

## 論 説

## 犯罪者対応策に関する法的規制の在り方

石 川 正 興

- 【I】はじめに
- 【II】法治国家原理と犯罪者対応策
- 【III】社会国家原理と犯罪者対応策
- 【IV】わが国における二つの法的規制原理の相克と調整
- 【V】おわりに

## 【I】はじめに

(1) 本論文の検討課題を呈示するのに先立って、混乱を回避するために、本論文で使用する「犯罪者対応策」という用語の意味を簡単に説明しておきたい。

犯罪者に対し国は伝統的に刑罰という手段で対応してきたが、近代の責任主義刑法の下で責任無能力者は厳密な意味での犯罪者の範疇から外され、刑罰を免れることになった。しかし、これらの者に対しても、再犯防止の見地から国は何らかの対応策を講じることが求められてきた。保安処分の導入がそれである。わが国においても、責任無能力者とされる14歳未満の少年（触法少年）に対し、少年法による「保護処分」が可能である。同様に、心神喪失者に対しては所謂精神保健福祉法による「措置入院」が用意されており、さらに現在国会で審議中の所謂「心神喪失者医療観察法案」では新たに強制的な「入院決定」や「通院決定」の導入が図られている。他方で、責任主義刑法において刑罰を科すことが可能だとされる責任

能力者に対しても、再犯防止とりわけ犯罪者の改善・社会復帰という方法による再犯防止の必要から、刑罰に取って代る数多くの非刑罰的対応策が法律によって制度化されてきた。刑の執行猶予や仮出獄に付随する保護観察、満期出獄者等本人の申出の下に行なわれる更生緊急保護（犯罪者予防更生法第48条の2以下）、売春防止法が規定する補導処分（売春防止法第17条以下）などである。これらもまた、広い意味での保安処分として理解される。本論文では、刑罰や保安処分を含む所謂刑事処分を犯罪者に対してどのように用いるべきか、つまり「犯罪者に対する刑事処分の在り方を工夫すること」を意味するものとして「犯罪者対応策」という語を用いる。<sup>(1)</sup>

ところで、この犯罪者対応策と刑事政策との関係についても、若干のことを説明しておく必要がある。まず、われわれの理解によれば、刑事政策（広義）とは、「国家的見地から犯罪対策の在り方を工夫すること」を意味する刑事政策（狭義）と、「犯罪対処活動の在り方を工夫すること」を意味する犯罪対策と、「犯罪に対処すべく現象する各種『一連の行動』」を意味する犯罪対処活動、という三つが重層的構造を成す活動体系である。<sup>(2)</sup>そして、これらの活動の対象は究極的には「犯罪」に向けられるのであるが、この「犯罪」がまた加害行為者の行為・被害者の被害・社会の人のびとのリアクション・公権力からのリアクションという構成要素が複合的な構造を形成する現象として理解される必要がある。こうした複合的な犯罪現象の構成要素のうちとりわけ加害行為者に焦点を当てた犯罪対策・刑事政策（狭義）の中心的部分として「犯罪者対応策」がある、と位置付けることができよう。

(2) こうした意味での犯罪者対応策に関する法的規制の在り方を、本論文では考察対象とするものであるが、その歴史をごく大まかに概観すると、二つのエポック・メイキングな事柄が目される。一つは、法治国家原理の登場であり、他の一つは、犯罪実証学派が提言した犯罪者の改善・社会復帰理念の追求を国家論のレベルで基礎付ける社会国家原理の出現で

ある。

十八世紀後半から十九世紀にかけて登場した法治国家原理は、犯罪者の自由を保障すべく、国家刑罰権に対して法による厳しい制限的・抑制的な規制を課すものであった。法治国家原理のこの役割は、現在もなお、多くの論者により刑事政策の基本原則として掲げられるほどに、その重要性が指摘される<sup>(3)</sup>ところである。しかし、それは犯罪者の自由保障機能を重視するが故に、国の犯罪者対応策を回顧的・消極的なものに押し止め、犯罪増加に適切な対処ができないとの批判が向けられるようになる。

これに対し、犯罪原因の実証科学的研究の成果を基に合理的な犯罪防止策の追求を企図した犯罪実証学派は、国の犯罪者対応策を「再犯防止」という積極的・展望的な方向へと転換させた。犯罪実証学派が提案した再犯防止策（特別予防策）のうち、「無害化」や「威嚇」を目的とするものは国家的・社会的利益の露骨な追求の故に多くの論者から疎んじられたが、これと対照的に、国家的・社会的利益と犯罪者個人の利益との調和を意図する犯罪者の改善・社会復帰理念による特別予防論は、多くの者に好意的に迎えられた。それは一方で刑罰による実現を目指すとともに、他方で刑罰に取って代る新たな処分形式での実現も模索していった。そしてこの改善・社会復帰理念の構想は、やがて登場する社会国家原理によって新たに国家論のレベルから一段と強固な基礎付けを与えられ、その提案の法制度化が加速度的に促進されていった。以上の経緯を踏まえうえて、【II】と【III】では、犯罪者対応策に関する二つの法的規制原理の理念的・理論的内容および両者の違いを分析・検討する。

ところで、社会国家原理によって一段と強固な理論的基礎付けを得た改善・社会復帰理念の構想が提唱した改革案の幾つかは、わが国においても実現を見たが、しかし、その実現は理想からは程遠く、部分的で不完全なものであった。その主要な原因は、対立する他方の法的規制原理である法治国家原理、とりわけその構成原理として位置付けられる「責任—応報」原理からの根強い抵抗であった。【IV】では、二つの法的規制原理の実践

における相克と調整の結果がどのようなものであったかを、主として第二次世界大戦後のわが国に場面を限定して考察する。

## 【II】 法治国家原理と犯罪者対応策

(1) 法治国家成立以前の中世の国家は、一般に「法治国家」に対して「警察国家」と称される。そこでは、内政にわたる君主の包括的な権力は警察権と呼ばれ、国民に対するその権力行使については法的制約がなされず、したがって、国民は君主による不当な権力行使に対して法的な救済手段が認められていなかったとされる。また中世の国家の刑罰権行使の特徴として、干渉性、恣意性、身分性、苛酷性の4点が指摘される。<sup>(4)</sup>すなわち、第一に、国民の私生活の細部にまで国家刑罰権の介入が行われた点で干渉的であり、第二に、裁判官による犯罪の恣意的な解釈と刑罰適用がなされた点で恣意的であり、第三に、刑罰適用において身分による差別が行われた点で身分差別的であり、最後に、死刑や身体刑という害悪性の大きい刑罰が多用・乱用された点で苛酷であった。

こうした中世の警察国家の権力行使の在り方に対して鋭い批判の眼を向け、それを克服する理論として唱道されたのが法治国家論である。

法治国家つまり法治主義に則って運営される国家では、国家と個人とは対立・対抗関係の枠組みのなかにおいて捉えられ、個人の自由や権利を制限する国家権力の行使は法によって制限的・抑制的に規制されねばならないとする自由主義的原理が支配する。しかも、①国家権力の行使を規制する法は、立法権の担い手である議会によって制定された法、すなわち所謂形式的意義における「法律」でなければならず、②司法権の行使はこの法律に基づいて独立した裁判所が行なうとともに、③行政権の行使もこの法律に基づいて行われなければならない、とする三権分立主義が法治国家の制度的基礎とされる。

また、重要なことは、法治国家においては、国家の権力行使を制限的・

抑制的に規制する法が形式的意義における法律であること（法治国家原理の形式的側面）のみならず、その法律が内容的・実質的に「適正」なものであることが要求されるという点である（法治国家原理の実質的側面）。ここでは、さらに、適正か否かについての判断基準が問われなければならないことになるが、この点については、(2)の罪刑法定主義の検討の際に改めて問題にしよう。

ところで、本論文で考察する犯罪者対応策の場面においては、法治国家原理は一段と強く、厳しい形で要請される。その理由は国家刑罰権の次のような構造に由来する。

犯罪被害者はもとより社会の多数の人びとは、多くの場合、犯罪者に対して激しい攻撃的憎悪を向ける。これに対し、国家は、被害者を含む社会の人びとに対し、犯罪者に対する攻撃的憎悪が加害行動化することを禁止するとともに、他方で、犯罪者に対しては、「国家刑罰権」という他の国家の権力作用に比べ圧倒的に強大な強制的権力をもって対応する。往々にして、この国家刑罰権は社会秩序維持の必要性から、少数者である犯罪者に敵対的に対峙する社会の多数者の声を背景に、その強大さを増幅し一層巨大化していく危険性を孕む。犯罪者はこうした増幅の危険性を秘めた強大な国家刑罰権の前に、人びとからの同情を与えられることなく立たされることになる。

国家と犯罪者との間のこの極めてアンバランスな力関係のなかに、法治国家原理が格別に厳しく要請される所以があり、この特別な要請が罪刑法定主義という形で表現されたと考えられる。つまり、言い方を換えれば、罪刑法定主義は法治国家原理の刑事法的表現、あるいは刑事法的に表現された法治国家原理であると見ることができるのである。

(2) 罪刑法定主義の内容を構成する原理としては、「罪刑の法定」に止まらず、「罪刑の明確性」、「類推解釈の禁止」、「遡及処罰の禁止」、「刑罰規定の適正」の諸原理が挙げられる。このうち本論文の検討課題との関

(5)

係で重要なのは、「刑罰規定の適正」原理であり、以下ではこの点に焦点を絞って検討しよう。

「刑罰規定の適正」原理との関連で問題にされるのは、憲法第31条の規定の理解である。そこでは「適正な」という文言こそ用いられていないが、当規定がアメリカ合衆国憲法の「適正手続条項」(憲法修正第5条)に由来することを理由として、「適正」であることは当然の要請であるとされ、しかも、適正であることの要請は、手続法のみならず実体法にも及ぶと解されている。<sup>(6)</sup> こうした理解から、所謂「実体的デュー・プロセス」の理論が提唱され、その理論的深化が試みられてきた。その試みは、国家権力に対する手続法的規制に力点を置いてきた英米法系の「デュー・プロセス・オブ・ロー」原理を、どちらかと言えば国家権力に対する実体法的規制を重視してきた大陸法系の「罪刑法定主義」原理に接近させ、それとの統合を図ったものとして評価される。しかし、この試みと同程度に重要なのはその逆の試み、つまり「罪刑法定主義」原理の方からなされるべき、「デュー・プロセス・オブ・ロー」原理への接近・統合の試みである。その試みの詳細をここでは論じる余裕はないが、結論だけ示せば、罪刑法定主義の構成原理とされる「刑罰規定の適正」原理は、実体法のみならず手続法にも及ぶものと理解しておく必要があると考える。

「刑罰規定の適正」原理のこうした理解に立って、ここでは、二つのことを問題にしたい。その一つは、手続面における「刑罰規定の適正」原理の適用範囲に関する問題であり、他の一つは、実体面における「刑罰規定の適正」原理の内容に関わる問題である。

(3) 手続面における「刑罰規定の適正」原理の意味するところは多岐にわたるであろうが、概略的に示すならば、

- ①国家刑罰権の実現に向けて国家が個人に対し発動する権力行使の手続を定める法律が、その内容において「適正」であること、
- ②国家刑罰権の実現に向けて発動される司法権力や行政権力の実際

使が、法律に基づく「適正な行使」であると言えること、

③ありうべき国の不当な権力行使に対抗するための法的な防御手段や救済方法が、個人に保障されていること

などであろう。そして、問題の「刑罰規定の適正」原理の手續面での射程であるが、理想的には、国家刑罰権の実現に向けて進行する全プロセス、すなわち、「無罪の推定」を受ける地位にある「被疑者」・「被告人」に対する場面だけでなく、有罪判決確定後の「犯罪者」に対する場面においても守られることが期待される。このうち、本論文のテーマとの関係で特に後者の「犯罪者」に対する「刑の執行」レベルでの事柄に焦点を当てることになるが、これまで「罪刑法定主義」原理との関連でこの点が問題にされることは少なかったと思われる。しかし、「刑罰規定の適正」原理が「刑の執行」レベルにおける犯罪者の取り扱いの場面に及ぶべきでない、というわけではない。この場面で、「刑罰規定の適正」原理がどこまで浸透しているのか。その浸透度によって、犯罪者対応策に関する刑事政策において法治国家原理がどの程度達成されているか、という点が示されることになろう。

「刑の執行レベル」とりわけ「自由刑の執行レベル」における受刑者の取り扱いの場面では、長いこと所謂「特別権力関係理論」が妥当すると言われてきた。そこでは一般権力関係において妥当する法治国家原理が排除され、特別権力主体は特定の客体（この場合は自由刑受刑者）を包括的な支配権の下に置き、法律上の根拠なくしてその者の権利・自由を制限し、命令・強制・懲戒をなし得るとされ、またその当然の帰結として、自由刑受刑者は、特別権力主体たる国の諸権力行為に対する訴訟を原則的に提起し得ないとされる。

確かに、自由刑の執行の場である刑務所は一般社会に比べると「特殊な社会」と言える面をもってはいるが、しかし、そうであるからといって法治国家原理が排除され、国家権力の不当な行使に対する司法的救済の道が閉ざされて良いわけではない。この場面において、法治国家原理は、①国

が行なう受刑者の権利・自由に対する制限の根拠が法律に規定されていること、②法律に規定される制限の根拠が、刑務所社会の特殊性に配慮しつつも「適正」な内容であること、③権利・自由を制限される受刑者に司法的な救済の道が開かれているのみならず、より迅速な救済方法として行政上の救済手段が確保されていること、を要求する<sup>(8)</sup>。

(4)「刑罰規定の適正」原理の実体面における内容もかなり広範囲にわたるであろうが、ここで検討すべき事柄は「罪刑の均衡」原理の問題である。

中世の国家刑罰権行使の特徴とされた「刑罰の恣意的適用」と「苛酷な刑罰の多用・乱用」を抑制し、国家刑罰権の正当な行使を担保するには、罪刑が単に法定されているだけでは足りないことは明らかである。法定されなければならないのは、「犯罪」に対して「均衡の取れた刑罰」である(法定刑レベルにおける「罪刑の均衡」)。しかし、「法定刑レベルにおける罪刑の均衡」が充足されるだけでは、なお不十分である。というのは、各刑罰法規において規定される犯罪行為は個別・具体的な行為を抽象化した典型的な行為であり、それ故、それに対して均衡の取れたものとして規定される刑罰は、多くの場合刑種さらには刑量に一定の幅を持たせた所謂「相対的法定刑」にならざるを得ない。個別・具体的な犯罪行為に対して刑罰を言い渡す裁判官は、法治国家においてはもとより法定刑に拘束されるが、こうした相対的法定刑主義を採用する場合には、法定刑の幅の範囲内において裁量権が認められる。そこで、宣告刑レベルでの裁判官の不当な裁量権行使を抑制する必要性が生じ、ここでも「罪刑の均衡」原理が強調されねばならないことになる(宣告刑レベルにおける「罪刑の均衡」)<sup>(9)</sup>。

しかし、問題はこれで片付くわけでない。さらに、「罪刑の均衡」の基準、その意味内容が問われる必要がある。責任主義を採用する近代刑法においては、刑を科すためには違法な行為とその結果の発生につき行為者を非難できなければならない、そしてその「責任非難」と「刑」とが均衡関係



に在ること、すなわち回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道の確保が要求される。

この点、社会的責任論や性格責任論における「責任」は、同じ責任という語を用いてはいるものの、責任主義が本来的に主張するところの回顧的・規範的視点からの否定的価値判断である「非難可能性」と同義でない。それは、端的に言って、展望的・経験科学的視点からみて犯罪的危険性（再犯可能性）を有すると判断された者が「強制的な予防的措置を受けるべき地位」を意味するものであり、刑罰が均衡を取るべき対象は過去に行われた個別・具体的な犯罪行為でなく、犯罪者が将来再び行うであろう犯罪の可能性である。こうした意味での責任では罪刑法定主義それ故法治国家原理に期待される機能、すなわち個人の自由や権利を制限する国家の権力行使を法律によって制限的・抑制的に規制するという自由保障機能を弛緩させ、罪刑法定主義の構成原理として「罪刑の均衡」原理を強調すること自体の意義が失われることになる。

これと同様の批判は、所謂人格責任論や実質的行為責任論と称される見解にも投げ掛けられる。確かに、両見解とも責任を規範的視点からの否定的価値判断である「非難可能性」として捉える姿勢を堅持する点では、社会的責任論や性格責任論との違いを示す。しかし、人格責任論の場合には、その非難の対象を個別・具体的な犯罪行為に止めずに、長期にわたる過去の人格形成行為、それ故立証の極めて困難な行為にまで及ぼそうとする点で問題がある。他方、実質的行為責任論の場合には、非難の対象を個別・具体的な犯罪行為に限定することで人格責任論との違いをみせるが、「犯罪を行おうとする強い動機をもっているときは、それだけ重い刑罰が必要であろうし、犯罪的な動機を持つ可能性のある性格であるならば、それだけ重い刑罰が妥当だ」とされている点に現われているように、そこで刑罰が均衡を取るべき対象は将来の犯罪の抑止可能性であり、その点では社会的責任論や性格責任論と変わることがない。<sup>(10)</sup>

結局、罪刑均衡原理を強調し、法治国家原理の徹底を図るならば、第一

に回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道を確保すること、第二にその責任非難の対象を過去の方角へ不当に長く及ぼしたりしたり、逆に将来の方角へ及ぼすべきでないことが重要となり、そして、この二つの要請を充足させるものは個別行為責任論である、という結論に立ち至る。

### 【III】社会国家原理と犯罪者対応策

(1) 国家刑罰権の行使を法律しかも「適正な」内容の法律によって制限的・抑制的に規制する法治国家原理は、「近代国家」の重要な指標の一つとされ、近代国家を標榜する国々によって多かれ少なかれ採用されていた。

ところで、近代国家は挙って工業化を推し進めたが、それらの国々の多くでは急激な産業構造の変化とそれに随伴する様々な社会的変化によって、犯罪特に累犯や少年犯罪の増加という事態が生じた。多くの国ではこの事態に対して、法治国家原理を重んじ回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道に立った刑罰でもって対応したが、犯罪増加は一向に下火にならず、こうした対応に取って代る有効な犯罪防止策が求められる状況にあった。他方、当時隆盛しつつあった実証科学の矛先は漸く犯罪現象にも向けられ、所謂犯罪実証学派の企てを産み出した。彼らは実証科学的な方法による犯罪原因の究明と、それを基礎とする数々の犯罪防止策の提言を行ったが、それは従来の「回顧的・規範的な筋道に立った犯罪者対応策」から「展望的・経験科学的な筋道を重視する犯罪者対応策」への転換を意味した。その企てが所期の目論みどおりに有効な結果をもたらしたか否かは、後世の歴史が証明するところであるが、当時各国において多くの賛同者の輪を広げていったことは認めないわけにはいかない。彼らが行った数々の犯罪防止策の提言の中には、刑事法の枠組みを越える社会政策的提言もみられたが、本論文のテーマである犯罪者対応策に限定すれば、刑罰による再犯防止策（特別予防策）や、さらには刑罰以外の手段すなわち所

謂広義の保安処分による再犯予防策の提言が重要である。

なかでもフランツ・フォン・リストのマルブルグ綱領に示された、「改善不要な者には威嚇を、改善が必要でかつ可能な者には改善を、改善不能な者には無害化を」という所謂目的刑論のテーゼは、ヨーロッパの国々のみならずドイツ刑法を継承したわが国にも大きな影響を及ぼした。しかし、このテーゼに示された「威嚇」、「改善」、「無害化」という特別予防策のうち、「威嚇」と「無害化」という方法を通じての特別予防策には批判の矛先が向けられた。第一は、「改善不要の犯罪者」や「改善不能の犯罪者」などは存在せず、存在するのは「改善の必要性の低い犯罪者」や「改善困難な犯罪者」であるという批判であり、第二は、威嚇・無害化という方法が特別予防目的という「国家的・社会的利益」に通じる目的をストレートな方法で追求し、「犯罪者の福祉」に対する配慮が度外視されているという批判であった。こうした批判を受けて、「威嚇」や「無害化」という方法による特別予防策は捨て去られ、「改善・社会復帰」理念に純化した目的刑論、すなわち「改善刑論」が主張されることになる。<sup>(12)</sup>

(2) 改善刑論とは、刑罰とりわけ自由刑の場面において「改善・社会復帰」理念を追求する刑罰論であるが、それは、従来「刑の執行 (Strafvorstreckung)」として捉えられてきた自由刑の執行の場面に「行刑 (Strafvollzug)」<sup>(13)</sup>という新たな観念をもたらした

「刑の執行」という観念は、裁判所によって宣告された刑罰を法に基づいて厳正に執行するという訴訟法的観念であり、法治国家原理に親和性を有するものである。これに対して、「行刑」という観念は、受刑者の改善・社会復帰を目指して行われる一連の処遇活動のプロセスを射程に入れた観念である。そこでの視線は、刑務所の壁を通り抜け、犯罪者が再び戻る自由な社会へと向けられ、犯罪者は、犯罪のゆえに国家・社会から排斥・隔離され、社会的に孤立する回顧的存在としてではなく、再び自由な社会生活の場に戻り、そこでの健全な構成員となるべき展望的な存在とし

て把握される。それ故、処遇活動は刑務所の壁のなかだけに狭く限定されず、その後続く自由な社会生活の場でも継続され、両者が分断されずに一連のプロセスとして展開されることが期待されることになる。この釈放後の自由な社会生活の場で実施される改善・社会復帰処遇活動は、仮出獄に付随して行なわれる保護観察のように国によって有権的に行なわれる場合と、更生緊急保護のように犯罪者の任意の申出に基づき民間人・民間の団体が行なう場合とがありうるが、しかし、いずれの場合にせよ、重要なことは、それが「非刑罰的処分」として実施されるという点である。この意味で、改善刑論がもたらした「行刑」という観念は行「刑」とは言いながら、釈放後展開される非刑罰的な改善・社会復帰処遇活動をも内包する、いわば「刑」を越えた観念であると言える。

この改善刑論は、以下に記すとおり、実に様々な提案を行った。これらの提案のなかには、例えばジョン・オーガスタスによって始められたプロベーションやわが国の免囚保護事業などのように、改善刑論との間に明白な繋がりをもつことなく既に実施されていたものもあったが、重要なことは、改善刑論がこれらの提案をバラバラな形で提案したのではなく、一つの「構想」の下に相互に有機的な関連性をもたせて提案したという点である。この構想は「医療モデル」と名付けられることがあるように、その構想のモデルとされたのは、医療のシステムティックな仕組みであった<sup>(14)</sup>。

改善刑論が参考にした医療の仕組みの骨子は、およそ以下のとおりである。

①治療は通院治療形態と入院治療形態とに分類される。入院治療は一時的にせよ患者の社会生活関係を阻害することになるので、通院治療が原則であるが、症状が比較的重く、集中的・継続的な治療の必要性が高い場合には通院治療に代え入院治療が採用される。しかし、その場合でも、可能なかぎり患者の社会生活関係が阻害されない配慮が施される。

②治療の実施に先立って、患者の病因に関する綿密な調査・診断が必ず行なわれ、それに基づいて治療方針の決定がなされる。

③治療方針の決定によって通院治療・入院治療のいずれかの形態が採用されるが、いずれの場合でも、この治療方針決定段階では治療期間に関して一応の予想は立てられても、確定的に決めることができず、治療実施段階での治療効果の測定によって決められることになる。また、所期の治療効果が挙げられない場合には、再度「調査・診断」そして「治療方針の変更決定」が行なわれる。

④入院治療の場合、治療効果が挙がり予後が良ければ、退院前に外出・外泊措置などの措置を取った後に退院させ、退院後は通院治療に切り替えるという経過を辿って、徐々に平常の社会生活に復帰させる。

こうした医療の仕組みと類似のものを犯罪者処遇の場面に導入すべく、以下の諸提案がなされる（なお、以下の記述の順番は上記の順番に対応する。）。。

(a) 入院治療に該当する自由刑の言渡しを出来る限り回避するために、通院治療に該当する非刑罰的処分としてのプロベーション（保護観察付の執行猶予や宣告猶予）。自由刑の執行（刑務所収容）による犯罪者の社会生活関係の断絶を緩和する配慮として、外部交通の制限の緩和、開放刑務所、外部通勤制度、外出・外泊制度など。

(b) 個々の犯罪者の犯罪原因に関する調査・診断ための制度は、二つの段階で必要とされる。一つは、裁判の量刑段階において改善・社会復帰に適した刑事処分の種類とその実施期間とを決定するための所謂判決前調査制度で、他の一つは、処分実施段階において個別的処遇方針の決定を行なうための分類処遇制度である。

(c) 量刑段階で行われる自由刑の刑期やその他の処分の実施期間の設定は「不定期」の形で行われ、処遇実施段階での予後の良否によって最終的に決定するという不定期宣告制度。

(d) 段階を踏んで順次改善・社会復帰へ導くための仕組みとして、自由刑執行段階での累進処遇制度、釈放後のアフターケアとしてのパロール制度。

これらの提案について特に強調しておくべきことは、(a)・(d)のプロベーションやパロールのような非刑罰的な処分や、(a)の自由刑の執行による犯罪者の社会生活関係の断絶を緩和する方策のように、刑罰の本質的要素である「害悪性」を排除する措置が含まれている点である。この点にみられるように、改善刑論は「刑罰」論ではありながら、刑罰の本質的要素である「害悪性」を排除し、さらには非刑罰的な処分による改善・社会復帰理念の追求へと進んでいく契機を内包する構想であると言える。

改善刑論のこの特徴については【IV】でまた改めて触れることにして、次に、刑罰論のレベルでなされた改善刑論の諸提案を、国家論のレベルで一段と強固に基礎付けることになる「社会国家原理」へと話を移すことにしよう。

(3) 社会国家論は、第一次世界大戦後ドイツのワイマール憲法に端を発し、第二次世界大戦後多くの国々の憲法に採用された。わが国の現行憲法もその一つに数えられる。

社会国家原理においては、人間の人格の真の展開は個人の社会への関与と個人の生活維持における国家の協力とがなければ不可能であり、また、すべての人間の生活は「社会的連帯責任」の理念によって規制され、この社会的連帯責任の理念によって社会および国家が個人の社会的生存に対して責任を持ち、同様に個人がすべての者の運命に対して共同して責任を持たなければならないことが要求される。<sup>(15)</sup>

この命題のなかの「個人」には、当然犯罪者も含まれると解される。つまり、「社会国家原理において国家および社会は、『犯罪者』の社会的生存に対して責任を持ち、『犯罪者』の福祉を積極的に増進しなければならない。」と読み替えて理解される。このような理解に立つことによって、先に列記した改善刑論の諸提案は、犯罪者の福祉を実現する社会国家の義務として位置付けられることになる。他方で、これと同程度の重要性をもつことは、社会国家原理が課すところの責任・義務は片面的・一方的なもの

ではないという点である。それは、同時に、犯罪者に対しても社会のすべての構成員の運命に対して責任を持つことを要求する。この犯罪者の責任・義務の具体的内容をどう理解するかは別途論すべき重要な問題であるが、<sup>(16)</sup>ここでは取り敢えず、社会国家原理において求められる「責任・義務」は片面的・一方的な形でなく、双方向的であることを指摘するに止めよう。

ところで、この社会国家原理と法治国家原理との違いはどこにあるのだろうか。両者を対比した場合、いくつかの相違点・対立点が浮かび上がってくる。

その一つは、国家と個人との関係である。社会国家原理では、これを「統合・調和の相」において捉えるのに対し、法治国家原理では「対立ないし敵対の相」において把握する。両者の関係把握がこのように対蹠的であるのは、第二の相違点である国家の役割の違いに起因する。すなわち、社会国家原理では、国家は個人の福祉の増進のために積極的に個人の生活に関与することが求められる。つまり、そこでは、国家は個人にとって謂わば「善なる存在」として個人の前に立ち現われる。これに対し、法治国家原理では個人の生活は個人の自由に委ねられ、個人に対する国家の介入は必要最小限に押し止められる。そこでの国家は、個人の自由・権利を侵害する者として、個人にとって謂わば「悪なる存在」と見做される。第三の相違点は、社会国家原理では、法治国家原理においてほとんど顧みられることのない社会の役割が強調されている点である。すなわち、社会的連帯責任の名の下に国家のみならず、社会（具体的には国家の構成員である国民）<sup>(17)</sup>もまた個人の社会的生存に対して責任を持つことが求められる。

こうした相違点のなか最も重要なのは、国家の役割の違いである。この役割の違いこそが、「法的規制」の在り方の違いをもたらす。国家を個人に対する「悪」と見做す法治国家原理の下では、【II】で考察したように、個人の自由や権利を制限する国家権力の行使を適正な内容の法律によって「制限的・抑制的に」規制するという、犯罪者も含む個人の自由保障機能

が法律に期待されている。これに対し、社会国家原理ではどうなるのか。

国家を個人にとって「善なる存在」であると見做す社会国家原理では、国家の活動に対し法律による規制は全く必要がない、ということにはならない。社会国家の活動は「個人の福祉」目的を増進するものであると言っても、それにより国民に権利を与えたり、義務を課すことになり、したがってその活動の根拠は法律で明文化される必要がある。さらに、今日において「個人の福祉」目的の追求は巨大な行政権力機構を通じて行なわれ、そしてこの巨大な機構を隅々まで効率よく作動させなければ、「個人の福祉」は十分に図れないようになってきている。そこで、国家の行政機構が追求すべき福祉の具体的な目的を明確に定めるとともに、その目的を実現する手段・方法に統一性や整合性を与える必要がでてくる。この要請に最もよく応える方法は、法律による制度化であろう。これらの点から考えてみても、社会国家でも法律による規制は必要である。つまり、社会国家も、形式的な意義における法律によって規制されるという意味では法治国家と同様であり、少なくとも形式的には法治主義を採用する国家ということになる。結局、両者の相違は、法律が果たす役割・機能の点に求められねばならない。すなわち、社会国家の法律の役割・機能は、個人の福祉を増進する国家権力の活動を「創造的」に規制するという積極的なものであって、法治国家における法律のように、国家権力の活動をただ「抑制的に」規制するという消極的なものではない。

#### 【IV】 わが国における二つの法的規制原理の相克と調整

【II】 および【III】 で見てきたように、犯罪者対応策の場面で法治国家原理と社会国家原理との間には、少なくとも理念的・理論的には相容れない対立点・相違点があり、「矛盾」を形成している。この理念的・理論的矛盾は、刑事政策の責任主体として位置付けられる国家の実践を通して調整・解決が図られていくことになるのだが、当然のことながら、その実践



にはそれぞれの国の歴史的・文化的背景の違い、政治的・経済的・社会的状況の相違等が映し出され、必ずしもすべての国で同じ結果が招来されるものではない。このことを念頭に置いたうえで、ここでは場面を特に第二次世界大戦の直後から1970年代までのわが国に限定し、犯罪者対応策に関する二つの法的規制原理の調整・解決を国がどのような形で図ってきたかを考察する。

(1) とりわけ第二次世界大戦前のわが国では、法治国家原理との親和性を示す応報刑論と、社会国家原理との親和性を示す改善刑論との間の論争が先鋭化した形で行なわれた<sup>(18)</sup>。論争の結果は、少なくとも学界レベルでは前者が有利な方向に流れ、戦後になると所謂「相対的応報刑論」と呼ばれる見解、すなわち回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道を最重要のものと考え、この筋道と調整が可能なかぎりにおいて展望的・経験科学的な「犯罪的危険性—予防刑」の筋道を採用しようとする見解が主流を形成したと言える。この「相対的応報刑論」が採り入れることを目論んだ「予防目的」の内容は多様・多彩であるが、多くの論者は「改善・社会復帰目的」の取込みに腐心してきたように思われる。おそらくは、多くの論者にとって「改善・社会復帰目的」は、犯罪予防という国家・社会的利益のストレートな追求でなく、犯罪者の福祉をも考慮しつつ犯罪予防を謂わば間接的に追求する点で魅力的に映ったからであろうが、それには新憲法のなかに「社会国家原理」を反映する規定が採り入れられたことがかなりの影響を与えたものと推察される。いずれにせよ、刑罰の枠さえも越えて改善・社会復帰目的を追求する契機を内包する改善刑論が学界の主流を形成することはなかったものの、刑罰における改善・社会復帰目的の追求自体を断念する刑罰論もほとんどみられなかったと言える。こうした刑罰論の状況も反映したのであろう、国は【III】に記した改善刑論の諸提案を相次いで「法律」や下位の法形式である「法務省令」によって、あるいは行政規則としての性格を有する「訓令」や「通達」によって制度化していっ

た。以下、【Ⅲ】に記した (a) から (d) の順序にしたがって、この制度化の流れを箇条書き的に概観してみよう。

#### ①提案 (a) について

先ず、プロベーションに関しては、1953年の刑法の一部改正により、刑法第25条第2項の再度の執行猶予には必要的に保護観察が付されることになったが、第1項の初度の執行猶予に対する保護観察は、翌年の刑法の一部改正と執行猶予者保護観察法の制定によって実現をみた。すなわち、刑法第25条の2により初度の執行猶予には裁判所の裁量により保護観察が可能とされるとともに、執行猶予の場合の保護観察の根拠法は1949年制定の犯罪者予防更生法ではなく、新たに制定された執行猶予者保護観察法によることとなった。

次に、自由刑の執行による犯罪者の社会生活関係の断絶を緩和する措置に関しては、以下のとおりである。第一に外部交通の制限緩和については、1933年に司法省令の形で制定された行刑累進処遇令によって第4級から第1級までの階級間に設けられていた接見・信書の発受に関する制限の差は、1966年の監獄法施行規則（法務省令）の改正により、所長が処遇上その他必要あると認めるときは制限を取り外すことができるようになった（施行規則第124条、第129条第2項）。第二に開放刑務所については、同じく1966年に改正された監獄法施行規則の第42条第2項の規定を活用することで、その導入の道が開かれた<sup>(19)</sup>。第三に外部通勤制度や外出・外泊制度については、保護処分としての少年院の処遇場面では導入されている（少年院法第7条第2項および少年院処遇規則第33条・第59条）が、自由刑受刑者に<sup>(20)</sup>は未だ法令上の根拠規定が設けられておらず、本格的実施をみていない。

#### ②提案 (b) について

先ず、刑事手続における判決前調査制度については、1956年に制定された売春防止法で新設された補導処分と併せてその導入が検討されたが、可及的速やかに裁判所調査官による判決前調査制度を検討すべきであるという国会での付帯決議がなされたまま、今日まで制度化されていない<sup>(21)</sup>。

次に、分類処遇制度については、第一に自由刑受刑者に関して、1948年の「受刑者分類調査要綱」（法務総裁訓令）によって本格的導入が図られたが、「分類あって処遇なし」という批判を受けて、その後1972年に新たに「受刑者分類規程」（法務大臣訓令）が定められ、今日に至っている<sup>(22)</sup>。第二に保護観察の対象となる犯罪者に対する分類処遇制度に関しては、1971年に「保護観察分類処遇要綱」（保護局長通達）が定められたが、1986年に廃止され、新たに「保護観察分類処遇実施要領」（保護局長通達）によって実施されている。さらに、これも一種の分類処遇とみることができるが、1990年には「保護観察類型別処遇要領」（保護局長通達）が定められた。

### ③提案（c）について

第一に自由刑の不定期宣告制については、全面的採用はなされず、1948年に制定された少年法により、わずかに少年に対してのみ所謂長期と短期とを定めて言渡す相対的不定期刑が認められているにすぎない（少年法第<sup>(23)</sup>52条）。

第二に保護観察付き執行猶予の場合の保護観察（所謂「4号観察」）の実施期間は、前述した刑法の一部改正により新設された刑法第25条の2規定によれば、裁判所が「定期」で宣告する執行猶予期間と連動するものとされ（刑法第25条の2第1項、なお執行猶予期間につき同法第25条）、他方仮出獄の場合の保護観察（所謂「3号観察」）の実施期間についても残刑期間とされており（犯罪者予防更生法第33条第2項）、ともに前以て「定期」の形で確定されている<sup>(24)</sup>。

### ④提案（d）について

累進処遇の本格的制度化は、前述の行刑累進処遇令による。また釈放後のアフターケアとしてのパロール制度に関しては、1939年の司法保護事業法の制定により「非強制的」な形で展開されていたが、戦後は1949年の犯罪者予防更生法が制定され、保護観察の実施態勢が充実整備されるとともに、仮出獄者には「強制的な」形での保護観察の実施が可能となった。他方満期出獄者に関しては1950年に制定された更生緊急保護保護法により

「任意的な」形での更生保護が展開されることになった。

以上、社会国家原理による一段と強固な理論的根拠を獲得した改善刑論の提案が、国によって制度化されていった経緯を概観してみたが、この制度化によってもたらされた様々な犯罪者対応策は、やがて「犯罪者処遇法」とか「矯正保護法」と呼ばれる一つの新しい法システムを形成するほどの広がりを見せていくことになる。<sup>(25)</sup>しかしながら、こうした諸制度を内容に踏み込んで分析してみると、改善・社会復帰目的の理想的な実現という観点からは厳しい制約が加えられていることが判る。そこで次に、内容面の分析に移ろう。

(2) 社会国家原理の支持を受けた改善・社会復帰目的の理想的実現の前に大きく立ちはだかったのは、法治国家原理なканずく罪刑均衡原理において強調される回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道からの要請である。以下、この点を幾つかの例でもって示すことにしよう。

#### ①不定期刑制度と定期刑制度

自由刑は改善・社会復帰目的を追求する処分であると考える立場からすれば、宣告刑段階で自由刑の刑期を予め「定期」の形で固定するよりも、刑の執行段階における改善・社会復帰処遇の実施とその効果・予後の測定という展望的・経験科学的な視点からの判断によって刑期を伸縮させることのできる不定期刑の宣告が望まれる。他方、自由刑は犯罪者に「拘禁」という害悪・不利益を課すものであり、したがってその適用を適正な範囲に制限・抑制すべしとする立場は、回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道を重視し、過去の犯罪行為に対する責任とあたかも天秤において均衡の取れた形で刑期を算出し、「定期」の形で宣告することを求める。

この二つの選択肢を前に、国は「定期」宣告制を原則とし、例外的に少年に対してだけ相対的不定期刑を採用するという決定をした。国が定期宣告制を原則としたのは、自由刑の害悪性・不利益性を正面から見据えたことの結果であり、他方、少年に対して不定期刑を採用したのは、自由刑の

害悪性・不利益性を認めつつも、少年に対する自由刑には「健全育成」の理念（少年法第1条）が及ぶべきことを意図したからであると考えらるべきであろう。

ところで、刑罰が均衡を採るべき責任は、法治国家原理の自由保障機能を重要視するならば「個別行為責任論」で理解される責任であるべきだということについては、既に【II】で触れた。ただ、個別行為責任論の立場からは所謂「責任の幅」論が主張されることがあるので、ここではこの点を補足的に論じておく。

「責任の幅」論が指摘するように、確かに、犯罪行為に対する責任の量とそれに相応する刑の量はある程度の幅をもって算出される。しかし、その幅は、相対的不定期刑に期待される「短期と長期との幅」とは比較にならないほど小さなものであろう。また、責任の量と刑の量とが幅をもって「算出」されるからといって、もって直ちにそれを不定期の形で「宣告」すべきであるということにはならない。このことは、例えば商品の価格算出の過程では利潤や予測販売量等との関係である程度の幅が価格に出てくるとしても、市場での価格表示は「定価」でなされるということを考えれば、「算出」と「宣告」とは論理的には別の事柄であることが判るであろう。価格表示の際に商品と価格（金銭）との間に求められる等価交換関係は、刑の宣告における「責任」と「刑」との間にも維持されるべきである。

## ②仮出獄制度における考試期間主義と残刑期間主義

仮出獄制度に付随する必要的保護観察は改善刑論の提案であり、その理想からすれば、仮出獄期間・保護観察期間は現行法が採用する残刑期間主義よりも、考試期間主義が望ましいとされる。

考試期間主義は裁判所が宣告した刑期に拘束されずに、仮出獄期間・保護観察期間の柔軟な設定を可能にするものである。その基準としては展望的・経験科学的視点に立つ「再犯可能性」や「改善・社会復帰の必要性・可能性」の判断が重視され、したがって残刑期間を下回る期間設定や逆に

上回る期間設定も生じる、これに対して、残刑期間主義は回顧的・規範的な「責任一応報刑」の筋道を重視するものだと考えられる。なぜならば、現行法は刑の量定基準に関し明確な規定を設けていないものの、定期宣告制の採用にみられるように、「責任一応報刑」の筋道を少なくとも刑の量定基準の主たる基準と捉えており、そして、残刑期間主義は、この主たる基準にしたがって裁判所が量定・宣告した刑の範囲内に保護観察期間を止めるものであると理解されるからである。

さらに、考試期間主義と残刑期間主義との対立の根底には、仮出獄制度に付随する保護観察の性質に関する理解の相違があると考えられる。つまり、前者では、「保護観察は犯罪者の改善・社会復帰目的を追求する福祉的な利益処分である」と把握するのに対して、後者では、犯罪者に課される遵守事項の遵守義務や指導監督に服する義務という強制的な側面を捉えて、「保護観察は不利益処分である」と認識する。こうした保護観察に関する理解の相違が、一方は利益処分であるから積極的に活用して、残刑期間を上回ることも許容する考試期間主義へと通じ、他方は、不利益処分であるから制限的・抑制的な歯止めをかけるべきだとする残刑期間主義へと傾かせることになる。

この両者の比較考量の末の国の決定は、一方で展望的・経験科学的視点を重視する仮出獄と必要的保護観察との結合は認めつつ、他方でその期間については残刑期間主義を採用して回顧的・規範的視点からの歯止めを予め設定しておく、いう解決方法であった。

### ③刑の執行猶予における保護観察の性質<sup>(26)</sup>

現行法は、初度の執行猶予には裁判所の裁量によって保護観察を付す一方で、再度の執行猶予には裁判所の裁量によらず必ず保護観察に付すとし、さらに、初度の執行猶予に保護観察が付された場合には、保護観察の仮解除がなされていない限り再度の執行猶予を言渡すことができないと規定する。つまり、そこでは、初度の執行猶予に保護観察が付かないもの(単純執行猶予)と付くもの(保護観察付執行猶予)とを区別し、後者を重

い処分と位置付けて、保護観察が仮解除されていない限りは再度の執行猶予という実刑判決に比べて犯罪者の利益になる処分を与えない、という姿勢が示されている。この姿勢から読み取れることは、「保護観察は責任の程度に応じた重い不利益処分である」という回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道を重視した（あるいは、少なくともその筋道と親和性のある）保護観察理解である。

他方、保護観察に関するこうした理解に対しては、「保護観察は犯罪者の改善・社会復帰目的を追求する福祉的な利益処分である」というもう一つの理解が対峙しており、そこからは保護観察に関する別の制度構成が立法論として提起されることになる。すなわち、それは、第一に、初度の執行猶予に保護観察が付された場合であっても、再度の執行猶予を可能にすること、第二に、保護観察を付すか否かの判断は執行猶予が初度か再度かの違いによってではなく、再犯可能性や改善・社会復帰の必要性や可能性という展望的・経験科学的視点からの判断に応じて決めること、という内容のものである。改正刑法草案は、この提案を受け入れて改正を図った（草案第68条第3項および第69条第1項）が、実現には至らなかった。

結局、国は、保護観察付執行猶予という改善・社会復帰目的を追求する非刑罰的な処分を導入したが、他方で保護観察の制度構成においては回顧的・規範的な「責任—応報刑」の筋道に重視した、と言うことができるであろう。

（3）（1）で指摘したように、新憲法の制定や学界における刑罰論の動向などを背景に、国は改善刑論の諸提案のかなりの部分を次々と制度化してきた。と同時に、（2）でみたように、国はこうした社会国家原理と結びついた改善・社会復帰目的の追求に対し、法治国家原理からの制約・歯止めを課すことを忘れなかった。

犯罪者対応策において改善・社会復帰目的を追求する国の姿勢は、刑法や監獄法の改正作業が絶頂期に達する1970年代にまで及んだ。すなわち、

1974年に法制審議会によって決定された「改正刑法草案」、1976年に法務大臣が法制審議会への諮問の際に提出した「監獄法改正の構想」とその答申として1980年に法制審議会が提出した「監獄法改正の骨子となる要綱」、これらが意図した基本的方向の一つは改善・社会復帰目的の一層の促進にあった。しかし、この時期は、1960年代頃からアメリカやヨーロッパ諸国で起こった「改善・社会復帰理念に対する批判論」のうねりが若干遅れてわが国にも波及してきた時期でもあった。所謂ジャスティス・モデルを基礎に「積極行刑」から「消極行刑」への転換、「強制的処遇」から「任意的・便宜供与的処遇」への転換が唱えられた<sup>(27)</sup>。上記の法改正、とりわけ監獄法の改正はこのうねりをもろに受ける格好になり、1980年代に監獄法に代わるべく刑事施設法案が数度にわたって国会で審議されたが、結局法律として成立することはなかった。以降、犯罪者対応策を規制する法律の根幹部分には、2000年の少年法改正を除いて、大きな変化は生じていない。

## 【V】 おわりに

社会国家原理では国は改善・社会復帰目的という犯罪者の福祉・利益を追求するとは言え、この目的実現の手段には多くの場合「強制力」が伴う。自由刑はもとより、非刑罰的な改善・社会復帰目的を追求する処分も、更生緊急保護の措置（犯罪者予防更生法第48条の2以下参照）を除き、保護観察、補導処分、保護処分の各種処分はすべて犯罪者の同意を得ることなく強制的に実施される。また、矯正施設・保護観察所・家庭裁判所において処分や処遇方針を決定のために実施される犯罪者の人格・環境に関する調査の場面、さらには個々の改善・社会復帰のための処遇方法を実施する場面において、犯罪者の希望を斟酌することはあっても、同意を得て行なわれることはほとんどないであろう。また、改善・社会復帰処遇においては犯罪者の自覚に訴えることの重要性が強調されるので（少年院法第4条、刑事施設法案第48条第1項参照）、個々の処遇方法の実施の際に国が犯



罪者に対して直接的に物理的強制力を用いることはないと考えられるが、しかし、正当な理由がなく処遇を受けない場合を懲罰の対象とするという形での間接的な処遇の強制はあり得る（少年院法第8条、刑事施設法案第135条第4号参照）。

犯罪者に対する改善・社会復帰処遇活動と改善刑論がモデルとした病人に対する通常の医療活動とで決定的に違うのは、その活動に「強制力」が伴うか否かという点である。しかしながら、所謂ジャスティス・モデルが主張したように、犯罪者の改善・社会復帰処遇活動から一切の強制の契機を排除して「任意的・便宜供与的」な実施態勢に切り替えることは、現実的な選択肢には思われない。重要な点は、一方で犯罪者の改善・社会復帰目的の追求という社会国家の創造的な法的規制原理と、他方で犯罪者の自由や権利に加えられる国家の強制的な権力活動を「適正な枠」に止めるといふ法治国家の制限的・抑制的な法的規制原理という二つのバランスを取っていくことであろう。理論的・理念的に矛盾する異なる二つの原理の調整はもとより困難な課題であるが、それは刑事政策の責任主体である国家が背負わされ続ける課題であると考えている。

最後に、本年度3月をもってご退職される須々木圭一先生に深い感謝の念を込めて、この論文を捧げることをお伝えして、本稿を閉じることにしたい。

- (1) 本論文では「処遇」という語も用いるが、それは、犯罪者「対応」策という場合の、各種刑事処分を念頭に置いた「対応」という用語とは異なる意味をもつ。「処遇」という用語は、狭義では「改善・社会復帰を目的とする犯罪者の取り扱い」を意味し、この語の英語訳として用いられる treatment やドイツ語訳として用いられる Behandlung という語に医療上の用語法があることから窺えるように、本来治療という意味と近似した意味合いを持つ。この点で「処遇」の観念は、「害悪」の賦与を本質的内容とする「刑罰」の観念とは相容れないか、少なくとも親和性が乏しい。したがって、刑罰も含む広義の「処分」とはほぼ同義で「処遇」という語を使用することは原義から余りに隔たることになり、好ましくない。

近年医療活動の場で「治療 (cure)」と並んで、とくに治療の見込みのない患者に対する終末医療の場面で「看護 (care)」の重要性が指摘されているように、犯罪者処遇の場でも「改善・社会復帰を目的とする処遇」とは別に、「犯罪者のさら

なる悪化の防止を目的とする処遇」を強調する必要性がある。そこで、本論文で「処遇」という語を用いる場合には、それ本来の意味合いを保持しつつ、目的を明示して使うことにする。

- (2) このように一見煩瑣に思われる刑事政策の概念を設定することの意図について、ここで詳述するゆとりはないが、刑事政策(広義)をこのように刑事政策(狭義)・犯罪対策・犯罪対処活動という三つの重層的構造において把握することによって、「刑事政策」の名においてどのレベルでの事柄が問題にされているのかを明確に意識するとともに、学問的認識・評価と実践的な政治的主張との混同を回避することの重要性を、取り敢えず指摘しておこう。なお、刑事政策の概念および刑事政策学の任務というテーマは須々木圭一教授のライフワークの一つであり、一連の著作があるが、ここでは以下のものを挙げておく。「刑事政策学の課題——刑事政策の対象化・客観化の主張として——」早稲田法学第47巻第2号(1971年)、「刑事政策の主体と客体——監獄法改正に関連して——」(小川太郎博士古希祝賀『刑事政策の現代的課題』〔1977年〕所収)、『刑事政策論の解説(第一分冊)』(1983年)、「刑事政策の世界性について——その限界に関する試論的素描(1)・(2)」比較法学第22巻第2号(1989年)・第23巻第1号(1990年)。
- (3) Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl., 1978, S. 19ff.; Heinz Zipf, Kriminalpolitik, 1980, S. 29ff. および森下忠『刑事政策大綱I』(1985年)12・13頁参照。
- (4) 平野龍一『刑法総論I』(1972年)5頁参照。
- (5) 団藤重光『刑法綱要総論(増補改訂版)』(1988年)38頁以下参照。
- (6) 団藤重光・前掲書・48頁以下参照。
- (7) 芝原邦爾『刑法の社会的機能——実体的デュー・プロセス理論の提唱』(1973年)および萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』(1991年)参照。
- (8) わが国の自由刑の執行場面における特別権力関係論の妥当性を検討したものとして、拙稿「受刑者の権利・義務」(重松一義〔編〕『監獄法演習』〔1980年〕所収)、室井力「受刑者の収容関係と特別権力関係理論」刑政第74巻第5号(1963年)、池田政章「刑務所収容者と特別権力関係」(田中二郎・雄川一郎〔編〕『行政法演習I』〔1963年〕所収)、松島諄吉「在監関係について——伝統的な『特別権力関係理論』への批判的一考察——」(磯崎辰五郎先生喜寿記念『現代における法の支配』〔1979年〕所収)参照。
- (9) 宣告刑段階での裁判官の不当な裁量権行使を抑制するには、実体面における「罪刑の均衡」原理を強調すれば十分であるというわけにはいかない。同時に、手続面での抑制措置が必要となる。現行法が控訴理由の一つに量刑不当を挙げるのは、その一例である(刑事訴訟法第381条)。
- (10) 以上に述べた各責任論が抱える問題性の詳細については、拙稿「受刑者の改善・社会復帰義務と責任・危険性との関係序説」早稲田法学第57巻第2号(1982年)、およびそこで引用した文献を参照願いたい。

- (11) Vgl. Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Franz von Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze (Erster Band).

リストが1882年にマールブルク大学の就任に際して行ったこの講演は「刑法における目的思想」というタイトルであるが、一般に「マールブルク綱領」と呼ばれることは周知のとおりである。なお、この解説・翻訳として、安平政吉「リストの『マールブルク刑法綱領』研究」(1953年)が、またその後新たに翻訳されたものとして、西村克彦(訳)「フランツ・フォン・リスト『刑法における目的思想』(一)・(二)」青山法学論集第14巻第3号(1972年)・第4号(1973年)がある。

- (12) 改善刑論の唱道者としてはモーリッツ・リープマンが有名である。彼はリストなどの犯罪実証学派の影響を受けつつも、リストのいう「改善不能者」を否定して特別予防策のうち改善理念に純化され刑罰論を展開した。それは、改善の本質理解や改善目的達成の方法において倫理的・教育的色彩を強調する点で「教育刑論」という名で呼ばれる。彼の見解は、わが国でも牧野英一博士に連なる新派の学者に影響を及ぼした。特に木村亀二博士は「教育刑論」の継承・発展に腐心された。木村亀二「行刑の上より見たる刑罰の本質——ドイツ刑法草案とリープマンの教育刑論」、「教育と教育刑の観念」(同『刑事政策の諸問題』〔1969年〕所収)、同「応報刑と教育刑——刑罰の本質に関する一考察」(同『刑法の基本概念』〔1954年〕所収)など参照。

なお、「改善刑論」と「教育刑論」との関係については、前者が後者を包摂する関係であると理解する。すなわち、犯罪者の改善を達成する手段・方法において教育的理念と方法を強調し倫理的色彩の濃い改善刑論が「教育刑論」である。わが国では第二次大戦前には教育刑論が主張されたが、戦後になると、教育刑論に代わり脱倫理的で科学的な手段・方法に力点を置く改善刑論、つまり「治療刑論」と呼ぶべき改善刑論が主流を占めるようになってきた。またそれにともなって、「改善」という用語自体もその倫理的な意味合いを脱色した「社会復帰」とか「再社会化」という用語に取って代られる傾向がみられる。本論文では「改善・社会復帰」という「改善」と「社会復帰」とを一体化した語を用いるが、それは、上記の歴史の流れを包括的に捉えることを意図している。なお、この点につき、拙稿「刑罰論」(野村稔(編)『現代法講義・刑法総論(改訂版)』〔1997年〕所収)、特に346～347頁参照。

- (13) 小野清一郎・朝倉京一『改訂監獄法(復刊新装版)』(2000年)の序説、および朝倉京一「裁判の執行」(団藤重光責任編集『法律実務講座・刑事編・第12巻』〔1957年〕所収)参照。
- (14) see. Donal E.J. Macnamara, The Medical Model in Corrections, Criminology, Vol. 14, No. 4 (1977) pp. 439-440.
- (15) Vgl. Thomas Würtenberger, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970, S. 202. ヴェルテンベルガーはまた、社会国家原理と行刑との関連につき幾つかの論文を発表している。これらについては、拙稿「再社会化行刑に関する考察」早稲

田法学会誌第28巻 (1978年) 参照。

- (16) 犯罪者の改善・社会復帰義務を論じたものとして、拙稿「受刑者の改善・社会復帰義務と責任・危険性との関係序説」早稲田法学第57巻第2号 (1982年) 参照。
- (17) 新憲法下で制定された犯罪者処遇法の中には、こうした国民の社会的連帯責任を強調する規定が見受けられる。たとえばわが国の保護観察制度の根拠法の一つである「犯罪者予防更生法」の第1条第2項は「すべて国民は、前項の目的を達成するために、その地位と能力に応じ、それぞれ応分の寄与をするように努められなければならない。」と規定する。また少年法第6条第1項が「家庭裁判所の審判に付すべき少年を発見した者は、これを家庭裁判所に通告しなければならない」として、一般人からの通告を義務付けているのも同様の趣旨と理解することができよう。
- (18) 改善刑論の先導的役割を演じた牧野英一博士には、『刑法における法治国思想の展開』(1931年)という著書があるが、その中で博士は、歴史の変遷を「警察国」から「法治国」へ、そして「法治国」から「文化国」への流れとして捉え、教育刑論が文化国の重要な使命であるところの社会防衛論の醇化された形であると説く。すなわち、「罪刑法定主義は、警察国思想を克服し、それを包容して止揚したところに成立するものだとすると、今や、われわれは、その罪刑法定主義を克服し、更にそれを包容し、更にそれを止揚して、新たな思想を構成せねばなるまい。新たなこの思想においては、罪刑法定主義が個人と国家との調和を目標として組立てられたものなることを考へ、それに更に一步を進めたものが考えられねばならぬ。そこに、社会防衛論が醇化されて、教育刑主義が成立することになった契機がある。」と主張される (37・38頁)。ここで使われる「文化国」という概念は、「社会国家」概念に近似したものであると考えられる。
- (19) 監獄法施行規則第42条第2項は、所長が受刑者の処遇上特に必要があると認めるときは、戒護に支障がない限り監獄の外門、各出入口、監房、工場などの閉鎖を解くことができる旨を定める。なお、刑事施設法案はその第49条第2項において、開放的施設を「収容を確保するため通常必要とされる設備又は措置の一部を設けず、又は講じない刑事施設の全部又は一部を法務大臣が指定するものをいう」と定義し、その導入を法律で根拠付けている。
- (20) 刑事施設法案は第67条から第69条において外部通勤制度を、また、第85条から第91条において外出・外泊制度を規定する。
- (21) 1949年に制定された少年法では、所謂「調査前置主義」が採用され、家庭裁判所の少年保護審判が開始される前に家庭裁判所調査官による少年などの調査が行なわれる仕組みになっている (少年法第8条・第9条)。
- (22) しかし、このような自由刑受刑者の処遇の根幹的な制度が法律に依らずに訓令によって実施されていることには問題がある。この点、刑事施設法案は第57条から第59条において分類処遇制度の骨子を規定する。
- (23) 1974年の改正刑法草案も自由刑の不定期宣告制を全面的に採用せず、第58条に

規定する所謂「常習累犯者」に対して、裁判所が長期と短期を定める相対的不定期刑を言渡すことが出来るとした（第59条）。

(24) ただ、4号観察は成績良好の場合に行政官庁（地方更生保護委員会）によって「仮解除」が行なわれ、保護観察実施期間の短縮化が可能である（刑法第25条の2第2項、および執行猶予者保護観察法第8条）。その意味では、実施段階において事実上の「不定期化」がなされているとも言えなくはない。しかし、その「不定期化」は裁判所が設定した保護観察期間を「短縮化」する場合であって、成績不良の場合の保護観察期間の延長措置を許容する規定はなく、それ故「長期化」の方向での不定期化は認められていない。

(25) 「犯罪者処遇法」という言葉の使用は、1963年に刊行された平野龍一『犯罪者処遇法の諸問題』が最初であろう。他方、「矯正保護法」という名称は1963年に刊行された平野龍一『矯正保護法』以来、同じタイトルの書物も出版されるに至っている。たとえば、吉永豊文・鈴木一久『矯正保護法』（1986年）。

なお、犯罪者処遇法、矯正保護法の広がりのおかげで見落としてはならないのは、1948年に定められた少年法とそれに付随する少年院法の制定である。非行少年に対する保護の仕組みは1922年制定の旧少年法によって既に導入されていたが、新法はその一層の整備・充実を図った。これにより、「調査・診断・個別的処遇計画の作成→処遇の実施→社会復帰」という医療モデルに立脚する展望的・経験科学的な改善・社会復帰処遇システムは、一層理想の域に近付いたと評価された。

(26) 刑の執行猶予制度およびそれに付される保護観察の法的性質を論じたものとして、拙稿「刑の執行猶予制度」（阿部純二等〔編〕『刑法基本講座第1巻基礎理論／刑罰論』（1992年）所収）参考

(27) この間の経緯については、拙稿「改善・社会復帰行刑の将来——アメリカ合衆国と日本の場合——」比較法学第14巻第1号（1979年）参照。なお、この論文では、「改善・社会復帰目的（積極的処遇目的）」とは別に「犯罪者の更なる悪化を防止する目的（消極的処遇目的）」の重要性を指摘した。