

【研究ノート】

「受刑者の法的地位に関するH・ミュラー・ディーツの
見解と西ドイツ行刑立法」

石 原 明

はじめに

私は本誌四巻四号において、H・ミュラー・ディーツ教授が、第四八回ユリステンタークに提出した意見書「いかなる主要内容をもって、行刑法を發布することが推奨されるか」(一九七〇年)⁽¹⁾という書物中の、第二編第一章「将来の行刑組織について」を紹介したが、その同じ書物の第二編第三章に「受刑者の法的地位の基本問題」と題する論述がある。受刑者の法的地位をどのように把握するかは、将来の行刑法における根本問題であるが、それは、「自由刑において剝奪され

る自由とは、一体、何か」受刑者の手もとにまだ自由が残されているとすれば、それはいかなる範囲のものか」といった、自由刑の内容に関する根本問題と関係するので、その検討は、特に重要である。そこで私は、ドイツ行刑法の中心的学者である、H・ミュラー・ディーツ教授が意見書としてまとめたこの書物において、この問題をどのように論じているかに興味をもったので、その部分を読んでみた。一方、西ドイツでは、行刑法改正に関する立法作業が着々と進められて、このミュラー・ディーツの意見書が刊行された後において、行刑法委員会草案(一九七一年)、暫定専門委員草案(一九七一年)、

政府草案（一九七二年）、および行刑法代案（一九七三年）が、相次いで公表された。政府草案は基本的には行刑法委員会草案をもとにしたものであるが、それは内容的にかなり修正され、委員会草案よりかなり後退したものとわかれており、また代案は、これまでのいづれの草案よりも進んだものといわれている。それで私は、受刑者の法的地位に関する西ドイツの議論の展開をさぐる一つの方法として、さし当って、この問題に関するミュラー・ディーツの意見書と政府草案と代案とをそれぞれ比較検討して見ることも有益であるうと考えた。西ドイツにおける行刑法改正の全体をフォローすること、更に西ドイツのみならずその他の諸国における議論や新立法を検討することは、我國の行刑法改正作業において重要であることは、論をまたない。だが本稿では、とりあえず検討の対象を、前述した範囲のものに限定して、研究ノートのまゝとめてみることにした。更に一層の広範にわたる検討については、今後に留保したい。

一 一般的に入手し得る情報源から知識を得ることについて

一、先ず、ミュラー・ディーツは、基本法五条一項一文の、

知る権利が受刑者についてもどの程度保障されなければならないか、その制限はどの程度にとどめるべきか、について論じる。それはとりもなおさず、受刑者が、書物ならびに新聞雑誌を講読し、テレビやラジオを視聴する権利とその制限に関する問題である。この個別問題の検討に先立って、一般的に、受刑者の知る権利とその制限の範囲についてミュラー・ディーツは次のように述べている。即ち、知る自由は表現の自由と共に、自由で民主的な国家を形成する本質的な権利であり、これによって市民は、民主的な意思の形成を積極的に促進することができるのであって、その意味では、「知ることはまさしく社会の始まりであり基本である」。ところで、自由市民に妥当することは、一程度は減じても一受刑者にも妥当しなければならぬ。ただし、受刑者は「明日からの市民」ではなくて、既に「今日からの市民」、即ち市民であることを失なっているからである。また、行刑目的と対立する限りで知る自由も制限されようが、その行刑目的にも、受刑者の教育ということをかかげているので、知らしめることによって受刑者を一般的に啓発し、意思形成ならびに批判能力を促進させることも可能となる。こうしたことから、基本法自体も認めている、知る権利、情報入手の権利の法律による制

限も(基本法五条二項)、受刑者だからといって強められてはならず、最小限の制限にとどめるべきである。⁽²⁾

二、さて、個別問題として、先ず新聞、雑誌についてであるが、ミュラー・ディーツは、その講読が施設の秩序を危険ならしめる可能性があるというだけで、それを制限することは正当でないとする。また検閲は、受刑者を性的に刺激的な報道や犯罪の記述から守るためといわれているが、今ではそのようなことに神経を使うのはいかにも時代遅れであり、また、法の理解を促進させる社会化の観点からも、そのような報道が「否定的な情報」であるかどうか疑わしいので、そのような理由から検閲をするのは適当でない、としている。

新聞ならびに雑誌に関しては、政府草案は六一条で、次のように規定している。「一項」被拘禁者は、新聞および雑誌の講読を、適当な範囲内において、施設の仲介によって、許されるものとする。二項(中略)新聞または雑誌の特定の号または部分は、それが処遇の目的または施設の保安もしくは秩序を著しくおびやかすことになるときは、被拘禁者に与えないことができる。これで見ると、政府草案は、新聞、雑誌の講読には、かなりの制限を置いていることが明らかとなる。

それに対して代案は、九九条で簡単に次のように規定することとされる。即ち「被收容者は、図書、新聞および雑誌、その他教養および自由時間活用のための物品を、一二四条の枠内において所持し、入手することができる」。この代案の規定は、前述した政府草案の規定よりも制限的文言が少なく、不必要な制限を排除したものである。⁽³⁾ここではこれらの所持が原則的に認められ、例外的に、代案一二四条一項により同一一九条二項に規定するところの制限に服することになる。

それによれば、その制限事由は「二項」本章において規定する義務および制限は、次にかかげることを阻止しまたは除去するために必要である場合にのみ、被收容者に対して課せられる。1、保安のいちぢるしい侵害、2、共同生活のはなはだしい攪乱、3、法律上許容された処遇のいちぢるしい侵害」ということになる。新聞や雑誌の購読が、この規定にかかげる制限事由に該当することは、先ずないのではななからうかと思われる。

三、図書については、ミュラー・ディーツは、受刑者が刑事手続に関する書物を閲読するのを拒む理由はなく、一部の受刑者に訴訟好きのものが居るからといって、その制限を保持することは疑問である、と述べ、さらに、行刑目的が危険

ならしめられたというには、具体的な証明が必要であつて、一般的な推測では不十分である、と述べている。また施設所有の情報源については、原則として全ての受刑者に閲読を許すべきであり、また、施設図書館の整備と貸出系統は市民図書館のそれによるべきである、と述べている。

政府草案は六三条で、図書に関する規定を置いて、そこでも、新聞雑誌に関する六一条とほぼ同じ文言による制限を置いている。殊に「図書その他の物の所持は、適当な範囲内で、被拘禁者に許されるものとする」といっているが「適当な範囲内で」という表現は施設の長の裁量の余地を大きく認めることになり、そのような傾向は、ミユラー・ディーツも否定するところである。施設図書館については、政府草案は五九条で、被拘禁者は図書館を利用する機会を得る、と規定している。

代案九八条二項も同様である。代案では、前述の九九条が図書に関するものをも含んでおり、新聞、雑誌について述べたのと同様の原則が、図書についても当てはまるのである。四、テレビ、ラジオに関しては、ミユラー・ディーツは、受刑者をテレビやラジオ放送に参加させるのは当然であり、プログラムの選択は実際上は施設の手任せられるであろう

「受刑者の法的地位に関するH・ミユラー・ディーツの見解と西ドイツ行刑立法」(石原)

(一一七)

一一七

が、一面的な番組編成は避けるべきだ、としている。同時に「聞かない自由」もまた、尊重されるべきだ、としている。

この点、政府草案は六二条で、テレビ、ラジオに関する次のような規定をもうけている。「一項」被拘禁者は、施設のラジオ番組ならびに共同のテレビ視聴に参加することができる。放送は、国民としての情報、教養および娯楽に対する希望と必要性を適当に考慮して選択するものとする」。

代案は、もう少し簡単に、一〇〇条で次のように規定している。「一項」被拘禁者は、区分会議(Ablehnungsrat)によって定められた時間に、施設のラジオ番組ならびに共同のテレビ視聴に参加することができる。代案は政府草案のように、番組選択の基準を規定しなかった。そのことについては理由書で何も述べられていないが、おそらく区分会議によって認められた時間帯ならば、番組の選択は被拘禁者の自由または自治に委ねる、という趣旨であろうか。

なお、自己所有のラジオ、テレビの利用については、ミユラー・ディーツは、これを一般的に許容することも、また例外なしに禁じることも共に妥当ではなく、保安の観点と正しく理解された社会化の観点との比較考量において判断すべきであるが、さし当って開放施設においては、自己の器具の利

用が一般的に許されるのであろう、と述べている。

この点、政府草案六二条二項は、次のように規定している。「自己のラジオ受信器は、六三条の条件のもとに（自由時間活用のために適当とされ、かつ処遇の目的または施設の保安もしくは秩序をおびやかさない限りで―筆者加筆）これを許可することができるが、自己のテレビ受信器は、理由ある例外的場合に限り許可することができる。」

代案はこれについては、一〇〇条二項で、次のように規定している。「司法行政によって規定されたタイプの自己のラジオ受信器は、許可される。自己のテレビ受信器は、理由ある例外的場合に限り、許可することができる。」

二 受刑者と外界との交通

一、受刑者の外界との交通に関するミューラー・ディーツの基本的な考え方は、次のようである。人的生活関係の自由な形成の権利は、単に基本法二条一項によって保障されているのみならず、六条によっても、配遇者ならびに家族との関係で、尊重されている。受刑者の拘禁状態においても、その社会復帰目的のために、自由社会の生活条件への接近が強められなければならない。コミュニケーションへの人間的な

基本的要求は、最大限において考慮されなければならない。即ち、人間はまさしく「社会的人間」としてこれまでに属していた社会で生活し、再びそこへ帰って行くものだからである。⁽⁵⁾

二、さて、個別問題として、先ずミューラー・ディーツは、通信について検討する。通信の相手方との関係につき、彼は、親族、そして国会議員、裁判官、司法官庁、ヨーロッパ人権委員会、および弁護士との交通は、一般的に許容されるべきである、と述べている。なお弁護士との交通については、当該受刑者の刑事事件を担当した弁護士に限るかの問題につき、彼は、必ずしもそれに限らないとしており、その理由として、個々の場合においてその弁護士が刑事事件を担当したかどうかの調査から解放されることと、保安の観点からみて、受刑者の私法上もしくは公法上の問題に関する法律相談を監視することが、どの程度有益であるか明らかでないことを挙げている。⁽⁶⁾次に信書の検閲については、当該相手方との文通が一たん許容されたならば検閲を放棄するのが理想的だと述べているが、一方、実務は検閲を不可欠のものとするだろう、とも述べている。そして結局は、一定の行為者類型または執行形態においては、少なくとも検閲をしないことができるか

どうかを、考えるべきだとしている。さらに、信書のコントロールについては、執行目的や保安目的からする制限が行なわれているが、このような一般条項により、それを制限するのは問題であり、やはり基本法一〇条一項のもとで、その制限を刑法法で明確に規定すべきだ、としている。次に、もし検閲が保持されたとして、信書の差止めの問題につき、ミュラー・ディーツは、保安と秩序の止むを得ない理由がある場合にのみ信書は差止められるべきで、不満の表明や礼儀を失する表現は、信書を差止める何らの理由ともなり得ないと述べている。次にミュラー・ディーツは、受刑者の外界に対する意思表明である出版と新聞への投稿について言及している。この点に関する判例ならびに実務は、原則としてこのような形で受刑者が公衆に関与する権利を認めていないが、基本法五条一項一文、および同三項により、そのような拒否的態度は賛成することができない、と述べている。また、文筆活動は、特別な場合においては、むしろ受刑者の社会化を促進する可能性をもつ、とも述べている。⁷⁾

さて、これらの問題についての政府草案の態度はどうであろうか。先ず通信の一般規定として、草案は二七条で、文書交換の権利という標題のもとに「一項」被拘禁者は、無制限

に信書を発し、およびこれを受ける権利を有する」と規定し、次いで二項で、文書交換を禁止する事由として、1、施設の保安または秩序がおよびやかされるとき、2、相手方が家族でない場合において、その文書の交換が被拘禁者に悪い影響力をもち、またはその社会復帰を阻害するおそれがあるとき、としている。これで見ると、一項で広範な信書交換の権利を受刑者に認めたようであっても、二項でかなり広範な禁止を規定しており、特に「その文書の交換が被拘禁者に悪い影響力をもつ」ことの判断など、かなり自由才量的で範囲が不明確な規定の仕方をしているのが、問題となる。なお政府草案は、ミュラー・ディーツの見解と同様、二八条一項で、連邦共和国における議会およびその議員、裁判所および司法官庁、ヨーロッパ人権委員会、および弁護人との文書の交換は、監督を行なわない旨規定しているが、弁護人については、ミュラー・ディーツの見解とちがって、当該被拘禁者に関する訴訟事件における弁護人としている。そして二項で「その他の文書の交換は、処遇、または施設の保安または秩序の理由から、監督することができる」としている。信書の差止めについても、三〇条で、1、処遇の目的、もしくは施設の保安もしくは秩序をおよびやかすとき、という理由を挙げている。

だがこのような表現は、あいまいな、また広い概念であつて、ミューラー・ディーツも問題視しているところである。なお、受刑者の出版については、三一条でその制限事由をかかげるという形で規定しているので、これに当たらない場合は一般に出版を認めるといふ趣旨であろうか。その制限事由とは「1、その内容が刑罰または過料の構成要件を実現するとき。2、被拘禁者の社会復帰をおびやかすおそれがあるとき。3、施設の状態に関する著しく不正確なものであるか、もしくははなはだしく事実を歪曲した叙述であるとき」である。

次にこの問題に対する代案の規定を見てみよう。先ず文書交換の権利として代案は、一一三条で「一項」被收容者は、任意の回数で自己の費用により、信書を発し、および受信する権利をもつ。被收容者は、自己の便せんおよび筆記用具を使用することができる。二項「被收容者は、その信書の発信ならびに受信を、他の方法が許されていないかぎり、施設の仲介によつて行なわなければならない。到達しまたは発信した信書は、すみやかに回送されなければならない」と規定している。これで見ると代案は政府草案二項のような制限規定をもっていない。代案理由書はそのあたりのことについて「残念ながら政府草案は、施設の生活を一般生活に近づける

という原則を、真面目に実行していない。文書交換について与えた一般的権利は、すぐ次に監視や特定人との交換禁止によつて、再び強く制限されている」とのべている。そして代案は、特にさし迫つて必要でない制限は置かないとの原則に立ち、その意味では文書交換によつて生じらう危険を、一層がまんして受けとめているのだと述べるとともに、政府草案二七条二項二号で規定する禁止事由は、実りの多い処遇に当然つきまとう附加物であり、また保安と秩序の観点からも、特定人物との文書交換を一般的に禁止する必要はなく、万一の場合は、当の手紙の差止めを考えればよいとしている。⁽⁸⁾次に一一四条は監督に関する規定であるが、無監督で文通できる相手方の範囲につき、一項は政府草案二八条一項と同様のものを規定しているほか、施設顧問会議の構成員をそれにつけ加えている。二項は一項以外の信書についての監督の規定であるが、政府草案二八条二項と異なつて、監督をうける前提条件を、代案一一九条二項(前出)にかかげる事由としている。兩条文を比較した場合、代案の方がよりその前提条件を限定的に規定していることがわかるであろう。例えば政府草案のそれは「保安」のほかに「秩序」の危殆化を挙げているが、代案では「秩序」という用語を法文から消し去つて

いる。これは代案の起草者が、秩序という概念は不安定であり、場合によってはそれは施設長の秩序観念に左右されるので、そのような概念に法的効果を結びつけることは拒否すべきだ、と考えたからであり、また「無秩序」は、犯罪治療的処遇にとっては、無意味で不毛で、何も冒険をおかそうとしない秩序よりはましであろう、と考えたからである。⁽⁹⁾次に文書の差止めについて代案一一五条は、その差止め事由として、「1、そうしなければ施設の保安がいちぢるしく侵害されるとき、2、(略)―内容不明瞭なものなど―、3、発信が被収容者にとって、可罰的行為となるとき。可罰性が刑法一八五条以下のみから生じる場合はこの限りでない」を挙げている。ここでも代案は、場合によっては危険な手紙を交付すること、もまた、正しい処遇であるとの考え方を前提とし、それ故、いちぢるしい保安の危険(例えば破獄や暴動の準備)のみが、文書差止めを正当化するものとしている。⁽¹⁰⁾なお、刑法一八五条以下(侮辱罪等)を差止事由から除外したのは、もしそれを含めると、施設に対する正しい批判が阻げられる危険が考えられるからだ、と述べている。なお出版については、代案は特に規定していないが、その理由は、一一五条の制限で十分であってそれ以上の差止事由を特に出版について規定する

ことは首尾一貫せず、殊に政府草案三一条二号の「社会復帰をおびやかすおそれ」ということは不必要であることをその理由とする。この点、ミュラー・ディーツの見解と一致するわけである。また代案が政府草案三一条三号のような差止事由を設けなかったのは、施設を大きく透視することは出版をさまたげるよりも、より有益であると考えたからである。⁽¹¹⁾

三、次に面会についてであるが、ミュラー・ディーツは、それが受刑者の社会化にとって重要な意味をもつことを前提として、先ず子供との接触について述べる。子供の施設訪問は、施設がそれに適した暖かい雰囲気をもっている場合にのみ有益であるので、その面からの行刑目的を考慮に入れた面会場所をつくるべきであるとする。次に、面会の監督については、やはり「施設の保安と秩序」という点から監督を理由づけることは、秩序をみだす単なるおそれのみで面会の監督が正当化されることになって、やはり問題だとする。結局、施設の保安と自由な対話への人間的要求とが共にみだされ得る方法を探索すべきで、そのためには例えば、面会の相手方ならびに受刑者のこれまでの態度からして、何ら濫用の手がかりも認められない場合には、その相手との今後の面会につき監督を思い止まるという提案、および一定

の執行形態においては一般的に監督を放棄する、という考え方があり得ようとしている。なお、面会の時間的制約をはずすと、それによって労働の経過がみだされるのでそれをはずすわけにはいかないが、面会時間三十分というのは最低のものであって、願わくばそれより長い面会時間が認められるべきである、としている。⁽¹²⁾

面会に関する政府草案を概観すると、面会の権利を規定した二四条は「一項―被拘禁者は、近親者の規則的な面会を受け、けることが許されるものとする」とし、面会の時期、回数、時間ならびに面会者の人数は施設内規則によって定めるが、面会時間は少くとも半時間であり、回数は少くとも月に二回であると規定している(二項)。また、社会復帰上有益であるか、必要止むを得ない一身上、法律上、業務上の要件に役立つときは、家族および近親者以外の者と面会することができ、と規定している(三項)。また面会禁止については、二五条で、施設の保安または秩序がおびやかされるとき(一号)、家族でない面会者の場合において、その者が被拘禁者に悪い影響力をもち、またはその者の社会復帰を阻害するおそれがあるとき(二号)、施設長は面会を禁止することができる、としている。面会の監督につき二六条一項は「施設の処遇、

保安もしくは秩序の理由から、面会を監督することができる。会話は、これらの理由から必要である場合に限って監督するものとしなければならない、と規定し、二項で、法律にもとずいてとられる指示に違反した面会の中止、三項で訴訟を担当した弁護士との無監督の面会を規定している。なおこれとの関係で、政府草案は、電話および電報に関する三二条をもっており、「被拘禁者には、理由のある場合には電話をかけ、また電報をうつことを許すことができる。その他、電話については面会に関する規定を準用し、電報については文書交換に関する規定を準用する」といっている。

さて、面会に関する代案の規定はどうであろうか。代案は、先ず、面会の権利を規定した一〇九条一項で「被收容者は、近親者の規則的な面会を受けることができる。その場合、妨げられず、観察されないで会合する機会が与えられなければならない」として、政府草案よりも面会におけるプライバシーの保護に配慮する規定の仕方をしている。これは、受刑者と夫婦ないし家族とのきずなを保持することが、釈放後における被收容者の社会復帰にとって大きな意義をもつことを考慮したためである。面会の時間や回数については政府草案と同様である。なお、近親者以外の者との面会の許容事由につ

いて、一〇九条三項は、政府草案二四三条三項にかかげるもののほかに、特に「釈放中ならびに釈放後に、被收容者の保護に功献する個人や団体」との面会が許容されるべきことを規定している。それは、社会復帰にとって好ましいからであるが、ここにいう団体には、かつて拘禁を受けた者の団体も、その援助が期待されるとしてそれに含ましめているのは、注目に値するであろう。⁽¹³⁾ なお子供との面会の問題であるが、代案はそれについて特別の規定をもうけてはいないが、子供との接触は望ましく、また親権をもつ親は、子供との接触を可能なかぎり実現することに対する憲法上の請求権をもつとの観点から、子供の施設訪問を認め、子供が精神的に打撃を受ける危険性は、その面会方法の合目的な形成によって除去することができるとの立場をとる。⁽¹⁴⁾ これはまさしく、ミュラー・ディーツの前述した見解と一致するであろう。次に面会禁止について代案一〇九条は、「施設管理部は、次のことの合理的な疑いがあるときは、面会を禁止することができる。1、訪問者が、施設の保安を危険ならしめ、または逃走計画を促すであろうこと。2、被收容者の親族でない訪問者が、執行目的を持続的に危険ならしめ、その危険がゆるやかな処置では防止できないこと」と規定している。先にも述べた立場か

ら、施設の「秩序」を顧慮することをほゞき、また「合理的な疑い」という表現を入れたこと、また政府草案の「悪い影響力」というあいまいな用語を避けて「執行目的」という用語を用いたこと、および、その目的の「持続的な」危殆化という要件によって、些細な問題を取り上げることが防ごうとしたことにより、政府草案よりもより限定的な規定の仕方をして、受刑者の社会復帰ならびに家族のためにも望ましい面会を、できるだけ大幅に認めようとしていることがうかがわれる。⁽¹⁵⁾ 次に面会の監督については、代案一一一条一項は、これを施設管理部の命令によることにしているため、施設下級職員が独自に行なうことはできないことになる。また、監督の前提条件としては、ここでも前述した代案一九九条二項によることにしているので、保安の「いちぢるしい侵害または「共同生活」の「はなはだしい」攪乱を要件とすることになり、政府草案よりも限定的であるほか、さらに、義務や制限を課する場合の比例の原則を規定した一二〇条、ならびに補充の原則を規定した一二一条をも準用することになっている。また同じく一項三文で、できるだけ監督をなくして面会時の自然さを保たせるために「監督は、被收容者または訪問者の検査によってその目的が達せられ、かつ当該者がそれを選ん

だときは、行なわないことにする」と規定している。このような配慮は、親族との面会について、とりわけ子供との面会について重要な意味をもつであろう。なお、二項は「会話はその他の監督では十分でない場合にのみ、聴取することができる」として、会話の聴取が監督の最後の手段であることを明らかにしている。面会の中止等については、政府草案とはほぼ同様である。また一一二条は、被收容者の訴訟を担当した弁護人の面会には、一一〇条の面会禁止、一一一条の面会の監督の規定を適用しないこと(一項)、およびこの場合の訪問者が武器をもぐり込ませることをもくろんでいるという合理的な疑いがある場合には、裁判所の命令によってのみ、訪問者の事前の検査が行なわれ得ること(二項)を規定している。なお電話による接触については、政府草案三二条が「理由のある場合には」という限定をしているのに対して、代案一一六条はこの限定をはずし「被收容者は、自己の費用によって電話……をする権利を有する」としている。これは、遠隔のため面会がたびたびできない場合などに、電話による接触が何よりも有益であり、また手紙よりもより印象が強いからであって、代案起草者は、こうした接触の機会を十分に与えるべきだと考えたからにはほかならない。⁽¹⁶⁾

四、次に、受刑者の特別な要件を解決するために、連行の制度があるが、ミューラー・ディーツは更にこれをもっと拡大し、家族関係の維持や性的問題の解決に有益である制度として、帰休の制度を考えるべきだとしている。その場合、どの程度においてそれが許されるか、どのような受刑者が帰休を許されるのか問題があるが、これについては、ミューラー・ディーツは、受刑者について最もよく判断し得る施設の長にその選択を委ねるのが妥当だとしている。なお、帰休の期間を刑期に算入すべきかどうかについては、ミューラー・ディーツは、帰休は施設からの一時的な釈放と同様、結果的には試験的状态に置かれることになるので、受刑者が時間通りに帰ってきた場合には刑期に算入すべきである、としている。⁽¹⁷⁾

帰休については、政府草案一三条は、被拘禁者には一年に一日までの休暇を与えることができる(一項)、とし、しかしそれは宣告刑の四分の一、ただし少なくとも六ヶ月執行されたとき(二項)、また無期の場合は一〇年を経たかまたは開放執行に付されているときに(三項)はじめて休暇を得ることができるとしている。なお、休暇によっては刑の執行は中断されないことを明記している(六項)。

それに対して代案における帰休の制度は、もっと拡大され

ている。先ず代案五八条は「正規休暇」の要件としては政府草案一三条について前述したところと同じ（一項、二項）であるが（但し無期の場合は、五年を経た後、としている）、さらに「週末休暇」の制度をもうけて「三項」執行裁判所は、執行の目的に役立つ場合には、被收容者が一定の間隔をもって、土曜の午後から日曜の夜まで週末休暇をうけることを許すことができる。週末休暇は正規休暇には数えられない」としている。なおこのような休暇は、施設の行なう処遇計画や治療的環境の保持に対して、不利に作用することもあり得るので、そのために「執行の目的に役立つ」ということがその前提条件となるのだ、と理由書は説明している。⁽¹⁸⁾また代案は六〇条において、開放的執行における緩和と休暇を規定している。即ち「一項」開放的執行においては、緩和と休暇は通例のものとなる。二項「正規休暇を除いて、この処置は、あらかじめ執行裁判所によって許可される必要はない。無期の自由刑の正規休暇は、五年を経る前にも許されることができ」る。この規定は、代案が受刑者の多くを開放処遇にするためまえをとっているのと呼応して、休暇の制度を大いに拡大するものであり、同時に二項によって休暇を受ける手続を一層簡単にするともに、執行裁判所の負担をも軽減するもの

である。⁽¹⁹⁾さらに代案六一条は、親族の生命にかかわる病氣や死亡の場合には、執行裁判所により、被收容者に一週間以内の「特別休暇」が与えられ、また休暇を与えることによって、犯罪行為を犯したり、執行目的を危険ならしめたりする場合には「連行」することにし、かつ、同行のために要した費用は国家の負担とする旨の規定をもっている。こうした幾つかの規定を見ると、代案は政府草案よりもはるかに、婦休制度について積極的であることが分るのであろう。

三 作業、報酬および保険法上の受刑者の地位

一、刑務作業に関するミュラー・ディーツの基本的な考え方は、次のようである。即ち、労働は自由社会においても、個人が社会に編入されるための重要な要素であり、社会的身分、信用といった、自己を取巻く世界における個人々の地位は、その人の職業活動とその業績によって決定される。「職業上の社会化の過程」は、社会における個人の完成のための本質的な役割りを演じる。そしてこの、一般的に妥当する労働的作用は、行刑上にも必然的に及ぶものである。もちろん、自由社会における労働のモデルを直ちに行刑上にもたらしこ

とはできず、その限りで、自由剝奪における労働は、独自の答えを必要とするところの、特別な問題を提起するであろう。だが、行刑においては、特に作業の社会的機能は、直接に感知され得るものである。⁽²⁰⁾

二、さて次に、「労働および報酬に関する受刑者の法的地位」についてのミューラー・ディーツの論述を要約しよう。先ず、受刑者労働の目的は、積極的な規定、即ち、職業を遂行し、釈放者をして生計をたてることを可能ならしめる活動に従事する能力と意思を獲得させる、という規定でなければならず、消極的に、例えば受刑者労働は害悪的性質をもってはならない、とか、それは国家財政やあるいは秩序という観点から考えられるべきではない、といった形で規定すべきではない、とする。また受刑者の労働条件については、施設における生活を自由社会における生活と可能な限り近づけるとの原則から、できるだけ自由経済の形態に方向づけられるべきだ、とする。さて、受刑者の労働義務については次のように述べている。即ち、強制労働としての労働がもはや刑の害悪の要素でないとすれば、その労働義務は別の理由づけを必要とする。ここに労働の社会化機能に着目すべきだとの考え方が前面に押し出されよう。受刑者は自己の責任において生活

する能力をもつべきであり、それによって人生を堅実に歩むべきであるとするならば、自助の一部として、労働の手段によることを放棄できない。換言すれば、受刑者の労働義務は、受刑者の社会化への努力を企図する行刑の、社会国家的義務との相關概念として出現するものである、と。このような考え方からミューラー・ディーツは、受刑者の労働義務を理由づけるのであるが、ただその際、労働義務を履行させるために、例えば懲罰といった強制手段を用いることができるかどうかについては、単なる労働拒否についてはこのような手段を用いることは問題である、と述べている。⁽²¹⁾次に受刑者の労働の権利であるが、これについては、基本法では自由市民に対してこのような社会権を規定していないので、自由市民にすら認められない労働の権利を、受刑者に与えることはできないとの議論があるが、刑法代案三九条一項はこの権利を規定しているし、自由剝奪という特殊状態にある受刑者を必ずしも自由市民に対する原則で遇する必要はなく、特別な好遇を考えてもよいのであって、その意味で法的には、労働に対する「社会的基本権」を受刑者に認めるに何の障害もない、と述べている。だが一方、個々の受刑者の適性や能力に完全に合った作業を供給することは、施設に対して不可能を強いること

とになるので、それは、そのような法的に請求し得る権利というものではなくて、受刑者に有意義な労働の割当を保障することの反面として適切な仕事を求めるという、いわば修正された権利としてそれを考えるべきである、としている。⁽²²⁾次に「労働報酬」の問題については、ミュラー・ディーツは次のように論じている。現在のような恩恵的な報償金は、二重の意味で矛盾をはらんでいる。即ち一つは、その償与金の額が、行なわれた労働と何の意味ある関係も持たないこと、他は、受刑者は決してその法的請求権を持たないということである。これは結局、根本において受刑者労働を刑の害悪と見る点で、問題である。受刑者労働が強制労働としての性格をもつからといって、それは無報酬でなければならないことを意味しない。刑法代案三九条二項二文は「賃金率にしたがった賃金」を規定しているが、この賃金は犯罪によって生じた損害の賠償、扶養義務の履行、その他の債権者への弁済、訴訟費用の支払い、そしてそれと並んで釈放時の準備金、のためのものである。いずれにせよ将来の法律としては、真の意味での労働賃金が支払われるか、それとも現行の報償額を著しく引き上げるかは別として、ともかくも行なわれた労働の対価としての意味をもつところを評定の基準とした報酬と、

「受刑者の法的地位に関するH・ミュラー・ディーツの見解と西ドイツ行刑立法」(石原)

(一三七) 一三七

それに対する受刑者の法的請求権を規定すべきである。なお、受刑者に差等の生じる賃金を考えるか、それとも均一な報酬の制度を考えるべきかについては、施設の労働供給能力次第であり、供給能力の増大は労働の分野を質的にも量的にも拡大するので、均一的報酬はそれに照応しないことになる。結局、最終目標が自由社会の労働者と受刑者との完全な賃金上の等置であつてみれば、労働の種類と質にに応じて、報酬にも必然的に等級がつけられることになるであらう、と論じる。⁽²³⁾なお「労働報酬の算定」について考慮すべき点につき、ミュラー・ディーツは次のように述べている。先ず、その算定に当っては、税金、社会保険、釈放準備金、拘禁費用、家族扶養、債務の支払とくに損害賠償、が考慮されなければならない。もつともこの賃金制だけで被害者に対する損害賠償の問題がかたずくわけではないので、これについてはイギリスの範にしたがって、受刑者が支払うことができない場合の国家による保障が考えられるべきであり、これが憲法の精神にも一致する。また拘禁費用については、文字通りの執行費用を所得から清算させることは、受刑者の経済上の困難を何ら解決しないことになるし、また受刑者の心理にも影響するので、拘禁費用の算定は決して費用償還の性格をもつものではなく

て、単に受刑者の生活のための費用（宿泊・食事・衣服）と考へなければならぬ。その他の資力の使用については、受刑者自身に委ねればよいのであって、その使途につき施設が制限をもうけるべきではないであらう。ただし、その方が受刑者ができるだけ自由市民と等置すべきだとの原則にも合致するし、後見、被後見の關係は、社会化思想と照應しないからである。なお、作業に従事することがより治療的性格をもつ受刑者に対しては、これまでの意味における作業償与金が考慮されるにすぎないであらう、と述べている。²⁴⁾

さて次に、受刑者労働および報酬に関する政府草案を概観する。先ず受刑者労働の目的規定については、ミュラー・デイツの主張した積極的な規定の仕方をしてゐる。その三七条は「一項 \parallel 被拘禁者の作業、職業訓練および作業治療労働は、釈放後の職業活動のための能力を媒介し、維持し、もしくは助長する目的に役立つものとする。二項 \parallel 執行官庁は、被拘禁者に、経済的に収益の多い作業を指定し、かつその際、その者の能力、熟練度および傾向を考慮しなければならない。（三項以下、略）」と規定している。次に、作業義務については、三八条で「被拘禁者は、その者に指定された、身体的な能力に適した作業、作業療法もしくはその他の労働を履行す

る義務を有する。被拘禁者には、年に六週間以内、施設における補助活動につく義務を負わせることができる。その者の同意があるときは、それ以上の義務をも負わせることができる」と規定している。なお政府草案は、受刑者の労働の権利については規定していないが、例えば前記三七条二項のように、施設が受刑者に対して経済的に収益の多い作業を指定する義務のあることを規定し、また同四項は「作業能力のある被拘禁者に、経済的に収益の多い作業を指定することができず、その者が職業訓練を受けられないときは、その者に適当な労作を指定するものとする」と規定しつつ、なお、四二条一項では「作業能力のある被拘禁者に対し、その者自身には存しない理由から、三七条四項の意味における作業または労作を指定することができないときは、その者は休業補償を受けるものとする」として、受刑者が有用労働に就いて収益を上げることができるだけ保障しようとしている。次に作業報酬については、四〇条は次のように規定している。「一項 \parallel 被拘禁者が、指定された作業（三七条四項）による労作または補助活動を履行したときは、その者は、作業報酬を受けるものとする。作業報酬は、地域別賃金に基づいて決められる。それは、被拘禁者の成績および作業の種類に従つて段階を付

することができる。二項 \parallel 作業報酬は、ライヒ保険法一四九

条ないし一五二条より、唯一の地域別等級または地域別等級第一について定められている地域別賃金の平均を上回り、または下回ることができる。被拘禁者の作業成績が、必要最低条件を満たさないときのみ、平均の七五パーセントを下回ることができる。連邦司法大臣は、毎年、前年の一〇月一日に通用している地域別賃金に従って、地域別賃金の平均を決定する。三項 \parallel 被拘禁者が、指示された作業療法的またはその他の労作を、三七条五項に従って行うときは、その者は、その労作の種類および作業成績に相応するだけ、作業報酬を得るものとする。四項 \parallel 作業報酬は、被拘禁者に文書で通知するものとする。なおそのほか政府草案は四一条で、教育補助金について次のような規定をもうけている。「一項 \parallel 全作業時間中の職業訓練、再訓練または授業に参加している間、被拘禁者は、このような機会に自由人に与えられる生活費の給付をうけないかぎり、教育補助金を受けるものとする。作業時間中に指定された職業上の補習訓練の場合も同様である。(以下略)」。なお、受刑者の収入から差引かれる額として政府草案は、四五条で、法定の扶養義務を果すための扶養料、四六条で拘禁費用分担金、四七条で釈放準備金、をそれぞれ

規定している。

さて次に、受刑者の労働および報酬に関する代案の規定を概観しよう。先ず八二条は「作業の供給」と題して「一項 \parallel 各被收容者は、その能力に応じ、かつ自由生活において生活を得るためにその能力を養う労働に従事することを要求する権利をもつ。二項 \parallel それに応じて施設管理部門は、できるかぎり多方面にわたる労働の供給をする義務を負う。施設外での労働もまた、これに含まれる。三項 \parallel 非生産的な、疲れさせるだけの労働は、いづれの場合にも禁止される。四項 \parallel 被收容者に、自己労作をすることを許すことができる。これで見れば代案は、受刑者の労働の権利と、施設側の労働供給の義務とを規定することによって、政府草案よりもっと明確な形で受刑者に対する有用労働を保障しており、またこれは刑法代案三九条の規定と照応するものである。但しここに受刑者の権利といっても、受刑者にとって全く理想的な作業を求める権利を保障するものではなく、あくまで施設に持ち込まれた作業のうちでもっともその技能と職業によく照応する作業の割当てを受けるといふ要求権である。その意味でミュラー・ディーツの述べていることとほぼ一致するであろうが、他方、その要求を満足させるためには、施設にも可能なかぎり

各種の労働を供給する義務を課する必要があるので、代案はその二項でこれを規定したのであり、明解な規定であるといふことができるであろう。次に労働の義務については、代案八四条は次のように規定している。「一項⁽²⁶⁾すべての労働能力のある被收容者は、処遇計画において割り当てられた作業を遂行する義務を負う。二項⁽²⁶⁾作業時間は、毎仕事日につき五時間である。作業時間は、午前の就業時間と午後就業時間との関連において行なわれる。三項⁽²⁶⁾それに加えて、それぞれの被收容者は、その作業のほかに、一日につき一時間、無償で施設における共同作業を行なう義務を負う」。労働義務については、刑法代案三九条二項もそれを規定しているが、労働時間を一日につき五時間としたことについて（もっとも無償の共同作用を入れると一日六時間であるが）代案理由書は、一方では教育や治療の時間を考慮しなければならず、他方で労働の生産性が害されてはならず、その調和においてこのような規定を設けたのだ、としている。⁽²⁶⁾作業賃金については、代案八七条は次のように規定している。「一項⁽²⁶⁾被收容者は、その作業に対して賃金率にしたがった時間給を受ける。二項⁽²⁶⁾被收容者の活動に対して賃金契約が成立していないときは、被收容者は、施設において支払われる報酬の平均額を

うける。三項⁽²⁶⁾被收容者は、超過時間作業についても、一項もしくは二項による賃金を受ける。ただし超過時間作業は、例外的にのみ、かつ処遇チームの同意にもとずいてのみ、行なうことができる。四項⁽²⁶⁾施設外での就労関係においては、報酬は企業者側より、施設に支払われる」。受刑者の労働賃金については刑法代案三九条二項も規定しているが、八七条によると、政府草案四〇条とちがって受刑者は単に地域別賃金を受けるのみならず、賃金率にしたがった時間給を受けることになる。次に代案八八条は、教育補助金につき「被收容者が教育、補習、再教育をうける場合、被收容者は、そのような機会に自由人に与えられる生活費の給付をうけないかぎり、施設の平均賃金の額において、教育補助金を受ける」と規定している。また休業補償に関する八九条は「被收容者が、自己の責に帰すことのできない事由により労働を行なう状態におかれず、かつ、社会保険から何らの給付も受けない場合には、被收容者は施設の平均賃金の四分の三の額の休業補償をうける」と規定している。そしてこの労働のできない状態には、被收容者に対して作業を割当てることができない場合も含み、政府草案と同様、そのような場合にも被收容者が不利に扱われないように配慮している。なお代案は九一条で、

被收容者の収入から税金と社会保険の額を、九三条では拘禁費用（但し、被收容者の賄費および洗濯の費用のみ）、および拘禁中に故意または重大な過失によってひき起した損害のための給付額を差引くことを規定している。これも刑法代案三九条二項をうけた規定である。また九四条は「準備金、扶養給付、賠償」と題して、「一項」収入の残額は三分される。第一の三分の一は、被收容者が釈放される時のための準備金とされる。次の三分の一は、法律上の扶養義務履行のために充てられた被害者に属せしめられる。二項「被收容者が扶養義務を負わない場合には、第二の三分の一は、賠償に割当てられる。三項「被收容者が賠償義務を負わないときは、第三の三分の一は、扶養料に割り当てられる。四項「扶養義務も賠償義務もない場合には、その節約された額を、準備金に上積みする」。受刑者の収入をどう使うか、特に扶養義務の履行、釈放準備のための積立て、被害者への賠償に関する問題は、非常に重要でかつ困難な問題であるが、その意味では、この規定が示しているものは、大いに参考になるであろう。殊に被害者への賠償については、政府草案は特に規定していないので、その意味でも本条は注目に値するであろう。

三、ミュラー・ディーツは、受刑者労働の組織という項目において、労働調達などにつき、次のような二、三の点について見解を述べている。一つは、有益なかつ自由社会に順応する労働が受刑者にも供給されなければならないが、その場合、競争能力のある商品を生産させることは、単に労働作業の合理化と近代化に役立つのみならず、受刑者をして自由社会の労働条件への準備をなさしめるために好ましいことである、と述べている。また行刑における作業も、今日の工業社会の構造に合わせるべきだとしている。今一つは、受刑者労働と自由経済との競争の問題についてであるが、これについては彼は、受刑者労働が国民経済に大きな影響を与えるという何らの証明もないにも拘らず、このことが往々にして指摘されているが、この際考えるべきは、受刑者の社会化は単に国家の任務であるのみならず、社会全体の任務であり、自由社会の経済もそれに協力することが要請される、ということであると述べ、かつ、自由社会の経済は、釈放者の就業を容易にすることと、受刑者労働に対して理性的に協力することによって、この要請にこたえることができる⁽²⁷⁾と述べている。労働供給に関する政府草案ならびに代案の規定は、前記したところと重複するので、ここでは省略する。

四、次に、社会保険ならびに失業保険制度への受刑者の編入の問題であるが、ミュラー・ディーツは、受刑者を社会保険制度から除外することは、受刑者の社会化のために好ましくない差別を設けることであり、また社会国家の原理による病氣や失業や老令に対する社会的配慮は、当然に受刑者の保険法上の地位にも影響を与えずにはおかない、と述べている。また今一つ、受刑者が労働賃金を得るならば、受刑者も保険法上の分担額を工面することができる状態にあり、こうしたことから受刑者をも社会保険の体系に完全に組入れることが要請される、と述べている。⁽²⁸⁾次に、社会保険の一つである疾病保険についての問題点を、ミュラー・ディーツは次のように指摘している。受刑者は服務および行刑令一一五条以下によって、国家に対して国の費用による健康治療を要求することができるが、受刑者が疾病保険に組入れられれば、その費用は被保険者の負担となる。だが受刑者は、労働賃金への改革が行なわれてもしばらくは低所得層に位置するであろう。他方、自由剝奪という特殊状況のために、受刑者には平均よりも高い保険金給付が要求されるであろうから、そこに負担加重が結果されるであろう。したがって、州がその負担を補うべきかどうかの問題が生じる。また保険契約者には、医師

の選択の自由があるが、受刑者の場合には、施設医療との関係でそうもいかない。そのあたりをどう解決するか問題であって、結局、受刑者を疾病保険に組入れることが自由人との単なる形式的な等置にとどまり、実質的にはかえって不利益をもたらすのであれば、それは空論的なものとなる。疾病保険については、これらの問題を解決せずしては、事態に即した決定を下すことはできないであろう。⁽²⁹⁾

次に政府草案は、一七四条ないし一七七条によって、ライヒ保険法、被備者保険法ならびに雇備促進法を変更して、自由刑による被拘禁者も社会保険ならびに失業保険の制度に組み入れることにした。

また代案は八六条で「すべての被收容者は、法定の疾病保険、災害保険、年金保険、失業保険による保証をうける。詳細は連邦法において規定する」としている。

四 懲戒、保安および強制処分

一、ミュラー・ディーツは、行刑における強制力の行使について、強制を最小限にして自由を最大限に認めるときにのみ、社会化という第一目標が達せられ、それがまた、秩序維持という第二目標にも有効に作用することは経験が教えること

ころである、と述べ、また施設が強圧的、權威的に構成されればされるほど、それに対する反抗や短絡的行動をひき起し、それがまた、施設の側の強制力を誘発するという悪循環をまねくと論じている。そしてなるほど、強制力なしの行刑は考えられないとしても、それはあくまで「例外的措置」として認識されなければならないことを強調する。

二、次に、懲戒処分および懲戒手続については、ミュラー・ディーツは先ず、服務および行刑令が *Hausstrafe* として、これを不当とし、これは刑罰ではなくて秩序正しい義務履行の維持という教育的性格をもつものでなければならぬので、*Disziplinarnahme* とすべきである、と主張する。次に懲戒処分については、実体的な問題と手続的な問題の二つがあるが、実体的な部分についてはミュラー・ディーツは次のように述べている。先ず、懲戒処分は決して特別権力関係にもとづく施設の管理権能と考えられてはならず、その実体的前提条件は法律により詳細に規定されなければならない。したがって、懲戒事由を単に行刑法に違反する行為といったように一般条項的に規定するのではなくて、列挙的に規定すべきである。もっともそれは立法技術的に困難を伴うが、しかしやはり詳細に列挙することは、懲戒法上も保障的に働

くので、この方法によるべきである、とする。次に、同じ行為に対して懲戒処分と刑罰を科すことができるかの問題であるが、二重処罰の禁止は懲戒と刑罰の間でも成り立つであろうが、連邦憲法裁判所は両制裁の法的性格の相違に着目して、二重処罰にあたらないとしている。その解釈に従うならば、あとは問題を実務上の必要性の面から論じることが許されよう。結局、その必要性という点からすれば、両制裁を並んで許すことになるであろう、とのべている。次に懲戒処分の内容については、外界との接触を制限するというような再社会化に反する制裁を加えるべきではなく、また古い時代の体罰的内容のものであってはならないので、減食や堅い寝床や光の遮断、拘禁加重などは検討の余地がある、としている。なお懲戒処分として受刑者の権利を制限しないし剝奪する場合にも、これが憲法上許されないもの（例えば親族との接触、礼拝への参加、牧師との交通面接など）に及ばないように、その範囲を法律で列挙すべきである、としている。なお懲戒処分には時間的限界をもうける必要があるとし、いたずらに長期にわたるそれよりも、短期のしかも感銘力のある制裁の方がより有効であることは、疑うべくもないと述べている。³²

次に手続面に関する問題について、ミュラー・ディーツの述

べているところを要約すれば、次の通りである。まず、手続面では fair trial の保障がその中心となる。刑事手続において一般に妥当するもの、即ち実体的真実発見、関係者の法律上の審問、in dubio pro reo の原則などは、懲戒手続においても尊重されなければならない。また懲戒権は現在は施設の長に属しているが、屏禁が一層の自由の剝奪であつてみれば、基本法一〇四条二項一文からしてもそれは裁判官の権限ではないであろうか。これまで判例はそれを否定しているが、いづれにしても少なくとも懲戒権限を施設職員の合議体を与えることが推奨されるであろう。また懲戒処分は原則として直ちに執行されなければならない。ただし直ちに執行することの方が処分をきびしくするよりも効果があることは、経験が教えるところだからである。また懲戒処分についても保護観察のための猶予の制度がとられるべきである。⁽³²⁾

次に、懲戒処分および懲戒手続に関する政府草案を概観する。政府草案は第一章以下(九〇条―九五条)で懲戒処分を規定するが、先ずその名称については、ミュラー・ディーツの述べている通り Disziplinarmaßnahme としている。次に実体面の問題のうち懲戒事由の規定の仕方についてであるが、その要件を規定した九〇条一項は「被拘禁者が、この

法律によりまたはこの法律にもとずいてその者に課せられている義務に違反し、有責的であるときは、施設の長はその者に対して、懲戒処分を命じることができるとしているが、これはミュラー・ディーツの主張とは異なつて一般条項的に規定しており、問題であろう。なお、懲戒処分と刑罰との二重の制裁についても、九〇条三項は「懲戒処分は、その違反行為について刑事訴訟手続または過料を科する手続が開始される場合にも、許されるものとする」としてこれを認めている。連邦憲法裁判所の見解にしたがったものである。次に懲戒処分の種類については、九一条がこれを列挙している。

即ち、「一項」許される懲戒処分は、つぎのとおりである。

- 1、譴責、
- 2、二週間以内の読物の制限または剝奪ならびに三カ月以内のラジオおよびテレビの視聴の制限または停止。
- 3、これらを同時に停止することは二週間以内にかぎる。
- 4、自由時間中の労作用の物品、共同の行事への参加、または自資金の使用および物品購入についての三カ月以内の制限または停止。
- 5、一週間以内の戸外滞留の停止。
- 6、四週間以内の作業の停止。
- 7、施設外の者との交通を緊急の場合に三カ月以内で制限すること。
- 8、四週間以内の屏禁。(二項以下、省略)。

ミュラー・ディーツが問題視した減食やその他の体罰

的なものではなくなっているが、例えば6号や7号(これは重大な、またはたびたび繰り返された違反行為を理由としてのみで科せられ九一条二項)、また独居拘禁である九二条五項)は、その内容および期間などの点で問題があるのではなからうか。次に手続面の問題としては、九四条は次のように規定している。「一項||事実関係は明らかにされなければならぬ。被拘禁者の言いは聴取されるものとする。取調べは調書にとるものとする。被拘禁者が関与したことは、記入される。二項||重大な違反の場合には、施設の長は、決定に先立ち、被拘禁者の処遇に協力する者と会議を開いて協議しなければならない(以下、省略)。三項||決定は、被拘禁者に、施設の長から口頭で告知し、かつ、簡単な理由を付して文書に作成するものとする」。ここに若干の fair trial への志向がうかがわれようが、ミュラー・ディーツの主張するところにはいまだ及ばないものがある。また、懲戒権限は、施設の長にあることを九三条は明らかにしているが、ただ違反行為が施設の長自身に対するものであるときは、施設の長は、監督官庁に決定を委ねなければならぬとしている(二項)。なお九二条は、懲戒処分は直ちに執行すべきことを一項で定めるが、二項では、六月以内の期間、懲戒処分を保護

観察のために猶予することができ旨、規定している。

次に代案は、第五編、保安と秩序の第四章において、懲戒処分に関する規定をもうけているが、その名称を「有責的な違反(Verschuldete Verfehlung)」としている。それは代案が、保安と秩序一般を維持することを重視するのではなくて、ただ施設における共同生活にとって必要不可欠な規範を被収容者が有責に侵害した場合のための規定としようとしたからである。つまり、二重の制裁を忌避する現代的要求は、懲戒権を制限することを必要とする。そして保安や秩序の侵害に対しては、多くの場合、直接強制的処置で足りるのであって、したがってそれでは十分でない重大な保安や秩序の侵害の場合において、制限された懲戒権が補充的にのみ行使されるにすぎないとするのである。⁽³³⁾次にその前提条件を規定する一四〇条は、次のとおりである。「一項||被収容者が、この法律によりまたはこの法律にもとずいて課されている義務に故意で有責的に違反したとき、または一般の刑罰法規に違反したときは、施設管理部は、一四二条の法律効果を科すことができる。二項||執行中の犯罪行為について、刑事訴訟法一五三条および一五三条a)によって刑事手続が中止された場合には、本章の規定にもとずいて手続を行なうことができる。

刑事訴訟法一五三条二項および一五三条^a一項により裁判所の同意を必要とする場合においては、執行裁判所がそれに代わる。三項^{||}違反のために刑事手続または秩序違反に関する法律による手続が行なわれる場合にも、施設もしくは被收容者の利益が即刻の制裁を必要とするときには、本章の規定による手続が許される」。この規定によれば、やはり政府草案と原則的には同様に、一般条項による規定の仕方をしては、ただ行刑法で課せられた義務の違反については、故意に限り、過失によるものは含まないとしている。なお三項は、刑事手続との二重性をみとめているが、代案もやはり、施設処分の方が刑事上の有罪判決よりも特に必要で即効性のあることを認めたためである。だが、できるだけこの二重の制裁を避けようとの趣旨から、代案は三項で、そのような即刻の制裁が施設または被收容者の利益のために必要である場合、という要件をつけ加えたのである。次に処分の内容として代案一四二条は、次のように規定している。「一項^{||}法律効果として、次のものを一つまたは併科的に命じることができる。1、謹慎、2、自用金の使用の四週間以内の制限、3、施設金庫またはグループ金庫への四週間以内の自用金からの罰金の支払い。その場合、自用金の半額よりも以上のものが要求

されてはならない。4、施設金庫またはグループ金庫への六週間以内の支払い。但し九〇条以下の目的がそれに優位しない場合にかぎる。5、二週間以内の屏禁」。これで見ると、代案は経済上の制裁を中心としており、政府草案九〇条一項二号の、知る権利の制限などが設けられておらず、また最も重い場合の屏禁も、その期間を政府草案の半分にもちめている。妥当な規定ということができようであろう。なお、施設金庫またはグループ金庫への支払いとしているのは、それを国庫に支払って他に流用されるよりも、施設またはグループのためにその金を使用することを可能にするためである。次に懲戒手続については、代案一四五条は次のように規定している。「一項^{||}法律効果を課する前に、事実関係を明らかにしなければならぬ。被收容者、医師および処遇チームの意見を聴取しなければならぬ。取調は調書にとり、被收容者の応訴は記録にとどめられる。二項^{||}決定は、施設管理部によって、被收容者に対して口頭で告知され、かつ理由を告げられる。被收容者は、上訴について告知される。決定は一週間以内、文書による理由とともに、被收容者に手交される」。手続に関する規定の中で、政府草案は上訴についての規定をもっていないが、代案は、施設側の上訴告知義務を規定している点

が注目される。なお、処分権限は、代案では施設管理部である（一四二条一項）。これは代案では、一貫して施設の運営を合議制で行なうというところからくるものである。なお代案一四三条は、処分を直ちに執行する旨を規定（一項）しているほか、二項では、保護観察のための猶予について、「一四二条一項三号ないし五号にもとづく法律効果は、処遇チームならびに居住者グループがそれを提案し、かつ保護観察の責任を引き受けたときは、その全部もしくは一部を、三カ月以内で保護観察のために猶予することができる」と規定している。この規定は、政府草案とくらべて、保護観察のための猶予を特に重い処分に限ったこと、猶予期間を短かくしたこと、異なるほかに、処遇チームならびに居住者グループの提案とその保護観察の責任を規定したことは、居住者グループの共同責任と連帯を強める上で、注目すべき規定であると思われる。

三、特別の保安措置に関するミュラー・ディーツの見解は、次の通りである。個人や施設をおびやかす具体的な危険から守るために、特別の保安措置が許されるが、それは危険の程度に応じて厳格な限定が加えられなければならない。即ちそれは、一定の人ないし物が直接におびやかされる危険という

ことであり、また受刑者が安全を侵害しまたは秩序を攪乱する直接の危険、ということである。したがって、特別な保安措置の要因としては、逃走の危険および人または物に対する暴行の危険、が考えられる。なお、自殺または自傷の危険が保安措置を正当化するかどうかについては、もし受刑者に、自分の身体を自由に処分する権利を認めるならば、これは否定されるだろうが、受刑者の置かれている状況は自由市民のそれとは根本的に異なっているので、施設は受刑者の自己破壊的態度に対して、配慮し干渉する義務と権利があると考えべきである。

政府草案は、特別の保安措置については、七六条で次のように規定している。「一項||被拘禁者に対しては、その者の行動により、またはその者の精神状態にもとづき、高度に逃走の危険があるか、または人もしくは物に対する暴行の危険があるか、または自殺もしくは自傷の危険があるときは、特別の保安措置を命ずることができる。二項||特別の保安措置として許されるものは、つぎのとおりである。1、物品の剣奪または留置、2、夜間の監視、3、他の被拘禁者からの隔離、4、戸外滞留の停止または制限、5、危険物のない特別の保安室における収容、6、戒具の使用。三項||二項三号な

いし五号による措置は、施設の秩序の著しい混乱を他の方法をもってしては回避し、または除去することができないときも、許されるものとする。(四項以下、省略)。」

次に代案は、一・二六条でやはり特別の保安措置を規定している。その一項は、基本的には政府草案七六条一項と同様である。しかし代案では「医学上の治療が必要かつ十分でない場合にかぎり」として、保安措置が医学上の措置に対する補充的な関係にあることを明確にしている点で、政府草案と相違する。また特別の保安措置として許されるものも、政府草案七六条二項一号—六号と内容的にはほぼ同じであるが、ただそれぞれについて期間の限定をしていることが大きな違いでもある。即ち、代案は一号については最高一月まで、三号については最高二四時間まで、四号については最高二週間まで、五号については最高二四時間まで、としている。なお三項は「二項三号の措置は、共同生活のはなはだしい攪乱が、他の方法では回避できずもしくは除去できないときにもまた、許容される。この措置は、処遇チームおよび居住者グループがそれを提案し、かつ共同生活が攪乱されないことの責任を引受けた場合には、撤回される」と規定しているが、これは政府草案七六条三項の規定よりもはるかに狭く限定した規定

である。これは前述したように、代案は「秩序の維持」という概念を排除することをその基本姿勢とするからである。なお、三項二文は一四三条二項と同様、居住者グループの共同責任と連帯を強めるための、特色のある規定である。⁽²⁷⁾

四、ミューラー・ディーツは、最後に「直接強制」について次のように論じている。直接強制の使用は、人身の不可侵という基本法上の権利と関係する(基本法二条二項一文)。したがってこの基本法の制限は、法律によらなければならない。直接強制は、侵害の強さが他のおだやかな手段では追いつかない場合に限定されなければならないが、それとの関係で、施設職員の教育、訓練が大きな意味をもつ。けだし、心理的、教育的に修練された職員は、それを欠く者よりもそのような最後の手段を用いることは少ないであろうし、また武器を使用しない防禦の訓練は、実力行使を危険の少ないものにすることに役立つであろう。また、直接強制の前提条件をできるだけ正確に法定すべきであるが、しかし考えられる全ての事態を列挙的に規定することは實際上無理だろうから、法治國家の要請にもかかわらず、一般条項的に規定するのが実際の要求となるであろう。次に補助手段としては、例えば犬を出動させることや、爆発物使用などは基本法一条一項と矛盾す

るので批判されるであろうが、戒具という伝統的な手段、バットの使用、催涙ガスなどは、当該の場合においてより穏便なものではためである場合には、許され得るであろう。それとの関係で、医師による鎮静剤の使用も検討されなければならない。なおピストルの使用については、少なくとも使用の条件を詳細に規定する必要があるであろう（例えば刑務所の暴力的解放、暴動の鎮圧、逃走および破獄、等）。そしてこのことは、事態に直面した行刑官吏がピストルを使用する場合に、その判断の基準を示すという点でも有用であろう。なお、開放施設ではピストルの使用が認められないのは当然であるが、さらにここでは直接強制の行使一般を放棄することを考えるべきであろう。この方向は、行刑において強制力を最小限度で間に合わせるといふ一般的方向と一致するからである。なお、医学的な強制診断、強制治療についても、法律の規定による必要があり、また、もしその処置が生命または健康に危険を及ぼす場合には、その処置を当該受刑者の同意にかからしめなければならないであろう。

次に直接強制に関する政府草案であるが、先ず八二条はその一般要件として、直接強制の補充性を規定している。即ち「一項〓司法執行施設の職員は、執行および保安の処分を適

法に実施する場合において、それによって追求される目的が、他の方法では達成されることができない場合には、直接強制を行なうことができる。二項〓被拘禁者以外の者に對しては、その者が被拘禁者を逃走させ、もしくは施設区域内に不法に侵入したとき、またはその者がみだりに施設区域内に滞留することを企てた場合に、直接強制を行なうことが許される。

（三項、省略）。また補助手段として、八三条は「三項〓有形力の補助手段とは、主として戒具をいう。四項〓武器とは、職務上許されている剣および銃ならびに刺激剤をいう」と規定している。なお八四条は、次のような比例の原則を規定している。「一項〓数種の直接強制の措置が可能であり、かつ適當であるときは、その中で、個人および社会一般を害することが最も少いと思われるものを選ばなければならない。二項〓直接強制を用いることによって生ずるであろう損害が、得ようとする結果と均衡がとれないと認められるときは、これを行なわなれないものとする」。また銃の使用については、八七条は「一項〓銃は、その他の直強接制の処分がすでに効果がなかつたか、または何らの効果も期待されない場合に限り、使用することができる。物を撃つことが無意味であると思われる場合にのみ人を撃つことが許されるものとする。二項〓

銃は、そのために指定された執行職員のみが、また、侵害または逃走を不能にするためにのみ、使用することができる。

三項「銃の使用は、常に事前に、とくに警告しなければならぬ。威嚇射撃は、警告とみなされる。」また八八条は、「一項」被拘禁者に対しては、銃はつぎの場合に限り、使用することができるとする。1、その者が武器またはその他の危険な器具を、再三の要求にもかかわらず放棄しないとき、2、その者が、暴動（刑法一二二条）を企てるとき、3、その者の逃走を挫折させ、もしくはその者を再逮捕するため。開放施設または施設外の労働配置からの逃走を挫折させるためには、銃を使用してはならない。二項「被拘禁者以外の者に対しては、銃は、その者が被拘禁者を暴力で解放し、または暴力で施設に侵入しようとする場合に、使用することができると規定している。また八九条一項は、被拘禁者自身またはその他の者の生命に対する危険または重大な健康上の危険に際してのみ、医師による診察治療を強制的に行なうことができる旨規定しているが、なお二項では「生命または健康に対する重大な危険を伴なう措置は、被拘禁者の意思に反して行なってはならない。さらに胃の内容物または胆汁、背髄液または脳粘液の採取、ならびにすべての外科手術および

び全身麻酔を必要とする手術は、医師によってのみ、かつ、関係者の同意を得てのみ、行なうことができるものとする」と規定している。

次に、直接強制に関する代案の規定としては、先ず一三三条で、直接強制の一般要件をかかげ、補充性の原則を規定しているが、これは殆んど政府草案八二条と変るところはない。次に補助手段については、代案は一三四条で次のように規定する。「三項」身体的有形力の補助手段は、次のものである。1、戒具、2、短期間作用して、治療（一三九条）の用をしない鎮静剤もしくは麻酔剤で、その種類およびその使用によって健康を損傷しないもの。四項「武器とは、職務上許されている打撃具、銃ならびに刺激剤をいう。打撃具としては、その種類および使用によっても、持続的な身体傷害が生じないところの、警棒がそれにあたる」。これによると、補助手段に関する代案の規定は詳細であり、かつ、政府草案よりも限定的であることがわかる。また鎮静剤の使用を考えていることは、また別の面からの考慮にも値しよう。なお政府草案八四条のような比例の原則は、代案では一〇二条で一般的に規定されている。銃の使用についての特別規定として、代案は一三七条で、次のように規定している。「一項」銃器は、

外部の保安にあたる警察もしくは施設職員のみが携帯することができ、また攻撃を防ぎまたは逃走を妨げるために、他の何らの手段も存しない場合にのみ使用することができる。物に対して発砲しても目的が達せられない場合にのみ、人に対して発砲することができる。二項 \parallel 施設内には、ガス銃、または刺激物質ないし麻醉物質をもった類似の武器のみを持ち込むことができ、また攻撃を防ぎもしくは逃走を妨げるために他の手段が存しない場合にのみ、それを使用することができる。三項 \parallel 銃は、攻撃もしくは逃走能力をなくすためにのみ、使用することができる。その使用は、それによって明らかに無関係のものを危険ならしめる蓋然性が高い場合には、中止される」

なお、四項および五項は、政府草案八八条一項、二項と殆んど同一の規定であり、政府草案が二カ条にまたがったものを一カ条にまとめたのである。この規定をみれば、代案は政府草案よりもはるかに武器の使用を抑制しており、人命尊重の立場を強調していることがわかれるとともに、その使用の前提条件を明確にすることによって、施設職員にその基準を示し、濫用のないようにあらかじめ配慮していることがわかる。次に代案一三九条は、医学上の強制措置につき、次のように

規定している。「一項 \parallel 医学上の診察は、被害者の同意なくして行なうことが許される。二項 \parallel 医学上の処置および医学上の指導による栄養療法は、次の場合にのみ、被収容者の同意なくして行なうことができる。1、重大な生命の危険、または重い健康傷害の重大な危険が存するとき、2、犯罪行為と関係があり、その治療なくしては再社会化が行なわれ得ない病気があるとき。(三項、四項、省略) 五項 \parallel 次の処置は、被収容者の同意によってのみ、行なうことができる。1、胃の内容物または胆汁の採取、2、背髄液または脳粘液の採取ならびに組織穿刺法、3、手術、4、全身麻醉を必要とする処置、5、電気ショック療法、6、精神薬物の使用、7、催眠術的または深層心理的に作用する療法」。これで見れば、代案は、同意を要しない処置とそれを要する処置とを政府草案よりもっと明確に規定しているほか、政府草案には欠落していた幾つかの個別的処置をつけ加えて、政府草案の不備を補なっていることがわかる。

(1) Heinz Müller-Dietz: Mit welchem Hauptinhalt empfiehlt es sich, ein Strafvollzugsgesetz zu erlassen? 1970.

(2) H. Müller-Dietz, op. cit., S. 41~S. 43.

(3) Alternative-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, S. 163.

- (4) H. Müller-Dietz. op. cit., S. 45. (28) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 73-74.
- (5) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 47-S-49. (29) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 74-75.
- (6) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 51. (30) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 76-78.
- (7) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 54. (31) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 79-82.
- (8) Alternative- Entwurf. op. cit. S. 177. (32) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 82-83.
- (9) J. Baumann: Sicherheits- und Ordnungsprobleme im Strafvollzug. 神戸市立図書館「大蔵大令」一六頁「一八頁」 (33) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 203.
- (10) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 179. (34) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 203, 204.
- (11) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 181. (35) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 207.
- (12) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 54~57. (36) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 83-85.
- (13) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 173. (37) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 191.
- (14) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 173. (38) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 203.
- (15) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 175.
- (16) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 181.
- (17) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 58.
- (18) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 125.
- (19) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 127.
- (20) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 59-60.
- (21) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 63.
- (22) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 64.
- (23) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 64-67.
- (24) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 67-70.
- (25) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 147.
- (26) Alternative-Entwurf. op. cit. S. 149.
- (27) H. Müller-Dietz. op. cit. S. 70-72.