



Title	刑の執行猶予の量刑判断について：日台における一般情状に対する考察を踏まえて
Author(s)	林, 儂紘
Citation	北海道大学. 博士(法学) 甲第15121号
Issue Date	2022-09-26
DOI	10.14943/doctoral.k15121
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/87158">http://hdl.handle.net/2115/87158</a>
Type	theses (doctoral)
File Information	LIN_ZanHong.pdf



[Instructions for use](#)

北海道大学学位申請論文

Doctoral Dissertation

by Hokkaido University

刑の執行猶予の量刑判断について

—日台における一般情状に対する考察を踏まえて—

Judicial Judgment of Suspension of Execution of

a Sentence-Based on the investigation

of general circumstances in Japan and Taiwan-

2022年9月

Sep.,2022

北海道大学大学院法学研究科法学政治学専攻博士課程後期課程

Division of Law and Politics, Graduate School of Law,

Hokkaido University

LIN ZAN HONG

研究指導教員：城下裕二 教授

Supervisor : Professor Yuji Shiroshita

# 目次

序章 問題の所在と分析視角 .....	1
第1節 問題の所在 .....	1
第2節 本稿の目的と分析視角 .....	8
第3節 本稿の構成 .....	13
第4節 本稿における主な用語の説明 .....	14
第一章 刑罰論から見た日台における執行猶予に関する制度的考察 .....	16
序節 本章における問題の所在と構成 .....	16
第1節 制度の創設に関する考察 .....	18
第1款 宣告猶予制度の創設 .....	18
第2款 執行猶予制度の創設 .....	24
第3款 日本における執行猶予制度の創設過程 .....	28
第4款 台湾における執行猶予制度の創設過程 .....	33
第5款 小括 .....	39
第2節 執行猶予制度の性質に関する考察 .....	40
第1款 自由刑の本質 .....	40
第2款 執行猶予の基本理念及び自由刑との比較 .....	45
第3款 日台における執行猶予制度の性質に関する考察 .....	53
第3節 小括 .....	57
第二章 統計に見る日台における刑の執行猶予の運用状況について .....	59
序節 本章の構成 .....	59
第1節 法改正前の運用実態 .....	59
第1款 執行猶予率 .....	59
第2款 執行猶予期間の長さ .....	61
第2節 法改正後の運用実態と法改正前後の比較 .....	63
第1款 新制度の実施率 .....	63
第2款 執行猶予期間の長さ .....	64
第3款 執行猶予の取消事由 .....	65
第三章 量刑理論から見た刑の執行猶予に関する考察－一般情状を中心に .....	67
序節 本章における問題の所在と構成 .....	67
第1節 量刑基準の概観と執行猶予との関係性 .....	69
第1款 量刑基準の意義と多様な類型 .....	69
第2款 相対的応報刑論における行為者の責任の所在 .....	77
第3款 執行猶予における幅の理論への理論的考察 .....	83
第2節 一般情状の全体像と執行猶予における一般情状の具体像 .....	91

第1款 犯情との区別及び運用上の位置付けに関する一般状況.....	91
第2款 執行猶予における犯情と一般情状の関係性.....	98
第3款 再犯防止概念の再検討.....	110
第四章 結論—総括と提案 .....	127
第1節 総括 .....	127
第2節 提案 .....	130
【付録】 .....	134

## 序章 問題の所在と分析視角

### 第1節 問題の所在

台湾では、1949年5月19日から1987年7月15日の間に政治騒乱を鎮めるために、戒厳令が施行されていた。約39年の戒厳期間において、実刑或いは厳罰は、犯罪問題又は治安維持への唯一の対策として実施されていた<sup>1</sup>。そして、戒厳令が解除されて以降、刑務所の過剰収容が問題となっている。その問題を解決するために、台湾政府は既存の刑の執行猶予制度（以下、執行猶予制度と呼ぶ）を積極的に運用することを念頭に置く法的措置を講じた。しかしながら、未だに過剰収容問題すら改善されてないばかりか、執行猶予自体についても、言い渡し率の低下や被告人に言い渡す執行猶予判決の量刑理由の不備等の問題も生じている。

上述したような執行猶予制度の運用によって生じた問題の主な原因は二つある。一つは、被告人が形式的に執行猶予の適用対象になったとしても、最終的に実際に実刑を受けた裁判例が極めて多いことである。もう一つは、台湾の実務において、「量刑基準」と「量刑事情」に対する概念の理解が混同されており<sup>2</sup>、なおかつ裁判官は判決の量刑理由の中で「今回の犯行が社会にどのような影響を与えるのか」について論じる際には、常に具体的な理由や根拠を説明せずに「本件の法的措置を行う理由としては、社会安全を守ることが前提として、今回の犯行からみれば、再犯の恐れがある或いは再犯防止のためである」というような常套句を最終的な旨として言い渡し、そしてそのまま宣告刑を決めるという事例が、執行猶予判決の量刑理由の中に、しばしば見られるようになったことである。これらの原因から見て、それらの背後にある一般情状の判断について探求することで、本稿

---

<sup>1</sup>この時期に共産党の党員或いは関係者・当時の台湾の支配者、蒋介石・蔣経国父子政権を批判する者或いは関係者などが犯罪者として死刑もしくは拘禁刑に処された例が相当数存在する（陳顯武「法律的政治分析—論戒厳時期的政治刑法」〔『國家發展研究』6巻2期、2007年〕158-162頁）。

<sup>2</sup>謝煜偉「認真看待死刑量刑」司法改革雜誌93期（2012年12月）52-53頁を参照。

のテーマである執行猶予の量刑判断に関する捉え方につながると考えられる。

そして、ここにいう「一般情状の判断」をめぐる問題について鳥瞰したい。台湾の裁判における一般情状に対する認識に関しては、実務面における最高裁の見解<sup>3</sup>によれば、基本的には日本とほぼ同様であり、それは量刑判断において犯情以外の要素、すなわち一般予防・特別予防を中心に関連する事情を指すとされる<sup>4</sup>。しかしながら、執行猶予の量刑判断においてそのような認識の中で一般情状の位置づけの変化がある。すなわち執行猶予における一般情状の判断において一般予防に対する考慮という着目点を置いておらず、特別予防のみに対する考慮を実際に採用するのが通例である。

それでは、台湾では上記の通説に従うかという疑問が生じる。この点については、前述した通り、「過剰収容問題を解決するために、可能な範囲で執行猶予判決を積極的に下すことを通じて全体的な執行猶予率を上げる」という政府の方針の下で、特に執行猶予判決の形成過程において一般情状の判断に関わる法的変化を通じて検証可能である。したがって、以下では、その変化はどのような法的動向を通じて表現されているかを紹介し、また、その変化の中にどのような問題点が起こっているのかを明らかにしたい。

一般情状の判断に関する主な法的動向は二つある。一つは「裁判所による執行猶予判決の言い渡しを促進する実施事項（台湾華語：法院加強緩刑宣告實施要點）」の増訂であり、もう一つは「条件付き執行猶予」制度の新設と「性犯罪」に関する法改正である。前者の場合には1987年6月2日に司法院（台湾の最高司法機関）は実刑と執行猶予の区別を明確にするための基準を明文化することを立法目的として、「裁判所による執行猶予判決の言い渡しを促進する実施事項」（以下、促進事項と呼ぶ）を公布した。この促進事項の実施を通じ、裁判官に実刑以外の選択肢（執行猶予）があることを意図的に意識させることで過剰収容問題の解決に有効であるとされ、期待が寄せられた。そして、この促進事項の特徴については、被告人が執行猶予判決を受けることができる前提条件は、被告人がも

---

<sup>3</sup>臺灣最高法院 105 年度台上字第 984 號判決を参照。

<sup>4</sup>城下裕二『責任と刑罰の現在』（成文堂、2019年）211頁を参照。

う二度と罪を犯さないという確信形成が必要であり、その確信形成の背後に「当時の犯行の重大さ（犯情の軽重）」と「犯行後の態度」という二つの要素を総合的に考慮した結果を根拠としなければならないのである<sup>5</sup>。

しかしながら、上述した特徴は量刑の考え方の第一ステップである犯情の考慮要素であるにもかかわらず、量刑の考え方の第二ステップである一般情状の要素として考慮したら、被告人が不利な状況に置かれてしまう可能性がある。なぜならば、例えばある軽微な犯情の事案の場合について、「被告人に対して『罪刑均衡』原則に基づく執行猶予の言い渡しが適当であるが、一般情状を考慮する際に促進事項により被告人自身の犯行後の態度のみが裁判官の期待に答えられていない」といった場合に、最終的には実刑を導くしかないのかといった場合である。また、この促進事項に規定されている「当時の犯行の重大さ」と「再犯の恐れがないこと」の関係については、前者の判定と後者の確認をめぐる判断は各自の理論（前者は応報刑論で、後者は予防刑論）を用いて犯情と一般情状に対する考慮において、個別的に行うのが通常であり、しかも前者は犯情を考慮する事由の一つとして明確化されている必要があると定型的に決められている。例えば、促進事項第7条の(一)により、1年以上の自由刑を法定刑とする犯罪類型において、裁判官に執行猶予判決を言い渡さないよう要請することなどである。しかしながら、応報刑論の範疇に所属する前者に関する判定が、犯情の判断においてすでに行われているにもかかわらず、この促進事項を実施することを通じて、結局は一般情状の判断においてもう一度行うことの意義と合理性があるのかを学問的に追及する余地があるといえる。実際には、犯情に関わる要素と一般情状に関わる要素を同時に内包する促進事項の位置付けについて、いくつか不明な点があるだけでなく、そもそもこの促進事項の実践的合理性があるのかという懸念があることから、本節のテーマである「一般情状の判断」の関連課題として究明する必要がある。

---

<sup>5</sup>当該事項（1987年司法院廳二字第03743號函）の最新版（2018年司法院院台廳刑一字第1070022153號函）はあるが、その運用上の特徴は1987年から2018年まで約30年を経ても何も変わっていない。

「条件付き執行猶予」制度の新設と性犯罪に関する法改正に関しては、促進事項の制定後、1995年以降の再犯者による重大犯罪事件の多発と未解決の過剰収容問題の深刻化に伴い、台湾刑法は1935年に施行されてから70年ぶりに大規模に改正された。この刑法改正において、執行猶予制度に主として二つの変革がなされた。一つは、執行猶予制度は社会内処遇の一環として、裁判官に対して短期自由刑の弊害を避けるだけでなく、同時に新しい規定の内容次第で社会問題に柔軟に対応できるというメリットをも理解させるために、ある適用対象者に負担（例えば、社会に義務労務を提供すること）または指示（例えば、再犯予防に必要な命令に従うこと）を命じて、それから強制的に履行させる方式<sup>6</sup>、すなわち条件付き執行猶予という制度が新設され、既存の執行猶予制度<sup>7</sup>に追加された。もう一つは、一般犯罪よりも再犯率が極めて高い性犯罪者に対して、単純執行猶予の適用対象者から除外するという立法内容が表示されるようになった。この二つの法的変革は刑法典の修正内容の一部として2005年2月2日に公布された。こうした法的動向により、量刑段階における一般情状を考慮する際の特徴が浮上してきたと考えられる。ここでは、それぞれの特徴及びそれらに伴う問題点を以下に説明する。

条件付き執行猶予の主な特徴は三つある。第一に、2005年条件付き執行猶予の実施以降、一般情状の判断において裁判官が執行猶予判決を下そうとする際に、三つの措置（単純執行猶予・保護管束付き執行猶予・条件付き執行猶予）の中から一つの措置を選ぶことが可能である。その選ばれた措置を最終的に宣告刑の内容とするという仕組みがあるが、その中での条件付き執行猶予の平均実施率に関しては、近年の統計によると、5割強となった<sup>8</sup>。また、その選ばれた措置が条件付き執行猶予である場合には、裁判官が被告人に関する犯情と一般情状によって刑を宣告した際に、被告人に対して裁判官からの言い

---

<sup>6</sup>臺灣立法院第五屆第三會期司法委員會第九次全體委員會會議紀錄(2003年3月30日)4-5頁を参照。

<sup>7</sup> 2005年刑法改正以前、単純執行猶予と保護管束付き執行猶予のみ実施されていた。

<sup>8</sup>統計短文 [http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list\\_id=1467](http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=1467)  
(最終閲覧日：2021年3月15日)



渡す条件付き執行猶予の条件はいくつかある。それは単一の条件（例えば、公庫に金銭を払うこと）或いは複数の条件（例えば、公庫に金銭を払うことと社会に義務労務を提供すること）等にとどまらず、再犯防止のために必要な諸命令（例えば、性犯罪に対する保護管束処分・尿検査や密接な監督、電子監視を同時に運用すること）もあることから、すべては裁判官の取捨選択次第である。

第二に、条件付き執行猶予の各条件の内容から見ると、当時の刑法改正の政策<sup>9</sup>の影響により、被害者または地域社会に関連したことを主とする規定事項が大多数であり、しかもその条件内容を受けた被告人が履行しない場合には、条件付き執行猶予の取り消しの対象となり、猶予されていた前刑で服役することがわかった。

第三に、条件付き執行猶予が実施されて以来、裁判実務において例え執行猶予の適用対象者は初犯で、社会に甚大な危害を与えない者だとしても、最大5年間の猶予期間や保護管束処分や負担・指示（条件付き執行猶予の条件内容）に同時に付されることが可能であるという実例がある<sup>10</sup>。

したがって、上述したように、この三つの特徴を要約すると、量刑裁量の拡大と被害者または地域社会の視点の導入が読み取り可能であり、さらに2005年以降の執行猶予の全般的な運用に著しい変化をもたらした。執行猶予の全般的な運用において本来の制度に比べると、確かに条件付き執行猶予の実施を通じて、新しい選択肢の増加及びその新しい選択肢の内容により、被告人の事情に柔軟的に対応でき、被害者または地域社会のニーズや関係修復なども考慮されているという表面的なメリットがある。しかしながら、実際には、一般情状の判断から見ると、その変化の中にいくつかの注意点があり、特筆すべき問

---

<sup>9</sup>法改正の理由と目的は以下の通りである。

「軽微な犯罪の場合に犯罪者を許す可能性があるため、犯罪者が社会内処遇制度（例えば、社会奉仕や和解や損害賠償など）を通して被害者及びその家族だけではなく、コミュニティとの関係を修復できるようになれば、犯罪者の改善更生という目標を達成できる。」と記載されている。この理由については、法務部『法務部検討暨改進當前刑事政策研究小組研究資料彙編』（法務部、1999年）2頁以下を参照。

<sup>10</sup>例えば、臺灣臺北地方法院101年度審簡字第123號の量刑理由を参照。

題は以下の通りである。

(1) まず、本来ならば、法改正による裁量権の範囲の拡大を通じて、裁判官が被告人の一般的な事情に関する情状に応じて、単純執行猶予・保護管束付き執行猶予・条件付き執行猶予、この三者から一つを適切に選ぶという制度設計があるはずだった。しかしながら、実際の運用を見ると、単純執行猶予率が年々低下している一方で、条件付き執行猶予率<sup>11</sup>だけでなく、保護管束付き執行猶予率も年々増加している傾向が見られる<sup>12</sup>。この傾向については、いくつかの疑問が生じる。それは、その三者の区別基準に関する規定がそもそも存在しない状態で、裁判官がどのような理由に基づいて、単純執行猶予ではなく、保護管束付き執行猶予または条件付き執行猶予を言い渡しているのかについてである。また、その一方で被告人に対して、仮に単純執行猶予判決を受けられる条件を満たしたとしても、裁判官から何らかの理由で単純執行猶予判決を下すことを拒否され、保護管束付き執行猶予または条件付き執行猶予判決しか受けない可能性もあるのではないかという疑問も存在する。

(2) 次に、性犯罪者が執行猶予の適用対象者である場合、初犯でも再犯でも刑法典により必ず保護管束付き執行猶予判決を受けることになっている。そこで、特に再犯の場合について、再犯率が極めて高い性犯罪者に対して、条件付き執行猶予判決を言い渡されたとしても、条件付き執行猶予の八つの条件から一つ以上が選ばれており、付けられることは

---

<sup>11</sup>条件付き執行猶予率については、2005年に運用され始めたので、2007年まで全体的な執行猶予率の2割未満を占めたが、その後、徐々に上昇し、2010年に約35%となり、近年の平均値は5割強となっている(2015年54%)。この統計については、統計短文 [http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list\\_id=1467](http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=1467) (最終閲覧日: 2021年4月13日)

<sup>12</sup>台湾では、保護管束の運用方式は三つある。一つは保護管束付き執行猶予、二つは保護管束付き仮釈放、そして他の保安措置の代替手段である。保護管束付き執行猶予率については、2006年(法改正の翌年)は全体(上述した三つの運用方式を合計した保護管束付き判決の数)の約7.20%であったが、10年間を経て、2016年には、全体の約35%に上昇した。この統計については、法務統計年報 [http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/book/Book\\_Detail.aspx?book\\_id=245](http://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/book/Book_Detail.aspx?book_id=245) (最終閲覧日: 2021年4月14日)

もちろん、先に述べた保護管束処分を施すことの義務化も必要であるという特徴がある。しかし、量刑の観点から見て、その特徴は量刑判断の組み立て方を阻害する恐れがある。なぜならば、性犯罪に対する執行猶予の量刑判断において、単純執行猶予判決、若しくは保護管束付き執行猶予判決になるか否かについて、一般情状の判断が全て不要になるということは、犯罪者の更生を考慮した上で刑を軽くするという一般情状の調整機能が「性犯罪者の再犯リスクが高い」という社会防衛思想の観点を通じて否定されることを意味するからである。したがって、社会防衛思想を前提としているから、一般情状の調整機能をどのように活かしていくのかが看過できない課題となっている。

(3) そして、法改正により被害者と地域社会の視点を取り入れた条件付き執行猶予の条件及び内容に関しては、応報を中心とする伝統的な制裁と違い、「被告人は被害者または地域社会との関係を修復すること」（以下、関係修復と呼ぶ）が条件設定の主な目的として運用されているのが特徴である。したがって、裁判官が一般情状の判断をする際に、上述の関係修復を考慮すべき内容として扱う。しかしながら、その関係修復の基本は被害者または地域社会のために、裁判官から一方的に被告人に命じるという強制的な意味を含めることがある。これは被告人の主体性を中心として、そこから個人の周辺事情を考慮することを原則とする一般情状の概念と一致していないと推察される。それに沿って、一般情状においても、必ずしも特別予防には還元されない「関係修復」が含まれる事実関係から見れば、どのような観点でその事実関係の合理性を解釈し、或いはその既存の事実関係の中で適切な限界設定をすることができるのかという疑問が存在する。

(4) また、それに関連して、裁判官に対するインタビュー調査の結果の一部から、「条件付き」という方式を通じて、犯罪行為による代価、すなわち刑罰のように懲罰の苦痛を体験させ、味わせることによって、その他の人々の犯罪を予防することが条件付き執行猶予を運用する目的の一つであることが明らかにされている<sup>13</sup>。この運用目的については、

---

<sup>13</sup>謝如媛「緩刑的刑事政策意涵：嚴罰趨勢下的寬典？」臺大法學論叢 43 卷 4 期（2014 年 12 月）1637-1638 頁を参照。

一般予防の視点で理解するか、それとも特別予防の視点で理解するかという問題がある。前者の場合には、この運用目的のもとで執行猶予を付すかどうかの判断に際して、前述した制裁の威嚇的効果が強調される傾向にあるが、後者の場合にはこの運用目的は特別予防の内容として適切かどうかという問題が浮上する。以上のことから、執行猶予判決において、一般予防が考慮されることの合理性と特別予防の基本理念を再検討する余地がある。

(5) 最後に、執行猶予判決の内容にも疑問がある。例えば、条件付き執行猶予の裁判例から見て、犯情が重いとは言えない被告人に最大 5 年間の猶予期間の有罪判決が言い渡され、同時に執行猶予期間中に保護管束処分と義務労務処分が付されることによって、宣告刑が責任刑の上限を上回るような事態が起こると思われる。

いずれの問題も、一般情状における特別予防に関する本来の姿・役割及び執行猶予制度の本質との相互関係の確認を再検証する余地がある。本稿では、こうした様々な疑問を正確に理解するだけでなく、さらに払拭するために、執行猶予に関する一般情状の特別予防的機能を検討する際に、機能把握はもちろん、応報的機能との関係の枠組みの中でどちらに重きをおいて量刑の決定作業を行っていくべきかという点にも注目する。そして、執行猶予判決を言い渡す際の量刑判断において、一般情状と、執行猶予制度の立法目的・制度設計との関係を更に掘り下げる。また、執行猶予における一般情状の判断に関する将来の在り方についても探究して行く。

以上が本稿の基本的な問題意識である。

## 第 2 節 本稿の目的と分析視角

第 1 節で述べた問題意識を踏まえ、本稿では日台における執行猶予判決の形成過程や量刑事情である「一般情状」の判断との関係に関する現代刑罰論・量刑論・処遇論の理論的・実践的課題を究明し、今後の執行猶予制度のあり方だけでなく、一般情状事実を考慮する際のあるべき姿でも明らかにすることを目的とする。具体的には、日台における執行猶予制度の立法目的と制度設計の背後にある考え方（刑罰論）が量刑過程における一般情状

の判断の仕組み（量刑論）にいかなる変化や影響を与えるかを考察する。それを通して、一般情状が持つ機能及びその今日的意義の考え方と処遇効果（処遇論）を検討した上で、今後の執行猶予判決の形成過程における一般情状に関する評価と、基準に求められるべき役割とあるべき姿を提示する。

この目的を遂行するために、本稿では、1907年4月24日に施行された日本の執行猶予制度の全貌及びその判決の量刑理由に考慮される一般情状事実の考え方を研究対象とする。具体的には、制度分析と一般情状の判断に関する理解に重点をおいた比較検討及び考察を行い、それから日本の過去・現在及び将来への心得を踏まえて、さらに今後の台湾における執行猶予の量刑判断の望ましい姿の実現に向けた提言を行う。まず、比較対象として日本を取り上げる理由は、以下の通りである。

（1）台湾における執行猶予制度の創設には日本からの影響があるためであること。

台湾における現行刑法の規定の変遷から見ると、1912年の暫行新刑律が正式に公布される前に、当時の立法担当者、大清帝国の修訂法律大臣である沈家本の招聘によって日本東京帝国大学出身の刑法学者岡田朝太郎が西洋の法制を参考にし、初めて西洋の法制を帝国法制に導入した。その際に、執行猶予制度も導入された。しかし、その導入された西洋の法制（執行猶予を含む）の施行には至らずに大清帝国が滅亡した。もともと中華民国時代になってからも、初期に運用されていた暫行新刑律の条文内容を見ると、大清帝国の法制から中華民国の法体制に違反しない規則（執行猶予を含む）が抽出され、そのまま流用されていた<sup>14</sup>。その後、1928年に暫行新刑律は中華民国刑法典という名称に変更され、その法典について改正作業が始められた。1935年の中華民国刑法典公布までの一連の討議についても、当時の刑法改正案委員会の委員合計10名のほとんどが留学経験者であり、その中でも日本留学経験者が大多数を占めていた<sup>15</sup>。したがって、20世紀初期

---

<sup>14</sup>林山田『刑法通論（上冊）（増訂10版）』（元照出版、2008年）107-110頁を参照。この他、蔡墩銘「中華民国刑法と日本刑法の関係」ジュリスト999号（1992年）108頁以下を参照。

<sup>15</sup>刑法改正案委員会（1932年-1934年）の委員名簿と委員らの留学経験は以下の通りであ

から始まった中華民国刑法の内容の変遷を見ると、1932年から1934年にかけての刑法改正に関する討議過程を経て、最後に1927年ドイツ刑法草案や1931年日本改正刑法準備草案の原案などが参考にされ、改正が行われた<sup>16</sup>。当該刑法典の主な特徴としては、総則編（執行猶予制度を含む）と各則編の双方において帝国時代の伝統法制から解放されており、法典構造と大部分の条文内容は諸外国刑法（特に日本刑法とドイツ刑法）の影響を受けていることが挙げられる<sup>17</sup>。同刑法典には、日本の刑法を参照している箇所が見受けられ、特に法的構造と運用上の基本原則といった共通点が数多く存在する。

（2）執行猶予制度の法的性質・立法・量刑の目的及び応用に関する比較を行う上で、法的改革のきっかけやその変化を考察する意義があるためである。具体的には、一般情状の判断において、本稿の一つの考察対象である犯罪者の社会復帰に関する特別予防をどのように考慮するのか、特に特別予防と一般予防の相互関係はどうなるのかについて日本法から示唆を得ることができる。ここでは、執行猶予制度の創設に関連する理念を以下で概観する。

特別予防については、拘禁刑の問題点から執行猶予制度の位置付けを特定できると言っても過言ではない。刑罰の歴史の流れにおいて、16世紀末に拘禁刑は現れて以降、各国の国情により拘禁刑に関する処遇方式が変化しつつあり、しかも世界中で主な刑罰になった。しかしながら、言うまでもなく、現在でも運用されている拘禁刑の実績から見ると、犯罪者の社会復帰に大きな効果を期待できるかについては明らかになっておらず、逆に拘禁刑自体には、様々な弊害が伴うことが指摘されて来たのも事実である。そのため、社会

---

る。

史尚寛（日本・ドイツ・フランス留学）・蔡瑄（日本留学）・羅鼎（日本留学）・郝朝俊（日本留学）・趙琛（日本留学）・瞿曾澤（日本留学）・徐元誥（日本留学）・劉克俊（ドイツ留学）・盛振為（アメリカ留学）・林彬（留学経験なし）という人員構成である（黄源盛「回顧与动向：1935年民国刑法及其八十年来修正述要」法治現代化研究第2期（2018年）125-126頁、現代中華民国滿洲國人名鑑 / 外務省情報部）。

<sup>16</sup>孫科『孫科文集（第一冊）』（商務印書館出版、1970年）391頁を参照。

<sup>17</sup>車浩「未競的循環—犯罪論体系在近代中国的歴史展開」政法論壇（中国政法大学学報）第24卷第3期（年）66頁を参照。

内処遇は拘禁刑を回避し、つまり刑務所収容に代わる手段として運用されている<sup>18</sup>。それに関連して、本稿の研究対象としての執行猶予は社会内処遇に関する基本制度の1つとして<sup>19</sup>行われており、先に述べた社会内処遇の意義（犯罪者の社会復帰・拘禁刑の回避）も内包すると認められる。

これに対して、一般予防では、前述したように執行猶予の量刑判断に関係のないことが現在の日本の通説であるものの、実際には通説が形成される前にその両者の関係性に関する以下のような議論が存在した。

執行猶予制度の立法・量刑の目的から見ると、執行猶予判決は裁判官が拘禁刑の言い渡しを通じて被告人と国民の胸に「応報的正義」を刻み込むような威嚇効果の強調を主とする実刑判決とは違う効果を求めるものである。具体的には、執行猶予は刑罰による威嚇効果よりも、むしろ一定期間を無事に経過した後、被告人が刑罰の適用対象から外すという制度設計を通じて、裁判時に刑罰を宥恕し、つまり「応報的正義」の要求に反するという特徴があるため、刑罰による威嚇効果または感銘力の一般予防作用を弱めるとの見解があった<sup>20</sup>。この見解は当初、執行猶予制度の導入の是非をめぐる議論があったドイツ・日本において反対説として採用されなかった<sup>21</sup>が、現在、台湾における執行猶予に関する一般情状の量刑判断の考える経路から見て、上記の反対説を内包しているともいえる。そこで執行猶予判決の形成過程における一般情状の判断余地に影響を与え、すなわち制度の立

---

<sup>18</sup>前野育三＝前田忠弘＝松原英世＝平山真理『刑事政策のすすめ—法学的犯罪学—』（法律文化社、2011年版）56-57頁を参照。

<sup>19</sup>川出敏裕＝金光旭『刑事政策』（成文堂、2012年版）224頁を参照。

<sup>20</sup>ドイツにおける執行猶予制度の導入については、約19世紀末において反対意見として主張された。この詳細については、正木亮『刑法と刑事政策』（有斐閣、1963年）118頁を参照。

<sup>21</sup>その当時、反対説に対する反駁については、ドイツにおける学界の主流な考え方として「それは刑罰の基本思想に関わる問題ではなく、短期自由刑を避けるための実行問題である」との指摘があり、また、正木亮・前掲注（20）118-119頁は、日本では小野清一郎博士の見解によれば、刑の執行を猶予することは被告人の良好な行状を条件として刑罰を赦免するという特徴があるので、賞と罰を両立し、包含された応報観念にとって、応報的正義と衝突せず、共存し得る制度であるというものであるとしている。

法・量刑の目的を執行猶予判決に関する一般情状の判断余地に反映させるのかという議題につながることもあるため看過することはできない。したがって、日本における執行猶予制度の導入の是非をめぐる議論状況を鑑みることで問題解決の糸口を探る。

以上のように、理論面については、日本はもちろん、日本の制度の原型を引き継ぐ台湾も同様に、判決を下す段階において裁判官が犯情を確認しながら執行猶予の形式的要件を満たし、執行猶予の適用対象になるはずである被告人に対し、実刑判決かそれとも執行猶予判決かにすることを選択する際に、二つの考えうる判断枠組みがあると言える。一つは、社会内処遇の意義、つまり犯罪者の社会復帰（通説である特別予防）を重視するのであれば、執行猶予は犯罪者が社会により円滑に復帰するための手段として、もっとも適切であると理解し、同時に拘禁刑により犯罪者の社会復帰に不利になってしまうということに意識を向けながら、行為責任の枠内で被告人に実刑判決ではなく執行猶予判決を言い渡すべきである。

もう一つは、国民の規範意識を維持するために、応報的正義の要求（一般予防）を念頭に置くものであり、この判断枠組みでは、犯罪者の社会復帰という観点が薄くなってしまい、ほぼ実刑判決を下すことになる。つまりそれらは裁判官が実刑の威嚇効果を強調するために、執行猶予の目的を優先的に遂行しなくても法的に許容される結果になる。

上記の2つの判断枠組みには最初に述べた一般情状の判断（実刑か執行猶予か・執行猶予の種類選択）における特別予防と一般予防のバランス問題だけではなく、現在の刑罰に関する基本理念と目的が徐々に一般予防的考慮に傾くという問題が生じることから、台湾制度の原型である日本制度の沿革と実際運用に刑罰論・量刑論から注目しつつ考察する価値がある。

また、執行猶予制度の運用面から見ると、台湾では、上述したような二つの判断枠組みの背後にある要素、すなわち一般情状事実とされてきた事情から裁判官の最終的な判断形成までの一連の考慮については、単に一般予防・特別予防だけではなく、近年の過剰収容問題への対策や再犯防止施策や被害者等施策という刑事政策的要素も入り込んでおり、し



かもその刑事政策的要素が特別予防の主な目的になる傾向にある。そのような傾向の下で、一般情状事実とされてきた事情の付加条件のような形（例えば、条件付き執行猶予）を通じて執行猶予判決を下すことに実質的な影響をもたらす場合がある。ここでは、一般情状に関する運用方針或いは刑事政策的要素が判断基準の一部として位置づけられている合理性に注目したい。また、実際に上述したような刑事政策的要素が生じた理由に関しては、日本においても存在し<sup>22</sup>、それに関連する法制度の導入は二つある。一つは、2000年以降、犯罪被害者及びその遺族に対する配慮・支援を主な目的とする刑事訴訟法に関する法改正（2000年による新設の被害者意見陳述制度と2007年による新設の被害者参加制度）である。もう一つは、2009年に被収容人員適正化方案に関する部会において過剰収容の緩和はもちろん、再犯防止により焦点がおかれた提案、すなわち2016年以降、運用されている刑の一部執行猶予制度及び社会貢献活動を保護観察の特別遵守事項とする制度である。この二つの法的な変化は日本における執行猶予制度の運用面に実質的な影響を与えるが、そこで法制度の導入による運用実態に量刑段階における特別予防の目的を真に反映させ得るのかを総合的に考察したい。

### 第3節 本稿の構成

本稿の構成は次の通りである。第一章では、執行猶予制度の根源を明らかにした上で、日本法・台湾法を論述の対象とするため、基本的に1907年からの日本における執行猶予制度・1935年からの台湾における執行猶予制度を中心にして、刑罰論の観点から制度の意義とその運用目的及び実刑との相互関係について考察する。そして、第二章では、公的統計を通じて、日台における執行猶予の運用状況を整理し、当該制度の基本的理解を

---

<sup>22</sup>ここは過剰収容問題への対策を指す。日本では、約2000年から2006年にかけて過剰収容問題があったため、政府が法制審議会の部会（被収容者人員適正化方案に関する部会）を設置した。この詳細については、浜井浩一『実証的刑事政策論—真に有効な犯罪対策へ』（岩波書店、2011年）160-161頁・178-179頁を参照。

確認する。第三章では、量刑論の観点から日台における執行猶予判決を下す際、その適用条件と判断基準を検討する作業を行う。具体的には、日台における執行猶予判決に関する一般情状に属する量刑事情を考察し、そこからそれぞれの量刑事情の背後にある基本原則または理念を明らかにすることに加えて、審判を担当する者が実際に実刑判決と執行猶予判決を選択することによって生じた事象を示す。そこで、一般情状の判断において、過去の法改正による日台における量刑事情の位置付けを検討し、それによって執行猶予制度の機能と役割（特に再犯者または特別犯罪類型の取扱い・猶予期間の決定方法）に如何なる影響をもたらしたのかを明らかにする。そして、第四章では、今後の裁判実務を考慮するにあたり、台湾のみならず、日本の制度設計においても参考に成り得る「被告人の社会復帰に資する基準」に関わる一般情状の将来像、および方向性を体系的に提言する。なお、本稿は成人の執行猶予制度を対象に論述するため、それ以外の特別法（例えば、少年法・軍刑法）に関する議論は研究対象外とする。

## 第4節 本稿における主な用語の説明

### 1. 台湾の現行刑法

#### (1) 説明

台湾の現行刑法典は1935年の中華民国政府が法改正した刑法典であるが、当時の台湾は日本領土の一部であったため、台湾に対する刑法典の法的効力はなかった。

台湾が1945年10月25日に中華民国政府により実効支配されてからは、中華民国刑法典が台湾における刑法典となった。

#### (2) 本稿との関係

台湾における執行猶予制度の原型は中華民国刑法典の前身である1912年の暫行新刑律に遡るため、この立法資料についてもできるだけ整理する。

### 2. 保護管束処分

#### (1) 説明

保護管束処分とは、社会に対して比較的軽い危険性がある犯罪者に関する監督・保護について特定機関や団体などに委任するものである。

## (2) 本稿との関係

「犯罪者を保護管束に付するのか」という裁量権について、執行猶予を言い渡すには原則として裁判官自らの裁量で決定する（台湾刑法第93条第1項）。したがって、保護管束付き執行猶予または保護管束付き条件付き執行猶予という形で被告人に言い渡すことが可能である。

## 3. 条件付き執行猶予

### (1) 説明

条件付き執行猶予とは、裁判官が執行猶予の適用対象者に負担または指示を命じ、執行猶予期間中に強制的に履行させるものである。

台湾刑法第74条第2項によると、負担または指示の内容は以下の通りである。

①被害者に謝罪すること。②悔悟書を提出すること。③被害者の財産的及び非財産的な損害に対し相当額の賠償を支払うこと。④公庫に相当額の賠償を支払うこと。⑤指定した政府機関、政府機構、行政法人、コミュニティ、又はその他公益目的の機構、団体に40時間以上240時間以下の義務労務を提供すること。⑥禁絶治療、心理補導又はその他適切な処遇措置を受けること。⑦被害者の安全を保護するために、必要な命令に従うこと。⑧再犯予防に必要な命令に従うこと。

### (2) 本稿との関係

条件付き執行猶予判決を下すにあたり、特別予防の観点からそれらの条件内容に関する判断基準の妥当性や他の選択肢（単純執行猶予・保護管束付き執行猶予）との取捨選択の考え方に注目し、本研究の考察対象としたい。

# 第一章 刑罰論から見た日台における執行猶予に関する制度的考察

## 序節 本章における問題の所在と構成

本稿の議論の前提として、日台における執行猶予制度の創設とその後の制度改正の在り方とはいかなるものであるのかについて、刑罰論の視点から再検討する。その理由は執行猶予に関する犯罪者の取り扱いを制度の創設及び設計内容において見極めることによって、犯罪者像の変容と刑の量定に取り組む姿勢に対する評価も決まってくると考えられるためである。また、刑罰体系において執行猶予制度の運用が拘禁刑の執行とは全く異なるものである。それにもかかわらず、犯罪者が当該制度の適用対象者になって、執行猶予期間中に一般社会で生活できるものの、良好な行状を保つことができないのであれば、そのような事情（良好な行状を保てない原因）は前刑（言い渡された拘禁刑）に服する必要がある事実内容として観念することになる。

通説によると、執行猶予制度の目的は、自由刑の弊害を認識した上で、その弊害を避けるために、刑務所に赴くことを回避するという方法を採用し、時代に先行する1つの自由刑の弊害を避ける対策であると認められる<sup>23</sup>。しかしながら、先に述べたように例え犯罪者が執行猶予制度の適用対象者であっても、ある事情により容赦なく刑務所に収容されるという制度設計から見れば、当該制度の設計内容（入所の可能性あり）と制度の目的（入所せずに自由刑の弊害を回避すること）の間に本質的な齟齬が生じると思われる。

刑罰論の視点において、上述の齟齬は、それらがどのような意義を持ち、理解されているのかということが重視されるため、看過することはできない要素である。したがって、本章では、その齟齬の背後、つまり執行猶予の目的の一つである「自由刑の弊害を回避す

---

<sup>23</sup>香川達夫「起訴猶予・執行猶予・仮釈放」莊子邦雄ほか編『刑罰の理論と現実』（岩波書店、1972年）243頁、西岡正之「保護観察付執行猶予の現状と課題」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第7巻 犯罪者の社会復帰』（日本評論社、1982年）294頁以下、吉岡一男『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）70頁を参照。

ること」という通説の形成過程を刑罰の目的・機能の視角から再検証することにした。具体的には、以下の3点に注目する。

1つ目は執行猶予制度の目的を再検証することである。ここでは、執行猶予制度を歴史的源流から整理することにより、執行猶予制度自体だけではなく、執行猶予制度の発想の根源となった英米の宣告猶予制度創設<sup>24</sup>の経緯や、制度発展の脈絡についても捉えていく。そして、制度の根源だけでなく、背後に伏在する当初の思惑や変遷を辿り、どのようにして制度運用の目的に結び付けられているのかについて、形成過程及び相違点を明らかにする。(第1節)

2つ目は執行猶予制度の性質を考察することである。ここでは、執行猶予制度の位置付けと作用を刑罰体系において明確にするために、刑罰論の視点から、自由刑と執行猶予の本質を明らかにした上で、日本と台湾における執行猶予制度に関する比較を行う。(第2節)

3つ目は法的変遷から日台における執行猶予制度設計上の変化を考察することである。ここでは、日台の制度設計上の変化、つまり制度創設の過程、制度改正の内容から見える変化に着目し、そこから制度設計が制度の目的を果たすまでに、どのような刑罰観を主軸としてそれぞれの制度運用を支えているのかに関心に向け、統合的に考察する。またその刑罰観が制度の目的につながる意義及び実刑との連動関係に重点を置いて探究していく。(第3節)

以上の3点に対する認識を踏まえた上で、日台の執行猶予制度の現状を如何に評価できるのかについて考察し、当該制度における刑罰の機能を確認した上で、制度面の問題点を明らかにするために、現行制度の課題について検討を行うこととする。

---

<sup>24</sup>執行猶予制度は約近世の英米にその起源があると認識されているという説については、小野清一郎『刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予及び其の他』(有斐閣、1931年)7頁以下、浦辺衛「執行猶予と宣告猶予」警察論集13巻6号(1960年)63頁、小川太郎『刑事政策講義』(法政大学出版局、1976年)161-162頁。

## 第1節 制度の創設に関する考察

### 第1款 宣告猶予制度の創設

前述したように、現在運用されている執行猶予制度の根源への遡及するために、英米法の宣告猶予制度の形成過程に言及する必要があることが理解されている。何故ならば、この2つの制度の出発点が、歴史的に同一の脈絡の下で設定されているためである<sup>25</sup>。したがって、執行猶予制度（本節の第2款・第3款）を考察する前に、本款では執行猶予制度が形成されるための材料として知られており、すなわち、宣告猶予制度を促す起因となった諸事情から考察することとする。

#### 1. 制度の定義と生成

宣告猶予（Suspended Imposition of Sentence, 略語 SIS）とは、刑事事件の審判段階において裁判官がその事件の審理結果、すなわち犯罪者に対する言い渡し内容（有罪・刑罰の宣告）を一定期間に留保する制度を指す<sup>26</sup>。

宣告猶予はプロベーション（Probation）を運用する際に、併せて設定された方式として理解されるようになった<sup>27</sup>。以下では、宣告猶予に関わるプロベーションの形成過程をまとめて示したい。

近世のプロベーションの発祥地に関しては、イギリスとアメリカのどちらを生みの親とするかをめぐり議論があったものの、「プロベーションはアメリカで生成され、その後の進展がイギリスなどのヨーロッパ諸国で顕著にあらわれる」という複数の考察が出されたこと<sup>28</sup>、その後の発祥地をめぐる議論においてアメリカのマサチューセッツ州出身のジ

---

<sup>25</sup>浦辺衛・同上 63 頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、2008 年）572 頁。

<sup>26</sup>繁田実造「猶予制度（二）－執行猶予・宣告猶予－」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座 第1巻 総論』（成文堂、1971 年）327 頁。

<sup>27</sup>実は、宣告猶予とプロベーションを一緒に運用する前に、イギリス中世期における裁判実務では、宣告猶予に類似している措置がすでに存在する。それらの措置が宣告猶予制度の生成にヒントを与えたことは否定できない（星周一郎「アメリカにおける猶予制度」論究ジュリスト第14号（2015 年）74 頁参照）。

<sup>28</sup>Maurice Vanstone, *Supervising Offenders in the Community: A History of Probation and*

ジョン・オーガスタス (John Augustus, 1785-1859) はプロベーションの創設者であるという説<sup>29</sup>を支えるバックグラウンドになったと言える。1820年からジョン・オーガスタスがアメリカのボストン (Boston) で自分の商売と慈善事業を両立しており<sup>30</sup>、1841年にテンペランス運動<sup>31</sup>を通じて裁判所の仕事に触れ始めた<sup>32</sup>。その後、彼が1859年に逝去するまでの約17年間に犯罪者への支援を重要な慈善活動として献身的に働いていた<sup>33</sup>。

では、当時のワシントン完全禁酒協会 (the Washington Total Abstinence Society) のメンバーであるジョン・オーガスタスが慈善事業を通じてどのようにして犯罪者への更生支援に貢献していたのであろうか。1847年5月15日に発行されたキリスト教関連の週刊誌 (The Christian Register) において、モアランド (Moreland) によれば「ジョン・オーガスタスと裁判所の接点はワシントン完全禁酒協会である。当時、ワシントン禁酒運動の特徴として挙げられる『刑務所へ赴くことの代わりに、優しさ、道徳的な説得を通じて、酔っぱらいにお酒による弊害を理解させた上で、アルコールから離脱できるという強い信念を酔っぱらいに持たせたい』という趣旨がそのワシントン完全禁酒協会の運営方式に深く影響を与えた。<sup>34</sup>」と説明されている。その趣旨の影響の下で、アルコール問題に関わる犯罪者のために、1842年から1858年の間に、ジョン・オーガスタスは

---

Practice, England: Ashgate, 2004, p.4-5

<sup>29</sup>Id.

<sup>30</sup>*supra* note 28 at p.17

<sup>31</sup>19世紀前半から19世紀中盤におけるテンペランス運動とは、キリスト教など宗教上の信念に基づいて牧師たちが過度の飲酒による弊害の是正勧告が記載された小冊子やパンフレットを配布したり、また禁酒誓約書に署名を求めたりしたことを通じて大酒飲みの人に道徳的な説教をすることである。そしてその後テンペランス運動が禁酒法運動へ転換した (岡本勝「アメリカ社会における酒場の盛衰ーポストベラム期から全国禁酒法成立まで」地域文化研究第27号 (2001年) 79-80頁参照)。

<sup>32</sup>*supra* note 28 at p.9

<sup>33</sup>Irving W. Halpern, *Decade of Probation: A Study and Report*: Patterson Smith 1969, pp.14-15

<sup>34</sup>*supra* note 28 at p.9

民間人としてボストンの裁判所へ裁判の傍聴に通っていた経緯がある。その期間中にボストンの裁判所に属する犯罪者のために、保釈保証金を納付し、保釈の身元引受人になるという方法を運用した結果、合計1946名の犯罪者<sup>35</sup>は刑務所に赴く必要がなくなった。しかし、その代わり彼らの判決の宣告が一定期間内に留保されており、ジョン・オーガスタスの指示の下で「自分自身の悪い言動を自力で改善することに努めることが必要である」という裁判所からの命令内容がプロベーションの最初の記録として残っている<sup>36</sup>。また、上記の方法を遂行するために、全ての被告人が受け入れるわけではないと知ったジョン・オーガスタスが①選定 (selection) 及び②更生の可能性のある被告人 (reformable offenders) の2点をプロベーション対象者の条件として設定したことで、顕著な成果が出たとされる<sup>37</sup>。

上述したように、当時はジョン・オーガスタスと裁判所が一緒に運用していた方法から見て、犯罪者が刑務所に収容される必要がない理由として、ジョン・オーガスタスから納付した保釈金の影響は大きい、焦点となったのは犯罪者が一定期間に特定の人（当時はジョン・オーガスタスのような宗教関係者）の指導を受けることで更生に向かう必要性に価値が見出されたと考えられる。これに基づけば、プロベーションという言葉<sup>38</sup>の実践的な意義は、裁判官からの判決の言い渡しを行う方式に融合し協働的に運用することは、宣告猶予の制度が法制上に確立される以前から宣告猶予制度の原型としてすでに行われていたと言える。

## 2. 制度の法制化及び運用上の注目点

---

<sup>35</sup>1946名の犯罪者の大半はアルコール問題を抱えている者である。

<sup>36</sup>*supra note 28* at p.9

<sup>37</sup>Joan Petersilia, American Probation and Parole Association, *Crime and Justice*, Vol.22, 1998, p.32

<sup>38</sup>プロベーション (Probation) の最初の意味は、ラテン語である「試すこと」(Probare) に由来するのである (John Otto. Teeters, Negley K. & Reinemann, *The Challenge of delinquency : causation, treatment and prevention of juvenile delinquency*, New York : Prentice-Hall,1961, p.384)



上述した宣告猶予制度の原型に対する運用については、アメリカにおいてジョン・オーガスタスの死後、先行運用という形で続いており、ついに運用実務による業績は法的に承認されることになった。それを踏まえて、有罪を認定された被告人に、自己改善と二度と悪い行為をしないことを条件として自由を与え、刑罰を猶予する処分に付することが慣行的に運用されており、その結果として、1878年にマサチューセッツ州の法典においてプロベーション業務を担う人に関する任命権が規定された。これは世界初の有罪判決の宣告猶予の明文化だけでなく、後にその規定の影響により北米本土において急速に広がり<sup>39</sup>、同時に宣告猶予とプロベーションを結びつける制度も法的に徐々に確立され<sup>40</sup>、1925年の連邦プロベーション法までに判決の宣告猶予が明文化されることになった<sup>41</sup>。一方、イギリスでは、1879年までコモン・ローの影響により宣告猶予は裁判官の権限に基づき、改善可能のある初犯者や少年を対象として有罪判決の宣告を猶予し、これを条件付きとして釈放する処分であった<sup>42</sup>。だが、1879年の簡易裁判所法 (Summary Jurisdiction Act) という法典の制定を通じて、慣用されていたプロベーションと有罪判決の宣告猶予が併せて立法化されることになった。1887年において、さらに進化したのは初犯者プロベーション法 (Probation of First Offenders Act) というプロベーション専門法であり、これは判決の宣告猶予に基づいて定めたものである<sup>43</sup>。したがって、20世紀前半までには英米における宣告猶予の法制化はすでに完成し、今日まで法律に基づく宣告猶予制度の運用が継続しているのである<sup>44</sup>。

また、英米法規定の内容から見ると宣告猶予制度を運用する際に、刑事被告人に対する言い渡し内容によって2つの類型が区別される。一つは有罪判決の宣告猶予であり、もう一つは刑の宣告猶予である。前者は犯罪事実の認定に関する手続き進行中、或いは完了後

---

<sup>39</sup>正木亮・前掲注(20) 147頁。

<sup>40</sup>大塚仁・前掲注(25) 572頁。

<sup>41</sup>小川太郎・前掲注(24) 167頁。

<sup>42</sup>大塚仁・前掲注(25) 572頁。

<sup>43</sup>小川太郎・前掲注(24) 167頁。

<sup>44</sup>星周一郎・前掲注(27) 77頁。

に、有罪判決の言い渡しを猶予するものである。後者は犯罪事実の認定により有罪判決を言い渡す際に、刑の内容に関する宣告を猶予することである<sup>45</sup>。特筆すべき点として、制度設計の面からは、上述した2つの類型を運用する際の始点に差異が認められるものの、実際には運用の原理は同じであるため、以下では運用上の注目点に関する説明において、その2つの類型を併せて扱うことにしたい。

先に紹介したアメリカにおける1925年の連邦プロベーション法(最初に連邦法律において宣告猶予とプロベーションを共に運用する規定が定められている法典)とイギリスにおける1887年の初犯者プロベーション法(最初の宣告猶予に基づくプロベーション専門法)を例にとると、前者では犯罪者の矯正業務において有給プロベーション・オフィサーと無給ボランティアが裁判所に協力することを特徴とする。それに関する条文を制定する際の提案者の主張によれば、これは「プロベーションは人道的な制裁だけでなく、犯罪者の矯正を促進することを通じて社会に役立つことができる。<sup>46</sup>」と説明されている。後者の場合、投獄の代替手段が増えるという点でこの法律の実施を通じて実践できることになった。ここでは初犯者プロベーション法の運用特性として、「(1) 刑務所内の被拘禁者数を減らすこと」、「(2) 社会に与える脅威は少なく、犯罪もそれほど深刻ではない犯罪者を本法の適用対象とする認識であること」、「(3) 刑罰に対する寛容さを高めること」、「(4) 治安判事 (the magistrates) に対して、もっと深刻な罪をめぐる量刑の差異と刑度の厳しさ、あるいは寛容さの必要性についての争点に対応できる余裕があること」が挙げられている<sup>47</sup>。

### 3. 小結

以上、宣告猶予制度の創設及び明文化過程を、プロベーションの生成と合わせて考察し

---

<sup>45</sup>重松一義『刑事政策の理論と実際』(雄山閣出版株式会社、1983年)159頁、繁田・前掲注(26)327頁。

<sup>46</sup>Neil P. Cohen & James J. Gobert, *The Law of Probation and Parole*, McGraw-Hill, Inc., 1983, p.8

<sup>47</sup>*supra note 28* at p.14

てきた。まず、宣告猶予の運用を表面的に見れば、それは罪を犯しても、刑務所に赴くことという厳しさの代わりに、服役しないままに社会生活を営むことを通じて犯罪者に相対的に寛大さを示すことができる制度である。しかし、実際にはプロベーションの効果の有無が制度運用を決定的に左右するため、制度に寛大さがあるとは一概には言えない。何故ならば、当該制度自体には適用対象者の選別及び適用対象者の身辺事情に関する調査という事前審査体制があり、しかもその事前審査体制の中核的な役割を担うプロベーション・オフィサーという専門職が設立されたためである。歴史的にその事前審査体制と専門職の運用から見て、確かに犯罪者矯正の専門化という意義が間違いなく存在し、特に専門職の設立において犯罪者の矯正可能性を求めるために、業務担当は最初に宗教関係者のみであったが、制度の形成に伴いプロベーション・オフィサーが半分以上の業務を担当することになった。その結果、プロベーション・オフィサーという役割を果たし、プロベーションの期待効果を確保するために、最初は宣告猶予の対象者は上述した選別と調査を通じた結果により決められるのである。そこには、制度の適用対象者が最優先的に選別されるという点で犯罪者に対して、制度による寛大さよりも、むしろプロベーション効果を高めるために、宣告猶予を巧妙に利用することになると推察される。ちなみに、それに関連して対象者たちは、プロベーション期間中に自己改善による矯正効果を保持したままの状態であれば、その猶予期間が終わるまで継続ができるようになる。

次いで、宣告猶予制度の運用目的には法制化前後で変化があるかということ明らかにした。ジョン・オーガスタスの時代と宣告猶予が明文化された時期において、前者では犯罪者の矯正が、また、後者では本来の犯罪者の矯正にあたって刑事司法を効率的に運用することが宣告猶予制度の運用目的として扱われており、今まで通説のように認識されている。しかしながら、前者と後者の運用目的から見て、後述する執行猶予制度と違い、自由刑の弊害を避けるために、猶予制度を運用するという意思が制度の運用目的として明確に示されていないと考えられる。

## 第2款 執行猶予制度の創設

### 1. 制度の定義と生成

執行猶予とは有罪判決を言い渡す際、一定の条件を設定し、その設定した条件の下に、言い渡した刑の執行を一定期間猶予し、猶予を取り消される事由なく猶予期間を無事に経過した場合には、刑の執行を免除し、または刑の言い渡しの効力を失わせる（刑罰権の消滅を認める）制度である<sup>48</sup>。

執行猶予の生成について、当初はイギリス・アメリカにおける宣告猶予制度からの影響を受けていたが、その後の大陸法の中に独自の発展を遂げたものとして認識されている<sup>49</sup>。その独自の発展には二つの特徴があり、一つ目は制度の明文化の前に宣告猶予とプロベーションを一緒に運用するような制度の醸成期が明確には存在しないので、宣告猶予制度の影響がヨーロッパに波及した際に、同時にヨーロッパの執行猶予制度に関する立法の動きも活発となったことである。二つ目は執行猶予制度は宣告猶予制度からの影響を受けており、プロベーションと共に運用するものの、そのプロベーションの核心内容が変更され、本来の犯罪者を矯正することではなく、犯罪者を監督することとされたため、この内容は執行猶予に結びつけることで発展を遂げたことである<sup>50</sup>。

### 2. 制度の法制化及び運用上の注目点

執行猶予は制度として明文化される前に、1880年から1885年の間にヨーロッパにおいて制度の明文化に関する動きが始まり、1885年に開催された第三回国際刑務会議において初めて正式な議題に挙げられた。その後も制度の明文化を求める声が多く、19世紀後半から20世紀前半にかけてヨーロッパ諸国はそれぞれ執行猶予制度を設けた。その時期から執行猶予制度の運用においては、特に猶予期間を無事に経過した適用対象者に

---

<sup>48</sup>藤本哲也『犯罪はなぜくり返されるのか』（ミネルヴァ書房株式会社、2016年）172頁、大塚仁・前掲注（25）572頁、小川太郎・前掲注（24）163頁。

<sup>49</sup>大塚仁・前掲注（25）573頁。

<sup>50</sup>菊田幸一「保護観察制度の研究」明治大学大学院紀要5号（1967年）15-16頁参照。

対する法律効果の形態という点で2つの形式が代表として存在する。一つは刑罰の言い渡し  
の効力を失わせること（1888年のベルギーと1891年のフランスで採用され、ベル  
ギー・フランス型と呼ぶ）で、もう一つは刑罰の執行を免除すること（1902年にノ  
ルウェーで採用され、ノルウェー型と呼ぶ）である<sup>51</sup>。この2つの類型の相互関係につい  
ては、ノルウェー型の形成はベルギー・フランス型の内容を参考にし、修正したラテン系  
の諸国とスイス諸州の立法に従った<sup>52</sup>ため、同様の脈絡を制度の基本原則として支えてい  
ると考えられる。また、先述したようにヨーロッパの執行猶予が英米におけるプロベシ  
ョン付き宣告猶予という方式からの影響をも受けていたと認識されているにもかかわらず、  
実際にその影響によりプロベシジョン付き執行猶予という方式が法制化されたのは、  
英米より約半世紀ほどの遅れが見られる。執行猶予制度の先駆国であるベルギーとフラン  
スを例にとると、前者は1964年<sup>53</sup>に、後者は1958年<sup>54</sup>にプロベシジョン付き執行  
猶予が導入された。

さらに、上述した法制化された執行猶予（ベルギー型・フランス型・ノルウェー型）の  
実施内容を総合的に見ると、注目点はいくつか存在する、以下に詳細を述べる<sup>55</sup>。

(a) 執行猶予制度の創設のきっかけは19世紀末のヨーロッパ大陸において議論していた  
短期自由刑の弊害に対する改善策であった。当時の改善策の内容に関しては、拘禁環境の  
改善だけでなく、短期自由刑の代案、特に犯罪者に対して例え有罪判決を言い渡されたと  
しても、服役免除ができる猶予制度も含まれる。そのことから、刑の執行猶予制度の立法  
化の動きが始まるに至った<sup>56</sup>。

---

<sup>51</sup>小川太郎・前掲注（24）163頁。

<sup>52</sup>林山田『刑罰學（修訂本）』（臺灣商務印書館、2009年）209-210頁を参照。

<sup>53</sup>森下忠「刑の宣告猶予制度に関するベルギーの新法律」ジュリスト第365号（1967年）76  
頁。

<sup>54</sup>樋口亮介「フランスにおける猶予制度」論究ジュリスト第14号（2015年）31頁。

<sup>55</sup>(b)(c)(d)の内容について、小野清一郎・前掲注（24）26-28頁参照。

<sup>56</sup>小池信太郎「ドイツにおける刑の執行猶予制度の沿革：1953年の制度導入から1969年改  
正による現行制度の基礎の形成まで」慶応法学第31号（2015年）298-299頁。

(b) 執行猶予を運用する際に、必ず被告人に有罪判決を言い渡し、有罪と刑を宣告するという形式で行われる。そして、それに関する刑の執行の発動を一定の条件設定に関連付ける。したがって、執行猶予は条件付き有罪判決とも呼ばれている。

(c) 対象者に関する適用制限については、国情により一概には言えないが、基本的には犯罪者に対する前科と刑罰の種類を注目点として決められる。例えばベルギーの立法は前科がなく、懲役刑のみを言い渡された被告人を適用対象者となる規定があり、フランスの立法はベルギーより適用範囲をある程度広げ、被告人は特定の犯罪の前科があっても、懲役刑あるいは罰金刑を言い渡された場合、執行猶予の適用対象者となることが法文上明らかである。

(d) ベルギー・フランス型の執行猶予の効果を失う場合には、適用対象者が猶予期間中に新たな罪（重罪又は軽罪）により刑の宣告を受けるのみであった<sup>57</sup>。しかしながら、ノルウェー型の執行猶予は当時のベルギーとフランスの立法を参考にしただけでなく、英米の宣告猶予をも部分的に学んでいいた。それゆえに、判決により猶予期間に設定された条件（被害者に対する損害賠償）を遵守しないことと猶予の言い渡し前に他の罪について自由刑に処せられたことが発覚したことを猶予の効果を失う（前刑の執行を再開することを指す）理由として明文化された。

### 3. 小結

執行猶予制度を設立した際の全貌について、上述の1と2を通じて明らかにした。その全貌から見て、制度自体が機能し始めるのはベルギー・フランス型とノルウェー型という執行猶予の運用類型の選択に関係なく、どちらかの類型を選択しても一律に有罪判決が下され、同時に刑が言い渡されて終わった時点から制度運用による期待効果を図ることを制度創設時の主な特徴として示される。実際には、制度の考察を通じてそのような特徴から

---

<sup>57</sup>ここで注意すべきなのは当時、執行猶予はプロベーションと一緒に運用するという形が運用されなかったため、執行猶予の効果に影響を与える要素を述べたら、プロベーションは論外であった。

3つのヒントを得た。

一つ目は、執行猶予制度を創設することは必然的に自由刑の弊害を回避するという目的を伴うわけではないことである。その理由としては、そもそも刑務所で収容される者は有罪を前提として拘禁刑を言い渡された人のみであり、そこには、立法者が自由刑の弊害がどのような犯罪類型対象者に影響を与えるのかよりも、むしろその対象者に対して言い渡すべき刑期の長さを優先的に注目し、そこで政策により事前に決められた「短期」自由刑の代案となる執行猶予を立法化したためである。

二つ目は、条件付き有罪判決の「条件付き」に関する意義の変化である。その理由としては、前述した執行猶予は条件付き有罪判決と呼ばれているが、実際には、その「条件付き」の運用から見て、英米が運用しているプロベーションをヨーロッパ大陸に導入する前に、ヨーロッパでは被告人に対して善行保持に役に立つ条件が、一切付かない単純執行猶予制度を採用していたので、その時の「条件付き」はただ猶予期間中に被告人が罪を犯さないということを「条件付き」の内容として理解するようになると考えられる。その後、プロベーションをヨーロッパに導入し、プロベーション付き執行猶予が明文化されるにつれて、英米におけるプロベーションの運用経験を浸透させ受け入れてきた。したがって、執行猶予制度の構造において「条件付き」の内容はプロベーションの目的としての犯罪者の矯正につながるようになることを意味する。

三つ目は、宣告猶予と執行猶予の適用対象者に関する選択基準の違いである。具体的には、前述したように宣告猶予の場合には、適用対象者が事前に専門的な調査を通じて矯正可能性の有無により選ばれることであり、執行猶予の場合、犯罪者に関する前科と言い渡された刑の種類により適用対象者が決められる。そのことから見て、犯罪者の矯正を主に犯罪者の自発的な改善意欲の喚起に求めることとする宣告猶予制度とは異なり、執行猶予制度は犯罪者の悪性に属する犯行歴と刑種をメインとし、そこで犯罪者の矯正可能性があることが事前に予測されており、そして制度の適用条件として犯罪者を許すかどうかという刑事上の緩和措置であり、ある意味では恩赦との親近性を有すると考えられる。

### 第3款 日本における執行猶予制度の創設過程

前述したように、宣告猶予と執行猶予という2つの猶予制度の創設地は欧米である。その一方で、19世紀後半以降、日本近代史の流れで西洋化が進むにつれて、2つの猶予制度の導入に関する議論は日本の刑罰制度に関する設計や方向性につながるようになった。したがって、日本の猶予制度の創設過程においてヨーロッパ大陸系（特に刑の執行猶予の目的と制度構造）と英米系（プロベーションの設計）の協働体制が見られる。制度構造から見ると、現在の日本では、被告人に対して採用されているような猶予制度は英米の宣告猶予制度ではなく、ベルギー・フランス型の執行猶予制度であり、1. 単純執行猶予と2. 保護観察付き執行猶予と3. 刑の一部執行猶予の3つに大きく分類される。以下では、その3つの類型の創設を年代順に考察する。

#### 1. 単純執行猶予

##### (1) 制度導入のきっかけ－国際会議の参加

制度が最初に導入されたきっかけについては、明確な定論がないようであるが、文献を通じて「国際会議の参加」が有力とされていることが確認できる。その国際会議に関しては、1890年にサンクトペテルブルグで開催された第4回万国監獄会議と1895年にパリのソルボンヌ大学で行われた第5回万国監獄会議が代表的なものとして挙げられる。その時期の日本政府にとって、前者の会議に参加するだけでなく、会議の議題としての執行猶予制度の是非に触れるのは初めてであった<sup>58</sup>。後者では、会議において前者の成果（ベルギー・フランスの執行猶予条文制定の経験）に基づいて議論された結果として、「初犯で短期刑を言い渡された犯人に対して、刑を延期する裁量権を裁判所に与える方法は、今まで認められた規定のうち最も良いものである。」という決議が出された。当時の会議に出席した日本代表者は、ドイツが上記の決議を参考にして、実践したことを日本国内で報告したということは、会議の決議、すなわち裁判所が刑罰の裁量権を持ちことを日本に

---

<sup>58</sup>三田奈穂「明治期における単純執行猶予の導入をめぐる」論究ジュリスト第14号（2015年）89頁。



における刑事政策の問題として理解し始めたと推測される<sup>59</sup>。

## (2) 草案の作成

20世紀初頭の日本国内においては、上述した2つの国際会議の決議から強い影響を受けたので、基本的に英米の宣告猶予制度ではなく、ヨーロッパの刑の執行猶予制度を模倣するという方針を固めるようになった。そこで、刑の執行猶予制度の制定に関連する草案が1901年から1904年にかけて多数回にわたり開催されていた帝国議会で提出されていたが、プロベーション運用方式の導入をめぐる意見の対立や日露戦争の関係で正式な制度になるまで進められなかった。1905年に入ると、その草案が同年2月の第21回帝国議会で提出されており、若干の修正を通じて、ついに「刑の執行猶予に関する法律案」になり、明治38年法律第70号の「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」として公布・施行された<sup>60</sup>。

## (3) 制度誕生による分析の意義

1905年に制定された刑の執行猶予制度自体は適用範囲が狭いことから、短期自由刑の弊害を回避するという機能が期待できないなどの理由で2年経たずに改正されたが、当該制度の誕生という点において、2つの意義があると考えられる。一つは、日本の刑の執行猶予が国際会議の決議・ヨーロッパ諸国の先例により孕まれたことは西洋の法と法学を継受し、共通の地盤の上で制度が発展したことに歴史的な意義がある。もう一つは、立法者が制度を利用し、短期自由刑の弊害を回避する機能を認識した上で、執行猶予制度を創設しただけではなく、制度改正による適用範囲の拡大を通じて、間接的に上述の機能も果たすことに刑事政策上の意義がある<sup>61</sup>。

## 2. 保護観察付き執行猶予

### (1) 保護観察の定義

---

<sup>59</sup>正木亮・前掲注(20)120-122頁参照。

<sup>60</sup>三田奈穂・前掲注(58)96-97頁参照。

<sup>61</sup>正木亮・前掲注(20)126-127頁参照。

保護観察付き執行猶予制度の保護観察とは、学者の見解によると、「犯罪者に対して、その改善や更生を支援するために、国家の機関による指導監督及び補導援護を中心に社会内において行う処遇方法である」と定義されている<sup>62</sup>。この定義は前述した英米のプロベーションの基本理念を継承する特徴があるものの、執行猶予制度に付される保護観察が実際に果たすべき役割・機能はプロベーションとは異なっている。

## (2) 執行猶予との結合－保安を中心に

前述したように単純執行猶予制度創設の目的は拘禁の弊害を回避することに重点を置くようにしている。また、その目的の下で当該制度の適用対象者は、執行猶予期間に警察の視察を通じて管理されていた<sup>63</sup>。要するに、執行猶予期間中に行政の権力を通じて適用対象者を監視・管理することからすると、単純執行猶予制度は当時の社会におけるただの保安措置にすぎなかった。実際には、戦前までこのような制度設計が保護観察の運用に実質的な影響を与えていた。その代表例を以下に述べる。

執行猶予と保護観察との結合に関しては、先に述べた警察の監視を主体とした単純執行猶予制度に対し、最初に当該制度の草案段階においてプロベーションを言及した際に、犯罪矯正・改善の機能を主体としたプロベーション・オフィサーを導入する必要があるという主張<sup>64</sup>があったが、採用はされなかった。だが、その主張の影響により1936年の思想犯保護観察法にある「保護観察」という用語が法律上に初めて用いられた。そこで注意すべきなのは、「保護観察」とプロベーションには運用上の違いがあり、その時期の保護観察の適用対象者は、治安維持法違反の罪を犯した執行猶予者のみに限定されており、彼らの思想と行動を観察する（治安維持法第2条）ために、保安を重点に置くという特徴を有した。

---

<sup>62</sup>鈴木一久「少年の保護観察」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第7巻 犯罪者の社会復帰』（日本評論社、1982年）275頁。

<sup>63</sup>松尾浩也増補解題；倉富勇三郎、平沼騏一郎、花井卓蔵監修；高橋治俊、小谷二郎共編『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）1658頁。

<sup>64</sup>小河滋二郎『刑法改正案ノ二眼目』（明法堂、1903年）38頁参照。

そして、敗戦後の日本では、犯罪の激増による拘禁施設の不足に伴い、刑務所の過剰収容問題に直面した。その問題を解決するために、執行猶予制度の活用が提起されたことで、規定上の執行猶予が保護観察と結合する方式・実施内容が検討され、ついに1953・54年に法改正が行われた。しかし、それらの法改正の内容において、思想犯への適用の代わりに、普通の犯罪類型が適用対象者に変えたこと以外には、民間団体・篤志家が保護観察に関する矯正業務を部分的に担う主体とするという点からすると、立法者が保護観察制度の構築を根本的に改変するのが見られないため、保護観察制度の性質は福祉的・支援的外観のみが見られるようになるのである<sup>65</sup>。

### (3) 制度誕生による分析の意義

以上のように、最初は思想犯に対する監視・管理、次に過剰収容問題の解決のために、保護観察付き執行猶予制度が創設された。改正された理由は自由刑の弊害を避けるという目的とは関係ない。そこで制度の誕生には2つの意義が存在する。一つは、制度自体の構築から見て、プロベーションの本来の趣旨とは相容れない部分がある<sup>66</sup>ので、犯罪者に対する改善更生という意識よりも、むしろ社会的防衛・犯罪防圧の意識に傾斜していると考えられる。もう一つは、宣告猶予制度と保護観察付き執行猶予制度を比較すると、制度の民間性という点で、両者は表面的に国家と民間が協働する体制を採用するが、実際には、その体制の本質を言及する際に、両者は根本的な差異がある。すなわち、刑罰内容は民間性を内包するかという点で、前者は民間介入が判決宣告前に行い（非内包型）、後者は民間介入が判決宣告後に行う（内包型）ものである。

## 3. 刑の一部執行猶予

### (1) 制度導入のきっかけ—過剰収容・再犯の増加による問題の解決

刑の一部執行猶予制度を導入するという発想が生まれたきっかけについて、法制審議会

---

<sup>65</sup>須々木圭一「保護観察」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座 第3巻 総論』（成文堂、1974年）220-221頁。

<sup>66</sup>石川正興「刑の執行猶予制度」阿部純二ほか編『刑法基本講座＜第1巻＞—基礎理論/刑罰論』（1992年）266-267頁。

被收容人員適正化方策に関する部会（第1回）の議事録によると、2006年当時まで、年々増加していた刑事施設の収容人数（2001年から2005年にかけて収容率112%以上維持）と受刑者の平均刑期が長期化傾向により、過剰収容問題が深刻化することになった。それに加えて、その時期の重大犯罪事件と窃盗・薬物犯罪の多発は明らかに再犯者につながっていた。これらのことから、犯罪者の再犯防止及び社会復帰の促進が重要な課題となっていた<sup>67</sup>。そして、これらの課題を遂行するために、2009年までの一連の法制審議会において審議委員が諸外国の経験<sup>68</sup>を参考にして、施設内処遇と社会内処遇を組み合わせるといふ形を制度設計の発想として討議した結果、刑の一部執行猶予制度の導入が決定された<sup>69</sup>。

## （2）制度の特徴

2016年より施行された刑の一部執行猶予制度を説明する上で重要な鍵として、犯罪者に対して言い渡された刑の一部の期間のみ服役し、残りの期間は刑の執行が猶予されるだけでなく、裁判官の裁量により保護観察も付けられるという定義が条文にある。その定義からは、二つの特徴を指摘できる。一つは、裁判官にとって当該制度は実刑と執行猶予を結合するので、実刑か猶予かの判断において従来よりも刑を重くも軽くもしない<sup>70</sup>という新たな選択肢として運用できることである。もう一つは、刑の一部執行猶予に関する量刑判断について、量刑の判断基準や判断過程において従来量刑判断の仕組みと異なり、手順がより複雑になることである。まず、裁判官が実刑か猶予（単純・保護観察付き・刑の一部）かを決める必要がある。次に、もしも刑の一部執行猶予を決めたら、宣告刑期における実刑部分と猶予部分の配分はもちろん、保護観察を猶予期間に付するか否か（薬物

---

<sup>67</sup>法制審議会被收容人員適正化方策に関する部会議事録第1回（2006.9.28）1-4頁参照。

<sup>68</sup>法制審議会被收容人員適正化方策に関する部会議事録第12回（2008.2.4）17頁。

<sup>69</sup>刑の一部の執行猶予制度はもちろん、他の制度についても「施設内処遇と社会内処遇の連携により、犯罪者の再犯防止・社会復帰の促進が期待される制度」として、部会第12回、13回、14回にわたり議論された。

<sup>70</sup>小池信太郎「刑の一部執行猶予制度の施行」法学教室第434号（2016年）43頁。

事犯は除く<sup>71)</sup>を決める。そして、もし保護観察を付する必要がある場合には保護観察期間の長さも考慮することが理解されるべきと考えている。

### (3) 制度誕生による分析の意義

前述したように、本制度を創設した法制審議会の部会は、刑務所の過剰収容問題と再犯の増加を背景に、a. 「被収容者の適正化」と b. 「再犯防止・社会復帰の促進に関する措置の検討」といった法務大臣からの要請に基づいて設置された<sup>72)</sup>が、2006年から、刑事施設の収容人数が減少傾向にあった<sup>73)</sup>ため、b. に重点を置いて討議されたという経緯がある<sup>74)</sup>。また、いままでの執行猶予制度の設計は、制度の立法目的が条文化されていなかったが、今回の制度の立法目的—「再犯防止」だけでなく、この目的を遂行するために制度の適用対象者の必須条件としての必要性と相当性に関する判断も明らかに条文の規定内容の一部になった（刑法第27条の2第1項）。こうした制度誕生の意義は、再犯防止という目的の駆使で制度の役割や存在意義を捉えらるゝと考えられる。

## 第4款 台湾における執行猶予制度の創設過程

台湾現地で運用されている中華民国刑法典の創設の背景は、日本と同様に差し迫った西洋化の波が襲来したため、近代的な法整備が進んでいったが、実はそれよりも日本からの影響により日本と似ている執行猶予制度（単純執行猶予・保護管束付き執行猶予）の原型が創設された。現在、台湾では、その原型が沿用されており、なおかつ形式的にはその原

---

<sup>71)</sup>「薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律」第4条第1項によると、薬物使用等の罪を犯した者が保護観察義務化の対象となるのである。

<sup>72)</sup>太田達也『刑の一部執行猶予〔改訂増補版〕—犯罪者の改善更生と再犯防止』（2018年）3頁。

<sup>73)</sup>刑事施設の収容率の推移によると、2006年から2009年まで（審議会の開催時期）の間に過剰収容状態は少しずつ解消されていたという（平成26年版犯罪白書第2編第4章第1節 [http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/61/nfm/n61\\_2\\_2\\_4\\_1\\_2.html](http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/61/nfm/n61_2_2_4_1_2.html)）（最終閲覧日：2021年4月12日）。

<sup>74)</sup>小池信太郎・前掲注（70）43頁の注7。

型と日本の立法例とは相当異なる条件付き執行猶予制度が創設され運用されている。以下では、それらの猶予制度の創設を年代順にそれぞれ考察したい。

## 1. 単純執行猶予

### (1) 制度導入のきっかけ

台湾では、最初の西洋流の近代刑法である刑法は、1935年1月1日に公布され、同年7月1日から施行された。歴史的観点から、その編纂過程を大まかにみれば、二つの段階が存在する。一つは1902年から1928年にかけての刑法典の起草期（以下、起草期と呼ぶ）であり、もう一つは、1928年から1935年にかけての刑法典の創設期（以下、創設期と呼ぶ）である。前者は単純執行猶予制度に関係するので、ここで説明するが、後者については保護管束付き執行猶予制度に関係するため、次の（2）で述べる。

単純執行猶予の導入時期は明確ではないが、最初の立法草案において1920年時点で単純執行猶予の条文が残っているという点で単純執行猶予の導入時期と起草期の背景が重なっていることは言うまでもない。実際には、その起草期の背景から見ると、大清帝国末期（1902年－1912年）の刑事司法制度改革は基本的に清朝の沈家本（Sun Chia-pen）が何人かの日本人の学者（例えば、岡田朝太郎が当時の担当顧問）の構想に基づいて外国法制を模倣したもの<sup>75</sup>であり、刑法典の最初の草案になった。そこには、単純執行猶予制度が存在すると推測できる。しかしながら、大清帝国末期、それから中華民国の初期（1912年－1928年）まで運用が続いていた刑法典の最初の草案において、その立法理由に関しては、当時の中国の社会倫理や政治上の権力などの影響で、法改正の必要性をめぐる議論があった<sup>76</sup>が、制度の制定や導入等に関する一般的な立法論議が見られないため、単純執行猶予制度導入のきっかけは不明瞭である。ただし、唯一確認できることは、単純執行猶予制度の導入は主に当時の西洋化ブームの影響を受けており、それに加え、

---

<sup>75</sup>蘇俊雄・鈴木晃（訳）「台湾における刑法改正の動向」日本刑法学会名古屋部会の講演原稿（英文）の翻訳版（1986年3月22日・中京大学法学部）50頁。

<sup>76</sup>田邊章秀「『大清刑律』から『暫行新刑律』へ--中国における近代的刑法の制定過程について」東洋史研究第65巻2号（2006年）243-254頁。

日本人学者の見解も当時の法改正への一助となったと考えられる。

### (2) 制度の特徴－監督・監視を中心に

起草期の単純執行猶予制度に関する規定によれば、適用対象者が一旦社会に戻る際に、近親者あるいは身元引受人が当該制度によって決められた一定期間が終了するまで対象者の品行を監督する責任を担ったという条文があったが、対象者の品行を監督することに関する具体的な実施方法などの一切が明文化されていなかった<sup>77</sup>。要するに、これらの規定上、対象者に対する監視・監督のみが重視された形となっていた。

### (3) 制度誕生による分析の意義

前述したように、西洋化と日本人の協力により単純執行猶予制度が導入されており、当該制度の導入時期は1902年から1920年までの間であったことがわかった。しかしながら、当該制度の制定をめぐる立法上の討議は当時の資料では不明瞭な状態なので、制度誕生の意義を追及する際に、そこには制度が導入された当時、制度の運用を通じて解決しようとする問題意識があったのか、もしくは問題解決という方向ではなく、単に日本人が媒介したものが若干加工された後、そのまま運用されているのかなどの疑問が払拭できない。

## 2. 保護管束付き執行猶予

### (1) 保護管束の由来

台湾では、保護管束は保安処分の1種として運用されている。1935年刑法典の改正案要旨によれば、西欧諸国の立法精神と技術を学ぶだけではなく、「未成年犯罪者に対する感化教育処分、品行の監督処分と精神障害者に対する監禁保護処分が1928年刑法典に規定されていたが、その適用範囲は非常に狭いため、諸外国の保安処分を参考にし、本案は保安処分の章を新設した<sup>78</sup>」と説明がなされた。その新設された章の中には初めて保

---

<sup>77</sup>田富興「成人保護管束制度之研究」中央警官學校警政研究所碩士論文（1987年）19-22頁。

<sup>78</sup>「中華民國刑法修正案要旨」国民政府立法院会记录第八卷（2004年）478-479頁。

護管束という処分が含まれているのである。

### (2) 執行猶予との結合—品行の監督を中心に

前述したように、創設期において保安処分が導入された主な背景には、他国の立法経験から学ぶこと及び当時の法制度を改正する目的が含まれていた。そして、ついに1935年の刑法典の一部になった。具体的に言うと、その背景により保安処分の新設は適用範囲と適用対象者の拡大だけでなく、種類の多様化<sup>79</sup>も刑法改正の過程で着目されてきた。その結果、保安処分の一つである保護管束処分と単純執行猶予制度を統合するという形態が1935年刑法典でも採られ、保護管束付き執行猶予制度は1935年以降正式に運用されている。

保護管束付き執行猶予制度の内容から見ると、保護管束処分において犯罪者に対する必要な指導・保護という新しい考えが法制化されたが、その新しい考えが犯罪者に対する品行の監督処分の一つの内容とし、その処分の実行を警察機関などに任せられたものであるため、保護管束処分を運用する際に、品行の監督は主とし、指導・保護を品行の監督に付加する意味として捉えられる。

### (3) 制度誕生による分析の意義

前述したように、保護管束処分と単純執行猶予を統合するという形態が新設された主な目的は保安処分の運用を円滑に行うためであることが明らかになった。また、1935年以降の刑法典の中に本来的な刑罰と新設の保安処分が存在し、場合によって併用するという前提からは、「社会防衛のために、行為者の危険性に着目する」という性質を有する保安処分<sup>80</sup>は補充的な刑罰のような位置付けにあると言える。したがって、単純執行猶予の適用対象者に保安処分の一つである保護管束処分を付する意義は、猶予期間中に二度と罪

---

<sup>79</sup>当時の立法者は1928年刑法典に存在した感化教育・品行の監督（保護管束の旧名称）・監禁保護この三つの処分をその後の新設したアルコール依存症・薬物事犯のための戒断処分・浮浪による犯罪者のための強制労働処分・性病による犯罪者のための強制治療処分・外国人犯罪者のための強制送還処分に整合し、保安処分の内容として1935年刑法典における保安処分という新しい章の内容となった。

<sup>80</sup>黄源盛・前掲注（15）128頁。



を犯さないように、適用対象者に監視・監督を中心とした刑罰を与えることであると考えられる。

### 3. 条件付き執行猶予

#### (1) 制度運用のきっかけ—過剰収容問題の解決

刑法改正に関する主な経緯については、1945年以前の台湾は日本の一部であったため、1935年の刑法典の適用対象ではなかったが、第二次世界大戦の終結を正式に迎える際に、1935年の刑法典の適用対象になった。1945年以降、1935年刑法典は台湾において施行されて以来、急速な社会発展による社会環境の変化や犯罪現象の複雑さなどに対応する必要性が生じたことから大幅な法改正の時期を迎えることになった。1974年には刑法修正委員会が設立されたが、政治情勢（1947年～1987年戒厳時期）や政治的な競争（刑法改正より、他の法改正を最優先に推進すること）から1996年まで刑法の改正は進まなかった。1996年から1997年にかけての仮釈放者が仮釈放期間に重大な罪を犯したことや、その後の女性団体などが性犯罪者の再犯防止に関する厳罰・監視に対して呼びかけたこと<sup>81</sup>により、一連の討議を経て2005年に刑法総則編の条文を中心とする改正がなされた<sup>82</sup>。

上述の法改正の流れにおいて、当時の執行猶予制度も連带的に検討された結果、新しい制度、すなわち条件付き執行猶予制度が長年にわたり深刻化している課題、すなわち過剰収容問題の解決策として誕生した。実際には、その過剰収容問題の原因は様々であるが、その中で執行猶予制度の運用に直接的に関係する原因は軽微な犯罪を行った者が刑務所に収容される可能性が高いことが挙げられる。その原因については、1998年から2005年までの統計によると、刑務所内の新収容者の45%を占めているのは6月以下の短期自由刑の犯罪者と罰金を課されたが、最終的に納付できず刑務所に収容された者であ

---

<sup>81</sup>立法院公報（2002年）91卷28期。

<sup>82</sup>柯耀程『刑法總論釋義-修正法篇（上）』（元照、2005年）4-8頁。

り、同時期の執行猶予率は19.08%から年々減少し13.32%となり<sup>83</sup>、軽い罪を犯した者に対して裁判官が執行猶予判決を言い渡すという点に消極的になる傾向がある。したがって、過剰収容問題の解決を前提とした上で、上述の傾向を止めるために、2005年から条件付き執行猶予制度の運用が開始された。

## (2) 条件付き執行猶予—条件内容の多様性

2005年以降に運用されている執行猶予制度は主に二つの特徴がある。一つは、犯罪者が過失犯罪による前科を持っていても、執行猶予制度の適用対象者となり、当該制度の適用対象者の拡大に該当することである。もう一つは、社会奉仕活動と類似した性質を有する命令付き執行猶予、すなわち条件付き執行猶予という規定が新設されたことである。後者については、裁判官が執行猶予判決を言い渡す際に、単純執行猶予判決・保護管束付き執行猶予判決以外の第3の選択肢である。

序章の第4節で述べた条件付き執行猶予の規定内容(刑法第74条第2項)については、法的性質と運用制限によって大まかに二つに分けられる。一つは犯罪者に責任を要求し、すなわち主に被害者に対して謝罪する言動・損害賠償を命じること(同条項第①～④)であり、もう一つは社会防衛観点を中心に犯罪者に対する必要な措置を講じて、犯罪者に強制的に社会奉仕活動、あるいは再犯予防のための命令に履行させること(同条項第⑤～⑧)である。前者と後者の区別に関しては、学者の見解によれば、ドイツ刑法の用語を例にとると、負担(Auflagen)と指示(Weisungen)のように理解できるのである<sup>84</sup>。そこで、条件付き執行猶予の条件内容に関する運用については、裁判官が上述の条件(同条項第①～⑧)から一つまたは複数を選択し、執行猶予判決に付する形で犯罪者に言い渡すことができる。また、犯罪者がその指定された条件を拒否あるいは遵守しない場合には、執行猶予の取り消しの対象となると定められている。

---

<sup>83</sup>『中華民國96年司法統計年報』司法院統計處(2006年)8-148頁以下を参照。

<sup>84</sup>劉秉鈞「論緩刑」、台灣刑事法學會編『刑法總則修正重點之理論與實務』(台灣刑事法學會、2006年)394頁、林山田・前掲注(52)565-566頁を参照。

### (3) 制度誕生による分析の意義

前述したように、過剰収容問題を解決することと再犯防止のために、立法者が低迷している執行猶予率を上げることを主な改善策として条件付き執行猶予制度を新設したことが明らかになった。そこでは、2003年の刑法改正会議記録によると、犯罪者に被害者あるいは社会的要素（社会防衛のために、再犯防止措置の強化）につながる各種条件を付する条件付き執行猶予制度は、その運用を通じて裁判官が被害者の感情または社会的感情を考慮する際に、単純執行猶予判決より条件付き執行猶予判決を下すモチベーションを上げられるだけでなく、社会的に注目された問題に対しても条件内容次第で柔軟に対応することが可能となっている<sup>85</sup>。

上述の内容から見て、条件付き執行猶予制度が作られた出発点は、犯罪者の処遇問題ではなく、裁判官が執行猶予判決を下す意欲を高めつつ、同時に被害者の心情への配慮と社会安全という二つの抽象的な政策課題が、犯罪者を執行猶予にするか否かの判断基準として条文化されたことであると考えられる。

### 第5款 小括

制度創設の目的という点から英米の宣告猶予とヨーロッパの執行猶予を基盤として日本における執行猶予制度の創設過程は台湾における執行猶予制度の創設過程と併せて考察してきた。まず、プロベーションと結合するという形で実施されている宣告猶予については、犯罪者の罪行を包容しつつ、その改善更生を促すという宗教的な意味が含まれるプロベーションの影響を受けたので、犯罪者の矯正効果を重視することが宣告猶予制度創設の目的につながる意義が存在することが判明した。次いで、執行猶予は宣告猶予の影響を受けたものの、その運用方式から見れば、宣告猶予のように犯罪者の矯正効果のために生まれた判決前調査制度が、プロベーションと連携するという発想が存在しないことも看取

---

<sup>85</sup>前掲注（6）。

された。

したがって、犯罪者の矯正効果を図ることは宣告猶予と執行猶予の両制度の共通点として運用されているように見えるかもしれないが、宣告猶予と異なり、執行猶予は犯罪者の犯行歴と刑種、すなわち犯罪者の悪性により、制度の適用対象者を選んだ上でプロベーションに付されるかを定めるものである。またプロベーションを運用する際に、犯罪者を監督することを主体とするという特徴があるので、当該制度創設の目的は宣告猶予とは大きく異なり、宣告猶予のように最初から犯罪者の自発的な改善意欲を喚起するという矯正効果を重視するという意味に取ることは難しいと考えられた。そして、ヨーロッパにおける執行猶予制度の本質を継承する日本・台湾の制度発展については、西洋化の影響によってヨーロッパ式のプロベーション付き執行猶予を参考にし、日本式の保護観察付き執行猶予と台湾式の保護管束付き執行猶予がそれぞれ発展してきたが、そこでは犯罪者を管理することに重きを置いて創設されたことが明らかになった。その後、過剰収容問題もしくは犯罪者の再犯防止という政策問題の解決のために、日本式の刑の一部執行猶予と台湾式の条件付き執行猶予が創設された。以上見てきたように、どの制度の創設過程を概観しても、自由刑の弊害を防ぐという目的との直接的な関連性が全く見受けられない。執行猶予制度の運用は上述の目的を遂行する意図があるのかという観点からは極めて問題がある。

次節では、自由刑の本質において執行猶予制度の位置付けと役割を明らかにすることを前提とし、日本と台湾における執行猶予制度の背後にどのような刑罰観が存在するかを考察したい。

## 第2節 執行猶予制度の性質に関する考察

### 第1款 自由刑の本質

#### 1. 苦痛を与えること

近代（18世紀以降）自由刑の生成から見ると、自由刑の運用を通じて犯罪者に与える主な苦痛は二つあり、一つは自由の剥奪による苦痛であり、もう一つは服役期間中に苦役

を課すことによる苦痛である。特に後者の場合、犯罪者に対する本来の強制労働のみという状況から強制労働を通じての改善（現在、刑務作業と呼ぶ）への転換が進んでいる<sup>86</sup>ものの、刑罰の本質から強制労働は刑罰内容の一部であると理解されるので、前者と同じように犯罪者に痛み（前者は自由を失う苦痛・後者は強制労働による肉体の苦痛）を感じさせることが罪を犯した代価として取り扱われることになる。

上記の内容を踏まえて、罪を犯した代価の大小をどのような表現で自由刑による苦痛の程度に反映させるのかについては、拘禁期間の長さに関係すると考えられる。なぜならば、拘禁すなわち行動の自由が剥奪される期間（自由刑の刑期）は、当該犯行に対する「責任非難の程度と等価に比例した形」で算出されており、その際、行為責任に応じた懲罰の重さの要請は刑期の長さが「定期」で決められること（定期刑と呼ぶ）であると理解されている<sup>87</sup>。また、この理解に基づくもう一つ苦痛の程度を犯罪者の犯した罪の重さに比例的に反映させるのは先に述べた刑務作業が義務付けられるかどうかである。例えば、日本における刑罰の中で、刑務作業の有無で分かれている禁錮刑と懲役刑を比較する際に、両者は共通点（自由を失う苦痛）があるものの、懲役刑は強制労働による肉体の苦痛という特徴も含まれているため、言うまでもなく、禁錮刑に比べて苦痛の程度が相対的に重い。

また、自由刑の運用を通じて犯罪者に苦痛を与える主な目的は国家が自由刑という刑罰を運用し、処罰される者に「害悪」を与え、そして「害悪」を通じて犯罪者に自身の犯した罪を悟らせるのでなければならないのである。具体的には、その「害悪」に対する理解については、犯罪者の不正な行為に関して、形成されてきた二つの存在意義がある。一つは、犯罪者が不正な行為をした後に、害悪を義務として受け入れることであり、もう一つは、犯罪者に対して、その害悪を受け入れることにより自身の不正行為と害悪の因果関係を認識させるに至るまでのプロセスである<sup>88</sup>。したがって、この二つの存在意義を自由刑

---

<sup>86</sup>吉岡一男・前掲注（23）68-69頁を参照。

<sup>87</sup>石川正興「受刑者の改善・社会復帰義務と責任・危険性との関係序説」早稲田法学第57巻2号（1982年）6頁。

<sup>88</sup>高橋直哉「刑罰の意義」駿河台法学第24巻第1・2合併号（2010年）515頁。

の執行による苦痛を通じて犯罪者に伝えることが必要であると言える。犯罪者にとって、もしも「苦痛」の賦課に害悪の存在意義が含まれていないならば、その苦痛は私刑の効果と同義であり、国家の刑罰とは言えないと考えられる。

## 2. 応報的正義の実現

自由刑の執行を行うことにより、犯罪者と非犯罪者を明らかに区別される。すなわち一般社会で一般市民（非犯罪者）と一緒に生活できる資格を剥奪すべきものと法律上認定された犯罪者は、死刑を除き、一般社会から排除されることにより（社会的排除）これは自由刑の機能の一つである。その機能は応報的正義の実現につながるだけでなく、同時に応報的正義の下で有効に発揮されるので、自由刑の執行にあたり、応報的正義の含意は看過できないはずである。

現代の自由刑の執行において、応報的正義とは、罪を犯した理由が存在する際に、科される害悪が必要になるが、そこで害悪の内容は感情的な復讐とは違い、無制約の害悪付与を禁ずるものである。それは、刑罰の害悪が犯罪行為と「等価交換関係」にあることを要求する（応報の原理）<sup>89</sup>と説明されることがある。このような説明にはいくつかの留意点がある。まず、その「等価交換関係」の意味は既に「目には目を、歯には歯を」すなわち同害報復として犯罪被害と同等の害を用いて埋め合わせるとする物質的な応報を基礎としていたという理解から離れ、「法秩序と権利の回復」という目的が含まれており、その目的を遂行するために、当該犯罪行為を法的な根拠として、法秩序及び被害者の利益を犯罪以前の状態に規範的に回復させるために要求されるのである<sup>90</sup>。次に、応報は害悪付与（刑）と規範違反（罪）の程度のバランスが主観的に反映されるのみなので、刑罰の正当化根拠ではなく、刑罰の制約理由であるに過ぎない。そこでは、そのバランスの反映が客観的ではなく、主観的である理由としては、おそらく条文上、罪と刑の均衡が具体的に何

---

<sup>89</sup>石川正興・前掲注（87）5頁。

<sup>90</sup>飯島暢「応報刑論のルネサンスの射程とその課題」刑事法ジャーナル第54巻（2017年）13頁。

を要求するのかを明確にしないことによるものと考えられる。例えば、刑法条文から見ると、有期刑の法定刑の上限は条文を通じて決められており、その上限の範囲内でのみ罪と刑のバランスが決められる。そこで基準（例えば、刑期の設定）となるのが犯罪者と被害者・一般人とか抱えている応報観がそれぞれ違うということを表しているため、ただ相対的均衡が確保されるようにするためである<sup>91</sup>。

そして、応報的正義の下で自由刑を通じて犯罪者に害悪を必ず与えるという内容の質は苦痛のみであると理解されている。その理解では、前述したように現代の自由刑の執行において、苦痛の内容としては自由の剥奪・制限による苦痛はもちろん、肉体労働からもたらす苦痛の有無は罪の重さ<sup>92</sup>により決められることのみである。したがって、犯罪者に対して服役期間中に一般の社会生活に比べて全く異なる生活条件を受ける義務はあるものの、その生活条件の水準低下による害悪・苦痛を応報の本来的内容とするものではないので、受けるべきではないとの認識を示されている<sup>93</sup>。このような認識に基づいて、例え刑務所内で処遇プログラムの実施に伴う制約による不便さがあっても、その不便さは害悪・苦痛を目的としないので、応報の内容とは言えないのは当然である。

以上見てきたように、応報的正義を実現するために、応報刑の枠内で考慮されるのは犯罪者・一般人に対する威嚇効果のみである。また、その威嚇効果は拘禁ということにつながっており、犯罪者に対して社会から排除されるだけでなく、自分自身が犯した罪の重さにより害悪・苦痛の内容に関する受忍義務も違うという点で自由刑の固定的性質としての役割を果たしうる。

### 3. 再犯防止に関する二重の意味

上述の2. で述べたように、自由刑の下における応報的正義の実現は、観念的に刑罰の存在根拠を意味する。ここでは、その意味からどのような実践的な意義を示すのかを明ら

---

<sup>91</sup>瀧川裕英「相対的応報刑論という二元論」刑事法ジャーナル第54巻（2017年）24頁。

<sup>92</sup>例えば、日本では、犯罪者の罪の重さにより、科される刑罰は肉体労働が付けられない禁錮刑と肉体労働が付けられる懲役刑を自由刑の内容として認識されている。

<sup>93</sup>石川正興・前掲注（87）8-9頁。

かにする。

現代社会において犯罪問題に取り組む際に、よく言及されているのは、犯罪者の再犯をどのように防止するのかという刑罰の社会的効用を求めることである。自由刑の下における犯罪者の再犯防止の意味とは、国が刑務所という施設の利用を通じて一定期間中に犯罪者を一般社会から隔離し、刑務所に収容される犯罪者が一般社会と日常的に交流できない状態になるので、一般社会に危害を及ぼさないことである。実際には、刑罰全体において、それぞれの意味を歴史的に考察すると、二つの特徴が存在する。一つは、伝統的で、自由刑の生成から現代刑務所の発展まで全く変化がないという特徴である。具体的には、国が物理的な監禁を運用し、主権者或いは社会に認められた危険源（犯罪者）を一般社会から排除するという社会的排除の戦略で再犯防止の効果を期する。そこでは、自由刑の内容は身柄拘束に限られることが重視されており、その結果、単純な隔離は再犯防止の消極的な意味になるだけでなく、自由刑の目的として改善更生を否定する自由刑純化論の立場につながることになる<sup>94</sup>。

もう一つは、自由刑を通じて受刑者を社会的に排除し、ゴミのようにするという刑罰のみが運用されたら、「受刑者でさえ、価値ある人間になるべき」という国の制度にとって噛み合わない欠陥が生じる。その欠陥を補うために、社会的包摂としての処遇という再犯防止の積極的な意味が視野に入れられるようになった<sup>95</sup>。処遇 (treatment) という文言については、人はなぜ犯罪をおかすのかという問いをめぐる古い議論の中で、議論の重点を犯罪現象から犯罪者に移行し、そこから犯罪原因等の研究が徐々に発展してきたという背景がある。これらの影響を受けて刑罰の改善的作用と犯罪防止の効果が重要視せられることになるので、単なる応報思想の代わりに、犯罪者に対して個人的な理解を中心とした人間的・心理的な取扱いが処遇と呼ばれるようになった<sup>96</sup>。

---

<sup>94</sup>山口直也「日本の自由刑」比較法研究第 80 号 (2019 年) 270 頁。

<sup>95</sup>高橋則夫「制裁規範としての自由刑の意味と制度」法律時報第 87 巻第 7 号 (2015 年) 17 頁。

<sup>96</sup>宍倉悠太「保護観察処遇に関する一考察：我が国における成人の刑の執行猶予者を中心に



そこで留意すべきことは、ここでいう「処遇」とは、自由刑の執行においてどのような実践的な意義を持つのかという点である。まず、処遇とは、国や地方公共団体による改善更生のための働きかけ、すなわち、受刑者個人が二度と罪を犯さないように、刑務所内で受刑者の改善更生に取り組むことを意味する。改善更生に取り組むことは、矯正 (correction) という言葉を用いて、刑事司法分野において刑務所に収容されている人たちの欠点・悪習等を一般社会が受け入れられる状態に直すための処遇方法を意味する<sup>97</sup>。その二つの意味に沿って現在の日本の刑事施設を例にとると、受刑者が在所期間中に国から刑務作業、改善指導及び教科指導という矯正処遇に関する指示を受ける義務を負うようになった<sup>98</sup>。そこでは、自由刑の現代的役割は単なる犯罪者を拘禁することよりも、むしろ犯罪者が刑務所から円滑に社会に戻るために、拘禁期間を通じて犯罪者の悪い面を抑え、良い面を生かすことであり、社会的排除から社会的包摂に転換するという設定が見られる。

上述したように、再犯防止という目的を遂行するために、自由刑の執行において受刑者に対して単純な隔離 (社会的排除) と改善更生 (社会的包摂) という二つの意味が含まれている。また、その二つの意味は刑罰制度が現に果たしている特別予防機能として認識されている<sup>99</sup>。

## 第2款 執行猶予の基本理念及び自由刑との比較

第一章第1節で論述した宣告猶予制度と執行猶予制度については、それぞれの創設過程

---

一 早稲田大学社会安全政策研究所紀要1号 (2007年) 298-299頁、医学博士石川義博の説明 (平凡社『世界大百科事典23』(2007年) 410頁参照)。

<sup>97</sup>石塚伸一「教育的処遇 (矯正処遇) - 被収容者の処遇改革の歴史と主体性の確立 -」本庄武ほか編『刑罰制度改革の前に考えておくべきこと』(日本評論社、2017年) 40頁。

<sup>98</sup>名取俊也「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の概要」ジュリスト1298号 (2005年) 11-24頁参照。

<sup>99</sup>吉岡一男『刑事制度の基本理念を求めて - 拙稿とその批判の検討 -』(成文堂、1984年) 110-111頁参照。

がかなり異なるが、裁判官が自身の裁量権を行使し、犯罪者を刑務所に収容する必要がないという判断を行う点では共通している。その共通点に基づいて執行猶予制度の基本理念を考察すると、以下の四つの視点が挙げられる。

#### 1. 地域社会で犯罪者の社会復帰をすること

アメリカ法曹協会の説明によれば、「量刑は、被告人自身が不快感を与えられている地域社会で生産的に生きることを学ぶのを助けることによって主に将来の犯罪の回避に関係している。猶予制度 (Probation) は、刑事制裁として他の量刑の目的と両立する場合には、コミュニティ (または地域社会) の設定に向けるという目標を追求するための最良の方法だという理論に基づいて進められる。<sup>100</sup>」というものである<sup>101</sup>。

上記の説明からは、被告人と地域社会のつながりを強化できることは猶予制度運用の一つの目標として理解できる。具体的には、犯罪者に対して、刑事施設に収容することという苛烈な手段よりも、猶予制度を通じて地域社会の生活に属する家庭関係・仕事・人々との接続の回復 (rehabilitation) 効果が顕著に見られる可能性がある<sup>102</sup>。また、当該制度の適用対象者は刑務所に赴く必要がないため、刑務所生活の危険性 (例えば、同性間でのレイプ) 及び被収容者間での悪風の感染はもちろん、刑務所に収容された経験があるという烙印も避けることができる<sup>103</sup>。

したがって、その理解が社会復帰という概念につながるようになった。社会復帰 (社会的リハビリテーション) とは、基本的に人が一般社会に再適応 (readapt) することに

---

<sup>100</sup>American Bar Association Project on Standards for Criminal Justice, Standards Relating to Probation 1 (Approved Draft 1970).

<sup>101</sup>ここでの Probation の運用方式において、刑事制裁の一つとして単独で運用されているプロベーション・プロベーションと結合し、運用されている宣告猶予制度と刑の執行猶予制度が含まれていると理解すべきである。何故ならば、アメリカでは、19世紀後半以降、州政府が独自の立法権により、上述した三つの方式から一つまたは複数を選び、運用するようになったためである。小野清一郎・前掲注 (24) 22-23 頁参照、星周一郎・前掲注 (27) 73・76-77 頁。

<sup>102</sup>*supra* note 46 at p.9

<sup>103</sup>*supra* note 46 at p.9

協力する、もしくは既に剥奪された地位 (position) と階層(rank)を取り戻すということの意味する<sup>104</sup>。この意味の下では、刑事司法の分野における犯罪者処遇<sup>105</sup>とは、国（協力者）が犯罪者に対して拘禁期間中に医学的・心理学的「治療」を行い、犯罪者を客体とする矯正処遇を越えて、国が拘禁刑により地位と階層を剥奪された犯罪者のために、一般市民として、さらには人としての権利・資格・尊厳・名誉を回復することに協力し、犯罪者を主体的な人間として扱うことを司法的処遇にも拡大していくことを示している<sup>106</sup>。したがって、犯罪者の社会復帰を遂行するためには、刑務所ではなく、社会の中で上記の処遇理念を実現しやすいと予想されるため、刑務所に赴くことのさまざまな代替手段の中で執行猶予制度は一つの適切な選択肢として言える。

## 2. 応報観念における褒賞と報復

1. で述べたように、執行猶予制度は犯罪者の社会復帰のために運用されているようであるが、一方、執行猶予制度の「猶予」の意義を字面通りに取ると、国家刑罰権の行使を停止するだけでなく、同時に停止された国家刑罰権を再発動するという意味も含んでいることから、当該制度自体が刑罰権である制裁の性質を有することは言うまでもない。その制裁の存在基盤として、同時に執行猶予制度の機能を支える理念は二つある。一つは応報で、もう一つは威嚇（次の3. 参照）である。

執行猶予制度における応報を言及するにあたっては、刑罰を科すことを通じて同害報復を表現するという象徴的意味が存在するかどうか疑問になる。なぜならば、単純執行猶予を例にとると、犯罪者に対して刑罰または刑罰のような強制的措置を一切科さないとい

---

<sup>104</sup>Mary Bosworth, Editor, *Encyclopedia of Prisons and Correctional Facilities- Volume 2*, Sage Publications, 2005, p.831.

<sup>105</sup>処遇 (Treatment) とは、治療 (Therapy) とほぼ同義であり、最初は医学や心理学の分野において運用されているが、現在は治療の意味だけでなく、人に対する待遇という意味で他の分野においてまで応用されているのである。蔡墩銘『矯治心理學』(国立編譯館、1988年) 12頁。

<sup>106</sup>井戸田侃「犯罪者処遇制度の意義」吉川経夫編『刑事政策講義』(青林書院新社、1974年) 148-149頁。

う特徴から見ると、犯罪者に刑罰または強制的措置による苦痛を味わせる目的がそもそも存在しないが、その目的に付着した同害報復の機能性も期待できないため、応報刑思想のもとにおいて執行猶予は応報的正義を傷つける制度である<sup>107</sup>と言われるからである。この説明からは、応報主義の思想の下で執行猶予は相容れない制度だと言っても過言ではない。そうであるならば、執行猶予はなぜ応報思想の含まれた他の刑罰と同様に刑事制裁の手段の1つとして運用されているのかという疑問が払拭できない。したがって、本稿では、小野清一郎博士が「……刑の執行を猶予することは、すなわちその適用対象の良好な行状を条件として刑罰を赦免することであるという点からは、また一種の応報観念に基づくものとも考え得るのである。……悪行を処罰することだけが応報なのではなく、善行を褒賞することも応報なのだということ……<sup>108</sup>」としていることについての見解に賛同する。

また、執行猶予における量刑判断において、看過できないのは現代の当該制度における応報の表現方式と程度が被害者やその他の一般市民という要素に微妙に左右される傾向がある。例えば、裁判官が単純な執行猶予のみで犯罪者に対する応報が不十分だという被害者や社会からの声を聞き入れ、保護観察もしくは保護観察と施設収容を併用するという方式を運用するのは恐らく応報の量を高めており、社会の何らかの報復（感情）の必要性を満たしうるためである<sup>109</sup>。

### 3. 制度における負担と威嚇力

前述したように、執行猶予制度の構造から見ると、当該制度の適用対象者は刑務所に収容される必要はないものの、完全に刑務所に関わらないとは言えない。なぜならば、当該制度を運用する際に、刑務所への再収容という威嚇力が制度の効果的な運用を図るという目標に内包されるからである。そこでは、適用対象者と国家の間に上述の威嚇力の下で対象者に対して国家が作った負担を強制的に背負わざるをえないという関係が見られる。こ

---

<sup>107</sup>正木亮・前掲注（20）118-119頁。

<sup>108</sup>小野清一郎・前掲注（24）52頁参照。

<sup>109</sup>*supra note 46 at p.10*

のような関係の中で看過できないのは国家が作った負担と当該制度の運用による威嚇力の関係性である。以下では、その関係性について説明する。

負担の性質を言及する際に、基本的に2つの解釈があると考えられる。一つは心理面の負担であり、もう一つは個人的権利が制約されることによる負担である。適用対象者に対して、前者の場合には、単純執行猶予を例にとると、国家から唯一の負担を受けられるのは二度と罪を犯さないという道德上の責務であると言える。後者の場合、保護観察付き執行猶予を例にとると、前者の場合を踏まえてさらに保護観察による自由制限という法定の責務を負わせるものである。ちなみに、適用対象者に対する監視の厳しさと自由制限の視点からは、前者にとって後者は強化版のような存在<sup>110</sup>であると理解できる。

こうした解釈に沿って前者（単純執行猶予）である道德上の責務と後者（保護観察付き執行猶予）である法定の責務は制度設計を通じて威嚇力の強度につながることになる。そこで、以下の例を挙げて説明する。

#### a. 執行猶予期間の長さとその付加措置

前者（単純執行猶予）は、道德的精神を残すという必要な理由で心理的な威嚇を通じて済ませられる者に用いる処分と理解される<sup>111</sup>。しかしながら、その理解において威嚇力の強度はどのようにして道德上の責務を表現するのかが問題となる。そもそも心理面の負担に関係する道德上の責務という抽象的な存在は制度を利用し、直接的に威嚇力の強度を具現化することは容易ではない。そこで、解決の糸口としては、裁判官に執行猶予期間の長さを決めることを通じて適用対象者にどれほどの心理面の負担を負わせ、どれほどの威嚇力を感じさせるかについての裁量権が与えられるという方向性がありうる<sup>112</sup>。後者（保護観察付き執行猶予）では、先に述べたように、前者にとって強化版のような存在であるという点で前者の全般を内包し、それに加えて社会生活に様々な制限を伴う保護観察が付さ

---

<sup>110</sup>佐藤勲平「保護観察付き執行猶予について」ジュリスト 1009号（1992年）98-99頁。

<sup>111</sup>小池信太郎「8 執行猶予」刑法雑誌 54巻3号（2015年）518頁。

<sup>112</sup>実務の立場とも一致する、大阪刑事実務研究会『量刑実務大系 第4巻 刑の選択・量刑手続』（判例タイムズ社、2011年）84-85頁。

れることを通じて、威嚇力の強度を前者よりも一層具現化することが考えられる。

#### b. 執行猶予の取り消し

そして、執行猶予の取り消しにより刑務所に収容されることを通じて威嚇力を提示するという点において、後者（保護観察付き執行猶予）と前者（単純執行猶予）の共通点があり、それは執行猶予の取り消しを通じて執行猶予中の再犯を防ぐという点である。一方で、両者の相違点として前者の内容と違い、後者は再犯を防ぐために、法定の責務を適用対象者に結びつけることを利用し、心理的な威嚇を強化するとの理解が見て取れる。

以上より、執行猶予制度は運用される際に、犯罪者に道徳上・法定の責務を負担として課し、またその負担に伴う威嚇効果を付与するという点から言うと、再犯防止という刑事的な制裁を運用する目的を追求しているだけでなく、再犯防止の効果を期待している<sup>113</sup>ものであるといえることができる。

#### 4. 他の政策上の考慮事項

執行猶予制度の基本理念は1. 2. 3. で上述した通りであるが、当該制度を運用する際に上記以外の考慮事項に関しても、制度の基本理念ではないものの、当該制度を左右する傾向がしばしば見られる。以下では、その考慮事項を紹介する。

##### a. 財政的な考慮

行政コストという側面について、執行猶予より自由刑の方が明らかに高いという分析結果がある<sup>114</sup>。2008年にアメリカでは、国内の33州に対して執行猶予と自由刑に関する行政コストの調査が行われた。この調査の平均値によると、被収容者は一日で一人当たり約79ドルもしくは一年間で一人当たり約29000ドルがかかったが、その一方で執行猶予の対象者は一日で一人当たり約3.42ドルもしくは一年間で一人当たり約1250ドルがかかったのである<sup>115</sup>。したがって、財政困難に陥る政府にとって、そのような行

---

<sup>113</sup>西岡正之・前掲注（23）295頁参照。

<sup>114</sup>*supra note 46* at p.11

<sup>115</sup>One in 31: The Long Reach of American Corrections, Washing DC, 2009, p.12.

政コストの削減効果が得られるならば、執行猶予の必要性は刑務所に收容されることの代替手段として正当化することが可能である。

#### b. 過剰收容問題

過剰收容の定義は、一般的に「矯正施設の收容定員を超えている状態」であると理解されている。この定義に沿って、收容者の人数が矯正施設の收容定員を超えていないならば、過剰收容を解消できるという単純な発想はありうるが、この発想を実現するために、採用できる方法は大まかに分けて4つある。基本的には①刑務所の收容能力を向上すること、②入口の制限としては刑務所に收容される新確定受刑者の人数を減少させること、③出口を増やすこととしては仮釈放のための審査基準を緩和し、対象を拡大すること、④過剰收容の背景要因である犯罪不安による厳罰化傾向を抑えることが挙げられる<sup>116</sup>。この4つの方法から見て、②と④は刑事司法機関ができるだけ軽い処分を行うことを意味すると言えるので、自由刑に比べて刑の重さが相対的に軽くて、しかも入所する必要はない執行猶予の運用につながることになる。要するに、裁判所の役割としては、執行猶予制度を利用し、過剰收容問題を回避または緩和するのに役立つことができると言える<sup>117</sup>。

#### 5. 自由刑との比較

執行猶予制度における応報的正義については、前述した自由刑制度に比べて、表面的に形式上の相違点があるものの、実際には応報の本質は同様であり、ただその個別的表現方式と程度により、そこから制裁の強さの差が現れると考えられる。具体的には、まず、制度設計から見て、自由刑の場合では拘禁を通じて被告人の身体自由・権利を完全に剥奪されること、またそれに対して、執行猶予の場合では条件あり・義務付けの猶予期間（例えば、猶予期間中の犯罪や規範違反の禁止）を通じて被告人の身体自由・権利を部分的に制限されることを応報の表現方法（自由刑は拘禁・剥奪、執行猶予は猶予期間・制限）及び程度（自由刑は完全に、執行猶予は部分的に）として認識されている。したがって、応報

---

<sup>116</sup> 浜井浩一・前掲注（22）167-168頁を参照。

<sup>117</sup> *supra note 46* at p.11

の表現方式と程度は措くとしても、どちらの制裁でも身体自由・権利の制限を通じて犯罪者に「苦痛」を与えた上で応報的正義を貫くという点で異なるとは言えない。

次に、前述した自由刑制度と執行猶予制度の基本理念から見ると、言うまでもなく相対的応報刑論の下で刑事制裁である自由刑制度だけではなく、執行猶予制度も刑罰の本質とされる応報と特別予防という2つの目的を内包する。とはいえ、それぞれの制度運用の基本理念である応報と特別予防の関係性に着目した場合、その関係性によって引き起こされる変化があるため、説明する必要がある。具体的には、国家が制度を通じて刑罰を権力によって行使するため、言うまでもなく国家との関係のもとに刑罰権の根拠と刑罰の意義が把握できており<sup>118</sup>、そこで、国家は応報の範囲内で特別予防を考慮するという枠組みを決めることとなった。すなわち、自由刑と執行猶予の内容を例にとると、刑務所内において所定の作業を行わせる懲役刑の場合も、また社会内において保護観察を行わせる執行猶予の場合も、被告人に対して、応報（重罪は自由刑・軽罪は執行猶予）によって一定量（刑の量定）の不利益（自由刑は自由の剥奪・執行猶予は自由の制限）を背負わされるべき立場に置かれているという前提に基づき、そこからその不利益の一部が特別予防を追求する手段（自由刑は刑務作業・執行猶予は保護観察）に転用するという経緯を辿るのである。

上述したように、制度の基本理念からは、刑罰の目的を検討する際に、執行猶予は実刑の緩和制度のように運用されていることは間違いない。ただし、刑罰以外の目的、すなわち財政負担の軽減や過剰収容問題などという行政上の目的に基づき、被告人に対する量刑言い渡す公判において、自由刑に代えて、執行猶予の言い渡しが可能である。以上のように、裁判官が執行猶予を付するか否かを取捨選択する際に、単純な刑罰の目的（応報・予防）を凌駕する考慮が働く可能性が高いため、自由刑より、執行猶予は政策的なニーズが明らかに強い刑罰制度だと言える。

---

<sup>118</sup> 莊子邦雄「刑罰制度の意義」 莊子ほか編『刑罰の理論と現実』（岩波書店、1972年）27頁。



### 第3款 日台における執行猶予制度の性質に関する考察

日台における執行猶予制度の性質については、基本的に第2款で述べたが、他にも従来必ずしも意識的に検討されてこなかった点が残っているので、論述する必要がある。以下では、「恩赦の意味」と「社会内刑罰の性質」に分けて簡潔に述べたい。

#### 1. 恩赦の意味

恩赦の定義と機能について、前者は判例において、「ある政治上又は社会政策上の必要から司法権行使の作用又は効果を行政権で制限するもので」（最判昭和23年5月26日）であると判示されており、後者は改善更生に関する矯正保護的機能があること<sup>119</sup>が挙げられている。すなわち、恩赦の特徴は司法権（刑罰権）を発動した上で、行政権を通じて発動中の司法権に介入することにより社会内で対象者の更生を促すものだと言える。

日本の保護観察付き執行猶予と台湾の保護管束付き執行猶予の内容について、恩赦制度の特徴と比較した場合に、いくつかの共通点がある。まず、(1) 制度の機能については、先述したように、恩赦と同様に執行猶予も刑務所の収容を避けることができる。次に、(2) 行政権の行使の必要な前提条件としては刑罰権を発動することが求められる。恩赦、すなわち行政権を行う前に必ず刑罰権の行使が存在するという特徴は、執行猶予にもある。具体的には、執行猶予の場合、裁判官が有罪判決はもちろん、保護観察付き執行猶予（台湾は保護管束付き執行猶予）を下す権限（刑罰権）を必ず行使した上で、その後保護観察官（台湾は保護管束官）が保護観察処分（台湾は保護管束処分）を執行し、すなわち行政権を行使することが法的に認められる。さらに、(3) 行政権が刑罰権の効果に影響を与えることが挙げられる。形式面では、行政権の行使を通じて刑罰権の効果を消滅もしくは減輕させる恩赦とは異なり、保護観察（台湾は保護管束）付きの執行猶予は行政権の行使により刑罰権の効果を維持（執行猶予の効力維持）もしくは加重（自由刑への還元）させることがある。実質面では、行政権を通じて発動中の司法権に介入するという点で、上述し

---

<sup>119</sup>佐藤主税「恩赦と刑事政策」罪と罰 41 卷 2 号（2004 年）67 頁。

たように刑の減輕または消滅ができる恩赦の場合も、刑の維持または加重ができる執行猶予の場合も、実際の運用に関する法的性質は同様である。

以上の分析から、行政措置としての保護観察処分・保護管束処分と結合する執行猶予制度は恩赦の意味を内包しており、恩赦と類似した法的制度として理解できる余地があると考えられる。したがって、刑事政策において執行猶予制度の適用対象者に該当することは、恩赦の意味を考慮に入れた上で、社会復帰の効果を維持していることを一部反映している可能性がある。

## 2. 社会内刑罰の定着

第一章第2節第2款の5と第3款の1で述べたように、執行猶予は自由刑の重さに対して、相対的に軽い制度であり、しかも制度自体には恩赦と類似した意味が含まれていることが明らかになった。そして1960年代まで英米の犯罪者処遇の医療モデルが主流として提唱されていたため、犯罪者に対して「治療」を通じて地域社会に復帰させるという思考が犯罪者処遇に定着してきたのであり<sup>120</sup>、言うまでもなく英米の宣告猶予の歴史的発展に係る執行猶予制度もその影響を受けている。執行猶予の基本理念の一つである犯罪者の社会復帰に関する主旨（第2節第2款の1）は国家が果たすべき責務として理解できる。そこには、国家の責務として理解され、強調されている「犯罪者を主体的な人間として扱う」という目標は制度全体を貫く理念の中心になるのか。さらに現有の制度設計において犯罪者の社会復帰という基本理念を容易に遂行するのかを明らかにする必要がある。結論から言うと、執行猶予の運用においては、「犯罪者を主体的な人間として扱う」という目標が制度の理念の中心になることはあまりにも現実的ではないが、それによって犯罪者を罰することより、犯罪者の改善更生の方が極めて強調されている可能性も低いと考えられる。その理由について以下の通りである。

---

<sup>120</sup>山梨光貴「犯罪からの離脱のメカニズム－更生保護の理論的基盤を求めて－」大学院研究年報第47号（2018年）199頁、藤本哲也「アメリカ刑事司法の歴史と現況－行刑モデル論の変遷を中心に－」犯罪と非行85号（1990年）22頁。

まず、単純執行猶予の運用内容とその後、保護観察（台湾は保護管束）処分が付される目的から見て、単純執行猶予判決が言い渡された犯罪者に対して、執行猶予期間中に国家からのいかなる更生の措置をも受けないまま社会に戻るため、犯罪者の改善更生という国家の責務完遂に務めることに意義があるとは言えない。また、保護観察（台湾は保護管束）処分が単純執行猶予と結合し、運用されても、その処分の性質はそもそも犯罪者の社会復帰ではなく、犯罪者に対する監視・管理（第1節第3款の2と第4款の2）を中心としたものであるため、犯罪者の改善更生という国家の責務完遂に務めることに意義がある。しかしながら、その意義は「規則に違反すると本来の刑に服役する」という威嚇効果を通じて浮かび上がることができるという点からは、威嚇という意味を内包しない犯罪者の社会復帰の基本理念が保護観察（台湾は保護管束）処分を行う際に考慮されていないと考えられる。

ついで、「犯罪者を主体的な人間として扱う」という目標を実現させるためには、社会復帰を犯罪者の権利として認められるべきである<sup>121</sup>という観点を無視することはできない。なぜならば、近代以降、主体的な人間（人間の主体性も呼ぶ）は人間の尊厳に欠かせない要素となり、同時に人間らしく生きるための権利を法的に承認するという形を通じて人間の尊厳を支える<sup>122</sup>からである。そこには一般市民と同じ人間としての犯罪者が社会に円滑に復帰するために、一般人のように普通の権利を行使することは、彼らの人間の尊厳を保持できる重要な方法となるだけでなく、人間の主体性に対する重要な要素として社会復帰理念（第2節第2款の1.）に繋がっている。他方、実刑判決を受けて服役中の犯罪者自身は社会復帰をする主体であり、彼らの意見やニーズが重視されるべきという理解<sup>123</sup>を受け入れており、さらにこの理解に沿って進めていけば、実刑判決の反面として、執

---

<sup>121</sup>Rotman E., 'Beyond Punishment', A Reader on Punishment, Oxford University Press, 1994 p.286.

<sup>122</sup>松井富美男「人間の尊厳とは何か：差異化と水平化の二重機能」生命倫理 13 巻 1 号（2003 年）60 頁。

<sup>123</sup>Kolstad Arnulf, Imprisonment as rehabilitation: Offenders' assessment of why it does not work, Journal of Criminal Justice, 1:24, 1996, p.332.

行猶予判決を受けて刑務所に赴く必要はない犯罪者の意見やニーズの伝達がもっと重視されるべきであると考えられる。しかしながら、保護観察（台湾は保護管束）処分の内容から見て、犯罪者の立ち直り支援のために様々な措置が講じられているが、実際にはその措置の主な内容は犯罪者が自発的に意見やニーズを出すことではなく、国家権力により犯罪者に多種多様な内容を強制的に履行させるという態勢をとるものである。その結果、犯罪者個人の尊厳を尊重しない状態のまま放置しておく「犯罪者を主体的な人間として扱う」という目標が達成できないこととなり、執行猶予は社会復帰理念を中心とした制度であるという認識はあまりにも現実からかけ離れていた結果となる。

上述したように、社会復帰理念を主とした執行猶予制度においては人間の主体性の重要性が何より強調されるはずであるが、実際には、日台における執行猶予制度はそうではない。また、刑罰の本質（威嚇・権利制限・処遇の強制）を内包する日台における執行猶予制度では、刑罰で犯罪者を強制的に改善更生することで社会復帰させるという運用が強調されつつ、新たな実施方法も導入されつつある。それは薬物事犯向けの刑の一部執行猶予（日本）と性犯罪者向けの強制治療付き条件付き執行猶予（台湾）の運用が代表的な例として挙げられる。前者の特徴は適用対象者に対する「刑務所に赴くこと」と「猶予の期間中保護観察に付すること」という主要な2つの強制措置であり、後者は「猶予の期間中強制治療処分及び他の義務・負担に付すること<sup>124</sup>」と「場合により執行猶予期間終了後でも強制治療を付ける時間制限なし<sup>125</sup>」（再犯リスクが高い性犯罪者のみ）という特殊な2つの強制措置である。前者と後者の共通点として、立法者は執行猶予の適用対象者の中から再犯リスクが高い犯罪類型を選択し、その選択された犯罪類型に対して本来の措置より隔

---

<sup>124</sup>2005年台湾刑法第93条の改正理由によると、一般犯罪よりも再犯率が極めて高い性犯罪者に対して、監督を中心とした保護管束処分を施すのが必要であり、場合によっては他の措置（条件付き執行猶予の八つの条件）を付ける可能性があるという。

<sup>125</sup>台湾刑法第91-1条によれば、特殊な犯罪類型がある。例えば、性犯罪者は執行猶予の適用対象者になり、強制治療処分を受け初め、執行猶予期間終了までその治療を続ける。もし性犯罪者が執行猶予期間に強制治療の顕著な治療効果がないと診断された場合には、執行猶予期間終了でも時間制限なしで強制治療を受け続ける可能性がある。

離・権利制限の意味がより強調される措置で対応しているように思われる。したがって、その共通点からは、判決前調査制度がない日台の現行制度において、単なる罪名のみ（例えば、性犯罪といった犯罪類型）による再犯リスクの高低が制度運用の厳しさを決めることになるため、刑の一部執行猶予と条件付き執行猶予は一種の保安処分的機能が含まれており、伝統的な刑罰から変化した制裁手段だと言える。

### 第3節 小括

本章では、刑罰論の観点から日台における執行猶予制度の形成過程とその運用時の特徴を整理することで、宣告猶予と執行猶予の関係を明らかにし、監視・監督を中心とした処遇を検討する前提としての処遇概念の相違を扱った。制度の仕組みとしては、日台における執行猶予は恩赦と類似した意味を有し、刑罰権と行政権が交錯する結果を通じてある条件下で刑罰の減輕又は消滅という法的効果を持つものであると考えられる。又、併せて刑罰論の視点からも、執行猶予制度の実質的な意味については、応報と特別予防をその刑罰内容から外せない点では共通することが明らかになった。具体的には、日台における執行猶予制度の本質は刑罰であり、また当該制度の核心内容とも言える保護観察（台湾は保護管束）処分自体の設計理念と社会復帰理念の出発点が一致しないため、執行猶予を運用する際に、制度の基本理念に基づいた犯罪者の社会復帰は主役ではなく、単なる社会内刑罰となるまでに監督機能が強化される制度である。そこには保護観察（台湾は保護管束）が刑罰の一環として犯罪者を改善・矯正する制度となる傾向がある。

上述したように、日台における現行の執行猶予制度の性質を言及する際に、社会復帰理念ではなく、伝統的な刑罰論を守りつつ、ただ制度設計上の変形という緩和措置を理解すべきである。その理解に沿って、例え犯罪者の社会復帰への実践が刑事司法制度及び刑事政策の主流として強調されているとしても、現行の執行猶予制度の適用が社会復帰を最大限に促進する最善の手段として期待されるということは現実的ではない。むしろ適用対象者の主体性を強調し、刑罰の厳しさ・内容に左右されない制度の中で社会復帰理念に関する

る実践と効果を最大限に求めることが妥当である。

## 第二章 統計に見る日台における刑の執行猶予の運用状況について

### 序節 本章の構成

本章では、日本と台湾の刑事司法統計のうち、国情による正確な統計が把握できない時期<sup>126</sup>を除く、各自の最新法改正（日本における刑の一部執行猶予・台湾における条件付き執行猶予）前後の数値の変化を中心として概観し、そのポイントを確認する。また、そうしたポイントから、日台における現代の執行猶予制度の運用状況について、特に「制度の目的」と「データの変化に現れる裁判官の意向」の関係性という点で、法改正前と法改正後を2つに分けて、前者では、執行猶予率・執行猶予期間の長さに着目し、また後者では、執行猶予の普通型（全部執行猶予）と特殊型（日本は刑の一部執行猶予・台湾は条件付き執行猶予）の比較に重点を置き、それぞれ何を読み取ることができるのか、若干の分析と比較を試みたい。

### 第1節 法改正前の運用実態

#### 第1款 執行猶予率

##### 1. 日本

2016年に刑の一部執行猶予制度の運用が開始される前に、2005年から2015年までの10年間の数値データを整理し、ごく簡潔に述べておくと、主刑が3年以下の場

---

<sup>126</sup>例えば、台湾の場合には、1935年の刑法典が正式に執行された。その後、当時の異論派の声を抑えるために、蒋介石（父）及び蔣経国（子）による政権下で、1949年5月19日から1987年7月15日の間に戒厳令が施行されており、それによって2つの主な影響があった。1つは、刑法の基本原則の崩壊を起こし、統治者が刑罰の軽重を決めることであり、もう1つは、その時期の資料の欠陥問題である。前者は、共産党の黨員或いは関係者・蔣氏政権を批判する者或いは関係者などが犯罪者として死刑もしくは拘禁刑に処された例が相当である（陳顯武・前掲注（1）158-162頁）。後者は、前者に関連して、戒厳時期での公的統計や資料などの信憑性に欠けるので、学術研究のために、公的統計を引用することは1987年頃から徐々に始まる。

合の執行猶予率の平均は、前半5年間に於いて懲役刑について約63%、禁錮刑について約93%となっており<sup>127</sup>、また、後半5年間に於いて懲役刑について約64%、禁錮刑について96%前後であった<sup>128</sup>。したがって、その10年間の執行猶予率の平均から見て、懲役刑に対する執行猶予率だけではなく、禁錮刑に対する執行猶予率についても大きな変動はないが、裁判において、禁錮刑が宣告された被告人は、懲役刑の場合と比べて執行猶予の適用対象者となる可能性が極めて高かった。そして、上述した懲役刑と禁錮刑の執行猶予率を合算して平均値を求めるとは、前半5年間は78(%)、後半5年間は80(%)となり、増加傾向にあった。したがって、裁判官は懲役刑判決と禁錮刑判決ではなく、執行猶予判決を積極的に言い渡す様子がうかがえる。

## 2. 台湾

2005年に条件付き執行猶予制度の運用が開始される前に、1997年～2005年の統計<sup>129</sup>によると、主刑が2年以下の場合の執行猶予率<sup>130</sup>は、19.08%から年々減少し、13.32%となった。また、当該時期において、被告人に対して、執行猶予判決又は罰金判決を受ける可能性があったとしても、罰金刑は主に被告人の制裁として科される傾向にあった。その結果、刑務所内の新収容者の45%を占めているのは6月以下の短期自由刑の犯罪者と罰金を科されたものの、結局、納付できず刑務所に収容された者であった<sup>131</sup>。そこで、裁判官は執行猶予ではなく、実刑という制裁手段を多用する傾向が見られる。

## 3. 小括

---

<sup>127</sup>最高裁判所事務総局刑事局「平成22年における刑事事件の概況(上)」法曹時報64巻2号(2010年)347頁。

<sup>128</sup>最高裁判所事務総局刑事局「平成27年における刑事事件の概況(上)」法曹時報69巻2号(2015年)511頁。

<sup>129</sup>戒厳令(1949年～1987年)が解除された後より1996年までの公的統計に未公開や記載不備などという状況が存在するため、1997年からのデータを参考にする。

<sup>130</sup>日本と異なり、台湾の公的統計において、懲役刑と禁錮刑の執行猶予率が区別されていない。

<sup>131</sup>前掲注(83)。



先に述べた内容に加えて、日本に比べて、台湾における規定の方が適用対象者の資格に対してより限定されている。宣告刑が2年1ヶ月から2年11ヶ月という範囲内であり、言い渡された場合には、台湾における規定（2年）により被告人は執行猶予の適用対象外となる。そこで、日本の規定（3年）に比べて、台湾の規定（2年）は責任非難の程度が相対的に低いため、懲役刑または禁錮刑の運用を通じて被告人に処罰を下すことを避ける合理性も相対的に高い。そうすると、被告人が執行猶予の適用対象者になりやすいはずだったが、実際は今でもそうでない局面になっている。

以上のことから、比較的軽い罪を犯した被告人に対して、実刑と執行猶予の取捨選択を行うという点で、日本と台湾の裁判官の意向を明らかにした。それは裁判官が軽い罪を犯した者でも実刑を受けないと罪を償ったとは言えないという国民の懸念による影響<sup>132</sup>を受ける程度の差を意味していると考えられる。

## 第2款 執行猶予期間の長さ

### 1. 日本

執行猶予期間の長さについて、平均値の第1位と第2位は2006年～2010年における3年以上（約63.24%）と4年以上（約24.7%）の順<sup>133</sup>で、2011年～2015年における3年以上（約66.72%）と4年以上（約22.18%）の順<sup>134</sup>であった。その二つの時期に関する数値の変化から見ると、どちらも執行猶予期間である4年以上より、3年以上を付けられることが圧倒的に多かった。しかも3年以上の数値と4年以上の数値を合算した結果、2005年～2010年は87.94%で、2011年～2015年は88.9%であり、つまりこの10年間において3年以上5年未満という執

---

<sup>132</sup>これは台湾における執行猶予判決を消極的に言い渡される理由の1つとして挙げられる（『法務部検討暨改進當前刑事政策研究小組』研究資料彙編（法務部、1999年）90頁）。

<sup>133</sup>最高裁判所事務総局刑事局・前掲注（127）351頁。

<sup>134</sup>最高裁判所事務総局刑事局・前掲注（128）515頁。

行猶予期間の長さが年代別で最も多い状態が続いていた。

## 2. 台湾

台湾における執行猶予の法定期間の最大限（5年）は日本と同様であるが、最小限は日本（1年）と違い、2年である。実際の運用状況（1997年～2005年）から見て、この8年間において2年～3年の執行猶予期間を言い渡された人数の比率の平均値は、83%となっており、特に2年間猶予される場合が極めて多かった<sup>135</sup>。

## 3. 小結

執行猶予期間の算定については、日本の過去の裁判例から見ると、執行猶予期間は自由刑の刑期の1.5～2倍で付されることが定則のようである<sup>136</sup>。それを検証するために、上記の日本の状況において、最も多く言い渡された執行猶予期間（日本は3年以上）を例にとって、被告人の前刑の言渡刑期の長さが推定する。その推定結果（懲役刑または禁錮刑2年以下）を執行猶予確定人員の刑期別の人数と照合すると、前刑の言渡刑期が2年以下である者の人数<sup>137</sup>は執行猶予期間である3年間以上の人数に比例するという結果が得られた。一方で、同様の方法で台湾の状況を検証した結果、前刑の言渡刑期2年以下の人数<sup>138</sup>は執行猶予期間である2年間の人数に比例することになっているため、執行猶予期間は自由刑の刑期の1.0～1.2倍で付されることが統計でわかる。

上述したように、台湾の分析結果から見て、この時期の台湾では、執行猶予期間の長さはほぼ前刑の刑期に等しいため、日本と同様に執行猶予期間の長さは責任非難の程度を意味する。つまり、予防的考慮（例えば、再犯防止と特別予防機能）ではなく、単なる責任

---

<sup>135</sup> 『中華民國90年犯罪狀況及其分析』（法務部、2001年）164頁、『中華民國94年犯罪狀況及其分析』（法務部、2005年）169頁。

<sup>136</sup> 再犯防止と主刑と猶予期間のバランスの観点から自由刑の刑期の1.5～2倍を算定し、執行猶予期間を決める理由として挙げられる（座談会「執行猶予の現状と課題」論究ジュリスト14号（2015年）18頁 [佐伯仁志・芦澤政治発言]）。

<sup>137</sup> 前刑の言渡刑期2年以下の人数は最も多い、最高裁判所事務総局刑事局・前掲注（127）350頁、最高裁判所事務総局刑事局・前掲注（128）514頁。

<sup>138</sup> 『中華民國90年犯罪狀況及其分析』・前掲注（135）165頁、『中華民國94年犯罪狀況及其分析』・前掲注（135）170頁。

非難により執行猶予期間の長さを決定する傾向が見られる。

## 第2節 法改正後の運用実態と法改正前後の比較

### 第1款 新制度の実施率

#### 1. 日本

刑の一部執行猶予制度が2016年6月に施行され、6年が経過した。現時点で公布された統計によると、当該制度が2016年に運用され始めてから、2020年まで全体的な執行猶予率の0.5割未満を占めており<sup>139</sup>、このうち例えば、2020年の統計により特別刑法犯（覚醒剤取締法違反は大多数）は約9割となっている<sup>140</sup>。

#### 2. 台湾

条件付き執行猶予制度が2005年7月に運用され始めたので、2007年まで執行猶予率が全体の2割未満を占めたが、その後、徐々に上昇し、2010年に約35%となり、近年の平均値は5割強となっている（2020年60.6%）<sup>141</sup>。

#### 3. 法改正前後の比較

日本では、2016年以降の懲役刑に対する全部執行猶予率は刑の一部執行猶予制度の運用に以後も大幅な変化がなく、依然として6割程度を維持している<sup>142</sup>。刑の一部執行猶予率はなぜ極めて低いのかについての原因分析が公的統計を通じて明白になっていないが、唯一確言できることは、刑法犯と特別刑法犯を比較すると、後者は前者よりごく容易に刑の一部執行猶予制度の適用対象者になるという点から見て、当該制度の主な運用目的は専ら再犯リスクが高い被告人を制裁するためであると言える。

それに対して、台湾では、条件付き執行猶予を言い渡された被告人の類別（刑法犯ある

---

<sup>139</sup>最高裁判所事務総局刑事局「令和2年における刑事事件の概況（上）」法曹時報74巻2号（2020年）398頁。

<sup>140</sup>最高裁判所事務総局刑事局・前掲注（139）397頁。

<sup>141</sup>『中華民國110年司法統計年報（速報）』（司法院統計處、2021年）62頁。

<sup>142</sup>最高裁判所事務総局刑事局・前掲注（139）394頁。

いは特殊法犯)が特定されることは日本のように鮮明ではないが、単純執行猶予に比べて条件付き執行猶予の適用率が増加していることから見れば、立法者だけではなく、裁判官も執行猶予制度を利用し、犯罪者に様々な条件を遵守させるという手段を積極的に行使した上で犯罪者の再犯防止を求めていると言える。

## 第2款 執行猶予期間の長さ

### 1. 日本

執行猶予確定人員の刑期別分布状況を見ると、宣告刑の刑期3年以下と2年以下の合計人数の割合については、2016年(52.6%)以降増加傾向にあったが、2020年は前年よりも若干減少し、95.6%(前年比0.02%減)であった。また、執行猶予確定人員の猶予期間別分布状況は、執行猶予期間である2年以上と3年以上の合計人数の割合が2016年から2020年まで高水準(平均値は97.5%)で推移していた。

### 2. 台湾

実際の運用状況(2005年~2020年)からみて、この15年間において宣告刑の刑期6ヶ月以下と禁錮の合計人数の割合は9割以上となっており、高水準で維持する傾向にある(2005年96.2%、2020年94.8%)<sup>143</sup>。また、2年~3年の執行猶予期間を言い渡された人数の割合は、8割以上となっており、横ばい状態で維持する傾向にある(2005年86.6%、2020年87%)<sup>144</sup>。

### 3. 法改正前後の比較

日本では、猶予期間の長さに関する分布状況について、全部執行猶予の場合には、2016年から2020年までの統計<sup>145</sup>と先に述べた2006年から2015年までの統計

---

<sup>143</sup>『中華民國94年犯罪狀況及其分析』・前掲注(135)170頁、『中華民國109年犯罪狀況及其分析』(法務部司法官學院、2021年)表2-2-8。

<sup>144</sup>『中華民國94年犯罪狀況及其分析』・前掲注(135)169頁、『中華民國109年犯罪狀況及其分析』・前掲注(143)表2-2-7。

<sup>145</sup>最高裁判所事務総局刑事局・前掲注(139)399頁。

を比較すると、顕著な変化がほぼない。しかし、一方で刑の一部執行の場合には、2年以上または3年以上の執行猶予期間を言い渡された被告人の人数が最も多いが、表面的には全部執行猶予の分布状況とほぼ同様であるため、執行猶予期間の長さが当該制度によって引き延ばされるとは言えない。しかしながら、全部執行猶予の適用対象者に比べて、当該制度の適用対象者は執行猶予期間の開始の前に1～3年程度の自由刑に服するという必要な前提条件があるにもかかわらず、あえて猶予期間の長さが全部執行猶予の適用対象者と同様に扱われるという点から、当該制度の猶予期間の長さが何によって決定されるのかを説明する際に、上述した執行猶予期間の長さの変化にある抽象的な意味が看過できないはずである。

台湾では、条件付き執行猶予実施前後の比較において、裁判官が宣告刑の刑期6ヶ月以下の被告人に執行猶予期間を言い渡す際に、単純執行猶予の場合より、条件付き執行猶予の場合の方が3年以上の猶予期間を決める比率が少しずつであるが、増加傾向にあることが統計でわかる。そこで、なぜ猶予期間が長くなるのか、またなぜ3年以上の猶予期間の比率の増加傾向が少ないのかということについては、詳細なデータ分析が存在しないものの、唯一考えられる理由は、前者は条件付き執行猶予の条件の履行確保のためであり、後者はそもそも執行猶予の適用対象者は軽い罪を犯した者であるため、ある程度再犯リスクがあると認められるケースが限定的であるということである。

### 第3款 執行猶予の取消事由

#### 1. 日本

平成28年から令和3年までの犯罪白書によると、刑の一部執行猶予取消人員数の変化については、制度運用の初期(2016年～2017年)において累積数がなかったため、変化が表示されていなかったが、2018年以降、年々増加し、2020年の統計を例に

取ると、当年に猶予を取り消された者は、364人（前年比114人増）であった<sup>146</sup>。

また、取消事由の内訳に関しては、上記の人数の中で再犯により禁錮以上の実刑に処せられたことを理由に同猶予を取り消された者は282人（同76人増）であった<sup>147</sup>ため、執行猶予期間中の再犯は最も主要な取消事由になった。

## 2. 台湾<sup>148</sup>

2010年から2020年までの公的統計によると、執行猶予取消人員数の趨勢変化については、2010年から2016年までこの6年間の平均人数は1555人となったが、2017年以降減少し始め、2020年まで平均人数は1000人以上に至っていない。また、その10年間の総平均人数の構成比に関しては、執行猶予期間中の再犯が総平均人数の8割強を占めた<sup>149</sup>。

## 3. 法改正前後の比較

上述したように、法改正後の日台における執行猶予の主な取消事由は執行猶予期間中の再犯であることを明らかにした。実際には、法改正前でもその主な取消事由が日台における全部執行猶予の主な取消事由になっている。したがって、執行猶予期間中の再犯問題は新制度の創設の有無により直接左右されるわけではないため、再犯防止を図るという点で新制度が十分機能しているかどうかという疑問が生じる。

次章では、量刑論の視点から実刑判決なのか執行猶予付き判決なのかという判断を決めることに関する理論的考察、特に量刑基準と量刑事情である一般情状の全貌を明らかにしたい。

---

<sup>146</sup>『令和3年犯罪白書』（法務省、2021年）240頁。

<sup>147</sup>前掲注（146）。

<sup>148</sup>台湾の統計では、執行猶予期間中の再犯により執行猶予が取り消される人員構成において、執行猶予の適用対象者は法改正後の条件付き執行猶予の適用対象者として区分されていないため、執行猶予の全般運用に関する人員の趨勢変化のみを述べる。

<sup>149</sup>『法務統計年報（109年）』（法務部、2021年）60-61頁。

### 第三章 量刑理論から見た刑の執行猶予に関する考察－一般情状を中心に

#### 序節 本章における問題の所在と構成

近年、刑事司法において被害者・遺族らの感情面への配慮および刑事司法に対する国民の信頼感の強化といった行為責任主義に関係しない要素が強調されるようになった。それをきっかけに刑罰は判決を通じてどう表現されるのか、すなわち刑の量定における刑罰のあり方と効果により、刑事裁判の行方に対してどのような影響がもたらされるのかという課題が注目されている。だが、その注目点は、いつしか行為者自身の更生から犯罪被害にあった人々の心情や配慮・一般公衆の安全と安心へと徐々に移行する傾向が見られるようになった。この変化において、量刑判断の結果の背後にある判決の意義を探究するにあたり、実刑判決は勿論のこと、本章のテーマである執行猶予判決を下す際の量刑判断の運用基準と繋がっている。しかしながら、従来から刑法学においては、日本と台湾を問わず、刑法学では、犯罪論と刑罰論の研究が主流であるため、それらが交錯する領域にある量刑論において特に比較法の視点を通じて執行猶予を主とした学術分析が一向に少なかったと思われる。こうした状況はあまり変わっておらず、結局審判を行う者が多種多様な犯罪類型に直面し、最終的に執行猶予制度の運用を決める際に、各執行猶予判決の作成の背後にある学問的根拠が薄くなり、運用上の説得力に欠けるような局面に陥る恐れがある。そのため、本章では、理論面から執行猶予の量刑判断の主な要因を論究することにした。

執行猶予判決を最終的に下すまでの過程において、審判を行う者の判断に関する事項は四つあると考えられる。一つ目は、実刑判決か執行猶予判決かに決めること。二つ目は、猶予判決を決めた後、宣告刑の刑期の長さを決めること。三つ目は、執行猶予期間の長さを決めること。四つ目は、執行猶予に付けられる処分の有無とその後の処分の類型（処分ありの場合）を決めることである。これらの四つの判断はどのような量刑基準の下で下さ

れるのかという問いについて、単なる裁判官の実務経験の立場からは、直観的に過去の判例または応報刑思想のみに従えば、高度な分析を必要としないと推察される。しかしながら、実際には昨今、犯罪の多様化及び改善刑思想の高揚の影響で、その問いに対する単純された答えを求めることは困難になってきた。また、本来、執行猶予制度の目的・運用上の意義（詳細は第一章）と量刑理論の運用を結合することに関する理解と概念の変化をどのように分析するのかという問題が存在し、答えられなければならないはずである。

そのためには、単に実務に追随する考え方のみでは不十分である。また、論理的に説得する研究は存在する（詳細は後述する）ものの、体系的・理論的探究が明らかにされてきたとは言えない。具体的には、量刑基準の形成を支える量刑理論の中で、通説的見解として知られている幅の理論を展開する際に、実刑判決であれ執行猶予判決であれ、判決の理由の中では、犯情と一般情状という二つの要素を量刑基準に関する内実として総合的に考慮することにより決定されるものである。だが、軽い罪を犯した場合、執行猶予制度を適用することが可能である被告人に対する司法の対応において、実刑判決と執行猶予判決を比較すると、前者の主な特徴は施設内で伝統的な刑事制裁（自由刑）を受けること及び拘禁による厳しさを体感させることであるのに対して、後者には執行猶予制度自体の特殊性（宣告刑の刑期満了まで社会内で国が犯罪者に対して課す義務や負担や指示など、すなわち犯罪者が非伝統的な刑事制裁を受けること）及びその運用上の目的（社会内で犯罪者の矯正を行うことなど）に由来する特徴が存在する。したがって、両者の比較において、理論上は刑罰の意味・性質ということに共通する部分（詳細は第一章）があるにもかかわらず、刑罰制度の運用に関する量刑判断を行う際に、両者の特徴の違いを前提としつつ、それと結びつく制裁としての内実の明確さという点から見て、執行猶予判決の言い渡しは単なる実刑判決より不明確になると思われる。言うまでもなく、刑罰の確実性と公平性が保たれるようになるためには、下された判決に伴う法的効果（制裁の内容と強度）が明確に定められなければならない。しかしながら、執行猶予判決の中で、審判を行う者が一般情状を考慮する際に、先述した四つの判断を行った結果、最後に言い渡す内容からは、制裁



の内容と強度の背後にある根拠がどのように今回の罪責以外の要素（例えば、再犯リスク・再犯の危険・社会大衆のモラル・パニックなど）につながるのか自明とは言えず、更に幅の理論自体がその社会的要素をどこまで内包すべきなのか、もしくは社会的要素を最初から排除すべきなのかといった一般情状の枠組みに関する疑問点も存在する。

したがって、上述した諸問題を解決するために、本章では、まず量刑基準の全体像を俯瞰することで、量刑基準の意義と由来はもちろん、量刑基準と執行猶予の性質の相互関係を明らかにしたい。(第1節)そして、一般情状のあるべき姿を把握することを主として、執行猶予の量刑判断の中で一般情状の具体像、それから現代社会から形成されてきた再犯防止という目的を一般情状に対する考慮を通じてどう適切に反映させるべきかを理論的に導き出すことを目的とする(第2節・第3節)。

## 第1節 量刑基準の概観と執行猶予との関係性

### 第1款 量刑基準の意義と多様な類型

#### 1. 量刑基準の意義

量刑基準とは、「量刑または刑の量定<sup>150</sup>」を行う際に、「客観的合理性」を求めるための指針を意味する<sup>151</sup>。ここでは「量刑または刑の量定」と「客観的合理性を求める」という二つの要因の意義をどのように理解するのが重要となる。

「量刑または刑の量定」について、松尾浩也元教授の見解によると、学説上の分類において、刑の言い渡しの内容によって四つに分けられる。単なる(a)刑の分量(最狭義)から、そして(a)にプラスアルファ(b)刑種の選択(狭義)、さらに(a)と(b)にプ

---

<sup>150</sup>被告人の犯罪に対して、その適用すべき刑罰法規の定める法定刑から選び、あるいは刑の重さを調整した処断刑の枠内で、審判を行う者の裁量により具体的に刑の種類とその量を宣告するという一連の過程を「刑の量定」または「量刑」と呼ぶのが一般論として認識されている。例えば、西原春夫『刑法総論』(1977年)451頁；川端博『刑法総論講義』(三訂版)(2013年)712頁；大谷実『刑法総論』(五訂版)(2018年)292頁など。

<sup>151</sup>城下裕二『量刑基準の研究』(成文堂、1995年)1頁。

ラスアルファ (c) 単純な、もしくは保護観察付き執行猶予の言い渡しに関する取捨選択及び刑の免除など (広義)、最後に (a) と (b) と (c) にプラスアルファ (d) 刑の言い渡しに伴う付随的な処分 (例えば、未決拘留日数の通算、罰金の換刑処分、特別法における補導処分など) (最広義) まで区別されてきたのである<sup>152</sup>。このように量刑の定義は一義ではないが、それらの基準を本節のテーマに適合させるとするならば、広義の (c) 及び最広義の (d) の観点をを用いることが適切であるようにも思われる。しかしながら、日本と台湾の制度設計を例にとると、執行猶予制度自体が社会情勢の変化に伴い、運用上の取扱いにおいて判決に付加される処分 (日: 保護観察・刑の一部執行、台: 保護管束・附加条件) の有無だけではなく、処分内容の実効性・合理性までも含むものであるため、その処分の期待効果が内包される刑の量定を論及する際に、広義の (c) よりも、最広義の (d) の方がより相応しいと考えられる。

また、「客観的合理性を求める」という文言の解釈に関する説明として以下の二点に注目したい。一つは学問的な定義のみが存在すること、もう一つは「客観的合理性」の示すべき内容である。前者では、「客観的合理性を求める」を定義する際に、裁判実務において長年にわたる日々の刑事裁判の件数により経験的に積み重ねられてきた量刑の具体的基準、いわば量刑相場から求めることが難しいと思われる。なぜならば、量刑相場の形成は、過去の裁判例に関係し、その各々の裁判例に関する刑の量定は裁判官の恣意的な裁量を防ぐために、刑事訴訟の当事者ら (被告人・訴訟関係人・被害者) だけではなく、一般大衆をも納得させる「合理的な」基準に基づくものである<sup>153</sup>。しかしながら、実際には、ここでいう「合理的な」基準という文言は、客観的に法的な視点ではなく、多角的な視点である程度納得できる妥協点を見出すことを通じて形成される基準であるため、客観的合理性の内実がその基準に反映されにくいと考えられる。

---

<sup>152</sup>松尾浩也「刑の量定」宮澤浩一＝西原春夫＝中山研一＝藤木英雄 (編)『刑事政策講座・第一巻』(成文堂、1995年) 337-338頁。

<sup>153</sup>松本時夫「量刑の相場について」法の支配 126号 (2002年) 31頁。

後者では、統一的な量刑基準の制定の意義を問うことが中心となる。ここでは、量刑裁量に目を転じてみると、裁判官の恣意的な判断を許容しないために客観的合理性を求めることが必要であり<sup>154</sup>、統一的な量刑基準の制定を通じて、その客観的合理性を求めることが可能であると考えられている<sup>155</sup>。このような見地と前者の理解から、量刑裁量における客観的合理性を適切に反映できる統一的な量刑基準の内実とは、個々の裁判官としての経験した量刑実務により形成されたものではなく、個々の裁判官に対して犯行・犯罪者に関連するいかなる事情を評価するための基本指針として、刑の量定に参酌する必要があるもの（当為としての量刑基準と呼ぶ）<sup>156</sup>である。そして、それが形成されたのは現実の審判権を有する者の嫌悪感に基づく刑罰権の行使に否定的な立場を採ることを意味すべきである。その意味で「客観的合理性」の示すべき内容は裁判権の濫用を防止する。換言すれば、実務面における被告人に対する量刑裁量の具体的妥当性を保つために、理論面において審判を行う者自身の個人的な感情もしくは主観的意識などによる影響を最小限に抑えながら、同時に刑罰の量（程度）の合理性を最大限に追求できるような統一的な量刑基準（または原則）を設けることが必要であると思われる。

## 2. 量刑基準の多様な類型

前述したように、被告人への制裁を行う際に、国家が刑罰権を独占する関係で、刑罰の濫用という問題が生じる恐れがある。その問題を防ぐために、量刑基準は刑罰の量（程度）の合理性を最大限に追求することを前提として、審判権を有する者の裁量権行使をコントロールする指針であることがわかった。そこで、国家が被告人に刑罰を与える権力の理由（刑罰の正当化根拠と呼ぶ）はその前提の背後にあるものとして構成されるため、量刑基準の形成に決定的な影響を与えることになると言える。したがって、本節では刑罰の正当化根拠として挙げられる三つのアプローチを分析することを通じて量刑基準の多様な類

---

<sup>154</sup>松本・前掲注（152）31頁、城下・前掲注（151）1頁。

<sup>155</sup>小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶応法学1号（2004年）215頁。

<sup>156</sup>佐伯千仞「刑の量定の基準」日本刑法学会編『刑法講座 第1巻 犯罪一般と刑罰』（1963年）118頁。

型を明らかにしたい。

### (1) 絶対的応報刑論

#### ア. 量刑との関係

応報刑論において「犯罪者は当然刑罰を受けるべきである」・「犯罪者は刑罰を受けるに値する」という2つの主な特徴が刑罰の正当化根拠を求める考え方として提唱されている<sup>157</sup>。このような考え方は、現代の視点から見ると犯罪とこれに対する応報（刑罰）との間の「均衡」が要求されるものであり、そこでの「均衡」は犯罪から生じたダメージの軽重だけではなく、行為者の責任の重さも含めることにより、刑罰の厳しさ（重さ）が決められるという理解が必要である<sup>158</sup>。

また、先に紹介した犯罪と応報との均衡に関する説明の中では、刑罰の正当化根拠を求める場合、刑罰は行為者の責任（または刑罰が犯罪から生じたダメージ<sup>159</sup>）に比例するという関係性、換言すれば、刑罰を通じて犯罪者を非難することの必要な前提は行為者の責任にあり、そこから刑罰の正当化根拠が現れる。そこで、その行為者の責任は言うまでもなく、犯罪者自身が行った行為（過去の行為）のみから発生する（応報の内容）という特徴がある。また行為者の責任を追及することは刑罰の意義・目的として刑罰を通じて要求され、国や国民の利益に関わる犯罪防止の効果があるかどうかとは関係ない。この文脈によれば、刑罰は要するに単なる応報の履行なのであることを絶対的応報刑論の内実として説明できる<sup>160</sup>。

#### イ. 量刑基準の特徴

---

<sup>157</sup>高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（成文堂、2018年）158頁。

<sup>158</sup>平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、2000年）20-21頁。

<sup>159</sup>ここで説明したいことは、現在の視点から見ると行為者の責任と犯罪から生じたダメージを同一視するわけではない。例えば、責任無能力者に関する犯罪という例外が存在する。しかしながら、絶対的応報刑論により、その例外が認められるとしたら、行為責任の原則に違反してしまうことがある。したがって、絶対的応報刑論において、行為者の責任と犯罪から生じたダメージを同一視するように扱うはずである。

<sup>160</sup>林山田・前掲注（52）57-59頁を参照。

前述のとおり、絶対的応報刑論は刑罰の重さにより応報の内容である責任の重さを比例的に決めることになる。この場合は責任主義の趣旨である「責任なく行為した者は処罰しない」という意味と符合し、犯罪論における責任の範疇に属するものである。その意味は、量刑論における責任の範疇においてどのように反映されているかという問いに対する答えを求める際に、理論上刑の量定を決定する第一歩である法定刑の枠組みを通じてある程度反映できると考えられる。

法定刑の枠組みについては、現行刑法典の外枠としての法定刑は基本的に行為類型である構成要件に連動したものであると解されている<sup>161</sup>。すなわち、法定刑は犯行が成立するのかを判断するための構成要件を踏まえた上で犯行についての責任（刑事責任）が法的に規制されるものだと言える。また、絶対的応報刑論の下で刑の幅を安定させるために、刑罰の応報以外の機能が責任刑法の枠の中で採用されないと解される<sup>162</sup>ため、単なる犯行の軽重が重視された結果、立法者が決めた法定刑の量によって刑事責任の重さを示す際に、犯罪の無価値性に対する宣言ならびに贖罪が求められていることになる。これが責任非難の根拠であり、量刑基準の姿は公平な刑罰と罪責のバランスを保つという責任主義の原則により支配されることが現実的な意義として明らかである（例えば、罪刑均衡原則の下で、立法者は殺人罪の法定刑の中で死刑を規定することが可能である）。

## （２）目的刑論

### ア. 量刑との関係

犯行による責任非難・贖罪を主眼とした絶対的応報刑論と異なり、犯罪予防が目的刑論の主眼となり、刑罰権の発動を正当化することにつながる。そこでまず、犯罪予防の「予防」という文言は、何か悪い事が起こらないように注意し、事前に防ぐことを意味するため、既に起こった犯罪ではなく、将来発生する犯罪の防止を内容とすることは当然である。

---

<sup>161</sup>所一彦「刑の量定」阿部純二・板倉宏・内田文昭・香川達夫・川端博・曾根威彦編『刑法基本講座＜第1巻＞基礎理論、刑罰論』（法学書院、1992年）255頁。

<sup>162</sup>莊子邦雄「刑事責任と刑の量定—改正刑法準備草案第47条とドイツ刑法草案—」『菊井先生献呈論集・裁判と法（上）』（有斐閣、1967年）458頁以下参照。

そして、将来発生する犯罪を防ぐための手段として、犯罪防止には誰を主体として重視するかにより「一般予防」と「特別予防」に大まかに区別される。この両者は、重点を置く場所は異なるものの、刑罰は犯罪防止を目指すと共に、その機能を有効にすることで正当化されるとする形で用いられることが共通点として理解されている<sup>163</sup>。

この理解によれば、刑罰を運用する際に行為者の過去の行為に対する責任追及・贖罪という思考ではなく、実際に犯罪予防効果があるかどうかの問題となるため、犯罪者に賦課する内容には苦痛以外の矯正・教育が刑罰の運用目的の一部として含まれることになる。ここでは、犯罪予防手段の有効性を極端に追求するならば、一般予防の場合において国民を威嚇するために、軽微な罪しか犯さない者に対しても重罰を与える可能性は否定できない。また、特別予防の場合においては、犯罪者に対して、教育・矯正を実施する必要がないと判断された場合は、たとえ重罪者だとしても刑罰を与える必要がないこととなる<sup>164</sup>

(例えば、犯罪者の完全無害化を目的とする措置)。そして、教育・矯正可能性の効果がなく、もしくは効果はあるものの時間を要すると判断された場合、不定期の自由拘束を行うことが可能である<sup>165</sup> (例えば、犯罪者の治療を目的とする措置)。

#### イ. 量刑基準の特徴

先に紹介した一般予防と特別予防の有効性に関する相違から見て、前者は犯罪者に対する改善・矯正という視点を持たず、後者はそのような視点を有しているという特徴が明らかになった。その特徴に沿って刑罰はあくまで単なる犯罪防止の手段として扱われるようになる。したがって、前者（一般予防）では、改善・矯正という意味が含まれない刑罰が威嚇の手段として運用される際に、犯罪者に刑罰を与えることを通じて犯罪者の規範意識の再強化はもちろん、一般市民の行動も自制させることが量刑基準の主要な任務になる。そこで、犯罪者を罰することで一般市民の行動を自制させるという連動関係の下で、量刑

---

<sup>163</sup>高橋・前掲注（157）130頁。

<sup>164</sup>林山田・前掲注（52）77頁。

<sup>165</sup>高橋・前掲注（157）130頁。

基準は必然的に行為責任と結びつけられるとは言えない<sup>166</sup>ため、一般市民を威嚇することを通じて犯罪者に重荷を負わせるという規範面の強制力が表現できる。それが原因でこの説におけるいわゆる「量刑基準の客観的合理性」を求める際に、形式的に犯罪類型ごとにより処罰要請の程度を決めるしかないと考えられる。

それに対して後者(特別予防)は、同じく犯罪防止という目的で刑罰規定を駆使するが、前者(一般予防)との違いはその目的を遂行するために、犯罪者の改善・矯正という観点が刑罰内容として内包されており、運用されているという発想である。その発想の背後にある考慮は、短期自由刑の弊害を避けることができるように量刑をより軽い方向に調整していくが、その一方で比較的長期の収容により社会復帰の効果が期待できるように量刑をより重い方向に調整していくのである<sup>167</sup>。そのような考慮に沿って量刑基準との関係を説明すると、犯罪者の社会復帰の有効性に関わる刑種・刑量、すなわち行刑における処遇の個別化が量刑基準の唯一の任務を成すことになる。したがって、犯罪者の改善更生に資することに左右された結果として、刑種・刑量を決定する際に罪刑均衡の原則と罪刑法定主義を後退させ、刑罰の内容における再犯防止や治療などに向けた処遇法が強調された結果と言える。

### (3) 相対的応報刑論

#### ア. 量刑との関係

絶対的応報刑論であろうと目的刑論であろうと、当該理論を単独で展開することは困難である。なぜならば、それぞれに量刑基準を表す極端な姿勢が存在することで、多目的を追求する現代の刑事司法システムにおける単独での運用を難しくしているためである。したがって、上述した二つの理論を調和させる形で、いわゆる「相対的応報刑論」が誕生した。その調和した部分については、刑罰の運用を通じて法秩序を維持し、一般市民に社会

---

<sup>166</sup>中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(2)―日本とドイツにおける刑罰理論の展開―」立命館法学 342号(2012年)223頁。

<sup>167</sup>阿部純二「量刑論の現状と展望」現代刑事法―その理論と実務―21号(2001年)5頁。

正義を求めるというニーズ及び応報感情(絶対的応報刑論における現代の社会的意義を指す)を満足させながら、同時に犯罪者に対して、再び罪を犯さないことを主な目的とした警告と矯正(特に目的刑論の特別予防を指す)を与えと言われる<sup>168</sup>。ここで注目すべきなのは、相対的応報刑論における応報と犯罪予防にはどのような役割があるのかという問いである。その問いに答えるための見解は多様なものが存在するが、応報は過度な刑罰の歯止めとして犯罪防止目的の追求を制約するという見解が有力である<sup>169</sup>。この見解によれば、応報刑論における刑罰の本質(応報)は否定できないことから、応報による刑罰の制約は過去の責任追及という応報刑の枠として位置づけ、その枠外では国家が将来の犯罪防止の考慮を求めるべきではないとする<sup>170</sup>。そうすることで、絶対的応報刑論と目的刑論を調和することが可能になる。

#### イ. 量刑基準の特徴

ア.の説明により過去の犯行に対する責任を追及するための非難は、犯罪防止という将来の期待効果に関する刑罰の運用を制約しようとするものであることが明らかになった。それを踏まえ、相対的応報刑論における量刑基準に関しては二つの主な特徴に注目したい。一つ目は、個人の尊重を基礎に置いた責任<sup>171</sup>を刑の量定の前提にする必要があり、それにより刑罰を外在的に制約することが可能である<sup>172</sup>。二つ目は、一つ目の特徴に関連して、犯罪防止を刑罰の正当化根拠とし、応報は刑罰権の行使の制約理由としてのみ機能するということである<sup>173</sup>。こうした特徴から見て、刑罰の不利益が犯罪者本人に反省を促すという犯罪防止の機能性を含んでおり、更にその不利益は公平に負担されなければならない

---

<sup>168</sup>林山田・前掲注(52) 82-83頁。

<sup>169</sup>曾根威彦『刑法総論(新版補正版)』(1996年) 37頁以下など。

<sup>170</sup>井田良『講義刑法学・総論』(2008年) 13頁。

<sup>171</sup>ここでは、個人の尊重を言及する際に、特に個人の権利・自由は国家の権力(刑罰権)によって過度に侵害される可能性に注目し、そういう可能性を避けられるように個人の尊重を行為責任の内実として理解することが必要である。

<sup>172</sup>高橋・前掲注(157) 146頁。

<sup>173</sup>瀧川裕英・前掲注(91) 24頁。



い。そこで刑罰は責任に応じることと犯罪者の改善・矯正に役立つこととは重なることになる<sup>174</sup>という点に帰結することである。

## 第2款 相対的応報刑論における行為者の責任の所在

前款までに量刑基準に関する3つのアプローチ及びそのそれぞれの姿を論述してきた。そこでは、犯罪者に関する基本人権制約と改善更生のバランスを図るという目標に向けて取り組みが進んだ現代社会に相応しい理論として、相対的応報刑論が支配的な見解であると認識されている<sup>175</sup>。本款では、そういう認識の下で行為者の責任の輪郭を明らかにすることを目的とする。

### 1. 行為者の責任の性質と範囲に関する説明

前述した相対的応報刑論の内容から見て、犯行の重大さに相当する刑罰による不利益と改善・矯正の処遇は犯罪者の受忍義務の内容として理解できる。そこで、その受忍義務、すなわち行為者が背負うべき責任の性質と範囲を言及する際に、どのように表すのか説明する必要がある。まず、責任の性質を表すことである。ここでは、責任という文言を解説すると規範的責任と可罰的責任が区別され、そこから非難（規範的責任）の量と非難に応じた刑罰（可罰的責任）の量を個別に扱うかどうかという疑問が提起される。その疑問に肯定的に答えるべき主な理由として、犯罪者を処罰する際に、その刑罰の量を減少させるべき場合において、減少するのは非難の量それ自体ではなく、非難を前提として科される刑罰自体の量であるため、非難の量が刑罰の量に比例するわけではないという考え方が挙げられている<sup>176</sup>。

しかしながら、この考え方に従ってみると刑法上の非難の量を測る単位は刑罰の量では

---

<sup>174</sup>所・前掲注（161）256頁。

<sup>175</sup>瀧川・前掲注（91）19頁。

<sup>176</sup>その点に関する紹介については、野村健太郎『量刑の思考枠組み』（成文堂、2020年）51-52頁。

ないとする、非難の量を観念することができないという観点が反対意見として提起されている<sup>177</sup>。また、罪刑均衡の原則の下で非難の量と刑罰の量のギャップに関する合理性をどこに求めるのかという疑問も存在する。したがって、犯罪者に与えるべき刑罰の量は刑の量定（単位）を通じて比例的に非難の量に反映するという形を取ることで、責任の概念に個人行為以外の異質な要素が混入することを防ぐことが可能であると考えられる。

次に、責任の範囲の設定についてである。確かに相対的応報刑論を基にした刑罰の運用は犯罪者向けの改善・矯正処遇が必要である。そこで、改善・矯正処遇の量は犯罪者の責任範囲の設定にどう関係しているのかを確認する必要がある。処遇の量に関する内実について、実際に近代学派の社会的責任論という論点を考慮しないと考えるべきである。その具体的理由としては、刑罰の領域において責任の本質を言及する際に、「特別予防論が社会的責任論に、応報刑論が道義的責任論に」という結論が一理として存在し<sup>178</sup>、それにより社会的責任論の内容は改善・矯正という意味を含む処遇につながることになるものの、処遇の特徴は犯罪行為についての責任とは異なる意味合いの「責任」を果たすためである。ここで使われる「責任」とは、社会的責任として社会が危険にさらされる恐れがある者に対して、その危険から社会を守る必要があるため、拘束による不利益を背負わせるとしてもやむを得ないことを意味する<sup>179</sup>。したがって、特別予防論において、社会を守る必要性から生じた「責任」自体は極めて曖昧な状態であり、処遇の意味を極端に追求するために、無制限拡大してしまう可能性があるといった問題点がある。一方で、相対的応報刑論においては、刑罰が処遇の性質に内在化されており、その意味で犯罪者に与えるべき刑罰の量の限度は処遇の量をコントロールする機能が存在すると言えるため、刑罰の個別化は行為者の責任非難につなげることが可能である。このような脈絡の中で社会的責任における

---

<sup>177</sup>野村・前掲注（176）51頁。ここで述べている責任非難と刑罰の比例関係から見て、責任は刑罰を根拠付ける機能があるか否かに関する判断を引き出すことができるかどうかは別論である。

<sup>178</sup>岡上雅美「刑罰正当化論から見た責任概念および意思の自由」刑法雑誌46巻2号（2007年）259頁。

<sup>179</sup>所・前掲注（161）258頁。

「責任」の適用を求める余地がないどころか、そもそもその「責任」には個人の尊重という意味が含まれていないため、理論上刑の量定を行う際に、その「責任」に対する考慮を最初から排除すると考えられる。

## 2. 量刑基準の構造に対する2つの思考モデル

日台における量刑実務において、刑の量定を行う意味は規範により設定された法定刑の枠内で、その法定刑に対する調整を行った処断刑の範囲内で宣告刑を自由に決めることである<sup>180</sup>。したがって、①責任の量によって刑罰の幅（上限を含む）が決まり、②予防はその範囲で考慮されるのである<sup>181</sup>。そこで①と②の関係は主従関係のように見えるため、相対的応報刑論の思考につながりやすいと言える。なぜならば、責任非難を基とし、更になれにかかわる責任に応じる刑罰を設定し、犯罪予防目的に資する刑罰を決めるという現在の実務の特徴は、相対的応報刑論の特徴とほぼ一致しているためである。そして、その相対的応報刑論の特徴を有している量刑基準の構造の中でも、特に処断刑を決定する際に、違法行為に関係した責任の量はどのようにして刑量へと転換されるのかという不可避の疑問が存在する。その疑問を払拭するために、点の理論と幅の理論が解釈用のモデルとして日本国内の学説<sup>182</sup>から提起されている<sup>183</sup>が、理論の発展状況と実際に応用する可能性に鑑みて、幅の理論に重点を置いて論述する<sup>184</sup>。「幅の理論」の意義としては、各事案の審

---

<sup>180</sup> こういう実務上の作法は条文に反映される。例えば、日本刑法の第12章（酌量減軽）・台湾刑法の第8章（刑の加減）などである。

<sup>181</sup> 高山佳奈子「責任主義と比例原則」刑法雑誌53巻1号（2013年）78頁。

<sup>182</sup> 台湾では、従来量刑相場に依頼する傾向が極めて強いことが原因で量刑基準の構造に関する理論的検討が形成されにくいという現状がある。したがって、量刑論という分野において、台湾自体の理論体系が欠けたままで外国の理論とやり方を紹介することを主とした国内の文献が大多数である。台湾における量刑研究の問題点についての詳細は、郭豫珍『量刑與刑量—量刑輔助制度的全觀微視』（元照、2013年）113-126頁参照。

<sup>183</sup> 例えば、城下裕二・前掲注（151）90-93頁、高山佳奈子「量刑論の現代的課題」刑事法ジャーナル21号（2010年）3-4頁、野村・前掲注（176）65頁など。

<sup>184</sup> 前者（点の理論）の場合、当該理論の主な特徴の一つとして責任刑が法定刑の中の一点に確定されることが挙げられる。こうした特徴からは、責任刑の内部で特別予防的考慮に基づ

理において過去の犯罪行為に対する責任の考慮と特別予防を重視した予防的考慮を組み合わせることによって、責任刑を「幅」として想定するものである<sup>185</sup>。そこには、責任と予防の関係をどのように理解すべきなのかという問題が生じる。これについては、二つの見解を思考モデルとして説明する。

(1) 思考モデル①：行為者の責任を量刑の「基礎」とした量刑基準

この思考モデルは犯行の重大性による（もしくは非難可能性）責任の重さが量刑の幅として先に決定され、それを基礎としつつ予防的考慮を後に別の要素としてその基礎に付加し、最終的な刑の量定を行うべきものとする見解である<sup>186</sup>。日本では、その見解に属する例として、次の二つが挙げられるだろう。一つは日本の改正刑法草案第48条の規定<sup>187</sup>であり、もう一つは大塚仁博士の見解である。前者では、当該草案第48条の規定により犯人の責任の程度を明らかにした（第48条第1項）上で、その程度に応じた犯罪予防という刑事政策的な目的が考慮されることになる（第48条第2項）。後者では、大塚仁博士の「刑罰の応報的・贖罪的原理は、犯罪の程度に価値的に均衡した刑罰を要求する」という見解が代表的なものであるが、この見解により刑の量定の基調は「応報と並んでの予防」ではなく、「応報の中における予防」であるとされる<sup>188</sup>。すなわち犯罪者に対する改善効

---

いた刑量の調整が存在するはずがないのに、実際にはしばしば特別予防的考慮から責任刑を上回って最終刑を導くので、結局当該理論を運用すると、理論自体における「点」の意味を失ってしまうことになった。そういう理由で当該理論は致命的な欠陥があると考えられている（阿部・前掲注（167）7-8頁、野村・前掲注（176）65頁）。

<sup>185</sup>岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（一）」早稲田法学68巻3号（1993年）91-92頁。

<sup>186</sup>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を中心として－」慶応法学6号（2006年）12頁以下参照。

<sup>187</sup>改正刑法草案第48条の規定は以下の通りである。

- 1 刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。
- 2 刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない。
- 3 死刑の適用は、特に慎重でなければならない。

<sup>188</sup>大塚仁『刑法概説（総論）第4版』（有斐閣、2008年）551-552頁。

果の即効性のみを目指すことのために刑罰を使うとしたら、刑罰の範囲を超えても認められることになるはずであると解している。一方で、台湾では、現行刑法第57条第1項により行為者の責任を基礎とし、いかなる情状を考慮する<sup>189</sup>のが刑の量定に関する適例だと言える。

したがって、本思考モデルと上述した例に照合すると、責任刑の枠内における予防的考慮に対する理解は、量刑が責任の程度とバランスを失うことによる不平等・不均一を避けことができる<sup>190</sup>ため、「責任なければ刑罰なし」という責任主義が維持されていると言える。もっとも、再犯防止の必要性を考慮した上で例外的に責任刑を上回ることが認められている<sup>191</sup>。

## (2) 思考モデル②：行為者の責任を量刑の「上限」とした量刑基準

思考モデル①に対して、思考モデル②は行為者の責任を量刑の「上限」として、その枠内で予防的考慮に基づいて最終刑を量定する。そこで量刑の「下限」を決める際に、当然ながら「下限」の基準を予防的考慮に求め、予防概念の中の何かを土台にするのかについての分岐点が予防的考慮の内容により左右されるが、具体的には以下の二つの類型に分類できる。

一つは積極的一般予防を刑の下限とする見解である（以下、思考モデル②-1と呼ぶ）。一般予防の脈絡において、刑罰を通じて潜在的犯行者への威嚇効果を重視するという特徴が含まれた消極的一般予防論と異なり、積極的一般予防論は「犯罪行為者が適正に処罰され、刑罰規範が妥当しているという事実を示すことによって国民の法意識を安定化させる

---

<sup>189</sup>実際には、この条文に書かれている「いかなる情状」は限定されたものである。裁判を行う際に、その限定されたものは優先的に考慮すべき事項として以下のとおりに示されている。

①犯行の動機と目的②犯行時の情緒刺激③犯罪の手段④行為者の生活状況⑤行為者の品行⑥行為者の知識程度⑦被害者との関係⑧義務違反の程度⑨犯行により生じた危険と損害⑩犯行後の態度。

<sup>190</sup>城下裕二『量刑理論の現代的課題（増補版）』（成文堂、2009年）4頁。

<sup>191</sup>井田良「量刑理論と量刑事情」現代刑事法－その理論と実務－21号（2001年）37頁。

<sup>192</sup>」という点が特徴である。この特徴を通じて、「一般人に対する規範意識の確認・強化<sup>193</sup>」は「現実の、またはあるべき人々の規範心理の安定（規範確証的予防）<sup>194</sup>」とつながることになる。そこから「犯罪と釣り合わないような刑罰はかえって規範への信頼を害することになるため、歯止めの論理を内在している<sup>195</sup>」ということ量を量刑の基準に反映させる。換言するならば、幅の理論において積極的一般予防を刑の下限とすることは、犯罪行為者が適正に処罰されることによって犯罪予防につながる国民の遵法意識そのものよりは、処罰規定としての刑法への信頼感を生じさせることを意味する<sup>196</sup>。ここでは、責任の幅の下限が刑の下限となるという基準の下で国民の法意識を安定化させることを求められる点において、思考モデル①の論理に近い。

もう一つは、特別予防の必要性に応じて刑罰を決めるとの見解である（以下、思考モデル②-2と呼ぶ）。「行為者の責任の量を『上限』として、行為者の規範意識を確認・強化するという意味での特別予防（再社会化）の必要性に応じて最終刑が決定される」という見解が挙げられる<sup>197</sup>。この見解では、特別予防を機能させる際に、量刑の位置付けとの関係性が強調される。具体的には、立法的効果を発揮させることを行刑領域に求めるために、量刑を立法と行刑の橋渡し役と位置づける。そして、刑の執行の開始を決める、すなわち行刑の出発点とも言うべき量刑においては、特別予防に重点を置くことによって、行為者に改善・矯正を中心とした刑罰を科すことを通じて特別予防と一般予防が同時に達成され

---

<sup>192</sup>城下・前掲注（151）131頁。

<sup>193</sup>城下・前掲注（151）135頁。

<sup>194</sup>松宮孝明「今日における犯罪論と刑罰論の関係」立命館法学 317号（2008年）492頁。

<sup>195</sup>本庄武「刑罰の積極的一般予防効果に関する心理学的検討」法と心理第2巻第1号（2002年）79頁。

<sup>196</sup>吉岡一男「量刑と積極的一般予防論」現代刑事法—その理論と実務—21号（2001年）46頁。

<sup>197</sup>城下・前掲注（151）143頁。これと類似の見解も存在する。例えば、浅田和茂「量刑基準」前野育三ほか（編）『量刑法の総合的検討（松岡正章先生古稀祝賀）』（成文堂、2005年）36頁以下参照。

ると理解できる<sup>198</sup>。ここでは、次の二つの特徴を挙げる事ができる。第一に、特別予防の理解は犯罪者自身の立ち直りに向けた意識により後の社会復帰援助が機能するかどうか左右されるため、量刑段階において、犯罪者に対する規範意識の確認・強化の必要性を考慮することが判断基準の一つとなる<sup>199</sup>。第二に、予防判断を行う場合、消極的行為責任主義の「質」的側面からみて、犯罪者の行為責任に関係しない要素を刑罰加重的・減輕阻止的な判断資料とすべきではなく、その一方で行為者の改善・矯正のために、刑罰の加重は必要ではないため、刑罰を軽減する方向でのみを考慮するべきであるとする<sup>200</sup>。

### 第3款 執行猶予における幅の理論への理論的考察

前款で述べた幅の理論は、行為者の責任の位置付けとそれを予防的考慮に組み合わせることによって違う取り組みが表現できる。また、その違う取り組みから見て、刑の量定の背後にある理念は『責任あれば刑罰あり』という原則から導かれた『責任の量を下回る刑罰を科すことは否定される』ことになる積極的責任主義<sup>201</sup>ではなく、消極的責任主義における『責任なければ刑罰なし』という原則により責任の量が刑罰の量を限定するという機能<sup>202</sup>（以下、刑罰限定機能と呼ぶ）につながると理解されることが明らかになった。

確かに、上述した責任の刑罰限定機能は前款で述べた思考モデル①と②の共通点ではあるものの、その機能から導かれる「責任の量を下回る刑罰を科すことが承認されること」を幅の理論の共通点として理解することは困難である。なぜならば、思考モデル①とそれ

---

<sup>198</sup>その理由としては、本節の第1款で述べたように一般予防と特別予防の共通点（犯罪防止を目指すこと）があり、また特別予防の重点である再社会化という文言自体は一般人の社会規範に対する信頼感の強化（一般予防）という反射的効果を内包するためである。これと類似の見解については、城下・前掲注（190）5頁・243頁参照。

<sup>199</sup>城下・前掲注（190）7頁。

<sup>200</sup>城下・前掲注（151）240-243頁参照。

<sup>201</sup>要するに、責任があるものの、刑罰を免れるという状況が存在しない、いわば悪行に対しては必ず刑罰が加えられなければならないとする。この点については、平野龍一「概括的批判 - 概説」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究 1 概論・総則』（1972年）8頁参照。

<sup>202</sup>平野・前掲注（201）7-8頁参照。

に類似する思考モデル②-1を採用し、責任を刑の量定の「基礎」とするならば、責任の量を下回る刑罰を科すことは責任が「基礎」とはいえなくなる可能性があるからである<sup>203</sup>。したがって、消極的責任主義の範疇において「責任が存在しない場合には刑罰を科し得ない」という理念の直接的な帰結に至るかどうかは思考モデル①(または思考モデル②-1)と思考モデル②-2の分水嶺となっている<sup>204</sup>。

刑の量定において執行猶予を付すか否かを判断する際にも、理論上思考モデル①(または思考モデル②-1)と思考モデル②-2のどちらを選用了ほうが妥当であるかという問題がある。以下では、この点を明らかにしたい。

#### 1. 制度の本質との適合性

前章で述べたように、制度の目的は自由刑の運用と全く違い、執行猶予の運用は、刑事施設に収容されること以外の方法を通じて政策(例えば、過剰収容問題や刑務所の収容コスト削減など)や犯罪者の改善更生に関する問題を解決することを目指すためだと言える。そこで、消極的責任主義からすると、刑罰限定機能を効果的に発揮するとしたら、上述の問題を一定程度解決することが予期できる。しかしながら、その刑罰限定機能の有効性を追求する際には、幅の理論における思考モデルは執行猶予の本質に合致するか否かを学問的に検証する必要があると考えられる。

執行猶予の本質には、当該制度の目的(政策問題を除く)から見て、犯罪者に与える刑罰の量と限度に対するコントロールが直接的に特別予防につながるという特徴が存在している。具体的には、当該制度の適用対象者に対して、自由刑の内容としての苦痛による威嚇効果の代わりに、執行猶予期間中の取り消し決定によって再入所する可能性があるだけでなく、再犯に対する刑に猶予された刑も加算されうるといった将来的な警告があり、その警告から生じる威嚇効果の下で犯罪者本人の自発的改善が引き出されるように理解

---

<sup>203</sup>この理由の詳細については、城下・前掲注(190)4頁。

<sup>204</sup>城下・前掲注(190)243頁。



されている<sup>205</sup>。もちろん、執行猶予期間中に適用対象者がその警告を無視して再び罪を犯す可能性がある。それを防ぐことができるようにするために、適用対象者をほかの付加措置に付する制度がある。そうすると、彼らの規範意識の醸成が刑事施設以外の強制力<sup>206</sup>を通じて要求される。その強制力の特徴については、要求された規範意識の高低は強制力の強弱に反比例しており、例えば規定により規範意識が低い（再犯可能性が高い）と認められた犯罪者（例えば、日本では薬物事犯、台湾では性犯罪者）に対して、相対的に強い強制力がある措置（例えば、日本では刑の一部執行猶予、台湾では保護管束付き条件付き執行猶予）を受けなければならないという制度設計<sup>207</sup>が存在する。そのため、犯罪者の規範意識の強化を通じて改善更生という自覚を喚起することは当該の制度設計はもちろん、執行猶予の全体像にも制度の運用基盤として強調されるべきだと言っても過言ではない。

以上のことから、執行猶予の本質に求めるべき内容を特別予防の範疇に留めなければ、運用上の意義を失ってしまう。したがって、執行猶予の本質に関する実践的意義を思考モデル②-2に求めるとしたら、量刑の際に特別予防に重点を置く犯罪者に対する規範意識の確認・強化という点で刑・特に執行猶予の種類を選択する基準・制限の強度を考慮する際に、刑罰に左右される影響を最小限に抑える価値が表れると考えられる。

## 2. 制度の構造との適合性

---

<sup>205</sup>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」論究ジュリスト第14号（2015年）105頁。

<sup>206</sup>ここでは、執行猶予の取り消し決定又は再入所する可能性があることが、社会にいる許可を取った犯罪者に不利になる内容として犯罪者の心理を強制することを指す。

<sup>207</sup>日台における執行猶予の運用において、実際には「実刑の効果を借用する措置」と「実刑の効果を借用しない措置」の2種類に分類することができる。そして、犯罪者に心理的強制を感じさせる程度の強さという点で、後者より前者の方が強い。また、前者は台湾における条件付き執行猶予の1つ（罰金刑の効果を借用すること）・日本における刑の一部執行猶予（自由刑の効果を借用すること）を指すものの、そこで、実刑による強制力の強さからは、両者を比較した結果、日本における刑の一部執行猶予が最も強いと言える。また、特に日本における刑の一部執行猶予の性質について、自由刑の効果を借用するものだと思われるが、紛れもなく実刑の一種だという強い見解もある。この見解の詳細については、松宮孝明『刑法総論講義（第5版）』（成文堂、2017年）352頁。

執行猶予の要件について自由刑を猶予することを例にとると、刑法の定める一定刑期（日本では3年、台湾では2年）以下の自由刑に該当し、有罪判決の言い渡しを受けた際に、情状によりその刑の執行を猶予できることが条文の基本構造となっている。幅の理論において、その基本構造を分析するならば、一定刑期以下となった場合に刑を猶予するという制度が刑事責任の程度を確定することと、いかなる関係性を有するかについて、以下のような見解がある。

#### ① 内藤説

内藤謙元教授によれば、刑の量定は、行為責任の量の幅の中で予防を考慮する際に、一般予防と特別予防の観点を採用することが多くの場合で見られる。しかしながら、執行猶予についてはそれらの場合と異なり、自由刑制度の運用から生じた問題をできるだけ避けるために、犯罪者の社会復帰という意味を主な特徴とした特別予防の観点を優先させるべきである。その場合には、一般予防の要請は行為責任の量で構成された範囲内にある刑を言い渡すことで充足されており、また行為責任は刑罰の「前提条件」と「限界」を示すものである。したがって、特別予防の観点に基づく要請について、行為責任の上限を超える刑罰を科すことは許されないが、逆に行為責任の下限以下の刑罰を科すことは許容される。この観点が執行猶予の運用にとって意味を持ちうるのである<sup>208</sup>。

したがって、内藤説では、執行猶予は幅の理論の射程外という理解に基づくものと言える<sup>209</sup>。

#### ② 小池説

内藤説の反対説として、小池信太郎教授によれば、「実刑か執行猶予かの選択は、まさしくこの調整（特別予防的考慮を指す）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（執行猶予における特別予防的考慮）を（幅の理論の）射程外としてし

---

<sup>208</sup>内藤謙『刑法講義総論（上）（オンデマンド版）』（有斐閣、2001年）128-129頁。

<sup>209</sup>また、執行猶予は責任枠を決めた後のものとして位置づけているから、刑の量定を決めた後の問題として扱うという理解も内藤説に噛み合うと言える。その詳細は川崎一夫『体系的量刑論』（成文堂、1991年）29-34頁。

まえば、(幅の)理論のそもそもの意義が問われかねない。……責任と特別予防という刑罰理論内の調整の文脈でまで容易に例外を認め……量刑に対する理論的規制の安定化という見地から、望ましくないように思われる」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<sup>210</sup>。

そして、その内実に関する実質的基準が二つあり、一つは刑の宣告（「本来何年の自由刑に相当すること」という刑の内容を宣告される）及び猶予期間中の心理的負担（取消の可能性に起因する）を制裁の内容として済ませること<sup>211</sup>が犯罪行為に対してふさわしい制裁という機能性を持つのかという基準である。もう一つは、有罪判決を受けた者を社会内で生活させることから生じた特別予防上の再犯リスクを社会に引き受けさせることの相当性判断を行うという基準である。前者の場合には、幅の理論を適用するとき、刑事責任の幅の下限が、そうした軽い制裁レベルに及んでいることが猶予の必要条件になるとするが、後者の場合には、前者の基準を充足しても相当性の判断要素である予測される再犯による被害の内容によっては社会に受容されにくく、実刑にするのは例外的に許容される場合がある。

さらに、責任相応刑と猶予判断の内実の適合性、特に贖罪という視点でその適合性を説

---

<sup>210</sup>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（2012 年）244、246-247 頁。

<sup>211</sup>ここで本稿は小池信太郎教授と違う見解を持っており、その違う部分は以下の通りである。

刑事制裁の発動条件には過去の行為のみが必要であるため、猶予期間の長さや執行猶予の取消などが制裁の内容として認められれば、過去の行為に限定されることになる。しかし、特別予防の観点から、猶予期間や執行猶予の取消の実施は犯罪者自身の将来の良い言動を要求されることに直接関係するため、一概に制裁の内容とは言えない。したがって、本稿の立場では、犯罪者に対して、猶予期間や執行猶予の取消の性質は制裁よりも、むしろこれから自分の行動に責任を負う、自己改善という個人責任の自覚を確保するためであるという理解が強調されるべきだと考える。

明できるのかに関しては、以下に示すような見解がある。

### ③ 樋口説

樋口亮介教授は、犯罪行為にふさわしい刑を行為責任として理解することを前提にして、そこで非難と償いという視点を採用するという形で執行猶予に関する責任刑の内実を理論的に検討する。具体的には、以下のような内容を展開する<sup>212</sup>。

重大犯罪に該当したが執行猶予を言い渡される例（例えば、介護殺人など）及び非重大犯罪に該当しても実刑を言い渡される例（例えば、騒音による傷害罪を犯した被告人の反省の態度が全く認められないという場合）という二つの例を責任相応性の見地から分析すると、行われた犯罪行為にふさわしい刑を考慮する際に、執行猶予にするかどうかの判断は、責任非難をどのようにして伝え、いかなる形の「償い」を求めるかという責任刑の質的視点が存在することを示すものである。そこでの「償い」の主な特徴は二つある。一つは、償いは刑罰が責任非難を基礎にするという理解とも合致するものであり、犯罪者に対する刑の感銘力を考慮することが可能になるものである。そこでは、償いという贖罪意識を喚起するために、刑の感銘力を通じて非難を伝達し、犯罪に自発的に向き合う（例えば、犯罪者の自覚による反省・謹慎）態度に期待するのである<sup>213</sup>。もう一つは、罪を受け止めて社会の中での償いを行うという精神作用である。これは単純執行猶予の選択を基礎付けている。具体的には、犯罪者の犯罪行為は重大であるとしても、犯罪者に対して非難可能性が低下していることが判明すれば、犯罪者自身が罪に深く向き合うという精神作用の継続が期待できる。そうすると、量刑プロセスにおいて社会の中での償いという選択肢が認められることは可能である<sup>214</sup>。

---

<sup>212</sup>樋口・前掲注（205）106-110頁。

<sup>213</sup>樋口・前掲注（205）105頁。

<sup>214</sup>樋口・前掲注（205）108頁。樋口亮介教授の論文の中で単純執行猶予のみが例として挙げられるものの、私見では、他の形式の執行猶予は単純執行猶予から変形した措置であるので、単純執行猶予自体の持っている機能と特徴を内包することから、同教授の見解は単純執行猶予の場合と同様に当てはまる可能性があると考えられる。

#### ④ 原田説

樋口説の反対説として、原田國男博士は以下のように述べられている。

ア．執行猶予にするために、執行猶予を言い渡すことのできない罪の法定刑の下限を酌量減輕してその下限が執行猶予の適用範囲内に入ると執行猶予を付するという手法について、原田博士は「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<sup>215</sup>」とする。

イ．樋口説の中で、責任刑の質的視点から、執行猶予にするかどうかの判断は償いの内実に基づく選択基準として行うという見解に関しては、責任と矛盾するものではなく、両立するものだろう<sup>216</sup>、また犯行態様の悪質性によってその選択基準を凌駕するといえる<sup>217</sup>。

ウ．幅の下限を下回る執行猶予は、特別予防の観点から、再犯の恐れがないときであっても許容されない<sup>218</sup>。

上述したように、執行猶予制度は幅の理論を通じて説明できるという点で諸説は共通している。だが、幅の理論において執行猶予の選択基準と運用を理論的に分析する際に、行為責任と特別予防の位置付けに関する理解によって分岐点が現れる。つまり、「執行猶予は幅の理論の射程外ではないこと」、「責任相応刑から幅の下限を下回る執行猶予は認められない（原田説のウ.）」というような見解が含まれている小池説・原田説と、含まれていない内藤説・樋口説の2つに大別されている。そこで、前者（小池説・原田説）の責任は刑罰を根拠づけるものとして強調されるため、幅の理論における思考モデル①に一致し、その代表的な見解になる。後者（内藤説・樋口説）の場合、特別予防的考慮から責任刑の幅を下回って刑罰の必要程度が後退しても、幅の理論における消極的責任主義に合致して

---

<sup>215</sup>原田國男「執行猶予と幅の理論」慶応法学第37号（2017年）12頁は、この結論が成立することの背後にある理由から見て、酌量減輕規定は責任の下限を法的に下回るため、責任相応刑ではないものである。そうすると、執行猶予も責任相応刑ではないものを指摘する。

<sup>216</sup>原田・前掲注（215）11頁。

<sup>217</sup>原田・前掲注（215）13頁。

<sup>218</sup>原田・前掲注（215）18頁。

おり、思考モデル②-2の代表説だと言ってもよい。そして、前者と後者の基本構造を比較した結果、単純執行猶予判決を例にとると、量刑判断により決められた猶予期間において、当該措置の適用対象者にいかなる刑罰を与えないという制度設計は「(猶予期間中に二度と悪行を行わない) 責任があるものの、刑罰を受ける必要がない」という理解に相当する。しかしながら、その理解は前者(小池説・原田説)においては、受け入れにくいと考えられる。なぜならば、前者(小池説・原田説)の思考内容はその理解と対立する「責任には刑罰を根拠付ける機能がある」ということから発想が生まれてくると言えるからである。

### 3. 執行猶予の判断基準との適合性

実刑の場合と同様に、執行猶予の判断基準の形成に関わる二つの要素は犯情と一般情状である。だが、犯情による適用対象に対する限定の有無という点が実刑と執行猶予の主な区別の出発点となっている。その犯情とはそもそも被害者との関係、動機、犯行の手段・態様、被害者の人数・状況、被害の程度、犯行の回数・地域、犯行の軽重、共犯関係(人数、役割)、犯行直後の状況(逃走経路、犯行隠蔽)など、犯罪行動の発生の経緯に関する事情を意味し<sup>219</sup>、またそれが刑事裁判で共有の判断基準として運用されている。しかし、そういう意味を含んだ犯情を判断基準とするにあたり、実刑の場合と違い、執行猶予の場合には、法定刑の刑期(日本は3年以下の懲役若しくは禁錮、台湾は2年以下の懲役若しくは禁錮)や自由刑という前科の有無などという必要条件を満たさなければならないという規定があるため、規定により限定された条件、すなわち犯情事実のみで絞られた内容が適用されている。そこで、その犯情の受け皿のような存在である規定を執行猶予の目的と合わせて執行猶予の適用対象者の特徴―「執行猶予の場合に甚大な犯情があるとしても、実刑の場合の軽微な犯情に比べれば軽い」ということが特定できるようになる。したがって、犯罪者にとって執行猶予の法的条件を満たしており、犯情が極めて悪質であると判断

---

<sup>219</sup>日本弁護士連合会・裁判員制度実施本部法廷用語の日常語化に関するプロジェクトチーム「法廷用語の日常語化に関するPT最終報告書」(2007年)56頁。

されても、実刑を受けるべきではないと考えられるため、原田説のイ.は妥当ではないと考えられる。逆に樋口説で述べた内容は一般情状の考慮を重視する方向につながりやすい。

また、第一章で述べたように、執行猶予の特殊型である日本における刑の一部執行猶予（台湾は条件付き保護管束付き執行猶予）の運用上の主な特徴は犯罪者の再犯防止のためである。それによって、再犯防止のための必要性・相当性<sup>220</sup>が全部実刑かそれとも執行猶予の特殊型であるかを決定づける存在である。仮にここで、思考モデル①を採用し、小池説で述べられた「特別予防上の再犯リスクを社会に引き受けさせること」を「社会的受容性」と解すれば、行為者の責任は社会的責任まで拡大されてしまうため、本論文の立場（個人責任限定）と一致しないだけでなく、一般情状の判断においても再犯リスクが高い罪を犯した人に対して高再犯リスクという犯情から生じた影響の下で、どのように社会的受容性という審査基準を通過するのかという疑問が残る。

以上を踏まえ、本論文では思考モデル②を採用し、特別予防の観点から執行猶予の一般情状の判断基準を明らかにしたい。

## 第2節 一般情状の全体像と執行猶予における一般情状の具体像

### 第1款 犯情との区別及び運用上の位置付けに関する一般状況

#### 1. 行為責任と量刑事情の基本原則

量刑基準の構造については、前節でも述べたように「相対的応報刑論」を背景にしつつ、応報的考慮を主とした行為者の「犯行（又は犯罪）に相応する刑罰」と予防的考慮を主とした行為者の「再犯を防ぐ刑罰」という二つの観点が日台における量刑実務に影響を与えている。その影響に鑑みると、宣告刑を量定するまで法定刑の枠内で「罪行に相応する刑罰」と「再犯を防ぐ刑罰」の量を調和させる理論枠組みによって「責任枠の枠内での予防」

---

<sup>220</sup>この点については、台湾の法律と異なり、日本の法律（刑法第27条の2）では明確に定められている。しかし、台湾は再犯危険性管理を主とした保安処分（保護管束処分）があるので、日本の刑法第27条の2に類似する法律効果を発揮できる。

との標語<sup>221</sup>の内容が行為責任と量刑事情を通じて具体化されている。具体例としては、行為者の殺害行為によって他人の命を奪い殺人罪に該当した場合には、行為者が同じ規定で同じ程度の違反があったとしても、同じ種・程度の刑罰となるわけではない。その理由は、殺人罪の法定刑の上限（死刑）と下限（日本は5年以上、台湾は10年以上）は、すでに行為責任（責任枠）を限定するものの、限定された行為責任が量刑事情（枠内の予防）によって調整できるためである。

そこには二つの学問的な意味がある。一つは、量刑事情の運用上の機能制限であり、もう一つは、量刑事情と予防的考慮の関係性である。前者では、幅の理論によって量刑事情を考慮する際に、犯罪行為に相応する責任を負うことに基づいた考慮が刑罰を制限すべきである。なぜならば、現在主流となっている消極的責任主義からみれば、行為責任の量の中には不明確さがそもそも存在し、他方では、予防効果の量にも測定できないところがある。そのため、量刑事情が刑罰を通じて予防効果を追求する際に、行為責任の幅でカバーできない、すなわち幅の限度を超える刑罰を科すことになる危険があるからである<sup>222</sup>。したがって、行為責任の不明確さを承認しながら、量刑事情の予防効果への過度な期待によって個人の尊厳と権利に対する不当な侵害の影響を最小限に抑えるために、前節で述べたように行為責任を刑罰の「前提条件」と「限界」として認めるべきことが考えられる。

後者では、前節で述べたように消極的責任主義においては、「責任があるものの、刑罰の必要性があるわけではない」という視点が認められる。実際には、量刑論からは、刑の量定を行う主な目的は罪刑法定主義の緩和を意味する<sup>223</sup>。そこで、緩和という言葉に対する理解に関しては罪の緩和ではなく、「刑の緩和」とし、すなわち国は犯人が犯した罪の重さに相当するべきだった刑罰を減輕することで、ある意味法定刑の幅の枠内で犯人に刑罰上の恩赦を与えるという意味があるように考える。この意味においては、宣告刑の形成

---

<sup>221</sup>岡上雅美「量刑における『威嚇予防目的』の考慮—ドイツにおける問題状況を中心にして—」早稲田法学第70巻第2号（1994年）1頁。

<sup>222</sup>内藤・前掲注（208）126-127頁。

<sup>223</sup>所・前掲注（161）252頁。



まで、犯人に対し、本来の制裁よりも比較的軽い制裁を与えることが先に述べた「責任があるものの、刑罰の必要性があるわけではない」という視点に応じて、各量刑事情に関する取捨選択の基本準則として理解されるべきであると考えられる。

## 2. 実務面からみた運用上の位置付けと機能

刑の減軽という方向へ向かうことを前提として量刑事情を考慮する場合、予防的考慮にどのように反映されるかについて検討する必要がある。量刑事情の内容については、日本の現行刑法典に量刑事情に関する規定がないが、改正刑法草案においては言及されている。その草案第48条第2項には、「刑の適用にあたっては、犯人の年齢・性格・経歴および環境、犯罪の動機・方法・結果および社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制および犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない」という規定がある<sup>224</sup>。この規定内容から見て、量刑上の考慮によって大別すると、「犯人の犯行による責任という過去に向けられた考慮」と「犯罪の抑制、犯人の改善更生という将来に向けられた考慮」の二種類になると言える<sup>225</sup>。それゆえ、その二種類の考慮は量刑事情の内容としての「犯情」（前者）と「一般情状」（後者）に対応しており、それぞれ考慮されるべき事実内容の性質は表面的に交錯しないような状態にあるため、どのように両者のバランスを保ち得るのかという疑問が生じる<sup>226</sup>。

上述の疑問に対して、日台における実務の運用方式、いわば考慮されるべき性質の扱われ方を捉えることが解決法となり得るかもしれない。日本において、それは「まず『犯情』、すなわち犯行の動機、手段・方法、結果などの犯罪行為自体に関する要素によって、『刑（ないし責任）の大枠』を決めた上で、次に、犯情以外の要素で、主として一般予防・特別予防に関する事情である『一般情状』を考慮して、最終的な宣告刑を決める<sup>227</sup>」という

---

<sup>224</sup>台湾では、日本の改正刑法草案第48条第2項に類似する規定が現行刑法典に書かれている。その詳細は本稿の注188参照。但し、両者の唯一最大の相違点として、台湾の規定の中には量刑基準の目的が含まれていない。

<sup>225</sup>吉岡・前掲注(23)40頁。

<sup>226</sup>吉岡・前掲注(23)40頁。

<sup>227</sup>城下裕二「裁判員裁判における更生に資する量刑基準の構築」2017年度公益社団法人日工

ことである。ここでは、「犯情」と「一般情状」の位置付けと機能について、前者は主要要素、後者は二次的・副次的な調整要素として位置付けられている<sup>228</sup>。

一方で台湾においては、行為責任を量刑の基礎とすることと量刑事情の内容<sup>229</sup>が明文化された（刑法第57条）。その明文化された量刑事情の内容において、犯情と一般情状がそれぞれ属する判断用のための事実が列挙されており、実際に応用される際には当該条文の第1項後段に規定された「すべての情状を斟酌すべき」という文言によって、その列挙された事実の取捨選択を裁判官に任せていると言える。また、近年では裁判官の量刑判断で注目を浴びる量刑不当という問題を解決できるようにするために、台湾の司法院は2018年に「刑事案件における宣告刑に関する参考要点」（台湾華語：刑事案件量刑及定執行刑參考要點）を公布した<sup>230</sup>。この要点に基づき刑の量定を行うにあたり、「犯行に相応する行為責任を求める応報の目的・犯人を矯正し社会復帰させる特別予防の目的・犯罪防止の威嚇効果を発揮させ、一般国民が法秩序に対する信頼を回復させ、それから社会秩序を維持する一般予防の目的が総合的に考慮されなければならない」と規定されている（当該参考要点の2点目）。そこで、「総合的に」という文言によってこの参考要点に規定された三つの目的が、当該参考要点に列挙された犯情事実と一般情状事実を考慮することを通じて、併せて遂行されることが期待されている。

以上のことから、実務面では確かに犯情と一般情状を考慮することが可能である。しかしながら、一般情状の位置付けと機能に関しては、日本では、一般情状は主要な位置を占める犯情事実を調整する副次的なものであり（以下、日本式と呼ぶ）、それに対して上述した台湾の「参考要点」では、一般情状が行為責任・犯情と共に同時に考慮されるため、一般情状の位置付けと機能は全て裁判官の心証で決められるのである（以下、台湾式と呼

---

組社会安全研究財団一般研究助成 研究報告書（2018年）3頁。

<sup>228</sup>城下・前掲注（227）3頁。さらに、河村有教〔ほか〕編著『刑事法判例読解の視点』（晃洋書房、2021年）49頁。

<sup>229</sup>詳細は前掲注（189）を参照。

<sup>230</sup>司法院函頒「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」新聞稿（公布日：2018年8月8日）

ぶ)。

### 3. 理論面と実務面の違い

前述したように、所一彦元教授が述べた「罪刑法定主義の緩和は量刑の目的である」という観点からすれば、量刑事情は幅広い法定刑の中で最終刑を導くための重要な要素である。また、それに沿って前節で述べた特別予防（再社会化という機能）を追求する際に、一般予防（一般人の規範意識の強化という機能）が反射的效果として内包されるという点で、行為者要素を主とした一般情状事実の中から犯人の再社会化に資する要素だけではなく、刑罰を減輕する方向へ向けることも量刑の基準として考慮すべきであると考えられる。このような思考は一般情状に内包された特別予防の機能のみを重視し、前節で言及した理論面の思考モデル②に由来すると言える。

その一方で、先に述べた日台における実務の運用方式から見て、理論面と異なり量刑事情の中では、特別予防の効果を求めるために、一般情状より犯情の方が注目される傾向が見られる。なぜならば、日本式の運用方式において一般情状の位置付けは、犯情の位置付けを凌駕できない調整要素であり、連带的に一般情状事実に内包された犯人の再社会化という機能の発揮が相当に抑制される可能性がある。また、台湾式では条文の構造設計と量刑理論の停滞により、裁判官がしばしば「量刑基準」と「量刑事情」を混同している<sup>231</sup>。したがって、たとえ条文において「行為責任を量刑の基礎とすること」（刑法第57条第1項前段）という文言があり、それを量刑基準として扱うとしても、当該条文の後段にある「すべての情状を斟酌すること」という文言の影響で、一般情状ではなく、犯情に特別予防の効果を求めることは避けられないため、特別予防機能が一般情状から完全に犯情の有する機能へと転換してしまう可能性がある<sup>232</sup>。

---

<sup>231</sup>謝煜偉・前掲注(2) 50-53頁を参照。

<sup>232</sup>例えば、近年台湾最高裁の死刑判決の中で、「犯人の犯行方法及び犯行態様の悪質性が極めて高いと認められた場合には、犯人の更生可能性の有無を考慮せずに死刑を下すことが可能である」という思考が存在する。その詳細については、臺灣最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決。

#### 4. 3. に対する分析

前述した3.（理論面と実務面の違い）では、一般情状に関する位置付けと特別予防の機能性に対する解説において、理論面と実務面の思考の違いを明らかにした。その違いの背後にある要因は、刑の感銘力を通じて犯人の悪質性を表すこと（以下、非難可能性と呼ぶ）に関する認定問題だと考えられる。具体的には、非難可能性から導く責任論、すなわち規範的責任論である。規範的責任論は、非難可能性に対する解説によって本来の意義と拡張的意義に分けられる。前者においては、責任能力と心理的要素（故意・過失を指す）のほかに、行為当時において個々の行為者が当該の違法行為の代わりに、適法行為を決意することが非難可能性であったという規範的要素が存在する場合に行為者の責任を問える。後者においては、前者の意義を基礎にして、そこからさらに行為者が違法行為を決意するのは、その行為者の性格の危険性、いわば人格上の問題を示すものであるという形が規範的責任論の拡張的意義として社会的責任論とも結びつくことができたのである<sup>233</sup>。本稿の立場は、社会的責任論を採用しない<sup>234</sup>ため、社会的責任論に係る規範的責任論の拡張的意義をも認めないものの、立法面・制度の運用面は社会的責任論に傾斜する傾向があるという点<sup>235</sup>で、規範的責任論の拡張的意義とその本来の意義を特別予防の範疇において比較する価値があると考えられる。その比較内容は以下の通りである。

規範的責任論の本来の意義の下で、一般情状における特別予防を考慮する際に、刑の感銘力は犯罪者の将来の規範意識の確認・強化に重点を置き、それを前提にして再び犯罪しないという非難可能性が犯罪者の再社会化につながることになる。そして、それによって刑罰の行使の必要性もしくは強度を決めることが導き出される可能性がある。要するに、

---

<sup>233</sup>大谷實『刑法講義総論（第5版）』（成文堂、2019年）309-310頁。

<sup>234</sup>社会的責任論を採用しない理由については、前節の第2款で述べた。

<sup>235</sup>具体例を挙げると、立法面では、行為者人格は法によって期待される人格からの乖離があれば、日・台における刑法にある再犯加重という規定で犯罪者を処罰する（日本刑法第57条、台湾刑法第47条）。また、制度の運用面では、行為者の将来の危険性に着目するために、日・台における執行猶予は保安措置のようなものに変形された（日本は薬物事犯に対する刑の一部執行猶予、台湾は性犯罪者に対する保護管束付き条件付き執行猶予）。

犯罪者に対して一般情状に対する考慮を踏まえ、非難可能性が低いもしくはゼロと認められた場合、犯罪者の規範意識の確認・強化を行う必要性が低いため、刑罰の減軽または免除が決められることが当然であり、消極的責任主義の範疇だと言える。したがって、非難可能性が高いと認められた場合に、その高い非難可能性の根拠は消極的責任主義から生じた個人の行為責任自体に存在しない<sup>236</sup>ため、比例的に刑罰の加重が要求されることを否定すべきであると考えられる。

それに対して、規範的責任論の拡張の意義の下で、犯情における特別予防を考慮する際に、社会的責任論からの影響を受けており、刑の感銘力は犯した罪の罪質から推定された行為者の性格の危険性に重点を置いている。そして、それを前提にして再び罪を犯さないで欲しいという要望が、犯罪者と一般社会が一定の距離を保つこと（以下、社会的排除<sup>237</sup>と称する）につながることになり、刑罰の行使の必要性もしくは強度を決めることが導き出される可能性がある。要するに、犯罪者が社会的排除に該当する理由は、犯情の重大性・悪質性に関係し、その重大性・悪質性から生じた刑の感銘力が一般大衆の処罰感情<sup>238</sup>、すなわち社会的影響に左右される傾向にある。そこで、一般大衆の処罰感情は心理学的な概念<sup>239</sup>で、個々の個人評価の集合体であるため、法的に概念化が難しい。したがって、一般市民の処罰感情は法学的な概念である期待可能性と結合すると期待可能性の存在意義を

---

<sup>236</sup>消極的責任主義の下で、行為時の状態を概念的に描写すると、責任あり、責任の減軽、責任なし、この3つのみの形式がある。したがって、非難可能性が高いの「高い」は同じ条件もしくは場合で他人に比べて「相対的に」高いという意味のみを指すため、行為時の状態には関係ないと考えられる。

<sup>237</sup>ここでは、刑罰を利用して犯罪者が一般社会から距離を置くことを意味する。実務面では刑の量定を通じて犯罪者を社会から排除する手段は二つある。一つは時間制限付きの社会的排除の手段、例えば自由刑であり、もう一つは時間制限なしの社会的排除の手段、例えば仮釈放なしの終身刑・死刑などである。

<sup>238</sup>犯罪事件の要因よりもむしろ犯罪事件の評価（凶悪性判断）の方が一般大衆の処罰感情に最も影響を及ぼしており、その凶悪性判断はもっぱら厳罰化と関係しているという調査結果がある。この調査の詳細については、松原英世・岡本英生「犯罪に対する凶悪性判断と処罰感情に影響を及ぼす要因について」愛媛法学会雑誌第38巻第3・4号（2012年）12-13頁。

<sup>239</sup>松原等・前掲注（238）14頁。

見失ってしまい、刑の量定においても刑を減輕する余地がなくなると推測できる。例えば、連続殺人もしくは無差別殺傷事件の被告人がたとえ酷い精神障害に罹患したと証明されたとしても、犯情の重大性・悪質性が原因で死刑判決が言い渡されるということは、犯情における特別予防を考慮した結果だと言っても過言ではない<sup>240</sup>。

以上のことから、犯情と一般情状の要素は行為者の責任と結ぶことができないものを考慮すべきではないことを基礎とした<sup>241</sup>としても、犯人の特別予防的立場に立って犯情と一般情状を別々に考慮すると、犯罪者処遇の意味は分かれる。前者は犯罪者の社会からの隔離・無害化機能を目指すため、思考モデル①と容易に結合することであり、後者は犯罪者の再社会化機能を重視するため、思考モデル② - 2を通じてその実現可能性を求めるべきである。また、単なる量刑の目的から見ると、期待可能性の存在意義を言及する際に、一般情状における特別予防に期待可能性を適切に合わせる事が可能であり、それによって期待可能性の存在意義を保つことができる。

## 第2款 執行猶予における犯情と一般情状の関係性

前款で述べた犯情と一般情状の位置付けと機能に関する理論面と実務面を比較すると、理論上の思考方式は実務の運用方式と同様に、有罪判決である実刑判決と執行猶予判決の中で同様に適用できると考えられる。だが、執行猶予制度自体の設計によって、犯情と一般情状の相互関係は変化が生じる。本款では、ここで生じた変化が量刑判断においてどのような意義をもたらすのかを明らかにする。

### 1. 刑の緩和としての意義

---

<sup>240</sup>適例として挙げられるのは、日本における「2013年周南市5人連続殺害事件」の判決文（山口地方裁判所平成25年（わ）第207号、裁判集刑326号133頁）と台湾における「2014年台北地下鉄通り魔事件（4人が死亡、24人が負傷した）」の判決文（105年度台上字第984号）などである。この二つの判決文の量刑理由の共通点は「遺族の悲しみはそれぞれ例えようのないほど深く」、「処罰感情はいうまでもなく峻烈である」、「地域社会に与えた衝撃もまた大きい」という記載がある。

<sup>241</sup>福田平・大塚仁『刑法総論（改訂版第3刷）』（青林書院、2001年）273頁。

執行猶予の運用目的と性質について、第一章で歴史的観点からそれぞれ論述したが、それらは制度の形成過程が刑事政策的な配慮と相互作用した結果である。これは、量刑の領域において執行猶予の制度設計を通じて作られた、刑の緩和という例外に関わる基準・射程範囲及び他の保安措置との協働につながることになる。したがって、刑の緩和に関する量刑上の意義に対する分析は重要である。

執行猶予の制度設計において、日台の共通点である単純執行猶予と保安措置付き執行猶予を例にとると、私見によれば、刑の緩和という意味を内包する部分は二つある。一つは適用対象者に関する限定であり、もう一つは条文に書かれた「情状により」という文言だと考えられる。まず、前者については、日台における条文の規定内容から見て、適用対象者は実刑の種類と刑度により限定されており、立法者はその適用対象者に実刑より軽い制裁を与えるという意図が適用条件の明文化を通じて具現化されてきた。ここでは、量刑判断を経由した後、例外的に刑の緩和を行う特徴が見られる。その特徴の中で、刑罰権の行使がどのように制限されるのかについての分析は以下の通りである。

(1) 立法者が刑罰権の行使に関する「適用範囲」を事前に決めること

立法者が当該制度の適用対象者を選別するために、量刑段階において刑罰の種類・刑期の長さ・初犯か否かなどといった既に最終的な宣告刑の形成まで考慮されたものから、刑期が比較的短い自由刑または少額の罰金刑など<sup>242</sup>という類型を抽出し、特に刑法典においてその類型は刑事政策上の「軽い罪を犯した者」として明文化されている。

(2) 立法者が司法裁量権の行使に関する「ある条件」を事前に設定すること

この「ある条件」とは、執行猶予期間と保安措置の運用を意味する。執行猶予期間については、立法者が執行猶予期間の長さ<sup>243</sup>を既に決めているため、裁量権がその期間内でし

---

<sup>242</sup>台湾と日本の共通点は、適用対象者の属性と制度の基本構造であるが、適用対象者の選別条件が若干異なる。例えば、刑期の長さ（日本では3年以下、台湾では2年以下）や罰金刑の判決を受けた被告人が執行猶予の適用対象者になるのかについては、日本では50万以下の罰金という制限があるが、台湾ではそういう制限がない。

<sup>243</sup>日本の執行猶予期間は1年以上5年以下、台湾は2年以上5年以下である。

か行使されていない。保安措置は再犯防止のために、立法者が特定の犯罪類型に執行猶予期間中に保安措置を義務付けるという形<sup>244</sup>をとり、これを犯罪者の主な処遇内容としている。ここでは、執行猶予期間の開始日から終了日まで運用中の保安措置の中止・解除に関する司法裁量権が付与されない。

(1)と(2)のことから、執行猶予制度において、適用対象者の選別と保安措置付けの必要性という本来の量刑判断を行うべき事項が事前に明文化された目的は、実刑の一般的な運用に伴う弊害の除去にあると考えられる。なぜならば、執行猶予では社会内における改善更生を求めることが重視されているため、刑事政策上の軽い罪を犯した者及びその特殊類型に関する処遇が、量刑判断を通じて実刑につながるべきではないものだからである。これにより、本来実刑を受けるはずであった被告人に対して、立法者が制度設計を利用して実刑を下す司法裁量を避けるようにする政策意図は、立法政策上の恩赦の意味・刑の緩和という量刑上の意義があると思われる。

次に、後者については、執行猶予の条文に書かれた「情状により」に関する解釈である。現行の制度設計からすると、先に述べた執行猶予制度における適用対象が限定されることは法的な前提要件であり、その前提要件を形式的に審査し、法的な前提要件を満たした上で、裁判所が最終的に執行猶予判決を下すかどうかの裁量を行うということである。その法的な前提要件は、犯情の悪質性の程度を表すことができおり、犯情に関する判断の代わりとなる機能があるため、刑の緩和という量刑上の意義は犯情の軽微性につながるようになった。一方、犯情の軽微性はその法的な前提要件に含まれているとしても、結果的に執行猶予より重い実刑判決を言い渡される可能性が量刑判断の実際に存在する。その可能性に関する理解を「情状により」にのみ求めていると考えられる。

裁判所の裁量に関しては、日本刑法第25条において「情状により」という文言が明白

---

<sup>244</sup>日本では薬物事犯に対する刑の一部執行猶予（薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律第4条第1項）があり、台湾では性犯罪者に対する条件付き保護管束付き執行猶予（刑法第91-1条第1項、93条）がある。



に要件化されている<sup>245</sup>。「情状により」の「情状」の内容と基準を説明する際に、量刑の一般原理に従うかどうかという点で、前者は一般的に起訴猶予における考慮要素（刑事訴訟法第248条においては、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況……」としている）が「情状により」の解釈例として引用されることが多い<sup>246</sup>。後者は改正草案第68条（本条は、執行猶予の基準として、「刑の適用に関する一般基準の趣旨を考慮し……」）と規定している）があり<sup>247</sup>、それによって前者の内容に対する刑の量定を行うと理解されている。要するに、前者に後者と合わせると、執行猶予制度にある情状に対する理解は単なる一般情状だけではなく、犯情も含まれているとも見て取れる。しかしながら、執行猶予の「情状により」の内容は犯情まで内包した場合、問題が生じる。具体的には、被告人にとって、最初は執行猶予の法的な前提要件に合致し、いわば法的な「犯情軽微」と認められても、結局犯情が原因で執行猶予の対象外となることは、前の法的な前提要件により認定された「犯情軽微」が後の犯情に否定されるだけではなく、一般情状における被告人の再社会化という特別予防機能が、最も犯罪者の再社会化を重視している執行猶予制度において発揮できない恐れがある。したがって、執行猶予の性質と運用目的から見て、執行猶予の「情状により」の内容は一般情状のみを指すべきだと思われる。

## 2. 前科による資格制限の意義

---

<sup>245</sup>台湾の場合、刑法第74条第1項に書かれた文言は「…裁判所は実刑を下さない方が適切だと判断した場合、執行猶予を下すことができる。」である。それで「情状により」と同義だと考えられる。

<sup>246</sup>西田典之・山口厚・佐伯仁志編集『注釈刑法 第1巻（初版第1刷）』（有斐閣、2010年）183頁参照。また、台湾の場合、刑法第57条の規定内容が運用されている。その規定内容の詳細は前掲注（189）。

<sup>247</sup>台湾では、「裁判所が執行猶予判決を出すことを促進するための事項」（法院加強緩刑宣告實施要點）という行政規則があり、当該規則の内容の主な特徴は執行猶予を言い渡されるべきではない場合が列挙されている。具体的には、当該規則第7条に書かれている法定刑の下限が懲役刑1年以上に当たる罪、重大犯罪、再犯可能性があるまたは執行猶予判決を下しても改善更生の効果がないことを予測できるという場合である。

続いて、日台における執行猶予の適用対象者に対する選別については、法的な前提要件として上述の（１）で述べた今回被告人が犯した罪の法定刑が軽い、すなわち法律で限定された「軽い罪を犯した者」だけではなく、「軽い罪を犯した者」自身も過去に禁錮刑以上の犯罪歴（以下、前科と呼ぶ）を持っていないことである。特に後者は今回の罪を犯すことに全く関係ないにもかかわらず、あえて制度運用の選別条件だけではなく、被告人の執行猶予を受ける資格も制限することになる。したがって、前科はどのような量刑上の意義が含まれているのかを明らかにする必要がある。

#### （１）前科の位置付け

人々の非難感情からは、過去に有罪判決を受けた事実があるという記録、すなわち前科を持っている被告人に前回より、更に厳しい刑罰を与えることは当然のこのように思える。また、法律上や実務上においては、その非難感情に呼応するようなやり方も存在し、前者は前科による再犯加重の規定（日本刑法第 57 条・台湾刑法第 47 条第 1 項）が制定された。この前科による刑の加重の根拠については、過去の犯罪事実を通じて、被告人に対する今回の犯行自体の危険性が擬制的に増大されることを理由とする違法性の増大、それに応じた責任の増大に基づくものと理解できる<sup>248</sup>。

後者は量刑判断を行う際に、刑罰を重くするかどうかという点で前科は一つの考慮要素として採用されている<sup>249</sup>。そこで、前科は行為者の再犯可能性を理由とする刑の加重につ

---

<sup>248</sup>浅田和茂『刑法総論（第 2 版）』（成文堂、2019 年）527 頁。ここでは、被告人の行為の個別性を考慮せずに形式的に責任の幅を広げるという点に関しては、2019 年に台湾の憲法裁判所は憲法上の罪刑均衡原則に違反するだけではなく、憲法上の人身の自由の保障にも抵触する可能性があるという理由で、再犯加重の規定を改正すべきであることを立法機関に要請した（臺灣司法院大法官會議釋字 775 號解釋參照）。

<sup>249</sup>死刑事件の量刑理由について、日本の場合では、被告人が無期懲役の仮釈放期間中に再び同種の犯行に及んだことは死刑選択の重要な根拠になるという理由である（最判平成 11 年 12 月 10 日刑集 53 卷 9 号 1160 頁）。また、台湾の場合では、被告人が今回の殺人を過去に懲役刑の仮釈放期間中に繰り返し同じ強盗と強制性交に当たる行為があったことに合わせると、容赦する余地がなく、極刑にする必要があるとされる（臺灣最高法院 94 年度台上字第 1734 號刑事判決）。

ながることになると思える。なぜならば、前者の場合を除き、前科の存在は、すでに前刑の執行を終え、前犯による責任の清算が終わっている状態を証明できることを意味しているためである。つまり、この観点からは、再犯の場合は、前科を今回の犯罪に対する刑罰の加重根拠とすることは不可能である。したがって、今回の犯罪に対して、刑罰の加重の根拠を求めるならば、過去の犯罪事実に関与する犯罪者の再犯可能性に注目し、前刑による刑の感銘力を補強するためということになる。そうすると、前科の位置付けを、犯情による特別予防に求めることとなる<sup>250</sup>ため、過去の責任の清算終了という前科が本来持つ意味からかなり乖離する結果となる。

## (2) 前科の存在が執行猶予の適用対象外となる理由

上述の理解によるならば、前科を考慮する意義は、今回の犯罪に対して、いままでよりも重い刑罰を被告人に与えることにあることが明らかになった。前科を有する被告人と除外することが執行猶予の法的な前提要件とされている理由については、単に技術上の理由にとどまらず<sup>251</sup>、そこに以下の二つの見解があると考えられる。

### ア. 前科を有する者を再犯可能性がある者とみなすこと

前科を有することは犯罪の反復可能性があり、一般の社会生活においても一般人に比べて、再び違法行為を行う可能性が高いという推定上の意味が含まれている<sup>252</sup>。その意味に

---

<sup>250</sup>一方、前科の有無は更生への考慮から考慮される際に、一般情状に位置付けられることになるという見解もある。すなわち、前科の位置付けは主眼を置く姿勢によって変わる可能性がある（樋口亮介「行為責任論を基礎にした前科の位置付け—近時の英米法圏の学説を素材に—」高橋則夫・只木誠等編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）197-198頁）。したがって、前科の位置付けを犯情なのかそれとも一般情状なのかに求めるという問いには、規範的責任論の本来の意義に基づき、犯罪者に対して、適法行為に対する過剰な期待による刑罰の加重を否定するという本稿の立場からみれば、前科は犯情に位置付けられるという見解は賛同しかねる。

<sup>251</sup>この点に関しては、日本の場合、判決前調査制度がない中で情状調査が難しいため、制度運用を弛緩させないために、前科欠格という設定が必要だという立法上の意見がある（法務省法制審議会編『刑法改正準備草案附同理由書』（1961年）162頁参照）。それに対して、台湾の場合、立法上の意見は記録に残らないが、制度は日本に創設されたため、日本と同じ立法上の意見だと推測できる。

<sup>252</sup>柯耀程『刑法總論釋義（下）—修正法篇』（元照、2005年）頁551-552。

沿えば、裁判実務における前科とは、被告人の再犯危険性の予測を立てるための一つの指標だと言える<sup>253</sup>。ここで注目すべき点は、再犯危険性の質と高低（質と量の変化）ではなく、再犯可能性の有無を反映することには限界があるということである。例えば、同じ罪名であっても、今回は前回と違う犯行動機・原因によるものである、あるいは犯行の回数もしくは頻度が明らかに減少しているといった行為者の再社会化に関わる変化が存在しても、前科には反映できない。前科は犯罪者の再社会化の可能性を事前に否定し、再犯の危険性のみを認証するための事情であるとも考えられる。

上述のことから、執行猶予の適用対象者を選別する際に、前科を法的要件として扱うという点から厳密に解するならば、軽い罪を犯した者ではなく軽い罪を犯した者のグループの中で、前科の設定条件によってピックアップされた被告人に実刑を避けさせるために運用されていることになる。また、被告人の再社会化という執行猶予の期待効果が、前科による再犯可能性に関する認定に機械的に左右されるようになっている。

#### イ. 前科による警告を無視する者に対する非難

前述したように、日台においては前科がある被告人の再犯を加重する規定が各々存在する。その規定の根拠を背後で支える一つの理論は警告理論であり、その内容は「前犯についてすでに有罪判決や刑の執行による警告を受けていたことが、後犯の非難可能性を高める<sup>254</sup>」ことであると認識されている。ここで執行猶予制度につながる直接的な部分は、前科という法的な前提要件の設定である。すなわち、前科がある再犯者に対しては、前科による警告を無視した結果、非難の可能性の程度が高い実刑を科すべきことになり、執行猶予の適用対象外となるからである。

本論文の立場（思考モデル② - 2）から見ると、上述した前科の警告効果を利用し、非難可能性の高低によって実刑と執行猶予に関する取捨選択のルールを決めるには二つの

---

<sup>253</sup>過失犯より故意犯の再犯危険性が高いことも前科を通じて推定することは当然可能である。

<sup>254</sup>野村・前掲注（176）98頁。

主な特徴がある。一つは前科による法益侵害・規範意識の薄弱と再犯を起こすことの間に関係が事前に推定されることである。もう一つは今回同じ罪名に該当しても、再犯者は初犯者よりも今回の犯行に最も深い犯罪性があることが推認されることである。これらの二点の特徴は、今回の犯罪行為には属さない事情が存在しており、それらの事情は裁判段階において一般情状としての事情、すなわち被告人の再社会化のための改善すべき内容として考慮するはずであったことである。この場合、執行猶予の運用において前科という法的な前提要件を採用した結果、特別予防の観点で前科が犯情の一部として考慮されており、個々の再犯者に対して自分自身の再社会化に関する諸問題より、むしろ自分自身の前科による再犯危険性が注目されることになる。それによって、前科は制度面であれ量刑面であれ、被告人の再社会化という一般情状の機能を弱体化する傾向が見られる。

### 3. 執行猶予期間の長さを決めること

執行猶予の期間（以下、猶予期間と称する）は、法律による上限（5年）と下限（日本は1年、台湾は2年）が設けられており、裁判所はその上限と下限を基に個々の被告人に対する猶予期間の長さを決める。裁判実務においては、裁判所の立場からすれば個々の被告人にふさわしい長さの猶予期間を与えることができると言える。だが、量刑上の意義から「ふさわしい長さ」を決める基準の形成は犯情と一般情状の関係にどうつながるのかについて不明瞭な点があるため、これを明らかにする必要がある。

猶予期間の長さは、被告人の善行保持を確認するための必要性に関係するため、宣告刑期の長短に対応することは必ずしも明示的に要求されてはいない<sup>255</sup>が、一般的に宣告刑の刑期の長さに比例する傾向にある<sup>256</sup>。また、台湾の運用状況についても同様である。

しかしながら、台湾は80年代後半において、その傾向を示しながら、さらに政治上のコントロール（1947年～1987年戒厳時期）による実刑或いは厳罰が原因で生じた

---

<sup>255</sup>昭和7年9月13日大審院判決、大審院刑事判例集11巻1238頁。

<sup>256</sup>藤木英雄「第4章 刑の執行猶予」団藤重光編『注釈刑法（1）総則（1）初版第10刷』（有斐閣、1975年）201頁。

過剰収容問題を改善するために、1987年に法律(促進事項)を制定したことを通じて、今でも裁判官に執行猶予判決の言い渡しの積極化という法的拘束力のない要請を行っている点で日本と異なっている。したがって、日台では共通点はあるものの、猶予期間を決める考え方を言及する際には、相違点があるため個別に行う必要がある<sup>257</sup>。

#### (1) 日台における共通点

猶予期間中に被告人の再犯を防止することを前提として、猶予期間の長さを決めるために、主刑とのセットでどのくらいの長さが必要であるのかという疑問が提起されており、その疑問をめぐる議論は以下のようなものが挙げられる。

##### a. 一般型(単純執行猶予(日、台)・保護観察(日)または保護管束(台)付き執行猶予)

実務的な見解として、芦澤政治元裁判官によれば、行為責任と特別予防の観点を通じて猶予期間の長さを共同で決めるものの、猶予期間が長くなれば、それだけ被告人に負担を負わせる重さに比例するという点で、特別予防を第一に考えるとと言っても負担があるため、やはり犯罪の重さも考えることになるという<sup>258</sup>。また、宮村啓太弁護士によれば、執行猶予が取り消され、本来の実刑に服する場合と、最初から実刑であった場合を対照してみると、同じ実刑の重さなので、前者よりも後者の刑を重くする理由は実質的にはないという<sup>259</sup>。

一方で、学説においては、基本的に上述の見解に疑問を投げかける形で、特別予防が猶予期間の長短に作用するという機能性を引き出すことが暗示されている。例えば、佐伯仁志教授によれば、立法論からは、再犯に及ぶのは2年以内である場合が統計上多いのだから、長く猶予期間を定める必要はないのではないかという議論があるという<sup>260</sup>。また、小池信太郎教授によれば、「執行猶予の期間のほうも長ければ長いほど負担になるので、こ

---

<sup>257</sup>台湾では、すでに厳罰化に傾くことになったため、執行猶予制度という刑事上の緩和措置に関する議論や検討があまり重視されていない。したがって、日本の資料を主として論述したい。

<sup>258</sup>座談会・前掲注(136)18頁。

<sup>259</sup>座談会・前掲注(136)19頁。

<sup>260</sup>座談会・前掲注(136)18頁。

れも含めて刑の重さに掛かってくる目的は特別予防とはいえ、負担の重さとしては長いほうが重くなるわけですから……」のであり、「例えば、殺人で執行猶予となる場合、懲役3年執行猶予5年多く、……「殺人で執行猶予になるような人というのは、ほとんど再犯のおそれのない人」であることから、「その意味では、特別予防が第一義の基準であれば、もっと猶予期間が短くてもいい気がし」ているとして、従来の実務に対する印象と意見を説明している<sup>261</sup>。

#### b. 特殊型（刑の一部執行猶予（日）・条件付き執行猶予（台））

制度設計から見ても、日本における刑の一部執行猶予制度と違い、台湾における条件付き執行猶予制度は刑務所に赴くという規定がないものの、実際に猶予期間を決める際に、実刑による負担の重さと保安措置の運用に関する考慮を行うことは二つの制度の共通点である。以下では、その共通点に基づいて日本と台湾の特殊型の主な考え方を述べる。

日本の場合では、刑の一部執行猶予制度の位置付けを言及する際に、考え方として刑の一部執行猶予は全部実刑と全部執行猶予の中間に位置するもの（中間刑）なのか、それとも全部実刑のバリエーションなのかという論争が存在するものの、当該制度が責任を量刑の基礎にしつつ、施設内処遇と社会内処遇の連携によって再犯防止を図る制度と理解されることから、後者（全部実刑のバリエーション）の考え方が妥当だと述べられている<sup>262</sup>。その考え方に沿う見解として、小池教授が主張する、実刑から変化した刑の一部執行猶予の運用において、実刑部分と猶予期間のバランスを考慮する際に、実刑部分が切り取られすぎると、刑が軽くなる可能性があり、本来の刑事責任に見合わないものになってしまうことを避けるために、実刑部分を主とすべきである。そして、そうした「実刑部分を多めに確保すること」を踏まえて、言渡刑のうち8割ぐらいを実刑部分とし、2割強を猶予刑

---

<sup>261</sup>座談会・前掲注（136）18頁。

<sup>262</sup>代表例として、亀井源太郎・小池信太郎等『刑法 I 総論』（株式会社日本評論社、2020年）238頁、太田達也・前掲注（72）18頁、高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（成文堂、2018年）573頁、樋口亮介「刑の一部執行猶予の選択要件と宣告内容－制度理解を基礎にして」論究ジュリスト17号（2016年）219頁など。

とし、1年から3年程度の猶予期間にすることを試論とするものがある<sup>263</sup>。それに合わせて刑事責任を決める際に、順番としては、宣告刑、実刑、猶予部分、猶予期間という正しいアプローチが表現できるといった実務家の意見もある<sup>264</sup>。

それに対して、小池信太郎教授の試論と呼応しない実務家の意見もある。例えば、今福章二保護局長当時によれば、猶予期間が非常に短いと、被告人本人にとって心理的強制が十分機能せず、猶予期間中の保護観察の指導が不十分になってしまうおそれがあるという<sup>265</sup>。

台湾の場合では、条件付き執行猶予の「条件」に注目すべき点が二つある。一つは、条件の内容の設定である。条件付き執行猶予の規定の中で、再犯予防のために、被告人に必要な命令を下すこと（刑法第74条第2項第8号）という規定があり、その規定に書かれた「必要」という文言に関する具体的な制限や内容がないため、裁判官が猶予期間の最大限の範囲（5年）において、その「必要」の内容を自由に決める裁量権を行使することが可能である<sup>266</sup>。もう一つは、条件を利用する目的である。当該制度において、公庫に相当額を納付させる処分（刑法第74条第2項第5号）と被害者の安全を保護するために、必要な命令に従うこと（刑法第74条第2項第7号）を例にとると、前者は刑法の罰金刑（刑法第33条第1項第5号）とほぼ同じ実施内容であり、執行猶予制度の内容である公庫に相当額を納付させる処分は、実刑の内容である罰金刑を科すのと同じものになっている。後者は性犯罪者の処遇において、執行猶予判決を受けたとしても、被害者の安全のために、保護管束処分が付されるだけでなく、当該規定により他の保安措置（集中監督や夜間外出禁止など、性犯罪法第20条第2項）が必要な命令として付されることが可能である。

---

<sup>263</sup>座談会「刑の一部執行猶予」論究ジュリスト17号（2016年）207頁。

<sup>264</sup>座談会・前掲注（263）208頁〔山口貴亮発言〕。

<sup>265</sup>座談会・前掲注（263）208頁。

<sup>266</sup>具体例として、被告人が何回も行政機関で法教育或いは矯正教育課程を受けること、数回で刑法条文または立法理由の書き取り、指定された本を読んだ後の感想文を書くこと、聖書または仏典を清書することなど、臺灣高雄地方法院96年度簡字第154號刑事判決、臺灣高雄地方法院96年度簡上字第194號刑事判決を参照。



したがって、前者であれ後者であれ、制度の適用対象者に附加条件を通じて実刑のような効果を発揮させるために、猶予期間が決定されることになる。

## (2) 日台における相違点の考え方

ここでは、台湾の特有の規定として、先述した促進事項の主な注目点を紹介する。促進事項について、第4条は「6月以下の懲役若しくは禁錮又は罰金の言渡しを受けた被告人は、裁判が確定した日から2年以上3年以下の期間、その刑の全部の執行を猶予することは適切である。」としている。また、第5条は「7月以上1年以下の懲役若しくは禁錮又は罰金の言渡しを受けた被告人は、裁判が確定した日から3年以上4年以下の期間、その刑の全部の執行を猶予し、また犯情の重大性により猶予期間中に保護管束に付されるのかを決める。」としている。そして、第6条は「1年以上の懲役の言渡しを受けた被告人は、例外的に裁判が確定した日から4年以上5年以下の期間、その刑の全部の執行を猶予し、また猶予期間中に保護管束に付される必要がある。」としている。この三つの条文内容の共通点は、保安措置の運用と猶予期間の長さの決定は、宣告刑の刑期の長さに基づいて、決められていることである。

## (3) 検討

以上のことを踏まえ、検討すべき点を示すと次の通りである。まず、執行猶予判決を下す際に、(1)のa.及びb.のいずれの場合も、被告人に対して、同一の犯情を通じて不利益を課すことによって実刑の刑期・種類だけではなく、猶予期間の長さまでも決定されるとすれば、憲法上の二重処罰の禁止という基本原則に違反するおそれがある。次に、本稿の立場から見ると、思考モデル②-2の下で、再犯防止のために猶予期間を決定する際に、考慮すべきことは、一般情状における特別予防を中心とした被告人の改善更生、すなわち特別予防の機能を最大限に発揮するかどうかという点のみである。そうすると、例えば、介護殺人のようにほぼ再犯可能性がない類型においても、被告人を猶予期間の最大限5年に付す理由はおそらく行為責任の重さのみによるものであり、一般情状に対する考慮の実質的意義が架空のものになる可能性があると考えられる。

そして、(1)のb.において、刑の一部執行猶予の場合、約8割の自由刑と約2割の猶予部分という形で述べられているという小池信太郎教授の見解を分析すると、再犯防止の実践を犯情事実に求める傾向があり、犯情における特別予防を重視する思考モデル①と一致する。当該制度は実務面においても実刑の変形であると認められており、それに制度の適用対象者は再犯を防止する必要性が高いという法的な事前設定があるものの、(1)のa.の一般型と同様に、軽い罪を犯した者(宣告刑の刑期3年以下)のために設計されたものから、軽い罪を犯した者向けの執行猶予の目的の下で、運用されるべきである。猶予期間を決める際には、実刑を最大限に避けることを前提にして、再犯防止の効果を一般情状における特別予防に求めることが妥当だと考えられる。また、この考えは台湾における条件付き執行猶予の場合でも適用できる。最後に、(2)から見て、台湾の促進事項の規定内容はもはや一般情状に対する考慮を放棄するかのようになり、再犯防止の必要性を全ての犯情によって決めるものになった。そして、量刑判断の基本原則から分離された猶予期間に関する量定は、犯罪者の再社会化ではなく、社会安全のために、軽い罪を犯した者のグループから被告人を選別し、付加条件を通じて被告人に実刑相当の負担を科す結果となっている<sup>267</sup>。

### 第3款 再犯防止概念の再検討

前款では、日台における執行猶予の制度設計において、犯情と一般情状の関係性はどうか表現できるのかについて分析した。本款では、一般情状のあるべき姿を明らかにするために、執行猶予の量刑判断において、犯情と一般情状の関係性だけではなく、一般情状事実に対する考慮にも顕著な影響を与える「再犯防止」という視点に関する理解と運用を検討する。

---

<sup>267</sup> インタビュー調査では、多数の裁判官は条件付き執行猶予を通じて犯罪者に痛みを感じさせるのは大事なことであると述べられている。『影響法官宣告緩刑因素之研究與建議 - 附録』(科技部、NSC101-2410-H-004-043-MY2、2014年)。

## 1. 再犯防止の意義に関する理論上の変化

### (1) リスク社会における再犯防止の意味変化

再犯防止という文言の意味は言うまでもなく応報・贖罪を主とした応報刑思想ではなく、人の犯罪を防ぐことを主とした予防刑思想に由来すると言える。それにより、再犯防止に対する主な解釈は、政府が「法律違反による威嚇効果を通じて、犯罪者にならないようにすることを国民に伝える」という一般予防と異なり、政府が「既に犯罪者になった人に対して、その人の再社会化に有利になる手段を刑罰の内容の一部として採用し、その人の改善更生に取り組む」という特別予防に繋がる事である<sup>268</sup>。要するに、特別予防の運用は犯罪者の罪責の有無・程度によるため、いわば犯罪者の過去の違法行為から再犯防止を求めるということである。しかしながら、現代社会において、そういうことのみが犯罪対策として不十分だという反響は刑事司法の主流になった。

具体的に言うと、1970年代以降、科学技術と工業の急速な発展は、各方面から全世界に劇的な変化を与えた。これらの発展の裏には生命や生態系に脅威を与えるだけでなく、人間社会にも日々の生活上の不安感と人々の周囲の物事や人間関係などに対する不信感をもたらしてきた<sup>269</sup>。それらが原因で当時以降の犯罪対策スローガン、すなわち「事後対応から事前抑制へ」、「加害者中心から被害者中心へ」、「犯罪原因論から犯罪機会論へ」の展開を加速させつつ、そこで人々の間で様々なリスク回避行動を促している<sup>270</sup>。そのため、法律、特に刑法は法律の一環として、上述した人間の行動に呼応できるように、リスクコントロールという使命が付与されることになった<sup>271</sup>。したがって、リスクコントロールをベースにした刑法は、リスク社会<sup>272</sup>においてリスクの回避とその安全管理をコントロ

---

<sup>268</sup>林山田・前掲注(52) 53頁。

<sup>269</sup>山口節郎『現代社会のゆらぎとリスク』(新曜社、2002年) 150頁。

<sup>270</sup>小西由浩「新しいリスクとしての犯罪－犯罪予防と警戒原則－」犯罪社会学研究第31号(2006年) 38頁。

<sup>271</sup>Lothar Kuhlen(著者)、許恆達(訳者)「全球風険社會中的食品安全刑法」高大法學論叢第10卷第2期(2015年) 175-176頁。

<sup>272</sup>社会学の観点によると、社会の変化において、富の生産とその分配をめぐって展開された

ールすることを目的として運用されている。

実際には、上記の刑法システムを考察してみると、二つの変化に留意すべき点がある。一つは、システムの外部設計から生じた予防というニーズが刑罰体系において正当な目的として認められることであり、もう一つは、システムの内部設計から法益保護のための犯罪化の拡大や前置化という変化が生じることである<sup>273</sup>。いずれにせよ、犯罪を予防するために、刑罰権を発動する際に、刑法上の謙抑性や最終手段性より、リスクの回避の方が優先的に考慮されるという傾向が現代の刑事立法の特徴になる。そうとすると、リスクの回避という目的の下で、犯罪者の再犯防止を求めるために、刑罰の行使は今まで犯罪者の行った違法行為が足りず、彼のこらからの行動にも対応すべきだと社会に要求されている。つまり、立法面はもちろん、量刑段階においても刑罰を通じて犯罪者の改善更生を将来の合法的行為が予測できるまでに求めることが再犯防止の現代的意味だと言っても過言ではない。

## (2) 再犯防止に関わる「リスク」と「危険」の区別

言うまでもなく、リスク社会において再犯防止は犯罪対策の重点目標として認識されている。だが、前述したように、犯罪者自身が二度と罪を犯さないという期待効果に対する予測は再犯防止という文言の意味を生み出すとするものの、その予測については、どのようなものを基準にして運用されているのかという問いが残っているため、明らかにする必要がある。一般的には、基準の内容を分析する際に、よく言及されていることは二つあり、一つは「再犯リスク」で、もう一つは「再犯の危険」である。

### a. 行政法上の分類

「再犯リスク」と「再犯の危険」この二つの言葉の語頭である「再犯」を除き、「リスク」と「危険」のみを説明すると、前者の「リスク」の場合、行政領域に由来し、特に行

---

産業社会、或いは「階級社会」からリスクの生産と分配をめぐる展開される「リスク社会」に転換してきている、山口・前掲注（269）154頁。

<sup>273</sup>王正嘉「風険社会下の刑法保護機能論」法學新論第6期（2009年）75頁。

政法上の予防原則に關係する。具体的には、大塚直氏によれば、行政法上の予防原則とは「その物質や活動と環境への損害とを結びつける科学的証明が不確実であること、すなわち、科学的な不確実性を前提としている」<sup>274</sup>ということで、「例え科学的証拠が不十分だとしても、当該原則により相応の対応措置を取る必要がある<sup>275</sup>」と、「リスク」の語源を紹介している。また、「リスク」の予防措置を採用する理由として、法益を侵害する原因は複雑で我々も具体的な原因が確定できないため、そこから「リスク」が生じるからである<sup>276</sup>。後者「危険」の場合、語源は「リスク」と重なる部分が多いが、両者の分岐点は程度の差と因果関係が確定できるかどうかである。例えば、危害発生の蓋然性を例にとると、「危険」は現有の科学的技術と経験を通じて予測と判断ができるため、「リスク」に比べてその蓋然性が極めて高く、十分な蓋然性があると言える<sup>277</sup>、また「危険」は法益を侵害する原因が確定できるため、その原因の発生を事前に抑える可能性があると思われる<sup>278</sup>。したがって、政府の介入という行政上の強制措置を通じて確定された危険源をコントロールできるという点で、「危険」は正当性の法的根拠になりやすく、しかもリスク社会に転換するまで行政上の強制措置の背後にある上位概念として位置付けられていた<sup>279</sup>。

上述した分類から見ると、危害の発生の蓋然性と法益侵害の原因究明については、「危険」より、「リスク」の方が高度の不確実性・複雑性が存在するため、「リスク」による不利益から法益を守る際に、政府が予防原則に基づいて行政措置を講ずる正当性の根拠をどこに求めるのかという疑問点が残っていると考える。しかしながら、リスク社会において、そういう疑問点の答えは巧妙に仕掛けられている。すなわち未知の科学領域において、科

---

<sup>274</sup>大塚直『環境法』（有斐閣、2020年）55頁以下。

<sup>275</sup>程明修「行政法上之預防原則－食品安全風險管理手段之擴張」月旦法學雜誌第167期（2009年）128-129頁。

<sup>276</sup>葛克昌・鍾芳樺「核電廠設立許可與行政程序－風險社會下的人權保障與法律調控（一）」軍法專刊第47卷第3期（2001年）2頁。

<sup>277</sup>林昱梅「論食品安全管理法制中之預防原則：以歐盟與臺灣為中心」國立臺灣大學法學論叢第44期（2015年）1042頁。

<sup>278</sup>葛克昌・鍾芳樺・前掲注（275）2頁。

<sup>279</sup>林昱梅・前掲注（277）1042頁。

学的方法と過去の経験を利用しても検証できないものは全て「リスク」として認められており、蓋然性を通じた「リスク」の確認という基準は重要ではないと主張されている<sup>280</sup>。そこで「危険」の代わりに、「リスク」は行政上の強制措置の背後にある上位概念となり、蓋然性の判断においても、学的方法と過去の経験に依拠することなく不可知に対する予防の可能性が強調されている傾向が見られる。

#### b. 刑事法上の運用の乱れ

前述したように、行政法領域において、リスク社会の関係で未知の危害の発生や拡大を事前に防ぐことができるように、リスクという概念に対する理解は既に政府による強制的介入と権力行使の根拠となっている。だが、概念上リスクと危険の本質的な区別があることは事実である<sup>281</sup>。それに対して、刑事法領域において、その両者の語源はほぼそのまま理解されているにもかかわらず、概念上の応用にあたっては、混同されているという現状が否定できない。刑法解釈論の観点から、刑事司法システムにおいて、その現状はどこに反映されるのかについて、以下で簡潔に説明する。

##### (a) 客観的帰属論が危険の現実化に同調すること

現在、日台における過失結果犯の結果帰属に関する判定を言及するにあたっては、一つの判断枠組みが有力説として提起されている。それは事前判断における「結果発生に向けた許されないリスク創出」と、事後判断における「そのリスクの結果への実現」である。そこで、「リスク」に対する解説は、ある事態が発生する可能性という解釈で本来の意味として理解されているが、事理の背後にある原則から生じた高度の蓋然性を適切に表すため、実質的に「危険」という用語に近づいてきている（或いは実在的「危険性」へと質的転化をすと言える）。したがって、概念上、「リスク」と「危険」は常に混同して扱われ

---

<sup>280</sup>林昱梅・前掲注（277）1043-1044頁。

<sup>281</sup>法社会学の視点からも、近代社会において社会の在り方と発展にとって、リスクと危険の概念を区別することが重要だと主張されている、ウルリッヒ・ベック（著者）・島村賢一（訳者）『世界リスク社会論—テロ、戦争、自然破壊』（平凡社、2003年）152頁。

ている<sup>282</sup>。

(b) 抽象的危険犯の場合に関するリスクと危険の区別

危険犯、特に抽象的危険犯の場合では、(a)と同様に、リスクと危険の区別を明らかにしないという状況が存在する状態にあり、刑法的介入、すなわち処罰段階を早期化することで法益のより一層の保護を図ることが求められている。これについて、具体的には、早期の段階に危険の擬制をするために、二つの主な類型が存在する。一つは「刑法犯で規定されているような danger としての危険性を前提としている<sup>283</sup>」伝統的な類型（例えば、日台における現住建造物等放火罪など）である。もう一つは、行政刑法の場合において行政的規制による実効性に対する確保のために、かなり抽象化された類型的リスクを前提として、現実の侵害結果や具体的危険状態を要求せず、一定の行為のみが実施されれば、処罰の対象になる類型である<sup>284</sup>。

前者の類型においては、規制対象となっている行為それ自体が将来の法益侵害の危険により生じる蓋然性を示すことができるため、抽象的危険があると認められており、刑罰賦課の根拠になる<sup>285</sup>。後者の類型においては、その一定の行為による結果が軽微であったとしても、将来法益侵害またはその重大な危険を生じさせる可能性があるとして事前に想定されるという特徴があるため、その特徴はいわば嫌疑刑の思想に含まれているのである<sup>286</sup>。いずれにしても、危険犯の範疇において、個々の行為の可罰性の有無が評価されている。しかしながら、後者の類型においては、その処罰根拠は個別の行為の有害性による危険と法

---

<sup>282</sup>徐育安「傳統刑法理論與現代風險社會－以我國食安法為核心」臺北大學法學論叢第 104 期（2017 年）105 頁、甲斐克則「刑法におけるリスクと危険性の区別」法政理論第 45 卷第 4 号（2013 年）91-92 頁。

<sup>283</sup>甲斐克則・前掲注（282）101 頁。

<sup>284</sup>藤木英雄『刑法講義総論（オンデマンド版）』（弘文堂、2003 年）88 頁、謝煜偉「抽象的危険犯の現代的課題」刑事法ジャーナル第 33 号（2012 年）30 頁、甲斐克則・前掲注（282）101 頁。

<sup>285</sup>金尚均「処罰段階の早期化再考」浅田和茂・石塚伸一等編『村井敏邦先生古稀記念論文集 人權の刑事法学』（日本評論社、2011 年）67 頁。

<sup>286</sup>金尚均・前掲注（285）68 頁。

益侵害の関連性の判断ではなく、行為の有害性によるリスクと一般的な社会的評価の関連性の判断に求められている。

(c) 量刑の判断要素としての応用

犯罪の未然防止のための戦略は犯罪予防の理論によっていくつかの区分がある。このうち、刑罰論に直接的に関係することは法執行モデルと呼ばれており、刑罰を科すことによる再犯防止を意味する<sup>287</sup>。その意味に沿って、量刑判断において、リスクまたは危険の概念が運用されるにあたって、その意味を持つ指標、すなわち「再犯リスク」または「再犯危険」が形成されてきたという脈絡が見られる。

しかしながら、先述したように、リスクと危険の区別が実質的に存在するものの、再犯防止の指標としてさらに量刑判断につながる際に、「再犯リスク」と「再犯危険」の境界線が曖昧になる傾向がある。なぜならば、モラル・パニック<sup>288</sup>と管理技術の発達の相乗効果からである。前者（モラル・パニック）では、わずかの凶悪事件が起こったことにより、犯罪が増加し、治安が悪化しており、誰でも次の被害者になる可能性が高いという印象が現代社会においてマスコミの報道を通じて広まっており、そこから犯罪不安に左右されるモラル・パニック、根拠のない治安悪化神話を生み出すとする<sup>289</sup>。後者（管理技術）では、社会変容が進む中において、個人的自由が拡大しつつ、同時に従来の比較的固定した組織や関係性によって担保されていた安心感が消えている。このようにして、人間にとって、拡大された個人的自由による多様な諸基準から選択を続けるという不確実な日常生活に直面し、きょう、あす、或いは、遠い将来に対する不安に自分自身でどのように対応する

---

<sup>287</sup>川出敏裕・金光旭『刑事政策（第2版）』（成文堂、2018年）298頁。

<sup>288</sup>モラル・パニックとは、社会において、時々ある条件、エピソード、人物、グループが社会の価値や利益を脅かすものとしてマス・メディアなどを通じて報道された結果、不安や恐怖が世論や集団にパニック状態に陥るなどの過剰な反応を引き起こさせた状態を意味する、Sean P. Hier, Thinking beyond moral panic: Risk, responsibility, and the politics of moralization, *Theoretical Criminology*12(2), Sage Pub., 2008, pp.175-176.

<sup>289</sup>この部分の詳細については、浜井浩一・前掲注（22）67-77頁。



のかという問題が生じ得ることとなる<sup>290</sup>。その問題の解決策がスピード化する社会において効率的に要求されているため、様々な不安を引き起こす要素の中から代表的な要素が選別され（いわばスケープゴートの創出）、そして選別された要素に対して重点的に対応できる方法が注目されている。例えば、スケープゴートとして指定されやすい犯罪者を管理するための監視技術開発などである<sup>291</sup>。

したがって、上述したようなモラル・パニックと管理技術に関する相乗効果により、犯罪者、特に不安や緊張を大きく増幅させやすい犯罪類型を事前に管理することを主とした監視社会が形成されてきた。そこでの「監視」は犯罪者に対する事前（再）犯罪予防の要素を伴っているため、犯罪については、事後的な結果が生じた後の責任分配という見方ではなく、不確実な状況を放置すべきか放置しないで予防すべきか、という見方につながると考えられる。その結果、量刑の判断要素の特徴は、体感治安の緩和のために、行為自体による危険ではなく、行為自体によるリスクに重点を置き、そこで犯罪者の再犯防止が求められる傾向が見られる。適例としては、特別犯罪類型の被告人或いは前科を有する被告人について、実刑を下すかどうか、保護観察処分（台湾は保護管束処分）に付するかどうかを判断する場合が挙げられる。

### （3）小括

以上のことから、刑事法領域において行政法上のリスクと危険の概念を活用するにあたって、効率的かつ効果的な再犯防止を図るために、その概念上の区別を測定することは単一の判断、すなわちリスク判断となったことだと言える。また、リスク管理社会という特徴を主とした現在の刑事政策の潮流<sup>292</sup>の中で、犯罪行為による「危険」から「リスク」への不確実性は、周囲の環境に対する不安感に基づいた「市民的安全の保護の要求」によ

---

<sup>290</sup>この問題の背景に関する詳細な分析については、ジークムント・バウマン（著者）・森田典正（訳者）『リキッド・モダニティ』（大月書店、2006年）217-223頁参照。

<sup>291</sup>岡邊健編『犯罪・非行の社会学〔補訂版〕－常識をとらえなおす視座』（有斐閣、2020年）234-237頁。

<sup>292</sup>本庄武「なぜ再犯防止か－企画趣旨を兼ねて－」犯罪社会学研究第46号（2021年）13頁。

て左右されていた結果、犯罪論にしても刑罰論にしてもリスク管理技術の運用と再犯防止の関係性は刑罰を科す根拠に関する基準として重視されていることが特徴である<sup>293</sup>。

## 2. 再犯防止概念への応用とその実務の検討

### (1) 再犯防止概念の明文化

日台における執行猶予制度の運用において、再犯防止概念が条文を通じて特定される前に、台湾は日本と同様に、単純執行猶予と保安措置付き執行猶予<sup>294</sup>という、この二つの措置のみが存在する。しかしながら、その二つの措置が運用されつつあるものの、再犯防止という政策目標を達成するという点でより良い効果を求めることは限界がある。したがって、その限界<sup>295</sup>を打破するために、台湾と日本はそれぞれ当時の執行猶予制度の改正を行った。具体的には、台湾では、「刑の執行猶予を宣告する際に、被告人の事情により、下記の定める各事項を遵守することを被告人に命ずることができる：……⑧再犯予防(下線は筆者による、以下同様)に必要な命令に従うこと。」(刑法第74条第2項第8号)という刑法典の条文であり、2005年2月2日に改正された(以下では、条件付き執行猶

---

<sup>293</sup> 例えば、量刑判断において、「犯罪の社会的影響」という抽象的な文言に対する考慮により、被告人に対して同種の行為でも比較的に重い非難を加える可能性がある、井田良[ほか]『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(法曹会、2015年)54-55頁。

<sup>294</sup> 本論文の歴史的考察(第1章)を経て、保護観察処分(日)と保護管束処分(台)の共通点として、両者はコントロールを中心とした保安処分の特徴があることがわかった。その結果に呼応できる見解もあり、例えば、保護観察は広義の保安処分として扱う見解(染田恵「保護観察における基本的人権の保障とその方法」犯罪社会学研究第17号(1992年)94頁)、保護観察は保安処分に類似するという見解(浅田和茂・前掲注(248)548頁)などである。それを前提として、刑務所を通じて監禁される必要はない犯罪者に対して、社会内処遇の現代機能である「ケア」と「統制」の両要素を見ると、保護管束処分より、保護観察処分はただケア要素が相対的に強い保安措置だと言える。したがって、本稿では、保安措置は両者の通称であることを示したい。また、社会内処遇の現代機能の類型化に関する詳細については以下文献参照。Philip Whitehead, *Community Supervision for Offenders: A New Model of Probation*, Abebury, 1990, at 42.

<sup>295</sup> ここで述べる限界は当時の問題、例えば、刑務所の過剰収容問題(日本・台湾)や薬物事犯の再犯問題(日本)や比較的軽い犯罪事件でも被害者の声または心情を社会的に考慮すべきであること(台湾)などに対して、新しい制度ではないと問題解決にならないという認識である。法務大臣からの被収容人員適正化方策に関する諮問第77号(2006年7月26日)、臺灣立法院第五屆第三會期司法委員會・前掲注(6)4-5頁。

予と称する)。日本では、「……犯情の軽重及び犯人の境遇その他の情状を考慮して、再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ、相当であると認められるときは、一年以上五年以下の期間、その刑の一部の執行を猶予することができる。」(刑法第27条の2)という条文が2013年6月1日の刑法改正により新設された(以下では、「刑の一部執行猶予」とする)。

上記の二つの条文の構造から見て、両者の共通点として被告人にとって、軽い罪を犯しても再犯防止の審査が独立要素として行われることがあるため、本来の単純執行猶予または保安処分付き執行猶予の適用対象者になるわけではないと言える。

## (2) 実務応用

(1)を踏まえて、ここでは、条件付き執行猶予と刑の一部執行猶予の運用に関する判決の中から、薬物事犯と窃盗のこの二つの主な犯罪類型<sup>296</sup>を選別し、その選別された犯罪類型から各2例ずつの判決を取り上げる。そして、比較法的視点からその事例に対する検討を通じて実務上の再犯防止に関する判断要素を明らかにしたい。

### ・第1類型：薬物事犯

a. 日本：札幌地方裁判所平成28年(わ)第293号(札幌地裁平成28・6・6LEX/DB25543425)

(a)主文：被告人を懲役3年に処する。その刑の一部である懲役10月の執行を3年間猶予し、その猶予の期間中被告人を保護観察に付する。

(b)量刑の理由<sup>297</sup>(抜粋)：

---

<sup>296</sup>観察対象である薬物事犯と窃盗の選定理由については、日本の場合、令和3年版犯罪白書によると、令和2年に一部執行猶予付判決の言渡しに関する罪名別では、覚醒剤取締法違反が91.0%と最も多く、次いで、大麻取締法違反3.2%、窃盗1.9%の順であった。法務省法務総合研究所『令和3年版犯罪白書－詐欺事犯者の実態と処遇－』40頁参照。したがって、本稿では、日本の場合に応じて、台湾の場合も、日本と同様の犯罪類型を観察対象として検討したい。

<sup>297</sup>本判決の量刑の仕組みに類似する例は他にもある。例えば、東京地方裁判所令和2年特

「被告人は覚せい剤の自己使用の前科が**5犯あり**（太字は筆者による、以下同様）、いずれも**服役した**にもかかわらず、再び本件犯行に及んだだけでなく、被告人が述べるところによっても、本年3月頃から覚せい剤を購入して約6回使用したということを併せて考えると、被告人の**覚せい剤への依存性は強く、再犯の恐れが認められる**。このような被告人に対しては**厳しく非難すべきである**。そうすると、**被告人の刑事責任は重く、相当期間の実刑は免れない**。……被告人は……初めて受刑した際に薬物再乱用防止プログラムを受講したのみであって、近時は同プログラムを受講していないこと、前刑出所後3年7か月以上は覚せい剤を断って生活していたこと、被告人の夫がその監督を約束しており、社会復帰後の生活環境が整うことが十分に期待できることなどを併せて考えると……その一部については保護観察付きの執行猶予として……」

b. 台湾：臺灣臺北地方法院101年度審簡字第123號

(a) 主文：被告人を有期懲役刑2年に処する。この裁判が確定した日から5年間その刑の執行を猶予する。執行猶予期間に被告人を保護管束処分に付し、同時に指定した民間団体に150時間の義務労務を提供する。犯行に係る所持品を没収する。

(b) 量刑の理由<sup>298</sup>（抜粋）：

「**被告人に前科がなく**、事実を認めて反省の態度を示していること、違法な薬物販売による所得金額が4万円余りと犯行の回数が2回であり、しかもこの2回の犯行において販売した薬物（合計）20グラム余りなどの事由を考慮すれば、**社会に重大な影響を与えるとは言えない**。……**決して二度と同じ罪を犯さないと警告すること**を考慮し……被告人に対し、主文の刑を定めた上で、今回に限りその刑の執行を猶予し、同時に保護管束処分と義務労務処分に付するのが相当と判断した。また、本件判決の命じた義務労務処分の内容と介護時間に関しては、内容では認知症或いは体の不自由或いは難病に罹っている高齢者

---

(わ) 第1164号、大津地方裁判所令和2年（わ）第31号などである。

<sup>298</sup>2020年から本判決の量刑の仕組みに類似する例もあり、例えば、臺灣臺南地方法院110年度訴字第905號刑事判決、臺灣桃園地方法院111年度訴字第14號刑事判決などである。

の介護をすることであり、介護時間は毎月3時間で、50月（4年2ヶ月）にすることになるという。」

c. 小括

上記の日台における判決文の中で、太字と下線部で示された内容には、以下のような二つの共通点がある。一つは、再犯防止の必要性和相当性が前科に直接関係しており、それによって被告人に対する非難の程度と量<sup>299</sup>が決められる。(太字) もう一つは、再犯防止を前提として、裁判官が被告人を保安処分<sup>300</sup>に付するかどうかに関する判断は処遇プログラムの実効性確保によるとする。(下線)

・第2類型：窃盗

a. 日本：前橋地方裁判所平成28年（わ）第511号（前橋地裁平成29・2・6LEX/DB25546814）

(a) 主文：被告人を懲役8月に処する。未決勾留日数中50日をその刑に算入する。

(b) 量刑の理由<sup>300</sup>（抜粋）：

「本件は、窃盗罪等により懲役刑の全部の執行を猶予されて保護観察に付され（上訴権放棄により確定）、その猶予期間中であった被告人が、その宣告後約2週間で、コンビニエンスストアにおいて成人向け雑誌12冊（販売価格合計8672円）を**もう一度万引きした事案**である。……被告人は、本件犯行後逮捕までの約1か月間、福祉施設での支援を受けての生活を通じて人間的な成長を見せており、当該福祉施設の担当者らも、被告人を**受入れて再犯をしないよう教育を続ける意思を示している。しかし、刑罰を用いた教育（特別予防）の見地からのこれらの事情は、刑の大枠までを左右する要素とはならない。**……

---

<sup>299</sup>具体的には、刑の一部執行猶予の場合、全部実刑か刑の一部執行猶予かの二者択一・猶予期間と保護観察処分の長さを決めることであり、条件付き執行猶予の場合、単純執行猶予か条件付き執行猶予かの二者択一・条件付きの「条件」の種類を選定とその選定された条件と保護管束処分と一緒に運用する期間の長さを決めることである。

<sup>300</sup>判決データベースを通じて検索したところ、窃盗という犯罪類型において、刑の一部執行猶予の適用対象とする基準が具体的に記載されたことは本判決のみだった。

刑の一部の執行猶予の適用についても検討すると、本件犯行の内容や時期、動機、被告人の障害によれば、被告人が再犯に及ぶおそれは相応に高い。……保護観察による専門的処遇の枠組みの中だけでは被告人の犯罪傾向の改善に向けた処遇を的確に実施することは、事案の性質及び被告人の障害特性上、困難というほかない。……本件において、刑の一部の執行猶予が必要かつ相当とはいえない。」

b. 台湾：臺灣高等法院高雄分院 105 年上易字第 628 號刑事判決

(a) 主文：被告人を有期懲役刑 1 年 10 月に処する。この裁判が確定した日から 5 年間その刑の執行を猶予する。執行猶予期間に被告人は保護管束処分・被告人が指定した民間団体に 240 時間の義務労務・5 回程度の「行政機関で法教育課程を受けること」この三つの処分が義務付けられている。

(b) 量刑の理由<sup>301</sup>（抜粋）：

「本件は、被告人は被害者が経営している宝くじ売り場に潜入し、宝くじ券（数枚、合計金額約 5 万 4 千 3 百 6 十 0 円）を盗んだ事案である。……被告人は既に約 7 万 2 千の和解金で被害者と和解し、それで被害者は被告人が自分の罪行に対する反省の気持ちが伝わったので、被告人を引き続き非難する気持ちがないと述べた。……前述したことを踏まえて、再犯の恐れがないと認められる。だが、今回の事案から見て、被告人に一般国民の法律常識が足りないと判断した。正確な法律常識を教えること及び決して二度と同じ罪を犯さないと警告することを考慮して、被告人に対し、主文の刑を定めた上で、今回に限りその刑の執行を猶予し、同時に保護管束処分と 5 回程度の法教育課程を受講することと 240 時間の義務労務処分に付するのが相当と判断した。」

c. 小括

上記の日台における判決文の中で、下線部と太字で示された内容には、直ちに以下のよ

---

<sup>301</sup>2020 年から量刑の仕組みに類似する最新例は臺灣屏東地方法院 109 年度易字第 1088 號刑事判決、臺灣臺北地方法院 111 年度簡字第 504 號刑事判決、臺灣臺南地方法院 111 年度易字第 224 號刑事判決などである。

うな特徴が見られる。

まず、再犯防止と刑罰の関係性である（下線部）。この点について、日本であれ、台湾であれ、特別予防に所属する再犯防止の効果を犯罪者に対する管理・コントロールに求めることに共通する特徴である。

次に、刑の一部執行猶予と条件付き執行猶予の適用対象者とならない理由である（太字）。この点については、日本と台湾の共通点と相違点がある。共通点として、再犯のおそれの有無・程度が当該制度の適用対象者になれるかどうかを決める。相違点として、その共通点で述べた再犯の恐れに関する判断の根拠について、日本の場合、同種の犯罪記録と処遇プログラムの実効性この二つの要素があり、台湾の場合、被害者との和解の申立ての有無という形式上の要素が重視されている。

### 3. 検討

前述した1. を踏まえて、量刑領域における再犯防止概念に言及するにあたっては、実務において用いられている手法は同じく市民の不安を解消することを前提とした上で、二つの特徴があると考えられる。第一には、犯情においてリスクをコントロールする効果は厳しい刑罰の賦課に求めること<sup>302</sup>（以下では、犯情による再犯防止と呼ぶ）に期待されている。第二に、一般情状においてリスクをコントロールする効果を保安措置の指導・監督面機能の強化（以下では、一般情状による再犯防止と呼ぶ）に求めることが期待されている<sup>303</sup>。問題は、その二つの特徴に関する再犯防止の理解と運用にある。以下では、2. の（2）実務運用の第1類型と第2類型のc.小括を分析対象として、その内容の確認と検

---

<sup>302</sup>例えば、日台における累犯加重という刑法の規定（日本は56条、台湾は47条）の構造から見て、刑が加重される理由は罪責に対する考慮ではなく、再犯可能性を実現した犯罪者が初犯より強く非難されるべきだと言える。その非難に関係する刑罰の運用は、ほぼ拘禁刑の運用と同義であり、監禁手段を通じて犯罪者と外部社会とのつながりを遮断できるため、再犯リスクを物理的に強制的に最小限に抑える。そうすると、一般大衆は最大限の安心感を得ることができることが政府に期待されている。リスク社会における再犯防止対策に関する制定過程分析の詳細については、David Garland, *The culture of control: Crime and social in contemporary society*, The University of Chicago Press 2001, pp.103-105.

<sup>303</sup>*Id.* at p.177.

討をそれぞれ行う。

a. 再犯防止が第1類型のc. 小括で表現されている場合

薬物犯罪に関する量刑判断において前述したように、日台における裁判実務の共通点として、(a) 前科の有無が再犯防止の必要性和相当性の判断基準であることと、(b) 再犯の有無が処遇措置の実効性確保の前提要件であることが、再犯リスクをコントロールする効果の向上に関係し、上述した犯情による再犯防止と一般情状による再犯防止につながる傾向が見られることが挙げられる。そこで、いくつかの指摘すべき点が生じる。まず、(a) については、犯罪性の表出（前科は犯情要素である犯罪動機同様）と法規範軽視の姿勢<sup>304</sup>（前科は一般情状要素として扱われる<sup>305</sup>）のこの二つの性質がある前科は、議論が展開される際に、実務上よくある犯情か一般情状かという位置付けの問題へのこだわりより、考慮の内実を問題にすべきであると述べられている<sup>306</sup>。だが、再犯防止のために、前科が執行猶予判決において運用されている現状から見ると、前科自体の位置付けの問題はもちろん、おそらく前科自体に対して考慮の内実を問う問題についても提起される価値を失う可能性がある。なぜならば、再犯リスクを有効に抑えることを追求するために、前科の運用は被告人の改善更生に有利になる犯罪原因の分析と処遇上のニーズの充実に関する再検討ではなく、単なる再犯により社会に不利になった責任を背負うことに重点を置くことになることが重要だからである。そうだとすれば、軽い罪を犯した者に対しても、前科があるとしたら、最大限に彼らの悪性を再び非難するために、処遇効果の有無よりも、むしろ監視・コントロール効果が強い刑罰（または措置）を施すことは刑の量定と猶予制度の運用効果（短期自由刑の弊害を回避すること<sup>307</sup>）に一致しないと思われる。

---

<sup>304</sup>ここでは一般情状要素として扱う。例えば、東京高裁平成25年6月20日判例時報2197号136頁を参照。

<sup>305</sup>難波宏「前科、前歴等と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系 第3巻 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）61頁の注85。

<sup>306</sup>樋口亮介・前掲注（250）197頁の注68。

<sup>307</sup>今までの分析結果では、短期自由刑の弊害を回避することが日台における執行猶予制度の運用目的に含まれていないという帰結が存在することが否定できない。したがって、短期自



次に、(b)については、抜粋した量刑理由によって日台における裁判官が被告人を保安処分<sup>308</sup>に付し、決められた処遇内容<sup>308</sup>を強制的<sup>309</sup>に被告人に受けさせることによって再犯を防ぐことができるという考え方が明確に見られる。しかしながら、そういう考え方を特に依存性・反復性のある犯罪の場合において実践しても、再犯を防ぐことが極めて困難であると考えられる。犯罪心理学の相関的研究によると、犯罪者向けの処遇プログラムの実効性を確保できるかどうかという点に欠かせないことは自己統制力(学んだことを実行する力)と自己認識力(指導を受け入れる力)であると指摘されている<sup>310</sup>。したがって、普通の犯罪よりも、依存性・反復性のある犯罪(例えば、薬物事犯、性犯罪)の方がその二つの力の育成はさらに困難であるが、重要であると推測できる。しかしながら、抜粋した量刑理由において、裁判官は被告人がその二つの力を持っている状況についての調査・確認<sup>311</sup>を事前に行わないまま被告人に対する処遇内容を決めることが明らかであった。そこで、処遇内容が決められた根拠は、おそらく裁判官自分自身の実務経験、もしくは被告人の前科のみによるものと考えられる。そうだとすれば、こうした場合は裁判官が決めた処遇内容による効果がない、もしくは極めて低いと判断されたとしたら、被告人は再犯り

---

由刑の弊害を回避することをせいぜい当該制度運用時の付加効果のみとして理解すべきである。

<sup>308</sup>日本の場合において、法務省に所属する保護観察所が作った4つの専門的な処遇プログラム(薬物事犯・性犯罪・暴力・飲酒運転)があり、台湾の場合において、裁判官が法定的負担または命令を命じる権限だけでなく、処遇内容を決める権限も持っている。

<sup>309</sup>台湾だけではなく、日本でも規定により被告人が注156で述べた内容に従わないとしたら、執行猶予の取消しになり、本来の言い渡された実刑に服する可能性がある(台湾刑法第75-1条第4項、日本刑法第27条の5、日本薬物法第5条)。

<sup>310</sup>大江由香・杉浦義典・亀田公子「犯罪者処遇の効果の向上に関する一考察—犯罪者に対するマインドフルネス瞑想の可能性—」教育心理学研究第68巻第1号(2020年)94-95頁。

<sup>311</sup>社会国家の理念に由来する犯罪者の再社会化とは、国家社会に社会生活を立派な人格者の育成とは言えないが、少なくとも社会生活を一般的に営むことができる人間、「社会的責任を持って生活する能力」を有する人間へと犯罪者を導くことである。石川正興『犯罪者処遇論の展開』(成文堂、2019年)32頁参照。この石川氏の見解に沿って、犯罪者の再社会化という概念の基盤となった社会政策の下で、犯罪者の自己統制力と自己認識力を育てることを責務として行うのは政府であるため、政府がその二つの力の育成を前提にして、犯罪者一人一人に合った最もふさわしい処遇内容を決めるべきだと思われる。

スクがまだある、または従来と同様に高いという理由で、再犯防止についての責任をすべて被告人に課すこととなるという懸念が払拭できないと思われる。

b. 再犯防止が第2類型のc. 小括で表現されている場合

窃盗罪に関する量刑判断において、第2類型のc. 小括で例の量刑理由により日台における共通点と相違点を示した。共通点については、再犯のおそれの有無・程度は制度の適用対象者になる基準であるが、そもそも再犯のおそれは再犯リスクと同義であるため、再犯リスクのように判断の蓋然性に本質的に乏しい。結局は、再犯のおそれの有無・程度を測る際に前科の有無に頼るしかないため、個別的必要性に応じた処遇を行う意義を失ってしまう。また、再犯の恐れに関する判断の根拠、すなわち再犯防止の相当性の確認問題という点で、日本における同種の犯罪記録と処遇プログラムの実効性という要素と、台湾における被害者との和解という要素の相違点があるが、後者は前者と同様に一つの問題に直面しなければならない。それは被告人の更生意欲に関する確認の困難さである。なぜならば、前者は制度設計の関係で、後者は量刑事情である一般情状要素と違う刑事政策的要素の混入により、再犯防止への取り組みを被告人の更生意欲ではなく、厳罰や前科による責任非難の強調に求めることになるからである。本稿は、被告人の更生意欲の有無・程度は前述した自己統制力と自己認識力の育成に関係し、被告人が自らの犯罪行為に対する否定的価値判断を前提として、規範意識に基づいて社会に受け入れられるまで努力するなどといった特別予防的考慮を重視すべきものと解する<sup>312</sup>。そこでは、再犯防止は更生意欲と共に反射的效果としても現れることになると思われる。

---

<sup>312</sup>例えば、被害者との関係を修復することは刑の減輕につながるという点で、被告人の動機・意図をどう評価すべきなのかは看過できない。城下・前掲注(4) 228 - 229 頁参照。

## 第四章 結論—総括と提案

### 第1節 総括

本稿における分析・検討を踏まえ、現在行われている日台における執行猶予制度の全貌と実相を刑罰論・量刑論から検討した上で、その共通点と相違点を明らかにした。それらを総括的に言うと、序章を除き第1章から第3章まで各章それぞれで考察と分析を行った結果、個別課題と共通する課題に大別することができる。具体的には、以下の通りである。

序章では、比較法の視点から日台における執行猶予制度の量刑判断、特に量刑事情である一般情状を分析対象とすることに主眼を置き、本稿の問題意識と分析視角・本稿の構成及び主な用語の説明を述べた。

第一章では、刑罰論の観点から日台における執行猶予制度形成の歴史的な経緯を掘り下げる作業を行った。そこで明らかになったことは日台の共通点であり、以下の二点である。1点目は、執行猶予はプロベーションと結合することである。2点目は、恩赦の意味があることである。前者では、プロベーションをヨーロッパ大陸に導入する前に、ヨーロッパ大陸における元々ある犯罪者の善行保持を要求すること、いわゆる「条件付き」が存在し、その後、導入されたプロベーションと結合する形になった。このことは、日本と台湾の制度運用においても主な特徴として機能しているが、そこで犯罪者の善行保持のために、プロベーションを通じて犯罪者を監視・コントロールすることを重視した結果、英米のように犯罪者の矯正効果を確保するために、プロベーションに判決前調査制度を合わせるという形（宣告猶予制度）と異なることが明らかになった。後者では、執行猶予が運用される際に、適用対象者が執行猶予期間中に有権者（更生保護の業務を遂行する役割を担う者）からの指示を遵守しない場合には、執行猶予が取り消されており、服役することになるという制度が設けられている。そういう制度設計は行政権の行使を通じて刑罰権を消滅させ

るか否かを決めるという点で恩赦の意味に類似した性質を看取することができる。

上記の二つの共通点から見て、犯罪者の善行保持に対する可能性の有無確認とその後の監査に重点を置いた結果、日台における執行猶予制度は犯罪者の悪性に属する犯行歴と刑種をメインとする制度の適用条件だけではなく、服役の可能性から生じる威嚇効果にもより、犯罪者を許すかどうかという刑事上の一時的な緩和措置（もしくは自由刑に付属している措置）だと言えるだろう。そして、それによって「犯罪者の社会復帰」の基本理念及び「自由刑の弊害を防ぐ」という期待効果と噛み合わない状態が残っていることを表している。

第二章では、近年の司法統計を通じて日台における執行猶予制度の運用実態を明らかにした。具体的には、①執行猶予率、②執行猶予期間の長さ、③執行猶予の取消事由のこの三つの項目から日本と台湾、それぞれのデータの分布状況を整理し、比較した。その結果の要約は以下の通りである。

①「執行猶予率」について、日本の場合には、刑の一部執行猶予率を除いて、地裁における懲役刑と懲役刑の執行猶予率はそれぞれ平均6割・9割となっている。また、2016年から実施されている刑の一部執行猶予率においても、3年以下の実刑の3割程度が当該制度の適用対象者という実施状況が見られる。それに対して、台湾の場合には、執行猶予率には2005年から実施されている条件付き執行猶予率が含まれているが、全体で1.5割を超えていないのである。

②「執行猶予期間の長さ」について、執行猶予期間の算定は自由刑の刑期の1.5～2倍となることが日台における実務上の共通点である。また、再犯リスクが高いと認められた場合においては、台湾だけではなく、日本でも執行猶予期間が長くなる傾向にある。

③「執行猶予の取消事由」について、台湾は日本と同様に最も多いのは適用対象者が執行猶予期間中に再犯により禁錮以上の刑に処されたことである。

犯罪者になるべく刑務所に赴くことを避けるという点で、上記の①の統計により、表面

上は日本の方が、台湾と比較して執行猶予制度を積極的に運用していると言える。しかしながら、上記の②③の統計から見ると、日本と台湾の裁判官は共に、執行猶予判決を下す際に、量刑判断である犯情と一般情状への考慮について、特に再犯リスクが高い犯罪者に対して、一般情状よりも、犯情をより重視し、全体的に特別予防効果を犯情または実刑による威嚇効果に求める傾向を示している。

第三章では、第1章の帰結を第2章の整理結果に合わせると執行猶予判決の形成過程において、現在運用されている量刑判断に関して、一般情状に対する認識と運用をめぐる問題を明らかにした。その問題を解決するために、量刑判断の背後にある思考モデルと再犯防止概念に関する検討を行った。その検討結果の要約は以下の通りである。

第一に、行為者の責任を量刑の「基礎」としたことから生じた日本式（すなわち、一般情状が副次的な位置を占めており主要な位置を占める犯情事実を調整するもの）、と条文の構造設計と量刑理論の停滞が原因で「量刑基準」と「量刑事情」が混同されたままの状態から生じた台湾式（すなわち、一般情状が行為責任・犯情と共に一斉に考慮するため、一般情状の位置付けと機能が全て裁判官の心証で決められるの）を提示した。ここでは、日本式及び台湾式に各々の問題点があり、修正する必要があるという結論に達した。例えば日本式は一般情状に対する考慮が足りないことが原因で犯人の再社会化という機能の発揮が相当に抑えられ、台湾式は裁判官から一般情状の仕組みに対する認識の不足により、一般情状の特別予防機能から犯情の特別予防機能に転換してしまうこと、さらには両者ともに再犯防止概念の誤用傾向があることなどである。そして、本稿は「行為者の責任を量刑の上限とし、特別予防の必要性に応じて刑罰を決める」という思考モデルを日本式と台湾式の代案として提示し、そこでの特別予防の運用については、一般情状事実の中から犯人の再社会化に資する要素と刑罰を減輕する要素を抽出することに限定されることを求めるものである。

第二に、日台における執行猶予判決を通じて再犯防止概念の明文化により生じた課題を

検討した。そこで治安改善という目的を主とした再犯リスクの管理は、再犯防止概念の明文化と結合し、一つの主な量刑基準として量刑実務に徐々に浸透していることが判明した。その結果、刑の量定を行う際に特別予防的考慮の形骸化がさらに進む可能性があるという問題点を指摘した。また、本稿の立場として、再犯防止と福祉の連携が不十分であり、また、特別予防から処罰を限定する機能が期待されにくい現有の制度設計において、再犯防止は量刑基準としてではなく、犯罪者の更生意欲と共に反射的效果またはとして理解されるべきであると考え。一方で、日本と台湾では、現在既に明文化された再犯防止概念は量刑判断の重点内容として行われている。したがって、量刑上再犯防止概念の不当利用を避けるための唯一の対策は、消極的責任主義を再確認した上で、処遇の特徴である公益的、福祉要素、保護要素から再犯防止の運用を限定することと思われる。再犯防止の目的は、強制的でない被告人の更生意欲の喚起に導かれるような枠組みの確立を通じて特別予防的機能を補強することである。

## 第2節 提案

本稿における分析を踏まえるならば、現在、日本と台湾の執行猶予制度は各々の量刑判断に合わせて運用されているが、制度自体に内在する恩赦的性質と社会内刑罰の意味が払拭できないため、量刑判断において、一般情状事実が考慮される際に、実刑による効果のように犯罪者に対する強制・監視・コントロールに重点を置くという傾向が生じることは否定できない。その傾向を抑制し、同時に、執行猶予は実刑に比べて司法・行政・福祉が連携して直接働きかける側面<sup>313</sup>が強いという利点を最大限に活用した上で、犯罪者に対する人間性の回復や人間尊厳の尊重や社会的包摂に取り組む支援向けの処遇措置になるこ

---

<sup>313</sup>いわば司法福祉と言える。加藤幸雄によれば、「司法福祉とは、司法による決定が有効と思われる課題について、心理・教育・社会福祉などの知見や方法を活用して、当事者の権利擁護に寄与する実体的な問題解決・緩和を行うための諸施策、諸活動を総称する」とするものである（藤原正範、古川隆司編『司法福祉：罪を犯した人への支援の理論と実践（第2版）』（法律文化社、2017年）223頁）。そういう説明に沿って、執行猶予制度の運用価値は、裁判官が犯罪者の法的主体性を尊重するという立場に立って、一般情状事実を考慮することを通じて最大の福祉的支援を政府に要請する姿勢に引き出されることもあり得る。

とを目指すために、本稿が提唱する量刑判断の仕組みを採用すべきことだけではなく、制度自体も見直す必要があると考える。見直すべきところについては、以下3点提案を行う。

第一に、執行猶予制度は自由刑に付属している措置ではなく、独立の制裁手段だと考えるべきである。この考え方に基づくならば、たとえ執行猶予判決を言い渡された被告人がある事情（執行猶予期間中に他の罪を犯したことや遵守事項に違反したことなど）で執行猶予の取消しの適用対象者になっても、自由刑以外の矯正措置を受ける可能性があるため、自由刑の弊害を防ぐという制度の運用効果が生じる。

第二に、量刑判断において、前科の運用が厳罰化の契機にならないように、制度の法定要件・刑の加重要件・社会内処遇の利用回数に関する制限から外し、その代わりに被告人の改善更生に有利になる犯罪原因の分析と処遇上のニーズの充実に関する再検討という方向性につなげるべきである<sup>314</sup>。これによって、一般情状が考慮される際に、前科は被告人の改善更生に資する要因になり、運用上の合理性と妥当性が維持されと考えられる。

第三に、執行猶予判決を言い渡された被告人の自発的な規範意識・更生意欲を喚起するために、従来は執行猶予期間中に運用されている処遇プログラムや遵守事項の内容の在り方に関しては、主に業務担当者（日本は保護観察官・台湾は保護管束官）が決定してきたが、そこでは被告人の更生効果を発揮できる自己統制力と自己認識力の養成状況を把握しにくいため、修正する必要がある。例えば、執行猶予期間中に処遇プログラムや遵守事項の内容の在り方に関しては、自己決定権<sup>315</sup>を被告人に与え、被告人がその自己決定権の行

---

<sup>314</sup>ここでは、自由刑の弊害を防ぐことと一般情状における特別予防を確実に機能させるために、執行猶予の運用は前科に縛られるべきではない。要するに今まで単なる前科を通じて執行猶予の適用対象者を決めるという制度設計を見直す必要があることを補足意見として述べたい。

<sup>315</sup>金井直美によれば、「自己決定の概念は、自由の主体としての自己を明確に意識し、自由の客体としての世界や社会、他者の中で、自己に関わる事柄を自由に決定するということの意義を強調する」とするものである（金井直美「自己決定の限界と可能性－自己決定の主体と能力をめぐる考察－」政治学研究論集第33号（2011年）151頁）。自己決定権を被告人に与えるという点で業務担当者の役割は被告人がその権利を行使する際に、被告人の主体性を尊重するために、脇役として協力するものだと考えられる。

使を通じて業務担当者と交渉する<sup>316</sup>。これによって、被告人はその交渉の結果による責任を自分の意思で負うため、その交渉内容を実行する意欲が上がるにつれて、自己統制力と自己認識力は連带的に喚起されるようになる。また、それに加えて、被告人が処遇プログラムや遵守事項の内容を確実に実行し、業務担当者がその自己統制力と自己認識力の養成効果が得られるかどうかに関する評価を行う。そして、その評価された養成効果の結果に基づき、一般情状事実の判断内容とすることによって執行猶予期間の長さを縮小できる、という司法上の裁量権の創設が必要である。

## 残された課題

本稿では量刑判断に関わる刑罰論と量刑論という視点から、日台における執行猶予制度の全般を分析した。これによって、日台における執行猶予制度自体には、脈々と受け継がれる伝統的な「恩赦」的性質と「監視・コントロール」が存在するが、犯罪者に対するリスク管理への取組を通じて強化されつつあることが確認できた。そして、この分析を通じて、今後日台における執行猶予制度の運用において、制度設計に関する改革と量刑判断における「犯罪者の更生に資する量刑基準」の構築への示唆を得ることができた。一方、本稿の分析を通じて、日台両国において、量刑判断を行う際に再犯防止のために、犯情事実重点を置く傾向が強いが故に、執行猶予の適用対象者に対して、処遇措置（執行猶予期間やプログラムの内容など）を施す謙抑的な姿勢を期待することの限界が浮き彫りとなった。とりわけ、依存性・反復性のある犯罪類型に対する量刑判断が再犯の防止等に関する

---

<sup>316</sup>ここで強調したいことは、矯正処遇の設計内容は遵法的な市民としてのアイデンティティの内在化を強化することにつながる必要だということである（山梨光貴・前掲注（120）192-193頁）。現代社会において、人間は社会集団の一員としてどのような状況下であろうと、自分と他人の間にどれほどの差があろうと、人々の人生において自らが他者や社会との関係の中で自己決定をしているという感覚を通じて生きること積極的な姿勢を持つ自分のアイデンティティを示す必要があると考える。被告人にとってそのアイデンティティを再構築するために、社会に馴染むための社交性や対話能力の養成などを中心とした処遇内容を重視すべきである。



施策の重点課題とされ、効果がある処遇措置が強く求められている現状においては、刑事司法と福祉の具体的な連携の在り方は喫緊の課題となっている。本来であれば、こうした課題については、各犯罪類型に適宜に対処し、同時に特別予防の機能を最大限に発揮するために、処遇論の視点から一般情状の考慮に関する各種の量刑要素を検討し、そこから「福祉の司法化」の回避の方法を導き出す必要があった。しかし、本稿では問題の所在を指摘するに留まった。今後は、この根本的かつ本質的な問題の解決を念頭に置いて、関連研究を進めていかなければならない。

また、本稿では、英米法系の宣告猶予制度に関する説明において、執行猶予制度の原型として歴史的背景に言及したが、特別予防上の必要性・有効性、罪責認定と量刑判断の手續二分論的運用の検証、量刑の在り方に関わる社会調査制度の位置付けといった点については、執行猶予制度の検討のための関連問題として深く掘り下げることができなかった。これらについても、今後の課題としたい。

#### 【付記】

本稿は、公益財団法人末延財団奨励費の助成を受けたものである。

【付録】

台湾における執行猶予に関する刑法改正の内容

(下線は改正内容を示す)

2005年以前	2005年以後
<p>第74条</p> <p>二年以下の有期懲役刑<sup>317</sup>、拘留または罰金の宣告を受け下に挙げられる事由の一つに該当する場合には、暫く刑の執行を保留することを適当と認めるときは二年以上五年以下の刑の執行猶予を宣告することができる。その猶予期間は裁判確定の日より起算する。</p> <p>一、前に有期懲役刑以上の刑の宣告を受けざる者。</p> <p>二、前に有期懲役刑以上の刑の宣告を受けたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除を得た後、五年以内に有期懲役刑以上の刑の宣告を受けざる者。</p>	<p>第74条</p> <p>1 二年以下の有期懲役刑、拘留または罰金の宣告を受け下に挙げられる事由の一つに該当する場合には、暫く刑の執行を保留することを適当と認めるときは二年以上五年以下の刑の執行猶予を宣告することができる。その猶予期間は裁判確定の日より起算する。</p> <p>一、前に<u>故意による犯罪行為を犯し</u>、有期懲役刑以上の刑の宣告を受けざる者。</p> <p>二、前に<u>故意による犯罪行為を犯し</u>、有期懲役刑以上の刑の宣告を受けたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除を得た後、五年以内に有期懲役刑以上の刑の宣告を受けざる者。</p> <p>2 <u>刑の執行猶予を宣告する際に、被告人の事情により、下記の定める各事項を遵守することを被告人に命ずることができる：</u></p> <p>一、<u>被害者に謝罪すること。</u></p> <p>二、<u>悔悟書を提出すること。</u></p> <p>三、<u>被害者の財産的及び非財産的な損害に対し相当額の賠償を支払うこと。</u></p> <p>四、<u>公庫に相当額の賠償を支払うこと。</u></p> <p>五、<u>指定した政府機関、政府機構、行</u></p>

<sup>317</sup> 台湾の現行刑法は、刑罰の種類として、死刑・無期懲役刑・有期懲役刑・拘留（禁錮刑相当）及び罰金刑が主刑（刑法第33条）、公権褫奪が付加刑（刑法第36条）とされている。

	<p><u>政法人、コミュニティ、又はその他公益目的の機構または団体に40時間以上240時間以下の義務労務を提供すること。</u></p> <p><u>六、禁絶治療、心理補導又はその他適切な処遇措置を受けること。</u></p> <p><u>七、被害者の安全を保護するために必要な命令に従うこと。</u></p> <p><u>八、再犯予防に必要な命令に従うこと。</u></p> <p><u>3 前項に定める各事項は判決文に記載しなければならない。</u></p> <p><u>4 前項の三・四号の執行は、民事で強制執行を行う。</u></p> <p><u>5 執行猶予の言い渡しの効力は、従刑と保護管束の宣告に及ぶものがない。</u></p>
<p>第75条</p> <p>次に挙げられる事由の一つに該当する場合には、執行猶予の言渡しを取り消す。</p> <p>一、猶予の期間内に更に罪を犯し、有期懲役刑以上の刑の宣告を受けたとき。</p> <p>二、猶予の言渡し前に他の罪を犯し、刑の執行猶予期間内において有期懲役刑以上の刑の宣告を受けたとき。</p> <p>2 過失による罪を犯した者は、前項の規定の適用対象外となる。</p>	<p>第75条</p> <p>次に挙げられる事由の一つに該当する場合には、執行猶予の言渡しを取り消す。</p> <p>一、猶予の期間内に更に<u>故意による他の犯罪行為を犯し、6月以上の有期懲役刑の刑の宣告を受けたとき。</u></p> <p>二、猶予の言渡し前に<u>故意による他の犯罪行為を犯し、刑の執行猶予期間内において6月以上の有期懲役刑の刑の宣告を受けたとき。</u></p> <p>2 <u>前項の取消しの請求は、実刑判決確定から起算し、6月以内に提出すること。</u></p>
<p>第75条の1 なし</p>	<p><u>第75条の1</u></p> <p><u>次に挙げられる事由の一つに該当し、同時に刑罰を執行する必要があると認められた場合には、執行猶予の言渡しを取り消すことができる。</u></p> <p><u>一、猶予の言渡し前に故意による他の犯罪行為をし、刑の執行猶予期間内</u></p>

	<p><u>において6月以下の有期懲役刑、拘留或いは罰金の刑の宣告を受けたとき。</u></p> <p><u>二、猶予の期間内に更に故意による他の犯罪行為をし、6月以下の有期懲役刑、拘留或いは罰金の刑の宣告を受けたとき。</u></p> <p><u>三、猶予の期間内に更に過失による他の犯罪行為をし、有期懲役刑の刑の宣告を受けたとき。</u></p> <p><u>四、第74条第2項の各事項に違反した者。</u></p> <p><u>2 前項の一、二、三、号に関する取消しの請求は、実刑判決確定から起算し、6月以内に提出すること。</u></p>
<p>第76条</p> <p>刑の執行猶予の言渡しを取り消されることなくその猶予の期間を経過したときは、刑の言渡しは、効力を失う。</p>	<p>第76条</p> <p>刑の執行猶予の言渡しを取り消されることなくその猶予の期間を経過したときは、刑の言渡しは、効力を失う。<u>但し、第75条第2項・第75条の1第2項の場合、適用範囲外となる。</u></p>
<p>第93条</p> <p>刑の執行猶予の宣告を受けた者は、その執行猶予期間において保護管束に付することを得る。</p>	<p>第93条</p> <p>刑の執行猶予の宣告を受けた者は、その執行猶予期間において次に挙げられる事由の一つに該当した場合には、必ず保護管束に付し、それ以外の場合、保護管束に付することを得る。</p> <p><u>一、第91条の1の定める罪を犯した者。</u></p> <p><u>二、第74条第2項の5・6・7・8号を科された者。</u></p>