

# 刑の一部執行猶予制度導入による量刑の細分化

## ——刑の執行猶予の存在意義の観点からの考察——

関西大学法学部准教授 永田 憲史

### 〈目 次〉

- 1 はじめに
- 2 量刑の細分化
- 3 被収容人員の適正化の目的
- 4 刑の執行猶予の刑事政策的意義及び存在意義
- 5 控訴審に与える影響

## 1 はじめに

法制審議会総会第149回会議（平成18年7月26日開催）は、法務大臣の諮問第77号の調査審議のために<sup>(1)</sup>、被収容人員適正化方策に関する部会（以下、「部会」とする）を設置した。同部会は、第26回会議（平成21年12月22日開催）において法制審議会総会へ報告する要綱（骨子）案を決定した。これを受けて、法制審議会総会第162回会議（平成22年2月24日開催）は、刑の一部の執行猶予制度の導入及び保護観察の特別遵守事項の類型に社会貢献活動を加えるための法整備に関する要綱（骨子）を法務大臣に答申することを決定した。

本稿は、要綱（骨子）に含まれる刑の一部の執行猶予制度（以下、「一部執行猶予」とす

る）に焦点を当てる。

なお、本稿執筆段階では、未だ法律案に接することができないため、要綱（骨子）を素材に検討を行なう。

## 2 量刑の細分化

まず、一部執行猶予制度導入の意義について、指摘しておくこととしたい。

一部執行猶予は、実刑と従来の刑の執行猶予（刑法25条。以下、一部執行猶予と区別するため、「全部執行猶予」とする）との間の中間的刑責に対応する中間的量刑の創設を目指すものである<sup>(2)</sup>。

部会においては、宣告刑のうちどの程度の期間を刑の執行猶予（以下、「執行猶予」とする）とするかについて具体的な議論はなされなかった<sup>(3)</sup>。実務上、2月単位で宣告刑が言い渡されることが多く、きめ細かな量定を行なうという観点に合うことから、宣告刑のうち2月単位で執行猶予となし得ると考えるべきである。これにより、懲役2年と懲役1年10月の間に、懲役2年、うち2月を例えば1年一部執行猶予とする中間的量刑が誕生することとなる<sup>(4)</sup>。すなわち、量刑の細分化

(1) 諮問第77号は、「被収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可否、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。」としていた。

(2) 被収容人員適正化方策に関する部会第19、22回議事録。

(3) 事務当局は裁判所の裁量であるとしている。被収容人員適正化方策に関する部会第18回議事録。

が図られることとなるのである。

このような中間的刑量の創設に対して、単に実刑を減軽すれば足りるとの考え方もあり得よう。しかし、中間的刑量の創設により、行為責任や行為者の事情に合わせて、これまでよりもきめ細かな量定を行なうことができるようになるため、一部執行猶予の導入は望ましいと考えられる。

### 3 被收容人員の適正化の目的

次に、一部執行猶予制度導入の目的について、考察したい。

部会の名称からも窺われるように、一部執行猶予は、被收容人員の適正化を目指すものである。これは次の2つの側面からも強く看取される。

第一に、部会の審議においては、施設内処遇と社会内処遇の連携について再三言及されているものの<sup>(5)</sup>、薬物事犯を除けば、一部執行猶予に必要な保護観察が付されるわけではない(同要綱(骨子)第一—2、同二2)。それゆえ、一部執行猶予は、自由刑の執行を保護観察で実質的に代替するものではなく、単に施設内処遇の負担を軽減することを意図したものであると言える。

第二に、行政官庁が受刑者の改悔の状を判断する仮釈放(刑法28条)とは異なり、一部執行猶予は、従来の全部執行猶予同様、裁判所が被告人の受刑以前にその適否を判断する(同要綱(骨子)第一—1、同二1)。それゆえ、仮釈放に比べて改善・更生の効果は低いと言わざるを得ない。一方で、仮釈放とは異なり、所定の期間が経過すれば必ず釈放されることとなるため、平均的な仮釈放の時期よりも早い段階で執行猶予とされることとなれば、被收容人員を抑制することにつながる。

この意味で、一部執行猶予は、改善・更生の効果を後退させる一方で、被收容人員を抑制することを優先するものであると分析できる。

それゆえ、これらからすれば、たとえ2月であっても執行猶予とし、被收容人員の適正化に努めるべきこととなる。従来、全部執行猶予の対象となっていた事案が一部執行猶予となって重罰化し、被收容人員の適正化という目的が達成できないという事態が生じないよう、裁判所は留意しなければならない。このことは、裁判員裁判においても同様である。

もっとも、部会においては、各種の犯罪類型などにおいて、宣告刑のうちどの程度の期間を執行猶予とすれば、被收容人員の適正化がどの程度なされるのかについてのシミュレーションは示されなかった。

ところで、部会においては、執行猶予の存在意義及び控訴審に与える影響について全く議論されなかった。以下、本稿では、執行猶予の存在意義を分析し、それを踏まえて控訴審に与える影響について検討することとしたい。

### 4 刑の執行猶予の刑事政策的意義及び存在意義

我が国においては、刑ノ執行猶豫ニ関スル法律(明治38年法律第70号)により、全部執行猶予が導入された。

全部執行猶予の導入に当たっては、「犯罪者をして犯罪のある所、忽ち責罰の必到を免れざるを確認するに至らしむること最も犯罪豫防を講ずるの必要手段なり」との考え方から、執行猶予が「一回は無回なり」としてしまおうと、思い掛けず犯罪の増加を奨励するものであると主張する有力な反対論があった<sup>(6)</sup>。

これに対して、全部執行猶予の刑事政策的意義が語られてきた。最高裁も、自由刑に対

(4) 不利益変更禁止(刑訴法402条)の「原判決より重い刑」の解釈として、具体的総合的判断方法が現在の判例(最大判昭26年8月1日刑集5巻9号1715頁。最決昭55年12月4日刑集34巻7号499頁参照)であり、「刑」の軽重の判断において、主刑及び付加刑(刑法9条)、執行猶予、保護観察、未決勾留日数の算入などが斟酌されなければならないとされている。藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第6巻 [第351条~第434条]』(青林書院、1996)466頁[原田國男]、伊藤榮樹ほか『新版 注釈刑事訴訟法 [第6巻]』(立花書房、1998)367頁[香城敏磨]。それゆえ、一部執行猶予制度の導入により、宣告刑、宣告刑のうち執行猶予とされる期間、執行猶予期間、保護観察の有無などの組み合わせによっては、刑の軽重の判断に苦しみ場面が多数生じることが予想される。

(5) 被收容人員適正化方策に関する部会第18、19、20、22、25回議事録。

## ●特集・刑の一部執行猶予制度導入の動き

する「刑の執行猶豫の制度は、犯罪の情状比較的軽く、そのまゝにして改過遷善の可能性ありと認められる被告に對しては、短期自由刑の實刑を科することによつて、被告人が兎もすれば捨鉢的な自暴自棄に陥つたり、刑務所内におけるもろもろの悪に汚染したり、又は釋放後の正業復歸を困難ならしめたりすることのないように、刑の宣告をする裁判所が、刑の宣告と同時に、一定期間刑の執行を猶豫することを言渡すものである。そして、一方においては、執行猶豫の言渡を取消されることなく無事に猶豫期間を經過したときは、刑の言渡は終局的にその効力を失うものとして、被告人の改過遷善を助長すると共に、他方においては、被告人が再び犯罪を行つたごとき場合には、いつでも執行猶豫の言渡を取消し實刑を執行すべき警告をもつて、被告人の行動の反省と謹慎を要請しているのである。すなわち、これによつて刑罰の目的を妥當に達成せんとする刑事政策的配慮を多分に加味したものであることは、言うを待たない」と判示している<sup>(7)</sup>。すなわち、短期自由刑の弊害を回避すること（消極的意義）と、刑の執行を行なわないものの、執行猶予の取消しの可能性を背景に犯罪予防を図りつつ、犯罪者の社会復帰を促進すること（積極的意義）が意図されてきたのである<sup>(8)</sup>。

このように、全部執行猶予の刑事政策的意義として、全部執行猶予とした場合の効果がこ

れまで主張されてきた。これに対して、全部執行猶予の制度自体の存在意義については、あまり触れられてこなかったように思われるので、ここではその点を指摘することにした<sup>(9)</sup>。

実務上、全部執行猶予を相当とする具体的情状として、犯行後の情状、再犯可能性、刑の執行による弊害、前科前歴関係、事実上の制裁などが考慮されてきた<sup>(10)</sup>。このうち、特に被害弁償や示談の成立が重視されること少なくない<sup>(11)</sup>。このことは、実務上、広く認識されており、全部執行猶予が言渡されることを目指して、例えば、弁護人が被告人に被害弁償を勧めたり、示談を成立させるべく努力したりすることは多く見受けられることから窺われる<sup>(12)</sup>。我が国においては、現行法上、被害弁償を端的に命ずる刑事制裁が存在しないこともあって<sup>(13)</sup>、量刑選択に際して、被害弁償の有無や程度が斟酌されるため、執行猶予の制度自体に被害弁償を強く促進する効果があると言ってよい。被害弁償の促進効果は、刑事訴訟や刑罰一般にも内在すると言えようが、量刑上重視されることからすれば、最も大きな効果を有するのが全部執行猶予であると言ってよいと思われる。そして、このような効果は、全部執行猶予とされたか否かにかかわらず、ひとたび有罪判決が確定してしまうと、その動機が失われることによって、低減することになると考えられるため、全部執行猶予とした場合の効果たる

(6) 小河滋次郎『刑法改正案ノ二眼目——死刑及刑ノ執行猶豫——再版』（明法堂、1903）46頁。もっとも、全て否認しようと考えていたわけではなく、やむを得ず導入するのであれば、未成年者に限定して適用することを提唱していた。同44-45頁。

(7) 最判昭24年3月31日刑集3巻3号406頁。

(8) 学説として、例えば、宮内裕『執行猶予の実態』（日本評論社、1957）1頁、西村克彦「刑の猶予と保護観察」日本刑法学会『刑法講座 第1巻』（有斐閣、1963）190頁以下、191頁。

(9) 拙稿「コメント『植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題——併せて、罰金刑に関する若干の問題』」判タ1282号（2009）56頁以下、56-57頁。

(10) 植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題(2)——併せて、罰金刑に関する若干の問題」判タ1281号（2009）150頁以下、155頁。

(11) 植野・前掲注(10) 155-156、158頁。

(12) 刑事弁護実務の観点から、被害弁償や示談に関わる諸問題を解説したものとして、松本正幸ほか編著『情状弁護ハンドブック』（現代人文社、2008）25-39頁。

(13) アメリカ合衆国の刑事制裁としての被害弁償命令については、拙稿「刑事制裁としての被害弁償命令(二)・完」論叢153巻2号（2003）112頁以下、112-132頁、ニュージーランドの刑事制裁としての被害弁償については、同「ニュージーランドにおける刑事制裁としての被害弁償——我が国における損害賠償命令制度導入の際の議論を契機として——」関法59巻3=4号（2009）405頁以下、423-444頁。

意義と区別して考察するべきである。

こうした被害弁償を強く促進する効果は、民事訴訟などを経ることなく、被害回復を迅速に図ることになる。また、被収容人員の適正化という目的に資することになるため、肯定的に評価されてよい。逆に、被害弁償の必要性がありながら、被害弁償が全く又は十分になされていないにもかかわらず、安易に全部執行猶予とされることになれば、被害弁償の動機付けを失わせ、被害回復を抑制することになり、妥当でない。

もちろん、このような効果は、被害弁償だけでなく、再犯可能性の低減化などのあらゆる情状に当てはまる。つまり、全部執行猶予の存在意義として、被告人の情状を好転させるあらゆる取組みを促進する効果があると言えるのである。

そして、被告人の情状を好転させるあらゆる取組みを促進するという全部執行猶予の存在意義は、一部執行猶予においても変わるところはないため、一部執行猶予の存在意義として同様に考えることができる。例えば、一部執行猶予の導入により、これまで全部執行猶予の対象とされず、宣告刑の軽減の対象ともされなかった程度の部分的な被害弁償により一部執行猶予とされようになれば、従来以上に執行猶予が被害弁償を促進することが予想される。この点においても、一部執行猶予の導入は肯定的に評価できるのであり、この存在意義の観点からも、既に述べたように、宣告刑のうち2月単位で執行猶予とする実務慣行を確立すべきである。そして、このことは、被収容人員の適正化の目的にも適うものである。

## 5 控訴審に与える影響

### (1) 裁判員裁判非対象事件の控訴審

まず、控訴審のうち、裁判員裁判非対象事件の控訴審を検討することとしたい。

周知の通り、控訴審においては、原判決を破棄する場面として、いわゆる1項破棄(刑

訴法397条1項)と2項破棄(同法397条2項)の2種類がある。

このうち、一部執行猶予の導入後しばらくの間、一部執行猶予に関する量刑相場が形成されるまでは、1項破棄も少なくないであろう。しかし、量刑相場が形成されれば、次第に1項破棄は減少するであろう。それゆえ、一部執行猶予の導入後も、従来と同様、2項破棄の適否が控訴審の判断の多数を占めよう。そして、2項破棄の理由として、原判決後に被害弁償や示談がなされたことによる量刑不当が中心となることもこれまでと同様であろう。

問題となるのは、原判決後に一部の被害弁償がなされた場合、控訴審がこれを斟酌して一部執行猶予となし得るかである。古くから、控訴審の量刑審査は点の審査ではないとされ、量刑の著しい不均衡の是正の役割を担ってきた<sup>(14)</sup>。そのため、それほど多くない被害弁償では、量刑不当として破棄するほどの刑責の変化が乏しく、未だ原判決の裁量の範囲内に留まる<sup>(15)</sup>として、量刑不当として破棄するほどではないと控訴審が評価する可能性がある。

このような考え方を支持する別の事情として、検察官が控訴を申し立てず、検察官以外の者が控訴を申し立て、控訴審において原判決が破棄されれば、控訴申立後の未決勾留日数の全部を法定通算しなければならなくなる<sup>(15)</sup>。それほど多くない被害弁償により、原判決を破棄し、一部執行猶予とすることで、控訴申立後の未決勾留日数の全部が通算されることが被告人を不当に利すると考えられなくもない。特に、一部執行猶予とする期間が短ければ短いほど、そのような感覚への支持は強まる。

しかし、原判決後にそれほど多くない被害弁償がなされた場合に控訴審がこれを斟酌せず、控訴棄却とするならば、原判決後に全部執行猶予又は実刑の軽減に至らない程度の一部の被害弁償を行なう動機付けが失われることとなる。このことは、被告人だけでなく、

(14) 横川敏雄『刑事控訴審の実際』(日本評論社、1978)179-180頁。

(15) 弁護人も被告人の利益と捉えているようである。松本ほか編著・前掲注(12)104頁参照。

## ●特集・刑の一部執行猶予制度導入の動き

被害者にとっても不利益となりかねない。一部執行猶予の存在意義である被害弁償の促進を害することになってしまう。そして、未決勾留日数の全部の法定通算の問題とは区別すべきである。

そこで、一部執行猶予の存在による被害弁償の促進の観点から、従来以上に柔軟に2項破棄を認めるべきである。

そして、実刑の原判決を破棄して一部執行猶予としたり、一部執行猶予の原判決を破棄して一部執行猶予の期間をより長いものとしたりした場合の控訴申立後の未決勾留日数の算入については、刑法495条2項を改正して、任意的とし、一部の通算も認めることとすれば被告人を不当に利することを避けられる。そもそも、控訴申立後の未決勾留日数の全部が通算されるのは、かかる勾留が被告人の責に帰せしむるべきでないためであるとされている<sup>(16)</sup>。本来、被害弁償は、犯行後直ちに、少なくとも原判決の言渡し前に行なわれるべきである。原判決後に被害弁償がなされれば、原判決を破棄してより適切な宣告刑が選択されなければならないが、控訴申立後の手続負担の全部又は一部を被告人に帰すことは不当ではないため、刑法495条2項の改正は許されよう。控訴申立後の未決勾留日数の算入の可否又は程度については、例えば、原判決前の被害弁償や示談成立の可能

性、新たに一部執行猶予とされた期間などを総合衡量して判断することとすればよい。

このように、一部執行猶予の導入と刑法495条2項の改正を合わせて行なうことによって、控訴審においても、被害弁償の促進とともに被収容人員の適正化を図ることが可能となる。これにより、控訴審の2項破棄の範囲は従来よりも拡大することとなる。

### (2) 裁判員裁判対象事件の控訴審

次に、裁判員裁判対象事件の控訴審を検討することとしたい。

裁判員裁判の控訴審の審理は、よほど不合理であることが明らかな場合を除き、裁判員が加わった裁判体の判断を尊重すべきとする見解が有力である<sup>(17)</sup>。2項破棄についても、裁判員が加わった裁判体の判断を尊重する考え方と整合しないため、わずかな刑期の短縮は反映すべきでないとする見解もある<sup>(18)</sup>。

もっとも、2項破棄については、原判決後に生じた事情をもとになされることを理由に、1項破棄に比べて、控訴審がより広い裁量を有するという見解も少なくない<sup>(19)</sup>。

ここでもまた、被害弁償の促進と被収容人員の適正化という観点から、原判決後の被害弁償や示談を理由とした2項破棄により、一部執行猶予とする余地を広く認めることが妥当である。

(ながた・けんじ)

(16) 藤永幸治ほか編『大コメンタール刑事訴訟法 第7巻 [第435条～第506条]』（青林書院、2000）387-388頁 [近藤康利]、伊藤榮樹ほか『新版 注釈刑事訴訟法 [第7巻]』（立花書房、2000）347頁 [増井清彦]。

(17) 大澤裕ほか『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』司法研究報告書61輯2号（2009）113-115頁、東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会〔つばさ会〕「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判タ1288号（2009）5頁以下、7、15-17頁、東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判タ1296号（2009）5頁以下、11-13頁、高橋省吾「裁判員裁判と判決書、控訴審のあり方——司法研究報告書を素材として——」刑ジャ19号（2009）32頁以下、36頁、中川博之「裁判員裁判と量刑」刑ジャ21号（2010）8頁以下、12頁。ほぼ同旨のものとして、原田國男「裁判員制度における量刑判断」現刑6巻5号（2004）47頁以下、56頁 [『量刑判断の実際 [第3版]』（立花書房、2008）所収、351頁以下、364頁]、池田修『解説裁判員法——立法の経緯と課題 [第2版]』（弘文堂、2009）137頁。

(18) 中桐圭一「裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方5 量刑の審査」判タ1275号（2008）66頁以下、72頁、中川・前掲注(17)12頁。

(19) 石井一正『「裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方」の連載終了に当たって』判タ1278号（2008）22頁以下、30-31頁、大澤ほか・前掲注(17)115頁、東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注(17)17頁、池田・前掲注(17)137頁。もっとも、池田137頁は、公判前整理手続において量刑事情についても主張と証拠の整理がなされ、量刑についても裁判員の意見を反映することが裁判員制度の趣旨である以上、従来は第1審判決後に行なわれることも少なくなかった被害弁償や示談についても、第1審の段階で行なっておくべきとの要請が強まるとする。しかし、この考え方には被害者の利益の観点が欠けていると言わざるを得ない。