

刑の全部の執行猶予の「刑罰性」と改正刑法

高 橋 有 紀[※]

- I はじめに
- II 刑の全部の執行猶予の「刑罰性」
- III 改正刑法における刑の全部の執行猶予
- IV 刑の全部の執行猶予の「刑罰性」と刑法改正
- V 結びにかえて

I はじめに

2022年6月に成立した「刑法等の一部を改正する法律」（以下、改正刑法）は、約1世紀ぶりに刑罰制度に大きな変更を加えた。そして、この変更は刑の全部の執行猶予制度にも及んだ。改正刑法の下では、刑の全部の執行猶予の対象を広げる一方で、猶予期間中の再犯を理由に執行猶予を取消し、実刑を執行する対象を広げることも予定されている。刑の全部の執行猶予及び、執行猶予者への保護観察は、創設当時よりその特別予防ないし刑事政策的意義が強調されてきた。そして、現実これらの意義が存在することを真っ向から否定する者はおそらく皆無であろう。しかし、条文上も学説及び実務上も、刑の全部執行猶予やそこへの保護観察の付加は各人の犯罪の行為責任と無関係なものとは考えられておらず、実態としても、執行猶予取消の可能性に伴う心理的負担や、保護観察に伴う物理的制約を有する点で、犯罪への制裁としての性格（以下、本稿では「刑罰性」と表記）があることは否定できない。そうである以上、今般の改正刑法における刑の全部の執行猶予についても、その刑罰性に即して改正の意義や課題を検討する必

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第21巻第3号 2022年11月 ISSN 1347-0388

※ 福島大学行政政策学類准教授

要があろう。

本稿は、そうした問題意識の下に、まず2章にて、刑の全部の執行猶予に関する学説の動向を概観するとともに、(再度の) 刑の全部の執行猶予の可否が争われた裁判例を通して、刑の全部の執行猶予の法的性質と今日の全部執行猶予判断の課題を考察する。その後3章にて、改正刑法における刑の全部の執行猶予に関する変更点と、それに対する研究者サイドの評価を概観する。それらを踏まえ4章にて、改正刑法における刑の全部の執行猶予の運用のあるべき方向性について述べることとする。

Ⅱ 刑の全部の執行猶予の「刑罰性」

1 学説の動向

一般に、刑の全部の執行猶予は「軽い刑」として理解されている。刑の一部の執行猶予制度の導入に際して、当初、同制度は「実刑では重すぎるが、全部執行猶予では軽すぎる中間的刑責」¹⁾に対応するものであるとの議論が存在したことはこれを象徴している。もっとも現在では、刑の一部の執行猶予はいったん刑務所に服役させる以上「実刑の亜種」である²⁾との評価が一般的であるが、その下でも刑務所収容を伴わない刑の全部の執行猶予も「軽い刑」であるとの理解が消滅したわけではない。たとえば、小池は、実刑と全部執行猶予には拘禁を伴う服役か「取消しの威嚇」の下での社会内での自省かという「非難方法の質的相違がある」としたうえで、「執行猶予の構造的特徴は、同一の行為責任に対し、①『本来数年もの服役がふさわしい』という非難をしながら、②実際には格段に軽い処分で済ませる点にある。刑事責任からして②が許容される限りで適用できるが、それにしても残る①とのギャップは、②に猶予期間の無事経過という条件が付くことにより架橋される」³⁾と説明する。また、金澤は、「刑罰を科すべき犯罪

1) 今井猛嘉「刑の一部の執行猶予と社会貢献活動——その意義と展望」罪と罰 51 巻 2 号 (2014 年) 18-19 頁。

2) 小池信太郎「刑の一部の執行猶予と量刑判断に関する覚書」慶応法学 33 号 (2015 年) 268 頁。樋口亮介「刑の一部執行猶予の選択要件と宣告内容」論究ジュリスト 17 号 (2016 年) 219 頁。など。

の実体があり、行為当時、行為者の責任を問える状態」であれば一般的には同人を処罰するものの、「刑の言渡しの時点において、既に刑罰による改善の目的が達せられた状態にある者には、即時の処罰を要しない。むしろ執行猶予の取り消しにより実刑を受けるという威嚇が働き、刑罰目的の達成を確実にする」ものとして刑の全部の執行猶予を説明する⁴⁾。これらの説明からは、刑の全部の執行猶予とは、（3年以内の）実刑相当の行為責任を前提に、それに対する非難方法ないし刑罰目的の達成過程における一形態であるとの理解が見て取れる。いみじくも金澤が「刑罰を科すべき犯罪の実体」と表現するように、被害が非常に軽微な行為や、被害がある程度軽微で被害者が宥恕している行為などであれば、現在の刑事司法では広く微罪処分ないし起訴猶予処分、あるいは罪名によっては罰金の対象とされ、実刑か全部執行猶予かの議論の俎上にすら載らないであろう。また、たとえば13歳の中学生による窃盗など行為者が責任無能力であることが確実である場合も同様である。このことにかんがみると、刑の全部の執行猶予はあくまで実刑相当の行為責任の存在を前提に、それに対する処分として刑事施設で服役させることなく、「取消しによる実刑の執行の威嚇力」の下での社会生活を求める処分であると理解できる。

また、このように理解することは、保護観察付の刑の全部の執行猶予を、保護観察を伴わない単純執行猶予より重い処分と見なす今日の一般的な認識とも整合的である。保護観察自体に（たとえば保護司や保護観察官との定期的な面接など）社会生活上の一定の負担の要素があることに加え、保護観察に付されることで、「情状の重い」遵守事項違反（26条の2第2項）によっても執行猶予が取り消される可能性がある以上、単純執行猶予に比べ、より強い「取消しの威嚇力」の下で社会生活を送ることが要請されるからである。それゆえ、今日では一般的に、「単純執行猶予＜保護観察付執行猶予＜実刑」の順に重い処分であると理解される。一方で、正木は、保護観察付の刑の全部の執行猶予において遵守事項違反による取消しが裁量的であることを、刑法が「社会復帰過程における試行錯誤」を容認するものと解釈する⁵⁾。そのうえで、保護観察付の刑の全部の執行猶

3) 小池信太郎「刑の執行猶予の判断」法律時報87巻7号（2015年）38頁。

4) 金澤真理「執行猶予」法学教室454号（2018年）116頁。

予では、「施設内処遇を経ないままに社会内処遇を受けていることから、試行錯誤の過程の振りがより大きい場合もある」ことへの考慮が、遵守事項違反の「情状の重い」場合に限って裁量的に執行猶予を取り消すとする仕組みを根拠づけるとする⁶⁾。それらに基づけば、刑の全部の執行猶予における保護観察も「ソーシャルワークの方法論を用いた『ケースワーク』」⁷⁾ということになる。正木はそうした理解の下に、「執行猶予の如何や付保護観察の如何」の判断において、「当該行為の刑事違法・責任の量定とその刑罰への換算」という作業を行うことへの「素朴な疑問」を呈し、むしろそれらの判断を「量刑・刑の軽重から解放する」ことを提案する⁸⁾。この見解は、刑の全部の執行猶予やそこでの保護観察の持つ刑罰性よりも特別予防ないし刑事政策的意義を重視するものと言える。

2 裁判実務の動向

(1) 東京高判平成28年9月13日からうかがえる判断手法

では、裁判実務では刑の全部の執行猶予の判断にあたってどのような点が考慮されているのであろうか。

この点につき、『研修』第824号で、「一般情状に属する〔略〕各事情の一つ一つについて、そもそも考慮すべきか、また、どの程度考慮すべきかを事案に即して丁寧に検討し、その評価の根拠を具体的に示している点で〔略〕実務上の参考になる」⁹⁾と評された東京高判平成28年9月13日（高刑速（平28）号143頁）では、以下の順序での検討を経て、原判決の保護観察付執行猶予の量刑は軽すぎて不当であるとして実刑を言い渡した。まず、コンビニで栄養ドリンク2本（約2000円）を万引きした窃盗事件である本件について、裁判所は、原審が、被告

5) 正木祐史「刑罰制度の変容——執行猶予と保護観察」季刊刑事弁護102号（2020年）119頁。

6) 同上。

7) 正木・前掲注5）120頁。

8) 正木・前掲注5）122-123頁。

9) 宮田誠司「窃盗罪等の前科6犯を有する被告人が万引きを行った窃盗事件について、保護観察付執行猶予とした原判決の一般情状に関する評価は全体として不適當であり、その量刑は軽すぎて不当であるとして、これを破棄して実刑を言い渡した事例」研修824号（2017年）90頁。

人が同種の前科6犯を有し、本件の動機や態様にも酌むべき点はなく、その刑責が重いとして「特段の事情がない限り、実刑相当の事案」と判断した点は是認した。そのうえで、原審が「一般情状を考慮し、被告人を保護観察付き執行猶予」としたことに對して、原審の指摘した、①被告人の反省、②示談成立、③前刑から5年の経過、④内妻による監督、⑤保護観察の有効性の各点について検討した。それによれば、①ないし④はいずれも原審の言うほどに、被告人に有利な事情として評価できないとされた。また、⑤については、被告人が前々刑の窃盗罪の執行猶予期間中に再度の窃盗により執行猶予を取り消された経験を有することや、万引きに特化した保護観察の「特別プログラム」が存在しないことを以て、「被告人を保護観察付き執行猶予に付しても、どの程度の処遇効果が上がるかは慎重な考慮が必要である」とした。以上のとおり、裁判所は原審の5点の「一般情状」についてつぶさに反駁したうえで、本件では「被告人の犯情は重く、一般情状が相当に良い場合であっても執行猶予を付すことが難しいところ、一般情状がきわめて良好とも言えない」として実刑が相当であると判断した。

この裁判例では、まず被告人の行為責任に関する原審の判断の可否を検討したうえで、実刑相当の行為責任の認められる本件における保護観察付執行猶予の可否を検討している。最初に実刑相当の行為責任の有無を検討する点は、刑の全部の執行猶予があくまで実刑相当の行為責任を前提に、それに対する処分の方法として全部執行猶予の選択肢が生じるという小池や金澤の見解と一致する。また、5点の「一般情状」に関する検討では、手続的な事情に属する③を除いては、窃盗を繰り返す理由に踏み込んだ分析・内省までは見られない（①関連）、示談は窃盗に対する規範意識の鈍麻を緩和する事情ではない（②関連）、内妻の監督の実効性への疑義（④関連）、保護観察の処遇効果への疑問（⑤関連）など、特別予防（再犯予防）の観点から当該「一般情状」のインパクトを否定する表現が見られる。これらは、本件被告人には、一定期間、保護観察を受けながら執行猶予の取消しによる威嚇力の下で社会生活を営ませる処分の感銘力が期待できないことを論証するものとも言える。その意味で、本件では、刑の全部の執行猶予の判断にあたって、実刑相当の行為責任を有する者について、刑務所での服役に替えて、一定期間を社会内で「取消しの威嚇力」の下で過ごさせることの可否を検討

していると見る事ができよう。

(2) 他の裁判例の傾向——検討の対象

ここまで見てきた判断手法は裁判所に共通のものと言えるのだろうか。この点につき、以下では、前記(1)の事案同様、執行猶予中の窃盗罪の再犯において再度の全部執行猶予の可否が争われた裁判例を中心に検討する。むろん、刑の全部の執行猶予が争われるのは、刑法25条2項の定める再度の全部執行猶予が問題になる事案だけではないし、窃盗以外の罪名の事案もある。そうであるにもかかわらず、猶予期間中の窃盗罪の再犯における再度の全部執行猶予にかかわる裁判例を中心に上げる理由は3つある。第1に、それらにおいては、刑の全部執行猶予を基礎づける行為責任の軽重や特別予防上の要素について事案に即して裁判所が詳細に判断している例が多い。さらに、同じ罪名でありながら(再度の)全部執行猶予を認める事案と認めない事案が存在するため、どのような場合に裁判所が刑の全部の執行猶予を適当と判断するのか一定の傾向を見出せる可能性が高い。第2に、後述する改正刑法における刑の全部の執行猶予制度においては、再度の全部執行猶予を認める対象を広げる一方で、猶予期間中の再犯を理由に、一度猶予された実刑を執行する対象も拡大した。それゆえ、猶予期間中の窃盗罪の再犯における再度の全部執行猶予にかかわる裁判例を検討することは、3章以降の考察においても有意義である。第3に、窃盗罪の再犯率の高さは頻繁に指摘されるところであり、窃盗症や認知症等の疾患によるものにしろ、生活苦やストレスを理由にするものにしろ、比較的短期間に再犯に及ぶ例が多い。そのことが、同種前科を有する被告人への(再度の)全部執行猶予の可否が争われる裁判例が複数存在する所以でもあり、改正刑法の下でも、こうした事案において刑の全部の執行猶予の何に注目し、どう判断すべきかが問題になる場面が想定される。

(3) 他の裁判例の傾向——特徴と考察

結論を先取りすれば、少なくとも猶予期間中の窃盗の再犯について再度の全部執行猶予の可否を判断した裁判例では、必ずしもすべてにおいて前記(1)の裁判例と同様に、まず実刑相当の行為責任の存在を認定したうえで一般情状を検討する

という手順を踏むわけではない。また、「まず実刑相当の行為責任を判断する」裁判例においても、「実刑相当の行為責任」の意味するところはケースバイケースと言わざるを得ない。すなわち、裁判例①東京地判平成 27 年 5 月 12 日（判タ 1430 号 247 頁）では、単純執行猶予中の万引き（被害額は前記(1)の事案の 10 倍程度）について「被告人の刑事責任を軽視することは許されず、検察官が被告人の実刑を求めるのも当然といえる。」と評価した一方、裁判例②東京高判平成 28 年 5 月 31 日（判例集未搭載、D1Law.com 掲載）では、保護観察付執行猶予中の万引き（被害額は前記(1)の事案の 2 倍程度）について、「絶対に懲役刑の実刑しがありえない事案とまではいえず、他の一般情状を考慮して最終的な処分を決めることも許される事案」と評価している。また、裁判例①では、刑事責任の観点で検察官が実刑を求めることに理解を示しつつも、被告人の知的障害や摂食障害が「責任非難を低減させる事情であり、犯情面において考慮するのが相当といえる。」と指摘する。なお、これら 2 つの裁判例はいずれも、一般情状を踏まえて最終的には実刑の選択を否定した。とりわけ、裁判例②は、保護観察付執行猶予中の再犯であり、現行法上、禁錮以上の刑の全部執行猶予が不可能な状況下で罰金が言い渡された興味深い事案である。林は、裁判例②や他の万引き事案における再度の執行猶予判決の根底には、「思考停止された形式的な行為責任の考え方ではなく、被告人をどのように処遇すれば再犯を防止できるかという未来志向の考え方」があるとする¹⁰⁾。「未来志向」の判決への評価如何はともかく、「実刑相当の行為責任」の量定において、被害額や被告人の前科、執行猶予中であるかどうかといった狭義の犯情に即した「形式的な考え方」が取られない事案があることは、裁判例①、②と前記(1)の事案を見比べると首肯できる。

一方で、裁判例には、「実刑相当の行為責任」の有無に直接言及することなく、抽象的に「刑事責任（ないし犯情）の軽重」を論じたうえで一般情状を踏まえて、執行猶予の可否を判断するものも見られる。たとえば、裁判例③札幌簡裁判決平成 30 年 2 月 16 日（判例集未搭載、D1Law.com 掲載）は、単純執行猶予中の被告人による万引き（被害額は前記(1)の事案の 2 分の 1 程度）について、動機や同

10) 林大悟「罰金刑にするために必要なこと」季刊刑事弁護 97 号（2019 年）153 頁。

種前科・前歴を基に「被告人の刑事責任は軽くはない」としたうえで一般情状（高齢、窃盗症治療意思など）を検討し、「本件が再度その刑の執行を猶予すべきほど特に酌量すべき情状のある事案とはいえない」として、実刑を言い渡した。また、裁判例④宇都宮地裁足利支部判決平成29年11月8日（判例集未搭載、D1Law.com掲載）では、万引きによる2度の罰金刑の前科を有する被告人による万引き（被害額は前記①の事案とほぼ同じ）について、「もはや罰金刑では被告人に感銘力を与えることができないといわざるを得ない」ことや犯行態様、摂食障害の影響などを指摘し、「本件は同種事案と比較してさほど悪質な事案ではないが、被告人の刑事責任を軽視することはできない。」としたうえで一般情状を検討し、「主文のとおりを科して被告人の刑事責任を明らかにした上で、今回に限り、刑の執行を猶予して、社会内で更生する機会を与えるのが相当である。」とした。さらに、裁判例⑤大阪高判平成26年10月21日（裁判所ウェブサイト掲載判例）は、被害額の大きさ（前記①の事案の約5倍）や被告人の同種前科、執行猶予中の再犯であることなどから、「被告人の刑責を軽視することはできない」としたうえで、犯行当時に被告人の抱えていたストレスやその経緯、持病などの「被告人のために酌むことのできる事情を十分考慮しても、本件が再度の刑執行猶予を許すべき事案とはいえない」と判断した。くわえて、裁判例⑤では、被告人には刑罰よりも本件犯行の背景にある精神疾患の治療を優先すべきであるとの弁護側の主張に対して、「現在の治療が被告人にとって必要かつ有効であるとしても、そのような一般情状が本件の犯情ないし被告人の刑事責任を大きく減殺するものとはいえないのであって、治療の必要性が行為責任（ないし応報）を基本とする刑罰の必要性に優先するというような考えは採り得ない」と反駁している。このように裁判例③、④、⑤では、いずれも「軽くはない刑事責任」に対して一般情状を踏まえて執行猶予の可否を判断しているが、一般情状に対する評価は裁判所によって異なっている。

3 小括

ここまで見てきたように、今日の裁判実務では、刑の全部の執行猶予の判断において必ずしも定式化された手順が踏まれているとは言えず、また、狭義の犯情

に即した実刑相当の行為責任にしる、一般情状にしる、事案や裁判所の差異をまたぐ共通の指標はないように見える。そして、これは刑の全部の執行猶予に特別予防ないし刑事政策的意義がある以上、一定程度は当然のことと言える。刑の全部の執行猶予の判断における一般情状の位置づけについて、小池は、「執行猶予の刑事政策的意義」の存在を指摘したうえで、「その趣旨にふさわしい被告人かは再犯の恐れや更生の見込みに関する一般情状から判断される」と説明する¹¹⁾。金澤も、「実務においても、執行猶予の可否は、量刑の際に一般的に考慮される基準、すなわち行為責任及び予防の必要性の観点から決せられるとされているが、必ずしもそれだけにとどまらない」のであって、「行為責任、予防判断とは直接関わない事情（中略）が考慮されている。」とする¹²⁾。そして、「それは、これらの事情が犯行そのものにかかわる刑事責任とは異なるものの、処罰の必要性の有無や再犯のおそれの有無に関わると解されるからである。」と説明している¹³⁾。これらからは、刑の全部の執行猶予の「軽い刑」としての実質に着目する立場においても、行為責任の軽重のみに即した類型的な執行猶予判断を期待しているわけではないことが見て取れる。また、こうした実務の状況は、「執行猶予の如何や付保護観察の如何」の判断を「量刑・刑の軽重から解放する」という正木の提案をある程度具現化したものとも言える。

しかし、刑の全部の執行猶予にも一定の刑罰性があること、一方で、全部実刑と全部執行猶予の間にはその負担の大きさに重大な差異があることにかんがみると、実刑相当の行為責任の量定自体が客観的かつ定型的な判断に依らないこと、さらに同種の一般情状の評価も事案によって異なることには問題があるのではないか。とりわけ、裁判例⑤のように、「治療の必要性が行為責任（ないし応報）を基本とする刑罰の必要性に優先するというような考えは採り得」ないとする裁判所¹⁴⁾と、林の言う「被告人をどのように処遇すれば再犯を防止できるかという未来志向の考え方」の裁判所が同一の法体系の下に併存していることには違和

11) 小池・前掲注3) 39頁。

12) 金澤真理「刑の執行猶予の実体法的考察」刑事立法研究会編『非拘禁的措置と社会内処遇の展望と課題』（現代人文社、2012年）146-147頁。

13) 金澤・前掲注12) 147頁。

感を禁じ得ない。このように刑の全部執行猶予を相当とする行為責任や一般情状の評価が「裁判所（及び検察官、弁護人の立証）次第」とも言える現状があることを踏まえ、以下では、改正刑法における刑の全部の執行猶予について検討する。

Ⅲ 改正刑法における刑の全部の執行猶予

1 改正の概要

(1) 改正の経緯

今般の刑法改正は、「刑事施設における受刑者の処遇及び執行猶予制度等のより一層の充実を図るため、懲役及び禁錮を廃止して拘禁刑を創設し、その処遇内容等を定めるとともに、執行猶予の言渡しをすることができる対象者の拡大等の措置を講じ、並びに罪を犯した者に対する刑事施設その他の施設内及び社会内における処遇の充実を図るための規定の整備」等を理由に行われた。

もっとも、すでによく知られているように、この改正の発端は、民法上の成年年齢が18歳となることに伴う少年法の改正に合わせて、刑罰制度や犯罪者処遇の充実が図られるべきとされたことにある。2017年3月に第1回会議が開かれた法制審議会少年法・刑事法部会に対する諮問103号では「時の犯罪情勢、再犯の防止の重要性等に鑑み、少年法における「少年」の年齢を18歳未満とすること並びに非行少年を含む犯罪者に対する処遇を一層充実させるための刑事の実体法及び手続法の整備の在り方並びに関連事項」の検討を求めることとされた。その後、同年7月の第5回会議では、諮問事項のうち「非行少年を含む犯罪者に対する処遇を一層充実させるための刑事の実体法及び手続法の整備の在り方」については、部会の下に3つの分科会を置き、それぞれが担当の事項について検討し取りまとめたうえで、それについて部会全体で議論することになった。ここで、「刑の全部執行猶予の在り方」は、「自由刑の在り方」や「若年受刑者に対する処

14) 木村昇一「窃盗事件（万引き）につき執行猶予期間中に同種再犯を犯した被告人のクレプトマニア主張についての考察」警察公論76巻4号（2021年）27-28頁は、裁判例⑤を「十分に得心できる説示」と評し、検察官がそれに依拠した主張をする可能性を踏まえた警察官の捜査が肝要であると述べる。

遇原則の明確化」とともに第1分科会の担当とされた。一方で、刑の全部の執行猶予に付されることもある保護観察は、「保護観察・社会復帰支援施策の充実」として第3分科会の担当とされた。これは、「刑の全部の執行猶予の在り方」は自由刑の在り方などと同様、「刑法総則の改正が問題となり得る論点である」のに対して、保護観察は「社会内における改善更生・再犯防止に向けた働きかけの在り方について検討することとなる論点」とされたことによる¹⁵⁾。確かに、刑の全部の執行猶予の在り方を見直すうえでは、刑法25条以下の総則部分の検討・改正が不可避であり、「刑法総則の改正の必要性」で切り出された論点を扱うのが第1分科会であった以上、刑の全部の執行猶予がそこに配置されたことは自然ではある。一方で、刑の全部の執行猶予の対象やその取消しの要件に関する議論と、全部執行猶予の対象となった者への社会内での保護観察やその他の社会復帰支援をめぐる議論が別の分科会で行われたことは、正木が刑の全部の執行猶予中の保護観察にも期待した「ソーシャルワークの方法論を用いた『ケースワーク』」という観点からの検討を後景化させた可能性もあろう。

実際、第1分科会が9回の会議を経て、部会の第8回会議に提出した刑の全部の執行猶予制度の概要においては、「保護観察付き執行猶予中の再犯」に対する再度の全部執行猶予や「再度の執行猶予を言い渡すことができる刑期」について、従来よりも対象を広げる提案をする一方で、「執行猶予を取り消すための要件の緩和」と「猶予期間経過後の執行猶予の取消し」も提案された¹⁶⁾。後2者はいずれも現行法よりも全部執行猶予の取消し対象を広げるものであり、「執行猶予を取り消すための要件の緩和」は、「保護観察の遵守事項の遵守を促し、その実効性を確保するため、遵守事項違反があった場合には、その情状が軽いときを除き、執行猶予を取り消すことができるとするもの」¹⁷⁾であった。これに対しては、部会の第10回会議において、遵守事項違反の「情状が重いとき」という現行法と、分科会の提案する「情状が軽いときを除いて」の差異が不明確であるとの指

15) 法制審部会第5回会議（平成29年7月27日）議事録 https://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00109.html（最終閲覧日：2022年8月16日）18-19頁。羽柴幹事説明部分。

16) 法制審部会「分科会における検討結果（考えられる制度・施策の概要案）」 <https://www.moj.go.jp/content/001264708.pdf>（最終閲覧日：2022年8月16日）1-5頁。

17) 同上。

摘¹⁸⁾や、第1分科会自身が全部執行猶予の対象を現行法より広げることを提案し、第3分科会でも「対象者について、かなり問題性が多くて指導によって改善できないというような場合に、その処遇方法の見直しをして、それで社会内処遇が継続できる場合には継続していこうという方向の議論もなされている」中で、「執行猶予の取消しについて、言わば原則と例外を逆転させて、原則として取消しというような書きぶりにするのは、社会内処遇を活用するという方向に逆行する」¹⁹⁾といった批判が上がった。これらもあって、最終的に「執行猶予を取り消すための要件の緩和」は部会の答申から除かれている。当初の第1分科会の提案どおり、刑の全部の執行猶予、とりわけ保護観察付の全部執行猶予を言い渡しやすくするが、取り消しやすくもすることは、ともすれば全部執行猶予の取消しによる拘禁刑の執行を増やしかねない。そして、その結果、短期自由刑の弊害除去や刑務所の過剰収容の抑制といった刑の全部の執行猶予の特別予防ないし刑事政策的意義も損なわれかねない。これは、部会への諮問とも矛盾し得る以上、執行猶予取消しの要件の緩和が答申から除かれたことは肯定的に評価すべきであろう。

(2) 刑の全部の執行猶予に関する改正点

このような議論を経て、改正刑法では部会の答申を踏まえて、刑の全部の執行猶予について以下のように定めた。

まず、現行法で全部執行猶予の対象とされている罪を示す文言のうち「禁錮」「懲役」の語が「拘禁刑」に改められた。なお、これは一部執行猶予についても同様である。

また、答申の「5 刑の全部の執行猶予制度の拡充」の「一 保護観察付執行猶予中の再犯についての執行猶予」及び「二 再度の執行猶予を言い渡すことができる刑期」を踏まえて、刑法25条2項が「前に拘禁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が^①2年以下の拘禁刑の言渡しを受け、情状に特に酌量すべきものがあるときも、前項と同様とする。ただし、^②この項

18) 法制審部会第10回会議(平成30年10月11日) <https://www.moj.go.jp/content/001274909.pdf> (最終閲覧日: 2022年8月16日) 2頁。川原委員発言部分。

19) 法制審部会第10回会議・前掲注18) 4頁。青木委員発言部分。

本文の規定により刑の全部の執行を猶予されて、次条第一項の規定により保護観察に付せられ、その期間内に更に罪を犯した者については、この限りでない。」（下線部及び下線横の数字は筆者が付した。）とされた。下線部①は、答申の「二 再度の執行猶予を言い渡すことができる刑期」を踏まえて、現行法では、執行猶予期間中の再犯に対する刑が1年以下の自由刑でなければ再度の執行猶予の対象とならないところを2年以下の拘禁刑についても再度の執行猶予の対象にしたものである。下線部②は、答申の「一 保護観察付執行猶予中の再犯についての執行猶予」を踏まえて、再犯による再度の執行猶予により保護観察を受けている者の再犯に限って、再度の執行猶予を認めない趣旨を明確にしたものであり、初度目の執行猶予に保護観察を付された者がその期間中に再犯をした場合には、再度の執行猶予の可能性を残すものである。現行法の下では、25条の2に基づく保護観察付執行猶予中の再犯に対して再度の執行猶予を付することができないことにより、裁判所が初度目の執行猶予に保護観察を付すことを躊躇しがちであるとされる。一方で、刑の一部の執行猶予をめぐる議論でも指摘されたように、「取消しの威嚇力」だけを頼りに社会生活を営ませることは対象者の生活再建や社会復帰に必ずしも良い影響を与えない場合も想定され²⁰⁾、「後がない」ことを理由に保護観察付執行猶予の選択が消極的である現状に問題があることは否定できない。答申は、それを踏まえて、初度目の保護観察付執行猶予中の再犯に対しても再度の執行猶予を付す余地を認めたのである。

さらに、答申の「5 刑の全部の執行猶予制度の拡充」の「三 猶予期間経過後の刑の執行」を踏まえて、27条に2～6項が新設された。同条2項は、執行猶予期間中の再犯について公訴提起がなされた際には、当該執行猶予期間が満了した後も、当該再犯について拘禁刑の実刑（4項）または罰金刑（5項）に処せられたことによる当該執行猶予の取消しがなくなるまでの間（「効力継続期間」）は、当初、執行猶予の対象となった刑の言い渡し効力を持つものとし、「効力継続期間」中はその執行の猶予が言い渡されていると見なすとするものである。その

20) 高橋有紀「刑の一部の執行猶予判断における刑事責任の位置づけに関する考察」一橋法学14巻1号（2015年）231頁。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』（慶応義塾大学出版会、2014年）42頁。など。

うえで、当該再犯が拘禁刑の実刑に処された際には必要的に（4項）、罰金に処された際には裁量的に（5項）、2項に基づく刑の全部の執行猶予は取り消されるとされた。現行法の下では、執行猶予期間中の再犯について、猶予期間中に自由刑の実刑に処せられた際には必要的に（26条1項）、罰金に処せられた際には裁量的に（26条の2第1項）、当該執行猶予が取り消される一方、それらの刑に処せられる以前に猶予期間が満了した場合には取り消すことができなかった。もっとも、このことによる不都合の有無については、部会でも議論が分かれるところではあった。しかし、改正刑法では、執行猶予期間中の再犯に対して当該期間中に公訴提起がされた際には、猶予期間満了後に刑に処せられた場合であっても、執行猶予を取消し、執行が全部猶予された刑を執行できることとした。

2 改正に対する評価

このような改正刑法における刑の全部の執行猶予制度のうち、答申の「一 保護観察付執行猶予中の再犯についての執行猶予」及び「二 再度の執行猶予を言い渡すことができる刑期」にかかる部分に対しては研究者サイドからも肯定的な評価が一般的である。すなわち、金は、保護観察付執行猶予中の再犯に対する再度の全部執行猶予について「量刑の選択肢を広げ、より適切な処遇を可能にするという意味において、十分な合理性がある」²¹⁾と評するとともに、再度の全部執行猶予を言い渡すことのできる刑期を2年に引き上げること、執行猶予となる事案において宣告刑が1年以下のものの割合が大きく減っている現状にかんがみ、「量刑事情の変化を反映したものであり、妥当である」²²⁾とする。また、法制審部会の第12回会議にて示された「検討のための素案」の段階での意見ではあるが、正木も、保護観察付執行猶予中の再犯に対する再度の全部執行猶予はかねてから自身らが提案してきた制度と類似するとして、「基本的には評価しうる」²³⁾とする。さらに、再度の全部執行猶予を言い渡すことのできる刑期の引き上げも「引き上げの方向性は評価しうる」²⁴⁾とする。なお、金は、この引き上げを「2

21) 金光旭「執行猶予制度の改革」刑事法ジャーナル 68号（2021年）39頁。

22) 金・前掲注21）40頁。

23) 正木・前掲注5）121頁。

年」までにとどめたことや、再度の執行猶予が認められる要件を「情状に特に酌量すべきものがあるとき」としたことを肯定的に評価する。すなわち、「執行猶予の要件を考えるに当たっては、行為責任の観点も不可欠であるから、執行猶予期間中の再犯であるという事情を、(略) 実質的要件のみならず、形式的要件である刑期にも反映せるのが妥当であろう」というのである²⁵⁾。一方、正木は、再度の全部執行猶予の要件となる刑期の引き上げを「2年としたことの評価は難しい」²⁶⁾とし、再度の全部執行猶予の要件について、「情状酌量の問題ではなく、処遇の必要性からの判断であるべき」と提案する²⁷⁾。この点にも、刑の全部の執行猶予の刑罰性と特別予防ないし刑事政策的意義のどちらをより重視するかの差異が象徴されていると言える。

また、答申の「三 猶予期間経過後の刑の執行」についても、その趣旨自体は研究者サイドでもある程度了解されている。すなわち、金は「刑の執行可能性において本質的に重要なのは、猶予期間内に再犯をし、かつ、そのことが裁判によって確定したことであるから、この改正も妥当なものと言えよう」とする²⁸⁾。また、正木も、「執行猶予中の再犯が（仮釈放の場合とは違い）刑法 26 条 1 号で必要的取消事由となっているのはやむをえないところもある」としたうえで、対象となり得る再犯事案の一定部分は、再度の全部執行猶予の要件緩和によって対応されるものとの見解を示している²⁹⁾。

もっとも、答申ないし「素案」の段階では、具体的な条文案が示されていなかったことから、執行猶予期間中に再犯事件の公訴提起がなされた後、拘禁刑ないし罰金刑の実刑が確定して執行猶予が取り消されるまでの対象者の法的地位や、取消後の実刑執行の根拠には懸念や疑問の余地があることも指摘されていた³⁰⁾。この点につき、法制審の部会では、橋爪委員より、刑法 27 条を「再犯について

24) 同上。

25) 金・前掲注 21) 40 頁。

26) 正木・前掲注 5) 121 頁。

27) 正木・前掲注 5) 123 頁。

28) 金・前掲注 21) 41 頁。

29) 正木・前掲注 5) 121 頁。

30) 正木・前掲注 5) 121 頁。金・前掲注 21) 41-42 頁。

有罪判決が確定しないことを前提とした上で、刑の執行可能性それ自体を否定する規定と解する立場」と「刑法第25条第1項の適用の排除や資格制限など、刑の言渡しに伴う不利益の解消に向けられた規定にすぎないと理解した上で、刑の執行可能性が否定されるのは、執行猶予が取り消されなかったことに基づく効果にすぎないと考える理解」があり得るとしたうえで、前者では27条の改正を要する一方で、後者では執行猶予期間の経過後も執行猶予を取り消すことができるという明文規定を設ければ、27条を改正せずとも実刑の執行が可能になるとの理解が示された³¹⁾。そのうえで、橋爪委員は、刑の全部の執行猶予を「刑罰の執行方法に関するルールであり、言わば刑罰の付随的内容を構成する」ものと理解する場合には、27条を改正し、執行猶予期間経過後にも刑が効力を有すると定めれば、その付随処分である執行猶予も効力を有した状態となり、猶予期間経過後であっても有効な執行猶予を取り消すことが説明可能であるとする³²⁾。逆に、刑の全部の執行猶予を刑罰の内容から独立した制度であると理解する場合には、当初言い渡された執行猶予期間の経過によって執行猶予は失効したと言わざるを得ず、そもそも「執行猶予を取り消す」ことが観念できない以上、端的に、猶予期間経過後でも当初言い渡された実刑の執行可能性は失われないとする条文を置くほかないとした³³⁾。この点につき、今般の改正刑法は、27条に2~6項を新設することにより、猶予期間中の再犯について公訴が提起された際には、猶予期間経過後も「刑の言い渡しの効力」が持続し、その刑の執行が猶予されていると見なしたうえで(2項)、拘禁刑の全部実刑や罰金刑の確定を以て、当該執行猶予を取り消すものとされている(4項、5項)。これを前記の橋爪の議論に照らすと、改正刑法は、刑の全部の執行猶予を「刑罰の執行方法に関するルールであり、言わば刑罰の付随的内容を構成する」ものと理解して27条に変更を加えたものと言える。これは、刑の全部執行猶予に「軽い刑」としての実質を見出す学説の動向とも合致する。また、猶予期間経過後も当初の刑の言い渡し効力を有

31) 法制審部会23回会議(令和元年12月25日) <https://www.moj.go.jp/content/001313946.pdf> (最終閲覧日2022年8月16日) 14頁。橋爪委員発言部分。

32) 同上。

33) 法制審部会23回会議・前掲注31) 14-15頁。橋爪委員発言部分。

し、その刑の執行が猶予された状態に置かれる仕組みの下では、少なくとも、公訴提起によって当初の保護観察付執行猶予期間中の処遇が途中で終了されてしまうという正木の懸念³⁴⁾は解消されることになろう。

とはいえ、今般の改正では現在の 27 条は 27 条 1 項としてそのまま残り、同条 2 項は「前項の規定にかかわらず」、一定の場合には刑の言い渡し効力を有すると定める。それゆえ、刑の言い渡し効力と、その刑への執行猶予が公訴提起によってゾンビのごとく復活するように見えることは否めず、そのことを合理的に説明できるのかは議論が分かれるところであろう。この点につき、金は、「執行猶予制度は、そもそも猶予期間内に再犯をしないという条件を付する制度」であり、現在の 27 条をそうした条件を満たした者に対して、刑の言い渡しに伴う不利益を解消する規定であると理解した際には、当該条件に反した者に対して刑の言い渡し効力が生じることはもとより予定されていたと見ることができるとする³⁵⁾。しかし、これまで執行猶予中の再犯について公訴提起があっただけでは、金の言う「条件」に反したとは見なされてこなかった以上、刑の全部の執行猶予の制度趣旨だけに即して、今般の 27 条関連の改正を正当化することには疑問の余地がある。この点については、改正後の 27 条の条文が示されたことで、これから多くの論者によって検討されることが予想され、今後の議論を注視する必要がある。

IV 刑の全部の執行猶予の「刑罰性」と改正刑法

1 刑の全部の執行猶予及び保護観察の判断方法について

前章で見たとおり、改正刑法の下では、現行法に比べ（再度の）刑の全部の執行猶予の対象となり得る者の幅が広がり、初度目の全部執行猶予から保護観察を付すことへのハードルも低くなった。これにより一人ひとりの被告人により適切な処分を言い渡す選択肢が広がり、施設収容を経ずに社会内で立ち直る余地が拡大したことは好意的に評価すべきである。一方で、刑の全部の執行猶予にも一定

34) 正木・前掲注 5) 121 頁。

35) 金・前掲注 21) 42 頁。

の刑罰性があることにかんがみると、以下の2点に留意すべきと言える。

第1に、刑の全部の執行猶予にも一定の刑罰性がある以上、安易な執行猶予判断は慎み、「実刑相当の行為責任」を有する者について、特別予防ないし刑事政策的観点から執行猶予がふさわしいと判断された場合に限り、実刑の全部を執行猶予する運用が肝要である。「次」もあるからという理由だけで初度目から保護観察付の全部執行猶予を選択したり、罰金刑も射程となり得る再犯事案で、再度の執行猶予が可能だからと短期の拘禁刑の全部執行猶予を選択したりすることはネットワイドニングと重罰化につながりかねない。その意味で、筆者は、正木の提案のように「執行猶予の如何や付保護観察の如何」の判断を「量刑・刑の軽重から解放する」ことには懐疑的である。「実刑相当の行為責任」や保護観察の負担感に注目することで執行猶予判断が硬直化する懸念は理解できるが、刑の全部の執行猶予に一定の刑罰性があることは、同制度がいわゆる「保安処分」でないことを担保する意味もある。とりわけ、今般の法制審部会の答申が「保護観察処遇の充実」も提案し、更生保護法も一部が改正されたことに照らすと、この点は重要である。判決前調査制度等の仕組みがない中で、「充実」された保護観察への漠然とした期待から、軽微な犯罪に対して初度目の全部執行猶予から保護観察を付したり、罰金や起訴猶予の余地もあり得る再犯事案を公判請求し、裁判所が（保護観察が必要的となる）再度の拘禁刑の執行猶予を言い渡したりすることには危険が大きい。全部執行猶予の前提としての「実刑相当の行為責任」の観点は、そうした事態を防ぐ門番となり得る。一方で、「充実」された保護観察の負担感に当該犯罪の行為責任との均衡を見出し、刑の全部の執行猶予を選択することは、ともすれば保護観察付執行猶予を「社会内刑罰」へと変容させかねない。部会の第1分科会でも、保護観察付執行猶予は「中間刑」ではなく、全部執行猶予が相当とされた者の改善更生のために保護観察所による補導援護と指導監督が必要と判断された際に付すとの見解が一般的であるとされていた³⁶⁾以上、改正刑法の下でもその趣旨を踏まえ、刑の全部の執行猶予への保護観察の要否は、あくまで「実刑相当の行為責任」を有する被告人にとっての特別予防ないし刑事政策的意

36) 法制審部会第1分科会第7回会議（平成30年5月15日）議事録 <https://www.moj.go.jp/content/001260686.pdf>（最終閲覧日2022年8月16日）3頁。福島幹事発言部分。

義に即して判断すべきである。

第2に、刑の全部の執行猶予が刑罰性を有しつつも、全部実刑に比べて大幅に軽い処分であることに照らすと、刑の全部の執行猶予判断をより客観的且つ具体的に行う仕組みが不可欠である。2章の2、3節で見たとおり、現在の実務には、刑の全部の執行猶予を相当とする行為責任の量定や一般情状の評価は「裁判所（及び弁護士、検察官の立証）次第」ともいうべき状況がある。もちろん、刑の全部の執行猶予の特別予防ないし刑事政策的意義に照らすと、「似たように見える事案では必ず同じ判断」を強く期待すべきではない。しかし、刑の全部の執行猶予はそれを受ける者が自らの意思で契約する任意の私的サービスではなく、犯罪に対して裁判所が言い渡す、一定の刑罰性を帯びた処分である以上、事案ごとの判断に大きなばらつきがある状況は不適切である。刑の一部の執行猶予の立法時にも話題となった判決前調査制度をはじめ、刑務所への服役に替えて社会内で過ごすことの適否を行動科学や社会学の知見を踏まえて的確に判断する仕組みの構築を今こそ真剣に検討すべきである。そのことが、第1で指摘した「保護観察処遇の充実に期待した安易な執行猶予判断」を抑制する一方で、刑の一部の執行猶予で見られるような、被告人の犯罪性に即した専門的処遇プログラムの有無のみに注目する硬直的な執行猶予判断³⁷⁾に風穴を開けると考える。

2 猶予期間経過後の取消しについて

さらに、改正刑法の下での猶予期間経過後の執行猶予取消しと実刑の執行においても、刑の全部の執行猶予が一定の刑罰性を有することへの留意が必要である。新設される27条2項以下の適用が問題になるのは、猶予期間も終盤に差し掛かった段階となる。一定の行為責任に対して、刑務所への服役に替えて、（刑務所に服役するより長期の時間を）社会内で執行猶予取消しの威嚇力をはじめとした種々の制約の下で過ごさせるという刑の全部の執行猶予の趣旨に照らすと、改正刑法が新たに執行猶予取消しの対象とする者はそうした趣旨の大部分を全うしたとも言える。そうであるにもかかわらず、猶予期間終盤の再犯を理由に執行猶予

37) 一部執行猶予のこうした点を指摘するものとして、高橋有紀「刑の一部の執行猶予をめぐる議論と実務」犯罪と刑罰26号（2017年）101-123頁。

を取消し、当初言い渡された実刑を執行することは、事実上、同一の刑事責任に2回の処分を与えているとも言えよう。また、こうした状況は、執行猶予の感銘力をもつとせず、猶予期間の序盤に犯罪に及んだ者の方が、猶予期間終盤にやむを得ない理由で再犯をした者よりも、執行猶予期間と取消しに伴う実刑による不利益の総量が小さくて済むというモラルハザードを引き起こしかねない。それゆえ、筆者は、27条の改正に当たって、猶予期間経過後に執行される実刑においては当初言い渡された刑期の一部を割り引いて執行する立法の可能性を追求すべきであったと考える。改正刑法にそうした条文がない以上、当面は、再犯に対する実刑の量刑を軽めにする実務慣行³⁸⁾の継続や、再度の執行猶予や罰金刑の選択が可能な事案ではそれらを積極的に選択することを通じて、27条2項以下に基づく執行猶予の取消しを謙抑的に運用すべきである。

V 結びにかえて

本稿では、改正刑法における刑の全部の執行猶予について、全部執行猶予には一定の刑罰性があることを前提に、その言い渡しの対象や取消しの適否を検討すべきことを主張した。再犯防止推進の機運の高まりや、「特定少年」に対する保護処分の選択肢の大幅な縮小、窃盗症や高齢女性の万引きの再犯・累犯などといった今般の社会的な課題に照らすと、刑の全部の執行猶予の特別予防ないし刑事政策的意義への期待が高まることは当然の理ではある。しかし、彼らの問題性の解決はひとり刑事司法の役割ではなく、社会内の医療、福祉、心理、教育等のサービスによって担われるべきものも多い。そして、その方がより本人の主体性に即した社会復帰に資する場合もある。そうである以上、行為責任の観点で刑の全部の執行猶予の刑罰性に見合わない者にまで、27条の改正により取消しの威嚇力が増した、刑の全部執行猶予への門戸を開くことはあってはならない。刑の全部の執行猶予があくまで「実刑相当の行為責任」に対する、刑務所への服役に替わる非難難方法ないし刑罰目的の達成過程であることの意義を今一度、認識する

38) 小池・前掲注3) 39頁。

必要があろう。