

|      |                                 |
|------|---------------------------------|
| タイトル | ドイツ連邦政府「行状監督改正法案」(2006年4月5日)(4) |
| 著者   | 吉田, 敏雄                          |
| 引用   | 北海学園大学学園論集, 132: 79-94          |
| 発行日  | 2007-06-00                      |

# ドイツ連邦政府「行状監督改正法案」 (2006 年 4 月 5 日) (4)

吉 田 敏 雄

## 目次

### はじめに

#### I 問題と目的

#### II 総則〔理由書〕

##### 1. 出発点

##### 2. 法案の目的設定と内容

#### III 各則・法案の内容要旨〔理由書〕

##### 1. 刑罰で担保された指図型録の拡大

##### 2. 指図違反の法定刑の 3 年の自由刑への引き上げ

##### 3. 有罪の宣告をされた者の居所調査を命令する行状監督所の権限の創設

##### 4. 引致命令を発する行状監督所の権限の創設

(以上 129 号)

##### 5. 刑法典第 63 条〔精神病院における収容〕又は第 64 条〔禁絶施設における収容〕により収容が保護観察のために猶予された者の危機介入及び危機予防のための暫定的施設収容の可能性の創設, 刑法典第 67 条 h〔期限付きの再執行, 危機介入〕

##### 6. 上限の経過の故の刑法第 64 条〔禁絶施設における収容〕の定める収容終了後も行状監督を行うこと, 刑法典第 67 条 d〔収容の期間〕第 4 項

##### 7. 行状監督の領域で引き続き世話がなされないと, 間もなくまたもや精神病又は精神障害に陥ると思われる司法精神病院の元患者の場合, 及び, 重い性犯罪の場合においては行為者に継続的危険性がある場合における期限を付さない行状監督の延長の可能性, 刑法典第 68 条 c〔行状監督の期間〕第 3 項

##### 8. 処分執行患者及び被拘禁釈放者のための, 特に, 司法外来診療部による, 精神医学的, 心理治療的又は社会治療の後療法を行状監督の法規制に含めること, 刑法典第 68 条 b〔指図〕第 2 項 2 文, 3 文及び第 68 条 a〔監督所, 保護観察官〕第 7 項

##### 9. 処分における収容の猶予の取り消しの可能性を拡大すること, 刑法典第 67 条 g〔猶予の取り消し〕第 1 項 2 文

10. 行状監督開始時点の明確化, 刑法典第68条c〔行状監督の期間〕第4項
11. 刑罰執行又は処分執行の領域における二重世話の回避, 刑法典第68条e〔行状監督の終了〕
12. 行状監督の時効の新規制, 刑法典第79条〔時効の期間〕第4項
13. 「満期服役」の場合における行状監督開始の前提要件の新規制, 刑法典第68条f〔残刑が猶予されないときの行状監督〕第1項1文

(以上130号)

#### IV ソーシャルワーク, 刑法及び刑事政策のためのドイツ保護観察協会 (DBH)―専門家団体の意見書

##### 1 行状監督規定の新起草に向けた質問に対する回答

質問1～質問2

(以上131号)

質問3～質問12

##### 2 行状監督改正法草案に関する意見

- (1) 個別規定に関する意見
- (2) その他の所見

#### V 行状監督改正法の成立

- (1) 行状監督改正法の成立とその主な改正点
- (2) 参考人聴聞会における専門家の意見
  - a フランツ・シュートレング教授の意見

(以上本号)

#### IV ソーシャルワーク, 刑法及び刑事政策のための ドイツ保護観察協会 (DBH)―専門家団体の意見書

##### 1 行状監督規定の新起草に向けた質問に対する回答

質問3 行状監督は狭い範囲の人々に限定されるべきか。

ここから, 処分の必要性一般に関しては様々な評価があることはいったん別として, これからの発展の一般的方向としては, 行状監督の対象者を「特別に危険な犯罪者」へ限定する論に賛成すべきということになる。この概念を精密にすることはもとより非常に困難である。しかし, 次のようにして客観化することはできよう, 行状監督に付される刑法犯罪の型録においてきっぱりと縮減が為されること, 法律上必要的に付される行状監督においては, 今は刑法第68条f第2項にだけ規定されているが, それと同様に, 満期服役の場合, 裁判所は, 個別事例において, 法律上の消極予後に場合によって反証があることを明確にし, これを文書に記録せねばならないとい

うような明文の規定を設けることである。

司法精神的問題を有する被釈放者の場合、釈放された後、一種の義務的「治療介助」が用意されるべきであり、これにより、実態に即した介入可能性が開かれる。

**質問4** あらゆる種類の行状監督に執行時効が統一的に定められるべきか。有罪を宣告された者が隠れていたり、逃亡している限り、時効は停止するべきか。

この問題について、本協会の観点からは、今まで他の箇所述べられた以上の所見や勧告はない。

**質問5** 裁判官によって命令される行状監督は、法律上の行状監督が加わる場合、法律上の最短期間の経過前に取り消されうようにするべきか。

別の論拠はひとまず別として、本協会の実務家の視点からは、様々な法律上の「衝突状況」の意味でも、上述した行状監督の実践に柔軟性を増やすという意味でも、これは有意義な解決策だと考える。

**質問6** 処分の猶予とともに法律上必要的に付せられる行状監督は、猶予決定が効力をもつときから開始されるべきか。

裁判所によって第一次的に命令される行状監督の規定との調和を図ることに賛成する。これに付き、従来言われてきた論拠に組することができる。

**質問7** 有罪を宣告された者の精神病院収容が命令され、その執行が開始する場合、行状監督は終了するべきか。禁絶施設収容の場合にも規定を設ける必要があるか。

保安監置の状況に関する規定との調和は図ることに賛成する。これに付き今まで述べられてきた論拠に組することができる。

**質問8** 行状監督所は廃止され、その任務は行状監督の遂行を任務とする他の機関に移されるべきか。

この質問については、質問2との実質的関連で触れたので、そこを参照されたい。

**質問9 a** 刑法第68条f第1項の定める法律上必要的行状監督は、最低2年の個別刑の満期服役後に始めて付されるべきか、それとも、この重さの併合刑でも十分とするべきか。

この質問に関しては、本協会は最終的結論を下していない。しかし、基本的には、諸見解の対立において、次の立場に近い、すなわち、行状監督の命令によって、有罪を宣告された者が長期の服役の終了まで「良好な予後を得ることができなかった」(そう考察すると、実際には、併合刑

の考慮にいたる)ということが決定的でなく、むしろ、まさに決定的なのは「危険性」である。行為者が少なくとも2年の個別刑を服役していないとき、昔の犯罪学の社会防衛運動 (Social Defence) の意味での、場合によって重い社会的煩わしさを超える「社会的危険性」が実際に確実に確認できるのか、はなはだ疑問がある。それ故、1998年の法律で導入されたわずか1年という1年限定は、必ずしも説得力が無いように見える。まったく特別の問題は、少年刑法の適用、ないし、少年刑の科刑及び服役にも生ずる。

**質問9 b** この規定の意味での行状監督は、服役中の刑罰の一部が恩赦で免除されたときにも付せられるべきか。

本協会の観点からは、これはそれほど理に適っているとは思えない。

**質問10** 刑法第67条gの定める処分の猶予は、猶予決定が下された後、しかし、それが効力を有する前に、取り消し事由が生じたときでも、取り消しできるようにするべきか。

保護観察のための刑の猶予におけるように、刑法第56条f第1項2文との類似規定を設けるのが理に適っているように思われる。

**質問11** 行状監督を従前以上に広く必要的に付するべきか。

本協会の見解では、その必要性に関する説明は今までのところ十分なされているとはいえない。

**質問12** 刑法第68条b第1項の刑罰で担保された指図の型録を拡大するべきか。

拡大には一般的に賛成できない。しかし、被害者との接触をもたないという指図は、特別の場合として意味があるように思われる。場合によっては、紛争和解努力に関連して、考慮が払われるべきであろう。

## 2 行状監督改正法草案に関する意見

Stellungnahme des DBH-Fachverbandes zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Führungsaufsicht, (Für den DBH-Fachverband: Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner), BewHi 1/2006, S. 49-55.

### (1) 個別規定に関する意見

#### 刑法典草案第67条d

「第67条d第3項2文及び第6項2文につき、それぞれ、『終了』という文言を『執行からの釈放』という文言で置き換える。」

この明確化は筋が通っていると思われる。

#### 刑法典草案第 67 条 g

「(1) 裁判所は、有罪の宣告を受けた者が次の各号に当たる行為をし、

1. 行状監督の期間中、違法行為をする、
2. 第 68 条 b の定める指図にひどく又は執拗に違反する、又は、
3. 保護観察官 (der Bewährungshelferin oder des Bewährungshelfers) 又は監督所の監督及び指導を執拗に免れ、

このことから、処分の目的がその収容を要求することが判明するとき、収容の猶予を取り消す。

1 文 1 号は、取り消し事由が猶予に関する判断と行状監督の開始 (第 68 条 c 第 4 項) の間に生じたとき、これを準用する。」

この新しい規定は妥当と思われる。

#### 刑法典草案第 67 条 h 期限付きの再執行、危機介入

「(1) 行状監督の期間中、裁判所が第 63 条又は第 64 条によって猶予された収容を最長 2 月の期間元に戻って執行できるのは、収容から釈放された者の状態が急性に悪化し、第 67 条 g の定める取り消しを避けるために、処置が必要となる場合である。1 文の前提要件の下に、裁判所は処置の期間を二度、それぞれ最長 2 月だけ延長できる。第 67 条 g 第 4 項はこれを準用する。

(2) 裁判所は、本人がその希望により短期間再度精神病院又は禁絶施設に収容されるとき、第 1 項の定める処置を取り消すのを通例とする。」

第 63 条又は第 64 条による収容を猶予する場合に、短期間に除去できると予見される困難事に対して、猶予を取り消す必要なしに、対応しうる可能性が造られること、このことは基本的に歓迎される。この手段が役立ちそうな事例が十分ありそうである。しかし、提案規定の実践可能性には少なからず疑問がある。

同意のある場合 (刑法典草案第 67 条 h 第 2 項) では、この疑問は生じないだろう。しかし、どのように、激しい争いのある状況が刑法典草案第 67 条 h の手段で克服されるべきか、この点が認識できない。多くの場合、有罪を宣告された者がまったく異なったものの見方をすることが想定せざるをえないからである。それ故、有罪を宣告された者に、再度収容執行されるという事情にあっさりと服する用意はないだろう。それはそうとして、2 月の期間が、それどころか最長 6 月が問題となっている (刑法典草案第 67 条第 1 項 2 文)。

有罪を宣告された者が決して自発的に施設には戻らないことが予期されうる。しかし、刑法典草案第67条hの裁判が確定力を有する前に、有罪を宣告された者を強制的に連れ戻すことはできない。有罪を宣告された者は、刑法典草案第67条hの定める決定に対しては、刑訴法草案第463条第5項、刑訴法第462条により即時抗告をすることができる。有罪を宣告された者が即時抗告をすることにでもなれば、命令と確定力（執行力）の間に、危機状態においては甘受できない時間が失われることになり、これにより、善意から工夫された手段の価値が引き下げられることになる。したがって、暫定的執行力に関する明確な規定がないと、これは草案では識者の注目を引かなかったのだが、確定力が生ずる前まで、危機介入の手段が実務において無駄になる恐れがある。こういった場合に、やはり、ここでも、刑訴法第453条c第1項の定める、既に今日動員されている保安収容命令という補助構成物に頼らざるをえないだろう。

#### 刑法典草案第68条a 監督所、保護観察、司法外来診療部

「(7) 第68条b第2項2文の定める指図が与えられるとき、第2項に掲げられた者と協調して、司法外来診療部も有罪を宣告された者の援助、世話に当たる。その他の点で、第3項、第4項は、保護観察官の地位に関する限り、司法外来診療部が日常の治療の問題を自己の責任で判断するという条件付で、司法外来診療部にもこれを準用する。第203条第1項1号、2号及び5号に掲げられた者は、裁判所、監督所、保護観察官に対して、これが任務遂行のために必要である限り、知らせなければならない。」

司法外来診療部は事柄に即している点で歓迎される。いかに、これが、現在の予算状況において、現実の手助けとなる形をとって、全面的に実現されるべきかは、別の、そして未解決の問題である。

#### 刑法典草案第68条b

「(1) 裁判所は、有罪を宣告された者に、行状監督の期間または比較的短期間、次の指図をすることができる、

.....

3. 特定の者、又は、有罪を宣告された者にさらなる犯罪への機会又は刺激を与えかねない特定群の特定の者と交際しないこと、雇わないこと、養成しないこと又は宿泊させないこと、

.....

10. 特定の事実に基づくと、酒精飲料や麻酔剤の使用が更なる犯罪に繋がると考える理由があるとき、酒精飲料や他の麻酔剤を摂取しないこと、身体侵襲を伴わない酒精統制や嗜癖剤統制に服すること、又は、

11. 特定の時点に、又は、一定の間隔において、医師、心理療法士又は司法外来診療部に出向く

こと。

裁判所は、指図の中で、禁止される又は要求される行動を正確に定めなければならない。

(2) 裁判所は、有罪を宣告された者に行状監督の期間の間又は比較的短期間の間、他の指図を、特に、養成、自由時間、経済的事情の整理又は扶養義務の履行に関係する指図を与えることができる。裁判所は有罪を宣告された者に、特に、後療法的に精神医学的、心理治療的又は社会治療的に世話してもらう(後療法指図)よう指図できる。世話と治療は司法外来診療部で行うことができる。第56条c第3項は、身体的侵襲をとまう酒精統制又は嗜癖剤統制に服する指図にも、これを準用する。」

第1項3号の新規定によって可能となった、特定の人との交際禁止、とりわけ、犯罪被害者との交際禁止は、適切な場合にはもっともと思われる。裁判所は、この種の指図が、暴力保護法の措置や犯罪者―被害者―和解努力の全体構造に合致するように注意しなければならない。

第1項10号の麻醉剤禁止、11号の出頭命令は適切と思われる。

これに対して、疑問に思われるのは、第2項において、いまや明文で同意がなくとも可能になる、精神医学的、心理療法的又は社会治療的に治療してもらう指図である。第1項11号で十分の理由をもって定められた、医師や心理療法士のところに治療指図なしに赴く可能性に鑑み、第2項の治療命令の意味が理解しがたい。憲法上、それは、ごく限られた範囲内でしか許されないかもしれない。思うに、第1項11号の規定をそのままにして、良き医師又は療法士がなんとか同意のある治療を行うということを信頼するべきである。強制治療には、たいてい疑問があり、ほとんど成果の見込みがないかもしれない。実際に必要な治療が有罪を宣告された者によって受け入れられないとき、刑法第67条8第2項、第3項の手段で十分であると思われる。

#### 刑法典草案第68条c

「(1) 行状監督は、有罪を宣告された者に対して第181条bの定める犯罪の廉で、

1. 少なくとも2年の自由刑が科せられているか、

2. 精神病院収容が命令されているとき、

無期とする。

その他、行状監督の期間は、第2項、第3項に関わりなく、最短2年、最長5年とする。裁判所は最長期限を短縮できる。……」

期限を付さない行状監督を命令する可能性を拡大することが実際に良いか否かは、試行することなしに前もって言うことは難しい。期限を付さない行状監督の命令は、決して通例としては



なく、常に、ごく限られた例外的事例においてのみ考慮されうることになる。妥当な適用をするためには、いずれにせよ、鑑定の必要性がかなり重要になるだろうし、これに関わる裁判所の負担も増えるだろう。この手段を価値あるものするには、さらに多くの保護観察官が必要となる。

#### 刑法典草案第68条e 行状監督の停止及び終了

「(1) 自由刑又は自由剥奪処分の執行中、行状監督は停止する。

(2) ……

(3) 裁判所は、新しい行状監督が加わり、現に科せられている行状監督がそれと平行する必要がもはやないときも、行状監督を取り消す。ただし、前の行状監督だけに期限が付されていないときは(第68条第1項1文、第2項1文又は第3項)、この限りでない。」

第1項で命令される、自由剥奪処分中の行状監督の停止は、一見したところまったく妥当なように思われる。しかし、実務では、繰り返し次のことが証明されてきた、すなわち、保護観察官と行状監督に付された者との間に良好な接触がある状況では、ほかでもなく、その間の拘禁又は収容の間であっても、この接触を絶やさないと緊急の必要性がある。このことが第1項の規定に反対するということではないが、しかし、保護観察ないし執行における社会部局等の組織に際して考慮されるべきである。二重の世話が、これらの場合甘受されるべきなのは、釈放準備と釈放後の時間に際しての長所が明らかに凌駕しているからである。

大いに歓迎されるべきは、基本的に、一個の行状監督だけが存在し、複数の行状監督は併科されないという第3項の規定である。

#### 刑法典草案第68条f

「(1) 故意の犯罪の廉で少なくとも2年の自由刑又は併合自由刑……」

「少なくとも2年の自由刑」等が何を意味してるかを明確にすることは良いことである。ただし、故意犯と過失犯に対する刑罰から成る併合刑にはある種の異論が生ずるかもしれない。この異論は限界内にとどまるだろう、というのも、この種の多くの事例は第2項に含まれるかもしれないからである。

#### 刑法典草案第145条a 行状監督期間中の指図違反

「行状監督期間中に、第68条b第1項に掲げた種類の一定の指図に違反し、そしてこれによって、処分の目的を危うくした者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。」

従来、ほとんど実務が気にかけることのなかった犯罪に対する刑量を引き上げる必然性はないように思われる。行状監督の契機が6月の自由刑(刑法第68条)又は2年の自由刑(刑法典草案第68条c第1項)であったとき、指図違反に3年以下の自由刑で対処することは行き過ぎである。

#### 刑訴法草案第406条d

- 「(2) 被害者には申し立てにより次の存否について通知されるべきである、
1. 有罪を宣告された者に被害者と交際しない指図が言い渡されたか否か、
  2. ……」

これはもっともな規定である。この申し立て権に関する教示は既に手続きの早い段階で行われるべきであり、申し立ては既に有罪宣告の前でないし接触禁止の命令の前にできるべきである。

#### 刑訴法草案第463条a

「(3) 監督所の申し立てにより、裁判所は、有罪を宣告された者が刑法典第68条b第1項7号又は11号の定める指図に十分な弁解もなく従わず、且つ、この場合引致が許容されることが召喚において指摘されていたとき、引致命令を発することができる。第一審裁判所が管轄している限り、裁判長が決定する。

従前の第3項は第4項とする。」

本規定が合目的的であると思われるのは、そうでなければ可能に過ぎない取り消しが先ず避けられ、場合によってはやはり必要な、事実をよく調べた上での決定が下されうからである。

#### (2) その他の所見

補充的であるが、この機会に改めて次のことを指摘しておきたい、素材に関わる実務経験と学問的営為から得られる見解によると、改革が効果を発揮しうるために、現場を管轄するないし管轄することになる司法機関の組織的条件を十分に整えることが大切である。諸州で現在利用できる行状監督という手段は、個々的にはまったくばらばらであり、しかも、一般的には非常に限られた範囲で利用されているという印象がいやおうなしに迫ってくる。刑事訴追統計の資料によると、近年、判決における刑事裁判所による年間の第一次命令件数は連邦平均で100件又はそれ以下である。

これに対し、法律上、処分の猶予及び1年の自由刑ないし特別の場合には又1年の自由刑ないし少年刑満期服役後に科せられる第二次行状監督はかなり重要な次元をもっているように見え

る。連邦全体でこの行状監督に服している者2万人から3万5千人に上ると推定される。

残念であるが、知ることのできる限りでは、ドイツのどの州でも正確な数字を把握している機関がない。正しく見るとき、既に客観的に、連邦全体の信用できる件数を把握する可能性がない。統計連邦局が公刊する司法統計の項目が減らされて以来、行状監督をそれだけ切り離して調べることがどこでももはやできない。保護観察統計では、保護観察に服することに行状監督が伴っている場合にだけ、部分的情報が得られるが、それは、切り離れた考察を、そして、場合によっては、成功、失敗の計算を不可能にする。個々の州においては、内部的記録があるのかもしれないが、しかし、いずれにせよ、知ることのできる限りでは、それが、近年、一般に利用できるようにはまったくになっていない。

行状監督所に関する具体的諸規定は、ドイツの多くの裁判管区にいる実務家の再報告からすると、まだ修正すべきところがある。換言すると、これらの規定は、行状監督に関心があり、携わりたい実務家を支援するものとはほとんどいえないし、処分には、丁寧に言って、遠ざかっている実務家には、ほとんど、自己の態度変更、受け入れに相応する活動への動機付けを与えるものではない。

基本問題は、行状監督一般及び個別の行状監督所のために、仕事配分ないしその他の任務領域からの応分の免除への正当と思われる批判にある。

行状監督に付された者を時たまというより以上に世話をする保護観察官は、さらに、行状監督に付された者に、短いそして分かりやすい言葉で、しかし、それでも同時に法的に正しく、この処分が行状監督中これらの者（も）まったく個人的に何を意味しているのか、いかなることが要求されているのかを理解させることの難しさを報告をしている。

行状監督に付された者に対しては、次のことを、できるだけ持続的効果をもつように話しかけ、明確にしなければならない、

- ・裁判所によって命令された又は法律上の行状監督の本質的内容、
- ・要求される正確な作為ないし不作為、
- ・行状監督中の関わる人、
- ・困難事を回避するために直ちに監督所に報告しなければならない変化、
- ・指図違反をし処分の目的を危うくする場合に、科せられうる処置、及び、
- ・監督所又は監督所の人の仕事の上で連絡の取れる住所、時間。

それ故、司法大臣会議あるいはその他いかなる委員会に対してであれ、勧告してきたことは、連邦統一的に同種の／比較できる説明書を開発し、又は、開発させ、これを、最終的決定ないし印刷の前に、精通した実務家に懇請して分かりやすさと実践可能性を調べてもらうことである。

こういった説明書は、一定程度まで、法律家、ソーシャルワーカーないし社会教育者、場合によっては警察官にも役立つだろう、ほかでもなく、これらの者が新たにこの素材と取り組むときに。

## V 行状監督改正法の成立

### (1) 行状監督改正法の成立とその主な改正点

ドイツ連邦議会は、二〇〇七年三月二二日に、「行状監督改正法」を可決した(あわせて、事後的保安監置に関する補充規定も可決した)。引き続いて、連邦参議院が、二〇〇七年三月三〇日に同法案を承認した。

その主な改正点をごく簡単にまとめると次の通りである(BMJ Newsletter vom 23. 3. 2007)。

- ・ **刑罰で担保された接触禁止。** 行状監督において、刑罰で担保された接触禁止を言い渡すことができる。連邦司法省の説明によると、例えば、これによって、被有罪者が、釈放された後、その犯罪被害者に再度嫌がらせをしたり、脅迫したりすることを防止できる。性犯罪者には、刑罰の警告をもって、よその子供と接触をとることも禁止できる。禁止違反が認められるとき、重大な事態にいたらないような措置がとれる。
- ・ **酒飲禁止。** 被有罪者が、酒精飲料の影響の下に、またもや危険を与えかねないという状況が生ずると、裁判所はこの者に酒精飲料の摂取を禁止することができる。この禁止が遵守されるように監視するために、呼気検査を実施できる。
- ・ **治療への動機付け。** 被釈放者に、一定の間隔を置いて、医師、心理療法士、又は、司法精神医学外来に出向くように指図することも可能である。連邦司法省の説明によると、その目的は、このようにして、被釈放者を定期的に直接診断できることで、危険な展開を早期に認識し、必要な医薬品を服用しているかを監視するところにある。特に、被有罪者に、従前以上に強く、治療を受ける方向への一步を踏み出すような動機付けを与えることができる。但し、治療への参加は刑罰をもって強制すべきでないし、強制することもできない。
- ・ **指図違反に対する懲罰化。** 被有罪者が指図に違反した場合、三年以下の自由刑を言い渡すこ

とができる。従前は、一年以下の自由刑しか科せられなかった。これにより、刑執行裁判所と行状監督所の権限が拡大された。

- ・**引致命令と所在調査の公告。**裁判所は、保護観察官や行状監督所との十分な接触を維持していない、又は、命令に違反して、医師や司法精神医学外来に出向かない被有罪者に対し、引致命令を発することができる。行状監督所は、所在の分からない被有罪者の所在調査のための公告を命令することができる。引致命令も所在調査の公告も、本人との途絶えた接触を回復することを目的とする。
- ・**精神的危機にある場合の一時的収容。**精神障害又は嗜癖のある犯罪者を収容する病院から退院した後、危機的展開に陥る者、例えば、自己抑制できずに大量の酒精飲料を飲むとか、妄想を言う者のために、「入院危機介入」が可能となった。従来は、再犯に繋がりがねない精神的苦境に対応するための適切な法的手段が無かった。連邦司法省の説明によると、処分執行を受けたことのある患者が急性危機状態に陥った場合、精神病院に一時的に再収容し、加療する必要性がある。改正により、これが可能となる。
- ・**必要な医薬品服用の監視。**連邦司法省の説明によると、犯罪者は、行状監督の満了後、引き続いて医薬品を服用するか、その他の行動制限、例えば、酒精飲料の消費を断念しなければならないのだが、本人にその理解力が欠如しているとき、行状監督を無期限に延長できる。というのは、疾病（例えば、統合失調症）が再発しないために、精神障害者は、精神病院で治療を受けた後も、医薬品を服用しなければならないことが稀ではないからである。現行法では、最長五年に限定されている行状監督の期間、服用の監視ができるにすぎない。

## (2) 参考人聴聞会における専門家の意見

ドイツ連邦議会法務委員会は、2007年3月7日に、行状監督改正法案の審議のために、専門家を招き、参考人聴聞会を実施した。招かれたのは、アクセル・デセッカー(犯罪学)、ガブリエレ・ヤンゼン、マテياس・カラー(判事)、ノーバート・コンラート(精神医学)、リュウディガー・ミュラー＝イスベルナー(精神医学)、ペーター・レックリング、フランツ・シュトレング(犯罪学)、トーマス・ヴォルフ(判事)の諸氏である。全員が概ね政府草案に賛成した。以下は、若干の意見表明の紹介である。

### a フランツ・シュトレング教授(エアランゲン＝ニュルンベルク大学 刑法と犯罪学講座)の意見

#### I. 司法外来診療における治療後療法(政府草案刑法第68条bの後療法)及び危機介入のための

一時的再収容(政府草案刑法第67条h)という手段の分だけ刑法の制裁を補充して多様性を実現することは歓迎すべきことである。従前のドイツ刑法の特徴は、一方で、刑務所と処分施設における自由剥奪、他方で、外来制裁の併存にある。施設内制裁から外来制裁ないし自由への移行は急に行われ、引き続き必要とされる治療上の世話の準備がほとんどなされていないことが多く、依然として、制裁システムへの厳格な背後拘束がない状態にある。此処に間隙があることは、あまりにも長きにわたり後療法の治療を受けることのなかった、被釈放性犯罪者の引き起こした耳目を引く再犯事件で、明白に認識できるにいたった。加えて、司法施設のモデル企画から明白になったことは、犯罪者群によっては、後療法と危機介入が、社会で生活できることを実証するために、いかに有用であり、結局、不可欠であるということである<sup>(1)</sup>。この種の制裁を刑法に組み込むことが、少なくとも10年前から期待され、いまだ実現していないのだといわざるをえない<sup>(2)</sup>。

こういった改革がほかでもなく行状監督の領域に統合されるべきか否かは、又別の問題である。相変わらず、行状監督について——累犯率から読み取ることのできる——効果欠損という陰口がいわれるのである<sup>(3)</sup>。これに加えて、行状監督は幅広く構想されていることが指摘されねばならない、つまり、それほど厄介な世話を要しない事例と、世話と治療が成功するためには特別の配慮の必要な事例が同一のシステムに統合されているのである。このことは少なくとも経済的に見て問題がある<sup>(4)</sup>。

いずれにしても、保護観察官をかなり増員すること、特に、治療部門における増強なくして、何らかの成果を上げられるなどと期待することには用心が必要である<sup>(5)</sup>。例えば、2002年で見ると、バイアーン州では、保護観察官一人当たりの被保護観察者・被行状監督者数は80人、ラインラント＝プファルツ州では92人であるが、ベアリン市、ハンブルク市及びブレーメン市では上記の州と同じかそれ以上かもしれない<sup>(6)</sup>。保護観察官一人当たり30人ないし40人が専門的に見た適性数であって、しかもこれは平均の数値に過ぎず、特別の配慮を要する被行状監督者も含めての数値であるから、上記の数字がなにを意味するかは明らかとなるはずである。

II. 政府草案刑法第68条b第1項の**型録指図**に関して、何らの異論も提起されるべきでない。このことは、「居住地」の代わりに「住まい」という表現を使った8号にも言える(gem. Formulierungshilfe - Ausschlußdrucksache Nr. 16(6)95)。療法士(11号)に出向く義務も有意義で適切に表現されているように思える。

これに対して、政府草案刑法第68条b第2項2文の広範囲に及ぶ**後療法指図**には疑問がある、というのも、この場合、治療義務が無期限の行状監督によって制裁の警告の下に(政府草案刑法第68条c第2項2号)おかれるからである。周知のように、強制治療は、人間の尊厳を保護する

という点から、非常に問題をはらんでいるし、いずれにしても、治療を受ける動機なくして治療を受けても、成果を上げる見込みはないように思われる。治療者側がうまく動機付けを促進できるようにするためには、政府草案刑法第68条b第1項11号の規定で十分である<sup>(8)</sup>。

Ⅲ. 表現助力 (Ausschußdrucksache Nr. 16(6)95) に見出される政府草案刑訴法第463条a第3項、つまり、監督所の長が**引致命令**を発することができるのではなく、裁判所がそうするという規定には賛同できる。

Ⅳ. 一部疑問があると思われるのは、表現助力 (Ausschußdrucksache Nr. 16(6)95) の刑法草案第68条a第8項に見出される**通知義務**である。第68条a第8項1文に定められた一般的開示義務は広すぎる、というのも、本規定は信頼に満ちた治療者—被治療者—関係に何らの余地も残さないからである。同じ理由から広すぎるように思われるのが、第67条g、第67条h、第68条c第3項の定める危機介入のきっかけがあるかぎり、被治療者の心理状態のいかなる悪化であっても報告すべきという、第68条a第8項2文2号の司法外来担当者への義務づけである。これによって心配されるのは、治療者の情報入手機能が非常に強調されることで、治療の可能性が著しく損なわれるということである。というのは、被行状監督者は、治療者に、介入のきっかけとなりうる重大な問題を告げないように用心するということが多々生じよう。——他面、治療者には、第68条a第8項2文3号が規定しているように、重大事案において、監督所又は裁判所に通知することで危険防御の要請に適切に対処することが二義もなく可能であり、義務づけられるべきである。刑法草案第68条a第8項2文1号が定めているが、被行状監督者の出向く義務の履行に関する通知義務についても、問題はない。

Ⅴ. ほかでもなく構成要件を創設することで**指図の遵守を確保する**ということについては、あちこちで批判された<sup>(9)</sup>。特に問題と思われるのは、刑法第145条aが単なる不服従を犯罪に高めていることである。この問題は、処分が危うくなるという要請によって弱められることはない、というのも、依然として統制に服している被有罪者が有している、又は、少なくとも有しうることからの発展の予後が問題となっているに過ぎないからである。それ故、何らかの法益の十分に具体的な危険というようなことはまだ問題外である<sup>(10)</sup>。被害者と接触をとらないという新しい型録においてのみ (政府草案刑法第68条b第1項1文3号1段)、直接の法益保護が見出されうる、つまり、被害者の心理的不可侵性に関して。他の指図においても見つけ出すことのできる、当罰的不法の見られない犯罪構成が劇的に先鋭化するのは、政府草案が法定刑の上限を3年に引き上げたという点にある<sup>(11)</sup>。

この関連で、少年刑法が想起されるべきであ。少年刑法では、指図違反又は負担違反の場合、

少年拘禁は適切にも強制手段又は屈服手段として投入されるのであるが、不服従を独自の犯罪へと仕上げることは放棄されている<sup>(12)</sup>。犯罪化の力学を避けるのに役立つ相応の解決策は成人刑法にも似合うと思われる<sup>(13)</sup>。

以前から、刑法第145条aでは、量刑問題が生じている、というのも、責任が軽微でも、予後が悪いために、予防的観点から実刑判決しか問題とならないからである<sup>(14)</sup>。それにもかかわらず、司法実務は、圧倒的に、法律効果として、手続きの打ち切りか、又は、外来制裁を選好している<sup>(15)</sup>。このことに鑑み、指図違反がある場合、先ず、保護観察官の側から、指導・助言が試みられる。しかしまた、違反事実が監督所に通知されても、刑法第145条aの意味での告訴が行われないことがほとんどである<sup>(16)</sup>。被有罪者統計を見ると、被有罪者数が少ないことと、軽微な制裁しか科せられないことが分かり、このことは実務が指図違反に刑罰をもって対応することに疑問を抱いていることを明らかに証明している<sup>(17)</sup>。どうも、警告目的のため、つまり、その気のない被行状監督者に協調的気持ちをとらせるだけのために、刑法第145条aがある程度受け入れられているようである<sup>(18)</sup>。

## 注

- (1) Vgl. etwa die Berichte in *Egg* (Hrsg.), *Ambulante Nachsorge* auch Straf- und Maßregelvollzug, 2004: *Leygraf* (S. 55ff.), *Pitzing* (S. 65ff.), *Stübner/Nedopil* (S. 143ff.), *Freese* (S. 169ff.), *Osterheider/Dimmek* (S. 193ff.); *Boetticher*, NStZ 2005, 417ff., 422f.
- (2) Vgl. *Streng*, Überfordern Sexualstraftaten unser Strafrechtssystem?, in: Festschrift für Bemann, 1997, S. 443ff., 459ff.
- (3) Vgl. *Weigelt/Hohmann-Fricke*, Führungsaufsicht - Unterstellungspraxis und Legalbewährung, BewHi 2006, 216ff., 226f., 232ff.; ferner *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 332.
- (4) Dazu *Neubacher*, Führungsaufsicht, quo vadis?, BewHi 2004, 73ff., 77f.; ferner *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2006, S. 245.
- (5) Vgl. *Kerner*, Stellungnahme des DBH-Fachbandes ..., BewHi 2006, 49ff., 54f.; *Weigelt*, Was kann eine reformierte Führungsaufsicht leisten?, ZRP 2006, 253ff., 255; ferner *Neubacher*, BewHi 2004, 73ff., 83.
- (6) Vgl. *Schöch*, Bewährungshilfe und humane Strafrechtspflege, BewHi 2003, 211ff., 214f.; etwa niedrigere Zahlen ergibt eine Befragung aus dem Jahre 1995 bei *Kurze*, Soziale Arbeit und Strafjustiz, 1999, S. 337f.
- (7) Vgl. *Kurze*, Soziale Arbeit und Strafjustiz, 1999, S. 336; *Schöch*, BewHi 2003, 211ff., 215.
- (8) Vgl. auch *Kerner* (für die DBH), BewHi 2006, 49ff., 52.
- (9) Vgl. *Schöch*, Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag Hannover 1992, C 112f.; *Stöckel*, Referat, in: Sitzungsbericht O zum 59. deutschen Juristentag Hannover 1992, O. 23ff., 33; Leipziger Kommentar (LK)/*Hanack*, 11. Aufl. 2000, § 145a Rn. 3, 6, 37ff.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl. 2002, Rn. 329; Nomos Kommentar (NK)-StGB/*Schild*, 2. Aufl. 2005, § 145a Rn. 8f.; *Weigelt*, ZRP 2006, 253ff., 254f.; *Neubacher*, An den Grenzen des Strafrechts, ZStW 118 (2006), 855ff., 874f.



- (10) Vgl. *Schöch*, Gutachten C zum 59. DTJ 1992, C 113; LK-*Hanack*, 2000, § 145a Rn. 3, 6, 38; teils anders *Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 145a Rn. 2; anders *Zieschang*, Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, 1992, s. 427; *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl. 2006, § 145a Rn. 1.
- (11) Vgl. auch MÜKo-StGB/*Groß*, 2005, § 145a Rn. 3, der bereits 1 Jahr Freiheitsstrafe für einen derartigen Ordnungsversatz für grenzwertig hoch hält; partiell kritisch auch *Vollbach*, Die reformierte Maßregel Führungsaufsicht ... , MschKrim 89 (2006), 40ff., 44.
- (12) Vgl. *Streng*, Jugendstrafrecht, 2003, § 10 Rn. 36f.; *Laubenthal/Baier*, Jugendstrafrecht, 2006, Rn. 581f.
- (13) Für Abschaffung von § 145a StGB etwa *Schöch*, Gutachten C zum 59. DTJ 1992, C 112f.; *Beschlüsse des 59. DTJ*, BJW 1992, 3016ff., 3023; *Neubacher*, BewHi 2004, 73ff., 83f.; *Weigelt*, ZRP 2006, 253ff., 354f.
- (14) Vgl. LK/*Hanack*, 2000, § 145a Rn. 39f.; ferner S/S/*Sternberg-Lieben*, StGB, 2006, § 145a Rn. 2.
- (15) Vgl. zur Praxis *Kerner*, Materialien zur Führungsaufsicht, 1987, S. 29, 68; *Kurze*, Soziale Arbeit und Strafjustiz, 1999, S. 478ff.; der Praxis zustimmend Systematischer Kommentar-StGB/*Horn*, 1998, § 145a Rn. 16f.
- (16) Vgl. *Floercke*, Die Entstehung der Gesetzesnormen zur Führungsaufsicht, 1989, S. 141ff.
- (17) Vgl. Stat. Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3: Rechtspflege - Strafverfolgung 2004, S. 88f.: lediglich 57 Verurteilungen, davon 30 Geldstrafen und 12 Straaufsetzungen zur Bewährung (alte Bundesländer und Berlin); ferner *Weigelt*, ZRP 2006, 253ff., 254.
- (18) Vgl. *Kerner*, Materialien zur Führungsaufsicht, 1987, S. 29; *NiBl*, Die Führungsaufsicht. 20 Jahre in der Kritik - hier eine Laudatio, NStZ 1995, 525ff., 526.