

Title	スイス連邦裁判所2007年11月12日判決(BGE 134 IV 1) : 新刑法総則における刑の全部・一部執行猶予に関する基本判例
Sub Title	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 12. November 2007(BGE 134 IV 1)
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	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.36 (2016. 12) ,p.363- 383
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20161226-0363">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20161226-0363</a>

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.

# スイス連邦裁判所 2007 年 11 月 12 日判決 (BGE 134 IV 1)

——新刑法総則における刑の全部・一部執行猶予に関する基本判例——

小 池 信太郎／訳

[訳者はしがき]

本稿は、スイスの新刑法総則（2007年1月1日施行）における刑の執行猶予、とりわけ同総則により新たに導入された一部執行猶予（43条）の制度理解および適用基準を示した連邦裁判所（Bundesgericht）の判決を訳出したものである<sup>1)</sup>。

本誌 181 頁以下のクリスティアン・シュワルツェネッガー教授の講演「スイスの刑事制裁制度」で紹介されているとおり、スイスでは、1937年制定の現行刑法典の総則部分の全面的な改正が2002年に成立し、施行前になされた改正を経て、2007年から施行されている。この新総則においては、刑の執行猶予に関して、以下の改正が行われた。

第1に、(全部)執行猶予の要件が緩和された。具体的には、(a)宣告刑の上限が旧法の18月（1年6月）から2年に引き上げられ、(b)実質的要件に関しても、「再犯を防ぐために実刑が必要不可欠（notwendig）と思われぬ」ならば、原則として執行猶予にすることとされ、再犯をしないであろうという予測に対する要求水準が引き下げられた（42条1項）。(c)前科による制限についても、対象となる前科の範囲の限定や前科者への執行猶予付与の例外的許容など、基

---

1) スイス連邦裁判所のウェブサイトで公表されている判決文を対象とした。理解の便宜のため、理由中の各項目に、訳者の責任で〔 〕書きのタイトルを付した。その他、本文中の〔 〕内および脚注の記載並びに丸数字は訳者による補足である。原文において斜体で強調されている部分には傍点を付した。

本的に被告人に有利な方向でルールが変更された（同条2項）。

第2に、（全部）執行猶予に罰金又は科料の実刑を併科できる制度が新設された（42条4項<sup>2)</sup>）。

第3に、一部執行猶予制度が新設された。条文上は、(a)宣告刑が1年以上3年以下で、(b)「犯人の責任（Verschulden）を十分に顧慮するために必要不可欠である」ことが要件とされる（43条1項）。一部猶予の際には、(c)実刑部分を刑期の半分以下とし（同条2項<sup>3)</sup>）、かつ、(d)実刑部分と猶予部分の双方を6月以上としなければならない（同条3項）。

もっとも、条文上、各制度の意義や相互関係に関して不明瞭な点も残っていた。例えば、①（全部）執行猶予（42条1項）が全部実刑に対して優先されることは明らかだが、罰金・科料の併科（42条4項）や一部執行猶予（43条）とはいかなる関係に立つのか。②執行猶予と罰金・科料の併科（42条4項）において、猶予される自由刑と併科罰金・科料の関係をいかに考えるか。③一部執行猶予は、全部執行猶予といかなる関係に立つか。とりわけ、条文上は参照指示がないものの、全部執行猶予の基本的要件（再犯予測が不良でないことなど）（42条1項）を前提とするのか。また、「犯人の責任を十分に顧慮するために必要不可欠」という条文（「責任条項」）を素直に読む限り、責任ないし犯情が一部猶予の第一次的基準となりそうであるが、そうした理解でよいのか。本判決は、新刑法総則の施行から1年を経ない早い段階で、こうした一連の問題について、立法資料<sup>4)</sup>等に基づき、詳細な検討を行い、最上級審としての解釈を

---

2) ただし、2015年改正（2018年1月1日施行）により、併科できる刑種は科料に限定されることとなった。

3) 実刑部分を刑期の半分以下としなければならないこととされた理由は、一部執行猶予の言渡しを受けた者が、全部実刑判決を受けた者が最も早く仮釈放される場合（86条4項：刑期の半分かつ3月以上の執行後）よりも不利な立場に置かれる可能性を排除するためである。

4) 特に、新総則の原案である1998年草案の理由書 *Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998*, BBl 1999 S. 1979 ff. が重要である。

打ち出している。そうした内容に鑑み、本判決は、シュワルツェネッガー教授の講演の第 7 部で扱われているスイスの新刑法総則の執行猶予制度の理解に資するところが大きいことから、これを訳出することとした次第である。

なお、本判決を紹介し、簡潔な解説を加えたものとして、小池信太郎「スイス新刑法総則（二〇〇七年施行）における刑の一部執行猶予の適用基準」判例時報 2294 号（2016）18 頁があるので、併せて参照していただければ幸いである。

## 〔判決文翻訳〕

### 要旨

刑法 42 条および 43 条の刑の執行猶予<sup>5)</sup> および一部執行猶予 (Bedingte und teilbedingte Strafe)；刑法 42 条 4 項の刑の併科 (Strafenkombination)。

① 一年以上 2 年以下の自由刑の場合には、刑法 42 条 1 項の刑の執行猶予が原則であり、それと異なる判断は、不良 (ungünstig) 又はきわめて不確かな (höchst ungewiss) 予測の場合にのみ許される (理由 4.2.2)。一部執行猶予は、執行猶予に対して、例外をなす。一部執行猶予に優先して、執行猶予に罰金又は科料を併科 (刑法 42 条 4 項) すれば特別予防的に十分かが検討されなければならない (理由 5.5.2)。

② 刑法 42 条 4 項の刑の併科の場合において、主たる比重 (Hauptgewicht) は猶予される自由刑にあり、併科罰金又は科料には従たる意義しか認められない。併科刑は、刑の加重へと導くべきものではない (理由 4.5.2)。

③ 刑法 42 条の主観的な [= 犯人に関する] 要件は、刑法 43 条の適用においても妥当しなければならない (理由 5.3.1)。[再犯をしないことの] 予測が良好であるほど、犯行の非難可能性が小さいほど、[一部猶予の] 猶予部分が大きくならなければならない (理由 5.6)。

---

5) スイスでは、単に刑の執行猶予 (bedingte Strafe) というときは、基本的には全部執行猶予を意味する。

## 事実

A. バーゼル・ラントシャフト刑事裁判所（Strafgericht Basel-Landschaft）は、2006年1月5日の判決により、Xを複数回の児童との性的行為（刑法187条1項）で有罪とし、2年の軽懲役<sup>6)</sup>に処した。

B. バーゼル・ラントシャフト・カントン裁判所（Kantonsgericht Basel-Landschaft）の民刑事部は、Xの控訴（Appellation）を部分的に是認して、2007年2月13日の判決により、Xを複数回の児童との性的行為（刑法187条1項）で有罪とし、18月〔1年6月〕の自由刑の執行猶予（猶予期間2年）および180日〔6月〕分の罰金（日額130スイスフラン）の実刑〔の併科〕に処した。

C. バーゼル・ラントシャフト・カントン検察（Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft）は、刑事事件上告（Beschwerde in Strafsachen）を行い、次のように申し立てた。すなわち、バーゼル・ラントシャフト・カントン裁判所の2007年2月13日の判決を変更し、Xを2年の自由刑に処すべきである。そして、その刑を、刑法43条1項により一部執行猶予とすべきで、実刑部分は12月〔1年〕（予備的には6月）とすべきである。猶予期間は、刑法44条1項により2年と定められるべきである。予備的には、バーゼル・ラントシャフト・カントン裁判所の2007年2月13日の判決を破棄して、新たに処断するために原審に差し戻すべきである、と。

バーゼル・ラントシャフト・カントン裁判所および被上告人（Beschwerdegegner）〔＝被告人〕は、上告の棄却を申し立てた。被上告人は、上告が是認され2年の自由刑で処罰されるのであれば、刑法42条1項により刑の執行が全部猶予されるべきであると予備的に申し立てた。

連邦裁判所は、本件刑事事件上告を是認する。

---

6) 改正前のスイス刑法は、自由刑を①重懲役（Zuchthausstrafe）（旧35条。1年以上20年以下又は無期）、②軽懲役（Gefängnisstrafe）（旧36条。3日以上3年以下）および③拘留（Haftstrafe）（旧39条。1日以上3月以下）に三分した上で、重懲役が定められた罪を重罪（Verbrechen）（旧9条1項）、軽懲役を最高刑とする罪を軽罪（Vergehen）（旧9条2項）、拘留若しくは科料又は科料のみを定められた罪を違警罪（Übertretung）（旧101条）としていた。本件では、第1審の言渡し時は改正前の、第2審以降は改正後の刑法が妥当する。

## 理由 (抄)

### 2. [上告事項について]

上告人 (Beschwerdeführerin) [= 検察官] は、量刑に関してのみ異議を申し立てている。

2.1 [原審の判断] 原審は、次のように述べた。すなわち、犯行および犯人の要素の総合評価において、被上告人の重大な責任 (Verschulden) を前提としなければならない。それゆえ、2 年の自由刑は——上限に近いとしても——基本的に相当と思われ、その点で第 1 審判決を是認できる。そして、被上告人において刑法 42 条 1 項の意味での良好な予測 (günstige Prognose) の推定を覆す徴表はみられない以上、刑の執行猶予が認められなければならない。もっとも、自由刑の執行猶予のみの言渡しは、被上告人の重大な責任に見合わない。そして、具体的事案における全ての重要な事情、とりわけ被上告人が高齢 (1941 年生) であり、健康状態が悪化していること、評判がよく、再犯のおそれがないことを考慮するならば、刑法 43 条により自由刑の一部のみの執行を猶予するのではなく、刑法 42 条 4 項により執行猶予に罰金実刑を併科することがより意義深い。被上告人の重大な責任に応じて基本的に相当と評価される 2 年の自由刑の 4 分の 1 を罰金実刑に転換することが要請されると思われる。結論として、被上告人を 18 月 [1 年 6 月] の自由刑の執行猶予 (猶予期間 2 年) および 180 日 [6 月] 分の罰金 (日額 130 スイスフラン・総額 23,400 スイスフラン) に処すべきである、と。

2.2 [上告人 (検察官) の主張] 上告人は、次のように主張する。すなわち、相当とみられる 2 年の自由刑を罰金と自由刑に分配するのは連邦法に抵触する。刑法 42 条 4 項は、罰金を自由刑に追加してのみ言い渡せるというように解釈されなければならない。2 つの異なる刑種が問題となっている以上、罰金は自由刑の構成部分とはなりえない。刑法 36 条 1 項 2 文の換算基準は、罰金 1 日分が自由刑 1 日に相当すると定めるが、これは短期自由刑が [本来責任相当であっても] 不可能である、つまり軽い犯罪の領域 (Bagatellbereich)<sup>7)</sup> でのみ妥当しうる。立法者は、数年もの自由刑をも部分的に罰金で代替するという意図を

有していたわけではない。とりわけ、罰金〔併科〕により自由刑の枠を一定程度制限してしまうことは、規定の意義と目的にそぐわない。そして本件では、被上告人の重大な責任に基づき、刑の一部執行猶予が言い渡されなければならない、と。

### 3. [新刑法総則の制定について]

2007年1月1日に、刑法総則改正が施行された。それは制裁体系の根本的再編をもたらした（Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998 [以下、Botschaft 1998]; BBl 1999 S. 1984）。改正の中心的な関心事は、短期自由刑の制限、罰金や独自の制裁形式としての公益的労働といった〔自由刑の〕オルタナティブとなる制裁の導入、および、刑の執行猶予の拡大であった（Botschaft 1998, S. 2017 ff., 2024 ff., 2032 ff., 2048 ff.）。それらと並んで、刑の全部執行猶予と実刑の中間的解決（Mittellösung）としてのいわゆる一部執行猶予が導入された。

### 4. [全部執行猶予（刑法 42 条）について]

4.1 [制度概要] 刑法 42 条（「刑の執行猶予」）は、執行猶予の付与について定めている。すなわち、裁判所は、犯人が重罪又は軽罪の再犯をすることを防ぐために必要不可欠と思われるときは、6 月以上 2 年以下の自由刑の執行を原則として猶予する（刑法 42 条 1 項）。執行猶予に、罰金実刑又は 106 条の科料を併科することができる（刑法 42 条 4 項）。

4.2 [主観的（＝犯人に関する）要件] 主観的な観点においては、裁判所は、執行猶予を付与するために、これまでのように、犯人の将来の行動に関する予

---

7) スイス新刑法総則は、短期自由刑の弊害回避という趣旨から、自由刑の下限を原則的に 6 月とし（40 条）、6 月未満の自由刑は、罰金の執行不能が見込まれる場合（41 条 1 項）又は執行不能の場合（36 条）にのみ行うこととした。ただし、2015 年改正（2018 年 1 月 1 日施行）により、自由刑の下限は一般的に 3 日に引き下げられ（新 36 条）、また、再犯防止のために要請される場合には罰金に代えて自由刑を言い渡せることとされ（新 41 条 1 項）、短期自由刑の制限は緩められている。

測をしなければならない。

4.2.1〔再犯予測の基礎事情〕 連邦裁判所が詳細に論じてきた予測因子は今後も基準となり続ける。刑を言い渡される者の継続的な善行を信じる根拠 (Gewähr) が提供されているかの検討にあたっては、全ての重要な事情の総合評価がなされなければならない。犯情と並んで、経歴および評判、並びに、犯人の性格とその者の不再犯の見込み (Aussichten seiner Bewährung) に関する有効な推論を許す全事情も考慮されなければならない。再犯のおそれの評価のためには、犯人の人物の全体像が不可欠である。関連性のある要素は、例えば、前科、社会的経歴および労働態度、社会的なつながりの存在、依存の危険の兆候などである。その際、裁判の時点までの人的状況が考慮に入れられなければならない。いくつかの個別事情に優先的意義を認め、他をないがしろにする、又は全く視野の外に置いてしまうことは許されない。量刑におけるのと同様 (刑法 50 条)、判決における理由は、連邦法が適切に適用されているかを審査できるように記載されなければならない (BGE 128 IV 193 E. 3a; BGE 118 IV 97 E. 2b)。

4.2.2〔不良な予測の欠如で足りること (刑法 42 条 1 項)〕 ただし、執行猶予を認めるための再犯をしないことの予測 (Prognose der Legalbewährung) への要求の度合いは、新法では少し下がっている。かつては、刑を言い渡された者の再犯を執行猶予により防止できることが期待できることが要件とされていた (刑法旧 41 条 1 項)。将来の善行に対する期待は、非常に明確なものでなければならなかった。犯人は、ポジティブな予測を帰結させるには、継続的な改善を信じさせる十分な根拠を提供しなければならなかった (BGE 100 IV 9 E. 2 S. 11)。将来善行を保つであろうことの不明確な希望だけでは、執行猶予を認めるには不十分であった (BGE 100 IV 133)。

新たな刑法 42 条 1 項によれば、裁判所は「犯人が重罪又は軽罪の再犯をすることを防ぐために実刑が必要不可欠と思われないとき」に、刑の執行を原則として猶予しなければならない。これは当然、裁判所が、実刑が将来の再犯の防止のために有用かつ必要不可欠であるかに関する効果予測を示さなければならないことを意味しない (そのことについて、GÜNTER STRATENWERTH, Das



künftige System der Sanktionen im Erwachsenenstrafrecht - ein kriminalpolitischer Fortschritt?, in: Zwischen Mediation und Lebenslang, Zürich 2002, S. 375 を参照)。新法の表現は、異なる意味を持つ。すなわち、以前は良好な予測が必要であったのに対し、今後は不良な予測の欠如で足りるとしたのである (Botschaft 1998, S. 2049)。学説は、この点に関して、推定の転換であるという。それにより重心がさらに執行猶予の側に移されるというのである (ESTHER OMLIN, Strafgesetzbuch, Revision des Allgemeinen Teils, Basel 2006, S. 9; GEORGES GREINER, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Felix Bänziger/Annemarie Hubschmid/Jürg Sollberger [Hrsg.], 2. Aufl., Bern 2006, S. 99; BRIGITTE TAG, Strafgesetzbuch: Ein Überblick über die Neuerungen, Plädoyer 2007 I S. 38)。言い換えれば、執行猶予の付与は、犯人が持ちこたえるであろうというポジティブな期待をもちや要件とせず、そうならないであろうという危惧 (Befürchtung) の不存在で足りる。それゆえ、刑の執行猶予が原則であり、基本的に、不良な予測の場合にのみ異なった判断をすることが許される。〔予測が〕不確かである広い中間領域では執行猶予が優先される (Botschaft 1998, S. 2049; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 38 S. 139)。

4.2.3 [前科による制限とその例外 (刑法 42 条 2 項)] 予測を行う上で特別なことが妥当するのは、犯人が犯行前の最近 5 年間に 6 月以上の自由刑又は 180 日分以上の罰金を言い渡されていた場合である (刑法 42 条 2 項)<sup>8)</sup>。この規定の意味における再犯の場合、執行猶予は、「特に有利な情状が存するとき」にのみ認められる。特に有利な情状とは、前科の犯行が予測を不良化するのを排除する事情という意味に理解される (Botschaft 1998, S. 2050)。この規定により、刑法 42 条 2 項の場合には良好な予測ないし不良な予測の欠如の推定は妥当しない。むしろ、過去の有罪判決にはまずもって、犯人が再犯を行いかねないと

---

8) なお、2015 年の改正 (2018 年 1 月 1 日施行) により、執行猶予を制限する前科から罰金が外されることとなった。

いう危惧の徴表としての意義が認められる (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141)。それゆえ、刑の執行猶予が考慮されるのは、基準となる全要素の総合評価が、前の犯行にもかかわらず再犯をしないことの理由のある見込みが存在するとの推論を許す場合のみである。その際、推定された危惧が、特に有利な情状により少なくとも埋め合わされるかが検討されなければならない (類似、GREINER, a.a.O., S. 101)。そうした埋め合わせがなされるのは、例えば、新たな犯行が、過去の有罪判決と全く関連性がない場合、又は犯人の生活状況に特にポジティブな変化がある場合である (Botschaft 1998, S. 2050; GREINER, a.a.O., S. 101; STRATENWERTH, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141)。いずれにせよ、明白に良好な予測がなされる場合には常に執行猶予が認められなければならない (vgl. STRATENWERTH, a.a.O., § 5 Rz. 42 S. 141)。

刑法 42 条 2 項の規定は、旧法 (刑法旧 41 条 1 項 2 段) とは反対に、再犯であることそれ自体で執行猶予を排除できないことを示している。旧法によれば、執行猶予は、刑を言い渡される者が犯行前の最近 5 年間に故意で行われた重罪又は軽罪により 3 月以上の自由刑の執行を受けていた場合には許されなかった。新規定は、2 つの観点において、執行猶予を認めやすくしている。一方で、良好な予測に反対する〔前科の〕刑期は実際 2 倍に (6 月に) なった。他方で、この範囲の有罪判決すら、もはや客観的な欠格事由ではなくなり、あらゆる事例において予測判断に組み入れられるべきこととなった (STRATENWERTH, a.a.O., § 5 Rz. 40 ff. S. 140 f.; どちらかといえば理論的な厳格化に関し、GREINER, a.a.O., S. 100 f.)。

4.2.4 [損害回復の懈怠 (刑法 42 条 3 項)] 将来再犯をしないこと (Legalverhalten) の予測に際して、さらなる徴表として、犯人が期待可能な損害賠償を怠ったかを考慮しなければならない。考えられるのは、例えば、犯人が官庁の要求又は債務承認の後で、賠償能力があるにもかかわらず、惹起された損害の賠償を拒む場合である (OMLIN, a.a.O., S. 10; vgl. BGE 77 IV 136 E. 2)。

4.3 [客観的 (= 刑自体に関する) 要件——2 年以下 (42 条 1 項)] 客観的な観点においては、執行猶予は、下限 (最短 6 月)<sup>9)</sup> および上限 (最長 2 年) の要

件を持つだけである。それにより、以前の18月〔1年6月〕という許容上限は撤廃された。

4.4〔新法の基本的考え方〕 刑の執行猶予の主観的および客観的要件の変更により、立法者は、全体的に成功している制度をさらに拡大した。その際、立法者は、予測の不確かさを考慮するにあたり、刑を言い渡される者の90%は猶予期間を無事に経過しているという認識を踏まえた。そして、特別予防的観点の下で意義深いと思われる場合には刑の執行を（ひとまず）行わないべきだという基本的考え方に依拠した（Botschaft 1998, S. 2048, 2052）。

4.5〔執行猶予と罰金・科料の併科（42条4項）について〕

4.5.1〔立法趣旨・一般予防的意義〕 事後的な法律の調整（Gesetzesanpassung）により、刑の併科を認める刑法42条4項が導入された。それは、大量犯罪の領域において感じとれる制裁を科す手段を創設すべきものとされる。この規定はとりわけ（違警罪に対する）科料の実刑と（軽罪に対する）罰金の執行猶予の連結の問題（Schnittstellenproblematik）<sup>10</sup>をやわらげることに役立つ（Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 vom 29. Juni 2005〔以下、Botschaft 2005〕；BBl 2005 S. 4689, 4695, 4699 ff.）。その限りで、つまり軽い犯罪の領域で、この規定が一般予防の役割を担う。

4.5.2〔特別予防的意義・猶予される自由刑と併科刑の関係〕 それにとどまらず、刑の併科は、全く一般的に、裁判所の刑種選択に際してのフレキシビリティを高める。併科が考えられるのは、犯人に自由刑の執行猶予を認めたいが、

- 
- 9) なお、2015年の改正（2018年1月1日施行）により、執行猶予可能な刑期の下限が撤廃されることになった。
- 10) 新刑法総則は、執行猶予の対象刑種に罰金を含め（42条1項）、科料（違警罪に対する刑種）を含めないことにした（105条1項）。しかし、そうすると、違警罪に対する科料は常に実刑となるのに、より重いはずの軽罪に対する罰金は、再犯予測が不良でない限りは常に執行猶予になってしまう。これは犯罪と刑罰の軽重関係を逆転させる不公平な扱いであり、大量に生じる罰金に相当する犯罪の一般予防上問題であるという批判が多くなされた。そこで、立法者は施行前の改正で刑の併科制度（42条4項）を追加して対応することとなった。施行後の運用においても、罰金の執行猶予に科料の実刑を併科することが広く行われている。

しかし一定の事情の下、罰金又は科料の実刑を科すことで感じとれる懲らしめ (Denkzettel) を与えたい場合である。この場合、刑の併科は特別予防の目的に資する。主たる重みは猶予される自由刑にあり、併科される罰金又は科料の実刑には従たる意義しか認められない。併科される罰金は、刑の加重に導くべきもの、又は追加の刑を可能とすべきものではない。それは単に、責任相当刑の内部で、犯人および犯行に相当な制裁を許すもので、その際には、言い渡される自由刑自体と併科される罰金又は科料の実刑の総和が責任相当でなければならない (BGE 124 IV 134 E. 2c/bb)。刑法 42 条 4 項が定めるような刑の併科は、改正に向けた議論の過程では「質的な一部執行猶予 (sursis qualitativement partiel)」と呼ばれていたのである。

## 5. [一部執行猶予 (刑法 43 条) について]

5.1 [制度概要] 刑法 43 条 (ドイツ語「teilbedingte Strafen (一部執行猶予)」; フランス語「sursis partiel à l'exécution de la peine」; イタリア語「pene con condizionale parziale」) により、スイスの法秩序にそれまでなかった制度が導入された。すなわち、裁判所は、1 年以上 3 年以下の自由刑の執行を、犯人の責任を十分に顧慮するために必要不可欠である場合に、一部のみ猶予することができる (刑法 43 条 1 項)。実刑部分は刑の半分を上回ってはならない (刑法 43 条 2 項)。自由刑の猶予される部分と実刑部分の双方を 6 月以上としなければならない (刑法 43 条 2 項)。

5.2 [立法趣旨・条文化の経緯] 刑の一部執行猶予の基本的アイデアは、第一次的に、自由刑の一部の猶予ないし執行ということにある。つまり、裁判所は、刑の (小さい) 一部を実刑として言い渡し、残る (より大きい) 一部の執行を猶予できる。この法制度を連邦参事会 (Bundesrat) [=内閣] が「批判<sup>11)</sup>があるにもかかわらず」提案したのは、主に次の考慮からである。すなわち、(1) 裁判所は、「一部執行猶予 (sursis partiel)」により、「全てか無か」を強いられることなく、より大きい裁量の幅を得て、刑をよりよく個別化できるようになる。(2) 「一部執行猶予」は、裁判官が、18 月 [1 年 6 月] を超えて 36 月 [3

年]までの刑について、その一部を実刑として執行できるならば、どちらかといえは良好な予測に傾く、ということにつながりうる。それにより、執行猶予〔可能な刑期〕の36月〔3年〕への引上げに際して、裁判官らがこれまでより実刑を多用し（いわゆる結論先取りの制裁判断）、行刑〔施設〕の顕著な負担増加を招きかねないという危惧に反駁することができる。(3)「一部執行猶予」は、その選択肢がなければ実刑として言い渡されるであろう12月〔1年〕から18月〔1年6月〕までの自由刑が一部執行猶予とされることへと導きうる (Botschaft 1998, S. 2052 f.)<sup>12)</sup>。

連邦参事会により提案された執行猶予〔可能な刑期〕の上限の18月〔1年6月〕から3年への引上げを行き過ぎと考えた議会は、上限を2年に制限した(刑法42条1項)。その際、議会審議においては、様々な形で「一部執行猶予」

- 
- 11) スイスにおいて、一部執行猶予制度は、1960年代末からたびたび議論されてきたが、その都度反対に遭い、立法の実現をみていなかった(紹介として、今井猛嘉「刑の一部の執行猶予—スイス法を手掛かりとして(1)」法學志林108巻1号〔2010〕46頁以下)。批判の内容としては、刑の個別化の要請には仮釈放や罰金併科といった別の制度で十分対応できることに加えて、執行猶予の純粹に特別予防的な(「警告にとどめる刑」としての)性格が失われることが指摘された。被告人の再犯防止のために真に一部の執行を必要とするかの判断を日常的な実務の中で適切になしうるかは疑問であり、その結果、従来の実務であれば全部猶予とされ、その90%が猶予期間を無事に経過していたような犯人らが不当にも一部実刑を科されるという危惧が述べられていた (Vgl. Botschaft 1998, S. 2052)。
- 12) 当初の草案は、執行猶予全般について、宣告刑の上限を従来の18月(1年6月)から3年に引き上げることを提案しており(草案43条。翻訳として、葛原力三=川口浩一監訳「スイス刑典総則改正草案(1)」関西大学法学論集52巻1号〔2002〕146頁)、そのことと一部猶予の導入をワンセットで考えていた。つまり、刑の一部を執行し、猶予の再犯防止効果を高めうる可能性があるならば、責任がより重い場合も含めて執行猶予の対象に含めうるという理解が前提であり、それが本(2)の論拠に対応する。そして、そうした前提からは、旧法下で猶予が不可能であった18月(1年6月)を超える刑期についてのみ一部猶予を導入すればよいのではないかと(そうすれば、従来全部猶予とされてきた事案で一部猶予が用いられることが防止され、望ましいのではないかと)という意見も生じうる。しかし、草案は、本文(3)の論拠などから、刑期18月(1年6月)以下の領域でも一部猶予を導入することが(実刑の執行を減少させることにつながるという点で)有意義と考えたのである。

の導入との関連づけがなされた (Voten Cina, Leuthard und de Dardel, AB 2001 N 561 f.; 関連性について、KARL-LUDWIG KUNZ, Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizerischen Erwachsenenstrafrechtes, ZStrR 117/1999 S. 248; ANDRÉ KUHN, Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal, ZStrR 121/2003 S. 273)。

全部執行猶予と一部執行猶予の限界づけは、立法過程では不明瞭なままにとどまった。連邦参事会の理由書によれば、犯人が重罪又は軽罪の再犯をするのを防止するために、刑の猶予 (Aufschub der Strafe) が<sup>13)</sup> 必要不可欠と思われない〔→全部執行猶予〕か、それとも上記観点の下で一部執行が必要不可欠と思われる〔→一部執行猶予〕かに着目すべきものとされていた (Botschaft 1998, S. 2309 による 43 条)<sup>14)</sup>。全州議会 (Ständerat) [上院] の法務委員会の委託により事務当局 (Verwaltung) が、自由刑のみでなく全ての刑種についての「一部執行猶予」の〔条文〕案を起草することとなった。この機会に法文が書き直され、いわゆる責任条項 (Verschuldensklausel) が導入された (刑法 43 条 1 項)。「責任」の要件は、それ以上に書面で理由づけられることはなく、全州議会の法務委員会でもはや言及されなかった。この案は法律となり、そうして、決定的なポイントについて、詳細な理由づけがないままとなった (GREINER, a.a.O., S. 114 und Anm. 42; FRANZ RIKLIN, Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Brigitte Tag/ Max Hauri [Hrsg.], Zürich 2006, S. 90 f.)。

### 5.3 〔要件の解釈〕

5.3.1 〔全部猶予 (刑法 42 条) の主観的要件が妥当すること〕 刑法 43 条の一部執行猶予の基本的要件は、再犯をしないことの理由のある見込みが存在することである。たしかに、対応する 42 条の参照指示はないが、上記のことは、刑法 43 条の意義と目的からして明らかである。この規定は、犯人が再犯をし

---

13) 後掲の条文上の要件からすると、「実刑が」の誤記ではないかと思われる。

14) 同条は、1 項で、「裁判所は、犯人が重罪又は軽罪の再犯をするを防ぐために自由刑の実刑が必要不可欠と思われないときは、1 年以上 3 年以下の自由刑の執行を原則として猶予する」、4 項で、「裁判所は、犯人が重罪又は軽罪の再犯をするを防ぐために必要不可欠と思われるときは、第 1 項の刑の執行を一部猶予する」としていた。

ないことに関する予測が不良ではない場合に、その限りにおいて、少なくとも刑の一部が猶予されることを要求する。反対に、不良な予測の場合には、刑の一部のみの執行猶予もまた正当化されないということが妥当する。というのは、犯人が刑の——全部又は一部の——執行猶予により〔好ましい〕影響を受けうるであろうという見込みがおよそない場合には、全部の刑期が執行されなければならないからである。刑法42条の主観的要件は、刑法43条の適用についても妥当しなければならないという見解は、学説上の圧倒的通説に沿う（多くの文献に代えて、STRATENWERTH, a.a.O., § 5 Rz. 50 S. 144; GREINER, a.a.O., S. 111 ff.; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Aufl., Zürich 2007, S. 130 ff.; 異説として、KUHN, a.a.O., ZStrR 121/2003 S. 273 und Anm. 36）。

5.3.2〔全部猶予（刑法42条）よりも上限の刑期が高いこと〕 これに対して、両規定の客観的要件は一致せず、それにより刑の執行猶予（刑法42条）と一部執行猶予（刑法43条）は区別される。1年未満の自由刑の一部執行猶予は許されない。2年以下の刑について、刑法42条との重疊的な適用領域が生じ、2年を超え3年以下の刑については、刑法43条のみが適用される。比較法的に言えば、スイスの法秩序は、刑の執行猶予と一部猶予について異なる刑期の上限を有するという点でヨーロッパで事実上唯一（オーストリアが例外）のものであることを、ここで確認しておくべきである（GREINER, a.a.O., S. 110 und 119 ff.）。

5.3.3〔責任条項の意義——刑期2年超の場合〕 刑法43条の一部執行猶予が犯人の責任を十分に、つまり適切な態様で（フランス語の文言 *de façon appropriée*）顧慮するために必要不可欠であるという要件は、全くもって不明瞭である。責任の概念は、法違反の非難可能性の程度を意味し、それは具体的な犯罪行為の全体的な不法責任内容を包括する（BGE 129 I 6 E. 6.1）。この概念の内容は、刑法47条2項の法的定義に対応する。考えられているのは量刑責任（Strafzumessungsschuld）である。それゆえ、責任はまずもって、そしてとりわけ量刑の判断基準である。

しかし、刑の一部執行猶予が犯人の責任を理由に、またその不再犯の見込みの考慮の下で必要不可欠と思われるかを評価するために、量刑責任を同じ方法

で問題とすることはもはやできない。というのは、裁判所が刑の執行猶予の判断をなす時点では、刑期はすでに決定していなければならない、相当な執行方式 (Vollzugsform) だけがさらに問題となるからである<sup>15)</sup>。もっとも、法律は、責任相当刑の問題と執行猶予の問題を、2 年を超える刑の猶予を排除するという限りで結びつけた。そうだとすれば、一部執行猶予の必要不可欠性は、2 年を超えて 3 年までという刑期に反映されている責任の重さの結果として生じることになる。そこに、責任条項の意義のよりどころがある。

5.4 [刑期 2 年以下の場合の刑罰目的の考慮のあり方] 明らかにされなければならないのは、2 年以下の自由刑 (42 条と 43 条の重畳的な適用領域) について、承認される複数の刑罰目的について [2 年を超える領域と] 類似の結びつけがなされなければならないかである。

5.4.1 [刑罰目的の相互関係 (一般論)] 連邦裁判所の判例によれば、刑罰目的は相互に慎重に検討され、序列づけられなければならないが、そこでは基本的に特別予防の関心に優位が認められる。一方で、刑法は第一次的には「応報 (Vergeltung)」ではなく、犯罪予防を目指す (BGE 129 IV 161 E. 4.2 S. 164 文献指示付)。このことを、立法者は、行刑の目的を改善更生 (Resozialisierung) と定めたことによってだけでなく (刑法 75 条 1 項 1 文)、何よりもまぎれもなく特別予防的な制度としての執行猶予の拡大によっても示している (HANS SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Zweiter Band, 4. Aufl., Bern 1982, S. 96)。他方で考慮されなければならないのは、刑罰目的が衝突する場合

15) ドイツ系の量刑論においては、①刑期の量定と②執行猶予の判断は峻別される。すなわち、①責任を基礎として量定する刑期を猶予可能なものに収めることができる場合に、②執行猶予に固有の要件 (とりわけ特別予防上の実刑の必要性) が判断される (ドイツの現状につき、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、スイスの現状につき、前掲シュワルツェネッガー講演・本誌 181 頁参照)。従って、執行猶予を付すか否かの判断にあたり責任の重さを直接的に考慮することはできないはずであるので、責任条項の意義に疑問が生じるのである。この疑問に対して、本判決は、2 年を超える刑の領域では、全部執行猶予が (条文上) 不可能で、再犯をしないという予測がいかに良好であっても、刑の一部の執行しか猶予されないのはまさしく「責任を十分に顧慮するため」であるという限りで、責任条項に意義を見出す解釈を示している。



において、一般予防の「優先」は特別予防目的を無に帰せしめるおそれがあるが、特別予防の優先は制裁の一般予防効果を全く排除してしまうわけではなく、測定困難な程度に弱めるのがせいぜいだということである。それらの刑罰目的は、相互的補完という複雑な関係をなし、そこでは、事の性質に応じて、一方又は他方の基準がより強いアクセントを持つのである（BGE 124 IV 246 E. 2b S. 248; BGE 120 IV 1 E. 2b S. 4, je mit Hinweisen）。

5.4.2〔一部執行猶予の趣旨——2つのモデル〕 自由刑の一部執行猶予制度の意義は、短期自由刑をめぐる刑事政策的論議という背景の下で理解されなければならない。単純化すれば、一部執行猶予は2つの論拠モデルに帰しうる。第1のモデルによれば、一部執行（Teilvollzug）は、第三者の威嚇又は広まっている軽い若しくは中程度の犯罪（例：道路交通法違反）の見せしめの処罰に役立ち、つまり、主として一般予防・応報の目的に沿う。執行猶予がその警告効果を失うおそれに、短期の自由剥奪という感じとれるリアクションで対処するということである（いわゆるショート・シャープ・ショック）。第2のモデルは、特別予防の刑罰目的を強調し、刑法的介入の強度を和らげることを目指す。一部執行は、自由刑の実刑はいずれにせよ避けられない場合にのみ適用されるべきで、それにより、自由剥奪の制限および刑務所の収容負担軽減に寄与すべきものだというのである（全体について、MARKUS HANS KNÜSEL, Die teilbedingte Freiheitsstrafe, Diss. Bern 1995, S. 92, 124, 175 ff. など）。

5.4.3〔新刑法総則の一部猶予の趣旨・全部猶予との関係〕 改正の目的として説明されていたのは、刑法43条の一部執行猶予を用いて制裁をより高度に個別化し、行刑の負担を軽減すること、とりわけ以前であれば〔全部〕実刑とせざるをえなかった場合においてそうすることであった。このことが無制限に妥当するのは、個別化の可能性が執行猶予の上限（刑法42条1項）ないし責任条項（刑法43条1項）により制限される、2年を超える自由刑についてである。2年を超える自由刑は、その執行を〔全部〕猶予することが特別予防の観点の下では望ましいかもしれない場合であっても、ともかくも責任応報（Schuldausgleich）のために一部は執行されなければならないということが、おそらく正

しい。しかし、2年を超えない自由刑については、いささか異なることが妥当しなければならない（この意味で、SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, a.a.O., S. 126 ff., 131, 139 ff.; MARKUS HUG, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Aufl., Zürich 2006, 刑法 43 条について明らかに異なる見解は、STRATENWERTH, a.a.O., § 5 Rz. 50 S. 144; 併せて参照、*ders.*, Die Wahl der Sanktionen, insbesondere nach revidiertem AT StGB, in: Strafjustiz und Rechtsstaat, Marcel Alexander Niggli/Nicolas Queloz [Hrsg.], Zürich 2003, S. 12 も参照）。この刑期の領域では、刑法 42 条という規定があり、これが優先する。刑法 42 条は、刑を言い渡される者が、刑執行の威嚇の影響（およびありうる指示と保護観察）の下で、自由の中で、実現した不法に報いるための直接的介入を受けなくとも自ら改善するという期待をその要件としている。というのも、責任応報の刑罰目的（応報原理）が言っているのは、刑が責任の大きさに応じるべきことだけで、それは責任が軽い場合の犯人の過酷な処罰を禁止するにとどまるからである（CLAUS ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, § 3 Rz. 2 ff. 特に Rz. 7 S. 72）。責任原理にこの〔刑罰〕限定機能を超えた意義は認められない。量刑においてそうであるが、執行〔猶予の判断〕にあってはなおさらそうである。なぜなら、執行〔猶予〕は特別予防という優先的関心を追求するものだからである。それゆえ連邦裁判所は、執行〔猶予の〕問題において、刑を言い渡される者の見通しのある更生をできる限り脅かすべきではないという「無加害 (nil nocere)」の原則を繰り返し指摘してきた (BGE 121 IV 97 E. 2c. 文献指示付)。

刑の一部の執行が、一般予防的観点の下で、他者が重罪又は軽罪を犯すのを防止するために要請されるように思われるかも、基準とはなりえない。オーストリア刑法が一般予防のために有しているような留保条項（オーストリア刑法 43 条 1 項）を、〔スイス〕刑法 43 条は持たない。法律の文言をそのように調整することは明示的に断念された (Botschaft 2005, S. 4708)。加えて、立法者は、自由刑〔の一部猶予において〕は少なくとも 6 月は実刑とされるべきであるとの規定（刑法 43 条 3 項）により、ショート・シャープ・ショックのコンセプトを拒否しており (RIKLIN, a.a.O., S. 87; *ders.*, Die Sanktionierung von Verkehrsdelikten

nach der Strafrechtsreform, ZStrR 122/2004 S. 171)、一般予防の必要性の満足のために、犯人個人を見せしめの対象とすることを許していない。こうした理由からすれば、刑法 42 条の執行猶予が、特別予防以外の刑罰目的のために拒否されてはならない。

5.5 [刑期区分ごとの一部執行・全部猶予の適用イメージ] 刑法 43 条の自由刑の一部執行猶予の適用領域は、上述した諸原則により具体化されなければならない。

5.5.1 [刑期 2 年超——一部猶予の主たる適用領域] [全部] 執行猶予の上限を超える (2 年と 3 年の間の) 自由刑については、刑法 43 条は独自の適用領域を予定する。主観的要件を充足するならば、この領域において排除されている全部執行猶予 (刑法 42 条 1 項) に代わり、一部猶予がなされる。責任の重大性に鑑み、少なくとも刑の一部は執行されなければならないという法律上の要請から、特別予防目的は制限される。ここに、刑法 43 条の「主要な意義」ないし「主たる適用領域」がある (SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, a.a.O., S. 140; THOMAS MANHART, Bedingte und teilbedingte Strafen sowie kurze unbedingte Freiheitsstrafen, in: Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Brigitte Tag/Max Hauri [Hrsg.], Zürich 2006, S. 131)。

5.5.2 [刑期 1 年超 2 年以下——全部猶予が原則であり、一部猶予は、再犯の懸念があるが、一部を執行すれば不再犯の見込みが高まる例外的場合に適用されるべきこと] 刑法 42 条と 43 条の重疊的な適用領域 (1 年以上 2 年以下) における自由刑については、以下のことが妥当する。すなわち、刑法 42 条の執行猶予が原則であり、基本的に優先する。一部執行猶予は、それに対して例外をなす。一部猶予は、特別予防的観点からする刑の少なくとも一部の猶予が、他の一部を実刑として言い渡すことを要求する場合にのみ肯定されるべきである (ROBERT JERABEK, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Frank Höpfel/Eckart Ratz [Hrsg.], 2. Aufl., Wien 2003, N. 11 zu § 43a Abs. 3)。それにより、自由刑の執行猶予の取消しの場合における不再犯の見込みの評価 (BGE 116 IV 97) におけるのと類似の状況となる。——とりわけ過去の有罪判決を理由として——犯人が

再犯をしないことへのかなり甚だしい懸念 (ganz erhebliche Bedenken) が生じるが、その懸念が、全事情を総合評価する場合には、本来的な不良予測をまだ根拠づけるものではないというとき、裁判所は、刑の執行猶予ではなく、一部執行猶予を付すことができる。この方法で、裁判所は、きわめて不確かな予測しかできない領域で、「全てか無か」のジレンマから逃れることができるのである。刑法 43 条が持つ意義には、一部執行猶予の警告効果が、同時に命じられる一部執行に鑑み、将来にわたりずっと良好な予測を許すということがある。しかし、常に要求されるのは、自由刑の一部執行が不再犯の見込みを高めるために避けられないと思われることである。〔全部〕執行猶予を認めて、それに罰金又は科料を併科すれば (刑法 42 条 4 項) 特別予防的に十分である限りで、一部執行が不再犯の見込みを高めるために不可避とはいえない。この可能性を、裁判所は先行して検討しなければならない。

5.6 〔一部猶予にする場合の実刑部分と猶予部分の分配基準〕 最後に、裁判所は、刑の一部執行猶予を言い渡す場合には、猶予部分と実刑部分を判決の時点で確定し、両部分を相当な割合に置かなければならない。43 条によると、実刑部分は最短で 6 月であるが (3 項)、刑の半分を上回ってはならない (2 項)。そうすると、最も極端な場合 (3 年の自由刑) には、裁判所は、実刑部分 6 月と猶予部分 2 年半という組合せをなしうる。法律の枠内における実刑・猶予部分の確定は、裁判所の義務に即した裁量に委ねられる。量定ルールとして、十分なやり方で顧慮されるべき「責任」に注目しなければならない (刑法 43 条 1 項)。実刑・猶予部分の割合は、そこに一方で犯人が再犯をしない蓋然性、他方でその個別行為責任 (Einzeltatschuld) が十分に表現されるように定められなければならない。予測が良好であるほど、犯行の非難可能性が小さいほど、猶予部分が大きくならなければならない。その際、実刑部分は、責任の観点 (刑法 47 条) の下で要求される量を下回ってはならない。

## 6. 〔結論〕

処断されるべき本件の事案では、法的な状況は次のようになる。

6.1〔本件では特別予防的観点から一部執行が不可避とはいえないこと〕 上述のように、自由刑の一部執行猶予は、刑法42条と43条の重疊的適用領域においては例外をなす。この例外は、特別予防的観点から、刑の少なくとも一部の猶予が、他の一部を実刑として言い渡すことを要求する場合にのみ適用される。とりわけ被上告人に前科がないという事情に鑑み、本件では、被上告人が再犯をしないことに関してかなり甚だしい懸念があるわけではないから、自由刑の一部執行が不再犯の見込みを高めるために不可避ではないように思われる。むしろ、上告人の見解に反して、処断されるべき本件の事案では、刑の執行猶予を認めることで——せいぜい罰金又は科料の併科（刑法42条4項）と組み合わせることで——特別予防的に十分である。

6.2〔刑期の4分の1を併科罰金に回すことは併科刑に重きを置き過ぎていること〕 ただし、上述のように、刑法42条4項の刑の併科の場合には、主たる比重は猶予される自由刑にあり、併科される罰金又は科料の実刑には従たる意義しか認められない。

それにもかかわらず、原審は、180日数分ないし責任相当な全体刑の4分の1の罰金実刑を科すことで、併科刑に重きを置きすぎ、そうして刑法42条4項を不適切に適用している<sup>16)</sup>。

6.3〔原判決破棄と差戻審への指示〕 以上から、上告は結論的には是認されなければならない。異議を申し立てられた原判決は破棄されなければならない。差戻審は、新たな評価に際して、連邦裁判所が掲げてきた諸々の因子を基礎として、被上告人を24月〔2年〕の自由刑の執行猶予とすることが責任に相応するか、あるいは、刑法42条4項を適用して、24月〔2年〕より軽い自由刑に（従たる）罰金又は科料を併科することがより相当と思われるかを検討しなければならない。それらは全体として責任に相応した制裁でなければならない。

6.4〔訴訟費用〕 予備的に上告の是認を申し立てていた被上告人には、費

---

16) 本判決は、責任相当な刑期のうちの何%までであれば併科刑に転換してよいのかを具体的に述べていないが、別の判例がこれを20%と述べている（前掲シュワルツェネッガー講演・本誌181頁参照）。

用を負担させない。上告人は、敗訴者費用負担 (Parteientschädigung) (連邦裁判所法 [BGG] 68 条 3 項) の請求権を有しない。