

刑法二八条について

中島 広樹

1 序

2 原胤昭と宮城長五郎との対話（大正二年）

を手掛かりに

3 旧刑法時代

4 現行刑法

5 結語

1 序

懲役・禁錮に処せられた者の仮釈放（拘留・労役場留置された者に対する仮釈放は「仮出場」として刑法三〇条に規定されている）を規定する刑法二八条（平成一七年改正前は「仮出獄」と標題されていた）は、「懲役または禁錮に処せられた者に改悛の状があるときは、有期刑についてはその刑期の三分の一を、無期刑については十年を経過した後、行政官庁の処分によって仮に釈放することができる。」と規定しているが、仮釈放の規定は、ボワソナード

（Gustave Emile Boissonade de Fontarabic, 1825-1910）の起草した旧刑法第五三条にも規定されていた。^①すなわち、

旧刑法五三条一項は「重罪軽罪ノ刑ニ処セラレタ者獄則ヲ遵守シ悛改ノ状アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ経過スルノ後行
政ノ処分ヲ以テ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得」と定めていた。^②

理論的にはこの場合、例えば殺人の行為者は、人の生命という法益を侵害した行為に対してすでに行為責任が発生
しており、その行為責任に基礎づけられた、例えば一〇年の懲役刑が科せられているのだから、裁判所による刑の宣
告後、すでに発生している行為責任に対応する刑罰量が減少するというのは、不可解なはずである。しかし、行為責
任は、刑罰を基礎づけるわけではなく、刑罰を社会防衛的観点からの刑法の重罰化をさえぎるべく限定的に機能する
だけであり、成立した刑罰を改悛の状という行刑効果としての改善による受刑者の社会的な危険性の減少という特別
予防の観点から、行刑政策的方向から刑を軽くするという論理は可能であろう。^③確かに実務の現状において、「改悛
の状あるとき」とは、受刑者が前の犯罪について悔悟した結果、再犯の虞がないとみられる状態に至ったことなどを
指す、とされているが、本稿では、仮であれ、満期であれ、出獄者に「改悛の状ないし悛改の状」という要件が求め
られる根拠等の問題を探りたいと思う。^④^⑤

2 原胤昭と宮城長五郎との対話（大正十一年）を手掛かりに

原胤昭（一八五三—一九四二）は、わが国の「更生保護の父」とよばれる人物であり、日本の刑事政策の歴史をふ
りかえるとき、見過ごすことのできない人物である。^⑥また、宮城長五郎（一八七八—一九四二）は、日本の検察官・
政治家であり、「日本の更生保護の先達」と称えられる人物であるが、大正十一年に、宮城長五郎が司法省保護課長
に任じられ、保護事業を担当することになったとき、更生保護事業の民間の篤志家的実践家として知られた原は、司

法省を訪れ、宮城に向かつて「私は、東京保護会という出獄人（原胤昭の保護した出獄者というのは、79頁で記述するとおり、当時の仮釈放者の少なさからして、ほとんどが満期釈放者のことであつたと推測される）のための保護会をやつておる者ですが、これまでの司法省は、出獄人でありさえすれば、だれかれの区別なく保護しなければならぬという方針をとつておりました。それだから、私はこれまで司法省にあまり出向きませんでした。今日は久しぶりで司法省の門をくぐつたのでございます。」と語り、さらに、「宮城様が一切をひとまとめにして保護事業をおやりになるといふことを新聞記事で知りまして、刑余者の身を案じる余り、司法省が保護事業につきどのようなお考えをもつておられるのかを知りたいがためにお訪ねした次第でございます」と初対面の挨拶をした。これに対して宮城は「わたくしは、初めて保護事業に手を染めるので、保護事業の本質は慈善活動的社會事業ではなく、刑事政策的社會事業だから、刑事政策に基づいて事業が実行されなければならないと云ふことだけは知つていますが、實際どんな具合にやつて行くのであるかということになると、一向判らないものですから、遠慮なくそれらの點をお話していただきおしえてもらいたいです。」と応じて、二人の希代の保護事業者が劇的な対面を果たしたとき、両者の間に交された対話の内容から、「改悛の状」の内容を知るきっかけが得られそうである。

原は、自分の保護活動は、司法省の望むところとは違つていと断つたうえ、宮城の求めに応じて原流の更生保護方法を説明した。以下にそのときの原の語つた内容を宮城の論稿から抜き書きして示そう。

「原「私が實行している保護事業は、司法省の方針とは違つていますので参考にはなりませんまいが。」
宮城「どう云ふところが違つてゐるのですか。」

原「司法省では官制に『出獄人保護事業』と規定してあるその文字通り、出獄人でありさえすれば、誰彼の區別なく保護しなければならぬと云ふてゐるのですが、私は殊更出獄人に區別を立て保護の仕甲斐のある者は、こ

れを保護し、保護するの甲斐のない者は、保護しないことにして来たのであります」
宮城「その保護の仕甲斐と云うのは。」

原「私が暫くここ（保護会）に居れ、そのうちよい方針を建ててやるからと（出獄人に）申せば、何の文句もなく、私の處で起臥し、國本へ詫びをしてやるからそれが叶ったら、帰って手助けをせよと申せば、その通り実行し、金を持って出歩いては為にならぬから預けて置け、必要なときには渡してやるから、と申せば、作業賞與金全部を預けるといふやうに、つまり今日までの私の生活體驗から割出して、これが最も適切な方法だと信じた私の言葉に従つて来る者は、保護の仕甲斐があると申してよからうかと存じます。ところが、中には随分、私を手古趨摺らせる者もあります。私がこゝに居れと申せば、早く仕事に有付きたいもので、それ（仕事が決まるまでの期間）も永いことはなからうから、その間（保護会ではなく）木賃（安宿）に居ります。そう永いことはないのだから、ここに居てもよいではないかと私が諭すと、（保護会には）他にも世話になつて居る者がゐるやうでござ迷惑だらうからとか何とか申して、私の膝下を離れて、自由な境涯に居ろうとする者、國元へ詫びをしてやるなど、私が申すと、親兄弟が金を出して被害を辯償して呉れば、自分はこんな身體にならなかつたのだ。親兄弟がけん坊なため、こんなことになつたのだ。詫はさきから云ふて来るがよい。それでは、詫を云ふことはやめて、唯話をつけることにしやう。立派な親兄弟のやうだから、話せばわかることに違ひはないと私が諭しても捨て置いて下さい、こゝで辛抱するから、と既にやけ気味になつてゐる者、こう云ふやうな者は折角世話しても永続きはしませぬ。逃げ出すか、檢舉せらるるか落であります。これに反して、私の云ふなり放題になつてゐる者は、勿論再犯などはしません。月日の經つと共に益々立派になつて、世の中に活動してゐます。こういうやうなのは實際、保護しても樂みで、世のため、本人のため、保護の仕甲斐があると云はれるのあります。…近

頃私は司法省には出入りをしない。従つて監獄との縁は切れてゐますから、その方面から直接出獄人は参りませぬが、それでも、どこでどう聞いたのか、新出獄人が身の振り方の相談に尋ねてまいります。尋ねて来るやうな者の中でも、再犯することの判りきつてゐる悪者がありますが、大體、仕甲斐のある者が多いので喜んで居ります。」

宮城「すると、原さんの実行している事業は出獄人なるがゆゑに保護するというのではないのですね。刑罰を執行され、そのおかげで改悛し、監獄を出てきたものの出獄人の悲しさ、親族故旧は構つては呉れず、身を寄せるところはないし、職に就くことは出来ない、賞與金のある間は生活に不安はないが、それがなくなつて心細くなつて来ると、こうなるのは自分も悪いが、社会だつてもよくはない。改悛を續けてこのまま餓死を待つてゐるのは愚の骨頂だ。一つ積極的にでてやれとて、自暴自棄の極、再度罪を犯すやうになるから、それを保護して身の立つやうにし、世に出してやると云ふのですか。」

原「全くそうなのです。しかるに司法省では、出獄人が折角門を叩いても、原は保護しない。たまに保護したかと思ふと、それは保護しないでも立派に世に立つて行けるやうな者ばかりで、それで成績がよいと云ふてゐると、私の事業に不足を言ふておるのであります。宮城さんは、今度一切の保護事業を擔當せらるることです。ありますが、定めてご抱負がございましてやう。保護しても駄目であることが判然としてゐる者でも、再犯するまではと辛抱して保護させるつもりですか、それとも保護の見込みの立つ者だけ保護させるつもりですか。」

宮城「刑事政策については、外國に色々の議論がある。同じ國の學者の間でも違ふ議論がある。もとより、國を異にすれば議論が違つてくるのは當然である。私は、日本式に言ふて、その根本は勸善懲惡の範圍を出ないと思ふ。慥か淮南子（紀元前後頃編纂された中國の思想書。儒家・道家・法家・陰陽家の思想を交えて書かれており、

一般に雑家の書として分類される思想書だと記憶しているが、一人を賞して天下これを誉め、一人を罰して天下これを畏ると云ふているが、天下の人心が動き出すやうに賞罰を運用して、勸善懲惡の實を示し、善人の増加、悪人の減少を期することが、刑事政策の中心となつてゐる思想であると思ふ。保護事業は刑事政策に立脚してゐるのであるから、勸善懲惡の道に叶つて實行されなければならない。

刑余者なりとも、改悛すれば善人である。宜しく保護して勸善の實を示すがよからう。改悛せざる者は依然として悪人であるから、保護の埒外に立たせて、本人にも、世人にも懲惡の責を感じせしむるがよからう。出獄人だから保護するのではない。改悛して善人となつて出獄したから保護するのである。出獄人だからとて改悛しない者までも保護するのは、保護事業ではない。慈善救済事業たるに過ぎない。出獄人は世から指弾されてゐる。そのため保護しなければ再犯することが早い、一日二日なりとも再犯するのを延ばせしむるため保護するのだとか、唯何となく気の毒であるから保護するのだと云ふのなら、それは慈善救済とはなるであらうが、なさでもがなの慈善救済である。そんなことをするよりも、警察に注意して防犯に關する行政警察の発動を求むるのが早道であらう。…出獄人だから保護するのではない、改悛して出獄したから保護するのである。改悛しない出獄者は保護の限りではないと私は思ふ。」

原「私の保護事業が生きてきました。…これから、ご意見拝聴に度々参ります。」

以上の通りだが、二人の対話から窺知されることは、①自由刑の目的は、受刑者の再犯防止のために、受刑者に改悛の情を起こさせることにある、という考え、②受刑者には、行刑により、改悛する義務があるという考え、③保護観察者は、改悛の情のある刑余者の社会復帰（再犯防止）のため徹底的に保護支援する使命があり、刑余者に対する単なる監督者や監視者ではなく、監獄内における矯正と監獄外の更生保護とは有機的に結びつかなくてはならないと

いう考えが二人の刑事政策観として共有されていることである。

原と宮城がわが国の刑事政策の代表的実践者であることを否定する者は、ほとんどいないであろう。したがって、その二人が共有していた考え方を軸にして「改悛の状」の意味や法的性格を検討することは、現代においても意味のあることではなからうか。

3 旧刑法時代

旧刑法を起草したボワソナードは、キリスト教国^①であるフランス人であるが、キリスト教の基礎にある新約聖書マタイによる福音書四章一七節に「悔い改めよ」という文があるのは周知の通りである。この一文が、罪の改悛を意味するかどうかは、キリスト教の教義の問題であろうが、「改悛」の重要性を宮城長五郎に力説した原胤昭には、この点についての逸話が残されている。一八七四年、受洗してキリスト教徒になった原は、旧大垣藩主の一族である戸田欽堂（一八五〇—一八九〇）とともに日本初のキリスト教書出版社とされる「耶蘇教書肆十字屋（十字屋書店）」を銀座に創設し、十字屋前の路傍でキリスト教の説教をすることがあったが、ある夜、例によって説教に熱が入り、大声で「悔い改めよ、しからば救われん」と叫びながら、説教に聞き入る群集のひとりの見知らぬ男の前にたまたま右手に把持していた聖書突き出した。

その男は、実は土蔵破りの常習犯で、これまで検挙されたことも処罰されたこともなく世間の目を欺き続け、今夜も土蔵破りの実行を決意しながら、たまたま銀座を徘徊するうちに、つい原の説教に耳を傾けていた。男は聖書の内

容は理解できなかつたが、「悔い改めよ、しからは救われん」という言葉を無意識に反芻するうちに忽然と悟るところがあり、翌朝、築地警察署に自首し、これまで犯した一切の犯行を自白したので、石川島監獄に投獄された。他方、意図することなく、土蔵破りという常習窃盗犯を改悛させた原胤昭の方も、間もなく自由民権運動に絡む行動が原因で出版条例・新聞紙条例違反に問われ、やはり奇しくも石川島監獄に収監されることになる。ここで、例の土蔵破り男に再会した原は、十字屋前のエピソッドを男から聞かされ、根本的に悪人から善人に変身した男の姿を見て、「改悛」の重要性に気づかされるとともに、牢獄につながれた囚人たちが、件の土蔵破り男を含めて、憎むべき者たちというよりも、むしろ憐れむべき人々であることを痛感し、囚人たちが禽獣以下の扱いを受けている監獄での囚人処遇を改良し、応報厳罰主義から保護教化主義に転換改善すべきであると考えようになり、これらの事を出獄後、旧知の内務少輔土方久元（ひじかた ひさもと一八三三—一九一八）に監獄改良を訴える「監獄意見書」として提出したのだった。¹¹

ちなみに、原の意見書は明治一七年、「兵庫仮留監典獄」を申しつけられた内務省監獄局事務取扱の坂部寔（さかべ まこと 一八二八—一九〇〇）の目にもとまり、仮留監の教誨師を任され神戸に赴くこととなり、その縁で、わが国初の感化院（池上感化院）を独力で創設し、後年「少年感化の母」と称えられることになる池上雪枝（一八二六—一八九二）と知り合いになる。¹²

もともと、わが国にも「不教而殺、謂之虐、不戒視成、謂之暴」（堯曰編第二十・二）¹³「過則勿憚改」（学而編第一・八、子罕編第九・二十四）¹⁴という論語の言葉はよく知られており、「教化と改悛」を重要視するモラルは、少なくとも心ある為政者には、拳拳服膺されていたものと思われる。¹⁵

旧刑法時代には、仮出獄の目的が一定期間服役した「受刑者を改過遷善に誘導すること」に求められ、かつ仮出獄

というものが、獄舎の生活より通常の生活に移るための予備段階であることから、仮出獄には入獄以前のような「放逸無頼」を矯正し制度目的たる改過遷善を漸進的に実現しようという政策的展望があり、「改悛の状」は、社会での改過遷善ひいては出獄者の社会復帰を有効ならしめるために設けられた要件であったといえよう。

古賀簾造（一八五八—一九四二）も「犯人未タ簾耻ト慈愛ノ二良心ヲ失ハサランカ、犯罪ノ結果大ナリト雖トモ、ソノ危害甚タ小ニシテ、而シテ深く憂トスルニ足ラサルナリ」と説いて刑罰の目的はその犯人をして再び罪を犯させないことにあるから、もしその犯人に改悛の見込みがあれば、再犯の危険性は小さく、それゆえ、最短期の自由刑でよいとする¹⁶。そして、このような考え方が、主観主義的な新派の根本思想に立つものであることは、夙に指摘されている¹⁷。「改悛の状」の有無が、再犯の危険性の存否の判断基準と考えられていたわけだが、旧刑法の起草者であるポワソナードは、よく知られている通りいわゆる旧派（古典学派）と同傾向の折衷主義の信奉者であった。すなわち、犯罪を社会的害悪「イギリス功利主義者 J・S・ミル（John Stuart Mill, 1806—1873）が主張した「他者侵害原理」に由来する目的主義を基礎に持つと思われる」であると同時に道徳的悪「カント（Immanuel Kant, 1724—1804）的な「人格主義」に基づく道義的応報思想が根柢にあると思われる」でもあるという考え方（カントほど道徳的ではない）であり、それゆえ、「行為の社会的害悪性が大きくても行為後の改悛により犯罪者の道徳的悪性が小さいと解されるようになれば仮出獄のような刑罰上の恩典に与らせても良いという発想が出てきても不可解ではないであろう¹⁸。しかし、裁判所の宣告した道義的応報刑の範囲を行政処分によって縮小するのであるから、個々の場合の仮出獄の取り扱いは、鄭重になされなくてはならない、と指摘されることがあるのは¹⁹、現実に被害を発生させた道義的責任を消滅・消滅させるような、道義的功績や道徳的悪性の減少がなければ、たとえば古賀説などからすると特別予防の必要性（再犯の危険性）減少をも基礎づけられないであろうし、他方、道義的功績や道徳的悪性の減少がなければ、道義的応報刑と

しては不十分となり、その結果、刑の一般予防機能を果たせないという憾みが残るためであろう。勝本勘三郎（一八六七—一九二三）は、このあたりのことを「単ニ改悛ノ状アルヲ以テ足レリトセス更ニ刑期ノ三分ノ一又ハ十年ヲ経過スルコトヲ要スル所以ハ當該官庁ニ於テ犯人ニ改悛ノ状アルヤ否ヲ知ルニハ相当ノ時間ヲ要シ又犯人ニ於テ出獄ノ後能ク健全ナル自由ノ生活を遂ケ以テ再犯ニ至ラザランカ爲メニハ適當ノ時間内監獄ノ規律ニヨリテ十分ノ準備ヲ爲スコトヲ要スルノミナラス処刑後少時間ニシテ容易ニ仮出獄ヲ許ストキハ刑罰ノ威力ヲ減殺スルノ怖アルニ因ルナリ」と一般予防・特別予防、責任・予防のそれぞれ双方の観点から総括している。²⁰

4 現行刑法

(1) 改正理由

既述の通り、旧刑法の仮出獄規定は、第五三条に設けられていたが、その文言は「重罪軽罪ノ刑ニ処セラレタ者獄則ヲ謹守シ悛改ノ状アル時ハ刑期四分ノ三ヲ経過スルノ後行政ノ処分ヲ以テ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得。無期徒刑ノ囚ハ十五年ヲ経過スルノ後亦同ジ。」であったが、現行刑法の仮出獄（仮釈放）規定は、周知のように第二八条において「懲役又ハ禁錮ニ処セラレタル者改悛ノ状アリタルトキハ有期刑ニ付テハ刑期三分ノ一無期刑ニ付テハ十年ヲ経過シタル後行政官庁ノ処分ヲ以テ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得。」と改正規定が置かれた（条文は平成七年に平仮名表記に改められた）が、改正理由については、以下のように述べられている。すなわち、「本条ハ現行法第五三条ヲ修正シタル規定ニシテ、現行法ハ獄則ヲ謹守シ悛改ノ状アルコトヲ条件ト爲スト雖モ悛改ノ状アル者ハ畢竟獄則ヲ遵守ス可キヲ以テ改正案ハ単ニ改悛ノ状アルコトノミヲ要件ト爲シタリ。」

まず、旧刑法で「悛改の状」とされていたものが現行刑法で「改悛の状」と改められた点については、大きな意味はないことが示されており、重要なのは「獄則ヲ謹守シ」にあったことがうかがえる。理由書では悛改であれ、改悛であれ、それは社会のルールをよく守る優等生であることに仮釈放規定の重点が置かれているわけではないことが理由書で説示されているといえよう。そのことは、四〇年改正案に先立つ明治三四年刑法改正案においては、仮出獄の規定は、第三五条で「禁錮又ハ懲役ニ処セラレタル者更ニ重罪ヲ犯ス虞ナキトキハ有期刑ニ付テハ其刑期三分ノ一無期刑ニ付テハ十年ヲ経過シタル後行政処分ヲ以テ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得。」と「改悛ノ状」を削つて規定されており、重罪再犯の虞さえ（いわば、特に不良でなければ、ことさら獄則を謹守するような優等生でなくとも仮出獄をゆるしてもかまわない、という道義的責任清算よりも再犯防止に力点が置かれたと思しき規定だったことを知りうる）なければ、仮出獄を認めるものであった（続く明治三五年改正案では、再び三五条で改悛の状という言葉が現れ、現行法とほぼ同じ文言の条文となった²¹）。

(2) 学説

学説では、「受刑者が前の犯罪について、悔悟した結果、再犯の虞がないとみられる状態にいたったこと等をさす、」という責任と予防を綜合ないし止揚したような考え方が代表的である²²。

また、仮釈放及び保護観察等に関する規則（昭四九法務省令）に規定されている要件、すなわち①悔悟の情、②更生の意欲、③再犯のおそれ、④社会の感情を綜合的に判断し、保護観察に付することが改善更生に相当と認められるときに「改悛の状」が認められるとする立場もある²³。

あるいは、「改悛の状」を「改悛の心」と完全に主観化して解釈する考え方もある²⁴。人格責任論の主張者たる団藤

博士は、犯罪論における責任ないし非難可能性の考え方は、ここに至るまで同じ水脈を引いている、とされ、改悛の情(心理的事実)ではなく、改悛の状とされるのはただちに改悛⇨改善ではなく、改悛にふさわしい人格形成を伴わなくてはならないであろう、と論じられる。²⁵⁾

反対に、旧刑法の要件に「獄則を謹守」という文言があつたことを根拠にするのか、「刑務所の中での行状のよい者に対して褒賞として仮釈放が与えられる」という基本的な仮釈放観から「改悛の状」とは、「刑務所の中での行状のよさ」という客観的性格のものと解する立場もあるが、いづれにせよ、「改悛の状」の存否判断の困難さは夙に指摘されている。²⁷⁾

(3) 判例

仮釈放をめぐる「改悛」は、行政の問題、つまり行刑の問題である。これに対して、判例が、「改悛」のような被告人の犯罪後の態度を問題にするのは、量刑の問題であるが、両者は国家が被告人・受刑者に対して寛大な態度をとるかどうか、という共通の領域に属する問題である以上、量刑における「改悛」の問題は、行刑にも影響があるはずである。

たとえば、刑事裁判では、悔悟による自白は刑罰減輕の事由とされるが、否認は刑罰加重的事由とされるならば、²⁶⁾ 刑務所において被告人が冤罪を主張して再審請求をしているような場合、改悛の状なしとして仮釈放が否定されることもあろう。

「犯罪後の態度」が、量刑(宣告刑の形成)に不利益に影響する具体的事例としては、「被害者に対する十分な謝罪の欠如」「感謝の措置の不存在」²⁹⁾、「主観的正義を理由とする刑事裁判への出廷拒否」「訴訟指揮に従わなかったこと」³⁰⁾、

「合理的理由のない犯行の否認」³¹等があげられるが、黙秘権という憲法上の権利の行使が犯罪の成否と無関係であれば量刑上不利に考慮しても許されないわけではないという旨の判示をなすものがあることも指摘されている。³⁴

これらの判例には、社会通念ともほぼ合致する思考もあれば、犯罪後における被疑者・被告人の国家刑事司法に対する反抗的・非協力的・侮蔑的態度をとくには憲法上の権利行使を軽視してまでも懲らしめようとする司法の權威主義的姿勢もうかがわれる。もし、権力の側に「お上に逆らうのはけしからん」という倨傲な気持ちも薄くても広がっているならば、行政権が受刑者の「改悛の状」を否定するような「粗探し」をして仮釈放を不許可とするのは容易であろう。³⁵

5 結語

刑法二八条の「改悛の状」の意義については、刑法二八条自体の問題であるのはもちろん、①自由刑自体の思想的性質、②仮釈放の歴史的・法的性質、③仮釈放とリンクされている保護観察の法的性格等の諸問題が絡み合っている。最後にこれらについて概観したうえで、一応の結論にたどりつきたい。

①自由刑の意義

まず、自由刑の目的であるが、受刑者の再犯防止のために、受刑者に改悛の情を起させさせることにある、³⁶という考えは、自由刑の性格をどのように捉えるのかという問題であるといつてよい。

そもそも、刑罰の実体は、過去の犯罪に対して加えられる国家的制裁・苦痛であり（応報刑主義 *Theorie der*

Vergeltungsstrafe)、刑罰の歴史は、このことを当然の前提としていた、といつてよいが、他方、刑罰は苦痛ではなく、教育であるという考え方、特にリープマン (Moritz Liepmann, 1869-1928)らによつて主張され、わが国でも牧野英一 (一八七八—一九七〇)等の支持を得た考え方があり(教育刑主義 Erziehungsstrafe)、応報刑か、教育刑かという論争を生みだしたことは周知のことである。¹⁷⁾そして、この刑罰は、個人・社会・国家の安全のため、必要とされることは社会契約説的見地からフォイエルバッハ (Paul Johann Anselm v. Feuerbach, 1775-1833)等により正当化され、刑罰は犯罪人に応報的な苦痛を与えることによつて犯罪予防をめざすものであり、その限度で犯罪者の改善・教育を計ろうとする面があつたことは否定できまい。¹⁸⁾近代学派は、初めから刑罰を目的刑として把握し、目的の内容も「矯正及び社会復帰」と自覚的に考え、たとえば、短期自由刑は応報刑主義においては、犯罪の軽い責任に均衡した必然的なものであつても目的刑の立場からからは、改善・教育効果は不十分だと批判され、廃止すべきと論じられることとなることは、よく知られている。¹⁹⁾

それでは、「自由刑の目的は、受刑者に改悛の情を起こさせることにある」、という宮城・原の考えは、自由刑の性格からみて、妥当といえるであろうか。

近代学派の目的刑論(矯正処遇論)によれば、犯罪者(触法行為者)に行為についての道義的責任を問い、その自覚を促すことが、その者の社会復帰のために重要であると解するならば、この立場から、改悛の情がまず、求められよう。²⁰⁾ところで、犯した犯罪に対する道義的責任を追及する応報刑主義からすれば当然に、犯人が、犯した罪に対して主観面においては真摯な悔悟を為すことを求めるはずであり、小泉八雲の名作短編「停車場にて」に描かれる被害者遺族の前で、身も世もなく号泣して謝罪する加害者の姿こそ応報刑論者の求める「改悛の状」ではないか。²¹⁾そしてやはり、水上勉の名作長編「飢餓海峡」²²⁾で作者水上勉は、主人公の殺人犯・犬飼太吉を被害者への弔いの花束

とともに、青函連絡船上から身投げさせるのであり、「殺人者は、自死しなくては改悛謝罪にならない」と言つてるかのようだ。それどころか、菊池寛「ある抗議書」⁽⁴³⁾に至つては、強盜殺人事件の犯人が狂死もせずに、死苦もなく信仰を得て被害者よりも幸福な精神状態で刑死したことを知り、惨殺された被害者の遺族が、司法大臣に対して抗議書を送り、死刑となつた犯人の改悛や改過遷善よりも犯人が地獄の苦惱・苦痛を味わうことを願ひ続けるもので、もはや応報刑論ですらなく、単なる復讐感情の妄執に取りつかれてしまつてゐるが、この立場では、犯人が改悛して幸福になる類のものであれば、むしろ、被害者（遺族）にとり、道義的責任清算にはならず、改悛により犯人が苦悩を深めることが、道義的責任論からは求められるのかも知れない（かたき討ち）。しかし、純理論的には、犯罪者には犯罪に対する悔悟の情を要求するのが、応報刑論であらうが、法と人倫の不当な混同回避のためには「悔悟の情も人倫的義務そのものではなく、「法益を尊重しよう」という法的情操の確立」という形で求められる、といわなくてはならない。⁽⁴⁴⁾ 応報刑論は、その後刑罰の道義的性格を薄めつつ、現実の刑罰の害悪性と副作用に着目して、特別予防に拠りながら、これを人権保障によつて制約しようとする謙抑主義的方向が主張されている（相対的応報刑論⁽⁴⁵⁾）。具体的には、佐伯博士の次のような主張が代表的学説と言えよう。すなわち、犯罪者に対しては、まず、第一に、その道義感・責任感に訴えて自己の行為について反省後悔させ、健全な社会人としての更生を決意させようとする。⁽⁴⁶⁾ これを、要するに刑罰の特別予防作用という。つまり、犯罪性の軽微な者には、規範意識に感銘を与えて改悛させるためには、罰金刑以下の刑罰を科すことにより威嚇すればよいであろう。だがしかし、責任が重く危険性の大きい者は、単なる威嚇・感銘では改悛の見込みがないので、組織的な処遇によつて行為者の社会復帰（改過遷善）を実現しようとする改善が必要となる。この改善のための処遇という方向で、目的刑論は存続している。⁽⁴⁷⁾ ちなみに、このような改善処遇を中心とする社会復帰思想の実現をめざす矯正は、アメリカにおいては、現実には処遇に値する治療もカウンセリン

グも充実したスタッフも欠如し、処遇効果が上がらないという批判や懐疑論にさらされた結果、反動的に処遇思想を否定した応報思想の復活（ジャスティスマデルへの転換）を生み出したが、日本の行刑に与える影響はあまりないといわれる。⁴⁸

いずれにせよ、目的刑論（改善処遇論）からも相対的応報刑論からも、今日、特別予防の必要性は否定されず、その実現の最初の階梯として、刑罰による受刑者への改悛の情の惹起は自由刑の機能内容の一つとして求められていることが判明したといえよう。

応報刑論では、刑罰に固有の道義的感銘力による改悛の自動的ないし自然的効果が国家道義の權威を背景に一般的・形式的に想定されたのに対して、目的刑論からは、受刑者ひとりひとりに対する医学・心理学・教育学・社会学等の科学的方法による個別的な処遇による自覚的な社会復帰・再犯防止が個別的に試みられ、その過程で、改悛の情の発生効果も期待されたことと思われる。

ただし、贖罪意識をもつことは、人間の社会生活において、きわめて望ましいことだが、それは個々人の私的領域、個人の内面の問題であるがゆえに、悔悟を求めて積極的な刑罰的働きかけを認めたり、悔悟のないことをさらに重い処遇に結び付けることには問題があるのではないか、との疑義が呈されている。⁴⁹

② 仮釈放の意義

さて、本稿における「改悛の状」という概念は、刑法一般のそれではなく、基本的には、仮釈放について規定している刑法二八条の条文内の文言である。したがって、その意味内容は、まず、仮釈放との関係に即して考えられなくてはならないであろう（その関連で、満期釈放者との関係でも考える必要がある。）

仮釈放とは、行政官庁の決定により、収容期間の満了前に、釈放者に一定の条件を付けて（その違反があったときは、仮釈放の処分を取り消し、再び施設に収容するという心理強制によって改善・社会復帰を図り犯罪を予防すべく）仮に釈放する制度であり、現行法上は、懲役監・禁錮監からの仮釈放（刑法二八条）、拘留場・労役場からの仮出場（取り消しのない終局的処分）（刑法三〇条）、少年院からの仮退院（少年院法一三五条、一三六条）、婦人補導院からの仮退院（売春防止法二五条）の四種類がある。⁽³¹⁾

(a) 外国における仮釈放の沿革

仮釈放制度の歴史は古く、わが国では先述した通り、すでに旧刑法五三条において規定されていたが、世界的に眺めると、裁判によって言い渡された自由刑の執行を、その刑期終了前に仮に停止し、収容者を仮に釈放するという仮釈放 (Parole, vorläufige Entlassung) は、一八世紀末のイギリスにおけるオーストラリアへの流刑 (Transportation) の経験に始まるといわれる。⁽³²⁾

危険な流刑者は、オーストラリア大陸東方一〇〇〇マイルの孤島ノーフォーク島 (Norfolk Island) に送られ、鎖につながれ、苛酷な労働に服せしめられたが、過酷な刑罰に反発する受刑者の反乱を抑える必要が生じ、一七九一年にいたり、オーストラリアのニュー・サウス・ウエルの知事、キャプテン・フィリップ (A. Philip) が、これらの流刑者に条件付恩赦の一形式として、流刑者中特に改悛の状ある者に対して、その刑期を一部短縮する仮釈放免許状 (Ticket of leave) 制度を採用するに至った。⁽³³⁾

さらに、一八五三年に流刑制度に代わって制定された強制労働法 (English Penal Servitude Act) は、累進制そのものを自由刑の中に取り入れ、仮釈放との結びつきを強化したが、これとの関連で、ノーフォーク島において典獄であつ

たマコノキー (Alexander Macnochie) 「受刑者の運命を彼の手の中におこう」という思想の持主⁽⁵⁴⁾ が創設した点数制 (mark system) およびクロフトン (Walter Crofton) による「中間監獄制」、すなわち「アイルランド制 (irish system)」を生むに至るが、クロフトンは一八五四年から一八六二年にかけてアイルランド監獄局長をつとめ、イギリスで認められていた独居拘禁、雑居拘禁、仮釈放という三段階の累進制度に対し、雑居拘禁と仮釈放の間に中間的段階として半自由的拘禁を設けるという創造的思考を發揮した⁽⁵⁵⁾。

そして、この制度は一八五三年以来、アイルランド監獄で実施されたので、「アイルランド制」ともいわれ、後に英国全土で採用され、アメリカへも伝播した⁽⁵⁷⁾。米国では、アイルランド製の仮釈放は、最初にニューヨーク州で、一八六九年に導入され、一八七七年にエルミラ少年院 (Elmira Reformatory) で実施された⁽⁵⁸⁾。これが、米国におけるパロール (Parole 仮釈放) のはじまりであるといわれる⁽⁵⁹⁾。その後、一九一〇年には連邦政府と三分の二の州で、一九四四年には全州で、各種のパロール制が採用された⁽⁶⁰⁾。

ヨーロッパ大陸では、一八六二年にドイツのザクセン州が最初に仮釈放制度をとると、やがて、ヨーロッパ各国に伝播し、一八六六年にはオーストリア (特赦による刑期短縮方式)、一八六八年、スイスのアールガウ州、一八七三年、デンマーク、一八八一年、オランダ、一八八五年、フランス、一八八八年、ベルギーが次々と仮釈放制度を採用し、日本も一八七二年 (明治五年) の監獄則で、イギリスの影響を受けて、ある程度の累進制と仮釈放を確立していたが、事実上実施されなかった⁽⁶¹⁾。すなわち、仮釈放の起源は、理論的に演繹された技術であるよりも行刑の実際的経験において形成されたものとまとめることが出来よう⁽⁶²⁾。

(b) わが国における仮釈放制度の沿革

次に、わが国における仮釈放の始まりは、フランス刑法をモデルとした一八八〇年 (明治一三年) の旧刑法 (二章

六節)に求められる。旧刑法の下では、重罪・軽罪受刑者は刑期の四分の三、無期徒刑者は一五年を経過した後、仮出獄を認められ、警察の特別監視に付されることになっていた(五三条、五五条)。仮出獄者は、毎週一回の警察への出頭義務、酒場・盛り場への出入り禁止、他府県への転居の禁止などの制約を課された。⁶⁵

これに対して、一九〇七年(明治四〇年)の現行刑法は、「改悛の状」ある受刑者を長期収容することは不必要かつ有害であることなどを理由として、有期刑については刑期の三分の一、無期刑については一〇年を経過した後、仮釈放を認めることにした。しかし、その後も、仮釈放はきわめて少数の者(受刑者の数%)に恩恵的措置として適用されたにすぎなかった。⁶⁶ たとえば、昭和元年から昭和六年までの全釈放者に占める仮釈放者の比率(仮釈放率)は、約5%の低さであり、しかも釈放されるかどうかは、ほとんど受刑者に対する刑務所長の印象によって決定された。また、仮釈放後の社会復帰を援助する公的制度は不備のままであつて、警察の特別監視制度は警察の監督として引き継がれ、旅行や転居には届出や許可が必要であつた。⁶⁶

昭和六年の仮釈放審査規程の制定、昭和八年の行刑累進処遇令(仮釈放と累進制度との結合を図る)制定等により仮釈放の適用率はいくぶん増大し、昭和八年から昭和一八年にかけて、仮釈放率は一〇—一九%の間で推移し、戦争末期の昭和一九年には、軍需刑務作業に従事し、行状良好な者には、就業二日を三日に換算するなどの「善時(good time)制」(パロール適格の到来日を短縮したり、満期日以前の必要的仮釈放日を設定するもの)を追加することによって、仮釈放率は三〇%を超えることになった。⁶⁸

昭和二四年の犯罪者予防更生法の制定は、警察監視を廃止し、保護観察と結合され、わが国の仮釈放制度を大きく変化させ、同年の仮釈放率は約八〇%に達した。これによって、わが国の仮釈放制度は、かつてのヨーロッパ大陸型の条件付釈放方式から、社会内処遇としての保護観察を重視するアメリカ型のパロールへと形を変えたのである。大

正一年の旧少年法および矯正院法制定以後、それらの対象者には少年保護司による保護観察が行われたが、新法では、成人も少年も法務省の保護局のもとにおかれることとなり、地方更生保護委員会と保護観察所^⑧が設置され、仮釈放制度が用意された。

(C) 仮釈放の法的性質

仮釈放は、刑の執行猶予と異なり、古くから様々の、時には異質の目的を達成することを使命とした。それゆえ、仮釈放に共通する根本思想なるものは、この制度の発達史から認めることが出来ず、仮釈放の法的性質に関する考えは、恩恵説、刑の執行の一形態説、刑の一形態説の三種に分類しうる。^⑩

(ア) 恩恵説

仮釈放に関する古典的考え方で、仮釈放をもつて施設内の秩序維持のために行状の良好な受刑者に対する褒賞ないし恩恵として刑期満了前に条件付きで釈放するものと解した。^⑪ 仮釈放を社会内処遇の一環として位置づける現今の法制下では、このような考え方を正面から認める見解はない。^⑫

(イ) 自由刑の執行の一形態説

第二次世界大戦後、仮釈放は、過剰拘禁の緩和策として用いられ、他方では、社会内処遇の観念が高まるにつれて、社会内処遇の一形態と考えられるようになった。ここでは、仮釈放は緩和された形における(自由)刑の執行の一形態(un mode d'exécution de la peine)と解され、それゆえ、通常の刑期満了日に仮釈放の効果は、終了し、刑の執行を終わったものとされる。この説では、被仮釈放者は、実際に自由の身になっていても、なお、法律上は刑に服している(sub poena)ものとされ、その限りで本説は恩恵説と共通するものがある。しかし、刑の執行の一形態説にあつては、仮釈放は、行状良好な受刑者に対する特別な恩恵としてではなく、受刑者の有効な社会復帰

のために行われる刑の執行の一形態と考えられるのであり、可能な限りこの釈放形式によることが推奨される、と説かれる。⁽²³⁾

(ウ) 刑の一形態説

新社会防衛論⁽²⁴⁾は、仮釈放を刑の消滅の一形態と考えている。換言すると、再教育的処遇の最後の段階において、受刑者の社会復帰を図るために条件付きで釈放がなされるのであり、この仮釈放は部分的な執行猶予と同様に考えるべきものとされる。すなわち、仮釈放を刑の執行猶予と一対をなすものと見る立場にあつては、刑の執行猶予は最初から刑の執行を猶予するものであるのに対して、仮釈放は、自由刑の一部を執行した後に、残りの部分の執行を猶予するものと解されるわけである。今日執行猶予は、犯罪者の改善更生と犯罪の防止を目指す社会内処遇の重要な制度の一つと解されているが、仮釈放もこれと同様に、受刑者の社会復帰をめざす社会内処遇の一方として、刑の一部執行の後に残刑部分の執行を猶予する制度と考えられており、つまり、この立場からは、執行猶予も仮釈放もともに刑の一形態ということとなる。刑の一形態説からは、仮釈放期間と残刑期間との概念的分離が論理的に導出されるのであり、それゆえ、仮釈放期間は、残刑期間とは別個に定められることが理解されるのであり、仮釈放期間は保護観察期間と一致する。

(エ) まとめ

仮釈放制度は、その制度史からみて、すぐれて政策的なものであることが認識できたが、自由刑の本質論と組み合わせると、「改悛の状」の意義も浮き彫りにされるのではないかと思われる。しかし、戦後仮釈放は、保護観察制度と結びついたため、保護観察の意義をさらに検討することによって、問題の解答がより一層明確化すると思われるので、次に保護観察制度を概観し、問題を検討したい。

③保護観察の意義

保護観察者は刑余者の社会復帰（再犯防止）のため徹底的に保護支援する使命があり、刑余者に対する単なる監督者や監視者ではなく、監獄内における矯正と監獄外の更生保護とは有機的に結びつかなくてはならない、という最初に指摘した命題の妥当性を検討するために、保護観察の沿革から概観する。

(a) 沿革

保護観察制度は、犯罪者に対して、その改善・更生を助けるために、社会内において、ケースワーク的方法により、国家の機関による指導監督及び補導援護を行う処遇方法で、強制的に科される点で狭義の更生保護活動と異なる。⁷⁶ 世界的には、よく知られているように英米で発達したプロベーション (probation) とパロール (parole) の制度に起源を持つ。⁷⁷ プロベーションは、刑の執行をせすにはじめから行われる保護観察で、刑の執行猶予、宣告猶予や起訴猶予に伴って行われる。一八四一年、マサチューセッツ州で、ボストンの靴屋オーガスタス (John Augustus 1784-1859) が、裁判の傍聴に出かけ、改善の見込みのありそうな被告人の判決を猶予してもらい、みずから引き取って更生させ、同様の方法で二〇〇〇人近い人の世話をし、大成功を収めたのはじまり、オーガスタスは「プロベーションの父」と呼ばれている。⁷⁸ 一八七八年、オーガスタスらの活躍を背景にマサチューセッツ州でプロベーション法制が制定された。⁷⁹ かくして、プロベーション制度は、全世界にひろまることとなった。

他方、パロールは仮釈放とその後の監督をさし、拘禁後の社会復帰を助けるために主として行政機関によって実施され、仮釈放制度とともに発達したものである。一八七七年、ニューヨーク州で、はじめてパロールの語が用いられたが、わが国の「保護観察」という言葉は、英米において発達したプロベーションとパロールを総称したものでわが

国独特の名称である⁽⁸⁰⁾。

(b) わが国の保護観察の歴史

更生保護とあわせて、わが国の保護観察の歴史をふりかえると、明治維新以後、一八七二年の「監獄則」は、刑余者で生計の見通しのつかない者を「懲治場」にとどめるという規定を置いたが、翌年には施行が停止され、一八八二年施行の「改正監獄則」が、満期出獄者で、頼るべきところのない者は、その情状により、監獄の別房にとどめ、生業を営ましめるとする「別房制度」を発足させた。他方、一八八二年施行の「旧刑法」が、仮出獄制度を規定し、「本刑期限内ニ特ニ定メタル監視ニ付ス」(五五条)としていたが、それは警察による監視であった。さらに、一九〇七年には、「刑の執行猶予」が制度化されたが、「保護観察」は導入されず、一九〇七年の現行刑法における仮出獄の要件緩和後も、期間内の監督は警察官署に任されていた。しかし、民間においては、金原明善(一八三二—一九二三)⁽⁸¹⁾が、一八八〇年に獄中における説教を行うかたわら、刑余者の保護も行なった静岡勸善会を発足させ、一八八二年には、川村矯一郎(一八五二—一八九二)⁽⁸²⁾らとともに、出獄者を保護するとともに、出獄者を保護し再犯を予防する目的で静岡県出獄人保護会社を設立し、更生保護事業の先駆となった⁽⁸³⁾。

別房留置の制度は、財政上の理由から一八八九年に廃止され、政府は有志の慈善者を奨励して保護会社を設立する等のやり方を訓令したところ、各地に出獄者保護団体が設立されたが、とりわけ、「更生保護の父」とよばれた原胤昭(一八五三—一九四二)⁽⁸⁴⁾は、「東京出獄人保護所」を開設し、一九三八年に解散するまで一〇〇〇人以上を保護した⁽⁸⁵⁾。そして、これら保護団体の指導、助成をはかるため、一九一三年に中央保護会が設立され、翌年、財団法人輔正会に引き継がれた。少年保護については、一八七六年ころから、民間人の手による感化事業が起り、一九〇〇年には感化法が制定された⁽⁸⁶⁾。しかし、感化院だけでは、少年非行対策としては限界があり、一九二二年、(旧)少年法

が制定され、その中に「少年保護司の観察に付する」という日本初の保護観察制度や「寺院、教会、保護団体又は適當なる者に委託する」処分等が規定された。⁸⁶⁾一九三一年の満州事変以降敗戦に至るまで、更生保護事業は、急速に国家主義的色彩を強めていった。一九三一年には、治安維持法違反者を対象とした思想犯保護観察法（成人に対する保護観察）が実施され、一九三二年には、輔成会、少年保護協会、昭徳会は全日本司法保護事業聯盟を結成し、司法保護事業の一体化を目指したのであり、一九三九年、司法保護事業法の成立により、保護事業に対する国家の責任が明示されるとともに、司法保護委員と保護団体が法制化された。⁸⁷⁾

戦後は、民主主義の流れに応じて、諸制度の改正が目指され、まず思想犯保護法が廃止された。次いで、一九四九年、犯罪者予防更生法が制定され、社会内処遇（更生保護）の方策としての「保護観察」が制度的に確立され、初めて、「更生保護」という言葉が使われ、一九五〇年には更生緊急保護法が成立し、起訴猶予者等についての任意的な保護が規定され、更に一九五三年・一九五四年の刑法一部改正を受けて、「執行猶予者保護観察法」が一九五四年に設けられ、更生保護に関する主要法令が出そろったわけだが、二〇〇七年には、犯罪者予防更生法と更生緊急保護法が整理統合され、「更生保護法」として成立し、二〇〇八年から施行された。⁸⁸⁾

(C) 保護観察の法的性格

保護観察は、英米法のプロベーションに内包される監督（supervision）に由来する制度であるが、大陸法系の国では、次第に独立性をもつものとして発達した。現在では、英米法系の国と大陸法系の国との間で、他方法系の長所を採用するという歩み寄りが存するため、両法系の制度間に基本的な差異は認められない。⁸⁹⁾

(ア) 独立処分説

英米のプロベーションは、刑の宣告猶予と結びついて発達してきた。この場合、刑の猶予は自由刑の弊害を避け

るといふ消極的なものではなく、犯人の社会復帰を助けるという積極的意味を持つてゐるわけだが、わが法はまだ宣告猶予の制度を採用していない。わが国では、一九五四年執行猶予に付随した保護観察を採用したが、執行猶予では、執行される可能性のない刑の宣告は無駄であるのみならず、執行猶予のときは、警告的效果をもたせるため、実刑の場合よりも重い刑が宣告されやすいので、行為に対する評価としての意味を歪曲するおそれがある。

さらに、刑の宣告をしないで、保護観察に付することは、「刑に代えて」独立の施設外処遇方法である保護観察を言い渡すこととなり、この意味の保護観察は、刑法の原則的立場に対する例外として少年法二四一条一項一号に規定されているのであるが、成人についても独立処分としての保護観察を認める立法例が増える傾向にある。⁹¹⁾

(イ) プロベーション型付随処分説⁹²⁾

これは、宣告猶予または刑の執行猶予に付随する形で付される保護観察である。英米法では、プロベーションは、「宣告猶予プラス監督」を一体のものとする形で規定されたが、その後、保護観察の独立を認める世界的動向は、宣告猶予や執行猶予に保護観察を裁量的に付する立法例を生んだ。

これに対して、わが国の改正刑法準備草案（一九六一年）は、保護観察を執行猶予、宣告猶予および仮釈放に伴う「付随処分」の一つとして七九条、八五条、九〇条にそれぞれ規定したが、改正刑法草案（一九七一年）は、保護観察を「付随処分」の一つとして、法文に掲げることはしなかったが、内容的には準備草案の立場を継承した。そこでは、保護観察に付する旨の言渡しは、執行猶予と宣告猶予については、裁量的とされ、仮釈放については原則として義務的とされるにとどまる（六九条、七五条、八七条）。刑法草案（一九七四年）は宣告猶予の制度を採用しなかったが、執行猶予と仮釈放の各場合における保護観察については、改正刑法草案の立場を継承した。⁹³⁾

英米法では、プロベーションは、監督に付する技術的前提として宣告が猶予されるといふ発展過程をたどつてい

るが、わが国では、保護観察は、執行猶予等に付随する処分として捉えられており、保護観察に付された者が、遵守事項を遵守しなかった場合に執行猶予等の取り消しをするという心理強制によって、保護観察の効果をあげることを規定する。

(ウ) パロール型付随処分説⁹⁴

これは、矯正施設からの仮釈放に伴って付される保護観察である。この型の保護観察は、一方で遵守事項の違反があつてその情状が重いときに、仮釈放の取消しがなされる点で、出所（院）者に心理強制を課し、他方で、指導監督と補導援護をすることによつて、本人の改善更生と社会復帰を期するところに意義を持つている。この型の保護観察は、仮釈放に伴って付される点で、「付随処分」一つであり、プロベーション型の保護観察と共通性がある。

(エ) 満期釈放者に対する保護観察⁹⁵

保護観察を付随処分と解すると、満期釈放者については保護観察を付することが出来ず、仮釈放に与りえなかつた相対的に危険性が高いと思われる者が、何等の措置も受けないという矛盾が生じる。この不都合を避けるための有力な手段としては二案がある。

第一案は、刑期満了者を仮釈放して保護観察に付すること。第二案は、満期釈放者を保護観察に付すること。

だがしかし、第一案は、そもそも刑期が満了しているのに仮釈放と考える前提が自己矛盾であるとして、第二案に赴かざるを得ない。だが、第二案には、刑期満了者を保護観察に付することは、人権侵害ではないかという批判が行なわれうる。⁹⁶ 保護観察の指導監督の自由制限部分よりも補導援護を重視するならば、保護観察をもって、利益処分と解されうるので第二案は、支持出来るであろう。⁹⁷ 満期釈放者等に対して更生保護法八五条一項は、更生緊急

保護を定めている。満期釈放者の場合必要とされる「改悛の状」は仮釈放の許容条件ではなく、犯罪に対する道義的責任清算の実現と保護観察Ⅱ刑余者の社会復帰を円滑にするための要件として捉えられるのである。

④ 結びに代えて

これまでの考察をふまえて、冒頭に掲げた①自由刑の目的は、受刑者の再犯防止のために、受刑者に改悛の情を起させることにある、という考え、②受刑者には、行刑により、改悛する義務があるという考え、③保護観察者は刑余者の社会復帰（再犯防止）のため徹底的に保護支援する使命があり、刑余者に対する単なる監督者や監視者ではなく、監獄内における矯正と監獄外の更生保護とは有機的に結びつかなくてはならないという考えという三個の見解の当否を検討したい。

まず、①自由刑の目的は、受刑者の再犯防止のために、受刑者に改悛の情を起させることにある、という考え、であるが、応報刑論・目的刑論のいずれからも改悛の状の前提としての改悛の情を起させる働きが必然的に導き出されることを弁えたが、今日の刑罰論のモデルは純粹な応報刑や目的刑ではなく、両者が止揚されたものであることも概観した通りである。すなわち、今日の刑罰の典型的・代表的な機能として、「刑罰を受けた者が、それによって罪を贖い、責任を感じるという贖罪・感銘力機能があることは否定できない」ということである⁹⁸。では、刑罰に改悛の情をおこさせる機能があるとして、②受刑者には、行刑により、改悛する義務があるという考え、は妥当であろうか。犯罪に対する改悛は、道徳の問題であるから法的に義務付けることはできないという議論⁹⁹も予想されるが、カントのように、法と道徳を完全に別個のものとみる峻別論の立場から¹⁰⁰はそうした解答もありうるであろうが、法と道徳が同時に問題になる領域もあれば、法だけの問題領域、道徳だけの領域があるとみる日本において支配的な考え方や¹⁰¹

法と呼びうるためには、強制だけでなく道徳的義務付けを要するという考え方もあり、少なくとも、個人倫理ではなく、社会倫理を問題とする限り、「悪いことをしたら、反省し、謝罪する」という世間的道義が「犯罪をしたら、改悛すべきことが当然」と法的に表現されることは、必ずしも不当ではないであろう。

たとえば、累犯加重において、前科者の新たな犯罪行為に対して初犯者の同様な犯罪行為よりも重い刑が科せられる理由は「既に刑罰をもってその前犯の非を改悛すべきことが求められたのに、十分に反省にいたらず、罪を繰り返したことよって、その行為にたいする道義的非難が高められる」ことに求める学説・実務の通説（警告理論）の中には「受刑者には、自己が起こした犯罪の非を自由刑の執行体験により、改悛すべき法的義務がある」ことが前提になっていることを知るべきである。¹⁰³かくして、②受刑者には、行刑により、改悛する義務があるという考えは妥当であるといえよう。それでは、③保護観察者は刑余者の社会復帰（再犯防止）のため徹底的に保護支援する使命があり、刑余者に対する単なる監督者や監視者ではなく、監獄内における矯正と監獄外の更生保護とは有機的に結びつかなくてはならないという考えの当否であるが、すでにみたように、旧刑法の保護観察は警察監視としての保護観察が規定されており、これは自由剥奪的不利益処分としての保護観察であり、原胤昭が考えていた刑余者をどこまでも補導援護¹⁰⁴し、刑余者の社会復帰を刑余者とともに喜ぶ現代でも理想とされる利益処分としての更生保護ではない。

最後に以上の考察から、刑法二八条の「改悛の状」の意義を考えると、結論的には、仮釈放及び保護観察等に関する規則（昭四九法務省令）に規定されている要件、すなわち①悔悟の情、②更生の意欲、③再犯のおそれ、④社会の感情を総合的に判断し、保護観察に付することが改善更生に相当と認められるときに「改悛の状」が認められるとする立場が妥当というべきであろうが、自由刑が道義的責任を軸とする応報刑であるという基礎的議論を前提とするの

であれば、道義的責任清算を実現すべき必須の要素として「改悛の情（悔悟の情）」という主観的要素を不可欠のものと見なくてはならない。単に、再犯しそもない、という客観的要素にかたよってはなるまい。客観的要素は確かに主観的要素よりも一般に認定しやしい（明確である）であろうが、必ずしも真実を語るものではない。「改悛の状」の存否判断がもともと困難であることは夙に認識されていたところであり、改悛の情の存否に関しては、判断者は、「慧眼の士」たること、ある意味で超人的判断力が求められることを忘れてはならない（だからこそ、刑法には謙抑主義が求められているともいえよう）。また、たとえば「常習性」のような極めて主観的要件ですら客観的判断基準や客観的な判断資料を用いることによって、その存否の判断がなされてきていることは言うまでもない。¹⁰⁶ 再犯防止・刑務所人口の操作などの政策的要素の判断に大きな比重を置くべきではあるまい。このように、自由刑の機能において、改悛の情（悔悟の情・更生の意欲）の誘因に重きを置き、そして、仮釈放の場合のみならず、満期釈放者の場合も含めて、保護観察は警察監視のような社会防衛に傾く観察制度ではなく、英米で発達した対象者の福祉を重視するものと捉え¹⁰⁷たうえで、¹⁰⁸ 刑罰の本質である応報の範囲内に制約される行刑（矯正処遇）と更生保護との連携が刑余者の社会復帰に不可欠であることは、宮城長五郎や原胤昭の認識のとおりである、と思われる。すなわち、「③保護観察者は改悛の情のある、刑余者の社会復帰（再犯防止）のため徹底的に保護支援する使命があり、刑余者に対する単なる監督者や監視者ではなく、監獄内における矯正と監獄外の更生保護とは有機的に結びつかなくてはならないという考え」は、基本的に今日においても妥当するといえよう。

【注】

- (1) 吉永豊文「仮出獄」大塚仁Ⅱ河上和雄Ⅱ佐藤文哉(編)『大コンメンタール刑法第一巻』(青林書院 平成三年)四九七―五一五頁。吉永豊文Ⅱ林眞琴「仮出獄」大塚仁Ⅱ河上和雄Ⅱ佐藤文哉Ⅱ古田祐紀(編)『大コンメンタール刑法第一巻(第二版)』(青林書院 平成二六年)六六〇―六七四頁。
- (2) 金光旭「仮釈放」西田典之Ⅱ山口厚Ⅱ佐伯仁志(編)『注釈刑法 第一巻 総論』§§一〇七―一二二(有斐閣 平成二二年)二三〇頁。
- (3) 大谷實「刑法講義総論新版第五版」(成文堂 平成三一年)三〇四―三〇五頁は、犯罪行為をみずからの自由な意思に基いて行った点に責任の基礎を求める行為責任論が基本的妥当であるとされ、量刑に当り責任は刑罰を限定する機能を担うべきだとする考え方を消極的責任主義、責任は刑罰を基礎づける機能を担うべきであるとする考え方を積極的責任主義という場合があるとするが、責任は、刑罰を根拠づけるとともに限定づける機能を有すると考えるべきであるから、積極的責任主義・消極的責任主義の二つに分けて考えるのは妥当ではないとしている。
- (4) 香川達夫「仮出獄」団藤重光(編)『注釈刑法(一) 総則(一) §§一―三四の二』(有斐閣 昭和三九年)一二九頁。
- (5) 林眞琴「仮釈放」大塚仁Ⅱ河上和雄Ⅱ中山善房Ⅱ古田祐紀(編)『大コンメンタール刑法第一巻(第三版)』(青林書院 平成二七年)七二二頁によると、「改悛の状」の中心的要素は「悔悟の情及び改善更生の意欲」であると指摘する(平成二〇年五月九日法務省保釈第三二五号矯正保護局長通達「犯罪を犯した者及び非行のある少年に対する社会内における処遇に関する事務の運用について」)が、対象者が犯罪による被害の実情及び犯罪にいたった自己の問題性を正しく認識していることを前提とし、その上で犯罪を悔いる気持ちが認められることが仮釈放許可のためには必要と考えられることから、「悔悟の情」とは、自らの犯した罪を悔い、自己の責任を自覚し、再び犯罪をしないことの決意をいう、とされ、「改善更生の意欲」があると認められるためには、対象者が被害者等に対してどのように償うべきかを正しく認識し、かつ、過去の生活をあらため、健全な生活を送る気持ちが認められることが必要であるとされることからすると、「改善更生の意欲」とは、再び犯罪をすることのない健全な生活態度を保持し、自立した生活を営もうとする意欲(社会復帰への意欲)を意味するとされる。
- (6) 片岡優子「原胤昭の研究」(関西学院大学出版会 平成二三年)一頁以下、山崎喬「原胤昭」法務省保釈局 更生保護会誌編集委員会(編)『更生保護史の人びと』(日本更生保護協会 平成二一年)八一―一四頁。
- (7) 小林杜人「宮城長五郎」法務省保釈局 更生保護会誌編集委員会(編)『更生保護史の人びと』(日本更生保護協会(平成二一年)二四六―二五三頁。

- (8) 宮城長五郎「原胤昭翁の死」『厚生問題』(昭和一七年) 四六八―四七一頁。
- (9) 石塚伸一「宗教教誨における一宗派・強制主義について」浅田和茂、石塚伸一、葛野尋之、後藤昭、福島至(編)『村井敏邦先生古稀記念論文集 人權の刑事法学』(日本評論社 平成二三年) 八七―一八九頁は、ヨーロッパの自由刑に古くから存する「悔い改めて信仰により神に依り頼むときに必ず恩恵が与えられる」等の宗教教誨(「教誨と改心」)の諸相を概観する。
- (10) 片岡・前掲書(注6)五一―六一頁によると、一八七四年、原は旧大垣藩主の一族である戸田欽堂(一八五〇―一八九〇)とともに、日本最初のキリスト教書出版社である「耶穌教書肆十字屋(十字屋書店)」を東京銀座に創設し、経営者としての立場上、売り物である聖書の広告をかねて、キリスト教の路傍説教者となっていたのである。
- (11) 若木雅夫「更生保護の父原胤昭」(渡邊書房 昭和二六年) 三一―四九頁。土方久元は、元土佐藩士で、原の出獄者保護事業の財源のため、華族からの寄付を得るべく奔走してくれた。ちなみに、大正期に築地小劇場を拠点に新劇運動を起こした演出家・土方与志(一八九八―一九五九)は土方久元の孫である。
- (12) 片岡・前掲書(注6)八二―九九頁。
- (13) 木村英一(訳・注)『論語』(講談社 昭和五〇年) 五二〇―五二三頁では、「不教而殺、謂之虐、不戒視成、謂之暴」を、「民を教育しないで、罪にふれたといて、殺すのを虐という」と解釈しており、同書一六一―一七頁では「過則勿憚」を「過ちを犯せば、改めるのに躊躇するな」と解している。
- (14) 辻達也『江戸時代を考える』(中央公論社 昭和六三年) 四二頁、一二七頁参照。原念斎(著) 源了圓(校注)『先哲叢談』(平凡社 平成六年) 一六〇―一六一頁には、伊藤仁斎(二六二七―一七〇五)の経験談を通して儒者の使命を語る部分がある。すなわち、『伊藤仁斎が、宵闇の田舎道を徘徊していると、追いはぎに出くわした。「おまえ、酒代を持ち合わせないなら、代わりにそのどてらを脱いで置いて行け」と脅されたが、仁斎は顔色も変えず、「残念ながら、お金はないね。だから、この破れどてらを差し上げよう。ところで、あんたたちは一体、誰だね。どんな仕事をしているのかね」と尋ねた。追いはぎは仁斎に「夜盗さ。それが、仕事だよ」と言った。「こんなことを商売にしているのか。まあ、いいよ」と破れどてらを脱ぐと、相手に渡して立ち去ろうとしたところ、追いはぎは「ちよっと、待て。俺たちは、こんな稼業を長年やっているが、今まで、お前みたいなやつに出会ったことがない。お前は何者だ」と仁斎に尋ねた。「儒者だよ」と答えてやると「儒者とは、どんな仕事をするのだ」と聞き返してきたので仁斎は答えてやった「儒者とは、人道を教える者だ。いわゆる人道とは、親に孝、弟に悌、一日も無かるべからざるものだ。人として道が無ければ、禽獣に過ぎない。」と教えた。全部言い終わらないうちに、追いはぎは泣き出して言う。「おまえと俺はともに人間の皮をかぶっているながら、その稼業には天地の開きがある。俺

は恥ずかしい。儒者さん、どうか私たちの罪を宥してください。今後、私どもは、灰を飲んで胃を洗い、先生の門下に参じま
す。」盗賊たちは、改心して罪を詫びて更生を誓うのである(遂皆改心自励云)。仁斎は無知な追いはぎに刑(懲)罰を求め
るのではなく、「教えて戒め改心させる」のであるが、さすがに伊藤仁斎は一流の教育者であった。

- (15) 宮城浩蔵『刑法講義(四版)』(明治法律學校 明治二〇年) 三七二―三七五頁。
 (16) 古賀籙造『刑法新論(増補訂正三版)』(中野書店 明治三二年)。
 (17) 大塚仁『刑法における新・旧両派の理論』(日本評論社 昭和三三年) 三三―四〇頁。
 (18) 佐伯千仞／小林好信『刑法学説史』『講座日本近代法発達史一』(勁草書房 昭和四二年) 一三三―一三六頁。
 (19) 山岡萬之助『刑法原理(訂正増補九版)』(日本大学 大正八年) 二九三―三〇五頁。
 (20) 勝本勘三郎『刑法要論上巻 総則』(同労社 大正二年) 六二七―六二八頁。
 (21) 松尾浩也(増補改題)(倉富勇三郎Ⅱ平沼騏一郎Ⅱ花井卓蔵(監修) 高橋治俊Ⅱ小谷二郎(編))『増補復刻版 刑法沿革
総覧』(信山社 平成二年) 四四一頁、一六七七頁、二一三七―二一三八頁。
 (22) 大塚仁『刑法概説(総論)(第四版)』(有斐閣 平成二〇年) 五八三頁。
 (23) 浅田和茂『刑法総論(第二版)』(成文堂 平成三一年) 五四三頁。なお、井田良『講義刑法学(第二版)』(有斐閣 平成三
〇年) 六三六頁も同様であるが、中野次雄「仮出獄」小野清一郎Ⅱ中野次雄Ⅱ植松正Ⅱ伊達秋雄(編)『ポケット註釈全書
刑法(第三版)』(有斐閣 昭和六一年) 一二五頁は、「結局再犯のおそれがないということが中心となるであろう」としてい
る。
 さらに墨谷葵「仮釈放」阿部純二Ⅱ板倉宏Ⅱ内田文昭Ⅱ香川達夫Ⅱ川端博Ⅱ曾根威彦(編)『刑法基本講座(第一巻)』(法
学書院 平成四年) 二八四頁は、「改悛の状」とは、規律を守り、善行を保ち、人に悔悟したということ認めしむるよう
な情状を指す、とし、再犯予測は本来的には判断困難な基準と分析する。他方、悔悟・更生意欲のような主観面・内心面は比
較的客観的判断が可能だとする。
 (24) 植松正Ⅱ再訂 刑法概論Ⅰ 総論』(勁草書房 昭和四九年) 四四八頁。藤木英雄『刑法講義 総論』(弘文堂 昭和五〇年)
 三七〇頁、西原春夫『刑法総論』(成文堂 昭和五二年) 四六四頁も、改悛の状Ⅱ改悛の情としている。
 (25) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社 平成二年) 五六―一頁。
 (26) 平野龍一『犯罪者処遇法の諸問題』(有斐閣 昭和三八年) 八五頁。また、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(平成八年) 五
一九頁は、「改悛の状」を「行状善良にして改悛の情有あり、監獄拘禁を免除しても再び犯罪に陥る恐れがない」と見込み

がつく事合」と仮釈放と保護観察とを結び付ける要件と捉えている。上記注24の所説は、主観説、ここにあげた平野説等は客観説（他に客観説というべきものとして、城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂 平成七年）一九六頁がある）というべきであろうが、折衷説というべきなのが、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論（第三版）』（弘文堂 平成三一年）四六五―四六六頁で、「更生の意欲や犯罪に関する悔悟の情がみられること、反対に、再犯の恐れがなく、社会感情も仮釈放を是認すると思われる状況にあること」と説明されている。ただ、香川達夫「仮釈放」莊子邦雄Ⅱ大塚仁Ⅱ平松義郎（編）『刑罰の理論と現実』（岩波書店 昭和四七年）二五二頁では、改悛の状は、再犯の可能性の有無とは直接的には関連しないと指摘されていることに注意すべきである。

(27) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（有斐閣 昭和五六年）四四一頁。

(28) この点について、川崎一夫『体系的量刑論』（成文堂 平成三年）二三八頁では、刑事司法は、被告人の有罪否認を刑罰加重的に評価しないという自制心が必要である、と主張されている。

(29) 大阪高判昭五四・一・一六判タ三七八・一五。

(30) 東京地判昭四四・一・二八判時五七七・四七、東京地判昭五四・一・一二判月一一・一一・一三八三。

(31) 高松高判昭二五・五・三高判判特一〇・一六〇。

(32) 城下・前掲書（注26）一九二―一九五頁。

(33) 徳島地判昭四二・三・二四下刑集九・三・三三二、東京高判昭四二・三・七下刑集九・三・一七五。後者では、犯行を否認するだけで「ことさら虚構の事実を構えて不当にその罪責を免れようとする如き格段の事情が認められない限り」、否認をもつてただちに改悛の情がないものとしてはならない、と判示した。

(34) 城下・前掲書（注26）一九六頁。

(35) いわゆる「丸正事件」（昭和三〇年に静岡県三島市所在の丸正運送店で発生した女性社長殺害・預金通帳奪取という強盗殺人事件）の被告人李得賢氏（在日韓国人）は、共犯者の虚偽の自白があつて、無期懲役刑を言い渡されて長期服役後、仮釈放が許可されたが、懲役刑を宣告執行され獄中で（在日韓国人への差別に基づく）冤罪であると主張し、無実を叫び犯行を否認し続けていた受刑者が仮釈放になったのは、異例とされる（佐藤知之・真壁吳『冤罪の戦後史』（図書出版社、昭和五六年）六五頁、佐木隆三『誓いて我に告げよ』（角川書店 昭和五九年）一五一頁）。

(36) 懲役・禁錮等の自由刑は、受刑者を拘束してその自由を剥奪する、という意味で、苦痛・害悪としての刑罰的性格を有するわけである（大谷・前掲書（注3）五三三頁）。

- (37) 内田文昭『改訂刑法I(総論)』(青林書林 昭和六一年) 四二頁。
- (38) 内田・前掲書(注37) 四三―四五頁。戦前では、山岡萬之助『刑法原理(訂正増補九版)』(日本大学 大正八年) 三〇七―三二二頁。なお、前田雅英『刑法総論講義(第七版)』(東京大学出版会 平成三二年) 五―一四頁によると、現在は応報刑論が学会では圧倒的な優位を維持し、国民の間においても倫理・道徳を重視する応報刑論の支持者が多いのだが、矯正の世界では、なお「教育刑」の考え方が生き続けているとされる。
- (39) 吉岡一男『自由刑論の新展開』(成文堂 平成九年) 七一頁。
- (40) 森下忠『犯罪者処遇の問題』(成文堂 昭和六三年) 八頁。
- (41) 小泉八雲(訳 林田清明)『停車場にて』(青空文庫P.O.D 平成二二年)。
- (42) 水上勉『飢餓海峡』(新潮社 昭和四四年)。
- (43) 菊池寛『ある抗議書』(青空文庫P.O.D 平成二七年)。本作の初出は「中央公論」一九一九年四月号だが、直前の『中央公論』一九一九年一月号には、「ある―抗議書」とは正反対の角度から有名な「恩讐の彼方に」が発表されている。
- (44) 内田・前掲書(注37) 一一―二二頁。
- (45) 中山研一『刑法総論』(成文堂 昭和五七年) 五四六頁、加藤久雄『犯罪者処遇の理論と実践』(慶應通信 昭和五九年) 八頁によると、今日の目的刑論は、応報のための応報、非難のための非難を加えるのは、国家の任務ではないとする点から出発し、刑罰の賦課は、「犯罪防止」に効果がある場合のみ、承認され、正当化されるという立場をとっている、とされる(抑止刑論)。
- (46) 佐伯・前掲書(注27) 三九四頁。大越義久『刑罰論序説』(有斐閣 平成二〇年) 一二四頁は、現在の刑務所が前提とする受刑者・刑務所のモデルは、「忍耐力のない、自分勝手に、自堕落な人間が、犯罪を行うのであり、刑務所はそれら犯罪者の精神を鍛え直し、二度と犯罪を行わないようにする」という古典的なものだと指摘する。
- (47) 中山・前掲書(注45) 五四七頁。平野龍一『刑法総論I』(有斐閣 昭和四七年) 二二頁以下。加藤・前掲書(注45) 八八頁によると、今日では、犯罪を行った者の危険性がなくなるまで拘禁し、あるいは、将来、犯罪を行う危険性のあるものを予防的に拘禁し、それらの者に徹底した教育と改善を施し、その危険性を除去し、もって犯罪を予防しようとするような特別予防の考え方は克服されているといえよう、とされている。
- (48) 宮澤浩一『行刑思想の発展と動揺』石原一彦Ⅱ佐々木史朗Ⅱ西原春夫Ⅱ松尾浩也(編)『現代刑罰法大系第七巻』(日本評論社 昭和五七年) 一三頁以下。柳本正春『拘禁処遇の理論と実践』(成文堂 昭和六二年) 二四四頁以下。

- (49) 吉岡・前掲書(注39) 三一頁。
- (50) 大谷實『新版刑事政策講義』(弘文堂 平成二年) 二七五頁。
- (51) 墨谷・前掲書(注23) 二七八頁。藤本哲也『刑事政策概論』(全訂第二版)『青林書林 平成一〇年』一八四―一八五頁。
- (52) 菊田幸一『仮釈放』宮澤浩一Ⅱ西原春夫Ⅱ中山研一Ⅱ藤本英雄(編)『刑事政策講座第二卷 刑罰』(成文堂 昭和四七年) 二二七頁。森下忠『刑事政策大綱』(新版第二版)『成文堂 平成八年』二八三頁。墨谷・前掲書(注23) 二七九頁。瀬川晃『犯罪者の社会内処遇』(成文堂 平成三年) 一四五頁。
- (53) 菊田・前掲書(注52) 二二八頁。森下・前掲書(注52) 二八三頁。墨谷・前掲書(注23) 二七九頁。この赦免状は、四期にわかれた最後の段階で与えられた。
- すなわち、第一期は、刑罰地域に収容し、厳格な労働に服せしめ、成績が良ければ第二期の開墾団に編入し、相当の自由を与え、更に成績が良ければ、第三期に編入し、ここで赦免状を授与し、仮に自由移民へ釈放し、自由労働につかせるが、指定地域外に移ることは出来ず、監獄に身上通信をする義務を負い、一定期間経過した者は、残刑期間をイングランドに帰らない条件のもとに、釈放するという方法がとられることになっていたが、累進性と仮釈放の結びつきの原型というべきであり、一八五八年に流刑制度そのものが廃止されるまで継続された(菊田・前掲書〔注52〕 二二八頁)。
- (54) 菊田・前掲書(注52) 二二八頁。マコノキーは受刑者が無為に時間を過すことは改善に結びつかないとして、労働刑を提唱したのであるが、それに並行して将来の運命を自己で決定する新しい思想として点数制の実施を唱え、「パロールの父」とよばれる(吉田敏雄『行刑の理論』(慶應通信 昭和六二年) 八一―三二頁)。
- (55) 菊田・前掲書(注52) 二二八頁。藤本・前掲書(注51) 二二八頁。
- (56) 菊田・前掲書(注52) 二二八頁。吉岡一男『刑事学』(新版)『青林書林 平成八年』二九七頁によると、わが国では、大正初期から試行された後、昭和八年に行刑累進処遇令が制定されて、現行制度となった、とされる。
- (57) 墨谷・前掲書(注23) 二七九頁。藤本・前掲書(注51) 一四七頁。澤登敏雄Ⅱ所一彦Ⅱ星野周弘Ⅱ前野育三(編著)『新・刑事政策』(日本評論社 平成五年) 二七二―二七三頁。
- (58) エルマイラ制は、不定期刑(刑期が定まっていない自由刑)と仮釈放制度が結合したものである。ただし、ヨーロッパでは、英米におけるほど仮釈放と累進制の結びつきは顕著ではなかったといわれる。
- (59) 森下・前掲書(注52) 二八三頁。菊田・前掲書(注52) 二二九頁。仮釈放を意味する「パロール」という言葉は、フランス語の『parole d'homme』(釈放宣誓、名譽の言葉)に由来するもので、受刑者は仮釈放に際して、「仮釈放期間中、遵守する」

という誓いの言葉を述べなくてはならなかった。

- (60) 菊田・前掲書(注52) 二二九頁、森下・前掲書(注52) 二八四頁。
- (61) 菊田・前掲書(注52) 二三〇頁。
- (62) 澤登他(編著)・前掲書(注57) 二七三頁。
- (63) 澤登他(編著)・前掲書(注57) 二七三頁。
- (64) 吉岡・前掲書(注56) 三〇四―三〇五頁。
- (65) 澤登他(編著)・前掲書(注57) 二七三頁、吉岡・前掲書(注56) 三〇四―三〇五頁。
- (66) 安形静男「仮釈放制度」土屋真一(編)『昭和の刑事政策』(立花書房 平成三年)一六四―一六五頁。
- (67) 澤登他(編著)・前掲書(注57) 二七三頁。
- (68) 澤登他(編著)・前掲書(注57) 二七三頁、
- (69) 大谷・前掲書(注50) 二七二頁。保護観察所は、保護観察官と法務事務官が配属され、全国五〇箇所の地方裁判所所在地ごとに設置されているほか、支部三、駐在官事務所二七がある。保護観察所の所掌事務は、①保護観察の実施、②犯罪予防のための、世論の啓発指導・社会環境の改善・地方の住民活動の助長、③在監(院)者の帰住地の環境調整、更生緊急保護の実施、保護司の教育訓練、恩赦の上申等の事務等である。
- (70) 森下・前掲書(注52) 二八四―二八五頁、大谷・前掲書(注50) 二七五頁、吉岡・前掲書(注56) 三〇六―三〇七頁は、善時制的運用につなげることに積極的評価を与え、平野・前掲書(注69) 九六頁は、仮釈放は、現在のところ恩恵ではなく受刑者の権利であるとするには、まだ疑問があるとしつつ、施設内の秩序維持手段を仮釈放の副次的目的と考える。大谷・前掲書(注50) 二七五頁は、仮釈放制度の副次的目的として刑務所人口の操作をあげている。
- (71) 森下・前掲書(注52) 二八五頁。
- (72) 大谷・前掲書(注50) 二七五頁。
- (73) 森下・前掲書(注52) 二八五頁、大谷・前掲書(注50) 二七五頁。
- (74) 曾根威彦『刑法総論(第四版)』(弘文堂 平成二〇年)三五頁によると、新社会防衛論は、基本的に近代学派の立場に立ちつつ、古典学派との統合を試みる立場であり、フランスのアンセル(Marc Ancel, (一九〇二―一九九〇)に代表されることは、周知の通りである(吉川経夫『三訂刑法総論(補訂版)』(法律文化社 平成八年)一八一―一九頁等参照)。
- (75) 菊田幸一『保護観察の理論』(有信堂 昭和四四年)一一―二頁によると、わが国では、昭和二八年の刑法一部改正により、

「犯罪を犯した者の改善更生には、その罪質並びに性格、環境等に照らしてできる限り、刑の執行を避けてこれを保護観察に付し、その成績に応じて刑の執行を考慮することが望ましい」という趣旨から執行猶予に保護観察が付されることになったが、執行猶予中の再犯の増加を防ぐため単に消極的な猶予だけでなく、より積極的な補導援護のため保護観察が導入されるにいたった、ということが指摘されている。

(76) 岩井宜子『刑事政策(第七版)』(尚学社 平成三〇年) 二一〇頁。

(77) 藤本・前掲書(注51) 二九五頁。

(78) 岩井・前掲書(注76) 二一〇頁。菊田・前掲書(注75) 四一―四三頁。吉田・前掲書(注54) 三一頁。

(79) 菊田・前掲書(注75) 四六頁。

(80) 岩井・前掲書(注76) 二一〇頁。藤本・前掲書(注51) 二九五頁。

(81) 瀬川・前掲書(注52) 二三〇頁。三戸岡道夫『金原明善の一生』(栄光出版社 平成一九年) 二六五―二八二頁。

(82) 大分県中津市(監修) 太神周一朗(画)『マンガ 更生保護の創始者 川村矯一郎』(粹書院 平成二一年) 一六六頁によれば、当時のわが国の牢獄環境の劣悪さを身をもって知る川村(国事犯で入獄経験数回)に英国のジョン・ハワード(John Howard、一七二六―一七九〇)の事績を知らしめたのは郷里中津の先輩にあたる慶應義塾の福沢諭吉(一八三五―一九〇一)であった(福沢は四八歳の時、獄にあった川村を訪れ、ハワードの人と事績を要約した部分をも内容とする自著『童蒙をしえ草』(一八七二年)を差し入れている)。

(83) 岩井・前掲書(注76) 二〇七頁、法務省保護局 更生保護史編集委員会(編)『更生保護史の人びと』(平成二一年)には、六五人におよぶ更生保護事業の先達者達の生涯・事績が紹介されているが、地方の宗教家ないし教誨師等、宗教的信仰を背景とした人物が多いことがわかる。たとえば、浄土真宗本願寺派僧侶では、河野純孝(埼玉)、丘道徹(山口)、川本恵開・達源(佐賀)、藤井恵照(香川)、平原唯順(広島)、原田義教(宮崎)、巨理正信(福島)。真宗大谷派僧侶では、寺永法専(北海道)、田原法水(沖縄)、乗杉教存(富山)、光弘祐言(愛知・石川)、武田慧宏(滋賀)。曹洞宗僧侶では、棟方唯一(青森)、竹内道拙(千葉)。臨濟宗僧侶では芝亭龍雲(奈良)、天台宗僧侶では清田寂榮(岡山)。神道家(大成教・神道教導職)では、池上雪枝(大阪)。僧職ではないが、日蓮宗の信者だったのは、実業家の金原明善(静岡)である(静岡県勧善会百年史編集委員会『静岡県勧善会百年史』(平成六年) 六八九頁)。キリスト教徒では、教誨師・原胤昭(東京)、典獄・有馬四郎助(神奈川)、感化院院長・留岡幸助(北海道)、救世軍士官・山室軍平(東京)、神戸愛隣館理事長・村松浅四郎(兵庫)らが掲載されている。

- (84) 岩井・前掲書(注76)二〇七頁、片岡・前掲書(注6)参照。他の出獄人保護団体については、法務省保護局 更生保護史編集委員会(編)前掲書(注83)参照。
- (85) 岩井・前掲書(注76)二〇七頁。感化院・感化法制定の経緯等については、熊野隆治Ⅱ柳政Ⅱ波頭忠雄(編)『池上雪枝女史評伝』(大阪朝日新聞事業団 昭和十五年)、二井仁美『留岡幸助と家庭学校』(不二出版 平成二年)等参照。
- (86) 岩井・前掲書(注76)二〇七頁。少年法制定の経緯等については、宮城長五郎『楽屋囃少年法実施秘譚』保護時報二〇巻六号(昭和一年)四二―四三頁、山岡萬之助『少年法制定事情を語る』少年保護一卷四号(昭和一年)四―一二頁等参照。
- (87) 瀬川・前掲書(注52)二三二頁。
- (88) 岩井・前掲書(注76)二〇八頁、森下・前掲書(注52)二八〇頁。
- (89) 岩井・前掲書(注76)二〇八頁、井田良『講義刑法学・総論(第二版)』(有斐閣 平成三〇年)六三六頁では、更生保護法は、仮釈放等の決定を行う機関の組織や権限、その手続、保護観察とそれに伴う遵守事項、更生緊急保護等を規定し、旧法に比べ、保護観察における遵守事項をより具体化し、社会復帰のための環境調整を充実させている、と注記されている。
- (90) 森下・前掲書(注52)三〇六頁、森下忠『保護観察』平場安治Ⅱ平野龍一(編)『刑法改正の研究Ⅰ』(東京大学出版会 昭和四七年)三一八―三三三頁。
- (91) 森下・前掲書(注52)三〇六頁、森下・前掲書(注90)三一八頁。
- (92) 森下・前掲書(注52)三〇七頁。わが国では、少年法二四一条一項一号の保護処分を受けた者に対する保護観察(一号観察)が独立処分としての保護観察(更生保護法四八条一号)にあたるといわれる。
- (93) 法務省刑事局(編)『法制審議会 改正刑法草案の解説』(法務省刑事局昭和五〇年)一三八―一四一頁参照。わが国では、少年法三三一条一項二号の少年院から仮退院を許された者に対する保護観察(二号観察→更生保護法四八条二号)、刑事施設から仮釈放を許された者(必ずしも保護観察をすべての仮釈放者に付ける必要はないかもしれない、とも言われる)に対する保護観察(三号観察→更生保護法四八条三号)、婦人補導院から仮退院を許された者に対する保護観察(五号観察→今日では、殆ど対象者が存在しない状態が続いている)がパロール型の保護観察にあたる(売春防止法二六一条一項)といわれる。
- (94) 森下・前掲書(注52)三〇七―三〇八頁。わが国では、刑法二五条の第二項の保護観察を受けた者に対する保護観察(四号観察)に付された者に対する保護観察(更生保護法四八条四号)がプロベーション型の保護観察にあたる。
- (95) 森下・前掲書(注52)三〇八頁。満期釈放者、保護観察のない執行猶予者等に対して更生保護法は、更生緊急保護制度を設けている。

「更生緊急保護」とは、満期釈放者等が、刑事上の手続又は保護処分による身体の拘束を解かれた後、親族からの援助を受けることができず、若しくは公共の衛生福祉に関する機関その他の機関から医療、宿泊、職業その他の保護を受けることができないう場合又はこれらの援助若しくは保護のみによつては改善更生することができないと認められる場合に、緊急に、その者に對し、金品を給与し、又は貸与し、宿泊場所を供与し、宿泊場所への帰宅、医療、療養、就職又は教養訓練を助け、職業を輔導し、社会生活に適応させるために必要な生活指導を行い、生活環境の改善又は調整を図ること等により、その者が進んで法律を守る善良な社会の一員となることを援護し、その速やかな改善更生を保護することをいう。大谷・前掲書（注50）二七三頁によると、更生保護事業は、従来、緊急更生保護法に基づき、更生保護会が、実施してきたが、更生保護会の施設が老朽化し、また、財政面でも窮状にあるところから、一九九五年五月に新たに更生保護事業法を制定して、更生保護事業の健全な育成・発展のため整備を行い、社会福祉事業との均衡に留意し、もつて、被保護者に対する補導援護体制の強化を図つたが、この改正によつて、更生保護事業を他の社会福祉事業と同じ性質のものとして、格上げし、国や社会の一層の支援が得られるようにするとともに、従来、「更生緊急保護法」に規定されていた国の「更生保護」の措置を「更生緊急保護」として、犯罪者予防更生法（現行の更生保護法）二〇〇七年成立に移すことになつた。

(96) 正木亮「刑法と刑事政策」（有斐閣 昭和四三年）一七八頁は、「…保護観察は本人に不利益な面があり、長期にわたれば不当な人権侵害が伴う…、しかりとすれば、刑法典は保護の美名のもとに第二の刑罰をつくることになり、私は大反対である。

…私は、…保護観察の性質は仮釈放者の利益のためにもうけられるべき更生保護そのものと考え、と論じて、保護観察を利益処分と解しているので、満期釈放者を保護観察に付する第二案には問題がないということになる。しかし、実務・学説の通説的立場は保護観察を不利益と解しているので、第二案には、問題が残るわけである。なお、井上正治「現代における刑罰思想」平野龍一（編）『岩波講座 現代法一 現代法と刑罰』（岩波書店 昭和四〇年）二二六頁では、「矯正のための施設外処遇を強調しても、別に犯罪に対する応報という体系を捨てたことにならないのであれば、将来においては、保護観察制度の積極的な発展を期待すべきである」として独立処分説を強く支持しているが、平野・前掲書（注26）七頁以下、菊田・前掲書（注75）五頁以下も独立処分説を主張する。

(97) 森下・前掲書（注52）三〇八頁。

(98) 加藤・前掲書（注45）八九頁。

(99) 吉岡・前掲書（注39）三一頁は、「自ら悔い改めて贖罪意識をもつことは人間の社会生活において極めて望ましいことではあるが、それは、個々人の私的な領域、個人の内面の問題である。刑罰制度の中でそれを求めてよいわけではない…」と述べ

ている。

⑩ ホセ・ヨンバルト『金沢文雄「法と道徳」八三―八五頁。いわゆる「謝罪広告事件」(最判昭三一・七・四民集一〇・七・七八五)では、謝罪(倫理的意思表示)を強制することは憲法一九条の「思想・良心の自由」の保障に反すると争われたが、「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表するにとどまる程度」であれば、これを代替執行によって強制しても合憲である」と判示されたことが参考になるであろう(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂 平成二三年)二二七―二二八頁、芦部信喜『憲法(第六版)』(岩波書店 平成二七年)一五一―一五二頁等参照)。

⑪ ホセ・ヨンバルト『金沢文雄・前掲書(注10) 八一―八五頁。

⑫ 団藤重光『法学の基礎(第二版)』(有斐閣 平成一九年)三七―三八頁。

⑬ 中島広樹『累犯加重の研究』(信山社 平成一七年)九四頁。

⑭ 平野龍一『矯正保護法』(有斐閣 昭和三八年[平成六年 法律学全集四四―一復刊)一〇三頁は、補導援護の方法として、以下の七種類をあげている。すなわち、一、教養訓練の手段を助けること。二、医療および保養を受けることを助けること。三、宿所を得ることを助けること。四、職業を補導し就職を助けること。五、環境を改善し、調整すること。六、更生を遂げるため適切と思われるところへの帰住を助けること。七、その他本人の更生を完成させるために必要な措置をとること、である。

⑮ 注27参照。

⑯ 谷村允裕「常習犯罪における常習性」小林充『香城敏磨(編)『刑事事実認定』(判例タイムズ社 平成四年)四四五―四八八頁。

⑰ 須々木圭一「保護観察」宮澤浩一『西原春夫』中山研一『藤木英雄(編)『刑事政策講座 第三巻』(成文堂 昭和四七年)二一六―二二七頁。

⑱ 森下・前掲書(注52) 二八〇―二八一頁、瀬川・前掲書(注52) 四四三―四四四頁。