

論 説

ドイツの事後的保安拘禁について

吉 川 真 理

1 はじめに

周知のように、ドイツでは2004年の刑法改正により事後的保安拘禁が導入された。すなわち、2004年2月10日の連邦憲法裁判所判決は、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判示し、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、当時の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、制定当初から学説の批判が根強かった。まず、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た。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についても否定的な見解が見られた¹。

¹ 拙稿「ドイツにおける保安拘禁の改正について」尚綱学院大学紀要第51集（2005年）91頁。

ところで、事後的保安拘禁が導入されてから2年余りの間に、連邦通常裁判所(以下BGHと略する)では、事後的保安拘禁に関する判決が既に20件以上言い渡されている。これらの判決に共通しているのは、事後的保安拘禁の適用についてのBGHの慎重な態度である。他方、連邦政府は、早くも事後的保安拘禁の改正を目論んでおり、事後的保安拘禁の要件の緩和と、年長少年への適用拡大を柱とする改正案を2006年4月に連邦参議院に提出している。

以上のような状況において、ドイツで事後的保安拘禁が導入された背景、判例の動向、今後の課題について概観することは、わが国の刑刑を考えるに当たっても有意義であるように思える。以下、順を追って論じていくことにしたい。

II 二つの連邦憲法裁判所判決

1 2004年2月5日の連邦憲法裁判所判決

前述したように、2004年の刑法改正は、直接的には2004年2月10日の連邦憲法裁判所判決を機縁として行われている。従って、事後的保安拘禁の問題を論じるに当たっては、本判決の持つ意義を分析する必要があるが、その前に、同じ連邦憲法裁判所で2004年2月5日言い渡された判決について簡単に見てみることにしよう。

本件では、次のようなケースが問題となった。即ち、被告人が保安拘禁に施設に収容されてから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²。

連邦憲法裁判所は、3つの観点から10年枠の撤廃が基本法に違反する

² BverfG,NJW2004,739. 拙稿91頁以下。

かどうかの検討を行っている。まず、法律上、期間の上限を設けずに、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、再び自由になる可能性が全くないまま、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が、社会的危険性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ないという。もちろん、被収容者の自由剥奪の悪影響は最小限に止まらなければならないが、保安拘禁施設の被収容者には、私服の着用や外泊が認められていること等を考慮すると、自由剥奪の悪影響は最小限に止まっているというのである³。

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違反しないかの検討に移っている。連邦憲法裁判所は、人身の自由が他の人権と比べて高次の人権であることを認めて、人身の自由に対する侵害は、他人の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、10年枠を撤廃したことには十分な理由があり、さらに、施設に収容した後も、裁判所は、少なくとも2年毎に被収容者の保安拘禁を中止して、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や、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ること等を指摘し、手続的にも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⁴。

最後に、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に適用されるかどうかについて検討を行っているが、連邦憲法裁判所は、遡及禁止の原則が適用されるのは、統治権に基づく違法で有責な行為に対する否認を意味する処分に限られ、純粹に予防的

³ BverfG,NJW2004,740f. 拙稿92頁。

⁴ BverfG,NJW2004,741ff. 拙稿93頁。

な処分である保安拘禁については、その適用は除外されるとしている⁵。

以上のような連邦憲法裁判所の理由付けについては、異論もあろう。とりわけ、保安拘禁に遡及禁止が適用されないとしたことについては、同じ刑事政策的な目的が、不定期な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たことには疑問が残る⁶。

何れにせよ、連邦憲法裁判所が、保安拘禁の10年卒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年卒が今後も維持されるであろうと考えた被收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⁷。

2 2004年2月10日の連邦憲法裁判所判決

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用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、治療目的で施設に収容されるのを一切拒んでいた。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⁸。

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。

⁵ BverfG,NJW2004,744. 拙稿93頁。

⁶ Kinzig,An den Grenzen des Strafrechts- Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BverfG,NJW2004,913. 拙稿93頁。

⁷ Kinzig,a.a.O.,913. 拙稿93頁。

⁸ BverfG,NJW2004,750. 拙稿94頁。

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、保護観察が付けられたが、その2ヵ月後に被告人は別の殺人事件を犯し、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、保安拘禁は命じられなかった。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。刑期満了の1日前、行刑部は、ザクセン・アンハルト犯罪者収用法に基づき、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⁹。

本件では、主に、州法の定める保安拘禁とドイツ刑法典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号では、競合的立法が刑法及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間、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ドイツ刑法典と如何なる関係にあるかが問題になったのである¹⁰。

連邦憲法裁判所は、まず、両州法に基づく犯罪者の収容は、手続的に見ても、内容的に見てもドイツ刑法典の定める保安拘禁に相当しており、州法が収容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¹¹。即ち、連邦憲法裁判所の見解によると、連邦は、歴史的に見

⁹ BverfG,NJW2004,750 拙稿94頁。

¹⁰ 拙稿94頁。

¹¹ BverfG,NJW2004,755f.

でも、施設収容について排他的な権限を有しており、とりわけ、連邦法の内容が不十分で、改正の余地がある、という理由で州が独立に立法権を行使することは、正当でないことになる¹²。

ところで、州法が基本法に違反するかも知れないということは、当時の学界においても話題となっており、違憲判決が出ることは、ある意味で予想の範囲であったといえる。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。連邦憲法裁判所は、5対3の多数で後者の結論に達し、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¹³。

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、特にザクセン・アンハルト州の事案において、複数の精神科医が社会にとって非常に危険であると診断した被告人を釈放しなければならず、こうした事態は妥当ではない、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のような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¹⁴。

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に反するばかりか、三権分立の原則にも違反するという。というのは、州法を無効と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

¹² 拙稿94頁。

¹³ BVerfG, NJW2004, 757f. 拙稿95頁。

¹⁴ 拙稿95頁。

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¹⁵。

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、ドイツ刑法典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¹⁶。

III その後の立法の動き

以上の2つの連邦憲法裁判所判決を受け、連邦司法省における草案作りが始まり、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、当時の野党キリスト教民主・社会同盟も独自の法案を提出し（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）と併せると、早くも2004年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（2004年6月18日）、さらに、連邦参議院でも政府案が可決され（2004年7月9日）、新法は、2004年7月28日から施行されることになった¹⁷。

ところで、CDU/CSU案と連邦参議院案は、同一の文言となっており¹⁸、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号の意味における重大な

¹⁵ BverfG,NJW2004,759ff. 拙稿95頁。

¹⁶ 拙稿95頁。

¹⁷ 拙稿95頁。

¹⁸ 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。

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a 1項)

「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1個ないし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じることができる」(66条a 2項)¹⁹

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になった場合には、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b 1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1個ないしは複数犯したかどで少なくとも5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

¹⁹ BT-Drs.15/2576,S.3;BR-Drs.177/04,S.1f. 拙稿95頁以下。

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 b 2 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 d 6 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 1 個ないし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 b 3 項)

「精神病院において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 d 6 項)

「68条 2 項の括弧書きにある『67条 d 2、3、5 項』は『67条 d 2、3、5、6』に改める」(68条 2 項)²⁰

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

²⁰ BGBl I 2004,1838. 拙稿96頁。

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える。しかし、政府案は、精神病院での治療処分を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²¹、果たして、連邦憲法裁判所が期待するように、事後的保安拘禁が、刑事政策の最終手段(ultima ratio)として機能しているのか疑問が残る²²。次に、章を改め、BGHにおける事後的保安拘禁の適用事例について見てみることにしよう。

IV BGHにおける事後的保安拘禁の適用事例

前述したように、BGHで事後的保安拘禁の適用が問題になったケースは、新法が施行されてから既に20件近くに上っている。これらのケースで争われた論点を整理すると、①事後的保安拘禁が基本法及びヨーロッパ人権条約に違反しないかどうか、②事後的保安拘禁の申立が形式的要件を充たしているかどうか、③刑法66条bの「新しい事実」が存在しているかどうか、④被告人の性格や行状等を全体的に考察して、再び重罪を犯す危険性があるかどうか、の4点に大別することができよう²³。

先ず、事後的保安拘禁が遡及禁止の原則(基本法103条2項)と信頼保護の原則(基本法2条2項、20条3項)²⁴に違反しないかどうかにつ

²¹ 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。BGB I I 2004,1840.

²² 拙稿97頁。

²³ Ullenbruch,Nachträgliche Sicherungsverwahrung-heikle Materie in Händen des BGH,NJW2006,1378.

²⁴ ドイツ基本法2条2項は、「各人は、生命、身体を害されない権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利は、法律の根拠にもとづいてのみ、これを侵害することが許される」と規定し、また、同法20条3項は、「立法は、憲法的秩序に、執行権および裁判は、法律および法に拘束される」と規定している。このように、国民は、法律の根拠にもとづかなければ、生命、身体を害されることはなく、この信頼は法的保護に値する、というのが信頼保護の原則である。

いて、2005年5月11日のBGH判決は、これを完全に否定し²⁵、また、2005年11月25日のBGH判決も、事後的保安拘禁は二重処罰の禁止（基本法103条3項）にも、相当性の原則（基本法103条2項）にも違反しないと判示している²⁶。

ところで、信頼保護の原則に関しては、有罪判決を言い渡した当時、保安拘禁を命じることができなかった犯罪につき、事後的保安拘禁を命じることができるかが問題となるが、BGHは、1995年8月1日まで保安拘禁を命じることが禁止されていた旧東ドイツ地区で起きた犯罪について、たとえ判決を言い渡した当時、保安拘禁を命じることが禁止されていたとしても、刑期を満了する前に、事後的保安拘禁を命じることが可能であり、信頼保護の原則に違反しないと判示している²⁷。

さらに、BGHは、事後的保安拘禁がヨーロッパ人権条約に違反しないかどうかについて、特段の理由を示すことなく条約に違反しないとしている²⁸。だが、ヨーロッパ人権裁判所が、刑事処分について極めて謙抑的であることを考慮すると、同裁判所が、事後的保安拘禁がヨーロッパ人権条約に違反する、と判断する可能性は極めて高いように思われる²⁹。以上の分析から、その当否は別として、BGHが、事後的保安拘禁が基本法及びヨーロッパ人権条約に違反しないという立場を堅持していることが明らかとなった。次に、視点を変え、事後的保安拘禁の申立が法の定める形式的要件を充たしているかどうかの問題の検討に移ることにしよう。

先ず、検察官が何時まで事後的保安拘禁の申立を行うことができるかが問題となるが、2005年7月1日のBGH判決は、刑法66条bによると、

²⁵ BGH,NJW2005,2022(2025).

²⁶ BGH,NJW2006,531(534).

²⁷ BGH,NJW2006,1446(1447).

²⁸ BGH,NJW2006,1442(1443).

²⁹ Ullenbruch,a.a.O.,1378;Streng,StV2006,92(98).

刑の執行が終了するまで事後的保安拘禁の申立をすることが可能であり、検察官が期限までに有効な申立を行えば、その後、被告人が刑務所を出て、自由の身になったとしても、事後的保安拘禁を命じることができる、としている。そして、具体的な申立時期は、危険な再犯者からの一般市民の保護と被告人の信頼の保護を総合的に評価して決定すべきである、としている³⁰。

さらに、2005年11月25日のBGH判決は、法秩序への信頼も申立時期を考慮するに当たって重要な要素になると判示しているが³¹、法秩序への信頼という観点を強調すれば、7月1日判決のように、被告人が出所した後にも保安拘禁を命じることが、法的に矛盾することになる。

結局、事後的保安拘禁の申立のデッドラインが具体的に何時になるのかについてBGHは判示していない。ドイツの学説においては、遅くとも刑期満了の3ヶ月前までに申立を行うべきである、という見解が有力なようである³²。

さて、検察官が期限までに事後的保安拘禁の申立を行った後、裁判所が真っ先に検討しなければならないのは、申立が法定の形式的要件を充たしているかどうかであるが、2005年11月25日のBGH判決は、原則として、検察官は、刑法66条bのどの条項に基づいて申立を行ったかについて明らかにしていなければならない、としている。もちろん、検察官は、申立を事後的に変更したり、補充したりすることができるが、無条件にそれが認められるわけではなく、刑の執行が終了するまでに変更をしなければならない³³。

刑法66条bの定める形式的要件を充たさない場合には、被告人が如何

³⁰ BGH,NJW2005,3078(3079f).

³¹ BGH,NJW2006,531(533).³² Ullenbruch,aa.O.,1379.なお、2006年12月14日のBGH第三刑事部判決は事後的保安拘禁の決定は遅くとも保護観察に向けた釈放の半年前に行うべきであるとしており(2007年1月30日のbeck-actuellによる)、申立はそれ以前に行われることになろう。

³³ BGH,NJW2006,531(533f).

に危険であったとしても、裁判所は事後的保安拘禁を命じることはできない。申立の形式的要件を充たさない場合には、原則として申立の却下（もしくは撤回）が行われることになるが、11月25日判決は、本件事案の場合、刑法66条3項1項の要件を充たしていないが、刑法66条3項2項の要件は充たしているとして、事後的保安拘禁を言い渡している³⁴。申立がどの条項に基づくかBGHが独自に判断したものとして注目されよう。

ところで、2005年11月25日のBGH判決は、事後的保安拘禁を申し立てる者は、それが新たな事実に基づいていることを証明しなければならない、と判示し、申立が単に法の形式的要件を充たしているだけでなく、新たな事実に基づいて行われることを要求している。そして、この要請は、公平な裁判の原則と法律上の審問の原則（基本法103条1項）から導かれる、としている³⁵。

新たな事実が存在しない場合には、被告人が如何に危険であったとしても、裁判所は事後的保安拘禁を命じることができない。これとは逆に、新たな事実が存在している場合には、被告人がもはや危険ではないことを精神科医の鑑定が証明しない限り、被告人の自由剥奪は原則として継続することになる³⁶。

新たな事実が存在したかどうかをめぐって問題となるのは、新たな事実が客観的に存在したこととその評価との区別である。2005年11月9日のBGH判決は、事後的に明らかとなった統合失調症の診断を新たな事実ではないとしている。被告人が人格障害であることは、統合失調症の診断が出る前から明らかであり、被告人がさらに統合失調症であると診断されたことは、そうした事前に明らかとなった事実を単に評価した（裏

³⁴ BGH,NJW2006,531(534).

³⁵ BGH,NJW2006,531(533).なお、ドイツ基本法103条3項は、「各人は、裁判所において、法律上の審問を請求する権利を有する」と規定している。

³⁶ Ullenbruch,a.a.O.,1380.

付けた)に過ぎないからである³⁷。本判決は、新たな研究手法を用いた専門家の鑑定結果を新たな事実と看做すことを戒めたものとして積極的に評価できよう。

なお、2005年12月8日のBGH判決は、被告人が有罪判決を受ける前は犯行を悔い、治療にも積極的に関わる旨の意思表示を行っていたものの、有罪判決を受けてからは一転して反抗的な態度を示したり、治療を拒否するようになった事案について、これらの事実は刑法66条bにいう新たな事実にあたる、としている³⁸。しかし、有罪判決後の態度の豹変は、新たな「事実」というより、単なる事実の「評価」に過ぎないと解すべきであろう。

このように、刑法66条bは、事実審裁判官が判決当時認識することのできなかった、刑の執行が満了する前に明らかになった「新たな事実」が存在することを要求しているが、さらに、BGHは「新たな事実」が内容的に一定の質を保っていることも要求している。すなわち、「新たな事実」の中に被告人の危険性を示す重要な間接証拠が含まれていなければならず、しかも、その間接証拠が重要かどうかは、被告人に有罪判決を言い渡した時に既に存在している危険性を基に判断しなければならないのである³⁹。

2005年5月11日のBGH判決は、「治療拒否は、確かに、事後的保安拘禁命令を基礎付ける事実には過ぎないが、治療を拒否したという事実の重みは、事後的保安拘禁命令の手続を進める上で十分であると言わなければならない」と判示し⁴⁰、さらに、ホルモン治療の拒否も「新たな事実」に該当するとしている⁴¹。以上のことから、BGHが広く治療拒否を刑法

³⁷ BGH,NJW2006,384(385).

³⁸ BGH,BeckRS2006,00085.

³⁹ BGH,NJW2005,2022(2023);NJW2006,384(385);NJW2006,852(854)

⁴⁰ BGH,NJW2005,2022.

⁴¹ BGH,NJW2006,1442(1445).

66条bの「新たな事実」に当たると考えていることが読み取れよう。

しかし、治療拒否があったという事実だけで事後的保安拘禁の手続を進めることについては批判も多い。治療拒否があったかどうかは後から証明することが困難であり、被告人が、事後的保安拘禁が言い渡されないよう、一時的に治療を受け入れる振りをすることもあるからである⁴²。治療拒否が被告人の危険性を示す重要な間接証拠に当たるかどうかについては慎重な判断が必要であろう。

さらに、被告人が刑務所に収容されている時に犯した事件に関しては、特に注意深く検討されなければならない。2006年1月12日のBGH判決は、被告人が同じ刑務所に収容されている囚人に暴行を加え、作業員に猥褻な手紙を書いたとしても、その原因が刑務所の劣悪な条件に起因している場合には、被告人の危険性を示す間接証拠とはならない、と判示しているが⁴³、基本的に妥当であるといえよう。連邦憲法裁判所は、かねてから事後的保安拘禁が、被告人が刑務所で品行方正でなかったことを理由とする不釣り合いな制裁となることを懸念している⁴⁴。BGHが、個々の具体的な事案において、被告人の危険性を間接的に示す「新たな事実」があったかどうかについてさらに慎重に検討することを期待したい。

ところで、事後的保安拘禁の申立が刑法66条bの形式的要件を充たし、行為者の危険性を示す「新たな事実」が存在している場合に、さらに、被告人が重大な犯罪を犯す性癖を有していることが必要かについては、学説において争われている⁴⁵。既に2005年5月11日のBGH判決は、これを肯定し⁴⁶、2006年2月22日のBGH判決も、刑法67条dの3項との兼ね合いから、被告人が重大な犯罪を犯す性癖を有していることは必要である、

⁴² Ullenbruch, a.a.O., 1382.

⁴³ BGH, BeckRS2006, 01278.

⁴⁴ BverfGE109, 190 (241).

⁴⁵ Ullenbruch, a.a.O., 1338.

⁴⁶ BGH, NJW2005, 2022 (2025).

と判示している⁴⁷。条文をできるだけ統一的に解釈する必要性を考えると、判例の立場が妥当であるといえよう。

被告人が重大な犯罪を犯す性癖を有していることが確定すると、実質的レベルにおける「総合評価」が行われることになる。BGHは、「被告人、被告人の行為、さらに補充的に刑務所に収容されている時の被告人の行状の総合評価は、常に個人の危険性に裏打ちされた予測でなければならない」と判示している。BGHの考えに従うと、刑法66条bの適用は、極めて稀な事例に限定すべきであり、被告人の人格障害が初めから高い再犯の可能性を示していたとしても、それが単なる抽象的な、統計学的な蓋然性に裏打ちされていた場合には、危険性の程度は低いといわざるを得ず、また、被告人の犯した犯罪がある特定の犯罪類型に属するからといって、そのことが直ちに行為者の危険性を示すわけでもないことになる⁴⁸。

事後的保安拘禁は、生命、あるいは身体の不可侵性に対する重い犯罪の高度の蓋然性を前提にしている。2005年11月25日のBGH判決は、物に対する軽微な損害が予測される場合には、如何なる場合であっても事後的保安拘禁を命じることができず、人に対する損害が予測される場合も、その全ての事案について事後的保安拘禁が言い渡されるわけではない、としている。将来予測される犯罪は、軽微な、あるいは中程度の犯罪であってはならず、重い犯罪が行われる高度の蓋然性が存在しなければならぬのである⁴⁹。

さらに、BGHは、刑法66条bの文言を制限的に解釈しようとし、例えば、軽い強盗を犯したとしても、それが必ずしも保安拘禁の対象にならないことを明言している。ただ、残念なことに、BGHは、危険性の判断

⁴⁷ BGH,NJW2006,1442(1445).

⁴⁸ BGH,NJW2005,2022(2025).

⁴⁹ BGH,NJW2006,531(535).

を専ら「現在」と「将来」を比較することによって行っており、「過去」と「現在」の比較を行っていない。BGHの考えは狭すぎるといえよう。なお、被告人の危険性が、刑の執行を始めた時点と終了した時点と比較して、同程度に高かった場合、刑法66条bの適用はないことになる。刑法66条bの「新たな事実」は被告人にとって不利な予測と結びついていなければならないからである。こうした結論は満足のいくものではないかも知れないが、裁判官が法律に拘束される以上、やむを得ないものとして甘受すべきであろう⁵⁰。

また、被告人の治療拒否も総合評価において問題となる。BGHは、「治療の拒否や中断そのものは、事後的保安拘禁を命じるのに十分ではなく、被告人の総合評価を行う際の補強証拠に過ぎない」としている⁵¹。注意すべきは、BGHが、「保安拘禁施設への収容は、被告人が刑の執行を受けた時に態度が悪かったことに対する不釣り合いな制裁であってはならない」という連邦憲法裁判所の見解を強調し⁵²、常に治療拒否、治療中断が行われた背景を検討しなければならない、としている点である⁵³。BGHの考えに従えば、単に治療拒否や治療中断が行われたという事実を指摘するだけでは、事後的保安拘禁を命じることはできないことになる。しかし、実際には、多くの事例において、被告人が治療を拒否したという事実が、被告人にとって不利益な手続を進める決め手となっており、どの程度連邦憲法裁判の判断が維持されるかは疑問である。

最後に、前述したように、被告人の行状は、例外的に「新たな事実」となり得るが、「総合評価」においても重要な役割を果たすことがある。BGHも、「それ自体刑法66条bの意味における「新たな事実」とはいえない状況も、手続の遂行を正当化する他の新たな事実が存在すれば、危

⁵⁰ Ullenbruch, a.a.O., 1383.

⁵¹ BGH, NJW 2005, 2022 (2024).

⁵² BverfGE 109, 190 (241).

⁵³ BGH, NJW 2005, 2022 (2024).

険性予測の総合評価において考慮することができる」と判示している。2005年11月25日のBGH判決は、この原則が、刑の執行後に明らかとなった前科についても適用されることを明らかにしている⁵⁴。同様の原則は、刑務所に収容されている間に明らかとなった被告人の異常な行動についても当てはまる。ただ、古くから専門家の間で知られているように、刑務所に収容されている時の被告人の行動は、保護観察付きとはいえ被告人が自由な時の行動とは大きく異なっている。刑務所に収容されている時の被告人の行状が過剰に評価されることなく、刑務所に収容されている時の態度が悪いことを理由に制裁が加えられることがないように注意すべきであろう⁵⁵。

V その後の立法の動き

2004年の刑法改正により、市民を危険な犯罪から守るため、裁判所は、判決を言い渡した後も事後的に保安拘禁を命じることができるようになったが、この規定は、早くも施行されて2年余りで改正されようとしている。すなわち、連邦参議院は、事後的保安拘禁が2004年に導入されて以来、現在の法文が同時の立法者の意思を正確に表明していないことが明らかになったとし、例えば、重大な犯罪をたった1回しか行っていない犯人であっても、極端に危険であれば、市民の安全を守るため事後的保安拘禁を命じる必要がある、と考えているのである。もちろん、被告人の人格が刑の執行の間に積極的なものに変化した場合には、被告人に積極的な予測に変わるチャンスが与えられなければならない。連邦参議院の計画によると、さらに、事後的保安拘禁は、年長少年にも適用されるべきであるということになる⁵⁶。

⁵⁴ BGH,NJW2006,531(535).

⁵⁵ Ullenbruch,a.a.O.,1384.

⁵⁶ BT-Dr16/1992,S.1ff.

連邦参議院は、これまでに認められた欠陥を埋めるため改正草案を準備したという。重い性犯罪や暴力犯罪から女性と子供を守るため、こうした改正はどうしても必要なのである。事後的保安拘禁に関する刑法の新規定の厳格な適用は、幾つかのケースにおいて、社会にとって危険な犯罪者を保安拘禁施設に収容することができないという望ましくない結果をもたらすことになる。その理由は、行為者の危険性を基礎付ける事実が既に判決が言い渡される時点において認識されており、刑が執行される時点で、「新たな重要な事実」を提出することができないという一事に尽きる。さらに、一般刑法に基づいて有罪判決を言い渡された年長少年についても、保安拘禁の可能性が残されるべきであり、連邦参議院はそのための改正の手續を急ぐつもりであるとしている⁵⁷。

このように、連邦参議院で早くも事後的保安拘禁の改正の動きが出ていること背景には、事後的保安拘禁が国民から期待された成果を挙げていない、という焦りがある。2004年1月、複数の強姦の前科のある男性が刑務所から釈放された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、前述した2004年2月の2つの連邦憲法裁判所判決がこの事件を考慮して合憲判決を言い渡したことは想像に難くない⁵⁸。事後的保安拘禁の導入も、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2004年の改正が行われたと言っても過言ではないのである⁵⁹。改正から2年たち、治安維持の効果が思ったように現れなかったという焦りが事後的保安拘禁の要件緩和に結びついたことはある意味で理解す

⁵⁷ BT-Dr16/1992,S.1ff.

⁵⁸ Kinzig,a.O.,S.912.

⁵⁹ 拙稿100頁。

ることができよう。

しかし、事後的保安拘禁が認められるための要件を緩和したからといって治安の問題が全て解決されるわけではない。むしろ、個人の自由を犠牲にして公衆の安全を確保することの方が問題である。重大な犯罪を一度だけ行った行為者に対し、その危険性が高いことを理由に事後的保安拘禁を命じるのはあまりにも安易であるように思える。保安拘禁命令は、原則として判決と同時に言い渡されるべきであり、事後的に保安拘禁を命じるのはあくまでも例外に止まるべきであろう。

さらに注意すべきは、事後的保安拘禁の改正と同時に、連邦政府が、「精神病院及び禁断施設への収容に関する法律」の改正も目論んでいることである。周知の通り、ドイツにおいては、再び犯罪を行う蓋然性の高い責任無能力の成人に対して保安処分を言い渡すことができるが、連邦政府はその要件を緩和しようとしているのである。例えば、現行法では、精神病院への入院、禁断施設への入所といった処分は、原則として、刑罰を科す前に行われることになっている。連邦政府は、連邦を構成する多くの州において、処分施設の過剰収容が問題となっており、既に限界に達していると指摘している。そして、処分施設をより目的に沿った形で用いるべきであると強調している⁶⁰。

具体的には、施設に収容して1年以上立っても治療の効果が見られない場合には、自由刑の一部または全部を執行することとし、維持費のかかる治療施設が効率よく利用できるよう計画しているのである⁶¹。

また、収容者が近い将来国外退去を言い渡される可能性のある外国人の場合にも自由刑が先に科せられることになる。理由書によると、これらの人々に関しては、治療の観点は、最初から制限されるというのである⁶²。

⁶⁰ BT-Dr16/1110,S1.

⁶¹ BT-Dr16/1110,S9f.

⁶² BT-Dr16/1110,S.11.

さらに、草案は、1994年3月16日の連邦憲法裁判所判決を引き合いに出し、禁断施設への収容は、薬物中毒者が快復するか、再び犯罪を繰り返さない十分な見込みがある場合にのみ禁断施設への収容が認められるべきである、としている。薬物中毒者が施設に収容されている間に、こうした治療の効果が見られないことが明らかになった場合には、禁断施設への収容は中止されることになる。また、政府は、保安拘禁が自由刑と共に言い渡される場合、それが犯人の再社会化に役立つのであれば、従来のように犯人が保安拘禁施設に収容されてからではなく、既に自由刑が科せられている間にも精神病院に移送することができるとしている⁶³。

ところで、草案は、裁判所に、精神病院に収容してから5年毎に外部の専門家の鑑定を得ることを要求している。1998年には、「性犯罪及びその他の危険な犯罪を防止するための法律」が制定されているが、草案によると、同法の目的を達成するため鑑定要件は制限的に解釈すべきであり、収容者に安易に退院が認められることのないよう、細心の注意を払うべきである、としている⁶⁴。しかし、これでは草案が5年毎に外部の専門家の鑑定を要求している趣旨を没却することになるのではなからうか。

「精神病院及び禁断施設への収容に関する法律」の改正が事後的保安拘禁の改正の動きとどの程度リンクしているのかは不明である。しかし、自由刑の執行と保安処分の執行の境界線が曖昧となり、保安処分の要件が緩和されているという点では共通している。今後も立法の動きに注目していく必要があろう。

⁶³ BT-Dr16/1110,S.10f

⁶⁴ BT-Dr16/1110,S.12.

VI まとめにかえて

以上、非常に大まかではあるが、ドイツにおいて事後的保安拘禁が導入されるまでの経緯、その後の判例・立法の動きについて述べてきた。これらの一連の流れをまとめると、治安維持の目的で事後的保安拘禁が導入されたものの、裁判所はその適用に極めて慎重である一方、連邦政府は事後的保安拘禁のさらなる要件緩和を検討しているということができよう。

こうした動きの中で注目されるのが、2006年7月25日のBGH判決である⁶⁵。1998年6月8日、被告人は、ニュルンベルク・フルト地方裁判所において強姦と傷害を犯したかどで6年6月の自由刑を言い渡された。被告人は、以前(1993年4月7日)強姦と強制わいせつのかどで6年の自由刑を言い渡されたが、ニュルンベルク・フルト地裁は、この有罪判決を保安拘禁の基礎とすることができなかった。というのは、刑法施行法(EGStGB)によると、被告人が、刑法66条1項1号に規定する犯罪を1998年1月31日以降に行わなければ、刑法66条3項を適用することができないからである。そこで、本判決では、2004年の刑法改正に伴い、被告人の前科を理由に事後的保安拘禁を命じることができるかどうか問題となった⁶⁶。

被告人の人格は、被告人が刑務所に収容されている間に徐々に明らかとなった。当初、ニュルンベルク・フルト地方裁判所は、被告人が統合失調症に罹患していることを見逃し、犯行の原因を専ら被告人の過度のアルコール摂取にあると断定した。その後、被告人に刑の執行停止を認めるかどうかをめぐって、被告人は精神病に罹患しておらず、精神的

⁶⁵ BGH,NJW2006,3154.

⁶⁶ BGH,NJW2006,3154(3154).

に健全であるという鑑定結果と、被告人は、確かに、アルコール中毒に罹患し、統合失調的、攻撃的、サディスティック的な人格を有しているが、人格崩壊には至っていない、という鑑定結果が提出されたが、BGHは、何れの鑑定結果も不十分であるとし、その原因を、被告人がアルコール摂取について過大に語り、鑑定人が騙されたことに求めている。また、被告人には離婚歴があり、治療を嫌がっていたことも指摘している⁶⁷。

BGHは、以上の事実を前提として、本件において事後的保安拘禁を命じることができるかどうかを具体的に検討している。なるほど、本件において、被告人は、刑法66条b 2項の前提条件を充たし、性犯罪の性癖もあることから、再犯の危険性も極めて高いといえるかも知れない。しかし、事後的保安拘禁が導入されたことに伴う法状況の変化は、新たな事実とはいえ、既に認識された、あるいは認識可能な事実を根拠に事後的保安拘禁を命じることにはできない。BGHはあらかし以上のように述べ、法状況の変化を新たな事実と解することに反対している。BGHの考えによると、刑法66条bの「新たな事実」とは、事実審の結審から刑期が満了するまでの間に認識された、あるいは認識可能な事実を意味し、鑑定を行った専門家の間で事実の評価が異なっていることは重要ではないことになる。そして、BGHがこれまで認定した事実によると、被告人の人格の欠陥は、既に、ニュルンベルク・フルト地方裁判所で罪判決が言い渡された時点において存在しており、十分認識可能であった、と結論づけている⁶⁸。

さらに、被告人の血中アルコール濃度が、1992年8月16日の犯行当時、0.54%で、1997年10月23日の犯行当時、2.58%であったことから、被告人が酒量について過大に述べていたことは明らかであり、こうした事実は、1998年6月8日の判決当時、認識可能であった、としている⁶⁹。

⁶⁷ BGH,NJW2006,3154 (3154).

⁶⁸ BGH,NJW2006,3154 (3154f).

⁶⁹ BGH,NJW2006,3154 (3155).

また、被告人が治療を拒否した場合や、治療を勝手に中断した場合、これらの事実は、原則として、刑法66条b1項、2項の「新たな事実」と解することが可能である。しかし、「新たな事実」を認めるためには、既に有罪判決を受ける時点で被告人が治療を免れるつもりでいたことが必要であり、本件被告人が、刑事部から治療を受けるよう求められた時にいかなる態度を示したか明らかでない以上、被告人に事後的保安拘禁を命じることはできない。BGHは、以上のように述べ、被告人に事後的保安拘禁を命じることを明確に拒否している⁷⁰。

このようにBGHは、本件において具体的事案を詳細に検討し、事後的保安拘禁が認められるための要件を厳格に解しているが、こうしたBGHの姿勢は基本的に正しいといえよう。国民を危険な犯罪から守るという名目で、判決当時、既に行行為者の危険性を窺わせる事実が認識されていたにもかかわらず、事後的に保安拘禁を命じることは妥当ではない。保安拘禁は、原則として、有罪判決と同時に命じられるべきであり、事後的に保安拘禁が命じられる場合には、通常の保安拘禁以上の厳格な要件を充たすことが必要なのである。BGHが指摘するように、被告人の人格障害が既に有罪判決の時点で問題となっていた以上、被告人が最初から治療を受けるつもりがなかったことが立証されない限り、事後的保安拘禁を命じることはできないと思う。

わが国と同様、ドイツにおいても犯罪が増加していないにもかかわらず、治安が悪くなっていると考える国民が増え、いわゆる体感治安の悪化がマスコミ等で報道されている。だが、体感治安の悪化という曖昧な概念を用いて、事後的保安拘禁の要件を緩和することは許されない。事後的保安拘禁の改正に当たって慎重な審議が行われ、今後も事後的保安拘禁が伝家の宝刀として機能することに期待したい。

⁷⁰ BGH,NJW2006,3154(3155)