
犯罪者処遇法の諸問題

付・死 刑

刑事法研究 第6巻

平 野 龍 一 著

〔増補版〕



有 斐 閣

犯罪者処遇法の諸問題

付・死 刑

刑事法研究 第6巻

平野龍一 著

〔増補版〕



有斐閣

著者紹介

- 1920年9月29日熊本市に生まれる。
 1942年東京大学法学部法律学科卒業。
 1948年東京大学法学部助教授。
 1957年東京大学法学部教授（1981年3月退官）。
 1981年4月東京大学総長。
 著書：刑事訴訟法（法律学講座）（1954年 弘文堂）
 刑事訴訟法（法律学全集）（1958年 有斐閣）
 刑事訴訟法の基礎理論（1968年 日本評論社）
 刑法の基礎（1966年 東京大学出版会）
 刑事訴訟法概説（1968年 同上）
 日本の犯罪学1～4（共編）（1969～70年 同上）
 刑法改正の研究1,2（共編）（1972年 同上）
 刑法（総論）1,2（1975年 有斐閣）
 刑法概説（1977年 東京大学出版会）
 刑事訴訟法教材（共著）（1977年 同上）
 刑法教材（各論）（1980年 同上）
 犯罪論の諸問題（上）（刑事法研究2巻-I）（1981年 有斐閣）
 捜査と人権（刑事法研究3巻）（1981年 同上）
 証拠と証拠（刑事法研究4巻）（1981年 同上）



犯罪者処遇法の諸問題〔増補版〕

刑事法研究 第6巻

昭和38年1月30日 初版第1刷発行
 昭和57年1月15日 増補版1刷印刷
 昭和57年1月25日 増補版1刷発行

定価 2,600 円

著 者 ひらの 龍一
 発行者 えがき 忠允

東京都千代田区神田神保町2～17

発 行 所 株 有 斐 閣

電 話 東京(264) 1 3 1 1 (大代表)
 郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370 番
 本郷支店 [113] 文京区東京大学正門前
 京都支店 [606] 左京区田中門前町 44

印刷 株式会社精興社 製本 稲村製本所

© 1982, 平野龍一. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取り替えます。

ISBN 4-641-04056-7

増補版はしがき

本書は、昭和三八年に出版したものであるが、今回、論文集の一冊として、版を新たにすることにした。ここに収めた論文は、現在から見ると、いろいろ書き加えなければならないこともあるが、基本的な変更は加える必要がないし、その後の問題状況の変化は、むしろ新しく書いたものを読んでいた方がいいと思ったので、その後に書いたものは次の巻に収めることにし、本書はもとのままにすることにした。次巻とあわせて読んでいただければ幸いである。

なお、この機会に、「死刑」を付としてつけ加えることにした。この論文は、日本評論社から出版された「法律学体系法学理論篇」の一つとして書いたものである。いまからみると、かなり未熟なものであるが、わが国には死刑を正面から論じたものは案外少ないので、なお、読者の参考にはなるかもしれないと思って、あえて収録することにした。

昭和五六年二月五日

平野龍一

はしがき

戦後の刑法学界の関心は、ほとんど訴訟法と犯罪論に集中し、刑罰その他の犯罪者処遇法の諸問題はあまり顧みられなかった。刑法改正の準備作業に従事して、私は自身の無知をいまさらのように反省させられた。そして反省しなければならないのは必らずしも私だけではないようにも思われた。ここに集めたいくつかの小文は右の刑法改正の準備作業に従事していたとき調べたことのノートにすぎないものであるが、この程度のもので、今後の研究の発展のための資料としていくらか役に立つのではないかと思われたので、関連した他の小文と一緒にして本にすることにした。

昭和三八年九月五日

平野 龍一

目 次

一 刑法改正の指針	一
—— 犯罪法典と処遇法典との分離 ——	
二 執行猶予と宣告猶予	六
三 プロベিশヨンの諸問題	四一
四 判決前調査	四九
五 懲役と禁錮	六九
六 仮 釈 放	八四
七 累犯者の処遇	九五
八 精神障害犯罪者の処遇	一二七
九 刑罰と人権	一三四
—— 死刑と資格制限 ——	
一〇 日数罰金と罰金分納	一四五
一一 グルック予測表の解明	一五五

一二	アメリカの模範刑法典をめぐる	一五
一三	オーストリア刑法草案について	一八
一四	国際連合の犯罪予防および犯罪人処遇会議	一五
一五	第三回国際犯罪学会議	二〇三
一六	ヨーロッパの保安処分施設の印象	二〇
一七	マッコークルとシュトルツ	二七
付・死	刑	三三

一 刑法改正の指針

——犯罪法典と処遇法典との分離——

いよいよ刑法の全面改正が、法制審議会でとりあげられることになった。

しかし、そもそもしも刑法を全面的に改正する必要があるだろうか。

たしかに、現行刑法は、制定後すでに五〇余年を経ている。その後社会の変化も著しいし、刑法理論にも進展があった。全面改正を考えるのに時期として早すぎるとはいえないかもしれない。しかし内容的に考えてみると、全面改正の必要はそれほど大きくないように思う。刑法典は大きくわけると、犯罪一般の規定、刑罰についての規定および各則の規定になるが、このうち犯罪一般と各則は、一部改正ですませることもできる。これに対して刑罰の部分は、新たに設けられる保安処分と一緒にして、全面的に改正する必要があるように思われる。

犯罪一般については、周知のように、これまで多くの学説が対立してきた。いまのところその一つをとって刑法を改正することができるほど、学説は安定していない。それだけでなく、最近の学説は、そのどれをとったからといって、刑法を改正しななければならないほどの実質的な差異はないものが多い。

現在問題となる実質的な対立といえば、「責任主義の徹底」と「犯罪概念の客観化」とであろう。この二つはそれぞれ相当の根拠をもっているが、正に対立し、衝突する。責任主義を徹底させようとすると、犯罪概念中の主観的要素を強調せざるをえないからである。この二つの原理のどちらかを正面に押し出して刑法を改正するならば、実質的な改正にはなる。しかしそれはおそらくあたって不可能であろう。準備草案は「責任主義を徹底した」

といわれているが、必ずしもそうではない。たとえば、結果的加重犯にしても、過失を要求したのか、相当因果関係を要求したのか明らかでないし、被告人にその不存在の举证責任があるかのような規定になっている。これも「客観化」の要求に譲歩したからであろう。このようにどちらにも徹底しないのであれば、刑法を改正したとしても実質的なものではない。そうであるならばむしろ現行法のままで、判例と実務の発展にまいった方がよいだろう。

各則についても、大幅の改正は必要なさそうである。準備草案も、それほど大きな改正は考えていない。しかもそのなかには、スパイ罪や騒擾予備罪のように、かなり問題を含んだものもある。代償目的の誘拐罪の新設とか、尊属殺の廃止とかが、比較的無難であり、かつある程度要求される改正であろう。しかしこの程度ならば、一部改正でも十分処理できる。編別をあらため、個人に対する罪を先に出すことは、ドイツ刑法草案さえも採用したところであり、時代の感覚に適応した適切な改正であろうが、これも形式的・観念的なもので、實際上のちがいは出てこない。

これらの「犯罪」の部分について全面改正の必要があるとするれば、用語の点である。現在の刑法典は、むずかしい漢字が多いので有名であり、文章もかたく古めかしい。口語のやさしい文章に書きなおすことは、法律を国民に親しみぶかいものにするのにも役立つ。しかしそれもいまが適当な時期なのかは疑わしい。現在ではまだ古い漢字・古い語感に郷愁を感じている人が多い。もし、文章や文字を新しくするのが改正の大きな目的であるとするならば、もう一世代たって、戦後の教育を受けた人々によって行なわれることが望ましいだろう。

実質的に改正の必要があるのは、刑罰の部分である。いくつかの問題をひろってみよう。

第一に問題になるのは、準備草案で解決できなかった懲役と禁錮との関係である。これはある意味では観念的な

ものである。禁錮という刑をおくことによって、裁判所という国家機関に、ある種の行為に対して名譽的・非破廉恥的というような判断をさせるのは適當ではないのか、他方通常の自由刑である懲役に、定役を科することによって「破廉恥的」という烙印をおすのは、犯罪に対するあまりにモラリスティックな反動ではないかという問題である。しかしただ単に觀念的なものではない。刑法の「懲役は……定役に服す」という語があるために現在の行刑にかなり大きな支障を生じていることは否定できない事実である。懲役と禁錮との統一ができるかできないかは、わが国がどれだけ保守的・国家主義的であるかををはかる尺度であるだけでなく、わが国の行刑の将来をかなり大きく左右する問題でもある。

第二に短期自由刑、とくに拘留の改善と活用とが過失致死罪などに関連して問題になる。準備草案でも、まだ十分の解答はなされていない。そこでは、拘留を二ヵ月まで引きあげたが、従来の拘留とちがった内容のものに改革しようという意欲は示されていない。ドイツ草案のような休日拘禁や夜間拘禁なども考慮して実質的な改革を行う必要がある。

第三に罰金については、これを五〇〇〇円以上程度に引き上げ、五〇〇〇円未満は科料とし、道交法違反などは科料で処理し前科にならないようにすることも、考えなければならない問題である。他方、罰金そのものについては、分納制度が必要であるし、日数罰金も考慮の余地がある。

第四に併合罪については、現在では別々に処罰されると不利益であるため、追起訴が多く、刑事裁判遅延の一つの大きな原因になっている。余罪について別に裁判するとき、追加刑として刑を科するものであることを明らかにすれば、同時に裁判する場合との均衡が保たれるから、この点もかなり是正できるだろう。さらに、併合罪でない場合に、現在のように別々に刑を言い渡す必要があるかも反省の必要があろう。

第五に、刑の宣告猶予を採用する必要がある。刑の執行猶予だけでは不十分であることは、すでに多くの人々によって痛感されている。しかし、準備草案のような「有罪判決」の宣告猶予は適當でない。訴訟法上アレインメントを採用し、これを刑の宣告猶予とむすびつけるならば、現在の刑事司法はずっとすっきりしたものになるだろう。判決前調査の制度も、この場合に限って採用するとすれば、反対はないと思われる。

第六に、刑の執行猶予についても、現在の判例がかなりの無理をして認めている併合罪の場合の執行猶予については、明文ですっきりさせた方がいい。さらに、保護觀察については、現在の弱体さを改善強化するためにも、刑法典自体ですじみちをはっきりさせる必要がある。そしてこれは、当然に保護觀察官制度、保護司制度の改革にみちびく。

これまで刑法の改正といえば、刑法典だけの改正にとどまり、これに関連する訴訟法や行刑法は、どうかすると放置される傾向があった。しかし、問題は体系的な美的な刑法典を持つことにあるのではない。機能的によく動く刑法典を持つにある。アメリカの模範刑法典はかなり訴訟法的な規定をもっており、イギリスの刑事司法法は、裁判法と行刑法とからなっている。その実際的な態度には参考とすべきものがあるように思われる。

第七は、仮釈放である。仮釈放が、刑務所内の秩序維持のための手段にすぎないものではなく、刑事政策の一環となるようにするためにはどうすればいいか。スエーデンのような必要的仮釈放の制度を採用すべきではないか。これも解決をまつ一つの問題である。

最後に、そしておそらくもっとも大きなものとして、保安処分の問題がある。準備草案は、常習犯人にも不定期刑を規定しているが、責任刑主義をすてて正面から改善刑主義をとれば別であるが、そうでないかぎりやはりヨーロッパ諸国のように、保安処分にするのが妥当であろう。しかし、それも定期のもでなければならぬ。精神障

害者に対して何らかの保安処分が必要であることは、すでに一致した意見であるといつてよい。しかしここでも限定責任無能力者ないし精神病質者は責任無能力者とは別に考え、定期の保安処分にする必要がある。

保安処分に関連して、没収の一部を保安処分とするのが妥当かも知れぬ検討をまわっているし、運転免許の停止取消を一種の保安処分として採り入れることも考慮に価する。

このようにみると、刑罰と保安処分とは多くの問題がある。しかもこれらは相互に関連をもっている。それはもはや一部改正ではすまされない。どうしても全面的な検討が必要である。実際、世界的にみても、この五〇年に進展のいちじるしいのは、まさにこの領域であった。

このように犯罪の部分は一部改正でよく、刑罰の部分は全面改正が必要だとすると、思いきって、両者を別々の法典にした方がいいのではなからうか。現在の法典の体裁のままで、刑罰の部分だけ改正してもよいが、そうすると、古い文章で書かなければならなくなる。別にすれば、処遇の方だけは新しい文章で書くことができる。そして、このように犯罪法と処遇法とを区別することは、例のないことではない。スウェーデンの保護法案も、このような方法をとっている。このような法規の体裁をとることによって実質的に矯正保護についての新しい視野もひらけることであろう。もちろん、一応別にしておいて、将来、犯罪法の全面改正が行なわれたとき、一しょにすることも考えられないではない。

要するに、犯罪論についてのそれほど実益のない論議に時間を費し、かんじんの処遇の部分の改正がどこおることのないようにしたいものである。

二 執行猶予と宣告猶予

一 準備草案は、刑の執行猶予と、有罪判決の宣告猶予とを規定している。刑の執行猶予に、前科を消極的な要件とした点（この点では、現行法とはほぼ同じになった）、あるいは、有罪判決の宣告猶予に、保護観察をつけることができる点など、いくらかのちがいはあるが、基本的には、仮案をそのまま受けついでたといつてよい。しかし、昭和六年にできた仮案を、現在、そのまま受けつぐだけでよかつたのだろうか。いわゆるプロベイシヨンの制度については、最近、諸外国で、種々の発展がみられ、また議論がたかかわされている。これらの資料にもとづいて仮案を再検討すると、さらに問題とすべきいくつかの点があるように思われる。ここではそのうちとくに刑の執行猶予と宣告猶予との関係を中心として検討してみることにしよう。

二 刑の執行猶予という制度は、大陸法的なものであり、刑の宣告猶予は、英米法的な制度だ、と一応いってよい。^(一)しかしそれは、たまたま一方がヨーロッパ大陸諸国で採用され、他方がイギリスやアメリカで発展してきた、というだけの違いではない。両者の間には、もっと実質的な差異がある。それは、主として、保護観察とどのようにむすびつくかという点である。

一九世紀末からイギリスやマサチューセッツ州を先駆として英米で発達してきたいわゆるプロベイシヨンの制度は、刑の量定および宣告を猶予して、犯人を保護観察に付するものである。ここでは、宣告猶予の制度が法制上確立する前に、保護観察がすでに行なわれ、その効果が高く評価されていた。アメリカでは、はじめは被告人の同意のもとに訴訟手続を停止して保護観察に付するというやり方が行なわれていたが、訴訟手続を停止したままにしておく

のは違法だということで、事実の認定をした上で、刑の宣告だけを猶予し、保護観察に付する制度を設けたのである。この場合、陪審制度の下で、事実の認定と刑の宣告とが手続上分離されているという事情が、刑の執行猶予ではなく刑の宣告猶予の採用を容易にしたことは、否定できないだろう。しかし、保護観察が、犯人の社会復帰を助けるための、積極的かつ有効な手段であるという認識が、刑の宣告さえもしない制度を採用させた一つの原因であったことも、また認めなければならないと思われる。

保護観察の制度が整備され、その技術が発達するにつれて、この関連は、ますます明らかに認識されるようになった。保護観察は、刑の猶予の条件ではなく、「独立の処分」であるとされ、「一種の処遇方法」だとされるようになる。^(二)例えば、わが国の少年法では、少年が非行少年だと認定されると、少年院送致という処遇方法か、保護観察

という処遇方法かがとられる。この場合は、少年院送致を猶予して、保護観察に付するわけではない。これと同じように、成人の場合も、有罪と認定された被告人に対して、自由刑という方法か保護観察という方法かが、選択的に適用されることになる。そして、保護観察に付した後、その効果が期待できない事情が明らかになったときは、それに応じた適切な処置がとられるのであって、必らずしも、はじめに言い渡すべきであった刑が言い渡されるわけではない。刑の言渡も、ただこの場合の処置の「一つ」にすぎない。一九四八年のイギリスの刑事司法法はそこまで徹底していないが、「刑の宣告を猶予して」ではなく、「刑の宣告に代えて」保護観察命令を出すことができる、としている。これは保護観察を独立の処分とする見解に一步近づいたものである。一九五六年のスエーデンの保護法案は、従来の大陸法の伝統を捨てて刑の執行猶予を廃し、刑の宣告猶予だけにしたが、同時にこの点でも徹底しており、保護観察を全く刑の宣告猶予から切りはなし、一つの処遇方法として言い渡すことにしている。

もっとも、現在ではまだ、法律の形式の上では刑の宣告を「猶予」して保護観察に付する法制が多く、表面上は

保護觀察は猶予の「条件」とされている。しかし、刑の宣告猶予であれば、保護觀察が「刑に代えて」言い渡された場合と実質的な差異はなく、保護觀察を一種の処遇方法として發展させる可能性がふくまれているのである。

他方、一八八四年のベレンジェ草案にはじまり、一八八八年にベルギーで、一八九一年にフランスで採用され、後ヨーロッパ大陸や南米諸国にひろがったのは、刑の宣告猶予ではなく、刑の執行猶予だった。では、何故これらの国々は、刑の宣告猶予の制度を採用しなかったのだろうか。事実の認定の手續と刑の宣告の手續とを分けない大陸の訴訟手續が、事実の認定だけにとどめ刑の宣告を猶予する制度に親しみを感じさせなかったことも、たしかに一つの理由ではあろう。しかし、大陸法の訴訟手續でも、事実認定と刑の量定とは、觀念的には別個なのであるから、これを区別することも絶対に不可能ではなかったはずである。^(三)理由は実質的な面にもある。フランス、ベルギーでは、英米のような保護觀察という地盤がなかった。そして短期自由刑の弊害をさけるといふのが、刑の猶予制度採用の主なねらいであった。短期自由刑の弊害をさけるためには、刑の「執行」を猶予するだけで足りる。そして保護觀察という積極的な処置がとられない場合には、せめて刑の宣告まではしておかないと、まったく処罰を免れたという感じを与えるおそれがある。刑の宣告猶予ではなく刑の執行猶予が採用された一つの理由はここにあったと思われる。

ところが、大陸諸国でも、最近では、執行猶予という基礎の上に、保護觀察を採りいれるようになってきた。他方、アメリカの諸州には、刑の宣告猶予のほかに、刑の執行猶予も採用するところもできてきている。^(四)そこで、刑の宣告猶予と刑の執行猶予とはどう違うのか、両者を併用する場合にはどう組み合わせた方がいいかが、あらためて議論されるようになってきた。^(五)

(一) 諸国の制度を紹介し比較検討したものとしつ The United Nations, Probation and Related Measures, 1951;

Timasheff, One Hundred Years of Probation, 1943. アメリカについては、少し古いが Attorney General's Survey of Release Procedure, Vol. 2, 1939.

(一) アメリカの模範刑法典も独立の処分としている。六、〇二(3)b。わが準備草案も保護観察を「附随処分」としているのであって、執行猶予の「条件」としてはいない。

(三) ドイツでも、例えば、上訴のときは、事実認定と切り離して、刑の量定だけを争うことができる。また、刑の免除という制度も、有罪無罪と刑の有無とが分れる一つの場合である。

(四) その先駆は一九〇〇年のマサチュセツ法。ニューヨーク州では、suspended sentence は、刑の宣告猶予をさすものと考えられていたが、裁判所は、刑の執行猶予を含むものと解釋した。

(五) とくに北欧諸国で問題にされたが、ベルギーでも、一九五八年に草案が出ている。ドイツの今回の改正でも、結局は執行猶予だけになったが、宣告猶予の採用も一応は問題になった。

三　そこで刑の執行猶予と刑の宣告猶予とのちがいを、もう少し立ち入って検討してみることになろう。

刑の執行猶予は、犯罪に対する刑罰的評価を明らかにする効果を持ち、したがって、刑の宣告猶予よりも一般予防的效果が大きい、といわれる。^(一)

たしかに、場合によっては、犯人に対して刑を執行する必要はないが、行為に対する刑罰的評価を明らかにして、一般の人々に対して警告を発する必要がある、という場合もあるだろう。しかし、多くの場合は犯罪事実が明らかにされれば、おのずから、これに対する社会の評価も定まる。少なくとも、常に刑を宣告しなければ一般予防の効果をあげることができない、とはいえない。

刑の執行猶予は、条件に違反したとき加えられる刑があらかじめ示されているから、刑の宣告猶予よりも、被猶予者に対する警告としての効果が大きい、といわれる。

刑が現実に予告されると、その心理的効果も生々しいかもしれない。刑が重いときは、たしかにそうである。しかし、逆に軽い刑の場合は威嚇力は弱くならざるをえない。そしてどういう刑が科されるかわからない刑の宣告猶予の方がかえって威嚇力が強いともいえる。そこで刑の執行猶予のときは、実刑のときよりも重く刑を量定することになりやすい。わが国でもこのような傾向があることはすでに否定できない事実である。^(一)しかしこうなると、行為に対する評価を明らかにするというさきに述べた目的とも矛盾するし、猶予が取り消された場合は本人にとって酷なことになる。現在では保護観察も少なく、また取消手続が遅延する関係もあって取消があまり多くないからまだいいようなものの、準備草案のように保護観察が強化され、また取消期間が延長されて取消が多くなると、この点は大きな問題になると思われる。

反面、刑の執行猶予の場合、犯人は「刑に処せられた」ことになり、種々の資格の制限を受ける。これは、更生に努める犯人にとって大きな障害である。刑の宣告猶予にはこのような障害がない。この点は、わが国のように「禁錮以上の刑に処せられた」ことを資格制限の要件としている国では、とくに重要な意味を持つ。逆に、英米のように、主として、重罪（又は軽罪）で「有罪とされた」ことを要件とする国では、この区別はそれほど重要ではない。イギリスに、かつて有罪判決の宣告猶予という制度が存在したが、これは有罪判決の右のような効果を除去しようという気持からであった。そして、イギリスでも後には有罪判決の宣告猶予を廃止したが、同時に刑の宣告猶予の場合は有罪判決の資格制限の効果を否定する明文をおくようになった。^(三)わが国でも、仮案は、刑の執行猶予は、資格制限を伴わないことにしていた。このような制度をとれば、この点に関する限り、執行猶予と宣告猶予との差異はなくなる。しかし、準備草案は、この点でも一歩後退した。^(四)刑の執行猶予は、原則として資格制限を伴いただけであると認めるとき資格制限に関する法令の適用を排除する旨の言渡をすることができただけである。何故、こ