

明治前期における早期釈放制度と旧刑法制定 過程における仮釈放制度について（二）

TANOUCHI, Sayaka / 田内, 清香

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

120

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

61

(終了ページ / End Page)

115

(発行年 / Year)

2023-03-22

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00030827>

明治前期における早期釈放制度と

旧刑法制定過程における仮釈放制度について(二)

田内清香

目次

序章 本稿の目的と問題意識

第一章 明治五年監獄則における早期釈放制度

第二章 明治七年から明治一三年の旧刑法の公布までの

減刑及び「放免」(以上、第二一八巻第四号)

第三章 旧刑法の草案起草過程における仮出獄—明治一

〇年の確定稿まで—

第一節 旧刑法の草案起草過程の概要

第一項 旧刑法が公布されるまでの経緯

第二項 旧刑法の各草案における仮出獄の規定の分

類

第二節 仮出獄が規定されている旧刑法の草案

第一項 無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定され

ていない草案

第二項 無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定され

ている草案

第三項 ボアソナードによる講義及び注解書並びに

鶴田皓との議論

第三節 本章の小括

第四章 刑法草案審査局における旧刑法の草案と旧刑法

の公布

第一節 刑法草案審査局における旧刑法の草案

第一項 刑法草案審査局一回刑法草案稿本

第二項 刑法草案審査局二回・三回刑法草案

第三項 刑法草案審査局四・五回刑法草案と刑法審

査修正案

明治前期における早期釈放制度と旧刑法制定過程における仮釈放制度について(二)(田内)

第四項 小括

第四節 小括

第二節 刑法審査修正案及び旧刑法の註解

第五章 総括と課題

第一項 理念・目的

第一節 「放免」制度及び旧刑法の制定過程における

第二項 形式的要件

仮出獄の制度のまとめ

第三項 流刑

第一項 「放免」制度、旧刑法の草案起草過程及び

第四項 停止

旧刑法における仮出獄の制度から得られた知

第五項 「徒刑」に処せられた「囚徒」の仮出獄、

見

「治産ノ禁」の免除及び特別監視

第二項 現在の仮釈放の制度への示唆

第六項 小括

第二節 残された課題

第三節 旧刑法の草案起草過程からみた旧刑法における

一 結びに代えて（以上、本号）

る仮出獄の基本的思想の検討

第三章 旧刑法の草案起草過程における仮出獄—明治一〇年の確定稿まで—

第二章で述べた通り、旧刑法が如何にして制定されたのかについて確認することとしたい。現在、旧刑法における仮出獄の制度についてはドイツ諸国等から取り入れたものとされている。⁽¹⁾そして、その実質的要件については、刑事施設内の行状の評価が中心であったとされ、「報償主義」からくるものとの評価がなされており、⁽²⁾受刑者の改善更生に関する点を評価していないものと理解されているといえる。

しかし、第二章においてみたように、明治七（一八七四）年以降に伺指令により運用された明治五（一八七二）年

制定の「監獄則」(明治五年太政官布告第三七八号、以下、「明治五年監獄則」という)における「放免」及び減刑は、「悔悟」や「悔改」といった改善更生に関する点を評価していた。⁽³⁾また、この「放免」及び減刑が何指令により運用されたかと同時期に、旧刑法の草案が起草されており、仮出獄の規定を起草する際には、このような改善更生に関する点を評価する何指令を意識しながら、その制度設計がなされていたと考えるのが自然である。ゆえに、旧刑法における仮出獄の制度がドイツ諸国等から取り入れたもの及び実質的要件が「報償主義」からくるものとの理解については、なお検討を要するようと思われる。これらの点を踏まえると、旧刑法における仮出獄の制度に対する理解にも影響が及ぼされると思われる、旧刑法の起草過程における草案の内容及びその議論に焦点を当てて、旧刑法の仮出獄の制度について、再度、見直す必要がある。

そこで、本章及び次章では、旧刑法の起草過程における草案の内容及びその議論に焦点を当てて、如何なる理念・目的に基づき、如何なる制度であるのかを明らかにすることとしたい。まず、本章では、旧刑法の草案を起草したポアソナードの影響が強い明治一〇(一八七七)年の旧刑法の草案の確定稿が作成されるまでを確認する。

つぎに、第四章においては、刑法草案審査局が提出された確定稿に対して、修正を加えた過程を確認する。そのうえで、刑法草案審査局における草案並びに刑法審査修正案及び旧刑法の註解等から、その仮出獄の制度が如何なる制度であるのかを明らかにする。そして、第三章及び第四章で獲得された知見を踏まえたうえで、旧刑法の草案起草過程及び旧刑法における仮出獄の制度の実質について検討を加えることとしたい。

最後に、本稿の成果として「放免」制度及び旧刑法の制定過程における仮出獄の制度のまとめを行い、今後の検討課題について示すこととしたい。

第一節 旧刑法の草案起草過程の概要

第一項 旧刑法が公布されるまでの経緯

まず、旧刑法の編纂作業から公布までの一連の大まかな経緯を確認する。旧刑法の編纂作業は、明治五（一八七二）年から一〇（一八七七）年において、一時的な中断を挟みながらも、フランス刑法等を範としながら進められ、明治九（一八七六）年に司法省が、⑦総則部分のみからなり、日本人の編纂委員により編纂された「日本帝国刑法初案」を作成した。この初案は元老院の議定に付せられたが、審議を経ずに返還された。⁽⁵⁾ これを受けて、④ポアソナードが原案を起草して日本人の編纂委員と合議する体制の下で草案が作成され、明治一〇年一月に「日本刑法草案（確定稿）」が太政官に上程された。⁽⁶⁾ そして、⑨関係機関の意見を調整するための刑法草案審査局は、提出された草案を審査修正し、明治一二（一八七九）年六月に「刑法審査修正案」を上進して、⑤翌一三（一八八〇）年三月から元老院が同案を審議修正し、そして、同年七月に旧刑法が公布された。⁽⁷⁾

このような経緯のうち、⑦の草案には仮出獄に関連する規定はみられない。⁽⁸⁾ また、④の草案の審議においては、仮出獄に関する規定に対しては修正されることなく委員全員が賛成している。⁽¹⁰⁾ 他方で④⑨の草案においては、複数の修正が加えられている。また、この④については、仮出獄が規定されている九つの草案を確認することができた。⁽¹¹⁾ そこで、本章では、④に該当する草案の変遷を辿り、概観することとしたい。⑨の草案については、次章で検討することとする。

第二項 旧刑法の各草案における仮出獄の規定の分類

ポアンナードと日本人の編纂委員と合議する体制の下で、起草された旧刑法の各草案における仮出獄の規定は、その対象、実質的要件及び停止（現行法の仮釈放の取消しに相当する）に差異がみられる。そこで、各草案の仮出獄の対象、形式的要件（法定期間）⁽¹²⁾、実質的要件、仮出獄に伴う監視（以下、「特別監視」という）⁽¹³⁾及び停止等について概観することとしたい。

この概観にあたり、時系列に沿って各草案を概観することが望ましいが、旧刑法第一編の編纂時に編纂方式が定式化されていなかったとともに、⁽¹⁴⁾各草案に作成日の記載がないものがあり、時系列に沿って各草案を確認することが難しい。しかし、各草案における仮出獄の規定の文言には類似性又は共通性がみられる。

そこで、各草案における仮出獄の規定の文言の類似性又は共通性に従って、各草案を分類することとしたい。まず、「無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されていない草案」と「無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されている草案」に分類した。さらに、分類した草案を仮出獄の「実質的要件として『行状正シク』と規定する草案」と「実質的要件として『能ク獄則ヲ』守ることと規定する草案」に分類した。以下では、このような分類に従って、旧刑法の草案起草過程の早い段階で作成されたと考えられる草案（「日本刑法草案」（確定稿）の仮出獄の規定の文言と類似性又は共通性が少ない草案）から順に概観することとしたい（後記【表一】参照）。

第二節 仮出獄が規定されている旧刑法の草案

第一項 無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されていない草案

一 実質的要件として「能ク獄則ヲ」守ることと規定する草案

明治前期における早期釈放制度と旧刑法制定過程における仮釈放制度について（二）（田内）

無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されていない草案であるとともに、仮出獄の実質的要件として「能ク獄則ヲ」守ることと規定する草案のうち、「日本刑法草按 第一稿」を取り上げて、仮出獄の規定を概観すると、つぎの通りである。⁽¹⁵⁾

「第六十七条 拘留ヲ除クノ外実決ノ刑ニ処セラレタル犯人能ク獄則ヲ守リ悛改ノ状アル者ハ其刑期四分ノ三ヲ経過スルノ後第二十三条ノ規則ニ照シ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得

仮出獄ヲ許サレタル者ハ本刑期限内特別ニ定メタル監視ニ付ス

若シ期限内更ニ実決ニ該ル重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ直ニ出獄ノ効ヲ失ヒ之ヲ本刑ニ服シ並ニ後犯ノ罪ヲ科シ再ヒ出獄ヲ許スコトヲ得ス」

この規定によれば、「拘留ヲ除クノ外実決ノ刑ニ処セラレタル犯人」を仮出獄の対象としている。すなわち、その対象は徒刑、流刑、懲役、禁獄及び禁錮の刑に処せられた者である。⁽¹⁶⁾

仮出獄の実質的要件として「能ク獄則ヲ」守ること、「悛改ノ状」があることが規定されている。形式的要件（法定期間）については、「其刑期四分ノ三」の経過としている。

そして、仮出獄者は、残刑期間滿了まで特別監視に付される。この「特別監視」とは、「犯人」を政府により定められた土地に帰住させて、その生計の手段を指示したうえで、品行が正しくない場合には速やかに「犯人」を逮捕することができる処分である。⁽¹⁷⁾

また、仮出獄中に「実決ニ該ル重罪輕罪」を犯したときは、禁錮以上の刑を犯したときを指す。⁽¹⁸⁾ このような場合

には、再収容されるとともに、その罪について刑に処されることが規定されている。さらに、再収容後の刑の執行中においては、仮出獄の処分をすることができないとされている。

二 実質的要件として「行状正シク」と規定する草案

無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されていない草案であるとともに、仮出獄の実質的要件として「行状正シク」と規定する草案のうち、「日本帝国刑法草案」を取り上げて、仮出獄の規定を概観すると、つぎの通りである。⁽¹⁹⁾

「第六十七条 拘留ヲ除クノ外実決ノ刑ニ処セラレタル者其刑期ノ四分三ヲ経過シ而シテ行状正シク悔悟改心ノ証ヲ表スルトキハ第二十三条ニ従ヒ卿ノ決定ニヨリ仮出獄ヲ許スコトヲ得
仮出獄ヲ許サレタル者ハ定則ニ従ヒ特別ニ本刑ノ期限ヲ経過スルニ至ルマテ警察監視ニ付ス
若シ其期限内更ニ禁錮ニ処セラレルヘキ重罪又ハ軽罪ヲ犯シタルトキハ直ニ仮出獄ノ便益ヲ失ヒ而シテ再ヒ其犯人ニハ仮出獄ヲ許スコトヲ得ス各刑ヲ皆全ク受ケサル可カラス」

仮出獄の対象及び形式的要件（法定期間）は先の一の草案と共通している。実質的要件として「行状正シク」及び「悔悟改心ノ証ヲ表スル」ことが規定されており、この点が先の一の草案と相違している。

仮出獄の停止については、その事由、再収容、犯した罪について刑に処されることが規定されている点及び再収容後の刑の執行中には仮出獄の処分をすることができない点が共通している。しかし、「各刑ヲ皆全ク受ケサル可カラス」と規定されており、釈放中の日数は刑期に算入しないことが規定されている。

第二項 無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されている草案

一 実質的要件として「行状正シク」と規定する草案

無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されている草案であるとともに、実質的要件として「行状正シク」と規定する草案のうち、「校正刑法草案原稿 完」を取り上げて、仮出獄の規定を概観すると、つぎの通りである。⁽²⁰⁾

「第六十二條 重罪輕罪ヲ犯シ有期実決ノ刑ニ処セラレタル者刑期四分ノ三ヲ經過シ且行状正シク悔改ノ状アルトキハ刑ノ執行規則ニ從ヒ行政上ノ決定ヲ以テ仮出獄ヲ許スコトヲ得

仮出獄ヲ許サレタル者ハ執行規則ニ從ヒ本刑ノ期限ヲ經過スルニ至ル迄特別ニ設ケタル監視ニ附ス

第六十三條 無期ノ刑ニ処セラレタル者二十年ヲ經過スレハ前條ノ例ニ照シ仮リニ出獄ヲ許スコトヲ得

第六十四條 仮出獄中犯人更ラニ禁錮ノ刑ニ処セラル可キ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルトキハ直チニ仮出獄ノ便益ヲ失ヒ前犯後犯ノ刑期中再ヒ仮出獄ヲ許サス各刑ヲ全ク受ケシムヘシ」

この規定によれば、仮出獄の対象は「重罪輕罪ヲ犯シ有期実決ノ刑ニ処セラレタル者」である。すなわち、その対象は、先に述べた徒刑、流刑、懲役、「禁獄ノ刑」及び禁錮の刑に処せられた者である。⁽²¹⁾ この対象は第一項の一・二の対象と共通している。

形式的要件（法定期間）は「刑期四分ノ三」の経過と、実質的要件は「行状正シク」及び「悔改ノ状」があることが規定されている。実質的要件については、第一項の一の「悔改ノ状」があることと、第一項の二の「行状正シク」

が取り入れられている。また、本草案では、無期刑の形式的要件（法定期間）を「二十年」の経過としており、無期刑の仮出獄が採り入れられたことが認められる。

仮出獄の停止については、その事由を禁錮以上の「重罪又ハ軽罪」を犯したときと規定しており、第一項の一・二の草案と共通している。また、釈放中の日数を刑期に算入しないことが、第一項の二の草案と共通している。

二 実質的要件として「能ク獄則ヲ」守ることに規定する草案

無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されている草案であるとともに、仮出獄の実質的要件として「能ク獄則ヲ」守ることに規定する草案のうち、「確定日本刑法草案 完」⁽²²⁾（確定稿）を取り上げることとしたい。この「確定日本刑法草案 完」⁽²⁴⁾（確定稿）は刑法編纂委員会から司法卿に提出された草案である。⁽²³⁾この草案における仮出獄の規定はつぎの通りである。

「第六十五条 重罪軽罪ヲ犯シ実決ノ刑ニ処セラレタル者獄則ヲ謹守シ悛改ノ状アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ経過スルノ後獄則ニ従ヒ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得

仮出獄ヲ許サレタル者ハ本刑期限内特別ニ定メタル監視ニ付ス

第六十六条 無期ノ刑ニ処セラレタル者ハ其情状ニ因リ二十年ヲ経過スルノ後前条ノ例ニ照シ仮出獄ヲ許スコトヲ得

第六十七条 仮出獄中更ニ実決ノ刑ニ該ル重罪軽罪ヲ犯シタル者ハ直チニ出獄ノ効ヲ失ヒ前犯後犯ノ刑期間再ヒ出獄ヲ許サス」

この規定では、「仮出獄の対象を「重罪軽罪ヲ犯シ実決ノ刑ニ処セラレタル者」としている。すなわち、その対象は無期徒刑、有期徒刑、無期流刑、有期流刑、重懲役、軽懲役、重禁獄、軽禁獄、重禁錮及び軽禁錮の刑に処せられた者である。⁽²⁵⁾これは、旧刑法の起草過程における刑の種類⁽²⁵⁾の細分化に従って変更されたものであり、本草案の仮出獄の対象は、第一項の一・二及び第二項の一の対象と実質的には共通している。

実質的要件については「獄則ヲ謹守」すること、「悔改ノ状」があることが要求されている。有期徒刑の形式的要件（法定期間）については「其刑期四分ノ三」の経過と規定されており、これらの要件は第一項の一と共通している。また、本草案の無期刑の仮出獄の形式的要件（法定期間）は「其情状ニ因リ」との文言が加えられたものの、「二十年」の経過と規定されており、第二項の一と共通している。

仮出獄の停止の事由である「実決ノ刑ニ該ル重罪軽罪ヲ犯シタ」ときとは、仮出獄中に禁錮以上の刑を犯したときを指しており、⁽²⁶⁾本草案の停止の事由は第一項の一・二及び第二項の一の草案と実質的には共通している。しかし、釈放中の日数を刑期に算入するか否かについては、規定されていない。

第三項 ポアソナードによる講義及び注解書並びに鶴田皓との議論

以上の旧刑法の草案の起草過程では、ポアソナードに原案の起草を依頼した後に、その原案について、ポアソナードと日本人の編纂委員等との間で議論が交わされて、その内容を反映させた草案が起草されている。それゆえ、起草者の意図を確認することが必要である。この確認にあたり、『刑法草案講義筆記』、『日本刑法草案会議筆記』及び『刑法草按注解』を適宜参照することとしたい。

まず、『刑法草案講義筆記』は、このような旧刑法の草案が起草されている最中、明治九（一八七六）年七月から

(27)
【表一】各旧刑法草案における仮出獄の要件等

各草案	無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されていない草案 実質的の要件として「能ク獄則ヲ」守ることと規定する草案 (「日本刑法草按第一稿」)	無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されていない草案 実質的の要件として「行状正シク」と規定する草案 (「日本帝国刑法草案」)	無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されている草案 実質的の要件として「行状正シク」と規定する草案 (「校正刑法草案原稿 完」)	無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されている草案 実質的の要件として「能ク獄則ヲ」守ることと規定する草案 (「確定日本刑法草案 完」(確定稿))
仮出獄の 対象・各要件等				
対象	拘留ヲ除クノ外 実決ノ刑ニ処セ ラレタル犯人	拘留ヲ除クノ外 実決ノ刑ニ処セ ラレタル者	重罪軽罪ヲ犯シ 有期実決ノ刑ニ 処セラレタル者	重罪軽罪ヲ犯シ 実決ノ刑ニ処セ ラレタル者
形式的要件 (法定期間) 実質的の要件	其刑期四分ノ三 ヲ経過スルノ後 能ク獄則ヲ守リ 悛改ノ状アル者	其刑期ノ四分三 ヲ経過シ 行状正シク 悔悟改心ノ証ヲ 表スルトキ	刑期四分ノ三ヲ 経過シ 行状正シク 悛改ノ状アルト キ	其刑期四分ノ三 ヲ経過 獄則ヲ謹守シ 悛改ノ状アル時
無期刑の形式的 要件 (法定期間)	—	—	二十年ヲ経過	二十年ヲ経過ス ルノ後
特別監視	本刑期限内特別 ニ定メタル監視 ニ付ス	特別ニ本刑ノ期 限ヲ経過スルニ 至ルマテ警察監 視ニ付ス	本刑ノ期限ヲ経 過スルニ至ル迄 特別ニ設ケタル 監視ニ附ス	本刑期限内特別 ニ定メタル監視 ニ付ス
停止の事由	期限内更ニ実決 ニ該ル重罪軽罪 ヲ犯シタル時	其期限内更ニ禁 錮ニ処セラレル ヘキ重罪又ハ軽 罪ヲ犯シタルト キ	更ラニ禁錮ノ刑 ニ処セラル可キ 重罪又ハ軽罪ヲ 犯シタルトキ	更ニ実決ノ刑ニ 該ル重罪軽罪ヲ 犯シタル者
停止の効果	直ニ出獄ノ効ヲ 失ヒ之ヲ本刑ニ 服シ 後犯ノ罪ヲ科シ 再ヒ出獄ヲ許ス コトヲ得ス	直ニ仮出獄ノ便 益ヲ失ヒ 再ヒ其犯人ニハ 仮出獄ヲ許スコ トヲ得ス 各刑ヲ皆全ク受 ケサル可カラス	直チニ仮出獄ノ 便益ヲ失ヒ 前犯後犯ノ刑期 中再ヒ仮出獄ヲ 許サス 各刑ヲ全ク受ケ シムヘシ	直チニ出獄ノ効 ヲ失ヒ 前犯後犯ノ刑期 間再ヒ出獄ヲ許 サス

元老院において「司法省上呈の草案を後日、太政官に於ける審査及び元老院での審議を経ることを睨ん」だ準備講習としての元老院刑法草案講義が再開されており、そこでは、元老院議員及び少数の法制局官員に対してボアソナードが講義を行っており、その講義を記録したものである。⁽²⁹⁾ つぎに、『日本刑法草案会議筆記』は、明治一〇（一八七七）年一月に司法省が「日本刑法草案」（確定稿）⁽³¹⁾を太政官に上呈するまでの間に行われたボアソナードと編纂委員の鶴田皓との議論をまとめたものである。さらに、『刑法草按注解』は、ボアソナードにより作成された「日本刑法草案」（確定稿）⁽³²⁾の逐条の注解書である。

そこで、これらのボアソナードによる講義及び注解書並びに鶴田との間の議論を参照することにより、ボアソナードの考え方を把握するとともに、明治一〇年までの起草過程における仮出獄の制度の詳細を探ることとしたい。

一 理念・目的

ボアソナードは、仮出獄の制度はフランスの刑法には規定されておらず、ドイツ諸国から採用したものであると述べたうえで、⁽³⁴⁾この仮出獄は身持ち（品行）⁽³⁵⁾が良い者に許す「恩典」であり、その理念・目的については、「罪人」を励まして、獄内のみならず獄外において善行に向かわせることにあると説いている。⁽³⁶⁾

その仕組みについては、つぎの通り述べている。すなわち、獄内においては、刑期中の「罪人」の行状により、仮に出獄することを許可することが「罪人」を励まして悔悟に導く最も優れた方法である。⁽³⁷⁾ また、獄外においては、警察官の監視下で生活を営ませることにより、仏国その他諸国のように、獄中の生活から世の中に移らせることに對する心配をなくするものであると述べている。⁽³⁸⁾

無期刑の受刑者に対する仮出獄については、当初、ボアソナードは、仮出獄は人身の自由を剥奪する有期刑を対象

とすべきであり、無期刑については対象とすべきではないと唱えていたが、草案を起草する過程でその考えを改めている。すなわち、ボアソナードは、鶴田との議論において（草案）第一稿では設けなかった無期刑の仮出獄について、獄則を守らせて行状を改めさせることが期待できるのであれば設けることとしたいと提案し、無期刑の仮出獄が旧刑法の草案に規定されることとなった。⁽⁴⁰⁾

この無期刑の仮出獄の理念・目的については、無期刑は死刑を除いた「嚴酷ノ刑」であり、仮出獄という「恩典」を与えることにより、「世」への望みを持たせることにあり、この「仁慈」がその行状を改めさせる賢良な方法であるとしている。⁽⁴¹⁾

二 裁量による釈放

仮出獄を「犯人」の権利とするのか（必要的仮釈放制度とするのか）、それとも仮出獄は行政上の処分として裁量的に行うべきかについて議論がなされた。その際、鶴田が「権利ヲ以テ出獄セシム故其時ハ刑ナキニ近シ」と述べており、仮出獄を「犯人」の権利とした場合、仮出獄が刑の免除に近い制度となり、鶴田はこのような制度とすることは適切ではないとの立場を示した。そして、ボアソナードも鶴田の意見に賛成し、仮出獄は行政上の処分とし、裁量的に行うこととされた。

三 形式的要件（法定期間）

ボアソナードは、形式的要件（法定期間）の趣旨について、受刑者の行状の視察には、一定の期間の刑の執行が終了することが要求されるためであると述べている。⁽⁴⁴⁾そして、形式的要件（法定期間）として、刑の二分の一又は三分

の一の経過を条件とする説があることに言及したうえで、これを寛大にしすぎた場合、「犯人」は敢えて「規則」をおそれない又は意識しなくなる可能性があるとし、これを厳格にすべきであると説いており、⁽⁴⁵⁾ 刑罰の威嚇力の見地から形式的要件（法定期間）を規定すべきであると唱えている。

このような厳格な形式的要件（法定期間）を採用するか否かについては、鶴田と意見が対立している。すなわち、鶴田が「刑期ノ半」としたのに対し、ポアソナードは「三分ノ二」と主張した。⁽⁴⁶⁾ さらに、鶴田は「短期ハ三分ノ二長期ハ半ト為サントス」と主張したが、ポアソナードが「長期短期ヲ分タス四分ノ三ト為スヘシ」と厳格な要件を提案した。⁽⁴⁷⁾ それでも、鶴田は、刑期の「三分ノ二」とすることは、一八七一年ドイツ帝国刑法典の四分の三よりも短い要件ではあるが、同法では「少ナクトモ已ニ一年ニ及ヒ云々」と規定しており、これは、長期刑の受刑者の（執行する）刑期の比率が短期刑の受刑者よりも低くなることを意味しており、日本においては刑期の「三分ノ二」とすることが相当であると説いている。⁽⁴⁹⁾ このような意見に対して、ポアソナードは、ドイツ帝国刑法典が「一年ニ及ヒ云々」と規定しているのは、一年以下についてはどの程度にするべきかが明らかではなく、権衡を保つことができず適当ではないからであると反論している。⁽⁵⁰⁾

このような反論に対して鶴田は、短期刑の受刑者については「四分ノ三」とし、長期刑の受刑者については（執行する）刑期の比率を低くする方が人情に適うと述べた。⁽⁵¹⁾ これに対してもポアソナードは、イタリアの刑法第五七条が「三分ノ二」と規定している点に言及しながら、重罪軽罪を区別することなく、一律にすべきであると主張した。また、イタリア刑法は仮出獄を許した後に、「懲治場」に受刑者を置くこととしているが、日本では直接帰住することができ、「四分ノ三」とすることが相当であるとの説明を加えている。⁽⁵³⁾

それでも、鶴田は、日本刑法における仮出獄を許す処分は裁量的なものであり、短期刑の受刑者よりも長期刑の受

刑者にこの「寛典」を与えるためには「三分ノ二」とするべきであるとし、その理由として、そもそも仮出獄を許す処分は、監獄内の行状の善悪を判断したうえになされるのであれば、「三分ノ二」とすることは不当であるとまではいえず、長期刑の受刑者の（執行する）刑期の比率を短期刑の受刑者よりも低くすることは各国でも行われていることであり、そのようにすることは自ずから人情に適用ものになると述べたが、⁽⁵⁴⁾ボアソナードが、長期刑は罪が重く、短期刑は罪が軽いのであれば、長期短期に拘らずに「四分ノ三」とすべきであると主張して、最終的には仮出獄の要件は「四分ノ三」とされた。⁽⁵⁵⁾

四 無期刑の形式的要件（法定期間）

無期刑の形式的要件（法定期間）については、ボアソナードが有期刑の上限（「二〇年」）の「四分ノ三」は一五年であり、これよりも長い「二〇年」とするのが適当であるとの見解を示し、その理由として、これを「二〇年」とした場合には有期刑の上限との権衡を保つことができるためであると述べている。⁽⁵⁶⁾

五 停止

ボアソナードは、停止の事由について、当初から仮出獄中に禁錮以上の刑に該当する罪を犯したときとの立場を示している。⁽⁵⁷⁾さらに、再び行状が悪く、罪を犯したときは、確証をもって処罰すべきであるが、ただの素行不良（過度の飲酒など）では罰してはならないとも唱えている。⁽⁵⁸⁾それに対して、鶴田は、再び罪を犯した以上、通常の「悔改」した者と同視することは不公平であると主張したものの、⁽⁵⁹⁾ボアソナードは罰金（軽罪）に該当する罪は過失殺傷や失火等にすぎず、⁽⁶⁰⁾過失により行った罪と、故意をもって行った罪とを同等に扱うことは酷であるとの根拠を述べて、ボ

アソナードの提案が一旦採用されている⁽⁶¹⁾。そして、その具体的な事由については、仮出獄者が重罪を犯したときとしている⁽⁶²⁾。

また、停止の効果については、その受刑者は再収容されて自由を失うのみならず、再収容後においては再び仮出獄の処分を受けることができず、前刑の残刑及び「後犯」の刑が執行されることとした⁽⁶³⁾。

六 特別監視

ボアソナードは、「特別監視」は最も厳格な監視であり、仮出獄者を一定の場所に留まらせるものであると説いている⁽⁶⁴⁾。この「特別監視」は、仮出獄中に仮出獄者に付すこと及び別規則に設けることとし、刑の執行が終了したら、仮出獄者を「通常ノ監視」に付すとしている⁽⁶⁵⁾。

この「通常ノ監視」(以下、「付加刑の監視」⁽⁶⁶⁾という)は付加刑であり、主刑が終了した後に、将来の犯罪を予防するため、警察官吏に「犯人」の行状を監視させるものであり、⁽⁶⁷⁾身体を拘束するものではなく、移動の自由を制限するものであるとしている⁽⁶⁸⁾。

両者の違いについては、「特別監視」が「犯人」を定めた土地に帰住させるのに対し、「付加刑の監視」はある土地に留まる(行くこと)ことを禁ずるものであるとの説明がなされている⁽⁶⁹⁾。

七 流刑の者に対する仮出獄

流刑の仮出獄について、鶴田は徒刑の受刑者は仮出獄になれば自由に居住することができるが、流刑は幽閉⁽⁷⁰⁾を免れずても仮出獄を許可されたような十分な利益を得ることができないことに言及したうえで、刑法上に「流刑ハ仮出獄ヲ

許シテ内地へ帰住スルコトヲ得ル」と規定することを提案した。⁽⁷¹⁾しかし、ボアソナードは、本人の「情願」が島地の自由な居住であるのか、それとも内地への帰住であるのかについては、予想することができず、本条では「仮出獄ヲ許スコトを得ル」とし、この詳細については別規則に定めるのが適切であるとの見解を示して、この案が採用されている。⁽⁷²⁾

第三節 本章の小括

現在、仮出獄の制度は、その実質的要件が報償主義に基づくものと理解されているが、以上の旧刑法の起草過程におけるボアソナードによる講義及び注解書並びに鶴田との議論からは、そのような主義に基づいていたと理解できる点も見受けられるものの、むしろ社会復帰に焦点を当てていることが看取された。すなわち、仮出獄の制度は、品行方正な受刑者に対する「恩典」に位置付けられていることが見受けられるものの、その理念・目的は、施設内処遇と社会内処遇との連携により、受刑者の改善の意欲を喚起したうえで、「悔悟」を促すとともに、「善行」に導くことにあることが確認できた。また、無期刑については、仮出獄という期待により、その受刑者が自暴自棄になることを防ぐ等の刑の弊害の回避の側面が認められ、社会復帰への意欲を維持させるための温情的な措置であるといえる。

そして、仮出獄を許す処分に当たっては、これらの理念を鑑みて、必要的仮釈放制度とした場合には、仮出獄が刑の免除と近接した制度となってしまうことを理由に、行政官庁の裁量によってそれを許す旨の決定をすることとされたことを確認した。

停止の効果については、仮出獄中の再犯による再収容及び再収容後の仮出獄を許可しないことを規定している点から、仮出獄者の心理的抑制により再犯を抑止していることが伺えた。しかし、社会内処遇における援助的、福祉的側

面の配慮については言及されていないとともに、特別監視に付すことが規定されており、草案における仮出獄の制度は統制的、権力的側面が強いともいえる。

さらに、ボアソナードと鶴田の議論においては、形式的要件（法定期間）及び停止の事由について、両者の意見の相違を見て取ることができた。すなわち、形式的要件（法定期間）については、ボアソナードは一般予防の観点から形式的要件（法定期間）を厳格にすべきとの立場を示したのに対し、鶴田は仮出獄を寛大な処分とすべきとの立場を示した。停止の事由については、ボアソナードは、禁錮以上の罪に該当するときと主張する等の寛大な立場を示したのに対し、鶴田は罰金以上の罪に該当するときとし、厳格な立場を示している。

このような本章で得られた知見を踏まえて、次章においては、刑法草案審査局が「日本刑法草案」（確定稿）に対して、如何なる理由で、如何なる修正を加えたのかを確認することとしたい。そのうえで、第三章及び第四章で得られた知見を踏まえて、旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法における仮出獄の制度の実質について検討を加える。

第四章 刑法草案審査局における旧刑法の草案と旧刑法の公布

先に述べた通り、関係機関の意見を調整するために設置された刑法草案審査局は、司法省が提出した草案を審査修正し、そして、明治一二（一八七九）年六月に太政官に進された「刑法審査修正案」が元老院での審議を経て上奏されている。⁽⁷⁴⁾この審議では、仮出獄に関連する規定に対して修正が加えられることなく、委員が賛成している。⁽⁷⁵⁾そして、明治一三（一八八〇）年七月に「旧刑法」（明治一三年太政官布告第三六号）が公布され、⁽⁷⁶⁾明治一五（一八八二）年には「旧刑法」及び「刑法附則」（明治一四年太政官布告第六七号）が施行された。⁽⁷⁷⁾

そこで、本章では、確定稿における仮出獄の制度に対して、刑法草案審査局が如何なる修正を加えたのかについて確認し、刑法草案審査局における草案並びに刑法審査修正案及び旧刑法の註解から、その仮出獄の制度が如何なる制度であるのかを把握する。そして、第三章及び第四章で得られた知見を前提に、旧刑法の草案起草過程及び旧刑法における仮出獄の制度の実質について検討を加えることとしたい。

第一節 刑法草案審査局における旧刑法の草案

本節では、刑法草案審査局が「確定日本刑法草案 完」（確定稿）における仮出獄に関連する規定に対して、如何なる修正を加えたのかを確認することとした（後記【表二】参照）。この確認にあたり、刑法草案審査局が作成した「刑法審査局一回刑法草案稿本」から「刑法審査修正案」に至るまでの草案を辿ることとする。なお、刑法審査局二回刑法草案及び同三回刑法草案は仮出獄に関連する規定が共通しているため、後者を取り上げることとする（「三 刑法審査局二・三回刑法草案」⁽⁷⁸⁾）。また、刑法審査局四回刑法草案、刑法審査局五回刑法審査修正案及び刑法審査修正案も仮出獄に関連する規定は内容的には共通しているため、「刑法審査修正案」を取り上げることとする（「四 刑法草案審査局四・五回刑法草案及び刑法審査修正案」⁽⁷⁹⁾）。

第一項 刑法草案審査局一回刑法草案稿本

「刑法草案審査局一回刑法草案稿本」は刑法草案審査局による第一回審査の結果作成された草案とされている⁽⁸⁰⁾。その規定はつぎの通りである。⁽⁸¹⁾

「第五十五条 流刑ヲ除クノ外重罪軽罪ヲ犯シ有期ノ刑ニ処セラレタル者獄則ヲ謹守シ悔改ノ状アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ経過スルノ後行政上ノ処分ヲ以テ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得
無期徒刑ニ処セラレタル者十五年ヲ経過スルノ後亦同シ」

「第五十六条 無期徒刑ノ囚仮出獄ヲ許シタル者ハ仍ホ島地ニ居住セシム」

「第五十七条 仮出獄ヲ許シタル者ハ本刑期限内特別ニ定メタル監視ニ付ス」

「第五十八条 仮出獄中更ニ重罪軽罪ヲ犯シタル者ハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄中ノ日数ハ刑期ニ算入ス」

「第五十九条 刑期間更ニ重罪軽罪ヲ犯シタル者ハ仮出獄ヲ許サス」

この草案稿本と司法省が上呈した「確定日本刑法草案 完」(確定稿⁽⁸²⁾)とを対照すると、複数の相違点が見受けられる。そこで、両者の共通する点と修正が加えられた点、新たに追加された点のみをみることにしたい。

まず、両者の共通点は、仮出獄の形式的要件、実質的要件、特別監視及び再収容後の刑の執行中に仮出獄の処分をすることができない点である。

つぎに、修正が加えられた点は、仮出獄の対象が「重罪軽罪ヲ犯シ実決ノ刑ニ処セラレタル者」から「流刑ヲ除クノ外重罪軽罪ヲ犯シ有期ノ刑ニ処セラレタル者」とされたことである。すなわち、その対象は有期徒刑、重懲役、軽懲役、重禁獄、軽禁獄、重禁錮及び軽禁錮の刑に処された者とされている。⁽⁸⁴⁾無期徒刑の対象は「無期徒刑ニ処セラレタル者」とされ、「徒刑」のみに限定している。⁽⁸⁵⁾その結果、流刑は対象外とされた。無期徒刑の形式的要件(法定期間)については、「二十年」から「十五年」の経過へと修正されている。また、停止の事由については、「禁錮」以上の罪を犯したときから、「罰金」以上の罪を犯したときとされている。さらに、確定稿には規定されていなかったが、仮

出獄中の日数を刑期に算入するか否かについては、「出獄中ノ日数ハ刑期ニ算入ス」と規定されるようになった。

新たに追加された点は、「無期徒刑ノ囚」に対しては「仍ホ島地ニ居住セシム」との条件が付されたことである。⁽⁸⁶⁾このような条件が加わったのは、「刑法草案審査局一回刑法草案稿本」の第十七条が「徒刑」を「島地ニ発遣シ定役ニ服ス」と規定するとともに、⁽⁸⁷⁾同稿本第四十条が「無期ノ刑ニ処セラレタル者特赦ヲ持テ免罪ヲ得」と規定してしているためである。⁽⁸⁸⁾

第二項 刑法草案審査局二回・三回刑法草案

「刑法草案審査局二回刑法草案」と「刑法草案審査局三回草案」は、それぞれ第二・三回審査の結果作成されたものとされており、⁽⁸⁹⁾両者の条文は内容的には共通している。⁽⁹⁰⁾そこで、「刑法草案審査局三回草案」の仮出獄に関連する規定をみると、⁽⁹¹⁾つぎの通りである。

「第五十三条 重罪軽罪ノ刑ニ処セラレタル者獄則ヲ謹守シ俊改ノ状アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ経過スルノ後行政ノ処分ヲ以テ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得

無期徒刑ニ処セラレタル者十五年ヲ経過スルノ後亦同シ

流刑ノ囚ハ第二十一条ニ照シ幽閉ヲ免スルノ外仮出獄ノ例ヲ用ヒス

第五十四条 徒刑ノ囚ハ仮出獄ヲ許サルルト雖モ仍ホ島地ニ居住セシム

第五十五条 仮出獄ヲ許サレタル時ハ自ラ治産ノ禁ヲ免シタル者トス但本刑期限内特別ニ定メタル監視ニ付ス

第五十六条 仮出獄中更ニ重罪軽罪ヲ犯シタル者ハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄中ノ日数ハ刑期ニ算入スルコトヲ得ス

第五十七条 刑期間更ニ重罪軽罪ヲ犯シタル者ハ仮出獄ヲ許サス」

「刑法草案審査局三回草案」と先に述べた「刑法草案審査局一回刑法草案稿本」とを対照すると、共通点は、仮出獄の対象、形式的要件（法定期間）、実質的要件、特別監視、停止の事由並びに再収容後の刑の執行中に仮出獄の処分ができないことである。⁽⁹²⁾

つぎに修正が加えられた点は、仮出獄中の日数は刑期に算入しないことである。

そして、新たに追加された点は、「徒刑ノ囚」が島地に居住することである。また、仮出獄者が仮出獄中に「自ら治産ノ禁ヲ免レタル者」とされることが規定され、仮出獄が許可されると、仮出獄者はその財産の管理をすることができるようにされるとされている。

第三項 刑法草案審査局四・五回刑法草案と刑法審査修正案

「刑法草案審査局四回刑法草案」と「刑法草案審査局五回刑法審査修正案」はそれぞれ第四回と五回の審査の結果作成されたものであり、両者の仮出獄に関連する規定は内容的には共通している。⁽⁹⁴⁾ また、「刑法審査修正案」の仮出獄に関連する規定は「刑法草案審査局五回刑法審査修正案」のものと共通しており、最終的な審査を示すものとされている。⁽⁹⁵⁾ そこで、「刑法審査修正案」の仮出獄に関連する規定をみるとつぎの通りである。⁽⁹⁶⁾

「第五十三条 重罪軽罪ノ刑ニ処セラレタル者獄則ヲ謹守シ悔改ノ状アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ経過スルノ後行政ノ処分ヲ以テ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得

無期徒刑ノ囚ハ十五年ヲ經過スルノ後亦同シ

流刑ノ囚ハ第二十一条ニ照シ幽閉ヲ免スルノ外仮出獄ノ例ヲ用ヒス

第五十四条 徒刑ノ囚ハ仮出獄ヲ許サルト雖モ仍ホ島地ニ居住セシム

第五十五条 仮出獄ヲ許サレタル者ハ行政ノ処分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スルコトヲ得但本刑期限内特別ニ定メタル監視ニ付ス

第五十六条 仮出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄中ノ日数ハ刑期ニ算入スルコトヲ得ス

第五十七条 刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ仮出獄ヲ許サス

「刑法審査修正案」と「刑法草案審査局三回刑法草案」とを対照すると、「治産ノ禁」の免除が「自ラ」から「行政ノ処分」という裁量的なものへと修正され、その他の規定は内容的には共通している。

第四項 小括

以上の刑法草案審査局における旧刑法の草案の概観により、司法省が上呈した「確定日本刑法草案 完」（確定稿）と刑法草案審査局により修正された「刑法審査修正案」は、有期刑の対象、その形式的要件（法定期間）、実質的要件、特別監視及び停止による再収容後の刑の執行中に仮出獄の処分をすることができないことが共通していることが見受けられた。また、釈放中の日数を刑期に算入するか否かについては、最終的には「算入」しないこととなった。つぎに、修正が加えられた点は、無期刑の形式的要件（法定期間）が「二十年」から「十五年」とされている。また、停止の事由が「禁錮」以上から「罰金」以上の罪を犯したときとされている。

新たに追加された点としては、まず、「流刑ノ囚」は仮出獄の対象外とされた。そして、「徒刑ノ囚」が仮出獄となった際の居住先が「島地」とされ、その対象が「無期徒刑ノ囚」から「徒刑ノ囚」へと拡張されている。さらに、仮出獄に伴い、「治産ノ禁」が免除されることが規定され、修正の過程でそれを「自ラ」から行政による裁量的なものとされた。

以上の修正が加えられた点、新たに追加された点からすると、徒刑の仮出獄者の居住先を島地とすることからは、重い刑を科された者を社会から隔離する意図が、裁量的な「治産ノ禁」の解除からは社会内処遇における権力的、統制的な側面が伺える一方で、これらの措置からは、仮出獄者の居住先を確保して、指導監督することにより、仮出獄者を自立させようとする意図も見受けられ、社会内処遇の基盤を整備し始めたといえよう。

第二節 刑法審査修正案及び旧刑法の註解

刑法草案審査局が仮出獄の規定に修正を加えた理由については、『日本刑法草案会議筆記』のような記録⁽⁹⁷⁾が残されておらず、探ることが難しい。しかし、早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵旧刑法・治罪法編纂関係原資料である『刑法審査修正案註解 第一編』⁽⁹⁸⁾の仮出獄の規定は、刑法草案審査局五回刑法審査修正案及び刑法審査修正案のものと同一であり、これらは最終的な審査を示すものとされている⁽⁹⁹⁾。さらに、先に述べた通り、仮出獄の規定は元老院で修正が加えられることなく、旧刑法として公布されている⁽¹⁰⁰⁾。よって、仮出獄の規定については、『刑法審査修正案註解 第一編』が刑法草案審査局五回刑法審査修正案及び刑法審査修正案の註解書であると考えられる⁽¹⁰¹⁾。

また、『刑法審査修正案註解 第一編』の仮出獄に関する註解は、停止の事由の一部が削除されていることを除けば、『刑法註解 第一編』のものと内容的には同一である⁽¹⁰²⁾。この『刑法註解 第一編』は、「旧刑法の注釈書である」

【表二】各旧刑法草案における仮出獄の要件・効果等

草案名 仮出獄の 対象・各要件等	『確定日本刑法草案 完』（確定 稿）	『刑法草案審査局 一回刑法草案稿 本』	『刑法草案審査局 三回刑法草案』	『刑法審査修正 案』
対象	重罪軽罪ヲ犯シ 実決ノ刑ニ処セ ラレタル者	流刑ヲ除クノ外 重罪軽罪ヲ犯シ 有期ノ刑ニ処セ ラレタル者	重罪軽罪ノ刑ニ 処セラレタル者	重罪軽罪ノ刑ニ 処セラレタル者
実質的要件 有期刑の 形式的要件 (法定期間)	獄則ヲ謹守シ悛 改ノ状アル時 其刑期四分ノ三 ヲ経過スルノ後	獄則ヲ謹守シ悛 改ノ状アル時 其刑期四分ノ三 ヲ経過スルノ後	獄則ヲ謹守シ悛 改ノ状アル時 其刑期四分ノ三 ヲ経過スルノ後	獄則ヲ謹守シ悛 改ノ状アル時 其刑期四分ノ三 ヲ経過スルノ後
無期刑の対象 形式的要件 (法定期間)	無期徒刑ニ処セ ラレタル者 二十年ヲ経過ス ル後	無期徒刑ニ処セ ラレタル者 十五年ヲ経過ス ルノ後	無期徒刑ニ処セ ラレタル者 十五年ヲ経過ス ルノ後	無期徒刑ノ囚 十五年ヲ経過ス ルノ後
特別監視	本刑期限内特別 ニ定メタル監視 ニ付ス	本刑期限内特別 ニ定メタル監視 ニ付ス	本刑期限内特別 ニ定メタル監視 ニ付ス	本刑期限内特別 ニ定メタル監視 ニ付ス
「流刑ノ囚」に対 する仮出獄の適 用の有無 「徒刑ノ囚」の居 住先	—	流刑ノ囚：流刑 ヲ除ク 無期徒刑ノ囚： 仍ホ島地ニ居住 セシム	流刑ノ囚：幽閉 ヲ免スルノ外仮 出獄ノ例ヲ用ヒ ス 徒刑ノ囚：島地 ニ居住セシム	流刑ノ囚：幽閉 ヲ免スルノ外仮 出獄ノ例ヲ用ヒ ス 徒刑ノ囚：島地 ニ居住セシム
「治産ノ禁」の 免除	—	—	自ラ治産ノ禁ヲ 免シタル者トス	行政ノ処分ヲ以 テ治産ノ禁幾分 ヲ免スルコトヲ 得
停止の事由	更ニ実決ノ刑ニ 該ル重罪軽罪ヲ 犯シタル者	仮出獄中更ニ重 罪軽罪ヲ犯シタ ル者	仮出獄中更ニ重 罪軽罪ヲ犯シタ ル者	仮出獄中更ニ重 罪軽罪ヲ犯シタ ル者
停止の効果 (出獄後の刑期の 算入の有無、再 収容後の刑の執 行中の仮出獄の 有無)	直チニ出獄ノ効 ヲ失ヒ 前犯後犯ノ刑期 間再ヒ出獄ヲ許 サス	直チニ出獄ヲ停 止シ 出獄中ノ日数ハ 刑期ニ算入ス 刑期間更ニ重罪 軽罪ヲ犯シタル 者ハ仮出獄ヲ許 サス	直チニ出獄ヲ停 止シ 出獄中ノ日数ハ 刑期ニ算入スル コトヲ得ス 刑期間更ニ重罪 軽罪ヲ犯シタル 者ハ仮出獄ヲ許 サス	直チニ出獄ヲ停 止シ 出獄中ノ日数ハ 刑期ニ算入スル コトヲ得ス 刑期限内更ニ重 罪軽罪ヲ犯シタ ル者ハ仮出獄ヲ 許サス

とともに、「刑法編纂委員が旧刑法の各本条の解釈について討議し、その結果をまとめあげた」ものとされている。⁽¹⁰⁶⁾ よって、『刑法審査修正案註解 第一編』は、削除された停止の事由を除き、旧刑法の注解書のである『刑法註解 第一編』の母体であるともいえよう。

そこで、『刑法審査修正案註解 第一編』と『刑法註解 第一編』を用いて、刑法草案審査局が如何なる理念・目的に基づいて仮出獄の制度を規定し、その制度が如何なるものであるのかを探ることとしたい。

第一項 理念・目的

仮出獄の理念・目的については、三つの理由が挙げられている。第一に「犯人」を刑期内において仮に出獄させて「外人」と接近させて生業を営ませることは、総ての「犯人」が入獄の日から順良な心を起こして、その善行を勤めることに資する。さらに、順良な心を起こして「悔改ノ状」を表す者を仮に出獄させることは、自然と他の「犯人」にも「悔改ノ情」を起させると説明している。⁽¹⁰⁷⁾

第二に「犯人」が長期間にわたり獄中で起居する場合、その者が「放免」のときに直ちに生業に就くことは難しい。そこで「悔改ノ状」を表す者に対しては、刑期内に仮に出獄させて「外人」と接近させることにより、「他日」にその生業を営むことを困難にさせないようにするためとしている。⁽¹⁰⁸⁾

第三に「犯人」を長期間「獄場」に置くことは、その身体の「萎衰」を招くのみならず、「犯人」を懲戒する「期限」には「定度」があり、その「期限」が長過ぎる場合には、「犯人」が自ら人と関わろうとする思いを断ってしまい、順良な心を起こすことに至らない結果に繋がってしまう。また、「外人」も、その「期限」が長くなるのに従い、「犯人」をますます厭悪してしまう。その結果、「犯人」は次第に「自棄」の心を「長」くしてしまい、「犯人」を懲

戒する意に反してしまつたためであるとしてゐる。⁽¹⁰⁾

「無期ノ刑」に処せられたる者にこの「恩典」を与えることについては、その「体軀」を健全なものとして、「世」に對する望みを絶たせないためであるとしてゐる。⁽¹¹⁾

第一から第三について大まかにまとめると、まず、この第一で述べられている理念・目的は、⁽⁷⁾施設内処遇と社会内処遇の連携により受刑者の改善の意欲を喚起して、その善行を導くことであり、⁽¹⁾無期刑については、社会復帰への意欲を維持させることにあるといえ、これらは、先に述べたボアソナードによる講義及び注解書並びに鶴田との議論のものと共通してゐる。⁽¹²⁾

しかし、第一では⁽⁹⁾他の受刑者の改善の意欲の喚起が、第二では⁽¹⁰⁾生計の確保が、第三では⁽¹¹⁾受刑者の改善の意欲を維持させること及び⁽¹²⁾受刑者の関係者に対する配慮が、新たに仮出獄の理念・目的として追加されているといえ、刑法草案審査局におけるその理念・目的は、社会復帰を働きかける仕組みについても言及しているといえる。

第二項 形式的要件

仮出獄の要件について、仮出獄は「其能ク獄則ヲ謹守シ悔改ノ状アル者」(が対象)であつて、刑期の「多分」を経過した者でなければ、仮出獄を許可することができないとしてゐる。その理由として、「悔改ノ状」がない者は仮出獄を与える理由に反し、かつ其刑期の「幾分」も経過してないうちに出獄を許すことは、「世人」の「戒メ」として十分ではないからであると説明してゐる。⁽¹³⁾

第三項 流刑

流刑に処せられた者に対しては、幽閉を免する規定があり、仮出獄の規定については適用しないとしている。⁽¹¹³⁾

第四項 停止

停止の趣旨については、つぎの通り説かれている。すなわち、仮出獄中に再び重罪軽罪を犯した者は、それを許す理由に「背反」した「所業」をなしている。ゆえに、出獄中に経過した日数については、刑期に算入しないとしている。また、仮出獄が許可された者が重罪軽罪を犯さなければその許可を停止することはできないと規定した理由については、行政官が他の「事故」によって恣意的に仮出獄を停止することができるとした場合には、仮出獄を許した機能を弱めてしまったためであると説明している。⁽¹¹⁴⁾

この停止の事由については議論が見受けられた。『刑法審査修正案註解 第一編』では、以下のような説明がなされている。すなわち、「重罪軽罪」を犯した者の他にも「亘シカラサル所状アル」ときも停止の事由とし、この停止の事由により停止された場合の出獄中に経過した日数を刑期に算入すべきか否かについては、仮出獄者が再び罪を犯したときは「自カラ此恩典ヲ放棄シタル者」であるため、出獄中に経過した日数を刑期に算入しないとしても、罪を犯していない仮出獄者に対してはその日数を刑期に算入するのが適当であろうとの見解が示されている。⁽¹¹⁵⁾

しかし、『刑法註解 第一編』にはこのような説明がなされない。また、『刑法審査修正案註解 第一編』には、さらに朱書きでこの注解は他日の「献議」に付すべきものといえども、ここに「附記」して「遺忘」に備えるとの頭註が書き込まれている。⁽¹¹⁶⁾「これは、草案審査の最終段階まで、取消事由をめぐって検討があったことを意味する」とされていることからすると、停止の事由については、ポアソナードと鶴田との議論におけるその意見の相違とは異なる

る新たな論点が生じたといえる。

第五項 「徒刑」に処せされた「囚徒」の仮出獄、「治産ノ禁」の免除及び特別監視

「徒刑」に処せされた「囚徒」に対する仮出獄は、「島地」に発遣する点について、「流刑」に処せられた者と同じであり、その刑期の間は島地に居住するものとしている。また、「治産ノ禁」の免除については、仮出獄を許された者は「外人」に接近して生業を営むため、「治産ノ禁」の「幾分」かを免除せざるを得ないと説明している。ただし、(仮出獄者の)刑期は未だに終了しておらず、(仮出獄者に対しては)「普通ノ監視」⁽¹⁸⁾よりも厳しい「特別ノ監視」に付すとしている。⁽¹⁹⁾

第六項 小括

以上の註解から、仮出獄の制度についてまとめると、その理念・目的は、⑦施設内処遇と社会内処遇の連携により受刑者の改善の意欲を喚起して、その善行を導くこと、①無期刑については社会復帰への意欲を維持させること、②他の受刑者の改善の意欲の喚起、③生計の確保、④受刑者の改善の意欲を維持させること及び⑤受刑者の関係者に対する配慮であることが確認できた。このように、その理念・目的は、基本的には受刑者の社会復帰に焦点を当てているといえ、ボアソナードによる講義及び注解書並びに鶴田との議論のものと共通している。しかし、刑法審査修正案及び旧刑法の註解においては、受刑者に対する社会復帰への働きかけについて説明がなされており、先の議論等よりもその内容が詳細なものとなっているといえ、仮出獄の社会復帰に向けた姿勢をより明確に示していると評価することができる。

このように仮出獄が社会復帰に焦点を当てた制度であることを示すとともに、この⑤の手段として、「治産ノ禁」の免除が規定されており、これは社会内処遇の手段を具体化させたものであるといえる。また、⑦については、受刑者の関係者がその者を嫌悪することを防ぐことにより、その引受人になる意欲を削がせない配慮であると評価することができる。これらの社会内における客観的事情を整備することからは、社会内処遇において不足していた援助的、福祉的側面を補おうとしていたことが伺える。

また、一般予防の観点から、形式的要件（法定期間）には、一定の刑期の経過が必要とされ、ボアソナードの見解が反映されており、これが形式的要件（法定期間）を基礎づけていると評価することができる。さらに、無期刑については、「二十年」から「十五年」の経過に修正しているものの、註解等はその詳細については言及していない。しかし、①の理念・目的からすると、無期刑の受刑者を自暴自棄に陥らせることなく、その改善の意欲を維持させるといふ刑の弊害の回避の側面に焦点を当てているといえ、それにより、その形式的要件（法定期間）を短縮化したと考えられる。

停止の事由については、新たな制度趣旨として、行政官の恣意的な運用の防止が示された。その一方で、その事由については、素行不良を追加するか否か、それを追加した場合のその効果について争いがみられ、新たな論点が生じたことを確認した。

さらに、「徒刑ノ囚」の仮出獄者の居住先が「島地」とされたことについては、「徒刑」が他の刑罰よりも重く規定されている点からすると、応報の観点から仮出獄が許可されたとしても、重い罪を犯した仮出獄者は、なお隔離して自戒することが必要であるとの意図が伺える。

第三節 旧刑法の草案起草過程からみた旧刑法における仮出獄の基本的思想の検討

以上の第三章及び第四章の概観により獲得された知見を基に、十分には研究がなされていなかった旧刑法の草案の起草から制定までの間の草案の内容及び議論に焦点を当てて、以下の点について提示することとしたい。

序章で述べた通り、現在、旧刑法における仮出獄の制度については、その実質的要件について「報償主義」からくるものとの評価がなされているとともに、ドイツ諸国等から取り入れたものとされている。⁽²⁰⁾

しかし、仮出獄が規定される以前の早期釈放である、明治七（一八七四）年以降に伺指令により運用された「放免」及び減刑においては、「悔悟改心ノ実効瞭然タル者」という内面的要素を行状等により外部に表した者や「病囚ヲ懇切ニ看護シテ拔群ノ功勞有之悛改ノ効驗明亮ナル者」という利他的行為を表した者を評価しており、その許可に際しては、「悔悟」や「悛改」といった改善更生に関する点を評価し始めていたといえ、仮出獄の実質的要件が従前の早期釈放で評価していた点を考慮してはいないと考えにくい。

さらに、これまでの概観により獲得された知見からすると、仮出獄の制度は、ドイツ諸国等の制度を参照しているもの⁽²¹⁾、旧刑法の草案の起草過程における議論を通して形成されたと考えられる点が見受けられ、ドイツ諸国等の制度をそのまま導入したとまではいえない。

したがって、旧刑法における仮出獄の理念・目的が如何なる立場を示して、それに基づいた実質的要件が如何なるものであるのかを明らかにすることが必要である。そこで、旧刑法における仮出獄の理念・目的が如何なる立場を示していたのか、それに基づく実質的要件が如何なるものであるのか、そして社会復帰の基本的思想に基づくその他の制度について、検討を加えることとしたい。

一 理念・目的

旧刑法の草案起草過程における理念・目的は、現在の仮釈放の制度と基本的には共通の思想の下に形成されている。先に述べた通り、ポアソナードの講義及び注解書並びに鶴田との議論から、仮出獄の理念・目的は、受刑者の改善の意欲を喚起したうえで、「悔悟」を促すとともに、「善行」に導くことにあるとしている。また、刑法審査修正案及び旧刑法の注解においても、施設内処遇と社会内処遇の連携により受刑者の改善の意欲を喚起して、その善行を導くことにあるとしており、これらは基本的には社会復帰に焦点を当てている。⁽¹²⁶⁾

そして、現在の仮釈放の目的は改善更生の手段として考える立場を示している。⁽¹²⁷⁾このように、旧刑法と現在の仮釈放の目的は、改善更生を図るという点で基本的に共通しているといえる。したがって、旧刑法の仮出獄の制度と現在の仮釈放の制度には、連続性があることが認められ、旧刑法の仮出獄の制度においては、改善更生を図る立場が既に示されていたといえよう。

二 実質的要件の本質

つぎに、実質的要件の詳細について検討することとしたい。従来、旧刑法の起草過程においては、旧刑法の起草以前の二一八一年ドイツ刑法典の仮出獄の規定(第二十三条)を参照しているのが一般的な理解とされてきた。⁽¹²⁸⁾その代表的な論者である太田達也の見解を確認すると、つぎの通りである。

「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)」行状

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、『悛改ノ状』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、『悛改ノ状』に、『獄則ノ謹守』以上の特別の意味があったとは考えにくい。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状や心情であったとされていることから、『悛改ノ状』も『獄則ノ謹守』とともに施設内での行状の評価が中心であっ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。⁽¹²⁸⁾

このように、実質的要件については、形式的には「悛改ノ状」と「獄則ヲ謹守」することを並列的に捉えており、そのうち、「獄則ヲ謹守」することが中心に考えられてきた。しかし、仮出獄の理念・目的が基本的には社会復帰に焦点を当てていることは示した通りである。そうすると、そもそも「報償主義」からきていることには疑義が生じる。それゆえ、「獄則ヲ謹守」することを中心に考えることにも根拠がなく、「悛改ノ状」と「獄則ヲ謹守」することが如何なる関係性であるのかを明らかにすることが必要である。

確かに、一八七一年ドイツ帝国刑法典をみると、この仮出獄の規定は、その実質的要件を „sich auch während dieser Zeit gut geführt haben“（「其期限内居動宜ケレハ」⁽¹²⁹⁾）（司法省訳）、「その刑期間中に行状正しければ」⁽¹³⁰⁾（著者訳）と規定している（同法第二十三條⁽¹³¹⁾）。これは客観的状況を要件としているといえ、旧刑法の「獄則ヲ謹守シ」に相応するものであるとはいえよう。

しかし、旧刑法の草案でもある *Projet de Code Penal pour l'Empire du Japon*（「元老院上呈仏文刑法草案」⁽¹³²⁾）における仮出獄の規定の構造は、客観的状況のみを要件としておらず、一八七一年ドイツ帝国刑法典とは対応していない。

すなわち、仮出獄の実質的要件について、「*cont donné, par leur bonne conduite, des preuves d'amendement*」(「彼ノ好キ行状ニ因リ改心ノ証拠ヲ与ヘタトキ」)⁽¹³⁴⁾(磯部四郎訳)、「品行方正の状況により改心の証拠を与えたとき」(著者訳)と規定しており、「好キ行状」又は「品行方正の状況」という客観的状況を「改心」の証拠としている。したがって、「獄則ヲ謹守」することは「悛改ノ状」があるか否かという仮出獄の理念・目的に即した判断基準にすぎず、「獄則ヲ謹守」することと「悛改ノ状」は手段と目的の関係であると捉えることが適切であると思われる。それゆえ、実質的要件においては、「悛改ノ状」こそが本質であるといえよう。

そして、この「改心の証拠を与え」ることは、ポアソナードの講義及び注解書並びに鶴田の議論において、仮出獄の理念・目的が、受刑者の改善の意欲を喚起したうえで、「悔悟」を促すとともに⁽¹³⁵⁾、「善行」に導くことにあるとされていたことと合致している。さらに、刑法審査修正案及び旧刑法の註解における仮出獄が理念・目的としていた順良⁽¹³⁶⁾な心を起こして「悛改ノ状」を表す者を仮に出獄させるときは、自然と他の「犯人」にも「悛改ノ情」⁽¹³⁷⁾を起させることも合致している。ゆえに、「改心の証拠を与え」ることと同様に、旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法における仮出獄の「悛改ノ状」は、内面的要素とともに、それが行動等により外部に現れる状況を指しているといえよう。したがって、旧刑法の実質的要件の判断には、社会内において社会復帰を目指すという理念に基づき、受刑者の改善の意欲があり、社会内において更生できるかを見極めることに主眼があったといえる。

三 社会復帰の基本的思想に基づくその他の制度

先に述べた通り、旧刑法の制定過程及び旧刑法における仮出獄の理念・目的は、基本的には社会復帰に焦点を当てており、施設内処遇と社会内処遇の連携により受刑者の改善の意欲を喚起して、その善行を導くことにあるとしてい

るといえる。その理念に基づき、旧刑法の草案の起草過程における草案及び旧刑法は、施設内処遇の手段としては形式的要件（法定期間）、社会内処遇の手段としては、徒刑の仮出獄者の居住先を島地とすること、「治産ノ禁」の免除及び特別監視について規定している。⁽¹³⁸⁾

このような手段は、適度な懲戒の期間により受刑者を自暴自棄に陥らせることなく、その改善の意欲を喚起するとともに、徒刑に処された仮出獄者の居住先を確保して、「普通ノ監視」よりも厳しい特別監視であっても、仮出獄者に指導監督を行い、仮出獄者が一般人と接触しながら労働により生計を立てさせるものであるといえる。⁽¹⁴⁰⁾したがって、仮出獄者を自立させようとする意図も看取することができ、旧刑法の制定過程及び旧刑法においては、社会内処遇を実施するには援助的、福祉的側面が不十分であったといえ、仮出獄者の社会復帰の在り方を示したといえよう。

第四節 小括

以上の旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法の検討をまとめるとつぎの通りである。

まず、旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法における仮出獄の理念・目的からは、現在の仮釈放の目的である改善更生を図る立場が既に示されていることが確認された。この理念・目的に基づき、旧刑法の制定過程及び旧刑法における仮出獄の制度は、形式的要件（法定期間）と社会内処遇等について規定することにより、仮出獄者の社会復帰の在り方を示したといえよう。

そして、旧刑法における実質的要件の「獄則ヲ謹守」することと「悛改ノ状」については、手段と目的の関係であるといえ、実質的要件は「悛改ノ状」が本質であることを指摘することができ、「悛改ノ状」についても、仮出獄の理念・目的から内面的要素が行動等により外部に現れる状況を示しているといえよう。

第五章 総括と課題

第一節 「放免」制度及び旧刑法の制定過程における仮出獄の制度のまとめ

序章で述べた通り、研究対象から除外されることが少なくなかった明治五年監獄則における「放免」並びに旧刑法の草案の起草過程における草案の内容及びその議論に焦点を当てて、旧刑法の制定過程及び旧刑法における仮出獄の制度を検討したことで獲得された知見を示したうえで、現在の仮釈放の制度への示唆を指摘することとしたい。

第一項 「放免」制度、旧刑法の草案起草過程及び旧刑法における仮出獄の制度から得られた知見

第一章の検討から、明治五年監獄則における「放免」は、教化主義に基づいた収容者の社会復帰に配慮した制度であり、この「放免」が早期釈放制度の理念・目的を生成したと考えられる。この明治五年監獄則については、施行後まもなく限定的に施行されることとなったものの、明治七（一八七四）年以降の同指令により運用されたことが確認された。この同指令により運用された「放免」及び減刑においては、その許可の判断の際には、「獄則ヲ守」ることにとどまらず、「悔悟」や「悔改」といった改善更生に関する点を評価していた。⁽¹⁴⁾ この更生改善に関する点を評価する立場は、旧刑法及び現行刑法の仮釈放（仮出獄）の理念・目的が改善更生を図るとしている点と相当程度共通しているといえる。

もっとも、明治八（一八七五）年における「赦宥軽減」せざるを得ない者に対する減刑が「能ク勸懲シテ他囚薫陶スル者」を評価していた点⁽⁴⁸⁾及び旧刑法の理念・目的が他の受刑者の改善の意欲の喚起にもあるとしていた点から、両者は他の受刑者の影響を重視する立場を示しているといえるが、この立場は、現在の仮釈放制度においては見受けられない。

とはいえ、これを除いて考えれば、改善更生を評価する立場については、相当程度共通しているといえ、明治七年以降の伺指令により運用された「放免」及び減刑、旧刑法並びに現行刑法の仮釈放（仮出獄）の制度には、連続性があるといえる。ゆえに、明治七年以降の伺指令により運用された「放免」及び減刑が改善更生に関する点を評価する立場を生成し、そして、旧刑法の草案の起草過程が早期釈放制度の理念・目的を具体化させたといえよう。

このような連続性は、旧刑法の草案の起草過程における仮出獄の実質的要件にも見受けられる。すなわち、旧刑法の草案の起草過程においては、実質的要件を「獄則ヲ謹守シ悛改ノ状アル時」等と規定しており、この「獄則ヲ謹守」することは、「明治五年監獄則」の懲役十二条の第八条における「放免」が規定している「能ク獄則ヲ守リ工役ヲ勉ムルコト他囚ニ勝ル」と⁽⁴⁹⁾、「獄則ヲ守るといふ点で共通している。この点からすると、旧刑法の草案の起草過程において、この「獄則ヲ謹守」することが、先に述べた *Projet de Code Pénal pour l'Empire du Japon*（「元老院上呈仏文刑法草案」）において規定されていた「好キ行状」又は「品行方正の状況」を具体的に示す行為に相当するものであるとすれば、実質的要件の「獄則ヲ謹守」することは、明治五年監獄則からきているともいえる。

さらに、明治五年監獄則と旧刑法の草案の起草過程における実質的要件の「悛改ノ状」との関係については、明治七年以降に伺指令により運用された明治五年監獄則における「放免」及び減刑が、既に「悔悟改心ノ実効瞭然タル者」という内面的要素を行状等により外部に表した者を評価していた点と⁽⁵⁰⁾、実質的要件の「悛改ノ状」が、受刑者の

内面的要素が行動等により外部に現れる状況である点からすると、両者が内面的な更生を確認する立場を示しているといえ、この点で共通しているといえる。

そして、旧刑法における仮出獄の実質的要件である「獄則ヲ謹守」することと「悔改ノ状」の関係については、「獄則ヲ謹守」することを中心に考えて、両者を「報償主義」からくるものと理解することは妥当ではなく、「獄則ヲ謹守」することは「悔改ノ状」の判断基準に過ぎなかったことからすると、「獄則ヲ謹守」することは手段であり、「悔改ノ状」は目的であると捉えることが適切であるといえ、内面的な更生を確認することが実質的要件の本質であると考えられる。このように、明治七（一八七四）年以降に何指令により運用された明治五年監獄則における「放免」及び減刑と「悔改ノ状」には、内面的な更生を確認する立場を示す点において連続性があることが看取される。

このように、旧刑法における仮出獄の制度と明治五年監獄則における「放免」には連続性が認められ、仮出獄の制度については、「放免」等の指令何による実際の運用を意識しながら形成されたと評価することができ、明治五年監獄則及びそれ以降の何指令により運用された「放免」及び減刑において評価された要素については参考になるといえる。

もっとも、この仮出獄の理念・目的に対しては、ボアソナードの講義及び注解書並びに鶴田の議論において、形式的要件（法定期間）が有期刑については刑の威嚇力の観点から、無期刑については応報の観点から、そして、刑法審査修正案及び旧刑法の注解において、有期刑については同様の観点から、それぞれ規定されているといえ、応報及び刑罰の威嚇力の観点から制約している点が見受けられる。それゆえ、仮出獄の制度は、改善更生を図る点と刑罰の威嚇力及び応報の観点との兼ね合いも考慮されていることが看取することができよう。

しかし、このような制約があるとしても、旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法における仮出獄の理念・目的は、そ

の社会内処遇において反映されている。すなわち、旧刑法の草案の起草過程における草案及び旧刑法は、徒刑に処された仮出獄者の居住先の確保、「特別監視」であっても仮出獄者に指導監督を行うこと、仮出獄者が一般人と接触しながら労働により生計を立てさせること並びに出獄の停止後の効果として、再収容が予定されていること及び仮出獄中の日数をその刑期に算入しないことを規定している。これらは、仮出獄者を自立させる及び仮出獄者の心理的抑制により再犯の防止を図る手段であるといえ、社会内におけるその社会復帰の思想を示していると評価することができ。よって、旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法においては、施設内処遇にとどまらず、社会内処遇においても社会復帰の基本的思想を反映させようとしていたと考えられる。

そして、これらの社会復帰の思想を示す制度は、現在の仮釈放の制度と相当程度共通しており、旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法における仮出獄の制度と現在の仮釈放の制度には連続性があるといえ、旧刑法の草案の起草過程が現在の仮釈放の制度の実質を形成したと考えられる。したがって、旧刑法の草案の起草過程及び旧刑法は、受刑者及び仮出獄者の社会復帰の在り方について示したといえよう。

以上のように、明治五年監獄則における「放免」、これに基づきながら伺指令により運用された「放免」及び減刑並びに旧刑法の草案の起草過程における草案の内容及びその議論に焦点を当てて、仮出獄の制度の実質について分析することは、現在の仮釈放の制度を基礎づけた点について指摘することができ、その制度の在り方に関連する議論に対して有益であるといえよう。

第二項 現在の仮釈放の制度への示唆

明治七（一八七四）年以降の伺指令により運用された「放免」及び減刑は、その許可の判断の際には、改善更生に

関する点を評価しており、この評価は個別具体的に判断する立場を示しているといえる。また、伺指令により運用された「放免」及び減刑は、明治一二（一八七九）年以降において、より運用されており、その「放免」の許可の際には、改善更生に関する点を総合的に評価しており、弾力的に運用されていたことを確認した。⁽¹⁴⁶⁾これに対して、現在の仮釈放の許可においては、その基準を順次評価するとしており、⁽¹⁴⁷⁾受刑者はその基準を全て満たすことが必要である。⁽¹⁴⁸⁾このような評価の方式に対しては、保護観察を受けることにより社会復帰が可能となる者を排除してしまう可能性がある⁽¹⁴⁹⁾といった事務的な判断の方式への指摘が見受けられるとともに、その基準を満たすことができない者が少なくないとの批判が存在している。⁽¹⁵⁰⁾このような状況に対して、より柔軟な運用を目指すのであれば、これらの「放免」における弾力的な運用を参考にすることも、その一助とならう。

このような現在の「改悛の状」を判断するための基準に関連する示唆は、刑法審査修正案及び旧刑法の註解における仮出獄の理念・目的からも見て取ることができる。この仮出獄の理念・目的は、他の受刑者の改善の意欲の喚起にもあるとしており、他の受刑者の影響を重視していることが伺える。この他の受刑者の影響を重視する立場は、明治八（一八七五）年における「赦宥軽減」せざるを得ない者に対する減刑の一例として「能ク勸奨シテ他囚薰陶スル者」を評価していたこと⁽¹⁵¹⁾からも見受けられ、この立場を示す点で両者は共通しているといえる。

この他の受刑者の影響を重視することは、受刑者間のプライバシーの問題等もあり、現在ではみられないところではあるが、行動等により外部に現れる状況であるともいえ、「悛改ノ状」とも共通している。ゆえに、「悛改ノ状」においては他の受刑者への影響を評価することが想定されていたと思われる、このような他の受刑者への影響を重視する立場は、現在の「改悛の状」を判断するための基準において、新たに判断する事項として参考になるといえよう。

これらの仮出獄の許可の判断に加えて、現在の仮釈放の制度に対する示唆も読み取ることができる。すなわち、旧

刑法の草案の起草過程における草案及び旧刑法における仮出獄の制度には、仮出獄者が一般人と接触しながら労働により生計を立てさせることが規定されており、これは一般人との関わり合いを重視しているといえる。この一般人との関わり合いを重視する立場は、仮出獄者を社会に早期的に適応させるという観点から重要であると思われる。しかし、現在の仮釈放の制度においては、仮釈放者は保護観察官、保護司、更生保護法人又は民間協力組織等と主に関わっており、一般人との接触が多くはないといえる。それゆえ、一般人との関わり合いを重視する立場は、現在の社会内処遇においてもなお尊重されるべきであるといえよう。

第二節 残された課題

以上の獲得された知見を踏まえたうえで、今後の検討課題を示すこととしたい。

旧刑法において、実質的要件の本質は「悔改ノ状」が中心であった。それに対して、現在の「改悛の状」を判断するための具体的な基準は、全て順次評価することとされている。^(註)このような「悔改ノ状」を中心とする立場から現在の逐次的に判断する方式を採用した経緯については、如何なる理由又は契機であったのかを模索したうえで、それを分析することが必要である。それにより、現在の「改悛の状」を判断する基準及びその判断の方式の在り方に対して、如何にすべきかという方向性を示すことができると思われる。

以上の検討課題については、現在の仮釈放の制度に関わる問題を解決するために、必要な分析であり、今後、別稿において検討を加えることとしたい。

結びに代えて

大学院入学から現在まで、指導教員として須藤純正先生には、懇切丁寧なご指導を賜りました。深く感謝いたします。

須藤先生には研究にとどまらず、多方面にわたりご相談に乗っていただき、俯瞰的な視点からご教示いただきました。特に思い出深いのは、刑事政策における現在の課題について、ご自身のアメリカ留学のご経験等から、アメリカの刑事司法制度を例に挙げられながら、その対応策についてお話いただいたことであり、貴重なものとなりました。

本稿は現在の仮釈放の制度への示唆が不十分なものでありますが、これまで焦点が当てられることが少なかった旧刑法の起草過程の草案内容及びその議論における仮出獄の制度に触れることができました。今後もさらに現在の仮釈放の成立過程を明らかにしたうえで、アメリカのパロール (parole) との比較研究に取り組んで参ります。

【注】

- (1) 小川太郎「パロールの運用と善時制について」小川太郎編『矯正編集』(矯正協会、一九六八年) 六五七―六五八頁、小川太郎「仮出獄の思想」犯罪と非行第四三号(一九八〇年) 二六頁。本稿では、法律上「仮釈放」という名が付けられている「懲役又は禁錮の受刑者に対する仮釈放」を対象とする。また、「仮釈放」との呼称は、平成一七(二〇〇五)年の監獄法改正で「監獄」が「刑事施設」に改められたのを受けて変更されたものであり、本稿では、当時の文献を参照した場合には「仮出獄」を用いることとする。西田典之ほか編『注釈刑法 第一巻 総論』(有斐閣、二〇一〇年) 二二五、二二九頁「金光旭」。
- (2) 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」法学研究第八四巻第九号(二〇一一年) 一八―一九頁。
- (3) 拙稿「明治前期における早期釈放制度と旧刑法定過程における仮釈放制度について」(一)『法学志林第一一八巻第四号(二〇二

一年)一一三頁以下。

(4) 浅古弘・伊藤孝夫ほか編『日本法制史』(青林書院、二〇一〇年)二九一〜二九二頁(浅古弘)、川口由彦『日本近代法制史』[第2版]』(新世社、二〇一四年)二〇一〜二〇三頁。

なお、旧刑法の起草以前の明治八年(一八七五)年九月から始められた刑法草案取調掛の委員等に対するボアソナードによるフランス法の講義では、当時のフランスが仮出獄の制度が導入しておらず、仮出獄について取り上げられる箇所は見当たらなかった。また、フランスは一八八五年八月一日の法律によって仮釈放を導入している。司法省『各国刑法類纂 上』(司法省、一八七八年)三八九〜四〇〇頁、G・ステファニほか著(澤登俊雄ほか訳)『フランス刑事法』(犯罪学・行刑学)』(成文堂、一九八七年)三四一〜三四二頁、G・ステファニほか著(澤登俊雄ほか訳)『フランス刑事法』(刑法総論)』(成文堂、一九八一年)四一三頁、西原春夫ほか編『日本立法資料全集29 旧刑法』[明治13年』(1)』(信山社、一九九四年)一六六頁以下。

(5) 吉井蒼生夫「第二節 刑法草案取調掛の設置と「日本帝国刑法初案」西原ほか編・前掲注(4)九〜一〇頁、九一〜九二頁、岩谷十郎「二つの仏文刑法草案とボアソナード」法學研究第六四卷第二号(一九九一年)五九〜六〇頁。

(6) 小早川欣吾『明治法制史論公法之部(下巻)』(巖松堂書店、一九四〇年)一〇〇五頁、石井良助『明治文化史 第2巻 法制』(原書房、一九八〇年)四五二〜四五四頁、吉井蒼生夫ほか「旧刑法制定過程年表」西原ほか編・前掲注(4)二七〜三一頁、浅古・伊藤ほか編・前掲注(4)二九二頁(浅古弘)。

(7) 川口・前掲注(4)二〇二〜二〇三頁。旧刑法の制定過程については、小早川・前掲注(6)九九九頁以下、中村吉三郎「刑法(法体制準備期)」鶴飼信成ほか編『講座 日本近代法発達史9』(勁草書房、一九六〇年)一八頁以下、新井勉「旧刑法の編纂(一)」「(二)」法學論叢第九八巻第一号(一九七五年)五四頁以下、第九八巻第四号(一九七六年)九八頁以下、石井・前掲注(6)四五二頁以下、吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』(日本評論社、一九九六年)九四頁以下等を参照。

(8) 西原ほか編・前掲注(4)五一〜五七頁。

(9) 藤田正「第三章 資料解題」西原春夫ほか編『日本立法資料全集36・I 旧刑法』[明治13年』(4)・I』(信山社、二〇一六年)三三〜三三頁。

(10) 西原春夫ほか編『日本立法資料全集36・II 旧刑法』[明治13年』(4)・II』(信山社、二〇一六年)二九七、三七四〜三七五頁。
(11) 九つの草案とは、「大日本刑法草案 完」、「日本刑法草案 第一稿」、「日本帝国刑法草案」、「日本刑法教師元稿不定案 第一巻」、

「校正刑法草案原稿 完」、「日本刑法草 第二稿」、「日本刑法草案 完」、「日本刑法草案 完」及び「確定日本刑法草案 完」(確定稿)のことである。西原春夫ほか編『日本立法資料全集 30 旧刑法「明治13年」(2)・I』(信山社、一九九五年)五九、九五、一三九、二三九、二九六、三三三、三九八頁、西原春夫ほか編『日本立法資料全集 31 旧刑法「明治13年」(2)・II』(信山社、一九九五年)七六二、七六三、八一頁。

(12) 「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」(平成二〇年四月二三日法務省令第二八号、以下「社会内処遇規則」という)第七条第一項三号は、仮釈放許可のために必要とされる執行済刑期を「法定期間」としている。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法「第三版」』(青林書院、二〇一五年)七二〇頁「林眞琴」。

(13) 特別監視については、三田奈穂によって検討がなされている。三田奈穂「明治期における仮出獄と特別監視」成蹊法学第八四号(二〇一六年)一一一頁以下。

(14) 藤田正「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(11)一八頁。

(15) ここで紹介した草案は「大日本刑法草案 完」と「日本刑法草按 第一稿」であり、両草案は仮出獄に関する条文の文言が同一である。西原ほか編・前掲注(11)五九、二三九頁。「大日本刑法草案 完」は「日本文草案の初期のもの」と考えられており、「日本刑法草按 第一稿」は「明治九年月二月に上申された刑法草案」とされている。藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(11)二一～二三頁。また、本稿における引用に際しては、旧字体を新字体に改め、合字を適宜変更した(例えば、「假」を「仮」に「佯」を「トモ」に改めるなど)。

(16) 「日本刑法草按 第一稿」第四十七条は「軽罪ノ実決ニ処セラレタル者ハ(以下、省略)と規定しており、軽罪の禁錮と罰金とを区別している。第六十六条においても「実決の刑期ハ其執行ノ日ヨリ起算ス」と規定しており、「実決ノ刑」は自由刑を指している。また、草案では、有期の自由刑が「実決ノ刑」と総称されているという。ゆえに、「実決ノ刑」とは、徒刑、流刑、懲役、禁獄、禁錮及び拘留を指している。西原ほか編・前掲注(11)二三四、二三七、二三九頁、三田・前掲注(13)一一三頁。また、「第二十三条の規則」は、「日本刑法草按 第一稿」第二十三条の「獄司監察官具状シ内務司法両卿ノ決議ヲ取り」を指していると思われる。西原ほか編・前掲注(11)五四、二三四～二三五頁。

(17) 吉井蒼生夫ほか編『日本立法資料全集 8 旧刑法草按注解 上 旧刑法別冊(1)』(信山社、一九九二年)二〇〇～二〇一頁。

(18) 「日本刑法草按 第一稿」第十二条 重罪ノ主刑

一 死刑

二 徒刑

三 流刑

四 懲役

五 禁獄

六 剥奪公權

第十三条 軽罪ノ主刑

一 禁錮

二 罰金 西原ほか編・前掲注(11) 二三四頁。

(19) ここで紹介した「日本帝國刑法草案」は「ボアソナード草案の『第一稿』直前のものを集成したもの」と説明されている。藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(11) 二二頁。後記の「第二十三條ニ從ヒ」とは、「日本帝國刑法草案」第二十三條の「司法卿内務卿協議ノ上決定其許可ヲナス」を指していると思われる。また、後記の「禁錮ニ処セラレルヘキ重罪又ハ軽罪」とは、徒刑、流刑、懲役、「禁獄ノ刑」及び禁錮を指していると思われる。西原ほか編・前掲注(11) 一三三〜一三四、一三九頁。

(20) ここで紹介した草案は「日本刑法教師元稿不定按 第一卷」と「校正刑法草案原稿 完」であり、「日本刑法教師元稿不定按 第一卷」は「ボアソナード草案のもっとも初期から第一稿前までを集めたもの」、「校正刑法草案原稿 完」は「ボアソナード草案の『第一稿』後の改正案」と説明されている。藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(11) 二二〜二三頁。両草案は仮出獄の停止の事由の文言に多少の違いがみられるが、それ以外の仮出獄に関する条文の文言は同一である。停止の事由については、「校正刑法草案原稿 完」の「直チニ仮出獄ノ便益ヲ失ヒ」が「日本刑法教師元稿不定按 第一卷」では「直チニ之ヲ入監セシメ」となっている。西原ほか編・前掲注(11) 九五、二九六頁。

(21) 「校正刑法草案原稿 完」第十二條 重罪ノ主刑ハ

一 死刑

二 徒刑

三 流刑

四 懲役

五 禁獄ノ刑

第十三條 軽罪ノ主刑ハ

一 禁錮

二 罰金」西原ほか編・前掲注(11)(信山社、一九九五年)、二九〇頁。

(22) ここで紹介した草案は「日本刑法草案 第二稿」、「日本刑法草案 完」(確定稿)である。「日本刑法草案 第二稿」は「明治一〇年六月に校正が終わった刑法草案」と説明されている。「日本刑法草案 完」は「各編の草案を合綴したもの」、「日本刑法草案」は「第二稿」以後『確定稿』にいたる各編の草案を合綴したもの、そして「確定日本刑法草案 完」(確定稿)は「刑法編纂委員会から司法卿に提出された草案」と説明されている。藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(11)二四〇二七頁、三三三、三九八頁、西原ほか編・前掲注(11)七六二〇七六三、八一頁。

(23) 藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(11)二六〇二七頁。

(24) 西原ほか編・前掲注(11)八一頁。

(25) 「第十一條 重罪ノ主刑

一 死刑

二 無期徒刑

三 有期徒刑

四 無期流刑

五 有期流刑

六 重懲役

七 輕懲役

八 重禁獄

九 輕禁獄

第十三條 輕罪ノ主刑

一 重禁錮

二 輕禁錮

三 罰金」西原ほか編・前掲注(11)八〇七頁。

(26) 西原ほか編・前掲注(11)八〇七頁。

(27) 【表一】の各旧刑法草案における仮出獄の要件等は、西原ほか編・前掲注(11)五九、九五、一三九、一三九、二九六、三三三、三九八頁、西原ほか編・前掲注(11)七六二〇七六三、八一頁を参照し作成した。

- (28) 岩谷・前掲注(5)六一頁。
- (29) 高松宮蔵版『熾仁親王行実 卷上』(高松宮家、一九二九年)二八九頁。
- (30) この講義内容は『刑法草案講義筆記』に収められている。岩谷・前掲注(5)六〇〜六一頁。この『刑法草案講義筆記』には講義の日付が記載されておらず、仮出獄に関連する講義が開催された日付については、把握することができない。もっとも、この講義で取り上げられている仮出獄に関連する規定は、先に述べた第一項の無期刑の受刑者に対する仮出獄が規定されていない草案の「一 実質的要件として『能ク獄則ヲ』守ることと規定する草案」のものと同一である。
- (31) 吉井蒼生夫「はじめに」西原春夫ほか編『日本立法資料全集32刑法「明治13年」(3)・I』(信山社、一九九六年)三〇四、一五六〜一六〇頁。なお、『日本刑法草案会議筆記』は、会議の記録を時間的順序に従って作成されたものではなく、本文編纂の体裁は第一編と第二編以下で異なっており、第一編については、第二編以下のように節ごとのまとまりがなく、『日本刑法草案』に至るとの草案の段階でなされた議論であるのが明確には示されていない。藤田正「第二章 資料解題」同書一四〜一五頁。
- (32) 藤田正『刑法草按注解』資料解題」吉井ほか編・前掲注(17)三三〜三四頁。
- (33) ボアソナードと鶴田皓との議論については、三田奈穂によって検討がなされている。三田・前掲注(13)一一〜一四六頁。
- (34) 栗本貞次郎ほか口訳『刑法草案講義筆記』(活版代謄写以版同盟、一八八三年)一六六頁。
- (35) 吉井ほか編・前掲注(17)一九八〜一九九頁。
- (36) 栗本・前掲注(34)一六六頁。
- (37) 西原ほか編・前掲注(31)一五六頁。
- (38) 吉井ほか編・前掲注(17)一九八〜一九九頁。
- (39) 栗本・前掲注(34)一六七頁。
- (40) 西原ほか編・前掲注(31)一五八頁。
- (41) 吉井ほか編・前掲注(17)二〇一頁。
- (42) 西原ほか編・前掲注(31)一五六頁。
- (43) 西原ほか編・前掲注(31)一五六〜一五七頁。
- (44) 西原ほか編・前掲注(31)(信山社、一九九六年)一五七頁。
- (45) 栗本・前掲注(34)一六七頁。
- (46) 西原ほか編・前掲注(31)一五七頁。

(47) 西原ほか編・前掲注(31) 一五七頁。

「重罪ノ主刑」の刑期については、「確定日本刑法草案 完」(確定稿)によれば、有期徒刑・流刑の刑期が「十六年以上二十年以下」(第二十三、二十六条)と、重懲役・重禁獄の刑期が「一年以上十五年以下」(第二十八、二十九条)と、軽懲役・軽禁獄の刑期が「六年以上十年以下」(第二十八条、二十九条)と規定されている。また、「軽罪ノ主刑」の刑期については、重禁錮・軽禁錮の刑期が「十一月以上五年以下」(第三十一条)と規定されている。西原ほか編・前掲注(11) 八〇七〜八〇八頁、前掲注(25) 参照。ゆえに、鶴田のいう「短期」とは「軽罪ノ主刑」の刑期である。「十一月以上五年以下」を、「長期」とは「重罪ノ主刑」の刑期である。「六年以上二十年以下」を指していると思われる。

(48) 当時のドイツ帝国刑法典における仮に出獄する制度はつぎの通りである。「第二十三条 長キ徒刑或ハ禁獄ニ処セラレタル犯人其期限ノ四分ノ三或ハ少クモ已ニ一年ニ及ヒ且其期限内居動宜ケレハ犯人ノ承諾ニ因リ仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得可シ」司法省・前掲注(4) 三八九頁。

(49) 西原ほか編・前掲注(31) 一五六頁。

(50) 西原ほか編・前掲注(31) 一五六頁。

(51) 西原ほか編・前掲注(31) (信山社、一九九六年) 一五七頁。

(52) 「ボアソナードのいうイタリア刑法は草案である」との指摘がなされている。三田・前掲注(13) 一三九頁。なお、この草案については入手することができず確認することができなかった。当時のイタリア新刑法における仮出獄の形式的要件は「四分ノ三」である。そして、条文はつぎの通りである。「第五十八条 一 三年以上ノ徒場内駆役ノ刑、追放ノ刑、禁獄ノ刑囚ノ刑ニ処セラレタル者其刑期四分ノ三ヲ経過シ已ニ犯人悔悟改心ノ証ヲ表スルトキハ犯人ノ承知ノ上仮ニ出獄ヲ許スコトヲ得可シ 二 仮出獄ヲ許サレタル者ハ政府ノ監察ニ付ス(以下省略)」司法省・前掲注(4) 三九一〜三九二頁。

(53) 西原ほか編・前掲注(31) 一五七頁。

(54) 西原ほか編・前掲注(31) 一五七頁。

(55) 西原ほか編・前掲注(31) 一五七頁。

(56) 西原ほか編・前掲注(31) 一五八頁。「確定日本刑法草案 完」(確定稿)によれば、有期徒刑及び有期流刑の刑期は「十六年以上二十年以下」と規定されている(第二十三、二十六条)。西原ほか編・前掲注(11) 八〇八頁。

(57) 栗本・前掲注(34) 一六八頁。

(58) 西原ほか編・前掲注(31) 一五九頁。

(59) 西原ほか編・前掲注(31) 一五九頁。

(60) 「確定日本刑法草案 完」(確定稿)「第三百五十三條 疎虞〔愚〕懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セサルノ過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ二月以上一年以下ノ輕禁錮十円以上百円以下ノ罰金ニ処シ又ハ其禁錮罰金ノ一ニ処スルコトヲ得」「第四百五十四條 疎虞〔疎愚〕懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セサルニ因リ火ヲ失シテ人ノ家屋財産ヲ燒燬損害シタル者ハ十一日以上二月以下ノ輕禁錮二円以上二十円以下ノ罰金ニ処シ又ハ其禁錮罰金ノ一ニ処スルコトヲ得」西原ほか編・前掲注(11) 八三八、八四七頁。旧刑法「第三百十七條 疎虞懈怠又ハ規則慣習ヲ遵守セス過失ニ因テ人ヲ死ニ致シタル者ハ二十円以上二百円以下ノ罰金ニ処ス」「第四百九條 火ヲ失シテ人ノ家屋財産ヲ燒燬シタル者ハ二十円以上二百円以下ノ罰金ニ処ス」法務総合研究所編『刑事關係旧法令集(刑法編)』(法務総合研究所、一九六九年) 一六六、一六七、一七四頁。

(61) 西原ほか編・前掲注(31) 一五九〜一六〇頁。

(62) 吉井ほか編・前掲注(17) 二〇二〜二〇三頁。

(63) 吉井ほか編・前掲注(17) 二〇二頁。

(64) 栗本・前掲注(34) 一六八頁。

(65) 西原ほか編・前掲注(31) 一五七〜一五八頁。

(66) 「監視」とは刑法附則第二十一條によれば「監視ハ主刑ノ終リタル後仍ホ将来ヲ檢束スル為メ警察官吏ヲシテ犯人ノ行状ヲ監視セシムル者トス」る付加刑である。法務総合研究所編・前掲注(60) 一四二、一七九頁。議論における「付加刑ノ監視」については、「確定日本刑法草案 完」(確定稿)によれば、つぎの通りである。

第十五條 付加ノ刑

一 剥奪公權

二 停止公權

三 停止私權

四 監視(以下省略)

第四十八條 「有期重罪ノ刑ニ処セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス直チニ各本刑長期ノ半ニ等シキ時間ノ監視ニ付ス」西原ほか編・前掲注(11) 八〇七、八一〇頁。

(67) 石井・前掲注(6) 四五七頁。

(68) 三田・前掲注(13) 成蹊法学第八四号(二〇二六年) 一三〇頁。

(69) 吉井ほか編・前掲注(17) 二〇〇〜二〇一頁。刑法附則第二十七条に規定された「監視」の条件によれば「四 擅ニ他ノ地方ニ旅行スルコトを許サス若シ已ムコト得サル事故アル時ハ其事由ヲ警察署に具申シ許可ヲ受ク可シ」と規定している。法務総合研究所編・前掲注(60) 一八〇頁。

(70) 「流刑」と「幽閉」については、「確定日本刑法草案 完」(確定稿)につぎの通り規定されている。

「第二十五条 流刑ハ無期有期ヲ分タス政府ヨリ定メタル島地ノ獄内ニ幽閉シ定役ニ服セス但獄則ニ從ヒ各自所好ノ業ニ就クコトヲ許ス」

「第二十七条 無期流刑ノ囚五年ヲ経過スレハ幽閉ヲ免シ島地ニ於テ地ヲ限り居住セシムコトヲ得

有期流刑ノ囚三年ヲ経過スル者亦同シ」西原ほか編・前掲注(11) 八〇八頁。

(71) 西原ほか編・前掲注(31) 一五八頁。

(72) 西原ほか編・前掲注(31) 一五八〜一五九頁。徒刑は島地に發遣し、無期・有期ともに定役に服させるものであり、婦女は島地には發遣せず、内地の懲役場で定役に服させるものである。これに対して、「流刑は無期・有期(十二年以上十五年以下)ともに、国事犯のみに適用され、島の獄に幽閉し、定役に服させないものである。石井・前掲注(6) 四五六〜四五七頁。

(73) 浅古・伊藤ほか編・前掲注(4) 二九二〜二九三頁(浅古弘、川口・前掲注(4) 二〇二〜二〇三頁、藤田「第一章 刑法審査修正案の成立」西原ほか編・前掲注(9) 五〜六頁。

(74) 小早川・前掲注(6) 一〇〇五頁、石井・前掲注(6) 四五三〜四五四頁。

(75) 西原ほか編・前掲注(10) 二九七、三七四〜三七五頁。

(76) 内閣官報局編『法令全書 明治十三年』(内閣官報局、一八八七年) 一〇一〜一六三頁、法務総合研究所編・前掲注(60) 一三九〜二七七頁。

(77) 内閣官報局編『法令全書 明治十四年』(内閣官報局、一八八七年) 四六〜五五頁、小早川・前掲注(6) 一〇〇五頁、石井・前掲注(6) 四五四〜四五五頁。

(78) 西原ほか編・前掲注(9) 二三五、二七二頁。

(79) 西原ほか編・前掲注(9) 三〇八、三四六頁、西原ほか編・前掲注(10) 二四四頁。

(80) 藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(9) 二五〜二六頁。

(81) 西原ほか編・前掲注(9) 一〇四頁。

(82) 西原ほか編・前掲注(9) 四七頁。

- (83) 「刑法草案審査局一回刑法草案稿本」における「流刑」とはつぎの通り規定されている。「第二十条 流刑ハ無期有期分タス島地ニ幽閉シ定役ニ服セス」西原ほか編・前掲注(9) 九七頁。
- (84) 西原ほか編・前掲注(9) 九五頁。
- (85) 西原ほか編・前掲注(9) 九五頁。
- (86) この「仍ホ島地ニ居住セシム」については、「集治監」が影響していると考えられる。明治維新後、士族争乱が続いて国事犯の収容施設を必要とした。これを受けて、明治政府は、北海道の開発を囚人に行わせるという囚人による労働力利用に焦点を当てたのである。このような明治政府の政策上の目的を果たすため、仮出獄の規定においては「徒刑ノ囚」が「仍ホ島地ニ居住」させることとはではないかと思われる。平松義郎「近代の自由刑の展開―日本における―」大塚仁＝平松義郎編『行刑の現代的視点』(有斐閣、一九八一年)一〇〇～一一頁、重松一義「日本獄史の研究」(吉川弘文館、二〇〇五年)三五二～三五三頁。なお、「集治監」は明治一四年に制定された監獄則につきの通り規定されている。「第一条 監獄ヲ左ノ六種ト為ス(省略……)」
- 六 集治監 徒刑流刑及び禁獄ノ刑ニ処セラレタル者ヲ集治スル所トス
- 北海道ニ在ル徒刑流刑ニ処セラレタル者ヲ集治スル」法務総合研究所編『刑事関係旧法令集(刑事訴訟法・矯正保護法編)』(法務総合研究所、一九六八年)二四四～二四五頁。
- (87) 「刑法草案審査局一回刑法草案稿本」第十七条 徒刑ハ無期有期ヲ分タス島地ニ發遣シ定役ニ服ス徒刑ノ婦女ハ内地ノ懲役場ニ於テ婦女相当ノ定役ニ服ス」西原ほか編・前掲注(9) 九六頁。
- (88) 西原ほか編・前掲注(9) 一〇〇～一〇一頁。
- (89) 藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(9) 二六頁。
- (90) 西原ほか編・前掲注(9) 二三五、二七二頁。
- (91) 西原ほか編・前掲注(9) 二七二頁。
- (92) 「刑法草案審査局三回草案」第二十一条 無期流刑ノ囚五年ヲ経過スレハ幽閉ヲ免シ島地ニ於テ地ヲ限り居住セシムルコトヲ得」西原ほか編・前掲注(9) 二六九頁。
- (93) 西原ほか編・前掲注(9) 二七二頁。
- (94) 「刑法草案審査局五回刑法審査修正案」において修正された点は、第五十三条第二項の「無期徒刑ニ処セラレタル者」から「無期徒刑ノ囚ハ」に、第五十五条「仮出獄ヲ許サレタル時ハ」から「仮出獄ヲ許サレタル者ハ」に、第五十七条「刑期間」から「刑期限内」に変更された。西原ほか編・前掲注(9) 三〇八、三四六頁。

- (95) 藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(9)二七頁。
- (96) 西原ほか編・前掲注(10)二四四頁。「刑法審査修正案」第二十一条は、前掲注(92)と共通している。
- (97) 「刑法審査修正案」では、主刑を死刑、無期徒刑、有期徒刑、無期徒刑、重懲役、軽懲役、重禁獄及び軽禁獄と規定しており、徒刑は重い刑罰である。「刑法審査修正案」第七条 左記記載シタル者ヲ以テ重罪ノ主刑ト為ス
- 一死刑
- 二無期徒刑
- 三有期徒刑
- 四無期徒刑
- 五有期徒刑
- 六重懲役
- 七軽懲役
- 八重禁獄
- 九軽禁獄「第十七条 徒刑ハ無期有期分タス島地ニ発遣シ定役ニ服ス
 有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ト為ス」、「第二十二條 懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス但六十歳ニ滿ル者ハ第十九條ノ例ニ從フ重懲役ハ九年以上十一年以下軽懲役ハ六年以上八年以下ト為ス」西原ほか編・前掲注(10)二四一〜二四二頁。
- (98) 【表二】の各旧刑法草案における仮出獄の要件・効果等は、西原ほか編・前掲注(9)四七、一〇四、二七二頁、西原ほか編・前掲注(10)二四四頁を参照して作成した。
- (99) 藤田正「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(11)一七頁。
- (100) 藤田「第一章 刑法審査修正案の成立」西原ほか編・前掲注(9)五〜一八頁。
- (101) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・著者出版年不詳「刑法審査修正案註解 第一編」。早稲田大学古典籍総合データベースにて閲覧。
- (102) 藤田「第三章 資料解題」西原ほか編・前掲注(9)二七頁。
- (103) 西原ほか編・前掲注(10)二九七、三七四〜三七五頁。
- (104) 松田によれば、『刑法審査修正案註解 第一編』は、『刑法審査修正第三稿』を母体とする注釈書であるとともに、「この修正案がそのまま明治十三年七月十七日公布され、旧刑法となつて」という。松田がいう『刑法審査修正第三稿』とは、早稲田大学図書

- 館所蔵鶴田皓旧蔵旧刑法・治罪法編纂関係原資料であり、四編四二六条からなる『刑法審査修正 第二稿』のことである。この『刑法審査修正 第二稿』の仮出獄の規定は、第五十五条が「自ら治産ノ禁」となっており、刑法草案審査局三回刑法草案と同一である。しかし、『刑法審査修正案註解 第一編』は、第五十五条が「行政ノ処分ヲ以テ治産ノ禁の幾分ヲ」となっており、刑法草案審査局五回刑法審査修正案及び刑法審査修正案のものと同じである。ゆえに、仮出獄の規定の第五十五条の「治産ノ禁」の免除を除けば、『刑法審査修正案註解 第一編』は、松田のいう「刑法審査修正第三稿」を母体としている注釈書であるといえる。松田信夫「館蔵法典編纂関係資料目録並解題▽鶴田皓旧蔵旧刑法・治罪法編纂関係原資料▽法典調査会議事速記録・其他法典編纂関係複製資料」早稲田大学図書館紀要第二号（一九六〇年）八五頁、早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・著者出版年不詳「刑法審査修正 第二稿」。
- 早稲田大学古典籍総合データベースにて閲覧。早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(101)。
- (105) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・著者出版年不詳「刑法註解 第一編」。早稲田大学古典籍総合データベースにて閲覧。
- (106) 松田・前掲注(104) 八五〜八六頁。
- (107) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (108) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (109) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (110) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (111) 栗本・前掲注(34) 一六六頁、吉井ほか編・前掲注(17) 一九八〜一九九頁、西原ほか編・前掲注(31) 一五六頁。
- (112) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (113) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (114) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (115) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (116) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (117) 三田・前掲注(13) 一二六頁。
- (118) 旧刑法では、「重罪ノ刑」に処せられた者は「各本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間」(第三十七条)、「死刑及ヒ無期ノ刑ノ期滿免除ヲ得タル者」は「五年間」(第三十九条)監視に付すと規定している。法務総合研究所・前掲注(60) 一四四頁。
- (119) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(105)。
- (120) 太田・前掲注(2) 一八〜一九頁。

- (121) 小川・前掲注(1) 六五七〜六五八頁、小川・前掲注(1) 二六頁。
- (122) 日本史籍協会編『司法省日誌十一 明治七年十一月』(東京大学出版、一九八四年) 一〇五〜一〇六頁。
- (123) 栗本・前掲注(34) 一六六頁。
- (124) 司法省・前掲注(4) 三八九頁以下、西原ほか編・前掲注(31) 一五八頁以下。
- (125) 栗本・前掲注(34) 一六六頁、吉井ほか編・前掲注(17) 一九八〜一九九頁、西原ほか編・前掲注(31) 一五六頁。
- (126) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(101)、前掲注(106)。
- (127) 西田ほか編・前掲注(1) 二二八頁「金光旭」、大塚仁ほか編・前掲注(12) 七二三頁「林眞琴」。
- (128) 小川・前掲注(1) 六五七〜六五八頁、朝倉京一「欧米の仮釈放制度の現状」法律のひろは第三七巻第一二号(一九八四年) 三七頁。
- (129) 太田・前掲注(2) 一八〜一九頁。
- (130) 司法省・前掲注(4) 三八九頁。
- (131) 原文は以下の通りである。
- *, § 23 Die zu einer längeren Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe Verurtheilten können, wenn sie drei Vierteltheile, mindestens aber Ein Jahr der ihnen auferlegten Strafe verbußt, sich auch während dieser Zeit gut geführt haben, mit ihrer Zustimmung vorläufig entlassen werden. *Hans Rüdorff*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, 1881, S.137.
- (132) 西原ほか編・前掲注(11) 四四五頁。Anonyme, *Projet de Code Penal pour l'Empire du Japon*, 1879, p.18. 同書の邦訳は磯部四郎訳『日本刑法草案直訳』(出版社不明 出版年不明) 四八〜五〇頁、中村義孝訳「日本帝国刑法典草案(1)」立命館法學第三二九号(二〇一〇年) 二八一〜二八二頁。
- (133) 原文は以下の通りである。
- « 65. Les condamnés, pour crime ou délit, à une peine temporaire privative de la liberté, qui ont subi les trois quarts de leur peine et ont donné, par leur bonne conduite, des preuves d'amendement, peuvent être préparatoirement mis en liberté, par une décision administrative prise conformément au règlement général des peines.
- Ils sont, jusqu'à l'expiration de la durée de leur peine, soumis à une surveillance particulière de la police déterminée par le même règlement. » Anonyme, supra note 131, 1879, p.18. 西原ほか編・前掲注(11) 四四五頁。
- (134) 磯部訳・前掲注(12) 四八頁。

- (135) 栗本・前掲注(34) 一六六頁、西原ほか編・前掲注(31) 一五六頁。
- (136) 吉井ほか編・前掲注(17) 一九八～一九九頁。
- (137) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(101)、前掲注(105)。
- (138) 西原ほか編・前掲注(10) 二四四頁、早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(101)、前掲注(105)。
- (139) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(101)、前掲注(105)。
- (140) 早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書所収・前掲注(101)、前掲注(105)。
- (141) 拙稿・前掲注(3) 一一〇～一一三頁。
- (142) 拙稿・前掲注(3) 一一三頁以下。
- (143) 拙稿・前掲注(3) 一一六～一一九頁。
- (144) 拙稿・前掲注(3) 一〇七～一〇八頁。
- (145) 拙稿・前掲注(3) 一一五～一一六頁。
- (146) 拙稿・前掲注(3) 一一五頁以下。
- (147) 平成二〇年五月九日保観三三二五号矯正局長⇨保護局長依命通達「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」。
- (148) 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」更生保護第五九卷五号(二〇〇八年) 三八～三九頁、鎌田隆志「更生保護法の施行について」罪と罰第四五卷三号(二〇〇八年) 二六～二七頁。
- (149) 水野周「行刑施設における仮釈放―現状と問題点」法律のひろば第三七卷第一二号(一九八四年) 二四頁。
- (150) 太田達也「高齢者犯罪の動向と刑事政策的対応」罪と罰第四三卷三号(二〇〇六年) 二〇～二二頁、高村賀永子「高齢受刑者保護における福祉関係機関の援助をめぐる」犯罪と非行第一五〇号(二〇〇六年) 三八頁、法務総合研究所「研究部報告三七 高齢犯罪者の実態と意識に関する研究―高齢受刑者及び高齢保護観察対象者の分析」『法務総合研究所研究部報告』(二〇〇七年) 六六～六七頁、野坂明宏「高齢犯罪者の動向と処遇」更生保護第六六卷六号(二〇一五年) 一一頁等。
- (151) 拙稿・前掲注(3) 一一六～一一九頁。
- (152) 平成二〇年五月九日保観三三二五号矯正局長⇨保護局長依命通達・前掲注(147)、平尾・前掲注(148) 三八～三九頁。