刑法改正と一部執行猶予

太田達也

- I 本報告の目的
- II 制度不要論について
- III 責任主義と残刑期間主義に違背するとの批判について
- IV 執行猶予制度の趣旨に反するとの批判について
- V 猶予刑を超える猶予期間を設定することへの批判について
- VI 厳罰化・刑の長期化につながるとの批判について
- VII 量刑判断が困難であるとの批判について
- VIII 刑の軽重が複雑になり過ぎるとの批判について
- IX 受刑者の処遇が困難になるとい批判について
- X 膠着的な取消しの運用が行われるとの批判について
- XI 保護観察の体制が不十分であるとの批判について
- XII 今後の課題

本稿は、平成二四年六月二九日、慶應義塾大学法学部・法学研究所主催の「刑法改正と一部執行猶予」と題する筆者の講演に加筆・修正を行ったものである。

I 本報告の目的

刑の一部執行猶予とは、言渡した刑（以下、宣告刑という⁽¹⁾）の一部の執行を猶予し（以下、猶予刑という）、猶予されなかった刑の部分（以下、実刑部分という）の執行に続く一定の猶予期間を設定し、一部執行猶予が取り消されることなく猶予期間を経過した場合、猶予刑の効力を失わせ、実刑部分の刑期に相当する刑に減軽する制度である。現行の執行猶予制度は、宣告刑の全部の執行を猶予し、一定の猶予期間を設定する、いわば全部執行猶予制度であるのに対し、一部執行猶予は、宣告刑の最後の一部分についてのみ執行を猶予するものである。

この制度は、過剰収容対策と再犯防止策を検討すべく平成一八年に設置された法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会（以下、部会という）が、三年余に亘る検討の末、平成二二年に採択し、法務大臣に答申した要綱（骨子）において導入が提案されたものである。この答申を踏まえ、平成二三年一月、刑法等の一部を改正する法律案と薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律案が国会に提出され、同年一月に参議院を通過し、現在、衆議院で継続審査となっている。

導入が予定されている一部執行猶予制度は、明治三八年の執行猶予制度の導入や戦後一連の刑法改正による執行猶予制度の改革と並ぶ刑罰制度の一大改革であり、量刑や犯罪者処遇において大きな意味を有するが、その分、検討すべき課題も多い。このうち、要件や実務上想定される問題⁽²⁾については既に検討を加えたことがあるので、今回の報告では、法制審議会の答申から法案上程後にかけて展開されている一部執行猶予制度に対する批判の検証を通じて、制度の意義や在り方について改めて検討してみることとする。

II 制度不要論について

部会が「被收容人員の適正化」と「犯罪者の再犯防止及び社会復帰の促進」を図る制度や処遇の在り方を諮問され、その成果として一部執行猶予制度（と社会貢献活動）の導入を法務大臣に答申したことからわかるように、一部執行猶予制度は、単に過剰收容の緩和だけでなく、再犯率の高い満期釈放者を含めた犯罪者の再犯防止と社会復帰を目的とする制度として提案されたものである。⁽⁵⁾従って、部会が過剰收容緩和策の検討という目的を拡大し、或いはそこから逸脱して再犯防止策を検討したという批判は見当違いであるし、一部執行猶予が過剰收容の緩和に役立つかどうかという視点だけで制度の是非を検討することも適当でない。

そして、部会（や政府）は、再犯率の高い満期釈放者に対する対応の限界と、仮釈放後に短い保護観察期間しか取ることができない現行制度の限界を（一部）克服し、施設内処遇と社会内処遇の有機的連携を図ることを目的として一部執行猶予制度を提案したのであるが、これに対しては、「現行の仮釈放を積極的に活用することによって早期に施設から釈放し、残刑期間に支援をすることが可能であり、また、満期釈放者に対しても、現行制度の下でも更生緊急保護による支援も可能なのである。にもかかわらず、これらが活用されていないことこそが問題なのであって、行為責任主義に抵触するような疑義のある新たな制度を構築する必要性はない」といった批判⁽⁷⁾や「『施設内処遇と社会内処遇の有機的な連携を図る制度』としては、現行法においても仮釈放制度が存在するのであって、より積極的に『施設内処遇と社会内処遇の有機的な連携を図る』のであれば、まずもって現行の仮釈放制度の運用状況の改善を図り、あるいは必要的仮釈放制度や善時制の導入を検討すべきである」といった主張がなされている。⁽⁸⁾

確かに、仮釈放率は、伸び悩むばかりか、平成一七年当たりから低下し始め、平成二二年には戦後初めて五

○%を切る事態になっており、一部執行猶予の採否にかかわらず、仮釈放をより積極化する道を模索していく必要があるのはその通りである。しかし、仮釈放の積極化は、昭和五八年の通達以来、努力が続けられており、平成二四年には新たな運用が始められている¹⁰⁾。それにもかかわらず、これまでなかなか仮釈放率が上がる事がなかった、その主たる原因は、刑事施設には更生を（従って、仮釈放も）拒否している暴力団受刑者のほか、犯罪傾向が進み、処遇も容易でない累入受刑者の占める割合が高いという現実に加え、制度的には、これまでの仮釈放が「再犯のおそれ」を許可基準の一つとし、その評価に重点を置いてきたことにある。仮釈放の実質的要件たる「改悛の状」（刑法二八条）を判定する仮釈放許可基準の一つとして「再犯のおそれがないこと」が求められている以上、犯罪傾向の進んだ受刑者を「再犯のおそれなし」としておいそれ仮釈放に付すことができないのである¹¹⁾。こうした受刑者の現実と仮釈放制度の特質を考慮せず、ただ闇雲に仮釈放を積極化せよと言ったところで、仮釈放率を大幅に上げることは殆ど期待できない。

私見では、仮釈放を「施設内処遇と社会内処遇の連携」を図るための制度に純化するため、「再犯のおそれ」を含む仮釈放許可基準や実質的要件を根本的に見直すべきだと考えるが、たとえ仮釈放を積極化し、仮釈放率を高めても、残刑期間主義を採り、刑期に応じて八〇%から九〇%以上の執行率を維持する我が国の仮釈放制度の下では、大半（七割）の仮釈放者に対し数か月から六か月の極めて短い保護観察期間しか確保することができず、再犯リスクの高い三年から五年をカバーすることは到底不可能である。

また、再犯リスクだけでなく、仮釈放者の社会生活が安定するまでに必要な支援を行うためにも、現行の仮釈放制度では十分な期間を取ることができない。保護観察というと、すぐに監視であるとか、自由や人権の制約という側面だけで捉えようとする向きがあるが、保護観察の重要な作用の一つが対象者の自立や社会復帰を支援する補導援護（更生保護法五八条）や応急の救護（同六二条）であることを勝手に歪曲してはならないであろう¹⁵⁾。仮

釈放期間終了（満期）後の更生緊急保護（同八五条）などは正に司法福祉の領域である。そうした社会復帰支援としての期間が数か月から六か月しかないというのでは余りに短すぎるのである。司法は早々に手を引いて、福祉にこれを委ねるべきだという意見は、障がい者や高齢者などといった特定の対象者や、ある一つの局面の主張としては、正しい。しかし、近年の特別調整と地域生活定着支援センターを巡る運用の中でも、福祉機関だけでなく、当初の一定期間は司法関係機関（保護観察所など）が共に関わって対応することが望ましいという、福祉関係者から聞かれる見解も重要な指摘であるように思われる。⁽¹⁷⁾

一方、保護観察期間を確保したいのであれば、仮釈放をもっと早期化すればよいという見解がある。⁽¹⁸⁾ しかし、それは余りに司法処分の意味を軽んじ過ぎているし、どんなに早く仮釈放しても、受刑者の九割以上を占める刑期五年以下の受刑者には十分な保護観察期間を確保することができない。現実には、仮釈放後の保護観察期間中に再犯を犯す者は七〜八％に止まるのに対し、仮釈放者で再犯を犯す者は大半が保護観察期間終了後に再犯を行っているのである。⁽¹⁹⁾

このような、仮釈放者でさえ短期間に再犯に至る者が多いという現実と、その再犯リスクの高い期間や社会生活が安定するまでの期間をカバーする保護観察期間を確保できないという現行仮釈放制度の限界を克服することの一つの目的として、一部執行猶予が提案されたのである。一部執行猶予の対象者が実刑部分の過程で仮釈放となったとき、実刑部分の残刑期間が短くとも、その後、一定期間の猶予期間（時には保護観察付）が確保されているからである。

仮釈放後、特に仮釈放期間終了後の改善更生や再犯防止に対応する制度としては、もう一つ、考試期間主義に基づく仮釈放を採用する方法が考えられる。⁽²⁰⁾ これは、仮釈放を残刑の執行猶予制度とし、仮釈放に続いて一定期間（通常は五年以下）猶予期間を設定して、保護観察を行うというものであり、筆者はこの制度を支持するもの

であるが、行政委員会（地方更生保護委員会）が、事後的に、残刑（相当期間）を超えた（ように見える）保護観察期間を設定する当制度には批判も多い。⁽²²⁾

そして、一部執行猶予と考試期間主義が実刑（施設内処遇）に続いて一定期間、保護観察（社会内処遇）を行うという点で類似した制度であるためか、一部執行猶予の不要論を唱える論者は、考試期間主義の採用にも（より強く）反対であるばかりか、むしろ考試期間主義が許されないのであるから、一部執行猶予も許されないと主張する。しかし、両者は法的性質や決定機関を異にする制度である。考試期間主義に対する批判も当たらないと考えているが、それはさておき、刑の一部執行猶予は、司法機関（裁判所）が、刑罰として、裁判時に刑の一部分（残刑相当期間）を猶予する代わりに猶予期間を言い渡しておくものであり、その意味で考試期間に対する批判を回避することができるものである。

さらに、仮釈放で対応すればよいという見解は、仮釈放にならない満期釈放者やその再犯への配慮に欠けている。仮釈放の要件や基準を改めるなどして仮釈放の積極化を進めたとしても、どうしても仮釈放に馴染まず、満期釈放となる者が出る。満期釈放者は、再犯のおそれがあるとされるなど、更生に問題の多い者が大半であるにもかかわらず、⁽²³⁾ 保護観察が行えないという限界がある。再犯のおそれが（少）なく、更生の可能性がない者に対しては、指導監督や補導援助が行われるのに、再犯のおそれがより高い満期釈放者には、本人の申出（希望）に基づく更生緊急保護以外、社会内処遇がないというジレンマ（仮釈放のジレンマ）があり、これは仮釈放制度の改革では如何ともし難い。一部執行猶予に批判的な論者が提案する必要的仮釈放制度は、現行の裁量的仮釈放のような要件や許可基準を廃止した、一定の刑期の経過だけで機械的に仮釈放を認める制度であるが、再犯や暴力団組織への復帰を公言して憚らない受刑者まで仮釈放に付すことになるなど弊害が多すぎて採用に値せず、善時制（善時的仮釈放）は更に問題が多い。⁽²⁴⁾

満期釈放者に対しては、仮釈放期間満了者と同様、本人の申出に基づき、更生緊急保護の適用を受けることができるが、あくまで本人の希望に基づいており、利用を希望しない者に対しては全くの無力である。更生に支障を来すおそれの多い者が支援を求めるとは限らないのである。

一部執行猶予制度は、受刑者が仮釈放とならずとも、釈放時が刑の満期ではなく、釈放に続いて、一定の期間、猶予期間が設定されており、さらに保護観察が付いていれば、その間、指導監督や補導援助を行うことができる。一部執行猶予は、こうした従来であれば、再犯の可能性がある満期釈放者に対し、何等の手当も行うことができず、いわば放置状態にあった者に対し、保安処分⁽²⁵⁾に拠らず、更生や社会復帰に向けた処遇を行うことを可能にする制度なのである。

Ⅲ 責任主義と残刑期間主義に違背するとの批判について

一部執行猶予に対しては、更に、「刑期の残り期間を大幅に上回って自由制限を伴う監視下に置かれ得るといふ点で、仮釈放制度における残刑期間主義を踏み越えることになる。したがって、この制度は、刑期の範囲内での自由刑の執行の緩和という形で責任主義と調和する制度としてはとらえることができず、むしろ、自由刑とは別の一個の独立した刑事処分として、裁判所が言い渡す制度である⁽²⁶⁾とらえざるを得ない。そして、責任主義の観点からは責任に対応するのは自由刑の刑期であり、それとは別の自由の制約を伴う制度は責任主義からは説明することができない。」との批判がある。ここには、責任主義違反と残刑期間主義違反という相互に関連する二つの批判が含まれている。

まず、第一の批判は、一部執行猶予の猶予期間と実刑部分を合わせた期間が宣告刑の刑期を超えることから責

任主義違反だというものである。⁽²⁶⁾しかし、この批判には、そもそも、一部執行猶予のうちの宣告刑が行為責任に応じた刑であるとしている点で制度の理解に誤りがある。一部執行猶予は、宣告刑の刑期と一部執行猶予の有無、猶予刑の期間、猶予期間、保護観察の有無を合わせたものが刑事責任に応じて量定された「刑」なのであって、宣告刑だけが行為責任に基づいて量定された刑罰ではない。現行の全部執行猶予も、宣告刑（猶予刑）の部分だけが刑事責任に応じて量定された刑罰ではなく、宣告刑の刑期と執行猶予の有無、猶予期間、保護観察の有無を刑事責任に応じて量定しているのである。⁽²⁷⁾また、「再犯防止目的という将来の不確定な事項にかかる……要素を制度適用の決定的な要件として、刑期を超えて自由を制限する新たな制度を規定することは、行為責任主義という刑法の大原則の変質につながるおそれがある。」という批判も、宣告刑（実刑部分＋猶予刑）を行為責任に応じた刑期だとしたうえで、行為責任による刑期を「超えて」、つまり刑を加重する方向で予防的側面を考慮することは許されないと断じるものであるが、正鵠を射た指摘とは言えない。行為責任に予防的評価を加えた刑事責任に相応する刑として「宣告刑の刑期、一部執行猶予の有無、猶予刑の期間、猶予期間プラス保護観察の有無」を定めているのである。

第二に、上記の批判は、一部執行猶予が仮釈放制度（特に、考試期間主義）と類似した側面を有することに着目し、それと比較しながら、仮釈放でもできない残刑期間を超えた自由制限が行われることが行為責任主義違反であるとする。⁽²⁸⁾

予てから指摘しているように、⁽²⁹⁾一部執行猶予と仮釈放が、共に刑事施設内での刑の執行に続いて社会内での心理強制（単純一部執行猶予の場合）又は処遇（保護観察付一部執行猶予の場合）を受けるという仕組みだけに着目すれば、形式的な類似点があることは確かである。しかし、仮釈放は自由刑の執行過程で受刑者を仮に釈放し、社会内で保護観察という形で刑の執行を継続し、従って刑期がそのまま進行するため、⁽³⁰⁾残刑期間の経過で刑の執行

が終わるものであるのに対し（刑の一執行形態説）、一部執行猶予は、自由刑の一部の執行を「猶予」する代わりに、一定の猶予期間を設定して、その期間、再犯や保護観察付であれば遵守事項違反がなければ、猶予した自由刑の部分を失効させるという異なった法的性質をもった制度である。異なった制度を殊更同一視して、片方（仮釈放）でできないから、もう片方（一部執行猶予）でも許されないとするのは、比較の前提の誤りであって（一部執行猶予を巡る第一の誤解―仮釈放との比較の誤り）、いわば、サッカー（仮釈放）ではゴールキーパー以外手を使ってはいけないのであるから、ラグビー（一部執行猶予）でも手を使うことは許されないのだと言っているに等しい。⁽³¹⁾しかし、サッカーはサッカー、ラグビーはラグビーである。それは「刑の猶予」という「名目」かどうかの問題ではなく、⁽³²⁾法制度の本質的な差違の問題である。制度を批判する論者も、「現行制度とは法的性質を異にする全く新しい制度を新設しようとするものであり」、「現行仮釈放制度とはその法的性質を全く異にする制度」であることを認めている。⁽³³⁾

しかし、この一部執行猶予を仮釈放と対比させる見解は、制度に対する批判的論者の目論見とは反対に、非常に有益である。というのも、施設内処遇と社会内処遇の連携を図るために、一部執行猶予制度を導入することになったわけであるから、仮釈放においても、限られた保護観察期間しか設定できない現行の残刑期間主義ではなく、残刑を猶予し、一定の保護観察期間を設定できる考試期間主義の採用にも追い風となるからである。一部執行猶予が導入されても、宣告刑が三年以下の懲役又は禁錮に限られているので、それ以外の受刑者については、限られた保護観察期間内の処遇の可能性しかなく、さらに満期釈放となってしまうえば、何らの手立てがないことは、以前と変わりないのである。

IV 執行猶予制度の趣旨に反するとの批判について

先の残刑期間主義違反の主張は、一部執行猶予制度を仮釈放制度と比較したうえでの批判であったが、一方で、一部執行猶予制度を全部執行猶予と同じ「執行猶予制度」と位置付けたうえでの批判もなされている。本来、執行猶予の刑事政策的意義は、刑の宣告だけに止める「要罰性の不存在」と猶予期間中の再犯防止に対する「威嚇」にあるにもかかわらず、一部執行猶予は、「威嚇」効果という点では猶予期間開始時点からしか機能せず、全部猶予に比してその効果をかなり減殺され、『要罰性の不存在』という点では『短期自由刑』を一部執行してしまうことになり、『短期自由刑の弊害』も回避できないことになってしまう。』ので、「このような『中間的分』は、従来の自由刑の執行猶予制度の意義を捨象するものであり、その存在意義は不明確である」というものである。³⁴一言で言えば、一部執行猶予はダイバージョンの意義を没却しているという批判である。

しかし、「執行猶予」という名称が用いられていても、一部執行猶予は紛れもなく実刑の一種であり、それで良い。つまり、全部執行猶予よりも遙かに刑事責任が重く、且つ処遇の必要性も高い犯罪者に対する刑罰なのである。このことを失念してはならない。制度に批判的な論者も、「一部執行猶予制度は、刑期の当初一定期間を必ず刑事施設に収容して行うものであるから、『一部執行猶予』という名称を冠してはいるが、その内容は紛れもなく実刑の一種である。現行執行猶予制度の本質であるダイバージョンとしての機能を有しない『一部実刑』の制度である点において、現行制度とはその法的性質及び機能が決定的に異なる。」ことを認める。³⁵

一部執行猶予は、全部実刑という量刑さえあり得る犯罪者に対して、刑の一部の執行を猶予して、早期に釈放する代わりに、一定の期間、当該猶予の取消しの可能性を残し、ときには保護観察を設定する「部分的な」ダイバージョンである。にもかかわらず、刑事責任が一部執行猶予より遙かに軽い全部執行猶予と比較し、それと同

じ機能を求めるのは、先の仮釈放と同様、異なる性質のものを比較することから来る過ちである（一部執行猶予を巡る第二の誤解―全部執行猶予との比較の誤り）。一部執行猶予が執行猶予という名称を用いているが故にこうした批判が出やすくなるのである⁽³⁶⁾。

なお、「一部実刑」という表現は、刑期のごく一部のみが実刑で、残りの部分が猶予されているというようなニュアンスをもつため、あまり適当ではない。アメリカには、かつてオハイオ州など一部の州で導入されていたシヨック・プロベーションや旧いタイプの二分判決（split sentence）があるが、極めて短期間の刑事施設収容によるシヨック効果に疑問が呈され、法と秩序政策や量刑忠実法の影響の下で廃止されたり、内容が改正されたりしている⁽³⁷⁾。一部執行猶予は、このような刑の最初のごく僅かな期間だけ刑事施設で刑を執行し、シヨックを与えたいで社会内処遇を行うという制度とは異なる制度である。しかし、一部執行猶予も、もし宣告刑が三年、うち二年六月を猶予といたように宣告刑に対する実刑部分の割合を極めて短くするような量刑が常態化すれば、上記のようなシヨック・プロベーションに対する批判も妥当しよう。そもそも宣告刑が三年、うち二年六月を猶予という量刑は、本来、一部執行猶予にするのに相応しいケースかどうかも疑わしく、むしろ全部執行猶予を取るべき事案であるようにも思われる。従って後述するように、私見では、一部執行猶予も猶予刑の割合が余りに高いと短期自由刑の弊害と施設内処遇の社会処遇の連携という点で問題が大きいことから、猶予刑の割合に一定の制限を付ける方が望ましいと考えている。

V 猶予刑を超える猶予期間を設定することへの批判について

第三章において、一部執行猶予を残刑期間主義に基づく仮釈放制度と比較（同一視）しつつ残刑（猶予刑）を

超える猶予期間を設定することを批判する向きがあることを紹介したが、前章のように一部執行猶予を従来の全部執行猶予と比較した上で、刑期（特に猶予刑）を超える猶予期間を設定することが許されないとする批判も見られる。³⁸⁾それは、一部執行猶予が「現行執行猶予制度の本質であるダイバージョンとしての機能を有しない『一部実刑』の制度である点において、現行制度とはその法的性質及び機能が決定的に異なる。したがって、本法案には、全部執行猶予制度と比較して、刑期を超える自由制限を許容するだけの正当性がない。」というものである。³⁹⁾即ち、全部執行猶予が刑事施設での収容を全く要しない全面的なダイバージョンであるからこそ、猶予刑を超える猶予期間が設定できるのであって、一部執行猶予は、一部実刑を科すものであるから、残りの刑を猶予したとしても、猶予刑の期間を超える自由制限は正当化し得ないというのである。

しかし、全部執行猶予において宣告刑の全てを猶予したとしても、当該宣告刑を遙かに超える猶予期間を設定する制度が必ずしも正当化される訳ではない（宣告刑六月を全部猶予し、猶予期間を二〇年間にする制度の妥当性）ことの裏返しとして、宣告刑を超える猶予期間が設定可能であるのは、宣告刑の全てを猶予しているからではなく、宣告刑（取り消された場合の執行刑でもある）の刑期と、心理的な強制が働く猶予期間の長さを合算した刑を刑事責任に応じて量定することが刑罰制度として可能であり、且つ実際の適用場面である量刑においても適切な場合があり得るといふ政策的な判断がなされているからである。そうであるとすると、刑期の最後の一部分を猶予する代わりに、猶予刑より長い猶予期間を、刑事責任に応じて設定することも制度論として十分に成り立ち、実刑部分があるからという理由だけで、猶予刑を超える猶予期間が絶対に許されないという結論が法制度の本質や人権保障の観点から自動的に導き出されるわけではない。

もつとも、宣告刑の刑期と同一の猶予期間を設定するという全部執行猶予の制度設計が絶対にあり得ないという訳ではない。その場合、宣告刑の刑期と同一の期間の猶予期間を含めたものが責任主義に対応していると見る

わけである。⁽⁴⁰⁾しかし、そうなると、猶予期間を設定する自由度が奪われ、刑事責任の程度から宣告刑を長くできない場合に再犯防止の心理強制を働かせたい猶予期間が極めて短くなるか、逆に心理強制を働かせたい猶予期間を長くしようとすると、宣告刑まで長くするような量刑判断がなされるおそれも出てくるが、いずれも妥当でない。

さらに、刑の全部を猶予する以上、宣告刑の範囲を（三年以下という）短いものにせざるを得ないという全部執行猶予の本質とも関係しており、それは一部執行猶予において実刑部分と猶予刑を合わせた宣告刑の刑期を三年以下に限定する場合も同様である。三年以下の限られた宣告刑の中で実刑部分を定め、残りの猶予刑の幅でしか猶予期間が設定できないとしたら、心理強制を働かせる（更に保護観察付の場合は、処遇を行う）期間が極めて限られてしまう。一部執行猶予において、宣告刑の刑期を三年以下と短く設定する制度設計の場合、猶予刑の期間と猶予期間を同一の期間に固定するのは、一部執行猶予本来の趣旨を没却することになりかねない。

但し、筆者が、一部執行猶予制度より優れた制度として主張する新しいタイプの二分判決制度⁽⁴¹⁾は、実刑部分と社会内処遇の部分から成る刑罰であるが、この社会内処遇の期間は、それと同じだけの自由刑が「猶予されている」か、又は「猶予されていると見なしうる」制度であり、一部執行猶予にたとえれば、猶予刑の期間と猶予期間が同一の期間に固定されているものである。しかし、これが可能（でかつ十分）であるのは、二分判決の実刑部分と社会内処遇の期間が法定刑の範囲内で柔軟に設定できるため（無制限ではない）、猶予刑と猶予期間が同一となっているような仕組みでも、実刑部分に続いて適切な社会内処遇の期間（＝猶予期間）が設定できるからである。一部執行猶予を全部執行猶予制度の亜種として捉えることが、上記のような批判が出る原因である。それならば、いつその事、異なる自由刑の制度としての二分判決という形で導入し、更に、基本的には全ての自由刑を二分判決とするか二分判決が本来の自由刑の姿であった方が、全部執行猶予に引きずられた理屈が持ち込

まれないで済む。

VI 厳罰化・刑の長期化につながるの批判について

一部執行猶予の導入が厳罰化や刑の長期化をもたらすとの批判もある。つまり、「現行法下において全部執行猶予が選択されていた事例が、一部執行猶予（＝一部実刑）になる可能性があり……現行法下において全部実刑が選択されていた事例が、一部執行猶予となる……場合、施設内処遇が短期化したとしても、社会内処遇を加えた処遇期間全体が長期化する問題が生じる」というものである⁽⁴²⁾。それに加え、執行猶予を付する場合に宣告刑の量刑を重くするのが従来の実務慣行であるとして、一部執行猶予の場合も、実刑部分と猶予期間の合計期間は相当長期になるとする批判もある⁽⁴³⁾。

しかし、従来、全部執行猶予となっていたような事案が実刑部分を有する一部執行猶予となることは、全くあり得ないとは言えないまでも、想定し辛い⁽⁴⁴⁾。一部執行猶予は、執行猶予の亜種というより実刑の亜種だからである。もしそういうことがあるとすれば、それは事案が異なると言うほかない。

また、この種の批判は、現行法下で懲役三年の実刑とされた事案が、懲役三年うち一年を執行猶予三年とすることとなった場合でも、刑罰としての自由制限の期間が五年に延びたとして刑の長期化だとする。さらに、もし一部執行猶予の受刑者が猶予期間中に再犯や遵守事項違反を犯し、一部執行猶予を取り消されると、自由の制約は更に伸びると批判される⁽⁴⁵⁾。この二つの量刑が果たして同じ犯罪者による同じ犯罪行為に対する刑の量定と言えるかどうかはさておくとしても、確かに心理強制を含めた自由制約の期間だけに着目すれば三年から五年ないし五年以上に伸びている。

しかし、自由を一〇〇%拘束される実刑部分は二年に短縮され、ほぼ一〇〇%に近い自由を得られる猶予期間が三年続くわけであるから、その自由の制約の総量は重くなっているとは必ずしも言えないのではないか。仮に、猶予期間が最長三〇年に設定できるような一部執行猶予制度があつたとし、従来なら六月の懲役であつたものが、最後の一月を猶予する代わりに三〇年の保護観察付執行猶予というのであれば、確かに刑の長期化だけでなく、自由制約の総量も重くなっているように感じられ、それは重罰化だと言えるかも知れないが、こうした量刑が同じ事案に対してなされるとは考え難い。誤解を恐れずに言うなら、刑の長期化と言える場合はあるかもしれないが、重罰化ではないということであろう。⁽⁴⁶⁾

さらに筆者は、現行の刑罰制度や量刑が理想とは言えない以上、将来の刑罰制度を考える際、現行法より絶対に重いものとなつてはいけないとは考えていない。犯罪情勢や犯罪者の問題性、処遇や対策の必要性などに鑑み、現行法以上の自由・権利の制約を内容とする刑罰や処分を導入しなければならないときもあるし、逆に、非犯罪化や非刑罰化、緩刑化を図ることが望ましい場合もあるというのが基本的な筆者のスタンスである。それは、社会の安全確保、犯罪者の権利保障と社会復帰・再犯防止、被害者の早期回復（順序はこの際関係ない）という三つないし四つの軸のバランスを考えながらあるべき刑罰制度を模索していくべきであり、犯罪者の権利制約の軽重だけ考えればよいという方針は採ることができない。

Ⅶ 量刑判断が困難であるとの批判について

「判決の時点で、裁判所が、再犯防止の施設内処遇と社会内処遇の連携をはかるために、実刑部分を何年にし
て執行猶予期間を何年にすればいいのかを判断することは不可能である。」⁽⁴⁷⁾との見解に示されるように、裁判の

時点で、裁判所が、被告人の更生の可能性や処遇の必要性といった予防的側面を判断して実刑部分と猶予刑の割合や猶予期間を量定することは困難であるとの批判がある⁽⁴⁸⁾。

この種の「できる、できない」の議論は結局のところ水掛け論にならざるを得ないので、反証の必要は余り感じられないし、「できない」という主張に対しては証明が求められないが、「できる」と言えばその証明を求められるという不公平な議論でもある。

ただ、判決の時点で求められる予防判断は厳密な科学的な立証でなければならぬものではない。現在の量刑においては、被告人の行為責任に加え、一定の幅での予防的考慮が認められているが、そこにおいても科学的な再犯確率や処遇の必要性尺度の証明が必要なわけではなく、現在の量刑においても、被告人の経歴や前科前歴、事件の動機・背景、事件に対する態度などを基に経験的などころから導き出される受刑者の更生の可能性や処遇の必要性を判断しており、一部執行猶予で裁判所に求められる予防判断もそれと同じでよい。

量刑上死刑か無期かが争われた被告事件の判決で、被告人の更生可能性を判断して死刑判決を回避し、無期懲役を選択するとか、更生可能性がないとして死刑判決をする実務が定着しているが、これなどは刑事施設に三〇年以上収容し、その間もいろいろな処遇を行った後の更生の可能性を判断しているのである。これができるというのであれば、三年未満の刑事施設の収容の間に最後の一定期間を猶予して、その後一定期間の猶予期間を設定するための予防判断が不可能とは言えないであろう。

しかも、実刑となり、刑事施設に収容されるような受刑者は、もともとの家族関係や就労状況が必ずしも良好でなく、釈放後は帰住先や就労先などの点で更に問題を抱えることが多いため、一定期間、補導や援護の期間が必要となることが大半であり、これは実刑部分を有する一部執行猶予でも同様である。

但し、猶予刑の割合や猶予期間を決める作業は、現在の全部執行猶予より複雑であることは確かである。しか

し、全部執行猶予の制度でさえ猶予期間の量定には厳密な科学的証明を要するわけではなく、宣告刑の刑期との対応などを基に実務経験の積み重ねを通じて一定の基準ができて(49)いるわけであるから、一部執行猶予においても、実務を通じたある程度の基準化がなされるであろう。

一部執行猶予は、三年以下の自由刑にしか適用がないから、猶予刑の範囲は三年未満である。猶予刑の上限も下限(宣告刑に占める比率)も法定されなかったが、余りに猶予刑が長く、実刑部分が短い場合だけでなく(例 懲役三年うち二年一〇月を執行猶予五年)、猶予刑が余りに短く、実刑部分が長い場合(例 懲役三年うち一月を執行猶予五年)も、本来、一部執行猶予とすべき事案がどうかわからないため、宣告刑の長短によって猶予刑の幅はある程度限られることになると考えられ、宣告刑に応じた猶予刑の期間設定は可能であろう。

前述したとおり、筆者は、一部執行猶予、特に今回の立法のような全部執行猶予の亜種として発想が強い一部執行猶予より、実刑に社会内処遇(保護観察)を組み合わせる二分判決の方が制度としては望ましいと考えている。(50)その場合、自由刑は法定刑(+加重)の範囲で設定できるため、かなり長期の自由刑でも二分判決が可能となる。そこで、このような先の処遇の必要性を判断することが可能なかということが問われるであろうが、刑期が長くなればなるほど、社会や親族との隔絶などによって(そうならないように努力しつつも)、援護の必要性も高まるので、一般的な処遇の必要性は想定できると考えている。また、二分判決の場合、猶予刑と猶予期間を別々に量定せず、猶予されていると見なされる刑の部分と社会内処遇の期間は一致することになるので、よりシンプルな量刑が可能となる。

VIII 刑の軽重が複雑になり過ぎるとの批判について

一部執行猶予は、刑の量定がやや複雑な判断構造となるため、これが導入されると、刑の軽重が複雑になり、上訴審における不利益変更禁止の原則との関係で、被告人の控訴を萎縮させるとの批判がある。⁽⁵¹⁾

一部執行猶予は、法制審議会では全部実刑と全部執行猶予の中間的な刑事責任に対する刑罰として設けることが意識されており、⁽⁵²⁾ 刑の軽重という点で、一般的には、一部執行猶予は全部執行猶予以上（を超える）全部実刑未満の刑罰である。⁽⁵³⁾ しかし、もともと執行猶予という法制度自体に量刑上曖昧な部分があり、現行の全部執行猶予制度でさえ、実刑との間で刑の軽重が機械的・計量的に明確に示されるわけではなく、また執行猶予やそれに付される保護観察の法的性格の問題も完全に解決されている訳ではないことから、宣告刑の一部を執行猶予にする一部執行猶予の場合、実刑や全部執行猶予との軽重関係がやや複雑になることは確かである。

しかし、執行猶予を含む刑の軽重について、判例は、「第一審の刑と第二審の刑とを實質的に考察すると、第一審における執行猶予の言渡は重要な要素であって、執行猶予の場合は現実に刑の執行を受ける必要はなく、かつ言渡を取消されないうで猶予の期間を経過したときは刑の言渡そのものが效力を失うこととなるのである」としたうえで、「両者の刑の比較の総体的考察」をし、たとえ宣告刑が短くなるうと執行猶予判決から実刑への変更（懲役六月執行猶予三年↓禁錮三月）を不利益変更と評価し、⁽⁵⁴⁾ 反対に宣告刑が相当程度長くなるうと刑の執行猶予に変更（懲役一年↓懲役一年六月保護観察付執行猶予三年）することを不利益変更とは見ていない。⁽⁵⁵⁾ この公式を土台にすれば、一部執行猶予についても、個々の事案における軽重判断は可能であろう。

まず、全部執行猶予が一部執行猶予になるのは、全部執行猶予が実刑になると同じ公式を当てはめることができるであろうから、全部執行猶予と一部執行猶予の刑期がどういう関係であろうと、基本的には不利益変更と

なろう（例えば、懲役二年執行猶予三年↓懲役一年うち六月を執行猶予三年）。反対に、一部執行猶予を全部執行猶予にする場合は、実刑を全部施行猶予にする関係と類似しているから、例えば、全部執行猶予の刑期がかなり一部執行猶予の実刑部分より長くとも（例えば、懲役二年うち一年六月を執行猶予三年↓懲役三年執行猶予五年）、不利益変更とはならないであろう。

一部執行猶予が実刑となる場合は、実刑の刑期が一部執行猶予の実刑部分より長い場合（例えば、懲役二年うち六月を執行猶予三年を懲役二年にする場合）は不利益変更となり、逆に短い場合は不利益変更とは言えない。

反対に、実刑を一部執行猶予にする場合は、一部執行猶予の実刑部分が実刑の刑期以上の場合（例 懲役二年↓懲役二年六月うち六月を執行猶予三年）は不利益変更であろう。一部執行猶予の実刑部分が実刑の刑期よりさほど短くなっていない場合（例 懲役一年↓懲役一年六月うち八月を執行猶予三年）は見解が分かれる場合もあるかもしれないが、一審が実刑である場合、被告人が上訴を躊躇するとは思われない。

一部執行猶予を異なる一部執行猶予に変更する場合、宣告刑⁽⁵⁶⁾、実刑部分、猶予期間という三つの要素のうち、一つだけが長くなれば、不利益変更と考えられる。三つの要素のうち二つが変更になる場合は複雑であるが、基本的に刑事施設に収監される実刑部分の期間が長くなれば、宣告刑が短くなろうと（例 懲役三年うち一年六月を執行猶予三年↓懲役二年六月うち六月を執行猶予三年）、猶予期間が短くなろうと（例 懲役三年うち一年六月を執行猶予三年↓懲役三年うち六月を執行猶予一年）、不利益変更と考えられる。反対に、実刑部分が短くなれば、宣告刑（例 懲役二年六月うち六月を執行猶予三年↓懲役三年うち一年六月を執行猶予三年）や猶予期間（例 懲役三年うち六月を執行猶予一年↓懲役三年うち一年を執行猶予三年）が長くなろうと、不利益変更とは考えられない。

実刑部分が同じで、宣告刑と猶予期間が変更となる場合は、懲役八月全部執行猶予三年を懲役一〇月全部執行猶予二年としたのが不利益変更にあたる⁽⁵⁷⁾とした裁判例があることを考えると、一部執行猶予の猶予期間が短く

なつても、宣告刑が長くなれば(例 懲役二年六月うち六月を執行猶予三年↓懲役三年うち一年を執行猶予二年)、不利益変更にあたるであろうし、反対に宣告刑が短くなれば、猶予期間が長くなつても、不利益変更には当たらないという裁判例が一部執行猶予にも妥当しよう。

保護観察の有無が関わるとこれより複雑な場合が生じるが、これはそもそも執行猶予に内在する問題である。以上のように考えると、一部執行猶予において、刑の軽重がやや微妙な場合があることは確かであろうが、少なくとも、裁判例を積み重ねることで解決が可能であり、制度の導入を否定すべきほど困難な問題ではないし、少なくとも被告人が刑の軽重の曖昧さを理由として上訴を控えるような事態になるとも思われない。

IX 受刑者の処遇が困難になるといふ批判について

一部執行猶予に対し、「刑事施設内での努力の多少にかかわらず、出所時期が決まっている」ため、「早期の出所に向けて努力しようという動機に欠けることになり、施設内処遇も出所後の社会内処遇もモチベーションを保つことが困難になると予想される。」という批判が見られる。⁽⁵⁹⁾

しかし、一部執行猶予の実刑部分についても仮釈放が可能であり、出所時期が完全に固定されている訳ではない。受刑者自身の態度と努力によって、裁判所が定めた実刑部分の期間より早期の釈放も可能であり、これが処遇への参加意欲を高める一要因となり得る。⁽⁶⁰⁾

制度に批判的な論者は、更に一部執行猶予では仮釈放が消極化する可能性が高く、受刑者の処遇に対する動機付けにはならないと反論する。⁽⁶¹⁾確かに、一部執行猶予の構造上、仮釈放が通常の実刑とは異なった運用となる可能性はある。⁽⁶²⁾しかし、一部執行猶予の仮釈放の全般的な運用がどのようになると、法律上は仮釈放が可能であ

り、個々の事案では仮釈放が実際に行われ得るのであるから、これを期待しつつ、更生に向けた努力をすることは十分に考えられる。高齢無期受刑者でさえ、入所時には仮釈放に希望を見いだすと聞くが、これと同じであろう。確かに、一部執行猶予では、仮釈放が行われるにしても、実刑部分の大半を執行しての仮釈放となる可能性もある。しかし、実刑部分の期間より僅かに短い時期での仮釈放でも、受刑者はこれを望むものである。たかだか数週間や数か月早い釈放などどうでもよいとは考えないものである。

そもそも、受刑者が早期の出所を目標にしか努力しないという前提も問題である。どれだけ事件を反省し、更生に向け真摯に努力している受刑者でさえ、仮釈放が処遇への動機付けになっていることは否定できず、またそのことは非難されるべきではない。しかし、だからといって、仮釈放の可能性が低い場合に受刑者が処遇の意欲を失うと決めてかかるのはおかしい。たとえそうした受刑者がいても、処遇への動機付けを如何に高めていくかを含め処遇の在り方を模索するのが矯正処遇の真の在り方である。そうした努力を行ってもなお改善更生への意欲が見られない受刑者であれば、実刑部分の全てを刑事施設で執行することはやむを得ず、そうした受刑者にも一部執行猶予は社会内処遇の機会を設けることができる点で優れている。

X 膠着的な取消しの運用が行われるとの批判について

全部執行猶予の場合、遵守事項違反による取消しは情状が重いとときに限られているのに対し（刑法二六条の二第二号）、一部執行猶予の場合は、遵守事項違反の情状が特に重くない場合でも裁量的に取り消し得るとされているため、「社会内処遇が硬直的なものになるおそれが高い。」と批判されている。⁽⁶³⁾要するに、僅かな遵守事項違反で機械的・形式的に一部執行猶予の取消しが行われるようになるのではないかという指摘である。⁽⁶⁴⁾

確かに、制度的に、一部執行猶予の保護観察の取消事由も遵守事項違反の情状が重い場合に限定することも考えられる。しかし、一部執行猶予は実刑部分のある刑罰であり、刑事責任の程度だけでなく、処遇の必要性についても、全部執行猶予より遙かに高い者が対象である。法律上の要件としても、「再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ相当であると認められるとき」に限って適用されるとされており、保護観察において遵守事項の遵守が強く求められるのである。⁶⁵⁾そうした受刑者が刑事施設に収容され、拘禁と処遇を経た後に釈放され、保護観察付の猶予期間となったにもかかわらず、敢えて遵守事項違反に出た場合、それをもって取消しの根拠とするという法的構成には十分合理性がある。

情状の重い遵守事項違反を取消事由にすべきだという見解は、一部執行猶予を余りに全部執行猶予に引きつけて考え過ぎていることの所産であると思われるが、一部執行猶予は実刑にむしろ近いのであり、その意味で、保護観察付一部執行猶予における実刑部分執行後の釈放は、実刑受刑者に対する仮釈放に近い面があるが、仮釈放に付される保護観察（三号観察）の取消事由たる遵守事項違反には、情状の重さは必要ないのである（刑法二九条一項四号）。

一方、仮釈放の取消しも、遵守事項違反をもって自動的に行っているのではなく、実務では、違反の経緯や本人の意識、動機、違反の程度などを考慮したうえで、仮釈放取消しの是非を判断しており、執行猶予に比べ安易に取消しを行っている訳ではない。法も、特別遵守事項に「違反した場合に……刑法……第二九条第一項……に規定する処分がされることがある」（更生保護法五一一条二項本文）としており、違反が一〇〇％取消しにつながるわけではない構成になっている。これは、一部執行猶予の遵守事項違反による取消しの場合にも同様となるであろう。むしろ、更生保護法制定の際、生活指針的なのや努力目標的なのは特別遵守事項から除外し、特別遵守事項はその違反が原処分の取消しにつながり得ることを明確にする改正が行われ、⁶⁶⁾こちらの方がよほど取消し

への影響が大きいはずであるが、実務では、特別遵守事項違反を杓子定規に認定して運用するようになったということはついで聞かない⁽⁶⁷⁾。なお、仮釈放の取消しの殆どが遵守事項違反であるが、その内実は再犯である。再犯に対する裁判確定を待つて取り消しているは仮釈放期間が経過してしまうので、再犯を一般遵守事項の中の善行保持義務違反(同五〇条一号)として取消しを行っているのが現状である。つまり、事実上は再犯による取消しであり、再犯(善行保持)以外の遵守事項違反で仮釈放を取り消すのは、実際には情状が極めて重い場合にかなり限定されていると言つてよい。

そこで、一部執行猶予が裁量的取消しであることを前提とすれば、遵守事項の違反を情状の特に重いものに限定せずとも、そのことだけによつて社会内処遇の内実を無意味にするような機械的・専断的運用がなされる危険性が高まることはないものと考ええる。

XI 保護観察の体制が不十分であるとの批判について

現在の保護観察は保護観察付一部執行猶予を支えるだけの人的・物的体制がないという批判がある⁽⁶⁸⁾。確かに、一部執行猶予の導入によつて、保護観察の対象者は増加するであろうし、その期間も従来の三号観察より長期化する。更には間違いないので、現在の保護観察の実施体制で十分な処遇ができるかどうか不安になるのも無理はない。更に言えば、保護観察期間の長期化に伴つて、不良措置としての取消件数も増えるであろうから、その負担も念頭に置く必要がある。

しかし保護観察体制が不十分だからやらないというのではなく、一部執行猶予制度や社会貢献活動の導入も一つの契機として、更なる保護観察体制の整備を図っていくべきである。保護観察官の増員、保護司の確保、保護

観察実施体制の在り方（地区担当制など）、定型性をもった保護観察処遇の更なる導入、矯正処遇を踏まえた保護観察の在り方、特別遵守事項の在り方、帰宅先の確保、保護観察と福祉の連携の在り方など、社会内処遇のための基盤作りや処遇内容の再検討は、一部執行猶予の導入如何に拘わらず、進めなければならぬ喫緊の課題である。

一方、保護観察の期間ばかり長くしても、監視としての意味が小さく、保護観察には処遇としての効果は期待できないといった、保護観察の効用そのものに対する批判も聞かれる。しかし、全否定からは何も生まれないので、効果的な保護観察を行うために何をすべきかは今後も検討を続けなければならないが、幾ら効果的な処遇があっても、その処遇を行うための期間を確保できなければ話にならないので、一定の保護観察期間を確保するための制度が必要なのである。

また、保護観察を行うよりも、福祉的、医療的な支援を行うべきだとの見解も見られる。⁶⁹確かに、そうした非司法的な対応によって更生が可能な対象者もいるであろう。しかし、任意の働きかけに依らず、再犯を繰り返す者に対して、それで足りるとするのは楽観的であろう。

XII 今後の課題

以上、本報告では、刑の一部執行猶予制度に対する批判の検討を通じて、刑の一部執行猶予制度の意義や在り方を改めて確認することができた。しかし、一部執行猶予については、薬物依存者に対する一部執行猶予制度や、それと関連して新たに設けられる予定の薬物依存者に対する保護観察の特則があり、これについては、機会を改めて検討することとしたい。

【キーワード】

一部執行猶予、二分判決、分割刑、スプリット判決、執行猶予、仮釈放、満期釈放、再犯防止、量刑、不利益変更

- (1) 「刑の執行猶予は、刑の言渡しと同時に、判決でその言渡しをしなければならない」（刑訴法三三三条二項前段）とされ、主文において刑の執行猶予の言渡しがなされていることから、宣告刑というのは、厳密には猶予期間まで含めたものであるが、ここでは、便宜上、一部執行猶予の実刑部分と猶予刑を合わせた刑を宣告刑と呼び、全部執行猶予の場合も、執行が猶予された刑を宣告刑（≡猶予刑）と呼ぶことにする。
- (2) 太田達也「刑の一部執行猶予と社会貢献活動」刑事法ジャーナル二三号（二〇一〇）一四頁以下。
- (3) 太田達也「刑の一部執行猶予と社会貢献活動—犯罪者の改善更生と再犯防止の観点から」刑法雑誌五一巻三三号（二〇一一）三九七頁以下。
- (4) 諮問第七七号「被收容人員の適正化を図るとともに、犯罪者の再犯防止及び社会復帰を促進するという観点から、社会奉仕を義務付ける制度の導入の当否、中間処遇の在り方及び保釈の在り方など刑事施設に収容しないで行う処遇等の在り方等について御意見を承りたい。」。
- (5) 法制審議会における法務大臣及び事務当局の説明では、刑事施設からなるべく早期に適切な形で社会内に戻す方策や、刑を受け終わった者に対する有効な中間的処遇の在り方や再犯防止・社会復帰支援の制度について意見を取りまとめることが諮問の趣旨であるとされている。法制審議会第一四九回総会議事録。また、第一七九回国会参議院法務委員会会議録第四号（平成二三年一月二四日）二頁の平岡秀夫法務大臣答弁。
- (6) 大杉光子「威嚇や監視で立ち直れるか—刑の一部執行猶予制度の新設」アジェンダ三〇号（二〇一〇）一一五—一一六頁。
- (7) 京都弁護士会「刑の一部執行猶予制度に反対する意見書」（平成二四年四月三日）、福岡弁護士会「刑の一部執行猶予制度に対する意見書」（平成二四年五月一八日）。
- (8) 刑事立法研究会「刑法等の一部を改正する法律案及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に

- 関する法律案についての意見」(平成二四年四月二〇日) 一―二頁、井上宜裕「刑の一部執行猶予―制度概要とその問題点」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』現代人文社(二〇一一) 一六九頁。
- (9) 「仮出獄の適正かつ積極的な運用について(通達)」昭和五八年一月三〇日保観三七一号、「仮出獄の積極的な運用について(通達)」昭和五九年一月五日矯医三八矯正局長通達。
- (10) 「仮釈放の積極的な運用の推進について(通達)」平成二四年一月一九日保観三号矯正局長、保護局長通達、「仮釈放の積極的な運用の推進について」の運用上留意すべき事項について(通知)」平成二四年一月一九日矯成九三法務省矯正局成人矯正課長通知。
- (11) 但し、単に入所歴があるから「再犯のおそれ」ありとして仮釈放を認めないという形式的な運用は行われていない。犯罪傾向が進んでいるとしてB指標の判定を受けている受刑者の仮釈放率は平成二三年で三六・二%と、A指標受刑者の仮釈放率七四・六%の二分の一であるものの、それでも三分の一以上が仮釈放になっている。法務省『平成二三年矯正統計年報Ⅰ』(二〇一二) 二六八頁より算出(拘留受刑者は除外)。
- (12) 太田達也「仮釈放要件と許可基準の再検討―「改悛の状」の判断基準と構造」法学研究八四卷九号(二〇一一) 一三頁以下。
- (13) 刑期が長くなればなるほど執行率を上げるため、結局、仮釈放後の残刑期間はいずれも短い期間となる。法務省・前掲注(11)二四一頁。
- (14) 井上宜裕・前掲注(8)一六九頁。
- (15) 菊田幸一博士も、保護観察イコール「管理・統制」と見なすことに疑問を呈され、保護観察そのものの課題として取り組むべきだとされる。菊田幸一「刑の一部執行猶予制度の新設法案」NCCD四一号(二〇一一) 九二頁。
- (16) 更に、障がい者や高齢者は、現行の仮釈放制度の下では、構造的に仮釈放に馴染み難くなっており、その多くが満期釈放となっており、その場合、保護観察を受けることもない。
- (17) 平成二四年第九〇回日本刑法学会ワークショップ「精神障害犯罪者の社会復帰―司法と福祉の連携」における議論。
- (18) 日本弁護士連合会「更生保護のあり方を考える有識者会議」報告書に対する意見(二〇〇六) 二頁。

- (19) 法務省・前掲注(11)二三四頁及び法務省『平成二三年保護統計年報』(二〇一二)一一〇―一一頁、一三四―一三五頁。また、警察による「子ども対象・暴力的性犯罪の出所者情報」制度の運用においても、仮釈放者中、仮釈放期間中に再犯に至った者は一〇・〇％で、残りの九〇・〇％は仮釈放期間終了後に再犯を犯していたことが明らかにされている。警察庁生活安全局Ⅱ科学警察研究所犯罪行動科学部『子ども対象・暴力的性犯罪の出所者』の再犯等に関する分析』(二〇一〇)七頁。
- (20) 森下忠「仮釈放」平場安治Ⅱ平野龍一編『刑法改正の研究Ⅰ』東京大学出版会(一九七二)三〇六頁以下、森下忠『新版刑事政策』成文堂(一九九三)二九六―二九八頁。
- (21) 太田達也「仮釈放と保護観察期間―残刑期間主義の見直しと考試期間主義の再検討」研修七〇五号(二〇〇七)三頁以下。
- (22) かつての刑法改正作業における議論としては、法務省『法制審議会改正刑法草案―附同説明書』(一九七四)一五四頁、前田俊郎「仮釈放」森下忠編『刑事政策演習「増補版」』有信堂(一九七二)二二二頁、平野龍一『犯罪者処遇法の諸問題「増補版」』有斐閣(一九八二)八四―八五頁。また、近時の批判として、佐伯仁志『制裁論』有斐閣(二〇〇九)七一頁、金光旭「中間処遇及び刑執行終了者に対する処遇」ジュリスト一三五六号(二〇〇八)一四七―一四八頁等。
- (23) 引受人が見つからないという理由だけで仮釈放とならない受刑者もいる。
- (24) 太田達也「必要的仮釈放制度に対する批判的検討」法学研究八〇巻一〇号(二〇〇七)一頁以下参照。
- (25) 京都弁護士会・前掲注(7)。
- (26) 福岡弁護士会の意見書も、「被告人を実刑に処した上で、言い渡された刑期を超える執行猶予期間を付すことが、責任主義との関係上、正当化しうるか疑問である」とする。福岡弁護士会・前掲注(7)。同旨、井上宜裕・前掲注(8)一七〇頁。
- (27) 京都弁護士会も「もともと、現行の全部執行猶予制度(及び執行猶予者に対する保護観察制度。刑法二五条)も、例えば「懲役三年、保護観察付き執行猶予五年」という判決であれば、刑期を上回って自由制限を伴う処遇が行われ得るものであるから、一部執行猶予制度もこれに類するものであるかのようにも思われる。」としている。京都弁護

士会・前掲注(7)。全部執行猶予の量刑について、宣告刑の刑期の判断を先に行い、その後執行猶予にするかどうかを判断するという学説もないわけではないが、執行猶予や保護観察を付するかどうかも含めて全体的に刑を定めるとするのが一般的であるとされている。遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 1 量刑総論』判例タイムズ社(二〇一一) 八〇頁。

(28) 同旨、土居政和「日本における非拘禁的措置と社会内処遇の課題」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の課題と展望』現代人文社(二〇一二) 二七、二九―三〇頁、井上宜裕・前掲注(8) 一七〇頁。足立昌勝「刑の一部執行猶予制度導入の問題点―刑法等の一部改正案に関連して」法と民主主義四六五号(二〇一二) 五五―五六頁も同趣旨であろうか。

(29) 太田達也・前掲注(2) 二七―二八頁。

(30) 更生保護法七七条五項から仮釈放中にも刑期が進行することがわかる。

(31) 仮釈放でさえ許されないことをするという批判であるが、仮釈放後の保護観察中に再犯や遵守事項違反で仮釈放が取り消された場合、取り消された時点から再び残刑を満期まで執行するため、仮釈放で保護観察期間中だった期間の分は宣告刑の刑期より長くなるのである。この点を誤解した上での批判として、大杉光子・前掲注(6) 一一二頁。誤りの部分は、後日、同誌三七号九三頁にて訂正されているが、そうなると当該部分の批判が全く意味をなさなくなる。

(32) 刑事立法研究会・前掲注(8) 五頁。

(33) 京都弁護士会・前掲注(7)。

(34) 刑事立法研究会・前掲注(8) 三―四頁。

(35) 京都弁護士会・前掲注(7)。

(36) 筆者は、そうした意味でも、執行猶予とは異なる概念を有する制度として、アメリカの新しいタイプの二分判決に似た制度の創設を提唱している。太田達也「自由刑と保護観察刑の統合―アメリカの新しい二分判決制度を手掛かりとして」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学―刑事法』慶應義塾大学法学部(二〇〇八) 五六頁以下。二分判決という名称が相応しいかどうかはさておくとして、二分判決の社会内処遇の部分もそれに相当する刑の執行が猶予さ

れている形を採るものがあり、不良措置などの点で日本の制度と親和性がないという日本における指摘は必ずしも妥当しないと考えている。

(37) 太田達也・前掲注(36)三一―四〇頁。部会でも、シヨック・プロベーションが議論の俎上に上っている。法制審議会被收容人員適正化方策に関する部会第二二回、第一三回、第一四回会議議事録。

(38) 福岡弁護士会・前掲注(7)。

(39) 京都弁護士会・前掲注(7)。

(40) これに対し、量刑上、宣告刑を行為責任に応じて量定し、猶予期間は専ら予防的観点から定めるという徹底した見解や、猶予期間やその間の保護観察を保安処分又は刑罰とも保安処分とも異なる第三の刑事制裁という見解を取れば、宣告刑と猶予期間の連動は必然的でなくなる。しかし、こうした見解には、一定の利点はあっても、現在の実務からは指示され難いであろう。

(41) 太田達也・前掲注(36)五六頁以下。

(42) 京都弁護士会・前掲注(7)。同旨、福岡弁護士会・前掲注(7)、土居政和・前掲注(28)二七―二八頁、井上宜裕・前掲注(8)一六七、一六九頁。

(43) 福岡弁護士会・前掲注(7)。

(44) 第一七九回国会参議院法務委員会会議録第四号(平成二三年一月二四日)七頁の平岡秀夫法務大臣答弁及び二六一―二七頁の稲田伸夫政府参考員の答弁も参照。刑事立法研究会・前掲注(8)五頁は、懲役二年執行猶予二年と懲役二年うち六月を執行猶予二年を比較しているが、両者が同じ刑事責任に対する量刑とは考え難い。

(45) 大杉光子・前掲注(6)一一二頁。

(46) また、従来、執行猶予の刑期は実刑を言い渡される場合の刑期より長いことが多いため、執行猶予中の再犯に対して実刑が科される場合、前刑の執行猶予が取り消された分の刑期と後刑の実刑を合算すると、比較的長い実刑の執行を受けることになるのに対し、執行猶予中の再犯に対し一部執行猶予が適用されれば、これが緩和されると評価する向きもある。神洋明「青木和子」刑の一部執行猶予制度導入について―弁護士立場から―「刑事法ジャーナル」二三号(二〇一〇)三九頁。

- (47) 京都弁護士会・前掲注(7)。第一七九回国会参議院法務委員会會議録第四号(平成二三年一月二四日)一五頁の松下新平議員(自由民主党)の質問も同旨。
- (48) 同旨、土居政和・前掲注(28)二七頁、井上宜裕・前掲注(8)一六八頁、刑事立法研究会・前掲注(8)五頁。
- (49) 執行猶予の量刑については、遠藤邦彦・前掲注(27)五〇―五三頁、七九―八〇頁、植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第四卷刑の選択・量刑手続』判例タイムズ社(二〇一一)四三頁以下、小池信太郎「量刑理論からみた刑の執行猶予」日本刑法学会第九〇回大会研究報告(二〇一一)。
- (50) 太田達也・前掲注(36)五六頁以下。どうしても処遇の必要性判断が困難であるというのであれば、自由刑は、一定期間の身柄拘束期間と身柄拘束期間に応じた一定期間の社会内処遇期間のセットから成るものであるとしてしまう方法もあろう。
- (51) 京都弁護士会・前掲注(7)。
- (52) 法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会第一九回、第二〇回、第二二回會議事録、法制審議会第一六二回會議事録。
- (53) しかし、一年の実刑より、最後の六月を猶予刑とする刑期三年の一部執行猶予の方が当然に重い刑罰であるように、この中間的な刑罰という表現はある意味で誤解を招くおそれがあり、国会審議でこうした表現が用いられなくなつたのは正当である。第一七九回国会参議院法務委員会會議録第三号(平成二三年一月二二日)一四―一五頁の平岡秀夫法務大臣の法案趣旨説明。
- (54) 最大判昭和二六・八・一刑集五卷九号一七一五頁。また、最小決昭和三二・一・二四最高裁判所裁判集刑事一七号四二三頁。
- (55) 最小決昭和五五・一二・四刑集三四卷七号四九九頁。このほか、仙台高裁秋田支部判昭和三五・四・一三高等裁判所刑事判例集一三卷三号二四七頁(懲役二月↓懲役二月執行猶予二年と差戻審の懲役一月執行猶予一年の合計)、高松高判昭和四二・七・一〇下級裁判所刑事裁判例集九卷七号八五七頁(懲役二年↓懲役三年執行猶予五年)、札幌高判昭和四四・一二・二五判時五八〇号九一頁(懲役六月↓懲役八月執行猶予四年)、大阪高判昭和五三・六・二判時三六九号四三三頁(懲役八月罰金三〇万円↓懲役一年執行猶予三年罰金三〇万円)、大阪高判平成三・二・七判時

- 一三五五号一六一頁（懲役一〇月↓懲役一年六月執行猶予四年）、福岡高判平成六・六・一六日高等裁判所刑事裁判速報集平成六年一六〇頁（判夕八七六号二九二頁）（懲役一〇月↓懲役二年六月執行猶予五年）等。
- (56) 懲役六月執行猶予二年を懲役八月執行猶予二年としたのが不利益変更にあたるとした裁判例として、東京高判昭和三〇・一〇・三一刑集一二卷四号七三五号。
- (57) 名古屋高判昭和二八・六・二五高等裁判所刑事判例集六卷八号九七〇頁。
- (58) 最小判昭和二八・一二・二五刑集七卷一三号一七四九号。
- (59) 京都弁護士会・前掲注(7)、土居政和・前掲注(28)二七頁。
- (60) 勿論、受刑者が仮釈放のためだけに処遇に励むことはあつてはならないが、人である以上、一〇〇%純粹な動機だけから物事に取り組まなければ意味がないということではない。
- (61) 京都弁護士会・前掲注(7)。
- (62) 太田達也・前掲注(2)二七頁、前掲注(3)四〇一頁。
- (63) 京都弁護士会・前掲注(7)、福岡弁護士会・前掲注(7)。
- (64) 井上宜裕・前掲注(8)一六九頁、刑事立法研究会・前掲注(8)六頁。
- (65) 法制審議会被收容人員適正化方策に関する部会第二四回会議議事録。
- (66) 小荒井友厚「更生保護法の概要」法律のひろば六〇卷八号(二〇〇七)二二―二四頁等参照。
- (67) 再犯を遵守事項違反として取り消すことがあることから厳密なところまではわからないが、統計上も遵守事項違反による取消しが増えている様子は窺われない。法務省『第四七保護統計年報平成一八年』(二〇〇七)、同・前掲注(19)。
- (68) 京都弁護士会・前掲注(7)、福岡弁護士会・前掲注(7)。
- (69) 刑事立法研究会・前掲注(8)二頁。