

クラウス・ロクシン 『刑法総論』第一卷（第一版）〔二〕

吉田 宣之

第三節 刑罰と処分の目的及び正当化

以下の一覧表は見渡すことのできない程おびただしい文献の中から、ドイツ語で書かれた比較的新しい重要なものを紹介するものである。専ら量刑に関係する文献は Band II のしかるべき場所で、したがってここでは記載されていない。大抵のものが刑罰と処分の基本問題を取り扱っているが、刑法改正に関する文献は *sm* で示される。

文献：省略

I 刑罰の目的…刑罰論

刑法、それ故、刑罰法規の任務は、具体的な事案において科される刑罰の目的とは区別される。刑法が補充的法益

保護、と同時に、個人の自由な発展及びこの原則に基礎づけられた社会秩序の維持に尽くさなければならぬものとするならば、この任務によって決定されるのは、まず、国家が刑罰によって威嚇することの出来るのはどのような行為であるのか、ということだけである。しかし、そのように決定されたからといって、刑法の任務にそうには刑罰はどのように機能すべきであるのか、との問いが、ただちに解決されるわけではない。この問いには、刑罰の目的の理論が答えることになるが、これは、もちろんしばしば、十分注目されているとはいえないのであるが、常にその背後にある刑法の目的に係づけられていなければならない。刑罰の目的は、古くより三つの基本的見解（以下「1」）によって争われてきたが、現在では、これらが種々組み合わせられ（以下「2」）、議論を規定している。

1 応報論（正義論、贖罪論）

応報論は、刑罰の意義を、なんらかの社会的に有用な目的の追求ではなく、害悪を科することによって、行為者が自らの行為によって招いた責任に公正に報復、清算、贖罪することに見出しているのである。これは、一般に、*「絶対論」と呼ばれるが、それは、この理論では刑罰の意義がその社会的作用から独立している、即ち、*「切り離されている」からである（ラテン語で、*absolutus = losgelöst*）。刑罰を清算的応報とする考えは、実際、既に古くから一般に知られており、普通の人々の意識の中ではある程度の自明性を持って生き続けている。即ち、刑罰は正義であり、その期間と峻厳さは悪行の重さにふさわしく、これを清算するものであることを前提とする。これは、古くからのタリオの法則——目には目を、歯には歯を——で、応報論の背後にあってこれを支えているのである。この理論は、歴史的に見ても、刑罰の発展を真に正しく記述している。それは、国家の刑罰が、文化の発展の過程で、私的復讐、家族及び部族による血讐の権利を剝奪し、その結果、応報の権利が形式的な規則の定める手続にしたがった、中立的な、それに

よって平和を創造できるような官憲の官庁の手に移っていったからなのである。

応報論に学問上長い間そのように卓越した影響力を保障したのは、その歴史的威厳あるいは日常論理的な有用性ではなく、むしろ、我々の刑法の精神的発展にとつてその意味をおよそ過小評価することのできないドイツ観念論哲学による基礎づけであった。Kantは、『道徳形而上学』（1798）の中で応報と正義の理念を矛盾することなく妥当する法則として基礎づけようと、また、あらゆる功利主義的な見解に対してこの理念を峻厳に貫徹しようとしたのである（a. a. O., § 49 E I）。『謀殺を犯すか、あるいは、命令するか、さもなければ、これに関与する謀殺者が多ければ多いほど、それだけ多くの死を許さなければならぬ。先天的に基礎づけられた一般的法則にしたがつて、正義が裁判官の権力の理念として必要とされる。』そしてさらに、『刑法は定言命法である。』Kantは、この世の何等かの目的のために『刑、あるいは又、その一等』を免除する旨の言い渡しをする者に向かつて『悲嘆の叫び』をあげる。『なぜならば、正義が減じるならば、人間がこの世で生きる価値もないからである。』刑罰は、まさに、Kantにとつて、むしろ、国家や社会がなくなっても、存在しなければならぬのである。国家などが崩壊するような場合であっても、彼によれば、『誰も彼の行為にふさわしいものが与えられ、そして殺人の罪はこれを処罰しようとしなかった国民の責任ではないとするために、監獄にいる最後の謀殺者には、その前に、死刑が執行されなければならない。』というのである。

Hegelは、彼の『法哲学概論』（1821）、即ち、最も重要な法哲学のテキストの一つで、犯罪は法の否定で、刑罰はこの否定の否定、『そうしなければ妥当性を持ってしまふかもしれない犯罪の止揚である』、と同時に、『法の回復』であると把握しており、非常に似かよった結論に到達している（a. a. O., § 99）。彼は（a. a. O., § 101）『犯罪の止揚は、概念的に侵害の侵害である限りにおいて、報復である。』という。彼が、Kantと本質的に、特に区別されるのは、実践的に貫徹不可能な同害報復の法則を犯罪と刑罰の同価値性の思想に代え、そうすることで応報論に以後一五〇年

間にわたる確固たる地位を与えたことである。けれども、Hegel は、威嚇及び改善というような予防目的を刑罰の目的とは認めなかった点で Kant と完全に一致する。即ち、彼によれば (a. a. O., § 99 の補遺) 人が犬に棒を構えるかのように刑罰を基礎づけることによって、人間はその名誉と自由にしたがってではなく、犬のように扱われるのである、というのである。

又、二つの宗派の教会も戦後に至ってもまだ、正義の実現を神の命令と、科刑を神の裁判官職を代理するものと理解することによって、専ら応報論を支持してきた。

判例にあつても、応報論はつい最近に至るまで大変重要な役割を担ってきた。刑罰はすべて、本質的に、加害による応報である」と BVerfGE 22, 132 は述べているし、その他の多くの憲法裁判所の判決においても威嚇と改善と並んで応報が刑罰の本質あるいは目的と言いつわられている。また、BGH の判決においても応報思想が、しばしば、支配的に登場してくる。例えば、BGHS 24, 134 は、「公正な、責任との均衡との定義からすると、刑罰は、内容的に、重すぎることも、軽すぎることも許されない」という。同様に、立法も応報原則を認めている。§ 46 I I は、「行為者の責任は量刑の基礎である」と述べているが、この命題は応報論の意味で解釈される必要はないものの、その様な解釈を排除するものでもない。

応報論の優越性は、社会心理学的印象力と、それが刑罰の上限に基準を与える原理となる点にある。もしも刑罰が責任の量に「一致する」べきであるとすると、いずれにしろ、責任が軽い時に厳しく処罰することで、みせしめにすることは禁止される。それ故、応報思想は国家刑罰権に限界を設定し、その限りで、自由主義的な、自由保障的な機能を持つている。なるほど、どのような刑罰が責任に一致するのかを数学的に厳格に決めることはできない。しかし、法律上の量刑規定 (§ 46 I) と学問的に精緻な量刑論の助けを借りて、ある程度まで計算可能な刑罰の量を目指すこと

ができる。

それにもかかわらず、応報論は、今日、学問的に、維持しうるものではない。というのは、前節で説明したように、刑法の任務が補充的な法益保護にあるとすれば、すべての社会的目的を明示的に無視する刑罰を、このような任務を満たすために使うことは許されない。応報の理念は、刑罰が法益保護の観点から不要とされるところでも（Rt. 3参照）刑罰を要求する。その場合には、刑罰は、もはや刑法の任務に奉仕するものではなく、社会的正当性を失う。視点を変えれば、人間の制度としての国家は、正義という形而上の理念を実現する能力もないし、権限もない。市民の意思は、人間の共同生活が平和で、自由であることを保障するよう国家を義務づけているのである。国家はこのような保護の任務に制限されている。害悪（犯罪）はさらなる害悪（刑罰の苦痛）を加えることで清算あるいは止揚できるという思想は、国家がその権力をもはや神からではなく、国民から手に入れるようになってからは、何人を義務づけることも許されなくなった信仰に親しみうるものにはすぎないのである。また、応報されるべき「責任」という仮定のみで、刑罰を支えることはできない。それは、個人責任が証明不能な意思の自由の存在に結び付けられているために、それを国家の侵害の唯一の基礎とすることは不適切であるからである。

応報論に反対する理由にその社会政策的に好ましくない結果がある。加害原理から始まる行刑は、しばしば犯行の原因となる社会化の欠陥を治癒することはできないし、それ故に、犯罪との闘争の有効な手段ではない。ドイツ行刑の後進性は、一九七七年まで法律上の根拠が欠けていたこともあるが、本質的には、長い間支配的影響を及ぼしてきた応報論に依るのである。

又、「贖罪論」と形は変わっても、責任清算論は支持できない。これは、一般の用語例によって、「贖罪」の概念を「応報」の読み替えにすぎないと理解するならば、自明のことである。しかし、しばしば、「贖罪」という言葉で、

*なお、Rt. は、段落番号で段落一行目末に記した。

行為者が刑罰を公正な責任の清算として内面的に受け入れて、彼らの犯罪行為を精神的に十分了解し、純化し、そして贖罪を通して彼の人間的及び社会的な完全性を取り戻すことを意味することがある。これらは、当然、すべて望ましいことである。しかし、これは応報刑の正当化に役立ちはしない。なぜならば、実際には、希にしか起こらないそのような贖罪の体験は人格の自律的、倫理的作用、いわば、強制的に科すことのできない、その他、応報的ではない、援助的な刑罰によってむしろたらされる作用であるように思われるからである。

2 特別予防論

応報論の対極をなすのは、刑罰の任務は、行為者が将来犯罪を犯さないようにするためにのみあるとの見解である。とすると、刑罰の目的は、個々の(特別の)行為者に向けられた防止(≡予防)をを目指すものである。それ故に、この見解に従えば、「特別予防」が刑罰の目的となる。特別予防論は、「絶対的」応報刑の観念とは違って、「相対的」理論である。なぜならば、これが犯罪の予防目的に向けられているからである(「相対的」という言葉はラテン語の *relative* に向けられるという言葉から出たものである)。このような立場も、又、刑法思想の開始時にまで遡る。既に Seneca (+65n. Chr.) に「Platon によって伝えられた Protagoras の見解を引用しつつ、以下のような、すべての予防論にとっての古典的な公式が見受けられる。即ち、「Nam, ut Plato ait: nemo prudens punit quia, peccatum est, sed ne peccetur...」(「とというのは、Platon がいうように、「賢者が人を罰するのは、罪を犯したからではなく、そうすることで犯さないようにするためである...」)。

この命題は、啓蒙期に独立の特別予防論に発展したが、後に応報論によって撃退された。しかし、一九世紀の終りごろ、現在に至ってもなお多大な影響力を及ぼしうるような理論として「社会学的刑法学派」によって蘇生させられ

た。この学派の代弁者はドイツの最も著名な刑事政策家である Franz v. Liszt (1851—1919) であつた。彼の考えによれば、特別予防は次のような三重の意味で機能しうるものとされる。即ち、拘禁によって行為者から国家を守ること、刑罰によって犯行を重ねないように行為者を威嚇すること、改善によって行為者を累犯から守ることによって、である。これに対応して、Liszt は、彼の後の研究の基礎となつた、いわゆるマールブルク綱領 (1882) の中で、犯罪者を行為者類型にしたがつて區別して取り扱うように教えている。即ち、威嚇することも、改善することも出来ない常習犯の無害化、単なる機会犯の威嚇、及び、改善可能者の改善である。特に、特別予防の作用可能性の内の第三のもの、改善は、専門的には、再社会化あるいは社会化といわれているが、これは、戦後においても、重要な役割を果たした (Rn. 13 並びに § 4, Rn. 15 ff.)。一八八九年に Liszt がベルギー人の Prins とオランダ人の van Hamel と共に設立した国際刑事学協会 (IKV) は、新しい刑事政策的觀念の普及に大いに貢献した。一九二四年には、これに加えて、今日もなお存在している国際刑法学会 (AIDP) が登場した。IKV のドイツ国内の組織は、当時の権力者によって解散させられた。大戦後は、特に、一九四七年に設立された社会防衛のための国際協会が Liszt の研究をさらに発展させた。又、連邦共和国の刑法改正にかなりの影響を及ぼした (この点については、§ 4, Rn. 20 ff.)、西ドイツの刑法学者たち (その中には本書の著者も含まれているが) によって、一九六六年に公にされた『刑法典の対案』(= AE) も、特別予防論—それについて、特に、Franz v. Liszt 及び社会防衛思想—に負うところ大である。

特別予防の目的設定は、特に、一九六九年からの連邦共和国の改正立法にあつても、又、種々表現されている。新総則の § 46—2 で、量刑について、次のように述べられている。即ち、『社会における行為者の将来の生活について刑罰に期待される諸作用が考慮されなければならない。』西ドイツの改正立法における制裁システムの多くの改革 (詳しうは § 4, Rn. 27 ff.) は、『新刑法の § 2 が『執行目標』とも呼ぶ再社会化目的に貢献する。即ち、『自由刑の執行

によって被收容者は、社会的責任を持って犯罪のない生活を送る能力を身につけなければならない。

このような改正の感銘力によって新しい判例も又、以前にもまして再社会化思想を考慮している。したがって BVerG(E35, 202, 235f. = Lebach-Urteil) は次のように述べている。即ち、「人間の尊厳から導かれた、保護の保障された基本権の担い手として、有罪判決を受けた犯罪者も、刑に服した後再び社会に溶け込むための機会を持つていなければならない。行為者から見れば、このような再社会化の利益は Art. 1GG と関係する Art. 2Abs. 1 の基本権から発生する。共同体の観点からすれば、社会国家原理は国家の先慮と配慮を要求する。」又、BGH は、今や、刑法改正の進展を受けて、「刑罰は自己目的として責任の清算を行うという任務を持っているのではなく、刑法の予防的保護任務を果たすために必要な手段であることが示される場合のみ、正当化される」と考えている。法定の量刑規定の特例予防的条項は、「重要な、特別予防的観点への重心の移動」を認識させる (BGHS24, 40, 42)。

特別予防論が、その支持者の間で現在一般的に重要であるとされている再社会化原則に従う限り、その理論的及び実践的優越性は明らかである。この予防論は、それがもつばら個人と社会の保護に義務づけられているにもかかわらず、行為者を援助し、それ故に、行為者を追放したり、または、烙印を押ししたりするのではなく、むしろ、社会に組み込もうとすることによって他のどの理論よりも社会国家原則の要請に対応することになるが、その限りで刑法の任務 (上記 22 参照) に極めてそうものである。この理論は、社会的訓練と援助的処遇を目的とした行刑プログラムを要求することによって、建設的な改正を可能にし、応報原則の実践的不毛性を免れるのである。

それにもかかわらず、特別予防的端緒を實踐すると、古くから知られており、しかも改正の後に、再び、この理論に対し、以前にも増した懐疑的態度を採らせることになった諸問題が生ずる。恐らく、この理論の最大の欠陥は、応報論とは違って刑罰に対する基準原則を提供できないという点にある。この理論を徹底すると受刑者を再社会化出来

るまで拘束するとの結論になってしまふであろう。このことは、刑期の定めのない有罪判決を導入することにもなるであろうし、場合によっては、また、些細な犯罪ではあつても、それが深部まで達する人格破壊の兆候であるような場合には、長期の自由刑が科せられることにもなつてしまふであろう。いや、むしろ、（再）社会化の処遇は、以前に具体的な犯罪を行ったということは証明できないが、ひどく犯罪に毒されていることが明らかである場合にも考慮されるべきことになるであろう。これらすべては、応報論で許される基準を大きく超える侵害といえよう。また、これは、自由主義的な法治国家において望ましくもあり、許されもする、個人の自由の制限を決定的に超えてしまふことにもなる。

また、特別予防論は、国家がいかなる権利に基づいておよそ成人を教育し、処遇しなければならぬのかとの問題に晒されるように思われる。KantとHegelは、そこに、人間の尊厳に対する違反があると考えている（Rn. 4にはHegelの引用のみがあるので、参照）。しかも、BVerfGは、かつて、国家は：国民を改善する任務を負っていない」と述べている（E22, 219）。Art.11GGは、したがって、成人の不可侵の人格的核心に触れる限りで、いずれにしろ強制的教育を禁止している。

事実、国際刑事政策では、およそ一九七五年から、しばしば、以前支配的であつた再社会化思想の放棄、及び、応報思想と一般予防（Rn. 21 ff.）への回帰を確認することができる。このような処遇刑法に反対する傾向は、新古典主義のの名のもとに、特に、アメリカとスカンジナビアで影響力を持ったが、なによりもまず、不定期刑と、これらの国々でそれまで刑事治療目的のために許されるとされていた強制処遇に対して向けられた。

このような構想のさらなる弱点は、再社会化の必要性のない行為者の処遇の仕方を全く知らない点にある。このような問題は多くの過失犯者及び軽微犯罪の機会犯においてのみならず、重大な犯罪を行つてはいるが、行為が二度と

繰り返されることのない紛争状態でなされたため、あるいは、時態が変わったために新たに行うことが不可能であるため、再犯の可能性がないような人間についても起こる。例えば、今日危険性もなく、しかも社会的に控え目に生活しているナチの暴行犯の処罰は、特別予防的観点から、どのようにして正当化されるべきなのであろうか。

最後に、特別予防に対する興味の喪失に、内外の努力にもかかわらず、受刑者の社会化のための、広範な基盤に立ち、しかも成功を収めることのできた構想が今日に至るまで展開されなかつたという事情も、あずかつて力があつた。応報刑がその目的を内含し、それ故に、*成果*から独立しているのに対して、特別予防的目的設定は、継続して成果があがらない場合には、たとえそれを理論的に正しいと考えていても、無意味となる。少なくとも、再社会化計画の実践にとって障害になる困難な問題は、端緒にすら悪影響を及ぼす諦めにも似た倦怠感を感じさせることも希ではない。*nothing works*、(「役に立たない」との標語で、このような傾向は国際的に著しい作用を営んでいる)。

3 一般予防論

最後に、伝統的刑法理論の第三のものは、刑罰の目的を応報にでもなければ、行為者に対する作用にでもなく、科刑と行刑によって法的禁止について教え、それに対する違反を防止するであろう公衆に対する影響に見出している。それ故に、又、ここでは、予防的犯罪防止を旨指す(と同時に、予防的かつ相対的)理論、即ち、刑罰を有罪者に特別に作用するのではなく、公衆に一般的に作用するべきだとする理論が重要である。それ故、一般予防論といわれる。

この理論に歴史的に最も有効な形式を与え、展開したのは、近代ドイツの刑法学の創設者とされる Paul Johann

Anselm v. Feuerbach (1775—1833) であつた。Feuerbach は、彼の一般予防論を自ら展開した所謂「心理強制説」（正しく表現すれば、心理的強制の理論：この点については、更に、§ 5, Rn. 22 f. 参照）から導いた。彼は、犯罪をしたという気持ちになつてゐる潜在的犯罪者の心を、犯罪へと駆り立てる動機とこれに抵抗する動機の戦いの場であると考えて、刑罰威嚇の形成によつて動揺してゐる者の心理に、犯行を思いとどまらうとする努力に重心を置き、そうすることで行為の不作為への「心理的強制」を行うことができる不快感を生じさせなければならぬ、としている。Feuerbach の教科書の § 13 に合理主義的であると同時に決定論的でもある構想の精確な要約がある。即ち、「すべての違反行為は、人間の犯罪能力が行為の持つあるいは行為から生ずる快によつてそれをするように駆り立てられる限りで、その心理学的存在根拠を五感性に持つてゐる。このような五感的衝動は、すべての者がその行為には必然的に、行為への衝動が満たされなかつたことから生ずる不快よりも大きな害が伴うということを知ることによつて止揚される。」

この理論は、刑罰規範によつて犯罪を予防しようとするものであるため、主として、刑罰威嚇の理論である。けれども、それに続く作用の点で、又、必然的に、科刑と行刑の理論でもある。というのは、威嚇の効果がそれに依つてゐるからである。また、Feuerbach もそれをどのように考えていた (a. a. O., § 16)。彼にとつて、刑罰を「加える目的」は、「刑罰なくしてはこの威嚇が空虚な（効果のない）ものになってしまうであろうという限りで、法定の威嚇の効力を基礎づけることにある。法律はすべての市民を威嚇し、執行はこの法律に効力を付与しなければならぬものであるため、刑罰を加える間接的な目的（最終目的）は、いずれにしろ、法律による市民の単なる威嚇である。」

一般予防論は、今日においても、刑罰論として影響大である。この理論は、素人心理的な明証性を持ち、又、深層心理的にも、次のように考えれば正当化できる。即ち、多くの人間がその衝動的望みを抑えるのは、その望みを満

たすには法律外の方法しか許されていないような場合には、誰でも、それ故に、成功したというよりは、むしろ大きな不利益を被るということを知った時であるとの考慮によつて。既に、Ferd は、「人間の刑罰秩序の基礎の一つ」が一般予防の必然性にあると見ていた。即ち、「抑圧された欲求が満たされた場合に、それは社会の同胞すべての持つ同じ欲求を刺激するにちがいない。このような誘惑を抑えるために、本当に人から羨ましがられている者から、彼の向こう見ずな行為によつて得られた果実を奪わなければならない」。現在、この理論は、一般予防の消極面と積極面を区別している。

消極面は、「類似行為を行う危険性のある他人の威嚇という概念で明確に規定することができ。そこでは Ferribach (Rn. 25f.) によつて強調された視点が重要である。けれども、今日では、犯罪的傾向を持つている人間の一部分が良く考えて行為に出るので、「威嚇」されやすく、又、威嚇作用を営むのは刑罰の量ではなく、逮捕される危険の程度が威嚇作用を営む、との点で見解の一致がある。このことから、社会政策的に、公衆の中から再三要求される科刑の峻厳化ではなく、むしろ、刑事訴追の強化（およそ警察の強化と教育によつて）によつて一般予防の成果を収めることができる、との結論を導くことができる。

一般予防の積極面は、「通常、法秩序の存続力と貫徹力への信頼の維持と強化にあるとみられている」。したがつて、刑罰は、「法共同体に法秩序の堅固さを示し、そうすることで住民の法への信頼を強める」、との任務を負っている。今日では、大抵、このような視点に純粹な威嚇作用よりも大きな意味が認められている。

厳密に考えれば、積極的一般予防には、更に、三つの、混ざり合つてはいるが異なつた目的と作用を区別することができる。即ち、社会教育学的に動機づけされた学習効果、刑事司法の活動によつて住民に呼び起こされた「法の厳正さの覚知」、市民が法の自己貫徹力を知ったときに生ずる信頼効果、最後に、一般的法意識が、法律違反に対する制

裁によって落ち着き、行為者との紛争を既に解決されたものと見なすときに生ずる満足効果である。特に、最後に挙げた満足効果は、『統合予防』という術語で、今日、しばしば、刑法的反動の正当化のために用いられている。

実際、一般予防論の思想的出発点は納得のいくものである。この理論は、犯罪の防止を指摘している点で、応報論とは違って直接的に刑法の保護の任務に向けられており、また、特別予防を認めても、その意味を失うことはない。というのは、犯罪の防止という観点からは、刑罰が、既に受刑者となつてゐる者にのみ作用したのでは、十分ではない。むしろ、社会政策的には、その他に、犯行を一般的かつ最初から予防することが望ましいし、しかも、正に、この点が一般予防的端緒の目的なのである。

又、一般予防論は、特別予防論に対して、二つの重要な長所を持つてゐる。まず、再犯の危険性が欠けている場合でも、刑罰を必ずしも完全に放棄する必要がないということが、当然のこととして説明できる。制裁は、行為者を処罰しないでゐる犯罪がそれを模倣しようとの刺激になるために、必要なのである。そして、次に、一般予防の原則は、明確な行為の記述を不明朗な、しかも、法治国家的に疑問のある危険性の予測に置き換えるようなことにはならない。むしろ、反対に、この原則は可能な限り厳格な規定を必要とする。それは、市民に一定の行為を断念させるよう動機づけるべきであるとするならば、禁止の対象は正確に定められなければならないからである（この点については、更に、§ 5, Rn. 22 f.）。

最後に、一般予防の影響力について、この理論が社会心理的な仮定に基づいてはゐるものの、特別予防的努力(Rn. 20)とは違って、実務的に論破されるものではないということが、意味がある。というのは、犯罪はすべて一般予防の無効性を証明してゐるとの異議に対して、常に、犯罪はあつても、住民の多数は法に忠実に行動している点に実効性があらわれていると反論することができるからである。このことがどの程度一般予防の消極的及び積極的観点に還

元することができるのかは、経験的には、まだ、解明されていないし、証明できるほどはつきりしてはいない。しかし、正に、それ故に、国家の処罰実務が、そこで、重要な役割を演じているという仮定は、およそ、論破されることはないのである。

他方、一般予防の原則は重要な理論的、実践的欠陥も示す。まず、この原則は、特別予防のように、刑期の限界設定基準を含んでいない。これによって、少なくとも、消極的一般予防が、国家によるテロに変わる危険を常に持ち続けることになる。というのは、より重い、また、より厳しい刑罰がより大きい威嚇作用をも持つという考えは、一恐らくは正しくないであろうが—歴史的に最も頻繁に“法外な”刑罰の理由であったからである。また、予防目的のための処罰は人間の尊厳に反するとの異議は、特別予防の場合よりも一般予防の場合のほうが、より大きな意味を持つ。即ち、再社会化が（少なくとも、また）有罪者を助けるべきものである一方で、一般予防を理由とする処罰は公衆（それ故、他人）のためだけに行爲者に負担をかけるのである。したがって、そのためには正当化が必要であることにならるが、この理論自体はそれを提供できない。最後に、一般予防論は、行刑に刺激を与えることができないという欠陥を応報論と共有している。このことは、一般予防が、常に、行爲者にはなく、公衆に向けられている限りで、あらゆる現象形態についていえる。特に、消極的一般予防についていえる。というのは、“市民の単純な威嚇”(Feuerbach)を目指す執行は、累犯を防止するというよりはむしろ助長しており、したがって、犯罪との戦いにとっては益よりも害になるからである。

4 応報的統合論

応報的統合論は、以前は、学会を席卷し、今日でも、まだ、判例にとって規定的ではあるが、いままでに述べてき

た見解を結合したものである。この理論は、応報、特別予防及び一般予防を並列的に追求されるべき刑罰目的であるとみなしている。その際、まず、応報目的が完全に支配的な機能を持つている。…基準となるのは…まずは、贖罪の必要、即ち、刑罰の応報目的で、続いて、さらに、威嚇目的でもある。これに対して、その他の刑罰目的、即ち、改善目的及び保安目的は、その背後に退く、(RGSSt58, 109)。今日でも、まだ、しばしば、「伝統的な意味」での「真正な」統合論といってもよいのは、予防目的が刑罰の応報・性格を犯しておらず、応報によって引かれた枠組みの範囲内で同時に追求されている限りにおいてのみである、との点が強調されている。この理論は、ここで主張された観点からすれば、確かに、否定されなければならない。それは、この理論が、応報論の単なる修正に過ぎず、それに対して提起されたすべての異議に晒される(Rn. 8—10)ことになるからであり、又、それ故に、今日、応報論同様ほとんど支持されていないからでもある。

統合論の定式によれば、応報、特別予防、及び一般予防は、同レベルの刑罰目的以上のものとして取り扱われている。刑罰論のどれも法律によって規定されたり、禁止されたりはしていないので、—ある程度必要に応じて—これか、あれか、いずれかの刑罰目的が前面に押し出されることになる、との認識から出発できる。代表的なのはBVerfG(E45, 187, 253f.)の見解である。即ち、「連邦憲法裁判所は、学問的に主張されている刑罰論に対して立場を明らかにしてはいないが、くり返し、国家による処罰の意義と目的に触れてきた…。刑法の一般的任務は共同体生活の基本的価値を保護することであるとされてきた。責任の清算、予防、行為者の再社会化、行われた不法に対する贖罪と応報が、適正な刑罰制裁の諸相を示している。」刑事罰は、「威嚇と再社会化という任務を損なわないで—行われた不法に対する応報である、(BVerfGE39, 1, 57)。このように事前に示された線にそってBGHも動いている。如何に、ある時はこの観点がある時はあの観点が特に強調されるのかについての例は、既に、前述の刑罰論の検討の際に、挙げておいた。

このような統合論は、応報論も予防論も独自に刑罰の内容と限界を正しく定めることはできない、という正当な認識から出発している。しかし、この理論には、その主張者が、責任の清算、特別予防及び一般予防を刑罰の目的として、単純に並列することで満足している限りにおいて、理論的基礎を欠いている。このような「加法的統合論」は、個々の見解の持つ欠陥を取り除くどころか、むしろ、合算してしまい、そのために、特に、種々の刑罰目的の間を考へもなく揺れ動くことになってしまう。このことは、社会に平和をもたらす一つの手段である刑罰の単一の観念を不可能にしてしまう。

これに対して、今日の条件のもとで支持可能な統合論の任務は、応報思想を放棄して、その他の、その時々で異なる刑罰論上の端緒の絶対化を次のように、即ち、それらの適切な観点を上位の構想の中に取り込み、それらの弱点を相互の補充と制限によって消去する、という方法で止揚することにある。それは、上述のような手続によって対立する目的設定を持つ従来の理論を総合止揚するという限りで、予防的「弁証法的」統合理論とよばれる。これは、以下で、詳述される。

5 予防的統合理論

(a) 刑罰の予防専一的目的

今日主張されているすべての刑罰論の出発点は、刑罰の目的が予防的性質のものに尽きる、との認識になければならない。というのは、刑罰規範が正当化されるのは、それが個人の自由とこれに役立つ社会秩序の保護を目指す場合に限られるために (§ 2, Rn. 9 ff.)、具体的な刑罰も、この目的、即ち、犯罪を予防するという目的を追求することができる、からなのである (Rn. 15, 28 参照)。このことから、更に、特別予防と一般予防は刑罰目的として併存しな

なければならない、との結論が導かれる。というのは、犯罪が個人への作用と同様に公衆への作用によっても予防されるものであるために、この二つの手段は更に上位の最終目的の下にあつて、すべて正しいからである。

特別予防と一般予防の目的を同時に追求することは、具体的な判決で言い渡された刑罰が二つの目的を効果的かつ可能的に達成するのに適しているならば、問題はない。このような構想は、個々の場合に、再犯の危険性がないので、刑罰の予防的構成要素のみで制裁の役割を担いようようなところでも、困難に陥ることはない。というのは、刑罰の予防目的は、必ずしも、すべての観点で、同時に、予防が必要とされるのではないような場合にも、維持されているからである。

このような考えは、特に、再社会化のための行刑が受刑者にとって無効果であつたような場合にも、重要になる。行為者の社会化の欠陥を補おうとする刑罰は、教育上及び治療上、受刑者との協力関係が作り出された場合にのみ成功しうるのである。“強制的—社会化”は、成功の見込みもなければ、Art. 1GGとの関係で許されてもいない、といつてもよからう。それ故、受刑者が再社会化への協力を拒んだ場合には、彼の意識を覚醒して、そうするように仕向けるべきではあるが、強制することはできない。当然、このような場合にも、刑罰は執行されなければならない。そこでは、一般予防の必要性が正当化されれば十分である。これによつて、同時に、この考えは人格を抑圧する強制による社会への適合になつてしまう(Rd. 17ff)との論拠を挙げて再社会化目的に反対する、すべての疑問が、根拠薄弱なものとなる。ただ成人の教育のみが禁止されている。とはいえ、受刑者は、国家が彼自身の社会への適合のための努力を援助することを求める権利を有する。

同様のことが、良く考えられた(再)社会化計画が時々有効ではないと証明されていることから生ずる疑問についてもいえる。この様な反動は、一部には、今しがた説明した観点がなおざりにされていること、一部には、社会化刑

法がまだ実現の緒についたばかりであることに原因がある。連邦共和国におけるこれまでの努力は様々の形でこれを勇気づけるような成果を挙げている。しかも不可避的な間違いがあつても、刑罰の一般予防的機能が、必要な場合には、刑罰の機能を一手に果たすのであつて、其処此処に生ずる特別予防的失敗によつて影響されることはないのであるから、「刑罰論上の失敗」にはならない。

特別予防と一般予防とが矛盾關係に立つのは、これらの目的設定が異なつた刑罰の量を要求する場合である。従つて、個別事例において（例えば、若者が殴り合いの際に傷害致死罪を犯してしまつたような場合）一般予防的理由からは、§ 226II を適用して三年の自由刑による処罰が適當であると思われ、これらに對し、特別予防の必要性からは、更に厳しい刑罰は行為者を非社会化し、将来犯罪へ誘うことが予想されるとの理由で、保護観察付きの一年の自由刑が許されるにすぎないとされることがありうる。これら二つの解決の可能性の内いずれのものも、一方では予防の効果があるが、他方では予防の効果を失うことにならざるをえない。その様な場合には、特別予防と一般予防の目的を相互に比較考量して、序列をつくる必要がある。その際、特別予防が、ほぼ同じ程度までは優先されるべきで、従つて、我々の事例の場合には保護観察付きの一年の自由刑が科せられることになる。というのも、まず、再社会化は、可能な限り尊重されなければならない基本法上の命令 (Rn. 14 参照) であるからである。そして、次に、考慮されなければならないのは、問題のある事案では一般予防を優先することが特別予防的目的を挫折させてしまう恐れがあるのに対し、特別予防の優遇は刑罰の一般予防的效果を排除するのではなく、たかだか計測困難な程度これを弱めるに過ぎない。というのも、より寛容な刑罰も一般予防的效果を持つからである。他方、特別予防の必要性が当然優先されなければならないのは、一般予防的最低限の要求が守られている限りにおいてである（我々の事例がこれにあたる）。それ故、刑罰は特別予防的效果のために、制裁が国民の間で真剣に受け止められなくなつてしまふまで、輕

減されてはならない。というのはこのことが法秩序への信頼を動揺させ、それによって犯罪の模倣を促すことになると思われるからである。多くの場合、とはいえ常にというわけではないが、処罰範囲の下限は既に「一般予防的最低限度」の尊重を考慮にいれている。

一般予防と特別予防の意味は刑法を貫徹するプロセスにおいても強調のされかたに差がある。科刑の目的は、まずは、純粹な一般予防にある。それに対して、判決における刑の言い渡しの際には、特別予防の必要性と一般予防的必要性が Rn. 37—40 で述べられた基準によって同時に考慮されなければならない。最後に、行刑においては、あたかも § 2 StVollzG が「行刑の目的」として（再）社会化をのみ挙げている様に、特別予防が専ら前面に出てくる。とはいえ、このことを、あたかも刑罰の目的が刑法の実現段階に応じて完全に区別されて「配分されている」かでもあるように、誤解されてはならない。重要なのは分配ではなくて、重点の置き方である。というのは、科刑が動機づけの機能を持つべきであるとするならば、行刑も一般予防的作用をすべて失ってはならない（前述の Rn. 40 並びに Rn. 44 参照）。この作用はわざわざ努力して求められるべきものではないが、行刑の範囲を決定する条件によって保障されなければならない。他方、刑罰は特別予防的效果を、それが法律の規定に予め組み込まれている場合にかぎり、発揮することができる。

それ故、予防的統合論は特別予防的端緒と一般予防的端緒とを含み、そのため、ある時には後者の観点が、ある時には前者の観点が前面に出てくる。なるほど、二つの観点が相互に矛盾する時には、特別予防的再社会化目的が第一の地位にはつくが（Rn. 40）、処罰を支配するのは一般予防であり（Rn. 41）、特別予防的目的が欠けたり、挫折したりした時には、刑罰の正当化は一般予防によってのみなされるのである（Rn. 37 ff.）。他方、何等かの一般予防的意図のない特別予防的刑罰は、行刑においては社会化の目的が絶対的に支配しているにもかかわらず、存在し得ない（Rn.

さるべき)。それ故、ここで主張されたような統合理論は特別予防的観点と一般予防的観点の無差別かつ任意の使用を正当化するものではなく、むしろ、両観点を慎重に考量する体系、即ち、その要素を組み合わせることに よつてはじめて国家の処罰に理論的基礎を与えうる体系へと導くものなのである。

(b) 応報の全面的放棄

これに対して、応報は正しく理解された統合理論の中にあつては、予防に付随する刑罰目的としてさえも考慮されない。このような応報の不評を基礎づける、既に *Prinzip* で述べられた根拠に対して、応報論のみが、現在社会に溶けこんで生活しており、それ故に全く危険性を示してはいないナチの暴力犯罪者の処罰を正当化できる、との反論がなされている。しかし、これは間違つてゐる。というのは、このような行為の処罰は、それを訴追しないことが一般的な法意識を大きく動揺させるにちがいないために、一般予防的理由から必要なのである。もしも、そのような行為が処罰されないうでおかれるならば、再犯の危険性のない殺人罪の行為者はみんな同じ取り扱いを望んでこの事実を主張し、同様に無罪を獲得することになるであろう。これによつて殺人禁止の妥当性とその予防的作用がいたく相対化されることにならうか。

応報の観念は、又、しばしばおこなわれているように、応報的害悪の付与に刑罰の「本質」を見、それに対して刑罰の正当化的目的を刑法の予防的目的に見るといふように統合理論に組み入れられるものでもない。というのは、法制度は、その目的から離れた「本質」を持つてゐるのではなく、この「本質」はそれによつて達成しようとする目的によつて規定されるのである。唯一正しいのは、すべての刑罰が国家の強制的侵害であり、有罪者にとつては負担であるということである。その限りで刑罰には抑圧的要素が本質的なのである。マジョルカ島での静養のための休暇

命令は刑罰とは言えないであろう。しかし、このことは刑罰の本質的な応報的性格のせいではなく、刑罰の放棄することの出来ない一般予防的要素（Rn. 40 ff.）が、刑罰によって犯罪の不作為ではなくて作為に動機づけられる場合には、欠落するからであろう。これに対して、*「社会的トレーニング」*にある処遇刑は、刑罰に全く矛盾するものではないといえよう。というのは、この刑罰はただ*「座して過ごすべき」*監禁刑の執行よりも厳しい努力を要求し、それ故に、一般予防的效果が不可避であるからである。

更に、処罰には、現在一般に認められているように、*「社会—倫理的非難」*が存在するということは、正しい。この基準によって刑罰を内容的に他の制裁、例えば、*「義務の督促（Pflichtennahmung）」*としての懲戒罰、*「強制手段」*としての強制金のような制裁から区別しようとの試みがなされた。けれども、このような区別は、当事者への作用の点ではほとんど認めることのできないものであり、又、そうすることで、刑事的制裁と非刑事的制裁とを上述の限界に従って区別するかどうかは立法者の自由な決定の問題であることを誤解する恐れがあるために、およそ不自然である（詳しくは、§ 2, Rn. 39 ff. 参照）。しかし、同様に、又、処罰に*「社会的非難」*があるということから、刑罰が本質的に応報あるいは害悪の付与にすぎないとの結論を導くことはできない。というのは、行為の否認から、同様に、再社会化作用の意味で彼の将来の回避を目指すという結論を導くことができるからである。

(c) 侵害を限界づける手段としての責任原則

あらゆる応報を放棄したにもかかわらず、応報論の決定的要素が予防的統合理論の中にも入ってこざるをえない。即ち、刑罰の限界づけの手段としての責任原則である。すべての予防理論固有の欠陥、即ち、それらの端緒が刑罰に対する法治国家上必要な制限を内包していないという欠陥（Rn. 16, 31）を最も有効に取り除くことができるのは責任

踰越禁止である。この禁止によれば、刑罰は、その刑期の点で、治療利益、保安利益あるいは威嚇利益がそれ以上の拘置を望ましいとしていような場合でも、責任の程度を越えてはならない。国家の侵害の権限は、その様な場合、国家の要求に従って思うがままに非難されるのではなくて、自らの責任の範囲でのみ非難される有罪者の自由の利益に屈する。それ故、責任原則は、応報から全く独立した自由主義的機能を持つているが、この機能は市民の自由のために現代の刑法においても維持し続けられなければならない。

刑罰がいかなる場合でも行為者の責任よりも重くなつてはならないという要請は、現在、連邦共和国にあつても、全く圧倒的承認を得ている。むしろ大抵の場合には、責任の程度を越える刑罰は人間の尊厳に抵触し、そのために、責任原則は刑罰を限界づける機能の点で憲法レベルのものであるとされている (BVerfGE 20, 323, 331)。このことは、少なくとも、刑罰の重さの点で、責任原則によつて限界づけられない処分の合憲法性(この点については、Rn. 54 ff.) が全く争いの無いところであることから、又、人間の尊厳を侵害していると指摘し、それを非難することのできないような外国の法秩序といえども責任原則を例外なく法律によつて定めていくわけではないのであるから、疑問である。けれども、それにもかかわらず、責任原則は、今までに見出された手段の内、国家刑罰権を制限するための最も自由主義的かつ社会心理学的に有効な手段である。というのは、責任の程度は行為者人格にある内的な要素と惹起された被害の程度によつて決定されるので、これは社会の利益によつて決定された予防の要求に有効に対処できるからである。その上、刑罰の上限を責任に対応する期間に制限することは、一般感情にも合致し、又、その限りで予防的にも有意義である。一般の法意識の安定に大きな意味のある正義感、行つたこと以上の刑罰が科せられてはならないとする。そしてここで『行つたこと』とは責任にふさわしい刑罰のことである。

これに対して、刑法理論的には責任の程度よりも寛容な刑罰に対する疑問は存在しない。刑罰は、なるほど責任の

程度を越えることは許されないが、刑罰の予防目的がそれを許す限りにおいて、その程度を下回することは許される。そこに、なるほど同じ様に刑罰を責任の程度で限定しはするが、その責任の程度に対応する刑罰をすべての場合に予防的必要性と全く無関係に要求する応報論に対する決定的な差がある。

ここで主張された構想は、決定論の立場から刑法における責任概念の使用に対して提起された疑念を回避することもできる。というのは、なるほど責任は、思想上、どのように振る舞うこともできる自由を前提にはしている。しかし、人の責任の肯定が、ただ、予防的理由から必要とされる国家の侵害に限界を設定するためにのみ役立つものであれば仮定すれば、市民の自由の保護の手段としてこの責任を認めることは、経験的あるいは認識論的証明可能性に左右されることなく、適法といえるのである。これを仮定することは、人の自由がどのような状態で存在しているのかとの問いを発するのではなく、ただ、人間が国家によって原則的に自由で、責任のあるものとして取り扱われるべきであると命じている規範的仮定、ゲームのルールなのである。意思の自由の現実的存在への問いはその客観的決定不可能性のために、そこでは、除外可能であるし、又、除外されるべきである。責任原則は、ただ、予防の制限のための道具としてのみ役立つのであるから、この原則は個人に負担を掛けるものではなく、むしろ、これを守るものである。又、決定論者もこのような法的規制原則を、それが世の進展の現実的性質についての彼の確信を侵犯するものではないために、受容することができる。それ故、この原則は法における責任と自由、又、（これらの前提とする）同じく、その存在が「証明可能」ではなく、しかも経験的論拠によってそれを仮定することを論駁することもできない人間の尊厳とも親しむものである。

応報を刑罰の任務とみなすと、事態は異なる。というのは、その場合予防の必要性ではなく、責任の清算が国家による侵害を支えるべきことになるからである。これに対して、正当にも、国家による侵害は証明不可能な仮定には

なく、社会の必要性にのみ基づくことが許されると反論を加えることはできる。けれども、このような異議はここで主張された統合論には当たらない。

刑罰を責任原則に結び付けることによって、個人が予防目的を追求することで「目的のための手段」として取り扱われ、それによって彼の人格的尊厳が侵害されるとする倫理的疑念も払拭される(Rn. 4, 17, 31)。特別予防的社會化の努力についての疑念は、確かに、有罪者の自由かつ自己答責的な協力の必要性(Rn. 38)によって払拭される。けれども、この疑念は、個人が彼の答責性の程度を越えて予防的目的設定の客体とされる場合に限って、個別的かつ一般的保守と威嚇という刑罰の目的に残る。というのは、「科せられた」範囲で、刑罰はすべて、行為者の意思に反して科せられるものであるため、当事者をそれが本来の目的ではないにしても、目的のための手段として取り扱っているからである。この目的が社会的・予防的あるいは観念的種類のもの(責任を清算する応報)であるか否かは、有罪者が、常に、国家刑罰権の客体にされているという事実を変更するものではない。このことは、周知の法秩序のどれ一つとしてそうしたことはなかったが、国家が刑罰と強制を全面的に放棄しなければならぬなどということは許されるべきことではないと見なすよう命じているといえよう。

時折、かつての応報論との結合及び哲学的論争によって重荷を背負わされた責任原則を全面的に放棄し、必要な刑罰の限界づけを相当性の原則に委ねようとの試みがなされている。けれども、それは、法律を一瞥しさえすれば解るように、問題解決のための有効な方法ではない。というのは、現行法によれば、改善処分の限界が相当性原則に有るからである(S. 62)。しかも、立法者が、刑罰による社会の保護を有効に保障できないところで、一般的に改善処分に訴えているとした場合(この点については、Rn. 54 ff. 参照)、その基礎には、改善処分が、相当性の原則によって制限されているものの、責任原則の範囲内で許される処罰よりも広範な被告人の自由に対する侵害を可能にする、と

の考えが横たわっている。このことは理論的端緒からも容易に説明できる。というのは予防の利益は、責任原則によって行われた行為に固定されている原則であるが故に——量刑の際には、取り除かれてしまい、しかも、この刑罰を限定する効果は他の原則によって達成することができないからである。相当性原則の意味は、純粹に予防的に定められた制裁期間の範囲内での過剰禁止にあるにすぎないし（Rn. 58 参照）、又、国家の侵害の暴力を制限する効果が乏しい。従って、この原則は責任原則に替わることはできない。

(d) 要約

従って、ここで主張された刑罰論は以下のように要約することができる。即ち、刑罰は特別予防と一般予防の目的に貢献する。刑罰は責任の程度によってその限界が画されるが、この程度を下回ることも、特別予防がそれを必要とし、一般予防の最小限の要求に反しない限りで、許される。このような構想は理論的に他を庄する意味を持っているわけではない。むしろ、既に述べられたものを越える、多くの又重要な実践的帰結を持っているのである。この理論が現行法の適用に際して個別的にどのように作用するのかについては、この本の後の部分、即ち、責任 (§ 19)、制裁の体系 (Band II) 及び量刑 (Band III) の説明の箇所ですくしく述べることができる。

II 処分の目的と限界・刑罰と処分の関係

すでに指摘したように、我々の刑法典は刑罰に加えて処分をも認めているし、制裁の体系の二元性が我々の法律効果規定の基本的構成要素とされている (§ 1, Rn. 2—4)。刑罰理論を検討したので、何故責任原則に義務づけられた刑

法が処分という第二の軌道が必要とするのかという理由を認識することができる。即ち、責任の程度に拘束されている国家の侵害権の自己抑制は、確かに、国家の保護利益と法の下にある国民の自由の利益との適正な調整を可能にする。しかし、個別的には、行為者の公衆に対する危険性が大変大きく、そのために責任刑が彼の侵害から公衆を十分に守ることができないこともありうる。例えば、偏狭で、著しく責任能力の限定された人間が重大な暴力行為を行い、しかも、更に行うことが予想されるような場合であっても、彼の責任が軽ければ (§ 21) 軽い刑罰が正当化される。しかし、公衆の保護の観点から、加えて、改善と保安の目的のために彼に精神病院 (§ 23) に行くよう指示することが必要になる。類似のことが、耽酒症患者あるいは興奮剤の常用者にも起こる。即ち、彼らは責任の軽いことが多いが、彼らから生ずる危険を防ぐために (及び彼ら自身の利益のために) 隔離施設 (§ 24) に行くよう指示しなければならぬ。又、その様な障害が明らかではない行為者については、再三再四犯罪を繰り返し、今後も更に、重大な損害を惹起するおそれのある場合には (§ 25 参照)、刑期の点で責任原則によって可能な刑罰を大幅に越える保安拘禁に処することができる。§ 51 にまとめて挙げられており、個別的には後になって (Band II) で論ずる予定にしている、その他の処分もすべて、刑罰で排除することのできない公衆に対する危険性に基礎を置くものである。

それ故、処分の目的は予防的種類のものである。そこでの主要任務は、処分によって被処分者の将来の犯罪を阻止することが問題であるため、常に特別予防的である。しかしながら重心の置き方は、特別予防の目的が個々の処分毎に一樣に現れないために、様々である。例えば、保安拘禁は、一面で特別予防を保障する構成要素を示しているが、精神病院では改善目的と再社会化目的が等価的に併存している。それに加えて、大概の処分は一般予防的でもあるが、これは立法者によって第二の目的として折り込み済みである。即ち、免許剥奪のような処分は (§ 29) 公衆に対して交通事犯によって期待される刑罰よりも、大概威嚇力のあるもので、傾向犯達にとっては、しばしば保安監置の方が

刑罰よりも恐れられている。

それ故、刑罰と処分の目的は本質的には区別できないことがわかる。確かに、処分による予防目的は、種々の、個別事例において刑罰によって設定される任務と大概は全く異なる方法で追求されるのであるが、しかし、予防的意図は同じである。それ故、刑罰と処分は目的においてではなく、相互の限界づけの点で異なるのである。処分は、重さと期間に関して、責任の程度ではなく、刑罰に対するよりも広範な侵害を許す相当性の基本命題にのみ拘束されているのである。

このことから、非常に峻厳な処分・制裁への国家の権限をどのようにして正当化できるのかという問題が生ずる。この問題について学問は、これまで、刑罰の正当化に比較して、ことのほか不熱心であったが、およそ無意味であるからというわけではない。答えは法益考量思想からのみ明らかにされる。即ち、この考えによれば、自由は、それを使用することが他人の自由を侵害する高い蓋然性を持つている場合には、全体的に見て、危険の惹起者が処分によって負わなければならない制限よりも大きく奪われることになる。その際、人間の価値と尊厳が：全体として天秤に掛けられる。この価値と尊厳が法秩序によって高く評価されればされるほど、それだけ、予防処分が考慮される危険の範囲が狭く引かれることになる。たゞたびたび、利益考量に代えて、重大な濫用の場合に失うことになる人間の自由の社会拘束性の思想が指示されるが、他方、身体的あるいは精神的欠陥のある人間に対しては「治療行為の思想」が処分を正当化することになる。けれども、濫用の論拠は、正に、何故自由が自己の答責性の範囲を越えて「失われる」のかという決定的な問いを説明するものではない。又、治療行為の思想はそれ自体で強制を正当化するものでもない。これらの基礎づけに関する欠陥は、上述の二つの場合には、法益考量原則によってのみ修復可能である。

この原則の観点の下においては、§ 203があげて述べようとしていることは自明のことである。即ち、処分は、實在

する危険性にもかかわらず、それが、行為者によってなされた、あるいは期待される行為の意味及び彼によって引き起こされた危険の程度に対して不相当である場合には、命ぜられることはない。相当性の原則は、法治国家思想によるものであり (BVerGE 23, 127, 133 m. w. N.)、それ故に、憲法上に位置づけられ、過剰禁止の意味での利益考量原則を具体化するものである。即ち、行為者によって引き起こされた実害および危険は、それを防ぐという予防的利益にもかかわらず、処分が当事者にもたらすであろう自由の侵害よりも少ない場合には、甘受されなければならない。多くの処分についていえば、この思想が個々の規定の中で更に詳しく具体化されている (例えば、保安監置についての § 66 I Nr. 3 参照)。

刑罰と処分が同一の結論を持ち、その限界づけの仕方のみで区別されるとの、ここで主張された考えは一元性への接近を意味する。というのは、StGBの制裁は、従って、目的の点で一元的に科せられ、限界づけの点で二元的となるのである。これに対して、応報刑論は、刑罰と処分をその目的の点でも、又、その限界づけの点でも明確に区別している限りにおいて、際立った二元的な形式を示す。応報刑論にとって、刑罰は過去に行われた行為を振り返り、責任によって決定されるのに対して、処分は将来を展望し、将来の危険性のみを指すものである。けれども、刑罰のそのような理解が今日全く不可能であるばかりか、むしろ、刑罰は予防的目的をも追求するものでもあるため (Rn. 36 ff.)、制裁システムは二元性と一元性の中間にあるということが、目まぐるしく変化する刑罰の理解にとっての適切な表現なのである。

このように考えたとしても、刑罰と処分の本質的な区別を、刑罰を科す場合には社会倫理的非難があるが、処分の言い渡しには内在する必要がないとする場合には、なんの助けにもならない。というのは、何故、例えば、運転中の酩酊 (§ 316) の場合には社会的非難は処罰に依って表現されるべきであって、それに結び付けられた、運転免許の

剝奪（§ 69）に依るべきではないのか、理解できないからである。同様のことは保安監置、職業禁止等についてもいえる。即ち、公衆も行為者自身もその様な処分の言い渡しを、正当にも特に重い、責任の点でも非難に値する社会的拒否と把握し、そのため、非難は刑罰によってのみ自己を貫徹できるとの仮定は生の現実に対し、そこにそれ自体の中には存在しない区別を持ち込むことになる。

この、刑罰と処分の目的の一元性の命題は法律の、所謂“代替”制度によって証明される。即ち、§ 69によれば自由刑と自由剝奪処分とが同時に命じられた場合には、原則的に、精神病院（§ 63）および禁絶施設（§ 64）への収容を先行させ、刑罰に算入するために、数多くの事案において、刑事施設で刑に服する必要がないのである。もちろん刑罰も、“処分の目的”がそうすることとさらに容易に達せられる場合には（§ 67II）、処分に先立って執行することはできる。このような任意の、予防効果という基準にのみ従う刑罰と処分の代替可能性は、立法者が二つの法律効果の目的を予防に見ており、犯罪の防止という任務について効果をあげてそれをそれらの唯一の使用基準としていることを疑いもなく証明している。けれども保安監置は、§ 69に挙げられていないので、常に、刑罰の後で執行されなければならぬが、これも、又、予防理由を持つている。即ち、§ 69による処分は留置による単なる保安を目指すものであるため、まず、刑罰を執行するのがより合目的である。ただし、その際の刑罰は再社会化できるように考えられるべきであり、後の保安監置を、場合によれば§ 67Cの基準により無用にすることができるようでなければならぬ。

刑罰と処分の広範な代替可能性は一元性への完全な移行であり、それによって刑罰の放棄が促進されることにはならないか、との疑問が提起されうる。このような要求は改正論者によって再三再四提出され、外国（スウェーデン、イギリス、ベルギー、ギリシャ）では一部が既に実現されている。それにもかかわらず、刑罰の限界づけについて二

元性を堅持している、我が連邦共和国で実現されている体系が選ばれるべきである。というのは、これによれば刑罰は、責任に拘束されるために、処分と比較してより少ない市民の自由に対する侵害となるからである。刑罰を保持することは、立法者が、原則の場合に、その予防利益を行為責任によって示された範囲で実現しようと考えていると、又、市民の自由のために、責任の程度が制裁期間に限定を加えることから生ずる予防可能な損失を甘受するということを意味する。ただ、公衆への危険が後にまで残るような例外的場合には、このような限界は処分の言い渡しによって越えることが許される。刑罰を廃止して、このような例外を普遍的な法則にまで高める場合には、そうすることで自由主義の重要な部分が放棄されることになるであろうし、社会政策的に好ましくないと思われる全面的な福祉国家へ大きな一歩を踏み出すことになるであろう。

III 刑法の第三の道としての被害者補償？

近年、被害者補償が刑罰及び処分と並び、新種の制裁として刑法の「第三の道」となり得るかという問題が活発に議論されている。既に、現行法は被害者補償を刑法に組み込むための端緒を含んでいる (§§ 56b, 57III, 57aIII, 59a II, 46II ; im JGG の §§ 15, 45, 47)。けれども実務はこの点をほとんど利用していない。それに対して、被害者補償を刑法へ広範に導入することに賛成する説得力のある理由がある。被害者の利益にとって、この補償の方が、行為者による被害者補償をしばしば、正に挫折させることになっていく自由刑あるいは罰金刑によるよりも役立つのである。又、経験的調査によっても、軽微及び中程度の犯罪の場合には、被害者も公衆も行為者と犠牲者の清算という形式での補償に行為者の処罰を加えることに全く価値を置かないか、あるいは、わずかばかりの価値を置いていくにす

ぎない。それ故、今日軽微な罰金刑によって処罰される場合には、完全に被害者補償がなされた時には刑罰を考慮しないでおくことができるのではなからうか。重大な犯罪の場合に、被害者補償は、常に、保護観察付きの刑の延期あるいは必要的刑の減輕となりうるのではなからうか。

このように考えるならば、被害者補償は、純粹に私法上の問題ではなくて、刑罰の目的を達成するために本質的な寄与をなすのである。これは、再社会化の作用を持っている。というのは、これは、行為者に行為の結果を検討させ、犠牲者の正当な利益を知らざるをえなくするからである。これは、行為者によって—しばしば刑罰以上に—必要かつ公正なものとなされ、それによって規範の承認が促進される。最後に、被害者補償は行為者と犠牲者とを和解させ、それによって受刑者となっていた者の社会への再編入を本質的に容易にする。更に、被害者補償は、法的平和の回復に意味のある貢献をすることによって、統合予防 (Rn. 27) にも大変有益である。というのは、損害が補償されて初めて、犠牲者と公衆とが—しばしば、むしろ処罰から独立して—行為によって生じた社会的混乱を除去されたものとなるからである。

我々の制裁体系の「第三の方途」としての被害者補償の法政策的正当化を行うのは補充の原則である (§ 2, Rn. 28 参照)。処分が「第二の方途」として、刑罰が責任原則のために特別予防的必要性に対応できないか、あるいは、限定的にしかできないところで刑罰を代替し、補充したように、被害者補償は「第三の方途」として、減輕されていない刑罰と同じ程度か、あるいは、それ以上に刑罰の目的及び犠牲者の要求に対応できるところで刑罰を代替したり、補充的に減輕したりすることであろう。明らかに、これらすべては、今までのところ、現実であるというよりは予定にすぎない。即ち、三元制（今日の二元的に代えて）刑法について語ることができるのは、立法者が被害者補償を制裁体系の中で今までとは違った仕方では考慮する場合である。

第四節 一八七一年迄のドイツの刑法改正

文献：省略

I 一八七一年の帝国刑法典

刑法改正の歴史は、実体的犯罪概念と刑罰の目的についての際限のない議論を背景としてのみ理解可能である（上記 §§ 2, 3 参照）。一八七一年の刑法典は、一八五一年のプロイセン刑法典の基礎に立脚しており、しかも、又、一九世紀のドイツ刑法典が一般にそうであったように、一八一三年のフォイエルバッハのバイエルン刑法典から、法的内容の点で重大な影響を受けている。これは法治国家的法典で、簡潔明快で、かなりの部分が今日まで妥当し、しかも、模範的に公式化された構成要件に特徴がある。素晴らしい例としては、例えば、（法定刑の点は除いて）一八七一年から今日まで変わることなく存続している窃盗罪の条文 (§ 243) がある。犯罪論総論の原則の定式化の点で、即ち、総論の法的規則の点で、旧刑法典は、当時まだ創成期にあつた解釈学を考慮して、自制的となっており、それ故に、学問の発展にとって祝福されるべき活動の余地を与えているのである。

刑罰論的について、立法作業は、はつきりとは述べていないが、一般予防に奉仕するよう設定された応報論に基づいている。この作業は、刑罰体系の中で死刑、重懲役、軽懲役、要塞禁錮、拘留及び罰金を区別し、裁判官に、刑罰

の種類を選ぶ段階から行為についてその程度に応じた「適切な」応報を表現できるようにしている。これに対して、特別予防の観点は全く考慮されていない。法典は、改善処分を全く含んでいないし、刑の執行停止も知らないし、しかも受刑者に対する再社会化の可能性も、特に行刑法が当時存在していなかったし、更に一九七七年（！）迄欠けていたために、およそ提供していない。

II 第一次世界大戦までの発展

それ故に、一八七一年の刑法典は、法的にも、構成要件の技術についても、時代の最先端にあった。従って、それ以後のすべての改正は、大体、ここに基礎づけられている基盤の上にある。しかし、刑事政策的観点では、この立法作業は、遅くとも Franz v. Liszt の「マールブルク綱領」(§3, Rn. 12 参照)以後は、それ故、帝国が基礎づけられてから数年後にはもはや時代遅れのものとなり、又、未発達のものとなった。それにはあらゆる経験的研究に対する配慮が欠けていたので、Franz v. Liszt の社会的・特別予防的方向性を持った「近代」学派が徐々に、特に、「国際刑事学協会」(この点については「上記 § 3, Rn. 12」の活動によって、影響力を得ていった。「近代」学派の主張は「Karl Binding」と Karl v. Birkmeyer の率いる、「応報論に固執する、法的・実証的」「古典」学派の反対に会って貫徹できなかったが、旧刑法典の検討が必要であるとの認識は、世紀の転換期を迎えて、公衆も学問も既に認めざるをえないものとなっていた。以後の改正の発展を決定することになった近代学派と古典学派の対立は、「学派の争い」として刑法学史にその名を残している。この争いは、今世紀に入って、特に第一次世界大戦以降衰微したが、決して消えることはなかったし、それどころか今日までの改正、例えば、一九六二年草案及び対案の最終段階での対立(この点については Rn. 17—23)には、ほのかな光さえ発している。

刑法定施行後三〇年経過して、刑法定の改正は「古典学派の者」と「近代学派の者」との妥協によってのみ可能となったことが明らかとなった。この改正の準備のために一九〇二年—一九〇九年にかけて、Nieberding (帝国司法省の次官)の指示により、ドイツの刑法学者がほぼ全員協働して一六巻にもなる「ドイツと外国の刑法の比較書」、即ち、それ以後長くドイツ比較刑法の基礎的著作となったドイツ刑法学の有意義な業績を作った。一九〇九年には、そうすることで実務家委員会によって編纂された、最初の「ドイツ刑法定の準備草案」も出されたが、これは古典学派と近代学派との間を取り持とうとするもので、応報刑に固執してはいるが、近代学派に重要な譲歩(条件付きの有罪判決の導入、精神病に罹患している犯罪者に対する留置及び飲酒癮矯正所への收容処分許可、職業的又は常習的累犯者に対する加重「保安刑」並びに教育思想に指導された少年刑法の創設、刑事責任年齢の一二才から一四才への引き上げ)をしている。

準備草案はかなりの成果を収め、一般に好意的に受け入れられ、以後の発展に多大な影響を及ぼした。議論を更に進める必要から、教授である Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal 及び Goldschmidt は、一九一一年に明らかに学派の対立を克服しようとの編者各位の意思が示されている。対案を公表した。Kahl は古典学派に、Liszt と Lilienthal は近代学派的傾向の者に数えられるが、Goldschmidt は中間的立場を採っている。対案は、歴史的に、Stooss (§1, Fn. 1 参照) によって初めて展開された刑罰と処分の明確な区別と併存という二元システム (§1, Rn. 4 参照) を導入した点で意味がある。職業的及び常習的累犯については、準備草案においてもそうであった様に、「保安刑」は考えられておらず、むしろ自由刑に服した後に保安処分処せられる、即ち、留置施設へ收容されるべきであるとされていたのである。それによって、Liszt は不定期の保安刑という、もともとの思想を独立の処分のために犠牲に供したのである。現

行法にいたるまで主張されている (§ 1, Rn. 14; § 3, Rn. 54-62 参照) 二元システムが改正においてその貫徹力を発揮し、それ以後導入されることになったのは (Rn. 11 参照) 、「それ故、もとはといえば、学派の争いの妥協のお蔭である。古典学派にとつては、刑罰が伝統的な法治国家的に限界づけられた応報的性格を維持することとなり、他方、近代学派の、責任に比例することから解放された処分という主張は彼等の重要な改正要求が実現されることで可能となった。

一九一三年、準備草案を基礎とし、対案を考慮したうえで、実務家と三人の教授 (Kahl, Frank, v. Hippel) によって編纂された「委員会草案」が出されたが、これは二元システムを継受してはいたものの、当初公表されていなかった。第一次世界大戦の後になって初めて、一九一九年草案の修正の際に一般に認められる様な作用を発揮することとなった。戦争の勃発によって、これが政府の正式の草案となることがしばらく妨げられた。

III ワイマール共和国における改正作業

戦後になって初めて、(一九一三年草案と理由書が添えられて) 「一九一三年草案」が公表されたが、これは一九一三年の委員会草案を国家の諸関係に合わせると共に、若干の点で変更を加えたものである。けれども、この草案も二元的に作られており、しかも既に代替可能性 (§ 3, Rn. 61 参照) を予定していたのである。しかし、これも、大戦前には約束されていたのであるが、同様に、政府の草案に格上げされなかった。それ故に、これが公表されても、依然として計画中の改正についての議論を継続させるのに役立つただけであった。

ドイツのこのような努力にオーストリアは大変関心を持ったので、オーストリアの司法行政当局は一九一九年の草案に続いて自らの改正をこれ以後はドイツと共同、平行して進めていくことを決議した。共同審議の結果、早々と、一九二二年に帝国政府に提出された（しかし、残念なことに公表されていないが）、当時の社会民主主義的司法大臣 Radbruch の草案が結実した。Franz v. Liszt (§ 3, Rn. 12) の「下生じあゝ Gustav Radbruch (1878—1949) は、今世紀前半の最も重要な刑法学者、刑事政策家及び法哲学者である。彼によって提出され、個人的に基礎づけられた草案は、遠い将来をも見越して、条文化された法律案の体裁をとりつつ、初めて、死刑、重懲役刑、名譽刑及び成人間の同性愛行為の処罰を廃止していた。罰金刑の適用範囲は以前の草案に比べて拡大された。これらすべては第二次世界大戦の後になって初めて実現されることになった要求である。

Radbruch 草案についての内閣の審議は遅れた。一九二四年になってようやく帝国政府から「改正史上初めて——普通ドイツ刑法典の政府草案」が帝国議會に送付され、一九二五年に公表された。「一九二五年草案」は Radbruch の草案とそれ以後も継続されていたドイツ・オーストリアの共同作業に基礎をおきつつ、保安処分法については近代学派の要求に対する前任者の関心を持ち続けているが、Radbruch 草案の最も進歩的な立場については、再び、かなりの部分を削除している。この草案は死刑、重懲役並びに同性愛の可罰性に逆戻りしているだけではなく、理由書の中で、罰金刑の適用に際して、再び控え目であることを促している。

帝国議會の審議によって一九二五年草案は大幅に変更されたので、これから新しく「一九二七年草案」が誕生することになったが、これは Radbruch 草案の改正のイメージとは更に遠く懸け離れ、一九二五年草案と比べても保守的立場に立っている。従って、条件付きの刑の免除の可能性は大きく狭められ、種々の処分の命令でさえも（裁判官の許可の言い渡しの後）行政官庁に委ねられるべきであるとされた！この草案は一九二八年三月の帝国議會の解散の後、

Kahlと倦むことのない、刑法改正を指す闘士達によって獲得された法律によって次の被選期間へ持ち越されたが、一九三〇年七月の帝国議会の解散までに議決されることはなかった。帝国議会の法務委員会の議長を勤める Kahl の勧めによって、次の選挙期間中に「一九三〇年草案」が提案されたが、これは一九二七年草案よりは多少進歩に馴染みうるようなものとなっているものの、ワイマール共和国の崩壊期には急進的な政党、特に国家社会主義者の抵抗にあい挫折した。かくして、我々の刑法の全面的改正を巡る数十年間にも及ぶ努力は最後は成果なしに終わった。

しかし、ワイマール共和国は、ともかくにも、個別の法律によって度々、刑法の発展に極めて意味のある部分的改正を行うことには成功した。一九二二年二月二日と一九二三年四月二七日の罰金法は、刑罰の目的が罰金で達成可能な場合に、三月以下の自由刑を罰金刑に変更することを予定していた (§ 27b a. F.)。又、行為者の経済状態を考慮するよう規定し (§ 27c a. F.)、低額の罰金刑を自由労働によって償却することを可能にしていたのである (§ 28b a. F.)。さらに意味のある改正の歩みをしたのは、一九二三年二月一六日の少年裁判法である。この法律は刑法典から少年法を削除し、受刑年齢の限度を一二才から一四才に引き上げ、未成年者に刑の延期を試験的に導入し、刑罰を教育処分によって補充し、しかも教育目的に従わせることにしたのである。又、本質的に、ワイマールの改正努力の成果の一つといえるのは、ナチの時代になって初めて公布された危険な常習犯とその保安・改善処分についての、一九三三年一月二四日の法律であった。この法律は、長い間すべての草案において、変わることなく存在し続けてきたものの一つである二元主義が、遂に、法律の形にまで高められたのであり、治療施設及び保護施設、保安監置及び職業活動の禁止を伴った処分を導入したのであるが、これは、修正された形ではあるが、現行刑法典にあっても見受けられるものなのである。

IV 国家社会主義の時代

国家社会主義の時代においても、改正作業はすぐに継続されたが、それは従来のような、古典学派と近代学派の諸要求の妥協を図るというような意味のものではなかった。IKV のドイツ州グループ (§ 3, Rn. 12 参照) は、第三帝国内では、招集されることはなかった。むしろ、独裁国家の精神にあった刑法の革新の努力がなされた。司法大臣 Gürner の指揮の下、公の刑法委員会が組織された。それには、Kohlrausch, Mezger, Nagler のような高名な刑法の教授達も入っていた。とりわけ、彼等の、中庸をえた、ワイマール期の努力に裏打ちされた影響があつたからこそ、帝国政府に提出され、公表されることのなかつた、一九三六年のドイツ刑法草案が当時の権力者の意にそわなかつたのである。一九三六年には多くの署名のある最終案が出来上つたが、承認はされなかつた。第二次世界大戦の勃発と同時に、それ以後の改正作業も中止された。

改正立法という方法で持ち込まれた、国家社会主義時代の刑法の改正には、ほんの少しだけ——必ずしも、常に正当であつたわけではないが、政治的に中立であると思なされていた——刑法の以後の発展に寄与したといふ。即ち、被害者の承諾による傷害についての(明らかに問題のある)規定 (§ 226a: 一九三三年五月二六日の法律・詳しくは § 13, Rn. 27, 36ff.)、戦後の改正の動きの中で、確かに、大幅に作り変えられてはいるが、完全酩酊 (§ 323a, 本来は § 330a, 一九三三年一月二四日の法律) 及び事故現場からの許されざる逃走の構成要件 (§ 142, 本来は 139a: 一九四〇年四月二日の命令)、必ずしも成功しているとはいえず、改正が緊急に必要とされている、謀殺と故殺を区別する全く新しい規定 (§§ 211, 212: 一九四一年九月四日の法律)、更に、一九四三年五月二九日の刑法の均一化命令によ

る、共犯論の発展に今日まで決定的な影響を及ぼしている制限従属性（詳しくは、Band II）、及び、従犯において、現在でも妥当している、刑の必要的減輕から任意的減輕への変更（その均一化命令に対する執行命令において）。又、今日存在する法律効果の、教育処分、懲罰手段及び少年刑務所（現在・少年刑）への三分化をもたらした、一九四三年の帝国少年裁判所法は、部分的には、未だワイマール期の少年裁判所の活動から生まれた昔ながらの要求を実現してはいるものの、他方では、もちろん、重大な反動（例えば、事情によっては、再び12才以下の者を処罰したり、場合によっては青少年を成人の刑法に服せしめる可能性）をももたらしているのである。

国家社会主義の時代になされた、刑法の変更の大部分のものは、とりわけ法治国家を計画的に解体させ、法治国家を法的に確実に全体主義的な独裁へと変容させるのに役立った。その変容を叙述することは、更なる発展を遂げる衝動を確信させる、刑法改正の素描として適切ではない。象徴的な例としては、法治国家の基本命題である、*nullum crimen, nulla poena sine lege*（法律なければ、犯罪も刑罰もなし、この点については、本書の§ 5 参照）の廃止が、一九三五年六月二八日の法律によって指示されたことのみで十分であろう。これによれば、行為は、事前に法律によって可罰的と宣言されている場合（今日、再び Art. 103 II GG, § 1 StGB が宣言しているように）に限って処罰されるのではなく、行為が、刑法の基本思想や健全な国民感情に従って刑罰に値する、場合にも、処罰することが許される。これによって刑法のイデオロギー的な操作が野放しにされることになった。

V 改正作業の再開

第二次世界大戦の終了後、法治国家的及び社会国家的刑法の回復と改正が全く新しく開始された。その際、まず、

ワイマール期に端緒が求められた。特殊国家社会主義的規定は—大概是、既に、占領軍によって—廃止された。一九四九年五月二三日の基本法は死刑を廃止してドイツ刑法史上に一時代を劃した。それに加えて、刑法の罪刑法定主義に、それを Art. 103 II GG に取り上げることによって、特別の地位を授けた(この点については、既に、Rn. 14、又、詳しくは § 5 参照)。純法律のレベルでの、戦後一〇年の最も重要な改正は、一九五二年三月二五日の秩序違反法 (OWiG)、『未成年者』(一八才—二一才)を一定の条件の下に、初めて、少年法に移した (§ 105 JGG) 一九五三年八月四日の少年裁判所法 (JGG)、及び、既に大変長い間要求され続けてきた保護観察付きの刑の延期が一九五三年八月四日の第三次刑法改正法によって導入されたことである。

刑法の全面改正は、一九五三年に新たに着手された。当時の司法大臣 Thomas Dehler (FDP) は、刑法改正の基本問題について教授陣に意見を求め、フライブルクの外国・国際刑法研究所(後のマックス・プランク研究所)に、総論及び各論の最重要テーマについて比較法的作業を仕上げさせた。一九五四年春、現在の司法大臣である Fritz Neumayer は、所謂大刑法委員会を招集したが、その任務は連邦司法省の刑法部を助けて全く新しい刑法典の草案を作成することであった。委員会は二人のメンバーで構成された。即ち、教授、裁判官、検察官と弁護士、省の公務員と連邦議会の全会派からの議員である。この委員会は一九五四年—一九五九年に開催された。一四巻で公表され、なお今日でも多くの刑法上の問題の議論に対する重要な論拠の宝庫となつている審議から、一九五八年草案(理由の付された総則)、一九五九年 I 草案(仮の包括草案)、一九五九年 II 草案(第二読会の結果の追加)、一九六〇年草案(連邦司法省で仕上げられた最初の包括草案)、及び、最後に、又、一九六二年草案が誕生している。なお、一九六二年草案は、先行の諸草案の結論、と同様に、『大刑法改正のための州委員会』の作業結果、及び、各省と専門グループの提案を網羅的に理由づけとし、統合された包括草案である。

VI 一九六二年草案と対案

一九六二年草案(E1962)は、編纂者の期待は、本来、理由のあるものであったが、期待に反して法律にはならなかった。しかし、そうではあっても、この草案は現行刑法に持続的に影響を与え続けたので、刑法改正史上に重要なステップを作ることになった。草案は、法的・解釈学的基礎の点で著しい功績をあげている。これは、一八七一年以後の学問と判例によって得られた問題解決を明確な法律様式に仕上げるのに成功したのである。そのために、この様式は新総則の多くの場面で一般に認められ、今日まで真価を発揮しているのである。

それに比べて、刑事政策領域と刑罰体系の形成の点で、草案は、あまり適切なものではなかった。それは、これが、それ以前の改正の伝統の線にそって、二元主義を、又、刑罰に関しては、統合理論を標榜し、しかも、人の責任との適正な均衡を刑罰の機能として明確に全面に押し出していたからである。即ち、それによって、この草案は、今日では時代遅れであるといわれなければならない（この点についての批判は、S. S. R. 32 参照）、旧来の立場に立っていたのである。応報論に近いことは、草案の編集者が「懲役刑の言い渡しは行為者の再社会化を困難にする」との認識から出発しながら、懲役刑が守られていることにも示されている。その理由として、「再社会化思想と特別予防に対する贖罪思想と一般予防の優位性」がはっきりと示されている。量刑規定は、「量刑の基礎」(§ 50 I)として「責任」に言及するにすぎない。

一九六二年草案の実体的犯罪概念は、可罰性を法益保護に限定することに反対し、キリスト教的自然法を基礎に、倫理の要請を刑事立法の基準としようとしていた。このために、姦通(法定刑がかなり重い!)、男性成人間の同性愛、

獣姦(動物との姦淫)、売春斡旋及びその他の倫理違反の可罰性を維持することになったのである。「人工受精」(§ 203) あるいは「狼褻物の陳列」(§ 220) に対する科刑のような、新しい規定が導入されなければならないことになった。

一九六二年草案はその基本的立場について、公衆のかんりの部分での、同様に、学問的論議での、活発な、六〇年代半ばにいたって増えてきた批判に晒されることになった。この批判は、一四人の、当時、主として比較的若い刑法の教授達によって一九六六年に公にされた「刑法典の対案」に述べられており、大きな影響力を行使している。この対案は、刑罰理論的に、制裁法的に及び実体的犯罪概念の領域において、一九六二年の草案に鋭く対立するものであり、そうであるが故に、後の議論に強いしかも部分的には決定的な影響を与えたのである。これは、刑罰目的として特別予防と一般予防のみを承認し、応報思想を全面的に放棄し、責任主義を刑罰の上限 (§§ 2, 59AE) としてのみ使用しているのである。これは、完成された形を採ってはいるが、この本の基礎となっている構想であり、既に (§ 3) 詳細に基礎づけられている。

対案の制裁システムは、広く特別予防に向けられている。即ち、懲役刑と、自由刑の種々の形態間にある、それ以外のすべての差異も廃止されている(この点については Rn. 28 ff.)。六月未満の、再社会化を疎外する短期自由刑は、完全に廃止された(この点について詳しくは Rn. 30 ff.)。常習累犯者に対する主たる改善処分としては、社会治療施設が提案された(この点について詳しくは、Rn. 4 ff.)。独立に公表された「行刑法の対案」(一九七三年)は、社会化を進めるための詳細なモデルも示している。

実体的犯罪概念の形成の際に、対案は、可罰性を、あらゆる道徳的な傾向を排除して、法益保護に限定しようとする(§ 2, Rn. 3 参照)。このことは、性犯罪の領域で著しい非犯罪化をもたらす。対案の編者は、この点について、この領域での、その後の改正(この点については、Rn. 26)に本質的な影響を与えた構想を起草している (§ 2, Fn.

（参照）。

以前の学派の争いの際の専門用語を使用するならば、一九六二年草案がむしろ古典的傾向を、対案は近代学派的傾向を支持するものである、といえるのではなからうか。対案については、幾度となく、それが同時代の、国際的な改正運動に加えて、RadbruchとListの刑事政策から本質的な刺激を受けたものであると、説明されている（前出S. 3, Rn. 12参照）。このことは、Listの最後の、現在も健在である門下生のEb. Schmitzが、彼自身は大刑法委員会の構成委員として一九六二年草案の作成に関与したにもかかわらず、対案の刑事政策の構想を、最終的に、信奉することを表明している事実と一致する。二つの草案の違いを、政治的概念を用いるならば、一九六二年草案が、むしろ、保守的傾向を持つものであるのに対して、対案は、専ら、自由主義的で、社会的傾向のものであるとしても、いうことができようか。当然、このような標語は、その差異を精確に描写しているわけではなく、特に、二つの草案が重要な点で区別されるものであると同時に、一致した傾向をも持っていることをはっきりさせるものでもない。このことは、特に、二元主義と責任主義の維持の点に見て取れるし、又、それ以外に、刑罰に法治国家的限界を引こうとする努力が共通に示されている。更に、忘れてならないのは、一九六二年草案自体が、既に、種々の傾向の妥協と理解され、特別予防作用に―特に、改善処分領域で―かなりの場を与えているということである。このような、共通の基本要素から、二つの草案が引き続き行われた改正のある段階で、現行の新総則へと融合され、又、以後の学問的議論の中で、すべての争点について厳しい対立及び「学派の争い」の創設へではなく、むしろ論戦の融和に向かったと、説明できよう。

VII 一九六九年から今日までの改正立法

刑法改正は大連合の開始、即ち、一九六六年末以後、決定的な段階に達した。政権担当党派の CDU と SPD は、議会の大多数を意のままにすることができたと同時に、基本的な刑事政策上の問題について、当然、妥協と合意に至った。それ故、少なくとも、世紀が変わるとすぐに始められた改正作業を部分的にはあるが、成功裏に終結するため条件は、すべてそろった。それについて重要な役割を果たしたのは、一九六六年から一九六九年にかけての、連邦司法省の支援の下、全党派の議員で構成された「刑法改正のための連邦議会特別委員会」であった。この委員会は、結局、新しい刑法典の創設には至らなかったが、全く新しい総則と、国会の、それ以後の会期で継続審議されたが、全体としては中途半端な作業となった、各則の、若干の部分改正に成功した。議会での議論の際には、「SPD と CDU / CSU は連合協定を守るために、形式的に一九六二年草案を審議の基礎とすることに固執したが、これに対する FDP の反対は対案を『彼等の』法案として国会に提案し、そうすることで、同様に立法手続きに移した。特別委員会の態度は、基本問題についても最初から決まっていたわけではないので、一九六二年草案の問題解決の提案も対案の提案も同じレベルのものとして位置づけられていた。そこで、審議は、法律的―解釈論的作業グループでは、専ら、一九六二年草案が、対案もこの法律的―解釈論的領域では、既に種々この草案に従っていたために、認められたが、他方、刑事政策的基本姿勢、制裁システム及び実体的犯罪概念は、多様な妥協にもかかわらず、むしろ多くを対案に負うことになっていった(詳しくは、Rn. 27 ff. 参照)。

特別委員会の作業から一九六九年六月二五日の第一次刑法改正法 (I. StRG) と一九六九年七月四日の第二次刑法改

正法が生まれた。第二次刑法改正法は、（条文の配列からしても）全く新しい、一九七五年一月一日に施行される総則を含んでいた。第一次刑法改正法は、第二次刑法改正法の最も重要な改正と各則の若干の修正を先取りし、一九六九年九月一日より、というよりは、一九七〇年四月一日より効力を持つことになった。従って一九七五年以来、連邦共和国にあつては、第二次刑法改正法による新総則と、その基礎は一八七一年に由来する各則との複合体である刑法典が適用されている。

一九七五年迄に各則をも完全に改正しようとする、当初の計画は、そうすればすべてが新しくなった刑法典が施行されたはずであるが、再び断念されなければならなかった。それは、立法者にそのような大きな仕事を完遂する力が欠けていたからである。その代わりに一連の単行法で、順次、改正されなければならなかった。一九六九年の二つの改正法に続く改正の中で、極めて重要なものを挙げれば、以下のものである。

(1) 一九七〇年五月二〇日の第三次刑法改正法。この法律は、治安犯罪とデモ犯罪を自由主義的な、可罰性を制限するという考えの下に、創設した。しかし、立法者は、暴徒と化するデモをめぐる公開の激しい議論のすえ、後に、これらの刑罰構成要件を徐々に拡大する決心をした。防衛手段の携帯と所謂覆面を罰する一九八五年七月一日八日 (§ 125 の修正) と一九八九年六月九日 (§ 27 VersG の修正) の法律、

(2) 一九七三年一月二三日の第四次刑法改正法。この法律は、第一次刑法改正法によって採られた方法を継承し、対案の提案に依拠しながら性犯罪を大幅に法益侵害のある場合に制限している (§ 2, Rn. 3 参照)。

(3) 一九七五年二月二五日の BVerfG の判決 (BVerfG39, 1 ff.) と一体の一九七四年六月一日の第五次刑法改正法と、一九七六年五月一八日の第五次刑法修正法は、堕胎処罰の基礎を新しくした。第五次刑法改正法が、所謂期間による解決(最初の三ヶ月の間に妊婦の承諾を得て行われた堕胎の不処罰)を決定し、BVerfG がこの規定

を Art. 1, 2GG 違反として憲法違反と宣言してからは、第一五次刑法修正法が今日適用されている、大変包括的な表現となっている。妊娠中絶を許す事由による解決を図ったが、それによれば妊娠中絶は § 218a に挙げられた特徴（＝適応事由）が存在する場合には許される (§ 2, Rn. 26)。

(4) 一九七四年三月二日の EGStGB は、一九七五年一月一日に施行された総則に各則を適応させるだけでなく、各則の多数の規定を新たにした。ずっと以前からあった改正要求の実現という意味では、特に、StGB における違背罪の削除が挙げられる（以前の § 360 ff.）。これらの罪は、一部は、補充されることなく削除され、一部は、秩序違反罪に変更されたが、個々のケースによっては、軽罪に高められたものもあった（例えば、以前の軽微窃盜、即ち、§ 370 Nr. 5 は、現在、形が変えられているが、§§ 242, 248a で処罰される）。

(5) 一九七六年七月二九日の第一次 WIKG は、補助金詐欺と信用詐欺に対する刑罰規定を導入したが、同様に、破産刑法 (§§ 283 ff.) と暴利行為 (§ 302a) も新たに規定した。

(6) 一九七九年七月一六日の第一次刑法修正法は、§ 78 II で、今まで民族謀殺 (§ 220a) にのみ適用されていた無時効性を謀殺 (§ 211) にまで拡大した。

(7) 一九八〇年三月二八日の第一次刑法修正法、即ち、「環境犯罪防止法」は、特に、§§ 324—330d からなる「環境に対する犯罪」という新しい第二十八章を StGB に導入した。

(8) 一九八一年二月八日の第二次刑法修正法は、BVerfGE 45, 187 に刺激されて、§ 57a によって無期自由刑について、一定期間経過後の残余刑を保護観察のために延期することができるようにした。

(9) 一九八四年二月二〇日の行刑法の修正法 (StVollzÄndG) は、§ 65 で予定されていたが、これまで施行されることのなかった社会治療施設への収容という改善処分を、最終的に断念した。

- (10) 一九八六年四月一三日の第二三次刑法修正法は、特に、今までの§ 48の累犯規定を、何も補充しないで、削除し、慎重に、保護観察付きの刑の延期を更に広げた、
- (11) 一九八六年五月一五日の第二次経済犯罪防止法（2. WIKG）は、特に、小切手取引の保護（§§ 152a, 266b）と、コンピューター犯罪（§§ 202a, 263a, 269, 270, 303a, 303b）の領域に、新规定を導入したばかりか、同様に、投資詐欺（§ 264a）、給与の不払い及び横領（§ 266a）に関する新しい構成要件をももたらした、
- (12) 一九八六年二月一八日の、刑事手続における被害者の地位を改善するための初めての法律（被害者保護法）は、とりわけStPOの多くの修正を狙ったものであったが、§ 46II2で、補償の思想を持ち込んだ、
- (13) 一九八六年二月一九日のテロ防止法は、とりわけ、一九七六年四月二二日の第一次刑法修正法によって初めて追加されたにもかかわらず、一九八一年八月七日の第九次刑法修正法によって既に廃止された§ 130aを復活し、又、一九七六年八月一八日のStGB等の修正法によって追加された§ 129aを強化したのである。
- StGB以外では、一九六八年五月二四日の新秩序違反法と、一九七六年三月一六日の行刑法が、刑事政策上、特に、重要な改正法として、言及されるべきである。

VIII 改正の内容

最初の二つの刑法改正法によって創設された、StGBの新総則は、至る所で一九六二年草案と対案の提案を妥協させようと努めている（既述の、Rn. 23 f 参照）。従って、例えば、量刑の中核となる規定には、一九六二年草案に由来する、責任が「量刑の基礎」であるとの命題（現在の§ 46I1）が、依然として、見受けられるのである。刑罰から、

社会における行為者の将来の生活に予測されうる効果が：考慮されるべきであるとの、命題が（現在の § 46 I 2）付け加えられることによって、対案寄りの再社会化思想が、先の命題と同様に、重要な位置に置かれているのである（詳しい解釈は Band III）。同様の傾向は、新総則によってもたらされた最も決定的な変更を含む、改正後の制裁システムにも見て取れる。改正から生じた法律を更に詳しく性格づけるために、刑事政策の発展を背景になされた、制裁システムにおける大変重要な変更（とりわけ、一九六二年草案と対案の提案の）については、要約してではあるが、以下で示さなければならぬ。

1 懲役刑の廃止

旧 StGB は、既に述べたように (Rn. 2)、四種類の、その重さによって段階づけられた自由刑を認めていた。一九六二年草案は、重懲役と軽懲役とを維持し、しかも、所謂拘留を自由刑の第三番目の種類として追加しようとしたのである。これに対して、対案は、自由刑の種類を廃止し、立法者も、長い動搖の末、これに与した。第一次刑法改正法以来、重懲役あるいは軽懲役はもはや存在せず、それぞれどこか、§ 38 StGB によれば一月から五年までの有期自由刑か、あるいは、無期自由刑が科せられることになる、単一の「自由刑」（「単一刑」とも呼ばれている）が存在しているにすぎない。

それと同時に起こなわれた重懲役刑の廃止は、これは今までの改正の中で最も重要なものであるが、再社会化思想の勝利を意味している。というのは、極めて重い犯罪に科せられる重懲役は、軽懲役（及びそれよりも軽い拘留）と、執行の厳格さと付加的副次効果（公民権の剝奪の様な）の点で区別される。これら二つのことは、応報論の意味での加害行為として、あるいは、威嚇刑法の視点からは、論理一貫してはいるが、そのようにして体面を傷つけられた行

為者には、反抗心や憎悪が芽生え、再社会化の機会を妨げてしまうことにならざるをえない。これに加えて、重懲役刑の社会的烙印作用が、専ら、釈放された者が社会の中で再び地歩を築く可能性を阻害する唯一のものなのである。

誰が、一体、重懲役受刑者を雇いたいと思うであろうか。かくして、重懲役刑という有罪判決が、再社会化が切に願われる行為者を、往々にして、最終的に反社会的にしてしまうのである。これに対して、一般予防の必要性が優越していることを引き合いにだしたところで、問題の解決にはならない。というのは、既に (§ 3, RN. 25, 31)、威嚇が科された刑の量によるのではなく、むしろ、刑事訴追の峻厳さによるものが、知られているからである。このようにして、単一刑の導入は現代の再社会化刑法に向つての、無条件に歓迎されるべき重要な一歩なのである。

一九六九年、即ち、重懲役刑廃止の前年は、一般刑法によつて有罪判決を言い渡された事件の総数は五三〇、九四七件で、その内、軽懲役刑は一五五、七四一件、重懲役刑は二、五五七件であつた。その中の五九件は無期刑であつた。一九八九年には、一般刑法によつて有罪判決を言い渡されたのは六〇八、五四八件であつた。その内、一〇四、八九〇件は自由刑で、そこには六〇件の無期自由刑が含まれていた。

2 六月未満の自由刑の抑制

既に、Listの時代より、短期自由刑（それは、ここでも、又、以下においても六月未満の刑を意味する）が、大概の場合に、益より害が多いことが認められている。短期の拘禁は、（再）社会化のための行刑を成功させるには十分ではない。むしろ、この拘禁は、短いとはいへ、初めて人生につまずいた者がそれ以後、特に頻繁に六月未満の刑に処せられ、比較的長く収監されている重い犯罪者と交際することで、最終的に道を誤らせることになるに十分な長さである。又、服役することで、行為者にとって、しばしば、最後の拠り所としての意味を持つ、仕事と家庭から引き離

されることになるが、このことが、大抵は、悪く作用する。行為者が、刑事施設に入るために、仕事を失い、妻と別れた場合には、彼が刑の言い渡しが必要でないよう自制するチャンスは、服役後は、それ以前に比べて、少なくなる。それは、特に、「服役者」という汚名が、彼の社会生活を、更に困難にするからである。それ故に、短期自由刑は新たな犯罪を予防するというよりも、促進するといったとしても、過言ではない。

対案は、このような理由から、ドイツの改正運動の歴史上、初めて、主刑が六月以下の自由刑を完全に廃止し、厳しい罰金刑を科することでこれに替えた。支払い不能な、あるいは、その意思のない行為者に対して、対案は、公益労働（特に、病院、教育施設、老人ホーム及びその他類似の施設での）によって刑を代替することができるようにもしている。行為者が罰金の支払いも公益労働も拒否する場合には、初めて、—とはいえ、その場合でも、ある程度個人の決定に基づいて—短期の「代替自由刑」を終えなければならないことになる。

一九六二年草案が、短期自由刑を全面的に維持したのに対して、立法者は、このような科刑に反対する理由を認めないどころか、その廃止を敢行するでもなく、むしろ *S. 41* で妥協的解決を図ったのである。それによれば、短期自由刑は「行為あるいは行為者人格に存在する特別の事情が行為者に作用するために、又は、法秩序の防衛のために必要不可欠である場合に」限って、科せられるべきことになる。それ故、この法律は裁判官に、短期自由刑を例外的に（最終の権限として）のみ使用するよう指示している。そのために、*S. 41* は「最終の権限—条項」といわれている。裁判所がそれを抑制的に適用することは、次のような理由から、刑事政策的にも、求められているのである。即ち、第一次刑法改正法前に、科されることが極めて多かった短期自由刑によって刑事施設が満杯となり、そのために比較的服役期間の長い重度の犯罪者に対する、真剣な取り組みのすべてが、既に、行政技術的に、不可能になっていたからである。

一九八九年には、四八、〇一九件について六月未満の自由刑が言い渡された。その際、三七、二〇二件が保護観察付きの刑の延期に処せられた。

3 刑の免除

全く新しい規定は（一九六二年草案には、まだ、含まれていなかった）、§ 30である。それによれば、裁判所は、一年未満の自由刑の場合で、行為者が行った行為の結果が、刑を科すには明らかに不当であると思われる程度である場合⁴には、刑を免除すると規定している。ここでは、行為者が、既に、行為をしたことによつて十分に罰せられているような場合が考えられている。自らの責任で事故を引き起こした自動車運転手がおよそ自らも瀕死の重傷を負っている場合である。対案は、類似の「刑の放棄を条件とした有責宣告」という提案によつて、これに先んじているばかりか、二年までの自由刑に処せられる犯罪（故殺の既遂犯は別として）並びに「極めて異常かつ重大な闘争状態における犯行の概念を導入しようとしたのである。とにもかくにも、この規定は、文言は慎重ではあるが、刑法の予防的目的設定にそうものとして、歓迎すべきである。

一九八九年には、五六二件について、刑が免除された。

4 保護観察付きの刑の延期の拡大

一九五三年以来（Rn. 15 参照）、行為者が「好ましい徴候」を持っている場合、即ち、刑に服さなくとも補助及び監視処分で適法な道に連れ戻すことが期待される場合、九月以下の自由刑を保護観察に付して延期することが許されていた。有罪判決の言い渡しを受けた者が五年間罪を犯すことなく過ごした場合、服役が、最終的に、免除される。し

かし、このような、特別予防の観点から有効な制度も、罪の償いあるいは「公の利益」の必要性のために、刑の執行が必要とされる場合には、延期されてはならないのであるから、その実践的意味が大きく減殺されている。裁判所は、公正な応報あるいは一般予防を理由に、刑の延期を行為者に認めない場合が極めて多いので、この新しい制度は短期自由刑の減少に大きく寄与するものではなかった。

それにもかかわらず、一九六二年草案は、本質的に、従前の法状態を維持しようとしたのである。対案は、非常に寛大な規定を提案した。それによれば、(現在の諸外国の立法の線にそつて)二年以下の自由刑の延期が可能でなければならぬ。この延期は、好ましい徴候にのみ依るべきであつて、それ故行為者の責任を理由に、あるいは、一般威嚇のために否定されてはならない。保護観察によつて遡及的前科抹消がもたらされ、その結果、行為者は罪を犯すことのない人生へと触発されるであらう。

第一次刑法改正法は——大抵の場合がそうであるように——一九六二年草案と対案の提案の妥協に腐心しているのであつて、そのために複雑に段階づけられた規定となつてゐる。§5によれば、六月以下の刑に対する刑の延期は好ましい徴候のある場合に限り行はれてゐる。六月以上一年以下の刑に対しても、同様に、保護観察付きの刑の延期が可能であるが、「法秩序の保護」(一般予防的留保!)が執行を命じているような場合には、好ましい徴候がある場合といえども、延期されるべきではない。最後に、一年以上二年以下の自由刑に対しては、好ましい徴候がある場合といえども、原則として延期されるべきではない。「有罪判決を受けた者の行為及び人格に特別の事情がある」場合のみ、延期されるべきである。これらは、すべて、従来の延期の可能性を控え目に拡大しているにすぎないが、特別予防に向かう歩みではある。一九八六年四月一三日の第二三次刑法修正法も、§57IIによつて残余刑の延期を容易にしたことを除けば、微々たる改善をしたにすぎない。

一九八九年に一般刑法によって自由刑を科せられた一〇四、八九〇件の内七〇、七八三件の刑が、保護観察付きで延期された。四八、〇一九件の六月未満の自由刑については、三七、二〇二件の刑が延期され、三九、三五四件の六月以上一年以下の自由刑については、二七、六六三件の刑が延期され、更に、一一、三二二件の一年を越える二年以下の自由刑については、五、九一八件の刑が延期された。

5 新罰金体系

罰金の意味は、第一次刑法改正法以来、著しく増大している。というのも、それが、現在、法律上、明示的に予告されている場合のみならず、それに加えて、大抵の場合には、以前の短期自由刑の代わりをしているからである(Rd. 30 ff. と § 47 II、更に、又、§ 49 II 参照)。従来の罰金刑の主要な欠陥は、社会的不正義にあった。この刑は、富める者よりも貧しい者にとっと辛く当たった。なるほど、刑罰の量を決定する際に行為者の経済的狀態を考慮することはできる。しかし、法律はこのことを明示的に規定しておらず、それ故、ケース・バイ・ケースで行われ、全体としては、不十分であった。

改正は、このような欠陥を、スカンディナヴィアの模範に倣い、又、一九六二年草案にも含まれている所謂「日数過料システム」によって取り除こうとしたのである。新§ 40によれば、罰金刑は、行為者の個人的経済狀態を考慮して、最低 2DM、—最高 10,000DM、—を決定することが可能な日数罰金が科せられる。この「日数罰金」は、有罪者が日々その収入から支払わなければならない金額の総額である。罰金刑は、原則として、少なくとも五日、最高で三六〇日で完済できる日数罰金となる。それ故、二人が共同して、有責に交通事故を引き起こし、そのために、共に一〇日の日数罰金という有罪判決を受けたような場合を想定してみると、そのような場合であっても、一方の支払総額は、極

度に困窮している場合には、20DM—に過ぎないが、他方は、非常に裕福であれば、100,000DM—であることもあり得る。このような段階づけによつて、すべての犯罪者に対して、その収入とは無関係に同じ感銘力のある罰金刑を科することが可能になる。多数で、しかも、かなり高額の罰金刑は、重度の犯罪者を再社会化するために必要な処置に融資することのできる資金として国庫に納められる。

一九八九年には、一般刑法によつて、五〇三、三五六件に最高刑としての罰金刑が科せられた。

罰金刑における全く新しい、特に親再社会的傾向を示しているのは、刑罰の留保付きの警告 (§§ 59 ff.) であるが、これは日数罰金 180DM 以下の罰金刑を科する際に、有責宣告と刑罰決定をした上で、警告だけですまし、この刑罰についての判決は保護観察期間の間執行を「留保すること」を許すものである。しかしながら、§ 59 による刑罰の留保付きの警告は、非常に厳格な条件（好ましい徴候、行為と行為者人格における特別の事情、これに反する法秩序防衛の必要性の欠如）の下においてのみ許されるものであるため、実務上、大きな意味を持つことはできない。これに対して、対案は、一九六二年草案がこのような制度を一般的に拒否していたか、初めて一年以下の自由刑に処せられる場合にも警告は可能で、しかも、これを好ましい徴候にのみ関らしめることによつて、この傾向に非常に広い適用範囲を与えようとした。それ故に、ここでも、又、法律の規定の妥協的性格が如実に現れている。

一九八九年には、三、三八八件において、刑罰の留保付きの警告が言い渡された。一五四件では、§ 59b StGB に沿つて、刑罰の留保が取り消された。

6 行状監督

行状監督という新処分 (§§ 68—68g) は、未だ議論の対象になっているが、旧 StGB の警察監視 (§§ 38, 39 a. F.)

に比べれば、いずれにしても、進歩している。一九六二年草案は、保安觀察を提案しているが、これは、既にその名前が示す様に、さらに鮮明に保安機能に重きを置くものである。対案はこの制度を法治国家的に疑問のある服役に対する監視であると判断して、拒否した。最終的に、特別委員会は、必要的に付せられる保護觀察補助者の導入によって、処分に保安目的以外に、累犯者やその他重度の犯罪者の再社会化という重要な任務をも指示したのである。

一九八九年には、五七件で行状監督が命ぜられた。その内、四〇件は成年者で、一五件は未成年者で、二件は少年であった。

7 社会治療施設

ここでは、立法者が対案から取り上げた新しい制度が問題となっている。模範とされたのは、コペンハーゲンの Herstedvester にある、Stump 博士によつて指導された施設で、ここでは、現代の再社会化の執行によつても改善することのできなかった犯罪者が、特殊な、社会精神医学的方法によつて、個人治療及びグループ治療を受けている。そのような一見「改善の見込みの無い行為者」に対しては、処分の導入以来（*cf.* 二参照）、保安拘禁を用いることだけが可能であったが、これは期間の定めのない、しばしば、終身ともなる、単なる拘禁として、大概是、行為者の社会からの最終的な追放を意味することになった。これに対して、対案の基本思想は、社会は誰も、そのような人間をも一度社会の有用な構成員とするために、利用可能なあらゆる医学的および精神医学的手段を尽くさない限り、誰であらうと、「諦める」ことは許されないというものである。このような最後の「治療の試み」のために定められた処分が、社会治療施設というものである。対案の § 68 に詳しく示されている条件の下に、この施設に入るように指示された行為者は、その犯罪が精神病あるいは深層の人格破壊と関連する者か、あるいは、通常の行刑では再社会化が不可

能であることが繰り返し示された累犯性によって証明された者である。そのような場合には、保安監置のための社会治療施設が、必要的に、結びつけられている。

第二次刑法改正法は、結局、一九六二年草案が予定していなかった社会治療施設を、その適用範囲は非常に限定されてはいるものの、§ 9 として処分のカタログに取り入れた。けれども、この規定は一度も適用されることはなかった。まず、立法者は、この新しい処分の施行を(費用を理由に、又、このモデルが試されたことがないことを理由に)延期した—最初は、一九七八年まで、それから一九八五年まで。それから、一九八四年十二月二〇日の法律によって、§ 9 は、廃止された。現在、社会治療施設は、§§ 9, 123ff. StVOlG に定められた「執行による解決」の範囲で生き続けているにすぎない。

以上の概観から、現行法は、確かに、すべての改正の要求を満たしているわけではないが、第一次及び第二次刑法改正法がもたらした改正は大きな前進であり、又、立法者が親・再社会化と一般予防の必要性とをほどよく結び付けようと刑法を方向転換していることが認識されるのである。ドイツ刑法は、法解釈学の領域で、これまでずっと高い、国際的に認められた水準を示してきたのであるが、制裁の領域では長い間遅れをとってきた。そこでドイツ刑法典が、この領域でも、現代の、しかも、かなり進歩的な立法作業の要求に答えることになったのである。もちろん、刑法の改正がこれで終わったわけではない。それは、社会関係の変化及び犯罪進化に見られる変化、又、犯罪学上の新しい認識、更には、変化する刑事政策上の目的観が恒常的な立法者による適応と重点の移動を要求するからである。とはいえ、これまでの改正の基本傾向は放棄されるべきではない。それ故に、将来の小改正も、一般予防上の最低限の要求を承認する際に、犯罪者に考慮して、社会化の援助及び自由の保障との、不断に改善可能な総合止揚に努める予防的刑法の範囲で動かなければならない。

（よしだ
のぶゆき・本学法学部教授）
〈第二回了〉