

パロールの目的と構造

須々木 圭一

- 一 序 言
- 二 仮釈放の目的と構造
- 三 仮釈放と保護観察との関係
- 四 結 語

一

パロール (parole) という用語は、しばしば、単に、仮釈放という意義に理解されているが、これは、当該制度固有の用語法とは異なる。被釈放者に対し観察の行なわれることがパロールの特徴的な要素であり、仮釈放と観察とが合一して理解されるところに、プロベーションの観念と軌を一にするパロールの観念の特徴がある。サザランドの定義によれば、パロールとは、『刑事または矯正の施設から、そこで宣告刑の長期の一部を服役し終つた者を、終局的な放免が認められるまで善行を保持し、かつ当該施設または州の認可を受けた他の機関の監護および指導に服するという条件で釈放する行為、またはその者が釈放されている状態』^(一)をいうのであり、また、学者は、『パロールは、二

つの機能を包含する。パロールに付すべき人物の選択およびパロール中の者の観察がこれである』^(三)としていたのであつて、とくにパロールという用語を使用する場合には、単なる仮釈放の意義においてではなく、これと保護観察とが結びついた制度を指すようにすべきであろう。

ところが、最近、わが国においては、仮釈放という用語自体について、その保護観察と結合する必要性が強調されるばかりでなく、意識的に、パロールの觀念を仮釈放の制度自体に援用する者があり、例えば、『仮出獄は釈放(release)と指導(supervision)の結びついたものとして理解すべき』^(三)であるとする。わが国には、一方において仮出獄という用語があり、他方において保護観察という用語がある。このように觀念上分離された制度のあることを認めながら敢て上記のような主張が出るためにはそれなりの根拠があるはずである。仮釈放の制度の目的と構造について反省を加えながら、この問題を解明したいと思う。

もつとも、此処で注意しなければならないのは、仮釈放制度の特殊な性格である。学者の説くところによれば、『仮釈放の発生と構成は理論的考量に由来するものではなく、それは、行刑実務のなかで発生し、実務上の經驗と行刑上の必要にもとづいて文化的諸國家の立法にとり入れられたもの』^(四)であり、『条件付のまたは時前の釈放は、ほとんど全法域において採用されているのを見出すが、この制度の發展の歴史のなかから条件付釈放の共通的基本思想を確定することは、不可能である。条件付刑の言渡の場合と異なり、当初より、条件付釈放は、二つ以上の、時には相互に矛盾することを目的としなければならなかつた』^(五)のである。つまり、このような事情の下にあつて問題が散漫になることを回避し、議論が宙に浮かないようにするためには、とくに、特定の国の具体的制度に即して事柄を考える必

要があるばかりでなく、外国の学説より何を学びうるか、その限界を明確に認識しておく必要があるであろう。従つて、以下においては、この問題を論ずるにつきしばしば見られたような外国の学説の紹介は避けることにし、それは別個の観点から、わが国における仮釈放の制度およびこれに関するわが国の学説を見ることにしたい。^{(六)(七)}

(一) 平野・所、訳、犯罪の対策(刑事学原論Ⅱ)(サザランド・クレッシー)(昭和三七年)二七七頁。なお標題に敢て「パロール」という言葉を用いた理由については、後段八三頁参照。

(二) Cavan, *Criminology*, 2nd ed., 1955, p. 540.

(三) 佐藤昌彦、仮釈放、刑事法講座三卷(昭和二七年)六〇五頁。

(四) Sturzenegger, *Die Bedingte Entlassung im Schweizerischen Strafrecht*, 1954, S. 45.

(五) Jauch, *Bedingte Verurteilung und Bedingte Entlassung*, *Mat. zur Strafrechtsreform*, Bd. 2, 1954, S. 138f.

(六) 岡原昌男、仮釈放制度の運用に就て、司法研究報告書二四輯五(昭和一三年)一三頁は、『仮釈放の本質論を為すに当り現行法典のみに執着するのは必ずしも正しくないと思はれる』とし、『それは一つの制度の表面を見て本質に触れた論ではない』とする。

(七) 仮釈放ということで、以下の論述は、仮出獄を主として考えた。ここで論ぜられることがそのまま少年院からの仮退院等にあてはまるわけではないが、考察方法としては、同一の立場をとることが許されると考える。

二

一 わが国における仮釈放に関する学説は、これを二種に大別し、仮釈放を独立的処置と解する立場と、これを非

独立的処置と解する立場とに分かつことができる。

仮釈放が独立的処置であるというのは、仮釈放にそれ独自の制度的目的のあることを認め、しかもその目的を達成すべくそれ固有の構造を有し、かつそれ固有の機能を営む制度であることを意味する。これに対し、仮釈放が非独立的処置であるというのは、仮釈放にそれ独自の制度的目的のあることを認めず、これを、他の制度の目的に規定されつつ機能すべく構成された処置であると解することを意味する。そして、この独立的・非独立的ということ、行刑に対する関係と保護観察に対する関係においてとくに問題となる。行刑に対する関係において仮釈放が独立的であるというのは、仮釈放の機能が行刑を指導する刑の目的に直接拘束されることなく、それ独自の制度目的を追求するものと認められ、行刑の作用のなかにその機能を埋没させない地位を保っていることを意味する。これに対し、仮釈放が行刑に対する関係において非独立的であるというのは、仮釈放が行刑を指導する刑の目的に直接拘束され、行刑の目的に奉仕するものとしてその機能を發揮すべき地位に立つことを意味する。保護観察との関係において仮釈放が独立的・非独立的であるということも、以上と同様な仕方で理解することができるであろう。

もつとも、パロールの目的と構造とを考えようとする場合には、仮釈放の行刑に対する関係と、仮釈放の保護観察に対する関係をみるだけでは充分でない。さらに、保護観察の行刑に対する関係も見なければならぬのであり、そして、ここでも、保護観察を独立的に、または非独立的に解する見解のあることを見出すのである。さらに、また、われわれは、行刑、仮釈放、保護観察の三者の関係について、(イ)これら三者を一体として不可分の関係においてみるもの、(ロ)行刑と仮釈放とを不可分の関係とみて保護観察は別個に理解するもの、(ハ)仮釈放と保護観察とを不可分

の關係とみて行刑は別個に理解するもの、(二)これら三者を各別個に孤立させて理解するものを、觀念上想定して、かかる尺度に従つて各所説を検討してゆかなければならぬであらう。しかし、ここでは、便宜上、仮釈放の行刑に対する關係と、仮釈放の保護觀察に対する關係とに焦点を合わせて検討するにとどめる。けだし、問題の所在は、この二点を論ずるだけで充分明らかとされうると考えるからである。

二 ところで、行刑との關係において仮釈放を独立的に解する立場は、さらに、これを、三者に分かつことができ。その一は、仮釈放を形式的正義を制限し具体的正義を実現する制度と解する立場、その二は、實質上不定期刑の制度を実現する制度と解する立場、その三は、受刑者の改悛を促進する手段と解する立場である。

(一) 形式的正義を制限し具体的正義を実現する制度と解する立場

この立場を採る学者としては、まず、小野博士を挙げることができる。博士は、仮釈放を説明して『裁判に依り言渡された自由刑の執行が未だ終つていないが、其の執行の状況により最早執行の継続を必要としない場合において、仮りに其の執行を停止し、その後更に一定の期間を無事に経過したときは、刑罰権が消滅するものとする制度である』とし、『刑の執行における形式的正義を制限して、具体的正義(衡平)及び合目的性の要求を実現しようとするものであり、殊に自由刑の執行を惜しむものである点において、執行猶予とその精神を同じくする』^(二)としてゐる。小野博士と似た見地に立ちつつ、佐伯博士も、『犯人の改善教育という見地からすれば彼が既に改悛した後まで、なお刑罰を執行することは全く無用であり、不正ですらあるといわねばならぬ。仮出獄の制度は(中略)執行猶予と同様に特別予防論の刑法の世界への進出を意味するものである』^(三)とし、井上教授は、『刑の執行において既に改悛した者

に對し、更にその執行を継続することは無用であるのみならず、具体的正義にも反する。仮出獄の制度は執行猶予の制度とともに、特別予防論が刑法の領域へ大はばに取り入れられたものにはかならない^(三)とし、平場教授は、『仮出獄は執行猶予とともに、宣告刑の評価的刑量と執行刑の実効的刑量の不一致を架橋する制度』^(四)である、とし、尾後實教授は、『改悛した後まで刑の執行をつづける必要がないとする思想にもとづく』^(五)とするのである。

この論者に対しては、刑罰の本質とこの釈放との關係を理論体系上どのように説明するかが問われなければならない。宮本博士は、『特別予防主義ノ見地ヨリハ、犯人ノ一定ノ自由刑ニ処セラレタル場合ニ於テ、必スシモ其刑ノ全部ヲ執行スルコトヲ要スルモノニアラス』^(六)と説明するが、これと立場を異にして、責任の本質を非難可能性であると

し、刑罰の本質を応報であると解するならば、その言葉の實質を維持しようとする限り、ここできわめて困難な問題に逢着するはずである。^(七)この問題を回避しようとするれば、仮釈放は恩典的処置としての枠づけの内部にとどまらざる

をえず、それを越えて、より積極的な刑事政策的意義を有する制度としてこれを認めることは不可能となるであろう。しかも、ここに応報とは行為に對する応報を意味するのであつて行為者に對する応報すなわち復讐を意味するものではないから、仮釈放を、行為者に對する恩典として説明するだけでは充分な説明にはならない。そして、また、その場合、仮りに釈放するという不確定的状態が恩典の性格と完全に調和しうるものかどうか、そこで受刑者の試考を云々することは目的の混乱ではないのか、なお疑問が残らざるをえない。これに對し、刑罰の本質をもつばら特別予防の観点より規定する論者にあつては、仮りに施設より釈放するという事態の説明は容易である。それが単独で行なわれる場合には改善の實に関する試考を意味し、保護観察を伴う場合には、例えば、処遇の轉換を意味する。そし

て、前者とは逆に、ここで恩典的性格を認めない結果に通ずる。しかし、それが現行法の建前でありうるかどうか、疑問があることはいうまでもない。

また、刑量の事後的変更の点をめぐつてここに裁判所の介入を要請することになるのは、刑罰の本質を行為に対する応報とみる場合の当然の帰結である。刑罰の本質をもつばら特別予防の目的に見出すのであれば、勿論、その必要は生じない。刑罰の本質を行為に対する応報としながら仮釈放における裁判所の介入の必要性を敢て論じないとすれば、応報の理念と犯人の教化改善の理念との関係、ひいては司法と行政との間の首尾一貫した理論体系的な説明がなければならぬが、この点の十分な説明を見るには至つておらず、その意味において疑問が残らざるをえない。

(二) 実質上不定期刑の制度を実現する制度と解する立場

植松教授は、『定期刑制度では、刑の執行中における犯人の状況を全然見ないで、あらかじめ不動の刑期を定めるのであるから、犯人に対する改善効果がどの程度挙がつたかを考慮して刑期の終了を決定し得ないという欠点がある。この欠点を補い、実質的には相対的不定期刑と同様の効果を収めようとするものが仮釈放制度である』とする。^(八)

また、市川博士も、『この仮出獄の制度の実際の運用は、わが国のように仮出獄の要件の寛大などところにおいては、その自由刑をして、実践上、これを不定期刑たらしめているのである』^(九)としている。この点をさらに断定的に論ずるのは岡原検事であつて、『仮釈放は既に改悛した囚人を監獄内に残して置く必要はないといふ考から出発し、囚人の改善を促進せしむるを目的とするのであり、不定期刑制度と全然同一の思想に立つものである。(中略)仮釈放の採用は実質的には相対的不定期刑の採用を意味するものと見るべきものである』^(一〇)とする。

この見解の所説に対しては、まず、牧野博士の次の言葉を引用しなければならぬ。すなわち、『仮釈放の制度が発達するにつれて、そこには、二つの顯著な事相があらわれて来る。その一は、行刑が裁判に対し漸次独立の立場を有つに至ることである。裁判所がいかに応報と一般予防を趣旨として言渡をしても、行刑は、その趣旨とする改善主義に依つて仕事をするようになるのである。その第二は、従つて、刑の言渡がその実体において漸次、不定期刑化する、ことである。そうして、それに依つて、全刑事法の性格が刑法ばかりでなく、すべて一変することになるのである』^(二一)
(傍点筆者)としてゐるにすぎないのである。

上記の見解は、仮釈放の現行法における法的性格とそれが現実に機能してそこに現前する結果とを混同している。制度的所与は、これを運用する側の目的設定のいかんにより、現実にはかなり広い範囲の性質において作用せしめることが可能である。刑法第二八条の下であれば、仮釈放を恩典的性格に極限してこれを運用することも可能であらうし、さらに、また、この制度的所与に対し、特別予防の観点から強力な加工をほどこし、運用の現実において、恩典という消極的な制度としてではなく、犯人の改善、社会復帰に奉仕する積極的な制度に仕上げることも可能である。このようにして、当該制度を抽象的・静的にみると同時に、現実的・動的に眺めることの必要が生ずるのであるが、仮釈放を實質上不定期刑の制度を実現する制度と解することは、後者の見地から、それもごく限られた方向からのみ眺めたものであつて、此処に多く論ずる必要はない。

(三) 受刑者の改悛を促進する手段と解する立場

泉二博士は、『仮出獄ノ制タルヤ受刑者ニ前途ノ希望ヲ抱カシムルニ依リ其改悛自新ヲ促シ且ツ確定的放免後ニ於

ケル生計上ノ準備ヲ為サシムルヲ本旨トスルモノニシテ漸進主義ニ在リテハ執行上ノ最終ノ一段ヲ成シ我法制上ニ於テハ一種ノ恩恵の処分ナリト認メザルヘカラズ』^(二二)とし、正木博士は、『仮釈放（中略）とは自由刑に処せられたる受刑者及び保安処分^(二三)に処せられたる者に対し、その改悛を促進せんが為の手段として行はるる期間満了前の釈放をいふ』とし、『仮釈放は恩赦と異り、自己の努力によって獲得することの出来る権利の性質を有する制度であるが、現代の法制の下に於ては一種の恩典行為と認められて居る』^(二四)とする。また、滝川教授も、『自由刑の言渡をうけた者が刑罰の執行中において刑期の満了前に仮にその執行を停止し、その後一定期間を事なく経過すれば改悛を促進するという政策目的から刑罰権の消滅することを認める制度である』^(二五)とする。また、久礼田教授も、改正刑法仮案の註釈において、『自由刑ニ処セラレタル受刑者及ビ保安処分ニ処セラレタル者ニ対シ、其ノ改悛ヲ促進セムガ為ノ手段トシテハルル期間満了前ノ釈放』^(二五)としている。

早期出獄の希望がしかく単純に受刑者の改悛を促進する機能を営むものであるかどうかについては疑問がある。その希望が、施設内での受刑者の行状を善良なものにするであろうことは想像に難くないが、改悛したかのような演技がただちに真実の改悛に変質するというのならば格別、此処では、むしろ、端的に、施設内の秩序維持の必要性について語るべきであろう。然りとすれば、『仮釈放の制度に附随的に刑務所内の秩序維持という機能をいとなませることは、不当ではない』^(二六)が、『刑務所内の事情にとらわれて、刑事政策の大筋を見失う』という本末を転倒した議論にならないよう注意すべきである、とする平野教授の警告が意味をもつことになるであろう。

最後に、仮釈放を独立的処置と解しながら上記の諸見解を折衷しようとする努力が見られることに注意しなければ

ならない。伊達教授は、『すでに改悛している者に無用の拘禁を継続することは避けるべきであるし、また受刑者に明るい希望をもたせようとするのがこの制度の趣旨である』^(一七)とし、吉川教授は、『（仮釈放は）すでに改悛した者にたいては、無用の拘禁をできるだけ避けるとともに、受刑者に将来の希望をもたせ、積極的にその改善を促進するためのものである。この制度は（中略）刑の執行猶予の制度とともに、特別予防主義の理論が刑法に導入したものである』^(一八)とする。また、中野判事は、より積極的に、『無用の拘禁を避けると共に受刑者に将来の希望を与えてその改善を促し、併せて刑期満了後における社会復帰に便ならしめる刑事政策的目的に出たものである。この制度の運用によつて、今日の自由刑は或る程度不定期刑的性格を帯びきたつたといつてよい』^(一九)とする。この中野判事の説明は、仮釈放を独立的処置と解する見解の各説を正しく折衷的に地位づける試みとして、とくに注目すべきものである。最近、大塚教授も、『これは、無用の拘禁を避けるとともに、受刑者に将来的な希望をあたえてその改善を促し、かつ、刑期満了後における社会復帰を容易にさせようとする刑事政策的意図に出るものである。この制度が行なわれることによつて、自由刑は、事実上不定期刑的性格を帯びることとなる』^(二〇)としている。

仮釈放を独立的処置と解する場合にも、論者はほとんど例外なく、明示的であれ、黙示的であれ、とにかく特別予防的考慮をこれに認めていることは、注目に値する。なかには、平場教授のように、仮釈放を解して、『特別予防的考慮に基いているといわれるが必ずしも教育刑の理念で説明しうるものでない』^(二一)とするものもあるが、これとても、いわゆる教育刑の理念より当該制度を説明することに否定的なのであつて、当該制度が特別予防的考慮と無関係であることを主張する趣旨ではあるまい。

刑罰の本質を道義的ないし規範的応報にみとめつつ、併せて刑罰の一般予防的または特別予防的の目的を強調するにわゆる相対的応報刑論に立つ者が、仮りに、仮釈放において特別予防的機能を認めないとするならば、それは、むしろ、不自然な作為である。一般予防または特別予防の目的を単なる結果現象たる刑罰の効果として説明することは、すでに論理的に許されなければならず、行刑に向けられた刑事政策的要請を無視した抽象的議論として排斥されることになるであろう。特別予防の目的は、仮釈放においても、現実的な意味内容をもたなければならぬのである。それ故、不十分なものはあるが、従来のが国の仮釈放をめぐる所説を前提とする限り、相対的応報刑論者の理解は、中野判事や大塚教授の主張に近いところに収斂するものと考えられる。しかし、この場合に問題となるのは、仮りに制度的事実の説明として上記のような折衷の見地が妥当であるとしても、理論体系上、応報の理念と特別予防の目的との関係をどう理解するのか、ということである。単なる事実の説明が重要なのではない。首尾一貫した理論体系に立つところの、事態の説明が必要なのである。

刑罰の本質を道義的ないし規範的応報にみるということは、刑罰が過去に向けられた制度的本質を有すると認めることである。これに対し、刑罰が一般予防ないし特別予防の目的を追及すべきであることは、目的が本質を決定するという意味において、刑罰は将来に向けられた制度的本質を有すると解する結果にたちいたる。刑罰が、過去に向けられた制度的本質を持ちながら同時に将来に向けられた制度的本質をも有するということは、許しがたい自家撞着ではないのか。過去に向けられた制度的本質を有するということは、将来に向かつては消極的な制度的構成を採ることを意味する。これに対し、将来に向けられた制度的本質を有するということは、将来に向かつて種極的な制度

的構成を採ることを意味する。さればといつて、どちらか一方のみをとるといふ議論はすでに過去のものであり、どちらか一方を主たるものとし他方を従たるものとする見地も、現実的要請、理論体系的要請いずれの側からも不満を誘ふことは、此処に改めていうまでもない。これが、現在、解明を待つところの問題なのである。^(三三)

刑罰をもつばら過去に向けられた制度的本質を有するものと解する立場から、仮釈放をこれに即して説明することはもとより可能である。例えば、仮釈放それ自体も過去に向けられた制度的本質を有すると解し、これを純粹に恩典として説明すればよい。この場合には、仮釈放は明らかに独立的処置として出現する。けだし、当該行刑をチェックする制度として、応報たる刑罰の精神と対立する機能が認められるからである。このようにして、仮釈放が、現行法上も行刑に対する関係で独立的処置でありうることは認めざるをえないであろうが、相対的応報刑論に立つ以上、仮釈放においても、それが将来に向けられた制度的機能をいとむことは強調されなければならず、それは、行刑における特別予防の目的に奉仕すべく、行刑の延長線上に存在する機能的一段階として出現することにもなるであろう。換言すれば、相対的応報刑論にあつては、仮釈放が非独立的処置でもありうることを認めざるをえないのである。保護観察をとまわらない仮釈放にあつても、それが刑の目的の達成による事前の釈放を意味し、改善の実を試考する場合のように、行刑に対する関係で非独立の場合もありうるから、その保護観察に対する関係とは一応別個に、非独立的処置としての仮釈放を考えることも許されるはずである。

このようにして、問題の重点は、実は、仮釈放が独立的処置であるか、またはありうるかという点に在るのではないことは明らかであろう。仮釈放を行刑との関係において独立的処置と解するだけで充分であるかということが、問

題となるのである。従つて、以上のような事態を前提として、仮釈放を端的に非独立的処置とする見解にも耳を傾け、その所説を検討しなければならないのである。

- (一) 小野清一郎、新訂刑法講義総論(昭和三十一年)三〇八頁以下。
 - (二) 佐伯千仞、刑法総論(昭和三十一年)二五一頁。
 - (三) 井上正治、刑法学(総則)(昭和二十六年)二八七頁。
 - (四) 平場安治、刑法総論講義(昭和二十七年)二〇五頁。
 - (五) 尾後貫莊太郎、刑法(昭和三四年)一九六頁。
 - (六) 宮本英脩、刑法学粹(昭和六年)五一五頁。
 - (七) 須々木圭一、刑事政策の方法に関する一考察、齊藤金作先生還暦祝賀論文集(昭和三八年)所載、二五三頁以下参照。
- 『刑罰の本質が応報であるとするならば、刑は現実に科されなければならず、科された刑は現実に執行されなければならず、その執行においては科された刑の内容が正価のまま実現されなければならない。これが応報の理念の実質を保持するということである。仮りに現実にはその保持が許されないとしても、少くとも理論体系においてはその実質の保持が試みられるべきであるにも拘らず、応報の理念とは、単に、刑事法理論体系構築のためのポスマチュラトであるかのような印象をぬぐいきれないのである。』この解決策の試論として、上掲、二五六頁以下参照。
- (八) 植松正、刑法総論(昭和三十三年)三六九頁。
 - (九) 市川秀雄、刑法総論(昭和三〇年)四六二頁。
 - (一〇) 岡原昌男、仮釈放制度の運用に就て、上掲、一五頁。
 - (一一) 牧野英一、刑法の目的、刑事法講座一卷(昭和二十七年)一六頁。

- (一一) 泉二新熊、日本刑法論(全)(大正六年)七二六頁。
 - (一二) 正木亮、刑事政策汎論(昭和一八年)四〇八頁。
 - (一三) 滝川春夫、刑法総論講義(昭和三五年)二四八頁。
 - (一四) 久礼田益喜、改正刑法仮案註釈、改正刑法準備草案の綜合的検討(法律時報三二卷八号)(昭和三五年)所載、三六四頁。
 - (一五) 平野竜一、仮釈放、警察研究三三卷一號(昭和三七年)五〇頁以下参照。なお、同論文は、犯罪者処遇法の諸問題(昭和三八年)八四頁以下に収められている。
 - (一六) 伊達秋雄、刑法入門(昭和三七年)一八六頁。
 - (一七) 吉川経夫、刑法総論(昭和三八年)三三六頁以下。
 - (一八) 中野次雄、小野・等、新版刑法(註釈全書)(昭和三六年)九〇頁。
 - (一九) 大塚仁、刑法概説(総論)(昭和三八年)三九一頁。
 - (二〇) 平場、上掲、二〇五頁。
 - (二一) この点の解決策を論ずるものとして、団藤重光、刑事訴訟と行刑との関連、刑法と刑事訴訟法との交錯(昭和三二年)所収、参照。それに対する理論体系的疑問と、キリスト教的弁証法による解決の試みとして、須々木、上掲、二五九頁以下参照。
- 三 第二の、行刑との関係において仮釈放を非独立的処置と解する立場は、仮釈放を行刑の延長と解する立場と言
い換えることができる。そして、それは、さらに、(イ) 仮釈放は自由刑における処遇の転換であるとするもの、

(ロ) 仮釈放を自由刑に代る処分とみるものの二つの見解に分つことができる。もつとも、後者は、刑に代る、処分を想定するのであるから、觀念上、自由刑と仮釈放とは平行関係において理解されているとすることも一応考えられるが、しかし、行刑を指導した特別予防の目的が一貫して此処にもとおつていることを前提とする限りに於いて、行刑と仮釈放との間に断絶を認めず、処遇の一貫性を建前とする見地、すなわち仮釈放を行刑の延長と解する立場の一亜種となるのである。ところで、これらの見地についてとくに注意すべきは、(イ)、(ロ) いずれの場合にあつても仮釈放が保護観察とごく緊密な関係におい把握される点である。仮釈放は原則として保護観察を伴なうものとされ、仮釈放の実態は、厳密に見れば、行刑をば犯人の社会復帰をめぐる補導援護または指導監督を内容とする処置または処分へ切り変えるためのスイッチを演ずる法制度であるということになる。つまり、仮釈放を行刑の延長と解する以上、それは、行刑に対する関係において非独立的であるにとどまらず、保護観察に対する関係においても非独立的な地位に立たされることになるのである。

もつとも、保護観察に対する関係において仮釈放を非独立的処置と解する場合に、仮釈放は行刑に対する関係においても非独立的処置と解されなければならない、というわけではない。仮釈放と保護観察とは、それぞれが結合することによつて、行刑とは類を異にするそれ固有の活動領域を有する制度として機能する場合もありうる。それは、相對的応報刑論者をも含めて応報刑論者一般、刑罰と保安処分とはその本質を異にすると見る立場からは、とくに注目すべき現象であろう。この場合、仮釈放は、過去に向けられた制度的本質を有する刑罰に対する断絶を意味すると同時に、将来に向けられた制度的本質を有するいわゆる保安処分の始点を意味するからである。従つて、仮釈放は、保

護觀察に対する関係では、行刑に対する関係と別個に論ぜられるべき必要と実益があるのであり、それ故、以下において、まず、仮釈放を行刑の延長とみる立場を検討し、次に、節を改めて、仮釈放を保護觀察に対する関係において非独立的処置と解する立場を眺めることになるであろう。

仮釈放を行刑の延長と解する立場を純粹な形でうち出すものは、仮釈放を自由刑における処遇の転換とみる説である。小川博士は、『仮釈放は施設の延長である。それが行刑施設からの仮釈放であれば、むしろ刑の執行における一段階にほかならぬ』^(一)としており、西村教授は、『仮釈放の制度は、現在、自由刑に処せられた犯罪者を社会に復帰せしめるのに用いられている最も重要な釈放方式である。それは満期釈放や恩赦釈放と異なり、「行政官庁の処分を以て」(刑法第二十八條) 仮釈放を許可せられた者を、更にその刑期の満了するまで「保護觀察」に付すものであるが、このことは、刑務所に收容された当初から行われてきた矯正計画を、別の形で(自由社会の中で) 続行することを意味している。しかも、この場合の処遇計画は《指導監督》と《補導援護》というケース・ワークの手段によつて行われることになつた』^(二)とし、また、安平博士も、『それは一種の行刑の延長としてみらるべく、その刑事政策的意義は、刑の執行猶予と同一基調に立つものである』^(三)としている。前田教授は、『自由刑または保安処分^(四)に処せられた者の、改悛を促進せんがための手段として、累進処遇の最終的段階に設けたところの、刑期満了前の釈放』^(五)と解することによつて、この立場をとつている。

いうまでもなく、仮釈放は、一定の施設に收容された者が期限前に当該施設より釈放されるという機能をその内容とする。機能的、現象的、即事的にみれば、仮釈放は、施設内処遇の中断であるから、仮釈放を行刑に対する関係に

おいて非独立的であるとする場合には、その後の施設外処遇への移行が内面的な断絶を意味するものではないことを強調せざるをえないであろう。そして、この内面的な連続性を主張するうえに、まず考えられるのは、仮釈放は行刑における処遇の転換であつて刑の執行の停止を意味するものではない、とする見地であろう。仮釈放は刑の執行の停止を意味するものではないとすること、これが、行刑に対する関係において仮釈放が非独立的であるとする場合のことも鮮明な立論方式であると思われる。しかし、この点についての論者の説明は必ずしも充分ではなく、逆に、仮釈放が自由刑の停止であることを明言する所説のみが目につく。例えば、小野博士は、『裁判に依り言渡された自由刑の執行が未だ終つていないが、其の執行の状況により最早執行の継続を必要としない場合において、仮に其の執行を停止し、その後更に一定の期間を無事に経過したときは、刑罰権が消滅するものとする制度である』^(六)としてゐるのであつて、これが従来^(七)の通説であつたと思われ。これに対し、仮釈放が自由刑における施設外処遇への転換たることを明言する学者は稀であつて、わずかに、江家教授が、『仮釈放は刑期満了前の出獄と異り、仮釈放後、刑期の残余期間中は観念的には刑の執行を受けているのである。ただ、執行の方法が拘禁ではなく、善行を保持するという心理強制であるにすぎない』^(八)としてゐるにとどまる。また、井上教授は、今次の刑法改正準備草案における仮釈放をめぐる所説のなかで、『社会生活の複雑さにおいて、現在のように、施設内とその外との落差の大きいときには、自由刑の執行は、釈放されることによつて直ちに完全な自由を得させるべきではなく、その間に、必ずパロールの過程を経て完全な自由を与えるべきはずである』^(九)としており、この立場を推しすすめれば仮出獄中も現実に、刑の執行を受けていることになるであろうが、これを現行法の解釈論として読むことはできない。要するに、仮釈放を行刑に

対する関係において純粹に非独立的に理解しようとする立場は、通説に対決する意味でこの点の詳細な説明があるべきであつたにもかかわらず、それを聞くことができないのである。

ところで、また、仮釈放を行刑との関係において非独立的に解する場合には、仮釈放の効果についての説明に特徴があらわれるはずである。すなわち、この点に関するわが国の学説は、これを、（イ）恩典的に刑の執行が免除され、刑罰執行権が消滅する^(二〇)、（ロ）刑の執行が終了したものととして刑の執行が免除され、その結果刑罰執行権が消滅する^(二一)、（ハ）刑の執行が終了したものとみなされ、刑の執行が終了した場合と同じ効果（刑罰執行権の消滅）が生ずる^(二二)、（ニ）刑の執行が終了したことにより、刑罰執行権が消滅する、という四者に分類することが可能であるが、仮釈放を行刑との関係において非独立的であるとする場合には、その所説が純粹な形をとらうとする限り、（ニ）の理解に到達するはずである。しかし、（ニ）の見解は、上掲の各所説よりこれを推測する域を出でず、これを明言するものは見あたらないようである。

以上のような事態は、現行法の解釈として、この立場には疑問があることにもよるのであろう。刑法第二九条第二項は、『仮出獄ノ処分ヲ取消シタルトキハ出獄中ノ日数ハ刑期ニ算入セス』とあり、ここでは、その反対解釈として、『その処分を取消されなかつたならば出獄中の日数は其のまま刑期に算入されるものと解すべきである』^(二三)と考えられるのであり、また、仮釈放の日数を刑期に算入するという觀念はその期間が現実には刑の執行された期間でなかつたことを前提とするのであるから、現行法は、その釈放を自由刑における処遇の転換としてではなく、刑の執行の停止と理解するものように思われる。もつとも、犯罪者予防更生法第四二条の二第四項が、『刑期は、第一項の決定（仮

出獄の者に対する保護観察の停止) によつてその進行を停止し、保護観察の停止を解く決定の時からその進行を始める』
としており、^(二四) 仮釈放の期間中、刑期は進行するものとしているようであるが、ここで刑法第二九条第二項との間に生ずる用語上の問題はさておき、^(二五) 刑の執行の停止という觀念を用いずに殊更に刑期の進行の停止という觀念を用いては、ることよりすれば、少なくとも、わが国の現行法が仮釈放において自由刑における処遇の転換のみを見ているのではないことが認められるのである。

もつとも、仮釈放を行刑に対する関係において非独立的処置と解しつつ、これを行刑に代る、処分とみる場合には、仮釈放は自由刑の執行を停止する機能をも意味し、仮釈放の効果としては、敢て上掲(二)の解釈を採る必要はなく、従つて、また、現行法との間に大きな矛盾を生ずるおそれも減少する。『仮出獄の状態(後日の取消の有無を問わぬ)にある場合も刑の執行を受けているものとみなされる』^(二六)(傍点筆者)とする解釈は、この場合にこそ実質的な根拠を与えられることになるであらうし、また、仮釈放取消の場合に『残刑期間』の服役を考える現行法の建前の説明も比較的容易なことになるであらう。しかし、仮出獄を非独立的に解する立場としてこの見地が便宜的妥協の産物以上のものとして在りつづけることができるかどうか、きわめて疑問である。この見地は、仮釈放を自由刑における処遇の転換とみる立場、または仮釈放を行刑に対する関係において独立的に解する立場かのいずれかのうちに解消されるべきものであらう。

要するに、行刑との関係において仮釈放を非独立的処置と解する立場は、いまだ充分な理由づけがなされておらず、現行法との関係上、解釈論としても無理があると思われる。この点は、卒直に認めなければならぬ。しかし、

だからといって、仮釈放を行刑との関係において非独立的に解する見地を一概に否定し去るだけであつてはなるまい。このような主張が行なわれることにはそれなりの理由があり、この点を無視するならば、刑事政策的考慮をないがしろにする非生産的な議論と言われてもしかたがない。特別予防の目的を当該制度においてうた出す必要を認めること、これは不可欠である。さればこそ、現行法をわきまえたうえで現在の法制度の実体を理解する努力が必要なのである。われわれの問題は、その所説を拒絶することにあるのではなく、それを理論的に正しく位置づけることに在るとしなければならぬ。そして、そのためには、抽象的・靜的考察方法と具体的・動的考察方法を併せ用いる必要があると考へる。^(二七)法制度も社会的事実である以上、これはむしろ当然のことであつた。それにもかかわらず、従来、刑罰論の領域においてこの点に関する認識は、欠如していたと言えぬまでも、不徹底であつたとはせざるをえず、しかも、時として、観点の混乱もあつたように見受けられる。とくに以上のような考慮にもとづき、各学者の所説を正しく理論的に位置づけることを考へながら、仮釈放と保護観察との関係を、次に眺めることにしよう。

(一) 小川大郎、保安処分（昭和二七年）六四頁。

(二) 西村・林、仮釈放の研究（昭和三一年）一頁。

(三) 安平政吉、刑事政策概論（昭和三五年）二六七頁。

(四) 前田信二郎、増訂刑事学原論（昭和三七年）二六一頁。なお、二六二頁参照。

(五) 行刑累進処遇令第九〇条は、『第二級以下ノ受刑者ト雖改悛ノ状態著ニシテ社会生活ニ適応シ得ルモノト認メタルトキハ特ニ仮釈放ノ手續ヲ為スコトヲ得』としているから、仮釈放と累進処遇とを結びつけて理解することには、無理がある。

(六) 小野、新訂刑法講義総論、三〇八頁。

(七) この点を明言するものは、草野豹一郎、刑法要論(昭和三十一年)一七五頁、井上正治、刑法学(総則)、二八七頁、佐藤昌彦、仮釈放、刑事法講座三卷、六〇三頁、佐伯千似、刑法総論、二五〇頁、平場安治、刑法総論講義、二〇五頁。

(八) 江家義男、刑法(総論)(昭和二十七年)二二二頁。

(九) 井上正治、自由刑、刑法講座一卷(昭和三八年)一六五頁。

(一〇) 齊藤金作、刑法総論(改訂版)(昭和三十六年)二八九頁、牧野英一、重訂日本刑法(昭和一六年)六三二頁、小泉英一、刑法総論(昭和三十六年)二八四頁。滝川幸辰、刑法講話(昭和二十七年)三〇一頁以下。

(一一) 植松正、刑法総論、三七一頁、小野清一郎、新訂刑法講義総論、三一頁、佐伯千似、刑法総論、二五二頁、平場安治、刑法総論講義、二〇六頁。刑の執行が終了したものとみなすということ、刑の執行を免除することとは相容れない観念であろう。従つて、表現方法としては、必ずしも妥当なものとは云えない。中野判事は、『仮出獄を取り消されることなく仮出獄の期間を経過すれば、刑の執行を終了したことになり、刑罰権は消滅する。すなわちこの場合は刑の執行を免除されたのではなく、刑の執行を終つたのである』(小野・等、新版刑法、九一頁)とする。

(一二) 小川太郎、更生保護法(昭和二十九年)一一頁、団藤重光、刑法綱要総論(昭和三二年)四六四頁、吉川経夫、刑法総論、三三九頁、平野竜一、矯正保護法(昭和三八年)一〇七頁。なお、改正刑法仮案第一二条第一項は、『刑ノ執行ヲ終リタルモノトス』とし、刑法改正準備草案第九二条第一項は『刑の執行を終つたものとする』しているが、これは、刑の執行を終つたものとみなす趣旨に解されるであろう。

(一三) 小野、上掲、三一頁。

(一四) 改正刑法準備草案第九八条第三項も同様である。

(一五) 刑法第二九条第二項と、犯罪者予防更生法第四二条の二第四項との用語法には、問題がある。刑の執行の停止の觀念と刑期の進行の停止の觀念との間の關係が明らかでない。仮釈放中は刑の執行が停止されておりながら刑期が進行しており、しかも仮釈放が取消されなかつた場合には出獄中の日数が刑期に算入されるといふのでは、説明がつかない。刑期の進行の觀念を採る限り、仮釈放が取消されたときは刑期が進行しなかつたものとみなすことになるべきであり、『刑期ニ算入セス』は、この趣旨に解されることになる。しかし、それも不自然な解釈であるから、結局は、觀念の統一を計るべきものであらう。

(一六) 中野、上掲、九五頁。同説、佐藤裕、仮釈放と保護觀察、法律のひろば、一三卷一〇号(昭和三五年)三〇頁。
(一七) 須々木主一、プロバेशヨンの本質、早稲田法学三八卷一・二冊(昭和三八年)一〇二頁以下参照。

三

一 仮釈放を保護觀察に対する關係において非独立的とみる立場は、上述のごとく、仮釈放を行刑との關係において非独立的に理解する立場と必ずしも一致するものではない。仮釈放は、過去に向けられた制度的本質を有する刑罰本来の領域に訣別し、将来に向けられた制度的本質を有する新たな処分の領域に踏み込む第一歩を意味する、と解することもありうる。佐藤判事は、仮釈放が刑の執行の停止であることを明言しつつこの見地を強調して、『仮釈放制度が目的の見地から理解されなければならないことは、明らかである。そしてその目的とは、究極のところ、犯人の教育であるということが出来るであろう。狂人を社会に復帰せしめるための教育が刑務所内だけで充分でないことが非常に多いことは、既に明かにされているところであるから、仮出獄制度を教育の立場から考えるならば、更に進ん

で、仮出獄中の教育を仮出獄制度の核心をなすものと考へなければならぬことは、明かである。一般に犯人の教育は、犯人の復帰すべき社会において行われることが、理想という可きである。何故ならば、犯罪は犯人の社会的不適應性の具現と見る可きであるから、適應性は現実の社会において最もよく与え得るであろう。この見地に立てば、仮出獄は釈放 (release) と指導 (supervision) の結びついたものとして理解すべきことになる^(二)とする。西村教授が、仮釈放を行刑の延長と解する立場から、『それ (仮釈放) は満期釈放や恩赦釈放と異なり、「行政官庁の処分を以て」(中略) 仮釈放を許可せられた者を、更にその刑期の満了するまで「保護観察」に付するものである』^(三)としていることはすでに述べた。仮釈放が保護観察と結合する必要性が強調されるのは一般のことであつて特筆するにはあたらないであろうが、ここで注意すべきは、両者とも、釈放ということと観察ということが仮釈放という用語自体のなかに包括されて理解されている点である。

仮出獄の目的は何かという問題に関し、平野教授が四つの見解を挙げていることを此処に想起すべきであろう^(三)。同教授によれば、その第一は『仮出獄を、主として受刑者の施設内での行状に対する褒賞と考へ、施設内の秩序を維持する手段として用いようとするもの』、第二は『仮出獄を、刑罰を個別化し、自由刑の弊害を避けるための制度だとする考へ』、第三は『仮釈放後の保護観察および再収容の可能性に重点をおく考へ』で、『仮釈放は、受刑者の利益のための制度ではなく、むしろ社会防衛のための一手段だ』とするもの、そして、第四は『すべての収容者にとつて、施設から出た直後には、指導と援護とが必要であり、違反に対して再収容などの制裁があることが有用であると考えられる』ところから、『保護観察つきの仮釈放は、すべての犯罪者に対する原則的な釈放形式』であると考へるものである。

る。この説明は、別に同教授が仮釈放に関する論説^(四)中で紹介した United Nations (Department of Social Affairs), Parole and After-care, 1954 のパロールに対する解説に沿ってなされたものであることを考えあわせるとき、そこに、仮釈放の観念の変動を読むことができる。すなわち、仮釈放という用語の中に釈放と保護観察とを併せ理解しようとする者は、パロールの観念を此処に援用し、保護観察に重点を置いて仮釈放の制度を理解しようとする者ともみることができる。しかし、その場合には、仮釈放に保護観察が付けられるのではなく、保護観察が付けられる条件として仮釈放を理解することにおもむくのであつて、同じ仮釈放と保護観察との結合を説くものでも、仮釈放に重点をおいて『仮出獄と保護観察との結びつきは、刑の猶予と保護観察のそれよりはより必然的である。刑の執行終了前にその隔離を解くということは、無条件には、懸念なしには行われぬ。治安という立場から見ると、仮出獄は刑の猶予よりは容易にその後の観察を随伴する』^(五)と理解するものとはその性格を異にする。つまり、その立場は、仮釈放の説明としてではなく、保護観察の説明として行なわれるべきものであつたであろう。しかし、保護観察に重点をおいて事を論ずる場合に問題となるのは、保護観察の法的性質である。果してそれは独立の処分でありうるのか。単なる付随処分ではなかつたのか。『立法の現状は、保護観察を刑罰や保安処分と並ぶ独立の処分として承認することに^(六)はなつていない』とも言われているが、保護観察が単なる付随処分であるとすれば、保護観察に重点をおいて仮釈放と保護観察との結合関係を論ずるのは本末の転倒であり、許されない操作ではないのか。このようにして、保護観察との関係において仮釈放を非独立的なものとみる見地は、保護観察の制度の検討に移らざるをえないのであ

- (一) 佐藤昌彦、仮釈放、刑事法講座三卷（昭和二七年）六〇五頁。
- (二) 西村・等、仮釈放の研究、一頁。
- (三) 平野竜一、矯正保護法、九四頁以下。
- (四) 平野、仮釈放、上掲参照。
- (五) 小川太郎、保護観察制度について、法務研究報告書三九集八号（昭和二九年）二二頁。
- (六) 井上正治、自由刑、刑法講座一卷（昭和三八年）一六四頁。

二 小川博士は、『保護観察が刑と離れた別個の、独立の処分であることは、その本来の社会的機能からも認めねばならない。保護観察は、(中略)刑を回避することに、その社会的効用をもっている。これを刑の執行態様であると考えらるならば、何のために保護観察をうち出したかの理由に苦しむことになる。またたとえ執行猶予が保安処分であるとしても、それと同時に行われる保護観察はやはり法律上は分離して考うべきものであろう。保護観察はすでに独自の人的組織と技術的構成をもつてきたからである』^(一三)とする。事実、『今日保護観察の分野において、「ケースワーク」ということばが広く使用されており、その使用に何の不自然も感じていない。「我々の仕事はケースワークでなければいけない」というのが合言葉となつて位である』^(三)とあるように、この分野では特別の専門的考慮が技術および組織の両面において為されており、その運用状況の如何はさておき、わが国の学説も、すでに『これも実質的には、保安処分に属するものと考えてよい』^(四)とする段階に達しており、中には、端的に、『自由制限的保安処分の一種』^(五)とするものもある^(六)。また、改正刑法草案も、刑法改正準備草案も、ともに保護観察のためにとくに一章をさいている

のであつて、少なくともわが国においては、保護観察は刑事法上独自の制度としての理解を許すものであり、それ固有の活動領域を認められた独立の制度であることは、ほとんど自明のこととしてさしつかえない。

監察制度を独立の法制度として把握する傾向は、ドイツの刑法改正草案においてとくに顕著である。すなわち、一九一一年草案第六〇条は保護観察 (Schutzaufsicht) を保安処分の一^(七)種とくに監護の処置 (fürsorgende Massnahme) として規定し、同条第一項前段は、『重懲役囚^(七) および、特殊事情がそれを本人の利益と思わせる場合において軽懲役囚は、監獄に問いただされた上で、刑を終えて後、最高五年の期間、後見裁判所によつて保護観察の下におかれる』として、保護観察を独立の処分と認めていた。さらに、一九五六年草案以降の諸草案は保安監察 (Sicherungs-aufsicht) をやはり独立の処分として規定した。すなわち、それは、移動性監置 (ambulante Verwahrung) と^(八)つ、自由な状態で犯人に与える社会復帰のための指導および監督を内容とする独立の監察制度であつて、五六年草案によれば、(イ) 累犯者として有期重懲役または軽懲役に処せられた者 (第一〇〇条第一項第一号)、(ロ) 性癖行為者 (第九〇条第一項、第九四条第一項)、(ハ) 危険な素質を持つ危険な行為者 (第九一条第三項、第九四条第一項)、(ニ) 二年以上の自由刑につき残余部分に対する試験的な延期が承認されずまたは試験的な延期が取消された者 (第一〇七条第一項) に対する場合、および、(ホ) 各則の規定によつて保安監察が許されている場合 (第一〇〇条第一項、第二項) にも、特定の条件のもとにこれが行なわれることになっており、一九六〇年案および一九六二年案になると、さらにその適用範囲を拡大し、労働嫌悪または放浪癖もしくは無秩序な生活を営む習癖からある種の犯罪をなした者についても、これを科しうることになつている (両草案、第九一条)。これらの草案が保安監察を独立の保安処分の一^(七)種として明定し、

しかもその適用範囲の拡大を考えているということは、とりもなおさず、刑事政策上その果すべき役割がきわめて重視されていることを物語るのであつて、監察制度の独自の性格が改めて確認され、それ固有の活動領域の存在が大胆な肯定を受けたものとする^(五)ことができるであらう。わが国における保護観察の制度も、これと同じ指向を有する積極的な処置を内容とするものとして理解され、その充実な機能の發揮に多大の期待が寄せられている以上、当該制度は、これを独自のな制度として論ずる上にいさかかも支障はない、とすべきであらう。

- (一) 小川太郎、保護観察制度について、二九頁以下。
 - (二) 小川太郎、更生保護法、一二七頁は、仮釈放の場合についても、その実質は同じであることを述べている。
 - (三) 栗原一夫、保護観察におけるケース・ワークについて、法務研究報告書四四集二号(昭和三十一年)一頁。
 - (四) 団藤重光、刑法綱要総論(昭和三二年)四八〇頁。
 - (五) 吉川経夫、刑法総論、三五七頁。中野次雄、小野等、新訂刑法(註釈全書)四八〇頁。
 - (六) 安平博士は、保護観察を、『附随的保安処分』または『刑罰に代る一種の保安処分』とする(安平政吉、行為者類型と保安処分、保安処分の研究・昭和三三年所載、二九頁)。小川博士が、『全体として従来は、保護観察の保安処分中に占める地位は低かつた。それは刑に附随するもので刑と併行して独立の地位をもたぬためである。わたしは、しかし、これのもつ大きな社会的機能から考えて、これに保安処分としての正当な地位を与えたいと思う』(小川太郎、保安処分、六四頁)とすることを注意せよ。
 - (七) Vgl. Gegentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, 1911, mit Begründung, § 60.
 - (八) Entwurf eines Strafgesetzbuches, E. 1962, mit Begründung, 1962, S. 220.
- ハ、ロールの目的と構造

(九) *Hentig, Der Entwurf des allg. Teils von kriminalpolitischen Standpunkt, ZStW. Bd. 7, 1958, S. 19* は、『保安監察の制度に関しては、特に理論家は反対意見を述べている。何故なら、この制度は、かつて有害でしかも効果のないことが証明された警察監視下の状態を想起せしめるからである。ところが、これに反し、州の司法省は警察の包括的な監督下におかれる保安監察を必要なものと考え、しかも、それは、職業犯、慣習犯に対してのみならず、例えば政治犯および風俗犯に対しても必要であるとする。問題とされるべきは、全生活態度の監督であつて、この場合には、試験補助の観点のみならず、保安の観点も一つの役割を演ずるであろう』とする。なお、上掲(二)の場合に保安監察を付すことに対し、ドイツ連邦参議院は反対の態度決定をしてゐる(Mat. zur Strafrechtsreform, Bd. 15, 1962, S. 51)。

三 保護観察がこのように監察制度の一種として独自のな、それ固有の活動領域を有する処分として成長を続けていることは否定できないとしても、この場合、一つのことには注意しなければならない。すなわち、保護観察は、仮釈放の制度と結合して行なわれる場合に、果して、その独立的な地位を保ちうるかということである。仮釈放と保護観察との関係において論ぜられなければならないのは、実は、仮釈放および保護観察がそれぞれ抽象的にみて各独立の処置として論じうるや否や、ということではなく、仮釈放と保護観察とが結合して機能する場合にはこの両者は不可分の関係において理解せざるを得ず、従つてこれらを各別個に分離して考えることはただに制度的事実を無視することになるばかりでなく、その実質を知ろうとしておりながらその実体を破壊してしまうことになるのではないか、ということである。抽象的・静的に事態を考察すればいわゆるパロールは仮釈放と保護観察との累次的結合であるという以上に出ないであろうが、これを現実的・動的に眺めるならば、ただ単に両者の累次的結合とするだけでは説明で

きない事態が発生する。相互に性質・内容を異にする二つの処分が有機的に結合する場合、両者のそれぞれの性格を越えた、第三の性質を有する制度として独自の機能を営むことは、社会的事実として否定し得ないところである。

改正刑法準備草案理由書によれば、仮釈放について、次のような説明がなされている。『仮釈放を、改心の情の明らかでない受刑者に対する恩恵とみるよりは、社会生活を通じてその更生を期することを目的とするものであり、事実上は、変形された刑の執行の一態様であるともみられるとする思想に基づいて、仮釈放の要件を改め、かつ仮釈放を許された者を保護観察に付することを原則とした』。『従来、この制度は、一応刑の改善的^(一)目的を達した者に対して、刑の執行を続けることは無用であるという観点とか、仮釈放を受刑者に対する恩恵として許すという思想から仮釈放の要件として、一定期間の経過のほかには、受刑者の改心の情を唯一のものとしていたが、本案は、仮釈放制度を法的には、ともかくも、事実上は、刑事施設外における刑の執行の一態様としてみようとする立場をもとり入れて、仮釈放の要件として、改心の情のほか、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』(傍点筆者)と。^(二)ここに、『事実上』という言葉が用いられ、しかもそのような考慮が許されるのは、上記の経緯を別にしては、おそらく、理解不可能であろう。

現実に仮釈放と保護観察とが有機的に結合して機能する場合には、この両者は、もはや、各別個独立の制度として観念することを許すものではない。それが有機的結合ということであり、パロールを現実的・動的に把握するというこの意味である。換言すれば、仮釈放と保護観察とはいずれも非独立的な、相互に補充的な処分であるかのような形において現前し、その結果、これを仮釈放の面から説明しようとするれば保護観察は仮釈放の付随的処分であるとい

うことになり、逆に、保護観察の面から説明しようとすれば仮釈放は保護観察が行なわれるための契機ないし一つの要件であるということになる。そのような筋道は、ドイツにおける刑法立法過程のうち読みとることもできる。

ドイツの一九〇九年案は、仮釈放の場合につき被釈放者を保護団体またはその他適当な人にゆだねる旨を規定しているにすぎない(第二八条)からこれは問題以前として、一九一三年案になると被釈放者に科すべき特別の義務と並べて保護観察に付しうる旨を規定しており(第八〇条)、一九二二年案になるとこの場合の保護観察も、付随的なものとしてではあるが、保安処分の一種として理解されており(第三九条、第五一条)、一九二五年案(第三九条、第五一条)等においても事情は同じであつた。つまり、仮釈放の場合に付加される保護観察も、他の場合に行なわれる保護観察と区別されることなく、抽象的、一般的にその独自の性格に着目して規定するにすぎなかつたのである。ところが、一九五三年の改正によるドイツ現行刑法になると、仮釈放の場合等について試験補助(Bewährungshilfe)の觀念が用いられるにとどまり、保護観察という用語は見当らない。しかも、この試験補助は遵守事項の一種として把握されているのであり、体系的な位置づけとしては一九一三年案に近いものがある。しかし、その後、一九五六年案になると、この試験補助は遵守事項とは上下関係に立つ制度上の地位が与えられており、それは、一九六〇年案および一九六二年案においても同様である。すなわち、最初は、保護観察の制度的独自性にかんがみ、これを一般的・抽象的に保安処分の一種たることを強調するのみであつたものが、やがて、その機能面に着目した結果、その独自性に対してはむしろ消極的な態度をとるに至り、そして、現在では、保護観察が本来的には独自の性格をもちそれ固有の活動領域を有することを認めながら、他方においてそれは非独立的な性格のもとに積極的な機能を営むものである点を考慮

し、一九五六年草案以降のような立法形式を採つたものと解釈しうる、と考えるのである。

このような筋道を見ることによつてのみ、わが国の準備草案第九〇条が仮釈放にともなう保護観察につき『付随処分』という小見出しを用いた意味が、完全に理解されることになるであらう。

(一) 刑法改正準備会、改正刑法準備草案附理由書(昭和三六年)一六七頁。

四 保護観察が以上のような関係で『付随処分』であるとしても、社会的事実において見れば、それが一個の独立の、それ固有の活動領域を有する処分として機能していることはいうまでもない。さればこそ、それは、行刑における宣告刑の枠を越えて作用すべき独自の法制度的地位を要求するのである。準備草案第九〇条は、保護観察の期間を越える原則として残刑期間としながら、残刑期間が六月に満たないときは六月とした。保護観察の期間が残刑期間を越えるということは、保護観察を単に刑に代る処分または刑の内容たる一つの処遇形式とみる場合にはありえないことである。準備草案の理由書の説明によれば、『仮釈放者は、仮釈放後も、事実上変形された刑の執行を受けているものと考えられるとすれば、保護観察の期間は、残刑期間に限らるべきである。しかし、余り短期間ではその効果をあげることは不可能であるので、残刑期間が六月に満たないときは、保護観察の期間を六月にすることとした。かように保護観察の期間が残刑期間を越える場合を認めたことについては問題がないとはいえないが、保護観察は実質的に本人の利益となる面もあり、又六月の短期間であれば、それ程不当な人権侵害ともいえないので、刑事政策上の必要性を優先させたのである。もつとも、行政官庁において必要がないと認めるときは、保護観察に付さないことができるか

ら、この点からも過酷な取扱いは避けられるであろう』^(二)ということになるが、ただこれだけでは説明不十分のそしりを免がれない。その実質的な根拠としては、保護観察が事実上その動態においてすでに一個の独立の処分として機能を果していることにかんがみ、事柄の性質上、目的が達成されるまで継続すべしとする処分本来の要請がここにも働き、残刑期間を越える保護観察期間が論ぜられるのだ、とすべきところであろう。

ところで、仮釈放と保護観察との関係を以上のように理解する場合、行刑と保護観察との関係はどのように理解すべきであろうか。この問題は、刑罰の本質をめぐる原理的な問題と絡み合うことであつて、刑罰の本質をもつば特別予防に見出すときは、行刑と保護観察とは名実ともに相互に不可分一体の関係として理解すべきことになるし、両者の本質的相違を強調しつつ行刑における特別予防の目的の優位を説くならば、具体的・動的な観点からして、両者が不可分の関係において機能する社会的事実を指摘することになるであろう。また、仮りに、刑罰と処分との本質的相違を強調し、行刑において特別予防の目的を一義的に論ずることに批判的なものは、上記の社会的事実を一方において認めつつ、他方において、保護観察がもつばら監視・監督の役割を果すべき場合のあること等を摘示することであろう。しかし、いずれにせよ、行刑と保護観察とが社会的・制度的事実としてその動態において不可分一体の関係において機能する場合のあることはつねに認めざるをえないのであつて、おそらくは、このことの中にこそ、行刑と仮釈放と保護観察を不可分のものと考えて仮釈放を非独立的処置と解することの必要性が在るのであり、『仮釈放』の制度において『パロール』を理解する必要性も在つたのであろう。

もつとも、この関係で、とくに二つのことを注意したい。

その第一は、このような考慮は無制約に拡大されるべき筋合のものではない、ということである。重要なのは現実に即した法的規制である。問題の解決を社会的事実によだね、法的規制における努力をおこたるようなことは、厳にいましめられなくてはならない。

第二に、仮『釈放』は、同時に、『仮』釈放でもあるという点である。『仮りに』釈放するという制度であればこそ、保護観察を付随的処分とみる実益と、その必要があつたのである。パロールの積極面を強調するのはもとより多とすべきであるが、この消極面を無視する結果に終るならば片手落である。仮釈放到に試考的機能を求めることは、とくに仮釈放を非独立的処置と解する場合に必要であるが、仮釈放を行刑との関係で独立的に理解する場合にも、処遇の柔軟性を担保する意味で重要である。そして、仮釈放の期間は、保護観察に対する関係で独立的処置としての仮釈放の場合には残刑期間を限度とし、非独立的処置である場合には残刑期間を超過することが許されるであろう。ただし、前者において仮釈放は大体過去に向けられた制度的意義を有するにとどまるべきだからであり、後者において、施設への再収容は刑罰への復帰を意味するものではなく、すでに、それは、独自の処分たるパロールの延長線上にある新たな装をもつた将来を指向する処遇として把握されることになるからである。

(一) 上掲、改正刑法準備草案理由書、一六八頁以下。

五 上に述べたことからすでに明らかのように、抽象的・静的な観点とあわせてつねに現実的・動的な観点を持ち出すとしても、仮釈放が、現実にそれ自体完結的に機能する場合のあることを否定するものではない。仮釈放が抽象

的・静的に見れば独自のな、それ固有の活動領域を有する法制度であるということは、現実にも、それだけで独立した処置として存在し、機能しうることを意味する。従つて、刑法第二八条が仮釈放につき実質的要件として『改悛ノ状』のみを掲げているのは、仮釈放が純粹に恩典的処置として作用する場合のありうることを物語るとすることが許されるであろう。この関係において、改正刑法準備草案の規定には疑問がある。

準備草案は、仮釈放の実質的要件として、改心の情が明らかであることと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ことの二つを挙げている。前者は仮釈放における恩典的性格を考慮し、後者は仮釈放における特別予防の目的を考慮したものであろう。しかし、この二つの要件を併せ掲げることによつて、そこには、仮釈放を恩典として捉えることも、仮釈放を自由刑の延長として考えることも不可能になるという結果を生じている。仮釈放を恩典として捉えるためには『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』という要件は蛇足である。仮釈放を自由刑の延長と考えようとするならば、『改心の情が明らかであること』という要件は不要である。ここでは仮釈放の性格を決定するうえで混乱がある。『改心の情の明らかであること』を要件とすべき恩典的処置としての仮釈放は現実にも独立的、完結的な処置である。これに対し、『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』を要件とすべき自由刑の延長としての仮釈放は、現実には非独立的な、保護観察との関係において補足的な処置である。両者の間には質的な相違がある。これを同日に論ずることは事柄の性質上許されないはずであつて、両者は各別個の処置として理解されるべきであり、仮りにこれを同一規定中に設けるとすれば、少なくとも、これら二つの要件は、『又は』という接続詞を念頭において理解されなければならぬであろう。仮りにこのような解釈を許さず、

仮釈放がゆるされるためには、つねに、改心の情が明らかであることと、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ことをその要件として要求するというのであれば、改心の情は明らかでないが、施設内での処遇はもはや有害無益と思われ、保護観察においてこそその者の改善更生を計りうるという事態には、仮釈放が許されないことになる。また、改心の情が明らかであり、再犯におちいるおそれもない者についての仮釈放ということは考えにくくなり、その場合には、擬制的に、『刑の執行を中止して更生を期するを相当とする』ものと説明することによつてはじめて仮釈放がゆるされるといふ奇妙な手続を必要とすることになるであろう。仮釈放に恩典的性格を認めるといふことは、それが、過去にむけられた制度的本質を有すると認めることである。仮釈放に犯人の社会復帰の目的に奉仕する制度としての性格を認めるということは、それが、将来にむけられた制度的本質を有すると認めることである。仮釈放が過去にむけられた制度的本質を有するということは、仮釈放の条件は将来にむかつて消極的でなければならぬということの意味し、例えば、再犯のおそれのないこと、社会感情が当該仮釈放を否認していないことなどはこの場合の条件として認められうるが、将来にむかつて積極的な条件、例えば、施設外処遇を相当とすることなどのように犯人の社会復帰を指向する目的設定はゆるされないものと解さざるをえない。将来にむけられた制度的本質を有する場合の仮釈放について、以上と逆のことが妥当することは、いうまでもない。

しかし、かつて一般に恩典的性格として理解されたわが国の仮釈放は、果して特別予防の目的を実現する制度として機能していなかつたであろうか。確かに、仮釈放は、ほとんどつねに特別予防の目的との関連において論ぜられてきた。しかし、それは、制度的所与に対する事後的な目的の付与によるものであり、それが現実には特別予防の目的

にも奉仕しようという社会的な事実的な機能にもとづいて認められたものと解されるのであつて、さればこそ、われわれは、これまで、抽象的・静的な観点と具体的・動的な観点とを区別し、仮釈放を独立的処置とみるものと非独立的処置とみるものとに分つて論ずることによつて、対象を把握する次元の相違がそこには在ることをうきぼりにしようとしたのであつた。敢てパロールという用語を標題とした所以も、ここに在つたのである。

四

独立的な処置としての仮釈放は、過去に向けられた制度的本質を端的に保持すべきである。非独立的な処置としての仮釈放は、将来に向けられた制度的本質を大胆に表明すべきである。仮釈放は、恩典的性格をも、特別予防を目的とする処分の性格をも持ちうるのであるが、前者は主として独立的性格をとつた場合における仮釈放の姿であり、後者は非独立的性格をとつた場合における仮釈放の姿である。とくに後者は、保護観察と結びつくことにより、行刑の延長線上にある処置として、将来の刑事政策の上に大きな役割を演ずることになるであらう。この意味において学者は、(一)『今日ほもはや保護観察の性質を知ることなくして自由刑は語られない』と。

パロールは、仮釈放と保護観察との結合からなる。仮釈放、保護観察は、いずれも、抽象的・静的な観点より考察すれば、それぞれ独立の法制度として各固有の活動領域を有するものであることが明らかであるが、両者が特定の目的の下に有機的に結合することによりそこに新たな一個の法制度的機能が發揮されるのであつて、行刑の延長としての仮釈放という観念も、このような社会的事実にもとづいていたと解されるのである。責任の本質を非難可能性のう

ちに見出し、刑罰の本質は応報にありとする見地は、事態を抽象的・靜的に眺めた場合をより正しく説明する。これに対し、刑罰の本質をもつばら特別予防の目的によつて規定する見地は、事態を具体的・動的に眺めた場合をより良く説明する。このことは、いうまでもなく、わが国では相対的応報刑論が通説であり、目的刑論がとくに行刑においてその突破口を見出そうとしている事実をもつて説明することもできると思われるが、さらに、われわれは、それを超えて、ここに、(二)(三) 応報の理念と教化改善の理念との關係の仕方を読みとる必要があると考えるのである。

(一) 正木亮、刑法と刑事政策（昭和三八年）一六一頁。

(二) 以上の思维方法として、齊藤金作、刑法総論改訂版、二六九頁以下、および、須々木主一、刑事政策の方法に関する一考察、二三五頁以下参照。

(三) 仮釈放を恩典と解することも、当該制度を具体的・動的に把握することなしには不可能である。上段五二頁で触れたように、刑罰は『行為』に対する応報であつて、『行為者』に対する応報すなわち復讐ではないから、抽象的・靜的に問題を論ずる限り、刑罰自体は本来的に赦免の觀念と相容れない。しかし、刑罰は、事実上（すなわち、これを具体的・動的に考察すれば）、『行為者』においてのみ現実化するものであるから、此処にはじめて恩典の觀念の介入する余地が生ずるのである。この場合にみられる二つの観点の間の飛躍ないし断絶は、キリスト教的弁証法によつてのみ、より良き解決が与えられると老える。犯罪の觀念または刑罰の觀念を相対化するだけでは、眞の解決はありえない。