

## 刑罰論の現状と課題

内 田 博 文

### 一 犯罪白書からみる刑務所の現況

ハンセン病問題検証会議が国立ハンセン病療養所入所者に対して療養所のイメージを尋ねたところ、「天国」と答えた人が約半数、「地獄」と答えた人が約半数という結果になった。これには入所者が療養所に入所する以前に受けた社会での「迫害」の有無、程度が大きく関わっていた。家族らによる「防壁」がないために社会からの厳しい「迫害」に直接晒された入所者にとって、療養所は社会の「迫害」から守ってくれる、まさに「天国」だと感じられた。これに対し、家族らが守ってくれたために社会からの「迫害」に直接晒されたことがない入所者にとって、療養所は社会から無理やり引き離される「隔離」の場であり、厳しい「差別」の場であった。文字通り「地獄」であった。同じ療養所であっても、そこで受ける処遇が同じであっても、このように入所者のイメージは大きく異なっていた。<sup>1)</sup> 社会の「迫害」が厳しければ厳しいほど、入所者をして療養所のイメージを「天国」にさせる。このような逆説の構図がみられた。

刑務所もこれと似たところがある。社会での「居場所」をすべて拒まれた高齢の元受刑者にとって刑務所は、罪を犯せば「受け入れ」を拒めない、喩一の残された「安息」の場だともいえる。これに対し、社会での「居場所」を何らかの形で与えられた者にとつて、刑務所は社会から無理やり引き離される「隔離」の場であり、厳しい「贖罪」の日々を送る場だということになる。社会での「居場所」いかんによつて刑務所のイメージは大きく異なる。応報刑論も一般予防論も特別予防論もその意義、機能は大きく変わってくる。制度的には刑罰制度をも決定できることとなっている「主権者」たる国民の多くが刑務所に対して抱くイメージはもちろん後者である。受刑者になるとは想定もしていないからであり、「刑務所に戻りたい」という元受刑者がいるなどとは想像もつかないからである。そして、多くの場合、このイメージに基づいて刑務所の意義、機能などが語られることになる。<sup>(2)</sup> 刑務所に期待するところのものもこのイメージによつている。元受刑者の受け入れを社会が拒めば拒むほど、刑務所が「安息」の場になっていくという逆説の存在などが顧みられることはない。刑罰の現実の名宛人であり、刑務所に実際に収容される人とそうでない人との間には大きな意識のずれがみられる。

それでは、このような刑務所の現況とはどのようなものであろうか。最新の『平成二二年版犯罪白書』によれば、「成人矯正」の現況について次のように記述されている。

「刑事施設の年末収容人員は、平成五年から毎年増加し続け、一八年に昭和三一年以降で最多となる八万二、二五五人を記録したが、平成一九年から減少に転じ、二二年末現在は、七万五、二五〇人（労役場留置者一、一三二人を含む）であった。」「収容率（収容定員に対する年末収容人員の比率）は、平成五年から一四年に大幅に上昇したが、一七年から毎年低下し続けている。二二年末現在において、収容率は、収容定員九万三五

四人（このうち既決の収容定員は七万二、三二一人）に対し、八三・三％（既決九二・八％、未決四五・三％）であり、収容人員が収容定員を超えている刑事施設（本所に限る。）は、七七施設中二〇施設（二六・〇％）であった。」「入所受刑者（裁判が確定し、その執行を受けるため、各年中に新たに入所するなどした受刑者をいう。）の人員は、平成四年に戦後最少（二万八六四人）を記録した後、増加し続けていたが、一九年からは毎年減少し、二二年は二万八、二九三人であった。女子について見ると、四年には九一四人であったが、その後増加し続け、一八年には二、三三三人まで増加し、二一年も二、一七〇人（前年比一・一％減）と四年の約二・四倍と高水準にある。」（同一五〜一六頁）

また、更生保護のうち仮釈放審理および保護観察の現況についても次のように記述されている。

「仮釈放審理を開始した人員は、平成八年から増加傾向にあったが、一七年に減少に転じ、若干の増減を経て、二二年は一万六、五五七人（前年比四・九％減）であった。」「仮釈放が許可された人員と許可されなかった人員（仮釈放の申出が取り下げられた者を除く。）の合計に占める後者の比率は、平成五年以降は二％前後で推移していたが、一七年に上昇し、一八年からは四％台となり、二二年は四・三％であった。」（同一七頁）

「仮釈放者の保護観察開始人員は、平成八年から増加傾向にあったが、一七年からはやや減少傾向にある。保護観察付執行猶予者については、一三年から減少傾向にある。」「保護観察率（執行猶予言渡人員に占める保護観察付執行猶予言渡人員の比率）は、昭和三八年の二〇・六％を最高に、以後、上昇と低下を繰り返しながら、ほぼ同水準で推移していたが、五〇年代後半から大幅な低下傾向にあり、平成二〇年には八・三％にま

で低下し、二二年は、若干上昇して八・七%であった。」「平成二一年における保護観察終了人員のうち、仮釈放者の九五・三%、保護観察付執行猶予者の七〇・四%が、期間満了で保護観察を終了している。他方、取消して終了した者は、仮釈放者（仮釈放取消し）では四・三%（六五六人）であり、保護観察付執行猶予者（執行猶予取消し）では二六・六%（一、二一七人）であった。」（同一八頁）

これによれば、日本の施設内処遇および社会内処遇を取り巻く環境と欧米諸国などのそれとは大きな違いがあることがわかる。欧米では過剰収容の問題が深刻で、それを解消するためには刑務所を新設する必要がある。

しかし、財政的には無理で、施設内処遇に代えて社会内処遇を用いざるを得ない。「施設内処遇から社会内処遇へ」という流れの背後にはこのような事情が伏在する<sup>(3)</sup>。しかし、日本の場合、このような観点からは議論されない。過剰収容の問題は欧米ほどには意識されていない<sup>(4)</sup>。平成二二年度版犯罪白書では「過剰収容」という項目自体が設けられていない。施設内処遇を社会内処遇で代替させるという発想も主流ではない。施設内処遇の対象となる犯罪と犯罪者の種類などを欧米のように絞り込む必要もない。刑期を長期化しても対応しうるとされる。それゆえ、日本の場合、社会内処遇の活用も、その意義は施設内処遇に代えてではなく、より長期の施設内処遇に加えて更に社会内処遇を行うという点にあるといえる。このような違いである。

問題は、日本の近時の刑務所機能に大きな影響を与えていると思われる「受刑者の老齢化」の現況である。この点については次のように記述されている。

「高齢者の検挙人員は、他の年齢層の者とは異なり、近年、増加傾向が著しく、平成二二年は四万八、一一

九人と、前年比でわずかに減少したが、依然として高水準にある。」「高齢者の一般刑法犯検挙人員の人口比は、他の年齢層より相対的に低い。しかしながら、年齢層別の人口比の伸び率を見ると、平成二二年の人口比は、二年との比較で、二〇～二九歳が約一・三倍、三〇～三九歳が約一・五倍、四〇～四九歳が約一・四倍、五〇～六四歳が約二・一倍に上昇しているにすぎないのに対し、高齢者では、約三・九倍にまで上昇しており、高齢犯罪者の人口比の上昇は著しい。このように、最近の高齢犯罪者の増加の勢いは、高齢人口の増加をはるかに上回っている。」「平成二一年における高齢者の一般刑法犯検挙人員の罪名別構成比を見ると、窃盗が最も高く、特に女子では、八九・六％が窃盗であり、しかも万引きによる者が八一・一％と際立って多い。」「刑法犯の幾つかの罪名について、平成二一年の高齢者の検挙人員を二年と比較すると、殺人で約三・一倍、強盗で約一二・九倍、暴行で約五二・六倍、傷害で約九・五倍、窃盗で約六・八倍、遺失物等横領で約一一・八倍と急激に増加している。」「高齢者の入所受刑者人員は、最近二〇年間、初入者、再入者共に、ほぼ一貫して増加傾向にあり、また、入所受刑者全体と比べ、その増加傾向は著しい。」「高齢者の保護観察開始人員も、増加傾向にある。なお、高齢者の仮釈放率（平成二一年は二九・一％）は、出所受刑者全体の仮釈放率（同四九・二％）と比べて低い。高齢者では、引受人がいけないなど、釈放後の定住先が確保できないことが多いことなどによると考えられる。」（同二三頁～二四頁）

この高齢受刑者の占める割合が大きいと想像される「再犯者」の現況についても次のように記述されている。

「一般刑法犯により検挙された者のうち、再犯者（前に刑法犯又は道路交通法違反を除く特別法犯により検

挙げられたことがあり、再び検挙された者)の人員は、平成九年から増加し続けていたが、一九年からは三年連続で若干減少し、二一年は一四万四三一人(前年比〇・四%減)であった。再犯者率(検挙人員に占める再犯者の人員の比率)は、九年から一貫して上昇し続け、二一年は四二・二%(同〇・七pt上昇)であった。」「入所受刑者のうち、再入者(刑事施設の入所度数が二度以上の者)の人員は、平成一一年から毎年増加し、一九年からは横ばい状態にあり、二一年は二万五、五一八人であった。再入者率(入所受刑者人員に占める再入者の人員の比率)は、一六年から毎年上昇し続け、二一年は五四・八%であった。」「女子について見ると、再入者の人員は、平成一二年以降、増加傾向にあり、二一年は八二八人であった。再入者率は、男子と比べて低いが、一七年からは毎年上昇し続けている。」「平成一二年及び一七年の出所受刑者について、出所年を含む五年又は一〇年の間、各年の年末までに再入所した者の累積再入率(累積人員の比率)を出所事由別(満期釈放又は仮釈放の別)に比較すると、満期釈放者は、仮釈放者よりも累積再入率は相当高い。一二年の出所受刑者について見ると、一〇年内の累積再入率は、満期釈放者では六五・六%、仮釈放者では四四・一%であるが、五年内に再入所した者は、それぞれ、一〇年内に再入所した者の八九・二%、八一・六%を占めている。入所度数別に比較すると、入所度数が多いほど累積再入率は高く、特に入所度数が一度の者と二度以上の者の差は顕著であり、二度以上の者は、ほぼ半数を超える者が五年内に再入所し、入所度数を重ねるに従って、改善更生の困難さが増していくことがわかれる。」(同二五頁～二六頁)

この受刑者の高齢化と高い再入率の関係については、刑事政策の専門家などから、高齢者に対する刑務所の機能は再犯の防止から再犯の誘発へと変化しているのではないかとの厳しい指摘が相次いで寄せられている。次の

ような報告もその一つといえよう。<sup>(5)</sup>

かつては刑務所の受刑者の多くは二〇代及び三〇代であった。しかし、今では社会の老齢化を反映して、受刑者にも老齢化の現象が見られる。老齢受刑者でも働ける場合には刑務作業に従事することになる。しかし、身体的精神的に能力が落ちている者には軽い作業をさせることしかできない。更に能力が落ちている場合には他人の介護がなければ刑務所で生きていけない。病気が重くなれば医療刑務所で収容されることになる。北九州医療刑務所では老齢受刑者二人が車イス生活をしているのを目撃したことがある。老齢受刑者のうちで無期刑や長期刑の者は刑務所内で死を待つ者がいる。このような者を安らかに死なせることも刑務官の役割として要求されるのであろうか。老齢受刑者には引取り人がいない者が多い。その場合には満期で釈放となる。彼らは軽作業に従事したとしても、そこから得られる作業報奨金は小額である。刑務所から出た多くの老齢者は金が無く、無銭飲食や食べ物の窃盗などの小さな犯罪を犯して刑務所に戻ってくる。刑務所内で医療や介護を受けていた老齢者は釈放後、医療施設や老人介護施設に収容してもらうことが必要な場合がある。しかし、医療施設や老人介護施設は刑務所帰りの前科者の収容を認めることはまずありえない。彼は病気で倒れて救急病院に担ぎ込まれるか、小さな犯罪を犯して衣食住および医療や介護が整っている刑務所に舞い戻ることになる。一九九〇年代後半から重罰化が進み、老齢者の小さな犯罪でも、特に再犯者のその場合、以前よりも長期に刑務所に拘禁させることになる。これは犯罪被害者の感情を考慮した応報刑の貫徹の結果である。刑務所で処遇する場合の経費は社会福祉で対応したときの経費よりもはるかに高額なのである。また、犯罪傾向が進んでいない老齢者を刑務所に拘禁することにより、彼らに烙印を押し、再犯を強いて、本物の犯罪者に仕立て上げ

ているとすれば、かつてラベリング論者が指摘した弊害が顕著に出てくるといえよう。高齢者には福祉施設で対応して介護の必要な老人という自己イメージを持たせる方が、受刑者や前科者というイメージをもたせることよりも、本人のみならず、社会にとつても望ましいことではなからうか。

しかし、犯罪白書ではこの点についての言及は見当たらない。白書で力点が置かれているのは「重大事犯者の実態と処遇」である。ここでは、「各種統計資料等を精査し、さらに、重大事犯で受刑し平成一二年上半期に全国刑事施設を出所した者一、〇二一人（調査対象者）を対象に特別調査を実施して、重大事犯の発生の実態等を見るとともに、調査対象者の刑事施設出所後の一〇年間での再犯の有無を追跡して、再犯に及んだ者とそうでない者との比較等により、重大事犯者の再犯リスクの分析等を試み、その上で、刑事収容施設法及び更生保護法の下、現在行われている重大事犯者に対する処遇を踏まえて、重大事犯に対処するための刑事政策上の課題について考察を行った。」（同三六頁）とされる。再犯防止のための重罰化の必要性とそのための方の長期収容を所与の前提とした上で、再犯者に対する特別な再犯防止対策の必要性和有効性が論じられている。そして、その「結び」で次のように結論されている。

「再犯リスクが大きく、そのため仮釈放が許されず、許されるとしても、その期間が短期間である者は、保護観察による指導監督・補導援護の必要性が高いというべきであり、これに対する対策についても、検討することが必要であるように思われる。」（同六一頁）



欧米とは異なる社会内処遇の活用の方が目指されていることは明らかであろう。違いは担い手の面でも現われている。「施設内処遇から社会内処遇へ」という動向を国の財政的負担の軽減という観点から説明する欧米諸国などでさえも、専門的な知見がないと保護観察を実効的に行うことはできないとして、専門家の公務員の定員を増やして、これに保護観察を専掌させている。<sup>(6)</sup>これに対して、日本の場合は依然として保護観察を市民ボランティアの手に委ねるといふ方式を維持している<sup>(7)</sup>からである。

(1) 内田博文『ハンセン病検証会議の記録―検証文化の定着を求めて』(二〇〇六年、明石書店)一二七頁以下などを参照。

(2) 高橋直哉「共同体主義と刑罰論」法律時報七八卷三号(二〇〇六年)三三三頁によれば、「犯罪の問題について考える場合、加害者の側に立つことは、公共心を陶冶された善良な市民にとってもなお相当に躊躇されることではないかと思われるが、そのような人々の意見が集約された形で形成された民意は、時として、犯罪者に対する過剰な厳罰傾向を伴って露出するかも知らない。」とされる。また、松村良之「社会学・社会心理学と刑罰論」同七八卷三号四六頁によれば、「一般人に対する調査の結果によると、「社会の成員が潜在的犯罪者であるという単純抑止のモデルが現実的でないことを示している。」とされる。

(3) 二〇一一年八月五日～九日、神戸市内で開催された国際犯罪学会第一六回世界大会において日本更生保護協会・全国保護司連盟主催(日本犯罪心理学会後援)で開催されたシンポジウム「日本の社会内処遇における多機関連携によるアプローチ」(八月七日午後、神戸国際会議場一階メインホール)における欧米諸国等の研究者の報告などを参照。日本の場合、矯正職員の過重労働に加え、受刑者の経理作業等のために、欧米に比べて、刑務所の維持コストは高くないということであろうか。

(4) もっとも、平成一六年度版犯罪白書は、「過剰収容の深刻化」という項目を設け、過剰収容の背景として、犯罪

情勢の悪化と並んで、「刑期の長期化傾向」とりわけ、「裁判所によって言い渡される刑期の長期化」を挙げるとともに、過剰収容の悪影響として、①ストレスの増加により好ましくない心理的影響を及ぼすなど、受刑者の居住環境に悪影響を与えること、②受刑者間や受刑者と職員との間でのトラブルが増加すること、③分類処遇などの適切な矯正処遇の実施に対して悪影響があること、などを指摘していた。しかし、平成二二年度版犯罪白書では、「過剰収容」という項目は依然として残されているものの、記述は抑制的である。「収容率は、平成五〜一四年に大幅に増加したが、一七年から毎年減少し続け、二〇年二月三一日において、収容定員八万七、七五四人（このうち既決の収容定員は七万二九二人）に対し、八七・六％（既決九七・六％、未決四七・二％）であった。同日現在において、収容人員が収容定員を超えている刑事施設（本所に限る。）は、全七六施設中二八施設（三六・八％）であった（法務省矯正局の資料による。）」となっている。しかも、過剰収容の悪影響として取り上げられるのは職員の業務負担増という問題である。「過剰収容は、刑事施設における職員の業務負担を増加させるが、これを刑事施設の職員一人当たりの被収容者負担率（各年における刑事施設全体の一日平均収容人員を職員定員で除した数値）で見ると、平成一〇年の三・〇四から一八年には四・四八まで上昇し、二〇年も四・二四と高い水準にある（法務省矯正局の資料による。）」とされる。国によれば、過剰収容の問題の中心は刑事施設における職員の業務負担の増加という点に置かれていることがうかがえる。

なお、二〇〇七年五月二六日に名城大学天白キャンパスで開催された日本刑法学会第八五回大会では「施設内処遇から社会内処遇」という共同研究分科会がもたれたが、その報告のなかで、染田恵・法務省法務総合研究所研究部長研究官（当時）は、「拘禁刑は、慎重な犯罪者の再犯危険性評価に基づいて、累犯傾向の高い重大な暴力犯罪者など、真に社会の安全に対する深刻な脅威となりうる者を選択的に無害化（selective incapacitation）するための、最後の選択肢として用いられるべきで、それ以外の分野では、可及的に犯罪者の社会内処遇が活用されるべきものと考えられる。そのためには、非拘禁措置（社会奉仕命令を含め多様な形態がある。）、及び拘禁した場合でも、できるだけ早期

に釈放するための措置（中間処遇を含め法的介入期間や多様な形態の早期釈放制度の整備）に関する選択肢について、法制面及び実施体制面の整備が必要である。」（同「社会奉仕命令・中間処遇の導入に向けての課題」刑法雑誌四七巻三号一四七頁）と主張している。

(5) 二〇一一年一〇月二二日および二三日に立命館大学（京都市）で開催された第三八回犯罪社会学会大会のシンポジウム「刑務所とは何か―刑務所に入ることが、なぜ刑罰でありうるのか―」およびその打合せにおける横山実教授の報告「刑務所の構造と機能の分析」を参照。

(6) 前述のシンポジウム「日本の社会内処遇における多機関連携によるアプローチ」における欧米諸国等の研究者の報告などを参照。

(7) 前述の国際犯罪学会第一六回世界大会において同じく日本更生保護協会・全国保護司連盟主催（日本犯罪心理学会後援）で開催されたシンポジウム「保護司の参加による犯罪者の立ち直り支援と犯罪予防活動」（八月八日午前、神戸国際会議場三〇一号室）における日本側の報告などを参照。

## 二 近代的な刑罰制度の社会的・文化的・歴史的意義

刑務所を受け皿とする近代的な自由刑を中心とする刑罰制度の社会的・文化的・歴史的意義については、これまで多くの論者による優れた分析が積み重ねられてきた。この分析から多くを学び、さらに発展させていくことは、日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論・刑務所論を構築していく上でも必須不可欠の作業だといえよう。というのも、次のように指摘されているからである。

「忘れてならないのは、刑罰は我々の想像以上に社会的・文化的・歴史的な構築物であり、実は、刑法教科書

のなかにある「刑罰論」も、近代以降の支配的な刑罰形態である拘禁刑を暗黙の前提としている。たとえば、応報・教育という目的論の対立も、刑務所という具体的な刑罰装置を前提として、初めてその意味の対抗が明らかになる。ルツシュが指摘したように、刑罰そのものなどというものは存在しないのだ。このことに気づかなければいけない。あるのは刑罰という名の具体的制度と特定の慣行だけなのである。<sup>(8)</sup>

刑罰が、そして、刑務所が現実にとどのような機能を果たしているかを抜きにしてあるべき刑罰論・刑務所論を語り得ないことも自明のことであろう。それでは、日本の刑法学はこのような分析に十分に組みこんできたといえるのだろうか。残念ながら、否といわざるを得ない。この点についても、次のように批判され、問題提起されているからである。

「刑法の教科書を開けば、その初めのほうで、応報・教育、一般予防・特別予防、さらには消極的一般予防・積極的一般予防等々の抽象的な概念とともに、刑罰の目的、機能、根拠等の「刑罰論」が語られている。私には、これが大いに不満だ。刑法の議論において、刑罰論はあまりにも抽象的で、もっぱら規範違反を具体化した犯罪との関係からその意義が説かれ、いわば犯罪の従属変数として議論されている。刑罰もまた解釈論のなかにあるのだ。」<sup>(9)</sup>「刑務所という刑罰の歴史的具体的形態を所与として……、観念的に収容期間の軽重のみを議論する刑法解釈論からは、刑務所への収容が制裁手段としてこれを創造した社会・文化・歴史的構造のなかで果たす現実の機能が問われることはない。」<sup>(9)</sup>

「犯罪被害者に関する報道や裁判員制度の導入のなかで、犯罪問題に対する人々の関心には、近年、目を見

張るものがある。犯罪問題への関心が年々大きくなるなかで、刑罰に対する関心もしいに高まっているはずなのだが、研究者の検討の中心は、量刑とその基礎としての責任に対応して観念される刑罰や、厳罰化がもたらす刑務所人口の統計上の増減を説明するために数量化された刑罰にあったといえる。犯罪者の社会復帰を促進するために、その就労支援等の実務的課題が提示され、矯正と福祉の連携の必要性が再認識される場合にも、刑務所収容の刑罰性、つまり、「刑務所に入れる」ことが「刑罰を科す」ことであるという前提自体は、実は自明のものと考えられてきた。「その意味で、研究者は、厳罰化傾向のなかで刑罰と刑務所について多くの言葉を書きながら、その外側をなぞることに専心していたともいえる。刑務所収容という刑罰の形式選択とその意味、つまり、「罪の重さを抽象的な時間で測り、その期間、労働を科し、あるいは、移動の自由を制約する」特殊な強制形式のもつ、歴史的意義や社会的合意については、必ずしも十分な関心は払われていない。振り返ってみれば、この分野の研究者とこうした観点からの刑罰に関する検討との距離は、この四半世紀の間に少なからず広がっている印象も否定できない。かつて標準的な刑法教科書において、その四分の一が割かれていた刑罰論は、近年の大部の体系書においてもその記述は僅かに数頁を数えるにすぎない。他方で、リスク社会論への関心とともに規律社会分析の起点となった刑務所の社会的機能に対するかつての関心は急速に失われつつあるといえる。そうした理論状況が刑罰への関心の方向性を一面的に決してきたことは否定できない。」

「しかし、刑務所に帰りたいがために出所後に犯罪を行う一群の高齢受刑者の増加は、先に言及した観念化と数量化による刑罰理解の前提を構成する犯罪と刑罰についての自明な関係を改めて問題化するものといえ、それゆえ、犯罪と刑罰の関係の自明性を問い返す視点からも、なぜ、刑罰という言葉から人々が刑務所への収容を自然に連想するまでに、刑務所収容が刑罰としての意味をもちえているのか、刑務所へ犯罪者を収監するこ

とがなぜ刑罰となりうるのか、いわば、刑務所収容の刑罰性について学術的な検討を学際的に行う必要性があると考えるに至った。<sup>(10)</sup>

それは刑務所論についても同様で、刑務所収容という刑罰形式の歴史的意義とその社会的機能についての関心を持たずにいるといえよう。行刑改革会議による次のような自省もみられるのである。

「我々の多くは、刑務所について、これまでほとんど興味をもって見聞したことがなかった。そこで、まずは勉強から始めざるを得なかった。」「これまで刑務所について多くを知らなかった大多数の委員にとつて、それは驚きであった。いわゆる「塙の中」で、受刑者がどのような生活を送っているのか、今まで知らなかった。また、刑務所の中からの声も聞こえてこなかった。刑務所の「塙の高さ」を感じた。その塙の高さ故に、世間から隔絶され、世間の関心が向けられることなく取り残されてきた世界であると感じた。その閉鎖的な世界の中で、社会内にある我々が普段余り経験することのない秩序が形成され、その中で第一線の刑務官が、過重な負担に耐えながら、必死に、真剣に職務を行っている姿が見えた。」(同会議報告書一頁)、「かつての行刑は、いわゆる「塙の中」のものとして、国民の関心も薄く、職員も、行刑の密行性を強く意識する余り、国民に十分な情報発信をすることなく、独自の世界を築いてきたのではないかと思われる」(同八頁)

問題は、近時の日本刑法学において、このような傾向が克服されつつあるのかという点である。そこで、次では、近時の日本刑法学の動向を概観することにしよう。

(8)(9) 赤池一将他『刑事法入門「第二版」』(二〇一二年、法律文化社) 一三二頁。

(10) 前述のシンポジウム「刑務所とは何か―刑務所に入る―」が、なぜ刑罰でありうるのか―および打合せにおける赤池教授のコーディネーター・コメント。

### 三 近時の日本刑法学における刑罰論の動向

周知のように、近時の日本刑法学においては、刑罰論を巡ってかなり流動的な状態が生じている。これには、戦後、長らく支配的な地位を占めて来た相対的応報刑論ないし消極的予防論に対して、刑罰正当化の根拠を有していないのではないかとという疑問が提示されたことも与っている。相対的応報刑論については刑罰論を空洞化させたとの批判も寄せられている<sup>(11)</sup>。

その結果、応報刑論においては、「絶対的応報刑論のルネッサンス」が語られている<sup>(12)</sup>。形而上学的な絶対的応報刑論が戦前の権威主義国家(ナチスドイツ、天皇制国家)の秩序の維持・強化に寄与したことへの反省から、罪刑均衡原則(「目には目」以上の刑を科せられない)を基礎づける理論として支持を集めた相対的応報刑論が退けられ、絶対的応報刑論が再評価されている。そして、この再評価されるべき絶対的応報刑論とは、応報刑論の内容を、従来のイメージのように「目には目」という物理的な同害報復として捉えることなく、むしろ現実の法秩序の規範妥当の回復を念頭に置いた規範的な刑罰論として理解する立場であるとされる<sup>(13)</sup>。道徳的義務違反が応報主義的刑罰の対象となるとし、リーガル・モラリズムという「素朴な見解」を正当化するムーアらの応報主義的・リーガル・モラリズム的刑罰理論も注目されている<sup>(14)</sup>。

戦後は「カント、ヘーゲルとの訣別」という標語の下に目的合理主義的な刑法理論の構築が目指され、一般予

防、特別予防を軸とする刑罰論が展開されたが、その一般予防論においても、従前の消極的一般予防論に代えて、積極的一般予防論が支持を集めている。その牽引役を務める井田良教授によれば、次のように説かれている。

「最近の刑事立法の活性化は、現代社会がその内部に、根本的価値観を共有しない社会構成員を生み出すに至ったこととも関係している。そのことは、いうまでもなく日本でもドイツでも同じである。単に価値観が違ふというのではなく、もはや一般市民と共存することがおよそ不可能なほど、根本的価値観を異にする人々から成る犯罪組織、宗教団体、政治集団等に対しては、従来のような刑罰権介入の厳格な制限じたいが根拠を欠くものとなり得るのである。問題は、組織的な犯罪集団への対応を目的として設けられた刑罰法規が、組織犯罪の局面に限らず、一般的な犯罪にも適用されるという現象であろう。もともと組織の活動として実行されることを予定した処罰規定であっても、取扱いの平等の見地から、また、規定の実効性を保ち、脱法的な行為をも補足するため、組織の活動として行われることを適用の要件としないことも多い。……ここにおいては、組織犯罪を予定した立法に見られる例外的な原理が、通常の刑法の領域を支配する一般原理を浸食するおそれや、どうかいとめるか、しかし逆にいえば、通常の刑法の領域を支配する一般原理がいわば桎梏になって組織犯罪に対し十分な対応ができないという問題についてどう考えるかが検討されなければならないように思われる。私には、ドイツにおいて、ヤコブスが、『市民刑法』と『敵刑法』とを対置して提起している問題の最も重要なポイントはここにあるように思われるのである」<sup>15)</sup>

井田教授によれば、このように説かれている。近時は、国民の「安心感」そのものを保護法益としているよう



な立法も見受けられる。たとえば、一九九九年に施行された無差別殺人団体規制法や、二〇〇〇年に施行された組織犯罪処罰法、二〇〇二年に施行されたテロ資金提供処罰法という一連の組織犯罪対策立法は、「国民の生活の平穩」といったものを立法目的として掲げている。

近時は「マナーからルールへ」という標語の下に多くの地方自治体の条例によって路上喫煙、ポイ捨て等の迷惑行為が新たに刑罰や行政制裁の取締対象となっている。そして、多くの社会問題の管轄が福祉、医療等から刑事司法に移行されている。これを積極的に評価する声もみられる。

「社会生活を送る上では必ずルールが必要である。それを法という形に高めて、何をしてはいけないか、何が犯罪になるかが決められている、その法によれば何をどのようにすれば犯罪になり、どのように罰せられるのか—というぐらいの基本は教えておかなければならないと思う。<sup>(16)</sup>」

たとえば、このような声がそれで、積極的一般予防論の主張とも一致する。

特別予防論においても、積極的特別予防論の展開がみられる。犯罪者の社会復帰を助けるという人道主義的な意味合いが強調され、社会内処遇の重視という風潮と相まって、ポジティブに評価されることも多い。

しかし、これらの刑罰論については本質的な批判も加えられている。一般人の規範意識の維持・強化を目的とするという積極的一般予防論は、以前の権威主義国家体制の維持・強化に奉仕した応報刑論とどこが異なるのか。結局のところ恣意的なお上の規範の訓育、押し付けを正当化する理論ではないか。絶対的応報刑論も積極的一般予防論と同様の問題を内包しているのではないか。<sup>(17)</sup> これらの批判がそれである。積極的特別予防論についても、

「強制的な刑罰の効果として再社会化の働きかけが要請されるという、受刑者の拒絶を許さない強制のモメントと結び付くものがそこにはあるはずであり、犯罪者個人の利益ではなく、むしろ犯罪者を改善させて社会復帰後には犯罪を行わないような人間に変えるという社会の側の公の利益を考慮するものであることを否定できないのではないか」といった批判が加えられている。日本の刑罰論は市民のためのものとはなっていない。むしろ、お上の価値観を内面化させている「市民」を作り出すための手段に利用されているのではないか。このように評価される所以である。

しかし、より重要なことは、応報刑論、一般予防論、特別予防論、いずれの刑罰論も重罰化を肯定し、「コップの中の争い」と化しているという点である。<sup>(19)</sup> 積極的一般予防論についても、「刑罰の社会的機能を問い返す試みともいえようが、「刑罰がなぜ刑務所という形態をとるのか」という前提を問い返すことがなければ、その議論は厳罰論の高まりのなかで危険な役割を果たすことにもなりかねないといえよう。」<sup>(20)</sup> と指摘されている。

一般予防論が、罪刑均衡原則を越えた重罰を正当化する側面の他方で、予防効果がなければ刑罰は正当化されないことによつて実際の抑止効果を具体的に国家に挙証させるという、とくに死刑などで問題となる意義を有していたことはもはや省みられなくなっている。刑務所が威嚇を基礎に置く限り、施設内での労働を含めた処遇も懲罰的色彩を深めざるを得ないという側面、<sup>(21)</sup> あるいは、威嚇を担保するために受刑者の生活条件および労働条件を施設外の就業者の最低線よりも低く設定することから、<sup>(22)</sup> 最低賃金や生活保護費の引き上げを抑制する機能を持ち得るといふ側面も視野から外されている。

重罰化への傾斜には、井田教授らの「パラダイムの転換」論<sup>(23)</sup> が大きく与っているといえよう。国際的には二〇〇一（平成一三）年九月に勃発したアメリカ同時多発テロ事件を契機として提唱されたもので、刑事法における

対立軸を、従前の「国」対「市民」から、「国及び市民」対「社会の敵」へと転換すべきだという主張である。そこでは、国の刑事政策についての姿勢も、チェックないし批判から、追認ないし後押しへと大きく変化することになる。日本では敵味方刑法の見地からの檢察官主導の重罰化を後押ししている。

日本の刑法学の刑罰論の中心は、依然として、機能主義的な刑罰効果論にあるといえるが、近時、様々な領域を通じて刑罰法規が日常生活の隅々にまで浸透する現象がみられる。それに呼応する形で、「制裁の多様化」、すなわち、刑事制裁自体の多様化と刑事罰以外の制裁手段の活用という主張も登場している。たとえば、経済刑法の領域を例に挙げると、規制緩和による事後チェック型社会の到来に向け、競争秩序を脅かす行為に対する制裁強化を通じてルールの明確化が必要とされ、そのような広い網にかかった全ての行為に実刑を科すのは適切でないため罰金やより実効的な行政制裁の活性化が必要となっている。このような主張がそれである。看過されがちなマイノリティの権利ないし利益の刑法的保護も議論されている。佐伯教授によれば、その主張を一言でいえば、「制裁を多様化し、各制裁の適切な役割分担を図ることによって、適正で効率的な制裁制度を構築すべきである」といわれる。<sup>24</sup>

法哲学や憲法学の世界でも法的パターンリズムを再評価する見解が有力となっている。田中成明教授によれば、次のように説かれている。「適正に自己決定できる者」と「適正に自己決定できない者」とを区別した上で、後者について、「不道徳な行為が当事者間の合意によって密に行われている限り、処罰すべきでないが、その行為が公然と行われ一般の人々を不快にさせる場合にもみ、それを理由に処罰することができるとする原理」（不快原理）や、「各人の全体的な人生構想において周縁のないし下位にある関心や欲求を一時的に充たすために、長期的な人生構想の実現を取り返しのつかないほど妨げたり、そもそも何らかの人生構想を自律的に形成・追求

する能力自体を決定的に損なったりするおそれの大きい場合などに、一定のパターナリズム的干渉を行うこと」(法的パターンリズム)が、道徳問題への法的な規制・介入原理として論議的になってきているとして、生命・身体<sup>(25)</sup>の安全や健康の維持などに限らず、道徳・経済活動・社会保障などに関しても、さまざまなパターンリズム的干渉が正当化できるであろうとされる。

日本の刑法学の関心は、近時、厳罰化の動向のなかで刑罰論に向いているが、その関心は量刑とその基礎としての責任およびこれに対応する限りで観念される抽象的な刑罰論に限定されているのが現状である<sup>(26)</sup>。そこで前提とされているのは、あくまでも、自らが受刑者になるとは想定もしていない人たちの、そして、「刑務所に戻りたい」という元受刑者がいるなどとは想像もつかない人たちの刑罰観であり、刑務所像である。刑罰の現実の名宛人であり、刑務所に実際に収容される人たちの刑罰観、刑務所像は埒外に置かれている。いわば非当事者による、非当事者のための、非当事者の刑罰論、刑務所論といえようか。

(11) 花岡明正「刑罰論の現状と課題―相対的応報刑論の検討」前野育三先生古希祝賀論文集『刑事政策学の体系』(二〇〇八年、法律文化社)一一四頁以下などを参照。

(12) 飯島暢「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」香川法学二六卷三・四号(二〇〇七年)三三二頁などを参照。

(13) 前掲・花岡明正「刑罰論の現状と課題―相対的応報刑論の検討」など。なお、応報刑を純粹に解釈すれば、刑務所では、罪を犯した応報として、受刑者に罪に相応した苦痛を与えることが目的となる。しかし、日本では社会復帰モデルを目指す矯正処遇の理念が主流であり、単なる応報目的の処遇は現在行われていない。この点が「絶対的応報刑論のルネッサンス」においてどの程度、考慮されているかは不明である。

- (14) 宮崎真由「法による道徳の強制」再考(二)『法学論叢』一六五巻四号(二〇〇九年)七七頁以下および同・再考(二)・完 同一六六巻一号(二〇〇九年)一一四頁以下などを参照。
- (15) 井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価―ドイツとの比較を中心に」『刑法雑誌』四三巻二号(二〇〇四年)二七八頁。
- (16) 藪内英源(国際安心安全協会専務理事)『安心の原点』(二〇一〇年、イースト・プレス)三二頁。なお、警察庁は、アメリカの犯罪学者のジョージ・ケリングの考案になる「割れ窓理論」(G・L・ケリング/C・M・コールド)『割れ窓理論による犯罪防止―コミュニティの安全をどう確保するか』(二〇〇四年、文化書房博文社)などを参照)を採用し、平成一四年度版『警察白書』において、「犯罪に強い社会を構築するためには、これまで取締りの対象外であった秩序違反行為を規制することにより犯罪の増勢に歯止めを掛けることも重要な対策の一つであると認められる。」(同第一章第三節)とした。また、これに先立って、北海道警察札幌方面中央警察署は、「割れ窓」を違反駐車に置き換えて、違反駐車の徹底的な取り締まりを行った。
- (17) 櫻庭総「新たな正当化戦略の問題点とその『市民』像」九大法学九五号(二〇〇七年)五七八頁以下などを参照。もっとも、松宮孝明「『過剰収容』時代の重罰化」『法律時報』七七巻三号(二〇〇五年)によれば、このような「積極的一般予防」論の理解は誤解であるとされ、次のように説かれている。「積極的一般予防」とは、もともと、威嚇や損得勘定を犯罪抑止の梃子とする「消極的一般予防」に対して唱えられた言葉で、社会の中でよくないとされている行為を犯罪として処罰することで、人々の中にある規範意識、または規範そのものが維持されるとする考え方である(そもそも、「規範」は理性的な存在である)。「消極的一般予防」は、人々をいわば潜在的犯罪者とみなし、刑罰という害悪による恐怖や功利的計算で人々の行動をコントロールしようとする刑法観に立つものである。これに対して、「積極的一般予防」は、人々を社会の担い手Ⅱ「市民」とみなし、この「市民」に共有されている規範(その社会のアイデンティティーを形成している規範)を維持することが、刑罰ないし刑法の機能であるとする。人々を統制の対

象としてみるのか、それとも、社会の担い手とみるかによって、この二つの刑罰論—より正確には刑法観—は鋭く対立するものとなる。」(三頁)

ただし、松宮教授が注目される、この「市民」に共有されている規範について、浜井浩一『実証的刑事政策論』(二〇一一年、岩波書店)三四一頁は次のように分析している。「一見寛容な刑事司法運用が可能であったのは、フリーが指摘するように、日本の刑事司法が検察官を中心とする強力な官僚機構の統制下であり、彼らが、刑事司法の予算・人員とその処理能力や人権などを考慮に入れつつ、効率的に事件処理を行っていた結果なのではないだろうか。そこでは、犯罪被害者だけでなく犯罪加害者ですらも当事者ではなく、検察官を中心とする法律家が主役だったのかもしれない。ジョンソンはその著書の中で、日本の社会は必ずしも再統合的な社会ではなく、一般市民はアメリカ人と同様に犯罪者に対する処罰感情が厳しいことを指摘している。……そして、ジョンソンは、世論の厳罰化感情と検察官の關係を次のように述べている。「世論が厳罰化し、それを主張しても、検察官は、そうした声に応えないことによる選挙での心配をする必要が全くないため、その主張には正当性がない、賢明でない、無分別であるとして無視することができる。」

浜井教授の指摘するように、「市民」に共有されている規範が「犯罪者に対する処罰感情が厳しいこと」だとすれば、「積極的一般予防」論は厳罰化を肯定する理論ということになる。

(18) 前掲・花岡明正「刑罰論の現状と課題—相対的応報刑論の検討」九七頁。

(19) この点で、「●特集●刑罰思想の現在と課題—法定刑引き上げの意味するもの」法律時報七八巻三号(二〇〇六年)四頁以下に寄せられた論稿は興味深い。そのよって立つ刑罰論から法定刑の引き上げについて評価を下している論稿も多数、含まれているが、それらは、そのよって立つ刑罰論を異にするものの、法定刑の引き上げに疑問を呈しているからである。

(20) 前掲・赤池一将他『刑事法入門「第二版」』一三二頁。

(21)(22) 同一三五頁などを参照。

(23) 井田良「最近における刑事立法の活性化とその評価―ドイツとの比較を中心に」刑法雑誌四三卷二号(二〇〇四年)二七八―二七九頁などを参照。

(24) 佐伯仁志『制裁論』(二〇〇九年、有斐閣)の「はしがき」から。

(25) 田中成明『法学入門』(二〇〇〇年、放送大学教育振興会)八三―八八頁。

(26) 前掲の「●特集●刑罰思想の現在と課題―法定刑引き上げの意味するもの」を企画した高橋則夫教授は、「企画の趣旨」の中で、次のように述べている。「法定刑の引上げ等の改正については、これまで多くの論稿が公刊され、共同研究も何回か開催された。しかし、多くの議論は、量刑実務に関わるものであり、この点はもちろん実践的・理論的に重要な問題であることには間違いないが、「法定刑とは何か」さらには「刑罰とは何か」という根本問題にまで遡る議論は、必ずしも十分行われてこなかったように思われる。」(同三号四頁)

#### 四 事実を前提としない議論、本質を語らない議論

このような日本の刑法学の刑罰論ないし刑務所論については、事実を前提としない議論ではないかとの厳しい批判が元実務家らから寄せられている。

「高齢化は先進国に共通する問題であるにもかかわらず、高齢犯罪者の増加、そして高齢受刑者の増加という問題は、日本だけの現象である……。……しかも、多くの高齢受刑者の犯罪事実は累犯といえ少額の万引きや無銭飲食など軽微な犯罪ばかりである。これは、刑法の考える刑罰の効果として理にかなっているものなのだろうか。なぜ日本だけでこのような現象が起きているのだろうか。答えは簡単である。日本の刑罰理念や



その運用が事実を前提としていないからである。……刑罰の機能や効果を事実ではなく、理論や論理だけに基づいて考えた結果、気がついたらこうなっていたのである。<sup>(27)</sup>」

たとえば、このような批判がそれである。「治安悪化」神話が「事実なき神話」だということの国民への説明も研究者の側からは一部の者を除いてほとんどなされていない。専門家が法制審議会や国会などにおける科学的な議論の不在を正当化する役割を果たしているといってもよい。実証的な刑事政策論を打ち立てる必要性が説かれる所以である。<sup>(28)</sup>従来の刑罰論は、国家が法の逸脱者に対して何故、刑罰を科しうるかという形而上学的な論点をめぐって展開されており、どのような刑罰を科すべきかという論点は看過されてきたのではないか。実務家からのこのような指摘<sup>(29)</sup>もみられる。

しかしながら、致命傷はそれだけではない。刑罰を正当化する規範的根拠についても語らなくなっている。現象面のみを捉えると、死刑は殺人行為で、自由刑（懲役・禁錮）も監禁行為に他ならない。では、なぜ犯罪行為者に対し、国家による最も峻厳な法的効果として、このような刑罰という害悪を科すことが正当化されるのだろうか。刑罰ないし刑務所は、使い方次第では、独裁国家のそれに典型的にみられるように、「市民的自由を守る最後の砦」よりは、「市民的自由を侵食する究極の国家的ツール」に化し得る。どうすれば、それを阻止し得るのだろうか。その担保とは何か。これらの問題を取り扱うのが本来の刑罰論だが、日本の刑法学の刑罰論は、事実を踏まえつつ、これらの問題に対し、日本国憲法が採用した法原理に則った回答を用意してきたのだろうか。<sup>(30)</sup> 前述したように、戦後、長らく支配的な地位を占めて来た相対的応報刑論ないし消極的予防論に対しては刑罰正当化の根拠を有していないのではないかという疑問が提示されており、これに代わるものとして提



唱されている絶対的応報刑論も、積極的一般予防論も、積極的特別予防論も本来の刑罰論とはほど遠いものがあるからである。行刑改革会議の提言でもこのような刑罰論について語られるところはない。「刑事施設および受刑者処遇等に関する法律」にみられる刑務所「改革」論についても、「国家的ツール」という面がまだまだ濃いついとの分析がみられる。<sup>31)</sup>

「治安悪化」神話およびこれによる「厳罰化」傾向の中で、国家刑罰権の正当化根拠を「国民の規範意識」の中にある「非難可能性」ないし「処罰要求」という、個人の価値観に大きく依存する、プリムティブな刑罰観に求め、それ以上の検討は棚上げにする他方で、機能主義的な刑罰論によって刑罰の効率化、それも事実を前提としない机上の効率化を追求するという動きが、近時の刑法学においてはますます強まっている。その典型例は前田雅英教授らの刑罰論である。次のように説かれている。

「刑罰システム全体の機能は、日本国民の利益の保護、なかならず広い意味での犯罪防止に存すると解すべきである。社会にとって重大な害悪である犯罪を除去し秩序を安定させて国民によりよい生活を確保するからこそ、「害悪」である刑罰も正当化され得る。刑罰とは、犯罪防止と犯罪者の再社会化の為の道具なのである。その意味では、目的刑論が正しいが、ただ、このような刑罰の目的を、実質的に達成しようと考えたと、「応報」という概念が必要となってくることに注意しなければならない。(原文では改行)まず、国民の倫理・道徳観念や規範意識を媒介とすることなしには、刑罰は機能し得ない。「人」に一定の行動を期待する以上、国民の規範意識に働きかける必要があることは争いが無い。「殺人と傷害致死では前者が重く、恐喝と強盗では後者が重い」というような序列づけは一般の国民の意識の中でかなりの一致がみられる。このような社会に実在

する「おおよその一致」が重要なのであり、形而上学的な応報概念は、無意味なのである。<sup>32)</sup>「刑罰の目的は国民の利益を増進することであり、その目的は国民の納得する合理的刑罰システムでなければ、十分に達成し得ない」ということから応報、すなわち罪刑の均衡や責任の概念が導かれる。刑罰制度が社会内で有効に機能していくには、刑罰が国民の規範意識に裏づけられていなければならない(岡上雅美「量刑判断の構造序説」早大法研論集四八・一〇四参照)。国民の正義感情に著しく反する重い刑罰は社会の安定を導き得ない。国民が納得するためには「罪刑の均衡」も必要なのである。ここで、刑罰目的には「犯罪の效果的防止」「犯罪者の社会復帰」などの表面に出やすい効果に加え、広い「社会的安定機能」が存在することを考慮しなければならない。すなわち、刑罰は現代社会においても、被害者の報復感情の鎮静化や、犯罪抑止効果を有する倫理・道徳の維持ないし増強という役割を果たしていることは否定し得ないのである。<sup>33)</sup>「今後の刑法理論は、個人の尊厳や人権保障を指しつつ、それと適合し得る範囲で犯罪抑止と犯人の再社会化に有効な刑罰の内容を考えたいかねばならない。それ故、経験科学の成果を踏まえ、かつ現代の社会的要請に応じ得るものでなければならぬ。そのためには、やはり一般予防効果を高める方法、さらには、現在学説上非常に厳しい評価を受けつつ日夜実践されている特別予防効果(矯正)の改善・理論的發展などが図られなければならない。」<sup>34)</sup>「責任主義は、従来、応報刑論・道義的責任論と本質的に結びつくものと説明されてきた。しかし、近時、「実質的(可罰的)責任」等の語を用いて、犯罪予防効果と責任主義の関連が議論されるようになってきている。本書では、さらに一歩進めて、積極的に目的刑論から責任主義を導くべきだと考える。刑罰は広い意味での犯罪防止効果を有するから正当化されるが、犯罪防止効果を得るためには、一般人からみて、その処罰が納得のいくものでなければならぬ。それ故、一般人から見れば非難可能な行為のみを処罰しなければならないのである。」<sup>35)</sup>「責任

評価の基準は、一般人を基準に判断せざるを得ないし、またそうすべきなのである。刑法上の責任論では国民一般を基準とした「非難可能性」を問題にしなければならぬ<sup>(36)</sup>。「非難可能性とは、その国・その時代の国民の規範意識の中にこそその実体が存する。その意味で、地域や文化、時代により変化するものなのであり、不变的で普遍的に正しい非難可能性の内実を求めること自体、誤りなのである。(原文では改行) 刑法の責任論の実質は、この変動し得る非難可能性の内容を、個別具体的問題の中から、行刑理論等も参考に、科学的方法を最大限に利用しつつ、明らかにしていくことにある」<sup>(37)</sup>」

赤池教授らの警鐘にもかかわらず、日本刑法学の刑罰論、刑務所論は、日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論、刑務所論からますます遠ざかりつつあるといえよう。刑務所について、そして、どのような刑罰を科すべきかについてますます語らなくなっている。

(27) 前掲・浜井浩一『実証的刑事政策論』四〇四頁。

(28) 同『実証的刑事政策論』などを参照。

(29) 前述のシンポジウム「刑務所とは何か―刑務所に入ることが、なぜ刑罰でありうるのか―」における新海浩之矯正長(千葉刑務所教育部長)の報告などを参照。

(30) 前掲・高橋則夫「企画の趣旨」でも次のように指摘されている。「ある政策を採る場合に、その背後にある思想を明らかにし、その次元の問題を議論することなしに、一定の道筋は見えてこないはずである。すなわち、その道筋とは、「われわれはどのような社会を形成しようとしているのか」ということである。」「欧米では、近時、刑罰論に関する議論が活発化している。特に、刑罰と(法)哲学、政治思想、社会学、心理学などとの関わりを問題とする論

稿が数多く登場している。」「これに対し、わが国では、相変わらず、応報か特別予防か一般予防かという論争にとどまれていることと好対象であろう。もつとも、近時は、積極的一般予防をめぐる展開、応報の再評価などの議論が行われているが、より大きな視点から刑罰を考えるという方向性はいまだ緒に就いてもいないのである。」(同三号四頁)

(31) 土井正和「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律案」について」法律時報七七巻五号(二〇〇五年)一頁などを参照。

(32) 同『刑法講義総論(第三版)』(一九八八年、東京大学出版会)三三三頁。

(33) 同三四頁。

(34) 同三七頁。

(35) 同五八頁。

(36) 同五八～五九頁。

(37) 同二六五頁。

## 五 国家、社会のあり方と刑罰、刑務所

日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論、刑務所論を検討する場合、刑罰ないし刑務所が現にどのような機能を果たしているかを正確に把握しておくことがその前提作業となろう。それでは、この機能とはどのようなものであろうか。そこにどのような変化がみられるのであろうか。国家のあり方、社会のあり方がこの機能に大きく関わっているとすれば、近時の日本が向かおうとしている国家、社会のありかたとの相関の中で、この機能も測定されなければならないといえよう。

この国家、社会のありかたについては、それを「活力ある福祉社会」というグローバル리즘の名の下に進行している「福祉国家から刑罰国家へ」の政策転換の中に求める理解が有力となっている。<sup>(38)</sup> すなわち、貧乏人には福祉手当ではなく監獄をあてがう、つまり、貧困を犯罪化する方が国家予算を削減できて効率的だという政策転換がそれである。そして、この「活力ある福祉社会」とはその実、参加・自立できない者を貧困という「檻」の中に隠蔽する「排除型社会」と表裏をなしていると解説される。<sup>(40)</sup>

「現代日本の高齢社会では、「活力ある社会」の成員資格を得られる高齢者と「排除型社会」の下層定住を余儀なくされる高齢者が、「二つの国民、二つの階級」(デイズレリー)を構成していることが確認できる。こうした高齢者の分極化は再配分によって解消されるどころか拡大の途をたどっている。後期高齢者医療制度や長期入院者の療養病床の削減といった医療改革、施設型から自宅居住型へとシフトする介護政策などの一連の改革は、貧困から抜け出せない高齢者を「脱施設化」された難民(医療難民、介護難民)として次々に排除の空間へと送り込む役割を果たしているのだ。<sup>(41)</sup>」

「福祉国家から刑罰国家へ」の政策転換によってもたらされた刑罰と刑務所の現実についても、刑務所は「廃棄物処理場」に移行しているというパウマンの見解との対比において、次のように分析されている。<sup>(42)</sup>

「就労のチャンスがあり家族や福祉の支援もある刑余者が社会に再統合されていた時代の刑務所は、受刑者を市場に、そして社会に復帰させる機能を果たしていた。その意味で刑務所は「リサイクル」の役割を担う刑

罰機関であった。しかし、今日、たとえば高齢受刑者のように「社会復帰はほとんど不可能であり、刑務所への復帰こそが確実な見通し」(Bauman 1998 = 2008 : 188)となった受刑者が増加する時代においては、「リサイクルはもはや採算に合わなくなり、そのチャンスも(現状から考えて)もはや現実的でなくなれば、正しい廃棄物処理の方法は、…できるだけ通常の人間の生息域から安全に遠ざけることである。」(前掲書・189)と。「たしかに、バウマンが主張するように、不安と不満が蔓延する排除型社会の側からみれば、現代の刑務所の役割は「リサイクル」から「廃棄物処理」へ移行しているかもしれない。なぜなら、職にありつけない刑余者が置かれた状況は「失業」ではなく「余剰」としてカウントされるからだ。」しかしながら、刑務所に舞い戻る余剰人口とみなされた刑余者たちは、ただ社会から廃棄されているだけなのだろうか。危険な社会から避難して、自身の受入れを決して拒まない刑務所にあえて再入所する高齢犯罪者たちの主観的世界を考えたとき、その世界はバウマンの「廃棄物処理場」の概念ではうまく捉えられない。「刑罰から福祉へ」というケインズ主義的福祉国家の受刑者処遇のあり方は、いまや大きく変容している。仮に釈放されても社会復帰に繋がらない枯渇した福祉が待っているだけならば、誰でも受け入れてくれる刑務所はあたかも安全な福祉施設のように高齢受刑者の眼には映っていることだろう。それは、現代日本の高齢社会における刑罰と福祉が、機能的に等価な関係にあることを指し示している。ポスト・ケインズ主義時代の刑務所は、意図せずして受刑者の全員雇用と生活保障を担う「擬似福祉国家」の役回りを演じているのだ。<sup>43)</sup>

この分析で興味深いのは、「仮に釈放されても社会復帰に繋がらない枯渇した福祉が待っているだけならば、誰でも受け入れてくれる刑務所はあたかも安全な福祉施設のように高齢受刑者の眼には映っていることだろう」

とされている点である。刑務所でさえも多くの受刑者にとっては「安全な福祉施設」と映るところに「活力ある福祉社会」の非福祉ないし反福祉の状況が逆照射されているということになるからである。しかし、もちろん、そのことは、刑務所が全体として「リサイクル」施設の役割を担い続けているということを意味しない。高齢受刑者に与えるイメージはともかくとして、「活力ある福祉社会」の名の下に刑務所が全体として「リサイクル」の役割を担う刑罰機関から「廃棄物処理場」に移行しつつあることは、バウマンの指摘する通りであろう。それは「らい予防法」の下での国立ハンセン病療養所の役割に似ている。療養所の役割は、一般の病院のようにハンセン病患者を治療し、全治させて社会に復帰させるところではなく、社会から絶対的に、すなわち、余さず残さず、死ぬまで、そして、死後も隔離するところにあつたからである。ただし、両者には重要な相違もある。法制上のものか否かという点である。療養所のこの役割は「らい予防法」によって付与されたものだったのに対して、刑務所のそれは法制上のものとはいえないからである。受刑者のほとんどは有期刑で、一部の者に科せられる無期刑も法制上は終身刑ではない。

このように、同じ刑務所への「隔離」であっても、隔離の意味に量的のみならず質的な変化が生じている。

問題は、それが日本の近時の刑罰論にどのような衝撃を与えたかである。この変化をどのように位置づけ、取り込んだか、そして、自らの刑罰論にどのようにフィールド・バックさせたか、などである。しかし、残念ながら、この衝撃の跡を認めることはできない。その関心は量刑実務への影響いかんという観点からの刑法の一部改正による「法定刑の引き上げ」の問題にとどまっており、日本の近時の刑罰論がこの変化に言及するところはほとんどないからである。事実上の変化のために見えにくいということからであろうか、視野の外に置かれている。それ故、この変化に対して批判の論拠を刑罰論が提供するというものもない。暗黙の了解を与えているというこ

とであろうか。

もつとも、前述の特集「刑罰思想の現在と課題―法定刑引き上げの意味するもの」では、興味深い分析も数多くみられる。次のような分析もその一つである。

「ヘーゲルによれば、市民社会では、犯罪に「社会にとつての危険性」という新たな性格が加わることによつて、一般予防や特別予防という目的が刑罰に発生しうる。しかし、これらの中には原理的な限界が存在する。……予防目的の考慮が許されるのは正義＝報復（法の回復）＝「刑罰としての刑罰」の枠内でのことなのであつて、この枠内でのみ、すなわち犯罪と刑罰の価値的同等性の範囲内でのみ、これらの目的を考慮して拘禁刑や罰金刑などの「刑罰の種類」を選択、あるいは変更することが可能なのである。換言すれば、いかに改善・威嚇の効果があろうとも、この範囲を逸脱する刑罰の賦課、たとえば無辜の処罰や、罪刑の均衡を失する刑罰の賦課や、犯罪者の改善の強制は許されない。」<sup>44</sup>

次のような分析もその一つである。

「第一に、犯罪に対しては応報動機が社会の成員全体に存在する。それは、社会が共有している価値の毀損を回復しようという動機づけである。……第二に、人びとの刑罰動機では行動コントロールが応報から識別されていくわけではない。刑罰の公的側面と私的側面に識別されている。人びとの意識の中においては、刑罰の中心は社会が共有している毀損された価値の回復であり、それが応報動機を中心であるとともに、抑止とも結



「びついているのであろう。」「応報刑論は形而上学的な言説ではなく、社会・集団に必然的に伴う懲罰の性質を法律学的に構成したものであり、応報刑と抑止刑という対立項のとらえ方が適切ではないということになる。」

「積極的一般予防論は、社会心理学的な応報刑の理解と非常に近いと言うことになる。……このような立場では、社会の成員は決して潜在犯罪者ではなく、伝統的な抑止刑論は、人びとを潜在的犯罪者とみなすことによつて現実的基礎を欠いているのだと思われる。」<sup>45)</sup>

刑罰の社会心理学的な基礎を考える上で貴重な分析だといえよう。なかでも、伝統的な抑止刑は現実的な基礎を欠いているという指摘は鋭いものがある。しかしながら、松村教授の説くように、積極的一般予防論が「社会心理学的な応報刑の理解と非常に近い」とすれば、「加害者の側に立つことが、公共心を陶冶された善良な市民にとつてもなお相当に躊躇される」状況では、この積極的一般予防論においても、「犯罪者に対する過剰な嚴罰傾向」が浸透してくるのを避けることができないのではないか。現に、松村教授によれば、これらの分析を踏まえて、次のように結論されている。

「現代社会においては、社会の共同性が弱まっているからこそ、公的刑罰によつて加害者を強く罰し、毀損された価値を回復させる必要があるかもしれない。」「刑罰を科すという行為は、……加害者の地位引き下げの儀式……であるとともに、被害者にとっては自己の社会的地位を回復確認する行為なのである……。」<sup>46)</sup>

そこでは、人々が共有している価値は国家や社会のあり方と密接に関係しており、積極的一般予防論が刑罰の

中心とする「毀損された価値の回復」がときには刑務所を「廃棄物処理場」にする論拠となり得ることには関心は示されていない。あくまでも、「被害者に共感を示す」「公共心を陶冶された善良な市民」の立場から問題が論じられている。

「他方、国や社会のあり方に踏み込んだ分析もみられる。「共同体主義」の立場からの分析がそれで、次のように論じられている。

「共通の価値がいわば人々を結びつける絆として作用している共同体では、内に向けては統合の力が、外に向けては排除の力が働く。犯罪にどう対応するかという問題は、この内部的統合と外部的排除の力がはつきり現われてくる場面のひとつであろう。このとき、外部的排除の力は、犯罪者を敵視する方向に左右するであろう。この面が伸長すれば、厳罰化が進むものと予想される。他方で、内部的統合の力は、犯罪者をも共同体の中に留めようとする方向で作用するであろう。しかし、そこには、価値観の多様性を無視した強制的同化を安易に是認してしまう危険性が胚胎している。もともと、このような疑念に対しては、共同体主義が念頭に置いているのは、同質的な者だけで構成され、閉鎖的で、固定的な共同体ではなく、異質な者との触れ合いがあり、外部に対しても開かれており、人々の実践を通じて共通の価値が変容する可能性を備えた共同体であるといった反論が、おそらく与えられるであろう。それは、極めてまっとうな主張ではある。しかし、その理想とギャップを考えたとき、その主張を額面通りに受け取るとは困難であるように思われる。」「卓越性を志向する共同体主義の高尚な精神は、時として現実には大きな負荷をかけがちである。その問題は、特に、国家の役割を考へるときに明らかとなるように思われる。……とりわけ、犯罪対策に関しては国家の役割に期待される面が多

いと思われる。その際、もし、国家の役割が、人々が好むべき価値を公的に序列化し、それを強制することによって、人々の社会生活を安定させることであると理解されるのであれば、その文脈で刑罰を把握することは（少なくとも現時点では）躊躇せざるを得ないであろう。共同体主義に付随する卓越主義的性格は、世俗の刑罰にはあまりお似合いではないのである。<sup>(47)</sup>」

優れた分析だといえよう。「刑罰の民主化」についても次のように分析され、なお慎重な検討が必要であるとされる。

「罪刑法定主義の理論的根拠として民主主義的要請が指摘されることから窺われるように、伝統的な刑法理論にも刑罰の民主化の要素は含まれている、しかし、ここにいる民主主義的要請は、自由主義的要請と緊密に結びついており、国家権力の濫用を規制するという点に重点が置かれている。これに対し、共同体主義的な民主主義観は、現実の刑罰のあり方が人々の価値観に即したものであることを要請するように思われる。この違いは、たとえば、法定刑の意味について、裁判官の示威的な量刑を規制するという点を重視するか、対象となる犯罪の重大性に関する人々の評価を適切に示すという点を重視するか、といった形で現われてくるように思われる。<sup>(48)</sup>」

このような分析は、「共通善の重視」による「法確証」ないし「法の回復」という方向に進んでいる日本の近時の刑罰論に対する警鐘という意味でも特筆されよう。それでは、刑罰論はどのような方向に進んでいけばよい

のであろうか。しかし、この点について論じられるところはない。「共同体主義は、自由主義市場経済の拡大と福祉国家の進行が個人と国家との間に位置する共同体の衰退を招き、それが多くの病理現象を生んでいるとの診断の下に、共同体の復権を唱える。」「共同体という概念が刑罰論においてどのような意義をもち得るか、その可能性について若干検討していくことにしたい。」<sup>49</sup>とされるものの、あるべき刑罰論に立ち入ることなく、分析が閉じられている。刑務所が「廃棄物処理場」になっている現実が取り上げられるということもない。

このようにみてくると、日本の近時の刑罰論は法廷の外の風景にも、刑務所の中の風景にも目がいつておらず、しかも、それは、犯罪をもつて犯罪者の希薄な規範意識による個人的な問題ととらえ、刑罰の中心を「毀損された価値の回復」に求める「善良な市民」の立場からのものだといえよう。しかし、刑罰論はどうして「善良な市民」の立場からのものなのだろうか。それは自明のことなのだろうか。そのことに挙証責任を負わなくてもよいのだろうか。これらのことは刑罰論には含まれないのだろうか。<sup>50</sup>

(38) 挽地康彦「福祉国家から刑罰国家へ―ポピュリズムと移民排除―現代思想三五巻一―号(二〇〇七年)一九二頁以下、ロイック・ヴァカン著・森千賀子他訳『貧困という監獄―グローバル化と刑罰国家の到来』(二〇〇八年、新曜社)などを参照。なお、ヴァカンによれば、次のように分析され、投獄による貧困加速効果は囚人だけではなく刑務所の外にまで広がっているとされている。「その影響が囚人の家族や地区全体に及ぶことにより、監獄は貧困を堀の外にも輸出しているのである。したがって、刑務所による貧困の管理は、その管理を拡大する条件をみずから絶え間なく(再)生産していると言えるだろう。つまり、貧困層を投獄すればするほど、ますます貧困状態は固定化してしまい、その結果、ますます貧困の処罰化を唱える人々の格好の標的にされてしまうのである。このように生存権の危機を刑罰によって管理しようとする政策は、問題を解決するのではなく、むしろ増幅するものである。その点で、

この刑事政策はみずからの失敗の上に成り立っている。」(同書一五二頁～一五三頁)

(39) 挽地康彦「ポスト・ケインズ主義の刑務所―高齢社会の裏側」和光大学現代人間学部紀要第二号(二〇〇九年三月)一三三頁以下などを参照。

(40) 同一三六頁。

(41) 同一三七頁。

(42) ジグモン・パウマン著／伊藤茂訳『新しい貧困 労働、消費主義、ニューブア』(二〇〇八年、青土社)などを参照。同書によれば、こう説かれている。「仮釈放や保護観察下にあるかつての囚人にとって、今や社会復帰はほとんど不可能であり、刑務所への復帰こそが確実な見通しである。保護観察官の役割は、刑期を努めた囚人の「コミュニティへの復帰の」道を容易にし、導くことではなく、常に潜在している危険の爆発から、コミュニティを守ることにある。「現在、有罪判決を受けた犯罪者の利害は一般の人々の利害と根本的に対立するとみなされている。」(原文では改行) 事実、犯罪者は「本質的に邪悪で不道徳であって」、「我々とは違う」とみなされる傾向があり、いかなる共通点も偶然の産物にすぎない。」「つまり刑務所の役割は、その他の多くの社会制度と同じく、リサイクルから廃棄物処理へと移行しつつあり、近代のグローバルな勝利と、地球の新たな満杯状態の結果、廃棄物処理産業が陥っている危機を解決するための戦いの前線へと配置替えされている。すべての廃棄物は有毒の可能性があるか、あるいは少なくとも、廃棄物と規定されているものは汚染されていると考えられ、ものごとの適切な秩序を日常的に混乱に陥れながら、爆発する可能性をもっている。リサイクルがもはや採算に合わなくなり、そのチャンスも(現状から考えて)もはや現実的でなくなれば、正しい廃棄物処理の方法は、その「微生物分解」と腐敗を加速させる一方で、できるだけ通常の人間の生息域から安全に遠ざけることである。(原文では改行) 労働、社会福祉、家族の支援がかつてその役割を担っており、それにより、囚人であった人間も、主流の社会に再統合されていた。こうした資源の衰退に伴って、刑期が延長されるようになり、個人が監視のない自由な状態に復帰する見通しはほとんどなくなっている…

：刑務所は今日、一種の居留地、つまり、隔離施設の役割を担っており、公共の安全という名の下に、危険とされる人間がそこに隔離されている。(原文では改行) より多くの刑務所を建設し、より多くの犯罪者を収監して処罰する「ゼロトレランス(許容度ゼロ)」方式と、長期に及ぶ過酷な刑罰を課すことが、破綻寸前の廃棄物処理場を新たな基礎の上に据えるための取り組みとして最良であり、グローバル化された世界の新たな条件に適合していると理解されている。(原文では改行) 刑務所は、貧しい失業した(もつと正確には、雇用不能な)人々を移動させる過程に配置されていて、他の措置もそれに従っているパターンであり、その資金は、全体として、社会に対する彼らの破壊的な影響を抑え、それを「社会問題」から法と秩序の問題に移動させるために用意されている。すべてのそうした措置には、拡大する都市のゲットーや難民や避難民キャンプの「退屈な場所」のように、今日、ソーシャルワーカーや福祉の監視人と大挙して入れ替わっている警備員による空間的な隔離業務も含まれている。(一八八頁～一九〇頁)

(43) 前掲・挽地康彦「ポスト・ケインズ主義の刑務所―高齢社会の裏側」一四三～一四四頁。

(44) 松生建「法定刑の引き上げとヘーゲルの刑罰論」法律時報七八巻三号(二〇〇六年)四一頁～四二頁。この分析は、一元論か峻別論かという刑罰と保安処分との関係を考える上で貴重だといえよう。「危険性」というと、すぐに保安処分が思い浮かぶからである。この関係によつては刑罰論の内容も異なってくるはずである。一定の投影がみられた戦前の刑罰論と違って、戦後の刑罰論では、峻別論が暗黙の前提とされているためか、保安処分から切り離された狭義の刑罰を想定して議論が展開されているように見受けられる。そして、そのことと一般予防論ないし特別予防論を主張することとの「矛盾」、「緊張関係」は不問にされている。結果無価値論を採用するためにこのような「矛盾」、「緊張関係」は生じないということかもしれないが、結果無価値論においても「法益」概念への「危険性」概念の浸透がみられる現在、このような不問は許されなくなっているといえないか。

(45) 前掲・松村良之「社会学・社会心理学と刑罰論」法律時報七八巻三号四六頁～四七頁。

(46) 同四七頁～四八頁。

(47) 前掲・高橋直哉「共同体主義と刑罰論」法律時報七八卷三号三五頁。

(48) 同三六頁。

(49) 同三五頁。

(50) 石塚伸一「戦後監獄法改正史と被收容者処遇法―改革の到達点としての受刑者の主体性」法律時報八〇卷九号(二〇〇八年)五六頁によれば、「被收容者の声は、新法(被收容者処遇法の意―引用者)に反映されているか。」と問題提起されている。

## 六 矯正処遇と人権尊重

刑罰、刑務所の現実の機能は、いうまでもなく、様々な要因によって左右されている。施設側の要因だけではなく、「居住や定職の確保」の有無といった社会側の要因も大きい。施設側の要因だけに絞ってみても多種多様である。「過剰収容」や「受刑者の高齢化」といった問題の他に、施設の整備、PFI刑務所の新設、予算不足の解消、職員不足の解消、受刑者の権利および義務、矯正処遇(刑務作業(生産作業、職業訓練、経理作業)、改善指導および教科指導)および科学的処遇、医療および医療保険等、不服申立制度、矯正と保護の連携、縦割り行政を越えた有効な施策、満期釈放者に対する保護観察、社会奉仕命令、中間処遇の導入、などの問題も取り上げられている。これらの問題への取組み方いかんによっては、二〇〇六年五月二四日から施行された「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」(受刑者処遇法)が掲げた「刑事施設の適正な管理運営を図るとともに、受刑者等の人権を尊重しつつ、その者の状況に応じた適切な処遇を行うこと」(第一条)という目的や、「受刑者の処遇は、その者の資質及び環境に応じ、その自覚に訴え、改善更生の意欲の喚起及び社会生活に適応する能力

の育成を図ること」(第十四条) という理念が、そして、刑務所の意味づけがまったく異なってくることになる。<sup>(51)</sup> 刑務所を「リサイクル」施設に復し得るかもこの取組み方いかんに係っている部分が少なくないといえよう。そこで、次では、この取組みの現状とその行方を概観することにしよう。

(51) 法の掲げた目的、理念を推進し、内実化させようという観点から企画されたものとして、「●特集―行刑の現状と課題―刑事収容施設法施行後の検証」法律時報八〇巻九号(二〇〇八年)四頁以下などを参照。ここでは、「理論なき実務は対処的で、将来にわたる効果という点で期待可能性に乏しく、他方、実務に目を向けない理論は説得力を欠く。理論と実践は車の両輪であり、いずれが欠けても、物事は立ち行かない。受刑者の真の立ち直り、社会復帰を図り、それを社会が支えるため、行刑の理論と実践は受刑者処遇の両輪として相互的に作用しあって行く必要がある。わが国の行刑を支える理論と実務の各立場からそれぞれの問題点、検討点を浮かび上げさせ、社会の、広く市民の問題として提起していくこと、これが、今回の企画の趣旨である。」(只木誠「企画の趣旨」同九号六頁)とされる。

## 一、「教育的処遇」の現状と行方

まずは、「矯正処遇」、なかでも「教育的処遇」(改善指導や教科指導)の現状とその行方であるが、<sup>(52)</sup> 実務を担う人々からは次のように報告されている。

「答申第二七項及び刑事施設法案第八一条には、身体に障害のある者及び知的障害のある者に対する治療的処遇の規定があったが、新法にはない。医療行為に該当するものは医療として、それ以外の指導訓練は「改善



指導」として行うことになる」と解されるが、身体に障害のある者に対し、医療行為とは言えない機能回復訓練などは、法的に義務付けて行う性質のものかどうか、疑問が残る。「これら特集受刑者（高齢受刑者、外国人受刑者、女子受刑者及び精神障害のある受刑者の意—引用者）に対する特別処遇の規定を設けようとする動きがあったが、新法では規定されなかった。国連準則等にも特集受刑者に対する特別処遇の必要性が決議されており、検討すべきであると考える。」<sup>(53)</sup>

「制限の緩和については、受刑者の収容率が低下し、制限区分ごとに厳格に集団編成できれば、あるいは、開放的処遇が一般化すれば、もっとよく機能するであろうが、それまでの間は、慎重な運用とならざるを得ないだろう。」「これ（優遇措置の意—引用者）については、平成一九年八月に優遇措置の運用通達が改正され、加点基準等見直されたため、以前よりは上位に区分されやすくなると思うが、さりとて、肝心の受刑者側が変わらなければ、そうそう加点できるものでもない。これも、長い目で見ていく必要があるだろう。」「今後は各刑事施設において実施される矯正処遇の充実が図られ、あるいは特別改善指導等を拡充することによって、受刑者に相応しい処遇施設が指定されることが理想だろう。」<sup>(54)</sup>

「改善指導は、主として、法務教官や心理学の法務技官によって実施されているが、刑事施設に配属されているこれらの職員は、前者が一三六六人、後者が一一九人にすぎず、これらの職員も改善指導に専属しているわけではない。」「新法の施行により業務量が増えたことと相まって、十分なマンパワーを改善指導に投入できていないのが現状である。現在のところ、改善指導（特に特別改善指導）が必要と判断された受刑者全員に改善指導を実施することができておらず、まずは、改善指導を行う上で必要な専門的な知識や技能を有する、心理教官、教官等を増配置し、あるいは、民間資源を更に活用すべく予算措置をとることで、改善指導の体制を充

実・強化することが必要である。」「刑務官は、警備業務や日常的な事務処理で疲弊し切っており、改善指導にまで関与する余裕がないのが現状である。」「新法が施行されてからまだ日が浅く、改善指導の実践は十分に試行錯誤的なものがあることは否定できない……。」<sup>(55)</sup>

「刑務作業は、社会経済の影響を直接受けやすい。我が国の経済の状況は回復基調にあると言われてきたが、内閣府が本年五月に発表した月例経済報告では、景気回復はこのところ足踏み状態にあるとされ、契約の相手方の多くを中小企業に依存している刑務作業にあつては、その作業の確保は厳しいものがある。」「いかに受刑者の改善更生及び円滑な社会復帰に資する有用な刑務作業を導入するかが現在の課題である。」「刑務作業の量の確保が優先され、業種別で「その他」に属する刑務作業が増加しているのが現状である。各刑事施設では、刑務作業の質と量の双方の確保に苦慮している。」「一般社会における自由な労働とは本質的に異なることなどの事情も考慮すれば労働の対価としての賃金とは異なる。しかしながら、出所後の更生資金としての意義も有していることを考えると諸事情の中でできる限り高額であることが望ましく、国の財政が厳しい中にあつても、……今後とも、作業報奨金の支給額が適正となるように努めていく必要がある。」「今後とも、民間企業や一般の職業訓練施設からの協力も得ながら、雇用情勢の動向等を踏まえて、受刑者の希望も考慮しつつ、円滑な社会復帰につながるような職業訓練の充実に努めていく必要がある。」「平成一九年末現在で、四名が外部通勤作業を実施している。まだまだ実施人員が少ない施策であり、実施のためのノウハウを蓄積する必要がある。適格性のある受刑者がどの程度いるのかが問題であるが、今後とも受刑者の適格性を十分に検討しながら、適性のある受刑者については外部通勤作業を実施させ、円滑な社会復帰を促進させていくことが、再犯の防止につながるものと考えられる。」<sup>(56)</sup>

これらの報告によれば、国や社会からのサポートが十分でないなかで、そして、学界からの理論的なサポートも不十分な中で、「理想」と「現実」の狭間にあって悪戦苦闘、試行錯誤している実務家の姿が浮かび上がってくる。<sup>(57)</sup>法の掲げる「理想」を実現するためには現在の体制は極めて不十分で、実現するための実効性のある体制を整備・強化することが必要だ。こう異口同音に語られている。「監獄法改正によって枠組みが整ったに過ぎず、国民から再犯防止を強く期待される今日、受刑者の改善更生と円滑な社会復帰という重い荷を背負う実務家の道のりは、これからも長く険しいといわざるを得ない。」<sup>(58)</sup>とされる。

問題は、新法によれば、「教育的処遇」も義務的なものとされている点である。「教育的処遇」の意義に関わる本質的な問題といえる。この点、矯正局担当者は、新法のねらいは、改善指導や教科指導への参加を強力に働きかけることにより、受刑者をとりあえず参加させることにあり、<sup>(59)</sup>受講を拒んだ場合も直ちに懲罰を科すのではなく、根気強い働きかけが必要であるとして、強制に謙抑的な姿勢を示している。<sup>(60)</sup>これに対し、理論家の態度は大きく分かれている。義務づけに反対する見解も有力である。

「刑罰の内容でない矯正処遇を根拠なく受刑者に義務付けることはできない。」<sup>(61)</sup>、「受刑者が刑罰に服する義務が生じるのは、法の主体として、犯罪をおかせば、刑法の規定する刑罰を受けることを、あらかじめ、一般市民として包括的に承認していたとみなされるからである。だからこそ、懲役受刑者は、「所定の作業」として労働を提供することが義務付けられるのである。しかし、私たち市民は、刑務所に入ったら、改善指導や教科指導に服することまで承認しているわけではない。刑事施設の提供するこれらのサーヴィスを受けるかどうかは、被收容者自身が決定すべきである。」<sup>(62)</sup>、「改善指導については、懲罰により強制される枠組み（七四条二

項九号、一五〇条)では改善更生のための積極的取組みとは言えても、人間性の尊重とは言いがたい。<sup>(63)</sup>」

これらの見解がそれである。<sup>(64)</sup>しかし、義務づけに賛成する見解も多くの論者によって主張されている。科学的処遇の積極的展開という観点からのものもその一つで、次のように主張されている。

「受刑者全般に対して、その者に相応しい矯正処遇を受けることを義務付けたことは、改善更生を図るための処遇を積極的に実施するための前提であり、そのための法的根拠を確立したことになるのである。ここに本法制定の意義を見出すことができよう。<sup>(65)</sup>」

「福祉施設」としての刑務所という観点からのものもその一つである。

「国には、受刑者を社会復帰させて、犯罪予防を促進する責任がある。国の社会復帰支援義務には、受刑者が再犯を行わないことまでは含まれないが、少なくとも、再犯の確率を少なくすることは含まれる。(原文では改行)刑務所で明らかになったハンディキャップを、そのままにして社会にただ戻すだけでは、国は社会復帰の責任を果たしたことはない。社会的資本もなく、仕事もお金も住む場所もない受刑者に対して、刑期が終了したことを理由として福祉的支援を行わないことは、「福祉施設」としての刑務所としての責任が果たせないことになる。<sup>(66)</sup>」

このように「教育的処遇」の義務付けについて理論家の態度は大きく分かれている。この対立は、「刑務作業」の義務づけの是非にも論理的には及んでいくことになる。 「刑務作業」には「懲役刑の内容」として実施される作業の他に、「矯正処遇の内容」としての作業も含まれており、従来からも刑務作業は「受刑者の改善更生及び円滑な社会復帰の上でも重要な役割を持つものとして運用されてきた」とされるからである。 「教育的処遇」についても強制はできないということになれば、刑務作業のうち、少なくとも「矯正処遇の内容」として実施される作業についても強制は許されないということになろう。現に、フランスは、一九八七年に、作業義務自体を廃止し、これを受刑者の権利として再構成しているのである。<sup>(69)</sup> ちなみに、積極的一般予防論の論者によると、次のように説かれている。

「この「社会教育」は「積極的一般予防論」と混同されることが多い。しかし、両者の間には、決定的な相違がある。それは、市民ないし国民を教育の客体とみるのか、それとも自律の主体とみるのかという違いである。「社会教育」では、規範は市民の中に自生するものではなくて、啓蒙された他者から教育されるものとなる。それもまた、「人格を大の用に扱う」ものである。」 「社会教育」的な刑罰論を説くことは、市民の個人としての尊重や、「市民の中にある規範を制定法に反映すべきだ」という意味での民主主義に反することになる。<sup>(70)</sup>

問題はその射程である。市民ないし国民を対象とするこの考え方は、「矯正処遇」の対象とされる受刑者にも及ぶのであろうか。「受刑者も市民ないし国民である」として、受刑者についても教育の客体とみるべきではな

く、自律の主体とみななければならぬとされるのであろうか。「自由刑の純化」からだけではなく、この点からも「矯正処遇」の義務づけには反対ということになるのであろうか。それとも、「受刑者にはもはや市民ないし国民ではない」として、法的パターンリズムなどを根拠に「矯正処遇」の義務づけに賛成し、受刑者については教育の客体とみざるを得ないとされるのであろうか。そうだとすれば、その積極的一般予防論は、自らが受刑者になるとは想定もしていない「善良な市民」のための刑罰論ということになるか。同じことは特別予防論についてもあてはまる。「矯正処遇」の義務づけに反対か賛成かによって、その性格も異なってくる。現に、刑罰の特別予防目的を考えれば、刑罰内容でないものを義務づけることも可能であるとの見解も示されている。<sup>(71)</sup> それでは、絶対的応報刑論、それも、現実の法秩序の規範妥当の回復を念頭に置いた最近の規範的な絶対的応報刑論の場合はいかがであらうか。「教育的処遇」の力点を「贖罪教育」<sup>(72)</sup>に置き、「矯正処遇」も応報刑の内容として、義務づけに賛成するのか。それとも、「自由刑の純化」に基づいて応報刑の内容を「移動の自由の制限」に限定し、「矯正処遇」の義務づけに反対するのだからである。このようにみると、主要な対抗軸は、応報刑論か一般予防論か特別予防論かではなく、「受刑者も市民ないし国民である」とみるか、「受刑者はもはや市民ないし国民ではない」とみるかにあるといえよう。ただし、多くの論者によれば、この点は不明である。日本の近時の刑罰論は刑務所の中には及んでいないからである。

この義務づけと並んで問題となるのは「教育的処遇」の内容である。かつて、「らい予防法」(昭和二八年公布)は、ハンセン病療養所に強制隔離された入所者への教育について、次のように規定した。

第十三条 国は、必要があると認めるときは、入所患者に対して、その社会的更生に資するために必要な知識

及び技能を与えるための措置を講ずることができる。

第十四条 国立療養所の長（以下「所長」という。）は、学校教育法（昭和二十二年法律二六号）第七十五条第二項の規定により、小学校又は中学校が、入所患者のため、教員を派遣して教育を行う場合には、政令の定めるところにより、入所患者がその教育を受けるために必要な措置を講じなければならない。

二 所長は、学校教育法第七十条第二項の規定により、高等学校が、入所患者のため、教員を派遣して教育を行う場合には、政令の定めるところにより、入所患者がその教育を受けるために必要な措置を講ずることができる。

しかし、このような規定の下で実際に行われた入所者教育とは、強制隔離政策に異議を唱えず、園内規律に従順な「良き入所者」となるための教育であつて、退所を想定した「良き市民」となるための教育ではなかつた。卒業生のなかには卒業証書を焼き捨てる者もいた。これと同じような「国策教育」を矯正施設が行うことが許されるかどうか。この点も問題とならう。矯正施設といえども、教育基本法の「治外法権」ではないとすれば、「教育的処遇」に求められているのは、理念的には、受刑者を権力者に都合のいい人物へと矯正する教育ではなく、受刑者を日本国憲法の担い手たり得る、そして、「市民的公共性」を具備した、日本国憲法の保障する各種の自由や人権を享受し得る「良き市民」へと矯正する教育であるといえよう。

(52) 世界的な反響を呼んだ『Surveiller et Punir — Naisance de la prison』(Gallimard)を一九七五年に公刊したミシェル・フーコーは、「文明化社会の刑罰」たる監獄の誕生に際して注入された国家の論理に光を当てて、次のよう

に解析した。

「監獄のもつ自明の理は、個々人を変容する装置という、仮定されるか要求されるかの差はあれ、その役割にも根拠を置いている。どうして監獄が即座に受け入れられないわけがあるう、というの人は人を閉じ込めて矯正し従順にしつつ、それは社会全体のなかで見出されるすべての機構を、場合によってはいくらか強調しつつも再生産するにすぎないからである。監獄とは、いささか嚴重な兵營、寛大さの欠ける学校、陰鬱な工場だが、極端な場合でも質的な差異は何ら存在しない。こうした二重の基礎——一方では法律的・経済的な、他面では技術的・訓練的な——が監獄を、すべての刑罰のなかでも最も無媒介的で最も文明化した形式として出現させた。しかもこの二重の働きこそが監獄にただちにその堅固さを与えた。実際、ある一つの事柄が明白である。つまり監獄は、まずは自由の剥奪、のちにそれに付け加えるに技術的な矯正機能といった性質のものではなかったのであり、すでに出発点から監獄は、矯正という補足的役割を委託された。法律上の拘禁 $\nabla$ であった、もしくは自由の剥奪が法律制度のなかで機能させうる、個々人の変容の企てであった。要約すれば、すでに十九世紀初頭から刑法上の投獄は自由の剥奪をと同時に技術による個々人の変容をも担当してきたのである。」

(53) 鴨下守孝「なぜ新たな立法化が必要であったのか」法律時報八〇巻九号(二〇〇八年)一一頁〜一二頁。

(54) 松村憲市「受刑者処遇の基本制度はどのように変わったのか」法律時報八〇巻九号一五頁〜一七頁。

(55) 富山聡「改善指導の現状と課題」法律時報八〇巻九号二〇頁〜二二頁。なお、島田孝「松本少年刑務所における特別改善指導等について」刑政一一八巻七号(二〇〇七年)五七頁、三木武「高松刑務所における特別改善指導等、教科指導の取組み」刑政一一八巻八号(二〇〇七年)三二頁などによれば、やる気のない者に形式的に改善指導を施してもやる意味はなく、指導前の十分な動機づけが大切であり、受講拒否者には面接などで対応しているとされる。また、本庄武「新法の理念と受刑者の法的地位」法律時報八〇巻九号六五頁は、「新たに開始されたプログラムは少人数で行うことが予定されており、希望者に十分対応できる体制になっている」とは言い難い」とする。



- (56) 大橋哲「刑務作業の現状と課題」法律時報八〇巻九号二三頁～二五頁。
- (57) 前掲・石塚伸一「戦後監獄法改正史と被収容者処遇法―改革の到達点としての受刑者の主体性」五六頁によれば、「机上の論理が現場の職員に無理を強いていないか。」とされている。
- (58) 前掲・松村憲一「受刑者処遇の基本制度はどのように変わったのか」一七頁。
- (59) 名執雅子「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律における改善指導等の充実等について」法律のひろば八八巻八号(二〇〇五年)二四頁～二五頁などを参照。
- (60) 名執雅子「新法における改善指導について(その二)」刑政一一七巻二号(二〇〇六年)八六頁などを参照。そこから、前掲・富山聡「改善指導の現状と課題」二二頁では、「教育的な効果を期待する改善指導を懲罰の威嚇で間接強制したとしても、受刑者が真剣に意欲をもって取り組まないことには効果が期待できない。新法では、受刑者の処遇は、その自覚に訴えて行うことが定められており(第三〇条、いかにして受刑者に受講意欲を持たせ、それを維持していくかも研究すべき課題である。』とされる。このような観点からは、「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」(平成一七年公布)の制定によって「累進処遇」制度自体は廃止されたものの、同制度の中核をなした「優遇措置」が同法でも「受刑者の改善更生の意欲を喚起するため」(第八九条)の措置として残されたということに関わって、この優遇措置が、累進処遇制度のときと同じように相変わらず刑務官による受刑者の「コントロールの手段」となるのか、それとも、法の掲げる「受刑者の改善意欲を喚起するため」という目的に資するものとなっていくのか、その動向も注目されよう。受刑者仲間で作られてきた刑務所文化という副次文化をどうするかという点も問題となる。新たに刑務所に入ってきた人はその文化を受け入れて、受刑者としての役割行動を身につけることになる。刑務所文化は処遇のやりやすさを生じるので、刑務官にとっては好都合である。しかし、刑務所文化に馴染んでしまうと、刑務所から出たときに一般社会人としての役割行動ができなくなってしまう。このような弊害があるからである。

- (61) 前掲・石塚伸一「戦後監獄法改正史と被收容者処遇法—改革の到達点としての受刑者の主体性」五五頁。
- (62) 同五六頁。
- (63) 前掲・本庄武「新法の理念と受刑者の法的地位」六四頁。
- (64) 土井政和「社会復帰のための処遇」菊田浩一・渡海雄一編『刑務所改革』(二〇〇七年、日本評論社)八一頁も、自由刑の純化を目指す立場から、指導は任意でなければならぬと説いている。
- (65) 藤本哲也「刑事收容施設法の意義と課題」五九頁。
- (66) 後藤弘子「福祉施設としての刑務所」法律時報八〇巻九号七〇頁。これによれば、「役割活動」についても義務づけが許されるということになるか。刑務所では受刑者は規則に従って行動することが要求されるために、受身で行動するようになりがちである。しかし、外の社会にはそのような行動を縛る規則はない。そこで、社会復帰モデルからは刑務所にいる間から主体的に順法行動を取るようにすることが要求されることになり、そのために役割活動などが用いられているからである。
- (67) 前掲・大橋哲「刑務作業の現状と課題」二二頁。
- (68) 実務家の側から刑罰内容である作業についても自主性・自律性による取組みが重要と説くものとして、林和治「川越少年刑務所における矯正教育の現状と課題」犯罪と非行一五五号(二〇〇八年)四七頁などを参照。
- (69) フランスにおける一九八五年の公教育を受ける権利から、八七年の刑務作業義務の撤廃と権利としての構成、九〇年の文化的活動プログラムの導入、九四年の医療改革、九六年の懲罰的規定の改革という流れとその具体的内容については、赤池二将「フランスの刑務作業と国民議会刑事施設委員会報告書の提言」矯正講座二二二号(二〇〇一年)一六九頁以下、同「フランス刑事施設における医療のあり方とわが国での議論」高岡法学一五巻一・二号(二〇〇四年)一頁以下。同「フランス刑事施設における規律と反則規定について」法学新法一〇八巻三号(二〇〇一年)六七七頁以下、同「フランス刑事施設における懲罰手続の現在」高岡法学一三巻一・二号(二〇〇二年)一頁以下などを

参照。

赤池教授によれば、この一連の流れをもって「塀の中の受刑者の生活を市民のそれに近づけるのではなく、塀の外  
の一般の法と制度によって被収容者の生活を構成する、要するに、被収容者を市民として扱う政策の展開」(同「フ  
ランス行刑からみる日本型行刑の特徴とその現在の課題」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報六号(二〇〇九  
年)五九頁)と位置づけられる。

(70) 前掲・松宮孝明「法定刑引き上げと刑罰論」八頁。

(71) 川出敏裕「監獄法改正の意義と今後の課題」ジュリスト二二九八号(二〇〇五年)二八頁、大田達也「刑事施設・  
受刑者処遇法下における矯正の課題」犯罪と非行一四六号(二〇〇五年)七頁などを参照。安部哲夫「受刑者の社会  
復帰と施設内処遇の課題」法律時報八〇巻九号五〇頁も、「社会復帰に向けた処遇に参加することは、受刑者のいわ  
ば義務である。」とする。

(72) 日本では分類収容された受刑者の特徴を踏まえて各施設ともいくつかの矯正処遇のプログラム、すなわち、作  
業(一般作業と職業訓練)、改善指導(一般改善指導と特別改善指導)および教科指導(補習教科指導と特別教科指  
導)を用意しているが、近年では犯罪被害者の要望を考慮して「贖罪教育」にも力を入れている。この贖罪教育が、  
「修復的司法」の採用とも相まって、どのような効果を発揮するのか、その効果いかに注目されよう。

## 二、「受刑者の権利自由の保障の拡充」の現状と行方

次は「受刑者の権利自由の保障の拡充」の現状とその行方である。現場からは次のように報告されている。

「交友関係の維持を必要とする事情がある者」との裁量的面会（法一一一条二項）については、服役前に「健全な社会生活を営んでいたコミュニティ内での健全な交友関係」があったとの確証が得られない場合は、原則として許可しない運用にしている。友人が面会を求めて来庁する事例が相当数に及んでおり、社会での親交の内容や程度、用務を聞きとりながら、その拒否を判断しているが、支障が生じる「おそれ」がないと認めるには至らない場合が多いために許可されていない。<sup>(73)</sup> 真つ当な人間になろうと思っていたのに、昔の仲間が面会に来れば会わないわけにはいかないし、困ってしまう。無駄な友人や知人との面会が増えたおかげで、面会時間が短くなつてしまい、本当に迷惑な話である。受刑者からこういった苦情が寄せられている。<sup>(74)</sup>

親族の名を語つての来信があつたり、権利的に許す面会や信書の発受であつても、暴力団組織や不良交遊者の動静や伝言を伝える内容が多いなどの理由から、なかなか無立会や検査の省略には踏み切れない。<sup>(75)</sup> 信書の発受についても、本来禁止対象とすべき者との信書の発受（特に受信）を許してしまつている場合もあるのではないか。<sup>(76)</sup>

不服申立ても、自己の思い込みで不服申し立てを行い、却下等の結果がきて不満を訴える者が多い。連日不服申立てを行つたり、一日に何度も用紙交換を求める者がいる。職員の手間を掛けるだけのものとなつて、本来の目的どおりの役割を果たせていないものもある。<sup>(77)</sup> 申立て内容がこじつけであつたり、ふざけていると思えないうとして、不適法却下されるものも多い。不服申立ての認容事例では、裁決後、不服申立てを濫発する処遇困難者と化す場合があり、やり切れない思いだ。不服申立てを濫発する生き方が社会復帰の障害になることを指導していく必要がある。<sup>(78)</sup>

私物の自己管理も、保管限度量を超過している受刑者がそうでない受刑者の保管箱のスペースを巧妙に使用す

ることを許しかねず、持てる者と持たざる者の落差が顕著に現われている結果、共同室内での弱肉強食といったインフォーマルな人間関係を形成させるおそれが大きくなっている。<sup>(79)</sup>

運動については、従来は実施していなかった入浴実施日にも運動を実施することになったため、大多数の施設で運動立会職員を増やすなど職員配置上の問題を生じている。<sup>(80)</sup>

差入れ件数も非常に増加しており、特に書籍等の郵送差入れが多く、業務量増を招いており、各施設では、超過勤務、民間委託職員の配置、必要に応じての窓口及び郵送の数量規制等で対処している。特に暴力団関係者、出所者、外部交通の実績のまったくない者や偽名による差入れが多く、その調査や強制的な措置を行うまでの間にも郵送差入れが次々になされるといふケースもみられる。<sup>(81)</sup> 宅下げ件数も非常に増加しており、受刑者の中には、保管総量を減らすために、引取りに出来ないことを承知の上で、窓口宅下げを申請し、当該物品に係る検査業務がいたずらに増え、長期間にわたり当該物品を施設で保管せざるを得ないケースも生じている。<sup>(82)</sup>

現場からのこのような報告<sup>(83)</sup>に対しては、次のような厳しい評価もみられる。

「権利自由の拡充は、職員の業務負担を増加させるばかりか社会復帰にマイナスにすら働きうるとされ、刑務官の負担軽減のための施策が所内秩序を乱したり矯正処遇の適切な実施に支障を来たことが懸念されている。その対策としては、面会・信書の発受の相手方の審査や面会立会・信書内容検査を強化することで不適切な外部交通を遮断したり、私物の不正授受を防止するための居住捜検を強化したりすることが示唆される。このような運用は、究極的に受刑者の人間性の尊重、改善更生・社会復帰の促進を目指した「提言」よりも、

「厳正」な規律秩序維持を謳った刑事施設法案との連続性を感じさせる。それはまた、保安と処遇を一体化させ、規律の維持をあらゆる処遇の前提とする「日本型行刑」の伝統でもある。「日本型行刑」が個別処遇よりも被収容者の平等を重んじることからすれば、新法の優遇措置や制限の緩和の運用が必ずしも活発ではなく、従来の累進処遇との区別が明確でないこともこの連続線上で理解できる。しかしながらこのような運用が、新法の「受刑者の処遇は、その者の資質及び環境に応じ、その自覚に訴え、改善更生の意欲の喚起及び社会生活に適應する能力の育成を図ることを旨として行う」(三〇条)とのために合致しているかは疑わしい。刑務官の目から見て、規律秩序を害し、矯正処遇の適切な実施に支障を生ずるおそれがいかに高かろうとも、新法の下では親族との面会を拒絶することはできないし、個別に不適切な言動を制止することにも限界がある。新法はそのことを織り込んだ上で、滅菌状態での改善更生を否定し、受刑者にとつてかけがえのない人間的つながりを維持・促進することが「適正な」外部交通であると考へたと見るべきではないだろうか。「不服申立てについても、受刑者の納得の得られる適正な手続を保障してこそ、処遇に資する」<sup>(84)</sup>。

「社会復帰行刑」を現実化するためには、受刑者のみならず矯正職員においても新法の理念が十分に理解されなければならぬが、現状はこの点で問題が残されているといえよう。矯正処遇を実際に担う矯正職員が、そしてまた、強制処遇を実際に施される受刑者が現実の矯正処遇をどのように受け止め、評価しているのか。矯正職員と受刑者の間に意識のずれがみられないかどうか。これらの点も問題となる<sup>(85)</sup>。受刑者の権利自由の保障の拡充が矯正職員の負担増を招くという関係を切断するための職員増などの人的措置は新法制定に際して先送りされたが、受刑者の権利自由を擁護する矯正職員の権利自由の保障などと並んで、この点も今後の課題となる。

- (73) 平良敦志「姫路少年刑務所における取組について」刑政一一八巻四号(二〇〇七年)五五頁、佐伯紀男「刑事施設における外部交通の現状と課題」犯罪と非行一五五号(二〇〇八年)九〇頁などを参照。
- (74) 明石雅己「新法施行後の取組状況について―熊本刑務所」刑政一一八巻五号(二〇〇七年)六五頁などを参照。
- (75) 富山聡「刑事収容施設法運用上の課題」刑政一一八巻九号(二〇〇七年)一三頁などを参照。
- (76) 前掲・平良敦志「姫路少年刑務所における取組について」五六頁などを参照。
- (77) 鈴木礼子「拓けゆく『新』処遇航路―栃木刑務所」刑政一一八巻二二号(二〇〇七年)五八頁などを参照。
- (78) 大串建「不服申立制度の現状等」犯罪と非行一五五号(二〇〇八年)一二〇頁、一三四頁、青山純「新法における被収容者の不服申立制度」法律時報八〇巻九号(二〇〇八年)三三頁以下などを参照。
- (79) 前掲・平良敦志「姫路少年刑務所における取組について」四八頁などを参照。
- (80) 児玉一雄「被収容者の権利自由」法律時報八〇巻九号二六頁、岸正「青森刑務所における取組―私物自己管理と運動機会の確保―」刑政一一八巻六号(二〇〇七年)三三頁などを参照。
- (81) 前掲・児玉一雄「被収容者の権利自由」二八頁などを参照。
- (82) 前掲・児玉一雄「被収容者の権利自由」二八頁などを参照。
- (83) このほか、矯正施設医療に関する実態調査報告としては、福岡県弁護士会人権擁護委員会による「福岡県の矯正施設医療に関する実態調査報告」第五四回日弁連人権擁護大会プレシンポジウム in 福岡「患者の権利の法制化を目指して」調査報告書・資料集一二九頁以下などを参照。ここでは、常勤医師の不足、看護師による選別、保安従属性、薬剤師による説明不足、外部医療との連携が不十分、外部協力医療機関の確保の困難、指名医診療の不十分さ、診療記録開示請求権の欠如、などの問題点が指摘されている。
- (84) 本庄武「新法の理念と受刑者の法的地位」六五頁、六六頁。
- (85) この点で、前述のシンポジウム「刑務所とは何か―刑務所に入ることが、なぜ刑罰でありうるのか―」における新海浩之矯正長(千葉刑務所教育部長)の報告が注目される。ここでは、矯正職員及び受刑者を対象とした意識調査

の結果が報告されているからである。

### 三、「刑務所の社会化」の現状と行方

次は「刑務所の社会化」の現状とその行方である。この点についてはすでに優れた分析が示されているので、少し長くなるが、紹介することにしよう。

「フランスでは、その後、被收容者の権利は飛躍的に拡大することになりますが、そこには二つの段階が認められるように思われます。(原文では改行) 第一は、一九七一年の新聞から、七四年のラジオ、八三年の新聞、遮断壁のない面会、囚人服の廃止、そして、八五年の居室でのテレビの視聴に至る段階です。ここでは、被收容者の権利拡大は、刑務所での生活を塙の外の生活に近づけるために実現されています。(原文では改行) 第二は、これに続く八五年の公教育を受ける権利から、八七年の刑務作業義務の撤廃と権利としての構成、九〇年の文化的活動プログラムの導入、九四年の医療改革、九六年の懲罰規定の改革という流れです。ここでは、施設内生活を単に塙の外の生活に近づけるだけではなく、可能な限り塙の外の一般法とその制度や人的資源で構成しようとする意図が明らかです。つまり、塙のなかの受刑者の生活を市民のそれに近づけるのではなく、塙の外の一般の法と制度によって被收容者の生活を構成する、要するに、被收容者を市民として扱う政策の展開です。この傾向は、二〇〇〇年四月一二日の「行政とその受益者に関する法律」において、一つの頂点を迎えたように思われます。」



「第二段階の社会化は、施設完結主義自体を打ち破る政策展開であるといえます。（原文では改行）日本との差が、フランスでのこの第二段階の社会化政策によってもたらされていることは疑うべくもないはずです。」  
 「非収容者は市民ではない」とする、刑罰の伝統的・本質的観念に固執して、日本の行刑は施設完結主義の呪縛から、今日もなお逃れられぬままにいます。」

「アメリカを中心とするアングロ・サクソン諸国では、刑事施設の運営全体を国が企業に委託する民営化が行われています。これに対して、フランスでは八七年法の成立過程で、「指揮」、「名籍管理」、「保安」の三業務が、そして二〇〇四年以降は、「社会復帰」をも国の専権とし、逆に、この四業務以外の業務、例えば、給食、宿泊、購買、清掃等の日常業務や、作業および職業訓練等の被収容者の処遇にかかわる一定の業務については、民間の企業グループによって担われています。つまり、行刑業務の一部を民間に委託する民営化が行われているわけです。（原文では改行）しかし、どちらのタイプを選択するかが、政策担当者の意思によって、自由に、つまり、その国の行刑の実情や歴史的に形成されてきたその運営形態の制約を離れて、自由に決定できるようなとは思えません。その決定は、大まかに言えば、その国における行刑の社会化、つまり、扉の外の人的資源がどれだけ施設運営に関わっているのか、その程度に応じて選択されざるを得ないと思います。すでに、フランスの例から、行刑の社会化に質的に異なる二つの段階がある点を示しましたが、注目すべきは、その第二段階の社会化が一部の西欧諸国においてのみ進行していた時期に、すべての先進諸国は、市場経済のグローバル化のなかで福祉国家、社会国家、修正資本主義体制の解体、再編を迫られていた点です。そこでは、これまでの国家が排他的に担ってきた公共性の役割が、国家、市場、共同体の三者によって再構築されることになります。刑務所の民営化という問題は、その動きの一つの現象形態であろうと思います。それ故にこそ、経済

政策から遠くに位置していた刑事施設もその議論の例外となることはなかったわけです。刑務所もいわば公共サービスのひとつの場として極めて機能的に観念され、国家が排他的に担ってきた行刑という公共サービスも、国家、市場、共同体の間で再分配され、民営化の対象とされたわけです。(原文では改行) 刑事施設の「民営化」として取り上げられる民間参入の形態を、この二つの「社会化」との関係で整理すれば、私の考えでは、その行刑が最初の社会化の段階にあった国、例えば、アメリカ合衆国で、国に排他的に委ねられていた閉鎖施設の運営は、国の一定の管理を条件にそのまま民間企業、すなわち、市場に委託される「包括委託型」となりがちとなるのに対して、第二の社会化の段階にあった国、例えばフランスでは、既に施設生活を支える業務の一部が行刑分野以外の種々の一般行政、自治体、民間団体等、つまりは、共同体に委ねられていたために、民間企業に委託する業種の範囲は自ずと限られる「部分委託型」となる傾向が認められることになったのだと思います。(原文では改行) これまでの検討から、日本の行刑が、いまだ第一の社会化段階にあることは明らかでしょう。そうであれば、日本での民間委託が部分委託型を標榜していた点には、かなりの無理があることになりそうです。「PFI刑務所の導入自体は、日本型行刑を変更するために導入されているわけではなく、その目的は、逆に、担当制を起点とする施設完結主義による日本型行刑を維持するために導入されているという矛盾です。それ故に、この変化の帰趨がどのようなものとなるか、すなわち、民間企業とそこから派遣される人的資源を施設が自分の資源として取り込む形で施設完結主義と担当制の拡大再生産を行うのか、それとも、民間企業の導入を、一般社会の法と制度を刑務所のなかに導入する、つまり、社会化の第二段階を現実化するため重要な契機とするのか、この選択こそ、将来の日本行刑を占う試金石であると考えています」<sup>86)</sup>

このような分析であるが、「被収容者を市民として扱う政策の展開」こそが真の「刑務所の社会化」であるという分析枠組みは興味深いものがある。この分析を踏まえて、今後の展望として、「処遇の担い手の多様化を通じた主体的な社会復帰行刑」という方向性が提示されているので、この点もあわせて紹介することにしよう。

「自主的自発的な社会復帰こそが新法の予定していることではないだろうか。(原文では改行)さらに、自主的自発的といっても自分一人の力だけで社会復帰を成し遂げるのは困難で、支えとなる人間関係が存在することが不可欠である。ところが、受刑者とは、施設に入所する前に孤立無援であったり、信頼を媒介とした人間関係を築けなかったことが多い存在である。また、知的障害等のハンディキャップを持った受刑者が多数存在していることも、最近明らかになってきている。社会が犯罪を生み出している側面があるという現実を直視し、その反面として受刑者とは犯罪に陥りやすい負因を抱えた存在と捉えるのであれば、その実質的な社会復帰のために、国は、受刑者に支えとなる人間関係を築くための準備を行わせたり、あるいは人間関係の構築そのものを促進したりするための社会援助を提供すべきことになる。」「個々の受刑者の多様なニーズを踏まえ、それに即した形での社会的包摂(ソーシャル・インクルージョン)が行われなければならない。」「処遇の担い手を多様に確保して行刑の社会化を推し進めることは、改善指導等の処遇プログラムの充実といかなる関係にあるのだろうか。受刑者は一般に犯罪の誘惑に弱い存在であり、また出所後は前科者に対する白眼視という社会の厳しい現実に立ち向かうことが必要となる。処遇プログラムで必要な知識や技術を身につけたり認知を修正することができたとしても、それだけでは犯罪との関係を断ち切るのに十分でないだろう。社会との連携を促進することは、それ自体として社会復帰を促進するが、そのことを通じて受刑者の社会復帰の意欲を涵養し、

作業や改善指導等の処遇プログラムへ参加する必要性を感じさせることも期待される。逆に処遇プログラムへの参加を通じて、社会とのつながりを維持・促進する必要性を感じることもあるだろう。すなわち、処遇プログラムと行刑の社会化は社会復帰に向けた車の両輪ということになる。これらを有機的に組み合わせる中で社会復帰に資する新しい処遇概念を確立していかなければならないと思われる。<sup>(87)</sup>

この方向性自体は異論のないところであるが、やや気になるのは、「刑務所の社会化」がもつばら比較法的な検討から導き出されており、憲法論として展開される部分は少ないように見受けられるという点である。一般社会の法と制度の頂点に位置し、「その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は効力を有しない。」(日本国憲法九八条一項)とされる日本国憲法と「刑務所の社会化」との論理的な結びつきを説明しておくことが必須不可欠の作業ということになるからである。もつとも、日本国憲法が刑務所に適用されるのは自明のことであって、改めて詳述するまでもないとされるのかも知れない。しかし、日本国憲法と「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」との関係は決して自明ではない。憲法論を留保して、「刑務所の社会化」の規範的根拠を「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」だけに求めるということになれば、同法の解釈運用次第では、「刑務所の社会化」の内容が刑務所での生活を塙の外の生活に近づけることだけに押しとどめられてしまうこともあり得ないことではない。日本国憲法と「刑務所の社会化」とは距離がありすぎるということかもしれないが、この距離を理論的に埋める努力を傾けなければ、「刑務所の社会化」も規範的根拠を欠く「政策論」ということになりかねない。

刑罰論と「刑務所の社会化」との関係が明らかではない点も気になる。刑罰の特別予防目的を考えれば、刑罰内容でないものを義務づけることも可能であるとの見解も示されているからである。もっとも、「矯正処遇」の義務づけの是非にみられるように、刑罰論における主要な対抗軸は応報刑論か一般予防論か特別予防論かにはなく、「自由刑の純化」に基づいて「受刑者も市民ないし国民である」とみるか、「受刑者もはや市民ないし国民ではない」とみるかにある。それ故、応報刑論か一般予防論か特別予防論かという問題と「刑務所の社会化」とは直接にリンクしないということかもしれない。しかし、「受刑者もはや市民ないし国民ではない」とみる刑罰論を退けるというのであれば、なぜ、そうかを日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論という形で展開する必要があるのではないか。刑務所について語ろうとしないという批判を刑法学は甘受しなければならないが、行刑論の側でも日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論について語る必要があるのではないか。そして、「刑務所の社会化」を押しとどめるだけではなく、刑務所を反対に「廃棄物処理場」に移行させている要因の多くが社会の側にあるとすれば、この刑罰論は「刑務所」の中に及ぶだけではなく、社会をも名宛人とするものでなければならぬといえよう。

(86) 赤池一将「フランス行刑からみる見た日本型行刑の特徴とその現在の課題」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報六号(二〇〇九年)五九頁～六一頁。

(87) 本庄武「日本における受刑者処遇理念の変遷と今後の展望」龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報六号四一頁。

## 七 日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論、刑務所論

日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論、刑務所論を論じる上で参考になると思われるのは、近代法律学の創始者とたえられるジュレミー・ベンサムの次のような見解である。

「犯罪者の利益は「最大多数の最大幸福」計算から完全に排除されるべきであろうか。犯罪者の利益は「最大多数の最大幸福」のために完全に犠牲にされるべきであろうか。もし、否だとすると、「最大多数の最大幸福」を目的にする「立法」による犯罪者の自由と人格の自律性の制限も、その実質は「他の社会構成員の最大幸福」を目的にするそれとすぎないということになり、その正当性の根拠を失うことになろう。犯罪者といえども、他の社会構成員と同様に、自己の最大幸福を追求すること自体は「立法」が干渉すべき問題ではない。「立法」が問題にすべきは、犯罪者の最大幸福と他の社会構成員のそれとが矛盾しているということだけであり、犯罪者をして「最大多数の最大幸福」と調和するような利益を追求せしめることによって、この矛盾を取り除くことが「立法」の課題になるのである。そして、犯罪者はこのような可能性を秘めた人間なのである。したがって、「最大多数の最大幸福」を目的として「立法」により犯罪者の自由と人格の自律性が制限されるのは、この限りにおいてだけであり、それを超えてはならない。それを超える制限は、犯罪者の利益を必要以上に害することによって、「最大多数の最大幸福」をも減じさせることになるのである。これに対して、犯罪者をして「最大多数の最大幸福」と調和するような利益を追求せしめるための制限は、一時的には犯罪者の利益を損なうようにみえても、長期的には犯罪者の利益となるが故に、「最大多数の最大幸福」に資することに

なる。この意味において、犯罪者の幸福は社会の幸福と、犯罪者の苦痛は社会の苦痛と比例している。「最大多数の最大幸福」を目的にする「立法」による犯罪者の自由と人格の自立性の制限が、その正当性を主張する所以である。<sup>(88)</sup>

このようなベンサムの見解は現在においても傾聴に値する。日本の刑罰制度においてはいまだ実現されていない課題だといえよう。のみならず、それはますます実現の困難な課題となりつつある。日本の厳罰化は、福祉国家から刑罰国家への政策転換を背景として、検察官の主導の下で進められたものである。マスコミが問題を探し出して報道し、市民運動家が社会運動の中でこの問題を取り上げ、政府に対策を求め、行政・政治家がこれに対応して法律等を制定し、医学、法学、心理学などの分野の専門家が、学問的な権威として、この問題を解決するという一連の作業。この「鉄の四重奏」<sup>(89)</sup>の中心に位置するのは検察官である。<sup>(90)</sup>「国民の処罰要求」についても検察官による取捨選択が行われている。しかし、そうだとしても、格差社会の進展に伴う無縁社会、あるいは孤独の「孤人主義」の静かな広がりの中で、統合力の強化のために国家に従順な「市民」像を作出・強化し、そこから漏れ出る「敵」、「非国民」には徹底した排除を加えるという国策に沿って、国民の意識も「異端」の「包摂」から「排除」へと大きく傾き、これが「処罰要求」と結びついていることは確かだからである。これを裏付けるデータも少なくない。二〇〇九年に総理府が行った世論調査では、「罪を犯した人の立ち直りを支援し、再犯を防止する活動に協力したい気持ちはあるか」の質問に対し、「ない」と回答した者が五十一%となっており、「ある」と回答した者の四二%を上回るようになっている。このようなデータもその一つである。格差社会を肯定し、ホームレスは自業自得だと考える人は死刑を支持しているとの興味深い分析もみられる。<sup>(91)</sup>



犯罪が減少するからと考えて厳罰化を支持している人は実は少数で、モラル維持、規範意識の強化のために厳罰化を支持している人が多数を占めるという。このような仮説も提示されている。<sup>(92)</sup>この仮説を裏付けるかのようには、さまざまな領域で刑罰が投入され、「マナーのルール化」が図られている。はつきりした予防効果も証明されていない。被害者救済とも結びつかない。それでも市民社会で守るべき「マナー」、「モラル」、「規範」といったものを強烈に打ち出し、人々の間で相互確認し、確認するために刑罰による担保が是非とも必要だとされる。これらの人々は、刑事政策の私事化を積極的に受け入れ、安心・安全の町づくりを奔走する。防犯のためにはプライバシーの犠牲はやむを得ないともされる。<sup>(93)</sup>モラリッシュで正義感に溢れた処罰要求は犯罪の原因を個人のみ還元し、その背後にある社会環境、国家制度の問題を見えなくしてしまうくらいがある。現に、一九八九年に総理府が行った世論調査では七七%の人が「犯罪の原因を個人の素質ではなく社会環境にある」と回答しているが、近時は自己責任論の影響もあって、「犯罪の原因を個人の素質に求める」人が増加している。「犯罪者」が置かれた苦境を問題視する声は遮断され、厳罰によって「負の連鎖」が生じていることは少しも顧みられない。

「経済的な不況によって福祉が後退し、人口の高齢化によって高齢貧困層が増加する中で、社会全体が自己責任を重視し、社会的な失敗者を排除する傾向が高まれば、社会的に孤立した貧困層は、必然的に社会の中の居場所を負われ、刑務所に追いやられてくる。刑務所が絶対に受け入れを拒否しない場所だからである。<sup>(94)</sup>」

「治安の最後の砦」の刑務所には、確かに自己中心的で、理不尽に他人に危害を加えたような人もいない。しかし、大多数は、……社会的に負け組といわれてしまうような人たちである。<sup>(95)</sup>「受刑者の多くは、無職であったり、離婚していたりと社会基盤が脆弱であるものが多い。だから累犯化しやすく、実刑になりやす



い。<sup>(96)</sup>」「刑務所に収容されることで社会的な受け入れ状況はさらに悪化するため、再犯に至る者が多い。再犯によって再び刑事手続を受けた場合には再犯加重されるため、さらに実刑判決を受けやすくなるなど悪循環に陥りやすい。<sup>(97)</sup>」

このような「負の連鎖」である。犯罪者の側にも、厳罰を受け入れざるを得ない事情が存する。ある死刑囚はその事情を次のように語っている。

「今まで家族が苦しみ続けてきたこと、これからも苦しみ続けること、その全てを受け入れることも私の受けるべき罪だと思えます。今現在ですら私が負担になっているわけですし、これ以上、家族に精神的にも経済的にも私のことで迷惑や負担をかけたくないし、自分自身が変わらなければいつまで経っても家族と同じトラブルを繰り返すばかりですから、これからは一歩前に進み、現実的に迫る死刑と日々向き合いながら誰にも甘えることなく、改めて本当に心から反省したうえで、なおかつ刑に服せようと、死を迎えようと考えました。<sup>(98)</sup>」「この人生を自分なりに振り返ってみると、いったい、僕は何のために生まれ、生きてきたのか、また、最期のそのときまでオカンに親不孝することを考えると、本当に出来ないのバカなやつで、心から申し訳なく思うけど、死刑を受け入れることを許してほしいです……本当にごめんなさい。僕が言うと言得力に欠けるし、矛盾した発言にもなるけど、オカンには、僕の方も長生きして、幸せになってほしいと心から願っています。<sup>(99)</sup>」

それは犯罪者の家族の場合も同様である。家族特有の事情が存する。「踏み絵」を迫られるなか、罪を犯してしまった肉親を「生贄」として差し出すことによって保身を図らざるをえない。このような家族の事情がそれである。犯罪者のみならず、その家族といえども、「負の連鎖」に自ら進んで身を投じざるを得ない。このような状況が生まれている。

このような状況に目をそむけたままで、日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論、刑務所論を構築し得るかといえ、答えが否であることは改めて詳述するまでもなからう。あるべき刑罰論、刑務所論を構築するためには、多くのことを地域社会の人々に語りかけ、理解してもらう必要がある。「人は、社会的に孤立するなど、困難な状況があるレベルを超えると犯罪者となる可能性はある。誰でも犯罪者になる可能性はある。犯罪者を排除することは未来の自分自身を排除することにつながる……」<sup>(10)</sup>「ということもその一つである。「この負の連鎖を止めるには、社会の中に受け皿を作って、福祉の支援へとつなぐルートを構築するしかない。日本の刑事司法は、これまで福祉など他の社会政策と無関係に存在し、福祉も触法高齢者に支援の手を差し伸べてこなかったため、こうしたルートが存在しなかった。」<sup>(10)</sup>「ということもその一つである。「諸外国との比較から、日本に何が欠けているのかといえ、ノルウェーとの比較で見れば、高齢者に対する年金・福祉や住宅などの社会政策の不足であり、イタリアとの比較で見れば刑事手続と矯正・保護あるいは福祉や刑事司法と福祉の連携の不足である。」<sup>(10)</sup>「ということもその一つである。」

今、日本の刑法学に求められているのは、たとえ耳の痛い話であっても、国民に事実を説明することであり、「世論」におもねることではない。正しい事実認識に基づかない「思い込みによる対策」を合理化し、拍手喝采を送ることは学の自己否定につながる。国民に語りかけ、理解してもらうということも刑罰論の課題である。ち

なみに、松原芳博教授は、「他者に対する想像力が欠如しているという批判は、犯罪者や非行少年に対してだけでなく、立法者やマスメディア、国民一般に対しても向けられねばならない。」<sup>103</sup>としている。

- (88) 内田博文『刑法学における歴史研究の意義と方法』（一九九七年、九州大学出版会）三七九頁以下を参照。
- (89) 前掲・浜井浩一『実証的刑事政策論』一九頁。
- (90) 同三四九～三五〇頁などを参照。
- (91) 同三一四頁。
- (92) 松原英世「厳罰化を求めるものは何か…厳罰化を規定する社会意識について」法社会学七一号（二〇〇九年）一四二頁以下などを参照。
- (93) 前掲・浜井浩一『実証的刑事政策論』三二四頁。
- (94) 同二〇五頁。
- (95) 同二九八頁。
- (96) 同二〇二頁。
- (97) 岡崎正尚『慈悲と天秤』（二〇一一年、ポプラ社）一五頁。
- (98) 同二二〇～二二二頁。
- (100) 前掲・浜井浩一『実証的刑事政策論』四〇六頁。
- (101) 同二〇五頁。
- (102) 同四〇四頁。
- (103) 松原芳博「国民の意識が生み出す犯罪と刑罰―犯人への報復感情を煽るマスメディアの過剰な犯罪報道の行き着く先は―」世界二〇〇七年二月号五八頁。

## 八 社会による赦し

事実を説明することにも増して、今、刑法学に求められているのは、客観的な価値に基づいて、あるべき刑罰と刑務所、そして、あるべき社会について語ることである。近代の自由刑を中心とする刑罰制度、そして、その受け皿としての刑務所制度は何故に形成されたのか、その社会的・文化的・歴史的意義は何かを踏まえた上で、刑罰はどうあるべきか、刑務所はどうあるべきか、更には、社会はどうあるべきか、について語ることである。というのも、権力者が自己に逆らうことがどれほど罪深いものであるかを民衆に知らしめるために公開の場で身体刑を加えることに民衆らが反発したことから、アンシャンレジームの残虐な「みせしめ」のための身体刑は機能不全に陥り、廃棄されたからである。職業的な悪党たちによる悪行よりも一般人による軽微な犯罪が増えてきたことも身体刑の廃止には大きく与った。その結果、近代国家においては、残虐な刑罰は禁止されることになった。日本国憲法もその第三六条で、「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」と規定した。もつとも、近代においても死刑は維持されたことから、死刑は「残虐な刑罰」にあたらなないと主張も行われ、最判昭和二十三年三月一二日も、憲法第三一条の反対解釈から、「国民個人の生命の尊貴といえども、法律の定める適理の手続によって、これを奪う刑罰を科せられることが、憲法には明らかに定められている。」として、死刑は、憲法第三六条にいう「残虐な刑罰」には当たらないとした。しかし、同判決には次のような補充意見が付されていたことを忘れてはならない。

「憲法は、その制定当時における国民感情を反映して右の様な規定（憲法三一条の意味―引用者挿入）を設

けたにとどまり、死刑を永久に是認したものは考えられない。ある刑罰が残虐であるかどうかの判断は国民感情によって定まる問題である。而して国民感情は、時代とともに変遷することを免れないのであるから、あの時代に残虐な刑罰でないとされたものが、後の時代に反対に判断されることも在りうることである。従って国家の文化が高度に発達して正義と秩序を基調とする平和的社会が実現し、公共の福祉のために死刑の威嚇による犯罪の防止を必要と感しない時代に達したならば、死刑もまた残虐な刑罰として国民感情により否定されるに違いない。かかる場合には、憲法第三十一条の解釈もおのずから制限されて、死刑は残虐な刑罰として憲法に違反するものとして、排除されることもあろう。」

その後、世界は、この補充意見にみられるように、死刑を「残虐な刑罰」とし、廃止に踏み切った。しかし、日本は世界の動向に反して死刑を存置している。それも死刑を取り巻く現実をほとんど知らされずに形成された「世論」を理由として死刑を存置している。それどころか、検察官による死刑求刑の増加に対応して、死刑判決が増加し、死刑執行も増加している。もちろん、それは国際的な反発を招いており、たとえば、国連自由権規約委員会の一九九八年一月一九日付の日本政府宛ての「最終見解」は、その「主な懸念事項及び勧告」のなかで、「委員会は、人権の保障と人権の基準は世論調査によって決定されないことを強調する。規約に基づく義務に反し得る締約国の態度を正当化するために世論の統計を繰り返し使用することは懸念される。」とし、同委員会の二〇〇八年一月三日付の「最終見解」も、「委員会は、……死刑によって処罰される罪の数が未だに減少していないこと及び近年執行の数が着実に増加していることへの懸念を再度表明する。……世論調査の結果如何にかかわらず、締約国は、死刑廃止を前向きに考慮し、公衆に対して、必要があれば、廃止が望ましいことを伝え

るべきである。」と表明している。

死刑を合憲とする人々は、死刑は憲法の禁止する「残虐な刑罰」には当たらないとする。しかし、そうだろうか。「社会的な死」にとどまらず「物理的な死」に追いやる「残虐な刑罰」だと考えているからこそ、「敵」に最も痛撃を与えられる刑罰だとして死刑を支持しているのではないか。死刑廃止論者も死刑賛成論者も実は死刑が「残虐な刑罰」であることを前提にして議論しているのではないか。「残虐な刑罰」でないとするのは違憲との批判を回避するための「つじつまあわせ」ではないか。

死刑廃止に反対する「世論」の背景に伏在するのは、いうまでもなく、新自由主義の下で「敗者」だけではなく「勝者」をも悩ます「不安感」であり、この「不安感」に支えられた「敵刑法」の論理である。「社会の敵」による凶悪犯罪が増加しているというマスメディア等によって喧伝され、醸成された神話もこれには与っている。「もし、日本の世論を死刑廃止に向かわせたいのであれば、政府や人に対する信頼感を強め、社会保障を信頼できるものに改革して、国民の生活不安を取り除き、科学的な思考をしつかりと教えることが必要なのかもしれない。」<sup>(104)</sup>と指摘される所以である。

われわれがどのような刑罰制度を採用するかは、われわれがどのような社会を形成しようとしているのかに大きく関わっている。「社会的包摂」<sup>(105)</sup>を旨とし、それに基づく刑罰制度を採用しようとするのか、あるいは、「社会的排除」<sup>(106)</sup>を旨とし、それに基づく刑罰制度を採用しようとするのかという点などがそれである。日本国憲法の採用する法原理に鑑みた場合、いずれの刑罰制度が憲法に適合的であるかは改めて詳述するまでもなからう。ここでも、今、日本の刑法学に求められているのは、日本国憲法に適合的な刑罰制度とは何かを、そしてまた、「社会的排除」に基づく刑罰制度がいかなる結果を生じさせるかを国民に率直に問いかけることである。不信は不信

を生み出し、いたるところで不信が自己増殖する結果、遂には社会の解体にまで至り得ることを語ることである。それでは、この点についての行刑改革会議の態度はいかがであろうか。不十分だといえよう。次のように述べられているに過ぎないからである。

「他人の人間性を踏みにじった受刑者の人権を尊重する必要などあるのかという声も国民の中にあるかもしれない。また、受刑者のために一層のコストをかけることに対して抵抗感を抱く国民もいるかもしれない。しかし、我々は、受刑者の人権を尊重し、改善更生や社会復帰を図るために施す処遇を充実させることに要するコストを無駄なものとは考えない。むしろ、今、必要不可欠なものである。なぜなら、この改革において実現される処遇により、受刑者が、真の意味での改善更生を遂げ、再び社会の担い手となるべく、人間としての自信と誇りをもって社会に復帰することが、最終的には国民全体の利益となるものと考えらるからである。(原文では改行)そして、受刑者が真に改善更生と社会復帰を遂げるための処遇を施すことは、職員に対しても自らの職務に本来の使命感と充実感を与えることになるものと確信している。」<sup>(17)</sup>「立法に向けた作業と併行して、立法を要しない改革を推し進める必要がある。予算や人員を要する事項も多い。必要な調整を鋭意進め、この提言に盛り込まれた改革を実施できるよう、法務省は、最大限の努力をすべきである。(原文では改行)こうした改革の推進に当たっては、国民に対して理解を求めるといふ姿勢が重要である。ともすると、一般の国民は、刑務所のため、あるいは受刑者のために貴重な社会資源を配分することについて、理解を示さない場合もあるように思われる。この改革がなぜ必要なのか、その理由を明確に示し、説得する必要がある。時には、啓蒙が必要な場合もあろう。しかし、その手間を厭うてはならない。この提言に示された方向に従って、法務省は、ね

「ばり強く国民の理解を得るべく努力をすべきである。」<sup>(108)</sup>

それは、「更生保護のあり方を考える有識者会議」の報告書の場合も同様である。次のように指摘するだけである。

「犯罪を犯して刑務所に服役した人なども、いずれは社会に戻ってくる。刑務所等で矯正教育を受けても、自立していける人ばかりではなく、定住や就労等に困難を抱える人も多い。その結果、社会に適応できず、再び及ぶ人が少なくないが、こうした困難を克服するには、刑務所等における施設内処遇のみでは限界があり、最終的には社会内において処遇することで適応を図る必要がある。」<sup>(109)</sup>

いずれも及び腰だとの印象を拭えない。ここでは、新自由主義の下での「司法福祉」<sup>(110)</sup>の厚い壁を打ち破り、元受刑者らの社会復帰を支えることは困難であろう。というのも、この「司法福祉」は、「らい予防法」の下での患者・家族に対する「福祉」がそうであったように、社会防衛を目的とするもので、憲法第二五条に由来する生存権保障を目的とする一般の福祉から切り離されているために、ただでさえ貧弱な一般の福祉よりもさらに劣位に置かれることになるからである。「施設内処遇から社会内処遇へ」という国際的な動向についても、欧米諸国などでは国の財政的負担の軽減という事情から説明されている。しかし、その欧米諸国などでさえも、保護観察を安上がりであったとしても市民ボランティアの手には委ねていない。専門的な知見がないと保護観察を実効的に行うことはできないとして、専門家の公務員の定員を増やして、これに専掌させているのである。日本の場合、



行刑の改革も更生保護の改革も欧米以上に財政の論理が濃厚である。しかし、刑務所をマイナーな福祉施設とし、社会的に孤立した貧困層を收容すること、あるいは、社会自体を刑務所化することは「包摂」とはいえない<sup>111)</sup>。

犯罪者の人権というのは、確かに多くの市民にとって最も理解し難い人権の一つである。しかし、理解し難いからといって、犯罪者の人権を否定してしまうこと、あるいは否定を黙認してしまうことは、すべての人権の否定、あるいは否定の黙認につながる。これは人類がナチス・ドイツ、あるいはファシズム日本から、筆舌に尽くし難い対価を支払って学んだ教訓であり、世界人権宣言を採択せしめたところのものである。犯罪者の権利、そして犯罪者の生活の向上がひいては私たち一人一人の権利と生活の向上にもつながる。このような視点に立った施策の実施を国に要求することの正当性と妥当性を論じることが、あるべき刑罰論、刑務所論ではないか。

刑罰を「社会的包摂」に依らしめた場合、国家が犯罪者を「物理的な死」や「社会的な死」に追い込むのをやめさせるだけでは問題を解決したことはない。今の厳罰化は検察官と市民の共同作品であり、「社会的な排除」の一方の主役を担うのも市民だからである。犯罪者・家族の「社会的な排除」に向かう市民の動きを抑制しない限りは、「社会的な包摂」を実現できない。

この点で特筆されるのは、応報・贖罪の真の意味を問い、刑罰の最も本質的な意味は「社会による赦し」にあるとする梅崎進哉教授の見解である。次のように説かれている。

「本来、刑罰には「罪の否定」の儀式による被害者・加害者・共同体の「癒し」だけではなく、儀式の後の加害者への「赦し」に重要な意味があったはずである。殺人事件の被害者遺族が完全に癒されることはほとんど不可能だろう。強い疎外状況から抜け出せない加害者が罪の承認を拒絶し、悔悟による自己疎外から救われ

ることを拒否する場合もある。このような場合に、「癒し」を絶対化し、どこまでも追求するならば、無制限の刑を科すことになる。だが、それは加害者の排除であり、共生の法則としての刑法の根本を否定するものである。従って、この局面では、それ以上の科刑を断念するところに共生の法則としての刑法の叡智があるのである。社会は、加害者を共生する人格として尊重し、侵害原理・責任原理などの共生原理に裏打ちされた犯罪論によって正当化できる限度での不利益を課す。そして、犯罪者に対して、社会から赦され、自らも癒されるための一罪を見つめ自己疎外から回復するための一機会を強制的に与える。しかし、共生法則としての犯罪論が示す処罰限度に達してもなお自ら自己疎外を逃れようとする犯罪者については、その人格をも尊重し、それ以上の強制を断念して社会に戻すしかない。この場合、社会は被害者に対し、犯罪者を罰することで社会が被害者側に立つことを表明した上で、刑罰賦荷の代償として社会が犯罪者を赦すことを了承してもらわないだろう。それでも赦せない被害者に対しては、「あなたは赦せないだろうけれども、私たちはこの辺で彼を赦すしかない。」ことを明確にし、被害者の癒しの問題は、修復的な観点を持った（広義の）刑事政策に引き継ぐべきである。刑罰自体の問題としては、「修復」は「目指されるべき方向」ではあっても「到達目標」ではない。刑罰の最も本質的な意味は、社会による「赦し」にある。<sup>(12)</sup>

松生建教授からも、ヘーゲルの刑罰論によりながら、同旨の主張が展開されている。

「法の回復とは、犯罪において失われた相互承認の契機を回復すること、すなわち犯罪者と被害者の間に平等な関係を回復することに他ならない。両者の間に相互性という関係を回復するためには、犯罪者は被害者に

なしたことと同一のものをおのれ自身も被らなければならない。そうすれば、「両者の間に平等な関係が回復する。……この「法の回復」によって刑罰は客観的に正当化されるのである（刑罰の客観的正当化根拠）。「更にヘーゲルによれば、刑罰を科すことは、客観的秩序（相互承認）の回復という意味をもつだけではなく、それと同時に、犯罪者自身をも理性的で自由な存在として取り扱うことを意味する。」「犯罪者は人を殺すことによつて普遍的なものを、すなわち、「人を殺してもよい」という法則を定立し、しかもおのれの行為（＝意志）によつて、これを彼に固有の法として承認しているのである。それ故、人々は、彼に關してはこの法則に従つて取り扱つてよい。犯罪者の定立した法則に従つて彼を取り扱うとき、少なくとも他者によつて定立された、彼にとつては疎遠で敵対的な法則は彼に対して適用されておらず、彼はただ、彼自身の行為に根拠のある法則に従つて取り扱われる。これは、彼の行為が普遍性をもつこと、つまり彼が理性的な存在であることの承認であると同時に、彼が自由な存在として、つまり自分で自分を規定する存在として取り扱われていることを意味する。この意味において、刑罰（応報刑）は犯罪者の権利なのである。これが刑罰の主観的正当化根拠である。」<sup>(113)</sup>

思うに、「社会による赦し」という刑罰の意義は、応報刑論だけではなく、どの刑罰論を採用するにしても、その前提とされなければならないといえよう。一般予防論であろうと、特別予防論であろうと、予防論をとる以上、犯罪の防止にはなく、犯罪の誘発に至るような刑罰論を採用し得ないことはいままでもない。<sup>(114)</sup>ところが、「社会による赦し」を包含しない刑罰は犯罪の防止に結びつかず、逆に犯罪を誘発することになる。「社会による赦し」を拒否され、社会から徹底的に排除された「犯罪者」は刑務所に「居場所」を求めざるを得ないが、刑

務所に入所するためには再び犯罪を犯すことが必要条件となるからである。

賛否が分かれるとしても、少なくとも、この「社会による赦し」の問題を抜きにしては日本国憲法の下でのあるべき刑罰論、刑務所論を語り得ないことだけは確かであろう。

ところで、近代の国家は、私人による「私刑罰」を犯罪として禁止し、「公刑罰」という形で国家が刑罰を独占している。「仇討」など、犯罪をめぐる「終わりなき戦争」で社会が混乱に陥るのを避けるためである。「私刑罰」<sup>(16)</sup>と「公刑罰」は明確に区別され、犯罪をどう処罰するか、処罰しないかは国家の判断に委ねられている。そこで基準となるのは「公刑罰の論理」<sup>(17)</sup>であって、「復讐心」などの「私刑罰の論理」<sup>(18)</sup>ではない。国民といえども、この「公刑罰の論理」に従うことが義務づけられる。「公刑罰」が科された以上、これを受け入れることが国民に要請され、さらなる処罰を国民が求めることは禁止される。「公刑罰」が科された以上、少なくとも処罰については決着がついたとされる。この決着は多くの場合、犯罪被害者および遺族を満足させるものではない。しかし、それを十分に織り込んだ上で決着がついたと看做される。「終わりなき戦争」をやめさせるという公益を優先させるためである。そして、この「決着」は受刑者にとっては「社会的な赦し」を意味する。ヘーゲルのいえば、「自由な存在」として取り扱われることになる。もっとも、「公刑罰の論理」がしばしば「国家の論理」によって換骨奪胎されてきたことは確かである。しかし、だからといって、「公刑罰の論理」を「私刑罰の論理」に再び差し替えてもよいということにはならない。私たちが向かうべきは市民的公共性によって「公刑罰の論理」を純化させ、深めることであって、犯罪をめぐる「終わりなき戦争」の時代に暗転させることではない。

「私刑罰の論理」をもって「公刑罰の論理」とすることを要求する人々は、これには納得しない。さらなる厳罰を求め、これが実現できないとなると、「公刑罰」による決着に異論を唱える。まだ決着はついていない。「公

「私刑罰」はそうだとすると、「私刑罰」はまだ残されている。「私刑罰」を行使する権利は留保されている。このように主張する。そして、「社会的な排除」をもって、国家によって禁止された「私刑罰」に代替させようとする。犯罪者の「物理的な死」が無理なら、せめて「社会的な死」をと願う。しかし、このような「私刑罰の論理」が日本国憲法の下で許容されるのであろうか。「私刑罰」は違法で許されないが、これに代わる「社会的な排除」なら合法で許されるということになるのであろうか。

「残虐な刑罰」にあたらないう問題となろう。「公務員による場合」は憲法によって絶対に禁止されるが、「私人による場合」は憲法では禁止されていない。こういうことになるのだろうか。憲法が明文をもって禁止していないのは、近代国家では刑罰としては「公刑罰」、したがって公務員による刑罰執行しか想定されておらず、「私刑罰」は想定されていないために明文規定を置く必要性を認めなかったからではないか。民間刑務所の場合、非公務員による「残虐な刑罰」の執行が問題になり得ないわけではない。

先に、「公刑罰」による決着は多くの場合、犯罪被害者および遺族を満足させるものではないと述べたが、梅崎教授によれば「社会による赦し」と表裏一体の関係にあるとされる「被害者・加害者・共同体の癒し」という刑罰の意義について考える上で留意しなければならないことは、この「癒し」は刑罰だけでは実現できない課題だということである。「癒し」には、加害者による真摯な謝罪に加えて、被害の救済や再発防止策の実施などが必要不可欠である。しかし、これらにおいて果たす刑罰の役割はそれほど、大きなものではない。犯罪の被害は、他の人権侵害の被害と同様、あるいは、それ以上に、過去の個別被害にとどまるものではなく、完全な被害救済が図られない限りは解消されることなく、いわば現在進行形ないし未来形という形で進行し、拡大していくところのものである。この進行ないし拡大に対応して、刑罰を課し続けることができるかという点、不可能で妥当で

もない。「癒し」も、福祉、医療、教育等々、他の施策と相まって、はじめて達成し得るところのものである。<sup>(119)</sup>  
 このような刑罰の限界を認識しないで、刑罰による「癒し」をあくまでも追い続けた場合、修復的司法も治療的司法も、社会内での「終身刑」を肯定する理論に転嫁しかねないのではないか。<sup>(121)</sup>

それでは、刑罰の内包するこのような限界に対して、私たちのとるべき道はいかがであろうか。この限界の故に、「赦し」や「癒し」という刑罰の意義を否定する方向に向かうことであろうか。それとも、他の諸々の施策などとの緊密な連携を一層、図ることによって、「赦し」や「癒し」という刑罰の意義を内実化する方向に向かうことであろうか。日本国憲法の下におけるあるべき刑罰論、刑務所論<sup>(122)</sup>という観点からみた場合、答えは明らかであろう。自由刑を中心とする近代的な刑罰制度、そしてまた、その受け皿としての刑務所制度は、神ならぬ人間が生み出した制度である。「文明の成果」とも喩え得るが、不完全さは免れ難い。しかし、この不完全さの故に、「文明の成果」を放棄することは許されない。

「社会による赦し」という刑罰の意義をも踏まえて、「公刑罰の論理」に基づいて、死刑を含む「残虐な刑罰」を法定刑および量刑において回避するとともに、「受刑者も市民ないし国民である」として、刑務所を「廃棄物処理場」ではなく「リサイクル」施設にしていくこと、そして、「刑務所の社会化」を進めていくことは、日本国憲法に基づく、国だけではなく社会の側の責務でもある。それを法定刑、量刑、行刑・更生保護の場面を通じて理論化し、その射程を法廷の外の世界に、そして、刑務所の塙の中の世界に及ぼしていくことが刑罰論の課題である。<sup>(123)</sup> そのためには、非当事者による、非当事者のための、非当事者の刑罰論から、当事者による、当事者のための、当事者の刑罰論を織り込んだ刑罰論へと「パラダイムの転換」を図る必要がある。<sup>(124)</sup> 一部の刑事訴訟法学者などには、たとえ死刑であっても裁判員が参加して適正手続に則って下した判決である以上は法的正義を

満たすとする見解もみられる。しかし、適正手続の保障だけで刑罰を正当化することはできない。あるべき刑罰論に悖る刑罰は違法であり、憲法違反ともなり得る。

(104) 前掲・浜井浩一『実証的刑事政策論』三二五頁。

(105) 「ソーシャル・インクルージョン」概念を基にして、現代における社会的排除に理論的・実践的にどう立ち向かうのかをライトモチーフとして展開させたものとして、たとえば、森田洋司監修・森田洋司他『新たな排除にどう立ち向かうかーソーシャル・インクルージョンの可能性と課題』（二〇〇九年、学文社）などを参照。

(106) 排除や差別という営みや出来事と、私達はどうか生産的に向き合い、どのようにそれらを「活用」できるのかを問いかけるものとして、たとえば、好井裕明編著『排除と差別の社会』（二〇〇九年、有斐閣選書）などを参照。

(107) 同行刑改革会議報告書三頁。

(108) 同四九一五〇頁。

(109) 同報告書三頁。なお、富山聡「改善指導の現状と課題」法律時報八〇巻九号（二二〇〇八年）一一〇頁では、「受刑者が再犯を犯さず社会内で全うな生活を営めるか否かは、住居と定職の確保が要点であることは実務経験からも明らかである。」とされる。この住居と定職の確保が社会の側の問題であることはいうまでもない。

(110) 「司法福祉」という用語を公式に初めて用いたのは山口幸男教授であるが、周知のように、山口教授は少年刑事政策を保安処分の枠でとらえ、保護処分は非行少年に対する「国家的サンクション」（同「少年刑事政策と司法福祉」（一））日本福祉大学紀要一四（一九六八年）六〇頁）であり、「権利としての保護処分はありえない」（同六四頁）、「反射的効果としての利益」（同六四頁）があるのみであった。

(111) ちなみに、高齢化する刑務所の内実に着目し、昨今の刑務所が国家に代わって福祉の代替的な機能を果たす側面を検証しているものとして、前掲・挽地康彦「ポスト・ケインズ主義の刑務所―高齢社会の裏側―」（一三三頁以下など）



を参照。同論文によれば、前述したように、次のように結論されている。「刑罰から福祉へ」というケインズ主義的福祉国家の受刑者処遇のあり方は、いまや大きく変容している。仮に釈放されても社会復帰に繋がらない枯渇した福祉が待っているだけならば、誰でも受け入れてくれる刑務所はあたかも安全な福祉施設のように高齢受刑者の眼には映っていることだろう。それは、現代日本の高齢社会における刑罰と福祉が、機能的に等価な関係にあることを指し示している。ポスト・ケインズ主義時代の刑務所は、意図せずして受刑者の全員雇用と生活保障を担う「擬似福祉国家」の役回りを演じているのだ。」

(112) 同「厳罰化・被害者問題と刑法の存在理由」森尾亮他編著『人間回復の刑法学』（二〇一〇年、日本評論社）二五～二六頁。

この「社会による赦し」にいう「社会」のなかに犯罪の被害者、遺族も包摂されることはいうまでもない。問題はこの包摂の意味であって、加害者が排除されない限りは犯罪被害者・遺族が社会に包摂されたことにはならないという主張までも肯定することは意味しないという点である。ちなみに、一九九四年に発生した松本サリン事件の被害者で、事件後に警察およびマスメディアにより事件の有力な容疑者であると見なされ、報道被害を受けた河野義行氏は事件の加害者に対して次のように語っている。

「加害者だからうんぬんという感情は持っていません。やってしまったことはしかたない。元には戻らないのですから。反省する、しないというのも、その人の心の中の問題だと思っんです。自分のしたことは自分で総括するしかない。それが私のスタンスです。「今まで私は誰に対しても、会いたいと言われれば、できる限り会ってきました。藤永さんも、私に会っておわびしたいとやって来た。その思いを私は受け入れたわけです」、「普通の人としてお付き合いしてますね。今は友達のような感じかな」、「だって日本は法治国家でしょう。罪を犯せば罰せられる。でも刑期を終えて出てくれば、それ以上の不利益は受けないと、法律で決まっています。そうであれば、普通の人として接するのは、当たり前のことじゃないでしょうか」（毎日新聞二〇〇九年三月一〇日東京夕刊二面（特集ワイド）オウム事



件被害者・河野義行さんの心の軌跡「人は間違つもの―だから、自分の中で人生を総括するしかない―」から)

これによれば、市民的公共性による公刑罰の論理を純化・徹底していくと刑務所で服役して責任を果たした以上は被害者に対して謝罪する必要はないということにならないことは明らかであろう。

(113) 前掲・松生建「法定刑の引き上げとヘーゲルの刑罰論」三九頁〜四一頁。そこから、教授によれば、「今回の法定刑の引き上げのうちには、犯罪者との和解を拒否し、犯罪者を社会から排除する発想がありはしないか。あるのは、むき出しの処罰感情(復讐心)と一般的な威嚇と社会からの隔離の論理ではないだろうか。」とされる。

絶対的応報刑論については、絶対的応報刑論はあくまでも規範論理の世界にとどまるために、evidence-basedの必要を感じないのではないかとの指摘があるかもしれない。しかし、絶対的応報刑論といえども治外法権ではあり得ない。憲法秩序に適合的であればならない。近代憲法の禁止する「残虐な刑罰」を正当化することはできない。それは死刑と絶対的応報刑論の問題についても同様で、近代的な刑罰制度の社会的・文化的・歴史的意義を踏まえたいうえでの絶対的応報刑論であることに留意しなければならない。絶対的応報刑論といえども、時代とともにその内容が変化しているのである。現代では絶対的応報刑論から死刑存置を導くことはできなくなっている。

(114) 特別予防論の場合、このことは明確といえよう。受刑者をして再犯に追いやるような特別予防論を採用することは自己矛盾となるからである。問題は一般予防論の場合である。積極的一般予防論の立場から「敵・味方」刑法さえもが説かれている。一般予防論が罪刑均衡原則を越えた重罰を正当化する側面の他方で、予防効果がなければ刑罰は正当化されないとすることによって実際の抑止効果を具体的に国家に拳証させるといって、とくに死刑などで問題となる意義を有していたことはもはや省みられなくなっている。しかし、「敵」を「排除」するという厳罰主義で犯罪を抑止しえるのであろうか。それは、秋葉原事件等にみられるように、むしろ人々を絶望の果ての自暴自棄に追いやり、無差別殺人などを誘発する一因ともなりえるのではないか。犯罪の事前抑止を刑罰だけに頼ることはできない。種々の社会政策が「社会的な包摂」という観点からあわせて講じられることが必要である。しかし、近時の一般予防論に

おいては、厳罰主義の結果、刑務所が威嚇を基礎に置く限り、施設内での労働を含めた処遇も刑罰的色彩を深めざるを得ないという側面、あるいは、威嚇を担保するために受刑者の生活条件および労働条件を施設外の就業者の最低線よりも低く設定するということから、最低賃金や生活保護費の引き上げを抑制する機能を持ち得るといった側面も視野から外されている。一般予防論が「保安処分」肯定論につながりやすい点も杞憂ではない。それらを回避するためにも、応報刑論の場合と同様、一般予防論の立脚する罪刑均衡原則についても、罪刑均衡原則に基づいて処断された場合には「社会による赦し」が用意されているとすることが肝要ではないか。

なお、「社会による赦し」が被害者ないし遺族の感情の鎮静化を意味しないのであれば、積極的一般予防論にいう「規範の安定」と同じ意味ではないかの指摘があるかもしれない。しかし、「社会による赦し」と積極的一般予防論にいう「規範の安定」とは異なる。積極的一般予防論にいう「規範の安定」が加害者の包摂、従って、また、「社会による赦し」を内包しているかどうかは明らかではないからである。積極的一般予防論の論者によれば、人びとが共有している価値は国家や社会のあり方と密接に関係しており、積極的一般予防論が刑罰の中心とする「毀損された価値の回復」がときには刑務所を「廃棄物処理場」にする論拠となり得ることに関心が示されていない点は気になるところである。

(115)(116) このような場合、「国家的刑罰権」と「非国家的刑罰権」という対概念が用いられるのが一般的といえるかもしれないが、埜浩「フランス法史上の権力と刑罰」法制史学会編『刑罰と国家権力』（一九六〇年、創文社）によれば、「右のような意味に国家権力の概念を解する限りは、それは国内に存在する全権力を内容とするものであるから、もしかりに「非国家権力」の語で表示される権力が国内にあるとしてもそれは国家権力の概念に包摂され、その一部をなすものにすぎず、また従ってその表現自体が適切ではないことになる。即ち、国家権力と非国家権力との同時存在は前近代的社会にはありえないこととなり、従って、権力の最も直截な一表現である刑罰権についてもまた、国家的刑罰権と非国家的刑罰権との同時存在はありえないこととなる。」(四三二―四三四頁)とされる。そして、吉

田道也「国家刑罰権と非国家刑罰権について―ドイツ―」前掲『刑罰と国家権力』によれば、「私法的刑罰権乃至私法的刑法」と「公法的刑罰権乃至公法的刑法」、あるいは「私的刑罰権乃至私的刑法」と「公的刑罰権乃至公的刑法」という対概念が用いられ、次のように整理されている。

「当事者（被害者）の満足を目的とし、当事者によるその実行が委ねられている私法的刑罰権乃至私法的刑法と、公共の利害を目的として当事者ではなく第三者が担い手となっている公法的刑罰権乃至公法的刑法とを分つことができる。（原文では改行）次に公共の利害即ち公的関心、全体的立場をその程度の差によって分つと私的刑罰権乃至私的刑法に止まるものと公的刑罰権乃至公的刑法即ち国家的刑罰権乃至国家的刑法に分かつことができる。（原文では改行）この意味で、復讐、フェーデは私法的刑罰権乃至私法的刑法である。国家（Volkerschaft）の刑罰権は公的刑罰権である。家、氏族の刑罰権は私的刑罰権である。従つてこの中で国家的刑罰権は国家（Volkerschaft）の刑罰権である。しかし、国家（Volkerschaft）は国家（Staat）の萌芽であるように、これは国家的刑罰権乃至国家的刑法の萌芽である。しかも、これらのなかで原則的なものは、フェーデであつて、他は限定されたものであつた。」（五五八頁）

本稿でも、「公刑罰」と「国家的刑罰」の異同に留意するという観点から、この「私法的刑罰権乃至私法的刑法」と「公法的刑罰権乃至公法的刑法」、あるいは「私的刑罰権乃至私的刑法」と「公的刑罰権乃至公的刑法」という対概念とはば同様の意味で、「私刑罰」と「公刑罰」という対概念を用いた。問題は「市民的公共性」が国家権力に代つて公刑罰を科す主体と考えてよいかである。現在では国際機関が担う「超国家的な刑罰」も「公刑罰」の一角を確保しつつあるが、それでも「公刑罰」の担い手は依然として「国家」が占めるという側面が強い。その意味で、「市民的公共性」は「公刑罰」の担い手というよりは「公刑罰」を支える基礎とすべきであらう。

なお、莊子邦雄「近代刑法の原初形態」日本刑法学会編『刑法雑誌』五卷二号（一九五四年）によれば、「かくして、フランク期において、強大化された王権のもと、公的関心のもとに贖罪契約締結強制を行うことにより贖罪金を科したという事實を辯え得たと共に、公法と刑法とが接合する端緒的契機を認めると同時に、まさしく、近代刑法生

成への原初的基點を肯認し得るであろう。」(六三一―六四頁)、「ここに注意すべきことは、近代刑法生成のための原初的基點を形成したというのも、そのまま直ちに、近代国家における強制権の效果的独占と同一平面上において論ずべきではない、ということである。なぜかなら、規範的強制は、王権にのみ独占されていたわけではない(教権と帝権との二元主義の展開……)、また、規範的強制権独占の効果は、十全に到達し得られたとは考え得られないからである(中世を通じて、血讐・フェーデを根絶し得なかつた事實を豫起せよ)。(原文では改行)さて、然らば、かかる原初的基點より、いかなる過程を経て、近代刑法は生成発展したものであろうか。中世における公法的権力の多種多様な變遷を想起するときには、その途の平坦ならざることを豫起し得る。」(七三―七四頁)とされる。

(117) 「論理」に代えて「原理」「原則」という概念を用いる方が適切かもしれないが、「私刑罰」の場合、「原理」「原則」とはいえないものも多いために、「原理」「原則」に限らず、「私刑罰」を支える主張なども包含せしめる意味で「論理」という概念を用いた。ただ、「公刑罰」の場合は、法制上の「原理」「原則」とされているものが多く、「公刑罰の論理」の中心が近代憲法、近代刑法上の諸原則にあることはいうまでもない。

(119) 内田博文「差別防止に占める刑事法の役割」内田博文・佐々木光明編著『市民と刑事法(第二版)』(二〇〇八年、日本評論社)一一四頁以下などを参照。

(120) 高橋則夫『対話による犯罪解決』(二〇〇七年、成文堂)などを参照。なお、日本型修復的司法という観点から、修復的司法における警察の役割を重視するものとして、高橋則夫「修復的司法の理論と実践―修復的司法における警察の役割を中心として」『警察学論集五四巻五号(二〇〇一年)七六頁以下などを参照。

この修復的司法と公刑罰の論理とが異なるレベルの問題であることは、前掲の「特集ワイド」オウム事件被害者・河野義行さんの心の軌跡」における、「加害者だからうんぬんという感情は持っていません。やってしまったことはしかたない。元には戻らないのですから。反省する、しないとこの人も、その人の心の中の問題だと思っただけです。自分のしたことは自分で総括するしかない。それが私のスタンスです。」という発言からも明らかであろう。

(121) 特集「治療的司法」への道―再犯を防ぐ弁護士活動と取り組み」刑事弁護六四号（二〇一〇年）などを参照。この「治療的司法」によれば、検察官等によって「カウンセリング機能」を持つと自画自賛される「代用監獄での連日にわたる長時間の取調べ」で得られた自白を所与の前提として問題が論じられており、検察官主導の「人格裁判」に弁護士も加担することになるのではないかが懸念される。

(122) 本稿で従前の行刑論という概念ではなく刑務所論という概念を用いた理由は、前述したように、刑罰ないし刑務所が現にどのような機能を果たしているかは国家のあり方、社会のあり方に大きく関わっており、近時の日本が向かうとしていいる国家、社会のありかたとの相関の中で刑罰ないし刑務所の果たしている機能も測定されなければならぬという点に関わる。すなわち、行刑論では社会との関係で刑罰ないし刑務所がどのような影響を被っているかの問題は必ずしも十分にはフォローできないのではないか。この問題をも包含するためには刑務所論という概念の方が適当ではないかという点に存する。

刑罰論には「法定刑」による事前抑止論も含まれる。「法定刑」を通じて対象者の「規範意識」に働きかけることにより犯罪の事前抑止を図るという点がそれである。問題はこれと刑務所論との関係である。刑務所論は直接的には「行刑」の段階に関わるものだからである。ただし、両者は連動しているといえよう。「規範意識」の内容によって事前抑止刑の中身が異なってくるからであり、刑務所の機能も異なってくるからである。この連動を踏まえて刑罰論ないし刑務所論を再構築する必要があるのではないかというのが本稿の主張である。

(123) 「社会復帰」は、刑罰の目的ないし正当化根拠としてどのように位置づけられるのか。この問題に「社会的包摂」のための刑罰制度というテーゼはどのように関わるのかという点についても、ここで触れておきたい。「社会復帰」を刑罰の目的ないし正当化根拠として取り込むことについては、行刑段階から「社会復帰」のための処遇を実施するという長所の半面、「社会復帰」のための処遇に強制的な契機が温存されることになり、「社会復帰」の名の下に受刑者を権力者に都合のいい人物へと矯正する恐れも払拭できないとの疑義が提起されるかもしれない。しかし、これ

は現実的な疑義であっても理念的な疑義とは必ずしもいえない。というのも、前述したように、矯正施設といえども、教育基本法の「治外法権」ではないとすれば、「教育的処遇」に求められているのは、理念的には、受刑者を権力者に都合のいい人物へと矯正する教育ではなく、受刑者を日本国憲法の担い手たり得る、そして、「市民的公共性」を具備した、日本国憲法の保障する各種の自由や人権を享受し得る「良き市民」へと矯正する教育であるといえるからである。予算の面でも、「社会復帰」を刑罰の目的ないし正当化根拠として取り込むの方が、外に置く場合よりもメリットは大きいともいえよう。外だけに置いた場合、受刑者の「社会復帰」は「後順位の施策」として福祉政策一般のなかに埋没されてしまう危険性が生ずるからである。そうしないためには、受刑者の「社会復帰」を福祉政策一般のなかに埋没させないための手当てが必要となる。この点で参考になると思われるのは「ハンセン病問題の解決の促進に関する法律（ハンセン病問題基本法）」（平成二〇年六月一八日法律第八二号）の考え方である。というのも、同法の前文は、「「らい予防法」を中心とする国の隔離政策により、ハンセン病の患者であった者等が地域社会において平穩に生活することを妨げられ、身体及び財産に係る被害その他社会生活全般にわたる人権上の制限、差別等を受けたことについて、平成十三年六月、我々は悔悟と反省の念を込めて深刻に受け止め、深くお詫びするとともに、「ハンセン病療養所入所者等に対する補償金の支給等に関する法律」を制定し、その精神的苦痛の慰謝並びに名誉の回復及び福祉の増進を図り、あわせて、死没者に対する追悼の意を表することとした。この法律に基づき、ハンセン病の患者であった者等の精神的苦痛に対する慰謝と補償の問題は解決しつつあり、名誉の回復及び福祉の増進等に関するしても一定の施策が講ぜられているところである。しかしながら、国の隔離政策に起因してハンセン病の患者であった者等が受けた身体及び財産に係る被害その他社会生活全般にわたる被害の回復には、未解決の問題が多く残されている。とりわけ、ハンセン病の患者であった者等が、地域社会から孤立することなく、良好かつ平穩な生活を営むことができるようにするための基盤整備は喫緊の課題であり、適切な対策を講ずることが急がれており、また、ハンセン病の患者であった者等に対する偏見と差別のない社会の実現に向けて、真摯に取り組んでいかなければならない。



ここに、ハンセン病の患者であった者等の福祉の増進、名誉の回復等のための措置を講ずることにより、ハンセン病問題の解決の促進を図るため、この法律を制定する。」と謳っているからである。すなわち、かつてのハンセン病対策にみられるような福祉政策と治安政策との接合は完全に否定されており、同法は特別な手当てを講ずる根拠を国の誤った強制隔離政策によつてもたらされて甚大な被害、そして今も回復ができていない被害の救済に置いているのである。元受刑者の「社会復帰」のための特別な施策についても、この点が参考にされるべきであろう。医療観察法におけるように、治安政策との接合を根拠にされることがあつてはならない。特別な手当てを講ずることを通じて、行刑段階だけでは対応しきれない、社会内での「社会復帰」施策の拡充を図っていくことが必要である。したがつて、「社会復帰」を刑罰の目的ないし正当化根拠として取り込むかどうかは決して二者択一的ではない。取り込むことも必要であるが、「社会復帰」の問題を行刑段階だけで対応するということもできない。「社会復帰」については、行刑段階のそれと、その後の社会内での、社会の側でのそれとに妥当する根拠づけが必要とならう。「社会的包摂」に基づく刑罰制度というテーゼをたてる所以でもある。

(124) ここに「刑罰の当事者」とは刑罰の対象となる者を意味する。すなわち、「法定刑」の段階では刑罰法令の名宛人、「宣告刑」の段階では被告人、「刑の執行」の段階では受刑者、更生保護の段階ではその対象者ということになる。

(125) ちなみに、ミシェル・フーコーによれば、「過去一五〇年の間に組み立てられてきた正しい《行刑の条件》についての普遍的な準則」として、「刑罰としての拘禁は、個人の変容を根本的機能としなければならぬ」（矯正の原則）、「被拘禁者はその刑罰の軽重にもとづき、だがとくにその年齢、その性質にもとづき、またその当人に用いるべしと要求される矯正技術や当人の変化の段階にもとづき独房に入れるか、少なくとも配分されなければならない」（分類の原則）、「刑罰とその刑期は、被拘禁者の個性にもとづき、進歩もしくは墮落など入手される結果にもとづき変更されうるものでなければならない」（刑罰調整の原則）、「労働は被拘禁者の変容ならびに漸進的社會化を生む根本的な部分の一つでなければならない」（義務として、また権利としての労働の原則）、「公権力によつて被拘禁者の教育は、

社会の利益のために不可欠な配慮であり、また同時に被拘禁者にたいする義務である」(行刑上の教育の原則)、「監獄組織の少なくとも一部分は、個々の囚人の良き形成に留意する道徳的かつ技術的能力を有する専門家が監督し責任をもつべきである」(拘禁の技術的規制の原則)、「元の被拘禁者が決定的な「社会的」再適応を行なうまで、監禁には取締りと援助の施策がともなわねばならない」(補足的な制度の原則)、が挙げられる(前掲・田村俣訳『監獄の誕生―監視と処罰』二六七頁～二六九頁)。