慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	仮釈放の法定期間と正当化根拠
Sub Title	A minimum prole eligible date and its rationale
Author	太田, 達也(Ota, Tatsuya)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2013
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.86, No.12 (2013. 12) ,p.1- 31
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20131228-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

仮釈放の法定期間と正当化根拠

太田達也

Ⅰ　問題の所在
Ⅱ　法定期間の正当化根拠
1　恩恵・恩典に基づく説（恩恵説）
2　応報に重点を置く説（応報説）
3　一般予防に重点を置く説（一般予防説）
4　個別予防に重点を置く説（個別予防説）
5　応報と予防の調和に根拠を求める説（総合事情説）
6　司法処分尊重説
7　法定期間不要説
8　その他
Ⅲ　法定期間の再検討
1　正当化根拠――処遇連携説
2　有期刑の法定期間
3　法定期間の機能
4　法定期間経過日の算出方法
Ⅳ　課題

Ⅰ　問題の所在

現行刑法は、「改悛の状」と並ぶ仮釈放の要件として、有期刑の場合はその刑期の三分の一、無期刑の場合は一〇年という期間の経過を定めており、「法定期間」と呼ばれている。[1] しかし、現実には、法定期間の経過から

間もない時期に仮釈放される受刑者は殆どおらず、法定期間は、その経過時に刑事施設の長が地方更生保護委員会に対し法定期間経過通告（更生保護法［以下、法と称する。］三三条）を行う時期としての意味と、刑事施設の長が仮釈放を許すべき旨の申出をするか否かに関する最初の審査期限（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、規則と称する。］一一条一項）としての意味が中心となっており、有期刑にせよ、無期刑にせよ、仮釈放要件としての実質的な意味合いは薄れてしまっている。

しかし、近年、仮釈放率が低下しつつあるだけでなく、平成一六年以降、仮釈放までの執行率が著しく上昇し、[2] 無期刑についても、仮釈放までの期間が極めて長期化している。[3] 仮釈放の時期が遅くなるということは、残刑期間主義を採る我が国の場合、仮釈放後の保護観察期間が短くなることを意味し、十分な社会内処遇を行い得なくなるほか、仮釈放以外には釈放のあり得ない無期刑については、長期の拘禁による受刑者の非社会化や高齢化、家族や友人関係の喪失に繋がり、社会復帰が困難となるため、社会復帰に向けた調整に大きな労力が必要となる。こうした状況が仮釈放者や元仮釈放者の再犯に悪い影響を与えることもあり得るため、仮釈放の時期という観点からの見直しが必要である。

折しも平成二四年には、昭和五〇年代末から適用されてきた仮釈放の積極化に係る通達[4]が廃止され、新たな通達が発出されている。[5] こうした仮釈放の手続や運用方針の見直しも、仮釈放時期の適正化に係わるものとして重要である。しかし、仮釈放時期の適正化を図るためには、やはり仮釈放要件たる法定期間そのものの見直しが必要であるように思われる。明確な理念や根拠に裏付けられ、実務上の基準となる要件があってこそ、個々の適正な仮釈放時期が決定できると言うべきである。

現在、仮釈放は法定期間よりも遙かに遅い時期にしか許可されることはないので、法定期間を見直したとしても、殆ど意味がないという指摘もありえよう。しかし、だからと言って、仮釈放要件としての意味が殆どなく、

仮釈放の実態と余りにかけ離れた法定期間が法制度として望ましいものであるとは思えない。ましてや、実務に支障がないから、ただ漫然と三分の一や一〇年でよいということであってはならない。重要なことは、法定期間が法制度としての正当性と実務上の指標となりうる実務的妥当性を兼ね備えたものとなっているかどうかである。実務に影響がないからではなく、実務の基準となるべき、実務に影響を与える要件でなければならないのである。特に、法的期間の見直しは、仮釈放までの期間が極めて長期化している無期刑との関係でも重要である。無期刑受刑者に対する仮釈放のあり方を考えるためには、その法定期間を意味あるものとする必要があり、そのためには、まず法定期間の正当化根拠について改めて検討しておく必要があるのである。

仮釈放の法定期間を巡っては、現行刑法制定の際と昭和の刑法全面改正作業において検討が行われたものの、法定期間を更に短くすべきかどうかが問題となっただけで、その正当化根拠につき精緻な議論が行われた形跡はない。[6][7] しかも、早々に現行刑法の要件を維持することに落ち着き、以後、殆ど検討が行われてきていない。

他方、無期刑の法定期間を現行より長くすべきとする主張も見られたが、これはいずれも死刑廃止との関係において論じられたものであって、[8] 仮釈放の法定期間そのものからの問題提起ではない。仮釈放の重要性が改めて認識され、仮釈放の積極化が推進されようという時代にあって、仮釈放要件の正当化根拠や内容について改めて考えることは重要である。本稿は、そうした問題意識から、仮釈放法定期間の正当化根拠を体系的に考察し、それを踏まえた試論を試みるものである。

Ⅱ　法定期間の正当化根拠

仮釈放の法定期間の正当化根拠を巡っては、かつての恩恵に基づく見解を除けば、刑罰論に応じて、応報に重

点を置く説、一般予防に重点を置く説、個別予防に重点を置く説に大別することができる。

1　恩恵・恩典に基づく説（恩恵説）

仮釈放を恩恵に基づく制度とする古い思想に立てば、法定期間も恩典として仮釈放が認められる最低期間を定めたものということになる。しかし、恩恵主義が妥当していた時代にあっても、法定期間を決める根拠が恩恵にあったかどうかは定かでない。ただ従来の法定期間が「いずれも恩恵主義による仮釈放について行われたものである」[9]として、改悛の状が明らかとなり、再犯のおそれがなくなった場合にも一定の期間を経過しなければ仮釈放を許さないということは「仮釈放の本質に反する」とされたことからも、このような見解が採られていたのではないかと推測されるのである。

現行刑法制定の理由書も、「現行法ハ有期刑ニ付テハ其刑期四分ノ三、無期刑ニ付テハ十五年ヲ經過シタル後假出獄ノ恩典ヲ與フルコトト爲シタリト雖モ苟モ改悛ノ狀アル囚人トナリトセハ斯ノ如ク長ク在監セシムル必要ナキノミナラス其在監期間ヲ長クスレハ囚人ヲシテ自暴自棄ニ陥ラシムル害弊アルニ過キス」としている[10]。改悛の状のある受刑者は長く収容しておく必要はなく、自暴自棄になるおそれもあるから、有期刑の四分の三や無期の一五年は仮釈放の法定期間としては長すぎるとするのである。

これが、法定期間の正当化根拠を明らかにしたものか、単に旧法から法定期間を短縮した説明に過ぎないのかは明らかでない。しかし、「恩典ヲ與フル」という理由書の文言にも表れているように、仮釈放が恩恵・恩典と捉えられていた時代にあって、法定期間は、改悛の状のある受刑者に対して恩恵を与えうる最低期間であり、それ以上の拘禁は更生意欲を維持させることが難しい期間であるとされていたと考えられる。

因みに、我が国では、本人による刑事施設の長等に対する恩赦の出願の場合、有期の懲役又は禁錮については、

その刑期の三分の一に相当する期間（但し、その期間が一年に満たないときは一年）、無期の懲役又は禁錮については一〇年という制限期間を設けており（恩赦法施行規則昭和二二年一〇月一日司法省令第七八号六条一項）、関連性は明らかでないが、仮釈放の法定期間と同じとなっている。[11]

ただ、法定期間が恩恵として仮釈放が認められる最低の期間であるとしても、それではなぜ法定期間の間は恩恵が認められないかと言えば、それはやはり応報であるとする説明にならざるを得ないように思われることから、この恩恵説も後述する法定期間の根拠を応報に求める説に他ならないとも言える。

しかし、いずれにせよ、既に仮釈放を恩恵と捉える思想そのものが支持されていないだけでなく、現実の制度としても、恩恵という観点から一定の法定期間を合理的に導くことができず、日本の場合、わずか刑期の三分の一程度で恩典に浴させるという説明も付きにくいため、法定期間を恩恵から導く説には合理性がない。

2　応報に重点を置く説（応報説）

（1）応報充足説

法定期間は「実刑を受けることによりしょく罪を実践させるべき最小限度の期間と解釈するほかはな」[12]いという主張や、法定期間は「最小限無視してはならない責任の量」とする見解[13]のように、法定期間を最低限の応法的要素を充足する期間と見る見解である。[14]かつて正木亮博士などの教育刑論者は、仮釈放要件たる法定期間は不要と主張するが、[15]それ故、現行法に残る法定期間は一種の応報刑主義の残骸とせざるをえず、[16]消極的ながら法定期間は刑罰のうちの応報的要素に拠ることを認める。改正刑法草案の理由書も、未決勾留日数の法定期間への通算における解説ではあるものの、「仮釈放前に経過すべき期間が定められているのは、その期間だけ拘禁による苦痛を受けた後でなければ仮釈放を認めないという趣旨」であるとしている。[17]

しかし、仮釈放が犯罪者の改善更生と再犯防止による社会復帰を目指すものである以上、そこには犯罪者の適正処罰という要請があるとしても、[18] 応報という要素だけが仮釈放の一要件の根拠であるとするのはやはり妥当でない。仮釈放の形式的要件たる法定期間は応報を、「改悛の状」という実質的要件は予防という形で、応報的要素と予防的要素をそれぞれの要件に振り分けているという考え方（分配説）もあり得るかもしれない。しかし、それは余りにも技巧的であり、予防的要素が仮釈放の各要件の根拠たり得ないとするのは妥当でない。

仮に法定期間が応報的要素だけで決せられるものだとしても、行為責任を中心とし、予防的評価を加えて刑の量定を行う現在の量刑理論や実務において、わずか三分の一（日本）を経過すれば応報を充足したとするには余りに合理性を欠く。それはたとえドイツ（の再入者）のように三分の二という法定要件を採用している場合でさえも同様である。応報的要素を充足するとすれば、やはり宣告刑の大半を執行しなければならないであろう。「最低限度の応報」を充足するという、その「最低限」という概念も意味不明である。

やはり、応報の観点から法定期間を根拠付けるのは妥当でない。

（2）社会感情是認説

応報充足説に似て非なる主張に社会感情是認説とも呼ぶべき見解がある。これは、仮釈放の法定「期間は、いくら改悛の情［原典ママ］があっても、これだけの期間は服役しないと社会感情の是認が得られないという最小限度の期間」[19] とするものである。刑のうち最低限これだけは刑事施設において刑の執行を行わなければ社会感情の是認が得られないという期間を定めたものが法定期間であるとするのである。法務省保護局も、旧法たる犯罪者予防更生法の注釈書のなかで、「仮出獄の要件期間が定められているのは、(1)仮出獄に至るまでに最小限度本人が実刑を受けなければならない期間を定めることにより、刑を言渡した司法の機能との調和を図り、(2)この時

期までには、社会の一般的法律感情が仮出獄を是認するに至るとの趣旨を含むものと解せられる」としている。[20]「趣旨を含むもの」としてやや含みをもたせてはあるものの、基本的には社会感情是認説の立場を採っており、これが法務省の公式見解ということになる。

社会感情は仮釈放の実質的要件である「改悛の状」を具体化した仮釈放許可基準の一つでもあり、もし法定期間の正当化根拠とされる社会感情が仮釈放許可基準たる社会感情と同じであるとすれば、その内容は、特定の社会構成員や団体の具体的な感情ではなく、社会全体の抽象的な正義感情ないし応報感情である。[21]そうであれば、この社会感情説も、実質的には前述の応報充足説と変わりはないということになる。

しかし、社会感情は、個別予防的評価が中心となる「改悛の状」の一基準であり、変化しうる動的な要素であって、それが仮釈放を是認すると認められるときに「改悛の状」の一基準が充足されるのであるから、法定期間はその一般的な最下限を定めたものということとなる。仮釈放許可基準たる社会感情の先駆的研究で知られる氏家文一郎氏（元関東地方更生保護委員会委員）も、社会感情の種類には、①被害者感情、②帰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り、このうち法律感情とは「犯罪をしたことによっ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」であるとしたうえで、「応当日は法律感情不是認が最高度にあるときである」としている。[22]

これに対し、応報充足説は、過去に犯した罪に対する回顧的・静的な要素としての応報が充足されるかどうかであるから、展望的・予防的観点からの評価ではない。結局は、社会感情や応報の捉え方次第であるが、[23]そうした点からすれば、一応、社会感情充足説は応報充足説とも異なる説ということになる。[24]

しかし、いずれにせよ、社会感情という捉えどころがないものを仮釈放の根拠とすることには問題がある。ま

た、何故、刑の一定期間の経過で一般に社会感情が是認すると見なしうるのか説明ができず、一種の擬制と言わざるを得ない。

3　一般予防に重点を置く説（一般予防説）

法定期間は、刑の威嚇効果の点から必要となる最低限の刑の執行期間と見る見解である。簡単に言えば、これ位執行しないと刑の一般予防効果、威嚇効果が発揮されないとするものである。昭和三六年に公表された改正刑法準備草案は、昭和六年の改正刑法仮案（総則）において刑期の四分の一とされた法定期間を三分の一に改めたのは、「刑の一般予防効果からみても、宣告された刑はもう少し尊重されるべきであるという考え方」に拠ったからだとしている。[25]

仮釈放は司法機関が言い渡した宣告刑を事実上修正するものであるとする考え方があるから、これによれば、一定の刑を宣告しながら、その一部しか執行しないということになれば、潜在的犯罪者に対する抑止効果が薄れかねないということになるのであろう。しかし、一般予防効果を中心に刑罰の機能を考えるかつての極端な一般予防論に拠らない限り、刑罰の執行過程における仮釈放の要件にそこまで一般予防を重視する見解を採ることは難しい。しかも、法定期間の三分の一まで執行すれば最低限の一般予防効果は保たれるというのも根拠が曖昧であるし、逆に量刑においてそこまで一般予防が考慮されているとも考えにくい。

4　個別予防に重点を置く説（個別予防説）

（1）仮釈放要件判定説

法定期間は、仮釈放の実質的要件たる「改悛の状」の判断を行うのに必要な期間とする見解である。こうした

見解は、未だ仮釈放を恩典と捉え、施設内での行状を中心に判断していた時代から既に見られる。例えば、旧刑法時代、刑法学者の岡田朝太郎氏は、「假出獄ヲ許スニハ囚徒カ十分ニ悛改シタルノ狀アルヲ要ス果シテ悛改シタルヤ否ヤヲ知ルニハ多少ノ時間其品行ヲ視察スル必要アリ我立法者カ囚徒ノ品行ヲ視察スルニ必要ト認メタル時間ハ無期徒刑ニ對シテハ少クモ十五年、流刑外ノ重罪輕罪ノ自由刑ニ對シテハ刑期四分ノ三ナリ」としている。[26]

そして、仮釈放を改善更生のための制度と捉える今日の仮釈放制度の下でも、この見解は妥当し得る。仮釈放の法定期間（経過日）について、唯一、詳細な検討を加えた野中忠夫氏は、「応当日の経過は刑の応報的要素の消却を意味するものではない」として、法定期間経過日が刑の応報的作用が完了する日とする甲説（本稿でいう応報充足説）を否定したうえで、「刑期中の時間の経過に伴って、本人および社会の側に主観的、客観的事情の変化があり、応当日の頃には、本人の生活態度、生活能力も社会生活にたえる程度にまで向上し、又社会の応報感情も本人の仮出獄を容認する程度にまで寛解していることもありうる。それで、応当日経過の時点においては、本人の処遇について再検討する必要がある。すなわち、応当日は、このような処遇方法の変更について検討をなすべき機会である」という乙説を妥当としている。[27] 本人の改善更生や社会感情の変化などから施設内処遇から社会内処遇への変更について検討すべき日が法定期間経過日であるとすることから、仮釈放の要件が充足されているかどうかについて検討すべき日が法定期間経過日であるという仮釈放要件判定説とほぼ同じ趣旨であると言えよう。

但し、野中氏は、自説を採る根拠として、専ら応報的要素は法定期間経過日をもって消却し終わると考えることはできないという点に求めている。[28] 即ち、野中氏が言うところの甲説（応報充足説）を否定すべきことを乙説（仮釈放要件判定説）の根拠にしているにとどまり、それ以外では「今日の行刑の現実においては、教育的要素といい応報的要素といい、あるいは保安処分的要素といい、すべてが渾然と合一されて処遇が行われている」から

としか説明されておらず、何故乙説（仮釈放要件判定説）が妥当であるかという積極的な理由が示されていない。

他方、法定期間経過日の算出における未決勾留日数の通算（法定期間からの控除）の是非について論じる際、この仮釈放要件判定説に立つ主張がなされることがある。古くは、教育刑論の立場に立つ検察官の岡原昌男氏が、「もともと假釈放は刑執行中に囚人の改悛を促し累進制その他の方法により組織的にその性格を觀察し、改悛の判斷に誤りなからしめることを期してゐるのであって、未決勾留中だけで被告人の性格を判斷することは極めて困難且危險であると思はれる」として、未決勾留日数の法定期間からの控除を認めるとしても、通算日数が多い場合には仮釈放に慎重な態度をとることを要するとしている。(29)

森下忠博士も、「およそ仮釈放は、一定期間刑を執行し、その成績を見て、再犯防止可能との見込みの上にはじめてなされるべきものではなかろうか」として、未決勾留日数の控除には消極的態度を示される。(30)「『改悛の状』の判定は、現実の刑の執行を通じてのみ可能であり、改善更生が仮出獄制度の機能であり、目的であるとすれば、一定期間の現実の刑の執行を予定することを制度化することには、合理的な理由がある」として、未決勾留日数を法定期間に算入しないことは当然とする見解も同様の立場である。(31)

仮釈放要件判定説は、仮釈放が受刑者の改善更生や社会復帰のための制度であるとする点とよく符号する。さらに、仮釈放の実質的要件として「改悛の状」が定められており、その評価には一定の期間を要することから、もう一つの形式的要件たる法定期間が定められているというように二つの要件を有機的に結び付けて説明できるところが優れている。

しかし、法定期間を刑期との相対的関係（三分の一）によって定める現行法の場合、刑期の長短によって、仮釈放の実質的要件を判断する期間の長短が出るため、刑期が短い受刑者にあっては充分な判断ができるのか、反対に長期の受刑者についてはそのような長期の期間が必要かという疑問がつきまとう。(32)そのため、特に刑期が短

い受刑者については、刑期の相対的関係によるのでなく、刑期に拘わらず一年なら一年といったように絶対的な法定期間を定めた方がよいという見解を採る立場もある。[33] しかし、こうした要件はやはり硬直的過ぎるように思われる。

（2）社会内処遇確保説

刑期から法定期間を除した残刑期間に着目し、法定期間は、仮釈放後に保護観察を行うための期間を確保するという観点から定められるべきものとする見解である。小河滋次郎博士は、「刑期三分ノ一ノ條件ハ全刑期ノ大部分ヲ経過セシムルノ要義ニ一致セサルカ如シト雖モ出獄後、当該者ノ行動ヲ検束監視スルニ相当ナル期間ヲ存シテ假出獄ノ妙用ヲ全フスルノ要義ニ適シタルモノト謂ウヘシ」とされている。[34] また、正木亮博士は、後述するように、純粋な教育刑論の立場から法定期間不要説の立場を採るが、別の論稿において、次のようにも述べている。やや長くなるが、重要な点であるので、そのまま引用する。

「累犯の孵卵期とは釈放者が最も誘惑にかかり易く、また自暴自棄の結果再び罪を犯すに至り易い時期を言うものであって、釈放者が普通累犯に陥る統計上の期間を言うのである。この期間は、二、三ヵ月より二年間位継続するものであるとは学者の通説である。すなわち仮出獄の申請はこの期間と密接な関係を有する。何となれば囚人はその受けなければならない残期中具体的自由剥奪を免除され、もし仮出獄の趣旨に悖るときは、ただちに再び実刑を行われる危険のためにあえてその身を謹むの結果を生じ、引いてはその行為が慣いとなるがためである。故にわたくしは仮出獄の申請時期は右の孵卵期を含む期間であることを法定すれば足り、仮出獄を長期囚のみに限り、または服役年限を条件とする如きはこれを採らない」[35]

法定期間を巡る見解のうち個別予防に重点を置く仮釈放要件判定説でさえ、仮釈放の法定期間を施設内処遇との関わりだけで捉えているのに対し、社会内処遇の期間に着目するこの見解は、仮釈放後の保護観察の意義を評価している点で優れている。

しかし、この説に拠るとすれば、定むべきはこの時期までは仮釈放をしてはならないという法定期間ではなく、仮釈放をするのであれば、刑期のいついつまでにしなければならないという仮釈放期限であろう。反対に、仮釈放を早くするほど長期の社会内処遇期間を確保できるのであるから、仮釈放を禁ずる法定期間の設定は不要のはずである。仮釈放後に一定の社会内処遇の期間を確保するという意義は充分理解できるとしても、法定期間を社会内処遇期間の確保という点からだけで根拠付けるにはやや弱く、他の理屈付けが必要となろう。

なお、この説は残刑期間主義の下での仮釈放にのみ妥当するものであり、考試期間主義においては、仮釈放の時期に拘わらず一定の考試期間が設定可能であるため、この説は意味をなさない。

5　応報と予防の調和に根拠を求める説（総合事情説）

法定期間は、責任主義（応報）と改善主義（予防）の調和点であるとする見解である。吉永豊文氏と林真琴氏は、法定期間は「所詮刑罰における責任主義と犯罪者処遇における改善主義との調和点として定められるべきものであり、これは、社会一般の正義感情を満足させ、かつ、刑を言い渡す司法の機能に対する社会の信頼を失わない限度で、改善主義を追求するところで定められているというべき」としている[36]。ここでは、応報と予防が法定期間決定のうえでどのように作用するかまでは論じられていないが、宣告刑が刑事責任に応じて決められているのであるから[37]、応報は刑期（満期）の方向へ、予防はそれとは逆の方向へ作用し、その均衡がとれる点が法定期間とするのであろう。

しかし、ここで述べられているのは、法定期間そのものの正当化根拠というよりは、仮釈放にすべきか否か、仮釈放にするとすればそれはいつかという仮釈放判断において考慮されるべき全ての要素（許可基準）を掲げているに過ぎないように思われる。[38][39] 仮釈放を決する全ての要素の調和がとれる時点が仮釈放日たるべきことは個々具体的な受刑者にあっては想定できるし、それを一般化したものが法定期間であることも観念的には理解できる。しかし、応報と改善更生の調和点が存在するかどうかは定かでない。制度論として応報が充足される最低期間が、改善更生のための必要期間と一致するという保障はないのである。さらに、総合事情説とはいえ、応報を充足させる最低期間を認めるということは、結局、応報充足説に対する同じ批判が妥当する。

6　司法処分尊重説

裁判所が宣告した刑をできるだけ尊重すべきという制約原理が法定期間に働くとする見解である。[40] 仮釈放は刑の執行の一形態であるという説を採るとしても、自由刑は「刑事施設に拘置」するとされている以上（刑法一二条二項、一三条二項）、仮釈放は宣告刑を一部修正する側面があることは否めず、余りに大幅な仮釈放を許容することは定期刑を事実上不定期刑化することになる。司法処分尊重説は、そうした性質を有する仮釈放では、司法処分の実質的な修正をできるだけ抑えるために法定期間を設定しているとするものである。

しかし、司法処分を尊重するなら仮釈放を認めないことが望ましいに違いなく、[41] 刑期の三分の一や二分の一で仮釈放の制度を認めることの説明に窮するし、具体的な基準ともなり難い。

なお、司法判断を尊重するということは、行為責任中心の量刑判断を尊重するということであれば、応報に重点を置く学説の一つに位置付けることも可能であるし、[42] 一般予防説的な説明に拠った改正刑法準備草案でも「宣告された刑はもう少し尊重されるべきである」とされており、[43] 刑罰の機能をどのように考えるかによって、その

内実が変わることから、ここでは応報に重点を置く説にも一般予防に重点を置く説にも位置付けず、独自の見解として分類した。

7　法定期間不要説

法定要件の正当化根拠を論ずるのではなく、法定期間そのものを不要とする説がある。これは純粋な教育刑論の立場から主張されるもので、仮釈放の許否は受刑者の改善更生の状況によって決すべきであるから、仮釈放を認めない法定期間は設けるべきでないとされる。正木亮博士は、「仮釈放が、囚人の改心自新の拍車的意義をもち、また本人に改心の情が明らかとなり、釈放後の環境、ことに就職の途がつき再犯の虞れがなくなった場合にも、なおかつ刑期三分の一あるいは四分の三を経過しなければ仮釈放を許さぬということでは、今日における仮釈放の本質に反する」として、仮釈放の法定期間は設けず、仮釈放の許可期限は刑務所長およびその諮問機関たる委員会（刑務委員会）において決すべきと主張されている。(44)

確かに、法定期間不要説が念頭におくような、刑の執行や施設内処遇を全く必要としない受刑者の存在を観念できないわけではないが、まがりなりにも違法行為を行って、司法機関が個別予防の観点も含めて実刑を言い渡しているのであるから、刑の執行において施設内処遇を行う必要があると考えるべきであり、処遇の必要性が一切ない受刑者を想定することは非現実的と言えよう。そのような犯罪者がいるとすれば、実刑など科す必要はなく、執行猶予でよいということにもなりかねない。

8　その他

その他、法定期間を刑の時効から考える見解も見られるが、(45) 逃走により確定した刑の執行を受けないで一定の

期間が経過することで時効を認める制度と、刑の執行において一定期間が経過することにより仮釈放を認める制度の趣旨は全く異なり、刑の時効の期間を仮釈放の法定期間の根拠とすることには論理的に無理がある。

Ⅲ　法定期間の再検討

1　正当化根拠――処遇連携説

法定期間の正当化根拠を巡る従来の見解は、恩恵説を除き、いずれにもそれなりの妥当性があるが、決定力を欠く。総合事情説も、全ての要素を考慮するが故に却って説得力がなく、具体的な基準を導き出すこともできない。

思うに、仮釈放の法定期間は、刑事施設において一定の矯正処遇を行ったうえで[46]仮に釈放し、社会の中で処遇を行いながら改善更生と再犯防止の働きかけと評価を行うという仮釈放の機能を考慮したものでなければならない。そうであるとすれば、刑事施設における処遇と仮釈放後の保護観察が連携して行われ、受刑者の改善更生と再犯防止の上で最も効果的な時点で仮釈放は行われるべきであり、その観点から法定期間も定められるべきである。

そう考えると、余りに短い法定期間は、刑事施設内での処遇を充分に行うことができず、反対に余りに長い法定期間は、残刑期間主義を採用する現在の我が国ではわずかな保護観察しか行い得ない。刑事施設における処遇と仮釈放後の保護観察が効果を発揮することができる期間の下限を法定期間とすべきである。ここでは、この見解を仮に処遇連携説と呼ぶこととする。

仮釈放要件判定説は、社会内処遇への切り替え時期の判断という形では社会内処遇を意識しているものの、ど

れくらいの社会内処遇が必要かという視点に欠け、「改悛の状」の判定に一定の期間を要するとするだけで、刑事施設内での処遇の必要性にも注目していない。反対に、社会内処遇確保説は、仮釈放本来の目的である社会内処遇の意義を前提としている点では優れているものの、施設内処遇の必要性という視点を欠いている。やはり、施設内処遇を行ったうえで仮に釈放し、社会内処遇を行いながら段階的に社会復帰させていくという仮釈放の機能を適切に捉えた処遇連携説が妥当である。

なお、社会内処遇確保説は、残刑期間主義の下でのみ意味をなし、考試期間主義[47]の下では別の原理を考えなければならない。残刑期間主義と考試期間主義で統一的な法定期間の正当化根拠を見いださなければならないわけではない。しかし、処遇連携説は、仮釈放後一定の社会内処遇の期間（考試期間）が確保されていても、改善更生や再犯防止の目的を達するため施設内処遇との組み合わせを考えることから、考試期間主義の下でも妥当する。

2　有期刑の法定期間

それでは、制度として実際の法定期間はどうあるべきであろうか。但し、有期刑と無期刑では、同じ自由刑でも性質が異なるので、以下では有期刑に絞って検討を加える。

私見では施設内処遇と社会内処遇の効果的な連携を図るという観点から法定期間を決する処遇連携説の立場を採ることから、前提となる仮釈放制度の法的性質と内容によって法定期間の在り方も異なることになる。

そこで、仮釈放を刑の執行の一形態と捉え、残刑期間主義を採る現在の日本の制度の下では、法定期間が長すぎると社会内処遇（保護観察）の期間が余りに短くなる。かといって、法定期間を短くすると、施設内処遇の期間を十分に取ることができない。そうした点からすると、三分の一という現行の法定期間は、社会内処遇の期間は確保しやすいものの、刑期が三年未満と短い場合、余りに施設内処遇の期間が短く、刑期が三年以上の場合で

表１　法定期間の改正案

残刑期間主義（現行法）

	３年未満の刑	３年以上の刑
初　入	２分の１	２分の１
再　入	２分の１	３分の２

考試期間主義を採った場合

	３年未満の刑	３年以上の刑
初　入	２分の１	２分の１
再　入	３分の２	３分の２

も、犯罪の重大性に鑑みると、決して充分な処遇期間が確保できるとは言えない。法定期間をやや長く取ったとしても、刑期が三年以上ある場合だけでなく、刑期が三年未満の場合にも、仮釈放後の社会内処遇の期間が極端に短くなることはない。以上の点から、刑期が三年未満の刑についても、刑期が三年以上の刑についても、法定期間は現行よりも長い二分の一とすることが望ましいように思われる。

但し、再入者（前に禁錮以上の実刑に処せられたことがある者）は、初入者と事情を異にする。再入者は初入時の処遇にも拘わらず再犯に至ったわけであるから、再入時にはより充実した施設内処遇が必要と考えるのが合理的である。従って、再入者については、初入者よりも長い法定期間を設定することが望ましく、有期刑の三分の二が相当ではないかと考える。但し、刑期が三年未満の再入者は、余り施設内処遇の期間を取りすぎると社会内処遇の期間が少なくなるため、法定期間は初入者と同じ二分の一とせざるを得ない。

なお、筆者は、仮釈放後の保護観察期間については考試期間主義を採用すべきであると考えているので[48]、社会内処遇の期間を確保するという制約がなくなる。その場合、法定期間を伸張することも考えられなくもないが、初入者の法定期間は二分の一でよいであろう。

但し、再入者については、施設内処遇の期間を確保するため、刑期三年未満の場合についても三分の二とする方法が考えられる。

ここで掲げた法定期間の案は、あくまで現行の仮釈放審査手続に基づくことを前提としたものである。しかし、次節で述べるように、私見では、法定期間の機能を現在とは異なるものにすべきであると考えているので、それが実現するのであれば、前記とは異なる法定期間を定めることも考えられる。

3　法定期間の機能

前節で述べたような法定期間を伸ばす提案に対しては、厳罰化であるという批判が当然になされよう。しかし、法定期間の伸張は厳罰化であるとして当初より絶対に許されないとし、法定期間の見直しは必ず仮釈放の早期化だけを目的として論ずべきとすることは、あまりに一方的な議論である。我が国の刑罰論でよく見られるような、現行制度より刑罰を重くする改正は厳罰であり、絶対に認められないとする主張と同じである。法制度である以上、明確な理念と根拠に裏打ちされた法定期間である必要があり、仮釈放時期の適正化という視点で捉えるべきものである。さらに、法定期間を現在より長いものにしたとしても、それを基準とした仮釈放の運用が行われるならば、要件としては厳格にはなっても、実際の仮釈放が早期化することはあり得る。法定期間の「後方修正」が厳罰化とは必ずしも言えない。

さらに私見では、単に法定期間を改正するだけでなく、法定期間の機能そのものも見直すべきではないかと考えている。現在、法定期間には、法定期間経過通告の時期としての機能（法三三条）と、刑事施設による初回の仮釈放申出審査時期（期限）（規則一一条一項）としての機能がある。そして、法定期間が経過し、法務省令で定める基準に該当すると認めるときは、地方更生保護委員会に対し、仮釈放を許すべき旨の申出をしなければなら

ないとされているが（法三四条一項）、実際に、法定期間経過日直後に仮釈放の申出が刑事施設長からなされることは殆どない。また、地方更生保護委員会は、刑事施設長からの申出がなくとも、必要があると認めるときは、職権で審理を開始することができるが（法三五条一項）、こうした職権審理も実務では殆ど見られない。

しかし、法定期間が仮釈放の一要件であるとすれば、法定期間が経過した時点で、刑事施設だけでなく、仮釈放の審査機関であり、決定機関である地方更生保護委員会自体が、一度、仮釈放のもう一つの要件である実質的要件の充足を判断することが行われるべきではないであろうか。つまり、法定期間経過通告を刑事施設長が行った場合、地方更生保護委員会は、仮釈放の審査を開始しなければならないものとするのである。法定期間が経過しても、執行率の相場が近付くまで地方更生保護委員会が仮釈放審査を一度も行わないという状況はやはり望ましいものではない。法定期間経過の時点で、第一回目の審査を行うことを義務付けるべきである。

法定期間経過通告において、刑事施設長が仮釈放の申出を行わなければならないという形にすることでも実質的に同じ効果を得られるが、それでは依然として地方更生保護委員会の仮釈放審査の主体性が弱いままとなってしまおう。刑事施設長からの通告を契機として、地方更生保護委員会が主体的に仮釈放審査を開始する形の方が望ましい。

筆者は受刑者に仮釈放審査請求権を認めることに対しては消極的な見解を有しているが、法定期間経過時に地方更生保護委員会に第一回目の審査を義務付けるということは、実質的には受刑者に初回の仮釈放審査請求権を認めたのに等しい。

法定期間の機能をこのようなものにすることによって、現行法より法定期間が長くなったとしても、仮釈放審査の活発化が期待できる。そして、法定期間経過時の必要的仮釈放審査制度を導入する場合、法定期間は前節で提案した法定期間よりもさらに長くする方が、第一回目の仮釈放審査の現実性があろう。表2は、かなり過激な

表２　法定期間の改正案（必要的仮釈放審査制度を前提）

残刑期間主義（現行法）

	３年未満の刑	３年以上の刑
初　入	２分の１	３分の２
再　入	３分の２	４分の３

考試期間主義を採った場合

	３年未満の刑	３年以上の刑
初　入	３分の２	４分の３
再　入	４分の３	６分の５

見解ではあるが、その一案である。

但し、こうした必要的仮釈放審査制度を実施するためには、現在よりもはるかに多くの地方更生保護委員や仮釈放調査を行う保護観察官が必要となる。仮釈放の申出が受刑者の半数程度しか行われていないことから、少なく見積もっても二倍の仮釈放審査が行われることになるし、初回の審査で棄却される率が高くなり、二度目や三度目の審査も増えることが予想されるからである。しかし、現在の、限られた数の地方更生保護委員が多くの施設や受刑者の仮釈放審査を担当し、無期受刑者を除くと、基本的に一回のみの、しかも主査委員による限られた時間の面接という審査方法にそもそも問題がある。こうした仮釈放審査体制そのものを改善していく必要があるのである。

４　法定期間経過日の算出方法

有期刑の法定期間経過日を計算する際に未決勾留日数等の法定期間への算入を認めるか否かについては争いがあるが、これも法定期間の正当化根拠との関係で検討されるべき問題である。

実務では、従前、未決勾留日数の本刑への通算がある場合（刑法二一条、刑訴法四九五条）や外国判決の執行による刑の執行の減軽

がある場合（刑法五条）、宣告刑期の三分の一として算出した法定期間経過日から未決勾留日数等を控除するのではなく、宣告刑期から未決勾留日数等を控除した刑期の三分の一を法定期間経過日としている。[49] つまり、有期刑の法定期間経過日を計算する際の元になる刑期、即ち、刑法二八条にいう「有期刑についてはその刑期の三分の一」の「その刑期」とは、宣告刑期ではなく、実際に執行すべき執行刑期であるとしている。

このように、法定期間経過日の計算において執行刑期を基準とするのは、「社会の刑罰に対する正義感情を考慮し、刑罰の責任主義と刑事政策上の改善主義の調和を制度的にどの辺に求めるかによる」として総合事情説の立場からの説明がなされている。[50] 即ち、「現実の刑の執行によって責任主義を満足させ（中略）また、刑事政策的にみても、「改悛の状」の判定は、現実の刑の執行を通じてのみ可能であり、改善更生が仮出獄制度の機能であり、目的であるとすれば、一定期間の現実の刑の執行を予定することを制度化することには、合理的な理由がある」とされる。

しかし、このうち前者の責任主義（応報）を充足させるという、部分的にみた応報充足説の見解に対しては、[51] 全く反対の説明と結論が可能である。即ち、未決勾留にも、刑罰の執行と同様、身柄拘束の苦痛を伴うのであり、だからこそ未決勾留日数の本刑への通算が認められているのであるから、責任の充足を言うのであれば、むしろ宣告刑を短縮するのではなく、宣告刑を三分の一とした法定期間から未決勾留日数を控除すべきことになる。刑法全面改正作業においても、刑法改正予備草案から改正刑法草案に至るまで、本刑に算入された未決勾留の日数又は外国判決の効力の規定等によって刑の一部の執行を免除された期間は法定期間に算入するとしているが、改正刑法草案は、「仮釈放前に経過すべき期間が定められているのは、その期間だけ拘禁による苦痛を受けた後でなければ仮釈放を認めないという趣旨であって、拘禁による苦痛という点では、自由刑の執行と未決勾留等との間に実際上差はな」いことをその理由に掲げている。[52] さらに、香川達夫博士から、「所定期間を経過したからと

いって、当然に仮出獄が許されうるわけではなく、単に期間上の法定要件を充足するにすぎない。その意味では、未決勾留日数が資格取得期間を超過したからといって、現実的な刑の執行を常にまぬがれうるものでもない」という反論もなされている。(53)

結局、本刑に通算された未決勾留の性質を責任主義との関係でどう見るかによって、全く異なる結論が導き出されるのであり、応報充足説にせよ、総合事情説にせよ、応報に重点を置く見解からは結論は出し難い。また、通算された日数には長短があり、ほんの僅かな日数でも法定期間からの控除を行えば責任や応報が充足されないというのは、余りに硬直的であるし、法定期間そのものが応報の最低限度として厳密なものであるわけではない。

これに対し、個別予防に重点を置く見解に立った場合はどうであろうか。仮釈放要件判定説および総合事情説は、未決勾留の間は「改悛の状」の判定を行うことができないため、その期間を法定期間から控除することは認められないとする。(54) これに対する明確な反論は見られないようであるが、先の香川達夫博士の見解は仮釈放要件判定説への批判にも妥当するように思われる。

社会内処遇確保説は、仮釈放の禁止期間より期限にむしろ関心があるため、控除を認めるか否かには余り関係がなく、どちらも認めうる。

司法処分尊重説も、何をもって尊重すべき司法処分とするかによって、どちらにも解しうる。裁判所が宣告した宣告刑を最大限尊重すべきとすれば、法定期間から未決勾留日数等の控除を認めないということになるかもしれない一方、裁判の一部を構成する本刑通算を含めて尊重すべきとすれば、その分は既に執行したものとみなして、法定期間からの控除を認めるべきことになる。

法定期間不要説にとっては、通算は問題になりようがない。

筆者が採る処遇連携説では、社会内処遇の確保という点からは影響が少なく、ただ施設内処遇の確保という観

点からは、控除を認めない見解の方が支持しやすい。しかし、法定期間は施設内処遇に必要な最低期間を一般的に定めたものであって、全ての受刑者が法定期間経過時点で仮釈放になるわけではない。未決勾留日数等の通算制度の趣旨を考えると、結果として施設内処遇の期間が短くなったとしても、それはやむを得ないことであり、実際の施設内処遇は受刑者の必要に応じて行われるのである。また、私見では法定期間を現行法よりも長く取るため、通算があっても、処遇の期間は確保しやすい。

Ⅳ　課題

以上、本稿では、法定期間の正当化根拠と有期刑における法定期間の在り方について検討を加えた。法定期間の問題は、これまで殆ど究明されてこなかったため、学説の分類や位置付けは従来の限られた主張や見解を頼りに模索する形とならざるを得なかった。

また、具体的な法定期間に関する提案は、あくまで法定期間の正当化根拠に基づいてあるべき姿を追究したものに過ぎず、筆者もそれが絶対的なものであるとは考えていない。今後、施設内処遇と社会内処遇をどのように組み合わせていくことが受刑者の社会復帰や再犯防止にとって効果的であるのかの実証的な研究を基に、その裏付けが行われる必要がある。今後、当問題が学術的に検討され、実務における仮釈放時期や執行率の見直しにつながることを期待したい。

そして、次に検討しなければならない問題は、無期刑における仮釈放の法定期間である。無期刑は、有期刑と異なり、仮釈放でしか釈放されることがないため、法定期間は刑の執行や処遇において極めて重要な意味を有する。しかも、無期刑は、有期刑と異なる性質を有していることから、まずは無期刑をどのような刑罰と捉えるか

によって仮釈放のあり方が異なり、次に、無期刑に対する仮釈放の法定期間は、有期刑の場合と同じ根拠が妥当するのか、違うとすればどのような根拠が適切であるのかを別途検討する必要がある。これについては、他日の課題としたい。

（1）このほか、「条件期間」の用語があるが、現在は法令に「法定期間」の文言があるため、本稿では全て「法定期間」で統一する。また、かつて用いられていた「応当日」の用語は、「法定期間経過日」とし、犯罪者予防更生法時代の制度や論文に言及する場合も、法定期間経過日の用語を用いることとする。

（2）法務省矯正局『矯正統計年報』平成元年から平成二四年までを元に執行率を集計。

（3）法務省保護局「無期刑の執行状況及び無期刑受刑者に係る仮釈放の運用状況について」（二〇一二）。

（4）昭和五八年一一月三〇日付け法務省保観第三七一号保護局長通達「仮出獄の適正かつ積極的な運用について」、昭和五九年一月五日付け法務省矯医第三八号矯正局長通達「仮出獄の積極的な運用について」及び同年三月一五日付け法務省保観第六八号保護局長通達「仮出獄の適正かつ積極的な運用の推進について」。

（5）平成二四年一月一九日付け法務省保観第三号矯正局長・保護局長通達「仮釈放の積極的な推進について（通達）」。また、無期刑については、終身刑創設の動きのなかで、その手続の透明化と適正化を図るための通達が発出されている。平成二一年三月六日付け法務省保観第一三四号保護局長通達「無期刑受刑者に係る仮釈放審理に関する事務の運用について」。

（6）教育刑論に立つ牧野英一博士は、有期刑の法定期間は刑期の五分の一とすべきとし、泉二新熊博士は三分の一を主張し、その妥協案として改正刑法仮案では四分の一が採用されたが、戦後、客観主義・応報刑主義に立つ小野清一郎博士の下で起草された改正刑法準備草案では現行法の三分の一に引き戻されている。牧野英一「短期自由刑及び仮釈放」警察研究二三巻五号（一九五二）一六頁、同「改正刑法準備草案の発表」季刊刑政八巻三号（一九六〇）一一頁。また、牧野博士は、短期自由刑の弊害を避けるためには宣告刑は相当長期でなければならず、仮釈放の要件は相当に寛大でなければならないとする。牧野英一『刑法改正の諸問題』良書普及会（一九三三）二九七頁。

(7) 改正刑法準備草案に対しては、安平政吉博士は三分の一という要件は「今日の常識から申して不当とは考えられない」とし、森下忠博士は、「我が国の実状に照らして、これ以上要件を緩和することは、かえって刑事司法の軟骨化を来」し、三分の一まで「要件を緩和している国はほとんど見当たらないから」とするのみである。日本刑法学会編『改正刑法準備草案［刑法雑誌第一一巻第一・二号］』有斐閣（一九六一）三一頁、一二四頁、森下忠「執行猶予・宣告猶予・仮釈放・保護観察」法律時報三二巻八号（一九六〇）一六九―一七〇頁［森下忠（一九六〇）とする］。森下忠『刑法改正と刑事政策』一粒社（一九六四）八三頁［森下忠（一九六四）とする］。

(8) 例えば、斎藤静敬『新版死刑再考論（第二版）』成文堂（一九九九）三四一頁以下、加藤久雄「死刑代替論について」法学研究六九巻二号（一九九六）一二三頁以下、法務省『法制審議会改正刑法草案附同説明書』（一九七四）一二五―一二六頁。

(9) 正木亮『刑法と刑事政策（増訂版）』有斐閣（一九六八）一七四―一七五頁（初出「仮釈放に関する理論と実際」法律のひろば一五巻二号（一九六二）二七―二八頁）。

(10) 「明治四〇年政府提出刑法改正案理由書」高橋治俊＝小谷二郎編（松尾浩也増補解題）『増補刑法沿革綜覧』信山社（一九九〇）二一三八頁。この説明は明治三五年の刑法改正案に対する理由書でも全く同じである。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。明治三四年の刑法改正案の理由書では、やや短く「長キニ失シ犯人ヲシテ往々失望ノ位地ニ陥ラシムルノ虞アル」とする。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―四三頁。

(11) この出願期間は、戦後制定された恩赦法施行規則において本人の出願権が大幅に認められたため、これに対して一定の条件を付して恩赦出願の濫用を防止するために規定されたものである。岡田亥之三郎『逐条恩赦法釈義（改訂三版）』第一法規出版（一九六八）九五頁。内閣に設置された恩赦制度審議会が昭和二三年に提出した最終意見書では、恩赦の機能として、誤判の救済、法の画一性に基づく具体的妥当性の矯正、事情の変更による裁判の事後変更と並び、「有罪の言渡を受けた者の事後の行状等に基くいわゆる刑事政策的な裁判の変更もしくは資格回復」を強調しているとしたうえで、裁判後の受刑者の改悛の状や再犯のおそれ等の諸事情によって刑罰の執行に修正を加えることについては仮釈放が大きな役割を果たしているが、仮釈放には法定期間の制約があり、仮釈放後も所定の終期がくる

までは刑の執行は終了したことにならないため、具体的状況に応じてそうした仮釈放の画一性をさらに緩和する作用を営むのが恩赦であるという説明がなされている。中野次雄「恩赦制度の新方向」警察研究二〇巻三号（一九四八）三七―三九頁。しかし、そうであるとするならば、出願期間の制限期間が仮釈放の法定期間と一致しているのは不可解である。中野氏は、恩赦による仮釈放の補充性を主張しながらも、恩赦の運用がだらしがないものにならないよう戒めるべきだとしており、もしかすると出願期間の制限はそうした観点からの制約であるのかもしれない。

(12) 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）一〇四頁。

(13) 所一彦『刑事政策の基礎理論』大成出版社（一九九四）九八頁。

(14) 森下忠博士は、「刑の量定が寛大化しているわが国の最近の実状に照らして、これ以上要件を緩和することは、かえって刑事司法の軟骨化を来すのではないか」とするが、この点だけを捉えれば法定期間を応報的な発想から捉えているようにも見える。日本刑法学会編・前掲注(7)一二四頁、森下忠（一九六〇）・前掲注(7)一六九頁、森下忠（一九六四）・前掲注(7)八三頁。別稿もそうした緩刑化への懸念に加え、実務上、殆ど影響がないことを理由に掲げている。森下忠「仮釈放」平場安治＝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』（一九七二）三一二頁。無期刑と関連してこの問題を論じた小池信太郎准教授は、刑事事件の重大性に見合った最低服役期間を「個別事案毎」に判断すべきとしている。これは実際の仮釈放時期のあり方を唱えたものであるが、法定期間についても応報充足説の立場に親和的であるように思われる。岡上雅美（小池信太郎報告部分）「終身刑」刑法雑誌五二巻三号（二〇一三）五二三頁。

(15) 正木亮『増訂改版刑事政策汎論』有斐閣（一九四九）四一五頁、正木亮・前掲注(9)一七四―一七五頁。

(16) 菊田幸一博士は、「責任主義の原則が仮釈放からくずされている。さきの形式的要件はその残痕である」とする。菊田幸一「仮釈放」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座第2巻刑罰』成文堂（一九七二）二三五頁。

(17) 法務省『法制審議会改正刑法草案附同説明書』（一九七四）一五四頁。

(18) 太田達也「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」法学研究八四巻九号（二〇一一）一六―一八頁。

(19) 桂正昭「仮出獄の時期」罪と罰一二巻三号（一九七五）三頁。同様の見解として、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）七七頁は、「応当日は、社会感情が是認する期間の最低線を定めたもの」とする。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）九二頁。

(20) 注釈更生保護法研究会編『注釈犯罪者予防更生法・執行猶予者保護観察法』法務省保護局（一九八一）七八頁。

(21) 仮釈放の許可基準を示した「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）も、「被害者等や地域社会の住民の具体的な感情は、重要な考慮要素となるものの、「社会の感情」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（第二の七(5)ア）。詳細は、太田達也・前掲注(18)四七―四九頁参照。

(22) 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）二二六―二二七頁。素直に考えれば、氏家氏の言う法律感情が最も仮釈放を認めないのは応当日でなく、刑の執行開始日であろうが、その意味するところは、社会感情充足説と同じく、法定期間は、一般論として法律感情が仮釈放を是認し得る最低期間ということであろう。

(23) 小池信太郎准教授は刑の執行による「刑事責任の減少」という考え方を採り、氏家氏が説くところの社会感情（特に法律感情）の不是認が刑の執行によって消却されていくという発想に近い。小池信太郎「量刑における幅の理論と死刑・無期刑」論究ジュリスト四号（二〇一三）八七―八八頁。しかし、社会感情是認説が応報に根拠を置く説なのか、個別予防に根拠を置く説なのか曖昧なのと同様、応報をそうした可変的なものと見るのであれば、それは既に純粋な応報ではなく、予防的な発想ないし要素を含んでいるように思われる。

(24) 応報充足説と見られる加藤東治郎氏も、法定期間を「被害者ないしは社会の感情の鎮静を得る期間と見ることも、もとより合理的根拠を欠いている」と社会感情是認説を否定する。加藤東治郎・前掲注(12)一〇四頁。

(25) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案・同理由書』（一九六一）一六八頁。

(26) 岡田朝太郎『日本刑法論』有斐閣（一八九四）八〇六―八〇七頁。現行刑法における同様の見解として、山田正賢『改正刑法講義』武田交盛館（一九〇八）二四〇―二四一頁、林儀一郎『改正日本刑法講義』（一九〇九）七五頁。

(27) 野中忠夫「仮出獄と応当日」更生保護と犯罪予防三号（一九六七）三〇―三二頁。

(28) 野中忠夫・前掲注(27)三一―三二頁。

(29) 岡原昌男『司法研究報告書第24輯5―假釈放制度の運用に就て』（一九三八）五四―五五頁。なお、岡原氏は、「假釈放によって刑期が餘りに縮小されることは苦痛としての應報が完うされず正義感が満足されるものとして排斥するところである」ともしており、これは法定期間の正当化根拠に関する一般的説明であるのか私見であるのかはっきりしないが、応報充足説ないし社会感情（正義感情）是認説が紹介されている。但し、岡原氏は、仮釈放において、相対的法定期間（刑期の三分の一など）の外に、絶対的法定期間（最低一年の執行）を設けたり、残刑による制限（残刑が三年を超えてはならないなど）を設けたりすることには反対の立場である。

(30) 森下忠（一九六〇）・前掲注(7)一七二頁。しかし、森下忠博士は、別稿において、「仮釈放は一定期間刑を執行し、その行状良好で再犯防止可能という見込みの上になされるのを原則とすると考える立場からは、むしろ、受刑者に利益にすぎて不当な感じがしないでもな」く、「わが国における仮釈放の要件がはなはだしく寛大であることも考慮」すると、法定期間から未決勾留日数等を控除する改正刑法準備草案の規定は削除すべきであるとする。はっきりしないが、「利益」や「寛大」といった表現からは応報充足説的な主張が感じられる。日本刑法学会編・前掲注(7)一二八頁。なお、森下博士は、後に未決勾留日数の法定期間算入の肯定論に立たれる。森下忠・前掲注(14)三一三―三一四頁。

(31) 吉永豊文＝林真琴「仮出獄」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法［第2版］第1巻』青林書院（二〇〇四）六六五頁。その一方で、吉永＝林両氏は、法定期間経過日に未決勾留日数を算入しないもう一つの根拠は、「現行の制度は、外国判決の執行に見るように、現実の刑の執行によって責任主義を満足させようとしている」からであるとして、後述するように「刑罰の責任主義と刑事政策上の改善主義の調和」が法定期間の根拠となる総合事情説を採る。

(32) 仮釈放要件判定説に立つ山田正賢・前掲注（26）二四一頁も、無期の場合の判断に一〇年かかるということがあるのかと疑問を呈する。

(33) 現行刑法制定の際にも、こうした理由から一定の期間経過（二年）を法定期間とすべきとの異説が唱えられていた。田中正身編著『改正刑法解釋上巻』西東書房（一九〇七）三三二―三三三頁。

(34) 小河滋次郎『監獄法講義』法律研究社（一九六七）四四七頁。

(35) 正木亮『犯罪と矯正』矯正協会（一九六九）四八頁（初出・「自由刑執行上の仮出獄の価値」日本法政新誌二一巻二、四、六号（一九二四））。この正木博士の見解にはミッターマイヤーの文献が引用されており、正木博士は、上記の見解に続いて、この問題はドイツでは仮釈放の監護期間（現在にいう考試期間）の問題として論じられたが、仮釈放の申請時期の問題として大いに考慮に値するとしている。

(36) 吉永豊文＝林真琴・前掲注(31)六六三頁。この見解に同調するものとして、城下裕二「無期受刑者の仮釈放をめぐる諸問題」犯罪と非行一六一号（二〇〇九）一八―一九頁、二三頁。なお、城下教授の見解を特別予防純化モデルとして、責任考慮モデルの立場から批判する小池准教授は、城下教授が「刑事責任に基づいて要求されるのは法定の最短期間の服役」であり、後は個別予防に基づいて仮釈放の判断がなされるべきであると主張していると評するが、法定期間について城下教授が応報「のみ」に基づくとしているようには思われない。なぜならば、城下教授は、「仮釈放の要件として『改悛の状』のほかに一定期間の刑の執行を終了することを求めているのは、責任主義と改善主義（特別予防的考慮）の『調和点』である」とする見解や「一定期間の刑の執行が、責任主義の履践であるだけでなく『改悛の状』を判定する期間である」という見解に同調されており、法定期間そのものも責任と個別予防から定められているとするからである。城下教授は、法定期間を超える期間の刑の執行を裁判所が要求することが、責任と予防のバランスがやや責任に傾くような「変更を迫る」ものとしているのである。小池信太郎・前掲注（23）八六―八八頁。

(37) 刑の量定にあたっては応報だけでなく、予防も考慮されてはいるが、その大枠は責任（応報）に応じて定まることには疑いがない。

(38) ドイツの刑法改正資料のうち仮釈放について翻訳した司法資料でも、仮釈放までに執行を受けるべき期間については、応報、改善、社会内処遇の要素を相互に考慮しなければならないとされているが、これは個々の受刑者の仮釈放の審査に委ねられることが肝要で、余りにも著しい形式的制限は望ましいことではないとしている。司法省調査課『司法資料第六七号假釋放』（一九二五）一二九―一三〇頁。その一方で、応報思想は法定期間が余りに短くならないことを要求するともしている。

(39) 先の城下教授と小池准教授の議論も、実際の仮釈放時期に関する責任（応報）と改善（予防）の関係を巡るものであり、法定期間のあり方を直接論じたものでないが、一部、両者を区別しないか、混同している嫌いはある。仮釈放時期の問題と法定期間の問題は区別して論ずる必要がある。自らの見解を責任考慮モデルと称する小池准教授も、仮釈放審査にあたっては責任だけを考慮するとするものではないが、法定期間の根拠を責任だけに置くのか（応報充足説）、責任と予防を両方考慮したものであるのか（総合事情説）、興味深いところである。

(40) 小野坂弘「仮釈放制度について」法政理論二二巻三号（一九九〇）一二九頁。そこでは、前掲注(12)で取り上げた加藤東治郎氏の見解を同旨としているが、既に紹介したように、加藤氏の見解は応報充足説であって、司法処分尊重説ではない。

(41) アメリカでは、一九九〇年代以降、宣告刑をできるだけ忠実に執行することを求める量刑忠実法（truth-in-sentencing act）が導入されている。量刑忠実法の制定・施行状況については、Paula M. Ditton & Doris James Wilson, Truth in Sentencing in State Prisons (Bureau of Justice Statistics, 1999).

(42) 岡原昌男・前掲注(29)五三頁は、自説の教育刑ではなく、一般の応報思想からの説明として「應報思想は裁判官の言渡した判決の刑が變更されぬことを要求する。従って、仮釈放によって刑期が餘りに縮小されることは苦痛としての應報が完うされず正義感が満足されるものとして排斥するところである」とする。

(43) 刑法改正準備会・前掲注(25)一六八頁。

(44) 正木亮・前掲注(15)四一五頁、正木亮・前掲注(9)一七四―一七五頁。

(45) 加藤久雄・前掲注(8)一四三頁。

(46) 矯正処遇は受刑者の義務である（刑事収容施設法八四条一項、七四条二項九号）。

(47) 考試期間主義については、森下忠『刑事政策大綱［新版］』成文堂（一九九三）二九七―二九八頁等参照。

(48) 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。

(49) 「刑法第二八条および少年法第五八条第三号に規定する刑期の三分の一の算出について」（昭和四七・七・二二矯保一二三五矯正局長・保護局長通達）。なお、無期刑については、外国判決の執行による刑の減軽分は法定期間の一

○年より控除してよいとする判例がある。最大判昭和三〇・六・一刑集九巻七号一一〇三頁。

(50) 吉永豊文＝林真琴・前掲注(31)六六五頁。

(51) 日本刑法学会編・前掲注(7)一二八頁。

(52) 法務省・前掲注(17)一五四頁。

(53) 団藤重光編（香川達夫執筆分）『注釈刑法(1)総則(1)』有斐閣（一九六四）二三〇頁。さらに、「未決勾留日数の本刑通算は宣告刑そのものの短縮ではなく、算入分だけ刑の執行がなされたものとみなされるのであり（中略）、その意味では、実務のように未決勾留日数を宣告刑の刑期から控除しなければならない実質的理由に乏しい」として、通算の性質から、宣告刑期を三分の一にしたものが法定期間経過日であり、未決勾留日数分は既に執行がなされたものとして、そこから控除されるとすべきとする。

(54) 吉永豊文＝林真琴・前掲注(31)六六五頁。