

# 刑の『裏』一部執行猶予

——全部執行猶予の一部取消制度試論——

太田達也

- I 刑の『裏』一部執行猶予の意味
- II 海外における類似の制度
- III 全部執行猶予一部取消しの意義
- IV 全部執行猶予一部取消しの類型（対象者）
- V 全部執行猶予一部取消しの要件
- VI 全部執行猶予一部取消しの「量定」
- VII 全部執行猶予一部取消しと刑法規定
- VIII 今後の展望と課題

## I 刑の『裏』一部執行猶予の意味

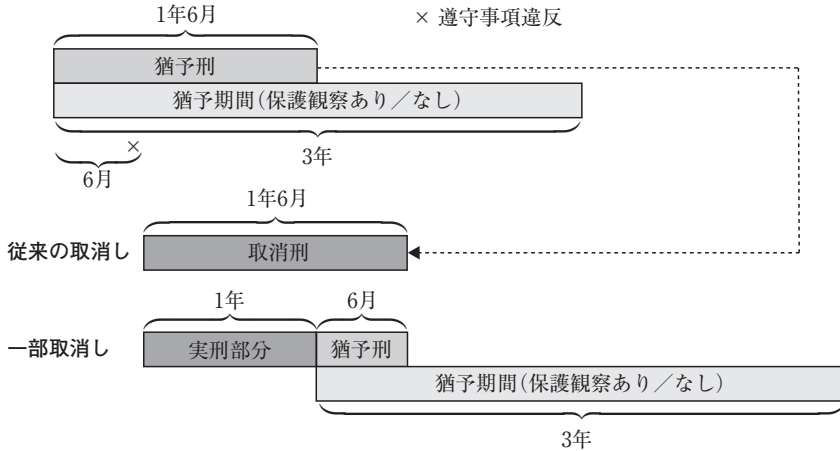
現行刑法は、全部執行猶予の取消事由として必要的取消事由と裁量的取消事由を定める（刑法第二六条、第二六条の二）。実務において圧倒的に多いのは猶予期間中の再犯に対する刑の確定を事由とする取消し（同第二六条一号）であるが、全部執行猶予が取り消された場合、猶予されていた刑（以下、猶予刑という）の全てが執行され

ることになる（以下、取消刑という）。例えば、懲役一年六月全部執行猶予三年の場合、取消刑は懲役一年六月の全部実刑といった具合である。その結果、裁判において全部実刑が言い渡される場合と同様の問題が生ずる。即ち、刑の執行において仮釈放が認められないと満期釈放となって更生に支障が生ずるおそれの高い者に対し社会内処遇を行うことができず、たとえ仮釈放になったとしても、三年以下の全部実刑であるから、残刑期間主義を採る現行法制度の下では、極めて短い保護観察しか行い得ないというものである。<sup>(1)</sup>

全部執行猶予中に再犯を行った場合でも再度の全部執行猶予が可能であり、その場合、前刑は取り消されずに済むが、刑期が一年以下で「情状に特に酌量すべきものがあるとき」という厳しい要件に加え、保護観察中できなかった場合に限られる（同第二五条二項）。そのため、全部執行猶予中の者が再度の全部執行猶予に付されるケースは極めて少なく、結果として殆どが前刑取消しとなっている。<sup>(2)</sup> また、二〇一六年からは刑の一部執行猶予が導入され、全部執行猶予中の者の再犯に対しても刑の一部執行猶予を言い渡すことが可能となり（同第二七条の二第一項二号）、取消刑の全部実刑と一部執行猶予の実刑部分終了後に一定期間の猶予期間と保護観察を付すことができるようになった。<sup>(3)</sup> しかし、現時点までの運用によれば、全部執行猶予中の再犯に対して一部執行猶予を言い渡した件数は少なく、しかも適用事例の殆どは薬物事犯であると推測され、刑法犯での適用は極めて少ない。結局、全部執行猶予中の再犯に対しては全部実刑が主に科されており、またそれによって前刑が取り消されるため、比較的長い自由刑の実刑が執行されることになる。

全部執行猶予の取消事由が猶予期間中の再犯ということは、本人の更生に支障が生ずる可能性が高いということであるし、遵守事項違反（同第二六条の二第二号）による取消しにしても、再犯の危険性が高いことを示している。執行猶予判決確定前の犯罪による刑の確定（同第二六条第二号・三号、第二六条の二第三号）は、本来、全部執行猶予相当でない事案に対して科した全部執行猶予を修正するものであるが、他にも犯罪を行っていたわけ

図1 全部執行猶予の一部取消しのイメージ（遵守事項違反の場合）



であるから、予防という観点から見た場合、更生に問題が生じる可能性が高いといつてよい。そのため、全部執行猶予が取り消されて全部実刑となった場合、再（々）犯のおそれありとして、満期釈放となる可能性もあり、社会内処遇が確保できないことが憂慮される。勿論、仮釈放になることも充分考えられるが、再犯の場合は二刑持ちとなることから、それぞれについて仮釈放の法定期間を経過しなければならず、たとえ刑の執行順序の変更を行うとしても、早期の仮釈放は容易ではなく、保護観察期間も短くながちである。

そこで、全部執行猶予の取消事由に該当する場合でも、全部執行猶予の全てを取り消す場合のほか、その一部に限って取り消すことを認めることが考えられる。そうすることにより、全部執行猶予が取り消されて刑事施設に収容される実刑部分と取り消されなかった執行猶予の残りが組み合わせられた形となる。イメージを明確にするために、最もシンプルな遵守事項違反による全部執行猶予の一部取消しを示したものが図1である。懲役一年六月の全部執行猶予三年のうち、一年については取消して実刑部分とし、残りの六月は取り消さず、執行猶予のままとする。全部執行猶予の猶予期間については、これを取り消して、実刑部分終了時から開始

する猶予期間を新たに設定する。こうすることにより、取消刑は実刑部分と猶予刑が組み合わせり、実刑部分の終了後から猶予期間や保護観察を開始する「刑の一部執行猶予」と同じ構造となる。全部執行猶予の一部取消しを認めるだけでなく、新たな猶予期間と保護観察を設定可能とすることで、「刑の一部執行猶予」を科したのと同じ効果をもたせることができる。本稿のタイトルを、「刑の『裏』一部執行猶予」としたのも、「正面」から裁判で刑の一部執行猶予を言い渡せるようにするだけでなく、全部執行猶予が充分功を奏さなかった場合にも、直ちに全てを取り消して全部実刑とするだけでなく、一部取消しを認めることで、「逆」(裏)の方向からの「刑の一部執行猶予」とすることができるところである。本稿は、こうした「刑の『裏』一部執行猶予」としての全部執行猶予の一部取消制度について、海外の類似の制度にも言及しながら、その意義や制度設計について試論を提示するものである。

なお、以下では、最初に全部執行猶予を言い渡すことになった罪については「本件」といい、全部執行猶予中に行つた罪で、全部執行猶予の取消事由に当たるものを「再犯」ということにする。「再犯」は、法律上再犯加重となる場合の「再犯」ではなく、本件の後に行われたという趣旨である。また、本件に対する全部執行猶予を「前刑」と言い、再犯に対して新たに科せられる刑を「後刑」と呼ぶ。

## II 海外における類似の制度

日本には、全部執行猶予の一部取消しについて議論の蓄積が全くない。そこで、海外に同様の制度があれば参考になるが、実刑部分の執行に続く社会内処遇の期間を確保することを目的として、執行猶予の一部だけを取り消すような海外の制度を筆者は知らない。しかし、拘禁刑の執行猶予又はそれに類似した制度を採用する国の中に

は、不良措置の一つとして、猶予した拘禁刑の一部に限って執行することを認める国がある。以下では、イギリスの猶予刑及びカナダの条件付刑を取り上げ、一部執行（一部取消し）制度について概観することにする。

## 1 イギリス（イングランド・ウェールズ）

### （1）執行猶予命令（猶予刑）制度と不良措置

イギリス（イングランド・ウェールズ）には一九世紀後半に始まるプロベーション制度の長い歴史があり、現在は、二〇〇三年の刑事司法法（Criminal Justice Act 2003）に基づく地域刑（community sentence）の制度となっているが、これとは別に猶予刑（suspended sentence）又は執行猶予命令（suspended sentence order）と呼ばれる刑罰がある。<sup>4</sup> 両者共に社会生活を送りながら無償労働（unpaid work）やプログラムの履行といった一定の地域内遵守事項（community requirement）（以下、単に遵守事項という）を遵守することを内容とする刑罰であるが、地域刑と異なり、猶予刑は拘禁刑の一種であり、裁判所が一四日以上二年以下の拘禁刑を言い渡すときに、六月以上二年以下の期間、裁判所がその判決の効力を生じさせない命令を行うものである。<sup>5</sup> 従って、拘禁刑ではあるが、受刑者は社会の中で生活しながら、遵守事項を履行し、それに違反しない限り、拘禁刑は執行されない。

しかし、受刑者が、正当な理由なく遵守事項に違反し、又は猶予期間（operational period）<sup>6</sup> の間に行った罪により有罪となった場合、裁判所は、(a) 刑期を変更せずに猶予刑の効力を生じさせる（執行する）、(b) 元の刑期をより短い刑期に代えて効力を生じさせる（執行する）、(ba) 二、五〇〇ポンド以下の罰金を支払う、よう命じ、(c) 一つの遵守事項を課す執行猶予命令の場合、(1) 執行猶予命令を行う場合に裁判所が課し得るより多くの遵守事項を課す、(2) 監督期間（supervision period）<sup>7</sup> を延長する、(3) 猶予期間を延長する、ことで猶予命令を変更し、(d) 遵守事項を課さない執行猶予命令の場合、猶予期間を延長するよう猶予命令を変更することができるとされてい

る。<sup>(8)</sup> 但し、裁判所は、(a) 犯罪者が執行猶予命令の遵守事項を遵守した範囲 (the extent to which the offender has complied with any community requirements) と、(b) 猶予期間内に行った罪により有罪となった場合はその情状 (the facts of the subsequent offence) を含む全ての事情を考慮して、猶予刑の効力を生じさせる (刑を執行することが不当である (unjust) 場合を除き、猶予した拘禁刑の刑期を変更せずに執行するか、刑期をより短くして執行する命令をしななければならないとされている。<sup>(9)</sup>)

## (2) 猶予刑の一部執行とその基準

このように、イギリスには、執行猶予中に再犯や遵守事項違反があった場合、猶予刑の一部に限って執行する制度がある。法文上は「(猶予) 刑が元の刑期をより短い刑期に代えて効力を生じる (take effect) よう命ずる」とされ、制度の説明等では「猶予刑の一部を活性化する (activate)」と表現されたりしているように、猶予した刑の一部を執行するという形を取るが、実質的には本稿のテーマである全部執行猶予の一部取消しに相当する。<sup>(10)</sup>

猶予刑の全部執行や一部執行について、二〇〇三年刑事司法法は、裁判所は犯罪者が遵守事項を遵守した程度、又は再犯の場合は犯罪の情状を含む全ての事情を考慮すると規定するに留まる。<sup>(11)</sup> 同法によって設置された量刑ガイドライン評議会 (Sentencing Guidelines Council) が二〇〇四年に策定した量刑ガイドライン<sup>(12)</sup>も、特に具体的な基準は示さず、全部執行か一部執行かについても遵守事項を遵守した程度が関連性を有すること、猶予期間の終了際に再犯を行った場合は、猶予刑の執行ではなく、遵守事項の変更や猶予期間・監督期間の延長など執行猶予命令の変更が相当であること、再犯が元の犯罪より軽い場合、一部執行か執行猶予命令の変更が相当であること、再犯に対する刑が拘禁刑でない場合、裁判所は猶予刑を執行することが相当かどうか考慮すべきことを規定するに止める。<sup>(13)</sup>

表1 イングランド・ウェールズの執行猶予命令（猶予刑）に対する不良措置

	再犯の内容	遵守事項の遵守レベル	不良措置
遵守事項違反	無し	低レベル	刑期を全部執行
		中レベル	無償労働の履行や外出禁止の遵守割合に応じて刑期の一部執行 遵守事項の追加、猶予期間・監督期間の延長若しくは罰金の付加又はその併科
		高レベル	遵守事項の追加、猶予期間・監督期間の延長又は罰金の付加
再犯	複数の若しくは重大な再犯又は元の犯罪と類似し、同程度の再犯		刑期を全部執行
	元の犯罪より軽微だが拘禁刑相当の再犯	低レベル	刑期を全部執行
		高レベル	無償労働の履行や外出禁止の遵守割合に応じて刑期の一部執行
拘禁刑不相当の再犯		無償労働の履行や外出禁止の遵守割合に応じて刑期の一部執行 遵守事項の追加、猶予期間・監督期間の延長若しくは罰金の付加又はその併科	

ただ、量刑ガイドライン評議会は、裁判所命令の違反 (breach) に対する制裁 (不良措置) の基準を設けるため、マジストレイトや裁判官への意見調査を実施し、二〇一六年、裁判所命令違反に対する制裁ガイドラインの参考案を策定・公表し、意見公募を行っている<sup>(14)</sup>。そのガイドラインは、執行猶予命令の不良措置について、遵守事項違反と再犯のそれぞれについて基準を設けていることから、確定版ではないが、参考になる。

まず、遵守事項違反の場合は、(1) 執行猶予命令に対する総合的な態度及び履行状況並びに既に履行した遵守事項の内容、(2) 既に履行又は一部履行した遵守事項の対象者の行動に対する影響、(3) 執行猶予命令の付加から違反までの時間的近接性を考慮して遵守事項の遵守レベルを低、中、高の三段階に分け、不良措置の基準を表1(上段)のように定めている。また、再犯の場合は、表1(下段)のように、一次的には再犯の犯情を元に不良措置の内容を決めるが、犯情が軽い場合には、遵守事項の履行状況を考

慮するとしている。まず、複数再犯若しくは重大再犯であるか、元の犯罪と同程度の再犯の場合でも、罪質が近い場合は、最も重い違反として、遵守事項の状況を考慮せずに刑期の全部を執行する。イギリスにおける従来の実務では、再犯までに無償労働が全て履行されていたり、再犯までに猶予期間の殆どが経過していた場合には、刑期の一部を執行することもしばしば見られるようであるが、そうになると、再犯がより軽い場合と同じ扱いとなってしまうことから、評議会はこの方針を採用せず、元の刑期全部を執行することにしたとしている。

これに対し、拘禁刑相当ではあるものの、再犯がさほど重大でない場合、それまでに履行した遵守事項の割合に応じて刑期の一部を執行するとしている。但し、対象者の更生や社会復帰に関連した遵守事項を履行しているも、対象者の行動や態度に変化が見られないような場合は、遵守レベルは低いと見なされる。再犯が拘禁刑相当地なほど軽微な場合は、たとえ遵守事項の遵守レベルが低い場合でも、猶予刑を執行することは不当であるとしている。評議会は、その例として、万引きに対して猶予刑を受けた者が、猶予期間中に飲酒運転を行ったケースを挙げている。

なお、法は、遵守事項違反や再犯があった場合、原則として猶予刑を執行しなければならないとするが、「全ての事情を考慮して猶予刑の執行が不相当である場合」という例外を設けている。<sup>(15)</sup> 不相当かどうかの判断は主に遵守事項の遵守レベルと再犯の犯情によるが、ガイドライン(参考案)は、その他の要因として、個人に係る重要な減軽事由、社会復帰の現実的な見通し、猶予刑の執行が他の者(例えば、対象者の家族等)に及ぼす重大な影響を考慮することができるとしている。

### (3) 事例

量刑ガイドライン評議会は、執行猶予命令に対するガイドライン(参考案)において不良措置の具体的事例を



示している。

### 【事案の概要】

A（二八歳男性）は、譲渡目的によるAクラスの違法薬物所持（コカイン、ヘロイン、覚せい剤、LSD等）の罪で拘禁刑六月執行猶予二年の判決を受け、一〇〇時間の無償労働を含む遵守事項が設定された。当初は遵守事項をよく遵守し、最初の六週間で三〇時間の無償労働を履行したが、猶予期間開始から四か月から二か月間は、子供が病気であるとか、臨時の仕事があり、妻子を養うお金が必要といった様々な言い訳をして無償労働に参加しなくなっていた。その正当な理由を示すことができず、A本人も違反を認めたことから、猶予期間開始から六か月後にプロベーション・サービスによって遵守事項違反と認定された。Aには、他の罪による地域刑の前科があり、これは良好終了しているが、他にも暴行（common assault）や万引きによる前科もある。

### 【遵守事項の遵守レベル】

当初は遵守事項をよく遵守し、短期間の間に無償労働のほぼ三分の一を履行したが、監督期間の最初の四分の一の時点で違反が認定されている。無償労働の履行状況と執行猶予命令から違反までの時間的近接性から、遵守事項の遵守レベルは中程度であったと考えられる。

### 【不良措置】

猶予期間は既に上限である二年が設定されているため、延長することができない。また、Aが無償労働の一部を履行していないことを考えると、無償労働を延長しても、履行されない可能性が高い。監督期間を延長しても、違反行為に対し即効性は期待できない。従って、猶予されている拘禁刑を執行すべきであるが、無償労働を履行した分に応じて元の刑期を減軽すべきである。

Aは、違反が就労中に起き、被扶養者たる妻子もいるとして、異議を申し立てる可能性がある。ガイドラインは、拘禁が他の者に対し著しい影響を与えるかどうかを含め拘禁刑の執行が不当となるような他の要因も考慮するとしている。しかしながら、妻子の存在は既に判決時に関連性有りとして考慮したうえで判決裁判所は拘禁刑が相当だとして判決をしている。仮に拘禁刑の執行が不当であるとした場合、不良措置の選択肢は罰金ということになり、それでは違反の重大性に応じたものとはならず、既に排除された刑への修正ということにもならない。

よって、既に履行した無償労働に応じた減軽を行ったうえで刑の一部を執行する。

以上のように、イギリスでは、執行猶予に対する不良措置の一つとして猶予刑の一部執行を認めているが、不良措置の種類や執行割合の決定においては、遵守事項の違反の程度や再犯の犯情といった行為責任の重さを原則的な基準としている。このことは、ガイドライン(参考案)が、執行猶予命令の違反に対する不良措置を制裁(penalty)としていふことから窺うことができる。但し、再犯等に至るまで更生プログラム等の遵守事項を比較的よく履行していたとしても、本人の更生や行動に変化が見られない場合には、遵守事項の遵守レベルは低いと見なされ、重い不良措置が取られることや、猶予刑の執行が不相当かどうかの判断においても社会復帰の現実的な見通しを考慮することができるとしていることから、責任的な評価だけでなく、更生という個別予防的な評価が補充的になされていると考えられる。

しかし、拘禁刑の一部執行の目的は、再犯や遵守事項違反に対する制裁と既に履行した遵守事項分の調整が主たるもので、拘禁刑執行時に社会内処遇を確保するという目的ではないことは明らかである。<sup>(17)</sup> 執行されないこととなった拘禁刑の部分についても、猶予刑として残るといってもいい。そうした意味では、本稿で提示する全部執行猶予の一部取消しとは性質も目的も異なる。しかし、再犯の罪質や犯情、遵守事項の履行状況や違反の内容等から執行部分を定める基準は、我が国における全部執行猶予の一部取消し基準を考えるうえで参考となる。

## 2 カナダ

### (1) 条件付刑制度とプロベーションとの相違

カナダでは、一九九六年九月に施行された法律により刑事法典が改正され、条件付(拘禁)刑(conditional sentence of imprisonment)と呼ばれる刑罰が導入されている。拘禁刑の代替刑を設けることよって拘禁刑への依存を減らすと共に、自らが惹起した害悪を犯罪者に認識させ、その損害を回復させる修復的司法の理念を量刑に取り込むことが導入の目的であったとされる。<sup>(19)</sup> 条件付刑は、拘禁刑の一種とされるが、実際に受刑者は刑事施設に収容されることなく、条件(遵守事項)を遵守しながら社会生活を送る形で執行が行われる。

カナダには、社会の中で遵守事項を遵守することを内容とする刑罰として、この条件付刑のほかにもプロベーション(命令)(probation order)がある。但し、カナダのプロベーションには様々な適用方法がある。刑の必要的下限が定められておらず、二年以下の自由刑を科すべきときに、刑の言渡しを猶予し、被告人を条件付で釈放するよう命ずることができるという宣告猶予(suspended sentence)にプロベーションを付すことができる<sup>(20)</sup>ほか、罰金又は二年以下の自由刑を科すと同時にプロベーションを付加したり<sup>(21)</sup>、或いは公訴棄却(discharge)とする場合にも付することができる。<sup>(22)(23)</sup> プロベーションの期間は、三年を超えることができない。<sup>(24)</sup> 宣告猶予のプロベーション中に罪を犯し有罪となった場合は、命令を取消して元の罪に対して刑を科すか、特別遵守事項(optional conditions)を変更し、又は一年を超えない範囲でプロベーションの期間を延長する。<sup>(25)</sup> また、遵守事項違反自体も犯罪であり、正式起訴犯罪として四年以下の拘禁刑が科されるか、略式起訴で一年六月若しくは五、〇〇〇ドル以下の罰金又はその併科となる。<sup>(26)</sup>

これに対し、条件付刑は、二年以下の自由刑を科す場合、社会における犯罪者の行動を監督するため、一定の

条件に従い、社会の中で刑に服するよう命ずるものである<sup>(27)</sup>。但し、(a)社会内での刑の執行が社会の安全を損なわず、量刑の基本目的や原則と一致していること、(b)拘禁刑の短期が定められている犯罪でないことのほか、正式起訴で訴追可能な、最高刑が一定以上の特定の罪でないことが要件とされる。社会内で生活しながら一定の遵守事項を遵守する義務が課せられるという点ではプロベーションと同じであるが、プロベーションは犯罪者の社会復帰に主眼をおくのに対し、条件付刑は、処罰が主たる目的とされ、自宅拘禁や夜間外出といったより自由制限の強い遵守事項が「基準となり、例外ではない (the norm and not the exception)」<sup>(28)</sup>とされている。

制度的にも、プロベーションの場合、監督官への一定間隔の報告義務や滞留義務が特別遵守事項（選択的）であるのに対し、<sup>(29)</sup>条件付刑では法定遵守事項（必要的）<sup>(30)</sup>となっているほか、<sup>(30)</sup>処遇プログラムへの参加を特別遵守事項として設定するとき、プロベーションの場合は被告人の同意が必要であるが、条件付刑には必要ないなどの違いがある<sup>(31)</sup><sup>(32)</sup>。

## (2) 遵守事項違反に対する不良措置

正当な理由なく条件付刑の遵守事項に違反した場合に取り得る不良措置は、(a)不処分（不良措置を取らないこと）、(b)特別遵守事項の変更、(c)条件付刑を「停止」<sup>(33)</sup>し、未執行分（期間未経過分）の一部の期間、刑事施設に収容し、条件付刑を、特別遵守事項を変更のうえ又は変更なしに、拘禁からの釈放時点で再開する、(d)条件付刑を終了させ、刑の満了まで拘禁に付するのいずれかである<sup>(34)</sup>。プロベーション命令付宣告猶予の不良措置と異なるのは、条件付刑が社会の中で拘禁刑を執行するという構成をとっているからであり、従って、刑罰の執行を猶予する我が国の全部執行猶予とは異なるが、拘禁刑を刑事施設の中で執行する不良措置を取る場合も、残刑期間の全てを執行するのではなく、その一部に限って執行することを認めており、全部執行猶予の一部取消しに

通ずるところがある。

これに対し、社会の中で条件付刑の執行を受けている者が他の罪により実刑を言い渡された場合は、その罪がいつ行われたかにかかわらず、実刑が執行されている間、条件付刑は「停止」(suspended)され、他の実刑の執行が終わった時点から執行が再開されるものとされている<sup>(35)</sup>。

条件付刑の遵守事項違反や不良措置については、限られた資料しかないが、アルバータ州を含む四州の条件付刑に関する調査に拠ると、アルバータ州とノバスコシア州の遵守事項違反率が三二%と二二%、サスカチュワン州とニューブランズウィック州の再拘禁率(遵守事項違反による条件付刑の停止と終了)が三九%と二三%となっている<sup>(36)</sup>。不良措置の内訳については、これより更に古い資料となるが、オンタリオ州では、遵守事項違反のうち二八%が不処分で、二二%が遵守事項の変更、一三%が残刑期の拘禁(条件付刑取消し)で、二七%が一部拘禁(条件付刑の停止)とするものがある<sup>(37)</sup>。これによる限り、条件付刑の一部執行は比較的用いられていることは確かなのである。

但し、一部拘禁の場合、残刑期のうちどの程度の割合を拘禁しているのか、またどのような基準に基づいてその割合を決めているかは、具体的な資料がなく、明らかでない。ただ、遵守事項違反の疑いがある場合に裁判所による違反手続に移行するかどうかの判断において、保護観察官は、再度の違反を防止する必要性、社会の保護、犯罪者の責任、犯罪者の所在を考慮し(ニューファンドランド・ラブラドル州)、或いは犯罪者の状態や刑の執行中の変化、再犯の危険性、違反の重大性を評価する(ケベック州)とされていること<sup>(38)</sup>から、こうした観点に基づいて執行する拘禁期間を定めていることが推測される。

もともと、カナダの条件付刑は、実質的には執行猶予的な制度であっても、形式的にはそうではなく、遵守事項を遵守しながら社会生活を送るなかで刑期が進行していくため、比較的早い時点で遵守事項に違反すれば、刑

期が多く残っており、拘禁する期間には幅があるが、残刑期間が少ない時点で遵守事項違反となれば、余程悪質な違反でなければ、残り僅かな期間だけ拘禁することに制裁や処遇としての意味がないことから、遵守事項の変更が行われる可能性が高いであろう。

### Ⅲ 全部執行猶予一部取消しの意義

#### 1 刑の調整

日本でも、これまで全部執行猶予の一部取消しに関する主張が僅かながらなされたことがあるが、それは再犯による後刑と全部執行猶予の前刑（取消刑）の二刑持ちとなることで刑が重くなり過ぎるのを避けることを意図したものであった。<sup>(39)</sup>

確かに、全部執行猶予の量刑においては、全部実刑とする場合よりも、刑期をやや長くすることが一般的な傾向であることから、全部執行猶予が取り消された場合、やや長い全部実刑となり得る。また、再犯に対する量刑は、全部執行猶予が取り消されることを考慮して刑をやや軽くすることも行われているが、一方で、全部執行猶予中であるにもかかわらず、敢えて再犯に至ったという犯情から重い行為責任が認められるため、後刑が大幅に軽くなるということはない。そこに、全部執行猶予が全部取り消された取消刑が加わることにより、比較的長い刑期となってしまう。幾ら再犯を行った者の責任とは言え、前刑も含めて一度に執行されることにより、折角、全部執行猶予中に築きかけた雇用関係や人間関係が長い実刑の執行によって御破算となってしまう。また、現行の執行率による限り、仮釈放による早期の釈放にも限度がある。そこで、全部執行猶予の一部取消しを認めることで、後刑と併せた全体の刑の重さを調整することができるとする考え方が出てくることになる。

## 2 取消事由と不良措置の均衡

しかし、行為責任と個別予防に依じて刑を量定し、善行保持を条件として刑の執行を猶予したわけであるから、その条件に違反した以上、再犯に対する後刑と合わさることで刑が重くなり過ぎるからといって前刑の執行を一部に止めるべきという理屈は説得力に欠けるように思われる。また、純粋な遵守事項違反には再犯に対する後刑がないことから、そもそも、こうした理屈は通用しない。

そこで、イギリスのように、全部執行猶予の取消事由に該当するような再犯や遵守事項違反があったとしても、その再犯や違反には「程度」があることから、それに応じて取消しの「量定」を行うことに根拠を求めることが考えられる。特に、我が国の場合、必要的取消しと裁量的取消しという段階は設けられているものの、禁錮以上の刑が確定した場合は、それがどのような犯罪や刑期であっても、一律全部取消しとなってしまう（但し、刑法第二六条の二第二号の遵守事項違反の場合は異なる）。しかし、比較的軽微な犯罪の場合、全部執行猶予の全てを取り消すことが不良措置として重すぎるという場合がある。そこで、量刑における罪刑均衡の原則や比例原則のように、全部執行猶予の取消しの場合も、再犯の罪に応じて取消しの割合を決めるという理屈が成り立つ。

遵守事項違反の場合にも、違反には「程度」の差が当然にある。もともと、我が国の場合、全部執行猶予を取り消すには、自力更生が困難と認められるほど、その情状が重くなければならぬことから、一部取消しのような事態が想定しにくいかもしれない。しかし、情状が重い場合といえど、全部取り消すべき場合と、一部取り消しに止める場合を観念することはできる。ましてや、後述するように、遵守事項違反の情状が極端に重い場合しか取消しが行われていない運用を改める必要があるとすれば、尚更である。

また、全部執行猶予に付される保護観察にも不利益処分としての性質があることは否定できない。そこで、不

良措置が取られるまで対象者が専門的処遇プログラムや社会貢献活動を履行していた場合、その分だけ全部執行猶予の取消刑から減じるという理屈も成り立ち得る。遵守事項違反の程度には、違反の重さのほかに、これまで遵守してきた遵守事項の期間や内容の評価も含まれるのであって、「違反」の程度は、裏返せば、「遵守」の程度ということでもあるのである。

本来、全部執行猶予の取消しには、再犯や遵守事項違反に対する制裁としての側面と、自力更生が困難となったことによる予防的対応という側面の両面がある<sup>(41)</sup>。再犯や遵守事項違反に程度の差があることを一部取消しの根拠とする考え方は、全部執行猶予の取消しを違反に対する制裁と捉えるという前者の側面に立つものである。しかし、保護観察付執行猶予については、遵守事項違反があったからといって、その制裁として直ちに全部執行猶予を取り消して刑を執行するのは「ある意味保護観察の自己否定であって、矛盾をはらんでいるとも言える」<sup>(42)</sup>。保護観察中に問題が生じたからこそ、それを適期として処遇を行うべきであり、それこそが本来の社会内処遇の意義のほうである。これは(比較的軽微な)再犯についても言えることである。しかし、その一方で、再犯や違反があっても全部執行猶予が取り消されないなどということになれば、対象者の自力更生による全部執行猶予制度の実効性を担保することができなくなることも確かであり、再犯や遵守事項違反があったときに「適切に刑を執行する必要があることもまた軽視できないところである」<sup>(43)</sup>。ただ、そうであるとしても、再犯や違反の程度によっては、全部を取り消す場合以外に、一部を取り消すという新たな選択肢を認めることで、制裁としての取消しにおいても、柔軟な対応をすることができるのである。

### 3 施設内処遇と社会内処遇の有機的連携——社会内処遇期間の確保——

しかし、全部執行猶予の一部取消しには、取消制度のもう一つの側面である犯罪予防という観点からのより積



極的な意義が認められなければならない。私見によれば、それが冒頭で指摘した社会内処遇期間の確保であると考える。即ち、全部執行猶予の取消事由が生じた場合、その受刑者は全部執行猶予だけでは更生を為しえなかったわけであるから、その取消しは免れられないし、取消刑の執行により刑事施設において矯正処遇を実施する必要性もある。しかし、全部執行猶予を完全に取り消してしまえば、通常の全部実刑となり、後刑として刑の一部執行猶予が言い渡されるか、刑の執行において仮釈放が認められない限り、満期釈放となつて、社会内処遇を行う機会がないおそれがある。そこで、全部執行猶予の一部に限つて取り消し、猶予刑と新たな猶予期間を設定することで、実刑部分の執行に続き社会内処遇を確保することが可能となる。

社会内処遇に失敗したのに、再び社会内処遇に期待をかけるのはおかしいとの批判もあり得よう。しかし、社会内処遇に失敗したとはいっても、単純執行猶予の場合、それは保護観察にも付さず、本人の自助努力だけの消極的な社会処遇に過ぎない。<sup>(44)</sup>従つて、刑事施設から釈放される際にはより積極的な社会内処遇である保護観察を通じて、より確実な更生を図る必要がある。しかし、現在の仮釈放では残刑期間しか保護観察を行い得ず、ましてや全部執行猶予の取消刑の場合、三年以下の実刑であり、再犯に対する後刑次第ではあるが、刑期の長さからいって、短い保護観察期間しか確保できない可能性が高い。ましてや、満期釈放となつてしまえば、釈放後何らの指導監督や補導援護も行われず、更生が更に危ぶまれることになる。全部執行猶予が功を奏さなかったからといって、矯正処遇に続いて社会内処遇を行うことに意味がないということには決してならない。このことは、当初の全部執行猶予に保護観察が付されていた場合にも当てはまる。むしろ、全部執行猶予が功を奏さなかったからこそ、再(々)犯を防ぐために、矯正処遇と社会内処遇の連携が必要なのである。<sup>(45)</sup>全部執行猶予の一部に限つて取消すことで、実刑部分執行後の社会内処遇の期間を確保することができ、これが全部執行猶予一部取消しの最大の眼目といふべきである。本稿において全部執行猶予の一部取消しを提案し、同制度を喩えて「刑の『裏』

一部執行猶予」と呼ぶのも、そのためである。

#### IV 全部執行猶予一部取消しの類型(対象者)

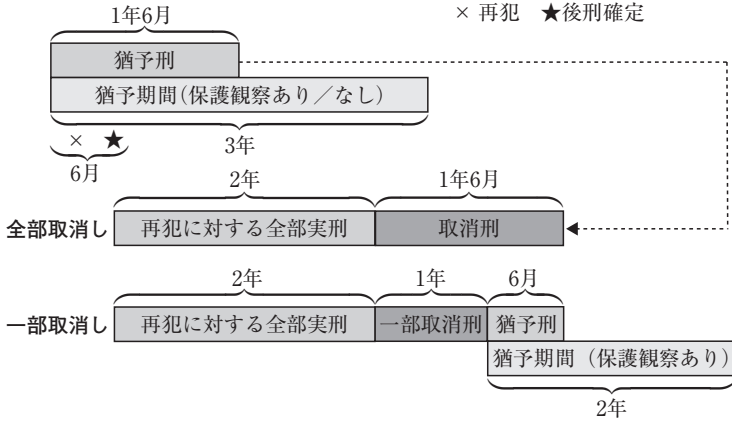
##### 1 再犯——後刑が全部実刑の場合——

全部執行猶予の取消事由には、大別して、再犯(全部執行猶予確定前の犯罪を含む)による刑の確定と遵守事項違反があるが、実務において圧倒的に多いのは、刑法第二六条一号の再犯による禁錮以上の刑が確定した場合である。この場合、後刑と取消刑(前刑)の二つの自由刑が執行され、いわゆる二刑持ちで刑事施設に収容されることになる。後刑が全部実刑の場合は二つの全部実刑となり、後刑が一部執行猶予の場合は、全部実刑と一部執行猶予の二刑となる。後者の場合には、施設内処遇と社会内処遇の連携を図ることができるため、施設内処遇と社会内処遇の有機的連携という全部執行猶予の一部取消しの意義に最も適うのは後刑が全部実刑となる場合である(図2)。つまり、再犯に対し再度の全部執行猶予も刑の一部執行猶予も科すことができないか、相当でない場合ということになる。

例としては、本件が初犯の覚せい剤の単純使用で、使用回数も少なかったため、全部執行猶予となったが、猶予期間中に、遊ぶ金欲しさから事務所に侵入して現金を盗むという窃盗を働いたケースが考えられる。これまでの一部執行猶予の量刑によれば、単純窃盗に対する専門的処遇プログラムもないことから、必要性が認められず、全部実刑となる可能性が高い。そこで、全部執行猶予の一部に限って取り消すことで、猶予刑と猶予期間を確保することができる。

再犯の宣告刑は比較的短いものの、犯情が悪く、相当性がないとして、刑の一部執行猶予を科さない場合も考

図2 全部執行猶予一部取消し——再犯が全部実刑の場合——



えられる。例えば、迷惑行為防止条例違反(痴漢)に対する懲役六月の全部執行猶予中に、未成年者に対し路上での強制わいせつを行ったような場合である。こうした事案については、宣告刑が三年を超える場合もあるが、たとえ三年以下であるとしても、再犯の犯情が悪く、一部執行猶予が相当でないとされ、実刑となる可能性がある。

## 2 再犯——後刑が罰金の場合——

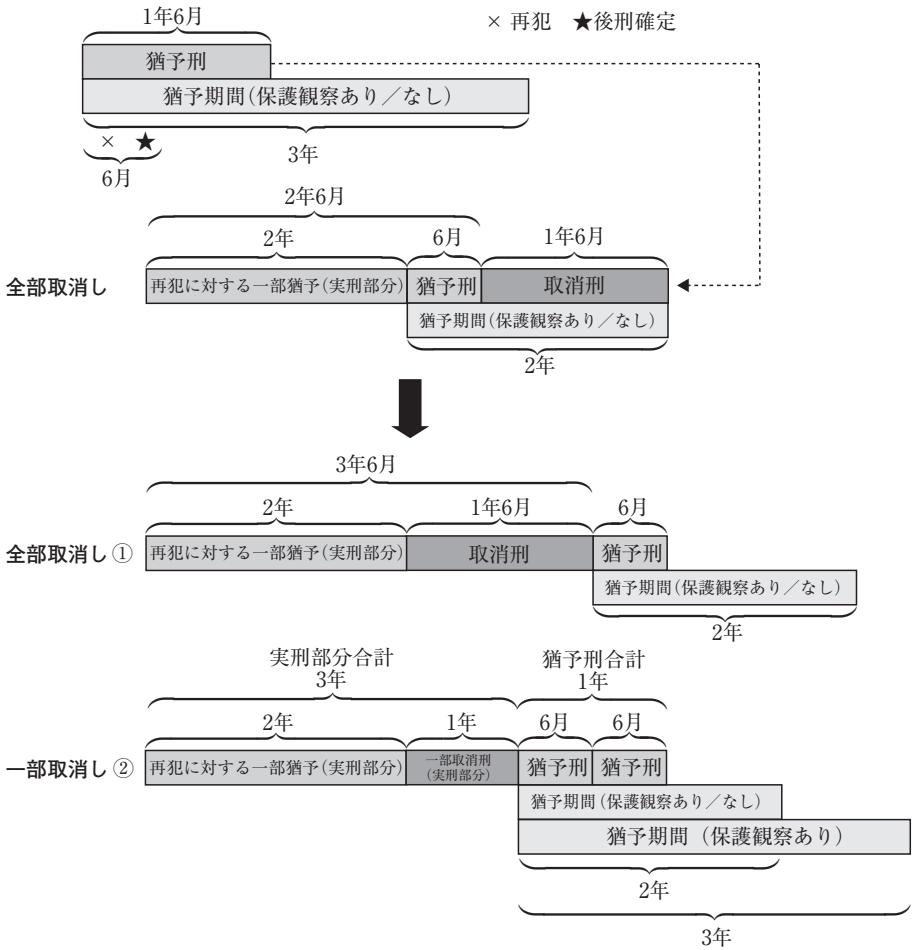
刑法は、再犯に対して罰金が確定した場合を裁量的取消事由とする(第二六条の二第一項)。実務では罰金の確定による全部執行猶予の取消し件数は極めて少ないし、裁量的取消事由であるので、全部執行猶予を取り消さないこともあり得る。しかし、道路交通法違反で起訴され、罰金となることで、全部執行猶予が取り消されるような例もあるため、再犯の内容に応じて、全部執行猶予の一部に限って取り消すことが考えられる。罰金による一部取消しも、社会内処遇期間の確保が主たる目的であるが、刑の軽さから、取消事由の程度と不良措置の均衡という面も強い。

### 3 再犯——後刑が一部執行猶予の場合——

再犯に対する後刑が一部執行猶予である場合、施設内処遇と社会内処遇の連携を図ることができるため、全部執行猶予の一部取消しを行う必要性は余り認められない。例えば、懲役一年六月全部執行猶予三年の者が猶予期間中に再犯を行い、再犯に対して懲役二年六月、そのうち懲役六月の執行を二年間猶予する刑の一部執行猶予を言渡した場合、実際の刑の執行は図3のようになる。まず後刑（刑の一部執行猶予）の確定により、その執行が開始され、後日、後刑の確定を受けて前刑（懲役一年六月）が取り消される。通常は、後刑の実刑部分に続いて前刑たる取消刑の執行が行われた後に釈放され（刑法第二七条の二第三項）、以後、刑の一部執行猶予による猶予期間が進行することになる（図3の①）<sup>(46)</sup>。図3では後刑の実刑部分と前刑の執行後には二年（制度上は一年以上五年以下）という猶予期間が設定されており、保護観察を付することもできるため、社会内処遇の期間が既に確保されており、取立て全部執行猶予の一部取消しを行う必要は一応ないと考えられる。

但し、そうした必要性は全くないかと言われれば、そうでないようにも思われる。というのも、前刑の取消刑が執行されることによって、後刑の一部執行猶予の実刑部分が長くなり、加えて猶予刑との比率も異なったものになるからである。後刑たる刑の一部執行猶予の量定に当たっては被告人（全部執行猶予対象者）の行為責任を中心とし予防的要素を僅かに考慮して宣告刑の刑期、猶予刑の割合、猶予期間の長さ、保護観察の有無を判断することになる。その際、前刑が取り消されて合わせて執行されることも一定の範囲で考慮に入れることができることは、後刑が全部実刑である場合と異なることはないであろう。しかしながら、あくまで再犯に対する刑事責任を中心に量刑を行う以上、前刑の執行を過度に評価することには当然躊躇されるはずである。特に、実刑部分と猶予刑の比率に関しては再犯に対する行為責任を中心に（予防の必要性を若干考慮して）量定することになる<sup>(47)</sup>。しかし、実際には、前刑たる取消刑の実刑が加わるため、二刑を合わせた場合、想定した実刑部分と猶予刑の割

図3 全部執行猶予一部取消し——再犯が刑の一部執行猶予の場合——



合より実刑部分が長い刑となる。図3で掲げた例で言えば、後刑が実刑部分二年、猶予刑六月と四対一の割合(猶予刑二〇%)となっているが、取消刑一年六月が加わる分、実質的には実刑部分三年六月、猶予刑六月の七対一(猶予刑二二・五%)という一部執行猶予となる。これも全く問題はないが、一部執行猶予において想定した猶予率(猶予刑の比率)からは外れることに

なる。そこで、一年六月の前刑のうち一年について取消し、六月を猶予刑とすれば、全体として、実刑部分三年、猶予刑一年（猶予刑二五％）という一部執行猶予となる（図3の②）。後刑と全く同じ比率にすることも可能。この場合、二つの猶予期間が一部重複することになるが、現在の再度の全部執行猶予の場合も、こうした猶予期間の重複が起きているので問題はない。このように、全部執行猶予の一部取消しをすることで、後刑の一部執行猶予の猶予率に近付けることはできる。

#### 4 遵守事項違反の場合

遵守事項違反による全部執行猶予の取消しは極めて少なく、しかも、その多くは純粋な遵守事項違反ではなく、再犯を善行保持義務という遵守事項違反として取り消す場合である。<sup>(48)</sup> 再犯による刑が確定した場合でも全部執行猶予の一部取消しを認めるのであれば、再犯を遵守事項違反として取り消す場合でも一部取消しを認めることに異論はなからう。

これに対し、再犯以外の純粋な遵守事項違反による取消しは、違反の情状が重い場合とされており、判例上、「遵守事項違反の事実があり、その違反がその内容、本人の生活態度全般からみて自力更生を期し難い場合をいう」ものとされて<sup>(49)</sup> 如に基因するものであり、保護観察による指導援助を継続しても自力更生を期し難い場合をいう」ものとされている。こうした場合には、保護観察という社会内処遇が功を奏さなかったのであるから、全部執行猶予は取り消さざるを得ないとしても、取消刑に続いて社会内処遇の期間を確保する必要性は遵守事項違反の場合においても変わることはない。

さらに、翻って考えるに、従来の遵守事項違反による全部執行猶予の取消基準や運用が果たして妥当なものとなつているかも再検討の余地があるように思われる。全部執行猶予取消決定に対する即時抗告の決定例を見てい

ると、どうしてここまで取り消されなかったのかいうほど情状が重いものが少なくない。実務において遵守事項違反による全部執行猶予の取消しが殆どなく、再犯による取消しが大半となってしまうているのも、裏返せば、遵守事項違反への対応が遅れてしまっているからであるとも考えられる。無断外泊や指導監督の無視といった軽度の遵守事項違反に対して何とか指導を継続していたものの、取消しの時期を逃したため、再犯に至ってしまったということもあろう。<sup>50</sup>軽度の遵守事項違反に対する確な対応を取らないことが本人に対する誤ったメッセージになっていないかも危惧される。だからといって、形式的な遵守事項違反をもって全部執行猶予を取り消すような硬直的な制度や運用は適当でないが、そのような運用は取消しを重い遵守事項違反に限っていない仮釈放後の保護観察でも行われていない。そこで、遵守事項違反の内容に応じて全部執行猶予の一部取消しを認める制度を設けることによつて、遵守事項違反に対しより適切な時点で取消手続ができるようになるとも考えられないであろうか。これを厳罰化と見る向きもあるが、遵守事項違反を見逃しているうちに（勿論、指導は行っている）、結局、再犯を犯してしまえば、被害者にとつて取り返しがつかないし、結局、保護観察対象者本人にもより厳しい刑罰が待っていることになるのである。早期介入により、そうした事態を未然に防ぐことが重要である。

## V 全部執行猶予一部取消しの要件

### 1 再犯に対する宣告刑

現行の全部執行猶予の取消しは、再犯や余罪については刑が確定することが要件とされており、遵守事項違反については、違反の存在と、その情状が重いことが要件となっている。<sup>51</sup>しかし、全部執行猶予に、全部取消しのほか、一部取消しを認めるとなると、どのような場合に一部取消しを認めるべきかという要件を考えなければな

らないことになる。

施設内処遇と社会内処遇の有機的連携という全部執行猶予の一部取消しの目的に鑑みた場合、(後刑に一部執行猶予が言い渡される場合を除き)全部執行猶予の一部取消しを広く認めることが相当であるとの考え方も成り立ち得る。特に、筆者のように、自由刑の執行を受ける受刑者は、全て、施設内処遇だけでなく、社会内処遇に付す必要がある、全ての自由刑に保護観察を付けることが望ましいとの立場に立てば、尚更である。しかし、当初犯した罪に対し刑の一部執行猶予や海外に見られるような自由刑と社会内処遇を組み合わせたようなその他の刑罰を科す場合と、<sup>(32)</sup>取えて善行保持を条件として刑の執行を猶予したにもかかわらず、再犯に至った場合に、その執行猶予を取り消す場合とは意味が異なる。また、重大再犯に至った場合、矯正処遇に切り替える必要性は一般的に高いと考えられるし、全部執行猶予の取消制度に再犯等に対する制裁としての側面があることも否定できない以上、一定の重大再犯があった場合には全部執行猶予の全てを取り消さざるを得ない。

そこで、再犯が一定の重大なものであった場合には、全部取消しとし、再犯に対する刑が一定の範囲内であった場合に限って一部取消しを認めることが合理的であろう。元々、全部執行猶予が三年以下の刑に対してのみ言渡し得るのに、それ以上の罪を犯した場合にも一部しか取り消さないとすることは不自然のように思われるし、刑の一部執行猶予が三年以下の刑に限定していることを前提とすれば、全部執行猶予の一部取消しの場合も、同様とすることが考えられる。もつとも、後刑が三年以下の場合、刑の一部執行猶予も可能になるから、三年を超える場合(で一定の刑期以下の場合)にも一部取消しを認めるか、後述する他の要件等で一部執行猶予と差別化を図らないと全部執行猶予一部取消しの適用範囲が相当狭くなる可能性もある。

なお、遵守事項違反による全部執行猶予の取消しの場合には、この要件は妥当しない。



## 2 必要性

全部執行猶予の一部取消しは、刑の一部執行猶予同様、施設内処遇と社会内処遇の有機的連携を確保することにより再犯を防止することが主たる目的である。全部執行猶予という心理規制や保護観察だけでは再犯防止を防止できなかったか、防ぐことが困難となりつつある（遵守事項違反の場合）わけであるから、全部執行猶予を取り消して刑事施設に収容し矯正処遇を行うと同時に、釈放され再び社会に戻ったときに再犯を行わないようにする必要がある。しかし、再犯や更生が危ぶまれる程の遵守事項違反を行っていることから、再犯のおそれがないことを許可基準の一つとする仮釈放が認められず、満期釈放となる可能性もある。そこで、全部執行猶予の一部を猶予刑として残し、一定の期間を猶予期間として設定して、その間は保護観察を行うことで、その再犯を防ぐ必要がある。こうした制度の趣旨からも、全部執行猶予の一部取消しには「再び犯罪をすることを防ぐために必要であるかどうか」という必要性の要件が要求されることになる。

但し、刑の一部執行猶予のように比較的高度の必要性が要求されるべきかどうかは検討する余地がある。現在、保護観察付一部執行猶予の裁判においては、一般の社会内処遇（保護観察）が必要という程度ではなく、高専門的処遇プログラムのような体系化された処遇が利用可能で、且つ必要であるという高度な必要性が要求されている<sup>(53)</sup>。筆者のように、およそ自由刑の実刑（一部執行猶予も含め）<sup>(54)</sup>を受ける者は釈放後必ず社会内処遇が必要だと立場に立つならば、必要性要件の基準は緩和されてしかるべきことになる。

次に、必要性の判断基底については、「犯情の軽重及び犯人の境遇その他の情状」（刑法第二七条の二第一項）という刑の一部執行猶予の基準が参考となる。「犯情」については、再犯による後刑の確定が取消事由であるから、その犯情は当然に考慮するとして、本件の犯情や情状を何処まで考慮するかである。例えば、再犯の犯情からだけでも充分必要性が認められるような場合は（従って、後刑は刑の一部執行猶予が適用される可能性もある）、

本件の犯情は余り重要視する必要がない。反対に、再犯に対しては必要性が認められないような場合でも、本件の犯情や再犯との関連性を考慮することで、必要性が認められるという場合はあろう。例えば、本件では窃盗であったところ、全部執行猶予中に再び窃盗を行い、犯人の特性も含めて考慮すると犯罪者には窃盗症が認められるとして、刑事施設での矯正処遇と保護観察において窃盗症に対する認知行動療法を行う必要性があるような場合である。反対に、本件が窃盗であったのに対して、再犯が道路交通法違反というように本人の犯罪特性が看取されないような場合、必要性が認められないということもあり得る。

犯人（ここでは猶予の言渡しを受けた者）の境遇その他の情状の中には、保護観察付全部執行猶予の場合、遵守事項の遵守状況など保護観察全般の状況も含まれる。遵守事項違反による取消しの場合も、違反の内容とその原因、更生の可能性と違反との関係等が必要性の判断基底となろう。

### 3 相当性

現行法でも、再犯が禁錮以上の刑に当たる場合には必要的取消しとし、罰金に当たる場合には裁量的取消しとしているように、再犯に対する刑の内容によって取消しの態様を変えている。重大な再犯を行っているのに、全部執行猶予（の全部）を取り消さないということは考えられないから、全部執行猶予の取消しにおいても、再犯が重大であるとか、その犯情が悪質であるとかといった場合には、その全てを取り消し、再犯の内容からして相当である場合に限って一部取消しを認めることにすべきであろう。<sup>(55)</sup> 既述の通り、宣告刑の要件を設定することで一定の重大再犯は対象外となるので、宣告刑の要件を満たす場合に限って、再犯の犯情から一部取消しが相当かどうかという要件が機能することとなる（犯情面での相当性）。また、再犯の犯情は、後述するように一部取消しの割合を量定する際にも考慮することになる。

刑の一部執行猶予と同様、予防面での相当性も要件となろう。本人の態度や再犯・違反の内容から、対象者の更生を考えるうえで一部取消しによる社会内処遇が相当かどうかという判断となる。保護観察官の指導に全く従わない態度が顕著であるような場合などは相当性が否定されよう。

## VI 全部執行猶予一部取消しの「量定」

### 1 取消比率とその基準

全部執行猶予の猶予刑のうちどれだけを取消して執行し、どれだけを猶予刑として残すかという取消比率については、再犯の場合、行為責任の大小と予防の必要性を、また遵守事項違反の場合は、違反の程度と予防の必要性を基準とすることが考えられる。全部執行猶予の（一部）取消制度の趣旨から考えて、予防的側面を中心に取消比率を量定することも考えられない訳ではないが、猶予されているのが刑罰であって、保安処分ではなく、再犯による取消事由もあることから、予防的側面だけで取消比率を決めることは妥当でない。基本的には再犯の犯情が重く、行為責任が重いほど、取消比率を高くすることになる。再犯の刑期も当然その一つの基準となるが、宣告刑がたとえ要件の範囲内であっても、極めて再犯の犯情が重い場合は、取消比率を一〇〇%とし、全部取消しとすることもあり得る。

遵守事項違反の内容や程度も、端から正当な理由無く専門的処遇プログラムに参加せず、保護観察官の指導にも従わないなど、極めて悪質な場合は、現在のように全部取消しとせざるを得ないであろうが、プログラムの前半は出席していたが、後半は生活が荒れ始め、何かと理由をつけて参加しないようになり、あげくの果てに二週間ほど所在不明になっていたなどで取り消す場合には、取消しを猶予刑の一部に止めることもあり得る。再犯や

遵守事項違反に至るまでの経過期間も、再犯の情状や遵守事項違反の程度に関わるものとして、取消比率に影響しよう。

予防に関する事情も当然考慮することになるが、行為責任や遵守事項違反の程度に基づく取消比率を微調整するという形で加味する。再犯による取消しの場合、犯情のうちの犯行動機や犯行の背景に更生のうえで汲むべき事情であるとか、遵守事項違反による取消しの場合であれば、違反の原因や経過といったものである。矯正処遇に必要な期間も判断材料となろうが、取消刑（実刑部分）の期間については、それが短くても、再犯の場合、後刑の実刑があれば、刑事施設における処遇期間が短くなり過ぎるという心配はない。

## 2 猶予期間と保護観察の設定

現在の全部執行猶予の取消しでは全部執行猶予の言渡しそのものが全て取り消されるため、猶予期間についても取り消されることになる。全部執行猶予の一部取消しという制度を導入する場合、猶予期間の効果が残るとなると、猶予期間の一部は既に経過していることから、これを新たな実刑部分執行終了後の期間とするには不都合が多く、一部取消しにおいては、猶予期間は合わせて取消すこととし、実刑部分の後に新たな猶予期間を設定することが合理的である。

新たに設定する猶予期間の上限と下限は、刑の一部執行猶予や全部執行猶予と同じ一年以上五年以下でよいであろう。その期間は、再犯の行為責任や遵守事項違反の内容、予防の必要性、再犯や遵守事項違反までの経過期間等、考慮すべき点は取消比率と同様であるほか、取り消されない猶予刑の期間との関係にも配慮する必要がある。なお、全部執行猶予の期間中に再犯を行うか、遵守事項違反を犯したわけであるから、ただ猶予期間を設定するだけでなく、保護観察は必要だとすべきである。

猶予期間の起算点は、全部執行猶予の取消刑（実刑部分）の執行が終わり、受刑者が釈放される日が起算点となる。その時点で他に執行すべき実刑がある場合は、その刑の執行を終わった日である。再犯に対する後刑が刑の一部執行猶予であり、さらに全部執行猶予も一部取消しとする場合、一部執行猶予の実刑部分と全部執行猶予の取消刑の部分の執行が終わった時点で、二つの猶予期間が同時に進行することになろう。その場合、より長い猶予期間が実際の猶予期間となるが、短い方の猶予期間が経過した時点でそれに対応する猶予刑は失効することになる。

### 3 再犯に対する後刑の量定

従来、全部執行猶予期間中の再犯に対する後刑の量定においては猶予刑が取り消されることが考慮されることが多く、それは後刑を減輕する方向に作用している。しかし、全部執行猶予の一部取消し制度ができた場合、取り消されるであろうことはわかっても、全部取消しとなるか一部取消しとなるか、またどの程度の一部取消しとなるかが予測できなくなるため、再犯に対する刑の量定が難しくなることも考えられる。

ただ、こうした問題は現在の罰金による取消しの場合でも同じはずで、後刑に対する罰金の量定においては、全部執行猶予が取消しとなるかどうかは、裁量的取消しのため、不確定である。また、後刑が実刑の場合でも、「前刑の執行猶予の取消しも見込まれることも踏まえ」、「前刑の執行猶予の取消しが予想されることなどを考慮しても」、「執行猶予が取り消され、併せて服役する可能性もあることなど」といったように、あくまで取消しの可能性という前提で考慮されている。さらに、全部執行猶予の取消しの可能性が後刑の量刑に与える影響は極めてわずかなものであろうし、全部執行猶予の取消比率もそれほど格差が開くとは思われない。そこで、一部取消制度が導入されたとしても、再犯に対する刑の量定において神経質になる必要はないであろう。

## Ⅶ 全部執行猶予一部取消しと刑法規定

以上述べてきた全部執行猶予の一部取消制度を刑法にどのような形で規定するかについて幾つかの試案を示すことで、補足的な検討を行うこととしたい。

全部執行猶予の取消しについて現行規定は、「次に掲げる場合においては、刑の全部の執行猶予の言渡しを取り消さなければならない」(刑法第二六条)、「取り消すことができる」(同第二六条の二)としていることから、一部取消しの最も単純な規定方法は、「次に掲げる場合においては、刑の全部の執行猶予の言渡しの全部又は一部を取り消さなければならない」(刑法第二六条改正案)、「全部又は一部を取り消すことができる」(同第二六条の二改正案)とすることであろう。

しかし、これではどのような場合に一部取消しとすることができるか明らかでないことから、全部取消しとするか一部取消しとするか、一部取消しとする場合の比率をどうするか判断基底と要件を明記することが望ましい。判断基底としては、刑の一部執行猶予のものを参考にすると、必要的取消しの場合、「次の各号に掲げる罪の犯情の軽重及び猶予の言渡しを受けた者の境遇その他の情状」となる。裁量的取消しについては、再犯による取消しのほか、保護観察の遵守事項違反の場合があるので、「一号又は三号に掲げる罪の犯情の軽重及び猶予の言渡しを受けた者の境遇その他の情状又は二号に掲げる遵守事項を遵守しないことについての情状の程度(重さ)」とする必要がある。

但し、全部執行猶予の一部取消し制度を設ける場合、取消事由としての遵守事項違反の在り方については再検討が必要となろう。従来であれば取消しとなっていたような情状が重いとときのなかで全部取消しと一部取消しを認めるといふ考え方もあろうし、従来であれば全部取消しとなっていたような情状の程度であれば全部取消しと

するが、それ以下の場合にも一部取消しがあり得るとすることも理屈としてあり得ないわけではない。後者の場合、立法論として刑法の規定から「その情状が重いとき」という文言を削除する方法もあるし、「重いとき」という基準も相対的なものであるとすれば、文言はそのままに全部取消しと一部取消しを認める余地もある。この問題は、そもそも、どのような遵守事項違反の場合に「その情状が重い」として取消しを認めるかという実質的な観点も考慮して検討する必要がある。<sup>56)</sup>

次に、要件としては、一部取消制度の目的が施設内処遇と社会内処遇の有機的連携により対象者の改善更生と再犯防止を図ることにあるから、先に検討したように、「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は」という必要性と相当性の基準を定めることが適当であろう。

新たに設定する猶予期間の規定も必要である。刑の全部の執行猶予の一部を取り消すときは、取り消されなかった部分について、新たに一年以上五年以下の範囲で刑の執行を猶予するとの規定と当該猶予期間の起算日に関する規定を設けることになる。また、刑の執行順序の変更等で再犯に対する後刑のうち執行すべき部分が残っている場合があるので、他に執行すべき懲役又は禁錮があるときの当該猶予期間は、その執行すべき懲役又は禁錮の執行を終わった日又はその執行を受けることがなくなった日から起算することも明記しておく必要がある。

## Ⅷ 今後の展望と課題

本稿では、全くの手探り状態ながら全部執行猶予の一部取消制度について検討を試みた。課題も多くあるが、やはり一番の課題は制度の存在意義と刑の一部執行猶予との関係であろう。考試期間主義の採用など仮釈放制度

の抜本的改革がなされれば<sup>(57)</sup>、こうした制度は必要ないとも言えるし、刑の一部執行猶予が薬物事犯以外にも広く適用されるようになれば、制度の活用場面というのは、全部執行猶予中の再犯に対して一部執行猶予がどうしても適用できない事案か、再犯ではない遵守事項違反の場合に限られることになる。今後、刑の一部執行猶予の運用や仮釈放制度の改正を見据えながら、制度の可能性を検討していくことが望まれる。

また、保護観察付全部執行猶予の遵守事項違反に対する不良措置の在り方についても見直す必要があるように思われる。現在、再犯のない純粹な遵守事項違反で全部執行猶予を取り消すのは極めて稀有な例である。形式的な違反だけを捉えて全部執行猶予を取り消すようなことがあつてはならないが、実際には極めて情状が重い遵守事項違反でなければ取消しは行われていない。現場でも全部執行猶予取消しの申出や請求において情状が重いことの疎明に苦勞することも多いと聞く。全部執行猶予の取消しによつて社会生活が断絶するマイナスの影響は考慮しなければならぬが、遵守事項違反の程度とその背景にある更生の状況を見極め、対象者の悪い生活状態や環境を一旦断ち切ることが必要なとき取消しに躊躇することがあつてはならないであろう。全部執行猶予一部取消制度の前提として、遵守事項違反に対する不良措置の在り方も併せて検討する必要があるように思われる。

- (1) 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』慶應義塾大学出版会(二〇一四)七―一〇頁。
- (2) 検察庁『二〇一五年検察統計』eStat 表六九、表七一。刑の一部執行猶予導入前の二〇一五年では、猶予期間中の再犯による全部執行猶予取消件数四、二五八件に対し、再度の執行猶予二二六件であるので、概数であるが、再犯の場合の全部執行猶予の取消率は九五%程度と見込まれる。
- (3) 二〇一六年六月の制度施行後から年末までの数値となるが、全部執行猶予中の再犯に対して刑の一部執行猶予を言い渡したのは二五六件であるから、禁錮以上の再犯による全部執行猶予の取消件数を考えると、一部に止まる。検察庁『二〇一六年検察統計』eStat 表六八、表七〇、表七三、表七五。



- (4) 執行猶予命令は拘禁刑の執行を猶予する裁判所の命令を指し、猶予刑は執行猶予命令が言い渡された刑（判決）を指す。Criminal Justice Act 2003, s. 189(7). 日本語の文章に合うよう、本稿では適宜使い分ける。
- (5) Criminal Justice Act 2003, s. 189.
- (6) operational periodとは、猶予刑を受ける受刑者がさらに罪を犯した場合に猶予刑を取り消しうる期間を言い、六月以上二年以内で裁判所が命令で定める。Criminal Justice Act 2003, ss. 189 (1)(a), (3) amended by Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, s. 68. 本稿では「猶予期間」の語を用いる。
- (7) supervision periodとは、猶予刑を受ける受刑者が遵守事項を遵守しなければならぬ期間を言い、六月以上二年以内で裁判所が命令で定める。Criminal Justice Act 2003, ss. 189 (1A), (3), (4) amended by Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, s. 68. 本稿では「監督期間」の語を当てる。監督期間は、猶予期間より長くはない。なごらなご。
- (8) Criminal Justice Act 2003, Sch.12, para.8(1), (2).
- (9) Criminal Justice Act 2003, Sch.12, para.8(3), (4).
- (10) これに対し、地域刑の場合、遵守事項に違反した場合、遵守事項の内容を変更し、罰金の支払いを命じ、又は元の犯罪に対して改めて刑を言い渡すことができる。Criminal Justice Act 2003, Sch. 8 189. 執行猶予命令と異なり、一部執行という概念がないのは、元の犯罪に対し刑が言い渡されていないからである。
- (11) Criminal Justice Act 2003, Sch.12, para.8(4).
- (12) Sentencing Guidelines Council, New Sentences: Criminal Justice Act 2003 Guideline (2004), 1100三年刑事司法法が導入した新たな刑罰のうち社会内で執行される刑罰の量刑基準について定める。
- (13) *Ibid.* Section 2, Part 2, C.
- (14) Sentencing Council, Breach Offences Guideline: Consultation (2016).
- (15) Criminal Justice Act 2003, Sch.12, para.8(3).
- (16) 1100での行為責任とは、再犯の場合は再犯の行為責任を示すが、遵守事項違反の場合は、違反に対する責任を意味する。

- (17) 但し、イギリスの有期の拘禁刑は二分の一で仮釈放となるため、社会内処遇の期間は確保することができる。  
Criminal Justice Act 2003, ss. 243A-244, Offender Rehabilitation Act 2014, s. 1.
- (18) Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46. これは刑事実体法（刑法）だけでなく、刑事手続法（刑事訴訟法）でもあ  
るため、*「」*では刑事法典と訳す。
- (19) Robin MacKay, *Conditional Sentences 1* (2005), 条件付刑の量刑に当たっては、量刑の基本的や原則と一致し  
ていることが求められている。カナダ刑事法典は、責任非難、一般予防、個別予防、社会からの隔離（必要な場合）、  
社会復帰の支援と並んで、被害者や社会に与えた害悪の認識とその損害回復が量刑の基本目的の一つであることを定  
める。Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 718.
- (20) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 731(1)(a).
- (21) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 731(1)(b). プロベーションを自由刑の実刑に付加する場合、プロベーション  
は自由刑の執行が終了し釈放された時点から開始され、仮釈放となった場合には、自由刑の執行が終了したときから  
開始する。Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 732(1)(b). 従って、自由刑プラス社会内処遇という一種の二分判決  
の様な効果を有する。また、カナダには週末拘禁等の断続刑 (intermittent sentence) もあり、これにプロベシ  
ョン命令を付加することもでき、この場合、刑期中の身柄拘束されていない間と執行が終わって釈放された後にプロ  
ベーションの遵守事項を遵守しなければならない。Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 732(1).
- (22) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 731(2), s. 730(1). 裁判所による公訴棄却には絶対的公訴棄却と条件付公訴棄  
却、即ちプロベーション命令付公訴棄却がある。
- (23) ややこしいことに、条件付刑にもプロベーションを付すことができる。この場合、条件付刑の執行終了後（期間  
満了後）にプロベーションが適用される。Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 732(1)(c). カナダ各州での調査によ  
れば、条件付刑にプロベーションが付されているケースが半数かそれ以上に上っているという。Correctional  
Services Program, *Highlights of the Conditional Sentencing Special Study*, BULLETIN CANADIAN CENTRE FOR JUSTICE  
STATISTICS, No. 85, at 7 (2002).
- (24) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 731(2)(b).

- (25) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 732(2)(5).
- (26) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 733(1)(1).
- (27) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 742.1.
- (28) R. v. Proulx, 2000 SCC 5, [2000] 1 R.C.S. 61.
- (29) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, s. 732(3)(a), ss. 732(3)(a)-(b).
- (30) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, ss. 742.3(1)(c)-(d).
- (31) このほかに、(1)プロベーション命令の特別遵守事項 (optional conditions) としての居住指定条項は犯罪者の社会再統合が目的であるのに対し、条件付刑の場合は社会復帰が主たる目的ではなく、自宅拘禁や夜間外出禁止のような刑罰的な条件として課される点、(2)遵守事項違反に対する不良措置が、プロベーション(命令付宣告猶予)の場合は遵守事項違反自体が犯罪を構成するのに対し、条件付刑の場合は拘禁刑の執行から不処分まで幾つかの選択肢がある点、(3)遵守事項違反の証明の程度が、プロベーションの場合、犯罪を構成するため、合理的な疑いを超える証明が必要な(3) (beyond the reasonable doubt) 条件付刑の場合、証拠の優劣(優越)でよい点 (balance of probabilities) 等々異なる。Robin Mackay, *supra* note 19 at 6-7.
- (32) 二〇一五年度における原処分は、プロベーションが二万二〇五七人、条件付刑が三、七二三人であり、開始人員(プロベーション中に他の刑罰を受けた場合等を全て人員に計上)は、六万五、七八二人と一万二、二〇五人である。Julie Reitano (Canadian Centre for Justice Statistics), *Adult Correctional Statistics in Canada*, 2015/2016, at 14-15 (2017).
- (33) suspended sentence と同じ suspend とする用語が用いられているが、この二つでは「停止」と訳す。
- (34) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, ss. 742.6(9).
- (35) Criminal Code, RSC., 1985, c. C-46, ss. 742.7(1). オンタリオ州では、期間中の再犯の場合、善行保持の遵守事項違反として扱われる。Canadian Centre for Justice Statistics, *Conditional Sentencing in Canada: A Statistical Profile* 1997-2001, at 87 (2003).
- (36) Sara Johnson, *Outcomes of Probation and Conditional Sentence Supervision: An Analysis of Newfoundland and*

*Labrador, Nova Scotia, New Brunswick, Saskatchewan and Alberta, 2003/2004 to 2004/2005, JURISTAT CANADIAN CENTRE FOR JUSTICE STATISTICS, Vol. 26, No.7, at 7(2006).*

(37) Canadian Centre for Justice Statistics, *supra* note 35, at 84, 94. マントバ州では一部拘禁二五% (残刑期拘禁五三%)、サスカチュワン州一部拘禁〇% (残刑期拘禁三八%)、プリンスエドワード島一部拘禁一〇% (但し、件数が極端に少ない) と、州間の差が激しい。この資料によれば、遵守事項違反率についても、オンタリオ州一%、マニトバ州三三%、サスカチュワン州五七%、プリンスエドワード島三%と州毎に相当の開きがある。

(38) Canadian Centre for Justice Statistics, *supra* note 35, at 30, 76.

(39) こうした問題意識は、法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会においても見られる。法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会第一四回議事録 (二〇〇八年四月二五日) 九一一頁。但し、ここでは全部執行猶予の一部取消しよりは、むしろ再犯に対する後刑に全部執行猶予の取消刑を含めて一部実刑、一部執行猶予とすることに心が傾いている。

(40) 実刑より刑期を長くする根拠として、全部執行猶予の取消しによって重い刑に服することになるといふ威嚇によって被告人に対する改善更生を促すという心理規制の効果を狙ったものであるといふのが一般的な見解であるが、全部実刑との境界を考えた場合、全部実刑より格段に軽い刑とならないようにするため、宣告刑の刑期を長めに設定することは(量) 刑の性質上、当然であるとする見解もある。植野聡「刑種の洗濯と執行猶予に関する諸問題」大版刑事実務研究会編著『量刑実務大系 4—刑の選択・量刑手続』判例タイムズ社 (二〇一一) 七七—七九頁。

(41) 全部執行猶予の取消しに制裁としての側面があることは完全に否定できないとしつつも、対象者の改善更生のため社会内処遇から矯正処遇への転換を図るといふ予防的な側面こそが中心たるべきとする見解が有力である。平野龍一「犯罪者処遇法の諸問題」増補版『有斐閣 (一九八二) 三七頁、吉田次郎「刑事政策としての更生保護」大永舎 (一九七二) 一六〇—一六九頁、山田憲児「保護観察付執行猶予の取消し等に関する研究」法務省 (一九八八) 六二頁、鈴木昭一郎「更生保護の実践的展開」日本更生保護協会 (一九九九) 二五七—二六八頁、大塚仁他編 (豊田健執筆部分) 『大コンメンタール刑法 〔第二版〕 第二卷』青林書院 (二〇〇四) 六〇六頁。保護観察の付かない単純全部執行猶予の取消しは、やや制裁と

しての側面が強いとも考えられるが、それでも改善更生と再犯防止のための矯正処遇への切り替えという予防的側面が重視されるべきである。本稿のように全部執行猶予の一部取消制度を認めるのであれば、尚更である。

(42) 法務総合研究所『平成二六年版更生保護』(二〇一四)二四八頁。

(43) 法務総合研究所・同上二四九頁。

(44) 我が国の場合、全部執行猶予に保護観察が付されるのは一〇%に止まる。検察庁『二〇一六年検察統計』eStat表六八、表七一。

(45) 猶予期間中の再犯や遵守事項違反ではなく、余罪による全部執行猶予取消の場合も同様である。

(46) 但し、早期の仮釈放を可能にするため、通常は後刑の実刑部分の途中(法定期間経過日以降)で刑の執行順序変更手続きを取り、前刑(取消刑)の執行をし、その後、後刑の執行に戻るというかたちが取られる。仮釈放は、前刑の法定期間経過後の適時に申出・審理が行われる。

(47) 太田達也・前掲注(1)三三頁。

(48) 法制審議会少年法・刑事法(少年年齢・犯罪者処遇関係)部会第一分科会第三回会議(二〇一六年一月一日)日)配布資料・統計資料5(保護観察付執行猶予者の刑の執行猶予の取消しに関するもの)によると、遵守事項違反による取消しのうち再犯がない場合は一桁しかない。

(49) 大阪高決昭和五六・七・一六刑月一三卷六・七合併号四五七頁。最高裁は、この昭和五六年の大阪高裁決定と、「善行保持義務に違反したとはいえ、その内容、程度、更には記録によって認められる被請求人の生活態度全般等からみて、右違反が被請求人の自力更生意欲の不足ないし欠如に起因し、保護観察による指導援助を継続しても自力更生を期し難い場合には当たらず、その情状が重いとまではいえない」とした平成四年の大阪高裁決定(大阪高決平成四・一二・一八判時一四四五号一七四頁)に相反しないとして、「保護観察による公的な指導、援護を受け、社会内での更生の機会が与えられてきたにもかかわらず、罪質が重く結果の重大な再犯に及んだという以上は、格別の事情が認められない限り、もはや刑の執行猶予の言渡しを取り消さざるを得ないものと介すべきである」とした原決定に対する特別抗告を棄却している。最小決平成一七・一〇・一八判タ一二〇七号一五三頁。

(50) 鈴木昭一郎・前掲注(41)二七五頁。

- (51) 第二六条三号と第二六条の二第三号については、余罪による刑の確定の発覚が要件とされているが、判例上、執行猶予判決の是正が検察官の上訴により不可能であったことが必要とされている。最小決昭和二七・二・七刑集六卷二号一九七頁。
- (52) アメリカの二分判決については、太田達也・前掲注(1) 一一五頁以下参照のこと。
- (53) 小池信太郎「刑の一部執行猶予と量刑判断に関する覚書―施行を一年後に控えて」慶應法学三三号(二〇一五)二七三―二七五頁、今福章二ほか「座談会―刑の一部執行猶予制度の施行とその課題」論究ジュリスト一七号(二〇一六)一九四頁以下の小池信太郎教授発言部分(一九七―一九八頁、二〇一頁)、川出敏裕教授発言部分(一九九頁)、園原敏彦氏発言部分(二〇二頁)、反論として山口貴亮(二〇二頁)、樋口亮介「刑の一部執行猶予の選択要件と宣告内容―制度理解を基礎にして」論究ジュリスト一七号(二〇一六)二二〇頁。
- (54) 「自由を大幅に制限し、奪っている環境で、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G・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。
- (55) 前刑の原因となった本件は、全部執行猶予となる位であるから、その相当性については問題がないため、再犯の犯情次第ということになる。
- (56) 情状が重いとときの判断基準について、山田憲児・前掲注(41) 八七頁以下。大塚仁他編(豊田健執筆部分)・前掲注(41) 六一―六一三頁は、『その情状が重いと』とは、『その情状により』と同趣旨であって、当該情状が重いと判断されるのであれば、特段の事情のない限り、執行猶予はとり消さざるを得ないものと思料する」とする。そうであるとすれば、情状が重い場合でも、なお「特段の事情」があれば、取り消さない可能性もあり得ることになり、論者の主旨とは相容れないような気もするが、結局、情状の程度も相対的な概念であることを意味する。
- (57) 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)。