

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)(5)
著者	吉田, 敏雄
引用	北海学園大学学園論集, 133: 77-91
発行日	2007-09-00

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

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. ～ 4.

(以上 129 号)

5. ～ 13.

(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) 一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・シュトレング教授の意見

(以上 132 号)

b マテياس・コラー (ゲッティンゲン地方裁判所判事) の意見

(以上本号)

b マテياس・コラー (ゲッティンゲン地方裁判所判事) の意見

序

行状監督改正法案を二つの視点、すなわち、少年部、少年保護部に携わる判事⁽¹⁾、及び、刑罰執行、処分執行に携わる判事の視点から検討する⁽²⁾。

二つの視点からは、本法案は無条件に歓迎されるべきである。なぜなら、それは重要な改善をもたらすからである。私の評価からすると、この改善の果たす重要な寄与というのは、統制の道具として、とりわけ、再社会化が特に危うくなっている犯罪者の統制的付き添いと支援の道具として、より明白な特徴を与えるという点にある。

私は、それにもかかわらず、行状監督が、将来、安全問題をすべて解決することになるとは思わない。私の実務経験からすると、特に、中期及び長期の自由刑を満期まで服役した者のなかに、行状監督の範囲内での指図や統制措置があっても重大な累犯の妨げとはならない犯罪者、そして、まず確実に、改善された手段によっても連絡の付かないだろう犯罪者がいる。しかし、私は、行状監督という道具に対してつい最近またもや現れた根本的懐疑⁽³⁾には組しない。なぜなら、今まで、判決と同時に命令された行状監督についても、刑罰の満期服役後あるいは自由剥奪の処分が保護観察のために猶予された後の行状監督についても、何度も良い経験をもてたからであり、さらに、本法案の定める行状監督法の補充が、ちょうど、実務にとり特に重要な点に関わっており、それ故、行状監督一処分の効果を高めるのに、持続的貢献をすると考えるからである。

但し、一すべての予測と同じく— こういえるのは次の場合に限定される、すなわち、既存の実際にある諸条件が維持され、法案に規定されている付加的手段、例えば、司法精神医学外来が諸州によって実際にも「付加的」と理解され、徹底した用意の為されることであり、他の部署の縮小、例えば、行状監督所の社会福祉士の削減をしないことである⁽⁴⁾。

以下、私は、法案の改正点の中から自分にとり特に重要と思われる側面を取り上げ、又、折に触れ、いっそうの明確と補充を要すると思われる若干の点を指摘したい。

I 行状監督の適用領域の拡大

a 刑法第67条d第4項 上限の場合

上限の経過により禁絶施設収容が終了した場合にも行状監督を適用すること(刑法第67条d第4項)は重要且つ時機を失した補充である。私の執行判事としての実務経験から、上限いっぱいまで収容されている患者こそが、多くの場合、特に、統制的付き添いと支援に頼っており、そうして初めて、治療成果を安定化させ、拡充できるのだ、という法案の理由説明の評価⁽⁵⁾を確認できる。

b 刑法第68条f 満期服役者の場合

刑罰を満期服役した後の法定行状監督開始では、個別刑の重さが問題となるのか、併合刑の重さが問題となるのかという、上級裁判所で争われてきた問題を望ましい形で明確にした。

(最小限の個別刑に代わって)一定の最小限の併合刑と結びつけることは、なるほど、どうしてもそうしなければならないというわけではないが、しかし、それでも擁護できる。「小犯罪者」、例えば、無免許運転を繰り返すとか、アルコールの影響下で侮辱行為、公務妨害行為、器物損壊行為を繰り返すとかして、たくさんの犯罪を犯しただけで2年の併合刑を「食らった」犯罪者を過剰に統制するという危険には、刑法第68条f第2項の比例の原則を規準とする解釈で対応できるし、— 且つ、対応せねばならない。

但し、改正法案刑法第68条f第1項が、「一個の故意の犯罪の廉で.....自由刑又は併合刑が、又は、.....第181条bに掲げられた種類の一個の犯罪の廉で」という法文になっているので、ここから困難な事柄が生じかねないかと危惧される。刑法第68条f第1項の法定行状監督を科するのは、併合刑に一個の故意犯、その他、複数の過失犯があれば十分なのか、あるいは、一個の、場合によっては相対的に軽微な、性犯罪、例えば、刑法第176条第4項4号の定める性犯罪〔子供に春画などを見せる犯罪〕があり、その他、いくつかの店舗窃盗があれば十分なのかといった点について、様々な見解が生じかねない。それ故、「故意の犯罪（複数形）の廉で少なくとも2年の自由刑又は併合刑.....第181条bの掲げる種類の犯罪（複数形）の廉で少なくとも1年の」と修正されるべきである。

ちなみに、併合刑の場合を明確に引き入れることによって、— 従前の高等裁判所のそれぞれの実務に応じて — 行状監督一事例が地域的に増大することになる⁽⁶⁾。

II 介入手段の拡充

介入手段の拡充が本法案の中核をなしており、思うに、これが決定的な改善をもたらしているといえる。特に重要なのは、司法外来診療部を付加的に組み込むこと(改正法案刑法第68条a第7項[第8項])、期限付きの危機介入収容(改正法案刑法第67条h、刑訴法改正法案第436条第5項2文)、さらに続けられる無期限の行状監督命令(改正法案刑法第68条c第3項、第68条e第3項)及び手続き上の強制措置(刑訴法第463条第1項2文、第3項の定める所在地調査の公告、引致命令)が可能となったことである。

a 刑法第68条a第7項 司法外来診療

行状監督の付き添いに司法外来診療を組み込むことによって、現在可能なことへ重要な補充がなされる。2006年の春にニーダーザクセン州の改善・保安処分病院で司法外来診療部が開設されて以来⁽⁷⁾、ゲッティンゲンの刑執行部は、処分を保護観察のために猶予するほとんどの場合に、退院が可能となる患者に相応の結び付けの措置をとり、施設内処分執行から仮に社会へ釈放される移行期に、しかし、必要とあらば、さらに続く保護観察の期間も、親しく

見てもらってきた医師や治療者による付き添いを確保している。今までの経験からすると、司法にそれほど精通していない開業医師や療法士に結びつけることでは、時に行なわれてきた、「半ば闇の」、したがって、前の治療者による限定的にしか利用できない任意且つ無償の付け足しの提供という領域での継続的世話ほどの安定化効果は得られないからである。

刑の猶予ないし満期服役者の場合、いずれにしても、司法外来診療に結びつけることは、ニーダーザクセン州では、従来、実務上可能でなかった。釈放された受刑者のためのこの種の外来診療は目下存在しないからである。たしかに、ゲッティンゲン刑執行部は、釈放される受刑者に、開業している療法士のところで治療に参加すること、あるいは、嗜癮相談所・支援所を利用すること、定期的に節制統制に服することを繰り返し指示してきた。しかし、たいていの開業心理療法士は、性犯罪者の治療を拒否するのである。定期的節制統制に服するようにとの指図にも、実務では、困難が生ずる。というのも、疾病金庫は、例外はあるが、この統制に支出しないからであり、通例のように収入がごくわずかであるか又は失業中の被有罪者にとっては、多くの場合、その支払いができないからである。特に、これらの二つの問題領域において、刑の満期服役後の行状監督に付される者(刑法第68条f)に開かれた司法外来診療がこの救済策となりうるのである。

b 刑法第68条a第7項及び刑法第68条a第8項 開示義務

行状監督の領域で効果的な支援付き添いと統制を行うために、その前提となるのは、一方で、関係機関が建設的に協働すること、必要な情報がその機関相互に摩擦無く流れることであり、その結果、危機的な発展を早期に認識することが可能となり、適宜の措置をとりうることになるということである。場合によっては、有罪を宣告された者のごまかしを排除することが問題となる。他方で、被有罪者との信頼に満ちた協働に、したがって、この者とその準拠人、特に、その心理療法士との間にある信頼関係の保護に重要な意味が認められる。2006年6月6日の連邦憲法裁判所の決定(2 BvR 1349/05)につなげて、改正法案刑法第68条a第8項(A-Drs. 16(6)95)の定式援助は、ここに、行状監督の領域における関係者の相互の開示義務のための均衡のとれた且つ差異的解決策を定めたのであり、これは、私の評価からしても、そして、司法病院や行状監督所の同僚に質問した結果からも、完全に実務にかなっていると思われ、治療関係の内密性も危機的発展に介入することを可能にすることを十分に保障している。— ついでに、次のことも指摘しておきたい。すなわち、ゲッティンゲンの刑執行部は処分執行からの釈放前の聴聞の段階で、既にずっと前から内容的に類似の定めである被収容者の守秘義務解除宣告を受け容れており、これに基づいて、いままでのところ、必要とされる情報の流れにこれといった認識しうる面倒なことは起こっていない。

正当な情報受取人の範囲に検察官を明確に入れることは(vgl. Stellungnahme des Bundesrates zu Artikel 1 Nr. 9), 必要ないと思う。検察官は、いずれにせよ、行状監督を指揮する裁判所によって、通常は、そして、ともかく、特別の発展の見られる場合毎に、実状を知らされるのであるから、その申し立て権及び意見表明権は十分に保障されている。

c 改正法案刑法第 67 条 h, 改正法案刑訴法第 463 条第 5 項 期限付きの施設内危機介入

期限付きの施設内危機介入を可能にすることは、私の執行判事としての視点からすると、本法案の最も重要な長所の一つである。これを可能とすることがどうしても必要であると考えるのは、自由剥奪の処遇処分を保護観察のために猶予した後、危機的発展に際して適宜に、— つまり、精神病院収容処分や猶予の取り消しのための前提要件が存在する場合であっても、そして、まさにその前に— 介入し、精神的に代償不全の、あるいは、精神的代償不全によってあるいは嗜癖剤回帰によって急性に危うい状態に陥った被行状監督者を、一時的な施設内収容によって安定化させ、引き続いて、できるだけ早く再度、その者のいつもの生活圏に戻すことが可能となるからである。現行法は、この種の危機介入のために、いままで、十分な根拠を与えていない。なるほど、実務では、身柄確保収容命令(刑訴法第 453 条 c)を発付してもらって当人を一時的に病院に連れ戻すというやり方が一般に用いられている。しかし、これはせいぜい良くて「疑似合法」であり、しかも、実際上の理由から実用に適しないことが多い。私は、この点で、法案理由書(16 頁以下)の考えに組するものである⁽⁸⁾。

改正法案刑法第 67 条 h の定める個々の危機介入処置に期限を付すること、処置がうまくいけばすでに期間経過前にこれを取り消すことができることは、実務にかなっていると思われる。改正法案刑訴法第 463 条第 5 項 2 文が補充的に定めているのだが、危機介入処置を直ちに執行可能としているのは、実体法を手続的に補充するために必要な規定である。私は、即時執行が実務で通例となるということから出立する。このことは、改正法案刑法第 67 条の定める危機介入の性質から既に分かることである。

ついでながら、私は改正法案刑法第 67 条 h を次のように理解する。すなわち、第 1 項 1 文及び 2 文の前提要件が、首尾良く終わった危機介入の後にまたもや充足される事態になり、当人が、一特に、改正法案刑法第 68 条 c 第 3 項 1 文の定める無期限の行状監督の下にあるとき— 新たに健康上の危機に陥ったときも、行状監督の期間中の処置は何度も命令できるということである。それでも、私は、法文中に相応の明文規定を設けるのが望ましいと考える⁽⁹⁾。

d 刑法第 68 条 c 第 3 項及び刑法第 68 条 e 第 3 項 無期限の行状監督

改正法案刑法第 68 条 c 第 3 項 1 号は、無期限の行状監督命令のために必要とされる補充規

定である。従来の刑法第68条b第2項の規定上、有罪を宣告された者が、なるほど、行状監督中は形式的には指図をすべて遵守するが、しかし、行状監督の終了後はそれ以上には遵守しないだろうことを認識させる事例は含まれないからである。このことが特に問題となるのは、精神障害者であって、それ故、この者に精神病院収容が命令された場合である。私が実務で何度も経験したことだが、刑法第63条の収容から仮退院した者に、病状・治療見識が不十分だったために、健康上の安定化と障害を原因とする危険性を限定するために投与される(抗精神の、段階予防又は衝動抑制の)薬剤を行状監督の終了後はもはや服用させるに及ばないとされた事例があった。さらに、再三再四ぶつかる事例なのだが、次のような元被収容者がいるものである。すなわち、行状監督が経過すれば、更生援護施設を出て、自分の住まいに転居できると考えるが、自律した生活を送るためにはそれに伴う様々な要求が有るので、過剰な負担にさいなまれることを認識しない者がいる。改正法案刑法第68条c第3項1号は通常必要とされる起動強制を設けて、被行状監督者に薬物治療の継続あるいは後療法施設に留まるように動機づけようとしている⁽¹⁰⁾。

改正法案刑法第68条c第3項は、危険な性犯罪者群に対する行状監督を無期限に延長する可能性を拡大している。このことは実態に即していると思われるが、それは、性犯罪者の累犯予測研究が証明しているのだが、いずれにしてもこの行為者群の中には、釈放後とくに長期の危険期間から出立するべき者がいるからである。シュタットラント等の研究は12年以上の危険期間を挙げている。すなわち、統計上の累犯危険は12年たつてようやく明白に減少すると⁽¹¹⁾。

2年の最低(併合)刑ないし刑法第63条の処分命令に結びつけることにより、改正法案刑法第68条c第3項2号は、無期限の性犯罪者一行状監督の可能性を、同時に、重大な事案に限定し、それにより、比例の原則に考慮を払っている。但し、私には分かりにくいことが残っている。すなわち、所為遂行時点では過度の酒精・薬物消費の性癖を理由に責任無能力とされ、それ故、この者に、禁絶施設収容「しか」命令されえなかった犯罪者にも、例えば、強姦犯人にも、何ゆえ、無期限の行状監督が命令されうるべきでないのかということである。思うに、改正法案刑法第68条c第3項2号に相応の補充が為されるべきである。

さらに、著しく限定しすぎと思われるのが、「特に、指図違反から」生ずる、かかる著しい危険性を示唆する具体的根拠に結び付けていることである。判例は、将来、特にむしろ形式的且つ簡単に証明されうる規準にたよると予期される。しかし、指図はすべて遵守する有罪を宣告された者であっても、特定の人格特徴に基づき、高度の、しかし、行状監督によって限定されうる程度に危険ということはある。この人物群を「話題として取り上げない」

ということをさせないために、改正法案刑法第68条c第3項2号に次の補充規定を設けたらよいと思われる、行状監督が無期限に延長できるのは、次の場合である、「第181条bに掲げられた犯罪の故に有罪を宣告された者に対して、2年を超える自由刑又は併合刑が科せられたか、又は、精神病院収容か禁絶施設収容が命令され、且つ、第68条b第1項及び2項の定める指図違反から、又は、他の一定の事実から.....具体的理由が判明するとき」。

改正法案刑法第68条e第3項の審査規定は、行状監督に伴う制限は必要も無く継続するものでないことの適切な保障となる。

e 刑法第67条h及び第68条a第7項, 第68条c第3項1号 最初から保護観察のために執行猶予する際の介入？

本法案は、従来論議されてきた危機介入手段の適用領域の点で、次の付加的限定を行っている。すなわち、司法外来診療は後療法指図(改正法案刑法第68条b第2項2文)に基づきようやく活動しうること、施設内危機介入は収容から釈放された者だけを対象とすること(改正法案刑法第67条h第1項)、及び、刑法第63条の定める処分被収容者に対する行状監督の無期限延長は、この収容が猶予されて初めて可能とされること(改正法案刑法第68条c第3項1号)。私は、この制限を次の理由から不十分だと思う。

一方で、収容の執行がその命令と同時に保護観察のために猶予され、それ故、行状監督が開始する(刑法第67条b)場合には、三つの実際に重要且つ助けとなる手段すべてが排除されてしまう。なるほど、以前の治療関係に結びつける可能性というものが、外来司法診療と施設内危機介入の効果を高めること、刑法第67条bの案件におけるこの可能性は、多くの場合存在しないか、せいぜい次の場合、すなわち、有罪を宣告された者が既に判決の前に施設内診療を受けていた、例えば、刑訴法第126条aの定める一時収容の範囲にいた場合であるという点までは認めることができる。しかし、この異論は別としても、私は、最初の保護観察の事例における行状監督が、執行された収容からの仮釈放後の行状監督ほどの装備が要らないとする説得力ある理由を認識できない。逆に、初めから保護観察の機会の認められる者には、それだけいっそう、保護観察過程を成功裏に終わらせるためにすべてのことが投入されるべきとの論証が可能である。

同じことは、刑罰の執行が、同時に、行状監督が命令され(刑法第68条第1項)保護観察のために猶予される場合にも当てはまる。この場合も、一必要とあらば無期限の一 司法外来診療に結びつける可能性が本法案によると存在しないので、ここでも重要な介入可能性が閉ざされている。性犯罪者のための治療士を見つけることや定期的嗜癖剤統制のための費用

を調達することの難しさを私は指摘してきたし、同じく、一定の性犯罪者の場合の釈放後の危険期間の長さも指摘してきた。それ故、結論として、上述の介入手段の欠如が意味していることはこういうことである。すなわち、一例えば、保護の命令されている者や子供の面前で専ら露出行為を行う犯罪者には(刑法第174条第2項1号, 第176条第4項1号)―(刑法第174条第2項1号, 第176条第4項1号の定める)「減量した」行状監督しか命令できないか、又は、執行されるべき刑罰が言い渡されねばならないということである―これが避けられるのは、行状監督を司法外来診療に結びつける可能性であり、場合によっては、行状監督を無期限に延長する可能性がある場合である。

f 刑訴法第463条a 公告と引致命令

改正法案刑訴法第463条a第1項2文で、行状監督所に所在地調査のための公告命令ができることが認められており、これは切実な実務の要請に応じるもので、実態に即している。

同じことは、改正法案刑訴法第463条a第3項が、有罪を宣告された者が、届出義務・面接義務に従わない場合、引致命令を発することができるとしていることにも当てはまる⁽¹²⁾。というのは、このようにしてのみ、有罪を宣告された者の継続的現状調査ができるのであり、必要とあらば、適宜の危機介入処置もできるのである。

ついでながら、引致命令の発付を行状監督所長に委ねることについての司法大臣会議及び連邦参議院の法的疑問に組する(vgl. Stellungnahme des Bundesrates bei Nummer 5)。但し、改正法案刑訴法第463条a第3項2文の規定は不完全だと思われる。第一審級の裁判所が管轄している限り、決定権限をその長に委譲することが擁護できるように思われるし、いづれにせよ、手続きの費用を抑えることと迅速な処理に役立つ。しかし、追加的に、決定権限は、行状監督が大刑執行部(裁判所構成法第78条b第1項)が指揮を執る場合でも、長にだけ委ねられるべきである。すなわち、「第一審級の裁判所又は大刑執行部(裁判所構成法第78条第1項1号)が管轄している限り、.....」。

III 指図型録の拡充と法定刑の引き上げ

本法案の重点の二つ目は指図型録の拡充と刑罰で補強された指図に対する違反の場合の法定刑の引き上げにある。

a 刑法第68条第1項3号 接触禁止と交際禁止

刑法第68条b第1項を接触禁止と交際禁止の分だけ補充すること、つまり、侵害される人との、及び、将来の犯罪への機会と刺激を与えかねないそのほかの人とのそれを補充するこ

とは、一般の人々を、特に、性犯罪者からいっそうよく持続的に保護することに役立つであろう。こういう評価を下すに当たって、私が認識していることは、この指図を遵守させる統制は、「完璧な」遵守を予期する限り、うまくいかないかも知れないということである。事実また、すべての有罪を宣告された者が同じ程度にこの指図を守れるというものではなからう。無差別に選択された被害者を道路上で又は住まいの中で襲い、それから、性的行為に及ぶ犯罪者は、この指図によってその行動を制限されることは十中八九なさそうである。

しかし、この指図は、小児性愛の行為者が先ず子供との最初の接触を図り、信頼関係を構築し、それから、最後に被害者に性的凌辱に及ぶ事案に特に「適している」。というのは、経験上、この種の新たな子供との接触が始まったということが、行状監督所や保護観察による編み目の細かい付き添いがあれば、一将来は司法外来診療によっても— 感受性のある観察者に長く気づかれぬままということではなく、したがって、状況が悪化する前に、指図を利用して介入できることになる。

私の勤務先である少年保護部も刑執行部もいままで相応の — 但し、従来なお刑法第 68 条 b 第 2 項に依拠した、それ故、なお刑罰で補強されていない — 指図で良好な経験を積んできた。何度もあったが、少年保護事件において、他でもなく、行状監督所の特別の統制手段と組み合わせて、刑法第 68 条第 1 項の行状監督命令と相応の接触禁止・治療指図を出すことで、保護観察のために刑を猶予するための決定的前提要件が作られ、したがって、普通は、保護観察の経過を成功裏に終了させることが可能となる。さらに、二つの事案の相応の行状監督命令は、その一つで、第一次的保安監置収容命令を、その二で、事後的保安監置収容命令を不要とするのに役立った。あらゆる事例について、対象となった犯罪者は、社会的近空間にいる子供を、前もって当該子供及びその母親と信頼関係を構築してから凌辱した者だった。

刑法第 68 条 b 第 1 項の定める刑罰で補強された指図の型録に接触禁止・交際禁止を取り入れることはこれらの命令の拘束力を高める。

b 刑法第 68 条 b 第 1 項 8 号 転居

連邦参議院の意見表明がその 2 番で指摘していることに私は賛成する。単なる転居であっても告発されねばならない。

それはそうと、ゲッティンゲンの刑執行部は、さらに進んで、転居や転職の前には行状監督所、保護観察及び刑執行部の同意を得なければならないとの指図を出すことが多い。この

命令が考慮を払っている事情というのは、行状監督の下にある者の生活領域の形成 ―いわゆる社会的受け入れ空間― に、社会予後、法予後の評価のための重要な意味が与えられるということである。

c 刑法第68条b第1項10号 嗜癖剤禁止、禁酒統制

刑罰で補強された酒精禁止、薬物禁止を命令できることは、私が話し合いをもった司法精神病院従事者の間に、及び、文献でも留保が付けられた。その主張は、特に、嗜癖患者である被行状監督者に、この指図を遵守してもらうことを真面目に期待することはできない。例えば、慢性酒精中毒者が、節制しない生活を送っているという理由だけで処罰されうるという考えは、堪え難いと⁽¹³⁾。

私は、この留保に組するが、しかし、これが、結論的には、新しい型録指図に反対する決定的な論拠になっていないと考える。というのは、指図の対象者は、特に(刑法第64条によって)治療された嗜癖患者と、依存疾患のまだ無い者だからである。後者の者には、酒精消費や薬物消費がさらなる可罰的行為を犯すことに繋がると思われる場合、指図の遵守を期待して差し支えない。―それはそうと、徹底的に差異のある対処が可能であるから、最初の場合によっては、わずかの消費があったからといって直ちに処罰しなければならないというものではない。依然として、刑罰で補強された指図違反は行状監督所の告発が無ければ訴追できないのであり(刑法第145条a2文)、その場合でも、なお、完全な刑法上及び刑訴法上の「貯蔵庫」があるからである。すなわち、負担を科すことによる便宜の手段打ち切りから始まり、刑罰の留保付き警告を経て刑罰を実際に科することまで ―あるいはそれどころか処分命令、刑法第64条によるその公算が大きい― 様々な方法が揃っている。

さらに、妥当なのが禁酒統制である。これは、危機的發展を適宜に認識するのに役立ち、さらに、その他、多くの被行状監督者に情報を与えた後これらの者に節制を動機づける効果を発揮するのである。

d 刑法第68条b第1項11号及び第2項2文から4文 外来面接と後療法指図

本法案は、刑罰で補強された面接指図(刑法第68条b第1項11号)と刑罰で補強されていない治療指図(刑法第68条b第2項2文から4文)を区別している。これに対して、連邦参議院は、連邦政府法案への意見表明において、刑罰で補強された単なる面接義務では十分ではないと考え、「身体侵襲を伴わない外来治療に服する」刑罰で補強された指図を求めている(連邦参議院の意見表明3番参照)。

私は、政府法案の差異的解決の方を支持する。面接指図だけでも――被行状監督者の現在の心身状態を定期的に医学検診、心理療法検診することと並んで――被行状監督者に医学・心理療法の視点から適応の治療を受ける動機付けを与えるという目的を有する定期的会話接触を可能とする。改正法案刑法第68条b第2項2文の定める治療指図は、治療を耐える用意を確実なものにするのに役立つ。――ゲッティンゲンの実務では、この種の、既に、刑法第56条c第3項と結びついた第68条b第2項に依拠した従来の指図は、治療者の交代や治療の終結には、行状監督所、保護観察及び刑執行部の事前の同意を要するというように構成されることが多い。この命令が役立つのは、必要な場合、できるだけ早く、恣意的治療断絶やそれまで被行状監督者の承諾があつて投与された薬剤を恣意的に止めることに――修正された又は付加的指図を出すことにより、そして、必要とあらば、保護観察の取り消しによって――対処できるということである。

思うに、刑罰で補強された治療指図もこれ以上のことはできない。治療指図は、一既に面接指図が極めて広く為すことだが――外面的範囲しか確保できない。治療が個々の事例においてどのように構成されるべきか、治療の内容が何であるかは、患者と治療者の治療関係においてしか決められないのであつて、患者の秘密が保護されるべき外来治療関係の中核の一つに属することであり、いずれにせよ、これは刑執行機関が反応するに及ばない領域である。

私の実務経験から二つの事例を基に評価を述べておこう。被行状監督者が、なるほど、治療に非常な関心を示すが、しかし、――目だけであろうか？――その犯罪とは何の関係もない問題しか生じさせないとき、これはまさに治療関係において克服されるべき困難事である。この場合、刑法が介入すれば、治療上の接触が危殆化されかねない。被行状監督者が、社会治療処遇(行刑法第9条)を受けたがうまくいかず、7年の自由刑の満期服役後も、子供を性的に凌辱したことを引き続き断固として否認し、さらに、心理検査の示すところでは、この者が、質問一切に対して専ら社会的に望まれていると思われることの意味において回答し、全面的に隠蔽するとき、最も厳格な治療指図であつても被行状監督者の胸襟を開かせることを強制できないし、したがって、そもそも先ずもって意味のある治療の萌芽を強制することはできない。ひょっとして、既に服役した刑罰と比較すると、もはや重要性を失っている多かれ少なかれ短期の自由刑を何度も科することは、被行状監督者を時に「回収する」することになりかねず、したがって、それに伴い繰り返しそれまでの再社会化の歩みをだめにしかねないのである。したがって、他でもなく危機的状況にある場合には、刑罰で補強された治療指図は益より害すらもたらしかねないのであつて、それ故、政府法案の規定に留まるのが正しい。

但し、私が不十分だと思うのは、後療法指図としての改正法案刑法第68条b第2項2文の定める治療指図の構成である。というのは、そのことによって、一既に述べたように— 保護観察刑と並んで行状監督が科される場合並びに刑法第67条bの場合に司法外来診療への道が閉ざされてしまうのであり、そのことは拘禁と収容の回避のために望ましいことではありえない。すなわち、刑法第68条b第2項2文は一般的治療指図として次のように構成されるべきである、「精神医学、心理治療又は社会治療の世話を受け、治療してもらう指図(治療指図)」。

さらに、私なら意味があると思うのは、改正法案刑法第68条第2項4文の定める承諾要請を酒精・嗜癖剤統制を越えてその他の医学的適応の血液像統制(例えば、衝動を抑える治療の際のリチウム含有量又はテストステロン値)へ拡大することである。

e 刑法第145条a 法定刑の引き上げ

刑法第145条aの構成要件の意味及び効用には争いがある。実際、私は、治療指図違反の事例に対する刑罰警告の限界がどこにあるのか、場合によってはそれどころか、行状監督の下にある者の発展に対する危険がどこにあるのかを、丁度二つの事例を基に指摘することを試みたところである。これに次の点が付け加えられるべきである。すなわち、私の長年の執行判事実務から、刑法第145条aの刑事手続きを実際に適用したのは一件だけだったのである。この事件では、第一審の手間暇のかかる刑事手続きはおまけに(第二審で修正された)結果—保護観察の付かない自由刑—に至ったのであり、これは、その間に、行状監督所、保護観察及び刑執行部によってずっと前に為された保護観察・構想の転換修正—被行状監督者の寮舎収容—を妨げる寸前だったのである。

しかし、あらゆる弱点があるにもかかわらず、私は、行状監督の範囲で一定の指図を刑罰で補強することは、手段を補充し、支援する上で意味があると考え。新しい危殆化状況を生じさせたことに対して、一例えば、小児性愛の行為者にあつては所在禁止にもかかわらず遊園地を訪れるとか、接触禁止にもかかわらず水泳場で子供と接触を始めるとかによって—新しい独自の刑法上の制裁で対処し、それにより、明るみに出た行動の犯罪内容及び外的行動処置の拘束力が強調されるなら、それは全く適切であるように思われる。

刑の上限を3年に引き上げたことを、私は、望ましいことだと思う。従来の刑罰警告では、被行状監督者を行状監督の範囲内で指図を遵守するように動機づける上で、ほとんど適切とは言えないからである。

但し、私なら、それでも、指図違反の場合に過料や期限付きの強制拘禁という形で「より軽い」強制手段を付加的に用意しておくことは考慮に値すると考える。思うに、こういった強制手段は、刑法第145条aの定める刑事手続きと比べると、いくつかの長所をもつ。まず、決定権限が行状監督も指揮する裁判所にあることになり、その結果、これと刑法第145条aの定める刑事手続きに携わる裁判所の判断が別れるという危険が避けられることになる(参照、三番目の事例)。さらに、行状監督裁判所での手続きは、そうでなければ必要となる判決手続きよりも形式的ではないし、それ故、より迅速に、素早い「警告射撃」という意味での結論に到りうる。最後に、刑事罰を新たに科せられることに伴う崩壊効果も避けうる。形式的な、且つ、より強力な制裁に繋がる刑事手続きは、被行状監督者の特に重大な違反とか特に反抗的な行動に留保されることになる。こういった場合に、これは不可欠と思われる。

IV 不必要な行状監督の回避

刑法第68条e第1項 不必要な行状監督の終結

改正法案刑法第68条e第1項の規定は実務上の簡略化に大いに寄与している。なぜなら、それは、行状監督の内容的質を毀損することなく、不必要な且つ希でなく見通しがたい、混乱を招く二重の書類作成を避けるのに資するからである。それは、行状監督所と裁判所の両方の緊急の実務上の必要に答えている。

しかし、本条2号はもっと広く次のように規定できると思われる。すなわち、行状監督は、「自由剥奪の処分が併科されている自由刑執行の開始から」終了する。従来の規定によると、(期限付きの)行状監督は、例えば、禁絶施設又は精神病院収容の前に随伴刑の一部の先執行が命令されていて、なおその刑が執行されるとき、その限りで、停止しているとしても、存続しているからである。私は、なぜこれが必要なのか理解できない。というのは、処分を保護観察のために猶予するとかその終了宣言のすべての場合に行状監督が開始するからである。その点で、例外を為すのはせいぜい刑法第67条c第2項5文の特殊例であるが、しかし、これは実践的重要性を一切失っている。

V 費用

もっと監督の出費をとというのは、同時に、行状監督によって生ずる費用のことも意味する。特に、司法外来診療の設置ないし拡充がここでは費用の要素として考慮される。

但し、対抗措置として、私は、刑法第63条、第64条の定める処分執行の収容期間が短縮できると思う。なぜなら、行状監督改善のために定められた処置の「袋全体」が、有罪を宣告された

者が収容の外で犯罪を犯さない生活を根拠をもって期待できるように、改善された監督・介入手段を用意しているからである。これがかなりの節約効果をもつ。比較すると、外来診療一人当たり、ニーダーザクセン州では、四半期ごとに1,200ユーロかかるが、施設内診療はほぼ17,000ユーロかかる。

行状監督の助けを借りて収容の執行がはじめてから避けられうるなら、相応の費用が節約できる。さらに、判決における行状監督命令が刑の執行を保護観察のために猶予することを可能にすると、節約ができる。

注 記

- (1) 毎年、約20件を扱っているが、そのほとんどが少年保護事件である。
- (2) 毎年、特に、刑法第63条の定める約400件の処分執行事件を扱っているが、さらに、刑法第63条、第66条の定める処分執行事件、並びに、刑罰執行事件を扱っている。
- (3) Vgl. insbesondere Enrico Weigelt / Sabine Hohmann-Fricke (2006), Führungsaufsicht - Unterstellungspraxis und Legalbewährung, in: *Bewährungshilfe* 2006, 216-239, sowie Enrico Weigelt (2006), Was kann eine reformierte Führungsaufsicht leisten?, in: *ZRP* 2006, 253-255.
- (4) 若干の州で、これがもう行われている。そこでの行状監督所との協働から、私は、時に次のような印象を受けている。すなわち、—もちろん極端なことを言うのだが— 行状監督所は保護観察官報告のための通過司令塔の役割しか果たしておらず、この機能の点で、特に、被行状監督者に直接かわりをもつ保護観察と行状監督を指揮する裁判所の間の連絡を、緊急の場合でも、遅らせている。そうすると、—典型的に処遇困難な— 被行状監督者を、通常の協働と（保護観察）過程の編み目の細かい付き添いで基礎づけられるという二番目の専門的視点がいずれにせよ得られなくなる。
- (5) In *Drs. 16 / 1993* sind auf S. 16 die Begründungen zu Nummer 6 Buchstabe a) und Buchstabe b) vertauscht.
- (6) バムベルク高等裁判所は、本法案に鑑み、既に、その従来の実務を変更し、最小限一併合刑に結び付けている。(vgl. *NStZ-RR* 2007, 94)
- (7) 司法外来診療部があちこちでいっせいに開設されるまで、時に、「半ば闇の」外来診療が提供されていた。さらに、モーリングゲン（ゲッティンゲン刑執行部の管轄下にある）の司法中央病院には、既に2004年に、処分執行から釈放された性犯罪者のための特別外来診療部が開設されていた。
- (8) Vgl. auch schon Matthias Koller, *Weggeschossen für immer? - Überlegungen zur gerichtlichen Einweisungs- und Entlassungspraxis und zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 01. 1998 auf den Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB*, in: M. Osterheider (Hrsg.), *Forensik 2004 - Aufbruch oder Stillstand?* 19. Eickelborner Fachtagung. Dortmund, S. 181, 199 f.
- (9) 例えば、第1項に次のような3文を挿入できよう、「裁判所は、1文及び2文の定める前提要件が、危機介入の終了後、新たに充足される事態になったとき、1文及び2文の定める処置を繰り返し命令できる。」
- (10) Vgl. auch Matthias Koller, wie Fn. 8, S. 200.
- (11) C. Stadtland / M. Hollweg / N. Kleindienst / J. Dietl / U. Reich / N. Nedopil, Rückfallprognosen bei Sexualstraftätern - Vergleich der prädiktiven Validität von Prognoseinstrumenten, in: *Nervenarzt* 2006, 77: 587-595, insb. S. 593.

- (12) Vgl. auch schon M. *Koller*, wie Fn. 8, S. 199.
- (13) Vgl. Norbert *Schalast*, Anmerkungen zum Gesetzentwurf des Bundesjustizministeriums zur Neuregelung der Führungsaufsicht, in: *Recht und Psychiatrie* 2006, S. 59-64, insb. S. 60 f.