

ドイツにおける行状監督制度とその運用

岡上 雅美

1 行状監督とは何か

ドイツ刑法典第68条以下は、刑事制裁の一種として行状監督を定める(他に関連規定として第67条b以下)。ドイツ刑法は、刑罰と改善保安処分の双方を併存させ、いわゆる二元主義を採用しているが、その中で、行状監督は、改善保安処分に位置付けられる。したがって、過去に行った犯罪行為に対する責任に応じた制裁(これは、応報刑論の下では「刑罰」の属性である)という性格はもたず¹、その賦課の根拠は、もっぱら犯罪予防にある。しかし、ドイツでは、完全責任能力者に対しても刑罰と処分の両制裁は併科しうるものであり²、したがって、責任能力のある者には刑罰を、責任無能力の者には処分をという、わが国の保安処分制度導入のときに論じられていたような図式はすでに自由を剥奪する制裁についても維持されていない³。

1 ドイツ刑法典第46条第1項。なお、本稿において参照条文は、断りのない限りはすべてドイツ刑法典のものを指す。Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 70 ff.

2 この点で、刑罰と保安処分を併科することについては二重処罰の問題は生じない。保安処分は、「処罰」ではないからである。これについては、わが国でも、いわゆる刑罰と、処分としての性格をもつ没収・追徴が併科されても二重処罰の問題が生じないのとまったく同様に考えることができる。

3 Frisch, Maßregeln der Besserung und Sicherung, in: Lexikon des Rechts, 2001, 1 ff. なお、行状監督制度は、少年法の下でも命じることができ(§7 JGG)、これは例外的な事例にのみ適用される。

2 行状監督の法的性格

行状監督は、2つの複合的性格を持ち合わせている⁴。性格の一方は、監督対象者に対して「生活の援助（Lebenshilfe）」を行い、その者に再び犯罪を行わせないという機能による（いわゆる援助または保護機能：Stütungs- oder Betreuungsfunktion.以下では、援助機能と称する）。したがって、この機能の下においては、行状監督は、「再社会化」という、その者の利益のために課されるものである。他方は、監督対象者の再犯遂行から社会を保護するために、その者を監視するという機能である（監視または保安機能：Überwachungs- oder Sicherungsfunktion.以下では監視機能と称する）。こちらの機能は、旧法下の警察監視その他の警察的な犯罪予防措置（後述3）と共通性をもつことになるが、これらの制度は、ドイツにおいてもまた、運用の仕方による危険性が指摘されていたものである。1962年草案で強調されていたように、これらの制度とは異なって、行状監督は、法治国家的な保護形態が適用され、あるいは監視機能が一人歩きすることなく、つねに援助機能との結びつきが必要とされ、または援助機能に優位が認められるべきだとされている。

3 歴史的沿革

（1） 概念上の変遷

行状監督制度は、1975年の第2次刑法改正法で導入され、刑法典施行法（EGStGB）第18条第2項第30号によって大きく改正された。当時は、刑罰制度と改善保安処分制度との間の「耐え難い間隙」を埋めることが、こ

4 Horn, § 68 Rn. 2; Hanack, LK, § 68 Rdn. 3; Rn. 324; OLG Karlsruhe GA 1981 269, 270; 1987 410, 411.

の制度に期待されていたのである^{4a}。それ以前にも、行状監督に類似した制度は存在していたのであり、以下では、それら前史に存在した諸制度および現行法上の他の制度と行状監督制度とを比較することにより、さらに行状監督の性格を明らかにしてゆくことにする。

第1に、旧法第38条および第39条は、警察監視 (Polizeiaufsicht) を定めていた。これは、刑罰の執行後、釈放された行為者を監視するための任意の保安処分であった。行状監督と異なる点は、これがもっぱら監視機能を担うものであって、対象者の「再社会化」の観点はまったく除外されていたことにある。警察監視に対しては、かねてから法治国家的疑問が提起されており、犯罪対策としての適切性に欠けるものであり、結局、実務上はほとんど適用されなかったようである⁵。

第2に、ナチス政権下でも、このような監視制度が導入されていた。1933年11月13日のプロイセン法令は、常習犯罪者に対して警察拘禁 (Polizeihaft) を適用し、これは1937年3月14日の回章 (Runderlap) によりドイツ全土に拡大された。当時の効果は、非常に目覚しかったとのことである⁶。

第3に、第2次世界大戦後のドイツ刑法改正の歴史においても、例えば、1962年草案は、保安監視 (Sicherungsaufsicht) の導入を提案していた。ここではすでに、対象者の行状を一般的に監督するのみならず、行為者の再社会化に資するべきことが主張され、その執行は警察のみが担うわけではないとされていた⁷。

上述のように、現在の行状監督制度は、1975年に導入された。しかも、上記諸制度がもっぱら、または、主として監視機能をもっていたのとは異

4 a Preiser, Die Führungsaufsicht, ZStW 81 (1969), 912 ff.; Horn, SK § 68 Rn. 1

5 Hanack, LK, 11 Aufl., Vor § 68 Rn. 16; Tröndle/Fischer, Erl. zu §§ 38, 39.

6 Hanack, LK Vor § 68 Rn. 19.

7 Niederschriften Bd.1, S. 387 f.

なり、とくに強調されているように、援助機能に優位をもたせるというものである。その後現行刑法の下でも、1998年の「性犯罪およびその他の危険な犯罪対策法」において、性犯罪者の処遇との関連で行状監督制度が大きく改正された⁸。この分野についての改正の骨子は、以下の3点である。

第1に、法律上当然に生じる行状監督の1つに、一定の性犯罪を理由として1年以上の自由刑が完全に執行されたときが加えられた（第68条 f 第1項第1文）。これは、従来の規定では2年以下の自由刑が完全に執行されたときが要件であったが、性犯罪に関してはこの期間を短くしたものである。

第2に、期限を定めない行状監督が新設された。これは、必ずしも性犯罪に限って適用されるわけではないが、1998年性犯罪対策法⁹による改正であり、性犯罪者が主として念頭に置かれていたことは間違いない。すなわち、期限を定めない行状監督は、有罪を言い渡された者が治療を受ける指示に同意せず、さらなる重大な犯罪の遂行による公共の危険が生じるとき、裁判所が命じることができる。しかし、この場合、裁判所は、期限つきの行状監督の上限すなわち現行法では5年が経過した時点で再審査を行う（第68条 e 第4項）。

第3は、裁判所は、行状監督中、対象者の同意を得て、治療を指示することができるものとされた（第68条 b 第2項第2文）。

8 有効な性犯罪対策は、近時のドイツの刑事政策の大きなテーマであり、1998年の改正は非常に大きな意味をもつ。これについての概観として、Schneider, Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern, JZ 1998, 436 ff. が詳しい。

9 正確には、「性犯罪及びその他の危険な犯罪行為対策のための法律 (Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten)」と称する。

(2) 現行法におけるその他の既存の制度との区別

保護観察(第56条以下)および残刑の執行延期(第57条、第57条a)は、行状監督制度が持ち合わせている、上記2つの機能のうち、援助機能のみを純化したものであり、もっぱら「再社会化」を目的とする。したがって、その対象者は、危険でない行為者すなわち予後が良好な者だということになる。しかし、行状監督対象者は、「危険な犯罪者または危険にさらされている犯罪者」であり、むしろ予後が良好ではない者である。行状監督の複合的な性格から、必ずしも危険な犯罪者に限られてはいないが、これについては、後述する(後述4)。裁判所が行状監督を命じる場合には、「その者が、将来、犯罪行為を行う虞のある場合」という要件が含まれている。これを判断する資料は、保護観察のための刑の延期と同様、行為者自身、前歴、現在のまたは将来の状況だとされる¹⁰。

しかし、ハンブルク州の保護監察官に対する私のインタビューにおいては、保護観察官による執行の場面で、行状監督と保護観察とで、それほど意識的に厳密に区別した執行がなされているわけではないとのことであった。これは、行状監督所と保護観察官の権原配分の問題でもあり、後述する。

4 行状監督の賦課要件

(1) 開始 行状監督の開始については、2つの態様がある。1つは、判決時の裁判官の言渡しによるものであり(第68条第1項)、他方は、法律上当然に(kraft Gesetzes)開始するものである(第67条以下)。

(a) 裁判官の言い渡しによる行状監督は、法律が特に行状監督の賦課を

10 Tröndle/Fischer, § 68 a Rn. 5. 私が行った裁判官に対するインタビューでも、同旨の回答であった。

規定する犯罪行為を理由として、行為者が6月以上の有期自由刑を科されたとき、その者が将来犯罪行為を行う虞のある場合、刑罰の他に行状監督を命じることができるというものである（第68条第1項）。この命令は、裁判官の裁量によるものであり、刑罰と併科されるものであって、これを単独で命じることができない。したがって、裁判官の言渡しによる行状監督は、有罪判決を前提とする。この他に、裁判所は、予後の変化により事後的に、行状監督を行わなくても犯罪行為を行う危険がなくなったと料想するとき、行状監督を中止することができる（第68条e第1項）¹¹。

現在のところ、行状監督を命じることのできる犯罪類型は、以下の通りである。

①性的自己決定権に対する犯罪（第176条ないし第179条、第180条a第3項ないし第5項、第181条および第181条a）、②違法な堕胎の領域における犯罪（第218条第2項）、③身体の完全性に対する犯罪（第223条ないし第227条）、④恐喝的強盗および人質の略取（第239条aおよび第239条b）、⑤窃盗（第242条ないし第244条a）、⑥強盗、強盜的窃盗および恐喝（第249条ないし第255条）、⑦贓物罪およびマネーローンダリング（第259条ないし第261条）、⑧詐欺およびコンピュータ詐欺（第263条および第263条a）、⑨放火等の公共危険罪（第306条ないし第308条、第310条b第1項ないし第3項、第311条第1項ないし第4項、第311条a、第311条b、第316条c第1項第2号）、⑩テロ集団の結成（第129条a第1項および第2項）、⑪薬物犯罪（麻薬罪法第29条a、第30条および第30条a）である。これらの共犯、未遂、可罰的な予備の場合にも行状監督は命じられる。

実質的な要件として、他に「その者が将来犯罪行為を行う虞」がある。いわゆる予後（Prognose）判断の問題がある。これは、行状監督開始時のみならず、中止やその他事後審査の際にも関連する要件となる。

11 ただし、法律上、執行の下限とされている2年を経過した後でなければならぬ。

行状監督を認める要件としての「さらなる犯罪行為を行う」危険性は、単なる可能性判断では足りない¹²。「高度の蓋然性¹³」が要求され、他方、危険性の不存在についても、感覚的判断を超えて、「行為者の犯罪遂行の傾向が欠落したことが、実際に保障されているように思われる¹⁴」ことが求められている。判例でも、裁判官が、将来の犯罪行為の危険性に確信をもたなければならず、危険性が排除できないというだけでは、すなわち、将来の犯罪行為の蓋然性に疑いがあるときには、行状監督を命じることはできないとしている¹⁵。

さらに行状監督の期間を決めるにあたって、これは改善保安処分の一種であるから、責任主義の原則は機能しないとしても、その代わりに、比例性の原則が限定作用をもつ。注目すべきは、何と比例しなければならないかについて、ドイツの学説は「行為者の危険性」のみとの比例を考えていないことであろう。もし、「行為者の危険性」との比例を考慮するのであれば、微罪を行うかもしれない危険性が相当に高い行為者(例えば、盗癖のある者が価値小額な物の万引きを繰り返す場合)であっても、長期の拘禁が可能だということになりかねない。そして、わが国の保安処分に関する議論あるいは古くは学派の争いにおける新派刑法学への疑念も、まさにこの点にあったのである¹⁶。しかし、ドイツ刑法典によれば、予測される

12 Schöncke/Schröder/Stree, Strafrecht, 26. Aufl., § 68 Rn. 6

13 Frehsee, NK, § 68 Rn. 5; Horn, SK, § 68 Rn. 5.

14 Frisch, Führungsaufsicht, in: Lexikon des Rechts, 2001, S. 7.

15 BGH, MDR/H 78, 623.

16 例えば、団藤重光『刑法綱要総論第三版』(1990年)607頁は、「保安処分は、もともと、社会的危険性が強制されて消滅するまで継続すべき」ことが指摘されている。また、近代学派の代表的主張者リストも行為者の「反社会的な性格」とそれによって示された「法秩序に対する危険性」が刑罰の種類と分量を決定するとしていた(この点につき、例えば、内藤 謙『刑法講義総論(上)』(1983年)70頁、71頁を参照)。改正刑法草案は、第79条以下において保安処分を定めるが、精神障害犯罪者に対する「治療処分」およびアルコール・薬物中毒犯罪者に対する「禁絶処分」ともに、「将来再び犯罪行為をするおそれ」

犯罪行為との比例を考慮しなければならないとされている(第62条)。したがって、軽微な犯罪の危険しか考えられない場合には、行状監督の命令は、通常、許されないということになる¹⁷。

(b) 次に、法律上当然に生じる行状監督は、第1に、自由剥奪処分の延期または処分の一部執行後に残期の処分執行を延期したときに行われるものであり、第2に、刑罰または処分の執行が完全に終了し、対象者が釈放された後、一定の場合に¹⁸行われるものである。これらはいずれも、裁判所の裁量に属するものではなく、一定の要件が備わったとき必要的に行われる。

(2) 執行 行状監督は、2年以上5年以下の期間で行われるが、裁判所はその上限を短縮できる(第68条c第1項)。

有罪を言い渡された者は、行状監督所の監督に服することになり、裁判

と「保安上必要がある」ことが要件となっており、期間更新の際に(ただし、禁絶処分は2回に限った更新である)、裁判所は、同じ要件について判断することになるはずであるから、そこにはとくに「比例性の原則」で限定するというような発想はない。

17 Schöncke/Schröder/Stree, § 68 Rn. 6. 新たな犯行を行う蓋然性とその犯行の重さの双方が考慮される。Horn, SK § 68 Rn. 7.

18 法律上は7つの場合である。①精神病院または禁絶施設における収容を保護観察のために延期する場合(第67条b)、②禁絶処分において、執行の上限が規定されていないときまたは期限がまだ満了していないときに行われる収容の残期の執行を保護観察のために延期する場合(第67条d第2項)、③刑罰と改善保安処分が併科され、自由刑の方が先に執行されたとき、裁判所は、刑の終了前に、処分としての収容の必要性についてその存否を判断するが、処分の執行が必要でないと判断され、それが保護観察のために延期された場合(第67条c第1項)、④自由剥奪処分が保護観察のために延期された場合(第67条c第2項)、⑤10年の保安監置が終了し、その処分の終了を裁判所が宣告した場合(第67条d第3項)、⑥収容の目的が達成されない場合に収容が打切られた場合(第67条d第5項)、⑦故意犯を理由に2年以上の自由刑が、または性的虐待、性的強要、強姦等の性犯罪を理由として1年以上の自由刑(第181条b)が完全に執行されたとき、すなわち予後が悪いために残刑の執行が延期されなかった場合(第68条f)である。

所は、行状監督の期間、保護観察官をつける(第68条a)。行状監督所および保護監察官は、相互に了解を得て、有罪を言い渡された者を援助的かつ保護的に助ける(第68条a第2項)と共に、とくに行状監督所が、裁判所の了解と保護監察官の協力を得ながら、監督機能を果たすことが定められている(第68条a第3項)。

行状監督所の運営は、各州の司法行政事項であり、監督所は地方裁判所に置かれる(第295条第1項EGStGB)。行状監督所の管轄は、有罪判決を受けた者の居所(Wohnsitz)のある管轄区である。行状監督の任務は、高級一般行政公務員、国家が承認したソーシャル・ワーカー(Sozialarbeiter)または社会教育者(Sozialpädagogen)もしくは上級公務員が行う(第295条第2項EGStGB)¹⁹。

このように、行状監督制度は、行状監督所と保護監察官という2つの異なった機関が、同じ目的の下で共に活動することに特徴がある。この両者に意見の対立があったときには、最終的に、裁判所が裁定を下すことになる。第68条aによれば、行状監督所と保護観察官の権原配分について²⁰、行状監督はもっぱら管理機関として、対象者を援助すると共に、対象者の態度、とりわけ裁判所の指示(遵守事項の意。後述)を遵守しているかを監視する(第2項、第3項)。他方で、保護観察官は、もっぱら援助機能のみを果たすとされる。

行状監督の執行の内容は、対象者の援助、並びに、対象者の監視すなわちその者の態度を監視し、裁判所の指示が守られているか否かをコントロールすることにある。

裁判所が与えることのできる指示とは、第68条b第1項のカタログの中に含まれるものと、第2項によるその他の自由な指示とに分かれる。これ

19 これについては、Kleinknecht S.412 f. なお、行状監督所所長は、裁判官職の資格をもつまたは高級一般行政公務員でなければならない。なお、行状監督所の運営は、裁判官に委ねることもできる。

20 Frehsee, NK, Rn. 8, 14, 17; Tröndle/Fischer, §68 a Rn. 5 f.

らは、行状監督の期間またはそれよりも短期の期間で、与えることができる。第68条 b 第 1 項のカatalogに含まれるのは、次の 9 つである。①住所、居所または一定の場所にとどまること、②将来の犯罪行為を誘発しうる一定の場所にとどまらないこと、③将来の犯罪行為を誘発しうる一定の者または特定集団に属する人と接触しないこと、④犯罪行為につながりうる一定の活動を行わないこと、⑤将来の犯罪行為を誘発しうる一定の物をもたないこと、⑥犯罪行為につながりうる自動車等を所有しまたは運転しないこと、⑦定期間に、行状監督所または一定の勤務場所に出頭すること、⑧住所または仕事場を変えたときには、遅滞なく行状監督所に届けること、⑨失業中の場合、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である。裁判所は、指示の中において、遵守すべきこととしてはならないことを明確に表さなければならない。

第68条 a に列挙された指示の故意による不遵守は、別罪を構成する (第145条 a)。

(3) 事後的変更 また、行状監督に関わるさまざまな決定について、予後の変化に応じて、裁判所は、事後的にもこれを行い、変更し、または中止できる (第68条 d)²¹。

(4) 終了 行状監督は、種々の終了の仕方がある。

①通常の終了の仕方として、裁判所は、行状監督の必要性がなくなったとき (対象者が「行状監督に付されなくとも、もはやいかなる犯罪行為も行わないことを期待できるとき」、行状監督を中止する (第68条 e 第 1 項)。このときの要件は、行状監督を行わなくてよいほどに予後が良好であるこ

21 次の事柄に関する決定が事後的な変更等の対象となる。①保護観察官をつけることおよび保護観察官に対する活動の指示 (第68条 a 第 1 項および第 5 項)、②行状監督対象者に対して裁判所が与えた指示 (第68条 b)、③行状監督の期間の上限 (第68条 c 第 1 項第 2 文)、④無期限の行状監督の執行 (第68条 c 第 2 項)。例えば、検察も、執行機関として自ら判断することができる。OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 220 f.

と、および、行状監督の法律上の最低期間を経過していることである。

その他の終了の形態として、②法定期間の上限または裁判官が定めた期間の上限まで経過したとき(第68条c第1項)、③時効のとき(第79条第4項)、④保護観察期間が経過した後、刑罰または残刑が免除され、または職業禁止が終了したとき(ただし、それと同一の行為を理由とする行状監督のみが終了する)(第68条g第3項)、⑤処分の延期が取り消されたとき(第67条g第1項から第3項)、⑥保安監置の収容が命じられ、その執行が開始されたとき(第68条e第3項)がある。

その他、保安監置での収容処分が命ぜられ、執行が開始されたときにも、行状監督は終了する(第68条e第3項)。

5 行状監督制度に対する理論面での 異論または批判

行状監督制度の理念は、それ自体としては、否定することのできない「非常に重要な試み²²⁾」を含む。従来の警察監視その他の監視制度に「再社会化」という対象者にとって利益となる側面を賦課したことで監視制度に対する懸念を一定限度で薄めたものであり、予後の悪い対象者を改善し、重罪および常習犯人に対する社会内処遇の一形態として、刑罰と同様に長期の施設収容を回避し、または短縮しようという優れた可能性をもつものであることは疑いがない²³⁾。それでも、行状監督に対しては、なお批判および改正の提案がつけねになされている²⁴⁾。運用面における改善点はまた別途

22 Tröndle/Fischer, Vor § 68 Rn. 2.

23 Hanack, LK Vor § 68 Rn. 24.

24 とくに全面廃止を唱えるものとして、Landesarbeitsgemeinschaft der Bewährungshelfer in Bad-Württ. und Niedersachsen, BewHi 1986, 295, 298. その他の批判および改革の提案については、Nißl, Die Führungsaufsicht, NStZ 1995, 525 ff. が詳しい。

後に検討することにして、以下では、抽象的な意味での制度面あるいは理論面について、行状監督制度に向けられた異論または批判をまとめておくことにする。

(1) すでに述べたように、行状監督がもつ複合的性格、本来調和しえないはずの両極端の性格を持つことに対しては、立法作業段階以来、すでに批判が向けられている。すなわち、「再社会化」目的と「保安」目的との間で葛藤が生じたとき、たとえ「再社会化」に優位があるというのが立法者意思であるとしても、危険な（あるいは危険に見える）犯罪者を目の当たりにして、なおかつそのように執行されるかを保障するものはないし、法律上は、執行機関に白紙委任を認めているに等しく、現場の負担として両者の目的の緊張関係を解決するのは容易ではないという批判である²⁵。

(2) 行状監督の複合的な性格すなわち監視と援助のどちらに比重を置くかについて、上述のように、もっぱら保安機能をもつものとされていた、旧制度の警察監視との差別化を図るためには、保安目的は、単独の目的となることは許されず、再社会化とつねに少なくとも同等に位置づけられなければならないことになる²⁶。しかし、現場の裁量が非常に大きいことと相俟って、さらに、行状監督が、一個同一の制度で賄いきれるのかを疑問とするほどに、実に多様な犯罪者を対象としていることにも批判がある。行状監督を言渡すことのできる犯罪にはさまざまなものがあり（そもそも、どのような犯罪に行状監督を付すことができるのかの客観的基準が存在するかもまた問題である）、したがって、実にさまざまな行為者類型である。例えば、非常に予後の悪い者（第67条 d 第4項。保安監置処分満了後に釈放された者）も、危険性がほとんどない行為者または犯罪性の顕著でない者（第68条 g。第67条 d 第2項）も、同じく対象となりうる。

25 Lackner, Vor § 68 Rn. 1.

26 Streng, S.132; Fischer/Tröndle, vor § 68 Rn. 2. これに懐疑的なものとして、Hanack, LK vor § 68 Rn. 3.

これらの者に対して、どのような比重の置き方で再社会化と保安とのバランスを採るのかについては、法律は何も規定していない。これらは、非常に困難な任務であるが、完全に実務に委ねられている。したがって、行状監督制度が成功するか否かはひとえに実務上の運営如何によるのである。

(3) 批判は、行状監督執行機関の二重性、すなわち行状監督所と保護観察官の双方がこれを行うことにも及ぶ²⁷。ここで、監督機能を担う行状監督所と、援助機能を担う保護観察官の意見対立をどのように調整するかは、行状監督の基本的性格(前述2)を左右するものであり、最終的な決定権者として裁判所がこれを適切に判断する材料を十分にもちうるかは問題であらう。

(4) 行状監督の執行期間の下限が2年であり、これを下回ることは、現行法上できないことについても批判がある²⁸。2年以下の執行で十分に成果をあげたとしても、対象者には、その不要な執行期間を短縮するすべがないことになる²⁹。

(5) 行状監督の際に遵守されるべき指示に違反した場合に、刑事制裁が科されることについて、「憲法上は何とか許容できても、刑事政策的には問題が多い」という批判がある³⁰。この点は、刑事制裁の有効性に関わるものである。批判の骨子は、2点である^{30a}。1つは、法益の具体的な危殆

27 Schöch, Gutachten, DJT C 111. ただし、インタビューの際、保護観察官に尋ねてみたところ、実務上、両者の意見が対立したという実例を耳にしたことはないし、実際に裁判所が調整したとの例は、少なくともハンブルク州においてははないと思われるとのことであった。

28 Kleinknecht, Führungsaufsicht, in: Schwind/Blau, Strafvollzug in der Praxis, 1. Aufl. 1976, S. 410; Hanack, LK § 68 c Rn. 5 ff.

29 この点についても、保護観察官に尋ねたところ、この点を問題として認識していないとのことであった。対象者が、さらに犯罪行為を行う危険をもちやしないかの判断には、実際上、最低でも2年は必要だということであろうか。

30 Lackner, § 145 a Rn.1; Schöch, DJT C 112.

30a Streng, S. 173; Schöch, DJT C 112 f.

化がないということであり、いま1つは、予後の悪さのためにいかに責任が軽くとも、本罪の法定刑は自由刑だということである。単なる指示違反に自由刑が科されることには、比例性の原則に照らしても疑問が提起されている^{30b}。実務上、これらの問題を回避するために、まず保護観察官による解決が図られ、同罪は親告罪（告訴権者は、行状監督所のみ）であるため、告訴を差し控えているとのことである^{30c}。

6 行状監督の実務上の運用

以上、行状監督制度について、主に法律面からその概要を明らかにしてきたが、ここではさらに、実務上、それがどのように運用されているかについて論述する³¹。

行状監督制度については、その他の刑罰制度と比較すると、これが新設されて、まだ28年に過ぎないということから鑑みて、なお早急な判断を避けるべきであろうという指摘もある³²が、学者による文献でも、実務家の論稿でも、また、私が行った調査の範囲内でも、この制度がうまく行っているという評価にはまったく出会わなかった³³。さらには、この制度の廃

30 b Schöch, DJT C 113; ders., Bewährungshilfe und Führungsaufsicht in der Strafrechtspflege, NSTZ 1992, 370.

30 c Streng, S. 173; Schöch NSTZ 1992, 370.

31 これに関する邦語文献として、滝本幸一「ドイツにおける行状監督制度の現状について」罪と罰第39巻3号（2002年）55頁以下が、ベルリン州の行状監督の運用について論じている。ただし、行状監督が「改善保安処分の執行が延期された場合に実施に移されるもの」（55頁）という説明は誤解であろう。前掲脚注18を参照。

32 Hanack, Vor § 68 Rn. 27.

33 Tröndle/Fischer, § 68 Rn. 1, 2; Horn, SK § 68 Rn. 5; Lackner, § 68 Rn. 2; Baumann/Weber, Strafrecht AT § 44 III 1 a, c; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT § 78 I, 1; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT § 69 Rn.12.

止を求める見解も表明されている³⁴。

批判または改善の提案は、多岐に渡る。例えば、実務家の官僚的な処理方法、あるいはその非有効性、実務運用者すなわち裁判所、行状監督所および保護監察官の役割分担の困難性、とくに監視機能の拡大、専門家の不足および彼らに対する加重負担、対象者が非常に多種多様であることから保護監察官に非常に高度な専門的知見が必要とされること等々。

とくに保護観察官の加重負担は、深刻な問題である。

また、実務上の適用件数を見ても、これが積極的に活用されている制度だとは言いがたい。制度新設当初の数期間は、そこそこの運用実績があったものの、その後の適用数は漸次減少しているのである³⁵。この理由は、学説および実務家自身から検討され、なお明確な結論に至っていないものの、そこにおいても、行状監督制度または少なくとも今日の状態に向けられた疑念はさらに強まっている³⁶。

また、制度に対する批判として、有罪判決を言い渡す際にすでに、行為者の危険性を裁判官が判断することになり、しかし、その場合、実際に行状監督が開始されるのは、自由刑の執行後であるから、判断の時点と執行の時点が大きく隔たることになるというものがある³⁷。しかし、この難点は、運用によって事実上解決されているようである。行状監督は、有罪判

34 Schöch NStZ 1992, 369; Dölling, Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug im deutschen Strafrecht, ZStW 1992, 259.

35 統計資料①参照。言い渡し数の傾向は安定しているわけではないが最大の数値は、1978年の497件であり、1991年には87件にすぎない。なお、1998年改正以降は、言い渡し件数は、例外もあるがほぼ増加している。

36 Tröndle/Fischer, § 68 Rn. 1, 2; Horn, SK § 68 Rn. 5; Lackner, § 68 Rn. 2; Baumann/Weber, Strafrecht AT § 44 III 1 a.c.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT § 78 I 1; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT § 69 Rn.12; Streng, S.134.

37 Schöch, DJT C 112. シェツヒは行状監督の言渡し件数が1980年から1989年にかけて激減した理由をこの点に求めている。

決の時点で言い渡されていることはほとんどなく、事後的に言い渡されるケースのみとってよいとのことである。

7 結 語

以上、行状監督制度について、その制定時から現在まで概観してきた。文献を読んでみても、また、行状監督に携わっている実務家の話を聞いてみても、行状監督制度がもつ可能性およびその理念を完全に否定するわけではないものの、この制度が活用されているとはいいたいがたい状況にあり、この点について、その原因を尋ねると、何らかの改善を加えれば、もっとよい制度となりうるという旨の回答が返ってきた。しかし、立法の経緯からして、監視（保安）機能を強化する、いわゆる警察監視の方向に近づくことは許されないのであり、援助機能をいっそう推し進める方向にゆくとすれば、さらに従来¹の保護観察制度との違いは僅かなものとなっていくことになる。この意味で、行状監督制度が、期待される可能性の大きさと対照的に、刑事制裁（刑罰および処分双方を含む）制度全体の中で、現実²に果たしている役割は微々たるものであるといつてよいと思われる。その意味で、わが国に、早急かつ積極的にこれと類似の制度を導入すべき必要性は、当面のところ、感じられなかった。

しかし、1998年の性犯罪対策法で、行状監督制度について、より「危険な犯罪者」対策としての新たな性格がいっそう期待されるようになったといえる。この点で、なお、1998年度以降の統計および実務上の運用に引き続き着目する必要があるように思われる。行状監督制度の新たな活用の道は、この分野にこそ、あるかもしれないのである。

（2003年2月18日脱稿）

※ 本稿は、2002年8月に法務省の調査委託を受けて、ベルリンの連邦司法省およびハンブルク州司法省の協力をいただいて行った調査研究の成果である。ご協力いただいた関係各位に厚く御礼申し上げます。

【資料1：行状監督関連規定】

（命令と同時になされる延期）

- 第67条 b ① 裁判所が精神病院又は禁絶施設における収容を命じた場合には、特別な事情上処分の目的がそれによってよりよく達せられうると期待しうるときは、裁判所は、同時に、執行を保護観察のために延期する。行為者が処分と同時に科せられ、保護観察のために延期されない自由刑をなお受けねばならないときには、延期はなされない。
- ② 延期と共に行状監督が開始する。

（自由刑執行後の収容の開始）

- 第67条 c ① 自由刑と同時に命じられた収容の前に、自由刑が執行されたときには、裁判所は、刑の執行が終了する前に、処分の目的が収容をなお必要とするか否かを審査する。収容が必要でないときには、裁判所は、収容の執行を保護観察のために延期する。延期と共に行状監督が開始する。
- ② 収容の執行が、命令の確定から3年後になお開始されず、第1項又は第67条 b の場合でないときには、裁判所が命じた場合に限り、収容はなお執行することができる。行為者が、官庁の命令により、施設内に収容されていた時期は、期間に算入しない。処分の目的が収容をなお必要とするときには、裁判所は、収容の執行を命じる。処分の目的が達成されていないが、特別な事情から、収容を延期しても処分の目的を達成できると正当にも期待しうるときには、裁判所は、収容の執行を保護観察のために延期する。延期と共に行状監督が開始する。処分の目的が達成されたときには、裁判所は、処分が終了したことを宣告する。

（収容の期間）

- 第67条 d ① 禁絶施設における収容は、2年を越えてはならない。期間は、収容の開始から開始する。自由刑の前に、それと併科して命じられた自由剥奪を伴う処分が執行されたときには、処分の執行期間が刑に算入される限りで、収容期間の上限は、自由刑の期間の分、延長される。
- ② 収容期間の上限が定められていないとき、又は、期限がいまだ経過していないときには、裁判所は、被収容者が処分執行施設の外で、もはや違法な行為を行わないことを期待しうる場合、さらなる収容の執行を保護観察のために延期する。延期と共に行状監督が開始する。
- ③ 保安監置における収容が、10年間、執行されたときには、裁判所は、被収容者がその習癖の結果として被害者の精神又は身体を著しく侵害する、重大な犯罪行為を行う虞れない場合には、処分が終了したことを宣告する。終了と共に行状監督が開始する。
- ④ 収容期間の上限が経過したときには、被収容者は釈放される。これにより、処分は終了する。
- ⑤ 禁絶施設における収容が、1年間以上、執行されたときには、裁判所は、被収容者の人格にある事情から、収容の目的が達成されない場合、収容がさ

らに執行されないことを、事後に、決定することができる。収容執行からの釈放と共に行状監督が開始する。

(審査)

- 第67条 e
- ① 裁判所は、つねに、さらなる処分の執行が保護観察のために延期されるべきか否かを審査することができる。裁判所は、定められた期間が経過する前に、これを審査しなければならない。
 - ② 各審査の間の期間は、次の通りである。
禁絶施設における収容の場合には、6月
精神病院における収容の場合には、1年
保安監置における収容の場合には、2年
 - ③ 裁判所は、期間を短縮することができる。裁判所は、法律上の、各審査の間の期間内で、その経過前に、審査の申請が許されない期間も定めることができる。
 - ④ 期間は、収容の開始から始まる。裁判所が延期を拒否したときには、決定と共に期間は新たに開始する。

(複数の処分命令)

- 第67条 f 裁判所が、禁絶施設における収容を命じたときには、処分の以前の命令は終了する。

(延期の取消し)

- 第67条 g
- ① 処分を言い渡された者が、次の各号の一を行い、そこから、処分の目的がその者の収容を必要とすることが明らかとなったときには、裁判所は、収容の延期を取り消す。
 - 1 行状監督の期間中に、違法な行為を行ったとき
 - 2 著しく又は執拗に、指示に違反したとき
 - 3 保護観察官又は行状監督所の監督及び指導を執拗に拒否したとき
 - ② 裁判所は、行状監督の期間中、処分を言い渡された者に、その状態の結果として違法な行為が予想でき、それ故に、処分の目的がその収容を必要とすることが明らかとなったときにも、第63条及び第64条に定める収容の延期を取り消す。
 - ③ さらに、延期を拒否することになったであろう事情が、行状監督の期間中に、裁判所に明らかとなり、処分の目的が、処分を言い渡された者の収容を必要とすることが明らかとなったときには、裁判所は、収容の延期を取り消す。
 - ④ 取消しの前後の収容期間は、併せて処分の法律上の上限を越えてはならない。
 - ⑤ 裁判所が収容の延期を取り消さないときには、処分は行状監督の終了と共に終わる。
 - ⑥ 処分を言い渡された者が、指示を履行するために行った仕事は、填補されない。

—行状監督—

（行状監督の要件）

- 第68条 ① 裁判所は、法律が行状監督を特に定める犯罪行為を理由として、6月以上の有期自由刑を科される者があるときには、その者が将来犯罪行為を行う虞れのある場合、刑に併せて行状監督を命ずることができる。
- ② 法律上当然の行状監督に関する規定（第67条b、第67条c、第67条d第2項、第3項及び第5項並びに第68条f）は、なお適用される。

（行状監督所、保護観察官）

- 第68条 a ① 有罪を言い渡された者は、行状監督所の監督に付する。裁判所は、行状監督の期間、保護観察官をつける。
- ② 保護観察官及び行状監督所は、相互に了解を得て、援助的かつ保護的に、有罪を言い渡された者に力を貸す。
- ③ 行状監督所は、裁判所の了解を得て、保護観察官の助力を受けて、有罪を言い渡された者の態度及び指示の履行を監督する。
- ④ 行状監督所及び保護観察官の間で、有罪を言い渡された者に対する援助及び保護に関わる問題に一致がみられないときは、裁判所が決定する。
- ⑤ 裁判所は、行状監督所及び保護観察官に対し、その活動について指示を与えることができる。
- ⑥ 第145条a第2文に基づく告訴を提起する前に、行状監督所は、保護観察官から意見を聞く。第4項は、適用されない。

（指示）

- 第68条 b ① 裁判所は、次の各号に掲げる指示を与えることができる。裁判所は、指示の中で、禁じられる態度又は望ましい態度を正確に定めなければならない。
- 1 行状監督所の許可なく、住所又は居所若しくは特定の場所を離れないこと
 - 2 さらなる犯罪行為の機会又は誘因をその者に提供しうる特定の場所に滞在しないこと
 - 3 さらなる犯罪行為の機会又は誘因をその者に提供しうる特定の人又は特定の集団に属する者を雇わないこと、養成しないこと又は泊めないこと
 - 4 事情によって、その者が犯罪行為へと悪用しうる特定の活動を行わないこと
 - 5 さらなる犯罪行為の機会又は誘引をその者に提供しうる特定の物を所有しないこと、携帯しないこと又は保管しないこと
 - 6 事情によって、その者が犯罪行為へと悪用しうる、自動車、特定の種類の自動車又はその他の車輛を保有し又は運転しないこと
 - 7 特定の時に、行状監督所又は一定の官署に出頭すること
 - 8 住所又は仕事を変えたときには、遅滞なく、行状監督所に届けること
 - 9 無就労の場合には、管轄のある職業安定所又はその他の職業斡旋所に出頭すること
- ② 裁判所は、行状監督期間又はそれ以下の期間、有罪を言い渡された者に対

し、さらなる指示、特に、養成、労働、自由時間、経済状態の整序又は扶養義務の履行と関連する指示を与えることができる。第56条c第3項を適用するものとする。

- ③ 指示の際に、有罪を言い渡された者の行状に対し、期待不可能な要請をしてはならない。

(行状監督の期間)

- 第68条c ① 行状監督の期間は、2年以上5年以下である。裁判所は、期間の上限を短縮することができる。
- ② 有罪を言い渡された者が、次の各号の一にあたり、かつ、さらなる重大な犯罪行為を行ったことにより社会を危殆化するときには、裁判所は、第1項第1文に定める期間の上限を越える無期限の行状監督を命ずることができる。有罪を言い渡された者が、事後に、同意を表明したときには、裁判所は、行状監督の延長期間を確定する。この他に、第68条e第4項が適用される。
- 1 第56条c第3項第1号に定める指示に同意しないとき
 - 2 治療行為又は禁絶治療を受ける指示に従わないとき
- ③ 行状監督は、命令の確定と共に開始する。有罪を言い渡された者が逃亡し、隠れ、又は、行為者が官庁の命令により施設に収容された期間は、行状監督期間に算入されない。

(事後的决定)

- 第68条d 裁判所は、第68条a第1項及び第5項並びに第68条b及び第68条c第1項第2文及び第2項による決定を、事後にも、行い、変更し、又は、中止することができる。

(行状監督の終了)

- 第68条e ① 有罪を言い渡された者が、行状監督に付されなくても、もはやいかなる犯罪行為をも行わないであろうと期待することができるときには、裁判所は、行状監督を中止する。中止は、法律上の最低期間の経過より後に許される。
- ② 裁判所は、期間経過前には、行状監督の中止の申立が許されない6月以下の期間を定めることができる。
- ③ 保安監置における収容が命じられ、その執行が開始されたときには、行状監督は終了する。
- ④ 第68条c第2項に定める無期限の行状監督を命じたときには、裁判所は、第68条c第1項第1文による期間の上限が経過した時点までに、第1項第1文に定める決定が必要か否かを審査する。裁判所が、行状監督の中止を拒否したときには、行状監督期間は、新たに決定をもって開始する。

(残刑が延期されない場合の行状監督)

- 第68条f ① 故意の犯罪行為を理由として2年以上の自由刑が、完全に執行されたとき、又は、第181条bに掲げる犯罪行為を理由として1年以上の自由刑が、完全に執行されたときには、刑の執行から有罪を言い渡された者が釈放されたこ

とをもって、行状監督が開始される。刑の執行に続いて、自由剥奪を伴う改善及び保安の処分が執行されるときは、この限りでない。

- ② 有罪を言い渡された者が、行状監督に服さなくても、もはやいかなる犯罪行為をも行わないであろうと期待することができるときには、裁判所は、処分が行われないことを命ずる。

（行状監督と保護観察のための延期）

- 第68条 g ① 刑の延期又は残刑の延期が命じられ、又は、保護観察のために職業禁止が延期され、有罪を言い渡された者が、同一の行為又はその他の行為を理由として、同時に、行状監督に付せられたときには、監督及び指示の付与につき、第68条 a 及び第68条 b のみが妥当する。行状監督は、保護観察期間の経過前には終了しない。
- ② 保護観察のための延期及び行状監督が、同一の行為に基づいて命じられたときには、裁判所は、行状監督を保護観察期間の経過まで停止することを決定することができる。その場合、保護観察期間は、行状監督の期間に算入されない。
- ③ 保護観察期間の経過後、刑又は残刑が免除され又は職業禁止が終了したものと宣告されたときには、それと共に、同一の行為を理由として命じられた行状監督も終了する。

【資料2：行状監督の事後的見なおしに関する判決書の書式】

ハンブルク地方裁判所
決定

_____ に対する刑の執行事件において、
ハンブルク地方裁判所刑執行部として大刑事部13は、_____日付で、以下の通り決定した。

I. 刑法第68条 f 第1項により、法律上当然に生じた行状監督は、_____年の期間に定められる。

II. 有罪判決を受けた者は、その居所について管轄を有する監督所、しかもハンブルク司法省(住所; Dammtorwall11, 20354 Hamburg、電話; 040/.....)における監督所に服する。

有罪判決を受けた者は、行状監督の期間、保護監察官が付けられる。保護監察官は、その者を援助的および保護的に助ける。

_____氏が保護監察官となる。

III. 刑法第68条 b 第1項により、行状監督の期間/_____の期間、以下の指示が有罪判決を受けた者に与えられる。

1. 有罪判決を受けた者は、直ちに定まった居所をもち、定まった職を持ち、無就労の場合には、所轄の労働局に出頭しなければならない。
2. 釈放後、監督所に遅滞なく住所を知らせなければならない。
3. 住所を変えたときには、遅滞なく監督所及び保護監察官に知らせなければならない。
- 4.
- 5.

IV. 刑法第68条 b 第2項により、有罪判決を受けた者に対して、行状監督の期間/_____の期間、以下の指示が与えられる。

- 1.
- 2.

V. 行状監督の意義についての

理由:

有罪判決を受けた者は、現在、_____ (地名) 行刑施設/_____ (地名) 社会治療施設において、_____ 罪を理由として認められた_____年(月)の自由刑に服している。

同人は、_____年_____月_____日に刑期が満了する。釈放により、第68条 f 第1項により、行状監督が開始する。

【資料 3：ハンブルク州において行状監督開始の際に対象者に渡される説明書】

行状監督

—関係者への説明書—

I. 行状監督とは何か？

あなたには、裁判所から行状監督が命じられました。

これは、あなたには、この期間、保護観察官がつけられ、あなたは行状監督所に服するという意味です。

行状監督は、あなたに、自由へのスタートを容易にすることを目的とします。これは、あなたが、あなたの保護観察官と共に、うまく共同作業をすることが前提となります。

行状監督のさらにもう一つの目的は、行状監督所があなたの態度を予防的に監視することです。なぜならば、社会は、犯罪者によって迷惑をかけられない権利をもつからです。

II. 保護観察官

保護観察官は、補助的にかつ援助的にあなたの味方になります。保護観察官は、同時にあなたの行状を監視することで、保護観察所の手助けをします。

補助および援助とは、保護観察官が、あなたとともに、あなたの問題を認識し、それを解決しようとするということです。これは、実際の問題における支援ということも意味します。

保護観察官は、定期的に、裁判所にあなたの進歩と行状を報告しなければなりません。

保護観察官は、報告の際に、犯罪と裁判所の指示に対する違反について黙っていることは許されません。

III. 行状監督所

行状監督所は、二重の機能もちます。

行状監督所は、とりわけ裁判所の指示が遵守されているかどうか、新たな犯罪行為が行われていないかに関して、あなたの態度を監視します。違反すれば刑罰が科せられる、裁判所の指示に対して違反があったとき、行状監督所は、保護観察官にヒアリングを行ったあと、それを理由として、あなたに対して手続を開始するかどうかを決定します。あなたの態度が、そのきっかけを与える場合、行状監督所は、あらゆる公官庁に、あなたに関する情報を要求し、あらゆる形態の調査を行い、または警察その他の官庁に調査を行わせることができます。行状監督所は、保護観察官と合意して、補助的かつ援助的にあなたの味方となります。

IV. 裁判所の指示

裁判所は、指示を与えることによって、新たな犯罪行為の危険を予防するために、あなたの態度に作用しようとしています。指示は、あなたに対する最低限の要求です。あなたは、定期的に、あなたの保護観察官と接触を持つことが義務付けられるのが通常です。あなたは、実際にもそこに住む、定まった居所（警察への届出）をもたなければなりません。住所

または勤務先の意図的な変更毎に、それをあなたの保護観察官に知らせなければなりません。この場合、すべての重要な決定は、あらかじめ、あなたの保護観察官に伝えられなければなりません。そこでは、熟慮のない、性急な歩みを避けることができます。あなたが(保安監置、精神病院などの)収容から釈放されたときに、これにあなたが著しくかつ執拗に違反した場合、あなたは再度の指示を考慮しなければなりません。

裁判所は、あなたに、その違反には刑罰が科される指示を与える可能性もあります。その中で、あなたがすべきこととしてはならないことが明確に定められます。

この刑罰が科される指示は、非常に重要なもので、あなたはそれについて、裁判所からはっきりと教えられます。それにもかかわらず、あなたが、この刑罰が科される指示に違反したとき、これは犯罪(刑法典第145条a)となります。あなたは、この場合、1年以下の自由刑または罰金刑を考えなければなりません。

保護観察官または行状監督所の勧めに基づき、指示は、事後的に与えられ、変更され、または中止されることがあります。

V. 行状監督の期間

行状監督の期間は、通常5年です。

行状監督の経過がとりわけ良好な場合、行状監督の期間は、裁判所により短縮されることがあります。

しかし、行状監督は、あなたが隠れた態度をとり、逃走中となり、または官庁に命じられて拘禁されたとき、その期間、延長されます。

行状監督が結果した後、処分は、確定的に終了します。

そして、忘れないで下さい：

定期的に、あなたの保護観察官と接触をもってください。

保護観察官は、あなたと共同作業をするように、十分にあなたを助けることができます。

いろいろな困難や問題を一人で背負い込むのではなく、できるだけ早くに、あなたの保護観察官と話をしてください。

あなたが、住所と勤務先を変えることを決める前に、あなたの保護観察官と話をしてください。

債務を負担する前に、あなたの保護観察官に相談してください。

あなたは、債務で保護観察官を頼ることはできません。これには、別の官署が管轄をもっており、保護観察官はそれをあなたに教えてくれるでしょう。

たとえ、あなたにとって嫌だとしても、裁判所の決定で述べられた指示につねに従ってください。違反した場合の結果の方が、ずっと嫌であることが多いのですから。

ハンブルク州行状監督所
(行状監督執行開始数)

2002年8月8日現在

年	総数	男性	女性	第68条以下 による執行	第67条以下 による執行	12月31日時点 での対象者数
1980	102	101	1	60	42	312
1981	119	116	3	77	42	344
1982	120	111	9	81	39	380
1983	121	117	4	89	32	394
1984	140	138	2	113	27	425
1985	110	109	1	75	35	416
1986	142	141	1	103	39	459
1987	117	113	4	88	29	465
1988	123	119	4	85	38	445
1989	101	100	1	78	23	452
1990	88	85	3	57	31	421
1991	87	84	3	55	32	393
1992	94	92	2	54	40	411
1993	112	111	1	78	34	383
1994	133	132	1	90	43	429
1995	128	124	4	90	38	445
1996	124	117	7	86	38	463
1997	109	104	5	71	38	493
1998	150	144	6	118	32	545
1999	127	123	4	95	32	568
2000	161	155	6	120	41	616
2001	167	160	7	117	50	701
2002	110	105	5	93	17	749

行状監督執行開始数
有罪判決の理由別

ハンブルク、2002年8月8日現在

有罪判決 の理由	窃盗 その他	強盗 その他	酩酊罪法	詐欺 その他	傷害 その他	性犯罪	殺人罪	その他
1998年								
第68条以下 による	20	29	14	13	5	24	4	9
第67条以下 による	1	8	3	0	4	2	13	1
1999年								
第68条以下 による	18	28	10	5	4	20	7	3
第67条以下 による	4	12	1	1	1	4	5	4
2000年								
第68条以下 による	26	26	15	9	9	17	12	6
第67条以下 による	4	10	6	0	4	5	6	6