## 慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔刑法一二〕
	刑法第二六条第三号による執行猶予の取消ができないとされた事例
	(最高裁昭和四一年一月二八日第三小法廷決定)
Sub Title	
Author	青柳, 文雄(Aoyagi, Fumio)
	筑間, 正泰( Chikuma, Masayoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication	1968
year	
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and
	sociology). Vol.41, No.11 (1968. 11) ,p.68- 74
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara id=AN00224504-19681115-0068

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.

## (刑法 刑法第二六条第三号による執行猶予の取消が

できないとされた事例

犯行と昭和三二年一一月七日の詐欺罪で昭和三七年一〇月二七日 起 訴 ||月||五日東京地方裁判所において恐喝罪 (昭和三七年三月||五日頃 り、右判決は、同年三月四日確定し、他方、口申立人は、昭和三八年 和三九年二月一八日同裁判所において右各控訴棄却の判決言渡があ 申立人および検察官双方の控訴により東京高等裁判所に移審し、 行猶予の判決言渡を受け(以下これを「甲事件」という)、右事件は、 おいて恐喝、傷害の罪(昭和三六年一二月二一日頃犯行、 一月二六日起訴――検察庁の記録による)により懲役八月、 二年間執 【事実】 申立人は、 | | 昭和三七年一一月二四日東京地方裁判所に 【参照条文】 刑法二六条、刑訴法四〇五条、同法四一一条 -検察庁の記録による)により懲役八月の実刑の言渡を受け(以下 昭和三七年 昭

> 猶予の言渡の是正を計る途が閉ざされたとして、 第一審判決(刑の執行猶予)維持の控訴審判決が言渡されていた(但 及んで始めてこれを了知したが、その時には甲事件については既に し当時なお上告提起期間中であつた)ところから、 そのまま同事件を 上告による右執行

他の罪について禁錮以上の実刑が確定し、それが右執行猶予の判決 ができないとして取消請求棄却の決定をした。 **うに甲事件の執行猶予の判決が確定する以前に乙事件の実刑が確定** の取消をすることができるのは、執行猶予の判決が確定する以前 していたことが検察官に発覚した場合には執行猶予を取り消すこと 確定後に裁判所および検察官に発覚した場合であるから、 これに対し、第一審裁判所は、刑法二六条三号によつて執行猶予

三号にもとづく猶予判決の取消請求をした。

していること(実刑前科があること)が発覚したとして、刑法二六条

その後検察官は、猶予判決確定前、他の罪につき実刑判決が確定

確定させてしまつた。

庁検察官より前記乙事件の確定実刑判決の執行指揮嘱託を受けるに

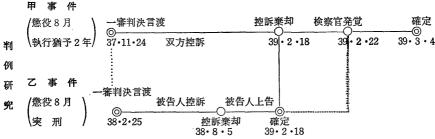
これに対し、検察官から即時抗告がなされ、

第二審の東京高等裁

そこで東京高等検察庁検察官は、昭和三九年二月二二日最高検察

事件の控訴審判決言渡日である昭和三九年二月一八日に確定した。 訴棄却判決)・上告(昭和三九年二月一二日上告棄却決定)を経て、 これを「乙事件」という)、右判決は、申立人の控訴(同年八月五日控

甲



合には、 であるけれども、実務上は往々にし 対し誤つて刑の執行が猶予された場 判所は、 が既に確定している場合のみに限定 の時期は、これを当該執行猶予判決 然らば同条号にいう別件前科の発覚 別個の手続によつて是正解決しよう 実務上の不都合を当該本案手続とは の生ずることを避けることができな ごとき適宜な措置を採り得ない事態 遅れそのために検察官において右の てかかる欠格事由の発生乃至発覚が の是正を計るべきことが本来の筋合 上訴権を行使してかかる違法な判決 とする趣旨にほかならない。果して 二六条三号は、まさに、 検察官においてその有する 「刑の執行猶 予の欠格者に かかる

> るとして最高裁判所に特別抗告を申し立てた。 判決を取り消し、 そこで本件抗告申立人は、 猶予の言渡を取り消した。 刑法二六条三号は憲法三九条に違反す

ŕ

判所も、 予の判決を確定させたときは、 者であることを覚知しながら、 確定を阻止すべきものであり、 行使して、裁判所に刑訴法四一一条の職権発動を求め、その判決の 知したときは、このような違法な判決がそのまま確定することは著 けた後、その確定前に、被告人が執行猶予の欠格者であることを覚 頁 )の明示するところである。 であることは、当裁判所昭和三三年二月一〇日大法廷決定 場合に、その執行猶予の言渡の取消をすることができるという趣旨 り違法に言い渡された執行猶予の判決を是正するみちがとざされた る。……ところで、刑法二六条三号は、 二月一〇日大法廷決定 (刑集二二卷二) ないものといわなければならない。 しく正義に反するものであるから、すべからくその有する上訴権を 【判旨】 憲法三九条に違反するものでないことは、 執行猶予の判決に対してした控訴につき、 その請求を許容して執行猶予の言渡を取り消すことはでき 刑法二六条三号によつて執行猶予の言渡を取り 消 上告の申立をすることなく、 したがつて、本件のように、 検察官が、被告人は執行猶予の欠格 検察官はその取消請求権を失い、 の趣旨に照らして明らかであ 検察官が、上訴の方法によ 控訴棄却の判決を受 当裁判所昭和三三年 l 7

【評釈】 判旨の結論に賛成する。 するに至つた右猶予の言渡の是正を 訴の方法により客観的に違法と判明

よる取消ができる。」として第一案 る途が閉ざされている場合は三号 定前であつても、

検察官において上

すべき理由はなく、右猶予判決の確

刑法二六条三号は、憲法三九条との関係でこれまでしばしば最高

六九

(一六九五

裁判所で問題となった(最決昭三三・二・一〇刑集一四・一二・一五三三、本件)規定 法二六条三号について昭和三三年二月一○日の判例の奥野裁判官の ねて処罰するものではないといわなければならない。」と判示し、 るものとして予定されていたことが実現したというだけのことであ れることになつたとしても、それは、刑の執行猶予の判決に内在す 在することが明らかになつたため、刑の執行猶予の言渡が取り消さ して刑の執行をすべきものとして、刑の執行を一定期間猶予すると はその存在することが明らかになつた場合には、その言渡を取り消 猶予を継続するのにふさわしくない法定の事由が存在するに至り又 年三月八日の判例は、「しかし、 刑の執行猶予の判決は、 わけのものでもない。」と判示し、刑法二六条二号について昭和四二 につき再び審理裁判したのでもなく又右の確定判決の効力を動かす かる取消の裁判によつて、前の詐欺罪の確定判決に判示された犯行 で、それは抗告人において予期しながら、みずから求めたものでか に、右判決本来の効力として執行猶予の言渡を取り 消 され たわけ 予の言渡を受けたに拘らず、その条件に反して更に罪を犯したため 際刑の執行猶予期間内に更に罪を犯さないことを条件として執行猶 和二六年一〇月六日の判例は、「抗告人は、 先きの詐欺罪の判決の る。その根拠を検討してみると、まず、刑法二六条一号について昭 ても合憲性が争われ、いずれも憲法三九条に違反しないとされてい いう内容の判決であるから、右の法定事由が存在するに至り又は存 その他一号(集五・一・二一七三)、二号(集二・二・四二三)につい 処罰はあくまで一回あるだけであり、同一の犯罪について重 刑の執行 刑

法二六条各号は憲法問題とはならず、 そのものの内容ではない」(飛業二・七・六九四一)と解しているので、刑 予三年の刑を禁錮三月に変更するのは不利益変更にあたる(最単元 益変更禁止の関係で刑そのものではないとしつつ、懲役六月執行猶 するものではないという形式的な見解に従つて合憲としている。 なもので、あらかじめ法定された取消事由がいわゆる解除条件とし 号についていずれも、執行猶予の取消は執行猶予に内在する本質的 するものではなく、また、確定判決の刑そのものを重く変更するも つて、 付のものとして定めたものというべく、かかる法定の要件が具備す 以上の刑に処せられたこと発覚したときは、既に言渡した執行猶予 問題であるとされたうえ、 という問題に際して刑の執行猶予は「刑の執行のしかたであつて 行猶予における条件の変更が刑法六条の刑の変更にあたるかどうか ・一七一五)として実態にそつた見方をしているものもあるが、一刑集五・九)として実態にそつた見方をしているものもあるが、 つとも判例は、刑の執行猶予の法的性質を、刑訴法四○二条の不利 により執行猶予が取り消されても同一犯罪について重ねて刑罰を科 て当然に執行猶予の判決の内容の一部をなすので、取消事由の発生 のでもない(真野裁判官の反対意見がある)。」と述べ、 れば執行猶予が取消されることを、当初より予定しているものであ を取消すべき旨規定しているが、これは執行猶予を一種の解除条件 の条件に関する一の恩典で、 補足意見は、 かかる執行猶予の取消は、 元来刑の執行猶予は、 「刑法二六条三号が、 取消事由をどう定めるかは立法政策 同一犯罪について重ねて刑罰を科 刑そのものではなく、 執行猶予の取消が実質的にみ 他の罪につき禁錮 刑法二六条各 の執行

ばならないと思う(六四頁以下、西村·石黒·総合判例研究業香刑法6一一百等)。はならないと思う(青柳·刑法通論上総論五〇頁、団棒・刑事判例評釈集九巻六号)。ものの効力が失わしめられるという点から、一種の刑罰とみなけれにしても、猶予期間を無事に経過することによつて、刑の言渡そのかしながら、刑の執行猶予が刑そのものでないことは明らかであるて被告人に不利益になる場合をチェックすればよいことになる。して被告人に不利益になる場合をチェックすればよいことになる。し

反しない。

とによる犯人の更正、累犯の防止という積極的な意義をもつ。理的な改善効果と猶予期間の経過とともに刑の言渡が効力を失うこいう消極的な意義にとどまらないで、実刑を科する可能性による心ところで、執行猶予制度は、そもそも短期自由刑の弊害の除去と

者も取消を予期しながらみずから求めたものであるから、執行猶予し、施設外における改過遷善が期待できない場合であり、かつ犯罪意義たる、猶予期間内に再び犯罪を犯さないという条件に 反 する消すという規定であるが、かかる犯罪が行なわれたとき執行猶予の消すという規定であるが、かかる犯罪が行なわれたとき執行猶予取り法二六条一号は、執行猶予判決確定後執行猶予期間内の犯罪でしかかかる実質的な観点から、刑法二六条各号を検討してみると、刑かかる実質的な観点から、刑法二六条各号を検討してみると、刑

内在的条件としているので憲法三九条後段の一事不再理の原則にも予判決は取消事由が生じた場合、執行猶予を取り消すということをの取消は憲法三九条前段後段の不利益変更にあたらないし、執行猶

合は、 号が前者をも含むものとすれば違憲の疑いがあるものといわなけれ ば すのは実刑を科する可能性による心理的な改善効果、 だ未確定の執行猶予判決すらもないので、二号事由で直ちに取り消 もしくは関連事件として扱うことにより同時審理が可能な場合で なわれた場合と言渡後に行なわれた場合とがある。 執行猶予を取り消すという規定であるが、 いものとして執行猶予の取消をみとめてよいと思う。 に再び犯罪を犯した場合であるから、 いう執行猶予の意義に反するという疑問がある。 行猶予言渡前の犯罪であるから後者の場合と異なつて犯行時にはま しれないが一括して執行猶予がつくことも充分ありうる。 るから、二罪を同時に審理していれば執行猶予がつかなかつたかも 言渡確定後かつ猶予期間内に禁錮以上の実刑に処せられた場合に ならないから、 次に刑法二六条二号は、 未確定の執行猶予判決であるとはいえ、猶予言渡を受けたの 後者のみを予定したものとして制限的に解釈すべ 猶予の言渡確定前 執行猶予の効果が期待できな 犯罪が執行猶予言渡前 の犯行につ その点、 前者は、 したがつて本 累犯の防止と いて 後者の しかも執 追起訴

の犯罪について禁錮以上の刑に処せられたことが発覚した場合に最後に、本件で問題となつた刑法二六条三号は、猶予の言渡確定

前

きである。

判

執行猶予を取り消すことができた場合には本号による取消は許され 限的に解釈すべきである。もちろん、目の場合でも上訴手続により としなければならないから、闫の場合のみを予定したものとして制 て本号が一、口の場合をも含むものとすれば違憲の疑いがあるもの ように思うが、目については取消をみとめてよいと思う。したがつ がほぼあたり、口については違憲の疑いがあつて取消は許されな なければならない。白、目については刑法二六条二号でのべたこと ことになるので、 よつて是正することは調査の過誤の責任を不当に被告人に転嫁する 目的に反することになり、刑法二五条一項違反判決を猶予の取消に のは将来再び犯罪を行なわないことを条件とする執行猶予の意義 被告人に憲法上黙秘権が認められているので、これだけで取り消す 言渡前当該事件の審理において充分調査されるべきであり、 当時に判断の資料とされる可能性があり、前科の有無は、本来判決 が確定した各場合が考えられる。〇の場合は、欠格原因が猶予判決 合(本件)、 ||猶予判決言渡後の犯行で 猶予判決確定前に 実刑判決 渡前の犯行であるが猶予判決言渡後確定前に実刑判決が確定した場 渡前に犯行があつて、実刑判決が確定していた場合、口猶予判決言 (下刑集五・九、一○・八四四)と理解すべきかはさておき、⊖猶予判決言(福岡高決昭三八・一○・二三)と理解すべきかはさておき、⊖猶予判決言 報一一・三・六八、本件の二審、本決定 )と理解すべきか、猶予判決確定後いる)、東高決昭三五・三・一五東高決時)と理解すべきか、猶予判決確定後 上訴による是正の方法がなくなつた時(一三五(猶予判決確定後ともいつて は執行猶予を取り消すという規定であるが、発覚の時期について、 かかる猶予の取消は違憲の疑いがあるものといわ しかも

> もののようである(事篇昭和四一年度二頁)。 乙 事件の一、 二審判決 (懲役八月の実刑を言渡したもの) が証拠と して提出されていたが、まだその確定の事実は判明していなかつた とは許されない。なお甲事件の東京高等裁判所には、判決言渡前に は発覚の時期にかかわりなく本号を適用して執行猶予を取り消すこ み適用があると制限的に解釈する立場からは、本件のような場合に 判決が確定した場合(なお発覚の時期については後に検討する) にの て刑法二六条三号は猶予判決言渡後の犯行で猶予判決確定前に実刑 り、関連事件として同時審理が可能であつた事案である。したがつ しかも甲事件の一審判決言渡前に 起訴されているので、 さて、本件は甲事件の一審判決言渡前に乙事件が発生した場合で 追起訴

たとしても不利益変更禁止 (飛訴法四一四) た場合には、検察官が上告を申立てて刑訴法四一一条の職権発動を求め が、分上訴により取消が可能であつた場合、内取消が可能でない場 覚した場合 (飛集六・二・一九七)、 (2)猶予判決言渡後確定前に発覚した 猶予判決言渡前に実刑判決が確定していて、 て実刑判決が確定していた場合、口猶予判決言渡前の犯行であるが 法二六条三号により取り消すことができるかを検討しよう。 して、乙事件の実刑が発覚した場合に甲事件の執行猶予の言渡を刑 猶予判決言渡後確定前に実刑判決が確定した場合も含むものと仮定 ところで刑法二六条三号の猶予の取消が起りうる場合として、 そこで、仮りに刑法二六条三号が、分猶予判決言渡前の犯行であつ (例えば、被告人側が控訴し控訴審の判決後上告提起期間中に発覚し (1)猶予判決言渡前に発  $\Theta$ 

により取消ができないとの疑

により猶予の取消はできない、(i)被告人のみが控訴して控訴審でも控訴審に係属中に発覚した場合、(i)被告人のみが控訴で、知訴法四一条による職権発動可能(本件がこの場合で後に検討する)、(i)と訴定より職者、所訴法四一条による職権発動可能(本件がこの場合で後に検討する)、(i)と訴定と、(i)被告人のみが控訴ででよる職権発動可能(本件がこの場合で後に検討する)、(i)と訴定と、(i)被告人のみが控訴してよる職権発動可能(本件がこの場合で後に検討する)、(i)と訴定と、(i)を告人のみが控訴して法言、(i)が表言、(

執行猶予が維持されて上告提起期間中に実刑前科が発覚した場合も

のだつたであろう。

刑訴法四一一条の職権発動を求めたとしても不利益変更禁止の規定

(系・四○二条) により猶予を取り消すことができない、

②発覚が猶予

実刑判決が確定し、⑴猶予判決確定前に発覚し、イイト上訴による取消判決確定後猶予期間内の場合、臼猶予判決言渡後の犯行で確定前に

が可能な場合、 何不可能な場合、 ②猶予判決確定後猶予期間内に発

判決確定後と理解する必然性はなく、判旨のように発覚の時点を上きる場合には本号による取消は認められないが、発覚の時点を猶予されるべきであり、したがつて上訴により猶予を取り消すことがでされるべきであり、したがつて上訴により猶予を取り消すことがでされるべきであり、したがつて上訴により猶予を取り消すことがでされるべきであり、したがつて上訴により猶予を取り消すことができる場合には本号による取消は被告人に不測の不利益を与え、法的安定性を害するものであるから、取消の要件はできるだけ厳格に解釈をしている。

前に、 確定を覚知したとしても、 察庁の検察官であるから、たとえ最高検察庁の検察官が実刑判決の の再開を請求したり証拠調の請求をしたりする検察官は東京高等検 ものとすべきであるという考え方 (大頁より引用) が成り立つが、 たのであるから、もはや執行猶予の取消を請求することはできな 請求をすることなく、控訴薬却の判決を言渡させ確定させてしまつ きであつたといわなければならない。しかるに検察官は、弁論再開の し、乙事件の実刑前科のあることを証明して、適切な判決を求めるべ 察官としては甲事件の控訴棄却の判決言渡前に、弁論の再開を請求 ことを検察官(最高検察庁の検察官)が知つていたのであるから、 b かぎり弁論の再開の請求をすることはできないのであり、この点 次に本件では、甲事件の控訴棄却の判決がなされた二月一八日以 乙事件の上告棄却決定があり、 東京高等検察庁検察官に覚知されていな かつその実刑判決が確定した

年度三九頁参照)。刑事篇昭和三三)。 とを指している) まで検察官同一体の原則 に含ましめることは適当と思われない(高裁判例解説 (これは元来事務移転、 事務承継の機能のこ

けでは適法な上告理由に当たらないとして上告しなかつ たの であ 覚したもので、 うが、該判例は執行猶予判決言渡前に実刑が確定し、控訴提起期間 るものとする以上、 より是正し得ない違法な執行猶予の言渡を取り消すことに主眼があ る。この点について藤木教授は、「本号による 取消が上訴の方法に しかしながら、本件は控訴審の猶予判決棄却後上告提起期間中に発 中に発覚したもので、 能である場合には刑法二六条三号による猶予の取消はできないとい 最後に、判旨は昭和三三年二月一〇日の判例を引用して、上訴可 検察官は、本件のような場合猶予判決是正のためだ 前科の発覚時において検察官上訴の方法により 刑の量定不当として控訴できた事案である。

> 予判決確定前に実刑判決が確定した場合にのみ適用があるものと制 三九条に反しないとしても被告人に不測の不利益を与えることにな きは当然である。けだし、 らず、職権発動を求めても、それがいれられるか否か必ずしも明ら ている)。しかしながら、 号による取消を許すのが論理的である。」とされる (
> 藤林教授は本号を進憲 違法な執行猶予判決の言渡後確定前に発覚した前科を理由として本 K 限的に解釈するので、 るからである。私は、刑法二六条三号は、猶予判決言渡後の犯行で猶 かといえないにしても、 猶予の取消は許されないと解するから、 本件の場合は発覚の時期にかかわりなく当然 上告の可能性がある以上は、それによるべ 刑訴法四一一条所定の上告理由になつてお 猶予判決を取り消すことは、たとえ憲法 判旨の結論に賛成する。 文 雄・筑 E

柳

## (労働法 五三 企業再建と人員整理禁止条項

大臣に対し、 一〇月四日、被申請人への財政援助を目的とする日本科学テレビ協 九日設立の許可を受けた財団法人であり、なお同年七月二日郵政 被申請人は、 テレビ放送局の開設免許申請をした。 昭和三五年三月一五日創立され、 方昭和三七年 同年四月

会からの協力金が予定どおりに拠出されないため被申請人の経営は 免許をなし、 である同年一一月一三日被申請人に対し、 力会が結成された。 昭和三九年四月三日、 本免許をなした。 テレビ放送局開設の予備 ところが協力

郵政大臣は、

右協力会が設立された約一か