

Title	ヨーロッパにおける受刑者移送制度の動向：ドイツの状況を手がかりに
Sub Title	Überstellung von Strafgefangenen und transnationale Vollstreckung von Freiheitsstrafen in Europa
Author	Osten, Philipp
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.127- 172
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0127

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.

ヨーロッパにおける受刑者移送制度の動向

——ドイツの状況を手がかりに——^(*)

フィリップ・オステン

- 一 はじめに
- 二 ヨーロッパにおける受刑者移送制度の発展
 - (一) 国際司法共助体制における受刑者移送制度の位置づけ
 - (二) CE条約成立以前の歴史的沿革
 - (三) CE条約と追加議定書の概要
 - (四) CE条約成立以後の発展とEUにおける新たな動向——相互承認原則
- 三 CE条約に関する近年の実施状況——ドイツを素材に
 - (一) ドイツにおける受刑者移送制度の概要
 - (二) ドイツにおける外国人の受刑状況
 - (三) ドイツにおける送出移送の実績
 - (四) ドイツ人の外国における受刑状況
 - (五) ドイツにおける受入移送の実績
- 四 CE条約に基づく移送をめぐる近時の課題——ドイツを素材に
 - (一) 執行方式——転換方式の射程範囲
 - (二) 裁判国における手続の適正さに対する執行国の判断
 - (三) 移送の拒否に対する司法審査の可否
 - 五 EUにおける他の執行共助制度との関連性
 - (一) 欧州逮捕状に関する枠組決定(二〇〇二年)
 - (二) 罰金刑等への相互承認原則の適用に関する枠組決定(二〇〇五年)
 - 六 おわりに——今後の展望
 - (一) 自由刑等の執行への相互承認原則の適用に関する枠組決定(二〇〇八年、未発効)
 - (二) 「合意型モデル」から「刑罰執行の移管」へ

一 はじめに

受刑者移送制度⁽¹⁾はヨーロッパにその起源を有し、現在においてもなおさまざまな形で発展を続けている。その背景には、人々の自由な越境的移動・活動を可能にした近時の EU 域内統合のプロセスが大きく関係している。すなわち、EU 統合の加速化に伴って各加盟国において越境犯罪と外国人犯罪の問題が顕在化した結果、EU 加盟国間の刑事における司法協力の需要が高まり、捜査・訴追・執行の各領域において、さまざまな制度が設けられてきたのである。これに関連して、刑罰、ことに自由を剝奪する刑の執行の領域における共助制度としては、国際受刑者移送がある。とりわけ、一九八三年の欧州評議会 (Council of Europe) の「刑を言い渡された者の移送に関する条約」(以下、CE 条約と略す) は、この領域において現時点で最も整備された法的枠組みである。同条約は、日本をはじめとするヨーロッパ以外の多くの国をも含む極めて高い加入率をみせており、今日においてもなお重要な役割を果たしている。ただし、ヨーロッパにおける移送制度に関しては、執行の共助に関する他の (EU 特有の) 制度および行刑以外の領域における各種の司法共助制度と密接な関連性があること、さらに、後述するように、CE 条約とは異なる、EU 独自の制度が近年模索されていることを看過してはならない。

なお、CE 条約の運用・実施についてのヨーロッパ全域にわたる包括的な統計データは欧州評議会においても EU においても集計されておらず、また、各国の実施状況を個別に把握・分析することは現実的にも (紙幅の都合上も) 困難なため、本稿では、EU の中心的な国の一つであり、CE 条約にも比較的早期の段階から加入しているドイツの状況を手がかりとして、検討を行うこととする。本稿の移送実績に関するデータ集計にあたっては、ドイツ連邦司法省、外務省、連邦統計局、各州司法省等により刊行される公的資料のほか、かつては連邦司法省の一部署であったが、二〇〇七年から分離され現在ドイツの国際司法共助全般を一元的に所轄している連邦司法

庁 (Bundesamt für Justiz, BfJ、所在地：ボン) の移送担当課に直接照会およびインタビュー等を行い、若干ながら独自の調査を実施した。

本稿では、ヨーロッパにおけるCE条約締結に至るまでの歴史的な沿革と同条約成立後の主な展開をごく簡単に概観(以下二)した上で、同条約に基づく受刑者移送の近年の実施状況についてドイツを素材にして紹介(三)しながら、その実施をめぐって近年提起された理論上の問題と実務上の課題(四)をいくつか取り上げ、若干の検討を加えることとする。また、受刑者移送制度とEUにおけるその他の執行共助制度との関連性を敷衍(五)した上で、最後に、今後の展望として、刑の執行の共助について現在EUで構築されようとしている新たな制度の方向性(六)についても素描することとする。

二 ヨーロッパにおける受刑者移送制度の発展

(一) 国際司法共助体制における受刑者移送制度の位置づけ

ヨーロッパにおける受刑者移送制度の発展を概観する場合、単に受刑者移送制度の時系列的な動向だけに注目していたのでは、その発展の意義を十分に深く掘り下げることはできない。なぜならば、受刑者移送制度の歴史はまだ浅く、しかも、犯罪人引渡しや証拠の収集など他の伝統的な国際刑事司法共助の諸制度と極めて密接に関連し、かつ、それらの制度や仕組みの影響を色濃く受けながら、近年になって発展してきたものであるからである。たとえば、伝統的な国際刑事司法共助のなかでも、犯罪人引渡しの歴史はとくに古く、仮に近代的な犯罪人引渡しの法的枠組みが整備されるようになったときを起点としても、既に一九世紀前半にはその萌芽が見受けられるのに対して、受刑者移送制度は、二〇世紀の後半になってようやくその端緒が現れたのにすぎない。した

がって、——本稿の主たる関心事はあくまでも受刑者移送制度ではあるが——本章では、適宜必要に応じて（本制度の意義を理解する上で最低限看過してはならないと思われる範囲内で）、受刑者移送制度だけではなく、他の伝統的な国際刑事司法共助の発展についても、ヨーロッパにおける動向を中心に、若干の言及を行うこととする。

そもそも、人の身柄の移送に関する国際刑事司法共助には、主としてA「刑事訴追」とB「刑（処分）の執行」という二つの目的がある。そして、Aの目的とBの目的が達成されるべき段階は、刑事手続の各段階に応じた三段階、つまり、①訴追（捜査）段階から判決確定前、②判決確定後から刑事施設収監前および③収監後から受刑中の三段階に依りて、それぞれ異なっていると考えることができる。⁽³⁾すなわち、Aは、「刑事訴追」を指すものであるから、もっぱら①の段階で問題となるのに対して、Bは、「刑（処分）の執行」を指すものであるから、主として②と③の段階で問題となる。したがって、人の身柄の移送に関する国際刑事司法共助では、A①「刑事訴追のための引渡し」、B②「刑の執行（開始）のための引渡し」およびB③「刑（処分）の執行（継続）のための移送」という三つの類型を考えることができるのである。この分類によれば、伝統的な犯罪人引渡し制度の枠組みのなかで「引渡し」の対象とされてきたものは、A①に該当し、受刑者移送制度の枠組みのなかでいわゆる「移送」の対象とされてきたものは、B③に該当することになる。この点、B②「刑の執行のための引渡し」は、日本ではこれまであまり明確に意識されておらず、殊更に論じられることもほとんどなかったように思われる。しかし、判決確定後・収監前の段階にいる者の身柄確保の問題（たとえば、保釈により身柄拘束されていない被告が自由刑の有罪判決直後に収監を免れるために逃亡した場合や、フランスやイタリアにみられるような欠席裁判の場合など）、すなわち、B②に該当する問題は、実際的にも観念されうるものである。事実、日米犯罪人引渡条約一条などでも「刑の執行のための引渡し」もできることが明記されている。さらに、近年の欧州逮捕状制度でも、A①に該当する者だけではなく、B②に該当する者をも捕捉できるように、すなわち、「刑事訴

追のための引渡し」と「刑の執行のための引渡し」ができるように、制度設計が図られている（詳しくは、二四以下で概観する）。

国際刑事司法共助について、その沿革をたどれば、第一次的には、「引き渡すか、処罰するかせよ」(*aut dedere, aut judicare*)というオランダの著名な法学者グロティウスの言葉にも象徴されているように、逃亡犯罪人の刑事訴追に主たる関心が向けられていたといつてよい。とりわけ、逃亡犯罪人を不処罰のまま放置するのではなく、いかに効率よく訴追・処罰を行うかということに焦点が絞られていたともいえる。そのような意味では、従来の伝統的な国際刑事司法共助では、刑罰権という形で国家主権の実施・貫徹に主眼が向けられていたといつてよい。これに対して、昨今の受刑者移送制度は、それとは趣をやや異にしている。すなわち、本制度の場合には、対象となる者の社会復帰や人道的な処遇など、個人の基本的人權の尊重というこれまでとはやや異質な観点にも重きが置かれているのである。前述のように、犯罪人の引渡しと受刑者の移送では手続段階および目的が異なるため、その点の違いは無視できないものの、国際刑事司法共助に見受けられる一般的な傾向として、このように、従来の国家主権を中心とした、効率的な訴追・処罰という観点だけではなく、個人の基本的人權という観点にも次第に目が向けられはじめていることは、一つの重要な変化であるといえよう。

さらに、従来の伝統的な国際刑事司法共助を支えてきた中心的な概念である相互主義および双方可罰性（双罰性）⁽⁴⁾の要件（対象となる行為が請求国の法律と被請求国の法律との双方で可罰的であること）⁽⁵⁾が、徐々に緩和される傾向にあることから、ある種の潮流を読み取ることができる。⁽⁵⁾すなわち、かつての国家主権を（やや過剰に）重視する立場から——やはり依然として国家主権に軸足を置きつつも——国際協調をも十分に加味する立場への加速的な流れである。しかし、実際には、このような国際化の潮流でさえも単調なものではない。なぜならば、双罰性が緩和され、ついには放棄する動きまであったにもかかわらず、近年では、双罰性の緩和傾向に——とりわ

け、ここでも人權の尊重という観点から——ある程度の歯止めがかけられているからである（詳しくは、二四・五・六で概観する）。

このような潮流を読み解くためには、双罰性要件の源流を探る必要があると思われる。この点、重要であるのが一九世紀頃からのヨーロッパの国際刑事司法共助（とりわけ、犯罪人引渡し）である。一九世紀から二〇世紀初頭までのヨーロッパでは、引渡犯罪には列举方式、すなわち、引渡しの対象となる犯罪をすべて列举する方式を採用していた。しかし、それでは続発する新たな犯罪に対処することが困難であるため、次第に包括方式ないし消去方式、すなわち、一定以上の刑罰が定められている犯罪をすべて引渡対象犯罪とする方式が採用されるようになった。ところが、包括方式の場合には、逆に、引渡しの対象犯罪が無限定になるおそれがあった。そこで、包括方式を採用する際には併せて双罰性の要件が付されるようになったのである。

また、一九世紀当時のヨーロッパでは自国の国家主権というものが今以上に重視されていた。そのため、各国は、外国からの要請であるからといって直ちに請求に応じるのではなく、あくまでも双方の対等な関係に立脚した相互主義に基づいて、他国からの要請に協力するかどうかの裁量の余地を自国の政治的判断の材料として残しておこうとした。そこで、このような観点からも、双罰性の要件を具備することが、引渡しなどの国際刑事司法共助の請求に応じるための前提条件の一つとされたのである。

さらに、この双罰性の要件が必要とされた実質的な理由としては、以下の点を指摘することもできよう。すなわち、国家刑罰権の発動という国家主権の最重要な局面において、他国では可罰的な行為であっても自国では可罰的でない行為を根拠に自国の国家刑罰権を発動することは、本来的には自国では不可罰であるはずの行為が一定限度で制限され、他国に譲歩を迫られることになるという点で、自国の主権の根幹をゆるがすおそれがあると懸念されたのである。また、請求国の言い分を鵜呑みにせず、改めて被請求国が独自に司法判断を行うというこ

とからは、請求国の司法制度に対する被請求国の一種の不信感をも看取することができるといえよう。いずれにしても、各国には、双罰性を具備するか否かを自国で審査することによって、請求国で可罰的であるというだけでは、被請求国は請求を拒むことができる、という余地が残されたのである。

しかも、当初、この双罰性の要件は、具体的なもの（具体的双方可罰性）が要求された。すなわち、犯罪構成要件および処罰条件などがほぼすべての点で同一であることが要求されたのである。しかしながら、それでは双罰性の要件が厳格すぎて、対象となる行為があまりにも制限されすぎてしまい、各国間での円滑な司法共助に大いに支障を来すおそれがあることから、のちには、要件が緩和されて、抽象的なもの（抽象的双方可罰性）でもよいとされるようになった。すなわち、両国の犯罪構成要件の基本的な部分が概ね共通していれば足りるのであつて、罪名や罪質が厳密に一致していなくてもよいと解されるようになったのである。

（二）CE条約成立以前の歴史的沿革

ここで、改めてヨーロッパの歴史に目を転じてみると、第二次世界大戦後、戦禍によって疲弊していたヨーロッパでは、域内での政治的・経済的な統合を強化しようとする傾向が強まった。そのため、一九四九年五月、ヨーロッパの統合、政治的安定性の強化、人権擁護、民主主義・法の支配の普及などを目的として、欧州評議会が設置された。欧州評議会は、現在も精力的に活動を続けており、一九八七年の「ヨーロッパ拷問等禁止条約」や一九九五年の「民族的少数者の保護に関する枠組条約」など、主として人権保障に関するものを中心に、これまでに二一二件⁽⁶⁾の法的文書を採択している。⁽⁷⁾その後、ヨーロッパでは、フランスの外相シューマンの提唱に基づいて、一九五二年にヨーロッパ石炭鉄鋼共同体（ECS C）が創設された。ECS Cは、一九五八年のヨーロッパ経済共同体（EEC）・ヨーロッパ原子力共同体（EURATOM）、一九六七年のヨーロッパ共同体（EC）な

どを経て、今日のヨーロッパ連合 (EU) の母体となった。⁽⁸⁾

ヨーロッパ内部の政治的・経済的な結びつきが強くなると、物流などの交通の自由も飛躍的に増大し、越境犯罪も次第に頻発するようになった。そして犯罪が増加するにつれて、徐々にヨーロッパ内部での司法共助の需要も高まるようになっていった。こうして、前述の欧州評議会は、その構成国間で初の国際刑事司法共助に関する条約である一九五七年のヨーロッパ犯罪人引渡条約を嚆矢として、国際刑事司法共助に関するいくつもの重要な条約を締結していくこととなったのである。そのなかでも、CE条約との関係でとくに重要なのが、一九七〇年のヨーロッパ刑事判決条約である。⁽⁹⁾ 同条約は、外国刑事判決の執行に関する画期的な条約であったため、後述するように、のちのCE条約にも大きな影響を及ぼすこととなった。

ここで、ヨーロッパ刑事判決条約の要点をごく掻い摘んでいえば、この条約の主眼は、ある加盟国で確定した刑事判決の執行力や一事不再理の効力などを別の加盟国でも広く認められるようにすることにある。したがって、この条約によれば、ある加盟国でなされた自由刑、罰金、没収などの処分を請求があれば他の国でも執行できることになる。この点、自由刑の執行という側面に限ってもCE条約に先んじた内容を有していたといえる。しかしながら、この条約にはこのように画期的な内容が盛り込まれていたにもかかわらず、⁽¹⁰⁾ 二(三)で概観するように、CE条約と比べて手続が厳格・煩雑であるため、実務上の負担も重く、受刑者の移送までにはかなりの時間を要したとされる。⁽¹¹⁾ それゆえ、この条約は、当初期待されていたほどに成果を上げることができなかった。実際、締約国の数も伸び悩み(二〇一一年五月末時点で二二カ国)、結局、ドイツも一九七〇年に署名はしたものの、現在に至るまでこの条約には加入していないのである。⁽¹¹⁾

(三) CE条約と追加議定書の概要

一九八三年三月、これまでの諸種の条約を踏まえて、とりわけ、前述したヨーロッパ刑事判決条約の不備などを踏まえて、フランスのストラスブールで欧州評議会主導の下に、CE条約が締結される運びとなった。⁽¹²⁾ この条約が締結された背景には、越境犯罪の多発に伴う外国人受刑者の増加という問題があった。一般的に、外国人受刑者は、自国民たる受刑者と比べて、言語・習慣・風俗・宗教などが異なっていることが多い。そのため、受刑者としての取扱いはずと内外国人の別を問わず公平一律であることが望ましいとしても、前記のような文化的な差異があることを考慮すれば、外国人受刑者と自国民とを完全に同等に遇することはかえって悪平等を招くおそれがある。また、外国で受刑しているため、通常は母国にいる家族との面会も非常に困難である。したがって、これらの観点からは、外国人受刑者の処遇には適切な配慮が求められているといえる。この点、CE条約の目的が、従前の伝統的な犯罪人引渡しのように、簡易迅速な手続の実施や国家刑罰権の貫徹、あるいは国際協力のいっそうの促進だけではなく、受刑者の改善更生、社会復帰や人道的な処遇などにも向けられていることは極めて重要である。⁽¹³⁾

このCE条約は、ヨーロッパ（欧州）評議会主導の下に作成されたものであるにもかかわらず、「ヨーロッパ」という言葉を冠していない。これは、この条約の性格を端的に特色づけている。すなわち、この条約は、欧州評議会の構成国のみならず、世界的な規模で運用されることが期待されているのである。⁽¹⁴⁾ 実際、アメリカ、カナダ、韓国などの欧州評議会の加盟国以外の国にも広く本条約の門戸は開放されており、現在では、全世界の六四カ国がCE条約に加盟している。⁽¹⁵⁾ 日本も、二〇〇二年六月に国際受刑者移送法を制定し、同年七月に本条約を批准したことによって、CE条約のすべての当事国との間で受刑者の移送ができるようになった。さらに、日本は、二〇一〇年に初の二国間受刑者移送条約という形でタイとの間にも条約を結んだため、⁽¹⁶⁾ 二〇一一年九月末時点では、合計六四カ国との間で受刑者の移送ができるようになったのである。なお、ドイツは、一九九一年九月にCE条

約の国内担保法を整備し、同年一〇月に批准している⁽¹⁷⁾。

次に、C E条約の具体的な内容を概観してみると、同条約三条一項によれば、以下の六つの要件が充足されなければ、移送はできないとされている。すなわち、(a)受刑者が執行国の国民であること、(b)判決が確定していること、(c)残りの刑期が六カ月以上ないし不定期であること、(d)受刑者本人又は場合によっては代理人の同意があること、(e)双罰性の要件を具備していること、および(f)裁判国と執行国の双方が移送に同意していること、である。

さらに、C E条約を、一九七〇年のヨーロッパ刑事判決条約と対比すると、以下の五つの点で、その特徴が明らかになる⁽¹⁸⁾。このうち(1)から(4)までは、C E条約とヨーロッパ刑事判決条約は顕著な差異を示している。なお、C E条約とヨーロッパ刑事判決条約との関係については、C E条約二二条四項で調整が図られている。

まず、(1)対象となる処置に関しては、ヨーロッパ刑事判決条約の対象は自由刑若しくは自由剝奪処分による受刑者の移送のみならず、罰金、没収などの執行にも及んでいたのに対して、C E条約では当該受刑者の移送のみに限定されている。次に、(2)ヨーロッパ刑事判決条約三条二項では裁判国にしか請求が認められていなかったのに対して、C E条約二条三項では裁判国の要請のみならず執行国の要請に基づいても移送ができるとされている。また、(3)ヨーロッパ刑事判決条約では移送には本人の同意は不要とされていたのとは対照的に、C E条約三条(d)では移送に本人の同意が必要とされている。C E条約で移送に本人の同意が必要とされている理由としては、受刑者の移送は主として本人の社会復帰を目的とするものであるため⁽¹⁹⁾(条約前文)、本人にその気がないのに移送をしても社会復帰の効果がさほど期待できないからであるとされる。さらに、本人の同意を要求することによって時間のかかる手続(本人による不服申立など)を回避しようという狙いもある。そして、(4)ヨーロッパ刑事判決条約六条では裁判国の請求に応じることがかなり義務的に求められていたのに対して、C E条約では、締約国に

移送請求に応じることが義務づけられていない。それゆえ、CE条約の方が運用に際して各国に裁量の余地が多く残されているといえる。最後に、(5)CE条約三条一項(e)で双罰性の要件を充足することが求められていることも重要である。これについては、ヨーロッパ刑事判決条約四条では、いわゆる具体的双罰性が要求されていた⁽²⁰⁾。そして、CE条約三条(e)でも同様に具体的双罰性を採用しているという見解もある⁽²¹⁾。その根拠として、CE条約の注釈書とヨーロッパ刑事判決条約の注釈書の両方ともに同じ文言で説明が繰り返されていることが挙げられている⁽²²⁾。しかし、現在の学説・実務では、抽象的双罰性を具備すれば足りると解されているようである⁽²³⁾。

このように、一九八三年のCE条約は、一九七〇年のヨーロッパ刑事判決条約の長所と短所をよく踏まえて作成されているといえる。まず、両条約に共通する特徴として、対象者の改善更生を期し、人権の尊重に努めるという両条約の姿勢は、従来の伝統的な国際刑事司法共助制度とは大いに理念を異にしていると評しえよう。次に、CE条約に現れる改善点をみれば、同条約の手續がヨーロッパ刑事判決条約のそれに比べて簡易化され、CE条約で移送が義務づけられなかったことは、各国にその分だけ裁量の余地を与え、実務上の負担を軽くするものであったと思われる。また、ヨーロッパ刑事判決条約は欧州評議会の加盟国にしか開放されていなかったのに対して、CE条約が広く世界に門戸を開放していることも、加盟国数の増加をもたらした(ヨーロッパ刑事判決条約二カ国に対して、CE条約は六四カ国)。さらに、双罰性の要件などで、CE条約は、伝統的な国際刑事司法共助に関する枠組みの影響を顕著に受けている。この点、制度設計や实施方式などの点でも、従来の仕組みが転用されている部分が多いのである。

CE条約に加えて、一九九七年に欧州評議会によって採択されたCE条約に関する追加議定書がある。ドイツは二〇〇七年にこの追加議定書に加入したが、日本をはじめとする欧州評議会の非加盟国は一カ国もこの議定書には加入していない。現在の締約国数は、三五カ国と、CE条約の加盟国数の約半分程度にとどまっている⁽²⁴⁾。

受刑者の改善更生や社会復帰をも重視する C E 条約の理念に照らせば、追加議定書の目的は、やや異なる点にあるように思われる。つまり、追加議定書の主眼は、同議定書二条からも明らかのように、受刑者の逃亡事例に向けられている。すなわち、収監される前または服役中に裁判国から他国（主として母国）に逃亡した者については、従来の C E 条約では対処できなかったので、追加議定書ではそのような者についても他国での刑の執行を可能とすることによって C E 条約の不備を補ったわけである。もともと、このようなケースは、E U 加盟国のように国境を自由に移動できる陸続きの諸国であればともかく、四方を海で囲まれている日本では考えにくく、少なくとも日本の実務上は、重要性に乏しいようにも思われる。ちなみに、C E 条約とは対照的に、追加議定書二条三項では移送に際して本人の同意は不要とされている点も特徴的である。

なお、冒頭の二(一)で述べた分類、すなわち、人の身柄の移送に関する国際刑事司法共助を、A ①「刑事訴追のための引渡し」、B ②「刑（処分）の執行（開始）のための引渡し」および B ③「刑（処分）の執行（継続）のための移送」の三つに分類する方法によれば、C E 条約は、最後の B ③に該当することになる。これに対して、追加議定書は、B ③の場合だけではなく、B ②の場合、さらにはそもそも身柄の移送を伴わないような場合にも適用されることがある。身柄の移送を伴わない場合には、対象者（人）の移送の代わりに、対象者に関する「執行権の移譲」（要請国からみた場合）ないし「執行権の引受け」（被要請国からみた場合）ともいいうる、新たな（現在の潮流を先取りする要素をも内包する）共助形態を示唆しているといえるかもしれない。

（四） C E 条約成立以後の発展と E U における新たな動向——相互承認原則

C E 条約成立以後、それに関連するその他の法的文書としては、日本ではほとんど注目されていないが、一九九一年の「欧州共同体の外国刑事判決の執行に関する条約」⁽²⁵⁾がある。同条約の主眼は、有罪判決を受けた者が裁

判国とは別の加盟国に逃亡等により滞在している場合に、その滞在国が裁判国から刑の執行の要請を受けた場合にその者の同意がなくても刑を執行することができる点にある。つまり、同条約は、CE条約の制度枠組みとは異なり、むしろ前述の追加議定書の枠組みと類似した執行共助形態を規定しているのである。ただ、同条約は、批准している国が非常に少ないため未だに発効しておらず、一部の加盟国間では暫定的に実施されているものの、⁽²⁶⁾ 実務上はほとんど活用されていない。

近年、EUにおけるそれまでの刑事司法共助の「障害」とされたものを除去しようとする新たな制度枠組みが登場した。一九九九年一〇月にフィンランドのタンペレで開催されたEU特別理事会で採用された相互承認の原則である。⁽²⁷⁾ この原則は、相互の信頼に基づいて、「ある加盟国において適正な手続に基づいて出された裁判による決定を、その他の加盟国においても自国の適正な手続に従って出された有効な決定として相互に受け入れる」ということを主眼にしている。すなわち、この原則によれば、ある加盟国によって適正になされた司法判断は他のすべての加盟国でも原則としてそのまま承認されることになるのである。そして、ヨーロッパのある国の司法判断がヨーロッパの全域内で比較的速やかに、かつ、外交ルートなどを介さずに当事国の司法当局間で直接的に承認されれば、司法協力には時間がかかったり、司法判断以外の判断が混入したりするおそれがある、という障害も除去され、越境的な刑事訴追が効果的かつ効率的にできるようになる。この点、そもそも、相互承認の原則は、物流の拡大を目的として、手続を簡易迅速化するため、刑事法ではなく、ヨーロッパの域内市場法から生じた（いわば民事法上の）概念であり、⁽²⁹⁾ 欧州司法裁判所によって発展させられてきた概念である。したがって、この原則が採用された背景に、刑事法の分野でも手続の簡易迅速化を図ろうとする目的があったことは明らかである。しかし、同時に、このような原則を採用することができたのは、ヨーロッパ各国がこれまでの司法共助を通して培ってきた相互の法制度に対する一定の信頼、そして、比較的共通の法文化という土壌があったことにも疑

問の余地はないであろう。この点は、相互の信頼を基本原則としていたわけではない（むしろ、不信感に根ざしていたとも評しうる）従来の司法共助制度とは大きく異なっている。⁽³⁰⁾ いずれにしても、EUのあらゆる刑事司法共助は、こうして次第に相互承認の原則を基盤とするようになってきているのである。

この相互承認の原則に基づく一連の枠組決定⁽³¹⁾のなかでもとくに重要なのが、二〇〇一年九月一日にアメリカで起こった同時多発テロを契機として、二〇〇二年六月にEU理事会によって採択された「欧州逮捕令状及び加盟国間の移送に関する理事会枠組決定」（以下、「欧州逮捕状枠組決定」という）である。⁽³²⁾ 同枠組決定によって導入された「欧州逮捕状」とは、「刑事訴追を行い又は自由刑若しくは自由剝奪を伴う保安処分を執行する目的で、一加盟国が他の加盟国の被請求者の逮捕及び引渡しを求めるために発付する司法的決定」（一条一項）をいうとされている。

欧州逮捕状枠組決定に際して、まず注意しなければならないのは、欧州逮捕状制度には、二つの仕組みがそれぞれ内在しているということである。具体的にいえば、欧州逮捕状制度の対象となる者は、冒頭の二(一)で述べた分類、すなわち、人の身柄の移送に関する国際刑事司法共助を、A①「刑事訴追のための引渡し」、B②「刑（処分）の執行（開始）のための引渡し」およびB③「刑（処分）の執行（継続）のための移送」の三つに分類する方法によれば、A①およびB②の対象となる者ということになる。換言すれば、この決定では「逮捕」という用語が使用されているにもかかわらず、「刑事訴追を行い又は自由刑若しくは自由剝奪を伴う保安処分を執行する目的」という文言によって、A「刑事訴追」の対象となる者のみならず、「自由刑若しくは自由剝奪を伴う保安処分」の対象となる者、すなわち、B「刑（処分）の執行」の対象となる者も「逮捕」できるとされているのである。また、この決定によって、従来の伝統的な犯罪人引渡し制度のような外交ルートを通じての引渡しではなく、司法当局間で直接的に身柄を引き渡すことができるようになった。したがって、欧州逮捕状制度は、①の

段階の一種の簡略化された引渡手続であるといえるとともに、C E条約(B③)よりも早期の②の段階での移送を実施できる手続でもあるといえるのである。

次に、さらに特筆されるべきであるのは、「欧州逮捕状」の制度では、三三一の犯罪類型(カタログ犯罪)で双罰性の要件が放棄されただけでなく、自国民不引渡し原則、特定性の原則、および政治犯不引渡し原則も排除されていることである。前述のように、これらの要件には、人権を手厚く保障する側面がある一方で、円滑な司法共助を妨げる要因もあった。それゆえ、欧州逮捕状枠組決定によってこれらの「障害」が除去された結果、共助の手続は大幅に簡易・迅速化されることとなったのである。

こうして、欧州逮捕状制度は次第にE U域内の引渡し主流を占めるようになっていった。すなわち、二〇〇三年にイギリスが逃亡犯罪人法の制定によって欧州逮捕状の国内法化を行ったのを皮切りに、ドイツも二〇〇四年に欧州逮捕状法を制定して刑事に関する国際司法共助法を改正し、同法のなかに欧州逮捕状に関する条項を追加するという形で国内法を整備した。そして、現在ではすべてのE U加盟国が国内法を整備し、もっぱらこの欧州逮捕状に則って実務上の手続が運用されるようになったのである。

しかしながら、いかに迅速な身柄確保のためとはいえ、他国で発付された逮捕状の効力をそのまま認めることについては、いくつかの疑問も呈されている。なかでも、双罰性の要件を完全に放棄することについては、依然として懸念の声が根強くある。そのような懸念を端的に表明したのが、前記の欧州逮捕状法に関するドイツ連邦憲法裁判所の違憲判決(二〇〇五年)⁽³³⁾である。本件で、主な争点となったのは、基本法(憲法)上の自国民不引渡しの原則(基本法一六条二項)および裁判(法的聴聞)を受ける権利(一九条四項)であるが、真に争点となったのは、双罰性の要件の欠如の問題であったという指摘がある。⁽³⁴⁾この判決の結果、ドイツの国内担保法として制定された欧州逮捕状法は、改正を余儀なくされることとなったのである。

以上のように、市場原理に由来する相互承認の原則をそのまま刑事司法共助にあてはめることは明らかにいくつかの点で問題があり、依然として、刑事法学者からの批判が根強く存在していることも看過されてはならないのである⁽³⁵⁾。

それにもかかわらず、相互承認の原則は、その後も、次第に、刑の執行の段階にも適用されるようになってきている。なかでも、とくに重要なのが、EU理事会によって採択された次の二つの枠組決定である。すなわち、(1)二〇〇五年の罰金刑等への相互承認原則の適用に関する枠組決定および(2)二〇〇八年の自由刑等の執行への相互承認原則の適用に関する枠組決定である。なお、後者(2)は未発効であるが、この枠組決定は、後述するように、CE条約の今後を左右する極めて重要な枠組決定となる可能性が高いといえる。なぜならば、受刑者移送に関するCE条約と対象領域が重複するからである。また、さらに興味深いのは、相互承認の原則を基調としながらも、双罰性の要件を設定するか否かの判断は、各国の裁量に委ねられているということである。

以上の発展を総括すると、受刑者移送制度をはじめとする国際刑事司法共助の諸分野では、グローバル化の波に伴って、世界的にも相互主義や双罰性要件などの伝統的な国際司法共助を支えてきた諸原則を緩和しようとする以前からの傾向が強まっている。とりわけ、ヨーロッパでは、一九九九年に民事法に由来する相互承認の原則が採用されたことによって、そのような緩和傾向に拍車がかかり、二〇〇二年の欧州逮捕状枠組決定では、双罰性要件や自国民不引渡し原則の放棄という形でそれが頂点に達した。しかし、これらの要件（とりわけ、双罰性の要件）を完全に放棄することについては、依然として懸念の声も根強い。とくに、欧州逮捕状に関するドイツでの違憲判断は、そのような懸念を端的に示しているものといえよう。さらに、近時の動向として、このような懸念の声をも踏まえてか、受刑者移送制度をはじめとする判決執行の段階では、これまでとはやや異なる動きが見受けられる。すなわち、前述した二〇〇八年の枠組決定において、相互承認の原則を基調としながらも、双

罰性の要件を設定するか否かは加盟国の自由意思に委ねる、とされたことによって——いわば「双罰性要件の放棄」が「放棄」されているという意味で——双罰性要件の緩和を促進させようとするそれまでの流れに一定の歯止めがかけられたのである。

三 CE条約に関する近年の実施状況——ドイツを素材に

(一) ドイツにおける受刑者移送制度の概要

受刑者移送に係るドイツの国内法としては、主として「刑事に関する国際司法共助法」(Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG. 以下、司法共助法と略す)がある。同法は、国際刑事司法共助全般を対象として定められた法であり、そのなかには受刑者移送に関する規定も包含されている。同法の受刑者移送に関する規定はもとも条約に基づかない移送を念頭に定められたものであるが、同法一条三項により、条約の内容が同法の規定に抵触する場合に条約が優先されるとされているため、CE条約(追加議定書も含む)および二国間条約(今のところタイとの条約のみ)の規定に抵触しない範囲で、同法の規定が適用されることになっている。⁽³⁶⁾さらに、CE条約加入の際に制定された「有罪判決を言い渡された者の移送の実施に関する法律」(Überstellungsgesetz, ÜAG)にも若干の特則等が定められている。

以上を踏まえて、ドイツの受刑者移送は、その法的根拠に応じて、以下の三つの態様に分けることができる。まず、最も頻繁に行われているのは、(1)CE条約(多国間条約)に基づく受刑者移送である。次に、ドイツはタイとの間に受刑者移送条約を個別に締結しており、このような(2)二国間条約に基づく受刑者移送も行われている。最後に、ドイツは受刑者移送に関して条約前置主義を採用していないため、CE条約に加盟しておらず、かつ、

ドイツとの間に二国間条約を締結していない国家との間でも、(3)条約に基づかない受刑者移送が行われる場合がある。この点、日本は条約前置主義を採用しているため、比較する際には注意する必要がある。

(二) ドイツにおける外国人の受刑状況

ドイツにおける受刑者移送の実施状況を検討するにあたっては、まずはその前提として、ドイツにおける外国人受刑者の収容状況等がどのような現状にあるのか、ということ把握する必要がある。したがって、以下では、ドイツ国内の外国人受刑者について、各種データを参考にしながら、その実態を概観してみることとする。

ドイツにおける全受刑者数およびそれに対する外国人受刑者数の割合についてみると、以下の諸点を指摘できると思われる。まず、一九八〇年代の旧西ドイツ時代の状況については、CE条約が締結された一九八三～八四年頃をピークに、全受刑者数は徐々に減少していったとされる⁽³⁸⁾。すなわち、一九八四年には旧西ドイツの全受刑者数は四万九二五四人であったのに対して、一九九一年には三万七四六八人にまで減少している。これに対して、旧西ドイツにおける外国人受刑者数は増加しつつあった。そのため、全受刑者数に対する外国人受刑者数の割合も増加傾向にあり、一九八四年には九・六一%であったのに対して、一九九一年には一四・八七%にまで達していた⁽³⁹⁾。

ここ五年間では、全受刑者数は緩やかな減少傾向にある(後掲図1参照)。加えて、前述の八〇年代の傾向とは対照的に、外国人受刑者の数も減少していることが注目される。その結果、二〇〇二年以降、全受刑者数における外国人受刑者数の割合は二二%前後で一定している。これを日本と比較してみると、全受刑者数はドイツと日本との間でそれほど大きく変わらないのに対して、外国人受刑者の数および割合はドイツが大きく上回っている⁽⁴⁰⁾ことができる。

次に、国籍別の内訳をみていくこととする（図2参照）。なお、ドイツ連邦司法省にドイツにおける外国人受刑者の国別内訳の統計調査を依頼したところ、ドイツでは、行刑が州の管轄にある関係上、連邦レベルでは「受刑者」のみの国別内訳は集計されておらず、被疑者・被告人段階の未決勾留者も含んだ、外国人被収容者の国別内訳の数値しか得られなかった。加えて、同統計においては、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州における被収容者は含まれていない。したがって、図2の統計は、同州を除いた各州における被収容者数を集計したものであることに留意されたい。これを見ると、ドイツにおける外国人被収容者のうち、最も多いのはトルコ人であり、外国人被収容者のおよそ四分の一（二三％）を占める。その他には、セルビア、ボスニア・ヘルツェゴビナといった旧ユーゴスラビア諸国やポーランド、ルーマニアなどの東欧諸国、イタリアやオランダといったドイツの近隣諸国の者が多く見受けられる。

なお、ここでさらに注意しなければならないのは、同図の数値には、外国籍の受刑者（および被収容者）のみが含まれているのであって、移民となってドイツ国籍を取得した者は含まれていないという点である。ドイツでは、戦後にトルコやイタリアをはじめとする国から多くの移民が流入してきており、その二世・三世世代がドイツ国籍を取得した上で現在もドイツに在住している例が非常に多い。しかしながら、これらの者のなかには、ドイツ社会に十分に順応している者も多くいる一方で、共同体が母国人の内部で完結しており、ドイツの公的な教育を十分に受けていなかったり、そもそもドイツ語を満足に話すことができなかったりする者も少なくない⁽⁴¹⁾。このような、ドイツ社会に十分に馴染めていない移民二世・三世による犯罪率は高い傾向にあるとされ、社会問題となっているが、形式的にはドイツ国籍を有しているため、そのような者は外国人として数えられていない。そのような意味では、「国籍」に基づく統計は必ずしもドイツにおける「外国人」犯罪の実態および問題意識を正確に表していないということに留意する必要がある。

(三) ドイツにおける送出国の実績

送出国の人数という観点からは、以下のことを指摘できる。ドイツから他国に対する送出国の事例は、ドイツでCE条約が発効した九〇年代以降、一貫して増加をみせている。まず、CE条約がドイツで発効した一九九二年二月一日から一九九四年三月までのおよそ二年の間に、二三人が送出国された⁽⁴²⁾とされる。また、一九九六年から九九年の間には、一年当たり六〇〜六三人が送出国された⁽⁴³⁾とされる。

さらに、近年の統計でも、送出国された受刑者の人数は著しく増加していることが分かる(図3参照)。すなわち、二〇〇五年には一五八人であったのに対して、二〇〇九年には三三〇人となり、ここ五年間で送出国された人数がほぼ倍増していることが分かる。この点、先述のように、ドイツ国内における外国人受刑者の数それ自体は減少傾向にあるのであるから、ドイツにおける外国人受刑者が送出国の手続にかけられる割合は、それに反比例する形で増大しているといえるだろう。

次に、送出国の相手国の内訳(図4参照)に関していえば、相手国のほとんどすべてがEU加盟国であり、たとえCE条約に加盟している国であっても、EU非加盟国に対してはほとんど送出国が行われていないという点は注目に値する。二〇〇九年のデータでいえば、図4に現れている諸国のうち、CE条約に加入しているEU非加盟国はトルコ⁽⁴⁴⁾のみであり、その数もわずか二%(六人)と少数にとどまっている。また、CE条約非加盟国に対する(条約に基づかない)送出国も、二〇〇九年ではヨルダンに一人、マケドニアに一人のみである。なお、ドイツが二国間条約を結んでいるタイに対しては、二〇〇九年に送出国は行われていない。

このようにドイツがEU非加盟国に対する送出国に関して消極的である理由としては、他国の法制度(とくに、刑罰が適切に執行されるか)に対する不信感や、EU間では他の共助形態も充実しており、長きにわたる実績が蓄積されているために、EU間の送出国の方が比較的容易であるといったことなどが考えられる。たとえば、前

述のように、二〇〇九年度の統計データによれば、ドイツ国内の外国人受刑者のうち、最も多数で、およそ四分の一（二三％）を占めているのはトルコ人（図2参照）である。しかし、実際にはトルコ人の母国への送出移送は全体の二％（図4参照）と極端に少ない。この点、確かにトルコはCE条約加盟国であり、トルコに対する送出移送を行う手続上の枠組みも一応ある程度は整備されている。しかしながら、トルコでは、各種犯罪に関して比較的重い法定刑が予定されているにもかかわらず、実務上は刑の五分の一を終えた段階で（ほぼ機械的に）仮釈放されることが多いようである。⁽⁴⁵⁾そして、このような理由によりドイツからトルコへの移送を希望する者も少なからずいるとされている。⁽⁴⁶⁾そのため、ドイツの立場からすれば、トルコ人受刑者がドイツの場合と比べてトルコで不当に軽い扱いをされることを懸念して、移送に消極的にならざるをえないという側面もある。一方で、ドイツに定住する多くのトルコ移民（およびその子孫）の立場からすれば、既述のように、そもそも生活の基盤がトルコではなくドイツにあるために帰国を望まない場合も多いとされる。以上のように、これらの種々の要因が相俟ってEU非加盟国に対するドイツからの送出移送の件数が伸び悩む原因の一つになっていると思われる。⁽⁴⁷⁾

罪種については、特定の傾向はさして見当たらない。謀殺・故殺・過失致死といった身体犯のほか、財産犯、性犯罪、薬物犯罪など、幅広い犯罪類型が送出移送の対象とされている。一つだけ特徴らしいものを挙げるとすれば、最も多くドイツからの送出移送が行われているオランダに対する移送のうち、ほとんどが薬物犯罪（*Be-
täubungsmittelgesetz*: BtMG に対する違反行為）の事案であり、その数が群を抜いているという点である。⁽⁴⁸⁾

最後に、ドイツの送出移送の実績を日本の送出移送と比較しつつ総括すると、以下のように述べることができよう。まず、自国民および外国人をも含めた総受刑者数は、ドイツと日本でさほど大きく差はない。これに対して、総受刑者数に占める外国人受刑者の割合という点では、ドイツは日本のおよそ三倍である。またドイツの送出移送の実施件数は日本のそれよりも遥かに多くなっている。⁽⁴⁹⁾そのような意味で、ドイツが日本と比べてCE条

約を頻繁に活用しているということには異論の余地がない。このことは、ドイツが陸続きの EU 加盟国であり、島国である日本よりも多数の外国人受刑者を必然的に抱えなければならない、という事情にも起因すると考えられよう。

これに対して、受刑者本人の視点に立って考えてみると、ドイツの外国人受刑者が、日本における外国人受刑者よりも、母国に移送されて母国で服役する機会を得る確率が格段に高いとは必ずしもいえないのではないだろうか。たとえば、最も送出国の人数が多い相手国であるオランダについてみると、ドイツにおけるオランダ人被収容者は三四五人である(図2参照)のに対して、送出国の人数は一三〇人(図4参照)であり、確かにオランダ人受刑者の総数からみてもかなり多くの割合が送出国に移送されたであろうと予想される。⁽⁵⁰⁾一方で、オランダと同じく EU 加盟国であるポーランドに関しては、被収容者一三五四人に対して送出国に移送は二九人にすぎない。同様に、イタリアに関しても、被収容者八四〇人に対して送出国に移送は三八人と少数にとどまっている。EU 以外の CE 条約締結国に対する送出国に移送はさらに消極的であるといえ、たとえばセルビアに関しては被収容者一四三〇人に対して送出国に移送四人となっている。全体的にみても、二〇〇九年度のドイツにおける外国人受刑者の総数は一万三三五七人(図1参照)であるのに対して、同年に送出国に移送された外国人総数は三三〇人(図3参照)であるから、割合にしてみれば、全体のたった二・五%程度でしかない。なお、日本では、最も多く送出国に移送が行われた二〇〇八年の数値でみると、約一・四%である。⁽⁵¹⁾したがって、オランダに対する送出国に移送だけを取り上げてみれば、かなり積極的に行われているということができて、それ以外の国に対しては、送出国に移送されるのは受刑者のなかのほんの一握りであるといえる。

(四) ドイツ人の外国における受刑状況

ドイツ人の外国における受刑状況に関しては、連邦司法庁の引渡・執行共助・司法共助課に対する聞き取り調査の結果、以下の回答を得るにとどまった。

すなわち、「在外ドイツ人受刑者の数を正確に把握することは、非常に困難である。というのも、在外ドイツ人受刑者の大使館・領事館による保護は、ドイツ外務省が所管しているのであるが、この点に関しては統計がとられていないと思われるためである。加えて、仮に統計がとられていたとしても、統計からは算出できない暗数が存在すると思われる。というのも、受刑者のなかには、自己の犯罪に関する情報がドイツ本国に伝わらないよう、自己が他国において刑に服していることをドイツ本国に報告しないで欲しいと希望する者がしばしばおり、各国の当局はこのような要望を適宜尊重しているためである」とのことである。⁽⁵²⁾

(五) ドイツにおける受入移送の実績

ドイツの受入移送の人数も、送出移送の場合と同様に、ドイツでCE条約が発効した一九九〇年代以降、一貫して増加傾向にあるということを指摘できる。まず、ドイツでCE条約が発効した一九九二年二月から一九九四年三月までのおよそ二年間で、ドイツが受け入れた受刑者は一〇人にすぎなかった。⁽⁵³⁾その後、一九九六年から一九九九年には一年当たり一六〇三一人に増加している。⁽⁵⁴⁾さらに、ここ五年間（図5参照）では、受入移送された受刑者の人数はほぼ横ばいしないしは微増傾向にあるが、その数は一〇〇人前後で推移している。以上のように、条約発効当初に比べれば、ドイツの受入移送の人数はおよそ一〇倍以上になったといえる。

国別の内訳（図6参照）に関しては、やはりEU諸国からの受入が大半を占めているということが出来る。他方で、年によってばらつきはあるものの、EU以外のCE条約締結国からの受入も散見される。たとえば、図6でも示されている通り、二〇〇九年にはアメリカからの受入が一〇人、スイスからの受入が四人行われた。なお、

日本からの受入も一人ではあるが行われている⁽⁵⁵⁾。また、二〇〇九年には、ドイツが二国間条約を締結しているタイから、三人が受入移送された。さらに、CE条約非締約国からは、エジプトから一人が、条約に基づかずに入移送されている。

罪種については、薬物犯罪 (BUNG) に対する違反行為⁽⁵⁶⁾ がやや多くみられるほかは、多様な犯罪類型が受入移送の対象となっているといえる。

四 CE条約に基づく移送をめぐる近時の課題——ドイツを素材に

以下において、CE条約に基づく移送をめぐるドイツでここ数年起こった、注目すべき事例を通じて、現在の議論の方向性や課題とされている点の主な特徴を素描することとする。

(一) 執行方式——転換方式の射程範囲

CE条約は裁判国で言い渡された刑の執行方式について執行国に二通りの選択肢を付与する。すなわち、継続方式 (CE条約九条一項 a、一〇条) と転換方式 (同九条一項 b、一一条) の二つである⁽⁵⁶⁾。ドイツの場合には、日本 (国際受刑者移送法一六条など) とは異なり、転換方式が採用されている (司法共助法五四条)。この場合、条約上、執行国は裁判国における判決の事実認定に拘束されることになっているが (CE条約一条一項 a)、外国刑に対する評価方法、すなわち自国の法定刑・量刑法への当てはめについては明示的な規定がなく、それぞれの国に委ねられている。ドイツにおいては、外国で言い渡された刑の基礎をなす犯罪事実を自国の量刑法に当てはめ直して (すなわち、外国刑の刑期を最大限尊重しつつも当該事案に最も類似・近接したドイツ法上の構成要件とその法定刑に

依拠して）、外国刑の刑期がドイツ法上の法定刑の上限を超える場合に、執行される刑期をその上限に合わせて修正する制度が採られている（司法共助法五四条）⁽⁵⁷⁾。

この転換方式をめぐっては、裁判国の事実認定に拘束されながら当該事実の法的評価についてドイツ法上の犯罪体系に合わせて判断し直すことがどの程度許容されるのかが問題となったケースがいくつかある。特徴的なものとして挙げられるのは、オーストリアが裁判国で、ドイツが執行国であった次の事例である⁽⁵⁸⁾。ドイツ刑法典とオーストリア刑法典は、謀殺と故殺を区別する点では共通しているものの、構成要件と法定刑にはそれぞれ差異がある。そこで、本件では、オーストリア刑法典の謀殺罪規定に基づいて言い渡された刑（終身自由刑）が、当該犯罪事実をドイツ法に当てはめれば謀殺罪のメルクマールに該当せず故殺罪（法定刑の上限…通常一五年の自由刑）にしかならない場合においても、刑期を機械的にその上限に合わせることなく、オーストリアの裁判で認定された責任の重大性を考慮して、ドイツ刑法の「故殺の特に重い場合」に関する規定（ドイツ刑法典二二二条二項）を援用することによって終身自由刑を維持したままで刑を転換してドイツでの執行が認められたのである。このような事例から看取されるように、転換方式を採用している国においても、運用次第では継続方式と実質的にそれほど変わらないような形で裁判国の量刑判断を最大限尊重しうるのである⁽⁵⁹⁾。

他方、転換方式に関連して、一部の国（とくにアメリカ）からの受入移送の場合にしばしば問題となるのは、刑の当てはめの前提となる犯罪事実そのものに関する記述が裁判国から送付される判決文等においてほとんど示されていない場合である⁽⁶⁰⁾。このような場合には、ドイツの裁判所や検察庁が裁判国に書類の追加提出を求めたり、場合によっては受刑者本人に情報提供を求めたりすることも実務上あるようであるが、そのような職権上の独自の調査を行ってもなお刑の転換に必要な事実関係に関する情報が不十分なときには、裁判所はドイツでの刑の執行は宣言できないとして、受入移送要請が却下されることもある⁽⁶¹⁾。

この点、(日本のように) 継続方式を採用した場合には前述のような問題は少なくとも理論的にはそれほど大きな影響を及ぼさないものと思われる。しかし、視点を若干変えて考えた場合、書類の不備という問題は、翻訳の問題と外交ルートを紹介して行われる手続の煩雑さの問題と相俟って、十分な情報交換・共有を困難にさせ、結果的には円滑な移送の妨げになっているため、CE条約の多くの締約国が直面する実務上の問題であるといえよう。⁽⁶²⁾

(二) 裁判国における手続の適正さに対する執行国の判断

近年のドイツにおける受入移送事例において新たな争点として(再び)登場したのは、裁判国における裁判手続の適正さについての執行国の判断をめぐる問題であった。

これは、要するに、執行国は受入移送にあたって執行されるべき刑を言い渡した外国の刑事裁判のあり方をどの程度考慮しうるのか、ないし考慮すべきなのか、という(司法共助そのものに以前から内在する)問題でもある。この点、日本の場合には、周知のように、執行の根拠となる外国の刑事手続が適正なものであることが受入移送の要件とはされていない。これに対して、ドイツでは裁判国における手続の公正さが受入移送の要件とされており、裁判所が職権で審査することになっている(司法共助法四九条一項二号)⁽⁶³⁾。

この問題に関連して、次の近時の事例が注目に値すると思われる。ドイツ占領中のオランダで起こった民間人殺害事件に関し、戦後のオランダの特別裁判所で欠席のまま死刑(のちに終身刑へ変更)を言い渡された元親衛隊員について、ドイツでの刑の執行を求めるオランダの要請がドイツで却下された。本件に関する裁判の決定は二〇〇七年に出たが、同決定では、欠席裁判それ自体が問題となったわけではなく、被告人に弁護人が付されていないことがおおよび事後的にも異議申立の機会やその他の充分な法的救済手段が付与されていなかったことを理由に、国際法上および法治国家原理上、公正な裁判手続に関して保障される最低基準に反して防御権や法的

聴聞の権利が遵守されていなかった刑事手続に基づく刑は、執行不能であると判示した。⁽⁶⁵⁾

このような（やや歴史的に特殊な様相を呈する）事例以外にも、裁判国における手続の適正さに関する判断が比較的積極的に行われていることが、近時のドイツの移送実務の特徴の一つであると思われる。⁽⁶⁶⁾ なお、理論的には、この判断は、直接ドイツの基本法と刑事訴訟法の諸原理を基準にして行われるものではなく、欧州人権規約など国際的に広く承認された公正な手続の最低基準に照らして行われるものとされている。⁽⁶⁷⁾ しかしながら、この場合、実際には移送を拒否された者、すなわち（移送を望んでいた）受刑者本人にとつては、そのような人権保障を侵害し適正手続に反した国家の刑事施設に結局とどまる（収容され続ける）ことになるので、少なくとも移送制度の実施にあたって外国の刑事手続のあり方について（過度に）厳格な基準を要求することは、自国民保護の観点から考えてもかえって不利な結果をもたらすおそれがある。この点においては、疑問が大いに残る。⁽⁶⁹⁾

（三）移送の拒否に対する司法審査の可否

CE条約は、受刑者に移送を求める権利を認めていない。一方、同条約においては、国内法上そのような権利を認める余地を排除する規定も見当たらない。そのため、受刑者が、移送が認められなかった場合に、そのことに不服を申し立てて裁判所で争うことができるのか否か、できるとすればどの範囲で司法審査が可能なのかが、ドイツでも議論の対象になっていた。以下では、受入・送出に分けてそれぞれ概観することとする。

ドイツでは、受入移送の場合には二段階の手続が設けられている。すなわち、①まず、裁判所は移送の要件の具備を審査した上で刑の転換を行う（司法共助法四九～五五条）。その結果として裁判所が刑の執行を宣言した場合にのみ、次の段階として、②（州または連邦の）司法省は、政策的な判断に基づき当該移送要請に関する決定（許可・不許可）を行うことになっている（同法五六条、七四条）。この場合、既に前者①の司法判断の段階におい

て、被移送者（外国にいる受刑者）の手續への関与に関する権利（法的聴聞、場合によっては裁判所が職権で指定する代理人の付与など）⁽⁷⁰⁾ が手厚く保護されているため、實際上、そもそも受入移送が法的な争いの対象になることはほとんどないといつてよい。さらに、裁判所の決定に対して不服申立（即時抗告）⁽⁷¹⁾ を行うことも可能である。

これに対して、CE条約に基づく送出国の手続の場合には、右記①に対応する司法審査はなく、検察官の申立に基づき（連邦または州の）司法省は上記②と同様に当該移送要請に関する政策的判断を行うのみである（この場合、実務上、検察官による移送を肯認する旨の申立がなければ司法省はそもそも当該要請を受理しない慣行となっている）。送出国の申立を行わない検察官の措置に対して、ドイツでは、判例の一貫した立場として、長い間、受刑者が司法審査を請求することは認められてこなかった⁽⁷²⁾。しかし、学説の強い批判もあり、連邦憲法裁判所は一九九七年の決定で⁽⁷³⁾、検察官の裁量が適正に行われたかどうかを審査する限度において、受刑者には裁判所による審査を請求する権利があるとする判断を下した。すなわち、基本法上の自由な人格の発展の権利、人間の尊厳および社会国家原理により、受刑者には社会復帰を求める権利が保障されていることから、受刑者移送を含む行刑の領域における国家機関の裁量の行使にあたつては、それを適正に考慮するよう求める受刑者の権利を肯認した上で、検察官の決定は受刑者の法的地位に直接的な影響（外部効果）をもたらしものであるから司法審査の対象になりうると判示したのである。その後、送出国を認められなかった受刑者による司法審査請求が相次いで行われており、今日に至っている。

なお、日本では、受入・送出国双方の移送拒否につき不服申立の手續は特設設けられておらず、前述のようなドイツの理論は、そもそも憲法上の枠組みを異にする日本においてそのまま通用するものではないと思われるが、法改正をせずに不服申立制度を認め裁量コントロールを可能にしたという点では、示唆的であるといえよう。

五 EUにおける他の執行共助制度との関連性

前述のように、ヨーロッパにおけるCE条約に基づく受刑者移送は、EUの他の司法共助制度、とくに刑の執行に関する近時の一連の新しい制度と密接な関連性を有しており、それらの制度から既に少なからぬ影響を受けているのである。以下においては、主要な点について概観することとする。

(一) 欧州逮捕状に関する枠組決定(二〇〇二年)

実務上、とりわけ重要なのが、(前述のように、相互承認原則がはじめて刑事司法の領域に転用された) 欧州逮捕状の制度である。⁽⁷⁴⁾ 二で述べたように、欧州逮捕状には、機能的にみれば、二つの制度が内在している。つまり、A①「訴追のための引渡し」とB②「刑(処分)の執行(開始)のための引渡し」の二つである。そのうち、より中心的な制度として広く注目を集めることとなったのは、A①「訴追のための引渡し」の制度である。しかし、A①とB②には共通する基本構造があり、両者とも、先述のように、伝統的な犯罪人引渡しや司法共助の煩雑な手続を大幅に簡略化し、外交ルートや中央当局を介さずに訴追機関同士の迅速な協力を可能にするために構築されたものである。

以下においては、まず、受刑者移送の観点からしてより直接的な制度的近接性を有するB②「刑(処分)の執行(開始)のための引渡し」の主要な特徴を簡単にみていくことにする。

欧州逮捕状制度の一環として実施されるB②「刑(処分)の執行(開始)のための引渡し」においては、従前の移送制度とは大きく異なる点がいくつか見受けられる。つまり、伝統的な移送制度(すなわち、B③「刑(処分)の執行(継続)のための移送」は、収監済み(服役中)の受刑者の同意を前提に、関係国の合意の下で受刑者

が裁判国から母国たる執行国へ移送される基本構造に立脚している。これに対して、欧州逮捕状制度の下では、あるEU加盟国（要請国）で自由刑（または自由を剝奪する処分⁷⁵拘禁命令等）の確定判決を受けた犯罪人（被告人）が収監されずに別の加盟国（被要請国）に逃亡している場合に、その刑の執行のために、当該犯罪人を（被要請国における簡略化された手続に基づき）拘束した上で要請国に引き渡すことが、（いわば広義の）「執行共助」（Vollstreckungshilfe）の一類型として導入されている。すなわち、この制度では、裁判国と執行国は同一の国である点がまず注目に値する。そのため、この種の執行共助がCE条約の適用範囲（対象領域）と重複することはまず考えられず、制度上の「棲み分け」は可能であろう。つまり、端的にいえば、同じ執行共助でも、移送要請の対象者が逃亡中なのか、それとも収監されているのかがその後の手続の分水嶺となり、前者の場合であれば欧州逮捕状制度、後者の場合であればCE条約に基づいて引渡ししないしは移送がなされることとなるのである。近年では、三で述べた実施件数という点で、「刑の執行のための引渡し」に基づく（逃亡者の）引渡しはCE条約に基づく（受刑者の）移送件数を上回っているとされる⁷⁵。

また、「刑の執行のための引渡し」の場合には、一定の例外的な拒否事由を除けば加盟国に原則的な協力（実施）義務が課されている点（欧州逮捕状枠組決定一条・三条・四条、司法共助法七九条）、および、確定判決の基礎となった行為が一定の対象犯罪（カタログ犯罪）に該当する場合には双罰性の要件が排除されている点（同枠組決定二条二項）も非常に特徴的であるといえる。

先述した欧州逮捕状法違憲判決を経たドイツの場合には、当該要請の対象者（被移送者）が自国民である場合には、その被移送者が「刑の執行のための引渡し」に同意することが要件（司法共助法八〇条三項）とされている。しかし、自国民でない場合には同意がなくても実施は可能である（司法共助法八一条）。なお、後者・移送に同意していない外国人については、任意的な拒否事由として、当該被移送者がドイツに通常の生活拠点を有して

いる場合に移送を拒むことができる（司法共助法八三条b第二項b号）。この点、ドイツにおける従来の条約に基づかない（すなわち、CE条約、二国間条約およびEU加盟国間以外の）送出移送の場合にも外国人受刑者の同意が必須要件とされていないこと（司法共助法七一条一項）に鑑みれば、結果的には従前の法的枠組みがほぼ踏襲されているといつてよいであろう。

次に、前述の、欧州逮捕状に伴って導入されたもう一つの制度であるA①「訴追のための引渡し」においても、受刑者移送と関連性を有する手続が包含されていることが看過されてはならない。つまり、枠組決定五条三号によれば、ある加盟国が要請を受けて自国民を訴追のために別の加盟国（要請国）へ引き渡した後に要請国の裁判において自由刑が言い渡された場合に、当該自国民がその刑の執行のために母国たる被要請国に「逆移送」（送還）されることを引渡しの条件にすることが認められている。すなわち、端的にいえば、この場合には「引渡し」と「移送」がセットになっているのである。現に、ドイツはそのような形で国内法を整備したのである（司法共助法八〇条一項一号）⁽⁷⁶⁾。この種の刑の執行のための自国民の「逆移送」制度には、——既に判決が確定し、刑事施設に収容される（された）ことが前提とされている者の移送に関係しているという点で——従来のCE条約に基づく移送制度を彷彿とさせる要素も含まれており、裁判国たる要請国における運用（すなわち、刑事施設への収容の有無）次第では、少なくとも理論的には適用範囲が重複する余地もありえよう。

（二）罰金刑等への相互承認原則の適用に関する枠組決定（二〇〇五年）

最後に、相互承認原則がはじめて刑の執行の領域に正面から適用された制度として、二〇〇五年の「罰金刑および過料等の相互承認に関する枠組決定」⁽⁷⁷⁾についても若干の言及を行う必要があるように思われる。というのも、自由刑を受けた者を対象とする受刑者移送とは直接関連性を有さないものの、それに内包されている制度上の特

質はこの分野におけるEUの今後の方向性について示唆を提供しうるからである。つまり、欧州逮捕状制度と同様に、罰金刑等の根拠となった行為が一定の対象犯罪（カタログ犯罪）に該当する場合には双罰性の要件が排除されている点、自国民に関する適用除外の余地がほとんどない点、および加盟国が原則として実施義務を負っている点などでは、相互承認原理を体现する共通の特徴がみられるのである。⁽⁷⁸⁾

この枠組決定については、ほぼすべてのEU加盟国が既に国内担保法を制定しており、ドイツも「欧州罰金刑等執行法」⁽⁷⁹⁾（二〇一〇年一〇月発効）により司法共助法を改正して、同共助法のなかに関連規定を追加する形で国内法を整備したのである。

六 おわりに——今後の展望

（一）自由刑等の執行への相互承認原則の適用に関する枠組決定（二〇〇八年、未発効）

以上みてきたように、ヨーロッパにおいては、相互承認原則の刑事司法分野への転用・拡張により、伝統的な国際司法共助体制の法的な枠組みは既に抜本的な変革を迫られている。相互承認原則は、近年、刑事訴追の領域を超えて刑の執行の領域にも浸透しつつある。このような傾向をさらに色鮮やかに印象づけているのは、二〇〇八年の「自由刑等の執行への相互承認原則の適用に関する枠組決定」⁽⁸⁰⁾（未発効）である。同枠組決定の内容は、罰金刑に続き、自由を剥奪する刑の執行についても相互承認の原理を適用することによって、前述したEUのタムペレ特別理事会以降の一連の枠組決定の潮流を色濃く受け継いでおり、それをさらに促進・加速させるものである一方、これに若干の修正を加えるものでもある。以下において、その主要な特徴について若干の検討を加えることとする。

同枠組決定に基づく移送・執行手続の場合には、CE条約との決定的な相違点として、有罪判決を受けた者の同意と執行国の同意が一定の要件の下で不要とされていることが挙げられる。つまり、EU加盟国たる裁判国が別の加盟国に対して刑の執行を要請するにあたっては、被要請国（執行国）が①移送対象者の母国（かつ通常生活の本拠地）である場合、②移送対象者がいずれ出所後強制送還（退去強制等）されることになる国である場合、および③移送対象者の逃亡先となっている場合に、被要請国は移送対象者の同意の有無にかかわらず要請を受け入れて刑を執行しなければならないとされている（同枠組決定六条二項、八条一項⁸¹）。換言すれば、CE条約が受刑者および執行国の同意を移送の要件としていたのに対して、枠組決定が予定している新しい制度では、右記①～③のいずれかに該当する場合には、一定の限定的な拒否事由を除けば、原則としてEU加盟国に協力義務すなわち外国刑の執行義務が課されているのである（同八条一項）。なお、この義務が、自国民のみならず、「無関係」の（第三国の国民に及ぶ場合もある点がとくに注目）に値する⁸²。

（二）「合意型モデル」から「刑罰執行の移管」へ

右の自由刑等の執行に関する枠組決定が構想している制度は、まさに画期的かつ斬新なもので、一種のパラダイム転換を意味するものであるといえる。つまり、この制度は、その基本構造および当事国の関与の仕方から考えても、「合意型モデル」ともいえる。CE条約の制度とは性質上根本的に異なるものである。むしろ、この制度は、外国刑事判決のほぼ全面的な承認に立脚していることから、伝統的な受刑者移送の域を超えて、相当に強い拘束力を伴う、広範囲の「刑罰執行の移管」ともいえるべき新たなモデルとして解するのが妥当であるように思われる。

この枠組決定を提案した一部のEU加盟国の見解によれば、従来のCE条約に基づく受刑者移送は当初期待さ

れていたほど活用されてこなかったとされる⁽⁸³⁾。その主たる要因として、手続の煩雑さと受刑者の同意要件が指摘されている⁽⁸⁴⁾。今般の枠組決定が予定している制度を総じてみると、そのような問題点を払拭しようとしているあまり、対象者の円滑な社会復帰という受刑者移送の本来の（そして枠組決定三条一項においても一応「目的」とされている）理念よりも、裁判国（ひいてはEU全体）における行刑運用の効率性という側面に重点が置かれるようになったと思われる⁽⁸⁵⁾。

このことをさらに端的に表しているのは、相互承認原理を貫徹するような形で、刑の執行方式について概ねいわゆる「継続方式」のみが予定されている点である（同八条）。また、自由刑の根拠となった行為が一定の対象犯罪（欧州逮捕状制度と同じ犯罪類型列举方式）に該当する場合に双罰性の要件が排除される点にも相互承認原則の顕著な現れが見受けられる。

しかし、この点、実に興味深いのは、相互承認を基調としながらも、これらの対象犯罪につき双罰性の要件を（国内法上）設定するか否かの判断は、各加盟国の裁量に委ねられているということである⁽⁸⁶⁾。つまり、欧州逮捕状導入の際に多くの加盟国で憲法上の問題が生じていたことに対する反省か、双罰性要件を保持する余地が各加盟国に認められたことによつて相互承認原則には一定の修正が加えられることとなり、自国の刑罰体系を重視する国には一定の配慮がなされたようにも思われるのである。

自由刑等の執行に関する枠組決定の国内法化（加盟国における実施に必要な国内担保法の制定）の期限は二〇一一年一月五日となっている（同二九条一項）。しかし、二〇一一年五月現在、ドイツをはじめとしたほとんどの加盟国はまだ法案でさえも公表していない。法整備未着手の国が多いため、発効時期が大幅に遅れる可能性が高い。また、ドイツに関していえば、欧州逮捕状導入のときと同様に、かかる国内法整備はほぼ確実に早期の段階で連邦憲法裁判所でも争われることとなることが予想されるので、そのような規範審査に耐えうる内容、すなわ

ち法治国家原理などの憲法上の要請とも整合的な法整備が求められる。⁽⁸⁷⁾

今般の枠組決定がもしもこのまま発効して実施されることとなれば、CE条約はEU圏内において名実ともに廃止されることになる。枠組決定二六条一項によれば、加盟国間では、枠組決定の規定がCE条約の規定を「差し替える」(すなわち排除して適用不能にする)ことになる。したがって、CE条約は、今後、EU加盟国と日本や韓国などのようなEU非加盟国との間では依然として適用され続けることになるものの、少なくともヨーロッパ内では今までの受刑者移送制度は事実上姿を消すこととなるのである。

これは、日本やアジアの視点からみても、大いに注目すべき傾向であろう。今後のEUでの実際の展開を見極めながら受刑者移送制度をより積極的に活用していくことが、これからの課題である。

(*) 本稿をささやかながら恩師・宮澤浩一先生に捧げる。先生のご逝去は、ひとり筆者のみならず、学界全体に深い悲しみをもたらした。先生は、刑事政策の分野においても多大なご功績を残されたが、常に現場に赴き、実地で調査することの難しさと大切さをいつも強調しておられた。とりわけ、ドイツをはじめとする欧州各国の最新情勢を正確に日本に伝え、さらに日本の情報をも適切に各国に発信し広めていくこと、すなわち、一方通行ならぬ双方向的な学問の必要性和重要性を絶えず説かれていたのである。先生からのひとかたならぬ学恩に思いを馳せるとき、その深淵なることに改めて肅然とせざるをえない。なかでも本稿のテーマに関連して、二〇〇三年にトルコで開催された国際シンポジウムの折に、共著「*Myazawa/Osten, The Prison Situation of Foreigners in Japan*, in: *Freilich/Guerette (eds.), Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism, Hampshire (Ashgate) 2006, pp. 103 et seq.*」という形でも先生から直に薫陶を与えていただいたことは、筆者にとって終生忘れることのできない先生との貴重な思い出の一つである。本稿のような小著では先生からのご高恩に到底報ずるべくもないが、ここに謹んで先生への感謝の念と哀悼の意を表する。

(1) 本稿は、二〇一一年五月二十九日に法政大学で開催された日本刑法学会第八九回大会のワークショップ「受刑者移

送条約の問題点」にて報告を行った原稿に大幅に加筆・修正を施したものである。

(2) 森下忠『犯罪人引渡法の研究』成文堂(二〇〇四年)一頁以下などを参照。

(3) いわゆる「刑事訴追の移管」および「証拠収集に関する司法共助」は、前者については、「刑事訴追」および「刑の執行」という目的はあるものの、身柄の移送がなく、後者については、証人の出廷確保という問題はあるものの、証人の「刑事訴追」および「刑の執行」という目的でないもので、ここではひとまず除外して考えてもよい。

(4) これらの概念については、森下忠『犯罪人引渡法の理論』成文堂(一九九三年)一四頁以下、二九頁以下参照。

(5) 双方可罰性の要件だけでなく、自国民不引渡し原則、特定性の原則および政治犯不引渡しの原則なども重要であり、また、これらの原則も緩和不いし放棄の傾向にあると思われるが、これらの原則については、紙幅の都合上、本稿では割愛する。

(6) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG> 参照。

(7) 家正治〔編著〕『講義 国際組織入門』信山社(二〇〇三年)二五四頁参照。

(8) 家正治ほか〔編〕『国際機構〔第4版〕』世界思想社(二〇〇九年)二二〇頁参照。

(9) 外国刑事判決の執行に関する条約として、さらに、一九六四年の「刑の猶予者及び仮釈放者の保護観察に関するヨーロッパ条約」および「道路交通犯罪の処罰に関するヨーロッパ条約」がある。これらの条約については、森下忠『国際刑法の新動向』成文堂(一九七九年)一四三頁以下、一六九頁以下および一九三頁以下を参照。

(10) Grotz, in: Gritzner/Pötz/Kreß(Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (3. Aufl.), Vorbemerkungen zum ÜberstÜbk (69. Lieferung 2005), Rn. 4.

(11) 加盟国数については、欧州評議会のホームページ(<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=070&CM=0&DF=&CL=ENG>) 参照。

(12) この条約の成立経緯については、森下忠『刑事司法の国際化』成文堂(一九九〇年)七九頁以下参照。

(13) Grotz, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 5.

(14) Grotz, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2; 森下(前掲注(12))七九頁参照。

(15) CE条約の現在の加盟状況については、欧州評議会のホームページ(<http://conventions.coe.int/Treaty/>)

Commun/ChercheSig.asp?NT=112&CM=8&DF=&CL=ENG) 参照。

- (16) 日・タイ受刑者移送条約については、神武享代「法令解説 我が国初の二国間の受刑者移送条約の発効―刑を言い渡された者の移送及び刑の執行における協力に関する日本国とタイ王国との間の条約」時の法令一八七〇号（二〇一〇年）六頁以下参照。

- (17) *Grotz*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 10 参照。

- (18) ヨーロッパ刑事判決条約とCE条約の対比、とりわけ、本稿本文中(1)から(4)の差異については、森下（前掲注(12)）八七頁、*Grotz*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 6 も参照。

- (19) 有田千枝「受刑者移送条約の現在―諸外国の実施状況と課題―」刑政二〇八巻四号（一九九七年）四七頁参照。

- (20) ヨーロッパ刑事判決条約に関する欧州評議会による注釈書を参照。Explanatory Report, Convention on the International Validity of Criminal Judgements, Article 4, Paragraph 1 (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/070.htm>) 参照。

- (21) 森下（前掲注(12)）一二四頁参照。

- (22) 森下（前掲注(12)）一二四頁、ヨーロッパ刑事判決条約四条一項に関する注釈書の説明および受刑者移送条約の注釈書二四段参照。Explanatory Report, Convention on the International Validity of Criminal Judgements, Article 4, Paragraph 1 (<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/070.htm>); Explanatory Report, Convention on the Transfer of Sentenced Persons, para. 24 (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=112&CM=8&CL=ENG>).

- (23) 佐伯仁志＝川出敏裕「受刑者移送制度について（上）」ジュリスト一二三四号（二〇〇二年）八六頁、中内康夫「欧州二七か国への刑事共助ネットワークの拡大―日・EU刑事共助協定―」立法と調査三〇三号（二〇一〇年）二三頁注10などを参照。

- (24) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=167&CM=0&DF=&CL=ENG>.

- (25) EG-VollstrÜbk, BGBl. II, 1997, S. 1351.

- (26) たとえば、ドイツ・オランダ間。Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Straf-

sachen, 4. Aufl. 2006, EG-VollstrÜbk Kurzübersicht Rn. 11, 12 (S. 1079, 1080) 参照。

(27) 欧州連合の運営に関する条約 (EU 運営条約) 八二条一項「連合内の刑事事件における司法協力は、判決及び裁判所の決定の相互承認の原則に基づいて行われ、また二項及び第八三条に掲げる分野における加盟国の法律及び規則の接近を含む。(以下略)」参照。

(28) 末道康之「ヨーロッパ刑事法の現状—刑事実体法の調和の動向 (2・完)」南山法学二八巻二号 (二〇〇四年) 四四頁。

(29) 庄司克宏『自由・安全・司法領域』と EU 市民—欧州逮捕状と相互承認原則」田中俊郎・庄司克宏〔編〕『EU と市民』慶應義塾大学出版会 (二〇〇五年) 一四四頁参照。

(30) 庄司 (前掲注(29)) 一五四頁注 39、高山佳奈子「ドイツの欧州共通逮捕状法に関する違憲判決について」法学論叢一六〇巻一号 (二〇〇六年) 一〇頁注 21。

(31) 枠組決定については、外務省の HP に実に簡潔な説明がある。それによれば、「加盟各国の法律や規則を集約することを目的とする。決定は、欧州委員会ないし加盟国が提案し、採択にあたつては全会一致を条件とする。これらの決定を実施する際の形式や手段は各国の主権に委ねられているが、その結果は加盟各国を拘束する」とされている。

(32) 同枠組決定については、浦川紘子「欧州逮捕令状に関する理事会枠組決定の意義—自国民の扱いを中心として—」熊本法学一一巻 (二〇〇七年) 七三頁以下を参照。

(33) BVerfGE 113, 273。事案および判決の概要については、高山 (前掲注(30)) 五頁、八頁以下、小場瀬琢磨「EU 法の最前線(76) 欧州逮捕令状制度の各国実施と憲法問題—ドイツ連邦憲法裁判所の欧州逮捕令状法違憲判決—」貿易と関税五四巻八号 (二〇〇六年) 七五頁以下を参照。

(34) 高山 (前掲注(30)) 一二頁。

(35) *Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2011, §10 Rn. 25 (S. 166 f.) m.w.N.

(36) 主として、司法共助法四八条以下 (受人移送) と同法七一条、ÜAG I 条 (送移出送)。なお、上述のように、今のところ、EU 加盟国との受刑者 (収監後受刑中の者) の移送も主として CE 条約に基づいて行われているため、加盟国間の移送の場合にも原則としてこれらの規定が同様に適用されることになっている (司法共助法八四条、八五

条)。

(37) ドイツは一九九三年に、タイとの間に受刑者移送に関する二国間条約を締結している。Vertrag vom 26. Mai 1993 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Thailand über die Überstellung von Straftätern und über die Zusammenarbeit bei der Vollstreckung von Strafurteilen (BGBl. 1995 II S. 1010, 1996 II S. 220)。なお、タイはCE条約には加盟せず、各国との間で二国間条約を締結するという方針を採っている。

(38) 有田千枝『受刑者移送条約の現在―諸外国の実施状況と課題』法務省矯正研修所(二〇〇一年)六一頁参照。なお、同書の数値は東西ドイツ統一前から計測されてきた統計であるため、旧東ドイツ地域の受刑者の数を含んでいないようである。一方、本稿図1(後掲参考資料)の数値は統一後のデータであり、そもそも統計の母数が異なっていることには留意されたい。

(39) 有田(前掲注(38))六一頁参照。

(40) 日本では、二〇〇九年末には、全受刑者数六万五九五一人に対して、外国人受刑者数は四三七一人であり、その割合は六・六%であった。二〇〇九年度矯正統計「年末在所受刑者の罪名」および「年末在所外国人被収容者の国籍(総数)」を参照。むろん、両国の総人口がそもそも異なる点に留意する必要がある。

(41) たとえば、トルコ人に関していえば、そのような者は、アイデンティティとしても、自らを純粋なドイツ人ではなく、「German-Turks」であると認識している人も多くとされる。Toprak, Migrant, German, successful, in: The Asia Pacific Times / Business, March 2011, p. 9 参照。また、いわゆるロシア系ドイツ人(一九九〇年代以降、旧ソ連地域からドイツに移住してきた「遅れた引揚者」(Spätaussiedler))にも顕著な犯罪傾向がみられ社会問題となっているという。

(42) 有田(前掲注(38))六二頁参照。

(43) Grotz, aa.O. (Fn. 10), Rn. 12.

(44) なお、トルコはCE条約には比較的早期に加盟している(一九八八年発効)。

(45) Mix, Die Vollstreckungsübernahme im Internationalen Strafrecht, 2003, S. 110 ff. 参照。

(46) Mix, aa.O. (Fn. 45), S. 111 参照。

- (47) 有田 (前掲注(38)) 六六―六七頁も参照。
- (48) *Bundesamt für Justiz, Auslieferungstatistik*, 2009, S. 458 (veröffentlicht im Bundesanzeiger) によれば、二〇〇九年には、オランダに送出移送された一五六件のうち、実に一一七件が BtMG に対する違反行為であったとされる。
- (49) ドイツは二〇〇九年の一年間で三三〇件の送出移送を行ったのに対して、日本は二〇〇三年六月一日の条約発効時から二〇一〇年三月末までのおよそ七年間で、一七八人の送出移送を行った。
- (50) ここで留意されなければならないのは、オランダの場合には、ドイツとの間で暫定的に実施されている一九九一年の「欧州共同体の外国刑事判決の執行に関する条約」に基づく移送も含まれている可能性があることである。
- (51) 日本では、二〇〇八年末の全外国人受刑者数三四二人に対して、送出移送された受刑者の人数は四八人である。なお、これらの数値に鑑みれば、ドイツの外国人受刑者が日本の外国人受刑者よりも遥かに高い確率で移送されているとは、必ずしもいえないと思われるのである。
- (52) 二〇一一年五月二〇日付の連邦司法庁の回答 (筆者が保管している)。
- (53) 有田 (前掲注(38)) 六二頁。
- (54) *Grotz*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 12.
- (55) これまでの日本からの受入移送 (総計九人) はすべて薬物事犯であったという。
- (56) 邦文献ではこれらの執行方式が「法的性質」の問題と関連付けて論じられることは多いが、奇妙なことに最近の一部の文献では、CE条約において転換方式が許容されていること自体を看過するものもある (林谷浩二「受刑者の国際移送の現状と課題」*刑事法ジャーナル*二七号 (二〇一一年) 二二頁:「CE条約…の採用するところでない」)。
- (57) なお、この方式は、たとえば、ドイツと同様に転換方式を採用するオーストリアにおける自国の法に基づく量刑の「やり直し」のような制度とは異なる点に留意する必要がある。この点、佐伯仁志「川出敏裕」受刑者移送制度について (下)「ジュリスト」二二五号 (二〇〇二年) 七七頁も参照。
- (58) *OLG Saarbrücken NSTZ-RR* 2004, 216 m.w.N.
- (59) 継続方式における「刑の当てはめ」については佐伯「川出 (前掲注(23)) 八四頁以下を参照。

- (9) *Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Ein Leitfaden für die Praxis, 2003, S. 114 (Rn. 165 u. Fn. 64).
- (10) OLG München StV 1997, 372; *Hackner/Lagodny/Schomburg/Wolf*, a.a.O. (Fn. 60), S. 114 (Rn. 165 u. Fn. 64); *Schomburg/Lagodny/Gieß/Hackner*, a.a.O. (Fn. 26), IRG § 54 Rn. 17e.
- (11) *Mix*, a.a.O. (Fn. 45), S. 110 f. 参照。
- (12) なお、このような制度は、受入移送の際に刑の転換を行う方式ともより整合的なものとされている。佐伯＝川出(前掲注(57)) 七四頁参照。
- (13) OLG Köln, Beschluss v. 3. Juli 2007 – 2 Ws 156/07 (BeckRS 2007, 16795).
- (14) 司法共助法四九条一項二号参照。
- (15) 下の *Weber*, Überstellung in den Heimatstaat – Ein internationales Konzept wider den Strafvollzug in der Fremde, 1997, S. 190 f.; *Schomburg/Lagodny/Gieß/Hackner*, a.a.O. (Fn. 26), IRG § 49 Rn. 6 ff. 参照。
- (16) CE 条約批准書寄託の際のドイツ政府による声明(ドイツ政府がCE 条約に際して連邦議会に送付した「覚書」[Denkschrift zum ÜberstÜbk], BT-Drucks. 12/194, S. 19) 参照。また *Weber*, a.a.O. (Fn. 66), S. 190 f.; *Schomburg/Lagodny/Gieß/Hackner*, a.a.O. (Fn. 26), IRG § 49 Rn. 6 も参照。
- (17) なお、この点につき、前述のオランダの事例に関しては以下のことに留意する必要がある。すなわち、その背景にはかなり特殊で複雑な事情が絡んでおり、オランダが要請したドイツでの刑の執行は別の(一九九一年の欧州共同体の外国刑事判決の執行に関する)条約に基づいて行われたものであり、元親衛隊員が戦後ドイツへ逃亡したため、身柄がドイツにありながら手続が行われた。同元隊員は、結局、ドイツがオランダへの引渡しをも(自国民のEU加盟国への引渡しの場合に本人の同意が必要「司法共助法八〇条三項」で、同意がないことを理由に)拒絶したため、収監されずにドイツにとどまることとなった。
- (18) さらに、自国の裁判が不正であるとの判断を受けた相手国とのその後の協力関係にも支障が生じる可能性が高い。この点、佐伯＝川出(前掲注(57)) 七四頁も参照。以上のような批判にもかかわらずあえてこの要件を定めたドイツの立法者の見解については、BT-Drucks. 9/1338; *Mix*, a.a.O. (Fn. 45), S. 20 を参照。また、前述のドイツ政府

の「覚書」(前掲注(67))によれば、声明を通じて欧州人権規約を判断基準として対外的に示したことは、とくに同規約非締約国がドイツに対して実施不能な移送要請を控えることにつながると考えられ、政策的な効果も期待されていたとされる。*Weber, a.a.O.* (Fn. 67), S. 189 参照。

(70) 司法共助法五二条三項、五三条参照。

(71) 同法五五条二項参照。

(72) たとえばKG NSZ 1993, 606 が挙げられる。なお、CE条約批准書寄託の際のドイツ政府による声明(前掲注(67))も参照。

(73) BVerfG NJW 1997, 3013.

(74) そのほか、シェンゲン実施協定(一九九〇年)にも移送に関する若干の規定(同協定六七条以下)が含まれているが、それらに基づく受刑者の移送(厳密に言えば、「刑の執行の移管」)は実務上ほとんど活用されていないという。なお、EUにおける主要な刑事司法共助制度の「一覧表」は *Schomburg, Internationale vertragliche Rechtshilfe in Strafsachen*, NJW 2005, S. 3262 ff. に掲記されている。

(75) *Bundesamt für Justiz, Auslieferungsstatistik 2009* (veröffentlicht im Bundesanzeiger) および二〇一一年五月二三日付のドイツ連邦司法庁の回答による。

(76) さらに、同法同条同項二号により、犯罪行為が要請国との本質的な接点(つながり)を有することも引渡しの要件とされている。これらの要件は、連邦憲法裁判所の違憲判決の内容を踏まえて新設されたものである。

(77) ABIEU 2005 Nr. L 76/16.

(78) なお、刑事司法における終局決定(確定判決等)への相互承認原則の適用をめぐる近時のEUの動向については、*Nalewajko, Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung - Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der Europäischen Union?*, 2010, S. 259 ff. が詳しい。

(79) EuGeldG, BGBl. I 2010, S. 1408.

(80) 二〇〇八年十一月二七日の「EUにおける執行を目的とする、自由を剥奪する刑または処分を科す刑事判決への相互承認原則の適用に関する、欧州理事会の枠組決定」2008/909/JI, ABIEU 2008 Nr. L 327/27.

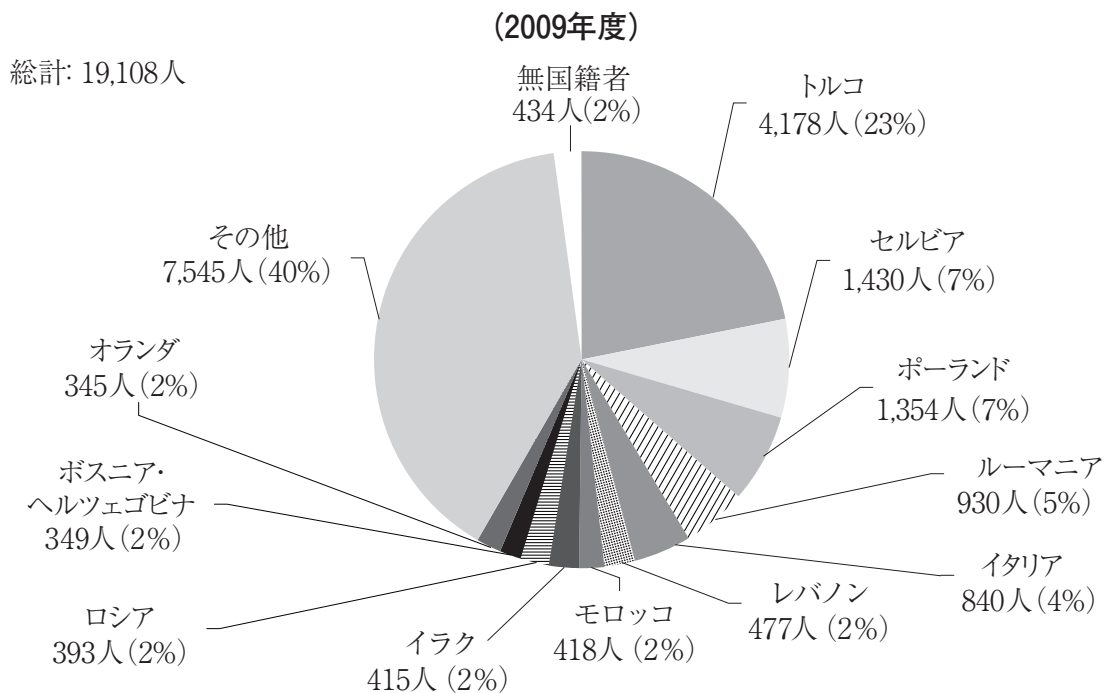
- (81) なお、本制度の対象となる者（被移送者）は、二で述べた分類によれば、B②およびB③の対象となる者ということになる。
- (82) たとえば、A国で自由刑を言い渡されたB国国籍を有する者がC国に逃亡した場合には、C国がA国からの要請を受ければ、その刑を執行しなければならないことになる。
- (83) オーストリア、フィンランドおよびスウェーデンによる枠組決定案に関する趣意説明文を参照。Addendum zur Initiative der österreichischen, der finnischen und der schwedischen Delegation zum Entwurf eines Rahmenbeschlusses v. 24.01.2005: Erläuternder Vermerk v. 22.04.2005 (5597/05 ADD 1). <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/de/doc/544.pdf>
- (84) この点 *Morgens tern*, *Strafvollstreckung im Heimatstaat – der geplante EU-Rahmenbeschluss zur transnationalen Vollstreckung von Freiheitsstrafen*, ZIS 2008, S. 76 も参照。
- (85) この点 *Ahlbrecht/Rosenthal*, in: *Ahlbrecht u.a.*, *Internationales Strafrecht in der Praxis*, 2008, S. 364 f. による同枠組決定（の草案）に対する批判（「受刑者の頭越しに行われるヨーロッパ全域にわたる移送交通」）も参照。
- (86) 自由刑等の執行に関する枠組決定七条参照。同七条一項では、欧州逮捕状の場合のように三二の犯罪類型（カタログ犯罪）が列挙され、それらの犯罪については双罰性の要件が排除されている。しかし、同条四項では、一項を適用するかどうかを選択する余地が加盟国に付与されているのである。
- (87) なお、従前の国内刑事手続そのものへの波及効も考慮されるべきであろう。刑の量定にあたっては刑罰による被告人のその後の人生への影響も判断材料になるため、裁判では（移送後の）外国での刑の執行のあり方を考慮する必要が生じるといえよう。この点 *Morgens tern*, a.a.O. (Fn. 84), S. 81 も参照。

参考資料

図 1 ドイツにおける外国人受刑者数¹

年度	全受刑者数(人)	外国人受刑者数(人)	外国人受刑者の割合(%)
2005	64,137	14,018	21.9
2006	64,273	14,226	22.1
2007	61,900	13,583	21.9
2008	61,387	13,546	22.1
2009	60,157	13,357	22.2

図 2 ドイツにおける外国人被収容者数 (国籍別)²



1 ドイツ連邦統計局による統計に依った。Statistisches Bundesamt, Ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege (Fachserie 10, Reihe 1; Strafvollzug), Wiesbaden, 2006 - 2010. <<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Fachveroeffentlichungen/Rechtspflege/Querschnitt/RechtspflegeAusgewaehlteZahlen,templateId=renderPrint,psml>> (2011 年 5 月 24 日最終閲覧)。なお、図 1 および図 2 の統計は、各年翌 3 月末の時点の数値に基づくもの (2009 年度であれば、2010 年 3 月 31 日の時点の数値) であるため、各「年度」とした。一方、図 3 から図 6 までの統計は、年末時点での数値に基づくものである。

2 ドイツ連邦司法省より直接提供を受けた統計に依った。Bundesministerium der Justiz, Justizvollzug - Staatsangehörigkeiten der inhaftierten Ausländer 2010.

図3 ドイツからの送出移送の実績（年間人数）³

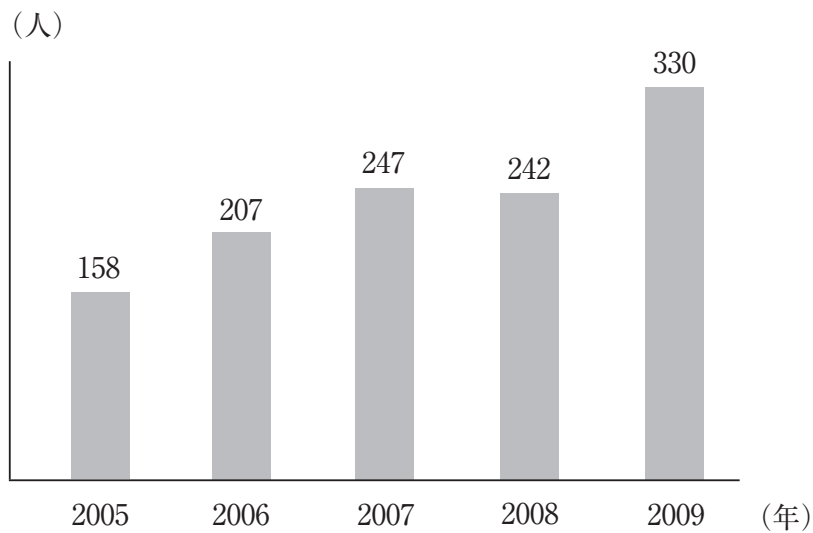
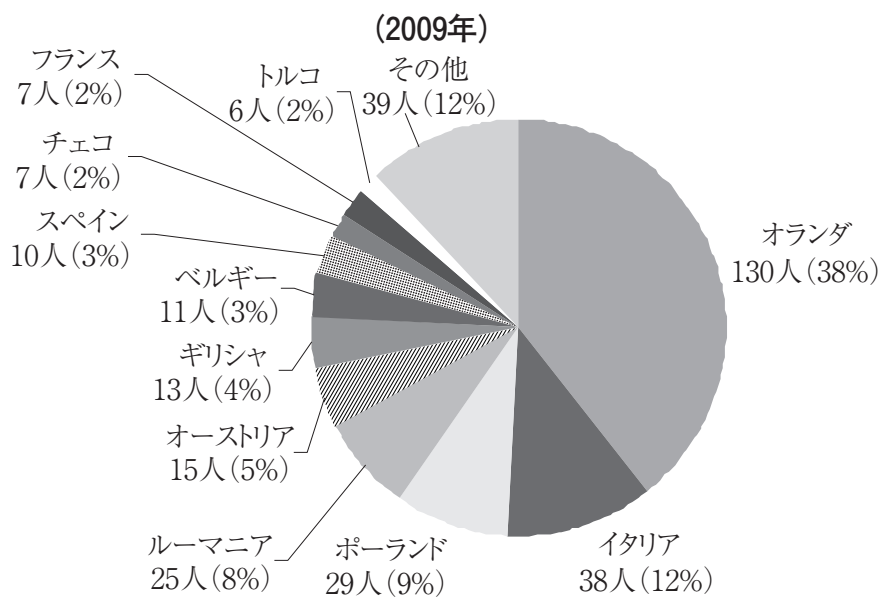


図4 ドイツからの送出移送の実績（国別）⁴



3 連邦司法庁による統計に依った。Bundesamt für Justiz, Auslieferungsstatistik (Abt. V.1-V.6: Vollstreckungshilfe), 2005 - 2009 (veröffentlicht im Bundesanzeiger). <http://www.bundesjustizamt.de/cln_108/nn_1629916/DE/Themen/Justizstatistik/Auslieferung/Auslieferung_node.html?_nnn=true> (2011 年 5 月 24 日最終閲覧)。

4 連邦司法庁による統計に依った。Bundesamt für Justiz, Auslieferungsstatistik, 2009, S. 461 (veröffentlicht im Bundesanzeiger). <http://www.bundesjustizamt.de/cln_108/nn_1634444/DE/Themen/Justizstatistik/Auslieferung/downloads/Auslieferungsstatistik2009,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Auslieferungsstatistik2009.pdf> (2011 年 5 月 24 日最終閲覧)。

図5 ドイツへの受入移送の実績 (年間人数)⁵

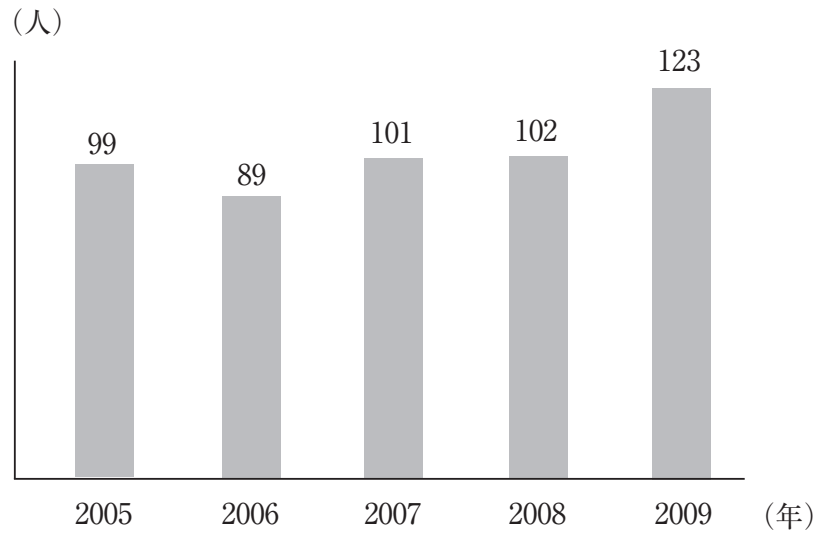
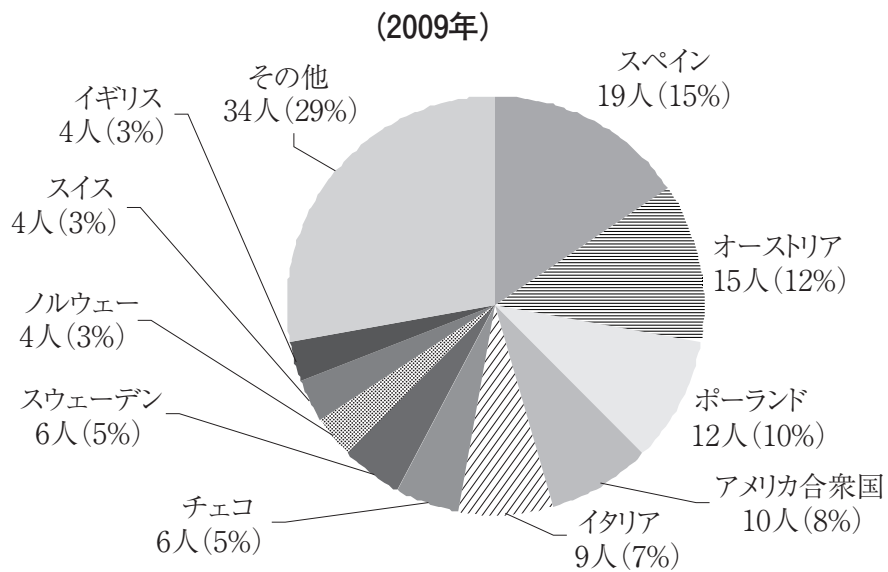


図6 ドイツへの受入移送の実績 (国別)⁶



5 連邦司法庁による統計に依った。Bundesamt für Justiz, Auslieferungsstatistik, a.a.O.

6 連邦司法庁による統計に依った。Bundesamt für Justiz, Auslieferungsstatistik, a.a.O.