

「研究ノート」

新社会防衛論に関するノート

後藤正弘

一、新社会防衛論と主観主義刑法

マルク・アンセルの新社会防衛論が出現した時、ある客観主義刑法学者は

「これで主観主義刑法はその前途を目的行為論で遮られ、後方からは新社会防衛論によって追撃されることになった。主観主義刑法は何処へ行くのか」と評論した。

主観主義と目的行為論の関係は木村亀二先生によって解明され、目的行為論を主観主義によって取入れることにより、今日の主観主義は目的行為論の上に構成されこれが今日の目的行為論の通説になっている。もちろんこれは目的行為論と主観主義の機械的結合ではなく、ウェルツェルの目的行為論と木村博士のそれとは一致していない部分もある。例えば不作為犯論である。また主観主義に立っていても目的行為論になじまない考えも少数説ではあるが存在するはずである。これについては以前小論を書いたことがある。しかし何れにせよ今日主観主義と目的行為論は融合した状態にあると考えられ少くとも客観主義の立場から批評されるように、目的行為論は主観主義の「前途を遮るもの」とは考えられていない。むしろ当初は客観主義の立場にあると考えられた目的行為論は今日では主観主義に立つもの、あるいは主観主義

に近いものと考えられているようである。

それでは主観主義の前途を遮るものとしての目的行為論についてはそれでよいとして、主観主義を後方から「追撃するもの」と云われる新社会防衛論はどうかであろうか。新社会防衛論は主観主義と対立し、これと批判するものであるか。先の客観主義刑法学者はそう云っていた。しかしそれが当たっているかどうかは検討されねばならない。それには新社会防衛論の成立から見てゆかねばならない。

二、新社会防衛論の成立とその主張

先に述べた客観主義刑法学者の主張によれば新社会防衛論は近年現れたものようであるが、アンセルの論述によれば新社会防衛論は遙かに遠い起源をもつものとされている。簡単にこれを述べてみると次のようである。

アンセルによれば社会防衛思想の最も古い起源はギリシヤのプラトンにあるとされる。プラトンは牢獄が当時は未決監に過ぎなかったことを批判し、未決監、既決監および「悔悟の家」と呼ばれるものに三分すべきことを提唱している。この内、第二のものは改善不能者に対するものであり、第三のものは可改善能者に対するものであった。この改善可能者に対する外分は一種の保安処分であり、社会防衛思想に基くものであるとされる。古代シナ刑法やイスラム法にも同様の思想が見え、中世ヨーロッパのカロリナ法典一七六条の予防拘禁もこれであるとされるとされる。

罪刑法定主義の主張者ベッカリヤは一方においてフォイエルバッハやカントの古典主義刑法思想に発展したが、ベッカリアの基本思想は人間性の尊重であり、刑罰体系の近代化による社会防衛の思想をも表現しているのである。古典主義は十九世紀に至りミッテルマイヤー、ビンディグ、ペーリングにより新古典主義に発展したが、ベッカリヤの残した他の一

つの思想はロンブローゾ、リスト、フェリーの実証主義的社会防衛論やマコノキーブロックウェイの監獄改良運動へと発展したのである。

このように見てくると新社会防衛論は突如として出現したものではなく、ギリシヤ以来受継がれて来た社会防衛思想が、従来の社会防衛論や新古典主義を批判しつつ現れて来たものである。それはこれまで社会防衛論と対立するものではなく、いわばこれまでの社会防衛論の基礎に立ちつつ新しい主張をしているにすぎない。いかなる点を従来の社会防衛論に対して批判するか、また新古典主義との関係はどうか、という点を検討すれば新社会防衛論の立場はより明確になるであらう。

三、新社会防衛論の消極的、批判的側面

新社会防衛論の理論的基礎はまずこれまでの古典主義または新古典主義に対する批判として現れる。そしてこれと次の実証主義に対する批判とが新社会防衛論の消極的、批判的側面とよばれる。

まず新古典主義に対する批判について云えば、新社会防衛論の新古典主義に対する反発は新社会防衛論は一切の形而上学ないしはアプリアリオリな構想を否定することにある。そして新社会防衛論は犯罪を人間の事実としてその行為者の人格の表明として考える。ゆえに犯罪という客観的な觀念に主観的諸要素をあわせた「犯罪の主体」という觀念をつけ加えることが必要である。また裁判については法定の刑罰の機械的配分ではなく、一の社会的行動として理解し裁判を相対的なものと考えるので、この点でも新古典主義と異なる。

次に新社会防衛論と実証主義——これまでの社会防衛論——との相違点は何処にあるか。

アンセルは先ず第一に新社会防衛論は実証主義的決定論をはっきりと排撃する、という。ロンブローゾの生物学的宿命論、フェリーの社会的必然論その他先天的素質という概念などもすべて排斥される。

アンセルはこれまでの社会防衛論の代表者として、一般に云われているようにフォン・リストを挙げずアドルフ・プリンスを挙げる。その理由はリストの理論は法解釈学に重点が置かれ社会防衛の理論が不明確であるという点にある。

そしてプリンスが自由意思についての哲学的な議論は犯罪に対する戦という合理的社会的行動の履践にとつて無関係であることを始めから明記していたにもかかわらず、アンセルはこれを批判する。それは新社会防衛論は「人間の自由非常に大はばに地歩を認めようとするからである。新社会防衛論は哲学的には自由意思を要請するものであるとさえいっても誇張でないであらう。」その理由とする処は、少くとも犯罪人を含めてすべての人間が必然的に自己のうちに有しているところの責任という生れながらの感情の認識、活用、展開に根拠を置いているからである。この点グラマティカも同説である。

第二点として新社会防衛論は社会防衛論の主張する、犯罪人を慣習犯罪人、機会犯罪人、激情犯罪人というようにはつきりとカテゴリーに分つことに反対する。犯罪の動態論を考えるからである。

第三点としては、新社会防衛論は自由意思および責任の概念をア・プリオリに退けはしないばかりでなく、実証主義が無視しようとしたところの一連の道徳的価値をまず刑事政策に、ついで刑法のうちふたたび導き入れる。そして人間がその仲間達に対して負う「義務」という考えを發展させ、社会的道徳を考える。そしてそれは「あやまち」fauteという概念を生ぜしめる。しかしこれは在来の道徳的責任や実証主義のいう客観的責任とは異なるものである。またこの考えを推し進めれば保安処分を一つの行政処分とみたり、司法処分とみたりすることは出来ず、保安処分にも法定主義が守らるべきことになる。

プリンスに対する批判を少し述べよう。プリンスの所説によれば応報刑論は十九世紀末におびただしい累犯の増加を

生ぜしめたがこれは絶対主義により刑罰を課したことに基く。刑罰は市民の生命、身体、財産の保護を目的として相対的に行わるべきであり、その基準は犯罪人の危険性に置かれる。犯罪人の危険性を考えると、精神異常者と慣習犯罪人は正常者と別個のカテゴリーに入れて考えねばならない。「危険性」は法律的観念であり医学的なものではない。保安処分や不定期刑は危険性に基いて科されるが、同時に個人の自由の保障を考慮されねばならない。またこれら司法処分の他に例えば都市のスラム街取払い運動のような行政的予防的処分も必要である。

以上がプリンスの主張の骨旨であり、その中心は危険性の概念であり、これに短期自由刑の廃止や裁判所の過度の寛大さに対する反撥が併せて主張されている。

このようなプリンス理論をアンセルは次のように批判する。

まず自由意思の問題についてはプリンスはこれは刑法、刑事政策とは無関係な形而上学の問題であるとしているが、この点はアンセルも同説である。しかしプリンスは自由意思の問題を斥けると同時に責任の概念をも不明確なものにしてしまった。新社会防衛論では犯罪人に対する再社会化の処分としては犯罪人の自制心を取りもどすことが必要であると考へ責任という概念を再び取り入れる。

プリンスの刑事政策上の主張は一九三〇年のベルギーの社会防衛法に取入れられているがその多くは「受動的な防衛」である。すなわち精神異常者に対してもその無害化をはかることにのみつとめていて、積極的に治療、改善しようとしていない。あたらしい社会防衛は精神異常者や慣習犯罪人ばかりでなく、少年犯その他すべての犯罪人に対し、積極的に改善、援護するものでなければならない。

プリンス理論の中心は危険性の概念である。危険性概念は一九三六年キューバ、一九三〇年イタリア、一九三七年スイスのそれぞれの刑法典に取入れられているが個人のもつ危険性なるものが識別可能か否かは疑わしい。しかし人間の行為が犯罪人の人格の表現であるとすれば人間の人格を基礎として刑法観を樹てるべきである。ただし人格の持つ反社会性や

危険性についてこれまでのように出生や徴表から決定するばかりでなく科学的方式に従って客観的に決定すべきである。このように新しい、社会防衛論はプリンスの理論に拘束されず、これを超えて積極的方策を進めてゆかねばならない。犯罪人の判決前調査の制度——これは新社会防衛論の成果の一つ——のごときはその例である。これが社会的個人的動態論によって犯罪人の人格をとらえてゆく新社会防衛論の理論である。

プリンスと共にかつての実証主義的社会防衛論の理論的基礎をなしているのはグラマティカの理論である。

グラマティカの理論は、第一に犯罪、行為という概念に代えるに犯罪主体の社会的、生物学的、心理学的の概念を以てすること、第二に主観的反社会性ということを基本的観念としていふことである。またこれに伴い、刑罰という概念は排されて個人を社会化する処分——社会防衛処分がこれに代ることになる。(牧野説の主観主義は、一、折衷的相当因果関係説、二、認識説、三、徴表説——危険性、四、反社会性——社会防衛処分の四点を基本としているが、第三の徴表説はプリンス、第四点はグラマティカに基いていると思われる。もちろん直接にはリスト、フェリーに因つていふのであるが、更にそれをつきつめるとグラマティカに至ると思われる。)

このグラマティカに対するアンセルの批判は次の点を挙げる。

第一にグラマティカが主張する反社会的主体の概念を以て基礎とし、「純粹な行為者法」により刑法体系をこわすことに反対する。また犯罪を反社会的行為に、刑罰を防衛処分に呼び替へることを拒否する。

第二はアンセルは責任という概念を重視し、これと刑事政策の目的のために利用しようとする。アンセルは在来の社会防衛論を承け受ぎながら、そのために古典主義の云つていた責任概念を復活させ、また実証主義の主張の行き過ぎを緩和させようとしているのである。

その目的は刑事政策をより積極化活潑化ならしめんとすることに在る。

かくして新社会防衛論は法解釈学から発した新古典主義が、犯罪を法律問題としてのみとらえることを非難すると同時に、実証主義が犯罪性の徴表に対する裁量的行動を主張して刑法や刑事訴訟法による保障を破ったことをも非難する。そして犯罪が法律的定義に帰ること勧告するのである。

四、新社会防衛論の積極的建設的側面

(一) 非法律化論——法律論主義の行き過ぎの修正

新古典主義の法律論主義が行き過ぎていることは前述した。それは古典主義が実証主義との論争を通じて、かつての補助科学を刑法論と同格のものにまで引上げ、また刑法論を技術的法律論に発展せしめた。たとえば未遂論は十九世紀後半の諸法典において実行の着手と予備の区別について詳細な技術的規定が設けられた。しかしそれが反って裁判官により危険性の重視や主観的標準の採用という反対の方向をとるに到らしめた。

また不能犯の概念は絶対不能と相対不能の区別について入念な微妙な区別を論ぜられることになったが、これが技術的に過ぎた結果はフランスでは不能犯概念が捨てられ、一九三〇年のイタリア刑法典では危険性についてのみ論ぜられ保安処分の対象とされるに到った。

このように法律論主義の行き過ぎは、詳細に過ぎる刑法上の概念や、仮説やア・プリオリな断言に対する反撥を生ぜしめているのである。そして刑法論自体も多くの刑事政策の内の一に過ぎないことが認識されるようになっていく。(刑法上の仮説の例として共犯の従属性が挙げられる)

(二) 新しい刑事政策

新社会防衛論の積極的側面の第二は犯罪人に対する積極的態度である。これは第一の非法律論主義と表裏一体をなすも

のである。犯罪人はもはや贖罪、復讐、応報のため裁判に付されるべきではない。新社会防衛論はまず第一に犯罪人の人格を考慮し、科学的系統的に研究する。この点では実証主義と一致する。実証主義と異なるのは犯罪人を単に生物学的精神的存在として見る以上に、社会的存在ないし権利の主体として見る点にある。そしてこれは犯罪人の再社会化を考えることになる。

このように犯罪行為を客観的に切り離されたものでなく、人間に返すことは現代刑事学の所与の一つでもあり、この点に関する限り、ヴェルツェルの目的行為論——行為を主体の積極的人格の表現とする——とも一致するのである。

犯罪行為を人格と結び付けて考えるという新社会防衛論の主張はこれまでのように、司法処分と行政処分、あるいは前司法的段階と後司法的段階を嚴格に区分するような刑法、刑事訴訟法観の変更を要求する。具体的には判決前の犯罪人の社会調査制度の必要などもその一つであると考ええる。これは特に少年犯の場合にそうである。

刑罰と保安処分の区別については古典主義と実証主義の間に根本的な対立があった。ビンディング等の古典主義は二元主義を主張しア・ブリオリな決定論に基く実証主義は一元主義を主張した。絶対的な実証主義に立てば刑罰ということは考えられないからである。

しかし実定刑罰体系の現代的進化は応報的制裁も非刑罰的処置——保安処分——も犯罪予防の目的のため利用しようとしている。両者を組合せること、例えば罰金刑と試験観察を併科することは有効な処分である。刑罰にも予防的効果はあるのである。ゆえに問題は二元主義か一元主義かということではなく「刑罰」とか「保安処分」とか名づけることなくそのどちらの方法をもとりうるようにすべきである。

犯罪の危険性あるものに事前に刑罰を科し得るかということについては犯罪予測の技術が未進化の現在では反対説が強い。しかし浮浪、乞食、売春等累犯が予測されるものに対しては予防処分をなしうるようにすべきである。このように犯

罪人に対し、刑罰あるいは保安処分を適宜科し得ることにすれば犯罪を「非犯罪化」することである。そしてこの非犯罪化ということは新古典主義等の法律論に対する「非法律論化」ということから出発して居り新社会防衛論の主要な主張である。新社会防衛論にとっても犯罪とは法律によって重罪または軽罪と名付けられた行為であって、この点では古典主義の立場を守るものである。グラマティカが犯罪を単に反社会性と見たのとは異なる。しかし新社会防衛論は新古典主義と異り犯罪概念の法的分析では満足しない。そして切り離された犯罪概念ではなく人格と結び付いた犯罪概念を主張する。

五、新社会防衛論における責任概念

新社会防衛論の理論構造を右のように述べて来たが特に問題となる責任概念についてアンセルは次のように述べている。

責任概念をどの様に定めるかは刑法理論の基礎であるが責任概念は四種に大別できる。

第一は外的因果関係から生ずる責任であって行為者は因果関係ある限りすべての結果に対して責任をもつ。タリオの刑や原始的裁判でとられた責任観である。第二は行為者の自由の体系であって刑事責任を自由意思、自由選択の上にきざずきあげるキリスト教の伝統、カノン法、十八世紀の合理主義の責任概念である。

道義的責任がこれである。第三は決定論者の責任概念である。決定論では責任——自由という関係を否定する。したがってそこにある責任概念とは社会から防衛処分をうけるという法定責任である。この法定責任——社会的責任は道義的責任とはげしく無益な対立をくり返す。そこで第四の立場は新古典主義者等の責任という概念を回避し、帰責性の概念で満足しようとする。

これらの諸説に対しアンセルの責任概念はより具体的、積極的なものである。「責任は個人が自己の人格がその行為の

うちにあらわれているものとして意識すること、あるいはもっと適切に云えばこれを自覚することとしてあらわれる。」自分の責任を自覚すること、さらに他人もまた責任があると考えることが責任の内容をなす。そしてこのような責任を自覚する主体は人格であるから、責任は人格の表現であることになる。

このような責任概念を定める理由は犯罪と責任の自覚を結合させることにより行刑における威嚇の觀念をよみがえさせることにある。

犯罪人に社会的な圧力を感じさせることは彼の社会復帰の為に有効な手段である。新社会防衛論は実証主義同様に責任無能力者に対する刑事裁判官による処分を要求するが、これは非刑罰的な教育的処分である。

六、社会防衛論の評価

一九五四年に刊行されたマルク・アンセルの新社会防衛論は我国に於ても種々の反響を呼んでいるが、目的行為論が同時に出現したためか未だこれに対する定評というものはない様である。冒頭にのべた様にこれを客観主義刑法論に基くものであり、主観主義に対立するものであると見る客観主義からの見解もある。しかしこれまで見てきた様にこのような見解は新行会防衛論の一面のみ捉えるもので当たっていないことが判るのである。それは新社会防衛論の成立のところで見えてきたようにこの理論は社会防衛論の思想の一態様をなすものであるからである。ただし新社会防衛論は責任概念や自由意思に於て客観主義、新古典主義に類似する説を主張して居り、この点で客観主義理論と見る説も生じるわけである。

一方新社会防衛論は非法律論主義を主張することで客観主義を批判して居り、非犯罪化を主張することで主観主義と主張を一にしている。しかし主観主義——実証主義の責任概念を消極的であるとして積極的責任概念を主張している。

このような新社会防衛論は主観主義——実証主義の立場からどう批判すべきであろうか。アンセルの叙述は極めて博識

でありフランス法系統の多くの引用をなしている。これらの引用を詳細に研究しなければアンセルの主張は理解されない。これまで述べたこともアンセルの主張の大略であってその全体を紹介する為には今後多くの研究を経ねばならない。そこにはドイツ法と違って極めて刑事政策的に具体的に必要なる多くの論拠が述べられている。その一一を検討しなければアンセルの批判とは云えない。ここにはその批判の方向を示して見るだけである。

(一) 法律論化に対する反撥

新古典主義がア・プリオリの刑法概念、擬制を設定していることは哲学的要請に基くものであるが、このように概念を固定化し、詳細な法律論的分析を發展させることは刑事政策としての刑法論としては排斥されるべきである。この点については新社会防衛論も主観主義も同説である。未遂犯や、共犯の従属性についてこれは当てはまるであろう。

(二) 非犯罪化の主張

犯罪行為を行為者人格と結び付け、同時にこれを人格の徴表と考え、これに対する処分を犯罪に対する刑罰のみと考えることに反対する新社会防衛論の主張は主観主義の主張と一致する。責任の主体を人格とし行為とはしない事も同様である。

(三) 自由意思

自由意思を肯定しこれを行刑にも利用しようという新社会防衛論の主張は肯定できるであろうか、アンセルの責任は責任を自覚する意識であり、いわば主観的責任であって自由意思の認識を根拠としているものである。

そして犯罪人の自制心を取り戻すためにこれが必要であるとする。

この点アンセルは自由意思論不必要論プリンスおよび新古典主義を退けていながらアンセル自身も自由意思が存在するとも不存在とも云わず、これが必要であると云うのである。必要性は物を存在せしめたり、不存在ならしめない。この点アンセル説は論理が逆である。

この点は実証主義の云う如く自由意思は否定すべきである。そして自由意識は小生の考えでは規範的責任として可罰的責任とは別に考えられねばならぬと思う。

(註) (アンセル新社会防衛論については吉川経夫氏訳一粒社版によった。)