



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑の執行猶予の量刑判断について（２）：日台における一般情状に対する考察を踏まえて
Author(s)	林, 償紘
Citation	北大法学論集, 75(3-4), 219-259
Issue Date	2024-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93704
Type	departmental bulletin paper
File Information	06_Lin_lawreview_75_3-4.pdf



刑の執行猶予の 量刑判断について（2）

—— 日台における一般情状に対する考察を踏まえて ——

林 儼 紘

目 次

序章

第1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 問題の所在と構成 (以上、74巻4・5・6号)

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

第2款 執行猶予制度の創設

第3款 日本における執行猶予制度の創設過程

第4款 台湾における執行猶予制度の創設過程

第5款 本節の小括

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

第2款 執行猶予制度の基本理念及び自由刑との比較

第3款 日台における執行猶予制度の性質に関する考察

第3節 本章のまとめ (以上、本号)

第2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

第3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

第4章 結論—総括と提案

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

現在運用されている執行猶予制度の源流を追究するには、英米法における宣告猶予制度の形成過程に言及する必要がある。何故ならば、これらの2つの制度設計の出発点が、歴史的に同一の脈絡の下で設定されているからである¹。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過程に影響を与えた要因、すなわち宣告猶予制度の生成背景にある諸事情を考察したい。

1. 制度の定義と生成

宣告猶予（Suspended Imposition of Sentence、略称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して言い渡す判決の内容（有罪・刑罰の宣告）を一定期間留保する制度を指す²。

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³。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る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なされてきた⁴。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ョ

¹ 浦辺衛「執行猶予と宣告猶予」警察論集13巻6号（1960年）63頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣、2008年）572頁。

² 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。

³ 実際には、宣告猶予とプロベーションを一緒に運用する前に、イギリス中世期の裁判実務には、宣告猶予に類似した措置がすでに存在していた。こ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）。

⁴ Maurice Vanstone, *Supervising Offenders in the Community: A History of Probation and Practice*, England: Ashgate, 2004, p.4-5.

ン・オーガスタス (John Augustus, 1785-1859) がプロベーションの創設者であるという説⁵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・オーガスタスはアメリカのボストン (Boston) で自身のビジネスと慈善活動を両立させ⁶、1841年にテンペランス運動⁷を通じて裁判所の仕事に触れ始めた⁸。その後、彼が1859年に逝去するまでの約17年間、犯罪者への支援を重要な慈善活動として献身的に行っていた⁹。

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・オーガスタスは、慈善事業を通じて犯罪者の更生支援にどのように貢献していたのか。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) の内容において、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。」「と記載されている。こ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、

⁵ *Id.*

⁶ *supra note 31* at p.17.

⁷ 19世紀前半から19世紀中盤にかけてのテンペランス運動は、キリスト教などの宗教的信念に基づき、牧師たちが過度な飲酒による弊害を是正するために、小冊子やパンフレットに記載された勧告を配布したり、禁酒誓約書に署名を求めたりして、大酒飲みの人々に道徳的な説教を行うものであった。そしてその後、テンペランス運動は禁酒法運動へと転換した (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)。

⁸ *supra note 4* at p.9.

⁹ Irving W. Halpern, *Decade of Probation: A Study and Report*: Patterson Smith 1969, pp.14-15.

¹⁰ *supra note 4* at p.9.

ジョン・オーガスタスは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。また、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¹¹は刑務所に赴く必要がなくなった。しかしながら、その代わり彼らの判決の宣告が一定期間内に留保され、同時にジョン・オーガスタスの指示の下で彼らが「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されている¹²。

また、上記の運用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・オーガスタスは、①選定（selection）及び②更生の可能性がある被告人（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¹³。

ここでまとめて説明すると、当時、ジョン・オーガスタスは裁判所と共に運用していた方法から見ると、犯罪者が刑務所に収容される必要がない理由として、彼が納付した保釈金が大きな役割を果たしていた。しかしながら、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いう点である。これに基づけば、「プロベーション」という言葉¹⁴の実践的な意義は、裁判官による判決の言い渡しに融合し、協働的に運用することで、宣告猶予制度が法制上に確立される以前から、この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

¹¹ 当時、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った。

¹² *supra* note 4 at p.9.

¹³ Joan Petersilia, *American Probation and Parole Association, Crime and Justice*, Vol.22, 1998, p.32.

¹⁴ 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も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が慣行的に運用されるようになった。その結果、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¹⁵、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¹⁶、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¹⁷。

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、これを条件付きで釈放する処分であった¹⁸。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られたものである¹⁹。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²⁰。

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

¹⁵ 正木亮『刑法と刑事政策』（有斐閣、1963年）147頁を参照。

¹⁶ 大塚仁・前掲注（1）572頁。

¹⁷ 小川太郎『刑事政策講義』（法政大学出版局、1976年）167頁。

¹⁸ 大塚仁・前掲注（1）572頁。

¹⁹ 小川太郎・前掲注（17）167頁。

²⁰ 星周一郎・前掲注（3）77頁を参照。

は犯罪事実の認定に関する手続き進行中、あるいは完了後に、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基づき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²¹。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は違いが見られるものの、実際の運用原理は共通しているため、以下では運用上の重要なポイントについて、説明する際、これら2つの類型をまとめて論じることにした。

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、有給のプロベーション・オフィサーと無給のボランティアが裁判所で果たす役割が特徴的である。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。²²」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。ここではこの法律の運用特性として、以下の4点が挙げられている²³：

- （1）刑務所内の被拘禁者数を減らすこと。
- （2）社会に与える脅威が少なく、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）には、より深刻な罪に対する量刑の差異や、その刑度の厳しさ、あるいは寛容さの必要性に柔軟に対応できる余地を与えるべきであること。

²¹ 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（2）327頁。

²² Neil P. Cohen & James J. Gobert, *The Law of Probation and Parole*, McGraw-Hill, Inc., 1983, p.8.

²³ *supra* note 4 at p.14.

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てきた。まず、宣告猶予制度の運用を表面的に見れば、それは罪を犯すことにより、刑務所に収容される厳しさの代わりに、服役しないまま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、この制度に必ずしも寛大さがあるとは言えない。何故ならば、この制度自体には適用対象者の選別及び身辺事情に関する事前審査体制が設けられており、そ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によってコントロールされているからである。

その際、歴史的に見て、その事前審査体制と専門職の運用から、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ている。特にプロベーション・オフィサーの設立においては、当初は宗教関係者のみが業務を担当していたが、制度の形成に伴いプロベーション・オフィサーが業務の半分以上を担当するようになった。結果として、プロベーション・オフィサーがその役割を果たし、プロベーションの期待効果を確保するために、宣告猶予の対象者は選別と調査の結果に基づいて決められるようになった。

こうした流れがあるからこそ、特定の適用対象者が優先的にこの制度に選別されることにより、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、宣告猶予制度が巧妙に利用されることになると推察される。なお、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維持している限り、その猶予期間は、宣告された刑期が終わるまで継続できる。

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ことを明らかにした。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重視され、後者では犯罪者の矯正に加え、刑事司法の効率的な運用が宣告猶予制度の運用目的として扱われているが、従来の通説として認識されている。しかしながら、両者の運用目的を照らし合わせてみると、後述する執行猶予制度とは異なり、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図は明確

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に一定の条件を設定し、その条件の下で刑の執行を一定期間猶予する制度である。猶予期間中に条件が破られなければ、刑の執行が免除されるか、刑の言い渡しの効力が失われ、刑罰権が消滅する²⁴。

執行猶予制度の生成について、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、大陸法の中で独自の発展を遂げたものとして認識されている²⁵。その独自の発展には二つの特徴がある。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と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かったため、宣告猶予制度の影響がヨーロッパに波及した際、同時にヨーロッパにおける執行猶予制度に関する立法の動きも活発化した。二つ目は、執行猶予制度が宣告猶予制度の影響を受け、プロベーションと共に運用されるものの、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、これが執行猶予制度の発展に結びついた点である²⁶。

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その動きが始まった。1885年に開催された第三回国際刑務会議で、初めて正式な議題に挙げた。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。その時期以降、執行猶予制度の運用において、特に適用対象者が猶予期間を無事に経過した後の法律効果の形態として、2つの代表的な形式が存在する。一つは、刑罰の言い渡しの

²⁴ 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（1）572頁、小川太郎・前掲注（17）163頁。

²⁵ 大塚仁・前掲注（1）573頁。

²⁶ 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。

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)であり、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²⁷。

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がベルギー・フランス型の内容を参考にし、修正されたラテン系諸国およびスイス諸州の立法に従った²⁸ため、同様の脈絡が制度の基本原理として支えていると考えられる。また、先述したように、ヨーロッパにおける執行猶予が英米におけるプロベーション付き宣告猶予という方式から影響を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ーシ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遅れている。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²⁹に、後者は1958年³⁰にプロベーシ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・フランス型およびノルウェー型)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³¹。

(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で議論され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有罪判決を言い渡されたとしても、服役を免除できる猶予制度も含まれていた。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³²。

²⁷ 小川太郎・前掲注(17) 163頁。

²⁸ 林山田『刑罰學(修訂本)』(臺灣商務印書館、2009年) 209-210頁を参照。

²⁹ 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。

³⁰ 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。

³¹ (b)(c)(d)の内容について、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) 26-28頁。

³² 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)

（b）執行猶予を適用する際には、必ず被告人に有罪判決を言い渡し、有罪および刑を宣告する形式が必要である。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、基本的には犯罪者の前科と刑罰の種類が注目点となる。例えば、ベルギーの立法では、前科がなく、懲役刑のみを言い渡された被告人が適用対象者となる規定がある。一方、フランスの立法はベルギーより適用範囲が広く、被告人に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、法文上明らかに執行猶予の適用対象者となる。

（d）ベルギー・フランス型の執行猶予が効果を失う場合は、適用対象者が猶予期間中に新たな罪（重罪または軽罪）により刑の宣告を受ける場合のみであった³³。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ただけでなく、英米の宣告猶予も部分的に取り入れた。そのため、判決により猶予期間中に設定された条件（例えば被害者に対する損害賠償）を遵守しないことや、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場合、猶予の効果を失う理由（前刑の執行を再開することを指す）が明文化された。

3. 小結

執行猶予制度を設立した際の全貌については、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た時点から制度運用による期待効果を図ることが、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以下の3つのヒントを得ることができると思われる。

298-299頁。

³³ ここで注意すべきなのは、当時、執行猶予制度はプロベーションと一体化していなかったため、執行猶予の効果に影響を与える要素について述べる際に、プロベーションは考慮されなかったという点である。

一つ目は、執行猶予制度の創設が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、そもそも刑務所に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、立法者は自由刑の弊害がどのような犯罪類型の対象者に影響を与えるかよりも、その対象者に対して言い渡すべき刑期の長さに注目しているためである。したがって、政策により事前に決められた「短期」自由刑の代案として執行猶予が立法化されたのである。

二つ目は、条件付き有罪判決における「条件付き」の意義の変化についてである。その理由として、前述したように執行猶予は条件付き有罪判決と呼ばれている。しかしながら、実際には、その「条件付き」の運用を考慮すると、英米が運用しているプロベーションがヨーロッパ大陸に導入される前に、ヨーロッパでは被告人に善行保持に役立つ条件が一切付かない単純執行猶予制度が採用されていた。そのため、その時の「条件付き」は単に猶予期間中に被告人が罪を犯さないことを意味していたと考えられる。その後、プロベーションがヨーロッパに導入され、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が浸透し、受け入れられるようになった。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である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、宣告猶予は、前述の通り、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って選定される。一方、執行猶予の場合は、犯罪者の前科や言い渡された刑の種類に基づいて適用対象者が決定される。この点から、宣告猶予制度は、犯罪者の自発的な改善意欲を主に期待する制度と言える。一方、執行猶予制度は、犯罪者の過去の犯罪歴と刑種を主に考慮し、その明文化によって、犯罪者の将来的な矯正可能性の有無が事前に評価されるだけでなく、犯罪者の罪が許されるかどうかも含めた刑事上の緩和措置として機能する。この点で、執行猶予制度は、ある意味で恩赦制度に類似していると言える。

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関連してきた。したがって、日本の猶予制度の創設過程においては、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、現在の日本において被告人に適用されている猶予制度は、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る。この制度は、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、これら3つの類型の創設について、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、文献によれば「国際会議への参加」が有力とされていることが確認できる。こ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である。当時の日本政府にとって、前者（第4回万国監獄会議）に参加するだけでなく、会議の議題として執行猶予制度の是非に触れるのは初めての経験であった³⁴。後者（第5回万国監獄会議）では、前者の成果（ベルギー・フランスにおける執行猶予条文制定の経験）を基に議論が進められ、その結果として、「初犯で短期刑を言い渡された犯人に対し、刑の執行を延期する裁量権を裁判所に与える方法は、これまでに認められた規定の中で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、実践したことを日本国内で報告した。このことから、当時の会議の決議、すなわち裁判所が刑罰の裁量権を持つべきことが、日本において刑事政策上の課題として理解され始めたと推測される³⁵。

³⁴ 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。

³⁵ 正木亮・前掲注（15）120-122頁。

(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、基本的に英米における宣告猶予制度ではなく、ヨーロッパにおける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は、1901年から1904年にかけて、複数回にわたり開催された帝国議会で提出された。しかしながら、プロベーション運用方式の導入に関する意見の対立や日露戦争の影響により、正式な制度としての制定には至らなかった。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、若干の修正を経て、ついに「刑の執行猶予に関する法律案」となり、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³⁶。

(3) 制度誕生から得られた意義

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ため、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から、2年も経たないうちに改正された。しかしながら、当該制度の誕生には、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やヨーロッパ諸国の先例に基づいて生まれたことで、西洋の法と法学を受け入れ、共通の基盤の上で制度が発展したという歴史的な意義である。もう一つは、立法者が西洋の制度を利用することで短期自由刑の弊害を回避できると認識し、執行猶予制度を創設した。そして、制度改正によって適用範囲を拡大することで、間接的に上述の機能を果たすことに刑事政策上の意義があると考えられる³⁷。

2. 保護観察付き執行猶予

(1) 保護観察の定義

保護観察付き執行猶予制度の保護観察とは、「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助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³⁸。こ

³⁶ 三田奈穂・前掲注(34) 96-97頁。

³⁷ 正木亮・前掲注(15) 126-127頁。

³⁸ 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、寺戸亮二「第6章 成人の刑

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、単純執行猶予制度の創設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、執行猶予期間中に警察によって監督されていた³⁹。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・管理するということからすると、単純執行猶予制度は当時の社会における単なる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の結合に関して、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は、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⁴⁰があったが、採用されなかった。しかし、その主張の影響により、1936年の思想犯保護観察法において「保護観察」という用語が法律上初めて使用された。ここで注意すべき点は、「保護観察」とプロベーションには運用上の違いがあることである。こ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があった。

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、規定上の執行猶予が保護観察と結びつく方式

事司法の過程」藤原正範ほか編『司法福祉〔第2版〕－罪を犯した人への支援の理論と実践』（法律文化社、2017年）88頁。

³⁹ 松尾浩也増補解題；倉富勇三郎、平沼騏一郎、花井卓蔵監修；高橋俊俊、小谷二郎共編『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）1658頁。

⁴⁰ 小河滋二郎『刑法改正案ノ二眼目』（明法堂、1903年）38頁。

や実施内容が検討された。ついに、1953年から1954年にかけて法改正が行われた。しかし、その法改正の内容においては、思想犯への適用が普通の犯罪類型に変更されたことに加え、民間団体や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された点が特徴的である。この特徴から、立法者が保護観察制度の構築を根本的に改変することは見られず、保護観察制度の性質は福祉的・支援的外観のみが際立つようになったのである⁴¹。

（３）制度誕生から得られた意義

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。改正の理由は自由刑の弊害を避けるという目的とは関係がなかった。このため、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⁴²ため、犯罪者の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は国家と民間が協働する体制を採用しているものの、実際にはその体制の本質に根本的な差異がある。すなわち、刑罰内容が民間性を内包するかどうかという点から見ると、前者は民間介入が判決宣告前に行われ（非内包型）、後者は民間介入が判決宣告後に行われる（内包型）と言える。

３．刑の一部執行猶予

（１）制度導入のきっかけ－過剰収容や再犯の増加などによる問題の解決

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、法制審議会被収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

⁴¹ 須々木主一「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。

⁴² 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。

（2001年から2005年にかけて収容率が112%以上維持されていた）と受刑者の平均刑期が長期化傾向にあったため、過剰収容問題が深刻化していた。それに加えて、その時期の重大犯罪事件と窃盗・薬物犯罪の多発が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⁴³。そして、これらの課題を解決するために、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⁴⁴を参考にしながら、施設内処遇と社会内処遇を組み合わせる形で制度設計の発想を討議した結果、刑の一部執行猶予制度の導入が決定された⁴⁵。

（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。この定義からは、二つの特徴を捉える。一つ目は、裁判官にとって当該制度は実刑と執行猶予を結合するため、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⁴⁶新たな選択肢として運用できることである。二つ目は、刑の一部執行猶予に関する量刑判断については、従来の量刑判断の仕組みと異なり、より複雑になることである。特に後者（二つ目）の場合、まず、裁判官は実刑か猶予（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選択した場合、宣告刑期における実刑部分と猶予部分の配分、そして保護観察を猶予期間に付するか否か（薬物事犯は除く⁴⁷）を決める必要がある。さらに、もし保護観察を

⁴³ 法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会議事録第1回（2006年9月28日）1-4頁。

⁴⁴ 法制審議会被収容人員適正化方策に関する部会議事録第12回（2008年2月4日）17頁。

⁴⁵ 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、第12回、第13回、第14回の部会にわたり議論された。

⁴⁶ 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。

⁴⁷ 「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

付する場合には、その保護観察期間の長さも考慮する必要があると理解されている。

(3) 制度誕生から得られた意義

先に述べた通り、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、法務大臣からの要請に基づいて設置された。その要請は、「被収容者の適正化」と「再犯防止・社会復帰の促進に関する措置の検討」に関するものだった⁴⁸。しかしながら、2006年から、刑事施設の収容人数が減少傾向にあった⁴⁹ため、「再犯防止・社会復帰の促進」に重点を置いて討議されたという経緯がある⁵⁰。また、これまでの執行猶予制度の設計では、制度の立法目的が条文化されていなかった。しかし、今回の制度では立法目的が「再犯防止」に限らず、この目的を達成するために、制度適用の必須条件としての必要性和相当性に関する判断が、刑法第27条の2第1項の規定内容に明確に組み込まれた。こうした制度が誕生した意義は、再犯防止という目的を達成するために、その制度が果たす役割や存在意義を考えることにあると考えられる。

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には、日本と同様に西洋化の波が押し寄せたことによる近代的な法整備の進展があった。しかし、実際にはそれ以上に日本からの影響が強く、日本と類似した執行猶予制度（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。

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。

⁴⁸ 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。

⁴⁹ 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://hakusyol.moj.go.jp/jp/61/nfm/n61_2_2_4_1_2.html）（最終閲覧日：2024年7月23日）。

⁵⁰ 小池信太郎・前掲注（46）43頁の注7。

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ると、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ことは言うまでもない。そのため、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が明らかである。実際には、その起草期の背景から見ると、大清帝国末期（1902年から1912年まで）の刑事司法制度改革は、清朝の沈家本（Sun Chia-pen）が、当時の担当顧問であった岡田朝太郎氏を中心とする日本人学者らの構想に基づき、外国法制を模倣して行ったもの⁵¹であり、刑法典の最初の草案となった。その中には、すでに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、大清帝国末期から中華民国の初期（1912年から1928年）にかけて運用され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、当時の中国社会の倫理や政治上の権力などの影響を受け、法改正の必要性をめぐる議論が行われていた⁵²。しかしながら、制度の制定や導入等に関する具体的な立法論議は見られず、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に影響され、さらに日本人学者の見解が当時の法改正への一助となったと考えられる。

⁵¹ 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。

⁵² 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。

（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は、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うとされていた。しかしながら、対象者の品行を監督する具体的な実施方法については一切明文化されていなかった⁵³。要するに、これらの規定では、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と言える。

（３）制度誕生から得られた意義

前述のように、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、その導入時期は1902年から1920年までの間であったことがわかっていく。しかしながら、当該制度の制定をめぐる立法上の討議は、当時の資料には明確に記されていない。したがって、この制度の誕生の意義を探る際に、導入当初に何らかの問題を解決しようとする意識があったのか、もしくは問題解決ではなく、単に日本人が媒介した制度が若干加工された上で、そのまま運用されたのかという疑問は依然として残る。

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、および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て、本案では保安処分の章を新設した⁵⁴」と説明されている。その上で、新設された章の中には、初めて保護管束という処分が含まれている。

（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、

⁵³ 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。

⁵⁴ 「中華民國刑法修正案要旨」國民政府立法院會記錄第八卷（2004年）478-479頁。

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年の刑法典の一部として採用されることとなった。具体的に言えば、こ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⁵⁵にも焦点が当てられた。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が統合され、1935年刑法典でもこの形態が採用され、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と保護という新しい考えが法制化された。しかしながら、この新しい考えは犯罪者に対する品行監督処分の一つとして位置づけられ、その実施は警察機関などに委ねられていた。そのため、保護管束処分の運用においては、品行の監督が主となり、指導と保護はその監督に付加するものとして捉えられている。

（3）制度誕生から得られた意義

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年以降の刑法典には、本来の刑罰と新設の保安処分が共存しており、場合によっては併用されるという前提がある。「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⁵⁶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意義は、猶予期間中に再犯を防ぐために、適用対象者に対し監視・監督を中心とした刑罰を与えることにあって考えられる。

3. 条件付き執行猶予

⁵⁵ 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）・監禁保護という三つの処分を、その後新設され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させ、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に取り入れた。

⁵⁶ 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）128頁。

(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年の中華民国刑法典の適用対象ではなかった。しかしながら、第二次世界大戦の終結に伴い、台湾はこの刑法典の適用対象となった。1945年以降、上記の刑法典は台湾において施行され、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が生じたため、大幅な法改正の時期を迎えた。

そして、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（刑法改正よりも他の法改正を優先すべきであること）により、1996年まで刑法の改正は進まなかった。1996年から1997年にかけて仮釈放者が仮釈放期間中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・監視を呼びかけたこと⁵⁷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⁵⁸。

上述の法改正の流れにおいて、当時の執行猶予制度も併せて検討された結果、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過剰収容問題の解決策として誕生した。実際には、過剰収容問題の原因は様々であるが、その中で執行猶予率の低下に直接関係する原因として、多くの軽微な犯罪を犯した者が刑務所に収容されることが挙げられる。

その証拠として、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だった。それに加えて、同時期の執行猶予率は19.08%から年々減少し、13.32%となった⁵⁹。この傾向には、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も含まれている。したがって、過剰収容問題の解決を前提としつつ、上述の傾向を食い止めるために、2005年から条件付き執行猶予制度の運用が開始された。

⁵⁷ 立法院公報（2002年）91巻28期。

⁵⁸ 柯耀程『刑法總論釋義－修正法篇（上）』（元照、2005年）4－8頁。

⁵⁹ 『中華民国96年司法統計年報』司法院統計處（2006年）8－148頁以下を参照。

（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には、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得ることで、これにより適用対象者が拡大されたことである。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、単純執行猶予判決や保護管束付き執行猶予判決以外の第3の選択肢となる。

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、主に被害者に対して謝罪する言動や損害賠償を命じること（同条項第①～④）である。もう一つは、社会防衛の観点から犯罪者に対する必要な措置を講じ、犯罪者に強制的に社会奉仕活動や再犯予防のための命令を履行させること（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⁶⁰。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。

（3）制度誕生から得られた意義

前述したように、過剰収容問題を解決し、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、犯罪者に対して被害者あるいは社会的要素（例えば、社会防衛のために、再犯防止措置が強化される必要があるなど）に関連す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

⁶⁰ 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（28）565-566頁を参照。

て裁判官が被害者の感情または社会的感情を考慮しやすくなるだけでなく、単純執行猶予判決よりも条件付き執行猶予判決を下すモチベーションを高めるものである。また、社会的に注目された問題に対しても、条件内容に応じた柔軟な対応が可能となっている⁶¹。

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にあると考えられる。

第5款 本節の小括

制度創設の目的という観点から、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を持つプロベーションの影響を受けており、これにより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あることが判明した。

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明らかになった。

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、プロベーションの運用においては、犯罪者を監督することが主体となるという特徴がある。そのため、執行猶予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

⁶¹ 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。

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しているわけではないと考えられる。

以上見てきたように、どの制度の創設過程を概観しても、犯罪者の更生に不利になることを念頭に置いて生じた自由刑の弊害を防ぐ目的との直接的な関連性は全く見受けられない。執行猶予制度の運用が上述の目的を達成する意図を持っているかという点においても、極めて疑問が残る。

次節では、自由刑の本質における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て、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 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）の自由刑の発展を考えると、自由刑を通じて犯罪者に与える主な苦痛には二つの側面がある。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課せられる強制労働による肉体的苦痛である。特に後者に関しては、強制労働から改善活動（現在では「刑務作業」と呼ばれる）への転換が進んでいる⁶²。しかしながら、刑罰の本質からすると、強制労働は依然として刑罰の一部であると理解される。そのため、前者と同様に、強制労働も罪を犯した代償として犯罪者に苦痛を与える手段と見なされることになる。

上記の内容を踏まえて、罪を犯した代償の大きさを自由刑による苦痛の程度にどのように反映させるかについては、主に拘禁期間の長さが関係すると考えられる。これは、拘禁、つまり行動の自由が剥奪される期間（自由刑の刑期）が、犯行に対する「責任非難の程度と等価に比例した形」で決定されるからである。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」に設定されること（定期刑と呼ばれる）によって

⁶² 吉岡一男『自由刑論の新展開』（成文堂、1997年）68-69頁を参照。

実現されている⁶³。

また、この理解に基づいて、もう一つの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要素は、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、日本の刑罰制度において、禁錮刑と懲役刑を比較すると、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的苦痛も伴うため、禁錮刑に比べて相対的に苦痛の程度が重いとされる⁶⁴。

こうした認識のもとで、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通じて処罰対象者に「害悪」を与え、その「害悪」を通じて犯罪者に自身の犯した罪を自覚させることにある。具体的には、その「害悪」に対する理解については、犯罪者の不正行為に関連して形成されてきた二つの意義がある。一つは、犯罪者が不正な行為を行った後に、害悪を義務として受け入れることであり、もう一つは、犯罪者がその害悪を受け入れることで、自身の不正行為とその害悪との因果関係を認識させるプロセスである⁶⁵。したがって、自由刑の執行による苦痛を通じて、この二つの意義を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」にこの二つの意義が含まれていなければ、その苦痛は私刑と同義であり、国家による正当な刑罰とは言えないと考えられる。

2. 応報的正義の実現

人が刑務所に収容される場合、自由刑の執行により、犯罪者と非犯罪者が明確に区別されることになる。つまり、一般市民（非犯罪者）と共に生活する資格が法律上剥奪された者、すなわち受刑者は、死刑を除いて一般社会から排除される（社会的排除）ことになる。これは自由刑の機能の一つである。この機能は、応報的正義の実現に寄与するだけでな

⁶³ 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。

⁶⁴ ここで留意すべき点がある。それは、日本では2025年7月以降、懲役刑の代わりに拘禁刑が新たに創設されるため、刑務作業が刑法上の刑罰内容として位置付けられなくなるということである。

⁶⁵ 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。

く、応報的正義のもとで有効に発揮されるため、自由刑の執行において応報的正義の含意も看過することはできない。

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場合に科される害悪が必要であるとされる。ただし、この害悪の内容は感情的な復讐とは異なり、無制約に害悪を与えることは禁じられている。これは、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）⁶⁶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、「等価交換関係」の意味は、従来の「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するという物質的な応報の考え方から離れ、「法秩序と権利の回復」という目的を含むようになっていく。この目的を遂行するために、犯罪行為を法的な根拠として、法秩序およ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ことが要求される⁶⁷。

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だけであり、刑罰の正当化根拠ではなく、刑罰の制約理由に過ぎない。そのバランスの反映が主観的である理由は、恐らく条文上、罪と刑の均衡が具体的に何を要求するかが明確にされていないことに起因している。たとえば、刑法の条文では、有期刑の法定刑の上限が定められており、その上限の範囲内でのみ罪と刑のバランスが決まる。したがって、基準（例えば、刑期の設定）に関して、犯罪者、被害者、および一般市民が抱く応報観がそれぞれ異なるため、単に相対的な均衡を確保することが求められるのである⁶⁸。

そして、応報的正義の観点から見ると、自由刑を通じて犯罪者に与える害悪の質は、基本的に「苦痛」に限られると理解されている。この理解に基づけば、前述したように現代の自由刑の執行においては、苦痛の

⁶⁶ 石川正興・前掲注（63）5頁。

⁶⁷ 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。

⁶⁸ 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。

内容としては自由の剥奪や制限による苦痛が当然のことであるが、肉体労働による苦痛の有無も罪の重さ⁶⁹によって決定される。つまり、犯罪者は服役期間中に一般の社会生活とは全く異なる生活条件を受ける義務があるものの、その生活条件の水準が低下することによって生じる害悪・苦痛は応報の本来の内容ではないので、受刑者に受けさせるべきではないとの認識を示されている⁷⁰。このような認識に基づけば、たとえ刑務所内で処遇プログラムの実施に伴い不便さがあつたとしても、その不便さは害悪や苦痛を目的とするものではないため、応報の内容とは言えないのは当然である。

以上のように、応報的正義を実現するためには、応報刑の枠内で犯罪者や一般人に対する威嚇効果だけが考慮される。この威嚇効果は、自由の剥奪という形で具体化される。つまり、犯罪者は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応じて異なる程度の害悪や苦痛を受けることになる。これにより、自由刑が固定的な性質を持ち、応報刑としての役割を果たすことができる。

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、自由刑における応報的正義の実現は、観念的には刑罰の存在根拠を意味する。ここでは、その観念的な意味が実践的にどのような意義を持つのかを明らかにする。

現代社会における犯罪問題に取り組む際、よく言及されるのは、犯罪者の再犯をどのように防止するかという刑罰の社会的効用である。自由刑における再犯防止の意味は、国が刑務所という施設を利用して一定期間中に犯罪者を一般社会から隔離し、刑務所に収容されている犯罪者が一般社会と日常的に交流できない状態を作ることである。これにより、一般社会に対する危害を及ぼさないことが目的となる。

実際には、刑罰全体それぞれの意味を歴史的に考察すると、二つの特徴が見えてくる。一つは、伝統的であり、自由刑の成立から現代の刑務

⁶⁹ 日本の現行刑法では、犯罪者の罪の重さに応じて、自由刑の内容として禁錮刑（肉体労働が課されない）と懲役刑（肉体労働が課される）が区別されている。

⁷⁰ 石川正興・前掲注(63) 8-9頁。

所の発展までほとんど変化がないという点である。具体的には、国家が物理的な監禁を用いて、主権者や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によって再犯防止を図る。この過程では、自由刑の内容が身柄拘束に限定されることが重視され、単なる隔離が再犯防止の消極的な意味にとどまるだけでなく、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へとつながることになる⁷¹。

もう一つの特徴は、自由刑を通じて受刑者を社会的に排除し、まるで「ゴミ」のように扱う刑罰だけが運用される場合、国の制度と「受刑者でさえ価値ある人間として扱われるべき」という理念との間に矛盾が生じるという点である。この矛盾を解消するために、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考慮されるようになった⁷²。「処遇（treatment）」という文言については、人間がなぜ罪を犯すのかという問いをめぐる古い議論の中で、議論の焦点が犯罪現象から犯罪者自身に移行し、そこから犯罪原因などの研究が次第に発展してきた背景がある。これらの影響を受けて、刑罰の改善的作用や犯罪防止の効果が重要視されるようになり、単なる応報思想の代わりに、犯罪者に対して個別の理解を中心とした人間的・心理的な取り扱いが「処遇」と呼ばれるようになったのである⁷³。

「処遇」という言葉は、自由刑の執行において実践的にどのような意義を持つのかという点に留意する必要がある。まず、ここでいう「処遇」とは、国や地方公共団体が受刑者の改善更生を目的に行う取り組みを指す。つまり、受刑者が再び罪を犯さないようにするために、刑務所内での改善更生に取り組むことを意味する。この取り組みは、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

⁷¹ 山口直也「日本の自由刑」比較法研究第80号（2019年）270頁。

⁷² 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。

⁷³ 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）。

容されている人々の欠点や悪習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⁷⁴。その二つの意味に沿って、現在の日本の刑事施設においては、受刑者は在所期間中に国から刑務作業、改善指導、および教科指導といった矯正処遇に関する指示を受ける義務がある⁷⁵。このように、自由刑の現代的な役割は単に犯罪者を拘禁することにとどまらず、むしろ拘禁期間を通じて受刑者の悪い面を抑え、良い面を引き出し、スムーズに社会に戻るようにすることである。ここでは、社会的排除から社会的包摂への転換が目指されているといえる。

上述のように、再犯防止を目的とする自由刑の執行において、受刑者に対しては単なる隔離（社会的排除）と改善更生（社会的包摂）という二つの側面が含まれている。これらの二つの側面は、刑罰制度が現在果たしている特別予防機能として認識されている⁷⁶。

第2款 執行猶予の基本理念及び自由刑との比較

第1章第1節で論じ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判断する点では共通している。こ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、主に将来の犯罪を防止することを目的としており、被告人が地域社会に貢献しながら生産的に生きることを学ぶ手助けをする役割を持っている。猶予制度(Probation)は、刑事制裁として他の量刑目的と両立する場合、コミュニティ（または地域社会）に貢献するという目標を追求するための最良の方法である

⁷⁴ 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。

⁷⁵ 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。

⁷⁶ 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。

という理論に基づいて進められる。⁷⁷」ということである⁷⁸。

上記の説明から、被告人と地域社会とのつながりを強化することが、猶予制度運用の一つの目標であることが理解できる。具体的には、犯罪者に対して、刑事施設に収容するという苛烈な手段よりも、猶予制度を通じて地域社会に属する家庭関係や仕事、人々との連携を回復する（rehabilitation）効果が顕著に見られる可能性がある⁷⁹。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、刑務所生活に伴う危険性（例えば、同性間でのレイプ）や被収容者間での悪影響の感染、さらに「刑務所に収容された」という烙印を避けることができる⁸⁰。

したがって、これらの理解は社会復帰という概念につながる。社会復帰（社会的に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）することに協力し、もしくは既に剥奪された地位（position）や階層（rank）を取り戻すことを意味する⁸¹。この意味で、刑事司法の分野における犯罪者処遇⁸²は、国（協力者）が犯罪者に対して拘禁期間中に医学的・心理学的な「治療」を行うだけでなく、犯罪者の地位や階層の回復にも協力し、一般市民として、さらには人間としての権利、資格、尊厳、名誉を回復する手助けを含む。つまり、犯罪者を単なる矯正

⁷⁷ American Bar Association Project on Standards for Criminal Justice, Standards Relating to Probation 1 (Approved Draft 1970).

⁷⁸ ここでの「Probation」の運用方式には、刑事制裁の一つとして単独で運用されるプロベーション、プロベーションと結合して運用される宣告猶予制度、そして刑の執行猶予制度が含まれる。これは、アメリカでは19世紀後半以降、各州政府が独自の立法権により、これらの方式のいずれかまたは複数を自由に選択し、運用するようになったためである。小野清一郎・前掲注（31）22-23頁参照、星周一郎・前掲注（3）73・76-77頁。

⁷⁹ *supra* note 22 at p.9.

⁸⁰ *supra* note 22 at p.9.

⁸¹ Mary Bosworth, Editor, Encyclopedia of Prisons and Correctional Facilities-Volume 2, Sage Publications, 2005, p.831.

⁸² 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で使用されていたが、現在では治療だけでなく、人に対する待遇という意味でも他の分野に応用されている。蔡墩銘『矯治心理學』（国立編譯館、1988年）12頁。

対象として扱うのではなく、主体的な人間として扱うことが、司法的処遇にも拡大されることを示している⁸³。

以上のことを踏まえて、犯罪者の社会復帰を効果的に実現するためには、刑務所ではなく社会の中で上記の処遇理念を実現する方が適切であると予想される。したがって、刑務所に収容される代わりに、執行猶予制度が一つの適切な選択肢となると考えられる。

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を支援するために運用されている。しかしながら、執行猶予制度の「猶予」の字面通りの意味を考えると、この制度は単に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可能性も含んでいる。これにより、当該制度自体が刑罰権としての制裁的性質を持つことは明らかである。この制裁の存在基盤として、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. で詳述）である。

執行猶予制度における応報について言及する際には、刑罰を科すことを通じて同害報復を表現する象徴的な意味が存在するかどうか疑問視される。なぜならば、単純執行猶予の例からも明らかのように、犯罪者に対して刑罰またはそれに類する強制的措置を一切科さないことから、犯罪者に刑罰または強制的措置による苦痛を与える目的が元々存在せず、その結果として同害報復の機能も期待できないからである。このため、応報刑思想の観点からは、執行猶予制度が応報的正義を損なう可能性⁸⁴と言われることがある。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。だが、そうであるならば、なぜ執行猶予が応報思想を含む他の刑罰と同様に刑事制裁の手段として運用されているのかという疑問が残る。そこで、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

⁸³ 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。

⁸⁴ 正木亮・前掲注（15）118-119頁。

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……⁸⁵」と述べている見解に賛同する。

また、執行猶予における量刑判断において、現代の制度における応報の表現方式とその程度が、被害者や一般市民といった要素に微妙に左右される傾向があるという点は見逃せない。例えば、裁判官が単純執行猶予のみでは犯罪者に対する応報が不十分だとする被害者や社会からの声を受けて、保護観察もしくは保護観察と施設収容を併用する方式を採用することがある。このような判断は、応報の量を増やし、社会の報復感情の必要性を満たすことを目的としていると考えられる⁸⁶。

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を考えると、この制度の適用対象者は刑務所に収容される必要はないが、完全に刑務所と関係がないわけではない。なぜならば、この制度を運用する際には、刑務所への再収容という威嚇が、制度の効果的な運用において重要な要素となるからである。このため、適用対象者と国家の関係には、国家が威嚇力をもって課した負担を対象者が強制的に負わなければならないという側面が見られる。このような関係において、国家が課した負担と制度運用における威嚇力の関係は重要なものである。以下では、この関係性について詳しく説明する。

負担の性質については、基本的に二つの解釈が考えられる。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。単純執行猶予の例を挙げると、前者の場合、国家からの唯一の負担は「二度と罪を犯さない」という道徳的な責務であると言える。これに対して、保護観察付き執行猶予のような後者の場合、前者の道徳的責務に加えて、保護観察による自由制限という法的な責務も負うことになる。つまり、監視の厳しさや自由の制限の観点から見ると、後者は前者の「強化版」とも言える⁸⁷でしょう。このような解釈に基づいて、前

⁸⁵ 小野清一郎・前掲注(31) 52頁参照。

⁸⁶ *supra* note 22 at p.10.

⁸⁷ 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)

者（単純執行猶予）の道徳的責務と、後者（保護観察付き執行猶予）の法的責務は、制度設計を通じて威嚇力の強度に繋がると考えられる。

次に、これを具体的な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、道徳的精神を保つ必要があるため、心理的な威嚇によって対応する処分と理解される⁸⁸。しかしながら、その理解において、威嚇力の強度がどのように道徳上の責務を表現するのかが問題となる。心理的な負担に基づく道徳上の責務という抽象的な概念は、制度を通じて直接的に威嚇力を具現化することが難しい。そのため、この問題に対する一つの解決策として、裁判官に執行猶予期間の長さを決定する裁量権を与えることで、適用対象者に対する心理的な負担や威嚇力の強度を調整する方法が考えられる⁸⁹。後者（保護観察付き執行猶予）については、前述の通り、前者の「強化版」として理解され、前者の全般を含みつつ、さらに社会生活に様々な制限を加える保護観察が付されることによって、威嚇力の強度を一層具現化することが可能である。

b. 執行猶予の取り消し

執行猶予の取り消しを通じて刑務所に収容されることで威嚇力を示す点において、後者（保護観察付き執行猶予）と前者（単純執行猶予）には共通点がある。両者とも、執行猶予中の再犯を防ぐことを目的としている。一方で、両者の相違点として、前者の内容と異なり、後者は再犯を防ぐために、法定の義務を課し、心理的な威嚇を強化する点が挙げられる。

このように、執行猶予制度は犯罪者に道徳的・法的な責務を負わせ、その負担に伴う威嚇効果を通じて再犯防止を図るものである。つまり、執行猶予制度は単に刑事的な制裁を科すだけでなく、再犯防止の効果も期待していると言える⁹⁰。

98-99頁。

⁸⁸ 小池信太郎「8 執行猶予」刑法雑誌54巻3号（2015年）518頁。

⁸⁹ 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。

⁹⁰ 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

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. で述べた通りであるが、この制度を運用する際には、基本理念以外にも考慮すべき事項がある。これらの考慮事項は基本理念ではないものの、制度の運用に影響を与える傾向がしばしば見られる。以下では、そのような考慮事項を紹介する。

a. 財政的な考慮

「行政コスト」の観点から見ると、執行猶予よりも自由刑の方が明らかに高いという分析結果が出ている⁹¹。2008年にはアメリカの33州を対象に、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。この調査による平均値では、被収容者1人当たりのコストは1日あたり約79ドル、年間で約29000ドルに達する。一方、執行猶予の対象者のコストは1日あたり約3.42ドル、年間で約1250ドルである⁹²。このため、財政困難に直面している政府にとって、執行猶予による行政コストの削減効果は、刑務所に収容する代替手段として正当化できる可能性がある。

b. 過剰収容問題

過剰収容の定義は、一般的に「矯正施設の収容定員を超えている状態」と理解されている。この定義に基づくと、収容者の人数が矯正施設の収容定員を超えていない状態を実現することで、過剰収容を解消できるという単純な発想を実現するためには、大まかに次の4つの方法がある。基本的には、㉑刑務所の収容能力を向上させること、㉒入口（刑事司法手続の入口段階を指す）の制限に関しては、刑務所に収容される新たな確定受刑者の人数を減少させること、㉓出口（矯正施設から出所したことを指す）を増やすことに関しては、仮釈放の審査基準を緩和し、対象を拡大すること、㉔犯罪不安による厳罰化傾向を抑えることが挙げられる⁹³。これら4つの方法の中で、㉒と㉔は刑事司法機関ができるだけ軽

大系 第7巻 犯罪者の社会復帰』（日本評論社、1982年）295頁。

⁹¹ *supra note 22* at p.11.

⁹² One in 31: The Long Reach of American Corrections, Washing DC, 2009, p.12.

⁹³ 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）167-168頁を参照。

い処分を行うことを意味する。具体的には、自由刑に比べて刑の重さが相対的に軽く、しかも入所の必要がない執行猶予の運用につながると考えられる。要するに、裁判所の役割としては、執行猶予制度を活用して過剰収容問題を回避または緩和することができる⁹⁴と言えるでしょう。

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、表面的には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、個別の表現方式とその程度によって制裁の強さに差が現れると考えられる。具体的には、まず、制度設計の観点から見ると、自由刑では拘禁によって被告人の身体自由・権利が完全に剥奪される。一方、執行猶予では、条件付きまたは義務付けられた猶予期間（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・権利が部分的に制限される。このように、自由刑と執行猶予の応報の表現方法（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）には違いがある。しかしながら、応報の表現方法や程度は異なるものの、どちらの制裁も身体自由・権利の制限を通じて犯罪者に「苦痛」を与え、応報的正義を貫くという点では変わらない。

次に、前述した自由刑制度と執行猶予制度の基本理念を考慮すると、相対的応報刑論の下で、自由刑制度だけではなく、執行猶予制度も刑罰の本質として応報と特別予防の二つの目的を内包していることは言うまでもない。ただし、それぞれの制度運用における応報と特別予防の関係性に注目すると、そこには変化が生じるため、説明が必要である。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、国家との関係に基づいて刑罰権の根拠と刑罰の意義が把握される⁹⁵。このため、国家は応報の範囲内で特別予防を考慮する枠組みを設定している。例えば、自由刑の場合は刑務所内において所定の作業を行わせる懲役刑と、執行猶予の場合は社会内で保護観察を行わせることが挙げられる。これ

⁹⁴ *supra* note 22 at p.11.

⁹⁵ 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。

らの制度では、被告人が応報（重罪には自由刑、軽罪には執行猶予）によって一定量の不利益（自由刑は自由の剥奪、執行猶予は自由の制限）を負うべき立場に置かれ、その不利益の一部が特別予防を追求する手段（自由刑の場合は刑務作業など、執行猶予の場合は保護観察など）に転用される経緯が見られる。

上述したように、制度の基本理念から見ると、刑罰の目的を検討する際に、執行猶予が実刑の緩和制度として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といった行政上の目的が考慮される場合もある。そのため、公判において被告人に対する量刑を決定する際、自由刑の代わりに執行猶予を言い渡すことが可能である。このように、裁判官が執行猶予を付するか否かを選択する際には、単なる刑罰の目的（応報・予防）を超え、政策的なニーズや行政上の考慮が影響する可能性が高いと考えられる。したがって、自由刑に比べて執行猶予は明らかに政策的なニーズが強い刑罰制度だと言えるでしょう。

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、従来必ずしも意識的に検討されてこなかった点も残っている。そのため、これらの点について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、定義に関しては判例で「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ある」と判示されている（最判昭和23年5月26日）。また、恩赦の機能としては、改善更生に関する矯正保護的機能⁹⁶が挙げられている。つまり、恩赦の特徴は、司法権（刑罰権）が発動された後に、行政権を通じてその司法権に介入し、対象者の社会内での更生を促進することにあると言えるでしょう。

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を、恩赦

⁹⁶ 佐藤主税「恩赦と刑事政策」罪と罰41巻2号（2004年）67頁。

制度の特徴と比較すると、いくつかの共通点が見られる。

まず、(1) 制度の機能について、恩赦と同様に、保護観察付き執行猶予（台湾では保護管束付き執行猶予）も刑務所への収容を避けることができる。

次に、(2) 行政権の行使が必要な前提条件として、刑罰権の発動が求められる。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、執行猶予にも当てはまる。具体的には、恩赦の場合と同様に、保護観察付き執行猶予では、裁判官が有罪判決を下すとともに保護観察付き執行猶予（台湾では保護管束付き執行猶予）を決定する権限（刑罰権）を行使した後、その後に保護観察官（台湾では保護管束官）が保護観察処分（台湾では保護管束処分）を執行する。つまり、行政権の介入が法的に認められる。

さらに、(3) 行政権が刑罰権の効果に与える影響についても言及できる。形式面では、恩赦が行政権を通じて刑罰権の効果を消滅または減輕させるのに対し、保護観察付き執行猶予（台湾では保護管束付き執行猶予）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）または加重（自由刑への還元）させることがある。実質面では、恩赦と保護観察付き執行猶予の両方が、行政権を通じて発動中の司法権に介入し、刑の減輕または消滅、維持または加重を実現する点で、法的性質が類似している。

以上の分析から、保護観察処分・保護管束処分と結びついている執行猶予制度は、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が該当することは、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と言えるでしょう。

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、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において医療モデルが主流として提唱されていたため、犯罪者に「治療」を通じて地域社会に復帰させるという考えが定着して

きた⁹⁷。言うまでもなく、英米の宣告猶予の歴史的発展に関係す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。ここには、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」という目標が制度全体を貫く理念の中心になるのかという問題が含まれている。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できるのかを明らかにする必要がある。

以上をまとめると、執行猶予制度の運用において、「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現実的ではない。さらに、犯罪者を罰することよりも、犯罪者の改善更生が主に強調されている可能性も低いと考えられる。その理由については、以下で述べる。

まず、単純執行猶予の運用内容と、その後に保護観察（台湾では保護管束）が付される目的を考慮すると、単純執行猶予判決を受けた犯罪者が執行猶予期間中に国家からの更生措置を受けずに社会に戻ることは、犯罪者の改善更生という国家の責務を果たす上で意義が薄いと言える。また、保護観察（台湾では保護管束）処分が単純執行猶予と結合して運用されても、その本質は犯罪者の社会復帰よりも監視・管理に重点を置いている（第1節第3款の2および第4款の2参照）。このため、犯罪者の改善更生という国家の責務を果たす意義は、強制力に依存していると言える。結果として、保護観察（台湾では保護管束）処分の威嚇効果—「規則に違反すると本来の刑に服役する」という脅威—により、その意義が自然に浮かび上がる。したがって、犯罪者の社会復帰に関するあるべき理念が保護観察（台湾では保護管束）処分において十分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」という目標を実現する

⁹⁷ 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。

ためには、社会復帰を犯罪者の権利として認めるべきである⁹⁸という観点は無視できない。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され、それに人間らしく生きるための権利は法的に承認されるという形を通じて人間の尊厳を支えている⁹⁹からである。これは、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が、彼らの人間の尊厳を保持できる重要な方法となり、同時に人間の主体性に対する重要な要素としても社会復帰理念（第2節第2款の1.）に繋がると言える。一方、実刑判決を受けて服役中の犯罪者自身も社会復帰の主体であり、彼らの意見やニーズが重視されるべきという理解¹⁰⁰を受け入れるべきである。さらに、この理解に基づいて進めていけば、実刑判決の反面として、執行猶予判決を受けて刑務所に赴く必要の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）処分の実際の運用は、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、実際にはその主な内容は犯罪者が自発的に意見やニーズを出すことなく、国家権力により多種多様な内容を犯罪者に強制的に履行させる態勢がしばしば見られる。その結果、犯罪者の尊厳が尊重されず放置されることで、「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ず、執行猶予制度が社会復帰理念に基づいているという認識は現実からかけ離れたものになっている。

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、人間の主体性が強調されるべきであり、実現されやすいと考えられるが、実際には台湾と日本の執行猶予制度にはその理念が十分に反映されていない。また、日本と台湾の執行猶予制度は、刑罰の本質である威嚇、権

⁹⁸ Rotman E., 'Beyond Punishment', A Reader on Punishment, Oxford University Press, 1994 p.286.

⁹⁹ 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。

¹⁰⁰ Kolstad Arnulf, Imprisonment as rehabilitation: Offenders' assessment of why it does not work, Journal of Criminal Justice, 1:24, 1996, p.332.

利制限、処遇の強制を内包し、犯罪者の強制的な改善更生を重視している。近年では、薬物事犯向けの刑の一部執行猶予（日本）や、性犯罪者向けの強制治療付き条件付き執行猶予（台湾）などの措置が運用されている。

前者（薬物事犯向けの刑の一部執行猶予）は、適用対象者に対する「刑務所に赴くこと」と「猶予期間中の保護観察」という主要な2つの強制措置が特徴であり、後者（性犯罪者向けの強制治療付き条件付き執行猶予）は、「猶予期間中における強制治療及び他の負担・義務付け¹⁰¹」と「執行猶予期間終了後の強制治療（再犯リスクが高い場合）¹⁰²」という2つの特殊な強制措置が特徴である。共通点として、両者とも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隔離・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、判決前調査制度がない日本と台湾の現行制度では、単なる犯罪類型によって再犯リスクの高低が決まり、刑の一部執行猶予や条件付き執行猶予は保安処分的機能を含む制裁手段と見なされることになる。これらは、伝統的な刑罰から進化した新たな制裁手段であると言えるでしょう。

第3節 本章のまとめ

本章では、刑罰論の観点から、日本と台湾における執行猶予制度の形

¹⁰¹ 2005年の台湾刑法第93条の改正理由によれば、性犯罪者は一般犯罪者に比べて再犯率が極めて高いため、監督を中心とした保護管束処分が必要とされている。場合によっては、条件付き執行猶予における8つの条件など、他の措置が付けられる可能性もあるとされている。

¹⁰² 台湾刑法第91-1条によれば、特殊な犯罪類型として、性犯罪者が執行猶予の適用対象となる場合がある。性犯罪者は、執行猶予の適用を受けるとともに、強制治療処分を受け、執行猶予期間終了までその治療を続けなければならない。もし執行猶予期間中に強制治療に顕著な治療効果が見られないと診断された場合には、執行猶予期間終了後も、時間制限なしで強制治療を継続する可能性がある。

成過程と運用時の特徴を整理した。その結果、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の前提として処遇概念の相違を検討した。制度の仕組みとして、日本と台湾における執行猶予は恩赦に似た意味を持ち、刑罰権と行政権が交錯することで、特定の条件下で刑罰の減軽または消滅という法的効果をもたらす。また、刑罰論の視点からも、執行猶予制度は応報と特別予防の両方を含む点で共通している。具体的には、日本と台湾における執行猶予制度の本質は刑罰であり、保護観察（台湾では保護管束）処分の設計理念と社会復帰理念が一致しないため、執行猶予が運用される際には、犯罪者の社会復帰が主眼ではなく、監督機能が強化される傾向がある。この結果、保護観察（台湾では保護管束）処分は、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。

上述のように、日本と台湾における現行の執行猶予制度の性質を論じるときには、社会復帰理念よりも伝統的な刑罰論を維持しつつ、制度設計上の緩和措置としての変容を理解すべきだと考えられる。この理解に基づけば、たとえ犯罪者の社会復帰が刑事司法制度およ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が社会復帰を最大限に促進する最善の手段であるという期待は現実的ではない。むしろ、適用対象者の主体性を強調し、犯罪不安による厳罰化に左右されるべきではない制度内で、社会復帰理念に関する実践と効果を最大限に求めることが、制度運用の一つの重要な方向性であると考えられる。

【付記】

筆者は、2022年9月26日に北海道大学より博士（法学）の学位を授与された。本稿は、この博士論文に加筆、修正を加えたものである。また、博士論文を執筆するにあたり、文部科学省外国人留学生学習奨励費と公益財団法人末延財団の博士課程奨学金の助成を受けた。この場を借りて、受けた助成に心より感謝を申し上げる。