

## 犯罪歴というスティグマ

—アメリカ刑罰史における「危険性」の系譜から—

山 梨 光 貴

目 次

はじめに

I 烙印刑が果たしていた機能

II 犯罪学と「危険性」

III 刑罰制度と「危険性」

IV 市民が「危険性」に向き合うとき

むすびにかえて

### はじめに

犯罪からの離脱（desistance from crime）に関する研究<sup>1</sup>では、就職や結婚などのターニングポイントを経て獲得される社会関係資本（social capital）が、離脱のプロセスにおいて重要な役割を果たすものとして理解されている<sup>2</sup>。もっとも、罪を犯した者たちにとって、社会関係資本の獲得は必ずしも容易なことではない。たとえば、アメリカでは、就職活動において書類審査を通過する割合に犯罪歴の有無が統計的に有意な差を生ん

---

1 相澤育郎「犯罪学における離脱理論の展開と論点」赤池一将ほか編『刑事司法と社会的援助の交錯』（現代人文社、2022年）193頁以下、拙稿「犯罪からの離脱のメカニズム——更生保護の理論的基盤を求めて」大学院研究年報47号（2018年）189頁以下など。

2 拙稿「重要な他者——関係性の構築と犯罪からの離脱」比較法雑誌54巻3号（2020年）155頁以下も参照されたい。

でいることを明らかにした研究<sup>3</sup>がある。求人応募者は、いわゆるバックグラウンドチェックの一環として犯罪歴の有無を尋ねられることが多く<sup>4</sup>、このことが、罪を犯した者たちの就職を困難にしている一つの要因であると考えられている<sup>5</sup>。

採用手続において犯罪歴が考慮される理由には様々なものが考えられるが、理論的には、応募者に犯罪歴がある場合、その者によって惹起され得る種々のコスト（他の従業員や顧客に対する不法行為とそれに対する賠償など）への懸念が生じやすいということが指摘されている<sup>6</sup>。たとえば、Lageson et al. が行ったインタビュー調査によれば、犯罪歴のある者を採用するかについて担当者に裁量が認められている場合、彼／彼女らは、自身の判断によって他の従業員が危険に晒されることになるのを懸念して、犯罪歴のある者の採用に躊躇していることが認められる<sup>7</sup>。もっとも、医療現場などの一部の例外を除いて、犯罪歴のある従業員が（ない従業員よりも）同僚や顧客の被害リスクを高めることを示す有力なエビデンスがあるわけではない<sup>8</sup>。その意味で、その懸念は、「事実」に基づくものという

3 E.g., Pager, D., *Marked: Race, Crime, and Finding Work in an Era of Mass Incarceration*, Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

4 See, Vuolo, M. et al., "Criminal Record Questions in the Era of 'Ban the Box,'" *Criminology & Public Policy*, 16(1), 2017, pp. 139-165; Denver, M. et al., "Criminal Records and Employment: A Survey of Experiences and Attitudes in the United States," *Justice Quarterly*, 35(4), 2018, pp. 584-613.

5 このような理解のもと、アメリカ連邦政府および多くの州では、採用手続において犯罪歴の有無を問う機会を減らそうとする政策であるBan the Boxが採用されている（See, Avery, B. & Lu, H., *Ban the Box: U.S. Cities, Counties, and States Adopt Fair-Chance Policies to Advance Employment Opportunities for People with Past Convictions*, National Employment Law Project, 2021）。

6 See, Raphael, S., "The Effects of Conviction and Incarceration on Future Employment Outcomes," in Farrington, D. P. & Murray, J., (eds.), *Labeling Theory: Empirical Tests*, Abington: Routledge, 2014, pp. 238-239.

7 Lageson, S. E. et al., "Legal Ambiguity in Managerial Assessments of Criminal Records," *Law & Social Inquiry*, 40(1), 2015, pp. 189-190.

8 See, Harris, P. M. & Keller, K. S., "Ex-Offenders Need Not Apply: The ↗

より、犯罪歴という「属性」そのものに基づくものであるということになる。

Goffmanによれば、「未知の人が、われわれの面前にいる間に、……他の人びとと異なっていることを示す……望ましくない種類の属性」<sup>9</sup>であるスティグマには、「出会う者の注意を否応なく惹いて顔をそむけさせ、彼にある他の好ましい属性を無視させる」<sup>10</sup>という特徴がみとめられるという。犯罪歴が、それをもつ者を「私たちを危険に晒す存在」であることを推認させるスティグマになっており、その者の社会関係資本の獲得を困難にさせていることは、一連の調査結果からも明らかである<sup>11</sup>。犯罪からの離脱をサポートするためには、このようなスティグマを克服する作業も不可欠であろう。

とはいえ、犯罪歴がスティグマ性を帯びることは、人間社会において避けられないことであるのかもしれない。たとえば、前科による資格制限に関する法制度は、古くから共同体レベルで共有されていた、前科のある者に対する「違和感と拒絶反応」を具体化するものとして形成されたとの指摘がある<sup>12</sup>。このように、私たちは、何世代にもわたり、しかも共同体レベルで、(エビデンスに乏しいという意味で)「事実」とはいい難い認識を維持していることがわかる。そして、このことは、私たちの意識をそのように拘束する構造的な力が存在していることをも示唆している。

↘ "Criminal Background Check in Hiring Decisions," *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21(1), 2005, pp. 17-22.

9 Goffman, E., *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, Prentice-Hall, 1963[石黒毅訳『スティグマの社会学——烙印を押されたアイデンティティ』(せりか書房、2001年)], 翻訳書、15頁。

10 Goffman, *Ibid.*, 翻訳書、19頁。

11 See also, Becker, H. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York: The Free Press, 1973[村上直之訳『完訳 アウトサイダーズ——ラベリング理論再考』(現代人文社、2011年)], 翻訳書、28-30頁。

12 森本益之「犯罪者の社会復帰と資格制限」*阪大法学*44巻2・3号(1994年)669頁。

スティグマを克服するために、人権や社会復帰理念の重要性を説くことは大切であるし、それによって一定の成果が挙げられていることに疑いはない。しかし、それらが私たちの意識を十分に拘束できていないこともまた認めざるを得ない。法学ないし刑事政策学の理念の前に立ちふさがる構造的な力の一端を明らかにし、これを問題化することが、まずもって肝要であろう<sup>13</sup>。それは、『誰一人取り残さない』社会の実現（第二次再犯防止推進計画4頁）を再犯防止施策の基本方針とするわが国にとって、殊更重要な課題であるように思われる<sup>14</sup>。

以上のような問題関心の下、本稿では、アメリカの刑罰史を辿りながら、犯罪歴というスティグマについて検討を加えていく。刑罰史を検討対象とすることには二つの理由がある。第一に、私たちの意識を拘束する構造的な力は歴史的な展開のなかで変遷するものであり、「意識を生み出した歴史的プロセスを解明しない限り、意図して意識を変えることはできない」<sup>15</sup>からである。第二に、Durkheimが指摘しているように、「犯罪というものがわれわれの目の前に外部的にあらわれてくるのは刑罰を通してであり、したがって、もし犯罪の理解に到達しようと思えば、刑罰をその出発点としないわけにはいかない」<sup>16</sup>からである。上述のように、アメリカ

13 赤池一将「『危険性』の系譜と新しい刑罰装置について」龍谷法学42巻3号（2010年）410-411頁を参照。赤池は、『現実』を拘束しえない『政策論』の役割を問い返す必要があろう」とも指摘している（同「刑罰が危険性に向き合うとき——問題提起にかえて」刑法雑誌53巻1号（2013年）7頁）。

14 法務省で開催された「『第二次再犯防止推進計画』（仮称）の策定に向けた『再犯防止推進等検討会』」においても、更生保護法人や地域生活定着支援センターの関係者から、刑務所出所者の支援に対する理解と協力を得ることの難しさが吐露されていた（第2回会議議事録9頁〔西村譲氏発言〕、12-13頁〔藤高剛氏発言〕など）。

15 Grinker, R. R., *Nobody's Normal: How Culture created the Stigma of Mental Illness*, New York: W. W. Norton & Company, 2021〔高橋洋訳『誰も正常ではない——スティグマは作られ、作り変えられる』（みすず書房、2022年）〕、翻訳書、43頁。

16 Durkheim, É., *Les Règles de la Méthode Sociologique*, Paris: Librairie Félix ↗

は犯罪歴に関する人びとの意識が特に拘束されている国の一つである<sup>17</sup>。そのアメリカの刑罰史を辿ることで、スティグマに関する構造的な力の一端について、暫定的な解答を提示することが、本稿の目的である。

## I 烙印刑が果たしていた機能

かつて、刑罰は身体刑を中心とする体系であった。Swainによれば、そのような刑罰体系にあって、烙印は、ほとんどあらゆる国で支持された刑罰の一形式であったという<sup>18</sup>。そしてそれは、Earleが詳述しているように、アメリカも決して例外ではなかった<sup>19</sup>。

烙印刑が社会の中でどのように機能していたかを知るには、Eriksonの『あぶれピューリタン (Wayward Puritans)』が示唆的である。1630年代にピューリタン入植者が建設したニューイングランドという社会に注目し、その社会で起きた3つの「犯罪の波」(反律法主義論争、クエーカー教徒の迫害、セイラム魔女裁判)を素材に、逸脱が社会の中で果たしている機能を分析するEriksonは、その著書の終盤、逸脱者に対して行われた刑罰による対応が、ニューイングランド社会において果たしていた機能について言及している。

Eriksonによれば、カルヴィニズムの「予定説」を徹底するピューリタンにとって、神による救済の対象となる人間と、そうでない人間(永久に

↘ Alcan, 1895[宮島喬訳『社会学的方法の規準』(岩波書店、1978年)]、翻訳書、113頁。

17 See also, Garland, D., "Penalty and the Penal State," *Criminology*, 51(3), 2013, p. 479.

18 Swain, J., *Pleasures of the Torture Chamber*, London, 1931[大場正史訳『西洋拷問刑罰史〔新装版〕』(雄山閣、2004年)]、翻訳書、75頁。

19 Earle, A. M., *Curious Punishments of Bygone Days*, Ohio: Herbert & Stone, 1896[神島奈穂子訳「拷問と刑罰の中世史」神島奈穂子=佐伯雄一『拷問と刑罰の中世史』(青弓社、1995年) 7頁以下]、翻訳書、132-133頁。

地獄にひきわたされる人間)とは、あらかじめ神の意志によって決定されており、地上における人間の行動によって、この決定が覆ることはないと言われていた。その帰結として、ピューリタンは、人間は(少年は別に)加齢によっても人生経験を積むことによってもあまり変わらないという前提を共有していた。したがって、ニューイングランドの人びとにとって、逸脱者が「改心」したり、その逸脱傾向を克服したりする可能性は、信じるに値するものではなかった。以上を確認したうえで、Eriksonは、次のように述べる。

このことは、……、この世界には明白な一線があり、その一線を越えた逸脱者は「永遠に破滅した」と認識していたことを意味している。ピューリタンがある人に訓戒を与えたり罰金を科す場合には、その人を良識に立ち返らせようとしていただけだっただろう。だがその人の額に烙印をおしあてたり、鼻や耳をそぎ落とす場合は、人生におけるその人の位置の恒久的な象徴を刻み付けることになり、それは人がコミュニティ内の通常の社会的役割に戻るのをきわめて困難にした。追放も同じことを意味した。……(中略)……。処刑という行為に同じような終局性が存在していることは言うまでもない<sup>20</sup>。

Eriksonによれば、ニューイングランドの人びとにとって、ある人物を逸脱者とみなすことは、その者は神による救済の対象ではない、と言い表すことであった。それゆえ、逸脱者の身体に刻印された烙印は、その者が常に社会秩序の安定を脅かす不適応者であることを絶えず表明するものであり、追放や処刑と同様に、その者をコミュニティから半永久的に排除し

---

20 Erikson, K. T., *Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance*, New York: Wiley, 1966[村上直之=岩田強訳『あぶれピューリタン——逸脱の社会学』(現代人文社、2014年)], 翻訳書、218-219頁。

ようとするものであったというのである。

このように、身体刑を中心とする刑罰体系にあって、烙印刑は、逸脱者を特定して半永久的に排除しようとする、現代でいうところの「無害化 (incapacitation)」に近い機能を、コミュニティの中で果たしていたことがうかがえる<sup>21</sup>。

## II 犯罪学と「危険性」

### 1 監獄と改善主義

周知のとおり、身体刑を中心とする刑罰体系は、啓蒙思想によって自由刑を中心とする体系へと転換した。その際、重要な役割を担ったのが監獄であった。たとえば、Walkerによれば、ペンシルバニア州における1786年の改正刑法では、強盗、侵入盗、反自然的性交に対する死刑は、10年の拘禁と本人の全財産の没収を上限とする刑に取って代わられたほか、20シリングを超える価額の財産に対する盗罪には、最高3年の間、カウンティ・ジェイルに拘禁されて、重労働に従事する刑が科されることになったという<sup>22</sup>。

Walkerによれば、ペンシルバニア州の改正刑法は、拘禁の目的を、罪を犯した者の改善に求めるものであり、「植民地時代の思想からの脱却を強く際立たせるもの」であった。したがって、当然の成行きとして、改善を目的とする拘禁刑という新たなコンセプトの出現は、彼／彼女らを改善させるためにはどのような方策をとるべきかという新たな思考を刺激するものとなり、「独居拘禁と近代的監獄の発展に繋がってゆく」ことになっ

21 藤本幸二「身体刑Leibesstrafeと生命刑Lebensstarafeの連続性と非連続性」森田成満編『法と身体』（国際書院、2005年）199-200頁も参照。

22 Walker, S., *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1980[藤本哲也監訳『民衆司法——アメリカ刑事司法の歴史』（中央大学出版部、1999年）]、翻訳書、53頁。

た<sup>23</sup>。具体的には、フィラデルフィアのウォルナツ・ストリート・ジェイルに付設された独居用施設（1791年）、ウエスタン懲治監（1826年）およびイースタン懲治監（1829年）において、完全独居による労働と信仰の規律を目指す「ペンシルバニア制」<sup>24</sup>が確立したのち、ニューヨーク州のオーバーン刑務所（1819-1823年）とシン・シン刑務所（1825年）において、集団行動をさせつつ徹底した沈黙と労働の下での規律を目指す「オーバーン制」<sup>25</sup>が確立した。さらにその後、処遇の個別化に基づく新たなアプローチを提案したシンシナティ宣言を契機に設立されたニューヨーク州エルマイラ感化監（1876年）において、不定期刑とパロールなどを駆使しながら学科教育と職業訓練を実施する「エルマイラ制」<sup>26</sup>が確立した。

もちろん、啓蒙主義時代に監獄が突如として現れたのではない。Durkheimによれば、都市国家が建設された時期には禁錮刑が現れ始めており、キリスト教社会において全開の発達をとげたとされているが、当時の禁錮刑は、罪を犯した者の監視および管理の手段としての性格が顕著なものであったという<sup>27</sup>。これに対し、近代的な監獄は、上述のように、罪を犯した者の改善をその目的としている。このように、刑罰制度が身体刑を中心とした体系からの脱却を図ったとき、その代替となる自由刑は、澤登の言葉を借りれば、「保安主義から改善主義への重点の変遷」<sup>28</sup>という質的な転換を経験したことになる。

23 引用はいずれも、Walker, *Ibid.*, 翻訳書、54頁。

24 河合清子「ペンシルバニア制」藤本哲也編『現代アメリカ犯罪学事典』（勁草書房、1991年）146頁以下を参照。

25 河合清子「オーバーン制」藤本編・前掲注24）127頁以下を参照。

26 小澤政治「19世紀行刑の掉尾エルマイラ制（一）・（二）」刑政126巻1号（2015年）60頁以下、同126巻2号（2015年）24頁以下を参照。

27 Durkheim, É., "Deux Lois de L'évolution Pénale," *L'Année Sociologique*, 4, 1901, pp. 65-95[内藤莞爾訳「刑罰進化の二法則」同『デュルケム法社会学論集』（恒星社厚生閣、1990年）45頁以下]、翻訳書、59-60頁。

28 澤登俊雄「『近代自由刑』の起源」人足寄場顕彰会編『人足寄場史——我が国自由刑処分の源流』（創文社、1974年）534頁。

## 2 処遇の科学化

ところで、完全独居制をとるペンシルバニア制では、被収容者は終日一人で独房に収容され、義務づけられた作業もまた独房の中で単独で行うこととされるなど、被収容者の徹底した分離が行われていたとされる<sup>29</sup>。これに対して、夜間独居制をとるオーバーン制のもとでは、被収容者は、昼間は集団で所内の作業、食事などの行動を共にすることが許されていたものの、被収容者間のコミュニケーションは昼夜を問わず一切禁止されており、所内生活のあらゆる側面に秩序維持のための工夫が凝らされていたという<sup>30</sup>。

両者には、完全独居か夜間独居かの違いはあるにせよ、被収容者を個々に分離して独居、沈黙、労働、信仰の規律のもとにおくという意味で、ともに、この時代なりの「個別化」を志向するものであった、と伊藤は指摘する<sup>31</sup>。他方で、伊藤は、Walkerの整理を手掛かりに、不定期刑とパロールを駆使して処遇の「個別化」を目指したエルマイラ制を、個々の被収容者の個性を無視して一様に分離したペンシルバニア制とオーバーン制への反省としてみる。ここでの「個別化」は、個々の被収容者の差異を認識し、その差異に応じた処遇を行うということの意味していると理解でき、この構想は、当時、台頭しつつあった心理学や精神医学の影響も受け、個々の被収容者を「診断」し、その結果に基づいて「分類」という医療とのアナロジーによって被収容者の処遇を「科学」化することを可能にするものであったという<sup>32</sup>。

改めて指摘するまでもなく、このような動きは、20世紀のアメリカにおいて、刑事司法システムの構造を医療システムのそれに類比する社会復帰

29 河合・前掲注24) 149頁。

30 河合・前掲注25) 128-129頁。

31 伊藤康一郎「個別化」藤本編・前掲注24) 184頁。

32 伊藤・前掲注31) 185頁。

モデル、すなわち「医療モデル」として全盛期を迎えることになる。伊藤によれば、医療モデルにおいては、①社会の価値体系（健康）に「適応」しない犯罪者（病人）を対象として、②「科学」的な方法（治療）が用いられ、③刑事司法機関（医師）にその方法について広範な「裁量」が認められた<sup>33</sup>。このような、刑罰をとおして社会の価値体系に「適応」できる個人を生み出すための制度を、アメリカは端的に「矯正（corrections）」と名づけたのであった<sup>34</sup>。

以上のように、監獄は、まず、その扉の内外で罪を犯した者とそうでない者を分け隔て、さらにその内部で被收容者間の相互作用を断絶することにより、被收容者を「個」として観察することを可能とした。結果として、個々の被收容者の「診断」、「分類」、「治療」およびその結果の観察という一連の作業を通して、監獄は、罪を犯した者に関するデータを生産する場となった。そして、以上のようなプロセスを繰り返すことで罪を犯した者に関するデータを生産し、統計技術などを駆使することでこれを体系的にまとめ、その結果を原因論として提出する「犯罪学（criminology）」という学問が誕生することとなった。

### 3 「犯罪性」と「危険性」

周知のとおり、啓蒙思想を前提とする古典学派は、人はみな、等しく、自由意思をもつ理性的な存在であり、この点において、罪を犯す者とそうでない者の間に根本的な違いはないものとされていた。もっとも、古典学派がその前提として掲げる自由意思や理性といった概念は、その存在を経験的に検証することができない、形而上学的なものであった。

---

33 伊藤康一郎「医療モデル」藤本編・前掲注24) 280頁。

34 See, Garland, D., *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990[藤野京子監訳『処罰と近代社会——社会理論の研究』（現代人文社、2016年）]、翻訳書、171頁。

これに対して、犯罪学は、たとえばLombrosoがそうであったように、罪を犯して監獄に収容された者を直接観察することを通して、罪を犯す者とそうでない者とを区別する諸特徴（来歴、性格、環境など）を見つけ出した。このことは、Gottfredson & Hirschiによれば、「犯罪者がもっと根本的に非犯罪者とは異なるという考え方、すなわち、犯罪者は積極的に犯罪を行う特別な特性をもっているという考え方をもたらした」<sup>35</sup>という。

この「犯罪を行う特別な特性」、すなわち「犯罪性 (criminality)」は、矯正／処遇の科学化を志向する監獄にとって重要な概念となった。なぜなら、それは、自由意思などの形而上学的な概念に代わり、科学的な概念によって犯罪行動を認識することを可能にしたからである。Garlandによれば、「犯罪行動は、慣習的な規範の侵害であることをやめ、代わりに、『標準 (the normal)』からの逸脱になった」<sup>36</sup>。

このように、犯罪学は、罪を犯した者一人ひとりの遺伝的、心理的、社会的特徴を調査し、「標準」からの逸脱の度合いを測定し、その結果を「犯罪性」という科学的な概念として構成することを可能にした。実のところ、刑罰法令に触れた者は、その時点では、単なる「法律に違反した者」にすぎない。しかし、その「法律に違反した者」は、逮捕された後、犯罪学という科学に基づく「診断」を受け、「犯罪性」という属性を付与される。こうして、Foucaultによれば、法律違反者は、それまでとは異なる「個」、すなわち〈犯罪者〉として認識されるようになるという。

行刑装置は確かに司直の手中から受刑者を受取りはするが、その装置

---

35 Gottfredson, M. R. & Hirschi, T., *A General Theory of Crime*, CA: Stanford University Press, 1990[大淵憲一訳『犯罪の一般理論——低自己統制シンドローム』（丸善出版、2018年）]、翻訳書、78頁。

36 Garland, D., "The Criminal and his Science: A Critical Account of the Formation of Criminology at the End of the Nineteenth Century," *British Journal of Criminology*, 25(2), 1985, p. 124.

が対象とすべき当の相手は、もちろん法律違反ではなく正確には法律違反者でさえもなく、いささか異なる客体であり、しかも単に矯正技術論にとってのみ関与的であったという意味では少なくとも当初、判決のなかで考慮されていなかった様々の変数（……「本能・人格」など）によって規定される、そうした客体である。宣告の下された法律違反者に置換えて行刑装置が対象とする別の人物とは、非行〔＝在監〕者 *délinquant* である<sup>37</sup>。

Foucaultによれば、〈犯罪者〉という認識論的存在は、「犯罪性」という複合的所産によって自分が行った犯罪に結びつけられているという点で、単なる法律違反者とは区別される。犯罪学によれば、犯罪は、本能、衝動、傾向、性格等の逸脱の度合いによって構成される、その行為者の「犯罪性」の徴表である。しかし、このような認識は、犯罪とその情状に関する法律上の条文の規定とは異なっている。加えて、犯罪学は犯罪と狂気を区別しており、犯罪学の認識は、医学上の認識とも区別されている<sup>38</sup>。それゆえ、刑罰法令に触れた者は、「犯罪性」に紐づけられることで、もはや単なる法律違反者ではなく、また、医学上の狂人でもない、〈犯罪者〉という新たな「個」として「学問的に」規定されることになる<sup>39</sup>。

以上のようなFoucaultの理解に従えば、犯罪学という学問が「もはや個

37 Foucault, M., *Suveiller et Punir: Naissance de la Prison*, Gallimard, 1975[田村俣訳『〈新装版〉監獄の誕生——監視と処罰』（新潮社、2020年）]、翻訳書、284頁。

38 Lombrosoは、犯罪と狂気の区別は自然によるものではなく、社会によって構築されたものであるとしていた（Lombroso, C., *L' uomo Delinquente*, Milan: Hoepli, 1876[Gibson, M. & Rafter, N. H., translated in English, *Criminal Man*, Durham: Duke University Press, 2006], in English, pp. 83-84）。

39 Foucault, *op. cit. supra* note 37, 翻訳書、286-287頁。赤池一将「フーコー『監獄の誕生』と『犯罪性』概念について」法学新報110巻3・4号（2003年）19頁も参照。

人が行った事柄にたいするのみならず個人が現に、将来、また可能性においてどんな人間であり、人間でありうるかという点にたいする弁明可能な把握<sup>40</sup>を提供し始めたことで、刑罰はそのような言説を利用して矯正／処遇の対象を確定することができるようになったということになる。刑罰を改善主義の下に運用できるようになったという点でみれば、《犯罪者》という認識論的創造物の発明は、それ自体画期的なものであったといえるだろう。

しかし、同時に、矯正／処遇の対象となる「犯罪性」は、社会にとっての「危険性」に読み替えられる契機をはらんでいる。というのも、健康に対して「有害な」病因を治療の対象とする医療とのアナロジーにおいて矯正／処遇を観念する以上、その対象である「犯罪性」もまた、社会の価値体系に害をなす「危険な」因子として観念され得るからである。このように、罪を犯した者は、矯正／処遇の客体となることで、「危険な人物」というステータスを与えられるという側面がある。そして、このことは、かつて肉体に刻印されていた烙印に代わり、「危険性」という「属性」が、罪を犯した者の「精神」に刻印されるようになったことを示唆している<sup>41</sup>。

### Ⅲ 刑罰制度と「危険性」

#### 1 改善主義

さて、矯正／処遇は、監獄という、刑罰の執行場所をその主たる舞台とする。それゆえ、矯正／処遇の対象となる「犯罪性」＝「危険性」という概念が、刑罰制度に影響を与えないはずはなかった。たとえば、Lombrosoの弟子にあたるGarofaloやFerriは、実証主義的な方向性を反映した刑罰

40 Foucault, *Ibid.*, 翻訳書、24頁。

41 See, Foucault, *Ibid.*, 翻訳書、287-288頁。

理論を述べ、あるいは、刑法改正草案を立案した<sup>42</sup>。Lombroso学派は、とりわけ、古典学派が前提としてきた自由意思の存在に懐疑的であった<sup>43</sup>。Walshによれば、罪を犯す者は自分自身を制御できる能力をほとんど持ち合わせていないと信じるGarofaloにとっての課題は、そのような者を再び社会に復帰させる「危険性」を考慮したうえで刑罰を決定することであり、そうした問題意識は、Ferriによって「社会防衛論」として体系化された<sup>44</sup>。そして、このような考え方は、刑罰の害悪としての位置づけを見直し、その目的を、被収容者の教育ないし治療に求める「教育刑論」へとつながっていった<sup>45</sup>。

理論刑法学において新派あるいは主観主義として位置づけられるこれらの立場は、むしろ、古典学派との間で、特に「責任」概念をめぐる大きな緊張関係をはらむものであり、全面的に支持されることは稀であった<sup>46</sup>。とはいえ、とりわけ累犯／常習犯への対策という面で、古典学派に基づく従来の刑罰制度が不完全であることについては、広くコンセンサスが得られていたといえる。20世紀初頭に各国でみられた保安処分の導入は、まさにその証左であろう。牧野によれば、保安処分は、従来の刑罰制度の不完全な点を補充する、古典学派と新派との間の「妥協方法」であった<sup>47</sup>。

もっとも、累犯／常習犯対策として注目されていたのは保安処分だけで

---

42 Vold, G. B. & Bernard, T. J., *Theoretical Criminology*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 1985[平野龍一＝岩井弘融監訳『犯罪学——理論的考察』（東京大学出版会、1990年）]、翻訳書、47-50頁。

43 See, Lombroso, *op. cit. supra* note 38, in English, p. 43.

44 Walsh, A., *Criminology: The Essentials*, 2nd ed., Thousand Oaks CA: SAGE, 2015[松浦直己訳『犯罪学ハンドブック』（明石書店、2017年）]、翻訳書、116-117頁。

45 牧野英一『刑法改正の諸問題』（良書普及会、1934年）26-27頁。

46 Ferriの草案も、古典学派の理論からあまりにかけ離れていたために、最終的に却下されたといわれている（Lilly, J. R. et al., *Criminological Theory: Context and Consequences*, 7th ed., London: SAGE, 2019, p. 21）。

47 牧野・前掲注45）77頁。

はなかった。実証的な見地からは、上述のエルマイラ制の中核をなす不定期刑もまた、高い評価を受けていた。たとえば、実際にエルマイラ感化監の実地調査を行った小河は、「余ハ普通感化教育ノ及ヒ能ハサル所ヲ補ヒ又一般刑罰ノ為シ能ハサル所ヲ為サシメ實際ノ必要ニ応シテ以テ能ク社会及犯罪個人ノ利益ヲ確實ニ保護スルカ為ニ……不定期処分即チ『エルマイラ』制度ニ付スルノ道ヲ開クコト最モ機宜ニ適シタル措置ナリト認ム」<sup>48</sup>とした。泉二も同様に、エルマイラ制を高く評価し、「不定期刑ノ制度ハ刑事政策上ノ理想トシテ頗ル推奨スヘキ価値ヲ有スルモノト謂フヘク……」<sup>49</sup>とした。

小河と泉二のいずれにおいても、不定期刑と保安処分が明確に区別されていたわけではないことには注意を要する。しかし、重要なのは、両氏ともに、「不定期刑」を、あくまで改善主義を果たすための制度として捉えていたということである。たとえば、小河は、エルマイラ感化鑑で実際に行われている処遇を、身体的教養（体操、摩擦、沐浴などによって身体の健康を増進すること）、理性的教養（学校、新聞、書籍などによって知性を啓き思考力を高めること）、徳性的教養（宗教、倫理、規律などによって実践的徳徳の活用に訓練させること）に大別したうえで、これらを「懲治教育トシテ最モ進歩シタル方法ナルノ事実ハ恐クハ何人モ之ヲ否認スル能ハサル所ナルヘシト信ス」<sup>50</sup>とした。泉二もまた、「不定期刑ハ……単ニ犯人ノ拘禁ニ依リ社会ヲ害セシメサルノ機械的方針ヲ採ルモノニ非スシテ積極的ニ犯人改善ノ手段ヲ施シ……犯人ノ社会的復活ヲ図ルヲ本旨トス」<sup>51</sup>として、不定期刑が改善主義の手段であることを強調している。荘子が指摘しているように、「改善教化の実を挙げるのであれば、刑罰にせ

48 小河滋次郎「不定期刑ノ制度ニ就テ」法学協会雑誌24巻11号（1906年）1514頁。

49 泉二新熊『刑事学研究』（集成社、1920年）410頁。

50 小河・前掲注48）1518頁。

51 泉二・前掲注49）393-394頁。

よ保安処分によせよ、いずれを問わなかったのかも知れない」<sup>52</sup>。

小河が実地調査を行った時点ですでに多くの州で試行されていた不定期刑は、後述する1970年代以降の一連の量刑改革まで、医療モデルの中核をなす制度となった。そのような不定期刑が、実際にどれだけ改善主義の下に運用されていたのかは議論の余地があるが、少なくとも、その理念が色濃く反映された制度であったということは、とりわけ、エルマイラ感化監の実地調査を行った小河の評価からも裏づけられよう。むろん、当時の「改善」とは、Youngが指摘するように、多様な価値観や個性をもった個々人を「アメリカ中産階級の快適な生活」に「同化」させることを意味していた<sup>53</sup> くらいがあったことを踏まえると、改善主義の手段として刑罰が運用されていたことの是非は、それ自体として検討されるべきところがある。とはいえ、ここでは、改善主義の下で不定期刑が広く採用されたという事実が重要である。なぜなら、それは、累犯／常習犯対策を問題化し、それへの解答（矯正／処遇）を提示する犯罪学ないし新派と、古典学派との一つの「妥協」点となる制度として、不定期刑が支持されたということの意味しているからである。

## 2 無害化

アメリカで採用された不定期刑は、刑期の下限もしくは上限について一定の制限を付す相対的不定期刑であり、多くの場合、最終的な刑期の決定権は行政機関であるパロール委員会に与えられていた。それは、医療モデルでは、収容中に適切な処遇プログラムを実施すると同時に、適切なタイミングでの釈放が重要であり、「そのためには画一的処理をその特徴とす

52 莊子邦雄「不定期刑制度の意義と常習犯人の処遇」小川太郎編『矯正論集』（矯正協会、1968年）29頁。

53 Young, J., *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London: SAGE, 1999[青木秀男ほか訳『排除型社会——後期近代における犯罪・雇用・差異』（洛北出版、2007年）]、翻訳書、154-158頁。

る立法による規制や非専門的な裁判官の判断では不十分であるとされた<sup>54</sup>からであった。ところで、医療モデルが刑事司法に受容される背景には、伊藤によれば、犯罪学が「社会復帰」の意味（どのような状態を「病気」とし、「治癒」とするのか）を規定することで、人間の「可塑性」についてコンセンサスが得られていたという事情があった<sup>55</sup>。しかし、このコンセンサスは、1960年代後半からの犯罪増加とマーティンソン・レポートを中心とする処遇悲観論によって動揺を余儀なくされた<sup>56</sup>。そうして医療モデルが衰退し始めた1975年以降、不定期刑とパロールもまた、その運用によってもたらされる被収容者の釈放時期の不安定性と不平等性を問題視し、量刑をより公正で、より一貫性のあるものにするための量刑法改革<sup>57</sup>が連邦および各州で採用されたことに伴い衰退していった。

一連の量刑法改革は、1984年の「包括的犯罪規制法（Comprehensive Crime Control Act of 1984）」の第2章を構成する「量刑改革法（Sentencing Reform Act）」によって一応の区切りをみた。包括的犯罪規制法は、量刑の目的として、応報、抑止、無害化、社会復帰を掲げ [18 U.S. Code § 3553 (a) (2)]、これら四つの目的を達成するとともに、不当な量刑格差を回避して公正な量刑を実現するための量刑政策を確立するために、合衆国量刑委員会（以下「委員会」という。）を設置した [28 U.S. Code § 991 (b) (1)]。包括的犯罪規制法は、同時に、委員会が策定する量刑ガイドラインに拘束力を認め、量刑判断の統一を図った [28 U.S. Code § 994 (a) (1)]。それゆえ、量刑政策に実質的にどのような影響が生じるかは、委員会が策定する量刑ガイドラインに委ねられていた<sup>58</sup>。

54 石塚伸一「不定期刑」藤本編・前掲注24) 116頁。

55 伊藤康一郎「社会復帰プログラム」藤本編・前掲注24) 238頁。

56 伊藤・前掲注33) 280-281頁を参照。

57 岡部泰昌「アメリカ量刑法改革の概要」阪大法学39巻3・4号（1990年）501頁。

58 岡部・前掲注57) 511頁。

委員会が1987年に上院議会に提出し、同年に施行された最終案『量刑ガイドラインと政策論 (Sentencing Guidelines and Policy Statements)』は、犯罪行為の軽重に関するカテゴリーを細かく設定したうえで、刑を量定するうえで重要な因子として被告人の犯罪歴をあげている。委員会によれば、犯罪歴を重視することは、上述の四つの量刑目的に合致するものであった。すなわち、「過去の犯罪行為の記録を持つ被告人は、初犯者よりも強く非難されるべきであり、したがって、より重い処罰を受けるに値する。犯罪行為の一般予防的抑止が指示するところによれば、犯罪行為が繰り返されれば、繰り返される度に、処罰の必要性がより一層高くなるという明確なメッセージが社会に送られなければならない。特定の被告人のさらなる犯罪から公衆を保護するためには、再犯の可能性と将来の犯罪行為が考慮されなければならない。犯罪行為を繰り返すことは、社会復帰の可能性が限定的であることを示す指標である」<sup>59</sup>。

もちろん、委員会は、すべての事案において、犯罪歴に強硬な態度を採ることを裁判所に強要していたわけではなかった。たとえば、委員会は、軽微な犯罪については考慮の対象から外しており [§ 4A1.2. (c)]、また、量刑ガイドラインが被告人の犯罪歴の重大性や再犯可能性を正確に反映していないことを示す信頼できる情報がある場合には、裁判所がガイドラインに従わないことを認めていた [§ 4A1.3]。とはいえ、大枠において、委員会は、再犯から公衆を保護するためには被告人の再犯可能性が考慮されなければならないとし、他方で、(一定の) 犯罪歴は社会復帰 (更生) の可能性が限定的であることを示す指標であるという論理を採る。このことは、改善主義の下では矯正／処遇の「歓迎すべき挑戦相手」<sup>60</sup> ですらあっ

59 United States Sentencing Commission, *Sentencing Guidelines and Policy Statements*, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1987, page 41.

60 Youngは、「包摂」のための方策が (犯罪者処遇を含む) 様々な領域で行われた近代社会においては、「それでも頑固に厄介な問題を起こそうとする集団は、福祉国家とその役人たちにとってじつに仕事のしがいのある、歓迎すべき挑

た累犯／常習犯が、医療モデルの衰退とともに、公衆を保護するために無害化されるべき対象として位置づけ直されたということを如実に物語っている。

このようなかたちで累犯／常習犯対策の位相が転換していたことを踏まえると、1990年代前半に、いわゆるスリーストライク法がアメリカ各州および連邦で次々と制定された<sup>61</sup>ことは、自然な成り行きであったといえる。スリーストライク法の概要は各州で異なるものの、「スリーストライク」という呼称のとおり、重罪で3度目の有罪判決を受けた者に対して20年以上の刑期（場合によってはパロールの可能性のない終身刑）を言い渡さなければならないとするものが少なくない<sup>62</sup>。このようなスリーストライク法を推進する者らは、この法に、重大な暴力犯罪を常習的に行う者に対処するための解決策としての価値を見出していたようである<sup>63</sup>。その目的は、Clark et al. が言うように、至極単純であった。すなわち、「重罪で繰り返し有罪判決を受けるような者は、長期間、多くの場合には生涯にわたって、社会から隔離されるべきある」<sup>64</sup>ということである。

たしかに、犯罪歴のある者は（ない者よりも）強く非難されるべきであ

---

ゝ戦相手でさえあった」と指摘している（Young, *op. cit. supra* note 53, 翻訳書、154頁）。

61 岡本美紀「アメリカ合衆国における『1994年暴力犯罪統制及び法執行法』について——いわゆる『三振アウト』条項を中心として」比較法雑誌29巻4号（1996年）29頁以下、鮎田実「アメリカ合衆国における常習犯罪者対策としての“三振法”の概要と問題点——カリフォルニア州を中心に」法学新報105巻10・11号（1999年）203頁以下。

62 See, Flynn, E. et al., “Three-Strikes Legislation: Prevalence and Definitions,” in *Critical Criminal Justice Issues*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1997, p. 125; Clark, J. et al., “*Three Strikes and You’re Out*”: A Review of State Legislation, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1997, pp. 7-9.

63 Flynn et al., *Ibid.*, p.125.

64 Clark et al., *op. cit. supra* note 62, p. 1.

るとの理解は、行為責任論の観点からも説明できるのかもしれない<sup>65</sup>。しかしながら、Robinsonによる指摘を俟つまでもなく、スリーストライク法によって科される重い刑罰は、行為責任に基づく応報刑としてふさわしい量を超過するものである<sup>66</sup>。罪刑均衡の観点からスリーストライク法の重い刑罰を正当化することは困難である。Robinsonが批判するように、それは、実質的には、重罪の犯罪歴から予測される再犯可能性の高さ、つまり、累犯／常習犯の「危険性」から公衆を保護するための、「予防拘禁」の手段になっている<sup>67</sup>。もはや、累犯／常習犯が無害化の対象として位置づけられているだけではない。ここでは、「危険性」概念によって、刑罰の大原則であるはずの応報原理が、「完全に無視」されてしまっている<sup>68</sup>。

### 3 「危険性」の両義性と一貫性

自由刑を中心とするアメリカの刑罰大系は、1960年代における医療モデルの全盛期を一つの境目として、質的に大きく変容した。それは、単純な図式化を許さぬほどに複雑なものであった<sup>69</sup>が、ここまでの整理からは、改善主義を志向する刑罰が、無害化を志向する刑罰へと変容したという側

---

65 樋口亮介「行為責任論を基礎にした前科の位置づけ——近時の英米法圏の学説を素材に」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来』（信山社、2017年）179頁以下を参照。

66 Robinsonは、被害額120.75ドルの詐欺の罪で3度目の有罪判決を受けた被告人に終身刑が言い渡されたRummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980)を「ショッキングな事案」の具体例としてあげる（Robinson, P. H., “Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice,” *Harvard Law Review*, 114(5), 2001, p. 1435）。

67 Robinson, *Ibid.*, pp. 1435-1436.

68 Robinson, *Ibid.*, p. 1440.

69 1970年代以降のアメリカでは、非犯罪化やダイヴァージョンなどの不介入政策、被害者の権利と保護を拡充するための政策、ドラッグ・コートなどの問題解決型裁判所も展開されたことに注意を要する。

面があることは指摘できる。そして、その変容は、身体刑の時代にまで視野を広げれば、処刑や烙印刑による無害化から改善主義への転換を経て、再び無害化へと回帰した現象であるとみることができる。ここで注目したいのは、無害化から改善主義への転換と、改善主義から無害化への回帰の、いずれのプロセスにおいても、「危険性」という概念が重要な役割を果たしてきたということである。

近代的な監獄の発展とともに犯罪学が創造した「犯罪性」という概念は、上述のように、社会にとっての「危険性」と読み替えることができるものであった。改善主義の下では、罪を犯した者の「危険性」を、科学的知識を駆使して明らかにし、彼／彼女らを改善することに心血が注がれた。たしかに、改善の効果がみえにくい者は長期間拘禁されることになるから、それは実態としては隔離となっていただろう。しかし、少なくとも、理念としては（Lombroso学派のような一部の例外を除いて）、改善に期待が寄せられていたといえる<sup>70</sup>。

対して、一連の量刑改革以降の主たる関心は、同じ「危険性」に依拠しつつも、「(重大な) 犯罪を繰り返す者」を社会から隔離することであった。そこでは、「(重大な) 犯罪を繰り返す者」を改善することができるという期待は「幻想」として打ち捨てられ、彼／彼女らも、拘禁中は社会の中で犯罪行為に関与することができないという、「事実上の」犯罪予防効果が追求された<sup>71</sup>。このように、「危険性」は、罪を犯した者の改善か隔離か、という両極端な二つの政策を導出する概念であることがわかる<sup>72</sup>。

このように全く異なる志向の政策を主導した「危険性」概念であるが、

---

70 牧野は、保安処分についても、「できるだけ実証諸科学の所興を利用しつつ、その処分に付せられた者に対し、……、それを社会的に再応化せしめることにせねばならぬのである」としていた（牧野・前掲注45）82頁）。

71 伊藤康一郎「危険性」藤本編・前掲注24）90頁。

72 吉岡一男「アメリカ犯罪学と刑事制度論」法学論叢152巻5・6号（2003年）36頁も参照。

刑罰制度に対して一貫した影響を与えてきたことは注目に値する。すなわち、「危険性」概念は、累犯／常習犯対策という「現実」を前に、近代的な刑罰制度の原則的地位を占めてきた古典学派の諸原理（行為責任論、応報原理、罪刑均衡など）に対して、一定の「修正」を求め、それを実現してきたのである。不定期刑は古典学派との「妥協」点であり、スリーストライク法は応報原理を「無視」したものであった。改善主義と無害化という対極的な文脈のいずれにおいても、「危険性」という概念は、刑罰制度の改革を駆動する要因となっている。

ところで、Garlandによれば、刑罰制度で用いられる概念は「社会一般に戻り、頻繁に通念になり、一般的に普及するようになる」<sup>73</sup>という。では、刑罰制度に影響を与え続けてきた「危険性」という概念は、社会一般にどのような形で普及しているのであろうか。

#### IV 市民が「危険性」に向き合うとき

##### 1 犯罪予防の責任主体としての市民

改善主義から無害化への回帰は、上述のように、1960年代以降の犯罪増加と処遇悲観論によって医療モデルが衰退したことの一つの理由があった。そして、それは、Garlandによれば、主権国家の限界が認識され始めたことを物語っていた。「犯罪との戦い」のスローガンに代表されるように、20世紀半ばには、国家は、罪を犯した者を単に処罰するだけではなく、犯罪という社会問題を抑制するような統治を約束するようになっていた<sup>74</sup>。しかし、犯罪率の高さが常態化していることに加え、刑罰には《犯罪者》

73 Garland, *op. cit. supra* note 34, 翻訳書、315頁。

74 その戦略は、福祉国家レジームの下、処罰と福祉の複合体によって、貧困と犯罪のいずれをも解決して「偉大なる社会 (Great Society)」を目指すものであった (See, Garland, D., *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gower, 1985)。

を「改善」することができないということが広く認知されたことで、国家は、もはや犯罪に対して期待されるレベルの統制を実現できていないという認識が共有されるようになったというわけである<sup>75</sup>。

このような状況の下、国家は、一方で、国家こそが犯罪を統制する第一義的な存在であるという主張を撤回あるいは修正しなければならなくなった。しかし他方で、そのような対応に伴う政治的コストが悲惨な結果をもたらすことも明らかであった<sup>76</sup>。Garlandによれば、このような二律背反に陥った国家は、主権国家の限界に適応する政策と、それを否定する政策という、二つのアンビバレントな政策を展開するようになった<sup>77</sup>。スリーストライク法のような処罰志向的（punitive）な政策は、後者の好例である。というのも、罪を犯した者に対して厳罰で臨むことにより、国家は、犯罪統制における自らの絶対的なパワーを示すことができるからである<sup>78</sup>。

対して、主権国家の限界に適応する政策では、その具体策の一つとして、犯罪予防に関する責任を個人とコミュニティに委譲することに関心が払われた。Garlandが「責任化の戦略（responsibilization strategy）」と呼ぶこの戦略においては、もはや国家だけでは犯罪を予防し統制することはできず、その責任は国家だけに帰属するものではないというメッセージが繰り返し発せられ<sup>79</sup>、個人ないしコミュニティの「自助」による犯罪予防活動が期待されることになった。事実、英米では、1970年代以降、市民の自助

75 Garland, D., "The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society," *British Journal of Criminology*, 36 (4), 1996, pp. 448-449.

76 Christieによれば、「ほとんどどこでも、自らをあるいはその政党を、犯罪と戦うリーダーであると誇示するための激しい競争がある」（Christie, N., *A Suitable Amount of Crime*, Abington: Routledge, 2004[平松毅=寺澤比奈子訳『人が人を裁くとき——裁判員のための修復的司法入門』（有信堂、2006年）、翻訳書、69頁]）。

77 Garland, *op. cit. supra* note 75, p. 449.

78 Garland, *Ibid.*, pp. 459-461.

79 Garland, *Ibid.*, p. 453.

による警戒ネットワークを作出する「近隣警戒 (neighborhood watch)」や、建物や街並みの設計により犯罪を予防する「防犯環境設計 (crime prevention through environmental design)」が発展した<sup>80</sup>。

このような「責任化の戦略」を支えたのは、この時期に広く支持を得るようになっていた、合理的選択理論や日常活動理論、状況的犯罪予防の考えであった。Garlandが指摘するように、これらの犯罪学は、犯罪を、特別な動機を必要とする異常な行動ではなく、社会経済活動における通常の日常活動の延長線上に発生するもの、すなわち、日常生活を送る際の一般的な動機のパターンによって説明可能なものとして理解する<sup>81</sup>。このように、罪を犯す者を私たちと同じ日常活動パターンと動機で行動する者として位置づける犯罪学理論があるからこそ、犯罪予防の責任を個人の日常生活の内を求める「責任化の戦略」は説得力をもつ。

しかし、他方で、これと同時に展開された処罰志向的な政策においては、罪を犯す者は、全く異なる描かれ方をされている。すなわち、Garlandによれば、スリーストライク法のような厳罰政策で措定されているのは、私たちに「脅威を与える、暴力的な、私たちとは異なる種類の人間」であり、そこでは、罪を犯す者と私たちとの差異が本質化され、私たちとは異なる危険な人物として、罪を犯す者が表現されている<sup>82</sup>。

以上のようなGarlandの整理を前提とすると、市民は、結果として、罪

80 伊藤康一郎「コミュニティ防犯活動——英米の犯罪対策の新動向」犯罪社会学研究18号(1993年)155頁以下。

81 Garland, *op. cit. supra* note 75, pp.450-451. たとえば、日常活動理論の主唱者であるFelsonは、「犯行者を『気の毒な人たち』であり、『極悪の略奪犯』あるいは『まったく別の犯罪者階級』であるなどと考えて時間を無駄にすべきではない。再三犯罪を行っている者はいくらか違うかも知れないが、しかし、人々がしばしば考えるほど特別ではないのである」とする (Felson, M., *Crime and Everyday Life*, 3rd ed., Thousand Oaks, CA: SAGE, 2002[守山正監訳『日常生活の犯罪学』(日本評論社、2005年)], 翻訳書、13頁)。

82 Garland, *Ibid.*, p. 461.

を犯す者についてアンビバレントな「イメージ」を持たざるを得なくなつたといえる。つまり、一方では自分たちと同じ「普通の犯罪者」が、他方では私たちとは異なる「危険な犯罪者」が、コミュニティの中に存在しているということが、国家の政策によって同時に示されるようになったのである<sup>83</sup>。自助による犯罪予防が通用するのは、私たちと同じ日常活動パターンと動機を共有する「普通の犯罪者」であり、「危険な犯罪者」についてはその限りではない。それゆえ、市民にとって重要なのは、この両者を区別するための、つまり、コミュニティの住人の「危険性」を判定するための指標を得ることである。

では、この点について、裁判所はどのような指標を採用していたか。それは、量刑ガイドラインおよびスリーストライク法をみれば明らかである。上述のように、両者ともに、(一定の)犯罪歴の存在を、刑の量定にあたって重要な考慮要素とし、危険な累犯／常習犯の無害化を正当化する根拠としていた。そうであれば、裁判所と同じように、市民が犯罪歴の有無によってコミュニティの住人の「危険性」を判定しても不思議ではない。はからずも委員会は、「犯罪行為が繰り返されれば、繰り返される度に、処罰の必要性が一層高くなるという明確なメッセージ」を社会に発信することを目指していたのであった。

## 2 永続する処罰

刑罰制度のメッセージを発信する媒体としては、メディアが果たしている役割も無視できない。かつてGarfinkelは、道徳的タブーを犯した行為者を公然と非難して集団の連帯を強化する手続きを「格下げの儀式 (degradation ceremonies)」と名付け、その儀式において非難された人物は、

---

83 Garlandは、処罰志向的な戦略によって想起されるレトリック、認識、感情によって、市民による「責任化の戦略」の遂行が困難になっていると指摘する (Garland, *Ibid.*, p. 463)。

その儀式を目撃した者の目には、それまでとは異なった人間に映るようになるとした<sup>84</sup>。これに関連してMarunaは、市民は、たとえ、逮捕、有罪判決、拘禁のプロセスを直接目撃していなくても、主にメディアを通じて、刑事司法の一連のプロセスで行われている「儀式」について明確なイメージを持っていると指摘している<sup>85</sup>。一連の議論に照らしてみれば、(一定の) 犯罪歴のある者を「危険な人物」であるとみなして厳罰で臨み、その者を刑務所において隔離するという刑事司法の一連の営みとそれに付随するメッセージもまた、メディアを通して、市民の間に広く流布していくことになる。

加えて、近年のインターネットおよびSNSの普及によって、状況はますます複雑になっている。ウォーターゲート事件以降、情報公開の要請が強く働いてきたアメリカ<sup>86</sup>では、デジタル技術の発展に伴って、政府機関が保有する記録と情報に市民がアクセスすることを容易にするために、記録と情報の電子化やオンライン上でのそれらへのアクセスを可能にするための一連の立法が続いた<sup>87</sup>。それは、当然、政府の透明性を担保するための対策であったが、殊、刑事司法に関する記録に関してみれば、刑事司法機関がデジタル化されたりポジトリを発展させていくにつれて、Lagesonによれば、刑事司法システムの外側において、「永続的な処罰 (eternal punishment)」が確立してしまっているという<sup>88</sup>。

---

84 Garfinkel, H., "Conditions of Successful Degradation Ceremonies," *American Journal of Sociology*, 61, 1956, pp. 421-422.

85 Maruna, S., "Reentry as a Rite of Passage," *Punishment & Society*, 13(1), 2011, p. 18.

86 宇賀克也『アメリカの情報公開』(良書普及会、1998年) 2頁以下など。

87 佐伯彰洋「米国電子情報自由法改正 (EFOIA) の分析」同志社法学50巻6号 (1997年) 1-67頁、平野美恵子「米国の電子政府法」外国の立法217号 (2003年) 1-74頁など。

88 Lageson, S. E., *Digital Punishment: Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 19.

もちろん、アメリカ政府は、犯罪に関する記録とデータがみだりに市場に出回らないように種々の対策を講じている。他方で、上述のように、犯罪予防の責任主体として位置づけられた市民にとって、犯罪歴の有無をチェックすることは、「危険な人物」を特定して安全を確保するうえで基本的かつ信頼できる方法である。それゆえ、公的な記録のデジタル化が進むにつれて、犯罪歴へのアクセスに対する需要が高まることは当然の成り行きであるといえる。このような状況において、Lagesonによれば、効率性と透明性という価値観で自らの仕事を正当化しつつ、市民の不安に応えようとするウェブサイト運営者が続出することになった<sup>89</sup>。

Lagesonが「デジタル自警団 (digilantes; digital vigilantes)」と呼ぶ、コミュニティに住む犯罪歴のある住人に関する情報 (氏名や写真など) をオンライン上で人びとに公開することで「公共安全」に貢献しようとするウェブサイト運営者は、様々な理由で自らの仕事を正当化していることが明らかにされている。とりわけ注目に値するのは、「デジタル自警団」が積極的に活動し、それを市民が積極的に受容しているということが、旧来のメディアと刑事司法機関に対する不信感と反エリート主義的な感情を示しているということである<sup>90</sup>。たとえば、「デジタル自警団」のSNSやブログに寄せられたコメントの多くに表れているのは、伝統的なメディアと政府のエリートにはコミュニティを守ることができず、また、そのつもりもないのではないかという、一種の嘆きであるとLagesonは指摘する<sup>91</sup>。同様に、アメリカの市民が運営している犯罪関連のウェブサイトあるいは

89 Lageson, *Ibid.*, pp. 72-73.

90 中世以来の「過剰な」刑罰 (公開処刑など) を克服したはずの現代において、スリーストライク法のような「過剰な」刑罰が再び登場した背景には、「過剰な」刑罰を抑制するうえで重要な役割を果たしたプロフェッショナルリズム (人権思想や社会復帰理念など) が、処遇悲観論などによって衰退したという事情があったと指摘されている (伊藤康一郎「理性と感情——リスク社会化と厳罰化の交差」犯罪社会学研究31号 (2006年) 78-80頁)。

91 Lageson, *op. cit. supra* note 88, p. 93.

SNSサイトに投稿されたポストとそれに対するコメントを分析したLageson & Marunaは、そこでみられた「言説の支配的なパターンは、犯罪を慢性的な社会問題として描くと同時に、近代国家が適切に犯罪を統制することについての深刻な懐疑心を反映したものである」と述べている<sup>92</sup>。

このような認識を前提に活動する「デジタル自警団」は、ある種の正義感によって、自らの活動を正当化している。彼／彼女らの活動は、いうまでもなく、個人情報に掲載される者のプライバシーを侵害する可能性の高いものである。しかし、Lagesonがインタビューを行ったあるウェブサイト運営者は、公に恥をかかされることを懸念するのであれば、単純に、逮捕されない（犯罪をしな）ようにするべきであると主張する。Lagesonによれば、「デジタル自警団」の活動は、このウェブサイト運営者のように、しばしば、刑罰理論で用いられる抑止の理論によって正当化されているという<sup>93</sup>。

このように、その妥当性は別にしても、「デジタル自警団」は自らの活動が正しいことであるという確信を抱いて活動を続けている。そして、それゆえに、犯罪歴のある者は、プロベーションの期間が終わったとしても、罰金を完納したとしても、あるいは、（逮捕されただけで）有罪判決を受けていないのだとしても、プライバシーが侵害される不安に数十年にわたり悩まされることになる<sup>94</sup>。しかし、ウェブサイト個人情報を掲載された当事者が当該コンテンツの削除を求めようとしても、法的に煩雑な手続きを求められることも多く、犯罪歴をオンライン上から削除することは、

---

92 Lageson, S. E. & Maruna, S., "Digital Degradation: Stigma Management in the Internet Age," *Punishment & Society*, 20(1), 2017, p. 123.

93 Lageson, *op. cit. supra* note 88, pp. 102-103. Walkerによれば、アメリカにおける自警主義の伝統は、植民地時代に、「公的な組織の弱さから、各人が勝手に、法によらず相手を処罰してしまうことが多かった」ところに源を発している (Walker, *op. cit. supra* note 22, 翻訳書、12頁)。

94 Lageson, *Ibid.*, p. 115.

たいていの場合、困難を極める<sup>95</sup>。

このこともあり、Lagesonがインタビューを行った、ウェブサイトには犯罪歴が掲載された者の大多数は、オンライン上の記録を完全に避ける（検索も削除請求もしない）という戦略を採用していた<sup>96</sup>。もっとも、この戦略は、オンライン上で公開されている自身の犯罪歴を見なくて済むというに過ぎず、他の人びとが犯罪歴を見ないようにできるわけではない。したがって、犯罪歴の存在を知られ、その結果として様々な場面で不利な立場に置かれる可能性は、依然として残されている。事実、Lagesonは、インタビュー調査を通して明らかになったこととして、オンライン上に犯罪歴が公開されていることで、就職とマッチングアプリでの活動のそれぞれで、思いもがけず、不利益を被った例をあげている<sup>97</sup>。

かつてGoffmanは、スティグマが顕在的／可視的であるか潜在的／不可視的であるかによって、スティグマが付与された人を「(すでに) 信用を失った人 (discredited)」と「(これから) 信用を失わせる人 (discreditable)」に大別し、後者の場合には、スティグマの管理／操作という戦略を採ることが可能であるとした<sup>98</sup>。これまで、犯罪歴は後者に属するものとされ、それゆえ、犯罪歴のある者は、犯罪歴の存在を他人に示すべきか否か、示す場合には、誰に、どのように、いつ、どこで示すのかを、状況に応じて管理／操作できるものと考えられてきた。しかし、インターネットとSNSの普及によって状況は一変している。すなわち、犯罪歴は、もはや、誰もが容易にその情報にアクセスできるようになったという意味で顕在的／可視的なスティグマであり、しかも、一度インターネット上に放た

95 Lageson, *Ibid.*, pp. 115-118.

96 Lageson, *Ibid.*, p. 118.

97 Lageson, *Ibid.*, pp. 124-125.

98 Goffman, *op. cit. supra* note 9, 翻訳書、79-81頁。なお、訳語は薄井明『「スティグマ」というエンigma——ゴフマン社会学の新たな地平へ』（誠信書房、2022年）を参考に改めた。

れた記録は、容易に複製／拡散されて半永久的にオンライン上に残り続けるようになったという意味で永続的なスティグマでもある<sup>99</sup>。

それゆえ、犯罪歴のある者は、犯罪歴を一方的に暴露され、雇用主、友人、恋人、家族との関係性の構築が頓挫してしまう脅威に半永久的に晒されることになる<sup>100</sup>。このような脅威から逃れる一つの手段は、基本的なインターネット検索を必要とする可能性のある機関との接触（就職など）や、新しい役割や関係性を始めること（結婚など）を避けることであるが、Lageson & Marunaも指摘するように、それは同時に、犯罪からの離脱のプロセスに向けた努力を支えるターニングポイントを「自ら」避けることをも意味している<sup>101</sup>。これらの先行研究から示唆されるのは、つまり、犯罪歴のある者は、インターネットとSNSが普及した現在、刑を全うした後もなお、離脱のプロセスを阻害され、コミュニティから排除される脅威に、時と場所を選ばず、晒され続けているということである。

### むすびに代えて

最後に、以上の整理を要約しながら、わが国への示唆について、若干の考察を行いたい。

身体刑を中心とする刑罰体系において、烙印刑は、宗教的な価値観の下で、無害化の機能を果たしていた。啓蒙思想による刑罰改革を経て、烙印は姿を消すことになるが、代わりに、犯罪学という科学が創出した「犯罪性」という「属性」が、刑罰法令に触れた者に付与されることになった。「犯罪性」は、もともと、《犯罪者》を「改善」するために編み出された概念であり、実際にそのような理念のもとで刑罰制度に影響を与えた。し

99 Lageson, *op. cit. supra* note 88, pp. 127-128.

100 See, Lageson, *Ibid.*, p. 129.

101 Lageson & Maruna, *op. cit. supra* note 92, p. 126.

かし、その概念は同時に、《犯罪者》を、社会にとって危険な存在である  
とみなす契機をはらむものであり、医療モデルの衰退とともに、私たちと  
は異なる「危険な犯罪者」を隔離するための概念として用いられるように  
なった。犯罪歴は、犯罪予防の責任主体として位置づけられた市民にとっ  
て、「危険な犯罪者」を特定する重要な指標であり、インターネットと  
SNSが普及した現在、犯罪歴のある者は、オンライン上で自身の犯罪歴が  
公に晒されることで、半永久的にコミュニティから排除される脅威に、い  
つかなるときも晒されるようになっている。

語弊を恐れずにいえば、本稿によって示されたのは、アメリカにおいて  
犯罪歴が無害化の効果をもつほどに強力なスティグマとなっている原因の  
一端は、犯罪歴のある者を「危険な人物」であると措定して彼／彼女らを  
無害化する刑罰制度の存在と、そのような刑罰制度の在り方を支える「危  
険性」＝「犯罪性」という概念の存在にある、ということである。もちろ  
ん、それらが唯一絶対の原因であると主張したいわけではない。また、そ  
れらが、むしろ、人びとが犯罪歴に対して抱いている「違和感と拒絶反  
応」の結果であるということをも否定するつもりもない。たしかに、犯罪歴  
が強力なスティグマ性を帯びているが故に、「危険性」概念とそれに基づ  
く刑罰制度が社会の中で受容されているという側面はあるだろう。しかし  
同時に、科学的に導かれる「危険性」概念とそれに基づく刑罰制度が採用  
されることで、人びとが犯罪歴に対して持つ「違和感と拒絶反応」にさら  
なる確信が与えられるという側面があることも否定できない。このことを  
実証的な手法で検証できているわけではないが、積極的にせよ消極的にせ  
よ、社会に対して何らかのメッセージを発することを前提とする一般予防  
論を少しでも認める限り、刑罰制度とそれに関わる概念が社会に浸透す  
るプロセスの存在を無視することはできないはずである。

新派の後に旧派（古典学派）が受容されたという経緯もあってか、わが  
国の刑罰制度は、従来、矯正／処遇の有用性と重要性は認めつつも、新派

が前提とする「危険性」概念とは一定の距離を置いてきた。「危険性」を根拠に〈犯罪者〉を無害化することを目的とする制度は、わが国には存在しない。その意味で、アメリカの状況をそのままわが国に映し出すことはできない。しかし他方で、「危険性」は〈犯罪者〉を無害化するだけでなく、彼／彼女らを改善するための概念としても用いられてきたというアメリカの刑罰史は、再犯防止が重要な政策課題となっているわが国にも示唆的であるように思われる。

たとえば、2025年6月に施行される刑法12条3項には、拘禁刑に処せられた者に対して「改善更生を図るため」に必要な作業と指導を実施することができる旨が規定される。市民に対する行為規範としての性格を持つ刑法典に「改善更生を図るため」という文言が加えられたことが、ここでは重要である。なぜなら、これによって、拘禁刑＝受刑者＝改善更生というイメージの連結が、社会に発せられることになるからである。しかし、そこでいう「改善更生」が、受刑者と非・受刑者とを区別する諸特徴＝「犯罪性」の存在を前提にし、また、作業と指導の対象をその諸特徴＝「犯罪性」とすることを念頭においたものであるならば、そこでの「犯罪性」は「危険性」に読み替えられ、改善更生→受刑者＝「犯罪性」＝「危険性」という図式の下で、受刑者＝「危険な人物」というイメージの連結を強化してしまう契機をはらんでいる。「改善更生」の意味内容とその対象を具体的に確定させつつ、刑法12条3項を媒介にして、むしろ、そのようなイメージの連結を弱化させるような理論的営為が求められよう<sup>102</sup>。

より深刻なのは、オンライン上で犯罪歴が公にされることに伴い「永続的な処罰」が出来上がってしまっていることだろう。検索エンジンやSNS

---

102 その作業は、実際に「改善更生」のプロセスを経験した／している当事者との協働によって、あるいは、当事者自身の手によって、果たされるべきであろう（アディクションの分野における議論として、市川岳仁「アディクトの人生に寄り添う——治療でもなく更生でもなく」犯罪社会学研究44号（2019年）63頁以下を参照）。

における犯罪歴情報の削除に関する問題が最高裁で争われた（最判平成29年1月31日民集71巻1号63頁、最判令和4年6月24日民集76巻5号1170頁）ことから明らかなように、同様の事態はわが国でも既に生じている。実名報道が基本となっているわが国では、わずかな例外である少年法61条を除いて、犯罪歴が公にされることを事前に防ぐ手段は乏しい。そして、その少年法61条も、近時の少年法改正によって、特定少年が公訴提起された場合には適用されないこととなった（68条）。その政策判断が、インターネットとSNSが全盛期を迎えている現代において、少年たちの離脱のプロセスにどのような影響を与えるのか、そして、その判断は、他でもない法務省が推進している一連の再犯防止施策との間に緊張関係をはらむものではないのかといった点を、改めて問い直す必要がある。そのためにも、まずは、犯罪歴がオンライン上で公にされることの影響を、わが国でも実証的に明らかにすることが肝要であろう。

アメリカの状況を見ると、犯罪歴というスティグマは、身体刑の時代のとおり同じように、それをもつ者をコミュニティから半永久的に排除する機能を持っていることがわかる。しかし他方で、烙印の痕を服飾や頭髪によって隠すことが可能であった<sup>103</sup>ことを踏まえると、そのような隠匿行為も、オンライン上に犯罪歴が公開されてしまえば不可能に近いという点で、犯罪歴というスティグマをめぐる現代の状況は、むしろ身体刑の時代より悪化しているようにもみえる。そうであれば、離脱のプロセスを阻害し、『誰一人取り残さない社会』の実現の障壁となる、スティグマに関する構造的な力とその克服方法を解明するための理論的・実証的営為の必要性は、より一層高まっているのではないと思われる。

---

103 See, Earle, *op. cit. supra* note 19, 翻訳書、134頁。