

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	自由刑の任意的執行停止に関する一考察
Author	松倉 治代
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 68 卷 3 号, p.301-323.
Issue Date	2021-12
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	
DOI	10.24544/ocu.20230106-003

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

自由刑の任意的執行停止に関する一考察

松 倉 治 代

目 次

- 一. はじめに
- 二. 刑訴法482条の沿革及び制度趣旨
- 三. ドイツ刑訴法における自由刑の執行停止制度
- 四. ドイツの近年の裁判例
- 五. 結 論

一. はじめに

刑事訴訟法（以下、刑訴法という。）482条は、例えば、「刑の執行によって、著しく健康を害するとき、又は生命を保つことのできない虞があるとき」（1号）や「年齢70年以上であるとき」（2号）等、自由刑の言渡を受けた者の身体の状態や個人的・家庭的事情等に配慮し、検察官の指揮によって自由刑の執行を停止することができるものと定める。

刑訴法482条

懲役、禁錮又は拘留の言渡を受けた者について左の事由があるときは、刑の言渡をした裁判所に対応する検察庁の検察官又は刑の言渡を受けた者の所在地を管轄する地方検察庁の検察官の指揮によって執行を停止することができる。

- 一 刑の執行によって、著しく健康を害するとき、又は生命を保つことのできない虞があるとき。
- 二 年齢70年以上であるとき。

論 説

- 三 受胎後150日以上であるとき。
- 四 出産後60日を経過しないとき。
- 五 刑の執行によって回復することのできない不利益を生ずる虞があるとき。
- 六 祖父母又は父母が年齢70年以上又は重病若しくは不具で、他にこれを保護する親族がないとき。
- 七 子又は孫が幼年で、他にこれを保護する親族がないとき。
- 八 その他重大な事由があるとき。

しかし、その運用は、極めて消極的なものにとどまる。

年	出所者数	刑の執行停止による 出所者数	出所者数に占める 割合 (%)
2010	70,864	54	0.076
2011	67,739	26	0.038
2012	65,726	29	0.044
2013	61,822	21	0.034
2014	58,493	33	0.056
2015	56,480	29	0.051
2016	55,573	26	0.047
2017	52,669	19	0.036
2018	49,828	18	0.036
2019	47,562	17	0.036
2020	44,437	22	0.050

(矯正統計をもとに作成)

この背景について、先行研究は次のように指摘している。

土井政和によれば、「問題は、被収容者を日常的にみている刑事施設において、その重症指定の判定が極めて遅く、余命いくばくもない状態、すなわち危篤状態になってからしか検察官に執行停止を上申しないという取り扱いをしていることである。確かに、施設によれば、末期がんの疑いで外部病院に入院し

ている場合でも重症指定になりそうな場合は、事前に検察庁へ連絡し、情報の提供をしておくという対応を取っているところもあるようである。しかし、施設長は、あまり早く重症指定にすることには躊躇があるように思われる。身元引受人がない場合、入院費や葬儀費用などを考慮し、事前に福祉機関等に相談し、手続をとる必要があるからだと言われている。執行停止になれば、刑事施設の手を離れ、一般人と同じ扱いになることから、戒護のための職員の配置は終了する。面会等についても病院の規則に従うことになる。病院によっては、刑の執行停止により刑事施設との関係が切れてしまうことに不安を抱き、継続的入院を拒否するケースもあると聞く¹⁾。

また、安田恵美は、刑の執行停止を阻む要因として、生死に関わる重篤な病気に罹患していることと、出所後の受け皿が確保されていることが実質的要件として重視されていることを挙げる。「[刑の執行停止にあたっては] 保護者の確保が必要になるが、高齢受刑者に関しては、親族がいないか、親族がいても引受けを拒否されたり、連絡ができない場合がほとんどである。また親族が引受けの意思を示していても、受入れ先の病院の確保及び医療費支払いという負担を前にして、消極的になる場合も多い。……引受ける親族等がない場合には、刑事施設の方で受け入れてくれる病院を探すことになるが、医療費や死亡した場合の対応（葬祭扶助等）の問題もあり、病院側も慎重な判断を行うため、受入れ先の病院の確保は困難を伴う」という²⁾。

消極的な運用のもと³⁾、従来、実務も学界も、さほど活発な議論を行ってこ

1) 土井政和「刑事施設視察委員会と医療問題」赤池一将編『刑事施設の医療をいかに改革するか』（日本評論社、2020年）105～106頁。

2) 安田恵美『高齢犯罪者の権利保障と社会復帰』（法律文化社、2017年）193頁以下、高村賀永子「高齢受刑者保護における福祉等関係機関の援助をめぐる」犯罪と非行150号（2006年）43頁。

3) 自由刑の執行停止に関する手続は次のとおりである。まず、刑訴法482条1号乃至8号の事由による執行停止の申請又は上申が、刑事施設の長、刑確定者又はその関係人から、検察官になされる（刑事施設及び被収容者の処遇に関する規則91条、執行事務規程31条1項参照）。検察官は、その事由を審査する（執行事務規程31条1項）。このとき、受刑者本人やその関係人に対し、執行停止を申し立てる権利

なかった。

ところが、近年、自由刑の任意的執行停止制度が、注目されている。例えば、その積極的活用を志向するものとして、日常のかつ専門的な医療ケアを必要とする受刑者や、社会的ヴァルネラビリティを持つものに対する社会参加の在り方の検討の中で言及されている⁴⁾。他方で、いわゆる池袋暴走事故を契機として社会的関心が寄せられており⁵⁾、自由刑の執行停止制度の趣旨及び意義を明確に示す必要性も増している。

そこで、本稿は、この問題に取り組む端緒として、まず日本における自由刑の執行停止に関する刑訴法482条の趣旨を確認したうえで、裁判例の蓄積のあるドイツにおける自由刑の執行の中断をめぐる議論を参照し、日本における自由刑の執行停止の運用の拡大を目指す可能性を模索することを試みる。

ㄨや請求権が、明文で認められているわけではない。審査の結果、その事由があると認めるときは、必要的執行停止の場合に準じて処置する（執行事務規程31条2項乃至4項）。刑事施設の長は、刑の執行停止により釈放指揮があったときは、できる限り速やかに、その釈放指揮書が刑事施設に到達した時から10時間以内に釈放しなければならない（刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律171条4号）。これは、引取人の出頭などを見越した時間であり、あらかじめ打ち合わせが必要とされる。刑の執行を停止したとき、検察官は、その者の帰住地を管轄する警察署の長にその旨を通知し、執行停止の事由について引き続き調査する（執行事務規程33条）。検察官は、保護観察所の長に、刑執行停止中の者に対する適当な指導監督や補導援護を請求できる（執行事務規程33条8項、更生保護法88条）。他方、刑の執行が停止されないとき、異議を申し立てることができ（刑訴法502条）、その申立てについてした決定に対しては即時抗告をすることができる（刑訴法504条）。刑の執行停止の事由がなくなったときは、検察官は、直ちに刑の執行停止取消書を作成し、刑事施設の長に対し、残刑の執行を指揮する（執行事務規程34条1項。なお、釈放された者が死亡した場合は執行事務規程34条3項参照）。

4) 金澤真理「社会参加の機会保障と再犯防止推進法の問題」金澤真理・安田恵美・高橋康史編『再犯防止から社会参加へ ヴァルネラビリティから捉える高齢者犯罪』（日本評論社、2021年）189頁、安田恵美「『拘禁の継続と相いれない』受刑者への自由刑の裁量的執行停止制度の適用に関する一考察」大阪市立大学法学雑誌64巻4号（2019年）89頁以下。刑事施設視察委員会の意見書においても、例えば、死期の近づいている重篤な患者、重篤な精神疾患で回復が見込めない患者に対する刑の執行停止をすること（平成24年度・八王子医療）が言及されている。

5) 例えば、京都新聞2021年9月3日（金）朝刊23面参照。

二. 刑訴法482条の沿革及び制度趣旨

現在の刑訴法482条は、旧刑訴法（大正11年法75号）546条をほぼ引き継いだものである。旧刑訴法546条は、旧旧刑訴法（明治23年法96号）319条を拡張したものであり、理由書において次のように説明されていた⁶⁾。

旧刑訴法546条1号は、刑の執行によって生命を保つことができない場合だけでなく、著しく健康を害する虞がある場合にも、受刑者が過重な苦痛を免れる途をひらく趣旨で拡張された。

同2号は、監獄法44条の「妊婦、産婦、老衰者及ヒ不具者ハ之ヲ病者ニ準スルコトヲ得」という規定に合わせるものである。老人は、それ自体病者というわけではないが、その生理的狀態の上から病者に準じて特別な処遇を要し、刑の執行を停止するのが相当であるとして、その精神及び身體の狀態を考査して適当な処分をする途をひらくこととしたという。

同3号及び4号は、旧旧刑訴法319条に比して執行停止可能な期間を延長した。同5号は、刑の執行により、受刑者に過重の害を受けさせない趣旨で新設された。同6号は、日本の良俗に基づいて設けたと説明された。同8号⁷⁾は、

6) 平沼麒一郎『新刑事訴訟法要論』（大正12年）749頁、同『新刑事訴訟法大意』（松華堂、大正13年）396～397頁、『刑事訴訟法案理由書』332頁、小野清一郎・朝倉京一『ポケット註釈全書 監獄法』（有斐閣、昭和40年）331頁）。刑訴法482条の歴史は、刑法施行法（明治41年3月28日法律第29号）による刑訴法改正に遡る。

7) 同8号は、刑の執行の実情に応じて執行停止の機宜をとりうる余地を残し、検察官による適切かつ弾力的な運用を期待していることから伺われる。8号は、前7号に準ずるような重大な事由がある場合をいうものと解されるが、自由刑の言渡しを受けた者やその家族の不利益に限らず、受刑者が入所後両眼を失明し、又は不具廢疾となり、作業不能かつ他人の介補を必要とし、到底行刑の目的を達することができない場合（大正13年2月16日行甲185号司法省行刑局長通牒）、罰金刑の時効の完成を阻止するため、労役場留置の執行に移る場合（昭和26年4月6日矯保甲424号法務府刑政長官回答）、監置の裁判を執行する場合（昭和27年10月15日刑事33458号法務省刑事局長通牒）、自由刑の執行中に死刑の判決が確定した場合など、裁判の適正な執行の確保の趣旨などでも適用される（明治43年10月電報司法省民刑局長回答）（朝倉京一「裁判の執行」団藤重光編『法律実務講座刑事編第12巻非常救

概括的な規定であり、諸般の事情を斟酌しこれを制する途をひらいたと説明された（なお、現行刑訴法482条7号は大正刑訴法制定時にはなかった）。

このように、日本における自由刑の任意的執行停止に関する条文は、広い要件を設定している点に特徴がある。しかし、例えば、70歳以上に該当するすべての受刑者がその自由刑を執行停止されるというわけではない。その裁量の幅は、かなり大きい。

そのような中、現行刑訴法482条の趣旨は、「自由刑の純化」を図ることにあると説明されている⁸⁾。これは、自由刑の内容は移動の自由を制限することに純化されるべきであり、その他の利益を奪うあるいは制限してはならないという考え方である。この考え方によれば、刑事施設内の生活は、やむをえない場合を除き、一般社会と同一のものでなければならず、その実現が難しい場合には、その妨げとなるものの除去やその埋め合わせ等をする必要がある⁹⁾。純粋に自由刑による受刑者個人の身体的自由の制限以外の不利益要素が混入するのであれば、執行停止されうることになる。

立法経緯をみても、自由刑の執行により受刑者本人又はその家族に不当な苦痛や不利益を与えるような自由剥奪以外の要素を混入させる重大な事由がある場合に、その精神や身体の状態を鑑みて過度の不利益を受けさせない趣旨で設けられたことが明らかである。

このように考えると、本制度は、恩恵的なものではなく、受刑者の権利であり、国家には上記のような不利益を避ける義務があるととらえるべきであると考えられる¹⁰⁾。

しかし、実際には、自由刑が確定した後の執行段階について、確定した裁判

↘ 済手続その他、附：全巻総索引』（有斐閣、昭和32年）2868頁）。

8) 『大コンメンタール刑事訴訟法第2版第10巻』（青林書院、2013年）356頁（玉岡尚志＝飯島泰）、朝倉・前掲注(7)2867頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（7訂版、創文社）584頁、『注解刑事訴訟法 下』（青林書院、全訂新版）454頁（鈴木茂嗣）、『新版注釈刑事訴訟法第7巻』（立花書房、平成12年）301頁（朝倉京一）。

9) 武内謙治・本庄武『刑事政策学』（日本評論社、2019年）233頁。

10) 光藤景皎『口述刑事訴訟法 下』（成文堂、2005年）138頁参照。

内容を行政的に実行するものとして、当然に刑の執行機関の広い行政的裁量が支配すると考えられてきた¹¹⁾。結局、検察官の「健全な裁量」¹²⁾「具体的事案に即した妥当な判断」¹³⁾に期待するほかないということになる¹⁴⁾。このように理解すると、刑訴法482条は、「検察官の……指揮によって執行を停止することが『できる』」と規定していることも、執行停止の権限を検察官に委ねる根拠とされるかもしれない。

しかし、この点について、現在は廃止されたものの、かつて刑訴法482条制定当初には、但書として、「但し、最高検察庁の検察官にあつては検事総長の、その他の検察官にあつては検事長の許可を得なければならない」という規定が存在したことに目を向けるべきである。これは、戦後、現行刑事訴訟法制定過程において、総司令部側が、自由刑の執行停止に関する検察官の裁量権の広さについて疑問を呈し、権限の濫用を防ぐために設けられたものであった¹⁵⁾。つ

11) 福島至「刑の執行手続の適正化 有罪確定後刑事弁護への試論」自由と正義49巻（1998年）7号74頁参照。

12) 伊丹俊彦・合田悦三編『逐条 実務刑事訴訟法』（立花書房、2018年）1266頁（田野尻猛）。

13) 大コメ・前掲注(8) 356頁。

14) 新版注釈・前掲注(8)301頁参照。

15) 昭和23年3月23日から同年4月5日にかけて行われた刑事訴訟法改正小審議会において、占領軍との本格的な折衝ないし協議が開始された。この審議会は、総司令部側が昭和22年10月に提出された草案を条文ごとに検討した結果を意見ないし疑問点として日本側に提示し、これについて日本側が意見を述べる形式で進められた（小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』（勁草書房、1977年）105～107頁）。この小審議会において、アップルトン（総司令部側）より、「検事はなぜ執行停止の権限があるのか。……しかしこれは検事に裁判の権限を与えるようなものではないか」との発言がなされた。そして、アップルトンは、「刑事訴訟法改正案に対するG・S意見書」において、「『検察官の指揮によつて執行を停止することができる』という、これらすべての場合において、かかる裁量権を検察官に与えるように思われる……」との意見を付した（井上正仁・渡辺咲子・田中開編『刑事訴訟法制定資料全集——昭和刑事訴訟法編（11）』（信山社、2015年）64頁、178頁）。但書の趣旨について、「検察官の権限の濫用を防止しよう、検事総長又は検事長の許可によって適当にこの執行停止がなされるように配慮しよう」としたと説明されている。その後、このような許可を得なければならない必要性が認められず、また、受刑者の危篤など急速を要する場合に間に合わないで、検察庁の内部規律に委ねるべきである

論 説

まり、立法段階からすべて検察官の裁量に委ねることが疑問視され、その裁量が適切に行使される仕組みを検討していたのである。

また、本条は具体的な基準を明示していないことから、検察官に広い裁量を認めているように読めるかもしれない。これについては、受刑者の病状、身体や精神の状態は、各人ごとにすべて異なるのであって、執行停止の判断事情は多岐にわたるうえ、具体的な事実即してこれを認識する必要があるからであると考えられる。実際、自由刑の執行停止の基準を、法律の文言に整理し一律に示すことは、その性質上困難である。

以上を踏まえると、刑訴法482条は、1号乃至8号の場合に検察官の指揮によって執行を停止することができる規定しているが、「1号乃至8号の場合には検察官の指揮によって執行を停止することができる。但し、刑の言渡しを受けた者がその身体や精神の状況を鑑みて過度の不利益を受ける場合には、執行を停止しなければならない」と解するべきである¹⁶⁾。

では、自由刑の執行停止の判断にあたっては、いかなる考慮要素をどのように評価すべきであろうか。この点について、日本では、上記のとおり運用件数が極めて少ないうえ裁判例も乏しい。

他方、ドイツには、先行研究や裁判例の蓄積がある。以下では、ドイツにおける刑の執行の中断制度の趣旨及びその限界に関する裁判例を概観する。

三. ドイツ刑訴法における自由刑の執行停止制度

(1) ドイツの刑事訴訟法（以下、ドイツ刑訴法という）455条は、以下の通り、自由刑の執行停止を定めている。

ドイツ刑訴法455条（執行不能による刑の執行停止）

↘として、大正刑訴法どおりに改められた（新版注釈・前掲注(8) 301頁）。

16) このような読み方について、宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ行政救済法』（有斐閣、2008年）262～263頁を参照。

自由刑の任意的執行停止に関する一考察（松倉）

- (1) 自由刑の執行は、刑の言渡しを受けた者（Verurteilte）が精神病になったとき、延期する。
- (2) その他の病気でも、その執行によって、刑の言渡しを受けた者の生命に危険を生ずる虞があるならば、前項と同じである。
- (3) 刑の執行は、刑の言渡しを受けた者の身体の状態が、刑事施設の設備と即時の執行とが相容れない場合にも、延期されうる。
- (4) 執行官庁は、次の各号の一に当たる場合で、かつ、その病気が相当な期間継続すると予測されるとき、自由刑の執行を中断することができる。ただし、優越的な理由、特に公共の安全上の理由があるときは、執行を中断してはならない。
 1. 刑の言渡しを受けた者が精神病になったとき
 2. 病気のため、刑の言渡しを受けた者の生命に危険を生ずる虞があるとき
 3. その他、刑の言渡しを受けた者が重病で、病気の診断又は治療が行刑施設又は施設内の病院では行うことができないとき

ドイツの執行停止手続は、執行の最初から命じられた執行を停止する延期と、執行開始後に停止する中断¹⁷⁾に分けられる¹⁸⁾。これに対し、日本の刑訴法は、

17) ドイツ刑訴法455条の原型は、1924年法（BGBl I (1923) S. 322）487条にあり、当初は第1項乃至第3項のみであった。刑の中断に関する第4項は、1986年4月13日第23回刑法改正法第2条5号によって導入された。

理由書は次のように説明している。行刑部局の事情による刑の執行停止（同455条a）や複数の自由刑又は自由刑と代替自由刑とが続いて執行される場合の刑の中断（ドイツ刑訴法454条b第2項）が明文で規定されており、これに加え、病気を理由とした刑の中断を法律に規定する必要がある。ドイツ刑訴法455条4項1号及び2号は、刑の延期（同条第1項1号及び2号）の要件に従う。同条4項3号は、刑執行規則65条2項の要件を援用し、真に重大な事例のみ対象としなければならない。執行が中断されるのは、病気が長期にわたって継続するであろう場合のみである。長期という概念は、残刑も顧慮して個別具体的な事案ごとに判断される。また、刑の言渡しを受けた者は、中断を求める権利を有さないが、瑕疵のない裁量の行使を求めることができる。執行機関は、中断可能性について個別事案のすべての観点を衡量して判断する。その際、刑執行規則65条1項あるいは2項による措置が十分であるか、あるいは、——例えば安全の観点のもと——必要であるか、又は、中断せずに刑執行規則65条2項による行刑外の病院へ連行された時間は原則ドイツ刑訴法461条に基づき刑期に含まれるのに対し、中断される期間は刑期に含まれないという点で、刑の言渡しを受けた者の利益を考慮して、中断すべきかを吟味する。第2項は、中断に対して優越する理由、とりわけ公共の安全によって、刑の中断が

執行開始後に停止することを認めるほかに、明文規定を置いていない。この点について、これを禁止する趣旨ではないと解されており¹⁹⁾、実務上は執行事務規程20条により延期を認める運用がなされており、ドイツと日本とで共通していると考えられる²⁰⁾。

(2) ドイツにおける執行停止の判断は、原則、執行機関である検察官の裁量であり、刑の言渡しを受けた者は、刑の執行の中断を求める権利を有しないとされる。しかし、ドイツ刑法458条2項に基づき、執行官庁の決定に異議が申し立てられたとき、裁判所は、その裁量を瑕疵なく行使しているかどうかを裁判することとなっている²¹⁾。それゆえ、検察官による執行停止却下の判断にあたっては、個別具体的な評価を詳細に行うことが求められる。また、現在の危険性や余命等について、医師の所見を求める必要がある。これを欠く場合、受刑者による異議申立てを受けた裁判所によって取り消されうる。

日本においても、受刑者本人が自由刑の執行停止を請求することは、権利として認められていない。この点について、執行事務規程29条が、受刑者本人等からの上申を受けて、執行停止の適否について審査することを想定しており、申立権を認めているとも読めると指摘されている²²⁾。

(3) ドイツの支配的見解によると、刑の執行停止のうちドイツ刑法455条第4項の中断を判断するにあたっては、以下の3つの観点が考慮されなければならないとされている²³⁾。

↘なされないことを明らかにする。同項は、行刑部局の事情による刑の執行の中断（ドイツ刑法455a条1項）に準拠する。執行機関は、中断を否定する理由が、中断を支持する理由に対して優越するかどうかを吟味する（BT-Drucks 10/2720, S. 16）。

18) Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Auflage, Neunter Band, 2010, Kirsten Graalmann-Scheerer, S. 194.

19) 平野龍一『刑事訴訟法（法律学全集43）』（有斐閣，1958年）352頁。

20) 後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法（第3版）』（日本評論社，2018年）（水谷規男）1225頁。

21) Löwe-Rosenberg, Fn. 18, S. 199; KG, Beschluss von 5.1.1994 -5 Ws 4/94, NStZ 1994, S. 255 (256); Thüringen OLG, Beschluss v. 21.8.2003-1 Ws 264/03, StV 2004, S. 84.

22) 新コメ・前掲注（20）1225頁。

23) Ralf Neuhaus, Verteidigung bei Haftunfähigkeit, Arbeitsgemeinschaft Strafrecht ↗

第1は、医学的観点である。刑の言渡しを受けた者の身体あるいは精神に重大な病気があることが必要である。どのような病気が重大であるかについて、その性質上、カタログを作ることはできないとされている²⁴⁾。

後述のとおり、判例によると、国家の刑罰請求権の実現という要請と、受刑者の生命への権利及び身体を害されない権利（基本法1条1項と結びついた同法2条2項²⁵⁾）は、緊張関係にある²⁶⁾。前者の国家の刑罰請求権の達成という要請は、後者の受刑者の生命への権利及び身体を害されない権利の保護によって限界づけられる。少なくとも、受刑者の健康状態の観点で、刑の執行によって命を失う、あるいは死が間近に迫ることや病衰という深刻な健康被害が予期されうる場合、その限界に達し、受刑者の基本権が優位する²⁷⁾。再び自由を得る機会が、病衰や余命わずかであることによって制限されること²⁸⁾は、人間の尊厳と矛盾するという²⁹⁾。

↳ des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, 2009, S. 1012.

24) 考慮される病気の例としては、突然発症した AIDS、癌、血友病、腎臓あるいは膀胱の病気、肝臓病、肺病、心臓病、血液循環の病気、胃や腸管の病気、血管閉塞症等の血管の病気、脳活動の病気、椎間板脱や脊髄の病気、永続的な寝たきり状態、加齢、アルツハイマー、顕性精神病、重大な不安障害やパニック障害などが挙げられている（Neuhaus, Fn. 23, SS. 1013-1015）。

25) 基本法1条1項は、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」と規定する。基本法2条2項は、「何人も、生命への権利及び身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみ、これに介入することが許される」と定める。条文訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第7版）』（信山社、2016年）。

26) BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Staats vom 27. Juni 2003 参照。

27) OLG Celle, Beschluss vom 29.6.2010-1 Ws 324/10 -, StraFo 2010, 351, Rn. 5; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 9.3.2010-2 BvR 3012/09-, juris, Rn. 25ff.;

28) BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 24. 4. 1986 -2 BvR 1146/85-, BVerfGE 72, 105 (116f).

29) BVerfG, Beschluss des zweiten Senats vom 28.6.1983-2 BvR 539, 612/80; BVerfGE 64, 261 (277).

また、その程度について、刑罰の執行によって、生命の危険が間近に迫るといえなければならない³⁰⁾。さらに、病状が生命を脅かすほど悪化し得るという高度の蓋然性が必要である³¹⁾。

第2は、行刑的観点、すなわち、行刑上の措置で治療可能か、という観点である。支配的見解によると、刑の中断は、受刑者の病気が刑務所や施設内病院の中で治療できない場合にのみ、行われるという。

特に3号について、病気の受刑者は、施設内の病院あるいはその看護にとってより適当な行刑施設へ移送される。軽微な病気の場合、中断理由に該当せず、そこで病気を診断あるいは治療することができない場合のみ、刑の執行の中断が正当化される³²⁾。3号は、行刑外の病院への移送の要件と結びついている

30) OLG Düsseldorf, Beschluss von 16.10.1990-1 Ws 866/90, NJW 91,765 (765f.); Löwe-Rosenberg, Fn. 19, S. 195f.; Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VIII §§ 374-500, 5. Auflage, 2020, Hans-Ullrich Paeffgen/Luis Greco, S. 735.

31) OLG Düsseldorf, Beschluss von 16.10.1990-1 Ws 866/90, NJW 91, S. 765 (766). なお、刑の言渡しを受けた者が自殺する危険性は、一般的に、刑の執行を延期・中断する理由にはならない。なぜならば、自殺の危険性は、受刑者自身に由来するものであって、刑の執行における適切な措置によって対処されうる（刑執行規則88条1項は、「その者の行動により又はその者の精神的状態に基づき、高度に逃走の危険、人若しくは物に対する暴行の危険又は自殺若しくは自傷の危険が存在するときは、受刑者に対して特別の保安上の措置を指示することができる」と定める。）からである（KG, Beschluss vom 5.1.1994-5 Ws 4/94-, NStZ 1994, S. 255; Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 62. Auflage, 2019, S. 1794; OLG Hamm, Beschluss vom 13.8.2009 -2 Ws 211/09-juris, Rn. 25f.; Kahlruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage, 2019, Ekkehard Appl, S. 2458; Löwe-Rosenberg, Fn. 18, S. 195f.; SK-StPO Fn. 30, 733f. なお、この点について批判的な見解として、Norbert Gatzweiler, Haftunfähigkeit – Chancen und Versagen von Strafverteidigung bei Haftvollzug-, StV 1996, S. 283ff. と Neuhaus, Fn. 23, S. 1010ff. がある。)。また、発症していない HIV 感染症は、刑の執行を延期・中断する理由にならないとされる（LG Ellwangen NStZ 1988, S. 330; KK-Appl, Fn. 31, S. 2758; SK-StPO, Fn. 30, S. 734; Löwe-Rosenberg, Fn. 18, S. 195f.）。

32) OLG Karlsruhe, Beschluss von 17.9.1990 -1 Ws 216/90, NStZ 1991, S. 53 (54); Meyer-Goßner, Fn. 31, S. 1794f.; Satzger, Schluckebier, Widmaier, Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar, 4. Auflage, 2020, Christian Hanft, S. 2176; Löwe-Rosenberg, Fn. 18, S. 198f.; LG Ellwangen, Beschluss von ↗

（刑執行規則65条2項³³⁾）。このように、本号の対象は、施設内病院において診断あるいは手術上の観点で治療されえない、重篤な場合のみである³⁴⁾。1つ目の医学的観点と2つ目の行刑的観点は密接に関連している。

そして第3は、予防的観点である。刑の言渡しを受けた者に再犯の危険性があるかどうか、が考慮される³⁵⁾。

四. ドイツの近年の裁判例

ドイツにおいて、刑の執行の中断を認めるか否かの判断にあたっては、受刑者の病気が刑務所や施設内病院の中で治療・看護できる場合であったとしても、事案を個別具体的に検討したうえで、検察官の判断に対する不服申立てを受けた裁判所自らが刑の執行の中断を許容する、あるいは検察官に差し戻すという事例が近年みられる。そこでは、自由刑の中断の申立てを拒否する場合、各観点の評価において、一般的・抽象的な判断では足りず、具体的事情によって裏付けられたものが求められている。その根底には、ドイツ連邦憲法裁判所による憲法的視点からの判断がある点で注目される。そこで、以下では、その裁判例を紹介する。

↘24.2.1988 -StVK 21/88, NStZ 1988, S. 330 (331).; OLG Stuttgart StV 91, 478 も参照。

33) 受刑者の病気を行刑施設 (Vollzugsanstalt) 若しくは施設病舎 (Anstaltskrankenhaus) において診断し、若しくは治療することができないとき、又は受刑者を適当な時期に施設病舎に移送することができないときには、その者は、行刑外の病院 (ein Krankenhaus ausserhalb des Vollzuges) に連行されなければならない。条文訳に際してはクラウス・ラウベンタール著、土井政和・堀雄訳『ドイツ行刑法第3版』（矯正協会、2006年）を参照した。

34) BT-Drucks 10/2720 S. 16; Löwe-Rosenberg, Fn. 19, S. 198f.; KK-Appl, Fn. 31, S. 2459; OLG Karlsruhe, Beschluss von 17.9.1990 -1 Ws 216/90, NStZ 1991, S. 53 (54).

35) この第3の観点に対して批判的な見解として、Neuhaus, Fn. 25, SS. 1025-1028.

1. 連邦憲法裁判所2003年6月27日決定 (BVerfG 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 27.6.2003 – 2 BvR 1007/03 = NStZ-RR 2003, S. 345f.)

(1) 事実の概要

刑の執行の中断に関する受刑者の上申を、検察官が退けた。さらに刑執行部もこれを退けた。これに対してなされた区裁判所への即時抗告も認められなかった。

(2) 判 旨

これに対し、連邦憲法裁判所は受刑者の訴えを認めなかったが、以下の判断を示した。

刑の執行という憲法上の義務は、無制限ではなく、生命への権利及び身体を害されない権利にその限界を見出す (基本法2条2項1文)。受刑者の健康の危殆化について、刑罰請求権の実現という国家の義務と、基本法が国家にその保護を義務付けている憲法上の権利の保持という刑の言渡しを受けた者の利益との間に、緊張関係が生じる。国家の刑罰請求権が、被疑者・被告人の基本権を考慮せずに行われてはならず、この権利の危殆化が考えうる場合にはあらゆる請求権について後退する。ここで生じた衝突は、相互に対立する衡量による比例原則によって解決しなければならない。この衡量において、刑の言渡しを受けた者の権利保持が刑の執行に資する利益よりも重要であるという帰結を導く場合には、比例原則と基本法2条2項1文に基づく基本権を侵害する。有罪判決を受けた者の健康状態を前にして、その者の刑の執行の継続によってその生命が失われ、あるいはその健康に対する重大な害を与えることが危惧される時、限界に達する (Rn. 2)。

この連邦憲法裁判所2003年決定によって、刑の中断の判断において、国家の刑罰請求権と、憲法によって保障された健康並びに人間の尊厳の尊重という権利の保持とが衡量されること、有罪判決を受けた者の健康状態を考慮して、刑の執行を継続することによって生命が失われるあるいはその健康に対する重大な害を与えることが危惧されるとき、その限界に達することが確認された。この判断を基礎として以下の判断がなされた。

2. ハンブルク上級地方裁判所2006年5月2日決定（OLG Hamburg, Beschluss vom 2. 5. 2006 -1 Ws 59/06-, StraFo 2006, S. 300f.= ZfStVo 2006, S. 244f. = StV 2008, S. 86f.）

（1）事実の概要

検察官と刑執行部は、2000年2月8日にハンブルク地方裁判所において強姦罪により9年の自由刑の言渡しを受けた者（以下、Xと呼ぶ）からの刑の中断の申請を退けた。

Xは、医師の判断により、2006年4月28日の異議申立ての手續の間に、詳細な検査を受けた。Xは、もはや治る見込みのない進行性のホジキンリンパ腫であり、最大でも2、3か月で死に至ると診断された。これに基づき、Xは、公共の安全という利益を考慮しても、尊厳ある死も含む人間の尊厳の尊重というXの権利が侵害されるゆえに、刑を中断しないとする判断に瑕疵があると主張した。

これに対し、検察官及び刑執行部は、ドイツ刑訴法455条4項2号及び3号の要件を充たさないと主張した。

（2）判 旨

ハンブルク上級地方裁判所によると、刑の執行停止の判断は、原則、執行機関である検察官の裁量であり、裁判所は、その裁量を瑕疵なく行使しているかどうかのみ審理しうる。しかし、本決定において、例外的に、本件について執行停止を裁判所自らが命じた（Rn. 2）。というのも、本件を退け検察官による新たな決定を待つと時間がかかるうえ、本決定後にさらに不服申立てがなされることによってさらに決定が先延ばしにされてしまう危険性があるからである（Rn. 13）。

まず、本決定は、上記2003年決定を参照しつつ、医学的要素と行刑的要素について、次のように述べた（Rn. 3,4）。Xは、刑の執行によって、生命の危険が間近に迫ることは危惧されず、施設外病院で病気の治療の効果が上がるわけではないため、ドイツ刑訴法455条4項各号の要件を充たさない。市民の安全等を確定した自由刑の執行によって保護するという国家の義務と、刑の言渡し

論 説

を受けた者の生命への権利及び身体を害されない権利の保持という利益との間の衝突は、衡量によって解決しなければならない。その際、間近に生命の危機が迫っている受刑者に、再社会化という刑罰目的はもはや実現されないということも顧慮しなければならない。予想される生命の危険が間近であればあるほど、受刑者にとって最も近い親族のそばで自由の身で亡くなるという利益が重要になる。ハンブルクの拘禁施設の病院における訪問時間は限定されているため、Xには、その臨終の場面において、妻や特別に近しい者によって囲まれることが保障されていない。

また、本決定は、再犯の危険性について、次のように述べた (Rn. 5-9)。Xは、今回初めて刑の執行を受け、既に自由刑の3分の2以上を終えていた。医師の鑑定によれば、長い拘禁期間中、Xは、攻撃的な衝動に駆られることはなかった。確かに、重大な強姦の原因の検証には至っておらず、2004年11月2日時点の鑑定において、特に当該犯行の検討が不十分であること及び反社会的な人格障害ゆえに、Xには中程度の再犯の危険性があると推定された。しかし、2005年10月26日時点の鑑定において、同鑑定人は、新たな診査により、再犯の危険性に対して好ましい評価を行った。この時点で、Xの健康状態は、さらにひどく悪化しており、非常に衰弱した体調ゆえに、その危険性は相応に低減していた。したがって、当決定は、再犯の場合に脅かされる法益が高度にあることを認めるものの、Xに関連する前科はなく、その犯行もすでに何年も前であること等を総合的に衡量し、公共の安全に対する危険性はごくわずかであり、Xの余命が極めて短いことを前にすると、Xの人間の尊厳の尊重の要請に対して極めて小さいと評価する。

その上で、裁判所は、次のように結論づけた。公共の安全に対する危険性がごく限定的なものである場合、重大かつ不治の病気、そして死期が近い人間を引き続き拘禁することは、人間の尊厳の尊重の要請と両立しえない。受刑者の危険性が継続しているゆえに刑の執行が絶対に不可欠であるとき、人間の尊厳は侵されないという見解は、本件において、刑の執行の中断と矛盾しない。なぜならば、そのような危険性は、Xからもはや消えているからである (Rn. 10)。

なお、上記の判断にあたり、Xの病状について、以下の事実を認定した。医師の鑑定によると、2006年4月28日時点で、Xは痩せてほとんど負担に耐えられない状態であり、もはやごく短期間しか生存できないという。その極めて衰弱した身体状態ゆえに、他者に対する危険性は、ほぼ消えているという。Xは、通常程度の力を持っている妻を押し倒し性的に強要する状態にはもはやないという。診察の間、Xは、車いすに頼っており、5歩歩いただけで咳の発作により、それ以上先に進むことはできなかったという。またXはトイレに行く途中で2回虚脱したという。以上のような医師の現時点の鑑定に基づき、刑の中断を認める判断をした（Rn. 12）。

（3）小 括

以上のように、ハンブルク上級地方裁判所2006年決定は、本件の具体的事情を鑑みて、例外的に自ら刑の中断の判断を行った。本決定の内容について、重要な点を3点含んでいると考える。第1に、刑の中断の許否をめぐる判断において、施設内や通院によって診断・治療が可能であったとしても、間近に生命の危機が迫っている受刑者に、再社会化という刑罰目的はもはや実現されず、そのような者を継続して拘禁することは、人間の尊厳の尊重の要請と両立しえない上、受刑者にとって最も近い親族のそばで自由の身で亡くなるという利益が重要であると判示したことである。第2に、受刑者の危険性の有無及び程度に関する判断を、一般的・抽象的に判断するのではなく、医師による直近の所見による具体的な裏付けをもって判断している点である。第3は、制度の空洞化を避けるため、余命わずかな受刑者に対して、検察官に差し戻すのではなく、裁判所自らが例外的に刑の中断の判断を行った点である。

この判断の約4年後、連邦憲法裁判所も、憲法的判断に基づき、刑の中断の申立てを却下した判断について基本権侵害を認める判断を以下のとおり示した³⁶⁾。

36) 同様の判断をツェレ上級地方裁判所も示している（OLG Celle, Beschluss vom 29.6.2010 - 1 Ws 324/10 - = StraFo 2010, 351）。

3. 連邦憲法裁判所 2010 年 3 月 9 日 決定 (BVerfG, Stattgebender
Kammerbeschluss vom 9.3.2010 – 2 BvR 3012/09 –, juris)

(1) 事実の概要

2005年、申立人Xは、2件の危険な傷害の罪で9年の有罪判決を受けた。Xは、酔った状態で妻と息子に対しナイフで生命を危険にさらすような傷害を与えたため、禁断治療施設への収容を同時に命じられた。Xは、2005年5月7日から拘禁され、刑期の終わりは2014年5月6日であった。

Xは、重度の癌に罹患しており、刑期中、何度も刑務所内病院、他の施設内病院、外部病院で治療を受けた。2008年4月7日、Xは、刑務所医師の提案で、刑の中断を申し立てた。その理由として、刑の執行により生命の危険が差し迫ることが懸念され、かつ、当該病気を刑務所内病院で治療することができず、また移送によって悪化するという点を指摘した。

これに対し、刑務所側は、Xのアルコール及び暴力に関する問題が未だ治療されておらず、公共の安全に反することを理由に、刑の中断に反対した。

検察官は、2008年7月18日、申立てを退けた。その際Xは重病で刑務所内で治療することはできないが、外部病院で治療する予定も不明確であると指摘した。

2008年8月1日、Xは鑑定を求めた。また、刑務所医師も刑の中断を提案した。2009年2月、Xは、改めて刑の中断を申し立てた。Xは、10日間外部病院で昏睡状態にあり、気管切開もなされた。入院中の治療の結果、Xに公共の安全の危険はなくなったと主張した。

2009年3月13日、検察官は刑の中断の申請を却下した。

そして、2009年6月26日、Xは3回目の刑の中断の申請をした。

2009年8月24日、検察官は、施設内で十分医学的に対応できるとして、申請を退けた。

これに対しXが抗告した。その際、Xは、①犯罪を行える身体状態にないこと、②検察官は鑑定を求めなければならないこと、③親族のそばで尊厳ある死を可能にされなければならないことを主張した。

これに対し、2009年10月5日、刑執行部は、執行によってXに差し迫った生命の危険は生ぜず刑務所内病院で充分治療しうるとして、異議申立てを退けた。

Xは、即時抗告した。その際、Xは、上記申立てを繰り返したが、特に、①検察官が鑑定を求めなかったことと、②刑執行部がハンブルク上級地方裁判所2006年5月2日決定にしたがって判断しなかったことを批判した。

2009年11月19日、上級地方裁判所は、ドイツ刑訴法455条4項1文2号及び3号に当たらないとして即時抗告を退けた。

（2）判 旨

これに対し、連邦憲法裁判所は、2009年8月24日付の検察官の決定、2009年10月5日付の刑執行部の決定及び2009年11月19日付の上級裁判所の決定のいずれも、基本法1条1項と結びついた基本法2条2項1文に基づく申立人の基本権を侵害しているとして、以下の通り判示した（Rn. 22）。

市民の安全と機能性の高い国家の制度への信頼を保護するという国家の義務及び刑事手続においてすべての刑事手続において確定力のある刑の言渡しを受けた者を平等に取り扱うという法治国家原理は、原則、国家の刑罰請求権の達成を要求する（Rn. 24）。

国家の刑罰請求権を実現するという要請の限界は、刑の言渡しを受けた者の生命への権利及び身体を害されない権利（基本法2条2項1文）に見いだされる。受刑者の健康の危殆化について、刑罰請求権の実現という国家の義務と憲法によって保障されている権利の保持という刑の言渡しを受けた者の利益との間に緊張関係がある。これらの利益は、もっぱらどちらかが優位するというわけではない。その争いは、評価の際に基本法2条2項1文の侵害を顧慮するよう要求する比例原則によって、対立する諸利益の衡量によって解決しうる。この衡量が、その侵害と対立する刑の言渡しを受けた者の利益が、明らかに本質的に、刑の執行の保持に資する利益よりも重要であるという結果を導くとき、比例原則及び基本法2条2項1文に基づく刑の言渡しを受けた者の基本権に反する。少なくとも、刑の言渡しを受けた者の健康状態を前にして、この者が刑の執行によってその命を失い、あるいはその健康に重大な被害を被ることが懸

論 説

念されるとき、その限界に達している (Rn. 25)。

さらに、基本法1条1項は、刑執行機関が行うあらゆる判断において人間の尊厳を尊重しかつ保護するよう義務付けている。行刑は、可能性の枠内で、受刑者の身体的かつ精神的な状態の有害な作用を防ぐという要請のもとにある。連邦憲法裁判所によって要求された、再び自由を得る機会が、病衰や余命わずかであることだけに制限されることは、人間の尊厳と矛盾するであろう。個別事例の状況によっては、生活能力を維持するという受刑者の利益が、執行を継続する利益を上回りうる (Rn. 26)。

刑執行規則56条以下とドイツ刑訴法455条4項は、刑罰請求権の実現という国家の義務と、健康と生活能力の保持という刑の言渡しを受けた者の利益との間の緊張関係を顧慮する。ドイツ刑訴法455条4項の解釈において、執行機関は、基本法1条1項と結びついた2条2項1文に基づく受刑者の基本権の意義及び射程を顧慮しなければならない。これは、個別事例において、刑の中断を、ドイツ刑訴法455条4項の文言を超えてまた要求しうる (Rn. 27)。

つまり、ドイツ刑訴法455条は、近い将来に生命の危険あるいは健康に対する重大な危険が差し迫るような行刑を禁じる。確かに、そのような危険がある場合に、刑罰拘禁が常に中断される必要はない。なぜならば、対策のための措置を準備している場合には刑の執行によって危険は差し迫ることはないからである。そのような措置は、ドイツ刑訴法455条4項1文3号において明文で規定されている、行刑設備における検査や治療だけでなく、同様に行刑の中断なしに行うことのできる外部の病院における検査や治療もある。しかし、それは、治療が適切であるとみなされうるかぎりでのみ妥当する (Rn. 28)。

施設内病院あるいは外部の病院において病気が治療されうる場合であっても、事実審の判例では、受刑者が危篤状態でかつもはや新たな犯罪行為の危険性が極めて限定的である場合に、ドイツ刑訴法455条4項に基づく刑の中断が考慮に入れられる。ドイツ刑訴法455条4項1文3号の類推適用が検討されるとき、確かに重病の受刑者が拘禁に耐えられる場合であっても、行刑外でのみ長期にわたり成果豊かな治療を行いうるという (Rn. 29)。

この点について、執行機関に対し、詳細を、とくに刑の言渡しを受けた者の健康状態、余命や危険性を明らかにする義務がある。場合によっては、執行機関は、その限りで（補完的に）医師による所見あるいは鑑定を求めなければならない。執行機関は、刑を中断するかどうかという特別に評価される決定の性質を前にして、その評価を個別具体的な事情によって詳細に作成することによって顧慮しなければならない。つまり、不十分な一般的な変化では不十分である（Rn. 30, 31）。

以上より、2009年8月24日付の検察官の決定は、この要請をみたしていない。検察官がどのようにドイツ刑訴法455条4項1文1号乃至3号の刑の中断の理由を審査したのか、その決定の根拠も、明らかにされておらず、施設内治療が妥当であるとする説明もない。さらに、検察官が基本法1条1項と結びついた2条2項1文に基づく申立人の基本権の意義と射程が十分顧慮したかどうかを認識している判断はごくわずかである。検察官は、余命にも、申立人の現時点の健康状態にも立ち入っていない。申立人が当時の体質を顧慮して危険であるとみなされうるかどうかが議論されていない（Rn. 32-36）。

（3）小 括

本決定の意義は、連邦憲法裁判所が、検察官が刑の執行の中断を認めなかった判断を違法とした点にある。上述の2003年決定を受けて、国家の刑罰請求権の実現と、刑の言渡しを受けた者の生命への権利及び身体を害されない権利が緊張関係にあることを指摘し、少なくとも、刑の言渡しを受けた者の健康状態を前にして、この者が刑の執行によってその命を失い、あるいはその健康に重大な害を被ることが懸念されるとき、その限界に達している（Rn. 25）、と述べた。さらに、2006年決定を受けて、ドイツ刑訴法455条4項1文各号の文言に該当しなくても、刑の言渡しを受けた者が危篤状態で、かつもはや新たな犯罪行為の危険性が極めて限定的である場合には、刑の中断が考慮に入れられるとした（Rn. 29）。

五. 結 論

本稿では、ドイツにおける自由刑の執行の中断制度を概観し、近年の裁判例を紹介した。日本とドイツとでは、行刑制度や刑事施設等が異なり、刑の執行段階における医療情報へのアクセスや弁護人の援助を受ける権利の在り方も異なる。また、紹介した裁判例は、あくまで個別具体的な事例判断にすぎない。そのうえで、本稿の内容をまとめる。

第1に、日本では、刑の執行段階における検察官の裁量が広く、刑の執行停止に関する判断は恩恵的で、執行側の事情によるところが大きい。他方、ドイツをみると、刑罰請求権の実施は無制限ではなく、生命への権利及び身体を害されない権利にその限界を見出している。刑の執行の中断を受刑者の基本権との調整のもとで見えており、義務的に執行を中断しなければならない領域を認めている。日本においても、自由刑の執行停止の制度趣旨に鑑みると、恩恵的なものというより、受刑者の権利と捉えることができ、国家には執行によって受刑者が過度の不利益を受ける事態を避ける義務があると解されよう。

第2に、従来日本では、医療刑務所をはじめとする刑事施設や外部病院への通院によって、診断・治療することが中心に考えられてきた。その背景には、「一、はじめに」において紹介した土井政和が指摘する運用上の困難もある。また、自由刑の執行停止は、刑期が停止する点で、受刑者にとって不利益になりうるため、注意を要する。

しかし、こうした事態を回避しつつ、自由刑の執行停止の運用の拡大を目指す可能性を模索すべきである。

この点、ドイツにおいて、刑の執行の中断における余命わずかな受刑者の利益として、近い親族のそばで亡くなることを重要な利益と捉えている。ドイツ刑法455条4項1文各号に当たらなくとも、身元引受先があり余命いくばくもなくその身体的状態から新たな犯罪を行う危険性が乏しいのであれば、刑の中断を認めている。ドイツの考え方を日本に導入するにはさらに検討を要す

るものの、少なくとも、余命わずかな医療的ケアを要する受刑者の自由刑の執行停止を認めるにあたっての考慮要素の一つとして重視すべきであると思われる。

第3に、ドイツと日本とでは、自由刑の執行開始後に刑を停止する制度について、条文構造が異なる。日本では、刑訴法482条の文言を読むと分かるように、その対象が広いこともあり、適用基準が分かりにくくなっている。それに対して、ドイツでは、その基準が裁判所を通じて明確になりつつある。今後日本においても、裁判所を通じた基準の具体化・明確化が望まれる。

【謝辞】 本稿は、金澤真理教授（大阪市立大学）、船山健二氏（新潟県立看護大学）、安田恵美准教授（國學院大學）との研究会より着想を得たものである。また、コロナ禍における資料収集において、中村智佳氏（大阪市立大学法学部資料室）より多大なご協力をいただいた。記して篤く御礼申し上げる。