講演録

前編 全2回

刑の一部執行猶予制度について

講演日：2016年5月12日（木）

水野 英樹（42期）
●Hideki Mizuno
当会会員

宮村 啓太（55期）
●Keita Miyamura
当会会員

CONTENTS

1 制度の概要
2 制度の趣旨
3 弁護人の検討手順
4 一部執行猶予の猶予期間
5 一部執行猶予と保護観察
6 一部執行猶予の要件
7 必要性・相当性要件の判断

〈次号掲載〉
8 その他の留意点
9 質疑応答
10 検討事例

1 制度の概要

まず制度の概要を簡単にご説明させていただきます。名称のとおりですが、宣告刑の一部だけの執行を猶予することを可能とする制度です。今までの、全部実刑か全部執行猶予かに加えて、一部だけを執行猶予にすることを可能にする制度になります。一部執行猶予制度が適用されると、主文はこのような形になります。

「被告人を懲役2年に処する。その刑の一部である懲役4月の執行を2年間猶予する」。

一部執行猶予が適用された主文が言い渡されたとき、どのような形で本人が受刑することになるかというと、まず猶予されなかった期間を実際に服役します。先ほどの主文の例で言いますと、猶予されなかった1年8か月の懲役刑の執行を実際に受けて服役することになります。その服役が終わった後に、猶予された4か月の執行猶予期間である2年間がスタートします。執行猶予が取り消されないでこの2年間の猶予期間が満了すれば、4か月分の執行はされないことになる。このような仕組みです。

なお、一部執行猶予制度を定めた改正法は2016年6月1日から施行されていますが、施行日前の行為にも適用があります。

2 制度の趣旨

この一部執行猶予制度の趣旨をどう理解するかが、要件解釈に影響します。立法段階で

も複雑な経過があったので、制度趣旨の理解には難しいところもありますが、一般的に言われているのは、中間刑ではないということです。国会の審議でも中間刑ではないということは盛んに強調されました。後にご紹介します参考文献でも、中間刑ではないということがまず確認されています。

中間刑ではないというのはどういう意味かといいますと、実刑か全部執行猶予かの中間的な選択肢ではないということです。つまり、裁判所が全部執行猶予か実刑か迷ったときに、迷ったから半分だけ執行猶予にするという制度ではありません。今までどおり、まず実刑か全部執行猶予かということを、きちんと判断するということを前提とした制度だと言われています。それではどういう事案に適用されるのかというと、今までの判断の枠組みで全部実刑が相当だとされてきた事案で、今後、新しく選択できるようになった制度だと一般的に説明されています。あくまでも実刑相当事案で選択できる新たな制度だということです。

では何のためにそのような選択肢をつくったのかというと、施設内処遇と社会内処遇との連携による、再犯防止と改善更生のためと言われています。一部執行猶予制度を適用することによって、実刑相当事案における被告人の再犯防止と改善更生を図るための新しい選択肢であるということです。

国会審議では次のような趣旨説明がなされています。「現行の刑法の下では、懲役刑又は禁錮刑に処する場合、刑期全部の実刑を科すか、刑期全部の執行を猶予するかの選択肢しかありません。しかし、まず刑のうち一定期間を執行して施設内処遇を行った上、残りの期間については執行を猶予し、相応の期間、執行猶予の取消しによる心理的強制の下で社会内において更生を促す社会内処遇を実施することが、その者の再犯防止、改善更生のためにより有用である場合があると考えられます。他方、施設内処遇と社会内処遇とを連携させる現行の制度としては、仮釈放の制度がありますが、その社会内処遇の期間は服役した残りの期間に限られ、全体の刑期が短い場合には保護観察に付することのできる期間が限定されることから、社会内処遇の実を十分に上げることができない場合があるのではないかという指摘がなされているところです。そこで、…判決において、その刑の一部の執行を猶予することができることとし、その猶予の期間中、必要に応じて保護観察に付することを可能とすることにより、その者の再犯防止及び改善更生を図ろうとするものです」（第179回国会参議院法務委員会会議録3号14～15頁）。

そして、先ほどの中間刑ではないという趣旨も繰り返し強調されていまして、趣旨説明でも、「この刑の一部執行猶予制度は、刑の言渡しについて新たな選択肢を設けるものであって、犯罪をした者の刑事責任に見合った量刑を行うことには変わりがなく、従来より刑を重くし、あるいは軽くするものではありません」（第179回国会参議院法務委員会会議録3号14～15頁）。「裁判所は、刑事責任の軽い重い等々から見て、一部でも実刑を言い渡すことが相当でない者については今までと同じように刑の全部の執行猶予の判決を言い渡すことになると、こういうことだろうと思います」（第183回国会参議院法務委員会会議録7号7頁）という説明がされていました。

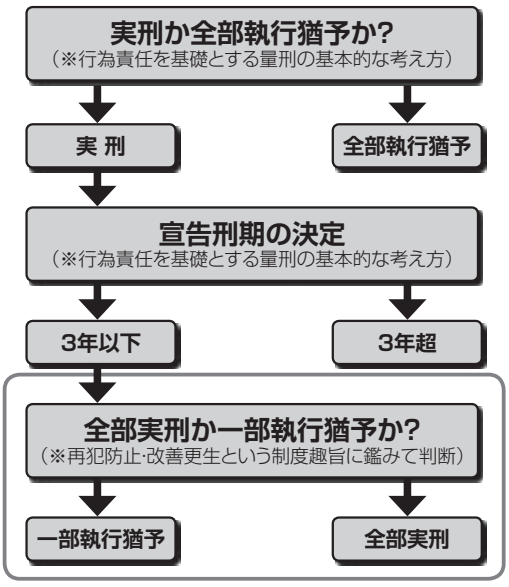
つまり、今までぎりぎり全部執行猶予だった人が、今後は一部執行猶予になっていくというようなことはないはずです。ここが一番、弁護人としては警戒しなければいけないところです。制度の理念としては今まで全部執行猶予相当だった人は引き続き全部執行猶予です。今まで全部実刑相当だった人の中で、一部執行猶予にした方が更生に資する人を一部執行猶予にするという趣旨だと説明されています。この点は国会審議でも注意されてきたところです。この制度が導入されることによって、従前、全部執行猶予となっていた人が、一部実刑、一部執行猶予となってしまうのは問題だという質問に対して、法務大臣は、「もともと全部執行猶予が適当であるというのであったならば、今度（ママ）も執行猶予でいく

ということになると思います」と答弁しています（第183回国会参議院法務委員会会議録17号10頁）。

まとめますと、制度の理念としては中間刑ではなく、実刑か全部執行猶予かを迷ったときの中間的な選択肢ではありません。あくまでも従来の枠組みで実刑相当だという評価を前提とした選択肢であるということです。そして、それは施設内処遇、つまり刑務所の中での処遇と、社会内での処遇を連携することによって、その人の再犯防止と改善更生を図ることが必要かつ相当な場合に選択されるということです。

これらの趣旨を前提とすると、想定される理屈上の判断の枠組みは、チャート（図表1）のとおりになるはずです。まず裁判所は実刑か全部執行猶予かを最初に判断します。そして、これは実刑相当事案だということになって、その上で宣告刑期を決定して、後ほどご説明しますようにここで3年を超える宣告刑期が妥当だということになると、一部執行猶予の要件からは外れます。実刑相当事案の中で3年以下の懲役または禁錮が妥当な事件だと裁判所が判断した事件について、全部実刑なのか一部執行猶予なのかを判断するという手順になります。

図表1　判断の枠組み



今の手順を順番に見ていきますと、図表1の下の囲んだ部分が新たに付け加わる判断手順で、それよりも上は従前と何ら変わりがありません。最近の量刑についての基本的な考え方としては、行為責任を重視して犯情を中心に検討して刑を判断するというのが、今の裁判所のすう勢と考えられますが、その判断手順自体は何ら変わらないということです。

3　弁護人の検討手順

弁護人の検討手順としては、まず、その事案が全部執行猶予を求めることができる事案かどうか、これを検討します。そして、従前ならば全部執行猶予を求めた事案は、今後も全部執行猶予を求めることになります。そうではなくて、全部執行猶予が法律上不可能である、あるいは法律上は可能だけれども困難だと考えられる場合に、次のステップとして一部執行猶予を求めるかどうかを検討するという手順になります。

一部執行猶予が適用されることが被告人にとって利益なのかどうかということは、よく検討しなければなりません。早く刑務所から出られることは被告人にとって利益になりますが、保護観察が付されて執行猶予期間中に保護観察を受け続けることを負担に感じる被告人もいるでしょう。保護観察についての見通しも含めて説明し、被告人の意思を確認して方針を立てる必要があります。

4　一部執行猶予の猶予期間

（1）猶予される刑期

一部執行猶予が適用されるとどれくらいの刑期の執行が猶予されるのか、例えば2年のうち1年8か月が猶予されて服役は4か月だけで済む、そんなことが想定されるのかどうかということを確認しておきたいと思います。法律上は、宣告刑のうち「一部」というのがどれぐらいなのかということについての定めは何

らありません。ですから、法律上は懲役2年のうち1年8か月を執行猶予にするということも可能です。ただ、最近出ている実務家や学者の論考を見ると、猶予することが妥当と考えられる割合は、おおむね2割程度と言われています。

その根拠としては、例えばこんなことが言われています。一部執行猶予というのは「特定刑期の全部実刑が責任相当であるとの先行評価が行われている」。先ほどのチャート（図表1）で言いますと、まず、この事件は実刑相当事案で懲役2年が妥当だという判断が行われている。そのような評価がされている以上、「実刑部分をあまり短くするのは、不当な寛刑化となりかねない」と（後掲小池284頁）。先ほども述べましたが、立法段階では、従来よりも刑を重く、あるいは軽くするものではないということが強調されています。ですから、そのこととの関係で実刑部分をあまり短くするのは不当な寛刑化になりかねないという議論が主流です。ここも1つの課題になると思いますので、後で検討したいと思います。

（2）猶予期間

それから一部執行猶予が適用されたときに、猶予された刑期の猶予期間がどれぐらいになるかということです。法律上の規定は1年以上5年以下となっています。この点について予想される運用としては、1年から3年程度ではないかと考えられています。一部執行猶予の場合、先ほどの話だと8割ぐらいの実刑部分については、もうすでに刑期に服しているので、その後、さらに5年間、国家の監視を受け続けるのは負担が重すぎるのではないか、そのような見地から、1年から3年程度ではないかと一般的に言われています。

5 一部執行猶予と保護観察

一部執行猶予が適用されたときに、その猶予期間について保護観察がどうなるかということも確認しておきます。保護観察は任意的で必ず付されるとは限らないというのが刑法上の原則です。ただ、後にご説明しますが、一部執行猶予では薬物使用罪などの累犯者については、要件の特則が定められており、覚せい剤の自己使用、単純所持などの事件については、その他の犯罪類型よりも一部執行猶予が適用されやすく、要件が緩められています。そして、薬物事犯に特則によって一部執行猶予が適用されるときには、保護観察は法律上必要的となっています。

実際の運用がどうなるのかは弁護人としては1つの課題ですけれども、予想される運用としては、特則が適用される以外の場合であっても、多くは、保護観察に付されることが予想されます。どうして法律上は保護観察が任意的なのに、一部執行猶予の場合には保護観察が原則的に、あるいは、多くの事件に付されるということになるのか。それは一部執行猶予があくまでも社会内で処遇を受ける制度であるから、完全に自由にするのではなく保護観察の下で処遇を受けてもらう必要がある、という説明が多く見られます。

例えば、後掲参考文献の『論究ジュリスト』に載っている座談会で、東京地裁の園原判事は以下のような発言をしておられます。条文上は保護観察に付するかどうかは任意的なので、「『原則』というよりも、付することが多いのではないかという感じです。ただ、自分の中では、保護観察を付さない単純一部執行猶予がどのような場合かというのが、現段階では具体的に想定できていないということも、併せて言っておきたいと思います」（座談会203頁）。つまり、保護観察に付されないで社会内で処遇を受けるということがどういうことなのか、うまくイメージできないと裁判所の中では議論されているようです。ですから、保護観察に付さない一部執行猶予を求める場合の課題についても、後に検討したいと思います。

6 一部執行猶予の要件

（1）刑法上の要件

それでは一部執行猶予の要件について、詳しく見ていきたいと思います。要件については、刑法27条の2に定められます。薬物使用罪等については特別法で特則が定められており、前科に関する要件が緩められています。この点はまた後ほど詳しくご説明します。

まず刑法上の原則的な要件です。大きく3つの類型の要件があります。1つ目は対象者の前科に関する要件です。2つ目は宣告刑期に関する要件です。そして3つ目が中心的な要件になりますが、必要性、相当性の要件と呼ばれているものです。

まず対象者の前科に関する要件です。次の①から③までの、いずれかに該当することが要件とされています。①前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者、②前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その刑の全部の執行を猶予された者、③前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その執行を終わった日または執行の免除を得た日から5年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者、このいずれかです。つまり、前に禁錮以上の刑に処せられて、執行が終わった日から5年がたっていない、いわゆる累犯者は、対象にならないということになります。

次に宣告刑期に関する要件です。3年以下の懲役または禁錮の言渡しを受ける場合に、一部執行猶予の適用があります。

そして最後に必要性、相当性の要件です。刑法27条の2は、このように定めています。「犯情の軽重及び犯人の境遇その他の情状を考慮して、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」。この要件が中心的なものになりますので、また後ほど詳しく検討したいと思います。

（2）薬物事犯に関する特則

特則の対象になるのは、先ほど申し上げたように覚せい剤などの規制薬物の単純所持と使用に関する罪です。特則の内容は、先ほど見た1つ目の要件、前科に関する要件の適用がないということです。したがって、薬物事犯に関しては、累犯者であっても一部執行猶予の適用が可能です。3年以下の懲役または禁錮である限り、ずっと一部執行猶予が適用され続けるということも法律上は可能ということになります。

どうして薬物事犯だけ要件が緩められたのかについて、国会では次のような説明がなされていました。「薬物使用等の罪を犯す者には、一般に薬物への親和性が高く、薬物事犯の常習性を有する者が多いと考えられるところ、これらの者の再犯を防ぐためには、刑事施設内において処遇を行うだけでなく、これに引き続き、薬物の誘惑のあり得る社会内においても十分な期間その処遇の効果を維持、強化する処遇を実施することがとりわけ有用であると考えられます。そこで、…薬物使用等の罪を犯した者については、刑法上の刑の一部執行猶予の要件である初入者にあたらない者であっても、刑の一部執行猶予を言い渡すことができることとするとともに、その猶予期間中必要的に保護観察に付することとし、施設内処遇と社会内処遇の連携によって、再犯防止及び改善更生を促そうとするものです」（第179回国会参議院法務委員会会議録3号14～15頁）。要するに、一部執行猶予制度がより有用な類型だからだという趣旨です。

7 必要性・相当性要件の判断

それでは、必要性と相当性の要件について詳しく見ていきたいと思います。条文上は「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」ことが一部執行猶予の要件とされています。この要件については、一般的に、次の3つのステップで判断すると言われています。

1つ目は、再犯のおそれがあること（必要性その1）。2つ目は、1年以上の社会内処遇期間を確保して行う有用な処遇方法が想定できるか（必要性その2）。そして3つ目は、その処遇

を実効的に実施できるか（相当性）。この3つのステップを経て、必要性、相当性を判断する、これが一般的なものとして理解されています。

（1）再犯のおそれがあるか

いろいろな論考を見ますと、この再犯のおそれは、おそらく多くの事案で問題なく認められるだろうということが書かれています。全部執行猶予ではなくて実刑相当と評価された事件が一部執行猶予の判断の俎上に載りますから、懲役3年以下という刑期の宣告刑期からすると、再犯のおそれが認められるような事件が多いのではないかということです。

ただ、そうは言えない事件もあると思われます。例えば介護疲れ殺人のような、くむべき事情が多々ある重大身体事犯では、情状酌量によって3年以下の宣告刑期となることがあり得ます。いわゆるホワイトカラー犯罪、経済事犯などでは、宣告刑期は3年以下で一発実刑ということがあります。それから過失事犯などもあります。交通事犯などで、初犯だけれども一発実刑ということもあると思います。こういう事件で、初犯で一発実刑だけれども、再犯のおそれはない事案というのはあり得ます。そういう場合はどうなるのかということです。答えは、一部執行猶予が適用されないということになります。

そのような被告人からは、再犯のおそれがある人は一部執行猶予で早く出られるのに、なぜ再犯のおそれがない自分は一部執行猶予で早く出ることができないのかと、そういう質問を、我々は受ける可能性があると思います。これについてはいろいろな説明が試みられていますが、説得的と言えるかどうか、疑問も残るところです。後ほど事例を見ながら検討してみたいと思います。

（2）1年以上の社会内処遇期間を確保して行う有用な処遇方法が想定できるか

施設内処遇と社会内処遇で連携するという制度ですから、社会内に戻ったときにどのような処遇を受けるのかが具体的に想定できるかどうかということです。

この判断のステップについては、犯罪類型を3つのグループに分けて考えられると思います。1つ目は薬物事犯です。これは、この2つ目のステップを多くの場合にクリアすると思われます。先ほど申し上げたように、法律の建て付け自体が、薬物事犯については類型的に社会内処遇と施設内処遇の連携が有用だということを認めているからです。

2つ目は、薬物事犯ではないけれども保護観察所が専門的処遇プログラムを行っているという犯罪類型です。性犯罪、暴力事犯、アルコール依存による飲酒運転事犯などがこの類型になります。これらも、保護観察所が主催する専門的処遇プログラムがあるということ自体、有用な処遇方法があるということを認めさせる方向で評価されると考えられます。

問題は3つ目であるその他の類型です。裁判所が保護観察のない社会内処遇ということをなかなかイメージできないと言っている中で、その他の犯罪類型でどのように有用な社会内処遇があるということを主張立証していくのか。ここは、この制度全般を通じて一番課題になる部分です。

特に考えられる課題の1つはクレプトマニアです。窃盗事犯で、クレプトマニアであるとして治療の必要性を主張立証するということは、全部執行猶予を求める場合にも話題になることがあります。裁判所は、本当に治療を必要とする事案なのかどうか疑問がある、という反応をすることがありますけれども、この窃盗事犯というのは1つの大きな課題として残る類型であると思われます。

ところで、今、犯罪類型のグループごとに考えられるのではないかと申し上げましたが、実際の事件に臨むにあたっては、ただグループ分けをしただけで議論するのは危険だと思います。例えば、性犯罪でもいろいろなバックグラウンドがあります。常習的にどうしても盗撮や痴漢をやめられないという方、そうではなくてある好意を抱いている面識のある女性を暴行してしまったという事案、これらは背景にある問題が全く違います。それから窃盗事案でも、ストレスを解消する目的で、経済的に何も困ってないのにどうしても物を

取ることをやめられない方もいれば、経済的に困窮してやむなく物を取ったという方もいます。このようにバックグラウンドが全く違うことによって、再犯防止のために何が必要かということも変わってきます。再犯防止のために何が必要かということが変わってくれば、その方の再犯防止のためにどういう処遇が有効かということも変わってきます。ですから、ただグループ分けをして、有用な社会内処遇方法があると主張立証するのではなく、具体的にその被告人の犯罪傾向、犯罪に至った原因、それらとの関係でどういう処遇がどう有効なのかということを掘り下げることが、この2つ目のステップでの弁護人の課題になると考えられます。

また、先ほど、保護観察所の専門的処遇プログラムがない場合は、なかなか難しいかもしれないということを申し上げました。ただ、先ほどもご紹介した座談会で園原判事は、次のように言われています。おそらく裁判所の中ではこういう議論がなされているのではと推測されます。「法律上処遇プログラムがある場合に限定しているわけではありませんので、そういうものがないことから直ちに一部執行猶予の適用はされないということにはならないだろうと思うのです」。しかし「もともと実刑相当の判断があって、この人は再犯のおそれがありますよといった前提の上で、実刑のうち一部分を社会内処遇に代替させるという制度なわけですね。そうすると、そこで求められている処遇は、ある程度具体的というか、積極的というか、そういうものが必要なのだろうと思います」（座談会202頁）。少し遠慮した言い方なのだろうと思いますが、抽象的に処遇方法があるというだけでは認められませんよと言っているようにも読めます。

（3）その処遇を実効的に実施できるか（相当性）

犯罪傾向との関係で有用な社会内処遇方法があったとしても、本当に実効性があるのかという判断のステップです。これはご本人の更生意欲や、処遇プログラムを受講する意欲の有無、程度、それから更生環境、家族の支援や、暴力団に所属していたようなことがあるならば、その組織との関係はどうなっているのかといったあたりが、吟味されることになります。これは一般的な情状立証での更生環境の主張立証と重なるところが大きいと思われます。

（4）犯情の軽重

ここでもう1つ検討すべき点があります。それがこの条文（刑法27条の2）の「犯情の軽重…を考慮して」という文言をどう理解するかということです。繰り返し申し上げてきたように、この一部執行猶予制度というのは、あくまでも被告人の再犯防止と改善更生のための制度だと説明されています。ですから、今までと同様に、犯情を中心に実刑相当か全部執行猶予相当かを判断した後に、再犯防止という見地から一部執行猶予制度を適用するかどうかを判断するということになるはずです。実際に3つのステップも、そのような判断の枠組みになっています。ところがこの要件の中に「犯情」という言葉が入っています。これがその判断の枠組みとの関係でどう位置付けられるかというのは、非常に難しい問題です。犯情を中心とする考え方で従前と同じように実刑相当か全部執行猶予相当かの判断がなされている以上、ここから後は特別予防の観点からの判断に純化すべきではないかというのが、制度趣旨からすれば一貫性があるように思われます。

この点については、法務大臣は国会で、「被告人に対しその刑事事件に見合った刑を科すという観点から、前科前歴を有しないものの、模倣性の高い詐欺行為を組織的に行った、例えば振り込め詐欺というようなものを集団的に行っているようなケースですけれども、そういう犯情の軽重に関する事情が考慮されて、刑の一部であっても執行猶予とする相当性がないとされるような例」があると説明しています（第179回国会参議院法務委員会会議録4号24頁）。そして先ほどから紹介している座談会で、最高検の検察官は、連続的な性犯罪で被害者の処罰感情が強い場合や、幼児に対する性的嗜好による悪質な性犯罪を例示して、このように言っています。「一部執行猶予

は、本来、実刑相当で刑務所に服役すべき者について、その改善更生・再犯防止の観点から特に必要かつ相当な場合に、その刑の一部を社会内処遇に移行させ、社会で受け入れる、言い換えれば社会に負担を掛けるという側面があるわけですから、国民社会の一般の理解が得られないこれらのものについては、相当性がないとして除かれるべきでありましょう」（座談会205頁）。犯情を評価して、国民の理解が得られないような犯情が悪質な事件については、一部執行猶予の相当性がないという主張を検察官がしてくるということがここから想定されます。

しかし裁判所の議論はどうなのかというと、なかなかはっきりしません。いろいろなものを見ても、この裁判所の中の議論での結論ははっきりしません。この座談会で園原判事は、「結論において、はじかれるものがないとは言えない」と言いつつ、この検察官が言うような「社会がどう見るかなどといったことが強調されると、特別予防というところがくっついた制度なので、そこは若干の違和感を持つところです」と発言しています（座談会205頁）。特別予防のための制度なのに、行為類型に応じてその相当性がないという否定をするのは、制度趣旨から少し外れるのではないかということです。ここはまだ裁判所の中の議論も揺れているところかもしれません。検察官は国会でこういう答弁がされているということを盾にして、犯情が悪い事件はどんなに再犯防止のために有用でも、一部執行猶予は認めるべきではないと主張してくることが予想されます。これに対して弁護人の対応はどうすべきか。条文、条項に書いてあるので、なかなか反論が難しいところではありますが、ただ、制度趣旨にさかのぼって考えれば、犯情の軽重というのは責任に応じた刑罰というところまでの考慮で尽きるべきといえます。一部執行猶予になるかどうかというところは、特別予防の観点から考慮すべきであって、特別予防の観点から被告人にとって必要かつ相当と認められるならば、一部執行猶予が認められるべきだと主張すべきだと考えられます。

（次号へつづく）

（参考文献）
1．小池信太郎「刑の一部執行猶予と量刑判断に関する覚書」（『慶應法学』33号265頁）
2．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』17号194頁）
3．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』17号217頁）
4．特集「一部執行猶予制度の要点と弁護実務」（『自由と正義』2016年4月号）