

Title	〔刑法一ニ〕 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 year	1968
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	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19681115-0068">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19681115-0068</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.

## 〔刑法 一二一〕 刑法第二六条第三号による執行猶子の取消が

できないとされた事例

〔執行猶子言渡取消請求に関する特別抗告事件  
最高裁判所昭和四〇年(七)七四号昭四一・二八第三  
小法廷決定取消(請求棄却)刑集二〇卷一・二八第三  
一審 東京地裁八王子支部 二審 東京高裁〕

【参照条文】 刑法二六条、刑訴法四〇五条、同法四一一条

【事実】 申立人は、(一)昭和三十七年一月二四日東京地方裁判所において恐喝、傷害の罪(昭和三六年二月二日頃犯行、昭和三十七年一月二六日起訴——檢察庁の記録による)により懲役八月、二年間執行猶子の判決言渡を受け(以下これを「甲事件」という)、右事件は、

申立人および檢察官双方の控訴により東京高等裁判所に移審し、昭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り、右判決は、同年三月四日確定し、他方、(二)申立人は、昭和三十八年二月二五日東京地方裁判所において恐喝罪(昭和三十七年三月一五日頃犯行と昭和三十二年一月七日の詐欺罪で昭和三十七年一〇月二七日起訴——檢察庁の記録による)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(同年八月五日控訴棄却判決)・上告(昭和三十九年二月二日上告棄却決定)を経て、甲事件の控訴審判決言渡日である昭和三十九年二月一八日に確定した。

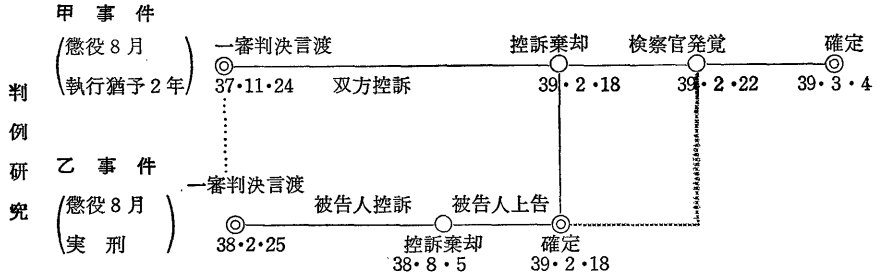
そこで東京高等檢察庁檢察官は、昭和三十九年二月二二日最高檢察庁檢察官より前記乙事件の確定実刑判決の執行指揮囑託を受けるに

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第一審判決(刑の執行猶子)維持の控訴審判決が言渡されていた(但し当時なお上告提起期間中であつた)ところから、上告による右執行猶子の言渡の是正を計る途が閉ざされたとして、そのまま同事件を確定させてしまつた。

その後檢察官は、猶子判決確定前、他の罪につき実刑判決が確定していること(実刑前科があること)が発覚したとして、刑法二六条第三号にもとづく猶子判決の取消請求をした。

これに対し、第一審裁判所は、刑法二六条第三号によつて執行猶子の取消をすることができるのは、執行猶子の判決が確定する以前に他の罪について禁錮以上の実刑が確定し、それが右執行猶子の判決確定後に裁判所および檢察官に発覚した場合であるから、本件のように甲事件の執行猶子の判決が確定する以前に乙事件の実刑が確定していたことが檢察官に発覚した場合には執行猶子を取り消すことができないとして取消請求棄却の決定をした。

これに対し、檢察官から即時抗告がなされ、第二審の東京高等裁



判所は、「刑の執行猶予の欠格者に対し誤つて刑の執行が猶予された場合には、検察官においてその有する上訴権を行使してかかる違法な判決の是正を計るべきことが本来の筋合であるけれども、実務上は往々にしてかかる欠格事由の発生乃至発覚が遅れそのために検察官において右のごとき適宜な措置を採り得ない事態の生ずることを避けることができない。二六条三号は、まさに、かかる実務上の不都合を当該本案手続とは別個の手続によつて是正解決しようとする趣旨にはかならない。果して然らば同条号にいう別件前科の発覚の時期は、これを当該執行猶予判決が既に確定している場合のみに限定すべき理由はなく、右猶予判決の確定前であつても、検察官において上訴の方法により客観的に違法と判明するに至つた右猶予の言渡の是正を計る途が閉ざされている場合は三号による取消ができる。」として第一審

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

【判旨】 刑法二六条三号によつて執行猶予の言渡を取り消しても、憲法三九条に違反するものでないことは、当裁判所昭和三十三年二月一〇日大法廷決定（刑集二二巻二二頁）の趣旨に照らして明らかである。……ところで、刑法二六条三号は、検察官が、上訴の方法によ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であることは、当裁判所昭和三十三年二月一〇日大法廷決定（刑集二二巻二二頁）の明示するところである。したがつて、本件のように、検察官が、執行猶予の判決に対してした控訴につき、控訴棄却の判決を受けた後、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しく正義に反するものであるから、すべからずその有する上訴権を行使して、裁判所に刑法四一一条の職権発動を求め、その判決の確定を阻止すべきものであり、検察官が、被告人は執行猶予の欠格者であることを覚知しながら、上告の申立をすることなく、執行猶予の判決を確定させたときは、検察官はその取消請求権を失い、裁判所も、その請求を許容して執行猶予の言渡を取り消すこととはできないものといわなければならない。

【評釈】 判旨の結論に賛成する。

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

裁判所で問題となつた(昭三三・三〇・刑集二・二・一三三、本決規定昭三五・一〇・四刑集一四・二二・一五三、)で、その他一号(昭三三・二〇・六刑集二・二・一七三)に於い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和二六年一月六日の判例は、「被告人は、先きの詐欺罪の判決の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である、それは被告人において予期しながら、みずから求めたものであ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年三月八日の判例は、「しかし、刑の執行猶予の判決は、刑の執行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るものとして予定されたことが実現したというだけのことであり、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、刑法二六条三号について昭和三三年二月一〇日の判例の奥野裁判官の

補足意見は、元來刑の執行猶予は、刑そのものではなく、刑の執行の条件に関する一の恩典で、取消事由をどう定めるかは立法政策の問題であるとされたうえ、「刑法二六条三号が、他の罪につき禁錮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つて、かかる執行猶予の取消は、同一犯罪について重ねて刑罰を科するものではなく、また、確定判決の刑そのものを重く変更するものでもない(真野裁判官の反対意見がある)。」と述べ、刑法二六条各号についていづれも、執行猶予の取消は執行猶予に内在する本質的なもので、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。もつとも判例は、刑の執行猶予の法的性質を、刑法四〇二条の不利益変更禁止の關係で刑そのものではないとしつつ、懲役六月執行猶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(昭三三・一七・五刑集五・九)として実態にそつた見方をしているものもあるが、執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刑そのものではない」(昭三三・六二・二刑集二・七・六九四)と解しているので、刑法二六条各号は憲法問題とはならず、執行猶予の取消が実質的に

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、刑の言渡そのものの効力が失われしめられるという点から、一種の刑罰とみななければならぬと思う(青柳・刑法通論1総論五〇頁、団藤・刑事判例評釈九卷六号、六四頁以下、西村・石黒・綜合判例研究警務刑法6一頁一頁等)。

さて刑法二六条各号と憲法三九条との関係について学説をみてみると、一号については争いがなく、二号(違憲とするもの、沢登(後)、三三三号(合憲とするもの、城・刑事判例評釈集一四卷二九頁、竜岡・最高裁判例解説刑事の研究九七頁、平野・矯正法五五六頁、前田・警察研究三四卷四号八八頁、横井・判例評論二二二頁、小野・遺憲もくろは別除すべしとするもの、石黒・法律のひろば二二卷一頁一頁、八野・刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他三〇頁(但し旧規定)・判例評論一三二頁、沢登(後)・前掲書二二九頁、警察研究三三卷三三〇頁一三三頁、藤木・注釈刑法1二四頁等、なおはつきり違憲とはいわれないが違憲の疑いがあるとするもの、莊子・刑事法講座三卷六〇一頁、団藤・刑法の一部改正について(法律タムズ二卷二号五八頁等)については争いがある。

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。

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も猶予期間内に禁錮以上の実刑が確定した場合には執行猶予を取り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

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して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反しない。

次に刑法二六条二号は、猶予の言渡確定前の犯行について猶予の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は執行猶予を取り消すという規定であるが、犯罪が執行猶予言渡前になされた場合と言渡後に行なわれた場合とがある。前者は、追起訴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あるから、二罪を同時に審理していれば執行猶予がつかなくもたつたかもしれないが一括して執行猶予がつかなくとも充分ありうる。しかも執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すのは実刑を科する可能性による心理的な改善効果、累犯の防止という執行猶予の意義に反するという疑問がある。その点、後者の場合は、未確定の執行猶予判決であるとはいへ、猶予言渡を受けたのに再び犯罪を犯した場合であるから、執行猶予の効果も期待できないものとして執行猶予の取消をみとめてよいと思う。したがつて本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ならないから、後者のみを予定したものとして制限的に解釈すべきである。

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

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、上訴による是正の方法がなくなつた時(最決昭三三・二・一〇刑集一二二二一、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(報二・三・六八、本件二審、本決定)と理解すべきか、猶予判決確定後(福岡高決昭三八・一〇・二三、下刑集五・九・一〇・八四四)と理解すべきかはさておき、(一)猶予判決言渡前に犯行があつて、実刑判決が確定していた場合、(二)猶予判決言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合(本件)、(三)猶予判決言渡後の犯行で猶予判決確定前に実刑判決が確定した各場合が考えられる。(一)の場合は、欠格原因が猶予判決當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、しかも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・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ことになるので、かかる猶予の取消は違憲の疑いがあるものといわなければならない。(二)、(三)については刑法二六条二号でのべたことがほぼあたり、(二)については違憲の疑いがあつて取消は許されないように思うが、(三)については取消をみとめてよいと思う。したがつて本号が(一)、(二)の場合をも含むものとするれば違憲の疑いがあるものとしなければならないから、(三)の場合のみを予定したものとして制限的に解釈すべきである。もちろん、(三)の場合でも上訴手続により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ない。

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しかも甲事件の一審判決言渡前に起訴されているので、追起訴なり、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は発覚の時期にかわりなく本号を適用して執行猶予を取り消すことは許されない。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が判明していなかつたものようである(取本・最高裁判例解説刑。事篇昭和四一年度二頁)。

そこで、仮りに刑法二六条三号が、(一)猶予判決言渡前の犯行であつて実刑判決が確定していた場合、(二)猶予判決言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合も含むものと仮定して、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。

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、(一)猶予判決言渡前に実刑判決が確定して、(1)猶予判決言渡前に発覚した場合(最決昭二七・二・七、刑集六・二・一九七)、(2)猶予判決言渡後確定前に発覚した場合(例え、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た場合)は、検察官が上告を申立てて刑訴法四一条の職権発動を求めたとしても不利益変更禁止(刑訴法四四一条、四〇二条)により取消ができないとの疑

いがある。(3)猶予判決確定後猶予期間内に発覚した場合、(一)猶予判決言渡前の犯行で猶予判決言渡後実刑判決が確定し、(1)その発覚が猶予判決確定前の場合で、(イ)上訴により取消が可能である場合、分説すると、(i)猶予判決の控訴提出期間中に発覚した場合、(ii)双方控訴で、控訴審に係属中発覚した場合、(iii)双方控訴で控訴棄却後上告審に係属中または上告期間内に発覚した場合、刑法四四一条による職権発動可能(本件がこの場合で後に検討する)、(ウ)上訴による取消が不可能な場合、分説すると、(i)被告人のみが控訴して控訴審に係属中に発覚した場合は、不利益変更禁止の規定(刑訴法四四)により猶予の取消はできない、(ii)被告人のみが控訴して控訴審でも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刑法四四一条の職権発動を求めたとしても不利益変更禁止の規定(刑訴法四四)により猶予を取り消すことができない、(2)発覚が猶予判決確定後猶予期間内の場合、(一)猶予判決言渡後の犯行で確定前に実刑判決が確定し、(1)猶予判決確定前に発覚し、(イ)上訴による取消が可能なる場合、(ウ)不可能な場合、(2)猶予判決確定後猶予期間内に発覚した場合(以上の分析については、沢登(後)助教授)が考えられる(その他の破棄自判により執行猶予が付けられた場合もある)。

ところで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されるべきであり、したがっ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認められないが、発覚の時点が猶予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

訴による是正の方法がなくなつた時と理解してよいと思われる。本件は、甲事件と乙事件とを同時に審理できた事案であつたが、甲事件の執行猶予言渡後、乙事件の一、二審判決(未確定の懲役八月の実刑を言渡したものを)を証拠とし、量刑不当として検察官が控訴しているので(甲事件の控訴審判決について坂本最高裁判官に調べていただいた。ここに感謝したい)、その点で検察官を非難することはできない。この点、控訴裁判所は、控訴審が事後審であるという点で一審判決後の資料をおろそかにした嫌いがある。裁判所は刑法三九三条二項、三九七条二項によつて原判決を破棄すべきものだつたであらう。

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前に、乙事件の上告棄却決定があり、かつその実刑判決が確定したことを検察官(最高検察庁の検察官)が知つていたのであるから、検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、弁論再開の請求をすることなく、控訴棄却の判決を言渡させ確定させてしまつたのであるから、もはや執行猶予の取消を請求することはできないものとすべきであるという考え方(坂本・前掲書)が成り立つが、弁論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確定を覚知したとしても、東京高等検察庁検察官に覚知されていな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

まで検察官同一体の原則（これは元來事務移転、事務承継の機能のことを指している）に含ましめることは適当と思われぬ（なお寺尾、最年度三九頁参照）。

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、控訴提起期間中に発覚したもので、刑の量定不当として控訴できた事案である。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覚したもので、検察官は、本件のような場合猶予判決は正のためだ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ものとする以上、前科の発覚時において検察官上訴の方法により

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号による取消を許すのが論理的である。」とされる（藤木教授は本号を違憲とされ）。しかしながら、刑法四一一条所定の上告理由になつておらず、職権発動を求めても、それがいられるか否か必ずしも明らかといえないにしても、上告の可能性がある以上は、それによるべきは当然である。けだし、猶予判決を取り消すことは、たとえ憲法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限的に解釈するので、本件の場合は発覚の時期にかかわらず当然に猶予の取消は許されないと解するから、判旨の結論に賛成する。

（青柳 文雄・筑間 正泰）

## 〔労働法 五三〕 企業再建と人員整理禁止条項

東京12チャンネル解雇事件  
東京地裁昭四一(三)二五四号  
昭和四三年二月二十八日判決  
判例時報五二二号二八頁

【事実】 被申請人は、昭和三五年三月一五日創立され、同年四月一九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大臣に対し、テレビ放送局の開設免許申請をした。一方昭和三七年一〇月四日、被申請人への財政援助を目的とする日本科学テレビ協

力会が結成された。郵政大臣は、右協力会が設立された約一か月後である同年十一月一三日被申請人に対し、テレビ放送局開設の予備免許をなし、昭和三九年四月三日、本免許をなした。ところが協力会からの協力金が予定どおりに拠出されなため被申請人の経営は