

単純逃走罪の当罰性・可罰性

米 山 哲 夫

一 序

二 江戸時代以降の逃走処罰

三 単純逃走罪の主体―「既決ノ囚人」―

四 単純逃走処罰規定不要論の是非

五 期待可能性の二段階

― 結びにかえて ―

一 序

敗戦後の一時期を除いて行刑施設からの逃走は行刑施設事故の中でも比較的数少ない事故であり、昭和五九年には件数三、人員五に止まる。刑法犯としても犯罪白書の項目にも掲げられず、学者の研究対象にもめったにならない、むしろ忘れられた犯罪になっている。そのこと自体に別に問題はない。それは施設の改善や法の執行にあたる人々の努力の結果であり、また、過剰拘禁をもたらさない日本独特の刑事司法の在り方―猶予制度の広範な適用、執行刑期

の短かさなど一のおかげでもある。しかし、この逃走罪をめぐる様々な議論には、刑事政策的にみて興味深い問題が含まれているように思われる。

我が国では、英国、イタリアなどと同様、単純逃走を刑罰の対象としているが、ドイツ、スイスなどでは単純逃走を処罰せず、暴力的な逃走のみを刑罰の対象としている。単純逃走を処罰しない理由として学者がよく用いる説明は、逃走しないことを期待することができない、というものである。わが刑法における単純逃走罪も、刑法典中の犯罪としては、その処罰が一年以下の懲役と、懲役・禁錮を法定刑にもつ犯罪の中では、下から二番目の軽い刑を規定しているが、⁽³⁾この場合にも、典型的な期待可能性の稀薄さがその理由だとされている。

本稿は、単純逃走をしないことに期待可能性がない、あるいは稀薄であるとする見解に疑問をもつものであるが、以下この点について、わが国における逃走処罰の沿革、現行法の主体の解釈、および単純逃走処罰規定不要論を参考にしながらか検討してみたいと思う。

(1) ただし、そのことが、行刑の社会化が遅れている、あるいは拘禁反応が著しいためであるとすれば、また別の見解も成り立ちうる。

(2) 英国では軽罪で罰金及び拘禁刑、イタリアでは六月以下の懲役で処罰される。アメリカは州によって異なるが、模範刑法典（一九六二年）によれば、行為者が重罪の訴追のため又は実質犯罪による有罪認定に引続いて逮捕又は拘留された者であるときには第三級重罪（一年以上三年以下の範囲内で裁判所が定める期間を短期とし、五年以上一〇年以下の範囲内で裁判所が定める期間を長期とする不定期拘禁刑）、その他の場合には軽罪（一年以上で定める定期拘禁刑）にあたる。

(3) 拘留を除いてこれより軽いのは、六月以下の懲役（または懲役、禁錮の選択刑）を規定するもので、秘密漏泄（第一三四条）、浄水汚穢（第一四二条）、公然猥褻（第一七四条）、礼拝所不敬（第一八八条）、信言隠匿（第二六三条）の五種。いずれも選択刑として罰金 and/or 科料を規定している。

二 江戸時代以降の逃走処罰

一 江戸時代の刑罰は、死刑・身体刑・追放刑が中心であったため、牢は未決拘禁の場所かこれらの刑の執行を待つ者を留め置く場所として用いられたにすぎない。牢屋敷のほか囚人を拘禁する施設としては「溜」⁽¹⁾があり、また寛政二年（一七九〇）に創設された人足寄場⁽²⁾がある。逃走罪との関係では、牢屋敷、追放地、溜、人足寄場からの逃走を考えることができるだろう。

牢屋敷からの逃走について寛保二年（一七四二）に完成した「公事方御定書」上下巻のうち下巻にあたるいわゆる「御定書百箇条」の八十五は「牢拔手鎖外シ御構之地え立帰候もの御仕置之事」として、その第一番目に、「牢拔出候者」は「本罪相当より。一等重可ニ申付。」と規定した。ただし「但牢番人中追放」⁽³⁾とある。この規定は逃走既遂の場合に適用される規定であって、未遂の場合は牢内における懲罰が用いられた。⁽³⁾

追放地からの逃走としては、追放刑で立入禁止になっている地に入る場合が考えられるが、これについてはやはり御定書百箇条の八十五の中に「御構之地に。徘徊いたし候もの」は「前之御仕置より。一等重可ニ申付。」との規定がある。流刑（遠島）の場合について、御定書百箇条の八十四は「遠島者再犯御仕置之事」とし、「島を逸候もの」は、その島において「死罪」と規定している。

溜からの逃走に関して御定書の規定はないが、これを補うために編纂された「御仕置例類集」一ノ三四、三にその事例が見られる。それによれば、「焼切り溜破に対しては引廻の上火罪に處し又單純逃走者に対しては御仕置より一等を加重し牢拔を知らざる溜名主に対しては三十日乃至五十日の手鎖處分に附した。」⁽⁴⁾と言われる。

最後に人足寄場からの逃走について述べよう。寛政十年（一七九八）寄場人足仕置心得書の中の寄場人足共へ申渡條

目では「寄場逃去候もの、始末ニ寄、死罪」とあるが、天保集成絲綸録百一には、寛政九年（一七九七）の取決めとして、「寄場使先より逃去候もの、重敲」、また、寛政十二年（一八〇〇）の取決めとして、「圍を破り、又は乗越逃去候はゞ、遠島、但し後悔致し立帰候はゞ、重敲」となっていたとしている。⁽⁵⁾

右に見たとおり、江戸時代は逃走に対して重罰をもって臨んでいた。これは為政者が逃走を公権力に対する叛逆と認めたからではないかと思われる。⁽⁶⁾

二 明治時代に入っても初期の頃には江戸時代と同じ処罰傾向が見られ、明治元年の「仮刑律」も逃走に対しては非常に厳しい態度をとっている。「凡罪人囚禁セラレ牢ヲ破リ逃去モノハ皆斬^{即決}、若半年内罪ニ伏シ立帰訴出ル者ハ〔^{流年}管官遺流〕、本罪死ニ当ルモノハ常法ニ因ル、^{若本罪加役流}若半年内罪ニ伏シ置モノハ刎首、……若番人巡見等怠リ因テ囚ヲ失フ者ハ管一百、巡見等怠ラス不覚囚ヲ失スルハ一等ヲ減ス……」

次に明治三年の「新律綱領」を見よう。「凡罪ヲ犯シ。囚禁セラレテ。脱監。及ヒ越獄シテ。逃走スル者ハ。各本罪上ニ。二等ヲ加ヘ、罪。流三等ニ止ル（改定律令では、懲役終身ニ止ル）。本罪。死スヘキ者ハ。常律ニ依ル。若シ罪囚。反獄シテ。逃走スル者ハ。皆斬（同、首ハ斬從ハ懲役終身）。また、「凡主守。罪囚ノ逃走スルヲ。管四十。若罪囚。反獄シテ逃走スルトキハ。一等ヲ減ス。故縱スル者ハ。各囚ト同罪。罪。流三等ニ止ル。」新律綱領も、仮刑律に比べれば緩刑化されているとはいえ、依然としてかなり厳しい刑を規定している。⁽⁷⁾

明治一三年の旧刑法は周知のとおりフランス人ボアソナードの協力によって法典化された、我が国では初めて西洋思想を導入した法律である。ナポレオン刑法典の自由主義的思想を背景としたものであるためか、逃走を処罰する刑も、それまでの我が国独自の刑法におけるのと比較して格段に軽くなっている。

第一四二条

既決ノ囚徒逃走シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処ス。若シ獄舎獄具ヲ毀壞シ又ハ暴行脅迫ヲ為シテ逃走シタル者ハ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ処ス。

第一四四條

未決ノ囚徒入監中逃走シタル者ハ第一四二條ノ例ニ同シ。

第一四七條

囚徒ヲ劫奪シ又ハ暴行脅迫ヲ以テ囚徒ノ逃走ヲ助ケタル者ハ一年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス若シ重罪ノ刑ニ處セラレタル囚徒ニ係ル時ハ輕懲役ニ處ス

第一四八條

囚徒ヲ看守シ又ハ護送スル者囚徒ヲ逃走セシメタル時ハ亦前條ノ例ニ同シ（なお、過失による場合は、三円以上三十円以下の罰金を科した）

旧刑法の規定と現行刑法の規定とを比較して第一に気づくのは、前者が既決囚と未決囚で罰条を分けている点である。その理由は、規定内容からして、未決囚を入監中の場合だけ主体とする趣旨を示したからだと思われるが、現行刑法は「全体ニ成ルヘク細区別ヲシナイテ、多クノ場合ハ刑ノ範圍内テ適當ニ処分ヲサセヨウト云フノカ、全体ニ互ル主義テアリマスカラシテ、比場合ニ於テ既決ノ囚人テアル、未決ノ囚人テアルト云ツテ細区別ヲスル必要カナカラウト云フコトテ、殊ニ現行刑法（旧刑法）ヲ参照シマシテモ、少シ処分法ハ違ヒマスケレトモ、刑ニ付イテハヤハリ既決未決ノ囚徒ノ逃走ハ同一ニナツテ居ル⁽⁸⁾」という理由で、それぞれ第九七條、第九八條のような規定の仕方をとつたと言われる⁽⁹⁾。

三 右に概観したところから解る特徴の一つは、逃走する罪に対する刑が、明治初期までは徐々に、旧刑法に至って

急激に緩和されてきたことであろう。これには権力の強弱と逃走者捕縛能力の問題が関係している。逃走できないよう拘禁施設を強化する人的・物的資源を調達するための財政基盤の充実と警察能力の向上が、逃走に重罰をもって対処する必要性を減少させたと言ってもよいだろう。もう一つの特徴は、この裏返しの問題であるが、逃走させる罪が旧刑法の前までは逃走する罪と同じかそれよりも軽く罰せられていたことである。とくに逃走者が暴力を用いた場合の刑は一段と軽く規定されていた。旧刑法において初めてこの点で逆転があり、現行刑法もそれを踏襲した形になっている（ただし、現行刑法が看守者の過失による逃走させる罪を不可罰とした理由は明らかでない）。このことは、単純逃走を不可罰とする主張とも関連があるので、四において詳述する。

(1) 溜の制度は貞享四年（一六八七）に始まり、元禄一三年（一七〇〇）には浅草溜、品川溜が建てられてその態勢を整えた。病囚、幼囚、女囚が収容されたと言う。刑務協会編・日本近世行刑史稿上四九一頁以下参照。

(2) 老中松平定信が火付盗賊改長谷川平蔵の建議を容れて江戸石川島に創設した。最初は佐渡派遣に代えて採用せられた制度であったが、「専ら授産更生を目的とし、之が教化に努力せる為、制定後日尚浅きに拘らず多大の効果を収むるに至った。」と言われる。我が国自由刑制度の萌芽と評価されるが、現在の自由刑との連続性はない。刑務協会編・前掲書、八一三頁参照。

(3) 牢抜の計画が発覚すると、他の囚人の眼前で糺明し、確証が得られれば、牢室の格子に縛りつけるか、床に伏せて、牢番同心が箠尻で厳しく管束、その後、後手錠を施して他の房舎に移し、これを本罪落着の日まで継続する。刑務協会編・前掲書、二二五頁参照。

(4) 刑務協会編・前掲書、五二〇頁。

(5) 刑務協会編・前掲書、九二五頁以下参照。

(6) 江戸時代のこれらの諸規定は、「民は依らしむべし、知らしむべからず」という思想の影響で、公知されず、「裁判官」の量刑の指針たるにすぎなかった。

(7) 改定律令は明治六年新律綱領を補充改定する法律として制定されたが、逃走する罪を処罰する場合の特徴として、本刑が重いほど、その逃走も重く処罰するという方針をもっていたことがあげられる。例えばその第三〇二条には「凡懲役終身ノ囚人逃走スル者ハ絞」とある。

(8) 高橋治俊・小谷二郎・刑法沿革綜覧(大正一四年)一九三三頁。

(9) そのため現実には解釈論上困難な問題も生じている。例えば、逮捕状によって逮捕された者、收監状あるいは勾留状の執行を受けて入監前の者が第九七条の主体に含まれるかどうかが争われている。前者については含まれないとするのが通説であるが、平野博士の反対説(刑法各論の諸問題18、法ゼ二二八号三八頁)があり、後者についても、河井博士(刑法各論五八三頁)、植松博士(刑法概論II各論三〇頁)が通説に反対して含まれるとされている。

三 単純逃走罪の主体「既決ノ囚人」

一 刑法第九七条は「既決、未決ノ囚人逃走シタルトキハ一年以下ノ懲役ニ処ス」と規定する。自由刑の受刑者のうち現に拘禁されている者が「既決ノ囚人」に該当することは疑問の余地がない。問題があると思われるのは、死刑執行のために拘置されている者、労役場に留置されている者、そして現に拘禁されていない自由刑受刑者である。

二 死刑囚については、これを「既決ノ囚人」に含めて考えるのが通説である。⁽¹⁾あまりにも当然のこととされているためか、論述のない教科書も少なくない。⁽²⁾しかし、期待可能性という観点からこれを疑問視する学者もある。所教授は「死刑囚に逃走しないことを期待するの無慈悲であれば、罰金・科料を完納し得ない貧者を獄に繋ぐさえ問題であるのに、⁽³⁾刑罰の威嚇をもってその逃走を防ごうとするのも心ない技である。反省を要する。」⁽⁴⁾と云われる。また、青柳教授も「死刑囚こそ逃走しないことを期待できないであろう」とされる。⁽⁴⁾ただし、「また反面にはその逃走は世人を恐怖に陥れる。その意味で高度の違法性があり、違法性の高度の場合には責任阻却も簡単に認めるべきではないことになる。」⁽⁵⁾と云われて、これを「既決ノ囚人」に含めるといふ結論をとられる。

逃走を刑罰をもって威嚇することの必要性について西原教授は、自由刑の場合「主要な内容である自由の剝奪自体を免れること、つまり拘禁場所から逃走することにより、国家意思を無に帰せしめることは可能である。のみなら

ず、人間にとって自由が切実な欲求であればこそ、その剝奪が刑罰の一種たりうるのであって、このことは、裏返せば、自由刑受刑者は自由を得たいという欲求をつねに潜在的あるいは潜在的に持っていることを意味するわけで、逃走は自由刑に不可避的に附随しているものとみななければならない。⁽⁶⁾ からだと言われる。

しかしこのことは生命を奪われんとしている死刑囚にもあてはまる。自由刑受刑者の場合には、たとえ無期の受刑者であっても、自由を回復するチャンスがあり、有期の受刑者であれば、最悪の場合でもその釈放日を知ることができる。自由回復への欲求を抑えて、罪の償いである受刑の場から逃げ出さないことを要求するのはそれ程困難だとは言えないだろう。死刑囚の多くが宗教を依り所にするようになるのは、生命保持の欲求、死を避けたいという欲求が、自由への欲求以上に切実なものであり、しかもそれが自由への欲求の前提になっているにもかかわらず、それを充たす可能性がほとんど閉ざされているからであろう。もちろん法律上は死刑囚にも恩赦による減刑の可能性があり、再審請求が聴き容れられて無罪になる可能性がないではない。しかしそれはきわめて稀な例にすぎない。もし生命保持の欲求を充足させる唯一の手段が逃走であるとすれば、逃げないことを期待するのは、自由刑受刑者に対するよりもずっとむづかしいことになるのではなからうか。⁽⁷⁾ それだけ裁判所の判決を実現する義務を負い権限を与えられている者は、死刑囚の逃走防止のため、より強固な手段を講じなければならぬ。

しかし、その手段としての刑罰による威嚇はあまり意味があるものとは思われない。死刑を執行されんとしている者に、逃げたら殺すぞ、と言うのさえ無意味であるのに、一年間自由を剝奪するぞ、と言うのはますます意味がない。もし死刑囚が「既決ノ囚人」に含まれるとすれば、それは右のような予防効果をねらったものではなく、死刑囚の逃走の違法性を宣言するに止まるか、⁽⁸⁾ あるいは恩赦や再審無罪がありうべきことを予想したものであると解する以外はないだろう。⁽⁹⁾

三 労役場留置者も「既決ノ囚人」に含まれること通説とされている。これについても論述のない教科書が散見されるが、死刑確定者の場合と異なり、当然視されているためではないようである。論述のある教科書でも「……含まれるであろう」と言うような曖昧な表現がとられているからである。¹⁰⁾

明らかに反対の態度をとられるのが、既述した所教授と平野博士である。平野博士は次のように言われる。「労役場留置も一つの刑だとすれば、既決の囚人ということになる。しかし、作業をさせ、これによって罰金支払に代えさせる制度だということになれば、囚人とはいえないであろう。現行法の審議にあたって倉富勇三郎政府委員は、『労役場に留置せられた者の逃走を罰する規定はない積りであります』と答えている。逃走罪は罰せず、奪取罪だけを罰するというのである（刑法沿革総覧一九二六頁）。このように明言された者を既決の囚人とするのは無理があるように思われる。」¹¹⁾と。平野博士の異論は労役場留置の法的性質と起草者の意思を論拠とするが、後者については政府委員が繰り返し述べていることでもあり、強力な論拠になっている。確かに立法当時は労役場留置者が既決の囚人ではないことについて大方の了解があったはずであり、労役場留置は代替刑ではなく、単に罰金・科料の特殊な執行方法であると考えられていたはずである。労役場留置者の逃走には別の対処の仕方を考えるところまで示唆されているのである。¹²⁾また、労役場が監獄でないことは、監獄法第一条、第八条の規定からも明らかであり、「本来は監獄とは別に独立の設備を設けるべきであるが、国家経済上やむなく附設されているのである。」¹³⁾という。監獄に附設されているとは言え、監獄でない所に留置されている者が「囚人」の語にふさわしいかどうかとも問題であろう。さらに、罰金・科料の判決は、自由刑の営むいわゆる無害化という機能を全く意識していないものであるし、完納と同時に執行は終了するので、自由刑の執行中におけるような意味での改善更生のための処遇の必要性も考慮されていない。労役場留置処分を受けるか否かは、専ら、完納の資力があるか否かにかかっている。¹⁴⁾これらの点で、労役場留置

は自由刑の執行とは本質的に異なり、拘禁も自由刑のように本質的な要請ではなかったのではないかと考えられる。

問題は、立法当時右のように考えられていた労役場留置者を、何故通説が「既決ノ囚人」だと理解するようになったかである。江家博士は「労役場に留置されている者は囚人に準ずるものと解すべきである。何となれば、労役場留置は、罰金又は科料を完納し能わざる者に対して行うもので、換刑処分ではないが、労役場に留置されている者には懲役囚に適用すべき拘禁規則を準用することになっていること、並びに、拘留に処せられた者も本罪の主体となることとの均衡上からも、これを囚人に準ずるのが適当だからである。」⁽¹⁶⁾と言われる。

ここには二つの理由が含まれている。第一の理由は監獄法第九条に依拠している。すなわち「懲役囚ニ適用ス可キ規定ハ労役場留置ノ言渡ヲ受ケタル者ニ之ヲ準用ス」この規定は労役場が監獄に附設されることになっている（監獄法第八条）のと関連がある。「附設であるから主たる施設の設備および職員をもって当然に附設される施設の業務を執行することができる。」⁽¹⁶⁾しかし、附設もその結果としての懲役受刑者に適用すべき規定の準用も執行上の便宜によるものであることを思い起す必要がある。また、「『準用』は、単純な『適用』と異なり、規定が本来目的とするものではない対象者に対して必要な修正・変更を加えて適用することをいう。少なくとも読替を要し、その他解釈・運用においても対象者の特殊性を斟酌しなければならない。」⁽¹⁷⁾ことにも注意を要する。

第二の理由は拘留に処せられた者も第九七条の主体となる点にある。刑法第九条、第一〇条一項本文からして、罰金は拘留よりも重い刑罰である。拘留受刑者が第九七条の主体であるなら、それよりも重い刑罰である罰金刑を言渡されしかも完納しえずに労役場留置の言渡を受けた者が同条の主体になるのは当然であるということになるかも知れない。⁽¹⁸⁾しかし、罰金刑については右のような議論が成り立つとしても、拘留よりも軽い刑である科料を完納できなかった労役場留置者を右の議論の延長線上に捉えることはできない。しかも留置の最長期間はわずか一日とはいえ拘留

よりも長いのである。

最後に、労役場留置による金銭刑の執行が所期の目的を達成しえず、実際には被留置者の労働がもたらす収入よりも留置費用の方がかかるという事態が生じたことを理由としてあげることができるだろう。刑法典における罰金の最高額は第一五二条の例外を除いて五千元（一〇〇万円）であるが、特別法上の罰金額はそれを大きく上まわる場合がある。確かに留置日数は昭和一六年の改正で一年以下から二年以下に倍増されているが、期間を長くするのは一日の収入が支出より少しでも多い場合に初めて意味があるのであり、それが期待できない場合にはあまり意味があるとは言えないだろう。労役場留置は罰金・科料の執行方法としては有効ではなくなっている。しかし改正刑法草案も滞納留置としてこの制度の存続を図っている。労役場留置制度は建前として罰金・科料の執行方法でありつつ、それによらない単なる罰金・科料の執行とは質を異にするようになってきたと言えるだろう。小野坂教授はこのような現実を捉えて、「今日の労役場留置は、まさに文字上の存在であり、実態は自由刑、しかも殆どが短期自由刑といふところ。」⁽¹⁹⁾と言われ、さらに、「労役場留置の紙上の存在たること、自由刑の執行における刑務作業の一般化、行刑上の便宜を考ふるならば、卒直に（代替）『自由刑』とすべきではあるまいか。」⁽²⁰⁾とされる。

「完納の資力があるのに納付しない者に対しては強制執行（刑訴四九〇）の方法によるべきで、本条の留置をすべきではない。」⁽²¹⁾と言われる。それは労役場留置が客観的に見て通常の罰金・科料の支払いよりも不利益が大であると思見されるからでもあろうし、逆に、罰金・科料の執行方法として有効でないからでもあろう。いずれにせよ、労役場留置は支払いを拒否して自ら自由の拘束を選ぶ者に対する処分ではなく、支払おうとしても支払う資力のない者に対する処分なのである。立法論としての代替自由刑の主張は、拘禁を伴う刑をできるだけ回避しようとする先進諸国の刑事政策の動向に逆行するが、現在において刑事政策を實踐する国としては、刑事政策上何らかの刑を科す必

要があり、しかも金銭刑が実質的に不可能だとすれば、責任評価の上で金銭刑であることを宣言しながら、自由刑に類似する労役場留置という執行方法をとらざるをえない。金銭刑の執行方法としては有効ではない労役場留置制度も右のような機能を営んでいる。通説が立法の経緯にもかかわらず、労役場留置者を刑法第九七条の主体だとするのは、右のような現実を念頭に置いたからだと考える⁽²⁵⁾。

四 現に拘禁されていない自由刑受刑者であっても、移送中の者、構外作業を行なっている者など、職員の戒護下にある者については「囚人」の概念で捉えることも無理ではないように思われる。ここでの問題は無戒護の外出者をもどのように考えるかである。そこで参考になるのは、監獄法第二二条の規定である。同条によれば、天災事変に際し監獄から解放された者が、解放後二十四時間内に監獄または警察官署に出頭しないときは刑法第九七条によって処断される。大正一二年の逃走既遂人員が四二八人と、戦後数年間に匹敵する数を示しているのは、同年に起きた関東大震災の影響によるものである。これは変時のやむをえぬ解放であるが、監獄法がわざわざ規定を設けたのは、無戒護で解放された者が刑法第九七条の主体にならないことを示している⁽²⁶⁾。

しかし、天災事変による解放でなくとも、現在では再社会化を目標とする処遇の要請から、自由刑の受刑者をもその身分のまま（仮釈放や刑の執行停止によるのでなく）監獄の外に出す処遇方法が採用されており、そのような方法は将来、種類、期間ともますます拡張されて行くことが予想される。現行法は天災事変の際の解放の場合を除いて、外部通勤・教育を受けるためその他の理由による外出または外泊を許された者が帰監時に施設に戻らない場合の処断方法を規定していないため、刑法第九七条の「既決ノ囚人」にその者たちを含ませることができるとかどうか解釈論として問題になるだろう。しかしこの問題については、監獄法第二二条の規定との関係から考えても、その規定のない天災事変の場合以外の監獄からの解放者には、單純逃走罪の適用がないとするのが、罪刑法定主義の嚴格解釈の

要請に副う理解の仕方であろう。また、解放された者の心情を考えれば、現に拘禁されている者の自由への欲求に比較しても、すでにある程度自由を味わっている者の自由への欲求はさらに強く、監獄へ戻ることを期待するのは困難だと言えるかも知れない。

この種の解放者が出ることは、おそらく刑法および監獄法の立法者の予想しない事柄であり、現行法上は、懲罰を科し、仮出獄を許さないなどの制裁によって対処しあるいは威嚇するほかはあるまい。刑事施設法案は、開放的な処遇を促進する一方で、この点を立法によって解決しようとしている。すなわち、第一六五条は「受刑者が、外部通勤作業における通勤又は第八十三条の規定による外出の場合において、その通勤又は外出の日を過ぎて当該刑事施設に帰着しないときは、一年以下の懲役に処する。」と規定し、第一六六条は「受刑者が、第八十四条の規定による外泊の場合において、その外泊の期間の末日を過ぎて当該刑事施設に帰着しないときは、一年以下の懲役に処する。」と規定した。これらは、外部通勤・外出・外泊中の者に単純逃走罪ではなく、刑事施設法という特別法に抵触する犯罪が成立する旨を明確にしたものである。

五 単純逃走には期待可能性がないという見解が広く行なわれていることは次章に示すとおりであるが、各主体の検討でも明らかかとおり、その主体の立場に立てば期待可能性の程度も大いに変わってくる。ここでは既決の囚人についての問題点を探ったにすぎないが、未決の囚人についても同じことが言えると思う。大切なのは、個々人の立場に立つとどのように相異なる心情があるにもかかわらず、法がどの主体についても一年以下の懲役を規定している点である。それは、裁判官がその範囲でどの主体にも対処できるからという理由⁽²⁷⁾だけではあるまい。

(1) 団藤重光・刑法綱要各論(昭和五六年) 六三頁、大塚仁・刑法概説各論(昭和五五年) 四七七頁、藤木英雄・刑法講義各論(昭和五五年) 三

- 五頁、中山研一・刑法各論（昭和五九年）五二〇頁、ほか多数。
- (2) 例えは、斎藤金作・刑法各論（昭和四四年）四六頁、西原春夫・犯罪各論（昭和五八年）四〇五頁など。
- (3) 所一彦・注釈刑法(3)一〇一頁。
- (4) 青柳文雄・刑法通論Ⅱ各論（昭和三八年）一〇〇頁。
- (5) 青柳・前掲書一〇〇—一〇二頁。
- (6) 西原・前掲書四〇四頁。
- (7) 刑法第三二条一号の解釈について、裁判所は、拘留が行なわれている間は死刑の時効は進行しない、という立場をとっている。従って同号は逃走した死刑囚にのみ適用される。東京地裁昭六〇・五・三〇決定、判例時報一一五二号二七頁以下参照。また、最高裁昭六〇・七・一九、一小法廷決定、判例時報一一五八号二八頁以下参照。
- (8) 青柳教授は、「実際上は逃走し又は逃走を図る死刑囚に対して、逃走罪又は同未遂罪として改めて裁判を経て処罰するよりも、その罪は起訴猶予処分として死刑の執行を迅速に行うので、期待可能性の問題が正面から取り上げられることはない。」（前掲書一〇一頁）と言われる。しかし、執行の問題とは別に、事案の真相を明らかにすることは意味のないことではない。無期囚の場合にも同様のことと言える。
- (9) 文理上は、死刑囚も含まれると解するのが自然であろう。
- (10) 例えは、小野清一郎・新訂刑法講義各論（昭和二七年）二七頁、団藤・前掲書六三頁。
- (11) 平野龍一・刑法各論の諸問題18、法学セミナー二二八号三八—三九頁。
- (12) 刑法沿革綜覧一九二九頁参照。
- (13) 稲田俊秀ほか・行刑法教室（昭和四七年）一五頁。昭和五八年の刑事施設法案は「刑事施設に附置」する（第一五九条）としており、やはり原則として懲役受刑者に関する規定が準用されることになっている（第一六〇条）。
- (14) 被留置者の不公平感、自由刑における実刑と執行猶予の区別とは違い、犯罪の情状や行為者の改善更生の目的とは全く関係のない観点からの異なる取扱いを受ける点で、一層強いのではないかと推測される。
- (15) 江家義男・刑法概論各論（昭和三一年）三一頁。
- (16) 稲田ほか・前掲書一五頁。
- (17) 小野清一郎ほか・新版刑法（昭和四三年）八七頁。

(18) 現在のように自由の価値が高まった時代に、罰金が拘留よりも重い刑であるということはなかなか理解しにくいのが、労役場留置の可能性のある点を考慮すると合点がいく面がある。しかしこの序列をそのままにして、罰金に延納、分納などの制度を採り入れるとすれば、やはり理解しにくいことになるのではなかろうか。

(19) 小野坂弘・罰金刑制度の再検討、法学第二九卷四号九五頁。

(20) 小野坂・前掲論文九五頁。

(21) 小野ほか・前掲書五〇頁。

(22) 労役場留置が罰金・科料の執行方法として有効でないこと、最後の手段（支払いを担保する）として金銭刑よりも不利益の大きい刑による強制が必要なことのほか、労役場留置者が比較的小数のため懲役受刑者よりもかえって不利益を受ける可能性があることなどをその背景としてあげうるだろう。

(23) 現在の法制では、という意味である。準備草案のように延納、分納を認めれば、金銭刑が可能なるも増加すると思われる。

(24) このことの良し悪しはまた別問題である。金銭刑が庶民刑と言われ、自由刑とくに短期自由刑を回避する手段であるとされる今日、労役場留置が実質的には短期自由刑への逆行である点を考えると、それを避ける方法が研究されることが望ましい。

(25) しかし、解釈論上も、本来拘禁の必要のない者に対する措置であることは認識しておく必要がある。なお、現実認識の問題との関連で少年法第五四条小見出参照。

(26) 同旨、所・前掲書一〇〇頁。なお、囚人の身分を取得した者は、解放されても掃監義務があればなお囚人だという理解に立てば、監獄法第二二条二項はこの場合の被解放者が刑法第九七条の主体であるとの注意規定にすぎない。しかし後述の刑事施設法案第一六五条、第一六六条の規定の仕方はこれとは異なっており、少なくとも立案者は、これらの条文に掲げる者たちに刑法第九七条の適用はないと考えているはずである。

(27) 現行刑法が旧刑法と異なり第九七条に既決未決の囚人を一緒に規定したことについては、「此案ハ全體ニ成ルヘク細區別ヲシナイテ、多クノ場合ハ刑ノ範囲内テ適當ニ處分ヲサセヤウト云フノカ、全體ニ互ル主義テアリマス」という説明がなされた。刑法論草総覽一九三三頁参照。

四 單純逃走処罰規定不要論の是非

一 逃走罪処罰規定（刑法第九七一—〇二条、監獄法第二二条）は、国の拘禁作用を保護法益とする。現行法の逃走罪処罰規定は、逃走する罪（刑法第九七、九八条、監獄法第二二条）と逃走させる罪（刑法第九九—一〇一条）に大別されるが、前者の罪のうち、暴力的でない逃走（第九八条以外の手段による逃走）職員¹の過失の利用、欺罔、外部からの援助の利用など）については、他の逃走罪に比較して主体の範囲も限定され、しかも軽い刑が法定されている。一般的に言って、單純自己逃走は期待可能性が定型的に低い¹ためだとされる。期待可能性が低い理由としては、「拘禁離脱は、人間の本能である。」「人間が自由を求めることは、人間の自然の願望である」とか、「被拘禁者の身になってみれば逃げたいのは人情である」るなど「囚人の自由を求める心境に値する面があることを汲¹ん」だ内容のものがあげられている。

しかし、これを一歩進めて、立法論としてではあるが、單純自己逃走には期待可能性がなく、不処罰とすべきだという主張も見られる。それらの依拠するところは、外国に單純自己逃走を処罰しない立法例があること、そして、我が国の刑法でも、自己隠避（第一〇三条の解釈）、自己の刑事被告事件に関する証憑湮滅（第一〇四条の反対解釈）が不処罰とされていることの二点に集約されるだろう。鈴木教授は第一点との関係で次のように言われる。「そもそも、被拘禁者の單純自己逃走については、期待可能性の点などを考慮してこれを処罰しない立法例も少なくない。たとえば、ドイツ刑法は、被拘禁者が共同して暴力的に逃走した場合につき一二二条二項においてこれを処罰するが、單純自己逃走については処罰規定を設けていない。わが法も、このような立場に従うのが妥当と思われ²る。」

また第二の点に関しては、花村教授が婉曲な表現ながら、「証憑湮滅罪が、他人の刑事被告事件に係る場合に限っ

て成立を認められ、自己の刑事被告事件に及ばないことは、想起されて然るべきである。⁽³⁾と言われる。江家教授は端的に次のように言われる。「わが刑法は、囚人に限り単純逃走を処罰することにして⁽⁴⁾いるが、証憑湮滅罪において刑事被告人自身の証憑湮滅が処罰されないことと比較し、立法上再考を要するところである。」と。さらに青木教授は以上の理由に加えて「単純逃走は看守者の怠慢に基因する場合がきわめて多いことなどからして、立法論としては再考すべきであるし、現行法の解釈としても、単純逃走罪の成立はできるだけ制限的に解すべきである。⁽⁶⁾」とされるのである。

このように単純逃走罪の不必要性を主張する見解がある一方で、現行法の立場を支持する主張も行なわれている。それらはとくに将来の行刑の在り方を見通したところでの主張になっている。藤木教授の見解は次のとおりである。「行刑の方向が、開放処遇など、拘禁施設の処遇をできるだけ緩和すべき方向にすすんでいることを考えると、近隣住民のこの種の矯正処遇にとりなす逃走者の脅威に対する危惧感を払拭することが重要であり、そのため施設在所を確保するためには今後とも逃走罪を存置する理由がある。」⁽⁶⁾これは開放処遇と近隣住民との関係を考慮したものであるが、青柳教授は開放処遇の本質との関係で次のような見解を示される。「……将来自由刑の執行について高い壁の監獄によりまた厳重な監視により逃走を防止する制度から、解放された作業（開放施設の当否は別問題であるが）と囚人の自覚と自治による服役の制度に移る方向をとるとすれば、逃走しないことを国家は囚人に期待することを前提とするものであって、現行法が合理性をもつであろう。」⁽⁷⁾単純逃走処罰の必要性の論拠として拘禁緩和の傾向、とりわけ将来における本格的な開放処遇の導入を考慮されている点で両教授には共通点がある。従来、そして今日でもほとんどの刑事施設は、被收容者の逃走を高い塀・錠・鉄格子に代表される物的設備と戒護職員の監視によって防いでいたが、そのような防壁を取除いた開放施設では、それらのかわりに刑罰の威嚇によって被收容者に心理強制を与え

逃走を防止する必要がある、別の見方をすれば、「……自己逃走の扱いを緩和すれば、その分だけ戒護は人的にも物的にも嚴重にならざるを得ない理屈である。」⁽⁸⁾から、かえって開放処遇の発展を妨げることになる、ということである。ただし「刑罰威嚇の下での開放処遇ということが、開放処遇の理念と調和するものかが問題であろう。刑罰威嚇に頼って逃走を防ぐというのでは、受刑者の自律心および責任感に全幅の信頼を置くという開放処遇の本来のあり方をゆがめることにならないであろうか。」⁽⁹⁾という批判があることには注意する必要がある。

二 単純逃走処罰規定不要論が外国の立法例を一つの根拠にしていることは既述のとおりである。西ドイツ、スイス、デンマークなどがその例としてあげられる。これらの国々で単純逃走を処罰しないのは、逃走しないことを期待することが困難だからである、といわれる。

確かに拘禁されることは苦痛である場合が多いから、逃げ出したいと思うのが人情であるかも知れない。拘禁施設はそのことを理解した上で嚴重な人的・物的逃走防止装置を備えている。しかし拘禁が刑の執行として行なわれる場合、応報刑思想に依れば、その拘禁が苦痛であり逃げ出したいと思うのが人情であるにもかかわらずあえて拘禁離脱を許さないというところに刑罰としての拘禁の意味がある。刑罰とは一般的に人間の心情として失いたくないものを奪う性質のものだからである。教育刑論をとられる中尾氏も「受刑者を一定の教育的軌道に乗せて之より逸出せしめざる事は行刑の目的を遂げる不可欠の前提要件として、その最小限度の要求をなすものと言はなければならぬから、教育刑の前に逃走の嘲笑を許す事は我々の恥辱である。」⁽¹⁰⁾と言われる。いずれの立場に立つにせよ、拘禁は国家が刑事政策を遂行する上でその必要性を認めた自由の拘束である。この点では勾留制度もかわりない。その国家が立法の段階で、一方では拘禁制度を作り、他方でその拘禁が破られるようなことがあってもやむをえないというような態度をとるとは考えにくい。

拘禁確保の要請を充たすためにはいろいろな方策が用いられる。とくにこの要請の強い者を拘禁する監獄は、時代によつて差はあるものの、建物の構造や配置から職員配置まで、可能なかぎり逃走を妨げる目的で建てられた。しかし物的な設備だけでは不完全な点もある。そこで被拘禁者には厳しい規律を課してその遵守を要求し、さらに「逃げるな」という規範の遵守を刑罰の威嚇をもつて強制する。また他方で被拘禁者以外の者に対しては「逃がすな」という規範を設定しその遵守をやはり刑罰の威嚇をもつて強制する。とくに拘禁作用に直接携わる者に対しては、服従規律とより強い威嚇を準備してその義務の遂行を徹底する。日本の刑事司法制度は右に掲げたすべての方策を尽して拘禁確保の要請に応答しようとしている。⁽¹²⁾

しかし常にこれらの方策がすべて用いられなければならないわけではない。そのうちのどれを選びどこに重点を置くかは拘禁確保の要請の強弱と国家の政策の問題である。ただ、監獄が嚴重な逃走防止装置を備えた施設として存在するところでは、それに「逃がすな」という規範が加わりその遵守が履行されれば、逃走は比較的防止されやすいということは言える。そしてそのような考え方に基づいたのが單純逃走を処罰しない法制をとつた国々である。しかしそれらの国々でも、單純逃走ならしてもよいというわけではなく、やはり規範的要求として「逃げるな」というものがあると考えべきである。ただそれは二次的な規範として刑罰をもつて威嚇することはせず、「逃がすな」という規範の遵守を第一次的に期待し活用することによつて目的を果そうとしているにすぎないと見るべきものと思う。従つて、「逃がすな」という規範の遵守を期待するのが困難な暴力的な逃走の場合では、「逃げるな」という規範が前面に出てきて、どの法制においても刑罰の威嚇をもつて遵守を強制しており、單純逃走を処罰する国ではより重く罰することになっているのである。單純逃走を処罰する英国でも『逃走(escape)』の語は、嚴密に言えば、刑事訴追に基づいて囚人を法的に拘禁していながら、故意または過失により囚人が解放状態になるのを許す者によつて犯される犯

罪を示す。しかしそれは、有罪、無罪にかかわらず、刑事訴追に基づく法的拘禁から暴力を用いず逃走する罪にも適用される⁽¹³⁾。」という。「逃がすな」という規範が第一次的で「逃げるな」という規範が第二次的だという事情がよく表れている⁽¹⁴⁾と思う。

以上の理由から、単純逃走を不可罰とする立法例があり、また単純逃走を処罰する立法例でも比較的軽い刑を規定しているにすぎないとしても、それは期待可能性のなさ、あるいは軽微なことを理由としているわけではないことがわかる。

ところで、これまで述べてきたところは、監獄そのものが逃走防止のための物理的装置として機能することを前提としたものであるが、自由刑受刑者に関してこの前提を破る処遇方法が採られるようになってきた。いわゆる開放処遇である。開放処遇はこれまで監獄の象徴であった高い外壁・銃・鉄格子といった拘禁を確実にするための物理的設備をもたない施設で行なわれるのを特徴とし、職員として監視を主な任務とする者を置かないものとされる。さらに、こうした施設において処遇を受ける受刑者には、必要に応じて、職員の付添わない外出の機会も与えられる。ここでは拘禁確保の要請に応答すべく用いられてきたほとんどの方法がその機能を十分に発揮しえなくなっているのである。もちろん右のような処遇方法も自由刑の執行の枠内で行なわれる以上、「拘置」という要件を形式的にはともかく実質的には満たさなければならないから、拘禁確保の要請は依然としてあるものと考えなければならない。従って、被拘禁者以外の者にはなお「逃がすな」という規範が働く。しかしその規範的要求の程度は（過失に関して）これまでよりも後退せざるをえない。とくに無戒護の外出者との関係では、その選択に誤りがあったかどうかは別にして、ほとんどこの規範は働かえない。そこで、これまでどおり拘禁確保の要請を充たそうとすれば、「逃げるな」という規範的要求に重きを置かざるをえなくなってくる⁽¹⁵⁾。処遇中心の発想が支配的なところでは、ややもすると

行刑の行政的側面が強調されて、極端にまで行くと、「開放施設を採用する以上、多少の逃走は『制度の一部』と考
えるべきだ」という意見もある⁽¹⁶⁾。」というが、それでは行刑の司法的側面が軽視されたことになる。裁判所の実刑判決
が何故だったのかをもう一度考えてみる必要があるだろう。

三 単純逃走処罰規定不要論のもう一つの論拠は、自己の刑事被告事件に関する証憑湮滅等の行為が処罰の対象とさ
れていないことであつた。証憑湮滅罪は広い意味での刑事司法作用を保護法益とする。とくに「証憑を作爲すること
よつて刑事の捜査・審判を誤らせる点に処罰の理由がある⁽¹⁷⁾。」とされる。

「刑事司法が誤りなく適正に遂行されるのを妨げる点では、ある刑事事件に関する証憑を犯人自身が湮滅するか第三
者が湮滅するかによつて異ならないはずである。ところが刑法は後者のみを処罰の対象とし、前者についてはこれを
犯罪カテゴリーからはずすことにした。その理由を植松博士は「犯人が自分にとつて不利な証憑を葬り去ろうとする
のは人情の自然であり、そうしないことを期待することは一般に無理がある。このような行為を犯罪として処罰する
のは、犯人をして難きをしいるものであるから、これを処罰の対象としないこととしたのである⁽¹⁸⁾。」と説明される。
この心情は刑事司法の全段階を通じて一貫したものである。その意味では論者の指摘するように、自己の刑事
被告事件に関する証憑の湮滅等の行為を処罰しないのなら、単純自己逃走も処罰する必要がないことになる。
しかしそれらを同列には扱えない理由があるはずである。

国家は刑法の保護する法益が侵害されないよう刑法上様々な配慮をしている。犯罪の発展段階についてそれを見る
と、犯罪の決意だけでは処罰せず、予備もほとんどの犯罪では処罰していない。未遂を処罰する罪については、実行
の着手があればたとえ既遂に達しなくても原則として当該罰条の法定刑の範囲で処断することにはなつては、自
らの意思によつて犯行を止めた場合には、刑を必要的に減輕し又は免除するといふ恩典を用意している。こうした配

慮はできるだけ法益侵害の可能性の少ない段階で行為者が犯罪の発展を止めるよう国家が期待していることの現れである。

犯罪が既遂に達し現実には法益が侵害されれば（未遂を処罰する罪については未遂の場合もそうであるが）、この国家の期待は裏切られ、次に国家に課せられた課題は、犯罪の真相を明らかにし行為者に相応の責任をとらせることに移って行く。国家の刑事司法作用を保護法益とする刑罰規定は、この課題を国家が円滑に遂行するのを支援するものである。しかしこの目的を達成するために用いられる手段は刑罰による威嚇だけではない。

真相究明という課題を果すためには犯罪の真相を熟知している行為者の協力が最も有効である。それと同時に、行為者自身が最も真相究明を妨げることのできる立場にいる。その意味では、自己の刑事被告事件に関する証憑の湮滅等は極力阻止しなければならない行為である。国家としては法規範を通してそれをしないことを要求してもおかしくはない。しかし実際にはそれを違法性のない行為とした。それにはいくつかの理由が考えられる。

第一に、犯人はむしろ証憑の湮滅という意識さえもたずに、証拠を処分するのが普通である。殺人や傷害の場合に、例えば、凶器に使用したナイフや返り血を浴びた衣服を隠したり焼却などの手段で処分したりするのは通常のことであり、それをしないことを期待するのは不可能な場合が多い。この点では、正に植松博士の指摘されたとおり、「このような行為を犯罪として処罰するのは、犯人をして難きをしるものである」と言える。このように当該行為は人間的な心情（弱さ）に根ざすものであるから、第二に、そのような行為を処罰の対象とするときには、多くの場合、この罪と本罪とは併合罪となり刑が加重されることになってしまいが、それは妥当なこととは言えないだろう。そして第三に、証憑湮滅等の行為は犯人自身との関係ではある程度まで勾留によって防止することができる。法的建前として無罪の推定を受ける被疑者・被告人を勾留することができる理由の一つは罪証隠滅の虞れである（¹⁹刑訴法第六〇

条一項二号、第二〇四―第二〇八条の二)。またさらに刑事訴訟法上自白そのものには十分な証拠能力が与えられていないが(刑訴法第三一九条、とくに三項)、実務上はある意味では改悛の情の徴表とみられ、起訴・不起訴の決定(刑訴法第二四八条参照)、勾留延長か保釈かの決定や刑の量定の場合に有利に働くことになる。つまり、罰をもつてしてではなく、賞をもつて法益保護を図ろうとする配慮も認められる。⁽²⁰⁾このように自己の刑事被告事件に関する証憑湮滅等の行為を処罰することから生じるデメリットを避け、法益保護のための代替措置を講じ、さらに証憑湮滅等の虞れがあつても身柄の拘束等の代替措置を講じにくい犯人以外の者を規範の名あて人にするこゝによって、ある程度まで、刑事司法の適正な遂行の阻害要因を取り除くことができる。この点で、国家の拘禁作用を直ちに侵害することになる逃走とは大いに異なるのである。

四 犯罪が立証されて刑の言渡しが確定すると、国家には刑を執行する権利が生じ、その反射的效果として、刑の言渡しを受けた者にはその刑を受忍する義務が生じる。自由刑に関して言えば、国家は当該犯罪者を裁判所の定める期間、そして死刑に関してはその執行までの期間、「拘置」する権限を獲得し、逆に当該犯罪者はその期間「拘置」されることを受忍する義務を負う。逃走はこのいわゆる刑罰受忍義務違反になる。国家は国民に対する関係では刑を確実に執行する義務を負うので、この義務を履行するための一つの方法として受刑の主体に対し「逃げるな」という規範を設定しその遵守を要求するが、これはある面では「義務を果せ」という要求でもある。従つてそこに規定される刑罰はこの義務違反に対する制裁と考えることもできる。⁽²¹⁾フランス刑法典第二四五条が「脱獄により、又は暴力行為をして逃走し、又は逃走しようと試みた在監者は、その事実だけによつて、六月以上の拘禁に処する。」とし、さらに「この刑は、犯人の受刑の理由となつた刑と等しい刑にまで加重することができる。」としたのは、右の趣旨をよく表わしている。

被疑者・被告人の勾留は、前述のように、罪証隠滅の虞れがある場合、あるいは逃亡の虞れがある場合に裁判所が行なう。後者は刑事訴訟の当事者の確保であると同時に、有罪の確定したときに、行為に対する責任をとらせるといふ、真相究明と並び国家のもう一つの課題を果すための主体の確保でもある。無罪の推定を受ける被疑者・被告人にこのような強力な措置を講じることができるのは、それが罰せられることのない自己隠避や証憑湮滅を防ぎ、刑事司法の適正な遂行を図るための最後の砦としての機能を営んでいるからである。

- (1) 藤木・前掲書三六頁。
- (2) 鈴木茂嗣・逃走及び蔵匿の罪、平場安治Ⅱ平野龍一編・刑法改正の研究Ⅱ各則一七九頁。同頁、中山研一・口述刑法各論（昭和五五年）四三四頁。
- (3) 花村美樹・逃走罪、刑事法講座七卷一四二頁。
- (4) 江家・前掲書三〇頁。
- (5) 青木清相・逃走罪の主体、綜合法学58四九頁。
- (6) 藤木・前掲書三六頁。
- (7) 青柳・前掲書一〇〇頁。
- (8) 所・前掲書九九頁。
- (9) 鈴木・前掲書一七九頁。
- (10) 中尾文策・逃走の研究、刑政第四五卷第九号三三頁。
- (11) 「日本では比較的古い刑務所では、放射翼型・扇型・十字型がとられたが、一九二八年（昭和三）の刑務所建築準則では原則としてT字型・複房式とし、例外的に十字型や扇型とすることができる。」という。須々木圭一、大日本百科事典6五二〇頁。監視をしやすい設計がとられている。さらに高い外壁・錠・鉄格子は刑務所の象徴であり、重警備刑務所ではガンタワーを設けているところもある。
- (12) 日本で欠けているのは、看守者の過失による逃走させる罪を規定していない点である。フランス、イタリア、イギリスではそれも処罰対象に

(13) L. F. Sturge, *Stephen's Digest of Criminal Law*, 9th ed. 1950, p. 131.

(14) 昭和二年七月一日大法廷判決に出ている上告趣意書の中で弁護人は「囚人逃走の責は拘禁者側、換言すれば国乃至当該刑務官吏の側にありるのであって、拘禁者側としては平素より監獄の建築や諸設備を堅牢周到にして所謂物的防護を全からしめ(中略) 常時居房捜検その他の検査を誠実、熱心かつ注意深く遂行して所謂人的防護に遺憾なきを期し(中略) 以て逃走を未然に防止すべき義務を負担するものである。この義務違背こそが逃走を惹起する。しかも逃走者を処罰するのは、拘禁者側の責任を被拘禁者に転嫁する以外の何物でもない。」(刑集五・八、一四二四頁)と言っている。逃けたいの自然の心情だから逃走しないことに期待可能性がないのだとすると、このような議論になってしまう。

(15) 単純逃走処罰の必要性を説く論者がそろって拘禁緩和の傾向を論拠としたのも、この点を考慮したからではなかったか。なお、開放施設から逃走者の処罰をめぐって、「開放施設被收容者には閉鎖施設被收容者よりも大きな信頼が与えられており、この信頼を裏切ったのであるから通常以上に厳しく罰すべきであるという主張と、開放施設は逃走への誘惑、機会が多いのであるから単純逃走は処罰すべきでないという考えがある。」というが、後者は採りえない。森本教授は、「前者は開放制の基本観念と相容れないように思われ、後者については、開放施設処遇も拘禁刑の一形式である以上閉鎖施設からの逃走と特に区別することは困難であるように思われる。したがって、立法論としては、閉鎖施設からの逃走も含めて、単純逃走を処罰することの妥当性が再検討されるべきであろう。」(森本益之・行刑の現代的展開八〇頁)と言われる。

(16) 森本・開放施設と開放処遇、森下忠二須々木主編・刑事政策(昭和五年)二二六頁。

(17) 小野ほか・前掲書二一八頁。

(18) 植松正・刑法概論Ⅱ各論(昭和四九年)四八頁。

(19) ただし、罪証隠滅の虞れを勾留の理由とすることに疑問を呈する見解もある。平野龍一・刑事訴訟法(昭和四四年)一〇〇頁参照。

(20) 自己隠避を不処罰とした点についてもこれまで述べた理由がほとんどあてはまる。最後の点は、自首が裁量的ではあるが刑の減輕事由とされている(刑法第四二条一項)こととの関係で理解できる。

(21) 刑が贖罪だとされるところでは、受刑者は刑を贖罪の機会として受けとめるのが人間としての義務と考えられるから、その義務の履行を刑罰で威嚇されながらすること自体不名誉なことである。

五 期待可能性の二段階

— 結びにかえて —

「典型的な期待可能性の問題は、行為の構成要件該当性・可罰的違法性（違法阻却原因の不存在）が確定され、さらに行為者に責任能力があり、故意（ここでは可罰的違法事実の認識）・過失が認められた後に、それにも拘らず行為者に適法行為を期待することができないような場合があるかという形で登場してくるのである。」⁽¹⁾ところが「違法の評価の前提には適法行為への国家からの期待があり、犯罪類型もそのような態度に出ないことを国家が期待する行為のカタログなのであるから、その点の判断にも期待可能性理論の広い意味での適用の場があると考えることもできるであろう。」⁽²⁾国家の立場から期待しえない行為は違法性そのものが否定される。期待可能性は従って立法にあたっての指針でもある。ただし、犯罪カタログにのっていないから期待可能性がない、あるいは国家がそれをしないことを期待していないと考えるのは誤りであると思う。

単純逃走を処罰する規定を設けた国家は拘禁された者に逃げないことを要求する。この要求の背景には拘禁された者に逃げないことを期待することができるという判断があったはずである。しかし瀧川博士が言われるように「拘禁された者は逃げてはいけな、ということから、逃げるなという期待が誰に向ってもできる、という結論を引き出すわけにはゆかない。逃げる者があるから、刑罰法規が定められたのである。逃げる者が出たとき、はじめてその行為者に向って、その場合に逃げるなということ期待できるかどうか、が問題になる。」⁽³⁾逃げないことを一般的に期待できると言っても、個別的具体的な事情においては、もう一段期待可能性の判断をする余地が残されていると言ってもよい。

このように二段階にわたる（立法、責任評価）期待可能性の判断がされるのは、両者の判断に質的相違があるからにはかならない。立法における判断では、現実はその立場に立たされた者に国家の期待する行為に出ることが可能であるかということよりも、その期待に副う行為を行なわせる国家的必要性が前面に出る。この点において、具体的行為状況のもとで違法行為に出た行為者を非難することができるかどうかを判断する責任評価の段階における期待可能性の判断とは異なる。

前述のとおり、いかに国家的必要性が大きくても、およそ何人にも期待できないような行為を当為として要求することは意味がない。しかし人間の心情として期待可能性が弱いと考えられる行為であっても、国家的必要性が大きければ、国家は立法によってその行為をしないことを期待しなければならぬ⁽⁴⁾。同じように人間の心情に基づく行為とみられる単純逃走と自己の刑事被告事件に関する証憑湮滅が、前者は処罰され後者は処罰されないのも、また親族による逃走援助と親族による証憑湮滅が前者は処罰され後者は刑の裁量的免除が得られるようになってくるのも、このような観点から説明することができる。

- (1) 佐伯千飯Ⅱ米田泰邦・総合判例研究叢書刑法22(二七)―二七二頁。
- (2) 佐伯Ⅱ米田・前掲書二六九頁。
- (3) 瀧川幸辰・期待可能性の理論、刑事法講座二卷二七六頁。
- (4) この意味で、立法の段階における期待可能性は国家の視点で判断される。通常期待可能性の標準が論じられるのは、責任評価の段階におけるそれである。
- (5) この点については、「わが刑法上、犯人蔵匿罪及び證憑湮滅罪について、親族関係による刑の免除が考慮されているならば、親族によって行われた逃走罪についても、同様なことがあってよいのではあるまいか。」(花村・前掲書一四二―二頁)という見解があるが、賛成できない。