

禁錮は廃止すべきか

所 一 彦

序

第一章 総説

第一節 禁錮に関する予備的事項

第二節 禁錮廃止論の根拠

第二章 自由刑の単一化と刑罰の個別化

第一節 総 説

第二節 裁判上の個別化方法としての刑の種別

第三章 名誉拘禁と政治犯

第一節 近代的名誉拘禁の政治的性格

第二節 わが禁錮と政治犯

第三節 現代の名誉拘禁

結 語

序

禁錮は廃止すべきか (所 一彦)

禁錮を廃止せよという声は、かなり早くから挙げられていた。その先駆と見るべきものは、旧刑法下における、小河滋次郎博士の「刑名簡約」⁽¹⁾である。周知のように、旧刑法は、フランス刑法に倣つて、自由刑を重罪・軽罪・

違警罪で別異し、更に重罪のそれを国事犯と非国事犯で分ち、その各々を二段階に分割する一方、軽罪の自由刑を更に定役の有無で分つという煩瑣を犯していた。小河博士の刑名簡約は、直接にはかかる煩瑣主義に対する反対だったとも見られなくはないのであるが、明治二八年に至り、刑法改正案が旧刑法の煩雑な種別を廃し、ほぼ現行法に近い刑罰体系を整えたとき、博士は、「百尺竿頭尚ほ一步を進めて懲役禁錮の區別を廃して之を単一の自由刑即ち禁錮刑の一種に簡約するに至らしめんことを希望」⁽²⁾されたのであつた（博士の所謂「禁錮刑」は、定役に服する自由刑を念頭に置いたもので、實質は禁錮廃止論である）。小河博士の行刑界における巨大な地歩を考ふるなら、禁錮は、云わば、生れる前から片親に嫌われていたと言つて過言ではない。現刑法成立後も、博士は精力的に禁錮廃止を唱えつづけられた⁽³⁾。

小河博士の後行刑界に大きな影響を及ぼされた正木亮博士も、また強力に禁錮廃止を唱えられた⁽⁴⁾。これと前後して、木村博士が「確信犯人の問題」⁽⁵⁾を書かれ、確信犯人には特別の処遇が必要であるけれども、そういうものとしては禁錮は役立たないのみならず反つて障碍となると論ぜられ、また、津久井作司氏が、正木博士の主張を補強すべく、実証的な研究を提出された⁽⁸⁾。正木博士は、刑法改正仮案の調査委員会でも、禁錮廃止を主張された⁽⁹⁾。起草委員会では牧野博士がこの主張を代弁された⁽¹⁰⁾。しかし、刑法改正の綱領が禁錮を存置することを前提としたものであつたため、この主張は、比較的簡単に斥けられた⁽¹¹⁾。

禁錮廃止論が優勢になつたのは、戦後である。最近では、比較的中間的な色彩の刑法学者が多く廃止論を表明⁽¹³⁾しており、また、先頃改正草案を発表した刑法改正準備会においても、同会のどちらかと言えば旧派的な傾きにも拘らず、禁錮廃止論の方が多かつたと伝えられている⁽¹⁴⁾。準備会は、これを「刑の根本觀念に触れる問題」⁽¹⁵⁾と考へ、「後日さらに議論をして最終的に決定しようという含み」⁽¹⁶⁾でひとまず据え置いた。準備草案が未定稿とされた

理由は、主としてこの点にあると云われる。⁽¹⁷⁾

かくして禁錮廃止論は、約六〇年に亘る苦闘の末、遂に押しも押されぬ地位を築きあげたのであるが、しかも抵抗は依然として強い。準備草案を主題とした三五年秋の刑法学会は、始め報告希望者がなかつたためこの問題を省いたが、プログラム進行中緊急動議によつてこれを討論に附した。そして、滝川・木村両博士、市川・平野両教授が廃止論、小野博士、齊藤・団藤・宮内の三教授が存置論を述べられた。こうした問題の重要性にも拘らず、最近あまり立入つた研究が見られない。就中存置論者がその理由を明らかにしないため、議論が空転している気味がある。本稿は、このような状況の中で、ともかくも一つの資料を提供しようとするものである。

- (1) 監獄学・明治二七年、九一頁以下。
- (2) 獄事談・明治三四年、五五五頁。
- (3) 監獄法講義・明治四五年、一一頁。
- (4) 禁錮形と勤労教育、刑政四三卷一二号。
- (5) 刑事政策の諸問題・昭和三四年・五版、一六五頁以下所収。
- (6) 二五五頁。
- (7) 二五七頁。
- (8) 行刑上より見たる禁錮刑の価値、刑政四四卷三号。
- (9) 刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録・法務資料別冊二三号、九六、九七頁。
- (10) 刑法改正起草委員会議事日誌、第六八回。
- (11) 綱領第一三参照。
- (12) 速記録一〇二頁。
- (13) 江家・刑法(総論)・昭和二七年、二二一頁。植松・刑法概論I・昭和三二年、三三二頁。安平・改正刑法総論・昭和三二年、二四九頁。
- (14) 改正刑法準備草案、はしがき。
- (15) 同右
- (16) 法律のひろば・一三卷五号、五頁・八木検事の発言。

第一章 総 説

第一節 禁錮に関する予備的事項

禁錮は、現行法上、懲役・拘留と並ぶ自由刑の一種である。懲役と等しく「監獄ニ拘置」(刑法二二条三項)されるが監獄法上は、懲役囚が懲役監に拘禁されるに對し、禁錮囚は禁錮監に拘禁され(監獄法二条一・二項)兩者は、「分界」(同三條)される。また、懲役は「定役ニ服ス」(刑法二二条二項)が、禁錮は定役に服さない。ただし、「禁錮囚作業ニ就カンコトヲ請フトキハ其撰択スルモノニ就キ之ヲ許スコトヲ得」(監獄法二六條)。

禁錮は、定役のない自由刑である点で拘留に似るが、懲役・禁錮が、「原則一月以上一五年以下」または無期(刑法二二条一項)であるのに對し、拘留は、「一日以上三十日未満」(同二六條)であり、「實質的に見れば、行政犯に對する自由刑であつて、この点、懲役・禁錮と異なる」⁽¹⁾とも云われ、そこまで、断言されない場合でも、暗黙に異質のものとの觀念されることが多く、事實公務員の欠格事由の一つが「禁錮以上の刑」(國家公務員法三八條二號)であるなど、附隨的な効果において、懲役・禁錮とは大きな差がある。従つて、禁錮の廢止が論ぜられる場合にも、懲役との對比だけが念頭に置かれることが間々あるのであるが、全く理由がないわけではない。本稿も、主としては、ひとまず懲役との對比において禁錮の問題を考える。

再犯加重は「懲役ニ処セラレタル者……更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ処スヘキトキ」に為され(刑法五條六項)、禁錮には關係がない。輕重の比較で云うと、勿論懲役の方が重いわけであるが、「無期禁錮ト有期懲役トハ禁錮ヲ以テ重

シトシ有期禁錮ノ長期有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超ユルトキハ禁錮ヲ以テ重シトス」(一〇)る。一方、監獄法施行規則は、接見・信書発送の度数制限を、懲役囚よりも禁錮囚に甘くし、禁錮囚については一五日に一回一通、懲役囚については一月に一回一通、(二三三)としてゐる。しかし、懲役囚は、行刑累進処遇令の適用を受ける(二二)ので、「第三級ノ受刑者ハ毎月二回二通第二級ノ受刑者ハ毎週一回一通……第一級ノ受刑者ハ隨時」接見し、信書を発送することができる(六三)。一級二級の懲役囚は、逆に禁錮よりも有利になるわけである。また、施行規則では、禁錮囚には、「処遇上特ニ必要アル」場合、「別ニ定ムル衣類ヲ着セシムルコトヲ得」(九二)るのであるが、一級の懲役囚には、累進処遇令により、無条件で、「特ニ定ムル衣類ヲ着用セシムルコトヲ得」(六九)る。施行規則には、右のほか禁錮囚の特典と見るべきものが見当たらないが、上級の懲役囚が累進処遇令によつて与えられる特典は、右以外にもかなり見られる。その中で、特に施行規則を明文で変更するものを挙げると(三四、四五、四六参照)、一級の検身及居房捜検免除、一級の交談許可(三五、三六)などである。

講学上、懲役が破廉恥犯に対する刑であるに對し、禁錮は非破廉恥犯に対する刑であると説かれ、刑法典では次の各罪に定められている。すなわち、(1)内乱(第二) (2)私戦の予備陰謀(九三) (3)中立命令違背(九四) (4)公務執行妨害・職務強要(九五) (5)騒擾(第八) (6)業務上・重過失失火(二七) (7)業務上過失往來危険(二九) (8)医師の虚偽私文書作成(〇六) (9)礼拝所不敬・説教妨害(八八) (10)公務員の職権濫用・暴行陵虐(一九三) (11)自殺関与(二〇) (12)業務上・重過失致死傷(二一) (13)名誉毀損(二三) (14)信書隠匿(三六)。このうち、(4)(5)(9)(10)(11)(13)(14)は、懲役との撰択であり、所謂並行刑 (peine parallele) となつてゐる。

特別法では、破壊活動防止法、外国人登録法、出入国管理令、公職選挙法などが主なものであるが、そのうち、前三者の禁錮は、すべて懲役との撰択で規定され、これに對し、公職選挙法には、単独(罰金を除き)に禁

錮を規定する罪が相当数ある。

こうして法定された禁錮が実際にどれだけ用いられているかを司法統計⁽³⁾によつて見ると次の如くである。三三三年では、刑法犯で懲役を云渡されたもの八四一七二名に対し、禁錮を云渡されたものは九六六名で、約八二対一。禁錮の執行猶予は七六四名、約七九パーセントで、懲役の執行猶予率約四五パーセントよりかなり高い。罪名別に見ると、過失致死傷(業務上及び重)が殆んどで、九四九名、九八・二パーセントを占める。次が、失火(業務上及び重)の一二名、一・三パーセントで、計九九・五パーセントに達する。懲役と撰択的に法定されながら禁錮を科された例は、公務執行妨害^(九五条一項)の三名だけで、これも三六八という懲役数に比しての話であるから、問題にならない程小さい。しかし、三二年までの統計では、もう少し多く禁錮が撰択されており、二七〇三二年の六年間合計では、職務強要^(九五条一項)九名(懲役三三)、職権濫用^(一九三二条)一七名(懲役三九)、名誉毀損四名(懲役二八)、自殺関与七名(懲役二四二)などである。特別法では、禁錮総数三四のうち、選挙違反が三〇(懲役四〇九)を占め、出入国管理令違反が三(懲役七二七)、外人登録法違反が一(懲役二四六)となつている。しかし、これも、前年迄に比べると、禁錮の実数・比率共に激減しており、裁判官の考えが一斉に変わるわけもないから、或は検察側の求刑方針に変更があつたのではないかと思われる。特に、職務強要・職権濫用において、三二年のみ、禁錮が断然懲役を凌いでいる(職務強要では、禁錮九に懲役二、職権濫用では、禁錮九に懲役零)事實は、こうした疑いを深める。

在監者数⁽⁴⁾で見ると、三三年末現在五七名となつている。二九年末には二三名であつたのだから、倍以上の増加であり、交通事情の悪化に伴つて尙相当数増加することが予想されるわけであるが、全禁錮囚が一箇所に收容されるというわけではなく、むしろ甚だしい分散度を示しており、三三年末現在では、一刑務所に四名というのが最も集中している例で、それが二所、一名のところは約半数、残りが二名と三名である。管区全体を合わせても

極く少数にしかならないところもあるが、東京管区の様に、二六名もの禁錮囚を擁しながら、これを一三の刑務所に分散しているところもある。

(1) 井上・刑法学総則・昭和二六年、二七五頁。尚、安平・前掲、二四八頁参照。

(2) 「並行刑の制度は、裁判官に、行為者を決定づけた動機の性質を顧慮することを許すことにより、彼の権限を拡大しようとするものである。彼は、加辱的な刑と名誉ある刑との二つのカテゴリーから撰択できる (Dommeieu de Vabre, Traité de droit criminel, 3e éd., 1947, p. 434)。

(3) 司法統計年報刑事編による。

(4) 行刑統計年報による。

第二節 禁錮廃止論の根拠

禁錮廃止の論拠は、いくつかある。

(一) 行刑の實際上、懲役・禁錮はほとんど異なるところがなくなつてしまふというのが一つの理由である。差異のなくなる理由は二つある。第一は、禁錮囚の数が少いために、特別の施設を設けることができず、せいぜい一房を禁錮囚の居室と定める位が関の山であり、従つてまた、管理も自然懲役囚のそれに類化すること⁽¹⁾。第二は、禁錮囚の殆んどが無聊に苦しんで作業を請願することである⁽²⁾。

しかし、今日正面切つてこれを理由とするものは少い。それはおそらく、第一に、刑名もまた無意義ではないと考えられるからであり、第二に、自分の意思で就労するのと、強制的に就労させられるのとの差異が理解されて来たからであろう。のみならず、果して待遇を別異することが不可能であるかは疑問である。行刑累進処遇令による限りでは、四級の懲役囚と一級の懲役囚の待遇は、かなり差がある。勿論、一級懲役囚の特典には、危険性が少くなつていたりすることや、相当数の同僚が居ることを前提としたものもあるが、「花卉又ハ書画ノ備付」(七二)の

ように、そういうこととは無関係のものも多い。この種の特典を、禁錮囚には無条件で与えるという区別の仕方
も考えられるであろう。また、禁錮囚が無聊に苦しんで作業を願ひ出ると云うのも、読書等の制限を緩和するこ
とによつて、何程か救われるのではないかと考えられる。⁽³⁾ 勿論、こうした改革には、監獄法以下の行刑法規を改
正する必要があるかも知れないが、だからと言つて禁錮を廃止せよとは云えない。

(二) 禁錮囚の方が、実際には不利益だといふもの。⁽⁴⁾ これは、第一に、累進処遇令が適用されないこと、第二
に、禁錮囚の数が少いのには彼等を懲役囚から「分界」しなければならぬところから、自然、独居を強いられ、
また、請願によつて作業に就いた場合にも、共同働作ができないため、手工的な座業しか許されず、⁽⁵⁾ その他集團
を必要とする諸活動から閉め出される結果になることによる。

しかし、こうした不利益も、監獄法以下の行刑法規を改正することによつて免れることができるから、刑法典
上禁錮という制度を廃止しなければならぬ必然的な理由とはならない。勿論、累進処遇令の不適用は、禁錮を
教育刑の埒外に置く限り、それ自体としては正しいと言わなければならないが、さればと言つて、禁錮囚の待遇
を、上級の懲役囚よりも劣つたものにしなければならない理由は、無いように思われる。また、「分界」は、禁錮
囚の特典として温存しなければならぬものであるが、それは、まさしく禁錮囚の特典なのであつて、それによ
つて彼が苦しむならば、その場合には、分界しないものとする⁽⁶⁾ことも可能である。現在すでに、これらの法規を
無視して、禁錮囚を懲役囚と一緒に扱つていふところもあると聞く。法規に触れない範囲でも、例えば分散し
ている禁錮囚を管区毎に集めれば、禁錮囚なるが故に独居に附されなければならないといふのは、むしろ例外的
となる。

いずれにせよ、行刑政策上、禁錮囚は、刑法典が予想したほど優遇されて来なかつたといふのは、事実のよう

である。それがもし、禁錮は無意味な刑だという先入見のために、敢てその処遇を真剣に考えなかつたことによるものだとすれば、禁錮囚に対する処遇を、もう一度考え直す余地があることになる。行刑政策の観点から禁錮廃止を唱えることは、それからでも遅くはないと思われる。

(三) 定役の有無を破廉恥・非破廉恥と対応させるのは、労働蔑視の思想であり、労働は神聖であるとする今日の思想に似わないというもの。禁錮廃止を是とする者の大部分は、ここに一つの根拠を求めている。^(?)しかし、にも拘らずそこには若干の無反省が認められる。西欧諸国では、この種の問題について、労働蔑視の思想がどうのこうのということは、あまり云われていない。あるいは、労働蔑視というのは、わが国に特殊な事情なのであるまいか。西欧においては、労働を神聖視する思想は、わが国と異り、かなり古くから発達して来ている。その中で、わが国の禁錮に類似した定役のない自由刑が発達して来ているのであるから、一概に禁錮を以つて労働蔑視の思想と結びつくものとするのは、些か軽率のように思われるのである。

勿論、定役の有無を以つて破廉恥・非破廉恥に結びつける以上、労働に関連して何らかの恥辱を象徴するものが存在することにはなる。しかし、労働そのものは恥辱を象徴せずに、強制労働が恥辱を象徴するというのもあり得る。拘禁は、一つの自由剝奪である。強制労働は、もう一つの自由剝奪である。第二の自由を剝奪されないことは、明らかに特典であつていいし、ひいては、名誉の象徴となり得るであろう。西欧諸国で労働蔑視という言葉の方がやかましくないのは、右の様な考え方をしているからではないかと思われる。曰く、「労働は、われわれすべての者にとつて利益であり必要であるが、撰択なき労働の義務は、依然として刑の加重である」⁽⁸⁾。

労働そのものと強制労働との区別がつかないのはこれまた日本の特殊事情だと云つては、皮肉になるであろう。憲法が「すべて国民は勤労の権利を有し義務を負う」^(二七条)と定めていることから労働の神聖を説き、そして禁錮

囚に定役がないのを託つ者がある⁽⁹⁾。しかし、その同じ憲法が「犯罪による処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」^(一八)として強制労働を禁止しているのである。労働が自由になり、強制労働が犯罪者の処罰の場合に限定されたとき、近代市民社会が確立した。労働は神聖である。しかも強制労働は恥辱である。それが今日の思想でなければならぬ。

四 禁錮は、労働による教育という行刑の根本思想に矛盾するというもの⁽¹⁰⁾。この反対は重大である。今日行刑が教育的に組織されねばならないということは、所謂新派の学者だけではなく、旧派に属すると目される学者によつても承認されている⁽¹¹⁾。従つて、行刑における教育が労働を中核とするものとすれば、受刑者は、労働を課せられ得るものでなければならぬ⁽¹²⁾。勿論、場合によつては、労働を課すことが教育上反つて不適當なこともある⁽¹³⁾。しかし、それはもはや法律や裁判で定めるべきことではなく、行刑上の個別化として行刑の過程で定められるべきことである⁽¹⁴⁾。

二つの反論があり得る。第一に、労働を強制されるか否かは、基本的人権に関する重大事項である。従つてそれは、可能な限り、裁判によつて定められなければならない。もし、裁判の段階で労働が教育的効果を持たないということが判るなら、受刑者は、労働を強制されない権利を残さるべきである。現に、今日禁錮受刑者の大部分を占めている交通事故責任者達は、労働によつて将来事故を起さなくなるなどは考えられないではないか。勿論、非破廉恥犯に対応するものとされている今日の禁錮は、何程か編成され直さなければならぬであろう。しかし、第一に考えられなければならないのは、まさしく右のような「再編成」であつて、廃止ではない、と。それは、裁判上の刑罰個別化と、行刑上の刑罰個別化との葛藤という問題である。第二章で、この問題に若干触れることにならう。

第二に、ある範疇の犯罪者は、そもそも教育の対象にならないというものである。ラートブルッフの確信犯人論は、かかる主張を最も鮮明に示すものであるが、これについては、第三章第一節が触れるであろう。

(五) 論理上、破廉恥非破廉恥という区別をする理由がないというもの。植松教授によれば、「いやしくも犯罪とされているものに対し、『恥ずべからざる犯罪』とか『名誉ある犯罪』とかを区別し、それによつて刑罰を二、三にすることは、そこに思想的矛盾を含む⁽¹⁵⁾」と。とすれば、「犯情軽重の斟酌は、刑の量定に委ぬるを以て足り、刑種の区別を設ける必要はない⁽¹⁶⁾」。これまた重大な反対である。これこそ禁錮という刑種を設けた立法者の本来的な意図に、真正面から対立する思想であると云わなくてはならない。第三章は、こうした対立にも介入する。

- (1) 小河・獄事談、五五五と六頁。
- (2) 同五五六と七頁。
- (3) 斎藤瀏・獄中の記・昭和一五年、一八一と二頁。「暇あれど読む書あらず、読む書のありて暇なき人よ代らな」という歌がある。
- (4) 正木・前掲、一七頁。
- (5) 一八頁。
- (6) 行刑累進処置令三一条、「第一級ノ受刑者ハ之ヲ特別ノ場所ニ収容スルコトヲ得」。
- (7) 小河・獄事談、五五七頁。正木・前掲、七頁。江家・前掲、二二二頁。植松・前掲、三二二頁。安平・前掲、二四九頁。前田・刑事学原論・昭和二九年、二四二頁。
- (8) Le Congrès Pénitentiaire International de Stockholm, Tom. 1., p. 169.
- (9) 綿引ほか二名・監獄法概論・昭和三〇年、四五頁。橋本・憲法と刑法、法律時報三五年七月号臨時増刊、一一頁。尙、憲法のこの規定から禁錮囚も定役の義務ある故懲役囚との間に差がなくなると考えて禁錮廃止の論拠とする者もある(木村・新刑法読本・全訂、三二五頁)が、憲法は、国民に強制労働を課したわけではないから、問題にならない(所・禁錮の合憲性・ジュリスト一九六〇年一〇月号臨時増刊、一六〇頁)。
- (10) 正木・前掲、七頁。小河・獄事談、五五八と九頁。
- (11) 団藤・刑法綱要・昭和三二年、四四四頁。

(12) 木村・刑務作業の教育的任務(刑事政策の基礎理論・昭和一七年所収)、二九四頁。

(13) 木村・諸問題、二五七頁。

(14) 津久井・前掲、五二頁。

(15) 前掲、三二一頁。正木・前掲、一〇一―一二頁も同様の考え方を述べる。

(16) 津久井・前掲、五三頁。

第二章 自由刑の単一化と刑罰の個別化

第一節 総 説

禁錮廃止論は、周知のように、自由刑の単一化(単一刑、単一自由刑)という別名を持つてゐるわけであるが、それは、単なる別名に止まらず、あたかも一種の大義名分であるかのような響きを持つて我々にせまつて来る。それは、第一に、禁錮廃止の主張を、より抽象的な言葉で言い換えることに成功したからであり、第二に、このような抽象的な平面において意味されるところの自由刑の単一化が、国際的な風潮であるからである。

しかし、第一の点に関して云えば、自由刑の単一化という以上は、拘留もまたその視野に入つて来なければならぬ。ところが、拘留も一緒に単一化してしまふか、ということになると、禁錮廃止の強力な声が、俄然萎縮してしまふのである。⁽¹⁾それは、一つには、拘留は廃止するとしても、短期自由刑の廃止という別個の問題に属すると考えられるからであろうが、もう一つには、拘留が極く短期であることから、第一に、技術的に定役を科すことが困難であり、⁽²⁾第二に、作業を願ひ出なければならぬ必要が禁錮よりも少く、⁽³⁾第三に、労働が必ずしも教育的効果を發揮し得ない、などが考えられるからであろう。この種の考慮は、禁錮廃止論の掲げる理由中の若干

のものが、必ずしも無条件に妥当するものではなく、むしろ一定の条件を必要とするものであることを示す。云わば、禁錮廃止論は、単一刑論と称することによつて、結果的には、むしろ、自己の条件的な性質を暴露することになる。のみならず、もし、拘留は別だと云う際に、それが主として行政犯就中警察犯を狙つた刑だからという理由を用いるとすれば、そこでは当然行為の性質が重視されているのであり、従つて、禁錮廃止を云う際にも、行為の性質を頭から無視することはできなくなる。

第二の点に関して云えば、国際的な風潮としての自由刑の単一化は、必ずしもわが禁錮のような制度を主たる敵として来たわけではない。主な狙いは、むしろ、定役ある自由刑の間での種別、例えば、フランスで云うと、travaux forcés (強制労働)、réclusion (重懲役)、emprisonnement (軽懲役)、ドイツで云うと、Zuchthaus (重懲役)、Gefängnis (軽懲役) の種別なのであつて、定役の無い Deportation (流刑)、Detention (禁獄) (仏)、Festungshaft (城塞禁錮) (独)の類⁽⁴⁾については、どちらかと云えば、これは名誉拘禁(custodia honesta)の問題であるとして別個に考えられる傾向がある。ここでもまた、禁錮廃止論は、自由刑の単一化と称することによつて、いささかの利得もしないどころか、逆に反省を迫られるのである。

こうした事態が生ずるのは、なにも偶然ではない。実は、わが現行刑法典は、すでに、自由刑の単一化の要求を——その古典的な形態においては——完全に満たしたものだつたのである。すなわち、一八七八年のストックホルムにおける国際刑務会議は、自由刑の単一化を決議しながら、「重大性を欠く犯罪または行為者の墮落を示さない犯罪のための下級または特殊の刑を留保⁽⁵⁾」したのであつた。一般報告者のトニソン(ベルギー)は、始め留保のない提案をしたのであるが、論議の過程で、彼の念頭にあるのは、フランスやベルギーの例で云うと、強制労働、重懲役、軽懲役の区別の如きものであることが明らかとなり、⁽⁶⁾さしたる抵抗もなく、先の留保が附加され

たのである。「重大性を欠く犯罪……のための下級……の刑」というのは、おそらくわが拘留に該るものと思われ
るが、充分な説明がない。「行為者の墮落を示さない犯罪……のための……特殊の刑」というのがほぼわが禁錮に
該る所謂名誉拘禁で多くの代表が其の特殊性を強調している。⁽⁷⁾それは、一口に言つて、「矯正の必要がないから、
懲治制度 (système pénitentiaire) の下に置く必要がない」というものであつた。⁽⁸⁾

一九五一年、国際刑法および刑務委員会が、ふたたび自由刑の単一化を決議したが、そこには、もはやこうし
た留保は無い。しかし、そのことは、必ずしも、名誉拘禁が完全に排撃されたことを意味しない。何故なら、一
八七八年と一九五一年とは、単一化ということの意味自体が大きく変つてゐるからである。

一八七八年の決議の残りを見よう。「……懲治制度の如何にかかわらず、期間と釈放後に生ずる附随的な効果
とのほかには何等の差異もないように、できるかぎり自由剝奪刑を法律上同一化することが望ましい」。一八七八
年と云えば、ロムブローゾの「犯罪人論」が出た翌々年である。刑法理論は、まだ古典派の全盛時代であつた。

しかし、行刑改革は、既にかんがりの進展を見せており、ペンシルヴァニア制かオーバーン制などの論議が華々
しく展開されていた。⁽⁹⁾行刑の内側にあつては、やり方に問題はあつたにもせよ、ともかく改善思想が支配的だつ
たのである。ところが刑法典の方は、例えばフランスの例で云うと、強制労働は、「最も苛烈な (penible) 労働に
従事し、労働の性質が許すかぎり足に鉄球を附されまたは鎖で珠数つなぎにされる」^(一五)の条) であり、重懲役は、
「労働に従事し、その産物の一部は彼の収入となる」^(二)の条) であり、軽懲役は、「施設で行われている労働を、そ
の撰択によつてする」^(四〇)の条) であつて、労働が云わばフィジカルな苦痛を意味するものとして、威嚇乃至応報の
手段に用いられていた。自由刑のこのような種別が、進展する行刑改革の行手に立ちはだかるものとして考えら
れたことは察するに難くなく、行刑改革の推進者を中核とした国際監獄会議が自由刑の単一化を決議したこと

は、充分うなずけるところであつた。

しかし、この時期には、まだ刑罰個別化の思想が進んでおらず、囚人は、分隔されはしたけれども、決して正しい意味で分類されはしなかつた。犯罪者の個性に従つて異つた処遇をするという思想が発達したのは、一九世紀末からであり、ストックホルム会議の時期には、まだ、最善の制度は、それが例えばオーバーン制であるにせよ、ペンシルヴァニア制であるにせよ、「懲治制度の如何に拘らず」⁽¹¹⁾、あらゆる囚人にとつて最善なのであつた。「立法者は、囚人の改善を促すに最も適切だと信ずる制度を、あらゆる囚人に適用せねばならない」⁽¹²⁾。あらゆる囚人は、従つて、同一の扱いを受くべきはずである。刑の種別は、まさしくこの意味で廃止されねばならないのであつた。だから、もし名誉拘禁を温存するとすれば、是非共明文で留保する必要があつたのである。

ところが一九五一年の委員会決議においては、事情が若干違ふ。同決議に曰く、「犯罪の性質と重さとのみに基いた差異を解消し、刑罰個別化の要求に即応する新しい区別をもつてこれに代えることが望ましい」。ここでは、名誉拘禁を残すとしても、必ずしも留保を附す必要がない。なぜなら、名誉拘禁は、「刑罰個別化の要求に即応する新しい区別」の中に、云わば発展的解消を遂げるやも知れないからである。後述ラートブルッフの主張にかかるところの所謂確信犯人に対する名誉拘禁の問題を深く掘り下げられた木村博士は、「一箇の社会学的な類型としての確信犯人」⁽¹³⁾を抽出され、刑罰個別化の要求に従つて、「例えば男女・少年・成年・精神病者・常習犯人等の区別に特殊な処遇が為さるべきと同じように、確信犯人に対しても適當なる処遇が為さるべきである」⁽¹⁴⁾とされた。そうすると、そこでは、問題は、むしろかかる「新しい区別」を後述ラートブルッフ草案などのように裁判上の種別として組織するか、木村博士の示唆の⁽¹⁵⁾ように行刑上の分類として組織するかということになる。委員会決議は、概して行刑上の個別化が優れていると判断した。曰く「自由剝奪刑の種別を維持する国においても、刑法典

上認められる刑種の数が減少するのみならず、行刑当局に与えられている大きな裁量権によつて、法律に規定された執行方法に関する刑種間の差異が縮小する傾向が見られることを考慮し、また、単一刑を採用している国においては、この刑の執行方法を、新しい囚人分類に従つて区別する極めて鮮明な傾向が存在することを考慮し、また、いずれの制度においても、伝統的な区別は、法律上も事実上も、刑罰を犯罪者の個性に適合させる必要に一步を譲つていふことを考慮して云々」と。しかし、それは一般論である。裁判上の個別化が必要である場合もないわけではない。それはどういふ場合であるか。こうした観点から、以下若干の論述を試みる。但し、あらかじめ断つておくが、名誉拘禁は、「刑罰個別化の要求に即応する新しい区別」の中に発展的解消を遂げ得る側面ばかりを有するわけではない。解消し得ないで残る側面については、第三章で論じなければならぬ。

- (1) 木村・刑法草案総則の批判的考察・法律時報臨時増刊、六六頁。橋本・前掲、一一頁。吉川・法律時報臨時増刊、四四五頁。拘留も統合すべきだと明言するのは、正木・法律時報臨時増刊、一四三頁。安平・前掲、二四九頁。
- (2) 橋本・前掲、一一頁。
- (3) 江家・前掲、二一一頁。
- (4) 最も著しい例は、Gillieron, Peines Différenciées ou Peine Unique, Schw. Z. f. Str., Jahrg. 69, 1954, p. 501.
- (5) Le Congrès Pénitentiaire International de Stockholm, p. 561.
- (6) p. 150.
- (7) オランダの Ploos van Amstel, p. 145~6; イタリアの Pessina, p. 149. 155.
- (8) p. 562.
- (9) 牧野・刑事学の新思潮と新刑法、六三頁参照。
- (10) 一九世紀中葉における減輕事由の拡大は、行為者の主観面を問うものではあつたが、近代派の主張する如き行為者による個別化ではなく、依然として行為主義的であつた。
- (11) サレインユの L'individualisation de la peine の初版は一八九八年。
- (12) Congrès, p. 153.

(13) 木村・諸問題、二五四頁。

(14) 二五五頁。

(15) 二五七頁。

第二節 裁判上の個別化方法としての刑の種別

刑罰の個別化とは、刑罰を犯罪者の個性に適合させることを意味し、刑法理論上は、所謂近代派の提言の主たる内容を為す。個別化は、法律上の個別化、裁判上の個別化、行刑上の個別化の三つに分れるが、このうち法律上の個別化は、「概括的に (a forfait) 前以つて (par avance)」為されるもので、個体を知ることなく為され、所詮範疇的でしかあり得ないから真の個別化たり得ず、裁判上または行刑上の個別化を指導または拘束する役割を果すに止まる。従つて、刑罰個別化は、法律によつて指導または拘束されつつ裁判または行刑の過程で行われるものと考えてよい。

ところで裁判所は、行刑当局に比し、一般に、犯人の個性を知る上においては、不利な地位に置かれている。だから、「法律上の個別化が裁判上の個別化となり、それが更に行刑上の個別化となることに依つて、刑罰の個別主義が徹底する⁽⁴⁾」。しかし一方、人権の保障という点では、一般に、裁判所が有利に立つ。従つて、刑罰個別化が人権に影響するところ大である場合には、個別化は、できるだけ、裁判上行われねばならない。今日刑罰個別化の要請から来るものとして不定期刑がかしましく提唱されながら容易に一般化しないのは、基本的には、刑期の決定が、人権に影響するところ甚だ大だからである⁽⁵⁾。宣告猶予や執行猶予、或はまた自由刑か罰金かの問題になると、もつと人権に触れるところが大きいから、容易に裁判所の手を離れようとする。これに比して、監獄の中でどういふ待遇を受けるかという問題は、行刑改良の進んだ今日、どちらかと云えば、小さな比重しか持ち得

ない。従つて、個別化の結果、獄内での待遇に何らかの差等が生じるとしても、それだけでは、そのような個別化は裁判で行われねばならないという要求は、さほど強くは出て来ない。ここでは、犯人の個性を知ることに関する行刑当局の便宜が、裁判によつて守らるべき人権の尊さを凌駕し易い。刑の種類は否定され、囚人の分類が賞揚される。刑罰の個別化が自由刑の単一化を要求するという一見パラドックシカルな現象は、このようにして理解できるのである。

しかし、刑の種類が、裁判上の個別化方法として用いられる場合もないわけではない。二つの例を挙げよう。一つは、一九三三年ドイツ刑法一部改正による二〇条aの重懲役、もう一つは、一九四八年イギリス刑事裁判法の予防拘禁である。いずれも常習累犯者に対する特別の措置として、曲りなりにも犯罪者の個性に着目したものであり、その限り、刑罰個別化の要請に即応したものと見る事ができるものである。それらは、何故行刑上の分類では間に合わなかつたのであろうか。

(一) ドイツ。重懲役 (Zuchthaus) は、本来、重罪という犯罪の種類に対応する自由刑であり、同じく軽罪という犯罪の種類に対応するところの自由刑である軽懲役 (Gefängnis) に対立する(一)。(二) 期間は、重懲役が一年から無期まで(一四・二項)、軽懲役は一日から五年まで(二六条)であるから、一年から五年までは並行する。ただ、随伴する資格喪失の点で異なる(三三・三三)ほか、執行上、軽懲役が「その能力と身分に応わしい方法で」作業をさせられる(二六条)のに対し、重懲役は施設の便宜に従う(二五項)。(三) また、前者は、同意なくしては構外作業に服させられない(三六条)の、後者には、その制限が無い。これらの差別は、一八七一年刑法典制定以来全然改正を蒙つていないが、行刑の実際においては、第一次大戦後甚だしく接近し、ナチスに至つて再び離れたといふ(四)。

重罪軽罪の別は、一八一三年バイエルン刑法典、一八五一年プロシア刑法典を経由して、一八一〇年フランス

刑法典に由来するもので、思想的には一八世紀の自然法思想に淵源する。⁽⁷⁾ すなわち、重罪は、人間の自然権を侵犯する罪、軽罪は、社会契約に基く権利を侵犯する罪であつた。⁽⁸⁾ 自然法から法実証主義への轉換と共に、右の相違は意味を失い、重罪と軽罪の區別は、単に技術的な意味を有するに過ぎないものとなり、批判も高まつたのであるが、統一ドイツ刑法典は、敢てこの區別を採用した。爾來この區別は、ドイツの民族意識に馴染み、累次の刑法改正草案でも終に姿を消すことがなかつた。重懲役・輕懲役の別は、こうした重罪・輕罪の別に伴われて來たものであつた。その間、勿論自由刑を單一化せよという声が聞かれなかつたわけではないのであるが、ドイツでは、肝心の近代派において、その偉大な領袖であつたりリストが、重懲役廢止論に与せず、反つてこれを常習累犯者に用うべきことを提唱したのであつた。リストは一九〇〇年のベルリンにおける法曹会で講演し、犯罪者を改善可能者と改善不能者とに分けて、前者には教育的処遇、後者に対しては社会防衛を加えるべきものとする考⁽⁹⁾えから、職業犯罪者に五年以上の重懲役を科すという提案をしたのである。⁽¹⁰⁾ この思想は、その後リープマン等の反對を受けながらも、累次の刑法改正草案の中で、若干厳格な要件のもとに、危険な常習累犯者については重懲役を云渡すという規定となつてあらわれ、ナチ政權下の一九三三年、二〇条aとなつて実定化された。第二次大戰後、この思想は基本的に維持され、一九五六年案の理由書は、重懲役の一つの適用対象として、「社会一般に對して特に危険な或る種の行為者類型」⁽¹¹⁾を予想する。⁽¹²⁾

重懲役の右のような使用は、しかし、重懲役・輕懲役の別が、重罪・輕罪という犯罪の種類に對應することを本則とするかぎり、好むと好まざるとにかかわらず、重罪という犯罪の種類にまつわる道義的な評価を、常習累犯者という犯罪者の類型にも蔽いかぶせる結果にならざるを得ない。⁽¹³⁾

既に一八七一年当時、法実証主義が強かつたとは云え、重罪・輕罪の別から完全に實質的な相違がなくなつてい

たわけではない。その端的なあらわれは、二〇条である。同条は、法定刑が重懲役と城塞禁錮を撰択させているときには行為が破廉恥な (ehrlos) 情操に起因すると認められる場合にのみ重懲役を撰択し得るものとした規定であるが、軽懲役との撰択の場合について何等の基準も示さなかつたのは、重懲役と破廉恥の間に特に密接な關係を認めたからだと解される。このような意識は、一三年案・一九年案では、一層はつきりして来る。すなわち両案は、重懲役とその他の自由刑との間の撰択では、破廉恥犯についてのみ重懲役を許し、監置 (Einschließung, 城塞禁錮の改称) とその他の自由刑との撰択では、非破廉恥犯についてのみ禁錮を許す (一三年案の一二条、一九年案の一〇七条)。破廉恥の観念は、監置・軽懲役・重懲役の順で強くなつて行くのである。重懲役にまつわる破廉恥の観念は、おそらく今日も続いているのであるに違いない。重懲役が特に甚しい汚名 (Stigma) を伴う⁽¹⁵⁾ というのも、重罪＝重懲役にからみ付いた破廉恥の観念の為せるわざであろう。

常習累犯者に重懲役を科すという案は、従つて、最初の提案者の意図⁽¹⁶⁾ はどうであつたにせよ、結局常習累犯者に破廉恥という道義的評価を下そうとするものであつたと見なければならぬ。それは、おそらく応報思想によつてのみ基礎づけられ得るものと考えられるのであるが、実に、一九三三年の実定法化は、ナチスの主観主義的応報刑論を背景としたものであつた。換言すれば、常習累犯者という行為者類型に、破廉恥という道義的評価を結びつけ、これによつて応報を強化しようとする意図が、かかる行為者類型に対して、重懲役という刑の種類を該てはめさせたのである。

事態は、一九五六年の草案においても、基本的には交つていないように見受けられる。すなわち草案理由書によれば、「重懲役刑は、再社会化思想と特別予防よりも贖罪思想と一般予防に優位を認めることが弁明され得るような行為者に限定されなければならない⁽¹⁷⁾」のであるが、このような行為者の範疇に入るものとして、「重くはあつ

でもまだ最も重いものではない所為(例えば、窃盜、詐欺)を頑固な法敵視の態度から犯すもの⁽¹⁸⁾が算入されるのである。

こうした事態にも拘らず、尙そこに眞の意味で刑罰個別化の名を冠し得るかは、若干問題である。しかし、刑罰個別化の意図が、場合によつては、道義的評価とからみ合つて、刑の種類という形で現実化するという示唆を、右ドイツの例は与えていると言えよう。

(二) イギリス。予防拘禁 (preventive detention) は、ドイツの重懲役のように、重罪という犯罪の種類に対応したものではなく、もつぱら常習累犯者という行為者の類型に用いられるものである。勿論、犯罪の種類に対応する自由刑の種類が全くイギリスに無かつたわけではない。imprisonment (禁錮と訳しておく) のほかに penal servitude (徒刑) という自由刑が一九四八年まで存在した。徒刑は、一八五三年流刑 (transportation) に代つて登場したものである。流刑は、一六八五年の法律により死刑に代えて言渡すことができるようになったもので、一八世紀末葉に始まる死刑の減少に際して大きな役割を果した。⁽¹⁹⁾ 元来コモンロウでは、重罪 (felony) は、軽窃盜 (petty larceny) を除いてすべて死刑といふことになつており、⁽²⁰⁾ 禁錮は軽罪 (misdemeanor) に対する自由刑であつたから、徒刑はおおむね重罪と結びついた。徒刑執行のためには、流刑前の囚人を収容する施設であつた既決監獄 (Convict Prison) が用いられ、禁錮のためには、地方監獄 (Local Prison) が用いられた。⁽²¹⁾ 既決監獄では木のベッドが用いられ、厳正独居が行われるなど、徒刑を威嚇力のあるものにするため様々の方法が採られた。⁽²¹⁾ 一八九八年の監獄法は、既決監獄と地方監獄とを同一の庁の下に置き、地方監獄の巡視委員会に似た独立の巡視官を置くなどして既決監獄の苛烈さを緩和することに努めた。一方徒刑の言渡数も減少し、既決監獄は次々と閉鎖された。⁽²²⁾ 徒刑は、その後右監獄法の精神に即して次第に禁錮と變るところがなくなり、⁽²³⁾ 一九四八年の刑事裁判

法は、終にこの状態を承認して徒刑を廃したのであつた。同時に、禁錮のなかにあつた種別も廃止された。

徒刑の退場と予防拘禁の登場は、在来の行為主義的な自由刑の種別が退場し、代つて行為者主義的なそれが登場したことを意味する。しかし、なぜ行為者主義的な刑の種別が、「刑の種別」すなわち裁判上の個別化方法として現われねばならなかつたのか。

予防拘禁の歴史は、一九〇八年の犯罪予防法に遡る。同法は、徒刑を科された常習累犯者に対して、五年乃至一〇年の予防拘禁を附加し得るとしたものであつた。それは、応報のためではなく、隔離のためであり、従つて、執行方法は、緩やかであるべきであつた。⁽²⁴⁾ この思想は、前記ほぼ同時代のドイツにおけるリストの提案と比べ、所謂重畳主義（併科主義）の形態を採つた点で異なるわけであるが、實質的にも、リストの提案が、重い種類の刑を選んだ上に長期間拘禁することを考えたに對し、この方は、緩和した執行方法で長期間拘禁することを考えただけ實際的なものであつた。しかし、こうした考えも、間もなく誤りであることが判つた。すなわち、行刑改革の進展と共に、自由刑、特に徒刑の執行方法が緩和されるや、徒刑の段階と予防拘禁の段階との間に實質的な差が無くなつてしまひ、⁽²⁵⁾ 予防拘禁の附加は、二重処罰（double punishment）として意識されるようになって来る。そのため予防拘禁の言渡は甚だしく減少するに至つた。一九〇八年の予防拘禁が失敗だつたというのは、此の点が一つであるとき、⁽²⁶⁾ そこで一九四八年の予防拘禁は、代当（代科）的に科されることになつた。しかし、何故禁錮が棄てられて予防拘禁が残つたのか。何故その反対ではなかつたのか。答は簡単である。禁錮によつては常習累犯者に対して必要な長期間の拘禁を正当化できないのに、予防拘禁によればそれが可能だからである。すなわち予防拘禁は、「相当の期間（for a substantial time）拘禁して置く必要があると認められるとき」⁽²⁷⁾ に加えられる処分なのである。

イギリスでは、大陸のように、法制上刑罰と保安処分との間に明瞭な差別をしないのであるが、実質的に見て
 予防拘禁には多分に保安処分的な性格がある。予防拘禁は、「応報の手段ではなく予防の手段である」⁽²⁸⁾。禁錮は、
 予防の手段ではなく応報の手段である。禁錮によつては、応報の要求するところを超えて拘禁するということが
 できない。予防拘禁によれば、それが可能なのである。

禁錮とは別に予防拘禁という刑種を設けねばならなかつたのは、こうして、幾分保安処分的な性格に彩られた
 自由刑が必要だつたからだと考えられる。⁽²⁹⁾それは、裏返して云えば、刑罰的な性格——応報性——の濃淡による
 種別である。⁽³⁰⁾

予防拘禁は保安処分であつて刑罰ではないという考えから、単一「刑」や「刑罰」個別化の問題とは関係がないとする批
 判もあるかと思われるが、それは、問題の本質に触れていない。本質的なのは、常習累犯者が禁錮ではなく予防拘禁を言渡
 されるといふ事実である。後者を刑ではないと考えること自体は差支えないが、だからといつてこれを刑罰個別化の問題か
 ら切り離すわけにはいかない。刑罰の個別化は、単に所謂刑罰の内側だけの問題ではなく、所謂保安処分をも含めて、犯罪
 者に対する措置の全体において考えられなければならない性質のものである。犯罪者の個性に従つて、一方には応報的色彩
 の濃い措置、他方にはかかる色彩の薄い措置が加えらるべきものとした場合、そのいずれになるかということ、人権に触
 れるところ決して小さくない。だからその決定は裁判でなされなければならないのだ、というのがイギリスの予防拘禁だと
 考えられるのである。或いは一元主義二元主義の問題と混同していると批難があるかも知れないが、わたくしは、一元主義
 二元主義の問題も、右のような思考によつて解決すべきものと考へている。応報的色彩の濃い措置と薄い措置とがあること
 はむしろ既定の事実であり、問題はむしろ、刑罰個別化と人権保障の双方の要求を最大限に満たすためには、これらの措置
 をどのように組織すべきかということにある。これについては、しかし、稿を改めねばならない。

裁判上の個別化方法としての刑の種別は、こうして、いずれの場合にも、応報観念と密接に関連していると考
 えなければならぬ。ただ、ドイツの場合は、常習累犯者に対しては、応報を云わば強化しようとするのに対し、

イギリスの場合は、むしろ応報から遠ざけようとする。この差異がどこから来るかを、ここで明らかにすることはできない。ただ確かなのは、いずれにせよ常習累犯者は甚だしい不利益を蒙るということである。常習累犯者に対する特別の措置が裁判上の個別化として現われなければならなかつたのは、根本的には、この甚だしい不利益の故である。その不利が、単に刑期の長短だけにかかるものであるならば、「刑の種別」の問題は、確かに出て来る余地がない。しかし、刑期の長短は、本来犯罪の大小に対応する。犯罪の大小以外のモメントは刑期の長短とは対応しにくい。ドイツは、破廉恥を象徴しようとして重懲役を用いた。イギリスは、刑種を変えることによつて刑期の延長を可能にした。刑罰個別化は、かくして、云わば応報観念のプリズムを通つて屈折する。そして、その結果、行刑に向つていた進路を、裁判へと向け変えられるのである。

「刑罰個別化の要求に即応する新しい区別」の一つとして、例えば木村博士の所謂「一箇の社会的な類型としての確信犯人」に対する「特殊な処遇」が考えられ、今日の禁錮がその中に発展的な解消を遂げる、という事態を想定した場合、それが非破廉恥その他の道義的評価と結びつく可能性は非常に強い。そうなれば、こうした「新しい区別」も、おそらく決して行刑当局の手には委ねられないだろう。何故なら、こうした道義的評価を受けるか否かは、獄内における待遇の良否そのものを遥かに超えて、おそらく刑務所に入るか否かに充分匹敵して、人権に触れるところ大きいからである。

(1) 牧野・前掲、一三九頁。

(2) Salleille, *L'individualisation de la peine*, 3^e éd., 1927, p. 201; 尚 *Vouin et Léauté, Droit pénal et criminologie*, 1956, p. 143.

(3) 今日行刑もまた法律化されていることに注意せよ。

(4) 牧野・前掲、一九三頁。

(5) 木村博士も、絶対不定期刑は承認されない(日本刑法学会・保安処分の研究・昭和三年、二三三〜四頁)。

- (6) Heintz, Empfiehlt sich die Dreiteilung der Strafraten auch für ein neues Strafgesetzbuch? (Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, 1954) S. 60.
- (7) S. 55.
- (8) Kohlrusch-Lange, Strafgesetzbuch, 41. Aufl. § 1, III, 1.
- (9) Maurach, Deutsches Strafrecht, allg. Teil, Aufl., 1958, S. 117.
- (10) Kohlrusch-Lange, a.a.O.
- (11) ZStW., Bd. 21, S. 122.
- (12) S. 140.
- (13) 一九〇九年案の八九条一三年案の二二一条。一九九年案の二二〇条。二五年案。二七年案の七七条。三〇年案の七八条。
- (14) 齊藤金作訳(早稻田比較法研究所紀要四号)二二六頁。
- (15) Heintz, a.a.O., S. 65; 五六年案理由書・訳、二二五頁。
- (16) リスナー、監禁の効果だけを考えた場合の Liszt, ZStW., Bd. 21, S. 138 f.)
- (17) 訳、二二五頁。
- (18) 二二六頁。
- (19) Radzinowicz, A History of English Criminal Law, Vol. 1, 1948, p. 160.
- (20) Kenny, Outlines of Criminal Law, 17th ed., 1958, p. 110.
- (21) Ruggles-Breis, The English Prison System, 1925, p. 44.
- (22) p. 46~47.
- (23) Fox, The English Prison and Borstal Systems, 1952, p. 4.
- (24) p. 298.
- (25) p. 304~5.
- (26) p. 301.
- (27) Criminal Justice Act. 1948, § 21.
- (28) Fox, *ibid.*, p. 315.
- (29) イギリスの禁錮には仮釈放がない。予防拘禁には、それが認められる。これも予防拘禁の存在理由を為すものであるが、それ自体、予防拘禁の保安処分的な性格を現わす。禁錮囚が満期前に出所するのは、特赦 (remission) による。彼等には、保護観察が附かない。保護観

察の必要なとき、すなわち、「刑期満了前に釈放される場合には一定の監督期間が必要」(Criminal Justice Act. §21) などには、予防拘禁にまわされる。

(30) 一九四八年刑事裁判法は、禁錮と予防拘禁の中間に、矯正訓練 (corrective training) を置いた。厳密には、これにも触れなければならぬのであるが、簡明のため、ひとまず予防拘禁だけを取り上げた。

第三章 名誉拘禁と政治犯

第一節 近代的名誉拘禁の政治的性格

一八七八年の国際刑務会議は、前記のように、「行為者の墮落を示さない犯罪のための特殊の刑」すなわち所謂名誉拘禁を、自由刑単一化の視野の外に置いた。その理由は、同会議によれば、「矯正の必要がない」というものであったが、何故「矯正の必要がない」かは、説明されていない。おそらくそれは、一九世紀の政治思想によって一部説明されるものである。

すなわち、ほぼフランス革命を境として、政治犯に対する刑が峻厳主義から寛容主義へと転化する⁽¹⁾のであるが、この寛容主義の一つのあらわれとして、政治犯に対する名誉拘禁が登場する。

一八一〇年のフランス刑法典は、流刑 (déportation) と追放 (bannissement) を擁し、これを主として国家の安寧 (la sûreté de l'Etat) に対する罪の章下で用いた。もつとも、これが果して政治犯に対する恩典だったのかどうかは若干疑わしい。なぜなら、この種の罪は、ほとんどが死刑に処せられたのであつて、辛うじて死刑を免れた極く僅かの罪が、流刑または追放の対象であつたのだからである。それは、何よりもまず、国内に置いては危険である人物を、国外に追いやつて厄介払い (débarasser)⁽²⁾することを目的としたものであつたと見られる。寛容

主義が明瞭な形態をとつたのは、一八二〇年代におけるギゾーの主張においてであり、それが実定化され始めたのは、ギゾーが閣僚の椅子を占めた七月王政の下においてであつた。すなわち、一八三二年の法律は、流刑と追放の間に禁獄 (detention) を設け、政治犯中の若干のものについて、刑を緩和する手段とした。しかし、ギゾー自身はその後反動化し、労働者暴動に徹底的な弾圧を加えたりした。彼は、一八四〇年には内閣の首班となつたが、先の主張を完遂しようとはせず、その仕事は、皮肉にも、彼の政権を倒した二月革命のものとなつた。すなわち、一八四八年の憲法は、政治犯について死刑を廃止し、これに呼応して、一八五〇年の法律は、閉禁流刑 (déportation dans une enceinte fortifiée) を創出し、これを以つて死刑に代えた。ここにおいて、フランスの刑罰体系は、重罪事件に関し、通常の犯罪に対しては、死刑・無期強制労働・有期強制労働・重懲役が科され、政治犯に対しては、閉禁流刑・単純流刑・禁獄・追放が科されるという形で、通常犯の刑と政治犯の刑 (peine politique) が対立するものとなつたのである。

右のフランスにおける政治犯の特別処遇が、同国に度重つた政変と関連したものであつたことは疑いない。⁽⁴⁾しかし、政変の頻発だけでは必ずしも寛容主義が生まれないことは、歴史に徴して明らかである。むしろ、このよ⁽⁵⁾うな政変にも拘らず、興隆期にあつた市民社会は、いささかも動ずるところがなかつたのだという事実を想起せねばならない。「完全なる政治的支配権を掌握した市民社会は、もはやその権力の根柢を揺がす集団的な街頭の政治犯人に脅かされる事がなくなつた」。⁽⁵⁾端的に云えば、この時期は、社会——市民社会——が政治から独立した時期であつた。従つて、時の政権に対する反抗は、必ずしも社会に対する反抗ではなくなつた。政治犯は、まさしくこの時期において、「社会を根柢から覆すものではなくして、単に現に存立せるところの秩序に対してこれを變更せんとするもの」⁽⁶⁾となつたのである。市民社会にとつては、もはや、政権がどちらに転ぼうと、本質的な問

題ではない。これが政治犯に対する寛容主義をもたらした根本条件である。

同時に、右のような市民社会の確立を背景として、デモクラシーの政治思想が甚だしく高揚したのがこの時期である。デモクラシーは、政治権力の相対性を根底的な意識として有する。政権の座にあるものは、その対立者に対して絶対的な権威を主張し得ない。デモクラシーにあつては、常に、政府の方が間違つていてその反対者の方が正しいのであるかも知れない。反対者は、だから、絶対的に正しくないものとして扱われてはならない。だから、第一に、取返しのつかない死刑は避けなければならぬし、第二に、罰するとしても丁重に扱われねばならない。この第二の要求が、「政治的犯罪へ導くところの動機が殆んど常に私利私慾を離れたもの」であるという事実と相俟つて、政治犯に対する名誉拘禁の制度を生み出したと考えられるのである。

政治犯に対する名誉拘禁の問題は、ドイツでも採り上げられた。⁽⁸⁾しかし、政治的にも社会的にも立ち遅れていたドイツでは、それはもつと妥協的な形を執つて現実化した。すなわち、「直接には政治犯といふ方面からではなくして、寧ろ一般に尊敬すべき動機といふ方面から、政治犯人に対して特に緩和せられた刑罰が科せらるべし、と為されるに至つた」⁽⁹⁾のである。かくして一八七一年のドイツ刑法典における名誉拘禁——城塞禁錮 (Festungs-)——は、政治犯でない決闘^(二〇)や過失職権濫用^(三四五)にも用いられ、一方、政治犯においても、外国君主の弑逆^(二〇)以外は、城塞禁錮を単独には法定されず、重懲役または軽懲役との選択を原則とした。そして総則で、「重懲役と城塞禁錮が選択的に法定されている場合には、行為が破廉恥な情操に起因したものであることが認められたときにのみ重懲役を科すことができる」^(二〇)と規定した。

一九〇九年のドイツ刑法予備草案は、城塞禁錮に代えて禁錮 (Haftstrafe) を置いたが、實質には変りなく単に「軍政との連繫を断ち切る」⁽¹¹⁾意味で呼称を変えたのであつた。但し、適用領域は大幅に拡大した。⁽¹²⁾政治犯では、

煽動(二三)、群衆挑発(七三)、一般の非破廉恥犯では、過失致死傷(三二九)、名誉毀損(九五)、信書開被(七六)、秘密漏泄(八条)などに禁錮を加えた。⁽¹³⁾のみならず、特に軽い情状が有る場合には刑種をも変更し得るとする規定(八三)によつて、禁錮——名誉拘禁——の一般化に先鞭をつけた。一九一三年の改正草案は、城塞禁錮を、禁錮ではなく、監置(Einschließung)⁽¹⁴⁾と改称することにしたが、適用領域については、九年案の態度を殆んどそのまま踏襲した。一九一九年の草案も同じである。

第一次大戦後の政治的混乱(社会・経済的混乱はさておき)は、政治的な動機による犯罪の急激な増大を来た⁽¹⁵⁾し、これらの処遇が重大な問題となつた。こうした事態にあらわれたのが、ラートブルッフの所謂確信犯人論である。彼は、社会民主党政権下の司法大臣として刑法典の立案に従事し、監置を確信犯人に対する刑として規定する草案(ラートブルッフ草案・一九二二年)⁽¹⁶⁾を作成した。確信犯人とは、「行為者の決定的動機が、道義的、宗教的または政治的確信に基いて行為の義務があると信じたことから生じたとき」(七一)に言われる。各則においては、通常の自由刑が規定され、右の要件がある場合に、それらの自由刑に代つて、監置が科されるのである。この思想は、刑法典よりも一足先に、一九二三年の「自由刑執行の原則」⁽¹⁷⁾の中で実定化される。すなわち、右の如き確信犯人であることが判決に明示されているときには、「其の刑種に許され得る特典を無条件で与える」^(五二)。一方、一九二五年の刑法草案は、ラートブルッフ草案七一条を、そのまま受け継いだ^(七一)。そしてこの二五年案七一条をめぐつて、華々しい論戦が繰りひろげられた。

確信犯人に対しては監置を科すべきだというラートブルッフの提案の一つの根拠は、確信犯人が、一つの心理学的な類型として通常の機会犯人や慣習犯人とは異り、それらが受動的であるに對して、確信犯人は能動的であること、且つこれに對応して、刑事政策的にも、改善不能をメルクマールとするところの特殊な類型であるとい

うにあつた⁽¹⁸⁾。ラートブルッフがリストの門下生として所謂近代派に属し、刑罰の個別化を賞揚する一人であつたことを思えば、彼の主張がこうした論拠に依つたことは少しも不思議でない。犯罪者を改善可能者と改善不能者に分けて、各異つた処遇をするという思想は、つとにリストが提案していたところであつた⁽¹⁹⁾。改善不能者は別扱にするという限りでは、ラートブルッフは、師の思想を祖述したに過ぎなかつたのである。しかし、リストは、改善不能者には、刑を加重すること——就中重懲役を用いること——を考えたに對し、ラートブルッフは、改善不能者たる確信犯人を、監置に附すべきこと、すなわち「名誉」拘禁を以つて特別に優遇すべきことを唱へたのであつた。「確信犯人の特別処置——名誉の侵害を伴わないとする——は動機の道義的評価を除外して、これを考えることは不可能である⁽²⁰⁾」。この「動機の道義的評価」は、一体どこから出て来るか。ラートブルッフは云う。「すべてわれわれは、いささかも屈することなく牢獄を出て行く確信犯人に對し、むしろ尊敬の念を抱く⁽²¹⁾」と。かくして改善不能という刑事政策的類型は、尊敬という道義的評価に結びつく。しかし、ラートブルッフのこの説明は、必ずしも納得的でない。第一に、右のような意味での尊敬が、果して名誉拘禁という制度の基礎たり得るほどに重大な道義的評価であるかは甚だ疑問であるし、第二に、牧野博士が喝破されたように、確信犯人は、慣習犯人と同様、「さし当り⁽²²⁾」教育不可能なだけであつて、「その実際の値いは、教育刑の關係においてはおなじである⁽²³⁾」からである。

だが、確信という心理的特徴を名誉という道義的評価に結びつけ、かくして「確信」犯人に對する「名誉」拘禁というテーゼを打ち出したこと自体は、ラートブルッフとしては、決して飛躍ではなかつた。彼は、人も知る相對主義者であつた。相對主義にあつては、對立する二つの思想は、同等の地位に置かれる。従つて、「異つた考えを抱く者 (Andersdenkender)⁽²⁴⁾」としての確信犯人に對しては、国家は道義的優越を主張し得ず、彼を「道義的

に同等の地位にある敵⁽²⁶⁾」として遇さねばならない。だから、刑罰は、報償(Gengtung)や保安や威嚇の要求を満たすことはできても、道義的優越を前提とするところの応報や改善の要求を満たすことはできない⁽²⁸⁾。応報は悪に對するものである。被処罰者が悪でなければ、処罰は応報たり得ない。改善とは、悪を善に導くことである。被処罰者の悪を善に導くのでなければ、改善とは云えない⁽²⁹⁾。被処罰者に対する關係において、処罰者の側に道義的優越が認められるのでなければ、処罰は、応報でも改善でも有り得なくなる。云わば、道義的に空つ⁽³⁰⁾はものとなる。それが「名誉」拘禁たる監置なのである。

決定的なのは、従つて、相対主義である⁽³¹⁾。確信と確信とが衝突するとき、相対主義は、そのいずれかに道義的優越を認めることを拒否する。この拒否が名誉拘禁を要求する。

思想は、論理的であると同時に、しばしば歴史的である。ラートブルッフの相対主義は、ユンカー帝政を払のけたワイマールドイツのデモクラシー勢力を代弁するものであつた。デモクラシーが相対主義を必要としたのである。「国家の保有する理念は、時の多数派の理念にはかならない。だから、いつ多数派にならないでもない少数派の理念を尊重する義務がある⁽³²⁾」。デモクラシーは、先に述べたように、政治権力の相対性を根底的な意識とする。時の政権は、その対立者に対して絶対的な権威を主張し得ない。そのかぎり、ラートブルッフの確信犯人論における相対主義の論理が、完全に妥当する。しかしそれは、あくまで「政治権力の」相対性であつて、市民社会そのものの相対性ではない。市民社会は、絶対的権威を主張する。市民社会そのものの対立者には、相対主義を以つて接することをしない。相対主義の論理は、かくして、政治権力をめぐる抗争という枠の外部では妥当しない。だから、名誉拘禁は、「確信」犯人ではなくて、「政治」犯人に与えられる、というのが本来的なデモクラシーの要求であつた⁽³⁴⁾。

ところが、ワイマール・デモクラシーにあつては、事情が若干異つていた。ソヴェト・ロシアの成立は、政治権力の移動によつて市民社会そのものの崩壊が起り得るということを実証した。政府の敵は、もはや単に政府の敵であるに過ぎないものではなく、同時に社会——市民社会——の敵でもあるものとなつた。政治権力は、市民社会にとつては、もはや相対的ではあり得なくなつたのである。そこでもし政治権力の相対性を言うとするれば、現実の具体的な市民社会に対する関係においてではなく、架空の抽象的な社会一般に対する関係においてでなければならぬ。架空の抽象的な社会一般は、現実の具体的な市民社会が持つような様々の絶対的要求——盗む勿れ、殺す勿れ——を持たない。反抗者は、何をしても、絶対的な権威の主張と衝突することがない。相対主義は、かくして、政治権力をめぐる抗争という枠を打ち破る。そして、「政治」犯人は「確信」犯人に転化する。ラートブルッフは、社会「民主」主義者であつた。彼は、政治権力の相対性を信奉しなければならなかつた。しかも彼は、「社会」民主主義者であつた。彼は、市民社会の敵を、必ずしも社会一般の敵だとは考えなかつたのである。架空の抽象的な社会一般に対する関係において政治権力の相対性を考えるかぎり、およそすべて、「立法者が採用した見解を信じない者に対しては、実定法は、単なる暴力に過ぎず、道義的な権威を意味しない」⁽³⁵⁾。だから、論理的には、あらゆる確信犯人が相対主義の恵みに浴することができはるはずである。しかし、こうした無制約の相対主義が現実の立法の上で採用され得るなどということは、もちろん到底考え得べくもない。歴史的現実は、常に何程か妥協的である。すでにラートブルッフ自身、いくつかの限定を考えていた。第一に、前記ラートブルッフ草案七一条の文言に見る如く、確信は、「道義的、宗教的または政治的」のものに限られた。第二に、ラートブルッフの確信概念は、純心理的であるよりも、多分に規範的であつた。草案覚書は言う。「通常の犯人に対しては、彼が不法であることを、しばしば彼自身の行為の論理によつて納得させることができる。窃盗犯人は、他人にお

いて侵害するところの所有権を、自己のために欲するのである。文書偽造の犯人は、彼が偽造によつて動揺させるその公共的信用を、該偽造文書のために要求する。いずれも、根本的には彼みずからが攻撃する法益の、保護する必要性と刑罰的保護とを肯定するのであるから、これらの刑罰的保護が自分に対して向けられても歎くわけにはいかない。通常犯人は、自分自身に矛盾を持つ。罰する国家は、犯人自身の、より良い、より賢明な自我として彼に対するのである。ところが確信犯人は、自分自身に矛盾を持たない。彼は、国家権力に体现された、もう一つの一貫した確信に対立するのである⁽³⁶⁾。ここで用いられているのは、事実の論理ではなくて、規範の論理である。下手な確信は、確信でないとして無視することを可能にする論理である⁽³⁷⁾。第三に、ラートブルッフは、前記⁽³⁸⁾のように、投獄されれば変るといふ様な弱い確信を除いた。これは一つには改善不能という刑事政策的類型との一致を求めて行われた限定であるが、同時にまた、被処罰者の側における確信の動揺が、処罰者の側の道義的優越を左右することになるといふ極端な帰結を避けたものと解されるのである。第四に、ラートブルッフは、ある種の行為就中殺人については、確信犯人に関する特典を与えまいとした⁽³⁹⁾。

第一の限定は、一九二六年のケルンにおけるドイツ法曹大会の決議において、一層押し進められる。すなわち、「利己的な動機からではなく、国家または社会の福利を増進するという確信で為された行為⁽⁴⁰⁾」に限定されることとなつた。第二の限定は、ヴォルフによつて抽出純化⁽⁴¹⁾され、一九二七年草案の「尊敬に値する動機」^(七二)に至る。第三の限定は、一回的な確信を切り捨てて行くことによつて、ヴォルフの所謂「超個人的な党派的または団体的精神」⁽⁴²⁾に結実する。第四の限定は、二七年案七二条の、「行為遂行の方法及び態様、または行為者の責任に帰すべき結果が著しく批難すべきとき」において一般化される。相对主義の妥当領域は、かくして、現実には、甚しい限定を蒙ることとなつたのであるが、それは、おそらく、ワイマール・デモクラシーの脆弱さと、それにつなが

る市民社会の危機とに一部関係するものであつた。相対主義は、単にその妥当領域を限定されただけでなく、根底的にも批難を浴びた。曰く、「道を踏み誤まつた者の頭から倒錯した思想を追い出す権利が、道義上の理由から国家に存しないとせられねばならぬというが如きことは了解できぬ」⁽⁴³⁾。また曰く「客観的・歴史的現実に存立する国家は、単に考えられただけの『真の』⁽⁴⁴⁾国家に対して優越を保持する」また曰く、「彼の本質の反社会的な悪傾向を漸次に脱落せしむる……」⁽⁴⁵⁾と。

一九三三年ナチスは、刑法典の二〇条を改正し、「行為がフォルクの福利に敵対するものでなく、且つ、行為者が、もつばら高潔な動機から行爲したものであるとき」にのみ城塞禁錮を科すべきものとした。これは、それまでの二〇条に対しては、城塞禁錮が原則であつたのを重懲役が原則であるものとした点で、名誉拘禁の縮小であり、ラートブルッフに対しては、確信内容に対する規範的評価を一層強化した点で、相対主義の妥当領域の縮小であり、そして、ナチスに対する反抗に適用を排除しようとした点では、まさしくデモクラシーに対する真正面からの挑戦であつた。各則では、大逆や不敬から城塞禁錮がはずされる。また、同じ年、前記一九二三年行刑執行原則五二条が、やはり、廃止される。こうして、確信犯人論は、ワイマール・デモクラシーと共に生れ、ワイマール・デモクラシーと共に死んだのであつた。

- (1) 佐瀬・政治犯罪論・昭和二年、一八一頁。木村・諸問題、一七二頁。
- (2) Bouzat, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 1951, p. 331.
- (3) 木村・諸問題、一七二頁。
- (4) 一七二～一七三頁。
- (5) 長谷川・確信犯人の社会史・法学論叢二九卷一号、九九頁。
- (6) 木村・諸問題、一八三頁。
- (7) 同頁。

- (8) 一七五頁。
- (9) 一九五頁。
- (10) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.
- (11) Begründung, allg. Teil, S. 54.
- (12) 決闘(一七章)に軽懲役の撰択し得るものとした点は、禁錮の縮小である。
- (13) わが国の禁錮に接近した。
- (14) この呼称は、以後累次の草案に使用され、一九五三年の刑法一部改正で、表定法に採用された。
- (15) 一九二五案の Begründung, Materialien zur Strafrechtsreform, 3. Band, S. 50.
- (16) Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1952.
- (17) Grundsätze für den Vorzug von Freiheitsstrafen.
- (18) Mitteilungen der I.K.V., S. 94~95.
- (19) 前出九九頁。
- (20) 滝川・確信犯人と教育刑・法学論叢二五巻四号、五〇三頁。
- (21) Mitteilungen, S. 95; 滝川博士は、次のような表現を用いられる。「有ゆる疑問を圧倒する思惟力を持つ偉大な人物」(前掲、六頁)。
- (22) 教育刑と確信犯人・法学志林三三巻一号、八五頁。
- (23) 教育刑と確信犯人(続)・法学志林三三巻七号、七六頁。
- (24) Radbruch, zit. nach Nagler, Der Überzeugungsverbrecher, Gerichtssaal, Bd. 94, S. 52.
- (25) 同右。
- (26) 木村・諸問題、二一九頁の引用文による。
- (27) Mitteilungen, S. 95.
- (28) zit. nach Nagler, a.a.O.
- (29) 前述の改善不能(一〇九~一一〇頁)とは、問題の性質が違ふことに注意。処罰によつて犯人の確信が変つたとしても、それが改善であるかどうかはまた別の問題である。
- (30) 改善も否定される点において、保安処分以上にさうである。
- (31) Nagler, a.a.O. S. 60 ff.; E. Schmidt, Gustav Radbruch zum Gedächtnis, ZStW. Bd. 63, S. 157.
- (32) Verhandlungen des deutschen Juristentags, Bd. 2, 1927, S.414.

- (33) 一〇八頁。
- (34) 前記一〇七～一〇八頁参照。
- (35) Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in „Der Mensch im Recht“, 1957, S. 83.
- (36) Radbruchs Entwurf, S. 54.
- (37) こうした論理を以つてすれば、エ・シュミットの所謂犯罪狂(木村・諸問題、二二五～六頁参照)も、容易に除外することができたであらう。
- (38) 一一〇頁。
- (39) Verhandlungen, S. 353.
- (40) S. 419.
- (41) Wolf, Verbrechen aus Ueberzeugung, 1927, S. 21.
- (42) S. 24.
- (43) Nagler, a.a.O. S. 59.
- (44) Wolf, a.a.O., S. 49.
- (45) Mitteilungen, S. 49, Liepmann.

第二節 わが禁錮と政治犯

わが禁錮は、仮刑律(明治元年)に源を發する。仮刑律は、「官家及藩臣士分以上」の者が、笞、徒または流に該する罪を犯して「士道ヲ失ヒ或ハ廉恥ヲ欠ニ係ル」場合に「奪刀奪録貶席禁錮(半年一年一年半二年三年或永遠)ヲ以テ区処」した。禁錮の内容については規定がない。今日の禁錮とは、身分による特別刑である点で異なるわけであるが、同時に、むしろ「廉恥ヲ欠」く場合に科された点、今日とは丁度正反対であることにも留意すべきであろう。「其余一応之犯事ハ總テ逼塞遠慮差控」であつた。

仮刑律では、身分によつて刑の性質が違つただけでなく、右に掲げたところからも知られるように、科刑の基

準も異つたのであるが、新律綱領(明治三年)は、笞刑に該る場合には、士族の闔刑として、謹慎、杖には閉門、徒には禁錮、流には辺戌が対応するものとして、科刑基準の方は統一し、ただ刑種だけが別異されるものとした。これによつて、徒・禁錮の対立が完成し、今日の懲役・禁錮の対立の原型が生れたのである。内容的にも、徒が「業ヲ与ヘテ役使」するに對し、禁錮は、「一室内ニ鎖錮セシ」めるだけである。流と辺戌とは、役の性質が異なる(辺戌は戌役すなわち辺境守備)だけで、一定期間役に就く点では同じである。尙、徒の役は、「蓋シ勞役苦使シ。以テ惡ヲ改メ。善ニ遷ラシム」るものであつた。

新律綱領では、官吏も原則として士族に倣うのであるが、徒に該る場合、「賊盜、枉法、賭博、部民ノ婦女ヲ姦スル等廉恥ヲ破ルコト甚シキ者」については、「仍ホ本刑ヲ加」えた。懲役を破廉恥犯に結びつける後年の思想は、ここにその萌芽を見出すわけである。

改定律例(明治六年)は、「笞杖徒流ノ刑名ヲ改メ一体ニ懲役ニ換ヘ」(一)同時に、士族につき、「謹慎閉門禁錮辺戌自裁⁽¹⁾ニ処スル律ヲ改メ一体ニ禁錮ニ処ス」(二)ものとして、懲役・禁錮の二大自由刑時代を築いた。同時に、士族でも、「姦盜等ノ罪ヲ犯シ廉恥ヲ破ルコト甚シキ者」は、懲役一年以上に該る場合は「仍ホ本刑ヲ加」えられ(三)ることとなり(四)、破廉恥犯と懲役、ひいては非破廉恥犯と禁錮との結びつきが一層強化された。官吏についても、一方では、贖罪を許して身分差を強化しながら、「平民官ニ在ル者……破廉恥甚ニ係ル者ハ懲役百日以下ト雖モ実断」(五)した。改定律例までに、こうして、自由刑につき、身分による差別という点を除けば、今日の懲役・禁錮に甚だ近い体系ができていたことは、銘記しておかねばならない。

旧刑法(明治一三年)は、フランス刑法に倣つて重罪・輕罪・違警罪の所謂三分法を採り、そのため改定律例の懲役は、懲役と重禁錮に分断され、禁錮は、禁獄と輕禁錮に分断された(七、八、二二、三三、三四条)。しかし、一方、禁獄は、国

事犯に対し^(六八)、輕禁錮は、「国事犯または社会の秩序には反するが道德には反しない罪⁽²⁾」に対するものとされ、改定律例の禁錮における身分的な要素が払拭された。懲役の上には、フランスの強制労働に倣つて徒刑が置かれ、禁獄の上には、同じくフランスの流刑に倣つて流刑が置かれた。徒刑は、「島地ニ発遣シ定役ニ服^(一七)」し、流刑は、「島地ノ獄ニ幽閉シ」、定役に服さない^(二〇)。他方、違警罪に対して、一日以上一〇以下の拘留が設けられ^(四)、^(九、二)、今日の拘留の先驅を為した。こうして、徒刑・懲役・重禁錮の定役刑と、流刑・禁獄・輕禁錮・拘留の^(八)無定役刑が対立する。そして定役と破廉恥が、ほぼ完全に対応させられる。曰く、「国事犯ハ廉恥ヲ破ルモノニ非サレハ其犯人ヲ酷待スルノ必要ナク……」、更に輕罪につき、「破廉恥ニ非サル罪又ハ無意犯ニ付テハ輕禁錮又ハ^(五)罰金」と。

明治二三年の改正刑法草案は、植民地を持たないわが国にとつては甚だしく非實際的であつた徒刑および流刑をひとまず除去し、更に明治三四年の改正案は、「従来ノ刑法ノ輕罪ト重罪ヲ合セテ此度重罪ト致シ」、「従来ノ違警罪ヲハ輕罪トシ⁽⁸⁾」て所謂二分法を採り、これにより、懲役と禁錮、禁獄と輕禁錮の間の壁をとり払つて重罪の自由刑を懲役・禁錮の二種類とした^(一〇)。そして、これが現行の懲役禁錮の直接の原型となつたのである。

こうして現行の禁錮は、ほぼ旧刑法の「輕禁錮ト、ソレカラ重罪ニ參リマスルト流刑トカ、禁獄ト名ヲ附ケタ部類ノ刑ニ当ル⁽⁹⁾」わけであるが、にも拘らず、現行刑法典は、禁錮の科刑基準について、一つの際立つた改革を施した。すなわち、並行刑の採用である。これはすでに二三年案に散見される^(一一三、一二三、一五六条など)とところであるが、三四年案に至つてはほぼ現行法に近い範囲まで拡充され、次のような説明を得ている。曰く、「アル罪ニ依ツテハ、トウモ罪質ト云フコトノミニ依ツテ區別カ立チ難イ、即チ罪ヲ犯シテ情状ニ依ツテ區別カアル……如何ナル方法ヲ以テ如何ナル意思ヲ以テ犯シテモ決シテソコニ區別カ無イ、斯フ云フ罪ニハ単に懲役トカ或ハ禁錮トカ云フ風ニ

定メマスケレトモ、同シ罪テアリナカラ犯シ方ニ依ツテハ……廉恥ヲ破ルト云フコトモアリ、或ハ廉恥ヲ破ルコトノ甚クナイト云フ情況モア⁽¹⁰⁾る、と。だから、もちろん並行刑の採用によつて、破廉恥犯は定役刑、非破廉恥犯は無定役刑という旧刑法の建前が変更されたわけではなかつたのであるが、しかし、この破廉恥という觀念自体が必ずしも明瞭なものでなかつたために、並行刑の採用は、懲役・禁錮の科刑基準を何程か混乱させることになつた。すなわち、仮刑律から改定律例までに見られた「廉恥」の觀念は、身分觀念と密接に関連したものであつたと考えられる⁽¹¹⁾一方、国事犯の非破廉恥性は、国事犯の刑およびその原型たるフランスの *peine politique* を媒介として、密接に政治権力の相対性の意識と連つたのであり、だからこそわが旧刑法は、わが国において特殊的に政治権力の相対性と矛盾した事象——天皇制——に対する攻撃、すなわち「皇室に対する罪」(第一編)を国事犯とは考えず、これに無定役刑を与えることを拒んだのである。従つて、破廉恥という觀念は、云わば二つの不純物を含んでいたのであり、その限り必ずしも一義的に明瞭な觀念ではなかつたと推測されるわけであるが、現刑法は、しかも何等の標準を示すことなく懲役禁錮の選択を裁判官に委ねたのであつた。

懲役禁錮の科刑基準に関するこうした安易な態度は、しかもその中に、右述天皇制にまつわる過敏なまでの絶對主義を宿しつつ(旧刑法の皇室に対する罪における徒刑・重禁錮は、現刑法に引き継がれて懲役となつた。戦後削除された第二編第一章)、その後頗る問題的な様相を呈して来る。

大正一〇年十一月、政府は、臨時法制審議會に刑法改正の諮問を發した。四年余りの後、審議會は、「懲役ニ該ル罪ニ付情状ニ因リ禁錮ヲ科シ禁錮ニ該ル罪ニ付情状ニ因リ懲役ヲ科スルコトヲ得ヘキ規定ヲ設クルコト(綱領第一三)」を決議した。同文の原案に関する提出者の説明によれば、「是ハ犯人ノ為人ヲ第一ニ見マシテ、如何ニモ罪ハ懲役ニ該ルノテアリマスケレトモ、破廉恥ノ犯罪テモナク、又犯罪ノ動機ハ頗ル憐ムヘキモノカアル。況ヤ彼

ノ身体ハ如何ニモ弱ソウテアル、特ニ重イ懲役ヲ科セストモ禁錮テ宜イテハナイカト云フヤウナ場合ニ前段ノ適用カアル。後段は、「懲役ノ前科ヲ幾ツモ有スル、度々懲役ニ処セラレナカラ改悛セサルモノカアル、斯ノ如キ者カ禁錮ニ該ル罪ヲ犯シタリトテ之ヲ禁錮刑ニ処シタレハトテ、何ノ効果モナイノテアリマス、行刑ノ實際上カラ見テ其必要ヲ感シタ」ことによる。「要スルニ人ヲ主題トシテ刑ノ選択ヲ適當ニ致シタイノテア」⁽¹²⁾ った。

昭和二年の刑法改正予備草案は、右綱領の前段を受けて、「道義上又ハ公益上特ニ宥恕スヘキ動機ニ基キ罪ヲ犯シタル者ニ対シテハ懲治（懲役の改称）ノミニ該ル罪ニ付禁錮ヲ科スルコトヲ得」⁽⁵⁴⁾ 条とし、後段を受けて、「同一又ハ類似ノ罪種ニ付二回以上禁錮ノ刑ニ処セラレタル者ニ対シ更ニ禁錮ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニ於テハ禁錮ニ代ヘテ懲治ヲ科スルコトヲ得破廉恥ノ動機ニ因リ罪ヲ犯シタル者ニ対シ禁錮ノ言渡ヲ為スヘキ場合亦同シ」⁽⁵¹⁾ 条と規定した。これらの規定は、勿論総則規定である点で大きな前進だつたわけであるが、しかし同時に、こうした総則規定が、各則における懲役・禁錮の選択規定のほかに、設けられたのだ⁽¹³⁾ ということは、注意する必要がある。すなわち、これによつて、元來が不明瞭であつた懲役禁錮の科刑基準は、ますます混乱するのである。⁽¹⁴⁾ また、禁錮に該る罪の累犯を懲役にする規定は、明らかに絶対主義への傾斜であり、それはまた「宥恕」という用語法にもあらわれている。禁錮という制度に多少共伴われて來た政治権力の相対性の意識は、ここに至つて甚だしく色褪せたものとなつた。刑法改正仮案（総則・昭和五年）は、こうした予備草案の態度を、そのまま引き継いだ^(61、6) 。

懲役・禁錮の科刑基準の混乱と、絶対主義の進行とは、共産党対策において具体化した。すなわち、大正二二年勅令四〇三号「治安維持ノ為ニスル件」は、「出版通信其ノ他何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス、暴行騷擾其ノ他生命、身体若ハ財産ニ危害ヲ及ホスヘキ犯罪ヲ煽動シ、安寧秩序ヲ紊乱スルノ目的ヲ以テ治安ヲ害スル事項ヲ流布シ又ハ人心ヲ惑乱スルノ目的ヲ以テ流言浮説ヲ為シタル者」に對して、懲役を選択することを許したのである。

先には、例えば、明治二六年の出版法は、「皇室ノ尊嚴ヲ冒瀆シ政体ヲ變壞シ、又ハ国憲ヲ紊乱セムトスル文書
 図画ヲ出版シタルトキ」(二六)に輕禁錮を与えていたし、また、同三三年の治安警察法は、「祕密ノ結社ヲ組織シ又
 ハ祕密ノ結社ニ加入シタルモノ」(二八)に、やはり輕禁錮を与えていた。⁽¹⁵⁾ 現刑法になつてからも、新聞紙法(明治四
 二年)は「皇室ノ尊嚴ヲ冒瀆シ政体ヲ變改シ又ハ朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項ヲ新聞紙ニ掲載シタルトキ」(四二)
 に対し、禁錮を単独に法定していたのであつた。

勅令四〇三号は、大正一四年法律四六号によつて治安維持法に成長する。治安維持法は、「国体ヲ變革シ又ハ私
 有財産制度ヲ否認スルコトヲ目的トシテ結社ヲ組織シ」またはその他の行為をした者に、懲役と禁錮を選擇的に
 法定した。だが等しく右のような目的を以つて行動した者を、どうして破廉恥と非破廉恥とに振り分けることが
 できたであろうか。「国体ヲ變革シ又ハ私有財産制度ヲ否認スル」思想を絶対的に否定して懲役にするか、それと
 もこれに何程かの敬意を払つて禁錮にするか、裁判官としては、おそらくそのいずれかではなかつたに違いな
 い。そこでは、懲役の導入は、とりも直さず禁錮の追放であつた。治安維持法下に檢挙された或る共産党事件で、
 名古屋控訴院は、「治安維持法カ懲役刑ト禁錮刑トヲ併セ認メタル所以ノモノハ……社会人類ノ幸福ヲ念願トシテ
 為サレタル犯罪ニ対シテハ則チ之ヲ遇スルニ禁錮刑ヲ以テスヘキ趣旨ヲ規定シタルモノ」とし、「該文詞(パンフ
 レットの)ノ全趣旨ヲ檢スレハ其ノ云ハントスル所ハ生産機關ヲ無産階級ノ手ニ収メントスル共産主義ノ樹立ニ
 在リ君主制度ノ撤廢ヲ論スルハ之ト元來相容レサル共産主義ヲ主張スルノ自然ノ帰結ニ外ナラサルヲ以テ此ノ点
 アルノ故ヲ以テ懲役刑ヲ科スルハ法ノ趣旨ニ非ス」として健気にも禁錮を選擇したが、大審院は、これを、一言
 の挨拶もなく懲役に變えた。⁽¹⁶⁾

治安維持法は、昭和三年、勅令一二九号によつて改正され、国体と私有財産制度を分離して前者に対する攻撃

に死刑を法定する。そして昭和一六年の同法改正は、遂に国体に対する攻撃から禁錮を抹殺するのである。私有財産制度の方に禁錮が残されたことは、まだしも慰めであつたろう。しかし、それは、確かに、慰めでしかなかった。なぜなら、「日本共産党は、私有財産制度と君主制度とが完全に一致することを認め、従つて社会主義実現の不可欠なる同時的若くは前提的条件として天皇制の廃止を唱えるのであ⁽¹⁷⁾」つたからである。治安維持法における禁錮の法定は、かくして、「立法技術上の詐術⁽¹⁸⁾」でしかなかつたのである。

確信犯人論が木村博士によつて大きく取り上げられたのは、実にこうした絶対主義化の真只中における昭和四年であつた。博士は、「確信犯人は常に社会の水準を突破するところの犯人である」として彼等に深い同情を寄せられながらも、結局は、「確信犯人をして社会的水準が彼の高さにまで昇り来るのを待つことを教へ以て彼を社会化する⁽¹⁹⁾」として、ラートブルッフの相対主義を拒否されたのであつた。昭和六年には、牧野博士と滝川博士の間に確信犯人をめぐる論争が展開され、滝川博士はラートブルッフに深く共鳴されたが、牧野博士は、「国家が真に正しき態度をもつて確信犯人に臨むには、確信犯人はこれを理解し得べきはず⁽²¹⁾」だとして、絶対主義的な立場を示されたのであつた。

昭和一五年に成案を見た仮案の各則は、内乱についても懲役を許した。

- (1) 自裁が終身禁錮に換えられたことによつて、士族は死刑を免れることになつた点、政治犯に対する死刑禁止の問題に類比されて興味深い。
- (2) Boissonade, *Projet Révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon*, 48°.
- (3) 強制労働 (*travaux forcés*) は、一八五四年以来植民地で執行されていた。
- (4) 改定律例の懲役は、下限が一〇日だつたから、これは新設と見ることが出来る。
- (5) 亀山貞義・刑法正義上巻・明治法律学校講法会、二二四頁。

(6) 宮城浩蔵・刑法正義上巻・四版・明治二七年、二五一―二頁。尙、新律綱領の徒・辺成が、改定律例で廃止されたのであつたことを想起せよ。

(7) 原案は、「明治二八年ニ脱稿シマシテ裁判所ノ意見ヲ求メ」ている(刑法沿革総覧・大正一二年、二四一頁)。前掲(八二頁)、小河博士の批判対象となつた明治二八年案というのは、おそらくこの原案のことであろう。

(8) 沿革総覧、三八三頁。

(9) 一四七〇頁。

(10) 三九三頁。

(11) 「廉恥ヲ破ルコト甚シキ」場合には、身分による特典を与えられないというのは、そのためである。尙、現行刑法典一六〇条の医師の虚偽私文書作成が懲役を許さないのは、身分意識が姿を変えて残つたものと見られる。

(12) 臨時法制審議会総会議事速記録、七四頁。

(13) 独二五年案などは、各則は、重・輕懲役だけである。

(14) 混乱を如実に象徴するのは、次の結果である。綱領一六の「罰金ニ該ル罪ニ付情状ニ因リ自由刑を科シ又ハ自由刑ヲ併科スルコトヲ得ヘキ規定ヲ設クルコト」を受けた予備草案五二条は、この場合の自由刑として、「懲役又ハ禁錮」を考えたが、仮案六三条は、禁錮一種に限定する。

(15) 所謂第一次共産党事件(大正一二年六月五日檢挙)は、治安警察法で処断されたため、輕禁錮で済んだ。

(16) 大判・昭和五年二月二一日・刑集九卷七九頁。

(17) 風早・政治犯罪の諸問題・昭和二三年、六二頁。

(18) 六三頁。

(19) 諸問題、二六〇頁。

(20) 牧野・教育刑と確信犯人・法学志林三三卷一号七九頁以下。滝川・確信犯人と教育刑・法学論叢二五卷四号一頁以下。牧野・教育刑と確信犯人・法学志林三三卷七号六五頁以下。

(21) 法学論叢三三卷七号、七六頁。牧野博士の絶対主義は、次の発言にも窺うことができる。「国事犯ノ如キハ従来上品ノ犯罪ト称セラレ来リタルモ自分ハ左様ニモ考ヘラレス結局ハ悪ヒコトヲセハ監獄ニ入レラレルモノトノ見方ヲ以テスル方可ナラスヤ」(刑法改正起草委員會議事日誌、第六八回)。

第三節 現代の名誉拘禁

戦後、ドイツ刑法典二〇条は、大戦前の状態にひとまず戻された⁽¹⁾。しかし、大逆などの重大な政治犯には、依

然として監置（城塞禁錮の改称）を法定しない。そのため監置の適用領域は極めて狭いものとなつてゐる（一〇五
条の議決強要、一〇六条の議事妨害、二〇一条以下の決闘、三四五条二項の過失職權濫用、出版法二一条の煽動のみ）。

一九五六年の草案では、名誉拘禁を一切認めないことになつた。その理由は、一つには、現行の監置が「僅かな適用領域を有するのみで、述べるに値する実用的意味を持たない」からであるが、根本的には、「もし立法者が刑の種類を通して名誉ある行動を承認しようと思つたならば、彼は、これによつて、たゞ社会一般の道義的確信が刑罰法規を通して各人から承認されることを要求するとしても、その道義的確信よりも行為者の個人的見解に優位を認めることになつてしまふだらう」⁽²⁾からである。ドレーヤーの報告によれば、「法規による社会倫理的な批難は、行為者の個人倫理的な確信に譲歩すべきではない」⁽³⁾からである。相対主義は、完全に敗北した。処罰者は、被処罰者に対して常に道義的優越を確保する。

こうした解決を一概に前記ドイツおよびわが国戦前における絶対主義の延長線上にあるものと見ることは、必ずしも正しくないであろう。なぜなら、前者の後者に対する際立つた特徴として、すべての場合に相対主義が否定されるという点を見逃すことができない⁽⁴⁾からである。後者は、ナチズムや天皇制の絶対視であつた。これに対し、前者は、法規（Gesetz）の絶対視である。法規の絶対視は、法規がデモクラシーに則つたものである限りにおいて、デモクラシーの否定ではなく、むしろデモクラシーの絶対視ですらある。デモクラシーが絶対視される限り、デモクラティックに制定された、デモクラティックに改廃され得る法律の侵犯に対して、相対主義をもつて接する理由はないからである。そして實に、はじめて「二〇世紀の後半において、世界を支配する指導原理としてデモクラシーが嫡流であることになんらの誇張もないのである」⁽⁵⁾。そして、「野蛮な軍国主義とファシズムとの弾圧という試練に勝利をしめた第二次大戦後の世界は、今後の政治が、デモクラシーとの二者択一に対決せら

れるのではなく、むしろデモクラシーを肯定したうえで「の二者択一であることを承認した」⁽⁶⁾のであつた。政治は、デモクラシーに従属し、市民社会からは独立した。今日の政治的局面における絶対的な要求は、市民社会からではなくて、むしろデモクラシーから発せられるのである。

しかし、実定法規がデモクラシーに則つていないということは、一体何によつて保障されるのか。議会が法律を制定改廃し、憲法裁判所が法律の合憲性を審査すれば、それでデモクラシーは完全だというのが西ドイツ一九五六年刑法草案の論理である。或は西ドイツには、こうした論理を妥当させるに足るだけの政治的な条件が備わつているのかも知れない。しかし、少くともわが国では、この種の論理は妥当しない。

法規にデモクラシーの保障がないかぎり、法規の絶対視は、実質的には、デモクラシーの絶対視ではなく、むしろ単なる政治権力の絶対視である。その限りそれは、むしろデモクラシーとは反対のものである。デモクラシーのもとでは、法規の側にデモクラシーが保障されない場合には、法規は絶対視されなければならない。そこでは、ラートブルッフの確信犯人論における相対主義の論理が、依然として妥当する。かくして、デモクラシーの保障を持たない法規に対するところの抵抗が、今日における名誉拘禁の対象となる。「確信」犯人は、云うなれば「抵抗」犯人に転化する。

では法規がデモクラシーに則つていないという保障を持たない場合とは、具体的にはどのような場合であろうか。遺憾ながら、本稿はそれに対する回答を持つていない。それは、今日わが国の置かれているところの政治的な諸条件に対するあまりにも深い洞察を必要とするのである。ただ、極く抽象的に次のことが言える。政治権力がファシズムに傾けば、勿論それだけ法規のデモクラシーは疑わしくなるわけであるが、同時に、それだけ権力はみずからの絶対性を主張するようになる。反対に、政治権力がデモクラティックであればあるほど、法規のデモク

ラシーを疑う必要は小さくなるわけであるが、他方、権力みずからがこうした疑いを持つだけの余裕に恵まれる。だから、むしろ「スイスやスエーデンのような幸福な国々が、立法的・司法的にラートブルッフ草案の要求を大幅に満たし得る」⁽⁷⁾のである。デモクラシーが最も典型的に機能していると云われるイギリスでも、ある範囲で、名誉拘禁と目されるべきものが存在する。すなわちイギリス一九四八年の刑事裁判法は、煽動 (sedition)、煽動的誹毀 (seditious libel)、煽動共謀 (seditious conspiracy) の三罪につき、禁錮囚を特別待遇すべきものとする^(五二条)。三罪共通に、煽動の意図 (seditious intention) を必要とするのであるが、煽動の意図とは、ステューヴンによれば、「王、王の後継者若くは子孫、または確立された法による王国の政府及び基本組織、または上下両院または司法部の地位を占める者に対し、憎悪若くは侮蔑を抱かせ、または不信を醸成する意図」⁽⁸⁾である。犯人は、ほぼ未決囚と同じ扱いを受け、労働を強制されない⁽⁹⁾。

デモクラシーが未だひ弱な状態にあるわが国で、こうしたイギリスの制度をどれだけ真似し得るかは、勿論なお問題があるものとして将来に残されなければならない。しかし、デモクラシーが典型的に機能しているところで、政治権力に抗して為される言論のうちのあるものが名誉拘禁によつて罰されるということそのことは、デモクラシーと名誉拘禁の関係について、甚だ示唆するところが大きい。すなわち、「民主政治のもとではその本質と直結する政治的意見を表現する自由は、高度に保障さるべき優位を憲法の保障の体系のうちで占める」⁽¹¹⁾のである。その制限だけは、どのような理由をもつても、或はデモクラティックでないかも知れないという疑いを免れることができないとされる充分の理由を持つ。そこでは、相対主義、従つてまた名誉拘禁が妥当するのである。

イギリスの名誉拘禁が示唆的であるのは、もう一つ、その要件の客観性である。裁判官に大幅の裁量権を与え

ようとする現代の刑事司法の流れに棹さすことは、一般には、余程慎重を要することであろう。しかし、一般の事柄に関しては全面的に信頼を寄せ得る裁判官が、ひとたび政治的な事柄になると、必ずしも信頼できなくなるということとは、充分あり得ることである。前記わが大審院の不明朗な態度を記憶するものにとつては、「右翼は『愛国的』だから禁錮、左翼は『売国的』だから懲役」というようなことになるおそれもある⁽¹³⁾という懸念は、まことにもつともなのである。名誉拘禁の要件は、できるだけ客観的でなければならぬ。この要求は、今日、原理的に可能なものとなつた。処罰の正しさが相對視されなければならぬかどうかは、法規にデモクラシーが保障されているか否かによつて定まるのであり、従つて、本質上、法規の側の問題だからである。

本稿で為し得るもう一つの要求は、これまた甚だ抽象的であるが、一定の残虐行為は、相對主義の視野外に置かれなければならないというものである。ニュールンベルグの國際軍事裁判における「人道に対する罪」や、國連の所謂ジェノサイド条約における所謂集團殺害は、一定の残虐行為は普遍的な可罰性を有するものだ、という思想を實証した。第二次大戦後の世界においては、「ファシズムの仮借なき人間無視にたいして、人間性(ヒューマニズム)があらためて個人の尊嚴の回復を要求⁽¹⁴⁾」しているのである。デモクラシーがファシズムと對立するものである限りにおいて、デモクラシーの絶對的要求は、ファシズムの人間無視に対して、決して相對的な態度をとることがないであろう。

- (1) 一九五三年の一部改正。
- (2) 理由書・訳、二三〇～一頁。
- (3) Dreher, Die erste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission, ZStW. Bd. 66, S. 580.
- (4) わが戦時刑事特別法(昭和十七年法律第六四号)は、「戦時ニ際シ國政ヲ変亂スルコトヲ目的トシテ人ヲ殺シタル者」に「死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮」を法定した(七条)。

- (5) 辻清明・民主主義・政治学事典・平凡社・昭和二十九年、一三〇二頁。
- (6) 一三〇一頁。
- (7) E. Schmidt, a.a.O., S. 163.
- (8) Kenny, *Outlines of Criminal Law*, 17th ed., p. 1958.
- (9) Fox, *ibid.*, p. 376.
- (10) 一九四九年監獄規則一三六条。
- (11) 伊藤正己・「公安条例合憲判決」批判・ジュリスト二〇八号、四
- (12) 一一一頁。
- (13) 法律時報臨時増刊、四四五頁、吉川助教教授発言。
- (14) 辻・前掲、一三〇四頁。

結 語

禁錮は存置すべきである。ただし、その科刑基準は、再考されねばならない。それは、デモクラシーを絶対視する立場において、処罰の正当性を相対視しなければならない場合に用いられるべきである。それが具体的にどのような場合であるかは、政治的条件に対する深い洞察を待つて定められなければならないが、一定の残虐行為は、いずれにせよ除かれねばならない。要件は、客観的でなければならない。そのほかの非破廉恥犯には、右と同様の意味では、名誉拘禁を与える理由がない。それは、一九五一年の国際刑法および刑務委員会決議に所謂「刑罰個別化の要求に即応する新しい区別」の中へ、或は発展的解消を遂げるべきものではないかと思われる。ただ、その場合、そうした区別に道義的評価が結びつくならば、その区別は、裁判で行われなければならない。その場合には、何程か修正された形で、禁錮が役立つであろう。

本稿は、東京大学団藤・平野両教授の御指導によつた。立教法学会の諸先輩にも、多大の御配慮を頂いている。