

アダルト・プロベーションについて

須々木 主一

- 一 プロベーションの歴史
- 二 プロベーションの現状
- 三 プロベーションの本質

一

プロベーションはアメリカの誇りとする法制度の一つである。この制度においては、一定の犯罪者に對する有罪判決が猶豫され、その者は、その間、裁判所の統制下にあつて、プロベーション・オフィサーの指導・監督に服しつつ、ほとんど自由な社會生活を營むことが許される。そうすることによつて、犯罪者に對し、自己に科された遵守事項を守り且つ法律に従つて生活する社會の一員たり得ることを實證する機會が與えられる。『プロベーションの内容は、犯罪者に對する試験、および、犯罪者が自分はその自由に價するものであることを證明することである。』この制度は、その發展過程において幾多の困難を経験した。例えば、人材と設備の不足に悩み、政治の惡影響を蒙り、制度自體に對する法律上の、また政策上の疑問が屢々提起され、その障碍は絶えることがなく、その結果、現在にいたつて

もなお幾多未解決の問題を残しているが、しかし、それにも拘らず、プロベーションはアメリカの刑事裁判における『きわめてすぐれた特徴点の一つである』とされている。^(三)

アメリカにおける最初のプロベーション立法は、一八七八年のマサチューセッツ州のそれである。^(四)この立法は、プロベーション制度を創設したのではなく、すでにそれ以前、數十年にわたつてポストンで行われていた慣行を立法的に表現したものであるという點で、他の州における立法とその性格を異にする。^(五)發生の誘因となつたのは、コモ

ロ一上の嚴刑緩和のための諸慣習であつた。すなわち、マサチューセッツ州は、アメリカにおける最初の成功的植民の實現された所であつて、その中心都市ポストンは、一八世紀中葉には、アメリカにおける最も重要な都市として榮え、此處には、コモローの傳統が受け繼がれ、植民、革命という社會的變動も影響して、刑罰の一般豫防的機能が重視され、その刑罰を見れば、大部分の重罪について死刑が科され、輕罪については鞭刑、四肢切斷刑が科されるなど、今日から見て苛酷峻嚴に過ぎるものがあつた。しかし、植民以降のピュリタンの思想は當時の進歩的思想であつて、自由の傳統に生きる人達の人權尊重の態度が、刑罰の苛酷を緩和するために様々の手段を好んで用いたであらうことは想像に難くない。酷刑緩和のために僧職者の特權、審理繼續、判決猶豫等が用いられ、善行保證の制度は、プロベーション形成のための直接的基盤であつたとされている。^(六)善行保證制度は、元來、コモローに發する一種の保釋制度であつて、被告人の善行に對する保證を立てさせた上でその拘束を解く手續であつた。しかし、生命刑、身體刑が刑罰の大きな部分を占めていた時代にあつては、これを行うということは、被告人を刑罰から解放する目的を持つていたと考えられ、マサチューセッツ州では、これが、刑罰緩和の方法としてすでに廣く行われていた。^(七)この慣行に對し

て一つの決定的な意義を與えたのが、ボストン市のミューニシバル・コートの判事サッチャー (Peter Oxenbridge Thacher) であつた。サッチャー判事は、一八三二年、『ジョシュア・チェイスに對する起訴狀は、當裁判所の一月開廷期に提出されたものである。彼女はこれに對して有罪を申立てた。判決はその時に宣告されるべきであつたかも知れないが、彼女の友人たちの申出があり且つ檢事の同意があつたので、彼女は、當裁判所に呼出されたときは何時でも出頭するとの保證を立てた上で、釋放された。このような種類の保證を立てさせてその者を釋放することは、特に必要と認める場合には、被告人がその後なんらの犯罪を行わないことを希望して、當裁判所において時として行われたところである。その効果は、若しその者が以後その行狀を慎み法律に違反しないならば判決は宣告せられないといふことである』として、被告人の改善を裁判所が希望し、これが可能であると考えるときには、一般に刑を科さないでこれを釋放し得ることを明らかにした。^(八)その後、一八三五年、マサチュセツツ州の制定法の全面的改正が企畫され、やがて、一八三六年には、上記の趣旨において制定法が成立した。

このような状態にあつたとき、プロベーション制度誕生への直接的契機を與えたのが、ジョン・オーガスタス (John Augustus) である。^(九)彼は、一八四一年、一人の常習酩酊者を、裁判所の許可を得て自己の責任において保釋して貰ひ、その改善に成功した。この最初の成功に力を得て、その後、彼はこの仕事を繼續し、その活動範圍を擴大した。オーガスタスの他にプロベーション制度の發達に直接功績のあつた人として、ジョン・スピーア (John M. Spear)、ハスキンス神父 (George F. Haskins)、ルーフス・クック (Rufus R. Cook)、バーンハム (Miss L.P. Burnham) その他、機關として、マサチュセツツ州慈善委員會 (Board of State Charities of Massachusetts) 等を擧げることが

(一〇) このようにして、一八七八年には、『サフォーク郡において犯罪により訴追された者、有罪が確定した者、輕犯罪者をプロベーションに付することに關する法律』が成立し、一八八〇年には、マサチュセッツ州の市および町にプロベーション・オフィサーの任命權を認め、一八九一年には、マサチュセッツ刑務協會の運動により、プロベーション・オフィサーの任命權は地方自治體より下級裁判所に移され、且つ任命することが必要だとされ、一八九八年には、プロベーション・オフィサーの任命權が上級裁判所にも與えられ、一九〇一年には、マサチュセッツ州において、プロベーション制は、立法上、確立されることになつた。

マサチュセッツ以外の各州におけるプロベーション制度の發達は決してはかばかしいものではなかつた。プロベーションは刑罰の効果を阻害するという一般の確信に災されるところが多く、今世紀の初めにおいても、なお、この制度を認める州は六州を數えるにすぎなかつた。しかし、それに續く一〇年間は『ほとんど熱狂的な活動』が見られ、プロベーションに關する法律を有する州は三三州にまでなつたが、一九一五年以降、立法は停滯し、一部にはプロベーション立法の違憲問題もあつて、一九三八年にも、一一州は依然としてプロベーションに關する法律を持たず、一九四〇年當時において、なお、この制度は『擴張・開拓の段階にある』とされなければならなかつた。コールドウェルは、アメリカにおけるプロベーション制度發達の二大特徴として、(一) 少年裁判所において早く發達し、その遅れが目立つのは輕罪について管轄權を有する市の裁判所であること、(二) 地域的に發達の程度が異り、大體において、都會地での發達が著しいことを擧げてゐるが、さらに、その理由として、(一) については、少年に對しては同情が集まり、その改善可能性について強い確信が一般に存在すること、市の裁判所では事件が多く個々の犯罪者について

深い注意を拂う餘裕のないこと、(2)については、プロベーションの利點について公衆を説得する努力に缺けることのあること、人口の多少、資金關係にも原因があることを述べている。^(一六)もつとも、現在では、『プロベーションは、すぐれた構成を持つ制度としての段階に到達した。裁判所は、犯罪者に對する他の處分方法におけると同様の規則正しきをもつてこれを適用し、また、犯罪者は、他の處分方法に對すると同様の規則正しきをもつて、これに反應して(一七)』、『今日の關心事は、その組織と執行方法および統合ということである』^(一八)とされていることを忘れてはならない。^(一九)

- (一) 有罪判決の猶豫 (suspension of sentence) には宣告猶豫 (suspension of the imposition of the sentence) と執行猶豫 (suspension of the execution of the sentence) とが含まれる。用語上の争ひは Sutherland, Principles of Criminology, 3 ed., 1939, p.381. 參照。
- (一) Caldwell, Criminology, 1956, p.430.
- (二) Pound, Criminal Justice in America, 1930, p.197. なお、プロベーションの豫防司法としての意義については、ibid., p.33.
- (三) Chute and Bell, Crime, Courts, and Probation, 1956, p.31.
- (四) ノロマンションの制度がロッキンローチの慣習から發生したという意味で英國と類似する。この點については、United Nations, Probation and Related Measures, 1951, p.27. 參照。
- (五) Chute and Bell, ibid., p.33.
- (六) U.S. Department of Justice, Attorney General's Survey of Release Procedures, Vol. II, Probation, 1939, p.18.
- (七) Chute and Bell, ibid., pp. 34-35.
- (八) Chute and Bell, ibid., pp. 36-52. 參照。
- (九) Chute and Bell, ibid., pp. 53-58. 參照。

- (一一) マサチュセッツ州以外の州において、プロベーション制度の發達が、大體、上級裁判所から下級裁判所へという方向をとつたことについては、U. S. Department of Justice, *ibid.*, p.32.
- (一二) Haynes, *Criminology*, 1930, p.351. は、プロベーション制度の發達に對する最も大きな障礙は、プロベーションは刑罰の効果を阻害するから、一般の確信があつたことである。
- (一三) Higgins and Fitzpatrick, *Criminology and Crime Prevention*, 1958, p.319.
- (一四) U. S. Department of Justice, *ibid.*, pp. 29-30. すなわち、三權分立の理論に立つて、有罪判決の猶豫を、恩赦に對する行政上の特權に對する侵害であると解したわけである。この見解に立つて、アラバマ、ノース・ダコタ、およびウエスト・ヴァージニアの各州においては有罪判決の猶豫に關する法律が違憲であるとされ、アラバマ州では一九三一年のプロベーション法が違憲であるとされた。テキサス州およびアラバマ州では、そのため、憲法に若干の變更を加えるという手續をとつた。なお、Pigeon, *ibid.*, p.83. は、『プロベーションは、裁判所が心を動かされた場合に許される慈悲または恩恵として説明されてはならぬ。それは、社會の利益を保護することができ、それと同時に、他の方法によるよりもこの方法によれば犯罪者の必要とするところが補正されると信ずるに足る充分な理由がある場合に意識して選擇されるところの處分の一形式である』と云つてゐる。
- (一五) Pigeon, *ibid.*, p.89. T. Sellin, *Adult Probation and the conditional sentences*, *Jour. Crim. Law and Criminol.* Vol. 49, No.6 (1959) p.553. は、單に立法過程で必ず遅れが目立つのみならず、立法後にもその進展のはかばかしくなつてゐる指摘をしてゐる。
- (一六) Caldwell, *ibid.*, pp. 434-435.
- (一七) Timasheff, *Probation in the Light of Criminal Statistics*, 1949, p.33.
- (一八) United Nations, *Probation and Related Measures*, 1951, p.42.
- (一九) Rubin, *Legislation and court decisions, National Probation and Parol Association Yearbook*, 1953, p.221. 以下は、一九五三年現在で、プロベーションに關する一般法を有しなものはシシッピ州のみである。

(一) 判決前調査

プロベーション制度が効果的に運営されているかどうかは、一般に、プロベーションに付された者のプロベーション期間中における遵守事項に對する違反率およびプロベーションの取消率の多少、および、プロベーション終了後の再犯率の如何等によつて測定される。この場合注意しなければならないのは、當該事案における觀察主體、方法、期間、處置等に對する評價のみが問題とされるのではなく、如何なる者をプロベーションに付したかも問題とされなければならないといふことである。プロベーションが、事實上、犯罪者の社會復歸を目的とする手段の一つであるとするならば、この手段の効果を最善に發揮するためには、この手段を用いるに適した對象の選擇が必要である。この選擇を可能にするための條件として、判決前調査の必要性が強調される^(一)。プロベーション制度の初期にあつては、當該被告人をプロベーションに付するかどうかの判定につき、被告人の身上に關する被告人自身の供述、その風采、家族の社會的地位、犯罪の性質、第三者による推薦等がその判定の資料とされていたが、プロベーションについて問題となるのは『犯罪ではなく犯罪者^(三)』であり、その決定は本人自身およびその環境についての客觀的調査に基かなければならないから、これらのものは、明らかに、判定の資料として不適當であつた。そして、プロベーションの不評については、このような不合理な點に大きな原因があつたとされている^(四)。従つて、プロベーション制度の趣意を完全に生かすためにも、判決前調査の徹底性が需要であり、この點は、學者も實務家も等しく強調するところである^(五)。しかし、

アメリカ合衆國において三分の二以上の州が判決前調査を法文でうたつてゐるにも拘らず、それが必要的に行われる州は少く、さらにそのような州においても、裁判官は報告を待たずに判決を下すのが現状であるとされてゐる。^(七)

判決前調査を行うのは、原則として、プロベーション・オフィサーである。しかし、例外としてニューヨーク州の如きは、プロベーション・オフィサーの調査たることを必要としない。この調査については、調査という事柄自体は明らかに觀察の仕事と性質が異つており、その限りにおいては特別の専門家によつて行われることが望ましく、さらに、調査官は探偵と同視されがちであるから、觀察の仕事との關係上、プロベーション・オフィサーと區別されたい方がよいとされてゐる。^(八) これについては異なる意見もあり得ようが、少くとも、特別な専門家が必要であることだけは承認されなければならないであらう。^(九)

判決前調査は、裁判官の命令によつて行われ、その調査のために一週間ないし一〇日の期間が與えられる。これは、一方において訴訟の遅滞および被告人の不安定な状態を考慮し、他方において、それ相當の調査を保證するための必要を考慮に入れた算定結果である。^(一〇) 調査の主目的は被告人の人格ないし個性を明らかにすることである。この目的のために、犯罪事實、犯罪前歴、家庭および近隣の環境、教育、宗教、趣向および能力、健康、職業、資産等について調査が行われる。^(一一) これによつて集められた資料は、多くの州では文書の形式で裁判所に報告され、州によつては、報告の際、プロベーションに付すべきか否かについて推薦をすることも許される。^(一二) この調査結果は、當該事件について、プロベーションと他の刑事處遇との間でいずれを選ぶことが犯罪者と社會にとつて最も有利であるかを判定する資料とされ、さらに、被告人がプロベーションに付された際にはその社會復歸のための仕事を受け持ったプロベーション

・オフィサーの助けとなり、被告人が刑務所に收容されることになれば、收容者の分類および處遇計畫を決定する上
に行刑當局の助けとなり、進んでは、假釋放の決定、假釋放後の保護の仕事の助けとなる。なお、判決前調査は、犯
罪事實認定上の資料の収集ではないから、證據法上の制約は受けなし。
(二三)

(一) Murrah, Prison or probation—Which and Why? Jour. Crim. Law and Criminol., Vol. 47, No.4 (1956), p.455. なお、
同所に、キャンベル判事の言葉が引用されている。いわく、『裁判官に對する行政的援助うちでも、賢明な判決を下すため
の最善の指針となるものは、充分で包括的且つ完全な判決前調査である』と。

(二) Sutherland, Principles of Criminology, 3 ed., 1939, p.386. 一部の州においては判決前調査が法定されているにも拘ら
ず、例えば、一九三九年頃においては、シカゴの少年裁判所では、プロベーションに付された者のうち、正式の事前調査を経
た者は、一〇—一五%にすぎなかつたという。

(三) Higgins and Fitzpatrick, Criminology and Crime Prevention, 1958, p.321.

(四) Sutherland, *ibid.*, p.386.

(五) Higgins and Fitzpatrick, *ibid.*, pp. 324-325.

(六) Higgins and Fitzpatrick, *ibid.*, p.325. なお、U.N., Probation and Related Measures, 1951, p.101. によれば、判決前調
査を必要に規定するのはカルフォルニア、イリノイ、ケンタッキー等一州であり、特にカルフォルニアとミシガンでは、
判決前調査および文書によるその報告がなければ判決を下し得ならことになつてゐる。アメリカ合衆國におけるプロベシ
ョン立法の内容については Cosulich, Adult Probation Laws of the United States, 1940. が網羅的で且つ簡潔な記述をな
してゐる。以下に於いて、法律的事項に關しては、これを全面的に利用した。

(七) Selin, Adult probation and the conditional sentences, Jour. Crim. Law and Criminol., Vol.49, No.6 (1959), pp. 55
4-555. なお、『判決前調査は、プロベーションの一部ではなす、それは、判決前調査が懲役刑の一部でなすのと同じであ

る。判決前調査は、兩者についてその前提条件である。事柄を客觀的に見るならば、何故、プロベーション部員がそれをしなければならぬのか、その合理的根拠は存在しない」と。

(八) Sutherland, *ibid.*, p.387.

(九) Higgins and Fitzpatrick, *ibid.*, p.325. なお、この調査のために多くの時間が割かれ、改善的作用のためにわずかの時間しか残らぬ場合も考えられる。その事例については、Sutherland, *ibid.*, p.387.

(一〇) Higgins and Fitzpatrick, *ibid.*, p.325. 但し、Chappell, *The Presentence Investigation Reports*, 1943, p.2. は、最低一〇日としてゐる。なお、本書は、一六頁に足らぬ小冊子であるが、判決前調査については詳しく。

(一一) Chute and Bell, *Crime, Courts and Probation*, 1956, pp. 145-146.

(一二) U.N., *ibid.*, p.101.

(一三) U.S. Department of Justice, *Attorney General's Survey of Release Procedure*, Vol. II, Probation, 1939, p.175.

(二) 言 渡

プロベーションを言渡す場合の判決の形式は、大體、三種に分類される。すなわち、(1) 訴訟手續を判決手續前に中止し被告人を保護觀察に付する方法(判決手續延期形式)、(2) 有罪決定または有罪の申立の後、刑の宣告を猶豫して被告人を保護觀察に付する方法(宣告猶豫形式)、(3) 有罪決定または有罪申立の後に、刑を宣告して、同時にまたはその後、刑の執行に着手するまでの間に、その執行の猶豫を命じ保護觀察に付する方法(執行猶豫形式)がこれである。各州は、右の三方法のうちの一つ、または二つ、あるいは三つを採用している。例えば、判決手續延期形式を採用するのはロードアイランド州。執行猶豫形式を採用するのはアラバマ、コネクチカット、テネシー、ワシ

ントン等の各州。宣告猶豫形式を採用するのはアリゾナ、アーカンソー、オハイオ、ペンシルヴァニア等の各州。宣告猶豫形式と執行猶豫形式とを採用するのは、カルフォルニア、アイダホ、カンサス、ニューヨーク、ヴァージニア等の各州。宣告猶豫形式と執行猶豫形式と判決手續延期形式の三者を併用するのはマサチューセッツ州である。^(一)

プロベーションの適用については二つの方向から制限が加えられている。この制限をどのようにするかという點で、各州間に存在するプロベーションの最大の相違點を見出すことができる。^(二) 加えられる制限の一つは、爲された犯罪の性質よりするものであり、他の一つは、當該被告人の犯罪歴による制限である。犯罪の性質の側からプロベーション

が制限されている場合、その犯罪は、大體において、『社會が一般に最も忌み嫌う犯罪であるか、または執行機關が特に處遇に困難を感じる犯罪』であり、暴行を伴う犯罪、特に危険な兇器を用いる犯罪、風俗に關する犯罪、金錢的犯罪、政府に對する犯罪、特定の刑に服する犯罪の六つに分類することが可能である。^(三)^(四) すなわち、例えば死刑に該罪を除外するものは、アリゾナ州等三州、死刑または無期刑を除外するのはジョージア、メイン、ケンタッキー等の

各州、特定の重大な犯罪を除外するのは、イリノイ、カンサス、ニューヨーク等の各州で、例えばカルフォルニア州では、二〇歳以上の者について、死刑に該る罪、重大な兇器を使用して犯した罪、陵虐、身體に對する重大な傷害が加えられた犯罪等、また、公務員が收賄、業務上横領または公金強要領得の罪について有罪決定を受けた場合、また、強盜、夜間住居侵入窃盜、爆發物を所持した夜盜、強姦、放火、謀殺、謀殺豫備暴行、謀殺未遂、重窃盜、列車破壊、脏物故受、重兇器使用暴行、誘拐、四肢損壞傷害、州刑務所からの逃走、以上の罪の實行に關する共同謀議、以上の罪に該る實行の着手または逮捕の際兇器を所持していた場合がこれにあたる。次に、懲役一〇年以下の刑に該る罪に

對してのみプロベーションを付し得るとするのはアラバマ州およびミネソタ州。テネシー州では懲役五年以下の刑に
ついでのみこれを許している。しかし、犯罪の種類による制限を設けていない州も少くない。例えば、アーカンソー、
コネクチカット、ニュージャージー等の各州、また、カルフォルニア州とコロラド州では、少年について刑の宣告猶
豫をなす場合に、この制限が存在しない。第二に、當該被告人における制限として、前科または犯罪前歴によるプロ
ベーションの制限があるが、例えば、ニューヨーク州においては、重罪につき、四回以上有罪決定を受けた被告人、
コネクチカット州においては三回以上、ミシガン州、ミズリー州等においては二回以上、カルフォルニア州、アイオ
ワ州等においてはかつて重罪につき有罪決定を受けた者を除外している。しかし、前科による制限を設けない州も少
くない。^(六)

問題となるのは、何故、犯罪による制限が可能であるか、ということである。純理論的には、プロベーションにお
ける關心の対象は犯罪ではなく犯罪者であるから、犯された犯罪の如何を問わず、當該犯罪者がプロベーションに適
するかどうかを判定すべきである。^(七)しかし、この點については、プロベーションを刑罰的處遇と見る立場の存在が物
語るように、なお國民感情に深く根ざしている應報感情に對する妥協が見えており、^(八)實務上にさして矛盾を生じない
場合にはいたずらな争を避けて當該制度の發展のための讓歩が見出され、また、一般社會人が兇惡犯と考えるよう
者を敢てプロベーションに付することは賢明の策ではないとも説かれて^(九)いる。

當該犯罪者をプロベーションに付するに際しては遵守事項が科される。^(一〇)その内容は、(1) 保護觀察を容易ならし
めるための事項、例えば、居住地の届出、出頭義務、報告義務、(2) 犯人の更生を促進し、再犯の防止に役立つ事

項、例えば、善行保持の命令、不良交際の禁止、外泊や夜遊びの禁止、居住制限、正業の維持、豫算に基く生活、一定の治療を受けること、施設への入所、(3) 裁判の執行上必要な事項、例えば、訴訟費用の納付、罰金の納付、被害に對する賠償、贓物の返還、であり、その他に、家族を扶養することなどである。これらについて、多くの州ではその選定を裁判所の裁量にゆだねているが、パロール委員會、地方プロベーション委員會等が決定する場合もあり、また、一般遵守事項と特別遵守事項とを區別している例もある。^(一) 遵守事項については、場合によつては被觀察者の罰金、被害に對する賠償が遵守事項とされていることの可否である。この點については、場合によつては被觀察者の扶養家族を甚しく苦しめることになりかねないこと、納付に關する事務處理上、プロベーション活動に支障を來す危険があることが指摘されているが、^(二) 此の解決は、この事項を裁判官の裁量にゆだねることにより、また、納付方法の研究によつて容易であろうとされている。^(三) 次に問題となるのは、郡刑務所への拘禁を條件とし得るかということである。例えば、カルフォルニア州の法律は、州刑務所で執行する懲役刑についてその執行を猶豫し、プロベーションに付し郡刑務所への拘禁を條件とすることが許されている。^(四) これについては、すでにプロベーションの正道を逸脱したものでないかという疑問が提起されてゐる。^(五)

(一) Cosulich, op. cit., pp. 16-19. を參照。

(二) U.S. Department of Justice, op. cit., p. 111. 同所では、これらの點に合理的な根據は存しないものと解してゐる。

(三) U.S. Department of Justice, op. cit., p. 115.

(四) 以下 Cosulich, op. cit., pp. 22-23. を參照。

(五) 以下 Cosulich, op. cit., pp. 24-25. を參照。

アダルト・プロベーションについて

- (六) U.S. Department of Justice, op. cit., p.122. は、性質上、プロモーションになじまないものとして、麻薬常用者、強度のアムネール中毒者、精神薄弱者を挙げているが、この点については異論がなされる。Sutherland, op. cit., p.387.
- (七) Sutherland, op. cit., p.385.
- (八) U.S. Department of Justice, op. cit., p.124. は、プロモーションを裁判所の寛大さを示すものとみ、刑法上、刑罰、復讐、應報を重視する者が犯罪による制限に執着するのは當然である、としている。
- (九) Murrah, op. cit., p.454. は、犯罪のうちには当該犯罪を犯したということ自体においてすでにプロモーションに付し得ないことを明白ならしめるものと、一般人の法に對する敬意を失わせる可能性をプロモーションに伴わせるものがあると述べている。前者の例は風俗犯、後者の例としては銀行ギャングを挙げている。
- (一〇) 以下 Cosulich, op. cit., pp. 28-30. 参照。
- (一一) 傾向としては裁判官の廣く裁量で委ねる方向に進んでいく。U.N. op. cit., p.101.
- (一二) Sutherland, op. cit., p.389. U.S. Department of Justice, op. cit., p.256. は、これを科するについては、不當な結果を避けるために特に慎重でなければならぬ、しかし、『金錢上の性質を有する遵守事項は大部分の州において制定法上しきりで見られるものである』と。なお、同二五六―七頁によれば、裁判官による遵守事項の裁量的付加はきわめて消極的であり、『全體として見るとき、被觀察者に對する遵守事項についての問題は残念ながら無視されている』と。
- (一三) 佐藤諭、プロモーションと裁判、檢察研究所資料第三七號（昭和二十六年）二四頁。

(三) 執 行

プロモーションにおいて保護觀察の任に當るのは、いわゆるプロベーション・オフィサーである。『これは、プロベーションの全手續中におけるもつとも重要な要素である。プロベーション・オフィサーの存在がプロベーションと

判決猶豫との問を分かつのであり、これが有能であり且つ擔當件數の問題の重荷に悩まされていなければ、プロベーションの可能性を最大限に發揮することができる。』プロベーション・オフィサーは多くの州においては裁判所によつて任命される。^(三)ソーシャル・ウワークにおいて、および^(四)（または）、社會科學、心理學に通曉していることが要求される。^(四)プロベーション・オフィサーについて問題となつたのは、まず、これを有給の署員たらしめるべきかそれとも特志家にゆだねるべきかといふことであつた。これについては、例えば、インディアナポリスにおいては當初特志家にゆだねて良い結果を得ているが、全體的に見てそうとばかりは限らず、夙に、一九一六年、ルイスヴィル少年裁判所判事グリーンは『特志家としてのプロベーション・オフィサーはみじめな失敗者である』と斷言しているといふ。^(五)結論として、有給の職員たるプロベーション・オフィサーが、特殊の仕事または特殊事情にあつて特志家の援助を受けるようにすべきだ、とされている。^(六)しかし、實情としては、有給のプロベーション・オフィサーをもつてしてもその効果が擧がつていると言ふことはできず、その理由としては、以前から、プロベーション・オフィサーの訓練が足りず、しかも訓練の必要性について認識が浅いこと、サラリーが少いこと、^(八)プロベーション・オフィサーたる地位が政治的賞與とされている場合があることが擧げられていた。^(九)

プロベーション・オフィサーの仕事は、一部の例外を除いて、一般には先に述べた判決前調査と併せて保護觀察を行うことである。その内容は、被觀察者の指導監督、すなわち、被觀察者の再社會化促進のために遵守事項を遵守させること、および、補導援助すなわち矯正の・救護的・調整的性格の措置をとることである。これらの措置をとるために、プロベーション・オフィサーは、被觀察者と面接し、家庭を訪問し、被觀察者の雇主その他關係者と面會して

被觀察者の再社會化を促進するに役立つ條件の發見とそれを阻害する條件の發見に常時心がけなければならぬ。さらに一般的には、自己の活動を機能的に行うために、社會の慣習、傳統、制度等を熟知しておらなければならず、その反面、プロベーションに對する社會一般の認識を深める努力もしなければならぬ。^(一〇)

その活動の實際につき、被觀察者による報告に關しては問題がある。これに賛成する者はその訓練的な意義を強調し、また、プロベーション・オフィサーが被觀察者について知り得る、特に、家庭訪問によつて知り得なかつた私事についても知り得ること、一人のプロベーション・オフィサーが一定期間中に多くの被觀察者を取扱うことができるということが論據とされている。しかし、これに對しては、その主張について禁錮の理論との混同があるとし、またこのような報告は時として信用し得ず、その眞實性を確めるためにはさらに客觀的な検討を必要とし、しかも、これは他の改善方法を阻害することもあり、被觀察者の環境を改めることに益する點のない結果、被觀察者を孤立させる危険もあり、さらに、報告のために被觀察者が一つの場所に集まるのは好ましくないとし、むしろ家庭訪問を重視すべきであるという主張がある。^(一一)しかし、一部のプロベーション・オフィサーの間では家庭訪問については批判的であつて、近所の噂にのぼること、家庭の特殊事情に對する配慮を缺く懼のあることが指摘されている。事實上、家庭訪問の行われる度数は少く、またその効果についても疑問があるとされている。^(一二)プロベーション・オフィサーに對し被觀察者を如何に割當てるかについても問題がある。これについては、一定の地域に住む被觀察者をすべて一定のプロベーション・オフィサーに割當てる方法、性・人種・宗教に應じて一定のプロベーション・オフィサーに割當てる方法、各専門分野に應じた分類をする方法の三者があるが、第三の方法が行われるようになりつつあると言われている。

- (一) Caldwell, op. cit., p.441.
- (二) Sellin, op. cit., p.554. によれば、カルフォルニアにおいては平均二四八件を受け持っている。これは、カルフォルニアのユース・オーソリテイの推薦する六〇件、またN・P・Aの推薦する五〇件 (Pigeon, op. cit., p.90. 参照) をはるかに上まわつてゐる。
- (三) Cosulich, op. cit., pp. 38-41.
- (四) Cosulich, op. cit., p.41.
- (五) Sutherland, op. cit., p.390.
- (六) Caldwell, op. cit., pp. 442, 451. Sutherland, op. cit., p.391.
- (七) U.N. op. cit., p.107.
- (八) Cosulich, op. cit., pp. 49-51.
- (九) Sutherland, op. cit., p.391. なお、訓練のできた多くのプロベーション・オフィサーを持たない理由として、メルソン家庭判事は、(1) 運営よろしきを得た家裁に對する地域社會の認識が缺けてゐること、(2) プロベーション・オフィサーの任命に對し政治的干渉があること、(3) 裁判官の法律偏重、(4) 裁判官がソーシャル・ウワークに對する認識を缺き、また、訓練のできたソーシャル・ウワーカーに脅威を感じる、(5) 一部の裁判官は訓練のできたプロベーション・ウワーカーを使いこなせない、(6) 裁判官の特權意識がプロベーション部の職員との協力を阻害する、またこれに由來する獨善、(7) ソーシャル・ウワーカーはそのような裁判官の態度に我慢できない、ということを擧げている。家庭裁判所月報第一〇號「アメリカ家庭裁判所におけるプロベーションの一斷面」(昭和二六年) 譯・一二頁以下参照。
- (一〇) U.N., op. cit., p.108; Cosulich, op. cit., pp. 43-48. のよむな活動を促進するために National Probation and Parole Association (一九四七年一月以前は National Probation Association) があつて、定期刊行物の發行、研究、調査、實務援助、訓練等を行つてゐる。なお、プロベーションの目的達成のためにあらゆるソーシャル・ウワークが利用されてゐる。
- (一一) Sutherland, op. cit., p.395.

(11) England, op. cit., p.668. によれば、プロベーション・オフィサーと被觀察者との接觸は、少い場合には二カ月半に一回ぐらゝであり、統計的に、『觀察のため人格的に接觸することの性格につき、重大な價値を認めるための口實は存在しない』としてゐる。また、同、六七三頁は、『再犯率は犯罪者の服したプロベーションの性質と特別の關係を有しない』と。

(四) 終 了

プロベーションの終了には二つの場合がある。一つは期間經過によるプロベーションの解消であり、他の一つは、遵守事項の違反によるプロベーションの取消の場合である。

プロベーションの期間については、各州の立法は多様である。法令上の制限を設けず裁判所の自由裁量にゆだねてゐるのは、アラバマ、マサチューセツツ、ワシントン等の各州である。最高限をきめたもので一年とするのはアーカンソー、コネクチカット、イリノイ(條例違反は六月)の各州、五年とするものは、コロラド、オレゴン、オハイオ等の各州である。犯罪により別個の最高刑を定めたものとして、ミシガン州、ネブラスカ州は重罪五年、その他二年、ミズリ州は重罪は一〇年、その他は二年とし、また法定刑の長期を最高限とするものは、アリゾナ、ジョージア、ペンシルヴァニア等の各州である。ニュージャージー州は最高限と最低限とを定め、五年以下一年以上としてゐる。プロベーションの期間を定期とするか不定期とするかについては、問題がある。純理論的には不定期とすべきであろうが、⁽¹¹⁾裁判官にとつても、⁽¹²⁾プロベーション・オフィサーにとつても、また被觀察者にとつても、それが最適であるといえるかどうかは疑問であるとされてゐる。プロベーションに付された者がその期間中遵守事項に違反しなければ、期

間の経過によつて當然にプロベーションは解術される。しかし、期間の経過に伴い自動的に解消するとすべきか、裁判所が解除することすべきか、それとも、裁判所の手續を経ることなくプロベーション・オフィサーその他が解除すべきかについては問題がある。ニューヨークのプロベーション委員會は、『被觀察者に對し裁判所の權威と寛大さとを印象づけ、そして彼を力づけ、その素行を正しく保たせ、その努力に益するところがある』との理由で、^(四) 解除は裁判所によつて行われるべきだとしている。

^(五) プロベーションにおける遵守事項およびその期間については、一般に裁判所の裁量による變更が可能であるが、その取消については、遵守事項に對する違反が必要である。遵守事項の違反は、裁判所によつて取消されるのを原則とし、例外として、例えばウイスコンシン州においては、公共福祉省の矯正部が保護觀察を管理し、遵守事項違反者に對してプロベーション取消の決定を行い、施設收容の命令を發している。プロベーションの取消について、裁判所が義務づけられるのではないから、裁判所は、その裁量によつて遵守事項の違反者に對して、從來の條件または期間を變更しまたは變更せずに、プロベーションを繼續させることのできるのが普通である。プロベーションを取消すに際して、どの程度の審理を必要とするかについては、各州の立法は立場を異にしている。多くの州は、公判廷における審理が必要であるとしているが、ニューハンプシャー、ミシガン、ニュージャージー、ヴァーモントの各州は簡易審理を認めている。但し、プロベーションは特典であつて權利でないという考から、一般に、刑事訴訟の形式をとらず、被告人を法廷に出頭せしめて陳述をする機會を與える以外に必要とする手續はないものと解されている。アイオア、カンサス、ミネソタ、モンタナおよびワシントンの各州の立法は、書面審理のみでプロベーションを取消することを認

めている。プロベーションが刑の宣告猶豫によつて言渡されたものであればプロベーションの取消と同時に刑が言渡される。その刑は當初の判決當時言渡すべきであつた刑である。刑の執行猶豫の言渡によつてプロベーションに付された場合には、プロベーションの取消と同時に執行猶豫が取消され、すでに言渡された刑が執行される。しかし、その場合、プロベーションに服していた期間は刑期に算入されない。また、その際、その刑を減輕して新たな刑を科すことは許されるが、これを加重することは同一犯罪について二重に刑罰を科することになり、憲法違反であると解するのが連邦裁判所の判例である。プロベーションの取消の許される期間は、普通、プロベーションの期間中とされているが、例外もあつて、例えば、舊連邦刑法および刑事訴訟法第七二五條（一九三四年）によれば、プロベーションの最高期間の五年を経過した被告人がその判決後、そのプロベーションに付される原因となつた犯罪の法定刑の長期の経過前にプロベーションの條件に違反すれば、なお、猶豫判決を取消し、新たに刑を言渡しまたは猶豫した刑を執行することを認めていた。また現在では、プロベーションの法定長期五年以内には、假にそれ以前にすでにプロベーションの裁定期間を経過してプロベーションが解除されていたとしても、プロベーションの遵守事項違反を理由として猶豫判決を取消し得ることを認めている。

(一) *ニト Cosulich, op. cit., pp. 31-32. を参照。*

(11) *Sutherland, op. cit., p.389. U.S. Department of Justice, op. cit., p.315* は、結論として、罰金の支拂と同時に期間を終了せしめる規定をとらぬこと、一年以下の期間は犯罪の種類、如何を問はず好ましくなく、プロベーション・オフィサーの要求にもとづき、裁判所の裁量による爾後の期間變更を許すこと、五年以上の期間については何等合理的な根拠が存しないこと等を擧げてゐる。

(三) U.S. Department of Justice, op. cit., p.311.

(四) Sutherland, op. cit., p.390.

(五) 以下 Cosulich, op. cit., pp. 33-34 を参照。

(五) 効 果

プロベーションの利點として擧げられるのは、コールドウエルによれば、(1) 犯人は社會に止つて正常な生活を送り、法律を守る社會の一員として責任を負うことを學び得るということ、すなわち、犯人の適應は施設における生活への適應ではなく、實社會における適應であるということからする利點、(2) プロベーションに付された者は自活することができ、家族に對する義務を果し、また、犯罪により被害を受けた人達にその賠償または辨濟をすることができ、(3) 犯罪者を刑罰の經驗にさらさないこと、すなわち、この經驗は往々にして犯罪者の感情をいじけさせ、囚人としての焼印を残し、他の囚人と接觸するうちに犯罪教育を受けることになり、また、孤立を強要される結果正常な社交や責任ある行爲になじめなくなる危険が考えられ、その結果、自由人として生活し得なくなるといふ危険を回避し得るということ、(4) 單獨では社會生活に適應し得ない犯人をプロベーション・オフィサーが援助するということ、(5) プロベーションの費用は、施設收容の場合の費用に比し少くてすむということ、(6) プロベーションを適切に運用することにより、人員超過の現状にある施設の負擔を軽減し、各施設において適切な處置をと(一)り得る限度にその收容人員を維持させることができること、である。なお、これにつけ加えて、プロベーション・オ

フィサーが、ただに被觀察者の改善を援助促進し得るばかりでなく、その周邊の状況の改善に作用し犯罪の豫防に作用すること、従つて、復讐ということに對する一般の態度が變化するであらうということ(三)を擧げている。

プロベーションに對する反對意見として擧げられるのは、(1)プロベーションは犯罪に對する通常の刑罰を輕減し、それ故、犯罪の増加を助長する、(2)プロベーションは犯罪を固定する(四)方法であり、それ故、犯罪者を勇氣づける、(3)プロベーションは犯罪者を同じ環境の中に送り返す、それ故、その行狀を改善するとは考えられない、(4)プロベーションは復讐の念を満足させない、それ故、起訴に對する動機を消滅させるということである。

第一の點については、遵守事項の遵守が強制されていること、それに違反すれば刑の科せられる可能性があること、プロベーションは短期の拘禁に對する代替物であるから、むしろ嚴格な方法であることが抗辨されており、第二の點については、これはひとりプロベーションの場合に限つた問題ではないとされている。第三の點については、プロベーションに付された者に指導援助があるが、施設よりの釋放の場合には、指導監督する者がなく、その場合にも事情は同じであること、また、この批判は、主として、ケース・ワークは廣範圍にわたつていなければならないという論者からのものであることにかんがみ、これは、むしろ、プロベーションそのものに對する批判とするよりはその方に對する批判として聞かれるべきであらうとされている。第四の點については、まず、復讐の念のみが訴迫の動機ではないことを指摘し、施設への收容が犯罪者の犯罪性を固定化するだけの役しか果さないのに反し、プロベーションにおいて犯罪者の改善が望めるのであれば、むしろ、そのためにかえつて勇んで訴迫することになるであらう、と(五)している。これらに加えて、さらに、プロベーションは多くの裁判管轄區においては調査が不充分であり、負擔件數

が過剰であり、訓練のゆきとどいた人物に不足している故、實行不可能であるという批判もあり得るが、これは、い
うまでもなく、惡しき條件を排除すべしという意見の表明に止まるべきであろう。要するに、プロベーション制度に
對する批判は、制度自體に對する批判というよりは、實質上、その内容に對する批判としての領域に止まるものであ
り、問題は、今や、プロベーション制度の目的を、如何に機能的に、有効に追及するかの點に懸つてゐるものと解し
てよいであらう。

プロベーションの効果として問題にされるのは特別豫防的效果である。これについては二つの面からの検討が必要
である。すなわち、第一に、プロベーションの期間内における遵守事項の違反率およびその取消率、第二に、プロベ
ーション終了後における當該犯罪者の態度、特に再犯率の検討である、そして、さらに、第三に、この制度と他の制
度とをその効果において比較することが問題である。しかし、これらの點については、それぞれ困難が伴う。まず、
第一の點については、プロベーション・オフィサーによる觀察の實際において緩嚴の差がはなはだしく、また、如何
に嚴格であるうとしても當局の目を逃れた場所での違反行爲の存在は當然に豫想され、従つて、統計にあらわれた結
果は、常に、實際よりも良い結果を示すことになるであらう。また、第二の點については、假りに法律の遵守が續け
られていたとしても果してそれが當人の改善による結果であるか、それとも、その友人關係、社會環境等による制約
によるものにすぎないかは容易に判定し得ず、また假りに犯罪が爲されたとしても、それは、最も健全な人間をさえ
も打ちひしぐような不幸な事件によるものであるかも知れず、その間の事情の判斷はきわめて困難である。第三の點
については、プロベーション制度と他の制度を比較するためには、比較しようとする二つの制度の處置方法に服する

者の条件が同一でなければならぬ。しかし、そのようなことは到底あり得ず、現に、この場合、『良い豫想を立て得る』者はプロベーションに付し、『ほとんど目算の立たない』者は施設へ收容している状態において、その比較はまずあり得ないことになる。^(七)^(八)^(九)しかし、それにも拘らず、統計分析の必要性の存在することはいまでもない。

プロベーションの効果について、まず指摘されなければならないのは、『プロベーションは、その實證するところによれば、その初期の熱狂者が期待したと同じものではない』^(一〇)ということである。すなわち、テイマシェフは、プロベーションにおいて、四分の一ないし三分の一は常にその失敗が豫想されるとし、また、イングランドによれば、プロベーションの成功率は、プロベーションの期間中については、八〇ないし八九%となる調査例四、七〇ないし七九%となるもの五、六〇ないし六九%となるもの二であり、プロベーション終了後における成功率は、八〇ないし八九%となるもの四、七〇ないし七九%となるもの四、六〇ないし六九%となるもの一、五〇ないし五九%となるもの一、四〇ないし四九%となるもの一、となつて^(一一)いる。しかし、このことは、プロベーション制度自體に對する反對を基礎づけるものではない。イングランドは、觀察、とくにソーシャル・ワークに特に重要な意義を認めるわけではないが、結局、プロベーション制度の處理方法につき一部の刑事學者の偏見を正そうとするに^(一二)止まり、また、テイマシェフも、『特別豫防の觀點から見てこれよりも満足すべき結果を與えるような處理方法を我々は知らない』^(一三)とし、統計による事態の認識を深めれば、プロベーション制度の運用をより一層合理的に、効果的になし得るものとして^(一四)いる。判決前の調査を徹底的に行い、改善の見込についての判断を慎重に下し、擔當件數の過剰に悩まされることのない専門家が組織的な觀察を行うことによつて、なお、刑事政策的効果の増大を期待し得るとすべきものである。

(一) 但し、これは、プロベーション制度の本質に關するものではなく、その活動が進展した場合、なおこのようであり得るからかきは疑問である。Sutherland, op. cit., p.406 参照。

(二) Caldwell, op. cit., pp. 437-438.

(三) Sutherland, op. cit., p.406.

(四) Sutherland, op. cit., p.406.

(五) Caldwell, op. cit., pp. 438-439; Sutherland, op. cit., p.407.

(六) Caldwell, op. cit., p.439. 參照。

(七) Caldwell, op. cit., pp. 455-456.

(八) プロベーション制度の一般豫防上の影響については、Timasheff, Probation in the Light of Statistics, 1949, p.33 に於いて統計の結果から推論し、一般豫防上の悪影響はなすと述べている。

(九) Sutherland, op. cit., p.403. は、プロベーションに付された者と施設へ收容された者との間では、その後有罪とされる率に大きな差はないと述べている。

(一〇) Timasheff, ibid., p.33. によつて U.S. Department of Justice, op. cit., p.471. が『もしも被觀察者が厳密に選擇され、そして觀察の仕事が知性と理解とをもつて遂行されるならば、我々は、奇蹟的な社會復帰を實現し得るであろう』として、そのことを併せなければならぬ。

(一一) England, What is responsible for satisfactory probation and postprobation outcome? Jour. Crim. Law and Criminol. Vol.47, No.6 (1957), p.670.

(一二) England, op. cit., pp. 674-676. は、大體次のようなことを述べている、——プロベーションそのものはオーガスタスの時代から見て人道主義から科學主義へと變つてきている。しかし、その成功率は下りこそすれ一向によくはなっていない。統計、プロベーションにおいて用いられた手段・方法の多様性にも拘らずその成功率は大體、七〇ないし八〇%であることを示している。ということは、プロベーション制度に一貫している要素のうちプロベーションの効果を保證するものを見

出さなければならぬであろう。つまり、大きつばに言つて、判決猶豫と觀察ということである。ソーシャル・ワークも要素の一つとはなり得よう。しかし、他にも、觀察に付されるという單純な事實、犯罪者として公然と承認されることによるショック、監獄に入れられるかも知れないという可能性がある。これらが、犯罪者の『自己矯正的』な要因に働きかけると言うことを改めて認識する必要があるはすまいか——と。

(111) Timasheff, op. cit., p.33.

三

プロベーションの性質を如何に解するかについては意見がわかれている。その所説は、大體、三者に分つことができ。その一は、プロベーションを刑罰の一種であると解するものであり、その二は、プロベーションは刑罰と異なる一種の處分であるとすすものであり、その三は、折衷的立場をとるものである。

プロベーションを刑罰であると解する立場の主張は、決して『稀なものではない。』⁽¹⁾これには傳統的な刑法理論に立つているものもあるが、むしろ、プロベーションに對する否定的批判を回避するためのものである。⁽²⁾タフトは、『運営よろしきをえたプロベーションは、犯人または犯罪者に對して安易な道を備えるものではない、しかし、プロベーションは、屢々、犯罪者によつて歡迎され、また、その両親や友人にとつても同様である。プロベーションが刑罰でないとは斷言することは誤解をまねく。犯罪者によつて喜ばれるとはいつても、運営よろしきをえたプロベーションの内容は自由に對する制限であり、また、好ましくない行爲を行わずに要請された行爲を行うよう要求することであり得るのであつて、これらは、被觀察者にとつては、不快なものであり、苦痛なものでさえもあり得る』⁽³⁾としている。

しかし、このような見解に對し反對する態度を鮮明にうちだして、サザランドは、『プロベーション』は、刑法の古典的理論との斷絶を意味する。何故なら、プロベーションは、犯罪者を種類または概念としては取扱わず、これを個人として取扱ひ、刑罰を科さずに自由状態において正しい習慣と態度とを構成するよう援助し得る或種の犯罪者を選擧し、そして、その目的のためにきわめて多種多様の方法を用いることを試みるものだからである。プロベーションは、また、刑罰に關する應報理論との明白な斷絶を意味する。プロベーションは、犯罪者を苦しめることを欲しない。犯罪者を苦しめることを防止しようとする。ある程度の苦痛は、事實上、その地位から生じはするが、しかし、それは意圖されたものではなく、また、能うかぎりこれを回避する。従つて、數人の學者は、この制度につき賛成を得ようとしてプロベーションは刑罰であると主張するが、そのような主張について充分な根據は存しない^(四)とし、また、カンターも、『プロベーション』は豫防的處置である。これは、個々の犯罪者における行爲に注意を拂つており、その過去についてこれを處罰することに關心を持つものではない。プロベーションは、個々人に關係するものであつて、その犯罪には關係しない』とし、さらに、その目的が應報や失權にあるのではないことを強調したうえで、『その精神と内容において傳來的な刑罰の觀念とは矛盾する』と解している^(五)。しかし、このようにプロベーションは刑罰と矛盾する觀念に屬すると言ひ切ることは疑問を持つ者もあり、ホールは、『正常な生活を阻害するものが果して完全に非刑罰的であり得るかどうかは、純理論的に見てもきわめて疑問である』とし、また、『考え得る限りで最も溫情的な處分であつても……刑罰的要素を持つて^(八)』としている。コールドウェルは、次のような立場を明らかにしている。

コールドウェルは、まず、刑罰という概念がその内容において時代的に變化することを指摘し、『刑罰とは、裁判

所および犯罪者ならびにそれが執行された場合における効果の観点において、應報および改善ならびに一般豫防という三者についてバランスをとることを目的とする方法である。これらの目的の間でバランスをとるについては、附隨事情が變化するのに應じて、最初はそれ、次にはこれ、というように強調點が變化する。それ故、現在では適切な刑罰方法も、かつては適切でなかつたであらうし、また、やがて將來において適切でなくなるであらう。アメリカ合衆國においては、人道主義、社會生活における非人格化の増大、科學の力に對する信賴の増加が原因となつて、死刑および身體刑は受け入れ難くまた効果のないものとなり、拘禁、プロベーションおよびパロールが大規模にこれにとつて代つた』と解し、^(九)刑罰という用語は一般的用語として根深いものであるからこれを廢するのは好ましくなく、また現狀にかんがみ、『刑罰という觀念を排除して處分といふことのみを云々するのは滑稽であり、誤解を招く』^(一〇)という考慮から、プロベーションについては、『矯正 (correction)』という用語が處分と刑罰とをその語意中に含むものとして用いられるのがよい』^(一一)と提議してゐる。蓋し、『刑罰と處分とは相互に入り混つており兩者を分離することは不可能である。』それ故『問題とされるのは、兩者のうちいずれの感覺 (sensation) があるか、または、それが存在するものとすべきかではなく、むしろ、どうすれば、^(一二)處分と刑罰との兩者が最も賢明なバランスを保ち、行狀を正すうえで最上の効果を生むことができるか、という點である』^(一二)という見解を述べてゐる。

此處で最後に注意しなければならないのは、プロベーションの法的性質を理解するに當つて、プロベーションにおける宣告猶豫または執行猶豫と、それに續く保護觀察とを分離して考える者のあることである。夙に、我國において小野博士の主張されたところであるが、事實、アメリカにおけるプロベーション制度の發生史を眺め、保護觀察を伴

わなない宣告猶豫または執行猶豫の必要が論ぜられているとき、^(二三)その意見には、傾聴すべきものがあると考えられる。

小野博士は言う、『蓋し執行猶豫の處分は、特に之を保護觀察と結びつけて考ふるとき、その社會的應化を目的とする點に於て、之を一つの保安處分と見ること、一理なしとせぬのである。併しながら、例へば執行猶豫と共に保護觀察の處分を行はるる場合に於て、其の刑の執行猶豫そのものと保護觀察とを法律上全然單一なるものとして、之を保安處分の範疇に屬するものと考ふべきや否や、私は之を疑ふものである。私は刑の執行猶豫と保護觀察とは、たとへ同時に之を行ふ場合に於ても、法律上之を分離して考ふべきものであり、而して、^(二四)後者は、一の保安處分たるの性質を有するが、前者は必ずしも然りと爲すことを得ざる本質を有すると信ずるものである』としてい^(二五)る。我國においては、従來の法制度がドイツに強く影響されていたことにもよると考えられるが、むしろ、保護觀察を、執行猶豫または宣告猶豫と別個獨立の處分として理解するのが一般的であるように思われる。従來の立法例をとつて見ても、少年法はさておき、『思想犯保護觀察法』はその第一條において、治安維持法の罪を犯した者は起訴猶豫となつた場合、刑の執行を終えた場合でも、保護觀察審査會の決定によつて保護觀察所の觀察に付することの許される旨を規定しているのであつて、保護觀察に對し獨立した一個の處分としての地位を與え得ると考へていたことは明白である。また、一九五九年のドイツ刑法草案がその一〇〇條以下に保安監察(Sicherungsaufsicht)の規定を設けてゐることは、この意味において注目に價すると言わなければなら^(一六)ない。しかし、このような見解に對しては當然激しい批判が豫想される。すなわち、コールドウエルは、『一部の學者においては、プロベーションの概念を判決猶豫の概念から完全に分離し、プロベーションの構成的・社會復歸的觀點を強調すべきだということが力説されている。プロベーションの

その面が明確に理解されなければならないことは承認されており、また、「判決猶豫」という言葉の代りに、例えば、「終局裁判の延期」という言葉を用いれば裁判所の作用がよりよく表現されるであろうということは考えられるが、しかし、プロベーションを、施設への收容——プロベーションが成功しなかつたとき裁判所はこの手段に訴えなければならぬ——に對する代替物であると見ないとするならば、それは全く非現實的であるということも考えられる。換言すれば、それが明言されていると否とを問わず、施設への收容ということは、常に一の可能性であり、あらゆる場合において、いまにも科せられるという状態に保たれているのである』^(一七)としてゐるからである。

たしかに、プロベーションを考察する場合に、判決猶豫と保護觀察とは事實上不可分の關係に立つて一つの刑事政策上の目的に奉仕していることは承認されなければならない。しかし、制度としてのこのような事實が、直接、兩者を法的性格において別個のものと觀念することを許さなむという主張を根據づけるとされてよいものであろうか、そこには、なお、考慮の餘地があるように思われる。そこで、假りに、保護觀察が獨立の處分として觀念することが許されるとしよう。その場合には、さらに改めて、判決猶豫と保護觀察の法的性格がそれぞれ問題になる。判決猶豫の問題は此處では觸れないが、保護觀察の法的性格を如何に解するかについては、これと關連して未解決の問題が幾多存在するにも拘らず、全く顧られていないのが現状であるように思われる。一概に保護觀察と言つても、少年における保護觀察と成人に對する保護觀察とはその意味に變化がある。同じ成人に對する保護觀察であつても、プロベーションの場合とパロールの場合、また思想犯保護觀察法の保護觀察の場合等を同一の性格と見てよいものかどうか、これも疑問である。保護觀察を獨立の處分と觀念するとなれば、監察制度一般においてその位置づけがなければなら

ない。監禁制度における保護、教育・改善、保安という三つのメルクマールよりする分析がその場合には必要であり、そこでなお、保護観察が全面的に刑法にいわゆる『保安處分』の名に價するかどうかはきわめて疑わしい。觀念的には獨立的處分であつても、刑法上は依然として『附隨的』なものとして止まるべき形式も存在するのではなからうか。これらの問題は、すべて、『刑法上の保安處分』とはかつてどのようなものであり、將來においてどのようなものであるべきか、とらう問題との關連において解決されなければならぬであらう。

(一) United Nations, Probation and related measures, 1951, p.186. プロベーションは刑罰であるとする主張は英國においてよく見出すべきである。例として Sidney Harris, Probation and other social work of the Courts, 1937, pp. 24-25. は、プロベーションにして法律は非刑罰的であると言つてゐるが、實際は、自由の剝奪はなすが刑罰を科すものであつて、これは罰金刑よりは重く、としてゐる。なお、アメリカ合衆國の各州の法律中、プロベーションは刑罰でないとしてそのあるべきを主張するものは、U.N., *ibid.*, p.186 参照。

(1) U.N. *ibid.*, p.186.

(11) Taft, *Criminology*, 3ed. 1956, p.447.

(四) Sutherland, *Principles of Criminology*, 3ed. 1939, pp. 382-383.

(五) Cantor, *Crime and Society*, 1930, p.108.

(六) これと同じ立場に立つものは多く見出される。U.N., *ibid.*, pp. 186-187. は、プロベーションが刑罰であるか否かは、それに併う苦痛等によつて判定されてはならず、その目的から判断を下すべきであり、『プロベーションの目的は「刑罰なき」社會復帰であつて、(觀念上) 科せられるところの制限や義務は、この復帰過程を促進し助長することを意圖してゐる。』これはいわゆる治療行爲におけると同様、非刑罰的である」としてゐる。しかし、この立場を主張するにもひかえぬ態度を探るもののあることを注意した。例えば、Haynes, *Criminology*, 1930, p.361 は、『プロベーションは、その性質からして、

アダルト・プロベーションについて

刑罰的であることは、むしろ、訓練的である。』と、Pigeon, Probation and parole, 1942, p.83. は、『力點は、處罰を以て應報とするのみならず、反社會的態度を採らざるよう個人々人を適合せしめざる努力に移されてゐる』としてゐる。

(七) J. Hall, General Principles of Criminal Law, 1947, p.473.

(八) J. Hall, *ibid.*, p.421.

(九) Caldwell, Criminology, 1956, p.404. を、この點については、Coddington, "Problem of Punishment", in J. Hall, Cases and Readings on Criminal Law and Procedure, 1949, p.110. が、これを全く同一の見解を示してゐる。

(一〇) Caldwell, *ibid.*, p.404.

(一一) Caldwell, *ibid.*, p.429.

(一二) Caldwell, *ibid.*, p.404.

(一三) T. Sellin, Adult probation and the conditional sentences, Jour. Crim. Law and Criminol., Vol.49, No.6 (1959), pp. 555-556. を、England, What is responsible for satisfactory probation and postprobation outcome?, Jour. Crim. Law and Criminol., Vol.47, No.6 (1957), p.668. は、統計からの結論として、『觀察のために人格的に接觸する點に重大な價値を認めようとする口實は許されな』としてゐる。これは、保護觀察を獨立的處置として考察し得ることに對する事實上の根據を、消極面からではあるが、提供してゐると解される。

(一四) 小野清一郎、刑の執行猶豫と有罪判決の宣告猶豫及び其の他（昭和三二年）六五頁。

(一五) 小川太郎、更生保護（昭和一九年）七五頁。

(一六) この制度の内容については、『一九五六年ドイツ刑法總則草案理由書（下）』早稻田大學比較法研究所紀要第五號、三二一頁以下、特に三七〇頁以下を參照。

(一七) Caldwell, *ibid.*, pp. 430-431. なお、コールドウェルの所説は、概念としての刑罰、現象としての刑罰、および法制度に關する刑罰の靜態と動態とを分析的に考察する立場に對し、きわめて示唆に富むものと言わなければならぬ。