

Title	刑の一部執行猶予と量刑判断に関する覚書：施行を1年後に控えて
Sub Title	Bemerkungen zur Anwendung der Teilaussetzung der Strafe
Author	小池, 信太郎(Koike, Shintaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.33 (2015. 10) ,p.265- 291
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20151023-0265

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

刑の一部執行猶予と量刑判断に関する覚書

——施行を1年後に控えて——

小 池 信太郎

はじめに

- I 前提とする刑事責任——全部実刑・全部猶予との関係
- II 一部執行猶予の制度趣旨と実質的要件
 - 1 実質的要件①：「犯情の軽重」からの相当性
 - 2 実質的要件②：再犯防止のための必要性・相当性
 - 3 再犯のおそれが乏しい／特段の処遇を要しない者の取扱い
- III 一部執行猶予の組立て——全部実刑からの「変形」のあり方
 - 1 前提——保護観察付が原則であること
 - 2 「基本設定」の必要性
 - 3 「基本設定」のイメージ
 - 4 個別事案における調整

おわりに

はじめに

2016年6月までに、量刑上の選択肢に、刑の一部執行猶予が加わる。一部執行猶予は、判決により、言渡し刑期の一部のみを猶予し、実刑部分の執行後、猶予期間が開始し、その期間が無事に経過すれば、実刑部分の刑期に減軽される制度である（刑法27条の2以下）¹⁾。

これまで量刑判断は、刑事責任に応じた科刑を第1次的な基準とし、その範囲内で、特別予防を中心とした刑事政策的考慮を加味して行われてきた²⁾。そして、一部執行猶予の立法に際しては、こうした量刑の基本的考え方は維持し、かつ、一部猶予の適用により、刑事責任の評価を従来よりも軽くしたり、重く

したりするわけではない、つまり不当な寛刑化も重罰化も意図しないという前提がとられた³⁾。

本稿は、そうした立法者意思や一部執行猶予の立法趣旨である施設内処遇と十分な期間の社会内処遇の連携による再犯防止という観点を踏まえ、一部猶予をめぐる量刑判断のあり方を検討するものである。先行研究に依拠しつつ、考察をわずかに進めた結果を記した覚書にすぎないが、施行を1年後に控えながらいまだ判断イメージの共有が進んでいないように思われる現状において、議論の呼び水となれば幸いである⁴⁾。

I 前提とする刑事責任——全部実刑・全部猶予との関係

まず、一部執行猶予が前提とする刑事責任、つまり、従来の全部実刑・全部執行猶予と一部猶予の関係を確認しておこう⁵⁾。

- 1) 刑の一部執行猶予に関する最近の文献として、伊藤栄二「刑の一部の執行猶予制度の導入と検察の課題」『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（2014）897頁以下、今井猛嘉「刑の一部の執行猶予と社会貢献活動」罪と罰 51 卷 2 号（2014）20 頁以下、今福章二「第 16 章 刑の一部執行猶予制度」松本勝編著『更生保護入門〔第 4 版〕』（2015）244 頁以下、太田達也『刑の一部執行猶予』（2014）、川出敏裕「刑の一部執行猶予制度の意義と課題」犯罪と非行 177 号（2014）16 頁以下、瀬川晃ほか「〈特別座談会〉刑の一部執行猶予をめぐって」論究ジュリスト 8 号（2014）179 頁以下など。立案担当者の解説として、東山太郎「『刑法等の一部を改正する法律』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』について」警察学論集 66 卷 9 号（2013）27 頁以下など。
- 2) 例えば、井田良＝大島隆明＝園原敏彦＝小野寺明「裁判員裁判における量刑評議の在り方について」司法研究報告書 63 輯 3 号（2012）5-7 頁。
- 3) 例えば、第 183 回国会参議院法務委員会（平成 25 年 5 月 28 日）及び衆議院法務委員会（平成 25 年 6 月 7 日）における谷垣法務大臣による法案趣旨説明、第 183 回国会参議院法務委員会（平成 25 年 5 月 30 日）及び衆議院法務委員会（平成 25 年 6 月 11 日）の各附帯決議（二）、東山・前掲注 1）35 頁、瀬川ほか・前掲注 1）183 頁〔高橋康明発言、岩尾信行発言〕など。
- 4) 本稿全体に関し、小池信太郎「刑の執行猶予の判断——全部執行猶予の現状と一部執行猶予の展望」法律時報 87 卷 7 号（2015）43 頁以下も参照。
- 5) 中立的整理として、川出・前掲注 1）27 頁。

立法前後の議論においては、一部執行猶予は、全部執行猶予では軽すぎるが全部実刑では重すぎる「中間的刑責」に対応する「中間刑」として、実刑と猶予の境界領域を中心に運用されるという説明が有力であった⁶⁾。

これは、量刑実務が、全部実刑と全部執行猶予を、主として刑事責任の重さに応じて選択している、つまり、全部実刑は、「重い刑責」に対応する「重い刑」、全部猶予は、「軽い刑責」に対応する「軽い刑」とあるという理解に立つことを前提に、一部猶予を、その判断に迷う場合の「中間」の選択肢として位置づけるものである。具体的には、次のような判断が想定されていると思われる。すなわち、検察官の求刑が「懲役2年」で、裁判所としては、「懲役2年執行猶予3年」と「懲役1年6月（実刑）」のいずれを選択するか迷う、前者ではやや軽し、後者ではやや重いという場合に、例えば、「懲役1年8月うち6月を執行猶予2年」といった中間の選択肢を加えて判断するというのである。

しかし、このような「中間刑」としての説明は、どこまで文字通りの意味でなされてきたのかはともかく、重大な誤解を招く⁷⁾。制度施行後の裁判所はそれに依拠すべきものではないことが確認されなければならない。

全部執行猶予が「軽い刑」、実刑が「重い刑」とされる本質的な理由は、何といっても、前者では原則として刑務所に行かなくてよいのに対し、後者では無条件で服役しなければならない点にある。そのような格段の違いゆえに、全部猶予は、仮に刑期が多少長くなったとしても、実刑よりも「軽い刑」と評価される⁸⁾。

6) 法制審議会・被収容人員適正化方策に関する部会第22回会議事録14頁以下など。改正法成立後もそれに近い説明を行うものとして、例えば、今井・前掲注1) 20頁、23頁。

7) 以下について、太田・前掲注1) 11頁、61頁。中間刑説に対する詳細な批判的検討として、高橋有紀「刑の一部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)218頁以下。

8) 全部執行猶予の性質については、小池・前掲注4) 38頁以下。なお、全部猶予の歴史、運用及び諸外国の対応する制度に関する特集として、「刑の執行猶予の多角的検討」論究ジュリスト14号(2015)2頁以下。

それに対し、一部執行猶予は、実刑部分を含む以上、紛れもない実刑の一種である。それにもかかわらず、全部猶予と全部実刑の「中間」というイメージで捉えることの実際上の弊害は、前提とすべき刑事責任の内容を捉え損なうことである。すなわち、一部猶予は実刑の一種である以上、あくまで実刑相当の刑事責任を前提としなければならない。それにもかかわらず、「軽い」全部執行猶予か「重い」実刑かで迷う場合に、「中間」のつもりで一部執行猶予にするとしたら、責任相当性の熟慮を尽くさないまま、実刑を選択することになる。それにより、無自覚的な形で、重罰化が生じる。そうしたことは許されるべきではないから⁹⁾、実刑か猶予か判断に迷う場合も、一部猶予という「逃げ道」があるとは考えないで、従前同様、ぎりぎりの判断を行うことが肝要である。その上で「実刑やむなし」となった場合に、はじめて次の段階、つまり全部実刑か一部猶予かの判断に進むべきである¹⁰⁾。

Ⅱ 一部執行猶予の制度趣旨と実質的要件

1 実質的要件①：「犯情の軽重」からの相当性

(1) 「特別予防のための実刑のヴァリエーション」としての一部執行猶予

上述のように、一部猶予は、あくまで実刑の一種であるから、先行して、刑事責任が実刑相当のものであることを判断すべきであるとする、次に問題となるのは、刑事責任からして実刑相当な事案の中で、いかにして、全部実刑と

9) それが立法者意思といえる。例えば、第183回国会参議院法務委員会会議録第7号（平成25年5月30日）7頁における、谷垣法務大臣の答弁（「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」）、第183回国会衆議院法務委員会会議録第17号（平成25年6月11日）における、階委員の質問（「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……一部執行猶予と…なってしまうと……問題だ」）に対する、谷垣法務大臣の答弁（「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、今度も執行猶予でいく」）参照。

10) 瀬川ほか・前掲注1) 183-185頁、190頁〔高橋康明発言〕、川出敏裕ほか「〈座談会〉執行猶予の現状と課題」論究ジュリスト14号（2015）28頁〔芦澤政治、佐伯仁志発言〕参照。

一部猶予を選択していくかということである。それは、一部猶予という制度が設けられた趣旨から考えていくのが自然である。一部猶予の制度趣旨については、施設内処遇と社会内処遇の連携による再犯防止¹¹⁾、すなわち特別予防を図る制度であるという限りで、異論はない。そうすると、一部猶予は、実刑の一種ではありながら、その中で、特別予防目的のためにその内容の一部を変容させたもの（「特別予防のための実刑のヴァリエーション」）ということになる¹²⁾。

こうした理解をする場合、全部実刑か一部猶予かの選択判断において、犯情ないし刑事責任の重さという観点にいかなる意義を認めるべきかということが問題となる。すなわち、刑法 27 条の 2 第 1 項は、一部執行猶予の実質的要件を、「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」としている。その解釈として、再犯防止のための必要性・相当性だけではなく、「犯情の軽重」すなわち刑事責任の観点からの相当性が、一部猶予の実質的要件になるとされている¹³⁾。これを素朴に受けとると、刑期 3 年以下の実刑が相当である事案の中で、犯情が重いものは全部実刑に、軽いものは一部猶予に優先的に振り分ける運用が想定されるようにも思われる。

しかしながら、刑事責任からして広義の実刑相当と判断される事案を、その中で相対的に重いものと軽いものに振り分ける作業は、一部猶予制度の趣旨に照らして、生産的とはいえない。一部猶予の仕組みは、それにより、実刑すなわち施設内処遇の期間が割り引かれることと引換えに確保される十分な長さの社会内処遇期間を利用し、再犯防止のために有意義な措置を講じることを可能にするために採用されたものである以上、全部実刑との選択基準は、可及的に

11) 東山・前掲注 1) 32-33 頁。

12) 実刑の「ヴァリエーション」という説明の意義については、理解が分かれうる。徹底すれば、刑の執行方法の修正にすぎず、一部猶予が付くか否か及びその組立て（実刑刑期と猶予刑期の配分や猶予〔保護観察〕期間）は刑の重さや量刑としての相当性に影響しないということになろう。しかし、裁判所が判断し、判決主文で言い渡す処分について、そうした理解には無理があると思われる。あくまで刑の内容に関わるものと考えるべきであろう。

13) 例えば、東山・前掲注 1) 35 頁参照。

その趣旨に沿ったものとすべきである。すなわち、できる限り、特別予防上の必要性・相当性に重きを置いた運用をすべきである。

そうした理解に立って、犯情面の相当性の要件の内容を薄める方途としては、同要件は、一部執行猶予という「広義の実刑」を科すことが、刑事責任の観点から相当でなければならないことを確認したものと解釈することが考えられよう。すなわち、実刑相当性の先行判断を前提に、全部実刑か一部猶予かを選択する場面では、作動しない要件ということである。一部執行猶予を、「特別予防のための実刑のヴァリエーション」と捉える理解からは、この解釈が、少なくとも基本に据えられるべきである。

（2）例外としての「犯情の軽重」からの不相当性

そのことを前提に、あくまで周延的な——日常的判断では意識されないが、例外的にその余地も認めるべきかというレベルの——問題として、刑事責任の「量」からすれば、実刑として刑期は3年以下になるとしても、その「質」が甚だ悪い、犯情が特に「悪質」であることを理由に、刑の一部の猶予すら不当であるという判断をなしうるかという議論を位置づけるべきである。

この問題について、立法者意思を汲みとれば、一部執行猶予は、特別予防のための実刑のヴァリエーションだとしても、刑期の一部でも執行せず、社会内更生に期待する点で、被告人に対して寛大な面がある以上、犯情が特に「悪質」ならば、認めるべきでないという立場をとることになろう¹⁴⁾。具体的には、反社会的組織に属する者による組織的犯罪行為、例えばオレオレ詐欺について、被害額が小さいなどの理由で、刑期としては3年以下になる場合も、一部猶予は認めないといったことが想定されている¹⁵⁾。

14) 刑事責任の「量」からは全部執行猶予が原則となるべき場合で、社会内更生の見込みが必ずしも否定されるわけではなくとも、非難の自律的な受け止めを期待する執行猶予という処分への「質」的適合性がないことを理由に、実刑が科される場合に関する理論分析として、樋口亮介「日本における執行猶予の選択基準」論究ジュリスト14号（2015）108-109頁、小池・前掲注4）40-41頁。

しかし、そうした立場に対しては、一部執行猶予は、実刑部分が割り引かれる代わりに、残刑を上回る猶予期間が設定され、その間、通常は保護観察が実施されるであろうことに鑑みると、全部実刑に比べて格段に軽い刑とまではいえないのだから、「悪質」事案だからといって直ちに排除する理由はないという反論が可能である¹⁶⁾。また、反社会的組織の典型である暴力団に所属する者などについては、そもそも保護観察の相当性に疑問があり、ことさら犯情面で不当だといわなくても除外しうること¹⁷⁾にも鑑みれば、犯情の悪質さを理由に一部猶予すら否定される例外的カテゴリーを設けておく実益はきわめて限定的である。そうだとすれば、少なくとも制度の運用開始時においては、刑事責任からの相当性の要件は、できる限り薄めて解釈し、判断プロセスを単純化することが望ましいと思われる。

2 実質的要件②：再犯防止のための必要性・相当性

(1) 制度趣旨の体现

こうして、一部執行猶予を、特別予防のための実刑のヴァリエーションとして、実刑の責任相当性を前提に、特別予防的考慮により選択すべきものと解する場合、刑法 27 条の 2 の「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」¹⁸⁾ という要件が、制度趣旨を体现する本質的要件として、

15) 例えば、第 179 回国会参議院法務委員会会議録第 4 号（平成 23 年 11 月 24 日）24 頁における平岡法務大臣の答弁（「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というようなケース……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」）参照。

16) 太田・前掲注 1) 31 頁参照。

17) 法制審議会・被収容者人員適正化方策部会議事録第 22 回 28 頁の一発言（「反社会的組織に属するという……と、……行為者属性も複合的に絡んでいる……気がしないわけではない」）参照。

18) 薬物使用累犯者については、「刑事施設における処遇に引き続き社会内において……規制薬物等に対する依存の改善に資する処遇を実施することが」再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ、相当と認められることが要件となる（薬物法 3 条）。

決定的意義を有することになる。

その解釈の上で重要なのは、制度趣旨としての「施設内処遇及び十分な長さの社会内処遇の連携による再犯防止」というキャッチフレーズの中身を詰めていくことであろう。すなわち、一部執行猶予制度は、施設内処遇に続くべき社会内処遇として、現行の仮釈放制度では、刑の執行率が最低でも刑期の7割程度、従って保護観察期間はせいぜい数か月という運用の実情¹⁹⁾をも考慮すると、期間が短すぎて不十分な場合があるという認識を前提に、刑期の一部を猶予して、より長期の社会内処遇に回すことが有意義でありうる、という考慮の下に導入された²⁰⁾。とすれば、それに相応しい事案で適用されるべきである。いかなる事案がそれに相応しいかは、どのような者をターゲットに、いかなる処遇を行おうとしているのかにかかっている。本稿では、一部猶予の対象となりうる類型を網羅的に示すことはできないが、判断の枠組みを示し、今後の課題をその中に位置づけるという作業を通じて、議論の深化に貢献したい。

再犯防止のための必要性・相当性の内容について、先行研究²¹⁾を参考にまとめると、以下の3ステップで考えるのが分かりやすい。

(2) 第1ステップ：再犯のおそれ

第1のステップは、被告人に再犯のおそれがあることの確認である。一部猶予は、再犯防止のための制度である以上、被告人に再犯のおそれがあることが、いわば入口要件になると解される²²⁾。

ただし、このステップは、通常は問題なくクリアされるであろう。前述のように、先行して実刑相当性の判断が行われるべきであるとする、件数におい

19) 法務省法務総合研究所編『平成26年版犯罪白書』（2014）75頁参照。

20) 第183回国会参議院法務委員会（平成25年5月28日）における谷垣法務大臣による法案趣旨説明参照。さらに、今福・前掲注1)249頁、太田・前掲注1)9頁、川出・前掲注1)17-18頁。

21) 特に、伊藤・前掲注1)906頁以下、今福・前掲注1)254頁以下、太田・前掲注1)28頁以下、62頁以下。

22) ありうる異論の検討として、後掲Ⅱ3。

て圧倒する、客観的な犯情が軽い罪については、初犯者は基本的には全部猶予となるから²³⁾、一部猶予の候補者にならない。軽い罪で一部猶予の候補者となるのは、①全部執行猶予の期間が無事に経過し、法律上は初犯者に戻った者（刑法 27 条、刑法 27 条の 2 第 1 項第 1 号）、②全部執行猶予中の再犯者（第 2 号）、③服役後 5 年を経た実刑前科を有するいわゆる準初入者（第 3 号）、そして④薬物使用累犯者（薬物法 3 条）となる。とすると、ことさらに問題としなくても、再犯のおそれがないとか乏しいなどといえる者は少ない²⁴⁾。多くの場合、重要性を持つのは、次のステップ以降である。

(3) 第 2 ステップ：仮釈放では困難な期間を確保して行う有用な処遇方法

第 2 ステップでは、被告人の犯罪傾向の具体的内容、及び、その程度、並びに、現行制度上の処遇メニューに鑑み、仮釈放によっては困難な比較的長期の社会内処遇期間を確保することにより可能となる処遇方法が想定できるか、その処遇方法はどの程度有用か、が検討される。施設内処遇と、十分な期間の社会内処遇を連携させることの有用性の判断により、まさしく本制度の趣旨にふさわしいターゲットが選別されることになる。

具体的なターゲットについては、立法時に、裁判所の判断を容易にするために、類型化して示すことが目指された。その結果、薬物使用者については、薬物の常習性を有する者が多いところ、そうした者の再犯を防ぐには、断薬の上で行う施設内処遇の効果を、薬物の誘惑がある社会内での十分な期間の処遇により維持・強化することが有用であり、そのための専門的処遇プログラムも存

23) 小池・前掲注 4) 40 頁を参照。

24) 付言すれば、罪名及び客観的犯情は軽いのに、（執行猶予又は欠格期間が経過した）前科の存在により実刑が原則となる場合について、具体的情状から再犯のおそれがほとんどないというならば、全部執行猶予が真剣に検討されるべきである（前科者に対する全部猶予に関して、小池・前掲注 4) 41 頁参照）。それに対し、罪名ないし客観的な犯情が比較的重い場合については、具体的情状から再犯のおそれが乏しいといえても、なお広義の実刑は避けられず、一部猶予が検討の俎上に上るために、本文第 1 ステップの判断が実際に機能することが考えられよう。

在するという事で、累犯者、すなわち服役から5年を経ない者であっても、一部猶予の対象に含められた²⁵⁾。そのことに鑑み、薬物使用者については、刑法上の一部猶予の対象である初入者・準初入者をも含めて、一部猶予の有用性がある程度類型的に肯定されよう²⁶⁾。

もっとも、立法による類型化は薬物使用者にとどまり、その他については、結局、裁判所の裁量に委ねられた。制度の施行直後から、裁判体ごとにあまりに区々の運用となることは望ましくないとすると、薬物使用者以外の適用対象者についても、ある程度具体的なイメージの共有を目指して、議論を重ねておくべきである。

そうしたところ、性犯罪、粗暴犯、アルコール依存の飲酒運転などについては、一定の犯罪傾向を前提に、それに対処する「専門的処遇プログラム」が存在することを踏まえると、一部猶予とすることの有用性がある程度広く認めることが、法制度全体の趣旨に適うであろう²⁷⁾。ただし、薬物使用者に比べれば被告人ごとの個性があるため、罪名から類型的に捉えていくことはできない。当該の処遇プログラムで想定されているメソッドが、被告人の具体的な犯罪傾向への対処として有用なものか、仮釈放では困難な程度の十分な社会内処遇期間が真に必要なかは、個別の検討が必要であり、その点が審理において争点化されうる。

さらなる問題は、処遇プログラムがない領域にいかを広げていけるかである。施設内処遇に続き、十分な長さの社会内処遇により「アフターケア」を行うこ

25) 東山・前掲注1) 31頁。

26) もとより、全くの一般的・抽象的判断ではなく、当事者の主張・立証に応じて、具体的な事案も参照される。個別事案で、薬物への親和性・依存性や薬物事犯の常習性がない被告人が偶発的事実により（再）使用に至ったことが認定されれば、一部猶予による積極的処遇は不要ということになろう。ただ、覚せい剤自己使用については、そもそも初犯は全部執行猶予となり、ここで問題となるのが再犯者であることに鑑みると、上記のような認定が可能な場合はそう多くないであろう。

27) 今福・前掲注1) 257頁。施設内処遇における特別改善指導及び社会内処遇（保護観察）における専門的処遇プログラムについて、法務省法務総合研究所編・前掲注19) 68-69頁、80-81頁。

とは、抽象的に考えれば、ほとんど常に有意義ともいえる。しかし、一部執行猶予は、比較的長期間の社会内処遇、おそらく原則的には保護観察を行うこととなり、そのリソースを消費する。そうしたところ、3年以下の実刑の多くが一部猶予に切り替わるという事態が生じれば、当面の保護観察所の態勢からして、対応は困難であるようにも思われる²⁸⁾。そうすると、施設内及び十分な長さの社会内処遇の連携の有用性にも濃淡があるという前提で、優先順位をつけていかなければならない。抽象的・一般的な意味での有用性でもって適用を考えるのではなく、被告人の犯罪傾向、すなわち、再犯を防ぐためには被告人のどのような問題点を解消しなければならないのか、そのための処遇メソッドとして何をしたいのかということを具体的に想定して、その手段として、仮釈放による比較的短期の社会内処遇（保護観察）期間では足りないという意味での、具体的有用性を問題とすべきである。

そうした見地から、いかなる類型が考えられるかについて、とりわけ窃盗事犯などは件数が多いだけに、裁判体ごとに区々の判断となると大きな混乱が予想され、イメージを共有しておく必要性が高い。しかし、更生保護の関係者や刑事政策学者による検討はいまだ途上にあり²⁹⁾、筆者も考えがまとまっていない。そこで、本稿では立ち入らず、将来検討の機会を持つこととしたい。

28) 今福・前掲注1) 256頁参照。

29) 例えば、万引や無銭飲食などを繰り返す高齢者や知的障害者などにつき、再犯のおそれの要因となる資質上の負因を解消するため、実刑の執行後、福祉施設や医療機関による更生支援へとつなぐことが有用と思われる類型について、一部猶予とし、福祉・医療機関による支援を、十分な長さの保護観察により下支えするということが議論されている（太田・前掲注1) 28-29頁、63-64頁）。それに対しては、一部猶予においては、（施設内及び）保護観察自体による積極的処遇が念頭に置かれるべきで、上記ニーズについては、実刑の執行中のいわゆる特別調整による対応で満足すべきとの見方もあろう（今福・前掲注1) 258頁も参照）。そうした場合に、単純一部猶予の心理的強制による下支えを行うことも考えられるかもしれないが、全部実刑としても、釈放後再犯に及ばばいずれにせよ実刑を免れないところ、一部猶予とすることによるプラス効果はいかほどかも問われよう（後掲注43）も参照）。

（4）段階的処遇（段階的量刑）における位置づけ

一部猶予による施設内及び十分な長さの社会内処遇の連携が有用であるという判断の内実に関わる問題として、いわゆる段階的処遇（段階的量刑）における一部執行猶予の位置づけを確認しておく。

周知のごとく、量刑実務において、覚せい剤使用や単純な窃盗など、比較的犯情が軽く、大量に生起する、個性が弱い犯罪については、初の公判請求であればほぼ定型的に執行猶予とし、2度目以降は実刑を原則とする慣行があり、「段階的処遇」（「段階的量刑」）と呼ばれている³⁰⁾。そうした慣行を前提とすると、全部猶予と全部実刑の間に一部猶予という選択肢が加わったことにより、従来は、全部猶予→全部実刑という段階的処遇であったものが、今後は、全部猶予→一部猶予→全部実刑という段階的処遇になる、という運用イメージを持つ向きもあるかもしれない。立法に至る議論では、一部執行猶予にふさわしい典型的場合の1つとして、全部執行猶予中の再犯者が挙げられていたこと³¹⁾、出来上がった条文（刑法27条の2第1項第2号）においても、全部猶予中の再犯者について、再度の全部執行猶予（刑法25条2項）のような制限（刑期1年以下・「情状に特に酌量すべきものがあるとき」に限る）はかかっていないことが、こうした見方を後押しする。

しかしながら、前述のように、一部猶予が、被告人の具体的な犯罪傾向への対処として、施設内処遇と、仮釈放では困難である十分な長さの社会内処遇を連携させることが具体的に有用である限りで適用されるべき制度であるとするならば、段階的処遇的な運用イメージとは必ずしも整合しない³²⁾。全部猶予中の再犯者は、再度の全部執行猶予の要件が厳格であるため実刑になりやすく、

30) 所見として、小池・前掲注4) 40-41頁。

31) 法制審議会・被収容者人員適正化方策部会議事録第22回14頁。

32) 瀬川ほか・前掲注1)の座談会（183-185頁）では、当初、段階的処遇的な運用を想定しているとも解されうる発言があったが、それに異が唱えられ、当初の発言者らも必ずしも段階的処遇を意図したものではないと釈明するかたちで、議論が推移している。今井・前掲注1) 22-23頁は、執行猶予前科等を有する被告人の再犯について一部猶予が適当とされることも多いであろうが、それは段階的処遇を目指すものではないとする。

また、特段の介入を要する犯罪傾向を有する者が少なくないという意味で³³⁾、一部猶予の候補者になりやすい面はあろう。また、段階的処遇の典型例である覚せい剤使用については、前述のように、罪名自体から類型的に有用性が認められるから、初入者の多くに一部執行猶予が適用され、事実上は、新たな段階的処遇の様相を呈するかもしれない。しかし、それ以外の罪、とりわけ段階的処遇のもう1つの典型である単純な窃盗については、名実ともに個別判断であって、段階的処遇の間に一部猶予を挟むイメージは失当であることについて、理解を共有しておくべきである。

(5) 第3ステップ：社会内処遇の実効性

第3のステップとして、第2ステップで想定されたそれ自体有用な処遇方法を、被告人の更生意欲・環境などに鑑み、どの程度実効的に実施できるかを検討すべきである。すなわち、本来有用な処遇ではあっても、例えば、暴力団離脱意思がない、処遇プログラムを受講する意思がない、又は、かつて受講したが容易に挫折し、今回も本人の供述とは裏腹に特段の見込みがない、保護観察の前提となる住居確保が困難である、その他の更生環境をも考慮して再犯のおそれが過大である、といった理由で、実効的に実施できない場合は、多々考えられる。そうした場合には、一部執行猶予により、判決の時点で、ある時期に社会内処遇（保護観察）を開始すると決めてしまうことは、司法機関として無責任というほかない。そのような判断をするカテゴリーが、一部猶予の、いわば最後の関門となる。なお、刑法上の一部猶予は、服役後5年以内の再入者を

33) 法制審議会・被収容者人員適正化方策部会議事録第22回17頁は、全部猶予中に再び軽い罪を犯した者は、「犯罪的傾向がさほど進んでおらず……一定期間の刑事施設への収容による施設内処遇の後には、相当の期間、執行猶予の状態に置く、場合によっては更に保護観察に付すという社会内処遇をすれば、その再犯防止・改善更生を図り得るものが存する」とする。しかし、一部猶予が、特段の積極的処遇を要する、問題がある犯罪者を対象とするという理解からは、犯罪傾向がさほど進んでいないことを主たる理由に、一部猶予の必要性を肯定するべきではない。むしろ、猶予中にもかかわらず再犯に及んだことを、何らかの対処を要する犯罪傾向の存在を認定する一事情とみることになろう。

対象者から除外している。そのことについて、立案担当者の解説は、「刑事責任の観点」からの制約としているが³⁴⁾、むしろ、上述の意味での社会内処遇の実効的な実施可能性を典型的に否定したものと理解すべきであろう。

ただし、注意を要するのは、このステップの判断は、それをあまり厳格なものとしてしまうと、社会内処遇の実施に心配が少ない、問題がない者についてしか、一部猶予が認められないことになりかねないことである。それでは、そもそも一部猶予が、再犯のおそれがあり、施設内処遇と十分な長さの社会内処遇による特段の介入を要するような犯罪者をターゲットとしていることと、決定的に矛盾してしまう³⁵⁾。

そうした事態にならないためには、まず、上記第2ステップの判断と第3ステップの判断を相関的なものとする思考が有意義である。つまり、処遇連携の有用性が特に高い場合は、社会内処遇の実効性については、ややリスクのある判断を許容するということである。また、再犯のおそれが「過大」かの評価にあたっては、再犯に及ぶ確率の高低だけではなく、想定される再犯の内容、具体的には、重要な個人的法益に深刻な被害を与えるものか否かということを加味する思考³⁶⁾もあってよい³⁷⁾。薬物法3条が、刑法上は除外している服役後5年以内の再入者について、薬物使用者に限って、一部猶予の対象に含めていることは、再犯のおそれがそれなりに高くても、一部猶予による処遇連携の有用性が高ければ、総合的な考慮により、必要性・相当性を肯定するという価値判断の反映にほかならない。この価値判断は、刑法上の一部猶予の運用にも妥当させるべきである。

34) 東山・前掲注1) 33頁。

35) 太田・前掲注1) 30頁参照。

36) 全部猶予に関する文脈ではあるが、小池信太郎「量刑理論から見た刑の執行猶予」刑法雑誌52巻2号(2013)250-251頁参照。

37) ただし、例えば、幼児に対するわいせつ事犯で、再犯により想定される被害の深刻さを危惧して、全部実刑とする場合の帰結は、対象者が、満期釈放又は短期間の仮釈放により、十分な社会内処遇なしに完全に自由の身になるということである。その方が余程危険で望ましくないとする、この観点を強調しすぎるべきではないことになろう。

なお、とりわけ薬物使用者を念頭に、何度も実刑を科されているのに犯行を繰り返す者の取扱いをどうするかという問題が生じるであろう。理論的には、(施設内及び十分な期間の社会内処遇の連携の有用性と)社会内処遇の実施可能性を個別に判断するという事に尽きる。ただ、実務上のスタンスについていえば、一部執行猶予制度の施行後、特段の事情がない限り、少なくとも一度は、一部執行猶予による処遇を実践してみることが望ましい。さらに回を重ねた場合の判断は、個別性の強いものとなっていくであろう。

(6) 必要性・相当性の概念整理

純然たる概念整理の問題として、上記の第1から第3ステップの判断を、条文上の概念である、再犯防止のための「必要」性と「相当」性にどう振り分けていくかに言及しておきたい。

3つのステップのうち、第1(再犯のおそれ)が「必要」性の問題であり、第3(社会内処遇の実効性)が「相当」性の問題であることについては、異論がないと思われる。見解が分かれうるのは、第2(仮釈放では困難な期間を確保して行う有用な処遇方法の有無の判断)ステップを、いずれに振り分けるかである。

一方で、a)有用な処遇連携方法が想定できなければ、わざわざ刑期の一部の執行を猶予して、仮釈放では実現困難な長期の社会内処遇期間を確保することは「必要」ない、つまりこのカテゴリーは「必要」性の問題であるという整理がありうる。他方で、b)再犯のおそれはある以上、十分な期間の社会内処遇は一般的に「必要」なのであって、有用な処遇連携の方法をそもそも想定できない場合(第2)と、そうした処遇が一応は想定できるものの、当該被告人について実効的に実施できない場合(第3)は、究極的には等価値であるから、両者を「相当」性にまとめることが一貫しているという見方もありうる。

いずれも可能ではあるが、いくつかの先行研究³⁸⁾は、a)の整理に近いようである。理論的にも、第2ステップは、一部執行猶予の制度趣旨にふさわしい

38) 前掲注21)で引用したもの。

者を積極的に選び出す段階であるのに対し、第3ステップは、一般的な意味で社会内処遇の適格性・適応性がない者を除外する段階であるとする、両ステップの判断は、やはり趣旨を異にする。このことを意識し、とりわけ、制度の本質を担う第2ステップに独自の居場所を与えてその意義を際立たせるためには、a)の整理がベターと考える。

3 再犯のおそれが乏しい／特段の処遇を要しない者の取扱い

要件論の最後に、単独事件の日常的判断からは外れた、やや理論的色彩が強い問題を取り上げておこう。

本稿は、再犯防止のための一部猶予の必要性（・相当性）の内容を、一部猶予は、施設内処遇と十分な社会内処遇を連携させて積極的処遇を行うことを要する犯罪者をターゲットとするものであるという理解から検討してきた。その反映が、上記第1・第2ステップである。しかし、そうすると、先行判断からして同等の実刑が相当とされる2人の被告人について、特段の処遇の必要のある、その意味で問題のある者は一部猶予となり、実刑の一部を割り引いてもらえるのに、そうした必要のない、とりわけ再犯のおそれが乏しく、社会復帰に問題が少ない者³⁹⁾は全部実刑を免れないことになる。それはアンバランスではないかという疑問もありうるところである。

そうした疑問に対して、今回の立法の全体的な構想を崩さない範囲で回答しようとするれば、一部猶予の適用により、刑事責任の評価を変更するものではなく、重罰化のみならず不当な寛刑化をも意図するものではないという立法者意思⁴⁰⁾が手掛かりとなろう。すなわち、一部猶予が、同じ事案で想定される全部実刑よりも、格段に軽くなるものであるならば、問題が多い者には適用され、

39) 前掲注24)で述べたように、軽い罪については、再犯のおそれが乏しければ、全部猶予となることが多いから、再犯のおそれが乏しい者に対しても一部猶予を適用すべきかを議論するにあたって主に念頭に置かれるのは、比較的重い罪を犯したため、実刑は免れない者となろう。

40) 前掲注3)に引用した各文献を参照。

問題が少ない者には適用されないというのは、確かにアンバランスである。しかし、立法者意思に従い、一部猶予としても、実刑部分の割引の程度と、猶予刑期を上回る猶予期間の保護観察の全体的負担に鑑み、少なくとも不当な寛刑化にはならない範囲で運用される限りで、アンバランス論を重視する必要はない（後述のように、一部猶予はそうように運用されるべきである）。

別の角度からいえば、例えば、同じ刑期2年であっても、通常の被告人に言い渡す場合と、再犯のおそれがない、ないし乏しい被告人に言い渡す場合では、やや意味合いが異なるという理解もありえよう。すなわち、前者の場合は、懲役2年の刑は、刑事責任の幅の中で、特別予防的考慮による軽減的調整をあまり行わない、つまり幅の中心に近い刑期として、言い渡されていると考えられる。それに対し、後者、つまり再犯のおそれが乏しいために（一部猶予ではなく）全部実刑となる者は、特別予防的情状の良好さが考慮されて、それなりの軽減的調整を受けた結果、2年の刑期となっていると考えられる。本来の、刑事責任の幅の中心の刑期は実はもう少し重いのに、再犯のおそれが乏しいことが考慮されて、そうした刑期になった以上、さらに一部猶予による実刑部分の割引を考える必要はないという見方もできよう。

こうしたことに加えて、再犯のおそれが乏しい者は、比較的早期の仮釈放も期待できることをも考慮すれば、アンバランス論は、相当程度に希釈される。従って、前記3つのステップによる判断に修正を加える必要はなく、再犯のおそれが乏しい者は第1ステップで、当面再犯のおそれはあっても、長期の保護観察によらずに更生可能と判断される者は第2ステップで、それぞれ除外され、全部実刑になるという理解で差支えないと考える⁴¹⁾。

Ⅲ 一部執行猶予の組立て——全部実刑からの「変形」のあり方

1 前提——保護観察付が原則であること

上記プロセスを経て、一部猶予が選択されることとなると、次に問題となるのが、一部猶予の組立てである。すなわち、刑期の実刑部分と猶予部分へ配分

や猶予期間の長さをどう組み合わせていくか、裁量的な保護観察を付与すべきかといった一連の判断を行うことになる。

まず、刑法上の一部執行猶予についても、保護観察の付与が大原則とされるべきである。一部執行猶予が、問題のある被告人に積極的な処遇を行おうとするものである以上、そもそも再犯防止のための必要性・相当性の判断ですでに、保護観察が前提に置かれることが通常であろう⁴²⁾。条文上、付与が裁量的とされているのは（刑法27条の3第1項）、必要的とすると、一切の例外がないことになるから、慎重な立場をとったものと解すべきである⁴³⁾。

2 「基本設定」の必要性

その上で、刑期の実刑部分と猶予部分へ配分や猶予（保護観察）期間の長さをどのように決めていくか⁴⁴⁾については、実務の運用がどうなるか、現状、不透明さの度合いが特に大きい。刑期の配分方法について、法律上は、形式的制約は設けられなかったから、例えば、全体刑期が1年6月であるとして、最初

41) 以上に対し、再犯のおそれが乏しい者に一部猶予が認められないのはアンバランスであるという疑問をより正面から受け止める場合、一部執行猶予の趣旨に、①問題のある犯罪者について施設内及び十分な長さの社会内処遇を行う制度としての面と並んで、②社会復帰に問題が少ない者を、裁判所の判断で早期に釈放する制度としての面を読み込むことも、理論上考えられる。すなわち、現在の量刑実務では、刑期は主に刑事責任の観点により決定され、特別予防的考慮による軽減の余地は小さいところ、一部猶予のねらいを、刑期により本来の刑事責任を表示し、また万一猶予中に再犯に及べば再収容されることを条件に、早期の社会復帰の可能性を大きく考慮して、実刑部分をかなり割り引ける選択肢を加えることに（も）求めるのである。これによれば、再犯のおそれが乏しい者については、一部猶予とした上で、実刑部分を、刑事責任から許される限りで大きく割り引き、かつ、猶予期間も比較的短いものとする運用が想定される。対象者の性質上、単純一部猶予も積極的に活用されることになろう。しかし、一部猶予に上記②の趣旨を（も）読み込む構想の難点は、今回の法改正は、再犯防止という関心により行われたことが明白であり、少なくとも、社会復帰が容易な者について刑事責任に応じた処罰（刑の執行）の要請を大きく緩和するという決断はなされていないことである。少なくとも制度の開始時において、直近の歴史的な立法者意思を離れた運用を行うことについて、コンセンサスを得ていくことは困難であり、上記②の問題意識の実現は、将来的な課題というべきである。

42) 太田・前掲注1) 42-43 頁参照。

の2月を実刑とし、残り1年4月の刑を猶予することや、逆に1年5月を実刑とし、最後の1月だけを5年間保護観察付猶予とすることも、直ちに違法ではない。しかし、一部猶予という刑が応えなければならぬいくつかの要請からすると、そのような過度に柔軟な判断はなしえないように思われる。

安定的な運用のためには、制度の施行前に、問題となるいくつかの要請をおおむねクリアする「基本設定」のイメージの共有が目指されるべきである。その際のアプローチとしては、刑事責任の評価を変更しないという要請が基本に置かれるべきである。すなわち、仮定的な全部実刑を想定し、それを出発点として、不当な寛刑化や厳罰化を回避しながら、一部猶予へと「変形」していく思考が現実的と思われる。そして、その中で、制度趣旨の合理的追求を考慮していくべきである。

3 「基本設定」のイメージ

(1) 試案の提示と説明

出発点となる全部実刑からの変形のあり方について、あくまで議論を促進するための暫定的なものとして、具体的数値を含めた試案を示せば、下記の表のようになる。

表にみるように、私見の基本設定イメージは、「仮定的な全部実刑から比較

43) 立案担当者は、「家族や仕事などの環境が整っており、……施設内処遇の後、一定の期間刑の執行が猶予された状態に置くこと自体によって、改善更生を期待できる者もある」と解説している（東山・前掲注1）36頁）。しかし、そうした者は、そもそも一部猶予による特段の処遇を要しないことが多いようにも思われる。上記の解説は、更生を促すのに、単純一部猶予の心理強制で足りる場合もあるという趣旨であろうが（瀬川ほか・前掲注1）185頁〔岩尾信行発言〕参照）、全部実刑としても、その執行終了後5年間は、全部猶予の欠格者として、再犯について実刑を免れない（さらに、累犯加重規定〔刑法56条、57条〕も参照）ことにより、一定の心理強制が働く。単純一部猶予に固有の心理強制は、再犯の実刑に、前刑の一部猶予分が加わることの効果にすぎず、あまり大きなものとはいえないように思われる。

44) 先行研究として、今井猛嘉「刑の一部執行猶予制度」法律のひろば66巻11号（2013）7-8頁、太田・前掲注1）32頁以下など。

「懲役 3 年」

→「懲役 3 年・うち実刑 2 年 4 月〔78%〕・猶予刑 8 月・猶予期間 2、3（、4）年」

「懲役 2 年 6 月」

→「懲役 2 年 6 月・うち実刑 2 年〔80%〕・猶予刑 6 月・猶予期間 2、3 年」

「懲役 2 年」

→「懲役 2 年・うち実刑 1 年 6 月〔75%〕・猶予刑 6 月・猶予期間 2、3 年」

「懲役 1 年 6 月」

→「懲役 1 年 6 月・うち実刑 1 年 2 月〔78%〕・猶予刑 4 月・猶予期間 2（、3）年」

「懲役 1 年」

→「懲役 1 年・うち実刑 9 月〔75%〕・猶予刑 3 月・猶予期間 1、2 年」

「懲役 8 月」

→「懲役 8 月・うち実刑 6 月〔75%〕・猶予刑 2 月・猶予期間 1（、2）年」

「懲役 6 月」

→「懲役 6 月・うち実刑 4 月〔67%〕・猶予刑 2 月・猶予期間 1（、2）年」

的小さい一部、おおむね 2 割強を切り取り、事実上 3 年程度を上限とする猶予（保護観察）期間に回す」というものである。それに至った思考プロセスは、次のようなものである。

まず、実刑部分と猶予部分の配分にあたり、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以上、実刑部分を余り短くするのは、不当な寛刑化となりかねない。それゆえ、割引は相応に控えめにならざるをえない⁴⁵⁾。

45) 宣告刑が表現する刑事責任に応じた現実の執行要請と特別予防的考慮からの社会内処遇への移行の要請の折合いが問題となるという意味で類似性がある仮釈放（刑法 28 条以下）が、事実上、刑期の 8 割、9 割の執行後でないと行われないことを、一部猶予の実刑部分のあるべき割合を考える際に援用できるかは、1 つの問題である。そのことを認めてしまうと、実刑部分についてさらに仮釈放が法律上可能であること（実際にも運用が望まれる。例えば、今福・前掲注 1）259 頁）の説明に窮することにならないか、疑問も生じるからである。

また、施設内処遇に必要な期間としても、例えば、薬物事犯者に対する処遇プログラムとして実施される集団指導は、それ自体は数か月で済むとしても、入所時期と開講時期のズレや編入審査の必要性等から、刑執行開始後直ちに始められるとは限らず⁴⁶⁾、しかも、具体的なタイミングは判決時には予測不可能であることを考えると、ある程度の余裕を持った実刑刑期を残しておくことが要請されよう。

次に、そうした実刑割引期間に見合う猶予（保護観察）期間の設定に際して、一部執行猶予は、全部執行猶予とは異なり、服役を免れるわけではなく、相当期間の施設内処遇を受けなければならないのに、それに加えて、相当期間の社会内処遇（特に保護観察）が実施されることに鑑みると、実刑刑期が割り引かれても、それにより格段には軽くならないことが重要である。つまり、例えば懲役4月の刑が全部猶予されることによる軽減のインパクトと、懲役1年6月のうち4月が猶予されることによる軽減のインパクトは、同等ではないということである。そうしたことからすれば、例えば、懲役4月を4年又は5年間全部執行猶予とすることが——異例ではあるが——許されないわけではないとしても⁴⁷⁾、懲役1年6月のうち4月を4年、5年といった長期の保護観察に回すことによって、刑全体として、実質的な重罰化が生じうることに、つとに留意しなければならない。その見地から、猶予（保護観察）期間は、事実上3年を上限とする運用で満足すべきではないか、と現時点では考えている⁴⁸⁾。

もとより、それでは一部猶予の制度趣旨が実現できないというならば、全体

46) 太田・前掲注1) 32頁を参照。

47) 裁判例の調査・分析として、太田・前掲注1) 37頁。

48) なお、4年、5年といった長期の猶予（保護観察）期間を設定したければ、それと均衡がとれるように猶予刑期を長くとり、つまり実刑部分を大きく割り引けば、負担の総量という意味では辻褄が合うだろう。しかし、実刑刑期は、それ自体として、全体刑期からかけ離れることにより、刑期による刑事責任に応じた非難明示の真剣さを失わせかねないという意味で、他で埋め合わせができない固有の価値を有するとも考えられる。また、処遇の面でも、長期の猶予（保護観察）期間が望まれるような問題のある被告人につき、実刑期間を大きく割り引く判断には疑問もあろう。

の組立てを考え直す必要があろうが、2、3年の社会内処遇期間であれば、仮釈放の現在の運用では実現することが全く困難な期間を確保できているし、出所後の累積再入率は3年以内までの伸びが特に大きいこと⁴⁹⁾にも一応対応できている。「念のためより長く」という考慮はありうるものの、限りある保護観察のリソースを大切に使い、メリハリのある処遇を実施するという観点から、ある程度のところで満足すべきであろう。なお、法律上は可能である猶予期間の一部をほとんど使用しない運用は、全部執行猶予について、1年、2年といった猶予期間はかなり例外的であること⁵⁰⁾に照らして、異例のものではないことを付言しておく。

(2) 全体刑期の上乗せの要否・当否

ところで、量刑実務上、実刑か猶予か迷って猶予とする場合、実刑とする場合よりも刑期を上乗せする（多くは求刑通りとする）慣行がある。とすると、一部執行猶予も、猶予部分に限ってみれば全部猶予と同じ構造だとすれば、例えば、「懲役1年6月の実刑」を一部猶予に変形する際、実刑部分を1年2月とするのであれば、全体刑期をやや上乗せして、例えば、「懲役1年10月・うち実刑1年2月・猶予刑8月」などとするのが自然と思われるかもしれない⁵¹⁾。

たしかに、少なくとも、一部執行猶予の組立てが全体として刑事責任の範囲内での特別予防の合理的考慮にとどまる限り、不当な量刑として破棄すべきものとははいえない。

しかし、本稿では、一部執行猶予の場合、全部執行猶予とは扱いを異にする十分な理由があることを主張しておきたい。

すなわち、全部猶予の場合に刑期を上乗せする理由としては、全部猶予は、

49) 今福章二「更生保護と刑の一部執行猶予」更生保護学研究3号（2013）26頁。法務省法務総合研究所編・前掲注19）149頁以下も参照。

50) 最高裁判所事務総局刑事局「平成25年における刑事事件の概況（上）」法曹時報67巻2号（2015）145頁図表108（2013年は、1年以上2年未満0.0%、2年以上3年未満2.7%）。

51) 立案当局は上乗せを前提としていたようである（法制審議会・被収容人員適正化方策に関する部会第22回会議議事録20頁）。検討として、太田・前掲注1）61頁。

服役を免れることにより刑が格段に軽くなることとのバランス上、つまり、刑期が示す本来の刑事責任による非難の真剣さを保ち、刑の感銘力を維持するために、責任刑の幅の範囲内で重めの刑を選択する点が本質的であろう⁵²⁾。しかし、一部執行猶予は、前述のように、相当期間の服役に加えて、「十分な」期間の社会内処遇（特に保護観察）を受けなければならないことに鑑みると、刑期の一部が猶予されることにより、少なくとも「格段に」軽くなるものではない。とすれば、刑期を上乗せしてまでバランスをとる必要は乏しいのではないか⁵³⁾。

それどころか、全体の組立てに注意しなければ、実質的な重罰化として、不当な量刑となりかねないことが、つとに警戒されなければならない。つまり、刑期の上乗せは、ややもすれば、例えば、従来の実刑1年6月を、実刑期間1年6月を維持したまま、刑期を付け足して1年10月などとし、付け足し分の4月を猶予して保護観察を行うといった、保安処分（満期後の行状監督）的な運用と紙一重となる。そうした運用に対する懸念⁵⁴⁾にもかかわらず、立法者は、

52) 小池・前掲注4) 39頁参照。

53) 刑期の上乗せを行わないことの実践的問題は、特に全体刑期が短い場合に、猶予刑期が非常に短くなり、取消しの場合にきわめて短期の再収容を帰結しうることであろう。ただ、問題が生じる場面は限られることに注意を要する。すなわち、多くを占めることが予想される、再犯による必要的取消し（刑法27条の4第1号）の場合、再犯の刑に（併せて）服するから、猶予刑が短くても支障はない。保護観察の遵守事項違反による裁量的取消し（刑法27条の5第2号）の場合でも、内実が再犯であり、再犯の判決確定が猶予期間の経過後になることが予想されるために、遵守事項違反として構成する場合も同じである。上記の問題が生じるのは、それ以外の純然たる遵守事項違反による取消しの場合に限られるのである。その頻度は、要件が全部猶予（刑法26条の2第2号）のように「情状が重いとき」に限定されていないことから、高まる可能性もあるが、機械的な取消しが想定されているわけではなく（太田・前掲注1）111頁参照）、施行後の運用を見守る必要がある。さらに、裁量的取消しの可能性について、再収容による再矯正自体を重視するか、あるいは、一部猶予期間中の保護観察の実効性確保の手段と割り切り、再収容期間自体は短くてもよいと考えるかも問題となろう。

54) 例えば、井上宜裕「刑の一部執行猶予」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』（2012）169-170頁。

「刑事責任の評価を変えるものではない」「重罰化にはならない」と説明して、制度を導入したのである。全部実刑の一部執行猶予への変形のあり方を考えるにあたっては、そうした経緯に十分配慮することが求められよう。

4 個別事案における調整

以上で述べてきたように、本稿の想定する一部執行猶予の組立ては、責任相当性の評価が先行する特定刑期の全部実刑を、不当な寛刑化や重罰化を回避しながら「変形」というもので、しかも、その基本設定は、ある程度パターン化されるというものである。

もっとも、当然のことではあるが、一定割合で固定というわけではなく、基本設定をベースに、個別事案における調整を加えていくことを想定している。その内容としては、①実刑刑期と猶予刑期の配分を、施設内処遇に必要な期間、及び、社会内処遇の開始可能時期などを考慮しながら調整することと、②猶予（保護観察）期間を、社会内処遇として必要な、一応の更生の目途がつくまでに必要と思われる期間の長さを考慮して調整することが考えられる。

ただし、強調しておきたいのは、少なくとも判決前調査がない現行の刑事裁判において、こうした調整を、科学的に精密な判断として行うことは不可能であるということである。全部実刑か一部猶予かの判断自体は、具体的な犯罪傾向への対処のために、仮釈放では困難な、十分な期間の社会内処遇期間を用いた積極的処遇をするか、それともしないかの「大きな選択」として、特別予防的考慮により行いうるであろうし、それを可能とする程度の情状審理はぜひとも行われなければならない。それに対し、施設内処遇に必要な具体的期間、社会内処遇を開始しうる具体的時期、保護観察による処遇を行うことが必要な具体的期間をピンポイントで判断する能力は、現行制度下の裁判所に期待してよいものではないように思われる。それゆえに、実刑部分・猶予部分の配分の調整は、あくまで「微調整」ととどめるべきである。また、猶予（保護観察）期間の決定も、全体刑期からしてありうる2つ、せいぜい3つの年単位の選択肢から、再犯のおそれなどの大まかなランク付けに応じて選択するということに

なろう。

おわりに

最後に、本稿の主張の要点を箇条書き的にまとめておこう。

第1に、一部執行猶予は、実刑部分を含む紛れもない実刑の一種であるから、全部猶予と全部実刑の中間刑という理解には依拠せず、先行判断として、実刑相当性の熟慮を行うべきである。

第2に、一部執行猶予は、実刑の一種でありながら、施設内処遇及び仮釈放では困難な十分な長さの社会内処遇（保護観察）による再犯防止という制度趣旨を追求するために、その内容の一部を変容させたもの（「特別予防のための実刑のヴァリエーション」）である。そうした理解から、全部実刑か一部猶予かの選択は、少なくとも主として、特別予防的考慮により行うべきである。

第3に、上記特別予防的考慮（再犯防止のための必要性・相当性の要件）の内容としては、①再犯のおそれがある被告人について、②その原因となる具体的な犯罪傾向への対処方法として、仮釈放では困難な比較的長期の社会内処遇期間を確保することで可能となる有用な処遇を、現行制度上の処遇メニュー（とりわけ専門的処遇プログラム）を前提に想定した上で、③そうした処遇が、被告人の更生意欲・環境などに鑑み、実効的に実施できるかを問題とすべきである。法の趣旨に鑑み、薬物使用者については、ある程度類型的に捉えていくべきであるが、それ以外については個別性の強い判断となる。なお、上記判断の際、刑法上の一部猶予についても保護観察の付与を大原則とすべきである。

第4に、一部執行猶予を選択する場合のその組立てに関しては、仮定的な全部実刑を、不当な寛刑化や厳罰化を回避しながら一部猶予へと「変形」する思考が現実的である。安定的な運用のために、「基本設定」のイメージの共有が目指されるべきところ、全部実刑のおおむね2割強を、事実上3年を上限とする猶予（保護観察）期間に回す運用が考えられる。猶予（保護観察）期間の設定や全体刑期の上乗せの要否・当否を考える際には、一部執行猶予は全部猶予

とは異なり服役を全く免れるものではない以上、刑期の一部を猶予されることで刑は格段には軽くならないことを踏まえ、実質的重罰化にならないように配慮すべきである。また、刑期の配分や猶予期間の調整に際しては、処遇期間としての必要性を考慮するが、現行の刑事手続を前提とすれば、科学的に精密な判断ではないことを自覚すべきである。

末尾に、本稿に基づく一部執行猶予をめぐる判断プロセス（試案）をチャート図の形で示す。併せて参照していただければ幸いである。

【追記】脱稿後に、坂田正史「〔第27条の2～第27条の7前注〕」「第27条の2」「第27条の3」「第27条の4」「第27条の5」「第27条の6」「第27条の7」「薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部執行猶予に関する法律」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第1巻』（2015）678-708頁に接した。

一部執行猶予をめぐる量刑判断のプロセス（試案）

