

博士論文

自由刑の執行に対する司法的統制
—ドイツを中心に—

愼 垠映

自由刑の執行に対する司法的統制

—ドイツを中心に—

目 次

第1章 序論.....	1
第1節 研究の目的.....	1
第2節 用語の確認—「刑執行」と「行刑」.....	9
第3節 研究の構成.....	11
第2章 ドイツにおける自由刑の確立と行刑改革	12
第1節 ドイツにおける自由刑の確立.....	12
1. 西欧における刑罰制度の変化	13
(1) 拘禁刑の始まり	13
(2) 近代的拘禁刑の登場	20
(3) 主刑としての自由刑の位置付け.....	28
2. ドイツの自由刑の確立	32
(1) 監獄改革の動き	32
(2) フォイエルバッハの心理強制説と罪刑法定主義	35
(3) 行刑の改革と統一的な行刑法制定への要求	36
第2節 ドイツの行刑改革.....	40
1. 行刑改革の理論的な背景.....	41
(1) 法治主義と受刑者の法的地位	41
(2) リストの「刑法における目的思想」と特別予防論.....	45

(3) 行刑の再社会化目的と社会国家原則	46
2. 行刑改革の成果としての法制化	50
(1) 刑法改正と行刑法制定の試み	51
(2) 連邦行刑法の制定	57
第3節 小括	62
第3章 ドイツにおける刑執行裁判所の創設	64
第1節 刑執行部の導入過程	64
1. ヨーロッパにおける議論	64
(1) 1937年の第4回国際刑法会議	64
(2) 1969年の第10回国際刑法会議	65
2. ドイツにおける議論	68
(1) 議論の背景	68
(2) 1960年の第43回ドイツ法曹大会	69
(3) 1967年の保護観察協会連邦大会	72
(4) 1970年の行刑委員会第10回会議	74
(5) 1973年のトーマン報告書	77
3. ドイツにおける刑執行部の設立	80
(1) 刑執行部の立法過程	80
(2) 刑執行部の名称	81
(3) 刑執行部の形態	82
第2節 ドイツの刑法体系上の刑執行部の地位と役割	84
1. 刑事司法機関の概観	85
(1) 刑事裁判所	85

(2) 検察	88
(3) 行刑施設	90
2. 刑の執行手続を規律している法的規定	93
3. 刑執行部の管轄と構成	93
(1) 刑執行部の管轄	93
(2) 刑執行部の構成	95
4. 刑の執行手続に関与する他の機関	97
(1) 刑の執行機関としての検察	97
(2) 補充的管轄権を行使する第一審裁判所	99
第3節 小括	102
第4章 刑執行の手続における司法的決定	105
第1節 刑の執行猶予に係る決定	105
1. 刑の執行猶予制度	105
(1) 刑の執行猶予の要件	105
(2) 必要的保護観察	109
(3) 手続的事項	111
2. 刑の執行猶予に関する事後裁判	112
(1) 執行猶予期間の変更	113
(2) 刑の執行猶予の取消し	115
(3) 執行猶予期間の満了の効果	116
(4) 手続的事項	118
第2節 残刑の執行猶予に係る決定	120
1. 残刑の執行猶予の性格と刑執行部の決定	120

2. 残刑の執行猶予制度	121
(1) 個別的要件	121
(2) 共通の要件	126
(3) 必要的保護観察	131
(4) 手続的事項	132
3. 残刑の執行猶予の事後裁判	137
(1) 保護観察期間の変更	137
(2) 残刑の執行猶予の取消し・執行猶予期間の満了の効果	138
(3) 手続的事項	141
第3節 自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に係る決定	142
1. 別の刑事制裁としての改善及び保安処分	142
2. 自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の内容と決定	144
(1) 精神病院及び禁絶施設への収容	145
(2) 保安監置	148
3. 自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行と事後裁判	158
(1) 自由刑との執行順序・自由を剥奪する形態の改善及び保安処分間の移送	158
(2) 執行期間と必要性の審査	161
(3) 執行の猶予及び終了	163
第4節 小括	167
第5章 行刑に対する司法的統制と受刑者の権利保障	169
第1節 行刑に対する司法的統制	170
1. 刑執行部による行刑裁判	171
(1) 行刑裁判の特殊性	171

(2) 行刑裁判の申立て	172
(3) 行刑裁判の手續と決定	179
(4) 法律抗告	184
(5) 裁判の遅延による損害賠償.....	187
(6) 保安監置に係る行刑付随的統制.....	189
2. 行刑裁判以降の権利救済手續	192
(1) 憲法訴願	192
(2) 欧州人権裁判所への提訴	194
第2節 その他の手段による受刑者の権利保障	197
1. 行刑内部の手段	197
2. 行刑外部の手段	200
第3節 小括	202
第6章 結論.....	204
第1節 ドイツにおける自由刑の執行に対する司法的統制の評価.....	204
1. 規定方式と管轄分配について	205
2. 裁判所の専門性と行刑隣接性について	207
3. 行刑に対する司法的統制の実効性について.....	212
4. 刑執行部の総合的な評価.....	215
第2節 日本と韓国における自由刑の執行に対する司法的統制の提言.....	218
1. 制度整備の必要性.....	218
2. 自由刑の執行に対する司法的統制の強化	219
3. 刑執行裁判所の創設の可能性	224

Abkürzungsverzeichnis (略語一覽)

Abs.	Absatz
AIDP	L'Association Internationale de Droit Penal
AK StVollzG	Feest, Johannes u.a.(hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz (AK-StVollzG)
Arloth/Krä StVollzG	Arloth, Frank/Krä, Horst, Strafvollzugsgesetze Bund und Länder
BeckOK StGB	von Heintschel-Heinegg, Bernd(hrsg.), Beck'sche Online-Kommentar StGB
begr.	begründet
BewHi	Bewährungshilfe
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Böttcher-FS	Schöch, Heinz u.a.(hrsg.), Recht gestalten - dem Recht dienen Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Calliess/Müller-Dietz StVollzG	Calliess, Rolf-Peter/Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsgesetz: Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung mit ergänzenden Bestimmungen
ders.	derselbe
ECHR	European Convention on Human Rights
ed.	Edition
erl.	erläutert
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
et al.	et alia
f.	folgende
Fischer StGB	Fischer, Thomas(erl.), Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen
ff.	fortfolgende
FS	Forum Strafvollzug
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
Gmür-FS	Buschmann, Arno u.a.(hrsg.), Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag, 28. Juli 1983
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

hrsg.	herausgegeben
Ibid.	Ibidem
JMBINW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK StPO	Hannich, Rolf(hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KrimJ	Kriminologisches Journal
Kühne-FS	Esser, Robert u.a.(hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag
Lackner/Kühl StGB	Dreher, Eduard/Maassen, Hermann(begr.), Strafgesetzbuch
LG	Landesgericht
LG Saarbrücken-FS	Präsidenten des Landgerichts des Saarlandes u.a.(hrsg.), 150 Jahre Landgericht Saarbrücken: Festschrift,
LK StGB	Jähnke, Burkhard u.a.(hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar (11. Aufl.) Laufhütte, Heinrich Wilhelm u.a.(hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar (12. Aufl.)
LNNV StVollzG	Laubenthal, Klaus u.a.(erl.), Strafvollzugsgesetze
LR StPO	Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner(begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar
Ls.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Meurer-GS	Graul, Eva/Wolf, Gerhard(hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer
Meyer-Goßner/Schmitt StPO	Schmitt, Bertram(erl.), Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MüKo StGB	Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus(hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo StPO	Knauer, Christoph u.a.(hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK StGB	Kindhäuser, Urs u.a.(hrsg.), Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.

OblG	Oberstes Landesgericht
OLG	Oberlandesgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Schönke/Schröder StGB	Schönke, Adolf/Schröder, Horst(begr.), Strafgesetzbuch: Kommentar
Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG	Schwind, Hans-Dieter u.a.(hrsg.), Strafvollzugsgesetz: Bund und Länder: Kommentar
SK StGB	Wolter, Jürgen(hrsg.), SK-StGB: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Smend-FG	Hesse, Konrad u.a.(hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung, Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend, zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962
SSW StGB	Satzger, Helmut u.a.(hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
StVollstrO	Strafvollstreckungsordnung
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
u.	und
u.a.	und andere/anderes
Walter-GS	Neubacher, Frank/Kubink, Michael(hrsg.), Kriminologie - Jugendkriminalrecht - Strafvollzug: Gedächtnisschrift für Michael Walter
ZfStrVo	Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

第1章 序論

第1節 研究の目的

いかなる社会においても、犯罪のない安全な状況を作ることが目標とされる。しかし、人間の集まるところには必ず犯罪が存在すると言っても過言ではない。歴史的に見ると、集団の支配者は、発生する犯罪を首尾よく治めることを通じて自分の力を見せようとし、これは実に強大な権力として作用した。犯罪を処罰するという観念は、その方法と程度の差があるだけで、社会の大きさを問わず、どこにでも存在するものである。たとえば、家族の中でも、過ちに対しては一種の処罰が行われる。学校内での処罰に対する賛否の議論も未だに続いている。

このように、犯罪と処罰というのは、社会の形成と切り離して考えることのできない現象であり、おそらく社会の重要な構成要素ともいえる。したがって、古くから、犯罪の原因と処罰の機能や目的について数多くの議論が積み重ねられてきた。その結果として、近年にまとめられた立場は、次のとおりである。すなわち、過去には、犯罪を個人的な理由から起こったものと把握して、その発端となった個人の身体的・精神的な問題を除去しようとしたり、あるいは単に罰を与えることで済まそうとしたりしていたが、現在では犯罪を社会的・構造的な現象として捉えて、個人にだけ責任を負わせてはならないという立場が支持を得ている。それゆえに、刑罰についても、犯罪者が犯罪を行った責任を負うとともに、再び犯罪を行わずに生活を営めるように導かなければならないというのが、主流な考え方となっている。

つまり、犯罪というのは、安定した社会の秩序を害し、その構成員を不安にさせるため、それを効果的に制御することが統治権力の課題となる。そのための手段が刑罰であり、刑罰をいかなる方法で、どの程度科すときに最も効果的であるかについて、絶え間ない研究と運用がなされてきた。

刑罰の歴史的な変遷を遡ると、かつて、洋の東西を問わず長く用いられていたのは、死刑と身体刑であった。身体刑は、独自に執行されることもあったが、死刑に付

随して行われる場合も多かった。これには、大衆への見せしめとして犯罪者を公に処刑することによって犯罪を抑止するという目的があったが、同時に大衆の残忍な欲求を満足させるための見せ物を提供する機能も有していた。そのため、当時は、より残酷な方法によって犯罪者により大きな苦痛を与えることが処罰の核心であった。しかし、ヨーロッパにおいては、近代に入り、人間中心の理性的思考を重視する風潮が生じ、このような観点から、既存の野蛮な処罰方式は批判の対象となった。それに伴って、身体的苦痛の強度を軽減するため、不必要に残酷な処罰方式は禁止され、死刑に伴う身体刑も除去されるに至った。また、死刑が規定されている犯罪の数が減少し、流刑に置き換えられる場合が増加した。一方、公開処刑が消えることに対応して、犯罪者を見えないところに閉じ込め、身体的苦痛を加える形態の監禁刑が増加した。監禁刑は、元々は、死刑、身体刑その他の刑罰の執行のために、しばらくの間、受刑者を監禁する手段として、又は、しばしば宗教的又は政治的な目的のために活用されていた。このような監禁刑は、産業化に従って急増した労働力の需要を充たすために、一定期間犯罪者の自由を剥奪し労働を強制する形態に変貌した。そして、これが、人道主義的な刑罰改革の動きに支えられて登場した近代自由刑のモデルとなった。他方では、資本主義の発達により財産の重要性がいつそう強調され、罰金刑も頻繁に適用されることになった。

現在、最も代表的な刑罰である自由刑は、他の種類の刑罰とは異なる性格を持つ。自由刑は、一定期間、犯罪者を一定の施設に収容し、身体的自由を剥奪するものであるから、執行の開始と終了の間に執行期間が存在する。そして、刑の執行が終了すると、受刑者は社会に復帰することになるため、再び罪を犯さずに生活を営むことができるようにしなければならないという社会防衛的課題が導出される。それゆえ、自由刑の執行は、刑罰としての威嚇効果だけでなく、犯罪者の改善という特別予防的効果も達成しなければならないことになる。そこから、その期間中にいかなる方法で自由刑の内容を実現するかに関連して、「行刑」という概念が生まれた。過去には、単に閉鎖された場所に受刑者を隔離することで足りるとされた時代もあったが、犯罪者の改善のために労働と処遇が求められるとの主張がなされたことにより、それが変化した。また、以前は、犯罪に対する責任の負担と処罰に焦点が当てられ、犯罪を行い社会から隔離された受刑者は一般の国民とは別の扱いを受け、劣悪な環境で身体的自由を制約されるのみならず、各種の権利を制限されるのが当然のことと考えられていた。しかし、現在では、行刑の目的である再社会化に照らして、受刑者も身体的自由を奪われることに伴う権利の制限を除いては、社会における一般人と同様な法的地位にあるということが、少なくとも理論上は確立されており、行刑過程は、社会とできる限り

同じ環境で、労働と教育などを通じて再び社会に出る準備をする過程として捉えられている。

しかし、このような観点の変化が起きたのは、その出発点であるヨーロッパにおいても、比較的最近のことである。ヨーロッパにおいて啓蒙主義が台頭する中で、一部の学者等から実態に対する批判とともに進むべき方向の提案がなされたが、それが実務に反映されるに至ったのはたかだか数十年前のことであり、それは今も進行中といえよう。その他の国では、そのような観点が紹介され、実務に影響を与えてはいるが、まだ初期段階にすぎない。日本と韓国の場合も、受刑者の人権は尊重されるべきであり、行刑は、社会とできる限り同じ環境の下で再社会化のための教育的プログラムなどを通じて行われなければならないというのが一般に言われる命題である。その趣旨は法律にも規定されている。もっとも、実際にはそれが十分に実現されているとはいえない。

刑法が、犯罪と刑罰を規律するものであることに鑑ると、刑法の適用と刑罰の言渡しのみならず、刑罰の執行の分野も決して看過されえない位置を占めている。また、より安全な社会に向けた犯罪の統制が刑事政策の中心課題であるということに照らせば、再犯を防止するために、刑罰の執行において再社会化を求めることが必要である。再社会化のために最も望ましいことは、受刑者が、できる限り社会におけるのと同じ環境で、同じ権利を保障されることである。そうだとすれば、刑の執行に関して、定められた手続による司法的決定がなされ、また、行刑の過程において不当な処遇が行われたときに、司法上の救済を受ける制度が確立されなければならないのは当然であるといえる。そして、そのための最も効果的な手段としては、それを専門に司る裁判所の設立が挙げられるであろう。

ヨーロッパ諸国は、受刑者の再社会化のための「行刑」の重要性を自覚し、その改革に努めてきた。行刑の目的を再確認し、受刑者の法的地位を再考して、行刑をはじめとする自由刑の執行に対する司法的統制を強化した。そして、行刑に関する法律を整備し、刑執行及び行刑に対する司法判断を促したうえ、刑執行・行刑裁判所の設置にまで進んだ。刑執行・行刑裁判所は、刑執行と行刑全般についての決定と監督という、特別な領域を担当する裁判所であり、その設置と運用は、国ごとに様々である。

このようなヨーロッパの諸国の問題意識は、国際刑法会議を通じて共有されるに至った。まず、1937年にパリで開かれた第4回国際刑法会議において、裁判官の役割には、行刑における決定と監督が含まれなければならないことが決議された。しかし、この当時は、行刑の合法性に対する司法的統制のみに焦点が当てられていた。裁判官

は、それ以外にも、言い渡された刑事制裁の執行の場面で、行刑計画の変更や条件付き釈放の決定のような役割も担わなければならないという結論に至ったのは、1969年にローマで開かれた第10回国際刑法会議であった¹。

同会議では、まず、各国別に、刑執行及び行刑の運用と司法的関与の方法が検討されたうえで、それを踏まえて刑罰の決定と適用における裁判官の役割に関する議論が行われた。本会議のために事前に提出された一般報告書では、刑執行及び行刑について裁判所が関与する方式を、以下の三類型にまとめた²。

それらを裁判所の関与の度合いが最も低いものから取り上げると、第1は、裁判官は、刑の種類と程度の決定及びその言渡しのみを行い、その後の過程は完全に行政機関の所管となる方式である。代表的な例としてアメリカのカリフォルニア州の制度が挙げられた。この方式の下では、裁判官は、受刑者による個別的な訴願が行われる場合を除いては、刑執行及び行刑の手続には全く関与しない。ただし、個別的な訴願は、受刑者の分類処遇における手続から懲戒処分の正当性の審査に至るまで、様々な問題に対して幅広く認められる。

第2は、刑の種類と程度のみならず、刑の執行内容も判決裁判官が決定するものであり、多くの社会主義国家で採用されていた方式である。たとえば、裁判官は、刑を言い渡す際に、受刑者の再社会化の効果を考えて、刑が執行される施設を指定するとともに、そこで受刑者が受ける教育及び矯正処遇の内容も定める。また、事後的に分類処遇の内容を変更したり、仮釈放の許可を決定したりすることも、裁判官の役割に属する。つまり、第1の形態においては専ら行政機関が司る刑の執行段階においても、裁判官が刑の個別化に係る一部の措置を行うことになっている。

¹ Blau, Günter, Die Strafvollstreckungskammer, In: Schwind, Hans-Dieter/Blau, Günter(hrsg.), Strafvollzug in der Praxis: Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe, 2. Aufl., De Gruyter, 1988, S.340; Peters, Karl, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen, ZStW 81, 1969, S.63 ff.; Tröndle, Herbert, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen: Unter besonderer Berücksichtigung des „Vollstreckungsgerichts“ des Strafgesetzentwurfs 1962, ZStW 81, 1969, S.84 ff.; Max-Planck Institut(hrsg.), Entschlüsse des X. Internationalen Strafrechtskongresses in Rom 1969, ZStW 82, 1970, S.588 ff.

² Solnar, Vladimir, «Rapport Général Définitif», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 41, no. 3, 1970, pp.322-329.

最後に、第3の形態は、イタリアやフランスのように、刑執行及び行刑を専門に担当する裁判所を別に設置するものである。これは、第2の形態をより進めて、刑執行及び行刑の開始から終了までの具体的な決定を刑執行・行刑裁判所に属する裁判官が直接行うものである。この専門裁判官は、仮釈放の許可やその取消しはもとより、受刑者の分類処遇や帰休の決定、個別的な行刑の緩和にも関与し、行刑全般に対する監督と救済手続を管掌する。いわば、判決で言い渡された刑の執行段階において、司法による専門的な刑の個別化が実現される形態といえる。

ローマの国際刑法会議で合意された、刑の適用段階、すなわち、刑執行及び行刑において司法的関与が必ず行われなければならないとする結論は、これ以後、一般的な原則として受け入れられている。ただし、同会議では、国ごとにその具体的な方式は異なりうることが承認された。それによれば、少なくとも第2の形態又は第3の形態によることが推奨され、仮に第1の形態の方式を採用としても、刑執行及び行刑に対する司法審査の手続は導入することが求められる。そして、いかなる形態によるにせよ、刑執行及び行刑に対する司法的関与を実現する制度を設けるにあたっては、最も専門的な形態を備えているイタリアやフランスの制度をモデルとすることが望ましいとされた。イタリアとフランスはともに、専門裁判所による刑執行及び行刑の司法化を達成しているが、その具体的な形態は、次のように少々差がある。

刑執行及び行刑を管轄する専門裁判官制度を最初に導入したイタリアでは、刑執行と行刑が明確に区分されている。すなわち、刑執行の領域では、有罪判決の解釈に関する司法審査を、その判決を下した事実審裁判官が刑執行裁判官（*giudice dell'esecuzione*）として行う制度を、行刑の領域では、行刑施設の監督と行刑において要求される刑執行及び行刑に関する判断を、別に設置された監督裁判官（*magistratura di sorveglianza*）が行う制度が設けられている。刑執行裁判官は、有罪判決の執行について、当事者、すなわち、刑の執行機関である検察官、又は有罪判決を受けた者とその弁護人が申し立てる場合、それに関する法的解釈をすることにより、当該有罪判決の内容を明確にする役割を担う。当事者は有罪判決と関連するすべての問題について司法審査を申し立てることができる。これは専ら有罪判決の明確化のためのものである。刑執行裁判官は原判決の枠を超える解釈を行うことができない。他方、監督裁判官は、単独裁判官（*magistrato di sorveglianza*）と、2人の職業裁判官及び2人の専門家の参審裁判官より構成された合議体（*tribunale di sorveglianza*）から成り、地方裁判所内に設置されている。監督裁判官は、行刑に関して排他的な管轄を有し、主に憲法上の行刑の再社会化目的を実現するための処遇の妥当性の監督と受刑者の再犯危険性についての判断を行い、それに関連する行刑施設内の行政的な措置、具体的に

は、保安処分、開放的処遇、仮釈放などに関する決定及びその執行方法に関する決定と、その監督及び事後的な変更を行う³。

フランスでは、司法的な地位と行政的な地位を兼ねる刑適用裁判官 (*juge de l'application des peines*) が設置され、刑執行及び行刑が裁判官の統制の下に置かれている。刑適用裁判官は、言い渡された刑罰の範囲内で受刑者の社会復帰と再犯の防止を図るための刑執行の個別化及び柔軟化の措置を行うことができる。すなわち、刑適用裁判官は、刑期の短縮や仮釈放及び開放的処遇及び外出の許可などを決定し、それを事後的に変更し、行刑施設を監督し、個別の受刑者の行刑計画及びその変更内容に関する報告を受ける。また、刑適用裁判官は、刑の宣告猶予や執行猶予において課せられる条件を事後的に変更し、又は猶予の決定自体を取り消すことができるほか、保安処分の賦課又は罰金刑の執行のための強制的拘禁をするかどうかを決定し、変更することができる。高等裁判所の管轄区域内の1か所、必要に応じて2か所以上の地方裁判所に設置される単独裁判官 (*juge de l'application des peines*) と、3人の職業裁判官より構成された合議体 (*tribunal de l'application des peines*) が第一審を、高等裁判所内に設置される3人の職業裁判官及び2人の公益団体の代表者より構成された刑適用裁判所 (*chambre de l'application des peines*) が控訴審を管轄する⁴。

イタリアとフランスで刑執行及び行刑を専門に管轄する裁判所が設置されたのは、受刑者の権利保障及び再社会化の要請から、刑の個別化と行刑施設に対する監督の必要性が導き出され、刑執行及び行刑に対する司法的統制を強化することが、そのような要求に最も効果的に対応しうる方策であるという結論に達したからである。そのような認識は、刑法と行刑の改革を図っていたドイツにも影響を及ぼした。前述のローマでの国際刑法会議における分類を基準にすれば、その当時、第1の形態を採っていたドイツでは、刑執行及び行刑の司法化を実現するために、イタリアとフランスの事例を研究し、いかなる方式を採るべきかが議論された。その結果、ドイツでは、刑執

³ Blau, Günter, Der Vollstreckungsrichter, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.48 ff.; 浜井浩一『罪を犯した人を排除しないイタリアの挑戦—隔離から地域での自立支援へ』(現代人文社、2013年)25頁以下; パク・ハクモ/Müller/Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』(韓国刑事政策研究院、2011年)179頁以下。

⁴ Blau, Günter, Der Vollstreckungsrichter, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.52 ff.; 相澤育郎「フランスにおける刑罰適用裁判官の制度的展開(2・完)」龍谷法学 49巻2号(2016年)494頁以下; パク・ハクモ/Müller/Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』(韓国刑事政策研究院、2011年)129頁以下。

行及び行刑に対する司法的統制を制度化し、地方裁判所に刑執行及び行刑に関する決定を管轄する専門裁判所としての刑執行部(Strafvollstreckungskammer)を創設した。詳述すれば、刑執行の決定及び事後的変更に関しては、刑執行部が事実審裁判所とともに第1審裁判を行い、行刑においては、受刑者の主観的権利の救済に関する第1審裁判を司るものとし、高等裁判所の刑事部がその控訴審を担当するという、新たな制度が設けられた。

このように、その形態は様々であるものの、ヨーロッパでは、刑執行及び行刑に対する司法的統制の必要性が一般的に認められ、法制度として定着している。これは、少なくとも国家刑罰権の行使は裁判所により決定されなければならない、受刑者の権利救済のための司法的手続が設けられていなければならないという法治主義による要請に加えて、司法の役割には、単に刑罰を言い渡すことだけでなく、言い渡された刑罰をいかに執行するかを決めることも含まれており、行政の領域としての行刑に対する司法のコントロールが求められるという権力分立原則の貫徹と、行刑は受刑者の改善と再犯防止に役立つものでなければならない、その過程において受刑者の一般的な権利が保障されなければならないという行刑の再社会化目的の実現が、刑事司法制度の前提となっているからだといえよう。このような前提自体は、日本と韓国の刑事司法制度においても同様に認められており、両国の憲法及び行刑関連法律を見れば、権力分立原則をはじめとする法治主義と受刑者の人権保障及び行刑の再社会化目的が定められていることがわかる。しかし、両国には、刑執行・行刑裁判所は存在せず、そのような専門性を持った裁判所による刑執行及び行刑に対する司法的統制に関する議論もほとんど紹介されていない。

日本と韓国の現行行刑法を見ると、まず、日本の刑事収容施設法（「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」）第1条は、同法の目的に関して、「刑事収容施設の適正な管理運営を図るとともに、『被収容者(等)の人権を尊重しつつ』、これらの者の状況に応じた適切な処遇を行うこと」とし、第30条は、受刑者の処遇の原則に関して、「受刑者の処遇は、その者の資質及び環境に応じ、その自覚に訴え、『改善更生』の意欲の喚起及び『社会生活に適応する能力』の育成を図ることを旨として行うものとする」としている。また、韓国の刑執行法（「刑の執行及び収容者の処遇に関する法律」）第1条は、同法の目的に関して、「受刑者の『矯正教化と健全な社会復帰』を図り、収容者の処遇と権利及び矯正施設の運営に関して必要な事項を規定すること」とし、第4条及び第5条は、それぞれ、人権の尊重と差別禁止の原則を明らかにしている。このように、両国の行刑は、受刑者の改善及び社会復帰と処遇における人権の尊重という考え方に立脚しているといえる。

それにもかかわらず、日本と韓国では、ヨーロッパとは異なり、裁判所が刑事制裁の執行に関する決定と行刑に対する監督を行わなければならないという原則を承認するまでには至らなかった。実務においても、刑罰の執行は行政に委ねられているため、自ずから司法の領域における重要度も低いものとなっている。刑執行及び行刑を行政機関が司るのは、立法と司法により決められたことは行政により行われるものとされてきた歴史的な経緯に加え、実際にその過程での決定と執行が迅速かつ容易になしうるという利点があることは確かである。また、刑執行及び行刑をいかなる機関に担わせるかということは、国の法政策の問題であり、日本と韓国は、いくつかの方法のうちの一つを採用し、それに即して制度を運用してきたということもできる。実際に、両国では、行刑における処遇の決定と監督のみならず、それに対する不服の審査も行政機関が行うものとされており、代表的な刑執行の決定に当たる仮釈放に関しても行政機関が判断するというシステムが採られている。

しかし、前述したとおり、刑執行及び行刑において、刑罰と行刑の目的を十分に考慮した運用がなされるとともに、受刑者の法的地位を確実に保障するためには、それに対する司法的関与が不可欠である。これを実現するには様々な方法がありうるし、そのモデルとなる国も多様に存在していることは既に述べたところである。このうち、刑執行及び行刑を専門に担当する裁判所を設置する方式を採ることは、日本と韓国における現在の一般的な認識と制度的状況を考慮すると、急激な変革を必要とする。それを考えると、既存の裁判所のシステムを基にして専門裁判所の刑執行部を設置し、また、行政としての行刑制度の下で受刑者の司法的権利救済手続を導入するなど、刑執行及び行刑に関する司法的統制を強化しているドイツの制度が、より受け入れられやすいものと思われる。そこで、本研究では、ドイツの刑執行部の沿革と制度全般について紹介し、刑執行部が管轄する刑執行に係る決定及び行刑における権利救済手続について検討することにした。これにより、日本と韓国における自由刑の執行に対する司法的統制の方式を再検討するうえでの手がかりを与えることができると思われる。

第2節 用語の確認―「刑執行」と「行刑」

本論文の前提として、「刑執行」と「行刑」の概念について明らかにしておきたい。日本と韓国においては、主に「行刑」という言葉が使用されている。稀に「刑執行」という言葉が使われる場合にも、それは、大抵は「行刑」を意味しており、「刑執行」と「行刑」は概念的に使い分けられていない。この場合、「行刑」は、「自由刑の執行」として理解され、自由刑の執行過程と関連しているものはすべてそれに含まれるとされる。

しかし、ドイツにおいては、「行刑」と「刑執行」は、使い分けられている。まず、「行刑」の概念を見ると、上記のとおり、「自由刑の執行の全体過程」を意味しており、より詳細には、自由刑をいかに執行するか、執行期間中に受刑者をいかに処遇するかという「執行の方法と内容」の側面に関わるものといえよう。これに対して「刑執行」という概念は、「刑の執行」、すなわち、判決で言い渡された刑罰やその他の刑事制裁の執行を意味するが、具体的には、「その執行をするかどうか」に関わるもの、いわゆる執行の開始、猶予及び停止並びにその取消し、そして終了の問題がそこに含まれる。

「行刑」の概念は、これまで我々が理解してきたものと大きく異なるのに対し、「刑執行」という概念は、わかりにくいものであるかもしれない。現行法を基準に考えると、通常、「刑執行」には、「裁判の執行」として規律されている部分と、「仮釈放」及び「釈放」、さらに「刑の執行停止」が含まれている。この問題については、両概念を厳密に区分しているドイツにおいて、「刑執行 (Strafvollstreckung)」の概念がどのように説明されているかを見ることが、その理解の助けになると考えられる。ドイツにおいては、①判決の確定から刑罰の開始に至るまでの過程、②受刑期間、とりわけ刑の執行の態様と期間が、制裁を科する法に基づき裁判所が確定したことに対応しているかについての一般的な監視、③自由刑の執行中に、残刑の執行を猶予するための手続のように、裁判所による刑の言渡しを実現するにあたって必要なあらゆる処分が、「刑執行」に含まれる⁵。①は、刑の執行の開始手続、すなわち、裁判の執行の部分に当たり、②は、「行刑」の全過程にわたる監督、③は、日本の制度に引き直せば、仮釈放手続を規律するものと見てよいであろう。

⁵ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.10.

すなわち、刑執行には、裁判所によって命令された制裁を実現するすべての処分、たとえば、刑の執行の開始のための呼出し、有罪判決を受けた者が刑の執行の開始のために出頭しない場合の収容状の発付、刑期の計算及び残刑の執行猶予（仮釈放）に関する決定が含まれる。一方、行刑には、制裁の具体的な実現に関わるすべての処分、たとえば、処遇調査、施設への収容、作業の賦課、面会、信書の発受、電話による通話などの外部交通の方法及び程度、並びに、外出、外部通勤作業、帰休などの行刑の緩和の決定などが含まれる⁶。つまり、「刑執行」は、言い渡された刑罰及びその他の刑事制裁を実現する手続的な問題に関するものであり、「行刑」は、自由刑が執行される際の、収容の時点から釈放の時点までの時間的かつ空間的領域を規律するものであるとまとめることができる。自由刑が執行される間、「行刑」は、決定された自由刑の運用を担当し、「刑執行」は、それに対して手続法的な観点から監督し、介入するのである。

「行刑」という言葉は、通常、「刑の執行」を意味するものとして使用されているので、「行刑」と「刑執行」は、その語義のみを考えると、別の言葉ではないように思える。これは、「刑執行」と「行刑」の区分を全く考えていなかったことからくる概念の不在に起因するものであるといえよう。実際、ドイツにおいては、受刑者の改善・更生の思想が押し立てられたことによって、刑事司法手続的な「Strafvollstreckung」という概念に対して、より積極的に「受刑者を教育・改善するという合目的性に支配される行政」を意味する実質的な概念としての「Strafvollzug」が新たに観念されたとされる⁷。それぞれ「刑執行」と「行刑」と訳したとき、用語の表意上は明確に区別されないという問題があるため、通用するに足る用語を創出する必要性は高いといえよう⁸。だが、ここでは、それぞれの概念を確認したうえで、用語については、既存の用語を活用して「Strafvollstreckung」を「刑執行」、「Strafvollzug」を「行刑」と訳すことにする。

⁶ Meier, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl., Springer, 2015, S.99.

⁷ 小野義秀「日本行刑史拾遺(二)―「監獄」から「刑務所」へ(用語の変遷)―」*刑政* 109 巻 12 号 (1998 年) 30 頁。

⁸ 韓国における研究の中には、「刑事執行」という用語を提示する意見がある。刑罰及び保安処分とその他のすべての刑事制裁の執行を「刑事執行」と称し、「刑執行 (Strafvollstreckung)」を「狭義の刑事執行」、「行刑 (Strafvollzug)」を「行刑」として使用しようとするものである (パク・ハクモ/Müller/Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』(韓国刑事政策研究院、2011 年) 35-37 頁)。しかし、それは刑罰一元主義を採っている日本の場合には、必ずしも適当な用語ではないと考えられるため、採用しないことにした。

第3節 研究の構成

本研究は総6章で構成される。第1章は序論、第2章ないし第5章は本論、第6章は結論に該当する。本論は、まず、第2章では、ドイツにおいて刑執行部が導入されるまでの自由刑の成立と行刑改革の歴史を窺える。それを踏まえて、第3章では、ドイツにおける刑執行部の導入の過程と今日における刑執行部の管轄と構成について紹介する。引き続き、第4章と第5章では、それぞれ、ドイツにおける刑執行手続と行刑手続における司法的統制について説く。第4章では、刑執行に関する決定である、刑の保護観察付執行猶予に係る決定と残刑の保護観察付執行猶予に係る決定を詳しく検討し、自由刑と本質的に変わらない、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に関しても、一緒に説明する。第5章では、行刑中に侵害された受刑者の権利を救済する司法的手続について探り、そのほか、非司法的救済手続と行刑の統制手段についても調べる。最後に、結論としての第6章では、ドイツにおける刑執行部の評価と意味を述べ、さらに日本と韓国における自由刑の執行に対する司法的統制の必要性和実現可能性について検討する。

第2章 ドイツにおける自由刑の確立と行刑改革

第1節 ドイツにおける自由刑の確立

自由刑は、現在における最も代表的な刑罰として位置づけられるが、これは18世紀に入ってからのことである。それ以前は、死刑、身体刑及び流刑が主な刑罰であった。罪を犯したことに對する贖罪又は害惡の賦課という側面から、刑罰は、行われた犯罪と同じ程度又は同じ結果をもたらすものとしての処罰とされる場合が多かった。したがって、これらの刑罰は、非常に残酷かつ多様な形で行われてきた。また、中世時代には、労働力の確保のため労役刑が活用され、単純な拘禁刑も存在した。西欧の諸国は、歴史的に相互に影響を受けながら発展を遂げてきており、ドイツは、とりわけ近代における刑罰の改革との関連で、他国の理論と制度を受け入れ変革を図った。

刑罰の改革は直ちに刑法をはじめとする刑事法の改革につながり、刑罰改革の結果である自由刑の発展は、必然的に行刑の改革をもたらすので、行刑改革の完遂により一連の改革は完成されることになる。これらの改革の正当性を知るためには、刑罰の歴史を遡る必要がある⁹。ただし、全体的な刑罰の歴史については、これまでも多くの研究が存在するので、ここでは、近代的自由刑の登場と直接関連している労役刑以降の刑罰の変遷と、それに影響を与えた理論及び社会的背景について概略的に述べたうえで、ドイツにおいて自由刑が主刑として成立するまでの過程を検討することにしたい。

⁹ Liszt, Franz v., Der Zweckgedanke im Strafrecht(1882), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.1, Guttentag, 1905, S.127.

1. 西欧における刑罰制度の変化

(1) 拘禁刑の始まり

1) 労役刑

重商主義の影響で貿易と手工業が発達するにつれて、一方では、急激に増える労働力の需要を満たすために、他方では、都市に溢れる浮浪者、乞食などの貧民問題を解決するために、浮浪者や犯罪者などを労働に従事させる様々な労役刑が登場した。これらの労役刑の執行のためには、犯罪者を監禁する必要があったので、自然にその手段としての拘禁が増加し、それは拘禁刑が一般化する始まりとなった。労役刑にはガレー船漕役刑、公役刑、懲治場労役刑があったが、以下では、ドイツにおいては使用されたことのないガレー船漕役刑を除いて、公役刑と懲治場労役刑を取り上げる。

a) 公役刑

ローマ時代から、犯罪者を下水道の清掃や道路の補修などの公共の役務に従事させる公役刑 (*opus publicum*) は存在していたが¹⁰、近代ヨーロッパにおいては、ガレー船の漕手の需要が減ったことにより、ガレー船漕役刑を宣告された犯罪者の一部を鉱山の採掘に投じたことを起点に、それが一般化し始めた。ほかにも、浮浪者、乞食、労働忌避者に対する強制労働が実施され、よく知られている懲治場労役刑のみならず、建設、補修、採石などの公共事業や、清掃、糞尿処理などの公共作業にも駆り出された。特に戦争により労働人口が減少した一方で、破壊された城砦や要塞を築造する都市再建事業のための労働力が大量に要求されたので、ドイツでは、「城塞築造刑 (*Festungsbaustrafe*)」という刑罰が定められることになった。主に死刑、身体刑又は流刑に当たる犯罪者が城塞築造刑に処せられた¹¹。また、当時の代表的な労役刑とし

¹⁰ ジョン・スンファン「西欧の行刑の歴史と韓国の行刑」刑事政策研究 49 号 (2002 年) 185-186 頁。

¹¹ 小澤政治『行刑の近代化：刑事施設と受刑者処遇の変遷』（日本評論社、2014 年）381-382 頁；
チョ・ジュンヒョン「社会体系の一つとしての矯導所—開放矯導所を中心に—」刑事政策 4 卷(1989 年) 102 頁。

て「車刑 (Karrenstrafe)」が正式に定められた。これは、窃盗、強姦、重傷害を犯した、改善可能性のある犯罪者を、労役向けに特別に製作された荷車に鎖で縛って労働させたことから付けられた名前であった¹²。

公役刑に関しては、本来、犯罪者を閉鎖された場所に監禁し、また身体刑を科すよりも、一定の労働に自由に従事するようにすることが必要であるという認識に基づくものとする見解もある。しかし、実際には、鎖などで拘束されたまま、極めて劣悪な環境の中で強制的に重労働に従事されたため、それは変形された身体刑又は延長された生命体にすぎないとの批判がなされた¹³。

b) 懲治場労役刑

ガレー船艦隊を所有していなかったイギリスをはじめとするヨーロッパの北部においては、都市の浮浪者や乞食のような貧民を救済するための対策として、懲治場 (house of correction) を活用した。初めて懲治場が登場したのは、16 世紀のイギリスであった。当時のイギリスでは、貿易の増大により羊毛の需要が増え、より多くの収益を追求する貴族や大地主が農地を羊牧場に転換したこと (エンクロージャ) に伴い、小作人や小地主が追い出され都市に集まった。都市では、羊毛の加工のような手工業が発達して下層の賃金労働者が増加する一方で、いわゆる新世界から銀が流入され、物価が上昇の一途をたどっていた。それに加えて、それまで貧民を救済していた教会、修道院及びその傘下の慈善団体は閉鎖されていった¹⁴。つまり、都市の貧民が増加し続ける一方で、その対策は皆無の状態であったのである。その問題を解決するために、様々な救貧策が講じられる中で、労働能力のある浮浪者及び乞食、特に怠惰な青少年を強制労働に従事させるという政策が立てられた¹⁵。こうして、1555 年、ロンドンのブライドウェル宮 (Bridewell Palace) に懲治場が開設された。そこでは、縫製、紡績、

¹² Ebeling, Albert, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, Schletter'sche Buchhandlung, 1935, S.5 ff.

¹³ Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, S.186 f.

¹⁴ Leonard, E. M., *The Early History of English Poor Relief*, Reprint of 1900 ed., Cambridge University Press, 1965, pp.15-17; Weisser, Michael R., *Crime and Punishment in Early Modern Europe*, Harvester Press, 1979, pp.145-147.

¹⁵ 藤本哲也「近代的刑務所の起源(一): 英国のブライドウェル懲治場の歴史的展開」法学新報 108 巻 5 号 (2001 年) 89 頁。

製粉、金属加工など、原材料の提供を受け、それを加工して市場に販売する様々な作業が行われ、被収容者には労働の対価が払われた。この事業は成功を収めたと評価され、間もなく他のいくつかの都市にも「ブライドウェル」の名を冠した懲治場が設立された¹⁶。これらのブライドウェル懲治場では、①生活費を稼がせること、②強制労働と規律により対象者を改善・更生させること、③怠惰な浮浪貧民に転落しないように威嚇すること、という方針がとられていた¹⁷。これを見ると、処罰としての強制労働を通じた労働力の供給だけではなく、労働の習慣を身につけさせ、実用的な機能を習得し規律と道徳を学習させることにより、対象者の改善と犯罪の予防を図るという目的がともに追求されたことがわかる。そして、実際に対象者が改善したことが認められてはじめて釈放されることができた。

それ以降、懲治場はヨーロッパ全域に広がることになり、そのうち、最も模範的な施設と位置付けられたのは、オランダのアムステルダム懲治場であった。アムステルダム懲治場では男女が区分され、男子懲治場は1596年に、女子懲治場は1597年に設立された。当時、アムステルダムは毛織物の生産をベースにした中心的な商業都市として栄えていたので、労働力の安定的な供給が非常に重要であった。そこから、労働能力があるにもかかわらず働かない浮浪者や乞食に対して処罰を目的として強制労働を課すという対策が立てられたのである。

被収容者は、主に、浮浪者、乞食、怠惰を理由に家族や知人から申立てがなされた者、逃走した徒弟人、烙印を押された犯罪者、酩酊者などで構成された¹⁸。治安判事の裁量で個人に応じた収容期間が定められた。アムステルダム懲治場での主な作業は、男子は破木、女子は紡績であり、ブライドウェル懲治場と比較して作業の種類は異なっていたが、原材料の供給を受けそれを加工して販売するという方式は同様であった。労働に対しては賃金も支払われた¹⁹。

¹⁶ 藤本哲也「近代的刑務所の起源(二)：英国のブライドウェル懲治場の歴史的展開」法学新報 108 巻6号(2001年)27-28頁。

¹⁷ 小澤政治『行刑の近代化：刑事施設と受刑者処遇の変遷』（日本評論社、2014年）385頁。

¹⁸ Sellin, Johan Thorsten, *Pioneering in Penology: The Amsterdam Houses of Correction in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, University of Philadelphia Press, 1944, pp.41-43, 49; 藤本哲也「近代自由刑の起源」法学新報 95 巻3号(1988年)22頁。

¹⁹ Spierenburg, Pieter, "The Body and the State: Early Modern Europe", *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*, edited by Morris Norval and David J. Rothman, Oxford University Press, 1995, p.67.

一方、その頃には、軽犯罪者に対する処罰として、流刑、軽い身体刑、罰金刑は効果がないと認識され、新しい中間的制裁方法として懲治場における労役が利用されるようになった。かくして、アムステルダム懲治場は、貧民の救済のみならず、軽犯罪者の処罰及び更生の役割まで果たすことにより、近代的自由刑の態様にさらに近づくことになった。17世紀には、アムステルダム懲治場を模して、オランダのいくつかの都市をはじめ、ドイツ、デンマーク、オーストリア、フランス、スペイン、ベルギー、スウェーデンなどの周辺国にも懲治場が立てられることになった²⁰。

2) 監禁刑

独自の刑罰ではなかったが、身体を拘禁する形態の処罰は古くから存在した。単純な処罰として行われる場合もあったが²¹、監禁刑は、主に「監獄 (jail)」と通称される拘禁施設に、裁判や、死刑及び身体刑の執行のために待機している犯罪者を閉じ込めるものであった²²。そのほかにも、古代ギリシャでは、自由人が罰金を納付するまで不定期に監禁される場合もあった²³。また、古代エジプトでは、ピラミッドの建設のような強制労働のための監禁が行われたという記録が存在する²⁴。ローマ時代に

²⁰ Johnston, Norman Bruce, “Evolving Function: Early Use of Imprisonment as Punishment”, *Prison Journal*, vol. 89, no. 1 Supplement, 2009, p.15.

²¹ Ibid., p.10.

²² Bauman, Richard A., *Crime and Punishment in Ancient Rome*, Routledge, 1996, p.22; Kriegsmann, N. Hermann, *Einführung in die Gefängniskunde*, C. Winter's Universitätsbuchh, 1912, S.2; Millar, Fergus, “Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, From the Julio-Claudians to Constantine”, *Papers of the British School at Rome*, vol. 52, 1984, p.130.

²³ Johnston, Norman Bruce, “Evolving Function: Early Use of Imprisonment as Punishment”, *Prison Journal*, vol. 89, no. 1 Supplement, 2009, p.11.

²⁴ Krauß, F. A. Karl, *Im Kerker vor und nach Christus: Schatten und Licht aus dem Profanen und Kirchlichen Cultur- und Rechtsleben Vergangener Zeiten*, J.C.B. Mohr, 1895, S.24 ff.; Millar, Fergus, “Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, From the Julio-Claudians to Constantine”, *Papers of the British School at Rome*, vol. 52, 1984, p.131; Johnston, Norman Bruce, “Evolving Function: Early Use of Imprisonment as Punishment”, *Prison Journal*, vol. 89, no. 1 Supplement, 2009, p.10.

は、初期には公刑罰としての監禁は禁止されていたが²⁵、債務者が借金を返済できない場合には、完済するまで隷属・監禁されて労働することが制裁の一つであり(nexum: debt bondage contract)²⁶、また私的には、奴隷を監禁しておくことが一般的であった。後に、ローマ帝国では、大規模強制労役に犯罪者を動員するため、それらに刑を科し、監獄(carcēr)に集団監禁・使役した²⁷。以降にもそのような公役刑の執行のための監禁は継続して行われてきた。中世には、多くの場合、罰金の納付を強制するための手立てとして監禁が使用された。さらに、イギリスでは、不定期的な投獄がしばしば活用されていた。主に軽い窃盗に対して罰金とともに週単位で短く科せられる場合が多かったが、反逆、不法侵入、公務員の違法行為のような場合には、終身刑も可能であった。しかし、普通は、期間が金銭又は賄賂の支払いによって短縮され、また、富裕な犯罪者は、快適な環境の監獄で過ごし得た²⁸。一方で、通常の監獄は、まさに監禁し拷問する場所であり、基本的な食糧の提供さえもされなかったので、貧困者は飢え死にするか、通行人に物乞いをせざるを得なかった²⁹。1532年に制定されたカロリーナ刑法典(Constitutio Criminalis Carolina、CCC)には、監獄刑が、死刑、身体刑とともに刑罰として規定された。規定された監獄刑は、終身刑、又は十分な保釈金を提供することをもって将来の危険性のないことを証明するまで閉じ込める不定

²⁵ Bauman, Richard A., *Crime and Punishment in Ancient Rome*, Routledge, 1996, p.23.

²⁶ Peters, Edward M., "Prison before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds", *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*, edited by Morris Norval and David J. Rothman, Oxford University Press, 1995, p.14.

²⁷ Millar, Fergus, "Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, From the Julio-Claudians to Constantine", *Papers of the British School at Rome*, vol. 52, 1984, p.132-137.

²⁸ Johnston, Norman Bruce, "Evolving Function: Early Use of Imprisonment as Punishment", *Prison Journal*, vol. 89, no. 1 Supplement, 2009, pp.11-12.

²⁹ イ・ギョンジェ「英国監獄の起源: クリンク(Clink)監獄の歴史」刑事政策研究ニュース 16号(1993年) 21-25頁。

期刑であった³⁰。しかし、主刑は、相変わらず様々な種類の死刑又は身体刑であり、それは、通常、犯された罪に比べて過酷な刑罰であった³¹。

他方で、近代的拘禁刑の特徴である犯罪者の改善を図ることを目的とする監禁刑が存在しなかったわけではない。古代ギリシャでも、監禁刑自体を規定したり実行したりはしなかったが、刑罰の目的として、復讐ではなく、威嚇と監獄内の囚人の改善が主張されたことはある³²。最初に犯罪者の改善を目的とする自由刑の概念が登場したのは、813年、カール大帝により犯罪者の改善のための自由の剥奪が命じられた時であるとみなされている³³。中世に修道院やその付属監獄に犯罪者を監禁し懺悔を強いたことも、広義の意味での改善を図ろうとしたことといえる。しかし、日常的な身体拘束と体罰を伴ったこともさることながら、個人の懺悔も近代的な意味の再社会化ではなく、宗教的な贖罪、魂の救いを目指したものであった³⁴。

しかし、それ以降、多用された罰金刑の代替自由刑、死刑に代わる終身自由刑、軽罪向けの短期自由刑のような外観をしている監禁刑は、単に変形された身体刑として犯罪者を非人間的な状態に閉じ込めておくものにすぎず、囚人の改善や教育という

³⁰ Hippel, Robert v., Die Geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe, In: Bumke, Erwin(hrsg.), Deutsches Gefängniswesen: ein Handbuch, Franz Vahlen, 1928, S.9; Langbein, John H., *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Harvard University Press, 1974, pp.259-308.

³¹ たとえば、自分の子供を殺害した女性は、生き埋められ串刺され、反逆のような重犯罪者は、火刑、溺死刑又は車列刑に処せられた。また、より軽微な犯罪者は、耳、指、舌などが切られた後、通常追放された (Langbein, John H., "The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime", *The Journal of Legal Studies*, vol. 5, no. 1, 1976, p.36)。

³² Krauß, F. A. Karl, Im Kerker vor und nach Christus: Schatten und Licht aus dem Profanen und Kirchlichen Cultur- und Rechtsleben Vergangener Zeiten, J.C.B. Mohr, 1895, S.46 f.

³³ Hippel, Robert v., Die Geschichtliche Entwicklung der Freiheitsstrafe, In: Bumke, Erwin(hrsg.), Deutsches Gefängniswesen: ein Handbuch, Franz Vahlen, 1928, S.7.

³⁴ Doleisch von Dolsperg, Franz, Die Entstehung der Freiheitsstrafe unter Besonderer Berücksichtigung des Auftretens Moderner Freiheitsstrafe im England, Schletter'sche Buchhandlung, 1928, S.21 f.; Krauß, F. A. Karl, Im Kerker vor und nach Christus: Schatten und Licht aus dem Profanen und Kirchlichen Cultur- und Rechtsleben Vergangener Zeiten, J.C.B. Mohr, 1895, S.214; Dahm, Georg, Das Strafrecht Italiens im Ausgehenden Mittelalter, Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters, namentlich im XIV. Jahrhundert, de Gruyter, 1931, S.291 f.

目的とは遙遠なものであった³⁵。言い換えれば、監獄への監禁があたかも刑罰のように行われるときも、これは、他の刑罰が適していない者、たとえば、フランスでは、ガレー船漕役に服することができない者に対し、その代用としての役割を果たしたものにすぎなかった³⁶。ドイツでは、カロリーナ刑法典以降、監獄刑 (Gefängnisstrafe) を正式の刑罰として用い続けていたが、これも身体刑に近いものであり、囚人は労働もできず、ただ鎖に縛られたまま土穴や市役所の屋上や地下室などに閉じ込められていただけであった³⁷。そのような監獄刑は、徐々に死刑が減少し、懲治場労役刑のような初期の自由刑が登場した後も行われていたが、懲治場にも犯罪者が収容され始めることにより、次第に懲治場との境界が不明瞭になってきた。その後、19 世紀に、大都市の犯罪を効率的に処罰し、秩序を確立するために、近代的な職業警察制度が施行されてからも、監獄は犯罪者の収容のための場所として維持された³⁸。

監禁刑は、犯罪者を一定の場所に監禁するという点で近代的拘禁刑と同様であるため、あたかも過去の監獄が発展して近代的刑務所になったかのように考えられ、それが、監獄において用いられた体罰や戒具が後に近代的刑務所においても躊躇なく用いられることになった要因でもあったのである。しかし、監禁刑は、対象者の身体を監禁し自由を剥奪するという発想に影響を与えたとしても、それが身体刑と結び付けられて行われたこと、犯罪者の改善を目的としたものではなかったということからすると、近代的拘禁刑とは明らかに異なる性格を持つものであった。

³⁵ Krause, Thomas, Geschichte des Strafvollzugs: von den Kerkern des Altertums bis zur Gegenwart, Primus, 1999, S.18; Doleisch von Dolsperg, Franz, Die Entstehung der Freiheitsstrafe unter Besonderer Berücksichtigung des Auftretens Moderner Freiheitsstrafe im England, Schletter'sche Buchhandlung, 1928, S.24 ff.; Kleinheyer, Gerd, Freiheitsstrafen und Strafen mit Freiheitsentzug, ZRG(Germanistische Abteilung) 107, 1990, S.105 ff.

³⁶ ミシェル・フーコー(田村俣訳)『監獄の誕生：監視と処罰』(新潮社、1977 年) 122 頁；同(オ・センゲン訳)『監視と処罰：監獄の誕生』(ナナム、2016 年) 190 頁。

³⁷ Kriegsmann, N. Hermann, Einführung in die Gefängniskunde, C. Winter's Universitätsbuchh, 1912, S.7.

³⁸ チョ・ヨンウク「近代英国の法律，犯罪，刑罰－社会史的アプローチ」歴史学報 154 輯 (1997 年) 225 頁以下。

（２）近代的拘禁刑の登場

１）刑罰制度の大変革

18 世紀になってからも、死刑に処せられる犯罪の数は飛躍的に増加した。イギリスの場合には、16－17 世紀には約 50 個の犯罪に死刑が規定されていたが、18 世紀には 160 個、さらに、19 世紀初頭には 233 個まで増加した³⁹。これは、殺人罪のような凶悪犯罪に対してだけでなく、軽犯罪にまで死刑が適用されていたことを意味する。18 世紀頃のイギリスでは、商業の発達と私有財産の保障の強化に従い、財産犯罪に対する処罰の要求が高まる一方で、急激な都市化により日常的な犯罪が増加し、その抑止のための強力な手段が必要であるという認識が生じてきた⁴⁰。しかし、前述したように、死刑に処せられるはずの犯罪者の多くが、恩赦により各種の労役刑又は流刑などに処せられたので、実際の死刑の執行率は高くなく、徐々に減少する傾向にあった。それにもかかわらず、死刑が執行される場合には、公開され、また身体刑と結び付けられて非常に残酷な方法で行われており、大衆の恐怖を引き出そうとする政治的な目的と大衆の攻撃性及び死に対する狂気が混じりあって劇的な場面が繰り広げられた⁴¹。1757 年のフランスにおけるダミヤンの死刑執行についてのフーコーの描写は有名である⁴²。

しかし、これらの残酷な刑罰の執行は、19 世紀に入って変化し始めた。公開の、身体刑と結びついた執行は減少し、死刑の執行手続は簡素化された。イギリスでは、ロンドンのニューゲート監獄からタイバンの絞首刑場にまで至る死刑囚の護送の行列が消え監獄内における処刑に変わった⁴³。フランスで、ブレストやトゥーロンなど全国各地に引きずっていく死刑囚の鎖の行列も、黒塗りされた護送車に変わった⁴⁴。梟

³⁹ 小澤政治『行刑の近代化：刑事施設と受刑者処遇の変遷』（日本評論社、2014 年）396 頁。

⁴⁰ Newman, Graeme R., *The Punishment Response*, 2nd ed., Harrow and Heston, 1985, p.138.

⁴¹ Ibid., pp.130-135.

⁴² ミシェル・フーコー(田村俣訳)『監獄の誕生：監視と処罰』（新潮社、1977 年）9-11 頁；同(オ・センゲン訳)『監視と処罰：監獄の誕生』（ナナム、2016 年）23-27 頁。

⁴³ Newman, Graeme R., *The Punishment Response*, 2nd ed., Harrow and Heston, 1985, pp.125-130.

⁴⁴ ミシェル・フーコー(田村俣訳)『監獄の誕生：監視と処罰』（新潮社、1977 年）14 頁；同(オ・センゲン訳)『監視と処罰：監獄の誕生』（ナナム、2016 年）31 頁。

首台は廃止され、死刑執行官は死刑囚に対して身体的な接触を最小限に抑え、短時間内に絞首刑を執行した。さらに、1792年に発明されたギロチンさえ、そのような単一かつ瞬間的な死刑の執行に向けたものと評価された。出入りが完全に禁止されていたわけではないが、19世紀には、監獄において死刑が執行されるように変わった。見せ物としての死刑の執行は、暴力的で野蛮な行為と思われるようになった。司法当局は、直接に刑罰を執行することを避け、刑の執行を行政の領域に渡すことにより、もはや恥辱となった負担から脱することができた⁴⁵。

死刑と結び付いて公開で行われる形態は抑制されていたものの、隠れた場所では、身体刑は依然として存在した。それは労役刑の執行において一種の監禁手段としての役割を果たし続けていたのである。ガレー船漕役刑、公役刑、懲治場労役刑においては、鎖に縛られたまま強制的に重労働をしなければならず、また、流刑に処せられた場合にも通常は強制労働を伴ったため、労役刑と大きく異なるところがない身体的拘束の状態で働かなければならなかった。公役刑は、自由刑の一種として、発展し労働の種類及び場所と身体的拘束の重さに応じて細分化されて定められた。また、懲治場は、最初は浮浪者や軽犯罪者向けの施設として出発したが、後には、犯罪者だけを集中的に収容する特別区域を設置したことをきっかけに、本格的に犯罪者の収容施設に転換された。18世紀のドイツでは、公役刑としての城塞築造刑と懲治場労役刑が、その区別が弱まって強制労働のための監禁刑に統合され、自由刑の始まりとなった。それは、死刑犯罪の減少及び流刑の廃止と相まって、犯罪の重さに応じて無期自由刑と有期自由刑に分かれ、多数の犯罪に対する刑罰として規定された⁴⁶。18世紀のイギリスでも、アメリカへの流刑が不可能になると廃船拘禁刑を新設し、7年の流刑は1－5年に、14年の流刑は7年に換算して、犯罪者をテムズ川沿いに停泊している廃船に監禁することにした。しかし、間もなく新たな流刑地としてオーストラリアが選定され流刑が再開されたことに従い、廃船拘禁刑は、犯罪者が流刑される前に一時的に拘禁される形態に転換された。それに加えて、従来の懲治場も、死刑や流刑に当たらない軽罪者に対する短期拘禁を執行する場所に変貌した⁴⁷。

このように、人間が集団生活を始めて以来、犯罪者に対する残酷な処罰を追求してきた刑罰制度において、わずかであるものの、人道主義的なアプローチがとられる

⁴⁵ ミシェル・フーコー(田村俣訳)『監獄の誕生：監視と処罰』(新潮社、1977年)13-15頁；同(オ・セングン訳)『監視と処罰：監獄の誕生』(ナナム、2016年)30-33頁。

⁴⁶ 小澤政治『行刑の近代化：刑事施設と受刑者処遇の変遷』(日本評論社、2014年)389-391頁。

⁴⁷ 同上、396頁。

ようになった。死刑は、それに伴う身体の苦痛を軽減し、生命そのものの剥奪のみに焦点を合わせようと努力するようになり、それさえも後には廃止の手順を踏むことになる。また、監禁の手段としての身体刑も、次第に厳しさを緩和していく方向にあった。そして、自由刑の適用範囲は、拡大の一途をたどった。つまり、刑罰の対象としての「身体」の概念は消え、その代わりに身体の「自由」が登場したものである。もとより、これは単なる人道主義的な要求の反映ではなく、新たに登場した政治・経済体制の要求に応じて、新たな秩序を確立し新たな統治権力を強固にしようとした時代的な変化の中で行われた改革でもあったが、少なくともそれまでの刑罰の歴史には存在しなかった大変革であった。

2) 残酷な刑罰に対する批判

a) 理性の進歩を重視する啓蒙主義の台頭

以上のような変化の背景には、数多くの理論家又は政策家の批判及び提案が存在した。その中でも最も重要なきっかけとなったのは啓蒙主義である。啓蒙主義は、人間の理性に基づいて社会内のあらゆる問題を考察し、その中から普遍の真理を見出すことを追求する時代思想であり、ある特定の見解を指すのではなく、旧体制（アンシャン・レジーム）と決別し、専制君主と神学の束縛から抜け出そうとした一連の主張の総称である。啓蒙思想家は、人間の尊厳、平等、自由権を強調し、それを保障するために国家や政府が存在しなければならないと主張し、近代法治国家の基礎を打ちたてるのに貢献した。そして、権力の統制が最も集約的に行われる刑罰制度の改革に関心を示し、人間の身体に苦痛を加える刑罰は消えるべきだとする主張を展開した。

b) ベッカリーアの『犯罪と刑罰』と刑罰改革の始まり

そのうち、最も代表的な刑罰改革家としては、イタリアのチェーザレ・ベッカリーアが挙げられる。1764年に発刊されたベッカリーアの著書『犯罪と刑罰 (Dei Delitti e delle Pene)』⁴⁸は、刑法史において欠くことのできない重要な位置を占めている。

⁴⁸ 訳書としては以下を参照。Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments, and Other Writings*, edited by Richard Bellamy, translated by Richard Davies et al., Cambridge University Press, 1995;

ベッカリーアは、『犯罪と刑罰』において、非人間的な拷問と処罰の実態を批判し、犯罪と刑罰の属性について考察しつつ、刑罰の比例原則と罪刑法定主義を主張した。

ベッカリーアの『犯罪と刑罰』は、社会契約説と功利主義によって基礎づけられたものであると同時に、これらの論理を強化するものでもあった。ベッカリーアは、刑罰権は主権に基づき、主権は個人が譲歩して放棄した自由の総和であるとした⁴⁹。共同の利益のために個人が自分の権利の一部を犠牲にし、自由と平等を保障される契約により社会を形成するというのが、社会契約説の主な内容である。法律はそのような社会契約の産物であり、したがって、社会の構成員は法律に服従する義務を負う。これを功利主義の観点から言い換えれば、社会契約は、最大多数の最大幸福を目指すものでなければならない。最大多数の最大幸福は、法律に従ってこそ得ることができ⁵⁰。犯罪、すなわち違法行為を犯すことは、自らが結んだ社会契約に違反することを意味し、違反に対応する処罰を受けるのは、自分の権利の一部を犠牲にするものであって、もとより契約の内容に属する。このような論理に基づいて、功利主義者は、不法を分類し、それにそれぞれ対応する適切な刑罰を定めなければならないとした。それにもかかわらず、ベッカリーアによれば、個人が自分の生命を契約の内容として犠牲にするはずはないことから、死刑は正当化されないものとされた⁵¹。また、彼は、犯罪の重さに比べてあまりにも重い刑罰は、かえって厳格に執行されず免除される結果をもたらす問題があるとした⁵²。したがって、すべての刑罰から残酷さを除去し、その執行の場面を不要に大衆に見せることは許されず、尋問における残酷な拷問を廃止し、裁判の過程を公開すべきであるとした⁵³。ベッカリーアは、身体刑は身体を害する犯罪については合理的な刑罰であり、また流刑も利用価値があると評価するなど、完全な改革とはいえない主張も展開したものの、今日においても相変わらず意味を有

ベッカリーア（小谷眞男訳）『犯罪と刑罰』（東京大学出版会、2011年）；同（ハン・インソプ訳）『犯罪と刑罰』（博英社、2006年）。

⁴⁹ Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments, and Other Writings*, edited by Richard Bellamy, translated by Richard Davies et al., Cambridge University Press, 1995, pp.10-11.

⁵⁰ Stumpf, Samuel Enoch, and James Fieser, *Socrates to Sartre and Beyond: A History of Philosophy*, 7th ed., McGraw-Hill, 2003, p.335.

⁵¹ Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments, and Other Writings*, edited by Richard Bellamy, translated by Richard Davies et al., Cambridge University Press, 1995, p.66.

⁵² Ibid., p.64.

⁵³ Newman, Graeme R., *The Punishment Response*, 2nd ed., Harrow and Heston, 1985, pp.149-161.

する数多くの命題を生み出した。これをもって、歴史は野蛮な刑罰に別れを告げ、本格的な刑罰改革への初めの一步を踏み出すことになった。

c) ベンサムの功利主義と『パノプティコン』

ベッカリーアの『犯罪と刑罰』以降、ヨーロッパの各地から多くの啓蒙主義者と思想家による残酷な刑罰に対する批判が続くとともに、自由刑を主にした刑罰制度改革が主張された。とりわけ、代表的な功利主義者であるベンサムは、ベッカリーアを師と称し、刑罰は悪そのものなので、より大きな害悪を排除するためにのみ用いるべきだ、としたベッカリーアの命題を踏まえて自らの刑罰理論を展開した。そして、ベンサムは、①刑罰をもって予防する害悪のない場合、②刑罰が害悪を予防しえない場合、③刑罰が過度であるため、予防の利益より大きい害悪をもたらす場合、④刑罰がなくても害悪が除去される場合には、刑罰が適用されてはならないという結論を下した。さらに、平等性、均衡性、経済性、恩赦可能性などの刑罰の 11 個の属性を提示し、そのうち、不要な苦痛を与える刑罰は経済性を満たしておらず、恩赦の可能性のない刑罰も除外されるべきだとし、特に犯罪者の事情により不平等な効果をもたらす流刑を排斥した⁵⁴。

また、ベンサムは、イギリスにおける監獄の状態についても関心を持っていた。当時のイギリスは、犯罪者の改善と再犯の防止の観点から、自由刑に目を向け始めたが、従来の監獄や懲治場などの拘禁施設内にはびこっている貧困や病気、不正や無秩序のような問題は、深刻な程度に達していた。ベンサムは、この問題を解決するためには、監獄の構造と独立した運営が重要であると考えた。そこから考案されたのが、「パノプティコン」という円形の一望式監視施設であった⁵⁵。パノプティコンは、監督官と囚人が直接接触することなく、継続的に統制が行われうるようにする監獄であり、囚人に、目に見えない者から常時自分が監視されていると感じさせることにより、悪い行動をすることができないようにすることをもって、監視の効率を最大化するとい

⁵⁴ Stumpf, Samuel Enoch, and James Fieser, *Socrates to Sartre and Beyond: A History of Philosophy*, 7th ed., McGraw-Hill, 2003, pp.338-339.

⁵⁵ パノプティコンの設計についての詳しい分析としては、Evans, Robin, "Bentham's Panopticon: An Incident in the Social History", *Architectural Association Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1971, pp.21-37 を参照。

う発想に立脚したものであった⁵⁶。このようなパノプティコンの設計は、もはや刑罰が犯罪者の身体ではなく精神を対象にしたことを明らかに示す事例であった。それ以外にも、ベンサムは、自分の考える理想的な監獄の実現のために、処遇の原則を立て、細かい事項まで『パノプティコン (Panopticon, 1791)』に記述した。パノプティコンは現実化されることはなかったが、その中心となる監視と労働による統制の原理は、様々な形態に変形され適用された⁵⁷。これは、後日、フーコーにより批判を受けたが⁵⁸、当時においては新経済秩序に応じた新たな統制の原理を具現できる形態を創出したという点で意味があるものであった⁵⁹。なお、パノプティコンの構想は、自由刑が確立されるにあたって、監視と統制の関係、隔離と労働の適切な使用、監獄の公開、そしてこれを通じた犯罪者の改善と犯罪の予防などの点で影響を及ぼした⁶⁰。

d) ジョン・ハワードの『監獄事情』と監獄改革運動

監獄改革の先駆者と呼ばれるジョン・ハワードは、イギリスとヨーロッパ大陸の監獄を視察し、その具体的な事情を記録した『監獄事情 (The State of Prison in England and Wales, with Preliminary Observations, and an Account of some foreign Prisons, 1777)』⁶¹を出版した。イギリスでは、近代的拘禁施設が設立される前には、軽罪を犯した者は、浮浪者や貧民を収容していた懲治場に収監されていた。懲治場に収監された犯罪者を強制労働に服させることにより、生活習慣を改善し健全な精神を持つように矯正しようとするのが、その目的であった。しかし、現実には、懲治場の運営と管理にかかる費用を負担することができなかった政府の無関心で、懲治場は放置されており、それに加えて、経済状況の変化により強制労働の収益性も悪化し、懲治場の経済的な条件は悪くなっていた。それにより、収監者は、衛生的に劣悪な状態に置かれることになり、基本的な食事と水も十分に供給されなかったため、懲治場には常に病

⁵⁶ ジェレミ・ベンサム (シン・ゴンス訳)『Panopticon』 (冊世上、2007 年) 22-25 頁。

⁵⁷ シン・ゴンス「解題－パノプティコンと近代ユートピア」ジェレミ・ベンサム (シン・ゴンス訳)『Panopticon』 (冊世上、2007 年) 101-108 頁。

⁵⁸ ミシェル・フーコー(田村俣訳)『監獄の誕生：監視と処罰』 (新潮社、1977 年) 198-227 頁；同(オ・センゲン訳)『監視と処罰：監獄の誕生』 (ナナム、2016 年) 303-347 頁。

⁵⁹ Fine, Bob, “The Birth of Bourgeois Punishment”, *Crime and Social Justice*, no. 13, 2011, pp.24-26.

⁶⁰ イ・インギュ「ベンサムのパノプティコンと近代啓蒙主義企画：パノプティコン内被監視者の視線」経済と社会 91 号 (2011 年) 143 頁以下。

⁶¹ 和訳書としては、ジョン・ハワード (川北稔／森本真美訳)『十八世紀ヨーロッパ監獄事情』 (岩波書店、1994 年) を参照。

気が蔓延し、死者も少なくなかった。また、同様な問題は、従来の監獄にも存在した。これは、軽罪者が監獄にも収監されることになったのみならず、懲治場が経済的な理由から監獄内に設置され、同じ管理者が両方を担当することになって、監獄と懲治場が区別されないようになったためである。

ジョン・ハワードは、以上のような監獄の劣悪な環境を目撃し、その改善のために、イギリスとウェールズ、そしてヨーロッパ大陸の諸国の様々な形態の監獄を数回訪問し、その詳細な実態を記録した。それとともに、彼は、分離収容、労働の提供、衛生状態の向上、段階的処遇及び施設に対する監督など、監獄問題の改善事項を示した。また、彼は、その具体的なモデルとしてオランダの懲治場を挙げ、それに修道院の規律方式を加えて、労働の習慣と宗教的教育を通じて犯罪者の改善を図り、その成果を評価して刑期を短縮させることをもって、改善の意思を促す方案を提示した。ジョン・ハワードが世の中に明らかにした監獄の惨状と、宗教的かつ人道的な改善案は、イギリスをはじめとするヨーロッパにおける監獄改革運動に大きな影響を与えた。ジョン・ハワードの提案は、1779年にイギリスにおいて、近代的刑務所（penitentiary house）⁶²の設立と具体的な運営方式を含む刑務所法（Penitentiary Act）が制定されるにあたって役割をはたしたが、現実的に監獄の事情がよくなることはなかった⁶³。そのほかにも、監獄の改革に関しては様々な主張が提起されたが、当時広がっていた監獄改革運動の根本的な目的は、非人間的かつ残酷な側面を除去すること、労働と教育を通じて犯罪者の精神を教化し社会に有用な労働力になるようにすることであった⁶⁴。直ちには実現されなかったものの、これは次第に近代的拘禁刑の在り方を形成していく重要な過程であった。

⁶² 「Penitentiary」は、元々は「感化所又は懺悔所」という意味を持つ言葉であるが、近代的刑務所が設立されたことに伴い、それを称するために使用された用語であるため、「刑務所」と訳すことにする。日本においても、受刑者の改善を目的とする専門的な行刑の概念が生じてから、1922年、ドイツの「Strafanstalt」に対して「刑務所」という訳があてられている（小野義秀「日本行刑史拾遺（2）「監獄」から「刑務所」へ（用語の変遷）」刑政109巻12号（1998年）30-31頁）。

⁶³ Cooper, Robert Alan, "Ideas and their Execution: English Prison Reform", *Eighteenth-Century Studies*, vol. 10, no. 1, 1976, pp.76, 82; 小澤政治『行刑の近代化：刑事施設と受刑者処遇の変遷』（日本評論社、2014年）400-402頁。

⁶⁴ ジョン・スファン「西欧の行刑の歴史と韓国の行刑」刑事政策研究49号（2002年）195-196頁。

3) 近代的拘禁刑の定着

都市の深刻な貧民問題の解決策として、16世紀から設立され始めた懲治場は、18世紀までヨーロッパ全域に建設された。国ごとの政策に応じて様々な形態を採っていたが、共通するのは、労働と規律・教育を通じた被収容者の改善を目的としていたことである⁶⁵。初めて懲治場の建てられたイギリスにおいては、18世紀まで相変わらず流刑に依存していたが、ブライドウェルのような懲治場が全国的に設置され、18世紀末葉には、約170か所の懲治場があった⁶⁶。また、オランダにおいては、懲治場が従来の救貧院や監獄とは別の刑事施設として発達し、近代的自由刑の導入が促進された⁶⁷。

初期には、労働力の確保と経済的利益の追求という動機から始まった懲治場労役刑は、次第に本来の様子を失い、ただ犯罪者を収容することに汲々とする状況に至ったが、これを改革し犯罪者の改善をより効果的に達成しようとする方向に変化し始めた。同時に、過去の残酷な刑罰から脱して、人道的で平等な刑罰を見出そうとする人たちは、自由の剥奪そのものが刑罰の内容になるべきだと主張した。こうして、単に犯罪者の監禁のために使用された刑務所と、表面的ながら犯罪者の改善を目的とした懲治場労役刑は、徐々に、一定期間自由を剥奪し労働及び規律を通じて犯罪者の改善を図る新たな近代的拘禁刑、すなわち自由刑に向かって進むようになった。また、自由刑が急速に定着することになった理由としては、①人間の尊厳と自由が最上位の価値になったこと、②誰でも平等に享受する自由に対し、犯罪の軽重に対応した期間を設定し、定量化することができること、③利益の追求のために、労働有用性が重視されたこと、④労働力を利用する新たな統制システムを形成しなければならなかったこと、⑤規律の内面化により個人を矯正する必要が求められたこと、などが挙げられるであろう。

最も模範的な施設と評価されるアムステルダム懲治場は、完全なる拘禁施設ではなかったが、他のところとは異なり、最初から刑事政策的な考慮に基づいて誕生し、

⁶⁵ 藤本哲也「近代的刑務所の起源(三.完):英国のブライドウェル懲治場の歴史的展開」法学新報108巻11号(2002年)90頁。

⁶⁶ McGowen, Randall, "The Well-Ordered Prison", *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*, edited by Morris Norval and David J. Rothman, Oxford University Press, 1995, p.75.

⁶⁷ Spierenburg, Pieter, "The Body and the State: Early Modern Europe", *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*, edited by Morris Norval and David J. Rothman, Oxford University Press, 1995, pp.66-67.

実際、多くの被収容者が裁判所の決定により収監された犯罪者であった。そこでは、日常的な規律手段としての労働と教育を通じて望ましい生活習慣を身に付けさせ、個人の改善を図った。改善されたことの認められた者は、その間の労働の対価を支給され、釈放された。このようなアムステルダム懲治場は、当時最も近代的な拘禁施設として評価され、以降、自由刑がその形態を形成していくにあたって、そのモデルとなった。

(3) 主刑としての自由刑の位置付け

1) 近代的刑務所の設立

近代的刑務所といえる拘禁施設が最初に設立されたのは、ヨーロッパではなく、アメリカであった。ヨーロッパにおける刑罰制度の変化は、イギリスから独立したところであるアメリカにも影響を及ぼした。1786年、アメリカのペンシルベニア州では、刑法改正により死刑に当たる犯罪が大幅に縮小され、その空席を埋めるために、自由刑に関心が払われることになった⁶⁸。1787年、ベッカリーアをはじめとするヨーロッパの思想家の影響を受けて結成された「フィラデルフィア協会(The Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons)」では、犯罪者を教化・改善し、一般人にも警告を与えて、犯罪を予防することを自由刑の目的と定めた⁶⁹。このために、最初は、公の場所での労役が実施されたが、間もなくこれによる多くの問題が生じた。そのため、一定の施設内に犯罪者を集めておき重労働に服させる監獄を設立することが計画された。その過程において、重罪者の隔離と重労働を通じた感化を目指す近代的刑務所が登場した。フィラデルフィア協会は、1826年、独居拘禁を原則とする西部州立刑務所(Western State Penitentiary)を新築した。西部州立刑務所は、孤立の状態における宗教的懺悔と作業を通じて改善を図るペンシルベニア制に基づいて設計された。しかし、日が当たらず狭苦しい独房ではいかなる活動も不可能であったので、受刑者の健康のための最小限の運動と、教化のための作業を行うことができる外部空間が必要になってきた。このことに鑑み、その後の独房は、受刑者が個別に作業がで

⁶⁸ イ・ギョンジェ「米国行刑の歴史とそれに対する評価」刑事政策研究 46 号(2001 年) 228 頁。

⁶⁹ Walker, Samuel, *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, Oxford University Press, 1980, p.48.

きるように再設計される必要があるという結論に至った。1829年に完成した東部州立刑務所（Eastern State Penitentiary）は、このような西部州立刑務所での試行錯誤を踏まえて、従来の監獄改革に関する議論の成果をすべて取り入れたものとされた。そのため、それは、ペンシルベニア制による受刑者の教化を達成しうると期待された⁷⁰。しかし、徹底した独居拘禁の実現によって、受刑者に精神異常が発生しただけでなく、個別作業が可能な独居の建築にかかる費用が増加した一方で、受刑者の作業に起因する収益はほとんど生じず、経済的な困難も問題となった⁷¹。

また、ニューヨーク州でも、既にペンシルベニア制を受け入れて、1817年オーバーン刑務所（Auburn Prison）が設立され、昼夜の独居拘禁が行われていた。しかし、ここでも、多くの受刑者が精神異常をきたし、又は死亡に至るなど、深刻な問題が発生した。結局、1824年、ニューヨーク州でペンシルベニア制は放棄された。そして、その代わりに、昼間は工場で作業に服させ、夜間は独居拘禁を行うオーバーン制が施行されることになった⁷²。それによって、共同作業が可能となり、分業の導入と機械の使用により作業効率を上げる利点も生じて、オーバーン制は、ペンシルベニア制を克服したモデルとして、新設される刑務所に導入された。それ以降、アメリカにおいては、個人の懺悔より労働を通じた改善を図るとともに、労働力の不足を解決し、生産性を向上させるという工場式刑務所が現れることになった⁷³。

アメリカにおける以上のような試みは、監獄改革運動が盛んであったヨーロッパの関心を惹くことになった。アメリカにおいては、経済性で優位を占めるオーバーン制が採用されたが、ヨーロッパにおいては、受刑者の隔離を基本とするペンシルベニア制が肯定的に検討された。もっとも、ヨーロッパにおいては、完全な独居拘禁制は実施されなかった。隔離を基本とするものの、宗教的感化、すなわち宗教的教育を通じた犯罪者の改善に重点を置いた。最初に、国家の統制する刑務所制度を確立しようとしたイギリスで、隔離式の近代的刑務所が設立された。イギリスにおいて最も重要

⁷⁰ Barnes, Harry Elmer, *The Evolution of Penology in Pennsylvania: A Study in American Social History*, Bobbs-Merrill, 1927, pp.157-160.

⁷¹ ハン・インソプ『刑罰と社会統制』（博英社、2006年）167-169頁。

⁷² Sutherland, Edwin Hardin, et al., *Principles of Criminology*, 11th ed., General Hall, 1992, pp.467-469.

⁷³ ハン・インソプ「近代監獄と社会統制に関する歴史—社会的研究」刑事政策研究 21号（1995年）183頁。

と考えられたのは、分離収容と刑務所内の労働であった⁷⁴。そこから、イギリスでは、アメリカのペンシルベニア制が受け入れられて、1839年刑務所法 (Prisons Act) に隔離拘禁制が定められ、1842年にはペントンヴィル刑務所 (Pentonville Prison) が建てられた⁷⁵。ペントンヴィル刑務所は、受刑者間の接触を防ぎ、それを効率的に監視するために、ベンサムのパノプティコンの構造を適用し、放射型の構造で建築された⁷⁶。そして、受刑者の隔離が単なる懲罰にとどまらないように、宗教的感化を通じた個人の懺悔と道徳的改善が重視され、労働はそのための補助的な役割を果たした。また、受刑者の改善の程度を評価して個別処遇及び仮釈放の決定に反映させることにより、受刑者の順応的な態度を引き出した⁷⁷。このようなペントンヴィル刑務所の設計と規律方法は、イギリスのみならずヨーロッパ全域における近代的刑務所のモデルとなり、その基本的な原理は近代的自由刑の骨格を形成した。

2) 近代的自由刑の形成

19世紀に入り、近代的自由刑が主刑として確立されたが、初期には、宗教的・経済的理由から隔離に重点が置かれ、受刑者は、完全な孤立状態で、いかなる活動もなしえないことを原因とする精神異常に陥ることになり、本来の目的である懺悔を通じた個人の改善には至らず、むしろ社会不適応の結果を招いた。そのような問題を解決するために、再び労働と宗教を通じて受刑者の道徳的改善を図ることが目的とされ、単純隔離は刑務所内の懲罰措置として機能することになった。そして、受刑者の矯正と社会復帰が重要な目標となった。つまり、人道的な刑罰及び労働力の確保に対する政治・経済・社会的要求から始まった自由刑は、もはや既存の刑罰が担当していた威嚇と一般予防だけでなく、拘禁期間中の受刑者の改善を通じた犯罪の予防にも、大きな関心を払うことになった。それとともに、隔離方式の失敗のため、拘禁を通じた改

⁷⁴ ハン・インソブ『刑罰と社会統制』（博英社、2006年）152-153頁。

⁷⁵ Webb, Sidney, et al., *English Prisons under Local Government*, Longmans, Green and Co., 1922, pp.127-128.

⁷⁶ Johnston, Norman Bruce, *Forms of Constraint: A History of Prison Architecture*, University of Illinois Press, 2000, p.92. ペントンヴィル刑務所の具体的な設計と構造に関しては、Mayhew, Henry, and John Binny, *The Criminal Prisons of London and Scenes of Prison Life*, Kelley, 1968, pp.113-121.

⁷⁷ Henriques, U. R. Q., "The Rise and Decline of the Separate System of Prison Discipline", *The Past and Present Society*, vol. 54, no. 1, 1972, pp.78-85.

善効果に対しても疑問が提起されたことにより、19世紀半ばになってからは、教育及び処遇の重要性が強調され、可能な限り拘禁期間を短縮し、釈放後の社会への適応を円滑にする方向に進むようになった。そのためには、受刑者の精神に対する直接的な働きかけが求められたので、刑務所内の規律と統制も重視され、また徐々に高度化された。その代表例は、段階的処遇による点数制の導入と条件付早期釈放制度であった。それは、イギリスの流刑地であったオーストラリアにおいて、マコノキーにより初めて試みられたもので、行刑を3段階に分けて、受刑者が各段階を問題なく完了すると、次の段階に移行し、最終段階を完了すると、早期に釈放されうるようにしたものであった⁷⁸。この仕組みは、受刑者の改善に効果があることが認められ、今日も、刑務所内での基本的な処遇方法である累進処遇制と仮釈放制度として維持されている。アイルランドにおいては、1857年、それをさらに発展させ、釈放前の段階として開放施設に収容する中間処遇を導入し、釈放後は今日の保護観察と類似した監督の下で更生を図ることとした⁷⁹。自由刑の目的は、何よりも犯罪者の改善を通じた犯罪の予防にあるとされ⁸⁰、そのために、行刑の重要性が強調され、行刑当局の積極的な介入が求められた。

他方で、このことから、受刑者が刑務所内の規律に服従せざるを得ないことになり、「矯正」という名目の下で、人格への不当な侵害に耐えなければならないことになった。刑罰の公正さを表すために裁判は公開する一方で、過酷な処刑の現場を隠し、刑の執行を司法の領域から切り離した過去の経緯は、独自の専門領域になった行刑が完全なる行政の領域に属する結果をもたらすに至った。それゆえ、刑務所内のすべての処遇と規律は専ら行政当局の裁量に委ねられ、司法当局が行刑に介入することはなかった。裁判で有罪判決を受けた犯罪者に対し自由刑が言い渡されると、その期間や内容については、後に、行刑当局が自由に決定し、変更することができた⁸¹。それに加え、受刑者は劣悪な環境で収容されるべきであるという考え方が支配的であり、不

⁷⁸ Abadinsky, Howard, *Probation and Parole: Theory and Practice*, 11th ed., Prentice Hall, 2012, p.120.

⁷⁹ Petersilia, Joan, *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, 2009, p.57; Eriksson, Torsten, *The Reformers: An Historical Survey of Pioneer Experiments in the Treatment of Criminals*, Elsevier Scientific Pub. Co., 1976, pp.94-95.

⁸⁰ Brockway, Zebulon Reed, "The Ideal of a True Prison System for a State", *Journal of Correctional Education*, vol. 46, no. 2, 1995, pp.392-393.

⁸¹ ハン・インソプ『刑罰と社会統制』（博英社、2006年）260頁。

当な措置が行われたとしても、受刑者にそれに対して抗議する権利は認められなかった。このような慣行の中で行われる受刑者に対する過度な統制及びその過程において生じる人権侵害は問題とされず、もとより救済手続などは存在しなかった⁸²。これに対する問題提起は、20世紀になってはじめて行われるようになり、未だに完全な解決には至っていない。

2. ドイツの自由刑の確立

(1) 監獄改革の動き

19世紀に入って、ドイツも欧州全域にわたる監獄改革の傾向から影響を受け始めた。しかし、監獄制度は体系化されるどころか、それに関する統一の規定さえなく、ラント(Land)ごとにそれぞれ行われる状況であった。各ラントは、監獄施設と行刑に関する問題を行政の裁量に任せていたが、これに対しては、統一的な成文法の制定を主張する学界と実務からの継続的な批判がなされていた⁸³。

かつて、プロイセンのフリードリヒ・ヴィルヘルム3世は、1799年6月25日の刑事裁判令において、末端の小領主の監獄にまでいたるすべての監獄の事情について報告するように命じた。これによって、言葉では表現できない惨状が判明し、その当時、既に特別予防の要求とそのための法律の規定があったにもかかわらず、それが現実に全く反映されていないことが明らかになった⁸⁴。悲惨な監獄の現実、犯罪の増加の主な原因として認識され、刑事政策の改革運動は、効果的に累犯を防止するため

⁸² Rusche, Georg, et al., *Punishment and Social Structure*, Transaction Publishers, 2003, pp.151-158; ハン・インソブ「在所者の人権と処遇」法と社会3巻1号(1990年)147-151頁。

⁸³ Laubenthal, Klaus, *Strafvollzug*, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.110.

⁸⁴ Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, S.254.

に、監獄の環境が受刑者により良好な影響を与えることを積極的に要求した⁸⁵。また、ジョン・ハワードの有名な著書、『監獄事情』のドイツ語版が1780年に出版され、その付録として掲載されたドイツの監獄の実態についての叙述が、ドイツの監獄改革運動に影響を及ぼした。それをドイツ人の視点からより詳細に紹介したものとして、ハレの監獄専属牧師であるハインリヒ・バークニッツによる『ドイツの主要な懲治場に関する歴史的報告及び指摘 (Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland, 1791)』が公刊された。彼は、刑罰の目的として威嚇と隔離を掲げつつも、宗教的・道徳的な教育を通じた受刑者の改善の必要性を強調した⁸⁶。1801年2月28日の刑事裁判令は、それを忠実に引き継いだ。また、1804年には、「より良好な刑事裁判制度の導入と監獄及び刑事施設の改善のための総合計画 (Generalplan zur Einführung einer besseren Criminal-Gerichts-Verfassung und zur Verbesserung der Gefängnis- und Straf-Anstalten)」が提示された。これは、いまだ不十分なところが多かったものの、受刑者の改善の可能性に応じた分離収容及び刑罰の個別化を行う基盤を提供したという点で評価に値するものであった。しかし、同計画は、1806年のナポレオン戦争でのプロイセンの惨敗により実現されず、それ以降、フォイエルバッハの自由主義的刑法思想が広がったことにより、単なる試みにとどまることになった⁸⁷。

なお、1826年には、フリードナ牧師により「ライン・ヴェストファーレン監獄協会 (Rheinisch-Westfälische Gefängnisgesellschaft)」が組織された。同協会の目的は、宗教教誨などを通じて円滑な受刑生活を図るとともに、受刑者に対する個別的な援助をするものであった。やがて、同じような組織がドイツ全土に広がった⁸⁸。また、1828年には、ハンブルグの医師であるニコラス・ハインリヒ・ユリウスの講義をもとに、イギリスにおける監獄改革についての広範な研究を盛り込んだ『監獄学又は監獄と囚人の改善に関する講義 (Vorlesung über die Gefängnißkunde oder über die Verbesserung der Gefängnisse und sittliche Besserung der Gefangenen)』が出版され

⁸⁵ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.82. 和訳として、ハインツ・ミューラー＝ディーツ (前野育三訳) 「行刑の分野における今日までの発展」アルトゥール・カウフマン編『行刑改革の諸問題』(成文堂、1976年)を参照。

⁸⁶ ジョン・スンプアン「西欧の行刑の歴史と韓国の行刑」刑事政策研究 49号 (2002年) 195頁。

⁸⁷ Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, S.347.

⁸⁸ ジャン・ギュウォン『ドイツ行刑法に関する研究』(韓国刑事政策研究院、1996年) 22頁。

るなど、英米の刑務所についての研究がドイツに紹介された。その後、ユリウスの直接編集した『監獄・矯正施設等年報 (Jahrbücher der Straf- und Besserungs-Anstalten, Erziehungshäuser, Armenfürsorge, und anderer Werke der christlichen Liebe)』(1829 年以降) 並びに『監獄学及び矯正施設年報 (Jahrbücher der Gefängnißkunde und Besserungsanstalten)』(1842 年以降) が刊行され、また『監獄学雑誌 (Blätter für Gefängnißkunde: Zeitschrift des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten)』(1865 年以降) の出版が続いた。

また、1845 年、バーデンでは、「ブルフザルの新しい男子刑務所における行刑に関する法律 (Gesetzes über den Strafvollzug im neuen Männerzuchthaus zu Bruchsal)」が制定された。これは、ラントにおける個別的な行刑法の制定の試みの始まりであった。それに先立ち、1835 年には、バイエルンのミュンヘン刑務所長であるオーバーマイヤーが、『刑務所における犯罪者の完全な矯正のための指針 (Anleitung zur vollkommenen Besserung der Verbrecher in den Strafanstalten)』を著した。これは、受刑者の分類を通じた処遇及び指導の個別化を導入しようとする特別予防的な観点からの主張であり、1846 年にフランクフルト・アム・マインで最初に開催された国際監獄会議 (International Gefängniskongreß) で高い評価を受けた。しかし、彼の主張は、当時の一般予防的な思潮とは合わなかったもので、一般的な制度の導入に結びつくことはなかった⁸⁹。

さらに、ドイツにおいては、アメリカにおける刑務所の改革の影響で、独居拘禁が唯一の手段として認識されていた。それには、1846 年の国際監獄会議において独居拘禁に賛成の立場が示されたことも重要な役割を果たした⁹⁰。イギリスの放射型構造の独居拘禁施設であるペントンヴィル刑務所を範として、1848 年、バーデンにブルフザル男子刑務所が設立され、翌年ベルリンにもモアビト刑務所が建てられた。その後、オルデンプルク、ヴァルテンベルク、バイエルンなどでも独居拘禁制度が実施された。独居拘禁は、当時支配的であった応報・一般予防的な威嚇の観点に合致するものであった。

このように、ドイツにおける監獄改革は、国際的な影響の下で独居拘禁という共通の制度を整えていく方向で行われたが、それが各ラントで個別に実施されたという

⁸⁹ Ebenda, S.351.

⁹⁰ Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, S.350.

限界も有していた。それにもかかわらず、そのような動きは、少なくとも、執行の実務においてその内容と基準を明確にするとともに、受刑者の権利と義務を多少なりとも法によって規定するという意義を有するものであった⁹¹。

(2) フォイエルバッハの心理強制説と罪刑法定主義

刑を言い渡す裁判官は、専ら犯罪行為の責任及び応報の観点だけを考慮し、言い渡した刑の執行の内容と目的については注意を払わないのが一般的であった。これは、古典学派の巨頭であり、現在でも刑法学全体において大きな地位を占めているカントの影響によるものであった⁹²。カントによれば、犯罪者の教育や改善のようなことは国家がしてはならないことであった⁹³。人間の尊厳に基づく、犯罪者は手段として利用されてはならない自律的な主体だからである⁹⁴。フォイエルバッハは、まさにそのようなカントの思考を踏まえて、国家の役割は、刑罰を科すことにより、個人が心理的に威嚇され犯行を断念する結果をもたらすにとどめるべきであると主張した。そして、刑罰の実際の執行は、威嚇されずに犯罪を行った者に対する抑圧として機能するとした⁹⁵。このような心理強制説は、個人は犯罪による利益と刑罰による不利益を比較衡量して合理的に判断することができる自由意思を持っていることを前提としたものである。何人たりとも個人の自由意思を妨げることはできず、それは国家にも同

⁹¹ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.84.

⁹² Kaufmann, Arthur, Strafrecht und Strafvollzug, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.40. 和訳として、アルトゥール・カウフマン（宮澤浩一訳）「刑法と行刑」アルトゥール・カウフマン編『行刑改革の諸問題』（成文堂、1976年）を参照。

⁹³ Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, In: Weischedel, Wilhelm(hrsg.), Immanuel Kant Werkausgabe: in zwölf Bänden, Bd.8, 3. Aufl., Suhrkamp, 1982, S.453.

⁹⁴ Kant, Immanuel, Kritik der praktischen Vernunft; Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, In: Weischedel, Wilhelm(hrsg.), Immanuel Kant Werkausgabe: in zwölf Bänden, Bd.7, 12. Aufl., Suhrkamp, 1993, S.60 f.

⁹⁵ Feuerbach, Paul Johann Anselm, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Positiven Peinlichen Rechts, Neudruck der Ausgabe 1799-1800, Scientia Verlag Aalen, 1966, S.1 ff.

様に適用される。個人が自らの意思による合理的な判断の結果として威嚇されうるようにするために、国家は犯罪と刑罰の必然的関係について確信を与えなければならない、それは法律によってのみ可能である。犯罪とそれに対する刑罰は、市民社会の合意をもって定められたものであり、したがって、犯罪を行えば刑罰が科せられるという因果的命題に対しては個人の同意があるものとみなされるため、犯罪者には、刑罰に服従することが求められる⁹⁶。以上のようなフォイエルバッハの思考は、啓蒙主義の影響下に置かれたものといえる。すなわち、啓蒙主義に由来する自由主義的法治国家の枠組みの中で、法律をもって定められた犯罪と刑罰の規定により個人を心理的に威嚇し、それを通じて犯罪を予防しようとするのであり、これが刑罰の目的に関する消極的一般予防論である。特に、フォイエルバッハは、その確実性を担保するために、必ず犯罪と刑罰の内容が法律に定められなければならないと強調することにより、罪刑法定主義を刑事法上の原則として強固なものとした。フォイエルバッハは、科せられた刑罰が実際に執行されるという事実にも着目し、刑罰の執行そのものについては関心を払わなかったが、このような彼の主張は、刑執行と行刑について法律をもって規定すべきとする要求に力を与えるきっかけとなった。

（３）行刑の改革と統一的な行刑法制定への要求

政治的自由主義の登場と法治主義の発展により、受刑者の法的地位が問題として浮上することになった。当時、行刑は、専ら刑事政策的な検討の対象であり、法律に拘束されない行政事項として通用していた。法律の留保の原則に基づき、刑事裁判における有罪判決の手続については、その法的根拠が刑法及び刑事訴訟法に設けられたが、刑の執行については、まだそのような規定が存在しなかった。それは、刑事裁判における判決の内容の実現が、事実上行政施設の職員の判断に委ねられていたことを意味する。

しかし、受刑者がもはや単なる行政的な管理の客体ではなくなった以上、受刑者に課せられる義務と保障される権利は、法律に詳しく規定されるべきであった。したがって、刑執行機関の活動の枠組みと権限、そして、有罪判決を受けた者が刑の執行

⁹⁶ ジョン・ボンフィ「Johann Paul Anselm Feuerbach に対する研究」大田大学校論文集 4 巻 1 号（1985 年）131-133 頁。

においてどのような制限を受けるべきであるかが明示される必要性があり、それを規定した法律の公布が求められた。また、行刑に関する内容は、単に執行実務と執行権の問題だけではなく、その概略を立法において規定すべき問題でもあるという、権力分立の原則に即した考えが確立された⁹⁷。

それにもかかわらず、1869年7月1日の刑法草案では統一的な一般規定の創設は断念された。現時点において連邦の諸ラントになお見られる刑務所の多様性が、共通の刑法における行刑に関する規定を形骸化する結果をもたらすという理由からである。ただし、刑法典に基づく法の統一は、同一の刑法によって言い渡された刑罰が、連邦のどこにおいても同一の条件及び形式で執行されるときに初めて、刑の執行段階においても実現されうるため、すべてのラントは、刑務所が可能な限り同一かつ統一的な原則の下で設置され、運用されるように努力しなければならないとされており、行刑に関する統一的な規定を設ける必要性は認められていた⁹⁸。

そして、ついに、1871年1月1日に施行された帝国刑法典(RStGB)⁹⁹に、自由を剥奪する制裁に関する規定が置かれることになった。受刑者の作業義務を伴う懲役(Zuchthaus)、作業の権利が与えられる禁錮(Gefängnis)、受刑者の生活様式を監督する城塞拘禁(Festungshaft)、純粋な自由剥奪制裁としての拘留(Haft)、及び仮釈放や労役場への受容に関するいくつかの基本的な規定がそれであり、それぞれの犯罪の軽重に応じてその適用に差がつけられていた¹⁰⁰。もっとも、受刑者の法的地位に関す

⁹⁷ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.82 f.

⁹⁸ Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, S.346 f.

⁹⁹ 1869年7月に刑法改正委員会によって改正理由書とともに提出された刑法改正案に基づいたもので、同改正案は、1851年プロイセン刑法の自由主義的法治国家思想、罪刑法定主義、一般予防的応報刑主義の立場を受け入れていた。以後、3回の修正を経て成立に至ったが、その過程において死刑の廃止が翻されるという経緯もたどった。1870年5月31日、北ドイツ連盟刑法典として公布され、翌年の1871年1月1日に施行されたが、ドイツ連盟の結成により、同年5月15日、ドイツ帝国刑法典として再び公布された。より詳細な内容は、パク・サンギ『ドイツ刑法史』(栗谷出版社、1993年)208頁を参照。

¹⁰⁰ Hippel, Robert v., Deutsches Strafrecht, Julius Springer, 1925, S.369 ff.; Schubert, Werner, Der Ausbau der Rechtseinheit unter Norddeutschen Bund-Zur Entstehung des Strafgesetzbuchs von 1870 unter Besonderer Berücksichtigung des Strafsystems, In: Gmür-FS, Giesecking, 1983, S.161 ff.

る規定がいまだ不十分であることや、各ラントにおける自由刑の実施の態様が異なることに対しては、厳しい批判がなされた。それにもかかわらず、その後、法の統一とすべての受刑者の平等な取扱いが主要な目標とされたことから、帝国刑法典は行刑改革において意味のある出来事として評価されている¹⁰¹。つまり、同法典の制定を起点として、帝国議会では、行刑法の立法のための議論が本格化し、法律に基づいた自由刑の執行の必要性が認められた¹⁰²。それに従い、1879年には、帝国法務省から「自由刑の執行に関する法律草案 (Entwurf eines Gesetzes über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen)」が連邦参議院に提出された。同草案は、懲役刑と禁錮刑について段階的な執行を定め、その最初の必須段階として独居拘禁を内容としていた。しかし、各ラントの財政負担能力の問題と、帝国の宰相の監督権が各ラントの行政管轄権を侵害するという主張のため、同草案は否決された¹⁰³。これは、行刑規定が相変わらずラントの司法行政の領域に属するとともに、行刑自体は、法治主義が貫かれない、国家の権力行使の自由な領域の一つとして残ることになったことを意味した¹⁰⁴。

その後も、1887年、1890年、1892年と、国会からの行刑法の制定への要求が続き、それに応じて、行政措置による統一的な行刑の実現の可否について政府の検討が行われた。そして、1896年4月、「自由刑の執行に関する政令案 (Entwurf von Bestimmungen über den Vollzug von Freiheitsstrafen)」が連邦参議院に提出された¹⁰⁵。それについて、1897年10月28日、ラント間に協定が結ばれ、やがて旧執行原則、すなわち「共通の規定が創設されるまでの間、裁判所が言い渡した自由刑を執行する

¹⁰¹ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.84.

¹⁰² Schenk, Christina, Bestrebungen zur Einheitlichen Regelung des Strafvollzugs in Deutschland von 1870 Bis 1923: mit einem Ausblick auf die Strafvollzugsgesetzesentwürfe von 1927, Peter Lang, 2001, S.14 ff.

¹⁰³ 桜木澄和「西ドイツ行刑立法の理論問題と現実問題」法律時報 47 卷 10 号 (1975 年) 54-55 頁 ; ジョン・スンファン「西欧の行刑の歴史と韓国の行刑」刑事政策研究 49 号 (2002 年) 203 頁。

¹⁰⁴ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.85.

¹⁰⁵ Schenk, Christina, Bestrebungen zur Einheitlichen Regelung des Strafvollzugs in Deutschland von 1870 Bis 1923: mit einem Ausblick auf die Strafvollzugsgesetzesentwürfe von 1927, Peter Lang, 2001, S.33 ff.

際に適用される原則（Grundsätze, welche bei dem Vollzuge gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen bis zu weiterer gemeinsamer Regelung zur Anwendung kommen）」¹⁰⁶が成立し、同年11月12日に公布された。これにより、刑務所における秩序のとれた行刑のための最低基準が、ドイツ全土で実施されることになったが、その内容は、以前と比べて新しいものというわけではなかった¹⁰⁷。これは、単に外部的な行刑担当行政のシステムを一元化するにとどまっており、行刑の運用形態の重要な内容は、依然として各ラントの裁量に委ねられたままであって、行政的規制を完全に統一するには限界があった¹⁰⁸。

このように、行刑に関して、帝国全体に適用される統一の規律を作ろうとする努力は実を結ばず、各ラントの裁量に委ねられた状態が続いていた。これは、上記のような共通の規定は、各ラントの合意を通じた統一的な管理規定という法的性格を有するにとどまり、行刑に関する規則を制定するように帝国法律が帝国参議院に委任しなかったことによるものといえる¹⁰⁹。

また、統一的な行刑法制定の試みが失敗し続けていた理由は、行刑の改革を独自に推進せず、常に刑法改正運動と結び付けていたことにもあった¹¹⁰。つまり、刑法改正の失敗が直ちに行刑改革の失敗につながる構造であったのである。さらに、初期には、行刑法を即刻制定すべきとすれば、刑法典の施行が遅れかねないという懸念と、刑事訴訟法が成立して初めて行刑法を検討すべきとする主張が、行刑法の制定を遅らせるのに一役買った¹¹¹。実際に、帝国議会は、1868年4月18日、裁判所構成法と刑

¹⁰⁶ Zentralblatt für das Deutsche Reich, 1897/25, S.308 ff.

¹⁰⁷ Bumke, Erwin, Die Freiheitsstrafe als Problem der Gesetzgebung, In: Bumke, Erwin(hrsg.), Deutsches Gefängniswesen: ein Handbuch, Franz Vahlen, 1928, S.26.

¹⁰⁸ Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, S.352；パク・サンギ『ドイツ刑法史』（栗谷出版社、1993年）219頁。

¹⁰⁹ Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, Carl Heymanns, 1970, S.10.

¹¹⁰ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.85.

¹¹¹ Baumann, Jürgen, Die Strafvollzugsreform aus der Sicht des Alternativ-Entwurfs der Strafrechtslehrer, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.21. 和訳として、ユルゲン・バウマン（小野坂弘訳）「刑

事訴訟法を統一することを議決した。その後、統一裁判所構成法は、1872年にその改正案が完成され、1877年1月27日に公布された。そして、1873年には第1次統一刑事訴訟法改正案が発表され、修正と討議を経て、1877年2月1日に最終的に公布された。かくして、両法は1879年10月1日に発効することになったものの¹¹²、統一的な行刑法は成立しなかったのである。

第2節 ドイツの行刑改革

19世紀後半に始まった行刑法制定の動きは、20世紀に入っても続いた。統一的な行刑法の制定は、ドイツの行刑改革における念願ともいえるものであった。啓蒙主義の影響の下で近代的法治国家の体系が立てられ、多くの法学の基本原則及び原則が作られた¹¹³。刑法においても大きな変化が起こり、自由主義的法治国家刑法の基礎が築かれ、人間の尊厳と自由権の保障が刑事法全体を支配することになり、国家の刑罰権の正当化作業とともに、その恣意的な行使にも制限がかけられることになった。その中で、自由刑が新たな主刑として確立され、刑罰の目的に関する歴史的な論争が行われ、行刑の重要性が浮かび上がったことに伴い、行刑の目的と原則も議論されるようになった。それに応じた刑事法の改革がドイツの20世紀初頭及び中葉を貫く核心的な課題であり、それに伴い、行刑改革が図られた。19世紀後半の帝国刑法の時代から数えれば、ほぼ100年に及ぶ刑事法全体にわたる改革の努力は、1970年代に一応の完成を見ることになった。以下では、その背景となった重要理論と立法化の過程について述べることにしたい。

法学者の代替の見地から見た行刑の改革」アルトゥール・カウフマン編『行刑改革の諸問題』（成文堂、1976年）を参照。

¹¹² パク・サンギ『ドイツ刑法史』（栗谷出版社、1993年）219-220頁。

¹¹³ Hassemer, Winfried, Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik am Beispiel des Strafrechts, In: Alexy, Robert u.a.(hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute: Beiträge zur Standortbestimmung, F. Steiner, 1991, S.130 ff.

1. 行刑改革の理論的な背景

(1) 法治主義と受刑者の法的地位

1) 実質的法治主義

法治主義、すなわち法治国家原則は、国家権力を法に拘束させ、個人の自由と権利を保護することを内容とする¹¹⁴。法治国家とは、法による統治を通じて正義を実現する国家をいう。その理念自体は古代から存在してきたが、同概念が登場したのは、19世紀初頭のドイツであった¹¹⁵。概念の成立に大きく影響を与えたのはカントであった。カントは、国家の目的を制限し、国家を法に拘束させなければならず、市民の自由と平等を国家の基礎とすべきだとしつつ、権力分立を強調した¹¹⁶。初期の法治主義は、行政作用を法律に拘束させ、行政作用による権利侵害に対して司法的保護を与えるという消極的な意味として理解された。それは法の実質的な内容を問うことなく形式的合法性を備えるだけでよいという原則であった。しかし、歴史的経験と反省を通じて、同原則は、国民の個人的及び政治的自由を保護し、すべての公権力の行使を法に拘束させるという実質的な意味を有するように変更された。このような実質的法治主義によれば、「人間の尊厳」が中核的な目的になるので、法治国家におけるすべての制度と形式的合法性は、それ自体が目的ではなく、人間の尊厳を保障する手段でなければならないことになる¹¹⁷。

¹¹⁴ ケ・フィヨル『憲法学(上)』（博英社、1995年）297頁。

¹¹⁵ Scheuner, Ulrich, Die Neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, In: Forsthoff, Ernst(hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, S.461, 469 f.

¹¹⁶ Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, In: Weischedel, Wilhelm(hrsg.), Immanuel Kant Werkausgabe: in zwölf Bänden, Bd.8, 3. Aufl., Suhrkamp, 1982. S.431 ff.

¹¹⁷ Huber, Ernst Rudolf, Rechtsstaat und Sozialstaat in der Modernen Industriegesellschaft, In: Forsthoff, Ernst(hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, S.594 f.; Scheuner, Ulrich, Die Neuere Entwicklung

実質的法治主義は、基本法第1条に規定されており、人間の尊厳を尊重し保護することは、すべての国家権力の義務となり、立法・行政・司法を拘束する原則となった。また、連邦憲法裁判所により、人間の尊厳に関する基本法第1条第1項は、憲法の最高の価値であり根本原則であると宣言された。それにより、法治国家の課題は、あらゆる場合に人間の尊厳の尊重と保護という義務を平等に履行することとなった¹¹⁸。実質的法治国家における全国民には、不可侵・不可譲の人権が認められ、国家権力はそれに即して構成され制限される¹¹⁹。そして、このことから、法律の優位、法律の留保、権力分立、基本権の保障、基本権制限の限界、裁判を受ける権利などの憲法上の原則が導かれる。とりわけ、憲法に定められた基本権は、必ず保障されるべきであり、原則として、すべての人は、他人の権利を侵害せず憲法秩序や道德律に反しない限り、自己の人格を自由に発現する権利を有する（基本法第2条第1項）。基本権の本質的な内容は、いかなる場合にも侵害されえず、公権力によってその権利を侵害された者には権利救済の手續が保障される（基本法第19条第2項、第4項）。例外的に基本権が制限されうるのは、一般的に効力のある法律に当該基本権の条項が摘示されている場合に限られる（基本法第19条第1項）。

2) フロイデンタールの「囚人の国法上の地位」

フロイデンタールは、1909年、「囚人の国法上の地位 (Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen)」というフランクフルト・アム・マイン社会・商業学アカデミーの学長就任講演において、当時はあまり関心が払われていなかった受刑者の法的地位について言及した。彼は、個人の自由は国家による侵害から保護されるべきであり、それを制限するためにはその要件と方式が法律に定められるべきであるという憲法上の法治主義の要請は、自由刑が執行される受刑者にも同様に適用されるべきであると主張した。したがって、帝国刑法により委任されていないラントの行政命令をもって自由

des Rechtsstaats in Deutschland, In: Forsthoff, Ernst(hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, S.490 f.

¹¹⁸ Maihofer, Werner, Rechtsstaat und Menschliche Würde, Vittorio Klostermann, 1968, S.45 f.

¹¹⁹ Hesse, Konrad, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, In: Smend-FG, J.C.B. Mohr, 1962, S.71 ff.; Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., C.F. Müller, 1993, Rn.186-191. 和訳としては、コンラート・ヘッセ（初宿正典／赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）Rn.186-191を参照。

を制限している実態は憲法に違反しており、法律により定められていないことは何も受刑者に命じることはできないとした。そのうえで、受刑者の権利義務関係は公法上の関係であるから、それについては公法をもって定められるべきであるとした。また、種類と程度の同様な犯罪に適用される刑罰がラントごとに異なっていることと、自由の制限が法律の根拠なしで行われていることを批判し、法治主義の要請から統一的な法律としての行刑法の制定が求められるという主張を展開した。さらに、罪刑法定主義が犯罪者のマグナ・カルタであるということは、行刑においても同様に適用されるべきであり、その土台の上に立つてこそ受刑者の法的地位に関する問題が解決されうるとした¹²⁰。

3) 受刑者の法的地位の保障

以上のようなフロイデンタールの主張は、時代にはるかに先行するものであり、その後も行刑の状況には、別段の変化は見られなかった。1970年代以前まで、受刑者には権利が認められず、行刑の目的を達成するために行われる国家権力のすべての措置に無条件に従わなければならないとする考え方が一般的であった¹²¹。すなわち、受刑者と国家の関係は、伝統的な特別権力関係理論の支配を受けていたのである。特別権力関係理論によれば、行政法上の権力関係は、国家の一般的な統治権に服従する一般権力関係と特別な法律原因により成立する特別権力関係に分かれ、特別権力関係に関しては、一定の行政目的に必要な範囲内で、国家に特定の者に対する包括的な支配権が認められ、法治主義が排除される。特別権力関係は、内部的には法律の留保が適用されず、行政目的の達成に必要と認められる限り、憲法上保障される基本権の制限も法律の根拠なしで可能であり、命令に関しては法的効力が認められないので、司法審査の対象にならないという特徴を有する¹²²。したがって、受刑者に対して行われる

¹²⁰ Freudenthal, Berthold, Die Staatsrechtliche Stellung des Gefangenen, Abgedruckt in ZfStrVo 4, 1955, S.157 ff. 和訳としては、小川太郎「フロイデンタール・囚人の国法上の地位」垂細重法學8巻1号（1973年）122-130頁を参照。

¹²¹ Jacobi, Ludwig, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStW 50, 1930, S.376 ff.

¹²² Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., Duncker & Humblot, 2004, S.101 f.

国家の処遇は法律に定められている必要はなく、それにより受刑者の権利が侵害されたとしても、司法的救済手続は保障されていなかった。

しかし、法治主義が確立されてからは、そのような区別は妥当ではなく、特別権力関係も一般権力関係と同様に法治主義の支配下に置かれるべきとする批判がなされた¹²³。受刑者と国家の関係についても、特別権力関係として規律されてはならず、受刑者を権利義務の主体として捉えなければならないという主張が強く提起された¹²⁴。特別権力関係理論は、すべての国家機関は基本権に拘束され、法律によってのみ基本権が制限されるという法治主義に明らかに反するからである¹²⁵。そして、1972年3月14日、連邦憲法裁判所の決定により、受刑者と国家の関係を特別権力関係とみなす時代は幕を閉じた。連邦憲法裁判所は、憲法的基礎の変化と法治主義に即して、受刑者の基本権の制限を特別権力関係によって説明することは基本法に合致せず、「受刑者の基本権は、法律をもって、又は法律に基づいてのみ制限されることができる。」としつつ、時限を定めて連邦行刑法の立法を促した。また、「その制限は、専ら基本法の価値秩序が守護している共同体的な目的の達成のために不可欠なものでなければならない。」という内容的限界も明らかにした¹²⁶。

これを受けて制定された連邦行刑法には、法治主義に立脚した受刑者の法的地位に関する内容が規定された。それによれば、受刑者は、処遇の形成と行刑目標の達成に協力しなければならず、行刑法に規定された自由の制限に服しなければならない(行刑法第4条第1項、第2項第1文)。また、行刑法により、受刑者は、身体的自由(基本法第2条第2項)、信書、郵便及び通信の秘密(基本法第10条第1項)に関する基本権を制限されるが(行刑法第196条)、その際には、同法に別段の定めがあるものを除き、施設の安全の維持又は秩序の重大な攪乱を防止するためにやむを得ない制限のみを行うことができる(行刑法第4条第2項第2文)。これをもって、行刑の領域で伝統的な特別権力関係理論は克服され、実質的法治主義が貫かれることになった。その後も、連邦憲法裁判所は、国家権力が人間の尊厳を尊重し保護する義務があるというのは、行刑の場面では、受刑者は拘禁中であっても、人間の個人的、社会的存立のための基本的な前提条件を相変わらず持っているという意味であり、自由剥奪中の権

¹²³ Jesch, Dietrich, *Gesetz und Verwaltung*, J.C.B. Mohr, 1961, S.45.

¹²⁴ Schüler-Springorum, Horst, *Strafvollzug im Übergang*, Schwartz, 1969, S.39 ff.; Müller-Dietz, Heinz, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, Carl Heymanns, 1970, S.86 ff.

¹²⁵ Lazarus, Liora, *Contrasting Prisoners' Rights*, Oxford University Press, 2004, p.35.

¹²⁶ BVerfG vom 14.03.1972 - 2 BvR 41/71, BVerfGE 33, 1.

利制限は、基本法第2条第1項及び第20条第3項の法治主義に拘束され、同法第1条第1項の規定による限界を有するということを確認する判断を示している¹²⁷。

(2) リストの「刑法における目的思想」と特別予防論

1882年、リストは、「刑法における目的思想 (Zweckgedanke im Strafrecht)」というマールブルク大学への就任講演で、応報的刑罰理論を排撃し、行為者を処罰し法益を保護する目的刑としての刑罰理論を主張した¹²⁸。彼によれば、道徳と法は経験を通して形成されるが、原始的な刑罰は経験以前に既に存在していたから、刑罰が発展を通じて形成された、より高次元の段階の客観的刑罰すなわち法的刑罰に達して初めて、法の本質である目的思想の支配を受けるとした。それゆえ、刑罰は、もはや衝動的暴力としてではなく、客観的な尺度をもって、法秩序の保護、法益の保護の目的のために、国家権力により行使されるべきことになったのである。それと同時に、そのような合目的性にに基づいたとき、それ自体で法益侵害的な刑罰は、必要最小限度の範囲内で客観的かつ自己制限的な行使が可能になるから、個人の自由を保護することができるようになるとした。また、刑罰の対象となる犯罪者を三類型に分け、①改善可能な犯罪者と改善を要する犯罪者の改善、②改善を要しない犯罪者の威嚇、③改善されえない犯罪者の無害化、というそれぞれの目的により、社会を保護しなければならないとした。そして、刑罰を通じた犯罪の予防を強調しつつ、そのための刑事政策の重要性及び刑法学との関連性を指摘し、刑法典の改正と（帝国統一的な）行刑法の制定が不可避であることを力説した。

以上のように、刑罰の目的を犯罪の予防を通じた社会の保護に置いて、目的達成の主体を犯罪者自身と見る刑罰理論を特別予防論という。それによれば、刑罰の目的の達成は、単に刑罰を科すだけでできるものではなく、刑罰の執行内容によることになる。リストは、上記の犯罪者の類型のうち重要なのは、①と③であるとした。改善が可能で、かつ、必要な犯罪者に対しては、行刑における個別的な処遇と教育を通じて改善を図り社会に復帰することができるようにすべきであり、改善されえない犯罪

¹²⁷ BVerfG vom 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187; BVerfG vom 31.05.2006 - 2 BvR 1673/04, 2402/04, BVerfGE 116, 69.

¹²⁸ Liszt, Franz v., Der Zweckgedanke im Strafrecht(1882), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.1, Guttentag, 1905, S.126 ff.

者に対しては、終身刑又は不定期刑をもって社会から隔離することにより社会を保護すべきであるとしたのである。もとより、後者の場合にも、釈放が完全に排除されるわけではなく、受刑成績に応じて、非常に例外的に、社会復帰の機会是与えられうる。つまり、特別予防論は、改善を通じた社会復帰という再社会化の目的と、社会からの隔離拘禁という保安の目的という、2つの刑罰の目的による社会の保護を追求するものである。しかし、リストも指摘したとおり、保安を目的とする隔離の場合にも、いつかは社会に釈放される可能性が開かれているので、なおそのための再社会化の過程は必要とされる。そして、そのような再社会化のためには行刑を考慮せざるを得ないため、行刑の目的として再社会化が必然的に要求されることになるのである¹²⁹。

（３）行刑の再社会化目的と社会国家原則

１）再社会化理念

行刑の目的としての再社会化の概念については、未だに統一された定義が存在せず、法律上も同概念が明示的に使われているわけではないが、それは、受刑者が将来社会的に責任を持って犯罪行為のない生活を営むことができるようにすることを目指す行刑におけるあらゆる努力を意味するといえる¹³⁰。一般に、「再社会化」には、「再犯防止」と「社会復帰」の概念が含まれる。そのために、受刑者は、社会化を可能にする教育や処遇を受け、釈放後犯罪をせずに生活を営むことができるようにするために協力する義務を負う。ここでいう社会化とは、社会的規範並びに社会で通用する価値観及び行動類型を習得することであり、これは、本来は社会内で身につけられるべきものなので、再社会化とは、その時に適切に又は十分に形成されなかった部分を再習得することを意味する¹³¹。もっとも、このような再社会化に向けた行刑に対しては、国家による個人の強制的な改善は正当化されえないという批判がある。この考え方によれば、行刑機関は、処遇の内容を決定し、それを実施するに際して、受刑者の主体性と自律性を認めなければならず、処遇は受刑者の同意に基づく参加によらなければ

¹²⁹ バク・ダルヒョン「刑罰の目的と行刑の目的との関係」刑事法研究 19 卷 3 号（2007 年）811 頁以下。

¹³⁰ Kaiser, Günther/Schöch, Heinz, Strafvollzug, 5. Aufl., C.F. Müller, 2003, S.230 ff.

¹³¹ Schüler-Springorum, Horst, Strafvollzug im Übergang, Schwartz, 1969, S.157 ff.

ならない。他方で、再社会化目的を追求するにあたって、刑務所内の秩序の維持及び保安の側面が脅かされてはならないという限界もある。

これらの再社会化理念は、連邦憲法裁判所によっても行刑の目的として確認された。1973年6月5日、いわゆるレバツハ決定において、連邦憲法裁判所は、社会復帰の重要性は数十年の間に刑法に徐々に浸透し、一般的な見解によれば、社会復帰は行刑の重要な目標であるとしつつ、「受刑者は、責任ある生活を営むことができる能力と意思を与えられなければならない、自由な社会の条件の下で、法を破壊することなく、自分の主張をする機会を掴み、リスクを克服する方法を学ぶべきである」とした。また、同決定によれば、行刑においては、受刑者に対して、将来再犯をせずに生活できるようにするための内的条件を基に、釈放後、通常の自由な社会生活に復帰できるようにするための外的条件を形成することが求められた¹³²。それに加え、連邦憲法裁判所は、受刑者の基本権を制限する措置は、それが、受刑者が再犯をしない生活をするための内的条件を設けるために必要であるときに限って正当化することができるとしている¹³³。この後に制定された行刑法では、自由刑の執行は、受刑者が将来社会的責任を持って犯罪を行うことのない生活を営むことができるように行われなければならないという、行刑の再社会化目的が定められた（行刑法第2条第1文）。また、1969年の刑法改正により設けられた、刑の保護観察付執行猶予、残刑の保護観察付執行猶予及び刑の留保付警告の規定と、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に関する規定も、再社会化目的を考慮したものであるといえる（刑法第56条、第57条、第59条、第63条及び第66条）。

2) 社会国家原則からの要請

社会国家原則は、実質的平等の実現を求める社会国家的目的を達成するための憲法上の原則をいう。ここでいう「社会国家」とは何かについて確立された概念はなく、まだ議論が行われているところであるが、一般には、経済的・社会的弱者の最低生活を保障し、公正な社会秩序を形成するために、様々な制度を設けて対策を取る国家を意味するとされている。連邦憲法裁判所によれば、社会国家は、無制限の自由から生じる逆機能を防止する責務を有し、理性が求める程度まで継続的に平等を実現すべき

¹³² BVerfG vom 05.06.1973 - 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202.

¹³³ BVerfG vom 29.10.1975 - 2 BvR 812/73, BVerfGE 40, 276.

である¹³⁴。人間の尊厳と自由の保障を重視する自由主義的法治主義に対して、その内容を実質的に具体化する方法を講じつつも、同時に、それにより生じる不平等を正す制限的形成原理としての役割を果たすのが社会国家原則であるといえる。一方、社会国家原則は、基本権の保障に関して直接的な影響を与えるものではなく¹³⁵、社会国家原則の実現は、原則として立法者の幅広い裁量に委ねられている¹³⁶。もっとも、それは実質的法治主義に即して行われることが求められるので、憲法上、法治主義は、社会国家原則に対し限界として働くことになる¹³⁷。このことから、社会的法治国家とも言われる。このような社会国家原則は、基本法に明示されており¹³⁸、また、人間の尊厳すなわち人格権の実現に関する基本法第2条第1項も、社会的法治国家の基本原則を含んでいる規定といえる。

社会国家原則は、行刑にも同様に適用される。それはレバッハ決定において初めて宣言された。同決定によれば、自由刑の執行の内容は、人間の尊厳をその価値秩序の中心に置き、社会国家原則により義務づけられる共同体の自己理解と合致しなければならず、もし犯罪者が憲法の価値秩序が保護するものを、重大に、又は受忍されえないほど侵害したとしても、その者から自分の尊厳を尊重される権利を剥奪することはできず、受刑者は、人間の尊厳に基づき保障されている基本権の享受者としてその刑に服した後、再び共同体に編入される機会を持つべきだとした¹³⁹。また、連邦憲法裁判所は、受刑者に対しても、個人的、社会的存在としての基本的な前提条件は維持されるべきであるから、行刑においても、一般的に人間らしい存在を可能にする最低

¹³⁴ BVerfG vom 17.08.1956 - 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85.

¹³⁵ BVerfG vom 13.01.1982 - 1 BvR 848, 1047/77, 916, 1307/78, 350/79 u. 475, 902, 965, 1177, 1238, 1461/80, BVerfGE 59, 231.

¹³⁶ BVerfG vom 26.11.1964 - 1 BvL 14/62, BVerfGE 18, 257; BVerfG vom 14.10.1970 - 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221.

¹³⁷ Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., C.F. Müller, 1993, Rn.212-215. 和訳としては、コンラート・ヘッセ（初宿正典／赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）Rn.212-215を参照。

¹³⁸ ドイツ基本法第20条 ①ドイツ連邦共和国は、民主的、社会的連邦国家である。

第28条 ①各ラントの憲法秩序は、基本法上の共和主義的、民主的、社会的法治国家の原則に合致しなければならない。（以下省略）

③連邦は、ラントの憲法秩序が基本権と第1項及び第2項の規定に合致するように保障する。

¹³⁹ BVerfG vom 05.06.1973 - 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202.

限度の生存を保障する国家の義務は認められるとした¹⁴⁰。これをもって、再社会化理念は憲法上要請される唯一の行刑の目的となった。それによれば、行刑機関は、再社会化を実現することのできる行刑を形成する義務を負い、その際に、再社会化以外の目的を考慮してはならない¹⁴¹。受刑者には、憲法上再社会化の目的に合致する処遇を求める権利が認められ¹⁴²、同時にそれに協力する義務も課される¹⁴³。行刑法にも、行刑は、受刑者が自由な生活に復帰するのに役立つようにしなければならないこと(第3条第3項)、処遇計画は受刑者と相談して作成しなければならないこと(第6条第3項)、受刑者は処遇の形成と行刑目的の達成に協力すること、そして、そのための受刑者の意欲が喚起され、促進されなければならないこと(行刑法第4条第1項)が定められている。したがって、行刑をするにあたって、再社会化の目的の達成を妨げる事由が存在し、又は受刑者が未だ協力する準備が整っていないという理由などにより、その必要性が認められる場合には、受刑者の基本権を制限することができる¹⁴⁴。

3) 行刑における再社会化目的の実現

行刑において再社会化を実現するためには、まず、一般的な生活環境と類似した環境の中で、一般人と同等の生活条件が与えられることが求められる¹⁴⁵。これは、行刑中の生活が人間の尊厳に反せず、一般的に承認された社会規範に合致しなければならないことを意味する¹⁴⁶。行刑機関は、外部の自由な環境における生活と刑務所内の収監生活の差を最小限にするために努力しなければならない。また、行刑において不可欠な要素である秩序の維持と安全の確保のための措置は、必要最小限の範囲内で行われるべきであり、受刑者の生活への介入を可能な限り控えるべきである。しかし、このような要求は、実際には実現されておらず、また実現されにくいのが現実である。したがって、行刑機関は、少なくとも自由の剥奪に起因する害悪を最大限に相殺することができるように行刑を形成する義務を負う。言い換えれば、行刑機関は、自由の

¹⁴⁰ BVerfG vom 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187.

¹⁴¹ Lazarus, Liora, *Contrasting Prisoners' Rights*, Oxford University Press, 2004, p.44.

¹⁴² BVerfG vom 01.07.1998 - 2 BvR 441/90, 493/90, 618/92, 212/93 u. 17/94, BVerfGE 98, 169.

¹⁴³ Calliess/Müller-Dietz StVollzG, 11. Aufl., C.H. Beck, 2008, Einleitung Rn.34.

¹⁴⁴ BVerfG vom 29.10.1975 - 2 BvR 812/73, BVerfGE 40, 276.

¹⁴⁵ Calliess/Müller-Dietz StVollzG, 11. Aufl., C.H. Beck, 2008, § 3 Rn.3.

¹⁴⁶ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.198.

剥奪にやむを得ず伴う制約以上に、受刑者に不要な苦痛を与えてはならない。さらに、拘禁の弊害を軽減し社会からの完全な孤立を避けるために、開放的処遇を拡大し開放行刑の機会を提供しなければならない。つまり、受刑者と社会はつながっていなければならない。

以上のような内容は、連邦行刑法にも定められている。それによれば、行刑中の生活は、可能な限り一般的な生活関係と類似したものとし（行刑法第3条第1項）、自由の剥奪による有害な結果は防止される必要があり（同条第2項）、受刑者が、開放行刑の特別な要件を満たしており、自由刑の執行を回避し、又は開放行刑の機会を犯罪に悪用するおそれがない場合には、受刑者の同意を得て開放施設又は開放区域に収容されなければならない（行刑法第10条第1項）。

2. 行刑改革の成果としての法制化

20世紀は、啓蒙主義以来主張され発展してきた理論を実定法化しようとした時期であった。前述したような行刑改革に関する主張は、直ちには立法に反映しなかったものの、刑法改正の動きの中で議論は継続し、次第に具体化されていった。そして、その労力は、議論の結果が盛り込まれた行刑法が制定されることで実を結ぶことになった。

（1）刑法改正と行刑法制定の試み

20世紀に入って、立法の焦点は刑事法の改革に合わせられた。同作業は以降数十年間にわたって持続された。その始まりとして、1902年には、8人の教授で構成された専門委員会が設立された。同委員会は、比較法的検討を通じ、刑法の改革に関する提案を早める役割を果たした。1906年5月には、帝国法務省から任命された5人の法律家より成された委員会が刑法の予備改正案の作成を開始し、1909年4月にそれを完成させた。しかし、それは、実際の立法案というよりも、議論のたたき台とするこ

とを目的とするものであった。1910年10月、その予備改正案について、全ラントにコメントが要請され、それを集めた書籍も発刊された¹⁴⁷。

予備改正案には、自由刑に関する詳細な規定が含まれていた。そこには、その間の刑法理論の論争において、目的刑を主張してきた、いわゆる新派の立場が大幅に反映されていた。たとえば、リストの二元主義に従って、保安処分に関する規定が新設された¹⁴⁸。また、刑の執行猶予と社会復帰の措置に関する裁判官の決定権限及び仮釈放に関する規定も導入された。1911年には、リストとゴールドシュミットが予備改正案に対する対案を発表した。同対案は、予備改正案に対する反対案というよりは補充的な性格を有するものであった。

同年6月7日、連邦首相であったベトマン・ホルベクは、皇帝に刑法改革を続けていくための委員会の設置を求めた。それに応じて構成された委員会の任務は、予備改正案とそれに対する批判とを総合して新たな代案を作るというものであった。委員会は、11月4日からその作業を開始し、1913年9月27日に最終案が可決された。最終案は予備改正案に比べてはるかに膨大なものであったが、その内容は対案よりも予備改正案に近いものであった¹⁴⁹。しかし、その後、刑法典内に行刑に係る規定を置くべきではなく、そのための独自の立法が必要であるという問題提起があり、1925年、草案に定められたすべての行刑規定が削除された¹⁵⁰。

第一次世界大戦後のワイマール時代に入ると、行刑における教育及び改善思想が再び注目を集め始めた。ワイマールにおける刑務所制度は、受刑者の人格の改善を前面に押し出す教育的執行の実現のための手段として、イギリスとアイルランドの累進処遇モデルを受け入れた¹⁵¹。それは、最初の段階の独居拘禁から、共同拘禁への転換を経て、社会適応のための中間施設での生活、そして、(仮)釈放の段階に進んでいくというものであった。当時帝国法務大臣であったラートブルフは、そのような行刑改革の努力を積極的に推し進めていった。彼は、受刑者の社会化を主張しつつ、独居拘

¹⁴⁷ Vormbaum, Thomas, *A Modern History of German Criminal Law*, translated by Margaret Hiley, Springer, 2014, pp.137-138.

¹⁴⁸ 牧野英一「刑法 20 世紀の 50 年」警察研究 21 巻 1 号 (1950 年) 30-31 頁。

¹⁴⁹ Vormbaum, Thomas, *A Modern History of German Criminal Law*, translated by Margaret Hiley, Springer, 2014, pp.138-140.

¹⁵⁰ 桜木澄和「西ドイツ行刑立法の理論問題と現実問題」法律時報 47 巻 10 号 (1975 年) 66 頁。

¹⁵¹ Schattke, Herbert, *Die Geschichte der Progression im Strafvollzug und der damit zusammenhängenden Vollzugsziele in Deutschland*, Peter Lang, 1979, S.129 ff.

禁に反対し、施設の状態を自由な状態での生活に段階的に合わせていくことを目指した¹⁵²。また、彼は、1897年の連邦参議院原則が、ラント間の合意を通じて1923年の「帝国参議院原則（Reichsratsgrundsätze; Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen：自由刑の執行に関する諸原則）」¹⁵³に置き換えられようように努力した¹⁵⁴。それにより、統一的な累進行刑が導入され、再犯防止のための受刑者への教育的な作用が行刑の目標になった。

1919年には、ワイマール憲法第7条第3号により、行刑が初めて立法の対象として明示された。その後、1927年に、ようやく帝国政府による「行刑法公式草案及び理由書」¹⁵⁵が提出された。1923年の帝国参議院原則に従った同草案は、行刑の指導原理として教育思想及び受刑者の法的地位の保障の強化を示し、独居拘禁の緩和と段階的行刑制度を定めていた¹⁵⁶。これは、すべての受刑者に適用されるべきワイマール憲法の「人間らしい生活」の原則が、1923年の帝国参議院原則を経て、1927年の行刑法草案に反映されたものといえる。1927年の行刑法草案の趣旨は、国際的にも影響を及ぼし、1929年に国際刑務委員会の作成した「受刑者処遇規定（Ensemble des règles pour le traitement des prisonniers）」にも反映された¹⁵⁷。さらに、1929年のプロイセン累進行刑令には、累進行刑に関する技術的な規定とともに教育刑主義が定められ、時を前後して、国際刑事学協会のドイツ部会では、死刑を廃止し不定期刑を採用することが決議された¹⁵⁸。しかし、行刑法の制定は、依然として刑法の改正と結び付けて

¹⁵² Radbruch, Gustav, Die Psychologie der Gefangenschaft, ZStW 91, 1911, S.351 ff.

¹⁵³ RGBl. II, 1923, S.263 ff.

¹⁵⁴ Müller-Dietz, Heinz, Einleitung, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd.10, Strafvollzug, C.F. Müller, 1994, S.11 f.

¹⁵⁵ Amtlicher Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes nebst Begründung vom 13. Januar 1927 (Reichsratsvorlage) und Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes mit Begründung vom 9. September 1927 (Reichstagsvorlage), Materialien zur Strafrechtsreform, Bd.6, Bundesminister d. Justiz, 1954.

¹⁵⁶ Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsrecht, 2. Aufl., De Gruyter, 1978, S.46; Schenk, Christina, Bestrebungen zur Einheitlichen Regelung des Strafvollzugs in Deutschland von 1870 Bis 1923: mit einem Ausblick auf die Strafvollzugsgesetzentwürfe von 1927, Peter Lang, 2001, S.123.

¹⁵⁷ 牧野英一「刑法 20 世紀の 50 年」警察研究 21 卷 1 号（1950 年）32-33 頁。

¹⁵⁸ 同上、34 頁。

推し進められていたため、1927年に一般ドイツ刑法典帝国議会草案が議会で成立しなかったことに伴い、行刑法の制定も頓挫することになった¹⁵⁹。

行刑法制定の試みの相次ぐ失敗により、受刑者の教育と改善へと向かっていた刑事政策の方向は、犯罪の抑止と応報を重視する方向に変わった。段階的行刑も、本来の目的である教育的な効果よりは、施設内の規律を守るようにするための手段としての役割を果たすことになり、また、特別権力関係理論の影響の下で受刑者の権利はなお制限されたままであった。そして、引き続く国家社会主義の支配の下で、刑罰の目的は犯罪の贖罪と抑圧とする考え方がいっそう固まることになった。1933年にナチスによる政権の奪取が行われた後、1934年5月14日に、そのような内容を骨子とする「自由刑と自由の剥奪を伴う保安及び改善処分の執行に関する命令 (Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafen und von Maßregeln der Sicherung und Besserung, die mit Freiheitsentzug verbunden sind)」が発せられ、1923年の帝国参議院原則を代替することになった¹⁶⁰。また、1939年の「行刑法公式草案及び一般理由書」¹⁶¹によれば、「刑執行法 (Strafvollstreckungsrecht)」の新たな形成のための指導的な観点は、その当時、刑法の意味と目的とされた「国民の保護、不法の贖罪及び共同体のための意思の確立」でなければならないとされた。また、1940年、帝国法務省は、「帝国の司法行政の分野における行刑のための職務規定及び執行規定の統一 (Vereinheitlichung der Dienst- und Vollzugsvorschriften für den Strafvollzug im Bereich der Reichsjustizverwaltung)」という行政規則を制定し、厳格な応報と保安のための執行に関する法的根拠を設けた。その後、第二次世界大戦が終わるまで、行刑法の制定が行われない状態は続いた。

¹⁵⁹ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.85.

¹⁶⁰ 井上祐司「行刑の目的について：西ドイツ行刑改革をめぐる立法問題」法政研究 45 卷 2 号 (1979 年) 167 頁。

¹⁶¹ Schubert, Werner (Hrsg.), Ausschüsse für Strafrecht, Strafvollstreckungsrecht, Wehrstrafrecht, Strafergerichtsbarkeit der SS und des Reichsarbeitsdienstes, Polizeirecht sowie für Wohlfahrts- und Fürsorgerecht (Bewahrsungsrecht), Peter Lang, 1999, S.417.

第二次世界大戦後、1945 年 11 月 12 日に発せられた、連合軍の管理委員会¹⁶²の布告第 19 号「ドイツの監獄行政の諸原則(Grundsätze für die Verwaltung der deutschen Gefängnisse und Zuchthäuser)」が、新たに行刑を規律することになった。ただし、東西の分断により、それぞれの地域で異なる制度が実施された。もっとも、東ドイツにおいては、行刑制度の発展として特に目立ったものはなく¹⁶³、しかも、1990 年の統一後に、連邦ドイツ¹⁶⁴の刑事法が東ドイツ地域にも適用されることになったので、ここでは連邦ドイツについてのみ紹介する¹⁶⁵。

連邦ドイツでは、ワイマール時代の教育的な行刑の考え方が回復し、受刑者の法的地位と国家の侵害権限に関する統一的規範の必要性を踏まえて、連邦行刑法の制定

¹⁶² 戦後、ドイツにおいては、数回にわたって公布された連合国の「管理委員会 (Kontrollrat)」の法律により、ナチス時代のファシスト的な刑事法は廃止されることになった。そのうち、「司法改革の原則」を宣明した 1945 年 10 月 20 日の管理委員会の布告第 3 号以降、民主的で平等な刑事司法の改革が推進された。その代表的な内容としては、基本権の保障、類推処罰の禁止、罪刑法定主義、恣意的な拘禁からの保護、迅速かつ公正な裁判を受ける権利などがある（詳細は、木村亀二「戦後のドイツ刑法の動向」季刊刑政 1 巻 1 号 (1952 年) 45-48 頁；H.リューピング(川端博／曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』（成文堂、1984 年）201-202 頁を参照）。

¹⁶³ ただし、西ドイツより先に「行刑及び社会復帰法 (1968 年)」が施行された点は注目に値する (Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.81 f.)。東ドイツにおける立法の状況について簡略に参照しうる文献としては、H.リューピング(川端博／曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』（成文堂、1984 年）214-217 頁；井上祐司「東ドイツ行刑法に関する資料（その一）：監獄刑の執行と受刑者の社会への再統合に関する法律とその解説」法政研究 37 巻 3・4 号 (1971 年) 115-145 頁などがある。

¹⁶⁴ 「連邦ドイツ」とは、西ドイツの正式名称である「ドイツ連邦共和国(Bundesrepublik Deutschland)」を指す用語で、一般的な意味で使われる「ドイツ」、又は 1990 年の西ドイツと東ドイツの統一後の「ドイツ」と区分し、分断当時の東ドイツ(正式名称:ドイツ民主共和国(Deutsche Demokratische Republik; DDR)) に対して、「西ドイツ」を指すために用いた概念である。また、東ドイツが西ドイツに併合される形で統一されたので、現在の「ドイツ」は、西ドイツの正式名称である「ドイツ連邦共和国」を引き継いでおり、法律や司法制度も西ドイツのものを受け継いでいることを反映した用語でもある。

¹⁶⁵ 統一後の東ドイツ地域への刑事法の適用状況に関する文献としては、愛知正博「ドイツ再統一と刑事法制の統一および適応」中京法學 26 巻 3・4 号 (1992 年) 211-239 頁；Thomas Weigend (井田良訳)「ドイツ統一と刑事司法」刑法雑誌 33 巻 1 号 (1993 年) 46-57 頁などがある。

が再び求められた¹⁶⁶。それにもかかわらず、1950年から1960年代には、特別権力関係理論の影響の下で、相変わらず法律の根拠がなくとも受刑者の権利が制限され、侵害されうることが正当化される中で、行刑法制定の実現は持ち越されていた。各ラントにおいては、行刑組織及び処遇や受刑者の法的地位を規定する行政命令が、ワイマール時代を模範として新たに公布されたが、それが制定されるべき行刑法の空席を埋めることはできなかった¹⁶⁷。

また、この時期には、刑法改正作業が活発に行われていたが、それは実体刑法に集中しており、行刑の問題は等閑視されていた。多少なりとも関係する規定として、1953年の第3次刑法改正法¹⁶⁸が国家社会主義的な規定を削除し、刑の保護観察付執行猶予を採用したという事実を挙げることができるが¹⁶⁹、その後、1956年、1958年、1959年、そして、1960年に提出された各刑法草案には、行刑に関する詳細な規定は含まれていなかった。さらに、1962年の刑法政府草案の理由書¹⁷⁰においては、「行刑法草案は、刑法草案の刑事政策的綱領から諸推論を下すべきである。〔中略〕刑の執行と改善及び保安の処分の執行に関する連邦法によって、はじめて、刑法改正の事業は終了することができるのである。しかし、事柄の性質上当然に、連邦行刑法は、同時に刑法改正の完了を意味するものでなければならず、実体法の改正に先行することを

¹⁶⁶ Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, Carl Heymanns, 1970, S.24.

¹⁶⁷ Müller-Dietz, Heinz, Die bisherige Entwicklung auf dem Gebiet des Strafvollzugsrechts, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.86.

¹⁶⁸ BGBl. I, 1953, S.735 ff.

¹⁶⁹ H.リューピング(川端博／曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』(成文堂、1984年)207頁。

¹⁷⁰ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, Bundestagsvorlage, BR-Drs. 4/650, 1962. 和訳としては、斎藤金作訳『一九六二年ドイツ刑法草案』刑事基本法令改正資料2号(法務省刑事局、1963年)、同『一九六二年ドイツ刑法草案理由書(総則編)一第1分冊一』刑事基本法令改正資料10号(法務省刑事局、1966年)、及び、同『一九六二年ドイツ刑法草案理由書(総則編)一第2分冊一』刑事基本法令改正資料11号(法務省刑事局、1968年)を参照。

得ないのである。」¹⁷¹と、以前から固守してきた「先に刑法改正、後に行刑法制定」の原則を確認している¹⁷²。

このような雰囲気の中で、1962 年刑法改正政府草案は、1963 年 3 月 28 日に連邦議会に上程され、翌年の 1964 年 1 月 13 日に連邦議会内の刑法分科委員会¹⁷³に送付された。この 1962 年草案は、まだカントとヘーゲルの形而上学的哲学の伝統に従うものであった¹⁷⁴。つまり、基本的には応報刑論に基づいており、たとえば、治療施設への収容のような新しい自由剥奪処分を受け入れてはいたが、これは被収容者の改善よりは保安のほうに目的を置くものであった。そこで、同法案に対する強力な批判として、バウマン、カウフマン、ロクシンなど 14 人の中堅教授により作成された刑法代案¹⁷⁵が、1966 年 10 月 24 日に提出された。同代案の核心的な内容としては、特別予防論に基づいていた点や、自由刑の単一化¹⁷⁶、短期自由刑の廃止、社会治療施設の導入などが挙げられる。敷衍すれば、自由刑の執行を通じて受刑者の改善と社会復帰の促進を図り、また、そのために保安処分も認める二元主義を採用して、保安より改善を重視することを明らかにしていた¹⁷⁷。何よりも、立法において初めて、「法共同

¹⁷¹ BR-Drs. 4/650, 1962, S.103.

¹⁷² これに対する批判として、Baumann, Jürgen, Die Strafvollzugsreform aus der Sicht des Alternativ-Entwurfs der Strafrechtslehrer, In: Kaufmann, Arthur(hrsg.), Die Strafvollzugsreform: eine kritische Bestandsaufnahme, C.F. Müller, 1971, S.21 を参照。

¹⁷³ 同委員会は、1963 年 5 月 3 日に連邦議会の法務委員会の傘下に設置されたが、同年 12 月 4 日、法務委員会から独立し自律的な特別委員会となった。

¹⁷⁴ Manfred, Maiwald, “Penal Law Reform in the Federal Republic of Germany after the Second World War”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 65, 1989, p.125.

¹⁷⁵ Baumann, Jürgen u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches - Allgemeiner Teil, J.C.B. Mohr, 1966. 和訳としては、宮沢浩一訳『一九六六年ドイツ刑法草案総則対案』刑事基本法令改正資料 12 号（法務省刑事局、1968 年）、及び、同『一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書』刑事基本法令改正資料 15 号（法務省刑事局、1969 年）を参照。

¹⁷⁶ この刑法代替草案は、自由刑をはじめとして罰金刑、運転禁止の 3 つの主刑より構成された刑罰体系を定めていた。詳細については、ユルゲン・バウマン編（西原春夫／宮澤浩一監訳）『西独刑法改正論争』（成文堂、1981 年）188-199 頁を参照。

¹⁷⁷ バク・サンギ『ドイツ刑法史』（栗谷出版社、1993 年）250 頁；内藤謙『西ドイツ新刑法の成立：改正刑法草案との比較法的検討』（成文堂、1977 年）5-8 頁；H.リューピング(川端博／曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』（成文堂、1984 年）208 頁。

体への受刑者の復帰」が行刑の唯一の任務であると宣言したのは（第 37 条）、代案の最大の功績である¹⁷⁸。これは、ドイツ刑法の改正が進むべき方向を示すものであった。

連邦議会は、政府草案と代案の両方についてそれぞれ審議した後、特別委員会に送付した。特別委員会は、学界を含む関係機関の意見を広く参考にして詳細な審議を行い、その結果、施行日を異にする 2 つの草案を完成した。その後、1969 年、両草案は、5 月 8 日には連邦議会で、また 5 月 30 日には連邦参議院で順に可決された。そして、前者は 6 月 25 日に第 1 次刑法改正法¹⁷⁹として、後者は 7 月 4 日に第 2 次刑法改正法¹⁸⁰として公布され、第 1 次刑法改正法は 1969 年 9 月 1 日から、第 2 次刑法改正法は 1975 年 1 月 1 日から施行された。このように、刑法改正がまとまったことにより、19 世紀以来続いてきた近代的な行刑改革は、最終段階に入るようになった¹⁸¹。

（2）連邦行刑法の制定

かくして、持ち越されていた行刑法の制定作業が本格化することになった。前述したとおり、1962 年刑法改正政府草案の理由書は、行刑法が制定されて初めて刑法改正が完了されるという趣旨を含むものであった。すなわち、理由書においては、「執行に至って、はじめて刑罰は現実のものとなる。この段階に至って、刑法の改正が妥当なものであったことを確証することができ、また、それが確証されなければならない。この領域においても、法の統一性を法律上の規範として確立し、また、現代の諸要請を考慮するところの、刑の執行と改善及び保安処分の執行に関する連邦法によって、はじめて、刑法改正の事業は終了することができるのである。」¹⁸²と述べられており、

¹⁷⁸ ヴェルテンベルグ（中義勝／山中敬一訳）「社会的法治国家の精神におけるドイツ行刑の改革」関西大学法学論集 21 巻 5 号（1972 年）100 頁。

¹⁷⁹ BGBl. I, 1969, S.645 ff.

¹⁸⁰ Ebenda, S.717 ff.

¹⁸¹ 内藤謙『西ドイツ新刑法の成立：改正刑法草案との比較法的検討』（成文堂、1977 年）12 頁；Vormbaum, Thomas, *A Modern History of German Criminal Law*, translated by Margaret Hiley, Springer, 2014, pp.225-227.

¹⁸² BR-Drs. 4/650, 1962, S.103.

これは、行刑に関する統一的な法律の必要性を促したものであると解釈することができる¹⁸³。

さらに、1970年代に入って、未だに保安行刑が行われていることに対して改革の声が高まり、外国の事例も紹介されて、行刑法の制定の動きが活発になり始めた。当時は、1961年に成立し、翌年から連邦統一的に実施された、ラント司法行政機関間の協定である「職務及び執行規則 (DVollzO : Dienst- und Vollzugsordnung)」だけが存在した。同規則の法的性格については、あくまで行政的な合意であって、法律や法的規則の性格を持たず、内部的な拘束力のみを有する行政上の規則として把握する見解がある一方で、裁判所と執行実務において行刑上の決定的な法的根拠とみなす見解もあるなど、その位置付けについては争いがあった¹⁸⁴。また、同規則においては、目的多元主義に立って、応報、保安、再社会化などの理念がすべて執行目的に含まれていたが、当時の判例では、受刑者の社会復帰よりは施設の安全と秩序が優位に置かれていた¹⁸⁵。

なお、1964年、刑法改正特別委員会の刑法草案の審議の際に、1954年に発足した「大刑法委員会 (die Große Strafrechtskommission)」に範をとった「行刑委員会 (Strafvollzugskommission)」の招集が公示されたが、実際に連邦司法省内に行刑委員会が招集されたのは、それから3年後の1967年10月5日であった。同行刑委員会は、当初は、ハンブルク大学のジフェルツ教授を議長にし、学界、ラントの司法行政機関、刑務所長、精神科医、職能団体などの各界を代表する18人によって構成されたが、1969年の第9回会議から、そこにミュラー＝ディーツ教授が加わった。

行刑委員会では、刑法改正特別委員会での刑罰及び保安処分制度に関する決議の検討から始まり、受刑者の法的地位及び処遇に関する基本的な問題、国家行政における行刑の位置付けと行刑の目的、刑務所への受刑者の収容とそこでの処遇など、行刑と関連した各種の争点に関して、数年間にわたる議論が続いた。その過程において、

¹⁸³ ハイント・ミュラー＝ディーツ(前野育三訳)「行刑の分野における今日までの発展」アルトゥール・カウフマン編『行刑改革の諸問題』(成文堂、1976年)113頁。

¹⁸⁴ Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform, Carl Heymanns, 1970, S.28 ff.

¹⁸⁵ Blau, Günter, Die Entwicklung des Strafvollzuges seit 1945 - Tendenzen und Gegentendenzen, In: Schwind, Hans-Dieter/Blau, Günter(hrsg.), Strafvollzug in der Praxis: eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe, 2. Aufl., De Gruyter, 1988, S.20; Wagner, J., Der Rechtsschutz des Gefangenen, MschrKrim 59, 1976, S.241 ff.

刑法改正特別委員会に対し、「自由刑」という名称の使用と自由刑の単一化に関する提案もなされた¹⁸⁶。

1970年に開かれた行刑委員会第10回会議においては、刑執行と行刑は、互いに独立した課題を果たすべきものであるから、刑執行機関と行刑機関の権限は区別されなければならないことが明らかにされた。また、刑執行に関する規定を行刑法に盛り込むことは、行刑改革を危険にさらすおそれがあるため好ましくなく、刑執行に関する法律を別に設けることが求められるとされた¹⁸⁷。また、「行刑法に含まれるべき主な内容は何か」というテーマで開催された第48回ドイツの法曹大会における議論のために提出されたミュラー＝ディーツの意見書においても、同様な内容が指摘された。ミュラー＝ディーツは、まず、行刑法は、法治主義と社会国家原則に立脚して、受刑者の法的地位及び行刑機関の権限に関する明白かつ基本的な規定を含まなければならないとし、行刑と関連するすべての問題を行刑法に示すことは不可能であるため、行刑法の規定は、行刑に直接的に係る事項に限定されるべきであるとした。さらに、受刑者の権利救済については、裁判所構成法施行法第23条以下に定められているものの、その内容は不十分であるから、行刑法に規定されることが求められるとした¹⁸⁸。

そして、行刑委員会は、1970年10月1日、第1次行刑法準備草案を公表した。その後、審議を経て、1971年1月4日から8日にかけてベルリンで開かれた第13回会議での決議に基づき、1971年2月3日に委員会草案を政府に提出した¹⁸⁹。その内容は、再社会化の目標を確認するとともに、受刑者の法的地位に関する拘束力のある根

¹⁸⁶ 齊藤誠二「1971年西ドイツ行刑法草案をめぐって-1-」警察研究42巻9号(1971年)40-43頁。

¹⁸⁷ Niederschrift über die Beratungen der zehnten Arbeitstagung vom 5. bis 9. Januar 1970 in Berlin, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.21 ff.; Grundsätze der Strafvollzugskommission zu den Themen, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S. 217.

¹⁸⁸ Müller-Dietz, Heinz, Mit welchem Hauptinhalt empfiehlt es sich, ein Strafvollzugsgesetz zu erlassen?, In: Ständigen Deputation des Deutschen Juristentag(hrsg.), Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1970, 1(Gutachten), C, C.H. Beck, 1970, S.19 ff.

¹⁸⁹ 『一九七一年西ドイツ行刑法草案』監獄法改正資料12号(法務省矯正局、1972年)；齊藤誠二「1971年西ドイツ行刑法草案をめぐって(1)(2)(3・完)」警察研究42巻9号(1971年)31-49頁、42巻10号(1971年)61-80頁、42巻11号(1971年)55-82頁；団藤重光「ドイツ行刑法草案(一九七一年)について(その1)(その2)」刑政82巻8号(1971年)34-38頁、83巻5号(1971年)16-25頁を参照。

抛規定を設けようとするのであった。それに加えて、行刑の法治主義的根拠を定め、行刑職員の要件と受刑者処遇に関する規定を置いており、細かい批判はあったものの、以前の草案や「職務及び執行規則(DVollzO)」と比べて、その内容は改善されたものと評価された¹⁹⁰。連邦司法省は、本草案について、ラントの法務当局との折り合いに着手し¹⁹¹、1971年5月1日には、草案の成立を待つことなく、草案の内容に応じて、「職務及び執行規則(DVollzO)」が改正された¹⁹²。

さらに、連邦憲法裁判所は、1972年3月14日の決定において、行刑の領域における特別権力関係理論の適用を批判し、立法機関に対して受刑者の権利と義務を規律する法律を制定することを促した。ただし、法的根拠を有しない受刑者の基本権に対する侵害は、一定の過渡期の間、甘受されなければならないとして、1973年秋までは、現在存在している、今日の憲法の理解にもはや合致していない状態を維持することができるとし、法律を制定すべき時限を設定した¹⁹³。連邦憲法裁判所が「1973年秋までに」と立法の時限を決めたのは、本決定当時の議会が第6立法期であり、その終了が1973年秋と予想されたからであった。政府は、1972年7月5日に行刑法草案¹⁹⁴を決定し、同年秋に理由書を付けて議会に提出した。これは、行刑について連邦レベルでの統一された法的根拠を設けたもので、そこには、刑法との形式的かつ内容的な合致、受刑者の再犯防止のための処遇、国家と受刑者間の法的関係、処遇の実施のための人的前提条件の確定などの内容が含まれていた¹⁹⁵。特に、基本法の法治主義及び社会国家原則に合致する方法で、すべての受刑者に対し、個別処遇を通じて、自由の中

¹⁹⁰ Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsrecht, 2. Aufl., De Gruyter, 1978, S.53 f.

¹⁹¹ 桜木澄和「西ドイツ行刑立法の理論問題と現実問題」法律時報 47 卷 10 号 (1975 年) 49 頁。

¹⁹² 中谷瑾子「1973 年西ドイツ行刑法政府草案「自由刑および自由の剥奪をともなう改善および保安処分の執行法草案－行刑法-1-」」法学研究 46 卷 7 号 (1974 年) 62 頁。

¹⁹³ BVerfG vom 14.03.1972 - 2 BvR 41/71, BVerfGE 33, 1.

¹⁹⁴ 中谷瑾子「1973 年西ドイツ行刑法政府草案「自由刑および自由の剥奪をともなう改善および保安処分の執行法草案－行刑法-(1)(2・完)」」法学研究 46 卷 7 号 (1974 年) 62-88 頁、46 卷 8 号 (1974 年) 65-88 頁；朝倉京一『1972 年西ドイツ行刑法案 (政府案)』昭和 50 年監獄法改正資料 18 号 (法務省矯正局、1975 年)；同「1972 年西ドイツ行刑法政府案について(1)(2)(3)(4)(5)(6・完)」刑政 84 卷 7 号 (1973 年) 44-51 頁、84 卷 8 号 (1973 年) 46-53 頁、84 卷 9 号 (1973 年) 56-63 頁、84 卷 10 号 (1973 年) 50-57 頁、84 卷 11 号 (1973 年) 32-39 頁、85 卷 1 号 (1974 年) 42-49 頁；同「行刑の法的規制の問題－1971 年ドイツ行刑法草案と見る」刑政 82 卷 9 号 (1971 年) 12-19 頁を参照。

¹⁹⁵ Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsrecht, 2. Aufl., De Gruyter, 1978, S.54 f.

で自ら責任を負う生活を送る術を習得することができるように、行刑の課題を設定することが求められた。しかし、政府草案は本質的な規定の発効を財政難の理由で留保していたため、顕著な批判を受けた¹⁹⁶。

第6立法期は、政治状況のため予想より1年早く終了し、直ちに次の第7立法期が始まったため、政府は、1973年1月4日、1972年の草案をそのまま連邦議会に提出した¹⁹⁷。連邦議会は、翌月、114項目に及ぶ修正・削除の意見を付けて政府に回付し、また、政府は、7月23日、46項目への同意、17項目への一部同意、残りの項目への反対という意見を連邦議会に提出した¹⁹⁸。同年10月19日、連邦議会は、第1読会を開き、政府草案を刑法改正特別委員会に付託した。この政府草案に対しては、9月1日、バウマン教授などをはじめとする連邦ドイツ及びスイスの刑法学者10人で構成されたグループから、行刑法代案¹⁹⁹が提出された。この代案は、政府草案と比較すると、再犯の危険のある犯罪者に対する理想的な行刑を示したものであり、基本的に教育、社会的支援及び治療を、自由を剥奪する制裁の構想の中心に置くなど、再犯防止のための処遇を強調した点で、政府草案に対する代案と呼ぶにふさわしいものではあったが、当時の状況では実現可能な範囲を超える内容であった²⁰⁰。

刑法改正特別委員会では、1974年9月25日の第35回会議から1975年6月18日の第61回会議までの全27回の会議を通じて審議が重ねられた²⁰¹。他方、連邦憲法裁判所は、前述の1972年の決定で示した立法のための期限が経過したことを受け、1975年10月29日の決定において、次のように述べて、改めて立法までの時限を定めた²⁰²。

「当時、時限を設定した時点における事実上の前提は、決定的に変化した。しかし、もし立法者が法律の制定に至るまで1973年秋から起算してまた4年を経過するとす

¹⁹⁶ Müller-Dietz, Heinz, Die Entwürfe zu einem Strafvollzugsgesetz und die Strafvollzugsreform, JZ 29, 1974, S.355 ff.; Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsrecht, 2. Aufl., De Gruyter, 1978, S.55.

¹⁹⁷ 宮沢浩一「西ドイツの新行刑法について（監獄法改正について）」法律時報48巻7号（1976年）64頁。

¹⁹⁸ BT-Drs. 7/918, 1973.

¹⁹⁹ Baumann, Jürgen u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes: Vorgelegt von einem Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, J.C.B. Mohr, 1973.

²⁰⁰ Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsrecht, 2. Aufl., De Gruyter, 1978, S.56.

²⁰¹ 朝倉京一「1976年西ドイツ新刑法典について（1）」刑政87巻9号（1976年）58頁。

²⁰² BVerfG vom 29.10.1975 - 2 BvR 812/73, BVerfGE 40, 276.

れば、その有責な遅滞と裁判所の決定の違反に対する責任を負うことになるであろう。しかし、刑法改正特別委員会は、1975 年 6 月 18 日の第 61 回会議において、行刑法草案を修正し、全会一致で可決し、連邦議会の本会議における可決が、1975 年 11 月 7 日に予定されている。したがって、行刑法は、遅滞なく可決され、早いうちに公布されることが期待される。いずれにせよ、受刑者の基本権に対する侵害の法的根拠を含む行刑法の部分が、遅くとも 1977 年 1 月 1 日に施行される可能性があることは認めなければならない。」

しかし、議会においては、連邦参議院がラントの財政権を主な理由として行刑法の成立に難色を示したため、11 月 28 日、両院の協議会で審議が検討することになった²⁰³。その後、連邦議会は、若干の修正を経て、1976 年 2 月 12 日に行刑法草案を最終的に議決し、法律は 3 月 16 日に公布された²⁰⁴。かくして、受刑者の法的地位を保障し、行刑を通じて再社会化を目指す統一的な行刑法が、1977 年 1 月 1 日から連邦全体に施行されることになった²⁰⁵。

第 3 節 小括

近代に入って、ドイツで自由刑が主刑として確立されたことは、西欧での刑罰制度の変化と密接な関係を有している。すなわち、18 世紀啓蒙主義の登場により、かつての残酷な刑罰から人道的刑罰への転換が行われるとともに、産業革命の結果として生まれた労働力需要と犯罪者の改善への社会的要求が合致することによって、身体の拘禁に労働が結び付けられた近代的拘禁刑が定着した。しかし、当時の劣悪な監獄の

²⁰³ 宮沢浩一「西ドイツの新行刑法について（監獄法改正について）」法律時報 48 巻 7 号（1976 年）64 頁；朝倉京一「1976 年西ドイツ新刑法典について（1）」刑政 87 巻 9 号（1971 年）56 頁。

²⁰⁴ BGBl. I, 1976, S.581 ff.

²⁰⁵ 2006 年の基本法の改正により、行刑法の立法権限がラントに移され、各ラントが独自に行刑法を制定することになった（Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Kohlhammer, 2012, Rn.230）。現在は、すべてのラントが固有の行刑法を制定している。従来の連邦行刑法は、引き続き連邦法としての効力を有するが（基本法第 125 条 a 第 1 項第 1 文）、その適用範囲は限られている。

状態では、人間として最低限の生活も不可能であったため、監獄の環境を改良することを要求する運動が起こった。それとともに、犯罪の予防のために、受刑者に対して積極的に教育と処遇を行うことの重要性が強調された。こうした傾向を反映して、ドイツでは、近代的刑務所が設立され、法律により自由刑が定められたが、行刑に関する統一的な規定は設けられなかった。その後、法治主義に基づき受刑者の法的地位が高められたことや、刑罰の特別予防論と社会国家原則によって受刑者の再社会化が重視されることになったことなどの影響を受けて、ドイツ刑事法において 20 世紀を貫くテーマであった行刑改革は、大規模な刑法の改正と統一行刑法の制定を行うことにより実現することになった。

第3章 ドイツにおける刑執行裁判所の創設

第1節 刑執行部の導入過程

1976年に連邦行刑法が制定される以前、ドイツにおいては、重要な制度の変化があった。連邦行刑法の条文もその変化を反映して規定された。自由刑の執行に対する司法的統制と関連したこの重大な変化は、行刑改革における一つの方法として提示されたものであり、既にその100年余前に、ドイツのみならずヨーロッパのレベルにおいてその議論が開始されていた。

1. ヨーロッパにおける議論

(1) 1937年の第4回国際刑法会議

ヨーロッパにおいては、既に1885年に、ローマで開かれた国際監獄会議において、受刑者の状態を監督するための特別な行政機構を行刑施設に設立することが支持されたという事実があったが²⁰⁶、言い渡された刑罰を変更し、又は行刑方式の本質的な部分と関連するすべての措置を決定することが裁判官の任務に属すると初めて宣言されたのは、1937年の第4回パリ国際刑法会議であった。同会議では、「刑罰と保安処分の執行における裁判官の役割は何か」という第5テーマに関する議論において、行刑への裁判官の介入は罪刑法定主義により根拠づけられ、裁判官の介入の内容に監

²⁰⁶ Bertillon, Alphonse, *Anthropometrical Descriptions: New Method of Determining Individual Identity*, Conference given at the International Penitentiary Congress at Rome, translated by Edmund Robert Spearman, Melun: Administrative Printing, 1887, p.26.

督の任務と決定の権限が含まれるということが決議された。このうち、監督の任務については、受刑者に執行される刑罰と保安処分の目的を考慮した、刑務所内における法及び規則の統制が含まれ、同任務は治安判事又は治安判事の主宰する監督委員会により行われなければならないとされた。つぎに、決定の権限については、司法当局が、刑罰を終了し、又はその執行と関連した本質的な変更を加えることのできる権限を有するべきであるとされた。ここでいう本質的な変更には、保安処分の猶予、中断、修正及び補完のみならず、不定期刑を言い渡された受刑者に対する収容の延長や釈放をする権限が含まれるとされた。また、そのような判断は、できる限り、当該刑罰を言い渡した裁判官、あるいは裁判官が主宰して医師や弁護士などが参加する委員会により行われるべきであり、それらの決定権限及び決定内容の法的根拠も設けられるべきことが指摘された。そして、そのような決定に対する控訴は、上級裁判所又は上級委員会により判断されなければならないとされた²⁰⁷。

（２）１９６９年の第１０回国際刑法会議

１９６９年にローマで開催された第１０回国際刑法会議の第３部会は、「刑罰の決定と適用における裁判官の役割」が、そのテーマであった。そこでは、事前に提出された一般報告書及び事前準備会議をもとに、参加者の間での議論が行われた。

一般報告書によれば、刑罰の主な目的は社会の保護であり、それは犯罪者の再社会化により達成される。刑罰の執行の効果としての再社会化は、刑罰が言い渡される段階では完全に予測することはできないため、言い渡された刑罰の態様及び程度は、その執行過程において具体的に調整される必要がある。つまり、「刑罰の決定 (*détermination de la peine*)」と「刑罰の適用 (*application de la peine*)」は区分され、裁判所は、刑罰の決定のみならず刑罰の適用の段階でも介入すべきである。なぜならば、裁判所は、国家機関のうち特権的地位を享受し、刑罰の適用と犯罪者の保護の合法性に関する最高の保障者だからである。言い換えれば、刑罰の適用は司法的な性格を有するものであり、再社会化が考慮される犯罪者の保護については合法性が要請される。このような合法性は、独立機関として市民の権利の制限を決定する裁判所によっ

²⁰⁷ “Fourth International Congress of Penal Law (Paris, 26-31 July 1937)”, *Resolution of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004)*, edited by José Luis de la Cuesta and Isidoro Blanco Cordero, AIDP, 2015, pp.25-26.

てこそ保障されることができる。したがって、有罪判決と刑罰の決定だけが刑事裁判に当たるといえず、刑罰の執行が終了するまでの刑罰の適用の段階全体についての裁判所の関与も、刑事裁判手続の一部とみなされる。また、受刑者の司法的救済もなされなければならない、その際、一般的な司法手続における権利が保障されるべきである。

しかし、現在、刑罰の言渡しに関しては裁判所の管轄が慣習的に認められているが、刑罰の適用の場合はそうではない。これと関連して、一般報告書は、既に刑罰の適用に裁判所が関与するモデルを採用している一部の国の例を紹介し、裁判所が刑罰の適用を司る場合に、いかなる裁判所がそのような権限を持つべきであり、裁判所はどのように構成されなければならないかという問題にも言及している。結論からいうと、行刑施設に近接している裁判所が、刑罰を決定する裁判所に対して距離の面で優位を占めるので、刑罰の適用に関して優先的な管轄権を有する。その場合の裁判所は、普通裁判所又は特別裁判所、合議体又は単独裁判官のいずれの形態でもよい。職業裁判官ではない専門家もその構成員になることができ、裁判所は行刑委員会と協力することが推奨される。裁判官は、行刑施設及び受刑者の事情がよくわかる条件に置かれなければならない、職業裁判官の場合は犯罪と行刑学の教育を受けなければならない²⁰⁸。

上記の報告書の内容を踏まえて、本会議に備えるための事前準備会議が開催された。議論は、刑罰の決定と刑罰の適用の概念を区別することに対する合意を前提に、それぞれの段階における裁判官の役割についての議論を経て、刑事裁判官に犯罪学の知識が要求されるというところにまで進んだ。多くの参加者は、刑罰の適用段階においても裁判官の関与が必要であるという立場であったが、その具体的な形態と方式については意見が分かれた。それに関連して、各国の制度の現状が紹介されてそれぞれの問題点が指摘されたが、そこから得られた結論は、大きな枠組みとしての原則に合意したうえで、各国の事情に合わせて制度を施行するということであった。

大きな枠組みとしての原則とは、第一に、刑罰の適用を行い統制する専門裁判官が求められること、第二に、可能な限り簡易な形態と手順によらなければならない、ということである。刑罰の適用に関する裁判は、その性格に照らせば、刑事事件の延長であるが、行政事件の性格も持っており、それは、一般的な行政事件よりも司法的統制の度合いが加重された特殊な性格の手続といえる。したがって、刑罰の適用を司る裁判官は、当初の刑事判決に影響を及ぼすことなく、執行の過程における受刑者の保護や施設の統制を行う特定の権限を与えられるべきである。また、刑罰の適用に関

²⁰⁸ Solnar, Vladimir, «Rapport Général Définitif», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 41, no. 3, 1970, pp.319-333.

する決定は、迅速を要する場合がほとんどであるため、裁判所の構成と裁判の手続が複雑であれば、不要な遅延が生じるおそれがあるので、一般的な司法裁判とは異なるべきである。このような原則に基づいて、刑罰の適用に関する決定を行う専門裁判所を設置するものの、その形態と構成、具体的な権限と手続に関しては、各国の立法に委ねることとされた²⁰⁹。

本会議では、上記のような準備会議過程で整理された内容に基づき、議論がなされた²¹⁰。会議においては、刑罰の適用を行う専門裁判官を置くことに対して否定的な意見を示す参加者もいた。たとえば、アメリカや日本の場合、刑罰の適用段階においては司法機関ではなく行政機関により統制が行われており、今後も司法機関は受動的な役割を担うにとどまるべきであるという意見や、司法機関による統制の強化には弊害もありうるから、実験的な試みが望ましいというアラブの参加者からの消極的な意見もあった²¹¹。しかし、多くの参加者は、受刑者は単なる客体ではなく主体として扱われるべきであり、刑罰を言い渡した裁判官が刑罰の執行に関与することは、受刑者の人権と合理的な処遇のためにも必要不可欠であるとして、刑罰の適用段階においても裁判官が関与しなければならないと主張した²¹²。

最終的に、第3部会は、刑執行裁判所の導入を支持する決議案を採択し、それが総会で若干の修正を経たうえで承認された。それによれば、刑罰と保安処分を執行する方法は、法律によって定められなければならない、裁判官は、刑罰及び保安処分の執行をその権限内に持つべきであるとされた。そして、裁判官の決定に影響を与える刑罰と保安処分の執行方法の修正で、原裁判を動かすようなものは、裁判官自身又は制

²⁰⁹ «Procès verbal du colloque préparatoire de l'Association internationale de droit pénal», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 41, no. 3, 1970, pp.335-384.

²¹⁰ 第10回国際刑法会議全体に関する詳細な描写と叙述は、団藤重光「ローマにおける第10回国際刑法会議に出席して(1)(2)(3)(4)(5・完)」ジュリスト440号(1969年)61-65頁、441号(1970年)200-202頁、442号(1970年)129-135頁、443号(1970年)91-97頁、444号(1970年)102-109頁；Tröndle, Herbert, Der X. Internationale Strafrechtskongreß in Rom vom 29. September bis 5. Oktober 1969, ZStW 82, 1970, S.578 ff.を参照。

²¹¹ 団藤重光「ローマにおける第10回国際刑法会議に出席して(1)」ジュリスト440号(1969年)130-132頁；George, B.J., "The Role of the Court in the Determination and Enforcement of Punishment", *Wayne Law Review*, vol. 15, no. 2, 1969, pp. 658-681.

²¹² 団藤重光「ローマにおける第10回国際刑法会議に出席して(1)」ジュリスト440号(1969年)130-132頁。

裁の執行を監督する責任を負う別の司法当局によって宣言され、又は変更されなければならないとされた²¹³。

2. ドイツにおける議論

(1) 議論の背景

かつて、リストは、1882年刊の『刑法における目的思想』において、行刑施設を監督する機関として「監督委員会」を置くべきだと主張した。彼は、自らの分類による3つの犯罪者グループのうち、改善の不可能な犯罪者グループと改善の必要な犯罪者グループについて言及した。まず、前者については、無期又は不定期で社会から隔離すべきであるが、非常に例外的ではあれ社会復帰の可能性を開いておく必要はあるとし、具体的には、判決裁判所に設置されている監督委員会が、毎年、刑事裁判所に釈放を申し立てることができる仕組みを設けるべきであるとした。これに対し、後者については、改善のために最低1年以上の自由刑が執行されるべきであり、その経過後に、その間の行刑成績に基づいて段階的に社会に復帰させることができるものとし、監督委員会が、十分に改善されたと判断される者について、毎年裁判所に釈放を申し立てることができる仕組みを設けるべきとしていた²¹⁴。しかし、1877年刑事訴訟法においては、刑の執行開始の決定は裁判所の権限であると規定されていたものの、刑の執行自体については専ら検察の権限に属すると定められており、上記のリストの主

²¹³ “Tenth International Congress of Penal Law (Rome, 29 September - 5 October 1969)”, *Resolution of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004)*, edited by José Luis de la Cuesta and Isidoro Blanco Cordero, AIDP, 2015, pp.60-61; Max-Planck Institut(hrsg.), *Entschlüsseungen des X. Internationalen Strafrechtskongresses in Rom 1969*, ZStW 82, 1970, S.585 ff.; 団藤重光「ローマにおける第10回国際刑法会議に出席して(3)」ジュリスト442号(1970年)134頁。

²¹⁴ Liszt, Franz v., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*(1882), *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd.1, Guttentag, 1905, S.170 ff.

張は、他の行刑の改革に関するものと同様に、第二次世界大戦後まで実現するに至らなかった。

ドイツにおいて行刑に対する司法的監督が初めて法律上に登場したのは、そのときから数十年後、それも一般刑法ではなく、1953 年の少年裁判所法においてであった。この法律により、少年事件においては、刑の執行の指揮と監督につき、それまでは一般的に検事が担当していた部分についても、少年裁判所の裁判官が担当するようになった。裁判官には、行刑中の少年の改善を図るために、個々の少年の特性を熟知し、少年刑事施設の職員との関係を維持し、より広い意味での行刑業務に関与する義務が課されることになった²¹⁵。このように刑の執行に関する管轄権を持つ、いわゆる執行指揮裁判官は、後に一般刑法における刑執行部のモデルとなった²¹⁶。

（２）1960 年の第 43 回ドイツ法曹大会

連邦政府は、成人行刑においても、より大きな効果を図るために、行刑の過程を裁判官の統制の下に置くことに関心を持ち始めた。そして、本格的に立法作業に乗り出す前に、グルナウ博士に対し、他国における刑の執行への裁判官の関与に係る制度についての調査研究を委託し、その報告書が 1956 年に提出された。それを参考にして、大刑法委員会第 2 読会で採択された 1959 年の第 2 次刑法改正草案には、刑執行裁判所（Vollstreckungsgericht）の導入が盛り込まれた。それについて、1960 年、「刑法改正の刑事政策的課題」というタイトルの下に開かれた第 43 回ドイツ法曹大会の刑事法部会において討論が行われることになった。それに先立ってマウラッハ教授により提出された意見書においては、刑執行裁判所の導入に対し、次のような理由で否定的な意見が展開された。

第 2 次刑法改正草案で刑執行裁判所の関与が定められたのは、自由剥奪的処分に關する規定であった。草案は、限定責任能力者の場合に、刑罰の全部又は一部の執行を処分の執行に変更する権限を刑執行裁判所に与えつつ、その期間の算定の基準に關しては具体的な規定を置かなかった。これに対して、マウラッハは、刑法上の原則で

²¹⁵ Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.19.

²¹⁶ Meier/Rössner/Schöch（キム・ソンウン／パク・ハクモ／ユン・ジェワン訳）『ドイツ青少年刑法（Jugendstrafrecht）』（韓国刑事政策研究院、2014 年）356-360 頁。

ある刑罰と処分の二元主義が形骸化され、量刑に関する裁判官の過度の裁量により受刑者の権利が危うくなる恐れがあり、また、刑執行裁判所の事後的な決定により事実審裁判所の判決が無意味になり、事実上不定期刑となる結果をもたらしうると批判した。さらに、マウラッハは、刑執行裁判所による裁判に関して、事実審裁判所の裁判のような手続的保障が規定されていない点も立法上の欠陥として指摘し、少年裁判所では刑執行に対する統制がなされているという事実も、少年刑法においては一般刑法に比べて柔軟な量刑が行われるという本質的な違いがあるから、刑執行裁判所の設置の根拠になりえないとした²¹⁷。

部会での討論においても、刑執行裁判所の導入に対して批判的な立場を有する参加者がいた。その中でもハネマン裁判官は、刑執行裁判所の裁判官よりも事実審裁判所の裁判官のほうが事件の実体的な内容を熟知しており、受刑者の事情及び要求をよりよく理解することができるとした。さらに、裁判官は事実審を担当することなく刑執行に関連した業務のみを扱うことを避けるであろうから、優れた裁判官が刑執行裁判所に任命されるのは稀な事態になるであろうし、また、仮に任命されたとしても、その裁判官は再び事実審を担当するために努力するだけであるから刑執行業務に関する専門性を得ることは難しいであろうという現実的な問題を指摘した²¹⁸。

しかし、多くの参加者は、刑執行裁判所の導入に賛成するか、又は賛否を留保する立場をとった。最も積極的に賛成したイエシェック教授は、①刑執行裁判所の設置は適法か、②刑の執行に関わる裁判所には、行刑隣接性と専門性が求められるか、③行刑に関する裁判の統一性が求められるか、という3つの争点について、次のような主張を行った。まず、争点①については、基本法は、自由剥奪に関連したすべての決定は裁判官により行われると定めており、かつ、その場合にいかなる裁判官によらなければならないかは特定されていないので、刑執行裁判所の形態によることは可能であるとした。つぎに、争点②については、自由剥奪と関連した決定をするにあたって、裁判所と行刑施設との距離は非常に重要であり、また、裁判官の犯罪学の専門知識も必要であるとした。なぜならば、裁判官は、当該受刑者の個人的な特性と行刑中の改善の過程と、同受刑者が収容されている行刑施設に関する情報を得ることができ、か

²¹⁷ Maurach, Reinhart, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, In: Ständigen Deputation des Deutschen Juristentag(hrsg.), Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1960, 1(Gutachten), 3, A, J.C.B. Mohr, 1960, S.16 ff.

²¹⁸ Diskussion, In: Ständigen Deputation des Deutschen Juristentag(hrsg.), Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1960, 2(Sitzungsberichte), E, J.C.B. Mohr, 1960, S.117 ff.

つ、犯罪及び行刑に関する専門的な知識を習得していれば、個別の受刑者に関してより正確な決定が可能になるからである。そのうえで、現時点ではなお不足している裁判官の専門知識は、基礎的な犯罪学の理解と実務の経験を通じて蓄積されうるとした。最後に、争点③については、行刑に関するすべての決定が一つの裁判所で行われることになれば、裁判官の過度の裁量からもたらされる受刑者間の不公平の問題も解決されうるとした²¹⁹。

さらに、イエシェックは、事実審裁判官のほうで刑の執行の判断により適しているという上記の主張に対しては、事実審裁判官は頻繁な人事異動があるため、ある事件を担当した裁判官が、その事件に係る刑の執行に関する決定が必要となった時には、もはやそれを担当しない可能性が高く、そうなると、事実審裁判官としての知識と情報は意味をなさなくなると反論した。また、刑執行裁判所での手続的保障が不十分であるという指摘に対しては、事実審における手続保障が刑執行裁判所の裁判でも同様に保障される必要があり、既に制度化されている逮捕その他の身柄拘束の適法性の審査手続を範として刑執行裁判所の手続を構成することを提案した。そのうえで、イエシェックは、このような刑執行裁判所は、全く新しい制度というわけではなく、既に諸国において実施されているので、ドイツにおいても実現可能であると主張した²²⁰。

第43回ドイツ法曹大会は、今後の立法過程において上記のような議論の内容に留意することを促す決議を行って終了した²²¹。その後、1962年刑法政府草案には、賛成の立場の根拠とされた行刑施設との隣接性、執行猶予の実務の統一的な運用及び法治主義の強化を理由として、刑執行裁判所の創設が含まれることになった。草案の理由書においては、とりわけ、刑の言渡し以降の段階も、責任刑法の基本原則に一致することが求められるのであり、それは裁判官の固有な任務であることが確認された。それに従って、仮釈放について、従来は、判決裁判所により決定されるとされていたのを、行刑施設の近くにある刑執行裁判所により決定されるものと変更し、これにより、裁判所と行刑施設との直接的な関係が設けられること、全国的に統一された適用ができることが強調された²²²。

²¹⁹ Ebenda, S.72 f.

²²⁰ Ebenda, S.73 f.

²²¹ Der 43. Deutsche Juristentag, JZ 15, 1960, S.761.

²²² BR-Drs. 4/650, 1962, S.206.

また、1966年刑法代案においては、刑執行裁判所の地位と権限をいっそう強化し、画期的な再社会化刑法を目指すものとされた。その具体的な内容としては、刑執行裁判所が、すべての処分と執行猶予における負担事項を一定の範囲内で事後的に変更する権限や、受刑者に仮釈放を許可しない場合には、開放処遇施設又は中間処遇施設での収容を命じる権限を持つことが挙げられる²²³。

（３）1967年の保護観察協会連邦大会

1967年の保護観察協会連邦大会においても、刑執行裁判所の導入が喫緊の課題であることが確認されるとともに、適切な社会的保護の下で有罪判決を受けた者の再社会化及び更生を促進することが刑執行裁判所の目指すべき最高の目標であることが確認された²²⁴。特に、刑執行裁判所をテーマとした第3部会においては、1962年刑法政府草案の規定を中心に、刑執行裁判所についての検討がなされた。

まず、スタインブレナーは、仮釈放に関して第一審裁判所が決定するものとしていた当時の刑事訴訟法上の規定について、同規定は、特定の裁判部を指すものではなく、第一審裁判を行う裁判所、すなわち区裁判所又は地方裁判所を意味するものであるから、それに属する合議体としての刑執行部に、仮釈放の決定の権限を与えることができる」と主張した²²⁵。

つぎに、シュタインは、1962年刑法政府草案が少年裁判所法の規定に倣っているという事実を踏まえて、刑執行裁判所は区裁判所に設置することができるとした。そして、その構成については、1人の職業裁判官と2人の専門家である参審員にすることを提案し、非司法的な問題が争点になる場合には、参審員が決定にも参加することができるようにするべきであるとした。また、彼は、1962年刑法政府草案が、仮釈放の決定の権限だけを刑執行裁判所に与え、刑の執行猶予の事後的な決定の権限を事実

²²³ Baumann, Jürgen u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches-Allgemeiner Teil, 2. Aufl., J.C.B. Mohr, 1969, S.78 f., 90 f., 95, 140 f.

²²⁴ Weiß, Walter, Bewährungshilfe heute und morgen, BewHi 15, 1968, S.21 f.; Thomann, Roland, Beratungsergebnisse der Arbeitsgruppe III: Vollstreckungsgericht, BewHi 15, 1968, S.62.

²²⁵ Steinbrenner, Arnold, Erfahrungen eines Bewährungsrichters für erwachsene Probanden. Bedingte Entlassung durch eine Vollstreckungskammer?, BewHi 15, 1968, S.54 f.

審裁判所に残したことを批判した。刑の執行猶予の事後的な決定と仮釈放の決定に関する判断は、実質的に同様であり、保護観察官をはじめとする関係者との協力を要するという点でも差がないにもかかわらず、刑の執行猶予の事後的な決定だけを事実審裁判所が行うものとする理由がないこと、刑の執行猶予を言い渡した事実審裁判官がその事後的な決定まで行うとするほうが、同一の裁判官が、対象者の改善の推移を観察したうえで判断することができるというメリットがあるとされるが、実際には、事実審裁判官は頻繁に異動するため、そのようなメリットは期待できないことが、その理由として挙げられた²²⁶。

第3部会における議論の結果、実体刑法と刑事手続法全体の改正を待つことなく、部分的な改正によってでも刑執行裁判所を立法化しなければならないとの決議がなされた。詳細な内容は、以下のとおりである。

刑執行裁判所は事実審裁判所とは別に設置されなければならない。もっとも、刑執行裁判所は、事実審裁判所の判決と判決理由、とりわけ量刑において示された意思を基礎とすべきである。それに加えて、刑執行裁判所は、判決以降に生じた事実、判決後に明らかになったか知った事実及び犯罪者の性格若しくは犯罪後の行動のうち、裁判に意味を持つものはすべて考慮することができる。また、刑執行裁判所は、最終的に社会の利益の保護及び犯罪者の再社会化を図るため、すべての刑罰と処分を個別事件における必要性に最も効果的に適合させることを目指す。したがって、刑執行裁判官は、刑事裁判官や検察官として十分な経験を有する者でなければならず、すべての刑事制裁及び行刑についての基礎知識、再社会化理念、刑事心理学、刑事社会学などの関連テーマについても関心を持たなければならない。

刑執行裁判所の構成については、第一審で、区裁判所が裁判した事件は区裁判所の裁判官に、地方裁判所が裁判した事件は3人の地方裁判所の裁判官により構成された裁判体によるとされた。職業裁判官ではない専門家の参加については合意が得られなかったが、裁判官は手続中に専門家の意見を聞く義務があるとされた。刑執行裁判所の管轄については、全会一致で、1962年刑法政府草案と1966年刑法代替草案の規定よりも拡張されるべきであるとされた。具体的には、刑執行裁判所は、6月以下の自由刑を含めてすべての刑事制裁を対象に、保護観察付執行猶予に係る事後的な決定、条件付釈放に係るすべての決定、刑罰と処分間の執行の順序に係る決定、処分の変更及び執行猶予と釈放の許否に係る決定などを行わなければならないとされた。それと

²²⁶ Stein, Wolfgang, Das Vollstreckungsgericht nach zukünftigem Recht, BewHi 15, 1968, S.56 ff.

ともに、保護観察に関して刑執行裁判所の決定すべき事項も示された。また、刑執行裁判所の決定に対しては、高等裁判所に即時抗告を申し立てることができるものとされた²²⁷。

このような刑執行裁判所の導入に肯定的な雰囲気は、1968年、カールスルーエ地方裁判所に、刑執行部が試験的に設置される成果をもたらした。そのプロジェクトは、同裁判所刑事部の所属裁判官の同意を得て行われたため、法律を改正せずとも、当時の現行法を土台として可能であった。しかし、その代わりに、社会科学者が直接に決定に関与する可能性は放棄せざるを得なかった。それゆえ、刑執行裁判所の裁判官は、行刑、裁判所補助及び保護観察、犯罪学その他の隣接学問について必要な知識を備えること、社会福祉担当者、裁判所補助人及び保護観察官、心理学者、医師などとの間で持続的に経験を交換すること、刑執行の手続を専ら再社会化のために進めることなどの具体的な目標が定められた²²⁸。

（４）1970年の行刑委員会第10回会議

1970年1月、ベルリンで開催された連邦司法省の行刑委員会第10回会議においては、刑執行裁判所を創設することを前提に、それをいかに構成するかについて議論がなされた。そして、刑執行裁判所の管轄及び構成、行刑隣接性、意見聴取のような実務的な手続についての考え方を示した、「刑執行裁判所のテーマに関する行刑委員会の基本原則」²²⁹が議決されたが、これは、後に連邦司法省による法律案の土台となった。その内容は、ほとんどが実定法に反映され、現在の刑執行裁判所の制度に至っている。もっとも、刑執行裁判所の構成に関しては、最終的な議決に至るまでに、議論の過程で多少の意見の相違が見られた。

第1に、刑執行裁判所の最も効果的な活動のためには行刑隣接性が求められるという前提の下で、刑執行裁判所が、区裁判所と地方裁判所のどちらに設置されるべき

²²⁷ Thomann, Roland, Beratungsergebnisse der Arbeitsgruppe III: Vollstreckungsgericht, BewHi 15, 1968, S.61 ff.

²²⁸ Thomann, Roland, Das Vollstreckungsgericht: Testfall Landgericht Karlsruhe-Strafkammer VIII, MschrKrim 52, 1969, S.137 ff.

²²⁹ Grundsätze der Strafvollzugskommission zum Themen, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.211 ff.

なのかということが問題になった。まず、区裁判所への設置を主張した側の理由は、地方裁判所の管轄区域内に行刑施設が所在していない場合が多いこと、また行刑の問題の多くは行政に関するものであるので、行政の領域における非訟事件に関する区裁判所の豊富な経験が、刑執行裁判所の業務に役立つということであった。これに対し、地方裁判所への設置を主張する側は、刑執行裁判官に適した裁判官は区裁判所より地方裁判所により多く存在するのみならず、地方裁判所内部での裁判官の入れ替えにより、刑執行裁判官としての行刑法分野に関する知識と経験を事実審裁判所に伝えることができるというメリットがあると主張した²³⁰。

第2に、刑執行裁判所を単独裁判官にするか、若しくは合議体にするかということが問題になった。単独裁判官により刑執行の決定をとした場合には、合議体に比べて、行刑施設との密接な接触と迅速な意思決定が可能となるうえに、裁判所の財政負担が少なく、裁判部の構成が容易であるという付加的なメリットもあるとされた。また、当時予定されていた司法改革では、単独裁判官に従来よりも多い権限を与えていること、合議体に比べて裁判官の交代が少なく、長期間の専門教育を要する刑執行裁判官の性格を考えると単独裁判官がより適していることも理由とされた。さらに、管轄地域が狭い裁判所では、合議体の担当する刑執行業務が多くないために、他の業務が課されることになるという懸念も提起された。これに対し、合議体としての刑執行裁判所を主張する側からは、難しい法律問題を多数取り扱う刑執行業務の性格に照らして、合議体での協議がしばしば必要になるうえに、行刑に関する問題を共同で解決するという方向にもより適合するから、合議体により刑執行の決定が行われる必要があるとされた。また、合議体であれば、その一部の構成員が変更されても、合議体全体の決定は影響を受けないので、より安定した裁判が可能であり、構成員の休暇や病気休暇の場合に空席を補いやすいというメリットもあるとされた²³¹。

第3に、職業裁判官ではない専門家の裁判への参加が問題になった。一方には、行刑職員のような行刑分野に勤める専門家については、行刑に対する司法的統制の権限を与えるわけにはいかないのに、それらの者は裁判に参加することはできないが、その他の専門家の参加は、より強い一般の関心を引き出すことができるため、推奨さ

²³⁰ Niederschrift über die Beratungen der zehnten Arbeitstagung vom 5. bis 9. Januar 1970 in Berlin, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.12 f.

²³¹ Ebenda, S.13 f.

れるという意見があった。しかし、他方で、門外漢である専門家の裁判手続への参加は裁判に相当な困難をもたらしかねないので、専門家の役割は、裁判官に助言をする程度にとどめるべきであるという意見もあった。もっとも、後者の場合にも、審理で議論されるべき争点に関しても専門家の鑑定に替えるようにすることができるとすれば問題があるという指摘がなされた²³²。

これらの問題のうち、第1と第2の問題に関しては、刑執行裁判所は地方裁判所に設置されるべきであり、また、合議体のみならず単独裁判官としての形態も必要であるとの議決がなされたが、第3の問題に関しては合意が得られず、さらに検討を要するものとされた²³³。

それに加えて、行刑委員会の第10回会議では、行刑に対する刑執行裁判所の統制の在り方についても取り上げられた。その議論と議決事項も多くの方が現行法の内容につながっているため、そのうち重要な部分について取り上げることにする。

まず、行刑処分の司法審査の対象は、行刑施設の長の処分に限定された。これは、行刑の再社会化目的を達成するにあたって求められる行刑職員の積極的な協力を引き出すためであった²³⁴。

つぎに、受刑者が司法審査を申し立てる前に、監督機関による事前手続を経ることを要求するか否かについて、意見の対立があった。それに賛成する立場は、監督機関が直接に紛争を解決する正当な利益が認められるうえに、事前手続により監督機関が行刑に積極的に参加する可能性が生じ、刑執行裁判所の負担を軽減する効果をもたらすという理由を挙げた。これに対し、反対する立場は、監督機関の主な役割は、紛争を解決することではなく、行刑施設における生活を形成することであるという反論を提起した。また、事前手続を経ることになると、裁判所の決定が遅延して、施設内での懲罰の当否のような至急の判断を要する場合に対応できなくなり、結局、行刑の司法審査は、非常に長期の自由刑に処せられた受刑者にのみ意味を持つことになって

²³² Ebenda, S.15.

²³³ Grundsätze der Strafvollzugskommission zum Thema Vollstreckungsgericht, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.213 f.

²³⁴ Niederschrift über die Beratungen der zehnten Arbeitstagung vom 5. bis 9. Januar 1970 in Berlin, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.18; Grundsätze der Strafvollzugskommission zum Themen, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.215.

しまうという問題も指摘された。この論点については、後者の意見が支持され、司法審査に対する事前手続は置かないという結論となった²³⁵。

(5) 1973 年のトーマン報告書

1973 年、刑執行部が試験的に設置されたカールスルーエ地方裁判所の裁判官であるトーマンは、カールスルーエでの 2 年間の経験とそれまでの議論を踏まえて、刑執行裁判所の創設に関する報告書を公表した。その時点では、刑執行に関する事後決定の権限を刑執行裁判所に与える規定を含む刑法改正法の施行が予定されており、それに対応する手続法を整備するために、刑執行裁判所の具体的な形態と管轄及び手続に関する規定が検討されている段階であった。したがって、刑執行裁判所をめぐる議論は、その設立を前提に、具体的な立法事項に焦点が当てられており、ある程度は結論が出ている状況であった。刑執行裁判所の導入に賛成していたトーマンも、そのような状況を踏まえて、将来の刑執行裁判所の在り方に関する意見を述べたのである。

カールスルーエ地方裁判所で刑執行部が試験的に運用されている中で、事実審の刑事裁判官の一部からは、事実審裁判所と別に専門裁判所を設ける必要はないという懐疑論も出されていた。刑執行と行刑の重要性は徐々に認識され、刑執行裁判所の設立に賛成する裁判官の数が増えてきていたものの、事実審裁判所と刑執行裁判所の関係についての疑問は依然として残っていたのである²³⁶。この問題に関しては、刑法改正作業の初期にも、刑執行裁判所に事後決定の権限が与えられることにより、事実審裁判所の判決が形骸化するという批判がなされたことがあった²³⁷。

これに対して、トーマンは、まず、刑執行裁判所の創設は、法治主義から要求されるものであるとした。受刑者の処遇と再社会化のために必要な、判決の事後的な変

²³⁵ Niederschrift über die Beratungen der zehnten Arbeitstagung vom 5. bis 9. Januar 1970 in Berlin, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.18 f.; Grundsätze der Strafvollzugskommission zum Themen, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.215.

²³⁶ Thomann, Roland, Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht: Versuch einer Deutung, F. Enke, 1973, S.1 f.

²³⁷ Ebenda, S.6.

更は、専ら裁判官にのみ与えられるべき権限だからである²³⁸。また、このような判断は、最終的には、受刑者の社会復帰を目指すものであり、そのために、個別の事案ごとに可能な限りすべての法的手段を保障することが、刑執行裁判所に与えられた固有の任務であるとした²³⁹。そして、次のような理由で、刑執行裁判所が、事実審裁判所とは別に、設立されるべきであるとした²⁴⁰。

すなわち、事実審裁判所の課題は、法秩序の保護のために、犯罪を社会的に不承認とするものであり、そのためには、判断の基礎となる事実関係を可能な限り正確に解明し、法の価値理念を考慮しなければならない。それゆえ、事実審裁判所においては、公判を中心に、裁判手続を迅速かつ集中的に行うことが求められる。それとは異なり、刑執行裁判所の課題は、従来、刑事司法の外に置かれていた行刑領域における法の適用を発展させるものであり、そのためには、行刑機関との協力の基準を新たに立て、個別のケースについて創造的に判断することが求められる。このような刑執行裁判所の業務は、行刑の期間内に限定されるものではなく、釈放後の再犯防止のための援助にまで及ぶものであり、長期間にわたって受刑者と接触する中で、言い渡された刑を柔軟に適用していくことに重点が置かれる。また、事実審裁判所の役割は、判決その他の裁判をもって終了し、刑の執行の開始により自由の剥奪という判決の意図は達成されるため、その後の手続は、裁判官の業務において軽視されてきた。しかし、事実審の裁判の終了後の業務を刑執行裁判所が担うことにより、事後手続の重要性が認識されると同時に、事実審裁判官の負担が減る一方で、事後手続の対象の範囲が広がるであろうから、刑執行及び行刑に対する司法的統制の要請に応えることができるという効果もある。

その一方で、トーマンによれば、事実審裁判所と刑執行裁判所は、ともに正義の法理念を目指しており、同一の適法性要件に即して判断するものであるから、対立する関係にはないとされる。たとえば、刑執行裁判所は、常に事実審裁判所の判決に基づいて判断するのであって、それを超える決定を行うことはないとされる²⁴¹。また、刑執行裁判所がその役割を果たすためには、事実審裁判所の経験と知識が必要であるから、事実審裁判所と刑執行裁判所の間で緊密な協力が行われるべきであり、両裁判

²³⁸ Ebenda, S.31.

²³⁹ Ebenda, S.61.

²⁴⁰ Ebenda, S.20 ff.

²⁴¹ Ebenda, S.6 f.

所は場所と組織の両面で同一の裁判所に属していることが求められるとされた²⁴²。そして、このことは、刑事司法全体の統一性のためにも必要であるとされた²⁴³。

そのうえで、トーマンは、刑執行裁判所の設置において、行刑隣接性が重要であるとした。特定の行刑施設に収容されている者に関しては、その施設に隣接している特定の刑執行裁判所が管轄権を有するものとするにより、統一的な法の適用が可能であるというのである。これには、裁判官の業務が迅速かつ集中的に行われ、受刑者に対して個別のかつ多様な処遇が行われるようにするメリットもあり、それを通じて、社会の安全への要求を充足し、受刑者の処遇への協力を引き出すことができるとした。もっとも、その一方で、トーマンは、ラントごとに、裁判所と行刑施設との距離が異なる現実を考慮すべきであるとも述べている。ただし、刑執行裁判所の数が多ければ多いほど、決定の統一性が害される危険性が大きくなるため、刑執行裁判所は可能な限り少なくすることを原則とすべきであるとした。つまり、行刑隣接性は、各行刑施設ごとに刑執行裁判所を設置しなければならないということまでを意味するものではなく、一つの高等裁判所の管轄区域内では、一つの刑執行裁判所に管轄を集中させる必要があるとしたのである²⁴⁴。

また、刑執行裁判所の構成に関しては、トーマンは、単独裁判官よりも合議体が適しているとした。刑執行裁判所の導入に関する議論の初期には、少年裁判所法上、刑の執行の責任を負う少年裁判官と同様に、単独裁判官の形態を採るべきだとする主張があったが、それに対して、トーマンは、合議体に、より大きな権威と影響力が認められる傾向があること、複雑で難しい事案については合議体において蓄積された経験を通じた解決が可能であること、単独裁判官による処理が困難であるほど多くの業務量が予想されることを理由として反対した。そのうえで、さらに、トーマンは、職業裁判官のほかに専門家の参加が必要であるとした。ここでいう専門家とは、刑事政策、犯罪学、行刑実務などに詳しい研究者又は実務家を言う。トーマンによれば、裁判の正確性と迅速性のためには職業裁判官が中心となるべきであるが、行刑における決定にはこれらの分野に関する専門知識が必要とされるため、有罪判決を受けた者及び行刑施設の職員の聴聞を含む手続全体に、そのような専門家が参加しなければならないとされた。もっとも、その時点では、それを実現することは困難であったが、将

²⁴² Ebenda, S.25 f.

²⁴³ Ebenda, S.32 f.

²⁴⁴ Ebenda, S.33 ff.

来は必ず達成されるべき目標であるとされたのである²⁴⁵。そして、その代わりに、再犯のおそれを判断する際に専門家の鑑定を参考にすることと²⁴⁶、刑執行裁判官は上記の分野に関する教育と学習により、専門知識を備えることが要求されるとされた²⁴⁷。

さらに、刑執行裁判官は、刑の執行機関である検察庁、行刑施設の職員その他の関連業務の従事者と緊密な協力関係を維持する必要があるとされた。これによって、刑執行裁判所の業務をより円滑に遂行することができるとともに、有罪判決を受けた者の個別的な事情をいっそう理解することができるようになるからである²⁴⁸。このことは、刑の執行猶予と残刑の執行猶予について、その取消しを決定する場合にも同様に求められる²⁴⁹。刑執行裁判官の関与の範囲は、行刑施設への収容に限らず、改善・保安処分や様々な社会内処遇の執行にまで及ぶので、それに係る決定に必要な外部機関との協力も行われなければならない²⁵⁰。また、トーマンは、何よりも重要なのは、当該手続においてだけでなく、継続的に有罪判決を受けた者と直接に対話することであるとし、このことは、法治主義から要求されるものであるとともに、行刑処遇の個別化と再社会化の実現に貢献するものであるとした²⁵¹。

3. ドイツにおける刑執行部の設立

(1) 刑執行部の立法過程

以上のような、ドイツ内外での刑執行裁判所の導入に関する議論と試みは、次第に実際の立法として実現されていった。1969年7月4日に公布された第2次刑法改正

²⁴⁵ Ebenda, S.46 ff.

²⁴⁶ Ebenda, S.101.

²⁴⁷ Ebenda, S.26 ff.

²⁴⁸ Ebenda, S.110 ff.

²⁴⁹ Ebenda, S.191 ff.

²⁵⁰ Ebenda, S.172 ff.

²⁵¹ Ebenda, S.41 ff., 63 ff.

法には、「刑執行裁判所 (Vollstreckungsgericht)」の新設を予定した実体法上の規定が置かれた²⁵²。たとえば、刑の執行猶予と残刑の執行猶予に関する規定がそれである。同法は、本来、1973年10月1日に発効する予定であったが、それが延期されて、1975年1月1日に発効した。そして、1974年3月2日の刑法施行法²⁵³により、同時に改正された刑事訴訟法と裁判所構成法が、1975年1月1日に発効した。裁判所構成法には、「第5節 a 刑執行部 (Strafvollstreckungskammern)」が新設されたことにより、初めて刑執行裁判所の一形態である刑執行部が法律をもって設置され、第78条 a にはその一般的な管轄が、第78条 b にはその構成が規定されることになった。また、刑事訴訟法には、それに係わる具体的な管轄及び手続に関する事項が定められた。さらに、1977年1月1日から行刑法²⁵⁴が施行され、刑執行部は、受刑者が施設の長又は監督機関の処分に対し裁判所の判断を求めることができるとする行刑法第109条以下の規定に基づく裁判に関しても管轄権を有することになった (行刑法第110条)。

(2) 刑執行部の名称

1975年裁判所構成法において最終的に採用された刑執行裁判所の名称は、「Strafvollstreckungskammer (刑執行部)」であった。最初に刑執行裁判所が定められた第2次刑法改正法において用いられたように、実際に立法されるまで使用されていた名称は、「Vollstreckungsgericht (執行裁判所)」であった。それに対し、行刑委員会の第10回会議では、同裁判所が行うべきものとされる行刑法的、判決補充的な決定は、ドイツの刑事法システムにおいて行刑とは明確に区別されている、伝統的な「刑執行」という概念には包摂されないため、「Strafvollstreckungs- und Vollzugsgericht (刑執行及び行刑裁判所)」という表現と入れ替えることが勧告された²⁵⁵。しかし、1973年に発表された刑法施行法の草案においては、行刑委員会が勧告した「Strafvollstreckungs- und Vollzugsgericht」という名称を用いたとしても、刑罰又は改善・保安処分の猶予に関する決定を「刑執行」と称することができるのかという疑問

²⁵² BGBl. I, 1969, S.717 ff.

²⁵³ BGBl. I, 1974, S.469 ff.

²⁵⁴ BGBl. I, 1976, S.581 ff.

²⁵⁵ Grundsätze der Strafvollzugskommission zum Themen, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.211.

は払拭されず、また、「裁判所」という表現は、通常の刑事裁判所の組織から離れた特別裁判所という印象を与えたとの指摘がなされた。このような問題を解決するため、「Strafvollstreckungskammer(刑執行部)」という名称が用いるものとされたのである。その際、ここでいう「刑執行」という表現は、実際の刑執行部の業務について、一部をもって全体を表わすもの(pars pro toto)として理解することができるとされた²⁵⁶。これに対しては、立法当時、残刑の執行猶予のような刑執行部が行う事後的な決定について、概念が確立していなかったために、立法者が確定的な説明をするのが困難であったという評価もある²⁵⁷。他方で、刑執行部の実際の性格は行刑裁判所であるので、「Strafvollzugskammer (行刑部)」と名付けたほうが、その意味が明らかになるという意見も示されていた²⁵⁸。

(3) 刑執行部の形態

刑執行部を新設するにあたって、いかなる裁判所にいかなる形態で設置すべきかについて、概ね3つのモデルが提示されていた。第1は、少年裁判所法第85条第2項の刑執行を担当する少年裁判官のモデル、第2は、カールスルーエにおいて試験的に実施していたモデル、第3は、両立モデルである。第1のモデルは、区裁判所の単独裁判官によるとするものであり、第2のモデルは、地方裁判所内に特殊な裁判所として設置するものであり、第3のモデルは、第一審の事物管轄に応じて区裁判所と地方裁判所の両方にそれぞれ設置するものであった²⁵⁹。

最終的に採択されたのは、そのうちの第2のモデルであった。すなわち、刑執行部は、行刑施設のある区域を管轄する地方裁判所に、刑事裁判所の一つとして、大執行部と小執行部という2つの形態で設置されることになった。ただし、単独裁判官による小執行部については、事実上、第1のモデルと第2のモデルの折衷的な形態を採っていると評価する見解もあった²⁶⁰。

²⁵⁶ BT-Drs. 7/550, 1974, S.319.

²⁵⁷ LR StPO, 23. Aufl., De Gruyter, 1978, GVG Vor § 78a Rn.3.

²⁵⁸ Peters, Karl, Der Auftrag des Gesetzgebers an die Strafvollstreckungskammer, GA 1977, S.100.

²⁵⁹ Ebenda, S.105.

²⁶⁰ LR StPO, 23. Aufl., De Gruyter, 1978, GVG Vor § 78a Rn.2.

刑執行部の設置場所につき最も重要な要素は、行刑施設との隣接性であった。実際には、地方裁判所の管轄区域内に行刑施設が所在していない場合が多かったため、ある地方裁判所の管轄区域とは異なる地域に刑執行裁判所を設置することや、複数の地方裁判所の管轄区域を担当する共同の刑執行裁判所を設置することができるとする規定を置くことが求められた²⁶¹。それを反映して、複数の管轄区域について、一つの裁判所に刑執行部の管轄権を集中させる方法が設けられ（裁判所構成法第 78 条 a 第 2 項）、さらに、複数のラント間でそれに関する合意をすることができるものとされた（裁判所構成法第 78 条 a 第 3 項）。

刑執行部を地方裁判所に設置することとされたのは、区裁判所には、重大な刑事事件に関する管轄権が認められていないことから、そこに勤務する裁判官は、そうした事件に関する実務経験に乏しいため、刑執行部の業務に関する適合性及び経験の観点から見て、ふさわしい裁判官の数が少ないという理由からであった²⁶²。その一方で、区裁判所の裁判官も刑執行部を構成する裁判官になりうるとする必要があるとされた（裁判所構成法第 78 条 b 第 2 項）。これは、選任可能な裁判官の数を増やすことにより、適した裁判官を選ぶ確率をより高めるとともに、刑執行部で勤務した区裁判官が区裁判所に戻ったときには、刑執行部での経験を活用することができるというメリットがあるからであった。これにより、高等裁判所の裁判官を除いて、第一審の刑事事件を担当するすべての裁判官が刑執行事件を担当することができるようになり、第一審裁判所において刑執行部での経験を活かすことができると期待された²⁶³。

さらに、第一審判決がいかなる裁判所によりなされたかにかかわらず、刑執行部の構成については、1 年以上の自由刑又は自由を剥奪する形態の改善及び保安処分が言い渡された場合には、その検討の義務と責任を一人の裁判官に負わせるのは妥当でないため、裁判長を含む 3 人の裁判官から成るべきであり、その他の場合には、裁判官一人で足りるとされた²⁶⁴。また、刑執行部は、職業裁判官のみで構成されるものとされた。その根拠としては、裁判所の決定に参加する時間とコストを考えると、刑の執行に関わる一定数の専門家を確保することは困難であるという現実的な事情が挙げ

²⁶¹ Niederschrift, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.15; Grundsätze der Strafvollzugskommission zum Themen, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.213.

²⁶² BT-Drs. 7/550, 1974, S.318 f.

²⁶³ Ebenda, S.320.

²⁶⁴ Ebenda.

られた²⁶⁵。加えて、職業裁判官のみによる構成が、地方裁判所の刑事部における公判手続では一般的に参審制を採用しているものの、それ以外の決定の形式で行われる刑事事件の裁判は参審制を採用していないというドイツにおける刑事手続の一般的な原則に適合していることも理由とされた²⁶⁶。

第2節 ドイツの刑法体系上の刑執行部の地位と役割

刑執行部の司る事務は、概ね、刑執行の決定（Vollstreckungsentscheidung）と行刑の決定（Vollzugsentscheidung）に分けることができる（裁判所構成法第78条a第1項）。前者は、いわゆる「事後決定」の領域であり、自由刑と自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行に係る決定をいうのに対し、後者は、行刑における受刑者及び被収容者の司法的権利救済に係る決定をいう。しかし、刑執行部は、刑の執行の手続全体に関与し、その過程上のすべての決定を下すわけではない。言い換えれば、刑執行部は、刑を執行すべきか否か、又は刑執行の形態の本質的な変更について決定するとともに、行刑過程における不利益な処遇並びに受刑者及び被収容者の権利の侵害に対して事後的に審査する権限を有するのである。これは、刑事司法システムにおいて、受刑者及び被収容者の法的地位を保障し、その具体的権利を保護するために、刑の執行手続に事後補完的に裁判所の介入が認められたことを意味する。刑執行部の導入にもかかわらず、刑執行手続の基本的な枠組みと運用は、なお行政機関に委ねられている。刑の執行の主体は検察であり、行刑過程上の細かな決定は行刑施設が一次的に行うことになっている。また、刑の執行手続上の司法審査においても、それに関するすべての判断を刑執行部が独占しているわけではない。

以下では、刑の執行手続全体の過程において、各機関がいかなる役割を果たすのか、また、その中で刑執行部がどのように位置づけられているかについて検討するが、それに先立って、刑の執行をめぐる複雑な管轄権をよりよく理解するために、ドイツの刑事司法組織の大綱を明らかにしておきたい。

²⁶⁵ Ebenda, S.319.

²⁶⁶ LR StPO, 23. Aufl., De Gruyter, 1978, GVG Vor § 78a Rn.4.

1. 刑事司法機関の概観

ドイツの刑事司法システムはラントと連邦に分かれる。しかも、ラントと連邦が完全に分離されているわけではなく、結びつけられて運用される部分も存在しているので、注意を要する。刑事司法機関には、狭義においては、刑事裁判所のみが当該するが、広義においては、そのほかにも、刑事司法手続の一翼を担う検察と警察、そして刑罰の執行を担当する行刑施設も含まれる。ここでは、捜査手続を担当する警察を除いて、刑執行手続に係る刑事裁判所、検察及び行刑施設について概観する。

(1) 刑事裁判所

刑事裁判を管轄する裁判所には、区裁判所（Amtsgericht）、地方裁判所（Landesgericht）、高等裁判所（Oberlandesgericht）及び連邦最高裁判所（Bundesgerichtshof）がある。そのうち、連邦最高裁判所のみが連邦に属する裁判所であり、それ以外の裁判所はすべてラントに属する裁判所である。後者の場合には、裁判官をはじめとする構成員の任用は、ラント政府の権限であり、各裁判所の司法行政の監督権も、各ラントの法務大臣に委ねられている。

連邦最高裁判所の裁判官は、連邦司法・消費者保護大臣と裁判官選出委員会の共同の推薦で指名され、連邦大統領により任命される（裁判所構成法第 125 条第 1 項、裁判官選出法第 1 条第 1 項及び第 2 項）。裁判官選出委員会は、二種の構成員から成る。その一つは、ラントの裁判所に係る業務を担当するラント政府の大臣が就く官職の構成員であり、もう一つは、それと同数である選出職の構成員である（裁判官選出法第 2 条、第 3 条第 1 項）。官職構成員の数が変更された場合には、選出職構成員の数も同一に変更されなければならないとされている（裁判官選出法第 4 条第 2 項第 1 文）。裁判官選出委員会の議長は、権限のある連邦大臣が務めるが、議決権は認められない（裁判官選出法第 9 条第 1 項）。議決の方法は多数決で、官職構成員と選出職構成員のそれぞれの過半数が出席したうえで、秘密投票による（裁判官選出法第 12 条）。

連邦最高裁判所は、高等裁判所及び地方裁判所の第一審裁判に対する上告審を担当する（裁判所構成法第 135 条）。連邦最高裁判所における上告審の裁判は、原則として、下級審の裁判の法律的判断に対する審査に制限され、事実関係の確定は、高等

裁判所以下の下級裁判所の専権に属するものとされている（裁判所構成法第 138 条第 1 項第 1 文）。そのほか、連邦最高裁判所は、高等裁判所により行われた、刑の執行猶予の取消しや、残刑の執行猶予及びその取消しなどの事後裁判に対する抗告に関しても管轄権を有する（裁判所構成法第 135 条第 2 項）。

連邦最高裁判所には、5 つの刑事裁判部がある。各裁判部は、職業裁判官のみによって構成される合議体である。上告審は、5 人の裁判官で（裁判所構成法第 139 条第 1 項）、抗告審は、3 人の裁判官で構成される（裁判所構成法第 139 条第 2 項第 1 文）。また、裁判に際して、法形成及び判例の統一のために法律の根本的な意味について解釈が必要な場合には、大裁判部で判断することになっている（裁判所構成法第 132 条第 4 項）。刑事裁判において、大裁判部は、長官及び各刑事裁判部に所属されている 2 人ずつの裁判官で構成される（同条第 5 項第 1 文）。さらに、判決の変更は、長官及び大裁判部の所属裁判官全員で構成される連合大裁判部において行われる（同条第 1 項、第 2 項、第 5 項第 3 文）。

各ラントにおける上告審裁判所に当たる高等裁判所は、ラントごとに少なくとも 1 か所ずつ設置されている²⁶⁷。高等裁判所は、区裁判所の第一審判決に対する飛躍上告、地方裁判所の控訴審判決に対する上告、地方裁判所の第一審判決に対して専らラント法の違反を理由として申し立てられる上告に関する裁判を行う（裁判所構成法第 121 条第 1 項第 1 号）。また、高等裁判所は、連邦最高裁判所又は地方裁判所の管轄に属さない刑事裁判に対する抗告や、行刑法上の司法審査に関する裁判の法律抗告などに関しても管轄権を有する（裁判所構成法第 121 条第 1 項第 2 号、第 3 号）。

それ以外にも、高等裁判所は、事実審裁判所として、法律に基づき、連邦検事総長が事件の特別な意味を理由として訴追を引き受けた謀殺罪や故殺罪などの重罪に関する第一審裁判を行う（裁判所構成法第 120 条第 2 項）。ラント政府の所在地を管轄区域とする高等裁判所では、刑法第 81 条以下の連邦内乱罪や第 94 条以下の国家機密と外部安全の脅威に関する罪など重要な国家に対する犯罪、また、議員及び選挙によって選出される公務員の賄賂罪に関する第一審裁判も担当する（裁判所構成法第 120 条

²⁶⁷ 複数の高等裁判所が設置されているラントの場合には、ラント法により連邦最高裁判所の管轄権に属する上告及び法律抗告に関する裁判を担当するラント最高裁判所（Oberste Landesgericht）を設置することができるとされている（裁判所構成法施行法第 8 条第 1 項）。これにより、3 か所の高等裁判所が置かれているバイエルンには、上告及び法律抗告に関する裁判が行われる最高裁判所が設置され、それに関する連邦最高裁判所の管轄権の全部に加えて、高等裁判所の管轄権の一部も委任されるものとされている（バイエルン裁判所構成法執行法第 11 条第 1 項、第 12 条）。

第 1 項、第 120 条 b)。そして、国家の安全を害する罪に係る事件における抗告に関する管轄権も高等裁判所に属する（裁判所構成法第 120 条第 4 項第 1 文）。

高等裁判所の刑事裁判部は、全員が職業裁判官である合議体である。裁判部は、通常、3 人の裁判官で構成される（裁判所構成法第 122 条第 1 項）。ただし、第一審裁判の場合には、公判の開始について、5 人の裁判官で構成される合議体で決定し、公判の開始後は、特に 5 人の裁判官すべての関与が必要であると判断されない限り、3 人の裁判官により裁判を行う（裁判所構成法第 122 条第 2 項第 1 文、第 2 文）。上告裁判所によって事件が差し戻された場合には、新たに管轄権を持つ裁判部で再びその構成について決定することができる（裁判所構成法第 122 条第 2 項第 4 文）。

地方裁判所は、高等裁判所又は区裁判所が管轄権を持つ場合を除いて、第一審事件のすべてを裁判する。具体的には、4 年を超える自由刑が言い渡されることが予想される事件、精神病院への収容又は保安監置が予想される事件、検察官が事案の重要性に鑑みて地方裁判所に直接訴えを提起した事件については、地方裁判所が第一審裁判所になる（裁判所構成法第 74 条第 1 項）。また、児童に対する強姦致死、強制わいせつ致死、抵抗不能の者に対する強姦致死、謀殺、故殺、遺棄致死、傷害致死、未成年者誘拐致死等の罪など、裁判所構成法第 74 条第 2 項に挙げられている重罪に関して、高等裁判所の管轄権に属する場合を除いて、第一審裁判所として管轄を有する（裁判所構成法第 74 条第 2 項）。高等裁判所の所在地を管轄区域とする地方裁判所は、刑法第 80 条 a の侵略戦争扇動罪や刑法第 84 条以下の民主的法治国家の脅威に関する罪など国家の安全を害する犯罪に関しても、連邦検事総長が訴追を引き受けた場合を除いて、第一審裁判を行う（裁判所構成法第 74 条 a 第 1 項、第 2 項）。さらに、地方裁判所は、区裁判所の第一審裁判に対する控訴裁判所であり（裁判所構成法第 74 条第 3 項）、また、抗告裁判所でもある（裁判所構成法第 73 条第 1 項）。

地方裁判所で行われる裁判は、区裁判所の第一審判決に対する控訴審を除いては、3 人の職業裁判官及び 2 人の参審員から成る大刑事部の管轄に属する（裁判所構成法第 76 条第 1 項第 1 文前段）。控訴審は、裁判長としての 1 人の職業裁判官及び 2 人の参審員から成る小刑事部で担当する（裁判所構成法第 76 条第 1 項第 1 文後段）。参審員は、公判以外の裁判手続には参加することができない（裁判所構成法第 76 条第 1 項第 2 文）。

区裁判所は、裁判所構成法第 120 条又は第 120 条 b の規定による高等裁判所の管轄に属さず、同法第 74 条第 2 項又は第 74 条 a の規定による地方裁判所の管轄にも属さない事件であって、4 年を超える自由刑の言渡しと精神病院への収容又は保安監置

の命令が予想されない事件について管轄を有する（裁判所構成法第 24 条第 1 項）。したがって、区裁判所は、4 年を超える自由刑を言い渡し、又は精神病院への収容若しくは保安監置を命令することはできない（裁判所構成法第 24 条第 2 項）。2 年以下の自由刑の言渡しが予想される事件及び私人訴追による事件は単独裁判官が（裁判所構成法第 25 条）、その他の事件は 1 人の職業裁判官と 2 人の参審員で構成される参審裁判所が裁判を行う（裁判所構成法第 28 条、第 29 条第 1 項第 1 文）。地方裁判所と同様に、参審員は、公判以外の裁判手続には参加することができないのが、原則である²⁶⁸。

（2）検察

裁判所構成法によれば、検察庁は各審級の裁判所に対応して設置される（裁判所構成法第 141 条）。それに応じて、連邦最高裁判所には連邦検察庁（Bundesanwaltschaft）が、高等裁判所には高等検察庁（Generalstaatsanwaltschaft）が、地方裁判所には地方検察庁（Staatsanwaltschaft）が、そして、区裁判所には必要な場合に区検察庁（Amtsanwaltschaft）が設置される²⁶⁹。各検察庁の管轄区域は、原則として、それが設置されている裁判所の管轄区域に対応する（裁判所構成法第 143 条第 1 項第 1 文）。各検察庁は、設置されている裁判所の管轄権に属する事件に関する業務を行うものとされている。ただし、区検察庁が設置されていない区裁判所の場合には、その区裁判所が管轄区域に含まれる地方裁判所に設置されている地方検察庁が関連業務を担う²⁷⁰。また、国家の安全に係る事件のように、裁判所構成法第 120 条第 1 項及び第 2 項により高等裁判所が第一審裁判所となる場合には、その事件の訴追を引き受ける連邦検事総長が、当該業務を担当する（裁判所構成法第 142 条 a 第 1 項第 1 文）。したがって、高等検察庁は、高等裁判所の管轄に属する裁判のうち、その場合を除いた裁判に係る業務を行う。複数の検察庁の管轄が競合する場合には、連邦検事総長が決定し（裁判所構成法第 142 条 a 第 4 文）、ラント間において管轄に関する合意がなされない場合にも、連邦検事総長に決定権限が与えられている（裁判所構成法第 143 条第 3 項）。

²⁶⁸ BGH vom 30.04.1997 - StB 4/97, BGHSt 43, 91.

²⁶⁹ Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., C.F. Müller, 2015, Rn.139.

²⁷⁰ Peters, Karl, Strafprozess, 4. Aufl., C.F. Müller, 1985, S.163.

連邦検察庁の検事は、連邦司法・消費者保護大臣の提案と連邦参議院の同意を経て、連邦大統領により任命される（裁判所構成法第 149 条）。連邦司法・消費者保護大臣は、連邦検察庁のすべての検察官に対し、指揮・監督権を有する（裁判所構成法第 147 条第 1 号）。連邦検察庁以外の検察庁の検察官は、所属しているラントの法律により、ラントの法務大臣が任命し、指揮・監督する（裁判所構成法第 147 条第 2 号）。このような司法行政機関の指揮・監督権については、違法な指示の強制は許されず、また、検察庁の起訴権限や法的判断に関する裁量を侵害することはできない²⁷¹。ラントの法務大臣は、執行手続の円滑な進行と迅速な終結という目的の実現のために、法規命令をもって、複数の地方裁判所及び高等裁判所の管轄区域に関して、一つの検察庁に刑罰及び改善・保安処分の執行に関する管轄権の全部又は一部を割り当てるなどの司法行政上の権限を有する（裁判所構成法第 143 条第 5 項第 1 文）。また、検察庁の組織内においては、裁判所構成法による厳格な上下関係が形成されている（裁判所構成法第 146 条）。連邦検察庁の検察官は連邦検事総長の指示に、高等検察庁の検察官は検事長の指示に、地方検察庁及び区検察庁の検察官は検事正の指示に従う（裁判所構成法第 147 条第 3 号）。しかし、そのような関係は絶対的なものではなく、適法な指示だけが拘束力を有し、かつ、それは内部的にのみ効力を有する²⁷²。

検察官の法的地位をめぐるのは、いくつかの見解が対立している。検察官は、行政機関として、上司の指示に従って職務を遂行するものの、法曹として、司法の領域に属する業務を行うという特徴も持っている。また、検察庁は裁判所から独立した対等な地位にある（裁判所構成法第 150 条）。すなわち、裁判官が検察官に命令を下すことはできない一方、検察官が裁判官の業務を担うことも、裁判官の職務に対する監督をすることもできない（裁判所構成法第 151 条）。しかし、これは刑事法の領域における機能の分担に応じた裁判所と検察庁の関係を規定するものにすぎない。検察官には、裁判官のように法の宣言者として確定力のある法的判断を下す権限は認められない。司法権は、専ら裁判官にのみ与えられている（ドイツ基本法第 92 条）。このよ

²⁷¹ Roxin, Claus, Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft - damals und heute, DriZ 55, 1997, S.118 f.; Krey, Volker/Pföhler, Jürgen, Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes - Schranken des internen und externen Weisungsrechts, NZtZ 5, 1985, S.151 ff.

²⁷² Peters, Karl, Strafprozess, 4. Aufl., C.F. Müller, 1985, S.165.

うに、純粋な行政機関でもなく、完全な司法機関でもない検察庁は、通常、行政権力と司法権力のいずれにも帰属しない独自の司法機関として理解されている²⁷³。

（３）行刑施設

ドイツにおいては、連邦統一的な中央機関ではなく、各ラントの司法行政機関において行刑に係る業務が司られている。立法的には、2006年に、連邦の改正法を通じて行刑に関する立法権限が各ラントに与えられることになったが、既にそれ以前から連邦の行刑というものは存在していなかった。ドイツ基本法には、行刑の領域における国の権限行使及び業務遂行に関しては、何らの規定もない。ラントが自らの立法権限を行使していない事項については、ラント間の協定で制定された、行刑法施行規則（VVStVollzG）、行刑職務及び保安規則（DSVollz）並びに行刑事務規則（VGO）のような連邦統一的な規則が引き続き適用される。これらの行政規則は、単に行政内部における補充的な判断指針として働くだけであり、裁判所に対する直接的な拘束力はない²⁷⁴。

各ラントは、自らの事務として行刑法を執行する。自由刑及び保安監置はラントの行刑施設で執行され（行刑法第139条）、ラントの司法行政機関が行刑施設を監督する（行刑法第151条第1項第1文）。個別の行刑施設の土地管轄と事物管轄は、司法行政機関の打ち立てた執行計画書に規定される（行刑法第152条第1項）。

行刑施設は、分離の原則と個別化の原理により様々な形態に分けられる。分離の原則とは、第一に、保安監置は、分離された施設又は自由刑の執行を目的とする施設内の分離された区画において執行されること、第二に、女性は、男性と分離されて特別な女性施設に、又は特別な事由のある場合には、男性施設内に女性のための分離区画を設置しその区画に収容することをいう（行刑法第140条第1項、第2項）。つまり、これは、拘禁の法的性質と性別を基準とした分離拘禁が行われるべきことを意味する。ただし、例外的に、受刑者が別の施設又は別の区画における処遇に参加しうる

²⁷³ BGH vom 14.07.1971 - 3 StR 73/71, BGHSt 24, 170; Peters, Karl, Strafprozess, 4. Aufl., C.F. Müller, 1985, S.161; Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch, 29. Aufl., C.H. Beck, 2017, S.56.

²⁷⁴ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.40, 42.

ようにするために、上記の規定による分離収容をしないことができる（行刑法第 140 条第 3 項）。

つぎに、個別化の原理とは、自由刑の執行のために、受刑者ごとに異なる要請に適した処遇が保障される施設又は区画に、拘禁場所を置くことをいう（行刑法第 141 条第 1 項）。言い換えれば、受刑者の個別的な要求に対応する様々な処遇を行うために、執行の緩和及び保安措置の程度や、施設内の構造及び提供される処遇が異なる施設が、それぞれ別の場所に設置されるべきことを意味する。

そのような基準に基づいて、長期受刑者及び保安上の危険な犯罪者を収容する閉鎖執行施設（行刑法第 10 条第 2 項）、緩和された拘禁の行われる開放執行施設（行刑法第 10 条第 1 項）、閉鎖的収容と開放的収容の中間的形態の半開放施設（法規定なし）、女性向けの施設及び区画（行刑法第 140 条第 2 項）、釈放準備施設（行刑法第 147 条）、その他の高齢者向けの行刑施設及び代替自由刑の執行のための施設が備えられており、未決勾留についても、自由刑の執行の管轄権を有する施設の分離された区画で執行することになっている（未決勾留執行規則第 11 条第 2 項）。また、保安監置のための別の収容施設（行刑法第 140 条第 1 項、第 129 条ないし第 135 条）と、精神病院及び禁絶治療施設（行刑法第 136 条ないし第 138 条）並びに性犯罪者や暴力犯罪者向けの特別な治療施設をはじめとする社会治療施設（行刑法第 9 条、第 123 条ないし第 126 条）などの、専門性を備えた施設も設置されている。

受刑者は、刑罰の開始以降、個別処遇のための調査の行われる分類施設と分類区画へ送られ、そこから、処遇及び社会復帰を考慮して決定された、それ以降の行刑のための施設に移送される（行刑法第 152 条第 2 項）。監督機関は、様々な事情を考慮して各施設の収容能力を決定する（行刑法第 145 条）。また、各ラントは、行刑施設のための行刑連合体を構成することができる（行刑法第 150 条）。

行刑施設の業務は、行刑職員により実行される（行刑法第 155 条第 1 項）。行刑施設の組織は、施設の長及びその代理人をはじめとして、行政職員、一般行刑職員、作業職員、宗教・医療・教育・心理分野の専門家などの福祉スタッフから成る²⁷⁵。

施設の長は、対外的には、行刑施設を代表し、他の行刑職員の特定の責任職務領域又は他の行刑職員に共同責任として委任された事項ではない限り、全体の執行業務

²⁷⁵ ジャン・ギュウォン『ドイツ行刑法に関する研究』（韓国刑事政策研究院、1996 年）55 頁。

に関して責任を負う（行刑法第 156 条第 2 項）。また、施設の長は、監督機関の同意を得て施設規則を制定することができる（行刑法第 161 条第 1 項）。

行刑職員は、執行措置と保安措置を合法的に実行すべきであり、その目的を他の方法で達成しえない場合には、直接強制²⁷⁶を行うことができる（行刑法第 94 条第 1 項）。ただし、可能で適切な複数の措置のうち、個別性と一般性に照らして最小限の侵害の予見される措置を選ばなければならない（行刑法第 96 条第 1 項）。受刑者の行動規則と特別な保安措置及び懲罰措置²⁷⁷とに関する行刑職員の指示権限は、監督機関の同意がある場合にのみ委任することができる（行刑法第 156 条第 3 項）。施設の長に対して行われた受刑者の重大な規律違反を懲戒する場合には、不公正さを避けるために、施設の長が直接決定することはできず、監督機関にその懲戒権限が与えられる（行刑法第 105 条第 2 項）。また、それぞれの行刑施設には、職務の監督のための上級公務員が任命されなければならない（行刑法第 156 条第 1 項第 1 文）、施設における処遇の構造の改善のために、社会との協力機構である施設審議会が設置されなければならない（行刑法第 162 条第 1 項）²⁷⁸。

監督機関は、職務に対する一般的な監督と専門的な監督を行う。監督機関の権限は、基本的に、概括的な計画の策定と総合的な統制に限られているので、監督機関は、法律上の明文規定がある場合を除いては、特別な事情を理由に、施設の長の権限に属する事項について介入することはできない²⁷⁹。もっとも、監督機関は、行刑施設を視察し、行刑職員の参加なしで受刑者と面談し聴聞を行うことができる（行刑法第 108 条第 2 項）。労働事項に対する監督と、受刑者の社会的作業、教育、保健などの専門的な処遇に対する監督は、それぞれの専門家により行われなければならない、監督機関に独自の専門能力がない場合には、専門家との相談の機会が確保されなければならない（行刑法第 151 条第 2 項）。

受刑者には、行刑中に自らに発生した問題に関して、外部的な統制メカニズムによる以前に、行刑施設内においてそれを解決する手段が法律により与えられており、

²⁷⁶ 行刑法第 95 条（概念の定義）

- ①直接強制とは、人や物に対する身体的な力、その補助手段又は武器により作用を及ぼすことをいう。
- ②身体的な力とは、人や物に対する一切の直接的な身体的作用をいう。
- ③身体的な力の補助手段とは、いわゆる捕縛をいう。
- ④武器とは、職務上許容される刀剣類、銃砲類及び刺激物質をいう。

²⁷⁷ 懲罰措置は、施設の長が指示する（行刑法第 102 条第 1 項、第 105 条第 1 項第 1 文）。

²⁷⁸ 行刑職員は、施設審議会の構成員になることはできない（行刑法第 162 条第 2 項）。

²⁷⁹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.253.

施設の長にも、そのような手続の保障に努める義務がある。この行刑の内部的な統制についての詳細は、以後の関連部分で再度取り上げることにしたい。

2. 刑の執行手続を規律している法的規定

刑の執行手続の根拠となる法律としては、次の4つの法律がある。第1に、刑執行部の構成と管轄に関する規定を置いている裁判所構成法、第2に、刑事手続の一般法である刑事訴訟法、第3に、行刑における権利救済に関して規定している行刑法、第4に、刑事手続において最も基本となる実体法であり、改善・保安処分の執行手続に関連する重要な規定の含まれている刑法がそれである。それに加え、検察の刑執行業務の委任に関して規定している司法補助官法も関連した法律として挙げられ、また、法律ではないものの、連邦内の統一的な刑の執行のために、連邦司法・消費者保護省とラントの合意で作られた刑執行規則も欠かせない。後者の規則は、連邦において共通に適用されるもので、各ラントの司法行政機関の行政規則としての性格を有する²⁸⁰。

3. 刑執行部の管轄と構成

(1) 刑執行部の管轄

刑執行部の設立の趣旨は、特別予防の考え方に基づく刑罰の個別化と、受刑者の法的地位の保障である。このことに鑑み、刑執行部には、各施設の事情を把握し、それを踏まえたうえで、個々の受刑者に対し直接的かつ人格的な判断を行うことが求められる²⁸¹。そこから、刑執行部は、その管轄区域内に行刑施設やその他の行刑機関が

²⁸⁰ バク・ハクモ／Müller／Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』（韓国刑事政策研究院、2011年）101頁。

²⁸¹ BT-Drs. 7/918, 1973, S.84.

存在する地方裁判所に設置されることになった（裁判所構成法第 78 条 a 第 1 項第 1 文）。そして、刑執行部は、管轄区域内の行刑施設とその行刑職員に係る事項に関して管轄権を有する（裁判所構成法第 78 条 a 第 1 項第 2 文第 1 号及び第 2 号、刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項及び第 463 条第 1 項、行刑法第 110 条）。刑執行部の管轄が認められるためには、有罪判決を受けた者が刑事制裁の執行のためにその管轄区域内の行刑施設などに収容されていなければならない（刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項第 1 文）。刑執行部の管轄権は、代替自由刑の執行に関しても認められるが、勾留の執行に関してはその根拠規定がないため、勾留が刑事制裁の執行のための拘禁に移行した後に発生することになる²⁸²。

刑執行部は、言い渡された自由刑に係る事後裁判について、優先的な管轄権を有する。事後裁判とは、事実審裁判所が判決をもって言い渡した刑罰の内容を行刑の過程で事後的に変更するあらゆる措置をいう。具体的には、刑の執行猶予に関する事後的決定（刑事訴訟法第 453 条第 1 項）、残刑の執行猶予に関する決定（刑事訴訟法第 454 条、第 454 条 a）、改善・保安処分に関する事後的決定、刑罰と改善・保安処分の執行順序及び改善・保安処分の執行期間への刑罰期間の算入などの問題に関する決定（刑事訴訟法第 463 条）、保護観察に対する監督（刑事訴訟法第 453 条 b、第 463 条 a）、刑事判決の解釈や刑の執行の適法性などについての異議申立てに対する決定のような刑執行に関する決定（刑事訴訟法第 458 条）などが、それに属する²⁸³。刑執行における事後裁判については、刑執行部が職権により判断をすることになっている。また、刑執行部は、行刑中の受刑者及び被収容者の権利救済のための審査について管轄を有する（行刑法第 109 条ないし第 121 条、第 138 条第 3 項）。この審査は、受刑者及び被収容者の申立てにより行われる。

さらに、刑執行部の裁判が行われている間に、有罪判決を受けた者が他の施設に移送された場合には、施設の変更による管轄の移転の問題が生じる。まず、一時的な移送の場合には、移送された施設でなされた処分に対して不服を申し立てるのでない限り、元の刑執行部に管轄権があるとみなされるので、管轄権は変更されない。一時的な移送ではない場合にも、元の刑執行部が管轄権を有するのが原則である。しかし、例外的に、長期間の移送により、行刑法第 111 条第 1 項第 2 号の当事者に当たる行刑

²⁸² Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.61.

²⁸³ 別段の定めがあるものを除き、刑の執行に関する規定は、改善・保安処分の執行について準用する（刑事訴訟法第 463 条第 1 項）。

機関の変更がもたらされる場合には、管轄権が変更されうる。当事者が変更されるべきかどうかについては、裁判所が、移送の申立てに基づき、具体的な場合ごとに判断し、その結果、当事者の変更が決定された場合には、有罪判決を受けた者が移送された施設、すなわち、現在収容されている施設の所在地を管轄する刑執行部に事件を移送しなければならない²⁸⁴。また、裁判が行われている間に、有罪判決を受けた者が行刑施設から釈放された場合には、刑執行部の管轄は維持される(刑事訴訟法第462条a第1項第2文)。これは、有罪判決を受けた者の行刑施設への収容が開始されたことにより刑執行部の管轄権が既に発生しているという考え方に基づくものである。それゆえ、有罪判決を受けた者が収容されている間に刑執行部が事件を担当することになったことは、必ずしも必要ではない²⁸⁵。

一方、ラント政府には、手続の円滑な進行と迅速な終結という目的の実現のために、法規命令をもって、複数の地方裁判所の管轄区域に関して、いずれかの地方裁判所に刑執行部の管轄権を集中させたり、地方裁判所が所在していない地域にも、単独で、又は他の地方裁判所の刑執行部と共に、刑執行部を設置したりすることができる権限がある(裁判所構成法第78条a第2項第2文)。この規定により、刑執行部の所属と名称が変更されるわけではない。たとえば、刑執行部が区裁判所に設置されており、その構成員の全部又は一部が区裁判官であるとしても、その刑執行部は、相変わらず地方裁判所の刑執行部である²⁸⁶。また、あるラントが、他のラント内に行刑施設を置いている場合、両ラントは、行刑連合体を構成して、刑執行部の管轄についての合意をすることができる(裁判所構成法第78条a第3項、行刑法150条)。

(2) 刑執行部の構成

刑執行部には、裁判所構成法第78条b第1項第1号及び第2号による「小執行部(Kleine Vollstreckungskammer)」と「大執行部(Große Vollstreckungskammer)」という2つの形態がある。小執行部は1人、大執行部は3人の職業裁判官で構成され、

²⁸⁴ Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 6. Aufl., De Gruyter, 2013, § 110 Rn.6.

²⁸⁵ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.67.

²⁸⁶ Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 61. Aufl., C.H. Beck, 2018, GVG § 78a Rn.22.

それぞれ異なる事項を管轄する。小執行部は、1人の裁判官から成るとはいえ、その決定は、大執行部と同様に、一つの刑執行部の決定とみなされる²⁸⁷。

旧裁判所構成法の規定によれば、刑執行部の管轄事項のうち、かなり多くの部分、特に刑執行と関連した判断は、総じて大執行部の管轄となっていた。すなわち、刑執行に関する事後的決定に関しては、2年以下の自由刑に当たる場合のみを小執行部が管轄するものとし、それ以外の場合は、大執行部の管轄事項となっていた（旧裁判所構成法第78条a第1項第1号）。また、行刑における権利救済に関しては、原則としては小執行部が担当し、例外的に、事案が法的に困難なものであるとき又は特に重大な意味を有するときは、大執行部が担当するものとしていた（旧裁判所構成法第78条a第1項第2号）。

しかし、統一後、旧東ドイツ地域における司法の再建のために裁判所の予算の削減が求められたことから、1993年に改正された裁判所構成法は、従来の原則を覆した²⁸⁸。それにより、無期自由刑の残刑執行猶予と精神病院への収容及び保安監置の執行猶予の決定のみを大執行部で行い、それ以外のすべての事項を小執行部が管轄することになった（裁判所構成法第78条b第1項）。これは、有期自由刑の残刑執行猶予の決定と行刑における権利救済に関しては、合議体による決定を求める機会がなくなったことを意味する。元々は、そのような事案の場合には、単独裁判官に課される負担が過重であるために、また、行刑の再社会化の目標に合致する判断を下すことができるように、それを合議体による決定にしたのであるから、この改正は、それに反する改悪であるという批判もなされた²⁸⁹。もっとも、その後、2017年の改正により、複数の自由刑について同時に残刑執行猶予の決定をする場合（刑事訴訟法第454条b第4項）、いずれかの自由刑の残刑執行猶予について大執行部の管轄が定められているときは、大執行部がその管轄権を有するものとする規定が加わった（裁判所構成法第78条b第1項第1号後文）²⁹⁰。自由刑の残刑執行猶予に関する決定を大執行部で行うことが定められているのは、無期自由刑の残刑執行猶予についてのみであるから、複数の自由刑に無期自由刑が含まれている場合が、これに当たることになる。

²⁸⁷ Ebenda, GVG § 78b Rn.1.

²⁸⁸ BGBl. I, 1993, S.50 ff.

²⁸⁹ Kaiser, Günther/Schöch, Heinz, Strafvollzug, 5. Aufl., C.F. Müller, 2003, S.367.

²⁹⁰ BGBl. I, 2017, S.3202 ff.

4. 刑の執行手続に関与する他の機関

(1) 刑の執行機関としての検察

法律上、刑の執行主体として指定されているのは、検察である²⁹¹。刑事訴訟法には、検察が刑の執行機関であることが明示されている(刑事訴訟法第451条第1項)。検察は、刑事判決が確定してからそれを執行することができ、その執行力を認証する判決主文の謄本に則して刑を執行する(刑事訴訟法第449条、第451条第1項)。その際、原則として、第一審裁判所の所在地に基づいて管轄が定まる(裁判所構成法第141条及び第143条第1項、刑執行規則第7条第1項)。裁判所構成法第120条第1項及び第2項により連邦検事総長が訴追を引き受けた事件の場合には連邦検事総長が、高等裁判所の管轄が認められた事件の場合には高等検察庁が、それ以外の場合には、基本的に、地方検察庁が刑の執行機関となる(裁判所構成法第142条a、刑執行規則第4条)²⁹²。第一審裁判所の所在地における刑の執行機関が、即時に職務を行うことが不可能である場合には、管轄権のない刑執行機関が刑の執行に関する緊急命令をすることができる(裁判所構成法第143条第2項、刑の執行規則第7条第3項)。たとえば、管轄権のある地方検察庁の代わりに、高等検察庁が刑の執行に関する緊急命令をすることができる(刑執行規則第6条)。また、区裁判所の管轄に属する事件に関しては、ラントの司法行政機関の委任により、区検察庁の副検事が刑を執行することもできる(刑事訴訟法第451条第2項、裁判所構成法第145条第2項)。さらに、刑の執行に関する職務は、司法補助官にも委任されることができる(司法補助官法第31条第2項第1文)。司法補助官が刑の執行の業務を実行する場合には、検察の指示に従わなければならない(司法補助官法第31条第6項第3文)。

刑執行機関である検察庁は、他の管轄区域の地方裁判所の刑執行部に係る職務も務める(刑事訴訟法第451条第3項第1文)。これは、刑執行部が他のラント内に所在している場合も同様である²⁹³。有罪判決を受けた者の利益のためにその必要性が認

²⁹¹ 刑事訴訟法第463条第1項に基づき、改善・保安処分の執行についても、検察がその主体となる。

²⁹² Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, *Strafvollstreckung*, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.47.

²⁹³ Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 61. Aufl., C.H. Beck, 2018, § 451 Rn.20.

められる場合、刑執行部の所在地の検察に、その同意を得て職務を委ねることもできる（刑事訴訟法第 451 条第 3 項第 2 文）。

刑事裁判所により違法行為に対して自由剥奪を伴う制裁が言い渡され、その判決が確定すると、検察は、刑の執行の開始のために、身柄を拘束されていない当事者に対して、管轄の刑執行施設に出頭しなければならない旨を、召喚状をもって通知する（刑執行規則第 27 条第 1 項）。ここで刑の執行とは、刑罰、付加刑、付随効果、改善・保安処分などの刑事制裁を言い渡した判決及びそれと同等の決定の執行をいう（刑執行規則第 1 条第 1 項）。召喚状を受けた者には、身辺整理のための期間として少なくとも一週間の出頭期間が与えられるが、例外的に刑の執行が急速を要する場合には、即時に呼び出すことができる（刑執行規則第 27 条第 2 項）。有罪判決を受けた者が、指定された期間内に出頭しなかった場合には、行刑施設は、刑執行機関にその事実を通知する（刑執行規則第 33 条第 1 項第 1 号）。その際、有罪判決を受けた者から不出頭の理由につき十分な説明がない場合には、検察は勾引状又は勾留状を発する（刑執行規則第 33 条第 1 項、刑事訴訟法第 457 条第 2 項第 1 文）。有罪判決を受けた者が、刑の執行を免れるという合理的なおそれのある場合、刑の執行の即時開始のための準備ができていない場合、又は、行刑から逃亡し若しくはその他の執行を免れる場合も同様である（刑執行規則第 33 条第 2 項、刑事訴訟法第 457 条第 2 項第 2 文）。また、刑の執行を速めるため、有罪判決を受けた者が指定された期間内又は期日に出頭しないと予想される場合には、呼出しの際に予め勾引状又は勾留状を発することができる。それは、召喚状が確実に到達しており、行刑施設から有罪判決を受けた者の不出頭の実事通知を受けた場合、あるいは、呼出しの実行が不可能で、かつ、有罪判決を受けた者が執行を免れる合理的なおそれのある場合に、効力が発生する（刑執行規則第 33 条第 3 項）。当事者が、勾留中であるか、複数の自由刑の順次的な執行による拘禁中である場合のように、既に拘禁されている場合には、検察は、その必要性が認められるときに、管轄行刑施設への移送を命じることができる（刑執行規則第 28 条第 1 項第 1 文）。当事者が既に当該裁判の際に勾留されており、その勾留が検察による刑の執行の開始時まで続く場合には、中間拘禁の状態に置かれることになる。有罪判決が確定したからといって勾留が刑罰としての拘禁に自動的に転換されるものではなく、それが刑罰としての拘禁になるためには、刑の執行の開始を必要とする。したがって、有罪判決が確定した後、刑の執行の開始まで、そのために継続して拘禁される期間は、

中間拘禁になるのである²⁹⁴。勾留された状態で有罪判決を受けた者は、中間拘禁期間受刑者として扱われる（未決勾留執行規則第 91 条第 1 項第 1 号）。

刑の執行に係る検察の決定や処分に対して不服がある場合には、次のような法的手続が設けられている。まず、刑事訴訟法には、刑事判決の解釈や言い渡された刑の量定について疑問がある場合、刑の執行の適法性、すなわち、刑の執行の要件や障害事由の存否について不服のある場合、又は、罰金の納付負担の軽減の許否、納付から逃れることを予想した早期徴収、代替自由刑の執行、没収・廃棄などの執行機関による判断に不服のある場合、裁判所による審査が規定されている（刑事訴訟法第 458 条、第 459 条 o）。つぎに、法律上、司法審査の対象とならない事項については、地方検察庁の行った執行に関しては高等検察庁に、高等検察庁の行った執行に関してはラントの司法行政機関に、また連邦最高検察庁の行った執行に関しては連邦司法・消費者保護省に、それぞれ執行抗告を提起することができる（刑執行規則第 21 条第 1 項）。また、司法補助官に刑執行の権限が委託された場合には、検察に抗告することができる（司法補助官法第 31 条第 6 項第 2 文）。このような執行抗告は、形式及び期限において特別な要件と制限が存在せず、執行停止の効果はない。さらに、裁判所構成法施行法第 3 章（第 23 条以下）には、司法行政行為に対する司法審査の申立ての可能性が定められており、この司法行政行為には、執行抗告に対する決定も含まれる。司法行政行為の司法審査の申立てには、抗告手続が先行しなければならない（裁判所構成法施行法第 24 条第 2 項）。司法行政行為の司法審査は、高等裁判所の管轄に属する（裁判所構成法施行法第 25 条第 1 項）。また、高等裁判所の決定に対しては、抗告を申し立てることができる（裁判所構成法施行法第 29 条第 1 項）²⁹⁵。

（2）補充的管轄権を行使する第一審裁判所

刑執行の手続における事後的決定のみならず、受刑者の権利救済に関する司法審査についても、基本的に刑執行部が管轄権を有する。他方で、刑の執行が開始される前は、刑執行部ではなく、第一審裁判所が管轄権を有するのが原則である。さらに、

²⁹⁴ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.918.

²⁹⁵ 詳細な説明としては、Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.522 ff.; Röttle, Reinhard/Wagner, Alois, Strafvollstreckung, 8. Aufl., C.H. Beck, 2009, Rn.33 ff. を参照。

刑の執行中においても、第一審裁判所による司法審査が行われる場合があるうえに、刑執行部に管轄権がある場合にも、第一審裁判所への移送が許可される場合がある。結論から言うと、第一審裁判所は、刑の執行の開始前と、事後的併合刑の事後裁判及び高等裁判所の第一審裁判については、刑執行の決定に関する管轄権を優先的に有し、それ以外の場合は、刑執行部に対して補充的な管轄権を行使する。つまり、刑執行部を設置した主な理由である行刑隣接性が求められない場合には、第一審裁判所が管轄権を有するといえよう²⁹⁶。

刑事訴訟法第 462 条 a には、刑の執行に関する裁判の管轄権について詳細な規定が置かれている。第 1 項は、自由刑が執行される場合における刑執行部の管轄について定めており、第 2 項は、第 1 項の場合を除いては第一審裁判所が管轄権を行使することを明らかにしている。これによれば、刑の執行中だけでなく、一旦刑の執行が開始された後、それが停止され、又は猶予された場合においても、刑執行部の管轄権が認められる。要するに、刑の執行に係る事項に関する管轄権は、刑の執行の開始を基準にして、その後は刑執行部に、それ以前は第一審裁判所に属することが原則といえる。また、同条第 1 項に当たる場合、すなわち、原則として刑執行部が管轄権を有する場合においても、第一審裁判所が保安監置の命令を留保し、刑法第 66 条 a 第 3 項第 1 文に基づいて、それに関する裁判が継続して可能であるときは、刑執行部ではなく、第一審を担当した裁判所の管轄になる（刑事訴訟法第 462 条 a 第 2 項第 3 文）。一般的な残刑の執行猶予に関しては、刑執行部が決定するのが原則であるが、この場合には、その特殊性を勘案して、例外的に第一審裁判所の管轄とするものである。

さらに、行刑施設との隣接性が求められない場合には、刑執行部から第一審裁判所への移送が可能である。刑事判決の解釈若しくは言い渡された刑の量定について疑問がある場合、又は刑執行の適法性について異議申立てがあった場合における必要的裁判（刑事訴訟法第 458 条第 1 項）に関しては、刑執行部が管轄権を有するが（刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項第 1 文、第 462 条第 1 項第 1 文）、この場合、刑執行部から第一審裁判所に移送することができる（刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項第 3 文）。また、第一審裁判所の管轄である刑の執行猶予及び刑の留保付警告に関する事後裁判（刑事訴訟法第 453 条）においても、第一審裁判所は、その全部又は一部について、有罪判決を受けた者の住所地又は居所地を管轄する区裁判所に移送することができる（刑事訴訟法第 462 条 a 第 2 項第 2 文）。

²⁹⁶ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.75.

なお、複数の確定判決により複数の刑を言い渡された者に対し、事後的併合刑の形成に関する刑法第 55 条の規定²⁹⁷が適用されなかったときは、裁判所の事後裁判をもって、言い渡された複数の刑を一つの刑として言い渡さなければならず、その事後裁判に関する管轄権は第一審裁判所にある（刑事訴訟法第 460 条、第 462 条 a 第 3 項第 1 文）。その管轄権は、一つの裁判所にのみ認められるが、それを決める基準は、次のとおりである。まず、複数の裁判所が複数の刑を言い渡した場合、最も重い刑、又は同種の刑の中で最高刑を言い渡した裁判所が管轄権を有する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 3 項第 2 文前段）。それに従っても管轄権の認められる裁判所が 2 か所以上あるときは、最後に判決した裁判所がその管轄権を有する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 3 項第 2 文後段）。上記の要件を満たしている裁判所が上級裁判所であるときは、第一審裁判所が併合刑を確定し、高等裁判所が第一審裁判所として行ったときは、高等裁判所が併合刑を確定する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 3 項第 3 文）。また、区裁判所に事後的併合刑の事後裁判に関する管轄権が認められるものの、区裁判所が言い渡すことのできる刑罰の範囲を超えているときは、その区裁判所の属する地域に所在する地方裁判所の刑事部が当該裁判を行う（刑事訴訟法第 462 条 a 第 3 項第 4 文）。

さらに、刑事訴訟法第 460 条の場合以外で、複数の裁判所が有罪判決を受けた者に対し確定的に刑を言い渡し又は刑の留保付警告を下した場合には、そのうち一つの裁判所のみが、刑の執行猶予及び刑の留保付警告に関する事後裁判（刑事訴訟法第 453 条）、残刑の執行猶予に関する決定（刑事訴訟法第 454 条、第 454 条 a）、その他の刑執行に関連する決定（刑事訴訟法第 462 条）について管轄権を有する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 4 項第 1 文）。その管轄権を有する裁判所を決定する基準は、刑事訴訟法第 460 条の適用される場合と同じである。ただし、その場合に、同法第 462 条 a 第 1 項の規定により刑執行部の管轄権が認められるときは、管轄権の決定に関する問題は生じない（刑事訴訟法第 462 条 a 第 4 項第 3 文）。

一方、高等裁判所が第一審として判決を下した場合には、「刑執行部に代わって」、高等裁判所が管轄権を行使する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 5 項第 1 文）。その場合にも、高等裁判所は、原則として刑執行部が管轄権を有する場合（同条第 1 項）及び事後的併合刑が事後裁判で言い渡される場合（同条第 3 項）による裁判の全部又は一部

²⁹⁷ 刑法第 55 条（事後的併合刑の形成）

① 確定判決を受けた者が、言い渡された刑の執行終了、時効完成又は免除以前に、その確定判決前に犯した別の犯罪により有罪判決を受けた場合にも、第 53 条（併合犯）及び第 54 条（併合刑の形成）を準用する。

について、刑執行部に移送することができる（刑事訴訟法第 462 条 a 第 5 項第 2 文）。また、破棄差戻しの場合及び管轄違反を理由とした破棄移送の場合における第一審裁判所は、事件を差し戻された裁判所になり、再審の手続で公判が更新された場合における第一審裁判所は、その更新された裁判を行った裁判所になる（刑事訴訟法第 462 条 a 第 6 項）。

このように、刑事訴訟法において具体的な場合につき管轄権を詳細に定めているのは、一つの裁判所にのみ管轄権を認める「管轄集中の原則」を実現するためである。これは、複数の裁判所が同時に管轄権を有することにより、管轄権の争いが生じることを防ぎ、また、そのため、相違なる決定が下される危険を回避しようとする目的を持つ²⁹⁸。

第 3 節 小括

1969 年の第 10 回国際刑法会議においては、刑罰の言渡しと執行を分離し裁判所が両方に関与すること、裁判所によって言い渡された刑罰の執行方法は、裁判所又は刑罰の執行を監督する司法機関によって決定、変更されるべきことが決議された。これ以前の 1937 年の第 4 回国際刑法会議においては、刑の執行を終了し、又はその執行と関連した本質的な変更を加える決定と行刑に対する監督は、裁判所によらなければならないとの宣言がなされた。また、イタリアやフランスには、このような刑の執行に対する司法的統制の任務を専門的に遂行する刑執行裁判所が既に設立されていた。これらの事実に基づいて、ドイツでも、行刑改革の過程において、刑執行裁判所の創設について議論が行われた結果、事実審裁判所とは別に、管轄区域内に行刑施設が所在する地方裁判所に刑執行裁判所が創設されることになったのである。

議論の初期には、自由刑の執行に裁判所が介入すべきという原則には同意しつつも、事実審裁判所とは別に刑執行裁判所を創設する必要はないという意見もあった。しかし、行政と司法の権限が共存する行刑領域の特殊な性格を考慮して裁判しなければ

²⁹⁸ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.76.

ばならないという点や、事実審裁判官の先入観が反映されてはならないという点、さらに、ドイツ基本法により刑執行裁判所の創設が禁止されているわけではない点などから、議論は刑執行裁判所を導入しなければならないという方向に向かって展開されるようになった。そして、刑執行裁判所が備えるべき最も重要な要件として、以下のとおり、専門性、行刑隣接性、裁判の統一性が示された。

第1に、再社会化のための行刑を行うためには、処遇の個別化と犯罪者の再犯可能性の予測が前提とされる。そのため、犯罪学、心理学、教育学などの専門分野の判断が必要となり、自由刑の執行に関与する裁判官には、その判断の基礎となる専門知識を備えていることが求められる。それに加えて、参審裁判所を構成し専門家を参加させる案も提示されたが、専門知識に基づいて刑の執行に関する決定をすることは、法的判断に当たるため、刑執行部は職業裁判官だけから構成されるべきという結論となった。ただし、裁判官は、手続において専門家の意見を聴取する義務があるものとされた。また、行刑関連業務に従事している者と経験及び意見を継続的に交換することが勧告された。

第2に、受刑者を対象とした裁判と行刑の監督を行うという刑執行裁判所の特性上、行刑施設との距離が近くなければならないということも重要である。もっとも、行刑隣接性を最優先に考慮するならば、刑執行裁判所は区裁判所に設置するということになるはずであるが、より多くの刑事裁判官によって、より多くの刑事事件が扱われる地方裁判所で刑執行の業務を担当することが相当であるとする主張が支持された。

第3に、異なる刑事施設に収容されている受刑者間の公平を保障するために、単一の裁判所で裁判を行う必要があるということも、刑執行裁判所の創設の理由として挙げられた。また、裁判の統一性は、事実審裁判を含めた刑事裁判全体においても意味を持つ。しかし、裁判の統一性を優先的に考慮すれば、行刑隣接性は満たされないという矛盾が生じる。したがって、刑執行裁判所を地方裁判所に設置するという折衷的な形を採用し、裁判の結果に不服がある場合には、高等裁判所に抗告を申し立てることができるものとした。さらに、行刑隣接性を満たさない地方裁判所がある場合には、行刑施設に隣接した他の刑執行裁判所に管轄を集中させることを可能とする規定を置いた。

また、当初は、少年裁判所の執行指揮判事に倣って、刑執行裁判所を単独裁判官にすることが提案されたが、複雑な法律問題について判断を下さなければならない刑執行裁判所の業務の性格に照らして、合議体にすべきだという主張がなされた。単独裁判官の場合は、より迅速な意思決定が可能となるというメリットも考慮して、実際

には、単独裁判官からなる小執行部と3人の裁判官から構成される大執行部があわせて設置されることになった。

刑執行部は、有罪判決を受けた者が、刑の執行の開始後、行刑施設に収容されている場合に、刑執行に係る事後的な決定と受刑者の権利救済に関する行刑裁判に関して管轄を有する。刑執行に係る事後的な決定には、残刑の執行猶予の決定及び取消し、保護観察期間の変更、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の猶予及びその期間の変更が含まれる。このうち、無期自由刑の残刑の執行猶予と精神病院への収容及び保安監置の執行猶予に関する決定は大執行部で行われ、それ以外の決定については小執行部が管轄を有する。これは、合議体の性格に鑑みて、ほとんどの刑執行に係る事後的な決定と、法律的に複雑であるか特に重大な意味を有する行刑裁判を大執行部で司るものとされていたのを、予算の不足を理由に改正したものであり、立法の趣旨に反するという批判もある。

さらに、刑執行に係る決定に関しては、刑執行部の管轄権が認められる場合以外には、第一審裁判所に管轄権が認められる。これは、自由刑の執行に関する判断は、もっぱら事実審判決において言い渡された刑に基づいて行われるべきであるという事実審裁判所との関係と、刑執行裁判所が導入された重要な理由である行刑隣接性が考慮された結果である。したがって、行刑隣接性が要求されない場合には、刑執行部は第一審裁判所に事件を移送することができるものとされている。

このように、ドイツにおける自由刑の執行に対する司法的統制は、それを専門的に行うことを目的として設立された刑執行部と、その補充的な管轄権を有する第一審裁判所とによって行われている。次章からは、刑執行の手続における裁判所の決定と、受刑者の権利救済に関する行刑裁判を中心に、ドイツにおける自由刑の執行に対する司法的統制がいかに行われているかについて検討する。

第4章 刑執行の手續における司法的決定

裁判所が自由刑の執行につき判断する場合のうち、最も特徴的なのは、刑執行に関する事後決定の領域である。日本と韓国では、いったん自由刑の執行が開始されると、それは行政活動である行刑の領域とみなされ、特別な規定がある場合を除いて、司法的な判断が排除されるのに対して、ドイツにおいては、刑執行の領域と行刑の領域を区分し、刑執行の領域に当たる問題については司法判断によることになっている。以下では、具体的に刑執行の領域に属するのはどのような場合であり、それがどのような手續によって裁判所の決定を受けることになっているのかについて述べる。

第1節 刑の執行猶予に係る決定

1. 刑の執行猶予制度

(1) 刑の執行猶予の要件

ドイツ刑法第56条は、刑の必要的執行猶予と刑の任意的執行猶予に関して定めている。まず、同条第1項によれば、1年以下の自由刑を言い渡すにあたって、有罪判決を受けた者に対し、有罪判決だけで警告としての効果が達成され、刑執行の実現なしでも、将来、もはや犯罪を行わないであろうと期待される場合に、裁判所は、保護観察付きで刑の執行を猶予するものとしている。その決定にあたっては、特に、有罪判決を受けた者の人格、前歴、行為の事情、犯行後の態度、生活状態、及び執行猶予により行為者に期待しうる効果などを考慮しなければならない。また、同条第2項によれば、裁判所は、犯罪行為と有罪判決を受けた者の人格に対する総合的評価により

特別な事情が存在する場合には、第1項の条件の下で、2年以下の自由刑を言い渡す場合にも、保護観察付きで刑の執行を猶予することができる。その際には、特に犯罪行為から発生した損害を回復するために有罪判決を受けた者が行った努力を考慮するものとされている。他方で、言い渡された自由刑が6月以上である場合、法秩序の防衛のために刑の執行が必要なときは、刑の執行猶予は許されない（刑法第56条第3項）。

これらの条件を考慮すると、ドイツの執行猶予制度は、短期自由刑の弊害を防ぎ、犯罪者の再社会化を図ろうとする特別予防的目的の制度的意義を最大限に生かしていると評価できる。それは、①再犯のおそれがない限り、1年以下の自由刑が言い渡される場合には、原則として刑の執行を猶予するとされている点、②1年を超える自由刑が言い渡される場合でも、宣告刑が2年以下の場合には、さらに特別な事情が存在するかどうかを考慮したうえで、宣告刑が1年以下の場合と同じ条件の下で刑の執行を猶予する可能性を開いている点、③執行猶予を言い渡すときは、必ず最低2年以上の保護観察に付しなければならないという点などに現れている。

刑の執行猶予は、専ら言い渡された自由刑の全体を基準として決定することになっているので、未決勾留又はそれ以外の自由剥奪を理由に刑期に算入される部分があっても、刑の執行を猶予することができる（刑法第56条第4項）。ただし、勾留期間などの算入の結果、服役すべき残りの刑期は執行猶予の要件を満たしているが、言い渡された元の刑期はその制限範囲を超えている場合、又は、もはや執行する刑期が存在しない場合には、刑の執行を猶予することはできない²⁹⁹。

刑の執行を猶予する、又は猶予しうるすべての場合における共通の前提は、再犯のおそれがないということである。法文では、「将来、もはや犯罪を行わないであろうと期待される」とされている（刑法第56条第1項第1文）。ここでいう「期待される」とは、将来、いかなる犯罪もしないという確実性を意味するわけではない。そのような確実性を保障することは現実的に不可能である³⁰⁰。したがって、再犯をしないことについて、すべての疑いを排除しうるだけの高度の蓋然性が要求されるわけではなく、現実的にはある程度の再犯の危険は甘受せざるを得ない³⁰¹。

²⁹⁹ BGH vom 12.03.1954 - 1 StR 333/53, BGHSt 5, 377.

³⁰⁰ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56 Rn.24; Schäfer, Gerhard u.a., Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., C.H. Beck, 2017, Rn.202.

³⁰¹ OLG Oldenburg vom 20.07.2015 - 1 Ss 85/15, NJW 2015, 2745.

この点につき、ドイツ連邦最高裁判所は、「経験に基づき、将来、犯罪を行わない可能性が再犯の可能性に比べてより高いだけで足りる」と述べている³⁰²。再犯を予測する際には、刑法第 56 条第 1 項第 2 文に挙げられている要素を総合的に考慮しなければならない。特に前歴は非常に重要な判断資料となる。一般に、初犯である場合には、再犯の予測を被告人に有利に行う可能性が高い。これに対し、再犯の場合に被告人に有利な予測をするためには、特別な事情、たとえば長期間犯罪を行わなかったとか、治療が必要な場合にそれに積極的に協力したといった事情の存在が要求される³⁰³。当該犯罪行為の責任の考慮については、そこから再犯の危険性が導き出される場合を除き、行為責任のみを理由として刑の執行を猶予しないことはできない。また、再犯の危険性が高いと思われる薬物関連犯罪のような犯罪を行った場合にも、それだけで刑の執行を猶予することができないというわけではなく、治療への積極的な意思が認められたときは、猶予の可能性は開かれている。つまり、刑の執行によって再犯を防止しうる蓋然性が認められず、刑の執行よりも保護観察などのほうが再犯防止により効果的だと判断される場合には、刑の執行猶予を言い渡すことができる³⁰⁴。

6 月以上の自由刑を言い渡された場合の執行猶予については、「法秩序の防衛のために刑の執行が求められるとき」には執行猶予とすることはできないという消極的要件が加わる。この要件は、刑法第 47 条第 1 項において、例外的に、6 月未満の短期自由刑を言い渡す場合の要件としても規定されている³⁰⁵。両者は同一概念であるが、第 47 条は、法秩序の防衛のために自由刑の言渡しが不可欠であると認められるときには、6 月未満の自由刑を言い渡すという短期自由刑の言渡しに対する制限であり、第 56 条は、行為責任に基づいて既に 6 月以上（ただし、2 年以下）の宣告刑が確定した場合に、その執行が法秩序の防衛のために不可欠であると認められると、刑の執行を猶予することができないという内容であるので、その適用の場面において

³⁰² BGH vom 13.08.1997 - 2 StR 363/97, NStZ 1997, 594; BGH vom 06.09.1985 - 3 StR 185/85, NStZ 1986, 27; Lackner/Kühl StGB, 29. Aufl., C.H. Beck, 2018, § 56 Rn.8; Fischer StGB, 63. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56 Rn.4a.

³⁰³ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56 Rn.26 ff.; Schäfer, Gerhard u.a., Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., C.H. Beck, 2017, Rn.209.

³⁰⁴ SK StGB, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2016, § 56 Rn.11.

³⁰⁵ 刑法第 47 条（例外的な場合にのみ言い渡された短期自由刑）①裁判所は、行為者の行為又は人格の特別な事情のため、行為者への影響又は法秩序の防衛のために自由刑の言渡しが不可欠な場合にのみ、6 月未満の自由刑を言い渡す。

相違が存在する。連邦最高裁判所によれば、法秩序の防衛は刑法の任務に属するものであり、不法を実行した犯罪者に対して法執行をすることにより、法秩序の不可侵性を共同体内において明らかにするとともに、潜在的な犯罪者が将来同様の法侵害行為をするのを防止するという2つの目的を根幹とするとされる。しかし、軽罪の場合には、刑の言渡しだけで目的の達成が可能であり、そのために刑の執行は求められないから、刑の執行猶予においては一般予防的な思考が限定的に適用される³⁰⁶。したがって、6月未満の短期自由刑を言い渡す際には、それを執行するかどうかの決定については、特別予防的な観点から再犯の危険性を判断するのに対し、6月以上の自由刑を言い渡す際には、それとともに一般予防的な観点からの法秩序の防衛に対する判断も求められることになる。そして、その判断にあたっては、犯罪行為及び行為者に関連するすべての事情を総合的に評価するのみならず、それに加えて一般市民の法感情に対する考慮もなされる³⁰⁷。

また、裁判所は、1年を超え2年以下の自由刑の執行猶予を言い渡す際には、「特別な事情」の存否をさらに検討しなければならない（刑法第56条第2項）。連邦最高裁判所によれば、「特別な事情」とは、日常的、平均的又は単純な減輕事由に比べて特別な重みを持っており、犯罪の違法性及び責任の程度が重大であるにもかかわらず、刑の執行を猶予することが適切であって、刑法上の保護利益に反するとは評価されないものであるとされる³⁰⁸。何がこのような状況に当たるかについて、すべての場合に適用される一般的な基準を示すことは不可能であり、裁判官が、個別の事案ごとに、行為及び行為者の人格を総合的に評価して、それに当たるか否かを判断している³⁰⁹。その判断にあたっては、他の2つの要件において大きくは考慮されなかった責任も考慮しうる³¹⁰。また、他の要件の判断にあたって考慮された要素や、量刑過程で既に判断された要素も、再び考慮することができる³¹¹。そして、言い渡された自由刑が上限

³⁰⁶ BGH vom 08.12.1970 - 1 StR 353/70, BGHSt 24, 40.

³⁰⁷ Ebenda.

³⁰⁸ BGH vom 22.10.1980 - 3 StR 376/80, BGHSt 29, 371; BGH vom 01.04.1981 - 2 StR 72/81, StV 1981, 337; BGH vom 06.09.1985 - 3 StR 185/85, NStZ 1986, 27.

³⁰⁹ BGH vom 01.04.1981 - 2 StR 72/81, StV 1981, 337; MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56 Rn.43.

³¹⁰ Schäfer, Gerhard u.a., Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., C.H. Beck, 2017, Rn.237.

³¹¹ Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 56 Rn.38.

の2年に近ければ近いほど、特別な事情を基礎づける要素はより重要なものでなければならぬ³¹²。

（2）必要的保護観察

刑の執行が猶予された場合、保護観察は必須条件である。保護観察期間は2年以上5年以下の範囲で裁判所が定めるものとされている（刑法第56条a第1項）。その決定にあたっては、原則として、特別予防的観点のみが考慮され、行為者の責任と宣告刑は大きな意味を有しない³¹³。保護観察期間は、刑の執行猶予の判決が確定するとともに開始される（刑法第56条a第2項第1文）。裁判所は、保護観察期間中、有罪判決を受けた者の生活態度、特に刑法第56条b及び第56条cにより負担事項（Auflagen）又は遵守事項（Weisungen）³¹⁴を命じた場合には、それらの事項の履行と給付の提案及び約束の履行について監督する（刑事訴訟法第453条b第1項）。また、裁判所は、再犯防止に適する場合には、保護観察期間の全部又は一部について、有罪判決を受けた者を保護観察官の監督及び指導に付す（刑法第56条d第1項）。保護観察官は裁判所によって任命され、常任職又は名誉職としてその業務を遂行する（刑法第56条d第4項第1文、第5項）。保護観察官は有罪判決を受けた者を援助し保護することをそ

³¹² BGH vom 12.06.2001 - 5 StR 95/01, StV 2001, 676.

³¹³ NK StGB, 5. Aufl., Nomos, 2017, § 56a Rn.2; Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.120.

³¹⁴ 用語の翻訳例に関連して、ゲツチェ『独和法律用語辞典』によれば、「Auflage(n)」は「負担、賦課事項、遵守事項」と、「Weisung(en)」は「指示、指揮」とされており、シュトレング（小池信太郎監訳）「ドイツにおける刑事制裁：経験的視点を交えた概観」によっても、「Auflagen」は「負担」、「Weisungen」は「指示」とされている。ドイツ刑法においては、「Auflagen」は、過去の犯罪に対する贖罪ないし応報の観点から与えられる過去志向的な事項として刑罰的属性を持つもの、「Weisungen」は、再社会化の理念に基づき再犯を防止するために課せられる未来志向的な事項として禁止や命令の形式の予防的処分の属性を持つものと区別している。なお、日本刑法及び韓国刑法においては、保護観察の際に「遵守事項」が課せられているが、その内容は「Weisungen」と類似している。既に「遵守事項」という法律用語があるので、「Weisungen」は「遵守事項」と訳するのが妥当だと考える。そして、「Auflagen」は、上記の翻訳である「負担」を生かし「負担事項」と訳すことにする。ちなみに、韓国においては、「Auflagen」は「義務」、「Weisungen」は「遵守事項」と翻訳されている（法務部編『ドイツ刑法』（法務部、2011年））。

の任務とする（刑法第 56 条 d 第 3 項第 1 文）。また、裁判所と協力し、負担事項及び遵守事項の履行と給付の提案及び約束の履行を監督し、その著しい又は継続的な違反を裁判所に通知し、裁判所の定めた期間ごとに有罪判決を受けた者の生活態度について報告する。裁判所は、保護観察官に対して、そのような活動を指示することができる（刑法第 56 条 d 第 3 項第 2 文及び第 3 文、第 4 項第 2 文）。

保護観察官による監督の内容は、具体的には、有罪判決を受けた者に対して、定期的に生活環境や生活状態、特に再犯が懸念される状況に関する調査をし、薬物又はアルコールの治療に適した遵守事項の履行のためのアドバイスをするなどである³¹⁵。ほかに、保護観察官は、有罪判決を受けた者の生活条件と保護観察期間中に生じる様々な状況について助言、援助する役割を担う³¹⁶。

有罪判決を受けた者が 27 歳未満であり、9 月を超える自由刑の執行が猶予された場合には、特別な事情がない限り、裁判所は、保護観察期間の全部又は一部について保護観察官の監督及び指導を命じなければならない（刑法第 56 条 d 第 2 項）。保護観察期間における監督の管轄権は、原則としては第一審裁判所にあるが、刑の執行猶予に関する事後裁判を刑執行部が管轄する場合には刑執行部に属する（刑事訴訟法第 453 条 b 第 2 項）。

裁判所は有罪判決を受けた者に負担事項又は遵守事項を命じることができる。まず、負担事項とは、有罪判決を受けた者に不法行為の賠償のための措置を命じること、その内容は次のとおりである（刑法第 56 条 b 第 1 項第 1 文、第 2 項第 1 文）。①最善を尽くして犯罪行為から生じた損害を原状回復すること、②犯罪行為と行為者の人格を考慮し妥当な場合には公益施設に一定の金額を納入すること、③その他の公益のための給付を提供すること、④国庫に一定の金額を納入すること。裁判所が②から④の負担事項を命じることができるのは、その負担事項の遂行が損害の原状回復と相反しない場合に限る（刑法第 56 条 b 第 2 項第 2 文）。

このように、負担事項は、被害者と犯罪者の和解による損害賠償と政府や社会基金に対する金銭的補償ないし社会奉仕命令などの応報的措置を意味する³¹⁷。ただし、裁判所は、負担事項を命じる際に、有罪判決を受けた者に期待しえない要求をしては

³¹⁵ Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 56d Rn.5 f.

³¹⁶ Beß, Konrad/Koob-Sodtke, Gertraud, Der Kontroll und Unterstützungsprozess in der Bewährungshilfe in Bayern, BewHi 54, 2007, S.254.

³¹⁷ ユ・スヨン「ドイツ保護観察制度に関する考察－保護観察制度の発展と刑事実務上新たな議論－」保護観察 14 卷 1 号（2014 年）282 頁。

ならない（刑法第 56 条 b 第 1 項第 2 文）。また、有罪判決を受けた者が不法行為の賠償のために適正な給付を自ら提案した場合には、裁判所は、その提案の履行を期待しうると判断したとき、特別な事情がない限り、負担事項を暫定的に免除する（刑法第 56 条 b 第 3 項）。

つぎに、遵守事項とは、再犯防止のために必要な場合に、執行猶予期間中、有罪判決を受けた者に命じられるもので、その内容は次のとおりである（刑法第 56 条 c 第 1 項第 1 文、第 2 項）。①居住、教育、労働又は余暇に関する指示や経済関連の規制に関する命令に従うこと、②指定された期間に裁判所又はその他の官庁に報告すること、③被害者又は将来の犯罪行為の機会と動機を提供しうる特定の人若しくは特定団体に属する者と接触、交際し、又はその人を雇用、訓練、宿泊させないこと、④将来の犯罪行為の機会や動機を提供しうる特定の物を所有、携帯、保管しないこと、⑤扶養義務を履行すること、⑥身体的侵襲に係わる治療又は禁絶治療を受けること、⑦適切な公共の収容施設や適切な機関に居住すること。ただし、⑥と⑦の遵守事項は、有罪判決を受けた者の同意のある場合にのみ課すことができる（刑法第 56 条 c 第 3 項）。

このように、遵守事項は、有罪判決を受けた者の再社会化のために、生活の自由をある程度制限する措置であるといえる³¹⁸。遵守事項を命じる際に、裁判所は、有罪判決を受けた者が生活を維持するにあたって期待しえない要求をしてはならない（刑法第 56 条 c 第 1 項第 2 文）。また、裁判所は、有罪判決を受けた者が将来の生活態度について適切な約束をし、その約束の履行を期待しうると判断される場合には、特別な事情がない限り、遵守事項を暫定的に免除する（刑法第 56 条 c 第 4 項）。

（3）手続的事項

刑の執行猶予において、執行猶予自体は判決として言い渡される。それとともに、裁判長は有罪判決を受けた者に執行猶予の意味を説明し、保護観察期間、負担事項及び遵守事項、執行猶予の取消しの可能性について告知する（刑事訴訟法第 268 条 a 第 3 項第 1 文、第 3 文）。保護観察に関する告知は、決定の形式で判決と併せて行われ、判決の言渡しには含まれない（刑事訴訟法第 268 条 a 第 1 項）。上記の告知は、重要ではない場合を除いては、口頭で行わなければならない（刑事訴訟法第 453 条 a 第 2 項）。告知が行われていないときは、事後裁判を管轄する裁判所により行われるべきで

³¹⁸ 同上。

あり、裁判長は、それを受命判事又は受託判事に委任することができる（刑事訴訟法第 453 条 a 第 1 項）。さらに、刑の執行猶予の判決に対する不服は一般的な上訴の手続によるが、保護観察に関する決定に対する不服はそれには含まれない。保護観察に関する決定に対しては、裁判官の裁量を逸脱し、若しくは比例性の欠如している場合、又は基本権の侵害がある場合など、その決定が違法な場合に限り抗告することができる（刑事訴訟法第 305 条 a 第 1 項）。提起された抗告に関しては、原則として上級裁判所が管轄する（裁判所構成法第 73 条第 1 項、第 120 条第 4 項、第 121 条第 1 項第 2 号）。ただし、判決に対する上告が一緒に提起された場合には、同抗告の管轄権は上告裁判所に属する（刑事訴訟法第 305 条 a 第 2 項）。抗告は判決が確定した後も可能であり、その場合には抗告裁判所が管轄権を有する。

2. 刑の執行猶予に関する事後裁判

刑の執行猶予は、事後に変更され又は取り消されることができる。裁判所は、執行猶予期間をはじめとする保護観察と係わる決定も事後に変更し、又は取り消すことができ、また決定自体を事後にすることもできる（刑法第 56 条 e）。保護観察に関して変更をするかどうかは、裁判所の裁量事項であり、不利益変更禁止の原則は適用されない³¹⁹。ただし、客観的な事実関係又は環境の変化がなければならず³²⁰、単に法律問題に関する評価の変更は根拠とならない³²¹。

³¹⁹ BGH vom 16.02.1982 - 5 StR 1/82, NStZ 1982, 286 (Ls.); LG Baden-Baden vom 05.05.1987 - Qs 115/87, NStZ 1987, 478; Schäfer, Gerhard u.a., Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., C.H. Beck, 2017, Rn.270.

³²⁰ Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 56e Rn.3; OLG Stuttgart vom 10.02.1969 - 2 Ws 29/69, NJW 1969, 1220.

³²¹ LG Stuttgart vom 24.09.2004 - 1 Ws 248/04, NStZ-RR 2004, 362.

（１）執行猶予期間の変更

執行猶予期間は、法定の下限である２年にまで短縮し、又は執行猶予期間の満了前に法定の上限である５年まで延長することができる（刑法第５６条a第２項第２文）。繰り返して延長することも可能である。刑の執行猶予の取消しが問題となる場合にも、執行猶予期間の延長により、取消しを避けることができる場合がある。すなわち、執行猶予の取消事由の存在する場合であっても、追加の負担事項又は遵守事項を課すること、特に有罪判決を受けた者を保護観察官の監督下に置くことで十分なとき、又は執行猶予期間若しくは監督期間を延長することで十分なときは、裁判所は、刑の執行猶予を取り消さない（刑法第５６条f第２項第１文）。ただし、後者の場合、最初に決められた執行猶予期間の２分の１を超えて延長することはできない（同項第２文）。「最初に決められた」の意味は、文字通り、最初に決められた期間を基準とするということなので、執行猶予期間が繰り返し延長された場合にも、その直前の期間ではなく、最初に決められた期間が基準となる。また、刑法第５６条a第２項は、そのような場合には適用されない。したがって、刑の執行猶予の取消しを避けるために執行猶予期間が延長されるときには、５年という法定の上限が適用されない。また、執行猶予期間の満了後も延長することができる。これらの場合、新たな執行猶予期間の起算点は延長が決められた時点となる。それゆえ、執行猶予の取消しを避けるための執行猶予期間を延長する場合、猶予期間は全体で最長７年６か月まで可能ということになる³²²。

複数の犯罪について有罪判決を受けた者に対し一個の併合刑が言い渡された場合³²³、その併合刑を基準として刑の執行猶予が行われることになる（刑法第５８条第１項）。すなわち、個々の犯罪に対する刑量ではなく、専ら併合刑の刑量を基準として刑の執行猶予を決定することになるのである。もちろん、実際に決定する際には、個々の犯罪に対する印象が反映されざるを得ないものの、刑の執行猶予を決定するにあたっては、総合的な考察が行われなければならないことを確認したものといえよう³²⁴。

³²² Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.133.

³²³ ドイツ刑法第５３条は、複数の犯罪について同時に有罪判決が下される場合、一個の併合刑が言い渡されると規定しており、第５４条は、その併合刑の形成方法について具体的に明示している。また、第５５条は、事後的に併合刑が形成される場合について規定しており、その際は、第５３条及び第５４条の規定を準用するものとされている（注２９７）。

³²⁴ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 58 Rn.5.

刑法第 55 条第 1 項の規定により事後的併合刑が形成される場合に、従前の裁判で言い渡された自由刑の全部又は残刑についてその執行が猶予されており、事後に形成された併合刑の執行も猶予されたときは、新たな執行猶予期間の下限は、既に経過している猶予期間分短縮されるが、それは最低 1 年以上でなければならない（刑法第 58 条第 2 項第 1 文）。上限の 5 年はそのまま維持される。これは、既に経過している猶予期間が、併合刑について改めて定められる猶予期間に直接算入されるということではなく、それが、併合刑を基準として定める猶予期間の限界を設定するにあたって考慮されるという趣旨である³²⁵。また、従前の自由刑の執行猶予の際に課せられた負担事項の履行のために、有罪判決を受けた者が提供した給付も考慮されない。これは、刑の執行猶予が取り消される場合、原則として、有罪判決を受けた者が負担事項又は給付の提案の履行と遵守事項又は約束の履行のために提供した給付は返還されないと規定している刑法第 56 条 f 第 3 項第 1 文とのバランスを考えたものであると思われる。それにもかかわらず、併合刑の執行猶予の際に負担事項を新たに課すにあたって、損害賠償を軽減することは可能であろう。ただし、その場合にも、従前の自由刑の場合と比較して、少なくとも同一であるかそれ以上であることが求められる。そして、負担事項の履行のために既に提供された給付は、たとえ新たな負担事項を決定する過程においては直接算入されないとしても、相当な履行として参酌されるべきである³²⁶。さらに、事後的併合刑の執行が猶予されない場合は、刑の執行猶予の取消しに関する刑法第 56 条 f 第 3 項を準用するものと明示されている（刑法第 58 条第 2 項第 2 文）。これは、事後的併合刑の形成により、有罪判決を受けた者に決して不利な結果をもたらしてはいけないという、事後的併合刑に関する刑法第 55 条の趣旨と相反するように見える³²⁷。したがって、刑法第 56 条 f 第 3 項を準用するにあたって、従来提供された給付を裁量的に算入することができるものとされているものの、一般的に算入するものとすべきである³²⁸。

³²⁵ Ebenda, § 58 Rn.7.

³²⁶ BayObLG vom 05.06.1987 - RReg 1 St 346/86, NStZ 1987, 458.

³²⁷ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 58 Rn.9.

³²⁸ BGH vom 20.03.1990 - 1 StR 283/89, NStZ 1991, 34; BGH vom 18.02.2014 - 3 StR 442/13, NStZ-RR 2014, 138.

(2) 刑の執行猶予の取消し

刑の執行猶予が行われた後、次の事由が発生した場合、その猶予を取り消すことができる（刑法第 56 条 f 第 1 項第 1 文）。①執行猶予期間中に再び犯罪を行い、執行猶予の根拠となった期待が満たされていないことが証明された場合、②遵守事項に著しく若しくは継続的に違反し、又は保護観察官の監督及び指導を継続的に逸脱し、新しい犯罪に至るおそれのある場合、③負担事項に著しく又は継続的に違反した場合。①は、執行猶予の言渡しとその確定の間、又は事後的併合刑の形成においてそれに含まれたいずれかの判決での執行猶予の言渡しと併合刑の言渡しの確定の間に犯罪が行われた場合にも準用される（刑法第 56 条 f 第 1 項第 2 文）。執行猶予中の再犯による取消しのためには、単に新たな犯罪が行われただけでなく、新たな犯罪と執行猶予を言い渡された従前の犯罪の間に犯罪学的関連性が認められなければならない³²⁹。もともと、これは、必ずしも同種類の犯罪であることを要求するものではなく、執行猶予の前提となった再犯をしないという期待から外れた行為がなされたことが認められればよい³³⁰。新たな犯罪事実について執行猶予が言い渡された場合でも、そのことは、原則として、従前の犯罪に対する執行猶予を取り消すかどうかには影響しないが³³¹、新たな犯罪について執行猶予を言い渡されたという事実は、再犯の予測などにおいて肯定的な評価を得たことを意味するから、これを尊重し、従前の犯罪についての執行猶予の取消しは、例外的な場合にのみなされると考えることができる³³²。

刑の執行猶予の取消しに関しては、裁判所が職権で判断し、決定の形式で通知する。原則として、取消事由につき事実関係が確認されると、直ちに決定をしなければならないが、決定をすべき期限が定められているわけではないから、執行猶予期間が満了した後の取消しも可能である。刑の執行猶予の取消しが確定すると、課せられた負担事項又は遵守事項は根拠を失うことになる³³³。したがって、有罪判決を受けた者

³²⁹ SK StGB, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2016, § 56f Rn.19; OLG Düsseldorf vom 24.06.1998 - 1 Ws 337/98, NStZ-RR 1998, 334.

³³⁰ OLG Hamburg vom 14.03.2011 - 2 Ws 26 - 27/11, Juris.

³³¹ BVerfG vom 04.12.1986 - 2 BvR 796/86, NStZ 1987, 118.

³³² BVerfG vom 19.04.1985 - 2 BvR 1269/84, NStZ 1985, 357.

³³³ OLG Frankfurt a.M. vom 23.03.2010 - 3 Ws 241/10, NStZ-RR 2010, 187; MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56f Rn.43.

が、負担事項又は給付の提案の履行と遵守事項又は約束の履行のために提供した給付は返還されないが、犯罪による損害の回復ではない負担事項が命じられた場合（刑法第 56 条 b 第 2 項第 1 文第 2 号ないし第 4 号）又は有罪判決を受けた者が自ら給付の提供を提案した場合（刑法第 56 条 b 第 3 項）には、その履行のために提供された給付は、刑に算入することができる（刑法第 56 条 f 第 3 項第 2 文）。算入するか否かとその基準についての判断は、基本的には裁判所の裁量事項となっており、通常は執行猶予の取消決定をする時点での有罪判決を受けた者の経済的能力などが考慮される³³⁴。

刑の執行猶予を取り消す決定は、有罪判決を受けた者に通知又は送達されなければならない。その者が逃走中であるか又はその所在が不明な場合には、取消しの決定を公示送達する³³⁵。一方、執行猶予を取り消すことのできる十分な根拠が存在する場合には、裁判所は、取消決定が確定するまで有罪判決を受けた者の身柄を確保するために、暫定的に勾留を命じることができる。緊急の場合、刑事訴訟法第 112 条第 2 項第 1 号（行為者が逃走中であること又は隠れていることが確認された）又は第 2 号（個別事件の状況を評価し被疑者が刑事手続を回避するおそれ、すなわち、逃走のおそれが存在する）に該当する場合、又は有罪判決を受けた者が重大な犯罪行為を行うおそれがあるという十分な事実的根拠がある場合には、正式な勾留を命じることができる（刑事訴訟法第 453 条 c 第 1 項）。この理由で勾留された日数は、将来に執行する自由刑に算入される（刑事訴訟法第 453 条 c 第 2 項）。

（3）執行猶予期間の満了の効果

執行猶予期間が無事に満了すると、言い渡された刑は裁判所により免除される（刑法第 56 条 g 第 1 項第 1 文）。すなわち、裁判所は、執行猶予期間が満了すると同時に職権で刑の免除の決定をする³³⁶。決定すべき期限は定められていないので、たとえば、有罪判決を受けた者が新たな刑事裁判の手続中である場合などには、刑の免除の決定

³³⁴ OLG Hamm vom 31.10.2000 - 2 Ws 286/00, NStZ 2001, 165.

³³⁵ OLG Hamburg vom 25.09.1987 - 1 Ws 187/87, NStZ 1988, 292.

³³⁶ 執行猶予期間の満了前に違法になされた刑の免除の言渡しは、期間の満了時に初めて有効になり、刑法第 56 条 g 第 2 項の要件によってのみ取り消すことができる（MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56g Rn.19.）。

は留保されうる³³⁷。裁判所が刑の免除の決定をする場合には、執行猶予を取り消すべき事由が存在しないことにつき確信を抱いていなければならない³³⁸。取消事由の存否について確信できない場合には、それが完全に究明されるまで、刑の免除に関する裁判を一時的に延期することができる³³⁹。ただし、そのために、執行猶予期間を延長することは許されない³⁴⁰。執行猶予を取り消すことができない場合には、裁判所は、必ず刑の免除を言い渡さなければならない³⁴¹。刑の免除は、言い渡された刑の執行が放棄されることを意味するもので、それにより刑の言渡し自体が失効するわけではない。刑の免除が言い渡された場合も、有罪判決を受けた者が負担事項又は給付の提案の履行と遵守事項又は約束の履行のために提供した給付は返還されない（刑法第 56 条 g 第 1 項第 2 文、第 56 条 f 第 3 項第 1 文）。

執行猶予が取り消されることなく猶予期間が満了し、言い渡された刑が免除された場合に、この刑の免除決定を取り消すことも可能である。すなわち、裁判所は、有罪判決を受けた者が、刑法の場所的適用範囲内で執行猶予期間中に故意に行った犯罪を理由として、6 月以上の自由刑を言い渡された場合には、執行猶予期間が満了して 1 年以内であり、かつ、新たな判決の確定から 6 か月以内であるときに限り、刑の免除を取り消すことができる（刑法第 56 条 g 第 2 項第 1 文、第 2 文）。執行猶予の決定とその確定との間、又は、事後的併合刑の形成において、それに含まれたいずれかの判決での執行猶予の決定と併合刑の言渡しの確定との間に行われた犯罪も、執行猶予期間中の犯罪とみなされる（刑法第 56 条 g 第 2 項第 3 文、第 56 条 f 第 1 項第 2 文）。刑の免除の決定を下した裁判所は、そのような有罪判決の事実を知ったときは、職権で刑の免除の決定を取り消すかどうかを審査しなければならない³⁴²。刑の免除決定が取り消された場合には、必然的に執行猶予も取り消される結果をもたらすので、執行猶予の取消しの手続に関する規定が同様に適用される。また、有罪判決を受けた者が負担事項や遵守事項などの履行のために既に提供した給付については、執行猶予の取消しに関する刑法第 56 条 f 第 3 項が準用される（刑法第 56g 条第 2 項第 3 文）。

³³⁷ OLG Zweibrücken vom 02.05.1988 - 1 Ws 160/88, MDR 1989, 178.

³³⁸ BGH vom 01.06.1984 - StB 7/84, BGHSt 32, 365; OLG Hamm vom 07.05.1998 - 2 Ws 167/98, NStZ 1998, 478; Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 56g Rn.2.

³³⁹ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56g Rn.19.

³⁴⁰ BVerfG vom 08.06.2009 - 2 BvR 847/09, NJW 2009, 3570.

³⁴¹ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56g Rn.19.

³⁴² Ebenda, § 56e Rn.20.

(4) 手続的事項

刑の執行猶予に関する事後裁判は、裁判所が口頭弁論を経ることなく決定で行う(刑事訴訟法第453条第1項第1文)。保護観察に関する変更については、有罪判決を受けた者を監督する裁判所が知り得た事実に基づいて職権で判断するが、より厳格な方向に変更する必要がある場合には、確実な事実にもみ基づくべきものとされている³⁴³。決定の前に、検察及び有罪判決を受けた者の意見を聴取することが求められる(刑事訴訟法第453条第1項第2文)。有罪判決を受けた者が未成年者に対する性犯罪により起訴され、精神的治療のような遵守事項の命令が考慮される場合には、裁判所は、治療の要否を確認するため、精神科医などの専門家から意見を聴取しなければならない(刑事訴訟法第453条第1項第3文、第246条a第2項)。ただし、有罪判決を受けた者及びその弁護人と検察官がそれを放棄した場合には、意見聴取を行わないことができる(刑事訴訟法第453条第1項第3文、第454条第2項第4文)。

また、負担事項又は遵守事項の違反により執行猶予を取り消すかどうかを判断する場合には、裁判所は、有罪判決を受けた者に口頭陳述の機会を与えなければならない(刑事訴訟法第453条第1項第4文)。保護観察官が任命されている場合には、裁判所は保護観察官に執行猶予又は刑の免除の取消しに関する裁判の事実を知らせる。さらに、保護観察の目的に照らして適当なときは、別の刑事手続を通じて知った事実についても通知しなければならない(刑事訴訟法第453条第1項第5文)。決定に関しては、裁判所は、有罪判決を受けた者に対して、執行猶予の決定をしたときと同様に告知しなければならない(刑事訴訟法第453条a第3項、第1項、第268条a第3項)。

刑の執行猶予に関する事後裁判については抗告が許される(刑事訴訟法第453条第2項第1文)。高等裁判所の裁判については、一般には抗告が許されないが、高等裁判所が第一審としての管轄権を有する場合には、執行猶予の取消決定について抗告することができる(刑事訴訟法第304条第4項第5号)。ただし、抗告が許されるのは、命令が法律に違反し、又は保護観察期間が根拠なしで事後的に延長されたことを理由とする場合に限られる(刑事訴訟法第453条第2項第2文)。また、刑の執行猶予の取消し、執行猶予の効果である刑の免除と、刑の免除の取消しに対しては即時抗告が

³⁴³ Ebenda, § 56e Rn.17.

可能である（刑事訴訟法第 453 条第 2 項第 3 文）。同規定は、このような文言にもかかわらず、執行猶予の取消しの申立てに対する却下決定³⁴⁴、保護観察期間の延長の申立てに対する却下決定³⁴⁵、刑法第 56 条 f 第 3 項による提供された給付の刑への算入に関する決定³⁴⁶にも適用される。これは、自由の剥奪の可否と範囲、また期間の算定に関しては、迅速に決定される必要があるからである³⁴⁷。したがって、刑の免除の申立てに対する却下決定に対しては、即時抗告が許されない³⁴⁸。

抗告の提起は、決定の執行力には影響を与えない（刑事訴訟法第 307 条第 1 項）。執行猶予の取消決定に対して抗告が提起された場合にも、その必要性が認められる場合には、その決定が確定するまで身柄を確保できるように暫定的に勾留を命じることができる³⁴⁹。

刑の執行猶予に関する事後裁判の管轄権は、原則として、第一審裁判所に属する。併合刑の執行猶予に関しては、併合刑を言い渡す裁判所が管轄権を有する。刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項により、刑の執行が開始されていない場合は、刑執行部の管轄ではないからである。しかし、有罪判決を受けた者が別の事件により既に刑の執行中である場合には、刑の執行猶予に関する事後裁判は、刑執行部の管轄に属する。これは、受刑者としての地位、すなわち自由剥奪の状態に影響を及ぼす決定であるからであろう。また、事後裁判の抗告に関しては、例外規定のある場合を除いて、上級裁判所が管轄する（裁判所構成法第 73 条第 1 項、第 121 条第 1 項第 2 号、第 135 条第 2 項）。

³⁴⁴ OLG Naumburg vom 19.09.2001 - 1 Ws 343/01, BeckRS 2001, 30206592.

³⁴⁵ OLG Hamm vom 24.02.2009 - 3 Ws 23/09, NStZ 2010, 105.

³⁴⁶ KG vom 26.06.2013 - 2 Ws 303/13 - 141 AR 306/13, StraFo 2013, 523.

³⁴⁷ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56f Rn.43.

³⁴⁸ BGH vom 01.06.1984 - StB 7/84, BGHSt 32, 365; Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 56g Rn.2; MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 56g Rn.18.

³⁴⁹ SSW StGB, 4. Aufl., Carl Heymanns, 2019, § 56f Rn.36.

第2節 残刑の執行猶予に係る決定

1. 残刑の執行猶予の性格と刑執行部の決定

残刑の執行猶予というのは、自由刑の執行中の者について、保護観察を条件として、残りの期間の刑の執行を猶予するものである。有罪判決によって定められた刑期の満了前に、そのような早期釈放を可能にする制度を置いている理由は、拘禁期間の長期化により社会への再統合が困難になることを防ぐとともに、有罪判決を受けた者に、処遇に協力し行刑の目的を達成する動機を与えることにある。また、釈放後、必要的保護観察によって対象者に規範に従った生活をするように働き掛けると同時に、犯罪のない生活を営むために必要なサポートを提供する。その意味で、本制度は、行刑の緩和を通じて追求される再社会化の理念と関連するとともに、施設内という閉鎖的な環境での処遇の短所を補うという社会内処遇の目標につながっている³⁵⁰。

このような意味を有する残刑の執行猶予は、時間的には行刑中に行われる措置に当たるものの、その他の行刑中の措置とは次のような点で区別される。一般的な行刑中の措置は、自由剥奪という行刑の基本的な状態を維持しつつ付随的に行われるものであるのに対し、残刑の執行猶予は、既に自由刑の執行が開始されている者に対し、法に定められている一定の時点になると、さらに刑の執行を続けるべきか、又は暫定的にそれを中断するかを決定するものであるから、対象者の自由剥奪の状態に直接に影響を与える。すなわち、残刑の執行猶予は、自由刑という刑罰の本質である自由の剥奪、閉鎖的行刑を継続しないという決定であるから、その決定がなされる時点とそれまでに刑の執行がなされているという点を除けば、刑の全部を執行しないという決定である一般的な刑の執行猶予と同じであるといえる。したがって、残刑の執行猶予は、刑の執行猶予の場合と同様に、裁判所の判断によるものとされており、そのため、刑の執行猶予の規定が大幅に準用されている。しかし、残刑の執行猶予の場合は、刑の執行が既に一部行われていること³⁵¹から、それは、刑の執行猶予とは明らかに区別される固有の特性も有する。たとえば、残刑の執行猶予は、刑の執行猶予とは異なり、

³⁵⁰ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.654; Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.139.

³⁵¹ ドイツでは、日本とは異なり、有罪判決の際の刑の一部執行猶予は認められていない。

刑執行規則の適用を受けるほか、それには有罪判決を受けた者の同意が必要である。また、ドイツでは、刑の執行がなされている者に対しては、その者が収容されている行刑施設が管轄区域内にある地方裁判所に設置されている刑執行部において、司法判断をすることにされているので、残刑の執行猶予に関しては、その決定から事後裁判まで、原則として刑執行部が管轄権を有する。

2. 残刑の執行猶予制度

ドイツ刑法は、残刑の執行猶予について、有期自由刑の場合と無期自由刑の場合を分けて規定している。無期自由刑の残刑の執行猶予に関する第 57 条 a は、有期自由刑の残刑の執行猶予に関する第 57 条の規定を準用しており、要件と一部の規定を除いては、両者の内容と手続はおおむね同じである。また、両規定は、一般的な刑の執行猶予に関する規定を多く準用しており、刑法典の組立てにおいて、「第 4 節 刑の保護観察付執行猶予」の見出しの下に並んで規定されていることから、第 56 条以下の刑の執行猶予制度と第 57 条以下の残刑の執行猶予制度は、基本的にはその法的性質を共有する制度であることがわかる。

(1) 個別的要件

まず、有期自由刑の残刑の執行が猶予されるための第 57 条の要件を見ると、宣告刑の 3 分の 2 以上を服役した事実に加えて、①一定の要件が備わると、必ず残刑の執行猶予の決定をしなければならない必要的な残刑の執行猶予と、②比較的軽微な犯罪を行ったか、又は特別予防的効果がよりよく達成されうると判断される者に対し、残刑の執行猶予をすることができる任意的な残刑の執行猶予との 2 つの場合に分けられる。後者は、前者の要件が満たされていない場合にも、特別な要件の下で、例外的に残刑の執行猶予を認めるものである。

必要的及び任意的な残刑の執行猶予において、それぞれの要件は次のとおりである。まず、必要的な残刑の執行猶予については、①宣告刑の 3 分の 2、ただし、最低 2 月以上を服役し、②社会の安全を考慮したうえで、猶予に責任を持つことができ、

③有罪判決を受けた者の同意があるときは、裁判所は、残刑の執行を猶予する（刑法第 57 条第 1 項第 1 文）。その際に、有罪判決を受けた者の人格、前歴、犯罪状況、再犯が行われた場合に脅かされる法益の重さ、行刑中の態度、生活状況、残刑の執行猶予により期待される効果をすべて考慮しなければならない（刑法第 57 条第 1 項第 2 文）。つぎに、任意的な残刑の執行猶予については、①有罪判決を受けた者が初めて自由刑の執行を受けており、宣告刑が 2 年を超えない場合、又は、②犯罪、有罪判決を受けた者の人格及び行刑中の改善の度合いを総合的に評価して特別な事情が存在する場合であって、期間に関する規定を除く、刑法第 57 条第 1 項の残りの要件が満たされているときは、裁判所は、有罪判決を受けた者が有期自由刑の 2 分の 1、最低 6 月以上を服役したときも、残刑の執行を猶予することができる（刑法第 57 条第 2 項）。これは、残刑の執行猶予制度の主な目的である特別予防の面を考慮して、猶予の決定の可能な時点を繰り上げ、社会内処遇の期間をより長く確保しようとするものである。

刑法第 57 条第 2 項の規定は、1986 年の第 23 次刑法改正法³⁵²により改正がなされた。第 1 号に、「初めて自由刑の執行を受けていること」が追加され、また、第 2 号の特別な事情の判断に関して、「行刑中の改善の度合い」を含め「総合的に評価すること」が、追加された。このうち、第 1 号の追加は、初めて刑務所に入所した者は、社会復帰が成功する確率が最も高く、再度の入所以降は、回数を重ねるごとにその成功率が低くなるという経験知と、初めて入所したときに受けるショックの大きさゆえに刑期の半分の執行だけで充分であるという特別予防的な観点に基づいたものである³⁵³。同規定が 2 年以下の宣告刑に限って適用されるのは、責任原則を考慮したものであり³⁵⁴、それゆえに、一般予防の観点からも妥当なものと考えられている³⁵⁵。したがって、裁判所が残刑の執行猶予を判断するにあたり、責任原則と一般予防の観点は、原則として考慮されず³⁵⁶、要件が満たされている場合には、残刑の執行を猶予するものと理解されている³⁵⁷。しかし、法律の文言上は、残刑の執行を猶予するか否かは裁判所の裁量事項に属するので、例外的に必要な場合には、裁判所は、一般予防的な考慮

³⁵² BGBl. I, 1986, S.393 ff.

³⁵³ BT-Drs. 10/2720, 1985, S.11.

³⁵⁴ LK StGB, 11. Aufl., De Gruyter, 2003, § 57 Rn. 53.

³⁵⁵ BT-Drs. 10/2720, 1985, S.11.

³⁵⁶ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.143.

³⁵⁷ OLG Düsseldorf vom 28.07.1987 - 3 Ws 406-407/87, JR 1988, 292.

を行うことができる³⁵⁸。すなわち、残刑の執行を猶予することが、一般の法感情に照らして納得できず、法秩序の防衛のために許されないと判断される場合には、裁判所は、残刑の執行猶予の決定を行わないことができる³⁵⁹。

また、第2号については、刑の執行猶予に関する刑法第56条の規定に対応したものである³⁶⁰。ここでいう「特別な事情」は、刑の執行猶予の要件と同様に、通常の減輕事由に比べて特別な重要性を持ち、犯罪行為の違法及び責任の内容にもかかわらず、残刑の執行猶予により刑罰の目的が達成されると認められる事情を意味する。特別な事情の判断要素には、刑を言い渡した裁判で既に考慮された要素も含まれる³⁶¹。刑の執行猶予とは異なるのは、残刑の執行猶予は、時間的に行刑中に判断されるものであることから、行為と行為者の人格に加え、行刑中に対象者が改善に至ったか否かについても評価することである。特別な事情が認定された例としては、前歴のない者が、警察官のおとり捜査により犯罪を実行した場合³⁶²や、行刑中に犯罪に関する知識を自発的に提供することにより、他の犯罪の捜査及び犯罪者の処罰に貢献した場合³⁶³などが挙げられる。また、独立してみた場合には通常の減輕事由に当たる事実について、総合的な考慮により特別な事情に当たるだけの重要性が認められる場合もある³⁶⁴。特別な事情に係る総合的な判断に関しては、裁判所に自由な裁量を与えられている³⁶⁵。

つぎに、無期自由刑の場合には、有罪判決を受けた者が、①15年を服役し、②さらなる執行が要求されるだけの、特に重い責任が認められず、また、有期自由刑の場合と同様に、③社会の安全を考慮したうえで、猶予に責任を持つことができ、④有罪判決を受けた者の同意があるときは、裁判所はその残刑の執行を猶予する（刑法第57条a第1項第1文、第57条第1項第1文第2号及び第3号）。その際、有期自由刑の

³⁵⁸ BGH vom 22.07.1988 - StB 19/88 - 6 BJs 44/84-2B, NStZ 1988, 495.

³⁵⁹ OLG Hamburg vom 13.03.1990 - 2 Ws 61/90, StV 1990, 414.

³⁶⁰ BT-Drs. 10/2720, 1985, S.11.

³⁶¹ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.143.

³⁶² OLG Koblenz vom 12.02.1991 - 1 Ws 51/9, NStZ 1991, 301.

³⁶³ OLG Frankfurt vom 08.05.1996 - 3 Ws 368/96, NStZ-RR 1996, 213.

³⁶⁴ たとえば、前歴がないこと、自白したこと、長期の手術が行われたこと、ほとんどの損害が原状回復されたこと、高齢であること、不服のない受刑生活をしてきたこと、釈放後に帰る安定した家族がいること、フリーランスながら定期的で目標指向の商業的な職業に従事していることなど（OLG Koblenz vom 27.03.1991 - 1 Ws 121/91, StV 1991, 428）が、これに当たる。

³⁶⁵ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.143 f.

場合と同様に、有罪判決を受けた者の人格、前歴、犯罪状況、再犯が行われた場合に脅かされる法益の重さ、行刑中の態度、生活状況、残刑の執行猶予により期待される効果をすべて考慮しなければならない（刑法第 57 条 a 第 1 項第 2 文、第 57 条第 1 項第 2 文）。

無期自由刑の残刑の執行猶予において「特に重い責任」がないことが要件とされている趣旨は、15 年の最低服役期間が満たされたことにより、当然に残刑が猶予されることを防ぐことにある³⁶⁶。最低服役期間は、無期自由刑を言い渡された場合に負うべき責任の最低限を示すものにすぎない。無期自由刑を言い渡された者の個別的な責任の算定は、刑の執行の段階で行われるべきであり、最低服役期間以降も刑の執行が継続するためには、最低限度を超える「特に重い責任」が認められることが要求される³⁶⁷。連邦憲法裁判所によれば、法文上の 15 年の期間が原則的な執行期間となり、それ以上刑を執行することは例外的にしかできないため、さらに刑の執行をすることが避けられないほどの責任が認められなければならない³⁶⁸。「特に重い責任」は、犯罪行為と行為者の人格の総合的な評価により認定された重大な事情が存在する場合にのみ認定することができる³⁶⁹。たとえば、殺人罪の被害者が複数である場合³⁷⁰や、過度に残酷な殺人行為が行われた場合³⁷¹などには、重大な事情が認められる。「特に重い責任」は、有罪を基礎づける要素ではなく量刑要素であるから、刑法第 46 条第 3 項の二重評価の禁止は、ここにも同様に適用される³⁷²。したがって、「特に重い責任」を認める根拠とされた事情がなかったと仮定しても、無期自由刑が言い渡されたといえなければならない³⁷³。言い換えれば、無期自由刑を言い渡すにあたって根拠と

³⁶⁶ Kett-Straub, Die Lebenslange Freiheitsstrafe: Legitimation, Praxis, Strafrechtsaussetzung und Besondere Schwere der Schuld, Mohr Siebeck, 2011, S.206; Laubenthal, Klaus, Lebenslange Freiheitsstrafe: Vollzug und Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, Schmidt-Römhild, 1987, S.205 ff.; Müller-Dietz, Heinz, Lebenslange Freiheitsstrafe und Bedingte Entlassung, Jura 16, 1994, S.74.

³⁶⁷ BGH vom 13.06.1994 - 1 StR 504/93, NStZ 1994, 540.

³⁶⁸ BVerfG vom 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288.

³⁶⁹ BGH vom 22.11.1994 - GSSSt 2/94, BGHSt, 40, 360.

³⁷⁰ BGH vom 27.06.2012 - 2 StR 103/12, NStZ-RR 2012, 339.

³⁷¹ OLG Nürnberg vom 04.02.1983 - Ws 70/83, NStZ 1983, 319.

³⁷² BGH vom 20.08.1996 - 4 StR 361/96, BGHSt 42, 226.

³⁷³ Laubenthal, Klaus, Lebenslange Freiheitsstrafe: Vollzug und Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, Schmidt-Römhild, 1987, S.222.

なった事情だけを理由として「特に重い責任」を認めることや、「特に重い責任」の根拠となる重大な事情を明示しないことは、刑法第 46 条第 3 項に反し、許されない³⁷⁴。「特に重い責任」の根拠となる重大な事情は、事実審の裁判において確定されていなければならない、刑執行部は、その範囲内で、刑の執行の継続が必要とされる程度の「特に重い責任」が認められるか否かについて判断する³⁷⁵。そのほかに、刑執行部は、行刑中に肯定的な改善があった場合³⁷⁶や高齢に至った場合³⁷⁷などの有罪判決後の事情も評価要素として考慮することができる。

有罪判決を受けた者に「特に重い責任」が認められ、無期自由刑の残刑の執行猶予が却下されるときは、刑執行部は、その決定において、責任に照らしてさらなる刑執行がどのくらいの期間求められるのかを確定しなければならない³⁷⁸。もっとも、残刑の執行猶予のためには、「社会の安全という利益を考慮したうえで、執行猶予に責任を持つことができる」という要件も満たす必要があるので、有罪判決を受けた者の危険性を理由に、「特に重い責任」に基づいて定められた期間経過後も、無期自由刑が執行される場合はありうる。このことが、有罪判決を受けた者の人間の尊厳（ドイツ基本法第 1 条第 1 項）や自由権（ドイツ基本法第 2 条第 2 項）を侵害するものではないが、無期自由刑の残刑の執行猶予を決定する際には、比例性の原則を厳格に遵守して、有罪判決を受けた者が自由な状態に復帰するための、具体的で原則として実現可能な機会が保障されなければならない³⁷⁹。

また、併合刑として無期自由刑を言い渡された場合には、「特に重い責任」を確定するにあたり、個々の犯罪行為は包括的に評価しなければならない（刑法第 57 条 b）。事後的併合刑をはじめとする併合刑が形成されるべき場合、複数の刑のいずれかが無期自由刑であるときは、併合刑として無期自由刑が言い渡される（刑法第 54 条第 1 項第 1 文、第 55 条第 1 項第 1 文）。このような場合に刑法第 57 条 b が適用されるの

³⁷⁴ BGH vom 03.12. 2008 - 2 StR 435/08, NStZ 2009, 260; BGH vom 05.04.2001 - 4 StR 106/01, NStZ-RR 2001, 296; BGH vom 20.08.1996 - 4 StR 361/96, BGHSt 42, 226.

³⁷⁵ BVerfG vom 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288; BGH vom 11.02.1999 - 1 StR 686/98, NJW 1999, 1269; OLG Frankfurt a. M. vom 19.07.1993 - 3 Ws 260/93, NStZ 1994, 252(Ls.).

³⁷⁶ OLG Koblenz vom 08.03.1994 - 2 Ws 151/94, StV 1994, 382.

³⁷⁷ OLG Hamm vom 13.01.1986 - 1 Ws (L) 1/86, NStZ 1986, 315.

³⁷⁸ BVerfG vom 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288.

³⁷⁹ BVerfG vom 08.11.2006 - 2 BvR 578/02, 796/02, BVerfGE 117, 71.

であり、それとは異なり、無期自由刑のほかに別の刑が独立して執行される場合は、適用対象から除外される³⁸⁰。

本条は、1986年、第23次刑法改正法により新設されたが、それ以前から既に判例の支配的な見解であった³⁸¹。これによれば、包括的に評価するというのは、併合刑としての無期自由刑に算入された1個以上の無期自由刑ごとにそれぞれの責任を算定しないということを意味するわけではない³⁸²。裁判所は、より正確な総合的評価のために、その判決理由において、併合刑に算入された個々の無期自由刑について「特に重い責任」が肯定されたのか、それとも、併合刑としての責任により「特に重い責任」が認められたのかを明らかにすべきである³⁸³。すなわち、第57条bの根拠は、無期自由刑である併合刑に算入されるそれぞれの犯罪行為の責任は、原則として刑を加重する役割をすることはできないが、「特に重い責任」を要件とする残刑の執行猶予の決定の際には、個々の責任が考慮されるべきであるということにある³⁸⁴。条文上、そのための基準は示されていないが、判例では、一般に実体的競合となる犯行は「特に重い責任」を基礎づけるが、軽微な犯行だけが問題になる場合には、「特別な」程度には至らないとされている³⁸⁵。

(2) 共通の要件

残刑の執行猶予は、既に自由刑の執行を受けている者に対し、一定の期間を経たことを条件として、将来的に残りの刑の執行を猶予するものであるから、最低限の執行期間の算定が重要である。刑法によれば、無期自由刑については15年と法定されているが、有期自由刑についてはそれぞれの事案で裁判所が言い渡した刑期を基準に、その3分の2又は2分の1となる時点が基準となる。その算定にあたっては、当該犯罪を原因としたすべての自由剥奪の期間が対象とされる。たとえば、未決勾留（刑法第51条第1項）、薬物中毒犯罪者のための治療施設への収容（麻薬法第36条第1項

³⁸⁰ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57b Rn.3.

³⁸¹ Fischer StGB, 50. Aufl., C.H. Beck, 2001, § 57a Rn.29.

³⁸² OLG Karlsruhe vom 02.11.1982 - 1 Ws 178/82, NStZ 1983, 74.

³⁸³ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57b Rn.7.

³⁸⁴ Ebenda, § 57b Rn.1.

³⁸⁵ BGH vom 08.12.2009 - 5 StR 433/09, BGHSt 54, 259; BGH vom 17.01.2002 - 3 StR 477/01, NStZ-RR 2002, 137.

第1文、第3項)、又は自由剥奪的な保安処分の執行(刑法第67条第4項)などを理由として刑に算入されている期間があれば、その期間も既に刑が執行された期間とみなされる(刑法第57条第4項)。このことは無期自由刑についても同様に適用される(刑法第57条a第2項)。

複数の自由刑が順に執行される場合には、個々の自由刑の執行は、それぞれの最低服役期間が経過すると停止し、直ちに次の自由刑の執行が続く形で行われる(刑事訴訟法第454条b第1項、第2項)。同規定は、複数の自由刑が執行されるべき場合についての一般的な規定であり、残刑の執行猶予における再犯の予測又は有罪判決を受けた者の同意に関する要件が満たされることを要しない³⁸⁶。これは、残刑の執行猶予を決定するために必要な時間的要件について、有罪判決を受けた者の不利にならないようにするという、憲法上の要求に応じた措置である。したがって、有罪判決を受けた者は、各自由刑の最低服役期間が経過すれば、検察に対し、刑の執行を停止することを要求する権利があり、検察がそれを懈怠した場合などには、裁判所構成法施行法第23条以下により不服を申し立てることができる³⁸⁷。刑法第57条第2項第1号に関する刑事訴訟法第454条b第2項第1文第1号は、有罪判決を受けた者による犯罪が最初の服役前に行われたものである限り、執行されるべきすべての有期自由刑に適用される³⁸⁸。また、同規定は、刑法第57条第2項第1号のみを明示しているが、それは第2号の場合にも準用される³⁸⁹。他方、複数の無期自由刑が執行されるべき場合には、それぞれについて15年が執行されるという不利益が存在する。この問題は、最終的には立法により解決されなければならない、それまでは恩赦により救済するしかないとされる³⁹⁰。かくして、執行されるべきすべての自由刑について、それぞれの最低服役期間に当たる期間が経過すると、各自由刑の残刑の執行猶予について同時に裁判することができることになる(刑事訴訟法第454条b第4項)。個々の刑に関する独立の裁判は許されない³⁹¹。

³⁸⁶ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.45.

³⁸⁷ BVerfG vom 02.05.1988 - 2 BvR 321/88, NStZ 1988, 474.

³⁸⁸ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.47.

³⁸⁹ OLG Jena vom 09.08.2011 - 1 Ws 346/11, NStZ 2012, 389; OLG Stuttgart vom 20.03.2003 - 2 Ws 36/2001, NStZ-RR 2003, 253.

³⁹⁰ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57a Rn.27.

³⁹¹ OLG Jena vom 09.08.2011 - 1 Ws 346/11, NStZ 2012, 389.

刑法第 57 条第 1 項は、残刑の執行猶予の要件として、社会の安全を考慮したうえで、猶予に責任を持つことができないと規定している。「社会の安全」のためには、有罪判決を受けた者が将来再犯を行わないことが求められるので、それはすなわち再犯予測の問題になる。そして、同項は、第 57 条 a 第 1 項第 3 号により準用されているので、有期自由刑と無期自由刑における再犯危険性の評価は、同一の基準と尺度によって行われるべきことになる。再犯の予測は、それが失敗するリスクを必然的に伴うものであるから、対象者による将来の法遵守に対する保障まで必要とされるものではない³⁹²。また、残刑の執行猶予における再犯予測の場合には、第 56 条の刑の執行猶予の場合と同等なレベルの、再犯をしない蓋然性が求められるわけではない³⁹³。将来再犯をしない蓋然性が認められ、また、そのような予測が失敗するリスクにもかかわらず、社会の安全の利益を考慮して、有罪判決を受けた者の再社会化のために残刑の執行猶予をすることについて、責任を負うことができると判断されることで足りる³⁹⁴。ただし、有罪判決を受けた者の再社会化の利益と社会の安全の利益とを比較衡量するにあたって、残刑の執行猶予が成功する蓋然性は、再犯によって脅かされる法益が重ければ重いほど、高いものが求められる³⁹⁵。残刑の執行猶予における再犯危険性の評価は、既に確定されている事実である犯罪の重さを基本として、付随的に、有罪判決を受けた者の個人的な事情と行刑中の態度を考慮して行われる³⁹⁶。また、有罪判決を受けた者の再犯の危険性を評価する際には、釈放時点を基準とすべきであり、残刑の執行猶予による釈放は、その決定から相当の期間を経て初めて可能になるので、その間の効果的な釈放の準備に起因する良好な発展も考慮されるべきである³⁹⁷。

有罪判決を受けた者の人格と行刑中の態度などについては、有罪判決を受けた者が収容されている行刑施設の意見も取り入れられている。考慮要素としては、とりわけ、有罪判決を受けた者の犯歴、施設内での人格の発展及び釈放後の職業的・社会的状況が重要である。たとえば、有罪判決を受けた者が行刑緩和を根拠なく拒否した事

³⁹² BVerfG vom 22.03.1998 - 2 BvR 77/97, NJW 1998, 2202.

³⁹³ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.141.

³⁹⁴ OLG Köln vom 08.06.2000 - 2 Ws 281-282/00, StV 2001, 30.

³⁹⁵ BGH vom 25.04.2003 - 1 AR 266/03, NStZ-RR 2003, 200.

³⁹⁶ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.655.

³⁹⁷ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57a Rn.10.

実は、行刑態度の一つとして、有罪判決を受けた者に不利に作用しうる³⁹⁸。もっとも、こうした要素は総合的に判断されるべきであり、個別の要素だけでは将来を予測することは困難である。たとえば、行刑態度についても、それだけをもって否定又は肯定のいずれかに偏って評価することは妥当ではない³⁹⁹。

再犯危険性を判断するにあたって、専門家の鑑定が要求される場合がある。無期自由刑の残刑の執行を猶予する場合には、必要的に専門家の鑑定を受けることになっている（刑事訴訟法第 454 条第 2 項第 1 文第 1 号）。それと異なり、有期自由刑の残刑の執行猶予に関しては、刑法第 66 条第 3 項第 1 文に示されている犯罪、すなわち、性犯罪の一部（刑法第 174 条ないし第 174 条 c、第 176 条、第 177 条第 2 項第 1 号、第 3 項及び第 6 項、第 180 条、第 182 条）又は傷害罪（第 224 条、第 225 条第 1 項又は第 2 項）をはじめとする重罪により、又はこれらの犯罪を酩酊状態で故意に行い（第 323 条 a）、2 年以上の有期自由刑を言い渡された場合、その残刑の執行猶予が社会の安全を脅かす可能性を排除することができないと判断されるときに限って、専門家の鑑定が求められる（刑事訴訟法第 454 条第 2 項第 1 文第 2 号）。逆に言えば、有罪判決を受けた者に、社会の安全を脅かす実際の危険がないと判断されるときは、専門家の鑑定が行われる必要はない⁴⁰⁰。

鑑定がなされる場合、とりわけ、犯罪行為により表出された対象者の危険性がなお存続しているおそれがないかどうかについての意見が表明されなければならない（刑事訴訟法第 454 条第 2 項第 2 文）。鑑定の際に参考にすべき情報が不十分であれば、専門家は自分の調査により得られた知識を援用することができる⁴⁰¹。

規定されている場合のほかにも、裁判所はより正確な再犯の予測のために専門家の助言を求めることができる⁴⁰²。専門家の鑑定は精神科医のみならず心理学者にも委託することができるが、鑑定の対象になる有罪判決を受けた者の処遇に直接関与したことがある専門家は、忌避されるべきである⁴⁰³。有罪判決を受けた者には、専門家の

³⁹⁸ Ebenda.

³⁹⁹ Müller-Dietz, Heinz, Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg v. 23.3.1989, StV 1990, S.31.

⁴⁰⁰ OLG Karlsruhe vom 10.01.2000 - 2 Ws 313/99, StV 2000, 156.

⁴⁰¹ KG vom 16.02.2009 - 2 Ws 29/09, NStZ-RR 2009, 323.

⁴⁰² MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.54.

⁴⁰³ KG vom 11.12.1998 - 5 Ws 672/98, NStZ 1999, 319; Fischer StGB, 63. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.33a.

鑑定を申請する権利は認められず、裁判所が専門家の鑑定を求めた場合にこれを争うこともできない⁴⁰⁴。鑑定をした専門家は口頭による意見陳述を行い、検察官、有罪判決を受けた者及びその弁護人、そして行刑施設にはそれに立ち会う機会が与えられなければならない（刑事訴訟法第 454 条第 2 項第 3 文）。これは、鑑定の結果が通知され、それについて専門家と議論しうる機会が与えられるべきであることを意味する⁴⁰⁵。しかし、検察官、有罪判決を受けた者及びその弁護人がそれを放棄する場合には、専門家の口頭による意見陳述を行わないことができる（刑事訴訟法第 454 条第 2 項第 4 文）。有罪判決を受けた者は、事前に鑑定の内容を知り得た場合にのみ、弁護人及び検察官との共同の意思により、放棄することができる⁴⁰⁶。もし刑事訴訟法第 454 条第 2 項によって要求される専門家の鑑定を行わずに残刑の執行猶予の決定をしたとしても、それに不服が申し立てられない限り、決定の効力に影響はない⁴⁰⁷。

残刑の執行猶予に固有の要件である有罪判決を受けた者の同意は、決定のための不可欠の要件ではあるものの、受動的な性格を有するといえる。なぜなら、有罪判決を受けた者には、積極的に残刑の執行猶予を申請する権利は与えられておらず、残刑の執行猶予を認めるかどうかは、裁判官により職権で判断されるからである。残刑の執行猶予の決定に有罪判決を受けた者の同意が要求されている理由は、有罪判決を受けた者が残刑の執行猶予の特別予防的な目標に協力するかどうかを確かめる必要があるためである。もっとも、保護観察などによる負担を避けるために有罪判決を受けた者が残刑の執行猶予に同意せず、刑が完全に執行された場合には、刑法第 68 条 f 第 1 項第 1 文により、自由刑の執行を終えて釈放された時点から行状監督が開始される場合がある点に注意が必要である⁴⁰⁸。

⁴⁰⁴ BVerfG vom 02.05.2002 - 2 BvR 613/02, NJW 2002, 2773; OLG Düsseldorf vom 09.09.1998 - 2 Ws 495/98, NStZ-RR 1999, 29.

⁴⁰⁵ OLG Zweibrücken vom 28.03.2001 - 1 Ws 146-147/01, StV 2003, 683; OLG Koblenz vom 04.01.2001 - 1 Ws 809/00, StV 2001, 304.

⁴⁰⁶ OLG Stuttgart vom 09.10.2002 - 4 Ws 241/02, NStZ-RR 2003, 30; LK StGB, 12. Aufl., De Gruyter, 2008, § 57 Rn.86.

⁴⁰⁷ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.54.

⁴⁰⁸ ドイツ刑法第 68 条 f 第 1 項によれば、有罪判決を受けた者が故意の犯罪により 2 年以上の自由刑を言い渡される場合、又は刑法第 181 条 b に規定されている性犯罪により 1 年以上の自由刑を言い渡されて満期服役した場合には、刑の執行が終了すると、続いて自由剥奪的な保安処分を執行されない限り、行状監督が開始される。これは、長期の自由刑が完全に執行された結果、有罪

(3) 必要的保護観察

有期自由刑か無期自由刑かを問わず、前記のような要件がすべて満たされその残刑の執行が猶予される場合には、保護観察が必要的に課せられる。したがって、執行猶予期間が保護観察期間ともなるが、その期間は、有期自由刑の場合には、一般的な刑の執行猶予の場合と同様に、2年以上5年以下の範囲で裁判所により決められ（刑法第57条第3項第1文、第56条a第1項）、無期自由刑の場合には、5年と定められている（刑法第57条a第3項）。ただし、有期自由刑の場合、執行猶予期間を残刑期間よりも短く設定することはできない。それゆえ、執行猶予期間は、元来は下限2年、上限5年という制限内で決定されるが、残刑期間が下限の2年を上回る場合には、残刑期間以上の執行猶予期間が設定されるべきことになる⁴⁰⁹。他方で、残刑期間が2年を下回る場合には、それが非常に短期であっても、執行猶予期間は2年が下限となる⁴¹⁰。これは、再社会化の観点からは、最低でも2年の保護観察期間が要求されるという考え方によるものである⁴¹¹。また、実務上は稀であるが、残刑期間が執行猶予期間の上限である5年を上回る場合には、執行猶予期間は裁量の余地なく残刑期間に決定される⁴¹²。執行猶予期間の起算点は、残刑の執行猶予の裁判の確定時である（刑法第57条第3項第1文、第57条a第3項第2文、第56条a第2項第1文）。ただし、執行猶予の決定の時から実際の釈放日までの期間が3か月以上の場合には、当該決定の確定から釈放までの期間は執行猶予期間に含まれないため（刑事訴訟法第454条a第1項）、それにより執行猶予期間が延長される効果がもたらされる。

通常の刑の執行猶予に関する規定である刑法第56条bないし第56条dは、残刑の執行猶予にも準用される（刑法第57条第3項第1文、第57条a第3項第2文）。それゆえ、裁判所によって保護観察官が任命された場合には、執行猶予期間中、保護観察官による監督及び指導がなされ、保護観察官はその結果を裁判所に報告する（刑法第57条第3項、第57条a第3項第2文、第56条d）。特に、有期自由刑を言い渡

判決を受けた者が保護観察官による監督と保護を受けられなくなることを回避し、それとともに社会の安全を図るための装置としての役割を果たす（SSW StGB, 4. Aufl., Carl Heymanns, 2019, § 68f Rn.1; Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.295.）。

⁴⁰⁹ BeckOK StGB, 44. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 57 Rn.16.

⁴¹⁰ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.32.

⁴¹¹ NK StGB, 5. Aufl., Nomos, 2017, § 57 Rn.64.

⁴¹² MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.32.

された者が、残刑の執行が猶予される前に、1年以上服役していた場合には、裁判所は執行猶予期間の全部又は一部について保護観察官の監督と指導を命じるものとされている（刑法第57条第3項第3文）。また、裁判所は、犯罪による損害の回復のための負担事項や再犯防止のための遵守事項を課すことができ、これに関して有罪判決を受けた者から給付の提案や約束があれば、それを免除することも可能である（刑法第57条第3項、第57条a第3項第2文、第56条b、第56条c）。こうした負担事項、遵守事項、給付の提案及び約束の履行の監督は刑執行部が行う（刑事訴訟法第453条b第2項）。

（4）手続的事項

法律上定められた期間が経過すると、裁判所は職権で残刑の執行を猶予するかどうかについて審査しなければならない⁴¹³。職権により適切な時期に手続が開始されない場合には、有罪判決を受けた者がこれを申し立てることができる。そのような申立てには、残刑の執行を猶予することへの同意が含まれているものとみなされる⁴¹⁴。恩赦により既に刑の執行が停止されている場合にも、残刑の執行猶予に関する裁判は排除されない⁴¹⁵。残刑の執行猶予を認めない決定がなされた場合でも、有罪判決を受けた者は改めてその申立てをすることができ、その際に、過去の決定が新たな裁判に否定的な影響を及ぼすものではない。ただし、裁判所は一定の期間を決めて、有罪判決を受けた者による残刑の執行猶予の申立てを許さないことができる。その期間は、有期自由刑については最大6月、無期自由刑については最大2年の範囲内で定められる（刑法第57条第7項、第57条a第4項）。裁判所は口頭弁論を経ることなく、決定によりそれを決める（刑事訴訟法第454条第1項第1文）。申立禁止期間は、その決定と同時に開始され、却下決定の確定を要しない⁴¹⁶。また、職権で残刑の執行猶予の審

⁴¹³ Ebenda, § 57 Rn.52, § 57a Rn.30.

⁴¹⁴ LK StGB, 12. Aufl., De Gruyter, 2008, § 57 Rn.45; Lackner/Kühl StGB, 29. Aufl., C.H. Beck, 2018, § 57 Rn.29; Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 61. Aufl., C.H. Beck, 2018, § 454 Rn.4.

⁴¹⁵ OLG Düsseldorf vom 13.03.2000 - 1 Ws 190/00, StV 2000, 682; OLG Düsseldorf vom 06.01.1993 - VI 12/92, NJW 1993, 1665.

⁴¹⁶ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.57.

査をした後に、申立禁止期間を決定することも可能である⁴¹⁷。同規定の目的は、有罪判決を受けた者が残刑の執行猶予の審査の申立権を濫用することを防ぐことにあるから、濫用の予想されない場合には適用されない。申立禁止期間が決められていない場合には、有罪判決を受けた者は繰り返して残刑の執行猶予を申し立てることができる⁴¹⁸。それと別に、申立禁止期間中にも、事情の変更による新たな審査は排除されず、裁判所の職権で、又は有罪判決を受けた者の申立てによって行うことができる⁴¹⁹。

なお、刑法第 57 条第 2 項の規定による残刑の執行猶予の場合には、その却下決定の後、刑期の 3 分の 2 が経過した時点で、第 1 項による猶予が可能になるので、裁判所は、職権によってそれに関する審査をしなければならない⁴²⁰。また、無期自由刑の残刑の執行猶予に関する却下決定の後には、相当の期間が経過すると、残刑の執行猶予をするかどうかについて新たに審査する義務が裁判所に生じる。その期間については、刑法第 57 条 a 第 4 項の申立禁止期間が類推適用され、裁判所は、最大 2 年を経る前に、職権によって、残刑の執行猶予の審査をしなければならないと解されている⁴²¹。裁判所は、それに即して、却下決定をする際に、決定理由の中で、今後いつになれば執行猶予が考慮されるのかを明らかにすべきである⁴²²。これは、最低服役期間を超えて継続する自由の剥奪の憲法適合性が、裁判所によって定期的に審査されることが求められるとともに、刑の執行の長期化に伴い、一定期間ごとに、有罪判決を受けた者の再犯危険性を評価し、釈放の機会を与えることを手続的に保障しなければならないことによる⁴²³。

複数の自由刑に関して残刑の執行猶予の却下決定が行われた場合には、元々の刑の執行順序に従ってその残刑が執行され、その際にも、残刑の執行猶予について新たに審査することが可能である。新たな有罪判決の確定によって、執行されるべき自由刑が追加された場合には、刑事訴訟法第 454 条 b 第 2 項の規定により、追加された刑の執行は、残刑が猶予されるための最低服役期間が経過した時に停止されなければならない。この場合、新たな残刑の執行猶予の審査は、追加された刑を含めて、すべて

⁴¹⁷ OLG Hamm vom 24.01.1983 - 3 Ws 30/83, NStZ 1983, 265.

⁴¹⁸ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.52.

⁴¹⁹ Ebenda, § 57 Rn.57.

⁴²⁰ Ebenda, § 57 Rn.52.

⁴²¹ Ebenda, § 57a Rn.31.

⁴²² BVerfG vom 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288.

⁴²³ BVerfG vom 08.11.2006 - 2 BvR 578/02, 796/02, BVerfGE 117, 71.

の刑について審査できるようになったときにはじめて可能となる⁴²⁴。また、裁判所は、却下の決定とともに、申立禁止期間を明示して、すべての自由刑に関する統一的な審査の時期を決めることができる。決められた申立禁止期間が経過する前に、個々の刑の執行が満期で終了する場合にも、それによる影響はない⁴²⁵。

残刑の執行猶予に関する裁判においては、検察官、有罪判決を受けた者及び行刑施設から意見を聴取しなければならない（刑事訴訟法第 454 条第 1 項第 2 文）。有罪判決を受けた者の意見は、原則として口頭で聴取されるべきであるが、①有期自由刑の場合で、検察官と行刑施設が猶予に賛成し、裁判所に猶予の意思があるとき、及び、有罪判決を受けた者が全体の刑期の 2 分の 1 又は少なくとも 2 か月が経過する前に猶予の申立てをしたため、それが早すぎるという理由で申立てを却下するとき、②無期自由刑の場合で、有罪判決を受けた者の猶予の申立てが 13 年を経る前に行われており、早すぎるという理由として却下するとき、③有罪判決を受けた者の申立てが申立禁止期間に違反して行われたときには、例外的に口頭での意見聴取をしないことができる（刑事訴訟法第 454 条第 1 項第 4 文）。裁判所は、記録に示されている事情のみによって、既に再犯に関する不利な結果が予想され、刑法第 57 条第 2 項第 2 号の要件を満たさないという理由により、口頭での意見聴取を怠ってはならない⁴²⁶。口頭での意見聴取により、再犯に関する予測について新たな事情が発見され、判断が変わる可能性があるからである。また、有罪判決を受けた者が同意を拒否した場合にも、口頭での意見聴取を通じて、その拒否が自由意思に基づいたものかを究明することができるであろう⁴²⁷。逆に、口頭での意見聴取を通じて裁判所の判断が変わる可能性がなく、また、有罪判決を受けた者が自由意思により同意を拒否したことが些かの疑いもなく明らかであれば、口頭での意見聴取を行わないことができる⁴²⁸。また、有罪判決を受けた者が明白かつ最終的に口頭での意見聴取を放棄した場合にも、それを行わないことができる⁴²⁹。有罪判決を受けた者の口頭での意見聴取は、裁判官全員が参加して、刑執行部で行われることになっている。しかし、無期自由刑を言い渡された者に

⁴²⁴ OLG Karlsruhe vom 09.11.1995 - 3 Ws 224/95, NStZ-RR 1996, 60.

⁴²⁵ KK StPO, 8. Aufl. C.H. Beck, 2019, § 454b Rn.24.

⁴²⁶ OLG Stuttgart vom 24.06.1976 - 3 Ws 182/76, MDR 1976, 1041.

⁴²⁷ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57a Rn.32.

⁴²⁸ OLG Düsseldorf vom 14.02.2001 - 2 Ws 43/01, JMBINW 2001, 93; OLG Düsseldorf vom 19.10.1987 - 1 Ws 838/87, NStZ 1988, 95; LK StGB, 12. Aufl., De Gruyter, 2008, § 57 Rn.83.

⁴²⁹ OLG Düsseldorf vom 06.01.1993 - VI 12/92, NJW 1993, 1665.

ついて、特に重い責任が認められてその執行が続く場合に、それから2年の間、特別な事情が発見されておらず、専ら期間の経過を理由として残刑の執行猶予につき再び審査するときは、受命判事又は受託判事による聴取で足りる⁴³⁰。有罪判決を受けた者の弁護人にも口頭での意見聴取に参加する権利が認められ、有罪判決を受けた者及びその弁護人は聴取の期日に関して適切な時期に告知されなければならない⁴³¹。有罪判決を受けた者が既に釈放された後であっても、口頭での意見聴取は行われなければならない⁴³²。

有期自由刑においては刑期の3分の2、無期自由刑においては15年の期間が経過し、法律に定められたその他の要件が満たされた場合には、裁判所に残刑の執行猶予を決定すべき義務が生じる（刑法第57条第1項、第57条a第1項）。もっとも、刑法第57条第6項の規定により、裁判所は、有罪判決を受けた者が犯罪収益として没収の対象となる目的物の所在について不十分又は虚偽の陳述をした場合には、残刑の執行を猶予しないことができる（刑法第57条第6項、第57条a第1項第2文）。これは、刑法第57条第2項により、裁判所が任意的に残刑の執行猶予を決定することができる場合にも同様に適用される。

法律には残刑の執行猶予の決定から釈放までの期間についての規定は存在していない。残刑の執行猶予が許可された場合には、行刑施設が適切な時期に釈放の準備のための特別な処遇をする必要がある⁴³³。長期間の服役を伴う無期自由刑の場合には、その必要性が特に認められ、十分な釈放の準備期間を確保するすることが求められる⁴³⁴。そのためには、残刑の執行猶予に対する審査を釈放が迫っている時点で行うのではなく、可能な限り早期に行うべきである⁴³⁵。無期自由刑については、通常1年以上の期間を確保するようにしている⁴³⁶。刑事訴訟法第454条第1項の規定を逆に解釈すれば、無期自由刑を言い渡された者の服役が13年に達すれば、残刑の執行猶予についての審査を行うことができるといえる。したがって、その時点で行われた有罪判決を

⁴³⁰ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57a Rn.32.

⁴³¹ BVerfG vom 11.02.1993 - 2 BvR 710/91, NStZ 1993, 355.

⁴³² OLG München vom 14.07.1998 - 1 Ws 588/98, StV 2000, 213; OLG Hamm vom 28.01.1980 - 3 Ws 39/80, Juris.

⁴³³ OLG Zweibrücken vom 11.09.1991 - 1 Ws 297/91, NStZ 1992, 148.

⁴³⁴ BVerfG vom 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288.

⁴³⁵ OLG Frankfurt a. M. vom 16.05.2007 - 3 Ws 476/07, NStZ-RR 2008, 29.

⁴³⁶ BVerfG vom 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288.

受けた者の申立てに対し、早すぎるという理由で却下してはならない⁴³⁷。残刑の執行猶予を許す場合、裁判所は、決定理由において正確な釈放時点がわかるようにしなければならない。ただし、特定の日付を指定する必要はなく、有罪判決を受けた者の服役すべき期間を明示することで足りる⁴³⁸。

また、裁判所は、決定理由を明らかにしなければならない。これは、抗告裁判所が事後的な判断をするにあたって、刑執行部においてどのような検討をしたのかがわかるようにするためである。また、無期自由刑について特に重い責任が認められる場合には、さらなる執行が必要であるか、そうだとするとその期間はどのくらいになるのかも、決定理由に明示しなければならない⁴³⁹。このことは、残刑の執行猶予に関する最初の裁判において特に要求される⁴⁴⁰。却下決定は、形式的確定力を有するだけであり、将来の残刑の執行猶予に肯定的な裁判を排除するものではない⁴⁴¹。残刑の執行猶予が再犯の可能性を理由に認められなかった場合には、裁判所が、決定理由において、今後の再審査で残刑の執行猶予が許されるために求められる行刑処分を確認することも可能である⁴⁴²。裁判長は、残刑の執行猶予を認める決定を下した場合には、残刑の執行猶予の意味、保護観察に関する事項、猶予の取消可能性などについて、有罪判決を受けた者に口頭により教示しなければならない（刑事訴訟法第 454 条第 4 項、第 268 条 a 第 3 項）。そのような教示が行われなかった場合には、事後裁判の管轄裁判所が教示する（刑事訴訟法第 454 条第 4 項、第 453 条 a 第 1 項）。

残刑の執行猶予に関する裁判に対して不服がある場合には、即時抗告をすることができる（刑事訴訟法第 454 条第 3 項第 1 文）。ここには、申立禁止期間を定めた決定や、無期自由刑における残刑の執行猶予の不許可の際にさらに執行されるべき期間を定めた決定なども含まれる⁴⁴³。保護観察に関する決定は除外されるが、それに関しては刑の執行猶予に関する規定が準用されているので、通常抗告により争うことがで

⁴³⁷ Ebenda.

⁴³⁸ OLG Dresden vom 05.01.2010 - 2 Ws 2/10, BeckRS 2010, 08582; OLG Hamm vom 03.08.2009 - 3 Ws 266/09, BeckRS 2009, 27807.

⁴³⁹ BVerfG vom 03.06.1992 - 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288.

⁴⁴⁰ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57a Rn.34.

⁴⁴¹ Ebenda.

⁴⁴² LK StGB, 12. Aufl., De Gruyter, 2008, § 57a Rn.38; Rotthaus, K. P., Nochmals: BVerfG zur Aussetzung Lebenslanger Freiheitsstrafe - Auswirkungen im Strafvollzug -, NStZ, 1993, S. 218.

⁴⁴³ OLG Schleswig vom 09.10.2002 - 1 Ws 325/02, SchlHA 2003, 194. そのとき、不利益変更禁止の原則が適用される（OLG Hamm vom 17.06.1993 - 1 Ws(L) 9/93, NStZ 1994, 53）。

きる（刑事訴訟法第 305 条 a 第 1 項）。残刑の執行猶予に対する検察官の即時抗告は、決定された残刑の執行猶予を停止する効力がある（刑事訴訟法第 454 条第 3 項第 2 文）。

残刑の執行猶予に関する裁判は、有罪判決を受けた者が服役している行刑施設の所在地を管轄区域とする地方裁判所に設置されている刑執行部が管轄する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項第 1 文、裁判所構成法第 78 条 a 第 1 項及び第 78 条 b 第 1 項）。有期自由刑については小執行部、無期自由刑については大執行部で裁判する。複数の自由刑に関して同時に残刑の執行猶予を決定すべき場合には、すべての自由刑に関して、一つの刑執行部で裁判を行う（裁判所構成法第 78 条 a 第 1 項第 3 文）。極めて稀ではあるものの、刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項に該当しない場合には、残刑の執行猶予に関する裁判は、第一審裁判所の管轄に属する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 2 項）。抗告が提起された場合、抗告裁判所は上級裁判所である（裁判所構成法第 73 条第 1 項、第 121 条第 1 項第 2 号、第 135 条第 2 項）。

3. 残刑の執行猶予の事後裁判

残刑の執行が猶予された場合にも、その決定は事後に変更又は取消しを行うことができる。刑法第 57 条及び第 57 条 a は、刑の執行猶予の事後的変更と取消しに関する規定である第 56 条 e 及び第 56 条 f を準用している。裁判所は、執行猶予期間をはじめとする執行猶予に関する決定を事後に変更し、又は取り消すことができ、決定自体を事後にすることもできる（刑法第 57 条第 3 項第 1 文、第 57 条 a 第 3 項第 2 文、第 56 条 e）。

（1）保護観察期間の変更

有期自由刑の残刑の執行猶予の場合、猶予期間は、通常の刑の執行猶予における猶予期間と同様に、2 年から 5 年までの法定期限内で短縮又は延長することができる（刑法第 57 条第 3 項第 1 文前文、第 56 条 a 第 2 項第 2 文）。ただし、残刑期間より短い期間に短縮することはできない（刑法第 57 条第 3 項第 1 文後文）。一方、無期自由

刑の場合には、刑法第 57 条 a 第 3 項第 1 文により、必ず 5 年の執行猶予期間が命じられ、猶予期間の変更に関する規定は準用されていないので、事後に短縮又は延長されることはない。ただし、これは、執行猶予の決定を取り消す代わりに猶予期間を延長することまで排除するものではない。それゆえ、通常の刑の執行猶予の場合と同様に、残刑の執行猶予においても、その取消事由が存在する場合に、執行猶予期間又は監督期間を延長することで十分なときは、残刑の執行猶予を取り消さないことができる（刑法第 57 条第 5 項第 1 文、第 56 条 f 第 2 項第 1 文第 2 号）。この場合、5 年の執行猶予期間は 2 年 6 月の範囲内で延長ができるから、無期自由刑における執行猶予期間は最長 7 年 6 月まで可能となる⁴⁴⁴。また、有期自由刑において 5 年以上の保護観察期間を定めることができるのも、これが適用される場合である⁴⁴⁵。たとえば、有罪判決を受けた者が 10 年の有期自由刑を言い渡され服役している場合に、刑法第 57 条第 2 項により、全体の刑期の 2 分の 1 を経た時点でその残刑が猶予された後、その取消事由が発生した際に、取消しをしないために執行猶予期間を延長しようとするれば、元来、5 年服役し、残りの 5 年の期間が執行猶予期間となっているから、その 5 年の 2 分の 1 である 2 年 6 月まで猶予期間を延長することができ、最長 7 年 6 月の猶予期間となる。有期自由刑の上限は 15 年であるから（刑法第 38 条第 2 項）、それを基準にすれば、理論的には、最長 11 年 3 月にまで執行猶予期間が延長されうるが、このような長期間の執行猶予期間が実際に設定されるかは疑わしい⁴⁴⁶。

（2）残刑の執行猶予の取消し・執行猶予期間の満了の効果

刑の執行猶予の取消しに関する規定である刑法第 56 条 f その他の規定は、残刑の執行猶予の取消しについて準用される（刑法第 57 条第 5 項第 1 文、第 57 条 a 第 3 項第 2 文、第 56 条 f）。すなわち、執行猶予期間中、又は猶予に関する裁判以降、その確定前に再犯を行い又は負担事項や遵守事項に著しく違反したなどの事由があると認められるときには、裁判所は残刑の執行猶予を取り消す（刑法第 57 条第 5 項第 1 文、第 57 条 a 第 3 項第 2 文、第 56 条 f 第 1 項）。もっとも、前述のとおり、執行猶予期間の延長又は負担事項や遵守事項の追加で十分な場合には、それを取り消さないこと

⁴⁴⁴ Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 57a Rn.15; Lackner/Kühl StGB, 29. Aufl., C.H. Beck, 2018, § 57a Rn.16.

⁴⁴⁵ NK StGB, 5. Aufl., Nomos, 2017, § 57 Rn.64.

⁴⁴⁶ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.37.

ができる(刑法第 57 条第 5 項第 1 文、第 57 条 a 第 3 項第 2 文、第 56 条 f 条第 2 項)。負担事項や遵守事項の違反を理由として取消しの裁判をしなければならない場合には、有罪判決を受けた者に口頭での意見陳述の機会を与えなければならない(刑事訴訟法第 454 条第 4 項第 1 文、第 453 条第 1 項第 4 文)。また、有罪判決を受けた者が、有罪判決と猶予に関する裁判の間のある時点で、執行猶予の不許可事由に当たるべき犯行をしたにもかかわらず、裁判所が執行猶予の決定をするに際して、事実上の理由からその犯行を考慮することができなかった場合にも、残刑の執行猶予は取り消される(刑法第 57 条第 5 項第 2 文)。裁判所が、残刑の執行猶予に関する裁判の際に、当該犯行について全く認識することができなかったか、疑いはあったものの確信にまでは至らなかった場合でなければならず、それに加えて、もしそれを考慮していたとすれば、有罪判決を受けた者に有利な再犯予測の結果を得ることはできなかったことが認められなければならない⁴⁴⁷。取消しの根拠が十分であると認められれば、裁判所は、取消決定が確定するまで、有罪判決を受けた者の身柄を確保するために暫定的な措置を命じることができる(刑事訴訟法第 454 条第 4 項、第 453 条 c)。また、残刑の執行猶予の決定は、対象者が実際に釈放される前にも取消しが可能である。すなわち、釈放日以前に社会の安全を脅かし兼ねない新たな事実が発生又は判明した場合には、猶予の決定を取り消すことができる(刑事訴訟法第 454 条 a 第 2 項)。新たな事実は猶予の決定後に発生又は判明したものでなければならない。それが釈放時点まで依然として不明なときは、釈放は暫定的に延期されうる⁴⁴⁸。同規定は任意規定であり、強制的な取消規定である刑法第 57 条第 5 項及び第 56 条 f に対して補足的な位置にある。

残刑の執行猶予の取消しにより再び残刑が執行されている場合にも、再度残刑の執行を猶予することができる。それを制限する法律上の規定はなく、また、理論的にも政策的にも、一度の失敗のために二度と猶予が許されないとする理由は存在しない。さらなる再犯のおそれがないと判断される者から再社会化の機会を奪ってはならないという憲法上の要請に応えるためにも、残刑の執行猶予は再び許されるべきであろう⁴⁴⁹。もっとも、実務上は、どのくらいの期間が経過すれば、取消しの理由となった事実が相殺され、再び猶予が可能になるのかという問題が残されており、これは個別事例ごとに異なるものである。刑法第 57 条第 2 項によって、言い渡された刑期(たとえば、12 年)の 2 分の 1(6 年)を服役した後に、残刑の執行猶予を受けて釈放された者に

⁴⁴⁷ Ebenda, § 57 Rn.38.

⁴⁴⁸ Ebenda, § 57 Rn.39.

⁴⁴⁹ BVerfG vom 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187.

ついて、残刑の執行猶予が取り消され再びその残刑が執行されているという事案では、第 57 条第 1 項の要件が満たされれば、全体の刑期の 3 分の 2 が経過した時点（合計 8 年間の執行、すなわち 2 年間の再執行後）に、再度、その残刑の執行が猶予されることになる⁴⁵⁰。他方、無期自由刑においては、既に 15 年の服役期間に関する要件は満たされているので、もはや上記のような問題は重要性を有しない。もっとも、再執行が開始されてから遅くとも 2 年後には、職権で残刑の執行猶予に関する審査が新たに行われなければならない。もちろん、審査を要する特別な事情のある場合には、より早い時期に審査手続が行われうる⁴⁵¹。

なお、残刑の執行猶予が取り消され再び刑が執行される場合には、複数の自由刑の執行における停止に関する規定である刑事訴訟法第 454 条 b 第 2 項及び第 4 項は適用されない。それゆえ、残刑の執行猶予が取り消された場合、その残刑を先に執行するという原則に従うことになる（刑執行規則第 43 条第 2 項第 2 文）⁴⁵²。これは、取消事由となった新しい有罪判決によって、執行されるべき自由刑が追加された場合も同様である。もっとも、有罪判決を受けた者に有利な再犯予測が行われる見込みがある場合には、検察官は、刑の執行の順序を変更して（刑執行規則第 43 条第 4 項）、当該残刑が最後に執行されるようにすることにより、残刑の執行猶予の審査時期を早める効果をもたらすことができる⁴⁵³。有罪判決を受けた者は、刑執行の順序について不服がある場合には、裁判所構成法施行法第 23 条以下による抗告を申し立てることができる⁴⁵⁴。

残刑の執行猶予期間が無事に満了すると、裁判所は、通常の刑の執行猶予の場合と同様に、直ちに職権で刑の免除の決定をする（刑法第 57 条第 5 項第 1 文、第 57 条 a 第 3 項第 2 文、第 56 条 g 第 1 項）。刑の免除の決定は、有罪判決を受けた者が執行猶予期間中に故意に再犯をしており、それにより 6 月以上の自由刑を言い渡された場合には、執行猶予期間の満了日から 1 年以内、有罪判決の確定日から 6 か月以内に、取

⁴⁵⁰ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 57 Rn.44.

⁴⁵¹ Ebenda, § 57a Rn.31.

⁴⁵² BeckOK StGB, 44. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 57 Rn. 36; MüKo StPO, 1. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 454b Rn.4.

⁴⁵³ MüKo StPO, 1. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 454b Rn.22; Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.201.

⁴⁵⁴ BGH vom 09.02.2012 - 5 AR (VS) 40/11, BGHSt 57, 155.

り消すことができる（刑法第 57 条第 5 項第 1 文、第 57 条 a 第 3 項第 2 文、第 56 条 g 第 2 項）。刑の免除が取り消されると、残刑の執行猶予も取り消されることになる。

（3）手続的事項

残刑の執行猶予の事後裁判に関しても、通常の刑の執行猶予の事後裁判に関する規定が準用される。事後裁判が行われる場合、有罪判決を受けた者にその事実を告知しなければならず、保護観察官にも通知しなければならない（刑事訴訟法第 454 条第 4 項第 1 文、第 453 条第 1 項第 5 文、第 453 条 a 第 3 項）。裁判所は、口頭弁論を経ることなく、決定により事後裁判を行う（刑事訴訟法第 454 条第 4 項第 1 文、第 453 条第 1 項第 1 文）。その際、検察官と有罪判決を受けた者の意見を聴取しなければならない（刑事訴訟法第 454 条第 4 項第 1 文、第 453 条第 1 項第 2 文）。残刑の執行猶予の事後裁判に対しても、抗告が認められる（刑事訴訟法第 454 条第 4 項第 1 文、第 453 条第 2 項）。残刑の執行猶予の取消し、刑の免除の決定及びその取消しに対して不服がある場合には、即時抗告をすることができる（刑事訴訟法第 454 条第 4 項第 1 文、第 453 条第 2 項第 3 文）。残刑の執行猶予の事後裁判に関しては、刑執行部、すなわち、有期自由刑については小執行部、無期自由刑については大執行部が管轄権を有し（刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項第 2 文、裁判所構成法第 78 条 a 第 1 項及び第 78 条 b 第 1 項）、その抗告裁判に関しては高等裁判所が管轄権を有する（裁判所構成法第 121 条第 1 項第 2 号）。

第3節 自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に係る決定

1. 別の刑事制裁としての改善及び保安処分

ドイツの刑事制裁は、刑罰と、改善及び保安処分 (Maßregeln der Besserung und Sicherung) と呼ばれる予防的機能を果たす制裁手段より成る二元的体系を持っている。改善及び保安処分とは、その名からわかるように、犯罪者の改善及び社会の安全を図ることを目的とするもので、自由を剥奪する形をとるものとそうでないものの2種類がある。刑法第61条によれば、改善及び保安処分には、精神病院への収容、禁絶施設への収容、保安監置、行状監督、運転免許の剥奪、職業の禁止の6種がある。このうち前の3つが身体的自由を剥奪する形の処分であり、後の3つが身体的自由を剥奪しない形の処分である。後者の処分では、前者のような身体的自由の剥奪には至らないが、ある程度自由の制限は伴う。

いわゆる保安処分の正当性は何か、保安処分を認定すべきかどうか、また保安処分は刑罰であるのかという問題をめぐって、未だに論争は続いているが、それは本論文の範囲外に位置するものであるので、ここでは、そのような議論に立ち入ることはしない⁴⁵⁵。また、自由刑を対象とし、その執行に関する司法手続を検討しようとする本論文では、保安処分はそもそも検討の対象から除外することも考えられるが、ドイツでは、様々な種類の改善及び保安処分が存在しており、そのうち自由を剥奪する形態の改善及び保安処分、特に保安監置は、自由の剥奪をその本質とする自由刑と実質

⁴⁵⁵ 歴史的に見ると、保安処分が最初に立法されたのは、1532年のカロリーナ刑法典であった。その後、保安処分については数え切れないほど多くの議論が行われてきた。保安処分の歴史と性格などに関する簡潔でありつつ奥行き深い説明としては、ベ・ジョンデ『刑事政策』第8版（弘文社、2011年）436-457頁を参照（一般的な保安処分論のみならず、韓国の保安処分制度に関しても説明されている）。保安処分が認められない日本における保安処分に対する議論については、川出敏裕／金光旭『刑事政策』第2版（成文堂、2018年）113-120頁；藤本哲也『刑事政策概論』全訂第7版（青林書院、2015年）192-203頁参照。

的に類似した性格を有する⁴⁵⁶。そこで、以下では、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の要件と手続についても検討することにした。

それに先立ち、ドイツにおいて、刑罰と改善及び保安処分の関係がどのように考えられているのかを明らかにしておくことが必要であると思われる⁴⁵⁷。一言で言えば、刑罰は責任原則に基づいて行為者の過去の行為に対して科せられるのに対して、改善及び保安処分は将来の危険を予防するために科せられ、比例性の原則によって根拠づけられる。刑法が犯罪の応報だけではなく、犯罪により乱された社会秩序の回復と犯罪の予防もその任務とすることは明らかであるが、その全部を刑罰によりカバーすることができないのは周知の事実である。それを補足するために改善及び保安処分が登場したといえる⁴⁵⁸。改善及び保安処分は、たとえば、犯罪を行ったという事実が認められるにもかかわらず、責任能力がないために処罰することができない者、又は再犯のおそれの大きい重罪を犯した者に命じられるものである。つまり、犯罪の予防を目的とするとはいえ、改善及び保安処分を命じるためには、少なくとも過去の行為、すなわち犯罪の行われたことが前提とされなければならない。したがって、改善及び保安処分は、行為者が責任無能力であった場合を除いて、通常は刑罰に併科して命じられる。そして、刑罰における責任原則のような厳格な基準が適用されないため、その法的要件は厳格でなければならない、行為の重大性と危険性に鑑みて過度の制裁にならないように比例性の原則を遵守することが要求される。これは法治主義に基づく当然の帰結であり、刑法典内に明文で強調されているほど重要である（刑法第 62 条）⁴⁵⁹。さらに、刑罰と改善及び保安処分の関係について、元々ドイツ刑法は二元主義を採っていたが、1969 年の第 2 次刑法改正法により、執行にあたっては一元主義との折衷策である代替主義の立法形式を採ることになった。すなわち、自由刑と自由を剥奪する改善及び保安処分とが併科される場合には、処分が先に執行された後に刑罰が執行さ

⁴⁵⁶ 実際、ドイツ連邦憲法裁判所の判決にも、そのような問題点を指摘する内容が発見されている（BVerfG vom 04.05.2011 - 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10 u. 571/10, BVerfGE 128, 326）。

⁴⁵⁷ ドイツにおける改善及び保安処分の歴史、性格、運用状況についてより詳細としては、Meier, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl., Springer, 2015, S.269-280 を参照。

⁴⁵⁸ ベ・ジョンド『刑法総論』第 10 版（弘文社、2011 年）43-47 頁；リタ・ハーヴァーカンブ（小名木明宏訳）「ドイツにおける改善保安処分制度：制度と基盤についてのイントロダクション」北大法学論集 67 巻 4 号（2016 年）358 頁。

⁴⁵⁹ ベ・ジョンド『刑事政策』第 8 版（弘文社、2011 年）439-441 頁；リタ・ハーヴァーカンブ（小名木明宏訳）「ドイツにおける改善保安処分制度：制度と基盤についてのイントロダクション」北大法学論集 67 巻 4 号（2016 年）357 頁。

れるのが原則であり、その際、先に執行された処分の執行期間は、後に執行されるべき自由刑の刑期の3分の2まで算入される（刑法第67条第1項、第4項）。また、改善及び保安処分は、法律に特別な規定のある場合を除いては、同時に複数の処分を併科することができる（刑法第72条第2項）。複数の自由を剥奪する形態の改善及び保安処分を命じる場合、裁判所は、その執行の順序を決定しなければならない、それぞれの処分の執行に対しては、直前の処分の執行が終了する前にその要否を検討し、次の処分の執行を命じる（刑法第72条第3項第1文、第2文）。もし、処分の目的が一つの処分のみにより達成されうる場合には、一つの処分のみを命じることができ、その際には、行為者にとって最少の負担となる処分が優先されなければならない（刑法第72条第1項）。

2. 自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の内容と決定

前述したように、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分には、精神病院への収容、禁絶施設への収容及び保安監置がある。すべて行為の危険性に基づいて科せられるものであるが、厳密に区別すれば、精神病院への収容と禁絶施設への収容は改善処分に、保安監置は保安・隔離処分に属するといえる。自由を剥奪する形態の改善及び保安処分は、自由の剥奪を本質とする自由刑の執行と類似した形の刑事制裁である。したがって、その執行は行刑の領域に属し、自由刑の執行に関する刑事法の一部規定が準用され行刑法の規律対象となる。その中でも、特に保安を理由とする隔離拘禁である保安監置の執行が最も行刑と類似しており、実際の執行も行刑の場所とは分離されているものの行刑施設内の特殊な区域で行われる。一方、精神病院への収容と禁絶施設への収容は、犯罪者を一定期間社会と隔離させるが、対象となる犯罪者が限定的であり、最終的には治療を目指すという点で、保安監置とは目的とするところが異なる。また、前者は自由刑に付随して又は単独で命じられるが、後者は自由刑に付随してのみ命じることができるという点でも違いがある。

(1) 精神病院及び禁絶施設への収容

まず、精神病院への収容は、責任無能力又は限定責任能力の状態で違法行為をした場合に、裁判所により命じられるもので、原則として、そのような行為者の状態のため、被害者に精神的又は身体的に重大な害を加え、相当な危険に陥らせ、又は莫大な金銭的被害をもたらす重大な違法行為が予想されることにより、行為者が社会に対し危険であることが明らかであることが求められる（刑法第 63 条第 1 文）。ここでいう違法行為とは、刑法典の構成要件を実現する行為のみを意味する（刑法第 11 条第 1 項第 5 号）。また、責任無能力とは、犯行の際に、病的な精神障害や重度の意識障害や精神薄弱又はその他の重い精神異常により、行為の違法性を認識することができず、又は認識に基づいて行為することができなかつた状態を言い（刑法第 20 条）、限定責任能力とは、行為の違法性を認識することができ、又は認識に基づいて行為することのできる者であるにもかかわらず、犯行の際に、責任無能力の場合と同一の事由により、その能力が著しく減少していた状態をいう（刑法第 21 条）。責任無能力及び限定責任能力の状態であったことが認められるためには、裁判所の確信が必要であり、単なる疑いだけでは十分ではない⁴⁶⁰。また、一時的にそのような状態であった場合は除外される⁴⁶¹。精神病院への収容は、精神的な障害のある行為者の再犯から社会を保護することを目的とするので、将来、重大な違法行為をするおそれが必要と認められなければならない⁴⁶²。これについては、事実審の最終審での決定時に具体的な根拠による高い蓋然性があることで十分である⁴⁶³。予想される違法行為の重大性については、中程度の犯罪以上であればよいとする判決がある⁴⁶⁴。また、行為者の病的な精神状態と違法行為、すなわち、原因となった行為と将来予想される行為との間に兆候的な関連性が存在しなければならない⁴⁶⁵。精神病院への収容を命じるにあたって、第一に考慮

⁴⁶⁰ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, *Strafvollstreckung*, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.339.

⁴⁶¹ BGH vom 09.10.1992 - 2 StR 468/92, NStZ 1993, 181; Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 63 Rn.14.

⁴⁶² MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 63 Rn.1.

⁴⁶³ BGH vom 13.02.2009 - 2 StR 509/08, NStZ 2009, 170; BGH vom 17.02.2009 - 3 StR 27/09, NStZ-RR 2009, 306.

⁴⁶⁴ BGH vom 15.08.2007 - 2 StR 309/07, NStZ 2008, 210.

⁴⁶⁵ BGH vom 17.08.1977 - 2 StR 300/77, BGHSt 27, 246.

されるのは保安であり、処分を通じた改善は、可能な限り達成すべき、又は達成されることの望ましい二次的な目的とされる⁴⁶⁶。

つぎに、禁絶施設への収容を命じるためには、アルコール飲料又はその他の麻酔剤を過度に消費する習癖を持っている行為者が、酩酊状態で行った行為、又はその者の習癖を原因とする違法行為により有罪判決を受けた場合、又は、行為者の責任無能力が証明された、若しくはその疑いが排除できないという理由で有罪判決を受けない場合で、その者が、その習癖により重大な違法行為を犯すおそれがあると認められなければならない（刑法第 64 条第 1 文）。行為者に薬物を過度に消費する習癖があるかどうかは、精神的気質又は長年の経験による幻覚剤の反復的な使用に対する強烈な性向があるかが基準となる⁴⁶⁷。それは医学的判断のみにならず、規範的判断によって根拠づけられるべきである⁴⁶⁸。たとえば、自分の健康が著しく害されるほど頻繁に又は広範囲に向精神薬を服用している場合には、薬物の過度な消費が認められ、その際に必ずしも身体的中毒や禁断症状があることが必要とされるわけではない⁴⁶⁹。習癖の存在が確認された場合には、その習癖と行われた違法行為との兆候的な関連性が認められるだけでなく⁴⁷⁰、それにより将来の重大な犯罪に至るのかが明らかにされなくてはならない⁴⁷¹。将来の危険性に関しては、事実審の最終審での決定時を基準に判断する⁴⁷²。さらに、禁絶施設への収容は、専ら、収容により、法律に定められた期間内に行為者を治療し、又は相当期間以上習癖の再発を防止し、その習癖に起因する重大な違法行為を犯さないようにすることができるという十分に具体的な見込みがある場合に限って命じられなければならない（刑法第 64 条第 2 文）。この点は、1994 年の連邦憲法裁判所の決定⁴⁷³において強調された内容を受け入れて、2007 年の「精神病院及び禁絶施設への収容の保障のための法律」（「Gesetz zur Sicherung der Unterbringung

⁴⁶⁶ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.314.

⁴⁶⁷ BGH vom 22.02.2007 - 4 StR 26/07, NStZ-RR 2007, 193; BGH vom 06.11.2002 - 1 StR 382/02, NStZ-RR 2003, 106.

⁴⁶⁸ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.342.

⁴⁶⁹ BGH vom 14.12.2005 - 1 StR 420/05, NStZ-RR 2006, 103.

⁴⁷⁰ BGH vom 30.07.2013 - 2 StR 174/13, BeckRS 2013, 15926.

⁴⁷¹ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.343.

⁴⁷² Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.334.

⁴⁷³ BVerfG vom 16.03.1994 - 2 BvL 3/90, 387/92, 349/91, 400/90, 1537/88 u. 4/91, BVerfGE 91, 1.

in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt」)⁴⁷⁴によって規定されたものである⁴⁷⁵。これにより、禁絶施設への収容を命じるためには、危険な行為者から社会を保護するという保安目的だけでなく、収容中の処遇を通じて行為者の習癖を治療するという改善目的も重要に考慮されなければならないことが明示されることになった⁴⁷⁶。これによれば、行為者に治療意思が欠けている場合や、過去に繰り返された治療の試みにもかかわらず改善されなかった場合には、処遇の成果が達成されえないと判断されるため、禁絶施設への収容は命じられることができないことになる⁴⁷⁷。この場合には、自由刑の執行や精神病院への収容が行われる⁴⁷⁸。

刑法第 63 条及び第 64 条について、それぞれの要件がすべて満たされた場合、裁判所は、必ず収容を命じなければならない、裁量は認められない⁴⁷⁹。精神病院への収容の命令は、裁判所構成法により区裁判所の管轄から除外されるのに対し、禁絶施設への収容については、何らの規定もないため、区裁判所が命じることができる（裁判所構成法第 24 条第 1 項第 2 号及び第 2 項、第 74 条第 1 項第 2 文）。両者に共通する不可欠な要件は再犯の予測であり、そのための専門家の鑑定が重要である。専門家は公判で意見を聴取されるべきであり、そのために鑑定に必要とされる行為者のすべての記録を提供され、行為者を直接面談するなどの調査の機会が与えられなければならない（刑事訴訟法第 80 条 a、第 246 条 a 第 1 項第 1 文及び第 3 項）。精神鑑定の準備のため必要な場合には、裁判所は、行為者を最大 6 週間精神病院に収容させることができる（刑事訴訟法第 81 条）。また、行為者が、責任無能力又は限定責任能力の状態で違法行為を犯したことが明らかであり、それにより精神病院又は禁絶施設への収容が命じられることが予想される相当な根拠が存在する場合であって、社会の安全のために必要なときは、命令の確定前に暫定的に行為者を収容することができる（刑事訴訟法第 126 条 a 第 1 項）。これは実質的に勾留と類似した側面があるため、勾留状に関する規定が準用される（同条第 2 項）。

⁴⁷⁴ BGBl. I, 2007, S.1327.

⁴⁷⁵ BR-Drs. 400/05, 2005, S. 10.

⁴⁷⁶ NK StGB, 5. Aufl., Nomos, 2017, § 64 Rn.56.

⁴⁷⁷ BGH vom 03.03.2009 - 3 StR 52/09, NStZ-RR 2009, 170; BGH vom 18.12.2007 - 1 StR 411/07, BeckRS 2008, 00694.

⁴⁷⁸ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.330.

⁴⁷⁹ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.341; Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.337.

(2) 保安監置

1) 保安監置の特殊性と法改正の沿革

刑事制裁として刑罰だけを規定している日本においては、改善及び保安処分は認められていないが、犯罪を行った者を精神病院その他の医療施設に収容する制度自体は存在していないわけではない⁴⁸⁰。すなわち、日本でも、たとえば、心神喪失を理由に無罪となった者や、自由刑が言い渡されたものの、心神耗弱を理由に、その全部について執行が猶予された者については、「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」により、麻薬中毒者については、「麻薬及び向精神薬取締法」により、一定の要件の下で医療機関への入院が命じられる。強いて言えば、前者は精神病院への収容に、後者は禁絶施設への収容に対応するものといえるであろう。もっとも、麻薬中毒者の入院は裁判所により命じられるものではないという点をはじめ、日本の制度とドイツの制度は多くの点において相違しており、最大の差は、日本ではそのような強制入院措置が刑事制裁として行われえないという点である。ちなみに、日本でも、改正刑法草案において治療処分と禁絶処分の導入が盛り込まれたが、それは多くの批判を受けて頓挫しており、近い将来保安処分が導入される見込みはまぶくないと言ってよいと思われる⁴⁸¹。

一方、ドイツの保安監置は、日本にはない特色ある刑事制裁であるが、保安監置に対しては、ドイツ国内においても反対論があり、その規定は何度も違憲判決を受けて改正されるという経緯をたどった。その発端となったのは、1998年1月26日の「性犯罪及びその他の危険な犯罪の対策のための法律（Gesetz zur Bekämpfung von

⁴⁸⁰ 韓国においては、「治療監護法」により、精神病院への収容及び禁絶施設への収容に当たる保安処分として治療監護が認められている。保安監置に当たる保安処分としては、旧「社会保護法」による保安監護があったが、憲法裁判所の違憲決定によって1989年に廃止された（憲法裁判所1989.7.14.宣告 88 ホンガ 5、8、89 ホンガ 44(헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88 헌가 5, 8, 89 헌가 44)）。後者についての詳細な内容は、金日秀（上野正雄／安成訓(共訳)）「韓国刑法改正における保護監護制度の再導入」法律論叢 85 巻 1 号（2012 年）469-487 頁を参照。

⁴⁸¹ 日本における保安処分の刑法典内への導入をめぐる長年にわたる論争についての詳細は、中山研一『刑法改正と保安処分』（成文堂、1986 年）87-211 頁を参照。

Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten)』⁴⁸²である。同法により、立法者は、それまで積み重ねられてきた危険な累犯者からの社会の保護に対する要求を受け入れて、性犯罪及びその他の危険な犯罪を行った累犯をより容易に保安監置に処することができるようにするため、保安監置の要件を修正するとともに（刑法第 66 条第 3 項）、10 年の上限期間を削除したうえで、これを遡及適用するものとした（刑法第 67 条 d 第 1 項及び第 3 項）。また、2002 年 8 月 21 日の「留保付き保安監置の導入のための法律（Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung）」⁴⁸³により、有罪判決の際に保安監置の命令を留保し、自由刑の執行終了時に再検討するという留保付き保安監置の規定を新設した（刑法第 66 条 a）。それとともに、いくつかのラントでは、事実審においてだけでなく、その後も危険な犯罪者に対して保安監置を命じることができなければならないとの主張がなされ、2001 年からは、ラント独自の収容法が制定されるに至った。しかし、2004 年 2 月 10 日、連邦憲法裁判所は、その内容は、ドイツ基本法第 74 条第 1 項第 1 号により刑法の領域に属し、ラントの固有の立法権限の範囲を超えるものであるという理由として、そのようなラント法を違憲とする決定を行った。ただし、2004 年 9 月 30 日までの暫定適用を命じたうえで、連邦法による規律を立法者に要求した⁴⁸⁴。これにより、2004 年 7 月 23 日、「事後的保安監置の導入のための法律（Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung）」⁴⁸⁵が制定され、これにより、生命、身体、自由又は性的自己決定権を侵害する犯罪などにより有罪判決を受けた者に対しては、事後的に保安監置を命じることができるとする規定が新設された（刑法第 66 条 b）。

改善不可能な危険な犯罪者を社会から完全に隔離することにより、確実に社会の安全を図るために保安監置が活用されてきたことと、ドイツの統一後、犯罪との闘いと法秩序の防衛のために厳罰化政策が推し進められていた状況に鑑みると、上記の一連の改正は予想されたものであった。しかし、犯罪者の自由よりも社会の保護を優先させるこのような試みは、刑法上の責任主義と比例性の原則の観点から批判を受けるとともに、犯罪者の改善及び再社会化という刑事政策の方向に合致しないとの指摘が

⁴⁸² BGBl. I, 1998, S.160.

⁴⁸³ BGBl. I, 2002, S.3344.

⁴⁸⁴ BVerfG vom 10.02.2004 - 2 BvR 834/02, 1588/02, BVerfGE 109, 190.

⁴⁸⁵ BGBl. I, 2004, S.1838.

なされた⁴⁸⁶。そして、この動きは、最終的に以下の連邦憲法裁判所の判決によって阻止されることになった。

最初に問題となったのは、保安監置の10年の上限期間を廃止したうえで、それを遡及適用するとしたことが、ドイツ基本法第103条第2項による遡及処罰の禁止に反するかどうかであった。これについて、2004年2月5日の連邦憲法裁判所の判決は、刑罰とは異なり、保安処分については遡及適用が許されるとして合憲決定をした⁴⁸⁷。しかし、さらに欧州人権裁判所への提訴がなされ、同裁判所は、2009年12月17日に、上記の規定は、欧州人権条約第5条及び第7条に反するという判決を下した。欧州人権条約第5条第1項は、すべての人は、身体的自由及び安全に対する権利を有し、原則として、法律に定められた手続に基づく場合を除くほか、自由を奪われまいと規定するとともに、例外的に自由の剥奪が許される場合を限定列挙している。その一つが、権限のある裁判所の有罪判決による合法的な拘禁である(同項第a号)。欧州人権裁判所によれば、自由を剥奪する拘禁の合法性が認められるためには、当該拘禁が、その根拠となる犯罪行為や有責性を確定した有罪判決と十分な因果関係を有しなければならない。しかし、このケースは、保安監置が命じられた有罪判決は、10年の上限の規定に基づいて下されたものであり、その後、その規定を削除した改正法の遡及適用により、判決で定められた範囲を超える拘禁が可能となったのであるから、10年を超える保安監置の執行と、その根拠となる有罪判決との間の因果関係は認められないとされた。また、罪刑法定主義に関する欧州人権条約第7条には、何人も行為時に適用されていた刑罰よりも重い刑罰を科せられないという遡及処罰の禁止の原則が規定されている(同条第1項)。ここでいう「刑罰」に改善及び保安処分である保安監置が当たるのかについて、欧州人権裁判所は、たとえドイツ刑法において刑罰と保安処分が別の制裁とされているからといって、それに拘束されるべきではなく、保安監置の執行の実態が自由刑と区別されていないこと、保安処分の目的と刑罰の目的が互いに重なる部分があることなどを理由として、保安監置が「刑罰」にあたることを肯定した。それゆえ、行為時の法律においては10年が上限とされていたにもかかわらず、事後的にそれより長い期間の保安監置を命じたのは、遡及的に重い「刑罰」を科したことになるから許されないと判断したのである⁴⁸⁸。

⁴⁸⁶ Meier, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl., Springer, 2015, S.345.

⁴⁸⁷ BVerfG vom 05.02.2004 - 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133.

⁴⁸⁸ *M v. Germany*, no.19359/04, ECHR 2009.

しかし、このような欧州人権裁判所の判決は、ドイツの国内法と矛盾するだけでなく、当該保安監置の即時終了を命じたものでもなかったために、それに関するドイツ国内の裁判所の判断は統一されず、混乱をもたらした⁴⁸⁹。そこで、2010年7月24日の第4次裁判所構成法改正法⁴⁹⁰により、高等裁判所が、保安監置の処理に関して他の高等裁判所や連邦最高裁判所と異なる判断を行おうとする場合には、事件を連邦最高裁判所に回付するものとした（裁判所構成法第121条第2項第3号）。その手続きに基づき、2010年11月9日、連邦最高裁判所刑事部は、具体的な状況から重大な犯罪に至る高度の危険性が導き出される場合には、遡及的に10年を超える保安監置期間の延長を命じることができるという判断を示した⁴⁹¹。

上記の欧州人権裁判所の判決の論理によると、2002年に新設された留保付き保安監置と2004年に新設された事後的保安監置も、同様の問題を引き起こす可能性があった⁴⁹²。そこで、連邦司法省は、2010年12月22日の「保安監置及び付随的規定の再編成のための法律（Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen）」⁴⁹³により、そのような状況を立法的に解決しようとした。まず、通常の保安監置の適用対象を性犯罪及び暴力犯罪に制限し、行為者の危険性の判断時期を有罪判決時とした（刑法第66条）。また、事後的保安監置が可能な範囲を大幅に縮小し、精神病院への収容を終えた者にのみ命じることができるものとした（刑法第66条b）。その一方で、留保付き保安監置の適用可能性を拡大するとともに（刑法第66条a）、「精神障害のある暴力犯罪者の治療及び収容のための法律（Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter）」（治療収容法）を制定して、欧州人権裁判所の判決に基づき保安監置が終了されることにより、社会の安全への脅威が懸念される暴力犯罪者に対し、精神障害がある場合に、一定の要件が満たされれば収容できるとする民事的な措置を設けた。同改正は、保安監置の対象

⁴⁸⁹ 飯島暢「保安監置制度の正当化について：法的強制としての自由の剥奪の可能性？」法学研究 84 巻9号（2011年）297頁。

⁴⁹⁰ BGBl. I, 2010, S.976.

⁴⁹¹ BGH vom 09.11.2010 - 5 StR 394/10, 440/10 u. 474/10, BGHSt 56, 73.

⁴⁹² 実際、そのような結論を下した連邦最高裁判所刑事部の決定もあった（BGH vom 12.05.2010 - 4 StR 577/09, NStZ 2010, 567）。

⁴⁹³ BGBl. I, 2010, S.2300.

と条件を厳格にしたものの、依然として欧州人権条約に反するおそれが残っているという点で、学界の賛同と批判を同時に受けた⁴⁹⁴。

その直後の 2011 年 1 月 13 日に、欧州人権裁判所は、改正前の旧刑法第 66 条 b の事後的保安監置について欧州人権条約に反するという判断を示した。同裁判所は、事後的に保安監置が命じられる根拠となった有罪判決と保安監置間に十分な因果関係が認められないため、保安監置の事後的な命令は、権限のある裁判所の有罪判決による合法的な拘禁によってのみ自由を剥奪できることを規定している欧州人権条約第 5 条第 1 項第 a 号に反するとしたのである⁴⁹⁵。

それに引き続いて、ドイツ連邦憲法裁判所も、2011 年 5 月 4 日に、保安監置期間に上限がなく、その執行を無制限に延長することができる点において、事後的保安監置に関する規定は違憲であると宣言した。まず、連邦憲法裁判所は、保安監置期間の上限を廃止し遡及適用したことに関する 2004 年の合憲決定は、基本権の国際法適合的解釈によれば許容されないとし、事後的保安監置に関する規定が欧州人権条約に反するという欧州人権裁判所の判決を受け入れた。保安監置の命令と期間に関する刑法の規定は、改正されたばかりの新法の内容を含めて、そのすべてがドイツ基本法第 2 条第 2 項第 2 文と第 104 条第 1 項と第 20 条第 3 項から導き出される自由権的基本権の制約における法律留保の原則及び法治国家的信頼保護の原則に反するものとされたのである。これに基づき、10 年を超えて保安監置されている被収容者については、重大な暴力犯罪や性犯罪を行う高い危険性が確実に予測されるか、また、そのような状態が治療収用法を適用される精神障害に起因するのかを検討し、それが否定される場合には、被収容者を 2011 年 12 月 31 日までに釈放することが命じられた。ただし、連邦憲法裁判所は、保安監置を一種の刑罰とみる欧州人権裁判所とは異なり、保安監置と自由刑は、異なる憲法上の根拠及び目的を持つものであるから、両制裁の執行方法には明らかな差異が設けられなければならないとした。これによれば、徹底した二元主義の貫徹により、保安監置は、応報としての害悪の賦課である刑罰とは異なり、専ら予防的な目的により公共の利益のために対象者に特別な犠牲を与えるものであることが、法規定と実務の運用において明らかにされるべきことになり、連邦憲法裁判

⁴⁹⁴ これに関する詳細な説明としては、飯島暢「保安監置制度の正当化について：法的強制としての自由の剥奪の可能性？」法学研究 84 巻 9 号（2011 年）298-300 頁；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 53 巻 1 号（2013 年）46-47 頁を参照。

⁴⁹⁵ H v. Germany, no.6587/04, ECHR 2011.

所は、こうした憲法的要請を満たしていない現行の規定は、2013年5月31日までに憲法に適合するように変更されるべきことを立法者に要求した⁴⁹⁶。これを受けて、2012年12月5日に、「保安監置法における差別化要求の連邦法上の実現のための法律（Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung）」⁴⁹⁷が成立し、2013年6月1日から施行された。同法では、保安監置が執行されるべき施設及び被收容者の再社会化のために積極的に提供されるべき処遇が具体的に規定されるとともに（刑法第66条c）、それが満たされないときは保安監置を猶予することや（刑法第67条c第1項第2号、第67条d第2項第2文）、保安監置の執行を継続するかどうかについての審査期限を短縮させることなど、連邦憲法裁判所の要求を反映する内容が定められた。

保安監置がこのような長期間の紆余曲折を経て現在の規定に至っている背景には、制度自体に内在している排他的な保安思想がある。保安監置は、社会の安全のためには自由刑の執行だけでは十分ではないとされる危険な犯罪者を社会から隔離するという目的を持つ。そのため、保安監置は、改善及び保安処分の一種として改善の目的が追求されるべきであるが、保安監置の命令段階においては、行為者の危険性に基づいた隔離の必要性が検討されるだけであって改善思想は何の役割も果たしておらず、執行段階においても、改善及び保安処分の最大の目的である再犯の防止に向けた措置が講じられていないという問題の指摘がなされてきた。そのうえ、保安監置は最も強力な自由剥奪的処分であり、実際の執行においても自由刑との根本的な差異がないという点に最大の問題がある。このことから、犯罪の増加又は重大化に対応するために、保安監置の要件を緩和し適用範囲を拡大しようとする試みがあると、必ずそれを警戒し見直そうという動きが伴うことになる。これは、時代の要求に合わせて繰り返されるものであり、そこでは、社会の安全の保護と犯罪者の自由権の保障の比較衡量がなされることになる。その際に考えられるべきことは、保安監置は、刑罰とは区別される改善及び保安処分の一種で、専ら予防の目的をもって行われるものであるとはいえ、補充性（ultima ratio）をその特徴とする刑事制裁の一つである点、また、隔離による自由の剥奪という自由刑と類似した強力な手段を取るにもかかわらず、責任原則が適用されないため、それは「刑事政策の最後の緊急措置」⁴⁹⁸として扱われなければならないという点である。保安監置を刑罰と類似した刑事制裁として捉え、刑罰と同一の厳格性を要するとした欧州人権裁判所の判決と、規定の内容だけでなく実際の適用に

⁴⁹⁶ BVerfG vom 04.05.2011 - 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10 u. 571/10, BVerfGE 128, 326.

⁴⁹⁷ BGBl. I, 2012, S.2425.

⁴⁹⁸ BT-Drs. 5/4094, 1969, S.19.

についても、保安監置を刑罰と差別化すべきであり、やむを得ない場合に限り命令しなければならないことを要求した連邦憲法裁判所の判決は、そのような観点から理解しうるであろう。

特に保安監置の執行方式が自由刑のそれと明白に異なることを求める憲法上の差別化要求は、現時点での保安監置の限界を考慮すると、必ず遵守されるべき最低限の原則である。危険な犯罪者として分類された者に対して、責任原則に基づくことなく、社会との隔離を可能にする保安監置は、その見出しからも明らかなように、犯罪者の改善を図る処分に当たるので、その執行中の処遇はそのために機能すべきである。したがって、保安監置は、①被収容者に、包括的な処遇調査と規則的に見直しが行なわれる執行計画を踏まえて、個人的かつ集中的で被収容者の協力意思の促進に向けたケア、特に標準的な処遇に成功の見込みがない場合には、被収容者に特化した精神病学的、精神治療的又は社会治療的処遇と、可能な限り直ちに保安監置の執行が保護観察付きで猶予され又は終了するように社会に対する危険性を減らすことを目的とするケアを提供するものでなければならない。②被収容者の負担をできるだけ最小のものとし、①の要求に合致し、安全の利益と矛盾しない限り、一般的な生活関係に合わせた収容、及び、①の処遇により例外的に異なる要求をされない限り、行刑と分離された特別な建物又は区画で行われる収容が保障されなくてはならない。③保安監置の執行の猶予又は終了によって生じる危険性を減らすため、説得力のある根拠がない限り、特に具体的な根拠により被収容者が保安監置の執行から脱し、又は重大な犯罪の実行のために処分を悪用するおそれが正当化されない限り、執行免除の処分を許可し、釈放準備を行う施設と国や民間の担当者との緊密な協力により、自由な状態で事後治療的なケアが可能な施設で処遇が行なわれなければならない（刑法第 66 条 c 第 1 項）。それに加えて、裁判所が保安監置の判決を言い渡す際に（第 66 条）、その留保の後に（第 66 条第 3 項）、又は事後的に（第 66 条 b）、命令し、又はそれらの命令を判決の際に留保した場合には、有罪判決を受けた者に対し、保安監置の執行（第 67 条 c 第 1 項第 1 文第 1 号）又は命令（第 66 条 a 第 3 項）が可能な限り不要になることを目的として、自由刑の執行中に既に①のケア、特に社会治療的な処遇が提供されなければならない（刑法第 66 条 c 第 2 項）。これは保安監置の執行についての非常に重要な規定である。その遵守状況に対する裁判所の監督が継続的に行われ、それが遵守されていないと判断される場合には、保安監置の執行は制限されることになる（刑法第 67 条 e、行刑法第 119 条 a）。

2) 保安監置に関する現行規定

保安監置に関する現行刑法の規定は、非常に複雑になっているが、その核心は、保安監置は、第一に、重大な犯罪を行った危険な犯罪者を対象とし、第二に、刑罰に併科されうるものであるということである。すなわち、裁判所は、原則として、①生命、身体、自由、性的自己決定権などを侵害し、又は法定刑の上限が10年以上に当たる故意の重罪により、2年以上の自由刑を言い渡された者に対し、②最低1年の自由刑を言い渡された同種の前歴が2回以上あり、③同罪により、2年以上の自由刑又は自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行を受けた事実があり、④将来、重大な犯罪行為に至るおそれが認められる場合、保安監置を命じる(刑法第66条第1項)。しかし、例外的に、初犯に対しても、①上記の犯罪を3個以上行い、それぞれ1年以上の自由刑を言い渡され、②そのうち3年以上の宣告刑に当たる犯罪が1個以上ある場合に、③将来、重大な犯罪行為に至るおそれが認められる限り、裁判所は保安監置を命じることができる(同条第2項)。さらに、より重い犯罪を行った者については、①当該犯罪により、3年以上の自由刑を言い渡された場合には、②3年以上の自由刑を言い渡された同種の前歴が1回以上あり、③同罪により、2年以上の自由刑又は自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行を受けた事実があり、④将来、重大な犯罪行為に至るおその存在を要件として、裁判所は保安監置を命じることができる(同条第3項第1文)。なお、その者が初犯である場合にも、①同一の2個以上の犯罪により、それぞれ2年の自由刑を言い渡され、②そのうち1個の犯罪でも3年以上の宣告刑に当たる場合には、③将来、重大な犯罪行為に至るおそれが存在する限り、裁判所は保安監置を命じることができる(同条第3項第2文)。再犯の場合に前歴を考慮するに際して、当該犯罪者が併合刑を言い渡されたときは、1個の単一の宣告刑とみなされ、勾留又はその他の自由の剥奪が自由刑に算入されたときは、既に執行された期間とみなされる(同条第4項第1文、第2文)。また、犯罪行為から5年以上、性犯罪については15年以上を経た場合には、前歴として考慮されず、このとき施設に拘禁されていた期間は除外される(同条第4項第3文、第4文)。

共通の要件である将来の危険性の評価は、行為者と行為の総合的な評価を通じて、重大な犯罪、特に精神的又は身体的に重い害を加える犯罪を行う習癖が存在し、それにより行為者が一般に対して危険であるかどうかを判断することを意味し、有罪判決の時点が基準となる(同条第1項第4号)。習癖の存在は、行為者が繰り返して新しい犯罪を行おうとする一定の状態に置かれており、またそれに対する統制能力が欠けていると認められることを意味し、既に行われた犯罪行為のみならず将来の犯罪行為と

も兆候的な因果関係が存在しなければならない⁴⁹⁹。予想される犯罪の重大性は、精神病院及び禁絶施設への収容の場合に比べて、より限定的に適用されるが、重罪に当たる行為の場合には当該行為の重大さを厳密に解釈しない⁵⁰⁰。

上記した4つの場合のうち、最初の場合についてはその要件がすべて満たされると、裁判所は必要に保安監置を命じなければならない、残りの場合には、裁判官の裁量が認められる。保安監置の命令は第一審裁判所の管轄に属する（裁判所構成法第24条第1項第2号、第74条第1項第2文、第120条第1項）。行為者の危険性の判断のために専門家の鑑定は不可欠であり、精神病院及び禁絶施設への収容と同様な手続により行われる。裁判所は、保安監置を確定する前に、社会の安全確保の利益のために行為者の勾留を命じることができ、それは逃亡又は逃亡若しくは証拠隠滅のおそれという一般的な勾留理由より広範な理由によって根拠づけられうる（刑事訴訟法第112条第3項、第112条a）。

一方、裁判所は、有罪判決時に行為者の危険性を十分に確信できない場合には、保安監置の命令を留保することができる。そのためには、刑法第66条第3項第1文に定められている犯罪について有罪判決を受けること、その他の要件が満たされていること、及び危険性の存在について確信はないものの蓋然性があることが求められる（刑法第66条a第1項）。また、刑法第66条の要件が満たされておらず保安監置を命じることができない場合にも、再犯危険性の高い重罪により5年以上の自由刑が言い渡されるときは、裁判所は、危険性の存在について少なくとも蓋然性がある限り、保安監置の命令を留保することができる（刑法第66条a第2項）。留保された保安監置の命令に関しては、第一審裁判所が、独立した手続により、自由刑の全部が執行される時までには裁判することができる（刑法第66条a第3項第1文、裁判所構成法第74条f第1項及び第120条a第1項）。これと関連して、刑事訴訟法では、遅くとも自由刑の執行が終了する6か月前までには、その決定をするものとされている（刑事訴訟法第275条a第5項）。裁判所は、有罪判決を受けた者、その犯罪とともに、裁判時までの改善の程度を追加的に考慮した総合的評価を通じて、精神的又は身体的に重大な害を加える重罪を犯す可能性が認められれば、保安監置を命じる（刑法第66条a第3項第2文）。このために、裁判所は、有罪判決を受けた者の刑罰又は収容の執行において行われた処遇と関わっていない鑑定人の意見を聴取しなければならない（刑事訴訟法第275条a第4項第1文、第3文）。定められた期間内に保安監置の命令が下

⁴⁹⁹ BGH vom 15.10.2008 - 2 StR 391/08, NStZ-RR 2009, 11.

⁵⁰⁰ BGH vom 24.03.2010 - 2 StR 10/10, NStZ-RR 2010, 239.

された場合には、裁判所は、その確定力が生じるまで収容状を発することができる（刑事訴訟法第 275 条 a 第 6 項第 3 文）。留保付きの保安監置の命令に対しては、上級裁判所に上告することができる（刑事訴訟法第 333 条、裁判所構成法第 121 条第 1 項第 1 号及び第 135 条第 1 項）。

有罪判決の際に自由刑とともに保安監置が命令されず、またその留保もなされなかった場合にも、例外的に事後的に保安監置を命じる場合がある。従来、保安監置の命令の対象となる場合ならば、一般的に保安監置の事後的命令が可能であったが、2011 年 1 月 1 日からはその適用範囲が大幅に縮小され、専ら精神病院への収容の終了した場合に限られることになった。すなわち、刑法第 66 条第 3 項に規定された罪に当たる複数の犯罪により精神病院への収容を命じられた者や、それ以前に行った 1 個の犯罪又は複数の犯罪により 3 年以上の自由刑を 1 回言い渡され、又は精神病院への収容を命じられたことがある者について、刑法第 67 条 d 第 6 項に基づく精神病院への収容の根拠となった責任無能力又は限定責任能力の状態が、収容の終了に関する裁判の際にはもはや存在しないことを理由として精神病院への収容が終了した場合、裁判所は、有罪判決を受けた者、その犯罪、裁判時までの改善の程度を考慮した総合的評価を通じ、精神的又は身体的に重大な被害を加える重罪を行う危険について高い蓋然性を認めるときは、事後的に保安監置を命じることができる（刑法第 66 条 b 第 1 文）。このことは、精神病院への収容とともに言い渡された自由刑の全部又は一部が依然として執行されるべき場合にも同様に妥当する（同条第 2 文）。保安監置の事後的命令は、独立した裁判手続により行われ、その裁判は第一審裁判所の管轄に属する（裁判所構成法第 74 条 f 第 1 項、第 120 条 a）。裁判所は職権で裁判を開始することはできず⁵⁰¹、検察官による申立てが必要である。対象者が精神病院に収容されると、検察官は管轄裁判所に保安監置の事後的命令を申し立てることができるようになり、申立てがなされる見込みがある場合には、対象者に記録が送付されなければならない（刑事訴訟法第 275 条 a 第 1 項第 4 文、第 5 文）。裁判所は、有罪判決を受けた者の危険性の評価のために、留保された保安監置の命令に関する裁判の場合と同様に、有罪判決を受けた者の刑罰又は収容の執行中の処遇に関わったことのない二人以上の鑑定人の鑑定意見を取り調べなければならない（刑事訴訟法第 275 条 a 第 4 項）。また、裁判所は、保安監置が事後的に命令されると予想しうる相当な根拠がある場合には、命令の確定力が発生するまで収容状を発することができ、管轄裁判所に対して保安監置の事後的命令の申立てが行われる以前には、刑法第 67 条 d 第 6 項による精神病院へ

⁵⁰¹ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 66b Rn.107.

の収容の終了裁判を管轄する裁判所がその管轄権を有する（刑事訴訟法第 275 条 a 第 6 項）。保安監置の事後的命令に対しても、留保された保安監置の命令の場合と同様に、上級裁判所に上告することができる（刑事訴訟法第 333 条、裁判所構成法第 121 条第 1 項第 1 号及び第 135 条第 1 項）。

3. 自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行と事後裁判

精神病院及び禁絶施設への収容又は保安監置が命じられると、被収容者については、執行規則により執行の場所が決められる（刑執行規則第 22 条）。それに関してラント法に特別規定が設けられている場合には、ラント法による。自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行内容についても、各ラントの法律があればそれが優先的に適用され、そうでなければ連邦法に従う⁵⁰²。また、刑の執行に関する規定が、特段の定めがない限り準用される（刑事訴訟法第 463 条第 1 項）。したがって、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に先立って刑の執行が行われ、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行が開始された後、その執行に関する事後的な裁判に関しては、原則として刑執行部が管轄する（刑事訴訟法第 462 条 a 第 1 項）。

（1）自由刑との執行順序・自由を剥奪する形態の改善及び保安処分間の移送

保安監置は必ず自由刑と併せて命令され、自由刑が先に執行された後に保安監置が執行される。他の 2 つの改善・保安処分とは区別される保安監置の固有の特徴が、ここで再び見られる。保安監置の命令が留保され又は事後的に命令される場合にも、自由刑の執行が行われて初めて保安監置が執行されるので、自由刑の執行が先行するという順序は同様に維持される。一方、精神病院への収容又は禁絶施設への収容が自由刑に併科して命じられた場合には、前者が先に執行されるのが原則である（刑法第

⁵⁰² その際に適用される連邦法としては、行刑法第 136 条ないし第 138 条、刑執行規則第 53 条及び第 54 条並びに第 22 条及び第 24 条を参照。

67 条第 1 項)。このように精神病院への収容又は禁絶施設への収容を先に執行する目的は、それに続く自由刑の執行において再社会化をより効果的に図るために、有罪判決を受けた者の精神障害や中毒の状態を可能な限り早期に除去することにある⁵⁰³。ただし、精神病院への収容又は禁絶施設への収容が後に執行されることにより、その目的がより容易に達せられる場合には、例外的に、裁判所は自由刑の全部又は一部を精神病院への収容又は禁絶施設への収容に先立って執行することを決定する（同条第 2 項第 1 文）。例外事由が満たされれば、裁判所は必要的に精神病院への収容又は禁絶施設への収容に先立って自由刑を執行するという決定をしなければならないとされていることから、例外事由の認定は厳格に行われる⁵⁰⁴。また、禁絶施設への収容が 3 年以上の有期自由刑に併科して命じられた場合には、自由刑の一部が先に執行されなければならない（同条第 2 項第 2 文）。ただし、有罪判決を受けた者の切迫した治療の必要性がある場合には、例外が認められる⁵⁰⁵。自由刑の一部が先に執行される場合には、その期間は、自由刑の執行及びその後の収容の終了後に、刑法第 57 条第 1 項による残刑の執行猶予が可能となるように算定されなければならない（同条第 2 項第 3 文、第 5 項第 1 文）。これは、禁絶施設への収容の成果が、それに続く残刑の執行により損なわれたり、消えたりすることがないようにするため、収容の執行の終了する時点で、残刑の執行を猶予する必要があるからである⁵⁰⁶。

自由刑の執行に先立って自由を剥奪する形態の改善及び保安処分全部又は一部が執行される場合には、その執行期間は、執行されるべき刑期の最大 3 分の 2 まで算入される（刑法第 67 条第 4 項、刑執行規則第 44 条 a 第 1 項）。したがって、残刑の 3 分の 1 は算入により処理することはできないが、これは、残刑の執行猶予の可能性を排除するものではない⁵⁰⁷。自由刑と自由を剥奪する形態の改善及び保安処分が、別の手続で科された場合においても、刑執行規則により、自由刑の全部又は一部が先に執行されることで、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の目的がより容易に達せら

⁵⁰³ BGH vom 30.05.2001 - 1 StR 176/01, NStZ-RR 2002, 26; BGH vom 23.08.1990 - 4 StR 306/90, BGHSt 37, 160.

⁵⁰⁴ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.365.

⁵⁰⁵ BGH vom 09.08.2007 - 4 StR 283/07, NStZ-RR 2007, 371; Fischer StGB, 63. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 67 Rn.12.

⁵⁰⁶ BeckOK StGB, 44. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 67 Rn.14; NK StGB, 5. Aufl., Nomos, 2017, § 67 Rn.45.

⁵⁰⁷ BeckOK StGB, 44. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 67 Rn.12.

れる場合ではない限り、改善及び保安処分が自由刑の前に執行される（刑執行規則第44条b第1項）。もっとも、この場合は、当該処分の執行期間は執行されるべき刑期に算入されない⁵⁰⁸。ただし、そのような執行が有罪判決を受けた者にとって不当に厳しい場合には、例外的に算入されるべきことを裁判所が決定する（刑法第67条第6項第1文）。このとき、特に、言い渡された刑期と執行された自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の期間との間の比例性、達成された治療効果と具体的な危険性、有罪判決を受けた者の執行手続での行動が考慮されなければならない（同項第2文）。自由刑を言い渡された行為が処分の命令後に行われた場合には、算入することができない（同項第3文）。

自由刑と自由を剥奪する形態の改善及び保安処分間の執行順序は判決裁判所によって決められる。そして、裁判所は、有罪判決を受けた者の状況に応じて適切な場合には、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に先立って自由刑が執行されるべきという決定を事後的に行い、あるいは、既に行われた決定を変更し又は取り消すこともできる（刑法第67条第3項）。このように執行順序を事後的に決定、変更又は取消する場合には、刑執行部がこれを行う⁵⁰⁹。その条件が満たされれば、裁判所は必要的に決定を下さなければならず、裁量は認められない⁵¹⁰。もっとも、禁絶施設への収容について、刑法第67条d第5項の規定によりさらなる収容が認められない場合には、そのような決定は許されない⁵¹¹。

さらに、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の命令が確定した後に、他の自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行によりその目的がより容易に達せられうると判断する場合には、裁判所は、有罪判決を受けた者を他の自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行に移すことができる（刑法第67条a第1項、第2項）。有罪判決を受けた者の状態が変更された、又は最初の命令が間違っていたことが判明したという場合にも移送が可能である⁵¹²。移送しようとする他の自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の要件が満たされる必要はないため、たとえば禁絶施設への収容が命じられた者が責任無能力又は限定責任能力の状態で犯罪を行ったわけではない場合に

⁵⁰⁸ Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.368.

⁵⁰⁹ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 67 Rn.103.

⁵¹⁰ Ebenda, § 67 Rn.114.

⁵¹¹ Ebenda, § 67 Rn.115.

⁵¹² Ebenda, § 67a Rn.12.

も、精神病院への収容に移すことができる⁵¹³。他の自由を剥奪する形態の改善及び保安処分をもって有罪判決を受けた者の再社会化をより効果的に図ることができるのであれば、それで十分である。したがって、保安監置が命じられた場合に、それが開始される前に、精神病院や禁絶施設への収容に変えることが可能である⁵¹⁴。しかし、逆の場合は不可能である。それは、精神病院及び禁絶施設への収容は特別な精神状態に基づいて命じられるものであるため、その対象者について、保安監置による再社会化の形成は期待されえないからである⁵¹⁵。他の自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行への移送が決定される場合にも、元の改善及び保安処分の執行期間及び審査期限は変更されない（同条第4項第1文）。また、最初に命令された改善及び保安処分の法的性質は維持される。裁判所は、事後に被収容者のより円滑な再社会化を理由として必要であると認められる場合には、移送の決定を変更し、又は取り消すことができる（同条第3項）。

（2）執行期間と必要性の審査

禁絶施設への収容は最大2年までとされているが（刑法第67条d第1項第1文）、精神病院への収容及び保安監置の期間に関しては規定がなく、原則として無期限の収容が可能である。期間は、収容が事実上開始される時から起算される（刑法第67条d第1項第2文、刑執行規則第53条第2項第2号及び第38条第1号）。有罪判決を受けた者が既に禁絶施設に仮収容されている場合には、刑宣告の確定力の生じる時が起算点になる（刑執行規則第38条第3号前文）。この場合、仮収容の期間は、専ら自由刑にのみ算入され、上記の2年の上限には算入されない（刑法第51条第1項第1文、刑執行規則第39条第1項第1文及び第3項第3号）。自由を剥奪する形態の改善及び保安処分が同一の手続で科せられた自由刑の前に執行され、その期間が自由刑に算入される場合（刑法第67条第4項、刑執行規則第44条a第1項）には、収容期間の上限は自由刑の期間まで延長される（刑法第67条d第1項第3文）。

⁵¹³ Ebenda, § 67a Rn.13.

⁵¹⁴ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.381.

⁵¹⁵ BVerfG vom 17.05.1994 - 2 BvL 12/94, NJW 1995, 772.

有罪判決を受けた者が必要以上に自由を剥奪する形態の改善及び保安処分を執行されることは許されてはならない。したがって、裁判所は、法律に定められた期限内に、執行が継続されるべきかどうかについて審査しなければならない（刑法第 67 条 e 第 1 項）。これは強制規定であるから、法定期限内に必ず審査がなされるべきであり、裁判所が審査義務を懈怠した場合には、その執行は続くものの、抗告によりそれを争うことができる⁵¹⁶。裁判所は、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行が猶予される可能性があることを認知した場合には職権で審査しなければならず、また、刑法第 67 条 e 第 3 項第 2 文による申立禁止期間でない限り、申立てがあると必ず審査をしなければならない⁵¹⁷。審査期限は、2 年の上限のある禁絶施設への収容の場合には 6 月ごとであり、精神病院への収容の場合には 1 年ごと、そして保安監置の場合には執行開始後 10 年を境に、それ以前は 1 年ごと、その後は 9 月ごとである（同条第 2 項）。裁判所は審査期限を短縮できるのみならず、期限内であればいつでも審査できるので、個別事例に合わせて弾力的な運用が可能である（同条第 1 項第 1 文、第 3 項第 1 文）。審査期限は収容の開始により起算され、裁判所による自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の猶予又は終了の却下決定があった場合には、同決定により改めて起算される（同条第 4 項）。また、裁判所は、法定期限が満了する前に、その範囲内で審査の申立てが許されない期間を決めることもできる（同条第 3 項第 2 文）。これは、残刑の執行猶予における申立禁止期間（刑法第 57 条第 7 項）と類似したものである。審査の申立禁止期間を決定できるのは刑執行部のみであり、決定と同時に効力を発する⁵¹⁸。同決定は、当該刑執行部に対してのみ有効であり、他の刑執行部に管轄が変更された場合にはその効力を失う⁵¹⁹。

審査の結果、被収容者について、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行を続けなくとも、将来の違法行為を犯すおそれがないと判断される場合、裁判所は同処分のさらなる執行を猶予し、又はその終了を宣言することができる（刑法第 67 条 d 第 2 項、第 3 項及び第 6 項）。これは自由刑における残刑の執行猶予と同様の制度であるので、それに関する規定が準用される（刑事訴訟法第 463 条第 3 項、第 454 条）。特に刑法第 67 条 d 第 2 項及び第 3 項による裁判においては、被収容者の再犯危険性の判断のための専門家の鑑定が不可欠である（刑事訴訟法第 463 条第 3 項第 4 文）。

⁵¹⁶ LK StGB, 12. Aufl., De Gruyter, 2008, § 67e Rn.27 f.; MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 67e Rn.9.

⁵¹⁷ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 67e Rn.4.

⁵¹⁸ Ebenda, § 67e Rn.11.

⁵¹⁹ LK StGB, 12. Aufl., De Gruyter, 2008, § 67e Rn.35.

精神病院への収容の場合には、刑事訴訟法に特別の規定が置かれている。それによれば、裁判所は、精神病院への収容が執行されている間に、初めは3年ごとに、収容が開始されてから6年を経た後は2年ごとに、鑑定人による鑑定意見を求めなければならない（同条第4項第2文）。この鑑定は、当該収容に関して被収容者の治療に関わった者、当該精神病院で勤務している者、以前の審査において最後の鑑定書を作成した者により行われてはならない（同条第4項第3文）。

再犯を予測するに際して、対象者が将来いかなる違法行為も行わないという完全に肯定的な結論に至るのは実際には難しいことである。したがって、予想される再犯の重大性及び蓋然性の程度が考慮されるべきであり、被収容者、行われた犯罪に加え、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分が執行された期間とそれによる改善の度合いが総合的に考察されるべきである⁵²⁰。精神病院への収容及び保安監置においては、その執行期間に定められた上限がなく、こうした中間審査によってのみ釈放されうるので、同審査はいっそう重要な意味を有する⁵²¹。審査の結果、被収容者の再犯を防止するためにはなお自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行が必要であるという結論に至った場合には、改善及び保安処分の執行は猶予又は終了されずに維持されることになる。

（3）執行の猶予及び終了

裁判所は、執行期間の上限に関する規定の有無に関わらず、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行を続けなくても被収容者が重大な再犯に至らないと予想される場合には、その執行を猶予する（刑法第67条d第2項第1文）。自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行猶予は、特に、精神病院又は禁絶施設に収容されている有罪判決を受けた者の状態の改善がある場合に考慮される⁵²²。また、保安監置においては、刑法第66条cにより、執行の開始後一定期間内に、保安監置の執行を免れうるように、すなわち、保安監置の執行を猶予又は終了しうるように、対象者の再犯の危険性を減らし、再社会化を図ることを目的として行われるべき社会治療的処遇

⁵²⁰ BVerfG vom 08.10.1985 - 2 BvR 1150/80, 1504/82, BVerfGE 70, 297; BVerfG vom 26.08.2013 - 2 BvR 371/12, NJW 2013, 3228.

⁵²¹ Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Springer, 2015, S.385.

⁵²² BGH vom 18.07.2007 - 1 StR 248/07, NStZ-RR 2007, 339.

やケアが被監置者に提供されていないため、保安監置を執行し続けることが比例原則に反すると認められる場合にも、その執行が猶予される（刑法第 67 条 d 第 2 項第 2 文）。

また、精神病院及び禁絶施設への収容の場合には、執行が開始された後のみならず、刑の執行猶予と同様に、精神病院及び禁絶施設への収容命令と同時に、その執行を猶予することができる（刑法第 67 条 b 第 1 項第 1 文）。そのためには、外来的精神治療や薬物処遇又は他の法律による方法をもって重大な再犯の防止が可能であるなどの「特別な事情」が認められなければならない（同項第 2 文）。加えて、処分が自由刑に併科して命じられた場合には、自由刑の執行も猶予されなくてはならない（同項第 1 文）。自由刑の執行が猶予されないときは、自由刑を先に執行することが命令され、精神病院及び禁絶施設への収容の執行猶予については、行刑の終了前に改めて審査がなされる（刑法第 67 条 c 第 1 項第 1 文第 1 号）。その審査にあたって、裁判所は、「特別な事情」の存否の判断に拘束されないが、行刑による事情変更の可能性を認識し、比例性の原則に基づいて、有罪判決を受けた者に対し処分の執行を正当化する重大な再犯が予想されるか、そしてこれを防止しうる他の軽微な方法があるかを検討しなければならない⁵²³。なお、保安監置の場合には、刑法第 66 条 c に基づき、行刑中に、保安監置の執行を免れうるようにすることを目的として行われるすべての社会治療処遇（刑法第 66 条 c 第 1 項第 1 号）が提供されていないことを理由として、保安監置の執行が比例原則に反すると判明したときも、その執行が猶予される（刑法第 67 条 c 第 1 項第 1 文第 2 号）。

一方、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行が猶予されていないにも関わらず、その命令が確定した後 3 年を経過しても、その執行が開始されていない場合には、裁判所の命令によってのみ当該処分を執行することができる（刑法第 67 条 c 第 2 項第 1 文）。これはその間に事情が変更された可能性を念頭に置いたもので、裁判所は、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の目的が達せられるために依然としてその執行が必要であるかを検討すべきことになる。裁判所は、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行が猶予されてもその目的を達することができるという特別な事情が認められる場合には、改善及び保安処分の執行を猶予し、さらに、改善及び保安処分の目的が既に達せられたと判断される場合には、その終了を宣言する（同項第 3 文ないし第 5 文）。この場合、3 年の期間には、有罪判決を受けた者が官庁の命令により施設に拘禁されていた期間は算入されない（同項第 2 文）。

⁵²³ Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 67c Rn.1, 4.

自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行猶予の決定が確定すれば、被収容者は施設から釈放され、それと同時に行状監督が開始される(刑法第 67 条 b 第 2 項、第 67 条 c 第 1 項第 1 文及び第 2 項第 4 文、第 67 条 d 第 2 項第 3 文、第 68 条第 2 項、第 68 条 c 第 4 項)。この場合、裁判所は、処遇の結果を確保し再犯を防止するために、遵守事項を課することができる(刑法第 68 条 b)。行状監督の期間中、被釈放者は、監督機関と裁判所により決められた保護観察官との監督下に置かれ(刑法第 68 条 a 第 1 項ないし第 3 項)、その期間は 2 年以上 5 年以下の範囲内で裁判所により決められる(刑法第 68 条 c 第 1 項)。被釈放者が行状監督期間と、猶予の裁判があった時から行状監督が開始されるまでの間に違法行為をした場合、課せられた遵守事項を著しくあるいは執拗に違反した場合、又は監督機関や保護観察官の監督を執拗に逃れる場合には、裁判所は執行猶予の取消しを決定する(刑法第 67 条 g 第 1 項)。また、裁判所は、行状監督期間中に猶予が拒否されるべき事情を知ることになった場合にも、執行猶予を取り消す(同条第 3 項)。さらに、行状監督期間中に被釈放者の身体的又は精神的状態の変更により再犯が予想されるときも、その猶予が取り消される(同条第 2 項)。このすべての場合において、執行猶予の取消しは、処分の目的に照らして被釈放者の再収容が必要であると認められるときに限って行われるべきであり、それゆえに、元々の犯罪と新しい逸脱行為、そして将来予想される違法行為の間に兆候的な関連性があるかどうかを検討されるべきである⁵²⁴。さらに、精神病院及び禁絶施設への収容が猶予されたが、行状監督期間中に被釈放者の状態が急激に悪化し、又は中毒行動が再発したため、再び収容されるべきである場合、猶予の取消しを回避するために、裁判所は行状監督期間内に最長 3 か月までの再収容を行うことができる(刑法第 67 条 h 第 1 項)。再収容の期間は 6 か月を限度として延長されうるが、総収容期間が法律上の上限を超えてはならない(刑法第 67 条 h 第 1 項第 2 文及び第 3 文、第 67 条 g 第 4 項)。法律上の上限が規定されている自由を剥奪する形態の改善及び保安処分は禁絶施設への収容だけであるから、同規定は実質的にそれに限って適用される。

執行期間の上限が満了したときは、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分は終了する(刑法第 67 条 d 第 4 項第 1 文、第 2 文)。これも、法律上の上限が定められている禁絶施設への収容にのみ適用される規定である。また、禁絶施設への収容は、刑法第 64 条第 2 項に規定された 2 年又は延長された上限内に、治療又は相当期間以上の習癖の再発防止及びその習癖に起因する重大な違法行為の再犯を防止しうるという十分に具体的な見込みがもはや存在しないときも終了する(刑法第 67 条 d 第 5 項第

⁵²⁴ SK StGB, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2016, § 56f Rn.19, § 67g Rn.8, 10; Schönke/Schröder StGB, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 67g Rn.4, 6; MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 67g Rn.8.

1 文)。保安監置の場合には、禁絶施設への収容のような法律上の上限はないが、10 年間執行された後は、被収容者に、精神上又は身体上重大な害を加える重罪を行う危険性が認められないときに、収容が終了される（同条第 3 項第 1 文）。これは、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行猶予とは異なり、改善及び保安処分の執行を継続しなくとも被収容者が再犯に至らないことができるという肯定的な予測を必要とするものではなく、改善及び保安処分を続けて執行しなければ被収容者が再犯をしてしまうという否定的な予測がないことを意味する⁵²⁵。また、精神病院への収容が開始された後、刑法第 63 条の要件が存在しなくなった場合、又は収容を継続することが比例性を欠くと判断される場合にも、収容は終了する（刑法第 67 条 d 第 6 項第 1 文）。ここで収容の継続が比例性を欠くというのは、重大な犯罪に対する社会の保護利益に比べて被収容者の自由権の侵害の重大性が大きいことをいい、これは収容期間に比例して、すなわち、収容期間が長ければ長いほど大きくなる⁵²⁶。特に、精神病院への収容が 6 年間続いた場合、被収容者が自分の状況のために被害者に精神上又は身体上重大な害を加える危険性が存在しないときは、一般的に収容の継続が比例的ではないと判断される（同項第 2 文）。また、精神病院への収容が 10 年間続いた場合には、保安監置と同様に、被収容者が被害者に精神上又は身体上重大な害を加える重罪を犯す危険性が認められないときは、収容が終了する（同項第 3 文）。他方で、この場合に検察官の申立てがあれば、保安監置を事後的に命じるための手続が新たに開始される（刑法第 66 条 b）。禁絶施設への収容の場合、裁判所が新たに禁絶施設への収容を命じたときは、以前の命令は終了する（刑法第 67 条 f）。新たな命令には事後的併合刑の形成による場合は含まれない⁵²⁷。

そのほか、すべての自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に共通に適用される終了事由は、次のとおりである。第 1 は、刑法第 66 条 c 第 2 項により自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の命令が確定した後、3 年を経過しても執行が開始されず、裁判所が改めて当該処分の執行の必要性を検討しなければならない場合に、その目的が既に達せられたと判断されるときであり（刑法第 67 条 c 第 2 項第 5 文）、第 2 は、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行が猶予された後、取り消されずに行状監督期間が満了したとき（刑法第 67 条 g 第 5 項）である。第 2 の場合にのみ、裁判

⁵²⁵ BVerfG vom 05.02.2004 - 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133.

⁵²⁶ OLG Karlsruhe vom 06.07.2005 - 2 Ws 72/04, NStZ-RR 2005, 338.

⁵²⁷ BGH vom 10.12.1981 - 4 StR 622/81, BGHSt 30, 305; Fischer StGB, 63. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 67f Rn.2.

所の裁判によらず処分が終了する。言い換えれば、第2の場合以外は、その要件が満たされたときに、裁判所は、必要的に自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の終了を宣言しなければならない⁵²⁸。

自由を剥奪する形態の改善及び保安処分が終了すると被収容者は釈放され、釈放とともに行状監督が開始される（刑法第67条d第3項第2文、第4項第3文、第5項第2文、第6項第4文）。ただし、すべての自由を剥奪する形態の改善及び保安処分に共通に適用される事由による終了の場合には、行状監督は行われない。また、刑法第67条d第6項により精神病院への収容が終了した場合、被収容者が行状監督に付されなくとも再犯のおそれがないと期待されるときは、裁判所は行状監督の不開始を命じることができる（刑法第67条d第6項第5文）。

第4節 小括

本章では、刑の執行猶予、残刑の執行猶予、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の命令及び猶予とそれらに関する事後的な決定を取り上げた。このうち、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の命令は、保安監置の命令の留保（刑法第66条a）と事後的な保安監置の命令（刑法第66条b）を含めて、自由の剥奪をその内容とする刑事制裁の言渡しに当たるため、判決裁判所が管轄を有する。その他の決定は、言い渡された刑事制裁の内容に本質的な変更を加えること、すなわち自由の剥奪をするかどうかを判断するものであり、自由刑と自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行に対する司法的統制の対象となる。これに関する管轄分配の原則は、刑の執行開始の時点を基準に、その前は第一審裁判所が、それ以降は刑執行部が管轄権を有するものとされている。それによれば、刑の執行猶予とそれに関する事後的な決定は第一審裁判所の管轄に属し、それ以外に、執行の開始後に行われる決定はすべて刑執行部の管轄に属する。また、自由刑と自由を剥奪する形態の改善及び保安処分、又は複数の

⁵²⁸ MüKo StGB, 3. Aufl., C.H. Beck, 2016, § 67g Rn.28; Laubenthal, Klaus/Nestler, Nina, Strafvollstreckung, 2. Aufl., Springer, 2018, Rn.358 ff.

自由を剥奪する形態の改善及び保安処分間の執行の順序は、判決裁判所によって定められるが、事後にそれを変更する決定は刑執行部によって行われる。

自由刑と自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行に関する決定を行う際に、裁判所は、有罪判決において言い渡された刑事制裁の範囲内でのみ判断しなければならない。とりわけ、執行猶予の決定を行うにあたっては、有罪判決を受けた者の再犯危険性を考慮するものとされており、規定上裁判官の裁量が許されている場合を除いては、要件が満たされると必ず執行猶予の決定をしなければならない。また、執行猶予の決定をするときは、有罪判決を受けた者の再犯防止と円滑な社会復帰のために、必要的に保護観察や行状監督を課さなければならず、それに関する決定又はその事後的な決定も刑執行に関する裁判の管轄権を有する裁判所によって行われる。さらに、裁判所の決定に不服がある場合には、有罪判決を受けた者は、上級裁判所に抗告を申し立てることができる。

第5章 行刑に対する司法的統制と受刑者の権利保障

前章では、自由刑の執行に対する司法的統制のうち、刑執行に関する決定を取り扱った。刑執行に関する決定は、刑罰や自由を剥奪する形態の改善及び保安処分⁵²⁹の執行、猶予又は終了という、刑事制裁を執行するかどうかを決めるものであるのに対して、本章で扱う行刑⁵²⁹に関する決定は、受刑者及び被収容者⁵³⁰に対する刑事制裁の執行中に生じる問題を解決する法的救済としての性格が強い。具体的な行刑の形成は行政裁量に委ねられているため、行刑に関する決定においては、主に、行政機関の処分が行刑における受刑者の基本権の保障と再社会化目的の実現に合致しているかどうかについての判断が行われる。また、言い渡された刑事制裁が法律に定められた目的と手続に従って執行されているかどうかを監督することも、裁判所の任務に属する。それとともに、行刑施設の閉鎖性と、そのために受刑者が司法的な権利救済手続を利用することが容易ではないという点を考慮して、施設内での行政手続による権利救済及び監督と、外部からの助力及び監督も行われている。以下では、行政の領域に属する行刑に対して行われる司法的統制を中心として受刑者の権利保障のために設けられている様々な手段について考察する。

⁵²⁹ 保安監置に関しては、別段の定めがあるものを除き、連邦行刑法上、自由刑の執行に関する規定が多く準用されており（行刑法第130条、第3条ないし第119条、第120条ないし第126条、第179条ないし第187条）、精神病院及び禁絶施設への収容に関しても、連邦行刑法上、行刑における司法的救済に関する規定が準用されている（行刑法第138条第3項、第109条ないし第121条）。そこで、以下では、「行刑」を、自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行内容を含む概念として使用する。

⁵³⁰ また、以下では、別に明示する必要がある場合を除いては、「被収容者」を含む概念として「受刑者」を使用する。

第1節 行刑に対する司法的統制

行刑に関する問題が生じた場合、手続が複雑で結果が出るまでに時間と手間がかかる司法的救済手続によるよりも、行刑内部の手続によって争いを解決するほうが、最も迅速かつ効率的であるといえる。しかし、自分がもたらした問題を自らが主体となって解決することには、公平と正義の観点からみて限界があり、受刑者の受けた不利益が回復されず、侵害された権利が救済されないことがありうる。このような場合に、受刑者には、司法手続によりその不当さを争い、又は直接に自らの法的地位を回復しうる機会が与えられるべきである。刑罰又は自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行のために行刑施設に収容されていること、そして、そのことによる自由権その他の基本権に対する不可避の制限を受けていることを除いては、受刑者の法的地位に差別があってはならないからである。加えて、受刑者は、公権力により既に基本権が制限されている状況に置かれており、そのことにより不当に扱われる可能性が増大するので、そういう場合が生じないよう、なおさら警戒する必要がある。

ドイツ基本法によれば、公権力により自己の権利を侵害された者には、その権利救済に向けた手続が設けられなければならない（ドイツ基本法第19条第4項）。これは、受刑者についても、それらの者が自らの権利が侵害されたことを主張した場合には、裁判所による効果的かつ可能な限り欠陥のない権利救済手続が認められなければならないことを意味する。そこから、連邦行刑法は、受刑者の裁判請求権を明示的に認め、関連手続に関する規定を置いている（行刑法第109条以下）。また、ドイツ基本法によって、受刑者には、自己の基本権が侵害されたことを理由として憲法訴願を提起する権利が認められる（ドイツ基本法第93条第1項第4号a）。さらに、行刑裁判及び憲法裁判によっても侵害された権利が救済されていない受刑者には、ヨーロッパにおける人権保障システムに基づく権利救済手続にアクセスする道が開かれている。

1. 刑執行部による行刑裁判

(1) 行刑裁判の特殊性

ドイツ基本法第 19 条第 4 項による裁判を受ける権利は、行刑法第 109 条以下に具体化されている。行刑における権利救済に関する裁判は、刑執行部の管轄に属する。すなわち、行刑裁判は、行刑施設との隣接性を考慮し、裁判を申し立てた受刑者が収容されている行刑施設が所在している地域を管轄区域とする地方裁判所の刑執行部が、その管轄権を有する（裁判所構成法第 78 条 a 第 1 項、行刑法第 110 条）。刑執行部による行刑裁判に関しては刑事訴訟法の規定が準用されるものとしているが（行刑法第 120 条第 1 項）、その基本的な形態は行政裁判所による権利救済手続を倣っている。刑事裁判で言い渡された自由刑を執行されている受刑者の権利救済に関する司法手続とはいえ、行刑法第 109 条以下による行刑裁判の本質は、刑事訴訟ではなく行政訴訟の特殊な形態とみなされている⁵³¹。逆に言えば、行政訴訟の一形態として扱われているにもかかわらず、刑事訴訟法の規定が準用されるという矛盾が存在するともいえる。これは、行刑裁判がその内容及び管轄の面で刑事裁判と関連しているからでもあるが、そのために、行刑裁判はどっちつかずの姿をしているという批判もなされている⁵³²。

それに加えて、旧行刑法では、個別のラント法により、行政手続上の不服申立前置制度を採用することができた（旧行刑法第 109 条第 3 項）。それによれば、受刑者が裁判所に行刑処分の取消し又は義務付けを請求するためには、利用可能な行政手続を経たにもかかわらず救済がなされなかったことが求められた。これは、不服の対象となった処分について、それを行刑機関が優先的に審査することにより、直接的でより適切な解決をすることができると考えられたからである⁵³³。しかし、これに対しては、司法的な権利救済の手続が遅れ、そのことが短期自由刑の執行を受ける受刑者に

⁵³¹ Laubenthal, Klaus, Gewährung Verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes durch den Strafrichter im Verfahren nach § 109 ff. StVollzG, In: Meurer-GS, De Gruyter Recht, 2002, S.485 f.

⁵³² Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.801, 844.

⁵³³ BT-Drs. 7/918, 1973, S.84.

はいっその不利益をもたらすという指摘もあった⁵³⁴。また、受刑者が監督機関の決定を求める行政手続において、ラント法に規定された期間が遵守されなかった場合には、それを理由として監督機関はその申立てを不適法として却下しなければならないとされており、その場合には、本案の判断は行われない。そうすると、旧行刑法によれば、そのような場合は行政手続上の不服申立手続を経たと認められないことになるため、裁判所に対して判断を求める申立ても不適法なものになってしまうという問題もあった⁵³⁵。このような問題点があるため、行政手続上の不服申立前置制度を置いていたのは、ごく一部のラントにとどまっていた。その後、2013年6月1日の「保安監置法における差別化要求の連邦法上の実現のための法律」により当該規定が削除されたことにより⁵³⁶、司法的権利救済に関する要件が連邦レベルで統一され、手続が迅速で効果的になる結果をもたらした⁵³⁷。

（２）行刑裁判の申立て

１）申立ての適法要件

行刑裁判の当事者は、申立人及び裁判の対象となった処分を行った行刑機関である（行刑法第 111 条第 1 項）。まず、申立人とは、原則として、自己の権利を侵害された受刑者をいう。受刑者は、行刑中に受けた処分の適法性について、又は拒否され若しくは行われなかった処分を行うことを求めて、裁判所の判断を請求することができる（行刑法第 109 条第 1 項）。受刑者は、不当な処分又は処分の却下若しくは不作為により自己の権利が侵害されたことを主張しなければならず、不服の対象となる処分を摘示し、自己の権利がどのように侵害されたかに関して具体的な事実を明らかに

⁵³⁴ Dünkel, Frieder, Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland, GA 143, 1996, S.525. 和訳として、フリーダー・デュンケル（岡上雅美訳）「ドイツにおける受刑者の法的地位と行刑決定の法的コントロールの可能性」比較法学 31 巻 2 号（1998 年）を参照。

⁵³⁵ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 6. Aufl., Springer, 2011, Rn.784.

⁵³⁶ BGBl. I, 2012, S.2425 ff.

⁵³⁷ BT-Drs. 17/9874, 2012, S.28.

しなければならない⁵³⁸。裁判は、自己の主観的権利の救済のために申し立てられる必要があり、第三者のための申立ては許されない（行刑法第 109 条第 2 項）。受刑者一般の権利に関する裁判や、客観的な法律違反に関する裁判などの申立ても許されない。ただし、受刑者の弁護人をはじめとする行刑施設の外部にいる者が、受刑者との面会又は信書の発受の禁止により自己の権利が間接的に侵害されたことを主張する場合に限っては、第三者も裁判を申し立てることができる⁵³⁹。そのほかに、行刑施設審議会及びその構成員並びに受刑者共同責任体も、裁判を申し立てることができる⁵⁴⁰。

つぎに、行刑機関とは、原則としては行刑施設をいい、監督機関が処分を命じ、行刑施設の長は単にその命令を実現したにすぎないような例外的な場合は、監督機関がこれに当たる⁵⁴¹。さらに、申立人が手続の途中で他の行刑施設へ移送されたとしても、原則としては、元々収容されていた行刑施設が当事者となる⁵⁴²。もっとも、申立人が他の行刑施設へ永久に又は長期的に移送された場合、拒否された処分の履行を求める場合のように、将来行われるべき処分の義務的履行を求めるときは、現在申立人が収容されている行刑施設が当事者となる⁵⁴³。なお、処分の取消しを求める申立てにおいて、たとえば、面会や信書の発受の禁止のように侵害状態の維持される処分が対象となっている場合にも、申立人が移送され、現在収容されている行刑施設が当事者になる⁵⁴⁴。それとは異なり、申立人の状態を変更するにとどまる事実的処分であって、侵害が既に終了している場合には、その取消し又は違法確認の対象となるのは当該処分を行った、移送される以前の行刑施設なので、当事者は変更されない⁵⁴⁵。当事者の

⁵³⁸ OLG Zweibrücken vom 30.10.1991 - 1 Vollz Ws 6/91, NStZ 1992, 512.

⁵³⁹ OLG Zweibrücken vom 15.01.1993 - 1 Vollz Ws 5/92, NStZ 1993, 407; OLG Dresden vom 28.07.2006 - 2 Ws 624/05, NStZ 2007, 707.

⁵⁴⁰ OLG Stuttgart vom 03.02.1986 - 4 Ws 21/86, NStZ 1986, 382; OLG Hamburg vom 05.07.2001 - 3 Vollz Ws 39/01, ZfStrVo 2002, 181.

⁵⁴¹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.798.

⁵⁴² Ebenda, Rn.788.

⁵⁴³ BGH vom 02.12.1988 - 2 ARs 536/88, BGHSt 36, 33; BGH vom 23.11.1998 - 2 ARs 466/98, NStZ 1999, 158.

⁵⁴⁴ OLG Saarbrücken vom 21.11.2003 - Vollz Ws 12/03, ZfStrVo 2004, 119; OLG Stuttgart vom 24.07.1989 - 4 Ws 195/89, NStZ 1989, 496.

⁵⁴⁵ OLG Nürnberg vom 24.11.1999 - Ws 1303/99, ZfStrVo 2000, 181.

変更により管轄の変更がもたらされる場合、管轄刑執行部への移送の申立てが行われる⁵⁴⁶。自動的に管轄が変更されることはない。

また、裁判の申立ては、個別事案を規律する行刑処分に対するものでなければならない。すなわち、不服の対象となる処分は、行刑法上の国家と受刑者との法律関係に基づき、行刑との関連性を持って行われたものでなければならず、個別の事案において受刑者に対する直接的な法律効果を有するものである必要がある。したがって、行刑上の一般的な方法や不特定多数を対象とする施設規則のような一般規定に対する裁判の申立ては許されず⁵⁴⁷、個々人の具体的な法的地位を形成し、又は主観的権利に対する確定的な法律効果を有する処分や命令などが行われた場合に、その不当性を争うことができることになる⁵⁴⁸。ここでいう処分とは、具体的な事件に対する規律的性格を持つ行刑機関の作為又は不作為を意味し、直接的な命令のみならず、行刑計画で定められた個別処遇計画やその事後的変更、又は拘禁場所の変更をはじめとする行刑中の単純な事実行為も、そこに含まれる⁵⁴⁹。また、処分が権限のある行刑職員により行われたことは必ずしも求められないので、このことを理由として裁判の申立てが不適法として却下されてはならない⁵⁵⁰。

裁判の申立ては、処分が下され、又は却下されたことが受刑者に送達又は書面により通知された後、2週間以内に書面又は裁判所事務局での調書への記載によって行われなければならない（行刑法第112条第1項）。書面は、当事者の受刑者に限らず、その代理人又は弁護人も作成することができる⁵⁵¹。裁判所に提出される書面には、作成者と住所と申立ての内容が十分に認識可能なほどに記載されなければならない。申立ての理由は申立期間が経過してからも提出することができるので、いかなる処分を

⁵⁴⁶ BGH vom 01.12.1989 - 2 ARs 543/89, BGHSt 36, 313.

⁵⁴⁷ BT-Drs. 7/918, 1973, S.83; OLG Celle vom 10.10.1989 - 1 Ws 295/89, ZfStrVo 1990, 307; KG vom 18.04.1994 - 5 Ws 91/94 Vollz, NStZ 1995, 103.

⁵⁴⁸ KG vom 14.01.1993 - 5 Ws 372/92 Vollz, NStZ 1993, 304; OLG Stuttgart, 24.05.1995 - 4 Ws 206/94, ZfStrVo 1997, 54.

⁵⁴⁹ BVerfG vom 16.02.1993 - 2 BvR 594/92, StV 1994, 94; BVerfG vom 25.09.2006 - 2 BvR 2132/05, NStZ-RR 2008, 60; OLG Karlsruhe vom 13.10.2006 - 2 Ws 236/06, StV 2007, 200; OLG Hamm vom 08.08.1989 - 1 Vollz Ws 82/89, NStZ 1989, 592.

⁵⁵⁰ BVerfG vom 21.05.1990 - 2 BvR 1499/89, NStZ 1990, 557.

⁵⁵¹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.792.

対象としているかが確定されることで足りる⁵⁵²。申立期間の起算は民法上の到達主義によるものとし(民法第130条)、受刑者が根拠なしで不当に受領を拒否するときは、具体的な交付が可能となった時点に到達したことが擬制される⁵⁵³。行政手続法上の到達擬制規定(行政手続法第41条)は適用されない⁵⁵⁴。受刑者に口頭により通知された場合には期間が経過せず、弁護人を通じて手続を進める場合には弁護人に書面による通知がなされなくてはならない⁵⁵⁵。申立期間を遵守したかどうかに対する判断も、管轄裁判所に申立書が到達したときを基準とする⁵⁵⁶。通知に瑕疵があった場合には期間が経過しないが、この場合も行刑法第113条第3項が準用され、1年の期間内に裁判の申立てが行われなければならない⁵⁵⁷。2週間の期間を経過したものの、申立人に帰責事由がない場合には、原状回復の申立てが許される(行刑法第112条第2項)。たとえば、行刑施設や裁判所事務局の過失が認められる場合などの外部的要因による期間経過の場合には、申立人は、そのような障害事由が消滅した後、2週間以内に原状回復の申立てをすることができる(行刑法第112条第3項第1文)。刑事訴訟法上の原則に基づき、弁護人をはじめとする代理人に過失があったことは申立人の帰責事由とはならない⁵⁵⁸。また、原状回復の申立てをするに際しては申立ての根拠事実を疎明しなければならない(行刑法第112条第3項第2文)。申立期間内に懈怠された法律行為の追完が行われなければならない、追完事実があれば、裁判所は、申立てがなかったとしても原状回復を認めることができる(行刑法第112条第3項第3文、第4文)。そのような原状回復の申立ては、不可抗力により不可能であった場合を除くほか、経過した本来の裁判申立期間が満了してから1年を経る以前にのみ可能である(行刑法第112条第4項)。

受刑者の申し立てた処分が全く行われていない場合には、当該処分を申し立てたときから3か月経過後に、その不作為に対する裁判の申立てをすることができる(行刑法第113条第1項)。もっとも、事案の特殊性からより早い時期に裁判を申し立て

⁵⁵² KG vom 03.03.1995 - 5 Ws 40/95 Vollz, NStZ-RR 1997, 154.

⁵⁵³ OLG Frankfurt vom 18.09.2002 - 3 Ws 863/02, NStZ-RR 2002, 351.

⁵⁵⁴ KG vom 10.07.2002 - 5 Ws 310/02 VollzG, NStZ-RR 2002, 383.

⁵⁵⁵ OLG Karlsruhe vom 11.12.2006 - 1 Ws 49/06, StraFo 2007, 86.

⁵⁵⁶ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.794.

⁵⁵⁷ Calliess/Müller-Dietz StVollzG, 11. Aufl., C.H. Beck, 2008, § 112 Rn.1.

⁵⁵⁸ Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 61. Aufl., C.H. Beck, 2018, § 44 Rn.18.

る利益が認められるときは、例外的に、その前に裁判を申し立てることができる⁵⁵⁹。そのような裁判の申立ては、処分を申し立てたときから1年を経ると許されないが、不可抗力又は特別な事情により裁判を申し立てられなかった場合には、例外が認められる（行刑法第113条第3項）。

受刑者の裁判の申立てがあれば、裁判所は、まずその申立ての適法性を職権審査し、適法要件が欠けている場合には、本案の判断へ進まず、申立てを不適法として却下する。ただし、裁判所は、訴訟上の保護義務に基づき、法律に無知で弁護人も付いていない申立人に対し、申立ての瑕疵が除去できるように適切な助言をする必要がある⁵⁶⁰。また、適切な解釈を通じて本案判断をすることができるにもかかわらず、申立書に示された文言とその認識可能な意味を考慮せずに不適法な申立てとみなして却下してはならない。こうした措置はドイツ基本法第3条第1項の恣意禁止の原則に違反し、手続法上許されている裁判へのアクセスを不当に制限することになるからである⁵⁶¹。

2) 弁護士の助力を受ける権利の保障

行刑法第109条以下による行刑裁判においては、原則として、必要的弁護に関する刑事訴訟法上の規定（刑事訴訟法第140条第2項）が適用されないが⁵⁶²、2012年12月5日の法律改正により、特別規定が新設された⁵⁶³。それに先立ち、連邦憲法裁判所は、2011年5月4日、保安監置に対する憲法的要請に関する判決において、被監置者及び保安監置の執行の予定されている、あるいは少なくともその可能性のある受刑者に、再犯の危険性を減少させるために必要な処分を求める、効果的で実現可能な請求権が許されるべきであるとし、憲法上の権利保護と支援要請とに照らして、弁護士の選任が求められるとした⁵⁶⁴。

この判決を受けて、立法者は、申立人が争おうとする処分が、保安監置又はそれに先行する自由刑の執行の際の刑法第66条c第1項の実現に資するものである場合

⁵⁵⁹ LNNV StVollzG, 12. Aufl., C.H. Beck, 2015, P Rn.54.

⁵⁶⁰ KG vom 03.03.1995 - 5 Ws 40/95 Vollz, NStZ-RR 1997, 154.

⁵⁶¹ BVerfG vom 26.10.1993 - 2 BvR 1004/93, StV 1994, 201.

⁵⁶² OLG Bremen vom 16.02.1983 - Ws 9, 10/83, NStZ 1984, 91.

⁵⁶³ BGBl. I, 2012, S.2425 ff.

⁵⁶⁴ BVerfG vom 04.05.2011 - 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10 u. 571/10, BVerfGE 128, 326.

に限り、裁判所により職権で弁護士が任命されなければならないという規定を置いた（行刑法第 109 条第 3 項第 1 文）⁵⁶⁵。これは、実質的には刑事訴訟法第 140 条に基づいたもので、行刑法第 109 条以下の裁判において、その他の場合には訴訟費用の援助がなされるにとどまるのと区別される⁵⁶⁶。したがって、個別に弁護の必要性を認定する必要はなく⁵⁶⁷、上記の要件が満たされれば、弁護士は任命されなければならない。もっとも、事実関係又は法的問題が単純で、弁護士の助力が必要でない場合、又は申立人が自己の権利を自分で十分に行使できることが明白な場合には、例外的に、裁判所は弁護士を任命しないことができる（行刑法第 109 条第 3 項第 1 文）。

弁護士の任命は、当該手続ごとに行われ、確定力のある裁判又は申立ての撤回などの手続の終結によって終了する。任命の手続は、行刑法第 110 条により裁判の管轄権を有する裁判所の長、すなわち小執行部の単独裁判官が司る（行刑法第 109 条第 3 項第 2 文及び第 110 条、裁判所構成法第 78 条 b 第 1 項第 2 号）。弁護士の任命に関しては、刑事訴訟法上の関連規定が準用される（行刑法第 120 条第 1 項第 2 文）。刑執行部は、まず、申立人に弁護士を指名する機会を与えなければならず、指名された弁護士に重大な障害事由がない限り、その弁護士を任命する（刑事訴訟法第 142 条第 1 項）。また、申立人と弁護士間の信頼関係が持続的かつ最終的に崩れた場合には、その任命を取り消し、新たな弁護士を任命しなければならない⁵⁶⁸。刑執行部が、行刑法第 109 条第 3 項の要件が存在するにもかかわらず、弁護士の任命をしていない場合には、申立人は一般的な抗告手続により不服を申し立てることができる（行刑法第 120 条第 1 項第 2 文、刑事訴訟法第 304 条第 1 項）。抗告審を管轄する高等裁判所は、その要件が満たされると認めた場合には、弁護士を任命することができる（行刑法第 120 条第 1 項第 2 文、刑事訴訟法第 309 条第 2 項）。

また、申立人は、訴訟費用の援助という方法によって、弁護士を選任することが可能である。資力のない申立人は、弁護士の助力を受けることができない困難な状況に置かれているという問題がある。したがって、訴訟費用の援助が認められる者について、手続において弁護士の選任が規定されていない場合には、弁護士の代理が必要であると認められるとき、又は相手方が弁護士を介して手続を進めるときは、弁護士

⁵⁶⁵ BT-Drs. 17/9874, 2012, S.27.

⁵⁶⁶ AK StVollzG, 7. Aufl., Carl Heymanns, 2017, § 109 Rn.38.

⁵⁶⁷ OLG Hamm vom 22.05.2014 - 1 Vollz Ws 182/14, NStZ-RR 2014, 294.

⁵⁶⁸ Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 61. Aufl., C.H. Beck, 2018, § 143 Rn.3.

を選任することができるものとしている民事訴訟法の規定を準用している（行刑法第 120 条第 2 項、民事訴訟法第 121 条第 2 項）。

3) 受刑者の権利の暫定的な保護

不服の対象となった処分は、法的安定性の観点によって、裁判所の判断があるまでは法的効力を維持する⁵⁶⁹。行刑裁判の申立てがあったとして、不服の対象となる処分の効力が停止又は延期されるものではない（行刑法第 114 条第 1 項）。それゆえ、処分に対する不服申立手続が進行中であるにもかかわらず、処分がそのまま執行されることもありうる。ドイツ基本法第 19 条第 4 項により保障されている、公権力により侵害された権利の効果的な保護のためには、裁判所が違法を確認した事案において、原状回復がもはやなしえない状態になることは防止されるべきである⁵⁷⁰。このような理由から、裁判所による暫定的な措置を可能にする規定が設けられている。すなわち、裁判所は、不服を申し立てられた処分が執行されることにより申立人の権利の実現が挫折し又は著しく困難になるおそれがあり、かつ、処分が即時に執行されるべき優先的な利益が認められない場合には、裁判の対象となる処分の執行を延期することができる（行刑法第 114 条第 2 項第 1 文）。

また、行政裁判所法の規定による暫定的な命令を発することもできる（行刑法第 114 条第 2 項第 2 文、行政裁判所法第 123 条第 1 項）。それによれば、裁判所は、訴えの提起前であっても、現状の変更により申立人の権利の実現が挫折し又は著しく困難になるおそれがある場合には、申立てに基づき、処分の命令又は執行を暫定的に命じることができる。これは、特に継続的法律関係で予想される重大な不利益を避け又は急迫した危険を防ぐために必要な場合に適している。暫定的な命令の申立ては、本裁判の申立て以前にも許される（行刑法第 114 条第 3 項）。それに関する決定をするために、裁判所は、行刑法により機能的で規律のある行刑をすべき公共の利益と、不利益な処分から保護されるべき申立人の利益とを比較衡量しなければならない。また、申立人が本裁判の決定を待つことができないこと、それ以外には一時的に権利が保護

⁵⁶⁹ AK StVollzG, 7. Aufl., Carl Heymanns, 2017, § 109 Rn.2.

⁵⁷⁰ BVerfG vom 30.04.1993 - 2 BvR 1605/92, 1710/92, NStZ 1993, 507; BVerfG vom 09.11.1993 - 2 BvR 2212/93, NStZ 1994, 101; BVerfG vom 11.06.2003 - 2 BvR 1724/02, NStZ 2004, 223.

できる方法がないこと、本裁判で申立てが認容される可能性があることが要求される⁵⁷¹。ただし、暫定的な命令は、本裁判の決定を先取りすることを目的としてはならず、終局決定と事実上同一のものとはならないが、本裁判の決定により除去されることができない、特に重大な不利益を防止するためにやむを得ない場合には、その例外が認められる⁵⁷²。

暫定的な命令について最も重要なのは、適正な期間内の効果的な権利保護が保障されるべきことである。したがって、裁判所は遅滞なくそれを決定しなければならない⁵⁷³。必要な場合には、行刑機関の意見を聞くことなく決定することができる⁵⁷⁴。また、裁判所は、既に下した決定をいつでも変更し又は取り消すことができる（行刑法第 114 条第 3 項）。暫定的な命令に関しては本裁判の管轄裁判所が決定し、それに対して不服を申し立てることはできない（行刑法第 114 条第 2 項第 3 文）。行刑機関が裁判所の暫定的な命令により課された義務を履行しないときは、裁判所は期限を決めて 1 万ユーロ以下の強制金の賦課を決定することができる（行刑法第 120 条第 1 項第 1 文、行政裁判所法第 172 条第 1 文）。そして、行刑機関が定められた期限内に当該義務を履行しない場合には、裁判所は強制金の納付を確定し、職権で執行することができ、これを繰り返すことも可能である（行刑法第 120 条第 1 項第 1 文、行政裁判所法第 172 条第 1 文及び第 2 文）。

（３）行刑裁判の手続と決定

裁判所は、裁判の申立てがあれば、事実関係を職権で調査しなければならない（行刑法第 120 条第 1 項、刑事訴訟法第 244 条第 2 項）。裁判所は、当事者の一方の陳述

⁵⁷¹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.836.

⁵⁷² BVerfG vom 17.06.1999 - 2 BvR 1454/98, NStZ 1999, 532; BVerfG vom 31.03.2003 - 2 BvR 1779/02, NVwZ 2003, 1112; BVerfG vom 03.11.1999 - 2 BvR 2039/99, NStZ 2000, 166; BVerfG vom 03.05.2012 - 2 BvR 2355/10, 1443/11, Juris.

⁵⁷³ BVerfG vom 30.04.1993 437/92, NStZ 1993, 507; BVerfG vom 07.09.1994 - 2 BvR 1958/93, ZfStrVo 1995, 371; BVerfG vom - 24.06.1999 - 2 BvQ 28/99, StV 2000, 215; BVerfG vom 21.08.2001 - 2 BvR 406/00, NJW 2001, 3770.

⁵⁷⁴ BVerfG vom 31.01.1994 - 2 BvR 1842/93, ZfStrVo 1994, 245.

を審査することなくそのまま決定の根拠とすることはできず⁵⁷⁵、自ら証拠を収集し調査しなければならない⁵⁷⁶。申立人には立証責任がない⁵⁷⁷。証拠調べをするかどうかとその範囲は裁判所の裁量に属するが、裁判所が証拠調べをする場合には自由な証明の手續による⁵⁷⁸。また、ドイツ基本法第 103 条第 1 項による当事者の法的聴聞権は行刑裁判でも保障される。裁判所は、裁判で考慮される事実及び証拠について当事者が聴聞を受ける機会を保障しなければならない、それを行わなかった場合には、法的聴聞を追完し、改めて決定をしなければならない（行刑法第 120 条第 1 項、刑事訴訟法第 33 条 a）。申立人が聴聞への参加を放棄した場合には、裁判所はその映像を生中継することを命令することができる（行刑法第 115 条第 1 項 a 第 1 文）。命令に対する不服申立ては許されず、また、録画は行われない（行刑法第 115 条第 1 項 a 第 2 文）。さらに、裁判所が申立てに関して部分的な決定をすることも、当事者の法的聴聞権の侵害に当たる⁵⁷⁹。法的聴聞権の保障は、裁判所が申立ての具体的な内容を恣意的な判断で拒否し又は看過しないことを要求する⁵⁸⁰。

行刑の特性を考慮して、行刑機関には幅広い裁量権が与えられている。裁判所は、処分に対する審査をするに際して、行刑機関の裁量が認められる範囲内では行刑機関に代わって直接決定を下すことはできないのであり、当該処分が裁量の範囲を逸脱しているか、与えられている裁量権を濫用したか、又は裁量権の不行使があったかのみを判断することができる（行刑法第 115 条第 5 項）。このうち、裁量権の逸脱とは、行刑機関が法律上の制限を超えて裁量権を行使したことをいい、これによる処分はその根拠を欠くことになる。また、処分が法律上与えられた範囲内で行われていたとしても、その目的に反している場合、関係のない要件に基づいている場合、又は手続に誤りがある場合には、裁量権の濫用に当たる。さらに、どのような理由であれ、行刑

⁵⁷⁵ OLG Karlsruhe vom 03.05.1991 - 1 Ws 92/91, NStZ 1991, 509; OLG Naumburg vom 02.11.2011 - 2 Ws 159/11, NStZ 2012, 437.

⁵⁷⁶ OLG Frankfurt vom 05.03.1993 - 3 Ws 24/93, NStZ 1994, 380; OLG Hamm vom 18.09.2001 - 1 Vollz Ws 183/2001, 1 Vollz Ws 183/01, NStZ 2002, 224.

⁵⁷⁷ Laubenthal, Klaus, Entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften der Strafprozessordnung im Gesetzlichen Verfahren nach dem Strafvollzugsgesetz, In: Kühne-FS, C.F. Müller, 2013, S.726 f.

⁵⁷⁸ OLG Hamm vom 13.06.1989 - 1 Vollz Ws 376/88, ZfStrVo 1990, 308; OLG Hamburg vom 24.02.2010 - 3 Vollz Ws 61/09, NStZ-RR 2010, 191.

⁵⁷⁹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.806.

⁵⁸⁰ BVerfG vom 30.10.1990 - 2 BvR 562/88, BverfGE 83, 24.

機関が与えられた権限を全く行使していないときは、裁量権の不行使に当たることになる。裁量権の濫用又は不行使も、裁量権の逸脱と同様に許されない⁵⁸¹。他方で、法律上不確定な概念を具体化するのは、法律問題であって裁判所の判断を要すると見るのが原則である⁵⁸²。しかし、この場合にも、執行の緩和⁵⁸³、開放施設での拘禁⁵⁸⁴、社会治療施設への移送⁵⁸⁵などに関連した判断においては、限られた範囲内であるが行刑機関に裁量の余地が認められる。つまり、将来における可能性の予測や、受刑者の人格の評価のような場面では、より日常的で具体的なアプローチが可能な行刑機関に判断の権限を与えるべきであり、裁判所はその判断に誤りがあったか、濫用又は逸脱があったかのみを審査することができる⁵⁸⁶。

裁判所は、審査の結果、争われた処分が適法であると認める場合には、その理由がないとして当該申立てを棄却する。これに対し、処分が違法であり、それにより申立人の権利が侵害されたことが判明した場合には、裁判所は、申立人の申立てに応じて、それを認める決定をする。裁判所の決定は口頭弁論を経ないで行われるが（行刑法第115条第1項第1文）、それは、裁判官が個別に当事者を聴聞することを排除するものではない。決定にはその理由を示すことが求められ、そこには、決定の根拠となった重要な事実と法的考察に関する本質的な内容が含まれていなければならない（行刑法第115条第1項第2文）。詳細な内容に関しては、その出所と日付が記された、裁判記録中の書面の参照を求めることができるものとされている（行刑法第115条第1項第3文）。また、裁判所が行刑機関の立場をそのまま受け入れて決定を下すときは、その理由を明示しないことができる（行刑法第115条第1項第4文）。このような簡素化措置は裁判官の業務の負担を減らすためであるが、当事者及び第三者から見てもその内容が明確にわかるようにすべきであり、また、抗告審において十分な審査ができるようにしなければならない⁵⁸⁷。

裁判所は、命じられた処分の取消しを求める申立てに対しては、当該処分が違法で申立人の権利を侵害したことが明らかであるときは、これを取り消す決定をする（行

⁵⁸¹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.809 ff.

⁵⁸² BGH vom 22.12.1981 - 5 AR (Vs) 32/81, BGHSt 30, 320.

⁵⁸³ OLG Frankfurt a.M. vom 11.06.2001 - 3 Ws 452/01 StVollz, NStZ-RR 2001, 318.

⁵⁸⁴ OLG Karlsruhe vom 03.06.2015 - 1 Ws 172/14 L, Juris.

⁵⁸⁵ OLG Hamm vom 03.07.2007 - 1 Vollz (Ws) 387/07, NStZ 2008, 344.

⁵⁸⁶ BGH vom 22.12.1981 - 5 AR (Vs) 32/81, BGHSt 30, 320.

⁵⁸⁷ BR-Drs. 697/03, 2003, S.3.; OLG Celle vom 08.06.2005 - 1 Ws 185/05 (StrVollz), NStZ-RR 2005, 356.

刑法第 115 条第 2 項第 1 文)。処分が既に執行されているときには、事件が成熟している場合に限って、行刑機関が執行を撤回するように命じ、その方法を指示する（行刑法第 115 条第 2 項第 2 文）⁵⁸⁸。事件の成熟というのは、個別事案においてただ一つの決定のみが可能で、行刑機関に判断の余地が残っていないことを意味する。したがって、法的に許される裁量が存在し、又は行刑機関が与えられた権限を濫用していないときは、事件が成熟しているとはいえない。行刑機関により処分が既に撤回され又は他の方法により終結したときは、申立人に処分の違法があることを確認する正当な利益が認められる限り、処分が違法であると宣言する（行刑法第 115 条第 3 項）。また、申立人が却下された処分の命令又は行われていない処分の履行を求めた場合に、処分の却下又は不作為が違法で申立人の権利を侵害したと判断すれば、裁判所は、事件が成熟している限り、行刑機関に対し当該処分を行う義務を課し、事件が成熟していないときは、行刑機関が裁判所の決定に基づいて申立人に回答する義務を課す（行刑法第 115 条第 4 項）。後者の場合は、行刑機関が与えられた裁量の範囲内で可能な決定を行うことができる⁵⁸⁹。

ドイツ基本法第 19 条第 4 項により保障される効果的な権利の保護は、行刑裁判における手続的保障だけでなく、その執行を可能にするために司法判断を求める権利の実現までを含むものである⁵⁹⁰。しかし、過去には、裁判所が行刑機関の処分を取り消し、又は申し立てられた処分の履行を命じた場合に、行刑機関がそれに従わなくとも、それを行刑機関に強制する方法がなかった。行政裁判所法第 172 条には裁判の執行を強制する手段が設けられていたが、その類推適用は判例により禁止されたため、申立人は他の法的救済手段に依存して行刑機関の履行を要求しなければならなかった。それゆえ、行政裁判所法の当該規定を準用する必要性が指摘されていたところ、連邦憲法裁判所は、2011 年 5 月 4 日の保安監置における憲法的要請に関する判決で、自由剥奪の状態に置かれた者に対して効果的に実現可能な請求権を保障することを促した⁵⁹¹。それを受けて、2012 年 12 月 5 日の「保安監置法における差別化要求の連邦法上の実現のための法律」により、行刑法に行政裁判所法第 172 条の準用規定が新設された⁵⁹²。

⁵⁸⁸ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.816

⁵⁸⁹ BGH vom 22.12.1981 - 5 AR (Vs) 32/81, BGHSt 30, 320.

⁵⁹⁰ Papier, Hans-Jürgen, § 154 Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, In: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.VI Freiheitsrechte, 2. Aufl., C.F. Müller, 2001, Rn.75.

⁵⁹¹ BVerfG vom 04.05.2011 - 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10 u. 571/10, BVerfGE 128, 326.

⁵⁹² BGBl. I, 2012, S.2425 ff.

これにより、裁判所は、裁判で課された義務を履行していない行刑機関に対し、期限を定めて1万ユーロ以下の強制金の賦課を警告し、それにもかかわらず履行しないまま期限を徒過すると、強制金の納付を決定し、職権で執行することができることになった（行刑法第120条第1項第1文、行政裁判所法第172条第1文）。それでもなお行刑機関が義務を履行しない場合には、裁判所はそれを繰り返して行うことができる（行刑法第120条第1項第1文、行政裁判所法第172条第2文）。

それに加えて、裁判所は裁判手続に要した費用及び必要経費を誰が負担すべきかを決定しなければならない（行刑法第121条第1項）。申立人が敗訴した場合又は申立てを撤回した場合には申立人の負担となるが、それ以外の理由で手続が終結した場合には裁判所の裁量で誰が負担すべきかを決定する（行刑法第121条第2項）。ただし、同規定は、行刑法第115条第3項により裁判所が処分の違法であることを確認した場合には適用されない（行刑法第121条第3項第2文）。また、行刑法第119条aによる第一審裁判の場合には、国庫負担とされている（行刑法第121条第3項第1文）。行刑法に関連規定のある場合を除くほか、刑事訴訟法上の訴訟費用に関する規定が準用される（行刑法第121条第4項、刑事訴訟法第464条ないし第473条）。

なお、訴訟費用及び必要経費を支払うことができない申立人は、裁判手続に要した費用について、民事訴訟法の規定に基づいて援助を受けることができる（行刑法第120条第2項）。民事訴訟法第114条によれば、訴訟費用及び必要経費の全部又は一部を賄うことができない当事者は、当該裁判を通じて求める権利実現の成功の見込みが十分に存在し、また悪意を持っていると認められない限り、申立てにより援助を受けることができる（民事訴訟法第114条第1項第1文）。ここでいう成功の見込みとは、成功が確実視されることを意味するものではなく、単に事実的かつ法的な観点に照らして簡単に審査できる程度の成功の蓋然性を意味する⁵⁹³。また、申立人の資力の有無を判断するにあたって、厳しすぎる基準によってはならない⁵⁹⁴。訴訟費用の援助という方法によって弁護士を付けることが可能であるからである（行刑法第120条第2項、民事訴訟法第121条第2項）。さらに、ドイツ基本法は、権利保護の実現において、可能な限り、資力の有無に起因した不平等があってはならないことを要求している（ドイツ基本法第3条第1項、第20条第3項）。したがって、訴訟費用の援助に

⁵⁹³ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.818.

⁵⁹⁴ BVerfG vom 08.01.1996 - BvR 306/94, StV 1996, 445.

関する手続において、本裁判ではまだ判明していない重大な法律問題を事前に判断し、資力のない申立人に不利に決定することは、この要求に違反する⁵⁹⁵。

（４）法律抗告

行刑処分に関する刑執行部の決定に対して不服がある場合には、抗告の申立てが可能である。ただし、抗告の許される場合は、裁判が法律に違反している場合のみである（行刑法第 116 条第 2 項第 1 文）。法律の違反とは、適用されるべき法規範が適用されていないか、法規範が正しく適用されていない場合をいい（行刑法第 116 条第 2 項第 2 文）、法規範には、連邦及び各ランツの憲法、法律、法規命令、そしてこれらから導き出されるすべての原則が含まれる⁵⁹⁶。立法者は、法律抗告を上告と類似したものとして構想した⁵⁹⁷。つまり、抗告審は事実審ではなく法律審であり、その決定は終局的である（行刑法第 119 条第 5 項）。

行刑裁判に対する法律抗告を許す理由は、法形成又は判例の統一を保障するための審査を可能にするためである（行刑法第 116 条第 1 項）。法形成は、個別事案において、実質的又は形式的権利に関する法規定の解釈のための基本原則を立て、又は法律の欠陥を創造的に補う必要がある場合に必要である⁵⁹⁸。法律抗告を通じて、高等裁判所は、下級裁判所に方向を提示する方式で自らの意見を表明する機会を得る⁵⁹⁹。また、ある刑執行部の決定が、他の刑執行部、高等裁判所、連邦最高裁判所及び連邦憲法裁判所の判決と異なる場合には、法律抗告を通じて判例の統一を図ることができる⁶⁰⁰。

⁵⁹⁵ BVerfG vom 20.12.2000 - 2 BvR 668/00, 849/00, ZfStrVo 2001, 187; BVerfG vom 07.11.2011 - 1 BvR 1403/09, StV 2012, 354.

⁵⁹⁶ Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 6. Aufl., De Gruyter, 2013, § 116 Rn.9.

⁵⁹⁷ BT-Drs. 7/918, 1973, S.85 f.

⁵⁹⁸ BGH vom 12.11.1970 - 1 StR 263/70, BGHSt 24, 15.

⁵⁹⁹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.822.

⁶⁰⁰ Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 6. Aufl., De Gruyter, 2013, § 116 Rn.5. このような判例の統一への要求は、2006 年以降、個別のランツ行刑法が制定され、連邦内で相反する判例が出現したことにより、さらに大きくなった（OLG Hamburg vom 25.07.2008 - 3 Vollz (Ws) 43/08, StV 2008, 599; OLG Frankfurt a.M. vom 22.11.2011 - 3 Ws 836/11 Vollz, NSz 2012, 437; OLG Stuttgart vom 05.12.2011 - 4 Ws 69/10, Juris）。

通常、法律抗告は、裁判が法律上の誤りのため正しくない場合ではなく、法解釈により判例の統一性が危うい場合に許される。これは判例ごとに耐えがたい差が生じ、又はそれが持続することを回避することを目的とするものであり、その際に重要なのは、不服が申し立てられた刑執行部の決定が、判例全体の中でいかなる意味を有するかである⁶⁰¹。法律抗告は、個別事案ごとの正当性の回復を目的としたものではないので、特定の根本的な法律問題について、地方裁判所が一般的な判例から逸脱し、そのような逸脱が繰り返し生じるおそれがある場合に、初めてその要件が認められる⁶⁰²。連邦憲法裁判所によれば、抗告裁判所が、当該刑執行部が判例と一致しない自己の法的見解を再び裁判の根拠とするはずがないと、何らの具体的な根拠もなく仮定することにより、不服申立てを無用と判断することは、ドイツ基本法第 19 条第 4 項による効果的な権利保護の原則に反するとされる⁶⁰³。このほかに、刑執行部が基本的な手続原則に違反した場合にも、統一的な判例の保障のために法律抗告が許される⁶⁰⁴。さらに、行刑裁判の対象となった処分の理由が明らかになっていない場合のように、刑執行部による事実の確認又は法的な考察が十分に行われなかったため、法律抗告の要件の具備を審査することができない場合にも、法律抗告が許される⁶⁰⁵。

刑執行部の行刑裁判に対する法律抗告は、申立人である受刑者とならんで、第一審裁判の当事者である行刑施設の長又は監督機関も申し立てることができる⁶⁰⁶。法律抗告を申し立てるためには、弁護士により署名された文書又は裁判所事務局における調書への記録によらなければならない(行刑法第 118 条第 3 項)。抗告にあたっては、裁判のどのような部分に対して不服があるのかということと、その取消しを申し立てる理由を示さなければならない(同条第 1 項第 2 文、第 3 文)。抗告理由には、不服のある裁判で違反された法規範がどのような種類のものであるのかを明示し、手続に関する法規範の違反があった場合には、その瑕疵を含む事実を示さなければならない(同条第 2 項)。手続の瑕疵に起因する法律抗告の場合には、専ら抗告理由として示された事実だけが審査されるからである(行刑法第 119 条第 2 項)。したがって、抗告人は、

⁶⁰¹ BGH vom 12.11.1970 - 1 StR 263/70, BGHSt 24, 15.

⁶⁰² LNNV StVollzG, 12. Aufl., C.H. Beck, 2015, P Rn.94.

⁶⁰³ BVerfG vom 15.07.2010 - 2 BvR 1023/08, NJW 2011, 137.

⁶⁰⁴ OLG Koblenz vom 14.09.2012 - 2 Ws 330/12 (Vollz), FS 2013, 59.

⁶⁰⁵ OLG Hamm vom 20.04.1989 - 1 Vollz Ws 26/89, NStZ 1989, 444; OLG Saarbrücken vom 21.11.2003 - Vollz Ws 12/03, ZfStrVo 2004, 119; KG vom 18.08.2016 - 5 Ws 97/16 Vollz, StV 2018, 633.

⁶⁰⁶ Arloth/Krä StVollzG, 4. Aufl., C.H. Beck, 2017, § 111 Rn.3.

法的聴聞のような手続的規範の違反を主張するにあたって、抗告裁判所が抗告書に記載された事実のみを基にしても、手続規範の違反が認められるかどうかを確定することができるようにしなければならない⁶⁰⁷。法律抗告の申立ては、不服のある裁判が送達されてから1か月以内に、当該裁判をした裁判所に対して行わなければならない(行刑法第118条第1項)。法律抗告の裁判における相手方は管轄監督機関である。高等裁判所又は連邦最高裁判所の裁判においては、第一審裁判とは異なり、管轄監督機関が当事者になるからである(行刑法第111条第2項)。法律抗告が申し立てられても原裁判の執行は延期されない(行刑法第116条第3項第1文)。ただし、抗告人は裁判所に対し、その執行を延期する暫定的な命令の申立てをすることができる(行刑法第116条第3項第2文、第114条第2項)。ここには、刑執行部に対する行刑裁判の申立ての場合に行われる暫定的な命令に関する規定が準用される。

法律抗告の裁判は、不服申立てがなされた裁判を行った刑執行部が所在している区域を管轄する高等裁判所の刑事部が管轄する(行刑法第117条、裁判所構成法第121条第1項第3号)。刑事部は、口頭弁論を経ることなく、決定により裁判する(行刑法第119条第1項)。抗告審は法律審であるので、原則として抗告審裁判所が事実の認定をすることは許されず、刑執行部の第一審裁判で確定した事実を基に裁判しなければならない⁶⁰⁸。審査の結果、法律抗告が不適法であり又は明らかに根拠がないときは、裁判所はそれを棄却し、それが裁判官全員一致であれば理由をつけないことができる(行刑法第119条第3項)。一方、抗告の根拠があると判断したときには、原裁判を破棄する(行刑法第119条第4項第1文)。この場合、事件が成熟しているときと認められるときは、自判することができる(行刑法第119条第4項第2文)。ここでいう事件の成熟とは、実体的な裁判のために追加的な事実の釈明を要しないことをいう⁶⁰⁹。事件が成熟していないときは、刑執行部に差し戻し、改めて決定するように命じる(行刑法第119条第4項第3文)。裁判所が他の高等裁判所や連邦最高裁判所と異なる見解に基づき裁判しようとする場合には、裁判所構成法第121条第2項による手続に従い、事件を連邦最高裁判所に移送しなければならない。

⁶⁰⁷ OLG Rostock vom 23.07.2013 - 2 Vollz (Ws) 4/96, NStZ 1997, 429; OLG München vom 05.07.2012 - 4 Ws 103/12, NStZ-RR 2012, 385.

⁶⁰⁸ BVerfG vom 28.02.2013 - 2 BvR 612/12, NStZ-RR 2013, 225.

⁶⁰⁹ LNNV StVollzG, 12. Aufl., C.H.Beck, 2015, P Rn.112.

こうして下された法律抗告の決定に対して不服申立てをすることは許されず、また再審手続を求めることも認められない⁶¹⁰。ただし、抗告審が上告審と同様の構造になっていることに鑑みて、抗告審において法的聴聞に関する権利が侵害された場合には、上告審裁判での法的聴聞権が侵害された場合に関する刑事訴訟法の規定が準用される⁶¹¹。それによれば、権利を侵害された当事者は、その事実を知った日から1週間以内に、その理由を明示して、書面又は裁判所事務局での調書への記録により、その回復の申立てをすることができ、その侵害が裁判に影響を及ぼしたと認められるときは、裁判所は、その限度内で手続を裁判以前の状態に回復させる決定をしなければならない（刑事訴訟法第356条a）。なお、本案判断に付随する決定に対しては、法律抗告は許されない。たとえば、訴訟費用に関する決定について争おうとする場合には、別の手続である即時抗告（刑事訴訟法第464条第3項）によるべきであり、それも本案判決に対する法律抗告が適法に申し立てられる場合にのみ可能である⁶¹²。そのほか、法律抗告について行刑法に別段の定めがない限り、刑事訴訟法上の抗告に関する規定が準用される（行刑法第116条第4項）。

（5）裁判の遅延による損害賠償

裁判所における手続の遅延は、受刑者の権利を救済するにあたって障害になる。そのような場合に発生する損害の賠償に係る手続が、2011年11月24日に成立した、「長期化した裁判手続と刑法上の捜査手続における権利保護に関する法律(ÜVerfBesG; Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren)⁶¹³」により、裁判所構成法第17節に定められた。これは、欧州人権裁判所からの継続的な勧告に応じたものであった。欧州人権条約によれば、何人も、民事上の権利義務の決定又は刑事上の犯罪の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による合理的な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する（欧州人権条約第6条第1項第1文）。それとともに、欧州人権条約は、同条約

⁶¹⁰ OLG Hamburg vom 05.03.2001 - 3 Vollz Ws 5/01, ZfStrVo 2001, 368.

⁶¹¹ OLG Frankfurt vom 25.08.2008 - 3 Ws 31/08 (StVollz), NStZ-RR 2009, 30; Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 6. Aufl., De Gruyter, 2013, § 119 Rn.3.

⁶¹² OLG Koblenz vom 08.11.1996 - 2 Ws 699/96, NStZ 1997, 430.

⁶¹³ BGBl. I, 2011, S.2302.

に定める権利及び自由を侵害された者は、国家機関により実効的な救済手段を与えられなければならないと定めている（欧州人権条約第 13 条）。欧州人権裁判所は、そのような規定から、手続当事者が、適切な期間内の手続を求める権利を侵害された場合には、国内の裁判所における法的救済が保障されるべきであるという結論が導き出されると繰り返し強調し⁶¹⁴、最終的に 2010 年 9 月 2 日、ドイツの立法者にそのような手続を設けることを義務づけた⁶¹⁵。これは、適切な期間内に裁判を受ける権利を保障しているドイツ基本法からも求められることであった（基本法第 2 条第 1 項、第 20 条第 3 項）。

裁判所構成法第 198 条以下の手続の遅延による損害賠償手続は、行刑法第 109 条以下の裁判が遅延した場合にも適用される⁶¹⁶。すなわち、行刑裁判を申し立てた受刑者は、裁判期間が不当に遅延したことによって生じた損害の賠償を請求することができる（裁判所構成法第 198 条第 1 項第 1 文）。そのためには、受刑者が、申し立てた裁判が適切な期間内に終結しない正当な懸念があると、刑執行部に異議申立てをしたことが求められる（裁判所構成法第 198 条第 3 項第 1 文、第 2 文前文）。法律抗告に関する裁判における手続の遅延が問題となる場合には、抗告裁判所である高等裁判所の刑事部に対して異議申立てをしたことが求められる。これは、専ら、裁判所に手続の遅延につき認識させて直接の救済を図ることを意図したものであり、裁判所が引き続き裁判の進行を怠ったとしても、それに対して抗告することができるわけではない⁶¹⁷。ただし、受刑者は、再び手続の遅延に対する異議申立てをすることができ、原則として、少なくとも 6 か月ごとに繰り返すことができる（裁判所構成法第 198 条第 3 項第 2 文後文）。手続に要した期間が適切かどうかは、個別事件における手続の重大さと手続参加者及び第三者の行動に基づいて判断される（裁判所構成法第 198 条第 1 項第 2 文）。遅延により生じた損害は金銭的なものではないと推定され、他の方法による損害回復では十分でない場合に限り、賠償が認められる（裁判所構成法第 198 条第 2 項第 1 文、第 2 文）。賠償請求権を実現するための訴訟は、遅延に対する異議申立てがあったときから少なくとも 6 か月が経過しなければ、提起することができない（裁判所構

⁶¹⁴ Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI; Scordino v. Italy (no. 1), no. 36813/97, 29 July 2004.

⁶¹⁵ Rumpf v. Germany, no. 46344/06, 2 September 2010.

⁶¹⁶ BGH vom 13.02.2014 - III ZR 311/13, NJW 2014, 1183; OLG München vom 21.09.2012 - 4 VAs 39/12, Juris; Laubenthal, Klaus, Vorgehen gegen behördliche und gerichtliche Untätigkeit in Strafvollzugssachen, In: Walter-GS, Duncker & Humblot, 2014, S.587 f.

⁶¹⁷ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.847.

成法第 198 条第 5 項第 1 文)。既に当該裁判が終結した場合には、その時点から 6 か月以内に訴えが提起されなければならない(裁判所構成法第 198 条第 5 項第 2 文、第 3 文)。賠償請求権に関する裁判の管轄権は、ラントに対し訴えが提起された場合には、その管轄区域において遅延した裁判が行われた高等裁判所に属し、連邦に対し訴えが提起された場合には、連邦最高裁判所に属する(裁判所構成法第 201 条第 1 項)。賠償裁判に関しては、民事訴訟法上の、地方裁判所における第一審の手続に関する規定が準用される(裁判所構成法第 201 条第 2 項第 1 文)。

(6) 保安監置に係る行刑付随的統制

前述したように、2013 年 6 月 1 日に、「保安監置法における差別化要求の連邦法上の実現のための法律」により、保安監置の執行に係る弁護士の任命、裁判の執行、訴訟費用の負担をはじめとする複数の規定が新たに施行された。まず、刑法第 66 条 c に定められた保安監置における被収容者の危険性を減らすために提供されるべき具体的な処遇に関連して、その実効的な実行のための監督手続と強制手段の確保が求められる。有罪判決を受けた者に対し保安監置が命令された場合には、自由刑が保安監置の前に執行される。また、第 66 条 a により有罪判決において留保された場合若しくは第 66 条 b により事後的に、自由刑の執行を受けている者に対しても保安監置が命令される可能性がある。このように、保安監置が執行されることが予定されており又はその可能性のある受刑者については、刑法第 66 条 c 第 2 項によれば、将来の保安監置の命令又は執行を回避するために、既に行刑中に、同条第 1 項第 1 号による処遇が提供されなければならない。これは、行刑の終了する前に必要的に行われる審査を通じて、保安監置の目的に照らしてその収容が不要と判明した場合には、保安監置の執行を猶予することができるからである(刑法第 67 条 c 第 1 項第 1 文第 1 号)。それだけでなく、その審査で行刑過程を総合的に検討した結果、刑法第 66 条 c 第 2 項が遵守されていない、すなわち、保安監置の執行を回避するための同条第 1 項第 1 号の処遇が十分に提供されていないという理由で、保安監置の執行が比例性の原則に反すると明らかになった場合にも、保安監置の執行は猶予される(刑法第 67 条 c 第 1 項第 1 文第 2 号)。それに応じて、行刑中に保安監置の執行を回避するための処遇を受刑者に与えるべき行刑機関の重大な義務について、裁判所がその履行状況を定期的に監督し、履行の事実が確認されない場合には強制する手続が行刑法に取り入れられた。

保安監置が命令又は留保された場合、自由刑の執行されている間、裁判所は、2年ごとに職権で、①行刑機関が受刑者に対して刑法第66条c第2項の義務を果たしたか、②そうではない場合には、事実状態に重大な変更がなければ、法律上の要求を満たすために、行刑機関が受刑者に対して将来どのような処遇を提供すべきであるかを決定する（行刑法第119条a第1項、第3項第1文）。行刑機関は、正当な利益が認められる限り、いつでも裁判所の決定を求める申立てをすることができる（行刑法第119条a第2項第1文）。正当な利益は、裁判所が職権で行う次の審査までに、差し迫った処遇の欠陥を早期に修正しうる蓋然性が高い場合にのみ認められる⁶¹⁸。裁判所は、行刑機関が受刑者に対して標準的な治療のみならず個々人に適した処遇を提供したか否かも審査しなければならない⁶¹⁹。処遇の提供が不十分であると認められるためには、審査の際にも依然として処遇が十分に提供されていないことを要するわけではなく、行刑中にそのような事実が存在したことで足りる⁶²⁰。裁判所が将来提供されるべき処遇を決めるにあたっては、一般的な基準を提示することにとどまらず、受刑者の処遇への協力を奨励するために必要な処遇を明示し、必要な場合には、現在行われるべき処遇は何かについても具体的に摘示しなければならない⁶²¹。また、裁判所は、行刑計画が最初に立てられたとき又は重大な変更がなされたとき、予定されている処遇が、事実状態に重大な変更がないことを前提に、刑法第66条c第1項第1号の要件を充足するかどうかを、行刑機関の申立てにより審査しなければならない（行刑法第119条a第2項第2文前文）。この場合には、同条第1項の審査の申立ての場合とは異なり、明文の規定がないため、正当な利益は要求されないとする見方があるが⁶²²、判例においては、当該規定は前項の延長線上にあり、正当な利益がなくても申立てが可能であるとする根拠が明確ではないため、第2項の審査の申立てに際しても正当な利益は必要であるとされた⁶²³。申立ての際に、定められた期間がまだ経過していない場合には、行刑法第119条a第1項による審査も行わなければならない（行刑法第119条a第2項第2文後文）。ここでいう定められた期間とは、原則として、同条第1項に規定された2年を意味するが、残刑期間を考慮して、5年の範囲内でより

⁶¹⁸ OLG Hamm vom 20.11.2014 - III-1 Vollz (Ws) 494/14, Juris.

⁶¹⁹ LNNV StVollzG, 12. Aufl., C.H. Beck, 2015, P Rn.120.

⁶²⁰ OLG Hamm vom 07.01.2016 - III-1 Vollz Ws 422/15, BeckRS 2016, 3073.

⁶²¹ AK StVollzG, 7. Aufl., Carl Heymanns, 2017, § 119a Rn.2.

⁶²² Ebenda, § 119a Rn.5.

⁶²³ OLG Hamm vom 18.11.2014 - III-1 Vollz (Ws) 540/14, Juris.

長く定めることができる（行刑法第 119 条 a 第 3 項第 1 文）。行刑法第 119 条 a による審査の対象は、専ら刑法第 66 条 c 第 1 項第 1 号に定められたケアが十分に提供されたかどうかに限られており、受刑者がそれを受け入れるかどうか、又はその効果が相当であるかどうかなどは問題とされない⁶²⁴。

行刑法第 119 条 a による行刑付随的統制を行うのは、行刑機関を管轄する、裁判長を含む 3 人で構成されている大執行部である（行刑法第 119 条 a 第 4 項及び第 6 項第 3 文、第 110 条）。原則として、職権による裁判は 2 年ごとに行われることになっているが、執行されるべき自由刑の全刑期を考慮し、5 年の範囲内でより長い期間を定めることができる（行刑法第 119 条 a 第 3 項第 1 文、第 2 文）。自由刑の執行が開始された時点が最初の裁判に関する期間の起算点となり、次回からの裁判に関する期間は、それ以前の第一審裁判が公表されてから起算される（行刑法第 119 条 a 第 3 項第 3 文）。裁判の当事者は、受刑者と行刑機関である（行刑法第 119 条 a 第 6 項第 3 文、第 111 条）。裁判の手續について、刑執行部の長は職権で受刑者に弁護士を付けなければならない、また、それを取り消すこともできる（行刑法第 119 条 a 第 6 項第 1 文及び第 3 文、第 109 条第 3 項第 2 文）。裁判所は口頭弁論を経ることなく、決定により裁判し、それに先立って、受刑者、行刑機関及び執行機関の意見聴取が行われなければならない（行刑法第 119 条 a 第 6 項第 2 文及び第 3 文、第 115 条第 1 項第 1 文）。さらに、裁判に対しては法律抗告により不服申立てをすることができる（行刑法第 119 条 a 第 5 項）。法律抗告は、不服のある裁判を行った裁判所に、当該裁判の送達以降 1 月以内に申し立てられなければならない、法律抗告の裁判は、その管轄区域に刑執行部が所在している高等裁判所の刑事部により行われる（行刑法第 119 条 a 第 6 項第 3 文、第 117 条、第 118 条第 1 項第 1 文）。裁判所は口頭弁論なしで決定により裁判し、これは終局的である（行刑法第 119 条 a 第 6 項第 3 文、第 119 条第 1 項及び第 5 項）。裁判が確定すると、それ以降に行われるすべての裁判はそれに拘束される（行刑法第 119 条 a 第 7 項）。

⁶²⁴ KG vom 19.08.2015 - 2 Ws 154/15, StraFo 2015, 434.

2. 行刑裁判以降の権利救済手続

(1) 憲法訴願

受刑者が自己の権利の侵害を訴える手段として、行刑法第 109 条以下に定められている裁判による法的救済に加えて、第二次的に連邦憲法裁判所に対する憲法訴願による法的救済の可能性も開かれている。すなわち、受刑者は、特定の基本権が公権力により侵害されたことを主張して、憲法訴願を提起することができる（ドイツ基本法第 93 条第 1 項第 4 号 a、連邦憲法裁判所法第 90 条第 1 項）。ただし、憲法訴願は補充性を要件とするため、他の権利救済手続がある場合には、それをすべて経た後でなければ提起することができない（ドイツ基本法第 94 条第 2 項第 2 文、連邦憲法裁判所法第 90 条第 2 項第 1 文）。したがって、受刑者が憲法訴願を提起するためには、原則として、行刑法第 109 条以下の行刑裁判を申し立てたこと、また、その裁判に対する法律抗告をしたことを要する。しかし、法律抗告の特別な許可要件を考慮し、通常、刑執行部の決定が下されたときには既に可能な法的救済手続をすべて経たものとみなされる⁶²⁵。

憲法訴願の手続について検討する前に、連邦憲法裁判所の構成について簡単に述べておく。連邦憲法裁判所は、他のすべての憲法機関に対して自主的かつ独立的な連邦裁判所であり、カールスルーエに所在している（連邦憲法裁判所法第 1 条第 1 項、第 2 項）。連邦裁判官及びその他のメンバーで構成されており、連邦裁判官は連邦議会と連邦参議院によって各 2 分の 1 ずつ選出される（ドイツ基本法第 94 条第 1 項第 1 文及び第 2 文、連邦憲法裁判所法第 5 条第 1 項第 1 文）。連邦憲法裁判所の裁判部は 2 つの合議体で構成され、各合議体に 8 人の裁判官が選出される（連邦憲法裁判所法第 2 条第 1 項、第 2 項）。選出された裁判官は大統領により任命される（連邦憲法裁判所法第 10 条）。ドイツ基本法第 93 条及び連邦憲法裁判所法第 13 条に規定された連邦憲法裁判所の多数の管轄事件のうち、受刑者の権利救済のための憲法訴願に関しては、第 2 合議体の管轄事項とされている（連邦憲法裁判所法第 14 条第 2 項、第 13 条第 8 号 a）。一つの合議体が法的問題について他の合議体の裁判で示された解釈と見解を異にする場合には、全員合議体がそれについて判断する（連邦憲法裁判所法第 16 条第

⁶²⁵ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.848.

1 項)。全員合議体が決定するためには、各合議体に属している裁判官の 3 分の 2 以上
ずつが出席しなければならない（連邦憲法裁判所法第 16 条第 2 項）。

憲法訴願は、不服の対象となる裁判の通知から 1 か月以内に申し立てられなければ
ならない（連邦憲法裁判所法第 93 条第 1 項）。憲法訴願手続の開始のためには、申
立理由と必要な証拠方法が明示されている書面を連邦憲法裁判所に提出しなければ
ならない（連邦憲法裁判所法第 23 条第 1 項）。申立人は、書面で、公権力の一部とし
ての行刑機関の処分又は裁判所の行刑裁判によって、基本権又はドイツ基本法第 93 条
第 1 項第 4 号 a に列挙された基本権に準ずる権利のいずれかに当たる自己の権利が侵
害されたことを、主張しなければならない（連邦憲法裁判所法第 92 条）⁶²⁶。申立て
が不適法であること又は理由のないことが明らかな場合には、裁判官全員一致で却下
決定をすることができる（連邦憲法裁判所法第 24 条第 1 文）。申立人が自己の過失に
よらない障害のため申立期間を遵守できなかった場合には、原状回復の申立てをする
ことができる（連邦憲法裁判所法第 93 条第 2 項第 1 文）。これは障害事由が消滅して
から 2 週間以内に申し立てなければならず、申立ての際に既に申立事由を証明するた
めの事実が疎明され、かつ、遅滞事項が補完されていることを要する（連邦憲法裁判
所法第 93 条第 2 項第 2 文ないし第 4 文）。申立人は手続について弁護人を選任するこ
とができ、弁護人が選任された場合、すべての通知は弁護人に対して行われ、弁護人
の帰責事由は申立人の帰責事由とみなされる（連邦憲法裁判所法第 22 条第 1 項第 1
文及び第 3 項、第 93 条第 2 項第 6 文）。

憲法訴願裁判において、連邦憲法裁判所は、すべての当事者が明示的に放棄しな
い限り、口頭弁論を行い、それについて調書を作成し録音しなければならない（連邦
憲法裁判所法第 25 条第 1 項、第 25 条 a、第 94 条）。また、連邦憲法裁判所は、事実
認定に必要な証拠調べを行う（連邦憲法裁判所法第 26 条第 1 項第 1 文）。裁判官は、
口頭弁論及び証拠調べの結果から得られた自由な心証に基づき、非公開の審議によっ
て判断する（連邦憲法裁判所法第 30 条第 1 項第 1 文）。この場合、主張されたことを
基礎として申立人の基本権が侵害されたかどうかだけが審査されるのであり、不服が
申し立てられた裁判の合法性が行刑法に基づき包括的に審査されるわけではない。し

⁶²⁶ 憲法訴願をもって救済可能な権利は、基本権又はドイツ基本法第 93 条第 1 項第 4 号 a に列挙さ
れた基本権に準ずる権利に限定される。後者の基本権に準ずる権利は、次のとおりである。抵抗
権（第 20 条第 4 項）、主権及び公職就任権、宗教の自由（第 33 条）、選挙権（第 38 条）、裁判
を受ける権利（第 101 条）、法廷陳述権、罪刑法定主義及び二重処罰禁止の原則（第 103 条）、
法律による身体の自由の制限（第 104 条）。

かし、その一方で、連邦憲法裁判所は、基本権の価値及び適用範囲を考慮して、行刑法の規定を解釈、適用すべきであり、法適用の段階においては、重大な憲法上の原則が遵守されるようにしなければならない⁶²⁷。審議の結果、憲法訴願が理由ありと判断する場合、裁判所はそれを認容する。裁判は、口頭弁論が行われた場合には判決の形式により、そうではない場合には決定の形式により行われ(連邦憲法裁判所法第 25 条第 2 項)、また、違反されたドイツ基本法の条文と違反行為が明示され、理由とすべての裁判官の署名が含まれている書面によらなければならない(連邦憲法裁判所法第 30 条第 1 項第 2 文、第 95 条第 1 項第 1 文)。憲法訴願を認容する場合、連邦憲法裁判所は、不服の対象となった裁判を破棄し管轄裁判所に差し戻さなければならない(連邦憲法裁判所法第 95 条第 2 項)。憲法訴願裁判をはじめとする連邦憲法裁判所のすべての裁判は、ドイツ内のすべての憲法機関を羈束する(連邦憲法裁判所法第 33 条第 1 項)。訴訟費用は無料であり、憲法訴願が認容された場合には必要経費の全部又は一部が償還される(連邦憲法裁判所法第 34 条第 1 項、第 34 条 a 第 2 項)。しかし、申立てが濫用された場合には、2600 ユーロ以下の手数料を課することができる(連邦憲法裁判所法第 34 条第 2 項)。

(2) 欧州人権裁判所への提訴

受刑者が、前述した国内におけるあらゆる司法的な救済手段を用いたにもかかわらず、侵害された権利が救済されなかった場合には、欧州人権裁判所に個人抗告をすることができる(欧州人権条約第 34 条)。そのためには、侵害を主張する権利が欧州人権条約に規定された権利に当たることが求められる⁶²⁸。欧州人権条約に規定された権利とドイツ基本法第 93 条第 1 項第 4 号 a に列挙された基本権に同時に当たる場合

⁶²⁷ BVerfG vom 08.07.1993 - 2 BvR 1576/92, NJW 1994, 1149; BVerfG vom 29.10.1993 - 2 BvR 672/93, NStZ 1994, 100; BVerfG vom 28.02.1994 - 2 BvR 1567/93, NJW 1995, 1016.

⁶²⁸ 欧州人権条約において保護されている権利は、次のとおりである。生命権(第 2 条)、拷問の禁止(第 3 条)、奴隷及び強制労働の禁止(第 4 条)、身体的自由及び安全に対する権利(第 5 条)、公正な裁判を受ける権利(第 6 条)、罪刑法定主義(第 7 条)、私生活などの保護(第 8 条)、思想・良心・宗教の自由(第 9 条)、表現の自由(第 10 条)、集会及び結社の自由(第 11 条)、婚姻権(第 12 条)、実効的救済を受ける権利(第 13 条)、差別禁止(第 14 条)、権利濫用の禁止(第 17 条)、権利制限の限界(第 18 条)。

には、憲法訴願まで経て初めて国内のすべての司法的な救済手段を済ませたと認められる。受刑者は、最終的な決定が下された後4か月以内に、欧州人権裁判所に抗告を申し立てなければならない（欧州人権条約第35条第1項）。期間が遵守されたかどうかについては、書面の到達ではなく、書面の作成又は発送を基準として判断される⁶²⁹。書面には、基礎的な事実関係、侵害を主張する権利及び申し立てた国内の法的不服手段が明示され、また宣告された決定のコピーが含まれなければならない（欧州人権裁判所規則第47条）。受刑者と欧州人権裁判所間の信書は検閲から除外され、行刑施設が差し押さえることはできない（行刑法第29条第2項、第31条第4項）。抗告を申し立て手続を進めるにあたって弁護士による代理は必須ではないが（欧州人権裁判所規則第36条第1項）、弁護士費用については訴訟費用の援助が認められうる（欧州人権裁判所規則第105条以下）。

欧州人権裁判所における裁判は、単独裁判官、委員会、小法廷及び大法廷で行われる。単独裁判官の権限は、申立ての適法性の確認に限定され、それ以上審査する必要がある場合には、不適法却下の決定をすることができる（欧州人権条約第27条第1項）。そうでない場合には、以降の審査のために委員会又は小法廷に事件を付託する（欧州人権条約第27条第2項）。委員会は、3人の裁判官より成り（欧州人権条約第26条第1項第1文）、全員一致で、①申立てが不適法と判断され、それ以上審査する必要がある場合には、当該申立てを却下し、②そうでない場合には、事件の基礎となる問題が条約又は諸議定書の解釈又は適用に関するもので、既に十分に確立した判例の対象である限り、その本案判断にまで進んで判決を下すことができる（欧州人権条約第28条第1項）。小法廷は7人の裁判官より成り（欧州人権条約第26条第1項第1文）、単独裁判官又は委員会による決定又は判決がなされていない事件について、その適法性及び本案を判断する（欧州人権条約第29条第1項）。一般に、申立てが不適法であるとして却下される場合は、条約若しくは諸議定書の規定と両立できないこと又は根拠の不十分であることが明白な場合、又は申立権の濫用と判断される場合である（欧州人権条約第35条第3項第a号、第4項）。また、当該事件が条約又は諸議定書の解釈に影響を与える重大な問題に関連している場合、又は小法廷による決定が先例と一致しない結果をもたらす可能性がある場合には、当事者の一方が反対しない限り、小法廷は判決することなく、大法廷に事件を回付することができる（欧州人権条

⁶²⁹ Ehers, Dirk, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Jura 22, 2000, S.381; Peters, Anne/Altwickler, Tilmann, Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, 2. Aufl., C.H. Beck, 2012, S.276.

約第 30 条)。17 人の裁判官から成る大法廷は、小法廷から付託された個人抗告裁判について審理する (欧州人権条約第 26 条第 1 項第 1 文、第 31 条第 a 号)。

単独裁判官、委員会、小法廷及び大法廷で下されたそれぞれの決定及び判決には、理由を付さなければならない (欧州人権条約第 45 条第 1 項)。また、すべての決定及び判決は終局的であり、それに対して不服を申し立てることができない (欧州人権条約第 27 条第 2 項、第 28 条第 2 文、第 42 条、第 44 条第 1 項及び第 2 項)。ただし、小法廷による判決がなされた場合で、当該事件が条約又は諸議定書の解釈や適用に影響を与える重大な問題、又は一般的な重要性を有する重大な問題をもたらす場合には、各当事者は、判決日から 3 か月以内に、大法廷へ付託することができ、大法廷内の 5 人より成された審査部会は、それを受理し、判決により決定しなければならない (欧州人権条約第 43 条)。

欧州人権裁判所の終局的な決定は、すべての締約国に対して拘束力を有する (欧州人権条約第 46 条第 1 項)。したがって、条約違反の決定が送付された当該締約国は、国内の行刑機関の行った処分を取り消さなければならない。欧州人権裁判所には条約違反行為を取り消す権限は認められておらず、当該締約国の国内法により処分を取り消すことができない場合には、申立人に対し公正な満足、すなわち金銭的賠償を命じることができる (欧州人権条約第 41 条)。場合によっては、国内の司法的な救済手段の終結を含めて欧州人権裁判所の手続に要した期間のため、申立人が自分の勝ち取った結果を個人的に享受することが不可能な場合が生じうる。このような場合、欧州人権裁判所による権利救済は、単に予防的効果を達成することに意義があることになる⁶³⁰。

⁶³⁰ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.851.

第2節 その他の手段による受刑者の権利保障

1. 行刑内部の手段

前述のとおり、行刑施設に収容されている受刑者は、自己の権利を侵害されたと考えた場合には、それについて、行刑法第109条以下により裁判所に判断を求め、さらに、より上位の手続に訴えるなど、行刑に対する司法的な統制手段を用いて救済を受けることができる。しかし、このような司法手続による権利救済には、そのために相当な時間と費用を要するという現実的な問題点が存在する。行刑法は、それ以外にも、受刑者に対し、自らが希望する場合に、行刑施設の長に対して面接を申し出る権利のような行政的な手続による解決方法も認めている。ただし、行刑法第109条以下による司法的権利救済手続は、受刑者と自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行を受けるすべての被収容者に保障されるが、同法第108条による情願権は、受刑者と保安監置の執行を受けている被監置者にのみ認められる。自由を奪われた状態で施設内に拘禁されている者にとっては、その方法を問わず、自己の権利が実質的に救済されることが重要なので、多くの手間を要する司法手続によるよりは、可能であれば、拘禁されている行刑施設内でより迅速に問題が解決されれば、いっそう効果的な権利救済手段となる。また、行刑施設側にとっても、上記のような面接の機会は、個々の受刑者及び被監置者の事情を把握できるのみならず、施設の設備及び制度を改善するにあたっても役立つといえる。そこから、受刑者及び被監置者は、自分の要求事項、提案、苦情を施設の長に知らせる権利を与えられ、そのために定期的な面接時間を設けるべきことが定められている（行刑法第108条第1項）。面接の申し出のために、一定の形式は求められておらず、口頭の形式でも可能である⁶³¹。施設の長は、受刑者及び被監置者から面接の申し出がある場合には、個別に面接時間を割り当てなければならず、面接には弁護人が参加することができる⁶³²。また、受刑者及び被監置者は、施設の長と直接面接をする以外に、いつでも施設の長に情願書を提出することもでき

⁶³¹ Dünkler, Frieder, Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland, GA 143, 1996, S.524.

⁶³² Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 6. Aufl., De Gruyter, 2013, § 108 Rn.5.

る。情願がなされた場合、施設の長は、適正な期間内に回答しなければならない⁶³³。行刑施設は、そのような情願権の実現のために必要な事項を施設規則に定めなければならない（行刑法第 161 条第 2 項第 3 号）。

なお、行刑施設はラント司法行政機関からの監督を受けることになっている（行刑法第 151 条第 1 項第 1 文）。監督機関は主にラントの法務大臣であり、場合によっては担当行政部署になることもある。監督機関は、行刑計画に関与し、それにより行刑施設の管轄を定める（行刑法第 152 条第 1 項）。監督機関は、職務に対する一般的な監督と専門的な監督を行う。監督は概括的な計画と包括的な統制に限定されるのが原則であり、法律に明示的な規定がある場合を除いては、施設の決定に介入することはできない⁶³⁴。専門的な監督の場合、それぞれの専門家が行刑施設内の作業状況、社会作業、教育、保健、その他の専門的な処遇について監督を行い（行刑法第 151 条第 2 項前文）、そのためにいくつかのラントにおいては、心理学者又は社会活動家のような専門家を雇用している。もし監督機関に独自の専門家がない場合には、外部の専門家の助言が確保されるされなければならない（行刑法第 151 条第 2 項後文）。行刑施設の監督に向けた視察は 1 年に 2 回以上行われ、そのうち少なくとも 1 回は施設の設備を徹底的に検査しなければならない。監督官は、職務会議に参加し、職員との面接を行い、監督の結果を書面で記録する。また、監督機関の代表者が視察に来たときに、受刑者及び被監置者は自己の問題について直接情願することができる（行刑法第 108 条第 2 項）。施設の規則には、それに関する規定が置かれていなければならない（行刑法第 161 条第 2 項第 3 号）。行刑施設は、面接を申し出た受刑者及び被監置者のリストを予め作成し、視察に来た代表者に渡さなければならない。面接の場に行刑職員が立ち会うことはできない⁶³⁵。視察の結果、設備や処遇に問題があり、又は受刑者及び被監置者の情願が認められる場合には、監督機関は、問題となった設備や処遇の改善を指示し、又は行刑施設の長の決定を破棄することができる⁶³⁶。

さらに、受刑者及び被監置者は、行刑施設の長及び職員の職務上の決定又は義務違反について異議がある場合、情願権を行使するほか、職務上の上級機関、すなわち監督機関に対して、その審査と訂正を求める職務監督抗告を申し立てることができる

⁶³³ OLG Koblenz vom 19.02.1992 - 2 Ws 23/92, ZfStrVo 1992, 263.

⁶³⁴ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.253 f.

⁶³⁵ Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal StVollzG, 6. Aufl., De Gruyter, 2013, § 108 Rn.5.

⁶³⁶ Dünkler, Frieder, Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland, GA 143, 1996, S.532.

(行刑法第 108 条第 3 項)。職務監督抗告には、行刑法第 109 条以下の手続規定は適用されない。職務監督抗告は、特別な形式によることなく申し立てることができ、申立期間の制限もない⁶³⁷。申し立てられた抗告に関して、監督機関は適正な期間内に書面により決定する義務があるが、いかなる決定を行うかは監督機関の裁量に委ねられている⁶³⁸。すなわち、受刑者と被監置者は、職務監督抗告を申し立てることにより、正式な解決を求める権利を有するだけである⁶³⁹。職務監督抗告の決定は、行政内部的な統制にすぎず、申立人に対し直接的な法的効果は認められないため、それに対する裁判所の事後的な審査は排除される⁶⁴⁰。しかし、職務監督抗告の対象となった処分が、行刑法第 109 条以下による裁判の要件を満たしている場合には、例外的に裁判所による審査が可能である⁶⁴¹。

行刑施設は、上級行政機関による監督のほかに、民間による監視も受ける。行刑法第 162 条によれば、行刑施設には施設審議会が設置されなければならない(行刑法第 162 条第 1 項)。施設審議会の設置目的は、社会との制度的な連携を図ることで処遇の改善に資するようにすることである⁶⁴²。したがって、その構成員は、施設と社会を媒介することができ、公益を代表する者、たとえば、社会事業家、社会団体の代表者又は釈放者保護の経験のある者などでなければならず、行刑職員は排除される(行刑法第 162 条第 2 項)。施設審議会は、施設の規模に応じて 5 人から 9 人で構成される。彼らはラント司法行政機関により任命され、その任期は、ラントによって異なるが、2 年ないし 5 年である⁶⁴³。施設審議会の任務は、行刑の形成及び受刑者の処遇に関与し、助言や改善の提案によって施設の長をサポートし、釈放者の社会復帰を支援することである(行刑法第 163 条)。また、受刑者は、施設の長に対する情願と同様に、施設審議会に対しても、自己の要求事項、提案又は苦情を情願することができる(行刑法第 164 条第 1 項第 1 文)。そのような任務の効果的の遂行のために、施設審議会の構成員は、いつでも行刑施設を視察できる権限を有し、収容、作業、職業訓練、

⁶³⁷ LNNV StVollzG, 12. Aufl., C.H. Beck, 2015, P Rn.13.

⁶³⁸ LNNV StVollzG, 12. Aufl., C.H. Beck, 2015, P Rn.13; Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., 2019, Rn.758.

⁶³⁹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.851.

⁶⁴⁰ OLG Hamm vom 12.05.1992 - 1 Vollz Ws 45/92, NStZ 1993, 425.

⁶⁴¹ OLG Hamburg vom 14.08.1991 - Vollz Ws 24/91, NStZ 1991, 560.

⁶⁴² Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.293.

⁶⁴³ Ebenda, Rn.293 f.

給食、医療、処遇について報告を受けることができる（行刑法第164条第1項第2文）。さらに、施設審議会の構成員は、受刑者の居室を訪問すること、監視されずに受刑者と面接を行うこと、又は信書を発受することもできる（行刑法第164条第2項）。ただし、施設審議会に独自の決定権は認められないので、受刑者の情願の内容は、施設の改善に関する提案又は施設の長に対する助言の形式で伝えられる⁶⁴⁴。このように施設審議会は、社会を代表して行刑施設の内部を監視し統制する役割を果たしており、それとともに、行刑施設の外では釈放者を扶助し行刑施設の実態を社会に知らせる機能も果たしている。施設審議会の構成員は、その性質上秘密を維持する必要があるすべての業務、特に受刑者の氏名及び個人情報について守秘義務を負う（行刑法第165条）。

2. 行刑外部の手段

行刑施設に収容されている受刑者は、その置かれた状況と法的地位の特殊性のため、権利保障の必要性が高く、また、その執行過程自体に対しても外部からの監視が不可欠である（国連被拘禁者処遇最低基準規則第83条）。したがって、憲法により当然認められている基本権としての裁判による権利救済と行刑内での行政的な手続による権利救済のほかにも、立法機関や行刑以外の行政機関など様々なルートを通じて苦情解決を図る方法が設けられている。

第1に、議会への請願が可能である。すべての市民は、連邦議会に請願書を提出する権利があり（ドイツ基本法第17条）、ラント議会に請願書を提出する権利も各ラントの憲法により認められている。これは、受刑者にも同様に適用される。受刑者が連邦議会やラント議会に送る請願書は検閲されず（行刑法第29条第2項第1文）、行刑施設により差し押さえられない（行刑法第31条第4項）。もちろん、議会には直接行刑施設に関与する権限がないため、受刑者の請願が実質的な問題の解決につながるわけではない。しかし、費用がかからないということや、世論に訴えるなどして問題を公にすることにより圧力として作用しうるといった理由で、議会への請願制度は比

⁶⁴⁴ Ebenda, Rn.759.

較的高い割合で利用されており、実際相当な効果もあるとされている⁶⁴⁵。また、ラント議会は、行刑施設の設備や組織などをはじめとする行刑の形成について、各ラントの行刑法を制定するとともに、それに関する予算を編成するなどの業務を管掌している。また、各政党は行刑施設にいわゆる視察員をしばしば派遣している。さらに、ラント議会には政府に対して質疑する権限があり、行刑の問題に関しても多くの質疑が行われる。特に、政府は、政党からの質疑には相当包括的な範囲に渡って詳細な部分まで遅滞なく回答しなければならないため、このことが問題の解決に積極的に寄与している⁶⁴⁶。

第2に、弁護人の助力を受けることができる。行刑法には、受刑者及び被監置者について、次のような規定が設けられている。すなわち、受刑者及び被監置者は、行刑施設に収容される時に自己の権利と義務に関する通知を受ける（行刑法第5条第2項）。これは、権利を実現するためには、その内容についてよく理解している必要があり、受刑者及び被監置者が、行刑の目的を理解し自らの処遇に協力することによって、社会への適応能力を得ることができるからである⁶⁴⁷。しかし、実務では、ただ行刑法典を交付することで済ませており、それだけでは非常に不十分な措置であるという批判が加えられている⁶⁴⁸。受刑者及び被監置者にとっては、不服申立手段の実現に困難が伴うはずであるから、弁護人の助力を受ける権利の保障が求められる。弁護人はいつでも受刑者及び被監置者と面会することができる（行刑法第26条第1文）。その際に、安全の確保を理由として簡単な検査は行われるが、弁護人の持参する書類やその他の資料の検査は許されない（行刑法第26条第2文及び第3文、第24条第3項）。弁護人との面会は監視されず、受刑者及び被監置者は、許可なしに、面会を通じて弁護人から法律問題に関する書類その他の資料を受け取ることができる（行刑法第27条第3項、第4項第2文）。また、弁護人との間で交換される信書は検閲されない（行刑法第29条第1項第1文）。加えて、前述した訴訟費用の援助に関する規定も、不服申立手段の実質的な実現のための措置の一つである（行刑法第120条第2項）。

⁶⁴⁵ Dünkel, Frieder, Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland, GA 143, 1996, S.530.

⁶⁴⁶ Ebenda, S.534 f.

⁶⁴⁷ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.314.

⁶⁴⁸ OLG Celle vom 08.07.1986 - 3 Ws 300/86, NStZ 1987, 44; Kretschmer, Joachim, Ergänzungen und Alternativen zum strafvollzugsrechtlichen Rechtsschutzsystem, ZfStrVo 54, 2005, S.217.

第3に、ラントのうち、既存のオンブズマン制度を活用し、又は行刑に特化した行刑オンブズマン制度を置いて、決定権はないものの、仲裁や勧告や報告などを通じた受刑者の権利保護を図っている所もある⁶⁴⁹。また、欧州評議会の拷問禁止委員会による行刑施設の視察も、行刑の外部からの統制に当たる。

そのほかにも、完全な民間領域における監視が行われている。たとえば、1990年に、受刑者の援助のために社会内のいろいろな公益団体が結成した連邦作業コミュニティがある。この団体は、受刑者の再社会化に関する社会の認識を促し、それに関連して共同声明を出すなど、主にメディア活動をしている。ただし、それらは、受刑者への間接的な援助にとどまり、直接的な権利保護にまで至っていない⁶⁵⁰。

第3節 小括

ドイツにおける行刑に対する司法的統制は、主に受刑者の権利救済手続を中心に行われている。その中で最も大きな割合を占めるのは、刑執行部によって行われる行刑法第109条以下による行刑裁判である。行刑裁判は、行刑機関によって行われた処分又は不作為により自己の権利を侵害された受刑者の申立てにより行われる。原則として、その申立てにより当該処分の効力が停止又は延期されるものではないが、例外的に、行政裁判所法の規定が準用される場合には、受刑者の権利の実現を考慮して処分の執行を延期することができる。刑執行部は、処分について裁量権の逸脱、濫用又は不行使があったかどうかを審査する。一般的に行刑機関の裁量の範囲は幅広く認められる。刑執行部が申立人の要求に応じて処分の取消し、命令又は履行を決定した場合、行刑機関がその決定に従わなければ、行政裁判所法の規定の準用により、強制金の納付を命じることができる。また、行刑法上の別段の定めがない限り、刑事訴訟法の規定が準用される。刑事訴訟法上の弁護士強制主義の適用は排除されるが、訴訟費用の援助の方法によって、弁護士を選任することができる。また、保安監置に係る行

⁶⁴⁹ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.854 f.

⁶⁵⁰ Dünkel, Frieder, Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland, GA 143, 1996, S.535.

刑付随的統制の場合には、裁判所の職権によって弁護士が任命されるものとする行刑法上の特別規定がある。行刑裁判は、大執行部の管轄権が定められている行刑付随的統制の場合を除いては、小執行部が管轄権を有する。

刑執行部による行刑裁判は、行刑法に受刑者の権利救済手続を別に規定し、刑執行部に管轄を集中させたという意義を有する。しかし、行刑機関が刑執行部の決定に従うよう直接強制する方法がないこと、手続に関する規定の準用が複雑であること、行刑付随的統制の場合を除いては、小執行部における単独裁判官の判断に委ねられていることなどが問題点として指摘されている。

なお、受刑者が行刑裁判の結果に不服がある場合には、高等裁判所に法律抗告を申し立てることができる。抗告裁判所は、抗告に根拠があると判断した場合には、破棄差戻し又は自判することができる。加えて、裁判の不当な遅延が認められた場合には、それによる損害の賠償を請求することができる手続も設けられている。さらに、それ以降も、連邦憲法裁判所に憲法訴願を申し立てることができるし、欧州人権裁判所に個人抗告を申し立てる道も開かれている。連邦憲法裁判所が憲法訴願を認容する場合には、原裁判を破棄し、管轄裁判所に差し戻す。欧州人権裁判所が、欧州人権条約の違反を認めた場合には、国内法により当該処分が取り消されなければならないが、取消しが不可能な場合には金銭的賠償を命じることができる。これらの手続は、受刑者の権利救済の実効性を高めるとともに、裁判の統一性を図ることができるという意味を持つ。

また、受刑者の権利保障のための手段として、行刑施設の長、監督機関又は施設審議会への情願及び職務監督抗告が規定されており、監督機関又は施設審議会による監督も行われている。それ以外に、受刑者は、議会への請願やオンブズマン制度の利用、弁護士の助力や公益団体による援助を受けることができる。これらの手段は、複雑で時間のかかる司法的統制の限界を補完できるというメリットがあるものの、直接かつ実質的な効果をもたらすことは難しい。

第6章 結 論

第1節 ドイツにおける自由刑の執行に対する司法的統制の評価

ここまでに見たように、ドイツでは、受刑者の権利保障と再社会化の双方を達成するために、自由刑の執行に対して司法的統制を強化する方向で法制度の改正と運用が行われている。その際、基本とされているのは、裁判所が、刑の言渡しの段階はもとより、その執行の段階においても、自由刑の内容を決定又は変更するものとし、自由刑の執行に係る判断にあたって裁判所に必要とされる専門性と行刑隣接性を満たすようにすることである。このために、ドイツは、行刑改革を断行して、自由刑の執行に関する業務を専門的に司る刑執行裁判所としての刑執行部を創設し、関連法律の制定と改正を通じて、事実審裁判所と刑執行裁判所の管轄の分担を図った。

しかし、刑執行部に対しては、その創設当初から、刑執行及び行刑に係る業務の管轄に関する規定が複雑すぎる点や、裁判官が刑執行裁判官に任命されることを避けようとするという点などが問題として指摘された。また、刑執行部の構成において、当該業務と関連する専門知識を有する非職業裁判官が排除されたことも懸念されたところであった。そのほかにも、制度を運用する中で、様々な手続上かつ実務上の問題も現れた。以下では、このような問題を中心に、ドイツにおける自由刑の執行に対する司法的統制への批判とその解決策、さらには、実際に改善された事項を取り上げ、刑執行部の持つ意義を再確認することにした。

1. 規定方式と管轄分配について

刑執行部は、そのための規定を裁判所構成法第5節aに挿入する方式で設置された。その当時、陪審裁判所に関する規定が削除されたことにより、裁判所構成法第6節が空いた状態であった。そのため、そこに刑執行部に関する規定を置くことができたにもかかわらず、上記のような方法が採用されたことにより、あたかも同制度が一時的なものであるかのような印象がもたらされた。ノルトホーフは、刑執行部と同様に、その管轄と構成に関する特別の規定が設けられた商事裁判所について裁判所構成法第7節に独立した規定が置かれていることと対比すると、刑執行部に関する規定の方式の欠缺はいっそう明らかであると批判している⁶⁵¹。また、刑執行部が、裁判所構成法に一つの節を立てて設置されたことに対応して、その管轄及び手続に関する規定を、刑事訴訟法上、別建てで定める必要があったにもかかわらず、それが既存の「刑執行」の章の中に置かれたことについても問題であるとの指摘がなされた。これにより、刑執行部の管轄及び手続を明確に規律できず、その特別な性格を現すことができない結果をもたらしたというのである。さらに、ドイツ刑事法において明確に区別されている「刑執行」と「行刑」の概念を反映していないという誤りもあるとされた⁶⁵²。

刑事訴訟法上の、刑執行部の管轄及び手続の規定にも、問題点が存在する。まず、刑執行部の管轄については、他の裁判所の管轄及び他の裁判所への移送に関する規定が複雑に絡み合っており、一目ではわかりにくく、あちこちに散在している規定を総合しなければならない。そのため、刑執行部の決定については、常に管轄の問題が登場する⁶⁵³。また、刑執行の事後的な決定に関する手続規定もまとめられていないうえに準用規定も多く、理解するのに困難が伴う⁶⁵⁴。刑執行部に関する法律規定の明確性

⁶⁵¹ Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.26.

⁶⁵² Peters, Karl, Der Auftrag des Gesetzgebers an die Strafvollstreckungskammer, GA 1977, S.106.

⁶⁵³ Blau, Günter, Der Vollstreckungsgericht, In: Schwind, Hans-Dieter/Blau, Günter(hrsg.), Strafvollzug in der Praxis: Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe, 2. Aufl., De Gruyter, 1988, S.343.

⁶⁵⁴ 各規定間の関連性を示すノルトホーフの図を見ると、その複雑さが明らかに現れている(Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.32)。

は、法治国家的な要請であり、行刑目的の実現と効果的な権利救済のためにも必要であるにもかかわらず、現行法規は、事実上、その要請を満たしていない。これを解決するためには、新たな立法によるしかないであろう⁶⁵⁵。関連機関の管轄及び協力関係を簡明にし、手続に関する複雑な準用規定を減らす必要がある。さらに、刑執行と行刑それぞれの業務に関する事項を分けて規定することも考えうるであろう。

現行法における管轄の分配は、行刑の内容を決定することは司法の領域に属し、決定された内容を実行することは行政の領域に属するという原則の下で、まず対象を司法的なものと行政的なものに分け⁶⁵⁶、前者については、判決の形成と補充は事実審裁判所で、判決の事後的な修正は刑執行裁判所で行うという基準に、後者については、刑執行及び行刑を担当する行政機関により行われるが、司法的統制を受けるという基準に従っているように見える⁶⁵⁷。それにもかかわらず、現行法の規定には、すべての司法的性格の行為が裁判所に委ねられているわけではないという問題が存在する。たとえば、刑執行の開始後、行刑計画を立て、施設を指定し、処遇を決定する手続は、行刑の実質的な内容を形成するものであるにもかかわらず、裁判官はそのような手続に関与することができない。裁判官が行刑の内容を形成することができるのは、その期間の決定のみである。もし、刑執行部に帰休や開放的処遇などを決定する権限が与えられれば、受刑者との接触がより緊密になり、それは、刑執行部が、将来、残刑の執行猶予に係る決定をする際に、受刑者の再犯の予測をはじめとする実体的な判断をするのに役立つであろう。また、刑執行部の権限が拡大されることは、刑執行裁判官の地位と意識が高まり、刑執行部の行刑隣接性と専門性が強まる効果ももたらさう⁶⁵⁸。そのほかに、行刑中の懲戒処分⁶⁵⁹の権限も、裁判官に与えられるべきであるが、行刑の特性と懲戒処分の効果を考えると、その実現は難しいと思われる⁶⁵⁹。

⁶⁵⁵ Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.33.

⁶⁵⁶ Peters, Karl, Der Auftrag des Gesetzgebers an die Strafvollstreckungskammer, GA 1977, S.107.

⁶⁵⁷ Peters, Karl, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen, ZStW 81, 1969, S.69.

⁶⁵⁸ パク・ハクモ／Müller／Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』（韓国刑事政策研究院、2011年）123頁。

⁶⁵⁹ Jung, Seung Hwan, Richterliche Kontrolle bei Strafvollstreckung und Strafvollzug: Analyse der Rolle des Richters mit Blick auf neue Reformen im Sanktionssystem, Peter Lang, 2001, S.70 ff.

2. 裁判所の専門性と行刑隣接性について

自由刑の執行に関して裁判所が専門性と行刑隣接性を有することは、刑執行部を創設する際の重要な課題であった。そのため、行刑施設に隣接した地方裁判所に刑執行部が設置され、また、刑執行裁判官が犯罪学及び行刑学に関する知識を備えるようにするとともに、その手続に専門家を参加させることが構想された。そうして、刑執行裁判官が行刑の具体的な状況と個々の受刑者の事情をいっそう正確に捉えることができるようになり、刑執行裁判官の経験が蓄積されることにより、いっそう刑執行部の専門性が高められることが期待された。しかし、実際には、次のような問題が生じた。

刑執行部の構成から職業裁判官ではない専門家は除外され、職業裁判官も刑執行部に配属されることを回避するという結果となった。

このうち、前者は、専門家の数自体が十分ではなく、それを常時確保することは時間とコストの面で困難であろうという予測に基づくものである⁶⁶⁰。その代わりに、一定の場合には、専門家による鑑定を必ず行うことが定められたが、これについては、鑑定を行うことなく決定が下されても、当事者がそれを争わない限り有効であること、鑑定の結果に拘束力が与えられていないこと、有罪判決を受けた者に社会の安全を脅かす危険性が認められないときは、鑑定自体を省略できることなどの問題が残っている。

つぎに、後者については、ノルトホーフによれば、地方裁判所において、刑執行部、特に小執行部の業務量が極めて多いうえに、裁判の性格上、迅速を要する場合が多いため、裁判官の業務環境が相当に劣悪であるとされている⁶⁶¹。加えて、一部の受

⁶⁶⁰ Thomann, Roland, Das Vollstreckungsgericht: Testfall Landgericht Karlsruhe-Strafkammer VIII, MschrKrim 52, 1969, S.142; ders., Das Strafvollstreckungsgericht, Referat, gehalten auf der zehnten Arbeitstagung der Strafvollzugskommission, In: Bundesministerium der Justiz(hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd.10, 1970, S.94; Tröndle, Herbert, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen: Unter besonderer Berücksichtigung des „Vollstreckungsgerichts“ des Strafgesetzentwurfs 1962, ZStW 81, 1969, S.107 ff.

⁶⁶¹ Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.27. 同様の意見としては、Laubenthal, Klaus, Gewährung

刑者により際限なく行われる行刑裁判の申立てを制限しうる措置がないことから、刑執行裁判官の負担はいつそう増えることになる⁶⁶²。さらに、裁判官の間には、刑執行部の業務について、法律学とは関連がなく単に事実的な決定を下すにすぎないとする意識があるため、刑執行裁判官として任命されることを避けようとし、また、刑執行裁判官に任命された場合でも、可能な限り早く他の裁判部に移動しようとする状況が生じた⁶⁶³。そのため、刑執行部では裁判官の人事異動が頻繁に行われ、刑執行部に、特別な刑事政策的、行刑学的な知識と経験が蓄積される機会がなくなった⁶⁶⁴。これは、刑執行部の専門性を低下させるのみならず、行刑決定の統一性を害する結果さえ引き起こす⁶⁶⁵。そのうえ、地方裁判所によっては、刑執行部が独立して設置されず、刑事部が刑執行部を兼ねていたり、さらには民事部がその機能を分担したりしている場合もあるとされている⁶⁶⁶。また、刑執行裁判官を任命するにあたって、専門的な知識、経験を持っているかどうかは考慮されず、基礎的な専門知識を習得するための事前教育や定期的な研修も行われていない⁶⁶⁷。

verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes durch den Strafrichter im Verfahren nach § 109 ff. StVollzG, In: Meurer-GS, De Gruyter Recht, 2002, S.487; Stomps, Hans Goswin, Über die Bedeutung des Strafvollzugsgesetzes für die richterliche Arbeit, psychosozial 65, 1996, S.75 を参照。

⁶⁶² BVerfG vom 21.08.2001 - 2 BvR 406/00, NJW 2001, 3770; OLG Frankfurt vom 19.01.1989 - 3 Ws 867/88 (StVollz), NStZ 1989, 296; Laubenthal, Klaus, 30 Jahre Vollzugszuständigkeit der Strafvollstreckungskammern, In: Böttcher-FS, De Gruyter, 2007, S.330.

⁶⁶³ Blau, Günter, Der Vollstreckungsgericht, In: Schwind, Hans-Dieter/Blau, Günter(hrsg.), Strafvollzug in der Praxis: Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe, 2. Aufl., De Gruyter, 1988, S.342; Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.28; Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.842.

⁶⁶⁴ Laubenthal, Klaus, 30 Jahre Vollzugszuständigkeit der Strafvollstreckungskammern, In: Böttcher-FS, De Gruyter, 2007, S.330.

⁶⁶⁵ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.842.

⁶⁶⁶ Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.37; バク・ハクモ/Müller/Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』（韓国刑事政策研究院、2011年）122頁。

⁶⁶⁷ バク・ハクモ/Müller/Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』（韓国刑事政策研究院、2011年）123頁。

まず、刑執行部の専門性と行刑隣接性を確保するために、犯罪学及び行刑学に関する専門知識と経験を有する裁判官で刑執行部を構成することが必要不可欠である⁶⁶⁸。また、専門家の数が少なく、それを確保することが容易ではないであろうと考えられた過去に比べて、現在は、心理学者、社会学者、教育学者、犯罪学者及び社会福祉関係の公務員のように、専門家が多様化するとともにその数も増えたため、その需要を満たしうると考えられる⁶⁶⁹。したがって、職業裁判官ではない専門家を裁判に参加させることを検討する必要がある。そして、職業裁判官に対する教育を十分に行うことによって刑執行裁判官の専門性を高め、法実証主義的ドグマだけを重視する裁判官の根深い意識の変化ももたらすべきである。

それとともに、刑執行部の業務負担を軽減するために、行刑裁判の濫用的申立ての問題を解決することが求められる。具体的には、受刑者が、裁判を申し立てた後、積極的に協力しない場合、たとえば、申立人が口頭での聴聞への参加を明示的に拒否した場合には、民事訴訟法上の欠席裁判（同法第 330 条以下）に準ずる手続を定めることが考えられる。そのほかに、欧州人権裁判所における抗告の抹消手続を導入することも提案されている。欧州人権裁判所においては、抗告を申し立てた者が、抗告手続の継続を望まないという意思を明らかにした場合⁶⁷⁰や、裁判所からの公式の通知に対して長期間応答していない場合⁶⁷¹など、手続を継続する意思があると認められない場合には、当該抗告を事件名簿から削除できるものとしている（欧州人権条約第 37 条第 1 項第 1 文第 1 号）。このような手続を置くことにより、裁判官は、受刑者が権利救済を求める意思がないにもかかわらず、単純に不満を訴えるために裁判の申立てを濫用するような場合を除外して、業務負担を軽減することができるであろう⁶⁷²。これらは、通常の刑事裁判とは異なり、当事者の申立てにより開始される行刑裁判の特殊

⁶⁶⁸ Thomann, Roland, *Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht: Versuch einer Deutung*, F. Enke, 1973, S.27; Jung, Seung Hwan, *Richterliche Kontrolle bei Strafvollstreckung und Strafvollzug: Analyse der Rolle des Richters mit Blick auf neue Reformen im Sanktionssystem*, Peter Lang, 2001, S.82.

⁶⁶⁹ Northoff, Robert, *Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit*, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.35.

⁶⁷⁰ I.S. v. Germany, no. 31021/08, 5 June 2014.

⁶⁷¹ M.C. and Others v. the United Kingdom (striking out), nos. 25283/94 and 4 others, 21 March 2000.

⁶⁷² Laubenthal, Klaus, *Strafvollzug*, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.843; ders., 30 Jahre Vollzugszuständigkeit der Strafvollstreckungskammern, In: Böttcher-FS, De Gruyter, 2007, S.334.

性を考慮した方法ではあるものの、行刑裁判において受刑者との直接的な接触が重視されるべきことに照らすと、実際に導入するにあたっては、受刑者の利益を最大限に保障する方向で規定を設けるべきと思われる。

つぎに、受刑者の口頭聴聞手続に関して、大執行部において一人の裁判官が単独で聴聞を行ってもよいのか、又は3人の裁判官全員が参加すべきかという問題がある。もし一人の裁判官で足りるとすると、小執行部と大執行部の区別が弱まる短所はあるものの、裁判官の過重な負担を軽減するという長所があるため、一般には、一人の裁判官が単独で聴聞できるとされる⁶⁷³。

また、行刑法第8条による移送により収容施設が変更された場合のように、受刑者が刑執行部の設置されている地方裁判所の所在地から遠く離れた場所にいる場合には、受託裁判官による聴聞が可能であるかという問題もある。これは、裁判官の負担を軽減させる側面からも否定される理由はなく、ただし、例外的にそれが不可能な場合には、受刑者が地方裁判所の所在地へ移送されるべきである⁶⁷⁴。連邦最高裁判所も、裁判官が決定をするにあたって受刑者との面談が先行することが要求されるため、受託裁判官による聴聞は許されるとした⁶⁷⁵。

さらに、連邦最高裁判所は、受刑者の聴聞が裁判所の建物で行われるべきか、あるいは、行刑施設で行われてもよいのかという問題について、刑執行及び行刑の裁判において重要なのは、行刑隣接性の原則が守られることであるから、行刑施設で聴聞するのが相当であるとした⁶⁷⁶。行刑施設を訪問することにより、裁判官は、他の専門

⁶⁷³ Blau, Günter, Der Vollstreckungsgericht, In: Schwind, Hans-Dieter/Blau, Günter(hrsg.), Strafvollzug in der Praxis: Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe, 2. Aufl., De Gruyter, 1988, S.344; Rittmann, Dieter, Die Aufgaben der Strafvollstreckungskammer nach Anordnung der Unterbringung, In: Blau, Günter/Kammeier, Heinz(hrsg.), Straftäter in der Psychiatrie: Situation und Tendenzen des Maßregelvollzugs, Enke, 1985, S.173 f.; Stormberg, Eberhard, Die Strafvollstreckungskammern der Landgerichte, MDR 33, 1979, S.357.

⁶⁷⁴ Blau, Günter, Der Vollstreckungsgericht, In: Schwind, Hans-Dieter/Blau, Günter(hrsg.), Strafvollzug in der Praxis: Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe, 2. Aufl., De Gruyter, 1988, S.344.

⁶⁷⁵ BGH vom 13.09.1978 - BJs 282/74, StB 187/78, BGHSt 28, 138.

⁶⁷⁶ Ebenda.

家とも面談する機会を得るし、受刑者、さらに行刑の状況を直接に知ることができる⁶⁷⁷。行刑施設も、聴聞のために受刑者を裁判所へ移送する負担を負わなくて済み、裁判所も、そのために生じうる裁判の遅延を避けることができるという実務上のメリットもある。

なお、刑事訴訟法によれば、執行機関としての検察官は、他の地方裁判所の刑執行部に対しても検察の職務を行うことができる(刑事訴訟法第451条第3項第1文)。ただし、有罪判決を受けた者の利益のために、当該刑執行部に対応する検察官が職務を遂行することが必要な場合には、その検察官の同意の下に職務を移管することができる(刑事訴訟法第451条第3項第2文)。しかし、実務でそのような職務の移管が行われるのは、極めて例外的な場合であるから、通常、執行機関である検察官が引き続き職務を行うことになる⁶⁷⁸。したがって、他の地域で有罪判決を受けた場合には、やむを得ず遠方の検察官から意見を聞かなければならず、刑執行部と検察官の業務協力に不要な時間がかかって、手続の遅れを招くこともある⁶⁷⁹。同条項は、刑執行部が新設されたとき、「刑執行」の見出しの下に刑事訴訟法に挿入された規定であるが、そのため刑執行部に要求される行刑隣接性を考慮しなかったという批判を受けている。裁判所構成法上の検察庁の管轄に関する一般規定(第143条第1項第1文)によれば、刑執行部の設置されている地方裁判所に対応する検察庁が管轄するものとされていることに鑑みて、この規定の追加は不要であったという意見もある⁶⁸⁰。

⁶⁷⁷ Dertinger, Christian, Strafvollzug und Strafvollstreckungskammer: Wird die Neuregelung eventuell vollzugsfremde Entscheidungen nach sich ziehen?, ZfStrVo 26, 1977, S.114; Rittmann, Dieter, Die Aufgaben der Strafvollstreckungskammer nach Anordnung der Unterbringung, In: Blau, Günter/Kammeier, Heinz(hrsg.), Straftäter in der Psychiatrie: Situation und Tendenzen des Maßregelvollzugs, Enke, 1985, S.174; Stormberg, Eberhard, Die Strafvollstreckungskammern der Landgerichte, MDR 33, 1979, S.357.

⁶⁷⁸ Stormberg, Eberhard, Die Strafvollstreckungskammern der Landgerichte, MDR 33, 1979, S.354; Kamann, Ulrich, Handbuch für die Strafvollstreckung und den Strafvollzug, 2. Aufl., ZAP, 2008, Rn.275.

⁶⁷⁹ Blau, Günter, Der Vollstreckungsgericht, In: Schwind, Hans-Dieter/Blau, Günter(hrsg.), Strafvollzug in der Praxis: Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe, 2. Aufl., De Gruyter, 1988, S.345.

⁶⁸⁰ Peters, Karl, Der Auftrag des Gesetzgebers an die Strafvollstreckungskammer, GA 1977, S.107.

3. 行刑に対する司法的統制の実効性について

行刑法第 109 条以下では、刑執行部の主要な業務の一つとして、行刑に対する司法的統制を定めている。それは、基本法第 19 条第 4 項の規定により、受刑者の権利を保護するための法的手段としての手続を設けたものである。閉鎖的空間内で行われる国家権力による統制は、常に個人の権利を侵害する可能性があるため、それに対する外部からの統制が必須である。そこから、法治国家においては、行刑に対する司法的統制が当然に求められることになる。そして、刑執行部がそれを司ることにより、いっそう効果的で一貫した権利の保護を図ることができる。ただし、受刑者が救済を求める権利は、日常的で事実的な性格を持つものが多く、実際には行刑施設内での生活上の不満を訴えるにとどまる事例も少なくない。そして、前述のとおり、習慣的に裁判を申し立てる受刑者が存在し、それによって生じている刑執行部の業務負担を軽減しようとする提案がなされているのも事実である。しかし、行刑法第 109 条以下による司法的救済手段が濫用され、行刑施設や刑執行部が困難な状況に置かれるという懸念は現実化していないとされている⁶⁸¹。また、そのような困難な状況が生じているとしても、それが制度自体に問題があることによるという結論に直ちに繋がるわけではない。受刑者は、自らが置かれた不当な状況を訴え、侵害された権利の救済を受ける手続を保障されることが原則であるのみならず、法的な救済手段が設けられていることは、それだけでも受刑者が施設内での生活を送るにあたって心理的な支えとなる⁶⁸²。また、訴えの内容が極めて些細で副次的なものに思われるとしても、それは、閉鎖的な施設内で統制された生活をしている以上、やむを得ないものと理解すべきであろう⁶⁸³。

しかし、行刑法第 109 条以下による権利救済手続は、専ら受刑者の申立てに依存しているという限界がある。受刑者が、自分の権利を侵害されたことを理由として裁

⁶⁸¹ Kaiser, Günther/Schöch, Heinz, Strafvollzug, 5. Aufl., C.F. Müller, 2002, S.365 f.; Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.753.

⁶⁸² Laubenthal, Klaus, Lebenslange Freiheitsstrafe: Vollzug und Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, Schmidt-Römhild, 1987, S.138; Müller-Dietz, Heinz, Strafvollzugsrecht, 2. Aufl., De Gruyter, 1978, S.219.

⁶⁸³ Laubenthal, Klaus, Strafvollzug, 8. Aufl., Springer, 2019, Rn.754; Stomps, Hans Goswin, Über die Bedeutung des Strafvollzugsgesetzes für die richterliche Arbeit, psychosozial 65, 1996, S.75.

判を申し立てない限り、裁判所が行刑に介入する余地はない。これは、行政裁判所の不服申立手続を踏まえて制度を構想したことによる。そのため、行刑施設による違法な処分が行われ、それによる権利の侵害が認められる場合であっても、その当事者が救済の申立てをせず、又は、申立てを撤回した場合には、裁判所が判断を下すことはできない⁶⁸⁴。加えて、受刑者が置かれている状況も、積極的に権利救済を求めることの妨げになっている。不自由で統制された環境と経済的な問題、そして不服申立てが失敗した場合に生じる事態への恐怖が、受刑者が裁判を申し立てることを躊躇させる原因となるからである⁶⁸⁵。

また、行刑裁判の特別な性格に起因する問題もある。行刑法では、第 109 条以下による行刑裁判の手続に関し、刑事訴訟法の規定が一括して準用されている（行刑法第 120 条第 1 項第 2 文）。行刑裁判が、刑事裁判と密接な関係があり、刑事訴訟的な性格を有しているのは否定できない事実である。しかし、処分権主義に則った行刑法第 109 条以下による行刑裁判は、本質的に行政裁判手続の特別な形態とみなされており⁶⁸⁶、暫定的な命令と執行の強制に関し行政裁判所法第 123 条第 1 項及び第 172 条を準用していることに、行刑裁判の行政裁判としての性格がより明白に現れている。それにもかかわらず、刑事訴訟法の規定を一括して準用していることは、行刑法第 109 条以下による裁判の性格を曖昧にし、個別に適用されるべき手続規定をわかりにくくしているという批判を受けている⁶⁸⁷。そのため、以前から、行刑裁判に関する新たな法規定を設けるべきであるとする提案がなされてきた⁶⁸⁸。

⁶⁸⁴ Laubenthal, Klaus, 30 Jahre Vollzugszuständigkeit der Strafvollstreckungskammern, In: Böttcher-FS, De Gruyter, 2007, S.327 f.

⁶⁸⁵ Kaiser, Günther/Schöch, Heinz, Strafvollzug, 5. Aufl., C.F. Müller, 2002, S.382 ff.

⁶⁸⁶ Laubenthal, Klaus, Gewährung verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes durch den Strafrichter im Verfahren nach § 109 ff. StVollzG, In: Meurer-GS, De Gruyter Recht, 2002, S.485 f.; Müller-Dietz, Heinz, Die Strafvollstreckungskammer als besonderes Verwaltungsgericht, In: LG Saarbrücken-FS, Heymann, 1985, S.354.

⁶⁸⁷ Müller-Dietz, Heinz, Die Strafvollstreckungskammer-Konzeption und Funktionen eines vollzugsnahen Gerichts, Jura 3, 1981, S.125; ders., Die Strafvollstreckungskammer als besonderes Verwaltungsgericht, In: LG Saarbrücken-FS, Heymann, 1985, S.339; ders., Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm v. 22.12.1992, JR 1993, S.478.

⁶⁸⁸ Kamann, Ulrich, Gerichtlicher Rechtsschutz: Grenzen und Möglichkeiten der Kontrollen vollzuglicher Maßnahmen am Beispiel der Strafvollstreckungskammer beim Landgericht Arnsberg, Centaurus, 1991, S.336 ff.; Laubenthal, Klaus, Gewährung verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes

さらに、行刑に対する司法的統制において最も問題になることは、法律により行刑機関に与えられている裁量のため、刑執行部が受刑者の権利の保護を効果的かつ十分に遂行できていないという点であろう⁶⁸⁹。行刑法上の多くの処分は、行刑機関の裁量に委ねられており、これらの処分に対する司法審査は、裁量行為に対する司法審査に関する規定である行政裁判所法第114条第1文と同一の内容である行刑法第115条第3項の範囲内でのみ可能である。すなわち、刑執行部は、行刑機関が、自らに与えられた裁量を、その法律上の限界を超え、又は権限の目的に応じない方法で行使したか否かという限度でのみ、当該処分の違法性を審査することができる。それに加えて、行刑法に存在する多数の不確定な法概念により、その審査の範囲はさらに制限される。これにより、行刑機関の判断の余地はさらに拡大し、これが刑執行部による司法的統制のさらなる縮小をもたらす。その結果として、行刑の不法化の状態がもたらされることになる⁶⁹⁰。行刑における形成権限が完全に行政的な裁量に委ねられることになれば、それは実質的法治主義に反すること、また、一般行政法においても裁量の拡大が制限される傾向にあることに鑑みると、行刑機関の処分について、不確定な法概念を解釈し、処分の違法性を判断するにあたって、刑執行部により広い権限を与える必要性が認められよう⁶⁹¹。

durch den Strafrichter im Verfahren nach § 109 ff. StVollzG, In: Meurer-GS, De Gruyter Recht, 2002, S.483 ff.; Lesting, W., Vorschläge zur Verbesserung des Rechtsschutzes von Strafgefangenen, KrimJ 25, 1993, S.48 ff.

⁶⁸⁹ Laubenthal, Klaus, 30 Jahre Vollzugszuständigkeit der Strafvollstreckungskammern, In: Böttcher-FS, De Gruyter, 2007, S.331; Müller-Dietz, Heinz, Menschenrechte und Strafvollzug, In: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz(hrsg.), Langer Freiheitsentzug-wie lange noch?: Plädoyer für eine antizyklische Kriminalpolitik, Forum Verlag Godesberg, 1994, S.49.

⁶⁹⁰ Kamann, Ulrich, Der Beurteilungsspielraum und sein Einfluss auf die Ver-un-rechtlichung des Strafvollzuges, ZRP 27, 1994, S.474; Dünkel, Frieder, Die Rechtsstellung von Strafgefangenen und Möglichkeiten der rechtlichen Kontrolle von Vollzugsentscheidungen in Deutschland, GA 143, 1996, S.524; Volckart, Bernd, Praxis der Kriminalprognose: Methodologie und Rechtsanwendung, C.H. Beck, 1997, 146 f.

⁶⁹¹ Jung, Seung Hwan, Richterliche Kontrolle bei Strafvollstreckung und Strafvollzug: Analyse der Rolle des Richters mit Blick auf neue Reformen im Sanktionssystem, Peter Lang, 2001, S.87 f.

4. 刑執行部の総合的な評価

ドイツにおいて 1970 年代に刑執行部が導入されたのは、即興的なインスピレーションの発露ではなく、長い期間にわたって行われた刑事法全般に渡る改正や行刑改革が結実したものであった⁶⁹²。その作業は、前述したように、戦後約 20 年間、数々の提案やそれに関する議論と検討が行われる中で完成されたものであった。さらに、それは、ベッカリーアの時代から始まった刑罰の本質と原則についての人道主義的考察の延長線上にあるとともに、より効果的かつ専門的な刑事手続と行刑が必要であるという理解のもとに、法と制度をもってそれを実現しようとした努力の結果であった。

ヨーロッパ全体に影響を与えた刑罰改革の動きは、死刑と身体刑を中心とした刑罰を、残酷な苦痛を伴わない刑罰に変え、単に犯罪者を罰し苦痛を与えることだけを目的とした刑罰を、犯罪者の改善と再犯の予防を目的とする刑罰に生まれ変わらせた。近代的法治国家の成立により、刑罰の宣告と執行は法律によってのみ可能となり、それによって行政による恣意的な行刑は否定され、無条件の服従を強いられていた受刑者は、その法的地位を保障されることになった。行刑は、人間の尊厳と自由を最も重視する自由主義的法治国家原則を中心とし、その実現にあたっては、実質的平等を追求する社会的法治国家原則にも合致することが、憲法から要請された。それに応じて、行刑の再社会化目的が追求され、達成される過程で、不合理で強制的な処遇に対する司法的救済手続を設けることが必然的に求められた。なお、個々の犯罪者の改善と再犯防止のために、刑罰の代わりとして、又は刑罰と併せて、改善及び保安処分を課することができることになり、そのうち自由を剥奪する形態の改善及び保安処分の執行に関しては、刑罰と同様の原理と規定が適用されることになった。

このような動きが起きる以前から、法律に基づきいかなる刑事制裁が適切であるかを決定するのは裁判官の役割であることは、疑いのない命題であった。また、当然ながら、裁判官は行政上の処分に対する司法審査を行う主体に該当した。刑事制裁が言い渡された後、その執行の段階に入ると、その時点からもはや司法の領域ではなく、それに対する司法審査もその申立てがあってはじめて可能になる。しかし、権力分立の要請と罪刑法定主義に基づいて、行政の領域であった刑事制裁の執行にも司法が介入すべきであるという主張が登場した。それによると、裁判官は、刑事制裁を決定す

⁶⁹² Tröndle, Herbert, Die Aufgabe des Gerichts bei der Anwendung der Strafen: Unter besonderer Berücksichtigung des „Vollstreckungsgerichts“ des Strafgesetzentwurfs 1962, ZStW 81, 1969, S.88.

る段階のみならず、それを適用する段階においても役割を担わなくてはならず、その役割は、監督の任務にとどまらず、関連する決定を行う権限までを含むものであった。これは、受刑者の権利を効果的に保障し、刑罰の責任原則と再社会化原則に基づき、個々の必要性に対応するように刑事制裁を調整するためにも求められると考えられた。かくして、その形態を問わず、行刑施設に隣接し、相互協力の容易な裁判所において、行刑に関する専門知識を持った裁判官により、刑事制裁の執行に対する監督と決定が行われる必要があるという理解が浸透することになった。そして、その最適な形態は何かについて数多くの議論を重ねた結果、ドイツにおいては、行刑施設が所在する区域を管轄する地方裁判所に刑執行部を設置し、刑執行及び行刑に係る事項を司るようにしたのであった。これにより、刑事制裁の執行に関する司法的決定を刑執行部に集中させ、より専門的かつ効果的で一貫した法制度の運用を可能にすることが期待されたのである⁶⁹³。

しかし、ドイツにおいて、実際、刑執行部を導入し運用してきた中で、前述のとおり、①管轄及び手続に関する複雑な規定方式、②刑執行部の専門性及び行刑隣接性の弱体化、③行刑に対する司法的統制の限界、④受刑者の権利救済の不十分さについて、問題の提起がなされた。これに対する解決策としては、法律の明確性原則、刑執行部の目的及び業務の性格に基づいた立法的解決、裁判官に対する専門教育の実施及び専門家の裁判への参加、業務量の軽減及び行刑隣接性の強体化のための手続の検討、それらを通じた裁判官の認識の転換、司法審査の対象及び範囲の拡大、裁判所の判断権限の拡大による司法的統制権限の強化などが提案されてきた。

このように、なお解決すべき問題が残されているとはいえ、同時に、制度の改善に向けた以下のような努力が行われていることも明らかである。とりわけ、自由刑の執行後に保安監置の執行が予定されている、又はその可能性のある受刑者に対し、保安監置の執行を避けるための刑法第 66 条 c による措置が行われなければならない場合に、行刑機関の当該義務の履行を監督する権限が裁判所に与えられたのは、相当大的な意味を有する。行刑における裁判所の役割には、権利の事後的救済のみならず、行刑処遇の決定と全行刑過程に対する監督が含まれるとされるにもかかわらず、ドイツの刑執行部は権利救済に関する審査のみを行うものとされていたため、行刑に対する裁判所の権限を拡大する必要性が指摘されてきたことは、前述したとおりである。2013 年の「保安監置法における差別化要求の連邦法上の実現のための法律」により、

⁶⁹³ Northoff, Robert, Strafvollstreckungskammer: Anspruch und Wirklichkeit, Eigenverlag der Deutschen Bewährungshilfe, 1985, S.8.

職権による裁判所の定期的な監督が行われるようになったことは、行刑中の差別化措置に対する監督に限られたものではあるが、申立てに依存して事後的に行われていた行刑に対する司法的統制を拡大するための最初の一步を踏み出したものといえる。さらに、行刑機関の不履行があったと判断された場合には、裁判所が、将来いかなる措置が行われるべきかについて、具体的に決定することになっており、これは、行刑における裁判所の決定権を部分的ながらも認めたものといえる。

それに加えて、同法には、行刑裁判による権利救済の実効性を確保するためのいくつかの改正事項も含まれていた。すなわち、①ラント法上の規定がある場合には、行刑法第 109 条以下による行刑裁判を申し立てる前に、行政裁判所法による不服申立てを経ることを要求することができるとしていた旧行刑法第 109 条第 3 項を削除することにより、受刑者の迅速な裁判を受ける権利を保障し、権利救済の可能性を高めたこと、②それまでは、行刑裁判に先立って権利保護のための暫定的命令が下され、又は、行刑裁判の結果、受刑者に有利な決定が下されたとしても、それを執行する手段がなかったが、履行強制金の賦課とその強制執行に関する行政裁判所法第 172 条を準用することにより、行刑機関に対し、命じられた義務を履行するように強制することができるようになったこと、③刑事訴訟法上必要的弁護の規定が適用されない行刑裁判において、保安監置法における差別化措置が対象である場合には、裁判所が職権で弁護士を任命するものとしたことである。

そのほかにも、2011 年の「長期化した裁判手続と刑法上の捜査手続における権利保護に関する法律」により、手続が遅れた場合に発生した損害を賠償する制度が設けられ、それが行刑法第 109 条以下による権利救済手続にも適用されることになった。それに従って、受刑者は、行刑裁判の遅延により十分な権利の救済を受けなかった場合に、それによる損害の賠償を求めることができるようになった。これは、刑執行部がより迅速に裁判を行うように促す要因となり、受刑者の権利救済の実効性を高める効果をもたらす。

このように、ドイツにおいては、受刑者の権利を保障するための制度の改善と法律の改正が継続的に行われている。もとより、これから、指摘がなされた問題を解決しなければならないという課題も残っている。しかし、改めて考えてみると、これまで指摘した問題はすべて、手続的かつ実務的な事項に関するものであり、刑執行部の導入の根拠となった基本原則や目的に関する問題の提起ではない。ドイツにおいて本格的に刑事法改正と刑罰及び行刑の改革が始まってから約 100 年が経過し、刑執行部が制度化されてからは約 40 年が過ぎたが、当時合意された改革の精神と原則は相変わらず有効であり、刑事制度の根幹を成している。現在も、人道的刑罰、法治主義、

そして行刑の再社会化目的は、刑事政策が進むべき方向を示すものである。したがって、裁判所が刑事制裁の執行に関する決定と行刑に対する監督を行わなければならないということは、依然として実現されるべき命題であり、それを実現する役割を担うドイツの刑執行部は、引き続き存在意義を有する。

第2節 日本と韓国における自由刑の執行に対する司法的統制の提言

1. 制度整備の必要性

刑罰は人道的なものでなければならず、また、刑罰の目的は犯罪者の再犯防止にあるということは、ドイツをはじめとするヨーロッパだけではなく、日本と韓国でも認められている。両国の行刑は、共通して、「受刑者の改善及び社会復帰と処遇における人権の尊重」に立脚している（日本刑事収容施設法第1条及び第30条、韓国刑執行法第1条及び第4条）。それにもかかわらず、両国では、「刑執行」と「行刑」という概念の明確な区別が存在せず、したがって、それぞれにおける司法的関与の必要性や程度の違いに関する議論もほとんど行われていない。それに関するヨーロッパの議論の積極的な紹介もなされておらず、ごく一部の学者による少数の論文があるのみである⁶⁹⁴。刑の言渡しは司法機関で、刑の執行は行政機関で、という二分法的思考が刑事司法制度全体を支配している。

⁶⁹⁴ 朝倉京一「行刑から見た裁判」ジュリスト 469号（1971年）108-112頁；森下忠「行刑の司法化」ジュリスト 668号（1978年）106-112頁；同『犯罪者処遇論の課題』（成文堂、1988年）158-177頁；藤野豊「フランスの犯罪学・刑事司法・行刑」法律のひろば 14巻 10号（1961年）15-19頁；相澤育郎「フランスにおける刑罰適用裁判官の歴史的展開」龍谷法学 48巻 2号（2015年）965-1007頁；同「フランスにおける刑罰適用裁判官の制度的展開（1）（2・完）」龍谷法学 48巻 3号（2016年）1303-1354頁、49巻 2号（2016年）451-503頁；浜井浩一『罪を犯した人を排除しないイタリアの挑戦—隔離から地域での自立支援へ』（現代人文社、2013年）24-36頁

しかし、前述したように、人道的な刑罰の実現と行刑の再社会化目的をより効果的に達成し、法治主義を忠実に実現するためには、刑罰の決定に限らず、刑罰の適用に関しても司法的統制が求められる。歴史の中で、自由刑が主要な刑罰として選択され、発展してきた理由とその過程に照らし、自由刑の本質である施設拘禁による自由の剥奪とそれに伴うやむを得ない権利の制限を除き、それ以外の不当な権利の侵害は防止されるべきであり、また、その救済が行われるべきであるということには意見の一致がある⁶⁹⁵。そのためには、裁判所により自由刑が言い渡され、その執行が法律により規律されるべきことは、自明の理である。さらに、受刑者をはじめとするすべての者は、侵害された権利の救済を裁判所に求める権利が認められるということにも疑いの余地はない⁶⁹⁶。現在は、裁判所により言い渡された自由刑の内容は、法律で定められた枠内における一定期間の自由の剥奪であり、それを延長又は変更する決定は、裁判所により行われなければならないということを、一般的な原則として合意すべき段階にきている。そして、単に理想的な法制度又は法原則の宣言にとどまらず、それが現に実現されうるように制度を整備することが必要である。

2. 自由刑の執行に対する司法的統制の強化

自由刑は自由を剥奪し再社会化を図る刑罰である。自由刑の執行について、ドイツにおいては、自由を剥奪するかどうか、及びその目的に応じて刑が執行されるかど

<以上、日本>。ジョン・スンファン「行刑に対する司法的統制を提案する」法と社会9巻1号(1994年)138-161頁；同「行刑法官 (Strafvollzugsrichter) の導入に関する考察」刑事政策研究48号(2001年)66-98頁；同「刑罰執行に対する法官の統制と刑執行法院の必要性」刑事法研究22号(2004年)374-406頁；ジョン・スンファン／シン・ウンヨン「仮釈放の司法処分化方案研究」刑事政策23巻2号(2011年)215-240頁；パク・ハクモ／Müller／Jarvers『刑事執行手続における司法審査方案に関する研究』(韓国刑事政策研究院、2011年)33-232頁<以上、韓国>。

⁶⁹⁵ 石原明「受刑者の法的地位考察の方法論—将来の行刑のために」刑法雑誌21巻1号(1976年)3-5頁。

⁶⁹⁶ Kadish, Sanford H., "Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Processes", *Harvard Law Review*, vol. 75, no. 5, 1962, pp.926-929; 福田雅章「行刑問題に対する裁判所の関与—アメリカにおけるハンズ-オフ・ドクトリン(不干涉主義)の崩壊」一橋論叢71巻1号(1974年)62-63頁。

うかに関する「刑執行」と、刑が執行される過程で必然的に伴う自由の制限及び具体的に行われるべき処遇に関する「行刑」という概念を区別している。それに対しては、こうした概念の区別がはたして必要なのかという疑問もありうる。日本と韓国においては、用語の問題もあって、この2つの概念の区別を理解することが容易ではないということからも、あえてそのような概念の区別をする必要はなく、そうした区別の根底にある考え方を理解することで充分であると思われる。それは、有罪判決を受けた者を刑事施設に拘置し自由を剥奪するという自由刑の本質と、自由刑の執行を通じて達成しようとする再社会化目的を前提としたうえで、自由刑の執行に伴う権利の制限と様々な処遇が、再社会化目的に寄与するか、施設の安全と秩序のためにやむを得ないか否かを監督し、さらには、そのような自由刑を執行するかどうかを判断するのが、自由刑の執行における裁判所の役割であるということである。

このような理解に基づき、必ず裁判所により決定されるべき最低限の事項を定めることは、法律上規定された受刑者の法的地位を保障し、再社会化を達成するための不可欠な要素となる。上記の基準によると、裁判所は、自由刑を執行するかどうかの決定である刑の（一部）執行猶予と仮釈放、行刑における一時的な自由を与える外出及び帰休、又は執行方法の変更に当たる開放的処遇を許すかどうかを決定しなければならないことになる。また、それに加えて、行刑過程全般に対する監督と、各種の処分及びその不作為の適法性の審査も、裁判所により行われなければならない。しかし、現在、日本と韓国の場合、刑の（一部）執行猶予を除いては、裁判所に決定権限がなく、執行全般に対する裁判所の監督権限も認められていない。一般的な行政訴訟手続に従い、処分の適法性について裁判所が事後的に審査しうる可能性が開かれているだけである。さらに、仮釈放については、それが認められない場合、仮釈放を許さない旨の決定はなされず、処分に当たるものがないため、それに対し不服申立てをすることもできない。

最終的には、裁判所の関与を必要とするすべての事項について、そのための制度が設けられるべきであるが、自由刑を執行するかどうかの決定である仮釈放についてはその必要性がいっそう強く認められる。

日本における仮釈放は、受刑者の改善更生を図るための制度として位置づけられている。仮釈放の手続に関して定めている更生保護法が、社会内において適切な処遇を行うことにより、犯罪者が再び犯罪をすることを防ぎ、改善更生することを助けることを、法の目的として掲げ、その改善更生のために必要かつ相当な限度において同法上の措置を行うとしていることから、それがわかる（更生保護法第1条、第3条）。すなわち、仮釈放は、残りの期間、刑事施設内で刑の執行をしなくても、再犯を行う

ことなく社会生活を営むことができると認められる受刑者に対して行われるものであり、そのような可能性を法律に規定することにより、刑事施設における刑の執行期間中に、受刑者の改善更生への積極的な意思を導き出そうとする目的を持つ。また、仮釈放は、その取消しが可能である点からも、対象者の再犯を防ぎ、再社会化を図る効果が認められる。これと同様な趣旨を有する制度として、刑の執行猶予制度が挙げられる⁶⁹⁷。刑の執行猶予制度は、言い渡された自由刑の全部又は一部の期間について、その本質であるところの身体の自由の剥奪を行わないという点でも、仮釈放制度との共通点がある。しかし、仮釈放は、刑の執行を開始した後の一定の時点で、行政官庁である地方更生保護委員会によってその決定がなされるのに対し、刑の執行猶予は、判決時に裁判所によって決定がなされる。また、その取消しに関しても、仮釈放は地方更生保護委員会によって決定されるのに対し、刑の執行猶予は裁判官によって決定される。両制度の趣旨が同様であるにもかかわらず、刑の執行猶予の決定は司法手続により、仮釈放の決定は行政手続により行われるが、その手続について差異を設けなければならない規範的理由はない。現行法上、仮釈放が行政官庁によって決定されることになっているのは、仮釈放が刑事裁判の結果として、刑の執行が開始された後に、すなわち行刑中に行われる処分であり、このような行刑上の処分に関する決定権限は行政官庁に与えられているという伝統的な考え方のためである⁶⁹⁸。しかし、仮釈放は、単にその決定が行刑中に行われるというだけで、その実質的な内容は、施設収容における必要な処遇の決定ではなく、その時点以降も施設収容を継続するか否かの決定にほかならない。

つまり、仮釈放は、受刑者の改善更生のためには、刑事施設内での自由刑の執行は要求されないという判断に基づいて、定められた刑期の間、刑事施設に収容することにより自由を奪うという、裁判所による判決の内容を変更するものである。そして、そのような裁判所の判決を変更する権限は、専ら裁判官に与えられるべきものである

⁶⁹⁷ 川出敏裕／金光旭『刑事政策』第2版（成文堂、2018年）160頁；藤本哲也『刑事政策概論』全訂第7版（青林書院、2015年）182-183頁。

⁶⁹⁸ 刑罰の執行権限が司法権から行政権へ移行した過程については、ミシェル・フーコー（田村俣訳）『監獄の誕生：監視と処罰』（新潮社、1977年）14-15、25-28頁；同（オ・センゲン訳）『監視と処罰：監獄の誕生』（ナナム、2016年）32-33、49-54頁を、仮釈放制度の沿革については、Abadinsky, Howard, *Probation and Parole: Theory and Practice*, 11th ed., Prentice Hall, 2012, pp.119-121; Petersilia, Joan, *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, 2009, pp.55-57を参照。

から、仮釈放は、裁判所によって決定されるべきである。これは、裁判所によって言い渡された刑罰の執行方式を変更することは裁判所の任務であるとする国際的な動向にも合致する。それは、受刑者の法的地位の保障にも資する。仮釈放の決定が司法手続により行われることは、その決定に対する受刑者の不服手段が設けられ、受刑者に社会内におけるのと同じの法的地位が認められることを意味するからである。さらに、それは、行刑の再社会化という刑事政策的な目的にもより適合する。

仮釈放制度と刑の一部執行猶予制度を比較すると、仮釈放が裁判所によって決定されるべき理由がいっそう明らかになる。両制度は、施設内処遇と社会内処遇の連携を通じて受刑者の改善更生を図るという共通の目的を有する⁶⁹⁹。また、刑の一部執行猶予制度の導入の理由には、上記の目的が十分に達成されていない現行の仮釈放制度の問題を解決するという刑事政策的な意味が含まれている⁷⁰⁰。すなわち、仮釈放の際には保護観察に付されることになっているが、現在は、残刑期間主義が採用されており、実務上、仮釈放になる時期が遅いために保護観察期間が十分に確保されないという問題がある。その解決策として、保護観察期間を残刑期間とは別に決める必要があるという主張がなされてきた。しかし、単純に、残刑期間を超えて保護観察に付すことになると、責任主義に反する可能性がある。そこで考えられるのが、仮釈放の時点で残刑の執行を猶予したうえで、その執行猶予期間、保護観察に付すというものであるが、行政官庁が仮釈放を決定することになっている現行の仮釈放制度の下では、これは裁判所が言い渡した刑を行政官庁が変更することを認めることになる。そこで、こうした問題を生じさせることなく、犯罪者ごとの個別的な必要性に応じて十分な保護観察期間を定めることができるようにする制度として考え出されたのが、刑の一部執行猶予制度である⁷⁰¹。つまり、刑の一部執行猶予制度を導入した背景には、仮釈放後の保護観察期間を残刑期間とは別に決めるとした場合に生じる決定権限をめぐる問題を回避するという意図もあったのであり、このことからすると、端的に裁判所が仮釈放を決定するという制度を認める政策的な理由もあるといえる。

⁶⁹⁹ 川出敏裕／金光旭『刑事政策』第2版（成文堂、2018年）247頁；太田達也『刑の一部執行猶予：犯罪者の改善更生と再犯防止』改訂増補版（慶應義塾大学出版会、2018年）6-7頁。

⁷⁰⁰ 第183回国会参議院法務委員会会議録第6号（平成25年5月28日）1-2頁；第183回国会衆議院法務委員会会議録第16号（平成25年6月7日）2頁。

⁷⁰¹ 太田達也「日本での「刑の一部執行猶予」制度の意義と課題」被害者学研究24巻1号（2016年）29-34頁；同『刑の一部執行猶予：犯罪者の改善更生と再犯防止』改訂増補版（慶應義塾大学出版会、2018年）9-10頁。

他方で、このことは、現行法のように残刑期間主義を採れば、行政機関によって仮釈放が決定されることに何の問題もないということを意味するわけではない。すなわち、仮釈放が許されない場合、受刑者は、社会に復帰して自由を回復するという仮釈放の利益を享受することができなくなる。しかし、受刑者には仮釈放の審査を申請する権限もないし、仮釈放を許す決定が下されなかったことに対して不服を申し立てることも認められていない。それゆえ、法的に仮釈放が可能となる期間以降も、受刑者は、実際に仮釈放が行われる時期を予測できない不安定な地位に置かれていることになる。また、仮釈放された場合にも、保護観察により、仮釈放者の自由は制限されるうえ、仮釈放が取り消された場合には、刑事施設に再収容され、元々の残刑期間、自由が剥奪される可能性も存在する。このような点を考えれば、残刑期間に限って、仮釈放し、保護観察に付するのは、それによって刑期が延びることはなく、自由が与えられるのであるから、受刑者にとって何ら不利益はないと言い切ることは困難である。そのような主張は、現在では妥当でないとされている⁷⁰²、仮釈放を恩恵的措置として捉える考え方がなお残存していることを示すものである⁷⁰³。さらに、仮釈放に係る判断が完全に行政官庁の裁量に委ねられていることは、実質的法治主義にも反する⁷⁰⁴。現代の刑罰政策に即して、自由刑の執行は、受刑者の法的地位の保障と行刑における再社会化の目的の実現という原則に基づくべきであり、これは仮釈放に関しても同様に求められる。

このことは、韓国においても同様である。韓国の仮釈放制度も再社会化を目的とする行刑制度の一種とされる⁷⁰⁵。現行刑法は、仮釈放を行政処分として行うと定めており（韓国刑法第 72 条第 1 項）、独立の行政機関である仮釈放審査委員会がその決定を行っている（刑執行法第 119 条）。一部を除いては、日本の仮釈放制度と類似したものであり、問題も共通している。それにもかかわらず、実務においては、依然として、仮釈放は受刑者に対する恩恵的措置と考えられており、仮釈放制度の改善は行わ

⁷⁰² 太田達也『仮釈放の理論：矯正・保護の連携と再犯防止』（慶應義塾大学出版会、2017 年）18-19、27 頁。

⁷⁰³ 森下忠「仮釈放」平場安治／平野龍一編『刑法改正の研究 1 概論・総則－改正草案の批判的検討』（東京大学出版会、1972 年）306 頁

⁷⁰⁴ Kadish, Sanford H., “Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Processes”, *Harvard Law Review*, vol. 75, no. 5, 1962, p.923; 福田雅章「行刑問題に対する裁判所の関与－アメリカにおけるハンズ・オフ・ドクトリン(不干涉主義)の崩壊」一橋論叢 71 巻 1 号 (1974 年) 54-55 頁。

⁷⁰⁵ イ・ボヨン「仮釈放制度の実態と活性化方案」矯正研究 5 号 (1995 年) 141-142 頁。

れていない。また、韓国では、刑の一部執行猶予は認められていないので、それに関する前述の議論はあてはまらないが、裁判所による仮釈放の決定の必要性についての上記の議論は、韓国でも同様に意味を有する⁷⁰⁶。

3. 刑執行裁判所の創設の可能性

日本と韓国においても、ドイツをはじめとするヨーロッパ諸国と同様に、自由刑の執行に対する司法的統制が必要であるという前提の下に、これを新たな制度をもって実現することが、今後の改革課題となる。その具体的な実現方法は、各国の事情に応じて変わりうるから、これから各分野の専門家が一緒に議論し、考えていくべきものであろう。そこで、ここでは、実現の可能性と、原則的に念頭に置くべきことについて述べることにする。

自由刑の執行に対する司法的統制の方式としては、第1審と控訴審を担当する専門裁判所としての刑執行・行刑裁判所を設立する形態、地方裁判所に第1審としての刑執行部又は行刑部を設置し、控訴審は高等裁判所の刑事部が管轄する形態、地方裁判所又は高等裁判所の刑事部で関連業務を司る形態が考えられる。

まず、専門裁判所としての刑執行・行刑裁判所が、特別裁判所に該当するかどうかについて確認することが求められる。現在、専門裁判所として、日本には家庭裁判所と知的財産高等裁判所が、韓国には家庭法院、行政法院、特許法院と回生法院が設置されている。ただし、日本の場合には、憲法により特別裁判所の設置は禁止されており（日本国憲法第76条第2項）、それに対応して戦前の行政裁判所が廃止されたという経緯がある。しかし、日本国憲法の制定により廃止された行政裁判所は、フランスの國務院（Conseil d'Etat）の影響を受けた一審制の行政裁判所であった⁷⁰⁷。すなわち、行政権の司法権からの独立を強調し、行政作用に対する司法審査を排除するもの

⁷⁰⁶ ジョン・スンファン／シン・ウンヨン「仮釈放の司法処分化方案研究」刑事政策 23 巻 2 号（2011 年）215-223 頁。

⁷⁰⁷ 横山信二「行政裁判所／Tribunal administratif と行政委員会／Administrative Tribunal—行政活動の裁判統制と司法審査—」広島法学 38 巻 1 号（2014 年）110 頁。

であって、その判断は最上級審（当時、大審院）の審査を受けることもないものであった。したがって、同裁判所は、行政機関は終審として裁判を行うことができないという同条項後文に違背するものであったため、廃止されたのである。それ以後、家庭裁判所についても、憲法上の特別裁判所に該当するかが問題となったが、判例は、家庭裁判所は通常裁判所の系列に属する下級裁判所として裁判所法により設置されたものにほかならないという理由で、それを否定した⁷⁰⁸。このことから、日本においても、最高裁判所の系列に属する下級裁判所として専門裁判所を設置することは可能であると考えられる。これは、韓国の場合も同様である。それゆえ、日本と韓国において、既に設置されている専門裁判所のような形態の刑執行・行刑裁判所の設立は可能であるといえよう。

上記の内容を踏まえて、自由刑の執行に対する司法的統制の方式を検討すると、次のとおりである。自由刑の執行が持つ専門性と特殊性に照らせば、第1の形態が最も理想的であるといえるが、同時に、最も大規模で困難な改革が必要となる。そこで、その変形として、日本の知的財産高等裁判所又は韓国の特許法院の例に準じて、高等裁判所レベルでの専門裁判所を設置する形態も可能であろう。あるいは、日本の家庭裁判所又は韓国の家庭法院、行政法院と回生法院の例を範として、地方裁判所レベルでの専門裁判所を設置し、専門裁判所は第1審裁判を行い、高等裁判所が控訴審を担当するという、折衷的な形態も考えることができる。

第2の形態は、ドイツのように、地方裁判所に、第一審として、自由刑の執行に関する決定や監督を行う専門裁判部を設置するものである。控訴審については、高等裁判所の刑事部が管轄するのが、組織の構成面では最も簡便であろう。この形態は、専門裁判所を新たに設立するという困難がなく、既存の裁判所の組織内に専門裁判部を置くことにより、関連業務の専門性を図ることができるという長所がある。また、行刑施設に最も近い裁判所組織である地方裁判所に設置することにより、行刑隣接性を満たしうるとともに、第一審として専門裁判部が置かれることにより、第一審から専門知識に基づく裁判が可能であるうえに、より迅速な事件の処理にも資するという長所もある。

第3の形態は、既存の地方裁判所又は高等裁判所の刑事部が、従来の裁判業務に加え、自由刑の執行に関する裁判業務も司るものである。ただし、これは、あくまでも可能性のレベルでの提案であって、実際には裁判官の業務負担の増加を考えると、

⁷⁰⁸ 最大判昭和31・5・30刑集10巻5号756頁。

実現は難しいと考えられる。また、この形態については、裁判官が、事実審での判断に基づく予断を持って審理に臨むことになるという欠点があるうえ、裁判官の専門性が確保できないという問題もある。それゆえ、この形態を採るのであれば、裁判官の業務量を軽減する措置が同時に実施されるべきであり、また、裁判官に不足している専門性を補うために、専門家の鑑定を必ず行うようにすることが求められるであろう。

このうちのいかなる形態をとるべきかについては、これまで継続して強調されてきた専門性と行刑隣接性を最優先に考慮すべきだとすれば、第1又は第2の形態が推奨されることになる。その場合に、地方裁判所レベルで専門裁判所又は専門裁判部を置く形態と、高等裁判所レベルで専門裁判所又は専門裁判部を置く形態とを比較すると、後者は、前者よりも、全国の刑執行・行刑事件について専門的かつ統一的な解決を図ることができるという利点があるものの、その一方で、行刑隣接性を欠くという問題がある。もっとも、前者による場合にも、高等裁判所の刑事部が控訴審を管轄することにより、判決の統一性を図ることは可能である。

いかなる形態を採るにせよ、その裁判手続においては、裁判官の職権による調査、専門家の鑑定、関係人からの意見の聴取、そして、当事者である受刑者の聴聞が必ず行われるべきことは明らかである。また、裁判官の職権による手続の開始権限、定期的な行刑施設の視察のような監督権限も与えるべきである。裁判所に専門調査官を配置することも一つの手段になると思われる。

仮に、こうした自由刑の執行に対する司法的統制について合意に至らなかった場合には、既存の行政手続による仕組みの枠内で、司法的関与の方策を講じなければならない。行刑一般についての不服申立手続（日本刑事収容施設法第157条以下；韓国の場合はない。）に加えて、行政機関による仮釈放の決定に対する特別な不服申立手続を設け、両手続に裁判官を参加させ、又は裁判官の意見を聴取すること、裁判官に行刑施設の視察や情願の受理の義務を課すことなどがその例として挙げられる。

法律を改正し、制度を改革することは、単に原則を主張するだけで可能となるわけではないのは明らかである。しかし、その原則を継続的に掲げ、その実現のための方策について議論を続けていくことが求められる。さらに、現代では、訴訟が多様化かつ専門化していく傾向にあり、裁判所の専門化も避けられない課題となっている。自由刑の執行の特殊性と専門性、それに加えて、社会の安全を図りつつ、有罪判決を受けた者の権利を保護するという課題の重要性に照らし、それに関する専門裁判所の設置の必要性が認められる。日本と韓国のいずれにおいても、社会的に専門性を要すると認められた一定の分野については、既に専門裁判所を設置している。刑執行・行

刑裁判所につき現実的な制度を構想するにあたって、そうした専門裁判所の例を参照しながら議論を始めることも一つの方法であろう。とりわけ、日本において、1950年に初めて特許関連の事件を担当する裁判部が設置されてから、2005年に知的財産高等裁判所が設置されるまで、50年以上にわたって行われてきた多くの議論と試みは参考になると思われる。また、既に刑執行・行刑裁判所を設置している外国の状況、さらに、それとは異なる方法で自由刑の執行に対する司法的統制を実施している外国の状況を調査することも、制度の発展の土台となるであろう。そのような観点から見ると、本研究の対象としたドイツの制度は、その問題点や改善点を含めて、日本と韓国に示唆するところが大きいといえよう。特に、ドイツの刑執行部は、折衷的で現実的な制度改正の例として参考になりうると思われる。それを踏まえて、現時点では、自由刑の執行に対する司法的統制が必要であるという大原則に合意したうえで、地方裁判所の刑事部内に専門裁判部である刑執行部又は行刑部を置くことから始めてみることを提案したい。