九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

必要的仮釈放制度の刑事政策史上の一断面 : 法制審議会刑事法特別委員会および小委員会の議論を素材に

武内, 謙治
九州大学大学院法学研究院 : 教授

https://doi.org/10.15017/1903825

出版情報：法政研究. 84 (3), pp.285-318, 2017-12-14. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

必要的仮釈放制度の刑事政策史上の一断面
――法制審議会刑事法特別委員会および小委員会の議論を素材に――

武　内　謙　治

1　はじめに
2　特別部会における議論
（1）特別部会における作業の概観
（2）改正刑法仮案と準備草案の仮釈放規定
（3）特別部会における議論
3　小委員会における議論
（1）起訴猶予者保護観察をめぐる議論
（2）満期者に対する保護観察
（3）必要的仮釈放に関する議論
4　特別部会および小委員会の議論の意義
（1）特別部会および小委員会の議論の立法過程における意義
（2）刑事政策学上の示唆
5　むすびにかえて

1　はじめに

現在、日本では、再犯防止への関心の高まりとともに、仮釈放や保護観察のあり方が、刑事政策の重要課題として再浮上している。

法務省の「若年者に対する刑事法制のあり方に関する勉強会」が2016年12月に公表した「取りまとめ報告書」は、「若年者に対する刑事政策的措置」の項目の下で「施設内処遇と社会内処遇との連携を強化するための刑事政策的措置」として「施設外の機関等と連携した矯正処遇等の充実」や「社会内処遇に必要な期間の確保」を挙

げ、「仮釈放の期間について、いわゆる考試期間主義を採用すること等が考えられる」ことを指摘している[(1)]。また、「施設内処遇から一貫した社会内処遇の実施」として、「現在、特定の犯罪的傾向のある保護観察対象者に対する専門的処遇プログラムの実施には一定の期間が必要となることから、仮釈放期間が短い者に対して同プログラムを実施することが困難な状況にある」との認識が示され、刑事施設と保護観察所とが緊密に連携し、「施設内処遇と社会内処遇の全体を通じて適切なプログラムを受けられるようにする」ことの必要性が指摘されている。さらに、「起訴猶予等に伴う再犯防止措置」として、入口支援や更生緊急保護の更なる充実のほか、更生緊急保護を起訴猶予の処分前にも実施しうるようにするなどして対象範囲を拡大することや、起訴猶予などに際する検察官による被疑者への訓戒や指導などを明文化することなどに言及がなされている。この問題意識を引き継ぐ形で、法制審議会「少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会」の第３回会議（2017年５月31日開催）の場で案として法務省から示され、第５回会議（同年７月27日開催）の場で内容が確定された論点表にも、「施設内処遇と社会内処遇との連携の在り方」と「社会内処遇に必要な期間の確保」、「起訴猶予等に伴う再犯防止措置の在り方」が盛り込まれている。

しかし、仮釈放や保護観察のあり方は、立法論として今般初めて問題になったわけではない。戦後の歴史の中で、この問題を立法論として最も凝縮して議論したのは、刑法の全面改正を目指した法制審議会刑法改正特別部会（以下「特別部会」と表記）とその下に設置された小委員会であるといえる。こうした議論の蓄積は、それ自体として貴重なものであり、その到達点と課題を確認しておく必要性は高い。しかし、特別部会と小委員会における議論の内容や軸の変遷は、これまで、概略的な紹介を除けば[(2)]、詳細に伝えられてきたわけではなかった。

---

(1)　「『若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会』取りまとめ報告書」（2016年）11頁［http://www.moj.go.jp/content/001210649.pdf（2017年９月11日閲覧）］。もっとも、そこでは、「考試期間主義の採用については、責任主義の範囲内で適切な仮釈放期間をどのように定めることができるか、刑の事後的変更として許容されないのではないか等の理論的課題がある」との留保がなされている。

(2)　そのための大きな役割を担ったものとして、法制審議会刑事法特別委員会『改正刑法草案 附同説明書』（法曹会、1972年）149頁、法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』（大蔵省印刷局、1975年）132-133頁、鈴木義男「仮釈放――刑法改正作業レポート（四〇）」ジュリスト453号（1970年）121頁を特に参照。

そこで、本稿では、特別部会における議論に着目し、必要的仮釈放制度に光をあてる形で、仮釈放制度をめぐる刑事政策上の課題を確認する。分析の主たる資料は、法務大臣官房司法法制調査部『法制審議会刑事法特別部会第十七回会議（第一日）議事速記録』（1969年 6 月 4 日）（1972年）（以下「特別部会議事速記録」と表記）と、法務省『法制審議会刑事法特別部会 第二小委員会議事要録（一）～(八)』（1964年～1971年）（以下「第二小委員会議事要録」と表記）である。また、法務省『法制審議会刑事法特別部会 第三小委員会議事要録（二)』（1965年）（以下「第三小委員会議事要録」と表記）も、補足として用いる。

以下、特に、保護観察期間と仮釈放の要件をめぐる議論に焦点をあてて、前提となるところを含めて特別委員会の議論および小委員会における仮釈放をめぐる議論をみる（2、3）。その上で、理論上、刑事政策上の示唆を考えることにする（4）。

2　特別部会における議論

（1）特別部会における作業の概観

よく知られているように、刑法の全面改正作業は、刑事法特別部会と 5 つの小委員会で進められた。特別委員会と各小委員会との関係は、基本として、各々の小委員会が審議の上作成した参考案（第一次案）を刑事法特別部会が審議し、そこで留保された事項の再検討と新たに提起された問題点につき各小委員会が再び審議を行った上で作成した第二次参考案を刑事法特別部会が適宜審議するというものであった。特別部会の第一回会議において、部会の審議を準備するため、部会内に委員および幹事から成る 5 つの小委員会を設けて、各々の分担事項について基礎的調査、問題点の整理・検討とその結果に基づく改正原案の作成にあたらせることが決定された。 5 つの委員会の分担事項は、次のようなものであった。

第一委員会：主として犯罪の一般的な要件に関する部分（刑法の適用、犯罪、未遂犯、正犯および共犯）

第二委員会：刑罰に関する部分(刑、刑の適用、累犯、競合犯、刑の執行猶予、仮釈放、保護観察）

第三委員会：主として保安処分(没収、刑の事項、刑の消滅、保安処分、期間)

第四委員会：国家および社会の法益に対する罪

第五委員会：個人の法益に対する罪

特別部会と各小委員会における実質的な審議が開始されたのは、1963年の秋である。そこから、特別部会が30回の会議を重ねたほか、第一小委員会が150回(1970年10月まで)、第二小委員会が150回（同年12月まで)、第三小委員会が139回（1971年２月まで)、第四小委員会が160回（同年７月まで)、第五小委員会が170回（同年７月まで）の会議を開いている。各小委員会の分担事項で相互に関連する問題に関しては、２つ以上の小委員会による合同会議が開催されており、その数は13回にのぼった。[(3)]

仮釈放の制度のあり方は、刑罰制度のあり方を分担する第二小委員会、そして部分的には、保安処分を審議の対象とした第三小委員会で議論された。

（２）改正刑法仮案と準備草案の仮釈放規定

前提となる事柄から確認しておくと、改正刑法仮案は、1931年に総論を、1940年に各則を公表していた。仮案中の仮釈放の要件に関する規定は、次のようなものであった。[(4)]

第108条

第１項　懲役又ハ禁錮ノ執行ヲ受クル者改悛ノ情顕著ナルトキハ無期刑ニ付テハ十年、有期刑ニ付テハ其ノ四分ノ一、不定期刑ニ付テハ其ノ短期ノ三分ノ一ヲ經過シタル後行政官廳ノ處分ヲ以テ假ニ釋放スルコトヲ得

第２項　前項ノ處分ヲ爲スニ付テハ左ノ事項ヲ參酌スヘシ

一　損害ノ賠償アリタリヤ否特ニ本人カ損害ノ賠償ヲ爲シタリヤ又賠償ヲ爲スニ努力シタリヤ否

(3)　法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説 附改正刑法草案・刑法対照条文』(大蔵省印刷局、1975年)2-6頁。吉川経夫「刑法改正審議経過の実証的検討」『改正刑法草案の総合的検討[法律時報臨時増刊]』(日本評論社、1975年) 1-11頁も参照。

(4)　準備草案の条文については、『改正刑法仮案［第四版］』(法曹会、1940年) を参照。

二　居住及生計ニ支障ナキヤ又ハ住居ヲ定メ生業ニ従事スル見込アリヤ否

現行刑法上の仮釈放要件に関する規定と比較した場合、改正刑法仮案の特徴は、有期刑の場合に仮釈放に必要となる刑期の経過を4分の1としたことにあった。また、常習累犯者に対する不定期刑の導入が構想されたことと平仄を合わせて、不定期刑の場合の仮釈放要件が定められた点、さらには、仮釈放の判断要素を刑法上明文化しようとした点にも、特徴をもっている。

これに対し、戦後における刑法全面改正事業として、1961年に刑法改正準備会が公表した改正刑法準備草案（以下、「準備草案」と表記）は、仮釈放の要件を定める条項を次のように改めることを構想した。[(5)]

第88条（仮釈放の要件）

第1項　懲役又は禁固に処せられた者は、改心の情が明らかであり、刑の執行を中止してその更生を期することを相当とするときは、無期刑については十年、有期刑についてはその三分の一を経過した後、行政官庁の処分によつてこれを仮に釈放することができる。

第2項　不定期刑の執行を受けている者については、その短期を経過した後又は長期の三分の一を経過した後、前項の処分をすることができる。この場合においては、長期に至るまでの期間を残刑期間とする。

第90条（付随処分）

第1項　仮釈放を許された者は、これを保護観察に付する。但し、仮釈放を許した行政官庁においてその必要がないと認めるときは、この限りでない。

第2項　前項の保護観察の期間は、残刑期間とする。但し、残刑期間が六月に満たないときは、六月とする。

ここでは、有期刑の場合に仮釈放に必要な刑期の経過が4分の1から、現行刑法

(5)　刑法改正準備会『改正刑法準備草案 附同理由書』（大蔵省印刷局、1961年）23頁。

と同様に、３分の１とされている。また、仮釈放の判断要素に関する規定も削除されている。その一方で新たに採用されたのが、「刑の執行の中止」の概念である。さらに、付随措置として、保護観察期間が原則的に残刑期間であることとともに、残刑期間が６月に満たない場合は６月とするものとされた。

「刑の執行の中止」の概念が採用された意図は、次の点にあった。「従来、この（仮釈放の――引用者）制度は、一応刑の改善的目的を達した者に対して、刑の執行を続けることは無用であるという観点とか、仮釈放を受刑者に対する恩恵として許すという思想から、仮釈放の要件として、一定期間の経過のほかには、受刑者の改心の情を唯一のものとしていたが、本案は、仮釈放制度を法的にはともかくも、事実上は刑事施設外における刑の一態様としてみようとする立場をもとり入れて、仮釈放の要件として、改心の情のほかに刑事施設内において拘禁して刑の執行をするよりもこれを中止して社会生活を通じて更生を期することがより相当であると認められることを附加した。かような立場は、仮釈放者に対する保護観察を必然的ならしめるものであるといえる[(6)]」。また、残刑期間が６月に満たない場合に保護観察期間を６月とする措置については、次のように説明された。「仮釈放者は、仮釈放後も、事実上変形された刑の執行を受けているものと考えられるとすれば、保護観察の期間は、残刑期間に限るべきである。しかし、あまり短期間ではその効果をあげることは不可能であるので、残刑期間が六月に満たないときは、保護観察の期間を六月とすることとした。かように保護観察の期間が残刑期間を超ゆる場合を認めたことについては問題がないとは言えないが、保護観察は実質的に本人の利益となる面もあり、又六月の短期間であれば、それ程不当な人権侵害ともいえないので、刑事政策上の必要性を優先させたのである[(7)]」。

ここには、いつくかの問題意識を窺うことができる。第１に、仮釈放の本質的性格を恩恵としてとらえる考えから脱却し、刑の一態様としてみる立場をも取り入れることである。保護観察の期間が原則的に残刑期間とされたのは、この考えを反映させてのことであった。第２に、処遇論として、施設内処遇と社会内処遇を連続し

(6)　刑法改正準備会・前掲書（1961）167頁［伊達秋雄］。
(7)　刑法改正準備会・前掲書（1961）168-169頁［伊達秋雄］。ここでは、「もっとも、行政官庁において必要がないと認めるときは、保護観察に付さないことができるから、この点からも過酷な取扱いは避けられるであろう」と続けて指摘されている。

たものとしてとらえ、保護観察で両者を架橋するということである。仮釈放を保護処分と結びつけることは、この点で、重要な意味をもった。第３に、そのため、この観点から、残刑期間主義の例外として、保護観察期間が残刑期間を超えうる制度が構想された。もっとも、「刑事政策上の必要性を優先させた」措置であるその例外も、自由権保障の観点から、残刑期間が６月に満たない場合に保護観察期間を６月とする措置を採用するにとどめられた。

特別部会の議論の出発点となる問題関心もこれを継承していたといえる。大きく異なる点があるとすれば、特別部会において、保護観察の期間に関する規定に大きな変更が加えられたこと、そして必要的仮釈放や善時制の採否が議論の俎上に載せられたということである。

（３）特別部会における議論

⒜　保護観察の期間をめぐる議論

改正刑法草案は、結果としてみてみれば、保護観察の期間に関する規定に大きな変更を加えたほかは、準備草案とほとんど変わりがないものであった。それは、次のような規定であった。

第81条（仮釈放の要件）

１項　懲役又は禁固に処せられた者は、改善の状が認められ、刑の執行を中止してその更生を期することを相当とするときは、無期刑については十年、有期刑についてはその三分の一を経過した後、行政官庁の処分によつてこれを仮に釈放することができる。

２項　不定期刑の執行を受けている者については、その短期を経過した後又は長期の三分の一を経過した後、前項の処分をすることができる。この場合においては、長期に至るまでの期間を残刑期間とする。

第83条（仮釈放の期間及び保護観察）

１項　仮釈放の期間は、残刑期間とする。

２項　仮釈放を許された者は、仮釈放の期間中保護観察に付する。但し、仮釈放

を許した行政官庁においてその必要がないと認めるときは、この限りでない。

第二小委員会が作成した参考案（第一次案）の「仮釈放の要件」と「仮釈放の期間及び保護観察」に関する規定を併せて示しておけば、それは、次のようなものであった。

第88条（仮釈放の要件）

１項　懲役又は禁固に処せられた者は、改善の情が認められ、刑の執行を中止してその更生を期することを相当とするときは、無期刑については十年、有期刑についてはその三分の一を経過した後、行政官庁の処分によってこれを仮に釈放することができる。

２項　不定期刑の執行を受けている者については、その短期を経過した後又は長期の三分の一を経過した後、前項の処分をすることができる。その場合においては、長期に至るまでの期間を残刑期間とする。

３項〔Ａ案〕――(本項は規定しない。)

〔Ｂ案〕　二年以上の有期の懲役又は禁固に処せられた者が、刑事施設において善行を保持し、執行すべき刑期の六分の五を経過したときは、他の法律に定めるところにより、仮にこれを釈放しなければならない。不定期刑の執行を受けている者が、刑事施設において善行を保持し、その長期の六分の五を経過したときも、同じである。

〔別案〕　二年以上の有期の懲役又は禁固に処せられた者が、執行すべき刑期の六分の五を経過したとき、又は不定期刑の執行を受けている者が、長期の六分の五を経過したときは、仮にこれを釈放しなければならない。但し、明らかに釈放後再び罪を犯すおそれがあるときは、この限りでない。

第90条（仮釈放の期間及び保護観察）

１項　仮釈放の期間は、残刑期間とする。但し、残刑期間が〔六月〕〔一年〕に満たないときは、〔六月〕〔一年〕とする。

2項　仮釈放を許された者は、期間中保護観察に付する。但し、〔仮釈放を許した〕〔第八八条第三項の規定によつて仮釈放を許した場合を除き、〕行政官庁においてその必要がないと認めるときは、この限りでない。

「仮釈放の期間及び保護観察」に関する規定からみてみる。改正刑法草案は、準備草案が採った「刑の執行の中止」の概念ではなく「仮釈放の期間」の概念を採用した。その上で、参考案（第一次案）まで例外として規定されていた残刑期間を超える保護観察を認めない態度をとった。それは、第二小委員会による参考案（第一次案）の作成を受けて行われた特別部会の場において「短い残刑期間を残して仮釈放になった者にとって不利益にすぎる[8]」との批判を強く受けた結果、参考案（第一次案）の第90条第1項但書を削除することが決定された結果であった。

具体的にその経緯をみてみる。参考案（第一次案）第90条第1項但書の規定は、「最低限度の保護観察」を行うことが可能となるよう、「仮釈放というものを執行猶予にやや近いものとみ」た上で、「残期刑と仮釈放の期間とが食い違う場合を認め[9]」ようとするものであった。しかし、この構想に対しては、「残刑期間を越えて一種の負担であることはまちがいないわけで、こういう負担が加わるということには、少なくも（ママ）相当疑問の余地があるのではないか[10]」、「残刑期間が仮釈放期間であるという従来の思想に反する規定を設けようとするものでありまして、これはやはり憲法の精神に反する憂いが十分にありますので反対せざるを得ない[11]」といった強い反対意見が出された。こうした批判は、第90条第1項但書の削除を求める我妻源二郎、稲木延雄、稲本錠之助、戸田弘、佐伯千仞、中野次雄による修正提案となった。それを受けてなされた採決結果は、この修正提案に賛成の委員数と反対の委員数が14名ずつの同数であった。しかし、この採決の直後、修正提案に賛成した委員から、但書を第1項から削除した上で同様の規定を第2項に入れる提案がなされた[12]。しかし、植松正と木村亀二によるこの修正提案に対しても、宣告刑期よりも保護観察の期間

(8)　法制審議会・前掲書（1975）134-135頁。鈴木・前掲論文（1970）126頁も参照のこと。
(9)　特別部会議事速記録35頁［鈴木義男発言］。
(10)　特別部会議事速記録35頁［戸田弘発言］。
(11)　特別部会議事速記録9頁［我妻源二郎発言］。佐伯千仞によっても、同旨の指摘がなされている。
(12)　特別部会議事速記録87-88頁［植松正、木村亀二発言］。

を延長することには憲法違反の疑いがあることや、取消しがないため人権拘束の程度が軽いとはいっても負担を負う期間が宣告刑の期間経過後にも延びることには問題があること、逆に、取消しのない保護観察の効果には疑問があること、刑期経過後も保護観察に付するのであれば満期釈放の場合も同様に扱わなければ一貫しないことなどの疑義が呈された[13]。こうした議論を受けて行われた採決の結果は、植松と木村による修正案に賛成する委員数が３名、反対の委員数が23名（出席委員総数31名）であった。その上で、賛成数と反対数が同数であった佐伯他の修正案の扱いに立ち戻ることになり、部会長である小野清一郎が但書を削除する案に賛成すること表明した上で、最終的な採決が行われることになった。その結果、削除に賛成の委員数24名、反対の委員数２名（出席委員総数31名）となり、但書を削除する案が特別部会の案となったのであった[14]。

(b)　仮釈放の要件に関する議論

「仮釈放の要件」に目を転じれば、改正刑法草案では、準備草案で仮釈放の要件とされた「改心の情が明らかであ」るとの表現が、「改善の状が認められ」るとの言葉遣いに改められたにすぎない。結果として、改正刑法草案は、仮釈放の要件につき準備草案とほとんど逕庭のない規定を置くことになった大きな原因は、必要的仮釈放や善時制の採用が議論の俎上に載せられながら見送られたことにあった[15]。

その経緯を追ってみると、第二小委員会が作成した参考案（第一次案）の「仮釈放の要件」に関する第88条第３項は、必要的仮釈放の有無と形態により、Ａ案・Ｂ案・別案という３つのバリエーションをもつものであった。すなわち、必要的仮釈放制度を採用しない案（Ａ案）、善時制と結びつけて必要的仮釈放の制度を採用する案（Ｂ案）、必要的仮釈放を認めるとともに再犯の可能性が特に高い場合をそこから除く案（別案）である。

特別部会における採決の結果多数を占めたのは、このうち必要的仮釈放制度を採

(13)　特別部会議事速記録137-144頁［我妻源二郎発言、佐伯千仞発言、戸田弘発言、浦辺衛発言、平野龍一発言］。
(14)　特別部会議事速記録145頁。
(15)　そのため、法制審議会刑事法特別部会小委員会が作成した第二次案参考案（1971年10月）と、「仮釈放の要件」を定めた改正刑法草案81条は３項を規定しないことで、必要的仮釈放を採用しないことを表すものとなっている。

用しないA案であった。第３項につき、B案および別案とA案のどちらを支持するか、すなわち善時制と組み合わせる形態とそうでないいわば純粋な形態とを一括して、必要的仮釈放制度の採否を問うた採決の結果は、必要的仮釈放を支持する委員数が12名、そうでない委員数は19名であった[16]。こうして、必要的仮釈放が採用されないことが決まったのであった。

特別部会で必要的仮釈放の採用が否決されるにあたり大きな役割を果たしたのは、「第三項のB案、別案についてでございますが、これはおそらく矯正関係者から相当強いご希望があることと思うのであります……ただこういう必要的仮釈放という形が矯正保護当局のお考えになつている趣旨にはたしてほんとうに合うのだろうか[17]」との疑問を前置きした、慎重論であったと考えられる。詳細には、次のような議論である[18]。

「現在の仮釈放は、ご承知のように、地方更生保護委員会の判断というものが必ずしも非常に適切になされているかどうかわからないような状況であるように見受けられのでありまして、それは、一方では、現在の委員会の組織といつたようなものの、あるいはもつと人的な陣容が非常に足りない、仮釈放の審査に十分の力を注ぐだけの陣容がととのつておらないといつたようなこともあろうかと思うのであります。……少なくとも現在のところは、更生保護委員会の運用が必ずしも理想的にいつておらないといったことを頭において、B案あるいは別案ができている向きもあるのではないか。」

「そういたすならば、あえていいますと、やや小手先ともみえるような対処のしかたではなく、もう少し根本的に何か考えるべきことがあるのではないか。私は、B案、別案の考えておられる趣旨にはむしろ賛成なのです。反対ではないのであります。賛成なのでありますがそれだけに何かもう少し合理的な案ができないものであろうかとこういう感じがいたします」。

(16)　特別部会議事速記録81頁。
(17)　特別部会議事速記録18頁［團藤重光発言］。
(18)　特別部会議事速記録18-19頁［團藤重光発言］。

参考案（第一事案）の必要的仮釈放の要件に関する規定については、特別部会でも、「善行保持」の認定方法や、刑期の6分の5で必要的仮釈放することで期待しうる効果、刑期の6分の5という要件設定の妥当性などにつき疑問が呈されてはいた。しかし、決定的であったのは、ここにみられるような、制度の趣旨にはむしろ賛成であることを前置きした時期尚早論とでもいうべき議論であったといえる。これに対しては、行政官庁の判断のみで抜本的な改革を行うことには無理があるとの意見があったことが指摘された[19]。また、善時制の採用を「相当強く言」ったとされる矯正実務家[20]からも、「現行の仮釈放でも理想的な形で運用されれば確かにそういうこと（現行の仮釈放を運用するだけで十分ということ――引用者）になりましょうが、若干あるいは相当運用上の支障があつて理想どおりいつていないということなので、私どもは新しい制度をつくつて制度的な保障をやろうではないかと考えた[21]」とも説明された。しかし、これらの説明も、結果としてみれば、必要的仮釈放を採用させるまでの力をもたなかったことになる。

このようにして、必要的仮釈放制度や善時制を導入する案は、第二小委員会が作成した参考案（第一次案）に登場したものの、特別部会の審議で採用が見送られた。その意味で、これらの制度を刑法改正作業の早い段階で姿を消したものと評価することは、間違いではない。しかし、その原因を全てこの制度自体に帰するのは早計であろう。既述の通り、必要的仮釈放制度の採否に関する特別部会の採決結果には、圧倒的な差があったとまではいえない。また、特別部会で必要的仮釈放の採用を阻むのに大きな役割を果たしたのは、時期尚早論と表現してもよい慎重論であった。そもそも特別部会における採決自体が、審議、採決方法につき部会長が示した方針に委員から異議が唱えられるというやや混乱した状況で行われたものであったことも、勘案する必要がある[22]。

---

(19)　特別部会議事速記録21頁［鈴木義男発言］。

(20)　特別部会議事速記録20頁［鈴木義男発言］を参照。このことは、善時制を必要的仮釈放と結びつける案が第二小委員会で出てきた経緯ともかかわる。これについては、後述する。

(21)　特別部会議事速記録63頁［平井令法発言］。

(22)　特別部会議事速記録53-55頁［平野龍一発言、小野清一郎発言］。そこでののやりとりは、第一次案を特別部会で審議し、そこで指摘された問題を再度小委員会で審議するとの認識が委員にあったところ、部会長のイニシアチブにより、仮釈放については同じ日の午後までに修正案の提出を求め、特別部会の場で採決まで行うことが急遽決定されたことを窺わせている。この採決方針に対する反発は、「ここで（特別部会で――引用者）いろんな議論が出ましたならばそれをもう一度持ち帰つて小委員会で検討をされるという機会も十分に与えなければいけないのであつて、ここで即

それでは、参考案（第一事案）は、なぜ先にみたような形になったのであろうか。次に第二小委員会の議論をみることにする。

3　小委員会における議論

（1）起訴猶予者保護観察をめぐる議論

前提となる事柄を確認しておけば、保護観察の対象として議論されていたのは、仮釈放や執行猶予だけではなかった。刑法改正準備草案において保護観察は執行猶予、宣告猶予、仮釈放の付随処分として規定された。しかし、第二小委員会と第三小委員会では、「保護観察が通常の犯罪者に対する矯正保護措置として自由刑と並ぶ重要な刑事上の処分となつてきていることを考慮すれば、これを単なる付随処分としてではなく独立の処分として規定するのが相当である[23]」という意見が出されたことを契機として、起訴猶予者に対する保護観察の是非もが議論の俎上にのせられている。「保護観察を独立の処分とすれば、補導の必要という面から合理的にその期間を定めることができるのに、単に付随処分とされるに止まれば、犯罪の重大さや責任の量を基準にして定められた執行猶予の期間あるいは仮釈放の際の残刑期間を保護観察の期間にするという不都合が生ずる[24]」、というわけである。それを基点として、「執行猶予、宣告猶予および仮釈放の場合のほか、準備草案の保安処分における治療観察や禁断観察をも統合し、さらには、起訴猶予や自由刑の満期釈放の場合にも保護観察を適用する余地の生ずること[25]」などが指摘されもした。しかし、これに対しては、「法益の剝奪（自由の制限）という点ではなく更生改善を補導する点を重視する保護観察を刑の一種として規定することは困難」であることなどが批判として指摘され、保護観察を独立の処分として規定するまでの必要性はないという意見が多数を占めた[26]。

座に修正案を出せ、そしてそれについて採決するという形では十分な審議ができないのではないか」、「拙速のあまり十分に審議を尽くさないで法制審議会が答申をすることは日本の刑法の将来にとつて禍根を残すことになるのではないか」との発言に集約されている（54頁［平野龍一発言］）。

(23)　第二小委員会議事要録（一）23頁。

(24)　第二小委員会議事要録（一）23頁。

(25)　第二小委員会議事要録（一）23-24頁。

(26)　第二小委員会議事要録（一）24頁。

こうした保護観察の本質的性質と関連する形で議論されたのが、起訴猶予者に対する保護観察の許否である。この問題は、第二小委員会の第９回会議（1964年４月９日）および第三小委員会の第25回会議（1965年２月23日）と第26回会議（同年３月９日）の場で、議論されている。

第二小委員会の場では、「すでに一、二の検察庁（とくに横浜）では実際上そういう線である程度成果を収めていること、被疑者の同意を条件とすれば人権上の問題も起こらないことなど」を指摘し、「早期処遇という観点から、起訴猶予者を保護観察に付する必要が大きいという意見」が出された。しかし、これに対しては、「実際に行われているのは、更生緊急保護法に基づくあくまでも任意な保護にすぎず、たとえ保護観察のような外観を呈していても、犯罪行為をしたことに対する刑事上の処分ではないのであつて、検察官が刑事上の処分を命ずることを制度として認めるのは適当でない」という反論が強くなされた[27]。その結果、爾後、起訴猶予者に対する保護観察は第二小委員会で議論されなくなっている。

同様の議論は、保安処分の角度から保護観察の諸問題を審議した第三小委員会でもみられる。第25回会議の場では、起訴猶予者に対するアフター・ケアにつき問題が提起された。その文脈において、更生緊急保護法による更生保護の適用があるものの、身柄事件で本人の申出があった場合に限定されるために適用範囲が狭く、主として補導援護が内容となっているためにアフター・ケアが十分でなく、在宅の者も含めて起訴猶予者一般に対して保護観察やそれに近い指導監督をも行いうるような制度を設けることが望ましいとの意見が出されている[28]。しかし、第26回会議の場において、「起訴猶予と保護観察又はこれに類する制度を結びつけることについては、消極的な意見が多かつた[29]」とされる。「その理由は必ずしも一様ではないが、裁判所による有罪の認定を前提としないで、この種の自由拘束を伴う処分に付するのは適当でないとされ、あるいは、言渡し機関のいかんにかかわらず、刑事司法の現状の下においては、保護観察をそこまで拡充すべきでない、とされた[30]」。第二小委員

(27)　第二小委員会議事要録（一）25頁。
(28)　第三小委員会議事要録（二）122頁。
(29)　第三小委員会議事要録（一）123頁。
(30)　第三小委員会議事要録（一）123頁。ここでは、「現段階で直ちに起訴猶予者保護観察を制度化することは困難であるとしても、わが国における起訴についての社会的評価、国民感情からみて、で

会と同様、その後、起訴猶予者に対する保護観察の問題は、第三小委員会では取り上げられなくなっている。その意味で、この問題は、少なくとも当時は、自由権保障の観点から一蹴に付されたものであったといえる。

（2）満期者に対する保護観察

刑の満期を迎えた者に対する保護観察の問題はどうか。第二小委員会における必要的仮釈放に対する議論は、時期により変遷している。

第二小委員会の仮釈放をめぐる議論のそもそもの出発点は、刑期満了まで拘禁するほかないような刑事施設在所者についても保護観察をつけるべきではないかという問題意識であった。そこで、満期釈放者にも保護観察をつけるという考え方と、必要的仮釈放制度を採用すべきである考え方が示されている。しかし、前者の方向性に対しては、早い段階から、「保護観察を独立の処分として規定するまでの必要性はない」、「本人の任意による保護（アフター・ケア）ならばともかく、刑の執行を受け終わつた者の自由をさらに拘束するのはゆきすぎであり、かえつて本人の更生意欲を害するおそれもある」という反対意見が強く表明された（第 9 回会議（1964年 4 月 9 日）[31]。

その後やや間を空けて仮釈放に関する議論が再び取り上げられ、満期釈放者に対する保護観察と必要的仮釈放制度のうち後者を軸に法案作成を進めるよう大きく舵が切られたのは、第32回会議（1965年 7 月10日）であった。先述の通り、準備草案は、仮釈放者に対する保護観察期間を残刑期間としつつ、それが 6 月に満たないときは 6 月とすることを構想した(第90条第 2 項)。そうした構想と平仄を合わせる形で、「改善困難あるいは危険性が大きいことのため刑期の満了まで拘禁するほかないような受刑者[32]」についても保護観察をつけるべきではないかが問題とされた。そこで、先行していた第三小委員会の保安処分の観点からの議論をも受けながら[33]、満期

きるだけ起訴せずに犯人の社会復帰に役立つ処遇を行うことが望ましいので、理想的にはこれを認める方向をとりたい、とする意見もみられた」、ともされている。

(31) 第二小委員会議事要録（一）24-25頁。

(32) 第二小委員会議事要録（二）144頁。

(33) 第三小委員会議事要録（二）116-122頁。ここでは、「何らかの形で満期釈放者をも保護観察に付し得ることを刑法典中に明記することが望ましいとする意見」が「主として保護関係の当局者から強く主張された」ことも明らかにされている（117頁）。

釈放者にも保護観察をつける方法と必要的仮釈放制度を採用する方途が示されることになった。その上で、「必要的仮釈放というような制度を採用すれば、もつと早期に行われるはずの裁量的仮釈放はほとんど行われなくなり、仮釈放が全く機械的な制度になつてしまう」といった反対論が唱えられつつも、必要的仮釈放の制度を採用する考え方を支持する意見が比較的多数であったとされている。[34]

第二小委員会における爾後の法案作成作業が必要的仮釈放制度の採否を軸として進められたのは、[35]こうした経緯があったためである。その後、満期釈放者に対する保護観察をめぐる議論が第二小委員会の場で再度話題にのぼったことがなかったわけではないものの（第100回会議（1968年７月５日））、多くの支持を得るには至らなかった。[36]

（３）必要的仮釈放に関する議論

必要的仮釈放制度を軸にした仮釈放のあり方を最初に法文の形で具体化したのが、第97回会議（1968年５月24日）で示された「仮釈放の要件に関する整理案（素案）」である。それは、次のようなものであった。

> 第88条（仮釈放の要件）①　懲役又は禁固に処せられた者は、改心の情が明らかであり、刑の執行を中止してその更生を期することを相当とするときは、無期刑については十年、有期刑についてはその三分の一を経過した後、行政官庁の処分によつてこれを仮に釈放することができる。
>
> ②　不定期刑の執行を受けているものについては、その短気を経過した後又は長期の三分の一を経過した後、前項の処分をすることができる。この場合においては、長期に至るまでの期間を残刑期間とする。

---

(34)　第二小委員会議事要録（二）144-145頁。

(35)　第二小委員会議事要録（二）144頁。その際、参照されたのはスウェーデン保護法とアメリカ模範刑法典であった。もっとも、第10回会議（1964年４月17日）では「比較的多数の意見は、善時制を採用することに対して消極のように見受けられ」た、とも指摘されている。『第二小委員会議事要録（一）』（1964年）28頁。無条件の必要的仮釈放と善時制に対する態度の違いは、すでにこの時期から存在していたといえる。

(36)　第100回会議の場でも、「すでに刑期の終了した者に対してまで保護観察という負担を課するのはゆきすぎであること、この種の保護観察は警察監視的なものとなるおそれがあること、保護観察の順守事項に違反しても再収容その他の措置が伴わないのでは、保護観察として十分な効果を期待できないことなどの疑問が出され」た。第二小委員会議事要録（五）（1968年）573頁。

〔参考案〕

〔甲案〕

③　［二年以上の］有期の懲役若しくは禁固の執行を受けている者が、その［三分の二］［六分の五］を経過したときは、仮に釈放しなければならない。不定期刑の執行を受けている者が、その長期の［三分の二］［六分の五］を経過したときも、同じである。

〔乙案〕

③　不定期刑の執行を受けている者が、その長期の［三分の二］［六分の五］を経過したときは、仮に釈放しなければならない。但し、釈放後さらに罪を犯すおそれが明らかな場合は、この限りでない。

整理案（素案）の一項と二項は準備草案と同じである。三項の参考案が、すべての有期刑を対象とするか(甲案)、不定期刑だけを対象とするか(乙案)の違いはあっても、いずれも必要的仮釈放制度の採用を前提としていたのは、先にみた通り、第32回会議において基本となる方向性が定まっていたからである。[37]

しかし、この整理案（素案）が示された席上で、議論の図式を変える出来事が起こる。「従前の審議では、釈放との関係で刑事施設内における行状を重視しすぎることに対する疑問から……消極的な意見が強かった[38]」はずの善時制と必要的仮釈放を結びつけた制度が、「行刑実務家の間でその採用を希望する意見が強い[39]」ことなどを理由として矯正局幹事から提案されたのであった。伏線は、第33回会議（1965年9月24日）にあった。善時制の提案は、第10回会議（1964年4月17日）でも話題にのぼっていたものであった。しかし、仮釈放制度未発達の時代に受刑者の更生意欲を刺戟するためにこの制度が考案されたこと、今日でも主として刑務所内における規律維持の観点からこの制度が活用されていること、この制度により短縮された刑期の間に保護観察を行いアフター・ケアの範囲を拡張している立法例もあること、反

(37)　第二小委員会議事要録（五）（1968年）551-552頁。
(38)　第二小委員会議事要録（五）552頁。
(39)　第二小委員会議事要録（五）552頁。

面、刑務官に対して受刑者を卑屈にさせ、真の改善とは必ずしも一致しない刑務所内の行状を重視しすぎているとの批判があることなどが、事務当局から紹介されており、これについて積極的に評価する意見も出されたものの、比較的多数の意見は、善時制採用に消極的であったとされた。[40] それにもかかわらず、第33回会議の場における議論では、「仮釈放のほかに善時制に基づく刑期終了前の釈放を認めるかどうかについては、すでに一応の検討が行われているが(……)、受刑中の規律維持という観点からこの制度の採用を希望する矯正実務家の意見が強い」[41]ことが紹介され、具体的な提案を待ってさらに検討することとされたのであった。これが矯正局幹事の手で再浮上させられたのが、第97回会議の場であったわけである。善時制を必要的仮釈放と組み合わせる案は、このようにして、いわば純粋な必要的仮釈放制度にも対抗するような形で、浮かび上がってきたのであった。

その上で、第99回会議（1968年６月21日）の席上で矯正局幹事から提出された「必要的仮釈放と善時制とを結びつけた……試案」は、次のようなものであった。[42]

［第一案］

第八九条の二（善行保持による執行刑期の短縮）①　有期の懲役又は禁固に処せられた者が、刑事施設において善行を保持していると認められるときは、他の法律に定めるところにより、執行すべき刑期の六分の一に相当する期間を超えない範囲において、その執行刑期を短縮する。

②　前項の規定による執行刑期の短縮を受けた者は、執行すべき刑期から短縮された刑期を除外した期間を経過したときは、仮にこれを釈放しなければならない。

③　第一項の規定による執行刑期の短縮は、仮釈放を許された者の残刑期間に影響を及ぼさない。

④　不定期刑の言渡を受けた者については、その長期を基準として本条の規定を適用する。

(40)　第二小委員会議事要録（一）30-31頁。
(41)　第二小委員会議事要録（三）（1966年）155頁。
(42)　第二小委員会議事要録（五）565-566頁。

第九一条③後段　仮釈放前に受けた執行刑期の短縮は、その効力を失う。

［第二案］

第八九条の二（刑の執行の仮免除）①　有期の懲役又は禁固に処せられた者が、刑事施設において善行を保持していると認められるときは、他の法律に定めるところに従い、行政官庁の処分によつて、執行すべき刑期一月につき五日の割合で刑の一部の執行を仮に免除することができる。

②　前項の規定により系の一部の執行を仮に免除された者は、執行すべき刑期から刑の執行を仮に免除された期間を控除した期間を経過したときは、仮にこれを釈放しなければならない。

③　第一項の規定による刑の一部の執行の仮免除は、仮釈放を許された者の残刑期間に影響を及ぼさない。

④　不定期刑の言渡を受けた者については、その長期を基準として本条の規定を適用する。

第九一条③後段　仮釈放前に受けた刑の執行の一部の仮免除の処分は、その効力を失う。

［第三案］

第八八条（仮釈放の要件）①　有期の懲役又は禁固に処せられた者が、刑事施設において善行を保持し、刑期の六分の五を経過したときは、仮に釈放しなければならない。不定期の執行を受けている者が、刑事施設において善行を保持し、その長期の六分の五を経過したときも、同じである。

この第一案から第三案は、趣旨をほとんど同じくしており、刑事施設において善行を保持する受刑者に限り刑期の 6 分の 5 が経過したときに仮釈放を行い、保護観察の順守事項違反がある場合には再び残刑期間について刑の執行をすることができるとするものであった。その上で、第一案は、善行が保持される場合には執行すべき刑期の短縮を認めるものであった。それにたいし、第二案は、「刑期の短縮」に代

え「刑の一部の執行の仮免除」を行おうとするものであった。第三案は、地方更生保護委員会が受刑者の行状を考慮して仮釈放をするかどうかを判断するという考え方に立つものであった。[43] この案が必要的仮釈放をあえて善時制と結びつけたのは、その対象を「刑事施設内で規律を順守し、善行を保持している受刑者」に絞るためであった。「必要的仮釈放の制度は……その刑事政策的な意義は大きく、これを認める立法例もないではないが（……）すべての受刑者について刑期の一定割合（……）を経過したときに必ず仮釈放をするということに対しては、国民感情その他の面からかなりの反対があることが予想される」[44] というのが、これを支えた理由である。

これにたいしては、賛成意見もあったものの、必要的仮釈放の対象者に対して十分な保護観察を実施することができるかどうか、刑期の六分の五が経過すれば原則として釈放されるということになれば、裁判所がそのことを考慮して現在よりも長期の刑を言い渡すことになるおそれはないか、施設における行状が悪くなかったというだけで仮釈放を認めることになれば、再犯のおそれが高い者をも釈放しなければならず、犯罪予防という目的と矛盾し、一般国民の正義感情にも反することにならないか、善時制の適用を受けようという理由で表面的に善行を保持しているだけの者にまで必要的仮釈放を認めるのはゆきすぎではないかなどの疑問も出されている。[45]

この矯正局幹事の試案提出をきっかけとして、必要的仮釈放をめぐり３つの動きが起こる。第１は、善時制と切り離したいわば純粋な形態をとる必要的仮釈放の主張の登場、第２は、満期釈放者に保護観察を付する制度を採用すべきとの主張の再浮上、そして第３は、「試案の趣旨そのものは是認する場合でも、これを試案にあるような制度として法制化すること、あるいは刑法にこれを規定することについては、実務の運用や保護法の改正で足りることを指摘する意見」[46] の登場である。

第２の主張については、既に述べた。一方で、「すでに刑期の終了した者に対してまで保護観察という負担を課するのはゆきすぎであること」や「この種の保護観察は警察監視的なものとなるおそれがあること」が、他方で、「保護観察の順守事項に

(43)　第二小委員会議事要録（五）568頁。
(44)　第二小委員会議事要録（五）567頁。
(45)　第二小委員会議事要録（五）568-569頁。
(46)　第二小委員会議事要録（五）571頁。

違反しても再収容その他の措置が伴わないのでは、保護観察として十分な効果を期待できないこと[47]」などの疑問が、再び出されている。

第１の主張の骨子は、「試案のような制度の下では、刑事施設における行状が悪いため善時制の適用を受けないものを満期釈放することになるが、それでは必要的仮釈放を採用しようとする趣旨からみて不徹底であるだけでなく、この種の受刑者についてこそアーフタ(ママ)・ケアがとくに必要である[48]」という考えであった。いわば純粋な形態での必要的仮釈放は、規律秩序維持を強調する形で主張された善時制を牽制する形で、ここで再登場したことになる[49]。

第３の点は、次のように敷衍された[50]。

「現行法の下でも、仮釈放の要件はかなり抽象的に規定されているので、地方更生保護委員会で大部分の受刑者に対しては仮釈放を許すという方針さえとれば、実質的には必要的仮釈放を採用するのとほぼ同じ結果が達成されるし、仮釈放の許否については刑務所長の申請が前提となるのが普通であり、行状のよい受刑者については仮釈放の申請をするという一般的な方針をとり、地方更生保護委員会がこれに応じて仮釈放を許すことにすれば、試案にあらわれているような政策を実施することが可能であり、せいぜいのところこのような観点から行刑・保護関係法令に若干の修正を加えれば足りるのであって、今日までのところまだ実刑さえしていないような新しい制度を刑法に規定するのは適当でもないし危険でさえある」。

「また、最近における強制処遇の方向としては、開放処遇、外部通勤、ハーフウエイ・ハウスなど、自由拘束の程度をかなり緩和した方法を採用してゆくことが認められているので、この点をもう一歩進め、施設処遇そのものの一段階として実質的には仮釈放になったのとほとんど変わらないような処遇段階を認めれば、問題の多い必要的仮釈放の制度を採用しなくても済むのではないか」。

---

(47)　第二小委員会議事要録（五）573頁。
(48)　第二小委員会議事要録（五）572-573頁。
(49)　特別部会の場において、平場安治は、自らが純粋な必要的仮釈放制度であった「別案」の提案者であることに言及している。特別部会議事速記録73頁［平場安治発言］。
(50)　第二小委員会議事要録（五）571-572頁。

こうした実務運用で対象可能とする主張は、必要的仮釈放の要否につき議論を行った第101回会議（1968年７月19日）において、時期尚早論へと歩を進めている。[51]

「刑事施設における矯正処遇から自由な社会生活への移行を円滑にするという趣旨は、必要的仮釈放という問題の多い制度によらないで実現することが可能であり、とくに監獄法の改正等により、開放処遇、外部通勤、帰休制などの新しい処遇方法を発展させることが先決問題であって、これらの制度について十分な経験を積んだ上で必要的仮釈放の採否を検討しても遅すぎるわけではないし、施設内処遇の一環として保護観察に近いような処遇方法を考えることも不可能ではない」。

「現行の仮釈放は、刑期のわずか三分の一が経過すれば可能であり、わざわざ必要的仮釈放という新しい制度を導入しなくても、更生保護委員会で現在よりはるかに積極的に仮釈放をするという方針をとりさえすれば、大部分の受刑者に対してアーフタ・ケアとしての保護観察を実施するという目的が達せられうるのであって、この面での実験も十分でないままに必要的仮釈放を採用するのは、一種の冒険でもある」。

「かりに必要的仮釈放の制度を採用するとしても、将来における改正の困難な刑法典に直ちにこれをとりいれるよりは、まず特別法で試験的に実施してみたうえ、その成果いかんによって刑法典に規定するかどうかを検討すれば足りる」。

ここでは、確かに、必要的仮釈放制度に対する原理的な批判もなされている。例えば、一定の期間が来れば機械的に釈放するというのでは、仮釈放という制度の本質に反する、受刑者のうちには釈放されれば直ちに再犯を犯すおそれが大きく、保護観察という拘束の少ない処遇に適しないものも少なくないので、これらの者については、刑期が満了するまで刑事施設に拘置することによって社会を保護する必要が大きい、危険な犯罪者をいったん釈放すれば、逃亡その他で所在不明となることが多く、仮釈放の取消しを効果的に実施することはほとんど不可能である、必要的

(51)　第二小委員会議事要録（五）575-576頁。

仮釈放の制度が採用されれば、仮釈放となる分だけ裁判所が自由刑の刑期を重く量的することになるおそれもある、といった批判である。これにたいしては、必要的仮釈放制度を支持する立場から、反論もなされた。例えば、満期まで刑の執行を受ける受刑者の多くは保護環境が良好でないという理由で仮釈放を許されていないが、これらの者についてこそアフター・ケアとしての保護観察が特に必要である、刑期が満了すれば釈放するほかなく、短い残刑期間を刑事施設内で過ごさせても矯正の効果を期待することは難しい、といったものである。また、仮釈放後に再犯があった場合には地方更生保護委員会が批判されることになるため、法改正なしに行政官庁の判断だけで仮釈放の運用を根本的に改め、積極的に仮釈放をしていくことは難しいことや、必要的仮釈放を刑法以外の特別法で立法化することを考えられないではないものの、刑法の規定を修正するような立法を特別法に委ねるのは適当でないことも指摘された。しかし、こうしたやりとりの中でも、徐々に有力になっていったのは、時期尚早論であったといえる。

こうした議論図式の中で、何らかの形で必要的仮釈放の制度を採用することの当否について暫定的に採決を行なったところ、賛成意見と反対意見とがそれぞれ相当数に達したとされる。そのため、賛成意見による具体案の内容を確定した上で、最終的な採決を行うこととされた。[52]

それを受け、第102回会議（1968年９月６日）において、必要的仮釈放を採用することにした場合の内容について、従来の審議経過を考慮した３つの試案が事務当局幹事から提出された。それは次のようなものであった。[53]

［第一案］

第88条③　有期の懲役又は禁固に処せられた者が、執行すべき刑期の六分の五を経過し、［かつ、一年以上の刑執行を受け］たときは、仮にこれを釈放しなければならない。不定期刑の執行を受けている者が、その長期の六分の五を経過したときも、同じである。

(52) 第二小委員会議事要録（五）576頁。
(53) 第二小委員会議事要録（五）586頁。

［第二案］

第88条③　有期の懲役又は禁固に処せられた者が、刑事施設において善行を保持し、執行すべき刑期の六分の五を経過したときは、他の法律に定めるところにより、仮にこれを釈放しなければならない。不定期刑の執行を受けている者が、刑事施設において善行を保持し、その長期の六分の五を経過したときも、同じである。

［第三案］

第88条③　不定期刑の執行を受けている者が、その長期の六分の五を経過したときは、仮にこれを釈放しなければならない。但し、釈放後更に犯罪を犯すおそれのあることが明らかな場合は、この限りではない。

第一案は、無条件に必要的仮釈放を認めるものであり、整理案（素案）第88条第３項、参考案甲案と同内容である。第二案は、善時制と必要的仮釈放を結びつける案であり、第99回会議の場で提出された矯正局幹事案の第三案に若干の修正を加えたものであった。そして、第三案は、不定期刑の言渡しを受けた者についてだけ必要的仮釈放を認めようとするものであり、整理案（素案）第88条第３項参考案乙案と同じものであった。

この案を踏まえて、第102回会議および第103回会議（1968年９月27日）で審議が行われ、第103回会議の席上で必要的仮釈放の要否について採決を行なったところ、その必要はないとする意見がやや多数であったものの、その必要を認める意見も相当数に達したため、不要とする案をＡ案、必要とする案をＢ案とすることが決まった。また、Ｂ案の内容についてさらに議論が行われ、その内容についてはさらに検討することを留保しつつも、善時制と結びつける第二案を参考案Ｂ案として残すことが決まった。また、第三案を別案として残すか否かは、留保されることになった。[54]

これを受け、第104回会議（1968年10月４日）において参考案Ｂ案の基礎となる第二案２月事務当局幹事から、別案の基礎となる第三案についてその支持者から、各々

(54)　第二小委員会議事要録（五）592頁、594頁。

修正案の提示があった。それは、各々、次のようなものであった。[55]

旧第二案修正案

第88条③　有期の懲役又は禁固に処せられた者が、刑事施設において善行を保持し、執行すべき刑期の六分の五［又は一年のうちいずれか長い期間］を経過したときは、他の法律に定めるところにより、仮にこれを釈放しなければならない。不定期刑の執行を受けている者が、刑事施設において善行を保持し、その長期の六分の五を経過したときも、同じである。

旧第三案修正案

第88条③　二年以上の有期の懲役又は禁固に処せられた者が、執行すべき刑期の六分の五を経過したとき、又は不定期刑の執行を受けている者が、長期の六分の五を経過したときは、仮にこれを釈放しなければならない。但し、釈放後更に［重大な罪］［人身に対する罪］［罪］を犯すおそれのあることが明らかな場合は、この限りでない。

旧第二案の修正案は、［　］内の「又は一年のうちいずれか長い期間」という部分を付け加えるものであった。ここには、執行すべき刑期が1年を越える比較的長期の刑に限って必要的仮釈放を認めようという狙いがあった。その背後には、善時制の適用対象をあまり拡げすぎることで仮釈放による保護観察の対象者数が激増することへの危惧や、1年以下程度の短期の刑の受刑者については釈放後の保護観察をあまり必要としない場合があること、ごくわずかな刑期を残して6月の保護観察（草案90条2項但書）を行うのが却って本人の負担になる場合もあることなどの考慮があった。[56]

旧第三案の修正案は、不定期刑に限定して必要的仮釈放を認めようとしていた旧第三案のあり方を改め、比較的長期の定期刑についてもこれを認めようとするものであった。その理由は、必要的仮釈放の適用の有無という点で定期刑と不定期刑を

(55)　第二小委員会議事要録（五）595頁、597頁。
(56)　第二小委員会議事要録（五）596頁。

区別することの理論的な説明は難しいことにあった。[57] 結果として、この案は、旧第一案に謳われていた要素を盛り込むことになった。

第105回会議（1968年10月25日）では、これらの案を採用した場合に保護観察対象者などがどれくらい増加するのかという見通しが保護局幹事から述べられ、それを踏まえる形て、仮釈放の要件に関する参考案が最終的に決定された。すなわち、準備草案第90条第２項但書のように保護観察の最低期間を６月あるいは１年としたした場合、保護観察対象者数がそれぞれ5.1％あるいは13％増加すると推計されたため、Ｂ案の基礎となる試案についても、［　］内にあるように刑期を限定し保護観察の対象者数を限定する必要があることが指摘された。もっとも、法文上の体裁の問題と、実際上の適用範囲の重なりを考え、１年以上の執行済み刑期によってではなく、二年以上の宣告刑期によって限定をかけることとされた。[58]

別案の基礎となる案については、但書の要否が議論されている。保安処分についてであればともかく刑の執行に関連して再犯のおそれという予測困難な基準を用いるのは適当でないことや、厳格に解すれば適用事例がなくなることなど、こうした但書を設けることに対し批判がなされたものの、最終的には、但書を残すことが決定された。[59]

こうして参考案（第一次案）の仮釈放の要件に関する規定ができあがったのである。

4　特別部会および小委員会の議論の意義

（１）特別部会および小委員会の議論の立法過程における意義

以上に、ごく限られた範囲で、特別部会および第二小委員会、そして部分的には第三小委員会における仮釈放をめぐる議論をみた。立法過程の中でみた場合、そこでの議論には、次のような意義が認められる。

第１に、前提となる保護観察の対象をめぐる議論が示唆する事柄である。第二小

(57)　第二小委員会議事要録（五）597頁。
(58)　第二小委員会議事要録（五）603頁。
(59)　第二小委員会議事要録（五）604頁。

委員会と第三小委員会においては、最初期の段階において、保護観察の本質論と関連して、起訴猶予者に対する保護観察の是非が取り上げられた。しかし、この議論は、起訴猶予者に対して国家が負担をかけることに対する自由権保障の観点からの強い疑義に直面し、ごく短期間中に終結している。この措置が第三小委員会でも取り上げられたことは、こうした措置の本質が保安処分とも共通しうることを示唆してもいる。現在、刑事政策上の関心を呼んでいる条件付起訴猶予を論じるにあたっては、かつての起訴猶予者に対する保護観察の構想と本質においてどれだけ異なっているのか、精査が不可欠となるであろう。その「条件」の本質的性格が明らかにされる必要がある。

第 2 に、満期釈放者に対する保護観察と必要的仮釈放ないしは善時制との関係である。第二小委員会の議論では、満期釈放者に対し保護観察を付する方途がとられない方向性が早い段階において定まっている。それは、自由権保障の観点からの疑義と、保護観察を独立の処分とすることへの疑念からであった。このことは、刑事施設からの出所者に対するアフター・ケアの必要性が認められるとしても、国家がこれを行おうとする場合には、その性格づけの明確化と自由権保障の具体化が不可欠であることを示している。

同様の事柄は、準備草案から参考案（第一次案）に至るまで存在した、6 月または 1 年を限度に残刑期間を超える保護観察期間を例外的に認める構想についても妥当する。改正刑法草案も、保護観察の必要性と保護観察期間が残刑期間を超えることへの警戒の間で均衡点を探る態度をとっていたといえる。6 月という限界設定は、残刑期間を超える場合であっても、なお謙抑性を担保しうる形式が法的に必要であることを示していた。この例外を認めなかった特別部会の態度は、その均衡点を自由権保障の側に寄せるものであった。このことは、仮に保護観察による処遇効果が当時と比較して上がっていたとしても、自由権保障を担保する形式を別途併せて講じることが不可欠であることを示している。仮に保護観察を全面的に本人の利益処分であると理解するとしても、国家による過度の介入を防ぐための防壁は、形式の上でも明確でなければならない。

第 3 に、必要的仮釈放制度と善時制との関係である。満期釈放者を保護観察の対象とする案が第二小委員会において早い段階で姿を消したのに対し、必要的仮釈放

をめぐる議論は、その中心的な位置を占めていたといえる。もっとも、その形態には変化と変遷があった。不定期刑の採用が同時に構想されていたため、これに必要的仮釈放制度を組み合わせる構想は一貫して存在していた一方、定期刑の場合に純粋な形態とするか善時制と組み合わせるかで意見の対立がみられた。善時制と組み合わせる案は、矯正実務家からの強い要望を受けて提案されたものであった。それにたいし、無条件の必要的仮釈放は、最終的には不定期刑に対するものの修正という形態で再浮上したものの、当初から第二小委員会の議論の俎上にのせられていたものであった。前者が、施設内での規律秩序を重視したのに対し、後者は、「必要的仮釈放としては純粋な考え方に立」[60]つものであった。第二小委員会の議論において、両者は、相互に牽制し合うような形で対峙していたといえる。日本における実際の刑事立法過程において、善時制が刑事施設の規律秩序維持を強調して登場し、純粋な形態の必要的仮釈放制度がそれをも批判するような形で主張されたことは、自覚的に確認をしておく必要がある。

（２）刑事政策学上の示唆

(a)　仮釈放の本質的な性格

それでは、一連の議論は、刑事政策学上、どのようなことを示唆するであろうか。仮釈放の本質的性格をめぐる学説自体が、刑法改正論議を通して整理されてきたともいえるが[61]、特別部会および小委員会における議論の学理上の位置づけをみておく。

現在、仮釈放の本質的性格については、①恩恵説、②刑の執行の一形態説、③刑の一形態説、④アフター・ケア説、⑤拘禁の緩和説があるとされる[62]。①恩恵説は、仮釈放を、刑務所内での行状に対する恩典と理解し、仮釈放を施設内での善行に対する褒賞ないしは恩恵としてとらえ、施設内で行状のよいものを対象として裁量によって刑期満了前に条件付きで釈放することと理解する。この考えは、刑事施設内

(60)　特別部会議事速記録73頁［平場安治発言］。
(61)　特に森下忠「仮釈放」「保護観察」平場安治＝平野龍一『刑法改正の研究１　概論・総則』（東京大学出版会、1972年）306頁、318頁、前野育三「仮釈放」「保護観察」『改正刑法草案の総合的検討』（法律時報臨時増刊、日本評論社、1975年）94頁、98頁。
(62)　特に、前野育三『刑事政策論［改訂版］』（法律文化社、1994年）229-230頁、石原明ほか『現代刑事政策』（青林書院、2000年）242-243頁［土井政和］。土井政和「仮釈放と適正手続」犯罪と非行108号（1996年）78-79頁も参照。

の秩序を維持する一手段としての機能を仮釈放にも担わせる。②刑の執行の一形態説は、行刑が閉鎖的空間で行われるがゆえに種々の弊害を伴っていることに着目して、処遇の観点から、社会復帰をうながす制度として仮釈放を理解する。[63] この考えの軸足は、可能な限り早期に受刑者を釈放することにあるといえる。③刑の一形態説は、保護観察を通して社会に適応できない場合に再収容することに力点を置いて制度をとらえる。この考えを徹底すれば、仮釈放と刑の執行猶予とを同質のものとして把握し、満期釈放を「仮」のものとしてとらえることになる。換言すれば、刑の一部執行の後に残刑部分の執行を猶予する制度として仮釈放をとらえ、[64] 刑の一部執行の後に残刑部分の執行を猶予する刑の消滅の一形態として仮釈放を理解する。その基本的な視座は、社会防衛に据えられている。④アフター・ケア説は、これらの考え方を総合的に発展させたものとされ、善良であるか危険であるかを問わず、すべての受刑者に適用されなければならない刑の執行の一段階として、仮釈放と保護観察をとらえるものとされる。この考えは、刑事施設内における生活と一般社会での生活との間にはギャップがあるため、すべての受刑者に保護観察による社会適応性のための指導と援助を与える必要があるとの認識に立つ。仮釈放と保護観察をアフター・ケアのための手段としてとらえるのが、この立場である。⑤拘禁の緩和説は、仮釈放を端的に拘禁の緩和としてとらえる。この考えは、一方で、「再犯の危険性」を仮釈放要件に据えることへの懐疑を土台として、受刑者の主体的努力を釈放時期の決定に連動させ、他方で、更生保護の理想を「刑事制度に取り込まれることによって援助を受けて更生・社会復帰する必要のあるものになってしまった者に対する配慮」に求める。[65]

準備草案自体が、「刑の執行の中止」概念を採用したことの理由として、すでに、①恩恵説から脱却することを強調し、「法的にはともかくも、事実上は刑事施設外における刑の一態様としてみようとする立場をもとり入れ」た、と説明していたのであった。特別部会と第二小委員会も同様の志向を持っていたといえる。もっとも、

(63)　現行制度を刑の執行の一形態として説明するものとして、大谷實『刑事政策講義［新版］』（成文堂、2009年）275頁を参照。
(64)　森下・前掲論文（1972年）321頁、森下忠『刑事政策大綱［新版］』（成文堂、1993年）286頁。
(65)　吉岡一男『刑事制度論の展開』（成文堂、1997年）254-255頁［初出：1990年］。この考えは、刑法改正論議後に発展してきたものである。

参考案（第一事案）は、満期釈放者に対する保護観察を採用する方向性を放棄しつつも、準備草案と同様に、６月または１年を限度として残刑期間を超える保護観察を例外的に認めていたのであった。ここには、部分的に、③刑の一形態説の発想も窺われる。特別部会は、この例外を否定した点で、②刑の執行の一形態説、④アフター・ケア説、⑤拘禁の緩和説と親和する立場をとったといえる。

その上でさらに考える必要があるのは、善時制をめぐる議論に表れている刑事施設在所者の権利保障と刑事施設の規律秩序維持との関係である。仮釈放の本質的性格を論じることの意義の１つは、それが刑事施設在所者の権利であるか否かを吟味する点にある。仮釈放を権利論の上で語ることと整合しやすいのは、②刑の執行の一形態説、④アフター・ケア説、⑤拘禁の緩和説である。しかし、これらの考え方に立ったからといって、仮釈放を刑事施設在所者の権利としてのみとらえることにはならず、そのことだけで刑事施設の規律秩序維持の要求から自由になれるわけでもない。第二小委員会における善時制採用論に表れているように、刑事施設の規律秩序維持の要求は、善時制の本質的要素である受刑者の主体的な努力や自発性にすら、付き纏っている。そこでの善時制の主張では、刑事施設在所者の権利は後景に退き、むしろ刑事施設の規律秩序維持の要求こそが前景に出てきてすらいたのであった。刑事施設在所者の主体的努力や自発性にすら規律秩序維持の要求が付き纏うとすればどうすべきかが、重大な理論的課題となる。

(b)　時期尚早論の刑事政策学上の示唆

最後に確認する必要があるのは、特別部会および第二小委員会における必要的仮釈放制度採用に対する時期尚早論が今日の刑事政策をみる場合にもつ示唆である。特別部会の議論から約50年を経た現在、時期尚早論の根拠とされた事柄が果たして実現しえているかが問題である。

まず、仮釈放の積極化の問題である。刑法改正論議後の1960年後半以降、仮釈放率の低下を契機として、「仮釈放の積極化」が実務運用において試みられたことがあった。[(66)] しかし、その効果は限定されており、[(67)] 仮釈放に関する刑事施設長の申出や

(66)　特に1960年後半以降、早期から継続的に仮釈放のための調査を行う仮釈放準備調査（1966年）や、保護観察による調査の充実を図るため刑事施設に保護観察官を常駐させる施設駐在が制度化され

地方委員会の審理は、かつてと同様に、今日でもなお概して消極的であることが窺われる。[68]

次に、新しい処遇方法の発展の問題である。確かに、監獄法を改正して成立した「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」では、外部通勤作業（96条）や外出・外泊（106条）の制度が採用されている。しかし、この法律の施行後から2014年５月末までの実績で、外出はわずか121件、外泊は15件にとどまっている。[69]その効果はやはり限定されている。

関連して、監獄法改正を俎上に載せた法制審議会の場で、第三者委員会的な機関を設置してこれに対する受刑者自身の仮釈放申請権を認めるという提案と関連して、「刑事施設運営協議会」なるものの設置が話題にのぼっていたことも、今日想起するに値する。これは、「開かれた矯正」を実践するために「行刑陪審的な役割」を期待されたものであり、「当然その中で仮釈放の運用そのものも問題となるであろうことは疑いない」[70]ものと評されていたものであった。刑事施設視察委員会が、この制度構想を土台としていることは想像にかたくない。しかし、それは、「行刑陪審」といえるまでの組織をもつものでも役割を担うものでも、そしてまた仮釈放の運用に実質的に踏み込む権限を与えられているものでもない。こうした状況に鑑みれば、いわゆる行刑の社会化の文脈でも、出口である仮釈放が果たすべき役割は大きくならざるをえない。

5　むすびにかえて

立法論としての仮釈放制度は、法制審議会の監獄法改正部会や被収容者人員適正

た（1981年）。また、仮釈放率が50％を割ることへの危惧を背景として「仮出獄の適正かつ積極的な運用について」の通達が発され、いわゆる仮釈放の積極化が推進された（1983年11月）。

(67)　仮釈放の積極化施策の同時代的な分析については、瀬川晃『犯罪者の社会内処遇』（成文堂、1999年）205頁以下を特に参照。

(68)　井手幹曨「仮釈放審理の問題と対策」犯罪と非行43号（1980年）68-69頁、西岡正之「仮釈放の適正化と積極化について」犯罪と非行78号（1988年）28頁、西中間貢「仮釈放制度の運用の現状と課題」矯正講座27号（2006年）32頁。景山隆吉「仮釈放を中心とした矯正の現状と問題点」犯罪と非行71号（1987年）48頁、柴田力「仮釈放及び保護調整の現状と課題」刑政104巻６号（1993年）27-28頁も参照。

(69)　法務省法務総合研究所編『犯罪白書 平成28年版』（日経印刷、2016年）56頁。

(70)　古川健次郎「仮釈放と監獄法改正」犯罪と非行43号（1980年）16頁。大芝靖郎「監獄法改正の審議状況（４）」法律のひろば30巻８号（1977年）67頁、同「監獄法改正の審議状況（18）」法律のひろば32巻９号（1979年）68頁。

化方策に関する部会でも話題にのぼっている。その意味で、本稿の検討は、仮釈放制度をめぐる実際の立法論議の限られた部分を切り取って分析を行ったにすぎない。[71]

本稿の検討結果として確認しておきたいのは、大きくは、３つの事項である。

第１に、小委員会も含めた特別部会の議論において満期者を保護観察の対象に含める方向性は、早い段階に挫折をみた。この考えは、その後も、形を変えながら所々で断片的に再浮上したものの、これに対しては、その度に、自由権保障の観点から強い批判がなされた。それは、参考案（第一次案）にまで存在した６月または１年の間残刑期間を超えて保護観察を例外的に認める規定の削除を、特別部会の場において求めるほどのものであった。この間、仮に保護観察の処遇効果が人間の行動予測を可能とするほどに上がっているとしても、刑期を超えた義務の賦課については、それが自由権保障を損なうことがないのか、憲法規範との関係も含めて精査が必要であることを、このことは示している。起訴猶予者に対する義務づけについても、全く同様のことが妥当する。

第２に、特別部会と第二小委員会における検討の軸となった必要的仮釈放の導入論の前に大きく立ちはだかったのは、原理的な批判もさることながら、運用により同様の対処が可能であるという議論、あるいはそれを土台とする時期尚早論であったということである。今日の視点からみてみれば、当時法運用や施設法、更生保護法といった刑法以外の特別法の制定により対応可能と考えられた事項は、刑事施設在所者の社会復帰のために十分な役割を果たしえていない。刑法上の仮釈放制度のあり方は、刑事政策の全体を視野に入れて検討される必要がある。

第３に、必要的仮釈放と善時制との関係である。両者は、確かに、恩恵的発想から脱しうる点で共通してはいる。善時制の核心的な意義の１つが、仮釈放の早期化を刑事施設在所者の自発的な振る舞いにかからせている点、その意味での自律性の付与にあることは間違いがない。しかし、少なくとも、特別部会と第二小委員会の議論において、善時制導入の意義として光があてられたのは、施設内における規律秩序維持の側面であった。そうであるがゆえに、これを牽制するような形で、善時

(71)　もっとも、特別部会の議論は、その後の法制審議会の議論にも影響を与えていることが窺われる。その意味でも、特別部会における議論を分析する意味は小さくない。

制と組み合わせない必要的仮釈放制度導入案が主張されたのであった。このことは、施設の規律秩序維持の要求は、「善行保持」を媒介として、善時制の核心部分である自発性にすら付き纏うものであることを示唆している。

手続保障の問題を考える場合でも、仮釈放のあり方は、刑事施設在所者の権利を基盤として検討される必要がある。[72] 仮釈放の積極化も、その結果として、最もよく成し遂げられるものであろう。[73] 問題は、その基盤となる権利とは何か、である。過度の国家的介入からの防禦を内容とする自由権だけでなく社会に復帰する権利もが、その本質的な構成要素になると理解すべきであろう。

「受刑者」として無権利状態に置かれた刑事施設在所者の現実を直視し、自由刑純化論の立場をとりつつ社会復帰のための措置を求める権利を刑事施設在所者に認める理論の構築を試みたのは、土井政和であった。移動の自由を奪うことに尽きるはずの自由刑が実際にはそれ以外にも各種の弊害をもたらしているとの認識を前提として、自由刑純化の要請から国家にはその弊害を除去する義務が生じること、その裏返しとして刑事施設在所者は社会復帰のための措置を国家に求める権利をもつことが、その理論の骨幹であった。[74] この理論構成は、確かに、国家の弊害除去義務を、刑事施設在所者が社会復帰のための措置を国家に求める権利に転化させる点で、一見アクロバティックな面をもつ。[75] しかし、この理論は、その実、ただでさえ他律的な刑事施設の環境において刑事施設在所者の自発性を重んじつつ、なおかつその自発性にすら付き纏う施設の規律秩序維持の要求を可能な限り遠ざけながら、特別部会や小委員会が描いたものとは異なるありようで、善時制の核心をなお保つ制度と必要的仮釈放制度を組み合わせる新たな仮釈放制度のあり方を描く道を拓きうる。弊害を回避するために拘禁期間を一般的・絶対的に短縮する役割を担う仮釈放の制

---

(72)　土井・前掲論文（1996）80頁は、「仮釈放を求める権利にとって重要なのは、善時制あるいは必要的仮釈放制度の採否である」ことを指摘する。

(73)　森本益之『行刑の現代的展開』（成文堂、1985年）286頁［初出：1984年］。

(74)　特に、土井政和「社会的援助としての行刑（序説）」法政研究51巻１号（1984年）91-92頁を参照。

(75)　吉岡一男『刑事制度論の展開』（成文堂、1997年）243頁［初出：1990年］は、「このような特殊な権利・義務を構想する前に、その前提とされている自由刑刑罰内容の確定が試みられねばならない」ことを指摘する。しかし、土井の議論も、実は、「弊害を生むような豊富な自由刑刑罰内容と不自然な刑務所生活そのものの克服」を目指す点では吉岡と一致をみていたといえる。両者の見解の分水嶺は、理念として自由刑の刑罰内容が移動の自由の制限に尽きることを認めるとして、その上でなお、現実に弊害が生じうるとみるか否かにあったというべきであろう。吉岡の言葉を借りる形で換言すれば、「国家の直接的関与範囲に入った者への、よりインセンシヴな、援助を持ち出す」（247頁）として、どのような権利をその土台に据えるのかが問題である。

度（必要的仮釈放）と、個別的な被収容者の生活再建と関連づけ施設在所者自身の申請権にかからせる仮釈放の制度（任意的仮釈放）を並存させるというのが、その構想である。両者は相互に補完する関係にある。前者に後者を組み合わせることで、すでに生活再建がなされているにもかかわらず拘禁が継続され弊害が最小限度のものにとどまらなくなる事態も避けることができるようになる。

刑事施設内の規律秩序維持の要請は、善時制の基本的な構成部分である自発性にすら付き纏う。自由刑の純化を妨げさえするこの要求を免れるためには、生活の再建を基点として、国家の義務と刑事施設在所者の権利とを同時に視野に入れて理論を構築する必要がある。