

刑罰とは何か(1)

——非刑事的措置と対比して——

冠野 つぐみ*

目 次

第一章 序 論	
第一節 問題の所在	
第二節 検討の射程	
第三節 課題設定	
第四節 本稿の構成	
第二章 ドイツにおける議論状況	
第一節 改善保安処分制度の成り立ちとその後の経過	
第一款 シュトース草案制定まで	
第二款 1909年予備草案、1911年対案、1913年草案、1919年草案	
第三款 1922年草案、1925年帝国参議院草案、1927年帝国議会法案、1930年草案	
第四款 小 括	
第二節 古典学派および近代学派における学派争い	
第一款 ビンディングの見解	
第二款 ビルクマイヤーの見解	
第三款 リストの見解	
第四款 シュミットの見解	
第五款 小 括	
第三節 1933年以降の立法の動向	
第一款 1933年「危険な常習犯罪者法」の成立	
第二款 1962年草案、1966年対案	
第三款 1969年第一次刑法改正法、1969年第二次刑法改正法	
第四款 小 括	(以上、本号)

* かの・つぐみ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第四節	戦後の議論状況
第五節	近時の立法状況および議論状況
第三章	日本における議論状況
第四章	近時の処分および刑事政策的検討
第五章	結 論

第一章 序 論

本稿は、処分その他の非刑事的措置と対比して、刑罰の意味を検討するものである。本稿の検討対象である「処分」は、「保安処分」に限られない。「保安処分」は、刑法理論上、多義的に使用されており、最狭義の意味では、純粹に保安のための自由剥奪措置を指す。同時に、この語は、行為者に対する改善、保安、無害化といった对人的保安処分のほか、対物的保安処分を指すこともある。本稿の検討においては、これ以外に、治療の強制や少年法上の保護処分、売春防止法上の補導処分も含め、可能な限り、「処分」を広く扱う。したがって、本稿における「処分」は、刑罰でない、何らかの強制を伴う最広義の矯正措置一般を意味する。

現行法において、日本の刑法典には、犯罪者に対する制裁として、刑罰のみが規定されている。対して、西欧諸国、英米圏の諸国における刑法典では、刑罰に加えて、それ以外の刑事制裁として、改善または保安の処分を採用するものが数多く存在する。通常、刑罰は処分に対置するものと捉えられ、刑罰の意味は、処分の意味との対比のなかで語られる。日本法のもとでは、処分制度は現代に至るまで刑法典に導入されていないが、処分の構想は常に否定的に評価されてきたのではなく、その要否が度々争われてきた。また、日本法には、刑法典のなかに処分は存在しないが、その実質から、処分と解することができる制度も存在する。したがって、処分の制度を持たず刑罰一元主義をとるわが国においても、刑罰と処分に関する検討は無関係でない。そこで、本稿では、日本とドイツの処分制度に着目しつつ、処分や更生保護を含むその他の非刑事的措置と対比して、刑罰の

意味を検討する。

第一節 問題の所在

刑罰と処分の関係をめぐる理論状況は複雑である。日本においても、本稿の比較対象であるドイツにおいても、従来から多数の議論が尽くされてきた。ドイツにおける刑法典への保安処分の導入は、1933年11月24日「危険な常習犯罪人に対する保安および改善の処分に関する法律（以下、「危険な常習犯罪者法」）によって実現したが、ドイツでは、「保安処分」との名称を使用するよりも前から、今日の改善保安処分に相当する規定を有していたとされる¹⁾。

刑罰と処分の関係にかかる論争は、応報主義者と目的刑論者との間の「学派争い」に遡る。この争いでは、伝統的な古典学派の応報主義者と新派的な近代学派の目的刑論者が対立した。両者の争いの中心にあったのは、責任と危険性の処理、常習犯に対する処罰の方法であったが、この問題は、刑罰概念にも深くかわり、両学派の間で、刑罰の意義や刑罰と処分にどのような機能を担わせるかが争われた。そしてその結果、古典学派の伝統的な責任刑の考えに対して、近代学派から、社会統制および犯罪対策の視点が新たに提示された。

この点、刑罰と保安処分の関係は、刑罰の本質をどのように解するかによって見解が分かれる²⁾。刑罰の本質を応報と解する古典学派の立場からは、保安処分は責任を基礎とせず行為者の危険性を基礎とするため、刑罰とはその本質を異にすると捉えられる³⁾。対して、近代学派の立場から

1) Albin Eser, Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht. in: Festschrift für Heinz Müller-Diez zum 70. Geburtstag, 2001, S. 216 ff. この点については、第二章、第一節、第一款で検討する。

2) 平場安治・井上正治・中山研一・大野平吉編『新版 刑法概説 I〔総論〕』（有斐閣、1982年）247頁以下。

3) たとえば、安平政吉『保安処分法の理論（復刻版）』（酒井書店・育英堂事業部、1970年）37頁-38頁は、刑罰は一般予防の効果を持ち、保安処分は特別予防の効果を持つと

は、刑罰の応報性は一義的な目標でなくなり、刑罰も保安処分も同じく犯人の教化・改善に資するものと解されるため、両者の間に本質的な区別は認められないこととなる⁴⁾。

現行の刑法典に目を向けると、刑罰の本質および刑罰と処分の関係についての争いは、現在も依然として存在する。フランツ・フォン・リストの訴えによって、刑罰に加えて保安処分が刑法典に導入されたにもかかわらず、刑法典はなお古典学派的な刑罰的基礎を有し、今日の一般法概念は、刑罰と処分との間に区別を認めている⁵⁾。ドイツ現行法のように二元主義をとった場合、刑罰と処分の関係が問題となるが、刑罰と保安処分との本質的な共通性を見出したとしても、それが何なのかは明らかでない⁶⁾。このように、刑罰と処分の区別に関する議論は煩雑かつ複雑であり、いまだ多くの点で未決着である。

刑罰と処分の関係にかかる議論は、日本にとっても無関係でない。日本は、表面上は保安処分という制度を有していないという建前が取られているが、少年に対する保護処分や売春婦に対する補導処分（改善処分）など、処分的な制度は存在するといわれている⁷⁾。また、近時、行刑の分野でも、自由刑の潜在的（改善）保安処分化が問題視されてきており、保安処分を持たない現行制度を維持したとしても、保安処分の性格を持つ処遇の執行によって刑罰的色彩が薄まり、その結果、刑罰が固有のものでなくなり、（改善）保安処分に模したものに変わるのでないかとの懸念も指摘されている⁸⁾。したがって、処分一般に対する理論的考察には一定の有意

として両者を区別する。

4) 平場安治・井上正治・中山研一・大野平吉編・前掲注（2）247頁参照。

5) 安平政吉『刑法 新法学講話3』（ダイヤモンド出版、1942年）232頁。

6) 大谷實『新版 刑事政策講義』（弘文堂、2009年）162頁参照。

7) たとえば、吉川経夫『刑法総論』（法律文化社、1963年）355頁以下参照。

8) たとえば、大谷彬矩「自由刑と保安処分の異同に関する考察」赤池ほか（編）『土井政和先生・福島至先生古稀祝賀論文集 刑事司法と社会的援助の交錯』（現代人文社、2022年）128頁－144頁を参照。ここで指摘される自由刑の潜在的（保安）処分化は、今般の自由刑の改正において拘禁刑に盛り込まれた「改善更生」概念に社会防衛や治安維持を目的

性があると思われる。

以上の経緯から、日独における刑罰と処分に関する議論を整理し、両者の関係を考察することの必要性が生じる。

第二節 検討の射程

刑罰と処分の関係は、刑法の法効果における刑罰一元主義および二元主義に関わる。一元主義および二元主義の問題は、犯罪体系の考察との関連性を有するが、犯罪体系論の検討は本稿では扱わない。他方、刑罰は、量刑の基礎として責任概念との関連性を有し、この点で責任論および量刑論に関わる。本稿の検討は、古典学派および近代学派の処罰の構想を辿り、刑罰の意味を捉え直すものであるため、適宜、必要のある限りにおいて、責任および量刑の観点に言及する。

日本において保安処分は、とりわけ、精神障害者に対する政策的・社会的対応という問題意識を背景に議論がなされてきた。1960年後半代から1970年代において、保安処分導入論が最も活発に唱えられた。当時、保安処分の導入が強く要請された理由として、精神病者が起こした重大かつ凄惨な事件の存在が挙げられる⁹⁾。日本における保安処分の要請は、こうした精神障害者からの社会の防衛といった視点と強く結びついている。しかし、後述の通り、歴史的には、処分の構想は責任能力者に対するものも含まれてきた。そのため、責任無能力者（精神障害者）だけでなく、責任能力者も、本稿における理論的および政策的考察の対象に含まれる。

以上の点から、本稿の射程は、刑罰および処分、責任概念、量刑基準、責任能力者、責任無能力者に及ぶ。

↘ 的とするものとして把握することが可能であり、その意味において、外形的には保安処分でもなくとも、保安処分の性質が自由刑の中に取り込まれる可能性を指す。

9) 法務省『刑法全面改正についての検討結果とその解説』（法務省、1976年）74頁-77頁は、精神障害者による犯罪の実情として、精神分裂病にり患した者が、自身が攻撃されるとの思い込み（あるいは他者を侵害せよと命令を受けたとの思い込み）から殺人や殺人未遂に及んだ例などを挙げる。

第三節 課題設定

本稿の出発点となる問題意識は、次の三点である。

第一に、「刑罰は責任能力者に対して科し、処分は責任無能力者に対して言い渡す」という構図に対する疑問である¹⁰⁾。日本において、処分は、精神障害者に対する対策として講じられてきた。このような事情から、日本法において、保安処分は差し当たって責任無能力者に対抗するための措置であるとの理解が生じ、それが定着したのではないかとの懸念がある。しかし根本的に、刑罰と処分は、行為者に苦痛を加えるという点で共通している。刑罰と処分を峻厳に区別することができないのであれば、必ずしも「責任能力者→刑罰/責任無能力者→処分」との構図を取らないのではないかとの疑問が生じる。責任能力者の場合でも、犯罪をくり返し行う危険性を有している者が存在し、責任無能力者であっても危険性を持たない者は存在する。

第二に、このように理解すると、刑罰と処分の関係に疑問が生じる。すなわち、「刑罰か処分か」という択一関係に必ずしも置かれるのではないかという疑問である。両者が必ずしも択一関係にないのであれば、刑罰に加えて処分を言い渡すことが可能であり、「責任能力者→刑罰、責任無能力者→処分」でなく、「責任能力者、責任無能力者→刑罰/処分」という構図がありうることとなる。

第三に、近代学派の創始者フランツ・フォン・リストは、刑法を社会統制の手段と捉えた。刑法が社会をコントロールする機能を果たすためには、刑罰に国民を威嚇する威力が十分に備わっている必要がある。しかし、昨今、刑罰の抑止効果、とりわけ威嚇予防の意味における消極的一般予防に対して、その効力を疑問視する声が強¹¹⁾。このような声が高まるなか、刑罰

10) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社、1990年）607頁は、「保安処分の基礎は、危険な性格である」としつつ、609頁で「保安処分は主として精神障害者の社会的危険性に着眼する」としており、「危険性」を、通常人の危険性でなく、「精神障害者の危険性」と捉える。

11) たとえば、生田勝義「刑罰の一般的抑止力と刑法理論——批判的一考察——」立命館大

の意味を再検討する必要があるのではないかとの疑問が生じる。日本は、刑法典において処分の規定を採用せず、表向きは保安処分を持たないが、水面下では「隠れた処分」を有するとの指摘が以前から存在する。刑罰の意味は処分とのかかわりにおいて決定される部分があると思われることから、日本においても、二元主義に関する理論的検討が参考になる。

このような問題意識のもと、本稿では、次の二点を課題とする。①日独の刑罰と処分の関係に関する議論状況を概観し、両者の異同を確認すること、②刑罰の意味を提示すること。

第四節 本稿の構成

本稿の構成は次の通りである。第一章を序論とし、第二章、第三章を総論的な検討に当て、第四章を各論的な検討に当てる。第二章において、ドイツにおける保安処分概念の導入と保安処分をめぐる議論をおおまかに概観する。第三章において、日本における保安処分の理解およびその議論を確認する。第四章において、日独の現行の保安処分制度の問題点を挙げ、日本における保安処分的性格の制度の政策的検討を行う。最後に第五章において、結論として、本稿の二点の課題に回答する。

第二章 ドイツにおける議論状況

第一節 改善保安処分制度の成り立ちとその後の経過

現在、ドイツにおける保安処分制度は、「改善保安処分」としてドイツ刑法典第63条以下に定められている¹²⁾。本章では、ドイツにおける保安処

ㄨ 法学300・301号(2005年)24頁-44頁、松宮孝明「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命館法学317号(2008年)481頁-504頁。

12) ドイツ現行刑法典における改善保安処分は、(1)精神病院収容(Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus)、(2)禁絶施設収容(Unterbringung in einer Entziehungsanstalt)、(3)保安監置(Unterbringung in der Sicherungsverwahrung)、(4)行状監視(Führungsaufsicht)、(5)運転免許剥奪(Entziehung der Fahrerlaubnis)、(6)↗

分制度の立法経過および学説における刑罰と処分に関する争いを概観する。

第一款 シュトース草案制定まで

処分の萌芽は、早くも1532年カロリナ刑法典¹³⁾に存在する。カロリナ刑法典は、ラントからの追放、常習犯への対策規定、予防措置の規定を有していた。

ラントからの追放を規定するのは、カロリナ刑法典第127条である。第127条は、民衆の騒擾を引き起こす者に対する刑罰として、「……ある者が、領邦、都市、管区 (oberkeyt) 又は地域において、故意をもって (geuerlich fursetzlich und boßhaffig)、官憲に対する庶民の騒擾を引き起こし、かつ、その者についてその事実が認められるときは、犯行の重大性及び状況に応じ、場合により斬首刑、又は、笞打ちの上、騒擾を引き起こした領邦、地方、裁判所 (gericht)、都市、場所又は地域からの追放刑をもって処罰されなければならない。」¹⁴⁾として、ラントの扇動を行った者を追放することができる旨を定める。

さらに、カロリナ刑法典第161条は、常習犯に対する対策として、2回目の窃盗を行った者に対する規定を置いている。当該規定によれば、「……何びとかが2回目の窃盗として、上〔157条〕に定めるように侵入又は破壊を行うことなく窃盗を犯し、上〔=43条、54条、67条〕に明確に定める真実に関する周到なる取調べに基づき、かかる2回の窃盗が判明するときは、これら2回の窃盗の被害額が〔いずれも〕5グルデン未満であるときにおいても、第1の窃盗が第2の窃盗の加重事由となり (beschwerden)、したがって、当該窃盗犯は晒され、かつ、裁判官の裁量に従い、領邦から追放されるか又は罪を犯した地域に永久に滞留する義務を課され (verstrickt)、さらに、最善の形式に従い永久的な不復讐宣誓を行わなければならない

↘職業禁止 (Berufsverbot) である (第61条)。

13) Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. und des heiligen römischen Reichs, 1532.

14) 上口裕『カロリーナ刑事法展の研究』(成文堂、2019年) 321頁。

い。』¹⁵⁾として、常習犯への対策規定が置かれる。これは警察監視の萌芽であり、今日の行状監視にほぼ相当する¹⁶⁾。

カリコナ刑法典第176条は、危害を加えること及び犯罪を行うことが危惧される者に対する刑罰および処分として、上述の不復讐宣誓に違背した者に対する予防措置の規定を置く。それによれば、「……ある者が、死刑を科されなかった事件〔を犯すこと〕により、恣にかつ故意をもって不復讐宣誓に違背した場合、同じく、ある者が、既に宥恕され又は判決を経た以前の犯行があることに加えて、口頭又は書面により他人に同種の害悪を加える旨脅迫したが、特段の加重事由がなく、かつ、死刑を科しようような犯行がなされなかった場合において、上に挙げる理由〔=不復讐宣誓の違背、脅迫の行為〕又はその他の十分な理由なる理由に照らし、ある者が、人々に対し暴力的行為による侵害又は害悪を加えることなくかつ法と衡平を尊重するであろうと信頼するに足りないことが適法かつ十分に認定され、かつ、当該人物が、将来における違法な侵害及び害悪を防止するために必要な担保、保証を提供することができないときは、かかる信用に値しない悪性の (boBhaftig) 人物は、当該裁判所により言い渡されるべき将来の違法行為を防止するために十分なる担保、保証を提供するまでの間拘禁 (gefengknuB) されるべきことを、参審人により言い渡されなければならない。』¹⁷⁾。したがって、信用に値しない悪性の人物は、将来の違法行為を防止するために、十分な担保・保証がされるまでの間拘禁される。

また、カリコナ刑法典第176条は、但し書きにおいて、「ただし、かかる刑罰 (straff) は、軽率に又は (上のような) 将来の加害行為を行う顕著な危険性がない場合に行われてはならず、また、法有識者の鑑定に従い行われなければならない。』¹⁸⁾とし、法有識者による危険性の慎重な判断を要求

15) 上口・前掲注 (14) 401頁。

16) Vgl. Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 216.

17) 上口・前掲注 (14) 421頁以下。

18) 上口・前掲注 (14) 421頁。

する。このように、1532年カロリナ刑法典において、すでに、行為者の危険性への対応が見て取られる。ここで予定された処分は、社会からの隔離、追放、保安（拘禁）の意味で言い渡された。

1532年カロリナ刑法典に処分に関わる規定が置かれて以降、処分規定が再び制定されるまでには、長い年月を要する。例えば、1813年バイエルン刑法典には処分の規定はみられず、それから約60年後の1871年のライヒ刑法典において、今日のドイツ刑法典にも規定されているような多数の改善保安処分の規定が置かれることとなった¹⁹⁾。1871年ライヒ刑法典における処分の規定は、(1)警察監視 (Polizeiaufsicht)、(2)没収 (Einziehung von Gegenständen)、(3)責任無能力の少年の収容 (Unterbringung von schuldunfähigen Jugendlichen)、(4)外国人の追放 (Verweisung aus dem Bundesgebiet)、(5)被告人のラント警察庁への移送 (Überweisung an die Landespolizeibehörde) である。

ライヒ刑法典は、第38条で警察監視を定め、「自由刑に加えて警察監視を言い渡すことができる」と規定する²⁰⁾。第40条以下は、没収について規定しており、ライヒ刑法典第40条以下の規定は、今日のドイツ刑法典第74条以下の没収の規定と一致する²¹⁾。第55条2項、第56条2項は、責任無能力の少年の収容を規定する。第284条2項は、「有罪判決を受けた者が外国人の場合、州警察当局はその者を連邦領域から追放する権限を有する」とし、連邦領域内で営業上の賭博を行った外国人を、ラント警察庁によって連邦領域の外へと追放することができると規定する²²⁾。第362条2文は、

19) Vgl. Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 218.

20) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, § 38 は、„Neben einer Freiheitsstrafe kann in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen auf die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.“ (「自由刑に加えて、法律で定められた場合には警察監視が認められうる」) とする。

21) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 219.

22) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, § 284, Abs.2 は、„Ist der Verurtheilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen.“ (「有罪判決を受けた者が外国人の場合、州の警察官庁はその者を連邦領域から追放する権限を有する」) とする。なお、賭博を生業とする者の処

被告人のラント警察庁への移送を定める²³⁾。この移送は、矯正施設への収容、労働斡旋の可能性と結びついていた。

ライヒ刑法典における処分の構想は、早くも、今日の改善保安処分と共通する行為者の保安、改善、無害化の視点を有していた。すなわち、警察監視は保安に、ラント警察庁への移送における労働斡旋は改善に、外国人のラントからの追放は無害化に結びつくものであった。

1871年ライヒ刑法典以降、スイスの刑法草案は、処分の構想を取り入れた。当時、スイスにおいては上述のような規定が存在せず、処分の創設は時代の要請であった²⁴⁾。1893年、チューリッヒのシュトース (Carl Stoos)²⁵⁾ は、彼が編んだ刑法典において、保安処分を刑罰と並んで規定し、二元主義を採用した。この草案は、保安処分の章に「刑罰および保安措置」と表題を付し、種々の保安措置を規定した。

本草案では、(1)少年、(2)公共に危険な責任無能力者および限定責任能力者、(3)慣習犯人、(4)放浪者および労働嫌忌者、(5)飲酒者に対する保安処分が置かれた。

少年に対する処遇は、14歳を刑事責任年齢とし、14歳に満たない児童は刑事訴追しないことを定め、刑事訴追官庁は、児童が道義的に危険にさらされ、墮落または放任されているときは、適切に児童を監護する行政官

↘罰規定は、同条1項。

23) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, § 362, S. 2 は、„Bei der Verurtheilung zur Haft kann zugleich erkannt werden, daß die verurtheilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. Die Landespolizeibehörde erhält dadurch die Befugniß, die verurtheilte Person entweder bis zu zwei Jahren in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden.“ (「拘留の有罪判決を受けた場合、有罪判決を受けた者は刑期を終えた後に州の警察官庁に移送されなければならない。これにより、州の警察官庁は有罪判決を受けた人物を最長2年間労働所に収容するか、公益労働に活用する権限を与えられる」)とする。

24) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 226.

25) カール・シュトースの人物像およびシュトースの構想したスイス刑法典の詳細と条文の内容は、内田一郎「ストースと保安処分」早稲田大学法学会誌12巻(1962年)29頁-56頁を参照。

庁にこれを引き渡すと規定された（第6条）。さらに、14歳以上の児童に関しては、次のように規定された。「行為者が道義的または精神的により高次の段階にあり、そして、持続的な、厳格な訓練を必要とするときは、1年から6年までの間、しかも、未成年年齢を超えることなく、少年犯のための改善施設へこれを引き渡す。行為者がそのような訓練を必要としないときは、まだ学校に通っている場合には放課後居残りまたは譴責をもって、その他の場合には3日以上3月までの独居拘禁または譴責をもってこれを罰する」（第38条）。

責任無能力者・限定責任能力者に対する規定として、これらの者に対する監置および看護が、次のように規定された。「公共の安全が責任無能力者または限定責任能力者の施設における監置を必要とするときは、裁判所は監置を命ずる」（第10条）、「責任能力または限定責任能力者の状態が施設における精神病医の治療を必要とするときは、裁判所は適切な看護を受けさせるため、病人を行政官庁に引き渡す」（第11条）。

常習犯への保安処分としては、10年から20年までの累犯者の監置が規定され（第23条）、「くり返し重懲役の執行を受けた犯罪者が、最後の重懲役刑の執行を終えた後、5年以内に新たな重罪を犯し、かつ裁判所が法定刑をもってしてはその者をそれ以上の犯罪から遠ざけることができないと確信するときは、裁判所は有罪の言い渡しの確定をした者を累犯者の監置について決定を下す連邦官庁に引き渡す」とされた（第40条）。

放浪者および労働嫌忌者に対しては、労働への教化として、次のことが規定された。「重罪の原因を行為者の放浪性または労働嫌忌に帰すべきとき、かつ1年以下の刑を宣告すべきときは、裁判所は刑の代わりにまたは刑と併せて1年から3年までの期間、有罪者を労働施設へ指定することができる」（第24条）。

飲酒者に対する処遇としては、「飲酒癖を有する者の、飲酒者のための療養施設への収容を必要とするときは、裁判官は医師の鑑定に基づいて、処罰とは無関係に、6月以上2年以下、その収容を命ずるものとする」と

して、飲酒者のための医療施設収容が規定された(第26条)。

第二款 1909年予備草案、1911年対案、1913年草案、1919年草案

これらの処分規定はドイツにも影響を与えた。ドイツにおいて、処分構想を含めた刑法改正の決定的な機会となったのは、1902年ドイツ法曹大会(Deutschen Juristentag)である²⁶⁾。この大会において、両学派の支持者が草案に共同作業する旨が述べられ、その提案が1909年予備草案²⁷⁾として歴史に残ることとなった²⁸⁾。1909年の刑法改正予備草案に処分の規定が登場して以降、ドイツにおいても、刑法典中に「処分」を入れる考え方が急速に浸透した。

一、1909年予備草案

処分の構想にドイツにおいて最初に着手したのは、1909年予備草案である²⁹⁾。当該予備草案は、旧派の理論を基礎とし、これに新派の要求を加えた³⁰⁾。伝統的な旧派の原則を維持しながら、新派の要求である自由刑の改良を目指し、刑罰による犯罪コントロールの不完全を補完するために、保安処分を使用することを企図した³¹⁾。1909年予備草案は、旧派の理論に基礎を置く1871年ライヒ刑法典の体系を保持していた。

保安措置(Sichernde Maßnahmen)の概念が本予備草案の第二章の表題においてはじめて登場するが、本草案には、「保安措置」に関する小節はまだ存在しない。むしろ本予備草案では、行為者の改善措置が中心を占める。

1909年予備草案に規定される保安処分は、次のものがある。(1)労働所

26) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 227.

27) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1909.

28) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 228.

29) 本予備草案の作成のために、1902年に、科学委員会が開かれ、これにリストも属していた。

30) 瀧川春雄『刑罰と保安処分の限界——刑法における一元主義と二元主義——』(有斐閣、1963年)50頁参照。

31) 瀧川・前掲注(30)50頁。

(Arbeitshaus) (第42条)、(2) 飲食店への入店禁止・アルコール依存者の療養施設収容 (Wirtshausverbot. Unterbringung in eine Trinkerheilstalt) (第43条)、(3) 市民権喪失 (Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und einzelnen Recht) (第45条)、(4) 住居制限 (Aufenthaltsbeschränkung) (第53条)、(5) 没収・廃棄処分 (Einziehung und Unbrauchbarmachung) (第54条)、(6) 危険性のある責任無能力者・限定責任能力者に対する保安措置 (Verwahrung in Anstalten) (第65条)、(7) 少年犯に対する教育処分 (Überweisung zur Staatliche überwachung Erziehung) (第69条2項)、(8) 外国人の追放 (第42条2項) である。

当時、アルコール依存の犯罪者を療養所に収容するという規定は、新しいものであった³²⁾。その理由は、とりわけ、1871年ライヒ刑法典がアルコール依存症の効果をまだ十分に把握していなかったためとみられる³³⁾。

その他、改善保安処分の規定は、異なる章に散在する。予備草案第65条における危険性のある責任無能力者・限定責任能力者に対する保安処置の規定も、はじめて現れたものである。理由書によれば、この規定は、危険な犯罪者から社会を効果的に保護することを目的として導入された³⁴⁾。

少年犯罪への対応として、当該予備草案は、自由刑と並んで、または自由刑に代えて、教育施設へ少年を収容することを予告し、刑罰に代えて、または刑罰と並んでこれを科すことができると規定した (第69条)。

職業犯人または常習犯の取り扱いに関しても、その最初のアプローチが、刑の量定に関する章において記述された。第87条、第89条は、これらの者に対して、刑罰加重を認めて特殊刑務所へ収容すると定め、累犯・常習犯への対策は、刑罰をベースとした保安措置が講じられていた。

当該予備草案は、ライヒ刑法典の体系を残し、伝統的な行為責任を堅持した。当該予備草案の理由書は、「改善不能者」の取り扱いに関する学派の対立に注目するが、責任原理に反することを理由として、有責に行為し

32) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 228.

33) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 228.

34) Vorentwurf 1909, Begründung, S. 236-241.

た犯罪者が刑罰を償った後に言い渡される追加的な保安監置を拒否し³⁵⁾、累犯者の危険性への対応は、刑量の著しい加重によってなされた。本予備草案では、条件付き有罪判決も拒否された。

二、1911年対案

1909年予備草案に対して1911年に対案³⁶⁾が提出された。1911年対案は、1909年予備草案の対極にあるものでなく、1909年予備草案の作業の継続を促進するものとして理解され、1909年草案によってまだ達成されていない重要な要求を実現しようと試みた³⁷⁾。1911年対案は、保安処分の規定を拡充しようとし³⁸⁾、刑法と秩序違反法(警察監視)を切り離し、処罰体系を整理し、明確な量刑規定を獲得するよう努めた³⁹⁾。1911年対案は、「刑罰。保安措置 (Strafen. Sichernde Maßnahmen)」という表題を付けられた章があるが、両者を分類技術的に区別するわけではない⁴⁰⁾。

1911年対案の保安措置の規定は、1909年草案に置かれた(1)労働所 (Arbeitshaus) (第68条)、(2)飲食店への入店禁止・アルコール依存者の療養施設収容 (Wirtshausverbot. Unterbringung in eine Trinkerheilstalt) (第69条)、(3)市民権喪失 (Ehrenfolgen) (第70条 - 第75条)、(4)外国人の追放 (Ausweisung) (第79条)、(5)没収 (Einzziehung) (第80条)に加えて、(6)保護観察 (Schutzaufsicht) (第60条)、(7)官職・業務・営業能力の剥奪 (Unfähigkeit zur Ausübung eines Amtes, Berufes, oder Gewerbes) (第72条)、(8)親権剥奪 (Entziehung der elterlichen Gewalt) (第77条)、(9)善行命令 (Friedensgebot) (第78条)、(10)常習犯の拘禁可能性 (Gewerbs- und gewohnheitmäßige Verbrecher) (第97条 - 第98条)を規定した。

35) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 229.

36) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches (1911) e.

37) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 229.

38) 瀧川・前掲注(30) 51頁以下。

39) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 229 f.

40) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 230.

1909年草案と比べた場合の1911年対案の重要な刷新は、保護観察、善行命令、本案ではじめて規定された常習犯の拘禁可能性である。常習犯の拘禁は、明文をもって刑罰と並んで言い渡されうるものであったため、刑罰と処分が明確に区別されていた。

三、1913年草案

続く1913年草案⁴¹⁾は、公表される前に、1914年の大戦によって作業が中断された。大戦後の1918年に改正事業が再開され、その成果として1919年草案が完成し、1920年に、1913年草案と共に公表された。

1913年草案は、第10章を「改善保安処分 (Maßregeln der Besserung und Sicherung)」とし、第95条から第109条にかけて処分の規定を置いた。1913年草案に規定された処分は、(1)少年に対する教育処分 (Erziehungsmaßregeln gegen Jugendliche) (第95条)、(2)少年に対する保護観察 (Schutzaufsicht gegen Jugendliche) (第96条)、(3)飲食店への入店禁止 (Wirtschaftsverbot) (第97条)、(4)アルコール依存者の治療施設収容 (Trinkerheilstalt) (第98条)、(5)保護観察 (Schutzaufsicht) (第99条)、(6)帰責無能力者または限定帰責能力者の拘禁 (Verwahrung der fehlender oder verminderte Zurechnungsfähigkeit) (第100条)、(7)労働所 (Arbeitshaus) (第102条)、(8)危険な常習犯に対する拘禁 (Verwahrung gefährlicher Gewohnheitsverbrecher) (第106条)、(9)滞在禁止 (Aufenthaltsverbot) (第108条)、(10)外国人の国外追放 (Reichsverweisung) (第109条)である。

保安処分の言い渡しは裁判所が行うとし、地方の警察官庁がこれを執行する。刑罰と処分の執行順序につき、刑罰の執行を先に行うと規定された。

四、1919年草案

1919年草案⁴²⁾の内容は、1913年草案の内容とほぼ同様である。1913年草案と異なる点は、本草案が、少年犯罪に対する取り扱いを「少年と青年」

41) Entwürfe der Strafrechtskommission von 1913.

42) Entwürfe von 1919.

と表題を付けて、個別に規定したことである。

処分に関する規定は、次のものがある。(1) 帰責無能力者または限定帰責能力者の拘禁 (Verwahrung der fehlender oder verminderter Zurechnungsfähigkeit) (第88条)、(2) 飲食店への入店禁止 (Wirtshausverbot) (第91条)、(3) アルコール依存者の療養施設収容 (Trinkerheilstalt) (第92条)、(4) 労働所 (Arbeitshaus) (第95条)、(5) 危険な常習犯の拘禁 (Verwahrung gefährlicher Gewohnheitsverbrecher) (第100条)、(6) 滞在禁止 (Ausenthaltungsverbot) (第103条)、(7) 外国人の国外追放 (Reichesverweisung) (第104条)、(8) 少年に対する教育処分 (Erziehungsmaßregeln) (第131条)、(9) 保護観察 (Schutzaufsicht) (第133条) などである。

当該草案において、改善保安処分の言い渡しは、大部分が裁判所に委ねられた。その理由は、改善保安処分は刑事手続において行為者の人格に関わるものであって、行政官庁よりも裁判所が言い渡すのが適任であると考えられたためである⁴³⁾。したがって1919年草案では、1913年草案と同じく、裁判所が保安処分を言い渡し、警察官庁がこれを執行すると規定された。刑罰と処分の執行に関して、1919年草案は、刑罰と保安処分の言い渡しに際して併科を認め、例外的に、刑罰の代替として保安処分を認めた。

第三款 1922年草案、1925年帝国参議院草案、1927年帝国議会法案、 1930年草案

続いて、1922年から1930年までの草案および議会議案の内容を概観する。

一、1922年草案

1922年草案⁴⁴⁾は、グスタフ・ラートブルフ (Gustav Radbruch) が起草し

43) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 231.

44) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922). 詳細は、Therese Stacker, Die Franz von Liszt-Schule und ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtsentwicklung, 2012, S. 85 f.

たものである。もっとも、ラートブルフは、1921年10月から1922年11月までライヒ司法大臣を担当したが、本草案の可決を、その在職期間に達成することができなかった⁴⁵⁾。

当該草案は、第7章において「改善保安処分」を次のように規定した。

(1) 公的療養または看護施設への収容 (Unterbringung in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt) (第43条)、(2) アルコール依存者の療養施設収容 (Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt) (第44条)、(3) 保安監置 (Sicherungsverwahrung) (第45条)、(4) 保護観察 (Schtzaufsicht) (第51条)、(5) 飲食店への入店禁止 (Wirtshausverbot) (第52条)、(6) 外国人の国外追放 (Reichsverweisung) (第53条)、(7) 官職能力の喪失 (Verlust der Amtsfähigkeit) (第54条から第56条)、(8) 選挙権・投票権の喪失 (Verlust des Wahl- und Stimmrechts) (第57条)、(9) 判決の公表 (Urteilbekanntmachung) (第59条)、(10) 没収 (Einziehung) (第60条)。二元主義に関して、当該草案は、刑罰と処分の二元主義システムを維持する。収容の命令は裁判所にも可能であり、執行は行政官庁の責任で行う (第46条)。収容は、原則として、命令の目的が必要とする限り行われる (第46条2項)。当該草案は、「判決と執行の伝統的な分離」⁴⁶⁾を破るために、裁判所が判決についても執行についても考慮することとされた。

累犯・常習犯への対応として、本草案では、刑罰が加重されうる (第77条)。累犯は、第77条において、重罪または軽罪を理由として2回目の有罪判決を受けた後、新たな重罪または軽罪によって自由刑を言い渡された者 (すなわち、3回目の有罪判決を受けた者) と定義された。以前の行為に関連して、行為者が危険な常習犯罪者であることが、新たな行為から読み取られなければならない。2つの有罪判決の間は5年以上経過してはならず (第77条2項)、服役期間または拘禁の期間はこの期間に算入されてはならない。本草案も不定期刑の判決を認めないが、保安監置の場合には不定期の収容が可能である。

45) Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 85.

46) Radbruch, Entwurf 1922, Bemerkungen, S. 59.

当時深刻な問題となっていた少年犯罪への対応につき、本草案は、少年に対する規定を持たない。その理由は、ラートブルフが、少年および成人の犯罪者の処遇は、規定を分ける必要があると解していたためである⁴⁷⁾。少年に対する自由刑の執行も、本草案では扱われず、行刑の規定は行刑法に委ねられなければならないとされた⁴⁸⁾。

1922年草案の最も重要な点は、刑罰に関して、自由刑と罰金刑のみを予定し、死刑、重懲役刑 (Zuchthausstrafen)、名誉刑 (Ehrenstrafen) を排除した点にある⁴⁹⁾。本草案は、リストの処罰構想を色濃く反映して行為者の事情に即した処遇を目指し、それ以前の草案と大幅に異なって、罰金刑を前面に押し出す体系を採用した。以下、その内容を挙げる。

自由刑の内容は、厳しい懲役、懲役、拘禁に分けて規定された (第30条)。厳しい懲役は1年以上15年以下、懲役は1週間以上5年以下である。この新しい懲役の区別が採用された理由は、それまでの重懲役刑と軽懲役刑が、実際には質的な違いが生まれず、似通った運用がなされていたためであった⁵⁰⁾。

自由刑の期間につき、ラートブルフは、短期自由刑を回避するために、次のことを主張した。自由刑の下限を1週間とし、併せて、一般に、「他の緩和的な手段が効果を発揮しない場合にこれを適用する」とし、自由刑を処罰手段とする⁵¹⁾。行為者に減輕事由が存在し、罰金刑によって刑罰目的が達成される場合は、自由刑でなく条件付き執行猶予の対象となり、輕罪を理由として自由刑が言い渡されるときも罰金刑が代替手段となりうるとした (第72条2項)。このようにしてラートブルフは、罰金刑を個々人の経済関係に合致させ、代替自由刑を可能な限り回避しようとした⁵²⁾。

47) Radbruch, Entwurf 1922, Bemerkungen, S. 52.

48) Radbruch, Entwurf 1922, Bemerkungen, S. 55.

49) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 231 f.によれば、死刑の廃止の理由は、死刑が歴史的遺物であると説明され、名誉刑廃止の理由は、名誉刑が犯罪者の社会への再編入を困難にするだけであると説明される。

50) Radbruch, Entwurf 1922, Bemerkungen, S. 54 f.

51) Radbruch, Entwurf 1922, Bemerkungen, S. 55.

52) Vgl. Radbruch, Entwurf 1922, Bemerkungen, S. 55, 56.

量刑に関して、行為者の非難すべき心情または意志的傾向がさらに強く考慮された（第67条）。リストの犯罪者三分類が強調され、刑罰予告は平均的犯罪者に対して組まれ、機会犯人および改善不能者への刑罰予告は、刑の減輕および加重が認められた⁵³⁾。

上のように、ラートブルフ草案は、行為者の事情に可能な限り適合した刑罰または処分を言い渡し、行為者の再社会化を達成しようとした。しかし、最終的に、ラートブルフ草案は公にされなかった。

二、1925年帝国参議院草案

1924年に、ライヒ政府はラートブルフ草案について審議し、同年11月に、若干の深刻な変更を伴って、この草案に賛同することを決議した⁵⁴⁾。1925年帝国参議院草案⁵⁵⁾は、犯罪対策の手段を刑罰と保安措置として二元的に理解し、古典学派および近代学派の両見解を考慮しようとした⁵⁶⁾。条件付き有罪判決が拒否され、確定的な刑量が要求されたが、処分に際しては、行為者の危険性への保安措置が言い渡されうることとなった⁵⁷⁾。

本草案で定められた刑種は、死刑、自由刑、罰金刑である（第29条⁵⁸⁾。自由刑のなかに重懲役が存置され（第30条）、軽懲役の刑の下限が1日から1週間に引き上げられた。この引き上げは、短期自由刑の回避を根拠とする⁵⁹⁾。罰金刑は、適用拡大が目指された。

常習犯に対する保安措置を重視する点で、本案は、1922年草案と原則的に合致するが⁶⁰⁾、本草案では、常習犯対策としての再犯の一般加重規定を

53) Radbruch, Entwurf 1922, Bemerkungen, S. 55 f.

54) Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 89.

55) 1925年草案の内容につき、詳細は、Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 89 f, 95 f.

56) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 232.

57) Vgl. Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 232.

58) Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 89.

59) Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 89.

60) Vgl. Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 90.

持たず、保安監置をより肯定する点が大きく異なる。ここでは、有罪判決を受けた者が、刑期を終えた後も、公共への危険性を有する限り有害状況は存続し、保安監置に付す権利を官庁に与えることでしか予防を達成することができないと考えられた⁶¹⁾。

第7章における「改善保安処分」は、1922年草案と同様に規定された。その内容は、(1) 公的療養または看護施設への収容 (Unterbringung in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt) (第43条)、(2) アルコール依存者の療養施設収容 (Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt) (第44条)、(3) 保安監置 (Sicherungsverwahrung) (第45条)、(4) 保護観察 (Schutzaufsicht) (第51条)、(5) 飲食店への入店禁止 (Wirtshausverbot) (第52条)、(6) 外国人の国外追放 (Reichsverweisung) (第53条)、(7) 官職能力の喪失 (Verlust der Amtsfähigkeit) (第54条から第56条)、(8) 選挙権・投票権の喪失 (Verlust des Wahl- und Stimmrechts) (第57条)、(9) 判決の公表 (Urteilbekanntmachung) (第59条)、(10) 没収 (Einzziehung) (第60条) である。

保安監置の執行につき、これが刑罰と共に言い渡された場合、裁判所は、刑罰に代えてこの処分の執行を命じ得るとし (第45条)、刑罰と保安監置に代替性が認められていた。裁判官が処分を言い渡し、執行および取消は行政官庁が行う。刑罰と処分が並行するときは刑罰を先に執行するが、事情によっては、刑罰を停止して、処分の執行を先に行うことも可能であった (第47条)。

1925年帝国参議院草案は、規定についておおむねラートブルフ草案の着想を引き継いだが、ラートブルフ草案で否定された死刑を存置し、再犯に関する刑罰加重の一般規定がない点で、ラートブルフ草案と大きく異なっていた。結局、1925年草案は、改善と保安を刑罰に担わせ、刑罰の拡張を浴しているとの批判を受けた⁶²⁾。

61) Entwurf 1925, Begründung, S. 40.

62) Vgl. Eduard Kohlrausch, Reform des Strafrechts/Bem. E 1925, 3 (34).

三、1927年帝国議会法案

1927年帝国議会法案⁶³⁾は、1925年帝国参議院草案に対する批判に基づき、著しい変更が加えられて完成した。当該法案は、刑罰と処分を区別することで、犯罪対策のための手段である二元主義を保持した⁶⁴⁾。刑罰と処分の区別として、例えば、本草案は、第7章に付加刑と不随効果の区別を規定し、第8章に改善保安処分の章を置く。1927年帝国議会法案の注目すべき点は、公共にとって危険な常習犯人に対する保安拘禁についてのみ裁判官に言い渡しを認め、他の自由剥奪を伴う処分については、裁判所は処分を「許し得ると宣言」し得るにとどまった点である⁶⁵⁾。したがって、処分の実際の言い渡しの判断と執行権は、すべて行政官庁がもつこととなった。さらに本法案は、1925年帝国参議院草案のような刑罰と処分の代替を認めず、刑罰を先執行し、その後に処分を執行すると定めた。

本法案では、第8章に「改善保安処分」が置かれた。保安処分の種類は、(1)療養または看護施設への収容 (Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt) (第56条)、(2)アルコール依存者の療養施設または禁絶施設への収容 (Unterbringung in einer Trinkerheilstalt oder in einer Entzihungsanstalt) (第57条)、(3)労働所収容 (Unterbringung in einem Arbeitshaus) (第58条)、(4)保安監置 (Sicherungsverwahrung) (第59条)、(5)保護観察 (Schutzaufsicht) (第61条)、(6)外国人の国外追放 (Reichsverweisung) (第64条)である。1927年法案は、飲食店への入店禁止といった実際的でないものを省き、官職能力の喪失、選挙権投票権の喪失、判決の公表、没収など、これまで付随的処分として認めていたものを付加刑に準じるものとして規定した⁶⁶⁾。

常習犯への対応は、第78条に規定された。当該規定によれば、公共の危険がある行為として認められた者に対しては、保安処分でなく、6月以下

63) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, vom 14. 5. 1927. 内容の詳細は、Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 91 f, 96 f.

64) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 232.

65) 瀧川・前掲注 (30) 53頁-54頁。

66) 瀧川・前掲注 (30) 54頁。

の軽懲役が科せられる(第78条)。さらに、第78条に従ってすでに死刑または重懲役の判決を受けた者は、保安監置に付せられうる(第59条)。

1927年帝国議会法案の規定は、刑罰と処分の代替や執行の点で、1925年草案と逆の規定となった。

四、1930年草案

1930年草案⁶⁷⁾は、1927年帝国議会法案が修正されたものであり、規定の内容は1927年帝国議会法案とほぼ同じである⁶⁸⁾。もっとも、処罰体系につき、1927年法案からの若干の変更があり、1930年草案は、裁判所に処分の言い渡しの決定権を再び認めた(第56条)。刑罰と処分の執行順序についても、併行主義を認め、代替性を認めないとした。また、保安監置の要件がより厳格化された。

当該草案は、1930年12月から1932年7月まで審議されたが、最終的にナチ党議員の抵抗のために挫折し、改正作業は再開されなかった。

第四款 小 括

ドイツにおける改善保安処分制度の成り立ちにつき、以下のようにまとめられる。

一、シュトース草案制定まで

ドイツに処分制度が導入される以前、1532年カロリナ刑典、1871年ライヒ刑典に処分規定が散見され、1893年シュトース草案で二元主義が導入された。これらの刑典における処分は、保安、改善、無害化、教育の観点から生じており、治療の観点はまだ見られない。

67) 1930年草案の詳細につき、Stacker, a. a. O. (Anm.44), S. 96 f.

68) 瀧川・前掲注(30)54頁。

二、1909年予備草案、1911年対案、1913年草案、1919年草案

1909年以降、ドイツにおいて処分を含む刑法典の構想が生まれ、処分の拡充が図られた。1909年予備草案においてアルコール依存者への治療の規定が置かれ、治療を目的とする処分が導入された。危険性のある責任能力者・限定責任能力者への保安を目的とする規定や、常習犯への保安のための拘禁の規定もこの時期に導入され、その後定着した。1919年草案までの諸草案の体系は、古典的な行為責任主義および一般予防の体系に依拠し、処分の目的は、専ら社会保護のための保安に置かれた。

三、1922年ラートブルフ草案

ラートブルフはそれまでの諸草案とまったく異なる草案を構想し、刑法の効果として、刑罰と処分を想定し、行為応報による一般予防でなく、改善および再社会化のための特別予防を軸とする規定を置いた。刑罰、処分ともにきわめてシンプルに規定し、そのうえで、刑罰の適用を極力控えるよう配慮した。

四、1925年帝国参議院草案、1927年帝国議会法案、1930年草案

1925年草案は、重要な変更を伴ったものの、ラートブルフ草案から大きく影響を受けた。本草案では、刑罰を死刑、自由刑、罰金刑に絞ったうえで罰金刑の適用を増やそうとし、常習犯に対して刑の加重でなく保安監置の適用をより肯定することで、行為者への個別かつ有効な処遇を与えようと考えた。しかし、1927年帝国議会法案および1930年草案では、修正が重ねられたが、ふたたび、刑罰を基調とする姿勢が強くなった。したがって、1909年予備草案から1930年草案の立法においては、伝統的な古典主義的傾向が顕著であった。

第二節 古典学派および近代学派における学派争い

ドイツでは、19世紀末において、ビンディングを代表とする古典学派と

リストを代表とする近代学派の間で学派争いが生じた。両学派の争いの中核は、責任と危険性の位置づけ、常習犯罪者の処罰および処遇をいかにするかにあったが、この争いは、刑罰論の争いにも深く関わる。学派争いの時点では、まだ処分が刑法典に導入されていなかったことから、処分を刑法典中に規定するか、他の法典に規定するかが争点となった。この問題は、根本的に、刑法の本質をいかに捉えるかに関っており、両学派は、異なる刑法観に立って、刑罰と処分の機能および位置づけを要求し、鋭く対立した。

本節では、古典学派の代表者として、ビンディングおよびビルクマイヤーの見解を、近代学派の代表者としてリストおよびE. シュミットの見解を、ごくおおまかに概観する。

第一款 ビンディング (Karl Binding) の見解

一、学問史的背景

応報刑論およびその思想は、ベッカーリアの罪刑法定主義の確立に始まり、カント法哲学、フォイエルバッハの心理強制説(消極的一般予防論)の提唱、ヘーゲル法哲学の変遷を辿って形成されてきた。古典学派の代表者ビンディングの国家観、刑法観および刑罰観は、国民を統治する高権的な思想と結びついている。

二、基 礎

カール・ビンディング⁶⁹⁾は、厳格な古典主義刑法学者である。彼は、法実証主義的見地において、いわゆる規範説(Normentheorie)を提唱する。彼は、犯罪は刑罰法規の前提としての規範を侵害し、刑罰法規において可罰的とされるものであり、刑罰は国家の犯人に対する服従要求権に基づき、規範の否定である犯罪をさらに否定して法律の権威を維持するもので

69) ビンディングの人物像については、福田平「ドイツ刑法学者のプロフィール [7] ビンディング」法学教室133号(1991年)66頁-67頁。

あるという絶対主義的応報思想を説いた⁷⁰⁾。ビンディングの目指すところは、差し当たって、この思想に基づく刑法理論の徹底である。彼の教科書にも、保安処分に関する記載はほとんど存在しない。

三、規 範 論

ビンディングの刑法理論は規範論に始まる。彼によれば、規範（Norm）は、その時々事情に応じて犯罪者が違反するもの内容である。規範の内容は刑罰法規には書かれておらず、各則の刑罰法規に書かれた記述を手がかりにして読み解かれなければならない。したがって、処罰の対象は、刑罰法規に書かれた規範の内容から読み取れる規範違反であることを前提としている。さらに彼は、規範は、「その要求を充足し、背くことができる人間のみを拘束し（うる）」⁷¹⁾とし、犯罪者が行為能力を有することを求める。また、ビンディングは、行為を、「実現された人間の意志」と解する⁷²⁾。したがって、規範違反は、行為能力を有する者が、自らの意志でもって、刑罰法規に表れた記述から推認される規範の内容を惹起することを指す。このように惹起された違反を、ビンディングは「不法行為（Delikt）」⁷³⁾と称する。

四、刑罰の本質としての応報思想

刑罰目的をいかに解するかという問題において、ビンディングはこれをもっぱら応報に見出す。ここでいう応報は、法の支配性（Rechtsherrlichkeit）を意味する。すなわち、「刑罰とは、常に、法の支配性に犯罪者を強制的に従わせることである。この者の所為が処罰されるのではなく、この者の所為を理由として処罰されるのである。[……] このような疑いのない刑罰

70) 大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』（日本評論新社、1957年）8頁－9頁。

71) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922, S. 99.

72) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2/1, 2. Aufl. 1914, S. 88.

73) Binding, Handbuch des Strafrechts. Erster Band, 1885, S. 499.

目的を応報の目的と呼ぶ⁷⁴⁾。「私は、……犯罪者を法的強制に屈服させることによる法支配性の保持と言うほうをはるかに好む⁷⁵⁾として、法支配性としての応報を説明する。そして、刑罰の目的は、唯一、有罪を受けた者に対して、その責任の程度に応じて法支配性を確証 (Bewährung) することにある⁷⁶⁾。

五、不法行為と犯罪行為

ビンディングは不法行為と犯罪行為を区別する。不法行為は、それが存在することをもってただちに犯罪となるのではない。犯罪としての所為の規定は、刑罰法規に定められてはじめて実現される。ビンディング自身がこのことを「刑事立法者が、当然に犯罪概念として把握される犯罪を生み出す⁷⁷⁾と説明するように、刑罰法規が定められる前であれば、規範に違反する行為であっても現実の犯罪でない⁷⁸⁾。

六、責任と刑の量定

もって、規範は、それが刑罰法規に記述されてはじめて処罰されうる状態に至るのだが、この刑罰法規の名宛人は、国家および有罪判決を受けた者である。ビンディングの応報思想は、刑罰の正当化根拠において絶対説を支持するが、マウラッハが指摘するように、この立場は、「刑罰の本質を特定の犯罪防止の目的と結びつけることを否定⁷⁹⁾」している。したがってビンディングは刑罰に対して応報と贖罪以上の意味を見出さず、行為者

74) Binding, a. a. O. (Anm.71), S. 419. 訳文は、飯島暢・川口浩一 (監訳)、松生光正 (訳) 「ビンディングの刑法理論 (1)」関西大学法学論集第72巻2号 (2022年) 269頁参照。

75) Binding, a. a. O. (Anm.71), S. 420. 訳文は、飯島暢・川口浩一 (監訳)、松生光正 (訳)・前掲注 (74) 269頁参照。

76) Binding, a. a. O. (Anm.71), S. 423.

77) Binding, a. a. O. (Anm.71), S. 133-134.

78) 飯島暢・川口浩一 (監訳)、松生光正 (訳)・前掲注 (74) 269頁参照。

79) Maurach, Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil : ein Lehrbuch, 1954, S. 40.

の再社会化や無害化を達成できるかどうかという視点とは無関係である。ビンディングは、刑法上の責任としては行為責任を一貫し⁸⁰⁾、常習犯に対してもこの観点から厳しい処断を要求する。刑の量定は立法者の権限に属し、裁判官には刑罰を変更する権利はなく、多少の修正をするにすぎないと解している⁸¹⁾。

七、近代学派に対するビンディングの立場

近代学派の主張との関係でみると、ビンディングは、近代学派が強調した予防の概念を一切否定するわけではない。厳格な古典主義者であるビンディングも、犯罪者の無害化それ自体には当然賛成する。ただ、「予防は、規範の目的であり、刑罰法規の目的でもあるが、処罰の目的ではない」⁸²⁾として、刑法典の任務から予防を除外し、警察法にこの任務を与えようとした。行為者の人格評価の点も、人が性格についても責任を負わなければならないとの問題意識は有していたものの、これを道徳的責任にすぎないとし、刑法上の責任としては認めなかった⁸³⁾。

第二款 ビルクマイヤー（Karl von Birkmeyer）の見解

一、基礎

ビンディングと同じ古典学派の応報刑論者に、カール・ビルクマイヤー⁸⁴⁾が挙げられる。ビルクマイヤーも、ビンディングと同じく、自由意思を基調として、犯罪者の行為責任を強調する⁸⁵⁾。彼は、犯罪者における

80) Binding, a. a. O. (Anm.72), S. 283 f.

81) Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 1913, S. 271.

82) Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 16, m. w. A.

83) Binding, a. a. O. (Anm.72), S. 24.

84) ビルクマイヤーの人物像については、福田平「ドイツ刑法学者のプロフィール [13] ビルクマイヤー」法学教室139号（1991年）122頁-123頁。本稿において扱う限りで、ビルクマイヤーの見解はビンディングとほぼ同様である。

85) 大塚・前掲注（70）26頁。

意思の自由を認め、刑罰は犯罪者の行為およびこれと一体化した意思に反する応報であり、犯された犯罪を鎮圧するとともに将来の犯罪に対する予防をも期すると説いた⁸⁶⁾。彼の刑罰理解は、一方で応報を、他方で個人と社会の保護を目指す併合主義的立場であり、自らの学説を「統合説 (Vereinigungstheorie)」と呼称した⁸⁷⁾。

二、刑罰の本質としての応報思想

古典主義者ビルクマイヤーは、刑罰の本質は応報であるとし、その起源を復讐に見出した。刑罰は保安でなく応報の達成を目指し、抑止を終局的な目的として科せられる。そのため、応報刑は追加的に予防としても作用するにとどまる。彼は、予防を、刑事政策でなく社会政策に位置付け⁸⁸⁾、刑法の任務から排除した。

三、徹底的なリスト批判

ビルクマイヤーは、ビンディングと同じく、刑罰を犯罪対策の下位に置いたとしてリストを非難し⁸⁹⁾、1905年から1908年頃に行った講演、小著、論文において、リストと激しい論争を繰り広げた。リストが両学派の妥協は可能であると主張したのに対し、ビルクマイヤーは、1907年、「リストは刑法について何を残すか」と題する小著を公にし、そこにおいてリストの主張を徹底的に批判しつつ、意思自由を否定する立場において刑法を基礎づけうべきでないとし、リストの考えの必然的な結論は刑法の解体にあるとし、リストは刑法に何も残さないと論じた⁹⁰⁾。

86) 大塚・前掲注(70)9頁参照。また、野村貴光「刑法における自由意思と責任——ビルクマイヤーの懸念は再燃するか——」法学新報117号(2011年)735頁-763頁も参照。

87) Anna Theresa Struck-Berghäuser, Franz von Liszt und seine Gegner, Die Auswirkungen des „Schulenstreit“ auf das heutige Sanktionen- und Strafvollzugsrecht, 2020, S. 166.

88) Struck-Berghäuser, a. a. O. (Anm.87), S. 170.

89) Struck-Berghäuser, a. a. O. (Anm.87), S. 164 f.

90) 大塚・前掲注(70)26頁-27頁参照。

彼によれば、リストへの批判として、目的思想による保護刑を採用すると、次の帰結に至る⁹¹⁾。(1)保護刑主義の要求に適合する判事、検事の養成、(2)不定期刑の採用の必要、(3)微罪を犯した者の終身拘禁、(4)精神病患者と犯罪者との混淆、(5)刑法と警察との混淆、(6)なんら犯罪行為なき者の処罰。

四、刑の量定

応報刑主義者であるビルクマイヤーは、刑の量定にあたって、行為責任に基づいてこれを判断する。彼によれば刑罰の形式は応報刑のみであって、応報の観点から刑の量が定まる。応報は、次の三点の責任に関する命題を引き出す⁹²⁾。①責任なければ刑罰なし、②責任があるところに刑罰が加えられなければならない、③刑罰は責任と比例しなければならない。①は、応報刑は犯罪者の行為および意思に対して応報することを意味する。②は、罪責が存在する以上、故意に基づくと過失に基づくを問わず、処罰を行わなければならないことを示す。③は、立法者が定める刑期または裁判官が言い渡すべき刑の量定にあたり、彼の立場においては、犯罪者の行為および意思に基づき、国民の評価から遠くない範囲で、相当に刑を量定することを立法者と裁判官に要求する。常習犯に対する刑の量定も同様であり、ペンディングと同じく、厳しい処断を求めた。

刑の量定の困難さにつき、彼は、「刑の量定が困難なのはもちろんであるが、しかし、新派の保護刑主義を採用するときこの困難はより一層大きい」と批判する。刑の量定に際して、ビルクマイヤーは、裁判官に大きな裁量を与えることにも強く反対し、裁判官に柔軟な裁量を認めるリストと鋭く対立した⁹³⁾。

91) 詳細は、大場茂馬（訳）、フォン・ビルクマイヤー『判事の自由裁量論』（巖松堂書店、1912年）193頁以下参照。

92) 大場・前掲注（91）175頁－178頁参照。

93) 大場・前掲注（91）129頁以下参照。

第三款 リスト (Franz von Liszt) の見解

一、学問史的背景

現代刑法の基礎を築いたといわれるフランツ・フォン・リスト⁹⁴⁾は、1851年に出生した。学問史的背景として、リストの生まれる前、進化生物学および犯罪人類学の分野で大きな発展があった。1859年にイギリスの生物学者ダーウィン (Charles Robert Darwin) が『種の起源』を公表し、人類の進化の様相を示した。犯罪研究の分野では、イタリアの精神科医ロンブローゾ (Cesare Lombroso) が1876年に『犯罪人論』を公表し、犯罪は遺伝によって引き起こされ、犯罪人は一定の身体的・精神的特徴をもって生まれると主張した。ロンブローゾの生来性犯罪人説は、犯罪現象を社会でなく個人に帰責するものであり、犯罪の増加の責任を刑法から解放しただけでなく、犯罪人の罪責を個別的に追及する刑法古来のあり方に合致するものであり、犯罪学において重用された⁹⁵⁾。

二、他学問からの影響

犯罪人に対する研究への社会的関心が高まるなか、リストはとりわけ、ウィーン大学での師、ルドルフ・フォン・イエーリンク (Rudolf von Ihering) から目的法学を学び、影響を受けた。リストは、イエーリンクから、法の本質はその概念性にあるのでなく、また、ただ単に形而上学的諸前提から演繹され得るものでなく、法の本質が人間によって意志され、そして形成されていく社会生活秩序のために目的を想像することにあると学んだ⁹⁶⁾。その他、リストは、医師エミル・クレペリン (Emil Kraepelin) からも影響

94) リストの人物像については、井田良「ドイツ刑法学者のプロフィール [3] リスト」法学教室129号 (1991年) 62頁-63頁。

95) 小川太郎『自由刑の展開 保護観察を起点とした保安処分』(一粒社、1964年) 20頁参照。

96) 石塚伸一「ドイツ刑事政策の形成とマールブルク綱領1882年の意義——フランツ・フォン・リスト刑事政策構想のイデオロギー批判序説——」中央大学大学院研究年報第14号 I-2 (1985年) 57頁。

を受けた⁹⁷⁾。クレペリンは、1880年に『刑量の廃止』を公表し、応報の原理でなく、特別予防に方向付けられる行刑を要求した。クレペリンは、刑罰を、贖罪的な応報でなく、もっぱら、行為者からの社会の保護に資するものと解した⁹⁸⁾。

リストが1882年にマールブルク大学就任記念講演「マールブルク綱領」⁹⁹⁾で示した「刑法における目的思想」は、上述の生物学、人類学的発展の後に行われたものであり、リストの思想は、刑法だけでなく、周縁の学問に基づいて醸成された。リストの「目的思想」の中心を占めるのは、目的法論、進化論、犯罪を病と捉える病理学的思想である。リストの使命は、可能な限り広い学問領域から得られる知見を刑事法学的分析に取り込み、幅広い視野をもって犯罪原因を追求し、優れた犯罪対策を打ち立てることにあった。以下では、主にマールブルク綱領の記述を参考に、リストの刑罰観につき概観する。

三、社会的文脈における刑罰

リストは刑罰を社会的文脈において捉える。彼のもとで、刑罰は、原始的刑罰たる「衝動行為」であれ、国家的刑罰であれ、社会的な側面から理解される¹⁰⁰⁾。例えば、原始的刑罰の平和喪失、すなわち平和集団からの追放に、明確な社会的性格を認める¹⁰¹⁾。その理由は、追放が次第に緩和され、違反者を殺害して財産を剥奪するか、あるいは違反者を流刑に処し

97) Struck-Berghäuser, a. a. O. (Anm.87), S. 92 f.

98) Vgl. Struck-Berghäuser, a. a. O. (Anm.87), S. 92.

99) Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882/1883), Juristische Zeitgeschichte 6, Baden-Baden, 2002. 邦訳として、安平政吉『リストの「マールブルク刑法綱領」研究 附ベンサム刑法理論』（文雅堂、1953年）、西村克彦訳「フランツ・フォン・リスト『刑法における目的思想』（近代刑法の遺産（1）——ヘップ、フランツ・フォン・リスト、ユーイング）」（信山社、1998年）187頁以下。内容の解説として、武田鬼十郎『リスト氏刑法学説評釈』（有斐閣、1916年）がある。

100) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 9 ff.

101) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 15.

て名誉を剥奪することへと変化したためと説明する¹⁰²⁾。国家刑罰についても、これは以前から酋長、軍の指揮官、司祭等によって担われてきたものであって、間違いなく社会的性質を有するとする¹⁰³⁾。

四、法益保護

このように社会的文脈で捉えた刑罰と法益保護を結びつけることで、リストは、「刑罰の客観化」を試みた¹⁰⁴⁾。刑罰法規に「殺してはならない」、「盗んではならない」、「姦淫してはならない」、「領主の生命を狙ってはならない」等と記述することで保護法益を表明し、この規範のカタログ化を通して、国家権力の自己抑制がもたらされ、法と道徳が定着し、それが予防への第一歩を形成するという¹⁰⁵⁾。

五、刑の量定の原理

リストによれば、責任を基礎とする刑量の原理はタリオからは出てこない。したがって、刑の量定の原理も、目的思想に基づいて読み解かれる。刑罰はそれが必要とされるところで科せられ刑罰を通して法益が保護されるとし、これを、「必要な刑罰が正しい刑罰である」と表現した¹⁰⁶⁾。刑罰は犯罪者への強制執行であり、その内容は、一時的または継続的な無害化、社会からの追放または隔離にある。すなわち、刑罰の直接的作用は、改善、威嚇、無害化である¹⁰⁷⁾。刑罰システムの価値は、この三つの刑罰目的のいずれかを達成できるかにかかっている。これらの作用は、自身の説く犯罪者三類型に対応し、①改善可能かつ改善を必要とする犯罪者への改善、②改善を必要としない犯罪者への威嚇、③改善不可能な犯罪者

102) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 15.

103) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 15 f.

104) Vgl. Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 21 f.

105) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 23.

106) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 37.

107) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 40.

への無害化が目指される¹⁰⁸⁾。

六、具体的な処罰の構想

伝統的な刑法理論は機能不全に陥っているとの批判から、リストは、独自の処罰構想を立てた。行為者の事情を顧慮する処罰構想は、伝統的な古典主義の応報による処罰構想とまったく異なる。例えば、少年犯罪における応報は非建設的であるとし、軽懲役刑は、単なる常習犯罪者を道徳的に墮落させると批判した。そして、犯罪者の三類型に対応として、以下の構想を提示した。

(1) 改善可能な者に関して、リストは、特別予防に基づく処遇を構想した。例えば、短期自由刑への反対運動、短期自由刑を条件付き有罪判決（「保護観察刑」）で補うこと、罰金刑の拡大、犯罪少年に対する教育措置の導入、刑事責任年齢の12歳から14歳への引き上げ、特別予防に基づく行刑などの改正がそうである。ここでリストは、改善の思想に基づいて相対的不定期刑の判決を言い渡すために、裁判官が定期刑を宣告するという量刑を廃止せよとの要請を導いた。裁判官は、自由剝奪期間の下限と上限を定めなければならない。さらに、当時存在していなかった行政官庁を新たに創造し、当該行政官庁が継続的に改善の効果を検討し、釈放の時期を決定するよう求めた。

(2) 改善不能者への対策として、無害化が予定される。プロイセンの統計データによれば、刑事施設収容者の少なくとも半分が、改善不可能な常習犯罪者である¹⁰⁹⁾。リストは、常習犯罪者を「諸悪の根源」、「社会秩序の根本的敵対者」とまで述べており¹¹⁰⁾、常習犯対策は、きわめて重要な関心事であったことがわかる。彼は、ダーウィンの影響を受け、社会不適合者を刑罰によって人為的に選別する必要を説き、財産犯または風俗犯を

108) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 42.

109) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 44 ff.

110) Vgl. Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 42.

はたらいたことを理由として3回目の有罪判決を受けた者を「改善不能者」として無害化（追放）すべきとした¹¹¹⁾。リストが構想した改善不能者に対する処遇は極めて厳しい。すなわち、懲罰措置として棒刑を実施し、暗室で拘禁し、断食させる。常習犯に対する保安拘禁は、軍のように厳しく労役場で行い、無害化は本人の自己負担で行う。リストは、「常習犯に食料、空気、運動などを通常人と同様に与えることは納税者に対する侮辱である」と述べ、改善不能者に対して、終身または不定期の拘禁を肯定した¹¹²⁾。

(3) 上記二者を除いた大多数の者は、機会犯人である。機会犯人は、外的な影響によって一時的な過ちを犯したにすぎない者である。可罰的行為を反復する危険性はごくわずかであるため、彼らに適した刑罰は威嚇であり、警告であり、利己的な衝動に対する「訓戒」でなければならないとした¹¹³⁾。

七、応報思想との調和

応報思想と目的思想につき、リスト自身は、両者が原理的に対立しないと主張した¹¹⁴⁾。ビンディングの「なぜ罪が犯されてはじめて処罰するのか」との問いにつき、医学の思想を借りて、「この質問は、なぜ病気になってからしか治療を受けないのか、健康な人を治療しないのはなぜかという質問と同質である」と反論する¹¹⁵⁾。この解答は、リストが、犯罪を病気とパラレルに解していたことが表れている。リストは、「保安警察がすべての病気を防ぐことができるなら医者はいらなくなるだろう。しかし、そのような黄金時代はまだ始まっていない¹¹⁶⁾」とし、犯罪の完全な解決が不可能なのは科学的実証の不足のためであると説明した。

111) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 46.

112) Vgl. Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 45.

113) Vgl. Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 49.

114) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 50 f.

115) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 52.

116) Liszt, a. a. O. (Anm.99), S. 52.

結局、リストの主張は、伝統的な責任刑理論に依拠しながら、執行段階、すなわち行刑においては責任でなく危険性に依拠して刑量を決定するとしており、客観主義と主観主義の両要素を持つため、理論的に整合性のとれないものに仕上がっているとの批判を受けた¹¹⁷⁾。リスト自身は、目的思想と応報思想との合致を見出せると考えたが、古典学派の支持者たちから受け入れられることはなかった¹¹⁸⁾。

八、二元主義への評価

『教科書』（第21版・22版）において、リストは、二元主義に言及する。すなわち、マールブルク綱領の後、処分および犯罪者の改善と社会保護の思想が1902年ノルウェー刑法典、スイス刑法草案、オーストリア刑法草案、ドイツ刑法草案において続々と取り入れられた歴史的展開をもって、自らの新たな思想の勝利であるとする¹¹⁹⁾。ここでリストは、自らの提示した構想が、刑罰をもって実現されるか、処分をもって実現されるかにはこだわらない。上述の諸国で取り入れられた、刑罰に加えて処分を言い渡すシステムを「二重のシステム（Doppelsystem）」と表記し、自らの思想の反映であると述べた。

第四款 シュミット（Eberhart Schmidt）の見解

一、リスト説の踏襲

エバーハルト・シュミット¹²⁰⁾は、近代学派の創始者リストの弟子であ

117) Michael Pawlik, v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Stürmungen, Die Schule Franz von Liszts – Sozialpräventive Kriminalpolitik und die Entstehung des modernen Strafrecht, Arnd Koch/Martin Lohnig (Hrsg.), 2016, S. 57-85. は、リストは優れた刑事法教授者であるが哲学者でないと批判する。

118) Wolfgang Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Profgramms 1882, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 227 は、リストの立場を批判的に捉える。

119) Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 21・22. Aufl. 1919, S. 25 f.

120) エバーハルト・シュミットの人物像については、宮澤浩一「ドイツ刑法学者のプロ

る。リストを「19世紀における刑法を克服し、20世紀における刑法の社会的発展への道を開いた」¹²¹⁾と賞賛し、支持した。リストの死後、教科書の23版以降は、E.シュミットが記述を補填した。教科書第25版では、次のように述べ、リストの考えを踏襲すると宣言する。「私は、この教科書は、犯罪と刑罰に関するリストの基本的な立場を変更しないと強調したい。リストの特殊な刑事政策的特徴は、この本で一貫して維持される。依然としてこの本は、特別予防の着想に対する刑法的および刑事政策的な思想の方向付け、犯罪行為に対する個別の国家的リアクションを問題とし、犯罪者に対する個別の国家の態度決定を得ようとする。この点で私は、自らの独自の学問的確信と同様に、リストの理論を保持する」¹²²⁾。この説明の通り、シュミットの立場は、教科書の記述においてリストとほとんど変わらない。彼は、行為者に適した個別具体的な処遇を模索し¹²³⁾、必要な場合には、無害化のための不定期の保安刑の言い渡しを肯定する¹²⁴⁾。

二、応報観念への批判¹²⁵⁾

応報や贖罪といった概念につき、シュミットは、これらの語は非常に曖昧であり、人によって意味が違ってくるため、排斥すべきだと主張した。すなわち、「刑罰は犯罪が行われたことを前提とするという意味だけで『応報』というならそれは間違いないが、それはトートロジーであって、

↳ロフイール〔2〕E.シュミット〕法学教室128号(1991年)80頁-81頁。

121) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Auf. 3. S. 357.

122) Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch, 25. Aufl. 1927, Vorwort.

123) Vgl. E. Schmidt, Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrecht, in: Festschrift für Julius von Gierke 1950, S. 201-233.

124) Vgl. E. Schmidt, Zu Theorie des unbestimmten Strafurteils, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 45. Jahrg. 1931, S. 200-236.

125) Vgl. E. Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in: Gutachten der Strafrechtslehrer. 1954, 399 S. 9-28. 内容につき、刑法読書会・佐伯千仞編『ドイツの「刑法改正資料」(一)——刑法学者の意見集——』立命館法学21号(1957年)66頁以下参照。

国家的刑罰を根拠付けるものではない。それによって国家がどのような刑罰手段を用いるべきか、どのように適用すべきかが決まるものでもない。『『応報』は、量刑の課題に対する適当な観念を裁判官に認識させることもできないし、具体的な量刑が妥当か否かの検討を導く力もない。むしろ、租税でも割り出すような安易な量刑実務を招くおそれがあり、常に有害である』として¹²⁶⁾、立法者は「応報」を使用しないよう要求した。また、シュミットは、量刑の場面でも、応報や贖罪といった言葉を用いる必要はなく、「量刑は正義にかなったものでなければならない」といえば足りるとする。

三、刑罰目的と行為者類型

シュミットは、刑罰の目的を、国民に対する一般予防（一般的啓蒙、威嚇）および特別予防（威嚇、改善、淘汰）に見出す¹²⁷⁾が、特別予防は、裁判官の個々の量刑の際に考慮されればよいとする。一般予防は威嚇の意味を有しており、犯罪を行えば逮捕を免れないという国民の意識に働きかける。刑罰目的を多面的に捉えるこの立場によれば、一般予防は、立法者が、立法にあたって、基本的犯罪類型とその加重犯または減輕犯との区別に応じて法定刑を段階付ける際には考慮されるが、裁判官の量刑には影響を与えないとする。行為者類型についてはリストよりもやや拡大的に捉えている。リストの行為者類型が多様すぎるために行為者に関連する刑の量定が困難であるとし、裁判官に個々の事件ごとに行為者人格を考慮せよというのとは不可能であることから、ある程度の例示を許容する¹²⁸⁾。

四、責任の内容

刑罰は責任刑であるが、刑の量定は刑事政策的な実質的問題であるとし

126) 刑法読書会・佐伯千仞編・前掲注（125）69頁以下参照。

127) 刑法読書会・佐伯千仞編・前掲注（125）69頁以下参照。

128) 刑法読書会・佐伯千仞編・前掲注（125）73頁以下参照。

て、彼は、道徳論や感情論から解放される必要があると主張する。シュミットの依拠する責任論は、基本的に、リストの性格責任論ないし社会的責任論と変わらない。シュミットの責任は、実質的責任概念から基礎付けられており、その核心は、「行為により表明された行為者の社会の要求に対する態度」、「行為者の非社会的または反社会的態度」にある¹²⁹⁾。常習犯の加重処罰もこの点から説明する。

五、刑の量定

刑の量定についてもシュミットはリストと同様の立場に立つ。すなわち、行為者の反社会的心情の強度によって刑を加重または減輕することを認め、裁判官にも刑事政策的考慮を担わせ、柔軟な裁量を与えることを認める¹³⁰⁾。

裁判官の量定に際しては、一般予防でなく、特別予防のみを考慮することを要求した。その理由は、真に特別予防に役立つ刑罰は必要な一般予防の作用を同時に果たすと考えていたためである。もっとも、裁判官の実際の量刑を指導するために、個別の項目を例示的に掲げることを要求した。

六、刑の量定に関する具体的な立法提案

上の理解に基づき、シュミットは、刑の量定に関して、章の始めに次の規定を置くことを提案した¹³¹⁾。(1) 刑の量定にあたって、裁判所は有罪と宣告された者を適法かつ秩序ある生活に導くにはいかなる手段が必要であるかを考慮すべきである(第1項)、(2) この際、裁判所は、行為がどこまで行為者の反社会的心情に基づき、また、それがどこまで非難すべきでない原因に基くかを考慮しなければならない(第2項)。その際、有罪判決を受けた者がいかなる動機から行為し、いかなる目的を追求し、いかなる手

129) Vgl. Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch, 26 Aufl. 1932, S. 231 f.

130) Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch, 23 Aufl., 1921, S. 275.

131) 詳細は、刑法読書会・佐伯千仞編・前掲注(125) 78頁参照。

段を用いたか。彼の前歴、一身の関係および経済状態から、彼の人格の評価について、どのような有利なまたは不利な事情が認められるか。行為の後に彼がいかなる態度をとったか、特に、彼が彼の行為によって生じた損害を彼に可能な限りで修復するためにしかるべき方法で努力したかが考慮される。そして、(3)有罪判決を受けた者の訴訟中の態度は、それが行為者の社会の要求に対する証明可能な推論を許すときに限り、彼の人格の評価に取り入れることが許される（第3項）。

この提案は、行為者の性格ないし人格を評価し、それが行為に表明される限りで処罰を行うという立場を示す。

第五款 小 括

本節において示したドイツ学説の概観から、古典学派と近代学派の対立をごく簡略化すると、以下のことが明らかになる。

一、刑罰本質論と刑罰目的論

古典学派は刑罰の本質を応報にのみ求め、予防の目的を認めない。対して近代学派は、刑罰の本質論に加えて、予防の目的を刑法に導入し、刑法における予防の観点を提唱した。

二、行為責任および行為者の責任

責任概念に関して、古典学派は自由意思を肯定し、行為責任のみを志向する。しかし近代学派は、社会的な文脈から刑罰を考察し、自由意思がはたらかない者にも通常の刑罰を科すのは酷であるとの考慮から、行為者の事情をできる限り刑罰に反映させようとする。古典学派にとって刑罰は、国家による、国民に対する法の支配の現れである。行為者の事情の考慮や再社会化といった問題は刑法の把握するところではない。対して、近代学派の立場からは、刑罰は社会現象のひとつとみる。有効な犯罪対策という政策的考慮に基づいて、適切な刑罰の付加による行為者の再犯防止と再社

会化を刑法の任務と考える。

三、刑の量定

刑の量定に関して、古典学派は、基本的に、刑を決めるのは立法者であると解している。したがって、裁判官には、本来、刑の量定を行う権限はなく、自由で広範な裁量は認めない。近代学派は、刑の量定も目的思想から導こうと試み、立法者は、行為者類型を定めて行為者を把握し、現実問題に即して柔軟な刑罰を提案して、再社会化の防止に尽力せよと求める。また、裁判官にも刑事政策的考慮を部分的に担わせ、自由裁量を広く認め、行為者の性質等に鑑みて個別のかつ具体的に刑を量定することを求める。

四、刑法の任務の拡大

リストは、行為者の危険性という、伝統的な行為責任に基づくのとは異なる処罰根拠を提示した。近代学派が、行為者の再社会化を目指す効果的な犯罪対策を提唱したことで、刑法に、「危険性がある者に対する犯罪対策」という任務が追加された。戦前の学説においては、責任無能力者や限定責任能力者への対応は、改善可能な者または改善不能者といった類型で考慮されており、これらの者にも刑罰をもって対応された。したがって、刑罰と処分との区別ないし関係という問題は、まだ生じていない。

次の第三節では、刑罰に加えて処分がドイツ刑法典に導入された戦後の時期に着目し、議論を確認する。

第三節 1933年以降の立法の動向

古典学派と近代学派の「学派争い」は、1919年から1920年にかけて、ビンディングとリストが相次いで逝去したことで終息する。その後、ドイツではナチスの時代が到来する。ドイツでは、1933年11月24日に「危険な常習犯罪者法」が制定され、はじめて保安処分が規定され、二元主義が結実した。本節では、二元主義が制定された1933年から、このシステムが定着

したであろうと思われる1960年代にかけての処分規定の変遷および議論状況をおおまかに概観する。

第一款 1933年「危険な常習犯罪者法」の成立

本法案はナチス政権下のもとに成立した。「危険な常習犯罪者法」¹³²⁾は、民族共同体の保護を最たる使命とした。本法案の特徴として、1927年帝国議会法案からの性格的変更が挙げられる。それは、常習犯処罰の強調、刑罰加重の義務化（前科のない常習犯罪者に対する任意の刑罰加重、刑罰加重を示すことだけを要件とする保安監置の予告の可能性）である¹³³⁾。

第42条aは、「保安改善処分（Maßregelung der Sicherung und Besserung）」として以下の規定を採用する。(1)療養または看護施設への収容（Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt）、(2)アルコール依存者の治療施設または禁絶施設への収容（Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt）、(3)労働所収容（Unterbringung in einem Arbeitshaus）、(4)保安監置（Sicherungsverwahrung）、(5)去勢（Untersagung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher）、(6)就業活動の禁止（Untersagung der Berufsausübung）、(7)ライヒからの追放（Reichsverweisung）。

刑罰と処分の関係に関して注目すべき点は、罪刑法定主義の類推適用を認めるとした刑法第2条の改正と、刑法第20条aの規定（常習犯への刑罰加重）が新設された点である。

1927年帝国議会法案と比べると、本法案では、刑罰加重と保安監置を課すための形式的なハードルが著しく低下した。例えば、3個の特別類型の犯罪類型が証明された複数犯の場合に、裁量によって認められる追加的（事後的）な刑罰加重の可能性が認められた。これによって、刑罰加重と保

132) Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933. Reichsgesetzblatt Teil I, 1933, Nr. 133, S. 995. 南利明「民族共同体と法（七）」静岡大学法経研究39巻4号（1991年）99頁以下参照。

133) Vgl. Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 233.

安監置の問題に関し、形式的にこれに該当する者が大きく増加した¹³⁴⁾。さらに、この第20条aの規定によれば、有罪判決があればそれだけで保安監置を課せることから、事実上、すべての複数単に対して期限なしの保安監置が威嚇されることとなった¹³⁵⁾。

「危険な常習犯罪者法」は、抑止的要素を実現し、権威主義的かつ威嚇的に犯罪対策を達成しようとした。「危険な常習犯罪者処罰法」では、改善の必要がある行為者に対する再社会化の思想はほぼ消失していた¹³⁶⁾。後に、1969年の第一次刑法改正によって第20条aの加重規定は廃止され、その他の処分規定も改革によって変更を受けた。

第二款 1962年草案、1966年対案

一、1962年草案

1953年に、連邦司法省の着手によって、西ドイツ刑法全面改正作業が始まる。刑法学者の意見表明、比較法的研究などの予備作業が行われ、大刑法委員会が連邦司法省によって召集された。この大委員会は1954年から59年まで審議を重ね、その成果として、1956年刑法総則草案、1959年草案、1959年第二草案を公表した。次いで、連邦司法省がこれらの各草案を基礎にして草案を作成し、1960年草案が誕生した。この1960年草案に若干の修正を加えたのが1962年草案¹³⁷⁾である¹³⁸⁾。

1962年草案の刑罰に関する基本的立場は、道義的非難の意味での責任主義を基調とし、責任と刑罰の均衡をはかろうとする点で応報ないし贖罪の

134) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 234.

135) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 234.

136) Eser, a. a. O. (Anm.1), S. 234.

137) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, BT- Drucks. IV/650 vom. 4. Oktober 1962. 条文の翻訳として、『1962年ドイツ刑法総則』刑事基本法令改正資料第2号・法務省刑事局(1963年)、その理由書の翻訳として、『1962年ドイツ刑法草案理由書(総則篇) 第一分冊・第二分冊』同第10・11号(1966年・1968年)がある。

138) 1962年草案の成立過程と基本的内容につき、詳細は、内藤謙『西ドイツ新刑法の成立——改正刑法草案との比較的検討——』(成文堂、1977年)2頁以下。

考え方が前面に現れ、犯罪者の社会復帰を刑罰の目的とする特別予防の観点は背後に退いていた¹³⁹⁾。このような基本的立場は、例えば、軽懲役と並んで重懲役を存置したこと（第44条、第45条）、刑の執行猶予の可能性を9月以下の軽懲役と拘留にしか認めず（第71条）、しかも、有罪者の「責任」が刑の執行を必要としないことをもその要件に掲げていたこと（第72条1項）、短期自由刑の制限を明確に打ち出そうとしなかったことなどに現れている¹⁴⁰⁾。刑の量定に関しても、1962年草案では、「刑の量定の基礎は、行為者の責任である」と規定された（第60条1項）。

改善保安処分の規定に目を向けてみても、一般予防を重視する立場が反映されている。1962年草案は、第81条に「改善保安処分」に次のものを規定する。(1)療養または看護施設、または防護施設への収容（Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt oder in einer Bewahrungsanstalt）（第82条）、(2)禁絶施設収容（Unterbringung in einer Entziehungsanstalt）（第83条）、(3)労働所収容（Unterbringung in einem Arbeitshaus）（第84条）、(4)保安監置（Sicherungsverwahrung）（第85条）、(5)予防監置（vorbeugende Verwahrung）（第86条）、(6)保安監察（Sicherungsaufsicht）（第91条－第98条）、(7)運転免許剥奪（Entziehung der Fahrerlaubnis）（第99条）、(8)職業禁止（Berufsverbot）（第101条）、(9)動物保持の禁止（Verbot der Tierhaltung）（第102条）。

刑罰と自由剥奪処分との関係について、1962年草案は、（保安監置を除く）処分を刑よりも先に執行することを認めたが、それは、一定の要件を備えるときに可能とされるにすぎない。そして、先執行された処分の期間の刑への算入は、裁量的になされるにとどまる（第87条1項、3項）。

上述の規定のうち、療養・看護施設収容、禁絶施設収容、防護施設収容、予防監護の処分が新設されたが、これらの処分も、改善（社会復帰）を目的とする制度としての構成が十分になされていなかった¹⁴¹⁾。また、

139) 内藤・前掲注（138）3頁参照。

140) 内藤・前掲注（138）3頁－4頁参照。

141) 内藤・前掲注（138）4頁参照。

労働所収容は、改善に役立つか疑問視されていたにもかかわらず、旧法よりも拡大された。

1962年草案は、危険な常習犯に対する刑罰加重(第20条a)の廃止を提案し、これらの者を保安監置の対象とすることによって二元主義の立場を貫いたが、保安を目的とする保安監置の要件は旧法と対比して厳格化されなかった(第85条)。1962年草案の改善保安処分制度は、改善よりはむしろ保安に重点を置いたとさえいえるものであった¹⁴²⁾。1962年草案は、処罰の間隙を埋めながら新しい犯罪現象に対応していくよう試みたが、その立場は保守的であり、応報と贖罪の観点に固執しているとの批判を受けた¹⁴³⁾。

二、1966年対案

1962年草案への強い批判から、14名の若手の刑法学者を中心として、1966年に対案¹⁴⁴⁾が作成された。処分規定に関して、対案は、第4章に「改善保安処分」を定める。対案では、刑事政策的への考慮が十分に図られ、処分の規定が詳細に定められた。その理由は、刑罰には責任主義の制約があるのに対し、処分についてはこのような制約がないにもかかわらず、その内容が個人の自由を侵害することには変わりなく、しかも各行為者に適切なものを選択する必要があることから、その要件を細かく定められているところに求められる¹⁴⁵⁾。

対案の立場は二元主義に立脚しており、有責な行為に対しては責任にかなった刑を科し、行為者の危険性に対しては処分によって対応する。この意味では、ドイツ刑法改正案の伝統に従うが、刑と処分の関係につき、

142) 内藤・前掲注(138)4頁。

143) ハンス・シュルツ(中川祐夫訳)「対案による刑法改正」ユルゲン・パウマン編著・佐伯千仞編訳『新しい刑法典のためのプログラム』(1972年)3頁参照。

144) Baumann et. AL, Alternativ-Entwurf, 2., verb. Aufl, 1969. その他、1966年対案の詳細につき、宮澤浩一「1966年西ドイツ刑法改正対案の刑事政策的規定について」判例タイムズ206号(1967年)2頁以下参照。

145) 宮澤・前掲注(144)10頁参照。

1962年草案の規定との重大な相違点が存在する。すなわち、1962年草案では、刑罰の前に処分を執行するが必ずしも刑罰の前に刑を執行する必要はなく、その期間を刑期に算入することができるが（第87条）、1966年対案では、行為者の社会復帰をより考慮するために、保安監置以外の自由剥奪的処分は、常に、刑の前に執行し、刑期に参入される（第77条1項）。処分先執行を原則とした理由は、処分の効果が、後から行われる行刑によっておびやかされるべきでないという考えに基づく¹⁴⁶⁾。

行為者の危険性に対しては、対案も、1962年草案と同じく、改善保安処分をもって対処する。自由剥奪を伴う保安改善処分として、対案には、(1)療養・看護施設（Heil- und Pflegeanstalt）への収容（第67条）、(2)アルコール依存者のための禁絶施設（Entziehungsanstalt）への収容（第68条）、(3)社会治療施設（sozialtherapeutische Anstalt）への収容（第69条）、(4)保安施設（Sicherungsanstalt）への収容（第70条）が規定された。1962年草案と異なる点として、改善の役に立たず、危険との均衡性も欠けるとして有効性が疑問視されていた労働所収容が廃止され、第69条の社会治療施設収容の新設が提案された。社会治療施設収容は、刑の執行では将来の犯罪行為を抑圧しえないおそれがある累犯者に適用されるもので、責任無能力者・限定責任能力者に加えて、完全責任能力者も収容される。これらの者は、社会復帰を目指した社会的治療および矯正教育が医師のもとで行われる。その反面、対案では、麻薬依存者のための禁絶施設収容、労働場、監置施設、予防監置施設の規定が削除された¹⁴⁷⁾。

対案における自由剥奪処分のうち、最も強度なものが保安施設収容である。これは、比例原則に配慮し、行為者の危険が特に顕著な場合にのみ認められる。保安施設には、故意によって累犯をくり返し、将来、生命に対

146) Baumann et. Al., Alternativ-Entwurf, a. a. O. (Anm.144), S. 157.

147) 宮澤・前掲注（144）10頁。これらの処分が削除された理由につき、禁絶施設は治療、保護施設に包含され、労役場収容は社会福祉関係の施設へと任せられ、労働嫌悪者であって重大な犯罪行為を犯した者は社会治療処分の対象とされたためである。予防監置も社会治療処分に委ねられ、保安観察（Sicherungsaufsicht）は保護観察と区別できないとされた。

する危害を加える可能性がある者が、期間を定めずに収容される(第70条3項)。

刑罰に関して、対案は、重懲役、軽懲役、拘留を「自由刑」に一本化した。主刑には、「自由刑(第36条以下)、罰金刑(第49条以下)、運転禁止(第55条)」が採用され、これらは主刑としても付加刑としても科せられうると規定された。さらに、自由刑と罰金刑の適用関係につき、短期自由刑を6月以上と定め(第36条)、罰金刑の適用を広げようと試みられた。対案では、刑罰と処分の二元主義をとったことに併せて、一般予防効果より、刑においても処分においても社会復帰を妨げないという意味での特別予防効果が重視された。

量刑の一般原則につき、対案は、包括的な規定を置き、行為責任によって刑の上限が決まるとし(第59条1項)、刑の程度は、法共同体への復帰または法益保護が必要とする限りで認められると規定した(第59条2項)。累犯の規定は、行状責任の考慮へと至りうるとの懸念から削除され、常習犯には改善保安処分に対応することが目された¹⁴⁸⁾。

1966年対案は、行為者の改善と社会復帰を中核とし、刑においても処分においても特別予防を重視する。刑罰の種類を大幅に限定しながら、自由刑の適用を減らして罰金刑を主軸とし、改善保安処分を幅広く活用して個別に効果的な処遇を与えようとした。対案は、1962年草案と対照的なものとなった。

第三款 1969年第一次刑法改正法、1969年第二次刑法改正法

1966年対案の構想は、1969年第一次刑法改正法、第二次刑法改正法において、かなりの程度、取り入れられることとなった。以下で、刑罰と処分との関係をめぐるこれらの改正法の態度に絞って、重要部分を抜粋する。

148) 宮澤・前掲注(144)9頁参照。

一、1969年第一次刑法改正法

1969年6月25日の第一次刑法改正法¹⁴⁹⁾は、刑事政策的にとくに重要なものおよび若干の各則の緊急に必要なものを現行法の部分改正という形で規定し、これによって、刑罰、刑の量定、改善保安処分にかかる規定は、かなりの拡充が実現された¹⁵⁰⁾。

改善保安処分に関する重要な改正は、比例原則の規定の新設（第62条）、危険な常習犯罪者に対する保安監置の要件の厳格化（第66条）、危険な常習犯罪者に対する刑の加重規定の廃止、労働所収容の廃止などが挙げられる。本改正法では、「改善保安処分」との名称を採用して保安よりも改善を優先することが明示され、改善保安処分にかかる規定は、自由剥奪を伴う処分と自由剥奪を伴わない処分に分けられた。労働所収容が廃止され、予防監置は社会治療施設に組み込まれたため、前者には、精神病院収容（第63条）、禁絶施設収容（第64条）、社会治療施設収容（第65条）、保安監置（第66条）が規定された。後者の自由剥奪を伴わない処分は、行状監視（第68条）、運転免許剥奪（第69条）、職業禁止（第70条）が規定された。

社会治療施設は、改善可能な者に対する改善と社会復帰促進を目的とし、責任無能力者および限定責任能力者、重い人格障害ある累犯者、衝動犯、若年の危険な行為者が収容される。これと異なって、保安監置は専ら保安のために言い渡されるものであり、改善不能者への無害化を目的とする。保安監置がその要件を厳格化して存置された理由は、不定期刑を採用することが責任主義に反して難しいこと、社会治療施設収容の対象である改善可能な者への処分と区別する必要があるためとされる¹⁵¹⁾。

刑と処分との関係につき、代替主義の立場が強化され、自由刑と合わせ

149) Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969.

150) 経緯の詳細は、内藤・前掲注（138）12頁以下参照。ほか、阿部純二「西ドイツの新刑法総則について——刑事政策的部分を中心として」法律時報41巻11号（1969年）108頁以下。

151) Vgl. Erster Strafrechtlicher Bericht des Sonderausschusses für Strafrechtreform, Drucksache V/4094, S. 19.

て自由剥奪処分が命令されるときは、原則として必ず処分が刑よりも先に執行される(保安監置を除く)(第67条1項)。ただし、処分の目的がより容易に達成される場合、例外的に、刑が処分より先に執行される(第67条2項)。

刑罰に関する改正としては、自由刑の単一化(第38条)、短期自由刑の例外的適用(第47条)、刑の免除に関する一般規定の新設(第60条)、執行猶予制度の拡充(第56条以下)などが規定された。自由刑は、それまでの重懲役、軽懲役、拘留が廃止され、これらをまとめて無期および15年以下1月までの単一的な「自由刑」とし、6月以下の短期自由刑の制限的な適用が採用された。

量刑に関する改正としては、量刑の基本原則の明文化(第46条)、一般的な累犯加重規定の新設(第48条)がある。量刑の基本原則には大きな変更が加えられ、「行為者の責任を、刑の量定の基礎とする。(刑の量定にあたっては)刑罰が行為者の将来の社会生活に与える諸効果を考慮する」と規定された(第46条1項)。

二、1969年第二次刑法改正法

1969年7月4日の第二次刑法改正法¹⁵²⁾は、新しい「総則」を規定し、犯罪、刑罰、改善保安処分などの規定が全面的に改正された。第一次改正法によって改正された部分は、わずかの修正を加えて、この新刑法総則の中に組み込まれた¹⁵³⁾。

上述の刑罰、量刑、改善保安処分規定の新設および改正に関して、その大部分は、第一次刑法改正によってすでに実現されていた。第二次刑法改正法によって実現されたのは、準備に時間を要する制度、すなわち、日数罰金制度、刑の留保付き警告、社会治療施設収容の導入である。これに關

152) Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. 7. 1969.

153) 経緯の詳細は、内藤・前掲注(138)13頁参照。ほか、阿部・前掲注(150)109頁以下参照。

係する刑罰と処分の代替主義、他の処分執行への送致、処分の試験的な延期に関する諸規定も社会治療施設収容の整備と合わせながら調整する必要があるため、また、行状監視も、組織的整備に若干の時間を要するため、その実現は、第二次刑法改正法まで待つことになった。

これによって刑罰も処分も大幅な変更が加えられることとなったが、対案のすべての提案が採用されたわけではない。例えば、量刑の基本原則についての対案の構想（「行為者の責任を刑の上限とする」）は採用されず、同趣旨の規定に、「刑が社会における行為者の将来の生活に与えると期待し得る効果を考慮するものとする」という文言が付加されるにとどまった（第46条）。また、対案の注目すべき諸提案のうち、6月未満の短期自由刑の否定は、短期自由刑の制限という形でしか実現せず、短期自由刑に代わるべき制度としての有効期間罰金（*Laufzeitgeltstrafe*）（生活水準を制限する刑罰としての罰金〔第49条〕）、労働奉仕による罰金の代替なども採用されなかった。さらに、対案に反して、一般的累犯加重規定（第48条）、行状監視制度（第68条）が設けられた。したがって、対案の提案がことごとく採用されたわけではないため、1966年対案の起草者たちにとって、第一次・第二次刑法改正法の内容は、かならずしも満足できるものではなかったであろうと指摘される¹⁵⁴⁾。

もっとも、この新総則の創設により、ドイツ新刑法典の基本的な路線が決定されたのは明らかである。ここで制定された規定は、現行法においても、多くの部分が維持されている。1969年第二次刑法改正法は、1973年10月1日に施行されることとなった。

第四款 小 括

上の戦後の立法経緯において、社会の保護のための保安を重視するか、行為者の改善と再社会化を重視するかの点で、保安から改善への移行が見

154) 内藤・前掲注(138)22頁参照。

て取られる。1933年の「危険な常習犯罪者処罰法」は、抑止を重視し、権威主義的かつ威嚇的な犯罪対策を試みたため、行為者の再社会化の思想はほぼ消失し、専ら保安に傾いていた。1962年草案でも、伝統的かつ保守的な刑罰観が採用され、行為者の改善でなく、保安が重視された。

1966年対案では、こうした保安への傾倒が批判され、行為者の改善と社会復帰をより厚く考慮する処分規定が提案された。続く1969年第一次刑法改正法、第二次刑法改正法も、1966年対案の構想を多くの部分において引き継ぎ、改善保安処分の規定を可能な限り対象者を明確化して整備し、自由刑、罰金刑といった刑罰の規定、量刑規定および累犯の規定についても、個別的な対応に適するよう合理的な配慮に基づいて定められ、行為者の改善および社会復帰への配慮が張りめぐらされることとなった。そして、これらの構想が期待する特別予防は、刑および処分を通じて再社会化を達成するという意味の特別予防でなく、刑においても処分においても社会復帰を妨げないという意味での特別予防である。1969年第一次および第二次刑法改正法において採用された規定は、現行法における改善保安処分の規定とかなり共通しており、今日の改善保安処分規定の土台を形成している。こうしたことを踏まえて、次の第四節では、戦後の議論状況を確認する。