

# 「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

——共同研究に対する反省として——

須々木 圭一

- 一 刑事政策的視点の意義
- 二 未決拘禁と刑事政策論
- 三 保護観察と刑事政策論
- 四 刑事政策と近代化論

## 一 刑事政策的視点の意義

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」という共同研究のなかで、刑事司法部からの研究報告として三編の論稿が「比較法学」に登載された。序説的なものと、刑法および刑事訴訟法にかんするものであった。犯罪者処遇法についても研究報告はあったが、これは活字にされていない。これらの研究成果をふまえて一応のまとめをつくることも考えられたが、刑事司法部での協議の結果、まとめというかたちではなしに、個人の立場で、先の犯罪者処遇法の責めをふさぐ意味もかねて、刑事

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

政策の視点から共同研究のテーマに応える研究報告を行なう形式がとられることになった。

各論に入ってから研究報告には、法制史的なものも少なくなかったように思われるが、そこには、過去の立法政策の問題がからんでいる。立法政策は、刑事立法政策のかたちで、刑事政策そのものと不可分の関係にある。否、むしろ、刑事政策と言えば、かつては、刑事立法政策とほとんど同意義とされるに近い状況すら見出された。そこで、この際、刑事政策的視点から、刑事法の領域にかぎって、共同研究に対する反省を試みることも無意味ではあるまい。

刑事政策的視点(二)。この言葉でわれわれが意味するのは、犯罪者へのより良い対処の仕方を考える、という理論的態度のことである。何故なら、われわれの理解するところによれば、刑事政策とは、犯罪防圧の目的のもとで犯罪・犯罪者への

より、良い対処の仕方を追及する「国」の活動であるとするようになるからである。関係当局は犯罪防圧にかかわるさまざまな活動領域について、より良い対処の仕方を不断に模索し、検討し、工夫し、ときに発案して、その実現を目指す個々の計画策定を行ない、それを実施するという作業をエネルギーに進めている。これが、われわれのいう刑事政策である。

ここに「犯罪の防圧」とは、一般的な犯罪の予防と個別的な犯罪の抑止・鎮圧、それにつづく個別的な善後措置によるところの再犯の防止のことである。これらのことを直接の目的として遂行される活動が「犯罪防圧活動」であるから、刑事政策もまた、広義における犯罪防圧活動の一場面とすることになる。刑事法を刑事政策の視点でみるといふばあいには、当該法制度を、犯罪防圧活動を規制するものと受けとり、犯罪防圧活動の目的遂行のうえでそれがどのような機能をいとなむかの点に関心を集中するかたちになる。

「犯罪」は、有権的に設定ないし確認された社会倫理的価値体系にさからう人間の態度（行為）である。犯罪防圧活動は、「善良な人びと」がその価値体系を積極的または消極的に肯定・是認しているという仮定に立つところの国家的機能の発現である。発想の基調は社会秩序の維持実現であり、その中核には、国家、社会、「善良な人びと」が居座っている。「防衛されるべ

き社会」は犯罪における「被害者」の味方である。保護されるべきは可能的被害者たる「善良な人びと」であって、犯罪者ではなさそうである。国家・社会レベルの意識に立つて推進される犯罪防圧活動をめぐる操作は、個人レベルでの評価を超えるざるをえない要素をふくみ、従って、国の活動としての刑事政策は、個人レベルからみて好ましいものになりきるのにはきわめて困難である性質をともしないものではないかと思われる。

われわれは、「近代化」ということでは、社会的・一般的視野でとらえられた自我の発展・拡充への指向であるという理解を採用し、その見地から、刑事法が国家刑罰権の設定の仕方およびその発現過程において形式・内容の両面で人びと（犯罪者を中心とする）の自由または人権を保障するに足りる法的規制をそなえているかどうかに関心を集中した。しかし、それは、刑事政策の視点からすれば法的規制における一つの重要な側面を意味するにすぎない。この点が、まず、共同研究の反省にたいする一つの基点となることが予想される。

刑事政策の視点に立つて考えられるとき、共同研究の反省にたいするいま一つの基点となりうるものは、「近代化」ということを、近代的にすること、近代的になること、近代的であること、の三者にわかち検討したところのなかにすでに含まれていた問題であったように思われる。われわれは、「近代的にす

ること」という理解の仕方に関連して、これは、「近代化ということを積極的・能動的な変革の過程としてとらえることに通ずる。……（この）場合には、方法的にみて、近代化されたものすなわち歴史的・社会的所与をみるよりも先にそれを造りだしてゆく動因、近代化させてゆくものが重視されることになる」としたことであった。この点をふたたび指摘するのは、一国の刑事政策が未来を目指す一つの目的活動であり、そこでは、犯罪防圧活動のあり方をめぐる「国」の姿勢そのものが問題にならざるをえないからである。

刑事政策を構造的にみれば、三つの基礎的要素から成り立っているものと考えられる。第一は、当該問題領域における大目標の存在である。犯罪防圧活動の一場面として「それ」はいかなるものとして構成されてあるべきかという、いわば理想像の設定である。第二は、その理想像に到達すべく現時点において実現を予定する行動目標の存在である。現実の問題として、個々の施策は、歴史的・社会的諸条件と当該場面における諸事情、および、関連諸領域の現状などによる複雑な制約のなかで、実現可能性をふまえたところで遂行されるきわめて実際的な活動であり、理想にいたる一つのプロセスのことである。第三は、それらの目標を達成するために採られる個別・具体的な手段・方法である。刑事政策が実際的な「国」の活動であり、

わが国においてあるべき犯罪防圧活動を現実に至までたぐり寄せる運動過程であるかぎり、個々の施策、そして刑事法制は、すべて未来を指向する過渡的所産であるという仮説をとることになる。

このようにして想定される立体的政策像は、刑事政策の実践主体（国）にそくして言えば、その一部を過去の法制にとどめながら現在の法制をふまえさらに未来にむかって発展的に存在しつつづけているかたちになる。犯罪防圧活動にたいする法的規制、すなわち刑事法制の歴史的経緯を検討するばあいにも、つねにそのような現実的で柔軟な考察態度が必要であり、たんなる法制史的分析に終ることは許されないということになる。

このような理解に立つてみれば、刑事政策の視点から共同研究に対する反省を試みる作業は、かなり根底的なものにならざるをえない。しかし、いまそれを多少立ち入って検討するとなれば大変な仕事になってしまいうので、ここでは、ただ、問題意識の所在を明らかにするという程度のごとで責めをふさぐよりほかはない。そのような当面の目的からすれば、捜査段階で例外とされ極力回避すべきものとされる未決拘禁の場面と、処遇段階で理想とされより、強力に推進すべきものとされる社会内処遇の場面からそれぞれ問題をえらんでみるのも一つの方法であろう。二つの極端から問題意識の所在をうきぼりにするかたち

になりうると思われるからである。

- (一) 登載順に従えば、須々木主一、わが国の近代化と外国刑事法の影響(その序説としての試論) 比較法学一卷二号(昭和四〇年) 二七頁以下、西原春夫、刑法制定史にあらわれた明治維新の性格(日本の近代史におよぼした外国法の影響・裏面からの考察) 比較法学三巻一号(昭和四二年) 五一頁以下、内田一郎、刑事裁判の近代化(明治初期から旧刑訴まで) 比較法学三巻二号(昭和四二年) 一頁以下。

- (二) 「刑事政策の視点」にかんする理解については、須々木、刑事政策学の課題(刑事政策の対象化・客観化の主張として) 早稲田法学四七巻二号(昭和四七年) 三九頁以下参照。

## 二 未決拘禁と刑事政策

一 ここでとりあえず未決拘禁の問題をとりあげるのは、犯罪防圧活動、それ故に刑事政策論の特徴が比較的鮮明にあらわれる一場面と考えられるからであって、比較法制的に見て重要であるとする趣旨ではない。

未決拘禁は、犯罪防圧活動の一場面として事実上はかなり重要な機能を果していると思われるにもかかわらず、刑事訴訟法

学的な検討が先行し、人権保障の問題が強調される傾向が極端に強い。しかし、刑事政策的にみれば、犯罪にたいする善後措置への準備段階であると同時に、可能的被害者を犯罪から守り、また、社会の攻撃から行為者を守る意味あいの機能をいとなむべきものと思われるから、人権保障の問題が強調されるのは、それだけ、犯罪防圧活動の場面で重要な機能をいとなみうる場面であるからだという予想も成り立つ。刑事訴訟法の規制する捜査・審判・裁判の執行という一連の過程は、犯罪防圧過程における重要な一場面を形成しており、捜査・審判の段階に位置づけられる未決拘禁も、そのような理解の例外にはなりえない。

ところで、最近になって、刑事訴訟法上の問題としてではあるが、被疑者を勾留すべき場所として代用監獄(警察署附属の留置場)を指定することの可否が実務において問題になった。<sup>(1)</sup> 「刑事被告人」を拘禁する場所としては、監獄法上、拘留監<sup>(2)</sup>があり、それ故に、拘留所を勾留の場所に指定するのが原則で、代用監獄たる留置場を指定するのは例外とされるべく、後者をとるばあいには、前者のばあいよりも慎重な配慮が要求され、やむをえない措置であることを勾留決定の際に確認しておく必要があるのではないか、ということである。これは、「人権意識の鋭敏な」若い裁判官によって提起されたもののように

ある。

またしかに、警察署に附属する留置場は、主として逮捕留置を行なうために設けられた警察の施設であつて、監獄ではない。

ただ、監獄法第一条第三項に、これを監獄に「代用」しうる旨を規定するにとどまる。「代用」の語が変則的使用を意味するかぎり、その使用が例外的になるべしとするのも一つの筋である。しかも、監獄のばあいと異なり、留置場設置については法令上の明文規定を欠いており、ただ、間接的に、監獄法（一条三項）や刑事訴訟法（二〇三条一項、二〇五条一項）が警察署には留置場が附設されてあることを前提とした規定をおいている点に、その根拠が見出されるにすぎない。さらに、留置場については、刑事被告人にたいする処遇の点で問題がありうる。

「代用」監獄といへども「監獄」であることにかわりはないから、ここに監獄法規の適用があるのは当然であるが、留置場は警察の施設であるため、組織上も、処遇上も、警察事務に属するものと解されており、純粹に警察の組織が監獄の作用をいとなむことになつて、その結果、被收容者の処遇については拘留所に拘禁される場合に比し事実上の差異が生ずるのもやむをえないという理解になる。例えば、監獄法制上、刑事被告人は原則として独居であるが、代用監獄に準用される被疑者留置規則にはその趣旨が生かされておらず、また、例えば、捜査主任官

の裁量のはたらく余地が大きい。少年のばあいには、勾留により代用監獄に收容されたときと、勾留に代わる観護措置をうけて少年鑑別所に收容されたときとは、生活条件にかなりの隔差を生ずる。

このような状況のもとで、未決拘禁者の実務上の取扱いは、主として捜査終了前の者は代用監獄に、捜査を終了した者は拘留所に順次移監するかたちをとっている。昭和四六年には被疑者留置規則の改正をなし、処遇上の配慮を生かして代用監獄にともなう問題性の解消をはかつて、未決拘禁における代用監獄の地位の安定が進められている。はたしてそれで良かったものかどうか。

(一) 刑事政策的意義を附随的に認めるものとして、平場安治、改訂刑事訴訟法講義（昭和三年）二七二頁。これを否定するものとして、例えば、横山晃一郎、勾留に関する諸問題、刑事訴訟法講座一卷（昭和三八年）一五九頁註（5）参照。

(二) 法律のひろば二三卷三号（特集2・代用監獄をめぐる諸問題）（昭和四五年）

(三) 今日 of 被疑者および被告人をいう。監獄法上の用語である。「改正刑事訴訟法実施ニ付注意事項」（大正一三・二行甲一八五行刑局長通達）参照。なお、「刑事被告人」

の用語は、明治二二年の監獄則で、未決囚に対する配慮を生かすために作られたものようである（小河滋次郎、監獄学、明治二七年、六二頁以下参照）。

二 監獄が歴史的には主として未決拘禁の場所であったことは周知の事実である。わが国において名実ともにそなわる自由刑が誕生したのは、新律綱領（明治三年）のあらわれる前後、人足寄場を徒刑執行の場所（徒場）としたあたりに求めることができるのではないかと思われる。その意味で、近代的な未決拘禁にいたる系譜は長い歴史的背景のもとで考えられなければならないが、代用監獄の問題と関連する検討のためには、さしあたり、江戸時代の「仮牢」に注意すべきもののようである。これは、奉行所に附属する施設で、吟味のため牢から連れだされてきた者を一時留置する場所であった。この点を殊更に指摘するのは、明治五年、各裁判所に監舎を附設し、これを未決拘禁の場所とした例がみられるからである。

明治一四年の監獄則によれば、監倉および留置場が未決拘禁の場所である。その第一条には、「一 留置場 裁判所及ヒ警察ニ属スルモノトシテ未決者ヲ一時留置スル所トス但時宜ニ由リ拘留ノ刑ニ処セラレタル者ヲ拘留スルコトヲ得」とあって、短期自由刑を執行することを予定しているが、監倉について

は、同条に「二 監倉 未決者ヲ拘禁スル所トス」とあるにとどまる。未決拘禁の場所と刑の執行の場所とを観念的には一応区別しながら留置場にかぎり短期自由刑の執行を認めるといふ背景には、当時、警察事項も、監獄事項も、ともに内務省が統轄していた事情、すなわち、「明治七年一月司法部及裁判所所屬ノ監倉ヲ除クノ外全国己未決ノ両監ヲ内務省ノ統轄ニ移シ九年ニ至リ更ニ監倉ト凡ヘテ尺ク内務省ノ統轄トナシ東京ハ警視庁自余ハ使府県庁ニ司管セシム」という経緯がからんでいるように思われる。

明治二二年の監獄則になると、刑事被告人を拘禁する場所は「拘留監」と改められる。留置場については、これを監獄の一種とすること、以前と同じであるが、「刑事被告人ヲ一時留置スル所トス但警察署内ノ留置場ニ於テハ罰金ヲ禁錮ニ換フル者及拘留ニ処セラレタル者ヲ拘禁スルコトヲ得」（一条五号）とある。自由刑執行の場所としての機能の拡張である。これは、警察署内の留置場が性格的に短期自由刑の執行を許容するものと考えたというよりは、むしろ、当時における施設不足、過剰拘禁にたいする便宜的措置をこうじたものとみるべきであろうが、その間にあって、ドイツ監獄学に獄制を学ぼうとしたわが国が、ゼーバッハ（六）・小河・独逸監獄法講義（明治二五年）に見える次のような理解を考慮したであろうことは想像にかたくな

い。すなわち、同書一三四頁以下によれば「警察監即留置場」として、「留置場ハ警察ニ於テ逮捕シタル所ノ者ヲ放免若クハ拘置監ニ送付スル迄ノ間之ヲ拘禁シ其他押送囚ヲ一時収禁シ若クハ時宜ニ依リテ極メテ短時間刑ノ者ヲ拘束シ及ヒ警察刑ヲ執行スル所トス」とある。

明治四一年の監獄法（現行監獄法）になると留置場は監獄の種類から外され、その第一条第三項に「警察署ニ附属スル留置場ハ之ヲ監獄ニ代用スルコトヲ得但懲役又ハ禁錮ニ処セラレタル者ヲ一月以上継続シテ拘禁スルコトヲ得ス」とするにとどまる。留置場が監獄の種類から外されたのは、明治三六年、監獄事項が司法省に移監されることになったため、行政組織を異にする内務省の所管に残された警察署の留置場については別異の取扱いが必要になったという事情があるらしい。監獄事項の司法省への移監は、それ以前の、各府県費の支弁にかかる府県監獄と国庫支弁にかかる集治監（東京、宮城、樺戸、空知、三池、釧路の六箇所）とを行政的に統合し、すべての監獄を国庫支弁に改め、根本的な獄則改革を意図したものであったから、その志向をうけて制定された現行監獄法が、警察署附属の留置場をひきつづき監獄の一種とするに近い仕方で使用しつづけることを予定していたかどうかについては疑問がある。自由刑執行の場所としては例外的使用になるであろうことは上記の経緯

にてらしはば明らかであるが、それをただちに未決拘禁の場所としても例外的と考えていたかどうかは、にわかには断じがたいものがある。

監獄法一条三項にかんする解説によれば、「留置場は警察行政の機関にして監獄とは全然其の性質を同じふべきもの非ず。留置場は通例、警察官署に附属して建設しあるの実況なりと雖も、警察官署以外にもまた建設せらるることあるべきを予想し得られざるにあらず、本条三項に特に『警察官署に附属する』の文字を用ひたる其の以外の留置場を包含せざるの精神を明らかならしめんが為めなり。留置場を以て監獄の一種なりと認めたる旧監獄則の規定は本法に依り全然廃止を見るに至りたるは勿論、旧監獄則に於ける『警察署内』と本法に所謂『警察官署に附属する』とは全く其の字義を異にするものなりと解すべく、将来に在ては裁判所内の拘置監の一部、即ち従前の所謂留置場に対しては最早、留置場の名称を用ふることを許さざるものとす」という理解が示されている反面、拘置監については、次のような解説がなされている。すなわち、「拘置監ハ自由刑執行ノ機関ニ非ス、故ニ之ヲ以テ科学的意義ニ於ケル監獄ノ一種ナリト認ムルコトヲ得ス。然ルニ今日ニ在テ各国法制上、仍ホ拘置監ヲ以テ監獄ノ一種ト認ムルモノ多キ所以ノモノハ一ハ因襲ノ久シキ、理論ハ仍ホ墮力ノ趨勢ヲ制スル能ハサル

ノ事情アルト、一ハ姑息的一時ノ經濟又ハ行政ノ便宜ニ拘泥スルノ已ム能ハサル事情アルニ外ナラス。「拘留監ハ本来刑事裁判上ノ機關タルニ止マルヘキモノナルカ故ニ之ヲ裁判所ニ附設シ若クハ少クトモ其接近ノ地ニ特設スルヲ以テ本則トスヘシ：…、監獄ノ設備ヲ有セサル刑事裁判所ハ猶ホ厨房ヲ有セサル客舎又ハ酒樓ノ如シト謂ハサルヲ得ス」として、拘留監は刑事裁判にとともなう一つの審理機關たるにすぎないとも語っている。

そこに窺われる発想は、捜査活動の便宜のために警察には留置場を、審判の便宜のために裁判所には拘留監を設け、刑の執行に資すべき監獄は行政機関の所管とすべしというものである。<sup>(二〇)</sup>留置場が短期自由刑を執行する場所でもありえたのは、国家財政にからむ施設の不足を補なうという必要性の点は別論として、「拘留」は警察罰、準自由刑であるからこれを刑種に数え拘留場を監獄の一種としたこと自体が疑問であるという理解が基本になっているように思われる。従って、留置場で拘留を執行するばあいと、短期間の懲役・禁錮を執行するばあいとは異質のもともみる目があったらしい。しかし、代用監獄の事実上の必要性の点では、「東京、大阪其他三四ノ都会地方ハ格別トスルモ是等ノ地方ニ在テハ早晚必ス大規模ノ警察留置場ヲ設置スルニ至ルベシト信ス」とせざるをえない状況にあった。留置場の地盤は強固である。

(四) 小山松吉、我国に於ける懲役の沿革、行刑論集(昭和五年版)六三二頁参照。

(五) 滝川政次郎、日本行刑史(昭和三六年)二二一頁、なお、一四四頁参照。

(六) 小河滋次郎、監獄学(明治二八年)五八頁。

(七) 監獄石川島分署編、監獄彙規(明治一九年)によれば、明治一四年五月一九日警視五八号(同書四九八頁)は「鍛冶橋監獄内拘留所ヲ警視庁留置場トス」とあり、さらに、同年一月四日警視無号(同書四九九頁)で、巡查屯所所属拘留所を留置場と改称し、自今警察署に属せしめることが見えているので、今日の留置場の觀念は、明治一四年の監獄則に由来することが予想される。

(八) 監獄則の制定については、小河、上掲書五〇頁以下参照。その六一頁は、明治一四年末在監人三四、〇六二人であったが、同一九年末には七〇、二七三人となった、と。

(九) 小河滋次郎、監獄法講義(昭和四二年版による)五〇六頁、四六頁、四八頁、五〇頁。

(一〇)(一一) 小河、講義四九九頁以下、四七頁以下。

三 当時の刑政論における小河博士の影響力の強さを考え、

また、国家財政上の問題や、捜査・審判の便宜を被疑者・被告人の犠牲において重視する傾向の改まりきらない当時の糾問的訴訟形態を念頭において考えれば、警察の留置場が制度的事実として定着してゆくだけの条件は十分に備わっていたものとみることが出来る。このような状況を考慮するとき、もし未決拘禁の場所としての代用監獄が例外的なものであれば拘置監が整備されるまでの既存の留置場<sup>(二)</sup>に限定する趣旨の経過規定がおかれたはずだ、という理解の仕方にも一理ある。問題は、むしろ、留置場の設備・運用が適切であったかどうかであり、その点にかんする人びとの疑問が監獄法の文言に手がかりをえた批判的検討を誘致する方向に事態を動かして行ったというのが事実に近いのではないかと思われる。

監獄法施行後の問題状況に応えるものとして、昭和年代初頭における小野博士の所説を参考にすることが出来る。博士によれば、未決勾留が刑でないのは当然として、「しかし、其は、ともかく人を拘禁し、其の自由を剝奪する処分である。しかも、現行法制上其の拘禁は監獄に於て行はるるのである。茲に於てか、其の事実<sup>(三)</sup>に於て刑としての拘禁、即ち自由刑と極めて近接した相貌を呈することになる。少くとも未決勾留を受くることは判決に依り言渡されたる刑の執行を受くると選ぶところなき、否、場合に依りそれ以上の苦痛であり得る。しかのみな

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

らず、其は単に人の自由を剝奪するに止まらず、動もすれば其の身体又は名誉に回復しがたき損害を及ぼすのである。斯の如きは固より何等未決勾留の目的上必要とされたことではない。だから、未決勾留の執行は其の行政上自由の制限を必要なる最小の限度に止むると同時に、また其の身体、名誉に対して能ふ限りの保護を与へなければならぬのである」としつつ、警察の留置場については、「抑も留置署の留置場が如何に種々の種類の者を留置するために用ひられて居るかを考へて見ると、それがどんなものであるかは誰にでも想像がつく。警察署の留置場は第一に検束者を収容するために用ひられ、第二に監獄に代用され、第三に謂ゆる任意に宿泊する者を宿泊せしむるために用ひられる。従つて其処には思想犯の被疑者も収容されるし、前科数犯の常習的強窃盗犯人も収容される。自殺の危険ある女も収容され、少年法の適用を受くべき少年も収容される。時としては、精神病院に送致せねばならぬ精神病者も収容されるのである。よし、それが短期間であるとはいへ、其の狭い、区画の不充分的な、或ひは殆んど存在しないといつてよい留置場に、雖然それ等の者が収容されるといふことを聞いても、慄然とする。況んやそれが必ずしも短期間とばかりは限らず、二十九日乃至は其の二倍、三倍を拘禁せらるる者あることを考へて見ると、我らは何としても之を放置すべきではないと信ずるのであ

る」とし、その主張として、「監獄法を改正して留置場を監獄に代用することを断然廃止しなければならぬ。此は刑事捜査のためにする不当拘禁の行はるることを防ぐべき何よりの方法である」とした<sup>(四)</sup>ことであつた。行政執行法による検束や違警罪即決例による拘置の濫用にたいする憤りのあつたことは明らかである。

このような所説が行なわれたのは、監獄法の改正が問題になつた當時のことである。大正一年の行刑制度調査委員会設置趣旨概要には「二 拘置監ニ收容スル刑事被告人ヲ在監者トシテ取扱フ現今ノ制度ニ改善ヲ加ヘ処遇方法ヲ變更スルノ要ナキヤ」とあり、大正一四年、監獄法改正委員会は行刑法案、予防拘禁法案とならぶ独立の未決拘禁法案を作成して司法大臣に提出する。昭和二年の刑務法案調査委員会決議による「監獄法改正ノ綱領」には、未決拘禁所および労役場は原則として特設し<sup>(五)</sup>（第一項）、とりわけ、「未決拘禁ニ付刑事訴訟法ノ趣旨ニ従ヒ身体及名誉ノ保全ニ注意シ其ノ取扱ヲ改善スルコト」（第二項）がうたわれ、その線にそつて刑務法改正予備草案が作成されるが、やがて、日支事変勃発により改正作業は中断される<sup>(五)</sup>。いづれにせよ、未決拘禁について慎重な配慮を生かす一応の努力があつたことだけは否みがたい。

昭和二年、財団法人刑務協会（今日の矯正協会）が私的に

組織した行刑改正法委員会は、「監獄法改正に関する建議要綱」および「附帯建議要綱」を作成し、監獄法を「自由刑の執行と未決拘禁に関する二法に分け、刑事被告人については、あらたな構想のもとに、その取扱方法を定めること」（第二項）をそのなかで建議している。いま、ここで興味あるのは、附帯建議要綱第三項に「代用監獄の内容の充実と改善を図ること」が語られている点である。その説明には「代用監獄すなわち警察留置場は、今なお陰惨、不潔、狭隘にして犯罪学校たる観がある。行刑の改正の精神に則り、これが改善を要望する」とあつて、その廃止には直接触れるところがない<sup>(六)</sup>。

ところが、この建議をうけて昭和二年の公的に発足した監獄法改正調査委員会により同年九月司法大臣に答申された監獄法改正要綱になると、代用監獄廃止の方向が明らかになる。第一部第六項は「代用監獄制度は、これを廃止すること。但し、経過的には現行制度を認めること」とある。これは「刑」にかんする部分であるが、第三部「未決拘禁法」のなかで、同委員会の狙いはさらに明らかになる。その第三項には「勾留状の執行を受けた者は、これを未決拘禁所（以下拘置所と仮称）に收容するものとする」とあり、さらに、拘置所に例外的に收容しうるものとして「逮捕状の執行を受けた者及び勾引状の執行を受けた者」をもかかっている。同第四項第三段には、拘置

所につき「財政的理由その他の事情によつて、特設が困難な場合は、(1)これを刑務所の一部に附設し、又は(2)警察署の留置場を拘置所に代用することができるものとする」とを認めざるをえないという状況認識があるが、同第六項第三段に「警察の留置場を拘置所に代用する場合に關し、署長以下警察官の未決勾留の執行に關する職責を明確にする規定を設けること」としている。この改正要綱に従つて監獄法の全面改正がはかられようとしたところで、昭和二三年の末、にわかには監獄法の部分改正ということに作業方針は変更される。しかし、その結果作出された昭和二四年の「監獄法を改正する法律案(矯正施設法案)」においても代用監獄廃止の方向にかりはなない。同案によれば、矯正施設とは、刑務所、少年刑務所、拘置場、労務場、拘置所の五種である。代用監獄は将来これを廃止する建前から、経過規定として附則中に規定するにとどめ、そこに、「当分の間、矯正施設に收容すべき者は、法務府令の定めるところにより一時これを警察署に附属する留置場に收容することができる。但し、懲役又は禁錮に処せられた者を、一月以上継続して收容することができない。前項の規定によつて警察所に附属する留置場に收容せられている者は、これを矯正施設收容者とみなす」という趣旨の規定することにしてゐる。

ただし、同法律案は国会に提出されることなくおわり、そし

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

て、その後は、刑法の全面改正を待つて監獄法の改正をかんがえるといふかたちになる。

(一一) 安藤忠夫、代用監獄の現状とその機能、法律のひろば二巻三号(昭和四五年)二〇頁、中門弘、勾留裁判にみられる代用監獄否定の理由とその考察、警察学論集二巻一二号(昭和四五年)九頁。

(一二) 監獄則當時のものとして、明治三八年八月内務省訓令七二六号「留置設備標準」(監獄法令類纂・明治四四年・五〇四頁以下)、明治一六年一月警視七九号「警察留置場取締規則」(監獄石川島分署編・上掲書五〇〇頁以下)などを見ることができ、また、明治二三年三月内務省訓令一九一号「留置場留置人取扱方ノ件」(監獄法令類纂五〇三頁)がことさらに出されたところからみて、拘留者、未決者、換刑禁錮者の混同雑居が行なわれたことも推測される。つとに、明治五年の監獄則「興造第二条」既決者と未決者の交際を断つべきことを説いていたことに注意。

(一四) 小野清一郎、未決勾留に關する諸問題、刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他(昭和六年)一二頁同、不当拘禁の問題、上掲書二九四頁、二九六頁。

(一五) その概要として、綿引・藤平・大川、全訂監獄法概

論（昭和三〇年）三三七頁以下参照。

(一六) 綿引等、上掲書三五〇頁以下参照。これ以下の記述も、同書の掲載資料による。

四 戦後における代用監獄廃止の方向はほぼ明らかである。「代用監獄を設けなければならない事由は已むを得ない事実上の必要に基づくものであって、主に左の三つの事由をあげることができる。(イ) 監獄のない地方で刑事被告人及び被疑者並びに拘留、懲役、禁錮の短期受刑者を拘禁する必要がある場合、(ロ) 護送途中受刑者若くは刑事被告人及び被疑者を宿泊せしめる必要がある時、(ハ) 其の地方に監獄があっても収容力の関係で拘禁出来ない時」として、「代用監獄は、現行監獄立法当時から暫定的な制度として認められて来たものである。従って、代用監獄制度の廃止は、もはや異論のないところであるが、一度にこれを廃止することは、主として予算上の関係から困難であろう」ということになる。<sup>(一七)</sup>

ただ、ここで注意したいのは、代用監獄のことを問題にするばあい論者の念頭にあるものは刑務所との関係であって、拘留所との関係ではさほど問題を重視しない傾向があったのではないかと思われる点である。「この重要な代用監獄制度について、

従来刑訴法学者が全く関心を示さなかったことに不可解な感をいだいている」と<sup>(一八)</sup>とするのは極論としても、未決拘禁の場所としての代用監獄のことが人びとのさしたる考慮にのぼらなかつたであろうことは、次の言葉からもうかがい知ることができそうである。いわく、「代用監獄の廃止は、現在では実質的にはほとんど異論のないところといえよう。ただ短期の拘留囚は未決につづいて代用監獄に拘留した方が手数が省けるのではないか。離島など刑務所のないところでどうするかなど若干の技術的な問題が残っているだけである」<sup>(一九)</sup>と。未決につづいて代用監獄に拘留する、という理解のなかには、未決拘禁の場所として警察署の留置所を使用するという前提がある。また、団藤教授の昭和四二年版「刑事訴訟法綱要」(七訂版)のなかで、勾留状の執行によつて被告人は拘留監または代用監獄に収監される旨の説明につづいて「代用監獄は弊害が多くすみやかな廃止が望まれる」<sup>(二〇)</sup>とするが、その説明箇所は起訴後の強制処分にかかわり、被疑者の勾留にかんする部分では説明が省略されているため、その趣旨はかならずしも明らかではない。

このように、とりわけ代用監獄における未決拘禁の問題が重視されなかつたことには、戦後の特殊な社会状況もまたあずかつて力があつたのではないかと思われる。戦前における悪しき記憶の生々しい解放の時代に、警察の民主化が強く叫ばれ、組

織面でも、運用面でも、旧弊からの急速な脱皮が進められようとするかたわら、当然の成り行きとして、警察署の留置場における人的組織・物的設備の改善がはかられる。他方には、監獄における施設不足、収容人員の急激な増加がある。昭和二〇年代から三〇年代の前半にかけて、刑事施設は極端な過剰拘禁に悩まされる。「その収容施設は、戦災による消失、連合国による接収等によって戦前に保有した施設の収容能力の約四〇％を失っており、その復旧増設も到底間に合わず、過剰収容の極めて甚しい状況となった」とされている。そのような病的状態から脱出するための努力が、昭和三〇年代に進行し、そして、全施設平均の拘禁率がほぼ一〇〇％近くにさがったのは、昭和四〇年代に入ってからのことである。その間、これまで同様に過剰拘禁に悩んだ警察署の留置場が、その施設・設備の充実をねがい、その運用の合理化に腐心しなかつたはずはない。昭和三二年には、「被疑者留置規則」（昭和三二・八・二二、国家公安委員会規則四号）が出来あがる。その努力自体を責めるのは現実の問題としてはおそらく筋違いであろう。しかし、捜査当局における被疑者・被告人の取調べへの要求とあいまって、被疑者の留置場への勾留を慣行化する筋途が根づいてしまったとすれば、将来にむかって、また別の問題を提起したかたちになるのではないかと思われる。

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

最近になって、端的に、被疑者の勾留場所は主としては警察署の留置場を考へるといふ傾向があらわれている。すなわち、現行監獄法が施行され警察署に附属する留置場を監獄に代用することができるとされてすでに六〇年以上が経過しているが、「その間、実務の取扱いは、未決拘禁者のうち、代用監獄には、主として捜査終了前の被疑者等を拘禁し、捜査が終了した被告人等は、拘置所に順次移管するという運用がとられている。このような運用が制度的に定着してくると、代用監獄と拘置所の間、当然のことながら任務の守備範囲が定まり、それぞれ、その任務にそつて施設や要員の整備が進められ、そのことが、また、その運用をより定着させたといふことができよう。現に警察署の新改築の際には、捜査終了前の被疑者の拘禁の場所は、代用監獄としての留置場であることを前提に、留置場の規模の決定、所要設備の整備等が行なわれており、他方、拘置所の現状は、捜査終了後の被告人等の拘禁の場所であることを主眼として施設、要員等の整備が行なわれているものとみられるのであつて、捜査終了前の被疑者等を受け入れることを前提としていないことは、取調室等の施設の面からも、また、参考人の出入り、証拠品の持ち込み等を予想していない管理面からもうかがえるのである」と。

現在、わが国において拘置所は七（東京、大阪、京都、神

戸、名古屋、広島、小倉)、拘留支所は一〇三を数えるが、最近減少傾向にあるとは言っても年間約一〇万件にちかい勾留をまかないきれぬ数ではない。拘留所、拘留支所をあわせて一日平均収容者数は約七、五〇〇、うち被疑者は約五八〇である。<sup>(三三)</sup>五、〇〇〇ないし六、〇〇〇の未決拘禁者が代用監獄に収容されているのが最近の状況のようである。監獄に代用される警察署拘留場は昭和三年当時は約一、二四〇個所、昭和三九年当時は約一、四八〇個所、<sup>(三四)</sup>そして、最近ではその整理がすすんで約一、二〇〇個所であるという。この代用監獄の使用状況に應える拘留所(支所)の増設、配備はほとんど不可能に近い。

このような状況のもとで、矯正当局のなかには、次のような見解がでてくる。すなわち、代用監獄の制度が理念的に例外措置であることは明らかであるが、「それにしても、拘留監の不足は補われなければならない。それは代用監獄の制度によってであるということ」を監獄法は予定している。未決拘禁に関する限り、監獄法は代用監獄の適用に特段の制限をおくことはしていない。期間的にはもちろん、場所的な制限もとくにないものといわなければならない。すべての警察官署の拘留場を充てることができる、特別の指定は要しないというのが実際であるが、この実際は拘留監の現状からすればなおやむをえないものとして是認されなければならない」が、その場合にも、代用監

獄の制度が一つの変例であることに変りはないから、その適用はなるべく控え目になることが望ましく、ただ、「しかし、未決拘禁に関する限り、格別積極的な教育的処遇の要請があるわけでもない。要は勾留の目的の確保と、防禦権の保障その他被告人または被疑者として相應の処理をすること」に尽きるのである。それは今日の警察職員の教養と、とみに改善されつつある拘留場の設備の十分に耐えうるところであるとおもわれる。もしもそれにこたえない懸念のある拘留場があるとすれば、それは警察自体の内部規制によって代用監獄の制度の適用が排除されるべきであろう。代用監獄の現状からしても、そのことは十分期待されてよいように思われる」としつつ、さらに「まずもって制度的改善を要するのは行刑の場としての代用監獄であり、未決拘禁については、「拘留所および拘留支所の整備につれて、まず起訴後の勾留の執行に限ってすべて拘留所および拘留支所で行なうといったことも考えられてよいであろう。勾留被告人の法的地位は起訴前の勾留の被疑者のそれとはやはり異なるといわなければならない。代用監獄の制度から脱け出さなければならない法律的要請はより大きいと思われる」ということになる。<sup>(三五)</sup>ここには、勾留決定の状況と拘留所の現状をふまえた現実的な態度、悪意で見れば現状への妥協、善意にとれば理想と現実との調和点を求める実践的態度を読みとるこ

とができる。

〇頁。

(一七) 綿引等、全訂監獄法概論(上掲) 五〇頁、三七九頁。

(一八) 下村幸雄、代用監獄に勾留を求める検察官の要求を否定した事例(判批) 判例時報四八六号(昭和四二年)一四八頁。

(一九) 平野竜一、矯正保護法(法律学全集44)(昭和三八年)六七頁註(三)。

(二〇) 団藤重光、刑事訴訟法綱要(七訂版)(昭和四二年)三九二頁。ただし、同書六訂版にその趣旨の説明は見当らない。

(二一) 法務省矯正局、日本における矯正行政(昭和四〇年) 二二頁。

(二二) 安藤忠夫、代用監獄の現状とその機能(上掲) 一九頁。なお、昭和四六年に被疑者留置規則が改正されている。

(二三) 犯罪白書昭和四五年版による。

(二四) 小野、上掲書二五二頁、熊谷弘編、逮捕・勾留・保釈の実務(昭和四〇年) 四〇頁参照。

(二五) 朝倉京一、監獄法上の制度としての代用監獄、法律のひろば二三卷三号(昭和四五年) 二八頁、二九頁、三

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

五 以上の素描にはば明らかなことは、現実の必要性にもとづく事柄の制約の根強さである。近い将来において被疑者の勾留がもつばら拘留所で行なわれるようになるという可能性はほとんどない。勾留は捜査活動の便宜・被疑者の取調べのためにあるのではない、「証を得て人を求める」の精神は依然として稀薄である。それに反省を求める意味で勾留場所としての代用監獄の指定を例外化すべきである、と言ってみたところで、それによる現実の効果が、事態の混乱、すなわち、任意同行の乱用、逮捕の問題性の拡大、勾留の長期化など、捜査当局のあせりによるさまざまな人権侵害の危険をもたらす以上のものでありうるかどうか、はなはだ心もとない。理論による長期的展望に立つ国民の利益・人権保障を重視する以上、近い将来において予想される当該被疑者、国民一般の利害得失もとりわけ慎重に考慮すべきものであろう。もし仮りに一時的混乱は将来におけるより良い状態のためには許容されるとするものがあるとするれば、大なる利害の前には小なる不利益を甘受すべしとして、個々人の犠牲において国家・社会レベルの視点に立つ利益を追求するという、かなり難解な「鋭敏な人権意識」を見るかたちになる。

被疑者の勾留の場所として代用監獄を定着させることを許容し、警察署の留置場の制度的充実を歓迎するものは、むしろ、「被害者」の味方である「善良な人びと」のなかにあるのではないか、そして、犯罪から社会・「善良な人びと」を守ることが強調される「国」の立場としてはまことに余儀なくされたことではないのか。そのような危懼がぬげたい。

われわれは、実践的意義を有する立論を把握するために、次の三段階のあることを想定する。第一は理論そのもの（理論自体の問題）、第二は当該理論が社会生活の場でもつ現実的意義（社会的事象としての理論の問題）、第三は当該理論の志向を実現するばあい的手段・方法（政策の問題）。若い裁判官による勾留場所指定の問題提起は、上記第二段階の軽視、第三段階の矮小化に陥っている疑があるばかりでなく、国家・社会レベルの視点と個人レベル視点の未分化、わが国における「近代化」を進める主体の未成熟を物語っているようにも考えられる。この点は、さらに、以下の検討のなかからも明らかであらう。

### 三 保護観察と刑事政策

一 わが国で保護観察のことが公的に使用された最初のもの、昭和二年の刑法改正予備草案である。その第七七条に、

「懲役又ハ禁錮ニ付刑ノ執行猶予ヲ言渡ス場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ其ノ猶予期間内保護観察ニ付シ……」とある。昭和六年の刑法総則草案（昭和一五年の改正刑法仮案にまともなる）になると、この、執行猶予につけられる観察だけでなく、仮釈放につけられる観察にも、保護観察のことは用いている（八八条、一一〇条）。予備草案では保護監督とされたものである（八九条）。

保護観察のことが現実使用した最初の立法は、昭和一年の思想犯保護観察法であった。ここでは、治安維持法の罪を犯した者に起訴猶予、刑の執行猶予、仮釈放、刑の執行終了があったばあいに保護観察審査会の決議によって科される観察のことを意味していた。もとより、この法律は、敗戦後ただちに廃止されるが、また、改めて、保護観察のことが確定的に採用する制度が誕生する。昭和二四年の犯罪者予防更生法である。その第三三条は、少年法二四条項一一号の保護処分をうけた者（一号観察）、少年院からの仮退院者（二号観察）および仮出獄者（三号観察）にこれを行なうべきものとした。やがて、刑法の一部改正として、昭和二八年には再度の執行猶予者に、翌二九年には初度の執行猶予者にも、執行猶予者保護観察法（和二九年）による保護観察を行なうことになる（四号観察）。さらに、昭和三三年には、売春防止法（昭和三一年）の

改正にともない、婦人補導院からの仮退院者に、犯罪者予防更生法の規定を準用した保護観察を行なうことになる（五号観察）。戦後に生まれた以上の五種類が、現在もひきつづき行なわれている。

ただし、保護観察という用語は、刑事政策論のうえでは、このような制度的観念に拘束されることなく、かなり自由な仕方でも使われている。とくに戦後の一時期には、英米で発達したプロベーション（およびパロール）の意味で用いられたし、また、最近でも、プロベーションおよびパロールに共通の要素、とくにその意味での観察（いわゆる supervision）を指称するために用いられることがある。このばあいには、わが国においてもっともプロベーションに近いかたちで機能していると思われる少年法第二五条のいわゆる「試験観察」もまた保護観察の一種であるとすることになる。また、さらには、これらのものとも形式的にはかわりなく、ごく一般的に、対象者（犯罪者または非行少年）を自由な社会生活の場においたままで指導監督、補導援護してその改善・更生をはかる処分の意味にかかわれることもある。このばあいには、治療的な社会内処遇、例えば、昭和三年の改正刑法準備草案第一一六条第二項の禁断観察もまた保護観察の一種であるとするかたちになる。

いずれにせよ、「保護観察」は、刑事政策のうえでとりわけ

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

称揚されるに価する社会内処遇の典型である。そこで、理論的には、将来における犯罪防圧活動の体系の中核にこの保護観察を据え、保安処分をこのなかに消化吸収し、その延長線上で珍腐な刑罰の観念を抹殺して、刑事政策を福祉的理念でもって一貫させようという理論的志向に色づけられた特殊な用語法になることもある。<sup>(13)</sup>

このような状況が生まれたことには、それなりの理由がある。保護観察の語は、もともと（予備草案では）、第一次世界大戦前後におけるドイツ刑法改正の諸草案にみられる *Schutzaufsicht* の訳語であるが、そしてその系列にそって思想犯保護観察法による保護観察が構成されたことがあるにもかかわらず、戦後はこの系列の観察制度を否定し、それとは異なる性格の、英米で発達した観察制度を導入するための用語として同じ言葉を使用したという事情がからんでいる。ヨーロッパ大陸で育った観察制度は社会防衛的・監視的性格が濃厚であるのに対し、英米に育ったそれはすぐれて福祉的な、対象者の更生保護を理念とするものであった。わが国にあっては、旧刑法下における警察監視とさきの思想犯保護観察法において前者を経験し、敗戦後は、後者の導入に専念する状況が見られた。そして、少なくとも、その方向に体裁がととのえられることになった。大ざっぱに言えばただこれだけのことであるが、保護観察という用語の

多義性は、刑事政策の指導理念は社会秩序の維持実現にあるかそれとも個々人の福祉にあるかという根本的な問題を背後にひかえ、わが国における観察制度の歴史にまつわる複雑なものの所在を暗示しているように思われる。

われわれは、第二節で、代用監獄の歴史的経緯と現状をみながら「鋭敏な人権意識」の働き方について疑問を提起した。ここでは、その点を先と若干異なる角度からさらに解説するかたわになる。

- (一) 小川太郎、自由刑の展開(昭和三九年)一四五頁、一四七頁、一七六頁参照。

- (二) 菊田幸一、保護観察の理論(昭和四四年)「序」参照。

二 現在の保護観察を念頭においてわが国の観察制度の歴史をたずねれば、とくに、江戸時代の刑政について親類預、村預、当座赦などに注意すべきものようであるが、ここでの目的は、観察制度としての形式をととのえた法制度をめぐる刑事政策的状況をなごめることにあるから、その点は、今はとわない。名実をなごる観察制度は、明治一三年の刑法第一〇条第四号に規定された「監視」である。これは、剝奪分権、停止公権、禁治産(明治三一年削除)、罰金、没収とともに附加刑の一種に規定されており、「主刑ノ終リタル後仍ホ将来ヲ検束ス

ル為メ警察官吏ヲシテ犯人ノ行状ヲ監視セシムル」(附則二二条)のものであるところから、警察監視の呼名がある。

この監視には法定的監視と宣告的監視の別がある。前者すなわち法定的監視は、重罪の刑に処せられたばあいに刑期の終了後その短期の三分の一の期間(法三七条)、および、死刑または無期刑の期満免除を得たばあいに五年間(法三九条)、かならず附加されるというものであった。そこで、例えば、傷害致死の罪をおかして重懲役(九年以上一年以下。法二九条、二九条参照)に処せられたときは刑期終了後の三年間、また、上記の刑の執行をのがれて一五年(五九条四号参照)を経過したときは五年間、警察監視をうけなければならなかったわけである。ところで、後者すなわち宣告的監視は、刑法各本条に規定のあるばあいにかぎり軽罪の刑にたいし宣告で附加するものである(法三八条)。例えば、単純窃盗の罪をおかして二月の重禁錮に処せられたものは(法三六条参照)、六月以上二年以下の範囲内で宣告された期間、警察監視をうけなければならなかったわけである(法三七六条参照)。

監視に付せられた者には四つの順守事項が命ぜられる。(1) 毎月二度所轄警察所へ出頭すること、(2) 酒宴、遊興に加わらず「群集ノ場所」へ参会しないこと、(3) 住居の変更があつたときはその旨を警察所へ届出ること、(4) 許可のないか

ぎり旅行をしないこと（附則二七条）。これらの事項に違背したときは「附則刑ノ執行ヲ通ルル罪」（法一五五条）として一五以上六月以下の重禁錮に処せられる（ただし、これに監視は付かない）。監視期間中は警察官吏が「時宜ニ因リ其ノ家宅ニ臨檢スルコトアル可シ」（附則二八条）とあって、監視の内容はかなりきびしいが、情状のいかんによつては、行政処分により仮りに監視を免除することもできる（附則四一条）。

この、いわば通常の監視のほかに、仮出獄（法五三条以下）をゆるされた者を対象として「特別監視」が行なわれた（附則四二条以下）。このばあいには、順守事項の内容はさらにきびしく、警察所への出頭は週一回、事情のいかんを問わず往復一日以遠の土地への旅行は禁じられているが、その他の点では通常の監視と異なるところはない。ただし、「主刑満限ノ後監視ヲ付スベキ犯人ナル時」は、仮出獄期間満了後これにひきつづいて附加刑としての監視を受けることになる（附則四六条）。

この警察監視の制度は不評であった。つとにその廃止を主張ものもあつた。例えば、古賀廉造は、「元來附加刑ハ其目的再犯ノ發生ヲ予防シ主刑ノ不備ヲ補充スルニアルヲ以テ其目的ヲ達スルニ足ラサル所ノモノハ附加刑トナス可ラサルナリ監視ノ如キハ明ラカニ法律ノ趣旨ニ反ス」ときめつける。もつとも、そのばあい、出獄者に観察措置をこうずる必要がないとするわ

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

けではなく、ただ「凡ソ出獄者ヲ監視スルニハ世人ヲシテ其ノ出獄者タルコトヲ知ラシメスシテ而シテ之ヲ監視スルノ方法ヲ採ラサル可カラス何トナレハ世人其出獄者タルコトヲ知ルニ於テハ必ス之ト相互スルコトヲ嫌惡シ益々出獄者ノ信用ヲ狭少ニシ遂ニ出獄者ヲシテ生活ノ道ニ窮迫セシメテ而シテ再タヒ犯人タルニ至ラシム可ケレハナリ然ルニ現今ノ監視制度ハ全ク此趣旨ニ反スルカ故ニ再犯防遏ノ具トナラスシテ却テ犯罪養成ノ具タラントス」という点に疑問をいだく。しかし、「政府ハ犯人ヲ懲罰スルノ地位」にあるもので犯人を「憫恤スルノ地位」にあるものではないとみているので、今日の観察制度に結びつく発想にまでは進まない。<sup>(四)</sup>

たしかに、監視制度には問題があつたらしい。監視規則違反（順守事項違反）すなわち「附加刑ノ執行ヲ通ルル罪」をおかすものは毎年一万件以上に達し、人数においては賭博に次いで第三位、件数においては窃盜に次ぐ第二位を全犯罪中に占めていたといふ。<sup>(五)</sup>

刑法改正草案の初期のものとして「明治二三年改正草案」によれば、監視は、やはり、剝没公権、停止公権、禁治産、沒收とならぶ附加刑の一種であるが（二三条）、その監視は宣告的監視だけで（三五条一項）、しかも、その附加は裁判官の裁量にゆだねられるばあいが多し。監視の期限は別段の規定の存し

ない限り六月以上二年以下である（三五条二項）。監視の効果として、（1）特定場所の居住禁止、（2）警察官による適宜の自宅搜索、（3）外国人たる受刑者の国外追放を規定するが、（1）および（3）は裁量的である（三四条）。特別監視も規定する（四五条）。

明治三十二年法典実習会より刊行された「新旧対照刑法草案理由書」（亀山貞義検閲、溝淵正氣・藤田次郎共著）にみられる草案によれば、監視は重罪の刑の一種である（九条）。監視は原則として宣告的監視で、その期間は一年以上五年以下（一八条）。ただし、死刑または無期刑を科せられた者が特赦または時効によりその執行を免除され、または減刑により有期の懲役・禁錮に減軽されたばあいにつき、一般的に、五年の監視が付けられるものとする（一九条）。監視の効果は（1）立入禁止、（2）家宅の搜索および物件の差押である（一七条）。特別監視は第一九条第二項に規定されている。

「明治三四年改正案」<sup>七)</sup>では、監視は、公権剝奪、没収とともに附加刑の一種である（二〇条）。監視の効果については前記草案と同じ（二三条）。期間は六月以上二年以下（二三条）。この法案をめぐる貴族院特別委員会の審議では、村田保、名村泰三たちの監視規定削除論が優位を占め、犯罪予防、捜査活動の便宜などを根拠とする政府委員の提出理由を圧倒し、富井政

章、清浦奎吾らの原案支持にもかかわらず、当該規定の削除が決議された。ところが、「明治三五年刑法改正案」では、監視につき前案と全く同じものが刑法改正委員会に提出されているが、再犯予防の点を強調することによって原案が支持される。しかし、後に、刑法改正委員中調査委員会が構成され、その審議の結果は、「調査委員会ハ監視ヲ全廢スルノ意見ナリ然レトモ之レカ修正ヲ行ハンニハ各章ノ規定ニ入リテ其ノ影響關係ノ審査セラルヘカラス」ということになり、明治四〇年の「刑法改正案」<sup>八)</sup>になると刑法典上より警察監視はその姿を消してしまふ。

このようにして現行刑法のうえから警察による観察制度はなくなるが、特別監視に相当するものだけは、明治四一年の監獄法中に残される（六七条）。形式は仮出獄の条件である。正業に従事し善行を保つこと（二項一号）、住居を移転しまたは一〇日以上の旅行をするときは監督者の許可をえること（一項三号）とならんで、「警察官署ノ監督ヲ受クルコト但警察官署ハ監獄ノ意見ヲ聴キ他ニ其監督ヲ委任スルコトヲ得」（一項二号）とある。監督の委任は適当な親族、神官、僧侶などであり、これらの実質を規制する仮出獄取締規則によれば毎月一回の警察官署への出頭（一二条）が義務づけられているとはいへ、従前の積極的な警察監視とは大分その趣を異にして、対象者の

社会復帰を阻害しない配慮を生かす努力のあとがうかがわれる<sup>(九)</sup>。この消極的な警察監視は、戦後、犯罪者予防更生法が出来るまで行なわれていた。

(三) 小川、自由刑の展開(上掲)一四九頁以下参照。

(四) 古賀廉造、刑法新論(明治三十一年)八五一頁、八七一頁、八七三頁参照。

(五) 倉田・平沼・花井、刑法沿革総覧(大正一四年)二三四頁以下参照。

(六)(七)(八) これらの草案は刑法沿革総覧による。審議経過も同書による。

(九) 小河滋次郎、監獄法講義(昭和四二年版にする)四五四頁以下参照。

三 旧刑法はフランス刑法を模範として作成された「近代的」刑法であった。警察監視もまたフランスからの移入であるが、その形式にうかがわれる公権力の犯罪・犯罪者にたいする姿勢はかなりきびしいものがある。この警察監視は、フランス革命の反動期に政治的敵対者にたいする措置として生まれ、それが犯罪・犯罪者から市民を守る建前のもとで一般化されたものであるという理解からすれば、ごく自然な姿であろう。ただ、注意したいのは、「善良な人びと」を犯罪・犯罪者から守

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

る、社会秩序の維持実現を意図することによって、犯罪者自身の社会復帰を阻害すること、その者の破滅を結果しかねない事態をあえて軽視しているという事実である。監視は「再犯の防止」にならないということ、かえって人びとを犯罪の危険にさらす、社会秩序の維持実現の目的に反するという方向から警察監視廃止の立論がなされているところに、刑事政策論的には興味がある。これを裏がえしにすれば、「善良な人びと」の保護、社会秩序の維持実現に効果があるものならば、犯罪者個人の破滅も甘受するということになりかねないからである。明治四〇年の刑法が、そして同四一年の監獄則がそのような性質のものでなかったといえるかどうか。

その関係で興味があるのが、ドイツ刑法改正草案の動向である。一八七〇年のドイツ刑法三八条は宣告的監視の形式で警察監視(Polizeiaufsicht)を規定しているが、本格的な刑法改正作業に着手して以後に作成され一九〇九年草案(Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch)は、この警察監視を削除している。当時、ドイツにおいても、この観察制度はもっとも非難の多い問題点の一つであった。これを廃止する理由としては、基本的には、犯罪予防の目的を達するにさして役立たず、その反面、対象者の社会復帰を困難ならしめているというにある。ドイツ刑法上、警察監視の効果は、(一)警察官によ

る一般的な監視、(2) 滞在禁止、(3) 無条件の家宅捜索であるが、(1) の点は、純然たる警察的統制の問題であるから警察機能が州の法規にゆだねられているそのように刑法典に規定する必要は認めがたい。(3) の家宅捜索は刑事訴訟法上のことである。ただ、問題は、(2) の滞在禁止である。これは、しばしば対象者の住所不定、無収入の原因となるので困難な問題ではあるが、重大な犯罪を犯した者を当該犯罪地にとどめておくのは好ましいことではないから、第五三条で、裁判官の裁量による五年以下の滞在禁止のみを刑法典中にとどめることにする。このばあい、法文上は、福祉警察的な事後処理、対象者の援護、警察と保護団体との協力などに触れるところはないが、これは別に行政措置や民間の保護事業にゆだねる。そのような考慮に立つところの警察監視の廃止であった。<sup>(11)</sup>立案当局が率先する廃止案である。

ところが、一九一一年の学者たちによる対案 (Gegentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches) になると警察監視とは性格を異にする保護観察 (Schutzaufsicht) の積極的な提案になる。その第六〇条によれば、重懲役囚および本人の利益のために保護が必要と思われる軽懲役囚は、監獄に問い直したうえで、刑期終了後、五年以下の期間、後見裁判所の保護観察のもとにおかれる。後見裁判所の指導のもとで保

護観察を行なうのは、保護団体の代表者または保護活動の備えのある者である(一項)。この援護者は対象者を監督し、悪しき交際および必要があればアルコール飲料の飲用を禁じ、その者に助言を与え、とりわけ、その者に社会的地位を与えるように援助しなければならぬ。対象者に支払われるべき労働の報酬は援護者が保管し、後見裁判所の監督のもとで対象者の利益にこれを処分する(二項)。詳細は別に定める(三項)、というものであった。この保護観察は、限定責任能力者(一四条二項、一八条)、アルコール中毒者(六九条二項)、刑の執行猶予をうけた者(九四条二項)にも適用される。先の草案がこのような処分は援護的措施であるから刑法の関知するところでないという態度をとったのに対し、ここでは刑法中に独立の処分として、「保安」と純然たる「援護 (Frisorge)」との中間な処分として規定されるべきものと解されている。<sup>(11)</sup>つまり、刑法の福祉法的性格の確認である。

当時としてはかなり進歩的な対案の主張をうけ、一九一三年委員会草案は、保護観察を刑法中に幅ひろく導入するが、これを独立の処分として規定することには反対する。少年(九六条)、仮出獄者(八〇条一項)、アルコール中毒者(九九条一項)、責任無能力者、限定責任能力者および泥酔による意識障害者(一〇〇条三項)、労働所からの仮釈放者(一〇四条後段)

に保護観察を行ないうるとするにとどめる。刑法の福祉法的性格はこの程度のもので考えたためであろう。一九一九年草案では、新たに、危険な常習犯人が保安監置からの釈放後にこれを付しうるとした(一〇二条一項後段)ほか、前者とはほとんど変わりはない。<sup>(二二)</sup>

これにつづく公的な刑法草案は、ドイツとオーストリアの共同作品とされる一九二五年草案であるが、ここにふたたび、保護観察は独立の制度として刑法典中に規定される。その第五一条には「保護観察は、対象者を新たな可罰的行為を行なうことから守り、その者を合法的な生活に親しませ、かつ、経済的生計を容易ならしめるものとする」とあり、基本的には、前草案とほぼ同様の対象者に付せられるが、收容処分<sup>(二三)</sup>に代るべき観察として多用することを考えている(四三条、四四条二項、三八三條二項)。この草案は本質的に保安刑法(Sicherungsstrafrecht)を目指すものであったから、一九一一年の対案と同様の趣旨で独立の処分としての観察制度を理解していたかどうかについては、疑問がある。

ところで、問題は、わが国のばあいである。第一次世界大戦後の国内・国外の諸事情の変化に応えるべく、大正一〇年一月二八日、臨時法制審議会にたいし、刑法改正の綱領を諮問する。「我国固有ノ道徳及美風良習ニ稽スル」<sup>(二四)</sup>「人身及名誉ノ保護

ヲ完全ニスル為」、また、「犯罪防戢ノ効果ヲ確実ナラシムル為刑事制裁ノ種類及執行方法ヲ改ムルノ必要アル」ものと考えたからである。臨時法制審議会は、大正一五年一〇月一五日、「刑法改正ノ綱領」四〇項目を決議し、同年一月三日、政府に答申する。そのなかには刑事政策的考慮が多面的にみられるが、保護観察については直接明記するところがない。ただ、第二二項に、「犯罪ノ予防方法トシテ罪ヲ犯サルヘキ誓約ヲ為シ保証ヲ提供セシムヘキ規定ヲ設クルコト」として善行保証に触れている点<sup>(二五)</sup>が、そのことの適否はともかく、注意をひく程度にとどまる。しかし、いずれにせよ、時期的に見て、また、当時の刑法理論におけるドイツの影響力からみて、上記諸草案がわが国の立法事業のうえで参考にされたであらうことは推測にかたくな。

(一〇) W. Klussman, Die Polizeiaufsicht im heutigen und zukünftigen Recht, 1920, S. 14f.

(一一) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, Allg. Teil, S. 179ff.

(一二) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, Begründung, S. 25f.

(一三) Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1920, Teil I (Entwurf 1913), Teil II u III (Entwurf)

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

八二

1919).

(1E) Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch,

1925. なお、私案としてのラートブルッフ草案(一九二

二年)については、法学研究二八巻八号(昭和三〇年)

(特集)参照。

(二五) その経緯につき、斎藤金作、刑法改正仮案の由来と  
意識、ジュリスト二二二号(昭和三二年)四三頁以下。

四 昭和二年六月、刑法改正原案起草委員会から提出された  
刑法改正予備草案に「保護観察」の語があらわれたことは、先  
に触れたとおりである。保護観察が行なわれるのは、刑の執行  
猶予をしたばあい(七七条)と、居住制限を科したばあい(三  
九条一項)の二つである。適当な条件を付して保護観察を命ず  
るのは裁判所であるが、保護観察を行なうのは、対象者の保護  
者、保護司、寺院、教会、保護団体その他適当な者である(一  
一五条)。対象者の引渡または委託をうけたものは、対象者が  
さらに罪をおかす危険を防止し、かつ、必要があるばあいには  
その生計を容易ならしめるために適当な処置をとらなければな  
らない(一一六条)。これらのことは、居住制限のばあいにつ  
いても同じであるが、さらに、仮釈放に附加される保護監督  
(八九条)にもこれが準用される(一一八条)。用語法の区別

に相応するだけの差異は別に命令をもって定めるところに現わ  
すことを予定したものであろうか(一一七条参照)。ただ、刑  
の執行猶予のばあいの保護観察は善行保証をもって代えうるも  
のと理解されている点に注意を要する(七七条参照)。

昭和六年の刑法総則草案が保護監督の言葉を捨て保護観察に  
統一したことは先に述べたが、予備草案との相違で記憶したい  
のは、次の二点である。第一は、保護観察は保護司の観察とし  
ての形式をととのえ(一四四条)、順守事項の種類を明記し(一  
四五条)、独立の処分として体裁ができたことである(一  
四六条参照)。第二は、刑の執行猶予の規定を準用することに  
よって、仮出獄のばあいにも保護観察に代えて善行保証をなし  
うるとした(一一〇条)ことである。当該処分が福祉的措置で  
あることを前提として考えれば、当時、福祉的な社会内処遇を  
可能ならしめるケース・ワークの理論と技術はまだこの場面に  
導入しうる程度のものになつていなかったと思われるから、む  
しろ、ドイツの一九一一年草案、わが国の予備草案程度の保護  
観察にとどまるのがむしろ自然である。とくに、善行保障は、  
その性質上、消極的な機能しかいとみなえないものであるか  
ら、これを福祉的な指導監督・補導援護に代え得ないこと、多  
言を要しない。つまり、要点は、わが国のばあい、犯罪をおか  
させないようにすることにあり、牧野博士の強調した国家的エ

ネルギーの節約による「合理的な」社会防衛という線上で観察制度が理解された疑がある。それが対象者の利益でもあるのなら、それにこしたことはない、という発想である。刑法の全面改正に先だって、昭和十一年、思想犯保護観察法が制定され、実施された筋途は、<sup>(六)</sup>時代的要請によるものとはいえ、決して難解なものではない。

しかも、わが国のはあいは、ドイツの諸草案と異なり、治療の意味あいの保護観察は一切考慮されていなかった。この点は、上記の認識を補強するに足りる。

思想犯保護観察法によれば、その観察は、治安維持法違反者を「保護シテ更ニ罪ヲ犯スノ危険ヲ防止スル為其ノ思想及行動ヲ観察スルモノ」(二条)であって、保護観察所の保護司の手によるほか、保護者、保護団体、寺院などへの委託も可能であったが(三条)、その反面、急を要するときは保護観察審査会の決議が行なわれる以前でも仮りの保護観察を行なうことができた(六条)。観察期間は二年ごとの更新でその回数に制限はない(五条)。順守事項は居住・交友または通信にたいする制限、その他適当な条件(四条)。そして、昭和十六年、治安維持法の大幅な改正にもなつて予防拘禁制度が生まれると、さきの保護観察はこの保安処分と連携する。治安維持法の罪をおかして刑の執行猶予をうけ、または刑の執行を終了して、保護

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

観察をうけている者が、それだけでは上記の「罪ヲ犯スノ危険ヲ防止スルコト困難ニシテ更ニ之ヲ犯スノ虞アルコト顯著ナルトキ」は、検事が、予防拘禁委員会の意見をただしたうえで裁判所に予防拘禁を請求し、裁判所がこれを命ずる(治維法三九条、四〇条)。

旧刑法下の警察監視のばあいには、まだしも、社会秩序を維持し人びとの利益をまもるために犯罪者をマークしつづけるという趣旨を読みとることができた。しかし、それがかえつて犯罪を誘致し、本人の社会保障を阻害するということで、公権力は、仮出獄のばあいの例外を残してここから手をひき、民間の保護活動に席をゆずつた。少年にたいする関係では、刑事手続のフルイをとおして「愛の法律」(大正十一年の少年法。ただし全国的に行なわれるようになったのは昭和十七年)がはたらくことになつていたが、總体的にみて、権力的な観察制度における弊害の自覚は、将来ありうべき当該犯罪者の犯罪から人びとを守るという活動領域で消極的・間接的になるような効果をもたらしていたはずであった。思想犯保護観察法における観察は、警察監視の原型への復帰、旧刑法下の監視以上に「監視的」であるとして差支えないであらう。

それならば、わが国には福祉的な観察制度への動向が明治四〇年以降存在しなかつたかというところ、そうではない。大正一一

年の少年法には、「少年保護司ノ観察」が多面的に任用されており、「愛の法律」の言葉どおり、福祉的な活動として育っていた。これは少年だけのことであり、そこにはまた別の問題もからんでくるので今は別論として、昭和一四年の司法保護事業法（昭和二五年、更生緊急保護法の実施にともない廃止）を生み出すだけの活動があつたことは銘記するに価する。<sup>(一七)</sup>その第一〇条に、司法保護委員（民間の篤志家）の制度が規定されている。これは、現在の保護司制度の前身をなすもので、同法によれば、司法保護委員は、司法保護事業をいとなむ民間の保護団体とならんで、犯罪者にたいし起訴猶予、刑の執行猶予、仮出獄、刑の執行終了などがあつたばあい、保護的活動として指導や援護を行なうものであつたから、内容的には、今日の保護観察にかなり近いものとして機能していたはずである。

この保護活動と思想犯保護観察法による観察とのあいだにみられる決定的な相違は、本質的に社会的善意、非権力的基盤に立つ活動か、それとも、権力的な「法的メカニズム」のなかにくみこまれた活動かの点にある。今日の保護観察のことを論ずるとき、人たちは、思想犯保護観察法のこととはさておいても、司法保護事業法には注意をうながす。現在の観察制度は非権力的な社会的基盤に育つたもの、福祉的な司法保護すなわち更生保護活動の延長線上にあるという理解をつらぬこうとするわけ

<sup>(一八)</sup>  
である。

(一六) 菊田幸一、思想犯保護観察法の歴史的分析 (一)、法律論叢四四卷五・六号（昭和四六年）九五頁以下参照。

照。

(一七) 森山武市郎、司法保護事業に関する若干の考察、刑

政論集（昭和一五年）四六三頁以下参照。

(一八) 小川太郎、自由刑の展開（上掲）一二九頁以下参照。

五 一八四〇年代に、アメリカでは社会事業家が、イギリスでは裁判官が、ほぼ時を同じくしてプロベーションをはじめた。イギリスでも、その後の発展は社会事業家の手によるところが大きいようであるから、これを素直にみれば、既存の法制下における犯罪者、とりわけ少年や初犯者にたいする刑事処分のあり方への素朴な疑問、これをめぐる社会的不信が当該制度をみちびき出す基盤にあるのではないか、という予想が立つ。アメリカのプロベーション制度が少年裁判所運動に相乗して急速に発展したこと、その制度的拡張に水をさすようなキリツ事件（一九一六年）が司法権の行政権にたいする侵害であるとして争われたこと、そして、イギリスの当該制度の進展が警察監視めいたものへの危懼のために一時鈍行したこと、などは、<sup>(一九)</sup>

その目で見れば含みがちである。

もとより、刑事政策的活動はすべて既存の犯罪防圧活動のあり方にたいする批判に立つべき性格のものであるから、当該制度・機関への不信などということを殊更に指摘する必要はなさそうであるが、しかし、それが、とりわけ社会的不信であったとすれば、問題はしかく単純ではなくなる。社会事業家の心にあるものは、刑罰をうける（うけた）者にたいする人間的な痛み、社会秩序の維持実現・犯罪防圧という国家・社会レベルのことよりも、むしろ、フォーマルな犯罪防圧活動の悪効果が個々人に及ぶことへの憤り、対象者の福祉への悲願のようなものであろう。

非権力的な更生保護の活動は、いわば、社会秩序の維持実現をはかり国家レベルの視点で遂行された犯罪防圧活動が人びとに押しつけるしりぬぐい（善後措置）の仕事である。当該領域に刑事政策主体（国）の積極的な配慮が不足すれば、民間人による更生保護活動が情熱的に発展せざるをえない。その意味で、わが国における戦後の保護司制度に依存する保護観察を可能ならしめたもの、戦前の司法保護事業法をひき出す原動力をたくわえた社会的基盤は、かなり微妙な問題を含んでいたのではないかと思われる。そこには、犯罪防圧を目的とする合理的・技術的なメカニズムにはおさまりきらない情緒的要素があっ

「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」と刑事政策

て、公権力が当該場面に社会内処遇としての有効性を認識し、その種の積極的な機能をあからさまに要求することになれば、急速な変質を余儀なくされる複雑なものが中核にあったのではないかと思われる。

刑事政策における国の関心事は、まずもって、犯罪防圧のことにならざるをえない。その点の効果を乏しいもの、社会秩序の維持実現にむかって直接的に機能しえないものについて執着すべきいわれはない。ところが、ここに、観察制度を合理的・技術的に構成する有力な手がかりが与えられていた。ケース・ワークの理論と技術である。社会福祉活動の領域では、とくに英米では、一九二〇年代までのあいだにケース・ワークの一応の体系が出来あがっていた。犯罪が社会への不適応現象であるとするれば、対象者を社会に適應せしめる方法は、対象者の社会復帰を助勢するものであると同時に、犯罪（再犯）予防の手段でもありうる。アメリカでは、ケース・ワークの理論と技術がいちはやくプロベーションの分野に導入され、パロールにもやがて及ぶ。それは、観察制度が合理的かつ人道的な一つの処遇方法でありうることを例証とされようようなものであった。戦後における保護観察制度の構成作業は、まさにこのようなプロベーション、パロールを移入することであった。しかし、それが敗戦後の混乱した昭和二〇年代に可能なものであ

ったかどうか、はなはだ疑問である。肝心のケース・ワーカーの不足である。ケース・ワーカーなしにケース・ワークが行なえようはずがない。

敗戦後における犯罪の激増、施設の不足、極端の過剰拘禁。

この時期を切りぬけるためには社会内処遇としての保護観察が必要であった。理論的に社会内処遇の名目は立つ。篤志家の利用は、その民間性（官僚的でない、人格者が多い）と地域性（対象者の社会に通じ、その地域に生活が密着している）の点で、高く評価しうるものとされるからである。篤志家は無給であるから、経済的でもある。わが国の保護観察制度は事実上の必要にせまられて昭和二〇年代に一応の体裁ができた。犯罪防圧の効果を直接のねらいとして構築・規制された制度ではなく、それ故に、福祉的・公衆参加的外観を呈しえたということとは皮肉である。犯罪防圧活動にたいする善後措置を担当した民間の篤志家、「国」の活動にたいする問題意識のなかで成育したはずの活動家たちが、観念的には理想的な形式で犯罪防圧活動の最前戦におどり出た、実際には国家的状況にたいするかつて経験しなかったほどに根底的な「善後措置」を押しつけられた、というわけである。

わが国における最近の状況は、保護観察にたいする反省期に入っている。社会が落着きをとるもどし、犯罪防圧活動の各分

野に整備がすすんでくれば、「保護司の観察」にたいする制度的反省が理論的疑問ないし批判のかたちで顕在化するのであることは、つとに予想されていたところである。<sup>(三二)</sup>民間の篤志家を利用する態度自体にむけられる反省ではない。理性的な処遇方法、犯罪防圧効果を期待すべき制度という点での問題意識が強まるべくして強まってきたという意味である。

(一九) 以上の諸点については、ティマシェフ（高橋訳）ブ

ロベーション百年史（昭和四五年）第一編に詳しい。

(二〇) 小川、自由刑の展開（上掲）一七五頁、二三七頁以下。

(二一) 平野竜一、矯正保護法（昭和三八年）五二頁、同、

犯罪者処遇法の諸問題（昭和三八年）四四頁以下参照。

東徹、保護観察付執行猶予の実証的研究、司法研究報告

書一八輯一号（昭和四一年）二九頁以下参照。

#### 四 刑事政策近代化論

刑事政策の視点にあつては、一方に「未来はどうなるか」（予測）をふまえ、他方に「未来をどうするか」（目標設定）を明確にして、その目的を達成するための手段・方法をこうじるといふ具体的な作業過程が関心事となる。代用監獄および保護観察の歴史的経緯のなかからはほほ明らかなのは、目的を達成

するための具体的な計画策定の必要性である。事実的な制約が強ければ強いほど、現実には即した仕方では地道な施策をたずねる必要があるのではないかと思われる。したがって、ある事柄について歴史的検討をこころみるばあいにも、個々の場面が過渡的の一段階にすぎないことを念頭にとどめながら、一国の実践である刑事（立法）政策がその立体的政策像をどのように発展的に構築しつづけているかを、とりわけ展望的な問題意識をもって描出する努力が要求されることになる。

また、刑事政策の内容をなす犯罪防圧活動は国家・社会レベルからの操作、社会秩序の維持実現を目的とする操作が基調をなすものであるから、近代化の問題をもつばら個人レベルで見ても好ましい諸条件、例えば人権保障や個人々の福祉という側

面のみから強調することには限界がある。その間の事情をかなり露骨に物語っているのが、代用監獄および保護観察の歴史的経緯であるように思われる。いま、たまたま、捜査段階では例外とされ極力回避すべきものとされる未決拘禁の場面と、処遇段階では理想とされより強力で推進すべきものとされる社会内処遇の場面から問題を選んだが、個人々レベルで見ても好ましくない様相の指摘、それ故に現状批判は、少なくとも犯罪防圧活動の領域にかんするかぎり、ごくたやすい形式論理の作業になるであろうことが一般的に予想される。ここで重要なのは、個人々レベルからする「鋭い批判」があまりに容易でありすぎるという当惑から触発される問題意識の展開でなければならなかったと思われる。

〔以上は、昭和四二年度文部省科学研究（機関研究）費による研究成果の一部である。〕