

ドイツにおける保安拘禁の改正について

吉 川 真 理

Über die Reform der Sicherungsverwahrung in Deutschland

Mari Yoshikawa

1. はじめに

2004年2月、ドイツの連邦憲法裁判所で注目すべき判決が相次いで2件言い渡された¹。1件目の判決では、被告人に初めて保安拘禁を命じる際、その期間は10年を越えてはならないとした制限が1998年の法改正により撤廃されたことがドイツ基本法に違反するかどうか問題となり、2件目の判決では、連邦を構成する各州が、自由刑を執行した後、裁判所が事後的に保安拘禁を命ずることを認める州法を制定することがドイツ基本法に抵触するかどうか争われた。そして、連邦憲法裁判所は、保安拘禁の最長期間を撤廃することは基本法に違反しないと判示する一方、事後的な保安拘禁を州法で定めることは基本法に違反するとし、間接的に、連邦議会に対し、2004年9月30日までに事後的な保安拘禁に関する法律を定めるよう求めたのである。

連邦政府は、この2件目の判決を受けて、事後的な保安拘禁に関する法案を連邦議会に提出。同法案は、与党社会民主党と緑の党の賛成多数で可決され、新法は、2004年7月29日から施行されることになった。

しかし、連邦法で事後的な保安拘禁を定めることに対しては、学説の批判が根強い。先ず、保安拘禁制度そのものに対する疑問だけでなく、1998年の法改正²から僅か6年余りで保安拘禁制度を抜本的に改め、事後的保安拘禁を導入しなければならない必然性にも疑問が投げかけられている。さらに、新法が、事後的保安拘禁を導入するにあたって連邦憲法裁判所が掲げた厳格な要件を充たしているかどうかについても否定的な見方をする見解が見られる。

以下においては、先ず、2つの連邦憲法裁判所判決を紹介し、さらに、事後的な保安拘禁を導入した新法について概観し、最後に、この新法の問題点について見ていくことにしたい。

2. 連邦憲法裁判所2004年2月5日判決について

本件では、次のようなケースが問題となった。即ち、被告人が保安拘禁施設に収容されてか

1 BVerfG, NJW 2004, 739; BVerfG, NJW 2004, 750.

2 1998年の法改正では、最初の保安拘禁の期間の上限が撤廃された他、性犯罪に関しては、一度でもこの罪を犯した前科があれば（ただし、3年以上の自由刑の有罪判決を受けたことを前提とする）保安拘禁を命じることが可能になった。さらに、仮の保安拘禁（vorläufige Sicherungsverwahrung）も導入されることになった。

ら10年が立ち、処分の終了を求めたにもかかわらず、裁判所がこれを認めないことには納得がいかず、そもそも、1998年の改正法が保安拘禁の10年枠を撤廃したことは、基本法に違反する、というのである³。

先ず、法律上、期間の上限を設けなくて、保安拘禁を命ずることが、ドイツ基本法1条1項の保障する人間の尊厳の不可侵性に違反するかどうかについて、連邦憲法裁判所は、次のように判示している。即ち、同裁判所の見解によると、刑事司法にとって、人間の尊厳の尊重とは、とりわけ、残酷で、非人間的な、屈辱的な刑罰の禁止を意味し、少なくとも、再び自由となる可能性がないまま、国家が個人の自由を奪うことは、人間の尊厳の不可侵性に違反するという。そして、被収容者が社会にとって危険であることを理由に長期間施設に収容することは、必ずしも人間の尊厳の不可侵性に違反しているとはいえないが、この場合でも、被収容者の独立と尊厳を尊重することは必要であるとしている。従って、保安拘禁においても、刑の執行と同じく、被収容者の再社会化が目指されるべきであり、たとえ被収容者の再社会化が普通の犯罪者と比べて容易でなかったとしても、彼らには、再び自由を獲得することのできる現実のチャンスが与えられなければならないのである⁴。

そこで、連邦憲法裁判所は、保安拘禁処分において自由剥奪の悪影響が最小限に止まり、その執行が真に人間らしいものといえるか検討を加えている。同裁判所は、被収容者には私服の着用や好みの寝具の使用が認められていること、小遣いを持つことが許されていること等を例として挙げ、被収容者には様々な特権が与えられている、としている。また、被収容者には、一時外出や外泊といった拘禁の緩和が認められていることや、刑法63条以下の治療処分を受けることが可能であることを考慮すると、自由剥奪の悪影響は最小限に止まっているとしている⁵。もっとも、本件において、州政府は、保安拘禁が実際にどのように運用されているかについて統計資料を提出していないので、同裁判所としては、将来、保安拘禁が再社会化の要求に十分応えているか（とりわけ、被収容者に治療と労働の可能性を十分提供しているか）について調査結果が出されることに期待するしかないことを認めている⁶。

次に、連邦憲法裁判所は、保安拘禁がドイツ基本法2条2項の保障する人身の自由には違反しないかどうかの検討に移っている。先ず、連邦憲法裁判所は、人身の自由が他の人権と比べより高次の人権であることを認め、人身の自由に対する侵害は、他人や公共の利益の保護が均衡性の原則に照らして必要とされる場合にのみ限られるとしている。そして、立法者が、危険な犯罪者から公衆を守るため、最初の保安拘禁の期間の上限を撤廃することが適切であり、必要である、と判断したこと自体に異議を唱えることはできない、と判示している⁷。

問題は、保安拘禁の前提となる危険の予測が不明確ではないか、という点であるが、連邦憲法裁判所は、たとえ、個々の事例において、十分に明確でない、と判断されるケースが出たとしても、危険の予測は、危険の防止にとって不可欠であるとしている。そして、公判で証言を行った2名の精神科医は、何れも、施設に収容されている被験者を調べた結果、こうした予測が可能である、と述べており、少なくとも保安拘禁が命ぜられるような非常に稀なケースにつ

3 BVerfG, NJW 2004, 739 (739).

4 BVerfG, NJW 2004, 739 (739f).

5 BVerfG, NJW 2004, 739 (740f).

6 BVerfG, NJW 2004, 739 (741).

7 BVerfG, NJW 2004, 739 (741).

いて、危険の予測は、信頼するに足る判断基準を提供している、と判示している⁸。

以上のように危険予測の問題を論じた後、連邦憲法裁判所は、手続法上、人身の自由が十分に保障されているかどうかの検討を行っている。この点につき、連邦憲法裁判所は、刑法67条dの3項によると、保安拘禁は、原則として、10年という枠の中で言い渡されることになっており、10年を超えて処分が言い渡されるのは、極めて例外である、としている。そして、保安拘禁を命じるためには、厳格な要件が必要とされていることや、施設に収容した後も、裁判所は、少なくとも二年毎に、被収容者の保安拘禁処分を中止して、保護観察に付すことが可能かどうか検討しなければならないこと、さらに、被収容者には、いつでも、処分の中止を求める権利が認められていること等を指摘し、最終的に、被収容者の人身の自由は、十分保障されている、と結論付けている⁹。なお、連邦憲法裁判所が、保安拘禁の執行機関に対し、行刑法に基づく拘禁の包括的緩和を拒否しないよう求め、立法者に、「保安拘禁は、実際には、不定期の自由刑なのではないか」という批判を根底から覆すことのできる保安拘禁執行法の制定を要求していることは、注目に値する¹⁰。

次に、連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法103条2項に規定されている遡及禁止の原則が保安拘禁にも適用されるかどうかの検討を行っている。連邦憲法裁判所の見解によると、遡及禁止の原則の適用範囲は、次のような国家による処分に限られ、純粹に予防的な処分である保安拘禁は、その適用範囲から除外されることになる。即ち、遡及禁止の原則が適用されるのは、違法で有責な行為に対する統治権に基づく否認を意味するところの国家による処分に限られ、保安拘禁には遡及禁止の保障は及ばないのである¹¹。さらに、連邦憲法裁判所の多数意見に従うと、保安拘禁の10年枠の撤廃は、いわば見せ掛けの遡及に過ぎないという。というのは、この10年枠の撤廃を定めた法律が公布された時点において、関係者には、既に処分が執行されているからである¹²。

連邦憲法裁判所は、以上のように述べて、保安拘禁には遡及禁止の原則が適用されないとしているが、こうした立論は余りにも形式的過ぎるように思える。とりわけ、同じ刑事政策的な目的が、不定期の自由刑という形で実現されるか、累犯への刑の加重という形で実現されるか、あるいは、処分という形で実現されるかは、かなりの程度偶然に左右されており、立法者が、制裁に刑罰としての性格を付与したか、それとも処分としての性格を付与したかによって遡及禁止の原則の適用の有無を決めることには疑問が残る¹³。

何れにせよ、連邦憲法裁判所が、保安拘禁の10年枠の撤廃を合憲であると判示したことは、同裁判所が、保安拘禁の10年枠が今後も維持されるであろうと考えた被収容者の信頼よりも公共の福祉の方を優先させたことを雄弁に物語っているといえよう¹⁴。

8 BVerfG, NJW 2004, 739(742).

9 BVerfG, NJW 2004, 739(742f).

10 BVerfG, NJW 2004, 739(744).

11 BVerfG, NJW 2004, 739(744).

12 BVerfG, NJW 2004, 739(748).

13 Kinzig, An den Grenzen des Strafrechts – Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG, NJW 2004, 913.

14 Kinzig, a.a.O., 913.

3. 連邦憲法裁判所2004年2月10日判決について

本判決では、2つのケースが争われた。まず、1件目のケースでは、性犯罪のかどで2回有罪判決を言い渡された被告人に対し、行刑部（Strafvollzugskammer）が、2002年4月10日、バイエルン犯罪者収容法に基づいて司法刑務所への収容を命じたことが問題となった。被告人は、かねてから無実を主張し、いかなる形であれ、治療目的で施設に収容されるのを拒んでいた。そこで、被告人は、行刑部の命令は違憲であるとして、異議を申し立てたが、上級地方裁判所は、バイエルン犯罪者収用法は合憲であり、被告人の主張には理由がないとして、訴えを退けた¹⁵。

2件目のケースでは、旧東ドイツ出身の被告人の犯罪が問題となった。被告人は、1984年、2件の殺人のかどでハレ簡易裁判所から15年の少年刑が言い渡された。1991年、被告人の仮釈放が認められ、保護観察が付せられたが、その2ヵ月後に被告人は別の殺人事件を起こし、仮釈放は取り消された。この殺人事件で被告人は、8年の自由刑が言い渡されたが、保安拘禁は命ぜられなかった。というのは、その当時、旧東ドイツ出身者に保安拘禁を命ずることは法律で禁止されていたからである。この2つの自由刑の刑期は、2002年3月19日に満了となった。刑期の満了の1日前、行刑部は、ザクセン・アンハルト犯罪者収容法に基づき、6ヶ月の司法刑務所への収容を命じた。被告人は、行刑部の命令に異議を申し立てたが、上級地方裁判所は、被告人の主張には理由がないとして、訴えを退けた。この判決を受けて、地方裁判所は、2002年8月、収容の継続を命じ、さらに、2003年8月、収容の12ヶ月の延長を認めた¹⁶。

本件では、主に、州法の定める保安拘禁と刑法が如何なる関係にあるかが争われた。ドイツ基本法74条1項1号は、競合的立法が刑法および刑の執行の分野に及ぶことを認めているが、同法72条1項は、「競合的立法の範囲においては、州は、連邦がその立法権を行使しないあいだ、および限度において立法の権限を有する」と定め、両者が立法権を行使するにあたって競合することがないように規定している。そこで、州法であるバイエルン犯罪者収容法とザクセン・アンハルト犯罪者収容法が連邦法である刑法と如何なる関係にあるかが問題となったのである。

まず、連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法74条1項1号にいう刑法とは、犯罪に対するあらゆる国家的反作用を規定したものである、と定義し、その国家的反作用は、犯罪と結びつき、犯罪者にのみ適用することが必要であり、その正当化も、国家的反作用が及ぶきっかけとなった犯罪と密接に関係していなければならないとしている¹⁷。そして、州法に基づく犯罪者の収容は、手続法的に見ても、また、内容的に見ても、保安拘禁に相応しており、州法が施設への収容を認めるための要件を緩和したことは法的に誤っている、と厳しく非難している¹⁸。連邦憲法裁判所の見解によると、連邦は、歴史的に見ても、施設収容に関し、排他的な権限を有しており、とりわけ、連邦法が不十分で、改正の余地があるという理由で州が独立して立法権を行使することは、正当ではないことになる。

ところで、州法が基本法に違反しているという見解は、学説では常識となっており、違憲判

15 BVerfG, NJW 2004, 750 (750).

16 BVerfG, NJW 2004, 750 (750).

17 BVerfG, NJW 2004, 750 (751).

18 BVerfG, NJW 2004, 750 (755ff).

決が出ることは、ある意味で予想の範囲内であったといえる。本件の最大の問題は、違憲判決が出されると同時に州法が無効となるか、それとも、単に、州法が基本法に適合していないという判断に止まるか、という点である。とりわけ、違憲判決が出ると、ザクセン・アンハルト州は、複数の精神科医が非常に危険であると診断した2件目のケースの被告人を釈放しなければならず、その判断が注目されたのであった¹⁹。連邦憲法裁判所は、5対3の多数で後者の結論に達し、さらに、州法は、2004年9月30日まで適用可能である（もっとも、連邦憲法裁判所が判決理由で示す基準に従うことが条件であるが）と判示している²⁰。

恐らく、多数意見の背景には、州法を無効であると宣言すると、連邦議会が事後的な保安拘禁が必要か否かを判断する前に、社会にとって危険な人物を釈放しなければならず、こうした事態は妥当でない、という考慮があったものと思われる。多数意見によると、連邦議会の権限をこうした形で制限することは、好ましいこととはいえ、州法が基本法に適合しないという判断に止まった方が無難である、ということになるのである。

他方、少数意見によると、単に基本法に適合しないという判断に止まることは、連邦レベルの問題について州の政治的意見を押し付けることにつながり、こうした事態は、基本法の定めた立法手続きに反するばかりか、権力分立の原則にも違反するという。というのは、州法を無効であると宣言しないことによって、連邦憲法裁判所は、連邦議会に対し、同裁判所が判決理由で示した基準に沿って法律を制定するよう無言の圧力を加えているからである。さらに、事後的な保安拘禁に関する連邦法が存在しないことは、連邦議会が、事後的な保安拘禁について立法を行わないという最終決定を下したことを物語っている、と解することもでき、この点でも、連邦憲法裁判所の判断は誤っているという²¹。

以上、連邦憲法裁判所の多数意見は、バイエルン、ザクセン・アンハルト両州の犯罪者収容法は刑法と競合的立法の関係に立つが、直ちに無効とはならない、という結論を導いたが、理論的には少数意見の方が整合性を保っているといえよう。

4. 両判決後の立法の動き

以上の2つの連邦憲法裁判所判決を受け、連邦司法大臣ブリギッテ・ツイプリースは、自ら事後的な保安拘禁に関する連邦法の草案作りに携わり、判決が出て僅か1ヵ月後には、法案（政府案）が閣議決定された。また、これとほぼ同時期に、野党キリスト教民主・社会同盟も独自の法案を連邦議会に提出し（CDU/CSU案）、バイエルン州とチュービンゲン市が共同で連邦参議院に提出し、後に可決された法案（連邦参議院案）と合わせると、早くも4月の時点で、3つの法案が議会に提出されることになった。そして、各法案について審議が行われた結果、先ず、連邦議会で政府案が可決され（6月18日）、さらに、連邦参議院でも政府案が可決され（7月9日）、新法は、7月28日から施行されることになった。

ところで、CDU/CSU案と連邦参議院案は、同一の文言になっており²²、刑法に関しては次のように改正するよう求めている。「自由刑が執行される間に、刑法66条1項3号の意味にお

19 Kinzig, a.a.O., 913.

20 BVerfG, NJW 2004, 750 (757ff.).

21 BVerfG, NJW 2004, 750 (759ff.).

22 CDU/CSU案は、BT-Drs. 15/2576 に、連邦参議院案は、BR-Drs. 177/04に掲載されている。

ける重大な犯罪が予見され、犯人が公衆にとって危険であることが明らかになった場合には、裁判所は、刑法66条に定めるその他の要件を充たしていることを条件に事後的に保安拘禁を命じることができる」(66条a1項)²³。「生命、身体の不可侵性、性的自己決定に対する罪、あるいは、刑法239条a、239条b、250条、251条、252条、255条が定める犯罪について、これらの犯罪を一個ないしは複数犯したかどで少なくとも4年の自由刑が執行される間に、犯人が再びこれらの罪を犯す高い可能性があり、しかも、そのことによって被害者に精神的、肉体的に重大な損害を与えることが明らかとなった場合には、裁判所は、刑法66条の定める条件を考慮することなく、事後的に保安拘禁を命ずることができる」(66条a2項)²⁴。

これに対し、連邦議会で可決された政府案は、次のような文言となっている。「生命、身体の不可侵性、人格の自由、性的自己決定に対する重罪や刑法250条、251条、252条、255条が定める重罪、あるいは、66条3項1号が掲げる軽罪を犯したかどで有罪判決が言い渡された後、これらの自由刑の執行が終了する前に、被告人が公衆にとって危険であるという事実が明らかとなった場合には、裁判所は、被告人や被告人の行為、さらに補充的に服役中の被告人の行状を全体的に考察した結果、被害者に精神的、肉体的に重大な損害を与える重い犯罪が行われる高い蓋然性があり、しかも66条の定めるその他の要件を充たしていると判断したときには、事後的に、保安拘禁施設への収容を命じることができる」(66条b1項)。「生命、身体の不可侵性、人格の自由、性的自己決定に対する重罪、あるいは、刑法250条、251条、252条、255条が定める重罪について、これらの罪を一個ないしは複数犯したかどで少なくとも4年の自由刑の有罪判決が言い渡された後、本条1項に掲げる事実が明らかとなった場合には、裁判所は、被告人や被告人の行為、さらに補充的に服役中の被告人の行状を全体的に考察した結果、被害者に精神的、肉体的に重大な損害を与える重い犯罪が行われる高い蓋然性があると判断したときには、事後的に、保安拘禁施設への収容を命じることができる」(66条b2項)。「収容の原因となった責任を阻却する、あるいは軽減する事情がもはや存在しなくなったため、刑法67条d6項に基づく精神病院への収容が終了した場合、裁判所は、以下の要件を充たすことを条件に、事後的に保安拘禁施設への収容を命じることができる。1 刑法66条3項1号の掲げる犯罪を複数行ったため、刑法63条に基づく収容が命じられたか、あるいは、当人が刑法63条に基づいて施設に収容される原因となった犯罪を行う以前に、そのような犯罪を一個ないしは複数行ったかどで少なくとも3年の自由刑が言い渡されたか、精神病院への収容が命じられたこと 2 当人や当人の行為、さらに補充的に処分執行中の当人の行状を全体的に考察した結果、被害者に精神的、肉体的に重大な損害を与える重い犯罪が行われる高い蓋然性が見込まれること」(66条b3項)。「精神病院への収容処分が開始された後、裁判所が、処分の前提条件がもはや存在せず、あるいは処分のさらなる執行が均衡を欠いていると判断した場合には、裁判所は処分の終了を宣言しなければならない。処分の終了とともに保護観察が付せられる。裁判所が保護観察を付さなくとも関係人は犯罪を行わないであろうと判断した場合には、裁判所は保護観察を付さないことを決定することができる」(67条d6項)。「68条2項の括弧書きにある『67条d2、3、5項』は、『67条d2、3、5、6項』に改める」(68条2項)²⁵。

23 BT - Drs. 15/2576, S.3; BR - Drs. 177/04, S.1.

24 BT - Drs. 15/2576, S.3; BR - Drs. 177/04, S.1f.

25 BGBl I 2004, 1838.

さて、各草案を比較すると、CDU/CSU案と連邦参議院案は、かなり簡潔な規定の仕方となっており、一見すると、政府案の方が、対象となる犯罪を限定するなど、事後的保安拘禁の導入に慎重であるように思われる。しかしながら、政府案は、精神病院での治療処分が命じられた者や年長少年（Heranwachsender）に対しても事後的保安拘禁を認めており²⁶、果たして、連邦憲法裁判所が期待するように、今後、事後的保護拘禁が、刑事政策の最終手段（ultima ratio）として機能するかどうか疑問が残る。次に、章を改め、新法の問題点について検討していくことにしたい。

5. 新法の問題点

ドイツで保安拘禁制度が導入されてから、70年以上立つが、保安拘禁に対しては、様々な批判がなされている。その主たるものとしては、①そもそも社会にとって危険な犯罪者を収容するという保安拘禁の目的自体がナチス的である、②保安拘禁の実際の運用が州や都市によって異なり、恣意的である、③犯罪者を処罰した後で施設に収容することは、二重処罰の禁止に違反するのではないかと、④刑罰と処分ではその目的が異なるといっても、犯罪者にとっては、身体が奪われるという点で同じではないかと、⑤保安拘禁によって果たして刑事政策的目的を達成することができるのか、といった批判が挙げられよう。特に最近注目されるのは、比較法的見地から、諸外国の中には、保安拘禁制度を廃止する代わりに、累犯の刑を加重する国が増えてきており、保安拘禁と同様の刑事政策的効果をあげている、という指摘である²⁷。本稿では、紙幅の関係でこれらの批判の全てについて分析することはできない。詳細な分析は別稿に譲るとして、ここでは、新法が、事後的保安拘禁を導入するにあたって連邦権裁判所が掲げた厳格な要件を充たしているか、という論点に絞って検討を進めることにしたい。

さて、事後的保安拘禁は、言うまでもなく、市民的自由に対する重大な侵害を意味するから、それが認められるためには厳しい条件が必要となろう。具体的には、まず、事後的保安拘禁の対象となる犯罪の制限が要求されることになるが、新法は、事後的保護拘禁を重罪と性的自己決定に関する犯罪に限って認めている。連邦議会に提出された当初、政府案は、刑法232条a（酩酊の罪。過失によって自らを酩酊状態に陥らせることも処罰している）も事後的保安拘禁の対象に含めていたが²⁸、連邦憲法裁判所の提言する保安拘禁の制限的運用という観点からは、好ましいこととはいえない。審議の過程で政府案が修正され、刑法232条aがその対象から外されたことは妥当と思われる。

問題は、刑法67条d3項との整合性である。刑法67条d3項は、「保安拘禁施設への収容が10年を経過し、裁判所が、犯人の性癖（Hang）の結果として、被害者に精神的、肉体的に重大な損害を与える重い犯罪が行われる危険性が存在しない、と判断したときは、裁判所は、処分の終了を宣言する。処分の終了とともに保護観察が付せられる」と定めているが、新法には

26 改正少年裁判所法106条5項は、同法105条3項の罪を犯した年長少年に対し、裁判所が事後的保安拘禁を命じることを認めた。BGBl I 2004, 1840.

27 キンツィヒの分析によると、ヨーロッパでドイツの保安拘禁に類似した制裁が用いられている国は、スイスとオーストリアしかなく、これらの国でも拘禁が命じられる件数は、年々減少しているという。むしろ、国際的には、公衆の安全を長期の自由刑か治療処分によって確保しようという動きが顕著に見て取れるとしている。Kinzig, Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996,556ff.

28 RegE, BR-Dr 202/04.S.3.

「犯人の性癖の結果として」という文言が見られない。そこで、新法が「犯人の性癖の結果として」という文言を敢えて用いなかった理由が検討されなければならないが、連邦政府は、その理由を、新法では、67条 d 3 項とは全く別の危険の予測を想定しているからである、と説明している²⁹。しかし、この説明は十分とは思われない。確かに、「犯人の性癖の結果として」という文言は多義的であり、この文言を用いることに多くの学説が難色を示したことも事実であるが³⁰、この文言が危険の予測について一定の制限を加えてきたこともまた事実である。10年を超える保安拘禁を認めるために、犯人の性癖が要求されている以上、事後的保安拘禁に関してもそれ同じか、それ以上の要件が必要となろう。その意味で、新法においても、「犯人の性癖の結果として」という文言は付け加えるべきであったように思える³¹。なお、刑の執行という被告人の権利が制限されている状態においては、危険の予測をすることができない、という批判もあるが³²、この批判を徹底すると、事後的保安拘禁を認める法的根拠は全く存在しなくなってしまうであろう。少数とはいえ、刑の執行の途中で初めて犯人の危険性が明らかとなるケースがあることを考慮すると、事後的保安拘禁を一切否定するのではなく、それを制限するという道を選択するのが妥当なのではなかろうか³³。

ところで、刑法67条 d 3 項は、保安拘禁施設への収容が10年を経過したら、原則として処分の終了を宣言しなければならず、重大な危険が予見される場合にのみ、例外的に処分の延長が認められる、と定めている。この原則を事後的保安拘禁に適用すると、たとえ事後的に犯人の危険な要素が明らかとなったとしても、保安拘禁を命じなかった事実審の判断を尊重しなければならず、事後的保安拘禁の命令は、原則として排除されるということの意味する。このように解すると、事後的保安拘禁が認められるのは、処分の執行中に事実審が認識することのできなかった新たな事実が発見された場合等に限られることになるが、連邦政府がそこまで限定的に事後的保安拘禁を適用しようとしているかは、定かではない。しかし、連邦政府が少なくとも、事後的保安拘禁が適用されるケースを極めて稀なものに限定しようとし、いわば国家の治安維持のシンボルとして用いようとしたことは確かであるように思える³⁴。

このように、刑法67条 d 3 項が、保安拘禁施設への収容が10年を経過したら、原則として処分の終了を宣言しなければならない、と定めたことにより、以下の結論が導かれることになる。即ち、10年を超えて施設に収容するためには、単に、行為者が危険であることを証明するだけでは足りず、10年間施設に収容すれば危険性がなくなるであろうという推定を破り、行為者がなお危険であることを示す具体的な根拠が必要なのである。こうした結論は、事後的保安拘禁にも当てはまる。行為者の危険性は、具体的、積極的に論証される必要があり、行為者が危険であるかも知れないという疑問が残っていたとしても、事後的保安拘禁を命じることは許されないのである³⁵。

なお、新法66条 b は、行為者の将来の危険性は、「高い蓋然性をもって」認められなければならないとしている。一見すると、この要件は非常に厳格であるように思われるかも知れない

29 RegE, BR - Dr 202/04.S.18.

30 Vgl. Kinzig, aa.O., S.53ff.m.w.Nachw.

31 Braum, Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?, ZRP2004, Heft 4, S.106.

32 RegE, BR - Dr 202/04.S.18.

33 Braum, aa.O., S.106.

34 Braum, aa.O., S.106f.

35 Braum, aa.O., S.107. vgl. auch BVerfG, NJW 2004, 739(742f), BVerfG, NJW 2004, 750(759).

が、事後的保安拘禁が行為者に対する最終手段であることを考慮すると、十分厳格であるとはいえない。危険性の程度としては、確実性と境界を接するような蓋然性が要求されよう。個人の自由よりも公衆の安全の方が優先するという考えは、憲法の保障する自由の原則と相容れない。「疑わしきは安全の利益に (in dubio pro securitate)」という原則ではなく、「疑わしきは自由の利益に (in dubio pro libertate)」という原則を適用すべきである³⁶。

さて、ドイツ基本法103条2項は、「ある行為は、その行為がなされる前に、その可罰性が法律で定められていた場合にのみ、これを処罰することができる」と規定し、国家の刑罰権に制限を加えている。同条によると、構成要件と法的効果の前提条件は法律で定められていなければならない(法律主義)、また、刑罰は常に行為者の責任を前提とし、刑罰の程度も責任の程度に応じたものでなければならない(責任主義)ことになる。連邦憲法裁判所は、かつて法律主義と責任主義との密接な関係について次のように判示している。「立法者には刑罰の枠を無制限に決めることは禁止されている。刑罰の上限と下限は予め確定されていなければならない。さらに、行為者は、刑罰の程度だけでなく、処分の種類と期間についても予測することができなければならない」と³⁷。従って、法律主義と責任主義は、保安拘禁の危険性の予測にも影響を及ぼすことになり、具体的には、「行為者の危険性は、行為者と彼の行為との全体的考察の結果として現れなければならない」ということになる。連邦憲法裁判所の考えによると、行為者の危険性の予測は、処分を受けるきっかけとなった犯罪の詳細な分析に依拠しなければならず、処分執行中の行為者の行状は、処分を受けるきっかけとなった犯罪と直接結びついている限りにおいて補充的に考慮に入れられることになるのである³⁸。

しかし、新法は、処分を受けるきっかけとなった犯罪との結びつきを重視しておらず、理由書を見てみると、例えば、施設のスタッフに対し攻撃的な態度をとったり、施設を出たらまた犯罪をやってやると脅したり、再社会化処分や治療処分を拒否した場合にも事後的保安拘禁が可能であるとしている³⁹。もちろん、裁判所は、こうした事情だけでなく、他の事情も総合的に評価して事後的保護拘禁が可能かどうかを決定することになるのであろうが、場合によっては、処分を受けるきっかけとなった犯罪と直接関係のない要素を過剰に評価することになりかねない。処分執行中の行為者の行状を補充的に考慮に入れる際は、処分を受けるきっかけとなった犯罪と直接の結びつきがあるか否かについて慎重な判断が必要となろう⁴⁰。

最後に、今回の法改正で年長少年に対しても事後的保安拘禁が認められることになったことの問題点について簡単に触れておきたい。事後的保安拘禁の導入に反対する理由の一つとして、事後的保安拘禁が導入されることにより、行刑の果たす再社会化の効果が低下するのではないかという疑問が指摘されている。即ち、刑の執行が終了した後にも事後的に保安拘禁が命じられる可能性があるとして、受刑者の中には、例えば、不安に駆られて、再社会化のプログラムを拒否したり、スタッフに八つ当たりをするような者も出てくるのではないかと、といった問題が生じるのである。精神的・肉体的に未熟な年長少年にはそうした事態は一層懸念されよう。年長少年の場合、成人と比べて危険性の予測が困難であることや、また、更正の見込みが高いことを

36 Braum, a.a.O., S.107.

37 BVerfG, StV 2002, 247, LS2.

38 Braum, a.a.O., S.107.

39 Braum, a.a.O., S.108.

40 Braum, a.a.O., S.108.

考慮すると、年長少年に対する事後的保安拘禁の適用は特に慎重に行うべきであるように思える。

6. まとめにかえて

以上、2004年2月に出た連邦権裁判所の2つの判例を機縁として、ドイツにおける保安拘禁の改正について論じてきたが、この問題は、その背後にある社会的背景を度外視して論じることではできない。即ち、前述したように、最初の判決において、連邦憲法裁判所は、保安拘禁の10年枠を遡及的に撤廃するならば、裁判官が公衆にとって危険であると判断し、10年以上の保安拘禁を命じた犯人を即座に釈放せざるを得なくなってしまうかも知れない、という最悪のシナリオを想定して合憲判決を出しており、こうした事情は二件目の判決にも当てはまるのである。また、2004年1月には、複数の強姦の前科のある男性が釈放直後にハンブルグで若い女性を強姦したケースについて、大衆紙「ビルト」が、釈放を決定した連邦通常裁判所の裁判官の顔写真を掲載し、その責任を追及するというセンセーショナルな事件が発生しており、連邦憲法裁判所がこれらの事情を総合的に判断して合憲判決を言い渡したことは想像に難くない⁴¹。

しかし、個人の自由を犠牲にして公衆の安全を確保することは、好ましいこととは思えない。今回の保安拘禁の見直しは、マスコミが一部の凶悪な事件を殊更に取り上げ、国民の治安に対する不安が高まったことが引き金となって行われた可能性が高い。換言すると国民の間に広がったモラル・パニックが議会后押しして改正法を成立させたとも言えるのである。刑法学者の中には、既に2月に連邦憲法裁判所で判決が出た時点で、事後的保安拘禁が、単に、治療処分に非協力的であるとか、粗暴であるといった理由で命じられることがないように注意深く見守っていく必要があると主張する者がいる⁴²。また、事後的保安拘禁制度を設けなくても、現行の保護観察制度等を活用すれば十分対応できたのではないかと、との批判も見られる⁴³。ドイツで事後的保安拘禁がいわば伝家の宝刀として機能し、濫用されることがないことを期待したい⁴⁴。

もちろん、場合によっては、事後的保安拘禁が必要とされることもあるだろう。しかし、こうした事態はあくまでも例外であって、特に、処分執行中の行為者の行状を補充的に考慮に入れる際は、それが処分を受けるきっかけとなった犯罪と直接結びついているかどうかについて、慎重な判断が求められることになろう。

ところで、今回の改正でドイツにおける保安拘禁をめぐる状況が法的に安定したかということ、必ずしもそう言い切れないのが実情である。恐らく、今後も、改正法が違憲であるという訴えが連邦憲法裁判所に提起されるであろうし、ヨーロッパ人権条約との整合性を疑問視する声も

41 Kinzig, An den Grenzen des Strafrechts – Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG, NJW 2004, S.912.

42 元ニーダーザクセン州司法大臣プファイファー (Pfeiffer) は、ARD (ドイツ第1テレビ) のニュース番組 tagesschau とのインタビューでそうした懸念を表明している (2004年2月12日の tagesschau 電子版を参照)。

43 Braum, aa.O., S.108.

44 コブレンツ上級地方裁判所は、2004年9月21日、受刑者が再社会化プログラムの参加を拒否しただけでは、受刑者の新たな危険性を基礎付けることはできず、事後的に保安拘禁を命じることは許されない、と判示しており、今のところ、ドイツの裁判所は事後的保安拘禁の適用に慎重なようである (2004年9月24日の beck-aktuell を参照)。

出てくるであろう⁴⁵。EUに加盟している国で事後的保安拘禁を認めている国はドイツ以外に存在しないからである。今後もドイツの保安拘禁をめぐる動向に注目していくことにしたい。⁴⁶

45 Kinzig, a.a.O., S.913. Vgl. auch Rzepka, Sicherheits-statt Rechtsstaat -Überblick und Anmerkungen zu bundes-und landesrechtlichen Konzepten einer nachträglichen Sicherungsverwahrung - Teil 2 R&P 2003, 191 (200).

46 本稿脱稿後、宮澤浩一「事後的保安監置に関する新立法動向について」『現代刑事法』7巻1号95頁(2005年)以下に接した。