

Title	執行猶予と幅の理論
Sub Title	StrafAussetzung zur Bewahrung und Spielraumtheorie
Author	原田, 國男(Harada, Kunio)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.1- 18
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0001

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.

執行猶予と幅の理論

原 田 國 男

- 1 はじめに
- 2 死刑と幅の理論
- 3 執行猶予と幅の理論
- 4 小池説
- 5 樋口説
- 6 執行猶予の刑期の上乗せ
- 7 執行猶予と未決勾留日数の算入
- 8 まとめ

1 はじめに

幅の理論とは、「なされた犯行の重大性（責任の重さ）を「基礎」としつつ、それに予防的考慮を「加味」して最終的な刑量を決する見解」である¹⁾。ドイツの判例・通説であり、わが国でも裁判員裁判で一般的に採用されている見解である。わが国では、反対論も有力で、この幅の理論は、通説とまではいえないが、かなり有力な多数説といえるであろう。犯情により責任の幅を定め、その幅の中で一般情状を考慮して刑量を決定する。犯情としては、犯行の手段方法、結果の程度態様、共犯関係など、犯罪事実自体のほか、これと密接に関連する事項として、犯行の誘因、直接的な動機、犯行準備の状況、被害者側の行

1) 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）——日独における最近の諸見解の検討を中心として——」『慶應法学』6号（2006）12頁以下が詳しい分析を示している。

為ないし事情、被告人の事後の行動ないし心情、犯罪の社会的影響等が挙げられる。一般情状としては、被告人の年齢、前科前歴ないし生活史、健康状態、家庭環境、生活状況など、被告人の属性とみられる因子と、被害弁償、謝罪の努力、示談の成否ないし被害感情の強弱、社会事情の推移、関連法規の変動など、被害者及び社会一般の側の状態を示す因子が挙げられる。

反対説は、消極的責任主義を主張し、「責任なければ、刑罰なし」という原理は、犯罪の成否だけではなく、量刑にあたっても妥当するから、責任刑は単なる上限であり、予防的な必要性に応じて量刑をすべきであるとする²⁾。責任の下限を設定し、これを下回る量刑を認めないのは、まさに、「責任あれば、刑罰あり」との積極的責任主義にほかならないというのである。刑法改正作業の過程で、平野龍一を中心とする全面改正反対派から、この消極的責任主義が標榜され、この考え方が、量刑論にも波及し、前記のような考え方を生んだのである。この考え方は、今日でもなお有力であるが、裁判実務では取り入れられておらず、むしろ、幅の理論が裁判員裁判の導入に伴い一般的な量刑の考え方として全国に流布していった。

この幅の理論については、責任とは何か、応報とは何かという概念的な理念を裁判員に説明するより、その実質的な機能を説明するほうが分かりやすいと思われる。いくどか紹介しているが、この点で、鹿野の説明が優れている³⁾。鹿野は、その実質の意味について、①「行為を離れた人的要素の排除である。行為者（犯罪者）の行為以外の人的要素については、どのような人的要素を取り上げ、それをどう評価するかについて評価者の主観が大きく入る余地が生じ、恣意的な評価がなされる危険性があるから、それを避けるため、「同じ犯罪行為をした者には同じような刑を与える」ことにしようとするのである。」、②「時間的な区別の徹底である。(a)過去の事実はある程度確定的に評価でき、その評価の相当性について議論もできるが、将来の事実はあくまでも予想でしか

2) 城下裕二『量刑基準の研究』（1995）116-117頁。

3) 鹿野伸二「刑法50条（確定裁判の余罪の処断）における量刑について」『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（2010）562-563頁。

ない不確定なものであるから、不確定なものは排除する、ないし枠内での二次的な要素とするという意味である。(b)犯行自体の罪の重さはその時点で決まるべきものであって、行為後の事情によってこれを変えないという意味である。」という。本稿も鹿野のこの説明を前提として以下論じることにした。

2 死刑と幅の理論

私もこの幅の理論を採用しているが、幅の理論によりうまく説明できるのか疑問に思った点が2点あった。死刑と執行猶予である。責任相応刑が死刑しかないような事件については、責任の幅はいわば閉じてしまい、一般情状を考慮して無期刑とすることができないのではないかという問題であり、執行猶予は、その軽さからして常に責任相応刑の下限を下回るものなのではないかという問題である。いずれも、幅の理論では説明できないのではないかという共通の疑問である。前者については、私見は、責任相応刑である死刑を下回る無期刑も可能であるとして、犯情により死刑を選択し、一般情状により死刑を回避するというものである⁴⁾。すなわち、(1)犯情のみにより死刑が選択できるか否かを判断し、一般情状は、死刑を回避する方向でのみ考慮すべきである。(2)犯情により死刑を選択できなければ、死刑適用の余地はない。犯情から死刑が選択できないのに一般情状である被害者遺族の被害感情が極めて強い、被告人の改善更生の可能性がない、反省していないという理由で死刑を選択すべきではない。(3)犯情により死刑が選択できても、一般情状により死刑を回避すべきときは、死刑の適用はない。この考え方は、今では、多くの支持を得ていると思われる。判例でもこの判断枠組みを採用したと思われるものがでてきている⁵⁾。

4) 原田國男『裁判員裁判と量刑法』(2011) 141-153頁。

5) 裁判員裁判の死刑第1号事件の横浜地判平成22年11月16日LEX/DB25470446や最近のものでは大阪地判平成27年6月26日判時2280号136頁がある。

3 執行猶予と幅の理論

そこで、執行猶予の問題である。拙著では、この点を留保していた⁶⁾。

殺人罪のような重い犯罪でも、介護疲れによる殺人等については、裁判員裁判で執行猶予とする例も少なくない。裁判官裁判の時代でも同じであった。わが国では、嬰兒殺も執行猶予とする例がかなり多い。このような寛刑でも、殺人罪の責任相応刑といえるのであろうか。裁判員も被告人に同情を示しつつ、量刑評議の冒頭で説明される幅の理論と適合するのか疑問に感じるであろう。執行猶予が責任の下限以上であり、それで責任を果たしたことになるのかという素直な疑問である。とくに、一般の国民である裁判員としてみれば、執行猶予は、いわば、無罪放免であり、何らの実質的な負担があるようにはみえないからなおのことである。被告人ですら、執行猶予を言い渡すと、罪を免れたと思いがちである。そこで、執行猶予判決後その意味を噛んで含むように説明するが、もう、シャバに帰れるとの思いからうわの空で聞いている。こんな軽い刑で応報である責任刑といえるのか、服役という苦痛が与えられるからこそ応報といえるのではないかということである。これは、もっともな疑問である。ドイツでは、幅の理論を適用して刑期の量定を行い、その後には執行猶予の許否を判断する段階的思考が採られている⁷⁾。これであれば、幅の理論と執行猶予とは矛盾しない。言い換えれば、執行猶予は、幅の理論の射程外ということになる。この問題については、近時まであまり意識的には論じられてこなかった。裁判員裁判に幅の理論を適用すべきだという量刑実務の確立が急務であって、最も重い死刑とか自由刑として最も軽い執行猶予が幅の理論の下でどう説明されるかまで議論が行き届かなかったといえよう。わが国の量刑論の手本となったドイツには、死刑がなく、執行猶予については、前記のような位置づけがなされたから、この問題は、わが国でも表面化しなかったのである。

ところが、近時、一部執行猶予制度の導入が実現し、これに関する刑法等一

6) 原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（2008）85頁。

7) 小池信太郎「ドイツにおける刑の執行猶予」論究ジュリスト14号（2015）46頁。

部改正法が2016年6月1日に施行された。その過程で執行猶予について多く論じられるようになり、刑法学会でもテーマとして取り上げられるようになった⁸⁾。執行猶予が脚光を浴びることになったのである。

4 小池説

(1) その内容

小池は、この問題に焦点を当てて検討をしている。小池は、執行猶予の要件について定めた刑法25条1項を厳格に解釈すれば、量刑の一般理論、すなわち幅の理論に従って刑を量定し、それが3年以下となった場合に、はじめて猶予の許否を検討するという見解に至りうるが、「私見は、この見解には与しない。それは、条文の文言がそこまで拘束的とは解されないという形式的理由に加えて、その背景的理解にも賛同できないからである。刑事責任の程度が、少なくとも量刑一般において刑の上限のみならず下限をも画することを認める幅の理論は、犯罪行為をその重さに応じて処罰することに積極的意義を見出すことを前提に、特別予防的考慮との調整を図るものである。実刑か執行猶予かの選択は、まさしくこの調整が問題となる典型的かつ日常的な場面であるにもかかわらず、それを射程外としてしまえば、理論のそもそもの意義が問われかねない。」として、「執行猶予付自由刑の刑事制裁としての内実を自覚的に分析し、それに幅の理論を適用することを可能にすることで、猶予の適否及びそれをめぐる諸判断の実質的基準を理論的に導き出すことを試みる。」とするのである。その内実をなす二つの実質的基準があるとする。一つは、判決の宣告及び猶予期間中の心理的負担（取消しの可能性に起因するもの）を内容とする実質的制裁で済ませることが相当かという問題であり、二つは、再犯被害という特別予防上のリスクを社会に引き受けさせることが相当かという問題だとする。そして、これに幅の理論を適用すると、刑事責任の幅の下限が実刑よりは軽い制裁レベ

8) 日本刑法学会第90回大会（2012）。

ルに及んでいることが、執行猶予の必要条件になり、そうでないと、いずれにせよ幅を下回る制裁となってしまうとする⁹⁾。

この小池説は、執行猶予は、幅の理論の射程外であるという理解を明確に否定するものであるが、幅の理論の射程外という理解は、実は早くから示されてきた。すなわち、阿部は、「たしかに責任主義の積極面に厳格に拘束される必要はなく、ときに責任量を下まわる刑を科することも許されてよいが、それは法がとくにみとめている場合（酌量減輕、執行猶予、刑の免除など）にかぎられるべきであると解したい。」とした¹⁰⁾。井田も「執行猶予という措置は、責任に相応する刑を下回ることを立法的に認めたものだとするのがドイツの一般的見解である。」とする¹¹⁾。また、川崎は、法定刑罰枠を探知し、その枠内において責任枠（責任の幅と同じ）を認定し、さらにその枠内において予防判断によって最終の適正な刑量の決定に至るとし、この法定刑罰枠の探知は、一般的刑罰枠から特別的刑罰枠を形成することにより行われるとする。この特別的刑罰枠の形成は、再犯加重、法律上の減輕、併合罪加重、酌量減輕の順で行われるとする¹²⁾。これによれば、加重減輕事由の処理を経た特別的刑罰枠の中で責任枠を定めることになる。処断刑の下限を上回る刑の幅の中で責任枠を決めるべきことを意味する。これに対して、執行猶予については、刑量決定後の量刑問題であるとし、責任枠決定後のものとして位置づけているから、責任枠を左右するものではないことになる¹³⁾。これは、執行猶予は、幅の理論の射程外という理解に沿うものである。以上の射程外論に対して、本庄は、「最終的に形成された宣告刑が責任清算を果し得ないことを許容するかどうか疑わしいように思われる。」としている¹⁴⁾。これは、執行猶予が責任相応刑でなくてよいといえるか、疑問を指摘するものであろう。

9) 小池信太郎「量刑理論からみた刑の執行猶予」『刑法雑誌』52巻2号（2013）243-251頁。

10) 阿部純二「刑事責任と量刑の基準」福田平・大塚仁編『刑法総論Ⅱ』（1982）98頁。

11) 井田良「現代刑事法学の視点」法律時報64巻9号（1991）84頁。

12) 川崎一夫『体系的量刑論』（1991）29-32頁。

13) 川崎・前注12）・32-34頁。

14) 本庄武「刑罰論からみた量刑基準（1）」一橋法学1巻1号（2002）206頁注84。

(2) 執行猶予の実質的基準

小池説のいう実質的基準について検討することにしたい。執行猶予が責任にふさわしい刑であるのか、応報としての服役という苦痛に比べて格段の軽い処分ではないのかという疑問は確かにある。しかし、小池が主張するように、社会内とはいえ、再犯をすれば、服役するという不安はそれなりに大きな心理的負担であって、これを軽視することは正当ではない。自由刑の執行猶予率は、平成22年で57.4%、平成23年で56.5%、平成24年で56.4%、平成25年で55.8%、平成26年で57.3%であり、近時50%を超えている。その取消率は、平成22年で14.7%、平成23年で14.8%、平成24年で14.4%、平成25年で14.1%、平成26年で13.7%である¹⁵⁾。このような実態に対して執行猶予を幅の理論の外側に位置づけるのは、小池が指摘するように、「理論のそもそもの意義が問われかねない。」といえる。ただ、それでは、幅の理論の例外が大きすぎ、理論自体の意義が失われるということだけであって、その程度の理論だといえば済むことであろう。

もっと実際の事例で検討してみよう。裁判官が実刑か執行猶予かを悩むのは、どこで悩むのかということである。例えば、母親が自分の一人息子を殺害して、自分も死のうとしたが死にきれなかった事例がある。母親がうつ病に罹患し、その影響で犯行に及んだ場合は、心神耗弱の認定がなされ、責任自体が下方に及ぶから、執行猶予も十分考えられる。その段階に至らなくとも、その点は、量刑を軽くする要素に働くであろう。そして、多くの無理心中崩れは、この要素がうかがわれるが、そうではなく、経済的な理由等で子供を道連れに死ぬしかないとして心中を図るケースもありうる。これをどうみるのか。子供とはいえ、親の支配物ではなく、他人格であり、生育させていく義務があるから、その殺害は厳しく非難すべきであって、執行猶予などとんでもないという判断もあるだろう。アメリカなどは、そうであると思われる。アメリカに夫の海外勤務に伴い転居していた主婦が夫の不倫が原因で2人の子供を入水させて

15) 法務省刑事局「平成26年の検察事務の概況」法曹時報67巻11号(2015)215頁、218頁。

殺し、自分は助かったという事件で重い刑が予想されたが、日系アメリカ人からの嘆願もありアメリカでは考えられない軽い刑（禁錮1年6月）で済んだということが報道されたことがある。この事件は、日本でも話題になった。アメリカでは、スーパーで買い物中子供を自動車の中に置いてただけで大騒ぎになったという話も聞く。他方、わが国では、自分が死んで子供を残していくのは、子供がかわいそうだという心理はそれなりに理解できるという考え方もあるだろう。さらに、考えると、母親は子供をわが手で殺したことにより、深い精神的な打撃を負い、その後の人生は、社会からの非難等で社会から精神的に隔絶され、後悔と悔悟に苛む日々を送ることもありうるだろう。その苦しみだけで応報として十分だという見方もあろう。被告人によっては、自分の気持ちとして、刑務所に入り、きちんと罪を償いたいという者もいる。執行猶予など希望しないのである。ここの判断が率直にあって難しい。単に、実刑が重く、執行猶予が軽いとは言い切れない。

この判断の際には、人を殺した以上、被告人に相応の責任を負わせるべきであり、執行猶予は、責任の下限を下回り許容されないとみるのか、執行猶予でもなお責任の下限を上回り許容されるとみるのかである。すなわち、執行猶予が許容されないのは、責任の下限を下回るからである。この責任との相応性を否定し、刑期は、幅の理論により決定され、執行猶予は、主として再犯のおそれがないという特別予防的要素で決まるとするならば、ほとんど確実に再犯のおそれが否定される上記の事例はそれだけの理由で執行猶予も可能ということになりかねない。責任相応性は、執行猶予という処分も含めて幅の理論のもとで、犯情と一般情状を総合して判断すべきなのである。幅の理論は、刑期の算定だけではなく、執行猶予と実刑の選択基準でもあるのである。それが実務の立場といえるだろう¹⁶⁾。そして、上記のように執行猶予でも応報に値する負担と苦痛を被告人に与える場合もあるのである。また、小池が言うように、執行猶予にするのは、責任の幅がそのレベルに及んでいるからである。そのレベ

16) 植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題」『量刑実務体系第4巻』（2011）47-49頁。

ルに及んでいなければ、実刑にしなければならない。

近時、刑務所志願者も現れ、社会内での生活よりも刑務所内の生活を希望し、そのために軽い犯罪を行い、執行猶予になるとがっかりして、また、犯罪を行い、希望どおり、服役する。軽微な犯罪で勾留請求が却下されると困ってしまう被疑者もいる。このような犯人の主観的希望を考慮すべきではないことは当然であるが、社会内処遇が被告人の経済的、社会的、精神的・身体的負担になっているという新たな現実も出てきている。保護観察も再犯があれば、実刑になるという点で無視できない負担である。これらの心理的負担を責任すなわち応報にふさわしいといえるかはなお難問であるが、責任の幅の中にとどめて、特別予防等の考慮を加味して考えていくほうが、執行猶予の是非だけでなく、執行猶予の場合の刑期や執行猶予期間を考える上でも相当だと思われる。裁判員に責任の幅を意識させれば、単に可哀想だから執行猶予とするといった感情的な判断を防ぐことができるであろう。いくら特別予防の観点から再犯のおそれがなく、執行猶予が相当であっても、責任の下限を下回することは許されないはずである。他方、やったことの責任は、執行猶予という形でも採らせなければならないのである。

(3) 実刑と執行猶予との刑としての軽重

もう一つ技術的な問題も指摘しておこう。執行猶予は、実刑よりも常に軽い刑といえるかという点である。身柄が釈放されて社会内で生活できるのだから、執行猶予のほうが軽いに決まっていると考えがちである。刑訴法402条の不利益変更禁止の規定の適用について、実刑の第1審判決を破棄して執行猶予とする場合、刑期を延長して執行猶予とする実務も存在する。最高裁は、懲役1年の実刑を懲役1年6月、3年間保護観察付執行猶予とした控訴審の判決を不利益変更にあたらないとして維持している（最決昭和55年12月4日刑集34巻7号499頁）。これに対して、執行猶予に付しさえすれば、主刑はどのように重くしても不利益変更にならないとする趣旨に解することはできないとして、主刑を1.5倍にした点は、むしろ限界的な事例と考えるべきではなかろうかとす

る指摘もある¹⁷⁾。もともと、その後も、主刑が1.5倍を超える判例もいくつか出されており、なかには、3倍に及ぶものもある¹⁸⁾。最高裁がこの限度についてどのような判断を示すか未だ明らかにされていないので、実務もある程度引き上げることを容認する方向に向かっているものの、1.5倍か否かは別として、それにも限度があるというのが一般的な考え方であるといえよう¹⁹⁾。

刑訴法402条は、「原判決の刑より重い刑を言い渡すことはできない」と規定しているから、例えば、懲役1年の実刑を懲役3年、執行猶予5年とするのは、その限度を超えて許されないとすれば、懲役3年、執行猶予5年は、懲役1年の実刑よりは重いということになり、執行猶予は常に実刑よりも軽いというわけではないことになる。そう解する大きな理由は、執行猶予が取り消されると重い刑期に現に服さなければならないという可能性をやはりある程度考慮せざるをえないからである。そのことは、執行猶予が猶予期間中にも少なからず種々の負担を与えるだけではなく、猶予取消しによる実刑服役という可能性という考慮すべき負担を現に科しているからである。可能性にすぎないからといって、この負担を考慮外に置くことは正当ではない。そして、上記の例に戻れば、懲役1年の実刑が責任の下限以上の刑であるとすれば、それより重い懲役3年、執行猶予5年は、責任の幅に含まれ、幅の理論の射程外などとはいえないはずである。執行猶予は、常に責任を下回る軽い刑とはいえないのである。

5 樋口説

前記小池説に対して、樋口は、次のように論じる²⁰⁾。①重大犯罪（介護殺人

17) 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度』〔龍岡資晃〕(1985) 345頁。

18) 福岡高判平成6年6月16日判時1512号183頁は、第1審が懲役10月の実刑としたところをその3倍の懲役2年6月、5年間の執行猶予としている。

19) この問題については、原田・前注5) 238-239頁、263頁補注、『大コンメンタール刑事訴訟法第2版第9巻』〔原田國男〕(2011) 510-511頁参照。

20) 樋口亮介「日本における執行猶予の選択基準——系譜・比較法的知見を踏まえて」『論究ジュリスト』14号(2015) 101-111頁。

等)に対する単純執行猶予と②非重大事件(騒音による傷害や医師による睡眠薬投与による意識障害等の傷害)に対する短めの実刑を取り上げて、いずれも、犯罪の重さを基本とする犯罪行為にふさわしい刑(責任相応刑)といえるかという疑問を提示し、応報とは別に、贖罪という視点から説明できるとする。①については、社会内において被害者に対する償いを行わせる点で、②については、被害者に対する償いを拒絶している点で説明が可能であるとする。

この償いとは、「行った罪の重さを受け止めてその罪を償う」ことを意味する。償いは、社会内での償いとして執行猶予に固有のものではなく、上記の無理心中の事案でも言及したように、刑務所に入り、きちんと罪を償いたいという被告人もいるから、刑務所での償いも十分考えられる。両者に共通するものとして考えたとき、償いという要素は、責任を受け止めて償いを果たすという被告人の心境を示すものであり、責任とは矛盾するものではなく、両立するものだといえる。この考え方が判例に現れるのは、論者も引用するように執行猶予にする場合には、「被告人兩名には、社会内において、これまで被告人兩名を十分に支えることができなかつた親族の支えを受けつつ、夫婦で共に自らの犯した罪と向き合い、自らの行為でその未来を奪ってしまった息子のめい福を祈り、反省悔悟の日々を送ることによってその刑事責任を果たすことが、真に意味のある償いになるというべきである。」といった判示が典型例である²¹⁾。重い刑に処する場合では、終生刑務所内で贖罪を行わせるのが相当であるとして死刑を回避して無期懲役とすることもまま見受けられる。このような判示は、情緒的な表現として嫌われる傾向もある。私もこのような償いに言及する判示は好まなかつた。どうしても、自己満足のような気がし、悪い被告人は、腹の中で舌を出しているように思えた。論者も指摘する平成21年度の司法研究『裁判員裁判における量刑評議の在り方』(2012)163頁以下でも、簡素化した試案では、これに当たる部分が完全に削除されている。ただ、これは、判決書の簡素化という要請に基づくものであるから、この削除もやむをえないといえ

21) 樋口・前注20)108頁。

るが、問題は、償いという要素が情緒的発想として一刀両断に切り捨てることができるかということである。論者は、償いという視点に対する考えられる批判としてこの情緒的発想という点を挙げて、これに反論して、「社会の中で償うという視点を完全に排除する場合、家庭内での殺人既遂に単純執行猶予を認める現状は更生の要請が大きく応報を上回るという苦しい説明を行うか、正当化できないものとして実刑に処すべきということになりかねないが、そのような議論はいずれも妥当とは思われない。」とする²²⁾。

応報としての責任を採らせるということは、その意思に反して強制的に苦痛を与えることを本質とするが、償いは、あくまで本人の自由意思による自発的な判断によるから、その意味では、強制的要素はなく、単に本人の自覚を促すにすぎない。そうすると、この要素は、応報刑の本質とはいえず、これに付随する効果であって、応報も贖罪を伴うことにより十全の機能を果たすといえるのであろう。贖罪は、一種の期待にすぎないし、それ以上に、これを強制することはできないから、刑罰の効果としては弱いものだといわざるをえない。

そこで、樋口のいう①の重大犯罪に対する単純執行猶予と②の非重大事件に対する短めの実刑の事例について、あらためて検討してみよう。

まず、①の疑問については、殺人罪の法定刑の下限は懲役5年であるから、執行猶予にするには、酌量減輕して下限を懲役2年6月以上にした上で執行猶予を付することになる。阿部説のように、酌量減輕規定を法がとくに責任の下限を下回ることを認めたものと解すれば、最下限の懲役2年6月の実刑は、責任相応刑を下回るもので、責任相応刑ではないことになる。そうすると、この場合の執行猶予についても、責任相応刑でないことを認めざるをえない²³⁾。そして、再犯のおそれがなく、執行猶予取消しの心理的負担が考えにくい①の事例において、あえて執行猶予にするのは、樋口がいうように、社会内で被害

22) 樋口・前注20) 110頁。

23) 酌量減輕を経た処断刑の枠の中で責任枠を措定すれば、懲役2年6月の実刑も責任相応刑とみる余地があることになる。酌量減輕規定の位置づけについては、なお検討を要する。

者に対する償いをさせ、あわせて、前述したように、被告人自身が、深い精神的な打撃を負い、その後の人生は、社会からの非難等で社会から精神的に隔絶され、後悔と悔悟に苛む日々を送ることを一種の事実上の制裁として評価し、償いとこの制裁により、刑罰として十分とみるからであろう。

②については、騒音による傷害の事案では、約1年半にも及ぶ執拗な犯行態様と陰湿な動機からして、懲役1年の実刑が犯罪行為自体に照らしてふさわしくない重い刑とはいえない。医師による睡眠薬投与も医師という立場を考えれば、懲役8月程度の実刑も責任にふさわしい刑であるといえよう。いずれも、犯情として悪質で責任が重いと見えそうである。

6 執行猶予の刑期の上乗せ

次に、執行猶予の宣告刑の刑期については、実刑とする場合の刑期より長めで、求刑どおりとするのが実務の大勢である。しかし、他方、実刑の刑期と同様とするか求刑より少し短めにする実務も存在する。高裁で地裁の判決をみると、このような例も時々みられる。おそらく、裁判官の考え方なのであろう。昭和43年1月から6月の間に東京地裁で言い渡された被告人のうち詐欺罪で処断された268人及び傷害罪で処断された291人について調査した結果によれば²⁴⁾、詐欺罪と傷害罪について、執行猶予が付された場合で求刑どおりが77.2%、1段階低い刑（例えば、懲役1年の求刑で懲役10月に下げて執行猶予とする場合）が12.9%、2段階低い刑（例えば、懲役1年求刑で懲役8月に下げて執行猶予とする場合）が9.1%、3段階以下が0.8%である。これによると、刑期が求刑を下回る執行猶予は、それでも22.8%はあることになる。この調査は、かなり古い時期のもので現在では参考にならないという感想もあるかもしれないが、大阪刑事実務研究会での議論でも、「求刑の内容が、特に執行猶予の取消し等の際に不当な影響をもたらさない、妥当な範囲のものであれば、基本的

24) 松本時夫「量刑の手続」『公判法体系Ⅲ』（1975）59-60頁。

には求刑と同じ主刑を定めてよとする意見が、相対的には多かったが、そのほか、仮定的な実刑を想定した上、それに近い主刑を宣告する運用をするのが相当とする意見、あるいは、実刑の場合と同等にまでは扱わないが、求刑が相当であってもそれより短い刑を宣告するという意見など、かなりの幅が見られた。」としている²⁵⁾。筆者もかつてこの実務について不合理ではないとした上で、例外的に求刑を下回る刑期とするのは、多額の損害賠償がなされたことを刑期の面でも考慮するのが妥当であるとき、一方の共犯者に対してその刑期を求刑より大幅に下げた実刑としたため、それとある程度のバランスを取る必要があるとき、求刑自体が事案から見て重過ぎると考えられるときなどを挙げた²⁶⁾。最後の場合の具体例として、来日外国人の不法残留の事案において、不法残留の期間が長期であるため、求刑も懲役2年6月であったが、その間、ひたすらまじめに働き、祖国の家族に多額の送金を行い、日本人の雇い主も公判廷で被告人のため嘆願していることから刑期を2年に減じたことがある。多額の送金はそれ自体不法残留の果実であるから、良い情状とはいえないが、全体として求刑が重過ぎると感じたのである。それ自体微調整にすぎず、本質的な対応ではないが、執行猶予の場合、刑期は求刑どおりということが絶対の原則ではないことを示している。求刑どおりとする理由として、刑の執行という威嚇によって被告人に対する改善更生のための心理的強制の効果を上げることを狙ったものであると説明されている²⁷⁾。取り消されると最初から実刑になる場合よりも長い刑期で服役しなければならないという威嚇をするのは合理的だといっているのである。これに加えて、実刑か執行猶予かギリギリ迷って、猶予にした途端に、刑が全体として各段に軽くなってしまうので、刑期をやや上乘せしてバランスをとるとか、いったん執行猶予になって再犯等で取り消される場合、最初から実刑となる場合よりも長期の矯正処遇が必要であるからといった説明もある²⁸⁾。

25) 植野・前注16) 80頁。

26) 原田・前注5) 48頁。

27) 植野・前注16) 78頁。

小池は、幅の理論が妥当する以上、宣告刑は執行猶予が取り消されて執行されることを想定した上で、責任の幅に収まっていなければならないとする。求刑自体が責任の幅を超えることは考えにくいから、求刑どおりの執行猶予自体は、幅の理論に適合していることになる。その者の再犯のおそれの大きさが現実の事態により示されたとの評価が典型的に可能であり、それは、幅の理論の下で、幅の範囲内で刑を重くすべき状況にほかならないとして、「度が過ぎない限り、正当化しうる」とする²⁹⁾。もっとも、この点は、前記の鹿野が指摘する②(b)のように、犯行自体の罪の重さはその時点で決まり、行為後の事情によってこれを変えないというのであれば、犯行後の再犯によりすでに確定した評価を変えることにならないかという疑問は残る。

これまでの実務の大勢に異を唱えるまでのことはないと考えるが、一部執行猶予の導入との関係で若干検討する。一部執行猶予の基本的な考え方については、実刑か執行猶予か迷う場合の中間的な刑ではなく、実刑か執行猶予かを判断し、実刑とする場合に、次に全部執行か一部執行猶予かを検討すべきであるという見解が明らかにされ、裁判実務もこの線で展開されていくことが十分想定される³⁰⁾。国会の法案趣旨説明でも、「この刑の一部の執行猶予制度は、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。」とされている。

そこで、例えば、求刑2年のところ、実刑相当と判断し、その刑期を1年6月であるとした上で、法律上の形式的制約はないから、最初の2月を実刑とし、残り1年4月の刑を執行猶予にすることは、条文上は許される。そうすると、最初の2月も執行猶予で全部執行猶予と判断したら、突然、刑期が求刑どおりの2年となるのは、飛躍があるのではないかという疑問が生じる。この点は、

28) 座談会「執行猶予の現状と課題」論究ジュリスト14号(2015)17頁(小池信太郎発言)。

29) 小池・前注9)252-253頁。

30) 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1年後に控えて——」『慶應法学』33号(2015)268-269頁。

上記のように中間的な刑ととらえて、実刑と執行猶予とが連続したものとも考えることも条文上は可能であるが、立法趣旨からすれば、一部執行猶予は、実刑の一種であるから、上記の例でいえば、懲役1年6月であれば、その2割程度の4月について一部執行猶予とし、例えば、執行猶予期間を1年程度とすることが考えられ、そうすると、刑期の上で全部執行猶予の場合との整合性を考える必要はないことになる。

次に、この上乗せを認める実務を前提とすると、例えば、求刑懲役3年のところ、実刑なら懲役1年6月、執行猶予なら求刑どおりの懲役3年、執行猶予4年とする場合、上記のように懲役1年6月について、一部執行猶予を適用して、そのうち、1年2月を実刑に、残りの4月を一部執行猶予とするのが従来より刑を重くし、あるいは軽くするものではないという立法趣旨に沿う量刑だと思われるが、ここで刑期に4月を上乗せして懲役1年10月の実刑を選択し、うち1年2月を実刑に、残りの8月を執行猶予とすることも許されるのではないかという疑問も生じる。このような処理は、上記の立法趣旨に反して許されないという説明が有力だと思われるが³¹⁾、今後の実務の動向が注目される。もし仮に、執行猶予の場合に刑期の求刑どおりの上乗せを認めなければ、懲役1年6月の実刑にすべきときは、執行猶予も懲役1年6月の執行猶予3年になるから、上記のような一部執行猶予の場合に4月刑期を上乗せして、懲役1年10月の実刑とする余地がないということになる。上記のドイツの幅の理論を適用して刑期の量定を行い、その後に執行猶予の許否を判断するという段階的思考は、まさに、そのことを示す立法的表現といえる。もっとも、懲役1年6月という刑期もあくまで仮定であって、実際に懲役1年10月を選択することは当然許されるし、本来は懲役1年6月のところといった判示をするわけではないから、より重い量刑をしたとしてもそのことは分からないのである。

以上の点を考慮すると、なにも、全部執行猶予の場合、機械的に求刑どおりにすることものではないかと考える余地もありそうだ。威嚇のために刑を

31) 小池・前注30) 286-288頁。

嵩上げするというのも本当に正当なのか再検討すべき時期に来ているように思われる。実際にも、執行猶予中の再犯について実刑の刑期を定めるときは、他方で執行猶予が取り消されて求刑どおりの実刑があわせて執行されることを考慮して、若干その刑期を軽めにする実務もある。さらに、ここでも上記の不利益変更に関する刑の軽重の基準を当てはめて、懲役2年の求刑で実刑であれば、懲役1年が相当である場合には、求刑どおりの懲役2年ではなくて、1.5倍の懲役1年6月の執行猶予とするのがバランスがとれていいように思われる。そうすると、前記の求刑よりも一段下げて全部執行猶予とする前記の20%の実務の行き方も再評価できるのではあるまいか。

7 執行猶予と未決勾留日数の算入

執行猶予にする場合、その刑期を求刑どおりにする実務とあわせて、未決勾留日数を算入しないという扱いも一般的である。その理由は、求刑どおりとすることの理由と同様であるが、それに加えて、未決勾留日数が多数に及ぶことが執行猶予の理由となっている場合にさらにこれを考慮することはないということも考えられる³²⁾。未決勾留日数の算入は、私見によれば、犯行後被告人が受けた社会的制裁や違法捜査や違法処遇による苦痛等と同様に、刑罰の先取りであり、「先取られた苦痛や害悪を清算しようとするものであって、特に責任主義や目的主義とは関連しない、それ自体ニュートラルな価値中立的な調整原理にすぎない」のである³³⁾。したがって、未決勾留日数を算入するのかや、どの程度算入するのかは、責任の幅とは関係のない要素であり、刑罰の先取りであるとすれば、執行猶予の場合でも、実刑の場合と同様に同じ基準で算入すべきであると考え³⁴⁾。執行猶予の場合に刑期を求刑どおりに引き上げ、未

32) 植野・前注16) 82頁。

33) 原田・前注5) 167頁。この問題については、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(3・完)——日独における最近の諸見解の検討を中心として——」『慶應法学』10号(2008)39-46頁参照。

決勾留日数を算入しないという不利益を加えることの正当性は意外に乏しいのではないかと思う。もっとも、一部執行猶予の導入に伴い、上記の扱いをやめるとなると、その導入に伴い、より軽い量刑をすることになり、上記の立法趣旨に沿わないという反論もあるかもしれないが、その導入以前の問題として論じることでもあるであろう。

8 まとめ

以上の議論をまとめると、執行猶予も幅の理論による幅に含まれるのであり、幅の下限以上のものとして許容される場合と下限を下回るものとして許容されない場合とがあり、執行猶予についても幅の下限は有効であるということである。ドイツのように幅の理論によって刑期を決定し、執行猶予の許否は、それとは別の枠（再犯のおそれと法秩序の防衛の観点）で考えるのではなく、刑期のみならず、執行猶予の許否も含めて全体として幅の理論を適用するものである。また、消極的責任主義のように、責任は、上限を画するものにすぎず、執行猶予を含め、特別予防目的から量刑を行う立場とも異なり、幅の下限を下回る執行猶予は、特別予防の観点から、再犯のおそれがないときであっても許容されないということである。あわせて、執行猶予にする場合に刑期を求刑どおりにし、未決勾留日数算入を認めない実務に対して疑問を提示するものである。

34) 植野・前注16) 81-84頁も同旨。