

## 刑の一部執行猶予制度の導入と刑の変更

【文献種別】 決定／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 平成28年7月27日

【事件番号】 平成28年(あ)第456号

【事件名】 覚せい剤取締法違反被告事件

【裁判結果】 上告棄却

【参照法令】 刑法27条の2・27条の3・27条の4・27条の5・27条の6・27条の7、  
刑事訴訟法411条5号

【掲載誌】 刑集70巻6号571頁、裁時1657号1頁、判時2324号139頁、判タ1432号74頁

LEX/DB 文献番号 25448089

### 事実の概要

被告人は、営利の目的で、みだりに、路上において、覚せい剤密売グループの一員である知人から頼まれて、2回にわたり、覚せい剤合計約40グラムを代金計52万円で譲り渡した。

第一審(京都地判平27・11・4刑集70巻6号576頁)は、売り捌かれることが分かったうえで多量の覚せい剤を譲渡しており、犯行が悪質であること、累犯前科を有し、それ以前にも覚せい剤取締法違反又はそれを含む罪で何度も服役しており、覚せい剤に対する親和性は極めて強く、非難の程度は高いことから、恩ある知人から頼まれ仲介者的な立場で本件犯行に及び、利得もほとんどなかったなど被告人の供述を前提にしても、覚せい剤営利目的譲渡の事案の中では、なお重い部類に属すると指摘した。そのうえで、被告人が罪を認めていることや、内妻が今後の監督を誓っていること等も考慮して、懲役4年6月に処すとともに、被告人が得た利益を考え、このような犯罪が経済的に割に合わないものであることを明らかにする趣旨で、罰金50万円に処した。さらに、麻薬特例法上の薬物犯罪収益に該当するものの既に費消されている覚せい剤の代金52万円の価額について、追徴した。

弁護人は量刑不当で控訴したが、控訴審(大阪高判平28・3・10刑集70巻6号578頁)は、原審の判断は適切であって誤りはなく、量刑は、刑期及び罰金額いずれの点でも、重すぎて不当であるとはいえない、として、控訴を棄却した。

控訴審判決後の2016年6月1日に、刑の一部執行猶予制度を導入する刑法改正法が施行された。同法附則2条1項は、施行前の行為への同制度の適用を明示していた。弁護人は上告し、重大な事実誤認に加え、本件は原判決後に刑の変更があった事案であり、新法の下では刑の一部執行猶予が付されるのが相当な事案であることからして、原判決には甚だしい量刑不当がある、などと主張した。

### 決定の要旨

上告棄却。

「上告趣意は、憲法違反をいう点を含め、実質は事実誤認、量刑不当、原判決後の刑の変更の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。

所論に鑑み、職権で判断する。刑法等の一部を改正する法律(平成25年法律第49号)による刑の一部の執行猶予に関する各規定(刑法27条の2ないし27条の7)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411条5号にいう『刑の変更』に当たらないというべきである(最高裁昭和22年(れ)第247号同23年11月10日大法廷判決・刑集2巻12号1660ノ1頁参照。)

## 判例の解説

一 本決定は、刑の一部執行猶予制度施行直後に下された、この制度に関する初の最高裁判例である。本件で直接に問題になったのは、この制度の導入が「刑の変更」に該当するか否かという点であった。

「刑の変更」に関しては、刑法6条において、「犯罪後の法律において、刑の変更があったときは、その軽いものによる。」と規定されているほか、刑訴法383条2号・397条において、「判決があった後に刑の変更があったこと」が、刑の廃止及び大赦の場合と並び、控訴審における必要的破棄事由として<sup>1)</sup>、さらに同411条5号において同様の理由が、上告審における、著しく正義に反すると認める場合の裁量的破棄事由として、規定されている。刑法上の「刑の変更」と刑訴法上の「刑の変更」の意義は同一であると解釈されるのが一般的であるが<sup>2)</sup>、この規定の該当性を検討するためには、双方の規定の趣旨を確認する必要がある。

二 刑法6条は、憲法39条の遡及処罰の禁止を拡張し、事後的に刑が緩和された場合について遡及適用を認める規定である<sup>3)</sup>。その趣旨に関して、新法の内容がより合理的であることに基づく「新法は旧法に優先する」という一般原則が適用されたものである、との説明もみられるが<sup>4)</sup>、より積極的には、行為時法によれば適切であったが、判決言渡し時には必要以上に重くなってしまった刑を科すことは、悪しき絶対的応報刑主義として排斥されるべき、という点に、根拠を求めることができると思われる。応報刑論を採るか目的刑論を採るかにかかわらず、刑法は、処罰が何らかの将来効を発揮することを求めているといえる<sup>5)</sup>。

三 他方、刑訴法383条2項については、原判決後に重大な事情変更がある場合、事後審査に関する建前よりも具体的正義の実現という利益を優先させ原判決を是正すべきであるという考慮に基づくものである、とされる<sup>6)</sup>。また同411条5号についても、原判決前に刑の変更があった場合との衡平の観点からみて、原判決を維持することが法的正義に反するという政策的理由で破棄するものである、とされる<sup>7)</sup>。いずれについても、原判決に瑕疵がないにもかかわらず、具体的正義の

観点から政策的理由により原判決を破棄するものであり、刑の変更をどの範囲で認めるかは政策判断であるとされる。

そして、この政策判断に、刑訴法495条2項2号が、原判決が破棄される場合、上訴申立後の未決勾留日数の本刑通算を義務的としていることが関連している、と指摘されている。刑の変更の範囲を広くとりすぎると、本条が適用されることを期待して上訴が頻発するおそれがあるというのである。具体的に、控訴審に関しては、刑訴法397条の字義通り、原判決後に刑が変更された場合に必要的に原判決を破棄した場合、結果的に原判決と全く同じ刑を言い渡す場合でも、勾留中の被告人は、未決勾留日数の全部通算という「望外の利益」を得ることとなり、結論の妥当性に疑問が生じる、と指摘される<sup>8)</sup>。また上告審に関しては、刑訴法411条に関して、形式的に刑の変更に当たるとしても、ほとんどの場合は「著しく正義に反する」とは認められず、上告棄却になるだろうとしつつ、未決通算の誘因は少なくなく、破棄を求めて上訴申立てをする事件数は相当数に及ぶことが予想されるが、現実問題としてそのような事態に立ち至ることは、できる限り避けることが望ましい、とされるのである<sup>9)</sup>。

また、「刑の変更」が、「刑の廃止」や「大赦」と並べて規定されていることに注目する見解もある。そこから、改正法を適用しないことによって衡平の観点から法的正義に反するほどの重大な事態が生じる場合が想定されている、というのである<sup>10)</sup>。

四 そのうえで、本決定は、刑の全部執行猶予の適用対象となる懲役刑ないし禁錮刑の上限を2年から3年に引き上げた1947年刑法改正は刑の変更にあたらない、とした、最大判昭23・11・10（刑集2巻12号1660ノ1頁）に依拠して、刑の一部執行猶予制度導入も刑の変更にあたらない、とした。この大法廷判決は、刑の執行猶予は、刑の執行を一時猶予するに過ぎず、刑の執行のしかたであって刑そのものの内容ではない、そのため刑を規定した刑法第2章とは別の第4章に規定され、刑の軽重を定めた刑法10条でも言及されおらず、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、という理由を掲げていた。

しかし、この判例については形式論であり、実質的にみれば執行猶予を付すか否かは重要な刑の内容をなしている、として反対する学説が多い<sup>11)</sup>。大法廷判決は、執行猶予期間を無事経過したことで刑の言渡しの効力を失うとする刑法27条の効果は、同条の要件を具備した場合に同条により新たに生じる効果である、とするが、実際に刑の執行を受けるか否かは刑の重さに決定的な影響を及ぼす問題であり、刑の言渡しが失効し得る点にこそ、この制度の核心があるといわざるを得ない<sup>12)</sup>。また、個々の量刑の軽重の問題ではなく、新旧どちらの法律を適用するかという問題であって、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べき、として判例を支持する見解もあるが<sup>13)</sup>、まさに新旧どちらの法律を適用するかの問題として、執行猶予を付し得る刑の範囲が拡大した場合、実質的な刑の内容が変更になった新法を適用すべきかが問われているのであるから、答えになってはいないように思われる。さらに、刑法6条は立法者の恩恵により実体刑法不遡及の原則の一大例外を定めた規定であるから狭く厳格に解すべきであるから、犯罪者の行為規範の違反に対し科すべきものと予定した法律効果たる「制裁」の変更を意味し、裁判規範という裁判機関に対し命じた行為規範を定めた一切の法規の変更を指すものではない、という見解もある<sup>14)</sup>。しかし上述のように、刑法6条を遡及処罰禁止の例外だと捉える見方自体に疑問があり得るし、罪を犯す者にとっての行為規範の問題としても、罪を犯しても服役せずに済む場合が増加するという意味で実質的に刑が軽く変更されたと映る、といえるように思われる。

また大法廷判決は、原審の判決後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があったときには事後の事情によって前審の判決が法令に違反する場合と同様な結果となるから原判決を破毀するものの<sup>15)</sup>、刑の執行猶予の条件に関する規定が改正された場合には、前審の判決は法令に違反する場合と同様な結果を生じないので前記の場合に準ずることはできない、とする。しかし、原判決後に法定刑が変更されたが、原判決の量刑は変更前の法定刑の範囲内であった場合にも、刑の変更に該当するといわざるを得ないが<sup>16)</sup>、その場合に原判決が法令違反と同様の状態になっていたといえるかは疑

わしい。適正な選択肢の中から刑を選択しなかったという意味で、法令違反だというのであれば、執行猶予の適用範囲が変動した場合も同様であろう<sup>17)</sup>。前述の、衡平の観点から法的正義に反するほどの重大な事態が生じたか否か、という基準についても同じ反論が妥当する。最後に、上訴の増加抑制論については、まさに政策論であり、それによって刑罰の本質に関わる刑法6条の解釈を左右するのは不当だ、という反論が妥当しよう。本決定が、判例変更を検討しなかったことが惜しまれる。

**五** 判例に従い、刑の全部執行猶予が「刑の変更」に当たらないとした場合、刑の一部分のみの執行を猶予するにとどまり、猶予期間を無事に経過しても、実刑部分を刑期とする懲役刑又は禁錮刑に減軽されるにとどまる(刑法27条の7)刑の一部執行猶予は、なおさら、本決定が指摘するように、「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」ではなく、「刑の変更」には当たらないように見える。

また、刑の一部執行猶予の性質については、実刑相当の刑事責任がある場合の特別予防のための刑のバリエーションである、という理解が有力である<sup>18)</sup>。そして、改正法附則2条1項が、改正法施行前の行為についてもこの制度を適用することを規定したのは、刑の一部の執行猶予制度は、その導入により刑を重くしあるいは軽くするものでもなく、遡及適用が被告人の不利益となるものではないからだ、とされる<sup>19)</sup>。そうだとすると、仮に、刑の全部執行猶予の適用範囲の拡大は刑の変更に当たるとする有力説を前提としても、一部執行猶予制度の導入は「刑の変更」には当たらないことになりそうである<sup>20)</sup>。

しかしながら、刑の全部執行猶予の場合、求刑通りの刑期が言い渡されることが多く、刑期以上の期間、刑の執行が猶予されるが、犯情が悪質であるとして実刑が言い渡される場合は刑期が求刑からかなり割り引かれる運用となっている<sup>21)</sup>。すなわち、短期の実刑と、執行猶予取消しの場合に長期実刑の威嚇にさらされることが、同等の重さであると観念されていることになる。こうした運用が前提にあるからこそ、大法廷判決は、全部執行猶予は「刑の種類又は量を変更するものではない」と判示した可能性はないだろうか。それに

対して、刑の一部執行猶予施行後の運用においては、全部実刑となる場合と一部執行猶予となる場合の刑期はいずれも同一で、いずれも求刑から割り引かれているようである<sup>22)</sup>。そうすると、単に刑期の一部の執行を免れる可能性があるだけの一部執行猶予制度は、全部執行猶予の拡張を刑の変更とみる有力説に依拠した場合だけでなく、判例を前提とした場合でも、実質的に刑を軽く変更したものと評価される余地があったように思われる。もちろん、こうした立論は一定の運用を前提としている、という問題はある。しかし、遡及適用を明示した改正法附則自体が刑を重くする方向での運用を阻む、と考えれば、この運用によらない場合でも、「実質的に軽い方向にしか変更され得ない」という意味で、「刑の変更」を肯定することが可能であったと思われる。

●—注

- 1) ただし、最決平18・10・10刑集60巻8号523頁は、窃盗罪の法定刑を「10年以下の懲役」から「10年以下の懲役又は50万円以下の罰金」に変更した2006年刑法改正について、刑訴法383条2号の「刑の変更」があったと認めつつ、改正の趣旨が、「比較的軽微な事案に対しても適正な科刑の実現を図ることにあり、これまで懲役刑が科されてきた事案の処理に広く影響を与えることを意図するものとは解されない」ことを理由に、法改正との関係から第一審判決の量刑を再検討する余地のないことが明らかである場合、刑訴法397条1項により破棄すべき「刑の変更」には当たらない、と判示している。これは、明文に反するという問題点はあるものの、「刑の変更」が、既存の量刑傾向に変動を及ぼす趣旨でなく、かつ原判決の量刑を再検討する余地がないことが明らかな場合に限り、裁量的破棄事由であると解釈したものだと評価することができる。
- 2) 河上和雄ほか(編)『大コンメンタール刑事訴訟法第9巻〔第2版〕』(青林書院、2011年)315頁〔原田國男〕。
- 3) 事後的な加重処罰が、憲法39条自体により禁止されているか、刑法6条が憲法39条の趣旨を拡張したことにより禁止されているかについては、争いがあるものの、憲法39条説が有力である。例えば、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)15頁。
- 4) 西田典之ほか(編)『注釈刑法第1巻』(有斐閣、2010年)47頁〔高山佳奈子〕。
- 5) 松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』(成文堂、2018年)35頁は、不必要と判断された処罰を回避するのは、憲法13条などから導かれる比例原理の要請である、とする。
- 6) 河上和雄ほか(編)『注釈刑事訴訟法第7巻〔第3版〕』(立花書房、2012年)282頁〔小林充〕。

- 7) 河上ほか・前掲注6)553頁〔井上弘通〕。
- 8) 大野勝則=松田俊哉「判解」最判解刑事篇平成18年度(法曹会、2009年)367頁。
- 9) 三好幹夫「本件判批」平成28年度重判解(2017年)199頁。
- 10) 三上潤「本件判解」曹時70巻7号(2018年)236頁。宮木康博「本件判批」法教435号(2016年)180頁も、同様の理由から、「刑」は、宣告刑ではなく法定刑を意味することが予定されたものと解する、とする。
- 11) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990年)77頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂、2010年)440頁、山口・前掲注3)15頁など。
- 12) 大法廷判決・真野裁判官反対意見を参照。
- 13) 大塚仁ほか(編)『大コンメンタール刑法第1巻〔第3版〕』(青林書院、2015年)114頁〔古田佑紀・渡辺咲子〕。
- 14) 大法廷判決・斎藤悠輔裁判官補足意見を参照。
- 15) 判決後の刑の変更を事後的な法令違反と位置付けるのは、刑の変更を上訴理由として規定した、旧刑訴法415条の立法理由でもあったとされる。大野=松田・前掲注8)370頁。
- 16) 最判平8・11・28刑集50巻10号827頁は、尊属傷害致死を廃止した1995年刑法改正は、尊属傷害致死を傷害致死に統合することで、実質的に尊属傷害致死に対する刑を変更したと解したうえで、改正前の傷害致死の法定刑に含まれていた有期懲役刑が選択されていた場合について、原判決後の刑の変更に当たる、としている。
- 17) 大法廷判決・真野反対意見参照。
- 18) 小池信太郎「刑の一部執行猶予の現状と相対的応報理論」刑ジャ54号(2017年)27頁。
- 19) 白井智之ほか「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について」曹時68巻1号(2016年)74頁。
- 20) 太田達也「本件判批」平成28年度重判解(2017年)169頁。
- 21) 植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題」大阪刑事実務研究会(編)『量刑実務大系第4巻』(判例タイムズ社、2011年)77頁以下参照。
- 22) 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55巻2号(2018年)80頁。原審の全部実刑は重すぎないとしつつも破棄し、言渡し刑期は変えずに、うち一部の執行を猶予した裁判例として、東京高判平29・10・11高裁刑速平29年190頁がある。

一橋大学教授 本庄 武