

不定期刑廃止論——仮釈放の視点から

太 田 達 也

- I 不定期刑における仮釈放の位置付け
- II 不定期刑における仮釈放の法定期間
- III 仮釈放期間——刑の執行終了
- IV 不定期刑廃止論と少年受刑者処遇の充実

I 不定期刑における仮釈放の位置付け

我が国では、少年に対する自由刑においてのみ不定期刑を採用する。不定期刑に対しては、古くより量刑基準の問題が指摘されているほか、⁽¹⁾法定期間経過後はおろか、短期前に仮釈放が認められることが殆どなく、長期に近いところで仮釈放が行われていることや、刑の執行終了が殆ど活用されていないといった不定期刑受刑者の釈放を巡る運用上の問題も指摘され、廃止論すら唱えられている。⁽²⁾

こうした不定期刑の運用は、制度の本質や意義を損ないかねない深刻な問題であるが、改めて検討を要する本質的な問題は不定期刑という制度自体に刑事政策上固有の意義があるかどうかであり、それは偏に仮釈放と刑の執行終了という制度の在り方に関わっている。というのも、少年法の不定期刑は、相対的不定期刑であるから、裁判の時点での長期と短期を定めて言渡し、刑の執行過程において受刑者の改善更生に応じて仮釈放や刑の執行終了を決定するものだからである。つまり、不定期刑の執行においては、

(i) いつまで刑事施設の中で刑を執行し処遇を行うか。

(ii) いつ刑事施設から仮釈放して保護観察を開始するか。

(iii) いつ刑の執行（仮釈放）を終えるか。

が最も重要な要素となる。しかし、(i)の施設内での処遇期間は(ii)の仮釈放の時期によって決まることから、結局、問題は(ii)の仮釈放と(iii)の刑の執行終了に集約される。(ii)の仮釈放を経ず、刑事施設収容中に刑の執行を終了し、釈放する道もあるが（更生保護法第四三条・四四条）、刑事施設収容の時点で再犯のおそれが全くなく保護観察が一切必要ないということは、理論的にはありえても、社会内での予後を見ずに更生を判断できることは極めて稀であり、実務でも近年実績が全くない⁽³⁾。

また、(iii)は長期経過前の執行終了と刑期満了の場合があるが、後者は改善更生が十分果たされなかった場合であるから、教育刑の立場からすれば不定期刑の失敗であって、結果的に不定期刑を言渡した意味が無かったことになる。相対的不定期刑を採用する以上、長期の到来が避けられない場合もあるが、長期が経過する前に刑の執行を終了するというのが不定期刑の理想とする形であろう。従って、不定期刑は、(ii)仮釈放という形で刑事施設から仮に釈放し、

保護観察をいつつ、(iii)長期までに最終的な更生の状況を見極めて刑の執行の終了時期を決める形が最も合理的な形となる。その意味で、仮釈放は不定期刑の成否を握る最も重要な制度と言つてよい。⁽⁴⁾

しかし、その一方で、仮釈放は、定期刑に用いられば、仮釈放の形式的要件である法定期間（有期刑の場合、我が国は三分の一）を短期とし、宣告刑期を長期とする事実上の不定期刑となる。仮釈放は定期刑を不定期刑化する機能があると言われる所以である。⁽⁵⁾ 仮釈放が不定期刑にとつて欠くべからざる制度であるにもかかわらず、仮釈放自体に不定期刑としての機能をもつという関係にある。そこで、不定期刑に定期刑の仮釈放とは異なる固有の意味があるかどうかを問題を解く鍵となる。そこで、本稿では、仮釈放という観点から不定期刑を考察し、少年に対する刑事処分の在り方についての議論に供することにした。検討すべき点は、仮釈放に関する二つの制度的枠組みである、いつから仮釈放を認めるのかという法定期間の在り方と（第二章）、いつまでを仮釈放期間とするかという刑の執行終了の在り方（第三章）である。不定期刑に対する廃止論は、量刑基準を始め、仮釈放や刑の執行終了の運用、国民の理解等を巡る問題を根拠としているが、⁽⁶⁾ 本稿は不定期刑における仮釈放制度の構造から不定期刑制度について批判的な考察を行うものである。従つて、受刑者にいつ仮釈放や刑の執行終了を認めるべきかという運用の在り方に対する批判や改善の提案を行うものではない。

不定期刑については、かつての刑法全面改正作業において導入が検討されたが制度化には至らなかつた常習累犯に対する不定期刑もありうるが、⁽⁷⁾ 少年に対する不定期刑とは目的や機能が異なることから、不定期刑としての共通項を除き、本稿では検討の対象にしない。

II 不定期刑における仮釈放の法定期間

1 立法の経緯

不定期刑における仮釈放の法定期間の定め方には、元来、短期とする方法、長期の一定割合とする方法、短期の一定割合とする方法の三つがある。もともと不定期刑は短期をもつて仮釈放の法定期間とするのが最も古典的で典型的な制度のようにも思えるが、不定期刑の歴史を見る限り、不定期刑の仮釈放要件としての法定期間の在り方は当初よりかなり多様だったようである。⁽⁸⁾しかし、我が国の少年に対する不定期刑は、旧少年法以来、一貫して短期の三分の一を法定期間とする方式を採用している（旧少年法第一〇条三号、現行少年法第五八条三号）。

しかし、旧少年法の立法過程においては、当初、刑の長期も短期も定めない絶対的不定期刑とする案が採用されていたことから、仮釈放（当時は仮出獄。以下、仮釈放の語に統一する）の形式的要件である法定期間は設けられていなかった。司法省法律取調委員会の下に置かれた刑事訴訟法改正主査委員会が選任した特別委員が起草し、一九一四年（大正三年）三月から特別委員会において審査の対象となった第一次成案では、「有期ノ懲役又ハ禁錮ハ刑期ヲ定メスシテ之ヲ言渡スコトヲ得」（第一〇条一項）とし、「前項ノ言渡ハ本人改悛ノ状アルニ至ルマテ之ヲ執行ス」（同二項本文）とされていた。⁽¹⁰⁾特別委員会の幹事であった泉二新熊博士も、絶対的不定期刑の積極的推進論者であり、その著作において「不定期刑ノ精神ハ裁判上毫モ刑期ヲ定メスシテ拘禁ヲ命シ一二改善ノ時期ヲ以テ放免ヲ行フニ在リ故ニ短期ニ付テモ長期ニ付テモ何等ノ制限ヲ付セサルヲ以テ其ノ理想トス」との持論を展開しており、それが採用された形となっ

ている。

もつとも、執行に関する規定の但書で「但其罪ニ付キ定メタル刑ノ長期若シクハ一〇年を超エルコトヲ得ス」(二項)とされていたことから、刑の言渡し段階では刑期を定めずにおく絶対的不定期刑とし、改悛の状が認められるまで刑の執行を行うこととするものの、当該罪の法定刑の長期又は一〇年のうちいずれか短い方を執行の限度していただくことから、純粹な絶対的不定期刑ではなく、当該罪の法定刑が一〇年のいずれかを長期とする実質的な相対的不定期刑⁽¹²⁾ということになる。

仮釈放については、「假出獄ハ有期ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタル者ニハ何時ニテモ、無期ノ言渡を受ケタル者ニハ五年ヲ經過シタル後之ヲ許スコトヲ得」(第一五條一項)として、無期刑については五年という法定期間を設定するが、有期の懲役又は禁錮については法定期間を設定せず、随時可能となっていた。

絶対的不定期刑を採る場合でも、仮釈放の法定期間を定めることは不可能ではないが、改善更生の度合いに応じて刑の執行期間(処遇期間)を臨機応変に変えることができるようにするため上限や下限といった制約を付することを認めない絶対的不定期刑を採りながら、仮釈放の制限期間を設けることは矛盾以外の何物でもないことから、仮釈放の形式的要件を設定しなかったものと思われる。

なお、第一次成案の不定期刑は「言渡スコトヲ得」であるから、定期刑を言渡すこともできるはずであり、仮釈放は「有期ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタル者ニハ何時ニテモ……(中略)……之ヲ許スコトヲ得」なので、不定期刑のみならず、定期刑についても、刑法の特別法として、法定期間なく、常時仮釈放が可能という趣旨なのかどうか解釈の余地の残る規定振りであった。また、第一〇條二項と第一五條一項を併せて読み、刑法に仮釈放の実質的要件と

して規定されている「改悛の状」の語が用いられていたことから、第一〇条二項で云うところの「改悛ノ状アルニ至ルマテ之ヲ執行ス」というのは、改悛の状があれば仮釈放を許すことができると思われ、讀むのが自然なようにも思われる。しかし、第一〇条二項には「改悛ノ状アルニ至ルマテ之ヲ執行ス」とあるだけなので、「改悛の状」があるときは、仮釈放ではなく、刑の執行終了とすることができるとも読める。

その後の法案でも絶対的不定期刑が維持され、三年半の作業中断を経て起草された一九一八年（大正七年）九月の少年法案では、「有期ノ懲戒（役）又ハ禁錮ハ刑期ヲ定メスシテ之ヲ言渡シ執行ノ成績ニ依リ決定ヲ以テ其終期ヲ定ムルコトヲ得」（第一〇条一項）となつてゐることから、第一次成案とは異なり、宣告刑はおろか、刑の執行においても法定刑や一〇年という制限（長期）がなく、「執行ノ成績ニ依リ決定ヲ以テ其終期を定ムルコトヲ得」として、純粹な絶対的不定期刑となつてゐる。⁽¹³⁾同年一二月の第二次成案も、同様に、「有期ノ懲役又ハ禁錮ハ刑期ヲ定メスシテ之ヲ言渡シ執行ノ成績ニ依リ決定ヲ以テ其終期ヲ定ム」（第八条）としている。仮釈放については、両法案とも、無期刑だけの仮釈放を規定する形となつたため、果たして不定期刑の場合に仮釈放があり得るのか、仮釈放を認めるとして、法定期間は一般法たる刑法の三分の一が適用されるのか共に曖昧のままであつた。

しかし、翌一九九年（大正八年）二月に起草された第三次成案では、「少年ニ対シ長期三年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮を以テ處斷スヘキトキハ其ノ刑ノ範圍内ニ於テ短期ト長期トヲ定メ之ヲ言渡ス但シ長期八十年ヲ超ユルコトヲ得ス刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ爲スヘキ場合ニハ前項ノ規定ヲ適用セス」（第八条）と規定し、純粹な相対的不定期刑へと方向転換が図られてゐる。⁽¹⁴⁾帝国議會に提出された法案では、処斷刑が五年を超えるときは短期を五年とすること、不定期刑の短期は五年、長期は一〇年の限度を設定することの修正が施され、結局、これが最終案となつて、一九二二年に成

立した旧少年法でも相対的不定期刑が採用されている。

それ以前の不定期刑が絶対的不定期刑であり、一見、大きな変化があったように見えるため、こうした変更の背景には責任主義からの批判があったとする見方もある。⁽¹⁵⁾しかしながら、第一次成案では純粹な絶対的不定期刑ではなかったことや、第二次成案から第三次成案までの審議期間が極めて短かったことを考えれば、立案を巡る深い葛藤や対立があったとも思われない。⁽¹⁶⁾帝国議会における法案審議においても、起草に携わった山岡萬之助司法省監獄局長が、政府委員として、以下のように答弁している。⁽¹⁷⁾

山岡政府委員 是ハ此不定期主義ト申シマス、主義トシテハ不定期ト云フコトガ、今日ノ刑罰ニ於キマシテモ、保護處分ニ於キマシテモ、不定期が宜イト云フコトニナツテ居リマス、ソコデ刑罰ノ方モ不定期ニスルト云フコトニ致シマシタ、唯タ其不定期ノ程度デゴザイマス、全然刑期ヲ限ラナイデ、法定期モ何モノナシニ、被告ヲ解除ニ至ルマデ拘禁スル、斯ウ云フ風ナ立場ト、ソレカラ短期長期トヲ定メテ、其範圍ニ於テ刑ヲ命ズルト云フ制限的不定期刑ト、斯ウニ主義ガアリマスノデ、本案ニ於テハ極端ナル主義ヲ採用セズシテ（傍点筆者）、第八條ニ於キマシテ短期ト長期トノ不定期ヲ言渡ス、斯ウ云フ事ニ致シマシタ、即チ制限的不定期刑ヲ採リマシタ

また、直接立法作業には関わっていないものと思われるが、当時、山岡萬之助局長の下での監獄局勤務となっていた正木亮博士も、後にこの事実を肯定している。⁽¹⁸⁾一方、絶対的不定期刑を理想とする推進論者の一人であり、少年法立案に関わった泉二新熊博士でさえ、この理想は完全に実行される時期に達していないとして、一定の限度を設けよ

うとしていたことから、不定期刑の刑期に一定の制限を加えることにさほど抵抗はなかったのかもしれない。⁽¹⁹⁾

さらに、帝国議会における立法趣旨説明では、「短期ノ自由刑ト云フモノハ、今ノ目的ヲ達スルコトニ附テ當ヲ得マセヌカラ、所謂不定期刑ノ制度ヲ採用シマシテ」として、⁽²⁰⁾裁判において極めて短期の短い不定期刑が言い渡されることを避けることが不定期刑の目的に適用との説明がなされている。⁽²¹⁾ そうだとすれば、相対的不定期刑採用の理由は処遇期間の確保という予防的な発想が働いたことになる。

勿論、責任主義からの抑制原理が働いたことは否定しないが、起草委員の花井卓蔵は、少年法案において保護主義の純化を目指しながら、こと不定期刑については、裁判所ではなく司獄官（刑務官）が事実上の刑期を決めることに憲法上疑義があるとしつつ、執行の終期が定められれば差し支えないとしていることや、⁽²²⁾主査委員の豊島直道も不定期刑を支持しながらも、刑の終期の決定は（執行過程において）裁判官の裁判に依るべきこと主張していることから、⁽²³⁾責任主義と言っても行為責任から刑期が定められるべきという理由からではなく、刑期を定める主体が裁判所であるべきとの理由から絶対的不定期刑の採用が見送られた可能性もある。

第二次成案から第三次成案前後の立法作業を伝える資料が未発掘のため確かなことは言えないが、いずれにせよ、絶対的不定期刑の導入が見送られ、相対的不定期刑が採用されるとともに、仮釈放についても法定期間が定められることとなった。但し、第三次案においては、「第八條第一項ノ規定ニ依リ言渡シタル刑ニ付テハ其ノ刑ノ短期ノ二分ノ一」（第二〇条三号）として、法定期間は短期の二分の一とされていたが、議会に提出された法案では、期間が二分の一から三分の一に短縮されている。⁽²⁴⁾ 戦後制定された少年法においても不定期刑については同様の制度とされ、⁽²⁵⁾爾来、二〇一四年（平成二六年）の少年法一部改正によって、処断刑の下限廃止、長期・短期の上限の引き上げ、長期と短期

期の幅の制限、短期の下限の特例などの改正がなされたものの、仮釈放については同じ制度が維持されている。

2 仮釈放法定期間の根拠

法定期間という観点から不定期刑の仮釈放を検討するに先立ち、仮釈放法定期間の正当化根拠について確認しておく必要がある。⁽²⁶⁾

仮釈放法定期間の正当化根拠を巡っては、既に支持を失っている恩典説（刑事施設における行状や更生の程度から恩恵として仮釈放を認めるべき最低期間が法定期間であるとする）を除くと、応報を根拠とする説（応報説とする）、個別予防を根拠とする説（予防説とする）に大別される。応報説の典型が、法定期間は最低限の応法的要素を充足する期間であるとする応報充足説であり、それに類する説が法定期間を社会感情から仮釈放が是認される最低限の期間とみる社会感情是認説である。これに対し、予防説には、法定期間を「改悛の状」を判断するのに必要な最低限の期間であるとする仮釈放要件判定説のほか、法定期間は仮釈放後の社会内処遇を行うための期間を確保する点から決せられる期間であるとする社会内処遇確保説がある。また、徹底した個別予防論の立場から、法定期間というものは必要でないとする法定期間不要説もかつては主張されたこともあったが、法定期間を定める現行法制度にはそぐわない。⁽²⁷⁾

筆者は、仮釈放後の保護観察期間の重要性に着目する社会内処遇確保説に一定の意義を認めるものの、社会内処遇確保という観点だけでは法定期間の限界付けができないことから、受刑者の改善更生と社会復帰に必要な施設内処遇と社会内処遇の連携という観点から効果的な期間の一般的基準を定めたものが法定期間とする処遇連携説を妥当とし、制度的には刑期の二分の一（但し、再入の長期受刑者は刑期の三分の一）が望ましいと考えている。

しかしながら、以上の諸説はいずれも不定期刑を前提したものであり、不定期刑の法定期間について同様の見解が妥当するかどうかは改めて検討を要する。

3 不定期刑における仮釈放法定期間——短期の基準と正当化根拠

(1) 施設内処遇確保説

不定期刑に対する仮釈放の法定期間を短期の三分の一とする根拠は何であろうか。旧少年法以来、我が国の少年法が、なぜ不定期刑の短期を仮釈放法定期間の基準とし、その三分の一としたか、その趣旨を明確に記した立法資料は見当たらない。しかし、帝国議会衆議院の委員会では、荒川五郎委員と政府との間で以下のような審議のやりとりが見られる。⁽²⁹⁾

保護處分ハ本案ハ不定期——期限ヲ定メヌ主義ヲ執ツテ居ラレマス、是ハ私共ソレガ宜イト思ヒマス、然ルニ刑事處分ニ付テハ、第十條ニ於テ假出獄ヲ許ス場合ノ如キ定期主義ヲ採ツテ居ラレルノデアリマス、少年ノ行ヒマシタ事、其不良ノ事柄ナド、場合ニ依ツテハ年月期限ニ拘ルマイト思フ、保護處分ニ付テ既ニ期限ヲ定メヌ主義ヲ執ラレタ以上ハ、假ニ出獄ヲ許ス場合ニモ亦其期限ヲ定メズニ、本人實際ノ狀況ニ應ジテ、假ニ出獄スルコトヲ許スヤウナ方法ニセラレルノガ、此少年法案ノ趣意ヲ貫クコトニナリハシナイカト思フノデアリマス、然ルニ第十條ハ定期主義ヲ採ツテ居ル、其理由如何

即ち、荒川五郎委員は、保護処分については不定期刑を採用しているのであるから、刑事処分（の不定期刑）についても、仮釈放の法定期間を定めまいほうがよいと思うが、何故法定期間を定めたのかと政府の見解を質している。これに対し、政府委員の山岡萬之助監獄局長は、以下のように答弁している。⁽³⁰⁾

短期ト長期ヲ定メテ言渡ス、而シテ刑法ニ於テハ三分ノ一ヲ經過スレバ假出獄が出来ル、斯ウナツテ居リマス、其必要カラシテ此規定ハ出テ來テ居ルノデアリマス、根本精神ニ於テ極ク廣イ頭カラ出テ居ル譯デアリマス、唯タ只今ノ御説ノ如ク、三分ノ一ナント云フコトハ言ハナイデ、入ツテカラ直グ出ラレルヤウニシタラドウカト云フコトデスガ、ソコガドウモ程度ノ問題デ、何等カノ規定ヲシテ置キマセヌト云フト、入ツテ例ヘバ短期一年以上三年以下ト斯ウ言渡ス、其短期デ以テ直グ出ラレルヤウニナツテシマウ、ソレガ果シテ適當ナリヤ否ヤ、入ルト直グ出ラレルノガ善イカ悪イカ、是ハ矢張心加減ノ問題デアリマスノデ、感化法ニ致シマシテモ、何ニ致シマシテモ、入ツテ直グ出スガ宜イト云フ理窟ハ無イノデアリマス、ソレデアリマスカラ、入ツテ後ノ期間ハ短期デアツテモ、凡ソ教養スルト云フノニハ先ヅ六箇月が宜イ、一年が宜イト云フコトハ、凡ソノ目分量ト云フモノガナケレバナラス、學校ニ入りマシテモ、一年ハドウシテモ在籍シナケレバナラス、兎ニ角ニ抽象的ニ是ハ決メ得ル、又決メルガ適當デアラウト思ヒマス、ソレデアリマスカラ、極ク廣イ大マカナ規定ノ中ニ、而モソレダケノ事ハ總テノ方面ニ於テアル譯デアリマス、殊ニ本法ニ於テハ刑法トノ關係上、刑法ニ三分ノ一ト規定シテアル、ソレノ意味デアリマスカラ、ソレデ三號ト云フモノハ自然ノ結果出タ譯デアリマス

即ち、不定期刑についても、刑事施設において一定の期間教養（処遇）することが望ましいので法定期間を設けたというのである。上述したように仮釈放法定期間の根拠を応報説と予防説に分けるとすると、不定期刑の仮釈放に法定期間を設けた理由は予防説に拠ったことになる。この場合、刑事施設における一定の処遇期間を取ることが法定期間の目的であるので、施設内処遇確保説とも言うべきものである。そうであるとすれば、相対的不定期刑を採用した理由に短期自由刑の弊害回避が挙げられていたことも矛盾しない。⁽³¹⁾法定期間を設定することで一定の期間は必ず施設内で処遇をすることになるからである。

しかし、処遇期間の確保や短期自由刑の回避が目的ならば、法定期間そのものを設定すれば足り、そこから法定期間がいつであるべきかという論理的な結論が導かれるわけではない。不定期刑の短期を法定期間としてもよいし（即ち、短期経過後に仮釈放を認める）、長期を基準としてその一定割合としてもよく、必ずしも、短期の三分の一とする必要は無い。旧少年法や現行少年法では短期の下限はないことから、比較的短い短期が設定される可能性があり、仮釈放はさらにその三分の一でよいとなれば、かなり短い処遇期間しか確保できない可能性が出てくる。処遇期間を確保したいということであれば、短期そのものを法定期間とすると、長期を基準とする方がむしろ合理的なはずである。長期を基準とし、その五分の一や六分の一といった一定割合を法定期間とすると、法定期間が短期より遅くなる可能性もあるが、それは長期が短期の五倍や六倍以上といったように相当幅がある場合に限られ、そこまでの幅を認めることは、徹底した教育刑の考え方を採らない限り、あり得ないであろう。⁽³²⁾

恐らく、法定期間を全く定めたくないという不定期刑や仮釈放に対する理想論と、定期刑の仮釈放よりは短くあるべきあるが最低限の施設内処遇期間は確保した方がよいという要請の妥協点として、最も短い法定期間として短期の

三分の一を採ったということが考えられ、この考え方が現行少年法にも継受されたのではないかと推測される。

(2) 短期説からの帰結

不定期刑の仮釈放要件を左右し得るもう一つの事情が、不定期刑の責任（相応）刑の所在である。旧少年法の制定過程においては責任主義からの批判も見られたが、少なくとも不定期刑の創設を主張する教育刑論者の間では責任刑を不定期刑の短期と捉える短期説が有力であったと言つてよい。例えば、代表的な教育刑論者の一人である正木亮博士は、理論的には絶対的・不定期刑を支持しながらも、実際の制度としては相対的・不定期刑を推すとしたうえで、「相対的・不定期刑の本質は一般豫防と特別豫防の折衷であり」、「相対的・不定期刑の短期は犯行に對する贖罪 *die Sühne der begangenen Tat* であり、長期は保安期間 *die Dauer der Sicherzeit* であるから、「その保安期間内に於ては可及的に教化作用が營まれねばならぬ」としている⁽³³⁾。

こうした短期説は、不定期刑の刑事政策的意義を考えた場合、その是非はともかくとして、当然の帰結と言えよう。責任に応じた定期刑の場合、満期が訪れた時点で受刑者の更生が果たされていない場合でも釈放せざるを得ないことから刑期を定めない・不定期刑を主張するのであり、そうであれば、責任刑より長い期間、処遇を可能とする制度でなければ意味がないからである。長期を責任刑としたうえで、それより短い短期を定めるというのでは、不定期刑とする意味がない。だからこそ、短期と長期の「間に改善せられざる以上は、改善の徹底するまで拘禁を繼續する必要があるが故に短期と長期との間隔は能ふ限り長きを必要とすること相対的・不定期刑の必然の要求である⁽³⁴⁾」とされるのである。

短期説に抛れば、短期が責任刑であるから、最低限の応報を充足する時点を法定期間とする応報充足説からすれば、その短期の三分の一が法定期間ということになる。先の山岡萬之助監獄局長の答弁にある「殊ニ本法ニ於テハ刑法トノ關係上、刑法二三分ノ一ト規定シテアル、ソレノ意味デアリマスカラ、ソレデ三號ト云フモノハ自然ノ結果出タ譯デアリマス」という説明も、短期を責任刑と考えていることから、刑法の仮釈放同様、当然その三分の一が法定期間となるといふように読めなくもない。

しかし、短期説は不定期刑の個別予防的機能を重視した考え方を基調とするから、本来、短期説を採りながら、仮釈放の法定期間については応報充足説を採るのは、そもそも矛盾である。ましてや、予防のための処遇期限である長期の一定割合を応報を充足する期間として法定期間とすることは理論の破綻である。

従つて、短期説を採る以上、法定期間の根拠は予防説を採ることが必然的な帰結とならねばならない。そして、行為責任に対応する短期を超えて処遇期間を延ばすことが短期説の目的であるから、施設内処遇に必要な期間(法定期間)は長期を基準に設定するというのが論理的なようにも思われるが、施設内処遇確保説の場合、どの位の処遇期間が必要かという絶対的な基準がないため、短期が責任刑であるとしても、その三分の一を最低限の処遇期間と捉えることも可能である。徹底した教育刑論者は法定期間など不要と主張し、⁽³⁵⁾現行法にある法定期間は応報刑主義の残骸とするくらいであるから、⁽³⁶⁾ある意味、法定期間はいつだってよいとも言える。正木亮博士も、「相対的不定期刑は刑罰本質論の両方面がとり容れられて居るが、然しその執行の點に於ては始めより教化的刑罰が營まれねばならぬこと、何れの學説も一致して認むることである。されば、刑罰執行の結果、短期経過前に於て改悛の情を認め得るときは、之に對して假釋放を許し得るの理論を認めることが出来ることとなるのである」⁽³⁷⁾と主張する。以上のことからすると、

短期説に立ちつつ、施設内での処遇期間を最低限確保するために仮釈放法定期間は短期（の三分の二）を基準としたところがあるが、実際の立法趣旨ではないかと考えられる。

（3）長期説での検討

しかし、今日、長期は責任刑を超えた全くの処遇期間（期限）だと見る旧少年法時代のような短期説は責任主義の立場から支持されないであろう。そこで長期説を採った場合、仮釈放の法定期間が短期の三分の一となっていることは、少なくとも応報説からは説明し辛い。不定期刑を宣告された少年の場合、果たすべき最低限の応報は定期刑の少年や成人より短くて良いのだという主張もできなくもないが、法定期間を行為責任だけから評価しているにもかかわらず、成人や定期刑の少年と違いを設けることの説明に苦しむ。全く同じ関与度で人を殺害した成人と少年の共犯がいて、成人が定期刑、少年が不定期刑を受けた場合、最低限の応報を果たしたとする期間が成人（定期刑）と少年（不定期刑）で異なるとすることは難しい。⁽³⁸⁾これは法定期間について応報充足説を採ることから来る問題であり、長期説の下、応報説を採るのであれば、仮釈放の要件も長期の三分の一とせざるを得ないように思われる。しかし、そうすると、少なくとも仮釈放要件という点では定期刑と異なるところはなく、不定期刑としての意味が無い。

これに対し、立法当時の考え方であった予防説（施設内処遇確保説）を採れば、長期説の下でも、短期の三分の一という法定期間の説明は一応つく。少年の可塑性に鑑み、特に短い期間での施設内処遇で社会内処遇に移行することができるという説明が可能だからである。⁽³⁹⁾しかし、長期説に立つと、その短期の三分の一が処遇最低期間であると、わざわざ短期を間にかませて要件設定する必要もなく、長期の六分の一が法定期間だといっても何の不都合もないし、

それを言ってしまうえば、不定期刑とはせず、定期刑としたうえで、その六分の一を法定期間とするのと何ら変わりはない。

結局、今日、改めて長期説に立つとするならば、少なくとも仮釈放の要件（又は始期）という点では、不定期刑に特別の利点や特色があるというわけではないことになる。反対に、応報説にしても、施設内処遇確保説にしても、不定期刑における仮釈放の時期を合理的に決める根拠となり得ないとも言える。

Ⅲ 仮釈放期間——刑の執行終了

1 収容中の短期経過による執行終了

仮釈放の始期の次に考えなければならないのが仮釈放の終期である。不定期刑は、長期の経過（満期）によつて当然に刑の執行が終了するが、現行法は、それ以外に次の三つの刑の執行終了を認めている。

- ① 不定期刑の執行による収容中に短期が経過し、かつ、刑の執行を終了するのを相当と認めるとき（更生保護法第三四三条・三四条）
- ② 仮釈放後、その処分を取り消されないうで仮釈放前に刑の執行を受けた期間と同一の期間を（長期経過前に）経過したとき（少年法第五九条二項）
- ③ 仮釈放を許された者が、仮釈放前又は仮釈放中にその刑の短期が経過したものについて、刑の執行を終了するのを相当と認めるとき（更生保護法第七八条）

このうち①は、仮釈放ではなく、刑事施設に収容中に十分な更生が達成されたという場合に刑の執行終了を認め、直ちに釈放するものである。これは旧法たる犯罪者予防更生法で導入された制度を前身とするが（第四八条二項）、それまでは一九四〇年（昭和一五年）に発出された「不定期刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ釋放ノ件」によつていた。⁽⁴⁰⁾ 旧少年法施行直後に発出された依命通牒「不定期刑ノ者釋放手續ノ件」⁽⁴¹⁾は、当分の間、短期と長期の間に釈放する場合は全て仮釈放手続によるものとしていたが、これを改め、短期経過後は、仮釈放の外、刑の執行を終わつたものとして釈放をなし得ることとしたものである。即ち、旧少年法が施行された後も、不定期刑の執行終了は、刑期満了（長期の経過）を除くと、仮釈放までの期間と同一の期間を経過した場合のものしかなかったが（旧少年法第一一条二項）、これは長期の二分の一以前に仮釈放となつた場合にしか適用がないため、一九四〇年からは、短期経過後、「改悛ノ情特ニ顯著ニシテ社會復歸ノ適格ヲ有スル者」は刑の執行を終了し、釈放することができるものとしたのである。⁽⁴²⁾

旧少年法当時、短期を責任刑とし、以後は処遇のための期間とする立場があつたことから、こうした立場からすれば、短期経過後に処遇の必要性がなくなれば、刑の執行終了という形を採ることがむしろ当然ということになるし、⁽⁴³⁾ 短期説を採らずとも、刑期に幅をもたせたいうで、処遇や更生の状況を見ながら短期と長期の間で事実上の刑期を決めるといふ不定期刑の趣旨からすれば、短期と長期におけるこうした刑の執行終了制度は本来的なものである。特に、少年法は仮釈放の法定期間の基準を短期（の三分の一）に設定したことから、短期の経過後は刑の執行終了を認めるようにしなければ、短期そのものを経過することの意味が失われることにもなる。⁽⁴⁴⁾

しかし、「畳上の水練」の喩えの如く、⁽⁴⁵⁾ 社会内処遇が一定期間必要であるとすれば、⁽⁴⁶⁾ 施設内処遇だけで完結させ、釈放後は一切の指導も監督もしないということとは望ましいことではないし、そうした対象者がいるとも思えない。特

に、現行少年法の場合、保護優先主義を採り、保護不能又は保護不適の少年のみ逆送して起訴し、刑を科しているのであるから、そうした問題性の高い少年（執行中に少年でなくなる場合もある）に対し何等の社会内処遇も施さなくてよいというケースは想定し辛い。実務でも刑の執行終了による釈放が殆どないのはそのためである。

2 仮釈放までの期間と同一の期間経過による執行終了

従って、まずは仮釈放をしたうえで保護観察を実施し、対象者の状況を見たうえで、②又は③の方法で不定期刑の執行を終了するというのが望ましい方法である。

このうち②の仮釈放までの期間と同一の期間経過による刑の執行終了は、旧少年法制定時に導入されたもので（旧少年法第二一条二項）、現行少年法にそのまま受け継がれている。我が国では、定期刑の場合、仮釈放は残刑期間主義を採り、刑期満了まで保護観察が行われることから、この少年法に基づく不定期刑の執行終了は、その特別法であり、不定期刑固有の制度となる。⁽⁴⁷⁾ こうした刑の執行終了制度がどのような意図で導入されたのか、その立法趣旨を明らかにした資料はない。

一方、刑法全面改正の草案においても、刑法改正豫備草案以来、仮釈放の一般規定において同様の規定が置かれていたが、その理由についても、類似の規定をもつ後の改正刑法準備草案の理由書でも示されておらず、立法作業に關わったと思われる実務家が「仮案一・二条にならったものであるが、少年については既に実施されているところで（少年法五九条）、これを成人に拡張しようとするものである」と解説しているに過ぎない。⁽⁵⁰⁾ ただ、改正刑法草案の説明書では、「このように早期に仮釈放を許される受刑者は、仮釈放の時までに改善更生の効果が十分に上がっていると考

えられ、さらに受刑期間と同一の期間を経過すれば、もはや仮釈放を継続する必要はないと推認されるからである」⁽⁵⁾との説明がなされており、少年法上の制度の立法趣旨も、恐らくこういったものであつたらうと推測される。

しかし、こうした推論に基づく制度が果たして不定期刑本来の趣旨と合致しているか疑問なしとしない。まず、この刑の執行終了は、仮釈放前に刑の執行を受けた期間と同一の期間が長期より早く到来しなければならないので、長期の二分の一までに仮釈放が行われた場合にしか適用がない。さらに、仮釈放は、法律上、短期の三分の一が経過していなければならないので、短期の三分の一から長期の二分の一の間に仮釈放が行われた場合にのみ、長期より前に刑の執行終了となる。勿論、その時点で保護観察が不要なほど受刑者の改善更生が十分図られていればよいが、そうでないと、処遇の必要性が残っているにもかかわらず、保護観察（刑の執行）を終わらざるを得ないという事態となる。

さらに、短期経過後は③による刑の執行終了との関係が問題となる。②による執行終了は、裁量による③の執行終了と異なり、期間の経過により自動的に刑の執行が終了する制度であるから、仮釈放の時期が短期の二分の一経過後であれば、短期経過後にその時期が到来することになるが、その時点で果たして社会内での自律更生が十分に図られているかどうかである。しかし、もしその時点で受刑者の社会復帰が十分遂げられているのであれば、③により刑の執行終了を行えばよい。反対に、③による刑の執行終了やその申請すら行われていないとすれば、まだ自律更生が果たされていないということであり、それにもかかわらず②の期間が経過して刑の執行が終了し、保護観察が終了するという事態は望ましくない。それは、ある意味、不定期刑の失敗を意味する。本来、不定期刑は、刑期に幅をもたせて本人の改善更生の状況に応じた処遇を行うためのものであるが、仮釈放日から自動的に計算される日をもって刑の執行や処遇を終わらなければならないという仕組みは不定期刑の趣旨にそぐわない。不定期刑の仮釈放に法定期間を

設定することが定期主義だと批判されたことがあるように、仮釈放の終期に制限を設けることに對しても同様の批判が妥当しよう。勿論、絶対的不定期刑ではなく、相対的不定期刑を採る以上、処遇の限界点である長期があり、それは制度創設時の教育刑論者達も妥協点として受け入れてはいるものの、その長期よりも前に「自動的に」刑の執行が終了してしまう制度は二重の妥協となる。

以上のことから、②の執行終了が意味をもつのは、社会内における受刑者の実質的な改善更生が既に達成されているのに、短期の経過を待たなければならぬという不都合を回避するという場合であろう。しかし、それは短期の（三分の一から）二分の一までに仮釈放が行われた場合に限られる。しかし、それだけ早期の段階で仮釈放が認められるという状況は、短期と長期、両者の幅にも拠るが、実際には極めて稀であろう。②による刑の執行終了の存在価値は限りなく小さい。

3 仮釈放者の短期経過後の執行終了

(1) 刑の執行終了要件としての短期

もう一つの不定期刑の執行終了が、③仮釈放者に対する短期経過後のものである。前述したとおり、収容中に短期を経過した場合の刑の執行終了は一九四〇年から運用が開始されたが、この扱いを仮釈放者に準用する規定は置かれていない。しかし、刑事施設に収容中でさえ改悛の情が顕著であれば刑の執行終了とできるのであるから、仮釈放を認められた者が、短期を経過した後にも同様の扱いとするのが理にかなう。そうしたことから、犯罪者予防更生法で仮釈放者の短期経過後の執行終了が明文化されることとなったものと思われ（第四八条一項）、これが更生保

護法にも引き継がれている。

不定期刑については、短期経過後に初めて仮釈放を認めることとし、長期の経過か、或いはそれ以前に刑の執行終了を認め、仮釈放を終えるというやり方もあるが、我が国はこの方式を採らず、不定期刑に対する仮釈放を短期経過前に認めることにしたことから、短期経過後に改善更生が十分果たされた場合には仮釈放期間を終了させること、即ち刑の執行を終了させることができるようにすることが必然的な帰結となる。そうでなければ、不定期刑に短期を設定した意味ばかりか、不定期刑そのものを置いた意味がないからである。⁽⁵³⁾しかし、いずれにしても、不定期刑の短期が刑の執行終了要件となつている。仮釈放の法定期間を短期そのものとする制度を採つた場合は、たまたま仮釈放の要件と刑の執行終了の要件が重なつてゐるというだけであり、我が国の場合は、仮釈放の法定期間を短期より短くしたことから、短期が刑の執行終了要件として独自の意味をもつことになる。

(2) 定期刑下での刑の執行終了とその要件

しかし、刑の執行終了自体は、不定期刑にしか設定できない固有の制度というわけではない。刑の執行終了要件を法定しさえすれば、特に不定期刑という形を採らずとも、定期刑においても同様の機能をもたせることは可能である。現に少年法では定期刑の場合にも刑期前の刑の執行終了を認めている。ただ、不定期刑は、刑の執行終了要件(短期)を個々の少年毎に裁判所が定めるのが特徴と言える。しかし、それは裁判所が処断刑の範囲内で定めるといふ形となつてゐるがゆえに、責任刑との関係が出てきてしまい、量刑基準の問題が生じてしまう。また、長期説にせよ中間位説にせよ、責任刑(長期説なら長期、中間位説なら長期と短期の中間)を刑事責任に基づいて決めた後、短期をどのような

基準で決めたらよいのかも曖昧である。⁽⁵⁴⁾ 予防的評価を中心に短期を定めるとしても、少年刑務所での矯正処遇や仮釈放後の保護観察を経たあと、いつから刑の執行終了を認めるべきかを、個々の少年毎に、しかも事前に裁判所が定めておくということは、本来、容易ではないはずである。⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾ 二〇一四年（平成二六年）の改正により、まず長期を定めたいうえで、長期の二分の一（長期が一〇年を下回るときは、長期から五年を減じた期間）を下回らない範囲内において短期を定めるとい規定が加えられ、長期が基準となることと、長期と短期の幅に制限を設けることが規定されたが、少年の改善更生の可能性その他の事情を考慮し特に必要があるときは更に処断刑の短期を下回することもできるから、かなりの幅があることには変わりない。そもそも、こうした予防的判断を裁判所が行うべきかということも考え直す必要がある。

仮に短期説を採れば、短期が責任刑であるから、短期は当然に裁判所が決めなければならないし、短期を経過した場合は、当然に刑の執行終了が認められなければならない。⁽⁵⁷⁾ また、短期経過後、処遇が無限定に続くことを避けるために、裁判所が限度としての長期を定めておく必要がある。これこそが正に純粹な不定期刑の形だと言えよう。しかし、定期刑を前提として刑の執行終了という制度を設ける場合、刑の執行終了要件は必ずしも裁判所が個別に定めなければならないというわけではなく、類型的に要件を法律で定めておくことで足りるのである。定期刑（や不定期刑）の仮釈放が類型的に法定期間という要件を定めているわけであるから、刑の執行終了についても、これができないという法はないからである。⁽⁵⁸⁾ 例えば、少年に対する定期刑の場合、仮釈放法定期間は刑期の五分の一、刑の執行終了要件は刑期の三分の二といった具合にある。これにより、裁判所も、予防的判断から刑の執行を終えてもよい始点を決定するという役割からも解放され、不定期刑に纏わる量刑基準の問題も回避することができる。

(3) 保護観察の仮解除

しかし、より根本的な問題として、刑の執行終了という制度が必要かどうかも考えてみる必要がある。刑の執行終了は、改善更生と社会復帰が十分に果たされた場合に、刑の執行そのものを終わつたものとする制度であり、刑事施設収容中であれば受刑者は施設から釈放され、仮釈放後であれば保護観察が終了する。しかし、施設内処遇だけで処遇を完結させるのではなく、社会内処遇を併せて行うことが改善更生と再犯防止にとって有効であるので、施設収容中の刑の執行終了は望ましい制度とは言えない。

一方、仮釈放にしたうえで保護観察を実施し、社会生活が安定し、更生が十分に図られたと判断される場合に、保護観察を打ち切る仕組みはあつてしかるべきであるが、これを刑の執行終了という形で行うべきかどうかである。本来、刑期までは処遇を行い得るのに、一旦、刑の執行を終了してしまうと、その後、幾ら予後に問題が生じようと再び処遇を行うことは不可能である。保護観察の期間は、対象者の改善更生の状態がよければ短縮しても構わないが、少なくとも刑期までは再び社会内処遇を行い得るようしておく必要があるように思われる。そうした観点からは、刑の執行終了という制度は都合が悪い。社会内処遇の必要性がないと判断されたのであれば、執行猶予と同様な仮解除という制度を設けた方が合理的である。

刑の執行終了は非常に強い法的効果をもつた制度であり、そうであるがゆえにこれを行うことも躊躇されるということもあろう。特に、不定期刑を受ける少年は、犯罪事実が重く、かつ保護処分では保護が不能又は適当でないと判断された者である。しかも、短期説が一定の支持を得られた時代はよいが、長期説を前提とするならば、責任刑の前

に行政機関が刑の執行を打ち切ることは、司法権との関係でも、やや躊躇されよう。

仮解除は、保護観察を行わないようにするものであり、現行の全部又は一部執行猶予の保護観察における仮解除と同じだとすれば、指導監督や補導援護は行われず、特別遵守事項も取消しの扱いとなつて、対象者は善行保持等の一般遵守事項を遵守すればよいだけであるから、その負担は限りなく小さい。但し、刑の執行終了と異なり、刑期満了まで資格制限は続くことになる。この点について、刑の執行終了制度を導入した理由の一つが資格制限の問題があるとしても、⁽⁵⁹⁾資格制限の時期の僅かな差が対象者の更生を大きく阻害するということは現実の問題として大きくないであらう。

現在の執行猶予における仮解除の適用状況を見ると、仮釈放後の保護観察における実効性を疑う向きがあるかもしれない。しかし、近年、全く実績がない刑の執行終了は、多少、仮釈放の時期を早くしたくらいでは活用されるようにならないであらう。仮解除の制度とすれば、少なくとも刑の執行終了よりは活用が見込まれよう。

IV 不定期刑廃止論と少年受刑者処遇の充実

不定期刑は、仮釈放の特別な法定期間を設定することに意義があるのではなく、従つて、それを短期の三分の一とするのか、長期の一定割合とするのかも重要ではない。不定期刑唯一の意義は、刑期（長期）満了前に刑の執行を終了することができることであり、短期はその基準（要件）として意味がある。しかし、刑の執行終了も、不定期刑固有の制度ではなく、定期刑の下で刑の類似の制度を設けることも不可能ではない。そもそも、刑の執行終了要件たる

短期を裁判所が処断刑の範囲で定めることで、責任刑との関係が問題となり、量刑基準が曖昧となる。

そこで、少年に対する不定期刑を廃止し、裁判所は定期刑として刑事責任に応じて刑期を言渡すことを提案した⁽⁶⁰⁾。その上で、仮釈放だけでなく、刑の執行終了の要件についても、刑期の一定割合とすることが考えられる。但し、この場合の刑の執行終了は仮釈放中しか認めないことが望ましい。こうすることで、不定期刑の量刑基準に纏わる問題を回避しつつ、法定期間を経過し、改悛の状が見られるときは仮釈放に付し、次に刑の執行終了要件の期間を経過し、社会内で最終的に更生が十分に図られたと判断される場合、刑の執行終了とするという仕組みにすることが可能となる。定期刑の上限については、少年の可塑性に鑑み、無期刑を緩和する場合を除いては、一五年を超えることができないとすべきであろう。

仮釈放要件については、筆者なりの見解もあるが、少年に対する定期刑においては、これよりも緩和する必要はあろう。但し、刑期の五分の一というようなあまりの短期の法定期間⁽⁶²⁾は却ってそれを等閑視することに繋がるので、より現実的なものとしつつ、法定期間を経過した場合は必要的に仮釈放審査に付すようにすることで（必要的仮釈放審理制度⁽⁶³⁾、社会内処遇への円滑な移行を促進すべきであろう。刑の執行終了要件は、仮釈放要件とも関連させる必要がある。仮に、仮釈放要件を三分の一とした場合は五分の三、四分の一とした場合は二分の一といった感じとなるか。これらの特則は、全部執行猶予付の定期刑が言渡され、それが取り消されたときも適用することもできるものとする。これにより、現在の少年に対する全部執行猶予が取り消され、定期刑が執行される⁽⁶⁴⁾とき、刑法上の仮釈放要件が適用され、刑の執行終了もないという問題を解消することができる。

しかし、一旦、刑の執行を終了してしまえば、これを取り消したりすることは不可能であるから、当初の長期前に

対象者の更生が危ぶまれる事態となっても対応する方法がない。そこで、定期刑の下、仮釈放後も刑の執行は刑期まで続くとしたうえで、社会内処遇の必要性がなくなれば、保護観察の仮解除という制度を導入することも一案である。仮解除ならば、期間としての要件は必要なく、保護観察中であればいつでも可能である。

問題は、仮釈放が刑期満了に近いところで行われた場合、保護観察を十分に行えないことである。そこで、少年に對しても定期刑を科すとした場合、考試期間主義を採用して、社会内処遇に必要な期間を確保する必要がある⁽⁶⁵⁾。不定期刑でも考試期間主義を採用し得ないわけではないが、社会内処遇の期間も含め、一定の幅を設けてあるのに、残刑を猶予して更に社会内処遇の期間を設定することは、何のための不定期刑であったか、その意義が問われかねない。

なお、不定期刑を廃止し、少年に對しても定期刑を科すこととした場合、当然に刑の一部執行猶予の対象となる。現在も、少年に對し、ごく僅かであるが一部執行猶予を言い渡す裁判例が見られるが、これは少年法第五二条三項を適用して定期刑としているものと思われる。従って、その場合、仮釈放の特則や刑の執行終了の適用もない⁽⁶⁶⁾。これに對し、定期刑を原則とすれば、一部執行猶予とする場合に、仮釈放の法定期間は上記の新たな特則を適用するようにすることもできる⁽⁶⁷⁾。

以上のように、少年に對する自由刑を定期刑とした場合でも、不定期刑が目指すような、あるいはそれを超える改善更生のための仕組みを設けることができるだけでなく、量刑基準のほか、不定期刑の不都合な点を解消することもできる。

しかし、不定期刑を廃止し、単に定期刑とするだけで少年に對する改善更生が十分に果たされるわけでは決していない。刑事施設における少年受刑者(元少年も含む)の矯正処遇を充実させる必要があることは勿論である。よく川越少年

刑務所が取り上げられるが、むしろ同施設の処遇内容は良い方の例外であつて、他の少年刑務所では刑務作業にかなりの比重が置かれており、再考の余地がある。J指標以外の受刑者も数多く収容している少年刑務所の在り方も問題である。本来は、J指標や元J指標の受刑者に特化した小規模の施設において独自の動作時限による矯正処遇を実施すべきである。少年院在院者が減り、廃庁となる少年院も出るなか、こうした施設を転用することも考えられる。

少年受刑者に対する保護観察の充実も課題である。人数も少なく、全国に対象者が分散していることや、対象者の事情も大きく異なるため、個別の対応が中心となろうが、筆者が提案するような考試期間主義や定期刑化に伴う刑の一部執行猶予が適用されると、保護観察の期間が長期化するため、矯正処遇と連携した、しかも間延びしない保護観察を行う必要がある。新たな定期刑下での処遇が不定期刑下での処遇と同じでは、仏作つて魂入れずということになりかねない。

(1) 小林充「少年に対する不定期刑の言渡基準について」家月二五卷一二号(一九七三)一頁以下、城下裕二「量刑理論の現代的課題」成文堂(二〇〇七)一九五頁以下等。常習累犯に対する不定期刑の量刑については、森下忠「不定期刑の量定をめぐる諸問題」刑法雑誌二二卷二・三・四号(一九六二)一二頁以下。

(2) 八木正一「少年の刑事処分に関する立法論的覚書―裁判員裁判に備えて」判タ一一九二号(二〇〇五)六七―六八頁、角田正紀「少年刑事事件を巡る諸問題」家月五八卷六号(二〇〇六)二〇―二二頁、植村立郎「少年事件の実務と法理―実務「現代」刑事法」判例タイムズ社(二〇一〇)三六〇―三六二頁、小西暁和「少年に対する不定期刑についての刑事政策論的考察(二・完)」早法九〇巻四号(二〇二五)一四―一七頁、二二―二三頁。川出敏裕「少年の刑事裁判」法学教室三五三三号(二〇一〇)一一頁も廃止の可能性を認める。本庄武「少年に対する刑事処分」現代人文社(二〇一四)二五四―二五六頁、二六二―二六八頁は、少年の改善更生から不定期刑制度に意義を認め、廃止するとしてもあくまで条件付きとする。

- (3) 不定期刑の執行終了による釈放は、一九六五年（昭和四〇年）の三人を最後に、以後、五〇年以上一件もない。法務省『第六七矯正統計年報』（一九六六）以後の矯正統計参照。但し、後の矯正統計では一九六四年や一九六五年の不定期刑の執行終了件数はゼロに修正されている。
- (4) 泉二新熊『刑事学研究』集成社（一九二〇）四一三頁は、「不定期刑制度ノ施行上假出獄力最モ重要ナル過程ニ屬スルコトヲ認メタルニ因ル」とする。同旨、同『不定期刑の執行に就て』刑政三六卷三号（一九二三）六頁。
- (5) 森下忠『刑事政策大綱（新版）』成文堂（一九九三）二四六頁。
- (6) 八木正一・前掲注(2) 六七―六八頁、川出敏裕・前掲注(2) 一一一頁、本庄武・前掲注(2) 二五四―二五六頁、小西暁和・前掲注(2) 一四―一七頁、二二―二三頁。
- (7) 我が国では、一九二六年（大正一五年）に決議された「刑法改正ノ綱領」において不定期刑の提案がなされて以来、一九二七年（昭和二年）の刑法改正豫備草案から一九七四年（昭和四九年）改正刑法草案に至るまでの刑法改正作業において常習累犯に対する不定期刑の規定が置かれていた。常習累犯について論じたものは枚挙に遑がないが、改正刑法草案に向けた議論の経緯として、鈴木義男「累犯」ジュリスト四一六号（一九六九）一二七頁以下が参考になる。
- (8) 寺光忠「不定期刑における釋放をめぐる諸問題」刑政五四卷四号（一九四二）一一―一二頁、一四頁。
- (9) 泉二新熊・前掲注(4) 三九九頁。
- (10) 森田明編著『日本立法資料全集18大正少年法（上）』信山社（一九九三）三三八頁。
- (11) 泉二新熊「不定期刑」松井和義・牧野英一『行刑論集』刑務協會（一九三〇）四五三頁。
- (12) 法定刑を長期とする不定期刑は、当時のアメリカの一部の州でも採用されていた。泉二新熊・同上九一―一〇頁。
- (13) 森田明・前掲注(10) 四二六頁。
- (14) 森田明・前掲注(10) 四三八頁。
- (15) 小西暁和「少年に対する不定期刑についての刑事政策論的考察（一）」早法九〇卷三号（二〇一五）一〇頁。
- (16) 長期短期を定めることは、割とあっさり決まってしまうようである。泉二新熊『法窓余滴』中央公論社（一九四二）一三五頁。
- (17) 森田明編著『日本立法資料全集18大正少年法（下）』信山社（一九九四）一〇〇〇頁。

- (18) 正木亮『新監獄学』有斐閣(一九四二)一一九頁。
- (19) 泉二新熊・前掲注(11)四五三―四五五頁。限度といっても、それは法定刑の長期と短期をそれぞれ上限と下限とする相対的不定期刑である。
- (20) 森田明・前掲注(10)五一七頁。
- (21) 起草委員の山岡萬之助司法省監獄局長は、著書の中でも短期自由刑の弊害を説き、その廃止ではなく、これを加重する制度を提案しているが、短期を責任刑とし処遇の必要性に応じて長期を設定するという当時の不定期刑の発想にもつながるよう考えるのは読み過ぎであろうか。山岡萬之助『刑事政策学「再版」』日本大学(一九二五)五〇八―五〇九頁。
- (22) 森田明・前掲注(10)三三三頁、三七二―三七三頁。
- (23) 森田明・前掲注(10)三七二頁。
- (24) 森田明・前掲注(10)五〇〇―五〇一頁。
- (25) 現行少年法制定過程における不定期刑の位置付けについては、小西暁和・前掲注(15)一六一―一九頁。
- (26) 詳細は、太田達也『仮釈放の理論―矯正・保護の連携と再犯防止』慶應義塾大学出版会(二〇一七)二三頁以下参照。
- (27) 正木亮『刑事政策汎論「増訂改版」』有斐閣(一九四九)三〇一―三〇二頁。
- (28) このほかにも、刑罰論の観点からではなく、法定期間は、裁判所が言い渡した宣告刑をできるだけ尊重するために確保すべき期間であるとする司法処分尊重説も考えられる。
- (29) 森田明・前掲注(17)一〇〇頁。
- (30) 森田明・前掲注(17)一〇〇頁。
- (31) 森田明・前掲注(10)五一七頁。
- (32) 二〇一四年(平成二六年)の改正で短期は長期の二分の一以上、長期が一〇年を下回るときは長期から五年を減じた期間を下回らない範囲で短期を設定しなければならなくなったので、こうしたことは起こりえない。
- (33) 正木亮『刑事政策汎論』有斐閣(一九三八)三一七頁。現行少年法制定後に出版された増訂改版でも内容は変わっていない。
- (34) 正木亮・前掲注(27)三〇一―三〇二頁。同旨、綿引紳郎『犯罪者予防更生法解説』東京大学書房(一九四九)九六頁。

- (35) 正木亮・前掲注(27) 四一五頁、同『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「仮釈放に關する理論と實際」法律のひろば一五卷二号(一九六二) 二七―二八頁)。
- (36) 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『刑事政策講座第二卷刑罰』成文堂(一九七二) 二三五頁。
- (37) 正木亮・前掲注(27) 三〇二頁、同・前掲注(33) 三一八頁。
- (38) 少年に対する刑の緩和の根拠は、人格の未熟さから責任も低いとすることにも求められるが、やはりそれだけではなく、少年の可塑性や教育可能性からの予防的配慮が働いていよう。平場安治「少年法」新版『有斐閣(一九七七) 四四三頁、田宮裕Ⅱ廣瀬健二編『注釈少年法「改訂版」』有斐閣(二〇〇一) 四〇九頁、小西暁和・前掲注(2) 五一―七頁。回顧的な非難可能性だけでなく、展望的な少年の成長発達の可能性も含めて責任が減少しているものとして、本庄武「少年刑事事件における、憲法上の権利としての手続的・実体的デュープロセス」『刑事法における人権の諸相―福田雅章先生古稀祝賀論文集』成文堂(二〇一〇) 二五四―二五九頁。
- (39) 処遇連携説でも同じ説明が可能である。
- (40) 「不定期刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ釋放ノ件」(司法省行刑局行甲第一五七八号昭和十五年二月二四日)、「不定期刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ釋放ノ件依命通牒」(司法省行刑局行甲第一五八六号昭和十五年二月二四日)。刑政五四卷二号(一九四一) 一〇〇頁(資料八頁)に掲載。
- (41) 「不定期刑ノ者釋放手續ノ件」大正一二年七月行甲第一一八一号依命通牒。寺光忠・前掲注(8) 五十六頁に拠る。
- (42) 収容中に短期を経過した場合の刑の執行終了を導入した理由として、①改換の状顯著にして仮釈放審査規程の要件を充足し、且つ、疾病その他特段の事由のある場合においては、無条件釈放をなし得るものとしたい、②刑の執行終了や免除まで資格制限があつたため、早期に刑の執行を終了することで資格制限を解除できるようにする、ことが理由であつたとする見解がある。寺光忠・前掲注(8) 一九頁。
- (43) 綿引紳郎・前掲注(33) 九六頁。短期経過によって刑の執行終了とすることも考えられなくもないが(寺光忠・前掲注(8) 一二頁、二〇頁)、そうなると、結局、短期を刑期とする定期刑と結果的に変わらなくなり、不定期刑の趣旨が失われる。
- (44) 寺光忠・前掲注(8) 一二頁は、「短期内に假釈放が認められてゐるならば、それは、ただ、短期経過後の釋放を無条件釋

放（不定期刑釋放）の一本建てにするにおいてのみ之を是認せられるのであらう。」とする。また、正木亮博士も、「わが少年法の不定期刑の假釋放は短期経過前の存在であつてその以後に於ては之を満期釋放と考へねばならぬ」とする。正木亮・前掲注(18) 一一〇頁。

(45) 「自由を大幅に制限し、奪つてゐる環境で社会復帰の訓練をするのは、床の上で水泳の練習をさせることに似ている」というグスタフ・ラートブルフの言葉を引用して社会内処遇の意義を説明するものとして、宮澤浩一「刑事政策講義ノート」成文堂（一九九八）四八頁。

(46) 筆者は基本的にこの立場に立つ。太田達也・前掲注(26) 一二七頁以下等。犯罪者予防更生法の立案に関わつた法務庁成人矯正局（後に法務府矯正保護局）の綿引紳郎は、「短期経過後の満期釈放者についても、一定の期間、保護観察に付することが妥当ではないかと考える」とする。綿引紳郎・前掲注(33) 九七頁。

(47) これは残刑期間の前に仮釈放期間を終了させる一種の消極的考試期間主義を認めたものである。太田達也・前掲注(26) 一四七—一四九頁。

(48) 刑法改正豫備草案（第九一条）と改正刑法仮案（第一一二条一項二号）では、仮釈放の後既に執行を受けたのと同じの期間を経過したときは刑の執行を終わつたものとする。小野清一郎編『刑事法規集第一卷』日本評論社（一九四四）二〇九頁、二五四頁。

(49) 法務省刑事局『改正刑法準備草案附理由書』（一九六一）一六九頁。

(50) 佐藤豁「仮釈放と保護観察」法律のひろば一三卷一〇号（一九六〇）二七頁。

(51) 法務省『刑法改正資料（六）法制審議会改正刑法草案―附同説明書』（一九七四）一五五頁。

(52) 森田明・前掲注(17) 一〇〇〇頁。

(53) 正木亮・前掲注(18) 一一〇頁。

(54) 長期説の場合は、長期を刑事責任に基づいて決めるとすれば、短期は予防的な評価を中心と定めるといふことになり、また中間位説であれば、短期と長期の中間に当たる責任刑を決めたいうえで、そこから同じ期間だけ上下に一定の期間を取つて長期と短期を定めるが、どれほどの期間を見込むかは予防的な評価になるのであるか。刑事責任には幅があり、その幅に基づいて短期と長期を定めると考えない限り、短期の基準には予防的な評価が当然に入ることになり、それが本来の不定期

刑の目的である。小西暁和・前掲注(2)七―八頁。しかし、その一方で、短期は長期を基準とする一定の範囲内に設定しなければならぬことから、そこには責任評価から来る一定の限度があることになるし、懲役五年以上一〇年以下より懲役六年以上一〇年以下の方が量刑上「重い」と言わざるを得ないから、短期は予防的評価に尽きるとも言えない。なお、角田正紀「少年の刑事裁判」法学教室四二三号(二〇一五)は、短期についても行為責任の観点から長期との比較で余りに短期間のものとは相当でないとし、短期にも行為責任の評価が入るとする。また、成長発達の可能性から少年の責任減少を説明する立場から長期も短期も責任刑であるものとして、本庄武・前掲注(2)二五四頁。

- (55) 嘗て、裁判所は予め被告人に対してだけの刑を科せば更生するかは断定しえず、受刑者も当初より刑期が決まっています。更生の効果が弱くして定期刑を批判し、不定期刑は、定期刑と仮釈放の組み合わせではできないことが為しえらるとされた。司法省調査課『司法資料第六〇号 不定期刑言渡ノ制度』(一九二五)一四三―四七頁。このことから、当時のこうした主張の前提には短期説があったことが推測されるが、もし裁判所が更生のために必要な期間を決定できないとするならば、短期も決めることができないはずである。

- (56) 刑の一部執行猶予の立法過程において、三年を超えるような量刑の場合、遠い将来を見越した処遇の必要性の判断は困難であることが宣告刑を三年以下に限定する理由の一つとされた。太田達也『刑の一部執行猶予―犯罪者の改善更生と再犯防止(改訂増補版)』慶應義塾大学出版会(二〇一八)一九頁。

- (57) 旧少年法制定の際には短期経過後の刑の執行終了は規定されていなかったが、一九四〇年の訓令通牒により短期経過後の刑の執行終了が導入された際、「此の改正せられたる制度は、永年の渴望を充たしたものととして大方の喝采を受けてゐる」、「此の制度が永く待望せられ、遂に此の劃期的なる制度が實現するに至った」(寺光忠・前掲注(8)六頁、一九頁)とあることから、旧少年法は、元々、仮釈放後か否かにかかわらず、短期経過後の刑の執行終了を企図していたとも考えられる。

- (58) 「『不定期刑釋放』の條件と假釋放の條件とは審議上之を程度の差に歸するの他はない。」寺光忠・前掲注(8)二〇頁。

- (59) 寺光忠・前掲注(8)一九頁。

- (60) 定期刑化と刑法より緩和した仮釈放法定期間を提案する意見として、八木正一・前掲注(2)六八―六九頁、小西暁和・前掲注(2)一二―一三頁。

- (61) 太田達也・前掲注(26)一三頁以下。

(62) 八木正一・前掲注(2) 六八頁。

(63) 太田達也・前掲注(26) 四二―四四頁。

(64) 不定期刑は行刑上の効果を狙ったものであるから、現実に刑の執行を目的としない刑の執行猶予においては無意味だとされる。これに対し、平場安治・前掲注(38) 四四五頁。団藤重光Ⅱ森田宗一『新版少年法「第二版」』有斐閣(一九八四) 四一―三頁は、執行猶予取消しの場合を考えると立法論として疑問の余地があるとす。しかし、不定期刑の全部執行猶予を認めた場合、再犯による取消しがなされると、再犯による後刑が定期刑であろうと、不定期刑であろうと、前刑の不定期刑と併せた二刑の執行上複雑な問題が生じるだけでなく、前刑の短期や、ひいては不定期刑の合理性が失われかねない。同旨、植村立郎・前掲注(2) 三六一頁。

(65) 太田達也・前掲注(26) 一二七頁以下。

(66) 小西暁和・前掲注(2) 一一―一二頁は、刑の一部執行猶予の適用により不定期刑の意義が一層低下するとする。

(67) 刑の一部執行猶予の場合、元々、保護観察の仮解除は可能である。

(慶應義塾大学法学部教授)