

刑罰論から見た恩赦制度（2）

——ドイツ恩赦制度に関する議論を参考にして——

飯 島 暢

目 次

- 1 はじめに
- 2 日本の恩赦制度の概要と問題点
- 3 刑罰論から見た問題点 (以上、71巻3号)
- 4 ドイツの恩赦制度の概要と問題点
 - (1) 考察の視座
 - (2) ドイツの恩赦制度の概要
 - (3) 個別恩赦 (Begnadigung) の論点
 - ① 個別恩赦の法的拘束性
 - ② いわゆるクリスマスアムネステイ (以上、本号)
 - ③ 刑事政策上の諸規定との関係性
 - (4) 大赦 (Amnestie) について
- 5 恩赦制度の正当化の基礎づけの試み
- 6 結びにかえて

4 ドイツの恩赦制度の概要と問題点

(1) 考察の視座

本稿は、日本における現行の恩赦制度が孕む問題点に留意しながら、その法的な正当化の可能性を探るものである。既に述べたように、正当化のための考察を進めていく際には、ドイツにおける恩赦制度に関する議論を参照対象としている⁷⁶⁾。恩赦が本来的に想定され得る刑罰の執行（自由の制限）をその質及

76) ドイツではわが国と比較すれば、恩赦に関する研究書が多数公刊されている。ここでは以下の文献を挙げておく。Detlef Merten, Rechtsstaatlichkeit und Gnade, 1978; Axel Maurer, Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und

び量の観点において不要とする制度である限り、刑罰論との連動性を否定することはできない。刑罰が法的な制度としての法刑罰 (Rechtsstrafe) であるとすると、言わばそれを解除する裏返しとして恩赦は法的なもの (Rechtsgnade) でなければならないはずである。刑罰の法的な基礎づけについては、ドイツにおける議論を参照した刑罰論研究の蓄積が一般的に散見され得る。そこで、恩赦制度についても、ドイツにおける議論を参考にしながらその法的な基礎づけを試みるべきなのではないか。これが私の一応の問題意識である。但し、法的な基礎づけとは、現状の全てを無批判に受け入れることを意味するものでは当然にない。法的な基礎づけはその根幹において正当化を含むものではあるが、同時に限界づけをも果たすものであり、当該の基礎づけの欠如は逆に限界づけを曖昧にし、現状を無批判のままに放置することにもなりかねないと思われる。勿論、当然に歴史的経緯も法状況も大きく異なっているため、参照する際には彼我の差異を意識して、受容できるものとそうではないものをきちんと仕分けなければならない。

日本の恩赦制度の問題点については既に抽出済みではあるが⁷⁷⁾、改めて確認しておく。まず恩赦には、謙抑性、補充性、強行性というその三つの特徴との関係で次のような法的な問題点があった。つまり、謙抑性との関係では、恩赦

↘Kriminalrecht, 1979; Christian Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat, 1996; Dimitri Dimoulis, Die Begnadigung in vergleichender Perspektive, 1996; Alfons Klein, Gnade - ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001; Frank Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung, 2001; Cornelius Böllhoff, Begnadigung und Delegation, 2012; Björn Weidner, Das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten im demokratischen Rechtsstaat, 2012; Christian Waldhoff (Hrsg.), Gnade vor Recht - Gnade durch Recht?, 2014; Simon Funk, Gnade und Gesetz, 2017. なおドイツ恩赦制度の全体像を概観できる文献としては、Johann-Georg Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts, 2. Aufl. 1992; Hansgeorg Birkhoff/Michael Lemke, Gnadenrecht - Ein Handbuch -, 2012 が重要である。また、Hansgeorg Birkhoff, in: Eckhard Müller u. a. (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch. Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, Rn. 19 ff. § 27 の叙述も各州における恩赦実務の差異を踏まえたものであり、大変参考になる。

77) 飯島暢「刑罰論から見た恩赦制度(1)」関西大学法学論集71巻3号(2021年)224頁以下参照。

権限の行使主体の意義を恩赦の法的な性質と結び付けて明確にする必要性が、補充性との関係では、同様の作用を有する他の刑事政策的な諸規定との（適用の優先性をも踏まえた）関係性の解明が、強行性との関係では、恩赦の権利性（更には恩赦を不相当とする決定を裁判所による法的審査の対象とすること）を否定することの是非が問題としてあったのである。そして、刑法の文脈に特化した問題として、法・権利性（Rechtlichkeit）の回復のために想定されていた自由の制限たる刑罰がその本来の質と量において全くなされないか、或いは不十分のままとなっても何故に許容されるのかを、被害者、犯罪者、当該法秩序の他の構成員達に固有の自由の保障との関係で（個別恩赦と一般恩赦の差異をも意識しながら）基礎づける必然性が、上記の法的な諸問題と不可分に結び付いてあったのである。ドイツの恩赦制度の概要及び問題点、そしてこれらに関係する諸議論を参照する際には、上記の日本での種々の問題点を常に念頭に置いて取り組むことにしたい。

（2）ドイツの恩赦制度の概要

ドイツにおいても、恩赦は法におけるその不可欠の「人間的」要素であるとされ、恩赦なき法は想定され得ないし、実現もされ得ないとされている⁷⁸⁾。このように法と不可分に結合するとされる恩赦の機能については、ドイツ連邦憲法裁判所によって以下のものが挙げられており、その内容はわが国の場合とほぼ同様と言ってよい。つまり、法律の過酷さ（Härte）、あり得る誤判、事後的な（判決後の）変更から生じた一般的或いは人的な諸関係における不適切さの調整である⁷⁹⁾。以下では、このような機能が認められる恩赦、より正確には個別恩赦（Begnadigung）と大赦（Amnestie）⁸⁰⁾のドイツにおける法的な現状を叙述する。しかし、その前にまずは現在の法状況に至るまでの歴史的な経緯

78) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 5 参照。

79) BVerfGE 25, 352 ff. (NJW 1969, S. 1895 ff.) 参照。引用した内容は S. 1895 にある。

80) 厳密には日本における「大赦」とは内容的に若干異なるようにも思われるが、慣例に従い本稿では、Amnestieを大赦と訳すことにする。

を簡単に振り返っておこう⁸¹⁾。

ドイツにおける個別恩赦と大赦は、後に触れるように厳密に概念としては峻別されているが、共通の歴史的起源を有しており、それは西欧世界全般に当てはまる事柄である。古代においては、恩赦の萌芽が始まるのは支配者の権限が国家体制として確立されるのと同時期であり、具体的にはギリシア・ローマ時代に遡る。その後、キリスト教の影響の下、恩赦を神の恩寵、哀れみ (Barmherzigkeit)、思いやり (Güte)、慈愛 (Milde) の表れとする考えがカノン法において定着し、それが世俗法にも影響を与えていった。その後、後期中世になり裁判所が恩赦を行使するようになったが、このことが各地域の領主の権限との衝突を招くことになった。1507年のバンベルク刑事裁判令 (バンベルゲンシス)、1532年のカロリナ刑事法典では、裁判において恩赦を行使することに対して制限がなされるようになり、裁判権限と恩赦権限が分離されていった。17世紀以降は、恩赦権限は君主に属すると理解されるようになり、啓蒙期を経て、犯罪者に有利な内容だけに恩赦権限の行使は限定された (それまでは、判決よりも重くすることもできた)。1794年のプロイセン一般ラント法において、国家元首のみが恩赦権 (Begnadigungsrecht) を直接的に行使し得るとされ⁸²⁾、これにより現在まで続くその後のドイツにおける恩赦制度の法的な基盤が形成されることになった。また、議会制法治国家の発展と共に、君主から次第に大赦権限が剥奪されていき、それが議会で認められる流れができていった⁸³⁾。

81) 以下については、特に Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76) S. 7 ff.; Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76) Rn. 1 ff. を参照。個別恩赦に重点を置いた歴史的経緯の叙述としては、Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76) S. 24 ff. が詳しい。大赦についての同様の記述としては、Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung (前掲注76) S. 29 ff. を参照。

82) 但し、これは恩赦権限を委任する (delegieren) 権限を含むものであった。

83) Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76) S. 123 参照。Merten, Rechtsstaatlichkeit und Gnade (前掲注76) S. 13 f. によれば、1848年のプロイセンでは国王の布告により大赦がなされていたが、その2年後には大赦については議会で優先権が認められるようになった。

1871年のドイツ帝国（Kaiserreich）の成立以降は、（個別）恩赦権限はライヒと諸邦の両方に併存し⁸⁴⁾、ライヒ刑事訴訟法484条により、ライヒ裁判所が第1審として判決を下した刑事事件についてはライヒに恩赦権限が帰属し、ドイツ皇帝がそれを行使した⁸⁵⁾。しかし、後の時代とは異なり、当時においては皇帝の恩赦権限が憲法に規定されることはなく、法律レベルでその基礎を有するだけであった⁸⁶⁾。また各領邦の憲法（Landesverfassung）に基づき、地方領主も恩赦権限を行使した。ワイマール共和国の成立後は、ライヒのレベルでの個別恩赦権限は、ワイマール憲法49条1項によりライヒ大統領に帰属することになり、同条2項において大赦は議会が司る法律（Reichsgesetz）を必要とする旨が明記された⁸⁷⁾。また、ライヒを構成する諸邦については、引き続きそれぞれの憲法に基づいて国務大臣（Staatsminister）が個別恩赦の権限を行使した。ナチス時代においては、1934年1月30日の国家再編（Neuaufbau des Reichs）法により恩赦権限を含む各ラントの主権は完全にライヒへと集約され、同年8月2日のヒンデンブルク大統領の死去により、ライヒ大統領の恩赦権限

84) このライヒと諸邦の恩赦権限の併存は、現在においても連邦と各州の恩赦権限の併存として受け継がれている伝統的な特徴である。

85) ライヒ裁判所が第1審の管轄を有するのは、ライヒ裁判所構成法136条1号によると、例えば皇帝またはライヒに対する内乱罪（Hochverrat）及び反逆罪（Landesverrat）の場合であり、このようにいわゆる国家保安事案（Staatsschutzsachen）を対象とするのは、後に述べるように、基本法の下での連邦大統領による個別恩赦の場合と同様である。また皇帝は、海軍裁判所、領事裁判所、（帝国直轄州である）エルザス・ロートリンゲンの裁判所の有罪判決についての恩赦権限を行使した。

86) 当時において、死刑について個別恩赦は重要な意義を有しており、ライヒ刑事訴訟法485条1項2文は、国家元首（Staatsoberhaupt）又は皇帝がその個別恩赦権限を行使しないと決定した場合に初めて、死刑の執行は許されると規定していた。

87) Funk, Gnade und Gesetz（前掲注76）S. 47 Fn. 141によれば、第1次世界大戦後の革命期に、ライヒ及び諸邦において大赦が多数行われたため、それを抑制するために、ワイマール憲法及び多くのラント憲法によって法律を必要とすることが明示されるようになった。また当時においては、伝統的な大赦（Amnestie）ではなく、刑赦免（Straffreiheit）という表現が当該の法律の名称について用いられるようになり、後者の用語に戦後の立法者も従っている。Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung（前掲注76）S. 42 f. 参照。

を含む全ての権限は総統及びライヒ首相であるアドルフ・ヒトラーに移譲された。恩赦は総統の包括的な権限の一部であるとされ、ライヒ司法大臣によりその手続を規定した恩赦令 (Gnadenordnung) が1935年2月6日に公布された⁸⁸⁾。

戦後になり、基本法における法秩序の下で恩赦も新しい法的な装いを得ることになった。まず個別恩赦についてであるが、連邦レベルでは、基本法60条2項により、連邦大統領が連邦に関する (für den Bund) 個別の事案について個別恩赦権を行使すると規定され、同条3項により、連邦大統領はこの権限を他の官庁に委任できるとされた。従って、連邦における個別恩赦の権限者は連邦大統領となった。各州においては、それぞれの州憲法において恩赦権限が規定され、個別恩赦の権限者とされたのは、いわゆる三つの都市州では州政府 (Senat) であり⁸⁹⁾、州議会を権限主体としたザールラント州⁹⁰⁾を除くその他の州では州首相 (Ministerpräsident) とされた⁹¹⁾。連邦の個別恩赦権限と各州の同権限は、それぞれ全く別個に並列的に存在しており、上下関係があるようなものではない。

大赦については、基本法にはワイマール憲法49条2項のような規定はないが、大赦が法律の形式でなされなければならないことは、基本法制定の際の議会評

88) これがいわゆる1935年恩赦令 (GnO 1935) であり、中央政府への均制化 (Gleichschaltung) となる国家再編後における統一的な恩赦の運用を図るためのものであった。なお、この1935年恩赦令は現在においても連邦レベルでは原則的に効力を有している。また現在の各州における恩赦令の内容について大まかな一致が見られるのは、この1935年恩赦令がモデルとなっているからである。1935年恩赦令では、確定判決後の刑の免除、変更だけでなく、(本来は大赦の内容とされる) 確定判決前の刑事手続に係る免訴 (Niederschlagung) も認められており、現在の個別恩赦の権限を超える内容を含むものであった。

89) ベルリン憲法81条第1文、自由ハンザ都市ブレーメン州憲法121条1項、自由ハンザ都市ハンブルク憲法44条1項。

90) ザールラント憲法93条。従って、ザールラント州では個別恩赦は法律の形式でなされることになる。但し、ザールラント恩赦法により、実際の恩赦権限の行使は州政府に委任される。Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76) Rn. 112 参照。

91) 例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法59条1項第1文。

議会（Parlamentarischer Rat）においては自明とされていた⁹²⁾。これに対し、各州の憲法では大赦が法律を必要とすることは明確に規定された⁹³⁾。従って、大赦の権限を行使するのは、連邦レベルでは連邦議会（Bundestag）であり、各州においては州議会となった⁹⁴⁾。

こうして基本法及び各州憲法により、現行恩赦制度の法的基盤が一応のところ整えられた。憲法に裏打ちされて、個別恩赦と大赦の区別も明確になり、確定判決後の個別の事案に関して行政行為の形でなされるものが個別恩赦であり⁹⁵⁾、確定判決を前提とせずに、刑事手続の開始の有無をも問わず、一般的なメルクマールを定めて類型的に法律の形式で行われるものが大赦であるとされた。個別恩赦については、その法的な性質の点、つまりは法的拘束性や権利性、法律上の代替規定との関係性が問題となるため、これらの争点を巡り論争がなされているが、法律の形式によってなされる大赦に関しては、上記のような論点はクリアになっているとの印象があるためか、あまり議論はなされていない⁹⁶⁾。

個別恩赦に関する憲法上の規定は、連邦大統領と州首相その他に権限がある旨を定めるだけの言わば権限規定であり、前者は刑法に関する連邦法レベルに

92) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 208 参照。

93) 例えば、ラインラント・ファルツ憲法103条2項では、大赦は法律を必要とする
と明示されている。

94) 但し、州の大赦権限については実務上の意義はないとされている。Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung（前掲注76）S. 182 参照。

95) 但し、州憲法の中には、連邦大統領の個別恩赦権限を定めた基本法60条2項とは異なり、州に関する（für das Land）点や個別事案性を明示していないものもある。例えば、ブランデンブルク州憲法92条第1文やメクレンブルク・フォアポムメルン州憲法49条1項第1文は、州首相は州に関する個別の事案につき個別恩赦権を行使すると明示しているが、ヘッセン州憲法109条1項第1文は、州首相は国民（Volk）の名において個別恩赦権を行使するとしか規定していない。後に述べる権限の委任の点も含め、明示されてない事項についてもそれは慣習法的に認められるものと一般的には解されている。

96) Süß, Studien zur Amnestiegesetzgebung（前掲注76）S. 22 は、大赦法の領域を現代ドイツ法学における「空白地（weißer Fleck）」と表している。ドイツにおける大赦の詳細については後述する。

において、そして後者は同様の州法の範囲で権限を有することを示すだけでしかない。より詳細な恩赦権限の対象となる事件の範囲に関する管轄規定となるのは、裁判所構成法及び刑事訴訟法の諸規定である。まず、ドイツ刑事訴訟法452条第1文では、第1審において連邦の裁判権の行使によって判決がなされた事案については個別恩赦権は連邦に帰属し、第2文でそれ以外の事案の場合には州に帰属すると規定されている。第1文に当てはまるのは、上級ラント裁判所が基本法96条5項及び裁判所構成法120条6項に基づいて、いわゆる機関借用（Organleihe）の形態で実質的に第1審の裁判所として連邦について（für den Bund）判決を下す場合であり、特に対象となるのは重大な国家保安事案（Staatsschutzsachen）である⁹⁷⁾。重大な事案へと限定がなされるのは、重大ではない事案については、裁判所構成法142条a第2項及び第4項により連邦検察庁（Generalbundesanwalt）は手続を州の検察庁に移管させるため、連邦の管轄がなくなるからである。ここで決定的な基準となるのは、あくまでも第1審の管轄が認められるか否かであり、連邦通常裁判所（BGH）が上告審として判決を下す場合には、州の案件のままとなり、連邦の恩赦権限が基礎づけられることはない⁹⁸⁾。このように、刑事事件については、連邦大統領に制度上帰属する個別恩赦権限は実は相当限られている⁹⁹⁾。ドイツにおける刑事個別

97) Ekkerhard Appl, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, Rn. 2 § 452; Cornelius Nestler, in: Christoph Knauer u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 1. Aufl. 2019, Rn. 6 § 452 参照。ここでの対象となる犯罪の種類は、裁判所構成法120条1項及び2項に規定されており、ドイツ刑法81条（連邦に対する内乱 [Hochverrat]）を始めとする国家の安全に関わる犯罪行為が主に列挙されている。

98) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 24 参照。

99) 冷戦の終結後では、ドイツ赤軍（RAF）に代表される左翼陣営による反逆罪（Landesverrat）事件も減り、当該テロリストが刑事施設に拘束されている状況も稀となっているため、連邦大統領による個別恩赦も必然的に不活発とならざるを得ない事情がある。この点については、Weidner, Das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten im demokratischen Rechtsstaat（前掲注76）S. 50; Stefan Ulrich Pieper, Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten - eine Bestandsaufnahme, in: Waldhoff (Hrsg.), Gnade vor Recht - Gnade durch Recht?（前掲注76）S. 130 参照。

恩赦の実務は州レベルに重点があると言っても過言ではないであろう¹⁰⁰⁾。

連邦大統領の個別恩赦の対象は、有罪判決に基づく刑罰以外にもドイツ刑法44条における運転の禁止のような付加刑や同法45条の公務につく能力の喪失のような付随効果にも拡張されており、更には連邦の懲戒裁判所による公務員に対する懲戒事案¹⁰¹⁾、基本法18条に基づく基本権の制約に関する連邦憲法裁判所の判決も対象になっている¹⁰²⁾。

なお、秩序違反法については、刑事訴訟法452条のような管轄に関する規定

100) データとしては古い⁹⁾が、Thomas Harden, Einblicke in die Gnadenpraxis am Beispiel Nordrhein-Westfalens, in: Waldhoff (Hrsg.), Gnade vor Recht - Gnade durch Recht? (前掲注76) S. 86 f. によると、2011年においてノルトライン・ヴェストファーレン州では、処理された恩赦の総数は2,783件であり、その内224件につき恩赦が認められている。より古いものとして、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76) S. 186 f. に各州の恩赦決定に関する統計資料が掲載されているが、1987年の時点でプレーメン州とハンブルク州については「不明」とされている。連邦大統領恩赦については、1974年7月1日の Scheel 大統領の就任以降恩赦決定数に関する統計が公表されている⁹⁾、恩赦相当或いは不相当のどちらの決定を下したのかについては示されていない。統計上の不透明さは、Weidner, Das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten im demokratischen Rechtsstaat (前掲注76) S. 48 が示すように、様々に指摘されている。このような不透明さは恩赦手続そのものの不透明性と連動していることが推測される。

101) 最近では連邦大統領が執り行う個別恩赦は主として懲戒事案を対象としており、刑事個別恩赦は殆ど行われていない。統計が明示されてからの歴代大統領の職務時の恩赦決定の件数が Pieper, Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten (前掲注99) S. 129 f. に掲載されているので、それらを比較してみると、Scheel 大統領 (懲戒恩赦289 : 刑事恩赦12)、Carstens 大統領 (懲戒恩赦174 : 刑事恩赦18)、von Weizsäcker 大統領 (懲戒恩赦256 : 刑事恩赦40)、Herzog 大統領 (懲戒恩赦90 : 刑事恩赦21)、Rau 大統領 (懲戒恩赦54 : 刑事恩赦2)、Köhler 大統領 (懲戒恩赦25 : 刑事恩赦3)、Wulff 大統領 (懲戒恩赦14 : 刑事恩赦0) となっている。当該の情報は大統領の職務期間中は公開されないため、Steinmeier 現大統領の恩赦決定については不明である。また Gauck 前大統領については <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1154572/umfrage/anzahl-der-gnadenentscheidungen-von-bundespraesidenten/> において11件の恩赦決定を下したとの情報に接したが (最終閲覧日 : 2022年5月22日)、内訳は不明である。

102) これらの点については、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76) S. 22 f. も参照。

は存在しないが、過料決定 (Bußgeldbescheid) を下した行政庁が連邦と州のどちらの管轄に属するのかわによって恩赦権限の帰属も決まることになる¹⁰³⁾。また保安改善処分も争いはあるが個別恩赦によって捕捉されている¹⁰⁴⁾。

憲法上の権限規定、更には刑事訴訟法及び裁判所構成法による管轄規定により、個別恩赦もドイツの法秩序における「法的な制度」として確立されることになる。しかし、個別恩赦に係る規範的な要件はどこにも規定されておらず、連邦大統領及び州首相その他の恩赦権限者は何ものにも拘束されずに自らの良心に従って判断を行えばよいとされており、その裁量的な判断を規制する法的な枠組みのようなものは明示されていない¹⁰⁵⁾。また恩赦手続に関する詳細は、(司法省による) 行政規則である恩赦令に規定されるのみである¹⁰⁶⁾。つまり、連邦大統領の個別恩赦手続については、1935年恩赦令が一定の修正を受けてはいるものの、原則的にそのまま妥当し、各州の同手続には各州における恩赦令が効力を有している。厳密に言えば、ドイツにおける個別恩赦手続それ自体は法律に基づいたものではないのである。このように、ドイツの個別恩赦制度には、言わば確固とした法にはなりきれていないものがつきまとっている感すらあり、しばしば同制度については「慣習法的に」運用されているとの評価がなされている¹⁰⁷⁾。このようなドイツにおける個別恩赦の特徴は、本来恩赦はそ

103) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 79 ff. 参照。

104) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 271 参照。

105) 但し、通説上基本法58条第1文により、連邦大統領が恩赦を行う際には、当該恩赦に関する政治責任を担保するため連邦司法大臣による副署 (Gegenzeichnung) が必要になるとされている。Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 166 f.; Pieper, Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten (前掲注99)) S. 94 ff. 参照。これに対し、州首相は恩赦決定について政治責任を自ら負うため、州司法大臣による副署は要求されていない。Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76)) S. 101 を見よ。

106) この点で法律を通じて個別恩赦を運用するザールラント州は例外となる。

107) 例えば Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 13, 15 (恩赦決定の内容と対象は慣習法的に規定されているとする); Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 262; Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76)) S. 89, 116 ff (慣習法という側面を積極的に評価している). を参照。

の権限者である国家君主の個人的な権威、寛大さ、善意という法外の諸要素に依拠して、それを体現したものであるとする伝統的な恩赦観に遡るものであろう。しかし、このようなドイツ現行恩赦制度が有する曖昧さが個別恩赦の法的拘束性という論点を生じさせることになる。

そもそも個別恩赦の多くは、連邦大統領或いは州首相等の職位に基づいた権威の発露からは「距離がある」のが実情である。彼らの恩赦権限の行使は下部の機関に委任されるからである。基本法60条3項は、連邦大統領が恩赦権限を他の官庁（Behörde）に移譲できる旨規定しており、多くの州憲法も同様の規定を置いている¹⁰⁸⁾。そして、バイエルン州やハンブルク州のように憲法上明示の規定がない場合でも、恩赦権限の委任は慣習法的に黙示の権限として認められている¹⁰⁹⁾。連邦大統領の個別恩赦の委任については、連邦の恩赦権の行使に関する連邦大統領令（AO 1965）¹¹⁰⁾において、大統領が自ら恩赦を行使するために留保する場合とそうではなく連邦司法大臣等の下部機関に委任する場合が列挙されている。例えば刑事事件について言えば、連邦大統領が自らに恩赦権限を留保するのは、刑の免除と減刑、更には特に重大な事案の場合であり（同命令1条1号、2条3項）、それ以外については連邦司法大臣に委任される（同命令2条2項1号）。その際には連邦司法大臣は一般的又は個別的に更に下位にある機関に権限を委任することが可能となっている（同命令3条）。そもそもここでは、連邦大統領による個別恩赦の対象となるか否かを判断する際に選別を受けたものであるため、重大事案性は通常は肯定されることになる¹¹¹⁾。また州首相等の個別恩赦の委任についても、州首相または州政府による命令（Anordnung）、通達（Erlass）又は法律¹¹²⁾によってその詳細が規定

108) 例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法59条1項第2文。

109) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76））S. 13 参照。

110) Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes vom 5. Oktober 1965 (BGBl. I S. 1573), idF der Anordnung vom 3. November 1970 (BGBl. I S. 1513).

111) この点については、Böllhoff, Begnadigung und Delegation（前掲注76））S. 90 を参照。

112) ラインラント・ファルツ憲法103条1項第2文により、同州においては恩赦権

されている。多くの場合、州における本来的な恩赦権限者に同権限が留保されるのは、無期自由刑の事案或いはその他の重大な場合¹¹³⁾であり、それ以外については州司法大臣に委任され、更に同大臣を通じて、より軽微な事案については通常は当該州の検察庁に個別恩赦の実施が委任される。こうして、ドイツにおける恩赦実務の多くの部分が比較的下位にある行政機関によって実は処理されているという実情が浮かび上がってくる。日常的な検察業務の中で機械的に処理されている現実と、君主制の伝統に基づいた職位に基づく権威性の発露という、個別恩赦を法の桎梏から逃れさせるためにしばしば持ち出される理念との間に大きな隔たりがあることは明らかであろう¹¹⁴⁾。

(3) 個別恩赦 (Begnadigung) の論点

以上で述べたように、ドイツにおいて個別恩赦は連邦と各州において憲法上の法制度として確立されている。しかし、完全には法になりきれていない曖昧さが常につきまとい、場合によってはそれが全ての出発点に置かれている感すらある。だが、法的な性格づけを不明確にしたまま、ラートブルフが主張したように恩赦が発揮する法外の価値の作用を強調して¹¹⁵⁾、それを恩赦権限者となる人格が体现するとの恩赦観に依拠するとき、憲法上の現行恩赦制度は「法

↘限の委任に関して州法 (Landesgesetz über die Ausübung des Gnadenrechts) が制定されている。またザールラント恩赦法 3 条及び 4 条を参照。

113) 多くの州では、上級ラント裁判所が第 1 審として判決を下した場合が想定されている。また更なる限定として、内乱罪といった罪名が挙げられている場合 (ノルトライン・ヴェストファーレン州の恩赦権の執行に関する首相通達 1 条 1.)、5 年以上の自由刑という刑量に基づいた条件がある場合 (ヘッセン州の恩赦権の執行に関する首相通達 I. 2.) のように様々なバリエーションがある。例外的にプレーメン州の恩赦権の執行に関する政府命令 (1 条 1.) では、政治的に重大な意味のある事案については恩赦権限は州政府に留保されるとだけまず規定されている。

114) この点につき、Böllhoff は、恩赦決定は本来的には職位のカリスマ性に基づいて (amtscharismatisch) なされなければならないとして、恩赦権限が下位の部局に委任されてしまっている実情を批判する。特に der., Begnadigung und Delegation (前掲注 76) S. 199 ff. を参照。

115) 飯島「刑罰論から見た恩赦制度 (1)」(前掲注 77) 228 頁参照。

的な承認を受けた法外のカテゴリー」¹¹⁶⁾となり、恩赦という「異物」を内包する当該の憲法秩序も必然的にジレンマを抱え込まざるを得なくなる¹¹⁷⁾。ドイツでは、このような恩赦が孕む法的なゆらぎとの関係で法上の論点が形成されている。ここでは特に次の問題を取り上げたい。つまり、個別恩赦の決定に対する裁判所による事後審査の可否及び個別恩赦を求める権利という下位の論点を含む個別恩赦の法的拘束性の問題（①）、個別恩赦と大赦の峻別との関係で問題となる実務上の運用であるいわゆるクリスマスアムネスティー（②）、恩赦に起源を有する刑事政策上の諸規定（法律化された恩赦）と個別恩赦の関係性（③）の三つである。

① 個別恩赦の法的拘束性

個別恩赦の法的拘束性は、行政権に属する機関である連邦大統領及び州首相その他の恩赦権限の行使を権力分立原則とどのように調和させるのかという論点としてまずは顕在化するが、より具体的には、恩赦申請に対して拒絶決定がなされた場合に、同決定を司法による事後的な審査の対象になし得るのかという問題として論じられている。そして、この事後的な法的な審査対象性に関し、基本法19条4項第1文が、公的な権力によって権利が侵害された者について、出訴の途（Rechtsweg）、つまりは法的な手段で訴えることを保障しているため、同時に前提として権利侵害の存在が問題となる。そこで、申請者の側に個別恩赦を求める権利がそもそもあるのかが論じられることになる¹¹⁸⁾。

当該の問題に関する議論において中核的な役割を果たしたのは、連邦憲法裁判所の判断であった。1969年4月23日の決定¹¹⁹⁾において連邦憲法裁判所は、個別恩赦の拒絶決定が裁判所による事後審査に服さないとの見解を明らかにし

116) Christian Waldhoff, Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?, in: ders. (Hrsg.), Gnade vor Recht - Gnade durch Recht? (前掲注76)) S. 134 f. 参照。

117) Waldhoff, Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung? (前掲注116)) S. 131 参照。

118) 但し、この点については Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76)) S. 107 f. Fn. 3 も見よ。

119) BVerfG, Beschluß vom 23. 4. 1969 - 2 BvR 552/63.

た。つまり、基本法19条4項における出訴の途の保障は当該の拒絶決定には当てはまらないとしたのである。しかし、同決定では、4名の裁判官による反対意見が同時に表明されており、主要意見と反対意見の対立はほぼそのまま学説における対立の内容に影響を与えている¹²⁰⁾。

1969年決定における主要意見によると、基本法60条2項における連邦大統領の個別恩赦権限は歴史的伝統に基づいたドイツ帝国皇帝に遡る特別な権限を、ワイマール憲法におけるライヒ大統領の権限を媒介にして引き継いだものであり、この点は各州における個別恩赦権限にも妥当するとする。このような権限は非合理的な要素を必然的に含まざるを得ないものではあるが、刑罰を適切な内容に修正する装置として必要性が認められているとする。基本法は個別恩赦権限の行使について特定の規範的な要件を定めていないが、そもそもこのような要件への拘束は上記の歴史的な伝統に基づく無条件的な権限に対する制限となるため許容されるものではないとされる。主要意見によると基本法60条2項は、以上の歴史的伝統によって認められた、司法権に対して行政権が介入する権限として、権力分立原則を修正する特殊な形成力（Gestaltungsmacht）を個別恩赦の権限者に付与するものであり、これは憲法上の権力分立原則からは本来的には認められないはずの異物として、その例外に他ならないのである。そして、憲法上の制度である個別恩赦は権力の相互制限及びその相互的バランスの維持から免れているため、行政権による介入に対して裁判所へ救済を求める点の保障も妥当しないとの結論が導き出される。つまりは、基本法19条4項が個別恩赦に関する決定には妥当しないことは、基本法の全体構造からの帰結とされるのである。更に、個別恩赦の特徴は、申請、同意、是認がない場合はもとより、対象者の意思に反してもなされ得る点にあるのであるから、そもそも個別恩赦を求める権利などはないとしている。

これに対し反対意見は、連邦大統領及び州首相その他の個別恩赦権限はドイツ連邦共和国における法治国家的な憲法秩序に組み込まれており、恩赦行為を司法権に対する権力分立原則の例外となる介入として捉えることはできないと

120) 以下については、BVerfGE 25, 352 ff. (NJW 1969, S. 1895 ff.) を参照。

する。つまり、恩赦権限者も個別恩赦を憲法適合的な秩序の枠内でのみ、具体的には基本法1条3項及び同法20条3項によって引かれる限界内で行わなければならない¹²¹⁾、それが積極的なものであれ、消極的なものであれ恩赦決定に関する動機も基本法によって個別的に具体化されている正義の理念に適ったものでなければならないとする¹²²⁾。反対意見からしても、個別恩赦は原則的に権限者の自由裁量の下で行使され得るものであり、例えば基本法の価値秩序からは是認されない理由がある場合には、当該の裁量に基づいて恩赦は拒絶されることになる。しかし、恩赦権限が恣意的な運用により濫用されるときには、基本法1条及び（平等権保障に関する）3条によって基礎づけられる、法治国家に適った、つまり非差別的で正当で実体に即した恩赦決定を求める権利が侵害されるとする。恩赦は確かに完全には法化されたものではないが、恩赦の付与或いはその拒絶は法的に限界づけられたものに他ならないとして、行政権の行使に当たる恩赦決定については、基本法19条4項の保障が妥当し、法治国家に適合した決定であったのか否かの検証に関する司法審査に服するとの結論が導き出されている。

以上のように、反対意見はあったものの、連邦憲法裁判所は恩赦決定に対する裁判所による事後的な審査を否定し、更にはその前提として権力分立原則の例外として個別恩赦権限を捉えると同時に、（申請者の側における）恩赦の権利性を否定するとの結論を打ち出した。言わば、個別恩赦の法的拘束性をかなりの程度にまで薄める立場に基づくものであった。このような見解は連邦憲法裁判所の判例として確立され、その後も恒常的に受け継がれている¹²³⁾。但し、

121) 基本法1条3項は、以下の基本権は立法、執行権、司法を直接的に妥当する法として拘束すると規定する。基本法20条3項は、立法は憲法適合的な秩序に、執行権及び司法は法律と法に拘束されると規定している。

122) この点については、Birkhoff/Lemke, Gnaderecht（前掲注76）Rn. 403も参照。Birkhoff/Lemkeによれば、恩赦決定の際の動機の内容は、基本法の価値秩序に適ったものでなければならない、特に同法3条の平等権の保障による規制を受けることになる。

123) Schätzler, Handbuch des Gnaderechts（前掲注76）S. 126 f.; Birkhoff/Lemke, Gnaderecht（前掲注76）Rn. 380 参照。同 Rn. 395, 398によれば、連邦行政裁

州の憲法裁判所の中には、バイエルン憲法裁判所やヘッセン国家裁判所のように連邦憲法裁判所とは異なる立場を示すものもあった。バイエルン憲法裁判所は1965年12月6日の判決¹²⁴⁾において、申請者には恩赦を求める権利はないとしながらも、恩赦権限者の裁量は無制限ではないとして憲法上の超えられない制約があることを認め、恩赦の拒絶を決定する際に特にバイエルン憲法118条1項における恣意の禁止 (Willkürverbot) の違反がある場合には、憲法異議の訴えが認められるとした¹²⁵⁾。またヘッセン国家裁判所は1973年11月28日の判決¹²⁶⁾において、州首相の恩赦権限も法治国家的な憲法秩序に完全に服することを前提に、特に恣意の禁止及び人間の尊厳に基づいた、残酷な取扱いの禁止に反すると認められる場合には、当該の恩赦拒絶決定は憲法裁判所による事後的な審査の対象になり得るとした。このように、州首相による個別恩赦の拒絶決定との関係では、バイエルン州とヘッセン州では個別恩赦も一定の法的な拘束に服し、申請者の側における裁判所に対する救済の求めも認められ得ることになる。

そもそも連邦憲法裁判所も一度下した恩赦決定の撤回 (Widerruf) については、実は異なる判断を下している。つまり、1971年1月12日の決定¹²⁷⁾において同憲法裁判所は、既に一度付与された恩赦の撤回については、(1969年決定が取り扱った) 恩赦決定それ自体とは異なる評価が妥当するとした¹²⁸⁾。何故ならば、個別恩赦を通じて残刑の執行が猶予される場合、恩赦申請者の法的地位も変化を受け、その者には義務が課せられるが、同時に自由権 (Freiheitsrechte)

↘ 判所及びいくつかの上級ラント裁判所も1969年決定の立場に従っている。連邦通常裁判所 (BGH) 第3民事部の判断については、同 Rn. 396 を参照。また Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76)) S. 109 本文及び Fn. 12 も見よ。

124) BayVerfGH, Entsch. v. 6. 12. 1965 - Vf. 77 - VI - 64 (NJW 1966, S. 443 ff.) 参照。

125) 更にバイエルン憲法裁判所は1968年1月16日の判決 (BayVerfGH, Entsch. v. 16. 1. 1968 - Vf. 94 - VI - 67) において、恩赦付与の撤回についても同様の原則が当てはまるとした。詳細については、NJW 1968, S. 587 f. を参照。

126) Hess. StGH, Urt. v. 28. 11. 1973 - P St. 653 (NJW 1974, S. 791 ff.) 参照。

127) BVerfG, Beschluß vom 12. 1. 1971 - 2 BvR 520/70.

128) 以下については、BVerfGE 30, 108 ff. (NJW 1971, S. 795) を参照。

も認められるようになり、当該義務を履行する限りにおいて自由の享受の保障及びその存続を信頼することが許されるからである。連邦憲法裁判所によると、このような個別恩赦によって一度認められた法的地位を悪化させてしまう撤回は、もはや行政権に任意のものではなく、法的な拘束を受けるべき行為となるため、基本法19条4項に基づいた司法によるコントロールに服するとするのである。このように、連邦憲法裁判所は個別恩赦の拒絶決定それ自体と個別恩赦の付与の撤回を区別することにより、後者については、個別恩赦に対する法的拘束性を一定の範囲では認めようとしている。当該の区別の是非はさておき、こうして見てみると、ドイツの判例においては個別恩赦の法的拘束性が完全に否定されきれていない実情も浮かび上がってくるのである¹²⁹⁾。

大まかに言って、学説の立場は二分されており、それぞれの内容は1969年決定の主要意見と反対意見に対応している。主要意見と同様に個別恩赦決定に対する司法審査性を否定するのが Weidner である。彼によれば、司法によるコントロールを肯定する前提には、個別恩赦権限の行使が恣意的になされ得ることが想定されているが、そもそも同権限の行使に関する基準が存在しないのであるから、恣意的であるのか否かについての検証は不可能であるとする。また実際上も、個別恩赦権限の実施においては、それに関与する連邦大統領府或いは州首相府やその他司法省の職員達により入念な下調べがなされた後、権限者本人による慎重な検証を経てなされており、その際の個々の職務活動については法と法律に拘束されている旨も挙げている¹³⁰⁾。そして、恩赦を求める権利がない点を強調して基本法19条4項が適用される前提がそもそも存在しないと、主要意見と同じ結論に至っている¹³¹⁾。また特に連邦大統領は個人的な

129) Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76)) S. 111 は、ドイツにおける判例の動向を、恩赦と法の厳格な二元主義から法の中に恩赦を組み込む方向で推移しているとすら分析している。

130) Weidner, Das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten im demokratischen Rechtsstaat (前掲注76)) S. 27 参照。従って、権限者の職務活動を通じた間接的な法的拘束性は肯定されていることになる。

131) Weidner, Das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten im demokratischen Rechtsstaat (前掲注76)) S. 27 参照。

権威に基づいて善意、寛大さ、赦しという価値を体現する存在であることから、正義の観点から刑罰を正当な内容に修正する必要がある場合に、法と法律に厳格に拘束される裁判官ではそれをなし得ないため、当該の役割が連邦大統領に帰せられるべきとし、そのために必要となる個別恩赦権限は裁判所による事後的な審査にはそもそもなじまないものであるとする¹³²⁾。Weidner からすれば、連邦大統領の個別恩赦権限は権力分立原則には合致しないものではあるが、現在の民主的な法治国家においてもその存在は否定されない憲法上の例外的な制度に他ならないのである¹³³⁾。また Schätzler も恩赦を裁判の対象にすることは、その本性に反し、恩赦の廃止に至るとする¹³⁴⁾。基本法19条4項が適用されるためには、公権力による権利侵害がなければならぬが、拒絶決定についてこの点を語るためには、恩赦付与の不作为によって権利が侵害されたとする構成を採らざるを得ないとする。更にそのためには、恩赦権限者の側に恩赦を付与する法的義務が存在しなければならないが、Schätzler によれば、その前提となる法的な規範などはどこにも存在しないのである。また、恩赦それ自体を求める権利はないとしても、1969年決定の反対意見によると、誤った裁量に基づかない、恣意的ではない恩赦決定を求める権利は認められて、この点から司法による事後的な審査の可能性が基礎づけられることになる。しかし、Schätzler からすれば、裁量について規制する法規範がないため、誤った裁量の行使であるのか否かを確定することは不可能なのである。また、そもそも個別恩赦の本質は個別事案との関係で法とは異なる視点に依拠して判断を行い、法的安定性に介入する点にあるのであるから、むしろ個別恩赦は「憲法上許された恣意」に他ならず、恣意の禁止について語ることもできない。実際上も、

132) Weidner, Das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten im demokratischen Rechtsstaat (前掲注76)) S. 56 f., 59 参照。

133) その際には、連邦大統領による刑事個別恩赦の実施件数が僅かである点も例外を許容する根拠とされている。但し、恩赦決定に至る手続の透明化を促進させる必要性があることは認められている。Weidner, Das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten im demokratischen Rechtsstaat (前掲注76)) S. 60, 62 f. 参照。

134) 以下については、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 127 ff. を参照。

恩赦拒絶決定を事後的な司法的コントロールの対象にしてしまうと、既に確定したはずの刑事判決の内容の再検証に結局のところ至らざるを得ないため、裁判システムを根底から覆す事態になりかねないと Schätzler は主張している。

以上に対し、むしろ学説の多数は1969年決定の反対意見に依拠する。例えば Birkhoff/Lemke は、同決定の主要意見の根幹にある歴史的伝統的恩赦観を批判し、基本法60条2項の個別恩赦権限を現在の基本法秩序の中に再定位することから出発する¹³⁵⁾。従って、個別恩赦権限は権力分立原則の例外となるものではないとし、そもそも基本法によって目指される権力分立も三権相互の間での権力の抑制とバランスを図るものと捉えて、基本法60条2項もこの趣旨に沿って解釈されなければならないとする。つまり、同条項は個別恩赦により行政権が司法権を抑制することを認めるものであり、これは例外的な異物ではなく、上記の意味での権力分立原則が当然に含む内容なのである。しかし他方で、恩赦権限という行政権も司法権による抑制に服するべきことも当然に求められる。つまり、歴史的伝統に基づくとされる個別恩赦が（本来は否定されるべき）非合理的な要素を内包する点は、1969年決定の主要意見によっても認められていたが、Birkhoff/Lemke は当該の非合理的な要素が恩赦決定の内容に入り込んでいないか否かを検証する役割を司法が果たすべきとするのである¹³⁶⁾。また、このような前提から法的拘束性もより具体的に捉えられている¹³⁷⁾。Birkhoff/Lemke からすれば、個別恩赦を法外に位置づけることは基本法の基礎にある法治国家原理と調和するものではなく、連邦大統領による個別恩赦権限の行使も、それが執行権の一部としてなされる限り、基本法1条3項及び20条3項により基本権及び法律による拘束を受けることは当然となる。そして、基本権拘束との関係で特に重要となるのは、基本法3条1項及び同条3項に基づく恣意の禁止と基本法3条1項から導き出される行政の自己拘束性の要求であるとされ、恣意的な理由によって通常の恩赦実務からの乖離がなされて、恩

135) Birkhoff/Lemke, Gnaderecht (前掲注76)) Rn. 406 ff. 参照。

136) Birkhoff/Lemke, Gnaderecht (前掲注76)) Rn. 409 f. 参照。

137) Birkhoff/Lemke, Gnaderecht (前掲注76)) Rn. 411 ff. 参照。

赦申請が拒絶された者がいる場合については、権利侵害が肯定されるとする。そのような恣意に基づく誤った裁量が生じ得るのは、恩赦決定に非合理的な要素が介入するからに他ならないのであり、この点からも、司法による事後的な審査は不可欠になると結論づけられている。確かに彼らからしても、恩赦付与を求める権利それ自体は認められるものではない。だが、誤った裁量に基づかないで対応することを恩赦申請との関係で求める権利は存在し、上記のように場合によっては恩赦拒絶決定を通じて当該の権利が侵害されるのであるから、基本法19条4項における出訴の途の保障の前提が欠けることはないのである¹³⁸⁾。

以上の学説、更には1969年決定における意見の対立は、法的拘束性の密度或いはその内容の度合いに関する見解の相違に収斂されると言い得るであろう¹³⁹⁾。やはり個別恩赦の権限が憲法上の制度である限り、個別恩赦が法的な性格を有する点を完全に否定しきることはできないはずであり、個別恩赦の権限者である連邦大統領、州首相等が行政機関である限り、その法的拘束性も当然の前提とされなければならないはずである。つまり、論点としての要諦は、そのような法的拘束性を単なる形式的なものとするか¹⁴⁰⁾、或いは更に踏み込

138) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 417 ff. 参照。

139) いずれの立場においても申請者の側に恩赦付与を求める権利それ自体はないことが前提とされている。つまり、反対意見及びそれに与する学説において権利性が認められるにしても、それは恩赦権限者が任意に決定に係る判断へと進む限りは、それが恣意的な判断にはならないことを求める権利でしかないのである。恩赦の権利性が言わば不十分にしか認められない背景には、やはり歴史の残滓とも評価される、伝統的な恩赦観があるからであろう。

140) ドイツでは個別恩赦は恩赦令に則って実施されている。恩赦令は法律ではなく、行政規則でしかないが、これにより一定の規則性、予測性、「法的な」安定性が担保されていると考えることができる。この恩赦令以外にも様々な慣習法による運用が個別恩赦の基盤にあるとして、Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76)) S. 116 ff. のように、慣習法に基づいた法的拘束性に言及する見解もある。司法的な事後審査性を否定する見解も、このような意味での法的拘束性を否定するものではないであろう。Funk もその際には個別恩赦権限の行使が内容的な拘束から自由である点を前提にしている。なお Funk は同時に恩赦権限の執行者は行政機関に他ならないとして、基本法20条3項の法的枠組みに間接的に服するとしている (同 S. 119 f.)。↗

んで、恩赦決定に関する内容面での拘束性として捉えるかの違いにあり¹⁴¹⁾、より具体的には恩赦決定の際の動機、理由づけに対する規制を行い、例えば恣意的な理由に基づく恩赦拒絶決定を許容しないと結論にまで至るのか否かという争いなのである。前者の立場からすれば、たとえ恣意的な理由から恩赦拒絶決定がなされたとしても、その際に申請者が被る不利益はあくまでも事実上のものでしかないため法的な救済の対象とはならないのに対し¹⁴²⁾、後者の立場からすれば、それは権利侵害として扱われ、司法による事後的な審査に服すべきとなるのである。

② いわゆるクリスマスアムネスティー

ドイツにおいては個別恩赦と大赦は厳格に区別されており、前者は行政権に、後者は立法権に割り当てられた権限の行使と解されている。つまり、本来は大赦であるのに、それを個別恩赦の形態で行うような区別を曖昧にした恩赦の実施は正当化されない不適切なものとなる。この点で問題となるのが、例外となる州もあるものの広くドイツ全体で例年実施されているクリスマスアムネスティー（Weihnachtsamnestie）と呼ばれる恩赦に関する実務上の運用である¹⁴³⁾。このクリスマスアムネスティーはその名称とは異なり、大赦ではなく、あくまでも個別の事例を対象とする大量の個別恩赦が同時になされている状態であるとされている。つまり、これはクリスマス祭の最中或いはその直後に刑期が終了する受刑者につき、同祭が始まるより以前に早期に釈放するという、

↘但し、Funk は個別恩赦の法的拘束性を憲法上の客観法への拘束として理解しており、対象者の側の権利性を重視していない。

141) この意味で、恩赦決定の内容面についての法的な規制を否定する Böllhoff, Begnadigung und Delegation（前掲注76）S. 71 f. も前者の立場に与するものと言えるであろう。

142) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 122 参照。また、同 S. 127 では、人種や宗教を理由に恩赦決定において不利益に扱われるということは現実にはあり得ない事例であるとされている。

143) 下記の報道によれば、2021年の12月にドイツ全体で少なくとも790名の受刑者がクリスマスアムネスティーの対象となっている。実は、ドイツにおける個別恩赦の本質的な部分をこのクリスマスにおける個別恩赦が担っている。https://www1.wdr.de/nachrichten/weihnachtsamnestie-102.html（最終閲覧日：2022年5月22日）を参照。

ドイツにおいては伝統的に行われている個別恩赦の運用であり、バイエルン州のような例外はあるものの、ほぼ全ての州で実施されている。

クリスマスを契機とする個別恩赦の実施は、元々は各州により毎年事に別個になされていたが、統一的な基準による運用を図るため、1971年に各州合意の下、その他の祝日をも含める形で職務執行規則（DVollzO）の197号2項の中に取り入れられ、その内容がその後1976年の行刑法16条2項に受け継がれた。

同法16条2項は以下のように規定する。「刑の終了が土曜日若しくは日曜日、法定の祝日、復活祭若しくは聖霊降臨祭後の最初の週日又は12月22日から1月2日までの期間に当たる場合において、そうすることが刑期の長さにより許容され、かつ、保護上の理由に反しないときには、受刑者を、その日又は期間に先行する週日に釈放することができる¹⁴⁴⁾と。つまり、「12月22日から1月2日までの期間」に刑が終了する受刑者に関する早期釈放の部分がクリスマスアムネスティーに対応していることになる。また、同条項では、早期釈放の条件として、(i)刑期の長さによる許容と(ii)保護上の（fürsorgerisch）理由という二つが規定されている。(i)の条件は刑の執行期間が不相当に短縮されることを避けるためのものであり、具体的には、行刑法16条に関する行政規則の2項により「刑期の長さが問題となる場合において、受刑者が予定されていた釈放の時点まで少なくとも1月中断されることなく行刑に付されているとき¹⁴⁵⁾には許容されることになる。(ii)の条件である保護上の理由が問題となるのは、早期に釈放されても、居住場所の確保ができないため休日を路上で生活せざるを得なくなるとか、例えばクリスマス期間後である1月の頭以降に初めて職を得ることができるような事情があるときであり、実務上特に重要であるのは、受刑施設からスムーズに薬物治療のための入院に移行する必要があるような配慮を要する場合とされている¹⁴⁶⁾。

144) 翻訳にあたり、クラウス・ラウベントール（=土井正和・堀雄訳）『ドイツ行刑法第三版』（2006年）付録の参考資料9頁を参考にした。

145) 前掲注144)で挙げた文献及び頁数における翻訳を参照した。

146) Frank Arloth, in: ders./Horst Krä, Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern. Kommentar, 5. Aufl. 2021, Rn. 6 § 16 StVollzG; Thomas Ullenbruch, in: Hans- /

行刑法16条2項を制定した目的は、全ての受刑者に対して同一の取扱いを保障し、各州がそれぞれ毎年行っていたクリスマス個別恩赦に関する省庁命令或いは通達（Rundverfügung）の作成を不要にする点にあった¹⁴⁷⁾。しかし、全ての州が行刑法16条2項に基づいて早期の釈放を行っていったわけではなく、多くの州は従来通りの個別恩赦によるクリスマスアムネステイーを、行刑法16条2項とは（特に期間について）異なる要件の下で実施していった。その後2006年の連邦制度改革により行刑に関する立法権限が連邦から州に移管されたため¹⁴⁸⁾、各州が独自に行刑法を定め、行刑法16条2項に対応する条項も各州の行刑法に規定されるようになったが¹⁴⁹⁾、クリスマスを契機とする早期釈放のために当該の条項が用いられることはなく、むしろ個別恩赦の方を実施する州が増えていったのが実情である。クリスマスにおける個別恩赦を実施していない州は現在では例外であり、バイエルン州のみとなっている¹⁵⁰⁾。

こうして、クリスマスアムネステイーと呼ばれる、クリスマスを契機とした早期釈放を内容とする個別恩赦が現在のドイツでは一般的に行われるように

↘Dieter Schwind u. a. (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder. Kommentar, 6. Aufl. 2013, Rn. 5 § 16 を参照。

147) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 46 参照。

148) その経緯については、例えば九州刑事政策研究会訳「ヘッセン州行刑法」法政研究85巻2号（2018年）265頁以下を参照。

149) 内容的には大まかな一致が見られるが、州によっては（連邦）行刑法16条2項の内容を若干修正していたり、異なる文言を用いていたりと様々なバリエーションがある。例えば、バイエルン行刑法18条2項では、「1月2日まで」が「1月6日まで」に変更されており、またバーデン・ヴュルテムベルク司法執行（Justizvollzug）法第3編91条2項のように、行刑法16条の2項と3項を合わせた内容の規定にしながら、クリスマスに関する期間の部分については削除しているものもある。

150) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 46 によると1991年の時点では、バイエルン州、ヘッセン州、ニーダーザクセン州、ザクセン・アンハルト州、チューリンゲン州が行刑法16条2項による早期釈放を実施していたが、Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) S. 177 Fn. 378 によると、2007年以降はそのような所作はバイエルン州とザクセン州においてのみなされていた。そして、現在ではバイエルン州だけになっており、ザクセン州でもクリスマスアムネステイーは実施されるようになってきている。同州については、<https://www.medien-service.sachsen.de/medien/news/1033174> を参照（最終閲覧日：2022年5月22日）。

なっている。このクリスマスアムネステイーがなされる理由は、当然のことながら宗教的なものではない。むしろ実際上念頭に置かれているのは、まずは受刑者本人の利益である¹⁵¹⁾。つまり、刑事施設内でクリスマスを過ごすことは、感情的に耐え難い葛藤を生みやすいものであるため、釈放を通じて施設内の人間関係に緊張緩和をもたらすことができ、更には恩赦の付与により受刑者の社会、家族との絆を特に配慮している旨を示すことができ、これが同時に人的な環境面で良い効果を持つとされている¹⁵²⁾。また、個別恩赦の本来の理念からは乖離するものの、むしろこちらの方がより本質的な理由であるのかもしれないが、クリスマスにおける早期釈放により、一時的であれ刑事施設における過剰収容の緩和を達成できるという施設の側の利益も理由として挙げられている¹⁵³⁾。そして、クリスマス及び年が変わる時期は、休暇取得との関係で他の時期と比較して職員の配置も少なくなってしまう。そこで、早期釈放を通じてトラブルの可能性をできる限り少なくしておくことも州の司法省からすれば望ましい事柄に他ならない。この点もクリスマスアムネステイーを実施する根拠とされている¹⁵⁴⁾。

クリスマスアムネステイーは、各州の司法省による通達に基づき執行庁である検察庁によって執り行われている。各州の司法省は毎年当該の通達によってクリスマスアムネステイーの諸要件を定めるが、一番重要となる期間要件を始めとする個々の要件の内容は同年度内においても州ごとに異なるし、同じ州であっても年度ごとに異なり得るものである。まず期間要件であるが、これは(連邦及び各州の) 刑法法において規定されている期間よりも長くとられており、その際には、当該年度の夏期における収容状況を基準にして、想定される期間によって釈放される人数を推測し、更にはクリスマス休暇による職員の配

151) 一般的に、クリスマスアムネステイーの要件として、受刑者本人の合意が必要とされており、強行性を欠いたこのような点からも受刑者の利益を配慮しているとの説明が一応しやすくなっている。

152) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 461 参照。

153) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 462 参照。

154) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 463 参照。

置人数をも勘案した上で最終的に期間が決定される。2010年度の各州において要件とされた期間を見てみると、最も早い開始時期は9月21日であり、最も遅い終了時期は翌年の1月12日となっており、その他の全ての州は当該の期間内のいずれかの日を開始日及び終了日としているが、多くの州では、11月の初頭から翌年1月の第1週目までとなっている¹⁵⁵⁾。特に開始日が「12月22日から」としていた（連邦）行刑法16条2項よりもかなり早く設定される状況は現在でも多く見受けられ¹⁵⁶⁾、クリスマス祭との関係性はもはや名目上のものとなってしまっている。

その他の要件としては、要件とされる期間より以前の数か月間において逃走を行っていないことや休暇、外出（Ausgang）、外部通勤（Freigang）又は刑の中断から著しい遅延をしていないこと、或いはその点について有責でないことが大抵の場合に求められている。また、一定期間の間に刑事施設内で懲戒処分としてその執行が猶予されない拘禁（Arrest）を受けていないこと、一定の期間¹⁵⁷⁾ 継続的に刑事施設内にいたことが要求されており、早期釈放に対する受刑者の合意も要件とされる。また、宿泊及び生活費の確保も求められるが、公的扶助を受けることも可能であるため、同要件の欠如により早期釈放の拒絶に至るのは実務上は稀とされている¹⁵⁸⁾。これらの要件の多くは、その欠如を

155) Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht（前掲注76）Rn. 467 f. 参照。Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts（前掲注76）S. 46によると1991年度においては、期間は最も早く11月13日（ハンブルク州）から始まり、翌年1月の2日から10日（州によって異なる）までであった。

156) 例えば、ノルトライン・ヴェストファーレン州司法省による2021年8月2日付の通達では、「2021年11月18日から2022年1月6日まで」とされている。同通達については、<http://www.jvv.nrw.de/anzeigeText.jsp?daten=1349&daten2=Vor#inhalt>を参照（最終閲覧日：2022年5月22日）。

157) 例えば、バーデン・ヴュルテムベルク州司法省の2021年9月6日付の通達におけるII.1.d)では、いかなる事情であれ、少なくとも同年9月1日から刑事施設にいる者でなければ早期釈放されないとしている。この点については、https://www.justiz-bw.de/site/pbs-bw-rebrush-jum/get/documents_E1978896188/jum1/JuM/Justizministerium%20NEU/Justizvollzug/Weihnachtsamnestie%202021.pdfを参照（最終閲覧日：2022年5月22日）。

158) 以上については、特に Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht（前掲注76）Rn. 472 ff. ↗

消極的に判断するだけの除外事由として規定されており、更に州によっては、受刑者が刑に服する原因となった犯罪行為の種類を挙げて、それを当該の事由とする場合もある¹⁵⁹⁾。また全ての要件を満たしたとしても、事後的な受刑者の態度に着目して、それが恩赦にふさわしくない場合には、一度認めた早期釈放を撤回する州もある¹⁶⁰⁾。

クリスマスアムネスティーの要件が州ごとに異なるという状況により、ドイツでは毎年秋頃に煩雑な事務処理を行わざるを得なくなっている。既に述べたように、原則的にクリスマスに関する個別恩赦の諸要件の充足を判断し、個別恩赦に関する決定を行うのは、当該の権限を委任された執行庁である各州の検察庁である。その決定のために、行刑施設 (Vollzugsanstalt) の長はクリスマス個別恩赦の対象になり得る受刑者をリストアップして要件に合致するの可否を報告しなければならない¹⁶¹⁾。ここで問題となるのは、個別恩赦の付与に

↘を参照。

- 159) 一定の犯罪行為が除外事由とされている点の一つの理由は、ドイツ刑法68条f第1項第1文が定める行状監督の開始の要件と抵触しないようにするためである。同条項は故意の犯罪行為に基づいた2年以上の自由刑（もしくは併合自由刑 [Gesamtfreiheitsstrafe]）、または刑法181条bで列挙された種類の犯罪行為に基づいた1年以上の自由刑（もしくは併合自由刑）が満期まで執行されたことを行状監督の開始の要件として定めている。そこで例えば、ブランデンブルク州では、刑法68条fと同様の要件を挙げて、当該の刑（例えば、故意の犯罪行為による2年以上の自由刑）が執行中の受刑者については対象から除外する旨が通達で定められている。2005年8月25日付のものなので少し古いが、同通達（のA.III.）については、<https://bravors.brandenburg.de/de/verwaltungsvorschriften-218914> を参照（最終閲覧日：2022年5月22日）これに対し、前掲注157)で挙げたバーデン・ヴュルテムベルク州の通達のII. 2. では、刑法68条f第1項第1文との関係で満期でない執行が行状監督の開始を妨げてしまいかねない受刑者については除外することが規定されている。クリスマスアムネスティーによる早期の釈放が、刑法68条f第1項第1文における満期までの執行という要件とそもそも抵触するの可否かは、学説上の論点になっている。詳細については、Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht（前掲注76）Rn. 487 ff., 490 f. を参照。Ullenbruch, in: Strafvollzugsgesetz（前掲注146）Rn. 7 § 16 は、クリスマスアムネスティーによる早期釈放は行状監督の開始と抵触しないとしている。
- 160) 例えば、前掲注156)で挙げた2021年8月2日付のノルトライン・ヴェストファーレン州司法省の通達の A. I. 10.1. 及び 10.2. を参照。
- 161) 詳細については、Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht（前掲注76）Rn. 493 f. を参照。

ついて管轄を有するのは、有罪判決を下した裁判所の所在州の恩赦権限者であることである¹⁶²⁾。しかし、受刑者が有罪判決を下した裁判所がある州とは異なる別の州の行刑施設において刑の執行を受けている場合は多くあり、その際にはクリスマスアムネスティーによる早期釈放のための要件も元の裁判所の所在州のものが妥当してしまうのである。そこで、毎年秋頃になると各州の司法省はクリスマスアムネスティーに関する通達の内容を互いに通知しあい、相手方の州内にある行刑施設に周知することを依頼する。これにより、それぞれの受刑者に対し、その者に妥当するクリスマスアムネスティーの諸要件、つまり期間要件を始めとするその他の要件或いは除外要件を知らしめるわけである。このような煩雑な所作が、バイエルン州のような例外はあるものの、ドイツ全土で毎年の恒例として執り行われている¹⁶³⁾。

以上のようなクリスマスアムネスティーと呼ばれる個別恩赦の運用に対し、学説はほぼ一致して批判を行っている。批判の矛先は大きく分けて以下の三つの点にある。まず、(i)クリスマスアムネスティーを実施する理由の本質的な部分が、行刑施設における過剰収容の緩和、更にはクリスマス休暇の時期には配置される職員の数が少なくなるため、勤務状況への配慮という施設側の事情にある点を指摘し、そのような目的で個別恩赦を行うのは非合理的であるとするクリスマスアムネスティーの実際上の目的に着目した批判がある¹⁶⁴⁾。次に、

162) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 24 参照。

163) この点については、Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 47; Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76)) Rn. 469 f., 494 ff. を参照。Birkhoff/Lemke は、このような手続について、遅滞なきよう行われるべきとしながらも、クリスマスアムネスティーの対象となり得る全ての受刑者に対して周知徹底するためのものとも確実な方法であると現状を肯定的に捉えている (Rn. 496)。州によって詳細は異なるが、当該の早期釈放に係る個別恩赦は、クリスマスアムネスティーの実施を知らされた受刑者による恩赦管轄を有する州の恩赦権限者に対する申請に基づき、或いは職権によって実施されることになる (Rn. 469参照)。例えば、この点を規定する前掲注157)で挙げたバーデン・ヴュルテムベルク州の通達の III. を見よ。

164) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76)) S. 48 参照。Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat (前掲注76)) S. 146 もそのような施設側の事情はわざわざ行刑法の適用を排除して、個別恩赦を認める根拠にはならないとしている。これ

(ii) クリスマスアムネスティーが受刑者同士の間での不平等的な取扱いに至るとの批判がある。つまり、同じ行刑施設にいるにもかかわらず、刑の終了がたまたまクリスマス祭にかかる受刑者とそうではない受刑者との間でまず不平等となり、更にはクリスマスアムネスティーの対象者の間でも、有罪判決を言い渡した裁判所が所在する州の司法省の通達による基準がそれぞれに別個に妥当するため、異なる取扱いが生じざるを得ず、これらの点が行刑施設内の雰囲気にもネガティブな効果を与えるというのである¹⁶⁵⁾。そして、最後に (iii) 本来個別恩赦は個別の事例における特別な状況との関係で不適切な事態を回避するための制度であるはずなのに、クリスマスアムネスティーでは、一般的な要件を定めて、それに合致した受刑者を、その者の特殊な事情に対する考慮を特に行うことなしに早期釈放してしまう点が批判される¹⁶⁶⁾。つまり、クリスマスアムネスティーの実態は、個別恩赦ではなく、本来は法律を通じて一般的な形で実施されるべき大赦に他ならないのであり、それを行う権限がないはずの行政庁によって個別恩赦の名目で行われてしまっているとの批判である¹⁶⁷⁾。(ii)と(iii)の批判は、クリスマスアムネスティーの実施態様に着目した批判であると言えよう。

以上の(i)、(ii)、(iii)の批判は、目的或いは態様との関係で不適切となる個別恩

↘に対し、Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76) Rn. 462 は、クリスマスアムネスティーの個別恩赦としての中核は、早期釈放を通じて受刑者の感情面に良い働きかけを行って施設内に緊張緩和をもたらす点にあるのであるから、たとえ施設側の事情に対する考慮があったとしても、これによって中核的理念が揺るがされることはないとしている。

165) Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts (前掲注76) S. 46 f.; Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat (前掲注76) S. 146 参照。ここで Schätzler は、クリスマスアムネスティーが毎年恒例になっているため、犯罪者もそれを見越して、犯罪を行う誘惑にかられる危険性があることを指摘するが、Birkhoff/Lemke, Gnadenrecht (前掲注76) Rn. 464 は実際にはあり得ないことであるとしている。

166) Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76) S. 72 f., 198 f. 参照。

167) Böllhoff, Begnadigung und Delegation (前掲注76) S. 135 参照。Klein, Gnade (前掲注76) S. 58 も、クリスマスアムネスティーが個別の事情を念頭に置くことのない大赦に他ならないとして、実務の現状は違法なものであると指摘している。

刑罰論から見た恩赦制度（2）

赦によって、本来適用されるべき行刑法上の規定が等閑視されているとの批判に最終的には帰結するものである¹⁶⁸⁾。この点は、次に述べる個別恩赦と法律上の諸規定の関係性、つまり前者はあくまでも後者との関係では補充的なものであり、後者の方が優先的に適用されるべきなのではないのかという論点に関わる問題である。

（未完）

168) 既に Merten, Rechtsstaatlichkeit und Gnade (前掲注76)) S. 79 が、クリスマスアムネスティーは行刑法の規定（16条2項及び3項）に違反するものであり、恩赦権限の濫用に当たると批判していた。Funk, Gnade und Gesetz (前掲注76)) S. 199 Fn. 20 は、クリスマスの時期に早期釈放すべきとの事情は既に（連邦）行刑法16条2項及び各州の行刑法における同様の規定でも考慮されているのであるから、それを超えて個別恩赦を実施するのであれば、更なる特別な事情がなければならぬとしている。