

## 第二節 対象者の人権保障

### 一 問題の所在

既述のように、近年社会内処遇において、新しい処遇施策が積極的に試みられるにつれて、対象者の人権保障上留意すべき場面が増えてきたように思われる。これらの場면을保護観察処遇の流れに沿ってみると、まず、処遇の密度を高めることによって、日常的に行う処遇活動の中で、対象者の私生活の領域に介入する場面が増えることが必至である。例えば、類型別処遇の「処遇指針」は、往訪の積極的実施を促しているが、往訪は、処遇の「場」を対象者家庭内に求めることでもあり、対象者のプライバシーの利益を制約する場面であることは明らかである。

それにとどまらず、処遇の密度を高めることによって、遵守事項の違反ないし再犯の発覚の可能性も増え、対象者を、取消による施設収容、さらには刑事訴追へと追い込む頻度が増えることも必至である。例えば、覚醒剤事犯対象者に対して、処遇機関は、積極的に取消の「不良措置」及び警察機関への通報措置をとる姿勢を示している。

むろん、社会内で行う保護観察処遇が、ある程度対象者の私生活の領域に立ち入ることは止むを得ない部分がある。しかし、これが無制限に許されるわけにはいかない。また、遵守事項違反または再犯疑いが生じ、取消手続を発動する時、取消決定は、対象者に重大な不利益をもたらす処分であるが、現行制度の取消手続に果たして問題がないだろうかを問わなければならない。さらに、再犯の疑いが生じた場合、現在のような保護観察機関と警察機関との連携の仕方がよいかにつて検証すべき点が多いように思われる。

本節においては、まず、家庭訪問の場面を一つの素材として、保護観察の目的と対象者の自由生活領域の保護をいかに調整すべきかの問題を検討し、次に、遵守事項違反または再犯発覚後の事後処理の問題として、まず、保護観察枠内の手続の問題として、仮出獄取消手続の問題を検討し、次に保護観察機関による警察機関への情報の伝達の問題を検討してみたい。

## 二 家庭訪問とプライバシー

家庭訪問は、実務上「往訪」と呼ばれ、「来訪」に対する概念である。すなわち、「来訪」とは、保護観察対象者が担当者（保護司）の自宅や保護観察所へ訪ねてくることを言い、「往訪」とは、担当者又は主任官（保護観察官）が対象者宅<sup>138</sup>を訪ねることをいう<sup>139</sup>。「保護観察は往來訪に始まり、往來訪に終る」と言われるほど、家庭訪問は、保護観察に不可欠な処遇方法とされている。

### 一 家庭訪問の機能と態様

家庭訪問にかかわる、保護観察の目的と対象者のプライバシー利益をいかに調整するかという法理を論ずる前に、保護観察の目的との関連で、家庭訪問がいかなる役割を果たしているかを見る必要がある。保護観察目的と無関係の家庭訪問では、対象者のプライバシーの制限を正当化できないことは言うまでもない。

一般論として言えば、家庭訪問は、指導監督と補導援護による対象者の改善更生（犯予法34条1項）、ひいては、社会を保護し、個人及び公共の福祉を増進する目的（犯予法1条1項）に寄与するものと言えよう。しかし、これらの目的に寄与するその具体的なメカニズムは、多種多様であり、従って、家庭訪問の態様も千差万別である。これらの具体的機能、態様を包括的に論ずること自体が困難な作業であるが、一応、機能と態様について、それぞれ一定の類型化を試みる。

#### （一） 日常的処遇活動における家庭訪問の機能

##### 1 「接触」確保の機能

犯罪者予防更生法は、指導監督の方法について、「保護観察に付されている者と適当に接触を保ち、つねにその行状を見守ること」（35条）と定めている。往來訪は、処遇機関が対象者との「接触」を維持する方法として位置付けられている<sup>138</sup>。

施設内処遇においては、処遇の場が物理的条件によって設定されているのに対して、社会内処遇の場合は、対象者との「接触」が処遇を成り立たせるための前提条件である<sup>139</sup>。実務上は、多くの場合、この接触を特別遵守事項又は指示事項として定めている<sup>140</sup>。

「接触」の方法は、往來訪による直接の接触のほか、電話、郵便等の通信手段による間接の接触があるが、往來訪が基本であり、間接的方法是、往來訪ができない場合は往來訪と併用する補充的手段として利用すべきとされている<sup>343</sup>。

対象者が來訪しない時には、必ず往訪することが來訪しない対象者に対する処遇の原則と言われている<sup>344</sup>。

処遇の実際においては、來訪が中心で、往訪は相対的に少ないと言われている<sup>345</sup>。ただ、家庭訪問は、接触のための接触ではなく、それに様々な積極的な処遇意義があるとして、來訪に対する補充手段としてではなく、より積極的な処遇方法として活用すべきとされている<sup>346</sup>。

## 2 調査機能

接触は、接触のための接触ではなく、「調査のための接触」と言われている<sup>347</sup>。また、往來訪にはともに調査機能があるが、往訪の場合は、來訪では把握できない対象者の生活実態、交友関係、家庭環境等に関する多くの情報を収集できるメリットがあると言われている<sup>348</sup>。

ところが、家庭訪問の調査機能を保護観察の全過程の中で位置付けてみた場合、このような情報、資料の収集活動は、適切な指導監督及び補導援護を行うために必要であるのみならず、保護観察過程の各段階で用意されている種々の処分（例えば、転居、旅行の許可・不許可、保護観察の良行停止、不良停止、解除、仮解除、解除の取消、仮出獄の取消等）を適切に行うためにも不可欠である。

保護観察の過程は、まさに調査の連続であり、主任官と担当者の協働態勢も調査情報の絶え間ない交換によってダイナミックに展開されるものと言えるように思われる。

例えば、保護観察の開始期において、主任官は、本人との面接調査及び裁判所、地方委員会等から送付された記録に基づいて、「保護観察事件調査票」、「処遇計画票」を作成して、その写しを担当者に送付する。担当者は、これらの資料に基づいて一応の処遇方針を立て、初回面接後できるだけ早い時期に家庭訪問を行い、その居住環境、家庭の状況を把握するよう努める。とくに保護観察開始期<sup>349</sup>は、導入指導とともに、情報収集が大切であると言われ、家庭訪問等によって、「調査票」、「処遇計画票」にはない新しい事実

や動きが出た場合は、「保護観察経過報告書」等により保護観察所に報告するよう求められている<sup>88)</sup>。

「保護観察経過報告書」は、月ごとにおける、本人や引受人との連絡状況、保護観察の経過、居住状況、同居家族の状況、健康状況、就学、就業状況、交友関係、余暇の利用状況、遵守事項の遵守状況等のほか、処遇についての問題点と意見を記載して、翌月5日までに保護観察所の長に報告される（「仮釈放、保護観察等事件事務規程」第51条、（以下「仮釈放等規程」と略称する）<sup>89)</sup>。

「保護観察経過報告書」は、主任官が保護観察の経過を把握する上で不可欠な資料であって、保護観察上の問題点の変動等に応じて、新たな「処遇計画票」を作成することがある（仮釈放等規程48条）。

「保護観察経過報告書」が更に重要なのは、そこに記載される担当者の対象者成績に対する評価が、いわゆる「良好措置」、「不良措置」と密接に連動しているからである。すなわち、保護観察成績は、「良好」、「普通」、「不良」の三段階に分けられ、保護観察所は、担当者の成績評定についての意見を参酌しつつ、本人との面接その他の資料に基づいて成績の評定を行う。そして、これらの成績の累積効果として、例えば、保護観察の解除または良好停止（犯予法33条4項）、退院（犯予法47条）、保護観察の仮解除（刑法25の2第2項）等の「良好措置」、及び家庭裁判所への通告（犯予法42条）、戻し收容の申出、申請（犯予法43条2項）、保護観察の不良停止（犯予法42条の2）、仮出獄の取消（刑法29条）、仮解除の取消（執保法8条2項）、執行猶予の取消（刑法28条の2）等の「不良措置」につながって行くのである。

このように、家庭訪問等の調査活動は、裁判所または地方委員会によって付された保護観察の執行内容としての処遇活動であると同時に、新たな行政処分に向けられた調査活動であると位置付けることができるように思われる。

### 3 信頼関係の樹立

保護観察の効果をあげるためには、信頼関係の形成が不可欠の要件と言われている<sup>90)</sup>。

「仮釈放等規則」も、処遇の実施に当る者の態度について、「公正を旨とし、懇切にして誠意ある態度をもって本人及び関係人に接し、その信頼を得るように努めなければなら

い」と定めている（仮釈放等規則第2条）。保護観察運用の基調は、実施者と対象者との相互信頼でなければならないとされている<sup>451</sup>。

しかし、「保護観察は国の権力を背景とした、ある程度の強制力を伴う制度であり、保護観察に付されることによって、本人は好むと好まざるとに拘わらず、主任官と担当者との特殊な関係に入らされることになる。従って、少なくとも当初においては、自分から進んで保護観察を受けたいと考えている者はあるまい」<sup>452</sup>と言われたり、「保護観察は、名誉ではなく、いわゆる利益でもなく、快適でもない。また、特殊的であり、権力を背景としたものであってみれば、少なくとも歓迎されるべき要素はない」<sup>453</sup>とも言われるように、処遇実施者と対象者の信頼関係の形成は決して容易ではない。

そこで、接触、面接を重ねることによって、担当者と対象者との相互理解を深め、信頼関係を樹立させることが必要とされているが、とくに家庭訪問の場合は、担当者からより積極的に本人や家族に働きかけることによって、担当者の熱意や誠意を本人や家族に伝え、これが信頼関係の形成に寄与すると言われている<sup>454</sup>。

社会内処遇においては、家族の協力が極めて重要な意義をもっており（特に少年の場合）、家族への働きかけ、家族との信頼関係を樹立して、対象者の処遇に一体となって当ることが多く、この意味でも家庭訪問が重要な意義をもつと言えよう。

むろん、以上述べた、接触確保、調査、信頼関係の樹立という三つの機能はそれぞれ独立した機能ではない。接触は、調査、信頼関係樹立のための前提条件である。また、調査によって明らかになった対象者の問題性について適切な指示、援護を行うことが信頼関係の樹立に寄与することもあれば、逆に、信頼関係の樹立によって、よりよく対象者の問題性の把握ができる<sup>455</sup>ことも言うまでもない。ただ、他方で、監督という側面を持ち合わせている調査機能と信頼関係の樹立の間には、常に緊張関係を存在していることも否定できないように思われる。もし、「少なくとも当初においては、自分から進んで保護観察を受けたいと考える者はあるまい」とするならば、おそらく少なくとも当初においては、信頼関係の樹立を図ろうとする処遇実施者の家庭訪問についても、進んで受けたいと考えている者は少ないと言えよう。信頼関係の重視は、処遇原則としては極めて重要な意味をもっているが、すべての家庭訪問が信頼関係があることを前提として行われているとは限らな

いことも、処遇者として自覚する必要がある。

## (二) 日常的処遇活動における家庭訪問の態様

家庭訪問の上述の機能に鑑みれば、家庭訪問の方法や回数等を、画一的に決めることはできず、あくまでも保護観察対象者の改善更生を達成する目的から個々に判断されなければならぬとされている<sup>256</sup>。従って、家庭訪問の頻度、時間帯、時間、面接の仕方等の具体的な態様は、保護観察の開始期、安定期、対象者本人の心身の状況や生活実態の変化等に応じて、具体的に工夫すべきものとされている<sup>257</sup>。

実際に行われている家庭訪問のあり様も千差万別のものである。

### 1 往來訪の頻度

往來訪の頻度に関する近年の実態調査は見当たらないが、1967年法務省保護局が実施した「保護司に関する全国調査」<sup>258</sup>の中で、「あなたは、ふつうひと月に対象者と何回接触するのがよいと考えていますか」という設問が設けられ、これに寄せられた回答によれば、保護司が「よいと考えている接触回数」は、「1月1回」が保護司全体の10パーセント、「1月2回」が64.8パーセント、「3回または4回」が23.3パーセントを占めている。この調査結果は、保護司の意思に関するものであって、接触の実態をそのまま反映したものではないが、実態を知る上での一つの手かりにはなると思われる。

また、同調査によれば、活動意欲が高く、余暇時間が多い保護司ほど、接触回数が多く、また、接触回数が多い保護司ほど、往訪により積極的であるという結果が示されている。

勿論、上述の調査結果は平均的なデータであって、毎週1回の來訪1回の往訪を基本的な処遇パターンとしている担当者の事例も見られる<sup>259</sup>。

### 2 往訪の際の事前連絡

この点も個々の担当者の処遇方針によってまちまちのものである。「あらかじめ往訪の日時や、必要に応じてその時の目的等を通知し相手の返信を待って往訪する」ことを基本的なパターンとする担当者<sup>260</sup>の事例も見られるが、前回の往來訪の時点で、次回の家庭訪問日時を打ち合わせたり、あるいは訪問日前に時間を約束したりして、訪問する場合が多い。また、具体的日時までには約束せず、あらかじめ近日中に訪問すると予告する場合

<sup>353</sup> や、予告なしに往訪するいわゆる「突然の往訪」も少なくないようである <sup>353</sup>。

突然の往訪は、本人との人間関係が確立していない場合には特に避けるのが望ましいと言われている <sup>353</sup>。

### 3 往訪の時刻

往訪の時刻も画一的でない。例えば、保護観察官が往訪する場合は、午後来庁者が多い関係で午前中行う場合が多いと言われている <sup>354</sup>。また、保護司の有する地域性という特徴から、保護司の出入りにより近隣所の人に対象者の犯歴が明らかになることに配慮して、日が暮れて暗くなってから往訪する場合も多い <sup>355</sup>。

対象者が出勤などの関係でどうしても会えないような場合は、早朝夜間又は休日に往訪することがある。

また、対象者の問題性の特殊性も関係する。例えば、類型別処遇の処遇指針では、暴走族対象者に対して、「夜間往訪」等によって実態把握を積極的に行うべきとしている（第二部第一章第二節を参照）。

### 4 往訪の際の面接の態様

家庭訪問に際しては、それが、その一部に面接を含んでいる以上、ケースワーカーとしての態度や、カウンセラーとしての態度が要求されると言われている <sup>356</sup>。すなわち、受容的態度や寛容な理解ある態度が必要であると同時に、客観性に基づく観察と冷静な判断が必要とされるのである <sup>357</sup>。

面接は、本人と家族が同席する場合、家族のみの場合、本人のみの場合があり得、それぞれ違った面接の工夫が必要とされている。

実際に報告されている事例の面接の態様も基本的に上述の原則に沿ったものである。

面接における時間は、相手にかかる負担を気づかって、話が終れば30分程で引き上げる担当者のパターンもあれば、信頼関係の形成を重視して、1時間、あるいはそれ以上の時間をかけるパターンも見られる <sup>358</sup>。

### (三) 危機場面における家庭訪問の機能と態様

日常的な保護観察活動としての家庭訪問の機能と態様は上述の通りであるが、保護観察

の過程で、いわゆる「危機場面」と呼ばれる場面があり、この際の家庭訪問は、その機能も態様も、通常の家庭訪問の場面と区別して論ずべきと思われる。例えば、対象者の不届住、不出頭等による所在不明の場合や再犯が発生した場合等が典型的な危機場面とされているが<sup>393</sup>、それぞれの場合の対象者の住宅への訪問には特殊な問題点が含まれているからである。ここでは、危機場面の中で、特に再犯の場面の家庭訪問問題のみを取り扱うこととする。

再犯の疑いが生じた時の家庭訪問は、対象者の生活実態や家庭関係という一般情報ではなく、特定の事実に関する具体的情報の収集を目的としている点、また、いわゆる純粋な遵守事項違反事実ではなく、犯罪そのものの発生の有無を調査の対象としている点において、通常の家庭訪問と異なるのみならず、調査の結果が、良好措置と無関係に、専ら不良措置につながり、しかも、場合によっては刑事訴追につながる可能性を含んでいる点においても、通常の家庭訪問と異なる。また、通常の家庭訪問等の調査は、その累積効果として、良好措置、不良措置につながるのに対し、危機場面における家庭訪問等の調査は、その際の収集資料、情報が不良措置ないし刑事手続と直結する可能性が高い点でも異なる。

従って、危機場面は、対象者からすれば、もっとも不利益な局面であって、家庭訪問やその後の一連の調査に対して強く抵抗することは当然考えられることと思われる。一方、危機場面において、不良措置や捜査機関との連携を念頭において行動する保護観察機関にとっても、彼らがケースワーカーとしての自負をもっているだけに、もっとも二律背反的な感情を抱く局面である<sup>394</sup>と言えよう。通常の往来訪と異なって、再犯の疑いのある対象者との面接は、極めて緊張感を伴うものであって、保護観察官として戸惑うことが多いと言われている<sup>395</sup>。

危機場面における家庭訪問は、通常、何らかの情報ソース（例えば家族、隣人）から、再犯に関する具体的情報を得て行う。面接の際、例えば、覚醒剤事犯の場合は、本人の腕に注射痕がないかを確認することがあるが、任意の承諾を得て行うとされている<sup>396</sup>。

## 二 問題の所在

家庭訪問のあり方の点についていえば、上述のとおり、個々の家庭訪問の具体的態様は

千差万別である。個々の対象者の再犯可能性の程度や援護の需要度の相違から考えれば、家庭訪問を一定のパターンにはめることは処遇の個別化原則に反し、望ましいことではない。

しかし、このことは、家庭訪問に一切のルールが必要でないということを意味するわけではない。例えば、早朝、夜間の訪問や、突然の訪問は、有効な処遇を行うための信頼関係の形成という観点からしても、慎重に行うべきのみならず、その実施の仕方によっては、対象者の家庭の平穏を著しく乱す恐れもあるように思われる。

また、危機場面での家庭訪問は、呼び出し、引致、留置といった強制措置等による強い心理強制を働かせながら行う局面も十分考えられる。仮に、通常の家訪の場合には、処遇機関と対象者との指導・被指導という緊張関係が、処遇機関側の信頼関係重視という姿勢によってかなり緩和されていると言えりとしても、危機場面での家訪の場合は、保護観察の持つ権力的、強制的側面がより強く現われている局面であるように思われる。そのために、対象者側からすれば、自分の生活領域から公的介入をもっとも拒絶したい局面でもあるように思われる。

もし、対象者のプライバシーを制約しながらも、家庭訪問を行わなければならない保護観察にかかわる利益があるとすれば、二者をいかに調整するかを検討しなければならない。

### 三 家庭訪問とプライバシーの保護

上述の問題点について、保護観察領域内部での議論は殆ど見られないが、租税法学、行政法学、憲法学の領域では、「行政調査」という独立したテーマとして分析する意義が積極的に論じられている<sup>27)</sup>。

他の行政領域における「行政調査」と保護観察対象者に対する「家庭訪問」とは、もちろん、同一に論ずることができないが、「何らかの行政の目的のための情報収集の利益と、私人の自由な生活領域の確保の調整」という行政調査の基本的問題は、保護観察行政における調査活動にも共通する部分があり、従って、他の行政領域における研究成果は、問題分析の基本的視座を得る点で、参考になると思われる。

#### (一) 行政調査とプライバシー

行政調査の場合、被調査者のプライバシー権とのかかわりにおいて、行政調査の要件、手続に対する法律上の制約が問題となる。

1 まず、憲法35条(令状主義の原則)及び憲法38条(自己負罪供述強要の禁止)が行政手続にも適用されるか否かが問題となるが、これについて、最高裁判所は、いわゆる川崎民商事件の判決(刑集26巻9号554頁)において、所得税法の質問検査権との関連において、憲法35条が行政手続にもその適用の余地があることを認めつつ、(1)所得税法の質問検査権の目的が刑事責任の追及でないこと、(2)同検査が実質上刑事責任追及のための資料の収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでないこと、(3)強制の程度が直接的物理的な強制と同視すべき程度まで達していること、(4)徴税目的からの必要性が高いこと等の点を総合判断して、同質問検査権に憲法35条の適用がないとした。

保護観察対象者の家庭訪問について見た場合、上述いずれの基準に照らしてみても、憲法35条の令状主義の適用がないことは明らかである<sup>374</sup>。

2 次に、行政調査の要件及び具体的な手続に関しては、最高裁判所昭和48年7月10日第三小法廷決定(刑集27巻7号1025頁)は、所得税法234条1項の質問、検査権の要件、手続等について判示するにあたって、行政調査一般についても重要な意味をもつ基準を示した<sup>375</sup>。

同決定は、(1)所得税法上述規定の「調査の必要性」の意義について、調査権限を有する職員において「当該調査の目的、調査すべき事項、申請、申告の体裁内容、帳簿等の記入保存状況、相手方の事業の形態等諸般具体的事情に鑑み、客観的な必要性があると判断される場合」とし、(2)また、必要性の要件とは別の要件として<sup>376</sup>、質問検査の具体的態様について、「質問検査の範囲、程度、時期、場所等実定法上特般の定めのない実施の項目については、右にいう質問検査の必要があり、かつ、これと相手方の私の利益との衡量において社会通念上相当な限度に止まる限り、権限ある税務職員の合理的な選択に委ねられる」とし、(3)質問検査実施の日時、場所の事前通知、調査の理由及び必要性

の告知については、「法律上一律の要件とされるものではない」とした。

(1)調査の必要性について、上告理由は、「現在かつ明白の必要性」を主張したが、これに対し、最高裁は、「諸般の具体的事情に鑑み、客観的な必要性があると判断される場合」に必要性要件が満たされるとした。この基準に対しては、「抽象的で一般的な判示であって、どの程度の『客観的な必要性』が要求されるのか明確ではない」という指摘がなされている<sup>877</sup>。

(2)質問検査の具体的態様について、最高裁は、「相手方の私的利益との衡量において社会通念上相当な限度にとどまる限り、権限ある税務職員の合理的な選択に委ねられている」としたが、この基準に対しても、「社会通念上相当な限度」、「合理的な選択」などの具体的内容が示されておらず、抽象的な基準にすぎないという指摘がなされている<sup>878</sup>。

(3)調査日時、場所等の事前通知と調査理由、必要性の具体的告知について、学説上は、すべての場合において、事前通知、調査理由の開示が必要であるとする立場<sup>879</sup>があるが、最高裁は、これらは「法律上の一律の要件とされているものではない」とした。しかし、逆に言えば、最高裁は、具体的事情次第ではこれらの手続を欠く調査が違法となる余地を認めたとと言える<sup>880</sup>。

また、最高裁決定は、必ずしも憲法論次元で上述諸基準を示したわけではないが、学説上は、憲法13条のプライバシーの権利を根拠に、「『行政調査』の形態（手段、方法、範囲、時間帯等）は、正当な調査目的を実現するのに合理的に必要な最小限度のものに限定されなければならない」とする立場があり<sup>881</sup>、また、憲法31条を根拠に、調査日時、場所等の事前通知と調査理由、必要性の具体的告知等の手続が必要であるとする立場も有力である<sup>882</sup>。

最高裁決定は、上述のように、税務調査の要件、手続について、やや一般化した基準を示した点で、様々な問題指摘を受けているが、逆に、その基準が一般化しているだけに、税務調査以外の行政調査の法的統制にとっても重要な意味をもっており<sup>883</sup>、そして、保護観察対象者に対する家庭訪問を実施するに当たっても、最高裁決定の趣旨を尊重しなけれ

ばならないように思われる。

以下は、このような判例、学説を参考にして、保護観察における家庭訪問に関して、いかなる要件、手続が必要かを敢えてみることにしたい。

## (二) 家庭訪問の要件、態様、手続

### 1 客観的必要性

まず、一般論として、家庭訪問を行う客観的必要性があることが必要であり、恣意的な訪問は許されない。その際、客観的必要性に関して、通常の家訪訪問と危機場面の家庭訪問とを一応分けて考える必要があるように思われる<sup>334</sup>。

通常の家訪訪問の場合は、上述最高裁決定事案のような「客観的に過小申告の疑いがある」か否かという、個別的事実関係の調査のためではなく、対象者の生活実態や家庭環境といった一般情報の把握を継続的に行う場合であるから、客観的に必要性がないと言えるケースは限られて来るように思われる。

ただ、疑問に思える点がないわけではない。例えば、毎週一回の家訪訪問を基本的な処遇パターンとするのはいかがであろうか。個々の対象者の問題性の程度や状況の変化等に応じて、往訪の頻度を高めていくならともかく、一般の対象者にとって、しかも処遇安定期において、週一回の家訪訪問は過剰のように思われる。

危機場面での往訪は、諸般具体的事情に鑑み、客観的に再犯の疑いがある場合に行われることになると思われる。ただ、税務調査の場合と異なって、保護観察機関と対象者とは一種の継続的監督関係にあるので、日頃の観察から、対象者の行状及び交友関係などに関する情報を豊富にもっている。従って、再犯の疑いが生じた時は、第三者からの情報等の客観的信びよ性等に加えて、上述のような日頃の観察による情報等を照らし合わせて、客観的に再犯の疑いの有無を判断することになると思われる。

従って、専ら主観的憶測に基づいて行われる突然の往訪等は妥当でないように思われる。

### 2 家庭訪問の態様、手続

訪問の具体的態様、手続に関しては、保護観察の目的、個々の対象者の危険性、処遇必要性、それぞれの対象者の置かれている処遇の段階等の多様性から来る家庭訪問の機能の

多様性に鑑みれば、これを一律に法律上の基準として定めることは困難であり、基本的に個々の処遇担当者の裁量に任せるべき事柄だと思われる。ただ、前述最高裁判決で示されたように、「必要があり、かつ、これと相手方の私的利益との衡量において、社会通念上相当な限度に止まる」ものでなければならぬ。また、この相当性を考える場合、時間帯、範囲、程度、事前通知等を個々独立したものとしてではなく、相互関連する一体として考えるべきと思われる。

以下、他の分野の行政調査と比較しつつ、若干具体的に検討してみる。

ア 行政調査・検査の場合、調査担当官による証票の携帯、呈示の要件を明記する法律が多い（消防4条4項、所税236条、食品17条2項、生保28条2項等）。しかし、保護観察は前述のように一種の継続関係であって、証票の携帯呈示は常に必要であるとは限らない。通常、インテイクの段階で、保護観察官と対象者との初回面接が行われ、そこで、保護観察官により、担当保護司を告げられた上、保護司を訪ねることを指示される。したがって、保護観察官と保護司が初回面接の時、又は処遇担当者の変更があった時、身分を明らかにする何らかの手続があれば足りると思われる。

イ 調査の目的、日時、場所、範囲等についての事前通知の要件を定めた法律がある（精神28条1項）。保護観察は、対象者の処遇への自主的協力、処遇者との信頼関係がなければ、機能しない場合が多い。従って、対象者の人格、自尊心や、信頼関係を傷つけないためにも事前通知（むろん、書面通知に限る必要はなく、電話連絡や、事前口頭による打ち合わせなどでもよい）があることが望ましく、これは処遇原則からの要請でもある。ただ、例えば遵守事項の遵守状況等を確認するために、事前通知しては支障が出ることも考えられるが、この場合は、突然訪問の必要性の程度や訪問の時間帯や、訪問にかける時間を総合的に考慮して、訪問の適切性を判断すべきと思われる。

日出前日没後の時間帯に置ける訪問は、原則として、事前通知に基づいて行うべきと思われる。

ウ 他の行政分野の訪問調査の時間帯に関しては、日出後日没前又は業務時間内に行われるべきとの解釈がある<sup>285</sup>

。しかし、保護観察の目的が再犯防止及び本人の社会復帰にあることに鑑みれば、このような限定は合理的とは言えない。また、対象者や処遇担当者である保護司が昼間出勤していることも多くあることを考えれば、日没後の訪問も肯定されるだろう。ただ、深夜早朝の訪問は、原則として、禁ずべきだと思われる。

例えば、暴走族少年の場合であっても、家の外からの観察ならともかく、夜間往訪を積極的に行うことには問題があるように思われる。

#### エ 面接の態様

通常の場合は、主に会話を中心に進められるが、危機場面での往訪の場合、たとえ所持品検査等があっても、任意で行われる限り特に問題がないように思われる。ただ、相手の抵抗を排除しての意味での強制検査のみならず、相手にことわらず行う検査も任意とは言えないから、例えば覚醒剤事犯対象者の注射痕の確認等の場合は、個別的に問題となりうる事例が見られる。

### (三) 結論

要するに、保護観察対象者にも憲法上のプライバシー権の保障が及ぶから、家庭訪問の態様、手続にも一定の制約がある。ただ、保護観察の目的、対象者、処遇段階等の多様性のために、家庭訪問の意義も多様であって、それに関する具体的手続要件を一律に法律で定めることには困難な面がある。しかし、だからと言って、無制限に処遇者の裁量に任せられるのではなく、訪問の必要性和対象者のプライバシー利益との衡量で相当な限度に止まるものでなければならない。このような観点から現行家庭訪問の運用をみると、突然訪問、夜間訪問等の点で留意すべきところがあるように思われる。

行政調査をめぐる裁量の司法的コントロールにおいては、国家賠償請求訴訟等様々な形態がありうる<sup>88)</sup>。このような事後審査を可能ならしめるためには、処遇者が「処遇経過報告書」などに、家庭訪問に関する一定の事項を記載することが要請されると思われる。

### 三 仮出獄の取消手続

以上は主に日常的に行う処遇活動の中で、対象者の人権保障上留意すべき問題点を考察してきた。それでは、対象者の遵守事項違反又は再犯の事実の発覚後の執行猶予や仮出獄の取消手続においては、現行制度及び運用上問題が存在しないだろうか。取消手続が対象者にもたらす現実的な不利益が極めて大きいことに鑑みれば、その手続の適正が強く要求されることは当然である。この観点からみた時、現行仮出獄の取消手続のあり方が特に問題視されなければならないように思われる。

むろん、現在の仮出獄の取消の大半は再犯によるものであり、事前に捜査機関による捜査が行われ、事実が明らかになった後に行われることを考えれば、仮出獄の取消手続における対象者の手続的権利の保障を特別に取り上げる現実的意味はあまりないのではないかと、という意見があるかもしれない。

しかし、再犯といっても、有罪確定者あるいは起訴されたものを意味するのではなく、刑事手続にかかっている者を意味するにすぎない。それゆえ、この段階においては、取消事由の存在が明白であるとは限らず、取消審理機関が積極的な事実調査、認定を行わなければならない場合もあろうし、また、そもそも、事実が明白であるかどうかとかかわらず、手続の適正というのは要求されるものであるはずである。

しかも、仮出獄の積極化施策や、中間処遇施策等、予後に一定の不安をもつ受刑者に対する仮出獄を積極化しようとするれば、必然的に再犯に至る前に、他の違反事実を理由に仮出獄を取り消すという運用を積極的に行わざるを得なくなる<sup>184</sup>。そうなれば、仮出獄の取消の大半は再犯によるという前提自体が崩れてくるであろう。このように、保護観察処遇、仮出獄の積極化が強調されている今日、取消手続を取り上げることには、実際の意味もあるし、また、今後は、それが増加すると考えられるのである。

そこで、以下では、日本の取消手続の問題点を検証するための素材として、最初に、既に若干触れた、アメリカ合衆国連邦最高裁の取消手続に関するモリッセイ、ギャグノン両判決を紹介することにした。これらの判例は、20余年前のものであり、その後の判例理論や社会内処遇の実践には大きな変化があったが、なお社会復帰の理念が支配的であった時代の判例であるだけに、社会復帰の目的と対象者の人権との関係をいかに捉えるかに関して示された理論分析は、日本の取消手続のあり方を考察するにあたって、なお価値

を失っていないと考えられるからである。

#### 一 アメリカ合衆国における取消聴聞とデュープロセス

既述のように、アメリカ合衆国におけるプロベーション、パロール対象者は、様々な法律を用いて、憲法保障の対象外とされてきた。そして、プロベーション、パロール手続にデュープロセスを及ぼすにあたって、最大の障害となったのは、権利——特権二分論であった。モリッセイ判決は、連邦最高裁として、はじめて、特権理論の放棄を明白に宣言し、パロール取り消しによって、対象者は「重大な不利益」を被るとして、デュープロセスの適用を認めた上、利益衡量のアプローチを用いて、パロール取消に必要とされる具体的なデュープロセスの内容について判旨した。

##### (一) モリッセイ対ブルーア判決<sup>888</sup>

#### 1 事実関係

モリッセイは、1967年手形偽造罪で7年の拘禁刑に処され、翌年6月にアイオワ州立刑務所から仮釈放された者であるが、7カ月後、遵守事項違反<sup>889</sup>を理由に、保護観察官の指示で逮捕留置された。1週間後、州パロール委員会は、保護観察官の報告書を審査し、パロールを取り消すの決定を下し、モリッセイは刑務所に再収容された。

そこで、モリッセイは、聴聞なしにパロールを取り消したことはデュープロセスに違反するとして、人身保護請求の申し立てをしたが、連邦地方裁判所によって却下された。さらに、第八巡回区控訴裁判所も、連邦地方裁判所の判決を支持した<sup>890</sup>。

連邦最高裁は、モリッセイの事件移送命令の請求を受理し、そして、本件の焦点は「修正14条のデュープロセス条項は、州がある者のパロールを取り消す前に、その者に対して何らかの聴聞の機会を与えなければならないことを要請するか否か」にあるとした上(at 472)、次のように判示した。

#### 2 判旨

1) バーガー判事の執筆による法廷意見は、まず、パロール手続にデュープロセスの適用があるか否かは、パロールの矯正制度としての目的、機能の検討から始まらなければ

ならないとして、次のように述べている。

「(パロールの) 目的は、科せられた刑の満期まで拘禁することなく、個人ができるだけ早く建設的な個人として再び社会に復帰できるよう援助することである。それはまた、個人を刑務所の中に拘禁しておくために必要とされる社会の財政負担の削減にも役立つ。パロールの本質は、受刑者が刑期の残余期間一定の規則を遵守することを条件とした、刑期満了前における刑務所からの釈放である」<sup>331</sup>。

裁判所は、このように、「パロールは、情け深い特別な扱いはない」という認識を示した上、かかるパロールの目的の達成のために、遵守事項が定められ、保護観察官が対象者に対する指導・援護を行うとし、そして、遵守事項の遵守は、パロールの取り消しによって担保されるが、違反があったから常に取り消されるわけではなく、「保護観察官は、対象者が適切に順応しておらず、かつ反社会的行動をしないことが期待できないほどに、その違反が重大かつ継続的であると思慮するのてなければ、パロール取り消しの手段を講じえない」<sup>332</sup>と述べ、従って、「(対象者は) 遵守事項を実質的に遵守している限り、自由を保持する権利がある」という認識が絶対的なものになる、とした。

裁判所は、以上のようにパロールの目的・機能を分析した上、パロール取消決定は二つの判断過程から構成されるとした。第一の段階は、「遵守事項に違反する行為を実際にやったかどうか」という事実認定の過程であり、第二段階は、「対象者が刑務所に再収容されるべきか、それとも社会を保護しかつ社会復帰のための別の手段が講じられるべきか」という問題を判断する過程である<sup>333</sup>とした。

2) 続いて、裁判所は、パロール取消手続に修正14条の適用があるかの問題に移り、まず、パロール取消手続と刑事手続とを区別し、後者では「市民の有する絶対的自由の剥奪」が問題となっているのに対し、前者では「条件付自由の剥奪」が問題となっているとして、刑事手続に保障されている憲法上の諸権利をパロール手続に及ぼすことはできないとした<sup>334</sup>。

そして、取消手続に修正14条が適用されるかについて、次のように述べる。「『当裁

判所は、行政上の給付が『権利』であるかそれとも『特権』であるかによって憲法上の権利を決定しようとする概念を、現在すでに放棄している」[ *Graham v. Richardson*, 403 U. S. 365, 374 (1971) ]。いかなる手続的保障が適正であるかは、『個人が重大な不利益(grievous loss)を蒙る程度にかかっている」。[ *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U. S. 123, 168 (1951) (Frankfurter, J., concurring), quoted in *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254, 263 (1970) ]。問題は、単なる個人の利益の『重さ』ではなく、その利益の性質が修正14条の『自由または財産』という文言の意図に含まれる利益に当るかどうか、という点にある。*Fuentes v. Shevin*, 407 U. S. 67, 92 (1972). (at 481)。

「パロール対象者の自由は、有罪認定を受けていない人達ができる広範な行為を彼に可能ならしめる。彼は遵守事項を守る限り、…就職することができ、自由に家族や友人と一緒に過ごし、その他通常の生活に伴う諸々な事を自由に行うことができる。…その状態は刑務所内における拘禁状態とは全く異なる。彼は少なくとも、自分が遵守事項に則って生活しなかった場合だけパロールが取り消されるという暗黙の約束を信頼している。そして、多くの場合、もし、パロールが取り消されると、彼は長期の拘禁に直面する。

それ故、われわれは、対象者の自由は、不確定なものではあるが、制限が加えられない自由の有する核心的な価値の多くを含んでおり、その取消は、対象者及びそれ以外の人達に『重大な不利益』をもたらすものと解する。もはやこの問題を、パロール対象者の自由が『権利』か『特権』かという観点から取り扱うことはほとんど無益である。いかなる名称を用いようと、その自由は高価なものであり、修正14条の保護中に含まれると解さなければならない。その取消は、非公式的な(informal)ものであっても、何らかの規制された手続(orderly process)を必要とする」<sup>356</sup>。

3) 続いて、裁判所は、利益衡量に基づいて、いかなる具体的手続が必要かについて論じた。すなわち、対象者の多くは「反社会的行為を犯す…危険があること」、「以前に罪を犯した有罪者であること」等を考慮すると、州は「新たな当事者主義的刑事裁判を行う

負担を負うことなしに対象者を刑務所に再収容できる優越的利益を有する」<sup>336</sup>。しかし、「何らの非公式な手続的保障なしにパロールを取り消す利益は有していない」。なぜなら、「パロール対象者はしばしば『拘禁中』であると公式に記述されるが、現実には拘禁されている受刑者…を管理するために要請されるような即決処分が必要であるという主張はここで全く当を得ていない」し、「単純な事実審問が裁量の行使を妨げることはない以上、取消が全く裁量問題である…という主張も承認できない」からである (at 483)。

さらに、裁判所は、手続的保障は社会の利益でもあるとした。すなわち、「条件付自由に対して利害を有するのは単にパロール対象者だけではない。彼を…通常の有益な生活に復帰させる(ことに)、社会もまた利害を有している。従って、社会は、誤った情報の故にまたは取消の必要性に対する誤った評価の故に、…パロールが取消されてはならない利益を有する。…社会はさらに、パロール対象者を基本的な公正に従って処遇するという今一つの利益を有する。すなわち、パロール取消に際しての公正な措置は、恣意的に取り扱われたという反発を回避することによって、社会復帰の機能を促進させることができる」<sup>337</sup>。

要するに、必要な取消手続の内容は、「違反の認定が証明された事実に基づけられ、かつ、裁量の行使がパロールの行為に対する正確な知識によって情報付けられることを保障するために構築された非公式な聴聞である」<sup>338</sup>。

そのうえで、裁判所は、二つの段階の聴聞が必要であるとした。一つは対象者を逮捕する際に要求される「予備聴聞」(Preliminary Hearing)であり、もう一つは最終的決定を下す前に要求される「取消聴聞」(Revocation Hearing)である。

(1) 予備聴聞が必要とされる理由は、逮捕されてから最終決定までに相当な間隔があること、逮捕場所と再収容される施設との間に距離的にかなり隔りがあることにあり、従って、「情報が新しくかつ資料が手近に揃っている間に」違反行為ないし逮捕された場所で最少限度の取り調べが必要とされ、聴聞の目的は、「遵守事項違反を構成する行為を行ったと信ずるに足る相当な理由 (probable cause) 又は合理的な根拠 (reasonable

ground)が存在するか否かを定めるため」であるとした<sup>839</sup>。

予備聴聞の要件は次の通りである<sup>840</sup>。

- (a)聴聞は、直接事件に関与していない者によって行われること。ただし、遵守事項違反報告書を作成し又は取消を申し立てた者でなければ、保護観察官でもよい。
  - (b)対象者は、相当な理由の有無を決定するための聴聞が行われる旨の告知を受けなければならない。また、告知はいかなる違反行為が告発されているかを示さなければならない。
  - (c)対象者は、証拠を提出して、自己弁解をする機会を保障されなければならない。
  - (d)不利益な情報提供者は、対象者の請求により、その面前で尋問を受けなければならない。ただ、聴聞官が、情報提供者が身分開示によって危険にさらされる虞れがあると判断した場合は、この限りではない。
  - (e)聴聞官は、簡略的なものでもよいから、聴聞についての記録を作成すること。
  - (f)提出された情報に基づいて決定を下さなければならない。
  - (g)決定理由及び証拠を明示しなければならない。
- (2) これに対して、取消聴聞の目的は、「争いにかかっている関連事実の最終的な評価」と「確定された事実によって取消が是認されるべきか否かについての判断」を行うためであり、聴聞は逮捕後合理的な期間内に行われるべきとされた<sup>841</sup>。聴聞の要件は次の通りである。
- (a)違反事実についての書面による告知。
  - (b)不利益な証拠を本人に開示すること。
  - (c)自己弁解をし、証人及び証拠書類を提出する機会を付与すること。
  - (d)不利益証人と対峙し反対尋問をする権利を付与すること。ただ、聴聞官が対峙を許さない正当な理由を特に認めた時はこの限りではない。

(e)伝統的なパロール委員会のような中立な聴聞機関によって行われること。ただ、構成員は司法官又は法律家である必要はない。

(f)事実認定者が依拠した証拠及び取消理由を付した文書を作成すること。

裁判所は、また、聴聞手続を刑事手続と同一視してはならず、刑事裁判で認められていない手紙や、宣誓供述書等の資料も証拠として考慮できるような柔軟なものでなければならぬとした。弁護人依頼権の問題については、「ここで触れないし、審理もしない」と述べた<sup>810</sup>。

## (二) ギャグノン対スカーベリ<sup>811</sup>

本件は、プロベーションの取消手続が問題となった事件であるが、争点は、(1)プロベーション対象者は聴聞を受ける権利があるか否か、(2)あるとしたら、弁護人によって代理してもらう権利があるか否かであった。

### 判旨

1 バウエル判事による法廷意見は、まず、争点(1)について、プロベーションの取消に際しては、モリッセイによって確立されたものと全く同じ聴聞手続が保障されなければならないとした。その理由について、次のように述べている。

「プロベーション取消は、(パロールの取消と)同様、刑事訴追の一段階ではないが、自由の喪失を生じさせる。従って、プロベーション対象者は、パロール対象者と同様、モリッセイ判決に明記された条件の下での予備聴聞と最終取消聴聞を受ける権利がある」(at 783)。

2 弁護人依頼権について、裁判所はモリッセイを引きつつ、プロベーションの目的が社会復帰であること、取消決定が事実認定と取消の相当性に関する実質判断の二段階からなること、保護観察官の役割は二重なものであるが、カウンセラーとしての機能は、告発を行う時点では著しく後退し、取消手続においては告発官としての機能を果たすことなどについて触れ、従って、正確な事実認定と十分な情報を与えられた上の裁量権行使は、対象者にとっても、州にとっても利益になるとした。このような対象者及び州の利益を保障す

るための正確な事実認定と十分な情報に基づく裁量権行使を確保するにおいて、モリッセイ判決の要件は重要な役割を果たすが、以下の理由のために、ケース・バイ・ケース方式で弁護士依頼権を認めるべきとした<sup>3194</sup>。

(1) モリッセイによって保障された権利の実効性は、一定の場合はプロベーション又はパロール対象者のもっていない専門技術の駆使によって担保される。「手続の非公式な性格及び技術的な手続、証拠法則の不存在にも拘わらず、聴聞において証人の主尋問、反対尋問又は複雑な書証の提出、異議申立等が要求される場合は、…(対象者が)自己の主張をはっきり提示することは極めて困難である」。

(2) しかし、すべての事件に弁護士選任権を認める必要はない。多くの場合は、新たな犯罪が行われたか、遵守事項違反について自認のある場合であり、正当な事由が存在するとしても、その情状証拠は、…弁護人の手を借りるべきといえるほど複雑ではない。

さらに、弁護人を導入することは、手続の性格を大きく変化させる虞れがある。「弁護人がプロベーション、パロール対象者に付与されると、今度は州も自己の弁護人を立てることが通常である。…モリッセイ判決で要求された適切な事実認定と同様に、『予測的かつ裁量的』であるべき聴聞機関の役割は、ますます裁判における裁判官のそれと似通ったものになり、個々の対象者の社会復帰の要求に耳を傾けることは一層少なくなり…境界線上にある逸脱行為に対して寛容さを失い、非刑罰的な社会復帰の継続というよりは再拘禁の傾向を強めるに至るだろう」<sup>3195</sup>。

さらに、官選弁護人、州の弁護人等による州の財政負担も軽視すべきではないとした。

(3) 裁判所は以上のような利益の分析を行った後、「弁護人の必要性に関する決定は、プロベーション又はパロール制度の運営に責任を負っている州当局の健全な裁量権の行使によって、ケース・バイ・ケースに基づいて判断されなければならない」<sup>3196</sup>とし、その際の基準について次のように述べる。

「弁護士請求権が告げられた後に、プロベーション又はパロール対象者が、 (a)遵守事項に違反していない、あるいは、(b)たとえ違反行為が公式記録に明記されており又は

それが争われていないとしても、その違反行為に対する正当化又は情状を基礎付けるための実質的な事由が存在し、かつそれらが複雑であり又は弁護人の援助なしには展開が困難である、というもつともにして時期を得た主張をなし、それに基づいて弁護人の請求を行った場合には、弁護人が付与されなければならない。「予備聴聞又は最終聴聞において弁護人請求が却下された場合には、常にその理由が簡潔に記載されなければならない」

3337。

### (三) 両判決の意義

1 両判決の最大の意義は、言うまでもなく、始めてプロベーション・パロール取消手続にデュープロセス条項による保障が及ぶことを認めた点である。モリッセイ判決は、デュープロセス条項の適用に関する基本的原則、根拠づけ、及びデュープロセスの要請する最低限の内容についての枠組を提示し、ギャグノン判決は、これをプロベーション取消手続に広げ、かつ、ケース・バイ・ケースの方法で弁護人依頼権を認めることによって、モリッセイ判決を補充したと言える。

2 両判決が下された当時、両判決の示した予備聴聞と最終取消聴聞の具体的な要件が、プロベーション、パロールの取消の運用にどこまで現実的な影響を与え得るかについては、消極的な見方が強く、むしろ判例の重要性は、その象徴的理論的なものとして意義があると捉える立場が多かった。

1) 聴聞手続がパロール委員会に与え得る影響として、一応次のような点が指摘されている。

(a) 手続的保障の存在は、パロール委員会の心理面に影響を与えるものとして意義がある<sup>3338</sup>。つまり、パロール対象者は自分に有利な証人、証拠を提出することができ、パロール委員会は依拠した証拠と取消の理由を文書に留めることが義務づけられているから、事後のありうる審査は、パロール委員会をして、遵守事項違反行為についてはもちろん、違反行為に関する正当化事由や情状証拠などについてもより慎重に考慮させることになる、というのである。

(b) また、司法審査が従来より容易になることに意義がある<sup>8109</sup>。従来、司法審査は極めて限定的に行われたが、モリッセイ判決によって保障された手続に違反した、州の恣意的な行為に対する司法審査が従来よりは容易になるとされる。

(c) さらに、弁護士依頼権についても、ケース・バイ・ケース方式とはいえ、判例の解釈によっては、一定程度広く認められうるとされる<sup>8110</sup>。すなわち、判決は、弁護士を付与すべき基準として、「(1) 遵守事項に違反していない、または(2) たとえ違反行為が公式記録に明記又は争われていないとしても、その違反行為に対する正当化又は情状を基礎付けるための実質的事由が存在し、かつ、それが複雑であり又は弁護人の援助なしには展開が困難である、という一応もつともにして時機を得た主張をなし、それに基づいて弁護人の請求を行った場合には、弁護士が付与されなければならない」と述べた<sup>8111</sup>。ここでは、遵守事項違反を主張する場合と、正当化事由及び情状を主張する場合とを区別しており、そして、前者の場合は、その主張が「もつともにして時機を得た場合」は弁護士を付与しなければならず、後者の場合は、さらに本人の能力や事件の難易等を考慮して付与するというふうに解釈しうるから、遵守事項違反有無の争いに係わる場合は、弁護士が認められる余地が大きいというのである<sup>8112</sup>。

2) 他方、判決の問題点として次のような点が指摘されている。

(a) まず、モリッセイ判決は、遵守事項違反事実の適正な認定を強調するが、パロール委員会は、どんなささやかな遵守事項違反に基づいてもパロールを取り消す裁量権を有するから、実際の歯止めにはならないとされる<sup>8113</sup>。

(b) 従って、司法審査の点においても、モリッセイ判決が、決してパロール委員会の取消に関する実質的判断の裁量権には介入しようとしなかったため、対象者はすべての遵守事項違反事実を争わない限り、司法審査は依然消極的であろうという<sup>8114</sup>。

(c) さらに、弁護士依頼権についても、判決はかつて刑事手続で放棄したケース・バイ・ケース方式を再び採用したとか、判決が認めた官選弁護人の場合以外に私選弁護人の認め

られる範囲がどうなるのかの点について答えていない、等の点が指摘される<sup>3115</sup>。

(3) ただ、モリッセイとギャグノン判決が、連邦及び州の立法及び運営に影響を与えたことも事実である。

モリッセイ判決が下られるまでは、例えば、連邦のプロベーション取消手続に関する規定は、遵守事項違反を否認する場合にのみ、予備聴聞を認めると定めていた<sup>3116</sup>。州においても、全く聴聞を定めていない州はほとんどなかったが、モリッセイ、ギャグノン判決の提示した具体的な手続要件からは程遠く、また予備聴聞を設けていないところが多かった<sup>3117</sup>。

判決が下された後、「合衆国裁判所事務局 (Administrative Office of the United States Court)」は連邦の従来のプロベーション取消手続について修正を加え、以下のような聴聞手続を定めた。

(1) 予備聴聞に関して、

- (a) 必ず連邦判事又は治安裁判所の判事の面前で行われること、
- (b) 違反事実等を記載した通知書面を対象者に渡すこと、
- (c) 対象者に聴聞に出席する機会を与えること、
- (d) 対象者に証人を提出する機会を与えること、
- (e) 不利益な証人と対峙、及び反対尋問を行う権利を与えること（但し、聴聞官が証人の身分公開が証人を危険にさらすと判断した場合は除く）、
- (f) 最終取消聴聞のために身柄拘束を継続する相当な理由の有無に対する判断を記載した聴聞記録書を作成すること、
- (g) 最終取消聴聞の際の弁護人を予備聴聞で指定すること、
- (h) 裁判所の裁量による保釈を行うこと、

(2) 最終取消聴聞には、さらに、

(a)不利益証拠の開示、(b)取消決定の依拠した証拠及び理由を付した書面による決定、の二つの権利が追加された<sup>8118</sup>。

また、州レベルでも、ほとんどの州が、その立法又は行政規則に、モリッセイ、ギャグノン両判決の基準を盛り込むようになったと言われる<sup>8119</sup>。

4 ところが、他方で、判決当時の学界からの問題点指摘とは別に、今日において、両判決はもはや維持できないのではかというより根本的な疑問が提起されている<sup>8120</sup>。

モリッセイ判決がパロール取消手続に憲法14条のデュープロセス条項の適用を認めるに当たって用いたもっとも重要な理論は、「重大な不利益 (grivous loss)」原則であり、そして、具体的手続要件を導くための「利益衡量」に当たって、州の利益に関してもっとも強調したのはパロールの社会復帰の目的、機能であった。しかし、その後、前者の法理に関しては、最高裁が自ら制定法の解釈を重視する方向で大きく軌道修正し、後者に関しては、プロベーション、パロールの実務が大きく変化したのである。

1) 前者の変化は、施設内処遇に関する一連の最高裁判例に現われている<sup>8121</sup>。ギャグノン判決の翌年1974年、善時 (good time)の剥奪手続に修正14条が適用されるかが問題となったウォールフ対マックドネール (1974)<sup>8122</sup> 事件では、連邦最高裁は、なお善時剥奪が受刑者に与える現実的な不利益を強調して、修正14条の「自由」に含まれると解釈した。すなわち、「いったん州が善時の権利を創設し、かつその剥奪は重大な違反行為に対して科せられる制裁であることを承認したからには、受刑者の当該利益は現実的な価値を具有するに至り、修正14条の『自由』の中に包摂されるものであるとした上、受刑者の利益の相対性、施設内保安、規律維持の必要性、懲罰のもつ教育機能の重要性等に対する実質的判断を踏まえて、モリッセイやギャグノンのような広範かつ完全な手続要件は必要でなく、告発事実に対する書面による告知、証拠、理由を記載した書面、証人、証拠の提出機会、裁量による対峙、反対尋問が要求されるという具体的要件を示した<sup>8123</sup>。

しかし、1976年のミシュム対ファン (1976)<sup>8124</sup> 事件では、より制約の厳しい

別の刑務所への移送手続が問題となったが、最高裁は、デュープロセス条項の意味における「自由」の有無を検討するに際して、決定的な要素は問題となっている「利益の性質」であるとし、「刑事被告人は、有効な有罪判決を受けることによって、拘禁条件が他の点で憲法に反しない限り、州が彼を拘禁してその刑務所制度のルールに服せしめる限度まで自由を合憲的に剝奪されている<sup>835b</sup>」と述べ、さらに、ウォールフ事件と異なって、本件では、一定の事由がない限り、同一の施設にとどまる権利が州法によって与えられていない点を指摘して、どの刑務所に拘禁するか決定にはデュープロセス条項の制約は及ばないとした。

また、1979年のグリーンホールツ判決<sup>835c</sup>は、仮釈放手続に修正14条のデュープロセス条項の適用有無が問題となった事件であるが、デュープロセス条項の意味における「自由」の有無の検討に際して、仮釈放の許可と仮釈放の取消とは侵害される利益の性質が異なり、一方は、「条件付き自由」への期待であり、一方は、既に得ている「条件付き自由」であるため、本件はモリッセイの事案と異なるとし、州がパロールの可能性を提示することは、かかる利益が与えられるかも知れないという単なる期待以上のものを意味しておらず、かかる期待は、デュープロセスの保障の枠外であるとした。

ただ、最高裁は、州法の仮釈放の要件に関する規定（ネブラスカ州第83編第1114条第1項）が、「パロール委員会は、…（適格を取得している者が）次に掲げる事由があって釈放を延期することを相当とする場合のほか、釈放を命ずるものとする（sahll）」となっている点を根拠とする原告の権利主張については、たしかにかかる規定から生じる受刑者の期待は法律上無視できないとして、デュープロセスの適用があるとした。そして、具体的手続要件の検討に際しては、仮釈放決定の予測的、主観的な性格を得に強調するなどして、州法の定めている手続要件<sup>835d</sup>はデュープロセスの要請を充たしているとした。

## 2) 第二の変化、つまり、プロベーション、パロールの変化も注目に値する。

モリッセイ、ギャグノン両判決が、プロベーション、パロールの機能、目的的分析及び比較衡量にあたっての州の利益の検討において、とくに強調したのは、プロベーション、

パロールの社会復帰の目的、機能であった。すなわち、「(パロールの)目的は、科された刑の満期まで拘禁されることなしに、個人ができるだけ早く建設的な個人として再び社会に復帰できるよう援助することである」<sup>8128</sup>とし、そして、適正な手続は対象者の利益保障のためにのみあるのではなく、二つの意味で社会の利益のためにもなるとした。すなわち、誤った事実認定又は取消の必要性に対する誤った評価の故に、本来自由社会の中で社会復帰に励み続けよう者を再収容しないですむ点、さらに、公正に従って処遇を行うことは、恣意的な裁量に対する反発を回避することによって社会復帰の機能を促進する点で利益があるとしたのである<sup>8129</sup>。さらに、弁護士依頼権をケース・バイ・ケース方式で認める根拠として、もし弁護士依頼権を絶対的なものとして認めたら、「聴聞官は刑事裁判の裁判官に似通ってしまい、対象者の社会復帰の要求に耳を傾けず、境界線上ある逸脱行為に対する寛容さを失い、非刑罰的な社会復帰の継続というよりは再拘禁の傾向を強めるに至るだろう<sup>8130</sup>」と述べた。

すなわち、最高裁は、取消手続が適正であるべき根拠も、それを対審化しすぎるべきでない根拠も、パロールの社会復帰機能に求めたのである。

最高裁のこのような認識は、社会復帰の理念がなお支配的であり、拘禁による弊害が批判され、ダイバージョンや社会内処遇が特に強調され、一方で、パロール委員会の恣意的運営に対する批判が強まっていた当時の一般的な論調<sup>8131</sup>と一致するようと思われる。

しかし、両判決後、まもなく、社会復帰の理念は様々な角度から批判され、連邦を始めとする多くの法域において不定期刑が廃止されて定期刑が導入されるにいった。パロールは廃止されるか、又は必要のパロールの制度に変わり、その期間も法によってあらかじめ定められるようになった。パロールの目的に関しては、特に刑務所の過剰拘禁状況が深刻化するにつれて、過剰拘禁緩和措置としての機能が強調されるようになり、また、対象者のなかに重罪犯、累犯の比率が増加するにつれて、社会防衛の機能が強調されるようになった。

さらに、モリッセイ、ギャグノン両判決は、ダイバージョン、パロール対象者が実際に享受している「自由」を強調することによって刑務所内の状況と区別したが、この「自由」

に付く条件も厳しくなった。実務においても、集中監督や、家宅拘禁、電子監視等伝統的なプロベーション、パロールと異なって、施設内処遇と社会ない処遇との中間に位置するような処遇類型が登場するようになった。

このような中で、どこまで州と個人との利益の一致性、境界線上にある逸脱行為に対する寛容さ、失う自由の「重大」さ、等の理論根拠を維持できるかが疑問であると指摘されている<sup>812</sup>。

ただ、モリッセイとギャグノン判決に有利に働く要素もある。最高裁は、修正14条の「自由」の意味の解釈から直接デュープロセス権利を導くアプローチを全く放棄したわけではない。例えば、受刑者を精神病院への移送する決定が問題となったビテック対ジョンズ(1980)判決<sup>813</sup>において、最高裁は精神病院への移送によるスティグマ、及び予想される強制的行動変容療法等を理由にあげて、デュープロセス条項の適用があるとした<sup>814</sup>。

また、ほとんどの州は、モリッセイ、ギャグノン判決後、取消手続に関する立法措置を行ったと言われており、制定法の解釈を重視する立場をとっても、法が改正されない限り、ほとんど影響ないだろうとも言われている<sup>815</sup>。

また、社会復帰はプロベーション、パロールの処遇の現場においては依然重要な理念であり、上述の中間制裁、中間処遇プログラムは、むしろプロベーション、パロールの限られた一部の変形とも言える<sup>816</sup>。

以上のような要素がモリッセイ、ギャグノン判決にどう影響して行くか、今後動向に注目したい。

さて、アメリカのパロール取消手続に対比してみた場合、日本の仮出獄取消手続はいかなる特徴ないし問題点を有しているだろうか。

## 二 日本の仮出獄取消手続

### (一) 制度の概要

現行法の仮出獄取消手続に関する規定は極めて簡略で、わずかに、犯罪者予防更生法44条に、「仮出獄の取消は、本人の保護観察を司る保護観察所在地を管轄する地方委員会が、決定をもってするものとする」（1項）。「遵守すべき事項を遵守しなかったことを理由とする仮出獄の取消決定は、保護観察所の長の申請により、かつ、審理を経た後にしなければならない」（2項）と定めているにすぎない。

仮釈放の許可手続については犯予法が、審査すべき事項、地方委員会の委員による面接などを定めているのに対して、取消手続に関しては、これらの定めもない。

「仮釈放及び保護観察等に関する規則」（昭和49年4月1日法務省令第24号、以下「仮釈放等規則」と略称する）においても、仮出獄手続に関しては、仮釈放の許可に関する規定の一部の準用を認めているに過ぎない。

以下は、これらの法規及び実務上の運用状況に基づいて、取消手続のあり方について概観したい。

## 1 仮出獄取消の事由及び審理の範囲

### (1) 仮出獄取消の事由

仮出獄取消の事由について、刑法21条1項は次の四つの事由を定めている。

(a) 仮出獄中にさらに罪を犯し、罰金以上の刑に処せられた時（実務上は「1号事由」という）<sup>327</sup>。

(b) 仮出獄前に犯した他の罪に付罰金以上の刑に処せられた時（「2号事由」）。

(c) 仮出獄前に他の罪に付罰金以上の刑に処せられた者につき、その刑を執行すべき時（「3号事由」）。

(d) 仮出獄中遵守すべき事項を遵守しなかった時（「4号事由」）。

刑法が以上の事由がある場合、仮出獄の処分を取消すことができるとしている（刑法29条1項）ことから、たとえ、1号ないし3号事由による取消の場合であっても、仮出獄の取消は地方委員会の裁量に委ねられていると解されている<sup>328</sup>

現行法の仮出獄取消手続に関する規定は極めて簡略で、わずかに、犯罪者予防更生法44条に、「仮出獄の取消は、本人の保護観察を司る保護観察所在地を管轄する地方委員会が、決定をもってするものとする」（1項）。「遵守すべき事項を遵守しなかったことを理由とする仮出獄の取消決定は、保護観察所の長の申請により、かつ、審理を経た後にしなければならない」（2項）と定めているにすぎない。

仮釈放の許可手続については犯予法が、審査すべき事項、地方委員会の委員による面接などを定めているのに対して、取消手続に関しては、これらの定めもない。

「仮釈放及び保護観察等に関する規則」（昭和49年4月1日法務省令第24号、以下「仮釈放等規則」と略称する）においても、仮出獄手続に関しては、仮釈放の許可に関する規定の一部の準用を認めているに過ぎない。

以下は、これらの法規及び実務上の運用状況に基づいて、取消手続のあり方について概観したい。

## 1 仮出獄取消の事由及び審理の範囲

### (1) 仮出獄取消の事由

仮出獄取消の事由について、刑法21条1項は次の四つの事由を定めている。

(a) 仮出獄中にさらに罪を犯し、罰金以上の刑に処せられた時（実務上は「1号事由」という）<sup>8127</sup>。

(b) 仮出獄前に犯した他の罪に付罰金以上の刑に処せられた時（「2号事由」）。

(c) 仮出獄前に他の罪に付罰金以上の刑に処せられた者につき、その刑を執行すべき時（「3号事由」）。

(d) 仮出獄中遵守すべき事項を遵守しなかった時（「4号事由」）。

刑法が以上の事由がある場合、仮出獄の処分を取消すことができるとしている（刑法29条1項）ことから、たとえ、1号ないし3号事由による取消の場合であっても、仮出獄の取消は地方委員会の裁量に委ねられていると解されている<sup>8128</sup>

## (2) 地方委員会審理の範囲

そもそも、1号事由ないし3号事由による取消が審理を必要とするか否かについて、犯予法は定めておらず、単に、「遵守すべき事項を遵守しなかったことを理由とする仮出獄の取消決定は、保護観察所の長の申請により、かつ、審理を経た後にしなければならない」と定めているにすぎない(犯予法44条2項)。

そこで、1号事由ないし3号事由による取消に関して審理が必要かに関して、学説は意見が必ずしも一致しておらず、また、とくに言及するものが少ないが<sup>333)</sup>、実務上は、刑法29条1項を根拠に、すべての取消に審理が必要と解し<sup>334)</sup>、また、そう運用されているようである<sup>335)</sup>。

審理は、4号事由の場合は、遵守事項違反事実の存否の認定と取消しの必要性、相当性に関する実質的判断という二つの部分からなるとされ<sup>336)</sup>、1号ないし3号事由の場合は、その事由の存否は、公の証明力ある文書(判決書等)によって証明可能であるから、審理はもっぱら取消に関する実質的判断を行うためのものになる。

## 2 地方委員会による審理以前の手続

### (1) 仮出獄の取消の申報、仮出獄の取消しの申請

地方委員会の取消し審理は、保護観察所の長の仮出獄取消の申報(以下「申報」と略称する)、又は、仮出獄取消の申請(以下「申請」と略称する)により行われる。申報は、上述1号ないし3号事由の場合であり、申請は4号事由の場合である。地方委員会の職権の発動による審理は行われていない<sup>337)</sup>。

保護観察の長が申報事由が生じたことを知るの、次のような場合である。

- (a) 保護観察所自身が申報事由の生じたことを発見した場合。
- (b) 監獄等の長から、保護観察中の者を収容した旨の通知を受けた場合。

(c) 検察官から、仮出獄中の者が被疑者又は被告人として検察庁に係属した旨の仮出獄者再犯通知を受けた場合<sup>314</sup>。

申請は、遵守事項違反の場合であるが、運用上かなり慎重に行われている。申請に関する基準は明らかでないが、遵守事項違反による取消の際、考慮すべき事項として、(1)綿密な保護観察が行われていたこと(ただし、保護観察離脱の場合は除く)、(2)遵守事項違反が将来にわたり継続するとみられること、(3)遵守事項違反が犯罪に至ると思われるような徴候が外部にあらわれ、又はまさにあらわれようとしていること、(4)強制措置の必要性と相当性があることが挙げられていること<sup>315</sup>からすれば、申請の際もこの基準が一応の目安になっているものと思われる。

そして、実際において、4号事由による申請がなされる者の大部分は、仮出獄中の再犯により、被疑者又は被告人として警察、検察庁、裁判所等に係属中の者であると言われる<sup>316</sup>。

## (2) 呼びだし、引致、留置

仮出獄取消の審理のために強制措置がとられる場合がある。留置は、もっぱら取消審理のための措置であり、引致は法律上は必ずしも取消審理のためだけの措置ではないが、取消審理を前提として行われる事が多い。呼び出しは引致の前提条件である。

### ・呼び出し

地方委員会又は保護観察所の長は、いつでも、保護観察に付されている者を呼び出し、質問することができる(犯予法41条1項)<sup>317</sup>。

呼び出しは、書面によるとされ、(a)本人の氏名、(b)出頭すべき日時及び場所、(c)正当な理由がなく呼び出しに応じない時は、引致されることがある旨、を記載すべきとされている(仮釈放等規則46条)。

### ・引致

遵守事項違反を疑うに足る十分な理由があり、かつ、上記呼び出しに応せず、又は応

しない虞れがある時は、地方委員会又は保護観察所の長は裁判所のあらかじめ発する引致状により対象者を引致することができる（犯予法41条2項2号）<sup>318</sup>。

引致は、通常仮出獄の取消審理を前提として、遵守事項に違反した疑いについて調査するために行われることが多いと言われる<sup>319</sup>。

引致は、保護観察官が行うが、それが困難な場合、警察官に行わせることができる（犯予法41条5項）。

引致について刑法76条第1項及び第2項が準用されて、引致状が発せられた事由となる事実の告知が必要である<sup>320</sup>。

地方委員会、又は保護観察所の長は、引致された者に対して速やかに調査を行わなければならない（仮釈放等規則48条1項）。保護観察所の長が引致を行った場合は、調査の結果報告を地方委員会に提出し（この報告をした場合、取消申請があったとされる）、また、保護観察所の長が引致を行う前に取消の申請を行った場合でも、調査結果を報告しなければならない（仮釈放等規則48条2項、3項）。

引致された者は後述の取消審理開始決定がなされる場合を除いて、24時間内に釈放されなければならない。

#### ・留置

地方委員会は、自ら引致した者に対して調査を行った結果、また、保護観察所の長が引致を行った場合は、上記の報告書により、（1）遵守事項違反を疑うに足りる十分な理由があり、（2）かつ、逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があると判断した時は（仮釈放等規則第49条1項）、取消審理を開始する旨の決定をすることができる（犯予法45条1項）。

この決定があったときは、引致された者は引致後10日以内の期間、監獄等の施設に留置され得る（犯予法45条2項）。

従って、留置は、地方委員会の取消審理開始決定の効力によるものであるが、その前提として裁判所発付の引致状による引致が必要である。

審理開始の決定に対して、行政不服審査法による不服申し立てを行うことは認められていない（犯予法45条6項）。

審理開始の決定は、本人に告知することとなっており（犯予法55条の2第1項）、本人が監獄に収容されている時は、決定書の謄本又は抄本を監獄の長に送付した時に本人に対する送付があったとみなす（犯予法55条の2第3項）とされている。決定書には、（1）本人の氏名、年齢、本籍、住所、現在する場所、（2）主文、（3）理由、（4）決定をした地方委員会の名称及びその年月日を記載するものとし、合議体を構成する全員の記名押印が必要であるが、（仮釈放等規則4条1項）、急速を要する場合は決定を行った一人の委員が記名押印するものとしている（仮釈放等規則4条2項）。

### 3 地方委員会による審理手続

#### （1）面接

地方委員会の取消審理手続について、仮釈放等規則は、その性質に反しない限りという前提の下で、仮釈放の許可手続に関する規則のいくつかの準用を認めている（仮釈放等規則60条）。これによれば、

（a）地方委員会は、審理を行う場面において、特に必要があると認めるときは、主査委員のほか、委員を指名して面接を行わせることが出来る（仮釈放等規則60条、23条）。

（b）主査委員等は、面接に当たっては、本人の陳述の内容、態度その他から、処分を行うために必要な事項を把握し、的確な心証を得ることに努めるとともに、本人の社会復帰を円滑にするための相談に応じ、助言を行うものとする（仮釈放等規則60条、25条）。

（c）主査委員等は、面接に当たって必要があると認めるときは、保護観察官の立会を求め、その意見を聴くことができる（仮釈放等規則60条、26条）。

従って、規定上は、地方委員会の裁量による面接が定められているが、実際の運用上は、ほとんど行われていないのが現状である<sup>151</sup>。

#### （2）遵守事項違反事実の認定手続

これに関する規定は全くない。実務家の紹介によれば、違反事実の審理方法は、書面によるとされる。通常、申請庁からの申請とともに証拠資料の一括送付を受け、遵守事項違反に対する蓋然的心証を得た上で審理が行われる。証拠調べの範囲、方法はあけて地方委員会の合理的裁量に委ねられ、審理の際、検面調書、公判調書、保護司の保護観察経過報告書、質問調書、面接票等あらゆる資料が検討の対象となる<sup>412</sup>。

### (3) 取消決定の告知

これは上述審理開始決定の告知の場合と同様である。

本人が施設に収容されていない場合は、決定書の謄本を、保護観察所の長を経由して、本人に交付することになっている（「仮釈放・保護観察等事件事務規程」93 II）。

## (二) 問題点

前に紹介したモリッセイ、ギャグノン判決と対比して、上述の如き日本の仮出獄取消手続をみた場合、制度的には日本のほうが優れている点もあるように思われる。例えば、留置の効果につながる地方委員会の取消審理開始決定の前提条件として、裁判所によって発付される引致状が必要とされ、従って、間接的にはあるが、司法による事前の抑制が図られているのである。

また、実際問題として、日本の場合は、純粋な遵守事項違反に対する取消の申請及び取消に対しては極めて慎重な姿勢をとっていることからすれば、取消審理が書面によるとしても、慎重に運用されるものと思われる。モリッセイ判決で示された手続要件がパロール委員会の運用の歯止めにならないとする批判は、パロール委員会はどんな軽微な遵守事項違反事実であっても、それさえ認定できれば、委員会の裁量によって取消を行いうるという事実認識によるものだったと思われるが、このような状況は日本には存在しないと思われる。

また、日本の場合は、仮出獄期間が平均して極めて短く、モリッセイ判決で言う「多くの場合（対象者は）もしパロールが取消されると、長期の拘禁に直面する」<sup>413</sup>という事

情とも異なる。

しかし、このような事情の相違を認めたとしても、対象者は、保護観察の過程でもっとも重大な不利益を受ける場面に直面しており、また、不公正な扱いを受けることがその今後の社会復帰にとって決してプラスにならない点では、アメリカの取消手続が直面している問題状況と同じである。「誤った事実認定」及び「対象者に関する誤った評価」を防ぐことを目的とする適正かつ公平な手続は、対象者の利益であるとともに、社会の利益でもありとするモリッセイ判決の論じた一般原理は、日本の場合も妥当するように思われる。

また、引致の際に事前の司法抑制があるとはいえ、そこで必要とされる「遵守事項違反を疑うに足りる理由」の程度は、取消審理開始決定の場合のそれとは異なる。また、取消事由の大半が再犯によるものとは言え、そのすべてが有罪判決が確定したのではなく、むしろ多くは刑事手続のいずれかの段階にかかっているものにすぎず、それぞれの段階で公的資料の証明力も異なる。更に、再犯の場合であっても、無罪、起訴猶予、又は微罪処分になる可能性がある。従って、地方委員会は、独立の立場から犯罪事実及び取消の必要性、相当性に対する審理を行う必要があるのである。

さらに、仮出獄の期間が短いために、かえって、例えば、審理期間中に、仮釈放期間が満了し、訴えの利益が欠け又は当事者適格を喪失することによって事後の救済が制約される可能性が高くなるという問題点もある<sup>154</sup>。

このような事情を考えると、日本の場合も、「誤った事実の認定」、「対象者に対する誤った評価」を防ぐという観点から、取消手続における対象者の手続的権利の保障を考えるべきではないかと思われる。

そこで、現行制度及び運営における問題点をより具体的にみると、対象者は、引致の際、及び取消審理開始決定の際、一応事実又は理由の告知を受けるが、その後取消審理にほとんど参加できないために、告知された事実又は理由に対して弁明をする機会がほとんど与えられていないのである。結局不服を主張するために残された唯一の道は、取消決定の謄本を受け取ってから行う審査請求（犯予法49条）及びこれを経た後の処分の取消訴訟（犯予法51条の3）しかない。

仮釈放等規則では、地方委員会が裁量で主査委員等をして面接を行わせることができるとされているが、これが運用上ほとんど行われていないことはもとより、その面接も、主査委員と対象者が一対一で行うものであって、決定を行うため三人で構成される合議体（犯予法16条）の面前に出頭して自己弁解を行う機会は認められていない。

また、モリッセイ、ギャグノン判決で示された手続上の他の諸権利、すなわち、不利益証拠の開示、証人、証拠書類の提出機会、不利益証人との対峙、反対尋問、依拠した証拠を付した事実認定者の文書、ケース・バイ・ケースによる弁護人依頼権は、その日本の取消手続にとっての妥当性はともかくして、いずれも認められていない。

このように、対象者は、取消手続の審理過程からほとんど排除された形になっている。少なくとも取消審理の時点においては保護観察機関と対象者との立場が直接対立しているにも拘わらず、専ら保護観察機関の書類に頼って、取消審理を行うことは、公平な審理とは言えないように思われる。

### （三）最低限の保障

モリッセイ、ギャグノン両判決は、取消手続に直接修正14条のデュープロセス条項を適用したが、日本の場合、同様に憲法31条の適正手続条項を取消手続に及ぼしうかは検討を要する。

取消手続が刑事手続ではなく、行政手続であることは明らかである。行政手続と憲法31条との関係に関しては、憲法学及び行政学においても様々な立場があるが、直接適用ではなく、憲法精神を行政手続において尊重すべきとの立場が通説であると言われている

<sup>12155</sup>。

最高裁判平成4年7月1日大法廷判決<sup>12156</sup>は、「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」として、行政手続にも憲法31条の定める法定手続の保障が及ぶ余地を認めた

園部逸夫裁判官の個別意見は、さらに「行政庁の処分のうち、少なくとも、不利益処分については、法律上原則として、弁明、聴聞等何らかの適正な事前手続の規定を置くことが必要である」とのべて、行政処分のうち、不利益処分については、原則として憲法31条の適正手続の要請が働くことを明確にした<sup>437</sup>。

このように、日本においても、現在、仮出獄取消手続に、憲法31条の定める法定手続の保障を及ぼす余地が極めて大きいと思われる。取消決定によって対象者の受ける不利益の重大性を考えれば、このような不利益処分に、適正手続を認めない理由はないと思われる。

ところが、行政手続法の制定にあたって、保護観察の分野はその適用から除外されている。これは、「処遇にあたって十分な指導監督をしつつ臨機の対応が求められている」という理由によるもので<sup>438</sup>、保護観察全過程の処分に行政手続法を適用することは適当でない趣旨のものと思われる。従って、このことから、現行法の取消手続規定について見直しをする必要がないということにはならないと思われる<sup>439</sup>。

また、刑事施設法案においても、懲罰手続懲罰手続について懲罰が被收容者にとって重大な不利益処分であるという事実に鑑み、懲罰を科するに当って、あらかじめ本人に容疑事実の要旨告げ、弁解の機会を与えなければならない旨を定める(136条3項)等、手続的整備を図っている<sup>440</sup>。

以上のような学説、判例、及び関連行政領域における動向に鑑みれば、仮出獄取消手続においては何らかの工夫が必要のように思われる。

まず、仮出獄取消手続に憲法上要請する最低限の基準について考える必要があるが、上述最高裁判決からは直接には答えが出てこない。法廷意見は、行政処分の多様性を理由として、「行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合衡量して決定されるべきであって、常に必ずそのような機会を与える必要とするものではないと解するのが相当である」と述べ、園部裁判

官の個別意見は、具体的にどのような事前手続が適正であるかを定めることは、「立法当局の合理的な立法政策上の判断に委ねるほかない」と述べている。

仮出獄の取消にかかわる対象者の利益と公益についてみた場合、対象者は、一定の制限を受けながら自由社会のなかで享受していた自由のすべてを剥奪されなければならない、対象者にとって重大な不利益を受ける場面である。他方、公益に関しては、公正、適正な手続は、対象者の恣意的裁量に対する反発を回避することによって、その社会復帰に寄与する点、及び事実認定と取消の必要性に関する実質判断を正確に行わせることによって、対象者を誤って施設に収容することから生じる再犯性の増大を回避できる点において、公益の促進にも寄与する。また、取消決定については、適正な手続を不要とする緊急性も認められない。

このような仮出獄手続の性質を考えれば、まず、すべての対象者は、予定している処分内容及びその理由を記載した「告知」を受ける権利を有するものと解すべきと思われる。現行法も、取消審理し決定については、告知すべきとしている（犯予法45条1項、55条の2第1項）が、身柄拘束中でない者に対する告知の規定はない。

次に、有罪判決や他の公の証明力のある文書によって、違反事実を争う余地がない場合を除いて、本人が遵守事項違反又は再犯事実を争う時は、本人に、取消審理に出頭して弁明、防御を行う機会を与えることは、憲法上の要請であると考えられる。犯予法の取消審理に関する規定（44条2項）をこの趣旨で解釈すべきである。

また、本人が違反事実を認めたり、事実を争う余地がない場合でも、本人の取消審理への出頭を認めて、その違反に至らせた理由等について、弁明の機会を与えることは、地方委員会をして取消の必要性、相当性を適正に判断させる上で望ましいと思われる。

このほかにも、理論的には、文書の閲覧、証拠、証人の提出、不利益証人に対する反対尋問等、多くの提案が可能かもしれないが、現在の地方委員会の執務体制もある程度考慮せざるを得ない。すなわち、保護観察機関が過剰負担を強いられているのと同様、地方委員会の事件負担量も極めて多いと言われている<sup>302</sup>。従って、まず、上述の最低限の保障を実現し、他の手続的保障も、重要性の高いものから実現に向けて努力すべきと思われる。

#### 四 再犯発覚後の捜査機関への情報伝達

処遇の積極化施策の中で、とりわけ留意すべきは、保護観察機関と捜査機関との連携のあり方であると思われる。ところが、再犯の疑いが生じた場合の保護観察機関の対応ぶりは、これまであまり議論されてこなかったし、現在も不明な点が多い。ただ、ごく最近、類型別処遇の実施によって、特に、再犯率が高いと言われる覚醒剤事犯対象者について、処遇マニュアルが作成され、また、覚醒剤事犯対象者の処遇事例も数多く紹介されるようになったので、これらの資料を通して、少なくとも、覚醒剤事犯の再犯の場合の処遇機関の対応の流れの一端を知ることが出来るように思われる。

##### 一 再犯発覚後の実務の処理の態様——覚醒剤事犯の再犯を例に

###### (一) 発覚の端緒

覚醒剤事犯の場合は、再使用によって生活リズムが乱れることが多く、また、直接に身体や行動に異常変化が見られることがあると言われている<sup>163</sup>。ため、通常の往来訪によって、再使用有無に関する一定の心証を得ることもある<sup>164</sup>が、いわゆる危機場面での往来訪は、やはり何らかの情報ソースから再犯に関する具体的情報を得て行う場合が多い。

報告事例の中で多く見られるのは、家族からの連絡を受けるケースである<sup>165</sup>。また、単身生活者の場合は、隣人、建物管理人等から連絡を受けることがある<sup>166</sup>。本人が更生保護会に居住の場合は、保護会の職員から連絡を受けることが多い<sup>167</sup>。

###### (二) 事実の確認

以上のような情報を得た時、保護観察機関は捜査機関との連携、及び不良措置を念頭に置かなければならないが<sup>168</sup>、その前に、速やかに事実確認を行う必要がある。担当者は往訪して、本人、家族などの関係者と面接して、事情聴取を行い、主任官も本人を呼び出すか、自ら往訪して、事情聴取を行わなければならない<sup>169</sup>。

事実認定の決め手になる注射器や覚醒剤の現物は、家族等の協力、提出がなければ入手は難しい<sup>170</sup>が、実務上は、本人の同意や家族の協力を得て、本人の部屋等から注射器等が見つかる事例も稀ではない<sup>171</sup>。

面接の際、本人の腕に注射痕がないかどうかを確認することがあるが、それは任意の承

諾を得て行うべきとされている<sup>8172 8173</sup>。

### (三) 事実確認後の措置

事実関係を確認し、再使用の疑いが濃厚の場合は、警察署等への通報や不良措置等の手続が進められることになる。この間の処理の仕方は、時間的前後に若干のずれがあるが、おおむね次のようなパターンが多いようである。

#### 1 警察署等への通報

異常行動があった場合、それが後遺症による精神障害（フラッシュバック）によるものか、それとも再使用によるものかの判別は難しいと言われるが、とりあえず、110番通報するとされている<sup>8174</sup>。

家族の協力が得られる場合は、なるべく家族に通報させ、単身生活者の場合は、担当者か主任官が通報することになる<sup>8175</sup>。また、単身の場合は、建物の管理人等に通報してもらう方法もあるとされている<sup>8176</sup>。

また、上述の如く、任意の所持品検査、居室の検査を保護観察官が行い、その結果、覚醒剤らしき物を発見した時は、直ちに捜査員に来てもらう態勢を整えておく必要があるとされている<sup>8177</sup>。

#### 2 尿検査

対象者のほとんどは、再使用事実について否認するが、認めている場合でも、使用の有無を調べるためには、多くの場合尿検査によることになると言われている。本人との面接の結果、尿検査が必要と判断された場合は、直ちに麻薬取締事務所に連絡して尿検査の実施を依頼することになる<sup>8178</sup>。

保護観察官としては、面接に当って、本人に対して、警察署又は麻薬取締官事務所での尿検査を受けるよう説得するが、説得に当っては、尿検査の結果、覚醒剤が検出された場合、逮捕され、刑事責任を問われる可能性があることをも明確に説明、理解させることが大切であるとされている<sup>8179</sup>。

本人が説得に応じれば、主任官、担当者又は家族か本人に同伴して警察署又は麻薬取締官事務所へ赴くことになる。

本人があくまでも尿検査を拒む場合は、面接に当たっている主任官が説得を続ける一方で、

他の保護観察官が通常三人程度で向いてくる麻薬取締官を出迎えて、別室で本人の状況等を詳しく説明すると同時に、本人に麻薬取締官等を引き合わせるタイミングを図っていく。そして、保護観察官の説得にも麻薬取締官の説得にも応じない場合は、麻薬取締官において可能な場合は疎明資料を準備して、強制採尿令状の発付を受け、診療施設に本人を同行した上で、医師による採尿を強制的に行うことになる<sup>310</sup>。

### 3 不良措置、保護観察継続

尿検査が任意に行われた場合も、強制的に行われた場合も、検査の結果、覚醒剤が検出されれば、本人は通常逮捕される。そして、検察官送致が見込まれる場合、保護観察機関は、仮出獄取消申請や、執行猶予取消申出の不良措置の手続を進める<sup>311</sup>。

覚醒剤が検出されなかったり、その他の確かな証拠がなかったりする場合は、保護観察が継続することとなる<sup>312</sup>。

## 二 問題の所在

往来訪という保護観察の目的のために行う調査活動によって収集した資料・情報、特に犯罪事実に関する情報をいかに利用するかが問題である。以上の考察から明らかなように、覚醒剤事犯対象者の再犯の疑いが生じた時、処遇機関は、いずれかの段階で、通報、又は尿検査依頼という形で、再犯に関する情報を捜査機関に伝達している。そして、対象者は捜査の対象、引いては刑事訴追の対象者となっていく。そこで、

- 1) まず、そもそも保護観察官が捜査機関に通報することができるのか。公務員としてのお保護観察官の守秘義務と告発義務との関係をどう捉えるべきかということが問題となる。
- 2) 次に、保護観察の目的のために行う調査活動によって収集した資料、情報を刑事訴追のための資料として、利用できるかということが問題となる。

## 三 判例と学説

保護観察処遇活動において犯罪事実を発見した時、これを捜査機関に告発し、また、これらの調査活動によって収集取得した情報資料を刑事訴追に利用することが出来るかという問題は、他の行政領域においても等しく妥当する。

(一) まず、告発できるかが問題となる。すなわち、刑事訴訟法は、「官吏又は公吏は、その職務を行うことにより犯罪があると思料するときは、告発しなければならない」（239条2項）と規定し、公務員の告発義務を定めている。しかし、他方で、国家公務員法は、「職員は、職務上知ることのできた秘密を漏らしてはならない」と規定し（100条）。これに違反して秘密を漏らした者に対し、「1年以下の懲役又は3万円以下の罰金に処する」旨規定して（109条12号）、公務員の守秘義務を定めている。そこで両者の関係をどう理解するかが問題となるが、この点に関して、学説上意見が分かれている。

例えば、税務職員の告発義務と守秘義務との関係に関して、「憲法38条の趣旨が実質的に損なわれるのを防止するためには」、租税職員が質問・検査の過程でたまたま納税義務者の租税犯則事実を知った場合は、租税職員の守秘義務が公務員の告発義務に優先する、とする見解がある一方、「税務職員による国税査察機関への犯則事実の通報も、一般論としては、正当行為として違法性が阻却され、所得税法243条違反の罪は成立しない」とする見解もある<sup>184</sup>。

この立場の相違は、多くの行政法規に見られる「質問又は調査権の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない」という規定（例えば、所得税法234条2項、法人税法156条等）や、税務調査の如き、いわゆる純粋な行政手続に憲法35条の令状主義の保障及び憲法38条1項の黙秘権の保障が及ばないとした前述川崎民商事件の最高裁判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁）の趣旨をいかに理解するかに関連する。

この点について、最高裁は最判昭和51年7月9日裁判集刑事201号137頁において、法人税法156条の「前三条の規定による質問又は検査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない」の趣旨について、原判決の「法人税法156条が、税務調査中に犯則事件が探知された場合に、これが端緒となって収税官吏による犯則事件としての調査に移行することを禁ずる趣旨のものとは解しえない」との判断は正当であるとし、このように解しても、憲法38条1項に違反しないことは、前出最高裁昭和47年大法定判決の趣旨に照らして明らかであるとした。そして、本件の場合法人税法に基づく質問検査権を犯則調査もしくは犯罪捜査のための手段として行使したと認めるに足りる資

料がないから、所論違憲の主張は採用できないと判示した。

同判決の趣旨に鑑みれば、「質問又は検査の権限は、犯罪捜査のために認められたものと解してはならない」という規定を、これは一般に、質問・検査によって収集取得された資料を刑事手続に利用することを禁じたものではなく、行政調査の権限をその目的との関係で妥当な範囲内に限定する趣旨であり<sup>313M</sup>、犯罪捜査の手段として行政調査を利用することを禁止したものだ、と解釈する見解<sup>313M</sup>が妥当のように思われる。この見地からすれば、行政調査をことさらに犯罪捜査のために利用した場合、その調査は違法であり、かかる調査によって犯罪を発現し、これを告発した時は、正当な行為として違法性が阻却されないことになると思われる。

(二) 次に、税務調査の如き行政調査によって得た資料を刑事訴追のために用いることができるかが問題となる。この点についても、前出と同じ理由でこれを否定する見解がある。すなわち、「裁判官の許可を要しない行政上の検査によって入手された各種資料は、刑事手続において証拠能力をもたないと解すべきであろう。このことは憲法35条の保障が及ばないことの論理的帰結の一つと考えてよい」、「憲法38条1項の保障が及ばないのは、(質問、検査)の目的、性質が行政上必要な資料の取得・収集にあるからであり、刑事資料の取得・収集がそこで行われない、また、行われてはならないことが前提となっているのである」、「従って、質問、検査によって取得点収集された資料は、刑事手続において証拠能力をもたないと解すべきであり、現行所得税法234条2項という規定も、単に税務官吏の心構えを定めるに止まらず、右の法理を宣言した規定として理解すべきである」と<sup>313M</sup>。

しかし、この見解に対しても、前出最高裁昭和51年判決の趣旨からすれば、異なった解釈がありうる<sup>313M</sup>。そして、犯罪捜査のために行政調査が利用されたような場合を除き、行政調査によって得られた資料を刑事訴追のために用いることは、一般に、これを認めることができるが、憲法38条1項との関連で、「行政調査の過程で『自己に不利益な供述を強要』されたと判断される場合は、それによって得られた供述をその者の刑事訴追のために用いることができない」と解すべきとされる<sup>313M</sup>。

#### 四 保護観察機関の告発義務と守秘義務

それでは、保護観察機関が処遇過程において、対象者の再犯行為を発見した場合、その告発の義務と守秘義務との関係をどのように理解すべきであろうか。

まず、保護観察機関が、処遇活動を犯罪捜査のために利用した場合は、かかる活動によって発見した犯罪行為に対して、告発・通報することは違法行為として認められないことは当然である。更生保護関連法規には、保護観察に関する権限を「犯罪捜査のために認められたものと解してはならない」という明文の規定が存在しないが、他の行政分野に存在するかかる規定は確認規定であって<sup>218</sup>、保護観察活動についても同様解すべきであると思われる。従って、例えば、処遇者が捜査機関から対象者に関する具体的な犯罪情報の提供を受けて、それに基づいて往来訪等の調査活動を行い、これらの調査活動によって取得した情報・資料を捜査機関からの依頼に応じて提供し、これによって対象者が刑事訴追の対象になるというように、保護観察の調査活動が捜査機関の捜査活動に密接に組み込まれたと認められるような場合は、調査活動が「犯罪捜査のために利用された」と評価すべきだと思われる。

次に、上述のような場合を除いては、一般論として、保護観察機関が告発できないとはいえないように思われる。告発が合理的な範囲内の裁量に基づいて行われた場合は、告発行為は正当行為として、違法性が阻却され、守秘義務違反にはならないと思われる。

問題は、合理的裁量の基準をどのように考えるべきかである。

告発に関する合理的裁量の基準を定める前提として、まず、保護観察の目的、性質がいかなるものかをみる必要がある。保護観察の目的は、刑事訴追でないことは言うまでもなく、保護観察機関の主たる任務は、処遇を通じて対象者の改善更生を助けることである。そして、この任務を遂行するためには処遇者と対象者との信頼関係の構築が不可欠であり、法はこの点を予定している。すなわち、処遇実施者の態度について、仮釈放等規則は「仮出獄及び保護観察等の実施にあたる者は、公正を旨とし、懇切にして誠意ある態度をもって本人及び関係人に接し、その信頼を得るように努めなければならない」と定めている（仮釈放等規則2条）。従って、処遇者の告発に関する一般的姿勢が、個々の処遇関係において、対象者の信頼を得られるか否かに大きな影響を及ぼすことを考えれば、保護観察官の

告発に関する裁量の範囲はおのずと限られてくると思われる。

このことを前提として、裁量の基準を考えれば、(1)まず、ある程度重大な犯罪でなければ告発するべきではない。例えば、軽微な窃盗等について告発してはならないことは言うまでもない。(2)次に、再犯の嫌疑が一定程度に達していなければならない。従って、例えば、再犯の疑いが生じた時、何ら事実の確認もせずに告発した場合は、裁量の基準を逸脱していると思われる。

また、日常的な処遇実務において、警察官と処遇担当者と接触する場面があることに鑑みれば、警察機関への通報は、すべて保護観察所を通して行うべきだと思われる。また、警察機関の対象者の行状に関する問い合わせも、すべて保護観察所を通して行うべきである。

また、告発問題に限られた問題ではないが、例えば、薬物事犯対象者の処遇において、尿検査をめぐる保護観察機関と警察機関の現在のような連携の仕方には明らかに問題があると言わざるを得ない。麻薬取締官を面接室の隣に待ち合わせて行う面接は、いくら任意の形で説得といっても、このような調査活動は、もはや保護観察の目的のためとは言えないように思われる。

## 五 刑事訴追のための資料としての利用

対象者の再犯に関する情報を刑事訴追のための資料として利用できるかについて、これも利用できないといえないが、保護観察処遇の遂行全体に与える影響も勘案して、慎重に運用されることが望ましいと思われる。ただし、憲法38条2項との関連で、例えば、取消手続のために本人を引致した後に採取した供述記録は、その任意性が疑われる場合があり得るから、証拠能力が認められない場合もありうると思われる。

## 六 結論

近年、社会内処遇において見られる保護観察機関と警察機関との連携の強化は、仮に覚醒剤事犯という一定の特殊性をもつ対象者に対する処遇施策だとしても、保護観察処遇全般へ与える影響を考えれば、より慎重な運用が必要であるように思われる。

<sup>101</sup> 瀬川晃・犯罪者の社会内処遇 440頁 (平成3年)

<sup>102</sup> 小川太郎・自由刑の展開 186頁 (昭和39年)

<sup>103</sup> 塩野宏・行政法 [第二版] 32頁 (1994年)

<sup>104</sup> 塩野宏・「特別権力関係と基本的人権」憲法判例百選 I (第一版) 25頁 (昭和55年)

<sup>105</sup> 岡崎勝彦「委任の範囲」行政判例百選 I (第三版) 104頁 (1993年)

<sup>106</sup> 芝原邦賢・刑事司法と国際準則 125~126頁 (1985年)

<sup>107</sup> 大谷実・刑事政策講義 [第4版] 217~218頁 (平成8年)

<sup>108</sup> 高田敏「在監関係と基本的人権」行政判例百選 [第3版] 43頁 (1993年)

<sup>109</sup> 塩野宏・前掲注(3) 34頁

<sup>110</sup> 平野龍一・犯罪者処遇法の諸問題 28頁 (昭和57年)

<sup>111</sup> *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972)

<sup>112</sup> *Haward Abandinsky, Probation and parole: Theory and Practice* (1994) P169.

<sup>113</sup> *Escoe v. Zebst*, 295 U.S. 490 (1935). 同判決は、「プロベーションは、有罪者に対する恩恵である (at 492) と明白に述べたが、連邦のプロベーション対象者は、公平な取消聴問を受ける権利があるとした。ただ、この権利の根拠は憲法に基づくものではなく、プロベーション制度に関する連邦の制定法の解釈に基づくものであるとした (at 492-493)。

<sup>114</sup> William C. Bowers, "Constitutional Law--Due Process--Right to Due Process at Probation Revocation -- Indigent's Right to Appropriate Counsel at Probation Revocation in Appropriate Cases --". *EMORN L. T.*, 23<sup>rd</sup> 74, P620.

<sup>115</sup> See *United States v. Wilson*, 32 U.S. (7 Pet) 149 (1833); *United States ex rel. Randazzo v. Follette*, 282 F. Supp. 10, 15-16 (S. D. N. Y. 1968), *off'd*, 418 F. 2d 1319 (2d cir. 1969), *cert. denied*, 402 (U.S. 984 (1971)).

<sup>116</sup> *People v. Heranzd*, 229 Cal. App. 2d, 143, 40 Cal. Pptr. 100 (1964)は、「州刑務所内の受刑者は、収容されていない者と同様な州及び連邦憲法上の諸権利を有しない……パロール対象者は物理的意味での受刑者ではないが、法的には州矯正局拘禁下にある受刑者であり、告知、聴聞なしに施設に戻し収容される。パロール監督を維持する必要性の点では、彼の受刑者としての地位は施設内の受刑者のそれと異ならない」と述べている。

<sup>117</sup> Fisher, "Parole and Probation Revocation Procedures after *Morrey and Gagnon*". 65 *J. Cri. L. & C.* 46(1974), P48.

<sup>118</sup> *Hyser v. Reed*. 318 F. 2d 225 (1963).

<sup>119</sup> *Ibid.* at 225

<sup>120</sup> *Ibid.* at 237

<sup>121</sup> *Ibid.* at 235

<sup>122</sup> 詳細は、松井茂記「非刑事手続領域における手続的デュープロセス理論の展開 (一)~(五)」法学論叢 106巻4号~107巻6号 (昭和55年) を参照

<sup>123</sup> *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. P254 (1970)

<sup>122</sup> 裁判所は、まず、「特権理論」について、「(福祉金) 給付は受領資格者に認められる別定法上の権利の問題である。その停止は重要な権利を裁決する州の行為を必要とする。これに関する違憲の主張に対して、公的扶助給付は『権利』ではなく『特権』である、と主張することによって答えることはできない」と述べて(a262-263)。特権理論の放棄を明示的に示した。

次に、デュープロセス条項が適用されるか、適用されるとして、いかなる内容の手続が要求されるかについては、「手続的デュープロセスが受領者に与えなければならない程度は、その者が『重大な不利益を宣告される』かもしれない程度にかかっており、その不利益を回避することによってもたらされる受領者の利益が略式な裁決における政府の利益よりも重要であるか否かに依存している。従って…『いかなる手続をデュープロセスが要求するかは考慮は、当該行政行為の性質及びその行政行為によって影響を受ける私人の利益の性質を正確に決定することから始めなければならない』」と述べて (at 262-262)。

すなわち、デュープロセスの要請があるか否かは、「重大な不利益」を被るか否かにかかっており、いかなる手続の内容が必要かは、「比較衡量」で決めるという原則を打ち出したのである。

そして、裁判所は、給付停止によって受領者が受ける不利益について具体的に検討したうえで、それが「重大な不利益」にあたるとし、一方、政府側の利益については、公的扶助金は単なる慈善ではなく、国民の自由の享受を保障するものであり、誤った給付停止を防ぐことには、受領者のみならず国の利益もあり、これらの利益は、財政的、行政的負担の増加を防ぐことによってもたらされる利益を上回るものであるとして、扶助金停止の際は、事前の証拠聴聞手続が保障されなければならないとした (a264-266)。

<sup>123</sup> Fisher, "Parole and Probation Revocation Procedures after Morrissey and Gagnon", J. Cri. L. Criminology Vol. 65, P46.

<sup>124</sup> 例えば、法的拘禁理論に関しては、物理的拘禁が仰う刑務所内部ですら前述の Goldberg判決を引きつつ、懲罰手続にデュープロセスの適用があるとする判例が現われ (See. eg. Sostre v. Rock kefeller, 312 F. Supp. 863 (S. D. N. Y. 1970), rev'd in part, modified in part sub nom.). また、契約理論に関して、例えば、Hahn v. Burke (430 F. 2d 100 (7th Cir. 1970), cert. denied, 402 U. S. 933 (1977)) では、「事実、プロベーションは、契約ではない。対象者は州と平等な立場で合意に臨んだわけではない」と述べている。

<sup>125</sup> See, e.g., Jackson v. Bishop, 404, F. 2d. 571, 576 (8th Cir 1968)

<sup>126</sup> In re Gaut 387 U. S., (1972)

<sup>127</sup> 松尾浩也「少年法改正における日本とアメリカ」宮沢浩一編少年法改正173頁以下(昭和47年)同「少年法と適正手続」同書184頁等を参照 Fisher, supra note (25), P65.

<sup>128</sup> Morrissey v. Brewer, 408 U. S. 471 (1972)

<sup>129</sup> Ibid. 477

<sup>130</sup> Ibid. 479

<sup>131</sup> Ibid. 480

<sup>132</sup> at. 482

<sup>133</sup> Gagnon v. Scarpelli, 411 U. S. 778 (1973)

<sup>134</sup> 対象者の職場等への訪問も、往訪と呼ばれることがあるが、本章では、専ら家庭訪問の問題を取り扱うこととする。

<sup>135</sup> 法務総合研究所研修教材・更生保護(昭和54年版)47頁以下等を参照

<sup>136</sup> 同上47頁

法務省保護局編 保護観察読本(昭和51年版)60頁以下

法務省保護局編 更生保護——保護司実務の手引き——55頁以下(昭和53年)等を参照。

<sup>137</sup> 古賀博秀「接触・往訪・来訪」更生保護18巻2号19頁(昭和42年)

<sup>138</sup> 来訪に比べて、往訪について遵守事項に定めることが比較的少ないようであるが、これは、対象者の本人の自助の責任を自覚させるために特に来訪を遵守事項に定める場合が多いのであって、法律上往訪の受領を遵守事項に定められないというふうには解されていない。

<sup>139</sup> 法務総合研究所 研修教材・更生保護48頁(昭和54年版)

<sup>188</sup> 法務省保護局編 更生保護—保護司実務の手引き—63頁(昭和53年) 来訪しない原因は、(1)担当者

宅に出入りすると、近隣に前歴を知られてしまうと恐れている。(2)保護観察に付されたことを不満に思っている。(3)来訪しなくても処罰されないと思込んでいる。(4)生活が乱れている。(5)処遇担当者と性格が合わない等様々な要因が挙げられている。岡本折一「接触 その形と心—接触困難な対象者にどう対処するか」更生保護40巻8号19頁以下(平成1年)等を参照。

<sup>189</sup> 法務省保護局編 更生保護—保護司実務の手引き—65頁(昭和53年)

<sup>190</sup> 処遇研究会「接触について」更生保護25巻5号57~59頁(昭和49年)等を参照。

<sup>191</sup> 法務省保護局編 更生保護—保護司実務の手引き—58頁以下(昭和53年)

<sup>192</sup> 吉田次郎氏は、往訪の意義について次のように述べている、「保護観察における処遇を適切効果的にするためには、まずもって本人の生活態度や環境の状況等をじかに観察して、その実態を把握する必要があるが、往訪して本人や保護者とその生活環境の中で面接し、いわば普段着のまま本人を、あるがままの家庭環境の場でじかに観察するのであれば、充分その実態を把握することができず、従って、指導監督の方法にしても輔導援護の措置にしても、機にのそんで必要適切な手をうつことができない」と。吉田次郎「保護観察における往訪及び来訪について」更生保護13巻2号7~13頁(昭和37年)

<sup>193</sup> 保護観察の開始から2か月は開始期と言われており、保護観察の軌道にのせるための段階とされている。

<sup>194</sup> 法務省保護局編 更生保護—保護司実務の手引き—46~47頁

<sup>195</sup> 法務総合研究所 研修教材・更生保護86頁(昭和54年版)等を参照

<sup>196</sup> 吉田次郎「保護観察における往訪及び来訪について」更生保護13巻2号7頁以下(昭和37年)

<sup>197</sup> 法務総合研究所 研修教材・更生保護32頁(昭和54年版)

<sup>198</sup> 吉田次郎「保護観察における往訪及び来訪について」更生保護13巻2号7頁以下(昭和37年)

<sup>199</sup> 鈴木昭一郎「『家庭訪問』点描」更生保護17巻2号28頁以下(昭和41年)

<sup>200</sup> 高橋和雄「保護観察における接触について」更生保護40巻8号9頁(平成1年)

<sup>201</sup> 「ケース研究・来訪しない対象者の保護観察」更生保護16巻6号15頁以下(昭和40年)

法務省保護局編・更生保護—保護司実務の手引き—55頁以下(昭和53年)等を参照

<sup>202</sup> 法務総合研究所 研修教材・更生保護(昭和54年版)48頁

<sup>203</sup> 同上48頁

<sup>204</sup> 高橋和雄「保護観察における接触について」更生保護40巻8号8頁以下(1989年)。

<sup>205</sup> 古賀博秀「調査解説・接触・往訪・来訪—保護司の考え—」更生保護18巻2号18頁以下(昭和42年)

<sup>206</sup> 「保護観察における『往訪』はこのように」更生保護16巻6号33頁(昭和40年)

<sup>207</sup> 同上36頁

<sup>208</sup> 鈴木昭一郎「『家庭訪問』点描」更生保護17巻2号30頁(昭和41年)

<sup>209</sup> 「保護観察における『往訪』はこのように」更生保護16巻6号43頁(昭和40年)

<sup>210</sup> 保護省保護局・覚醒剤事犯者の保護観察処遇 Qand A 46頁(平成7年)

<sup>211</sup> 鈴木昭一郎「『家庭訪問』点描」更生保護17巻2号30頁(昭和41年)

<sup>212</sup> 鈴木昭一郎同上31頁

「保護観察における『往訪』はこのように」更生保護16巻6号41頁(昭和40年)

<sup>213</sup> 鈴木昭一郎「『家庭訪問』点描」更生保護17巻2号32頁(昭和41年)

<sup>214</sup> 藤井恵「保護司の行う接触について—その重要性、意義、方法等—」更生保護18巻2号11頁(昭和42年)

<sup>215</sup> 「保護観察における『往訪』はこのように」更生保護16巻6号41頁(昭和40年)

<sup>216</sup> このような場合は、「事故報告書」の提出が求められる。

<sup>217</sup> 法務省保護局「覚醒剤事犯者の保護観察処遇 Qand A 60頁(平成7年)

<sup>218</sup> 同上33頁

<sup>122</sup> 実際事例の多くも、任意による確認が多いが(菅沼登志子前掲論文168頁以下を参照)、中には、例えば、早朝6～7時、本人の兄から連絡をうけ、往訪し、本人の眠り方から「様子がおかしいので、寛解剤をやっているんじゃないかと思ひ、本人の腕をめぐつてみた」という事例も見られる。「座談会、寛解剤事犯対象者の処遇をめぐつて」、更生保護34巻6号31頁(昭和58年)。法務省保護局 Qand A 34頁以下では、あくまでも任意で行うべきとしている。

<sup>123</sup> 金子宏「最新判例批評」判例評論172号14頁(1973年)では、行政調査概念の必要性について次のように述べられている。「行政法学者は、従来、一般に、刑罰によって間接的にその実効性を担保された行政目的の立ち入り検査を即時強制の一種として理解していると思われる。しかし、それは、即時強制とは種々の点の性質を異にしている点から、即時強制とは区別された、行政の一つの独立した行為形式としてとらえるのが妥当である、その意味で『行政調査』ないし『行政検査』という新しい概念の下に、質問検査権の行使を説明し、また、その法理を究明するまではないか」。

堀野宏「行政調査」法学教室第1期3号133頁では、行政調査は、「一方における適切な行政決定を担当するための資料収集の利益と、他方における私人の自由な生活領域の確保の調整」が基本的問題点となる点で、即時強制における利益状況とは異なるものがあるとして、行政法一般理論において、行政調査の範疇を更生する積極的意義を述べられている。

佐藤幸治「『行政調査』とプライバシーの保護」法学論叢97巻3号3～4頁(昭和50年)では、「(行政)調査の目的・対象・範囲の多様性・広範性、調査方法の多様性・徹底性」という特質を指摘し、「(質問、立ち入り検査等)何らかの行政目的のためにする国民についての情報の収集という点で共通性を持ち、かつ憲法論的次元においては国民の自由——プライバシー——とのかかわりあいにおいて、『行政調査』として一体的に概念、考察する必要があるのではないかと述べられている。

<sup>124</sup> 第一の基準に当たらないことは明白である。家庭訪問は、刑事責任の追及を目的とする手続でないことはあきらかであり、この点は、他の行政調査手続と同じである。

第二の基準に関しては、通常の家庭訪問がこれに当たらないことは明白である。問題は危機場面で家庭訪問であるが、犯則調査手続と対比した場合、犯罪そのものを調査の対象とし、一定の心証を得たときは、取り消し手続とは別途に捜査機関への告発を行うことがあり、その意味で一定の共通点が見られる。しかし、このような場合でも、以下の意味で、第二の基準に当たらないと思われる。

(1) 犯則罰則調査の場合は、租税犯捜査の特殊性、専門性等から実質的には租税犯捜査の機能を営む手続を専門的知識経験を有する収税官吏に認めた(最高裁昭和59年3月27日第三小法定判決、刑集38巻5号2037頁)のであるが、危機場面で調査の対象が犯罪事実であっても、法律が、本来捜査機関が行うべき捜査手続を保護観察機関に肩代りさせたとは認められないように思われる。(2) また、調査手続の態様から見ても、犯則調査の場合は、質問のほか、検査、留置、捜索又は差し押さえなどが認められて、「その手続自体が捜査手続と類似し、これと共通するところがある」(最高裁判決)が、危機場面で家庭訪問の場合、たとえ任意の検査があったとしても、犯則調査の形態と全く異なると思われる。(3) さらに、保護観察手続に関しては、直接国税の場合のごときの告発義務規定がないはもとより、直接国税、間接国税の場合の如く、告発により事件が検察官に引き継がれるという手続規定も存在しない。また、独禁法の如き告発義務規定や、検察当局との間の告発問題協議会のような制度も存在しない。そして、保護観察の場合、確かに、告発義務と守秘義務との関係の問題がありうるが、それは他の純粋な行政手続にも同様問題が存在するのと同じである。

こうして見れば、保護観察における家庭訪問は、「実質上刑事責任追及のための資料収集に直接結び付く作用を一般的に有する」ものでないことは明らかであり、それは一種の純粋な行政調査手続と解すべきと思われる。

第三に、強制の程度に関して、引致、留置、取り消しの強制の度合と懲役・罰金の強制の度合との比較は難しい面があるが、直接的物理的強制の程度に達していないことはいうまでもなく、また、このような強制は、保護観察の有効な実行の目的からして、不合理とはいえない。

以上の如き家庭訪問の性質、機能、強制の度合、その合理性等に鑑みれば、前述最高裁判例の基準のいずれにも積極的に該当しないから、憲法35条の保障がないというべきであらう。

<sup>125</sup> 金子宏「行政判例百選」第1版264頁(昭和54年)

<sup>126</sup> 金子宏同上264頁

<sup>127</sup> 曾和俊文「行政調査の要件・手続」行政判例百選(第3版)215頁(1993年)

<sup>128</sup> 北野弘久「質問検査権に関する最高裁の判決の研究」質問検査権の法理78頁(昭和49年)

<sup>129</sup> 同上79頁

<sup>130</sup> 南博方・昭和48年度重要判例解説40頁

<sup>1881</sup> 佐藤幸治「行政調査」とプライバシーの保護(一)法学論叢97巻3号13~14頁(昭和50年) 遠藤博也=阿部泰隆編講義行政法I 322頁(竹中勲執筆)。

<sup>1882</sup> 学説・判例の状況は、北野弘久編・質問検査権の法理306~316頁(昭和49年)を参照

<sup>1883</sup> 曾和俊文「行政調査の要件・手続」行政判例百選(第3版)214頁(1993年)

<sup>1884</sup> 行政法学では、定期、定型的調査と、個別事件的調査との分類や、生理現象としての調査と病理現象としての調査との分類等が行われている。

遠藤博也=阿部泰隆編講義行政法I 325頁 行政強制、ジュリスト昭和52年1月増刊P152以下参照。

<sup>1885</sup> 遠藤博也=阿部泰隆編講義行政法I 317頁

<sup>1886</sup> 遠藤博也=阿部泰隆編講義行政法I 324頁

<sup>1887</sup> この点は、昭和61年10月13日付け関東管内各保護観察所長宛の関東地方委員会委員長通知「不帰住等の防止のための環境調整のあり方、所在不明の仮出獄者の所在調査の徹底及び再犯に至る前回仮出獄取消の適正化について」をみても、明らかである。この通知を受けて、関東管内での仮出獄者に対する引致・仮出獄の取消が積極的に行われ、関東以外の管内においても、これを追う形で、運用がなされるようになった、と言われる。岩淵道夫「再犯に至る前の仮出獄取りけしについて」更生保護と犯罪予防98号60頁以下(1990年)

<sup>1888</sup> *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972)

<sup>1889</sup> 保護観察官の主張によれば、偽名で車を購入したこと、許可を受けずに車を運転したこと、交通事故の際、警察官及び保険会社に偽りの申告をしたこと、偽名でクレジットカードを入手したこと等の違反があったとされる。

<sup>1890</sup> 408 U. S.P471-475.

<sup>1891</sup> at 477

<sup>1892</sup> at 479

<sup>1893</sup> at 480

<sup>1894</sup> at 480

<sup>1895</sup> at 482

<sup>1896</sup> at 483

<sup>1897</sup> at 484

<sup>1898</sup> at 484

<sup>1899</sup> at 483

<sup>1900</sup> at 485-487

<sup>1901</sup> at 488

<sup>1902</sup> at 489

<sup>1903</sup> 411 U. S. 778(1973).

<sup>1904</sup> at 786-787

<sup>1905</sup> at 787-788

<sup>1906</sup> at 790

<sup>1907</sup> at 790-791

<sup>1908</sup> Case Comment "Right to Hearing at Parole Revocation", *Harvard Law Review* vol. 86:1 (1972) P99.

<sup>1909</sup> *Id.*, P99.

<sup>1910</sup> *William C. Bowers*, *Supra* note (14), P632.

<sup>1911</sup> *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U.S., P790-791.

<sup>1012</sup> William C. Bowers, *Supra* note (14), P632. 同解釈は、さらに、弁護人依頼権が認められたことによって、逮捕留置中の対象者にはできない証拠収集等の防御活動が実質的に可能になった点を評価する。

<sup>1013</sup> Case Comment "Right to Hearing at Parole Revocation", *supra* note (107), P98.

<sup>1014</sup> *Supra* note (107), P99-100.

<sup>1015</sup> Fisher, "Parole and Probation Revocation Procedures after Morrissey and Gagnon", 65 J. Crim. L. & C. (1974), P60-61. William C. Bowers, *Supra* note (14), P635.

<sup>1016</sup> 28 C. F. R. § 2, 40 (1972), Note, "Parole Revocation in the Federal System", 56, GEJ. L. J. 705(1968).

<sup>1017</sup> Sklar, "Law and Practice in Probation and Parole Revocation Hearings", 55 J. Crim. L. C. & P. S. 175(1964).

<sup>1018</sup> Fisher, *supra* note (114), P55-57.

<sup>1019</sup> Thomas T. Bomonte, "The Viability of Morrissey v. Brewer and the Due Process Right of Parolees and other Conditional Release", *Southern Illinois University Law Journal*, (1993), vol. 18, P156.

<sup>1020</sup> *Id.* P121.

<sup>1021</sup> 他の行政領域における判例の変化については、松井茂記「非刑事手続領域におけるデュープロセス理論の展開」法学論叢 106巻4号-107巻6号(昭和55年)を参照。

<sup>1022</sup> Wolf v. McDonnell,

<sup>1023</sup> 本件に関する紹介と解釈は、福田雅章「行刑とデュープロセス」英米法判例百選 1168頁以下(昭和53年)を参照。

<sup>1024</sup> Meachum v. Fano, 427 U.S. 215.

<sup>1025</sup> *Id.*, P224.

<sup>1026</sup> Greenholtz v. Inmates of the Nebraska Penal and Correctional Complex, 99 S. Ct. 2100(1979).

<sup>1027</sup> ネブラスカ州の規定によれば、最低年1回行われる予備審査と最終聴聞からなり、予備審査は対象者の収容前収容後のあらゆる情報について審査し、これらの資料と面接から得心から釈放相当であると判断した場合は、最終聴聞が計画される。委員会は最終聴聞の実施は予め示しが、開催日は聴聞当日掲示場に掲示する。最終聴聞において、受刑者は、証拠提示、証人召喚、弁護人選任が認められる。聴聞手続はすべてテープレコーダーに録音され、パロール不許可の場合は、30日以内に書面で理由を告知する。

<sup>1028</sup> 408 U. S. 477.

<sup>1029</sup> *Id.*, P484.

<sup>1030</sup> *Id.*, P787-788.

<sup>1031</sup> Fisher, "Parole and Probation Revocation after Morrissey and Gagnon", *supra* note (114) P57.

<sup>1032</sup> Thomas J. Bamonte, "The Viability of Morrissey v. Brewer and the Due Process Right of Parolees and other Conditional Release", *Southern Illinois University Law Journal* (1993) vol. 18, P121.

<sup>1033</sup> Vitek v. Jones, (1980)

<sup>1034</sup> ほかに、精神病患者の意に反して、精神安定剤を使用させることに関して、受刑者デュープロセス保障の自由を有するとした最高裁判例がある。Washington v. Harper, 110S. Ct. 1874 (1990) Jack E. Call, "The Supreme Court and Prisoner's Right", *Federal Probation*, (1995) vol. 59, No. 1, P41.

<sup>1035</sup> Thomas J. Bamonte, *supra* note (131), P156.

<sup>1036</sup> Haward Abadinsky, *Probation and Parole -- The Theory and Practice* (1994), P363-409.

<sup>1037</sup> 法務総合研究所 研修教材・更生保護109頁(昭和54年)

<sup>1318</sup> 同上112頁

<sup>1319</sup> 平野龍一 矯正保護法106頁(昭和38年)は、1号事由ないし3号事由の場合は、「取消事由は明らかなので、特に審理を行う必要がない。もつとも、取消すかどうかの点では裁量の余地があるから、問題がある時は、審理を行うのが妥当であろう」と述べている。

一方、小川太郎 更生保護法132(昭和29年)は、1号ないし3号事由の場合は審理が必要でないとしている。ただ、取消すかどうかについての審理要否の点について言及しなかっただけであって、不要説をとっているとは限らないように思われる。

<sup>1320</sup> 根本正也「仮出獄取消における遵守事項違反事実認定の要件」更生保護と犯罪予防81号37頁以下(1986年)では、「法が仮出獄取消を確定判決の執行すべき場合においても裁量処分としたことの趣旨に鑑み、すべての事案について、取消の可否について審理がなされなければならないであろう」と解釈している。そして、同氏は、犯予法44条2項の「審理」の意味を、遵守事項違反事実の審理に限定し、取消可否に関する審理の法的根拠を、1号ないし3号事由の場合の審理の法的根拠と合わせて、刑法29条から導くべきものとする。前掲P35~38。

<sup>1321</sup> 法務総合研究所 研修教材・更生保護(昭和54年版)113~114頁 仮釈放等規則3条、60条を参照。

<sup>1322</sup> 根本正也前掲35頁

<sup>1323</sup> この点、申請の場合は犯予法44条2項の規定からして、職権審理を行えないことになっているが、申報の場合は、理論上申報がなくても、地方委員会が直接1号ないし3号事由を知った時は審理を行われても差し支えないと考えられるが、実務運用上は、たとえば地方委員会が直接その事由を知った時でも、保護観察所の長に対して、申報を求め、その申報をまけて取消審理を行うと言われている。仮釈放等規則56解説を参照。

<sup>1324</sup> 平野龍一・矯正保護法106頁(昭和38年)

<sup>1325</sup> 法務総合研究所 研修教材・更生保護115頁(昭和54年)

<sup>1326</sup> 同上115頁

<sup>1327</sup> 処遇を行うために本人を保護観察所に呼び出すこともあるが、この場合の呼び出しは、事実行為であって、引致の要件の一つである「呼び出しにせよ」の場合の呼び出しと厳格に区別されるべきとされる。仮釈放等規則解説(46条) 実務月報103号を参照。

<sup>1328</sup> 対象者が一定の居住しない場合も引致することが出来るが、取消審理手続とは直接には関係がない。

<sup>1329</sup> 法務総合研究所研修教材・更生保護65頁(昭和54年)

<sup>1330</sup> ただし、刑罰法上の捜索に関する規定の準用がなく、本人に自傷、他害の虞れがある場合は、衣服の外部から検査し、凶器を所持していると認められるときは、これを任意に提出させるとされている。仮出獄等運用通達第二、五、2(一)。

<sup>1331</sup> 著者が関東地方更生保護委員会の根本正也に対するインタビューによる(平成8年11月5日)

<sup>1332</sup> 根本正也「仮釈放取消における遵守事項違反事実認定の要件」更生保護と犯罪予防81号39頁(1986年)

<sup>1333</sup> 408 U.S.(1972).

<sup>1334</sup> 根本正也「パロール釈放と適正手続の保障——連邦最高裁判所の Greenholt事件判決をめぐって」更生保護と犯罪予防65号20頁(1982年)

<sup>1335</sup> 園部遼夫「行政手続法総論」現代行政法大系2-3頁以下(昭和59年)

<sup>1336</sup> 民集46巻5号437頁

<sup>1337</sup> 同判決は、憲法31条の定める法定主義の保障が行政手続にも及ぶ余地を認めた点では重要な意義をもつが、31条の保障の及ぶ行政手続の範囲を明確に示していないという問題点が指摘されている。

<sup>1338</sup> 飯村敏明「いわゆる成田新法に基づく工作物等使用禁止命令取消等請求事件上告審判決」法律のひろば45巻12号37頁(1992年)

<sup>1339</sup> 中正「行政手続法の成立とその意義(一)」自治研究第2号56頁(1994年)

<sup>1340</sup> 「行政手続法及び整備法において、行政手続法の適用が除外された分野は、あくまでも行政手続法に規定する諸手続の適用がなされない」と判断されたものであって、その分野においては手続保障が一切不要であるということの意味するものではない。このことは、『手続答申』において、適用除外とされた分野についても、『行政運営の公正の確保と透明性の向上を図る観点から現行手続規定について必要な見直しが行われ、手続の一層の整備、充実に図られることが望まれる』としてきていることから明らかである。中正「行政手続法の成立とその意義(一)」自治研究第70巻第2号53頁(1994年)

<sup>1346</sup> 古田修一「矯正における行政手続」刑政94巻8号62頁以下

<sup>1347</sup> 地方委員会の委員は全国総計で55名であるが、仮釈放取消審理以外にも、仮釈放受理件数は年間3万件であり、さらに、保護観察所の監督や更生保護法人の許認可など事務も担当している。瀬川晃・犯罪者の社会内処遇220頁以下(平成3年)参照

<sup>1348</sup> 法務省保護局「覚醒剤事犯者の保護観察処遇 Qand A (平成7年) (以下「法務省保護局 Qand A」と略称する) 4~7頁

<sup>1349</sup> 同上44~47頁

<sup>1350</sup> 例えば、父母や兄弟から保護司又は保護観察官に、「家の中でひとりごとや訳のわからないことをしゃべっている」とか、「夜中遅くまで起きて覚醒剤を使用して家族に暴力を振るう」とか、「覚醒剤を夫から注射された」とか、等様々な連絡が来る場面があるようである。

<sup>1351</sup> 例えば、簡易旅館の管理人から「本人の様子がおかしい」との電話を受けて、担当者が往訪したところ、本人が胃の薬を飲みながらテレビの映像を手で追っていた場面を見つけた事例。法務省保護局 Qand A 63頁

<sup>1352</sup> 連絡の内容は、例えば、他の在会者から、覚醒剤をもっているのを見た、打っているらしいといった報告があった、「覚醒剤の売人と思えるような素行不良者と付き合っている」等様々である。

<sup>1353</sup> 法務省保護局Qand A 52頁

<sup>1354</sup> 法務省保護局Qand A 33頁以下、52頁以下、71頁以下

<sup>1355</sup> 菅沼登志子「覚醒剤乱用少年の社会内処遇について——改善更生をどのように援助するか——」犯罪と非行57号170頁(昭和58年)

<sup>1356</sup> 例えば、本人の兄から電話を受け、往訪し、本人の部屋から注射器を見つけたケース。「座談会・覚醒剤事犯対象者の処遇をめぐって」更生保護34巻6号32頁(昭和58年)

<sup>1357</sup> 実際事例の多くも、任意による確認が多いが(菅沼登志子・前掲注(37)168頁以下を参照)、中には、例えば、早朝6~7時、本人の兄から連絡をうけ、往訪し、本人の眠り方から「様子がおかしいので、覚醒剤をやっているんじゃないか」と思ひ、本人の腕をめぐってみた」という事例も見られる。「座談会・覚醒剤事犯対象者の処遇をめぐって」、更生保護34巻6号31頁

<sup>1358</sup> 法務省保護局Qand A 34頁以下では、あくまでも任意で行うべきとしている。

<sup>1359</sup> 法務省保護局Qand A 62頁

<sup>1360</sup> 現場にいて状況の分かる担当者からの通報が望ましいが、後日担当者に迷惑がかかることが予測されるので、配慮が必要であるとされている。同上63頁

<sup>1361</sup> 同上63頁

<sup>1362</sup> 同上53頁

<sup>1363</sup> 法務省保護局Qand A 72頁。勿論、このような場合の面接は、事前調査を経て行うものであるから、あらかじめ麻薬取締事務所への連絡、及び尿検査の結果に応じた対応等を予測して行うものが多いように思われる。

<sup>1364</sup> 同上59頁

<sup>1365</sup> 同上72~73頁

<sup>1366</sup> 同上65頁。例えば、留置所又は拘置所で本人に対する質問調査を行い、聴聞調査等を作成した上、取消申請を行う(本章第二節を参照)。

<sup>1367</sup> 同上73頁、53頁。

<sup>1368</sup> 芝原邦賢「経済犯罪の訴追における犯罪調査手続と行政調査手続」法学教室174号58頁(1995年)

<sup>1369</sup> 香城敏彦・「特別刑法と憲法」注釈特別刑法1巻151頁(昭和60年)

<sup>1370</sup> 芝原邦賢「経済犯罪の訴追における犯罪調査手段と行政調査手段」法学教室174号59頁(1995年)

<sup>1371</sup> 金子宏判例時報700号154~155頁

<sup>1372</sup> 香城敏彦・「特別刑法と憲法」注釈特別刑法第1巻151頁(昭和60年)は、黙秘権との関係で、「そう解さなければ、黙秘権を放棄して任意の供述をした場合も常にその供述を刑事上の証拠に用いることが禁止されるという硬直な結果を招くであろう」と述べる。



## 結論

社会内処遇において展開されている処遇多様化のための施策は、新しい有効な処遇方法を模索しつつ、対象者の人権をいかに保障するかという課題を提起してきた。

これらの多様化施策は、社会内処遇が抱えている種々の困難に対する打開策を積極的に打ち出そうとする点で、その基本的姿勢は評価すべきであると思われる。

すなわち、従来の処遇施策は、その重点を如何に保護観察官主導の処遇体制を確立するかに置いてきた。確かに、保護観察官の人員充足は、社会内処遇の重要な課題の一つではあるが、処遇の組織体制のみに着眼した処遇施策からは、新たな建設的なアイデアは生まれてこないように思われる。

この意味で、類型別処遇等新しい処遇施策は、対象者の個性・ニーズに合わせて、処遇プログラムの作成及び処遇資源の配分を工夫し、それによって多様な対象者の個性、ニーズに対応しようとする点では、その志向する方向性は肯定すべきであると思われる。

しかし、他方で、処遇の積極化は、処遇者が対象者の私生活の領域へ介入する密度を高めるだけでなく、取消等の「不良措置」や、警察機関への告発の頻度を高めるなど、対象者にとって不利益な場面を増大させる側面を持ち合わせていることも事実である。処遇の積極化を進めるにしても、それが対象者の人権に十分な配慮を払ったものでなければ、社会内処遇の健全な発展はありえないであろう。

このような問題意識の下で、本論文は、主に日常的な処遇活動の中で行う家庭訪問、遵守事項違反及び再犯後の仮出獄の取消手続、及び再犯後の警察機関への情報伝達の三つの問題に焦点を合わせて、対象者の人権保障の観点から現行制度及び運用上について考察した。

そして、検討し結論としては、例えば、対象者が処遇の過程でもっとも不利益を受ける仮出獄取消のような場合でさえ、取消審理から全く排除されているなど、現行法制度及び運用は、対象者の人権保障の観点から見て、問題がないといいがたいように思われる。

しかし、保護観察対象者といえども人権の享有主体であり、その人権に十分な配慮をしなければならぬことを考えれば、対象者の取消手続への参加をより積極的に認めていく

方向で現行法制度及び運用を改善する余地が大きいように思われる。

これからも、犯罪者の処遇に占める社会内処遇の比重はますます高まるであろう。処遇の多様化は更に進めるべきであり、そのためには、これまでにはなかった新たな処遇方法の採用も考えなくてはならないであろう。しかし、その際には、その手段の客観的な効果だけでなく、それによって侵害されるおそれのある対象者の人権の保障を常に考えなくてはならない。対象者の人間としての人格を尊重することなしに、真に有効な処遇はなしえないように思われる。

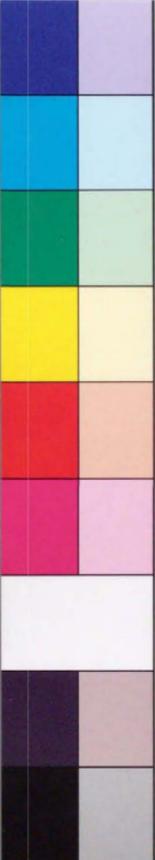
IN THE MATTER OF THE ESTATE OF  
JAMES EARL RAY, DECEASED  
LAST WILL AND TESTAMENT  
OF SAID DECEASED  
BY AND UNDER THE WILL OF SAID DECEASED  
AS TO THE PART THEREOF  
IN RESPECT OF THE ESTATE OF SAID DECEASED  
AS TO THE PART THEREOF



centimeters  
1 2 3 4 5 6 7 8  
1 2 3 4 5 6 7 8  
1 2 3 4 5 6 7 8

### Kodak Color Control Patches

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black



### Kodak Gray Scale

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19



© Kodak, 2007 TM Kodak