

刑事判例研究(2)

中央大学刑事判例研究会

刑法等の一部を改正する法律（平成二五年法律第四九号）による刑の一部の執行猶子に関する各規定（刑法二七条の二ないし二七条の七）の新設は、刑訴法四一条五号にいう「刑の変更」に当たらないとされた事例

山 梨 光 貴

最高裁平成二八年七月二七日第一小法廷決定、平成二八年（あ）四五六号、覚せい剤取締法違反被告事件、刑集七〇巻六号五七一頁、裁時一六五七号一頁、裁判所ウェブサイト、判夕一四三二二号七四頁、判時三三二四号三三九頁

【事実の概要】

本件被告人は、覚せい剤の密売組織に属する知人に対して、二回にわたり、営利目的で覚せい剤合計約四〇グラムを譲り渡したという覚せい剤取締法違反の罪（同法四一条の二第二項、第一項）により、平成二七年一月四日、第一審（京都地判平成二七年

一月四日 LEX/DB25544607) において懲役四年六月および罰金五〇万円の実刑を宣告された。被告人は量刑不当を理由に控訴したが、平成二八年三月一〇日、原審(大阪高判平成二八年三月一〇日 LEX/DB25544608) は第一審の量刑を是認し、控訴を棄却した。これに対し被告人は、同年六月一日から刑の一部執行猶予制度が施行されることになっていたところ、本件上告審判決は六月一日以降に言い渡されることになるため、本件は、控訴審判決後に刑訴法四二一条五号にいう「刑の変更」があつた場合にあたり、その結果、同制度の趣旨を反映した量刑判断がなされていない控訴審判決は、刑の量定が重く、甚だしく不当なものとなつており、憲法が保障する正当な裁判を受ける権利が侵害されているとして上告した。

【決定要旨】

最高裁第一小法廷は上告を棄却し、職権により以下のように判示した。

「刑法等の一部を改正する法律(平成二五年法律第四九号)による刑の一部の執行猶予に関する各規定(刑法二七条の二ないし二七条の七)の新設は、被告人の再犯防止と改善更生を図るため、宣告刑の一部についてその執行を猶予するという新たな選択肢を裁判所に与える趣旨と解され、特定の犯罪に対して科される刑の種類又は量を変更するものではない。そうすると、刑の一部の執行猶予に関する前記各規定の新設は、刑訴法四二一条五号にいう『刑の変更』に当たらないといふべきである(最高裁昭和二三年(レ)第二四七号同二三年一月一〇日大法廷判決・刑集二卷一二号一六六〇ノ一頁参照)。」

【研究】

一 問題の所在

本件は、事件が上告審係属中に刑の一部執行猶予制度が施行されたことが、刑訴法四二一条五号にいう「刑の変更」

にあたるか否かが争われた事案である。

刑法六条は「犯罪後の法律によって刑の変更があつたときは、その軽いものによる」と定めている。新法の刑が旧法の刑よりも重い場合、新法施行前になされた行為に対して新法の重い刑を適用することは遡及処罰を禁止する憲法三九条に違反することが明らかであるが、新法の刑が旧法の刑よりも軽い場合には、新法施行前になされた行為に対しても新法の軽い刑を適用することが憲法三九条および罪刑法定主義の趣旨に合致するとされ、⁽¹⁾刑法六条は、刑が軽い方向で変更された場合に、その遡及的な適用を例外的にみとめるものとして説明される。刑が軽く変更された場合には、経過規定が置かれていなくとも、第一審においては、新法施行前の行為についても、刑法六条を適用して新たな刑を遡及的に適用することができる。

これに関連して、原判決後に刑の変更があつた場合につき、刑訴法三九七条一項、三八三条二号は「刑の変更」があつたことを控訴審における原判決の必要的破棄事由とし、同法四一条五号は上告審における裁量的破棄事由としている。これらの各規定は、「原判決の瑕疵の補正を求めるものではなく、原判決後の事情変更を理由として原判決の訂正を求めるもの」であり、⁽²⁾原判決の当否は原判決時の事情により判断しなければならないという事後審の原則の重大な例外として位置づけられる。このような規定が設けられているのは、刑の変更という重大な事情の変更が判決後に生じた場合には、衡平の観点から、訴訟構造に優越する利益を被告人に認めることが実体的・具体的な正義の実現に資するからであるとされている。⁽³⁾なお、刑訴法のこれらの各規定にいう「刑の変更」は、刑法六条にいう「刑の変更」と同義であるとされ、原判決が破棄されるのは、当然、新法の刑が旧法の刑よりも軽い場合に限られることに異論はない。⁽⁴⁾

本件で問題となっている「刑法等の一部を改正する法律」は、刑の一部執行猶予に関する規定を新設したものであるが、その附則二条一項において、それら各規定を遡及的に適用することを明示しているため、刑法六条に関係なく、第一審であれば、施行前の行為についても適用され得ることに疑いはない。問題は、それら各規定が新設されたことにより、施行前に言い渡された、それ自体正当な原判決を破棄したうえで、再度、量刑判断を行うべきであったのか否かということであり、上告審に係属中であつた本件では、まさにこの点が争われた。⁽⁵⁾

以下では、本決定の判断を分析するために、「刑の変更」にあたるか否かをどのように判断するべきであるとされているのか、刑訴法四一一条五号および刑法六条に関する議論を確認することから始めることとする。なお、本稿では、従来の議論を引用する際の混乱を可能な限り小さくするため、特別な言及がある場合をのぞき、単に執行猶予とある場合には、従来の全部執行猶予を指すものとする。

二 議論状況

刑法六条は、「犯罪後の法律によって刑の変更があつたときは、その軽いものによる」とするのみで、どのような場合に「刑の変更があつた」のかについて具体的に示してはいない。それゆえ、どのような立法措置が「刑の変更」にあたるのかについて解釈の余地が生じている。

1 裁判例

裁判例によれば、「刑の変更」にあたるのは、懲役または罰金であつた法定刑に禁錮が加えられた場合（大判昭和五

年二月八日刑集九卷八五八頁)、労役場留置の期間に変更があつた場合(大判昭和一六年七月一七日刑集二〇卷四二五頁)などであるとされる。他方、少年法の適用年齢の引き上げ(東京高判昭和二六年三月三一日家月七卷三号二七頁)、執行猶予者に対する保護観察規定の新設(高松高判昭和二九年四月二〇日高刑七卷六号八二三頁)などは「刑の変更」にあたらぬとの判断がなされている。⁽⁶⁾

「刑の変更」の該当性を判断した裁判例で特に重要なのは、「刑法の一部を改正する法律」(昭和二二年法律第一二四号)により執行猶予の形式要件が緩和されたことが刑法六条にいう「刑の変更」にあたるかが争われた最判昭和二三年一月一〇日刑集二卷一二号一六六〇ノ一頁(以下、昭和二三年判決という。)である。「刑の変更」の該当性を判断した数少ない最高裁判決であり、本決定も昭和二三年判決を引用している。

昭和二三年判決では、執行猶予の形式要件のうち、宣告刑が二年以下とされていたものを三年以下に緩和した刑法の一部改正が「刑の変更」にあたるか否かが争われた。法廷意見は、「刑法第六條は特定の犯罪を処罰する刑の種類又は量が法令の改正によつて犯罪時と裁判時において差異を生じた場合でなければ適用されない規定である」としたうえで、「刑の執行猶予の條件に関する規定の変更は、特定の犯罪を処罰する刑の種類又は量を変更するものではないから、刑法第六條の刑の変更にあたらぬ」と判示した。つまり、刑法六条が問題にしているのは、被告人が現実に服する個別具体的な刑の「量」が変化するか否かではなく、法が万人に対して予定する一般的・抽象的な刑の「量」が変化したか否かであり、執行猶予の形式要件の緩和はこれにあたらぬ、というのである。法廷意見によれば、執行猶予は「その性質からいえば、刑の執行を一時猶予するというだけのものであり、「刑の執行のしかたであつて刑そのものの内容ではない」ということになる。⁽⁷⁾

他方、昭和二三年判決には、真野毅判事による反対意見が付されている。真野判事によれば、「刑の執行猶予は、観念的に見れば性質上刑の内容として刑に内在するものではなくして、ただ刑の執行を一時猶予するに過ぎないものである」が、「執行猶予を…現実の制度として考えるときにおいて、それは單に刑の執行を一時延期するというばかりでなく、猶予期間を無事に経過した暁には刑の言渡の効力が失われるという制度であるという実態をそのまま端的に把握しなければなら」ないところ、「実質的には刑の執行猶予は、科刑上刑の量以上に重視すべき大きな價值があるし、又現に実際においても、裁判官、検察官、弁護士、被告人及びその他の関係者にとって、單なる刑の量などと較べものならぬ程に科刑上重要視されている」ことなどからすれば、「本件執行猶予規定の改正は『刑の変更』に該当するものと言うを相当とする」とされている。真野判事の理解に従えば、法廷意見のように刑の執行を猶予することを「刑の執行のしかた」として、その形式要件の緩和が「刑の変更」に該当しないとする理解は「全く形式的な物の考え方である」ということになる。刑の執行の全部が猶予され、被告人が服する個別具体的な刑の「量」が○になることにより、被告人は社会のなかでおおよそ通常の生活を送ることができるというだけでなく、猶予期間を無事に経過すれば、比較的早期に資格制限や公民権の停止といった不利益な取扱いが将来にわたって取り消されることになる。⁽⁸⁾執行猶予が有する刑事政策上の効果をこのように理解するとき、執行猶予の有無は被告人にとって重大な関心事であるのだから、執行猶予に関する規定の変更は刑法六条にいう「刑の変更」にあたるとして原判決を破棄すべきであったということになる。

このように、昭和二三年判決では、執行猶予の形式要件の緩和が「刑の変更」にあたるかについて異なる見解が示された。「刑の変更」をあくまでも形式的に理解するならば、執行猶予の形式要件の緩和はこれにあたらぬことに

なるが、「刑の変更」を実質的に理解し、問題となつてゐる制度の刑事政策上の効果を考慮するならば、執行猶予の形式要件の緩和も「刑の変更」にあたる余地が生じることとなる。

2 学説

この点については、学説上、執行猶予の形式要件に関する規定の変更は刑法六条にいう「刑の変更」にあたるとする見解が有力に主張されている。⁽⁹⁾ 団藤博士によれば、「刑の執行猶予は…、猶予期間を無事に経過することによつて、刑の言渡そのものの効力を失わせるもので、いいかえれば刑罰権を消滅させるものにほかなら」ず、「これを単に『刑の執行のしかた』と考えるのは不当であ」つて、「刑法六条の『刑の変更』を実質的に解するときは、刑の執行猶予の条件に関する規定の変更もまたこれに属するものと考えるべき」であり、判例の立場は「おそらく不当である」と⁽¹⁰⁾ されている。団藤博士は、真野判事と同様、執行猶予が有する刑事政策上の効果を考慮し、刑法六条にいう「刑の変更」を実質的に理解しようとしてゐることになる。

他方、昭和二三年判決と同様、執行猶予の形式要件の緩和は刑法六条にいう「刑の変更」にあたらぬとする見解もみられる。この見解によれば、刑法六条は「個々の量刑の軽重を問題とするのではなく、新旧どちらの法律を適用するかという問題であつて、そこで検討すべき刑の軽重の判断には、刑の内容をなすものではない執行猶予の条件は含まれないと解するべきである」⁽¹²⁾ とされ、法が予定する一般的・抽象的な刑の「量」が変更されていない執行猶予の形式要件の緩和は「刑の変更」にあたらないとする判例の立場が支持されることとなる。このような理解は、特に、刑訴法四一一五号との関係で説得力を有する。というのも、刑訴法四一一五号が事後審たる上告審の構造の重大

な例外であることに鑑みると、同号にいう「刑」とは、宣告刑という個別具体的な刑ではなく、法定刑または処断刑という一般的・抽象的な刑を指すものと解するのが相当であり、昭和二三年判決もこのような判断を前提としているとの指摘がなされているところ、ここで問題となる「刑の変更」とはあくまで法定刑または処断刑の「量」に変更を加えるものでなければならぬと理解できるからである。⁽¹⁴⁾ この立場においては、「刑の変更」は形式的かつ厳格に解釈されるべきであり、執行猶予が有する刑事政策上の効果は、その該当性の判断に際して考慮される必要はないということになる。

以上のように、「刑の変更」の該当性に関しては、これを実質的に判断するか形式的に判断するか、すなわち、問題となっている制度が有する刑事政策上の効果を考慮するか否かで見解が対立している状況にある。

三 刑の一部執行猶予制度の概要

ここまでみてきたように、「刑の変更」の該当性の判断に関しては、ふたつの異なる見解が対立している。仮に、「刑の変更」を実質的に理解する立場を採用するのであれば、問題となる制度が有する刑事政策上の効果が明らかにされなければならぬため、本制度の刑事政策上の効果を検討する前提として、制度の構造と法的性質に関する議論、そして運用状況をここで簡単に確認することとする。

1 構造

わが国が導入した刑の一部執行猶予制度は、裁判所が有期刑を言い渡す際に、その刑の一部の執行を猶予し、「葉

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」により定められた薬物使用等の罪を犯した者であれば必要的に、その他の罪を犯した者であれば裁判所の裁量により、その猶予期間中、保護観察に付すというものである。これにより、たとえば、従来、懲役三年の実刑が相当とされていた事案に対して、「懲役三年、うち一年につき三年間執行猶予」という判決を裁判所が言渡すことが可能となった。⁽¹⁵⁾

2 立法趣旨

本制度の根拠規定を新設した「刑法等の一部を改正する法律」および「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」の法案趣旨について、当時の法務大臣は、「施設内処遇と社会内処遇との連携によって、再犯防止及び改善更生を促そうとするもの」であるとし、「刑の言渡しについて新たな選択肢を設けるものであって、犯罪をした者の刑事責任に見合った量刑を行うことに変わりがなく、従来より刑を重くし、あるいは軽くするものは」と説明している。⁽¹⁶⁾ すなわち、立法者の意思としては、刑の一部執行猶予制度は、あくまでも、受刑者の再犯防止と改善更生の観点から、施設内処遇と社会内処遇の連携を強化するものであって、寛刑化や重罰化を意図したものであるということになる。

3 学説

本制度の法的性質について、本制度を実質において保安処分と同視する見解も主張されているものの、学説上は、一部執行猶予を従来の執行猶予とパラレルに考え、「身柄の拘束（実刑部分）と社会内での心理強制（単純一部執行猶予

の場合)や保護観察(保護観察付一部執行猶予の場合)から成る刑としての実質をもった独自の刑罰であると考えられる方が望ましい」とする見解⁽¹⁸⁾や、「一部執行猶予は、実刑が相当であるという量刑判断を前提に、想定される刑期の一部を、再犯防止(特別予防)に役立たせるために、比較的長期の社会内処遇に作り替える制度として理解される」とする見解⁽¹⁹⁾が有力であり、このように、本制度を「全部実刑の亜種」ないし「実刑のヴァリエーション」として捉える理解がコンセンサスを得ているとされる⁽²⁰⁾。本制度を適用した近時の裁判例によっても、本制度を適用するか否かの判断に行して実刑相当の判断がなされており、「全部実刑の亜種」ないし「実刑のヴァリエーション」の考え方に依拠した判断がなされていると指摘されている⁽²¹⁾。

以上のように、刑の一部執行猶予は「全部実刑の亜種」ないし「実刑のヴァリエーション」として位置づけられるとする見方が有力であり、実際の裁判実務においてもこれが採用されているとされる。また、『平成二九年版犯罪白書』によれば、施行初年の二〇一六年において、同制度が適用された事案のほとんど(九〇・七%)が覚せい剤取締法違反に係る事案であるほか、一部執行猶予に付された者のすべて(一〇〇・〇%)が保護観察に付されており、同制度が被告人の再犯防止と改善更生を促進するための制度として利用されていることがうかがえる。このような制度理解、法的性質に関する議論、運用状況を踏まえ、以下、本決定について検討を加えていく。

四 検討

本決定は、昭和二三年判決を引用しながら、刑の一部執行猶予に関する規定の新設は、刑訴法四二一条五号にいう「刑の変更」に該当しないと判断した。本制度の適及適用を認めている附則二条一項が存在しているのも、立法者と

しては、本制度の導入は刑法六条にいう「刑の変更」にあたらな⁽²²⁾いと理解していたからにはかならず、本件に関する先行評釈も、概ね、この結論を是認している。しかし、最高裁がこの結論にいたったのが、本制度が刑訴法四二一条五号にいう「刑の変更」を形式的に理解したからなのか、あるいは、「刑の変更」を實質的に理解したうえで、本制度の刑事政策上の効果を考慮した結果なのか、という点には検討の余地がある。

1 判断構造

本決定は、刑の一部執行猶予に関する規定の新設に関して、①被告人の再犯防止と改善更生を図るためのもので、②宣告刑の一部についてその執行を猶予するという新たな選択肢を裁判所に与えるものであり、③特定の犯罪に対して科される刑の種類又は量を変更するものではない、という三つの判断により構成されている。このうち、①の判断については、被告人の再犯防止と改善更生の促進が本制度導入の目的であるという立法趣旨を最高裁として是認したものであり、③の判断の、どのような場合が「刑の変更」に当たるとかという定義については、昭和二三年判決の立場を踏襲したものであるという点で争いはない。

昭和二三年判決が引用され、「刑の変更」の定義が踏襲されている以上、本決定は、「刑の変更」の該当性を、問題となつている制度の刑事政策上の効果を考慮することなく、あくまでも形式的に理解するという昭和二三年の立場を踏襲しているとみるのが、本決定の最も素直な理解であろう。なぜなら、本制度の導入は、明らかに、特定の犯罪を処罰する法定刑と処断刑のいずれにも変更を加えるものではないからである。しかしながら、昭和二三年判決に対する厳しい批判を受け、最高裁が「刑の変更」の該当性を實質的に理解する余地を残したとする見方も、完全に排斥さ

れるわけではないように思われる。ここで問題となるのは、②の判断において「新たな選択肢」という表現が用いられたことをどのように理解するかである。

2 「新たな選択肢」という表現

本決定は、昭和二三年判決を参照しながらも、本制度を、裁判所に与えられた「新たな選択肢」であるとして、執行猶予を「刑の執行のしかた」とした昭和二三年判決の表現を避けている。この点については、執行猶予を「刑の執行のしかた」とする形式的な説明に対して学説から大きな批判が寄せられていることに鑑み、最高裁としてこのような形式的な説明を排することを意図したもので、「新たな選択肢」という表現には、それ自体大きな意味はないとの評価がなされている⁽²³⁾。一方で、「刑の執行のしかた」という表現を避けたことは、刑の一部執行猶予を、単なる刑の執行方法としてではなく、独自の刑罰として理解するよう求めていることを示唆しているとの評価もなされている⁽²⁴⁾。

前者の場合、「新たな選択肢」という表現は、結論との関係では意味を有していないことになるが、後者の場合には、刑の一部執行猶予制度の刑事政策上の効果を考慮しているということになり、この考慮が結論に影響を与えている可能性があるということになる。つまり、「刑の変更」を実質的に理解する余地を残した可能性も有り得ることになる。そこで、本決定が「新たな選択肢」という表現を用いた点に着目し、本決定が「刑の変更」を実質的に理解する余地を残した可能性について検討する。

3 「刑の変更」を実質的に理解する可能性

本決定が「刑の変更」を実質的に理解する余地を残していると理解する場合、刑の一部執行猶予制度が有する刑事政策上の効果を考慮したとして、本件は、本決定の結論、すなわち、本制度の新設に関する規定の新設は「刑の変更」にあたらぬ、という結論に至り得るのであろうか。この点を明らかにするためには、本制度が有する刑事政策上の効果を特定しなければならない。

本決定が是認する立法趣旨によれば、刑の一部執行猶予制度は、施設内処遇と社会内処遇の有機的な連携を強化することに由来する被告人の再犯防止と改善更生の促進を目的とするものである。事実、そうであるからこそ、本制度は、特に再犯防止の必要性が高い薬物使用等の罪を犯した者について、別途、特別法を定め、保護観察の付与を必要としているのである。同様に、立法者の意思としては、本制度は従来の量刑を軽くするものでも重くするものでもないところ、学説上、従来どおりの量刑判断において全部実刑が相当であるとされて初めて初めて本制度の適用の有無が考慮されるべきであるという考え方が有力に示されており、実務の運用もこのような考え方に沿っている。本制度が適用された事案のすべてにおいて保護観察が付与されていることから、実務上、本制度が再犯防止をよく意識して運用されていることがうかがえる。要するに、本制度により刑の執行が一部猶予されることには、被告人の再犯防止と改善更生のための処遇体制が強化されるという効果があり、また、そのような効果が期待されているのである。問題は、刑の執行を一部猶予することにより被告人の再犯防止と改善更生のための処遇体制が強化されるという刑事政策上の効果を、「刑の変更」との関係でどのように理解するか、である。

既に確認したように、「刑の変更」と従来の執行猶予に関する議論においては、執行猶予の刑事政策上の効果を重視し、執行猶予の形式要件の緩和を「刑の変更」に含めるべきであるという見解が有力に主張されている。前述のよ

うに、従来の執行猶予には、刑の全部の言渡の効力を失わせるという重大な効果が認められる。さらに、刑務所に収容されることで社会生活の基盤が失われるおそれがあることは否定できない事実であり、執行猶予の有無は、引き続き通常の社会生活を送ることができるか否かを決定するものとして、被告人にとって重大な関心事であるといえる。刑の執行が全部猶予されることにより、被告人の生活基盤が維持され、負の烙印付けも回避し得るといふ刑事政策上の効果を考慮するとき、その形式要件に緩和が加えられたことにより被告人が執行猶予に付される余地が生じた場合に、執行猶予という選択肢が存在する状況のもとで量刑判断を行うことが衡平の観点からの正義の実現を求める刑法六条（および刑訴法四二一条五号）の趣旨に合致するという主張には、一定の説得力がある。

これに対し、制度の刑事政策上の効果を「刑の変更」の該当性の判断に反映させるとしても、刑の執行の一部を猶予する本制度の導入が、刑の執行の全部を猶予するための形式要件の緩和と同様に「刑の変更」にあたり得ると結論付けることには、なお慎重でなければならぬように思われる。というのも、従来の執行猶予に付されるか否かが、上述のように、衡平の観点からの正義の実現に寄与するとみる余地がある一方で、一部執行猶予に付されるか否かは、あくまで被告人の再犯防止と改善更生のための手段として本制度が利用されるか否かという、いわば「政策的な」判断であって、それが必ずしも衡平の観点からの正義の実現に寄与するとはいえないからである。つまり、刑の執行が一部猶予されるといっても、従来の執行猶予が回避できた問題を回避することはできないし、被告人の再犯防止と改善更生のための手段が本制度以外にも着実に整備されている現状に鑑みると、一般論として、本制度を用いることがすべての被告人の再犯防止と改善更生を促進するとは必ずしも断言できないのである。

刑訴法との関連でいえば、再犯防止対策という「政策的」スローガンを代表する制度のひとつとして位置づけられ

る本制度の導入が、事後審の原則を優越するような性質のものとは言い難く、やはり、同制度の導入にあたって原判決を破棄することが、はたして刑訴法四二一条五号の求める正義の実現に寄与すると解する余地があるのかという点に疑問が残る。このように理解すると、「刑の変更」を実質的に理解したとしても、本制度の導入は「刑の変更」にはあたらない、ということになる。この場合、最高裁は、「新たな選択肢」という表現を、本制度が、施設内処遇と社会内処遇の連携強化のために、自由刑という刑罰の執行方法について、施設内での執行と社会内での執行のそれぞれの場合の配分を裁判所に可能にするものである、という意味で用いており、それが事後審の原則を優越するような例外事由のひとつである「刑の変更」にはあたらないと結論付けた、と理解する余地があるといえよう。⁽²⁵⁾

以上のように、本件は「刑の変更」を形式的に理解しようと実質的に理解しようと同一結論に至り得る。本決定は昭和二三年判決と同様、「刑の変更」を形式的に理解しているとみるのが素直であるが、「新たな選択肢」という表現を用いた点に着目すれば、「刑の変更」を実質的に理解する余地を残したという見方も、可能性として残されている。

五 本決定の意義

本決定は、刑の一部執行猶予制度に関する規定の新設が刑訴法四二一条五号にいう「刑の変更」に該当しないとした初めての判断であり、また、被告人の再犯防止と改善更生を促進するという本制度の立法趣旨を最高裁として是認した点についても、先例としての意義が大きく、参照価値も高い。刑訴法四二一条五号（および刑法六条）との関連でいえば、「刑の変更」について、文言を厳格に解釈し、これを形式的に理解するべきであるという立場と、これを実質的に理解し、問題となっている制度がもつ刑事政策上の効果を考慮してその判断に反映させるべきであるという立

場が対立しているところ、先例と異なる後者の立場の可能性を残したとみる余地が指摘できる点が注目される。刑の一部執行猶予制度の導入に関する規定の新設が問題となった本件の場合、いずれの立場を採用しようとも、それが「刑の変更」にあたるるとは言い難く、結論自体は妥当であるが、「刑の変更」を理解する際に前述のいずれの立場が妥当であるのかは、なお議論の余地があるだろう。

本決定は、新たな制度が施行された直後という限定的な時期にしか争われぬ、特殊な事例であるともいえる。しかし、それは裏を返せば、刑の一部執行猶予という新たな制度の運用について、しばらくは混乱が生じ得るところ、とを示唆している。本制度の運用方法が問題となる際には、本制度の制度趣旨から遡って検討する必要があるところ、本決定が立法趣旨を是認した点は、今後の本制度に関する裁判においても十分な意味を有するものであるように思われる。

- (1) 団藤重光編『注釈刑法(一)総則(一)』(有斐閣、一九六四年)三〇頁(団藤重光)、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第三版)第一巻』(青林書院、二〇一五年)一一二頁(古田佑紀・渡辺咲子)、大塚仁『注釈刑法(増補版第二版)』(青林書院、一九七七年)二二頁。なお、西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法第一巻総論』(有斐閣、二〇一〇年)四七頁(高山佳奈子)は、「新法は旧法に優先する」という一般原則に根拠を求める。
- (2) 小野清一郎ほか編『ポケット注釈刑事訴訟法(下)』(新版) (有斐閣、一九八六年)一〇七〇頁。
- (3) 平場安治ほか編『注解刑事訴訟法下巻(全訂新版)』(青林書院、一九八三年)一二二頁(中武靖夫)。
- (4) 平場ほか編・前掲注(3)一二二頁(中武靖夫)、小野ほか編・前掲注(2)一〇七〇頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第二版)第九巻』(青林書院、二〇一二年)三二五頁(原田國男)。
- (5) もっとも、原判決後に「刑の変更」があった場合であっても、そのことがただちに原判決の破棄につながるわけではない(刑

- (21) 小池信太郎「統計に見る施行初年の一部執行猶予制度」罪と罰五卷二号(二〇一八年)七八―八一頁、高橋有紀「刑の一部の執行猶予をめぐる議論と実務」犯罪と刑罰二六号(二〇一六年)一一三頁。
- (22) 白井智之ほか「刑法等の一部を改正する法律及び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について」法曹時報六八卷一号(二〇一六年)七四頁。
- (23) 三好幹夫「本件判批」ジュリススト臨時増刊一五〇五号(二〇一七年)一九九頁。
- (24) 太田達也「本件判批」ジュリススト臨時増刊一五〇五号(二〇一七年)一六九頁。
- (25) このように理解すると、本制度はあくまでも刑の執行方法の一形態ということになるが、このことは、本制度の重要性やその導入の意義を何ら損なわせることにはならない。刑の執行方法のあり方について裁判所がより積極的に関与することができるようになったこと自体、画期的なことである。なお、本決定の解説として、三上潤「刑法等の一部を改正する法律(平成二五年法律第四九号)による刑の一部の執行猶予に関する各規定の新設と刑訴法四二一条五号にいう『刑の変更』」法曹時報七〇巻七号(二〇一八年)二二九―二三七頁。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)