

《資 料》

「過激主義的犯罪行為者における刑事処分法の
 拡大（第53次刑法改正）」の法律案理由書
 (Bundestagsdrucksache 18/11162)

神 馬 幸 一 (訳)

訳者解題

近時、ドイツ刑法第53次改正として、2017年7月1日より「過激主義的犯罪行為者における刑事処分法の拡大 (Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern)」が施行された。本稿は、当該改正法における法律案理由書の全訳である。

1970年代におけるドイツ赤軍の活動に加え、2001年9月11日にアメリカ同時多発テロが発生したことも受けて、ドイツは、以前にも増してテロリズム対策を強化してきた¹⁾。我が国でも、その動向は、既に数多く紹介されている²⁾。本稿で紹介する法律案理由書も、その一連の刑事政策的潮流における近時の問題状況を背景に有している。すなわち、それは、テロリストにおける再犯予防対策を提示するものである。

この点、我が国においては、いわゆる「テロ等準備罪」の導入を巡り、「何

- 1) そのような動向の概説として、Volker Bützler, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung, Nomos, (2017), S. 71 ff. 近時の傾向に対する批判的な見解として、Katrin Hawickhorst, § 129a StGB - Ein feindstrafrechtlicher Irrweg zur Terrorismusbekämpfung, Duncker & Humblot, (2011), S. 146 ff.
- 2) 例えば、渡邊斉志「ドイツにおけるテロ対策立法：『イスラム国』への対応のための法改正」論究ジュリスト14号 (2015) 150頁以下、同「ドイツ：テロ準備取締法」ジュリスト1393号 (2010) 101頁、同「ドイツにおけるテロリズム対策の現況」外国の立法228号 (2006) 133頁以下、同「ドイツにおけるテロ対策への軍の関与：航空安全法の制定」外国の立法223号 (2005) 38頁以下、同「テロリスト犯罪規定を改正するための法律案：EU法の国内法化」外国の立法218号 (2003) 150頁以下、同「ドイツ：テロ対策のための立法動向」外国の立法212号 (2002) 105頁以下参照。

がテロリズム犯罪に相当するのか」という議論が紛糾した³⁾。しかし、ドイツでは、既に、そのような入口の議論を越えて、「どのように、テロリズム犯罪行為者を処遇していくべきか」という出口の議論が実質的に開始されている。本法律案を一読してみても、テロリズム対策に関する我が国とドイツとの状況の差異が感じられる。

また、本法律案は、保安監置及び行状監督という刑事処分制度の改正を提起するものである⁴⁾。我が国は、そのような刑事処分という「犯罪行為者の危険性」に対処する一般的な制度を有していない。その意味で、本法律案は、我が国の刑事政策に直接的な示唆をもたらさないものかもしれない。要は、我が国がドイツを模範とするには、法的状況又は社会的状況が異なるのであり、その点も考慮されなければならないように思われる。

しかし、我が国が今後、世界的な傾向に巻き込まれるかたちで、テロリズムに対する断固たる戦いに参画していかなければならないのであれば、その効果的な再犯予防の在り方も併せて検討していく必要があるようにも思われる。近時、危険な状況に対して早期に介入する必要性から⁵⁾、我が国でも、テロリズム対策又は組織犯罪対策に関して、入口が大きく切り開かれた。それに併せて、

-
- 3) 例えば、肯定的な観点から、井田良「テロ等準備罪処罰法はなぜ必要か」公明141号(2017)36頁以下参照。批判的な観点から、高山佳奈子『共謀罪の何が問題か』岩波書店(2017)及び松宮孝明『「共謀罪」を問う：法の解釈・運用をめぐる問題点』法律文化社(2017)参照。
 - 4) ドイツの刑事制裁における近時の一般的な状況に関しては、シュトレング、フランツ(小池信太郎：監訳、藪中悠=濱田新=荒木泰貴=山田雄大=橋本広大：訳)「ドイツにおける刑事制裁」慶應法学34号(2016)77頁以下、ハーヴェーカンプ、リタ(小名木明宏：訳)「ドイツにおける改善保安処分制度」北大法学論集67巻4号(2016)69頁以下参照。
 - 5) 類似の表現が本稿で訳出された法律案の文面にも見られる(Drucksache 18/11162, S. 7)。ドイツにおける「刑法的保護の前傾化(Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes)」ないし「前哨の犯罪化(Vorfeldkriminalisierung)」を巡る動向に関しては、Bützler, a. a. O. (1), S. 23 ff. アルントゥ、ジン(樋笠堯士：訳)「組織犯罪及びテロ行為における処罰の早期化」比較法雑誌49巻1号(2015)101頁以下参照。

我が国よりも法整備状況が先んじているドイツのように、その出口の制度設計が必要か否か。この点も、将来的な課題として議論される余地が皆無とは断定できない。

なお、本法律案を巡る実際の審議は、本稿で訳出された法律案理由書の内容を巡って議論が交わされたことになる。従って、その内容は、ドイツの立法者における意図を探る上でも重要な示唆を多く含んでおり、今後、新条文を解釈・運用する際にも当地では多く参照されることになる。ドイツの刑事政策の動向を推し量るという観点からは、訳出する意義が十分に見出せるように思われる。

ちなみに、ドイツ刑法第53次改正法の審議は、次のような過程を経ている。先ず、2017年2月14日に、ドイツ政権内で連立与党を組んでいたCDU/CSU(キリスト教民主同盟・社会同盟)とSPD(社会民主党)より、本稿で紹介する法律案理由書が連邦議会に提出された。同年2月17日に、連邦議会内で第1読会が開催され、詳細な検討が連邦議会内の法務・消費者保護委員会に委託された。そして、同年4月26日に、当該委員会の報告書が公表された。同年4月27日に、連邦議会内の第2読会において、同報告書の内容が審議され、引き続き、同日中に開催された第3読会において、同法律案は、賛成多数により可決された。これを受けて、同法律案は、同年4月28日に連邦参議院に送付され、連邦参議院内の法務委員会に審議が付託された。同年5月12日に、両院協議会の開催を求めないことが連邦参議院において確認された。そして、同年6月11日に公布に必要とされる署名を得た上で、同年6月16日付けの連邦官報において公布され、同年7月1日より施行されている。

参考までに、本法律案により改正された刑法第66条、第68条b、刑事訴訟法第463条aに関して、現行の法文掲げるならば、次のようになる(上付き数字は、各文の先頭を表す。改正部分には、下線を付す)。なお、本法律案により新しく刑法施行法第316条iが導入された点の詳細は、後掲訳文中の説明を参照されたい。

刑法第66条(保安監置における収容)

- ① ¹裁判所は、次の各号に当たるとき、刑に併科して、保安監置を命ずる、

1. 次の故意による犯罪行為を理由として、2年以上の自由刑の言渡しを受けた者、
 - a) 生命、身体、人格の不可侵性、人格的自由又は性的自己決定に対する犯罪、
 - b) 各則編第1章、第7章、第20章若しくは第28章又は国際刑法典若しくは麻薬法下で自由刑の上限が10年以上において定められている犯罪、若しくは、
 - c) 本号の細分a若しくはbに掲げられた犯罪を理由として行状監督が開始された限りで、第145条aの構成要件を充足する犯罪又は酩酊状態において惹起された違法行為が本号の細分a若しくはbに掲げられた種類に当たる限りで第323条aの構成要件を充足する犯罪、
2. 新たな行為が惹き起こされる以前に、本項第1号に掲げられた犯罪行為を理由として、1年以上の自由刑の言渡しを既に2度以上受けていた者、
3. 新たな行為が惹き起こされる以前に、同種の犯罪行為の1個又は数個を理由として、2年以上自由刑に科せられた者又は自由剥奪を伴う改善及び保安処分の執行を受けた者、かつ、
4. 行為者及び犯罪行為の総合評価により、刑を言渡す時点において、重大な犯罪行為を介して、特に被害者の精神又は身体を著しく侵害する傾向により、公共における危険性を示している者。

²本項第1文第1号の細分bの意味における犯罪行為の分類は、第12条第3項の規定を準用し、本項第1文第1号の細分cの意味における行状監督の終了は、第68条b第1項第4文の規定を準用する。

- ② 第1項第1文第1号に掲げられた種類の犯罪行為を3個惹起し、それにより各々1年以上の自由刑が科された者、かつ、同種の犯罪行為における1個又は数個を理由として、3年以上の自由刑の言渡しを受けた者に対しては、従前、有罪判決又は自由剥奪を受けていた場合（第1項第1文第2号及び第3号）ではなくても、裁判所は、第1項第1文第4号の要件下で刑に併科して保安監置を命じることができる。
- ③ ¹第1項第1文第1号の細分a又はbに規定された要件を満たした重

罪を理由として、又は第89条a第1項ないし第3項、第89条c第1項ないし第3項、第129条a第5項第1文前段に加え、それに関連する第129条b第1項、第174条ないし第174条c、第176条、第177条第2項第1号、同条第3項及び第6項、第180条、第182条、第224条、第225条第1項若しくは第2項を理由として、又は酩酊状態において違法行為をした限りで第323条aに規定された故意の犯罪行為を理由として、2年以上の自由刑の言渡しを受けた者において、その新たな行為が惹き起こされる以前に、同種の犯罪行為の1個又は数個を理由として、3年以上の自由刑の言渡しを既に1度受けており、かつ、第1項第1文第3号及び第4号に掲げられた要件が満たされているとき、裁判所は、刑に併科して保安監置を命ずることができる。²本項第1文に掲げられた種類の犯罪行為を2個惹起し、それにより各々2年以上の自由刑が科された者、かつ、同種の犯罪行為における1個又は数個を理由として、3年以上の自由刑の言渡しを受けた者に対しては、従前、有罪判決又は自由剥奪を受けていた場合(第1項第1文第2号及び第3号)ではなくても、裁判所は、第1項第1文第4号の要件下で刑に併科して保安監置を命じることができる。³第1項及び第2項の規定の適用は、これを妨げない。

- ④ ¹第1項第1文第2号において、合一刑を言い渡す判決は、1個の刑を言い渡す判決とみなす。²未決拘禁その他の自由剥奪が自由刑に算入されるとき、第1項第1文第3号の意味において科された刑とみなす。³先の行為から後の行為までの期間が5年以上であるとき、先の行為は無いものとされ、性的自己決定権に対する犯罪に関しては、この期間を15年以上とする。⁴行為者が公官庁に命じられて施設に収容されていた期間は、当該期間に算入しない。⁵本法の場所的適用範囲外において判決が言い渡された行為は、当該行為がドイツ刑法によれば第1項第1文第1号における犯罪行為に当たるとき、又は第3項の場合にあつては第3項第1文に掲げられた種類に当たるとき、当該適用内において判決の言渡しを受けた行為とみなす。

第68条b(指示)

- ①¹ 裁判所は、行状監督を言い渡された者に対して、行状監督の期間又は比較的短期間、次の各号における指示をすることができる、
1. 行状監督所の許可無く、住所若しくは居所、若しくは一定の地域を離れないこと、
 2. 再犯の機会若しくは誘因を提供しうる一定の場所に滞在しないこと、
 3. 被害者若しくは再犯の機会若しくは誘因を提供しうる一定の人若しくは一定の集団に属する人と接触しないこと、交際しないこと、雇用しないこと、職業訓練しないこと若しくは宿泊させないこと、
 4. 場合によっては犯罪行為に悪用しうる一定の活動をしないこと、
 5. 再犯の機会若しくは誘因を提供しうる一定の物を所持しないこと、携帯しないこと若しくは保管させないこと、
 6. 場合によっては犯罪行為に悪用しうる自動車若しくは一定種類の自動車若しくはその他の車両を所有しないこと若しくは運転しないこと、
 7. 決められた時間に、行状監督所、一定の官署若しくは保護観察官の下に出頭すること、
 8. 住所又は職場を変えた場合、遅滞無く行状監督所に出頭すること、
 9. 就労していない場合、所轄の労働事務所若しくはその他の職業紹介所に出頭すること、
 10. 一定の事実を理由として、アルコール飲料若しくはその他の酩酊剤の摂取が再犯の惹起に寄与しうるものと想定されるとき、当該物を摂取しないこと、及び身体的侵襲を伴わないアルコール検査又は嗜癖物検査を受けること、
 11. 決められた時間に、又は一定の間隔において、医師、心理士若しくは司法精神科外来部の診察を受けること、若しくは、
 12. 居所の電子的監視に必要な工学機器を常時、稼働状況に設定しておくこと及びその機能を阻害しないこと。
- ² 裁判所は、その指示において、禁止される行動又は要求される行動を正確に定めなければならない。³ 本項第1文第12号が定める指示は、本項第

5文の場合を除き、次の各号に当たる限りで許される、

1. 少なくとも3年間の自由刑若しくは合一刑の満期執行を理由として、又は処分の終了を理由として行状監督が開始される場合、
2. 第66条第3項第1文で掲げられた種類における1個又は数個の犯罪行為を理由として、自由刑若しくは合一刑又は処分収容が科せられ、又は命じられた場合、
3. 判決を言い渡された者が第66条第3項第1文で掲げられた種類における犯罪行為を再び惹起する危険性を示している場合、及び、
4. 判決を言い渡された者が第66条第3項第1文で掲げられた種類の犯罪行為を再び惹起しないようにする目的で、刑事訴訟法463条a第4項第2文で定められたデータ利用の可能性において、特に本項第1文第1号又は第2号により課された指示の順守を監督することを手段として、当該指示が必要であると思われる場合。

⁴本項第3文第1号に加え、それに関連する同第2号の要件も、第68条e第1項第1文で掲げられた行状監督が終了したかとは別個に考慮される。

⁵各則編第1章又は第7章における1個又は数個の犯罪行為を理由として、2年の自由刑若しくは合一刑が科せられた場合、本項第3文第1号とは別に、当該要件は満たされたことになり、第129条a第5項第2文に加え、それに関連する第129条b第1項に定められた犯罪行為も共に、本項第3文第2号ないし第4号に掲げられた犯罪行為に含まれる。

- ② ¹裁判所は、行状監督を言い渡された者に対して、行状監督の期間又は比較的短期間、特に職業訓練、就労、余暇、経済事情の調整又は扶養義務の履行に関する指示を更々に与えることができる。²裁判所は、行状監督を言い渡された者に対して、精神医学、心理療法又は社会療法的な世話及び治療を受ける指示を与えることができる(治療指示)。³世話と治療は司法精神科外来部で行うことができる。⁴第56条c第3項は、身体侵襲を伴うアルコール検査又は嗜癖物検査に服する指示にも、これを準用する。
- ③ 指示に際しては、行状監督を言い渡された者の生活状況に対して、期待することのできない要求をしてはならない。

- ④ 第68条e第1項1文3号により、既に科せられている行状監督が新たな行状監督の開始と共に終了するとき、裁判所は、前の行状監督の枠組みで与えられた指示も裁判の中に含めなければならない。

刑事訴訟法第463条a(行状監督所の権限と管轄)

- ① ¹行状監督所(刑法典第68条a)は、行状監督を言い渡された者の行動及び指示の履行を監督するため、宣誓した上での尋問を除き、全ての公官庁から報告を求め、あらゆる種類の調査を自身で実施し、又は他の公官庁に対して、その管轄の範囲内で当該調査を行わせることができる。²行状監督を言い渡された者の所在地が不明のとき、行状監督所の長は、居所調査の公示(第131条a第1項)を命じることができる。
- ② ¹行状監督所は、行状監督の期間又はそれよりも短い期間、人定事項の確認が許される警察の検問に際して、行状監督を言い渡された者に関する情報の通知を命じることができる。²第163条e第2項は、これを準用する。³通知は、行状監督所の長が命じる。⁴当該措置を継続することの必要性に関しては、少なくとも1年毎に、これを審査しなければならない。
- ③ ¹行状監督を言い渡された者が十分な弁明もなく刑法典第68条b第1項第7号又は第11号の指示に従わず、かつ、この場合、召喚において引致が許容されるものと思慮されたとき、行状監督所の申立てにより、裁判所は、引致命命を発することができる。²第一審裁判所が管轄している限り、裁判長が決定する。
- ④ ¹行状監督所は、刑法典第68条b第1項第1文第12号に定められた指示の際、行状監督を言い渡された者が携行している工学機器を用いながら、その者の居所に加え、場合によっては生じうるデータ収集の阻害状況に関して、自動送受信されたデータを収集及び保存し、行状監督を言い渡された者が住居内にいる間、そこに滞在していること以上の状況がデータとして収集されないことを技術的に可能な範囲で保障しなければならない。²当該データは、次の各号に当たる目的のために必要な限りで、当事者の同意を得ることなく、その使用が許される、

1. 刑法典第68条b第1項第1文第1号, 同第2号又は同第12号に定められた指示の違反を確定する目的,
2. 刑法典第68条b第1項第1文第1号, 同第2号又は同第12号に定められた指示の違反に関連付けられる行状監督の処遇を実施する目的,
3. 刑法典第68条b第1項第1文第1号, 同第2号又は同第12号に定められた指示の違反に対して加罰する目的,
4. 第三者への生命, 身体の不可侵性, 人格的自由又は性的自己決定に対して現存する著しい危険性に対して防御する目的, 又は,
5. 刑法典第66条第3項第1文に掲げられた種類の犯罪行為若しくは刑法典第129条a第5項第2文に加え, それに関連する第129条b第1項に定められた犯罪行為を 訴追する目的。

³本項第2文に定められた目的拘束性の順守に関して, 本項第2文第1号の違反を確定するために, 刑法典第68条b第1項第1文第1号, 同第2号に関連するデータの処理は, 自動的に実施されなければならない, 当該データが無権限に閲覧されないことは, 特に保障されなければならない。⁴行状監督所は, 警察機関の公官庁及び職員を介して, データの収集及び処理を行わせることができ, それは, 行状監督所の要請を満たすように義務付けられる。⁵本項第1文で掲げられたデータは, それが収集された後, 本項第2文で掲げられた目的において供されない限りで, 2月を超えずに消去されなければならない。⁶データ呼出しの全てにおいて, その呼出し時点, 呼出しデータ及び呼出し者が記録化されなければならない, 第488条第3項第5文は, これを準用する。⁷行状監督を言い渡された者の住居内で, そこに滞在していること以上の状況がデータとして収集されたとき, それを供することは許されず, 閲覧後, 即座に消去されなければならない。⁸当該閲覧及び消去の事実, 文書で記録化されなければならない。

- ⑤ ¹土地管轄は, 行状監督を言い渡された者の住所における地区の行状監督所が有する。²行状監督を言い渡された者が本法の適用地域内に住所を有しないとき, 土地管轄は, その生活上の居所における地区の行状監督

所が有し、生活上の居所が不明のとき、最後の住所又は生活上の居所における地区の行状監督所が有する。

以下、翻訳において題目を太字で枠組みした部分は、読者における理解の便宜をはかるために付したものであり、原文にはない点を注記しておく。

表題部分

ドイツ連邦議会
第18被選挙期

公式印刷物 (18期11162番)
2017年2月14日

院内会派CDU/CSU(キリスト教民主同盟・社会同盟)及びSPD(社会民主党)による法律案

要旨部分

第(…)次刑法改正法律案 一 過激主義的犯罪行為者における刑事処分法の拡大

A. 課題と目的

テロリズムによる犯罪行為を理由として裁判の言渡しを受けた者が拘禁期間経過後、なおも危険であるとき、現在、刑法第66条b第1項第3文に加え、それに関連付けられた第66条第3項第1文により、そこで掲げられた1個又は数個の犯罪行為を理由として裁判の言渡しを受けた場合にのみ、行状監督の枠組みにおいて、電子的居所監視に関する指示は、そのような者に対して漸く考慮に入れられる。従って、刑法第89条a第1項ないし第3項による国家に重大な危険を及ぼす暴力的行為の準備、刑法第89条c第1項ないし第3項によるテロリズムへの資金援助、刑法第129条a第5項第1文前段による国内又は国外におけるテロリズム団体への支援というような重大な犯罪を惹起すること及び刑法第129条a第5項第2文に加え、それに関連付けられた刑法第129条bによる国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集を惹起することは、行状監督が開始される要因行為として適切なかたちで含まれていない。同

様に、刑法第66条第3項第1文及びその他の任意的保安監置に関連する規定において、このような不法行為は、当該処分が開始される要因行為又は前置行為として適切なかたちで含まれておらず、このことは、前3者の重大な犯罪惹起において、もはや実態に即しているとは思われない。すなわち、特に、そのような行為を理由として裁判の言渡しを受けた者が刑事的拘禁終了後、なおも過激化しているとき、その者において、公共に対する著しい危険性を見出しうる。なぜなら、このような過激主義的行為においては、テロリズムによる重大な暴力的行為を惹起する危険性が裏付けられ、テロリズムの襲撃においては、場合により、多数の犠牲者を伴うかたちで公共的に危険な殺人行為が犯される可能性も生じるからである。更に付け加えると、電子的居所監視に関する指示は、少なくとも3年の自由刑に科せられたことを要件としており、この点、第129条a第5項第2文に加え、それに関連する第129条b第1項も含め、前掲の過激主義的行為において、この限度が高すぎることも同様に明らかである。

B. 解決案

行状監督の枠組みにおける拘禁後の電子的居所監視に関する指示のみならず、前掲の任意的保安監置も同様に、国家に重大な危険を及ぼす暴力的行為の準備、テロリズムへの資金援助、又は国内若しくは国外におけるテロリズム団体への支援というような重大な犯罪の惹起を理由として、裁判の言渡しを受けた過激主義的犯罪行為者に対して適用可能とする。電子的居所監視の指示に関しては、国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集を理由として、裁判の言渡しを受けた者に対しても適用されるべきである。その上で、過激主義的犯罪行為者においては、少なくとも2年の自由刑に科せられたとき(現在は、3年)、電子的居所監視を指示することが将来的に可能とされるべきである。

C. 代替的選択肢

なし。

D. 実施費用以外の財政支出

なし。

E. 実施費用**E. 1 市民における実施費用**

なし。

E. 2 産業界における実施費用

なし。

以上の内、広報義務より生じる公官庁の費用

なし。

E. 3 行政における実施費用

連邦及び地方自治団体において、実施費用は生じない。

場合によっては、州共同電子的監視局（Gemeinsame elektronische Überwachungsstelle der Länder: GÜL）における追加的な電子的居所監視の実施を理由として、僅かな実施費用が生じうる。その上限は、正確に算定することができないながらも、いずれにせよ年間50000ユーロは超えないものと想定されている。刑法第66条第3項に加え、それに関連付けられた刑法第66条a及び第66条bに規定された様々な要件を考慮に入れるならば、現在の状況からは刑法第66条第1項及び第2項に従って保安監置が命じられるに留まることから、このような保安監置の拡大は、稀な個別的事案で、各州における追加的実施費用を生じさせうる。

F. その他の費用

なし。

条文案部分

第(…)**次刑法改正法律案** — 過激主義的犯罪行為者における刑事処分法の拡大

連邦議会は、以下の法律を議決した。

第1条

刑法の改正

2016年12月22日付けの法律(連邦官報第I部3150頁)第2条第4項により、直近において一部改正された1998年11月13日付けの全面改正版刑法(連邦官報第I部3322頁)を以下のように改正する。

1. 第66条第3項第1文における文言「第174条」の前に、「第89条a第1項ないし第3項, 第89条c第1項ないし第3項, 第129条a第5項第1文前段に加え、それに関連する第129条b第1項」を挿入する。
2. 第68条b第1項を次のように改正する。
 - a) 本項第3文の文言「本項第1文第12号が定める指示は」の後にコンマを置き、続いて「本項第5文の場合を除き」を挿入する。
 - b) 次の一文を挿入する。

「各則編第1章又は第7章における1個又は数個の犯罪行為を理由として、2年の自由刑若しくは合一刑が科せられた場合、本項第3文第1号とは別に、当該要件は満たされたことになり、第129条a第5項第2文に加え、それに関連する第129条b第1項に定められた犯罪行為も共に、本項第3文第2号ないし第4号に掲げられた犯罪行為に含まれる。」

第2条 刑法施行法の改正

2016年11月4日付けの法律(連邦官報第I部2460頁)第2条第7項により、直近において一部改正された1974年3月2日付けの刑法施行法(連邦官報第I部469頁, 1975年版第I部1916頁, 1976年版第I部507頁)第317条の前に、次の第316条...(公布順に付される枝番号部分)を挿入する。

「第316条...(公布順に付される枝番号部分)」

第 (...) 次刑法改正法（過激主義的犯罪行為者における刑事処分法の拡大）に関する経過規定

（公布日挿入部分）付けの第 (...) 次刑法改正法（官報登載箇所挿入部分）の版における刑法第66条第3項第1文に加え，それに関連する刑法第66条第3項第2文，第66条a第1項第1号及び第66条b第1文第1号は，最後の要因行為が（本法第4条による施行日）以降に惹起されたときに限り，適用されなければならない。その他の場合は全て，従前の法律が適用されなければならない。」

第3条 刑事訴訟法の改正

2016年12月23日付けの法律（連邦官報第I部3346頁）第3条第5項により，直近において一部改正された1987年4月7日付けの全面改正版刑事訴訟法（連邦官報第I部1074頁，1319頁）第463条a第4項第2文第5号において，文言「若しくは刑法第129条a第5項第2文に加え，それに関連する第129条b第1項に定められた犯罪行為」を最後のコンマの前に挿入する。

第4条 施行

本法は，（年月日挿入部分：公布後の暦月第1日目）に施行される。

ベルリン，2017年2月14日

（以下，法律案提出議員による署名部分省略）

理由書本論部分

提出理由

A. 総論

I. 規制の目的設定と必要性

テロリズムによる犯罪行為を理由とした裁判の言渡しを受けた者が拘禁期間

経過後、なおも危険であるとき、現在、刑法第66条b第1項第3文第2号に加え、それに関連付けられた第66条第3項第1文により、そこで掲げられた1個又は数個の犯罪行為を理由として裁判の言渡しを受けた場合にのみ（更には、刑法第66条第1項第1文の細分bにおける要件を充足しなければならない）、行状監督の枠組みにおいて、電子的居所監視に関する指示は、そのような者に対して考慮に入れられる。従って、例えば、国内又は国外におけるテロリズム団体の設立及び参加という犯罪は、それに含まれる。しかし、刑法第89条a第1項ないし第3項による国家に重大な危険を及ぼす暴力的行為の準備、刑法第89条c第1項ないし第3項によるテロリズムへの資金援助、刑法第129条a第5項第1文前段に加え、それに関連付けられた刑法第129条b第1項による国内又は国外におけるテロリズム団体への支援というような構成要件は、それらの行為が各々6月から10年に至るまでの刑罰的枠組みにより、重大な犯罪行為として列挙されていながら、行状監督が開始される要因行為として適切なかたちで含まれておらず、同様に、刑法第129条a第5項第1文前段に加え、再び、それに関連付けられた刑法第129条b第1項による国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集も、それに含まれていない。また、刑法第66条第3項第1文及びその他の任意的保安監置に関連する規定（刑法第66条第3項第2文、第66条a第1項第1号及び第66条b第1文第1号）において、このような不法行為は、当該処分が開始される要因行為又は前置行為として適切なかたちで含まれておらず、それらの行為は、保安監置に関する法律によれば、刑法第66条第1項及び第2項により命じられた枠組み内において把握されることから（特に、刑法第66条第1項第1文第1号の細分bを参照）、このことは、前3者の重大な犯罪惹起において、もはや実態に即しているとは思われない。特に、そのような行為を理由として裁判の言渡しを受けた者が刑事的拘禁終了後、なおも過激化しているとき、そのような者において、公共に対する著しい危険性を見出しうる。電子的居所監視に関する指示の根本的な必要性は、現在、国外におけるイスラム教的テロリズム団体の支援を理由とした事件手続に関連して具体的に示されており（OLG München, Az. 2 StE 7/10-1）、そこでは、従前、当該テロリズム団体への支援のみならず、構成員の募集に関しても、適切

なかたちで要因行為とされていないことにより、そのような指示が既に頓挫していることも指摘されている。更に、この場合、このテロリズム団体への支援に科される(単一の)自由刑の上限は、2年と3月であり、これは、刑法第68条b第1項第3文第1号に掲げられた3年という限度を下回っている。

この状況により、例えば、シリア若しくはイラクにおいて訓練され、又は現地で戦闘に参加していた者のように、裁判を受ける以前、非常に過激主義的であった犯罪行為者がドイツ連邦共和国内で長期の刑事的拘禁を科された後、更に過激化し、危険化することも考慮されなければならない。刑法第66条第3項第1文及び第68条b第1項第3文により電子的居所監視及び任意的保安監置を命じるに際しては、従前、性犯罪の惹起という領域に焦点を置きながら、要因行為ないし前置行為が一般的に項目化されてきており、この点を適切なかたちで拡張化していかなければならない。テロリズムの領域において前掲された行為の惹起は、その刑法的威嚇(6月以上10年以下の自由刑)を根拠として、重大な犯罪行為に含められなければならないのみならず、それ自体がテロリズムによる重大な暴力的行為を惹起する危険性に加え、公共に対する著しい危険性を内在化したものとして理解されるべきである。なぜなら、このような犯罪行為は、テロリズムによる暴力的行為の前段階において惹起され、実際、そのような行為により、危険性が高められるからである。そこにおいて、例えば、刑法第89条aに関する判例は、行為の主観的側面における緻密な確認を要請しており、その点が考慮されなければならない。そのような行為者は、第89条a第2項において規定化された準備的段階(例えば、爆弾の組み立て、爆弾ベルトの手配、爆薬の取扱い方の教示)に取り掛かる際、国家に重大な危険を及ぼす暴力的行為の惹起を既に固く決意していなければならない(BGH, Urteil vom 8. Mai 2014, 3 StR 243/13 = BGHSt 59, 218 ff.)。すなわち、そこにおいて、当該行為は、既に刑法第89条aにより保護されるべき重要な法益を危険に晒していることが要件とされる。刑法第89条cによるテロリズムへの資金援助に関しては、金銭のみならず、武器、爆薬又は攻撃に供される車両のような金銭と同等の価値がある手段を収集し、譲り渡すことも含まれている(Fischer, StGB, 63. Auflage 2016, § 89c Rn. 3)。この断固とした決意の表れ(刑法第89条c第2項)

において、資金的手段が実務的に理解されていることは、刑法第89条aにおいて準備的段階の危険性が求められていることに比肩しうるものであろう。刑法第129条a第5項第1文前段による国内又は国外におけるテロリズム団体への支援は、場合により将来の具体的な攻撃における積極的な準備として推論することができる。更に、テロリズムの襲撃は、場合により多数の犠牲者を伴うかたちで公共に危険を及ぼす殺人行為が犯される可能性も生じうるのであって、その限りで、このように威嚇化される行為において、比例性の観点から潜在的な犯罪行為者の権利は、この拡張化により制限されるべきであり、その著しい重要性が強調されなければならない。既に、宗教的及び世界観的に動機付けられたテロリズムにおいては、非常に危険な行為者が問題視されており、一般的な評価によれば、そのような者の潜在的暴力性は、特に、高度であると考えられている(Bundestagsdrucksache 16/12428, S. 2参照)。

この特別な危険性を根拠として、更に、電子的居所監視が命じられる際の可能性を拡大化するものとして2通りの観点が示唆されている。

一方は、刑法第89条a第1項ないし第3項、第89条c第1項ないし第3項、刑法第129条a第5項第1文前段に加え、それに関連付けられた刑法第129条b第1項というような刑法案第66条第3項第1文に掲げられた重大な犯罪惹起に追加するかたちで、刑法第129条a第5項第2文に加え、再び、それに関連付けられた刑法第129条b第1項による国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集も同様に、電子的居所監視の指示における要因行為として適切なかたちで含めるというものである(刑法案第68条b第1項第5文参照)。これらの行為は、6月以上5年以下という刑罰枠組みの観点からすると、重大な犯罪惹起という評価に至っていない(そのことから、保安監置の前置行為又は要因行為として規定化されていない)。しかし、例えば、テロリズム団体の構成員又は支援者における具体的な範囲拡大により、前掲の行為惹起が考慮されるのであれば、論証上、個々の事案において、そのような募集は、当該行為者の危険性を高めるものとして説明することも十分に可能である。

他方は、刑法第68条b第1項第3文第1号による電子的居所監視の指示に関して、刑法第1章又は第7章による過激主義的行為を理由として裁判を言い渡

された犯罪行為者の場合、そこで満期まで科されることが求められた自由刑の下限を3年から2年に引き下げるというものである。この拡大化によっても、該当の章における重要な全ての行為は、刑法第68条b第1項第3文第2号に加え、それに関連付けられた刑法案第68条b第1項第5文に規定された要因行為として、適切なかたちで含めることができる。これにより、要因行為が将来的に適切なかたちで犯罪として規定化されるのみならず、前掲における4種類の犯罪惹起が含まれることで、電子的居所監視の指示に関して、前掲におけるMünchen上級ラント裁判所の事件手続が示唆したように、より低い刑罰の上限は、それ以外の場合に比べても、当該指示が必要な犯罪事件に適合化された状況を生じさせる。

このような拡大化を巡る比例性の観点に関しては、刑法第66条第3項第1文及び第68条b第1項第3文第2号に加え、それに関連付けられた刑法案第68条b第1項第5文における前置行為及び要因行為が適切なかたちで項目化されていること並びに電子的居所監視の指示又は保安監置を命じるための形式的要件として、刑法第68条b第1項第3文第1号に加え、それに関連付けられた刑法案第68条b第1項第5文により自由刑を満期まで科していることが言及されているという点も考慮されなければならない。事実上、それを命じなければならないかどうかの考慮は、特に、そのような犯罪行為者が具体的に危険であるか、そして、そのような危険性を回避し、又は減弱化するために、そのような処分が事実上、必要であると裁判所により見做されるかどうかの実体的な審査に左右される。この拡大化とは別個のものとして、性犯罪の場合を鑑みれば、更に軽い犯罪行為（刑法第174条第3項、第180条第1項及び第182条第3項）の領域において、前掲の項目内で明らかに広範な適用範囲が確保されている。

電子的居所監視は、それ自体で、以上のような犯罪行為の惹起を確実に回避できるものと考えられているわけではない。それにもかかわらず、電子的居所監視は、拘禁から釈放された過激主義的犯罪行為者に対する行状監督の枠組み内で、その諸対策の一環として、より安全な社会の構築に貢献しているものと考えられている（司法大臣会議刑法委員会より任命された州作業部会の2016年12月7日付け最終報告書「電子的監視の実装可能性：Einsatzmöglichkeiten

der Elektronischen Überwachung)」54頁以下参照。この過激主義的犯罪行為者の検証は、2016年6月1日及び2日における第87回司法省及び司法大臣会議の調査諮問によるものである。同様にBräuchle/Kinzig, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht, Kurzbericht über die wesentlichen Befunde einer bundesweiten Studie mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen, S. 20参照。2016年3月1日付けでwww.bmjv.deにおいて公開。検索語は「居所監視：Aufenthaltsüberwachung」)。

そのような意味で、電子的居所監視は、特に、再犯の機会又は誘因を提供しうる一定の場所に立ち入らないことを求めた刑法第68条b第1項第1文第2号による指示の良好な管理を可能にする。そのような立入禁止区域としては、政治的な攻撃目標と見做される限りで、例えば、空港、駅、発電所又はスポーツ競技場が考慮されうる。同様に、行状監督所の許可無く、住所若しくは居所、若しくは一定の地域を離れないことを求めた刑法第68条b第1項第1文第1号による指示も、いわゆるテロリスト養成施設の訓練に参加すること及び場合によっては刑法第89条a第2項aの犯罪行為を回避するため、それを電子的居所監視により、効果的に管理することができる。更に、電子的居所監視は、そのような犯罪行為者が再犯をすること(刑法第68条b第1項第3文第4号)に関して、それを発見し、釈明する蓋然性を高める意味でも有用であり、結局のところ、それは、管轄官庁が實際上、危険な状況に対して早期に介入することを容易にするものでもある(更に詳細な説明に関しては、前掲最終報告書「電子的監視の実装可能性」参照)。従って、テロリズムの行為により脅かされる法益の序列を考慮すれば、このような行為者の集団に対して、行状監督の枠組み内で電子的居所監視の可能性が拡大されることは正当化される。

特に、危険な犯罪行為者として、その監視が不十分とされる者に対しては、刑法第66条第3項第1文に加え、それに関連付けられた第66条第3項第2文、第66条a第1項第1文及び第66条b第1文第1号により適切に規定されるべき要因行為及び前置行為の項目を拡大化することにより、任意的保安監置の実体的要件が通例、厳格に設定されたところにおいて、それが例外的に充足されるようになる限りで、当該保安監置を命じること又は留保することの可能性も拡

大化されることになる（前述参照）。

電子的居所監視及び保安監置における前置行為及び要因行為の拡大化は、前掲州作業部会により提出された2016年12月7日付け最終報告書「電子的監視の実装可能性」にも適合している（53・54頁及び56頁下部）。電子的居所監視の指示において要件とされた自由刑が満期まで科されていることの下限を過激主義的犯罪行為者に限り、3年から2年に引き下げるとは、作業部会の一部からも支持されている（54頁中部）。

II. 提案の本質的内容

特に、国家に重大な危険を及ぼす暴力的行為の準備、テロリズムへの資金援助、又は国内若しくは国外におけるテロリズム団体への支援というような重大な犯罪の惹起を理由として、裁判の言渡しを受けた過激主義的犯罪行為者に対しては、刑事的拘禁から満期で釈放された後、行状監督の枠組みにおいて、電子的居所監視の指示を適用することが可能であり、同様に、国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集を理由として、裁判の言渡しを受けた者に対しても、それは適用されるべきである。任意的保安監置の形式的要件に関する規制は、前3者の重大な犯罪惹起において拡大化される。

これらを達成するために、刑法第89条a第1項ないし第3項、第89条c第1項ないし第3項及び刑法第129条a第5項第1文前段に加え、それに関連付けられた刑法第129条b第1項というような構成要件は、刑法第66条第3項第1文による任意的保安監置で求められた前置行為及び要因行為として、適切なかたちで採用されなければならない。刑法第68条b第1項第3文の規制が刑法第66条第3項第1文と連携することを介して、電子的居所監視に関する指示の可能性は、そのような行為にも拡大化される。更に、刑法第129条a第5項第2文に加え、それに関連付けられた刑法第129条b第1項による国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集も、電子的居所監視の指示における要因行為として適切なかたちで規定化される（刑法案第68条b第1項第5文参照）。刑事訴訟法第463条a第4項第2文第5号におけるデータ利用の規制は、適切なかたちで調整されるべきである。

この新しい規制を介して、電子的居所監視の適用範囲内では、このような要因行為が初めて導入される一方で、保安監置の法規定において、前掲された3種の前置行為及び要因行為が形式的要件として妥当であるかは別個に、それらが2個必要であるかということも問題となる。なぜなら、これら3種の構成要件(刑法第89条a第1項ないし第3項、第89条c第1項ないし第3項及び刑法第129条a第5項第1文前段に加え、それに関連付けられた刑法第129条b第1項)は、現行法上、刑法第66条第1項第1文第1号の細分b及び同第2号により、前置行為及び要因行為として適切なかたちで既に項目化されているからである(このことから、刑法第66条の体系性において、既に同第1項で把握されている不法行為を同第3項に導入するべきとも考えられる)。更には、刑法第66条a及び第66条bにより留保的及び事後的に命じられる特別な処分の様式は、それらが刑法第66条第3項第1文を参照していることから、その形式的適用範囲は、拡大化されることになる。

その上で、刑法各則編第1章又は第7章の過激主義的行為を理由として裁判を言い渡された犯罪行為者においては、現行法によれば、3年であるところ、少なくとも2年の自由刑に満期まで科せられたとき、電子的居所監視の指示が可能となる(刑法案第68条b第1項第5文)。それと同時に、このような満期受刑者は、従前の行為が結果として狭い範囲で損害をもたらしたにすぎず、それにより、比較的、短い刑期の自由刑が科された場合であっても、再犯可能性の観点から特別な危険性を示す者として、そこでは消極的な評価を受けうることになる(前述第I節参照)。

Ⅲ. 代替的選択肢

なし。

Ⅳ. 立法権限

連邦の立法権限は、基本法第74条第1項第1号(刑法)に由来する。

V. 欧州連合上及び国際法上の条約における権利との調和

この法律案は、欧州連合法及び国際法上の条約と両立する。人権と基本的自由の保護のための条約（欧州人権条約）第7条との両立可能性に関しては、法律案第2条の提出理由において詳細に解説される。

VI. 法的効果

1. 法律及び行政の簡素化

本法律案は、法律及び行政の簡素化を何ら生じさせるものではない。

2. 持続可能性の観点

この電子的居所監視及び保安監置に関する規定の拡大は、国家における持続可能な戦略という意味において、その持続的発展に関する基本的な方針にも調和している。なぜなら、そのことを介して、最終的に、国家における持続可能な戦略の重点化領域第16番第1号が目指すところの（個人的）安全の更なる拡充という持続可能性の要請を考慮に入れているからである。更には、国家における持続可能な戦略の運営規定10号に定められた社会的連帯も促進される。

3. 実施費用以外の財政支出

なし。

4. 実施費用

市民又は産業界における負担増加又は負担軽減は、想定されていない。連邦及び地方自治団体において、実施費用は生じない。州においては、場合により僅かな実施費用が生じうる。

刑法第68条b第1項第1文第12号及び刑事訴訟法第463条a第4項の意味における電子的居所監視の実施に関して、2011年、州共同電子的監視局が設立された。これは、特に、監視に関わる全ての報告を24時間体制で受け取り、それを評価する役割を担当している。2016年8月31日時点で、この州共同電子的監視局により、ドイツ全体で83名が監視されている。

ここで提起された法律案によれば、刑法第68条b第1項第1文の指示を付与できる要因行為の数は、一定程度、増加する。それに応じて、裁判所が指示を付与する総数も増加し、それに伴う監視の実施により州共同電子的監視局の支出も増加しうる。しかし、そのような増加は、いずれにせよ僅かであると考えられる。

刑法第68条b第1項第1文第12号による指示の付与は、刑法案第68条b第1項第5文によれば、過激主義的犯罪行為者において、従前とは異なり、そのような犯罪行為者が少なくとも2年の自由刑若しくは合一刑が満期で科せられたことを要件としている。刑事司法統計は、2014年、刑法第89条a及び第129条aに加え、それに関連付けられた刑法第129条bを理由として少なくとも2年の自由刑を科された者は、総じて5名であり、しかし、それによれば、各々が刑法第129条aにおいて何項及び何段に該当するのかまでは不明とされている

(Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2014, S. 159. 刑法第89条cの数値に関しては、当該規定が2015年に初めて施行されたことから、本統計において把握されていない)。従って、テロリズムの勢力が強くなることで、たとえ裁判を受ける者の増加が考慮されるとしても、過激主義的犯罪行為者において、電子的居所監視のための形式的要件を満たす事件数は、僅かに留まるものと思われる。更に、裁判所は、そのような指示を言い渡すために、更なる実体的要件が満たされているかを精査しなければならず(刑法第68条b第1項第3文第3号及び第4号参照)、それに伴い、實際上、そのような指示が命じられる者は、形式的要件を満たしている者の中でも一部にしかすぎない。このことは、性犯罪者における電子的居所監視の数と比較しても明らかである。現行法上、3年という限度(刑法第68条b第1項第3文第1号)を満たす犯罪行為者群として、2014年、総じて565名が裁判を言い渡されている(Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2014, S. 163参照)。更に、2011年1月1日における電子的居所監視の導入以降、2016年8月31日時点までに、149名が州共同電子的監視局により監視されており(2016年10月26日から28日までにおける司法大臣会議刑法委員会の準備に関する2016年9月26日付けヘッセン州司法大臣の資料)、そこでは、監視された者における4分の3弱が1個又は数個の

性犯罪を惹起した者とされている (Bräuchle/Kinzig, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht, Kurzbericht über die wesentlichen Befunde einer bundesweiten Studie mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen, S. 7. 前掲第 I 節参照)。これらを根拠として、電子的居所監視に関する指示の可能性を拡大化する本案は、対象者数の拡大に関して、年間僅か1桁以内に収まるものと考えられ、その場合、州共同電子的監視局による監視において、対象者1名当たり、1日24ユーロ、年間で8640ユーロの追加的費用が生じるものと考えられる (再び、前掲2016年12月7日付け州作業部会報告書「電子的監視の実装可能性」3頁参照)。従って、この運用のために新たに生じる潜在的な実施費用の総額は、正確に算定することができないながらも、いずれにせよ年間50000ユーロは超えないものと想定される。

更に、潜在的な費用は、例えば、警察による監視というような他の監視的対策が一定程度、不要とされることから、削減に向かうことになる (前掲 Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 3 下部参照)。

保安監置における形式的要件の拡大に関しては、この拡大が刑法第66条第3項第1文に加え、それに関連付けられた刑法第66条第3項第2文、第66条a第1項第1号及び第66条b第1文第1号に規定された様々な要件を考慮に入れなければならない。既に現在の状況からは刑法第66条第1項及び第2項に従って保安監置が命じられる潜在的な可能性は、全く稀な事案でしか実務的な意義を有していないことも念頭に置かれなければならない。州において保安監置の収容定員拡大は、特に、想定されるべきではない。

5. その他の費用

なし。

6. その他の法的効果

消費者政策的、機会均等化政策的又は人口統計学的影響は、想定されていない。

VII. 時限立法と政策評価

本法改正の時限立法化は、予定されておらず、そもそも、どの時点でテロリズムによる犯罪行為の脅威が終わるのか、そして、そのような脅威に終わりがああるのかも定かではない。その他、特に、州共同電子的監視局のデータに関して、提案された拡大化の内容が実務上、実際に有用であるのかは、検証されるべきである。

B. 各論

第1条(刑法の改正)に関して

第1号に関して

刑法第66条第3項第1文の任意的保安監置に求められる潜在的な前置行為及び要因行為の項目化は、刑法第89条a第1項ないし第3項(国家に重大な危険を及ぼす暴力的行為の準備)、刑法第89条c第1項ないし第3項(テロリズムに対して僅かではない財産的価値をもたらす資金援助)及び刑法第129条a第5項第1文前段に加え、それに関連付けられた刑法第129条b(目的又は活動内容が刑法第129条a第1項又は第2項で掲げられたテロリズムによる犯罪行為の惹起を目指すところの国内又は国外におけるテロリズム団体への支援)というような犯罪惹起にまで補充される。

この補充により、保安監置を命じることの可能性は、限られた範囲で拡大化されるだけではない(前掲総論第Ⅱ節参照)。

更に、これにより、刑法第68条b第1項第1文第12号及び同第3文による電子的居所監視の適用範囲に関して、その構成要件が広げられ、ここでは、居所を電子的に監視するための技術的装置を常に稼働させながら、その機能を阻害してはならないことを介して、行状監督で掲げられた要件を順守するように指示することが可能となる。なぜなら、刑法第68条b第1項第3文は、その第2号において、「刑法第66条第3項第1文で掲げられた種類の犯罪行為」の1個又は数個を理由として自由刑が科され、又は処分が命じられたことを行状監督が開始される要件としているからである。同様に、刑法第68条b第1項第3文

第3号及び第4号に定められた他の要件も、この項目に関連付けられている。第3号は、裁判を言い渡された者が「第66条第3項第1文で掲げられた種類における犯罪行為を再び」惹起する危険性を要件としており、第4号によれば、判決を言い渡された者が「第66条第3項第1文で掲げられた種類の犯罪行為を再び」惹起しないようにするために、特に、同条項第1文第1号又は第2号に従って課された指示（いわゆる滞在命令区域ないし立入禁止区域）の順守を監督することにより、刑事訴訟法第463条a第4項第2文で定められたデータ利用の可能性を介して、そのような指示が必要であると想定されなければならない。従って、このような規制は、刑法案第66条第3項第1文の補充によっても拡大化されることになる。

第2号に関して

細分aに関して

第68条b第1項第3文において挿入される「本項第5文の場合を除き」という追加文言は、当該第3文による指示のための要件に関して、その例外的内容が第5文に含まれていることを法適用上、第68条b第1項第3文中で明確化するものである。

細分bに関して

刑法第68条b第1項第3文第1号によれば、電子的居所監視に関する指示に際しては、少なくとも3年間の自由刑若しくは合一刑の満期執行を理由として、又は処分の終了を理由として行状監督が開始されることを必要としている。このように、現行法上、満期釈放者群における3年という限度に関しては、第66条第2項及び第3項により設定された限度に関連付けることで、重大な犯罪傾向を有する行為者の範囲を適切なかたちで限定化するという目的に加え（前掲Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 36右側下部参照。満期釈放の要件を巡る論拠と再犯に関する消極的な評価は、前掲Bundestagsdrucksache 17/3403同頁右側上部参照）、更に、刑法第68条b第1項第1文第12号の指示は、特に、介入の度合いが強いことを鑑みても、この限度は、基本的に維持されるべきであ

ろう。しかし、この3年という限度は、総論で述べられた理由付けから、新たな刑法案第68条b第1項第5文によれば、過激主義的行為を理由として、すなわち、より具体的には、刑法各則編第1章又は第7章の行為を理由として、裁判の言渡しを受けた者に対しては、2年に引き下げられるべきである。

同様に、刑法案第68条b第1項第5文においては、総論で述べられた提出理由から、第129条a第5項第2文に加え、それに関連する第129条b第1項に定められた国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集は、第68条b第1項第3文第2号ないし第4号に掲げられた犯罪行為として、すなわち、要因行為(第2号)、再犯の危険性を有する行為(第3号)、電子的居所監視により防止可能な行為(第4号)の領域にまで含められるべきである。

第2条(刑法施行法の改正)に関して

刑法案第66条第3項第1文における保安監置の前置行為及び要因行為の適切な項目化の拡張(本法第1条第1項参照)は、「施行後の事件」のために、すなわち、最後の要因行為が施行日以降に惹起されたときに限り適用されることが経過規定により明確化され、その他の場合は、従前の版における刑法第66条第3項第1文が適用されるに留まる(同様の経過規定として、刑法施行法第316条e第1項及び同条第2項第1文)。要因行為とは、刑法施行法第316条f第1項によれば、「その行為の惹起により保安監置が命じられ、又は留保されるべき当該行為又は当該行為の内、少なくとも1個の行為」である。この「施行後の事件」という限定化も、保安監置を命じること又は留保することに関する他の規定と同様に、刑法第66条第3項第1文の項目に関連付けられる事件に該当する(刑法第66条第3項第2文、第66条a第1項第1号及び第66条b第1項第1号参照)。この刑法第2条第6項とは異なる規定の仕方によって、この新しい規制は、人権と基本的自由の保護のための条約(欧州人権条約)との内容調整において生じうる疑念を払拭している。なぜなら、欧州人権裁判所における近時の判例(Bergmann ./ Bundesrepublik Deutschland, Urteil vom 7. Januar 2016, Nr. 23279/14, bei juris Rn. 181)によれば、保安監置は、ドイツ法上の評価と異なり、欧州人権条約第7条第1項の意味において、原則上、刑

罰に相当するものであり、それは規範化された遡及禁止の原則に従わなければならないことを確認しているからである（前掲刑法施行法第316条e第1項の適切な理由付けに関しては、Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 49参照）。

以上に対して、刑法案第68条b第1項第3文及び同項第5文に加え、それに関連する刑法案第66条第3項第1文による電子的居所監視の指示のために適切なかたちで項目化された行為の拡大及び刑法案第68条b第1項第5文において必要とされる自由刑の下限を3年から2年に引き下げたことは、刑法第2条第6項の適用範囲内に留まる。この規制は、「施行前の事件」のために、すなわち、施行時点までに行状監督が開始されている事件又は当該時点以降に行状監督が開始されていながらも、刑法案第68条b第1項第3文及び同項第5文の意味において自由刑が言い渡された行為又は処分が命じられた行為が新しい規制の施行よりも前に惹起されていた事件のためにも適用されることになる。

このような「遡及的」適用は、憲法的にも、国際法的にも問題ない。行状監督は、基本法第103条2項の意味における刑罰として把握されていない（Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Auflage, Artikel 103 Absatz 2 Rn. 21その他の論証参照）。このような適用の仕方は、法治国家的信頼保護原則にも抵触しない。刑法第68条b第1項第3文に加え、それに関連する刑法案第66条第3項第1文の規制は、確かに、未だ確定されていない将来的な法的効果が過去の事実関係に関連付けられていることから、一見、遡及効が問題となるようにも思われる。それは、既に行状監督が付されている場合又は新しい規制の施行前に惹起された行為の直接的な法的効果による場合だとしても、将来的に行状監督が開始される者の各々において問題となる。この非典型的な遡及効の問題に関しては、公共の福祉に関する立法者意思の意義と法改正により生じる信頼喪失の程度との間における利益衡量の結果により最終的に判断され、それを介して基本的に許容されたものとなる（BVerfGE 109, 96, 122参照）。ここにおいて、そのような比較衡量は、公共の福祉に有利な結果となる。すなわち、この新しい規制は、行状監督それ自体の開始を意味するのではなく、むしろ、電子的居所監視における状況に即した具体的調整であることが先ずは考慮されなければならない。現行の法的状況において、危険な犯罪行為者の再社会化という公共

の利益に加え、重大な再犯行為から社会を守ることは、そのような犯罪行為者における潜在的な信頼よりも重みを有している(前掲Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 60参照)。行状監督及び電子的居所監視は、欧州人権条約第7条の意味における刑罰としても説明されず、それらは、欧州人権条約第5条の意味における自由の剥奪でもないことから(事件番号C-294/16 PPUにおいて2016年7月28日付けで欧州司法裁判所が出した最近の判決も、前掲欧州人権裁判所による判例との関連付けにおいて参照)、欧州人権裁判所により保安監置が自由刑に相当すると評価されたことは、ここにおいて当てはまらない(前掲Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 20も同様に参照)。

本法第3条(後掲)において補充される刑事訴訟法案第463条a第4項第2文第5号及び刑法案第66条第3項第1文の項目を参照している手続法の規定は、「施行前の事件」においても、同様に適用可能とされる。

第3条(刑事訴訟法の改正)に関して

刑法案第68条b第1項第5文に加え、それに関連付けられた刑法第68条b第1項第3文第2号ないし第4号に言及している本法第1項第2号の細分bと調和させる意味において、刑事訴訟法案第463条a第4項第2文第5号によるデータ利用の規制は、国内又は国外におけるテロリズム団体の構成員又は支援者の募集という犯罪行為(刑法第129条a第5項第2文に加え、それに関連付けられた第129条b第1項)に関しても拡大化されるべきである。特に、刑法第68条b第1項第3文第4号の観点において、そのような犯罪行為者の再犯を防ぐために、刑事訴訟法案第463条a第4項第2文によるデータ利用の可能性及びそのデータが刑事訴追の手段として利用されることに鑑みれば、この拡大化は、必要であるように思われる(Bundestagsdrucksache 17/3403, S. 73参照)。前掲の募集行為に関して、その刑事訴追にデータを利用することが許されなければ、この特別予防的手法は、空虚なものとなる。

第4条(施行)に関して

この規定は、施行を定めるものである。当該月第1日目の施行においては、

実務上、新しい規制を実施することに伴う負担を軽減化するものでなければならぬ。