

紹介

Jürgen Baumann, Sicherheit und Ordnung in Vollzugsanstalten? — Begriffe und Regelungen, die ersetzt werden müssen. Ein Gesetzesvorschlag zu diesem Bereich sowie zur Regelung des unmittelbaren Zwanges, des Disziplinarrechts und Briefverkehrs, 1972. Tübingen. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). SS. 55.

小野坂 弘

西ドイツの刑法典代案グループのユルゲン・パウマン教授は行刑の問題についてもいろいろな機会に見解を明らかにしている。⁽¹⁾ここで紹介する小冊子は、パウマン教授がとくに関心を示していると思われる「刑務所における保安と秩序」に関するものである。パウマン教授はこの小冊子において、一九七一年一月の「刑法法

委員会草案」⁽²⁾ (Kommissionssentwurf: Strafvollzugsgesetz) の改訂案 (Referententwurf vom März 1971) と対照しながら、自らの考えを条文化し、そして解説する。⁽³⁾⁽⁴⁾

本稿は小冊子の第一部「保安と秩序」の部分を紹介するものである。まず「前注」(Vorbemerkung)でパウマンの基本構想が述べられる。パウマンはいう。刑務所は保安と秩序についての何らかの規制なしにはやってゆけない。再社会化の一層の強調と処遇方法の初めての規定化は、処遇の実現が保障され、実効的な教育的働きかけを可能にする秩序の確立・維持を要求する。そして自由刑と保安処分は国家の働きかけの最後の手段であり、有罪者に対する決定的で一部有害な結果を伴うことを考えれば、不必要な「内部の自由制限」(innere Freiheitsbeschränkung)を加えて、慎重な教育的処遇によって築かれ又は築かれようとしているものを破壊し、妨害すべきではない。刑務所の秩序は「改訂案」の「人間に備する秩序」だけではなく、教育的に実効的な「将来の自由な生活のための訓練」でもなければならぬ。

パウマンはこの様な構想の下に六つの原則をたてる。第一は「内部の自由」の原則である。自由な生活への教育が完全な不自由の下でうまく行くわけがないから、自由刑とかかわらない自由

は保障される。「内部の自由」についての判断は所長の裁量にまかせられるべきでない。少くとも「内部の自由」の原則は法律の根拠を与えられるべきである。

第二には秩序は自己目的ではなく、処遇をささえる機能を果すべきことである(秩序規定の処遇規定に対する補充性の原則又は処遇の優先の原則)。この点を明確にするために、パウマンは嚴格に実施される秩序は処遇にとって益より害があること、秩序に関する規定は処遇にとつてどうしても必要な場合に、処遇の課題に役に立つ様に実施されねばならないこと、無秩序も又治療体験たりうることを確認する。

第三は、行刑法においても可能な場合には、罰システム(Malus-System)は賞システム(Bonus-System)に代るべきことである。これは特典制度の維持だけではなく、誘導は威しよりもよりすぐれており実効的でもあることを意味する。

第四は、「自己責任の原則である(Selbstverantwortung)。看守や刑務所規則による他律的な規制に代つて、社会的行為の自律的決定が強調される。このことは将来の自由な生活にとつて必要なことであり、将来、刑務所の秩序とは異なった秩序と行動基準を作り出すことを期待させる。

第五は、全ゆる非教育的手段の排除である。「改訂案」はこの点を失念している。正しく理解され、処遇と教育に資する、いや少くとも教育的処遇を妨げない秩序の維持だけが理由がある。パウマンは教育的効果と、教育的に有効な行刑を可能にする秩序の維持の両者を個別的に考量する。

最後に第六は若干重複するが、全ゆる強制の補充性の原則である。軽微な保安・共同生活の侵害は、有効な処遇が続けられるためには我慢しなければならない。

以上の諸原則を実現する規定は小冊子の他の部分にも勿論盛り込まれているが、まず「保安と秩序」の部分に詳しく規定されている。

(1) たとえば、Jürgen Baumann, Die Strafvollzugsreform aus der Sicht des Alternativ-Entwurfs der Strafrechtslehrer, in : A. Kaufmann (hrsg.), Die Strafvollzugsreform——Eine kritische Bestandsaufnahme, 1971, S. 21ff. ders., Sicherheit und Ordnung in der Anstalt——Einige kritische Erwägungen zu § § 72ff. des Entwurfs eines Strafvollzugsgesetzes, in : Festschrift für Reinhart Mau-

Rach, 1972, S. 561ff.

- (2) 委員会草案については、斎藤誠二「西ドイツ刑法草案をめぐって」(台)・警察研究四二巻九一—一号参照。
- (3) この小冊子の提案についてパウマン教授はいう。ここに提案されているものは「代案グループ」のそれではなく、パウマン自

《刑法改訂案》

七二条 (原則)

- (1) 刑務所での秩序ある共同生活に対する受刑者の責任感が呼び覚まれ助長されなければならない。
- (2) 刑務所の保安及び秩序を維持するため、受刑者には、この法律の定める義務及び制限が課される (dürfen)。この義務及び制限は、その目的と釣り合いがとれており、受刑者を必要以上に多くかつ長く害しないように選ばなければならない。

身の統一的な基本構想から生まれたものであり、妥協的性格や注釈的性格の考慮から自由なものであると („Vorwort“ による)。

(4) この小冊子は „Sicherheit und Ordnung“——„Unmittelbarer Zwang“——„Verschuldete Verfehlungen“——„Briefverkehr“ の四部分からなる。

《パウマン案》

§ 0 („Sicherheit und Ordnung“ の略) 1条 (自己責任の原則)

- (1) 刑務所及び集団⁽⁷⁾での共同生活⁽⁸⁾に対する受刑対象者及び対象者集団⁽⁶⁾ (Probanden u. Probandengruppe) の責任感が呼び覚まれ助長されなければならない⁽⁹⁾。
- (2) 受刑対象者には、この法律の定める義務及び制限が、次の目的を達成するために必要であるときにだけ課される⁽¹⁰⁾。
- 1 保安の重大な侵害、
 - 2 共同生活の著しい妨害、又は
 - 3 刑事教育的処遇の重大な侵害を阻止し、又はなくするた⁽¹¹⁾め

SO二条（比例の原則）

(1) 義務及び制限は、その目的（SO一条二項）と釣合いがとれている場合に限り、かつその限度でのみ課される⁽¹⁸⁾。義務と制限は受刑対象者を必要以上に多くかつ長く苦しめてはならない（belasten）。

(2) 個々の事案において、受刑対象者に対する処遇の効果が、義務と制限を課することによって害されないかどうかを考量されなければならない⁽¹⁸⁾。

SO三条（補充の原則）

(1) 義務と制限は、その目的（SO一条二項）が処遇手段によっては達成できない場合にだけ課される（処遇の優先⁽¹⁹⁾）。

(2) 目的の短期的侵害は、よりよい処遇手段が時間ばかりかそれども持続的な効果を期待させる場合には、甘受しなければならぬ⁽¹⁸⁾。

SO四条（禁止される処置）

(1) はづかしめる、非教育的処置は許されぬ⁽¹⁸⁾。

(2) 閉鎖刑務所又は閉鎖分界内においても、一日中内に閉込めておくことは許されない。そして閉鎖分界内での全ゆる隔離は

七三条(遵守規定)

- (1) 受刑者は刑務所職員⁽¹⁷⁾の命令に従わなければならない。受刑者は指定された場所を許可なく離れてはならない。
- (2) 受刑者は刑務所の日程(労働時間、自由時間、休憩時間)に従い、他の人達のことを考慮しなければならない。
- (3) 受刑者は自分の監房(Haftraum)及び刑務所から与えられた物品を整理し、大切に扱わなければならない。
- (4) 受刑者は人の生命又は健康に対する危険を意味し、あるいは重大な物的損害の発生を懸念させる事情を直ちに、報告しなければならない。

七四条(個人の所持。私有金(Eigentum))

- (1) 受刑者は行刑機関から与えられたか又はその同意を得て与えられた物品だけを所持又は取得してよい。同意がなくとも、受刑者は価値の軽微な物品を他の受刑者から取得してよい。行刑機関はこれらの物品についても、取得及び所持をその同意に

一日中は許されない。受刑対象者相互の自由な交通は、保安又は処遇の重大な理由による場合にだけ、妨げられ又は断たれる。⁽¹⁷⁾

S O 五条(遵守規定)

- (1) 受刑対象者は、自分を担当する刑務所職員⁽¹⁸⁾の命令に従わなければならない。
- (2) 受刑対象者は刑務所の日程(治療時間、労働時間、自由時間、休憩時間)に従い、他の人達のことを考慮しなければならない。
- (3) 受刑対象者は自分の居房(Wohnraum)及び刑務所から与えられた物品を整理し、大切に扱わなければならない。居房の各々の形成は、S O 一条二項にあげられた目的のことを要請しない限り、各自に任される。⁽¹⁸⁾

S O 六条(個人の所持)

- (1) 衣服、小道具、調度品及び個人財産はできるだけ受刑対象者の所有物でなければならない。受刑対象者には、これらの物品を持ち込み又は所有物として取得する機会が与えられなければならない。制限はS O 一条二項によってのみ可能である。⁽¹⁹⁾

かからせることができる。

(2) 受刑者が所持することが許されない物品は、受刑者のために保管されなければならない。金銭は私有金として帳簿に記入される。受刑者には、自分の物品を送り、自分の私有金を処分する機会が与えられる。

七五条（捜検）

(1) 受刑者、受刑者の物品及び監房は何時でも捜検される。男の受刑者の捜検の場合には男だけが、女の受刑者の捜検の場合には女だけが立会を許される。

(2) しゅう恥心は尊重されなければならない。危険が迫っている場合又は個別的な所長の命令にもとづいたときだけに、広範囲の脱衣を伴う身体検査を行うことが許される。身体検査は閉めた部屋で、他の受刑者のいない所で行わなければならない。

い。

(3) 閉鎖刑務所については、所長は、受刑者が第二項に従って検査されるべきことを一般的に命ずることができる。

七六条（移送）

(2) 受刑対象者は第一項によって、物品を他の受刑対象者からも取得してよい。⁽²¹⁾

(3) 受刑対象者が第一項によって所持することが許されない物品は、受刑対象者のために保管されなければならない。金銭は私有金として帳簿に記入される。受刑対象者には自分の物品を送り、自分の私有金を処分する機会が与えられる。

SO七条（捜検）

(1) 受刑対象者、その物品及び刑務所の部屋は何時でも捜検される。男の受刑対象者の捜検の場合には男だけが、女の受刑対象者の捜検の場合には女だけが立会を許される。しゅう恥心は尊重されなければならない。

(2) 危険が迫っている場合又は個別的な所長の命令にもとづいたときだけに、広範囲の脱衣を伴う身体検査を行うことが許される。身体検査は閉めた部屋で、他の受刑対象者のいない所で行わなければならない。

(3) 閉鎖刑務所については、所長は、受刑対象者が、第二項に従って検査されるべきことを一般的に命ずることができる。

SO八条（移送）

脱走の危険が高い程度で存在し、又はそうでない場合でも受刑者の態度あるいは状態が刑務所の保安又は秩序に対する危険を意味する場合には、当該受刑者をその処遇又はより安全な収容に適した施設に移送することができる。

七七条(特別保安処置)

(1) 受刑者の態度により、又は精神状態にもとづいて高い程度で、脱走の危険又は人あるいは物品に対する暴力行為の危険もしくは自殺あるいは自傷の危険が存在する場合には、受刑者に対して、医学的方策が可能でないときは、特別保安処置を命ずることができる。

(2) 特別保安処置として次の処置が許される。

- 1 物の剝奪又は留置
 - 2 夜間における反覆監視
 - 3 他の受刑者からの隔離
 - 4 自由な領域に滞在することの停止又は制限
 - 5 危険な物のない特別に安全な監房に拘禁すること
 - 6 戒具の使用
- (3) 第二項三号ないし五号の処置は、刑務所の秩序の重大な破壊が、他の方法では避けることができなかつた又は除去できない

△この規定は「改訂案」五条以下の規定と関連づけてのみ規定されうるから、ここでは削除する▽

SO九条(特別保安処置)

(1) 受刑対象者の態度により、又は精神状態にもとづいて高い程度で、脱走の危険又は人あるいは物品に対する暴力行為の危険もしくは自殺あるいは自傷の危険が存在する場合には、受刑対象者に対して、特別保安処置を命ずることができる。

(2) 特別保安処置として次の処置だけが許される。

- 1 物の剝奪又は留置
 - 2 夜間における反覆監視
 - 3 他の受刑対象者からの一時的隔離
 - 4 自由な領域に滞在することの停止又は制限
 - 5 危険な物のない特別に安全な部屋に拘禁すること
 - 6 戒具の使用⁽²⁴⁾
- (3) 第二項三号の処置は、共同生活の著しい妨害が、他の方法では避けることができなかつた又は除去できない場合にも許される。⁽²⁵⁾

場合にも許される。

- (4) 戒具の使用は、予告の後に（八八条）、受刑者が行刑処置又は保安処置の適法な執行に際して抵抗した場合にも許される。
- (5) 連行又は拘引の際に、第一項とは別の理由から高い程度で脱走の危険が存在する場合にも、戒具の使用が許される。
- (6) 特別保安処置は、危険を避けるために必要な限りでだけ、継続を許される。

七八条（独居拘禁）

- (1) 受刑者の継続的隔離（独居拘禁）は、受刑者の人間性（*Human Person*）に存在する理由、とくに健康上の理由から不可欠の場合にだけ許される。
- (2) 一年のうち六ヶ月をこえる独居拘禁は監督官庁の同意を必要とする。この期間は受刑者が礼拝又は休憩時間に参加することによって中断されない。

七九条（戒具の使用）

戒具は両手又は両足にだけ使用してよい。刑務所医師の協力

- (4) 戒具の使用は、予告の後に（UZ四条）、受刑対象者が行刑処置又は保安処置の適法な執行に際して抵抗した場合にも許される。

- (5) 連行又は拘引の際に、第一項とは別の理由から高い程度で脱走の危険が存在する場合にも、戒具の使用が許される。

SO一〇条（独居拘禁）

- (1) 受刑対象者の二四時間をこえる隔離（独居拘禁）は、SO九条第一項又は第三項の要件が存在し、危険がすでに受刑対象者の行動によって認められ、かつこの危険が処遇によっても特別保安処置によっても、忍びうる程度には防止できない場合にだけ許される。⁽²⁶⁾

- (2) 独居拘禁は、受刑対象者の健康上の理由から必要とされる場合又は受刑対象者が申立てた場合にも許される。⁽²⁷⁾
- (3) 独居拘禁の全ての命令は執行裁判所の同意を必要とする。⁽²⁸⁾

SO一一条（戒具の使用）

- (1) SO九条第二項六号の特別保安処置は、脱走の危険がある

の下に所長は別の仕方で戒具の使用を命ずることができる。戒具は必要なときには、一時的にゆるめられる。

八〇条 (特別保安処置の命令)

(1) 特別保安処置は所長が命ずる。危険が迫っている場合には、刑務所その他の職員も又この処置を一時的に命ずることができる。(この場合には) 所長の裁決が直ちに得られなければならない。

場合に特別に安全な監房^{*}に收容する迄の間一時的にだけ、長くとも二時間命じられるか又は刑務所外の輸送の間だけ命じられる。⁽²⁹⁾

(2) SO九条第一項が規定する他の場合にあっては、継続的な戒具の使用は三日の期限をこえてはならない。使用期間中は担当の社会援助士 (Sozialassistent) 又は同じ素養をもつ代理人が立会っていなければならない。⁽³⁰⁾

(3) 戒具は両手又は両足にだけ使用してよい。刑務所医師の協力の下に所長は、別の仕方で戒具の使用を命ずることができる。戒具は必要なとき又は可能なきには、一時的にゆるめられる。⁽³¹⁾

(4) 第二項による戒具使用の全ての命令は、執行裁判所の許可を要する。必要な場合には執行裁判所は、刑法典草案七三条の治療・保護施設に一時的に又は継続的に移送を命じなければならない。⁽³²⁾

SO二二条 (特別保安処置の命令)

(1) 特別保安処置及び独居拘禁は所長が命ずる。危険が迫っている場合には、刑務所その他の職員も又この処置を一時的に命ずることができる。(この場合には) 所長の裁決が直ちに得られ

らない。

(2) 受刑者が医師に措置され又は観察されている場合あるいは受刑者の精神状態が処置の原因となっている場合には、前もって医師の意見が求められなければならない。差迫った危険のためにこのことができない場合には、(後で) 医師の意見が直ちに聞かれる。

八一条 (医師の監視)

(1) 受刑者がとくに安全な監房に収容され又は戒具を使用される場合には(七七条第二項五号及び六号)、刑務所医師は受刑者を直ちに検査し、その後は毎日検査する。

(2) 医師は、受刑者に自由な領域への滞在が停止される場合には原則として、意見を求められなければならない。

〱八二条は削除〱

八三条 (費用賠償)

(1) 受刑者は脱走により、又は自傷によって故意あるいは過失で生じた費用を賠償する義務を負う。償還のために生計扶助費

なければならない。

(2) 全ゆる場合において、前もって医師及び担当の社会援助士の意見が求められなければならない。差迫った危険のためにこのことができない場合には、(後で) 医師及び担当の社会援助士の意見が直ちに聞かれる。⁽²³⁾

SO一三条 (医師の監視)

(1) 受刑対象者がとくに安全な監房[※]に収容され又は戒具を使用される場合には(SO九条第二項五号及び六号)、医師は受刑対象者を直ちに検査し、その後は毎日検査する。

(2) 受刑対象者が独居拘禁に付され(SO一〇条)又は自由な領域への滞在が制限あるいは停止される場合には(SO九条第二項四号)、医師は当該受刑対象者を、少くとも一週間検査しなければならない。⁽²⁴⁾

SO一四条 (費用賠償)

(1) 受刑対象者は脱走により、又は自傷によって故意あるいは過失で生じた費用を賠償する義務を負う。償還のために生計扶

(Hausgeld) の最低額をこえる部分も(四四条二項) 請求されうる。
 (2) 請求は、それによって受刑者の処遇又は再社会化が妨げられる場合には、主張すべきでない。

(5) 「前注」の諸原則は条文化されるが、条文は規定の内容が明確で、適用がうまく行くように作られていなければならない。

他方適当な処遇や処遇上必要な措置を妨げないように弾力性も必要とする。「改訂案」七二条はこれらの点で充分でない。

(6) パウマンは注(1)引用の文献では「改訂案」と同じく「受刑者」(Gefangene)といているから、それほど違った意味ではない。従って「Anstalt」も「改訂案」と同じく、「刑務所」と訳した。

(7) 問題なのは個人的な責任感だけでなく、集団意識としての責任感も大切である。集団——漠然とした他者ではなく、まさに具体的に特定された集団——の内の共同生活、責任ある協力が訓練されねばならない。

(8) 「改訂案」七二条一項の「秩序ある」という表現が削られている。これは無秩序な共同生活も有用でありうることで、この

助費の最低額をこえる部分も(〇〇条) 請求されうる。
 (2) 請求は、それによって受刑対象者の処遇が妨げられる場合には、主張すべきでない。⁽³⁵⁾

表現が伝来の刑務所構造を強める危険のためである。

(9) この項により、種々の段階の自治モデルの導入、とくに処遇等の集団内での共同責任と自己決定の採用が考えられる。

(10) 「改訂案」七二条二項と同様に、義務と制限の付課は法律に結びつけられ、目的も列挙されている。比例原則は独立条文に移される。「必要性」を要求することによって、義務と制限の付課は七二条よりも更に限定され、単なる有用性では足りず、いわんや目的達成の意図では充分でない。

(11) 目的そのものが「改訂案」にくらべて一層制限されている。一般的な「保安と秩序」ではなく一号ないし三号の目的に限定されている。ここでも「秩序」という弾力性のありすぎる概念は避けられている。

(12) 第一項は「改訂案」七二条二項に含まれていた比例の原則を独立させたもの。非常に限定的な表現となっている。二番目に

置いたのは、法律家でない者（受刑対象者も含む）も読むだろうと考えられたから。

(13) 比例の原則の考量においては処遇の効果が特別の役割を果す。義務・制限の付課はこれによって、保安又は共同生活の侵害あるいは他の受刑対象者の処遇の妨害は容易に防げるが、当該受刑対象者自身の処遇がひどくあぶなくなる場合には許されない。全ゆる付課は結局処遇に役立たねばならない。

(14) 「改訂案」が「直接強制」に関して八四条に規定する補充原則を「保安と秩序」の維持のための処置にも当てはめたのである。法律上処遇の優先が保障されることにより、補充原則の実現が保障されているわけである。

(15) 第二項は時間の要素について述べる。SO一条二項の目的を達成するために、処遇手段によるときは義務・制限の付課よりも、一般に時間がかかるであろう。そのために補充原則が侵されるのは困る。「前注」の第三原則参照。

(16) この処置が短期的に見れば成果を期待される場合にも、比例原則を満している場合にも許されない。ごく簡単な義務・制限の付課もすべきでない。

(17) 「前注」の第一原則参照。本項は多くの刑務所で今日も行

われているやり方を否定する。閉鎖部分でもコミュニケーションは可能でなければならない。厳格な施設は受刑対象者と職員の間を困難にするだけでなく、受刑対象者を愚ろし、職員を教育的任務と両立しない鍵番にしてしまう。

(18) 公式の服従義務の一般規定が必要なことはいうまでもない。パウマンは服従義務を「担当」職員に限定する。パウマンは一般的な法治国家的考慮の他に、他の職員が処遇に干渉することは処遇計画と効果を危なくすることを理由にあげる。七三条一項後段（場所の指定）は「内部の自由」原則に反し、「改訂案」七二条にも適合していないので削った。受刑対象者をかごに閉めるならば生活の訓練はうまく行かないから。

(19) 「改訂案」七三条三項とはまず「監房」↓「居房」の術語がことなる。更に自己責任と自己実現を考慮して、居房を各々の受刑対象者が自分流に形成できるようにした。限界はSO一条二項の目的が設定する。刑務所から与えられた物品については次条が考慮される。

「改訂案」七三条四項の報告義務は否定された。この様な義務は「密告義務」であり、それは不信任を生むことによって処遇のふん囲気と共同生活を害する。報告義務に代って自己責任の原則

介 (小野坂)

紹

が強調される。物的損害についても、生命・身体の危険についても一般原則（たとえば損害賠償）が当てはまる。

(20) 第一項は所有物の優先の原則を明らかにする。「改訂案」七四条一項は今日の実務のレベルにとどまり、自己責任の原則にも、「改訂案」三条aの、自由な状態に行刑を出来るだけ適合させるという正当な原則にも矛盾している。パウマンはここで、個人の所持の点でも自己責任の原則を實現しようとする。自由な社会では、自分の物に対する責任感を呼び起こす確実な手段は所有権制度にある。所有権によってひき起される責任又は共同責任を行刑において考えないとは、理解し難い。「改訂案」七四条一項理由書はその理由として刑務所において必要な高い程度の保安を考えたとするが、これとても責任と適応の思想をこれほどに後退させる充分な理由ではない。又「改訂案」はこの保安の考慮の点で首尾一貫していない。すなわち軽微な価値の物を他の受刑者から取得してよいとしている点である。保安の危険を意味する物件は普通大部分は軽微な価値のものだからである。所有物と慣れること、所有物を大切に扱うことは行刑においても訓練されねばならない。

(21) 交換取引や闇取引の問題は「改訂案」七四条では対処でき

ない。自由な社会でも否定的な効果をもつ取引はある。刑務所内では否定的な取引や体験から守られても、自由な社会ではそうはいかない。教育的に望ましくない結果も生ずるであろうが、受刑対象者には否定的な体験もさせるべきではないか。短所は自己責任を強めるという長所により我慢すべきである。公然たる取引は監視するのも容易であり、闇取引よりもよい。制限はSO一条二項による。

(22) 「改訂案」七五条一項の「監房」、SO五条三項の「居房」——工場その他の捜検が必要な場合もある——ではなく、「刑務所の部屋」(Anstaltsräume)という表現を用いた。

(23) 「改訂案」と同様、保安上必要な全ゆる制限をこの条文に規定してはいない(文通、面会等の規定参照)。又捜検・移送・SO一条ないし四条の原則も本条ではくり返さない。又「改訂案」七七条の医学的方策の優先はSO三条から明らかなので、削った。

(24) 本項は「改訂案」七七条二項に対して、列举が限定的であることを明確にした。「改訂案」理由書も同旨のことを述べているが、条文の表現上行政規則で拡張する可能性が排除されていない。

三号はこの処置によって、独居拘禁の効果が達成されることのない様に改めた。

(25) 第三項は「改訂案」七七条三項にくらべて、大巾に異なる。刑務所の秩序の破壊を除去又は阻止するために特別保安処置をとることはパウマンの基本構想に反する。まず「重大な」破壊は「刑務所の秩序」という不確定概念と結びついて、懲罰の要件、とくに責任原理を回避させる危険がある。そこでSO一条と同様に改めた。勿論SO一条ないし四条の諸原則からの制限がここでも当てはまる。

パウマンは更に法律効果を「他の受刑対象者からの一時的隔離」(二号)に限った。五号は保安上の考慮からのみ必要と考えられるために削った。

(26) 「改訂案」七八条は独居拘禁の制限を考えている点ではよいのだが表現が充分でないし、又七七条が「一時的隔離」を含み、七八条が「継続的隔離」のみを規定することは構成がおかしい。そこでSO九条では全く一時的な隔離を規定し、SO一〇条ではより長い隔離を規定する。SO九条の隔離の要件はSO二条及び三条の原則を考えれば、濫用防止に充分であるが、SO一〇条の隔離の要件は更に厳格でなければならない。

「改訂案」七八条一項の要件は狭いのはいいが、体系的には正しくない。SO九条の期限(すなわち、SO九条とSO一〇条の関係から二四時間以内)で充分でない場合、つまり二四時間を超える隔離——すでにSO九条の隔離が始められた後に充分でないことが判明した場合も含む——はSO一〇条のより厳格な要件と手続を要する。「改訂案」七八条一項の「受刑者の人間性に存在する理由」は狭くも広くも解釈されうるが、SO一〇条一項は「人間性についての予測」では充分でなく、すでに危険が現実化し、しかも受刑対象者の行動に表現されていることを要求する。

更に特別保安処置では見込みがないことを要件とする。処遇の優先はSO三条から自明であるが、特別保安処置があげられていることから、誤解を防ぐためにくり返えされる。

(27) 「刑法典代案」三八条四項によって、受刑対象者の申立権を規定する。この申立権は独居拘禁を許されるものとするだけで、請求権を与えるものではない。申立にもとづくことによつてのみ成果が期待できる場合がある。

申立にもとづく独居拘禁は健康上の理由によるそれと一緒に規定される。両者とも他の人間又は物品に対する危険が存在せず、要件としても必要とされない場合だから。

(28) 「改訂案」七八条は執行裁判所を関与させてはいない。単なる監督官庁の関与では、「内部の自由」への干渉の程度からして、充分でない。独居拘禁は集団行刑をうけている受刑対象者に對しては重大な侵害である。執行裁判所の関与は、申立にもとづく場合にも当てはまる。この場合にもこの種の行刑が受刑対象者の利益となるかいなかが検討される。「内部の自由」は受刑対象者が自由に処分できる法益ではなく、処遇に必要なものである。健康上の理由による独居拘禁にも、濫用の防止のために執行裁判所が関与する。執行裁判所が関与することによって「形成的処遇処置」(「改訂案」理由書の表現)が妨げられることはない。むしろその逆であろう。

「改訂案」七八条二項の六ヶ月の期間は人間を崩壊せしめる程のものであり、より短い期間も処遇にとつて益より害があらう。

多分二四時間の期限が実現可能なものであらう。

(29) 戒具の使用という特別保安処置も「改訂案」七七条、七九条及びSO九条以上の制限を必要とする。戒具の使用の場合は独居拘禁と異なり、時間的にだけでなく、危険の理由が違うことにより内容を異にする。勿論SO四条一項の限界に近づく処置である。

第一項はまず刑務所内での戒具の使用(つまり脱走の危険の場合、SO九条一項の要件及びSO一条以下の一般原則が当てはまる)については、特別に安全な居房に収容する迄の一次的な戒具の使用だけが許されるとし、更に濫用を防ぐため二時間と限定する。この様な制限は刑務所外の輸送の場合にはない。

(30) 本項は、人又は物品に對する暴力行為の危険もしくは自殺あるいは自傷の危険に関する。これらの危険、とくに自殺あるいは自傷の危険を防ぐためには、戒具の使用以外の、より軽い保安処置は、たいてい利用できない。医学的処遇も充分でない場合がある。従つて、第一項の様には期限の制限ができないのである。

しかし、担当社会援助士の働きかけの下では、三日で普通は充分であらう。三日経過後は少くとも試験的に、戒具の使用はやめなければならぬ。社会援助士の立会によるコントロールは、戒具の使用が更に必要かどうかを明らかにしよう。第四項及びSO三条参照。

(31) 戒具をゆるめることは、健康上の理由から「必要」とされる場合に限られない。戒具を試みにゆるめてみる何らかの可能性がある場合でもよい。

(32) 執行裁判所は三日の期限が充分でない場合にも関与する。

社会援助士及び医師の働きかけにもかかわらず、許された期限内では防げない重大な危険が存在する場合は第四項後段の処分。

(33) 「改訂案」八〇条一項と本条第一項の違いは、SO一〇条に規定される独居拘禁もあげられていることである。

第二項については、SO三条の処遇の優先原則の実施を保障するために、全ゆる場合に医師の意見をきくことにしたことである。特別保安処置が命じられる全ての場合に、危険を医学的処置によって除く可能性がある。同じ理由から担当社会援助士の関与が規定される。

(34) 医師の監視処置についても、SO二条二項が当てはまるから、「改訂案」八一条二項のように医師の意見を求めることは規定する必要がない。本条一項・二項所定の処置が行われるときは、とくに独居拘禁に付される場合には健康上の障害、精神的障害が生じうるので、頻繁な検査又は少くとも一週間の検査が要求される。

(35) 「改訂案」八三条二項では「再社会化」が入っているが、SO一四条では削った。この言葉が入っていると、主張が許されないのは、現在行われている処遇を妨げるからではなく、処遇の最終的効果(すなわち再社会化)次第であるとの誤解が生ずる可

能性があるから。

※ 筆者註——SO五条三項及びSO九条二項では「改訂案」七三条三項及び七七一条一項の「監房」(Haftraum)に対して「居房」(Wohnraum)、「部屋」(Raum)となっており、SO七条一項では「改訂案」七五条の「監房」(Haftzelle)に対して「刑務所の部屋」(Anstaltsräume)となっている。ところがSO一一条一項及びSO一三条一項ではSO九条二項五号による場合なのに、「監房」(Haftraum)のままになっている。見落しであらう。