

# 仮釈放要件と許可基準の再検討

——「改悛の状」の判断基準と構造——

太田達也

- I 問題意識
- II 刑事政策と仮釈放の目的
- III 刑法改正作業と仮釈放の実質的要件
- IV 「改悛の状」の判断基準——仮釈放許可基準の変遷
- V 仮釈放許可基準の再検討
- VI 仮釈放の実質的要件——試論
- VII 今後の課題

## I 問題意識

明治四〇年制定の現行刑法は、仮釈放の要件として、法定期間と並んで、「改悛の状」を定める（第二八条）。法定期間はどの受刑者も一定期間の経過で自動的に充足する形式的要件であることから、「改悛の状」が仮釈放の可否を決する重要かつ唯一の実質的要件であるが、極めて抽象的・包括的な規定ぶりであるために、法文から

どのような場合に仮釈放を許可し得るのか判然としない。

仮釈放は、単に自由刑の執行という面のみならず、犯罪者の改善更生や再犯防止、ひいては社会の安全確保という刑事司法の根幹に関わる重要な制度であり、現実にも、毎年釈放される三万人以上の受刑者の利害に関わるものであることから、どのような場合に受刑者を仮釈放すべきかという実質的要件の内容や判断基準は極めて重要な刑事政策上の課題であるはずである。

にもかかわらず、これまで仮釈放の実質的要件を巡っては、仮釈放審査に携わる地方更生保護委員会委員経験者などごく限られた一部の実務家の間での議論に止まり、体系的・理論的な検討は殆ど行われてきていない。それどころか、仮釈放の実質的要件は、我が国における初の近代的刑法典である明治一三年（一八八〇年）の旧刑法以来、殆どその形を変えていない。刑法改正作業の過程でも仮釈放について議論されたのは、主に仮釈放の形式的要件（法定期間）や必要的仮釈放制度の是非、仮釈放期間等であり、仮釈放の実質的要件については殆ど検討の対象になっていない。この一三〇年の間に、刑罰思想や犯罪者処遇理念が劇的に変化し、仮釈放の目的や機能についても、恩典から社会内処遇へと大きく変化を遂げたにもかかわらず、仮釈放の要件が依然として旧態依然とした規定ぶりとなつていふことは、その中身は実質的に変わってしまったといふことである。しかし、それでは法治国家の体を成さない。

仮釈放を巡っては、仮釈放後の保護観察の内容やその期間のあり方、更には高齢受刑者や精神障害受刑者、来日外国人受刑者といった犯罪者類型毎の仮釈放のあるべき姿など検討しなければならぬ課題が山積している。しかし、それらの問題の根底にはどのような場合に仮釈放を認めるべきかという基本的命題が横たわっており、その検討を経ずして、仮釈放を巡る個別の問題を検討することはできないといふべきである。

仮釈放の実質的要件の検討には、法規範や法政策の観点から検討する法学的アプローチと、仮釈放者の再犯分

析を中心とした実証的検証の双方が不可欠である。しかし、後者の実証研究は、釈放者のプライバシー保護の問題もあって民間の研究者が行うことは容易ではなく、国の研究機関でも殆ど行われてきていない。本稿も前者の法政策的見地からの検討ということになる。残念なことに、こうした検討作業に対しては、「どのみち仮釈放は様々な事情を考慮して決定するのであるから、思弁的な要件論は意味がない」との批判も予想される。しかし、それは、正に「改悛の状」が仮釈放の在り方や方向性を示す要件としての機能を果たしていないことを自認するものであり、無責任な放任論というべきである。

折しも、平成一九年に更生保護法が制定され、翌年から施行されたが、その施行規則たる法務省令において、三五年振りに仮釈放許可基準が改正されるに至ったため、その新しい仮釈放許可基準の意義や問題点を仮釈放制度の趣旨や理念と照らし合わせながら検討することが必要である。

また、長年五〇%台を維持してきた仮釈放率が近年急速に低下し、二〇〇九年以降はついに五〇%を下回る事態となっている。こうした背景には社会の安全や犯罪者の再犯を憂慮する地方更生保護委員会の委員や矯正職員、法曹、更にはマスコミの保守的な姿勢があるのかもしれないが、その真偽はともかく、実際問題として仮釈放の適用が変化していることは間違いなく、それは仮釈放許可基準又はその適用の変化があることを示している。今後、仮釈放率が低下すればするほど、仮釈放者の再犯率も低下することが予想されるが、それは決して望ましい事態ではなく、満期釈放者の増加によって社会の安全にも悪い影響が出る恐れがある。だからと言って、闇雲に受刑者を仮釈放すればよい訳でもない。

そうであるとするれば、あるべき仮釈放の姿を模索するうえで、仮釈放理念に裏付けられた明確かつ適切な仮釈放要件の在り方を巡る考察が不可欠である。本稿は、以上の観点から、仮釈放の実質的要件たる「改悛の状」とその判断基準たる許可基準について検討を加えるものである。そのためには、まず、仮釈放の目的ないし本質を

改めて確認しておく必要がある。

なお、本稿では、平成一七年に刑法中の「仮出獄」の文言が「仮釈放」に改正される以前の状況に言及するときでも、基本的に「仮釈放」の語を用いることとする。

## II 刑事政策と仮釈放の目的

刑事政策の究極の目的は犯罪のない安全な社会を構築することであり、この究極の目的を実現するため、刑事政策は、①犯罪の予防に努め、犯罪が発生した場合には、②犯罪者を適正に処罰するとともに、その社会復帰と再犯防止を図り、③犯罪被害者の損害回復と立ち直りを支援するものでなければならない。ここにいう適正な処罰とは犯罪者の手続的・実体的権利保障と適正な処分選択を意味するが、犯罪者を適正に処罰するだけで事足りる訳ではなく、当該犯罪者が改善更生し、社会復帰するよう処遇や指導を行うことが求められる。再犯防止は、社会復帰の前提であり、結果でもある。また、犯罪被害者の立ち直りを支援することも刑事政策の重要な目的の一つであり、被害者に二次被害を与えたり、その立ち直りを阻害するような施策は許されない。

換言すれば、刑事政策は、常に社会の安全、犯罪者の権利保障、被害者の立ち直りという三つの視点を常に考慮しながら、その目的を最大限達成するものでなければならない。社会の安全確保は重要であるが、だからと言って、社会の安全を至上目的とするあまり、犯罪者の権利を不当に制約することがあってはならないし、反対に犯罪者の権利制限をためらうあまり、社会の安全を脅かすことも許されない。また、被害者支援の名の下に犯罪者をただ厳罰に処したり、不当に更生を妨げることがあってはならず、反対に、犯罪者の社会復帰の手段として被害者を利用してはならない。

仮釈放もまた然りである。仮釈放の意義や機能を巡っては、古くから、恩恵説、刑の個別化説、社会防衛説、改善更生説などの説明がなされてきたが、恩恵説を除き、それぞれ仮釈放の個々の機能を説明しているに過ぎない。仮釈放が刑事政策の一環である以上、犯罪者の適正な処罰と再犯防止を通じ、犯罪のない安全な社会を構築するという刑事政策の究極の目的が最大限達せられることを目指すものでなければならず、犯罪被害者の立ち直りにも配慮しなければならない。

第一に、仮釈放は、裁判所が言い渡した自由刑の執行過程で実施されるものであるから、刑事裁判の適正な実現を通じ、刑事責任の追及を図っていくことが当然の要請である（**犯罪者適正処罰の要請**）。とは言え、裁判所が宣告した刑期をただそのまま執行すればよいという訳ではない。刑罰には応報だけではなく、個別予防の機能が認められている以上、自由刑の執行も応報と個別予防の両面を踏まえたものでなければならず、そこに仮釈放の存在する余地がある。その上で、仮釈放の制度や運用が、実体面においても、手続面においても刑事裁判の適正な実現に繋がるものでなければならぬのである。具体的には、仮釈放の要件や執行率、仮釈放の手続、保護観察中の特別遵守事項の在り方などがこのことに関連して問題となる。

第二に、仮釈放は、受刑者の改善更生を図り、その再犯を防止するものでなければならない（**社会復帰の要請**）。それは、単に早期に釈放することで社会復帰を早めるという消極的なものに止まらず、施設内での矯正処遇の成果を確認しながら、社会内で保護観察を行うという積極的な意味をもつものである。満期釈放となれば、如何に釈放者に問題があるうと社会内処遇を行うことは許されない。仮釈放は、満期釈放を防ぎ、対象者にほぼ完全な自由を与えながら必要な指導や監督を行い、必要であれば、自立した生活を送ることができるよう補導や援護を行うものであり、対象者の自律（self-control）や自立（self-support）の行方を見極めるための「お試し期間」を設けるものである。このことが問題になるのが、仮釈放後の保護観察期間や特別遵守事項の内容、保護観察の内

容等である。

第三に、仮釈放は、社会内処遇の一形態であり、犯罪者を被害者のいる社会に戻すことを内容とするものであるから、被害者への配慮が欠かせない（被害者支援の要請）。しかし、刑事政策は、犯罪者の改善更生と再犯防止を通じた社会の安全確保が目的であって、犯罪者の処罰や処分をもって被害者の心情を充足することが目的ではなく、これは仮釈放も同様である。もし、被害者の心情だけを考へるなら、重大事件の受刑者の仮釈放など凡そ不可能となってしまう。しかし、そのことを前提としたうえで、仮釈放においても被害者に対し一定の配慮をすることが刑事政策上求められている。特に、仮釈放審理における意見聴取や被害者への情報提供などが問題となる。

### Ⅲ 刑法改正作業と仮釈放の実質的要件

#### 1 旧刑法

仮釈放要件としての「改悛の状」は、我が国で初めて仮釈放を正式に導入した明治二三年（一八八〇年）の旧刑法において既に規定されている。<sup>(2)</sup> 即ち、旧刑法第五三条は「重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者獄則ヲ謹守シ悛改ノ狀アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ經過スルノ後行政ノ處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得」とし、「獄則ノ謹守」と並んで「悛改ノ状」を仮釈放の実質的要件と定めている。

旧刑法は一八一〇年のフランス刑法典を模範としてポアソナードが起草した草案を基に制定されたものであるが、仮釈放については、当時のフランス刑法典に規定はなく、一八八五年の「累犯防止手段法」<sup>(3)</sup>によって導入されたものであることから、旧刑法の仮釈放は一八七一年のドイツ刑法典等を参照したものとされている。その一

八七一年ドイツ刑法典は、仮釈放について、「長期徒刑或ハ禁獄ニ處セラレタル犯人其刑期ノ四分ノ三或ハ少クモ已ニ一年ニ及ヒ且其期限中行狀善ナレハ犯人ノ承諾ニ因リ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得」(第二三条)と規定している。<sup>(4)</sup> ドイツ語の原文は、“sich auch während dieser Zeit gut geführt haben” (その期間「刑期の間(訳者注)」行狀が良好であったこと)であり、これが旧刑法の「獄則ヲ謹守シ」に相当するとすれば、「悔改ノ状」という要件は旧刑法立案の過程で独自に付されたことになる。

しかし、「悔改ノ状」に、「獄則ノ謹守」以上の特別の意味があつたとは考えにくい。というのも、旧刑法には規定がないものの、当時の仮出獄は監獄則に定める賞誉中の段階処遇と密接に結び付き、賞誉の審査事項は主に施設内での行狀や心情であつたとされていること<sup>(6)</sup>から、「悔改ノ状」も「獄則ノ謹守」とともに施設内での行狀の評価が中心であつたと考えられるからである。何れも報償主義からくる仮釈放要件と言えよう。

なお、旧刑法では、仮出獄後、警察による特別監視に付すこととされたが(旧刑法第五五条、旧刑法附則第四二条以下)<sup>(7)</sup>、対象者の自由の制限が著しく、煩苛な規則の違反者が続出し、却つて対象者の社会復帰を妨げるなど、弊害が多く、<sup>(8)</sup>とても社会内処遇と呼べるようなものではなかつたとされる。

## 2 旧刑法以後の刑法改正作業と現行刑法

「獄則ノ謹守」と「悔改ノ状」という仮釈放の要件は、明治二四年の第一回帝国議会に提出された刑法改正草案(以下、「明治二四年案」という。)でも維持されたが、<sup>(9)</sup>明治三四年の第一五回帝国議会に提出された、ドイツ刑法を範とする明治三四年刑法改正案(以下、「明治三四年案」という。)では、一旦、「獄則ノ謹守」の要件も「悔改ノ状」の要件も姿を消し、「更ニ重罪ヲ犯ス虞ナキトキ」に改められている。<sup>(10)</sup> その理由として、明治三四年案の刑法改正案理由は、「現行法ハ獄則ヲ謹守シ、悔改ノ状アルコトヲ條件ト爲スト雖モ此條件ハ却テ極悪人ノ假

面ヲ装フノ材料トナルノ虞アルヲ以テ本案ハ之ヲ改メ更ニ重罪ヲ犯ス虞ナキト爲シタリ」としている<sup>(11)</sup>。これに拠る限り、「更ニ重罪ヲ犯ス虞」という要件も、監獄内の獄則の謹守や悔改の状だけで更生の真偽はわからないため、「再犯のおそれ」という包括的な観点から仮釈放の適否を見極めようとしたものに過ぎない。

続く明治三五年一月の第一六回帝国議会で提出された明治三五年刑法改正案では、「更ニ重罪ヲ犯ス虞」という要件は無くなり、再び「改悛ノ状アルトキ」が仮釈放の実質的要件として採用されたが、明治二四年案まで「改悛ノ状アルトキ」とともに仮釈放要件とされていた「獄則ノ謹守」という文言は姿を消している<sup>(12)</sup>。明治三五年の刑法改正案理由は、「本條ハ現行法第五十三條ヲ修正シタル規定ニシテ現行法ハ獄則ヲ謹守シ悔改ノ状アルコトヲ條件ト爲スト雖モ俊改ノ状アル者ハ畢竟獄則ヲ遵守ス可キヲ以テ改正案ハ單ニ改悛ノ状アルコトノミヲ要件ト爲シタリ」と、その理由を説明している<sup>(13)</sup>。この文言が同年一二月の第一七回帝国議会で提出された刑法改正案でも維持され<sup>(14)</sup>、最終的に明治四〇年の現行刑法として成立したため<sup>(15)</sup>、仮釈放は依然として監獄内での行状を中心とした報償主義的色彩の濃い制度のままとなり、問題が多かつたとはいえ警察監視制度も廃止されたため<sup>(16)</sup>、刑法上の仮釈放は社会内処遇との結びつきもない消極的な制度となった<sup>(17)</sup>。

### 3 現行刑法以後の刑法改正作業（戦前）

仮釈放の実質的要件を巡っては、その後の刑法改正作業において議論され、改正案の内容も変遷を遂げる。まず、大正一五年（一九二六年）に臨時法制審議会から公表された「刑法改正ノ綱領」で「假出獄ノ要件ヲ寛大ニシ、其他假出獄ニ關シ受刑者ヲ保護スル規定ヲ設クルコト」との方向性が示された後、昭和二年（一九二七年）に刑法改正原案起草委員会が起草した刑法改正豫備草案（以下、「豫備草案」という。）では、「行狀善良ニシテ左ノ條件ヲ具備シ將來再ビ罪ヲ犯スノ虞ナキニ至リタルトキ」（第八六条）と規定されている<sup>(18)</sup>。明治二四年案まで

用いられていた「獄則ノ謹守」に相当するかのような「行狀善良」という要件が復活し、明治三四年案のような「將來再ビ罪ヲ犯スノ虞」という要件も導入されている。

当時は、現行刑法の公布に併せた免囚保護事業奨励費の創設や大正一一年の旧刑事訴訟法の施行（大正一三年）による起訴猶予者の増加などにより免囚保護（釈放者保護）が活発化し、<sup>(20)</sup>また大正一一年制定の旧少年法が翌年から施行され、仮出獄を許された少年に対し少年保護司による観察（第六条）が実施されていた時代である。<sup>(21)</sup>豫備草案でも仮釈放者に対する保護観察（第八九条）や消極的考試期間主義（第九一条）<sup>(22)</sup>が導入されていることを考え合わせると、似た文言ながら、「將來再ビ罪ヲ犯スノ虞」という仮釈放要件は、明治三四年案とは異なり、仮釈放後の社会内処遇を見据えたものと見ることもできよう。

一方、豫備草案は、「左ノ條件」として「居住及生計上ノ支障ナキトキ又ハ住居ヲ定メ正業ニ従事スルノ機會確實ナルトキ」という要件を定めるほか、仮釈放処分については、「損害ノ賠償アリタルヤ否特ニ本人力損害ノ賠償ヲ爲シタルヤ又ハ賠償ニ努ムルヤ否ヤヲ參酌スヘシ」と規定する。前者の居住や生計・就業予定は、獄則の謹守や善良な行状といった受刑中の態度に関わる要件とは異なり、受刑者の将来や見通しに関わる要件であって、「將來再ビ罪ヲ犯スノ虞ナキ」という再犯の虞とは独立した要件というより、再犯の虞を判断する上での一判断基準としての性格が強い。また、後者の損害賠償やその努力の有無も、これを第三の要件とみることもできるし、やや苦しいが、「行狀善良」を判断するうえでの判断基準と捉えることも可能であろう。もし、そのように解すれば、仮釈放の実質的要件を極めて抽象的に規定してきた従来とは異なり、その実質的要件を判断するうえでの基準を定めた初めての例と見ることができよう。

この仮釈放の実質的要件と判断基準をより整備した形で規定したのが、昭和六年に刑法並監獄法改正調査委員会総会が留保条項附で決議した総則案であり、昭和一五年の各則案と合わせて公表された改正刑法仮案（以下、

「仮案」という。<sup>(23)</sup> 仮案第一〇八条は、豫備草案で姿を消した「改悛の状」を再び実質的要件に採用し（但し、漢字は「情」、その「改悛ノ情」が「顕著ナル」ことを要求したうで、仮釈放の処分を為すについては、「損害ノ賠償アリタリヤ否特ニ本人カ損害ノ賠償ヲ為シタリヤ又ハ賠償ヲ為スニ努力シタリヤ否」と「居住及生計ニ支障ナキヤ又は住居ヲ定メ正業ニ従事スル見込アリヤ否」という二つの判断基準を参酌すべしと定めている。仮案のうち総則案が決議された昭和六年には仮釈放審査規程<sup>(24)</sup>が制定され、仮釈放の審査事項が法定されたが、こうした当時の動きが豫備草案以後の刑法改正作業に反映されていたことも考えられる。

しかし、この昭和一桁から一〇年代にかけては、司法保護事業法の制定が進められ、昭和一四年に成立しているし、評判は悪いものの、思想犯保護観察法（昭和一一年）によつて成人に対する保護観察が創設された時期である。こうした社会内処遇が徐々に発展しつつあるなかで、仮釈放の実質的要件について、仮案が「再犯のおそれ」ではなく、再び「改悛の状」を採用しているのは、やや違和感を感じないでもない。司法省の司法書記官（行刑局）として仮釈放審査規程起草した東邦彦氏は、仮釈放を「善良なる行状に對する報酬ではなく、實に受刑者を善良な市民として社會に復歸せしむる爲め、彼等を累進的に改善する一の機構」と明確に打ち出し、<sup>(25)</sup> 仮釈放の本質的要件は、「過去に於て行状が善良であつたと謂ふことではなくして、釋放後合法的社會生活を營む見込が確實なこと」であるべきであるから、現行刑法第二八条の「改悛の状」や仮案の「改悛の情」は「再犯の虞」がなくなったことを意味すると解説している。<sup>(26)</sup> そこにはまだ社会内処遇と結び付いた積極的な仮釈放の視点はないものの、刑法上の「改悛の状」という文言は、既に嘗ての法意から離れ、「再犯のおそれ」という新たな意味付けがなされていくことになり、にもかかわらず従来と同じ文言を用いているところに法の実体との乖離が始まっていたことになる。

#### 4 戦後の刑法改正作業と犯罪者予防更生法

昭和三十一年（一九六六年）、法務省刑事局内に小野清一郎博士を議長とする刑法改正準備会が設置され、改正刑法仮案を土台に議論が進められた結果、昭和三十五年（一九六〇年）に改正刑法準備草案（未定稿）と翌年の改正刑法準備草案（以下、「準備草案」という。）が公表されている。ここでは、仮釈放の実質的要件として、「改悛の情が明らか」であることに加え、「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」という新たな要件が規定されることとなった。準備草案の理由は、「従来、この制度は、一応刑の改善的目的を達した者に對して、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「改悛―著者注」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執行の一態様としてみようとする立場もとり入れて、仮釈放の要件として、改心の情のほか、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」としている。<sup>(27)</sup>

その背景として、昭和二四年に犯罪者予防更生法が成立し、ここでは仮出獄を含めた仮釈放を「更生の措置」と位置付け（第三章第一節）、「本人の改善及び更生のために必要且つ相当な限度において行」い（第二条）、「仮出獄……（中略）……を相当と認めるときは、決定をもって、これを許さなければならない」（第三一条二項）と定めると同時に、成人の仮出獄者についても保護観察を導入し（第三三条一項三号）、仮釈放後の保護観察を通じて受刑者の更生を図るといふ、社会内処遇の機能を重視したより積極的なパロール型の仮釈放制度を導入したことが大きい。<sup>(28)</sup>

刑法改正案でも、仮釈放者について、仮案では必要と認める場合、保護観察に付し（仮案第九八条、第一一〇

条)、準備草案では原則として保護観察に付すものとされたほか(準備草案第九〇条一項)、特に準備草案では、仮釈放後の保護観察期間が六月に満たないときは六月とするという考試期間主義(折衷主義)を導入している(第九〇条二項但書)。従来のような「再犯のおそれ」といった要件とせず、「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」としたのは、恐らく、「再犯のおそれ」があるかどうかより、施設内処遇より社会内処遇が望ましいかどうかという要件の方が、より考試期間主義の趣旨に叶うからではないかと考えられる。<sup>(29)</sup> 折衷主義とは言え、考試期間主義は残刑期間を超えて保護観察を実施することを認めるものであり、「再犯のおそれ」がない者に対してそうした長期の保護観察は正当化し難いからである。

なお、豫備草案や仮案で規定されていた仮釈放要件の判断基準は準備草案では姿を消している。これは、犯罪者予防更生法施行後の昭和二七年に制定された「仮釈放並びに在監又は在院中の者に対する不定期刑執行終了又は退院の審理決定等に関する手続について」と題する依命通牒<sup>(30)</sup>(以下、「昭和二七年通牒」という。)が仮釈放の具体的な許可基準を定めたため、下級法令に委ねたものと考えられる。

昭和三八年から刑法改正の審議を始めた法制審議会刑事法特別部会の小委員会が作成した刑事法特別部会小委員会参考案(いわゆる「第一次案」)でも考試期間主義(折衷主義)が採用されており(第九〇条)、仮釈放の實質的要件は、「改悛の情が明らか」が「改善の情」に改められた以外、準備草案の内容が基本的に維持<sup>(31)</sup>されている。しかし、この第一次案では、實質的要件を判断する裁量的仮釈放以外に、實質的要件を要せず、法定期間の経過など形式的要件の充足をもって仮釈放を認める必要的仮釈放を規定する「B案」と、これを認めない「A案」が併記される形となった。但し、「B案」においても、「刑事施設において善行を保持」するという要件は規定されており、これを単に懲罰の有無等としないのであれば、これが實質的要件となり、従って純粹な必要的仮釈放制度ではなくなる。さらに、第一次案では「別案」なるものも存置され、「刑事施設における善行保持」といった

要件さえ規定しない、「B案」より徹底した必要的仮釈放も提案されている。しかし、この「別案」でも、「明らかに釈放後再び罪を犯すおそれがあるとき」は、仮釈放をしないという消極的要件を定めており、従って、その範囲で判断や裁量の余地がある。

結局、その後の昭和四六年（一九六九年）に公表された第二次案や翌昭和四七年（一九七四年）に法制審議会から法務大臣に答申された改正刑法草案では「A案」が残り、「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」という実質的要件を規定する裁量的仮釈放のみが採用されることとなった。しかし、第一次案で採用されていた考試期間主義（折衷主義）は、刑事法特別部会での採決において採用されないことになり、<sup>(32)</sup> 仮釈放による保護観察を通じた受刑者の更生と再犯防止という積極的な仮釈放制度からは後退することとなったため、「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」という要件は、残刑期間主義に基づく保護観察を前提としてのものということになる。

しかし、結局、刑法の全面改正は実現せず、仮釈放の実質的要件は明治四〇年の刑法定制時のまま維持されることとなった。当然ながら、その間の刑事政策思潮や仮釈放理念は大きく変化し、特に戦後、犯罪者予防更生法が制定・施行され、保護観察を必要的とするパロール型の仮釈放が導入されたため、刑法上の仮釈放要件との間にズレが生ずることになった。<sup>(33)</sup> 実務においても、刑法上の「改悛の状」という概念だけでは、仮釈放の在り方や方向性を示すことができないばかりか、仮釈放審査の実務にも支障が出かねないため、昭和二七年通牒に続き、昭和四九年には新たに「仮釈放及び保護観察等に関する規則」（以下、旧規則という<sup>(34)</sup>）が制定され、下級法令により仮釈放の「許可基準」という形で仮釈放の実質的要件の判断基準を示していくやり方が踏襲されたが、ある意味で、こうした下級法令の許可基準が仮釈放の実質的要件の役割を果たしてきたといっても過言ではないであろう。

## 5 更生保護制度改革から更生保護法制定へ

刑法全面改正の作業が頓挫して以来、仮釈放制度についても、その抜本的改正を図る動きは見られなくなり、平成一四年から翌年にかけて名古屋刑務所で発生した受刑者暴行致死傷事件を契機として、行刑改革の提言がまとめられ<sup>(35)</sup>、監獄法に代わり新たな新法が制定されたときも、仮釈放制度そのものの見直しは行われなかった。

そうしたところ、平成一六年から平成一七年にかけて奈良や愛知、青森等で発生した仮釈放中や仮釈放期間満了者による重大再犯事件が相次いだことから、更生保護制度改革の機運が高まり、更生保護のあり方を考える有識者会議（以下、「有識者会議」という。）の提言において、保護観察等とともに、仮釈放制度についても様々な制度改革の提言がなされた。特に、許可基準については、「悔悟の情」及び「更生の意欲」が認められ、保護観察に付することが本人の改善更生のために相当であると認められるときは、仮釈放を許可することができるものとし、「再犯のおそれが高いと認められるとき」又は「社会の感情が仮釈放を是認していないと認められるとき」には、この限りではないとする方向で、許可基準を改めることを検討すべきである。」とされた<sup>(36)</sup>。

この提言に基づいて、犯罪者予防更生法と執行猶予者保護観察法が廃止され、両法を統合して必要な改正を加えた更生保護法が平成一九年に成立した<sup>(37)</sup>。仮釈放を定める刑法が改正されたわけではないため、仮釈放の要件については何ら変更はないが、平成二〇年に更生保護法が施行されるにあたり、仮釈放の許可基準を規定してきた法務省令が全面改正され、新たな許可基準が設けられるに至った。その内容の検証は次章で行うこととするが、許可基準である以上、仮釈放の可否を実質的に左右するものであることは間違いない。これは、刑法が規定する仮釈放の実質的要件たる「改悛の状」の概念はそのままに、下級法令で定める許可基準の改正によって、事実上の仮釈放要件を変更する（できる）というやり方が改めて踏襲されたことを意味する。

つまり、我が国では、犯罪者処遇や仮釈放を巡る理念が時代とともに大きく変化するなか、旧刑法以来、「改悛の状」という仮釈放の実質的要件に関する概念を維持し、これを改正してこなかったため、これを補うべく下級法令で規定された「許可基準」が事実上の仮釈放の実質的要件の役割を果たし、刑法上の「改悛の状」は理念や政策に応じて変わり得る「空箱」と化してしまっているのである。そうした事態が法治国家の制度として望ましいかどうかということもさることながら、事実上の仮釈放要件とも言える下級法令の許可基準が、明確な仮釈放理念に裏打ちされ、仮釈放の許否を決するうえで十分な方向性を指し示すものとなっていないかどうかとも検証されなければならない。本稿の目的も正にそこにある。

#### IV 「改悛の状」の判断基準——仮釈放許可基準の変遷

刑法は、仮釈放の実質的要件として「改悛の状があるとき」（第二八条）としか規定しておらず、法文上、その具体的な内容や基準については明らかでない。更生保護法も、仮釈放の手續を定めるに止まる。そこで、下級法令である法務省令が、以下のような仮釈放要件の具体的判断基準、即ち仮釈放の許可基準に関する定めを置いている。この法務省令が、平成二〇年の更生保護法施行の際に制定された「犯罪を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規則」（以下、社会内処遇規則<sup>(38)</sup>）である。

**第二八条** 法第三九条第一項に規定する仮釈放を許す処分は、懲役又禁錮の刑の執行のため刑事施設又は少年院に収容されている者について、悔悟の情及び改善更生の意欲があり、再び犯罪を犯すおそれがなく、かつ、保護観察に付することが改善更生のために相当であると認めるときにするものとする。ただし、社会の感情がこれを是認すると認められ

ないときは、この限りでない。

仮釈放の實質的要件を巡る刑法改正作業の経緯で見たように、我が国で初めて仮釈放審査の方法や手続を定めたのは昭和六年の仮釈放審査規程である。<sup>(39)</sup> 同規程は、仮釈放審査において考慮すべき身上関係、犯罪関係及び保護関係の事項を定め、(第二条乃至第四条)、「前三条ノ審査ニヨリ再犯ノ虞ナシト認メタル受刑者ニ付テハ仮釈放ノ具申ヲナスコトヲ得」(第五条)と規定している。これは仮釈放の具申要件に関する規定であるが、当時は、まだ犯罪者予防更生法も地方更生保護委員会もなく、仮釈放は刑務所長の具申によって司法大臣が決するものとされていたことから、この具申要件が現在で言うところの仮釈放の許可基準に相当する。しかし、審査規程では、詳細な審査事項を列挙しているだけで、再犯の虞という基準以外、具体的な許可基準を示してはいない。

実際に仮釈放の具体的な許可基準を定めたのは、犯罪者予防更生法下で制定された昭和二七年通牒である。そこでは、次のように規定されている。

- 第一(6) 仮出獄は、本人の性格、行状、態度及び能力、施設内での成績、帰住後の環境等より判断して、左の各号に該当する者につき、保護観察に付することが、本人が善良な社会人として自立するに最も適当と認められる時期にこれを許すものとする。
- 1 刑法第二八条又は少年法第五八条の規定による期間を経過していること。
  - 2 改悛の状があること。
  - 3 仮出獄期間中再犯の虞がないこと。

4 社会の感情が仮出獄を是認すると認められること。

善良な社会人として自立することを期待することができない者であっても、前各号に該当し、且つ、刑期の大半を経過し、行刑成績良好な者で保護観察に付することが本人の改善に役立つと認められるときは、仮出獄を許すことができる。

もつとも、この許可基準には、刑法上の仮釈放要件とされている「改悛の状」が再び許可基準として規定され、刑法上の要件以外の要件が仮釈放に必要とされる誤解を生みやすいだけでなく、「再犯の虞がないこと」という文言に「仮出獄期間中」という語が係ってくるため仮釈放期間が経過した後には再犯のおそれが考えられてもよいという風に解されかねず、さらに第二項の「善良な社会人として自立することを期待することができない者であつても」という、基準の例外を認めるような規定には問題があることが指摘されていた。<sup>(41)</sup>特に、第二項の規定は、第一項の「一項基準」に対し「二項基準」と呼ばれ、第一項各号の基準を満たしながら、「善良な社会人として自立することを期待することができない者」とは矛盾ではないかとの批判も見られた。<sup>(42)</sup>

しかし、実務においてそれ以上に問題であつたのは、昭和二七年通牒の許可基準が、社会感情を仮釈放の必須要件とし、さらに施設内での成績良好者から仮釈放者を選ぶという善時制的性格を、本来、犯罪者予防更生法で導入を企図されたパロール型の仮釈放に同居させたため、仮釈放が謙抑的に行われるべきことを方向付けてしまふとともに、期間満了を願うだけの、極めて仮出獄期間の短い「安全な」仮出獄を増やす結果となつてしまったことだとされている。<sup>(43)</sup>

その後、先の批判を受け、昭和四九年に旧規則が制定され、以下のように許可基準が改められるに至つた。

第三二条 仮釈放は、次に掲げる事由を総合的に判断し、保護観察に付することが本人の改善更生のために相当であると認められるときに許すものとする。

- 一 悔悟の情が認められること。
- 二 更生の意欲が認められること。
- 三 再犯のおそれがないと認められること。
- 四 社会の感情が仮釈放を是認すると認められること。

改正点としては、まず、「改悛の状」という刑法上の仮釈放要件に用いられている用語を改め、「改悛の状」のうち主観的な面を具体化する基準として「悔悟の情」と「更生の意欲」を設け、「再犯のおそれ」から「仮出獄期間中」という文言を削除している。批判のあった二項基準は削除されたが、昭和二七年通牒では、一項各号の基準全てを充足する必要があったものを、旧規則では、各号の基準を「認められること」とやや緩和した表現とし、それらの事由を総合的に判断して保護観察の相当性を判断する形を採ったことから、二項基準が実質的に仮釈放基準の中に統合・吸収されたように考えられなくもない<sup>(44)</sup>。この旧規則は、その後何度も改正され、平成一八年には省令名も改正されたが、仮釈放の許可基準については、平成二〇年の社会内処遇規則によって改正されるまで維持された。

社会内処遇規則でも旧規則と似たような許可基準が並ぶが、旧規則との相違点にして最大の特徴を挙げるとすれば、旧規則では四つの許可基準を総合的に判断して、保護観察に付することが本人の改善更生のために相当であると認められるかどうかを判定していたのに対し、社会内処遇規則では、各許可基準に評価の順位をつけ、各基準を謂わばフローチャートのように順次評価してゆき、ある許可基準を満たさない場合には、その時点で仮釈

放を認めないことにした点である。<sup>(45)</sup> 旧規則が各許可基準の総合評価方式であるとすれば、社会内処遇規則は逐次評価方式ということができよう。

また、社会内処遇規則では、従来、仮釈放の積極的許可基準の一つとして規定されていた社会感情を消極的許可基準に位置付けたことも大きな改正点である。この改正により、他の基準が全て充足されていても、社会感情が仮釈放を是認すると認められないとき、仮釈放は認められないことになった。実際には社会感情の認定如何によるが、少なくとも法規上は、仮釈放における社会感情の位置づけが極めて大きくなったことになる。

しかし、法務省は、社会内処遇規則が仮釈放の判断を厳格化したり緩和したりするものでも、仮釈放基準の考え方を実質的に変えようというものでなく、従来の基準をそしゃくして、その趣旨及び判断の過程がより明確になるよう表現し直したに過ぎないと説明している。<sup>(46)</sup> 確かに、今回の社会内処遇規則は、仮釈放の範囲や寛厳の度合いを変えることが目的でないとしても、判断構造の改正や消極的許可基準の設定は、結果として、仮釈放の許否に十分過ぎるほど影響を与え得るものである。もし、そうでないのなら、新たな許可基準に則った運用をしていないと言わざるを得ない。それほど、今回の改正は仮釈放実務の運用を左右するものである。新たな許可基準など仮釈放実務には殆ど関係ないとする声が仮釈放実務関係者からも聴かれるところであるが、そうしたところにも、法令上の許可基準と仮釈放実務の乖離が表れている。やはり、実務の基準や方向性を指し示すとともに、実態とも合致した仮釈放の許可基準でなければならない。そこで、以下では、現行の仮釈放許可基準について検討を加え、仮釈放の許可基準と更には実質的要件の在り方について考察することにした。

## V 仮釈放許可基準の再検討

### 1 仮釈放許可基準の判断構造

社会内処遇規則は、「改悛の状」の判断基準、即ち仮釈放の許可基準として、①悔悟の情及び改善更生の意欲があり（以下、「悔悟の情及び改善更生の意欲」という。）、②再び犯罪をするおそれなく（以下、「再犯のおそれ」という。）、かつ、保護観察に付することが改善更生のために相当であること（以下、「保護観察相当性」という。）の三つと、消極的許可基準として、④ただし、社会の感情がこれを是認すると認められないときは、この限りでない（以下、「社会感情」という。）を定める。

総合評価方式を採った旧規則では、四つの許可基準全てを完全に充足せず、一つの事由について問題が認められる場合も、全ての基準を総合的に考慮し、保護観察に付することが本人の改善更生のために相当であると認められるかどうか弾力的に判断することが可能であったのに対し、<sup>(47)</sup>社会内処遇規則は、逐次評価方式であるから、全ての許可基準を必ず充足しなければならない、

このうち、まず「悔悟の情及び改善更生の意欲」は、他の基準に先立って評価され、それを満たさない場合、その他の許可基準の評価は行われないことから、その是非はともかく、この許可基準が仮釈放の許否に決定的な影響を与えることになる。<sup>(48)</sup>仮釈放及び保護観察等の事務の適正な運用を図るための事項を規定した依命通達（以下、「依命通達」という。）も、「四つの要件のうち、悔悟の情及び改善更生の意欲があると認められることは、仮釈放を許す中心的な要件であり、これが認められるかどうか、他の要件に先立って、判断されるべきである」と定めている（第二の七(1)イ）。

続く「再犯のおそれ」に関し、依命通達は、「悔悟の情及び改善更生の意欲があると認められることは、通常、

再び犯罪をするおそれがないことを推認させることになる」（第二の七(1)ウ）としていることから、「再犯のおそれ」は、「悔悟の情及び改善更生の意欲」の存在によって推認された「再犯のおそれがないこと」を否定するだけの再犯の危険性があるかどうかの判断が中心となる。

さらに、依命通達は、「悔悟の情及び改善更生の意欲があり、再び犯罪をするおそれがないと認められることは、通常、保護観察に付することが改善更生のために相当であることを推認させることになるが、総合的最終的に実質的相当性を判断する観点から、なおこれが認められるかどうか判断されるべきである」（第二の七(1)エ）とし、保護観察相当性は「仮釈放を許すことの包括的な要件である」であつて、「総合的かつ最終的に実質的相当性を判断する」ものであると位置付けている。つまり、「悔悟の情及び改善更生の意欲」と「再犯のおそれ」の何れの許可基準をも充足した者について、改めて総合的に仮釈放による保護観察を行うことが妥当であるかどうかの最終判断を行うというのであり、その意味で、保護観察相当性は、「悔悟の情及び改善更生の意欲」や「再犯のおそれ」を包摂する関係にある。それだけに、保護観察相当性で独自に評価される内容があるのか否か、あるとすればそれが何であるかを明確にする必要がある。そうでなければ、結局、総合評価方式がもっていた曖昧性を解消するために判断構造を変えた意味がないばかりか、従来の問題がそのまま継承されてしまうからである。

## 2 悔悟の情及び改善更生の意欲

### (1) 主観的許可基準の是非

社会内処遇規則にいう「悔悟の情及び改善更生の意欲」のうち、「悔悟の情」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、また「改善更生の意欲」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」であると説明されている。<sup>(49)</sup>「悔悟の情」は受刑者の犯罪に対する回顧的心情であるのに対し、「改善更生の意欲」は将来に対する展望的心情を意味する。

こうした受刑者の主観的状况は、昭和六年の仮釈放審査規程のなかでも「犯罪後の情况」(第三条五号)や「収容後の状況」(第二条八号)といった形で仮釈放の審査対象とされていたし、昭和二七年通牒では「改悛の状」(実質的要件ではないものの)、昭和四九年の旧規則では「悔悟の情」と「更生の意欲」として規定されている。しかし、旧規則における「悔悟の情」と「更生の意欲」はいずれも許可基準の一つに過ぎず、他の許可基準を含め仮釈放による保護観察の相当性を総合的に判断することになってきたのに対し、社会内処遇規則では、「悔悟の情及び改善更生の意欲」が他の許可基準に先んじて評価の対象となり、これに欠ける場合は即座に仮釈放が不相当ということになって、他の許可基準の評価を行わないこととしたのである(少なくとも法文上はそうである)。問題は、その概念定義の詳細如何ではなく、仮釈放の本質や目的との関係で、「悔悟の情及び改善更生の意欲」が仮釈放に必須の、しかも中心的基準であるべきかどうかということである。

「悔悟の情及び改善更生の意欲」がない受刑者は、通常、「再犯のおそれ」も高いため、「悔悟の情及び改善更生の意欲」を優先順位の最も高い許可基準とすることに余り違和感は感じられない。しかし、本稿の冒頭でも指摘したように、仮釈放の目的は、受刑者を裁判所が定めた刑期より早期に釈放し、社会内で保護観察を行うことにより、受刑者の改善更生を図り、その再犯を防止することである。刑事施設の中における行状を中心に評価し十分な「悔悟の情及び改善更生の意欲」が認められないからといって仮釈放を認めず、満期釈放とするより、むしろ仮釈放にして、社会内で処遇をする余地を残す方が望ましい場合がある。反対に、「悔悟の情及び改善更生の意欲」がある場合でも、後で評価対象となる許可基準によって仮釈放が不相当とされることは十分にあるのである。結局、「悔悟の情及び改善更生の意欲」が仮釈放の許可を決する決定的な基準たり得ないのである。既に

こうした批判は小川太郎博士からもなされており、「改悛の状」のうち、所内での行状は「スタチックな要素」であり、報償主義に繋がるとして、仮釈放要件から行状証拠を削除すべきであるとされている。<sup>(51)</sup>

有識者会議の提言でも、「悔悟の情」及び「更生の意欲」が認められ、保護観察に付することが本人の改善更生のために相当であると認められるときは、仮釈放を許可することができるものと「するとしていることから、一見、社会内処遇規則における許可基準の内容のような提言をしているようにも読める。しかし、その一方で、仮釈放には、「再犯のおそれがなく、更生意欲が強く認められるために仮釈放を許可する場合と、満期釈放よりは円滑な社会復帰が期待でき、再犯の可能性を低下させることができる」と期待して仮釈放を許可する場合の二通りがあるように思われ、後者の場合には、現行の許可基準と運用実態が乖離している印象を受ける」が、こうした「運用は、充実した保護観察が行われることを前提とするならば、受刑者の改善更生・再犯防止を図る観点から、むしろ望ましいものと評価することができる。」<sup>(52)</sup>として、つまり、更生意欲が認められないような場合でも、仮釈放を認めることが望ましいとし、こうした趣旨を明確にする方向で許可基準を改めるべきであるとしているのである。<sup>(53)</sup>しかし、社会内処遇規則の仮釈放許可基準は、そうした有識者会議の提言の趣旨を十分に実現するための内容になっているとは思えない。<sup>(54)</sup>

さらに、「悔悟の情及び改善更生の意欲」といった主観的基準は、受刑者によっては評価しにくい面がある。幾ら、受刑中の態度や処遇への取り組み状況、面接中の言動など客観的な事実から判断できるとは言っても、口下手な者より、自己表現の上手な者や受刑生活に慣れている者の方が悔悟の情があると評価され易いということはあるし、来日外国人受刑者の場合、出身国の文化や宗教、司法制度の違い（死刑や司法取引制度の有無など）などから、「悔悟の情」の示し方が日本人受刑者とは異なるため、結果としてF指標受刑者の「悔悟の情」が不利な形で評価されているという報告もかつて見られた。<sup>(55)</sup>

旧規則のような総合評価方式であれば、「悔悟の情及び改善更生の意欲」に多少欠けることがあっても、他の許可基準を含め総合的に評価することで仮釈放を決することができたが、現在の社会内処遇規則では、「悔悟の情及び改善更生の意欲」を他の基準に先立って評価し、それが認められない場合は次の許可基準を評価することはない。「最も中心的な許可基準」であるから、こうした評価の仕方は許されないはずである。もしこれが許されるところならば、現在の法令の文言には従っていないことになり、結局、仮釈放の許可基準など、どのように法令に規定しようが関係ないということになりかねない。

以上のことから、「悔悟の情及び改善更生の意欲」という主観的な許可基準は、単なる審査事項の一つか総合評価方式による場合の許可基準の一つとする程度であればまだしも、社会内処遇規則のように、決定的かつ中心的な許可基準に位置付けるのは不適當である。

(2) 確信犯受刑者・否認受刑者

「悔悟の情」と関連して問題になるのが、確信犯と犯罪事実を否認する受刑者である。これらの受刑者は、他の受刑者と異なり、「悔悟の情」が全く看取されないため、仮釈放を認めるべきかどうかが問題となる。

このうち確信犯は、積年の恨みや報復、或いは特定の思想・信条・信仰から罪を犯したり、自己保身や自己防衛のため事件を犯すなどしたために、罪を犯したことに對する後悔が全く見られない者である。暴力団受刑者も一種の確信犯と言えるかも知れないが、暴力団や他の確信犯も、確信の根拠となっている思想や信条等から犯罪を繰り返すおそれが高く、(積極的許可基準としても、消極的許可基準としても)「再犯のおそれ」で仮釈放を否定することができるため、仮釈放の審査にあたって困難は生じない。しかし、特定の思想・信条・信仰から罪を犯したわけではない確信犯の中には、犯行については全く悔悟の情が見られないものの、犯行の原因や動機となった事情が本件事件で完全に解消されるなどしたため、再犯の可能性がないか、極めて低いという場合が想定でき

ないわけではない。現在の仮釈放基準では、「悔悟の情及び改善更生の意欲」という最優先の仮釈放許可基準という位置づけが障害となつて、仮釈放を認めることはできないが、やはりこうした者にも確実な更生のために仮釈放を認めるべき場合もあり、そうした場合のためにも、「悔悟の情及び改善更生の意欲」といった受刑者の主観的状况に関する許可基準の位置付けを変えるか、大幅に緩和すべきであろう。

難しいのが、犯罪事実を否認している受刑者の扱いである。冤罪の場合、罪を犯してはいない訳であるから、「悔悟の情」をもちようがなく、結果として仮釈放が認められないことになってしまう。受刑者の中には真犯人であるにもかかわらず、犯罪事実を否認する者が少なからずいるようであるが、過去には受刑者の冤罪が再審無罪で確定したケースがある以上、冤罪の可能性がゼロとは言えない。しかし、だからといって、刑の執行が確定裁判を前提している以上、冤罪の可能性を根拠に、現在の「悔悟の情及び改善更生の意欲」という仮釈放の許可基準を無視する訳にはいかない。再審請求がなされている受刑者については、無事故で受刑生活を送っていると(56)いう生活態度から改悛の状を判断すべきとの見解も見られるが、(56)残念ながら再審請求の事実は無辜の保障にはならない。

法務省は、犯罪をしたことについて本人が否認している場合であっても、そのことをもって直ちに悔悟の情が認められないと判断することは適当でなく、その余の事情をも考慮して判断するとしている。(57)しかし、受刑者本人が罪を認めていないにもかかわらず、「悔悟の情あり」とするのは擬制以外の何でもなく、ましてや冤罪の受刑者にとって、このことは仮釈放の上での問題解決にならない。こうした犯罪事実を否認する受刑者を十把一絡げに仮釈放を認めることはできないとしても、少なくとも仮釈放の道を残すためにも、「悔悟の情」を仮釈放許可基準の中心に据えることは改めるべきであろう。

## (3) 仮釈放の放棄

その他、「悔悟の情及び改善更生の意欲」と関連して若干問題となるのが、「仮釈放を放棄」する受刑者の扱いである。受刑者の中には、暴力団受刑者でも、その他の確信犯的受刑者でもないが、稀に仮釈放を望まない者がいる。一般的に想定されるのは、生活もままならない社会への復帰を望まず、できるだけ長く施設にいたいとする受刑者であるが（いわゆる福祉拘禁）、講談上、贖罪意識や自責の念から仮釈放を希望しない者も考えられる<sup>(58)</sup>。こうした仮釈放の放棄や不同意は、受刑者の同意を仮釈放要件とするかどうかという問題でもある。ドイツでは、仮釈放（残刑の執行猶予）には受刑者の同意が必要とされている<sup>(59)</sup>。我が国でも、戦後の一時期、仮釈放の応当日（現在の法定期間経過日）の六〇日前に相当する日に受刑者が来る応当日に仮出獄を出願するか又は放棄するかを確かめ、受刑者本人に出願書又は放棄書を作成させ、他の書類と共に施設長が地方更生保護委員会に進達することとする出願制度が採られていた<sup>(60)</sup>。この制度は三年後の昭和二十七年に廃止されたが、パロール型の積極的な社会内処遇と結び付いた仮釈放を企図した犯罪者予防更生法の下でも、仮釈放の放棄ができることが想定されていたことになる。

現行法上の仮釈放許可基準を基に考えれば、仮釈放に同意しない受刑者には「改善更生の意欲」が欠けるため、仮釈放が認められないことになる。但し、実際に仮釈放を希望しない受刑者がいれば、その理由を確認しつつ、福祉拘禁や贖罪意識の問題であれば、受刑者への働きかけを通じて改善更生の意欲を持たせ、仮釈放の希望をもたせていく処遇が行われるであろうし、そうすべきである。しかし、それでも尚、受刑者が仮釈放を希望しない場合、受刑者の協力が得られないため、規定上、仮釈放は難しい。

しかし、だからと言って、こうした受刑者そのまま満期釈放にすることは望ましくない。福祉拘禁は受刑者の依存性、他律性を高めるだけであるし、贖罪意識が強いからと言って、施設に止まって何もすることが本当

の贖罪ではないことを受刑者に知らしめる必要がある。また、これらの者についても、再犯のリスクがないとは言えないから、一定期間、社会での処遇が必要である。従って、仮釈放の放棄は、これを認めるべきではなく、他の許可基準を充足すれば、これを仮釈放にして、社会の中で指導監督や補導援護を行っていくことで、社会復帰をより確実なものとするべきである。

### 3 再犯のおそれ

#### (1) 「改悛の状」と「再犯のおそれ」の関係

「再犯のおそれ」は、仮釈放の実質的要件たる「改悛の状」を判断するうえでの審査項目ないし許可基準として長く用いられてきているが、実務では、長らく、仮釈放要件たる「改悛の状」は実質的に「再犯のおそれ」に他ならないとする解釈が広く支持されてきた。<sup>(61)</sup> そうした解釈が明確に打ち出されたのが昭和六年の仮釈放審査規程である。同規程は、「前三条ノ審査ニヨリ再犯ノ虞ナシト認メタル受刑者ニ付テハ仮釈放ノ具申ヲナスコトヲ得」(第五条)と規定し、「再犯のおそれ」を仮釈放の実質的な許可基準としている。司法省の司法書記官(行刑局)として同規定を起草した東邦彦氏の手による「假釋放審査規程釋義」は、「再犯のおそれ」を次のように解説している。<sup>(62)</sup>

「假釋放の本質的要件は「改悛ノ状アルトキ」(刑法第二十八条)と謂ふことである。刑法改正豫備草案は「改悛ノ情顯著ナルトキ」(第百八条)と謂つてゐる。假釋放は刑期間中監獄當局に面倒を掛けなかつたこと、即ち善良なる行狀に對する報酬ではなく、實に受刑者を善良な市民として社會に復歸せしむる爲め、彼等を累進的に改善する一の機構である。従つて假釋放の本質的要件として必要なのは、過去に於て行狀が善良であつたと謂ふことなくして、釋放後

合法的社會生活を営む見込が確實なことである。換言すれば刑法第二十八条に所謂「改悛ノ狀アルトキ」とは、受刑者が改善されて社會的危險性が無くなったこと即ち再犯の虞がなくなったことを意味する。

この仮釈放審査規程の制定によって、刑法の仮釈放實質要件たる「改悛の狀」を「再犯のおそれ」がないことと捉える解釈が一般化することになった。<sup>(63)</sup>

しかし、戦後、犯罪者予防更生法が成立し、その下で制定された昭和二七年通牒では「改悛の狀」や「社会感情」の許可基準と並んで、「再犯のおそれ」が許可基準の一つに位置付けられるに至った。<sup>(64)</sup> さらに、昭和二七年通牒を廃止して制定された昭和四九年の旧規則でも、「再犯のおそれ」は、「悔悟の情」、「更生の意欲」、「社会感情」と並ぶ許可基準の一つとされ、刑法が定める實質的要件たる「改悛の狀」の一判断基準とされた。旧規則の省令解説も、「悔悟の情」と「更生の意欲」が「刑法の規定の「改悛ノ狀アルトキ」の主観的な面を具体化する規定」であるのに対し、「再犯のおそれ」がないことは、刑法第二八条に規定されている「改悛ノ狀」の具体的な要件であつて、本人の資質、環境等を総合的に判断して、客観的に認定する<sup>(65)</sup>ものであるとしている。つまり、「悔悟の情」と「更生の意欲」が「改悛の狀」の主観的基準を、「再犯のおそれ」が「改悛の狀」の客観的基準であるとされたのである。

更生保護法に基づく社会内処遇規則では、許可基準の一つという位置付けこそ変わらないものの、新たに逐次評価方式が採用されたため、「再犯のおそれ」は、「悔悟の情及び改善更生の意欲」がある者に対して加えられる評価基準とされ、「悔悟の情及び改善更生の意欲」があると認められるものは、通常、「再犯のおそれ」がないことを推認させるとしたうえで（依命通達第二の七(1)ウ）、その推認を破る程度の「再犯のおそれ」があるかどうかの判断が求められるようになった。

(2) 仮釈放の目的と「再犯のおそれ」

しかし、仮釈放の目的に鑑みた場合、「再犯のおそれ」を仮釈放の許可基準、特に積極的許可基準とすることは適当でない。繰り返すが、仮釈放の目的は、受刑者の改善更生を図り、再犯を防止することである。受刑者を裁判所が定めた刑期より早期に釈放し、施設内での矯正処遇の成果を確認しながら、社会内で保護観察を行うことにより、対象者の改善更生と再犯防止を図ることこそが仮釈放の真髄である。そうであるとすれば、「再犯のおそれ」がない者だけでなく、「再犯のおそれ」が否定し切れない者であっても、保護観察によって再犯の防止と社会復帰を図っていくことこそが目指されなければならないはずである。<sup>(66)</sup>

「再犯のおそれ」がない者を仮釈放にし、保護観察を通じてその更生をより確実なものとしていくことも重要であるが、そうした安全な者だけを仮釈放にしているのは、仮釈放後の保護観察の意味が大幅に減退することは確実である。「再犯のおそれ」を許可基準とすると、そうした保護観察による更生の可能性を秘めた受刑者を仮釈放から排除する結果となってしまう。<sup>(67)</sup> 満期釈放者の中にも、釈放後再犯を犯さない者が四割近くおり、<sup>(68)</sup> それも「再犯のおそれ」に対する評価が厳しすぎた結果だとすれば、残念である。

仮釈放は、一種のリスク・マネージメントである。再犯を犯さない者だけを選んで仮釈放にするのではなく、社会内処遇としての保護観察を行うことで、仮釈放者の再犯リスクを最小化する努力をしつつ、更生の可能性を最大化していくことこそが仮釈放である。

こうした主張に対しては、「再犯のおそれ」のある者を仮釈放にして、再犯を犯したらどうするのかという批判が向けられよう。関東地方更生保護委員会委員を務められた伊福部舜児氏は、保護観察の明確な効果検証を有しない委員会としては、仮釈放を巡る二種類の過誤のうち、仮釈放すべきではなかった者を仮釈放にして再犯が起きる積極的過誤だけは犯すまいと慎重になる結果、仮釈放と保護観察によって更生するものを仮釈放にしない

消極的過誤に陥ってきていると指摘している。<sup>(69)</sup> 再犯を懸念する余り、仮釈放を認めないとすると、却って満期釈放となつて、社会の中で指導監督も補導援護もない状態のまま元受刑者を放置することになり、却って「再犯のおそれ」を高めてしまうことになる。<sup>(70)</sup> 有期刑の場合、仮釈放が許可されずとも、その後の極めてごく短期間の間に満期釈放となるのである。「再犯のおそれ」を仮釈放の許可基準とし、その基準を厳密に判定しようとするばするほど、仮釈放が許容されなくなって、満期釈放が増え、再犯のリスクが高まるのである。仮釈放の在り方は、その裏返しである満期釈放の問題を抜きには考えることはできない。仮釈放と満期釈放の両者を併せた、トータルな受刑者の釈放と更生を追求する必要がある。<sup>(71)</sup>

誤解を恐れずに言えば、**仮釈放とは「再犯のおそれ」がある者に対してこそ意味がある制度である。**仮に、絶対に再犯の可能性がない受刑者がいるとすれば、仮釈放にする必要などなく、本人の犯した罪の重さと情状に応じて裁判所が言い渡した刑をそのまま全うすればよいのである。<sup>(72)</sup> 「再犯のおそれ」がない者に対してのみ仮釈放を行うのは、改善更生したから仮釈放するという発想と異ならず、仮釈放を恩典と捉える思想から依然として脱却できていないのではないかと疑わざるを得ない。「改善更生した」から仮釈放するのではなく、「改善更生するため」に仮釈放すべきである。「再犯のおそれ」がある者を仮釈放対象者から除外するとすると、再入者や累入者は仮釈放が難しいはずであるが、そうした者こそ仮釈放が必要なのである。

朝倉京一氏は、仮釈放の原則化（必要的仮釈放ではない）を唱えるなかで、「累犯者こそは、社会復帰の援助を最も必要としているのであり、それがほとんど仮釈放の外に置かれていることは重大である」とし、「累犯者については、更生の意欲に乏しく、再犯のおそれ大きい……（中略）……この事實は、パロールとしての仮釈放制度の下にあつては、保護観察として行われる強力な社会復帰の援助によって、まさに克服されなければならぬのである」と主張されている。<sup>(73)</sup> 伊福部舜児氏の「仮出獄者の選択は、単に安全な者、無難な者を選ぶ

のではなく、保護観察によって更生を期待できる者をも選ぶべきであろう」という見解も同様である。<sup>(74)</sup> また、香川達夫博士も、「再犯防止のための措置は、仮釈放を認めるか否かの決定に際して確定される問題ではなく、仮出獄者・満期釈放者のいかにとわず、その両者をあわせて別途に検討されなければならない課題のほずである。その意味でも、改悛の状<sup>(75)</sup> 再犯のおそれなしとする、従前の図式に拘泥するのは適切であるともいえない」とするが、至言であろう。

有識者会議でも、仮釈放には、再犯のおそれがない場合と、(再犯のおそれがあっても) 満期釈放よりは円滑な社会復帰が期待でき、再犯の可能性を低下させることができる場合の二種類あるのが望ましいとしている。<sup>(76)</sup> 日弁連も、処遇困難者も仮釈放にすべきであり、<sup>(77)</sup> 仮釈放の消極化を避けるため、「再犯のおそれ」の基準については、「再び犯罪をするおそれが相当程度低く」等の表現に改めるべきであるとの意見を表明している。<sup>(78)</sup> 現在の仮釈放の運用でも、B指標の受刑者や刑事施設への入所度数が多い者でも仮釈放が許可されており、<sup>(79)</sup> そうした意味では、現在の仮釈放審査における許可基準としての「再犯のおそれ」は意味を失っているとも言えよう。

実務家の中には、「再犯のおそれ」を感じながらも、仮釈放が更生に役立ち、社会の保護にプラスに働く公算が大きいと判断される場合には仮釈放を許可しているとする見解がある。<sup>(80)</sup> なかなか明言できないこととはいえ、実際の実務的感覚はむしろこれに近いものであろう。しかし、そうであるとすれば、尚更、法文との乖離があることになる。上記の運用が現実であり、これが望ましいとするなら、現在の逐次評価方式ではなく、旧規則のような総合評価方式としておいて、仮釈放許可基準の一つとして「再犯のおそれがないと認められること」ではなく、「再犯のおそれの有無」という形にしておくほうが現状に合っているであろう。しかし、それよりも更に望ましいのは、「再犯のおそれ」は、仮釈放の積極的要件(許可基準)とはせず、極めて再犯の危険性が高いと推測される場合に限って仮釈放を認めないとする消極的要件(許可基準)とすることである。

(3) 「再犯率と「再犯のおそれ」

それでも仮釈放許可基準としての「再犯のおそれ」が重要だといっているのであれば、仮釈放者の現実の再犯率（再入率）の高さをどう説明するのであるか。仮釈放後五年以内に三〇%の仮釈放者が再犯に至る現実がありながら、<sup>(81)</sup>なお「再犯のおそれ」がないことが仮釈放の許可基準として不可欠であると主張することに余り説得力は感じられない。仮釈放者の七〇%が再犯に至っていないことは評価すべきであるし、許可基準という事前判断の基準と、結果としての再犯率は違う次元の問題であり、三〇%の再犯は評価の誤差の範囲内であるのかもしれない。しかし、満期釈放者でも四七%が五年以内に再犯を犯していないことを考え合わせると、「再犯のおそれ」を評価する意味は疑わしい。

許可基準たる「再犯のおそれ」は、「再犯のおそれがなく……認めるとき」となっていて、再犯のおそれがないという「一応の心証が得られればよい」<sup>(82)</sup>のであって、「再犯のおそれ」が絶対ないという客観的な情況を示すものではないという反論もあり得ようが、そもそも「おそれ」という文言自体が蓋然性を含んだ概念であるから、「認めるとき」が入ったからと言って、大きく内容が変わると思えない。

また、仮釈放許可基準としての「再犯のおそれ」は、仮釈放期間の「再犯のおそれ」<sup>(83)</sup>がないことを意味し、仮釈放期間が終了した後の「再犯のおそれ」までを意味しないとする見解もあり得る。確かに、仮釈放者の取消率は七〜八%であるから、この見解に立てば、「再犯のおそれ」を仮釈放許可基準とする意味があり、実質的に機能していると言えなくもない。しかし、仮釈放期間が数か月程度しかない我が国の場合、「再犯のおそれ」はこの短い期間の再犯だけを意味するという主張は、仮釈放が一時凌ぎの再犯防止制度だと言っているに等しい。

(4) 「再犯のおそれ」と考試期間主義

仮釈放を「再犯のおそれ」がない者に対する恩典と見るならともかく、仮釈放は保護観察を通じて対象者の更

生と再犯防止を図る制度であるから、「再犯のおそれ」を許可基準の一つにするとすると、なぜ「再犯のおそれ」がないにもかかわらず社会内処遇をする必要があるのかというパラドクスに陥る。このパラドクスを回避するためには、「再犯のおそれ」がないことは一応の心証で足りるのであるとか、「再犯のおそれ」はあくまで「おそれ」であるなどとの説明が必要となってしまう、「再犯のおそれ」を許可基準とすることの問題が露呈することになる。仮釈放の目的を社会内処遇の機会付与と捉える以上、「再犯のおそれ」を許可基準とすることは難しくなるのである。

このことは、仮釈放後の保護観察を残刑期間とする我が国のような残刑期間主義でも妥当するが、筆者が主張するような考試期間主義に拠れば、<sup>(84)</sup>仮釈放に伴う保護観察は「処遇の必要性」、裏を返せば、「再犯のおそれ」に応じて決することになり、仮釈放は「再犯のおそれ」を前提としたものとなるので、「再犯のおそれ」のないことを仮釈放要件や許可基準とすることはナンセンスとなる。

考試期間主義に対する批判も強いが、<sup>(85)</sup>極めて短い残刑期間の束縛を、残刑の執行猶予という形で解消し、一定期間、仮釈放者の保護観察を行うことができる優れた制度であると考えられる。もしこの制度を導入することになった場合、新たな仮釈放の要件や許可基準の設定が必要であるが、その際、最も大きな見直しを迫られるのが「再犯のおそれ」の許可基準である。

#### 4 保護観察相当性の内容

犯罪者予防更生法下の旧規則でも、保護観察に付することが本人の改善更生のために相当であると認められるときに仮釈放を許すものとしていたが（第三二条）、当時は、四つの許可基準を総合的に考慮したうえで保護観察に付することが相当かどうか判断を行うという総合評価方式になっていたため、各許可基準と保護観察相当性

の関係も漠然とし、「再犯のおそれ」が否定し切れない場合など、他の基準に完全に充足しない場合であっても、保護観察が相当であると判断される場合には仮釈放を許すことができる<sup>86</sup>とされていた。

これに対し、社会内処遇規則は逐次評価方式を採りながらも、その依命通達は、保護観察相当性は仮釈放を許すことの包括的な要件であるとし、悔悟の情及び更生の意欲があり、再び犯罪を犯すおそれがないと認められた者について、総合的かつ最終的に実質的相当性を判断するものとしている(第二の七(1)エ)。つまり、「悔悟の情及び改善更生の意欲」と「再犯のおそれ」を充足した者について、改めて「総合的に」保護観察相当性を判断するというのであって、評価項目としても、「悔悟の情及び改善更生の意欲」と「再犯のおそれ」で評価した種々の事項に加え、「刑事施設又は少年院において予定される処遇の内容及び効果」及びその他の事項を考慮するものとしている(第二の七(4))。

しかし、受刑者本人の主観的状况や客観的状况は、「悔悟の情及び改善更生の意欲」や「再犯のおそれ」までの時点で評価し尽くされているはずであって、そのうえで「再犯のおそれ」がないとされているのであるから、保護観察相当性の評価において固有の評価内容がなければ、幾ら「総合的評価」と言ったところで、その中は空虚であり、許可基準としての意味がない。換言すれば、「再犯のおそれ」はないが、保護観察が改善更生から見て不相当はどのような場合かを判断することができるような基準たり得るかということである。

考え得るものとしては、引受人や帰住先を確保できない場合や、帰住地の地域住民による反発や排斥が予想される場合、帰住地域に住む被害者の心情を害したり、極端な場合、報復が懸念される場合などといった保護環境に関するものである。もともと、従来、引受人の意欲や引受能力など引受人に関する状況は仮釈放許可基準のうち「再犯のおそれ」の評価項目の一つとされており、<sup>86</sup>地域住民の感情や被害者感情も消極的許可基準たる「社会感情」で評価するものとされている。しかし、後で検討するように、抽象的な社会感情や生の被害者感情を仮釈

放の許可基準ないしその一要素とすることは適当でないとすれば、具体的な引受状況や帰住環境に限って保護観察相当性の判断基底に含めるべきであろう。

さらに、仮釈放に保護観察相当性という基準を設定するのであれば、評価順位のついた許可基準を複数設け、その最終段階を保護観察相当性とするより、むしろ旧規則のように、総合評価の基準たる保護観察の（必要性和）相当性を設定することの方が望ましいように思われる。仮釈放は、受刑者を裁判所が定めた刑期より早期に釈放する代わりに、受刑者を改善更生させ、その再犯を防止するための保護観察を行うことが目的であるから、その保護観察を行うことの相当性が最終的な許可基準となるべきだからである。そして、さらに言えば、これは最早「改悛の状」の許可基準の一つでも、包括的・総合的な許可基準でもなく、これこそが仮釈放の実質的要件たるべきである。

## 5 社会感情

### (1) 社会の正義感情

仮釈放許可基準としての社会感情については、これまで十分な検討が加えられてきているとは言えないが、大凡、①社会の正義感情、②帰住地感情、③被害者感情の三つを内容とするとされている。<sup>(87)</sup>

社会感情のうち、①の社会の正義感情は、「良識ある社会の正義感情」である<sup>(88)</sup>と、「社会の有する正義についての通念」と定義されている<sup>(89)</sup>。昭和六年の仮釈放審査規程でも既に社会感情が審査項目に掲げられ、その第七条二項で「無期刑ニ處セラレタル者ニ付テハ特ニ社會ノ感情ニ照シ犯罪ノ情状著シク憫諒スヘキモノナリヤ否ニ付審査スヘシ」としているほか、「慘酷、巧妙又ハ大規模ナル手段ニ依リ罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ特ニ其ノ犯罪ニ對スル社会ノ感情ヲ注意スヘシ犯罪ニ因リ發生シタル危害特ニ大ナル場合ニ付亦同シ」(第一条)、「地方的

特色ヲ有スル罪又ハ世人ノ耳目ヲ聳動セシメタル罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ特ニ地方ノ風習及假釋放ニ對スル感情ヲ審査スヘシ」(第二三条)とされている。

同規程の解説によれば、仮釈放においてはあくまで特別予防に重点が置かれるべきであるが、無期刑受刑者など重大事件の受刑者や罪状の悪い受刑者は、「罪質極めて重く社會を震駭せしむに足る犯罪」であるから、その仮釈放審査においては「社會一般が未だその者に悪感情を有するや否や又社會一般がその事件を記憶して假釋放後本人が反つて世の非難を受けることなきや否やを考慮」するだけでなく、刑の一般予防の作用も無視すべきでないとする<sup>(90)</sup>。さらに、地域に特有の犯罪を犯した受刑者や社會の耳目を聳動させ、社會を畏怖させた事件においては、特別予防のほか、一般予防の見地から社會感情を審査すべきであるとしている<sup>(91)</sup>。ここでは特別予防機能とともに仮釈放の一般予防機能が容認されているが、その一般予防機能の観点から考慮されるべき仮釈放の適否に関する社會の感情とは、正に正義が貫徹されているという社會の正義感情であろう。

昭和四九年の旧規則に対する省令解説でも、「社會感情の是認は、刑罰の本質に照らしても要求されるところであり、仮釈放制度が社會の支持を受けるためにも必要なことであり、また、社會内処遇に移行した場合における処遇効果を期待する上においても必要な要件である」としている<sup>(92)</sup>。社會感情が、処遇(特別予防)の上だけでなく、<sup>(93)</sup>刑罰の本質からの要請であることが指摘されており、それは正に罪に応じた適正な刑罰の適用を求める正義感情を指しているものと考えられる<sup>(94)</sup>。現行の依命通達でも、「被害者等や地域社會の住民の具体的な感情は、重要な考慮要素となるものの、「社會の感情」とは、それらの感情そのものではなく、刑罰制度の原理・機能という観点から見た抽象的・観念的なものである」としていることから(第二の七(5)ア)、正に社會の正義感情ないし<sup>(95)</sup>応報感情とも言うべきものであろう。

なお、関東地方更生保護委員会委員であった氏家文一郎氏は、社會感情に関する先駆的な研究のなかで、社會

感情の内容の一つとして「法律感情」なるものを掲げている。<sup>(96)</sup> わかりにくい用語であるが、「犯罪をしたことによつてその行為者は非難されるべきでありその責任を問われてしかるべきである」という倫理感情を指すものとして理解される倫理感情又は正義感情」であつて、「一言でいえば、言渡刑がどの程度まで執行されたかという点である」と説明していることから、これも、罪に応じた仮釈放の適用がなされるべきであるという点で、応報感情又は社会の正義感情ということになる。<sup>(97)</sup>

氏家氏は、この法律感情とは別に、社会感情の種類として、「社会の耳目をしよう動した事件など特殊な事件についてだけ要請される社会感情」として「一般の社会感情」というものがあることを指摘している。<sup>(98)</sup> 仮釈放審査規程でも、無期刑受刑者に対する社会の悪感情、重大事件や罪状の悪い受刑者、世間の耳目をしよう動させた事件の受刑者に対する社会の感情に留意すべきとしており、これに類するものと思われるが、敢えて社会の正義感情と区別する意義はなからう。

## (2) 帰住地感情

②の帰住地感情は、社会感情のなかでも、仮釈放後の保護観察や対象者の社会復帰の上で考慮されるものである。①の社会の正義感情が、既に犯した犯罪行為に対する回顧的・応報的な評価であるのに対し、②の帰住地感情は、専ら展望的・予防的な面からの考慮されるべき社会感情の側面である。仮釈放審査規程でも、社会の耳目を聳動させたような事件の受刑者については、社会感情を一般予防の見地から仮釈放審査のうえで考慮すべきとしているが、<sup>(99)</sup> それでも「受刑者の社会復帰を困難ならしむる點においても……（中略）……面白くない」としていることから、そこには特別予防的な観点から社会感情を捉える視点がある。匿名社会化が進む今日でも、社会の耳目を集めた事件などでは、犯罪者の帰住に対し非常に強い反発や抵抗が見られる場合があり、そうした事件の受刑者を仮釈放にした場合、被害者を含めた帰住地住民に大きな不安を与え、本人の社会復帰に悪影響を及

ぼすことが懸念されることから、帰住地感情が社会感情の一側面として考慮されているのである。

しかし、現在の依命通達は、社会感情の判断に当たって地域住民の感情に留意すべきとしながら、社会感情は刑罰制度の原理・機能という観点から見た抽象的・観念的なものであって、地域住民の具体的な感情でないとする<sup>(99)</sup>ことから(第二の七(5)ア)、こうした処遇環境としての帰住地感情は、そのままでは社会感情を構成しないということになる。

(3) 被害者感情その他

③の被害者感情については、節を改めて詳細に検討を加えるが、被害者等の具体的な感情は重要な要素となるものの、社会感情はそれらの感情そのものではなく、地域住民の感情と同様、刑罰制度の原理・機能という観点から見た抽象的・観念的なものとされている(依命通達第二の七(5)ア)。従って、被害者が仮釈放に反対していることの一事をもって、一律に仮釈放を許さないとするのは適切でない<sup>(100)</sup>とされる。

なお、氏家氏は、以上に掲げた社会感情の種類以外に、⑤共犯者との均衡の感情を考慮すべきとする。即ち、共犯のある事件については、共犯者間に均衡のとれた仕方<sup>(101)</sup>で仮釈放を行わなければならないという意味での社会感情があるとする。こうした基準の是非はさておくとして、共犯者との均衡感情が、共犯者はそれぞれの刑事責任に応じた刑が言い渡されており、仮釈放においてもその刑事責任の程度に応じた期間と順序で行わなければならないとするものであるとすれば、それはやはり応報感情の一発現形態ではないかと思われる。

(4) 仮釈放の目的と社会感情

以上をまとめれば、現行法上、社会感情とは、社会の正義感情、帰住地感情それに被害者感情を刑罰制度の原理や機能から抽象的・観念的に捉えたものということになる。結局、それは一言で応報感情ということになるのかもしれないが、いずれにせよ、このような社会感情を仮釈放の許可基準ないし「改悛の状」の判断基準とす

ることは適当でない。

第一の理由は、応報感情なり正義感情を仮釈放において評価することは、受刑者の改善更生や再犯防止という仮釈放の本質や機能にそぐわないからである。<sup>(102)</sup> 量刑における予防の評価のあり方を巡る議論こそあれ、裁判で科される刑罰こそ犯罪者の罪責に応じたものである。従って、応報感情や正義感情ということを用いるのであれば、裁判において公正に定められた刑の執行を刑事施設内で受けることこそが、最もそれに叶うはずである。それを、仮の釈放とはいえ、裁判所が定めた刑期以前に釈放することが、どのように応報感情や正義感情に叶うのか不明である。

更に、満期以外で、どのような状態になれば応報感情や正義感情が仮釈放を是認するという状況と云い得るのか想定しづらい。氏家氏は、社会感情としての法律感情がどのような場合に「消却」されて、仮釈放が是認されるのかについて、「応当日は法律感情不是認が最高度にあるときで……（中略）……この状態はその後時の流れと平行して次第に消却されて法律感情是認に向かって進行し、且つ、その間に何等の行為を要しない」とする。<sup>(103)</sup> 受刑者の努力も更生も関係なく、ただ時間の経過だけで、刑の満期が来る前に応報感情や正義感情が満たされるときがあるというのである。そうであるならば、社会感情については何も個別に仮釈放の許可基準として審査する必要はないはずである。社会感情が、帰住地感情や被害者感情を含め、「刑罰制度の原理・機能という観点から見た抽象的・観念的なもの」であるのなら、尚更である。しかも、氏家氏は、法定期間経過日が最も法律感情が仮釈放を是認しない日であるというが、法は法定期間経過日での仮釈放も認めているのである。<sup>(104)</sup>

応報感情や正義感情は、仮釈放と相容れない概念である。「本人の更生のためであつても法律感情不是認の分野まで踏み込むことは越境である」<sup>(105)</sup> のであれば、仮釈放の制度は存在すべきでないことになる。仮釈放は、犯罪のない安全な社会を構築するという刑事政策の究極の目的が最大限達せられるよう、犯罪者の適正な処罰と社会

復帰を図るものでなければならず、犯罪被害者の立ち直りにも配慮しなければならない。その仮釈放の許可そのものに応報機能の充足を要求することは、仮釈放制度の自己否定に繋がるか、それでも仮釈放を認めたいがため応報の中身を偽ることになるかのどちらかである。

第二に、そうした応報感情といった要素は余りに抽象的で、漠然とし、掴み所がないため、具体的な仮釈放の許可を決する上での基準にはなり得ない。依命通達は、被害者等の感情、収容期間及び仮釈放を許すかどうかに関する関係人及び地域社会の住民の感情、裁判官又は検察官から表明されている意見その他の事項を考慮すべきであるとする(第二の七(5)イ)。しかし、それらの中には拮抗・対立する要素や、現実に把握することが困難な要素があり、それを総合して、抽象化することで、具体的な答えが出てくるとは考えられない。結局、それは仮釈放を決する地方更生保護委員会委員個人の見解か擬制にすぎない<sup>(106)</sup>。

仮に、仮釈放の許可基準たる社会感情がそうした抽象的・観点的な社会感情ではなく、「生の社会感情」であるとしても、問題は変わらないばかりか、更に深刻となる。こうした「生の社会感情」は、仮釈放の積極的な処遇機能を重視する立場からは、「個別化に障害を与えるもの、合理化、科学化に反対のもの」として批判される<sup>(107)</sup>が、社会感情を仮釈放許可基準として容認する立場からも、地方更生保護委員会委員の良識による「濾過を経ない『低次元の感情』」であつて、判断の公正さが疑われるとされている<sup>(108)</sup>。そもそも、そうした「生の社会感情」は、そのような実体があるのかさえわからず、個々の受刑者毎にそうした社会感情が形成されているとも思えない<sup>(109)</sup>。

(5) 処遇環境としての帰住地感情

但し、仮釈放後の保護観察においては、対象者が帰住地において受け入れられ、地域住民と間で摩擦やトラブルが起きないよう生活させていくことが重要であるので、社会感情のうちの帰住地感情は、本人の改善更生や社

会復帰及び社会の安全を図るといふ仮釈放の機能には一応合致するものである。元中央更生保護委員会委員の西岡正之氏は、「改悛の状」を本人の社会適応能力の表徴として捉え、「社会感情が是認する」ということは、本人を社会自体が受け入れるということであり、そのことが本人の改善更生のための大切な要素」であり、また保護観察と結び付いた現行の仮釈放制度においては、「保護観察の円滑な実施によつて本人の改善更生を図るには、本人の犯した罪に対し、あるいは本人が仮出獄を許されることに対して、社会の感情がこれを是認することが前提となる」とする<sup>(10)</sup>。

しかし、この帰住地感情でさえ、実際には保護司による風評調査を通じて把握する程度のことしかできず、それでさえ引受人自身の話や保護司の普段の生活の中で看取し得るものでしかない。結局、実際耳にする範囲でその事件のことが社会で話題に上ることはないという程度の内容である。そして、そうだからといって、反対に、地域住民の感情が沈静化していると考えるのも適当でない。事案軽微で、住民にも知られてないような場合であれば、そもそも地域住民の感情は殊更問題にする必要はないので、問題は重大事件や地域住民に迷惑をかけていたような場合である。そのような場合に、たまたま住民は記憶や意識からは遠ざかっているとしても、対象者の帰住を契機として、住民感情が吹き出る危険性はある。

だからといって、帰住地感情を仮釈放審査において全く無視して良いと言っているのでも、帰住地感情の悪い受刑者は仮釈放にすべきでないと言っているのでもない。重大事件である場合、帰住地感情は、表面的には問題が無くとも、潜在的に厳しいものがあって当然であり、そうした受刑者の仮釈放にあつては、帰住地を調整したり、保護観察の指導のなかで克服していくべきものである。極めて稀な、地域住民に多数の被害者が出たような事件の犯人で、日本のどこに受刑者を帰住させても住民が反対運動や排斥運動が起きることが懸念されるような受刑者の場合、そうした帰住地感情を仮釈放の上で考慮しないわけにはいかないであろう。しかし、それは社会

感情が仮釈放を是認するかどうかという基準として構成するのではなく、保護観察の相当性や社会の安全確保という基準ないし要件として構成するほうが望ましい。それを、依命通達のように、抽象的・観念的な応報感情などと一緒くたに扱うことは、却って判断基準としての意味を失わせる。帰住地感情が厳しいものがあつたとしても、受刑者を社会にソフトランディングさせていくのが帰住地調整を始めとする生活環境調整や保護観察の役割のはずである。<sup>(112)</sup>それを満期釈放にすることでは問題解決しているとするこのほうが余程おかしい。

## 6 被害者感情

### (1) 抽象化された被害者感情

仮釈放の許可基準の一つである社会感情の中に被害者感情が含まれているというのが、これまでの通説的見解である。<sup>(113)</sup>

昭和六年の仮釈放審査規程でも、既に「被害者及其ノ家庭ト本人及其ノ家庭トノ感情」を保護関係の一つとして審査すべきとしており（第四条六号）、これは「被害者及其の家庭と本人及其の家庭との感情の險悪なることは本人の社會復歸を困難にならしむる場合」があるという<sup>(114)</sup>、専ら受刑者の社会復帰という観点から帰住地感情としての被害者感情を審査事項に加えている。また、仮釈放審査規程は、「財産ニ關スル罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ特ニ其ノ犯行ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償シ又ハ實害ヲ輕減スル爲努力ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審査スヘシ」（第一二条）と定め、財産犯以外の「殺人、傷害、其他の犯罪に於ける慰藉料等も、同一の精神を以て評価せらるべきもの」としている。<sup>(115)</sup>起草者の東邦彦氏は、仮釈放審査において被害者への損害賠償ないし実害輕減の努力を評価すべき理由は、「犯罪者の賠償的努力によって示された徴表的意義」に重点を置くからであるとしながら、「現実の損害賠償が爲された」という客觀的意義も看過されるべきでないとしている。<sup>(116)</sup>これによる限り、被害者感情は、

帰住地感情や損害賠償の事実という、極めて具体的な内容をもったものであることになる。

昭和二七年通牒や昭和四九年の旧規則では仮釈放許可基準の社会感情だけが規定され、被害者感情に関する直接の明文根拠はなく、旧規則では、釈放準備調査の事項の中に「被害弁償の措置」を挙げているに過ぎない（第一六条一項五号）。ところが、昭和四九年の旧規則を起草したとされる西岡正之氏のその後の論文でも「この場合の被害者の感情は、被害者個人としての報復的な感情ではなく、社会感情として客観化された被害者の感情でなければならぬ<sup>(117)</sup>。」とし、それに先立つ昭和三六年の氏家論文も、「被害者感情が是認されたか否かの判断は、特定の被害者個人が満足しているかどうかの主観的事実を指すのではない。勿論この個人感情は有力な素材となるけれども、仮出獄の審理の上で要請されているのは、この素材を含めて社会常識として通用する客観的なものを<sup>(118)</sup>。」としていることから、仮釈放許可基準たる社会感情の更に一要素としての被害者感情は、この頃から、生の感情ではなく、社会常識のような客観的なものである解されるようになっていたと考えられる。

そして、現在の社会内処遇規則は、仮釈放許可の基準としての被害者感情を直接規定してはいないものの、依命通達は、先に示した社会感情同様、被害者感情についても、「刑罰制度の原理・機能という観点から見た抽象的・観念的なものであるということに留意して判断を行うこと」と規定している（第二の七(5)ア<sup>(119)</sup>）。つまり、仮釈放審査において考慮される被害者感情は、抽象化された、被害者が一般に抱くであろう感情であるというのである。

しかし、このような抽象化された被害者感情を仮釈放許可基準（の一要素）とするには問題がある。が、それ以前に、実務上、被害者感情がこうした抽象化されたものとして評価されているかも疑問である。仮釈放実務では、長らく、一定の重大事件の受刑者の場合、被害者の心情や被害の影響などを調べる被害者等調査（かつての被害者感情調査）が行われてきて<sup>(120)</sup>いるし、平成一九年の犯罪者予防更生法の改正により仮釈放に係る被害者等の

意見聴取制度（以下、「仮釈放意見聴取制度」という。）が導入され、更生保護法にも引き継がれているが（第三八条一項）、それらの調査や聴取の対象となっているのは、紛れもない生の被害者感情である。<sup>(121)</sup>もし、仮釈放審理で評価対象となるのが抽象化された被害者感情であるならば、判決謄本などを基に、罪種や罪質の重大性などから被害者感情を「推測」すればよく、被害者等調査や意見聴取を行う必要などないはずである。<sup>(122)</sup>

さらに、刑罰制度の原理・機能の観点から抽象化され、一般化された被害者感情なるものの内容も定かでない。それは、一般化された時点で、被害者からは切り離され、一般市民の平均的な感情となるから、それは「社会感情」の実体である「社会の正義感情」や氏家氏が社会感情の一部と評価する「法律感情」と変わらないものとなってしまうのではないだろうか。

また、被害者感情を「一般化」したり、「抽象化」するということ自体、ナンセンスであるばかりか、適切でない。そもそも、被害者が被った犯罪被害の内容や被害者への影響は、同じ罪種の被害でも、個々の被害者毎に異なり、だからこそ、被害者支援においても個別支援の原則が重要とされているのである。<sup>(123)</sup>そうした被害者個人の事情や個々の事件の特性を捨象して、被害者感情を把握することなどできないというべきであり、「強姦の被害を受けた人の感情はこの位のものであろう」などと勝手に被害者感情を忖度することは被害者に対する冒瀆でもあり、対応によっては被害者に二次被害を惹起しかねない。<sup>(124)</sup>仮釈放審査において生の被害者感情を評価に入れることには問題はあるが、抽象的な被害者感情という、曖昧で、意味不明な基準を持ち込むことの問題性は大きい。<sup>(125)</sup>

結局、被害者の感情を仮釈放審理の評価に加えることで仮釈放審理をより合理的かつ適正なものとするとしていたが、そうなると重大事件の場合、仮釈放を棄却する傾向に傾く危険性があり、妥当でないことから、「一般化され、抽象化された被害者感情」のような曖昧なものを持ち出さざるを得なかったのではないかと思われる。

(2) 生の被害者感情

それでは、生の被害者感情を仮釈放の許可基準やその一要素とすればよいかと言えば、それは尚更妥当ではない。犯罪によって被害者の受けた心の傷は極めて深く、刑事手続においても被害者の心情には最大限の配慮が必要である。しかし、そのことと、被害者に刑事手続上どのような地位を認めるかは、また別の問題である。繰り返し指摘するように、仮釈放は、社会の安全と犯罪者の改善更生・再犯防止のための制度であって、被害者への配慮は必要だとしても、これによって（特に、仮釈放を棄却することによって）被害者の立ち直りを図るための制度ではない。もし、被害者感情で仮釈放を決するとなれば、重大事件の受刑者については仮釈放など凡そ考えられないことになる。<sup>(126)</sup> ましてや、社会内処遇規則では社会感情が消極的要件となり、理論上、社会感情が仮釈放を是認しないときは仮釈放をすることができないというように改正したのであるとすれば、その一要素ではあっても、被害者感情より更に不明確で根拠のない狭義の社会感情の方が厳しいということはある得ないとすれば、被害者感情は社会感情の中で最も強く仮釈放を否定する方向に作用することになる。しかし、それでは仮釈放の存在意義が失われてしまい、本来、保護観察が必要な受刑者の仮釈放が不可能となってしまう。受刑者が幾ら事件を真摯に反省し、改善更生を誓うと共に、犯した罪の損害回復に向けた可能な限りの努力をしている場合でさえ、決して癒されることのない被害者感情を理由に仮釈放を否定することにもなる。<sup>(127)</sup>

こうした見解は、被害者の立場を絶対視する者からは、被害者を蔑ろにするものとして非難されるかもしれない。確かに、本稿の冒頭で指摘したように、被害者の保護や支援は、刑事司法制度の重要な機能の一つである。しかし、それは、被害者の心情や意見に基づいて刑を量定したり、仮釈放の許否を決めたりすることで行うべきではなく、被害者が刑事手続の過程で二次的な被害を受けることを防止しながら、被害者に必要かつ適切な範囲で情報提供したり、社会の安全確保という刑事司法の究極の目的を害しない一定の範囲で手続に関与することで

行うべきである。

被害者にしてみれば、裁判所の量刑にさえ不服であるのに、その上仮釈放となったのではやりきれないであろう。しかし、仮釈放とは決して恩典ではなく、更生の可能性のある一定の受刑者を仮釈放にすることで、その改善更生と再犯防止をより強固なものとするものであって、そのことは被害者の心情に反するものでないであろう。批判を恐れず言うなら、僅か数か月から六か月ほど受刑者の釈放を遅らせたことで、被害者に配慮したとか、被害者の支援だというのは、被告人を重罰にしたから被害者の支援は終わったと言う以上に、お手軽で無責任な被害者支援と言うべきであろう。

また、被害者感情は社会感情という仮釈放許可基準の一要素に過ぎないのであるから、被害者感情を考慮しても、それだけで仮釈放の棄却に繋がるわけではなく、極端な運用とはならないとする反論もある<sup>(128)</sup>。確かに、旧規則下では、社会感情を含めた四つの許可基準を総合的に判断して仮釈放の許否を決する総合評価方式に拠っていたため、被害者感情が厳しくとも仮釈放は可能である。しかし、重大事件の被害者の感情は極めて厳しく、仮釈放にも反対であることが普通であるから、それでも仮釈放をすとなれば、被害者感情という事情は、事実上、常に機能していないも等しい。ましてや、社会内処遇規則では社会感情が消極的許可基準に位置付けられることとなったのであるから、被害者感情以上に厳しい社会感情がないとすると、この種の反論も説得力が感じられない。

(3) 仮釈放意見聴取制度と被害者の「仮釈放に関する意見」

更生保護法は、廃止前に改正された犯罪者予防更生法の規定を継承し、仮釈放審理に際して、被害者が希望する場合には被害者の意見と心情を聴取する仮釈放意見聴取制度を設けている(第三八条一項)。従前の被害者等調査(旧・被害者感情調査)では、地方更生保護委員会が一定の基準に従って重大事件受刑者を選定し、その被害

者の心情や被害の影響に限って「調査」していたのに対し、仮釈放意見聴取制度では、被害者自身が意見聴取の申出を行うことができ、その場合、原則として地方更生保護委員会は、被害者の心情や被害の影響のみならず、仮釈放の許否に関する意見についても聴取するものとされている。これは、平成一七年に閣議決定された犯罪被害者等基本計画や翌年の有識者会議における制度化要請を受けての立法である。<sup>(129)</sup>

問題となるのが、こうして聴取した被害者の仮釈放に関する意見、特に仮釈放の許否に関する意見の扱いである。これまで見てきたように、仮釈放上、被害者の感情に関しては、生の被害者感情ではなく、抽象化された被害者感情を社会感情の一部として評価するものとされている。生の被害者感情が仮釈放審理において評価の基準とならないのであれば、その一部である犯罪者の処罰感情も同様であり、そうになると、仮釈放意見聴取制度で聴取した仮釈放の許否に関する意見の扱いに困ることになる。

しかし、仮釈放意見聴取に関し、わざわざ法が「仮釈放を許すか否かに関する審理を行うに当たり」と規定している以上、聴取した被害者の仮釈放に関する意見を仮釈放審理に用いることが想定されていると解さざるを得ないし、立法の前提となった犯罪被害者等基本計画や有識者会議の提案でも「仮釈放の審理をより一層犯罪被害者等の意見を踏まえたものとする」<sup>(130)</sup>ことが制度の目的とされている。そこに仮釈放許可基準を巡る解釈との矛盾がある。

しかも、仮釈放意見聴取を申し出る被害者や被害者等調査の対象となるような重大事件の被害者は仮釈放に反対するのが普通である。被害者等調査とは異なり、わざわざ委員会にまで出向いて行う仮釈放意見聴取において、被害者が諸手を挙げて仮釈放に賛成ということはまず考えられない。意見聴取を申し出てきた被害者に仮釈放制度の趣旨を説明して、仮釈放に「納得」してもらうのがせいぜいであろうが、しかし、これでは被害者に二次被害を与えかねない。被害者が仮釈放にはあくまで反対の意思表示をしたとしても、被害者感情は消極的許可基準

たる社会感情の一要素に過ぎず、ましてや被害者の処罰感情だけで仮釈放が棄却されることはない。仮釈放の審理をより一層犯罪被害者等の意見を踏まえたものとすべしとする有識者会議の提言でも、被害者が反対する限り一切仮釈放を認めないという運用に向かうことは、公平性も含め刑事政策的に望ましくないとする<sup>(131)</sup>。そうであるとする、わざわざ仮釈放の許否に関する意見を聞いたところで、その意味は殆どないことになる。

川出敏裕教授は、仮釈放意見聴取制度は、従来の社会感情の一要素を判断する被害者等調査の位置付けを超えるものであり、仮釈放審理の内容面での適正化と並んで、被害者の心情充足という、更生保護の目的とは異なる目的を含んだものと捉えざるを得ないとする<sup>(132)</sup>。仮釈放審理の適正化のためだけに仮釈放意見聴取という制度提案が出てきた訳ではないことは間違いないから、そこには、異質とはまではないかなくとも、被害者支援という副次的な目的があることは確かである。

問題は、仮釈放意見聴取が仮釈放の適正化に繋がるという場合の、その適正化とは何を意味するのかということである。被害者は仮釈放にはほぼ否定的な意見であろうから、その場合の「適正化」とは、やはり仮釈放を抑制する方向性で考えられていると考えざるを得ない。仮釈放の棄却が適当でないとすれば、せいぜい延伸（仮釈放希望日を少しばかり後にずらして仮釈放を許可すること）するのが関の山ということになるが、仮釈放日を僅かばかり遅らすことが仮釈放の適正化であろうか。しかし、それでは、ただでさえ短い仮釈放期間がますます短くなり、十分な保護観察を行い得なくなってしまう。いずれにしても、「再犯のおそれ」や社会の正義感情と並んで、被害者感情はますます仮釈放を抑制する方向に作用することになる<sup>(133)</sup>。

私見によれば、仮釈放意見聴取制度は、仮釈放の許否に関する意見以外の、事件発生から現在までの犯罪被害者にとっての被害の影響、受刑者の仮釈放による報復や再被害への不安、損害賠償や謝罪など損害回復に関する被害者の要望等を聴取するものとし、三号観察の遵守事項の設定や保護観察における指導監督の上での参考にす

るための制度とすべきであり、<sup>(134)</sup> そうであれば仮釈放（というより仮釈放後の保護観察）の適正化に繋がるものと考ええる。

また、被害者支援という副次的な目的から見た場合でも、仮釈放意見聴取制度が望ましいものかどうか疑問なしとしない。裁判所が言い渡した刑期より早期に釈放されることは被害者の心情として許せないものがあることは理解できる。しかし、わざわざ仮釈放の許否に関する意見を聴取する機会まで設けたのに、結局、殆どの仮釈放が許可となれば、被害者が疎外感や司法への不信感を抱くことになる。仮釈放の希望日が僅かに遅れることがあつたとしても、そのことが被害者にとってどれほどの意味があるのか疑問であるし、そもそも被害者には仮釈放日が遅れたという事実はわからない。仮釈放の許否に対する意見を被害者に述べる機会を与え、それを殆ど意味のない形でしか用いないことが被害者の支援だとは到底思えない。

結局、仮釈放審理の適正化という面からも、被害者支援という面からも、仮釈放の許否自体を被害者から聴取することは何ら望ましい結果を生まない。

## 7 犯罪の重大性

受刑者が犯した犯罪の重大性を仮釈放審査においてどう評価すべきかという問題がある。特に問題となるのが、無期受刑者の仮釈放である。無期受刑者は、死刑との間で量刑選択が争われたケースも含まれるなど、事案が極めて重大であるうえ、刑期がないため、仮釈放によってしか釈放があり得ないことから、犯罪の重大性を仮釈放審理においてどう評価するかが問題となるからである。<sup>(135)</sup>

そもそも、犯罪の重大性は、裁判時であると、受刑時であろうと、変わることがないため、もし犯罪の重大性が仮釈放に大きな影響を与える許可基準の一つであるとするなら、重大事犯の受刑者は、受刑開始当初から仮釈

放の許否が大方決まっているということにもなりかねない。近年の無期判決における量刑理由の最後に仮釈放を慎重に行うよう求める意見が付言として示されることがあるが、これは受刑者の改善更生や再犯より、事件の重大性に中心に仮釈放を考えていることの表れである。<sup>(137)</sup>

仮釈放審査規程では、犯罪の重大性を一般予防的な観点から社会感情ないしその一要素たる正義感情又は法律感情として考慮していたし、現行の依命通達でも、消極的要件たる社会感情が、抽象的・観点的な正義感情を基軸としていることから、犯罪の重大性がその一つの判断基底になるとも考えられる。しかし、そうになると、重大事件の場合、抽象的・観点的な社会感情は常に仮釈放を是認しないということにもなりかねない。また、依命通達は、「再犯のおそれ」を判断するにあたり、「犯罪の罪質、動機、態様、結果及び社会に与えた影響」を考慮すべきともしていることから（第二の七(3)ウイ）、犯罪の重大性は「再犯のおそれ」の評価に影響を与え得る。とは言え、L指標（執行刑期一〇年以上の長期受刑者）受刑者にも犯罪傾向が進んでいないLA受刑者がいるように、重大な犯罪を犯した者の再犯性が必ず高いという訳でもない。

一般に、「重大な犯罪である」という場合、犯罪の罪質、動機、態様といった犯情が重大である場合（犯情の重大性）と、生じた犯罪被害や社会に与えた影響が大きいという場合（結果の重大性）の二つがある。このうち、犯情の重大性が犯罪者の犯罪性の発露であるような場合には、依命通達のように、「再犯のおそれ」を評価する一要素となるであろう。筆者のように、「再犯のおそれ」を仮釈放の積極的許可基準とはすべきでないとする立場においては、消極的許可基準としての具体的・現実的な「再犯のおそれ」があるかどうかの評価に用いるべきということになる。

これに対し、結果の重大性は、現行法上、「再犯のおそれ」のほか、社会の正義感情・応報感情や被害者感情に影響を与える要因ということになるのであるが、社会の正義感情や被害者感情を仮釈放許可基準ないしその

要素とすること自体が適当でないから、結果の重大性そのものをストレートに仮釈放の評価に用いることはできない。しかし、次章で述べるように、損害回復の努力など被害者に対する受刑者の態度を保護観察相当性の判断基底とすることは認められると考えるので、結果の重大性はその中において評価することができるであろう。即ち、重大な犯罪を惹起した者は、被害者に対し、それに応じた真摯な態度と内容の損害回復（広義）の努力をすることが求められるため、結果の重大性はその範囲で評価されることになる。

## VI 仮釈放の実質的要件——試論

### 1 現実に機能する仮釈放要件の在り方

現行刑法が定める仮釈放の実質的要件は包括的・抽象的であるため、仮釈放審理において適格者の判定基準をその文言から得ることはできない。「改悛の状」の判断基準として許可基準なるものが必要になるのも、またそれを巡って見解の相違が生じるのも、刑法の実質的要件たる「改悛の状」が、何でも入る「空箱」であるからである。しかし、それでも従来の実務に大きな混乱が生じてこなかったのは、結局、犯罪の性質、受刑者の特性、処遇状況、保護環境など様々な事項を調査して、個々のケース毎に妥当（ないし安全）と思われる判断を行っているからに他ならない。

しかし、だからといって、刑法上の仮釈放要件やその判断基準（許可基準）が適当でよいということにはならない。やはり、仮釈放という制度の目的や機能、法的性質に即し、仮釈放の基準として現実に機能する実質的要件がなければ、あるべき仮釈放の運用を図っていくことはできない。そこで最後に、仮釈放の実質的要件とその具体的許可基準の在り方について試案を提示することとしたい。結論から述べれば、刑法には次のような仮釈放

の実質的要件を定めるのが適当であると考える。

**現行刑法 第二八条**

懲役又は禁錮に処せられた者に改悛の状があるときは、……(中略)……行政官庁の処分によつて仮に釈放することができる。

**現行法務省令 第二八条**

仮釈放を許す処分は、懲役又は禁錮の刑の執行のため刑事施設又は少年院に収容されている者について、悔悟の情及び改善更生の意欲があり、再び犯罪を犯すおそれがなく、かつ、保護観察に付することが改善更生のために相当であると認めるときにするものとする。ただし、社会の感情がこれを是認すると認められないときは、この限りでない。

**刑法改正試案 第二八条**

懲役又は禁錮に処せられた者については、犯罪の情状、被害者又は事件に対する本人の態度、本人の性行、受刑中の行状、更生の計画を考慮し、改善更生及び再犯防止のため保護観察が必要かつ相当であるときは、……(中略)……行政官庁の処分によつて仮に釈放することができる。

**2 仮釈放理念と実質的要件**

試案で示した実質的要件で用いられている個々の用語や概念は、まだ検討の余地があるものである。最も重要なことは、仮釈放の理念や原理から、適用の指針となるべき、意味ある実質的要件が刑法で定められるべきだということである。そうした意味では、現在、法務省令たる社会内処遇規則に定められている許可基準程度の具体性をもった内容のものが、刑法上の実質的要件として定められるべきである。

まず、現行の「改悛の状」という仮釈放要件は、元を辿れば、仮釈放を恩典と捉えていた時代に監獄内での行状として理解されていたものである。その後、刑事政策思潮が大きく変化するなかで、仮釈放理念も大きく変貌

を遂げたにもかかわらず、刑法改正は実現せず、仮釈放要件の「改悛の状」という文言も維持されたため、その具体的内容は下級法令における許可基準という形で意味づけされ、「改悛の状」はその許可基準如何によって変わりうる空虚な概念となった。そのことから考えると、この概念に様々な意味づけをしていくことは、最早適当でなく、新たな形で仮釈放の実質的要件を定めるべきである。

その上で、受刑者を施設内処遇だけで完結させることなく、社会内処遇へと繋げ、その改善更生を強固なものにし、再犯を防止することが仮釈放の目的であるとするなら、仮釈放の実体的要件も、そうした仮釈放の目的を明確に打ち出したものであるべきである。「改善更生及び再犯防止のため保護観察が必要かつ相当であるとき」という要件は、正にそうした仮釈放の理念と目的から導き出される内容である。

「保護観察」という文言が具体的過ぎるのであれば、更生保護法（第一条）や社会内処遇規則の目的規定（第一条）等で用いられている表現に近い「社会内における処遇」でも構わない。我が国の仮釈放が必要的保護観察制度を採り、保護観察以外の社会内処遇がないことから、そこに大きな違いはない。

「再犯防止」のために保護観察が必要かつ相当であるときに仮釈放を認めるべきであるから、現行のような「再犯のおそれ」が（少）ないときにしか仮釈放をしないという発想とは全く異なる。仮釈放やその後の保護観察という社会内処遇は、常に再犯というリスクがありながらも、社会内処遇によってそのリスクを低減・最小化するためのプロセスであって、一種のリスク・マネージメントでもある。従って、「再犯のおそれ」が極めて低い者は勿論、「再犯のおそれ」が認められる者でも、保護観察などの社会内処遇によって更生や再犯防止に寄与できる可能性がある場合は、仮釈放が認められることになる。しかし、再犯を犯す具体的な危険性が極めて高く、社会内処遇によってもそれを防止することの蓋然性が極めて低い場合は、仮釈放を認めるべきではない。

なお、「改善更生」と「再犯防止」は、同じ目的の両面であり、しかも順序に意味はない。更生保護法制定の

際、目的規定における「再び犯罪をすることを防ぎ、又は非行をなくし」と、「善良な社会の一員として自立し、改善更生することを助けること」の、どちらか優先であるのかといった議論が見られたが、両者は車の両輪のようなものであって、この種の議論は空虚である。<sup>138)</sup> また、再犯の防止という表現を用いたからといって、ケースワークを放棄し、監視中心の社会内処遇になるという懸念も杞憂である。

### 3 判断基底

改善更生及び再犯防止のための保護観察の必要性と相当性を判断するにあたっての判断基底となるべき事項も刑法中に規定することが望ましい。ここでは、当面の案として、「犯罪の情状、被害者又は事件に対する本人の態度、本人の性行、受刑中の行状、更生の計画」を掲げたが、具体的な表現はもう少し検討の余地があるであろう。

しかし、要点としては、まず第一に、社会内処遇規則のような、漠然とした「再犯のおそれ」という判断基底は採用すべきではない。しかし、再犯を計画している者や再犯を公言してはばからない確信犯的受刑者まで仮釈放にすることは、社会の安全を脅かすことになるので、「犯罪又は被害者に対する本人の態度、本人の性行、受刑中の行状、更生の計画」などを考慮して、再犯防止の観点から保護観察が相当でないとするときは、仮釈放を否定すべきであると考ええる。試案でもそうした趣旨の運用が可能であると思われるが、有識者会議の提言の<sup>139)</sup>ように、「再犯のおそれがある場合にはこの限りでない」といったような消極的許可基準とすることも考えられる。但し、その場合、表現は、漠然とした「再犯のおそれがある場合」とするのではなく、「仮釈放により地域社会の安全を確保することが困難な場合はこの限りでない」とするか、「仮釈放により保護観察に付することが地域社会の安全確保に鑑みて著しく不相当な場合」などとすべきであろう。

第二に、現在の社会内処遇規則のような「社会感情」のうち、抽象的・観念的な応報感情や社会の正義感情といったものは、既述の理由から、判断基底からは除外してある。「社会感情」のうちの「帰住地感情」については、受刑者が仮釈放となった場合に帰住できる唯一の帰住地に帰住した場合、当該地域の人々から立ち退き運動や排斥運動が起きることが高度に推測される場合には、「更生の計画」から「保護観察が不相当」であるとして、仮釈放を認めないことになる。しかし、帰住地や帰住先の調整によって、こうした事態を防止する努力がまず尽くされなければならず、安易な帰住地選定の結果、仮釈放が否定されないようにすることが重要である。

第三に、観念的・抽象的な「被害者感情」は勿論、「生の被害者感情」や仮釈放の許否に関する被害者の意見は、判断基底とすべきではない。しかし、だからといって、被害者に関連した事情を一切考慮してはならないということではない。考慮すべきは、受刑者側の更生の状況から切り離された被害者感情という形ではなく、受刑者が、自分の犯した罪と真摯に向き合い、被害や被害者に対する広義の損害回復に向けて受刑者がなし得る限りの努力や姿勢を示しているかどうかという事実である。<sup>(14)</sup>「被害者に対する本人の態度」から「保護観察が相当」とはそうした状況を意味する。広義の損害回復とは、言うまでもなく、狭い意味での金銭的な賠償だけを意味するのではなく、被害者への真摯な謝罪や感謝・慰霊の措置、被害者の視点に立った教育への参加と受講態度など、被害者の立ち直りや被害者の意思に報いる全ての活動を意味する。勿論、金銭的な賠償の有無なども考慮に入れるべきであるが、賠償額や口先だけの約束ではなく、賠償に向けた計画の立案や見舞金の送付など、受刑者の具体的な取り組み如何が評価の対象とされるべきである。なお、「被害者なき犯罪」の受刑者の場合は、「事件に対する本人の態度」が判断基底となる。

## Ⅶ 今後の課題

以上、本稿では、毎年何万人もの受刑者の更生や社会の安全に関わる重要な制度でありながら、これまで制度の理念や目的を踏まえた十分な理論的考察が行われてきていない仮釈放制度のうち、実質的要件たる「改悛の状」とその判断基準たる許可基準について検討を加えた。そこで明らかになったことは、従来の実質的要件や許可基準は、仮釈放を謙抑的に適用し、安全な者だけを仮釈放にして、再犯者を出さないことに重点を置くような内容と構造になっているということである。その結果、効果的な保護観察が行われれば更生や再犯防止が期待できる者が仮釈放から排除され、満期釈放となってしまう可能性がある。仮釈放の在り方を考えるにあたっては、満期釈放者も含めた釈放者全体の更生や再犯防止に配慮する必要がある。

仮釈放とは受刑者を条件附で釈放し、社会の中で自律と自立ができるよう、指導監督と同時に、必要に応じて補導援護を行うことで、その改善更生と再犯防止を図るものであることを改めて確認する必要がある。そうであるとすれば、社会内処遇に馴染まない再犯の危険性が高度に予測される具体的根拠がある場合を除き、仮釈放者の再犯リスクを最小化し、更生の可能性を最大化していくことが期待できる受刑者については、できる限り仮釈放にすることが望ましく、仮釈放の要件と許可基準もそれに応じたものとしなければならない。そうした視点に立ち、最後に暫定的な試案を提示した。

しかし、試案のような要件や許可基準は、従来のような「安全な」仮釈放適格者を「選抜する」要件や許可基準に比べれば、選別能力は弱い。それは社会内処遇によって更生が期待できるかもしれない者をできるだけ排除しないためのものであるから、ある意味当然のことである。再犯リスクも高い。従って、試案の要件や許可基準を設ければそれで問題解決なのではなく、そこから正に出発点となる。

折しも、刑事収容施設・被收容者処遇法や更生保護法が制定され、施設内での新たな改善指導や保護観察における体系化処遇の試みが始まっている。今後は、そうした矯正処遇や仮釈放者に対する保護観察の効果検証を行い、一方で満期釈放者の再犯状況なども見据えた、仮釈放不適格者の選定や仮釈放の時期（執行率）の在り方を模索するための実証研究を行いながら仮釈放実務に反映させていく不断の作業が不可欠である。<sup>(141)</sup>

なお、本稿で主張したような仮釈放許可基準の在り方については、断片的にはこれまでも指摘されたことがあるものである。不思議なことに、これに対する明確な批判や反論を展開したような論稿が殆ど見あたらず、まるで本稿の主張が通説であるかのような錯覚に陥るほどである。昭和五九年以降の仮釈放積極化政策も、本稿の主張と軌を一にする。にもかかわらず、仮釈放実務では、依然として「再犯のおそれ」を重視した謙抑的な運用が行われ、近年は、「社会感情」や「被害者感情」により配慮したかの如く、仮釈放率が低下しつつある。理屈としては理解されても、実務では採用されないことの原因の一つは、先に紹介した伊福部氏の「二種類の過誤」のうち積極的過誤の問題でもあろうが、もう一つは、やはり体系的な施設内外の処遇とその効果検証がこれまで殆ど行われてこなかったことにあるように思われる。そうした検証が行われずして、幾ら仮釈放の積極化を理屈から唱えても、現場で常に慎重かつ的確な判断が求められる仮釈放審査担当者の心に響くものはないであろう。<sup>(142)</sup> 処遇効果の検証と実務への還元が求められる。

また、仮釈放についての研究と併せ、仮釈放の裏返しの問題である満期釈放者の再犯防止についても、様々な可能性について自由に議論し、制度を模索していくことが重要である。<sup>(143)</sup> 満期釈放者の再犯防止というと、すぐに保安処分の問題と結びつけられがちであるが、満期釈放者の再犯防止イコール保安処分という訳ではない。<sup>(144)</sup>

「刑事政策学者たるもの更生保護の研究を怠ってはならない」というのが亡き宮澤浩一先生の学問的信条の一つであった。先生を偲びつつ、改めて自分への戒めとしたい。

- (1) 司法省調査部『司法研究報告書第二四輯—假釋放制度の運用に就て』(一九三八) 二二頁以下、平野龍一『矯正保護法』有斐閣(一九六三) 九六—九七頁、岩井敬介「仮釈放」吉永豊文Ⅱ鈴木久編著『矯正保護法』ぎょうせい(一九八六) 二二三—二二四頁、吉永豊文Ⅱ林眞琴「仮出獄」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』第二版「第一卷」青林書院(二〇〇四) 六五三—六五四頁等。
- (2) 我が国における仮釈放の萌芽を旧刑法より遡ること八年前の明治五年(一八七二年)の監獄則の放免制度(懲役一二条第八条)に求める見解も見られる。岡田朝太郎『日本刑法論』有斐閣(一八九四) 八〇二頁、正木亮「自由刑執行上の仮出獄の価値」『犯罪と矯正』矯正協会(一九六九) 三〇頁(初出、日本法政新誌二二卷二、四、六号(一九二四))。しかし、この監獄則は実施されることはなかった。
- (3) 正木亮「パロールの運用と善時制について」『矯正論集』矯正協会(一九六八) 六五七—六五八頁、小川太郎「仮出獄の思想」犯罪と非行四三号(一九八〇) 二六—二九頁、朝倉京一「欧米の仮釈放制度の現状」法律のひろば三七卷一二号(一九八四) 三七頁。
- (4) この邦訳は、田中正身編『改正刑法釋義上卷』西東書房(一九〇七) 三二九頁に拠った。名村泰蔵訳『獨逸刑法』司法省(一八八二) 一〇頁では、「行狀善ナレハ」の部分で「居動宜シケレハ」と訳している。尤も、ドイツの規定は、当時、実際には適用されず、専ら恩赦による残刑の執行を免除する慣行に拠っていたという。司法省調査課『司法資料第六七號—假釋放』(一九二五) 二二頁、小川太郎『自由刑の展開』一粒社(一九六四) 一二三頁。このほか、当時のドイツの仮釈放を紹介したものとして、清水行恕「假出獄制度に就いて」監獄協会雑誌三五卷九号(一九二二) 四頁以下、刑政三五卷一一号(一九二二) 一七頁以下。
- (5) “§ 23 Die zu einer längeren Zuchthaus — order Gefängnißstrafe Verurtheilten können, wenn sie drei Vierteltheile, mindestens aber Ein Jahr der ihnen auferlegten Strafe verbüßt, sich auch während dieser Zeit gut geführt haben, mit ihrer Zustimmung vorläufig entlassen werden.” Paul Daude (Hrsg.), Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. mit den entscheidungen des Reichsgerichts, Berlin: H.W. Müller, 1893, S. 26.
- (6) 小川太郎・前掲注(3) 三〇—三二頁。
- (7) 小川太郎・前掲注(4) 一二七—一二八頁。

- (8) 第一六回帝國議會衆議院監視廢止ニ關スル法律案委員會會議録（筆記速記）第一回（明治三四年二月二七日）に当時の状況が記されている。藤井恵「仮釈放制度の発達」刑政七六卷八号（一九六五）二〇―二二頁。
- (9) 高橋治俊Ⅱ小谷二郎編『刑法沿革綜覧』清水書店（一九二三）七八頁。
- (10) 第一五回帝國議會貴族院議事速記録第六號（明治三四年二月八日）四五頁。高橋治俊Ⅱ小谷二郎編・前掲注（9）一六七頁。
- (11) 法典調査會編『刑法改正案理由書附刑法改正要旨』上田屋書店（一九〇一）四二頁。
- (12) 第一六回帝國議會貴族院議事速記録第五號（明治三五年一月二五日）三九頁。高橋治俊Ⅱ小谷二郎編・前掲注（9）四四一頁。
- (13) 法典調査會編『刑法改正案理由書附刑法改正要旨』上田屋書店（一九〇二）四九頁。
- (14) 旧刑法を改正するため明治二六年に設置された刑法改正審査委員會の書記となり、以後、現行刑法の制定に携わった司法省の田中正身氏も、「俊改ノ狀アルヤ否ヤハ固ヨリ單ニ獄則ヲ謹守ノ一事ヲ以テ之ヲ断定スヘキモノニアラスシテ各種ノ方面ヨリ之ヲ視察シテ眞ニ悔悟改俊ノ實アルヲ認メテ始メテ之ヲ判断スヘキモノナルコトハ論ヲ待タスト雖モ俊改ノ狀アルモノニシテ獄則ヲ謹守セサルモノアルヘキ理ナク又其反面ヨリ見ルモ獄則ヲ謹守セサル者ニ改俊ノ狀アリト謂ウヘキ事例ハ稀ナルヘシ」と解説している。田中正身・前掲注（4）三三〇頁。
- (15) 第一七回帝國議會貴族院議事速記録第二號（明治三五年二月二八日）二三頁。
- (16) 明治三八年二月に刑の執行猶予に関する法律（法律第七〇号）が成立し、それまで「刑ノ執行ノ猶予及ヒ免除」の章に規定されていた仮出獄が、明治四〇年刑法改正案では独立した「假出獄」の章となった。第二三回帝國議會貴族院議事速記録第四號（明治四〇年二月二日）三五頁、第二三回帝國議會衆議院議事速記録第九號（明治四〇年二月二二日）八九頁。高橋治俊Ⅱ小谷二郎編・前掲注（9）一五六〇―一五六一頁、一七四六―一七四七頁。
- (17) 田中正身『改正刑法積義上卷』西東書房（一九〇八）八三―八四頁、山田正賢『改正刑法講義』武田交盛館（一九〇八）一五八頁、自治館編輯局編『刑法実用詳解』自治館（一九一〇）九一頁等。
- (18) 旧刑法の警察監視制度は現行刑法によって廢止されたが、明治四一年の監獄法で警察による監督制度が導入され（第六七条一項二号、假出獄取締細則明治四一年九月一〇日司法省令第二五號）、その実態は、就職の機会を奪ったり、

自暴自棄にさせるなど、依然として対象者の社会復帰を妨げるものであった。正木亮『刑事政策汎論増訂改版』有斐閣（一九四九）四一六頁、齋藤三郎「仮釈放制度の進展」月刊刑政六一巻一〇号（一九五〇）五二頁、西岡正之「仮釈放者の保護観察」法律のひろば三七巻一二号（一九八四）二七頁、しかし、理念的には保護観察に近い思想が見られると評する向きもある。小河滋次郎『監獄法講義』法律研究社（一九六七）四五八―四五九頁、小川太郎・前掲注（3）三一頁。

(19) 深谷善三郎編『刑法改正豫備草案附刑法改正綱領・盗犯等防止及處分ニ關スル法律解説』巖松堂（一九三〇）三頁、二五頁。

(20) 当時の概況については、西岡正之「日本における更生保護の歩み」朝倉京一ほか編『日本の矯正と保護』有斐閣（一九八二）一頁以下参照。

(21) 大正少年法については、森田明『少年法の歴史的展開（鬼面仏心の法構造）』信山社（二〇〇五）参照。

(22) 仮釈放後の保護観察期間を残刑期間とする我が国のような残刑期間主義に対し、処遇の必要性や再犯の可能性に応じて保護観察期間を設定する制度を考試期間主義と言う。筆者は、考試期間主義のうち、残刑期間を超えて保護観察期間を設定できる方式を積極的考試期間主義、残刑期間より短い保護観察期間を設定できる方式を消極的考試期間主義と称している。考試期間主義については、太田達也「仮釈放と保護観察期間―残刑期間主義の見直しと考試期間主義の再検討」研修七〇五号（二〇〇七）三頁以下及びそこで引用した論文を参照の事。豫備草案は、仮釈放処分を取り消されることなく、残刑期間を経過し、又は釈放後既に執行を受けたのと同じの期間を経過したときに刑の執行を終わったものとみなすとされており、残刑期間主義とともに消極的考試期間主義を採用している。

(23) 我妻栄編集代表『旧法令集』有斐閣（一九六八）七三三頁以下。

(24) 昭和六年五月二五日司法省訓令行甲第一一二八号。

(25) ここに「累進的」という表現が用いられているが、昭和八年には行刑累進処遇令（昭和八年一〇月二五日司法省令第三五号）が発出され、弱い関係ながらも累進処遇と仮釈放が結びつけられている（第八九条乃至第九〇条）。しかし、一級者から仮釈放するという原則は、行刑累進施行令施行直後から既に相当崩れていたことが指摘されている。森晃「仮釈放と累進処遇制度との関係について」矯正教育一〇巻一号（一九五九）七〇―七二頁。

- (26) 東邦彦「假釋放審査規程釋義」鹽野季彦監修『最新行刑令釋義』巖翠堂書店（一九三四）一六五頁。「假釋放審査規程釋義」は、重松一義編『東邦彦の行刑思想』プレス東京（一九七三）に再録されている。なお、東氏は、刑法改正豫備草案が「改悛ノ情顯著ナルトキ」と規定しているとするが、これは仮案のことであろう。
- (27) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案・同理由書』（一九六一）一六七頁。
- (28) 加藤東治郎「更生の措置としての仮釈放」犯罪と非行四三号（一九八〇）九五―九七頁。犯罪者予防更生法制定後、保護観察と結び付いた仮出獄（仮釈放）のことをパロールと区別して呼ぶ実務慣行があった。
- (29) ほほ同じ仮釈放の実質的要件を定める第一次案についてであるが、こうした仮釈放の実質的要件にした理由は、「仮釈放を許すかどうかの判断にあたっては、受刑者の改善更生という観点からみて、施設内処遇を続けるのがよいか施設外処遇に移るのがよいかを考慮しなければならない趣旨を明らかにし」たからであるとされている。鈴木義男「刑法改正作業レポート（四〇） 仮釈放」ジュリスト四五三号（一九七〇）一二二頁。
- (30) 昭和二七年一月二五日保第一〇一一号依命通牒（法務省保護局『保護月報第一四号』（一九五二）八五頁以下）。
- (31) 法務省刑事局編『法制審議会刑事法特別部会小委員会参考案（第一次案）』法務省（一九七〇）三五頁。
- (32) 鈴木義男・前掲注(29)一二六頁。
- (33) 当時のこうした問題意識に対して、団藤重光教授は「現行刑法の立前は新しいパロール法一連の法規の解釈によって補える」とし、刑法改正の必要はないとする一方、刑法二八条の仮釈放は「改悛の状の外に保護関係、再犯の虞れ、社会感情等も考えなければならぬ」とするので、やはり刑法上の「改悛の状」の概念は相当拡大していることは間違いない。団藤重光ほか「仮釈放を語る」更生保護三卷二号（一九五二）六頁。米山哲夫教授は、刑法で構想された社会内処遇との結びつきのない仮釈放制度と犯罪者予防更生法によって導入された処遇主義の理念に基づくパロール型の仮釈放制度が上手く調和していないとする。米山哲夫「定期刑制度におけるパロールの限界」早稲田法学会誌三四卷（一九八三）一五三―一五八頁。
- (34) 昭和四九年四月一日法務省令第二四号。省令名は、平成一八年に「仮釈放、仮出場及び仮退院並びに保護観察等に関する規則」に改められている（最終改正平成一九年一月一八日法務省令第六二号）。
- (35) 行刑改革会議『行刑改革会議提言―国民に理解され、支えられる刑務所へ―』（二〇〇三）。

- (36) 更生保護のあり方を考える有識者会議『更生保護制度改革の提言—安全・安心の国づくり、地域づくりを目指して—』(二〇〇六)一九—二〇頁。
- (37) 更生保護法の制定と内容については、「特集・更生保護改革」犯罪と非行一五四号(二〇〇七)五頁以下、「特集・これからの更生保護—更生保護法の成立」法律のひろば六〇巻八号(二〇〇七)四頁以下、「特集・更生保護法の成立」更生保護五八巻九号(二〇〇七)六頁以下、「特集・更生保護法の成立と展望」刑事法ジャーナル一〇号(二〇〇八)二五頁以下等参照。但し、仮釈放許可基準の改正は更生保護法が施行された翌年の法務省令によるため、これらの特集には言及がない。
- (38) 平成二〇年四月二三日法務省令第二八号。
- (39) 仮釈放審査規程より遡ること二年前の明治四二年四月の典獄会議注意事項第六節では、典獄による仮出獄具申において注意すべき諸点を規定している。小河滋次郎・前掲注(18)四四八—四五〇頁。
- (40) そうした解釈を採るものとして、須々木主一『刑事政策』成文堂(一九六九)二八七頁。
- (41) 法務省保護局『更生保護関係法令集(I)』(一九七七)九一—九二頁。
- (42) 岡久雄「仮釈放の現状と問題点—審理過程よりみた—」刑政七六巻八号(一九六五)二七頁。
- (43) 伊福部舜児「仮出獄と保護観察」犯罪と非行一六号(一九七三)三四—三六頁。戦後の仮釈放の運用が、悔悟の情、更生の意欲より、再犯のおそれと社会感情に力点を置いたものだと批判として、小野坂弘「仮釈放について」法政理論二二巻三号(一九九〇)一一二—一一八頁。勿論、仮釈放消極化の要因は許可基準だけではない。瀬川晃『犯罪者の社会内処遇』成文堂(一九九二)一九七頁以下参照。
- (44) 法務省の旧規則の解説で「第二項の基準を削除することにより、必ずしも仮釈放の基準が従来の通達より厳しくなることもない」としていることも(法務省保護局・前掲注(41)九二頁)、このことを裏付けているように思われる。
- (45) 平尾博志「更生保護法の施行に伴う下位法令等の整備について」更生保護五九巻五号(二〇〇八)三九頁、鎌田隆志「更生保護法の施行について」罪と罰四五巻三号(二〇〇八)二六—二七頁。
- (46) 平尾博志・前掲注(45)三九頁、鎌田隆志・前掲注(45)二六頁。
- (47) 法務省保護局・前掲注(41)九二頁。松本勝「社会感情再考—被害者感情を中心として—」犯罪と非行一一二号

- (二九九七) 五五頁。これに対し、四つの許可基準全ての充足が必須であるとする見解として、加藤東治郎・前掲注(28)一〇〇頁。
- (48) 「犯罪を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」(平成二〇年五月九日保観三二五矯正局長・保護局長依命通達)。
- (49) 法務総合研究所『研修教材平成二一年版更生保護』(二〇〇九)三七頁。
- (50) 悔悟の情を中心に矯正処遇と仮釈放審査をすべきとの見解として、黒川又郎「保護から見た矯正」刑政八五卷九号(一九七四)二八―三〇頁。
- (51) 小川太郎・前掲注(3)三九―四一頁。また、小川博士は、「仮出獄思想のなかに、改悛の状<sup>レ</sup>が腰をおろし、行状が語られることを脱却できないかぎり、報償主義をわらうことはできない」ともされる。
- (52) 更生保護のあり方を考える有識者会議・前掲注(36)一九―二〇頁。
- (53) 日弁連の更生保護のあり方を考える有識者会議報告書に対する意見では、仮釈放の原則化という主張はさておき、更生の意欲がない者や更生の可能性が低い者についても、満期釈放より、保護観察のついた仮釈放の方が再犯防止という観点から望ましいとしている点は支持できる。日本弁護士連合会『更生保護のあり方を考える有識者会議』報告書に対する意見』(二〇〇六)四―六頁。
- (54) 日弁連は社会内処遇規則の草案が公表された際にも意見書を発表しているが、ここでは、依然として仮釈放の原則化(必要的仮釈放)を提言しながら、仮釈放許可基準については、「悔悟の情」を「従来の行動を真摯に省みる姿勢」といったように、受刑者の態度をより広く酌み取れる表現に改めるべきとの、余り現行と大差ない消極的提言に止まっている。日本弁護士連合会『犯罪を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規則案に対する意見書』(二〇〇八)二頁。
- (55) 榎本正也「来日外国人受刑者に対する仮出獄の現状と課題」犯罪と非行一一四号(一九九七)一六一頁。但し、外国人であるから「悔悟の情」が見られなくて当然とする見解は、妥当でなく、支持できない。
- (56) 海渡雄一「仮釈放について」季刊刑事弁護三七号(二〇〇四)一五二―一五三頁。
- (57) 法務総合研究所・前掲注(49)三七頁、久保貴「更生保護への招待(一六)」研修六五二号(二〇〇二)九八頁。

- (58) 但し、こうした受刑者については、仮釈放許可基準たる「悔悟の情及び改善更生の意欲」は一応充足するので、仮釈放を認める上で障害はない。仮釈放から除外されている受刑者の類型については、岩井敬介『社会内処遇論考』日本更生保護協会（一九九二）三一—三二頁（初出・更生保護四〇巻四号（一九八九））。
- (59) § 57 Abs.1 StGB.
- (60) 「仮釈放及仮退院の手續について（依命通牒）」昭和二四年一〇月七日中央更生保護委員会委員長、刑政長官、中委第一四一号。
- (61) この点については、安形静男氏が昭和六年の仮釈放審査規程以来の解釈の変遷を分析している。安形静男「改悛の状」私論—主として「悔悟の情」をめぐる—更生保護と犯罪予防一三〇号（一九九八）三二頁以下。
- (62) 東邦彦・前掲注(26)一六五頁。
- (63) 安形静男・前掲注(61)三六—三七頁、法務省保護局監修『保護観察事典』文教書院（一九六八）二七—二八頁、香川達夫「仮出獄」団藤重光編『注釈刑法(1)総則(1)』有斐閣（一九六四）二二九頁。
- (64) 尤も、この時点でも、なお、刑法上の「改悛の状」が「再犯のおそれ」がないこととする見方が見られる。小野清一郎＝朝倉京一『改訂監獄法』有斐閣（一九七〇）四二七—四二八頁（今回は、二〇〇〇年刊行の復刊新装版に拠った）。
- (65) 法務省保護局・前掲注(41)九一—九二頁。
- (66) 宮澤浩一博士は、「刑事政策には、冒険はつきものである。失敗をおそれていたのでは、立ち直る者も立ち直れなくなる」とされる。宮澤浩一「わが国における仮釈放制度の意義と問題点—沿革を考え併せて—」法律のひろば三七卷一—二号（一九八四）八一—九頁。同旨、司法省調査課・前掲注(4)一三六—一四〇頁、島田善治「私の仮釈放審理」更生保護と犯罪予防五卷三号（一九七二）六一—七頁、桂正昭「仮出獄の時期」罪と罰二卷三号（一九七五）二—三頁、岩井敬介・前掲(58)二九—三〇頁。
- (67) 水野周「行刑施設における仮釈放—現状と問題点」法律のひろば三七卷一—二号（一九八四）二四頁。
- (68) 法務総合研究所『昭和五一年版犯罪白書』二〇二頁。山本篤朋「仮出獄の変遷」犯罪と非行四三号（一九八〇）五八—五九頁は、満期釈放者の中にも所内に規律違反で仮釈放とならなかったものがあるとする。そのほかにも、引

受人の不存在や刑期の短さなど手続的な原因もあり得よう。

(69) 伊福部舜児・前掲注(43)四一―四九頁。

(70) 宮澤浩一博士は、「犯罪者」が全くの野放しになっているのと比べれば、一応、国の後楯がついている方が、安心してうけ容れ易い」とされる。宮澤浩一・前掲注(66)四頁。同旨、団藤重光「パロール・システムについて」更生保護一号(一九五〇)四頁、小川太郎「假釈放がきまるまで」更生保護二巻六号(一九五一)三頁。

(71) 伊福部舜児氏は、「仮出獄者だけでなく、満期釈放者を併せた出所受刑者全体の再犯率に着目し、全体の再犯率を引き下げるには、仮出獄者の選択はどのようにあるべきか、このような見地に立つて実際の運用をみるべきである」と正当にも主張される。伊福部舜児「仮出獄者の選択について」更生保護と犯罪予防一五巻四号(一九八一)四七―四八頁。再犯率上昇に対する「世間の目」があるという理由からこれを批判するものとして、松本勝「仮釈放と社会復帰」菊田幸一・西村春夫・宮澤節生編『社会のなかの刑事司法と犯罪者』日本評論社(二〇〇七)五二九頁。

(72) 実際には、受刑の原因となった犯罪行為を行っている以上、再犯のおそれを完全に否定することはできないし、たとえそうした受刑者がいたとしても、社会生活を安定し、更生が確実なものとなるまでの間、指導監督や補導援助を行うため、仮釈放を行うべきことになる。

(73) 朝倉京一「仮釈放の原則化をめぐる一考察」更生保護と犯罪予防五〇号(一九七八)三一頁。

(74) 伊福部舜児・前掲注(71)五六頁。なお、伊福部氏は、受刑者を四分類し、矯正処遇を受ければ再犯の可能性が大きい、保護観察処遇を受けることよって再犯の可能性が小さくなるという類型(B類型)も仮釈放に付すべきとしている(五二―五五頁)。また、米山哲夫教授も、「保護観察の効果を通じて仮釈放させるといのでなければ処遇主義の筋は通らない。規則はそこまで踏み出してはいない。」とする。米山哲夫・前掲注(32)一六二頁。

(75) 香川達夫「起訴猶予・執行猶予・仮釈放」莊子邦雄・大塚仁・平松義郎編『刑罰の理論と現実』(一九七二)二五二頁。

(76) 更生保護のあり方を考える有識者会議・前掲注(36)一九頁。

(77) 日本弁護士連合会・前掲注(53)五―六頁。但し、日弁連は、仮釈放の原則化を提言するばかりか、重大再犯のおそれが極めて高いことが客観的に明らかな状況がある場合でも、仮釈放を認め、社会内処遇で更生させる努力をすべ

きだとしているが、この点は支持できない。

(78) 日本弁護士連合会・前掲注(54)二―三頁。

(79) 刑事施設入所度数別の仮釈放率の統計は存在しないが、属性にBがつく受刑者(Bだけでなく、LBやYB等も含む)の仮釈放率は平成二二年で三三・二%であり、属性にAがつく受刑者の仮釈放率七三・五%の半分以下であるが、それでも三分の一は仮釈放である。法務省『平成二二年矯正統計年報I』(二〇一―)「e-stat版」。また、仮釈放申請者に対する仮釈放許可率は、刑事施設入所度数が初度の者で九三・二%と最も高いが、入所度数が多い者でも殆ど許可率は少ししか下がらず、最も低い入所度数六度以上の者でも許可率は八六・九%もある。法務省『平成二二年保護統計年報』(11011)「e-stat版」。

(80) 野中忠夫「仮釈放の運用と制度上の問題」朝倉京一他編『日本の矯正と保護―第三卷保護編』有斐閣(一九八一)三五頁。

(81) 法務省「矯正統計年報」・前掲注(79)。

(82) 旧規則の解説であるが、現在も文言は同じである。法務省保護局・前掲注(41)九二頁。

(83) 昭和二七年通牒では、「仮出獄期間中再犯の虞がないこと。」と規定されていた(第一(六)第一項第二号)。しかし、この文言は、「仮出獄期間を経過した後においては、再犯のおそれが考えられてもよとの誤解を招く虞がある」として、昭和四九年の旧規則で「再犯のおそれがないと認められること」に改められている。法務省保護局・前掲注(41)九二頁。依命通達も、「再び犯罪をすること」には、仮釈放中の再犯の恐れ及び仮釈放期間経過後のおそれが含まれている」としている(第二の七(3))。

(84) 太田達也・前掲注(22)三頁以下。このほか、森下忠「仮釈放」平場安治Ⅱ平野龍一編『刑法改正の研究1概論・総則―改正草案の批判的検討』東京大学出版会(一九七二)三一四―三一五頁等。

(85) 前田俊郎「仮釈放」森下忠編『刑事政策演習「増補版」』有信堂(一九七二)二二二頁、金光旭「これからの犯罪者処遇(第二回)中間処遇及び刑執行終了者に対する処遇」ジュリスト一三五六号(二〇〇八)一四七―一四八頁、佐伯仁志『制裁論』有斐閣(二〇〇九)七一頁等。

(86) 吉永豊文Ⅱ林眞琴・前掲注(1)六六二頁は、「再犯のおそれがないということは、受刑者の内面的な部分では悔

悟の情とか更生の意欲というものと重複する面があるが、ここでは、さらに、本人の資質等に関する刑事施設の調査結果、居住地の環境、引受人の意欲や引受能力、保護観察の体制等客観的・具体的な条件を含めて判定することになる」とする。

(87) 氏家文一郎「仮出獄を許可する場合に要請される社会感情の是認について」『保護月報』五一号(一九六一)二二五—二二八頁。氏家氏は、社会感情の種類には、①被害者感情、②居住地の感情又は犯罪地の感情、③法律感情、④一般の社会感情、⑤共犯者との均衡の感情があるとし、④は一部の特殊事件でのみ要求されることを除き、他の要素は全ての事件について充足することが求められるとする。野中忠夫・前掲注(80)三五頁、法務総合研究所『研修教材平成一五年版更生保護』(二〇〇三)二〇〇—二〇一頁、吉永豊文Ⅱ林眞琴・前掲注(1)六六二頁。

(88) 法務総合研究所・前掲注(87)二〇〇頁。

(89) 吉永豊文Ⅱ林眞琴・前掲注(1)六六二頁。

(90) 東邦彦・前掲注(26)一六八—一六九頁、一七八頁。

(91) 東邦彦・前掲注(26)一八四—一八五頁。

(92) 法務省保護局・前掲注(41)九三頁。

(93) 後半の社会内処遇の効果を期待する上での必要な要件とは、社会感情の一部たる居住地感情を指しているものと思われる。

(94) 野中忠夫「仮出獄と応当日」『更生保護と犯罪予防』三三—三四頁。平野龍一博士も、仮釈放に際して一般予防的観点を通大視してはならないが、社会が仮釈放制度に対して反感を持たないようにすることが制度の健全な発達には重要であり、仮釈放許可基準としての社会感情を肯定される。平野龍一・前掲注(1)一〇〇頁。また、加藤東治郎・前掲注(28)九九頁は、社会感情は、刑の一般予防の機能を維持するために欠くことができないだけでなく、仮釈放の相当性の判断の客観性を保つための尺度として掲げられているとする。

(95) 野中忠夫氏は、「基準でいう社会感情とは、地方委員会の良識によって濾過され客観化された、いわば「高次元の感情」である」とする。野中忠夫・前掲注(80)三五—三六頁。

(96) 氏家文一郎・前掲注(87)二二六—二二七頁。

- (97) 古川健次郎「仮釈放と監獄法改正」犯罪と非行四三号(一九八〇)一五頁も、「社会感情を考慮することはいか  
がという意見もあるが、この点は現在の我が国の国民感情からいって、仮出獄許可基準として当然考慮されてしかる  
べき要素であると思う。」とする。
- (98) 氏家文一郎・前掲注(87)二二七頁。
- (99) 東邦彦・前掲注(26)一八五頁。
- (100) 法務総合研究所・前掲注(49)三九頁。
- (101) 氏家文一郎・前掲注(87)二二七頁。
- (102) 宮澤浩一・前掲注(66)八頁は、「社会感情を過度に考慮するのは、応報の考えから乳離れしていないことを意味  
する」とされる。
- (103) 氏家文一郎・前掲注(87)二二二頁。
- (104) この問題は、仮釈放の形式的要件たる法定期間(条件期間)の根拠とも関係している。氏家氏とは反対に、法定  
期間の経過によって、特段の事情がない限り、社会感情が一応是認するとしているとする見解もある。桂正昭・前掲  
注(66)二―三頁。
- (105) 氏家文一郎・前掲注(87)二二三頁。
- (106) 岡久雄・前掲注(42)二九頁は、仮釈放を審査する者が「もろもろの事件の審理を、かさねるに従って、自然の内  
に、一般社会感情の認定についての「相場」のようなものができているように感ぜられる。」とするが、そうした相  
場には何ら正当性の根拠がない。
- (107) 小川太郎・前掲注(3)四三―四四頁。小川博士は、また、社会感情は、刑罰の本質として刑事立法の上に取り込  
まれているものもあり、また犯罪直後のものなら裁判時の量刑に既に織り込まれているとして、これを仮釈放審理に  
取り込むのは二重評価になるとする。この見解に対し、岩井敬介氏は、社会感情を全く考慮の外に置くわけにはいか  
ないとしながらも、仮釈放の運用が消極的にならないよう警告する。岩井敬介・前掲注(1)二二七頁、岩井敬介「仮  
釈放と保護観察」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系七卷―犯罪者の社会復帰』日本評論社(一九八二)三三五頁。
- (108) 野中忠夫・前掲注(80)三五―三六頁。

- (109) 米山哲夫教授は、「実際に社会の人々は、よほど関心のある人々を除けば、判決言渡し後の犯罪者の状況を知ることができないのであるから、彼らの感情とは犯罪の重大性、犯情等の見聞を基にした、つまりマスコミによって形成された感情ではないか」とされ、しかも「そのようなことはすでに量刑において考慮されている」とする。米山哲夫・前掲注(33)一六三頁。
- (110) 西岡正之「仮出獄許可の基準について―特に社会感情の是認を巡って―」犯罪と非行四三号(一九八〇)八三―八五頁。更に、西岡氏は、社会感情としての非難が刑罰の根底にあるとしながらも、刑罰の動的な性格から合目的性の原理が入り、行刑における矯正処遇の場面では、社会感情の融和・是認が考慮されるとする。しかし、その上で、西岡氏は、社会感情の具体的な内容としては、氏家氏が主張する社会通念としての正義感情や重大犯罪に対する社会感情も判断すべしとするが、筆者の私見からすれば、この点は妥当でない。
- (111) 仮釈放の審理の際にも参考とされる生活環境調整報告書の中には「近隣の風評等」の項目がある。日本更生保護協会『「保護司のてびき」保護観察・生活環境の調整―関係書類の見かた・書きかた』(二〇〇九)一五二―一五九頁。
- (112) 「雨が降れば、傘を貸さねばならない……(中略)……こういう積極的意図が施設、保護観察所、委員会にあれば、社会感情は考慮に足りないものになる。」小川太郎・前掲注(3)四四頁。
- (113) 法務総合研究所・前掲注(87)二〇一頁。正木亮博士は、既に大正二三年の時点で、明治四一年九月司法省訓令第七号仮出獄及仮出場に関する取扱手続に言及しながら、「被害者に対する思念」を仮出獄の評価に加えるべきであるとしている。正木亮・前掲注(2)五〇―五一頁。
- (114) 東邦彦・前掲注(26)一六二頁。
- (115) 東邦彦・前掲注(26)一七九―一八三頁。
- (116) 東邦彦・前掲注(26)一八〇―一八一頁。
- (117) 西岡正之・前掲注(110)八八頁。
- (118) 氏家文一郎・前掲注(87)二三三頁。
- (119) なお、社会内処遇規則は、仮釈放審理での調査事項に「被害者等の状況」を含めている(第一八条三号)。
- (120) 嘗ての被害者感情調査については、北澤信次「更生保護における被害者の視点」被害者学研究四号(一九九四)

七〇頁以下、松本勝・前掲注(47)五九頁以下、佐藤繁實「被害者と更生保護」法律のひろば五三卷二号(二〇〇〇)四〇—四一頁、榎本正也「仮釈放と犯罪被害者」『講座被害者支援 2—犯罪被害者対策の現状』東京法令出版(二〇〇〇)三二八頁、松田慎一「更生保護行政における犯罪被害者への配慮について」家裁月報五四卷五号(二〇〇二)一六頁以下、松本勝「被害者感情調査と仮釈放審理について」矯正講座二五号(二〇〇四)五五頁以下参照。

(121) 実際の仮釈放審理における被害者感情の評価の仕方などを見ると、そこで扱われているのは抽象的な被害者感情ではなく、生の被害者感情である。例えば、松田慎一・前掲注(120)二〇—二二頁。

(122) 被害者等調査の問題については、太田達也「更生保護における被害者支援—釈放関連情報の提供と被害者の意見陳述を中心として—(2)」犯罪と非行一二五号(二〇〇〇)五四—六六頁参照。

(123) 犯罪被害者等基本法第三条二項が定める被害者支援の基本理念の一つである。

(124) 岡久雄・前掲注(42)二九頁は、「被害感情は、満期と同時に零になる性質のものであるということの頭において判断する必要がある」とするが、同氏は、「生の被害者感情」を審査の基準としているため、こうした擬制は不当である。恐らく、社会内処遇規則のような抽象化された応報感情が満期で消却されるということを言いたいのかもしれないが、そうであるとすれば、応報感情ないし正義感情と同じことであり、とりたてて被害者感情を取り上げる必要はない。

(125) 松本勝氏は、具体的、生の被害者感情とすべきであるとする。松本勝・前掲注(47)六七頁。

(126) 北澤信次・前掲注(120)八〇—八五頁は、更生保護における被害者の地位の強化が、一般予防論や応報刑論(古典主義も新古典主義も)と結び付いて、これまで形成されてきた仮釈放の積極化や保護観察の処遇路線を破壊することを懸念する。松本勝氏は、再犯の危険性への危惧や被害者感情への配慮から、近年の仮釈放審理に「ちぢみ現象」(釈放後の再犯への危惧等から仮釈放が慎重になり過ぎること)が窺えると警鐘を鳴らす。松本勝・前掲注(120)六八—六九頁。

(127) 受刑者がそこまで真摯な努力をすれば被害者感情も多少癒されるはずであるという見解があるが、そうした考えに筆者は抵抗を感じる。犯罪者が自分の犯した罪に対して損害回復や賠償を行うのは当然で、最低限の義務であって、それによって当然に被害者の感情が好転するとか、緩和されると考えるのは不適當である。時の経過によって被害者

感情が癒えるという指摘も、被害者でない周囲の者が安心したいがためのレトリックである。

- (128) 実務では、「著しく被害者遺族の感情を刺激しない」という判断で仮釈放を許可するという。北澤信次・前掲注(120)七九頁、佐藤繁實・前掲注(120)四三頁。
- (129) 犯罪被害者等基本計画(V第三一―二七)。更生保護のあり方を考える有識者会議・前掲注(36)二〇―二二頁。
- (130) 立法担当者は、仮釈放意見聴取において被害者から聴取した意見等は、仮釈放を許すか否かの判断において斟酌するとしている。吉田雅之「更生保護法の概要について」犯罪と非行一五四号(二〇〇七)五一頁、河原誉子「更生保護法における犯罪被害者等施策」法律のひろば六〇巻八号(二〇〇七)四〇頁、同「更生保護法における犯罪被害者等施策」更生保護五八巻九号(二〇〇七)二八頁、鎌田隆志「更生保護法の成立について」刑事法ジャーナル一〇号(二〇〇八)三六頁。
- (131) 更生保護のあり方を考える有識者会議・前掲注(36)二二頁。
- (132) 川出敏裕「更生保護改革への期待―更生保護法制定の意義と今後の課題―」犯罪と非行一五四(二〇〇七)一四―一五頁。
- (133) 佐藤繁実「仮出獄許可の基準における社会感情について」更生保護と犯罪予防一一巻四号(一九七七)七六頁は、社会感情は仮釈放を抑制的に機能すべきものではなく、むしろ促進的に機能すべきものと理解したいとするが、単なる希望的観測に過ぎない。
- (134) 太田達也・前掲注(122)五四―六六頁参照。
- (135) 無期受刑者の仮釈放については、国会議員有志等による終身刑創設の動きの中で、平成二二年三月に保護局長通達が発出されているが、仮釈放の許可基準については何ら定がない。「無期受刑者に係る仮釈放心理に関する事務の運用について(通達)」平成二二年三月六日法務省保観第一三四号。
- (136) 典型例として、広島地判平成一八年七月四日(刑集六三巻八号九六三三号)。しかし、この広島女兒殺人事件の差戻控訴審では、「刑の執行及び運用に関しては、裁判所の権限外の事項であるにもかかわらず、第一審裁判所が、上記のとおり希望という形をとっているとはいえず、仮釈放の運用について言及しているのは、必ずしも適切とはいえない」としている。広島高判昭和二二年七月二八日(LEX/DB)。

- (137) 太田達也「仮釈放の危機!?無期受刑者の仮釈放」刑政一一八巻一号(二〇〇七)一六〇—一六一頁。
- (138) 同旨、太田達也「保護観察の改革課題」刑法雑誌四六巻三号(二〇〇七)四三二頁、藤本哲也「更生保護法成立の意義」法律のひろば六〇巻八号(二〇〇七)六頁、同「更生保護法成立の意義と課題」刑事法ジャーナル一〇号(二〇〇八)二七—二八頁、柿澤正夫「更生保護制度改革の提言と立法動向」刑法雑誌四七巻三号(二〇〇八)四七—四七三頁。川出敏裕・前掲注(132)九—一〇頁は、対象者の改善更生は再犯防止という目的の手段であり、更生保護法のなかでどのような具体的措置を認めるべきかが本来の争点であるとする。
- (139) 更生保護のあり方を考える有識者会議・前掲注(36)一九頁。
- (140) 個別化や科学化の観点から社会感情を仮釈放審理の評価に入れることに反対する小川太郎博士も、受刑者の損害賠償や謝罪の積極的意図などは、判決後に生じた事情であり、かつ個別化に適切なものとして、評価に加えてよいとする。小川太郎・前掲注(3)四三—四四頁。
- (141) かつて仮釈放予測の研究が行われたことがあるが、受刑者の特性や受刑成績・行状、釈放後の環境によって仮釈放の適格者・非適格者の要因を分析しようとするものであって、特徴的な矯正処遇や仮釈放後の保護観察処遇の内容を加味したものではなかった。西村克彦・林知己夫『假釈放の研究』東京大学出版会(一九五五)。この研究で分析対象となったデータは犯罪者予防更生法が制定された直後のものであり、まだ仮釈放後の保護観察が十分行われていなかったときの研究であることを考えると、それもやむを得ないであろう。その後の調査として、伊福部舜児氏らの貴重な研究があるが、施設内処遇や保護観察の効果を意識はしているものの、調査項目としては、結局、作業成績であるとか帰住地環境といったものに止まり、保護観察自体の内容や成績などは考慮されていない。伊福部舜児・泉信弥「仮出獄者の選択に関する研究」法務総合研究所研究部紀要一五号(一九七二)三一—三三頁以下。これらの調査における「予測」や「選択」というテーマそのものに既に研究の趣旨や方向性が見えている。近年の法務総合研究所による一連の再犯調査では、僅かながら、仮釈放者の就労状況と再犯要因の分析が行われている。法務総合研究所『法務総合研究所研究部報告四二—再犯防止に関する総合的研究』(二〇〇九)一二四—一二五頁、同『平成一九年版犯罪白書—再犯者の実態と対策』(二〇〇七)二四八—二四九頁、同『平成二二年版犯罪白書—重大再犯者の実態と処遇』(二〇一〇)二七三—二七四頁。

(142) 瀬川晃・前掲注(43)二一七頁は、基礎となるべき社会内処遇体制の十分な発展のない状況下で仮釈放の積極化を敢行しようとすることはユートピアニズムだとされる。

(143) 満期釈放者の再犯防止のための社会内処遇の必要性については、森下忠『刑事政策の論点Ⅱ』成文堂(一九九四)五六頁以下、更生保護のあり方を考える有識者会議・前掲注(36)三〇頁、太田達也「保護観察の実態と改善策」刑法雑誌四七卷三号(二〇〇八)四四六頁以下、藤本哲也「満期釈放者の再犯防止対策」戸籍時報六四五号(二〇〇九)九五頁以下等参照。

(144) 二分判決については、太田達也「自由刑と保護観察刑の統合—アメリカの新しい二分判決制度を手掛かりとして—」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学—刑事法』慶應義塾大学法学部(二〇〇八)二五頁以下参照。一部執行猶予については、「特集・刑の一部執行猶予制度導入の動き」刑事法ジャーナル二三号(二〇一〇)二二頁以下。

【キーワード】

仮釈放、改悛の状、悔悟の情、再犯、被害者、社会感情、満期釈放、保護観察、考試期間、刑法改正