

Title	ドイツにおける刑の執行猶予制度の沿革： 1953年の制度導入から1969年改正による現行制度の基礎の形成まで
Sub Title	Historische Entwicklung der Strafaussetzung zur Bewährung in Deutschland
Author	小池, 信太郎(Koike, Shintaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.31 (2015. 2) ,p.295- 320
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150227-0295

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツにおける刑の執行猶予制度の沿革

——1953年の制度導入から1969年改正による現行制度の基礎の形成まで——

小池 信太郎

はじめに

1 制度の導入までの経緯

1-1 前史

1-2 1953年改正——執行猶予制度の導入

2 1969年刑法総則改正に至る経緯

2-1 刑法大委員会における議論と1959年草案

2-2 1962年草案

2-3 1966年代案

2-4 刑法改正特別委員会における議論と1969年刑法総則改正

結びに代えて——1969年改正の科刑実務への影響

はじめに

本稿は、ドイツにおける刑の執行猶予（Strafaussetzung zur Bewährung）¹⁾の制度の沿革、特に、1953年の刑法一部改正による制度の導入から、1969年の刑法総則改正により現行制度の基礎が形成されるまでの議論及び立法の経緯を概観するものである。対象とするのは、自由刑の全部執行猶予である²⁾。

わが国において、刑の執行猶予（刑法25条以下）は、あまりにも定着した制度であるためか、その刑事処分としての趣旨ないし法的意義をめぐる、自覚的な議論が行われることは少ない。しかしながら、重要な制度であるのに議論が少ないことはそれ自体問題であるところ、近年では、次のような事情も生じている。

第1に、裁判員裁判において、裁判官は、量刑上の各選択肢につき、いかなる意味づけの下に言い渡すべきかを裁判員に説明する必要に迫られており、そのための理論の提示が望まれる。

第2に、刑の一部執行猶予（刑法27条の2以下）の実施を控えて、実刑と執行猶予の関係が改めて問い直される状況にある。

第3に、近年、いわゆる累犯障害者に対し、矯正効果の乏しい実刑を繰り返してきたことを反省する動きが生じており、将来的には、前科による欠格期間やいわゆる再度の執行猶予の厳格な制限などの改正を含めた立法論の活性化へとつながることも想定される。

第4に、執行猶予者の保護観察について、特別遵守事項の設定を可能とする法改正がなされ、いわゆる類型別処遇の充実化も図られている。そうした処遇の選択上、裁判所の意見に一定の効果が認められているところ（更生保護法52条4項、5項、いわゆる社会内処遇規則51条1項、2項参照）、その延長線上の立

-
- 1) Strafaussetzung zur Bewährung（刑法56条以下。本稿では、条文は原則としてドイツ刑法StGB又はその改正案を指す）を、「保護観察のための刑の執行猶予」と訳す文献も多いが、単に「刑の執行猶予」とするのが適切である。Bewährungは、刑の執行がなくとも更生できることを「実証する sich bewähren」プロセス全体を意味し、保護観察それ自体を意味しないからである。「保護観察のための刑の執行猶予」という訳語は、ドイツの猶予は常に保護観察付であるかのような印象を与えるであろう。しかし、わが国の保護観察に相当する、更生保護の専門官（Bewährungshelfer/in）（保護観察官）による監督指導すなわちBewährungshilfe（保護観察）の付与は必要でない（猶予のおおむね3割程度といわれる）（刑法56条d）。保護観察官の監督指導とは別に命じうる付随処分としての負担 Auflage（損害賠償、公益的施設への金員支払い、労務等）や指示 Weisung（居住・労働等の指示、定期的な出頭、再犯につながる人物・物件への接触禁止等）は、わが国の保護観察の遵守事項に類似するが、それらの言渡しも必要ではない（それぞれ猶予のおおむね6～7割程度といわれる）（刑法56条b、c）。ドイツの執行猶予が、わが国と比べて、保護観察なしその遵守事項に重きを置いた制度設計になっていることは確かであるが、単純執行猶予に相当する言渡しもある以上、中立的な用語によることが望ましいであろう。
 - 2) ドイツ刑法は、罰金刑の執行猶予制度を導入していない。「刑の留保付戒告」という、一種の宣告猶予制度を設けているが（刑法59条）、適用頻度は低い（Vgl. Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., Rn. 155）。また、自由刑の一部のみの執行を猶予することは、明文で禁止されている（刑法56条4項1文）。

法論をも視野に入れると、保護観察の法的性格やその内容決定への裁判所の関与のあり方をめぐる考察の深化が求められる。

こうした事情に鑑みれば、執行猶予の運用論及び立法論にまたがる基礎研究が、学問的にのみならず、実務的にも期待される時機に至っているといえよう。

その作業に際しては、わが国の現行制度とその運用を分析するだけではなく³⁾、制度の沿革や、諸外国の機能的に相応する制度にも目を向けることが有益である。独力での取組みには大きな制約があるが、筆者は、数名の研究者の方々と、執行猶予に関して継続的な共同研究を行う機会に恵まれ⁴⁾、ドイツ法を担当することとなった。そのための調査を進める中で、ドイツの現行制度⁵⁾の解釈・運用⁶⁾の分析精度を高めるために、どのような経緯で制度が導入され、法改正を通じて現行制度が形作られていったかをめぐる客観的情報を時系列に沿って整理しておくこと⁷⁾にも一定の意義があると感じられたことから、本稿の執筆に至ったものである。

ドイツにおける執行猶予制度の導入・展開をいくつかの時期に区分するならば、①19世紀末に国際動向を受けて導入の是非が議論されてから、条件付き特赦という便法的制度を経て、ようやく1953年に成人刑法に執行猶予制度が導入されるまでの時期、②刑法の全面改正を目指して行われた集中的な議論の末、1969年に刑法総則が改正され、適用範囲が大きく拡大されるなどして、現行制度の基礎が形成された時期、③1970年代以降の運用拡大の中で、いくつかの比較的小規模な改正が行われた時期という分け方が自然であろう。この

3) 筆者による概観として、小池信太郎「刑の執行猶予(25条・25条の2)」法学教室407号(2014)9頁以下。理論分析として、同「量刑理論からみた刑の執行猶予」刑法雑誌52巻2号(2013)243頁以下。

4) その一環として実施した、日本刑法学会第92回大会ワークショップのレポートとして、小池信太郎「執行猶予」刑法雑誌54巻3号掲載予定。

5) 関係条文は、刑法56条ないし56条g、58条、刑罰法260条4項、265条a、267条3項、268条a、453条ないし453条c、462条a第2項等。邦訳として、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』法務資料461号(2007)32～42頁、同編『ドイツ刑事訴訟法典』法務資料460号(2001)120～124、178～180、187頁。

うち、本稿では、①及び②の時期を取り上げることとする。

1 制度の導入までの経緯

1-1 前史⁸⁾

19世紀末のヨーロッパ大陸では、当時、軽い罪に対する主力の刑であった短期自由刑⁹⁾の弊害対策が大きなテーマであった。議論の中で、拘禁環境の

6) ドイツの刑事法学者による論考の邦訳として、イエシエック＝ヴァイгент（西原春夫監訳）『ドイツ刑法総論〔第5版〕』（1999）663頁以下、ハンス＝ユルゲン・ケルナー（小川浩三訳）『ドイツにおける刑事訴追と制裁』（2008）16頁以下。ドイツ語文献では、各種の注釈書及び概説書（例えば、Bernd Dieter-Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl., 2009, S. 95 ff.; Gerhard Schäfer u.a., *Praxis der Strafzumessung*, 5. Aufl., 2012, S. 42 ff.; Franz Streng〔前掲注2〕, S. 86 ff.）が基本的な情報源である。学習者向けの実務に即した解説として、Andreas Grube, *Die Strafaussetzung zur Bewährung*, Jura 2010, S. 759 ff.がある。統計的な運用状況については、Enrico Weigelt, *Bewähren sich Bewährungsstrafen?*, 2009が特に詳細である。その他、執行猶予を含むドイツの刑事制裁実務全般の詳細な分析として、Frieder Dünkel/Christine Morgenstern, *Deutschland*, in: Dünkel u.a. (Hrsg.), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, Band 1., 2010, S. 97 ff.; Wolfgang Heinz, *Das strafrechtliche Sanktionssystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2010*, 2012。執行猶予の成功率・取消率の分析を含む再犯研究として、Jörg-Martin Jehle u.a., *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen - Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007*, 2010。

7) 膨大な公刊・非公刊の史料に基づく整理・分析として、Arndt Meyer-Reil, *Strafaussetzung zur Bewährung, Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem Ausgang des 19. Jahrhunderts*, 2005（以下、「Meyer-Reil」として引用）。本稿は、資料的制約等から、少なからぬ箇所、一次資料ではなく同書を引用している。

8) 以下について、Meyer-Reil, S. 13 ff. 古典的な邦語文献として、小野清一郎『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及びその他〔増補版〕』（1970・初版1932）25頁以下、正木亮『刑の執行猶予とその過去・現在および将来』『刑法と刑事政策〔増訂版〕』（1968・初版1963）117頁以下。ドイツの古典的文献（Franz von Liszt, *Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung*, in: v. Birkmeyer u.a.〔Hrsg.〕, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Allgemeiner Teil. III. Band.*, 1908）の邦訳として、ふらんつ・ふおん・りすと（司法省調査課編）『刑の執行猶予制度』司法資料66号（1925）。

改善と並んで、短期自由刑に代替しうる制度、とりわけ有罪判決を言い渡ししながら、服役を免れさせる刑の執行猶予の制度が切り札として注目された。ベルギー（1888年）及びフランス（1891年）が、執行猶予の制度をいち早く採用し、他国の立法にも影響を与えた¹⁰⁾。

しかし、ドイツでは、刑の執行猶予の是非が、19世紀末から20世紀初めにかけての「学派の争い」の主戦場となったために、その導入の道のりは平坦ではなかった。周知のように、新派（近代派）は、特別予防論の立場から導入を推進したのに対し、優勢であった旧派（古典派）は、応報刑思想に馴染まないものとして、反対の論陣を張ったのである。

それでも、1895年以降、「条件付き特赦 (bedingte Begnadigung)」と呼ばれる独特の制度が、プロイセンをはじめとするドイツ帝国を構成する各領邦で採用されていった¹¹⁾。条件付き特赦とは、恩赦権を有する各邦領主等の権限委託に基づき、司法大臣が、裁判所の宣告した刑の執行を猶予し、猶予中の行状に応じて恩赦（特赦）を申請するという便法的制度である。典型的には、出来心から軽い罪を犯して初めて有罪判決を受ける少年に6月以下の刑を言い渡すような場合が想定された。条件付き特赦のための刑の猶予は、当初は、あくまで司法行政の管轄であり、判決裁判所は関与しない制度設計となっていた。しかし、20世紀に入ると、猶予の決定に際し、判決裁判所の意見を聴取するルールが設けられるようになり¹²⁾、第一次世界大戦後には、ほとんどの州で、判

9) 1890年頃のドイツでは、軽懲役 (Gefängnis) の80%が3月を、33%は1週間を、それぞれ下回るものであるとの議会発言もみられた (Meyer-Reil, S. 13. Fn. 1)。

10) 周知のように、わが国も欧州諸国の影響の下、執行猶予制度を、1905年に特別法により（1年以下の刑について）導入し、1907年の現行刑法制定の際、適用範囲を2年以下の刑に拡大している。導入前後の議論及び運用状況に関する最近の文献として、金澤真理「刑の執行猶予の実体法的考察」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』(2012) 136頁以下、三田奈穂「明治三八年『刑ノ執行猶予ニ関スル法律』(法律第70号)について」成蹊法学 81号 (2014) 1頁以下。

11) Meyer-Reil, S. 37 ff.

12) Meyer-Reil, S. 50.

断権限が判決裁判所に委譲され、通常の執行猶予に接近していった¹³⁾。

立法論としては、条件付特赦が、刑事政策的目的を達成するために、一般的に妥当する基準により適用されるということになると、恩赦制度の本質にそぐわないとの認識が広まった。そして、執行猶予を刑法上の制度として位置づけるべきことは、来たるべき刑法の全面改正に向けて、規定路線となった。1909年以降の刑法改正草案では、常に、執行猶予制度の採用が予定された¹⁴⁾。1923年には、少年裁判所法 JGG により、少年刑の執行猶予制度が導入された。しかし、成人刑法に関して、2度の世界大戦の度に刑法の全面改正作業が中断させられ、成就しないことに伴い、執行猶予制度の導入もなかなか実現しなかった。

1-2 1953年改正——執行猶予制度の導入¹⁵⁾

1-2-1 導入の理由

第二次世界大戦後の西ドイツにおいて、来たるべき刑法の全面改正を待たずに、ナチスの規定を一掃する一部改正を行うこととされた際に、併せて必要性の高い事項として、ようやく刑の執行猶予制度の導入が実現の運びとなった。各州では、戦後も条件付き特赦の制度を運用していたが、条件付き特赦は恩赦の本質にそぐわないこと、自ら事件を審理し、政治的影響から離れて刑事政策的目的を追求できる事実審裁判官が判断者に相応しいこと、刑法の制度として全国統一のルールを設けるのが望ましいこと、すでに少年刑について執行猶予が問題なく運用されていたことなどが、提案理由とされた。

執行猶予制度の導入自体への反対はごく少数であり、上記一部改正は 1953

13) Meyer-Reil, S. 145 ff. ただし、判決を言い渡した裁判所が、裁判官の独立の下ではなく、司法行政の一機関として判断するという建前であった。

14) Meyer-Reil の末尾付録に、各草案の執行猶予関係規定が収録されている（紹介・分析は、S. 77 ff.）。

15) 以下について、Meyer-Reil, S. 198 ff. 1953年改正刑法の邦訳として、法務大臣官房調査課編『ドイツ刑法典』法務資料 329号（1954）（執行猶予関係規定は、23条ないし 25条〔同 9-12頁〕）。

年に成立し、施行に至った¹⁶⁾。

その運用下での代表的な注釈書は、「短期自由刑の顕著な弊害を回避し、同時に、罪を犯した人を更生させる (resozialisieren) 重要な手段」は、英米のプロベーションやフランス・ベルギーの (条件付有罪判決主義による) 執行猶予において発展してきたが、そうした動きに、ドイツ刑法は「ためらいがちにのみ」追随してきた、との評価を示している¹⁷⁾。

1-2-2 適用範囲・要件・言渡しの方法

立法過程では、執行猶予の制度設計に関し、様々な議論がなされた。まず、執行猶予を付しうる宣告刑の上限について、連邦司法省参事官暫定草案は、比較的軽い事例でだけ猶予の裁量を与え、法定刑の一般的効果を維持する必要があるという理由で1年を提案したが¹⁸⁾、裁判所側には、1年は比較的軽い刑とはいえ、刑の一般予防効果を害するとして、6月に下げるべきとの立場で反対する者が多かった。これを受けて、政府案は9月とし、成案となった(1953年改正による刑法23条1項)。

次に、「猶予期間中の良好な行状により、刑の免除 (Straferlaß) を得られるようにするため」(同項)の執行猶予は、犯人の人物、前歴が、犯行後の態度、生活状況の改善と併せて、「合法的で規律ある生活を送る」ことを期待させる場合にのみ適用できるものとされた(同条2項)。「公の利益 (öffentliches Interesse)」が刑の執行を要請する場合という、執行猶予の適用除外要件も置かれた(同条3項1号)。これは、猶予の判断に際し、特別予防だけではなく、それ以外の量刑上意味のある刑罰目的全てを考慮するための条項である。すなわち、まず一般予防が、さらに正しい贖罪 (gerechte Sühne) が個々の事案で特別予防に優先する程に重要であることが考慮されるという¹⁹⁾。被害者の利益

16) BGBl. I 1953, S. 735.

17) Schönke/Schröder, StGB, 12. Aufl., 1965, § 23, Rn. 1.

18) 上限を超える刑の執行が相当でない場合は恩赦に委ねられるべきとされた。

19) Schönke/Schröder (前掲注 17)), § 23, Rn. 27 ff.

も明記するかが議論されたが、政府草案では、「公の利益」の中で考慮されるという理由で、見送られた。さらに、少なくとも制度が軌道に乗るまでは、不相当な適用拡大を防ぐ必要があるとされ、前科による欠格期間（最近5年間に刑の執行猶予又は合計6月以上の刑の言渡しを受けた者は適格なし）が設けられた（同項2号、3号）。

執行猶予の言渡しに関して、参事官暫定草案（vorläufiger Referentenentwurf）では、判決による言渡しの他に、判決で刑を言い渡した後、刑の執行開始前に、決定で執行猶予を言い渡すという方法でショック効果を与えるということも想定していた。公判外での情状収集も踏まえて判断できるメリットを考慮した賛成論もあったが、参審員を外した判断となることなど批判もあった。政府草案では、執行猶予に付すかの判断は量刑判断と密接な関係にあるから、判決裁判所のみが行わなければならないという理由で、事後の言渡しはとり止めることとなった。

1-2-3 猶予期間・付随処分

執行猶予の期間は、2年から5年の間である（24条4項）。

執行猶予の付随処分として、「負担（Auflage）」の制度が導入され、損害回復、居住・労働等に関する指示に従うこと、医師の治療・禁絶療法を受けること、公益施設への金員の支払い、扶養義務の履行、保護観察官（Bewährungshelfer）の監督指導が例示された（24条1項）。「負担」は、後述する1959年草案以降の用語法と異なり、特別予防的措置として構想されている。必要的なものとするべきかが議論された結果、原則として命じるが、負担なしでも合法的で規律ある生活を送ることが期待される場合には、見合わせることもできるとされた（2項）。負担の一種としての監督指導を行う保護観察官の役割は、裁判所の指示に従い、対象者の行状及び負担の履行を監督することであるとされた（24条a）^{20）}。

なお、対象者の状況に応じたフレキシブルな対応のため、執行猶予期間や負担の事後的な決定・変更も可能とされた（24条3、4項）。事後的な変更の可能性は、その後の法改正の際も、特段の議論なく維持されているようである。

1-2-4 刑の免除と執行猶予の取消し

ドイツでは、現在に至るまで、執行猶予が取り消されることなく猶予期間を経過した場合に、自動的に一定の効果（刑の言渡しの失効や刑の免除）が生じるのではなく、裁判所が刑を免除する制度となっている。この刑の免除は、不執行を意味するにすぎず、前科としては残ることとなる。

当時は、猶予期間経過後に、対象者が更生の実を示した（*sich bewähren*）（25条1項）か否かの審査を積極的に行う仕組みとなっていた。取消事由（同条2項）には、猶予の拒否に至ったであろう事情の発覚（同項1号²¹⁾）、猶予中の重罪又は故意軽罪による有罪判決（2号）、負担の甚だしい不履行（3号）のほか、「その他の態様で、刑の言渡しを受けた者に向けられた信頼が正当化されないものであったことが示された」場合（4号）という受皿条項が設けられていた。これにより、裁判所は、猶予期間経過後に、猶予中の再犯による有罪判決や負担の不履行のほかにも様々な事情を斟酌して、猶予を取り消すことができた²²⁾。

2 1969年刑法総則改正に至る経緯

2-1 刑法大委員会における議論と1959年草案

1953年の一部改正の直後から、刑法の全面改正に向けた検討作業が再開した。連邦司法大臣によって招集された刑法大委員会（*große Strafrechtskommission*）

20) 保護観察官の監督指導は、英米のプロベーション制度を継受した制度で、この分野ではドイツ刑法では未開の領域であるとの認識が示されている。詳細なルールは州法に委ねられ、1950年代から60年代にかけて、各州で法規制がなされたようである（Schönke/Schröder〔前掲注17〕, §24, Rn. 25, Rn. 1）。

21) 法務大臣官房調査課編・前掲注15) 12頁は、*Umstände ..., die bei Würdigung des Wesens der Aussetzung zu ihrer Versagung geführt hätten* を、「刑の延期の本質を評価してみればその期待外れに到った筈の事情」とするが、ここでの *Versagung* は、裁判所による猶予適用の「拒否」を意味する（Schönke/Schröder〔前掲注17〕, §25, Rn. 6参照）。

22) Schönke/Schröder（前掲注17）, §25, Rn. 4 ff.

は、1954年から1959年まで活動し、執行猶予制度についても様々な議論を行い、その成果は1959年草案（及び1959年第2草案）へとつながった²³⁾。

刑法大委員会では、刑の執行猶予制度に（一部）代えて、宣告猶予の一種である「刑の留保付戒告（Verwarnung mit Strafvorbehalt）」を導入するか、両者の守備範囲をどうするかが繰り返し問題となった。「刑の留保付戒告」の制度は、刑の（執行）免除が得られるにすぎない執行猶予と対比すると、前科が付かない点で社会復帰に有利である一方で、そうした目的は、前科抹消制度の拡充によっても目指しうることも指摘された。

猶予可能な宣告刑の上限を1年に引き上げることが可能かも、議論の対象となった。

その後の草案を方向づけた議論としては、「公益」のために刑の執行が要請される場合という猶予の除外要件について、内容の具体化を求める意見が多く、1959年草案では、責任の程度²⁴⁾及び犯罪予防の観点が明記された。また、負担（Auflage）の趣旨・目的をめぐる意見交換の中で、更生目的だけではなく、贖罪目的の場合もあるという理解が有力となり、1953年の少年裁判所法で採用されていた用語法に倣い、贖罪に向けた負担（Auflage）と更生に向けた指示（Weisung）を区別すべきとの意見が、1959年草案で採用された。

さらに、執行猶予期間経過後の刑の免除と猶予の取消しの関係について、当時の現行法（25条）では、「更生の実を示した」とも、取消事由があるとも積極的にはいえないような場合の処理が分かりにくかったことから、1959年草案では、取消事由が存在しなければ刑を免除するという形での単純化が図られた。

23) 以下について、Meyer-Reil, S. 224 ff.

24) 後述の各州連合委員会では、1名の委員から、責任の程度は刑期にすでに反映されているが、責任の量だけでなく、その質も考慮しなければならないことは自明であるとの意見が述べられている（Meyer-Reil, S. 250 f.）。

2-2 1962年草案

2-2-1 位置づけ・宣告猶予の不採用

1959年草案の公表後に設立された各州連合委員会（Länderkommission）の議論²⁵⁾をも参酌する形で、連邦司法省は、包括的な1960年草案を作成した。それが連邦政府草案として連邦議会に上程されたが、未審議のうちに任期満了を迎え、次いで連邦司法省は、1960年草案に修正を加えた1962年草案を作成し、これが連邦政府草案として、連邦議会に上程された²⁶⁾。

1960年草案と1962年草案の執行猶予に関する規定はほとんど同じであるから、ここでは1962年草案及びその理由書を概観する²⁷⁾。

全体的には、当時の現行法の大枠を外さずに、その後の議論の成果を反映させて修正するものとなっている。英米型の、プロベーションの成行きをみてから最終的な量刑を行うタイプの宣告猶予は、有罪宣告だけでは犯行の非難として十分でないし、猶予中の態度に重きを置いた量刑になり責任刑法の原則に反するとして採用が否定された。また、刑の量定を済ませるが、判決で有罪であることだけを宣告し、刑の言渡しを行わないタイプの宣告猶予（「刑の留保付戒告」）についても、非難として弱い場合があり、軽い事案でだけ導入するにしても、執行猶予との使い分けが複雑化するという理由で、採用が見送られている。

2-2-2 適用範囲・要件・付随処分

1962年草案は、猶予を付しうる刑期の上限について、不当な拡大による刑事司法の弱体化を防ぐために、当面は現状（9月）維持とした（71条1項）。その他の観点、例えば、猶予の排除要件としての「責任又は犯罪行為を阻止する

25) 詳細は、Meyer-Reil, S. 250 ff.

26) 内藤謙『西ドイツ新刑法の成立』（1977）2頁以下を参照。

27) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, Bundestagsvorlage, BT-Dr. 4/650. 邦訳の執行猶予関係部分として、法務省刑事局編『1962年ドイツ刑法草案』刑法基本法令改正資料2号（1963）30頁以下及び同編『1962年ドイツ刑法草案理由書（総則篇）—第2分冊—』刑事基本法令改正資料11号（1968）42頁以下。

刑の任務」が執行を要請すること（72条1項）、前科による欠格の維持（同条2項）などについても、おおむね1959年草案までの議論を踏襲する内容になっている。

1959年草案を引き継いだ付随処分の趣旨・目的に応じた区分——①不法の償いのための負担（Auflage）（74条）と②特別予防的措置としての指示（Weisung）（75条）——は、1962年草案の目玉とされている。負担は、当時の現行法と異なり、限定列举とされ、損害回復、被害者への相応の謝罪、国庫又は公益的施設への金員支払いなどが挙げられている（74条2項1号ないし4号）。指示については、裁判所への定期出頭、交際制限、物件の所持制限などの例示列举が拡充されている（75条2項1号ないし5号）。治療・禁絶療法の指示は本人の同意を要する旨明記された（同条3項）。

執行猶予及び付随処分の適用イメージは、おおむね次のようなものとされる。猶予は、(i)繰り返されることのない葛藤状況で過ちを犯した、再犯はほとんど想定されない者と、(ii)ある程度再犯のおそれがある者のいずれにも適用される。特に(i)のタイプの者には、監督や援護は必要なく、責任の考慮又は刑事政策的理由から、刑の言渡しをはっきりと感じとれるものにしなければならないから、①負担を課すことが適当である。それに対して、(ii)のタイプの者には②指示が命じられるというのである。ただし、(i)(ii)の区別は誇張すべきでなく、両方の処分を命じるべき事案が稀でないであろうと述べられている。なお、負担と指示の双方について、対象者に対する期待不可能な介入の禁止が明記された（74条1項2文、75条1項2文）。

保護観察官の監督指導に服させる処分は、特別な指示として独立した条文に規定された（76条）。保護観察官が、一方で裁判所と協調して²⁸⁾対象者の行状及び負担・指示の履行を監督するが、他方で援護と助言を行いながら対象者の側に立つことが明記された（同条2項）。

28) 当時の現行法（24条a）の「裁判所の指示に従い」を、裁判所と保護観察官が共同作業を行ってきたことを考慮して修正したものである。

2-2-3 執行猶予の取消し・刑の免除

執行猶予の取消し及び刑の免除に関しては、1959年草案を踏襲し、当時の現行法と同様の取消事由（78条1項）があれば取り消し、そうでなければ刑を免除することとしている（2項）。

さらに、刑の免除の裁判があった後、執行猶予期間中の重罪又は故意の軽罪により有罪判決を受けた場合には、刑の免除の取消しが可能であるが、法的安定性のため、猶予期間経過後5年以内かつ有罪判決後6か月以内に制限された（3項）。

2-3 1966年代案

2-3-1 政治的情勢の変化と代案の位置づけ

連邦政府により連邦議会に上程された1962年草案の審議は、1963年から行われたが²⁹⁾ ³⁰⁾、1965年の連邦議会選挙を経て状況の大きな変化がみられた。キリスト教民主・社会同盟（CDU・CSU）と自由民主党（FDP）の連立政権から、キリスト教民主・社会同盟と政治的によりリベラルな社会民主党（SPD）の大連立政権に移行した上、下野した自由民主党から、中堅・若手の刑法学者らによる1966年刑法草案総則代案³¹⁾が連邦議会に上程されたのである³²⁾。代案は、後述の刑法改正特別委員会の議論を介して、1969年の刑法総則改正に大きな影響を与えた。代案の1962年草案に対する批判のトーンは、旧態依然とした応報思想や一般予防に固執せず、犯罪者の社会復帰により重きをおく

29) 議論の具体的経緯は、Meyer-Reil, S. 263 ff.

30) なお、この時期の法改正（BGBl. I 1964, S. 1067）により、刑訴法 StPO 453 条 b が新設された。同条は、猶予期間中の対象者の行状及び負担・指示の履行の監督は、猶予を言い渡した裁判所の任務である旨を定めたものである。1953年の猶予導入以来、対象者の監督責任の所在について裁判例が分かれていたが、連邦通常裁判所 BGH の決定で、それは刑執行機関としての検察ではなく、裁判所の義務であるとされた。BGH によれば、執行猶予は、対象者に対する教育的作用を及ぼすべき特別な処罰の方法であり、この教育作用の実現は裁判所の任務である。他方、刑の執行とは、裁判所が命じて初めて開始するものである（BGHSt 10, 289）。もっとも、その趣旨は法律上明らかではなかったことから、明文で確認したものである（Meyer-Reil, S. 323 f.）。

べきというものであった³³⁾。

2-3-2 1962年草案との相違点

執行猶予に関して、代案が1962年草案を批判し、異なるルールを提案した事項のうち、特に重要なものは、次の諸点である³⁴⁾。

まず、猶予しうる宣告刑³⁵⁾の上限を、刑事政策的に有意義な処分を可能にすべく、2年に引き上げている（代案40条1項）³⁶⁾。そのことと関連づけて理由書が強調するのは、執行猶予を、必要的に課すものとする負担（41条）並びに必要であれば命じるものとする指示（42条）³⁷⁾及び保護観察官の監督指導（44条）と結びつけて、「自由の中における、間接的な自由刑」として把握することである。比較的短期又は中期の実刑に代わり、少なくとも贖罪及び改善の意欲のある機会犯人（sühne- und besserungswillige Gelegenheitsstäter）について広く、有意義な営みにより、犯された不法を償って、法的平和を回復し、同時に、非社会化の副作用を伴うことなく社会復帰も果たせるというのである。そうした負担や指示による働きかけが不要な（大量に生起する犯罪の）初犯者を念頭に

31) Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1966, 2. Aufl., 1969. 条文案及び理由書の邦訳の執行猶予関係部分として、法務省刑事局編『1966年ドイツ刑法草案総則対案』刑事基本法令改正資料12号（1968）15頁以下、法務省刑事局編『1966年ドイツ刑法草案総則対案理由書』刑事基本法令改正資料15号（1969）68頁以下。

32) 内藤・前掲注26）9頁以下参照。

33) 内藤・前掲注26）5頁以下参照。

34) 詳細は、Meyer-Reil, S. 277 ff.

35) 代案は、1962年草案では維持されていた重懲役 Zuchthaus、軽懲役 Gefängnis などの区別をなくし、自由刑を単一化している（Baumann u.a. [前掲注31]）, 1. Aufl., S. 73 f.）。

36) 国際的には、上限を1年と2年の間に設定する立法例が多いこと、日本では3年にまで引き上げられ、フランスでは刑種による制限しかないことに言及されている。

37) 1962年草案の想定していなかった指示として、外国（デンマークが例示されている）の立法にならい、一定の居住・収容施設への入所が加えられている（本人の同意が必要）（41条3項2号）。それは、「自分の世話をする能力がない（zur Selbstsorge unfähig）」者が自由刑を回避する唯一の逃げ道であると説明される。

置いて、初めて1年以下の刑（及び罰金刑）を言い渡される者に対する刑の宣告猶予（「刑の留保付戒告」）の導入が提案されている（57条）。

執行猶予のその他の要件に関して、前科による欠格は、裁判官に明確な方向性を示せば十分として、原則的な制限に緩和され（40条2項）、責任応報及び一般予防を考慮する猶予除外要件は設けられていない。

猶予の取消しに関し、1962年草案（78条1項1号）がなお維持していた、猶予要件欠如の事後的発覚という取消事由は、恣意的な適用を招きかねないとしてとり入れられなかった。さらに、形式的な取消事由の存在だけではなく、「それにより、刑の言渡しを受けた者が、自らに置かれた信頼が正当でなかったことを示した」ことが取消しの要件とされた（46条1項）。刑の免除の裁判の後に猶予期間中の故意の犯罪行為により免除を取り消される可能性は、猶予期間後1年に限るとされている（47条3項）。

2-4 刑法改正特別委員会における議論と1969年刑法総則改正

2-4-1 刑法総則改正の経緯

1965年の連邦議会選挙の後、1962年草案が改めて連邦議会に上程された。連邦議会は、1966年1月に、同案を特別委員会に送付することを決定し、1966年12月に組織された刑法改正特別委員会（Sonderausschuß für die Strafrechtsreform）が審議を開始した。前半（1966～1967年）の審議の後、1968年初めの連邦司法省による各州の司法行政当局の意見の聴取、刑罰・処分に関する基本問題について表明された行刑委員会の勧告の上程、1966年代案の連邦議会からの送付を経て、後半（1968～1969年）の審議がなされた。

特別委員会の審議の結果は、草案及び理由書（「第1報告書」・「第2報告書」³⁸⁾）として公表され、1969年4月23日に連邦議会本会議に上程された。そして、

38) Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Dr. 5/4094, S. 1 ff. (執行猶予関係は、S. 9 ff., 72 ff. [以下、「Erster Bericht」として引用]); Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Dr. 5/4095, S. 1 ff. (執行猶予関係は、S. 24)

同年5月7日に実質審議が行われ、条文の文言に若干の修正が加えられた後、同月9日に連邦議会で可決された。同月30日には連邦参議院でも可決され、1969年の刑法総則改正（いわゆる第1次刑法改正法〔1. StrRG〕³⁹⁾と第2次刑法改正法〔2. StrRG〕⁴⁰⁾が成立を見ることとなった⁴¹⁾。

以下では、執行猶予制度の改正の趣旨について詳しく説明している「第1報告書」の内容を中心に説明しつつ、適宜、特別委員会の審議の内容を補う⁴²⁾。なお、第1次刑法改正法と第2次刑法改正法の執行猶予に関する規定は内容的にはほぼ同一だが、後者においては、総則全体の再編に伴い、関係規定の位置が23条以下から56条以下に移されている。そこで、条文引用は、「(第1次刑法改正法の該当条文) = (第2次刑法改正法の該当条文)」として、両改正法を対照する形で行う。

2-4-2 執行猶予の意義・自由刑宣告猶予の不採用

報告書は、まず、刑の執行猶予の前注部分で⁴³⁾、実務でその真価を発揮している執行猶予の制度は、応報それ自体のための応報という思想から法益保護と犯罪者の社会復帰を重視する考え方への転向を完結させるものであるとの認識を示す。その上で、猶予の対象となる人的範囲には、①一回的な、繰り返されることがないであろう葛藤状況で過ちを犯した者と、②ある程度は再犯の誘惑にかられやすいが、猶予の感銘の下で将来再犯に及ばないと期待することにも理由がある者の2種類が入るとする。①のタイプの者には、犯行が一定の重さを超えない限り、犯行に対する法的否認を判決で示し、犯された不法の償いのための負担を与えれば足りる。それに対し、②のタイプの者らに対する執行猶予は、とりわけ指示や保護観察と結び付けられる場合、「社会内処遇

39) BGBI. I 1969, S. 645 ff.

40) BGBI. I 1969, S. 717 ff.

41) 上記の経緯について、内藤・前掲注26) 12頁、Meyer-Reil, S. 327 ff.

42) 概略について、内藤・前掲注26) 118頁以下。

43) Erster Bericht, S. 9 f.

(ambulante Behandlung)」の特別な方法であり、多くの場合にうまく行っており、それにより服役の弊害が回避されているという。

特別委員会は、審議の前半では、罰金刑と並んで6月以下の自由刑にも宣告猶予（「刑の留保付警告」）を認めることとしていた。ところが、審議の後半で、6月未満の自由刑の宣告自体を必要不可欠な場合に限る旨の規定（短期自由刑の制限）⁴⁴⁾の導入が決まった結果、6月未満の刑を宣告するのは、「法秩序の確証」がこれを求める場合などだが、それは同時に宣告猶予の除外事由となるという要件競合が生じてしまった。これを解消すべく、委員会は、宣告猶予を罰金刑に限ることに決定した⁴⁵⁾。

2-4-3 適用範囲・要件

執行猶予を付しうる自由刑⁴⁶⁾の刑期の上限に関して⁴⁷⁾、特別委員会は、当時の現行法及び1962年草案の9月を離れて、1年まで引き上げることにについては、外国の立法例や当時の現行法下での運用の成功に鑑み、是認できるとした。その上で、1966年代案と行刑委員会による2年への引上げの提案については、1年を超える自由刑は甚だしい不法・責任内容の事案で科されるとして、一般的な形での引上げには反対した。ただし、「犯行及び刑の言渡しを受ける者の人物に特別な事情が存する場合」には、2年までの刑を猶予できるとする例外を認めた（23条1・2項=56条1・2項）⁴⁸⁾。考えられるのは、例えば、「全くもって特別な葛藤状況において行われた一回的な犯行」であるとされている。

猶予の適用要件としての善行予測の対象に関して⁴⁹⁾、特別委員会は、当時の現行法及び1962年草案の「合法的で規律ある生活」から、「犯罪行為をしな

44) 現行の刑法47条1項（「6月未満の自由刑を裁判所が言い渡すのは、犯行又は犯人の人物に存する特別な事情が、犯人への作用又は法秩序の防衛のために言渡しを不可欠なものとする場合に限る」）に対応する規定。導入の経緯については、内藤・前掲注26）104頁以下。

45) Meyer-Reil, S. 305 ff., 318 ff.

46) 自由刑の単一化は採用に至っている（内藤・前掲注26）92頁以下）。

47) Erster Bericht, S. 10 f.

いこと」への変更を支持した（23条1項＝56条1項：「裁判所は、1年以下の自由刑を言い渡す場合において、言渡しを受ける者が、すでに言渡しを警告として受けとめ、将来、刑の執行がなくとも犯罪行為をもはや行わないであろうと期待し得るときは、刑の執行を猶予する。その際、特に、言渡しを受ける者の人物、前歴、犯行の事情、犯行後の態度、生活状況及び執行猶予によりその者に期待し得る効果を考慮するものとする」）。それにより、期待の「刑法的に重要な中核」が示され、裁判所の認定上の困難が取り除かれると説明されている⁵⁰⁾。1962年草案にはない「その者に (für ihn)」の文言が挿入されたのは、本条項にいう「期待し得る効果」としては、専ら特別予防効果が問題になることを示すためであると説明されている。

前科による欠格に関しては⁵¹⁾、これを撤廃する決断がなされている。前科欠格は、裁判実務を統一し、執行猶予の不相当な適用を妨げるためのルールであるが、本来要請される猶予の妨げになることが稀でないため、少年裁判所法を模範に撤廃することとされたという。裁判所はすでに執行猶予制度の取扱いを学んでいるから、濫用のおそれはないとの判断が示されている⁵²⁾。

48) 審議の前半では、1年6月までの引上げが合意された際、宣告刑が1年を超える場合の追加要件の要否が議論され、最終的に肯定された。犯罪の重さにもかかわらず猶予が認められる理由を公衆に対しても説得的に説明することの担保であるとの指摘がなされている (Meyer-Reil, S. 286)。その後、後半の審議で2年への引上げが議論された際、それほどの長さの刑で猶予にすべき事案があるとは思えないという裁判官の意見もあったが、1966年代案も行刑委員会も州司法行政当局の多数も2年を承認していることが連邦司法省職員により確認された後、委員会は2年への引上げ承認に至った (Meyer-Reil, S. 310 f.)。

49) Erster Bericht, S. 11.

50) 審議では、「合法的」とすると、刑事法だけではなく民法全体 (gesamtes Zivilrecht) の遵守が期待されなければならないことになり広すぎるという認識が持たれた (Meyer-Reil, S. 310)。

51) Erster Bericht, S. 11.

52) 審議では、少なくとも前科欠格要件の緩和 (原則化など) には当初からの合意があったが、この種の制限の完全な撤廃は、審議の後半ではじめて決断された。理性的な裁判官ならば制限がなくとも合理的な判断をするし、逆に非理性的な裁判官は (原則的) 制限にも拘束されないだろうという意見が出た後、表決に至ったようである (Meyer-Reil, S. 312 f.)。

責任応報・一般予防に関わる実質的な猶予除外要件に関し⁵³⁾、一方で、その種の要件を撤廃すべきとする代案の提案は、「あらゆる犯人が——善行予測を前提とすると——自由刑であっても猶予だとはじめから当て込むことができるとしたら、法益保護の甘受し難い制限になりかねない」として退けられている。他方で、当時の現行法の表現（「公益」）は不明確だし、1962年草案の表現（「責任又は犯罪行為を妨げる刑の任務」）は、一般予防と並んで責任応報思想を強調しすぎているとされ、「法秩序の確証（Bewährung der Rechtsordnung）」の文言が支持された（第1次刑法改正法の23条3項）。その概念は、「それ自体のための責任応報は、〔猶予の〕除外事由ではないこと、しかし、法秩序が法益侵害に対して貫徹されなければならない、また、法律の刑罰予告は、一定の事案では、国民の法的忠実の維持のためにも実行されなければならないという考え方が、善行が予測される場合も〔刑の〕執行を要請しうることを示すものだと説明された⁵⁴⁾。

連邦議会本会議の審議においては、野党議員から本要件の削除要求がなされたが、この種の一般予防的要素の必要性を強調する反論が行われ、議員の多数は、本要件の維持に賛成した。その際、本要件の文言を、「法秩序の確証」から、今日的な用語法に沿う「法秩序の防衛（Verteidigung der Rechtsordnung）」に修正することが決定された（第2次刑法改正法の56条3項⁵⁵⁾。

なお、草案で同時に提案された、6月未満の自由刑の言渡し自体を必要不可欠な場合に限るルール⁵⁶⁾との関係上、上記の執行猶予の除外要件の妥当範囲

53) Erster Bericht, S. 11. 本要件をめぐる議論の経緯の詳細について、岡上雅美「ドイツにおける『法秩序の防衛』概念の展開について(1)・(5完)」警察研究 62 卷 11 号 (1991) 17 頁以下、12 号 (1991) 41 頁以下、63 卷 1 号 (1992) 16 頁以下、63 卷 2 号 (1993) 44 頁以下、63 卷 3 号 (1993) 35 頁以下。

54) 審議の前半には、「国民の法的忠実の維持」も提案されたが、より客観性のある概念という理由で、「法秩序の確証」が支持されたようである。また、その段階では、責任の考慮への言及は維持された (Meyer-Reil, S. 287 ff.)。審議の後半段階で、責任への言及をやめることとなった。州司法行政当局の大多数の見解にも沿う判断だったようである (Meyer-Reil, S. 311)。

55) Meyer-Reil, S. 328 f. 内藤・前掲注 26) 107 頁以下も参照。

は、6月以上の刑に限ることとされた（23条3項＝56条3項）。短期自由刑の執行は広く制限されるべきで、また、そうした短期の刑ならば、言渡し及び執行を制限しても法益保護が害されることはないと説明されている⁵⁷⁾。

2-4-4 要件を充足する場合の裁判所の裁量の有無

特別委員会では、執行猶予の形式的要件が充足され、善行予測も肯定される（さらに応報・一般予防からの除外要件にあたらぬ）場合の執行猶予につき、任意的（「……執行を猶予できる」）とするか、それとも義務的（「……執行を猶予する」）とするかが論争の対象となった。

その結果、1年以下の刑については、当時の現行法や1962年草案から離れ、1966年が提案していた義務的規定とする案が採用された（「特別の事情」を要する1年を超える刑については任意的規定）（23条1・2項＝56条1・2項）。善行が予測され、法秩序の確証からも執行が要請されない場合に、それでも刑が執行されるべき理由は理解しがたいとの説明がなされている⁵⁸⁾。

2-4-5 付随処分

執行猶予の付随処分に関して⁵⁹⁾、不法の償いとしての負担と特別予防（再犯防止）のための指示を区別する規定よりは、それまでの草案から引き継がれている。修正はどちらかといえば周縁的な事柄についてである。

負担（24条a＝56条b）に関して、1962年草案が予定していた「被害者への

56) 前掲注44) 参照。

57) Erster Bericht, S. 11.

58) Erster Bericht, S. 11. 特別委員会の審議では、猶予される刑が長くなるほど、法律が明記していない観点（例えば、被害者の利益）の考慮の余地が認められなければならないという問題意識から、裁量的規定に好意的な意見もあったが、要件充足の場合は猶予が原則であることを示す必要はあるとされ、審議の前半では、「……執行を猶予するものとする soll」との表現が支持された（Meyer-Reil, S. 286 f.）。しかし、後半で、代案にならって義務的規定とすることが決定されている（Meyer-Reil, S. 310）。

59) Erster Bericht, S. 12.

謝罪」は、少年刑法では一定の正当性があるものの、成人刑法では問題があるとして、導入が見送られている⁶⁰⁾。また、金銭支払いの負担の払込先として、公益的施設の他に、国庫を明記することとされた(24条a第2項2号=56条b第2項2号)。犯行にふさわしい公益的施設がないことも稀でないことを考慮したものである。「その他の公益的な給付」(24条a第2項3号=56条b第2項3号)としては、病院、居住施設(Heim)における労働などが考えられるとされる。なお、負担の言渡しを必要的とする代案の提案は、特別委員会では、限定列举の下では適当な負担がない場合が容易に生じ得るとして、拒否されている(24条a第1項=56条b第1項「できる」)⁶¹⁾。

指示(24条b=56条c)についても、それまでの草案から大きな修正はない。1966年代案による限定列举化の提案は、法治国家的理由でそこまで要求されるものではないとして⁶²⁾ 退けられた(24条b第2項=56条c第2項「特に」)。同意を要する指示として、1962年草案の治療及び禁絶療法のほかに、1966年代案にならって⁶³⁾、「居住施設若しくは適切な収容施設 Anstalt に入所すること」が加えられている(24条b第3項2号=56条c第3項2号)。同意が必要とされたのは、それらの指示は同意がなければ成功が望めないからであるとされている。

保護観察官の監督指導の下に置く処分(24条c=56条d)に関し、報告書は、次のように述べている。保護観察は、「ここ数十年で——国際的領域においても——、犯罪者の『社会内処遇(ambulante Behandlung)』の特別な方法へと発展してきた。現代的な刑法においては、保護観察がますます重要になっていく。

60) 審議では、謝罪は自発的かつ反省に基づいてなされてこそ意味があるか、被害者の名誉回復効果との関係では必ずしもそうは言えないのではないかといった議論がなされたが、各州の司法行政当局の拒絶の反応などに鑑み、導入は取りやめとなった(Meyer-Reil, S. 295 f., 313)。

61) Meyer-Reil, S. 313.

62) 審議では、指示は懲罰的(repressiv)性格を持たないし、期待可能性条項があるからなおさらそうであるとの意見が述べられている(Meyer-Reil, S. 314)。

63) Meyer-Reil, S. 314 f.

事実的及び法的に、保護観察は、通常、他の問題となる指示よりも、刑を言い渡された者の生活に対する持続的な介入を意味する。それゆえ、保護観察の適用は、より介入的でない他の指示が、刑を言い渡された者を助けるのに適さないか、あまり適さない事案でのみ行われる」。

特別委員会の審議では、連邦司法省の代表委員から、保護観察の実務上の利用が少なすぎるという懸念を各州の司法行政当局と共有しており、特に若年犯罪者について比較的長い自由刑を科す場合にそうであるとの認識が示された。それゆえ、9月を超える自由刑を27歳未満の者に言い渡す場合には、「原則として」保護観察に付す旨の規定が提案され、全員一致で承認された（24条c第2項=56条d第2項）。さらに、保護観察官の任務について、援護的活動を監督活動よりも前置し、また、監督の直接の対象を対象者の行状（Lebensführung）から負担・指示の履行に変更する文言修正が行われた（24条c第3項1文=56条d第3項1文）⁶⁴。

2-4-6 執行猶予の取消しと刑の免除

猶予の取消しと刑の免除をめぐるルールに関しては⁶⁵、特別委員会は、当時の現行法や1962年草案の厳格な規定ぶりを大幅に緩和している。

再編された取消しの要件は、①執行猶予中の再犯、②負担又は指示に対する甚だしい（gröblich）又は執拗な（beharrlich）違反、③保護観察官の監督指導の執拗な拒否のいずれかの事由に該当し、それにより対象者が、刑の執行猶予の理由とされた期待を充たさなかつたことを示すことである（25条1項=56条f

64) Meyer-Reil, S. 315 f. ただし、保護観察官は、対象者の行状を、裁判所の決めた時期ごとに報告し、甚だしい又は執拗な負担・指示違反を通知する（24条c第3項2文=56条d第3項2文）。この保護観察官の義務は、1969年になって再度行われた連邦司法省の各州の司法行政当局との協議で求められた追加を特別委員会が是認したものである（Meyer-Reil, S. 322 f.）。なお、（専任又は名誉職の）保護観察官の活動形態、連邦法による保護観察の実効性担保の範囲、州法への委任の範囲などについては、刑法施行法（Einführungsgesetz）で定める旨が注記されることとなった（Meyer-Reil, S. 299）。

65) Erster Bericht, S. 13 f.

第1項)。報告書によれば、後者の実質要件の付加「により、現行法とは反対に、取消しが機械的に行われることが妨げられ、裁判所があらゆる事案で理に適った判断をなすことが可能となる」という。1962年草案では残っていた猶予要件の欠如の事後的発覚や受皿条項的な事由は撤廃され、「今後は、猶予期間中の非難されるべき行動だけが、取消しを帰結しうる」こととなった⁶⁶⁾。

また、上記の取消要件に該当する場合も、裁判所は、猶予期間の延長又はさらなる負担若しくは指示、特に保護観察官の下に置くことで足りる場合には、取消しを見合わせることにされた(25条2項=56条f第2項)。ここで「足りる」というのは、報告書によれば、善行予測を維持できるのに足りるという意味である。

そして、取消事由の存在はもはや必要に取消しを帰結しないことを踏まえて、刑の免除の裁判を、取消事由の(実体的)存否に依存させる従前の規定ぶりから、「取消しをしない場合には、執行猶予期間の経過後に、刑を免除する」というシンプルな定めとなった(25条a第1項=56条g第1項)⁶⁷⁾。

最後に、刑の免除の裁判があった後に、猶予期間中の故意の再犯により有罪判決を受けた場合の免除の取消しについては、再犯の有罪判決が自由刑6月以上で、猶予期間経過後1年以内かつ有罪判決の確定から6か月以内に制限されることとなった(25条a第2項=56条g第2項)⁶⁸⁾。

結びに代えて——1969年改正の科刑実務への影響

以上、本稿では、1953年にドイツ刑法に導入された刑の執行猶予制度が、

66) 特別委員会の審議では、形式的な取消事由の内容(猶予期間経過後の再犯を含めるか、負担・指示違反による取消しは警告を前提とするか)及びそれを充足する場合の取消しの判断をどのように方向づけるかをめぐり、活発な議論がなされた(Meyer-Reil, S. 300 ff., 317)。

67) Meyer-Reil, S. 303.

68) なお、各州の司法行政当局からこの種の規定が実務的に必要であるとの意見は聞かれず、削除を主張する州もあったという(Meyer-Reil, S. 318 Fn. 467)。

1969年の刑法総則改正により、何より適用範囲の大幅な拡大（猶予可能な宣告刑の9月から2年への引上げや、前科欠格の撤廃）を通じてその姿を大きく変えるまでの議論の経緯を概観してきた。

執行猶予制度の改正がその重要な一部をなした1969年の刑法総則改正全体の趣旨の科刑実務への影響が甚大であったことは、ドイツの科刑実務の経年変化を示す後記の図1⁶⁹⁾を見れば一目瞭然である。

図1は、ドイツにおける（正式の⁷⁰⁾）刑事制裁のうち、自由刑の実刑（unbedingte Freiheitsstrafe）（少年刑等の実刑も含む施設内制裁全体の意味で、stationäre Sanktionen）、執行猶予（少年刑の執行猶予をも含む意味で、bedingte Strafen）、罰金刑（Geldstrafe）、その他（Sonstige）が、各年にそれぞれ何%の割合を占めてきたかを示している⁷¹⁾。1953年を境に登場する白い部分が執行猶予であり、その上と下の灰色の部分がそれぞれ罰金と自由刑実刑である。1953年に執行猶予制度が導入されて以降、1969年の改正に至るまでの時期においては、（正式）刑事制裁のおおむね3割から4割を自由刑が占め、その中で執行猶予が占める割合はおおむね3割から3割5分といったところであった。それが、同改正以降、自由刑全体の割合は2割前後に低下し、そのうち執行猶予の占める割合は、6割から7割程度に上昇している⁷²⁾。

執行猶予率の経年変化をより正確に把握できるのが、後記の図2⁷³⁾である。

図2は、一般刑法での有罪人員⁷⁴⁾について、刑期（6月未満、6月、6月超9月以下、9月超12月以下、12月超24月以下）別の執行猶予率の経年変化を示し

69) 出典：Heinz（前掲注6）, S. 55, Schaubild 4b.

70) 刑訴法153条aによる負担付打ち切りなど、裁判を経ることなく、事実上制裁的な意味合いを有する措置（国庫や公益的施設への金員支払いなど）が課される場合を除く趣旨である。

71) 死刑（Todesstrafe）はその廃止前も算入されていない。対象地域は、東西ドイツ分裂時代は西ドイツ、再統一後は旧西ドイツ諸州（ただし、1995年以降のベルリンは全域）である。2007年以降は、旧東ドイツ諸州も併せた全独の数値も併記されている。

72) 1969年改正の前後におけるドイツの執行猶予率の変化を分析した邦語文献として、市川敬雄「刑の執行猶予」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第6巻』（1982）197頁以下。

73) 出典：Heinz（前掲注6）, S. 77, Schaubild 20.

図 1

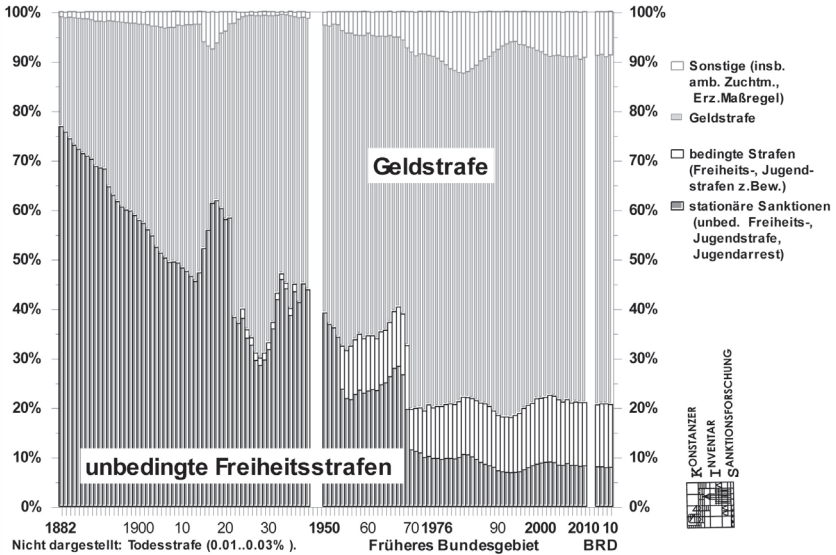


Schaubild 4b: Entwicklung der Sanktionierungspraxis, aber ohne informelle Sanktionen. Deutsches Reich bzw. früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin (FG), seit 2007 FG und Deutschland. Anteile, bezogen auf nach allgemeinem und nach Jugendstrafrecht Verurteilte

たもので、下の欄に、自由刑全体の執行猶予率（Auss. Rate insg.）と猶予可能な2年以下の刑の執行猶予率（Aussetzungs-Rate bezogen auf die aussetzungsfähigen Freiheitsstrafen insgesamt）の5年ごとの数値が記されている。法律上は例外とされている1年を超え2年以内の刑の執行猶予率が1970年代から80年代にかけて急激に、それ以降も着実に上昇するにつれて、全体の猶予率もおおむね6割から7割程度へと上昇し、近年は安定している状況である。

ドイツにおける刑の執行猶予制度は、1970年代以降も数度の法改正を経験している⁷⁵⁾。当然ながら、それぞれに意義のある改正であるが、それらは、1969年改正により基礎が形成された制度の根幹には関わらない、部分的改修というべきものである。そこで、それらの改正をも含む制度の展開及び運用の

74) 対象地域は旧ドイツ、再統一後は旧西ドイツ諸州（ただし、1995年以降のベルリンは全域）である。2007年以降は、旧東ドイツ諸州も併せた全独の数値も併記されている。

図 2

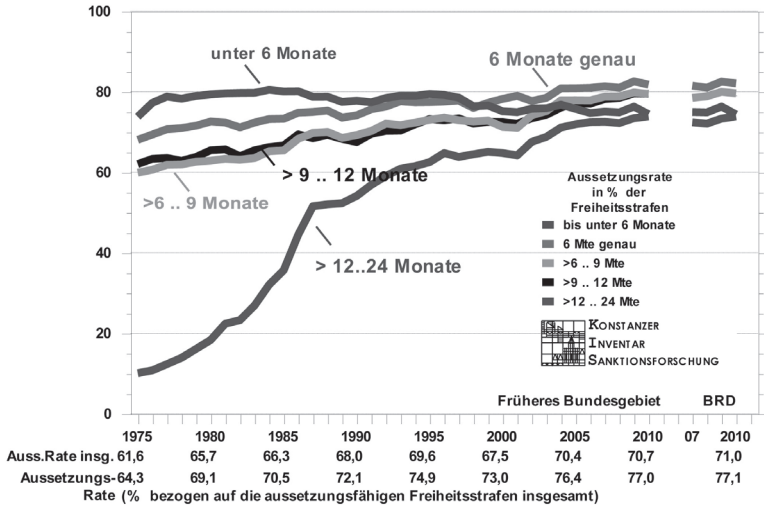


Schaubild 20: Nach allgemeinem Strafrecht Verurteilte nach der Dauer der zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafen. Anteile, bezogen auf die jeweils aussetzungsfähigen Freiheitsstrafen (Aussetzungsraten). Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin (FG), seit 2007 FG und Deutschland

現状の紹介、そしてわが国における課題を意識した比較法的分析については別稿に委ね、結びに代えることとしたい。

75) その中で、比較的重要なものとして、1986年改正 (BGBl. I 1986, S. 393) による、1年を超え2年以下の刑の執行猶予要件 (刑法 56 条 2 項) の緩和がある (Meyer-Reil, S. 333 f. 参照)。その刑期カテゴリーについて猶予を付しうるのは、1969年改正法によれば、「犯行及び刑の言渡しを受ける者の人物に特別の事情が存する場合」とされ、犯行と犯人の双方に特別事情が必要であるという固い解釈があり得た。1986年改正は、「犯行及び刑を言い渡される者の人物の全体評価」によれば特別の事情が必要というように文言を修正し、柔軟な解釈を可能とした。厳格な例外として導入された1年超2年以下の刑の執行猶予であったが、まず一審実務が寛大に適用し、次いで1980年のBGH判例 (BGHSt 29, 370) もそれを後押しする判断を示した。それにより拍車のかかったこの刑期カテゴリーの執行猶予率の上昇を、立法者は追認したのである (Schäfer u.a. [前掲注 6], S. 55 参照)。