

# 刑罰とは何か(2)\*\*

——非刑罰的措置と対比して——

冠野 つぐみ\*

## 目 次

第一章	序 論	
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	
第二節	古典学派および近代学派における学派争い	
第三節	1933年以降の立法の動向	(以上、408号)
第四節	戦後の学説状況	
第一款	メツガーの見解	
第二款	シュレーダーの見解	
第三款	ドレーアーの見解	
第四款	ヴェルツェルの見解	
第五款	マウラッハの見解	
第六款	小 括	
第五節	近時の立法状況および学説状況	
第一款	1970年代以降の立法状況	
第二款	ミュラー＝ディーツの見解	
第三款	ヤコプスの見解	
第四款	フリッシュの見解	
第五款	コッホの見解	
第六款	カスパーの見解	

---

\* 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

\*\* 前号に以下のような誤りがありましたので、ここで訂正します。前号の論文タイトル「刑罰とは何か——非刑罰的措置と対比して——」を、「刑罰とは何か——非刑罰的措置と対比して——」に、第二章第四節「戦後の議論状況」を「戦後の学説状況」に、第二章第五節「近時の立法状況および議論状況」を「近時の立法状況および学説状況」に、第三章「日本における議論状況」を「日本における学説状況」に訂正します。

第六節 小 括	(以上、本号)
第三章 日本における学説状況	
第四章 近時の処分および刑事政策的検討	
第五章 結 論	

## 第二章 ドイツにおける議論状況

### 第四節 戦後の学説状況

上述のドイツ戦前の学説状況では、改善保安処分が規定されていなかった1933年以前において、古典学派と近代学派は全く異なる刑法観をもっていたが、近代学派の要求によって、刑法学は個別有効な犯罪対策という新たな任務を獲得したことを確認した。本節では、戦後の学説をおおまかに概観する。戦後の学説では、ドイツに改善保安処分が導入されたことにより、刑罰と処分の本質、両者を法体系のどこに位置付けるかという議論からさらに進んで、二元主義システムにおける刑罰と処分の執行の問題も重視されるようになる。以下では、戦後学説として、メツガー、シュレーダー、ドレーアー、ヴェルツェル、マウラッハの見解を参照し、刑罰と処分の関係に加えて、執行段階での見解も合わせて確認する。

#### 第一款 メツガーの見解

##### 一、基 礎

エドムント・メツガー (Edmund Mezger)<sup>1)</sup>の刑罰観は、古典派の責任刑をベースとする。刑罰と保安処分を厳密に区別し、二元主義を基本的には認める。しかし同時に彼は、「すべての人の行為には目的がある」とし、刑罰も目的を有すると解する<sup>2)</sup>。自説において目的思想を強く意識し、犯罪

---

1) メツガ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 [1] メツガー」法学教室127号(1991年)36頁-37頁。

2) Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch, Allgemeiner Teil I 4., neubearbeitete

対策の面でもその思想が表れている。メツガーは刑罰目的を一元的でなく多元的に解し、その最終的な目的を「犯罪の防止 (Verbrechensverhütung)」に置く<sup>3)</sup>。メツガーの構想は、刑罰にも処分にも一般予防と特別予防を割り当てるが、刑罰では行為に対する責任を追及し、処分では行為者に対する効果的な処遇を考慮するものである。

## 二、刑法観と刑罰目的

メツガーは、まず、刑法は、人々の法律的、倫理的育成を促進し、過去の犯罪を償い、将来の犯罪から社会を保護すべきであるとし、刑罰を、そのために用いられる害悪としての応報と解する<sup>4)</sup>。そして、刑罰はしばしば一般予防および特別予防の任務を引き受け、威嚇、保安、改善、教化等の任務を同時に引き受けることもあるとし、どのような刑罰目的が社会の存立に適しているかは一義的には決まらないとしたうえ、受刑者がふたたび犯罪に陥ることを刑罰のみで阻止するのは不可能であると説明する<sup>5)</sup>。そのため、刑罰目的は、状況に応じて異なって決まる。犯罪者が心理学上特有の性質を有する場合は、行為者の責任がわずかでも、社会保全の必要が著しい場合がしばしばあり、この場合、刑罰は、適正な応報を断念するか保安に付すかの選択が求められる<sup>6)</sup>。

## 三、二元主義

メツガーは、応報としての刑罰が犯罪予防の手段として役立たない場合、刑罰を補充し得るものとして処分を肯定し、二元主義を是認する。二元主義のもとで、刑罰は個々の行為に表れた行為者の責任を標準とし、保

---

↘ Aufl., 1952, S. 250. 本文献の訳文として、斎藤金作「刑罰と保安処分との関係」法学新法 66巻 (1959年) 20頁参照。

3) Vgl. Metzger, a. a. O. (Anm. 2), S. 250.

4) Metzger, a. a. O. (Anm. 2), S. 289 f.

5) Metzger, a. a. O. (Anm. 2), S. 289 f.

6) Metzger, a. a. O. (Anm. 2), S. 289 f.

安処分は、将来に着目して、行為者の危険性を標準とする<sup>7)</sup>。彼は、刑罰を行為に関係する措置として捉え、処分を行為者に関係する措置と捉える。

#### 四、刑罰および処分の執行に関する具体案

メツガーは、少年犯罪、精神障害者への対応において、刑罰および処分の執行に関する次の提案を行った。

##### (1) 少年に対する刑罰および処分

メツガーは、罪を犯した少年の社会復帰の手段として、刑罰と教育措置を観念する。そのため、14歳から18歳の少年に対しては教育措置としての処分が前置されるが、ここでは治療、看護、酩酊者の保護といった矯正の性質のもののみが問題となり、保安拘禁や労働所収容は少年には除外される<sup>8)</sup>。

彼の見解では、刑罰と教育は絶対的に対立するものでない。刑罰は、正しく執行される場合には教育の手段たり得、少年に対しても科されるとする。また、教育処分に関して、少年犯罪も社会生活にとってはまったく危険な形態をとるため、これに対する社会防衛の必要を否定することはできないとする<sup>9)</sup>。そのため、裁判官の自由な判断に任せて、個別の事例に応じて、自由で弾力性のある処遇を達成するべきであるとした<sup>10)</sup>。

##### (2) 精神病者に対する刑罰および処分

精神病者への対応として、メツガーは、治療と刑罰を区別した。病人は責任無能力であるため刑罰を受けず、療養施設および看護施設収容といった治療処分のみが問題となる。対して、軽微な酩酊者のような責任能力が

---

7) Metzger, a. a. O. (Anm. 2), S. 289 f.

8) Edmund Metzger, Die Vereinheitlichung der Strafe und sichernden Massnahmen, ZStW, Bd. 66, 1954, S. 174. 本文の訳文として、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）122頁以下を参照。

9) Metzger, a. a. O. (Anm. 8), S. 174 f.

10) Metzger, a. a. O. (Anm. 8), S. 174 f.

完全になくなるのでない者の場合、刑を受けるか治療処分を受けるかは、裁判官の自由な判断に事案ごとに委ねられるとする<sup>11)</sup>。

精神病質者は、原則として、限定責任能力者として刑法上の責任を負う<sup>12)</sup>。当時の規定によれば、刑罰と並んで、治療としての療養施設および看護施設収容を受けうるが(第42条b第2項)、刑罰と(治療)処分が並置されていることはしばしば不適當であり、刑罰目的と処分目的を調和させるような特殊施設の創設が必要であると主張した<sup>13)</sup>。

その他、犯罪傾向のある者の対応も、精神病に起因するか否かで異なる。この場合、犯罪傾向のある行為者の原因に対して処分を適合させることを基調とし、犯罪傾向が純粋な精神病に起因する限り刑罰でなく治療が考慮され、精神病でないが犯罪傾向を有する者には刑罰が科せられ、場合によっては加重されるとする<sup>14)</sup>。

## 五、性格責任論 (Charakter-Schuld)

1920年代に、メツガーは、当時の刑法改正の中心問題の一つであった危険な常習犯人の処遇をめぐる性格責任論を主張した。性格責任論において、彼が責任の基礎に置いたのは、(1)責任と危険性との二元主義に立脚し、責任刑法、責任主義を承認すること、(2)責任は回顧的であること、(3)責任は単に行為者の所為に対する具体的・心理的な関係に尽きるのでなく性格論的な諸事情に関連したものであること、であった<sup>15)</sup>。メツガーは、性格論的責任論を相当説と結びつけ、量刑において考慮しようとする

---

11) Metzger, a. a. O. (Anm. 8), S. 176 f.

12) Vgl. Metzger, a. a. O. (Anm. 8), S. 177.

13) Vgl. Metzger, a. a. O. (Anm. 8), S. 177.

14) Vgl. Metzger, a. a. O. (Anm. 8), S. 178.

15) 川崎一夫「メツガーの行状責任論——責任主義と人格責任論(二)——」創価法学第2巻第1号(1972年)57頁。川崎一夫「メツガーの性格論的責任論——責任主義と人格責任論(一)——」創価法学第1巻2号(1971年)98頁以下によれば、「行為者の社会的相当性」は「行為者の正常性」を指し、行為者が精神病質的な素質を持っているか否かを意味する。

る。相当説の内容は、所為の人格相当性が責任の程度を決定し、行為者人格の社会的相当性（行為者の正常性）が責任の種類を決定するというものである<sup>16)</sup>。刑罰は応報、教育、改善、保安という目的を同時に担うとし、行為者の性格論的要素を結びつけて、これを処罰の基礎とした。

## 六、行状責任（Lebensführungs-Schuld）と常習犯処罰

上述の性格責任論は、ナチス期以降、行状責任に移行した<sup>17)</sup>。その移行の直接のきっかけとなったのは、当時の刑法第20条a（常習犯に対する加重の規定）の新設である。危険な常習犯の対策のために、メツガーは行状責任を主張した。行状責任は、行為者が生活において自らの性格特性のために犯罪の危険に陥り、それが行為に表れた場合に行為責任の非難を加えるものである。ナチス期において、メツガーは、行状責任に基づいて、常習犯の刑罰加重を説明した。

もともと、ナチスの崩壊後、メツガーは行状責任を強く主張しなくなったとみられている<sup>18)</sup>。行状責任は、行為責任を基礎としながら常習犯の刑を加重することの説明が十分でないとの批判を受けたからだと思われる<sup>19)</sup>。

## 第二款 シュレーダーの見解

### 一、基礎

ホルスト・シュレーダー（Horst Schröder）は、二元主義に関し、刑罰と処分を区別するとしながら、執行場面では両者の機能が重なり合う場合が

---

16) 川崎・前掲注(15)「メツガーの行状責任論——責任主義と人格責任論(二)——」58頁。

17) メツガーの行状責任の記述は、ナチス期の1936年の教科書（第3版）ではじめて登場する。

18) しかし、戦後の教科書、Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch, Allgemeiner Teil I, 6., neubearbeitete Aufl., 1955, S. 281 には、依然として、行状責任の記述が残っている。

19) 平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）63頁は、「メツガー自身、常習犯人に対する刑の加重は、行状責任では説明しきれず、刑そのものに、責任刑という性格だけではなく、保安刑としての性格をも持たせたものだ、としていた」とする。

あると指摘する<sup>20)</sup>。刑罰と処分をともに自由剥奪的な「犯罪のリアクション (Verbrechensreaktion)」と捉え、行為者に対して威嚇、改善、保安、応報の効果を上げたいときには両者は競合しうるが、治療の効果を上げたいときには刑罰でなく処分が言い渡されるべきとする。そのため、刑罰は、処分のうちの威嚇、改善、保安の効果を担うことができるが、治療の効果を担うことはできないと解する。

## 二、合目的性に応じた目的追求

シュレーダーは、「刑法は刑罰という害悪を規定し、これを科すことによって、その侵害を贖い、威嚇を加えようとする」とし<sup>21)</sup>、刑罰を害悪と捉える。刑罰と処分はすべての執行場面で統一することはできず、合目的性(有効性)に応じて、行為者の威嚇、教育、保安、応報の目的を、別個の検討のもとで追求することを要する<sup>22)</sup>。

## 三、二元主義および刑罰と処分の関係

彼は、刑罰と処分を、ともに「犯罪のリアクション」と解する。そして、保安拘禁においては刑罰が処分に、処分が刑罰に代用しうるが、療養施設収容において、療養の機能は刑罰によっては決して引き受けられないとする<sup>23)</sup>。シュレーダーによれば、旧法第42条 a (改善保安処分)の規定のうち、保安監置、職業禁止、運転免許剥奪は保安の目的に資する<sup>24)</sup>。療

---

20) Vgl. Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., 1959, vor § 42 a ff. S. 165 f.

21) Schönke/Schröder Kommentar, a. a. O. (Anm. 20), S. 163.

22) Horst Schröder, Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Massnahmen, ZStW, Bd. 66, 1954, S. 182 で、シュレーダーは、この体系を「刑罰と措置との法律上の体系 (gesetzliche System von Strafen und Maßnahmen)」とし、さらに同185頁では「犯罪リアクションの体系 (System der Deliktsreaktionen)」として刑罰と処分を並置する。  
なお、本文献の訳文として、瀧川・前掲注(8)97頁以下参照。

23) Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 180 f.

24) Schönke/Schröder Kommentar, a. a. O. (Anm. 20), S. 163.

養施設または看護施設への収容は、精神疾患の種類と程度に応じて、保安の目的または療養の目的が前面に現れ、アルコール依存者の治療施設または禁絶施設への収容は、まず、被収容者の療養に資すると解する<sup>25)</sup>。労働所への最初の収容は、主として改善を目的とし、当該収容が再三行われる場合は保安が前面に現れるとする<sup>26)</sup>。したがって、シュレーダーは、処分と改善は択一的ではなく、改善が前面に現れる場合もあるし、保安が前面に現れる場合もあるとする<sup>27)</sup>。

#### 四、刑事学的行為者類型

また、シュレーダーは、行為者類型を確定するのは立法者の任務でないとして解している。彼によれば、刑事学は、状態犯人（Zustandsverbrecher）や性向犯人（Hangverbrecher）など、行為者を類型化しようと以前から努めてきたが、これらの者を立法段階で区別する必要はなく、行為者類型の判断は裁判官に任せ、危険な行為者からの社会の保護、病人の治療、改善可能者の教育などの課題が定まる段階で区別すれば足りる<sup>28)</sup>。

このような考えに基づき、彼は、裁判官に、予防目的を達成するために、次の処分を求める。① 保安を目的として、社会の保護が必要とされる危険な行為者への保安監置（Sicherungsverwahrung）、治療不可能な精神障害者への保安監置、反社会的な者への労働所収容における保安監置を言い渡す。② 治療を目的として、精神障害者に対しては治療作用のある措置を、病気の積極的影響があるかもしれない場合の責任無能力者・限定責任能力者に対しては治療所への指示を言い渡す。③ 同じく治療を目的として、飲酒者に対して療養施設および禁絶施設収容を言い渡す。④ 保安または改善を目的として、厄介な反社会的な者に対して保護施設収容を言

---

25) Schönke/Schröder Kommentar, a. a. O. (Anm. 20), S. 163.

26) Schönke/Schröder Kommentar, a. a. O. (Anm. 20), S. 163.

27) 斎藤・前掲注（2）18頁参照。

28) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 181 f.



い渡す。④は、被收容者ごとに目的が異なり、例えば、労働所收容では、教育しうる反社会的な者に対しては改善を目的とする教育措置が言い渡されるが、矯正しがたい反社会的な者に対しては労働所收容に代えて救護所への收容が言い渡される<sup>29)</sup>。

上の場合、裁判官が、保安、治療、改善が必要か否かを確定するとして、シュレーダーは、合目的性に応じた処分の言い渡しが必要であると述べる。

#### 五、常習犯に対する具体的提案——刑罰と保安監置の併用

常習犯に対しては不定期刑（保安刑）を適用して保安監置を不要とするか、あるいは、保安監置に刑罰の機能を担わせるかが問題となるところ、シュレーダーは、常習犯に対して保安刑を言い渡す場合、主たる目的は処分にあって「刑」とはいえず、きわめて不当であると主張する<sup>30)</sup>。

常習犯への対応につき、シュレーダーは、刑罰に加えて保安監置を言い渡すことを支持し、次の提案を行った。常習犯に対してはまず、行為に応じて自由刑が宣告され、この者が常習犯の生活をしてきたという事実から刑罰加重が考慮される<sup>31)</sup>。同時に、裁判所によって保安監置をこの者に認めてよいことが言い渡されるが、刑の宣告時にはまだ命じられず、刑罰が終わった後に危険性がなお存在するかが判断され、保安監置が行われるかが決定されるべきとする<sup>32)</sup>。この点で、この判断方法の利点は、判決時の危険性予測を回避することができる点にあると説明する。なお、保安監置を言い渡す段階での危険性予測の認定は、裁判官の判断に加えて、行為者の前科、前歴を併せて考慮すべきと考えた<sup>33)</sup>。

---

29) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 182 f.

30) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 185.

31) Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 187.

32) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 187.

33) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 187.

## 六、療養および看護施設収容と刑罰および処分との関係

療養および看護施設収容は治療目的を達成しなければならず、刑罰によって担われない。シュレーダーによれば、これら治療処分の目的は、改善可能と思われる危険な精神障害者の改善と、改善不可能な危険な精神障害者の隔離（無害化）に分けられる<sup>34)</sup>。

責任無能力者、限定責任能力者への対応は、次のようになる。シュレーダーは、責任無能力者に対しては処分を科し、危険性のない限定責任能力者には刑罰を科すことには問題はないが、危険性のある限定責任能力者に対しては、刑罰が治療の機能を営まないことから、このような者には、刑罰に加えて治療を言い渡すことを要求する。その理由につき、社会的危険性のある限定責任能力者が療養（治療）を受けるために刑罰が科されないとすれば、限定責任能力者と責任無能力者との法律上の区別に反して両者を同列に置くことになり、両者とも、ただ予防の必要性に応じて収容されるだけになると説明する<sup>35)</sup>。また、収容期間は（刑に応じてでなく）処遇の必要性によって決まるため、刑を受けるより短い期間の収容になるだろうと批判する<sup>36)</sup>。シュレーダーは、さらに、このような理解から、治療的収容の命令時は、行為者の現在の状況のみを決定してよいとして処分と行為の結びつきを放棄し、責任能力者に対しても、治療のために必要であれば収容を言い渡してよいとする<sup>37)</sup>。

もっとも、保安の理由からのみ収容が行われる場合は保安監置に似てくるため、このような場合は、保安刑を科すか、刑罰の機能を引き受ける保安監置を言い渡すかの両方が可能であるが、保安監置の継続的な言い渡しを選ぶべきであるとし、その際の刑罰と処分の執行順序については、裁判官に、個々の合目的性に従って決定権限を与えることを要求する<sup>38)</sup>。

---

34) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 188.

35) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 188 f.

36) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 188 f.

37) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 190.

38) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 190.

### 七、飲酒者療養施設と刑罰および処分の関係

アルコール依存者療養施設収容は、療養施設収容の場合と類似する。シュレーダーは、アルコール依存者に対して刑罰を放棄して収容のみを言い渡すので足りるかと問題を提起する。こうした者に対して、酩酊中に殺人を行った者に刑罰を科さないことは民衆の法感情に対して説明することができないとし、妥協策として、収容期間を刑期に算入することを提案した<sup>39)</sup>。

### 八、労働所収容と刑罰および処分の関係

労働所収容は、反社会性を有する者(物乞い、放浪生活、売春婦)に対して言い渡されるとする。犯行の重要さが小さいため、これらの者には、予防効果が小さく、贖罪も重要でない拘留刑のみが科せられる<sup>40)</sup>。

### 九、その他の提案

その他、シュレーダーは、措置法一般について、保安および改善の処分は、警察的、行政に適した性格をもっているが、これらを行政官庁でなく裁判官に管轄権を与えるのがふさわしいと述べる<sup>41)</sup>。また、治療措置(療養施設収容、看護施設収容、飲酒者療養施設収容)の場合、犯行と行為者の事情との関係を放棄し、判決時の状況に従って収容の必要性を決めるべきであるとより一層強調した<sup>42)</sup>。

## 第三款 ドレーアーの見解

### 一、基礎

エドゥアルト・ドレーアー(Eduard Dreher)は、刑罰、処分ともに、自由剥奪という害悪であると捉える。そして、執行実務の点では、二元主義

---

39) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 191.

40) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 191.

41) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 191 f.

42) Vgl. Schröder, a. a. O. (Anm. 22), S. 192.

は正当化され得ないとして反対する。彼は、責任能力者に対して、責任、保安、改善すべての機能を含めた「より多次的な刑罰概念」を提唱する。それは、「責任能力者→刑罰/責任無能力者→処分」という構想のもとに「より多次的な刑罰概念」を適用することの提案であり、併せて、不定期刑の採用を肯定する。ドレーアーもまた、行為者の性格および心情を考慮して、個々人に適した処罰および処分を与えようとの考慮はしており<sup>43)</sup>、累犯・常習犯への加重は、その内心的な悪性、すなわち「不正を働く意思」に根拠を求める<sup>44)</sup>。

## 二、刑罰と処分への理解と二元主義

ドレーアーは、「刑罰」や「処分」といった名称とは無関係に、あらゆる自由剥奪は害悪であり、刑罰、処分ともに自由剥奪的側面があると説明する<sup>45)</sup>。この理解に立って、ドレーアーは、二元主義システムにつき、刑罰は贖罪、応報、第三者威嚇を果たすべきとし、処分は行為者の威嚇、改善、保安あるいはそれらすべてを果たすべきとし、刑罰は過去の行為の責任に対するリアクションであって、処分は将来の行為者の危険性に対するリアクションであると説明する<sup>46)</sup>。しかし、このような二元主義における刑罰と処分の区別は、ドレーアーによれば、執行段階では明確に区別することができない。現実の執行からみれば、刑罰と処分の関係、刑罰と処分のいずれが賦課されるかを決めるのに重要なのは立法者の判断でなく、その周辺に位置する者、すなわち、法律解釈、裁判官、刑の執行官、威嚇さ

---

43) Vgl. Eduard Dreher, Über die Gesichte Strafe, 1947, S. 85.

44) Dreher, a. a. O. (Anm. 43), S. 79 f.

45) Eduard Dreher, Die Vereinheitlichung Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW, Bd. 65, 1953, S. 482 は、「立法者が、ある害悪を、犯罪行為に対するリアクションでなく将来に向けられた処分であると述べたとしても、自由剥奪は、刑罰として現れないわけにはいかない」とする。

46) Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 481. 本文の内容につき、瀧川・前掲注（8）111頁以下参照。

れるべき第三者、国民全体、行為者自身の判断であるとし、各人の現実的視点から必要な処遇を決定すべきと主張した<sup>47)</sup>。したがって、彼は、二元主義システムの問題点を指摘し、異なる場面ごとに異なる刑罰目的を設定し、事案に応じた異なる刑の量定が必要であるとの立場に立つ<sup>48)</sup>。

### 三、立法者の立場からみた刑罰と処分の関係

ドレーアーは、刑法は行為に対するリアクションとして形成されている一方で、累犯や常習犯に対する刑罰加重は行為者に対して科せられるとし<sup>49)</sup>、行為者処罰の点に疑問を投げかける。

彼によれば、刑罰および処分に共通する自由剥奪の性質を決定するのは、立法者でなく事案の当事者である。その批判によれば、二元主義を取ると、次のジレンマが生じる。例えば、責任刑として刑罰を言い渡す場合、懲役刑・禁錮刑の執行は被収容者に教育的に作用し、この者に市民生活への再出発を意識させるべきであるが、ここで言い渡される刑罰が行為者の責任に応じた刑罰であった場合、教育的効果をあげるにはあまりに短いか、もしくはあまりに長期にわたり、社会復帰への意思が破壊されてしまうとする<sup>50)</sup>。このようなジレンマを回避したいなら、立法者は、単なる応報刑（責任刑）としての量刑と執行を整備する必要があると警告した<sup>51)</sup>。

### 四、裁判官の立場からみた刑罰と処分の関係

裁判官が刑罰か処分のいずれを言い渡すかを決定するに際して、ドレー

---

47) Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 481 f.

48) Dreher, a. a. O. (Anm. 43), S. 127.

49) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 482 f. は、「刑罰をあらゆる場合に単なる行為に対するリアクションとして形成し、同時に行為者に対するリアクションとして形成しないことは不可能である。累犯や常習的な職業犯人への刑の加重は、行為でなく行為者に対して科せられている」とする。

50) Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 482.

51) Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 482.

アーは、裁判官の内心に着目する。例えば、累犯加重のように、裁判官が責任刑に基づいて刑を言い渡す場合も、潜在意識下では行為者の改善もしくは保安に意識を払うことがあり得ると指摘する。ドレーアーは、これによって刑罰と処分の正確な限界付けは消失し、二元主義システムは維持できなくなると主張する<sup>52)</sup>。

#### 五、執行官の立場からみた刑罰と処分の関係

刑の執行をする者は、たとえ自らが刑罰の効果に懐疑的であったとしても、その目的を被収容者の拘置（Haltung）に置き<sup>53)</sup>、釈放後は、この者が社会適的な生活を送ることが可能になるよう期待する。しかし、裁判官は純粹の責任刑の観点から刑罰を科すため、言い渡された刑が被収容者の再社会化にとって長すぎ、執行官の思惑とは反対に、この者の再社会化が妨げられる場合があり得る。この点で、刑罰と処分の区別は貫徹不可能であるという<sup>54)</sup>。

#### 六、有罪判決を受けた者の立場からみた刑罰と処分の関係

ドレーアーは、刑罰が有意義なものとなるか無意味なものになるかは、有罪判決を受けた者の捉え方にかかっていると主張する。すなわち、有罪判決を受けた者が、刑罰を無意味な害悪と感ずるのでなく贖罪と受け取った場合にのみ、刑罰は贖罪の意味を成し、処分の場合も同様、各人の受け取り方によってその内容が決定されると考えた<sup>55)</sup>。

特に、保安監置につき、ドレーアーは、有罪判決を受けた者から残酷な刑罰として受け取られることが多いと指摘し、ゆえに刑罰か処分かは区別され得ず、二元主義は生活の現実に適合しないとす<sup>56)</sup>。

---

52) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 483.

53) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 484.

54) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 484.

55) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 484.

56) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 484.

## 七、第三者（潜在的行為者）に対する刑罰および処分的一般予防的 作用

また、ドレーアーは、第三者にとっても、法規による威嚇が適切に作用するかはその人の感じ方次第であると主張する。例えば、保安監置の導入によって、この処分が有罪判決を受けた者の最も恐れる措置と感じられ、刑罰以上に一般予防的に作用し、ここでも二元主義は貫徹できないとする<sup>57)</sup>。執行の現実に鑑みれば、刑罰と処分をその名称から区別することは無意味であるという<sup>58)</sup>。

## 八、具体的立法提案

上の検討に基づいて、彼は、責任を基礎とする刑罰概念に代わり、より複雑で、「より多次元的な刑罰概念 (mehrdimensionale Strafe)」を置かなければならないと主張するに至る。この刑罰概念は、責任、教育、一般予防など、諸々の機能を担う。ドレーアーによれば、「責任の量を超える刑罰はない (Keine Strafe über Maß der Schuld hinaus)」という命題は、「より多次元的な刑罰概念」のもとでは妥当しない<sup>59)</sup>。彼は、あらゆる場合に責任刑を上位に置くことは限定責任能力者の場合のように擁護し得ない結論を招くとして、刑罰を科すか否かは行為者の責任に依拠するが刑罰の方法は行為者の責任に依拠しない構想を立てた<sup>60)</sup>。それによれば、有責に行われた犯罪に対して刑罰が科され、責任能力のない行為者に対してのみ処分が言い渡され得る。したがってこの構想は、「責任能力者→刑罰/責任無能力者→処分」という構図をとる。

---

57) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 485.

58) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 485.

59) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 486.

60) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 486.

## 九、不定期刑の肯定

上の帰結として、ドレーアーは、不定期刑判決を肯定する。この不定期刑判決は、刑の決定の延期を意味する。例えば、自動車運転免許の剥奪のような措置は、必然的に、責任能力者に対しては刑罰として、責任無能力者に対しては処分として作用している<sup>61)</sup>。しかし、「より多次元的な刑罰概念」では、責任は比較的軽い自由刑に、教育目的（改善）はより長期の自由剥奪に、一般予防（保安）はより長い刑の継続に結びつく<sup>62)</sup>。したがって、自由剥奪の際、すなわち改善と保安を達成しようとする場合、不定期刑の判決をしなければならないとした<sup>63)</sup>。

## 第四款 ヴェルツェルの見解

### 一、基礎

ハンス・ヴェルツェル (Hans Welzel)<sup>64)</sup>は、二元主義にあたって刑罰と処分を概念上明確に区別し、両者の関係を説かない。自らの教科書『ドイツ刑法』において、彼は、刑法の任務は個別の法益保護にあり、それを通じて、共同生活の根源的価値、すなわち社会倫理的な心情価値および行動の価値が守られるとして、法と社会倫理との結びつきを強調する<sup>65)</sup>。行為者類型の区別を用い、刑と処分の付加を通して犯罪対策を実現しようとする。なお、ヴェルツェルの見解と後述するマウラッハの見解は、刑罰と処分に関する通説的な理解を採っており、内容的に似ている。

---

61) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 488.

62) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 488 f.

63) Vgl. Dreher, a. a. O. (Anm. 45), S. 489 f. なお、Dreher, a. a. O. (Anm. 43), S. 146 f. によれば、ドレーアーは、現実的な視点からそれぞれの場合に応じて処罰を認める反面、恩赦 (Gnade) の可能性も論じる。

64) ヴェルツェル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 [4] ヴェルツェル」法学教室130号（1991年）56頁-57頁。

65) Vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949, S. 1 f. ヴェルツェルの刑法観は、教科書11版（1969年）まで一貫している。



## 二、刑罰と処分

刑罰と処分の関係につき、ヴェルツェルは、処分が刑罰を補うものと捉え、その必要性を認める。刑罰を、有責な行為を行った行為者に科せられる害悪と定義し<sup>66)</sup>、刑罰の本質ないし機能は、客観的にも、個人に対しても、有責に行為する行為者の法侵害に対する適正な応報に限定されるとする。刑罰は、機会犯人および葛藤犯人 (Konfliktstäter) に対しては応報を十分に果たすが、一定の状態犯人のような責任の範囲を超える者の危険性に対応せず、このような場合に、刑罰は処分によって補充されるとする。この際、処分の基礎は危険性にあり、処分の種類と量は、責任の重さでなく、行為者の危険性の種類と期間によって定まるとする<sup>67)</sup>。

## 三、行為者類型

ヴェルツェルは、行為者類型に基づく犯罪者の分類を採用し、① 素質的行為者類型 (dispositionelle Tätertyp)、② 性格的行為者類型 (Charakterologische Tätertyp)、③ 社会学的的行為者類型 (soziologische Tätertyp) の3つに区別する。①には限定責任能力者および精神病質者が該当し、②は悪性の慣習犯人、後天性の性癖のある者を意味し、慣習的に密猟を行う者、故買者、高利貸しがこれに属する。③には慣習的に賭博を行う者、職業犯人が該当する<sup>68)</sup>。これらに該当する場合、刑の量定の際の加重あるいは処分の対象になりうるとする。

## 四、責任と刑の量定

責任に関して、ヴェルツェルは、自由意思に基づく意思責任を重視する<sup>69)</sup>。ここで、責任の本質は、行為者が違法な意思を形成する能力にある

---

66) Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 11. Aufl., 1969, S. 238.

67) Welzel, Lehrbuch, 2. Aufl., a. a. O. (Anm. 65), S. 117.

68) Welzel, Lehrbuch, 11. Aufl., a. a. O. (Anm. 66), S. 127.

69) Welzel, Lehrbuch, 2. Aufl., a. a. O. (Anm. 65), S. 75 は、「人間が意思することができるところに責任としての非難が加えられうる」と説明する。

とし、意思は、行為者が規範に従って自分の行動を制御することができたであろうことを指す<sup>70)</sup>。

刑の量定に際して、責任の重さを決めるのは、法が人に対して求める要求の重要性と、特定の状況におけるその人物の落ち度 (Versagen) の2つであるとする<sup>71)</sup>。限定責任能力者の処断につき、例えば、病気のために精神薄弱に陥った聾啞者には条件付きの責任能力を認めて個々の事例に応じて責任を追及し<sup>72)</sup>、責任無能力者には罪を問わず、療養施設または養護施設へと収容されるとする<sup>73)</sup>。

危険な常習犯への刑罰加重規定（第20条 a）が1969年の刑法改正によって削除される以前の彼の教科書『ドイツ刑法』第10版（1967年）までの記述によれば、危険な常習犯への刑罰加重は、複数回犯罪をくり返したことという行為の特徴と、行為者の危険性という行為者の特徴が組み合わせられたものと説明しており、行為者に根差した犯罪性向にその根拠を求める<sup>74)</sup>。したがって、危険な常習犯への刑罰加重は、犯罪性向が有責に獲得されたものである限り、性格責任に基づく応報的加重として認められるとする<sup>75)</sup>。

## 五、刑罰と処分の重なり合い

二元主義を認めるヴェルツェルは、刑罰を補うものとして処分の必要性を認めるが、その重なり合いに対する問題意識は有していた。例えば、重懲役刑（刑罰）と保安監置が併科される場合は特別な問題が生じるとし、保安監置の執行は、当事者にとって刑罰と大きく変わるようには見えず、被収容者の再社会化を阻害してしまうおそれがあるとする<sup>76)</sup>。第11版の教

---

70) Vgl. Welzel, Lehrbuch, 11. Aufl., a. a. O. (Anm. 66), S. 138 f.

71) Welzel, Lehrbuch, 11. Aufl., a. a. O. (Anm. 66), S. 259.

72) Welzel, Lehrbuch, 11. Aufl., a. a. O. (Anm. 66), S. 154.

73) Welzel, Lehrbuch, 11. Aufl., a. a. O. (Anm. 66), S. 156 f.

74) Vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 10. Aufl., 1967, S. 250.

75) Welzel, Lehrbuch, 10. Aufl., a. a. O. (Anm. 74), S. 252.

76) Welzel, Lehrbuch, 2. Aufl., a. a. O. (Anm. 65), S. 118.

科書では、それまでの教科書での「保安監置 (Sicherungsverwahrung)」の記述を「保安処分 (Sicherungsmaßregel)」と書き改めたが、刑罰と保安処分は執行対応において大差がないことをふたたび指摘する。

もっとも、ヴェルツェルは、刑罰と処分の区別を正当化理由に求める立場であって、これが区別できればよいと考えている。しかし彼の立場からしても、改善を目的とする自由剥奪 (保安監置) を「刑罰」の名で科すのは「レッテル詐欺」にあたるという。そして、刑罰と処分の併科に際してこのような「レッテル詐欺」を認めると、不定期の保安刑および一元主義に至る危険があるとして疑問視した<sup>77)</sup>。

## 第五款 マウラッハの見解

### 一、基 礎

ラインハルト・マウラッハ (Reinhard Maurach)<sup>78)</sup>も、ヴェルツェルと同じく、刑罰と処分を概念上区別し、両者の関係を説かない。刑法の使命は、刑法にのみ与えられた手段を使用して犯罪対策を行うことにありとし、刑罰を補うものとしての機能を処分に与えるものとして、二元主義を理解する。

### 二、刑 罰

マウラッハは、古典主義の立場に立脚する。刑罰を、犯罪者の有責な違反行為のために科せられる害悪と解し、これはまた、行為者に対する権利の削減を通して、犯罪に内包される法の侵害を解消する作用を営むとして、刑罰を犯罪に対する応報であると解する。加えて、犯罪対策を刑法の任務とすることから、一般予防に加えて特別予防を刑罰の目的として設定し、特別予防の範囲内で威嚇と教育が補完し合うをよしとする相対説を支

---

77) Vgl. Welzel, Lehrbuch, 11. Aufl., a. a. O. (Anm. 66), S. 246 f.

78) マウラッハ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 [21] マウラッハ」法学教室147号 (1991年) 50頁-51頁。

持する<sup>79)</sup>。

### 三、刑罰と処分の関係

刑罰と処分の関係につき、マウラッハは、必要な場合に限り、処分が刑罰を補完する関係に立つと捉えている。まず、応報による刑罰の犯罪予防の効果は、刑の選択および量定にあたって二重の制限を受けるといふ。第一は、所為に示された適正な贖罪にとって必要な刑の下限の確定であり、第二は、応報の必要性によって決される刑の上限の確定である。この刑の程度は、保安の要請がいかにか適正であっても、再社会化の予測が当たりそうでも、越えられてはならないといふ<sup>80)</sup>ことから、刑罰が応報であることは明確であるとする。

しかし、応報に由来する刑罰効果へのこのような制限のために、刑罰によっては達成されない予防への必要性が存在する限り、予防処分によって刑罰が補充されることを認める。ここでは、原則として、刑罰と処分が二元的に併科され（併科主義）、刑罰が不可能な場合にのみ処分に替えることができるとする（代替主義）。

### 四、責任と危険性の明確な区別

マウラッハの責任と危険性に対する理解は、1949年の『刑法概説』<sup>81)</sup>においてすでに語られる。それによれば、責任と危険性は、本質と法効果の点で鋭く区別される。責任は行為者がある一定の行為を行ったことを理由とする回顧的な非難であり、危険性は、当該行為者が将来においてさらに少なからぬ犯罪行為を行うであろうことの将来的な確認である。

さらに、このことから、責任と危険性は決して重なり合うことはない

---

79) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil : ein Lehrbuch, 3. erweiterte und bearbeitete Aufl., 1965, S. 50 f.

80) 斎藤・前掲注(2) 21頁以下参照。

81) Maurach, Grundriß des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1948, S. 18.

する。例えば、精神病者は有責に行為することはできないが、危険性は有している。決闘をして一方を殺害した者は、有責に行為しているが、将来に対する危険性はない。法効果に関しては、有責に行われた行為の法効果は刑罰であり、それは行為が有責に行われたことを理由として科せられる。行為者の危険性が認定された場合の法効果は、この危険の解消(Bannung)に適した処分である。したがって、刑罰と保安はその効果において重なり合うことを要せず、責任と危険性は、法効果、目的、内容にわたっても峻厳に区別されるとする<sup>82)</sup>。

## 五、刑の量定

刑と処分の重なり合いを認めないマウラッハは、刑の量定は個別事例における適切な応報の実現であると説明する<sup>83)</sup>。刑罰と同視され得る保安監置の問題を除いて、処分の言い渡しとその内容は、刑の量定とは別論である。

マウラッハは、刑罰と保安監置につき、両者は代替しないと見ており、また両者の区別を保ちたいと考えている。保安監置は、行為者の危険性に応じて科せられるものであって、自由刑が長期化しても保安という特別予防の目的が達成されないような重大または中程度の罪を犯した危険な常習犯人が対象となるとする<sup>84)</sup>。彼は、保安監置制度と刑罰制度は区別されなければならないし区別され得るものであって、自由刑にいう労働教育と保安監置にいう労働の取り組みは根本的に違っており、それが強調されることで、両者の執行の違いが改めて明らかになるという<sup>85)</sup>。マウラッハは、保安監置が刑罰と一体化すれば不定期刑となってしまう、責任と応報に依拠する法的刑罰(Rechtsstrafe)の放棄となってしまうため、保安監置と刑

82) Maurach, a. a. O. (Anm. 81), S. 18. もっとも、「療養施設収容は常に保安を目的とし刑罰に結びつかない」としており、療養施設収容の目的を治療でなく保安と捉えている。

83) Maurach, Lehrbuch, 3. erweiterte und bearbeitete Aufl., a. a. O. (Anm. 79), S. 681.

84) Maurach, Lehrbuch, 3. erweiterte und bearbeitete Aufl., a. a. O. (Anm. 79), S. 757 f.

85) Vgl. Maurach, Lehrbuch, 3. erweiterte und bearbeitete Aufl., a. a. O. (Anm. 79), S. 760.

罰との執行形態があまり変わらないように見えても、保安監置は存続しなければならないとする<sup>86)</sup>。

## 第六款 小 括

本節では、ドイツの戦後、とりわけ1950年代以降の学説に絞って概観した。その帰結は以下にまとめられる。

### 一、行為者に適した処遇と行為者類型論

リストが刑法に目的思想を提唱して各犯罪者に対応する科刑を提案して以来、それはドイツ刑法において浸透した。行為者類型論に関しても、リストの示した原型がそのまま用いられたわけではないが、不要と解する学説は見られない。リストの提唱した犯罪対策を刑法の目的とする思想は、上記のすべての学説で受け入れられた。立法においてはこの思想が受け入れられるまでかなりの時間を要したが、学説においては、より早く、目的思想と犯罪者を志向する犯罪対策が取り入れられた。

### 二、刑罰と処分の機能と関係

刑罰と処分にどのような機能を負わせるかにつき、戦後学説においては、事案に即して詳細に論じられるようになった。特に、メツガー、シュレーダー、ドレーアーは、刑罰目的をそれぞれの事案ごとに、状況を細分化して刑罰ないし処分の目的、行為者に対する具体的な処遇を決する。

(1) 精神病者、すなわち責任無能力者に対して、治療処分と刑罰との関係において、学説では、刑罰で治療を補うことはできないとの理解でほぼ一致している。これに対して、責任能力者には刑罰でもって対応することも、当然、一致している。したがって、刑罰と処分の関係につき、刑罰と治療処分は、代替不可能であり、補充関係にもないと解されていることが

---

86) Vgl. Maurach, Lehrbuch, 3. erweiterte und bearbeitete Aufl., a. a. O. (Anm. 79), S. 760.

わかる。これに対して、威嚇、改善、無害化、教化といった治療以外の目的が追求される場合には、通常、処分が刑罰を補充する関係に立つとの方向が取られている。

(2) 危険な限定責任能力者に対して、とりわけ、シュレーダーは、治療と刑罰を区別したうえ、治療の必要があれば、刑罰に加えて治療処分を言い渡してよいとする。また、常習犯への対応として、刑罰に加えて保安監置を言い渡すことを支持する。これは、責任能力者に対して刑罰も処分も肯定する考えであり、リストの元々の構想と合致する。日本の処分規定との関連でいえば、シュレーダーの考えは、監護処分、矯正処分、労作処分、予防処分の四種を規定した1940年改正刑法草案・仮案との親近性を有する。

### (3) 常習犯への対応

常習犯対策は、保安要請に基づいて現実化された。1933年に常習犯への刑罰加重規定(第20条a)が導入され、加重の理由説明が求められることとなった。行為責任を保ちながら刑罰加重することの理由付けは学説によってさまざまであるが、行為者の人格への非難として説明するのが通説である。常習犯への刑罰加重の説明にあたって、メツガーは行状責任を唱える。ヴェルツェルも、行為者のもつ犯罪性向にその根拠を求める。シュレーダーは、常習犯に対して行為責任に基づく自由刑を科した上でさらに保安監置を課して刑を補充する見解に立つが、行為者が常習犯の生活をしていることにその根拠を求め、いわば性格責任ないし行状責任のような理由付けを行っており、他の学説とほぼ同様である。

上の検討で、ドイツの戦後学説において、刑罰と処分はその機能ないし効果の問題から、刑罰と処分の適用および執行段階での問題検討に移り、学説では、行為者の事情に着目し、個別に処遇内容を構成する見方が定着したことがわかる。

### (4) ドレーアー説

ドレーアー説は、上の学説のなかでも、とりわけ異彩を放っている。彼

の構想によれば、医療的な処分は別として、「責任→刑罰/危険性→処分」の構想をやめて、責任能力者に対して保安刑に一本化し、危険な累犯・常習犯に対しても、これらの者は責任能力者であることから、不定期刑を適用して長期の拘禁を課してよいとする。この説明は、1933年(第20条a)常習犯への加重処罰に対する理論的な基礎付けを提供した。

ドレーアーの説明は、日本の1961年刑法改正準備草案における提案と類似する。1961年刑法改正準備草案は、保安処分を治療処分と禁絶処分の二種に限定し、常習犯に不定期刑を予定するものであった。この点で、ドレーアー説と1961年日本刑法改正準備草案の説明には共通性がある。刑罰と処分の関係にかかるドイツの議論には、純粋な保安処分を予定しつつ責任刑を維持するか、両者を保安刑にまとめるかの、ふたつの方向があったことが明らかになる。

## 第五節 近時の立法状況および学説状況

前節では、ドイツの戦後学説の議論状況を確認した。本節では、さらに、1970年代以降のドイツの立法状況および議論状況を概観する。

### 第一款 1970年代以降の立法状況

1970年代に入って、ドイツでは、行刑法改革が行われた。ドイツにはそれまで行刑に関する統一法典がなく、行刑は、1961年12月に各州政府の司法省により協定された、『統一服務および行刑令(Die Dienst- und Vollzugsordnung)』によって行われていたが、1972年3月14日に、連邦憲法裁判所が、法律のレベルではない行刑令によって受刑者の基本権の制限を伴う行刑が行われている現在の状況は憲法違反であると宣言するに及んで、早急に行刑法典を制定する必要に迫られた<sup>87)</sup>。以降、行刑のルールが定められていく。その他、処分の規定に関して、1984年12月20日の法律によって、

---

87) 石原明「H・ミュラー・ディーツ 将来の行刑組織について」神戸学院法学第4巻第4号(1975年)155頁。



1969年の第一次・第二次刑法改正法によって創設された社会治療施設収容が、主に財政難を理由として削除された<sup>88)</sup>。

1990年の統一後、ドイツでは、外国人犯罪、少年犯罪、組織犯罪、テロ犯罪などとの闘いや法秩序の防衛を根拠に厳罰化政策が始まり、この文脈の中で、本来は常習累犯対策であったはずの保安監置が、性犯罪者への対策として注目されるようになった<sup>89)</sup>。純粹保安のための処分である保安監置は、1969年刑法改正法によって第66条に規定され、その後も変更されずに使用され、やや時代遅れの感が生じていた<sup>90)</sup>。そのような折、1996年から1997年にかけて、児童に対する2件の性的殺人事件が起こり、メディアによってセンセーショナルに報道され、その影響により、暴力犯罪者、特に、性犯罪者に対する刑法の強化が世論から求められた<sup>91)</sup>。そこで、1998年1月26日、『性犯罪その他の危険な犯罪行為対策法』<sup>92)</sup>(以下、「性犯罪対策法」)が制定され、保安監置の要件が緩和され、初犯者であっても、過去に類似の犯罪行為を反復していたことが証明されれば、保安監置を言い渡すことができるようになった(刑法第66条第3項)。あわせて、はじめての保安監置の10年の上限が削除され、すでに保安監置に付されている者にも遡及適用が可能になった(刑法第67条d第3項第1文)。2002年8月21日に、『留保的保安監置導入法』<sup>93)</sup>が制定され、有罪判決の宣告時には保安監置収容の可否の判断を留保し、自由刑の執行終了後に行為者の危険性が明らかになった場合に保安監置を命ずると規定された(刑法第66条a)。

一部の州は、連邦参議院に、刑執行後に言い渡す事後的保安監置導入

88) Vgl. Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 281 f.

89) 石塚伸一「ドイツにおける保安拘禁の近年の状況について——保安監置をめぐる内外の動向——」刑法雑誌第53巻1号(2013年)40頁以下参照。

90) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 88), S. 351.

91) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 88), S. 351.

92) Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und sonstigen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998 (BGBl. I S. 160). 制定経緯については、BT- Drucks. 13/7559, S. 1 f.

93) Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21. 08. 2002 (BGBl. I S. 3344).

のための法案をたびたび提出したが、連邦議会は、当時、事後的保安監置が必要だとは考えておらず、これが拒否されたため、警察法の立法権限を利用して州法を制定し、再犯の危険性がある犯罪者に対する「事後的」保安監置を規定した<sup>94)</sup>。例えば、バーデン＝ヴュルテンベルク、バイエルン、ニーダーザクセン、ザクセン＝アンハルト、チューリンゲンなどの州が独自に『収容法 (Unterbringngsgesetz)』を制定し、独自に運用した<sup>95)</sup>。

このような状況下で、再犯の危険性がある者の州法による収容が問題視され始める<sup>96)</sup>。2004年2月5日連邦憲法裁判所判決<sup>97)</sup>は、1998年の「性犯罪対策法」にかかる法改正の憲法適合性を判断し、基本法に適合すると宣言した。続いて、2004年2月10日連邦憲法裁判所判決<sup>98)</sup>は、連邦と州の立法権限に関して審理し、実質的に事後的保安監置を導入した州の「収容法」を、立法権限がないことを理由に、基本法に適合しないと宣言した。この2004年2月10日判決を受けて、連邦の立法者は、危険な保安監置収容者の解放への対応を迫られ、ただちに草案作りが開始された。それを受けて、2004年7月23日に、『事後的保安監置導入法』<sup>99)</sup>が制定され、事後的保安監置が刑法に新設された（刑法第66条b）。

---

94) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 88), S. 351.

95) 石塚・前掲注 (89) 41頁以下。

96) 2004年の刑法改正により事後的保安監置が導入されるまでの経緯の詳細につき、石塚伸一「ドイツの刑事政策2004年——事後的保安監置をめぐる動き——」龍谷法学第37巻4号(2005年)212頁以下参照。ほか、宮澤浩一「事後的保安監置に関する新立法動向について」現代刑事法7巻1号(2005年)95頁以下参照。その後の判例・立法の動きを含むものとして、吉川真理「ドイツの事後的保安拘禁について」法制研究11巻1・2・3・4号(2007年)1頁以下参照。2013年の法改正以前の経緯として、渡辺富久子「ドイツにおける保安監置をめぐる動向——合憲判決から違憲判決への転換——」外国の立法第249号(2011年)51頁以下参照。

97) BVerfGE 109, 133.

98) BVerfGE 109, 190.

99) Gesetz zur Einführung der nachtaglichen Sicherungsverwahrung vom 23. 07. 2004 (BGBl. I S. 1838). 立法経緯については、BT- Drucks. 15/2887 を参照。

しかし、事後的保安監置は、その後、合憲性が激しく争われることとなる<sup>100)</sup>。2009年に、欧州人権裁判所において重要な判決が下されるが、その発端となったのは、先の2004年2月5日連邦憲法裁判所判決である。この事案において、憲法異議の訴えを起こした申立人は、「性犯罪対策法」によって10年の保安監置の上限が削除され遡及適用されたため、すでに保安監置に付されている者に対する保安監置の上限の廃止は憲法に定められる刑罰の遡及的加重の禁止に抵触するとして争い、さらに、保安監置に上限が定められていないことは、明確性原則および比例原則に合致しないと主張した。これに対して、連邦憲法裁判所は、この憲法異議を理由なしとして退けた。連邦憲法裁判所の判断によれば、基本法第103条第2項は、違法で有責な否定的かつ応報的な反作用と理解される刑罰の遡及的加重の禁止のみを定めるのであって、純粹に予防目的を追求する保安監置のような処分はその対象でないとする。また、保安監置の期間延長の点は、信頼保護の要請という一般原則との事実上のつながりがあるとどまり、実際にはこれを禁じていないとして排斥した。

本事案により訴えを棄却された申立人は、まもなく、欧州人権裁判所に訴えを提起した。この訴えに対して言い渡されたのが、2009年12月17日欧州人権裁判所判決（ミュッケ対ドイツ事件）<sup>101)</sup>である。ミュッケ対ドイツ事件において、申立人は、保安監置による期限の定めのない自由剥奪が不当な「拘禁」に当たるとして欧州人権条約5条（自由と安全の権利）違反を争い、執行方法および予防目的について刑罰と事実上変わらず、「懸隔

100) 2013年に「懸隔要請（Abstandsgebot）」が具体化され刑法第66条cに新設されるまでの経緯の詳細につき、石塚・前掲注（89）40頁以下参照。その後の経緯も含めて、飯島暢「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——」関西大学法学研究所『研究叢書第50冊 例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所、2014年）109頁以下参照。ほか、金澤真理（訳）、ヴォルフガング・フリッシュ「国際法規範によって吟味を受ける保安監置」高田昌弘ほか（編）『総合叢書 17 グローバル化と社会国家原則——日独シンポジウム——』（信山社、2015年）365頁以下参照。

101) Das Urteil des EGMR v. 17. 12. 2009 Nr. 19359/04 (Mücke v. Germany), NJW 2010, S. 2495.

（Abstand）」のない保安監置の収容期間を10年から無制限にした「事後的保安監置法」が欧州人権条約第7条（遡及処罰の禁止）に違反するとして争った。これを受けて、欧州人権裁判所はこの訴えを容れた。

この事案において、欧州人権裁判所は、欧州人権条約第5条第1項違反の点を、次のように判示した。同第5条第1項は、申立人が有罪判決を受けた時点で有効であった10年の保安監置の期間の経過後も科される自由剥奪についてのいかなる根拠も提示しないため、保安監置の事後的延長および事後的命令は条約に違反する。すなわち、欧州人権条約第5条には、危険な者を収容しておく保安監置を合法的な「拘禁」に当たる項目が存在せず、保安監置による収容は条約違反であると判断された。もう一つの争点である欧州人権条約第7条第1項違反に対する欧州人権裁判所の判断は、刑罰と処分の区別に言及する。欧州人権裁判所は、二元主義における刑罰と（保安）処分の分離を問題とし、保安監置は刑罰と同様に犯行後に科され、刑罰と同様に自由剥奪を伴い、ほとんど刑罰と同様に執行されるため、その目的自体完全に区別できないとし、保安監置は欧州人権条約第7条第1項の意味における「刑罰」と解すべきと判示した。そのため、従前妥当していた期限の上限を撤廃して被収容者の自由剥奪を遡及的に延長するのは、同条第7条第1項2文にいう刑の延長（加重）に当たるとした。この後、申立人は保安監置から解放された。また、当該判決が妥当する者、すなわち、「性犯罪対策法」の改正の前から保安監置を受け、さらに10年の上限が遡及的に廃止されて保安監置に服していた他の者も、保安監置から解放される可能性が生じた。

ミュッケ対ドイツ事件判決を受けて、ドイツでは、保安監置の規定および関連法令を改正する法改正が行われた。2010年12月22日に『精神に障害がある暴力犯の治療及び収容に関する法律』<sup>102)</sup>（以下、「治療収容法」）が制定され、2011年1月1日に施行された。「治療収容法」は、上の保安監置

---

102) Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2305). BT- Drucks. 17/3403.

から解放される者をさらに保安監置に收容するための法的基礎を提供した。「治療收容法」によれば、事後的保安監置は遡及処罰の禁止によって禁止されるが、一定の条件を満たす場合には、対象者を適切な閉鎖施設に收容することができる」と規定された(第1条第1項)。これによって、ミュッケ対ドイツ事件の欧州人権裁判所判決が妥当し保安監置から解放されるとみられた者すべてを開放することは阻止されることとなった。

2010年12月31日『保安監置の新規定のための法律』<sup>103)</sup>が布告され、翌年2011年1月1日から施行された。この改正では、次の点が改正された<sup>104)</sup>。

① ドイツ刑法第66条で規定されている(古典的な)保安監置の対象の限定が図られ、適用範囲を暴力犯罪あるいは性犯罪に本質的に限定された。② ドイツ刑法第66条aの保安監置の留保の拡充が図られた。また、同条第2項において、初犯に対する保安監置の留保が導入され、1号で定めた特定の重大犯罪を行ったときに、習癖及びそこから生じる危険性が「十分な確実性をもって確定し得るか、あるいは蓋然性がある場合」(3号)には保安監置の留保を命じることが可能になった。③ ドイツ刑法第66条bの事後的保安監置が大幅に縮小された。旧第66条b第1項及び2項は削除され、精神病院における收容が終了した者に関する3号のみが維持された。④ 行状監視制度の強化が図られ、行状監視における指示の内容として、電子監視装置を身に付け、その機能を破壊しないことを命じることが可能になった。⑤「治療收容法」が導入された。

続く2011年1月13日欧州人権裁判所判決(ハイドン対ドイツ事件)<sup>105)</sup>で

---

103) Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300 ff.).

104) 2010年12月31日『保安監置の新規定のための法律』による法改正の内容について、飯島・前掲注(100)115頁-116頁参照。

105) Das Urteil des EGMR v. 13. 12. 2011 Nr. 6587/04 (Haidn v. Germany), NJW 2011, S. 3423. 事案の内容・解説および事後的保安監置をめぐる近年の動向につき、高山佳奈子「事後的保安監置の可否 服役後有罪とされた犯罪事実に基づき、監置の係属を決定する制度は条約5条に違反する——ハイドン判決——」『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』(信山社、2019年)234頁以下参照。

は、『事後的保安監置法』が欧州人権条約第5条に違反するか否かが争われ、その違反が宣言された。判決時の法に基づいて宣告された10年を上限とする保安監置という自由剥奪を、事後法によってさらに延長することは、条約第5条に列挙された「権限ある裁判所による有罪判決の後の合理的な拘禁」に当たるとはいえず、同条に違反するとの判断が下された。

ハイドン対ドイツ事件判決によって、欧州人権裁判所に提訴した者が保安監置から解放され、さらに、現在事後的保安監置で収容されているその他の者も解放される可能性が生じ、それによって、ドイツ連邦憲法裁判所は、再び保安監置の合憲性を検討せざるを得なくなった。

2011年5月4日連邦憲法裁判所判決<sup>106)</sup>は、5件の憲法訴願について判断を示した。そのうち2件は、保安監置における収容が期限の定めなく延長されることの違憲性を争い、3件は事後的な処分に対して異議申立てを行った。この事案で、連邦憲法裁判所は、刑法および少年裁判所法の保安監置が「懸隔要請」を充たしておらず、憲法に違反すると宣言した。加えて、裁判所は、立法者に対して、2013年5月31日までに保安監置の新規定を作成することを義務付けた。欧州人権裁判所は、保安監置はある種の刑罰であるとして、連邦憲法裁判所に注意を促したが、連邦憲法裁判所は、二元主義を維持し、さらに依然として保安監置も堅持し、刑罰と保安監置の区別への疑念に対して、「懸隔要請」で対処することで両者を区別しようとした。

2012年6月6日、政府は、連邦議会に『保安監置法における懸隔要請の連邦法への移行のための法律案』<sup>107)</sup>を提出し、議会を通過した。この法案に基づいて、2012年12月5日、刑法第66条cに、保安監置の執行を刑罰と十分に異なる内容にすることを目指して、保安監置における収容及び先行する行刑の規定が新設された。この新規定は、「懸隔要請」を具体化した

---

106) BverfG, 2 BvR 2365/09 vom 4. Mai 2011, Rn. 1 f.

107) Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes in Recht der Sicherungsverwahrung (BT- Drucks. 17/9874).

ものであり、2013年6月1日から施行された<sup>108)</sup>。

もともと、第66条c新設にかかる改正法は、連邦法レベルでの大まかな基準として作用するものでしかなく、それ以上の詳細な具体化は、各州の立法者に委ねられることとなった。また、この第66条cの新設の後も、古典的な保安監置及び保安監置の留保を中核とする保安監置全般を維持する態度はあらためられず、なお堅持された。そのため、事後的保安監置の規定は存続し、完全な廃止には至らなかった。

このような経緯において、保安監置制度を継続して使用することとなったドイツは、刑罰と保安監置を異なるものと説明する責を負い、保安監置を正当化しなければならない状況に陥った。その後のドイツ実務は、基本的に第66条cの新法に依拠して行われている。

刑罰と保安監置の異同につき、その理論的説明に注目が集まるなか、欧

108) 既定の内容は、飯島・前掲注(100)123頁以下。「66条c 保安監置における収容及び行刑の形態 (1)保安監置における収容は、以下の施設において行われる。1. 収容者に対して包括的な処遇のための検証と恒常的に修正される執行計画に基づいて、(a)その者の協働への準備を喚起し、促進させるのに個別的かつ集中的で適確なものであり、標準的に提供されるものでは成果が見込まれない限りにおいて、特に対象者に特化された形での精神医学的、心理あるいは社会治療的な処遇であり、かつ (b)社会一般に対するその者の危険性を、処分の執行を可能な限り速やかに猶予できるようにし、あるいはその終了の宣告を可能にするように減少させることを目標とする監護 (Betreuung) を提供する施設。2. (a) 収容者に対して可能な限り負担とならず、1号の意味での看護の必要性に対応し、かつ、治安の状況がそれに反対しない限りにおいて、一般的な生活関係に適合し、(b) 1号の意味での処遇が例外的に何か異なる事柄を必要としない限りで、行刑から分離された特別な建物あるいは区画でなされる収容を保障し、かつ、3. 1号(b)で掲げられた目標を達成するために、(a)それに反対する必然的な理由、特に収容者が保安監置の執行から自らを遠ざけ、あるいは重大な犯罪行為を実行するために当該の処置を濫用する危険を基礎付ける具体的な根拠がない限りにおいて、開かれた行刑となる処置を保障し、開放のための準備を対象とする施設、ならびに、(b) 国営あるいは民間の機関との緊密な共同作業の下で解放後のアフターフォローを可能にする施設。(2) 裁判所が保安監置の収容を判決において (66条)、留保に基づいて (66条a第3項)、あるいは事後的に (66条b) 命令したか、あるいはそのような命令を判決において留保した (66条a第1項、第2項) 場合には、既に刑の執行において、収容の執行 (67条c第1項第1文1号) あるいはその命令 (66条a第3項) を可能な限り不要とする目的の下で、1項1号の意味での監護、特に社会治療的な処遇が行為者に対して提供されるべきである。」

州人権裁判所は、2016年に、驚くべき宣言を行った。申立人は、殺人罪などで1986年から2001年まで服役し、2001年から事後的保安監置の適用と更新を受けた者であり、2013年10月29日の連邦憲法裁判所決定で訴えを退けられて、欧州人権裁判所への申し立てを行った。この事案に対して、2016年1月に、欧州人権裁判所は、当該事後的保安監置が欧州人権条約第5条にも第7条にも違反しないと宣言した（ベルクマン対ドイツ事件<sup>109)</sup>。この事案では、ミュッケ対ドイツ事件判決を踏まえた立法に基づき、重い精神障害に罹患している申立人に医療施設への収容を命じた当該保安監置は、欧州人権条約第7条が禁止する「刑罰」の事後的な賦課・加重には当たらず、同第5条第1項(e)にいう「精神障害者、アルコール中毒者もしくは麻薬中毒者または浮浪者の合法的な拘禁」に該当し、これによって根拠付けられると判断された<sup>110)</sup>。

さらに、欧州人権裁判所による宣言が続いて出された。2017年2月に、1999年に強姦殺人で10年の少年刑を科された後、新規定第66条cによる事後的保安監置を受けていた申立人の訴えを、欧州人権裁判所第5部小法廷が棄却したが、これに対する上訴が認められ、2017年5月に大法廷に委ねられた<sup>111)</sup>。

申立人は、最初の強姦殺人の服役の後、一度、保安監置を受け、その後ふたたび重大な暴力犯罪と性犯罪を行う危険性が高いという精神鑑定に基づいて事後的保安監置を言い渡された者であり、最初の保安監置とその後事後的保安監置の両方が、欧州人権条約第5条第1項および同第7条第1項に違反していると主張した。裁判所は、少年刑法に基づいて有罪判決を受けた犯罪者の保安監置がどの程度条約に適合するのかを初めて検討したが、2018年12月4日に、申立人の訴えは却下され、条約違反は存在しな

---

109) Das Urteil des EGMR v. 7.1.2016 Nr. 23279/14 (Berkmann v. Germany), NJW 2017, 1007.

110) 高山・前掲注(105) 237頁参照。

111) 高山・前掲注(105) 237頁参照。



いと宣言された（イルンゼアー対ドイツ事件）<sup>112)</sup>。

本事案につき、欧州人権裁判所は、申立人が問題となった期間中、精神障害者の保安監置には適していない施設に収容されていたことを認めた  
が、申立人の条約上の権利は侵害されていないと認定した。欧州人権裁判  
所の判断によれば、申立人が第 5 条第 1 項(e)にいう「精神障害者」に該  
当するか否かが問題となったところ、これに当たるとして、条約違反はな  
いと判断した。欧州人権条約第 7 条違反の点については、申立人が強姦殺  
人で有罪判決を受けた後に命じられた事後的保安監置が、同第 7 条第 1 項  
にいう「刑罰」に当たるか否かを決定するにあたって、バルクマン対ドイ  
ツ事件を考慮し、保安監置が、適切な施設で精神障害を治療するために延  
長された場合、申立人に、保安監置施設で個別かつ包括的な治療が提供さ  
れるのであれば当該自由剥奪は刑罰を構成しないとして、同条約第 7 条に  
違反しないと宣言した。

現在、ドイツの保安監置は、「刑罰」でなく「治療」であると説明され、  
保安監置施設内では対象者に治療を施すなどして正当化されるという方向  
を辿っている。もっとも、刑事施設と保安監置施設のなかでできる治療内  
容に大差があるとは思われず、一部の学説からは、厳しい目が向けられて  
いる<sup>113)</sup>。

上を踏まえ、続いて、ドイツの近時学説として、ハインツ・ミュラー＝  
ディーツ、ギュンター・ヤコブス、ヴォルフガング・フリッシュ、アルン  
ト・コッホ、ヨハネス・カスパーの見解を確認する。近時学説のうち、と

---

112) Das Urteil des EGMR v. 4. 12. 2018 Nr. 10211/12 und 27505/14 (Inseher v. Germany), NJW 2019, 3765.

113) たとえば、Lorenz Dilling, Wegschließen für immer?, Die Sicherungsverwahrung aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention, GRZ 2019, S. 70 は、バルクマン対ドイツ事件およびイルンゼアー対ドイツ事件に対する欧州人権裁判所の判断を「意外」と評する。その他、刑事施設での処遇と保安監置施設での処遇の混合を懸念するものとして、Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl., 2023, vor § 66 c, S. 644 f., Rn. 20 f.

りわけ、フリッシュ説とカスパー説は、2011年に保安監置の違憲宣言が出されたことを契機に、刑罰と保安監置の異同への懸念を強くもっている。

## 第二款 ミュラー＝ディーツの見解

ハインツ・ミュラー＝ディーツ（Heinz Müller-Dietz）は、刑罰、責任、行刑に学問的関心を寄せ<sup>114)</sup>、ドイツ行刑法に関する多くの提言を行った。1972年3月14日に連邦憲法裁判所から行刑法制定の要請が発せられるよりも前に、その必要性を十分に意識し、すでに、1970年に、第48回ドイツ法曹大会において自らの見解を述べた。また、1973年1月に連邦政府によって公表された行刑法に対しても、提言を行った<sup>115)</sup>。

### 一、基 礎

ミュラー＝ディーツは、刑罰を、一定の社会構造を維持することを目的とした社会制度と定義する<sup>116)</sup>。この定義は、刑法上の理解にとどまらず、刑事政策的効果を考慮に含める。根本的に、彼は、刑罰と処分に関する伝統的な区別は重視せず、それよりも、他の規定との衝突がないか、その現実の政策的効果の点を重視する。このような前提のもと、彼は、二元主義の意義に着目する。刑法典には、刑罰、処分のほか、一連の制裁、その他の反作用の定めがあり、これらのうち刑罰と処分が90%を超え、刑法典の主要な制裁部分を占めるが、それでも、今日のドイツ刑法はなお二元主義

---

114) たとえば、責任に関する著作につき、Heinz Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967. 行刑に関する著作につき、Heinz Müller-Dietz, Persönlichkeitserforschung im Strafvollzug, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 52. Jahrgang 1969, S. 194 ff.; ders., Strafvollzugsrecht und Strafvollzugsreform, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 55. Jahrgang 1972, S. 19 ff. 刑罰と国家について論じたものにつき、Heinz Müller-Dietz, Strafe und Staat, 1973 がある。

115) ミュラー＝ディーツの提言した行刑法草案の内容につき、吉田敏雄「行刑法草案への提言について——ミュラー・ディーツ、ユング草案——」北海学園大学法学研究第11巻第3号（1976年）139頁以下参照。

116) Heinz Müller-Dietz, Strafbegriff und Strafrechtspflege, 1968, S. 109.

体系とどういうのかという問題を提起した。

## 二、二元主義

処分法が刑法と行政法のどちらに属するかの論争において、ミュラー＝ディーツは、刑の量定の中に、以前から予防的な観点が入り込んでいたことを指摘し、警察的な目的思想が刑法へと入り込むことはやむを得ないとする。その上で、彼は、現在の刑罰と処分の二元主義についての分析を行う。彼によれば、今日の制裁の体系と当初の二元主義の概念は、当初立てられたものとはすでに異なっている。行為は刑罰のための結合点であるだけでなく、処分のための結合点でもあるため、「行為→刑罰/行為者→処分」の図式はもはや保たれていないことを指摘する。そのため、刑罰はいまや、決して専ら過去を志向し処分は将来を志向するのではなく、両者は執行と実務に関してかなりの範囲で交換可能であるとし、「刑罰と処分の接近」、あるいは「内容的に重なっている」と評価した。

## 三、立 場

ミュラー＝ディーツは、刑罰のもつ予防機能を、それが存在するだけでは十分に果たすことはできないのではないかと疑問視する。行為者に対して合理的反省を要求し、行動を統制することで彼らの行動がコントロール可能となるのではなく、潜在意識および無意識における衝動、精神的及び感情的衝動に訴えかけ、そして、徐々に形成される慣習によって行為者の自己統制が養われるというのが彼の主張である<sup>117)</sup>。

上のように、刑罰と処分の接近あるいは内容的な重なりを正面から認めると、刑罰と処分との区別は一層困難になる。また同時に、刑罰の執行と処分の執行の細分化も困難になる。しかしミュラー＝ディーツにとって、こうした区別自体は重要でない。それよりも、問題となる規定の憲法的許

---

117) Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 116), S. 111 f.

容性や刑事政策的な重要性、政策的効果の有無を重視すべきとする。

### 第三款 ヤコブスの見解

#### 一、基礎

ミュラー＝ディーツと対照的に、ギュンター・ヤコブス（Günther Jakobs）は、哲学的・規範的な考察に基づいて刑罰および処分を理解する。刑罰論においてヘーゲルに依拠した積極的一般予防論ないし規範確証的予防論を採り、コミュニケーションのひとつにこれを位置付ける。刑罰を、行為者の、当該規範は自分には妥当しないという主張に対する異議のシンボルとしてのコミュニケーションと捉える。

#### 二、法的強制

ヤコブスの出発点となるのは、法的強制（Rechtswang）という考え方である。法秩序の規範的効力を侵害しようとする違法な行為に対する反作用として許されるものが強制手段であり、法の本来の役割・機能は、各人の自由を普遍的に保障することにある。ヤコブスは、カント、フォイエルバッハ、ヘーゲルの法的強制を挙げ、社会において各人が演じる規範的な役割と結びつけられたペルソナという人格概念に基づき、強制は、被強制者が自らの惹起によって自分自身を非人格化すること（非人格化または脱人格化）と結びつくとして説明する。その法的強制の具体例として、①緊急権、②刑罰、③改善保安処分を挙げる。

#### 三、刑罰論

刑罰につき、ヤコブスは、刑罰それ自体は無益な害悪であるとするが<sup>118)</sup>、規範違反に関連する文脈でこれを捉える点に特徴がある<sup>119)</sup>。刑罰

---

118) ヤコブスの刑罰論については、Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1991, S. 9, Rn. 9 ff. を参照。

119) Jakobs, a. a. O. (Anm. 118), S. 9, Rn. 9.

を、社会秩序の維持にとって必要なものでなければならないという目的関係のなかで捉え、「刑罰の合目的性」をもって刑罰全体を理解する<sup>120)</sup>。刑罰はコミュニケーション的な事柄のひとつであり、行為者の世界構想に対する異議申し立てであって、行為者が自らの犯罪によって社会の基準とならないことを主張したことの確認である。

ヤコブスは、刑罰という規範違反に対する反論は、社会生活における相互作用の保障を目指し、それは予防的な役割を果たすとし<sup>121)</sup>、犯罪と刑罰は一連の意味関係のなかで理解できるとする。そして、刑罰目的を、このような意味での「積極的一般予防」から説明する<sup>122)</sup>。その内容は、その効果がすべての市民に及ぶべきであるがゆえに一般予防であり、この効果は刑罰に対する恐怖にあるのではなく規範が妥当している、犯罪によって侵害された規範妥当が刑罰によってふたたび確立されるという鎮静化の中に存在すべきであるがゆえに積極的であると説明される<sup>123)</sup>。

#### 四、認知的補強

ヤコブスのように刑罰をコミュニケーションに位置付けると、コミュニケーションに伴って生じる行為者への強制的な苦痛賦課をどのように基礎付けることができるかとの問題が生じる。ヤコブスは、これを「認知的補強 (kognitive Untermauerung)」によって基礎付ける。すなわち、刑罰および保安監置という苦痛を、ある規範を浸蝕から守るための認知的な補強から正当化する。一定の禁止規範が存在するだけでは、ある人格がそれに違反しないという予期を基礎付けるには十分でなく、規範的な行動をとることの予期が認知的に補強されなければならない。市民として他者と共に行動の自由を享受する対価として、脅威とならないように「認知的に

---

120) 松宮孝明(訳)「責任原理」松宮孝明(編訳)『ギュンター・ヤコブス著作集 [第1巻] 犯罪論の基礎』(成文堂、2014年)34頁参照。

121) Vgl. Jakobs, a. a. O. (Anm. 118), S. 13, Rn. 14.

122) ヤコブスの積極的一般予防論につき、Jakobs, a. a. O. (Anm. 118), S. 20, Rn. 27. を参照。

123) 松宮・前掲注(120)57頁。

信頼の置ける形で自己を表現」することが、各人格には「一つの責務（Obliegenheit）」として課せられており、この責務に反する脅威となる自己表出が認められる場合、法秩序における規範の効力が動揺するため、各人の果たすべき認知的な補強の代わりに、強制的な自由剥奪が必要となる<sup>124)</sup>。刑罰または保安監置は、ここで課せられる強制的な自由剥奪に該当する。

## 五、表出的刑罰論

刑罰をコミュニケーションとの関連で捉えるヤコブスの刑罰論は、ヘーゲルの表出的刑罰論を基礎とする<sup>125)</sup>。ヘーゲルの刑罰論では、刑罰の意味を「害悪」という概念に結びつけて説明するのではなく、コミュニケーションにおいて相手方に伝えられるなんらかの言明を表出する機能を刑罰に認め、ヤコブスは特にこれを規範確証機能と結びつけて論じる。それによれば、刑罰は、規範（信頼）確証的な刑の宣言（Strafausspruch）であり、共同体で生活するすべての人間が互いに尊重し合って共同生活を保護し合うこと、法の規範妥当が信頼されてよいこと、その法が持続的に存在しているという内容のメッセージが、刑罰を介して伝えられる<sup>126)</sup>。

## 第四款 フリッシュの見解

ヴォルフガング・フリッシュ（Wolfgang Frisch）は、リストの影響を強く受ける予防刑論者である。刑罰と処分の関係について、両者において特別予防を重視する自説を展開する<sup>127)</sup>。

---

124) 川口浩一・飯島暢（訳）、ギュンター・ヤコブス『法的強制と人格性』（関西大学出版部、2012年）69頁以下参照。

125) ヘーゲルの刑罰論につき、飯島暢・川口浩一（編訳）、中村悠人（訳）「20世紀以降のヘーゲル学派（3）」関西大学法学論集第71巻5号（2022年）236頁－264頁参照。

126) 飯島・川口（編訳）、中村（訳）・前掲注（125）249頁参照。

127) フリッシュの刑罰論につき、Wolfgang Frisch, Schwächen und berechnete Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, in: B. Schunemann u. a. (Hrsg.), Positive

## 一、刑罰論

フリッシュは、刑罰は、有責に行われた不法に対する害悪および社会倫理非難であるとするが、刑法の役割を、応報でなく、行為者の将来の行為の予防に置く<sup>128)</sup>。刑罰の正当化根拠において予防の観点を重視するが、フリッシュが念頭に置いているのは特別予防であり、積極的一般予防に対しては、特定の法認識を形成または安定させるのに必要な刑罰とはどのような刑罰なのか経験的に裏付けられないとの批判を向ける<sup>129)</sup>。

## 二、刑罰と処分

フリッシュは、刑罰と処分に関して、両者は区別できると解する。例えば、両者は、予測可能な先回りか否かという点で区別できると言う<sup>130)</sup>。また、目的の点でいえば、処分の目的は犯罪の阻止にあり、刑罰が目的とする犯罪の阻止以外の法的平和の修復、責任の埋め合わせといった目的を含まないこと、処分の目的は自由剥奪あるいは自由を制限する形で危険性の治癒・除去を通して行われるのみで害悪的には作用しないこと、処分は個別予防（特別予防）を専ら目的とするが、刑罰の担う個別予防は、応報、贖罪、責任の埋め合わせ、一般予防などと同様に追求される目的の一つに位置づけられるとし、両者を区別可能とする。

刑罰と処分の本質において、フリッシュは、刑罰を社会倫理的な非難と解し、責任を前提とするが、処分もまた行為に対する無価値評価を強く含んでいるとする。そのため、刑罰と処分との線引きが曖昧化しているという「二元主義の危機」につき、処分構想が機能不全に陥ったのでなく、刑罰が連続的に変化し、個別予防の思想を部分的に取り入れ、従来の刑罰の

---

↘Generalprävention, 1998, S. 125 ff. を参照。

128) Wolfgang Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, —Straftheoretische Einordnung, inhaltliche Ausgestaltung und rechtsstaatliche Anforderung—, ZStW 1990, S. 343-393.

129) Vgl. Frisch, a. a. O. (Anm. 127), S. 134.

130) Frisch, a. a. O. (Anm. 128), S. 385 f.

定義が色褪せてきていると指摘した<sup>131)</sup>。

### 三、危険な累犯者への対応

フリッシュは、帰責無能力者である危険な累犯者（複数回にわたって行為をくり返した者）に対して、刑罰として保安監置および施設収容を言い渡す可能性を提唱した<sup>132)</sup>。危険な累犯者は、それに相当する長期間の量刑を言い渡すだけでは改善が見込めず、その危険性が長期にわたって持続する場合にのみ、刑罰は個別予防を取り込むことができるとする。したがって危険な累犯者への対応策は、定期刑または不定期刑の形で、「刑罰」として行為者に科せられる。

これは、刑罰の中で特別予防を考慮し保安処分を科すという内容の処罰構想であり、法効果の一つとして「処分」を言い渡す見解である。この点でフリッシュもリストと同様に刑罰と責任の徹底的な結びつきを放棄し、刑罰として予防措置を付加することを肯定した。彼がこのような構想を採る中心的な理由は、責任と危険性が併存する場合に対応するためである。フリッシュは、責任と危険性が併存する行為者に対して、「刑罰」として「特別予防措置」を科し、処分の効果を刑罰において達成しようとした。

### 四、行為者と被害者の利益衝突

その後、2011年の保安監置を違憲とする宣言を契機に、フリッシュは、累犯者の処断に関して自らの立場をあらためて示した。彼は、連邦憲法裁判所が二元主義を堅持したことに「強く同意」する<sup>133)</sup>。フリッシュは、特に、行為者の自由と潜在的被害者の自由および法益との衡量に配慮する。彼によれば、刑罰と処分を分けて行為者に必要な措置を言い渡すことで、収容期間が不当に長くなりすぎず、また不当に短くなりすぎず、最適

---

131) Frisch, a. a. O. (Anm. 128), S. 362.

132) Vgl. Frisch, a. a. O. (Anm. 128), S. 387 ff.

133) 金澤（訳）、フリッシュ・前掲注（100）376頁参照。



な効果を発揮することができるという。ここでは、行為者に対する不要な自由剥奪の回避が特に重視される。

フリッシュは、従前と同じく保安監置と刑罰の本質は自由剥奪に尽きると説明しつつ、懸隔要請を充たせば保安監置が正当化され、保安監置と刑罰が執行の面で明白に分離されるとするのは理論的誤りであるとし、保安監置の正当化は懸隔要請の充足から生じるのではなく、緊急避難に類似する行為者と被害者の利益衝突状況を実情に即して解消するための諸原則から生じると主張する<sup>134)</sup>。したがって、刑罰と保安監置には、別個の正当化が必要であるという。

フリッシュは、刑罰と処分を明確に区別するとの考えはもともと有していたが、ここで述べた構想には、刑罰に処分の機能を担わせる発想はもはや存在せず、むしろ、刑罰か処分のいずれが適切であるかの判断が重要になるとの立場を示した。

## 第五款 コッホの見解

アルント・コッホ (Arnd Koch) は、ドイツ刑法史に関心をもち、歴史に関する自身の論考を多数提示する<sup>135)</sup>。学派争いについては、とりわけピンディンクとリストの対立に着目し、両学派の相違点および共通点に関する分析を行った<sup>136)</sup>。

---

134) 金澤 (訳)、フリッシュ・前掲注 (100) 380頁参照。

135) たとえば、Arnd Koch, Das Jahrhundert der Strafrechtskodifikation. Von Feuerbach zum Reichsstrafgesetzbuch, in: Arnd Koch/Matthias Rossi (Hrsg.), Augsburger Studien zum Internationalen Recht. Band 10. Kodifikation in Europa, 2012, S. 103-122; ders., Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813, in: A. Koch u. a. (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2014, S. 39-67; ders., Strafrechtsgeschichte in der alten Bundesrepublik (1949-1990). Eine wissenschaftshistorische Skizze, G. Steinberg u. a. (Hrsg.), Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949-1990, 2020, S. 585-610.

136) Vgl. Arnd Koch, Binding vs. v. Liszt - Klassische und moderne Strafrechtsschule, in: E. Hilgendorf / J. Weitzel (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 127-145. 本文献の翻訳資料として、松宮孝明 (監訳)、冠野つぐみ (訳)、アルメ

### 一、古典学派と近代学派の争いのきっかけ

コッホは、ビンディングとリストの関係に注目し<sup>137)</sup>、学派争いの内容は何であったか問題提起した。この検討は、古典学派と近代学派のどちらが勝利したのかという問いを含む。

### 二、両学派の相違点と功績

ビンディングとリストの相違点に着目しつつ、コッホは、古典学派と近代学派の特徴を次のように述べ、今日まで影響を及ぼす刑法上の功績を明示する。

コッホ（および通説的な見方）によれば、リストとビンディングとでは、刑法に期待するものが正反対であることを述べる。リストは、応報が、いわゆる常習犯人との闘争では役に立たないとし、伝統的な刑法思想が機能不全に陥っていると批判した。また、短期自由刑は行為者を不処罰にするよりも危険で、応報刑はむしろ犯罪を促進させるという。ビンディングは、社会の保安の要請に応じた刑の量定を強く拒否し、リストの構想の貫徹不能性、専断性、特定の行為者類型に刑罰目的を割り振ることを嘲笑した<sup>138)</sup>。ビンディングは、法の權威の保持のために、見せしめ的な刑罰や死刑適用の増加などの厳罰政策を支持し、伝統的な責任刑法の枠組を保ちながら、改善不能者の除去・無害化を実現しようとした。

このように、コッホは、両者の刑法への期待が正反対であることを述べた上、リストの功績は、法政策的要求の実現を優先的に行ったことにあるとする。対して、ビンディングおよび「古典学派」の功績を、リストの構想の根本的な矛盾を指摘し、維持不可能として抵抗した点にみとめた<sup>139)</sup>。

---

↳ント・コッホ「ビンディング対リスト——刑法における古典学派と近代学派」立命館法学第408号（2023年）663頁以下。

137) Koch, a. a. O. (Anm. 136), S. 127 f.

138) Koch, a. a. O. (Anm. 136), S. 140.

139) Vgl. Koch, a. a. O. (Anm. 136), S. 144.

### 三、ペンディングとリストの共通点

「学派争いの勝者は誰か」という問いに対して、コッホは、ペンディング、リストともにそうでなかったと回答し、両者に対する評価の見直しを迫る。ペンディングにおいてはその意向に沿わず責任に左右されない措置が刑法典に入れられたことをもって、リストにおいてはその意向に沿わず保安刑の構想が引き継がれず、責任応報的な刑罰がさまざまな刑法上の制裁の中心に据えられたことをもって、どちらもが達成できなかった点を挙げ、両者ともに「自由主義的な改革者」とは呼べないという。両者ともに権威主義的——抑止的な面があるとし、これを覆して、自由主義的——法治国家的な面を強めていく努力が必要であると主張する<sup>140)</sup>。

## 第六款 カスパーの見解

### 一、基礎

ヨハネス・カスパー (Johannes Kaspar) も、学派争いに関心を寄せる。カスパーは予防刑論の支持者である<sup>141)</sup>。その他、修復的司法、刑法上の損害回復、和解などに関心をもち、多数の論考を公表している。刑法上の原則として比例原則を高く評価し、処分だけでなく刑罰においても、不要に高すぎる刑罰を抑制する効果を比例原則に期待する。

### 二、刑罰と処分の関係についての問題提起

カスパーは、刑罰と処分が、事例によってはほとんど変わらないものになってしまうのではないかと危惧している。例えば、2011年5月4日の連邦憲法裁判所判決が刑罰と保管監置の異同に関して違憲判断を下し、「懸隔要請 (Abstandsgebot)」を発したことに対して、これに疑問を投げかける立場に立ち、基本法第103条2項、責任主義、比例原則といった憲法上

---

140) Vgl. Koch, a. a. O. (Anm. 136), S. 145.

141) カスパーの刑罰論に関する記述として、Johannes Kaspar, in: E. Hilgendorf, u. a. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1, Grunden des Strafrechts, 2019, S. 989 f. 参照。

および刑法上の制限原理との整合性を重視しながら、刑罰と保安監置はほとんど異ならない措置になってしまっているのではないかと指摘した<sup>142)</sup>。また、精神病院収容（第63条）に関しても、モラス事件を素材として、治療できる見込みのない者を保安のためだけに収容するのは保安監置とほとんど変わらないのではないかとの問題提起を行った<sup>143)</sup>。

### 三、刑の量定と比例原則

カスパーは、刑罰の正当化根拠につき、「比例原則にかなった積極的一般予防論（Verhältnismäßige Generalprävention）」を採る<sup>144)</sup>。それによれば、刑罰は、犯罪に対して国民を安心させ、消極的一般予防の効果を担保することに役立つと同時に、法的平和の回復と保全に役立つとし、刑の量定にあたって、行為者に処罰を科すべきか、どのような処罰を科すべきかを比例原則から導くことができるとする<sup>145)</sup>。カスパーのいう「一般予防論」は、国民を安心させる機能を「積極的」一般予防と評価しており、威嚇による消極的一般予防と並行させて刑罰を正当化しているようであり、ヤコブスのいう積極的一般予防論とはその内容がまったく異なる。カスパーの考えによるならば、刑罰と保安監置は、ともに国民を安心させるための措置であり、両者は区別できないものとなる。

---

142) Vgl. Johannes Kaspar, Die Zukunft der Zweispurigkeit nach der Urteilen von Bundesverfassungsgericht und EGMR, ZStW 2015, S. 654-690.

143) Vgl. Johannes Kaspar, in: Dudeck/Kaspar/Lindemann (Hrsg.), Verantwortung und Zurechnung im Spiegel von Strafrecht und Psychiatrie, Augsburger Rechtsstudien 79, 2014, S. 103-134.

144) Johannes Kaspar, Verhältnismäßige Generalprävention und Zurechnung, Ringpublikationsprojekt Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung? (Teil 1), StV 2014, S. 250-256. なお、カスパーの師ハインツ・シェッヒの刑罰論は、岡上雅美（訳）、ハインツ・シェッヒ「被害者学の観点から見た死刑」龍谷法学第39巻第3号（2006年）507頁以下によれば、「犯罪を処罰するのは、第1には威嚇のためである。第2には、禁止規範を歪めずに維持するためである」としており、威嚇と規範維持を軸とする積極的一般予防刑論を採る。

145) Vgl. Kaspar, a. a. O. (Anm. 144), S. 254.

刑の上限と下限を決定するに際して、カスパーは、責任原理のみに基づく応報的な科刑を批判し、これに加えて比例原則の考慮に従って刑量を決定することを支持する<sup>146)</sup>。その理由は、責任原理は「原因—手段の関係」に着目し、比例原則は「目的—手段の関係」に着目するのであって、責任のみの科刑を行う絶対刑論に立てば、目的を考慮できないと解するためである。比例原則について、その「目的合理性」が常に拡張と無制約に結びつくという好ましくない評価を受けてきたことは疑問であると主張し、むしろ、比例原則は国家行為の正当化を確かなものとする<sup>147)</sup>。この見解によれば、国家刑罰は、単なる責任に応じた科刑の領域でなく、積極的一般予防によって限定付けられる刑罰の領域において考慮されることとなる。

#### 四、刑罰と処分の区別不能性

根本的に、カスパーは、刑罰と処分を、性格的にあまり変わらないものと見ている。彼は、「刑罰は責任に応じた科刑に役立ち、処分は将来の犯罪行為の予防に役立つ」との図式にも疑問を呈し、この分け方は、厳密な考慮のうえでは成り立たないのではないかとの問題意識をもつ<sup>148)</sup>。

この意識から、カスパーは、刑罰と処分の共通性を指摘した。それによれば、刑罰と処分は両者とも害悪であって、また両者とも予防目的をもち、追及される予防目的の種類と程度は共通しており、両者は、その予防目的が、どのような方法で、そしてどのような手段で目指されるかの点で異なるのみであるという<sup>149)</sup>。そして、彼は、刑罰も処分も同じく「犯罪行為の法効果」であって、過去に行われた犯罪行為への因果的な意味における「リアクション」であると解する<sup>150)</sup>。

---

146) Vgl. Kaspar, a. a. O. (Anm. 142), S. 664 f.

147) Kaspar, a. a. O. (Anm. 142), S. 665.

148) Vgl. Kaspar, a. a. O. (Anm. 142), S. 667.

149) Vgl. Kaspar, a. a. O. (Anm. 142), S. 678.

150) Kaspar, a. a. O. (Anm. 142), S. 670.

この見方によれば、保安監置は、古典的な刑罰と純粋な特別予防の処分との間の中間的な産物ということになる。カスパーは、刑罰と保安監置との相違は何かという問題提起に対して、そもそも二元主義を厳密に保つことはできず、保安監置を刑罰類似の措置に位置付けるべきであると主張する<sup>151)</sup>。

### 五、リスト説への評価

カスパーによれば、リストの構想した刑法典は、「刑法典」にとどまらず、それを超えた「犯罪法典」である<sup>152)</sup>。刑罰と処分は「犯罪行為の法効果」または過去の犯罪行為への「リアクション」であって、こうした「犯罪法」の領域では、十分に有効で、かつ制裁を受ける者をできるだけ寛大に扱うようなリアクションが重要であるとする。

### 六、損害回復の支持

刑罰と処分の区別に関連して、カスパーは、第三の道として、和解による損害回復（Wiedergutmachung）を支持する<sup>153)</sup>。賠償を行う行為者は、妨害した法的平和を建設的な方法で完全にあるいは部分的に自ら修復し、損害回復によって刑罰は少なくとも部分的に不要となるとの考えを支持する。

## 第六節 小 括

第二章では、ドイツの議論状況を概観した。その要点は、次のようにま

---

151) Vgl. Kaspar, a. a. O. (Anm. 142), S. 687.

152) Albin Eser, Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht. in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 235. 同旨。

153) Kaspar, a. a. O. (Anm. 142), S. 689 f. なお、仲道祐樹（訳）、ヨハネス・カスパー「ドイツにおける修復的司法の理論と実務」比較法学54巻1号（2020年）217頁以下によれば、カスパーは、修復的司法の考え方にも賛成の立場である。

とめられる。

### 一、学派争い

旧派と新派の学派争いは、形を変えて継続している。ドイツ近時学説では、刑法にどのような任務を負わせるか、処分をどの法体系に位置付けるかといった議論でなく、刑罰と処分の関係、特に、危険な累犯・常習犯への対応を刑罰で行うか処分で行うかに注目が集まった。

これに対して、治療処分については、刑罰とは重なり合わないものであることは、一般に求められている。

### 二、分析の複雑化・精緻化

また、議論の重点が移行するに応じて、ドイツ近時学説では、分析がより一層複雑化・精緻化した。1970年代以降は行刑法が制定され、刑事政策的な検討視覚が出現し、刑罰の内容をどのように行刑で達成するかという点に併せて、2011年に刑罰と保安監置に関する違憲判決が出され、刑罰と処分の異同をめぐる議論がより活発に行われた。同時に刑罰と処分に関する理論的基礎付けも多様化し、学説によって刑罰と処分の関係にかかる着眼点はまったく異なる。

### 三、違憲判決

このような分析の複雑化・精緻化の一因として、2011年に保安監置の違憲判決が出されたことで、保安監置の正当化が求められることとなったことが挙げられる。その影響により、刑罰と処分の異同に関する論考が増え、刑罰と処分の関係の問い直しが行われた。

### 四、学説の対立状況

前述のように、上の学説のすべてにおいて、責任無能力者に対する治療処分は必要であるという意見は共通しており、コンセンサスが得られてい

る。学説における対立の争点は、責任無能力者の処断でなく、限定責任能力者、とりわけ、将来において犯罪をくり返す危険性のある者にかかる措置をもって対応するかに収斂される。この点について、ドイツ近時学説は、大きく次の２説に分かれる。① 刑罰と処分を厳密に区別し、拘禁の継続は処分によって行うとする説（峻別説）、② 刑罰と処分との厳密な区別を問題とせず、拘禁の継続を保安刑に解消する説（非峻別説）。

明確に①峻別説に立つのは、ヤコブス、フリッシュである。両者は、刑罰と処分の本質が明確に異なるものと捉え、それぞれ別個の正当化を求める。また両者とも行為者と被害者の利益衝突を意識する。カスパーも、二元主義に立つが、ヴェルツェル、マウラッハ、ヤコブス、フリッシュなどの伝統的な二元主義とは異なる。刑罰と処分の性格的な区別に重点を置かず、紛争解決や実務的な問題の解決をより重視する。その結果、このように解すると、刑罰と処分の限界が曖昧になる。したがってこの見解では、欧州人権裁判所の求める「懸隔の要請」を満たさない。対して、ミュラー＝デーツは、②保安刑を認める非峻別説に属する。刑罰と処分を厳密には区別できないとし、保安刑、責任刑に基づく刑罰加重を認め、保安監置は認めない。

上の学説の分類は、次の第三章で見る日本の学説においても重要である。刑罰一元主義を採る日本でも、刑罰と処分の関係をめぐって、刑罰の構想に加えて危険な常習犯に対する保安処分を認めるか、あるいは、責任刑を貫いて刑罰加重によって保安刑に向かうかは、ドイツと同様に争われることとなる。ドイツの議論状況を踏まえて、次章では、日本の立法および学説状況を概観する。