

不定期刑論の一考察

——第二次大戦後の理論展開を中心として——

瀬川 晃

- 一 はしがき
 - 二 戦後不定期刑論の批判的検討
 - (一) 近代学派
 - (二) 多元的複合刑罰概念
 - (三) 実質的責任観
 - (四) 行状責任論
 - (五) 幅の理論
 - 三 問題点の整理と解決への模索
 - (一) 戦後不定期刑論の根本思想
— 問題点の整理 —
 - (二) 常習犯人の処遇
— 解決への模索 —
 - 四 保安拘禁説
 - (2) 半刑罰的半保安処分的処遇説
 - (3) 治療処分説
 - (4) 定期刑Ⅱ仮釈放彈力的運用説
- 結 語

一 はしがき

不定期刑はリストをはじめとする近代学派によって最も精緻に展開されたといつてよい。不定期刑は近代学派の論理的帰結でもあった。責任を犯人の危険性、刑罰を危険な犯人から社会を防衛する合目的手段と考える立場からは、危険性の除去の時期を確実に予測しえない裁判の段階では宣告刑を不定期にしておき、社会防衛・改善の目的達成を行刑段階に委ねることが、当然の要請だからである。⁽¹⁾

この近代学派不定期刑論の最大の主眼点は、社会防衛および個別化された特別予防への決定的転換⁽²⁾であるが、古典学派はこれに対し、主に行爲責任主義および応報刑と法治国思想の観点から批判を試みたのであった。⁽³⁾この不定期刑をめぐる新旧両

学派の対立はその後、刑法改正作業ともからんで続けられたが、けっきょく定期刑と保安拘禁の二元主義を採用することで妥協的解決をみるに至った。ただ、第二次大戦前のわが国においては、不定期刑をめぐる問題が旧派の側から新旧両学派の対立の争点として自覚的に検討されることはまれであった。⁽⁴⁾

不定期刑をめぐる論争が再び活発化したのは第二次大戦後であったが戦後の理論状況は戦前のものとは著しく様相を異にしていた。旧派のなかに不定期刑を積極的に推進する者があらわれる一方、新派（とくにわが国）の一部が不定期刑に疑問を投げかけるといふ現象が生じたからである。また、不定期刑に反対する論者の多くが「保安」よりもむしろ「改善」に重点をおいて保安処分一元主義を提唱している点も注目に価する。同時に、このような状況からみれば「問題は単純に新派・旧派の対立としてとらえることはできないのであって、固有の責任をこえる部分について、『保安』を柱として対処するのか、それとも、『改善』を柱として対処するのかの相違として理解すべきものである⁽⁵⁾」とする見解がでるのも当然だといえよう。そして、以上のような戦後の不定期刑をめぐる諸状況からすると現時点で戦後不定期刑論の一応の整理を試みることはきわめて重要であるように思われる。

さて、常習累犯者に対する不定期刑の構想は、わが国の刑法改正事業において、とくに戦前の改正刑法仮案および戦後の準備草案を経て、最近、「法制審議会刑事法特別部会・改正刑法

草案」に結実をみた。しかし、本草案の不定期刑（第五九条）は、「保安思想の優位」に基く保安処分制度（総則第十六章）と実質的な関連をもつものであり、しかも、「予防処分」の削除と相俟って、「保安刑」の色彩が濃厚であるとの批判も有力に展開されている。また、旧派の立場を基本的に踏襲する本草案が、新派の土壌で培われた不定期刑といかにスムーズに結合するかといった点も刑法改正問題の一つの重要な核心をなすものと思われる。かかる観点からとくに戦後における旧派の不定期刑正当化の論証を検討することも意義あることと思われる。

他方、不定期刑論は、責任と危険性、したがって責任と刑罰の本質・機能に密接に関連するだけに理論的にも興味ある課題だと思われる。本稿は、以上のような視角から、主に戦後におけるわが国と西独の不定期刑正当化の試みを検討し、あわせてその根本思想の解明に主眼点をおいて考察をすすめながら、常習犯処遇の解決への道を模索しようとするものである。

- (1) 西原春夫「不定期刑論の批判—荘子教授の所説とその検討」刑政八二巻五号一三頁参照。
- (2) 中山研一「不定期刑—刑法改正問題への提言」法律時報四二巻二号四六頁参照。
- (3) 木村亀二「不定期刑」体系刑法事典三五八頁、同「刑法改正の論点と基本方向」法律時報三八巻七号七頁等参照。
- (4) 戦前における旧派の不定期刑に対する反応につき、荘子邦雄「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」矯正論集（昭和四三年）二三頁以下、中山研一・前掲論文四八頁注(5)等参照。
- (5) 中山研一・前掲論文四八頁注(7)。

二 戦後不定期刑論の批判的検討

本章では、戦後に展開された不定期刑の理論的正当化の試みを以下の五種に大別し、それぞれを批判的に検討したいと思う。

(一) 近代学派

近代学派は、戦前、不定期刑論を精緻にしかも強力に展開したが、戦後に至り学派自体が批判にさらされる中で、どのよう不定期刑を正当化しようとしたのであろうか。また戦後においては、戦前の有力な不定期刑論者正木博士が一転して反対論にくみされることになり、問題の複雑さを感じさせている。そこで本論に入る前提として、この正木博士の不定期刑断念問題をとり扱い、そこから何を学ぶべきかという視角からその意義を探ってみたい。

戦前の博士は短期刑の濫用と定期刑の不合理を念頭におきながら、「行刑を基点として自由刑の目的を考察すれば、犯人を隔離することと犯人を改善すること」以外にはないとする徹底した特別予防論と教育刑主義の立場から、絶対的不定期刑を理想とされていた⁽³⁾。

ところで、戦前このように高唱した不定期刑論を博士は戦後に至って何故断念されたのであろうか。第一の理由は、現在の少年不定期刑の運用に失望されたことである。すなわち、少年刑務所の出所者の再入率が高いこと、仮釈放の運用が弾力性を

失っていることなどから、少年不定期刑の改善効果に疑問を持たれたことによる⁽⁴⁾。第二に、不定期刑の前提として責任主義を認めることに対し、博士は強く反発されたからである。次のようにいわれる。「準備草案は責任刑法の立場をとっている。…たとえ常習犯人が奇跡的に短期間に改善されたとしても、その縄張りをふみ越えてやすやすと仮釈放することはできない。このことは教育的な改善的な現代不定期刑とは相容れるものではない。そういう観念の上においては不定期刑は育たない⁽⁵⁾」。

ここでは、次の二点が重要である。第一に、少なくとも現状では行刑に対する楽観的認識から出発してはならないということ、第二に、不定期刑は本来的に責任主義とアンティノミイの関係に立たざるをえないということである。これらの教訓を念頭におきながらここでは、E・シュミットとデュンネピア⁽⁶⁾の不定期刑論を中心に検討するが、先ず戦前からの一貫した不定期刑論者E・シュミットの見解をとりあげたい。

E・シュミットの基本的思想を明確に示すものとしてスイス刑法雑誌の「不定期刑論」(一九三一年)を掲げることができると思われる。ここで彼は、《刑罰概念の責任概念に対する優位》という視点から、一般予防⁽⁷⁾ 応報思想との対決を試み、「現代文化」の要請は「法による刑罰」(Rechtsstrafe)の克服と個別化された刑罰(再社会化・無害化刑)の設定であるとして不定期刑を提案し、それに対応する責任概念として「実質的責任論」を提示したのであった⁽⁸⁾。そして戦後も、刑法改正大委

員会第三回会議での報告等⁽⁹⁾において、一方で「再社会化行刑」を強調し、他方で常習犯人に対する二元システムに反情を示しながら、戦前の立場を貫徹している。また、少年不定期刑の「成果」を誇示し、「少年の刑事司法における不定期刑の正当性が確認されたのに何故これが成人刑法において可能とされないのか⁽¹⁰⁾」と力説している点も注目されよう。

さて、この所説に対する最大の疑問は、彼のいう保安刑が、もっぱら特別予防思想に立脚したものである以上、責任刑とはいえないのではないかという点である。先の第三回会議での報告をめぐる審議の中でも、この点についてのクリッセル⁽¹¹⁾等の批判が目立っていたのであるが、E・シュミットは、「不定期の保安刑は完全に真正な責任刑である」として反論する。そして、その際の責任は、「社会倫理的—性格論的劣等性（非予測的な意味における『危険性』）を包括する実質的意義（性格責任・行状責任）において⁽¹²⁾」考えられているのである。また、彼の責任概念の実質的精神的核心は「実行された行為（反社会的態度）から認識されうる行為者の非社会的情操の中に、それゆえ国家における人間の共同生活が要請する社会的義務感情の性格的欠陥性ならびにそれにより惹起された反社会的動機の中に存するのである⁽¹³⁾」。彼の責任観は、危険性の責任概念への投入という歴史的な流れの中で近代学派の側から歩みよったものと評する。そこでは、「行為者に関係づけられた行為刑法」の提唱によって、純粹の社会防衛論の拒否が立論の基礎になっており、

その実践的意図自体は評価しうるが、少なくともわれわれの課題に関する限り次の点が問題になる。すなわち、彼の所説の根本的思想は、前述したように、《刑罰概念の責任概念に対する優位》であり、しかもそれは特別予防の目的観念の支配の上に成り立っているのであった⁽¹⁵⁾。それゆえ、ここで用いられている実質的責任には、もっぱら特別予防目的の実現を促進するための手段としての機能しか与えられていないというべきではないだろうか⁽¹⁶⁾。彼が行状責任を持ち出すのも、けっきょくは、「実質的な刑事政策的作業にとって有用な前提となる⁽¹⁷⁾」からなのである。したがって、彼の責任概念の「実質」が、特別予防を根幹とした刑事政策的有効性の追求であり、当初意図した予測的な危険性の責任概念からの排除は成功していないと思われる⁽¹⁸⁾。ガラスもいうように、E・シュミットが問題にしているような実質的責任に対する答責としての刑罰の量は、予測の中にのみ存する⁽¹⁹⁾というべきである。E・シュミットの場合「責任は処罰のきっかけであり、刑罰の量は、他の視点、例えば再社会化によって決定される⁽²⁰⁾」としたウェルツェルの批判は妥当といえよう。

以上から明らかなように、E・シュミットの所説では、純粹の社会防衛論への転落を阻止する歯どめが設定されておらず、それゆえ、彼の立場から不定期刑を、「完全に真正な責任刑」⁽²¹⁾として正当化することはきわめて困難といわざるをえない。では、少年不定期刑の「成果」を根拠に成人不定期刑の導入

をはかる点はどうであろうか。西独の不定期刑論者の多くは少年不定期刑を根拠に不定期刑の採用を提唱するが、わが国ではこれと逆に少年不定期刑の現状を積極的に評価する見解がほとんど存在しない点興味ぶかい。西独不定期刑の成績が非常によく、わが国と「まったく反対」であると言えられる。しかし、果たして西独における少年不定期刑の現状は、それほど成功しているといえるのであろうか。なるほど、〈再入率は、定期刑五〇%、不定期刑二〇%である〉(ミデンドルフ)とか〈不定期刑受刑者の再犯率は五一%であるが、四九%の者が無事な生活を送ったのは不定期刑の成果である〉(シャフシュタイン)とする見解もあった。しかし、刑法改正大委員会でのE・シュミット報告当時にも、クライフェールズやガラス、バルデウス等によって「現状」に疑問が投げかけられていたし、また近年のE・ミューラーの実証的研究『少年不定期刑の教育的成果について』(一九六九年)等によって、実態がかなり明確になってきた。ミューラーの調査によれば、調査対象となった被検者一七〇名のうち、少年不定期刑の成功率は三三%、不成功率六四・六%、不明二・四%である。また彼は、この不成功率は、Taube(六九%)やMeyer-Wentrup(七七%)の調査結果を下回るが、Wacher(六五%)やNäther(六六%)等の調査結果とはほぼ符合するとしている。調査方法や論証の過程に検討の余地を残し、またこれらの数値からいかなる帰結が得られるかといった点、なお慎重な考慮を要するが、少なくともE・シ

ュミット等のいう「成果」なるものは、それほど確実な資料に基いているわけではないといつてよからう。ゲッピンガーは裁判実務と行刑実務を総合的に考察すれば少年刑法における教育思想の実現はきわめて不十分であると指摘している。

他方、わが国では、正木博士と小川教授等の現状憂慮論に加えて、最近、林、鶴岡氏による「不定期刑受刑者処遇の実態調査」が公けにされた。調査結果からは、「矯正処遇の前提としての生活条件」、「矯正施設内における人間関係」および「累進処遇・仮出獄等の運用」がいずれも適切な状況とはいえず「受刑者の心身の発達に応じた個別的処遇の実施」は当面期しがたといつてよからう。

以上のように、「愛の法律」であるとされる少年法の不定期刑さえもこのような状態にある時、常習累犯へ不定期刑を拡大することは、行刑により困難な課題を負担させることになる。以上、E・シュミットの不定期刑正当化論が不当であることを検証したのであるが、では、西独行刑委員会勧告(一九六七年一月)の基礎をなしたデュンネビアの基調報告における正当化論はどうであろうか。デュンネビア報告は、先ず定期刑と保安拘禁の二元システムを「計画的な社会化的行刑」に對立するものとして排斥するという基本的出发点に立ち、右の二元システムを採用する「現行法」および「一九六二年草案」の厳格な行為責任原理の不貫徹性と一元主義体系への傾斜を論証し、けっきょく性癖行為者の有意義な処遇のためには一元主義

が適当な基礎を提供するとする。その際、三つの処遇可能性（相対的不定期刑・定期加重刑・代替主義）が考慮にのぼるが、最も妥当なのは相対的不定期刑であるとし、それと責任主義との関連について次のように述べている。「責任の程度は公判においてはまだ不正確にしか確定されえない。そのようにして得られたものを基礎として刑を量定することは、責任概念の画一化と空洞化に至る。現実には、責任というのは行為責任ではなくて、むしろ実存的責任 (existentielle Schuld) —— それについて、アルトは『実存的責任は常に責任であると同時に運命である、つまり犯罪者は常に “有責でない責任を負う” のである』と述べている—— としてのみ把握されうる “行状責任” なのである⁽³⁹⁾。そして「二元的保安刑は、責任、不法および危険性との均衡を可能にする」⁽⁴⁰⁾。

本報告の論述が簡潔にすぎ、細部にいっそうの文献的精査を必要とすると思われるので、なお検討を留保するが、ここでは以下の疑問を明らかにしておきたい。

先ず疑問なのは、デューンネビーアが、立論の基礎として、公判段階における責任の程度の確定の不明確性を強調する点である。これは、行為者責任の程度は再社会的な処置に対する受刑者の反応が基準となるのだから、行刑段階においてはじめて責任の程度が明らかになるとする趣旨であろう。こうして、不定期刑こそが行為者責任にとって正しい刑罰であると考えるわけである。なるほど、公判段階で行為者の責任の程度を完全に

明らかにすることができないことはなんびとも認めざるをえない。しかし、そうだからといって、責任の程度の確定を全面的に行刑段階に委ねることが妥当といえるかはきわめて疑問であろう。再社会化・改善の不成功は常に行為者人格の瑕疵にその原因を持つわけではなく、行刑自体が役立たないことにも起因するのである⁽⁴¹⁾。教育刑の実践に献身した人々が、刑務所の改善効果に最もペシミスティックであるという現実をかみしめる必要がある⁽⁴²⁾。無論、行刑が全面的に「悪」であるとすることはできないにせよ、「行刑の物的、人的諸条件はまだ決定的に貧困である⁽⁴³⁾」という事態は、今でも変わっているわけではないのである。

このように考えてくると、八木胖氏が「理論的には、不定期刑は教育刑主義、刑罰個別化論の必然的結論であり、犯罪に対する社会保全の有効な方法である⁽⁴⁴⁾」と断言されたり、菊田助教授が、刑の個別化を全うし、量刑の不均衡をなくすために「施設処遇内の刑期は全面的に行刑当局の手に移行⁽⁴⁵⁾」することを理念として提示されることに対しては、行刑への真摯な反省が前提となっているかという根本的な疑問の提起も許されよう。

かくて、当面は、不定期刑推進に費やすエネルギーは先ず行刑改革にこそ向けられるべきであるという提言に置きかえられるべきである。

デューンネビーア報告に対する第二の疑問は、不定期刑導入の論理についてである。

彼の不定期刑論の真面目は、責任と運命とを区別すること、刑罰と処分とを分断することは不可能であるという観点から、裁判官に対して一定量の刑罰を宣告すべきであるという不当な要求を回避するために不定期刑を主張するところにある。そこでは、責任はけっきょく人間存在そのものにかかわらざるをえない、したがって刑罰も有責なものとならざるをえない、とする立場が根底をなしているといえよう。だが、そうだとすれば、けっきょく行為者責任が前面に出ざるをえず、純粹の社会防衛論に転落する危険性が大きいのではなからうか。また、たとえ責任と運命の区別が困難であるにせよ、その困難性を行為者の負担とすべきではないであろう。裁判官の良心の苛責からの解放のために受刑者を犠牲にすることは、受刑者の人権を無視したものであり、インヒューマンといふべきであろう。

以上でE・シュミットの所説およびデューンネビーア報告にあらわれた不定期刑正当化論を中心に近代学派の諸見解を検討したが、その結果、それぞれの立場において不定期刑をめぐる諸問題の解決になお成功していないという結論に達した。では、近代学派以外の場合はどうであろうか。

- (1) 正木亮、刑法と刑事政策(昭和四三年)五二頁以下参照。ただし、理想としての不定期刑主義までも放棄されたわけではない。
- (2) 戦前の博士の不定期刑論としては、(一)新監獄学(昭和一五年)、(二)「常習犯人と不定期刑」刑政(季刊)五五卷一四頁以下がある。
- (3) 正木亮、新監獄学(昭和四三年)六八頁
- (4) 正木亮、刑法と刑事政策八三頁以下。

- (5) 正木亮・前掲書八九頁。
- (6) デューンネビーアを近代学派の流れの中で扱うことには異論があるかもしれないが、不定期刑に関する限り同様の思想基盤に立つと思われるので、本節でとり扱う。
- (7) Eb. Schmidt, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStR, Jg. 45, S. 200 ff.
- (8) 彼のこのような主張が育まれたのは、ナチス前夜とはいえ、樂觀的な政治的展望を持ちえたワイマール憲法体制下であり、その意味で彼の不定期刑論には人道主義的な社会福祉国家観が色濃く出ていようと思われる。
- (9) Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, Bd. I, 1956, S. 51 ff.
- (10) Einl. zu G. Radbruchs Entwurf e. Allg. Dr. StGB, 1952, S. XXIII. 以下は、Würtenberger, Die unbestimmte Verurteilung, in: Mat. St. Ref. Bd. I, 1954, S. 92 以下用いられる。
- (11) Niederschriften Bd. I, S. 57.
- (12) Eb. Schmidt, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW, Bd. 69, S. 394.
- (13) Eb. Schmidt, SchwZStR, Jg. 45, S. 226.
- (14) 大谷実、人格責任論の研究(昭和四七年)二八七頁参照。
- (15) Vgl. Eb. Schmidt, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in: Mat. St. Ref. Bd. I, 1954, S. 16 ff.
- (16) この点につき、大谷実・前掲書二八七頁以下に示唆を受けた。
- (17) Eb. Schmidt, a. a. O., S. 21.
- (18) 大谷教授は、「微表主義」への傾斜を力説される。前掲書二八八頁参照。
- (19) Niederschriften Bd. I, 1956, S. 64.
- (20) Niederschriften Bd. I, 1956, S. 60.

- 81 Vgl. Arbeitsgemeinschaft für Reform des Strafvollzuges, Zur Reform des Strafvollzuges, JZ. 1951, S. 698.
- 82 これは、座談会「七〇年代の刑事政策を考える(その一)」刑政八二巻九号四五頁における小川太郎教授の発言である。
- 83 Middendorf, Jugendkriminalologie, 1956, S. 315. けれど、小川太郎、自由刑の展開(昭和三九年)二九六頁の引用に注意。
- 84 法務資料三十一号(吉川経夫訳)一三五頁。
- 85 Creffelds, Die unbestimmte Strafe im geltenden und im künftigen Recht, GA. 1954, S. 293.
- 86 Niederschriften Bd. I, S. 64.
- 87 Niederschriften Bd. I, S. 59.
- 88 E. Müller, Zur Erziehungserfolg der Jugendstrafe von unbestimmter Dauer, 1969.
- 89 E. Müller, a. a. O., S. 147.
- 90 Göppinger, Kriminologie, 1971, S. 286.
- 91 正木亮、刑法と刑事政策八三頁以下。
- 92 小川太郎・前掲書二九八頁以下。
- 93 林実二鶴元春「不定期刑受刑者処遇の実態調査」法務総合研究所研究部紀要(第一報告)一四号四五頁以下(第二報告)一五号一七九頁以下。
- 94 この点について、矯正実務家の側からの最近の論稿としては例えば、来栖宗孝「刑法改正と矯正」刑政八三巻一号二四頁参照。
- 95 行刑委員会については、宮沢浩一「精神障害者に対する刑事処分について」法学研究四三巻三号九八頁以下、斎藤誠二「一九七二年西ドイツ行刑法草案をめぐって」警察研究四二巻九・一〇・一一号参照。一六名の委員の中にジーフアーツ、デュンネビア、ヴェルテンベルガー、ペーターズ等強力な不定期刑論者を擁していたことは注目に値しよう。
- 96 Empfehlungen, Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd. I, 1967, S. 151. 勧告内容は次の通りである。(一)再社会化

不定期刑論の一考察

- 行刑が遂行されるなら、自由刑と保安拘禁の区別は意味をなさない。(二)性癖行為者に対する相対的不定期刑を提案する。(三)応急的な妥協策として、保安拘禁について代替主義を勧告する。以上であるが、一九七一年二月に発表された草案には不定期刑の規定はなく。Vgl. Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der Freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung — Strafvollzugsgesetz —, 1971.
- 97 Dünnebieber, Über die Vereinheitlichung von Strafe und Sicherungsverwahrung, Tagungsberichte Bd. I, 1967, S. 86-97. なお、本報告は ZStW. Bd. 72, S. 32-41. を十頁ほど追加したものである。
- 98 Alt, Problem der Todesstrafe, S. 68.
- 99 Dünnebieber, Tagungsberichte Bd. I, S. 94.
- 100 Dünnebieber, a. a. O., S. 99.
- 101 旧派陣営の中で、これと近似した発想から不定期刑を支持する者として、ミッテルマイヤーが有名。Mittermaier, Gefängniskunde, 1954, S. 126 ff.
- 102 Bockelmann, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? in: Mat. St. Ref. Bd. I, 1954, S. 42.
- 103 平野竜一「刑事政策の理論」矯正論集五頁参照。なお、中尾文策「不定期刑」法学セミナー一四号二二頁以下が、不定期刑に好意を示しつつも「非常な悪制度となる」ことを危惧されたり、朝倉京一「刑法改正と矯正立法」罪と罰九巻二号三二頁以下が、不定期刑を導入しても行刑上の処遇が伴わなければ「弊害」すら招くと警鐘をされるのも、この現実認識に基づくものと思われる。
- 104 中山研一「不定期刑」法律時報四一巻二号四五頁。
- 105 八木胖、刑法総論(昭和二八年)三三二—三三三頁。
- 106 菊田幸一、犯罪学(昭和四六年)四四六頁。

(二) 多元的複合刑罰概念

本節では、主として「多元的複合刑罰概念」(mehrdimensio-
naler komplexer Strafbegriff)を基軸にして不定期刑導入を目
ざすドレーヤー、⁽¹⁾クライフェールズ、⁽²⁾ハルの見解を検討したい。
この派は先ず、所謂「二元主義の危機」という現実を直視す
ることから出発し、その危機の思想的・制度的克服のために多
元的複合刑罰概念を設定する。この概念の根底にある発想をハ
ルは次のように述べている。「贖罪と保安の区別は生活の事情
に合わない。法律家の思考の中で明白に区別されるとしても、
それは生活の中に混然として流れ入っているのである。人はど
こで贖罪が終了し、どこで保安が始まるかを決めていることは
できない。……将来の法律では、贖罪と保安とが区別しがたく
互いに融合して把握されるべきである」⁽⁴⁾。

それでは、彼らは、この刑罰の多元的複合性という観点から、
いかなる論理プロセスを経て不定期刑を導入しようとするのか。
先ず、ドレーヤーは、〈刑罰の存否のみが行為者の責任に依
存し、刑罰の方法・量自体はそれによっているのではない〉と
いう命題を支持し、また、多元的複合刑罰概念の貫徹に伴う刑
罰機能の拡散の危険は、裁判官による具体的妥当性の確保によ
って回避し得るとする立場から、刑罰と保安処分の統一化の帰
結としてのみならず、行為者の再社会化を目ざす感化的色彩を
帯びた刑罰としての不定期刑を推進しようとする⁽⁵⁾。

次に、クライフェールズは、不定期刑反対論の根拠のうち、

〈法治国の疑念〉は少年不定期刑執行の現実から克服し得るが、
〈受刑者の耐えがたい精神的負担〉・〈行刑機関への依存の増大
に伴う弊害〉の二批判は軽視できないとして不定期刑の適用範
囲を限定し、⁽⁶⁾主に非改善的な性癖犯人を念頭におきながら次の
ようにいう⁽⁷⁾。定期刑と保安拘禁の二元システムは内容上一種の
不定期刑である。非改善的な性癖犯人の場合には、贖罪の他に
保安思想が前景に出て、右の二元システムが統一化に向い、保
安の性格を伴った応報・贖罪刑が《時間的に限界づけられない
責任》に対する《時間的に限界づけられない刑罰》という観点
の下で正当化される。このような不定期刑は、特に贖罪・保安
目的ならびに一般予防に奉仕する。

ハルも、贖罪と保安の融合論から、刑罰と保安拘禁の融合
保安刑という図式を導き出し次のようにいう。「刑罰と保安拘
禁の融合はひとりで短期五年、長期十五年の相対的不定期刑
に至る。それによって、二元主義の心理学的不都合が全て避け
られる。犯罪者は何故監禁されているのかを知っている。彼は、
自らの従来の全く誤った生活のために、すなわち〈行状責任〉
のゆえに処罰されるのである」⁽⁸⁾。なお、彼が主に社会防衛の観
点から保安拘禁を補充的に承認している点を見落してはならな
いであろう。

さて、これらの主張の問題点はどこにあるのだろうか。

先ず検討の対象とすべきは、この派の根底にある「贖罪と保
安の融合論」である。贖罪と保安をめぐる問題は、責任論・刑

罰論において歴史的にもまた現代的にも重要な実践課題であるだけに、形式論理で片づくものでないことはいうまでもない。だが、それにしても——どちらかといえば——過去の・回顧的な贖罪と未来的・展望的な保安との融合を果たして単純にいい切ることができるであろうか。また、この派の主張者が贖罪と保安の融合を説く際に、十分に説得力ある論証を展開していないのは、この融合論がけっきょく「直観的把握」に基くものではないか、との疑惑を強くするといえよう。かくて、このように漠然とした発想を基礎として導き出される不定期刑は、理論的のみならず刑事政策的にもきわめて性格のあいまいものとならざるをえないと思われる。

次に、ドレーヤーが提示した、へ刑罰の存否のみが行為者の責任に依存し、刑罰の方法・量自体はそれによっているのではない」とする命題について検討したい。

問題が、責任と刑罰との関連の核心に迫るものだけに、ここで結論を出すことはさしひかえざるをえないが、責任の量をこえる刑罰は全然責任のない者に対して科せられる刑罰と同様、責任なき刑罰であるとするポツケルマンのドレーヤー批判は確認しておく必要がある。ドレーヤーが、不定期刑導入は裁判官任務の空洞化・行政的刑事司法行為を招来するものであるとの非難を免れるために相対的・不定期刑に止まるべしとしながらも、他方で主として保安的観点からの「長期」延長の可能性を容認しているのは、やはり、責任原理の刑罰規制機能の没却に

至らざるをえない先の命題の難点を示すものといえよう。

ロキシンもいうように⁽¹²⁾、責任の量をこえる刑罰は受刑者の反発を買い、けっきょく社会復帰を緩慢にせざるをえないのではないだろうか。また、巨視的な観点からすれば、全ての市民が国家は責任の量をこえた刑罰を科さないと認識している方が、そのような刑罰で法治国思想が危殆化されるより、一般の法意識により良い結果をもたらすものと思われる。

最後に、ハルの不定期刑論を軸にして、「贖罪と保安の融合論」の根本的思想についてふれておきたい。彼の不定期刑論で注目すべきは次の二点である。①周知のように、ハルはH・マヤー等と共に、シュレーダー等の保安拘禁正当化論に反対してきたが、この見地から不定期刑の保安拘禁要素についての正当性の論証を拒否する。⁽¹³⁾②不定期刑判決において行為者の危険性が決定的な役割を果していることを容認する。⁽¹⁴⁾この二点であるが、思うにこれらは、この派の根本的思想が「贖罪と保安の融合」ではなく、実は「保安の優位」に基くものではないかとの疑いをいっそう強めるものである。

- (1) Dreher, Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStW. Bd. 65, S. 481 ff.
- (2) Creifelds, Die unbestimmte Strafe im geltenden und im künftigen Recht, GA. 1954, S. 289 ff.
- (3) Hall, Die Freiheitsstrafe als kriminalpolitisches Problem, ZStW. 66, S. 77 ff.; derselbe, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW. 70, S. 41 ff.

- (4) Hall, ZStW. 66, S. 103.
 (5) Dreher, a. a. O., S. 488-489.
 (6) Creifelds, a. a. O., S. 298.
 (7) Creifelds, a. a. O., S. 300.
 (8) Hall, ZStW. Bd. 70, S. 58.
 (9) Hall, ZStW. Bd. 66, S. 106.
 (10) Bockelmann, a. a. O., S. 41.
 (11) Dreher, a. a. O., S. 490-491.
 (12) Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1967, S. 89-90.
 (13) Hall, ZStW. Bd. 66, S. 104.
 (14) Hall, ZStW. Bd. 70, S. 59.

(三) 実質的責任観

本節では、「実質的責任観」⁽¹⁾の立場から、不定期刑を正当化しようと試みるヴェルテンベルガー⁽²⁾、ジーファーツ⁽³⁾、荘子教授⁽⁴⁾の所説について検討したい。

先ず、彼らは、執行面における定期刑と保安拘禁の二元シテムの破綻が刑罰の多元性と機能的弾力性の承認を不可避にしたとする視点から、「責任をより動態的・発展的なものとして把握し」⁽⁶⁾、責任概念の実質化⁽⁵⁾古典的行為責任との訣別を提唱する。そして、この観点から、「現代的」な責任内容の規定を試み、以下のように論じる。

ジーファーツは、性格責任・人格責任・行状責任を高く評価する観点に立って、「行為と行為者に関する全体的評価へのこのような責任概念の拡張は、個別行為責任に限定されていた際

には単に行為者の社会的危険性の問題の下でのみ顧慮されえた多くの生活要素と人格要素が、今まさに自覚的に責任考察によって包括されるという結果をきたした」とし、「責任と危険性の対立の相対化」を説く。⁽⁷⁾

ヴェルテンベルガーも、同様の視点に立ち裁判官がもはや個別行為責任のみならず、人格責任の程度にも従って刑を量定するならば、「危険な常習犯人に対する刑の加重と改善・保安という特別予防目的の包含は刑法の社会的基礎と何ら矛盾するものではない」⁽⁸⁾するのである。

それでは、以上のような刑罰観・責任観から不定期刑はいかなる論理プロセスを経て正当化されるのか、この点を荘子教授は、ヴェルテンベルガー、ジーファーツの見解を基本的に踏襲しつつ、次のようにいわれる。「常習犯人に対する保安の必要または改善の可能性は予測できない。保安または改善の機能のうえからは、不定期の要求がおこるのは当然である。ただ、保安または改善の機能からの不定期の要請も、行為に対する責任から著しく離れるべきでないという贖罪と保安との調和、責任と危険、行為責任と行為者責任との総合という観点から制限を受けるにとどまる。行為を基礎においた実質的責任観にしたがい、行為責任から著しくかけ離れない限度において、行為者の危険性をも考慮した相対的不定期刑をみとめるべしということになる」⁽⁹⁾。

先ず、刑罰論的側面から検討したい。指摘されるべきは、こ

の派の見解を貫徹することはけっきょく目的刑一元論への傾斜を深めるのではないか、という点である。この疑惑は庄子教授が「行為に対する贖罪・応報の限度を超え、責任を超過した刑罰を科するのではないか」との批判に対し、刑罰はただ単に行為自体に対する責任として科されるのではないとしつつ、「(刑罰は―筆者注)行為者の危険性など行為者の事情も考慮して科される。行為の責任の限度を超えて刑罰を科することは許される」とされるに及んでいっそう深まる。ここでは、応報としての刑罰がその限度をこえて、刑罰目的に奉仕することが是認されているのである。この立場から少なくとも相対的応報刑論に止まることがきわめて困難であることは確認されてよいであろう。けだし、西原教授もいわれるように、「応報としての刑罰は、その範囲内で目的に奉仕しうるが、逆に、応報とはなれた目的を持つものとしての刑罰は、すでに応報ではない」⁽¹¹⁾からである。また、この派の見解から、いかにして目的刑一元論への転落を阻止する理論的実践的保障の設定が可能なのであるか。

第二の問題点として、この派が、贖罪思想は不定期刑を要請するとしている点をとりあげたい。すなわち、「応報思想に内在する行為者の内面的な贖罪を成就することは、ただ長期にわたる変成過程においてのみ達成できる」⁽¹²⁾として、不定期刑がこの過程に最もふさわしいと主張するのである。

贖罪の意義・機能自体が再検討されつつある今日、ここで結論を出すことはさしひかえるが、たとえ贖罪思想を容認すると

しても、それは全体主義的な把握によるのではなく、アルトゥール・カウフマンもいうように、責任からの解放と社会復帰を軸として展開されるべきであろうと思われる。したがって、この立場からは、「判決が、行為者に彼の責任の程度を間違いないか、かつ明確に示すことが大であればあるほど、行為者が内面的改悔へと心掛ける程度も大きい」とするドイツ裁判官連合の見解にくみすることになる。けだし、刑期が不定である限り、受刑者が自己の責任と自覚的、主体的に対決し、責任清算による社会復帰を目ざすことは、困難とならざるをえないと考えられるからである。⁽¹⁷⁾

他方、またこれに関連して、刑期の不定性は刑期を短縮するための行為者の「外見的従属」をよびおこす、とする先のドイツ裁判官連合の見解にも注目する必要がある。ハイニッツが、二元主義の危機の克服と厳格な責任主義に対する反情を根本的な思想基盤として、不定期刑導入に好意を寄せながら、⁽¹⁸⁾けっきょく積極論にくみしなかったのも、人権の法治国的保障に対する疑念と相俟って、受刑者が刑期を短縮するために「屈從的奴隷根性」に陥ることを恐れたからであった。⁽¹⁹⁾彼も危惧するように「不定期刑が受刑者に有している抑圧作用は改善と教育を非常に困難にする」のではなからうか。

次に、責任論の側面からみると実質的責任観の主張者に共通する問題意識は、「行為と行為者を総合的に評価すること」により、責任と危険性の対立を相対化し、行為責任と行為者責任

とを総合・止揚した責任観を樹立しようとするところにあると
 いてよいであろう。しかし、疑問を感じるのはここである
 「行為者責任」とは一体何かということである。これについて
 は西原教授が周到に論証されたのであるが、やはり今日では
 〔違法行為を犯した当該行為者を完全に無視して、ただひたす
 らに個々の行為にのみ、非難(刑罰)が向けられる〕という
 「神話」は崩壊したとみるべきであり、現在の規範的責任論の
 発展段階においては、「二人の者が同一の行為をしても同一で
 ない」という命題は、刑法においても妥当する(ポツケルマン)
 と思われる。それゆえ、今日「行為責任」という場合、それは当
 該行為を犯したことについての行為者個人に対する社会倫理的
 非難を意味し、そのような非難の有無・大小を決定する『行為
 者』の特性はすべて顧慮されているのである。だとす
 れば、この派のいう行為者責任の本体は、西原教授が正当に指
 摘されるように、「非難という観点とは別個な、危険性という
 観点からする責任以外にはありえないであろう」⁽³⁾。したがって、
 この派の見解を貫けばけっきょく社会的責任論との限界がきわ
 めて不明瞭なものとならざるをえないのではないだろうか
 最後に、右にみたこの派の責任論と刑罰論を支える根本思想
 に言及してみよう。端的にいえば、それは責任論と刑事政策的
 要請との有機的関連の中で、行為者をいかに処遇するかという
 観点から責任内容を規定しようとするところにあるといってい
 いのではないだろうか。なるほど、責任思想を顧慮し尊重しよ

うとする実践的意図は看取し得るが、それも刑事政策的合理性
 を説明するための便宜的利用にすぎず、けっきょくは大谷教授
 が指摘されるように「責任原理の枠からはずれる」⁽⁴⁾のではない
 かと思われる。以上から、この派の根本思想においては、責任
 論のみならず不定期刑論の枠内でも《刑罰概念の責任概念に対
 する優位》を標榜するE・シュミットの所説との相違を見出し
 がたいといえよう。そして、また責任概念を規定する刑事政策
 的有効性の実質的内容が——彼らの論述から明らかなくとく
 ——自由刑自体に対する不信に裏付けられていることを想起す
 る時、この派の主張の根拠はいっそう詭弱化せざるをえないと
 思われる。

- (1) これについて、大谷美・前掲書二八五頁以下参照。
 - (2) Württemberg, Die unbestimmte Verurteilung, in: Mat. St. Ref. Bd. I, 1954, S. 89 ff.
 - (3) Sieverts, Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und welchem Umfang? Wie wäre sie auszugestalten? in: Mat. St. Ref. Bd. I, 1954, S. 107 ff.
 - (4) 莊子邦雄「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」矯正論集一七頁以下。
 - (5) ここでいう刑罰の機能的弾力性とは、個々の具体的な行為と行為者に対応して、刑罰の諸目的の各々の強度が異なることを指す。
- Vgl. Württemberg, a. a. O., S. 94 und Sieverts, a. a. O., S. 116-117.
- (6) 大谷美・前掲書二九〇頁。
- (7) Sieverts, a. a. O., S. 117.

- (8) Württemberg, a. a. O., S. 96.
- (9) 莊子邦雄・前掲論文五八頁。
- (10) 莊子邦雄・前掲論文五八一―五九頁。
- (11) 西原春夫「不定期刑論の批判」刑政八二巻五号一六頁。
- (12) Vgl. Württemberg, a. a. O., S. 95 und Sieverts, a. a. O., S. 118.
- (13) Arthur Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968, S. 56 ff.
- (14) ただし、本稿は、このA・カウフマンの立場を全面的に支持することに踏みきっているわけではなく、その採否については後日に期したい。ただし、この理論だけで責任と刑罰の問題が全て氷解するとは考えられなからである。
- (15) Deutsch Richterzeitung, 1954, Heft 5, S. 90 ff. 以下は、Sieverts, a. a. O., S. 115. の引用による。
- (16) この関連で、不定期刑受刑者の大多数は、定期刑の方が努力目標がはっきりしてよると述べている。この森下教授の指摘を想起すべきである。森下忠「不定期刑の量定をめぐる諸問題」刑法雑誌一二巻二・三・四号二八九頁参照。
- (17) ゼウアーは、相対的不定期刑を容認した際、制限を付し「刑罰が現実に教育に向けられる必要があり、またその贖罪機能を害することなく諸成果が期待される場合」に推奨されるとしたが、われわれの立場からは贖罪思想と不定期刑とは対立すると考えたのである。Vgl. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S. 266.
- (18) Heintz, Der Ausbau des Strafsystems, ZStW. Bd. 65, S. 27 und 34; derselbe, Der Entwurf des Allgemeinen Teils vom kriminalpolitischen Standpunkt aus, ZStW. Bd. 70, S. 6.
- (19) Heintz, Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und Strafprozesses, 1960. Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969, S. 51.

不定期刑論の一考察

- (20) Heintz, ZStW. Bd. 65, S. 36.
- (21) 西原春夫・前掲論文一六頁以下。
- (22) 西原春夫・前掲論文一七頁のほか、同、刑法総論講義案(昭和四五年)二一四頁等参照。ただし、今日の規範的責任論の現状を全面的に是認するか否かについては、本稿は結論を留保する。この点につき、中山研一、刑法総論の基本問題(昭和四六年)二二六頁参照。
- (23) Bockelmann, a. a. O., S. 34.
- (24) 西原春夫・前掲論文一七頁。
- (25) 西原春夫・前掲論文一七頁。
- (26) 大谷実・前掲書二九二頁。
- (27) 例えば、ヴェルテンベルガーが常習犯人以外に不定期刑を拡大適用しないのは、西独の行刑の発展段階に不十分なものを見出しているからであり(a. a. O., S. 99)、ジーファーツも、自由刑からの世界的規模の離反を認めている(a. a. O., S. 116)のである。また、莊子教授が不定期刑導入に積極的なのも、一つには、それが現在の行刑、とくに仮釈放運用の改善に「誘水」となるから(「不定期刑について」刑法雑誌一七巻一・二号三八―三九頁)なのである。

(四) 行状責任論

一九三三年のドイツの刑法改正を契機として提唱された行状責任論は戦後、厳しい批判にさらされ、創唱者達もその適用範囲を大幅に縮小した(違法性の錯誤と量刑問題)のであるが、⁽¹⁾では不定期刑に対しどのような態度をとったであろうか。

まず、メツガーは戦後「二元主義の危機」を高唱しながら、『刑法教程』⁽³⁾や刑法改正大委員会では相対的不定期刑と応報・贖罪思想が矛盾しない旨を明言し、しかも絶対的不定期刑さえも容認する姿勢を示した。そして、シュレーダーやドレーヤー

と共に「刑罰と保安処分の一化」の問題を論じた際には、⁽⁵⁾よ
りきめ細かに不定期刑適用の可能性を検討した。ただし、第一
に原則的に定期刑と保安拘禁との二元主義は捨てていないこと、
第二に行状責任論を基軸として不定期刑を認めようとするもの
でないこと、は注意を要すると思われる。これに対し、ポッケ
ルマンは、メツガーと異なり、不定期刑を強く拒否した。⁽⁶⁾その
根拠は「正義にかなった刑の量は不定期ではありえない。けだ
し、責任もまた不定ではない」からである。以上のように、行
状責任論と不定期刑との結合に対する創唱者達の態度は、少な
くとも戦後に関する限りきわめて冷淡であるが、本節ではこの
行状責任論による不定期刑正当化の試みをイエシエックと団藤
教授の所説を中心に検討していきたい。

まず、自らを「ネオ古典主義」と称するイエシエックは『現
代の人間像と刑法改正』(一九五七年)において、行状責任論
の源流をアリストレスに求めた後で次のようにいった。⁽⁷⁾保安拘
禁には疑問がある。何故なら、「健全な人間の最高の所有物と
しての自由は、単なる危険性のゆえに継続的に奪われてはなら
ない」からである。それに対し、「責任の見地」からみて、相
対的不定期刑が支持されるべきである。それは「刑事政策的に
も」保安拘禁よりもまさっている。けだし、「処分の執行は人
間を無感覚にし、しかも被保安拘禁者の部屋の扉の“SV”の
記入は絶対的な破壊的判決を意味するから」である。そして、
彼は最近に至るまで、行状責任論によってのみ不定期刑は責任

主義と矛盾なく調和し得る旨の言明を繰り返してきたが、その
論理プロセスについては詳論したことがなかった。⁽⁸⁾ところが最
近、『刑法教科書(総論)』(一九六九年)において、この点に
つき次のように若干明らかにした。「結合説」(Vereinigungs-
theorie)の重点を正しい応報から特別予防に移し、刑罰目的の
二律背反の際に後者に優位を与える刑罰理論は、「一定の行為
者グループ(少年および年長少年、累犯者、常習犯人)に対し
て責任の基本命題を行為責任に制限することが、何ら刑事政策
的意義を有しないという経験によって正当化される。ここから
生じる帰結は、行為責任主義はここで行状責任の思想に場所を
あけなければならないということである。けだし、全ての人間
を刑法的判断の中に取り込む必要があるから。行為者の特別な
教育の必要性は、この場合には、再社会化の成果が達成される
まで継続される不定期刑に至る」。⁽⁹⁾

この論理展開から明らかなのは、行状責任論による不定期刑
の正当化が責任原理の枠の中で処理されるのではなく、むしろ
特別予防論を背景にしていることである。ここでわれわれは責
任と危険性の理論闘争史において、行状責任論が「本来の責任
原理とは違って、刑罰を限定する作用としてではなく、積極的
に行為者応報を正当化し、追求するための理論」⁽¹⁰⁾と化す危険性
を常に内含してきた理論的背景を想起する必要がある。不定
期刑論における行状責任の主な使命は、刑事政策的有効性の十
全なる保障であり、その意味で、ここでも責任の刑罰規制機能

は等閑視されているとみるべきではなからうか。果たしてイエシエックは、先の教科書において、この思考形式がこれまでドイツにおいて貫徹されなかった事実を率直に認め、現状における不定期刑断念の意思を表明したのである。また、彼は、右の思考形式によって、刑罰の基礎でありまた限界としての責任の基本命題が放棄されることになる旨を指摘したのであった。

さて次に、人格責任論と刑罰の動的性格の強調という観点から不定期刑を推進される団藤教授の所説について検討したい。教授は、『刑法綱要』（昭和三二年）においては基本的視点を示唆されるにすぎなかったが、最近その骨子を次のように明確にされるに至った。⁽¹³⁾（→弱志型で再犯を繰り返している者には不定期刑を採用すべきである。）（→「幅」は広く認める必要がある。二年——一五年という責任の幅もあり得る。）（→責任と刑罰の動的性格を強調する立場からは、短期をかなり思い切って短くするのが当然の帰結である。）⁽¹⁴⁾不定期刑導入後の仮釈放の運用は、当該段階で行為者に対してその行為に対する非難をこれ以上続けるのが適当かどうかという観点が基本になるべきである。

以上であるが、われわれにとって最もショックングなのは、教授が二年——一五年という責任の幅を認められた点であろう。これは、行為者人格の主体性と道義的改善を力説される教授の人格責任論の必然的帰結とみることもできようが、果たして二年——一五年というような「責任」が真の意味の責任、少なくともこれまで伝統的に使用されてきた責任に価するものである

うか。むしろ、そのようなものは、法律上の一種の「負担」と呼ぶにふさわしいものではないだろうか。これらの点の解明は、団藤理論と近代学派との距離の広狭をはかる重要な意義を持つものと思われる。

他方、実践的に考えても教授の「責任」観には疑問が残る。団藤理論の真面目は、「刑は行為を通じて行為者人格を非難するものであり、それによって正常な人格にまで形成することを目的とするもの」と考える道義的教育刑論⁽¹⁴⁾であった。ここで指摘されるべきは、先の「責任」観が教授の道義的教育刑論の本質を根こそぎ奪ってしまうのではないか、という点である。受刑者に「二年——一五年の責任」を提示して果たして主体的な人格形成を促すことが可能であろうか。それは、受刑者にとまどいを与え、「自覚的・主体的な責任との対決」を妨げるものではないのだろうか。納得のできないまままで長く刑務所に居ることが、受刑者の心情を非常に不安定にし矯正効果にマイナスとなることは、⁽¹⁵⁾刑政の実務家の指摘するところでもある。

他方、教授のいわれるように、仮釈放の運用が基本的に非難の継続の可否という観点からなされれば、その行刑内容はシビアなものとならざるをえず、教育的行刑という不定期刑の理想から遠のくことになるものと思われる。そのことは、先の広い責任の幅の提示と相俟って、いっそう社会復帰にとって重大な障害となるのではないだろうか。

以上のように、責任主義の枠内で行状責任論によって不定期

刑を正当化しようとすることには難点がつきまといっているのであるが、顧みるに、メツガー自身も——平野、大谷両教授の指摘⁽⁶⁾に負えば——「責任にもとづかない刑罰」（保安刑）の存在を容認していたのであった。また、この関連において、不定期刑推進の側にたちつつも、性癖行為者の場合責任概念自体疑問であるとする観点から、次のように論ずるデューンネビーアの見解⁽⁷⁾は示唆に富む。へ性癖行為者のおよそ八〇％は「意思薄弱性精神病患者」なのである。彼らに対する反撃の加重根拠を行状責任概念に求める見解もあるが、この概念では多くは得られない。けだし、生来的な意思薄弱性が性癖行為者を破滅の基礎となる行状に至らせるからである⁽⁸⁾。

思うに、先のドイツ刑法も「危険な常習犯人」というだけで加重刑に付すものであり、行状責任が認定できる限度で加重刑に付しているわけではなく、保安目的による刑の加重の余地を残していたのであった⁽⁹⁾。したがって、平野教授も指摘されるように、わが国のごとく多かれ少なかれ保安拘禁的要素を担わざるをえない常習犯人に対する不定期刑一元主義のもとで、それが責任刑である所以を行状責任論で説明し尽くすことはいささう困難になることは否めないであろう。

(1) 大谷実・前掲書二二三頁以下参照。

(2) 本稿は戦前におけるメツガーの不定期刑に対する態度については検討を留保する。ちなみにLiszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, A. T. 26. Aufl., 1932, S. 23. 45 彼を反対論者とみ

つらぬく。

- (3) E. Mezger, Kurz-Lehrbücher, A. T. 4. Aufl., 1952, S. 256.
- (4) Niederschriften Bd. I, S. 58.
- (5) E. Mezger, Die Vereinheitlichung der Strafe und sichernden Maßnahmen, ZStW. Bd. 66, S. 172 ff.
- (6) Bockelmann, a. a. O., S. 42.
- (7) Jescheck, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957, S. 22-23. Vgl. Niederschriften Bd. I, S. 61.
- (8) Jescheck, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (A. T.), ZStW. Bd. 80, S. 79. なお、西原春夫訳・イェンヘック「ドイツ刑法草案の批判と将来」刑法雑誌一五卷一頁一〇頁一二頁も同旨。
- (9) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A. T. 1969, S. 51.
- (10) 大谷実・前掲書二三五頁。
- (11) Jescheck, a. a. O., S. 51-52 und 57.
- (12) 団藤重光「刑法綱要(総論)」三六七頁以下四〇四頁。
- (13) 本文の要約は、刑法雑誌一七卷一・二頁一二四—一二二頁による。
- (14) 団藤重光「刑法」法律新報七四六号二四頁参照。
- (15) 福原弘夫「常習累犯者に不定期刑を採用する場合の実務上の問題点」刑法雑誌一七卷一・二頁七六頁。
- (16) 平野竜一「刑法の基礎(昭和四一年)三五頁、大谷実・前掲書一二二頁。
- (17) Dinnebier, Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuchs, ZStW. Bd. 72, S. 40-41.
- (18) 平野竜一・前掲書三五頁、大谷実・前掲書一二二頁参照。
- (19) 平野竜一・前掲書三五頁。

(五) 幅の理論

戦後、わが国の不定期刑論の中で最も様々な波紋を描いたの

は「幅の理論」であったが、これは責任原理と目的刑の調和、責任概念の動態的性格の強調という最近の責任論の流れを敏感に反映したものであった。

さて、これまでわが国では西独の「幅の理論」(Spielraumtheorie)は不定期刑に結合しているとされてきたが、今日ではこの見解は否定されているといつてよい。⁽¹⁾すなわち、大谷教授の論証されたところによれば、西独の「幅の理論」は「最終判決における刑罰言渡のための過程に現われる論理操作」として認められているにすぎず、いわゆる不定期刑論とは結合してない。⁽²⁾また私も、現在までのところ、「幅の理論」を主要な根拠として不定期刑を正当化しようとする論者を見出しえないので、本稿では一応右の指摘を前提にして視野をわが国に限定し、準備草案の理由書と庄子教授の所説を中心に考察をすすめていきたい。

先ず、理由書は次のようにいう。

「責任主義は、刑罰が行為者の道義的責任に相応するものであることを要求する。しかし責任そのものに幅がある。必ずしも二年六月とか五年三月というような一定の動かせない数値を示すものではない。責任に相応する範囲内において保安及び改善更生の目的上必要な相対的・不定期刑を言い渡すことは、責任主義に反するものではない。⁽³⁾」

不定期刑の責任主義との調和・統合を前面に押し出した点において、この提言は、主として責任主義の墨守という角度から

不定期刑を否定し続けた戦後西独の諸草案ときわめて対照的である。⁽⁴⁾

このような理由書の立場に対しては、当然多くの批判がなされた。不定期刑を支持する側からの批判として、先ず八木教授は、責任主義との調和をはかる不定期刑は「できるだけ長期と短期の間隔を狭くする意味を内含するのではなからうか。それでは不定期刑の意味を減殺してしまう⁽⁵⁾」とされる。しかし、それならば不定期刑は認の正当化根拠を、とくに責任主義との関連においてどのように考えられているのであろうか。それについて教授は、不定期刑と責任主義の拮抗という視点に疑問を投げかけられつつ、「準備草案四七条二項の刑事政策的考慮の重視の規定があり、それが世界的趨向であるにもかかわらず、もし、常習犯人には不定期的対処が必要であるが、不定期刑ではどうしても責任主義に反するとするならば、むしろ、そのような責任主義の原則は刑法に明示すべきではないといふべきであろう⁽⁶⁾」といわれる。教授の論述が簡潔で真意をおしはかりかねるが、責任主義を頑妄に固執することを否認されていることはたしかであり、その点について異論はない。しかし、現代の刑事政策が責任主義を従属化し得るほど科学化されているか、また「現代」自体が刑事政策への責任主義の従属化を可能にする政治的・社会的地盤を持っているかの二点が疑問として残ると思われる。

次に須々木教授は「幅の理論」が責任の観念を複雑化しすぎ

る危険性を指摘され、それは「刑事政策活動にたいする制度的規制にたいする分析的考察を働かせるうえで、刑事政策学的にも決して望ましいことではない」とする一方「責任の観念を道義的責任の観念に接近させ、人格形成責任という理論自体として実践的になりすぎた複雑な問題の迷路を回避する努力が必要であろう」とされる。だが、その「道義的責任の観念」から出発していか、不定期刑を理論的に正当化するかが、まさに戦後旧派不定期刑論の現代的課題なのである。その意味で、責任の観念を道義的責任の観念に接近させよとするだけでは、正当化の問題をふりだしに戻したにすぎないのではなからうか。

他方、不定期刑反対の陣営からの「幅の理論」批判は、現在までのところ、次の六点到大別し得ると思われる。(一)《仮に責任に幅があるとしても、その幅は不定期刑を基礎づけるほど広長期と短期とを意味するかは疑問である。》(二)《責任に幅があるとするなら、全ての犯罪と犯罪者につき不定期刑を科しうるようにすべきである。》(三)《仮に責任に幅があるとするのなら、なぜ不定期刑が原則とならずに定期刑が原則とされるのか。》(四)《責任の幅を確定する起算点・基準は何か。》(五)《不定期刑の短期も「責任に応じた刑罰」だとすると、短期の執行が終れば責任の追求は終わったことになるはずであるから、それ以上の拘禁を正当化するのには、もはや「責任」ではありえない。》

私も「幅の理論」に対しては反対せざるをえない。応報刑原

理に立脚して責任を非難性という観点から把握する限り、責任に「幅」があると考えることはできないからである。ただ、それを実践面において確固とした算定基準によって確定的に認識することが困難であることは認めざるをえないであろうし、また認定に幅があることも否定できない。しかし、だからといって責任自体に幅があるとするのは、「形而上学的な認識の不明確性は形而上学的対象の不明確性をも意味するわけではない」のであるから、問題の本質を見誤ったものといわなくてはならない。以上から、当面は「点の理論」の墨守が責任原理からの帰結であると考えべきである。

ところで、理由書は不定期刑導入の意図を「社会保全のために犯罪者に対する社会からの隔離に遺憾がないようにしようとするものである」と述べ、不定期刑による保安目的の遂行を目ざしていた。その意味で、不定期刑は、もともと刑事政策的目的による責任主義の修正を容認する理由書の立場によりよく調和するものであり保安目的が優先していると考えてよいであろう。

他方、不定期刑を導入した際の準備草案が描いている行刑内容にも問題がある。すなわち、草案は自由刑単一化反対の立場から、懲役の存置を主張し、「懲役は刑事施設に拘禁し、作業を賦課する」(三五条二項)と規定する。ここでは、平野教授も指摘されるように、「自由の拘束」のみならず「作業の強制」も「苦痛としての刑罰の内容」なのだから常習犯人に対しても通常の処遇が予定されているのは無論である、だとすればこれ

までの常習犯人処遇失敗の歴史から一体何を学んだことになるのであろうか。常習犯人に対する旧派応報刑という害悪的手段の破綻が近代不定期刑論の出発点であり、それを契機として旧派はとくに行刑に対する深刻な反省を余儀なくされたことは歴史的に明らかだからである。

次に、莊子教授の立場であるが、教授は絶対的不定期刑を「リストもみとめたように、法的安定性をみだし犯人の自由を過度に害することになる」として排斥し、相対的不定期刑の短期と長期を次のように定めるべきだとされる。「短期は、どちらかといえば、行為に対する責任を中心として保安の目的を加味した刑量ということになる。長期は、保安の目的を中心としながら行為に対する責任との関連を考慮して定めることになろう」。「保安ないし改善は未来を指向する。劃一に予測することは困難である。長期と短期との幅の設定も、止むを得ない」。

ところで莊子教授の「行為者責任」は非難性を捨象した、「危険性」という意味における行為者責任に他ならなかった。しかも、教授は「行為責任」と「行為者責任」との総合的把握という観点から、長期を行為者責任に傾斜させて設定し、「責任とは、行為に対する応報・贖罪と行為者の危険性とを統合したものである。行為者の危険性を考慮して常習犯人に対する責任を規定する以上、行為の責任から相当離れることも考えることができる」とされている。かくて、教授のいわれる「幅」は実

際上、責任に危険性をプラスした「幅」であって、正しくは「責任と危険性の幅」と考えてよいであろう。その意味で平場教授がいわれるように、「レットテル詐欺」であると思われる。

また莊子教授は、幅の設定の根拠として保安・改善の予測困難性をあげられるが、短期と長期を個別的具体的に保安・改善という視点から設定したとしても予測が困難であることに変わりはない。予測科学の発展段階を的確に把握しえないので確言はできないが、ここではポツケルマンと大谷教授の所説にならって、次の諸点を確認しておきたい。先ず、刑期をどれだけ延ばしたら予防目的が達成し得るかという問題は、責任に応じた刑罰を発見することよりも、より困難ではないかということである。また保安・改善の予測困難性が否定できないにしても、だからといって不定期刑でなければならぬという理由はないと思われる。その不確実性を行為者に負担させることは妥当でないからである。

- (1) 大谷実・前掲書二九六頁以下、平野竜一「刑法改正案の総括的批判」法学協会雑誌八九卷一号二六頁。
- (2) 大谷実・前掲書三一七頁。
- (3) 改正刑法準備草案理由書九六頁（小野清一郎博士執筆）。
- (4) 一九五六年草案について、斎藤金作（訳）、早大比較法研究所紀要四号八四頁以下、また、一九六二年草案については、同（訳）、刑事基本法令改正一〇号一五頁参照。近時の一九六六年対案も、法治的疑念と刑事政策的有効性に対する懐疑を根拠に不定期刑を採用しなかった。宮沢浩一（訳）、刑事基本法令改正資料一五号五九頁参照。

- (5) 八木国之「保安処分について」法律時報三八卷七号四〇頁。
 (6) 八木国之・前掲論文三九頁。
 (7) 大谷実「精神障害者の処遇」刑事政策講座第二卷(昭和四七年)三四二頁参照。
 (8) 須々木主一、刑事政策(昭和四四年)一一四頁。
 (9) 須々木主一・前掲書一二〇頁。
 (10) 例えば、内藤謙「保安処分について」法律時報三八卷七号三三三頁。
 (11) 森下忠「不定期刑の類型と量刑」法律のひろば一五卷七号三三三頁。
 (12) 例えば、森下忠・前掲論文三三三頁。
 (13) 例えば、香川達夫「不定期刑」刑事政策演習(昭和四三年)五三頁。
 (14) 香川達夫・前掲論文五二頁。
 (15) 平野竜一・前掲論文二七頁。
 (16) 平野竜一、犯罪者処遇法の諸問題(昭和三八年)一一二頁参照。
 (17) 平場安治「不定期刑について」刑法雑誌一七卷一・二号四五頁参照。
 (18) けれど、Bruns, Strafzumessungsrecht (A.T.), 1967, S. 280. の引用による。
 (19) 改正刑法準備草案理由書一三三三頁(八木胖氏執筆)。
 (20) 前掲書一二六頁(中野次雄氏執筆)。
 (21) 平野竜一、刑法・総論I(昭和四七年)、三〇頁。
 (22) 平野教授は、ドイツの不定期刑論者が単一刑論者であるのに対し、わが国では主として単一刑反対論者が不定期刑を主張しており「不定期刑の内容として考えられていることにも自ら差異がある」とされるが、示唆に富むと思われる。平野竜一「刑事政策の理論」矯正論集七頁参照。
 (23) 莊子邦雄・前掲論文四一頁。
 (24) 莊子邦雄・前掲論文八九頁。
 (25) 莊子邦雄・前掲論文九三頁。
 (26) 本論文第二章第三節参照。

- (27) 莊子邦雄・前掲論文七八頁。
 (28) 平場安治・前掲報告四五頁。
 (29) Bockelmann, a. a. O., S. 41-42. および大谷実、刑事責任の基礎(昭和四三年)八一―八二頁参照。

三 問題点の整理と解決への模索

(一) 戦後不定期刑論の根本思想

——問題点の整理——

前章の検討で、戦後不定期刑論が現状では理論的にも実践的にも多くの難点を持ち、その正当化の試みも成功しているとはいえないことが明らかになったように思われる。前章の検討は戦後不定期刑論をいわば縦断面に切って進めたが、本節では横断面から、つまり戦後不定期刑論の根本思想は何かという視角から、考察を試みたい。ただし近代学派不定期刑論は、若干の変容を受けつつも、戦前からのこの派固有の根本思想を一貫しており、戦後の旧派不定期刑論のようなきわだった思想展開はみせていないように思われる。そこで、以下には主として旧派不定期刑論の根本思想の考察を軸に検討を進めたい。

新旧両学派の妥協の産物としての常習犯人に対する二元システムは、理論的にも実践的にも重畳主義から代替主義および択一主義への移行過程⁽²⁾を歩んでいるように思われる。そこでその際問題となるのは、保安処分による統一か刑罰による統一かの何れを志向するか、である。旧派不定期刑論者は前者を拒否し

後者に左袒するとともに、従来の定期加重刑による常習犯処遇の不振を顧慮しつつ、社会防衛や改善更生を共に充足し得る不定期刑を採用しようとするのである。

ではなぜ、常習犯人に対する保安処分に対抗し、不定期刑を固執するのであるか。おそらく、その思想基盤は、平野、中山両教授が指摘されるように、「常習犯人という最も悪質な者が刑罰を免れるのは不当だ」とする責任追及思想にあるといつてよいであろう。現に法制審議会刑事法特別部会第二小委員会の議論の中でも保安処分拒否の理由は、「保安処分だけを執行するのは、現在の国民感情にも反するし、責任の追及を放棄するものとして責任主義に反する」という点に求められているのである。

ここで問題なのは、この刑罰による責任追及思想が、果たして「責任主義」というにふさわしいものであろうか、という点である。

まず、責任主義に、二つの相異した流れがあることを確認しなければならぬ。⁽⁵⁾一つは「前期旧派」に対応するもので、「個人主義的自由主義」をバックボーンとして、責任の人権保障的機能を重視し、「責任なければ刑罰なし」の原則を責任主義の内容と考えるものである。これは、消極的責任主義と呼ばれる。他は、「後期旧派」に対応するもので、「国家主義的自由主義」をバックボーンとして、刑罰による責任追及に力点を置き、「責任あれば刑罰あり」の原則を責任主義の内容と考える。

不定期刑論の一考察

るものである。これは、積極的責任主義と呼ばれる。いうまでもなく、戦後旧派不定期刑論の思想基盤は、後者の積極的責任主義である。

さて、旧派思想は、平野教授が指摘されるように、「もともと……保安『主義』を否定し、道義的責任のない者に対して刑罰的な害悪を加えることを拒否するところにその自由主義的意味がある」が、「一度……権威主義とむすびつくと、一方で道義的責任論を強調し、他方で保安主義を強調し、ただ改善・治療という考え方を嘲笑するだけの思想」と化してしまふ危険性を蔵しているのである。また、それはおよそ責任ある行為に対しては応報としての刑罰が必ず加えられるべきであるとするのであるから、まさに「絶対的応報刑論ではないか」との疑惑も深まるものと思われる。戦後、有力に不定期刑論を展開する「後期旧派」の根本思想である積極的責任主義は、このような流れの中で育まれたものなのである。

ところで、責任主義の根幹は、歴史的にも実践的にも刑罰を規制する機能にあるといわねばならないのではないだろうか。「責任主義の原則は、刑の謙抑と処罰の限度を画する保障的意義において援用されねばならないのであり、保安的観点と結びついた責任追求の原則に墮してはならない」と思われる。責任主義が曖昧で空虚なものとなされ、また責任内容が不明確さを残しているにしても、現時点では刑罰規制機能を根幹にした責任の保障的意義を没却するような方向はとられるべきではないで

あろう。

このように考えてくると、積極的責任主義は責任主義というにふさわしくないとさえいい得るのではなからうか。不定期刑はシュレーダー等もいうように⁽⁹⁾、むしろ「保安処分」というにふさわしいものであろう。だとするならば、「これを『刑』という名で行なうのは、『責任なくとも刑罰あり』ということである⁽¹⁰⁾」との厳しい批判も覚悟しなければならなくなるのである。このことが、本来の責任主義と正面から衝突するものであることは、もはや他言を要しないであろう。

さて次に、問題点の整理の意味においても指摘されねばならないのは、常習犯人の中に精神病質者が多いという「一般化された刑事学的事実」に対応して、不定期刑論議には常習犯処遇と精神病質者処遇が常にオーバーラップしている⁽¹¹⁾ということである。すなわち、戦後旧派不定期刑論者は、一般予防論を背景としながら、精神病質者を「病者」ではないとして、彼の責任が残存する限り処分ではなくあくまで刑罰によって責任追及するという立場を一貫すると同時に、精神病質者対策としても不定期刑で効果的処遇が可能であり、保安的要素もそれで充足し得るという認識に基いているのである。これに対しては、新派の一部、多くの「前期旧派」が反対し、主に「改善」目的を軸とした保安処分による対処を主張しているのが現状である。

このように、戦後の不定期刑をめぐる論争は、主に精神病質者に対する保安処分の要否に根ざしていたともいえよう。⁽¹²⁾

では、不定期刑反対の立場を出発点として本来の責任主義を貫徹しつつ、しかも精神病質者処遇との有機的関連の中で、常習犯人の処遇はいかに考えられるべきであろうか。この問題の解決策としては、現在までのところ、(一)保安拘禁説、(二)半刑罰的保安処分的処遇説、(三)治療処分説、(四)定期刑Ⅱ仮釈放弾力的運用説の四つの処遇類型が提示されている。これらについては次節で検討を試みるが、常習犯処遇の問題は〈近代刑事責任論の最大の悩み⁽¹³⁾〉をもたらず〈近代刑法学の最大の課題⁽¹⁴⁾〉でもあるだけに、性急な一義的解決を許すものではない。それゆえ、以下の考察も解決策の積極的な提示を意図するものではなく、後日の補完を期した上で、それぞれの処遇類型の問題点を抽出するにすぎないことを予めおことわりしておきたい。

- (1) これはあくまで旧派不定期刑論と比較した上での評価であって、戦後新派不定期刑論の思想展開に問題性がないというのでは決してない。
- (2) 平野竜一、犯罪者処遇法の諸問題九七頁以下参照。
- (3) 平野竜一、前掲論文七頁および中山研一、前掲論文四八頁参照。
- (4) 第二小委員会議事要録(二)七五頁。
- (5) この点についての以下の本文の記述は次の文献に負う。平野竜一、刑法・総論Ⅰ五頁以下、平場安治・前掲報告四一—四二頁、中山研一、前掲書二二二頁。
- (6) 平野竜一、前掲論文一〇頁。
- (7) 平野竜一「刑法改正案の批判的検討①」(総括的批判・その一)「法学セミナー」一九二号一〇頁参照。
- (8) 中山研一「刑法『改正』における保安処分と不定期刑」法と民主主義五〇号二九頁。
- (9) Schröder, Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichern-

den Maßnahmen, ZStW. Bd. 66, 1954, S. 185.

- (10) 平野竜一・前掲論文二頁。
- (11) 植松正「刑法の将来」ジュリスト三三三三三三九頁参照。
- (12) 桜木澄和「保安処分について」法律時報三八卷七号三六頁参照。
- (13) 平場安治・前掲報告四二頁。
- (14) 仲曾根玄吉「刑法改正における限定責任能力」警察研究四二卷三三七二頁。

(二) 常習犯人の処遇

——解決への模索——

本節では、以下、前節であげた四つの処遇類型について、順次考察を試みたい。

(1) 保安拘禁説

ここで取り扱うのは、保安拘禁によって——重疊・代替・択一的適用の何れを問わず——常習犯処遇に対処しようとする処遇類型である。責任Ⅱ刑罰、危険性Ⅱ保安処分の二元主義的図式を基本的に承認することによって責任主義側面からの非難を回避し、同時に常習犯人に対する社会防衛を保障することによって保安主義的側面からの要請に答えようとするものである。

この流れの中で注目すべきは、スイス刑法型の代替主義を提唱するウェルツェルとポツケルマンであろう。

先ず、ウェルツェルは⁽¹⁾、刑罰と保安処分の本質的区別を「正当化根拠」の中に求め、また倫理的観点を没却した合目的性、功利主義を強く排斥する。そして、保安処分も刑罰も「自由剝奪」の形態をとるが、正当化根拠を前者は「倫理的自己決定の

継続的減少」に、後者は「責任に対する応報」に求めるべきであるから、行為者の倫理的自己決定の継続的減少によってのみ正当化され得る自由剝奪を「刑罰」として科すことは「レッテル詐欺」であるとしつつ、次のようにいう。不定期的「保安刑」の要請を伴った一元主義は純粹の社会功利主義への退歩である。しかし、「一元主義」の要請の中に「正しい核心」が存在する。その核心は刑罰と保安処分ではなく、執行の一元主義の中に存する。再社会化のチャンスを減少させないためにも、代替主義が妥当である。

また、ポツケルマンもウェルツェルとほぼ同様の見地に立つが、彼が被保安拘禁者の多くが精神病質者であることを明確に認めている点⁽²⁾は注目されてよいであろう。その他、保安拘禁説に属する代表的論者としては、シュレーダー⁽³⁾、メツガー⁽⁴⁾、吉田常次郎氏⁽⁵⁾、武村信義助教授等⁽⁶⁾があげられよう。

なるほど、保安拘禁が完全に適用されれば公共の保安的要請はかなりの程度に充たされるであろう。しかし、保安拘禁には払拭しえぬ重大な疑問が存するのではないだろうか。

保安拘禁は、常習犯人の危険性に対応するもので、その危険性が認められる限り拘禁が継続されるというのが本来的要請であるから、原則的に不定期であるが、また、無期になる可能性も強い。それゆえ、これに対しては苛酷であるという印象が拭いきれないと思われる。H・マイヤーはいう。「多くの被拘禁者は施設の中で老齢を迎え、身体的に完全に破壊されて釈放され

る。拘禁は、殺人のゆえの終身刑と全く異なり、大部分一生涯継続する⁽⁷⁾。それゆえ、「改善されないで死ぬ者は、獄の中で死ぬ⁽⁸⁾」(オエトカー)のである。

他方、保安拘禁はその本質上基本的に保安目的に従属し、治療・改善処遇のルールを歩まないがゆえに、その処遇内容はシビアなものとならざるをえない。被保安拘禁者は「ベストのごとき執行」を恐れる、とするジーフアーツの指摘はこのことを物語るものである。H・マイヤー⁽¹⁰⁾が行なった、「保安拘禁は実際真の刑罰ではないのか」という批判もあとをたたないのは当然であろう。それゆえ、「レットテル詐欺」という非難(コールラウシュ)は依然として有効であると思われる。

保安拘禁を採用・実施した諸国で、その成果が余りかんばしくなく実質的にその本来的機能を麻痺させていた⁽¹¹⁾のも、刑事政策における合理性・人権尊重が叫ばれて久しい今日、当然の結果とすべきであろうか。また、わが国においては、治安維持法(一九四一年)の予防拘禁の悪しき適用も忘れることはできないであろう。

以上から明らかなように、保安拘禁には難点がつきまといっているのである。それゆえ、「保安拘禁が原理的に許容されるかどうかの論争は終っている⁽¹²⁾」とするシュレーダーのような見解には重大な疑念を感じざるをえない⁽¹³⁾。

われわれは、近代憲法の基本原則は受刑者の基本的人権を保安目的によって奪うことを許さない、と考える。けだし、受刑

者には社会復帰する権利があり、国家には彼を社会復帰させる義務があるからである⁽¹⁴⁾。

- (1) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 246-247.; derselbe, Niederschriften Bd. I, S. 59-60.; derselbe, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Bd. 2, 1960, S. 82-83.
- (2) Bockelmann, Niederschriften Bd. I, S. 56-57.
- (3) Schröder, a. a. O., S. 180 ff.
- (4) 本論文第二章第四節参照。
- (5) 吉田常次郎「不定期刑について」東洋法学八巻一号二九頁以下。
- (6) 武村信義「保安監置処分に関する犯罪精神医学的考察」矯正論集八二九頁以下。
- (7) H. Mayer, Strafrecht, A. T. 1967, S. 184-185.
- (8) Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, ZStW. Bd. 17, S. 580. なお、宮沢浩「『保安処分』の比較法的検討」法律時報四一巻二二号二八頁参照。
- (9) Sieverts, a. a. O., S. 115.
- (10) H. Mayer, Lehrbuch, 1953, S. 380.
- (11) 西独の保安拘禁について、宮沢浩「『保安処分』の比較法的検討」法律時報四一巻二二号二八頁参照。また英国の予防拘禁については、島田仁郎「英国の刑事裁判法(一九六七年)一九五頁以下、松尾浩也「イギリスにおける保安処分」植松還暦記念論集(法律編) (昭和四六年)四七四頁以下参照。
- (12) Schröder, a. a. O., S. 184.
- (13) Vgl. Hall, ZStW. Bd. 70, S. 63.
- (14) 宮内裕「保安処分・不定期刑」竹田・植田還暦記念論集(昭和四二年)一九八一—一九九頁、大谷実「刑罰と保安処分」法と現代社会(昭和四五年)一九二—一九三頁参照。

(2) 半刑罰的半保安処分的処遇説

本説は、常習犯処遇と精神病質者処遇との統一性を顧慮しつつ、常習犯人に対する二元主義的発想からの脱却を試み、定期の「半刑罰的保安処分的な中間処遇論」を提唱するものである。⁽¹⁾

本説の立場を井上正治博士は端的に次のようにいわれる。「たしかに刑罰も保安拘禁も自由を拘束する。この点では違いはない。もちろん享受すべき自由の範囲は、両者の間に違いがあるかも知れないが、しかし、現実はその程度にすぎない。しかし実はそれでよい。というのは常習者といえども有責な犯罪者であり、有責な者に対して加えられる保安拘禁ということになると、それは、刑罰と同じく、社会的非難に裏打ちされ、保安拘禁じたい責任に対する応報という機能をもつべきだからである。ただ、その行為者が刑罰の作用を受け入れるには十分ではないから、刑罰に代えて、保安拘禁をもって処遇しようというだけのことである。この意味では、さきにもみた精神障害者のばあいと同じく、治療的といっても、保安拘禁は、半治療的・半刑罰的な役割を果たす⁽²⁾。この所説に属する代表的論者としては、創唱者である平野教授⁽³⁾と森下教授⁽⁴⁾があげられよう。本説は、「やわらかな決定論」を背景にし、しかも伝統的ないわばハードな二元主義的思考を克服しようとするものであり、それゆえきわめてラディカルな発想を基盤としたものであるといつてよい。それだけに、旧来の立場に固執して批判を繰り返すことは賢明でないかもしれないが、当面以下の疑問を明らかに

にしておきたい。

先ず最大の疑問は、本説の責任論が終局的に「責任觀念の排除」に陥るのではないか、という点であろう。本説は、少なくとも常習犯人・精神病質者に関する限り、刑罰と保安処分の本質的同一性を前提とし、「非難の現実化——それが刑罰であれ他の処遇であれ——を行為者人格に対する『条件づけ』として理解する⁽⁵⁾」のであるが、果たして、そこでは「当該行為者に処遇の効果が期待し得るか」という展望的・機能的觀點が支配しているともみることができないだろうか。そうだとすれば、「犯罪の成立要素として、あえて責任非難を必要としない」のではないかとの疑惑⁽⁶⁾は避けがたいように思われる。責任刑法と刑事政策との相克を打開しようとする実践的意図は注目に価するが、右に述べた責任の形骸化をいかにして防ぎ得るかが、今後、本説の重要な理論的課題になることは疑いないであろう。

次に問題なのは、処遇内容に刑罰的要素を介在させる点であるが、これは、常習犯人については保安処分も「責任に対する応報」であるとすると理論的根拠と共に、刑罰作用の受容という観点からみて行為者に対する「条件づけ」として有効であるとする実践的理由に基くものであろう。しかし、大谷教授が危惧されるように、「刑罰的色彩を残す以上、執行段階で純粹の治療目的を貫徹しえない⁽⁷⁾」場合があり得ることは十分に予測でき、それゆえ、本説の主唱者は——当初の意図に反して——矯正・治療目的に逆行する制裁的側面の出る事態が生じ得ることを危

惧しなればならぬと思われる。また、この関連において、「医療的側面が後退せざるをえない処分のもとで長期にわたり自由を拘束することが法治国思想から正当化されるかは疑問である⁽⁸⁾」とされる吉川教授の指摘や「この提案が危険な常習犯人に対する責任の程度を越えた『保安』拘禁を決定的に排除するものであるのか⁽⁹⁾」との中山教授の問題提起は重要な意義を持つであろう。

第三の問題点として、本説の保安処分導入の論理プロセスについてふれておきたい。すなわち、本説が現在の行刑は当面、社会復帰体制を組成しえないとする現実認識と精神病質者の脱刑務所化という実践認識から、いわば直截に保安処分による制度的転換を志向する点に注目したい。これまでも、⁽¹⁰⁾技術上刑罰の矯正内容の充実化・方法の個別化が不可能なら、それは保安拘禁にもあてはまる⁽¹¹⁾とかへ本説は、現実の処遇状況における刑罰と保安処分の不十分さを前提とするものであるが、その二つの不十分なものを併合しても一つの十分な手段が獲得されるわけではない⁽¹²⁾との批判が存在したが、いづれにせよ、現代における行刑改善の阻止要因を保安処分導入によって解消し得るか、またその具体的プランは何かが本説の将来の問題点となるろう。

最後に、中山教授が本説の主張の背景に「刑罰や保安処分に」とづく身柄拘束を『善』として国民におしつける思想⁽¹³⁾が介在することを指摘され、「たとい純粋に矯正の目的に限定した

としても、また矯正の可能性が保障されたととしても、責任の程度をこえる身柄の強制的拘禁がそのことによって正当化されるか⁽¹²⁾」との原則的疑問を提起されていることを確認しておきたい。

(1) 中山研一「不定期刑」法律時報四一卷二号四七頁によれば、本説は「特殊にはとくに若年の常習犯罪者を対象とする『矯正訓練処分』の形で提案されている」とされる。
 (2) 井上正治「現代における刑罰思想」現代法⑩(昭和四〇年)二一九—二二〇頁。

(3) 平野竜一、犯罪者処遇法の諸問題九五頁以下参照。

(4) 森下忠、刑法改正と刑事政策(昭和三九年)九六頁以下参照。

(5) 井上正治、前掲論文二二頁。

(6) 大谷実、刑事責任の基礎一三八頁参照。

(7) 大谷実「精神障害者の処遇」刑事政策講座第二卷三三九頁。

(8) 吉川経夫「精神障害者の処遇」現代法⑩(昭和四〇年)二五五頁

(9) 中山研一、前掲論文四七頁。

(10) 滝川春雄「治療処分・禁断処分と常習犯人の処遇についての素描」竹田・植田還暦記念論集二二九頁参照。

(11) 沢登俊雄「刑罰・保安処分・保護処分」国学院法学八卷三号一七五頁参照。

(12) 中山研一、前掲論文四七頁。

(3) 治療処分説

本説は、精神病質者の治療・改善に力点をおいてアプローチを試み、精神病質に基く常習犯人に対して治療処分を科していることとするものである。

先ず精神医学者の見解から聞いてみたい。桶口幸吉氏は次のようにいわれる。「常習犯でないし慣習犯の中に、精神病質

者の多いことは繰返し述べるまでもないことである。……特に社会的に危険な精神病質者に対しては、再犯防止や社会防衛の見地から、もっと積極的な施策が考えられなければならない」。精神病質の刑事責任が減免される場合には、「治療的に配慮された保安処分の措置が必要となる。刑事責任が全面的に問われる場合にも、従来のような定期刑や、短い期間の不定期刑を科するだけでは、社会的危険性の除去は困難である。それらを専門的な施設に集め、強力な治療的処遇を試みる以外に適当な方法は無い⁽¹⁾」。この所説と同様の見地に立つと思われる精神医学者としては、野口普二⁽²⁾、堀要⁽³⁾、西田捷美ら各氏があげられよう。他方、刑法学者としては西本助教教授が、精神病質に基く常習犯人の重篤な異常性格性に着目し、「限定責任能力に関する解釈または運用」による治療処分の対象化を目ざされている⁽⁵⁾。

以上の諸見解との関連で想起されなければならないのは、西独新刑法に社会治療処分を導入することに成功した一九六六年西独刑法改正対案グループの考え方であろう。対案理由書は、社会治療処分の処遇内容を積極的に明示していたわけではないが、基本方向としては、『社会生活に適應することの困難なものと判定された者を收容して、彼等の社会復帰・再犯防止をめざした社会治療を施し、医師の指導の下に、個別治療と集団治療とが併用されること』⁽⁷⁾を予定していたのである。

そして、この対案の方向は、わが国において、宮沢教授⁽⁸⁾、加藤講師等⁽⁹⁾によって有力に推進されてきたことは周知のとおりで

ある。

なお——これらの諸見解とは異なった角度からではあるが——大谷教授は限定責任能力概念に対する根本的疑念を提起する立場から、「犯罪性精神病質者を刑罰から解放せよ」との提言の下に、彼らに対する処遇は厚生省管轄の施設で「医学的なものから心理療法・社会療法に至る弾力的な手段によるべきである」とされている⁽¹⁰⁾。この見解は、保安目的の後退、責任追及思想の希薄化が最も徹底しており、しかも精神医療の改革を前提とした精神衛生法による対処をも志向し、これまで一部にみられたオプティミスティックな「治療処分」推進論に対する一定の歯どめを設定するものであり、傾聴に価するものといえよう。

ところで現代刑事法学は、常習犯人の多くが性格の偏倚性、人格の異常性を示していることを繰り返して教示する。宮沢教授の指摘によれば、「財産犯、ことに、けちな窃盗犯を度重なって犯す者や少額の詐欺犯人には、意思薄弱性の病的性格者が多いであろうし、常習暴行、傷害犯人には、爆発性・情性欠如性の病的性格者が多いとされている⁽¹¹⁾」のである。なるほど、そのような者に対して害悪的手段を科しても何の意味も持たず、むしろ症状を悪化させ再社会化作用を阻害する可能性のあることは否定できないであろう⁽¹²⁾。だが、現時点で精神病質に基く常習犯人に対する治療処分を一国の刑事制度として積極的に推進すべきか否かについては、特段に慎重な考慮を要すると思われる。精神病質概念自体が不明確で認定も確固としておらず、また治

療方法も未開拓な段階にあることは周知の通りである。また良好な処遇成果が伝えられていたヘルシュテッドヴェスター⁽¹³⁾でさえが「性的精神病質者と粗暴犯罪者の場合に結果が良好であるに過ぎず、それとても去勢、断種といった効果的な外科的処置によるものが多いというのが現状である」とされ、しかも他の

同種の施設も未だ実験的段階を出るものではないように思われる。それゆえ、現時点でこれらの施設について成否の結論を出すことは性急にすぎるとはならないだろうか。他方、「いったい、この施設の必要とする有能な精神病医や心理学者や教育学者をそれほどたくさん求めることはできない⁽¹⁴⁾」というグリーンワルトの批判からわが国も完全に解放されているとはいえないが、⁽¹⁵⁾ことが確認されてよいであろう。そして、一方で医療刑務所の人的条件の貧困が指摘され、他方で当面、厚生・福祉行政面における現状の積極的な打開が見通しえないわが国で、刑事制度としての「治療処分」だけが内容的充実を保障され得ると考えられるのか、という深刻な疑問も提起されよう。

いずれにせよ、《精神病質者の害悪的手段からの解放》が正当な実践命題であるとしても、右に述べた現状における問題点をいかに克服するか、すなわち、「治療処分」導入によるより、強度な害悪的処遇への転落をどのようにして防ぐか、が本説の現状における最大の難関でありしかも将来における最大の課題になろうと思われる。

他方、治療処分説が以上のような状況にある時、受刑者の人

権を出発点とする視点から、「……解決のための前提条件の現実的な検討がのこされた課題であり、もしもそれが不可能ということであれば、……現状に当面ある程度の手直しを加えるだけで満足せざるをえないであろう⁽¹⁶⁾」との提言がなされるのは十分理由のあることといえよう。

- (1) 桶口幸吉「精神医学・心理学の貢献」現代法⑩三二七頁。なお、氏にはこの他、法律のひろば三卷一・二号二二頁以下、矯正論集九七頁以下、法律時報四一巻二号三二頁以下、法律のひろば二五巻三号一一頁以下に、ほぼ同旨の論稿がある。
- (2) 野口普二「保安処分における精神病質」犯罪学年報⑦七七頁以下参照。
- (3) 堀要「犯罪性精神病質について」刑法雑誌一五巻一号八八頁以下参照。
- (4) 西田捷美「保安処分についての考察」刑政七三巻四号一二頁以下、同「精神障害者処遇の問題点」刑法雑誌一七巻一・二号七八頁以下等参照。
- (5) 西本晃章「精神病質犯罪人に関する若干の問題」阪大法学五九・六〇号二四六頁以下参照。
- (6) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, A.T. 2. Aufl., S. 133 ff.
- (7) これは、宮沢浩一「社会治療施設について」佐伯還暦記念論集(下)(昭和四三年)四七六頁の摘示に負う。
- (8) 右の注(7)に掲げた文献のほか宮沢浩一「精神障害者に対する刑事処分について」法学研究四三巻三号九三頁参照。
- (9) 加藤久雄「犯罪性精神病質者の処遇に関する一考察」刑法雑誌一八巻一・二号一六五頁以下、同「社会治療処分」刑事政策講座第三卷(昭和四七年)一二三頁以下参照。
- (10) 大谷実、人格責任論の研究三七六頁。なお、刑事政策講座第二卷

三一七頁以下および第三卷九五頁以下等参照。

(11) 宮沢浩一「『保安処分』の比較法的検討」法律時報四一卷二二七頁。

(12) 大谷実、刑事責任の基礎一六六頁参照。

(13) 仲曾根玄吉「精神病質者と保安処分(一)」法律時報四二卷一号八〇頁、中山研一(書評)・大谷実著『刑事責任の基礎』同志社法学一一一―一二二頁等参照。

(14) 加藤久雄「社会治療処分」刑事政策講座第三卷一四三頁。

(15) Grünwald, Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs, ZStW. Bd. 80, 1968, 115. など、)の引用部分の翻訳は、宮沢浩一・前掲論文二九頁による。

(16) 中山研一「刑法改正案の批判的検討⑤(『保安処分』)」法学セミナー一九七号七〇頁。

(4) 定期刑Ⅱ仮釈放弾力的運用説

本説は、常習犯人に対する定期(加重)刑を維持しながら、行刑体制の改善・充実および仮釈放の弾力的運用によって、矯正目的を可及的に追求しつつ、同時に社会内処遇を促進しようとするものである。⁽¹⁾

平場教授は本説の立場を次のようにいわれる。《常習犯人が危険な人間で長期拘禁を必要とするという常識的観念的発想は必ずしも当を得たものではない。常習累犯の多くは、吉益博士がいわれるように、パッシブなしかも無力的な財産犯で軽度の精神病質者である。彼らに対しては規律社会でない自由な社会で、どういう生き方をするかの訓練の方が重要である。真に危険な攻撃的精神病質者の場合は、かえって常習犯になることもなく治療も容易であり、職業犯も比較的治療が容易で長期化す

るほどのことはない。要するに、彼らの社会不適應性を深めなためにも、処遇内容の抜本的改革と社会内処遇の促進に重点がおかれるべきである⁽²⁾。また中山教授も本説も支持する立場から、「まず現行の制度の下における改善の可能性を最大限に追及すべきであり、制度の改革、しかも乱用の危険ある制度の新設へと軽々しく移行すべきではない」との警告を発せられている。この他、本説に属する代表的論者としては、佐伯博士、滝川判事、故宮内教授等があげられよう。⁽³⁾

本説は、いかに常習犯処遇に対する「開明的な刑事政策」が提示されても、それを支える処遇体制と社会地盤が伴わなければ、かえって受刑者に「より大きな害悪」となるから、何よりも行刑改革と社会変革こそが先決であるという実践認識に基づくものであるといつてよいであろう。また現実に「定期性」が一応確保される点は人権保障に資するといえよう。したがって、本説の処遇類型が受刑者にとって最も危険性が少ない、との提言がなされるのも理由のないことではない。しかし、本説においても、以下に述べるように、多くの重要な課題が今後に残されていることは否定しがたいと思われる。

本説の理論的な問題点として第一にあげ得るのは、いかに常習犯人の加重責任(刑)の根拠を論証するかである。これまでも本説に対しては「結局、累犯加重の規定の運用によって、すなわち行為者刑法的に運用することによって常習犯人に対する対策として役立たせようというのであって、基本的にはさき

に述べた不定期刑論と同じものである」とか「累犯加重自体行為責任を超えるものであり、それゆえそこでは行為者責任も前提として認められているのである」⁽⁸⁾との指摘があったが、不定期刑を責任主義に反すると批判しながら、いかに常習犯人の加重責任(刑)の理論的正当化を試みるかが本説の重要な課題であることを先ず確認しておきたい⁽⁹⁾。また、精神病質に基く常習犯人の責任能力論の展開も、本説における重要な理論的課題であるといえよう。

次に実践的な視点から、本説の若干の問題点にふれておきたい。刑事政策的観点からの本説に対するアプローチのうち、「定期刑の仮釈放による不定期刑化では真の不定期刑にいたらない」⁽¹⁰⁾との非難は別論としても、「常習犯人に対する特別な刑事政策的配慮を加えずに定期刑の運用により処理しようとするのは、あまりにも消極的退嬰的ではないか」⁽¹¹⁾との批判は根強いものがある。また、本説によって精神病質者に対する効果的処遇が可能となるのかという周知の批判も存在する。本説の立場からは、前者に対しては先に掲げた中山教授の所説が反論として予定されていると共に、後者に対しては医療刑務所の人的物的条件の充実と精神衛生法の改正が提起されるものと思われる。しかし、より重要なものは、これらをスローガンにおわらせず「単なる現状維持論」に陥らないための実質的内容を盛った体系的構想と具体的な処遇内容の青写真を積極的に提示していくことではないだろうか。その意味で、本説の主唱者の責任は大

きいと思われる。

他方、本説の主唱者が社会内処遇への重点の移行を基本的視点にすえる点についても問題がないわけではない。ただし、社会内処遇を推進するといっても、現代においては当該「社会」自体に、より大きな矛盾が存在し、しかも現段階ではこの処遇類型に対する国民の理解と協力が十分に保証されているとはいえないからである。それゆえ、社会内処遇の無批判的展開は社会的混乱を助長するのみならず、被処遇者に過大な負担を加えることにもなりかねないのである。

(1) 本説に属するとみられる有力な立法提案としては、平場安治・前掲報告四三頁によれば、次のような内容を盛ったものが考えられている。(常習累犯に対しては定期刑を科し、刑期満了の少なくとも三ヶ月以前に必要な仮釈放に付す。その釈放期間は残刑期間にかかわらず一年以内において決める。必要的仮釈放の場合には必ず保護観察に付す)。

(2) これは、平場安治・前掲報告四七―四八頁を要約したものである。

(3) 中山研一「不定期刑」法律時報四一卷二号四九頁。

(4) 座談会「準備草案総則の問題点」法律時報三三卷八号四五頁の佐伯博士の発言および同「刑法全面改正の可否」ジュリスト四九八号二頁参照。

(5) 滝川春雄・前掲論文二二九頁参照。

(6) 宮内裕・前掲論文二〇一頁参照。

(7) 平野竜一「刑事政策的理論」矯正論集六頁。

(8) 莊子邦雄・前掲論文九二頁以下、同「不定期刑について」刑法雑誌一七卷一・二号三三頁参照。

(9) この関連で「実質的責任関係の理論」を唱道される中山教授が定期加重刑の問題に対しどのような理論的ならびに実践的解決をはか

られるのかは、われわれの最も注目するところである。なお、中山研一、刑法総論の基本問題一二二頁参照。

(10) 菊田幸一・前掲書四五四頁。
(11) 荏子邦雄・前掲論文(矯正論集所収)九二頁。

四 結 語

本稿は、戦前と全く様相を異にした戦後不定期刑論の理論的説明を主眼としながら、常習犯処遇の若干の考察を試みたものであった。

本稿の問題意識を第一章で明らかにした後、第二章で戦後不定期刑論を批判的に検討した。ここでは、新派不定期刑論が戦後においても必ずしも説得力ある議論を展開していない現状や、また旧派不定期刑論が積極的責任主義を根幹として、責任主義の枠内における「保安刑」の理論の正当化を目ざしつつも未だ成功していない事情をみた。第三章では、先ず戦後における不定期刑論争の実質的核心が「精神病質者に対する保安処分が要否」に根ざしていたことを確認して、常習犯処遇の解決への道を模索した。

しかしながら、筆者自身、責任論・刑罰論において未解明な問題を数多く残している段階でもあるので、本稿では、多数の重要な理論的実践的課題を将来の検討に委ね、しかも常習犯処遇類型に対し確定的な評価を下すことを避けざるをえなかった。常習犯人の問題に対し、刑法理論の角度からアプローチを試

不定期刑論の一考察

みようとするれば、近代刑法学が苦悩してきた理論上のデッドロックに逢着せざるをえないが、本稿も、常習犯人をめぐる多くに責任論における諸問題の理論的考察を今後の研究課題として残した。

また他方、常習犯処遇の問題を、不定期刑論を軸に、西独とわが国に視野を限定して論じたことは、刑事政策的アプローチとして余りに狭隘であるとの批判を免れがたいと思われる。それゆえ、よりグローバルな見地に立って、諸外国における常習犯処遇についての歴史的考察と処遇の現状についての多角的検討をすすめることも本稿の残した将来の課題であるといえよう。これらの本稿が残した課題は、まことに刑法学・刑事学における「絶望の章」というにふさわしいものであるが、その検討については他日を期すことを記して結びの言葉としたい。

(昭和四七年十月二二日)