

タイトル	「新たな懲罰性」の問題(一)：いっそう厳しい制裁に犯罪予防効果はあるのか
著者	クーリー，ヘルムート；ブランデンシュタイン，マルティン；吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，44(2)：167-189
発行日	2008-12-25

「新たな懲罰性」の問題 (一)

——いつそう厳しい制裁に犯罪予防効果はあるのか——

ヘルムート・クーリー

マルティン・ブランデンシュタイン

吉 田 敏 雄

目 次

第一章 序論

第二章 行刑分野における現在の（法律の）進展状況から見た威

嚇とその他の刑罰目的

第三章 刑事政策の進展状況における大衆媒体の役割

（以上本号）

第四章 厳しい制裁によって犯罪は減少するか？

第五章 （厳しい）制裁の犯罪予防効果？

第六章 結び

第一章 序論

近時、ドイツの犯罪学においてもその他の国の犯罪学においても、次第に問題とされるようになってきたのは、人々の制裁に関する意識ないし公的統制・制裁機関の制裁行動がどの程度厳しくなってきたのかに関するものである。人々の制裁要求が、少なくとも、性犯罪者や（少年）暴力犯罪者といった特定の犯罪者群に対するそれが厳しくなったこと、特に、裁判所も、いつそう厳しくなった法律の背景もあって、いつそう長期の自由刑を科したり、執行緩和ないし仮釈放に関して今までよりも控えめな態度をとっているという調査結果の得られることが多い（vgl. Kury 1999; 2007; 2008; Kury u. Obergfell-Fuchs 2006; Kury u. a. 2004; Yoshida 2008）。人々は、社会の発展、犯罪及び国内の安全に関する議論を背景に、ここ数十年間ますます敏感になってきたのである。要求、競争状況、例えば労働の分野でのそれが著しく増大するとともに、同時に、労働者の満足度、積極的意欲が減退してきた（vgl. IFAK-Institut 2008）。「政治に対する嫌気」とでもいえる現象が増大してきたが、それは、ここ数年、大きな国民政党からの党員脱退者が増えていること、選挙投票者が減少しているところに現れている。二〇〇八年七月のドイツ第一テレビジョン放送（ドイツ公共ラジオ放送局連合体）の「ドイツの傾向」に拠れば、ドイツ人の六二％が、将来、お金が足りなくなるとの不安を抱いている。不安が「重大な今日の問題」になったのだと（www.deutschlandtrends.de）。「雰囲気はひどく悪い。ドイツ人のほぼ半数が、自分の十年後の経済的状況は今より悪くなると考えている。四分の三が連邦政府の施策に不満を抱いている。ほぼ八〇％の者が、連邦政府の政策は今日の問題、つまり物価上昇といった問題に対してあまりにも不十分な対策しか講じていないと非難している」（Schönborn 2008）。フリートリッヒ・エーバート基金（二〇〇八年）から委託された最近の研究から分かったことは、一六歳以上の質問対象者ドイツ人二、五〇〇人の約三分の一

の者が現在の民主主義の形態に満足していない。西ドイツ人（旧連邦州）の約二〇%、東ドイツ人（新連邦州）の四〇%が、ドイツの社会秩序は支持するに値しないと考えている。二六%の者が生活において不正な扱いを受けていると感じている。二三%の者が人生の完全な負け組みないしどちらかという負け組みに入っている。政治、経済の問題に関する議論、例えば、将来、年金を支払ってもらえるのか、保健制度あるいは職場の確保といった問題が議論されることにより、結果として、例えば、犯罪学の分野においては、調査研究で「犯罪不安」として測定される側面に影響を与える心理的動揺が生じている（vgl. Kury u. Obergefell-Fuchs 2008a）。

経済的地位、政治的信念、住居・労働状況に関する範型がますます一様でなくなっているところに認められる、ますます変化を増す生活世界、これによって不安定な状態が生じていることが、ポストモダンの脱連帯化された社会との関係において、多くの人々に過大な要求をする原因となつていくように思われる。生活状況の変化がますます速くなつていくし、これにより適応行為の必要性がいつそう大きくなり、これが今度は「引き離されている」、繋がりを失っているという気持ちを強めやすくなっている。特に少年の間では、それぞれがますます自分自身に連れ戻され、同定確認の可能性がますますその輪郭を失い、信用ができなくなっている。これに伴い、困窮状況にある人を受け止める、ないしそもそもこういった状況に陥らせないようにしうる安定した社会構造がますます弱くなっている。以前には支えのように拘束力のあつた役割像、これに相応する社会構造から解放されたこと、ないしそれを失ったこと、これと相即して、その間に、誰もが自分自身に責任を有すること、誰もが自分自身で「自分がどこにとどまっているのか」を見なければならぬといった指針がおそらく支配的になつてきたといつてよい。動揺がそして犯罪への不安も生じているという状況の中に、繰り返し、例えば、女性解放運動や犯罪学の側から「新しい」犯罪分野が「発見」され、

厳しい処罰が要求されるといった展開も組み込まれるのかもしれない。例えば、女性、子どもに対する（性的）暴力、家庭内暴力、はたまた、ドイツでも最近問題になっている付きまとい（ストーキング）を考えてみれば分かるだろう。今までは等閑視されることの多かったこういった犯罪分野が指摘され、これに普通伴っているのが、救済、もつと予防、とりわけ、いっそう厳しい、徹底した行為者処罰といった要求である。犯罪被害者の「再発見」には、被害者をもつと保護すべしとの要求の伴うことが普通であるが、その場合、保護というのは千年もの歴史のある範型に従い先ずは行為者の厳しい処罰を意味するのが普通であり、これにより、行為者ばかりでなく、一般予防的に潜在的犯罪者も威嚇できるとの期待がこめられている。公に又は表面には出てこない厳しい制裁要求、これは受け入れられる行動と受け入れられない行動の間に明確な線を引き、社会における「秩序」をもたらそうとするのだが、こういったことを背景に、特に選挙戦において、厳しい処罰といった主題を発見し、これをますます利用するようになった。これがはつきり現れたのは、例えば、二〇〇八年初頭のヘッセン州の州議会選挙戦においてである。州民の支持率の低下していた現職候補者がミュンヘンのとある地下鉄駅での少年らによる重い犯罪事件を背景に、いっそう重い処罰を、特に少年の暴力犯罪者に対するそれを主張し、特に重い事案では刑事未成年の子どもにも少年刑法を適用すべきことを主張したが、そこには、選挙民を自分の陣営に引き込む思惑があったのである。少なくとも一部ではあるが、ますます厳しい制裁をといった批判力のない要求が大衆媒体によっても支持されている。

威嚇思想を刑事政策の行為基準として採用すべきとの主張が改めて強くなったことも今日の徴候と理解してよいかもしれない。すなわち、各人が自分自身に対して責任を負うのと同じ程度に、国も各人の過ちに責任を負う必要はない。各人は「費用」（刑の重さ）を見込んで、自己答責的に、道を踏み外す決断をしたからであって、この見方は連邦

裁判所の責任理解とうまく調和している (BGHSt 2, 200)。この「合理的選択」という研究・実践手法に従う理解は、非決定論的人間像に従っているのである。つまり、はるかに多くの責任を行為者に負わせ、社会、環境又はその他の、行為者の外にありうる要因にはそれほど責任を負わせないのである (vgl. hierzu auch Kunz 2004)。経済学的研究・実践手法は、犯罪者をそれほど「甘やかしたり」、「華奢に」扱ったりしないで、いっそう素朴に、実用的に、そして「実生活に即した」扱いをするようにとの要望を反映しているのかもしれない。ポストモダンが人間をちりぢりばらばらに、そして、自己関係性において見ることは犯罪行為のこのような功利的且つ計算的整序に対応する。

第二章 行刑分野における現在の（法律の）進展状況から見た威嚇とその他の刑罰目的

刑罰警告を重くすればそれに応じて威嚇効果が高まるという考えは一応説得力があるように思える。ほぼ二〇年前に、フィルスマイアー (1990) がこの仮説を精緻な実証研究で検証した。そこで証明できたことは、三年ないし五年の自由刑に対して刑罰警告を重くしても威嚇効果を一%すら高めることはできないということである。このことの意味は、無期自由刑であっても、三年ないし五年の自由刑の威嚇効果と比較しても、その威嚇効果は一%以下しか高まらないということである。しかも、この場合、一般予防の考えのために、潜在的行為者は刑罰警告の程度に関する情報を刑法典から得ていること、捕まる可能性についても考慮している、ということが前提となっている。すなわち、威嚇効果は単純な計算法則に、例えば、単純なモデル「ますます重い刑罰→ますます高まる威嚇効果→ますます減少する犯罪」に相応しているとは到底いえない。しかし、まさにこの計算法則が有効であるとの考えが人々に刑事政策や大衆媒体の相応の要求によって吹き込まれている。本当のところ、刑罰警告の威嚇効果は最大限五年の自由刑で「高止まり」するのであって、それ以上の刑罰警告が予防効果を高めるものではない。このことはまた、中世の想像もつ

かない残酷、残虐な刑罰ですら、重い犯罪を犯す用意と能力のある者にはことにそうであるが、もしあるとしても、きわめて限られた犯罪予防効果しかなかったことの説明にもなる (Schild 1980)。アイスナー (2001, S. 83) によれば、きわめて厳しい制裁にもかかわらず、中世の西洋五地域 (イングランド、オランダ／ベルギー、スカンジナビア、イタリア及びドイツ／スイス) の殺人率は今よりも二五倍も高かったのである。しかし、同時に、多くの場合、行為者は公開で車刑、斬首刑、火あぶりの刑、絞首刑、溺死刑に処せられたのであり、これらは当時の数え切れないほどの制裁態様のほんのわずかな例にすぎない。

法による有罪宣告の社会状況への、最終的には刑の執行状況への (再) 配置が具体的になるほど、ますます法学者も立法者もそれに注意を払わないようになる。早くも、有罪宣告に続く量刑において困難なことが始まる。学問においては——法学教育は別として——量刑はきわめてわずかな位置価値しか有しない。政治の側から、犯罪との戦いにおいて法定刑を上げよとの要求が「機会のあることに」為され、しかも大衆迎合的に為されることが多いのである。

量刑も、行刑の分野において、自由刑において下されるべき構成については一言も触れていない。これを下すのは、刑の宣告をそれによって定められた期間に關してのみ遵守しなければならない行刑当局だけである。刑事施設の構成がどうあるべきかに關しては、(少年)行刑の分野では完全に行刑当局に委ねられている。但し、応報、一般予防といった一般的刑罰目的は行刑法第二条に定められている再社会化 (行刑法第二条第一文)、さらなる犯罪からの公衆の保護 (行刑法第二条第二文) とは両立せず、それ故、通説によれば、行刑構成の指針として用いられてはならないのである (Callies/Müller-Dietz 2005, § 2 Rn. 8)。これによって、一方で、行為責任に基づいて量定された自由刑の期間 (刑

法第四六条第一項第一文」と、他方で、行刑内において行為者にのみ向けられる社会化目的と間に緊張関係が生ずる (vgl. hierzu insbesondere Calles/Müller-Dietz 2005, § 2 Rn. 10 sowie Walter 1999, Rn. 60)。

最近またもや、犯罪に対する保護と「撲滅」の処置としての属性をもつものとしての刑罰がはっきりと正面に躍り出てきた (Hassemer 2006)。刑罰のこの「目的」をはっきりさせているのが近時の行刑分野での立法、特に少年行刑のそれである。

少年行刑には最近まで独自の行刑法がなかった。周知のごとく、連邦憲法裁判所の判断では、この状態は憲法違反であり、二〇〇七年中には解消されなければならないのである (BVerfG, 2 BvR 1673/04 vom 31. 5. 2006)。連邦裁判所の課したこの義務を、一般行刑の規制課題と同じく、州立法者は果たさなければならなかった。

基本法第七四条第一項第一号に規定されていた「及び行刑」という文言は、二〇〇六年九月一日に発効した二〇〇六年八月二八日の基本法改正法 (BGBl. I, S. 2034) によって削除されたのであって、これにより、連邦は行刑全般の、つまり、少年行刑も含めて、競合的立法権限を失ったのである。基本法第七〇条第一項は行刑規制の管轄は州にあることを定める。連邦が、二〇〇六年八月三一日まで存続する行刑分野の立法権限に基づき、法律を公布した限りにおいて(たとえば、上記の行刑法)、これらの法律は、基本法第一二二条 a 第一項の新規定により、州法が新たに制定されるまで有効である。独自の州行刑法を有する州にあっても、行刑法第一〇九条ないし第一二二条は依然として有効である。それは周知のごとく、連邦において有効な手続法は連邦制度改革によっても手がつけられなかったからであ

二〇〇八年五月二一日までに、バイアーン、ハムブルク及びニーダーザクセンの諸州が一般（成人）行刑法を整備した（行刑における及び行刑をめぐる近時の動きについての情報は、www.strafvollzugsarchiv.de）。

つい最近まで、刑法システムのおそらくはもつとも慎重な扱いを要する対象である少年行刑については、法律がなくともうまくやっていける、という前提から出立していたように思われる。すくなくとも、相応の立法処置は再三引き延ばされたのである。そのため、特に欠如していたのは、少年行刑を教育という観点から整備することである。少年行刑に関する州法の初版がどういうものになるのか、その準備段階においてさまざまな観点から関心が寄せられたといつてよい。特に、現時点での犯罪学研究の総括を州法に反映させることができたからである。それはことに犯罪学と法がほかでもなく少年刑法において特に密接に絡まりあっているからである（vgl. Kaiser u. Schöck 2006, Kap. 2, Rn. 1）。そうすれば、国の刑罰の歴史に新しい一章が開かれることになり、それが少年行刑に最初の法律で定義された容貌を与え、少年行刑の今後の発展史にこの出発点から持続的な影響をあたえることになる。しかし、州法制定者としての立法者が、近時、むしろ厳格且つ抑圧的雰囲気の中におかれていた時代に、これらの州法が「誕生」したということ——法律もその時代の子である——このことはこれらの法律に多くの長所が含まれることを予期させるものではなかった。これとは対照的に、一九七六年の行刑法制定当時の刑事政策の「雰囲気」は自由主義的構成という観点で有利であったことは紛れもない。自由と安全との間の均衡の重点は近時明らかに後者に移っているが、それは二〇〇一年九月一日の遠隔効果や国際的テロリズムをめぐる議論の影響によってだけ生じたとは到底いえない。

い (vgl. Prantl 2008)。幾度も議論されている懲罰性の増加傾向、つまり、法違反者を刑法上もっと厳しく扱うという傾向は、すでにそれ以前から紛れもない事実だったのであり、テロの危険に対する感受性の増大といった側面だけで見てはならないのであり、又、安全要求の現われといった側面だけで捉えてはならない(下記参照)。懲罰性の増加もポストモダンの徴表と理解できるかもしれない (vgl. Lautmann u. Klimke 2004, S. 9ff.)。いずれにせよ、人道主義的、再社会化・行為者指向行刑という過去の遺産を配慮すること、少なくとも相応の明文規定を配慮する充分の理由がある。もっとも、規定の実践的適用は遅々として進んでいないのだが。

この点での徴候となったのが二〇〇七年六月二七日にバーデン＝ヴュルテムベルク州議会で可決され、連邦州全体で初めて施行された少年行刑法 (Drucksache 14/1454 des Landtags Baden-Württemberg 2007) である。ハッセマー (二〇〇六) のいう刑法・刑事訴訟法の消極・予防的充電がここ少年行刑法においてまさに現れている。

ほとんどの州で今なお有効な一般行刑法第二条第一文から、受刑者一般のための法的に定義された行刑目的がどこにあるのかが分かる。「自由刑の執行において受刑者は、将来社会的責任をもち、犯罪をしない生活を送れる能力をもたなければならぬ (行刑目的)」¹。このことは、教育というレッテルの張り付けられている、従来唯一の少年行刑の任務を定める規定——少年裁判所法旧第九一条第一項——にも現れている。「少年刑の執行によって、被有罪者は、将来、誠実かつ責任感のある生き方を送れるような教育を受けなければならない」²。これに続いてようやく、(一般) 行刑法の行刑目的の法定義の外に、行刑法第二条第二文は、「自由刑の執行はさらなる犯罪から公衆を保護するのにも仕える」³と定める。

ここで一例として紹介するバーデン＝ヴュルテムベルク州少年行刑法では、改革、つまり関連規定の体系的位置の変更によって、優先順位の変化が生じている。ここで注意しなければならないことは、対象者が少年であり、教育思想が——ともかく従来——行刑構成の指針となるべきだということである。バーデン＝ヴュルテムベルク州行刑法では、適用範囲の規定（バーデン＝ヴュルテムベルク州少年行刑法第一条）のすぐ後に、同法第二条第一文に「犯罪予防任務」——同法第二条の表題がそうなっている——として安全が真つ先に明記されている、「少年行刑の犯罪予防任務は少年犯罪から市民を保護するところにある」。続いて、同法第二条第二文はこう定める、「少年行刑はバーデン＝ヴュテムベルク州における内的安全、同州における法的平和及び」——後で、しかしそれでも——「少年を国と社会に組み入れることに仕える」。この第二文の後置文言、つまり、添え物のところで初めて、従来は、一般行刑法において三つの最小限原則の一つとして真つ先に規定されていたもの（つまり行刑法第三条第三項——「社会への統合原則」）が表現されている。しかし、他の二つの行刑原則（行刑法第三条第一項——「近似原則」及び同法第三条第二項——「對抗制御原則」）にはまったく言及がない。バイアーン州及びハムブルク都市州の少年行刑法もバーデン＝ヴュルテムベルク州の例に従い、行刑の任務として真つ先に少年の（さらなる）犯罪から公衆ないし市民を保護することを強調している。これと異なるのが、ヘッセン州、ノルトライン＝ヴェストファーレン州、ニーダーザクセン州及びその他の州のいわゆる一〇州群であり、これらは被拘禁者の教育ないし再社会化を、少なくとも傾向として、よりはっきり正面に打ち出している（vgl. Höynck u. a. 2008）。

バーデン＝ヴュテムベルク州少年行刑法第二条ではなく——同条は（ほとんどの州でなお有効な）一般行刑法に対応するのだが、しかし、上述したように、安全という利益が強調されている——同法第二条においてようやく「教

育任務」という表題の下に、行刑法第二条第一文にほぼ正確に対応する文言が見出される、つまり、「少年行刑においては、少年被拘禁者は社会的責任をもち犯罪行為をしない生活を送れるように教育されるべきである」。すなわち、成人は最終的には「犯罪行為をしない生活を送ることが『できる』べきだが、少年はそのために『教育される』べきである。処遇と教育の基本原則はバーデン＝ヴュルテムベルク州少年行刑法第二条に規定されている。いまや少年行刑法内部で教育任務の位置づけに変化が生じ、それによりその意義が相対化されてしまう点が多く、批判者の議論を呼んだのである。例えば、ドイツ少年裁判所及び少年裁判所援助連合——バーデン＝ヴュルテムベルク州支部——は、すでに準備段階において、つまり二〇〇七年二月二七日に、法律草案に次のような意見を表明した、「少年被拘禁者に犯罪行為をしない生活を送れるように教育するという行刑目的を法律の冒頭に明記することが望ましい。草案第二条の一般条項のような規定振りでは教育目的が効果を失いかねない危険がある。現行少年裁判所法第九条第一項ももっぱら被有罪者の教育を行刑目的として定めている。こういった規定が、少年行刑には憲法上の再社会化義務が課せられていることを強調する二〇〇六年五月三一日判決に最もよく適うことも、こういった規定が支持されるべき理由となる」。しかし、草案へのこういった評価されるべき批判も影響を与えなかったようである。従前の行刑法における被拘禁者の再社会化に関する諸規定の実務上の実践がまったく遅々として進まなかったという事情を考えれば、新しい法律が発効すれば、行刑の再社会化にやさしい構成という観点での政治的圧力がいつそう低下することになるかもしれない、特に、公衆の間に一部見られる制裁態度の高まりが背景にあるとすればなおさらである。もっとも、他にもなくこの公衆が依然としてかなりの程度同時に再社会化思想を強調していることに注目しなければならぬ (vgl. Kury u. a. 1996, S. 319 ff.)。ここに特にはっきりしたことは、行刑が社会の発展と態度の投影面としての意味をもちうるということである (Müller-Dietz 2006)。

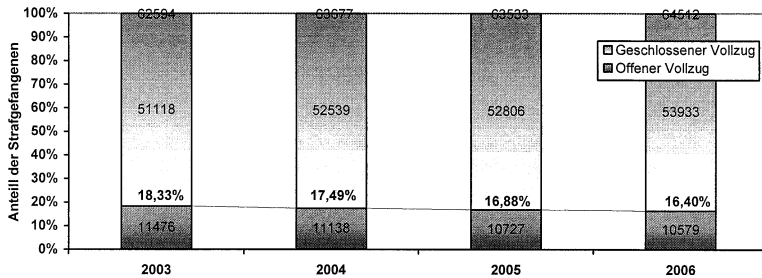


図1：自由刑、少年刑および保安監置執行施設における開放執行に収容されている者の割合。

法律の規定すら、被拘禁者にその認められた権利を拒否するまいしそれを縮小することを防止できないようである。法律上の指針が実践できない一例として、法律には（なお）通例行刑として定められた開放執行を挙げることができる（行刑法第一〇条）。通例として開放施設収容が実践されているというようなことは、今日に至るまで、とてもいえるような状況ではない。逆に、数字上、逆の発展傾向にあることがはつきりしている。二〇〇三年から二〇〇六年まで、受刑者数は微増したにもかかわらず、開放執行に収容された被収容者の絶対数は減少し、それに応じて、ますますもって受刑者全体に対するその割合も減少した（図1参照）。

さらに、開放執行に関しても、州少年行刑法のほとんどについていえることだが、行刑法第一〇条と比較して意味付けての違いが鮮明になる。例えば、ブレーメン都市州少年行刑法を見るとはつきりする。同法は最初に成立した、しかし、バーデン＝ヴュルテムベルク州少年行刑法の後に施行された州少年行刑法である。ブレーメン都市州少年行刑法第一三条の表題は「閉鎖及び開放執行」となっているのに対し、行刑法第一〇条の表題では、開放執行が閉鎖執行の前におかれている。さらに決定的なのは、ブレーメン都市州少年行刑法第一三条第一項は受刑者の収容されるべき二つの執行形態だけを一文で規定している。そこでは、両執行形態は同列におかれていることになるが、連邦立法者は行刑法第一〇条第一項において、開放執行が通例執行となるべきことを明文化していたのである。まさにこの点に関して、犯罪学

の所見(暴力と抑圧の低下、副次文化形成の危険性の低下、最後に、再犯率の低下)は開放執行を明確に支持するものであり (Diemer, Schoret u. Sonnen 2008, § 13 JStVollzG, Rn. 2 m. N.; auch schon Albrecht u. a. 1981; zum Bereich des Jugendstrafrechts Frankenberger 1999) 今までの通例―例外関係から決別するという考えを許さなかったであろう。逆のことしか考えられないであろう。すなわち、法律で規定された、歓迎すべき、しかし、実務では軽視された開放執行の優先性を、持続的に実現するということを真摯に追求してもよかったであろう。アーレックス(二〇〇六)は行刑法草案の準備段階におけるこの及びその他多くの慨嘆すべき展開に関する記事を、週間新聞「ディツァイト」紙に掲載したが、その見出しは「行刑法 貧弱さの競争がとどめなく進行している」というものである。有罪判決を下す際に流れ込む鋭敏な感覚というものからは、行刑の段階まで、つまり、もっぱら国の刑罰装置が法違反者にとって初めてそして長期に渡り感じられるまさにその場所に至るまで、ほんの少ししか免れられないように思われる。国内の及び外国の確実な犯罪学の知見に反して、政治の側から、人々の動揺を背景にそして安全要求の高まりを利用して、全体として、もっと多くの刑罰を、もっと少なく再社会化をとの主張がなされるのであり、したがって、これで犯罪を減少させることができるとの見せ掛けの確信を生じさせるのである (vgl. Sherman u. a. 1998; Beckett u. Sasson 2004)。

執行の面では、行刑当局にほとんど文句のつけられない自由がある。刑執行裁判所の裁判は、行刑当局により、ためらいがちに、不十分に、不確かなやり方でしか、あるいは、まったく実行に移されないことが多々ある。このことは、刑執行裁判所が行刑当局に課するあらゆる種類の新決定、例えば、引率の許可にも、又、裁判所の下した、したがって法的に拘束力のある義務、例えば、受刑者を施設外の病院へ移送することにも言える (diese und weitere

Beispiele in Feest et al. 1997)。権力分立というような基礎となる法治国原理（基本法第二〇条第三項）が行刑の分野で突然処分可能になってくるのである（vgl. hierzu auch Grub 2007）。

特にいらだたせるのは、刑執行裁判所の裁判を実行に移さないという憲法に違反する、しかし、まったく当たり前になっている行刑実務である。こういうことが実際に行われるのは、特に、刑執行裁判所の裁判が行刑当局の評価に相応しないとか、むしろその「方針」に相応しない場合である。このことが犯罪者に最大の影響をもたらすのは、刑執行裁判所が犯罪者に利益となる、例えば、執行の態様、期間に関する裁判を行うが、これが行刑当局によりあっさりとは無視される場合である。例えば、犯罪者を早期に釈放すべきとか、緩和執行に移すべきという裁判が、実行に移されないことが多いが（実行しないという不作為の範囲を確定するのは難しい。S. Feest et al. 1997）、この場合、フェースト等（1997, S. 11）が論述するように、その説明にかかる不作為の事例において、客観的に実行不可能といえるのはただのひとつもなく、むしろ、世論を顧慮しているとか、費用の要因とか、対応する「反抗的」被拘禁者を懲戒したいとかに起因するものであつて、もとよりこれらはすべて裁判結果の実現を拒否する理由とはなりえないものである。さらに、「第一に、『暗域』を、第二に、被拘禁者を移送したり、ためらうことで釈放まで偽装する行刑当局の不服従を見込まざるをえなく」（Kammann u. Volkart in Feest 2006, § 115 Rn. 85）。フェーストラ（1997 S. 11）は、「行刑当局の反抗的態度が証明されたことは、裁判の結果が執行できないことを明らかにするばかりか、全面的施設における権利保護といった問題にふさわしい特殊な点のあることも示している」と総括している。

この状況は、それ自体として重苦しい気分にはさせるが、それでも、犯罪者に行刑当局の抵抗に抗して、刑執行裁判

所の裁判結果を強制的に実現させうる上訴に訴える道が残されておれば相対化されうることになる。このことは、実際、行刑における被拘禁者の地位や苦情申し立て権が弱いことを背景にすると重要な意味をもつことになる。しかし、通説によると、上訴の道はなおさら認められない。しかし、行刑法に裁判の結果を執行するための規定が欠如しているため、カマンとフォルカート（二〇〇六）が論ずるように、すくなくとも、強制賦課金を課することのできる行政裁判所法第一七〇条、第一七二条の準用を許すべきである。さもなければ、被拘禁者のために憲法が命令する権利保護が存在しないことになる。裁判所が今まで行政裁判所法第一七〇条、第一七二条の適用を拒否するに当たり理論的説明をせず、行刑当局は、きわめて稀な場合を別とすれば、裁判の結果を実行するものであり、それ故、勤務状況監督苦情申し立て、請願権で十分であるとの理由を持ち出しているとき、上記の学説はそれだけ強く支持せざるをえない（Kamann u. Volkart in Feest 2006, § 115, Rn. 81 unter Zitierung von OLG Karlsruhe ZfStV 2004, 315; Kamann 2006; Lesting u. Feest 1987）。この考えは、上記の研究所見から、反駁されたものと認められるべきであり、それ故、基本にある法治国原理に引き続きそれにふさわしい効力のあることを否定したくないなら、行政裁判所法第一七〇条、第一七二条の定める強制処分の適用を拒否する余地はもはや存在しない。

要約すると、行刑の領域では、立法、行政および司法の面で悲惨な状況にあるといえる。

第三章 刑事政策の進展状況における大衆媒体の役割

人々の制裁意識が厳罰に傾くように「煽る」際に重要な役割を果たしているのが大衆媒体である。民間テレビジョン放送局の出現、大衆媒体の途方もない拡大によって、視聴率の向上、定期読者の拡大をめぐる競争がいつそう激し

くなっていることは紛れもない事実である。うんざりしている受け手の注意を惹きつけるためには、いつそうセンサーショナルで「二度とない」出来事が報道されねばならなかった。周知のように、「性と犯罪」は、古来、人々の注意を惹きつける題材であるから、人々は特に（重い）犯罪事件の報道に飛びつくものである。このことは新しいことなく、書籍印刷技術の発明後すぐにいわゆる「パンフレット」が大量に出現したのである。それは、新聞のさきがけといえるのであり、一六世紀初頭にはもうそう呼ばれていて、同じ「市場法則」に従っていたのである。これらの公刊物には様々な日々の問題についての意見が開陳され、特に、事故、自然災害および犯罪行為も報道されたのである（vgl. Staatsbibliothek zu Berlin, S. 130ff.）。

例えば、二〇〇六年秋には、被害者が一〇歳の時にオーストリアはヴィーン近郊で一人の男に誘拐され、八年間も地下牢に閉じ込められ、ようやく逃げ出せたというナターシャ・カムプス事件が国際的耳目を引いたが、この若い女性の最初のテレヴィジョン・インタヴューはものすごく高い視聴率に達したし、それに続き、事件の分析と解釈が報道され、その後も、何週間にもわたり報道された。この事件報道がようやく「止まった」のは、二〇〇八年四月に、またもやオーストリアで発覚した「フリッツル事件」後のことである。この事件は、父親が、自分の娘を二四年以上も地下牢に監禁し、近親相姦から数人の子を生み、そのうちの一人も地下牢で成長せざるをえなかったというものである。報道される犯罪事件の選択は当然のことながら極めて恣意的であり、「知らせ」、つまり、突出していること、センサーショナルであることそして異常であることだけが報道される。「悪しきニュース」はこの意味でほとんどの大衆媒体には「良きニュース」である。毎日起きること、つまり、日常的犯罪は面白くなく、「二度とないもの」が探される。受け手は、このその都度「二度とないこと」が繰り返し出現することで、結局は、「日常的なこと」、「普通のこと」

と、「現実」であるとの印象を容易に得るのである (vgl. Kerner u. Feltes 1980)。例えば、ドイツでは、一四歳以上のテレビジョン放送の平均視聴時間は、二〇〇〇年には一八五分であったが、二〇〇五年には二二〇分にもなっている。これにラジオ放送の聴取時間を加算することができる (vgl. Schwind 2008, § 14 Rn. 1)。「怪物」、「獣」はたまた「妖怪」に対して適用された又は適用されるべき刑罰に関する報道もますます増加し、したがってまた、刑事訴追機関、特に、刑事政策者にも圧力がかかる。人々の大部分は犯罪に関する他の情報源をほとんどたない、ないし利用できないのであるから、ここに、犯罪の実態に関する途方もない歪められたイメージが生まれる。特に目立つ逸脱行動は、人々が犯罪について思い描くものを代表しているうえ、犯罪を統制するためにどう対処するべきかを代表しているものと捉えられる (vgl. Schwind 2008, § 14; Kerner u. Feltes 1980; Beckett u. Sasson 2004, S. 73ff.)。

西欧、北欧工業諸国における制裁の心的傾向は、例えばドイツもそうであるが、なお比較的穏健であるが、旧ソヴィエト諸国での意識調査を見ると、旧ドイツ民主共和国でも依然として同じことが言えるのだが、人々は厳しい制裁を要求している。その原因はおそらく、人々はどういった厳しい制裁の中で育ち、厳しい制裁で犯罪を統制できるし、統制しなければならぬことを「学習した」ところにある (vgl. etwa zu Aserbaidschan Kury u. a. 2006)。例えば、旧ドイツ民主共和国でも、約二一年前によく——正確には一九八七年七月一七日に——死刑の廃止がエーリッヒ・ホーネツカーによって布告され、最後の死刑執行は一九八一年六月二六日に国家公安省大臣ヴェルナー・テスケに対して行われた。テスケは、ドイツ連邦共和国に逃げる意図があった廉で、前もって知らされることもなく、不意に後ろから頭部を狙われ射殺された (Hase 2007)。したがって、一国の制裁伝統というものは、国内の安全を保障するために、何が必要と考えられるのかについて、市民の意識にも影響を与えるものである。犯罪が増加すると、それ

が実際にそうであろうと、認知件数であろうと、大衆媒体で報道される件数であろうと、この手段の増強、つまり、もつと多くの、もつと厳しい制裁が要求されるのである。

カイザーの報告によると、一八八二年当時のドイツ帝国において、ドイツの裁判所に起訴された犯罪者の七六・八％が実刑に処せられた。この割合はその後何十年にもわたって恒常的に減少し、今日、約五・五％ないし六・〇％になっている。一八八二年当時、制裁全体の二二・二％が罰金刑であったが、早くも一九九〇年代中頃には八五％に達している。このことは制裁範型がこの百年で完全に变化したこと、この関連で人々の意識も、多くの場合、時間的に遅れながら变化したことを意味している。刑事制裁は過去何百年にもわたって、それにかかる途方もない費用、それに特に文明の発展を背景に温和になったが、この数十年間、西側工業諸国においても一転していつそう厳しい刑罰、いつそう厳しい法律を求める動きが、ドイツのほかに、ポーランド (Kossowska u. a. 2008; Krajewski 2006)、スペイン (Serrano-Maillo 2006)、アメリカ合衆国 (vgl. unten)、グレートブリテン (Green 2008) そして日本 (Yoshida 2008) でも顕著になっている。この発展は大衆媒体の報道の影響でもある。

正当にも、再三指摘されることだが、他でもなく西側工業国であるアメリカ合衆国においても、刑事制裁は比較的厳しいのであり、このことは、――予期したように、しかし、したがってとは言わないまでも――人々の意識にも妥当する。例えば、今日に至るまで、アメリカ合衆国の大統領選挙戦では候補者の死刑への態度が決定的役割を果たしている。最近では、四三歳の男性が犯した事件が想起される。この事件は、一九九八年にルイジアナ州で起こった事件で、自分の八歳のまま娘を残酷な方法で性的凌虐を行い、緊急手術でようやく救命できるほどの傷を負わしたという

ものである。二〇〇八年六月二五日に、アメリカ合衆国最高裁判所は、五対四の僅差で、当該行為は死刑判決を正当化しないこと、こういった犯罪に対する死刑は、均衡がとれなく残虐であるから、憲法違反であるとの判断を下した。これにより、アメリカ合衆国における死刑に改めて一線が引かれたのであるが、しかし、判決の実践的意義はそれほど大きくないと見る事ができる。周知のように、子どもに対する強姦に対して、アメリカ合衆国で極刑が言い渡されることは極めて稀だからである。しかし、この話題が感情、興奮を高める内容を有しているため、目下の大統領候補者の二人ともが最高裁判所の判決に直ちに反応した。マッケインとオバマの双方とも——驚いたことにあるいは当然ながら——判決は理解できないと述べた。過去一六年のすべての民主党大統領候補者と同じく、オバマも死刑賛成論者であることを公言している。ミシェル・デユカーキスは、大統領候補者としては、民主党の最後の死刑反対論者であり、そして、選挙戦で敗北した。アメリカ合衆国の「歴史的な新しい始まり」を宣伝しているオバマは、おそらく熟慮した上で、古い「処方箋」にとどまっている。二人の大統領候補者ともに直ちに死刑支持を打ち出したのは偶然ではない。今まで一連の裁判で死刑問題を扱ってきた最高裁判所も死刑に賛成なのか反対なのかについての態度を明確にしていない。こういった事情が背景にあることからすると、間もなくアメリカ合衆国でも死刑は廃止されるなどというようなことはどうも問題外のものであって、廃止されることになるという見解はおそらくむしろヨーロッパの希望的観測といえよう (vgl. Günther 2008a; 2008b)。

以下では、実証的犯罪学研究及び統計に基づき、ここ数十年一般の人々から、そして、特に、政治家からもますます要求されている厳しい刑罰が、犯罪の減少にどの程度役立つかのものかについて考察したい。厳しい刑罰を科する昔の制裁範型に戻る事が、自由主義的、処遇指向的刑事政策をさらに発展させることと比較して、犯罪防止の点で

どの程度より効果があるのだろうか。本論稿では、特に、アメリカ合衆国、フィンランド、ポルトガル、日本及び最後にドイツについての調査結果に触れることにしたい。最終章では、それまでの詳論を基礎に、合理的刑事政策の観点に論及したい。

(こへ)

《参考文献》

- Albrecht, H. -J., Dunkel, F., Spiess, G. (1981). Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 64, 310-326.
- Alex, M. (2006). *Strafvollzugsrecht: Der „Wettbewerb der Schädlichkeit“ schreitet unaufhaltsam voran*. *Strafverteidiger* 26, 726-728.
- Beckett, K., Sasson, T. (2004). *The politics of injustice. Crime and punishment in America*. Thousand Oaks et al.: Sage.
- Callies, R. -P., Müller-Dietz, H. (2005). *Strafvollzugsgesetz*, 10. Aufl. München: Beck.
- Diemer, H., Schreit, A., Sonnen, B. -R. (2008). *Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen*, 5. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Eisner, M. (2001). Individuelle Gewalt und Modernisierung in Europa, 1200-2000. In: Albrecht, G., Baakes, O., Kühnel, W. (Hrsg.), *Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Feest, J. (Hrsg.) (2006). *StVollzG—Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, 5. Aufl., Neuwed: Luchterhand.
- Feest, J., Lesting, W., Selling, P. (1997). *Totale Institution und Rechtsschutz: eine Untersuchung zum Rechtsschutz im Strafvollzug*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Frankenberg, H. -M. (1999). *Offener Jugendstrafvollzug: Vollzugsbedingungen und Legalbewährung von Freigängern aus der Jugendstrafvollzugsanstalt in Rockenberg/Hessen*. Frankfurt a. M. u. a.: Peter Lang Verlag.
- Green, D. A. (2008). *Political Culture and Incentives to Penal Populism*. In: Kury, H. (Ed.), *Fear of Crime—Punitivity. New Developments in Theory and Research*. Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer, 251-276.

- Grub, M. (2007). Missachtung von Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern durch die Justizverwaltung. Der Wettlauf der Schähigkeit hat längst begonnen. In: Müller-Heidelberg, T., Finck, U., Steven, E., Assall, M., Micksch, J., Kaleck, W., Kutscha, M., Gössner, R.; Engelfried, U. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2007. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Frankfurt/M.: Fischer, 142-145.
- Haase, A. (2007). Der Scharfrichter kam von hinten. Dpa-Bericht v. 15. Juli 2007. <http://www.stern.de/politik/historie/592953.html>
- Hassener, W. (2006). Sicherheit durch Strafrecht. Strafrechtlicher 26, 321-332.
- Höynck, T., Hagemann, N., Kapteina, B.-M., Klimaschewski, K., Lübke, V., Luu, N., Riechey, F. (2008). Jugendstrafvollzugsgesetze der Länder. Eine Auswahl wichtiger Regelungsbereiche in synoptischer Darstellung. ZJJ—Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 19, 159-166.
- IFAK-Institut (2008). Motivation und Engagement am Arbeitsplatz sinken. Erste Ergebnisse des IFAK-Arbeitsklima-Barometers 2008 vorgestellt. Taunusstein: IFAK-Institut.
- Kaiser, G., Schöck, H. (2006). Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 6. Aufl, München: Beck.
- Kamann, U. (2006). Anmerkung zum Beschl. V. 7. 12. 2005 des LG Gießen—2 StVK-Vollz 1591/05. Strafrechtlicher 26, 260-262.
- Kerner, H.-J. u. Feltes, T. (1980). Medien, Kriminalitätsbild und Öffentlichkeit. Einsichten und Probleme am Beispiel einer Analyse von Tageszeitungen. In: Kury, H. (Hrsg.), Strafvollzug und Öffentlichkeit. Freiburg: Rombach, S. 73-112.
- Kossowska, A., Rzepinska, I., Wozniakowska, D., Klaus, W. (2008). Criminal Policy Based on Fear of Crime—Case of Poland. In: Kury, H. (Ed.), Fear of Crime—Punitivity. New Developments in Theory and Research. Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer, 371-392.
- Krajewski, K. (2006). Punitivität der polnischen Gesellschaft. In: Obergfell-Fuchs, J., Brandenstein, M. (Hrsg.), Nationale und internationale Entwicklungen in der Kriminologie. Festschrift für Helmut Kury zum 65. Geburtstag. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 485-506.
- Kunz, K.-L. (2004). Kriminologie—Eine Grundlegung. 4. Aufl. Bern u.a.: Haupt Verlag.
- Kury, H. (1999). „Zur Entwicklung der Straftataltät (Punitivität) in Deutschland“. (In: Bonguni, L. (Hrsg.): Księga Pamiatkowa Ku Czci Profesora Jozefa J. Wasika. Wrocław, 167-191).

- Kury, H. (2007). Mehr Sicherheit durch mehr Strafe? Das Parlament—Aus Politik und Zeitgeschichte 40-41, 30-37.
- Kury, H. (Hrsg.) (2008). Fear of Crime—Punitivity. New Developments in Theory and Research. Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer.
- Kury, H., Dörmann, U., Richter, H., Würger, M. (1996). Opfererfahrungen und Meinungen zur Inneren Sicherheit in Deutschland. Wiesbaden: Bundeskriminalamt.
- Kury, H., Obergfell-Fuchs, J. (2006). Punitivität in Deutschland. Zur Diskussion um eine neue „Strafjust“. In: Feltes, T., Pfeiffer, C., Steinhilper, G. (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1021-1043.
- Kury, H., Obergfell-Fuchs, J. (2008a). Measuring the Fear of Crime. How valid are the Results. In: Kury, H. (Ed.), Fear of Crime—Punitivity. New Developments in Theory and Research. Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer, 53-84.
- Kury, H., Kania, H., Obergfell-Fuchs, J. (2004). Wortüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen? Versuch einer konzeptionellen und empirischen Begriffsbestimmung. Kriminologisches Journal 36, 8. Beiheft, 51-88.
- Kury, H., Keller, M., Mitter, U., Rahmati, N. (2006). Verbrechensfurcht, Punitivität und Einstellung zur Polizei—Ergebnisse einer Umfrage in Aserbaidschan. In: Kury, H., Karimov, E. (Hrsg.), Kriminalität und Kriminalprävention in Ländern des Umbruchs. Beiträge einer Internationalen Konferenz in Baku/Aserbaidschan. Bochum: Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 415-486.
- Lautmann, R., Klimke, D. (2004). Punitivität als Schlüsselbegriff für eine Kritische Kriminologie. In: Lautmann/Klimke/Sack (Hrsg.): Punitivität. Weinheim: Juventa, 9-29.
- Lesting, W., Feest, J. (1987). Renitente Strafvollzugsbehörden—Eine rechtstatsächliche Untersuchung in rechtspolitischer Absicht. Zeitschrift für Rechtspolitik 11, 390-393.
- Prantl, H. (2008). Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht. München: Droemer.
- Schild, W. (1980). Alte Gerichtsbarkeit. Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung. München: Callwey.
- Schönenborn, J. (2008). Preis-Galopp macht Deutschen Angst. www.deutschlandtend.de.
- Schwind, H. -D. (2008). Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 18. Aufl. Heidelberg: Kriminalistik.
- Serrano-Mailló, A. (2006). Punitivität und Gesetzgebung—Die Situation in Spanien. In: Kury, H.. (Hrsg.), Kriminalität und

- Kriminalprävention in Ländern des Umbruchs. Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer, 245-252.
- Sherman, L. W., Gottfredson, D., Mackenzie, D., Eck, J., Reuter, P., Bushway, S. (1998). Preventing crime: What works, what doesn't, what's promising. College Park: University of Maryland.
- Staatsbibliothek zu Berlin—Preußischer Kulturbesitz (Hrsg.)(2000). Ex Bibliotheca Regina Berolinensi. Schöne und seltene Bücher aus der Abteilung Historische Drucke. Wiesbaden: Dr. Ludwig Reichert Verlag.
- Vilsmeyer, M. (1990). Empirische Untersuchung der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen. In: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 5, 273-285.
- Walter, M. (1999). Strafvollzug. Stuttgart u. a.: Boorberg, 2. Aufl.
- Yoshida, T. (2008). Problems Associated with Harsher Sanctioning: Trends in Returning to more severe Punishment in Japan. In: Kury, H. (Ed.), Fear of Crime—Punitivity. New Developments in Theory and Research. Bochum: Universitätsverlag Brockmeyer, 393-424.