

ドイツにおける最近の刑事判例の動向 (1)

編著 山本 和輝*
著 石居 圭**・飯島 暢***

目次

- I. はじめに (山本 和輝)
- II. ステルシング (石居 圭)
- III. 性犯罪者の保安監置と量刑 (飯島 暢) [以上、本号]
- IV. 気候保護活動家の道路封鎖の可罰性 (強要罪) (上野 純也****)
- V. 気候保護のための緊急避難 (山本 和輝) [以上、46号]

I. はじめに

本論文は、編著者である山本が代表を務める「外国判例研究会」における研究成果の一部を公表するものである。

周知のとおり、わが国の刑法学は、かねてよりドイツの刑法学から多大な影響を受けてきた。その結果、わが国の刑法学とドイツ刑法学は、少なくない問題領域において議論枠組みを共有している状況にある。このことは、日本法とドイツ法の比較研究に際しては、法状況の相違という変数を考慮する必要性が相対的に小さいことを意味する。この点で、ドイツ法の知見は比較法の対象として高い参照価値を有していると言える。それゆえ、わが国が直面する、あるいは今後直面するであろう法的課題を解決するための示唆を得るにあたり、ドイツ法の情報・

* やまもと・かずき 東京経済大学現代法学部准教授

** いしい・けい 明治大学法学部助教

*** いいじま・みつる 関西大学法学部教授

**** うえの・じゅんや 城西大学現代政策学部非常勤講師

知見を参照することはなお有用であるように思われる。

もちろん、日本法とドイツ法との間には重大な法状況の相違が存在する場合もありうる。しかしその場合であっても、両者の間にいかなる相違があり、またその相違が具体的事案の処理においてどのような意味を持つのかを明らかにすることには、比較法研究として一定の意義が認められるものと思料する。

そこで、本論文では、ドイツにおける最近の刑事判例の動向を紹介・検討することにより、わが国において現に生じている、又は潜在する問題を検討するにあたり有益な情報・知見を抽出することが試みられる。より具体的には、II. 及び III. にて、性犯罪に関連するドイツの最新判例が取り上げられる（以上、本号）。その後、IV. 及び V. にて、いわゆる「気候保護活動家」のラディカルな抗議活動を行った事案群に関する最近の刑事判例が取り上げられる（以上、46号）。

(山本 和輝)

II. ステルシング (BGH Beschluss vom 13.12.2022 – 3 StR 372/22)

【事案の概要】

被告人と被害者は同意の上でオーラルセックスを行った。その後、被害者が膻性交においてはコンドームの着用を前提としていたことから、被告人は被害者の見ている中で引き出しからコンドームを取り出した。被害者は、被告人がこれを着用するつもりだろうと考えたが、実際には開封もされずベッドに置かれたままであった。被告人がコンドームを未開封のままベッドに置いたところを、被害者は被告人のいたところとは逆方向に一瞬振り向いていたために見ていなかった。被害者は避妊具の無い性交が行われるとは思っていなかった。その後被告人は、意図的にコンドームを着けずに、しばらくの間被害者と膻性交を行った。被害者はそれに気づくと性交を辞め、現場を離れた。

【判旨】

2. LG デュッセルドルフ刑事部は適切にも、刑法第 177 条第 1 項の性的侵害として本件を評価した。個人がコンドームを使用するという条件の下でのみ性交に

承諾していることが明らかである場合、避妊具を使用せずに行われた性行為は、その個人の認識可能な意思に反する。[Rn. 12.]

a) ある性的行為が決定的意思に反するか否かは具体的に行われた行為による (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2018 - 1 StR 546/18, NStZ 2019, 407 Rn. 7; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 19. März 2021 - 2 OLG 4 Ss 13/21, NStZ 2021, 619 Rn. 14 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 1. März 2022 - III-5 RVs 124/21, NStZ-RR 2022, 276)。本人がその性的行為を拒否していることが明らかな場合、他の性的行為に対する合意があるか否かは原則として決定的ではない。この点で、一方ではコンドームを使用した性交と、他方ではコンドームを使用しない性交は異なる性的行為である。[Rn. 13.]

避妊具の使用は性交の種類と方法に関係し、異なる質的評価につながる (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 19. März 2021 - 2 OLG 4 Ss 13/21, NStZ 2021, 619 Rn. 17; BayObLG, Beschluss vom 20. August 2021 - 206 StRR 87/21, NStZ-RR 2022, 43, 44; KG, Beschluss vom 27. Juli 2020 - [4] 161 Ss 48/20 [58/20], OLGSt StGB § 177 Nr. 5 S. 5 f.; Camargo, ZStW 2022, 351, 375; SSW-StGB/Wolters, 5. Aufl., § 177 Rn. 18; Schumann/Schefer in Festschrift Kindhäuser, 2019, S. 811, 816; anders dagegen Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl., § 177 Rn. 5)。この質的評価は特に、望まない妊娠や病気の感染を防ぐという一般的機能によって裏付けられている。避妊具の使用が性的接触の評価に影響することは、たとえば、以前の法的状況からすでに、コンドームを使用せずに性交を行ったことが、性犯罪では加重事由として考慮され得たことが示している (s. BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - 1 StR 216/99, NStZ 1999, 505 f.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2018 - 3 StR 427/18, NStZ 2019, 203 Rn. 9 f.; Urteil vom 14. August 1990 - 1 StR 62/90, BGHSt 37, 153, 155 f.)。性感染症予防の重要性は、売春婦保護法 (ProstSchG) 第 32 条第 1 項が売春の場ではコンドーム着用を義務付けていることから明らかである (s. BT-Drucks. 18/8556 S. 93 f.)。このことは刑法第 177 条の決定的な法益が性的自己決定であることを変えない (vgl. BT-

Drucks. 18/9097 S. 21; MüKoStGB/Renzikowski, 4. Aufl., § 177 Rn. 51; anders Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, KriPoZ 2019, 347, 353)。前述の観点を援用することは、第 177 条の法益を健康保護の側面にまで拡大するものではなく、自己決定権を有する者が同意した性的行為と実際に行われた性的行為との間には質的な違いがあることを強調するにすぎない。[Rn. 14.]

b) 本件のような状況で、(合意か反対意思かにかかわらず) 意思形成において生じ得る錯誤が刑法上の評価にとってどのような意味を持つかはわからない。無防備な性交を望まないという本人の決定は、行為者がその希望に応じるよう見せかけた場合には、原則として誤った表象に基づくものではない。というのも、そのような行為者の行動は、コンドームを使用しない性的接触を否定するという本人の立場を変えていないからである (s. etwa KG, Beschluss vom 27. Juli 2020 - [4] 161 Ss 48/20 [58/20], OLGSt StGB § 177 Nr. 5 S. 10 f.; Herzog in Festschrift Fischer, 2018, S. 351, 357; dagegen mit anderem Ansatz Franzke, BRJ 2019, 114, 119 f.; Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, KriPoZ 2019, 347, 353)。そのような欺罔は、被害者が性的行為の意味と自分の(継続していることが明らかな) 反対意思の侵害を認識していないため、被害者自身が賛成していない性的行為が行われるがままになるという別のレベルでの効果をもたらすだけである。しかしこのこと自体は、具体的な性的行為すなわち無防備な性交に対する同意とはならない。[Rn. 15.]

c) 驚愕の瞬間を利用した性的行為を処罰する刑法第 177 条第 2 項第 3 号の構成要件の適用は、刑法第 177 条第 1 項の構成要件が充足されている場合には排除される。新法の構想によれば、後者は行為者が被害者の認識可能な反対意思を無視した性的行為に制裁を加えるものであるのに対し、刑法第 177 条第 2 項は、そこで挙げられた理由により、被害者がその意思を表明することが不可能であるか、それが期待不可能であるために、被害者の反対意思が認識できない状況を捕捉するものである。それゆえ同一の時点においては、刑法第 177 条第 1 項と刑法第 177 条第 2 項第 3 号は相互に排他的である。なぜなら、刑法第 177 条第 2 項第 3 号は、驚愕のために、刑法第 177 条第 1 項が構成要件上要求する客観的

に認識可能な反対意思が形成され、その時に表明され得ないことを要件としているからである (BGH, Urteil vom 13. Februar 2019 - 2 StR 301/18, BGHSt 64, 55 Rn. 32 f. mwN)。その際反対意思は明示的に表示される必要はない。黙示的な表示で十分である (vgl. BGH, Beschluss vom 21. November 2018 - 1 StR 290/18, NStZ 2019, 717 Rn. 18; BT-Drucks. 18/9097 S. 22 f.)。[Rn. 16.]

d) これらの基準によれば、法的に誤りのない認定には、刑法第 177 条第 1 項の構成要件要素を見て取ることができる。被害者は具体的な状況において無防備な膣性交を拒否し、被告人が目に見える形で取り出したコンドームを実際に使用していると完全に思い込んでいた。詳細に説明された状況によれば、とりわけ、被告人にとって重要であったのはまさに自らがもたらした誤った印象であったのだから、このことは被告人には認識可能であった。[Rn. 17.]

【検討】

1. はじめに

ステルシング (Stealththing) とは、コンドームを使用するという条件の下でのみ性交が同意されていたにもかかわらず、挿入する側がこれを無視して密かにコンドームを外す又は使用せずに性交を行う行動を指す¹⁾。ステルシングは特に欧米諸国でその法的対処について議論が盛んとなっており、ドイツもその例外ではない。ドイツでは、2016 年の刑法改正により、「No means No」モデルの性犯罪処罰規定が導入されて以降、ドイツ刑法 177 条 1 項が認識可能な意思に反する性的行為を処罰している。そこで、性交それ自体には承諾があり、性交の条件であるコンドームの使用についてのみ偽られているステルシングの事例が 177 条 1 項に包摂されるかという点が問題となる。この点について、学説だけでな

1) *Bauer*, KriPoZ 2023, 96; *Keßler*, Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht, 2021, S. 337; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10; *Ost/Weil*, jM 2021, 357; *Wißner*, KriPoZ 2021, 279; AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022, Az. 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21; OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19. 3. 2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, Rn. 10;

く、実務上も下級審レベルでその可罰性について見解が対立していた²⁾。こうした議論状況の中で、本件ではじめてBGHはステルシングの可罰性を肯定する判断を下した。

日本においても2023年の刑法改正により、不同意わいせつ罪及び不同意性交等罪が導入されたが、性的行為への承諾における誤信の取扱いについては、行為のわいせつ性の誤信と相手方の誤信がある事例を処罰するにすぎず、性交それ自体には承諾のあるステルシングの可罰性については議論が不十分なままである。そこで本稿では、これまでのドイツにおける裁判例とBGHのステルシングの可罰性に関する理論を概観し、日本におけるステルシングの可罰性を明らかにしたい。

2. ドイツ刑法におけるステルシングの可罰性

(1) ステルシングに適用される条文

最初に確認しておかなければならないことは、ステルシングは原則として「錯誤に基づく同意」の事例とは異なるということである。「錯誤に基づく同意」の事例は、反対意思の形成が欺罔によりすでに阻止されている状況である。したがって、(欺罔による性的行為の処罰はドイツ刑法において規定されていないが³⁾) その事例は反対意思の形成が不可能かそれを期待できない状況を捕捉するドイツ刑法177条2項に体系上は位置づけられるべきである。しかし、ステルシングにおいては、明示的にしろ黙示的にしろ、コンドームを使用していない性交への拒絶の意思が表明されているのであり、ここには錯誤すら認められない⁴⁾。それゆえ、ステルシングの可罰性を検討する際、適用条文として考えられるのはドイツ刑法177条1項のみであるということが前提となる。

2) これまでの議論状況については、菊地一樹「ステルシング (Stealththing) の処罰について」早法98巻1号(2022年)47頁以下を参照。

3) この点について *Hoven*, NStZ 2023, 231 は、性的自己決定権は欺罔からも保護されることが予定されているはずだから、立法による解決が必要だとする。

4) *Hoven*, a.a.O. (Fn. 3), 230.

(2) これまでの裁判例

ドイツにおけるこれまでの裁判例で唯一ステルシングの可罰性を否定したのが AG キールの判決である。AG キールによれば、被害者の反対意思は性交にのみ関係しており、コンドームの使用は別個の性的行為ではなく、その準備行為であるとし、それゆえ性交それ自体に対する合意のみが決定的なのだとする⁵⁾。したがって、177 条 1 項の「意思に反する性交」を認める余地はないのだとする。

これに対してドイツでステルシングの可罰性を肯定したはじめての事例とされるのが、AG ティーアガルテンの判決である⁶⁾。AG ティーアガルテンは AG キールとは逆に、コンドームを使用する性交とそうでない性交とはそれぞれ独立した性的行為であるとする。というのも、コンドームを使用する場合は異なり、生殖器の粘膜との直接接触があるからだとする。しかも AG ティーアガルテンにおける事実では、行為者が被害者の体内で射精も行っており、これに関して「単なる性交とは別の、さらにその先の性的行為である」とする。

KG も同じ根拠から、177 条 1 項によるステルシングの可罰性を認めている⁷⁾。KG によれば、コンドームを使用していない性交の独立性は、コンドームの使用が物理的にも精神的にも相手に対する障壁を得ることから生じる。そしてコンドームを使用した性交が日常用語的に「より安全なセックス」とされていることから、コンドームを使用していない性交は本質的に異なる特徴を有するとする。

さらに、KG は、ステルシングの構成要件的不法について以下のようにいう。すなわち、その不法は、望まない妊娠や性感染症から身を守るという被害者の意

5) AG Kiel, Urteil vom 17. 11. 2020 - 38 Ds 559 Js 11670/18. 本判決については、菊地・前掲注 (2) 57 頁、ティル・ツィーマン (石居圭訳) 「ドイツにおける『ステルシング (Stealth)』の可罰性について」龍谷法学 54 巻 1 号 (2021 年) 347 頁以下参照。

6) AG Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 - 284 Js 118/18. 本判決については、菊地・前掲注 (2) 57 頁以下、ツィーマン (石居訳)・前掲注 (5) 348 頁以下、深町普也「2016 年改正以降のドイツ性犯罪規定について」樋口亮介＝深町普也編著『性犯罪規定の比較法研究』(成文堂、2020 年) 358 頁以下参照。

7) KG Berlin, Beschluss vom 27. 7. 2020 - 4 Ss 58/20. 本決定については、菊地・前掲注 (2) 58 頁以下、ツィーマン (石居訳)・前掲注 (5) 349 頁以下、深町・前掲注 (6) 393 頁以下、山中純子「欺罔による性的行為の処罰について」東海法学 59 号 (2020 年) 12 頁以下参照。

思に反したことだけでなく、被害者の性的自律を無視し、その個人的な性的満足のために利用していることにも顕れる。

その後、AG キールの上級審にあたる OLG シュレースヴィヒ・ホルシュタインも前述の AG キールの無罪判決を破棄し、ステルシングの可罰性を肯定している⁸⁾。OLG シュレースヴィヒ・ホルシュタインは、他の裁判例と同様の理由から、コンドームを使用していない性交は被害者が事前に合意した性交とは異なる別の性的行為であるとした上で、その 177 条 1 項による可罰性は射精の有無には左右されず、コンドームを使用せずに被害者の体内へ挿入することそれ自体に可罰性が認められるとした。

こうして従来裁判例の多くは、コンドームの使用は性的行為の単なる条件ではなく、別個の性的行為を特徴づけるものとして、合意の対象に含めることを承認してきたのである。

(3) BGH の見解

本件で BGH は、以上のような裁判例⁹⁾と同様にステルシングの可罰性を認めた。BGH は、コンドームを使用した性交とそうでない性交との質的差異を説明するために、望まない妊娠のリスクの回避と性感染症の予防という避妊具としての機能だけでなく、コンドームの不使用が確立された量刑基準として用いられてきたこと、そして売春婦保護法 32 条 1 項がコンドームの使用を要件としていることを挙げている。こうして BGH は、コンドームの使用が単なる事実的差異というだけでなく、社会的／規範的な意味でも重要であることを示しているのである¹⁰⁾。

もっとも BGH は、慎重にも、177 条の保護法益を健康の保護にまで拡大することを意味しないとしている。この点、コンドームの使用の有無が異なる性的行

8) OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19. 3. 2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21. 本判決については、菊地・前掲注 (2) 59 頁参照。

9) ステルシングの可罰性を肯定したその他の裁判例として、AG Freiburg, Urteil. vom 22.7.2020 – 25 Ds 230 Js 23725/18; AG München, Urteil vom 30.7.2020 – 814 Cs 451 Js 103458/20; LG München I, 18.11.2020 – 26 Ns 451 Js 103458/20; BayObLG, 20.08.2021 – 206 StRR 87/21; AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls-566 Js 962/21-476/21.

為という評価を導くとする学説の中には健康への影響にも言及する見解もあるが¹¹⁾、これには妥当な批判も向けられている。例えば Grafe は、性病からの保護は傷害罪によって達成されるものであるとする。そして、健康への関心が意思形成に決定的な影響を与えることが指摘できたとしても、ステルシングにおいて議論されているのは、ある行為が合意の対象となるか否かということなのであり、この問題においては、どのように、そしてどの程度合理的に当該性的行為への合意が形成されたかは重要ではないとする¹²⁾。したがって、本件で BGH が採用したように、性的行為に対する合意の範囲はあくまで性的自己決定という法益の観点から判断するという見解に立つのであれば、生殖能力がないと偽る場合¹³⁾や HIV 感染を隠すといった事例は性犯罪としては可罰的ではないとすべきことになるだろう¹⁴⁾。

さらに、BGH はステルシングは 177 条 2 項 3 号にいう「驚愕の瞬間」にもあたらないことを明確にした。ここでは文言上の限界というよりも¹⁵⁾、177 条 1 項と 2 項の立法趣旨を考慮して、反対意思の表明がされている事例か否かで適用範囲を区別し、ステルシングへの適用条文を 1 項に限定したものと見える。

(4) その他の類似事例の可罰性

以上のような BGH の理論によれば、コンドームを使用しない性交を望む当事者の意思を無視して、密かにコンドームを使用して性交を行うような、ステルシングの逆の事例も 177 条 1 項により可罰的であることになる。ここでは望まない妊娠や性感染症の感染のリスクを回避することを考慮することはできない。なぜなら、性的自己決定という法益を基準とするならば、ステルシングであっても

10) *Hoven*, a.a.O. (Fn. 3), 230.

11) *Hoffmann*, NStZ 2019, 17; *Makepeace*, a.a.O. (Fn. 1), 13.

12) *Grafe*, StV 2023, 395.

13) もっとも、望まない妊娠が身体の完全性に対する侵害と評価できるかは議論の余地がある。

14) *Hoven*, a.a.O. (Fn. 3), 230.

15) 文言上の限界を根拠に、ステルシングを 177 条 2 項の処罰範囲から除外する見解として、*Schumann/Schefer*, Das sog. Stealthing als Prüfung des § 177 StGB n.F., in: Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 822 ff.; *Wißner*, Stealthing: ein besorgniserregender Trend?, MschrKrim 103 (4), 2020, S. 326.

それとは逆の事例であっても、質的に異なる性的行為が行われ、性的自己決定が侵害されていることに変わりはないからである¹⁶⁾。

また、女性が男性に対して、実際には避妊用ピルを服用していないのに、ピルを服用していると偽って性交を行わせる「ピル騙し (Pillenlüge)」の事例¹⁷⁾もステルシングの類似事例として問題になるが、この事例とステルシングとは区別されなければならない。というのも、「ピル騙し」事例では欺罔により性的行為への承諾を得たうえで性交を行っているのに対し、BGHが指摘するように、ステルシングでは欺罔も錯誤もなく、客観的に合意も存在しないからである¹⁸⁾。したがって、BGHは決して、ステルシングの処罰を通して、欺罔によって性的行為への承諾が得られた場合の処罰を認めたわけではないことに注意しなければならない¹⁹⁾。

3. 日本性刑法におけるステルシングの可罰性

(1) 日本における性刑法の改正

以上のように、BGHは、コンドームの使用の有無を合意の射程として、コンドームを使用している性交と使用していない性交とを質的に異なる別個の独立した性交と評価し、ステルシングを177条1項により処罰することを認めたのである。

日本でも、性犯罪処罰規定が改正されたが、ドイツと同様にステルシングを処罰することができるだろうか。本決定でBGHがステルシングの処罰を肯定したドイツ刑法177条1項の規定は「他者の認識可能な意思に反して、この者に対して性的行為を」行った者を処罰する。そしてBGHがステルシングをその処罰

16) *Bauer*, a.a.O. (Fn. 1), 99; *A. Schneider*, ZJS 2023, 366 f.; *Grafe*, a.a.O. (Fn. 12), 396. 菊地・前掲注(2) 66頁も参照。

17) 「ピル騙し」はこのように描写されることが多いが、男性が避妊用ピルであると偽って女性にビタミン剤を服用させて避妊をせずに性交を行う場合も結論は変わらないように思われる。さらに男性側がパイプカットを受けたと偽る場合も同様に検討することができるだろう。

18) *A. Schneider*, a.a.O. (Fn. 16), 366 f.

19) *Bauer*, a.a.O. (Fn. 1), 98; *Hoven*, a.a.O. (Fn. 3), 230; *A. Schneider*, a.a.O. (Fn. 16), 366.

範囲から除外した 177 条 2 項は、「他者に対して性的行為を行…った者も次の各号に該当する場合には前項と同一の刑に処する。」とし、1 号が「行為者が、他者が反対意思を形成又は表明することができない状況を利用したとき」、3 号が「行為者が、驚愕の瞬間を利用したとき」を捕捉する。しかし、BGH によれば、2 項における構想は「反対意思を被害者が認識可能な状態にすることができない若しくは期待可能でない状況」の処罰を予定しており、ステルシングにおいては認識可能な反対意思があるので、2 項には該当しないのであった。

これに対して、現行の日本刑法では不同意事由が列挙されており、ステルシングがその事由に該当するか否かが問題となる。ステルシングと関連すると思われる条文は、177 条 1 項及び 176 条 1 項 3 号である。すなわち現行法 177 条 1 項は、「前条第 1 項各号に掲げる行為又は事由その他これらに類する行為又は事由により、同意しない意思を形成し、表明し若しくは全うすることが困難な状態にさせ又はその状態にあることに乗じて」性交等を行った者を処罰するとし、その事由として 176 条 1 項 3 号は「同意しない意思を形成し、表明し又は全うするいとまがないこと」を挙げている。以下では、こうした現行法がステルシングを処罰することができるかという点を検討する。

(2) 解釈論の限界

ステルシングは、被害者がすでに反対意思を表明している事例であることから、現行法の「全うすることが困難」な事例に該当することに疑いはないだろう。そこで次に問題になるのが、「いとまがない」状況にステルシングが含まれるかということである。結論から言えば、立法趣旨を考慮しても、解釈論としても、これは否定されなければならない。

まず、この点について、法制審議会の議事録によれば、「いとまがない」とは、「例えば、行為者自身が被害者の気をそらすような発言をして、その隙に胸を触る行為などを想定したもの²⁰⁾」とされており、少なくとも立法段階ではステルシングのような事例ではなく、典型的には不意打ちの事例が考えられていたことがわかる。

20) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会「第 13 回議事録」7 頁〔浅沼雄介発言〕（令和 5 年 1 月 17 日）(<https://www.moj.go.jp/content/001392956.pdf>)。

また、解釈論としてステルシングを「いとまがない」事例に含めてしまうことも妥当ではない。まず問題になるのはステルシングが反対意思をまっとうする「いとまがない」状況であると解する根拠である。仮にその根拠づけを、密かに行われているがゆえに被害者が事前の合意とは異なる性的行為をさせられていることに「気づいていない」という点に求めるとすると、あらゆる欺罔の事例が真意とは異なる性的行為をさせられ、反対意思をまっとうする「いとまがない」ことになってしまい、処罰の限界を画することが困難になってしまう。また、「いとまがない」という文言を明確な制限を付さずに拡大して解釈してしまうと、あらゆる不同意の事例が「いとまがなかった」ことにもなりかねず、不同意事由を類型化した趣旨が没却されてしまうことにもなるだろう。あくまで「いとまがなかった」というのは時間的な余裕が無い状況を指すものと解すべきであり、結局、現在の法的状況においてステルシングは不可罰であって、処罰するには立法が必要であるとするほかない。

4. おわりに

ドイツでは、コンドームの使用がもつ重要な意義を根拠に、コンドームの使用の有無が性的行為の質的差異を特徴づけるものと解し、ステルシングを認識可能な意思に反する性的行為として処罰することを肯定した。これに対し日本では、不同意事由が限定列举されていることから、その事由にステルシングが該当するかが問題となる。

本稿ではこれを否定すべきであるとしたが、現行法にはまだ検討すべき文言もある。日本における現行の性犯罪処罰規定は列举されている事由だけでなく、「その他これらに類する行為又は事由」による不同意が認められる場合も処罰する。この点についてはすでに立法段階で懸念が示されていた。すなわち「このように『類する』という、非常に曖昧で、解釈に委ねられるところが多く、何が処罰されるか分からない規定を置くことができるという前例を作るとは、今後国民の表現などの様々な権利を国が規制する濫用的な立法が検討されたときに、このような前例があるではないかという形で使われる危険があり、極めて危険なものである²¹⁾」ことが指摘されているのである。仮に「いとまがない」状況に「類する」事例としてステルシングが処罰範囲に含まれるとすれば、明確性の原則に

反しない形で類似性の基準を打ち立てるという困難な課題が残されることになる²²⁾。

さらに、そもそもコンドームの使用の有無が本当に性的行為の質的差異を特徴づけるかという点に慎重な見解²³⁾も存在する。たしかに性的行為の質的差異を決定する基準はBGHの見解においても社会的／規範的な意味でコンドームの使用の有無が重要とされていると述べられているだけで、明確には示されていない。ここで別個であるという評価が無限定に認められてしまうとすれば、嘘の結婚の約束や収入を偽る場合など単に不誠実であるにすぎない欺罔まで性的行為の質的差異を根拠づけることになってしまう。

もっとも、BGHの理論はコンドームの使用が性交の種類と方法に関係することを指摘していることから、性交をする動機までは射程には入らないようにも考えられる。しかしその際、避妊方法として重要な意義を有する避妊用ピルの服用も性交の種類に関係するか否か、すなわち、「ピル騙し」の事例も不同意性犯罪として可罰的でないかという点も検討すべきであろう。

(石居 圭)

III. 性犯罪者の保安監置と量刑 (BGH, Beschluss vom 22. März 2022 - 1 StR 455/21)

【事案の概要】²⁴⁾

2019年6月25日、被告人(Christoph K. 犯行時43歳)は事前に購入しておいた狼男のマスクをかぶり、ミュンヘン郊外のオーバーギージク(Ober-

21) 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会「第14回議事録」1頁〔宮田桂子発言〕(令和5年2月3日)(<https://www.moj.go.jp/content/001392958.pdf>)。

22) もっとも、性犯罪処罰規定改正前は、判例が「暴行・脅迫」や「抗拒不能」といった文言を解釈により押し広げていった経緯を考えれば、改正前の法的状況よりも文言が曖昧になったとはいえないかもしれない。しかしその場合、結局はこれまでと同じく不当な解釈の余地も残されてしまっていることになり、妥当な処罰範囲を定めるという法改正の意義が失われてしまうようにも思われる。

23) 菊地・前掲注(2)74頁以下、同「欺罔に基づく性的行為の処罰について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋——刑事法学の実践的課題に向けて——』(成文堂、2023年)394頁以下。

giesing) において下校途中の 11 歳の少女を待ち伏せし、その自宅からほんの数
百メートル離れた茂みに引きずり込んで強姦した。被告人はこの 11 歳の少女を
見張り、S-Bahn の中で撮影もしていた。検察官は、14 年の自由刑及びそれに
続く保管監置を求刑した。被告人は児童に対する性的虐待により多数の前科があ
り（それは既に 90 年代に遡る）、検察官によると、少年時代から性犯罪を行っ
ていた。複数の性犯罪を行った後、被告人は精神科の閉鎖病棟に収容されてい
たが、今回の犯行の直前において処分の執行は緩和されていた。犯行当日は付き添
いなして作業所に行くことが許されており、これが唯一監視のない時間であった。
2021 年 7 月 13 日、LG ミュンヘン I は児童に対する重大な性的虐待を理由に
12 年の自由刑とそれに続く保安監置を言い渡した。しかし、その直後に弁護人
が上告を行った結果、2022 年 3 月 22 日付けで BGH 第 1 刑事部は、下記で示
すように、保安監置の命令の言い渡しが量刑上考慮されてない点を理由にして量
刑面について破棄差戻しを行った。その後、2023 年 5 月 5 日付けで LG ミュ
ンヘン I は被告人に対して、12 年の自由刑及び保安監置の命令を改めて言い渡す
と同時に、被害者に対する慰謝料 3 万 5000 ユーロの支払いを義務付けた。

【判旨】

- 1 LG は被告人に対して児童に対する重大な性的虐待（強姦、強要との所為単
一）を理由にして 12 年の自由刑を言い渡すと同時に、保管監置による収容を命
じた。
- 2 有罪判決は、被告人の不利となる法的な瑕疵を示すものではない。

24) 事案の概要については、ドイツの複数のオンライン版新聞記事をも参照した（例え
ば、<https://www.sueddeutsche.de/muenchen/muenchen-wolfsmasken-prozess-vergewaltigung-urteil-1.5350739>）。原審において弁護側は限定責任能力を主張して
いたが、完全責任能力が認められている。被告人の犯行は極めて計画的であり、同一の時
間帯に下校する被害者女子児童を付け狙い、犯行現場も事前に探りをいれていた。狼男
マスクを購入した後、被害者の写真画像データを消去し、新規に携帯電話を購入してい
た。犯行当日には、着替えのための 2 つめの T シャツとゴム手袋を用意していた。被
告人については少年時代から性犯罪を行う著しい犯罪エネルギーがあるとされ、実際
にも複数の前科があったことから、ドイツでは本件が契機となり、性犯罪者の再社会化の
是非（換言すれば、性犯罪者の危険性に着目した特別予防的な拘禁の必要性）が激しく
論じられるようになった。

3 これに対して、言い渡された刑については、全くもって法的な疑いが認められる。何故ならば、LGは自由刑を設定する際に、被告人に対して同時に保安監置による収容が命じられていた点を論じなかったからである。

4 刑法46条1項第2文に基づいて量刑の際に考慮されるべき作用、つまり社会における被告人の将来の生活との関係で刑罰について予期されるべき効果には、個別の事案においては、科された刑罰と保安改善処分との間での相互作用も含まれる。刑の重さは、この相互作用によって影響され得る。両制裁は、個別的に考慮されるだけではなく、併せる形でも相当な (angemessen) ものでなければならない (BGHの判例を多数引用：省略)。これは総合評価 (Gesamtschau) によってなされ得る (文献の引用：省略)。

5 この点を考慮する限り、本件の判決理由からは、LGの刑事部が刑の量定の際に同時に命じられていた保安監置を視野に入れていたことは認められない。従って、本刑事部は、法的に瑕疵のない評価がなされていたら、少年保護裁判部 (Jugendenschutzkammer) がより軽い自由刑を結論としていたであろう点を排除することができない。

6 これは刑の破棄に及ぶものであり、一通常は法的瑕疵なしに命じられる一保安監置の形式的要件の欠落に至らせる。この理由から、当該処分についても破棄されるべきである (BGHの判例の引用：省略)。

【検討】

1. 問題の所在

ドイツ刑法46条は量刑の基本原則を規定するが、その際には同条1項第2文に基づき、社会における被告人の将来の生活との関係で刑罰について予期されるべき効果も考慮されることになっている。本件においては、当該の効果には賦課される刑罰と同時に命じられる保安改善処分 (特にドイツ刑法66条に基づく保安監置の命令) との間での相互作用が含まれるのかが問題となり、BGH第1刑事部によりこの点が肯定された (ちなみに第2刑事部の見解も同旨である)。つまり、保安監置による収容は終身にも至り得る極めて長期なものであるため、既に自由刑を量定する際に規定的な量刑事情として考慮されるべきであるとされ、これがなされていれば、より軽い自由刑になっていたかもしれないのに、なされ

ていなかったため破棄差戻しとなったわけである。刑罰と保安改善処分との間に相互作用を認めて量刑への影響を認めることは、両者に制裁としての共通性を認めることに他ならず、いわゆる二元主義のあり方に再考を促す契機となり得る。しかし、BGH 第 1 刑事部の見解はドイツにおいて確定した統一見解とは言い難い。何故ならば、同第 4 刑事部が真逆の見解を示しているからである²⁵⁾。

LG ビーレフェルトが被告人に対し、特に重大な強盗（危険な傷害との所為単一）により 8 年の自由刑を言い渡し、保安監置における収容を命令したが、本件と同様の問題が生じ得るところ、BGH 第 4 刑事部は、ドイツ刑法 46 条 1 項第 2 文における刑罰の効果において考慮されるべきとされる上述の相互作用の存在を明確に否定した。つまり、保安監置の命令が同時になされたことは、規定的な量刑事情ではなく、むしろ刑罰と処分（保安監置）は相互に独立して量定されて科されるべきとされたのである。この第 4 刑事部の見解は、刑罰と処分の二元主義を堅持し、両者を全く別個の刑事上の制裁として捉えるものである。第 1 刑事部による本決定に対しては、Hinz による批判的な評釈²⁶⁾が、第 4 刑事部の判断に対しては、van Gemmeren による賛意を表する評釈²⁷⁾及び Kett-Straub による批判的な評釈²⁸⁾が公刊されている。本稿では、これらの評釈を随時参照しながら考察を行っていくことにする²⁹⁾。しかし、その前にドイツにおける保安監置制度の現状を確認しておこう。

2. 保安監置制度の現状

保安監置（Sicherungsverwahrung）とは、ドイツ刑法 66 条以下に規定されている保安改善処分の一類型である。ドイツ刑法 61 条により、以下のものが保

25) BGH, Beschluss vom 10. Mai 2022 - 4 StR 99/22.

26) Werner Hinz, Angeordnete Sicherungsverwahrung als bestimmender Strafzumessungsumstand? (Münchener »Wolfsmasken-Fall«), JR 2023, S. 147 ff.

27) Gerhard van Gemmeren, Strafe und Maßregel sollen unabhängig voneinander bemessen bzw. verhängt werden, JR 2022, S. 664 ff.

28) Gabriele Kett-Straub, Sicherungsverwahrung und Strafzumessung, NStZ 2023, S. 29 ff.

29) 刑の宣告と同時に保安監置の命令が下される場合に、当該の命令は規定的な量刑事情として考慮されるべきか否かが問題となるが、ここで各々の立場をまとめておくと、肯定的であるのが第 1 刑事部及び Kett-Straub であり、否定的であるのが第 4 刑事部、

安改善処分として挙げられている。つまり、精神科病院における収容 (同 63 条)、禁絶施設における収容 (同 64 条)、保安監置における収容 (同 66 条以下)、行状監督 (同 68 条)、運転免許の取消し (同 69 条)、職業禁止 (同 70 条) である。自由を剥奪する処分として、保安監置について特徴的であるのは、責任能力が完全に認められる行為者についてもその命令が可能である点であり、当該の行為者及びその者の犯罪行為の総合評価により、重大な犯罪行為、特に被害者に精神的又は身体的に著しい損害を与え得る犯罪行為への習癖 (Hang) に基づいて刑の言い渡しの時点でその者が公共にとり危険であることが根拠とされる³⁰⁾。いわば将来における公共に対する危険性の予測に基づいて、行為者の責任とは無関係に³¹⁾自由の剥奪がなされ得ることになる。この保安監置の命令は、自由刑の言い渡しと同時になされ得るが、自由刑とは異なり、自由剥奪の期間の設定はなされない。原理上は当該の期間は無期限となり得るものであり、終身に渡る収容も可能である³²⁾。また執行の順番にも特徴があり、ドイツ刑法 63 条及び同 64 条の収容とは異なり、保安監置については、自由刑の執行の方が先行して行われる (同 67 条 1 項の反対解釈)。

このような保安監置制度の経緯であるが、1933 年 11 月 24 日に「危険な常習犯人及び保安改善処分に関する法律」により危険な常習犯人に対する刑の加重及び保安監置の併科が導入されたことに端を発する。保安監置は、ドイツ刑法 42 条 e として規定されることになるが、危険な犯罪者に対して責任が軽いとして、長期の刑を科すことを裁判官が回避することをおそれてナチスの立法者が導入し

Hinz 及び van Gemmeren である。

30) 保安監置命令に関する個々の要件の詳細については、アルント・ジン (=飯島暢訳) 「ドイツにおける保安監置の構想」ノモス (関西大学法学研究所) 53 号 (2023 年) 掲載予定を参照。また Schönke/Schröder/Kinzig § 66 Rn. 7 ff. (2019 年公刊の 30 版からの引用である: 以下同); MüKoStGB/Drenkhahn/Morgenstern § 66 Rn. 52 ff. (2020 年公刊の 4 版からの引用である); NK-StGB/Dessecker § 66 Rn. 34 ff. (2023 年公刊の 6 版からの引用である) も見よ。

31) 刑罰とは異なり責任の程度による限界付けはなされ得ない。制約となるのは、ドイツ刑法 62 条により、主として将来の危険性との関係で問題となる比例原則のみである。

32) 但し、ドイツ刑法 67 条 d 第 3 項により、保安監置の収容が 10 年間執行された場合には、重大な犯罪行為を遂行する危険性がない限りは、処分は終了したものとして宣告される。終了後は行状監督の下に置かれる。

たものである³³⁾。これが現在に至るまで刑法上の自由剥奪の処分として存続している。しかし、1990年代初頭では保安監置に対しては批判が多く、廃止寸前までになっていた。しかし、その後、刑事政策の転換がなされ、保安監置のルネサンスが起こり³⁴⁾、ドイツ刑法 66 条における本来的な保安監置の他に、2002 年に保安監置における収容の留保を規定する同 66 条 a が、2004 年に保安監置における収容の事後的命令に関する同 66 条 b が制定され³⁵⁾、その適用範囲は拡大されていった。

しかし、その後、保安監置制度全般は違憲判決を通じて改革を余儀なくされたのである³⁶⁾。1998 年 1 月 26 日付けの性犯罪対策法により、それまであった初回の保安監置における上限期間（10 年間）が撤廃された。このような保安監置制度の拡張は、上記の保安監置の命令の留保及び事後的な保安監置の導入により補充されていった。しかし、最低期間を遡及的に撤廃したことに対して、2009 年 12 月 17 日付けの EGMR の判決が異議を提起したことから、改革の必要性が高まり、2011 年 1 月 1 日付けで施行された「保安監置法の新秩序のための法律」及び関連法規により、本来的な保安監置の整理統合、保安監置の留保の拡充、事後的保安監置の限定化が企図された。更には、保安監置の前提となる犯罪（Anlasstat）から純粋な財産犯を除去すること、再犯が考慮される期間の拡大、ドイツ刑法 66 条 b の 1 項と 2 項の廃止、治療収容法（ThUG）³⁷⁾の導入が同時に行われた。しかしながら、その後、2011 年 5 月 4 日付けの判決で、BVerfG は保安監置の規定は基本法と合致しないことを確定した。違憲の主たる理由は、

33) Fischer StGB § 66 Rn. 21（2023 年公刊の 70 版からの引用である：以下同）参照。

34) Matt/Renzikowski/Eschelbach StGB § 66 Rn. 1（2020 年公刊の 2 版からの引用である：以下同）参照。

35) 但し、同 66 条 b については、本文でも言及するように、その後適用範囲は大幅に縮小され、現行の規定では、同 63 条による精神科病院における収容が終了した際に事後的な命令がなされ得る場合に限定されている。

36) この点については、*Gerhard Schäfer/Günther M. Sander/Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung*, 6. Aufl. 2017, Rn. 485 を参照。また飯島暢『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（2016 年）225 頁以下、244 頁以下、同「例外的な自由の剥奪としての保安監置？—ドイツにおける保安監置改正法の動向—」『例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所研究叢書第 50 冊、2014 年）111 頁以下も見よ。

当時における保安監置の執行形態が自由刑のそれと殆ど区別されていない点（懸隔の要請 [Abstandsgebot] の違反）、被收容者に対する再社会化の措置があまりにも少ない点にあった。懸隔の要請を保安監置において徹底する法的措置が2013年6月1日付けで施行の改正法を通じてなされることにより、ドイツ刑法66条、同66条a及び同66条bの規定はそのままとされたが、新たに同66条cが導入され、保安監置の執行と先行する行刑の形態が改めて規定されることになった³⁸⁾。

保安監置制度は、危険な犯罪者から公共を守るために、無期限にも渡り得る形態でその者の自由を剥奪することを可能とするものであるが、死刑が廃止されているドイツにおいて最も過酷で最も問題の多い刑法上の処分であるとされている³⁹⁾。いわば犯罪者は時限爆弾として扱われるわけである⁴⁰⁾。しかし、危険性の予測も絶対的なものではなく、当然に誤り得るわけであり、誤った評価に基づいて、本来危険ではない者までもが保安監置の対象とされてしまい、無期限に渡り得る自由剥奪の処分を受ける事態も当然に想定され得る。そのような無辜の者の存在も公共の安全を維持するための特別犠牲 (Sonderopfer) として受忍することが保安監置の制度的前提にあると言っても過言ではない⁴¹⁾。そのため、保安監置はあくまでもウルティマ・ラティオ或いは必要悪であるとされ、常に批判を受けながらも、比例原則の堅持の下で何とか維持されている。しかし、他方で保安監置が現在のドイツにおいて、本件において問題となったような性犯罪、暴力犯

37) 同法は、EGMRの判決を受けて、約100名の対象者を即座に釈放せざるを得なくなったため、それらの者を改めて収容するための規定であった。立法的には妥協の産物であり、実際にどこまで適用できるのかは疑問視されていた。

38) ドイツ刑法66条c第2項により、先行する刑の執行の段階で、行刑後の保安監置の執行を可能な限り不要とするために、行為者に対しては治療へと方向付けられた世話 (Betreuung) がなされるべきことになる。しかし、Matt/Renzikowski/*Eschelbach* StGB § 66 Rn. 3によれば、これにより自由刑が処分類似のものとなってしまい、改めて刑罰と処分の区別の点で不確かさが生じ、懸隔の要請にそぐわなくなりがねないことになる。無期自由刑受刑者に対しては、現実的には殆どあり得ないにもかかわらず、行刑後の保安監置の執行を避けるために、集中的な手厚い治療の提示がなされる。これにより、保安監置の命令を言い渡されていない単なる無期受刑者と比べると、手厚い扱いを受けるというパラドクスが生じるとされる。

39) Matt/Renzikowski/*Eschelbach* StGB § 66 Rn. 7 参照。

40) Schönke/Schröder/*Kinzig* § 66 Rn. 2 参照。

に対する治安維持のための必要な手段として実際に活用されている現実も否定することは到底できず⁴²⁾、今後その廃止が現実的な選択肢になる見込みはかなり薄いと言わざるを得ない。

3. ドイツにおける評釈—否定説と肯定説—

先述のように、本件における論点は、将来の危険性に着目して無期限にもなり得る形態で自由を剝奪する保安監置が同時に命令されている点を量刑事情として考慮して、自由刑が重くなりすぎないように配慮すべきか否か、自由刑と保安監置による収容について自由の剝奪という共通性に着目して両者の相互作用性を認めて、全体のバランスを維持すべきか否かである。問題としての核心は、刑罰と処分である保安監置の関係性をどのように捉えるのかという点に収斂する。BGH 第 1 刑事部及び同第 4 刑事部の判断に対する評釈において、刑罰と保安監置をあくまでも峻別し、後者が前者の量刑事情になる点を否定する Hinz 及び van Gemmeren の見解（否定説）をまず見てみよう。

BGH 第 1 刑事部の見解によれば、自由刑と保安監置の相互作用により、後者の命令の存在が刑を減輕する作用を果たす旨が肯定されることになる。しかし、Hinz からすれば、そのような相互作用は到底認められ得るものではない。彼の論述では、この点の基礎付けに傾注がなされている。まず、刑罰と保安監置は、それぞれ全く異なる原理に従う、固有の法制度であるとされる⁴³⁾。つまり、刑罰は、社会の基本的な価値の有責的な侵害に対する抑圧的な (repressiv) 国家的応答であり、一確かに他の刑罰目的も考慮されるが—まずは責任清算に資するものであり、ドイツ刑法 46 条 1 項第 1 文により、行為者の責任を通じて、つまりは構成要件的不法の実現におけるその者に帰属可能な非難可能性の程度を通じて

41) Matt/Renzikowski/*Eschelbach* StGB § 66 Rn. 1 参照。

42) *Fischer* StGB § 66 Rn. 18 によれば、保安監置の被収容者数の推移は、1996 年：176 名、2003 年：306 名、2005 年：350 名、2010 年：約 500 名である。また収容の根拠となる犯罪の多くは、ドイツ刑法 174 条以下の性的自己決定に対する犯罪行為であり、被収容者におけるその割合は、1990 年：41%、2008 年：52% である。被収容者数の推移については、Schönke/Schröder/*Kinzig* § 66 Rn. 5 も参照。ジン（飯島訳）「ドイツにおける保安監置の構想」（前掲注 30）によれば、2021 年度における保安監置の被収容者数は 596 名である。

限界付けられる。これに対して、保安監置では危険防御という予防的な処分が問題となるが、これは(有責的に行動する)行為者に、その者の前提行為(Anlassat)に現実化している危険性に鑑みて時間的に無制限の自由の剥奪という形態で特別な犠牲を科すものであり、その者の有責性の程度は全く関係がない。すなわち、保安監置の限界付けは、専ら比例原則を通じてなされることになるのである。

Hinz からすれば、全く異なる原理に従う刑罰と保安監置の間に相互作用などが認められるわけがない⁴⁴⁾。相互作用ということは、保安監置の命令の存在が刑罰に影響を与えることになるし、その逆も然りとなる。ドイツ刑法 46 条 1 項第 2 文における「社会における行為者の将来の生活に与えることが予期される刑罰の効果」の中に同時になされる保安監置の命令の存在が含まれると BGH 第 1 刑事部が主張するのも、そのような相互作用を根拠にしている。しかし、Hinz によれば、保安監置はそもそもその執行の順番からすれば、刑罰の執行が完全に終了した後で初めて重要性を獲得するものであるため、先行する刑罰の量刑に影響しようがないのである。また逆に、先行的に執行される自由刑がいくらか軽く或いは重く量刑されるか否かが、保安監置の執行における自由の剥奪の全体期間に影響を及ぼすことも全くない。何故ならば、その際に基準となるのは、有罪判決を受けた行為者の危険性だけだからである。従って、相互作用なるものは全く認められないことになる。

しかし、特別予防の領域は、命じられた保安監置により完全にカバーされるとして、特別予防の観点からは有期自由刑の量刑の際にはもはや全く考慮されないと考えて、刑罰を量刑裁量の下限に位置づけるべきという見解もあり得る。しかし、Hinz からすれば、保安監置が引き受けることのできる(消極的)特別予防目的は、せいぜいのところ社会の保安という目的のみであり、当該の目的はそもそも行刑段階で配慮されるとしても、量刑で考慮され得るのかは疑問であるため、この点からしても、同時に命じられた保安監置との関係で刑罰を減輕する契機は認められるべきではないとする⁴⁵⁾。

Hinz は更に述べる。立法者の意図によれば、保安監置が用いられるのは専ら

43) Hinz, JR 2023 (前掲注 26) S. 149.

44) 以下については、Hinz, JR 2023 (前掲注 26) S. 149 を参照。

次のような場合である。つまり、行為者が自由刑の執行を満期で受けた後でも公共に対する恒常的な危険性を有しているため、自由刑の保安効果が不十分である場合である。ここで公共を更なる重大な犯行から保護するために、保安監置はいわば特別予防の過剰を内容とすることになる。しかし、この保安目的が既に自由刑の執行の貫徹を通じて達成され得る限りでは、保安監置の収容を行う理由は存在しない。従って、判決の宣告の時点では、保安監置はそもそも執行されるのか、或いはドイツ刑法 67 条 c により猶予されるのかは、まだ全く予測不能でもある。これに加えて、刑法 66 条 c 第 2 項では、既に刑の執行中に、有罪判決を受けた者に対して、同条第 1 項第 1 文 a の意味でその者に適合した治療に向けられた世話を提供すべき旨が規定されている。これは厳密に、刑罰に連続した処分の執行を避けることを目的とするものである。この目的が実際に達成されて、判決の宣告の際に一「重大な犯行、とりわけそれにより被害者が精神的或いは身体的に重大な被害を受ける犯行への習癖」を理由に一高度の危険性があるとカテゴライズされた行為者について保安監置の収容が取り止められる場合には、その行為者に更に加えて刑の減軽が何故に与えられるのかは疑問とせざるを得ないのである⁴⁶⁾。

最後に、刑罰と保安監置の相互作用が完全に混乱を来す状況を Hinz は指摘する。つまり、事実審がそのような相互作用を配慮して、自由刑を可能な限り軽く量定したが、その後保安監置の宣告が上告手続において破棄される場合である。新たな手続において保安監置の命令が行われない限りでは、被告人は不利益取扱いの禁止（ドイツ刑事訴訟法 358 条 2 項第 1 文）の帰結により、その習癖に条件付けられた危険性はまずは手付かずのままとされてしまい、軽い量刑のみを享受することになる。到底受け入れがたい結論であると Hinz はする⁴⁷⁾。

van Gemmeren も同様の見解を主張する。その根拠は刑法における法的帰結の二元主義に求められる⁴⁸⁾。つまり、刑罰は責任原則に服し、責任無能力者に対しては阻却されるが、その者が公共に対して危険である場合には、責任とは無関係に国家によるリアクションが必要となるとする。van Gemmeren によれば、これが責任原則とは無関係に妥当する処分である（但し、保安監置は有責的な行

45) Hinz, JR 2023 (前掲注 26) S. 149 参照。

46) Hinz, JR 2023 (前掲注 26) S. 150 参照。

為者をも対象とする)。これは更なる重大で違法な所為から公共を守るためだけに科されるものであり、処分の命令、形態、期間の基準となるのは行為者の危険性となる。処分の目的は不法を償わせることではなく、公共を行為者から保護することであり、これにより、処分は刑罰では果たし得ない個別予防的な機能を引き受ける。処分の正当化は、公共という優越的利益を維持する点から認められる。刑罰と処分は異なる目的を追求するものであり、それぞれ並列して命じられ得るのである。従って、van Gemmeren にしてみれば、二元主義からは、両法的帰結について原則的には相互作用は導き出されない。刑罰と処分は相互に独立して量定され、科されるのであり、両者を結合させることは許容されないことになる。従って、特に保安監置が同時に命じられたからといって、刑が軽くなるということとは認められるべきではないのである。

また、van Gemmeren は以上のような解釈学的観点だけからではなく、そもそも現行ドイツ刑法における処分制度全般の趣旨も相互作用の存在に反対するものであることを確認する⁴⁹⁾。保安監置については、既に次のような事情が相互作用の存在に反対すると述べる⁵⁰⁾。つまり、判決を言い渡す時点では、そもそも処分が執行されるのか否かはまだ全く未確定なのであり、まずは自由刑の執行しかないという事情である。刑罰の後で保安監置へと移行する際には、ドイツ刑法 67 条 c に基づき、処分の目的が収容を更に必要とするか否かが検証されるが、保安監置の目的とは、将来の重大な犯行からの公共の保護であるため、その際に検証されるのは、事実審裁判所により判決言い渡しの際に認められたネガティブ

47) Hinz, JR 2023 (前掲注 26) S. 150 参照。

48) van Gemmeren, JR 2022 (前掲注 27) S. 666 参照。

49) van Gemmeren は、ドイツ刑法 64 条における禁絶施設における収容及び同 63 条における精神科病院における収容についても、刑罰との相互作用を前提とした減輕的な作用は認められない点を詳述している (前者については S. 667 f.、後者については S. 668 f.)。但し、これらの処分については、ドイツ刑法 67 条 4 項により、処分が行刑の前に執行される場合には、その執行期間は後に続く刑罰の執行の 3 分の 2 まで算入されることになっており、全体としての自由剥奪が長くなりすぎないようにする工夫がなされている。van Gemmeren からすれば、それに加えて、処分の存在から刑罰の減輕を導き出すことは、立法者の価値判断を空転させることになるため、認められないという結論になる。しかし、保安監置については、そのようなバランスの維持は規定されていないため、むしろこの点が後に述べる肯定説の論拠の一つになるのであろう。

50) van Gemmeren, JR 2022 (前掲注 27) S. 667 参照。

な危険予測が現実的にまだ存在しているか否かとなる。ネガティブな犯罪予測が引き続き存在している場合のみ、保安監置の執行に至る。このように行為者の犯罪エネルギーと危険性が非常に大きく、判決時においても刑の執行時においてもネガティブな予測が積極的に確定される場合において、この点が刑の減輕を正当化する事情と結び付くかという点、それはあり得ないとするのである。

加えて次のような事情を考慮すべきであると van Gemmeren は主張する。ドイツ刑法 66 条 c により、保安監置が命じられた場合には既に行刑の間に再社会化の利益のために有罪判決を受けた者に対する個別的な強力な世話が必要とされていることである。このような状況は、「通常の」受刑者が置かれたものよりもベターなものであり、その限りで、一特に無期自由刑の受刑者にあてはまるが保安監置という処分の付加的な賦課はむしろ地位の優遇化を表すことになる。つまり、既にこの点からして、同時に命じられた保安監置が規定的な減輕の観点にはなり得ないのではないかというのである。

以上から、van Gemmeren は、保安監置の命令が同時になされているという事情が刑の減輕をもたらす規定的な量刑事情にはなり得ないとして、そもそも刑罰と保安監置（を含む自由剝奪的な処分全般）との間での相互作用なるものは存在しないと結論付けている⁵¹⁾。刑罰と処分は、一相互に分離されて一刑については責任相当性が、処分については比例性が注意深く配慮されて、判決理由において論じられていれば、それで十分であるとする。

以上とは異なり、保安監置が命じられている点が量刑において減輕的に作用することを認める肯定説を主張するのが Kett-Straub である。彼女からしても、刑事罰と保安改善処分はその目的設定及び前提については異なるものであり、この点から両者の間に相互作用はないとする第 4 刑事部の立場は正当なものである。しかし、これは刑罰と処分のそれぞれの賦課に係る前提は互いに独立して判断されなければならない点を述べているだけであり、保安監置の命令が重要な量刑事情として具体的な刑の設定の際に少なくとも論じられなければならないことと矛盾するものではないと Kett-Straub は主張するのである。そもそも、彼女からすれば、本件で問題となった刑罰と処分の相互作用という概念は誤解を招くもので

51) van Gemmeren, JR 2022 (前掲注 27) S. 669 参照。

あり、むしろ犯行の全ての帰結の総合評価 (Gesamtschau) という概念に焦点が当てられるべきである。同概念により、罰金刑と自由刑のような種々の法的帰結の結合が含意されるのであり、また犯行の更なる諸帰結も原則的には量刑の枠内で考慮されることになるのである⁵²⁾。

Kett-Straub は、総合評価に基づいて刑を減輕させる量刑についてその具体例を挙げて検討していく⁵³⁾。例えば、複数の刑事罰が重なり合う場合には、それらの刑罰は個別的だけでなく、重なり合う形でも相当なものでなければならない。つまり、自由刑が罰金刑と同時に科される場合、その総体は行為責任の程度を超過する制裁となつてはならないとする。またドイツ刑法 60 条 (刑の免除) は、形式的には制裁の性格を欠いた、行為者の負担となる所為結果もまた刑罰の代替として配慮されることを認めており、そのような結果も量刑の際に総合評価の下で考慮され得ることになるとする。同条は、極めて例外的な場合に、例えば過失による交通事故で家族を死なせたような場合には、刑の完全な免除すらも認めている。つまり、量刑は「刑量ゼロ」に至る。何故ならば、行為者は自己の所為の結果を通じて、「天罰 (poena naturalis)」として十分に処罰されているのであり、国家的な制裁はもはや不要となったからである。同様に、公務員法上及び職業法 (身分法) 上の重大な帰結 (弁護士会からの除名、開業免許の喪失) も量刑の際には刑を減輕させる方向で考慮されていること、また更に所為のその他の法的帰結、例えばドイツ刑法 73 条以下による犯罪収益の没収も個別の事案においては減刑的に考慮され得る旨が挙げられる。このように場合によっては刑罰外の諸帰結も量刑において考慮されているにもかかわらず、保安改善処分、特に保安監置については何故に異なることが妥当するのか、第 4 刑事部はこの点について説得的な論拠付けを行っていないと Kett-Straub は疑問を提示するのである。つまり、処分という法的帰結についても事実上の刑罰効果の有無を検証すべきなのであり、この点が肯定され得るのであれば、相当な制裁を見出すためにも所為の帰結の総合評価が改めてなされるべきとするのである。Kett-Straub は、処分が比例原則に服することを規定するドイツ刑法 62 条の趣旨もこれに反対するものではないとする。

52) *Kett-Straub*, NStZ 2023 (前掲注 28) S. 30 参照。

53) *Kett-Straub*, NStZ 2023 (前掲注 28) S. 31 参照。

Kett-Straub によれば、事実上の刑罰効果の検証は、それぞれの処分ごとに別個になされるべきとなる⁵⁴⁾。まず当該の効果は通常はドイツ刑法 70 条による職業の禁止の命令において認められ、量刑の際には考慮の対象とされなければならないとする。また、同 44 条による付加刑としての運転禁止と同様に、同 69 条による運転免許の取消しも主刑の量定の際には考慮され得るとのことである。これに対して事情が異なるのは、同 64 条による禁絶施設における収容の命令であるとされる。何故ならば、この収容命令は原則的には付加的な負担とはされていないからである。しかも被告人の中には、施設の規則が相対的に緩く、より早期の解放の可能性を期待できるため、当該の処分の「享受」を求める者すらいるからである。

以上のような事実上の刑罰効果を保安監置との関係で想定することに対しては、反対の理由はあまりないはずであると Kett-Straub は述べる⁵⁵⁾。反対する理由として挙げ得るとすれば、保安監置は判決と共に命じられるものではあるが、そもそも処分の執行に至るのかは不明確であり、有罪判決を受けた者が、行刑施設内での自己の再社会化に取り組むことにより、その回避をいわば自らの手中に収めていることであろうとする。しかし彼女からすれば、このような制裁としての不明確性により、保安監置からその付加的で事実上の刑罰としての害悪性が失われるわけではない。確かに、保安監置の執行及びそれに前置された自由刑の法的現実性については研究上の欠缺が広く認められ、実際に処分の執行に至ることの蓋然性について十分な言及を行うことはできないことを彼女も前提とする。しかしながら、自由刑に続いて保安監置が執行されることは全くもって蓋然的であり、この点は否定され得ないはずであるとする。従って、実際上の負担があることの見込みは単に漠然としたものではないのであり、そもそも保安監置の執行に至らない場合でさえも、既に行刑の間に当該の処分は刑罰類似の効果を有しているとする。何故ならば、保安監置という付加的な「リュックサック」を背負って行刑の対象となる受刑者は、外部通勤や休暇といった行刑の緩和の許可が問題となる場合には、既にその危険性が予測されているため、最初から制限的な取扱いを受けるからであるとする。保安監置の執行を可能な限り回避するために、同時に多

54) *Kett-Straub*, NStZ 2023 (前掲注 28) S. 31 参照。

55) *Kett-Straub*, NStZ 2023 (前掲注 28) S. 31 f. 参照。

くの治療の提案が示されていたとしても (ドイツ刑法 66 条 c 第 2 項)、Kett-Straub からすれば、これにより当該の負担が埋め合わされ得るわけではないのである。

こうして、量刑では保安監置の命令を含む、犯行の全ての帰結の総合評価が要求されるとして、刑事罰と並んで保安監置の命令が付加的になされている場合には刑の減輕の可能性を検討することは必須であると結論付けられている⁵⁶⁾。

4. 私見—若干の考察—

BGH 第 1 及び第 4 刑事部のそれぞれの判断に対する評釈の見解をまとめると次のようになる。否定説は、刑罰の核心には犯罪行為に対する責任清算或いは応報があるとする一方で、保安監置は専ら将来の危険性に着目した特別予防の装置であると捉えることを出発点とする。つまり、刑罰と保安監置はいわば全くベクトルの向きを異にする自由剝奪の強制手段であるため、両者の間に相互作用を認める余地はなく、保安監置の収容に関する命令が同時になされていたとしても、それが量刑において考慮されることはないとするのである。これに対し、肯定説は、保安監置における事実上の刑罰類似の害悪性、負担性に着目して、刑罰と併せて総合評価の下に置き、全体としての量刑判断を行うべきことを主張するものである。

しかし、事実的な観点に依拠する場合、van Gemmeren がドイツ刑法 66 条 c との関係で述べていたように、保安監置の命令は常に受刑者に不利に作用するわけではなく、害悪効果というものも個別の事案ごとに検証し、判断せざるを得なくなる⁵⁷⁾。従って、事実的な害悪性という刑罰類似の性質に着目する肯定説に与することは困難であると言わざるを得ない。個別の事案のディテールに左右される有利な点と不利な点を裁判の時点で予想して見極め、それを仕分けるように量刑判断に含めることはやはり困難なのではないか。確かに、刑罰の執行後において無期限にもなり得る保安監置の収容がなされることを考えた場合、全体として

56) Kett-Straub, NStZ 2023 (前掲注 28) S. 32 参照。

57) Schönke/Schröder/Kinzig § 66 Rn. 72 も保安監置の命令が量刑において減輕的に作用し得る場合があることを認めるが、それは必然的なものではなく、個々の事案ごとに判断しなければならないとする。

の自由剥奪についてバランスを維持することを試みる発想自体は理解できるが、やはり全体としては極めて長期の自由剥奪に至るという過酷な性質を有することこそがむしろ保安監置の特徴なのであり、この点について目をそらさずに敢えて受け入れることが保安監置という法制度の大前提なのであろう。従って、第4刑事部の立場（否定説）が適切であると思われるのである。

保安監置は、責任能力の有無にかかわらず、将来の危険性のみに着目して自由剥奪を認めるといえば特別予防に純化した処分制度である。このような制度が果たして正当化され得るものであるのか、そして日本への導入を場合によっては検討すべきであるのかを考察する必要がある⁵⁸⁾。本稿において、この難問に完全な解答を与えることは全くもって不可能ではあるが、次の点だけは述べておきたい。保安監置の収容では、終身にも至り得る極めて長期の自由剥奪がなされるのであり、その対象者一本件狼男マスク事件の犯人のような性犯罪者がその典型例であろう—はいわば市民社会から半永久的に排除されて、その構成員としての地位を奪われ続けることになる⁵⁹⁾。しかも、その対象者の中には、危険性に関する誤った評価に基づいて本来収容されるべきではない者も確実に一定数含まれている。社会の治安を維持するための最後の手段、必要悪であると声高に言いながら、この無慈悲な現実を受容することこそが保安監置制度の本旨でもある。これを日本の立場から批判することはたやすいであろう。しかし、生命の剥奪により市民社会の構成員の地位からの完全な排除を行う死刑という法制度は、実は市民社会からの永久的追放という点では保安監置と類似の性質を有している（それ故に、保安監置が死刑廃止の前提たるその代替制度になるのではないかも問題と

58) 日本における常習性に基づく加重処罰の基礎付けの際に、責任刑の枠組みを超えた特別予防の観点に着目すべきとして、ドイツの保安監置制度の趣旨が援用されることがある。詳細については、増田啓祐「常習性と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第2巻犯情等に関する諸問題』（2011年）142頁及び安田拓人「コメント」同163頁を参照。

59) 自由剥奪の対象者はあくまでも法秩序の構成者である人格に留まり得るとして、危険性を法秩序に対する人格による一種の規範違反の態度と捉えなおし、それに見合った程度での自由剥奪として保安監置を再構成することが考えられる。但し、このような立場からは、将来の危険性に基づく自由剥奪の処分は純理論的には可能ではあるものの、実際には現状のような長期に渡る自由剥奪は全く困難となる。詳細については、飯島『自由の普遍的保障と哲学的刑法理論』（前掲注36）243頁以下を参照。

ドイツにおける最近の刑事判例の動向 (1)

なり得る)。死刑を有する現状の日本の法秩序が、保安監置を有するドイツの法秩序を一方的に批判することはできないのではないか。

(飯島 暢)