

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)(1)
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学学園論集，129：53-66
発行日	2006-09-25

# ドイツ連邦政府「行状監督改正法案」 (2006年4月5日) (1)

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

(以上本号)

## はじめに

ドイツ刑法の行状監督は、1975年の第二次刑法改正法によって導入された制度であるから、今年には31年目を迎え、いわば、壮年期に入ったといえよう。この制度は、犯罪者の社会化に多分に楽観的であった当時の思潮の反映していた。それまで、警察監督(Polizeiaufsicht)があったのであるが、法治国の観点から問題なしとせず、犯罪との闘いの上でもほとんど効果がないと見られ、実際にもほとんど適用されることはなかった。そこで、危険な犯罪者に対する外来処分として、犯罪者の社会化にも役立たせる、いわゆる「保安監督(Sicherungsaufsicht)」が構想された。もともとの関心事は、いわば、「保安監置を科する前の最後の支援」として、実際に危険な行為者に対する処分を創設することにあつたのである。この対象者は、刑の猶予と条件付き釈放だけで対処できると考えられた「危険にさらされる」行為者とは区別された。その後の議論の進展過程で、この二分論は放棄されることになった。本人に対する援助の思想を強く反映した処分が構想されるにいたり、それが「行状監督(Führungsaufsicht)」という名称で表現されることになった。犯

罪者の社会化指向は、なかんずく、保護観察官の必要的指定に関する規定に現れている。立法者は、保護観察官と行状監督所の分業的協働によって、問題のある犯罪者群であっても、長期の施設内処分を回避するか短縮するために、あえて自由の中で処遇試験をしようとしたのである。

行状監督が所期の目的を達成しているか否か、断定的なことは言えないが、次の様なことは指摘できよう。精神病院収容期間が著しく短くなり、累犯率が驚くほど低いことが、行状監督の成果だとも見られている。というのは、これが可能となったのは、刑執行部が、精神障害犯罪者の釈放に当たって、行状監督所と保護観察官による二重の世話を信頼できるという事情があるからである。保安監置を抑制するためにも、行状監督が限界事例においてまったく意味がなかったとはいえないだろう、それというのも、行状監督によって、かなりの前科歴のある累犯者が、比較的長期の刑の服役後、世話と監視なしに釈放されることはないということが確保されるからである。

それにもかかわらず、現状形態の行状監督の意味と効用については疑問が出されている。例えば、行状監督に付された者に治療を受ける意思が欠如していること、その者との接触を保つことが困難であること、保護観察官と行状監督所、裁判所との間の意思疎通に問題があること、管轄・権限問題、行状監督に付される者が同質でないこと、指図違反の場合の制裁、精神障害者や嗜癖犯罪者に対する外来の後療法が十分に整備されていないこと、性犯罪者には特にそれが言え、保護観察官が自分だけで問題を抱えざるを得ないと感じていること、危険な犯罪者は世話に当たる者にも危険であること等が指摘されている(Alfred Hartenbach, Die Führungsaufsicht ist durch das 2. Strafrechtsreformgesetz neu in das Strafgesetzbuch eingeführt worden. 12.10.2004.; ders. Bewährungshilfe ist effektiver Opferschutz. 09.10.2003.)。

既に1980年代末に、ドイツ連邦司法省内に行状監督法の改正素案が作成されていたのであるが、当時は、それ以上に進展することはなかった。その後、1998年1月26日の「性犯罪とその他の危険な犯罪撲滅法」で、行状監督制度の部分改正が実現したが、今般、上述の事情を踏まえて、ドイツ連邦共和国政府は、2006年4月5日に、「行状監督改正法案」を閣議決定した(Bundesministerium der Justiz, 5. April 2006. Regierungsentwurf zur Reform der Führungsaufsicht.; Drucksache 16/1993. 28.06.2006)。以下は、その法案及び理由書の紹介である。

## I 問題と目的

行状監督は、行刑または処分執行から釈放された後の社会的統合が様々な理由から危険にさらされるように思われ、それ故、改善の利益と安全の利益において特別の程度に統制的付随処置と支援を要する行為者の後療法の世話を保障する。したがって、行状監督は、著しい刑事政策上の

意義と — その適用事例が多いことに鑑み — 大きな実践的意義をもつ。行状監督の改正の目的は、そのいっそうの効率的な実践的運用を可能にするところにある。それ故、一方で、行状監督の法規定を簡素に且つ単一化する。その際、現代語化に注意を払い、男性・女性の双方に適切な用語を用いる。他方で、危機介入手段を創設し、その助けを用いて、患者の危機的発展を従前よりも一層よく認識し、患者に適切な対処ができるようにする。ただし、行状監督の効率を高めるためには、刑法の領域を改善することと並んで、州政府司法省による実務における行状監督実施の検証と場合によっては改善が前提となる。

## II 総則〔理由書〕

### 1. 出発点

a) 1975年の大刑法改正の領域で刑法典に導入された行状監督処分の目的は、行刑又は処分執行からの釈放後の社会的再統合がさまざまな理由から危険にさらされ、それ故、特に困難に思える行為者の後療法世話を保障することにある (vgl. v. Bülow, Führungsaufsicht und Führungsaufsichtsstellen, in Dertinger/Marks (Hrsg.), Führungsaufsicht, 1990, S. 150)。行状監督は、網目の細かい監視と統制によって、再犯を防止しようとするものであり、しかも、心理社会的困難事の克服に当たって世話と援助によって、閉鎖施設外で犯罪を犯すことのない生活を送れることを可能にしようとするものである。保護観察は積極的法予後診断のあった行為者にのみ考慮されるのだが、行状監督はほかでもなく、専らというわけではないが、予後診断の悪い行為者の監視、世話に照準を合わせている。行状監督の制度は合憲である (BVerfGE 55, 28, 29/30)。

行状監督の主要二群を分けることができる：

#### (1) 刑罰の服役後の行状監督

- a) 比較的長期の自由刑の満期服役後必要的に (刑法典第 68 条 f),
- b) 特定の累犯の危険ある犯罪の場合、特に、性犯罪の場合も、裁判所の命令によって (刑法典第 68 条第 1 項)。

#### (2) 自由剥奪処分との関連での行状監督 (刑法典第 68 条第 2 項)

- a) 保護観察のための執行猶予後 (刑法典第 67 条, 第 67 条 b, 第 67 条 c 第 1 項及び第 2 項, 第 67 条 d 第 2 項)
- b) 保安監置収容終了後 (刑法典第 67 条 d 第 3 項),
- c) 刑法典第 64 条の定める収容からの釈放後で、裁判所が見込みがないという理由から収容を取り消すとき (刑法典第 67 条 d 第 5 項),
- d) 刑法典第 63 条の定める収容終了後で、予後診断が不確かであるとき (刑法典第 67 条 d 第

6項)。

したがって、行状監督は、有罪を宣告された者が行刑又は処分執行によって(十分に)目的達成できなかった事例と、十分に(条件付)「釈放してもいい時期に来ている」と判断されうる事例を含む。

行状監督の遂行は行状監督所と保護観察官の管轄下にある(刑法典第68条a第1項)。行状監督所と保護観察官は共同して行為者の援助、世話及び監視の任務にあたるが、ただし、力点の置き所が異なる：

- ・ 保護観察官の責務はとりわけ保護観察に付された者と直接の世話をするために接触するところにある。統制任務は第一に指図の履行の監視及び監督所への報告にある。
- ・ 監督所はむしろ管理、調整及び統制任務を引き受ける。監督所は、裁判所との協調及び保護観察官の支援を得て、有罪を宣告された者の行動及び指図の履行を監視する(刑法典第68条a第3項)。監督所の責務には、指図違反の場合の刑法典第145条a2文の定める刑事告訴も入る。

裁判所は、有罪の宣告を受けた者に、保安的且つ支援的に行状介入をする指図を与えることができる(刑法典第68条b)。ここで区別されるべきは、刑法典第68条b第1項の定めるいわゆる「型録指図」と刑法典第68条b第2項の定める具体名の挙げられていない指図である。刑法典第68条b第1項の(制限列举された)指図型録からの指図違反だけが刑法典第145条a〔行状監督中の指図違反〕により処罰可能である。

行状監督の期間は普通は2年と3年の間である(刑法典第68条c第1項1文)。ただし、治療拒否の場合、裁判所は、刑法典第68条c第2項の前提要件の下で、期限の付さない行状監督を命令できる。

b) 行状監督の件数とその進展に関する情報を与えてくれる連邦全体の統計は存在しない。個々の州の内部資料を用いた推定では、全国で、目下、1万5千人ないし2万人の行状監督に付された者がいる(Strafrechtsausschuss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, „Neufassung der Vorschriften über die Führungsaufsicht: Länderauswertung und Empfehlungen“. Unveröffentlichter Bericht, 2004, S. 3ff. - im Folgenden: Bericht des Strafrechtsausschusses)。すなわち、行状監督は重要な実践的意味をもっている。ただし、裁判所の命令する行状監督(刑法典第68条第1項)は微々たる役割しか果たしていない。刑事訴追統計によると、2003

年には、41件しかない(Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, R 3, 2003)。

個々の州の件数から分かることは、行状監督の件数が最近著しく増大したということである。ノルトライン＝ヴェストファーレン州では、1997年に全体として1,513件だったものが2004年には4,326件とほぼ3倍になったし、1997年だけからでも(3,613件)ほぼ5分の1増大した。したがって、このことは同時に、ノルトライン＝ヴェストファーレン州で保護観察の下にあるおよそ10人に一人は行状監督に付されていることを意味する(vgl. Bericht des Strafrechtsausschusses, S. 3ff.)。2004年1月1日現在、行状監督に服している者の内で、刑法典第68条fにより必要的に行状監督が開始されたいわゆる「満期服役者」が60%と最大の割合を占める。これと並んで、刑法典第67条d第5項による終了事例(19.4%)、刑法典第67条d第2項(12.9%)及び刑法典第67条b第2項(5.5%)が行状監督のかなりの割合を占める。

同様の展開を示すのがベアリーン市である。ここでは、行状監督に付された者が、1997年1月1日の999人から2004年1月1日の1,551人へと、つまり、55%増大した。2004年12月の初めに保護観察に付されたすべての者の4分の1が行状監督の下にある。その内、いわゆる「満期服役者」が73%を占める。これと並んで、刑法典第67条d第5項による終了事例(10.3%)及び刑法典第67条第2項(9.7%)と刑法典第67条b第2項(5.9%)による猶予事例がかなりの割合を占める。

すなわち、目下、実務上重要なのは、とりわけ、「満期服役者」と禁絶施設での治療がうまくいかなかった者で、それぞれ累犯の危険が伴う人々、及び、「特別の世話の必要がある」が、精神障害にもかかわらず基本的に積極的犯罪予後診断の故に、精神病院収容が保護観察のために猶予されている人々である。

c) 行状監督の刑事政策的、実践的意義が増大していることに鑑み、その効果の問題(vgl. Streng, „Strafrechtliche Sanktionen“, 2. Aufl., 2002, Rdn. 332)をこれ以上放置するわけにはいかない。学説及ぶ実務で表明された批判はとりわけ次の点に関係する：

- 行状監督に付される異質の人々(Jescheck/Weigend, „Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil“, 5. Aufl., 1996, S. 824 ff.; Meier, „Strafrechtliche Sanktionen“, 2001, S. 243),
- 現在の指図違反制裁形態(Streng, a.a.O., Rdn. 329; Schöch, „Bewährungshilfe und Führungsaufsicht in der Strafrechtspflege“, NStZ 1992, S. 370), 及び,
- 組織の問題(Nißl, „Die Führungsaufsicht“, NStZ 1995, S. 525; Schöch a.a.O., S. 371)。

既に1980年代の終わり頃、連邦司法省において諸州のアンケート調査に基づき行状監督法改正素案が作成された。しかし、当時、素案の議論は終結しなかった。改正努力は、2000年秋に、司法大臣会議の刑法委員会によって再度動き始めた。刑法委員会は、行状監督改正の問題を、実務への包括的質問に基づき、根本的に問い直すことで一致した。

この実務質問は、2003年に、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の責任において実施された。送付された質問票にすべての州司法行政部が回答を寄せた。さらに、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専門家団体(DBH)〔Stellungnahme des DBH-Fachverbandes für Soziale Arbeit, Strafrecht und Kriminalpolitik zur Umfrage über eine mögliche Neufassung der Vorschriften über die Führungsaufsicht〕とドイツ保護観察官研究会(ADB)の意見が求められた。把握されたのは、行状監督の将来の適用領域に関する考えと具体的問題の改正の必要性である。質問の結果は司法大臣会議の刑法委員会報告(„Neufassung der Vorschriften über die Führungsaufsicht: Länderauswertung und Empfehlungen“ - bereits erwähnt)に提出された。司法大臣会議は2004年11月に連邦司法大臣に、この報告書に基づき対応の法案を作成するように求めた。

全体として、刑法委員会の報告によると、行状監督が基本的に維持されるべきということで、ほぼ実務の一般的見解は一致する。というのは、一面で、行状監督は、公衆の安全利益と潜在的被害者の保護のために必要だからである。ほかでもなく、不確かな社会予後診断を下された行為者は、導かれ、監督されなければならない、社会化努力において世話と援助を必要とし、かくして、再犯が防止されるのである(vgl. dazu auch Schöch, NStZ 1992, S. 370)。危機段階にあるとき、行為者は自ら進んで利用できる社会的援助を求めることのできないことが多い。多面、事案の状況によっては、行状監督があつて初めて保安監置から離れることを可能とし、かくして、有罪を宣告された者の自由における再社会化への利益に考慮を払う。したがって、再社会化のために、特に、釈放された性犯罪者の再社会化のために、及び、等しく、公衆の監督への利益のために役立つ比肩しうる他の法的効果は存在しない。

## 2. 法案の目的設定と内容

行状監督の改正の目的は、そのより効果的な実践的運用を可能とすることにある。それ故、一方で、行状監督の法的規制が簡素化され、単一化されるべきである。これと平行して、他方で、危機介入手段が創設され、この助けを借りて保護観察に付された者の危機的發展が従前よりもずっとよく認識でき、早期に対処できるようになる。ただし、刑法上の外枠の改善と並んで、行状監督の効果の増大は州司法行政部による実務転換の検証と場合によっては改善を前提とする。

本法案は、刑法委員会報告の修正提案の多くを取り上げた(以下にそれと分かるように記す)。改正提案の若干のものは、個々の規定の理由書に触れられている理由から、修正した形で法文化された。それと並んで、本法案は、報告書の勧告案が触れていない新規制案を含んでいる(以下では、「新提案」と記す)。行状監督の法改正は、最後に、刑法典内における言語の現代化、とりわけ、性に適合した言語適応によるそのきっかけにもなる。具体的提案は次の通りである：

### 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、すなわち、刑法典-法案第 68 条 b〔指図〕第 1 項 7 号、10 号、11 号、特に、刑法典-法案第 68 条 b 第 1 項 3 号に接触・交際禁止を盛り込む。

刑法第 68 条 b 指図

(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、

1. 監督所の許可なく、住所又は居所もしくは一定の場所を離れないこと、
2. その者に、将来の犯罪行為の機会又は刺激を提供しうる一定の場所に滞在しないこと、
3. 被害を受けた者、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者と接触しないこと、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、
4. その者が、事情によって犯罪行為へと濫用しうる一定の活動を行わないこと、
5. その者に、将来の犯罪の機会、または刺激を提供しうる一定の物件を所有しないこと、携帯しないこと、又は、保管しないこと、
6. その者が、事情によって犯罪行為へと濫用しうる自動車、特定の種類の自動車又はその他の車両を所有し若しくは運転しないこと、
7. 特定の時点に監督所、特定の官署、又は、保護観察官のもとに出頭すること、
8. 住所又は仕事場を変えたときは、遅滞なく監督所に届け出ること、
9. 無就労の場合には、所轄の労働事務所またはその他の職業紹介所に出頭すること、
10. 特定の事実に基づくと、酒精飲料や麻酔剤の使用がさら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、一定の間隔をおいて、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。

〔理由書〕第 68 条 b 指図

第 1 項の新規定は、刑法典第 145 条 a〔行状監督中の指図違反罪〕の構成要件の結節点である



指図型録を若干拡大している。

3号に接触・交際禁止が取り入れられた。この規定は刑法委員会報告(S.70ff.)における諸州の一致した提案に沿うものである。特に、被害者保護の理由から、保護観察に付された者に、特定の者との接触を禁止できる緊急の必要性が認められる。刑法典第68条b第1項3号の定める指図は、刑法典第56条c3号〔指図〕と異なり、従来、この可能性をもっていない。

相応の指図は、行状監督の事例において、従来普通は、刑法典第68条b第2項に依拠して、特に、子供又は少年の性的虐待の事例で多くの刑執行部の「確たる出し物」の一つとなっている。有罪の宣告を受けた者に与えられる指図として、例えば、子供及び少年との監視のつかない、付き添いのない接触を一切しないこと、子供や少年がいるのが普通である特定の場所にとどまらなことが挙げられる。この指図は更なる同種の犯罪を防止するのに役立つ。

契機犯罪の被害者との一切の接触を控えるべしとの指図は、この予防的側面以上に、具体的被害者保護のためにあり、既に犯罪によって蒙った損害の悪化を避けるために、必要となりうる。この指図は、3号に明文化され、刑訴法典第406条d第2項2号〔被害者に対する通知〕の新規定で補充される。それによれば、有罪を宣告された者に接触・交際禁止指図が与えられたか否かに関して、被害者に申し立てにより通知されなければならない。というのは、こういった指図を教示されることは被害者の正当な利益に合致するからである。これを知ることは被害者の安全感に役立つし、さらに、被害者にこういった指図の違反を告訴することを可能にする。

接触禁止違反が判明すると、状況が悪化する前に、指図を基に介入がなされる。刑法典第68条b第1項の型録に接触・交際禁止が取り入れられたことで、指図違反における反作用可能性の範囲が著しく拡大、改善された。というのは、指図違反はこれからは刑法典第145条a〔行状監督中の指図違反罪〕の前提要件の下に刑罰で担保されるからである。

3号の規定は刑法委員会の法文提案(Bericht S.73)に依拠している。接触禁止と並んで、交際禁止も可能な指図内容として挙げられている。接触禁止は、有罪を宣告された者が潜在的又は前の被害者とも新たな接触をすることを防止しようとするものだが、交際禁止は現にある接触の継続又は維持に適用される、すなわち、有罪を宣告された者と、例えば、犯罪被害者との間に既に存在する接触があつて、接触が新たに為されるに及ばない場合がそれである。刑法委員会提案を超えて、被害者が3号に明文化されているが、それは、被害者が――差別的な方法で――、犯罪者に「更なる犯罪の刺激を与えかねない」者と理解されるには及ばないためである。

7号では、保護観察官のもとに出頭する指図が規定されている。既に現行法でも、保護観察に付された者に、刑法典第68条b7号により、保護観察官の官署に出頭する指図を与えることは可能である。本質的には、しかし、保護観察官個人のところに出頭するのである。というのは、実務では、有罪を宣告された者と最も集中的接触を維持しているのが保護観察官であるのが普通だからである。保護観察官は一番早く、既にその専門的資質に基づき、保護観察に付された者の危機的発展を認識することを要求されるのである。それ故、保護観察官と保護観察に付された者の間の恒常的接触が決定的に重要である。

10号は、酒精飲料又は他の麻酔剤の自己使用に関する新たな指図の規定である。この指図を与えるのが可能なのは、特定の事実に基づき、こういった薬剤の消費が更なる犯罪を犯すことに繋がると想定する理由がある場合である。酒精・薬物又はその他の嗜癖剤濫用が、多くの場合、中心的危険要因となっている(Seifert/Bolton/Möller-Mussavi, „Gescheiterte Wiedereingliederung nach Behandlung im Maßregelvollzug oder Wie lassen sich Rückfälle verhindern?“, MSchrKrim 2003, S. 127ff., 132)。それ故、累犯に走るのを防ぐために多くの場合決定的に重要なことは、重大な嗜癖剤濫用に滑り落ちる傾向を早期に認識し、それに対処することである。酒精飲料又はその他の麻酔剤の自己使用の禁止指図は、身体侵襲を伴わない限りであるが、酒精統制又は嗜癖統制に服すべしとの補強命令によって補充できる。その際考えられうるのは、とりわけ、定期的尿検査又は呼気酒精測定である。既に現在でも、刑法典第68条b第2項に依拠して、相応の指図を与えている裁判所がある。ここでも、指図違反の際の反作用の可能性が、刑法典第68条b第1項の刑罰で担保された型録へこの指図を取り込むことで改善されている。

刑罰で担保されていることを考慮すると、指図は、比例原則の理由から、身体侵襲を伴わない統制に制限される。例えば、血液統制に服すべしとの指図は、刑法典第68条b第2項により依然として許容されるが、しかし、明らかに本人の同意と結び付けられる。さらに、具体的事例で刑訴法典第81条a〔身体検査〕の処置が問題となるのは、例えば、刑法典第68条b第1項10号により命令される統制への協働の拒否が他の事実と一緒にあって刑法典第145条a〔行状監督中の指図違反罪〕の定める犯罪の十分な事実的根拠を提供している場合である。

酒精統制に参加することにかかる小額とはいえない費用が、目下、有罪を宣告された者自身が負担しているのが普通であることに鑑み、こういった統制を無料かわずかの費用負担で司法外来診療部を通して行うことが有意義であるかもしれない。

11号には、特定の時点、又は、一定の間隔をおいて、医師、心理療法士又は司法外来診療部に出向く指図が定められている。この指図は、医師、心理療法士又は司法外来診療部にとって、定

期的に本人の人的印象を得、危険な発展をできるだけ早期に認識するために利用できる。

しかし、この指図で、有罪を宣告された者に、従前よりもいっそう力強く、療法士と接触し、したがって、治療の方向への「第一歩」を踏み出す誘引を与えることができる。意識的に、本法案は、保護観察に付された者を「治療室へ」と強制する可能性を創設することに自己限定し、刑罰で担保された(心理-)治療指図を規範化することから距離をとっている。この放棄は、刑法委員会の報告(S. 18f.)における諸州による対応する提案の圧倒的に控えめな評価に対応する。諸州は報告書においてその拒否の理由をとりわけ刑罰で担保された治療強制に対する憲法上の疑念に求めている。

実際、こういった指図を刑罰で担保することの許容性には、憲法上の疑義が存する。刑法典第68条b第2項により既に今日同意なくしても可能な、しかし、刑法典第145条a〔行状監督中の指図違反罪〕によっては刑罰で担保されない(心理-)治療指図は、基本法第2条第2項、同第1条第1項によって保護される一般的人格権への重大な侵襲である。こういった侵襲を甘受する必要があるのは、比例原則に適っている、すなわち、公衆の利益を保護するために不可欠である場合に限られる(vgl. BVerfGE 65, 1, 44; 84, 239, 280)。したがって、比例原則の厳格な調査が必須である。その際、衡量の範囲内で人格侵害の重さが考慮されるべきである。

この関連で決定的に重要なのは、いかなる治療成果を刑罰警告の下に強制的に指示された心理療法で得ることができるのかということである。心理療法の治療処置は社会的相互交流に基づいており、それ故、本人の協働を要する(vgl. Schneider, „Kriminologie der Sexualdelikte“, Kriminalistik 1999, S. 233ff., 297ff.)。それ故、治療の成果にとって決定的に重要なことは、保護観察に付された者が治療に応ずるということである。ただし、このことは、初めから治療への気持ちがあるということを前提としないし、治療の気持ちが自律的動因に基づくことも前提としない(参照、累犯性犯罪者からの保護を改善するための可能性と戦略に関するドイツ連邦議会の法務委員会の聴聞における専門家ペフリン(Pfäfflin)とヴィンクラー(Winkler)の詳論, vom 9. Oktober 1996, Protokoll S. 32f.; Schneider a.a.O., S.297f.)。決定的なのは、むしろ、療法士が本人を協働へと動機付けることに成功するか否かである。十分な動機付けを作ることが最初の治療目的であるが(vgl. Rosenau, „Tendenzen und Gründe der Reform des Sexualstrafrechts“, StV 1999, S. 397 m.w.N.), しかし、最初の治療段階だけで役割を果たすのではない。全治療段階を通して、それを目指して努力されねばならない(Schneider a.a.O., S. 298)。しかし、多くの場合、動機付けの努力は、保護観察に付された者が、先ずもって、およそ療法士と接触を取り、それを維持するするように、相応の指図によって強制される場合にだけ可能となる。それ故、刑法典第68条b第1項11号の刑罰で担保された指図は、とりわけ、こういった「乗車強制」を可

能とすべきものである。治療者のところに何度も出向くことも、それが治療における協働の用意を作るのに必要である限り、命令することができる。

[連邦参議院は2006年5月19日の第822回会議において、連邦政府刑法典-法案第68条b第1項1文11号につき、次のような意見表明を行った。連邦政府案を次のように修正する、「身体侵襲を伴わない外来診療を受けること」。その理由は次の通り。

刑法典-法案がその第68条b第1項1文11号において、有罪を宣告された者に、一定の時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出向くべしとの(刑罰で担保された)指図を定めるにすぎない限り、この単なる[出向く義務]は十分とはいえないように思われる。

既に、2005年5月27日に連邦参議院が可決した危険な若年暴力犯罪者累犯違反行為回避のための法律—BR-Drs. 276/05(Beschluss)—が、刑法典第68条bを次のように改正すべきとしていた、有罪を宣告された者に、身体侵襲を伴わない外来診療を受ける指図を与えることができる。この提案は引き続き生かされるべきである。

1998年1月26日の性犯罪及びその他の危険な犯罪行為撲滅法(BGBI. I S. 160)によって、裁判所は初めて、診療が身体侵襲を伴わないとき、有罪を宣告された者に診療を受けるべしとの命令を、本人の同意がなくとも、下せる権限をもつことになった(刑法典第68条第2項2文、同第56条c第3項1号と結びついて)。この点で、特に、心理療法治療が考えられている。こういった指図に従わない又は刑法典第56条c第3項1号の意味で裁判所が必要だと考える指図(身体侵襲を伴う)に同意しない、そして、治療を受けないことにより公衆に引き続き危険である有罪を宣告された者には、当時の立法者の意図からすると、当時、期限を付した行状監督の5年の上限を超えてこういった場合に期限を付さない行状監督を命令すること(刑法典第68条c第2項)、そして、有罪を宣告された者が行状監督がなくとも犯罪をもはや犯さないであろうと予期できるときになって初めて刑法典第68条e第1項にしたがい行状監督を終了させることでなお十分だと考えられていたのである。

ただし、期限を付さない行状監督という圧力手段では、公衆を危険な犯罪者から効果的に守るには十分でないことが分かっている。それ故、身体侵襲を伴わない治療を受ける指図を刑罰で担保された指図の型録に組み込むことが必要であるように思われる。

同意を要しない治療指図に対する違反にあっては、刑法典-法案第68条c第2項の定める期限を付さない行状監督の命令が可能でもあり、刑法典第145条aの定める刑法上の制裁も可能である限りで、比例の原則が守られている。さらに、刑法典第145条aで刑事告訴が必要とされていることから、行状監督所が個々の事例に応じて異なった対処の可能性をもつことが保障されている。

治療指図を刑罰で担保された指図の型録に組み込むことで、有罪を宣告された者に正当な初動強制が造られる。特に、司法執行から分かることは、先ず、治療意思のない者が適切な取り組み

の可能性を与えられることで治療に近づけることができるということである。それ故、あらゆる手段を使って、治療の必要があるが、治療の意思のない保護観察に付された者に、治療処置を受ける用意を覚醒させる試みが必要となる。

連邦参議院は、さらに、連邦政府に、情報の自己決定権を守りながら、有罪を宣告された者に、その外来診療に当たる者の守秘義務を解く指図を与える旨の規定を設けるよう要請している。その理由は次の通り。刑法典-法案第68条b第1項1文11号の意味での外来診療を担当する者の守秘義務を解くべしとの、行状監督の領域で与えられる指図は、情報の自己決定権を侵害しかねない vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 53. Auflage, § 53c Rnr. 2 mit Bezugnahme auf den Beschluss des OLG Nürnberg vom 8. Dezember 1998 - Ws 1496/98 -, NStZ-RR 1998, 175; vgl. auch die noch nicht entschiedene Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1349/05)。守秘義務の解除は、刑法典-法案第68条b第1項1文11号の定める指図の範囲内で必要な統制密度を守るために、重要な意味をもつ。指図に伴う、有罪を宣告された者の情報自己決定権への侵害は、憲法適合秩序の一部である、相応の法的基礎があれば正当化されよう。]

## 2. 指図違反の法定刑の3年の自由刑への引き上げ、刑法典-法案第145条a〔行状監督中の指図違反罪〕。

### 刑法第145条a 行状監督中の指図違反罪

行状監督中に第68条b第1項に掲げられた種類の特定の指図に違反し、それにより処分の目的を危うくする者は、3年以下の自由刑又は罰金に処せられる。当該行為は監督所(第68条a)の告訴がなければ訴追されない。

### 〔理由書〕刑法第145条a 行状監督中の指図違反罪

刑法委員会の勧告に従い、本法案は刑法典第145条aの行状監督違反罪に対する刑の警告を3年に引き上げる(Bericht S. 28)。従来の刑の警告は、実務から見ると、保護観察に付された者を行状監督の範囲で指図を遵守させる動機付けとするにはほとんど適切でないと考えられることが多かった。法定刑を引き上げることで、将来、保護観察に付された者に対する差異的反作用が可能となり、指図違反回避のために、個別予防的作用が可能となる。行状監督所の所員が普通、制裁の前域で影響戦略をとれるのは、保護観察に付された者に違反のありうる帰結を印象付けるときである(Floercke, „Was leistet die Führungsaufsicht?“, in Dertinger/Marks (Hrsg.), „Führungsaufsicht“, 1990, S. 51ff., 70)。いざという場合、場合によってかなり長期の自由刑を科し、普通はもう拘禁経験のあるそして行状監督領域で反抗的な保護観察に付された者に行刑でより持続的に働きかけ、公衆をより持続的に保護することが可能となる。一般予防的観点では、刑の上限の引き上げは行状監督の制度を最終的に外に向けても可視的に価値を切り上げる。

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, 刑事訴訟法典-法案第 463 条 a (監督所の権限と管轄) 第 1 項。

刑訴法第 463 条 a 監督所の権限と管轄

(1) 監督所(刑法典第 68 条 a) は, 有罪を宣告された者の行動及び指図の履行を監督するため, すべての官庁から報告を求め, 宣誓させての尋問を除くあらゆる種類の調査を自ら行い, 又は他の官庁にその管轄の範囲内でこれを行わせることができる。有罪を宣告された者の所在地が知られないとき, 行状監督所の長は居所調査の公示を命令することができる。

[理由書] 刑訴法第 463 条 a 第 1 項 監督所の権限と管轄

有罪を宣告された者の居所が知られないとき, 従来は, 刑訴法典第 463 条 a 第 1 項で認められている監督所の権能の範囲内で, 「簡単な調査」と官庁に情報提供を求める可能性しかない。刑訴法典第 436 条 a における監督所の権能は完結的に規制されているから, 執行官庁としての検察のかなり広い権限も動員することができない, それは, その他, 刑訴法典第 457 条〔勾留状〕において行状監督を確実にするための公示を含んでいないのである。

行状監督の効果的利用にとり満足のいかないこの状態が本項 2 文により除去される。有罪を宣告された者の居所が知られないとき, 行状監督所の長はこれから刑訴法典第 131 条 a (居所調査のための公示) 第 1 項により居所調査のための公示をさせることができる。処置のために, 刑訴法典第 131 条 a 第 1 項に定められた基本原則, 特に, 刑執行官庁のあらゆる追跡補助手段における公示の許容性も準用される(刑訴法典第 131 条〔手配状〕第 5 項)。この場合, 刑訴法典第 131 条 c (追跡処置の命令と確認) 第 2 項において検察の捜査官によって為される緊急処置とは異なり, 検察による確認は不要である, なぜなら, 命令権能は監督所の長にしか認められないからである。

居所調査のために新たに開かれた公示の可能性に関しても, 比例の原則が遵守されるべきである。すなわち, より穏やかな処置——例えば, 届出官庁への問い合わせ又はその他の照会——で十分であるとき, 公示は差し控えねばならない(vgl. dazu Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 48. Aufl., § 131a Rdn. 1)。

4. 引致命令を発する行状監督所の権限の創設, 刑事訴訟法典-法案第 463 条 a (監督所の権限と管轄) 第 3 項。

刑訴法第 463 条 a 監督所の権限と管轄

(3) 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 号の指図に十分な弁明なく従わず, 召喚状において, この場合, 引致が許容される旨指示されたとき, 行状監督所の長は引致命

令を発することができる。

〔理由書〕 刑訴法第463条a第3項 監督署の権限と管轄

数年来、指図の貫徹可能性が不十分だとして批判されてきた。刑法典第145条a〔行状監督中の指図違反罪〕の刑罰警告を別とすれば、実務には結局のところ、行状監督の領域で、与えられた指図を履行するように有罪を宣告された者に働きかける効果的手段がない。このことは、特に、有罪を宣告された者に、再犯の危険に陥ることを阻止すべく生活援助を与えるという行状監督の目的に照らし、満足がいかない。

それ故、新第3項により、有罪を宣告された者が刑法典-法案第68条b第1項7号又は11号の定める出頭指図、出向き指図に従わないとき、引致命令を発する可能性が開かれる。命令を下すのは監督所の長である。裁判官の引致命令が必要でないのは、いうまでもなく、引致は基本法第104条第2項1文のいう自由剥奪ではなく(これはおおよそのところ、身体の動きの自由があらゆる方向に向けて消滅されているところに特徴がある)、一定行動の貫徹に役立つ、単に自由を制限する直接強制の処置だからである、つまり、ここでは、監督所、他の官庁、保護観察官、療法士、又は、外来診療部に連れてくるという形態だからである。さらなる前提要件としては、有罪を宣告された者が召喚状で引致状発付の可能性を指示されること、懈怠に対する十分な弁明がないことである。最後の要素、及び、比例の原則の遵守、引致命令の正式の要求には、刑訴法典第230条〔被告人の不出頭〕第2項に関する判例を参照することができる。

(つづく)