

検察官による被疑者の再犯防止措置

田 鎖 麻 衣 子[※]

- I 検察官による被疑者に対する働きかけの制度案
- II 現行刑事訴訟法制定前における起訴猶予者に対する措置
- III 現行刑事訴訟法下における起訴猶予者保護観察の試み
- IV 本制度案をどうみるか

I 検察官による被疑者に対する働きかけの制度案

1 問題の所在

2017（平成 29）年 3 月に議論が開始された法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会（以下「部会」）においては、「少年法における『少年』の年齢を 18 歳未満とすること」に加え、「非行少年を含む犯罪者に対する処遇を一層充実させるための刑事の実体法及び手続法の整備の在り方」についても諮問事項として議論がなされた¹⁾。後者に属する諸論点については同年 9 月以降、3 つの分科会に分かれて検討が行われたが、このうち第 3 分科会において、「起訴猶予等に伴う再犯防止措置の在り方」の一環として議論されたのが、「検察官が働き掛けを行う制度の導入」である。同分科会における検討結果は、「考えられる制度の概要」（以下「制度概要案」）²⁾としてまとめられ、部会での議論に供された。これに対しては、外部からも様々な指摘や批判がなされたが³⁾、最終的に、部会において制度化は見送られた⁴⁾。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 20 巻第 1 号 2021 年 3 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科非常勤講師・弁護士

1) 諮問第 103 号。

2) 部会第 8 回会議配布資料 19「分科会における検討結果（考えられる制度・施策の概要案）」（以下「配布資料 19」）38 頁以下。

もっとも、その後、将来の制度化を支持する見解が公表されるに至っており⁵⁾、再び制度化が試みられることが予想される。また、外部からの意見の多くは部会での議論の進行中に出されたため、その後の議論内容と噛み合わなくなった部分もある。議論がいったん区切られた今こそ、制度化が有する基本的な問題につき、より掘り下げた検討を行う必要がある。

2 検察官による被疑者に対する働きかけの制度案

制度概要案では、論点によって、異なる立場から A 案（ないし A-1 案・A-2 案）と B 案が併記されており、法務省の立場から主張された内容⁶⁾（以下「本制度案」）が把握しづらくなっている。そこで、制度概要案に付された分科会での議論についての「補足説明」⁷⁾や、分科会でなされた説明をも踏まえて本制度案の全体像を示すと、以下ようになる。

- 1) 制度の趣旨は、被疑者の改善更生及び再犯防止を図ることにある⁸⁾。

3) 葛野博之「検察官の訴追裁量権と再犯防止措置」法律時報 89 巻 4 号（2017）12 頁、同「猶予制度——刑事司法の基本原則と刑事手続の基本構造に適合した猶予制度のあり方——」本庄武＝武内謙治編『刑罰制度改革の前に考えておくべきこと』（日本評論社、2017）141 頁、日本弁護士連合会「検察官による『起訴猶予に伴う再犯防止措置』の法制化に反対する意見書」（2018 年 3 月 15 日）、吉開多一「起訴猶予等に伴う再犯防止措置の在り方」法律時報 90 巻 4 号（2018）30 頁、林大悟「入口支援の現状と検察主導の入口支援の是非——法制審の議論を踏まえて」季刊刑事弁護 97 号（2019）103 頁、辻本典央「条件付起訴猶予制度の導入に向けた法的問題点の検討——序論」近畿大学法学第 66 巻 3・4 号（2019）1 頁など。

4) 諮問の趣旨からは 18 歳・19 歳の処遇について特に考える必要があるところ、18 歳・19 歳で起訴猶予となる者については、これらの年齢層に対するノウハウが十分蓄積されている家庭裁判所における調査を経て処分決定がなされる「若年者に対する新たな処分」（配布資料 19・24 頁以下）によることの方が適当である、との理由による。部会第 10 回会議事録 32～33 頁（川出敏裕委員発言、小木曾綾委員発言）、部会第 12 回会議事録 4 頁（同会議配布資料 21「検討のための素案」についての羽柴愛砂幹事による説明）参照。

5) 川出敏裕「起訴猶予に伴う再犯防止措置」吉開多一＝小西暁和編『刑事政策の新たな潮流 石川正興先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2019）111 頁。

6) 具体的には、第 3 分科会において保坂和人幹事から主張された内容。なお、法務省案はいずれの論点についても B 案をとり、A 案及び A-1 案は、基本的に制度化自体に反対の立場から筆者が述べたもので、「6 期間満了の効果」についての A-2 案は、他の論点では B 案をとる立場から主張された。

7) 配布資料 19・39 頁以下。

8) 配布資料 19・39 頁。

- 2) 検察官は、被疑者が罪を犯したと認める場合において、必要があると認めるときは、被疑者が「守るべき事項」を設定し、被疑者を保護観察官による指導・監督に付する措置をとることができる。この指導・監督は、その実質において保護観察（更生保護法 48 条 3 号・4 号）と同様のものである⁹⁾。この措置は、被疑者に対して新たに法的義務を課し、あるいはその権利を制約するものではなく、被疑者が「守るべき事項」を守った場合には、その点を訴追裁量権の行使に当たっての有利な事情の一つとして斟酌することとなるという意味において、訴追裁量権の行使として検察官の権限の範囲内で行うものである。
- 3) 2) に記載した措置の性格から、本来、措置をとるにあたり被疑者の同意は必要ではない。しかし、「守るべき事項」の遵守に向けた実効性を確保するため、被疑者の同意を要するものとする。よって、弁護人の同意は不要である。また、被疑者の同意の任意性を判断するために裁判所を関与させる必要もない。被疑者の同意の任意性に疑義が生じ得るとする理由を、同意しなければ起訴される可能性がある状況下においては事実上の強制が働くから、と考えるのであれば、そのような状況は、裁判所の関与によっても解消されるものではないからである。
- 4) 検察官が設定する「守るべき事項」の内容は、対象者の問題性や事案の特性により様々であるが、被疑者が再犯に及ばずに健全な社会生活を送るために一般的に遵守すべき事項、または、犯行の背景となっている特性・問題性を改善するために対象者が履行すべき事項を設定することが考えられる。「守るべき事項」を守った場合には、その点を訴追裁量権の行使に当たっての有利な事情の一つとして斟酌することとなるのであるから、検察官が、被疑者の特性や事案の内容を度外視した事項を設定することは想定されず、「守るべき事項」の基準を法定する必要はない。また、「守るべき事項」の設

9) 保護観察官による「指導・監督の在り方」については、「現行の保護観察のやり方をイメージすると思われ、保護観察官と保護司が協働する、保護観察官あるいは保護司が対象者と接触をして行状の把握をしつつ指導・監督を行っていくということ」（第3分科会第7回会議事録7頁、保坂和人幹事発言）と説明されている。

定は、検察官が訴追裁量権の行使として行うものである以上、その判断に裁判所を関与させることは相当ではない。

- 5) 検察官は、必要があるときは、「守るべき事項」を変更することができる。
- 6) 指導・監督の期間は6月とし、検察官は、通じて1年を超えない範囲内で、これを延長することができる。検察官が相当と認めるときは、期間の満了前に措置を解除することができる。
- 7) 期間の満了は、公訴の提起を制限する効果を生じさせない。被疑者が「守るべき事項」を守った場合には起訴猶予とするのが通常であると考えられるが、起訴・不起訴は様々な事情を考慮して判断するものであり、起訴すべき場合に起訴できるような例外事由を適切かつ明確に定めることは困難である。また、仮に、そのような例外事由を裁判所が判断することとなれば、検察官の訴追裁量権行使の当否を裁判所が判断することとなり得るため、適当ではない。
- 8) 検察官は、措置をとるについて必要があるときは、少年鑑別所に調査を依頼することができる。

3 本制度案の性質

以上の内容からは、本制度案の以下のような性質（相互に関連ないし重複する）を指摘することができる。

第一に、制度の趣旨は被疑者の改善更生及び再犯防止を図ることにあり、被疑者に対し訴追を猶予し、刑事手続から離脱させることではない。この趣旨から、検察官において罪を犯したと認め、かつ、再犯防止のために働き掛けが必要な被疑者であれば、起訴猶予相当事案か、あるいは起訴相当事案と考えられるかに拘りなく、本制度案の対象となりうる。

第二に、被疑者に対する措置の結果は、起訴猶予処分とは必ずしも結びつかない。被疑者が「守るべき事項」を守った場合には、事実上、起訴猶予とされる可能性が高いが、これは「守るべき事項」を守って指導・監督を受けたことの効果ではない。逆に、「守るべき事項」を守らなかった場合には必ず起訴されるという仕組みでもない。起訴猶予処分をするか否かは、様々な事情を考慮して検察官

が最終的に判断するのであり、「守るべき事項」を守って指導・監督を受けたことやその経過は、起訴・不起訴を決するにあたって考慮される、数ある要素のうちの一つにすぎない。よって、本制度案の仕組みを「起訴猶予に伴う」働き掛け¹⁰⁾や、「条件付き起訴猶予」と把握することは、正確ではない。この点、諸外国には、検察官による訴追猶予・手続打ち切りの制度であって、被疑者に対する働き掛けの要素をも併せ持つものが存在する。ドイツの条件付き起訴猶予¹¹⁾、アメリカの連邦・諸州におけるダイバージョン¹²⁾、イギリスの条件付き警告¹³⁾、韓国¹⁴⁾や台湾¹⁵⁾の条件付き起訴猶予などである。これらの制度では、被疑者に対する措置の内容やそれへの重点の置き方において差はあるものの、措置の結果が訴追の猶予ないし打ち切りという法的効果に結び付いており、大枠において「訴追の猶予ないし打ち切りの仕組み」と整理できる。これに対し、本制度案は手続からの離脱を要素とせず、諸外国の制度とは似て非なるものといえる。

第三は、被疑者による同意の特殊性である。この点について分科会では、略式手続や即決裁判手続にも規定されている被疑者の同意と対比する議論があった¹⁶⁾。また、本制度案における「裁判所による有罪認定を経ない負担の賦課」

10) 制度概要案では「起訴猶予等に伴う再犯防止措置の在り方」(下線引用者)の一つとして位置づけられている。

11) 辻本・前掲注3) 1頁、黒澤睦「検察官による訴追段階のダイバージョンにおける賦課・遵守事項と福祉の措置——ドイツ語圏4カ国との比較法的観点から」法律時報90巻4号(2018)23頁、太田達也「起訴猶予と再犯防止措置——積極的活用と条件付き起訴猶予の導入に向けて」法律時報89巻4号(2017)6頁、高田昭正「西ドイツ刑事訴訟法改正における検察官と弁護士——1975年改正を中心として——」岡山大学法学会雑誌29巻3・4号(1979)65頁など。

12) 田中祥之「アメリカ合衆国における公判前ダイバージョンと手続的権利の保障」刑事立法研究会編『司法と福祉の連携』の展開と課題(現代人文社、2018)375頁、吉開多一「米国連邦法における条件付き刑事訴追猶予制度」比較法制研究39号(2016)57頁、井上正仁「犯罪の非刑罰的処理——『ディヴァージョン』の観念を手懸りにして——」『岩波講座 基本法学8—紛争』(岩波書店、1983)395頁など。

13) 吉開多一「英国における条件付き刑事訴追猶予制度」比較法制研究38号(2015)1頁、小山雅亀「イギリスの刑事訴追制度の動向(補論)——2003年刑事司法法施行後の訴追方式について——」西南学院大学法学論集39巻1号(2006)61頁。

14) 太田・前掲注11)9頁、趙均錫(氏家仁訳)「韓国における条件付き起訴猶予の運用実態と改善方策」井田良ほか編『新時代の刑事法学——橋樑隆幸先生古稀記念(下巻)』(信山社、2016)629頁。

15) 太田・前掲注11)10頁。

への被疑者の同意を、略式手続や即決裁判手続への同意と同様に「被疑者・被告人が特定の事項に同意することによってその負担が軽減されるという事態」と捉え、これを許容する見解¹⁷⁾もある。だが、被疑者・被告人が略式手続や即決裁判手続に同意した場合には、それにより量刑の上限が画されるという意味で、一定の負担軽減が確実にもたらされ、それを理解してこそ被疑者・被告人は手続に同意する。これに対し、本制度案では被疑者が「『守るべき事項』を定められたうえで、一定の期間、保護観察官による指導・監督を受ける」という相当広範な内容に同意しても、起訴の可能性は残り、負担が軽減される保証はない。

なお、念のため、本制度案と、現在、各地の検察庁で「入口支援」として行われている「福祉的支援につなげるための措置」との違いを確認しておく。そもそも「入口支援」と呼ばれるものには明確な定義もなく、実に様々な形態があるが¹⁸⁾、呼称のとおり、基本的性格は「支援」であり、もともとは高齢者・障がい者・生活困窮者など福祉的ニーズを抱えた被疑者に対して運用が開始された。そのため、分科会においても、「『入口支援』の取組の推進」と、検察官による「働き掛けを行う仕組みの導入」とは、終始、区別したうえで議論がなされた¹⁹⁾。本制度案は、検察官がみずから主体的に被疑者に積極的な処遇を行おうとするもので、「入口支援」とは本質的に異なる²⁰⁾。

16) 第3分科会第8回会議事録9頁以下参照。

17) 川出・前掲注5) 128～130頁。

18) 稲川龍也「検察における再犯防止・社会復帰支援の取組」罪と罰53巻4号(2016)5頁、第3分科会第1回会議事録7～8頁(是木誠参考人による説明)参照。

19) 部会第6回会議配布資料17「分科会における検討(中間報告)」8頁参照。なお「『入口支援』の取組の推進」の関連において、最終的に「更生緊急保護の対象の拡大等」がとりまとめられ、答申内容に盛り込まれた(法制審議会第188回会議配布資料2「諮問第103号に対する答申案」11頁)。

20) もっとも各地の検察庁における運用のなかには、被疑者を処分保留で釈放した後、一定の期間、被疑者の生活状況を観察するだけでなく、被疑者の同意の下で遵守項目を定め、その履行状況等を確認し、その結果等も踏まえて処分を決する(稲川・前掲注18)17頁)という、「支援」の枠内に収まらないものも含まれている。こうした取組を「検察官の訴追裁量権に基づくものとして当然に認められる」(稲川・前掲注18)18頁)とする考え方には、本制度案の立場からの主張と共通の問題点があると考えられる。

4 本制度案の正当化根拠

本制度案における、「守るべき事項」を設定し、被疑者を保護観察官の指導・監督に付するという措置は、検察官による「訴追裁量権の行使として」認められ、ゆえに被疑者の同意も本来的には不要と主張された。しかし、刑事訴訟法 248 条により認められる検察官の訴追裁量権とは、起訴するか否かの判断にあたって「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況」を考慮し、起訴猶予とすることができるというにとどまる。客観的に存在する事情を情報として収集し、それらを考慮することを超えて、検察官みずから被疑者に対して積極的な「働き掛け」を行うことまで、当然に含んでいるとはいえない。部会においても、なぜ、訴追裁量権から検察官による積極的な働き掛けが認められるのか、という問いに対し、具体的な応答はなされなかった²¹⁾。

もっとも、部会での制度化が見送られた後、本制度案を支持する立場から、この点に直接触れる見解が現れた。この見解は、「検察官による働き掛けは、判断資料の収集にとどまるものではなく、守るべき事項の設定と、保護観察官による指導・監督というかたちでの、検察官による積極的な処遇という側面を有している。それゆえ、現行法上、特別予防の観点から起訴猶予権限を行使できるということだけからは、本制度が想定する検察官の働き掛けが行いうるという結論を導くことはできない」²²⁾とする。そのうえで、仮に、刑訴法 248 条の文言上は、起訴猶予権限に積極的な処遇権限が含まれているというのは難しいとしても、同条は「現行法が起訴法定主義ではなく起訴便宜主義を採用したものであることを示すものであって、それ以上に、検察官が積極的な処遇を行うことを否定する趣旨を含むものではない」²³⁾とする。福祉的支援につなぐ「入口支援」としての措置が、起訴猶予権限自体に含まれているものではないとしても、その実施が現行刑事訴訟法において禁じられているわけではないと解されるのと同様に、積極的な処遇も禁じられるものではないというのである。なぜなら、①現行刑事訴訟法が、旧刑事

21) 第3分科会第10回会議議事録8頁(田鎖麻衣子幹事発言)、部会第9回会議議事録19～20頁参照。

22) 川出・前掲注5) 134頁。

23) 川出・前掲注5) 135頁。

法下において行われていた保護措置付きの起訴猶予の運用のような積極的な処遇を認めないというのであれば、その旨を明記した規定が置かれたはずであるが、現行法にはそのような規定がなく、また、②刑法 248 条は、その前身である旧刑法 279 条にはなかった「犯罪の軽重」の文言を加えたが、それは、特別予防主義への過度の傾斜を戒め、検察官による裁量権の行使に多少の限定を付加しようとする趣旨ではあっても²⁴⁾、起訴猶予権限の性格を変更するまでの意図を持ったものではなく、検察官による保護観察類似の処遇を許さないというような、強い意味を持ったものではなかったからである²⁵⁾。そして、被疑者が処遇を受けることを義務付けられるのであれば明文の根拠規定が必要だが、任意の働き掛けにとどまる以上、明文規定がなくても行い得るという²⁶⁾。

しかし、果たして刑法の態度をこのように捉え、本制度案を正当化することは可能であろうか。この点を考察する前提として、以下では、まず、現行刑法制定以前に起訴猶予者に対してなされていた措置や働き掛けの実情を概観する(Ⅱ)。次いで、現行刑法のもとで、起訴猶予者に対する保護措置(保護観察)がどう試みられたかを確認したうえで(Ⅲ)、本制度案に対する筆者の評価を明らかにする(Ⅳ)。なお、以上のような本稿の趣旨と紙幅の制約から、制度概要案に含まれる種々の具体的論点については触れる余裕がないことを予めお断りする。

Ⅱ 現行刑事訴訟法制定前における起訴猶予者に対する措置

わが国において起訴猶予がはじめて制度化されたのは、旧刑事訴訟法(大正11年法律第75号)279条が「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ

24) 川出・前掲注5) 111頁。松尾浩也『刑事訴訟法(上)新版』(弘文堂、1999) 164頁は「現行法は、起訴便宜主義の規定を受け継いだ際、『犯罪の軽重』の一句を加えたが、これは、特別予防主義への過度の傾斜を戒め、裁量権の行使に多少の限定を付加しようとする趣旨である」とする。

25) 川出・前掲注5) 130頁、135頁。

26) ただし、働き掛けの受け入れが強制されないことを明確化する観点から、明文化には意味があるとする。川出・前掲注5) 135頁。

情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」との規定を設け、起訴便宜主義を採用したことによる。しかし、その運用開始は制度化よりはるかに早く、起訴法定主義を採用していると解されていた治罪法（明治13年太政官布告第37号）²⁷⁾のもと、早くも微罪処分的運用が行われるようになったと指摘される²⁸⁾。起訴猶予の運用は、同じく起訴法定主義の建前をとっていた旧々刑事訴訟法（明治23年法律第96号）の下でも拡大され²⁹⁾、1909（明治42）年には司法省の刑事統計年報に初めて「起訴猶予」の項目が登場する³⁰⁾。これより早く、三重県の統計には1906（明治39）年から「起訴猶予者取締」の統計が登場しており³¹⁾、さらに、1905（明治38）年4月の広島控訴院での検事正会同決議には「猶予不起訴」の名称がみられるという³²⁾。同月1日には「刑ノ執行猶予ニ関スル件」（明治38年法律第70号）が施行され刑の執行猶予制度が導入されているが、この頃から次第に「起訴猶予」の呼称が用いられていったようである。

こうして、起訴猶予の取り扱いは、制度化にはるかに先立ち、しかも法の採用した起訴法定主義に反する形で開始された³³⁾。

1 起訴猶予者に対する警察視察の利用

(1) 警察視察

刑事手続の対象となるなどして犯罪性があると疑われた人々に対しては、広く

27) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量（一）」法学協会雑誌 87 卷 9・10 号（1970）13 頁。

28) 三井・前掲注 27) 17 頁。なお、ここで三井教授は、微罪処分・微罪不検挙・戒諭放免の訓令が発せられた明治 18 年を事実上の起訴便宜主義の発端とする「学説上ほぼ確立した」理解に対し、「検察官による微罪処分的運用は、ずっと以前より事実上行われていたとみるのが妥当であり、またそここそ実務運用におけるわが国固有の要因がつかみ出せるように思われる」とする。

29) 詳細につき三井・前掲注 27) 30 頁以下参照。

30) 「第一表・検事局別捜査事件受理件数及其結果」司法省『第 35 刑事統計年報（明治 42 年）』2 頁以下。

31) 「第四〇〇 起訴猶予者取締」三重県知事官房『三重県統計書 明治三十九年』440 頁。

32) 岡本吾市『起訴猶予処分、留保処分、刑の執行猶予の教育学的考察（司法研究第 19 輯）』（司法省調査課、1935）14 頁。

33) 岡本・前掲注 32) は「旧刑事訴訟法実施の時代は其条文が合法主義に従つて居たるが故に此に反した便宜主義実施の試練時代であつた」（37 頁）とする。

警察による「視察」が行われた。刑の執行猶予制度の導入に際しては、執行猶予者に対する視察の制度が設けられ、刑の執行猶予の言い渡しとなされた場合には、検事局から対象者の住所を所轄する警察署に対し、氏名、罪名、刑期及び執行を猶予されたことを通知するものとされた³⁴⁾。通知を受けた警察署では、刑の執行猶予人名簿を備え置き、対象者に「平素視察ヲ加」えるものとされた³⁵⁾。また、1907（明治40）年の刑法改正によって裁判所の量刑裁量の幅が広がり、捜査における量刑資料収集の重要性が増すと、内務省は「犯罪常習ノ虞アル者其他平素視察ヲ要スル者」について「出来丈詳細ナル資料ノ蒐集ニ努メ取締上ノ便ニ供スルハ勿論刑ノ量定上ニ資スルノ措置ヲ講」ずべきとの通牒を発する³⁶⁾。旧刑法（明治13年太政官布告第36号）は附加刑として「監視」³⁷⁾を定めており、これは出獄者の再犯防止を目的とするものであったが、実際には警察官が露骨な行動監視や聞き込みを行い、さらには雇い主に対して刑余者であることを暴露するなど、かえって弊害が大きかった³⁸⁾。新刑法のもと、監視は廃止されたが、同時に施行された監獄法施行規則（明治41年司法省令第18号）は、典獄が必要と認める場合に釈放者の情報を警察官署等に通知すべき旨を定めていた（169条）。その結果、釈放者に対しては監視に代わり視察が広く行われるようになる。もっとも、警察視察では犯罪常習者等が広く対象とされていたところ³⁹⁾、起訴猶予者も例外ではなかった。

34) 明治38年4月司法省民刑甲第83号訓令「刑ノ執行猶予ニ関スル取扱規程ノ件」。

35) 明治38年4月4日訓第274号内務大臣訓令。

36) 明治41年9月11日内務省秘甲第105号依命通牒「犯罪常習者ノ虞アル者其ノ他要視察人移動ノ場合相互通報方ノ件」（警保局長より府県長官宛）。

37) 旧刑法10条4号。監視に付された者は、警察官がその「行状ヲ監視」するものとされ（旧刑法附則21条）、月に2回の所轄警察署への出頭や、酒宴遊興の席に会し群衆の場所に参会することの禁止、転居や旅行には警察署の許可を要するといった条件を遵守するものとされた（同27条）ほか、警察官による住居への臨検も認められていた（同28条）。なお監視制度の概要について、三田奈穂「明治期の警察監視について」（成蹊法学91号27頁）参照。

38) 近藤亮雅「釈放者に対する警察視察の功罪」輔成会々報11巻8号（1927）5頁、静岡県勸善会百年史編纂委員会『静岡県勸善会百年史』（1994）11頁〔山田憲児〕。

(2) 起訴猶予者に対する警察視察

明治の終わり以降、旧刑訴法施行の頃にかけての起訴猶予者に対する取り扱いとして、警察による「視察」が挙げられることがある。小川太郎博士は、「起訴を猶予された者に対し、警察視察を行い、必要なる場合には、猶予を取消して起訴を行う慣行は（中略）、起訴猶予が刑事訴訟法に法定されると、かえって、うすれて」いったとする⁴⁰⁾。

管見の限り、起訴猶予者に対し各地の警察が視察を行う運用がいつ頃からなされるようになったかを示す十分な資料はないが、刑事統計年報に「起訴猶予」の項目が登場する頃には、既に実施地域がみられる。たとえば、三重県の1906（明治39）年の統計には、「起訴猶予者取締」の表に「視察解除」「視察程度」の項目が設けられ、かつ、前年及び前々年の数値も記載されている。よって同県では既に1904（明治37）年時点で起訴猶予者への視察が行われていたと推測される⁴¹⁾。

1909（明治42）年、司法省は、各検事局が微罪不検挙事件につき作成する「微罪事件処分表」⁴²⁾に「視察解除」の項目を追加し、かつ、備考欄に「視察現在人員」を記載するよう改めた⁴³⁾。同時に、各検事正宛てに、1年から3年の「視察期間」を定め、その間に再犯のおそれがないと確認されれば視察を解除するよう通牒した⁴⁴⁾。翌1910（明治43）年の通牒では、司法省と内務省との協定

39) 各道府県での視察の実施方法には微妙な差があった。長部謹吾『思想犯の保護に就て（司法研究報告書21輯10）』（司法省調査課、1937）50頁は、「視察については旧刑法の監視制度に始り明治38年の長野県刑執行猶予者取扱規程より昭和10年佐賀県の刑事要視察人視察内規取扱手続に至るまで、『刑事要視察人視察』『釈放者に関する視察』『仮釈放者に関する視察』『刑執行猶予者に対する視察』『刑執行停止者に対する視察』に関する訓令、内訓、例規、訓示、通達等の形式に於て各道府県に於て発令されている」が、皆大同小異であるとして、例として内務省令と警視庁内規を掲げている。これは、司法大臣官房保護課『釈放者視察ニ関スル警察内規集（司法保護資料第一輯）』（1935）に基づく記述と考えられる。

40) 小川太郎「わが国におけるプロベーションの発達」団藤重光ほか編『木村博士還暦祝賀刑事法学の基本問題（下）』（有斐閣、1958）1051頁。そのうえで「今日ではひろい意味のプロベーションとして考察されねばならない」（小川・前掲注40）1052頁）とする。

41) 前掲注31)。

42) 明治41年6月10日民刑甲第106号司法大臣訓令。

43) 明治42年10月1日民刑甲第135号司法大臣訓令。

に基づき、①検事が視察期間を指定して警察官に通知したときは、警察官はその期間中、当該起訴猶予者の行状を視察すること、②警察官は、視察の結果、起訴を必要とする、あるいは視察を解除してもよいと認めたときは検事に報告すること、③警察官署に起訴猶予人名簿を備え、視察期間、視察の結果、その他必要事項を記入すること、④警察官署には中止事件簿を備え、検事から犯人不明又は犯人の所在不明のため中止処分をなした事件に関して通知があったときは、犯罪事実その他必要事項を記載し犯人捜査の便に供すること、とされた⁴⁵⁾。

先の小川博士による記述は、警察視察が、起訴猶予者の動静につき経過を観察し、行状によっては起訴猶予を取消して起訴する目的のもとに運用されていた、という趣旨のように読める⁴⁶⁾。しかし、起訴猶予の取消しは、実際には、再犯を理由とする場合に限られていたと考えられる。刑事統計年報には、1918（大正7）年から起訴猶予取消人員が記載されるようになり、1924（大正13）年に追加された「第四表 罪名別 微罪処分及起訴猶予者ノ再犯起訴」では、「～再犯起訴」という表題のもと、「微罪処分及起訴猶予取消総人員」（下線引用者）が、その内訳とともに掲載されている。そして、この「取消総人員」の数は、刑事統計年報の冒頭に掲載された「刑事統計要旨」中の「起訴猶予取消」欄にある「起訴猶予取消総人員」の数とも一致する。よって、この当時は「再犯を理由とした起訴猶予の取消し＝起訴猶予取消」として処理されていたことがわかる⁴⁷⁾。

旧刑法下の監視に取って代わる形で広がった視察は、実質的にも監視と異ならないものであった。1916（大正5）年には、司法大臣が「出獄人の視察は努めて陰密なる方法に依ることにして世間の者に刑余の人たることを覚らしめざる様」に警察官への注意を求め、これは「刑の執行猶予中の者又は検事に於て起訴猶予

44) 明治42年10月1日民刑甲第135号司法次官通牒、検事正宛。

45) 明治43年6月8日民刑甲第50号民刑局長通牒、検事正宛。

46) 実際、たとえば奈良県警察部「司法警察執務細則」（昭和4年12月5日検訓甲第1号）85条には、「視察期間ヲ附シタル起訴猶予者ニ対シテハ隨時其ノ行動ヲ視察シ左ノ場合ニハ速ニ検事ニ報告スベシ 一 行状不良ニシテ改悛ノ見込ナク処罰ノ必要アリト認メタルトキ」とある。

47) こうした運用は、前掲注44)の通牒において「右視察ハ犯罪常習者ニ対スルト其趣ヲ異ニシ結局再犯ノ虞アルヤ否ヲ試験スルノ趣旨ニ出ツル」と説明されていたことから頷ける。

を為した者に付ても同一である」と訓示した⁴⁸⁾。こうした弊害も原因してか、小川博士の指摘通り、起訴猶予者に対する視察を警察に通知する取り扱いは、徐々にあまり用いられなくなったようである⁴⁹⁾。刑事統計年報上、起訴猶予者に対する視察の有無を確認できるのは1918（大正7）年から⁵⁰⁾の6年間だが、同年には起訴猶予者全体の22.4%であった有視察者が、1923（大正12）年には10.4%に低下した。しかも、全国平均値を引き上げていたのは東京の有視察者数であり、これを除くと、同年は4.7%にまで落ち込んでいる⁵¹⁾。

いずれにせよ、起訴猶予者に対する警察視察は、再犯に及ぶか否かを監視しつつ情報収集することを目的とし、また、起訴猶予処分後に文字通り外部からの視察を行うものであり、起訴猶予者に対する何らかの働きかけを伴うものではなかった。

2 民間における起訴猶予者保護

(1) 出獄人保護のはじまり

今日の更生保護事業のルーツを辿ると、刑の執行を終えて釈放された人々に対

48) 同年11月1日地方長官会議席上での松室致司法大臣訓示。翌1917（大正6）年には内務省警保局長より庁府県長官宛て通達（大6司刑発3号。犯罪常習者等の視察は間接の方法によること、秘密を厳守すること等を内容とする）が出された（更生保護50年史編集委員会編『更生保護50年史（第1編）』（2000）149頁）。しかし、釈放者に対する視察の弊害はやまず、1922（大正11）年には内務省と司法省との間で協定を遂げ、「特ニ警察視察ヲ必要トスル釈放者ニ限り監獄ヨリ其氏名年齢身分其ノ他ノ事情ヲ警察官ニ通知シ嚴重ニ之ヲ視察シテ罪ヲ犯スノ機会ナカラシメ其ノ他ノ釈放者ニ付テハ総テ之ヲ警察ニ通牒セサルコトトシ……従前ノ弊風ヲ除去」しようとした（大正11年9月28日司法省行刑局行甲第1424号司法次官通牒）。しかし実務は容易に改められずその後も弊害が指摘された（近藤・前掲注38）4頁）。

49) 警察視察自体はその後も継続し、例えば警視庁では、1929（昭和4）年時点で、検事による期間指定のない起訴猶予者は1年間視察するものとしていた（長部・前掲注39）52頁）。なお思想犯に対しては特高警察による特別視察も行われたところ、思想犯保護と警察視察の関係については森山武市郎『思想犯保護観察法解説』（松華堂書店、1937）172頁以下参照。

50) 視察の有無による区分が1918（大正7）年から登場する点に関連して、岡本・前掲注32）34頁参照。

51) 刑事統計年報より算出。なお、三重県の統計をみても、1907（明治40）年末には2305人を数えた要視察起訴猶予者が、1929（昭和4）年末にはわずか1名となっている（各年三重県統計書より）。

し、もっぱら民間によって取り組まれた慈善事業としての出獄人（免囚）保護事業に至る。

1882（明治15）年に施行された改正監獄則（明治14年太政官達第81号）は、「刑期満限ノ後頼ルヘキ所ナキ者ハ其情状ニ由リ監獄中ノ別房ニ留メ生業ヲ営マシムルヲ得」（30条）と規定し、「一種の釈放者保護の施策」⁵²⁾としての別房留置制度を設けていた。当時、監獄事務は内務省の管轄下にありその経費は地方費で賄われていたところ、別房留置人の増加は各府県の財政を圧迫した⁵³⁾。1889（明治22）年、新たな監獄則（明治22年勅令第93号）が制定され別房留置制度が廃止されると、内務省は「有志ノ慈善者ヲ奨励シテ保護会社ヲ設立」させることを意図する訓令を発した⁵⁴⁾。これは、「単に民間の力に依存して保護会社の設立を勧奨するものにすぎ」ず⁵⁵⁾、この訓令に応じて設立された免囚保護施設も数例にとどまった⁵⁶⁾。しかし、1897（明治30）年1月19日、英照皇太后大喪に際し大規模な恩赦が行われると⁵⁷⁾、各地に多数の出獄人保護団体が設立される。原胤昭が東京出獄人保護所を設立したのもこの時期である。

その後、監獄事務は司法省の管轄となり、出獄人保護事業も司法省の所管となるが⁵⁸⁾、飽くまで民間による慈善事業という性質には変化がなかった。1907（明治40）年には司法省予算に「免囚保護事業奨励費」が設けられたが、これは飽くまで「免囚保護事業ノ慈善的性質ノモノタルニ拘ラズ其ノ本質ヲ害セザル範圍ニテ相当ノ補助ヲ政府ヨリ与ヘテ以此事業ヲ奨励スル」⁵⁹⁾趣旨であった。

もっとも、このような勧奨や、明治天皇の大喪恩赦に際しての司法省の働き掛

52) 静岡県勸善会百年史編纂委員会・前掲注38) 6頁〔山田憲児〕。

53) 静岡県勸善会百年史編纂委員会・前掲注38) 5頁〔山田憲児〕。

54) 明治22年内務省訓令第552号「保護会社設立ノ奨励」。

55) 安形静男「更生緊急保護法を送る」更生保護47巻4号（1996）43頁。

56) 更生保護50年史編集委員会・前掲注48) 145頁。

57) 当日に放免された者は約1万人にも及んだという（更生保護50年史編集委員会・前掲注48) 145頁）。

58) 1900（明治33）年7月より。なお翌8月、司法省は、出獄人保護を行う社団または財団法人の設立手続に関する省令（明治33年司法省令第32号「社団又ハ財団ヲ法人ト為スノ手続」）を発している。

59) 同年5月1日典獄会同席上での松田正久司法大臣訓示。なお静岡県勸善会百年史編纂委員会・前掲注38) 315頁〔安形静男〕参照。

けもあり⁶⁰⁾、保護団体設立数は急増する⁶¹⁾。こうした中、多数にのぼる保護団体の指導、助成等をはかるための民間団体として、1913（大正2）年には中央保護会が、翌年には中央保護会の事業を継承する財団法人輔成会（現在の日本更生保護協会の前身）が設立された。こうして日本の「免囚保護事業は、大正初期に於て、民間篤志家の慈善事業としての形に於て、形式上一応の完成を見せた」⁶²⁾とされる。1923（大正12）年時点で輔成会の加盟団体は715に上ったが⁶³⁾、宿泊設備を設けて出獄人を宿泊させる収容保護を行うのは1922（大正11）年当時で約140団体にとどまり、その他は在宅の対象者に対して職業補導など社会復帰の支援（いわゆる間接保護）を行う団体であった⁶⁴⁾。

(2) 起訴猶予者保護の発生

1907（明治40）年の刑法改正により執行猶予制度が刑法に規定され、その対象も拡大され、また、起訴猶予の運用もますます活発化すると、出獄人保護を行う者のなかには、執行猶予者・起訴猶予者をも対象とするものが現れるようになる⁶⁵⁾。

原胤昭は、「瀧川秀雄」検事からの電話で、起訴猶予となった男性「S」を保護所に引き取り、就労支援等を行ったエピソードを紹介している⁶⁶⁾。検事は「また一人願ひします」と依頼しており、ちょうど今日の検察庁における被疑

60) 静岡県勸善会百年史編纂委員会・前掲注38) 6頁 [山田憲児]。

61) 森山武市郎『司法保護事業概説』（常盤書房、1941）26頁。

62) 森山・前掲注61) 26頁。

63) 森山・前掲注61) 26頁。

64) 安形静男「更生緊急保護・任意保護」菊田幸一＝西村春夫編『犯罪・非行と人間社会：犯罪学ハンドブック』（評論社、1982）505頁。なお、明治40年10月司法省訓令監甲第546号「免囚保護事業奨励費取扱手続」では、奨励費の交付を受けた者に対して当該年度の「出獄人保護事業成績表」の提出を求めているが、この表には収容保護以外の保護の種類として「職業ノ紹介ヲ為シタル者」「帰郷ノ際宿泊保護ヲ与ヘタル者」「衣類又ハ旅費ヲ与ヘタル者」「職業用具其他物品ヲ給与シタル者」等の項目が掲げられている。

65) 森山武市郎も「沿革上、猶予者に対する保護は釈放者保護団体に於て付随的に行はれ来つたもの」とする（森山・前掲注61) 49頁）。

66) 原胤昭『前科者はナゼ又行るか』（1933）52頁以下。文中には「不起訴」とあるが、文脈から起訴猶予とわかる。瀧川秀雄は、後に司法省刑事局の思想問題担当書記官となる（荻野富士夫『思想検事』（岩波書店、2000）29頁）。

者を福祉の支援につなげる取組みのように、起訴猶予者の保護をたびたび原に依頼していた様子が窺われる。原は、1912（大正元）年から1916（大正5）年までの時期を、「起訴猶予釈放者保護を試みた創始時代」と記している⁶⁷⁾。また東京出獄人保護所の収容人員について述べるなかで、1912（大正元）年以降の人員急増につき、「大正元年より微罪起訴猶予釈放者の保護を開始し収容人員激増し大正3年の大多数を見た」⁶⁸⁾としている。

こうして、起訴猶予者保護は、民間の出獄人保護事業に付随し、また内容的にも出獄人保護と変わらないものとして行われていった。

(3) 猶予者専門保護団体の登場

1922（大正11）年3月、旧少年法（大正11年法律第42号）、そして起訴猶予制度を正式に規定した旧刑法が、相次いで成立した。旧刑法に先立ち、翌1923（大正12）年に施行⁶⁹⁾された旧少年法は、少年に対する保護処分として、「少年保護司ノ観察ニ付スルコト」（4条6号）ができるものとし、また、刑の執行猶予の言渡しを受け、または仮出獄を許された少年は、執行猶予または仮出獄期間中、「少年保護司ノ観察ニ付ス」（6条）ものとした⁷⁰⁾。こうして旧少年法は、実質的な保護観察制度をわが国ではじめて導入した。また、保護処分の一つとして、「寺院、教会、保護団体又ハ適当ナル者ニ委託スルコト」（4条5号）が定められ、少年保護団体も創設されていき、旧少年法は、「更生保護事業の領域に国家と社会の協働による少年保護の体制を打ち立て」⁷¹⁾た。

旧少年法、旧刑法の成立後、司法省は「出獄人保護」を「釈放者保護」と改

67) 原胤昭「免囚保護の効果如何」法律新聞2263号（大正13（1924）年6月8日発行）13頁。続けて原は「当時東区の上席検事は清水君。検事さんは悉く覚えませんが……其御氏名は、瀧川、……等の諸君であった」と記し、瀧川からの依頼は大正初期と考えられる。

68) 原胤昭「収容被保護人の累年員数」法律新聞2144号（大正12（1923）年7月10日発行）8頁。

69) ただし施行区域は当初、東京・神奈川・大阪・京都・兵庫の3府2県のみであった。

70) 少年保護司は今日の保護観察官に相当する国の専任職員であり、少年保護司の事務は少年の保護または教育に経験を有する者その他適当な者に嘱託することができた（23条、嘱託少年保護司。今日の保護司に相当）。なお矯正院からの仮退院を許された少年も同様（矯正院法（大正11年法律第43号）13条）。

71) 静岡県勸善会百年史編纂委員会・前掲注38）8頁〔山田憲児〕。

め、「少年ノ審判矯正及釈放者ノ保護」に関する事務を大臣官房保護課の担当とした⁷²⁾。この意図を岡野敬次郎司法大臣は、「今日刑事政策の上より見ると保護を加ふるべき者は独刑余の者のみではありませぬ 斯の刑の執行猶予の言渡を受けたる者及起訴猶予の処分を受けたる者にも亦保護を加ふるの必要ある者が多々あるのであ(り)ますから将来は此等の者を釈放者と云ふ詞で顕はし此等の者を保護する事業を釈放者保護事業と名づけたい」ためだと説明している⁷³⁾。釈放者保護事業は全くの民間運営のままであったものの、この頃から、少年保護と釈放者保護・猶予者保護とをあわせ「司法保護」と総称されるようになる⁷⁴⁾。

当時、保護課長を務めていたのが、旧少年法の「生みの親」とされる宮城長五郎であった⁷⁵⁾。宮城は5年近く保護課長を務めたのち大審院検事となり、意に反して保護課長の職を去るが⁷⁶⁾、まもなく1926(大正15)年12月、日本ではじめて執行猶予者・起訴猶予者のみを専門に受け入れる保護団体「帝国更新会」(現在の更生保護法人更新会の前身)を設立する。

帝国更新会は、当初の4か月は「試験期間」として検事局から送られてくる者の保護に努め、5ヶ月目から本格的に活動するようになり、了解を得て検事局に出張所を設け、毎日主事が出かけては、対象者を引き取って世話をすることになったという⁷⁷⁾。更新会は「互助の社団組織」であって被保護者を「会員」と呼び、会員となろうとする猶予者は、「更新六則」といわれる規則の遵守を誓約した⁷⁸⁾。安形静男氏は、更新会の特徴として、委員制度の採用と、被保護者の自主性の尊重を挙げる。すなわち委員制度とは、協力雇用主や、収容施設外にあって在宅の被保護者の職業補導など社会復帰支援の活動(間接保護)を行う人々を

72) 司法省官制改正(大正11年勅令第277号)。

73) 「佛教各宗管長並幹部招待会」輔成会々報6巻5号(1922)82頁。なお、安形静男「帝国更新会の創立」更新会だより55号(2011)24頁参照。

74) 静岡県勸善会百年史編纂委員会・前掲注38)7頁[山田憲児]および内田博文『更生保護の展開と課題』(法律文化社、2015)24頁参照。

75) 更生保護50年史編集委員会・前掲注48)193頁。なお旧少年法成立過程について、内田・前掲注74)17頁以下参照。

76) 更生保護50年史編集委員会・前掲注48)193頁。

77) 「帝国更新会一週年」輔成会々報12巻3号(1928)41頁。なお、安形静男「帝国更新会初期の保護態勢と実績」(更新会だより56号(2011)25頁)には「帝国更新会出張所を東京区裁判所検事局第1号取調室内に設置」したとする資料が紹介されている(27頁)。

「委員」としたもので、1935（昭和10）年の要覧には委員17名の名簿が掲載されているという⁷⁹⁾。

帝国更新会の設立当初1年間の会員297人に対する実績は、帰郷させた者50人、居所不明123人、他の機関に移した者5人、死亡2人、優良会員117人であり、優良会員は、東京に在住し、職業に従事し自活自営の日々を送り、中には独立して八百屋を営んでいる者もある。当時、同会がいちばん注力していたのが就職問題であり、最も熱望しているのは理解ある雇主を得ることだとしている⁸⁰⁾。設立から満3年の時点では、毎日、職員1名が検事局に出張し、多い時には一日で5、6名の会員を引き取り、他の1名は、毎日、各委員と連絡をとりあい、間接保護の対象者の世話をし、「満三ヵ年の新会員1084名といへば、一日一人平均の新会員……而して最近は更に増加して月平均百名の取扱人員がある」という状況であった⁸¹⁾。設立から5年を経過した時点では、具体的な取組みの一端がこう紹介されている。「月島の石井初太郎氏は其の経営する機械工場にこれ等の人々を引取って夫々職を與へ三年間も引続き其處に住み込んで熱心に稼いで居る者もある。本所同朋館食堂部の主任大久保三郎氏などは、此の会創立以来其の保護に精を出して就職万端自分の身内のやうにして世話をやいてゐる。また本所本願寺診療所では此の会の病人の医療を引受けられて既に延人員二千人以上に無料で診療を施した。これは同所の田中女史の努力である。』⁸²⁾

もっとも、帝国更新会の設立後も、猶予者保護は一般的に釈放者保護団体が兼

78) 瀧川方壺「保護会訪問〈帝国更新会〉」保護時報14巻6号（1930）46頁。安形・前掲注77）28頁によれば、更新六則とは以下のとおり。①神を崇め仏を信じ善事は進んで之を行ひ悪事は如何なる事情ありとも為す間敷事、②処世上当惑したる場合は貴会に相談して其の指図を仰ぐ事、③職業を励み一日一時たりとも怠る間敷事、④会員相互に援け合ひ失職の会員には力めて職業の周旋を為す事、⑤家庭の出来事及び自己の近状は必ず報告し又は貴会に相談の上其の指図に従ふ事、⑥転居又は転業したる時は其の都度必ず報告する事。

79) 安形・前掲注77）28頁。こうした委員制度は、「保護司制度のさきがけ」の一形態と言われる（安形静男「保護史とわずがたり〈5・完〉 保護司制の生成」犯罪と非行46号（1980）160頁以下）。

80) 前掲注77）「帝国更新会一週年」42頁。

81) 瀧川・前掲注78）47頁。

82) 「検事局で救はれる人たち」保護時報16巻1号（1932）64頁。

ねて行うものであった⁸³⁾。また、更新会の活動は、検事局との密接な連携のもとで行われた点で際立ってはいたが、仕組みとしては起訴猶予となった人々がみずから帝国更新会の会員となり、就職の斡旋や帰郷の世話、医療の提供などの福祉的支援を受け自立を目指したものであり、その点で、従来の釈放者・猶予者保護と変わることはなかった。

3 思想犯に対する「起訴留保」

旧少年法施行から8か月後の1923（大正12）年9月、「治安維持ノ為ニスル罰則ニ関スル件」（大正12年勅令第403号）が施行され、1925（大正14）年には治安維持法（大正14年法律第46号）が成立した。

1927（昭和2）年6月、司法省刑事局に通称「思想部」が創設され⁸⁴⁾、10月には東京地裁検事局に特別部「思想専門」（思想部）が置かれる。翌1928（昭和3）年、治安維持法が改正されると⁸⁵⁾、全国に思想係検事（思想検事）が配置された⁸⁶⁾。

1931（昭和6）年3月、「従来ヨリモ起訴ヲ緩和」する一方で「嚴重ナル訓戒ノ下ニ一時釈放シ相当ノ期間視察ノ結果ニ因リテ起訴猶予ノ処置ヲ為スコトヲ適當トスル者モアルベク各般ノ事情ヲ綜合考覈シテ臨時適當ノ処置ヲ採ル」⁸⁷⁾との方針が司法省から出されると、同年度から、東京地裁検事局が「起訴留保」処分の運用を開始する。まもなく大阪検事局でも採用されるようになり⁸⁸⁾、1932（昭和7）年12月には検事正宛司法大臣訓令「思想犯人ニ対スル留保処分取扱規程」⁸⁹⁾が発せられ、翌1933（昭和8）年1月1日から全国で起訴留保の運用が実

83) 森山・前掲注61) 75頁参照。

84) 戦後最高裁裁判官（1954～63年）となった池田克が初代書記官（内田・前掲注74) 50頁）。

85) 昭和3年勅令第129号「治安維持法中改正ノ件」により、国体変革を目的として結社を指揮した者、指導した者に最高で死刑が科されることとなり、目的遂行罪が加えられた。

86) 内田・前掲注74) 51頁。

87) 昭和6年3月27日秘第270号検事総長、検事長、検事正宛次官通牒「日本共産党関係治安維持法違反事件処分方針ノ件」。

88) 岡本・前掲注32) 68頁。

89) 昭和7年12月26日秘第2006号。

施されるに至った⁹⁰⁾。

同規程によると、起訴留保処分とは、治安維持法違反の被疑事件につき捜査を遂げ、犯罪の嫌疑のあることが明らかであるものの、被疑者の主観客観の事情に照らし、なお一定の期間その者の行状を視察し、その結果により公訴を提起するか否かを決めるのが適当と認められる場合に、被疑者に対してなす処分の留保をいう（1条）。留保処分をなすについては、被疑者について、とくに①性格及び年齢、②犯罪の前歴の有無、③運動経歴、④意識の深淺、⑤犯罪の決意の強弱、⑥活動の大小、⑦思想転向し将来適法な生活を営む見込の有無、⑧適当な身元引受人の有無、を参酌する（2条）。また、起訴留保処分をなすときには、なるべく、①本人からの誓約書、またはこれに代えて、本人が思想転向するに至った事情及び将来の生活に対する方針等に関する事項を手記したものを差し出させ、②保護者、親族、故旧、学校教職員又は適当な者を身元引受人に定めその引受書を徴し、③本人の住居を定めさせる（3条）。留保処分を申渡す際には、被疑者に処分の意義を説示し、かつ、将来を戒めるために適当な訓諭をなし、その場合にはなるべく身元引受人を立ち会わせる（4条）。身元引受人には留保処分者の監督につき必要又は参考となすべき事項を指示して留保処分者を引き渡し、また、留保処分をした旨をすみやかに送致警察署に通知する（5条）。留保処分の期間は6か月とし、特に必要あるときは1年まで延長できる（6条）。留保処分の期間中は、身元引受人又は警察官（必要が認められる場合にはその双方）に、少なくとも月に1回、留保処分者に関して、①思想及び行動、②交友関係及び通信状況、③家族関係及び生活状態、④健康状態、⑤身元引受人の監督の実況、⑥改悛状況、⑦その他参考事項、について視察報告を行わせる。この場合、警察官による視察においては、間接視察の方法をとる（7条）。身元引受人または警察官は、

90) 起訴留保の導入経緯については、1930（昭和5）～1931（昭和6）年頃になり、東京地裁検事局思想部では治安維持法違反被疑事件が増加していたところ、起訴するほどではないが他にいかなる余罪があるやもしれず起訴猶予として釈放すればさらに犯罪を行う虞もある、という事件が未済として山積するようになり、取扱方法に悩んだ結果、案出されたと説明される（岡本・前掲注32）68頁）。他方、1931年の起訴緩和方針後、起訴猶予となったものの再び地下に潜入するものがあったため、起訴留保の運用が始まったという説明もある（長部・前掲注39）54頁）。

留保処分者の氏名・職業・本籍・住居等に変更があった場合のほか、身元引受人が監督をできなくなった場合、身元引受人の氏名・職業・住所等に変更があった場合には速やかに報告をなし(8条)、留保処分者が他管内に転居したときには新住居を管轄する裁判所検事に対し、犯罪事実の概要とともに通知し、通知を受けた検事は必要な手続をとる(9条)。留保処分の期間中は随時留保処分者の身上の状況を調査し、本人がさらに罪を犯す危険の防止に努める(10条)。なお、起訴留保は統計上、留保処分の時をもって起訴猶予処分があったものとみなす(11条)⁹¹⁾。

このように、起訴留保処分は、検事が被疑者に対して「将来を戒めるために適当な訓諭」をするものではあったが、その仕組みは行状を視察するためのものであり、被疑者に積極的な処遇を行うものではなかった。

もっとも、現場の思想係検事の中には、被疑者に対し、より積極的に思想転向を促す働き掛けを行うべきと考え、実際に取り組む例もあったようである。なかには「引受人及被疑者等に対し検事が必ずしも処罰のみを目標として終始せるに非る旨を充分に諒解せしめ、進んで彼等より検事に対して身上の相談を持ちかけ来たる様仕向くことが肝要である」⁹²⁾、「被疑者の中には共產主義外の主義信念を求めんとせしも適当なる指導者を缺きたる結果之を求め得ず其為転向の実を得ざりし実例あり、検事は自ら此等の指導誘掖に当るべきである。但し激務の為其暇の無い時は適當の書籍を被疑者に紹介し之に対する批判感想を少くとも毎月一回通信せしめ、其の思想の推移を査定すべきである」⁹³⁾といった意見もあった。また、「繁劇の職務にある身とて到底完璧を期し難いから此等に対しては国家又

91) なお、本規程は、治安維持法違反事件の起訴猶予処分についても準用する(13条)ほか、①刑法74条及び76条の罪(不敬罪)、②出版法26条の罪、新聞紙法41条・42条の罪(ただし風俗壊乱の罪を除く)、③治安警察法28条の罪について特に必要ありと認めるときは、本規程に準じて留保処分または起訴猶予処分となすことができるとされた(14条)。もっとも、岡本・前掲注32)73頁によれば、1934(昭和9)年時点で治安維持法違反事件以外への適用の実例はない。

92) 岡本・前掲注32)91頁。

93) 岡本・前掲注32)93頁。

94) 各検事局からの意見では「監察」と表記されており、監督・取締の趣旨が明確である。

95) 岡本・前掲注32)91頁。

は公共団体により適当の保護監察⁹⁴⁾の機関を創設することが必要である」⁹⁵⁾といった具合に、検事みずから積極的に働き掛ける必要を述べつつ、その実現の困難性から公的専門機関創設の必要性を指摘する意見もあった。

また、起訴留保処分の採否にあたっては、「個々の被疑者に付き主義思想に対する意識の深浅信念の強弱活動力の有無保護監督の適否家庭の情况等精密なる調査を遂げ慎重に考慮」⁹⁶⁾する必要があるとされており、「此の手続は非常な手数を要するを以て、思想犯の際の如く比較的完備した人数の専門的の検事が居つてこそ可能」⁹⁷⁾なものであった。

こうしてみると、起訴留保処分は、思想犯事件という特殊な領域に限られてはいたが、被疑者に対する「視察」を超えた「監察」「指導」を強調し、検察官が自ら主体的な立場で被疑者の再犯防止（転向）に向けた働き掛けを行う契機をはらんでいた点が注目される。だが、起訴留保処分は、1936（昭和11）年、後記のとおり思想犯保護観察法の施行に伴い、治安維持法違反事件には適用されないこととされ⁹⁸⁾、事実上消滅した。

4 思想犯に対する保護観察⁹⁹⁾

(1) 治安維持法改正案から思想犯保護観察法へ

名古屋区裁判所の思想係検事であった長部謹吾¹⁰⁰⁾によれば、1928（昭和3）年の三・一五事件および翌年の四・一六事件当時、治安維持法違反者に対しては「必罰主義」をとっていたが¹⁰¹⁾、1929（昭和4）年春、解党派の転向を機に、「思想犯に直接接した思想検事が先づ日本的なものに目覚めて真に思想犯を導き思想事件を根絶する方法が単に検挙処罰に止らず積極的に保護指導す可きである

96) 1933（昭和8）年4月20日検事長検事正会同における林頼三郎検事総長の訓示（岡本・前掲注32）76頁）。

97) 岡本・前掲注32）75頁。

98) 同年11月19日司法大臣訓令による（森山・前掲注49）41頁）。

99) 思想犯保護観察については、内田・前掲注74）27頁以下、荻野富士夫『治安維持法関係資料集 第4巻』（新日本出版社、1996）653頁以下を参照。

100) 戦後、最高裁裁判官（1963～71年）。

101) 長部・前掲注39）54頁。

102) 長部・前掲注39）53頁。

事を覚った」¹⁰²⁾もので、起訴留保処分が、思想犯保護観察法（昭和 11 年法律第 29 号）の「観察的分子の源」であるとする¹⁰³⁾。

同法成立への具体的道のりは、1934（昭和 9）年 2 月に提出された治安維持法改正案に始まる。この改正案は第 4 章に「保護観察」の規定を置き、治安維持法違反の罪を犯した者に対して刑の執行猶予の言渡しがあった場合、または起訴猶予の場合に、検事が必要と認めるときには、本人を保護観察に付することができるとしていた（22 条）。そして、「保護観察」とは、本人を司法保護委員の観察に付し、保護者に引渡し又は寺院、教会、保護団体、病院若しくは適当なる者に委託若しくは送致して行い（23 条）、保護観察を行うには本人の罪を犯す危険を防止し、かつ本人をして正業に従事させることに留意すべき（24 条）とされた。また第 5 章には予防拘禁の規定を置いていた。この法案は廃案となるが、翌 1935（昭和 10）年、再び改正案が提出される。この案では、予防拘禁の規定をすべて削除したうえで、保護観察の対象者に刑の執行猶予者・起訴猶予者のほか刑執行終了者、仮出獄者を加えたが、再び廃案となった。

廃案となった治安維持法改正案の保護観察部分を修正し、単独立法化し成立させたものが思想犯保護観察法である。これにより、「保護観察」の語が初めて法律に規定されることとなった。

（2）思想犯保護観察制度の概要

1935（昭和 10）年治安維持法改正案からの大きな修正点は、保護観察に付す手続についてである。従来、検事が保護観察の要否を決する点、とくに執行猶予者の保護観察も検事が判断できるという改正案の仕組みには批判があった。当時大審院判事であった泉二新熊は、「保護観察は短期自由刑や其の他軽い刑の代用的作用を為すべき処分であつて兎に角間接には其の行動の自由を制限するものであるから、斯くの如き処分を命ずることは原則として裁判を以てするのが正当」であり、「保護観察を命ずることは、執行猶予を言渡す裁判所か或は独立の保護処分を命ずる少年審判所でなければならぬ」と主張した¹⁰⁴⁾。この点、思想犯保

103) 長部・前掲注 39) 55 頁。

護観察法では、「保護観察審査会ノ決議ニ依リ本人ヲ保護観察ニ付スルコトヲ得」(1条)とし、保護観察審査会が保護観察の要否を判断するものとした。

すなわち、検事が起訴猶予処分をした場合には、関係官庁(検事局)から保護観察所に対し、保護観察に関する意見を付し、かつ、犯罪事実の要旨その他参考資料を添付して通知する(思想犯保護観察法施行令(昭和11年勅令第401号)3条)。保護観察所は調査の結果、保護観察に付すべきと料するときは、保護観察審査会の審議を求める(同8条)。保護観察審査会の審議は非公開であり(同10条)、審査の結果、保護観察に付すべきか否かの決議を行うと、理由を付した書面をもって保護観察所に通知する(同11条)。保護観察に付すべきとの通知を受けた保護観察所は、①本人を保護観察所の保護司の観察に付す、②本人を保護者に引渡す、③保護団体、寺院、教会、病院その他適当なる者に委託する処分を行わなければならない(主たる処分、法3条)。「保護司」には、官吏たる専任保護司(今日の保護観察官に相当)と「思想犯保護ニ経験ヲ有スル者其ノ他適当ナル者」に嘱託する嘱託保護司(今日の保護司に相当)があり、観察には主として嘱託保護司が当たるのが建前とされた¹⁰⁵⁾。なお「保護者」とは、事実上・法律上本人の保護をなし得る地位にある者を広く指し、父母・後見人のほか雇主その他、現実本人を保護指導し得る者であれば親族でなくとも該当する¹⁰⁶⁾。また「保護団体」は思想犯保護観察法施行令2条の規定により司法大臣に指定された団体をさす¹⁰⁷⁾。また附加処分として、保護観察に付された者に対しては居住、交友または通信の制限その他適当な条件の遵守を命じることができる(法4条)。

104) 泉二新熊「治安維持法改正法律案に於ける保護観察」刑政48巻5号(1935)13頁。もっとも泉二の批判は執行猶予者の保護観察に向けられたもので、起訴猶予者の保護観察に関しては、裁判所の命ずる処分ではないので「其の名称は保護観察と区別すべき」ではあるが、「検事が一定の保護方法を命じ得るものとしても、之は公訴権の行使と不可分の関係を有する処分なるが故に之を是認して然るべき」とした。「一定の保護方法」として、どこまでの内容を想定していたかは不明であるが、公訴権の行使と不可分のためは認するという論理は部会における議論とも通じ、興味深い。

105) 保護観察所官制(昭和11年勅令第403号)2・5条、森山・前掲注49)101頁。

106) 森山・前掲注49)71頁。

107) 1936(昭和11)年9月、思想犯保護事業の全国的指導・統制・助成を行う財団法人昭徳会が設立された。長部・前掲注39)391頁以下によれば、同年時点で思想犯保護事業を独立団体又は付属事業として行いつつある団体は全国で約20あった。

ただし、本人が附加処分として課された制限や条件に違反しても、仮出獄の場合を別として、特段の不利益措置が想定されていたわけではない¹⁰⁸⁾。保護観察期間は一律に2年間¹⁰⁹⁾で、保護観察審査会の決議により更新が可能とされた(法5条)。さらに、必要あるときは審査会の決定前に仮に法3条の処分を行うことが可能とされた(仮処分、6条)。

保護観察所は全国各地に22か所設置され、その所長はすべて思想係検事から選任された¹¹⁰⁾。各保護観察所には保護観察審査会が置かれ、その会長1名と委員6名は、司法部内高等官(判事・検事・刑務所長等)および学識経験者(警察官吏・弁護士・宗教家・教育家・司法保護事業家等)の中から司法大臣が任命するものとされた¹¹¹⁾。

(3) 思想犯保護観察の意義

以上のような内容をもつ思想犯保護観察は、保護観察に付された者を「保護」して更に罪を犯す危険を防止するため、その思想及び行動を「観察」するものとされた¹¹²⁾。立案を担った森山武市郎¹¹³⁾は、思想犯保護観察は、旧刑法下の警察監視や警察視察のように「単に消極的に本人の思想行動を観察するに止まらず、本人を積極的に指導誘掖して正道に復帰せしめ、又は正道を確守せしむることを

108) 森山・前掲注49) 76頁。なお、主たる処分は、附加処分のみならず、別の主たる処分とも性質上可能であれば併せて行うことができた。

109) 森山・前掲注49) は、「保護観察は保安処分的一种なる点より見ますれば、不定期間これを為すことが当然のように思はれるのであります。併しながら保護観察はその実質から考察致しますれば、一種の自由制限を内容とする制裁的処分たることに相違ないのでありますから、人権確保の点をも考慮致しますれば、法律上その期間を限定するの必要があります」としたうえで、法制定を必要とした理由、一般犯罪における再犯が概ね2年以内になされていること、保護指導の実績を挙げるのに要する期間、保護観察の取消し・更新を認めたこと等から、一律に2年が妥当とする(80~81頁)。

110) 荻野・前掲注99) 670頁。

111) 保護観察審査会官制(昭和11年勅令第405号)2~4条、森山・前掲注49) 104頁。

112) 思想犯保護観察法2条。

113) 1935(昭和10)年保護課長着任、1940(昭和15)年に保護局が置かれると初代局長となり、1943(昭和18)年大審院検事となるまでの間に思想犯保護制度確立のほか旧少年法の全国実施、司法保護事業法制定などを行う(更生保護50年史編集委員会・前掲注48) 193頁)。

目的とする」もので、「保護観察は寧ろ保護指導と称した方が」妥当だとする¹¹⁴⁾。「思想犯に対する厳父慈母の方策」¹¹⁵⁾たる保護観察は、生活基盤の確立など本人への援護の側面である「保護」に加え、「観察」の側面を持ち、かつ「観察」とは消極的な視察・監視を越え、対象者に対する積極的・介入的な指導監督を含んでいた¹¹⁶⁾。これはまさに、「必罰主義」からの転換以降、起訴留保処分の運用において思想係検事らから望まれていた「保護指導」が、法制度として実現したものといえる。

実際、思想犯保護観察法の対象類型のなかでも、起訴猶予者への保護観察がもっとも盛んに用いられた。1936（昭和11）年11月から1944（昭和19）年6月までの運用をみると、保護観察所の受理人員中、起訴猶予者は全体の47.8%で最多、保護観察所において保護観察審査会に審査を求めた者の割合も、執行猶予者では69.4%であったのに対し、起訴猶予者では84.7%と最も高い。なお審査を請求された者の99.7%が保護観察に付すべき者とされ、保護観察処分を受けた者の91.4%は保護司の観察に付された¹¹⁷⁾。

思想犯保護観察法は、1945（昭和20）年10月15日の廃止まで存続した。

5 司法保護事業法のもとでの起訴猶予者保護

森山は、思想犯保護観察制度が「生まれねばならなかった」理由について、一般釈放者保護事業が民間に委ねられていることは極めて不合理であり、一般司法保護事業の制度化は喫緊の要務であるが、これには理論上・實際上考慮すべき点があるので後日に譲り、遷延を許さぬ思想犯保護について、まず制度化する必要があった、と説明した¹¹⁸⁾。実際、旧少年法による少年保護制度の確立以降、成

114) 森山・前掲注49) 53～54頁。

115) 森山・前掲注49) 21頁。

116) 内田・前掲注74) 45頁は、一方では警察視察にみられるような「監視」だけの旧制度に取って代わるとともに、他方では「保護」だけでもまた実効性に欠けるとして退けるという「両義的・二面的特質」を採用したとする。また、司法省が、「思想犯保護観察制度ノ必要」と題する文書（1936（昭和11）年4月15日付）において警察視察の不備・欠陥を挙げていた点につき、内田・前掲注74) 45頁および荻野富士夫「治安維持法関係資料集 第3巻」（新日本出版社、1996）46頁参照。

117) 内田・前掲注74) 40頁以下、荻野・前掲注116) 506頁以下。

人釈放者・猶予者の保護事業に携わる人々の間からも、民間慈善事業からの脱皮と国家による司法保護制度確立を求める声は高まっていた。1927（昭和2）年12月には、輔成会の機関誌において以下のような主張が展開されている。「現今釈放者保護事業は普通の釈放者のみにあらず仮出獄者、起訴猶予の者、刑の執行猶予の者等の保護まで其の範囲を拡張するに至つたので、保護する上に實際事情が複雑になり困難の場合が多くなつて来たのであります。（中略）既に少年審判所の保護処分に付せられた少年には少年保護司の制度があつて其の觀察に当らしめ相当効果を収めて居る且つ少年保護司の待遇等に就ても相当に注意を払はれて居るから同一制度を成年釈放者に適用したい。（中略）其の實行方法は司法省に一任するとして制度は設けられるやうにしたいといふのが保護實際家の一致した意見であります」¹¹⁹⁾。

1933（昭和8）年の第54議会には5名の議員により司法保護法案が提出され、以後、1934（昭和9）年、1935（昭和10）年と提出されるが、いずれも貴族院で審議未了となり不成立となった¹²⁰⁾。こうした状況において、1936（昭和11）年の思想犯保護觀察法の成立は、「保護団体にとっては司法保護事業を法制化するための『礎石』」というように位置付けられた¹²¹⁾。

1939（昭和14）年3月、司法保護事業法（昭和14年法律第42号）が成立し、同年9月に施行されると、猶予者保護事業も同法の中に位置づけられた。しかし、これは「一般保護觀察法を制定して再犯防遏の整備を図るの急務を認めたが、国家財政の現状に鑑みて、取敢へず民間に於ける司法保護事業の整備拡充を図るべく」¹²²⁾制定されたものとどまり、「司法保護団体の活動に具体的に新たな何かが加除されるということではな」かった¹²³⁾。すなわち、現行の制度であれば更

118) 森山・前掲注49) 32頁。

119) 香川又二郎「最近保護事業の現状と傾向」輔成会々報11巻9号（1927）15頁。

120) 更生保護50年史編集委員会・前掲注48) 170頁。

121) 内田・前掲注74) 64頁。森山も「（思想犯保護觀察法の立案者の意思においても）単に当面の思想対策に一新局面を打開するのみならず、此の新局面の展開に依つて釈放者及び猶予者保護事業全般の法制化並に国营化の基礎たらしめんとする意味を有するものであつたため、従つて本制度の確立は一般釈放者保護事業の法制化並に国营化の要望を一段と昂揚」させたとする（森山・前掲注61) 41頁）。

122) 森山・前掲注61) 42頁。

生緊急保護に相当する¹²⁴⁾内容を、国の責任において、国からの委託によって開始するのではなく、「保護を行う人の友愛の行」として行うもの¹²⁵⁾であった。その概要は以下のとおりである。

(1) 保護の対象者・種類

司法保護事業法は、司法保護事業における保護の対象として①起訴猶予者、②刑執行猶予者、③刑の執行停止中の者、④刑の執行の免除を受けた者、⑤仮出獄者、⑥刑執行終了者、⑦少年法により保護処分を受けた者、を掲げる(1条)。対象者の保護においては、本人が再び罪を犯す危険を防止し、進んで臣民の本分を恪守させるため、性格の陶冶、生業の助成その他適当な処置をもって本人を「輔導」するものとした(2条)。具体的な保護の種類として、収容保護、観察保護、一時保護が定められた¹²⁶⁾。収容保護は、本人に帰住地がない場合その他保護上特に必要がある場合に、一定の施設に収容し継続して輔導するもので、輔導にあたっては教育、授産その他社会生活に必要な訓練を施すことに努めるとされた¹²⁷⁾。観察保護は、本人が住居を有する場合に、その住居に就き継続して輔導することで、輔導にあたっては面接、通信その他の方法により鼓舞激励し正当な生活に馴致させることに努めるとされた¹²⁸⁾。一時保護は、応急の保護を与える必要がある場合、一時的な輔導を行うもので、帰住の斡旋又は金品の給与若しくは貸与等の方法により本人の実情に即した処置をなすことに努めるとされた¹²⁹⁾。

123) 内田・前掲注74) 67頁。「国の制度であるからという名目のもとに従来、行政指導等という形で事実上行われてきた国の監督を法律に基づく監督というように制度化し、この制度化を通じて監督の強化・拡充を図るという点」に法制化の意義があったとする。

124) 山田憲児『保護観察付刑執行猶予の取消し等に関する研究(法務研究報告書75集2号)』(法務総合研究所、1988) 17頁。

125) 安形・前掲注64) 505頁。

126) 司法保護事業法施行規則(昭和14年9月14日司法省令第48号) 5条。

127) 司法保護事業法施行規則 7条。

128) 司法保護事業法施行規則 8条。

129) 司法保護事業法施行規則 9条。

(2) 保護の担い手

釈放者・猶予者の保護にあたるのは、収容保護および一時保護については司法保護団体、観察保護については司法保護委員とされた。

司法保護団体は、司法保護事業を経営する者であり、直接的に対象者の保護を行う直接保護団体と、事業に関し指導、連絡、助成を行う指導助成団体とがあった¹³⁰⁾。直接保護団体は対象者の違いにより猶予者保護団体、釈放者保護団体、少年保護団体、思想保護団体に区分された¹³¹⁾。もっともこれは概念上の区分であり、実際には明確に分化していなかった¹³²⁾。

司法保護事業を経営するには司法大臣の認可が必要とされていたが（司法保護事業法3条）、既存の司法保護事業経営者は、所定の届出をなせば認可を受けたものとみなされた（同法附則2項、施行規則87条）¹³³⁾。多くは篤志家の経営であって、個人経営、共同経営、寺院の付属事業など種々であった¹³⁴⁾。司法大臣は監督上必要な場合に事業に関する報告を徴し、実況を調査し又は事業経営に関し指示をなす権限を有した（同法4条）ものの、前記のとおり司法保護団体は飽くまで民間団体であり、その経費は、資産収入、政府の奨励金、各種助成金、寄付金、会員組織の団体では会員の出捐をもって賄われた¹³⁵⁾。

司法保護委員は、観察保護を担うことから、その対象は主に猶予者及び釈放者であった。司法保護委員は、司法大臣が任免する「名誉職の公務員」とされたものの¹³⁶⁾、実情は、司法保護事業法の成立に先立ち、民間の「全日本司法保護事業連盟の私設に係る司法保護委員制度を、殆どそのまゝに踏襲したもの」¹³⁷⁾であ

130) 司法保護事業法施行規則14条。

131) 司法保護事業法施行規則15条。

132) 森山・前掲注61) 75頁。ただし「漸次分化の傾向にあり」、「殊に猶予者の保護は従来殆ど釈放者保護団体の兼ね行ふところであつたが、近時独立専門の強力なる猶予者保護団体が各地に誕生し、司法保護事業に新しい生面を開拓しつつある」とする。

133) これは「既存の保護勢力を些かにても削減せざることを念慮する立場から、既存の司法保護事業経営者に就ては、其の組織の如何を問はず、一応悉く其の司法保護団体としての存続を認めた」ものであった。森山・前掲注61) 77頁。

134) 森山・前掲注61) 76頁。

135) 森山・前掲注61) 83頁。なお「予算の中には入らぬが、優良団体に於ては御下賜金拝戴の光栄に浴すること屢々であ」った。

136) 森山・前掲注61) 48頁。

った。すなわち、1937（昭和12）年5月に開催された全日本司法保護事業大会（財団法人輔成会・同日本少年保護協会・同昭徳会主催）では、一般犯罪者に対する保護観察制度を速やかに実施するため、保護観察実務執行官庁を置き、司法保護団体の統制助成を行い、司法保護委員制度を設けることなどを司法省に建議した。同年8月に前記主催3団体が全日本司法保護事業連盟を結成すると、同連盟は翌1938（昭和13）年9月、「司法保護委員制」の全国実施を宣言し、同年末から翌年にかけて、1万2千人超の民間篤志家に「司法保護委員」を委嘱した¹³⁸⁾。そして1939（昭和14）年9月の司法保護事業法施行にあたり、全日本司法保護事業連盟の委嘱した人々が、全員、新制度下の司法保護委員として任命されたのであった¹³⁹⁾。

(3) 保護の手続

保護の要否は、本人の改悛の程度、心身の状況、生活能力、社会的地位及び境遇を参酌して定め¹⁴⁰⁾、また保護の種類を定めるにはこれらの要素に加えて本人の居住地、所持金品、保護関係等を参酌する¹⁴¹⁾。「本来これは専門の保護審査機関に依つて為さるべき性質のものであるが」、そのような専門機関が存在しないため、「便宜上釈放官庁に於て取扱ふ」こととされていた¹⁴²⁾。起訴猶予者であれば検事局が、一時保護または収容保護が必要と判断した場合には本人の現在地または居住地の司法保護団体に通知し¹⁴³⁾、観察保護が必要と判断した場合には本人の現在地または居住地の司法保護委員会¹⁴⁴⁾に通知する¹⁴⁵⁾。

137) 森山・前掲注61) 93頁。

138) 更生保護50年史編集委員会・前掲注48) 164頁、172頁。

139) 森山・前掲注61) 93頁。

140) 森山・前掲注61) 102頁及び司法保護事業法施行規則4条（ただし同条には「社会的地位」「境遇」の文言はない）。

141) 司法保護事業法施行規則6条。

142) 森山・前掲注61) 103頁。

143) 司法保護事業法施行規則49条。

144) 司法保護委員会は各地方裁判所管轄区域ごとに置かれ、会長（当該地裁検事局の検事正）および管内の司法保護委員の中から司法大臣が任命する者により構成された（司法保護委員令（昭和14年勅令第644号）5条）。

145) 司法保護事業法施行規則58条。

通知を受けた司法保護団体は、保護を開始する。司法保護委員会が通知を受けた場合、委員会はこれを本人の現在地または居住地の区司法保護委員会¹⁴⁶⁾に通知し¹⁴⁷⁾、区司法保護委員会は本人の保護を担当すべき司法保護委員を定め、当該司法保護委員にこれを通知する¹⁴⁸⁾。当該司法保護委員は速やかに本人の生活状態、職業関係その他輔導上必要な事項を調査して保護を開始する¹⁴⁹⁾。もっとも、通知とは、要保護者の存在と氏名、保護を要するとの釈放官庁の認定を知らせるものにすぎず、保護事務の遂行を命令するものではない¹⁵⁰⁾。また、猶予者・釈放者本人に保護を受ける義務はなかった¹⁵¹⁾。さらに、釈放官庁が保護の必要を認めなかった者について、司法保護委員または司法保護団体がみずから保護を開始することもできた¹⁵²⁾。

(4) 保護に関する報告

司法保護団体は収容保護に関し、①保護の開始、②保護中の事故（本人の所在不明、再犯、重病、死亡その他）、③保護の終了に関して司法大臣に報告することになっていた¹⁵³⁾。また、収容保護を終了する判断（保護の解除）は、司法保護団体が完全に自らの裁量で適宜行うとされていた¹⁵⁴⁾。観察保護に関しては、司法保護委員は、①観察保護の開始、②観察保護中の事故（本人の所在不明、再犯、死亡その他）、③観察保護の終了、について司法保護委員会に報告ないし通知することとなっていた¹⁵⁵⁾。観察保護の終了は、①保護の目的を達したと認められる場合、②本人の所在不明、再犯、死亡その他特殊な場合、③収容保護が適

146) 司法保護委員は保護区ごとに置かれ（司法保護事業法施行規則 31 条）、保護区ごとに区司法保護委員会を組織するものとされた（同規則 32 条）。

147) 司法保護事業法施行規則 61 条。

148) 司法保護事業法施行規則 62 条。

149) 司法保護事業法施行規則 63 条。

150) 森山・前掲注 61) 107 頁。

151) 大坪与一「犯罪者予防更生法成立誌 (3)」更生保護と犯罪予防 21 号 (1971) 87 頁。

152) 司法保護事業法施行規則 51、55、56、60 条参照。詳細につき森山・前掲注 61) 108 頁以下参照。

153) 司法保護事業法施行規則 51、54、56 条。

154) 森山・前掲注 61) 114 頁。

155) 司法保護事業法施行規則 64 条、68 条、69 条。

当と認められる場合、④輔導開始から2年が経過した場合に、区司法保護委員会が解除を決定するものとされた¹⁵⁶⁾。すなわち、司法保護委員は、観察保護の成績については、事故を除き、保護の継続中に報告する義務がなく¹⁵⁷⁾、保護の終了後にはじめて司法保護委員会に成績を提出し、委員会がこれを取りまとめて司法大臣に報告することとなっていた¹⁵⁸⁾。保護の成績が不良の場合に起訴猶予を取り消す仕組みではなかったことがわかる。

なお、司法保護事業法下の起訴猶予者保護について統計をみると、全起訴猶予者中、なんらかの保護（保護の種類は記載なし）の対象となった起訴猶予者は、1940（昭和15）年度で5%、1941（昭和16）年度は4.7%（司法省保護局調）となっている¹⁵⁹⁾。また、1942（昭和17）年の1年間に司法保護委員による観察保護を終了した起訴猶予者（男）の終了事由は、成績良好2601人（43.8%）、所在不明1299人（21.9%）、再犯452人（7.6%）、死亡170人（2.9%）、その他1400人（23.6%）であった¹⁶⁰⁾。

(5) 司法保護事業法下の猶予者保護の性格

司法保護事業法により国家事業として整備されたかにもみえた起訴猶予者保護であったが、実際には、国と、保護実施主体である民間事業者・民間人との間に指揮命令系統を築くものでもなければ、提供される保護（輔導）は権力的性質を持たず、これを受けるか否かは本人の任意であった。同法は、「司法保護委員制度を創設し、ひろく民間篤志家のサービスをうけいれる基礎をつくり上げ」¹⁶¹⁾るととどまっていた。

156) 森山・前掲注61) 115頁。

157) よって保護の成績は、保護継続中は担当保護委員のみが知り得た（森山・前掲注61) 123頁）。

158) 森山・前掲注61) 124頁。

159) 社会事業研究所『日本社会事業年鑑（昭和17年版）』（中央社会事業協会社会事業研究所、1943）345頁以下。

160) 社会事業研究所『日本社会事業年鑑（昭和18年版）』（中央社会事業協会社会事業研究所、1945）245頁。なお司法省保護局編纂『実例 輔導のしをり』（財団法人司法保護協会、1942）には起訴猶予者の輔導事例も掲載されている。

161) 小川・前掲注40) 1051頁。

6 小括

起訴猶予者に対する視察は、警察が対象者の行動を外部から監視し、その身辺調査を行うものにすぎなかった。また、民間の慈善事業として行われるようになった起訴猶予者保護は、本人を支援し自立へと導くものであり、その基本的性格は、司法保護事業法のもとに置かれても変わることがなかった。

これらと異なり、検察をして被疑者に対する処遇へと向かわせる契機となったものが、思想犯に対する起訴留保の運用であり、それは思想犯保護観察制度に結実した。この思想犯保護観察制度が、現行刑訴法制定以前の時期を通じ、起訴猶予者に対して積極的な処遇が行われた唯一の枠組みであった。次章では、これら治安維持法体制下の制度ないし運用を基礎に、日本国憲法および現行刑訴法下において起訴猶予者に対する働きかけを行おうとした試みについて確認する。

Ⅲ 現行刑事訴訟法下における起訴猶予者保護観察の試み

1 犯罪者予防更生法の立案過程における猶予者保護の削除

敗戦直後の1945（昭和20）年8～9月、司法省刑政局では、一般成人犯罪の猶予者・釈放者に対する保護観察制度を確立する計画を始めた¹⁶²⁾。これは、①思想犯保護観察法および同施行令を改正して一般保護観察法（仮称）および同施行令とし、②保護観察の対象は、思想犯を含む一般の起訴猶予者、執行猶予者、釈放者とし、③保護観察所および司法保護委員会の権限、組織等を改め、まず保護観察所を増設する、等を内容としていた¹⁶³⁾。しかし、この計画は、同年10月、思想犯保護観察法・同施行令が廃止され¹⁶⁴⁾、とん挫する。

翌1946（昭和21）年末、司法大臣官房保護課で「司法保護事業法改正草案」がとりまとめられる¹⁶⁵⁾。この草案では、起訴猶予者、執行猶予者、刑の執行停

162) 大坪与一「犯罪者予防更生法成立誌」更生保護と犯罪予防 19号（1971）83頁。

163) 大坪・前掲注162）84頁。

164) 1945（昭和20）年10月4日のいわゆる人権指令（「政治的、公民的及宗教的自由ニ対スル制限除去ノ件（覚書）」）を受けて発せられた「昭和二十年勅令第五百四十二号『ポツダム』宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件ニ基ク治安維持法廃止等ノ件」（昭和20年勅令第575号）による。

止中の者、仮出獄者については司法保護委員会の決定をもって保護観察に付し、刑の執行を免除された者、刑執行終了者、罰金・科料の執行未了者については本人の同意があれば保護観察に付することができるとしていた¹⁶⁶⁾。草案は、連合国軍総司令部（GHQ）の Public Safety Division との間で交渉が重ねられた末、最終的に 1949（昭和 24）年 4 月、犯罪者予防更生法（以下「犯予法」）案として第 5 国会に提出された。この間の 1948（昭和 23）年 2 月、司法省に代わって法務庁が設置され、保護関係の事務は少年矯正局（初代局長斎藤三郎¹⁶⁷⁾）と成人矯正局との分掌となった¹⁶⁸⁾。

もっとも、司法保護事業法改正草案と犯予法案との間には大きな違いがあった。犯予法案では、少年の保護観察に関する規定も盛り込んだうえで、成人については、仮出獄者と執行猶予者のみを対象とした¹⁶⁹⁾。しかし、法案審議過程での修正により、執行猶予者に対する保護観察は 18 歳未満で懲役又は禁錮につき執行猶予となった者に限定され、「立法関係者の当初からの念願に反し、成人に対しては僅かに仮出獄中の者だけを対象とする狭い範囲の保護観察制度」¹⁷⁰⁾となった（その後、執行猶予者については 1954（昭和 29）年、刑法の一部を改正する法律（昭和 29 年法律第 57 号）および執行猶予者保護観察法（昭和 29 年法律第 58 号）により保護観察制度が導入された）。

このように、GHQ との交渉を行いつつなされた犯予法案作成段階で、起訴猶予者は保護観察の対象から削除されたのであるが、その理由について、斎藤少年矯正局長は、国会審議において政府委員として次のように述べている。「執行猶予、起訴猶予の四十七万人の人の保護につきまして、どのような構想を持つ

165) 大坪・前掲注 162) 85 頁。

166) 大坪・前掲注 162) 86 頁。

167) 斎藤三郎と更生保護との関わりについては、山田憲児「飲水思源・更生保護制度 70 周年に想う」関東同友 9 号（関東更生保護同友会、2019）1 頁を参照。

168) 大坪・前掲注 162) 88 頁。

169) その他の相違点として、保護観察の中心機関を司法保護委員会から少年・成人別の保護観察所にしたこと、司法保護委員制度の強化および民間司法保護事業・保護施設の整備をはかる規定の削除、改正草案にはなかった仮釈放の方法・新たな犯罪予防の規定・中央更生保護委員会の設置、等があった（大坪・前掲注 162) 91 頁）。

170) 大坪・前掲注 162) 92 頁。

ておるかというお尋ねでございましたが、これについてもこの法案の立案中に研究いたしましたのでございます。ただ新らしい新刑事訴訟法全体から、すでに御承知の通りに検事の認定だけで、犯罪を犯した、そうして保護観察に付するということは、どうしても関係方面の認められるところとならないのでございまして、今後私共は保護観察制度の確立と一諸に、簡易なる決定その他によつて裁判所が簡易なる手続きで保護観察に付するというふうな制度を作ることが適切ではないかと、かように考えておりますが、広汎の改正になりますので、今度の国会には提案する段通りにまで至らなかつた次第でございます¹⁷¹⁾。

このように、新刑訴法のもと、検察官による事実認定だけで起訴猶予者を保護観察に付することは認められないとの認識は、単に GHQ の意向の反映にはとどまらなかった。例えば、団藤重光博士は次のように述べていた。「(起訴猶予は) 嫌疑なしとする不起訴処分とはちがって、犯罪事実の存在を肯定するものには相違ない。しかし、それはどこまでも検察官の認定にすぎず、その処分は検察官の処分である。保護観察は結局、本人のためだとしても、人権に制限を加えるものであることは否定することができないから、これは裁判所の処分によってはじめて許されるものと考えるほかない¹⁷²⁾。

2 「横浜方式」の登場と消滅

もっとも、1960 年代に入ると、「横浜方式」¹⁷³⁾といわれる、起訴猶予者に対する「更生補導」が実施されるようになった。

犯予法成立の翌 1950 (昭和 25) 年 5 月には司法保護事業法が廃止され、代わって更生緊急保護法 (昭和 25 年法律第 203 号。以下「更緊法」) が施行され、起訴猶予者もその対象とされた (1 条 4 号。改正¹⁷⁴⁾により 5 号)。こうして、起訴

171) 1949 (昭和 24) 年 5 月 19 日参議院法務委員会議録より。

172) 団藤重光「アダルト・プロベিশョンの構想と将来の展望」更生保護 4 巻 5 号 (1953) 6 頁。

173) 横浜方式を紹介する文献は本稿にて引用するほか多数あるが、とくに三井誠「検察官の起訴猶予裁量——その歴史のおよび実証的研究—— (五・完)」法学協会雑誌 94 巻 6 号 (1977) 121 頁以下参照。これによると「横浜方式」の採用は 1967 (昭和 42) 年 5 月末日時点で 15 庁にのぼった (121 頁)。

174) 昭和 29 年法律第 58 号。

猶予者本人の申出に基づく任意保護が、国の責任において実施されることとなった。しかし、その後も主に検察関係者から起訴猶予者に対する保護観察の必要性が主張され、斎藤三郎も起訴猶予者に対する更緊法の枠を超えた保護の必要性を説いていた¹⁷⁵⁾。その斎藤が検事正として着任した横浜地方検察庁において実施したのが「横浜方式」である。

これは、「従来の基準によれば、あるいは起訴相当と史料される被疑者であっても犯罪の情状、本人の性格、素質等を考慮し本人の社会環境等を是正若しくは調整すれば本人の更生と再犯の防止が期待できる者については、その起訴を猶予し、保護観察所長に対し本人の事後補導を委ね、保護観察官、保護司の補導に服させて、刑の執行猶予の期間中保護観察に付された者に対する保護観察（四号観察）に準ずる更生補導を実施し、原則として六ヵ月間（事件により短縮することができる）の更生補導期間内は一応起訴猶予処分にした上、保護観察所長より更生補導についての通報を得て確定的な終局処分をすることとし、更生補導の効なく再犯のおそれあるときは、起訴することとする」¹⁷⁶⁾というものである。ここで、「あるいは起訴相当と史料される被疑者」とは、「犯罪事実自体は、必ずしも起訴しなければならない程ではないが、環境が悪く適切な指導保護者もないため再犯に陥る危険があると認められるので従来の基準によれば起訴相当と史料されるごとき場合や、犯罪事実自体の犯情はこれを軽視することはできないが、被疑者に改悛の情（ママ）も認められ、適切な指導により再犯を防止することができると認められるごとき場合等、起訴と起訴猶予の限界領域を広く指」すものであり、「起訴猶予の範囲を拡大するもの」と説明された¹⁷⁷⁾。

その対象は、原則として、①年齢満20歳以上満25歳未満、②刑法犯中、財産犯、粗暴犯で勾留中の者、③横浜地検および区検事件のうち、横浜市内に定着性のある帰住地を持つ者、とされたが、適当と認められればこれらを充たさない場合も対象とされた¹⁷⁸⁾。対象者の選択は極めて重要であるため、被疑者のみなら

175) 平出禾『刑事訴訟法研究』（酒井書店、1970）86頁以下、斎藤三郎「アダルト・プロベーションの夜明け」法律のひろば6巻4号（1953）25頁。

176) 斎藤欣子『横浜地検における起訴猶予者に対する更生保護事件について（検察研究叢書43）』（法務総合研究所、1965）1頁。

177) 斎藤欣子・前掲注176）2頁。

ずその親族、雇用主等より事情を聴取し、必要があれば横浜少年鑑別所等の助力を得て知能検査や性格テストを行い、被疑者に前歴があれば当時の処分記録を取り寄せるなどして、できる限り被疑者の問題性を理解する。そのうえで、更生保護事件相当と判断すると、保護観察所へ通知し、必要に応じて保護観察官による被疑者面接を実施するなどしてその意見を求め、これを参酌して保護観察に付す決定を行う¹⁷⁹⁾。

もともと、この措置は、更緊法に根拠を求めていたため、本人の「申出」を必要としていた。検察官は対象者に制度の意義・目的・内容を説明し、本人および保護者¹⁸⁰⁾が保護措置を希望する場合には、本人および保護者の「保護申出書」を提出させ、あわせて「誓約書」により遵守事項を誓約させる。こうして本人に保護カードを交付し、保護観察所に出頭させる¹⁸¹⁾。検察庁では起訴猶予の裁定書を作成し、他方、保護観察所では更緊法1条5号該当事件として受理する¹⁸²⁾。

本人は担当保護司の補導を受け、担当者は毎月、補導状況報告書を保護観察所に提出する。補導期間が3か月を越え、特に成績良好で補導継続の必要がないと思料するとき、または成績が極めて悪く再犯のおそれがあると思料するときは、補導解除または打ちりの申出書を提出する。検察官から終局処分決定の通知を受けたとき、補導期間が経過したとき、対象者の死亡、再犯・所在不明その他、補導が実施できない状態が生じたときには終結する¹⁸³⁾。なお、本件で起訴猶予処分とした場合、6か月の期間経過後に再び新たな処分を行うものではなく、再犯等の事由により起訴する場合は、事件を再起して行うものとされていた¹⁸⁴⁾。

この仕組みは、本人の申出を要件とするとはいえ、検察官が「一応起訴猶予処分」とした対象者を、保護観察官の意見も参酌したうえで「保護観察（四号観察）に準ずる更生補導を実施」という点で、「起訴留保」と「思想犯保護観

178) 斎藤欣子・前掲注176) 1頁。

179) 斎藤欣子・前掲注176) 8頁以下。

180) 対象者は成人であり、ここで「保護者」とは主に両親など本人を事実上監督する者を指して用いられている。

181) 斎藤欣子・前掲注176) 9頁。

182) 斎藤欣子・前掲注176) 10頁。

183) 斎藤欣子・前掲注176) 10～11頁。

184) 斎藤欣子・前掲注176) 10頁。

察」を折衷した性格を持つ。これは、思想係検事の経験を有する斎藤¹⁸⁵⁾にとって自然な発想であったかもしれない。ただし、当時の四号観察は特別遵守事項を伴わないもので¹⁸⁶⁾、かつ、一般遵守事項も犯予法より著しく緩和され¹⁸⁷⁾、今日の更生保護法(平成19年法律第88号)下における保護観察と比べれば権力的側面が弱いものであった。「横浜方式」の実践例¹⁸⁸⁾をみても、保護司が丁寧な補導援護を行っていた経過が窺われる¹⁸⁹⁾。

しかし、この仕組みは、裁判所による事実認定を経ないまま、検察官が対象者を実質的な保護観察に付す点で、犯予法の立法作業において削除された構想と同じ批判を免れなかった。探求的・詳密な情状調査、それによる捜査の糾問化・長期化のおそれのほか、法的根拠の曖昧さからくる適正手続上の問題、さらには刑

185) 著作に『右翼思想犯罪事件の総合的研究(血盟団事件より二・二六事件まで):昭和13年度思想特別研究員検事齋藤三郎報告書(思想研究資料特輯53号)』(司法省刑事局、1939)。なお、人権指令後も、司法省関係者の罷免は保護観察所職員、保護観察審査会職員に限られ、思想係検事は保護観察所長を兼務しているものだけが罷免の対象となった(荻野・前掲注99)740頁)。

186) 保護観察付き執行猶予者に対し特別遵守事項を課すことが可能となったのは「執行猶予者保護観察法の一部を改正する法律」(平成18年法律第15号)による。

187) 執行猶予者保護観察法5条は、遵守すべき事項として「保護観察に付された者は、すみやかに、一定の住居を定め、その地を管轄する保護観察所の長にこれを届け出るほか、保護観察に付されている期間中、左に掲げる事項を遵守しなければならない。①善行を保持すること。②住居を移転し、又は一箇月以上の旅行をするときは、あらかじめ、保護観察所の長に届け出ること。」と規定していた。

188) 斎藤欣子・前掲注176)55頁以下に「ケース研究」として事例が紹介されている。

189) 斎藤三郎は、「(思想犯保護観察制度は)本来思想犯弾圧のためのものではなかったが、誤解されることがあり、犯罪者予防更生法の保護観察制度も、これとの関係で誤解されたきらいもあった……(新制度は)ふかい愛情と科学的な目で犯罪原因を究明し、保護と指導の熱意で犯罪をした人を更生させるものである」と述べ(斎藤三郎「保護観察のあゆみ」更生保護5巻7号(1954)5頁)、また横浜方式について触れる中で「更生保護の適応性とはまさに更生への被疑者本人の意欲であり、更生保護の必要性とはその意欲を支えようとする努力に外ならない」と述べており(斎藤三郎「起訴猶予者に対する更生保護について」刑政72巻9号(1961)14頁)、彼にとって、本来的に善である保護観察と任意保護との違いは相対的でしかなかったように見える。さらに斎藤は、犯予法の「対象外になった満期釈放者や起訴猶予者」について、「これ等の人が社会厚生施設で十分保護されることを期待出来るかということです。更に社会政策は或る限度では刑事政策のものと重複するのではないか。その重複する分野はどちらでもよいので、実際に効果が上がる所があればよいのではないかということです」とも述べていた(斎藤三郎「司法保護の展望」斎藤三郎『更生保護のあゆみ』(1977)19頁)。

事司法における検察官の役割の在り方など様々に批判され¹⁹⁰⁾、やがて消滅した¹⁹¹⁾。

IV 本制度案をどうみるか

1 起訴猶予者を保護観察に付す仕組みに対する刑訴法の態度

IIにおいて確認したとおり、現行刑訴法の制定以前、起訴猶予者に対して行われた警察による「視察」は、対象者の行動を監視し、身辺調査を行うもので、視察対象者への働き掛けを内容とするものではなかった。また、民間の団体・個人による慈善事業としての「保護」は、起訴猶予者を援助して自立へ導くものであった。その基本的性格は、司法保護事業法のもとでの起訴猶予者保護にも引き継がれ、飽くまでも今日の更生緊急保護に相当するサービスを、民間の事業者・個人が提供するものとどまった。これらに対し、検察による被疑者に対する働き掛けは、思想犯に対する起訴留保の運用にその源を発し、思想犯に対する保護観察として制度化されたが、一般犯罪の起訴猶予者はその対象外にとどまった。

すなわち、現行刑訴法制定以前の段階で、検察官により、被疑者の改善更生と再犯防止を目的として、起訴猶予者に対する積極的処遇が行われたのは、思想犯保護観察法の下での保護観察のみであった。その思想犯保護観察法が治安維持法もろとも廃止され、いわば起訴猶予者に対する積極的処遇の基盤が完全に否定された状況において立法されたのが、現行刑訴法である。その制定にあたって、検察官による被疑者・起訴猶予者への保護観察類似の積極的処遇を禁止する規定が置かれなかったことは、当然のように思われる。よって、禁止規定が置かれなかった点をもって、現行法が検察官による被疑者の積極的処遇を容認していることの根拠とすることはできない。それどころか、犯予法の立案過程において起訴猶

190) 三井・前掲注173) 135頁以下、平野龍一『犯罪者処遇法の諸問題（増補版）』（有斐閣、1982）63頁）参照。その他、「起訴留保の措置とまったく同類」であり「監視制度への移行を示すもの」との批判もなされた（菊田幸一「思想犯保護観察法の歴史的分析（二）」法律論叢45巻1号（1972）123頁）。

191) 1977（昭和52）年時点で既に「ほとんどその実施をみていない」とされていた（三井誠「検察は刑政の『かなめ』か」罪と罰14巻4号（1977）9頁）。

予者に対する保護観察が削除された事実は、検察官限りの認定により被疑者を保護観察に付することが、刑訴法に適合しないと考えられたことを端的に示している。

2 現行刑訴法下における本制度案の相当性

(1) 「守るべき事項」の設定による被疑者の不利益

もっとも、このような歴史的経過をもってしても、本制度案の立場からは、現行刑訴法は、被疑者・起訴猶予者に対し処遇を受けるよう義務付けたり、権利を制約したりする仕組みを拒否しているにすぎず、本制度案による措置が義務付けや権利制約を伴わず、「あくまで任意の働き掛けにとどまる」以上、許容されると解するのであろう。果たしてそのような理解は相当であろうか。

本制度案が「被疑者に新たに法的義務を課したり権利を制約するものではない」との主張は、被疑者は、検察官が設定する「守るべき事項」を遵守する義務を負うものではない、という点に依拠する。しかし、『「守るべき事項」を遵守する義務を負わない』ということは、『「守るべき事項」を遵守しなくても、起訴されない』ことを意味しない。それどころか、「守るべき事項」を遵守しないことは、被疑者にとって有利に考慮される事情が減ることを意味し、起訴の可能性は、遵守する場合と比較して相対的に高まる。したがって、被疑者は、新たに負担を背負い「守るべき事項」の遵守に努めるか、それとも起訴の可能性が相対的に高まることを甘受して「守るべき事項」を遵守しないか、の選択を迫られる。

いずれにしても、「守るべき事項」を設定されることによって、被疑者は、何も設定されない状態に比べ、不利な状況に置かれる。にもかかわらず、「被疑者の同意は、検察官による働き掛けを正当化するための要素としては不要」という本制度案の立場によれば、検察官は、被疑者の意思と関係なく、一方的に「守るべき事項」を設定できることになる。

(2) 検察官が働き掛けを行う権限の有無

このように、検察官が、被疑者に対して一方的に「守るべき事項」を設定し、再犯防止への働き掛けを行う「権限」は、どこから導かれるのであろうか。

Iにおいてみたとおり、刑訴法 248 条が、「起訴法定主義ではなく起訴便宜主義を採用したものであることを示すもの」に留まるとすれば、そこに検察官による処遇権限が含まれると考えることはできない。これと同様に、同条に「守るべき事項」の設定権限が含まれるということもできない。同条が、起訴便宜主義の採用を示すに留まる以上、検察官に対し、訴追裁量権の行使にあたって諸事情を考慮するのみならず、被疑者に対して条件（守るべき事項）を設定することにより、自ら新しい考慮要素を創出する権限をも与えている、と解することはできないからである。また、II・IIIにおいて確認した歴史的経緯からも、このような権限は否定される。思想犯保護観察法のもとですら、検察官の役割は、起訴猶予処分後に保護観察所へ通知することにとどまっており、司法保護事業法のもとでも、起訴猶予者保護における検察官の関与は、「便宜上」釈放官庁がなすものとされた保護の要否に関する判断と、その結果の司法保護団体・司法保護委員会に対する通知に尽きていた。通知後の起訴猶予者の保護状況が起訴猶予の取消しと結びつけられることはなく、まして、検察官が起訴猶予の判断を左右し得る新たな条件や考慮要素を作り出すことなど、想定もされていなかった。このような旧刑訴法下の制度および運用を踏まえ、現行刑訴法は 248 条に「犯罪の軽重」の文言を加えた。仮にこれが、起訴猶予権限の性格を変更するまでの意図を持ったものではなく¹⁹²⁾、飽くまで、犯罪が重大であれば起訴を猶予するのに慎重さを要するという当然のことを確認する意味で付加されたにすぎないと解するとしても¹⁹³⁾、その確認の趣旨が、「特別予防主義への過度の傾斜を戒め、裁量権の行使に多少の限定を付加しようとする」¹⁹⁴⁾ものであることには相違ない。このような趣旨からも、考慮要素の創出という検察官の新たな権限が刑訴法 248 条によって許容されるとは考えられない。

では、刑訴法 248 条の規定を超えて、端的に、検察官が再犯防止に向けて歴史的に担ってきた役割から、検察官による被疑者への働き掛けの権限を認めることは可能であろうか。本稿において検討した歴史的経緯に照らせば、まず、検察官

192) 川出・前掲注 5) 130 頁。

193) 川出・前掲注 5) 112 頁。

194) 松尾・前掲注 24) 164 頁、川出・前掲注 5) 111 頁。

が思想犯被疑者に対して行った特別予防的見地からの積極的働き掛けを、権限の根拠とできないことは明らかであるところ、その思想犯保護観察においてすら、思想係検事による現実の影響力はさておき、制度上、検察官の役割は限定されていた。また、思想犯保護以外の場面をみても、司法保護事業法のもとで検察官が担った役割は、起訴猶予となった被疑者を民間による任意保護に「つなげる」という域を出るものではなく、みずから被疑者の保護や指導・監督のために主導的役割を果たすことはなかった。戦後の犯予法立案過程においては、起訴猶予者を保護観察に付すという枠組みそのものが否定された。さらに、「横浜方式」においては、更生緊急保護の建前をとりつつ実質的な保護観察処遇が行われたが、限定的な試みにすぎなかったうえ強い批判にもさらされ、定着には至らなかった。以上から、検察官が歴史的に担った役割の中に、検察官が、被疑者に対して積極的な働き掛けを行う権限をもつことの根拠を見出すことはできない。むしろ、歴史は、被疑者の再犯防止のために検察官が主導的・積極的な役割を果たすことに、警告を発しているのである¹⁹⁵⁾。

検察官が被疑者に働き掛けを行う権限の根拠が認められない以上、本制度案に基づく法制度化は行われるべきではない。

195) 従来、検察官が被疑者の再犯防止に向けて歴史的に担った役割については、「警察監視と思想犯の保護観察の暗い記憶が、保護観察に影をおとした」(平野・前掲注190)41頁)ことも手伝ってか、必ずしも正確な理解が共有されてこなかったように思われる。たとえば、平出・前掲注175)86頁以下では、司法保護事業法のもとで起訴猶予者保護が行われていたことをもって、犯予法が起訴猶予者を保護観察の対象としなかった点を批判しているが、これは起訴猶予者保護が犯予法上の「保護観察」と同質であったという誤った前提に立っていると考えられる。