

Title	現行制裁体系を改正すべき理由(スウェーデン) : 犯罪に対する制裁(拘禁及び施設内矯正保護に関する委員会答申、SOU一九八六年一四号) 第六章
Sub Title	Reasons to Reform the Present Sanction System of Sweden (Cha,p. 6 of SOU 1986: 14, Påföljd för brott : Del 2)
Author	坂田, 仁(Sakata, Jin)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.3 (1989. 3) ,p.84- 110
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890328-0084

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

現行制裁体系を改正すべき理由（スウェーデン）

——犯罪に対する制裁（拘禁及び施設内矯正保護に関する委員会答申、SOU一九八六年一四号）第六章——

坂田 仁／訳

解題

刑罰体系に関する全般的検討

- 一、序
- 二、犯罪化
- 三、刑罰体系の基礎としての予防理論
- 四、拘禁の利用の縮減
- 五、刑罰体系における被害者

討が一つの節目を迎えたことになると思われる。
 この答申は、第一分冊「法律草案及び要約」、第二分冊「理由書」、第三分冊「付録」からなる大部なものである。⁽¹⁾ 刑法草案の章別は次の通りである。⁽²⁾

第一編 総則

第一章 犯罪と制裁

第二章 スウェーデン法の適用

第二編 犯罪について

第三章 生命及び健康に対する罪について

第四章 自由及び平穩に対する罪について

第五章 民族殺人の罪について

第六章 名誉毀損の罪について

解題

スウェーデン「拘禁及び施設内矯正保護」に関する委員会の主要答申が発表された。これによって、一九七〇年代の後半から始まっていたスウェーデンの刑法、特に制裁体系に対する検

- 第七章 性犯罪について
 - 第八章 家族に対する罪について
 - 第九章 窃盗、強盗その他の盗犯について
 - 第一〇章 詐欺その他の不正行為について
 - 第十一章 租税詐欺及びその他の租税犯罪について
 - 第十二章 横領及びその他の不忠実の罪について
 - 第十三章 債務に関する罪について
 - 第十四章 損害を加える罪について
 - 第十五章 公共に対する罪について
 - 第十六章 薬物犯罪について
 - 第十七章 偽造、変造の罪について
 - 第十八章 偽証、虚偽訴追及びその他の不正の陳述について
 - 第十九章 公共の秩序に対する罪について
 - 第二〇章 公共の活動に対する罪について
 - 第二十一章 反逆罪について
 - 第二十二章 国家の安全に対する罪について
 - 第二十三章 公務における犯罪について
 - 第二十四章 軍隊の隊員による犯罪について
 - 第二十五章 背叛その他の罪について
 - 第二十六章 未遂、予備、謀議及び共犯について
 - 第二十七章 刑事責任免除の一般的根拠について
- 第三編 制裁について
- 第二十八章 罰金について
 - 第二十九章 拘禁について
 - 第三〇章 条件付判決について
 - 第三十一章 保護観察について

- 第三十二章 特別保護への引渡しについて
 - 第三十三章 刑の量定と制裁の猶予について
 - 第三十四章 制裁の選択について
 - 第三十五章 拘留及び拘留期間の削減について
 - 第三十六章 犯罪の競合と制裁の変更に関する若干の規則
 - 第三十七章 制裁の時効について
- 第四編 付則
- 第三十八章 財産の没収及び犯罪の特別な法的効果について
 - 第三十九章 委員会について
 - 第四〇章 訴訟手続についての規則その他

別の機会に述べたように、一九七九年にスウェーデン政府(法務大臣)は「拘禁及び施設内矯正保護」に関する委員会と「社会内矯正保護の諸問題」に関する委員会の二つの委員会の設置を指示した⁽³⁾。そして、前者には、(一)拘禁の最低刑期の短縮、(二)仮釈放制度の全面的再検討、(三)刑罰尺度(法定刑)の見直し、(四)制裁の選択と量刑に関する規則の再検討、(五)矯正保護領域内の各級委員会への一般市民の参加、の五個の事項が諮問され、後者には、(六)統制機能と援助機能とを支点にして保護観察制度の全面的検討、(七)自由刑に代替し得る制裁の検討が諮問されている。これらのうち、(一)、(二)、(五)については答申⁽⁴⁾がなされ、所要の法改正が行われ、(六)、(七)についても部分答申がなされている⁽⁵⁾。今回の答申は、(一)、(四)を中軸にした前者、即ち「拘禁及び

施設内矯正保護」に関する委員会の答申である。

この答申に至る基本的な路線は一九七七年に発表された犯罪防止委員会刑事政策部会の「新刑罰体系」⁽⁶⁾に連なるものであり、主要な犯罪の刑法犯化、犯罪のインフレーションの防止、保護主義への批判、自由刑の回避、不定期的制裁への批判、法定主義の強化などを標語的に挙げる事ができる。⁽⁷⁾

今回の答申における最も中核的な部分は、本稿において訳出している通りであるが、それを本答申の表現に従いつつ要約すると次のようになる。⁽⁸⁾

一、刑罰体系の形成に当って予防理論をとらない。一般予防、特別予防ともに、これを重視しない。これらは、個別的な事件において制裁を決定する上でも意義を有しない。重点は、「犯罪の重大性」におかれる。ある犯罪に対する法定刑は、その行為の重さと可非難性とに従って決定されるが、個々の事件での制裁は、行為の重さによって決定されると同時に行為者の個人的情況への考慮もなされる。ただし、この考慮は、特別予防の理論によるものではなく、不公平の回避という観点でなされる。

二、刑罰の水準を全般的に低下させる。法定刑の決定、量刑規則ともに、拘禁の注意深い使用を念頭においてなされる。これを背景に罰金の再検討がなされている。しかし、法定刑の水準の引下げはすべての犯罪についてなされているのではなく、刑罰価値の大きいもの（例えば、個人に対する犯罪、環境に対する犯罪などは）は重く評価し、財産に対する犯罪は軽く評価されている。

三、刑事裁判の結果の予見性と統一性を増大させる。これは法的安定性の確保の問題である。制裁の決定手続、仮釈放に関する法規制の提案がこの線にそってなされている。

このようにして、先に示した刑法草案中の新設の章別を拾っていくと、第五章民族殺人、第一章租税犯罪、第一章藥物犯罪、第三章刑の量定と制裁の猶予、第三章制裁の選択、第三十五章勾留及び拘留期間の削減、の六章となる。それと同時にほぼ全ての犯罪について法定刑の引き下げがなされている。

本稿で訳出したのは右の答申の第二分冊「理由書」の第六章であり、「拘禁及び施設内矯正保護」に関する委員会の基本的態度を明確にしている部分である。なお、訳文中傍点を付した語は、原文中イタリックの語である。

- (一) Påföljd för brott, Om straffskador, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning mm, 1 (Text och sammanfattning), SOU 1986: 13.
- Påföljd för brott, Om straffskador, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning mm, 2 (Motiv), SOU 1986: 14.
- Påföljd för brott, Om straffskador, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning mm, 3 (Bilagor), SOU 1986: 15.
- (二) Op. cit. SOU 1986: 13. 宮澤浩一訳「スウェーデン刑法典（法務資料四〇六号）参照。
- (三) 坂田、犯罪者処遇の思想（一九八四年、慶應通信）、一五五頁。
- (四) Fjorton dagars fängelse, SOU 1980: 1.

Villkorlig frigivning samt nämnder och lekmanna medverkan inom kriminalvården, SOU 1981: 92.

なお、仮釈放については、坂田「スウェーデンの仮釈放制度について」刑法雑誌二七卷三号六四一頁。

(5) Frivårdsåföljder, SOU 1981: 90. 補注(1)参照。

(6) Nytt straffsystem, Brå rapport 1977: 7. 新しい刑罰制度——理念と提案——(杉原鎮雄訳)、青少年更生福祉センター刊スウェーデン更生保護関係法令集所収、及び、坂田(抄訳)、「現行制裁体系の成立とその評価」法学研究五二卷一二号五八頁以下。

(7) 坂田、「スウェーデン」宮澤浩「他編講義刑事政策」二八頁以下参照。

(8) Op. cit. SOU 1986: 14, pp. 20f. 補注(5)参照。

(訳者は、本資料をストックホルム大学のK・スベリ教授のご好意で入手することができた。厚く謝意を表するものである。)

〔翻訳〕

刑罰体系に関する全般的検討

一、序

規範及び規範の遵守は、全ての先進諸国の必然的な前提条件である。社会規範が発達し、統制されるメカニズムは多様であ

る。同様に、発覚した反規範行為に対する制裁も非常に多様である。社会の規範の多くは非形式的なものである。それらの規範は、公の形式で決定されることはなく、また、形式的な統制も形式的な制裁も生じて来ない。しかし、社会の発達とともに、公の形式で決定された規範の量が著しく増加する。しかし、刑罰の威嚇と結合している規範はその一部分にすぎない。一般に規範の遵守が問題とされるときには、形式的にせよ非形式的にせよ刑罰的制裁以外のメカニズムが用いられる。刑罰体系は、市民の行動を支配するために存在する多数の手段の一つではない。

刑罰体系を特徴づけ、或いは特徴づけるべきものは何かという問題は数百年にわたり広範な思考作業の対象であった。刑罰体系は、法律家と政治家だけの問題では決してなかった。哲学者、社会学者、行動学者も刑罰体系の発達及び理念的な根拠にとって決定的な重要性をもつ貢献をしている。

刑罰体系に属する規範を特徴づけているものは、規範の侵害が刑罰の威嚇と結合していることである。現代の刑罰体系では、規範及びその侵害に伴う制裁が立法府によって予じめ公に宣明されている。規範及び制裁は、原理的には、定められた規範を破った個々の者にもむけられている。

刑罰体系の重要な目的は勿論規範遵守に影響を与えることである。規範を制裁及び統制と結合することによって、市民の行動を支配することが求められる。刑罰体系が規範遵守に全く意

義をもたないとすれば、倫理的な方法でその存在を理由づけることはほとんど不可能である。

伝統的に刑事政策の概念は、刑罰体系及びその適用にかかわる問題を目的としている。刑事政策の問題は、犯罪化の範囲とともに、統制及び制裁の構成及び実施を目的として来た。刑事政策論議においては、統制及び制裁の水準での諸措置によってヨリ決定的な方法で規範遵守の程度に影響を与える可能性に大きい期待が寄せられて来た。厳しい刑罰の威嚇、統制の増大、個別的保護措置又は危険性ある個人の無害化が、かわるがわる或いは様々な組合わせで法遵守の増大への途だと把握されて来た。しかし、今や、刑罰体系全般の変化は、社会の全般的犯罪水準にとって非常に限られた意義しかもたないということが明らかになったといえるであろう。

犯罪の趨勢に対する法体系の意義を理解するためには、刑罰体系の細かい構成とは別の多数の要因と法遵守の程度が関連しているという事実注目しなければならぬ。一九五〇年代の初頭以後のスウェーデンの犯罪の趨勢をみれば、その間に生じた大きい変化は刑罰体系の変化したことには依拠していないということが直ちに明らかになる。国際的比較においても刑罰体系の従属的な役割は明らかである(付録三のスベリの論文を参照)。犯罪の全般的な趨勢の傾向は、我々が刑罰体系の構成の非常に強力な相違だと考えるのに充分根拠のある事柄とさえ無関係である。

犯罪の趨勢は、刑罰体系及びその運用とは無関係の要因によって主に支配されている。言葉をかえれば、犯罪の形式及び範囲の双方について、その趨勢に決定的な意義をもつのは社会構造であることは明らかである。第二章で述べたように、細部にわたる因果関係がどのようなものかについては様々な見解が存在する。が、我々は次のことを指摘したい。最近の数十年の間に我々の経験した犯罪の増加の一部は、我々の所有を一日の大部分無監視の状態におくことによって犯罪を犯す可能性が著しく増大したと関係があることは明らかだといつてよいであろう。窃取され得る物の数はほとんど爆発的といえる程増大した。車社会が伝統的犯罪をどれだけ容易にし、新しい形式の犯罪をどれだけ生み出したのかも指摘することができる。また、人口の稠密さと犯罪の間には非常に顕著な関係があることも知られている。都市及び盛り場地域への人口の集中は、確実に犯罪促進効果を有している。全体として、人口の移動の増大は犯罪の増大をもたらすものと仮定することができる。人口構成及びとくに犯罪傾向の強い少年集団が大きい意義を有している。また、犯罪と労働、住居、交通及び余暇活動などの要因との間に関係のあることも疑いのないところであろう。犯罪化の水準、すなわち、どれくらい範囲で社会は市民の行動を刑罰規定によって支配することを必要とみなしているかということも注目すべきことであるのは当然である。

従って、我々が犯罪の趨勢の説明を追求するのは、上述の背

景要囚の中であることが強調されるべきである。このことは、刑罰体系とは全く無関係の、他の領域にかかわる措置がこれら背景要因との関連で重要性をもつことを我々が意識すべきであることを意味する。全般的な社会の発展が刑罰体系そのものに関する措置よりも大きい意義を犯罪の趨勢に対してもつことに疑いはない。それ故、意識的刑事政策は刑罰体系外に視野を拡張しなければならぬ。必要なのは、広い意味での犯罪防止措置である。最近十年間の予算案にとくに示されているように、例えば家族政策、教育組織、労働生活、余暇活動並びに社会保護及び医療保護の諸領域での改革がここで意義をもつと考えられる。ここでは、少年の失業及び薬物乱用が作り出す犯罪の温床を指摘するにとどめなければならない。上記の社会的領域で戦後に生じた改革と発展とに注目しつつ、同じ時期の犯罪の趨勢をみた場合、事態を大きく樂觀視する根拠はみとめられない。例えば社会政策や労働市場政策の領域における重要な貢献にもかかわらずこの数十年の間に犯罪が増したという状況は、経済条件及び社会条件の改善が全体としては犯罪の減少をもたらさなかったことを明らかに示している。

しかしながら、今述べたことを、伝統的な刑事政策(刑罰体系とその適用に関するものとしての)が刑法規範の遵守にとって無意義になったという風にとってはならない。犯罪化されている行為に関しては、刑罰体系が全体として抑止作用を有していることは、我々の見解に従えば、疑いのないところである。

非難すべきだと考えられる行為、例えば窃盗や傷害の非犯罪化が、長期的にみれば、それらの行為を増加させることは疑いない。刑罰体系がなければ、現在その体系が支えている規範がやがて弱まることは確かである。その結果は、個々の市民の危険の増大であろう。これに関連して、重要なのは犯罪化の範囲だけではない。

犯罪化そのものが保持されたとしても、検挙と制裁の危険性が多少かれ少かれ存在しなければ、法遵守は減殺されると考えられる。刑罰体系は、自らの機能を充たすためにある程度の実効性をもたなければならない。それ故、我々の見解では、法体系は効果的に運営されなければならないこと、即ち、検挙と訴追の危険が高水準に維持され、手続が迅速でなければならないことが、自明の目標であることを主張したのである。従って、我々は、法体系の実効性の程度が犯罪の水準に意義があると確信している。しかしながら、この実効性を高い程度に保つことは単純なことではないことを強調しなければならない。実効性への関心は、常に例えば法的安定性やプライバシーの要求などへの関心と衡量されなければならないこともつけ加わる。

制裁の厳しさ及び構成も犯罪の水準に当然重要である。手近な経験は、しかしながら、この点での刑罰体系の調整が犯罪の趨勢の全体的な傾向に影響を与えるための有効な手段であるということに反対する。高度の抑圧水準と低い犯罪水準との間には単純な関係は存在しない。むしろ逆に、我々の見解に従えば、

制裁体系の構成及び適用が一般的にみて法制度全体への信頼及びその信頼を通して少くとも長期的展望の中で一般の法遵守にとって大きな意義をもつことを疑問視することはほとんど不可能である。民主的な法治社会においては、法体系が市民の中に根を下ろし、また市民によって正統性があるとみとめられることが当然である。正義、予見可能性及び平等な処理などの価値はこの点で決定的な重要性をもつ。高い抑圧水準は、これに反して、法体系の正統性を増すことはない。しかし、個人は、社会に一般的に受け入れられている規範のどれかに違反する行為が何らかの仕方では罰せられることに對し、正当な要求を有する。国がこの処罰を実現しなければ、私的司法へと発展する危険が生じる。

このことは、刑罰体系がたとえその犯罪防止効果とは無関係であるにせよ、重要な機能を果たしていることを意味する。個人が自ら法治社会で生活していることを体験するためには、特に有害で、危険なものである規範侵害行為に国が介入することが要求される。危険な行為にさらされている者にとっては刑罰は社会が彼の味方であることのしるしである。

二、犯罪化

現代の西欧の法治国家ではいわゆる罪刑法定主義が刑罰体系の充足すべき基本的要求と考えられている。罪刑法定主義は、

簡単にいえば刑罰が一般的な立法によってあらかじめ犯罪化された行為に對してのみ判決されることを意味する。現代の刑罰体系にとって犯罪化は刑罰体系が吊下がっている結合点である。刑罰体系の範囲と限界とを決定するものが犯罪化である。犯罪化がなければ訴追され、判決を受ける行為は存在せず、執行されるべき判決も存在しない。

犯罪化は、ある型の行為の実行には制裁が伴うという一般的な威嚇を意味している。犯罪化の決定は、犯罪化それ自体が威嚇によって、望ましくない行為が放棄されるかあるいは減少するという方法で人間の行動に影響を与えるという期待と、一般的に結合している。刑罰を科される危険は、それ故、国家即ち立法者が有害だとみなす方法で行動するのを人々にやめさせることを目的としている。

しかし、刑罰を科される行動を犯すのを抑制させるものは、主たるものとしても刑罰の威嚇だけではないのは明らかである。多くの人は、刑罰のことを考えるまでもなく、窃盗や傷害などの犯罪を犯すことから自分を抑制している。しかし、犯罪化は、純粹な威嚇以外の方法で法遵守に重要である。犯罪化は、人間一般に對し道義を確立、或いは強化（やや規定するには困難で、散漫な言葉であるが）する作用を有している。社会の規範が内面化される、即ち、個人の個性的規範の一部となることがあるといわれている。これは、もっぱら、家族、学校及び職場の同僚など小集団内の非公式の社会統制によって生じている。ここ

で強調すべきことは、刑罰の威嚇及び刑罰が実際に判決され、執行される状況が犯罪化の道義の確立及び道義の強化の効果に大きい意義をもっているということである。

犯罪化が規範遵守に影響を与える手段として効果的に作用し得るための前提条件は、刑罰体系が正統性あるものと考えられることである。刑罰体系が科刑価値のない一連の行動に向けられたり、或いは刑罰体系が明らかに科刑価値のある状況で用られなくなったりしていると市民がみなした場合、一般的な法遵守は確実に否定的な方向への影響を受ける。刑罰体系が高い正統性をもてば、犯罪化によって行動を支配する可能性は、そうでない場合よりも大きくなる。多くの場合人間は、威嚇によるものでもなく、あるいは法の規定それ自体道義と一致しているとの理由でもなく、全く単純に、民主的な法治社会においては法の規定に従うべきだと考えているという理由で、法律の規定にみずからの行動を適合させるのである。

刑罰体系の正統性は、犯罪化されている行為だけでなく、その科刑がなされる方法にも関連をもっている。犯罪化は常に倫理的問題を意味している。我々の社会の一般的な見解は、人は全ての人々の生活上の苦しみを減少させるためになし得ることをなすべきであるということである。この見解を背景に包括的な医療保護体制や緻密な社会保護サービスマネジメント網が組み立てられている。このような社会においては、意識的に人間に苦痛を加えることを意味する刑罰は受け入れにくい面があるように思われ

る。今日のスウェーデンにおいては、以前の社会状況の下ではノーマルだと考えられていた程度の抑圧が受容され得なくなっていることは明らかである。

刑罰体系の正統性は、犯罪化の構成及び科刑のための制度のみでなく、市民がどの程度刑罰体系に影響を与え、かつ関与していると考えているかということにも依存している。ここで想起すべきことは、現代の刑事立法は個人間の葛藤及び家族間の葛藤を解決するための根元的な体系として発達して来たということである。この体系の中では被害を受けた当事者に対する補償が第一順位のものであった。判決された罰金は、本来は被害者に帰属するものであった。そして不法行為法は、近年にいたるまで刑法体系の一部であった。これを明らかにするものとして、不法行為法の中核的な規則は一九七二年の不法行為法典の成立まで旧刑法六章の中に規定されていた。しかし、刑罰体系及びその運用は、司法制度内の特殊な公務員の処理する事柄となった。部分的には、この発展は法定主義の要求の結果とみることもできる。しかし、この発展は批判を免れなかった。ノルウェイの犯罪学者N・クリスティは、端的に、犯罪の際に生じる葛藤は加害者と被害者とに帰するものであるとみている。しかし、我が国の刑罰体系ではこの本来の当事者は従属的な役割を演じている場合が多い。社会は検察官を通して被害者の立場に入り込んでいる。そして、加害者の立場には——或いは加害者の側には——弁護士が立っていることが多い。クリスティ

は、こうすることによって被害者と加害者の間の葛藤が関係当事者の感情を体験も理解もできないのが当然である専門職業家によって盗み取られていると考えているのである。この葛藤は、そうでなく、本来の当事者に返すべきものであろう。クリステイーによれば、このことの価値は、行為者の動機に対する被害者の理解が増し、被害弁済や宥恕の行為が自然な方法で訴訟手続の中に生じ、おそらく刑罰の必要性を減じることにとみとめられるとされる。

前にもふれたように犯罪化の範囲は刑罰体系の正統性に大きい意義をもっている。犯罪化の領域は一九〇〇年代及び特に第二次世界大戦後に著しい拡大を経験した。ほう大な行為、それも主にそんなに重大でないものが刑を科されることになった。これは特に道路交通に関する規定に妥当するが、他の領域でも、「刑罰による威嚇のインフレーション」とでもいうべき事態の展開があった。この展開の基礎にある考え方は、当然のことながら、犯罪化が単純かつ安価な社会統制の方法であるということとである。一九七〇年代に駐車違反(罰金を行政的な反則金でおきかえた。二章五節参照)の如き量的に重要な行為の非犯罪化や非刑罰化が行われはしたが、なお今日の犯罪化の範囲に合理性が現実に認められるか否かに疑問が存在するのは間違いない。我々の見解では、犯罪化された行動の数が減少すれば犯罪化の実効性が増すと信じてよい理由がある。特に非難に値するとはみられない行為に対して刑罰が用いられるという事情は、それ以

外の事件でも刑罰の正当性に対する信頼を減少させる危険をもたらす。

軽微な行為に対して非犯罪化や非刑罰化が用いられれば、警察力は、刑事政策的観点から重要な犯罪に容易に集中することができよう。望ましいと判断される社会統制のためには駐車違反罰金に似た他の制裁形式を用いることができる。その他に、望ましい行動を推進するために、様々な褒賞の形式が社会が用いるという可能性もある。褒賞の考え方が実現している一例は、自動車の廃車奨励金である。この面の具体的な提案の検討は我々に対する政府の諮問にふくまれていない。それ故、我々は一般的な態度の説明にとどめておく。かくて、我々の提案には、現在犯罪となっている行為の非犯罪化、非刑罰化はふくまれていない。この点に関しては、一九八三年六月に政府が非刑罰化その他の方法で非犯罪化に適する刑法上の領域の総合的検討を行うことを検事総長に委託したことにふれておくべきであろう。検事総長は一九八四年三月及び一〇月に一定の犯罪の非犯罪化と非刑罰化について提案を行った。

三、刑罰体系の基礎としての予防理論

(一) はじめに

現行刑法の制定作業において、刑罰体系の課題は犯罪に対して社会を防衛することであるということをも自明の理としていた。

応報理論、贖罪理論のようないわゆる絶対的刑法理論は、刑罰体系がこれによつては実務的な社会的目的を満足することができず、倫理的要求の表現にしかなり得ないものとして、人々のところではなかつた。

我々の見解では、刑罰体系の主要な課題は犯罪の鎮圧である。我々がある点で現行刑法の制裁体系の基礎にある思想の一部に批判的であるとすれば、それは、刑罰体系のもつべき課題についての基本的な対立ではない。立場の違いは、むしろ、犯罪を減少させるために刑罰体系はどのように機能し、あるいは、適用されるべきかという点での見解の相違にある。

現行刑法の基礎には一般予防と特別予防の双方の思想がある。刑罰体系と刑法上の介入措置とは人間一般への犯罪予防効果を有することを目的とし、個々の刑罰は有罪判決を受けた個人への予防効果を目的としている。第二章及び第二付録に最近の数十年間の刑事政策論議及び一般予防及び特別予防に関する研究成果の説明がなされている。

要約していえば、一般予防も特別予防も同様に、現行刑法の制裁体系の基礎をなしているものではあるが、包括的どころか多くの点で根拠のある批判にさらされているということができ。この批判は、ある種の思考方法が理論的に維持し得ないという事実にも妥当性をもたせ、このことが一般予防及び特別予防の考えに立った検討作業を疑わしく、また同時に用いることのできないものになっている。これらの思考方法は、非現実的な期

待に基づいており、求める結果が達成されなかつたことが多い。一般予防及び特別予防の検討作業は、一貫した刑罰体系の中に一本化するものの困難なものであるともいわれている。例えば一つの事件において、厳格なそして同時に他の者に對して威嚇的な刑罰への関心を、個別予防的な措置によつて法違反者が新たな犯罪を犯すのを妨げるという関心と、どのようにに衡量するかという点については何の指示も与えられていないのである(現行刑法一章七条参照)。

我々が幾分詳細に予防理論とその刑罰体系の構成に對する意義とを述べようとするとき、我々は古い時代に非常に一般的であつたモデルによつて述べなければならぬ。以前は見落されていた、一般予防理論と特別予防理論の相違は、刑罰体系の異なつた段階で両者がそれぞれ本来的な意義を有しているということである。ある行為を可罰的にする決定(犯罪化)に際しての意義、制裁の量定に際しての意義及び制裁の執行に際しての意義を分けて考えなければならない。

(二) 犯罪化の決定

一般予防的考慮は、犯罪化の決定に對し明らかに基本的な意義を有している。刑の威嚇に効果があることを信じなかつたとすれば、犯罪化にはほとんど何の根拠もなくなる。このことは特に、犯罪化が拠り所となるためにはそれが合目的なものではないならぬことを意味する。達成しようとする結果が他

のもっと適切な方法、例えば上記二でふれたように望ましくない行為に対する様々な反則金や望ましいとされる行為に対する褒賞金の導入によって達成されることができれば、犯罪化を用いる必要はないであろう。

一般予防理論は、大部分健全な理性の上に構築されている。犯罪化の一般予防的效果について我々の有する科学的な基礎知識は限られたものである。人間の行動が刑法の規定によってどの程度影響を受けるかという問題に関してそれらの知識は何のいとぐちにもならない。しかし、刑罰体系が市民の行動に影響していることに疑いはない。これがどの程度で、威嚇により、道義により或いは他の要因によって生じているかを決定するのは困難である。これは、犯罪が異なれば異なるであろうし、異なった人間には異なった意義を有する。重大な意義をもつ要因は、刑罰体系が充分根拠のある、一貫したものと捉えられ、把握されることである。同じように非難されるべき多数の行為の中のあるものだけが犯罪化されると、これは、規範の遵守の傾向について否定的方向で影響を与えることになる。社会において犯罪化は、公けに制裁を加えられる罪のリストを形成している。このリストを尊重することは当然、客観性と公平との要求及び全ての者が法の前で平等に扱われることを考慮してこのリストが形成されているという事実に依存している。

現代の法治国家の基本的な要求の一つは、犯罪化が非個人的なものであること、即ち、犯罪化が原則として個々の人々にむ

けられ、ある特定グループの個人にだけむけられるものではないということである。これは法定主義の要求の問題である。このことは、犯罪化されるべき行為は何かという問題については、特別予防的理由は何の関連性ももたないことを意味する。

ある行為が犯罪化されるべきであるという点について決定がなされた後に、その犯罪に結合すべき法定刑は何かという問題が生じる。我々の意見では、その出発点を威嚇的效果とする一般予防の考え方をここで用いることはしない。一般予防的思考によれば、刑罰は威嚇的であり、効果的であると考えられる限り重く設定されなければならないであろう。刑の威嚇が刑罰規定の遵守にとって何の意義ももたないと考えられる事件では、それは低く設定されるものでなければならないであろう。その結果は、謀殺の如き重大な犯罪類型の多くに対しては刑罰をかなり低く設定し、一方で、小租税犯罪や交通違反などの科罰行為をやめさせる刑の威嚇が広く存在すると考えられ得るところでは、かかる小犯罪に対して刑罰を重く設定するということになる。このような刑事立法が不合理的なことは自明のことであろう。

我々の見解では、道義強化及び道義確立の効果は刑罰体系の正統性の観点と同様に、少くとも長期的にみた場合、一般予防の観点から意義のあるものである。しかし、このことは、個々の犯罪の法定刑を道義確立及び道義強化の必要性に関する考慮の上に基礎づけるべきだということを意味するものではない。

我々の見解では、犯罪に対する法定刑は、それがどれだけ非難に値するかに従って定められなければならない。これとともに、道義及び正統性の側面の充足もなされるのである。

威嚇の効果の判断を法定刑の構成に影響させる立場を我々は今放棄した。我々は、立法者がある例外的な事件において威嚇を理由として行為の可非難性の要求するよりも重い刑罰を規定することを正当だと考えている者の存在を意識している。この際に、我々は、厳しい刑罰を弁護する者の一部が威嚇の意義を主張している犯罪、例えば薬物犯罪の場合でさえ、人々は一般的に犯罪それ自身が厳しい刑罰に値するほど可非難性が大きいとみなしていることを主張したい。

特別予防の思考は、どの程度の法定刑を犯罪が有すべきかの確定には何の関連もない。特別予防の思考では、刑罰は、個人的威嚇、無害化及び処遇のために必要とされるところにてらして個々の法律違反者に適合しなければならない。個人的威嚇、無害化及び処遇のために必要であるという観点に、法定刑の水準の確定又は個々の犯罪に対する法定刑の決定のいずれが問題になるにせよ、重要性を与えるべきでないことは明らかである。これに対して法定刑の範囲は特別予防の側面及び観点から決めることができる。これは法技術的な問題である。かくて、ある犯罪に対する通常の法定刑が行為者の人格にかかる状況をもカバーするように望めば、これが法定刑の範囲に影響するのである。

我々の見解によれば、犯罪の法定刑の決定は犯罪の重大さと可非難性に基づくものでなければならない。一般的にみて刑罰によって贖われるべきものが、様々な犯罪の法定刑を決定しなければならないときの当然の出発点となるに違いない。

様々な犯罪の有すべき法定刑が何であるかという結論に到達するためには、何らかの形式の正義に関する議論に戻らなければならないというのが我々の見解である。ここでは均衡と等価とが重要な概念である。均衡とは法定刑が犯罪の重大さと均衡をとって決定されることを意味する。等価とは、同じ評価を受ける犯罪には同様な刑罰が設定されることを意味し、均衡思想の帰結であると言い得るものである。

一章及び二章で、法定刑の検討の際基本的意義のある、今ここで取り上げた問題にもう一度立ち帰るであろう。

(三) 制裁の量定

裁判所は、被告人がある犯罪について有罪であると認定したとき、制裁を量定する。個々の犯罪に対する刑罰の規定の中には罰金または拘禁で法定刑が示されている。刑の量定は、裁判所が個別的な事件において法律に定められた法定刑のなかで刑罰を量定することを意味する。事件ごとに裁判所は、特別な規定に基づき刑罰の規定に定められたところよりも重くも軽くも刑罰を言渡すことができる。その他、相当広範に裁判所に対し条件付判決、保護観察又は特別保護への引渡を拘禁の代りに判決

する可能性を与えている規定が存在している。裁判所がこれらの制裁を選ぶことを決意しなければ、こうした刑の量定を行うことは現実化しない。制裁の選択は、裁判所がこの方法で複数の制裁の中から選択を行うことである。制裁の量定の語を我々は制裁の選択と刑の量定の双方を共通に示すものとして用いる。現行刑法一章七条には制裁の選択に関する一般的な規定が置かれていない。それによれば、裁判所は、一般の法遵守を維持するために必要な事項に留意しつつ、制裁が判決を受けた犯罪者の社会復帰に役立つものであるよう特に配慮しなければならぬ。この規定は、個々の事件における制裁の選択にとって決定的なものとは予防の観点であることを意味している。比較衡量は一般予防と特別予防の間でなされ、この際特別予防が優先権をもつといわれるのが通例である。

これに反して刑の量定に関する一般的な規定は現行刑法には存在しない。しかし、刑の量定が本来犯罪の重大性及び可非難性によってなされていることは明らかである。これと並んで予防の観点を維持する余地は明らかに限られている。現行刑法の立法作業の際、法的安定性の観点から、一般予防又は特別予防の観点から必要かつ適当なものが何であるかを検討することを刑の量定の原則として確立することが重大な問題であると指摘されていた。裁判所が個々の事件においてこの種の観点で衡量する余地は存在するとみなされていた。

(1) 刑の量定 最初に一般予防の観点を刑の量定の際にど

の程度取り入れるべきかについての問題を取り上げたい。ここでの問題設定は、犯罪に対する法定刑の規定について前に取扱った問題設定と本質的に平行するものである。我々の見解に従えば、刑の量定における出発点が個々の行為の可非難性であるような体系を保有することが一般予防の観点からは本質的なことである。

犯罪化に際しては、法定刑がある一つの犯罪にもたらす威嚇的効果にてらして法定刑を行為の可非難性が要求するよりも重く設定することが行われていた。我々は、すでに明らかのように、かかる考え方からは離れている。法定刑が威嚇的效果にてらして構成されている限り、裁判所が法律に与えられている法定刑に拘束されることによって、刑の量定も威嚇の必要にてらして行われるようになる。威嚇的效果に対する独自の立場は、この場合裁判所の側には要求されない。しかし、この立場は、法定刑の直接の結果であるものとともに、法律の立法作業の際に現われたものにもてらして裁判所が刑の量定の際にとるものなのである。立法作業においてどのような観点をとるべきであり、全般的にどのような実務を履行すべきであるかについての意見が示されていけば、これらの意見は、通常、行為の可非難性と直接には関係のないものであっても尊重されなければならない。今述べたこととやらんで、我々の見解に従えば、裁判所は法律で勧告されている威嚇効果にてらして行為の重大さが要求するよりも重い刑罰を判決してはならないのである。

今日、ある種の行為が非常に広まってしまったか或いは単なるいたずらとして行われるなどの事実にてらして、一般予防の理由から以前の法実務に比べて重い判決を受けているということが起り得る。後にふれるように、この種の観点は、我々の見解に従えば、制裁の選択に関連のあることである。また、可非難性に対する見方の変化を状況の変化が要求するという事実にてらして、刑の量定の実務の変化が理由を与えられるということとも起り得る。裁判所がある事件において他人を威嚇するために、そうでない場合にその犯罪の要求するところよりも重い刑罰を判決することは、我々の見解では、法治国家では受け入れることのできないことである。このような法の適用は、全ての者が法の前に平等に扱われるべきであるという要請に反するであらう。

我々の見解を要約すれば、一般予防には、個々の事件における刑の量定に当り何ら独立した意義を与えるべきではないのである。原則として刑の量定は、立法者が法定刑又はその他の方法で示している指示に従い、犯罪の可非難性に従ってなすべきである。これにより一般予防の観点も充足されることになる。これに関連して我々の指摘したいことは、一般予防が法律による刑の威嚇と、この刑の威嚇が空虚なものでないことを示す、これに結合した確固として一貫性のある実務とによって作用し得るということである。個々の判決がそれだけで一般予防に与って意義があると考え得るのは稀である。裁判所が、ある特定

の事件における刑罰の引上げの一般の法遵守に対して有すると考えられる効果について、権威ある判断をなし得ることはほとんどない。既に指摘したように、特定の事件において一般予防を理由として慣例になっている刑の量定から外れることは、法の前の平等の要求に反するのである。

次に、特別予防の観点をどの程度刑の量定において尊重すべきかの問題に移る。

特別予防は三個の方法で機能するといわれている。(1)個人的保護又は処遇、(2)個別的威嚇、及び(3)無害化(隔離)である。保護又は処遇の面が刑の量定に独立した根拠となり得るということは、我々の見解では排除される。罰金については、こうした契機をふくんでいないので、これは全く不可能である。拘禁に関しては、保護及び処遇が行われているにもかかわらず、この制裁が全体として被収容者に否定的な効果を与えていることが知られている。この否定的効果は、刑期が長いほど強くなっている。個々の事件において長期間の施設収容が効果的処遇の余地を有していると裁判所が期待する合理的可能性は存在しない。

個々の事件において行為者の個人的な状況に關係のある事情にてらして犯罪自体が要求するところよりも短い刑期を量定する可能性が存在すべきであるということとはまた別の事柄である。現行法は、様々な点で刑の量定におけるこのような観点の余地を提供している。これは、例えば、制裁の加重(判決を受けた

者は、犯罪の第二の苦痛の結果を蒙る。）に妥当する。行為者の年齢にかかわる現行刑法三三章四条の規定も引用すべきであろう。我々の提案は、この種の観点は、その要件を精密にすると同時に相当範囲に拡大する可能性を意味している。

行為者の個人的状況に関わる事情を考慮することが個別予防的な検討を基礎づけるものと理解されることが一般の慣例であろう。しかし、この考慮はいかなる場合においても、判決を受けた者が犯罪からその者を遮断するのに適した特別な保護又は処遇を受けることを意味するものではない。行われていることはすべて、そうでなければ通常判決されたであろう刑罰の軽減である。例えば制裁の加重の場合の如く多くの場合に、行為者の将来の法遵守にとって刑罰の軽減がどのような意義をもつかということについての検討は全く関連がない。決定的なことは全く単純に、犯罪の重大さだけに従ってなされた判決は不当に重いものであるということである。その他、例えば判決を受ける者が少年である場合には、一般的には長期の拘禁は個別予防的観点から特に不適当であるということができるのは確かである。しかし、現行法によろうと我々の提案によろうと、意図されていることは、個々の事件において裁判所が法遵守の持続にとって刑罰の軽減がどれくらい意義があるかという点の審理を行わなければならないということである。しかし裁判所には、この点に関して権威ある審理をなすだけの前提条件が理論的にも実務的にも欠如しているといつてよい。

かくて、我々の見解に従えば、裁判所は、保護及び処遇の性格をもつ特別予防的観点到に刑の量定上独立した意義を与えるべきではないのである。しかし、我々は判決を受けた者の個人的な状況が刑の量定に意義をもつと考えているので、その者の個人的状況にてらして刑罰の軽減が合理的かつ正当なものである場合には様々な状況に考慮を払う規則を提案したのである。提案された規則は、特別予防的観点が刑の量定の際に採用される場合の例として引き合いに出される場合を本質的に覆っているということも我々は確信している。

犯罪の継続に対し判決を受けた者を威嚇するために必要な刑罰は何かの検討も、我々の見解では刑の量定に影響を及ぼすべきではない。この検討が擁護され得る唯一の状況は、犯罪の反覆の場合だけである。本章で後述するように我々はそのような場合のために特別な規則、即ち、裁判所が個々の事件において刑の加重の効果を検討する必要なしに、一般的に刑の加重及びそれに伴う強い威嚇の効果を与え得る余地を与える規則を提案している。

刑の量定の根拠としての無害化は、犯罪減少効果の有無について疑問があるという根拠と同様正義の観点からも（これが多分主要なものである）問題視されて来た。無害化の背景をなす考え方は、法違反者は収容されている間は次の犯罪を犯すことを妨害されるべきであること、及び重大な犯罪を継続的に犯すことが予想される者は犯罪の継続の危険の存する期間より長い

期間收容されてなければならぬということである。無害化の議論の基本的問題は、どれだけ確実に将来犯罪を犯す人間を特定できるかということである。この点での低い適中率は、もちろん、その目的をこの方法では達成できない重い刑罰の危険と同時に、追求される効果を減殺する。研究成果からは、高危険率群を特定する可能性は示されている。それに反し個人の再犯危険性についての予測は不安定であり、多数の誤まった陽性予測(予測された再犯が発生しなかった法違反者)及び誤まった陰性予測(予測は適法であったが再犯のあった法違反者)が記録されている。この事實は、刑の量定の基礎としての無害化に反対を指示する。更に、確実な無害化効果を達成し得るためには、今日の水準よりもはるかに高い水準に刑罰を引き上げることが必要である。

我々の見解に従えば、慣例となっている刑の量定の範囲内で個々の事件について無害化の利害を考慮する可能性を開くことは考えられない。この点で我々と見解を同じくせず、無害化を望ましいものとみる者は、無害化が達成される制裁形式を作り出すことが必要だと我々は考える。我々はここで、そうした機能を充足していた保安拘禁という制裁が、政治的に広い同意を得て一九八一年に廃止されていることを想起したい。

かくて、要約的に、特別予防、即ち無害化、個別的威嚇、又は保護及び処遇の必要性には個々の事件における刑の量定に当り独立した意義を与えるべきでないといふ我々は考えるものである。

行為者の個人的状況は、しかしながら、今後も引き続き刑の量定に影響すべきである(二五章二節三参照)。

特別な問題は再犯に対してどのような観点をとるかということである。犯罪に対する前の判決が新しい犯罪に対する制裁に影響を与えないような法体系はほとんど存在しない。しかし、これは様々な方法で行われており、以前の判決に与えられる事実上の意義は、様々な法体系に異なっている。また、どのような根拠に基づいて以前の犯罪に意義を与えるべきかについても見解が分れている。ある見解では可非難性が増大し、他の見解では個別的な威嚇や無害化の必要性が考慮されている。また、加重の方向で特別に扱われるべきは犯罪に対して前に判決を受けた者ではなくて、以前に刑罰を受けなかった人間が実行した犯罪の少くとも一部分であり、それ故に軽減の方向で特別な処遇が行われるべきであると主張する者もいる。また、正に一般予防的理由が再犯のきびしい判断の基礎として引き合いに出されるのが一般的である。

我々の見解でも、制裁の量定に当って行為者が以前に犯罪を犯したか否かを考慮する可能性がなくてはならない。そのような手続は、広く一般に当然かつ合理的なものとして認められている。しかし、再犯に意義が与えられる理由、方法、範囲については多様な見解が存在することを考慮して、我々は、立法によって単一かつ一貫した実務の基礎を作ることが本質的だと考える。それ故一五章二節四で詳述するように、制裁の量定に当って以前

の犯罪がどのような意義をもつべきかを同時に規制する規定の体系を提案している。この体系は、一般予防的考慮を尊重して構成されている。しかし、慣例的な刑の量定に関しては、この提案は、罰金に該る犯罪及び罰金と拘禁の選択刑の場合を除き、以前の犯罪に何らかの考慮を払うべきであるということの意味している。この原因は、以前の犯罪に対する考慮をこの場合にはすべきでないと、原理的な理由をもって考えたからではなくて、全く単純に、再犯規則の技術的に異なった構成を定めただからである。裁判所が新たな犯罪について刑罰を加重しようとする場合、我々の提案では、刑罰の加重は、通常科されるよりは長期の拘禁を量定することによってなされるのではなく、条件付きの自由の取消によってなされるのである。

(2) 制裁の選択 上述したことは刑の量定に関するものであった。それは概ね制裁の選択にも関連がある。しかし、罰金と拘禁の選択を除外すれば、制裁の選択の問題は部分的に刑の量定の場合とは異なったものになる。刑の量定に関しては、犯罪行動の可非難性が常に当然の出発点である。これに反して、制裁の選択に際しては、同様な可非難性のある行為に異なった制裁を判決する基準は何かということが基本的な問題である。この方法で分化した制裁体系を保持するための伝統的な理由は、明らかに、特別予防的効果がこれにより最適になるといふことである。種類の異なった法律違反者は異なった制裁を必要とする。この見方は、異なった制裁も原則的には同じ介入措置とみ

なされるといふ結果を導く。

しかし、実務上、一般の人々も判決を受けた者も同様に、異なった制裁ははつきり異なった厳しさをもつとの根拠のある考え方をしていることに何の疑いもない。拘禁が保護観察や条件付判決よりも重い制裁であることはもとより特に明白である。一五章四節で我々はまたこの問題に戻る。特別予防的考慮は、それが充分根拠のあるものであったとしても、どんな程度であれ異なった処遇を正当化することはできない。特別予防的観点是一般予防の要求と衡量されなくてはならないとよくいわれるのはこの点においてである。我々の立場からは、法定主義、予見可能性及び法の前の平等の要求を指摘したい。この三つは、我々の見解に従えば、制裁体系が正統なものとして構成されるうえに大きい意義をもつものである。

特別予防と一般予防の衡量では、特別予防の観点は常に軽い制裁を、一般予防の観点は常に重い制裁をそれぞれ指示するものと理解されるのが一般的である。これが正しくないことは、保安拘禁及び少年拘禁という介入的な制裁を有していた現行刑法の最初の制裁体系に明らかに示されている。保護及び処遇の必要性が一般予防的観点から必要とされる以上に厳しい介入の根拠として採用されていたのである。これに対応するものは、無害化に高度にあてはまる。今日のスウェーデンにおいて我々がもはや拘禁が判決される場合に以上に厳しい介入の余地を提供する特別予防の方向での制裁を、特別保護への引渡し以外には

保有していないということは、以上のこととは別の事柄に属する。我々が擁護すべきだと考えるのは順序である。

特別保護への引渡しという制裁は、新しいものであり、ある程度、我々が上述したことの例外である。例えば、閉鎖的精神医学的保護に引渡された者が、制裁が拘禁であった場合に問題になる施設収容よりも、実質的に長期間の自由剝奪の対象となり得ることは、普通のことである。しかし、これらの場合には犯罪が原理的に保護の実施される前提要件を構成せず、また引渡の期間及び内容に何の影響も与えないということ指摘すべきである。第九章で述べるように、我々は右の根拠によって現行の範囲で特別保護への引渡しを存続するが、引渡しを形式的には犯罪に対する制裁とみなすべきでないことを提案している。我々が今示したことを出発点とすれば、制裁の選択に当っては、慣例的な制裁の量定の指示するよりも軽い制裁を判決する理由となるべき前提要件が何であるかということが決定的な問題である。

一般予防の観点が一貫した法実務について重要であるということは、以前に我々の強調したところである。犯罪化それ自体の一般予防的效果は、犯罪化のふくむ威嚇が空虚でないということも前提にしている。一般的に、厳しい制裁は一般予防の観点から効果的であり得なくてはならない。それ故、この点で一般予防は保護観察及び条件付判決の制限的使用を支持するものといえることができる。

しかし、刑の量定に関連して、裁判所が個別的な事件の一般予防的意義を判断する上での困難について我々の述べたことは、制裁の選択に関してもまた妥当する。ここでいい得ることは、典型的な場合一般予防はある種の状況について強力に妥当するということである。それ故、我々の考え方によれば、立法の中で完全に一般的に一般予防の観点をとるのではなく、立法者が一般予防を特に妥当させようとしている状況が何かを指示することが試みられるべきである。これにより統一の実務の基礎が作られると同時に、裁判所が一般予防の観点からの個別的な裁判の意義の一般的にみてフィクシヤスな審理を反覆することなしに、一般予防の観点を満足することができる。

我々はまた、そうした状況を示すことは比較的単純なことだと信じている。言うまでもなく、それが最も明らかなのは、行為が強く非難されるべきものであり、それ故に慣例的な刑の量定に従えば長期の拘禁にあたる時である。こうした事件では、拘禁と代替される制裁との相違は特にきわだったものになる。代替的制裁の広範な使用は、刑の威嚇が空虚なものとなり、かつ法の適用が不統一で不公正なものとなる危険を増大させる。

一般予防的観点は、制裁の選択の際に、ある種の犯罪についてはそれ以外の犯罪の場合よりもはるかに強力に妥当する。現在のところ、酒酔運転がその種の犯罪とみられる。ここでは、どの種類の犯罪にこの一般予防の観点が妥当するかはこれ以上論じない。しかし、制裁の選択に当っては、ある犯罪類型が広

範圍に広まっているか或いは誤まちの部類に属するものなのかに注意をむける理由が存することを指摘しておきたい。我々の見解に従った法実務の変更は、現実性のある事件の判断を一般的に厳しくすべき相当地理由のある時にのみ問題とすべきであるということも指摘しておくべきであろう。制裁の選択は、個別的な事件において他人への見せしめとなされてはならない。この点で、我々は結論的に、拘禁を用いる実務が狙いであるという態度決定が立法の時点でなされていない時に拘禁を用いる実務を或る一定の性質の犯罪について発展させることに、裁判所が、我々の見解に従って、非常に抑制的になるべきであるということを強調しておきたい。

犯罪の重大性及び性質と並んで再犯も厳しい代替的制裁が選択されることを支持する要因である。この立場も一般予防的考慮に基礎づけることができるが、我々は前述したように他の理由についても述べることにする。その一つは無害化の必要性である。我々は、前歴である犯罪が制裁の選択に影響すべきことを当然のこととみなしている(これについては一五章二節四を参照)。それ以外の理由は合理的でないであろう。しかし、我々の提案している法規には、裁判所が個別的な事件について再犯に注意を払うべき根拠として、立法者の意図した以外のものを採用する事由を原理的に欠いている。

特別予防は、分化せる制裁体系の古典的な根拠である。また、立法者が、特別予防の観点に注意を払うべきであるということ

だけを述べて、それ以上の適用上の指示を裁判所に与えていないことも通常のことであった。立法者は、法律の中に適用の基準を定めることを不可能だと自らみなしていた。このことは、おそらく、犯罪の反覆の危険性及び様々な処遇形式の効果に関する包括的な研究がなされるようになったのがこの数十年の間のことであるという事情によるものであろう。これらの研究からは、法違反者の一定の群については一般的な結論が引き出せる場合であっても、個別の事件での予測には非常に大きい不確実性が伴うということが判明している。それ故、法の適用は極めて困難な状況におかれている。裁判所が制裁の選択に当り實際上個別的事件の本来の予測を行わずに或る側面だけに注意を払うという実務を発展させていることは疑いない。

右の背景から、立法者がこの背景故に裁判所を厳しく拘束するのではなく、もっと細かい規則によって裁判所に法適用の実施基準を与えるのが当然だというのが我々の見解である。被告人の人格に関する状況は、これによって現行の体系によるよりも満足すべきものになり得るであろう。これに加えて、そのような手続によって、我々の観点に従えば、例えば制裁の重複の場合に、特別予防の効果とは無関係に制裁選択に当って注意を払うべき正義又は公平の観点に注意を払う可能性が開かれる(これについては一五章二節三を参照)。

我々の見解に従い、制裁の選択に影響を及ぼすべき事情に關して、我々の提案(現行刑法三四章)を引用する。この提案は、

拘禁以外の制裁の選択の可能性を増すことを狙っているが、実務的には、現在適用されている実務に近いものになるであろう。しかし例外的な場合を除いて裁判所は個別的な事件での予測をする必要はなくなる。この例外は、条件付判決と保護観察の選択に妥当する。その理由については第五章四節でふれることにする。

制裁の選択について上述したことは、要約すれば、制裁の選択に関し刑の量定と同様に、我々が個別的な事件における独立の意義を、一般予防にせよ特別予防にせよそのいずれにも与えない内容の規則を提案しているということである。このことは、現行刑法を特徴づけている基本的視点、すなわち刑罰体系の使命は社会を犯罪から防衛するという視点を放棄することを意味するものではない。我々の見解に従えば、この使命は、第一に立法者の責任であり、立法者は、法定主義及び統一法適用の要請に反することなしに、予防の側面が満足されるように刑罰体系を形成しなければならないのである。この点での裁判所の本質的な機能は、それを受けて、実務を通して刑罰体系の内容を発展させることである。

(四) 制裁の執行

前述したように、現在の制裁体系は、その保護及び処遇志向の故に屢々批判を受けている。批判の根拠は、少くとも現在知られている方法によっては、判決を受けた者が犯罪を継続する

危険を保護又は処遇によりはつきりした範囲で減少させることができ、或いは、判決を受けた者の社会復帰が容易になるという仮定に、研究がほとんど基礎づけを与えていないということにある。この批判に対する回答としては、処遇思想が矯正保護の人道化に決定的意義を有していたということ、及び社会復帰業務を効果的に行うことが困難な状況を、社会復帰は不可能であるとか判決を受けた者への援助を放棄することの言い訳に用いてはならないということが指摘されている。我々はこれらの見解に賛成である。矯正保護の可能性への非現実的な期待をいなくべきではないとしても、我々の見解に従えば、判決された制裁の枠の中で扶助及び援助によってできるかぎり判決を受けた者の社会復帰を容易にすることが人間的で意味のある矯正保護の可能性に決定的な意義をもつのである。従って、当然、措置は個別的な事件の必要性に適合したものであり得なくてはならない。かかる個別化された処遇の実務的前提が存在するのは執行の水準である。意味のある社会復帰活動のための前提が、個別的な事件において状況が後にどのように展開するか、その展開の仕方に適合し得る非常に広いスペクトルをもった手段を操作し得ることであることは明らかである。即ち、執行の水準において処遇思想は大きい意義をもつのである。保護及び処遇の側面に制裁の量定への影響を許すことに対する我々の否定的な態度は、判決を受けた者の社会への適応を容易にするという基本的野心を矯正保護がもつのを妨げることを決して意味するも

のではない。

効果的な保護及び処遇業務は、一般的に、判決を受けた者が積極的に処遇計画に参加すること及び処遇が判決を受けた者の納得を得て実施されることを前提要件とする。一般的に判決を受けた者は、その者に対する執行ができるだけ有益で緩やかなものであることに関心があり、拘禁に関する個々の場合に、特別予防を出发点として右のような方法でなされる傾向のある執行が最も適切なものであることが多い。しかし、一般予防を出发点とすると、制裁に関する最低条件の充足が必要とされる。

条件付判決と保護観察については、この最低条件は、第一に、制裁の取消が新たな犯罪又は重大な条件違反の際に問題となるということに表われる。保護観察については、判決を受けた者が制裁の内容である監督などを忌避することがないという要求が生じる。拘禁については、自由の喪失が現実が生じるということが制裁体系に対する信頼に当然決定的である。これは、特に我々のように、拘禁の利用を回数、刑期の長さの双方で減少させようと努力している者に妥当する。しかし、拘禁の枠の中では、今と同じ方法で、被收容者に対する自由剝奪の否定的効果を減少させるために全力を尽すべきである。刑の執行の終了後の新しい犯罪の危険性を減少させるために、被收容者の個人的及び社会的問題を改善する多大の努力がなされなければならない。

保護及び処遇の観点が一般に判決を受けた者に対する緩かな

執行を支持するのに対し、無害化の関心はこれとは逆の方向を支持する。しかし、この観点も執行の段階で尊重されなければならない。逃走と犯罪継続の危険性は、かくて、現在のところ施設への收容と施設外滞在の可能性とに影響を与えている。

結論的に、社会復帰業務にむけられた矯正保護の資源について述べておきたい。相当の資源が優先的に拘禁の判決を受けた者に配分されるべきだと我々は考えている。一般的にいつて弱者であり、自己主張の困難な者達が問題なのだということを強調することはできない。特に、全般的に困難な経済事情の下では、社会的な論議の中で自己の発言を説得的にすることが困難な被收容者が排斥される危険性は非常に大きい。

四、拘禁の利用の縮減

法務大臣の指示によれば、我々の諮問事項の基本的事項は、拘禁の利用の縮減を実現すること及び判決される刑期の刑期を短縮することである。我々は、答申「仮釈放等」(SOU 1981: 93)の中で既に拘禁の利用の縮減に賛意を表している。この答申のレミス手続でこの問題を細かく検討したレミス機関の多数は大臣の指示の中に示された目的に賛成であった。ただ、二、三の機関から、犯罪の趨勢にてらして、疑念が示された。

諮問に従い本答申においても、我々は、拘禁の使用の縮減の問題を取り上げる。それ故、ここでは拘禁の使用の縮減に対す

る賛否の議論の理由についてふれなければならない。ただ始めに、最近十数年間様々な関係から、拘禁と同様に社会の不承認の強力な表現として体験され得る自由制限を本質とし、しかも判決を受けた者及びその周囲の者に否定的な結果をもたらさないような形の刑罰により、拘禁を置き換える試みがなされていることを述べておかなければならない。大まかにみてこれらの努力は失敗しているとい得る。そこで、我々は、拘禁が今後制裁体系の中心的手段をなすことを受け入れなければならない。

我が国では、社会の弱者は様々な面で社会の援助を受けるべきだということが指導原理になっている。社会福祉は、何者も社会の保護網の外に置かれることがあってはならないように構築されてきた。社会が毎年一万五千人の者を刑務所に送り、常時四千人の者が刑務所に収容されているということは、右の観点からは、特に拘禁が広い範囲で大きい社会的問題を既に有している者に科されているために、一つの異常状態とみなすことができるのである。それ故、刑罰は、社会の福祉体系の枠内にある他の機関によって実施されている諸手段を補充しているのである。

自由刑の適用を制限する努力は、施設の役割を限定し、強制的手段の使用を制限する我々の社会における一般的な努力と結合されなければならない。効果及び人間性の観点から右の展開を支持する理由は、当然、拘禁が議論される場合にも重要性を

もつのである。社会の命じる行動形式から逸脱している者に対する理解を増そうとする努力も、この展開と同一の方向にあるものである。これは、勿論、犯罪行動を受容するということを意味するものではない。しかし、犯罪に対する過度の反動に反対する警戒がここから導かれる。

このようにして、拘禁の利用の縮減を肯定する強力な理由が存在すると我々は述べることができる。同時に我々は、短日時のうちに拘禁を制裁体系の中からなくすることができないことも自明だとみている。このことは、特に犯罪の趨勢及びそれと関連して増大している個人の感じる不安を背景に、妥当している。最近十数年間に生じた重大な犯罪の増加には特に注意を払わなければならない。ここで我々は特に、重大な人身犯、薬物犯罪及び重大な経済犯罪を考えている。社会は、重大な犯罪に対しては力を以て介入することができなければならないし、また、このために自由の剝奪を内容とする刑罰、しかも比較的長期間の刑罰を有することが要求される。このための現実性のある代替手段は今日存在していない。

拘禁をどの範囲で用いるべきかについて態度決定をする際、注意を払うべきことは上に述べた一般的な議論だけではない。拘禁の使用が犯罪の水準に対してどの程度の意義を有するかという問題を設定する必要がある。拘禁を用いない場合に比較して犯罪の減少をもたらすのであれば、拘禁を用いる強力な理由を有することになるのは明らかである。拘禁の犯罪抑止効果が

大きければ、人間性に大きい意義を与えないことにも理由があるとする事ができる。

特別予防の観点から拘禁の意義が第一に問題となるとき、最近の犯罪学的研究を背景に、高い水準は刑罰を受けた者の再犯の傾向を減ずるものではないと一般的にいうことができる。また、拘禁の枠内でのさまざまな特別予防の方法は、判決を受けた者の犯罪傾向を減ずるのに適していないことを示しているといわなければならない。社会復帰をあらゆる状況において排除しないとしても、拘禁がきわめて多くの場合に、拘禁に付されている者に対して圧倒的に否定的効果しかもたないということとを我々は受け入れなければならない。拘禁が社会復帰を失敗に導き、施設内矯正保護を経験した者が犯罪を継続することに証拠が存在する。上述のことを背景にして、長期の「処遇期間」（刑期）の形をとる手段を増すことは犯罪水準に何ら肯定的効果を有さないとするのが我々の確定的な見解である。

刑罰の水準が特別予防の観点からどのような意義をもつかということを論じる時、拘禁の無害化の効果に言及しないわけにはいかない。本章三節で我々は、無害化の思想を制裁の量定の基礎となし得るか否かの問題を論じた。そこで、個別的な再犯予測の困難なことを理由にして無害化思想を否定した。しかし、制裁の量定に当って無害化思想が不適當であることは、その思想が刑罰の一般的な水準にとって意義をもち得るという考え方を妨げるものではない。もし一般的に高い水準が、犯罪性の強

い者の場合もふくめ、全ての者が長期間隔離されるという理由で、犯罪を減少させ、低い水準が犯罪の増大の原因をなすとするならば、水準を一般的に高くする理由が存在するとなし得る。上記のことは、犯罪防止委員会内部でなされた、一九八三年七月一日のいわゆる「二分一改革」の効果の研究（報告書一九八五年第二号）の言及へ我々を導く。この研究では、二分の一改革が、一九八三年の後半年の間に認知犯罪の増加をもたらしたという結論が得られたのである。しかし、全体の犯罪との関係では、この増加は特別大きいものではなかった。我々は、この研究が全ての点において、二分の一改革後に発生した犯罪に関する認知数の増加を正しく説明しているか否かには疑問をもっている。しかし、犯罪のある面での増加が同一時点で数百人の拘禁受刑者が釈放された結果であるというのは当然のことともい得る。しかし、長期的展望に立った犯罪の趨勢に関してこの研究の中で述べられていることは、一九八三年の後半年に生じたある種の犯罪の一時的増加以上に大きい興味がある。報告書の二二頁には次のような記述がある。

「認知犯罪の数への効果は、相対的にみてほんの一次的な現象である。多数の拘禁受刑者が一時に釈放されたので、ある類型の犯罪に限られた時期にまとまって発生したのである。釈放が正常な状態になり、一年を通してならされて行われる時には、この効果は、統計にはほとんど現われることのない程度の大きさになるであろう。

無害化の効果（犯人が刑務所などへ収容されているときに生じる犯罪への効果）が存在するので、将来の水準は、たとえそれが限界

的なものであるにせよ、拘禁の期間に変化がなかった場合に比して幾分か高いものになるであろう。」

我々はこの見解に賛意を表する。拘禁の使用の僅かな変化は犯罪に対しごく僅かの影響しか及ぼさない。

要約すれば、拘禁の使用の僅かな変化は無害化の観点から顕著な効果を犯罪に及ぼすことはないというのが我々の見解である。目に見える効果を獲得するためには、スウェーデンの法伝統と今日我々が拘禁を執行されている者に対する拘禁の効果について有している知識とに一致しないほど大量の拘禁の使用が必要とされるのである。こうした刑罰の引上げは、我々が上で述べた一般的な発展の傾向に逆行するものでもある。

拘禁の一般予防効果に関する研究の結果も、拘禁の適用の調整によって犯罪の量に影響を及ぼす可能性に関して何ら大きい期待を示唆していない。スベリ(付録三)は、その国際比較研究で、厳しい刑罰が低い犯罪水準をもたらす傾向は存在しないと述べている。

かくて、ある水準での拘禁の使用が犯罪の一般的な水準に影響を与えるか否か及びその影響の程度に関して確定的な意見を述べることは不可能である。既に実現している改革で、拘禁の使用の縮減を内容とするもの——例えば西ドイツでは拘禁をある範囲で罰金で置き換えた——は、増加の方向で犯罪の趨勢に影響を与えたとはみられない。この状況は、我々が拘禁を用いるのに当り大いに謙抑的であるべきであるという理由の一つに

なる。

拘禁の使用の調整によって犯罪の水準に影響を与える可能性は小さいということは、大きい変化が効果をもつということを除くものではない。今述べたように、そうした変化は考えるべきではない。拘禁の使用の極度の増加がその結果として低い犯罪水準をもたらすと考えられるのと同じ方法で、使用の極度の縮減は多数の犯罪の発生という結果になるおそれがあり得る。このことは、縮減は、あらゆる状況の下で限定されたものであり、かつ慎重に実施されなければならないことを示すものである。

我が国においては、国際比較をすると特に、刑罰が緩やかであるという見解が一般的な論議の中で述べられることが稀でない。一般になされている見解は、西ドイツ、イギリス、フィンランドの自由刑の適用が高いのに対して、スウェーデンではそれが低いということである。この点の実情を明らかにするために、我々はK・スベリに対し北欧諸国(アイスランドを除く)、西ドイツ及びイギリスにおける刑法上の制裁の適用の比較を行うことを我々の負担で委託した(付録三)。

まず、自由刑の適用の国ごとの比較を行うことは困難だといわなければならぬ。使用可能な統計は真実を述べていない。犯罪の水準、犯罪化の構成、刑の執行、手続上の規則、警察力の効率、犯罪の届出に関する国民の関心並びに様々な登録制度及び統計作成過程の相違を考えにいれなければならない。

スベリの結論は、スウェーデンは北欧の中では自由刑の使用が最も少ない国であるが、イギリス及び西ドイツも自由刑の使用の水準がかなり低いということである。自由刑の刑期に関しては、短期刑がこれら全ての国で支配的であった。この点ではスウェーデンは例外ではなく、他の諸国よりも緩かではない。スウェーデンの水準は他の北欧諸国とおおよそ同じである。イギリス及び西ドイツ——自由刑を用いることはずっと稀である——は、一年以上の拘禁に該る一群の者に対して特に厳しい点が目立っている。スベリの結論は、スウェーデンは、自由刑の適用及び量定された刑期の双方について中間的地位を占めているということである。この結論と関連してスベリは、自由を剝奪する制裁の使用にスウェーデンでは例外的に注意深いという見解及び他の諸国よりも短い刑罰を用いているという見解は、著しい誇張であると指摘している。

要約的に次のようにいうことができよう。拘禁の適用の増大は、犯罪を減少させあるいはその増加を食い止めることに關しては、実効性ある手段ではない。犯罪を減少させることが可能であるという限りでは、必要とされる措置は全く別種のものである。ここから重要な結論が生じる。即ち、拘禁の使用を量的に減らすことは一般的にみて犯罪の量に大きな意義をもたないということである。これは、我々の見解に従えば、拘禁の使用を縮減できるということを支持する。我々の態度は、刑罰の内容容に対する我々の見解に当然影響される。刑罰は抑圧的、意

識的に加えられた苦痛を意味する。刑罰は、長期にわたる否定的な社会的結果をもたらすことが多い。それ故、社会の側から拘禁という形での刑罰を以て介入する時期、場合については注意を払わなければならない。拘禁の使用の相違が事実上犯罪の相違を意味することを示すことができないのであれば、人道的な理由からも、拘禁の使用を低い水準に止めておくべきである。大臣の指示の中に示された、拘禁の使用の一般的縮減への希望は、その実行が望ましくかつ可能であるものと我々は考える。しかし、この限定は注意深く実行すべきである。即ち、そのような限定による犯罪への効果に關して示されることだけが重要なのではない。他の要因も衡量されなければならない。これには、例えば法体系に対する一般国民の信頼の問題がある。効果とは全く別に、一般の人々が犯罪を犯した者は社会の側から充分厳しい介入を受ける法治社会に生活しているという感情を持ちつつけることも重要である。それ故、犯罪が犯されれば何事かが現実には起るといふことが本質的なことなのである。

これに關連して、拘禁の使用を縮減するという我々の考え方は経済的考慮によつて決定されているのではないということ。特に強調しなくてはならない。自由刑の使用を制限しようとする刑事政策的努力は、一九七〇年代のスウェーデンの経済が不均衡になる以前、十数年前より生じていたのである。我々の見解では刑事政策は、経済的に条件づけられた変化に稀にしか誤つた適合をしないものである。

五、刑罰体系における被害者

最後に被害者の刑罰体系内の地位について述べておきたい。刑罰体系は社会においてさまざまな機能を満たしている。よく見逃されるが、重要な課題は、被害者の利益を充足することである。前にも述べたように、個人が法治社会で生活していると感じるためには、犯罪行為を犯して一般に受容されているのから逸脱した者が社会からの介入の対象になることが要求される。可非難性のある行為によって侵害された者にとっては、刑罰は、社会がその者の味方であるという標である。被害者の利益を充足するという刑罰体系の課題を強調することは、刑罰を低い水準に止めておくことを求めている社会では特に重要である。犯罪に遭った多くの者は、行為者が厳しい刑罰を受けるのが正しいとみなしていると思われる。我々の提案のように、拘禁の使用の縮減を求めるとすれば、どのようにして被害者の利益を十分に充足するかについて検討すべき理由があるとしたなければならない。それ故、我々の諮問事項にはふくまれてはいないが、継続的な刑事政策上の開発業務の重要な部分は現在よりも十分に被害者の利益を尊重することであることを我々は強調したい。要点をスケッチすれば、この点での可能性をいくつかみておくことができる。これらの可能性は、被害者の遭った犯罪に対する経済的補償への被害者の請求の可能性を改善する

ことを狙いとしている。しかし、我々はまた、被害者が正しい方法で、かつ彼の置かれている困難な状況に対する理解をもって、警察、検察官及び裁判所によって取扱われる必要性を強調しておきたい。我々の見解によれば、論じられるべき可能性は次の通りである。

- (1) 検察官は、不法行為訴訟における被害者を代理する拡張された義務を科される。
- (2) 被害者は、その他の場合に、無料で法律上の代理人を得る。
- (3) 執行官は、債権の取立に際し公の事件のごとくに被害者を代理する義務を科される。
- (4) 犯罪被害法(一九七八年法律四一三号)を、被害者の国に対する補償請求の可能性を拡大するように改正する。
- (5) 犯罪による不法行為請求権が、税金及び公の掛金に対し一般的な優先権を獲得するようにする。
- (6) 犯罪による不法行為請求権について給与からの直接取立をみとめる。
- (7) 治療的、社会的援助を受ける被害者の可能性を拡大する。犯罪防止委員会が一九八五年の秋に、実務的、治療的性格をもつ援助をいかに犯罪の被害者に与えることができるかを調査研究することを政府から委託されていることを摘記する。

右に取り上げた事項は、とることのできる措置の単なる例示

にすぎない。被害者の利益を擁護するために最も適切な方法が何であるかについて意見を述べることはできない。これには更に詳細な調査が必要である。そのような調査は早急を実施すべきものと我々は考えている。特に、最近起っている経済犯罪への焦点化によって、個々の被害者並びにその権利及び利益の擁護はもはや本質的なものでないとの見解がみられるようになってきている。こうした見解が広まることは司法制度への信頼にとっては致命的となる。こうした方向への展開を抑えるために、被害者保護の強化の可能性を早急に、無前提で検討すべきである。

〔補注〕

- (1) 「社会内矯正保護の諸問題」に関する委員会は、一九八四年にその最終答申「自由刑の代替処分」(SOU 1984:32)を発表した。その中で同委員会は、条件付拘禁に関する法律草案を提示し、薬物乱用者の犯罪の場合拘禁を条件付きで判決することを提案した。この判決によっていわゆる契約治療命令を実現しようというのである。また、この答申では、休日拘禁、社会奉仕命令についても検討がなされたが、いずれに対しても消極的な態度が示された。
- この答申に基づいて、一九八七年に刑法の部分改正がなされたが、右の草案は採用されず、条件付判決及び保護観察に関する刑法の規定に改正が加えられた。そして、条件付判決の中で社会奉仕命令が、保護観察の中で契約治療命令が、それぞれ実施されることになった。これらの改正は一九八八年一月一日より施行されている。
- (2) 「拘禁及び施設内矯正保護」に関する委員会の本答申については、これに基づいた刑法の一部改正が昨年なされた。その要点は、

本翻訳中にある「制裁の量定」の成文化である。即ち、本答申中の「刑事司法の予見可能性と統一性を高める。」という基本的な考えかたに立って、刑の量定と制裁の選択についての要件を刑法の中に規定している。改正前の刑法一章七条の有名な規定は廃止され、代わりに、三〇章四条に、「制裁の選択に当って裁判所は、拘禁よりも軽い制裁を指示する状況に特に顧慮しなければならない。その際裁判所は二九章五条に示される状況に注意を払わなければならない。その際(二項省略)と規定されている。また、従前、拘禁と保護観察及び条件付判決が等置されていたのに対し、本改正では、拘禁、保護観察及び条件付判決、罰金、の順序で厳しさに段階評価が与えられている。その他、再犯者に対して厳しい刑の量定が規定される等の改正がなされている。これらの改正は一九八九年一月一日より施行されている。

(平成元年一月二日記)