

松 山 大 学 論 集
第 32 卷 特 別 号 抜 刷
2 0 2 1 年 3 月 発 行

刑事政策学の現代的意義

吉 中 信 人

刑事政策学の現代的意義

吉 中 信 人

目 次

1. はじめに
2. 刑事政策学の誕生と展開
3. 隣接領域との関係
 - (1) 犯罪学と刑事政策学
 - (2) 刑罰学・行刑学と刑事政策学
 - (3) 刑法学と刑事政策学
 - (4) 刑事訴訟法学と刑事政策学
 - (5) 少年法学と刑事政策学
 - (6) 国際刑法学と刑事政策学
4. その他の周辺領域と刑事政策学
5. おわりに－人道主義的刑事政策学の再発見へ

1. は じ め に

近年、わが国における刑事立法の動向及びこれに伴う刑事政策に関する議論は活性化しているように思われる¹⁾。刑事法学界の大きな流れとして振り返れば、1960年代から80年代にかけて、刑法、監獄法、少年法等の改正問題を中心に刑事政策は刑事法学者の大きな関心を集めたが、当時の激しい論争にもかかわらず、大きな法改正には繋がらなかった。わが国の戦後における刑事立法の動きは、90年代後半から活発化していくことになる。1995年の「サリン等による人身被害の防止に関する法律」²⁾、1999年の「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」及び「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」³⁾、2000年の「少年法」改正や「ヒトに関するクローン技術等の規制に関す

る法律」等を皮切りに⁴⁾ 今日まで、多くの重要な法律の制定や刑法・刑事訴訟法における諸規定の改正もなされてきた⁵⁾。このような流れからすると、学問としての刑事政策学がその専門性を発揮すべきなのは、正にこれからであると思われる。

そこで、本稿では、今一度原点に立ち返り、刑事政策ないし刑事政策学の意

- 1) 刑事政策学の重要性と今後におけるいっそうの研究の必要性と可能性を示すものであるが、それとは逆に、議論の担い手に関しては、福祉や医療分野の専門家に裾野が広がってきているとはいえ、なお安心できる状況とは言えない。例えば、わが国における大学への教育・研究予算の縮減政策は、特に文科系学問に対して大きな打撃を与え続け、法学部においても、基礎法学や発展科目等のポスト削減及び不補充などの傾向が生じている。「刑事政策」もかつては、司法試験の選択科目の一つであったが、いわゆる法律選択科目が廃止されてから約20年が経過し、法学部カリキュラムにおけるその比重は低下してきている。筆者が研究者として法学部に就職して「刑事政策」を講義し始めた1997年当時は、司法試験の選択科目として人気もあり、学生の履修者も常に200人近い状況であったが、司法試験科目からの排除の影響は大きく、その後激減したという実感がある。大学における研究者養成という点でも、刑法学や刑事訴訟法学に比べ、わが国における犯罪学や刑事政策学の次代を担う若手研究者は、採用ポストとの関係で育ちにくい環境にある。現実の刑事政策に対する適切な批判と建設的な提言の供給という意味においても、「官製刑事政策」に対する「刑事政策学」の意義は、今後ますます重要なものとなると思われる。
- 2) See, N. Yoshinaka, La loi japonaise du 21 avril 1995 relative à la répression des dégâts humains du gaz "sarin" et autres gaz, CAHIERS DE DEFENSE SOCIALE, pp. 73-76, 1997.
- 3) See, N. Yoshinaka, New Legislation against "Organizational Crime" in Japan, CAHIERS DE DEFENSE SOCIALE, pp. 45-50, 1999.
- 4) See, N. Yoshinaka, Law on Regulating Human Cloning Techniques in Japan, The Hiroshima Law Journal, No. 26, vol. 3, pp. 332-327, 2003.
- 5) 主要なものとして、心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律、無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律、公職にある者等のあっせん行為による利得等の処罰に関する法律、ストーカー行為等の規制等に関する法律、支払用カード電磁的記録不正作出罪等（刑法163条の2-5）、不正指令電磁的記録作成罪等（刑法168条の2-3）、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律、特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律、受動的属人主義（刑法3条の2）、強制執行妨害等の罪の改正（刑法96条の2-6）、違法ダウンロード罪（著作権法119条3項）、刑の一部執行猶予制度（刑法27条の2-7）、逮捕監禁罪等の重罰化（刑法220条）、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律、犯罪被害者保護関連法、犯罪被害者等基本法、被害者参加制度（刑事訴訟法316条の33-39）、犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律による損害賠償命令制度、証拠収集等への協力及び訴追に関する合意（刑事訴訟法350条の2-15）、取調べ等の録音・録画等（刑事訴訟法301条の2）、再犯の防止等の推進に関する法律、テロリズム集団その他の組織的犯罪集団による実行準備行為を伴う重大犯罪遂行の計画（組織犯罪処罰法6条の2）などがある。

義とは何かを振り返りながら、今後どうあるべきかについて、隣接領域との関係を中心に捉えなおし、その現代的意義について未熟な考察を行うこととした。

2. 刑事政策学の誕生と展開

木村亀二によれば、刑事政策 (Kriminalpolitik) という用語は、1800 年ころにドイツの刑法学者フォイエルバッハ (Anselm v. Feuerbach, 1775-1833) によって最初に用いられたとされるが⁶⁾ 森下忠は、サルダーニャ (Saldaña) の研究をもとに、その言葉を誰が最初に用いたかは、明らかにできないとしている⁷⁾。ドイツにおいて刑事政策という言葉とその実践的意義が誕生したことは、資本主義国として比較的遅れて国際市場に出発したことから、保護貿易主義などを採用して政府による保護や干渉を図る「政策」や「政策学」の観点が必要であったことなどが指摘されている⁸⁾。ここで、フォイエルバッハが観念していた Kriminalpolitik とは、主に刑事立法政策であって、有効な犯罪防止策をも射程に収めたものではなかったとされる⁹⁾。そして、当時の状況として、資本主義の発達と工場生産の拡大に伴って貧富の格差と社会的階層が拡大し、失業者や浮浪者、そして浮浪少年等への対策が社会問題化するようになった。救貧法や少年法の誕生は、このような歴史の過程における産物であるとも言えるのである。さらに、累犯の激増は、犯罪原因を等閑視し、生起した犯罪に対して事後的に刑罰を加えるという古典学派刑法学の思考があまりに後ろ向きであり、現実の犯罪政策として無力であることを認識させるものとなった。自然法論的合理主義の立場からは、意思自由を持つ人間は、犯罪行動から得られる利益を少しだけ上回る不利益 (刑罰) の賦科を予告すれば、合理的判断のもとでその行為を思いとどまるはずであった。しかし、現実には、いくら刑罰を予告しある

6) 木村亀二『刑事政策の基礎理論』3頁 (岩波書店, 1942)。

7) 森下忠『刑事政策大綱』1頁 (成文堂, 1993)。

8) 森下・前掲同所。

9) 森下・前掲注7) 2頁。

いは実際に科しても犯罪は増え続け、これに対処する有効な施策が求められるようになった。19世紀後半から末葉にかけて、イタリア実証学派やリヨン環境学派等の近代学派刑法学が台頭したことは、刑法学を観念論として捉える思考から、これを経験科学として捉え直そうとする時代の潮流でもあり、同時に近代的な「犯罪学」の萌芽を示唆するものであった。この意味において、「犯罪学」は、特に古典学派「刑法学」に対する挑戦として生誕し、やがて刑法学から分離して独自の領域に成長していくことになる。

経験科学をものにした近代学派は、古典学派刑法学に対する挑戦者として犯罪学に成長していく一方で、その後 M. アンセルの新社会防衛論などによって、責任刑法と社会防衛論の調和を企図しつつ、あくまで刑法学の領域に着座する穏健な立場を他方では生み出していくことになる¹⁰⁾。それが正に、「刑法学と犯罪学の共同作業場としての刑事政策」の発展であった。このような意味における刑事政策は、本来、刑法学と犯罪学の知見が均衡し、且つ調和のとれたものであることを要請していたが、わが国を含む世界の潮流は、犯罪学の規範学からの脱皮と、それにとまなう刑事政策の規範学への傾斜という傾向を生み出した。その結果、刑事政策は刑法学の従者のような位置づけを与えられていくことになる。とりわけ、規範刑法学における責任論から量刑論にかけての議論は、刑罰執行における諸問題と密接な関係があることから、刑法学者がそのまま刑事政策を論ずる資格を与えられていくことになった。こうして、刑事制裁としての保安処分論や、監獄法上あるいは少年法上の諸問題が、刑法学者によって刑事政策の中心的テーマとして検討されることとなった。このような、いわば「刑事政策の刑法化」現象は、森下忠にみられるように、刑事政策における犯罪学からの決別にまで進展していく¹¹⁾。そして、逆に刑法学の方でも、もはや

10) ロクシンも、刑事政策的思考を刑法体系の中に統合していくことを主張していた。これに対し、リストはいわゆる遮断器論によって刑法の制限的役割を重視していたように思われる。いずれにしても、両者の緊張関係と調和的な思考は必ずしも矛盾するものではないであろう。日高義博『刑法総論』（成文堂、2015）5頁参照。

11) もっとも、森下には犯罪学に関する少なからぬ研究成果がある。

刑事政策を考慮しない立場は進歩的でないといなされる傾向を生み、精緻な体系を構築して喜んでいるよりは、犯罪者の処遇論を考慮しつつ、刑法を社会統制の一つの手段に過ぎないと考える機能的な刑法学の台頭に繋がっていったようにも思われる。しかし、こうした、いわば「刑法の刑事政策化」ともいうべき状況は、そう長くは続かなかった。わが国における機能主義刑法学の旗手とみられた平野龍一の刑法学は、刑法社会学的な新たな領域への大きな可能性をも秘めていたが、その後現在まで続くわが国の刑法学は、むしろ刑事政策学を刑法学から切り離し、刑法解釈論に集中し、これを体系化し精緻化する方向へ再び展開する道筋を示してきたように思われる¹²⁾

このような、いわば「揺戻し」傾向がなぜ生じたのかについては、慎重な検討が必要であるが、さしあたりいくつかの推論が可能である。まず、一つ目として、刑法改正、監獄法改正、少年法改正などの刑事政策上のテーマは、価値観の違いや思想的対立によって先鋭化しやすく、それは時に学問的対立というよりは、人生観・世界観の対立に由来するものとなりやすいため、学者のアンガージュマンを自制する立場から、こうした議論の渦から撤退しようとしたのではないかと、いうものである。誤解を恐れずに言うならば、全存在を賭けて信仰上の争いをするよりも、論理的に正解を導きやすいクイズの思索に没頭する方が、学者としては安住しやすく、純粹に頭脳の戦いであるから知的満足感を得られやすいということがあるのかもしれない¹³⁾ 二つ目はもっと実際的な事情であるが、刑事政策の研究にとって、上述のような歴史的脈絡からも、事実に基づく実証的な研究が必要であるところ、わが国の刑事司法の実態、特に刑事施設の現状については、研究者のアクセスに困難をきたす側面があり、ファクトを正確に把握しづらいうことに起因するのではないかと、いうもの

12) 松澤伸『機能主義刑法学の理論－デンマーク刑法学の思想』（信山社、2001）は、こうした流れの中で、出色の重要文献である。

13) それに対して、哲学的で根源的な問いに対しては、集積した膨大な法解釈の知識から直ちに正解を導けるとは限らず、ドストエフスキー的なテーマに正面から対峙することは、かつての刑法学に比べ、回避される傾向があるようにも思われる。

である¹⁴⁾。このため、研究領域が、解釈論などの理論研究となるか、又は海外法制度の動向といった比較法的研究に流れるという傾向を生じさせ、前者は理論刑法学に、後者はプロパーな刑事政策学へと分化していったのではないかと考えられる。さらに、よりまっとうな理由としては、新しい社会経済構造の進展の中で、刑法解釈学が取り扱い、解決策を示さねばならない課題が増大したことによって、将来の政策というよりも、まず純粋に現行法上の解釈として理論刑法学に期待される領域が拡大したことも指摘できよう。近年では特に、2009年以降における裁判員制度の導入も大きな契機であったと思われる。さらに、大学等の教育・研究機関における刑事政策学のポスト不足による担い手の減少も見逃すことができない。

これに対して、刑事訴訟法学は、もともと実定法の手続論的解釈を中心とした議論と、そうでなければ学者の純粋な理論的関心に基づいた研究が多く¹⁵⁾、いわゆる代用監獄問題や公訴権濫用論などを除けば、真正面から刑事政策と連動することは少なかったが、近年では、少年法改正¹⁶⁾、組織的犯罪処罰との関連における通信傍受法の制定、裁判員制度とそれにとまう公判前整理手続、VISを含む被害者参加制度、損害賠償命令制度、取調べの録音録画、証拠開示、合意制度、そして再び弁護人の取調べ立会への課題など、むしろ実体刑法学よりも華やかな刑事立法政策上のテーマが目白押しで、当然のことながら訴訟法学者のこれらの議論への関与が高まっていった。刑法学者の理論的課題への傾斜と政策学からの退陣傾向ともなって、近年のわが国においては、むしろ訴訟法学者が刑事政策に関する積極的な提言を行っているように思われる。そして、刑事政策学プロパーの領域としては、矯正ないし更生保護における処

14) そうした中で、統計に基づく実証的な刑事政策を志向するものとして、浜井浩一『実証的刑事政策論』（岩波書店、2011）がある。

15) 基礎理論、特に訴訟行為論や訴訟条件論、裁判の効力論等、およそ実際の刑事裁判では殆ど論じられないようなテーマに学術性が認められ、盛んに論じられた。

16) 2000年改正をめぐる議論は、事実認定論や検察官関与などの手続法的な論点が主要なテーマであったことから、手続法学者の関与が顕著であったように思われる。

遇論や、近時の環境犯罪学に鼓舞された犯罪予防論等が残されているが、刑法や刑事訴訟法等、隣接領域を視野に収めた包括的なテーマを内容とするスケールの大きな研究や提言が刑事政策学の立場から行われることは少ないように思われる。

以上のことから、現在の刑事政策学は、専門性を有する狭い固有領域を扱うか、そうでなければ、刑事司法の雑学もしくは他の規範学のゴミ箱概念のような立場に置かれており、そのレゾナードルを問われるべき状態にあるのではないかと危惧される。刑事法に関する基本法が整備され、立法課題が解決されれば、刑事政策学の意義は減少し、あるいは失われるのであろうか。きっとそうではあるまい。そこで次章では、個別の隣接領域との関係を見直しながら、刑事政策学の今後の可能性について検討していくこととしよう。

3. 隣接領域との関係

(1) 犯罪学と刑事政策学

前述のように、犯罪学こそは刑法学を思弁の軛から解き放ち、経験科学の見地から実証的な犯罪研究を行おうとしたものであって、近代刑事政策学の基盤を形成した重要領域であった。生来性犯罪人説を唱えたロンブローゾを典型とする犯罪人類学は、骨相学の知見をいかしながら犯罪原因にタックルし、その後フェッリのような決定論的刑法学を登場させた。こうした流れからすれば、犯罪学的な発想は、その後も刑法学に大きな影響を与え、刑事政策学において不可欠の一領域を構成する可能性があった。実際、わが国で、刑事学という名称が用いられるとき、それは、犯罪原因論を包摂した刑事政策学を内容とすることがある¹⁷⁾。しかし、犯罪学が犯罪生物学的研究から遺伝学的見解に結びつき¹⁸⁾、さらに優生思想と結託して科学の装いを整え、一定の政治思想と協働す

17) 森下・前掲注7) 9頁によれば、牧野英一が、フランスの刑法学者ガローが用いた《sciences pénales》の訳語として使用したことに始まるとされる。わが国では、吉岡一男『刑事学（現代法律学講座）』（青林書院、1996）等がある。

るとき、恐ろしい人種的偏見と迫害をもたらす危険のあることが明らかとなった。このような歴史的展開は、犯罪学特に犯罪生物学を危険な研究領域であると認識させるとともに、刑事政策における犯罪学の学問的基礎としての地位を疑わせる事情となったことは明らかである。この点、犯罪原因をむしろ社会や環境に求めた犯罪社会学的見解は、一定の人種の遺伝的特質よりも、彼らがおかれた社会的条件に焦点を当てることにより、犯罪を社会環境の産物と考えたことから、研究及び研究者のリスクは少なく、19世紀末葉のヨーロッパから20世紀のアメリカにおいて、コロンビア学派やシカゴ学派の成立により大いに発展していくこととなった¹⁹⁾

しかし、隆盛を誇ったアメリカの犯罪社会学は、その後2度にわたる大きな転機に見舞われる。一つ目は犯罪社会学がそもそも内包していた資本主義経済体制への批判的視座が²⁰⁾1960年代以降ラベリング理論の展開によって開花するとともに、70年代のニュー・クリミノロジーの流れを生成し、犯罪を相互作用的な社会的構成物として観念し、それが極端なイデオロギ的体制批判を招来したことである。こうした犯罪学の理論的展開は、刑事政策上、非犯罪化論や非刑罰化論に一定の影響を与え、具体的な制度論として選択的な法執行・裁量の余地を少なくするとともに、アメリカにおけるパロールや不定期刑の廃止にまで至る、ジャスティス・モデルの発展に寄与するものとなった。2つ目の転機は、環境犯罪学の誕生である。ニュー・クリミノロジーがパラダイム・シフトと言われることがあっても、それが、やはり大きな意味では犯罪原因学の範疇に属するものであったのに対し²¹⁾環境犯罪学に通有する思考は、犯罪原因が人であるか環境であるか、あるいは社会経済体制であるか等にはかかわ

18) 例えば一卵性双生児に関するランゲの研究が有名である。Vgl. Joh Lange, Verbrechen als Schicksal, Zeitschrift für Induktive Abstammungs- und Vererbungslehre volume 53, S. 151-152, 1930.

19) 森本益之・瀬川晃・上田寛・三宅孝之『刑事政策講義[第3版]』(有斐閣ブックス, 1999) 9頁以下参照。

20) 社会主義犯罪学派, 特にA・ボンガーに代表される。

らず、毎年どこかで必ず起こる犯罪発生の機会を減少させることにより犯罪に対処するという、極めて現実的且つ実践的な方法論であり、これは伝統的な犯罪原因学からの脱却であるとも評価できよう²¹⁾ 環境犯罪学や状況的犯罪予防論の成果は、従来の犯罪学が原因論から出発して処遇論に影響を与えていたのに対し、犯罪予防論として直接的なインパクトを現実の刑事政策にもたらした。こうして、犯罪生物学の系譜が、脳科学研究などを通じて一定の復興の兆しをみせているものの²³⁾ なお歴史的な負の遺産を払拭しきれていないのに対し、1970年代以前の犯罪社会学は今もなお穏健な刑事政策に影響をもち続けているように思われ、また近時の環境犯罪学の台頭は、特に納税者に対し、刑事政策に寄与する犯罪学研究の必要性を示したのであり、今後も刑事政策学における理論的基礎として、犯罪学固有の発展が期待される場所である²⁴⁾ 今さらロンブローゾを引くまでもなく、現代の刑事政策において、科学の持つ虚構性や危険性には十分な警戒が必要であるが、さりとて、科学性を失った刑事政策は、時の政治体制による恣意的な法執行を奨励ないし追認するだけの「官製刑事政策」に陥る危険性を孕むものであり、適切な批判や建設的な政策的提言をもたらす基礎学問として、犯罪学の役割は極めて重要であり、とりわけわが国の問題として、次代を担う犯罪学者の養成は喫緊の課題であるといつてよい。

21) なお、第二次大戦後ハンス・フォン・ヘンティヒによって提唱された被害者学も、そもそも犯罪原因を被害者の側から研究しようとしたものであって、犯罪学の一分野であるが、近年ではむしろ犯罪被害者の救済という観点から、刑事司法における多くの法改正を導いており、刑事政策に大きな影響を与えているが、特に刑事訴訟における被害者の位置づけをめぐる議論がある。

22) See, N. Yoshinaka, *Crime Prevention in Japan: The Significance, Scope, and Limits of Environmental Criminology*, *The Hiroshima Law Journal*, Vol. 30, No. 2, p. 243, 2006.

23) さしあたり、See, A. Moir et D. Jessel, *A mind to crime: the controversial link between the mind and criminal behavior*, Penguin UK, 1995.

24) 刑事政策学者による貴重な単著として、瀬川晃『犯罪学』（成文堂、1998）があり、最近の編著として、守山正・小林寿一編著『ビギナーズ犯罪学 第2版』（成文堂、2020）がある。

(2) 刑罰学・行刑学と刑事政策学

犯罪学が、刑法や刑事政策との関係において、中心的な学問分野として発展してきたのに対し、刑罰学ないし行刑学は、極めてマイナーな概念又は領域として扱われてきたように思われる。その理由は、今日の刑事制裁が施設内処遇から開放的処遇、そして社会内処遇に至るまで、様々なヴァリエーションを持ち、刑罰のみが犯罪者処遇を語るものではないこと、また、それにとまなう行刑（Strafvollzug）という観念も既に時代遅れであることが意識されているためではないかと思われる。もっとも、例えばフランスにおいて、《pénologie》という言葉が使われるとき、それは広く制裁論を意味することが多く、その内容はわが国でいう刑事政策に非常に近いものである²⁵⁾。しかし、森下忠によれば、理論的には、刑罰学は、犯罪学に対応して、刑事制裁の機能および運用に関する実在の学として理解されるべきであるとされる²⁶⁾。私見も、犯罪学と関連性を保ちつつも、独自の見地から刑罰学の発展が企図されるべきであると考えますが、もっと広い視野から制裁制度を見直すという意味では、「刑事制裁学」のような用語がふさわしいのではないかと思われる²⁷⁾。また、刑罰史などの法制史的な研究も取り入れながら、近現代の刑罰制度の歴史的意義を問うことも重要であろう。刑事政策学の中心は現代の刑事司法・制裁制度であるが、通時的な研究軸をもっと取り入れるべきではなからうか。そして、それは明治期以来の西洋法研究にとどまらず、それ以前の古代中国法等の影響過程をつぶさに再検討することを意味する。現行刑法は錯誤論や自首制度等、唐代の律に由来する規定をなお使用しているのであり²⁸⁾、現代刑事政策の観点からする再検討も、

25) 森下・前掲注7) 11頁参照。

26) 森下・前掲同所。

27) その意味で、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009）は先駆的な重要文献であるといつてよい。特に、民事制裁や行政制裁を刑事政策との関係でどう捉えていくべきか、刑事政策学にとっては常に重要な課題である。

28) 孫璐・吉中信人「刑法における錯誤論の系譜－唐律から現代法への示唆－」広島法学43巻3号（2020年）、Lu Sun, 'A Legal Historical Study on Surrender System', Academic Journal of Humanities & Social Sciences, Vol. 3, Issue 7, 2020.

学問的な幅の広がりという点において、一定の意味を持つのではないかと思われる。例えば、現代の刑事政策論においてもしばしば言及されるように、わが国では、平安時代における嵯峨天皇の命令によって、大和朝廷が約 350 年にわたって死刑を廃止したことはよく知られているが、なぜそのような状況となったのか、その背景や原因はそれほど知られているわけではない²⁹⁾ 当時の時代状況を正しく理解すれば、「そうした史実があるのだから、現代においても死刑廃止すべきである」とは直ちに言えないかもしれない。学問研究である以上、都合よく政策論に結びつけるのではなく、慎重に事実を確認する作業が求められるであろう。

そして、刑罰学には、次節に見るような、別の役割も期待される。

(3) 刑法学と刑事政策学

先に見たように、わが国における刑法学と刑事政策学の関係は、全体としてみれば、決して密接なものとは言えなくなっているように思われる³⁰⁾ 歴史的に刑事政策学は刑法学から分化してきたが、刑事政策学の専門性の発展と裾野の拡大は、独自の研究領域を確立させてきた。しかし、これは別の視点からは両者の乖離であるとも言えるのであり、学問的懸隔が生じることは決して好ましいことではない。刑法上の犯罪化が行われようとしているときなど、例えば環境保護など、新しい考え方に基づく法益概念が議論されることがあるが、もし刑法学の側が旧来の考え方から一步も出ようとしなければ、刑法典の規定はほとんど変化せず、時代の要請に応えられないものになってしまうであろう。比較法的に見て確実に言えることは、明治 41 年の日本の刑法典規定そのものは、古色蒼然としており、近年の大立法時代と呼ばれる動向にもかかわらず、

29) 孫路・吉中信人「死刑存廃に関する一考察－唐と日本における法制史的検討－」広島法学 43 巻 2 号 (2019 年) 参照。

30) もちろん、個別に見れば、両者に造詣の深い研究者が存在することを否定するものではないが、近年は、専門性の向上とは裏腹に、全体を俯瞰しつつ、図と地の関係の中で学際的考察を行うことが難しくなっている状況があるのではなからうか。

世界の水準からは取り残されていることである。もっとも、刑法学自体の理論的展開は必ずしもそうではなく、近年では若手研究者によってドイツやアメリカの比較的新しい理論的展開が紹介され、水準の高い議論も行われている³¹⁾しかし、逆にそのために実定法規定と理論刑法学との乖離はますます拡大し、一般人からは、刑法規定を読んだだけでは刑法の実際は殆ど掴めないということにもなっている。民主的な観点からもこのような事態は好ましいことでなく、学問的な到達点を立法によって国民一般にも分かるように示すことが求められるのであり、その点からも刑事政策学は、刑法学へ新しい考え方を紹介し、必要があれば立法化のための理論化を促すべきであろう。もっとも、刑法学の側も、刑事政策上の新動向にもかかわらず、堅守しなければならない原理原則は表明すべきであり、その上で、変えるべきもの、変えるべきでないものを議論し、選別していくべきである。その意味で、刑法学と刑事政策学は、緊張関係を保つべきであるが、最終的な着地点を見いだす際においては、適切な協働関係を維持していかなくてはならない。そして、そのような協働関係を促進していくために、両者の交錯する領域、例えば、量刑論を含む刑罰論等の共同研究をもっと積極的に行うことが必要であるだろう³²⁾刑法学の方でも、犯罪論の研究は質量ともに極めて充実しているのに対し、刑罰論を専門とする研究者は比較的少なく、刑事政策学においても刑罰学を実定法との関係で専門的に考察する研究者はそれほど多くないが、実証的な刑罰学の成果を規範解釈論にも生かしていくことが、両者の協働を促すであろう。

その他、企業犯罪、組織犯罪、テロ犯罪等、個人責任の原則や刑法の最終手段性等との関係で伝統的な刑法原則と緊張関係に立つものと思われる現代型犯罪に対しても、刑事政策学との協働作業によって、個人の人権を尊重しながら

31) 参照すべき文献は多いが、天田悠『治療行為と刑法』(成文堂、2018)、竹川俊也『刑事責任能力論』(成文堂、2018)、外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂、2018)、松本圭史『刑法における正当化と結果帰属』(成文堂、2020)等は特に注目される。

32) 城下裕二による量刑論に関する一連の研究が注目される。最近のモノグラフィーとして、『責任と刑罰の現在』(成文堂、2019)参照。

犯罪対策を推進できる、実効性ある処方箋を示していくことが期待されるところである。

(4) 刑事訴訟法学と刑事政策学

刑事訴訟法学においては、上述したような、刑事手続上の多くの立法的課題が示されてきたが、それらは、あくまで刑事訴訟法学上の問題なのであるから、直接に刑事政策学にかかわるものであるという認識ではなく、また、その問題解決のために刑事政策学の知見を参考にするということも少なかったのではないかと思われる³³⁾ 刑事訴訟法が国家刑罰権から国民の人権を保障するための障害物競走に類するものであるとすると、むしろ刑事訴訟法学は憲法学を基礎理論とするべきであり、犯罪防止・再犯防止を掲げる刑事政策学は、ともすると国家刑罰権の側に立つ学問分野とみなされる傾向があったのかもしれない。これは、刑事政策という概念の出自との関係で理由がないことではなく、実際、社会防衛という思考は、刑事政策学では、批判的な場合を含め普通に認知され議論されているが、刑事訴訟法学において、このような概念が正面から語られることは極めて少ない。しかし、現代の刑事政策が、人権保障に配慮していないかという点必ずしもそうではなく、例えば受刑者の人権保障の推進は、監獄法改正による刑事収容施設法の導入によって全体としては著しく向上したのであり³⁴⁾ 刑事手続においても未決拘禁者や被留置者の処遇において、人権保障と身柄拘束の理由ないし必要性の観点から、刑事訴訟法学と刑事政策学の交錯する領域が認められ、両者の協働が求められるものと思われる。この点、刑事訴訟法学の観点からは、プロレオ原則から、有罪判決が確定するまでは無罪推定なのであり、この段階における、いかなる処遇概念も承認すべきではないという考え方もあり得るところである³⁵⁾ しかし、そのように考えたとしても、

33) 被害者参加制度導入における被害者学の援用や、少年年齢引き下げに対する反対論として脳科学の知見が積極的に紹介されることはあった。山口直也編著『脳科学と少年司法』（現代人文社、2019）参照。

例えば、実務上、非常に大きな意義を有する起訴猶予の刑事政策的意義を論じること自体が禁じられるべきではないであろう。そして、有罪認定後の量刑論としても、捜査手続の違法を第三領域として考慮すべきではないかという議論もあるところであり、この量刑論を介して、刑法、刑事訴訟法、刑事政策相互間の協働研究が期待される。また、修復的司法や治療的裁判等の比較的新しい考え方を、今後の刑事司法ないし刑事訴訟法学の発展にどうかかわらせていくかについても、三分野の協働作業が求められる。

さらに、刑事訴訟法学には、刑事政策学特に犯罪学と共通のルーツを持つ領域がある。それが、犯罪人類学的手法を用いて犯人身元確認や同一性判断を行う実践的分野としての捜査科学（*criminalistique*）であり、19世紀末葉のフランスで発達し、その後ヨーロッパ諸国やアメリカ、そしてわが国にも紹介されていった³⁶⁾当初は、パリ警視庁のアルフォンス・ベルティオンによって確立された「ベルティオナージュ」という、個々の身体の各部位の大きさや長さを測定することや、モンタージュ写真の原型となったベルティオン方式肖像計測器を用いて犯人の同一性確保を行っていたが、後に、ガルトンによって普及し

34) 少なくとも法制度的には、明らかに様々な手当てがなされ、筆者の10年にわたる刑事施設視察委員会の経験からもそのように実感しているが、個別の施設において問題のある処遇が皆無であったわけではなく、実際に多くの国賠訴訟等が提起されてきた。海外のジャーナリスト等からは、日本の刑事施設の現状は‘draconian’であると批判が後をたたないが、いったい自分の目で刑事施設の現状を見たことがあるのだろうか。また、仮に信頼のおけるソースによるとしても、自分の国の刑事施設と比べた上でそのように言えるとして批判を行っているのだろうか。このことは、もちろんわが国の制度や現状の問題を見逃す理由とすべきではないが、扇情的で一方的な批判は必ずしも事態を好転させるものではないであろう。個人的には、‘draconian’と批判される理由の根源は、制度そのものというよりも、日本社会における犯罪者に対する一定の見方や、長らく存立してきた日本の刑務所文化に起因するものが大きいのではないかと思われる。受刑者も憲法上の人権共有主体であり、人として尊重されるという考え方を、知識レベルではなく、皮膚感覚として醸成していくことが求められよう。もし、人権派と称される進歩的な研究者が、講義や論説で人権の重要性を高らかに称揚しても、自分や家族の隣人として、あるいは同僚として元受刑者を受け入れられないのであれば、人権という概念は彼又は彼女にとって、言葉や紙の上のものでしかない。

35) これに対し、森下・前掲注7)は、早くから「司法的処遇」という観念を認めている。

36) Voir, P. F. Ceccaldi, *La criminalistique, que sais-je ?*, pp. 32-45, 1976.

た指紋による同定方法にとって代わられる。いずれにせよ、このような研究が、今日の鑑識制度や、法科学（forensic science）の源流であったと考えられる。DNA 鑑定をはじめ、捜査過程で得られた資料が、証拠として裁判で採否が問題となることから、捜査科学として捜査段階に限定する必要はなく、証拠法上も重要な意義を有する分野であり、犯罪学が犯罪原因を実証的に検討しようとしたのと同様、今日、法科学も科学捜査と証拠能力の許容性判断との関係において、刑事裁判に対して科学的にアプローチしていく必要があり、今後もこの分野の進歩・発展が期待される場所である。

(5) 少年法学と刑事政策学

少年法学は、今日でも、刑事政策学の一領域と考えられている側面があり、教科書類においても、非行少年に対する手続と処遇について一章を設けるものが多い³⁷⁾。これに対して、刑事訴訟法学においては、刑事訴訟規則第四編が、「少年事件の特別手続」を規定しているにもかかわらず、教科書類で特別に言及するものは少ない。これは、今日の少年法学が、刑事政策学から自立して、独自の研究領域として確立していることを意味しているのかもしれない。少年法をめぐる諸問題は、一方で、刑法や刑事訴訟法といった規範学や刑事法上の政策論とかわかっており、また、他方では、児童・少年・青年をめぐる発達の問題や福祉の問題とも切り離すことができず、専門的であると同時に極めて学際的な領域となっており、少年法学が独立の分野として確立してきたことには十分な理由がある。それと同時に、少年法問題には、刑事法学者はもちろん、一般市民・国民の誰もがそれなりの考えを持っているという特徴がみられる。専門家による少年法改正論議の歴史を振り返れば、どの年代の議論においても、実務家はもちろん、刑事法領域のほぼすべての領域から少年法改正に対して意

37) 比較的最近のものとして、例えば、川出敏裕・金光旭著『刑事政策』（成文堂、2012）、前田忠弘・松原英世・平山真理・前野育三著『刑事政策がわかる〔改訂版〕』（法律文化社、2019）等。逆に特別の章立てをしないものとして、武内謙治・本庄武『刑事政策学』（日本評論社、2019）等がある。

見を述べることが行われてきた。すなわち、少年法学は、さながら刑事法学者のフォーラムのような様相を呈してきたとも言い得るのである。このような間口の広さは、刑事政策学の一分野として、その学問領域の重要性を認識させるとともに、それを支える論者の裾野を広げるのに役立つであろう。

したがって、ここで大切なことは、少年法学と刑事政策学の関係をより緊密なものとして、両者を分断せず、連続的なもの、あるいは一体のものとして把握する視点である。少年法の理念を強調するあまり、成人犯罪者の処遇をそれより優遇されない領域として差別化すると、極端な保護原理主義に至る結果、少年は保護されるが大人は処罰される、といった誤った理解を喧伝してしまうことになる。大人も子どもも人間であり、たとえ犯罪者・非行少年であっても、人として尊重され、また、社会復帰の可能性が保障される必要があるだろう。確かに、少年には特別な保護が与えられるという点では、少年法の意義は極めて大きいのであるが、それが故に成人処遇を下に置いていて良いというわけではない。この点、ともすると、少年司法と刑事司法の差異を強調しすぎたり、あたかも可塑性は少年にしか存在しないかのような議論が行われたりすることもあるが、そうした論の立て方は、そもそも少年司法と刑事司法の連続的な手続構造を誤解しているのであるし、何より、少年だけが特別扱いを受けるべきという誤ったメッセージを与えることから、社会からの共通理解を得られないものである。少年法学が刑事政策学から自立しすぎること、成人処遇の諸問題を置き去りにしてしまうのではなく、むしろ、少年法や少年処遇論で培われた先進の考え方を、やがて成人処遇にも導入していく可能性をこそ刑事政策学において議論すべきなのである。少年法学を、成人処遇に繋げ、改善していくためのお手本とし、成人処遇論に駆動力を与えるエンジンと捉えることが重要である³⁸⁾。正に、「今日の少年法は、明日の刑法のあり方を示す」のである³⁹⁾。

38) 吉中信人『少年刑法研究序説』（溪水社、2017）23-26頁参照。

39) M. Ancel, *La Défence Social Nouvelle*, Editions Cuias, p. 268, 1981.

(6) 国際刑法学と刑事政策学

刑法学では、刑罰権が国家に属することから、国家性の原則が伝統的に強いものに対し、刑事政策学にあっては、つとにその研究と政策の両面において、国際性ないし世界性の重要な意義が説かれてきた⁴⁰⁾しかし、国内刑法においても、域外適用法としての「国越刑法」ないし「国際刑事法」は、近年のグローバル化の流れに伴って益々重要性を増している。刑法1条から5条に規定される基本原則のほか、1953年逃亡犯罪人引渡法、1980年国際捜査共助等に関する法律、2002年国際受刑者移送法等は、国内法において基本となる法源であり、刑事政策の国際性の見地からも、重要な検討対象となっている⁴¹⁾そして、国際条約を主な法源とする「刑事国際法」においては、犯罪人引渡条約と受刑者移送条約等が重要である⁴²⁾前者として、わが国とアメリカ合衆国及び韓国との間に2国間条約が結ばれており、後者として、欧州評議会の多国間受刑者移送条約に加盟しているほか、タイ、ブラジル、イラン、ベトナムとの間に2国間条約を締結している。国内法としての「国際刑事法」と国際法としての「刑事国際法」は、この領域の問題解決に際して、相互に関連し、密接な関係性を有していることから、国内法、国際法の差異を踏まえつつも、両者を統合的且つ総合的に包摂する学問領域が必要であり、この比較的新しい領域を、刑事政策学の一領域として、「国際刑事政策学」と呼称することが可能であろう⁴³⁾その研究対象は、上述した国家間の逃亡犯罪人引渡や受刑者移送、国際捜査共助等ばかりでなく、国際人道法ないし難民法などとの関係も検討される必要があるだろう⁴⁴⁾そのためにも、犯罪も国際性を帯びた今日の世界では、刑事法学者と国際法学者の相互交流と研究協力が今後益々必要になってくるものと思われる。

40) 森下・前掲注7) 20頁。

41) See, Nobuhito Yoshinaka, *The Criminal Justice System in Japan: An Overview*, *The Hiroshima Law Journal*, Vol. 44, Nr. 2, pp. 75-69, 2020.

42) わが国では、国際捜査共助等に関する法律19条によれば、受刑者証人移送においては条約前置主義がとられていると考えられる。

4. その他の周辺領域と刑事政策学

これまでに挙げてきた刑事政策学の隣接領域の他にも、分野として多少遠いと思われるものの、しかし、刑事政策学にとって重要と思われる周辺領域を指摘することができる。そこで、それらについても、まとめて瞥見してみよう。まず、医事法学、特に医事刑法学との関係が挙げられる。医療の論理と刑事政策は、一見何のかかわりもないと考えられるかもしれないが、決してそうではない。特に、精神医療と触法精神障害者処遇との関係においては、保安処分導入の是非をめぐり、壮絶な論争が繰り広げられてきた歴史がある⁴³⁾ 今日では、いわゆる医療観察法が成立し、落ち着きを取り戻しているように見えるものの、個別のテーマについて、なお、司法精神医学と刑事政策の交錯する領域があり、議論が行われている⁴⁴⁾ また、特に犯罪者処遇論は、いわゆる「医療モデル」など、医療とのアナロジーで語られることも多く、その思考や論理が、刑事政策に大きな影響を与えてきた。その中には負の側面もあり、犯罪生物学的な発想から、犯罪者に対する積極的な犯罪性の治療を行うことや、いわゆる「精神外科」によるロボトミー手術などを歴史上容認したことは、大きな負の遺産と

43) この領域における森下忠の業績は正に前人未踏というほかない。単著だけを挙げても、『国際刑事司法共助の理論』(成文堂、1975年)、『国際刑法の潮流』(成文堂、1977年)、『国際刑法の新動向』(成文堂、1979年)、『国際刑事司法共助の研究』(成文堂、1981年)、『刑事司法の国際化』(成文堂、1990年)、『犯罪人引渡法の理論』(成文堂、1993年)、『新しい国際刑法』(信山社、2002年)、『刑法適用法の理論』(成文堂、2005年)、『国際刑法学の課題』(成文堂、2007年)、『国際刑事裁判所の研究』(成文堂、2009年)、『国際刑法の新しい地平』(成文堂、2011年)、『国際汚職の防止』(成文堂、2012)、『諸外国の汚職防止法制』(成文堂、2013)等がある。

44) ノン・ルフールマン原則とゼーリング原則等、両者には類似の原則がみられる。

45) 刑法改正仮案から刑法改正草案による刑法全面改正が頓挫した大きな原因の一つが保安処分導入の問題であったように思われる。法と精神医学との交錯を扱うものとして、さしあたり、町野朔・中谷陽二・山本輝之編著『触法精神障害者の処遇【増補版】』(信山社、2006)、中谷陽二編著『責任能力の現在』(金剛出版、2009)等参照。特にイギリスの状況として、三宅孝之『精神障害と犯罪者の処遇』(成文堂、1992)が詳しい。

46) 例えば、精神障害に罹患した非行少年の処遇に関する問題等もそうである。吉中信人「精神障害に罹患した非行少年処遇の望ましいあり方ー刑事政策的観点からー」法と精神医療第35巻(2020)参照。

して教訓とされなければなるまい。しかし、疾患が発生する前に予防する予防医学の考え方と、犯罪が発生する前に予防する犯罪予防論（環境犯罪学、状況的犯罪予防論）との発想の類似性は夙に指摘されてきたところでもあり、刑事政策が、極端な医療化を警戒しつつも、そこから学ぶものはいぜんとして大きいと思われる。そして、医療化論は医療社会学の立場から長らく指摘されてきたテーマであるが、刑事政策の側でも犯罪化論と非犯罪化論が犯罪社会学の立場から指摘されてきた。すなわち、社会的な視点は刑事政策の発展にとって非常に重要な役割を果たしてきたし、今後も重要な分析視角であり続けるであろう。そうした意味では、環境犯罪学に影響を与える都市社会学の知見ないし地域コミュニティ論の知見も、十分参酌されなければならないものと思われる⁴⁷⁾

そして、今日の刑事政策、特に国際刑事政策の領域においては、世界的規模で展開される国越的企業犯罪、国際組織犯罪、国際汚職犯罪、国際電腦犯罪、国際テロリズム犯罪、等への有効な対策を考える上では、国際政治学や国際経済学、さらには国際政治経済学の知見等も、刑事政策学において十分学び、吸収しながら、その学問的専門性を高めていく必要があるのではないと思われる。

5. おわりに一人道主義的刑事政策学の再発見へ

以上、刑事政策学の、様々な側面について、刑事政策の誕生と発展、隣接領域との関係、さらに周辺領域との関係についても振り返ってみた。ここであらためて分かったことは、刑事政策学の取り扱う領域の奥深さと幅広さである。刑法学や刑事訴訟法学など、個々の専門領域の知見を学びつつ、それらを学際的に俯瞰し、幅広い視野から刑事法学全体を総合的に研究する学問、それが刑

47) 吉中信人「現代社会と犯罪予防活動」広島法学 39 卷 3 号 (2016) 参照。See, Nobuhito Yoshinaka, Towards Sustainable Crime-Prevention Activities in Japan: The Possibilities and Limits of Volunteer Groups, The Hiroshima Law Journal, Vol. 42, Nr. 3, 2019.

事政策学なのではなからうか。もちろん、本稿で述べたような、あまりにも広すぎる領域を検討対象とすることは、かえってその専門性を脆弱にし、刑事政策学の雑学性を印象づけてしまうのではないかとの批判も予想されるところである。もし、刑事政策学が、しっかりとした軸を持たず、その時々のカッチーな流行語に踊らされ、単なるその時代の刑事思潮を、さも「これからはこの時代だ」などと喧伝するばかりであれば、空に解き放たれた風船のように、一時は人々の目に留まることがあったとしても、ほどなく墜落し、その後は誰の目にも留まらず、「そういえばあの頃はよくこんなことを議論していたなあ」と思い出すことになるだけかもしれない。したがって、膨大な領域を視野に収める刑事政策学全体を貫く大きな理念が必要であろう。

本稿では、隣接領域との関係を再検討したが、特に、犯罪学、刑罰学（刑事制裁学）、刑法学、刑事訴訟法学は刑事政策学の基幹学問ないし基礎理論として、必ず刑事政策学者はこれらのすべてに精通するべきであるし、逆に基礎理論の研究者は、少年法学などの比較的議論しやすい領域を通じて、あるいは刑事法学のフォーラムとして、刑事政策学との相互交流や協働を図り、正に「全刑法学」を幅広い分野から学際的に議論できるようになることが望まれよう⁴⁸⁾。そして、そのどの分野にも通有する理念とは、人道主義的刑事政策の思考であるべきではなからうか。なぜなら、刑事法学は、決して人を物のように取り扱う思考であってはならないからである。刑法学とはある意味人の生死を扱う崇高な学問であって、決して紙の上でパズルの問題を解くだけのものであってはならず、それはすべてが生身の人間の犯罪物語であり、被告人は有罪となれば生身の人間として刑務所に収容され、場合によっては生命を奪われるものであると同時に、生命犯や身体犯では生身の被害者が存在していたのであり、そばで泣き崩れる遺族も存在していたであろう。感情論に流されることがあっては

48) 日高・前掲注10) 5頁参照。故・渡辺直行先生は、生前しばしば筆者に、「刑事政策はオーケストラだ」と仰っていた。先生の恩師がよく語っておられたという。また、筆者が最初に刑事政策を学んだ恩師森下忠先生とともに、この小稿を謹んでご霊前に捧げたい。

ならないが、刑法学が頭の良さだけを競うゲームのようなものであってはあまりにも寂しいことである。また、刑事手続は、被疑者、被告人、受刑者と、段階に応じて名前を変えた「物」をベルトコンベアのように運ぶものであってはならず、人としての尊厳を保障された人格として処遇されなければならない⁴⁹⁾。このような意味で、犯罪者処遇論は、「対物的処遇」であってはならず、刑事法のあらゆる場面で、人としての敬意を以て処遇される、人道主義的な「对人的処遇」として再認識ないし再発見されるべきであろう。

以上、細かい知識的なものはとりあえず脇に置いて、刑事政策学全体を俯瞰したつもりであるが、筆者の能力不足により、膨大な刑事政策学の全容を解明することはかなわなかった。さしあたりの結論として、刑事政策学の現代的意義とは、幅広い領域を視野に収めつつ、関連分野の知見に学びながら犯罪抑止と人権保障を高い次元で調和させ、刑事法学のフォーラムとして多分野の知見を総合しつつ、現実の立法政策に対する批判的且つ建設的な提言を、人道的見地から行うべきものと考えたい。

49) その意味で、やはり「司法的処遇」という概念は維持されるべきであると考ええる。