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*. In: ZStW 1982, S. 525-564; Schöb, Heinz. *Das Marburger Programm aus der Sicht der modernen Kriminologie*. In: ZStW 1982, S. 864-887.
- (29) 諸草案全体についてはシュエバート編集の分冊本を参照された⁵。Schubert, Werner u.a. (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*. Berlin, New York 1988ff.
- (30) この刑法改正は一九六九年六月二十五日ないし一九七〇年四月一日に施行された一九六九年七月四日の第二次刑法改正法、ともに一九七五年一月一日に施行された一九六九年七月四日の第二次刑法改正法と一九七四年三月二日の刑法施行法によって実現した。
- (31) Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. V/4094, S. 3.
- (32) Jescheck, Hans-Heinrich. *Einführung*. RdM. 93. In: LK. 11. Aufl., Berlin, New York, 1992.
- (33) 立法者の考えていた目的とこの少年刑法において補充性原理として定められた規定については、次の文献を参照された⁵。Heinz, Wolfgang. *Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*. In: Heinz, Wolfgang; Storz, Renate. *Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*. Bonn 1992, S. 1-130; hier: S. 15-28.
- (34) Rieß, Peter. *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*. In: NSH 1981, S. 2-10; hier: S. 6.
- (35) 一般刑法における起訴便宜主義の展開に関する一番最近の文献として、Horstmann, Markus. *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätsstellungen*. Berlin 2002.
- (36) Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 27.9.1991, BT-Drucks. 12/1217, S. 34.
- (37) 代案は、「罰金刑はすべて和解基金に寄せられることを提言してしたが、その目的は「犯罪に起因する被害者の被害者に対する請求権の満足を促進する」べきとするところであった。(Arbeitskreis AE [Hrsg.], *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*. München 1992, § 25).連邦政府の二〇〇四年の「制裁法改正草案」(Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts)は、支払われた罰金刑のわずか5%が公

- 益被害者支援組織に流れるようにするというものだった。諸州自身はこの提案を拒否した。諸州は「二千ユーロ以上の歳入欠陥」が生ずることを恐れたのである（BT-Drucks. 15/2725, S. 36）。
- (38) BVerfGE 105, S. 135-185.
- (39) BGHSt 40, S. 371-374; BVerfGE 110, S. 1-33.
- (40) Vgl. Groß, Andrea, Vereinfachung der §§ 111b ff. StPO im Hinblick auf effektivere Möglichkeiten zur Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten. Hamburg 2006.
- (41) 「犯行に起因する財産便益の吸い上げを改善するための法律案」(Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten vom 3.2.1998, BT-Drucks. 13/9742) になお刑法第七十三条第一項二文の削除が規定されていたが、実務上の困難事に鑑み拒否された。
- (42) 刑事手続法においては既に一九六八年に部分的ではあるが転換点が見られた (vgl. Rudolph, Hans-Joachim, Strafprozess im Umbruch. In: ZRP 1976, S. 165-173; hier: S. 169)。実体刑法では、非犯罪化から継続的新犯罪化への転換のあった一九七五年が標識時点と見られる (vgl. Scheffler, Uwe, Das Reformzeitalter 1963-1975. In: Vormbaum (Anm. 14), S. 174-257; hier: S. 255, しかして シェンラーは、すでに一九六九年の第九次刑法改正法以来、實際上、可罰性をもっと限定する刑法改正法というのはもはや存在しないと
- 指摘する)。
- (43) 特に、子どもの性的陵辱、強制わいせつ、強姦及び危険な傷害の領域。
- (44) 自由刑の残刑の執行を猶予する際の要件であるそれまでの「実地試験条項」(「試すことに責任を負いうる」)が新たな規定によって置き換えられ、「このことが公衆の安全利益を考慮しても責任を負いうる」場合にだけ残刑の猶予が可能とされた (§§ 57 I S. 1 Nr. 2 StGB, § 88 I JGG)。
- 刑法第六七条 d 第二項(自由剝奪の処分)の收容執行の(猶予)では、実地試験条項が「被收容者が処分執行の外で違法行為をもはや犯さないと予期できるとき」に置き換えられた。
- 従来、無期自由刑の残刑の場合にのみ、危険性が存続しているか否かに関する鑑定が求められねばならなかった。今では、刑法第六六条第三項の意味での型録犯行の故に二年以上の有期自由刑に処せられた者で、「公衆の安全の理由が被有罪者の仮釈放を妨げる」ことの排除できない者については、刑の猶予の判断を下す前に、「被有罪者が犯行で示した危険性が存続するという危険がこの者にはもはや存在しない」のか否かに関する鑑定が求められなければならない(刑法第四五四条第二項二文)。
- これらの規定に学説は圧倒的に否定的態度をとったが(statt vieler Nedopil, Norbert, Prognostizierte Auswirkungen der Gesetzesänderungen vom 26.1.1998 auf die Forensische Psychiatrie und was daraus geworden ist. In:

- MSchKrim 2002, S. 208-215; Schöck, Heinz, Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998. In: NJW 1998, S. 1257-1262) / その理由は、予後の可能性の過大評価、刑法法第四五四条の非現実的規準、及び、仮釈放、特に、処分執行からのそれが著しく制限されることが予期されることにある。
- (45) 一九九八年までの保安監置の規定に関する展開については、次の文献を参照された。 / Schewe, Jörg, Die Geschichte der Sicherungsverwahrung. Hamburg 1999, S. 12-15. 一九八八年後の展開に関しては、次の文献を参照された。 / Brandt, Reinhold, Sicherheit durch nachträgliche Sicherungsverwahrung? Konstanz 2008, S. 3-15.
- (46) <http://www.sueddeutsche.de/politik/643/398428/text/>.
- (47) Vgl. Albrecht, Hans-Jörg, Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform. In: ZStW 1999, S. 863-888.
- (48) Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform · BT-Drucks. V/4094, S. 19.
- (49) Laubenthal, Klaus, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung. In: ZStW 2004, S. 703-750.
- (50) 手続き的法的安定性は、処分目的が引き続きいて監置を要求するか否かに関する、法定された、反復する検査によって保証される (vgl. Laubenthal [Ann. 49], S. 727-728)。
- (51) 最新の照合票はブラント (注45) を参照された。
- (52) クロイツァーとバルチュの根拠のある見積もりについては (Kreuzer, Arthur; Bartsch, Tilmann, Zu einer neuen Strukturierung des Sicherungsverwahrungrechts. In: GA 2008, S. 655-668; hier: S. 658) / 成人行刑の七千人から一万人の受刑者が対象となる可能性があり、そのうち一％未満の者が保安監置に行くことになるかもしれない。
- (53) 初めて命令された保安監置一〇年の上限を削除することの合憲性に関して、 BVerfGE 109, S. 133-190, 事後的保安監置の立法管轄に関して、 BVerfGE 109, S. 190-255. Hierzu m. w. N. Brandt (Ann. 45), S. 18-121.
- (54) BVerfGE 109, S. 190-255.
- (55) 収容が長くなればなるほど、それだけ自由剝奪の比例性の要件は厳しくなるを得ない (vgl. BVerfGE 70, S. 297-323; hier: S. 313)。
- (56) BVerfGE 109, S. 133-190, 刑法第六七条 d 第三項は通例一例外一原則と解釈される。すなわち、新たな犯行が積極的に予測できない場合、疑わしきは公衆の負担になる。
- (57) Vgl. statt vieler Albrecht, Günter, Probleme der Prognose von Gewalt durch psychisch Kranke. In: Journal für Konflikt- und Gewaltforschung, vol. 5, H. 1 (2003), S. 97-126; Brandt (Ann. 45), S. 95-104; Kühl, Jörn; Schumann, Karl F., Prognosen im Strafrecht · Probleme der Methodologie und Legitimation. In: Recht und Psychiatrie 7 (1989), S. 126-148; Pollähne, Helmut, Kriminalprognostik zwischen richtigen Basistraten und

- falschen Positiven: Theoretische, methodologische und juristische Aspekte. In: Barton (Abm. 18), 221-258.
- (8) BVerfG NJW 1998, S. 2202-2204.
- (9) Vgl. hierzu Schneider, Ursula. Die Reform der Führungsaufsicht. In: NStZ 2007, S. 441-447.
- (60) BT-Protokoll, 13. Wahlperiode, 204. Sitzung, S. 18433.

〔訳者あとがき〕

本拙訳は、ヴォルフガング・ハイニンツ教授 (Prof. Dr. Wolfgang Heinz) (コンスタンツ大学 / ドイツ) の論文「Wegschließen, und zwar für immer! - Das deutsche Strafrecht auf dem Weg zum Sicherheitsstrafrecht? - Rechtsfolgensystem, Sanktionierungspraxis und kriminalpolitischer Diskurs im Wandel, in: Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, 2009」の翻訳である。翻訳に当たってはハイニンツ教授の「快諾を得た。

A Study for Realization of Adversary Procedure in Japanese Civil Litigation and Introduction of Sanction Scheme as a Basis for Adversary Process (1)

-A Suggestion from Comparing Party Inquiry in Japanese Code of Civil Procedure with Interrogatories in U. S. Federal Rules of Civil Procedure-

Hiroyuki SAKAI

In last twelve years, the civil procedures of the first instance in Japanese district courts have been expedited. One of its' important causes is the frequent use of Issue Management Procedures, which are generally adopted in the present Japanese Code of Civil Procedure (enforced from January 1, 1998). However, some scholars of the law of civil procedure, judges and practitioners argue that in Japanese civil procedure, judges act vigorously to manage issues, but on the other hand, parties and its' attorneys do not present materials of facts and evidences of their cases that support their allegations on their own initiative and depend on judges in Issue Management Procedure. Then, there are some arguments that in Japanese civil litigation, especially Issue Management Procedure, process administration on parties' and their attorneys' initiative (adversary process) should be realized and various bases for introduction of adversary process in Japanese civil litigation should be equipped.

There are many supposed bases for introduction of adversary process in Japanese civil litigation. I cannot treat all of them, but I will treat a part of Evidence-Information Gathering Procedures as an important basis for adversary process, Party Inquiry ("Toujisyu-Shoukai") in this article. Party Inquiry in Japanese Code of Civil Procedure (Art. 163), in which parties may gain any information on their cases by sending written inquiries to other parties, is one of the Evidence-Information Gathering Procedures that expected to be used in Japanese adversarial civil litigation. However, Party Inquiry is not used much, because this procedure has no direct sanction schemes against parties and attorneys who refuse answers to other parties' inquiry or send false or dishonest answers, so there are no devices for this procedure to be effective. Japanese Party Inquiry is

modeled after interrogatory in U. S. Federal Rules of Civil Procedure (FRCP Rule 33), that is one of devices of discovery, but the former procedure has no direct sanction scheme for effective disclosure of information which the latter has (see FRCP Rule 37).

I think that realization of adversary procedure in Japanese civil litigation is favorable for theoretical and practical reasons. From this view, in this article, I will argue an introduction of sanction scheme in Japanese Party Inquiry, which is necessary basis to realize Japanese adversarial litigation, and to gain suggestions for my argument, I will examine the scheme of interrogatories in FRCP Rule 33 and sanction scheme for devices of discovery including interrogatories in FRCP Rule 37.