

刑の執行猶予の目的

須々木 主一

- 一 序言（執行猶予の概念）
- 二 執行猶予の目的・その一（学説の概要）
- 三 執行猶予の目的・その二（刑罰論の一場面として）
- 四 結語（執行猶予の存在理由）

一

一 執行猶予ということでは、広狭二義がみとめられる。広義においては、宣告猶予と狭義の執行猶予が理解される。狭義の執行猶予では、条件付刑の言渡、条件付刑の執行免除、条件付特赦の三者が理解される。条件付刑の執行免除と条件付特赦については、とくに区別を設けない論者もある。しかし、条件付刑の執行免除が裁判上の免除として一種の司法的作用と解されるのにたいし、条件付特赦は、その実体はともかく、むしろ一種の行政的作用と解するのが一般であるから、やはり両者は区別することにしたい。

条件付刑の執行免除と条件付特赦とを区別しようとすれば、ただちに、条件付特赦を執行猶予としてとらえてよい

ものかどうかが、疑問となる。立法・司法・行政の三権分立を強調し、司法の場に行政的配慮は介入すべからずとする硬直した態度はすでに過去のものであるとしても、^(三)司法的機能と行政的機能をあまりに無造作に混和させる便宜主義的態度は避けるべきである。すくなくとも、問題整理のうえでそれが得策であるとかんがえる。それ故、ここで執行予という場合には、条件付刑の言渡と条件付刑の執行免除とを理解したい。

現行法だけを問題とする場合には、^(三)執行猶予ということで条件付刑の言渡を理解すれば足りるが、歴史的経緯をみるうえでかならずしも充分ではない。

(一) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, 1962, S. 194ff.

(二) 小川太郎、保護観察制度について、法務研究報告書三八巻八号(昭和二十九年)三三三頁参照。刑事司法にかんするかぎり、司法的機能と行政的機能とを制度論的にあまりに厳格に区別すべきでない。とくに刑事政策的要請は司法の全過程をつらぬいている。それにもかかわらず両機能を觀念上区別しなければならぬのは、事態分析のための手段としてそれが必要とかがえられるからである。なお、予防司法の觀念を強調するは、Pound, *Criminal Justice in America*, 1930, P. 33.

(三) 条件付刑の執行免除と条件付特赦を区別するものとして、例えば、佐伯千仞、刑法総論(昭和三十一年)二四六頁以下、吉川経夫、刑法総論(昭和三八年)三二六頁。両者をとくに区別しないものとして、例えば、小野清一郎、新訂刑法講義総論(昭和三十一年)三〇六頁、正木亮、刑法と刑事政策(昭和三八年)一一七頁、安平政吉、改正刑法総論(昭和三五年)二八九頁、なお、条件付刑の言渡をフランス(一八八八年)・ベルギー(一八九一年)主義、条件付特赦をドイツ主義(一八九五年)、ただし、一九五三年以降は条件付刑の執行免除を採用)、条件付刑の執行免除をノルウェー(一九〇二年)主義といふことがある。どの国でどういう形式を採用しているかを知ろうえでは有益であるかもしれぬが、このような便宜的呼称は

他にも多く例をみる事ができるとしても、むしろ、さけるべき用語法であるとおもう。

二 わが国にはじめて執行猶予をとり入れたのは、明治三十八年法律七〇号であつた。^(一) 本稿との関係でとくに重要とおもわれる点は、左のとおりである。

第一条 左ニ記載シタル者一年以下ノ禁錮ニ処セラレタルトキハ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内其ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得但シ監視ニ付セラレタル者ハ此ノ限ニ在ラス

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトアルモ其ノ執行ヲ終リ又ハ此ノ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

第三条 刑ノ執行猶予ハ裁判所ニ於テ検事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ刑ノ言渡ト同時ニ判決ヲ以テ之ヲ言渡スヘシ

刑ノ言渡アリタル後ニ於テハ其ノ言渡ヲ為シタル裁判所ハ検事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ執行猶予ノ決定ヲ為スヘシ此場合ニ於テハ其ノ決定確定ニ至ル迄刑ノ執行ヲ停止ス

刑ノ執行ニ着手シタル者ニ付テハ其ノ執行ヲ猶予セス

第九条 刑ノ執行猶予ノ裁判取消サルルコトナクシテ其ノ猶予期間ヲ経過シタルトキハ猶予セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス

明治三十八年のこの法律が条件付刑の免除であるか条件付特赦であるかについては多少の問題がある。大塚教授は、条件付特赦主義を『行政処分によつて刑の執行を猶予し、行為者が、一定の猶予期間を無事に過ぐすことによつて、その刑の執行を免除する』ものとしつつ、この法律は条件付特赦主義によるものとして^(三)いるが、泉一博士は、『我明治三十八年法律第七十号に於ては裁判を以て仮に刑の執行を猶予し無事に一定の期間を経過したるときは確定的に其執

行を免除するの制度を採用したり是れ第二（条件附刑罰宣告主義）及び第三（条件付恩赦主義）を折衷したるものなること明かなり』^(三)としており、多数説も、これにしたがう。^(四)刑の言渡後にもその猶予をゆるしうるものとする点で疑問も残るが、他に条件付特赦と解すべき積極的理由もあきらかでないから、ここは多数説にしたがうべきであろう。^(五)

明治四〇年の刑法には、条件付刑の言渡の形式が採用された。本稿との関係でとくに重要とおもわれる点は、左のとおりである。

第二五条 左ニ記載シタル者二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルニトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

第二七条 刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消サルルコトナクシテ猶予ノ期間ヲ経過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其効力ヲ失フ

この法律になると、執行猶予を与える範囲は拡大し、執行猶予期間も一年以上五年以下とあつたものを一年以上五年以下としており、言渡後の執行猶予はみとめられていない。明治三八年の免除主義がこの法律で失効主義にかつたことに関連して、明治三十一年案は免除主義、明治三四年案は失効主義、そして、明治三五年案が免除主義をとつていたことを記憶すべきであろう。^(六)

その後、執行猶予の制度は、刑法の規定のうえでは変更をうけることなく敗戦をむかえた。そして、昭和二二年法

律二二四号^(七)は執行猶予を付しうる場合も三年以下の懲役・禁錮さらに五千円以下の罰金にまでも及ぼし、昭和二八年法律一九五号は再度の執行猶予とこれにたいする保護観察を^(八)とめ、翌二九年には初回の執行猶予にも保護観察を付しうるものとして、現在にいたつている(執行猶予と保護観察の關係については、拙稿、フ。『ペーシシンの本質』早法三八卷一・二冊参照)。

もつとも、刑法改正事業の内部では、執行猶予についてかなり積極的な考慮がなされており、大正一五年、臨時法制審議会決議による『刑法改正ノ綱領』には、

九 刑ノ執行猶予ノ範圍ヲ拡張シ罰金、科料、公権喪失乃至停止ニモ及ホスヘキ規定ヲ設クルコト

十 刑ノ執行猶予ノ効果ヲ寛大ニスヘキ規定ヲ設クルコト

が掲げられており、これをうけて起草された昭和二年の刑法改正予備草案には、かなり進歩的な態度をみる^(九)ことができた。すなわち、

第七五条 三年以下ノ懲役、禁錮又ハ資格喪失、資格停止ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニ於テ本人罪ヲ犯ス前五年以内ニ資格停止以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者ナルトキハ一年以上五年以下ノ期間其ノ刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

五百円以下ノ罰金ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニ於テ本人罪ヲ犯ス前三年以内ニ罰金以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者ナルトキハ六月以上一年以下ノ期間内其ノ刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

本法ニ定ムル罪ヲ犯シ拘留又ハ科料ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニ於テ本人罪ヲ犯ス一年以内ニ刑ニ処セラレタルコトナキ者ナルトキハ六月以上一年以下ノ期間内其ノ刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

刑ノ執行猶予ハ特ニ憫諒スヘキ情状アリテ再ヒ罪ヲ犯スノ虞ナク且公益上害ナシト認ムル場合ニ非サレハ之ヲ言渡スコトヲ得

第七六条 刑ヲ併科スヘキ場合ニ於テハ其ノ一ノミニ付亦刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

第八四条 刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消サルルコトナク猶予ノ期間ヲ経過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其効力ヲ失フ

前項ノ場合ニ於テ善行保証アルトキハ之ヲ還付スヘシ

昭和一五年の改正刑法仮案も、これらの点についてはほとんど同趣旨の規定をもうけたが、ただ、執行猶予に付しうるものの前科を論じない点で、さらに積極的な態度を此処に、うかがうことができる。本稿との関係で記憶すべきは、次のとおりである。

第九六条 三年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニ於テハ情状ニ因リ一年以上五年以下ノ期間其ノ刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

五百円以下ノ罰金ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニ於テハ情状ニ因リ六月以上二年以下ノ期間其ノ刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

拘留又ハ科料ノ言渡ヲ為スヘキ場合ニ於テハ情状ニ因リ六月以上一年以下ノ期間其ノ刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

第九七条 刑ヲ併科スヘキ場合ニ於テハ其ノ一ノミニ付亦刑ノ執行ヲ猶予スルコトヲ得

第一〇三条 執行猶予ノ言渡ヲ取消サルルコトナク猶予ノ期間ヲ経過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其ノ効力ヲ失フ

前項ノ場合ニ於テハ善行保証人ノ為提供シタル金額又ハ有価証券ハ之ヲ還付スヘシ

このようにかなり進歩的な改正刑法仮案を参考にしたはずの昭和三六年の改正刑法準備草案になると、再び前科を問題にし、罰金の執行猶予期間にとくべつの配慮もなく、拘留・科料については執行猶予をみとめない。すなわち、第七八条 三年以下の懲役もしくは禁錮又は十万円以下の罰金を言い渡す場合において、第四七条に規定する刑の適用に関する一般基準の趣旨を考慮し、その刑の執行を猶予することを相当とする情状があるときは、一年以上五年以下の期間、その刑の

執行を猶予することが出来る。但し、前に禁錮以上の刑に処せられた者が罪を犯したときは、この限りでない。

前に禁錮以上の刑に処せられた者であつても、その執行を終り又は執行を免除された時から五年を経過した後に罪を犯したときは、前項但書の規定を適用しない。

懲役又は禁錮の執行を猶予された者に対し、猶予の期間内に犯した罪について、一年以下の懲役もしくは禁錮又は五万円以下の罰金を言い渡す場合において、特に刑の執行を猶予するのを相当とする情状があるときは、一回に限り、更にその刑の執行を猶予することができる。

第八三条 刑の執行猶予の言渡を取り消されることなく、猶予の期間を経過したときは、刑の言渡は、その効力を失う。

執行猶予の期間内に犯した罪について、猶予の期間内に刑事訴追があつたときは、前項の規定にかかわらず、その事件の有罪判決の確定後六月以内に限り、なお第八一条（必要的取消）又は前条（裁量的取消）第一号による執行猶予の取消をすることができる。

以上、わが国の執行猶予制度をみたかぎりでは、当初においてこそ免除主義か失効主義かが問題となり、免除主義との関係で多少条件付特赦が注意されることになるが、明治四〇年以降は、失効主義すなわち条件付刑の言渡がほとんど自明的なものとして承認されているから、ただ単に執行猶予という場合には、条件付刑の言渡を理解することも許されないことではなからう。いわゆる猶予制度一般の視点からこれをみれば、刑の執行を猶予するよりは刑の宣告を猶予するほうが合理的でないか、刑の執行猶予はむしろ恩赦の觀念をもつて規制するのが司法の觀念を純粹にたもつうえて好都合ではないのか、執行猶予を宣告猶予や仮釈放と併列的にみとめる必要があるのか、等、かんがえるべき問題も多いが、その場合でも、執行猶予ということでは宣告猶予や条件付特赦まであわせかんがえる必要も実益もな

い。実益という点に着目すれば、ここではもつぱら条件付刑の言渡を理解すべきものであろう。

(一) 歴史的経緯については、とくに、正木亮、刑法と刑事政策、一一七頁、小川太郎、わが国におけるプロベーションの発達、刑事法学の基本問題(木村選曆祝賀)(下)(昭和三十三年)一〇三九頁以下参照。

(二) 大塚仁、刑法概説総論(昭和三八年)三八四頁。

(三) 泉二新熊、日本刑法論(総論)(昭和一四年)八九九頁以下。

(四) 例えば、草野豹一郎、刑法要論(昭和三十一年)一七二頁、佐伯千仞、刑法総論、上掲、二四七頁、平場安治、刑法総論講義(昭和二十七年)二〇四頁、吉川経夫、刑法総論、上掲、三二七頁。

(五) この法律の成立にかんし、小川、上掲一〇四二頁以下は、『この制度の採用が、当時すでにプロベーションを採用するの でなければ、意味がないとされて、問題があつたにもかかわらず、刑法改正よりも急がれた事情については、明らかでない』とするが、正木、上掲一二五頁以下によれば、明治三五年案(後述参照)が容易に結論に到達しなかつたので、『そのため刑の執行猶予のごとき刑事政策上もつとも望ましい制度を遅延させることはできないとして、在野法曹をバックボーンとし』て、当該法律案の提出があり、無修正のまま法律になつたものとされる。提案者元田肇の提案理由のなかにも、その趣旨は読みとれるようである。正木、上掲一〇五頁以下参照。

(六) 明治一三年の刑法については、同法施行の歳(明治一五年)すでに司法省内に改正の義がとなえられ、明治二三年案、三一年案、三四年案、三五年案等をみる事ができる。二三年案には、執行猶予にかんする規定をみることができないが、三一年案以降には、その考慮がある。本稿に関係する限度で条文を挙げれば、次のとおりである。

三一年案(溝淵正氣||藤田次郎、新旧対照刑法草案理由書、明治三十一年参照)

第三〇条 初犯ニシテ懲役又ハ禁錮六月以下ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付テハ情状ニ因リ裁判言渡ノ日ヨリ時効ノ期間内其執

行ヲ猶予スルコトヲ得

第三一条 初犯ニシテ罰金ノ言渡ヲ受ケ完納スルコト能ハサル為メ留置ス可キ者ニ付テハ其日數ノ如何ニ拘ハラス前条ノ規定ニ從ヒ時効ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得但懲役又ハ禁錮ヲ執行ス可キ者ニ付テハ此限ニ在ラス

第三二条 懲役又ハ禁錮六月以上ニ処セラレタル者ト雖モ他人ノ生命、身体又ハ自由ニ直接ナル損害ヲ生セサル事件又ハ財産ニ対スル犯罪ニシテ其損害ノ全部ヲ賠償シタル事件ニ付自首減輕セラレタルトキハ第三十条ノ規定ニ從ヒ其執行ヲ猶予スルコトヲ得

第三三条 刑ノ執行猶予ハ刑ノ執行前檢事ノ申立ニ因リ裁判所之ヲ決定ス此場合ニ於テハ其決定アルマテ刑ノ執行ヲ停止ス

第三四条 剝奪公権ヲ科シ又ハ監視ニ付セラレタル者ニ付テハ第三十条乃至第三十二条ノ規定ヲ適用セス

第三五条 刑ノ執行猶予ノ期間内更ニ罰金以外ノ刑ニ該ル可キ重罪ヲ犯ササルトキハ其猶予セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス

第三六条 刑ノ執行猶予ノ期間内更ニ罰金以外ノ刑ニ該ル可キ重罪ヲ犯シタルトキハ当然後刑ト共ニ前刑ヲ執行ス

三四年案（新旧対照改正刑法草案理由書、明治三四年参照）

第三一条 左ニ記載シタル者一年以下ノ禁錮又ハ六月以下ノ懲役ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得

一 前ニ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

二 前ニ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ処セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以上罰金以

外ノ重罪ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

第三二条 公権剝奪又ハ監視ヲ附加セラレタル者ニハ前条ノ規定ヲ適用セス

刑ノ執行猶予ノ目的

第三四條 刑ノ執行ノ言渡ヲ取消サルルコト無クシテ猶予ノ期間ヲ經過シタルトキハ刑ノ言渡ハ当然其効力ヲ失フ

三五年案(刑法沿革總覽、大正一四年參照)

第三一條 左ニ記載シタル者一年以下ノ禁錮又ハ六月以下ノ懲役ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情狀ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶予スルコトヲ得

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者

二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以内ニ禁錮以上ノ

刑ニ処セラレタルコトナキ者

第三二條 (旧三二條と同じ)

第三四條 刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消サルルコトナクシテ猶予ノ期間ヲ經過シタルトキハ刑ノ執行ヲ免除ス

(七) その詳細については、とくに、中野次雄、逐条改正刑法の研究(昭和二四年)參照。

(八) とくに、木村亀二、刑法等の一部改正、改正刑事訴訟法・その他——解説と批判(刑法雜誌別冊)(昭和二八年)一五一頁以下參照。これは、プロバエーション制度を移入したのものとして大いに論ぜられ、翌二九年の改正は、この方向にさらに一歩をすすめたものとされた。

(九) 拙稿、宣告猶予、綜合法学五卷六号(昭和三七年)六四頁以下參照。

三 執行猶予の制度が明治三八年以来つねに肯定的にうけいられ、制度のうえではこれを拡張する方向に努力がはらわれてきたということ、これは確かである。明治四〇年以降、条件付刑の言渡がほとんど疑われることなく採用されて今日にいたつてゐること、これも事実である。小野博士は、かつて、『今日に於ては其(執行猶予)は刑事司

法に於て欠くべからざる一の公平的制度として認められ、其の正当性について殆ど疑ひを挟む者あるを聞かぬ。しかのみならず、其の法律的構成は寧ろ簡單であつて解釈上殆ど疑義を生ずるところがない。されば之について今学問的研究を企つことは稍時機に適せざるの感がないでもない』^(一)とした。昭和六年頃のことである。

しかし、執行猶予の制度には、それがあまりに当然のこととして受け入れられているだけに、何か重大な問題が盲点にはいつているのではないかという疑念をいだかせる。^(二)

このような危懼の背景をなすものは、

(イ) いわゆる刑罰論の貧困である。最近、この分野では、howの問題がとくに重視されて、whatやwhyを論ずることがすくない。刑罰という実践ときりはなすことのできない、効果のいかんがただちに客観的に明らかになるところでは、いわゆる空虚空論のむなしさが露呈される。そのためか、この場所で学者は学者であることをためらい、実践的要請にたいして物わかりのよい、理解ある態度をとりがちではなかつたかと考えられる。

(ロ) 刑事政策ということについて学問的な反省が充分でなかつた。刑事政策的考慮がここで通用するのは、当該制度が社会的事象の実態にそくしているからに相違ない。わが国の立法事業において至極当然のこととかがえられしてきた執行猶予、それも失効主義にたつそれが、一体どのような意味で社会的事象の実態にそくしていることになるのか、この点をたち入つて検討する必要がある。政策的に適當であるとするだけでは問にたいする答にならない。政策的考慮は合理的・合目的・実用的な考慮である。必要とあれば机を踏台につかい、必要性ということで事態を正當化する。ところが、ある種の机は本来の踏台以上に安定性をもつた踏台として役にたつ。合理的・合目的・実用

的視点のおちいりがちな過ちがここに芽生える。その机を安定性のある踏台として一般的に通用させる危険がある。執行猶予というところでこれと似た過誤はないと断言しうるのであろうか。

以下に論ずるところは、わが国の執行猶予制度の存在理由を多少たचितて検討するために試みる準備的な作業の一端にすぎない。第二節では執行猶予の目的にかんする従来の学者の所説をながめ、第三節では一つの考え方を紹介する。そして、これをとおして、執行猶予をまさに刑罰理論のなかで論ずるための場所をつくりたいと考える。

(一) 小野清一郎、刑の執行猶予と有罪判決の宣告猶予・その他（昭和六年）三頁。

(二) 明治三五年の刑法改正草案中に規定された刑の執行猶予および免除にかんし、同年一月、第一六回貴族院議員会談において、穂積八束はいう、

『刑の執行猶予と云ふことは此刑法案の眼目であると云ふことは委員会の速記を見ましても司法大臣が特に述べられて居る所であります、併ながら此事たる非常に重大であるだけそれだけ慎重なる審議を要することと思ひます、此事は元来理論に於て余程考ふべきことがあると思ひます、なぜならば凡そ犯罪があつて之に適當なる刑を盛りましたときに於きましては其刑を執行するのは当然なることで、申すまでもないことであるのに特に之を猶予するのは変例に属することであると云ふことを先づ第一に考へなければなりません、併しよし変例でありまして法律の力である、法律の力で変例を作るに何の差支はありません、併ながら刑の執行猶予の如きは大変例でありますから、此点に於ては考へなければなりません、又此事は實際に於て甚た危む所があります、大凡刑は犯人をして十分之を怖れしむると云ふことが又一つの必要なる点であります、此案に於ては刑罰が大に寛大になつて居ります、又刑を適用する範圍が広がつて居りますからして、今度の刑法は寛になつたと云ふ其声自身が既に私は社会に悪い影響を及しはせぬかと思ひます、世の中には刑法を読んで然る後に罪を犯

す者はありませんぬから刑法が益々寛になつたと云ふことそれ自身の感覚が既に害を及ぼすのでありますのに、此案には既に刑を申渡したる後に於て而して又之を免除し執行を猶予することまで規定してあるのでございますからして、余程寛大なる刑法であります、此寛大なる刑法を突然此人情酷薄なる時に於て施行を致して如何なる結果があらうかと云ふことが懸念に存する点であります』(倉富・平沼・花井、刑法沿革総覧(大正一四年)五七〇頁以下)

このようにして、特別法として研究を重ねたうえで提案すべきだとされた結果、貴族院はこれを容れて、改正案中よりこの部分を削除した。穂積八束の發言内容には、誤解にもとづく部分もあるが、現在なお念頭におくべき問題点への示唆があるとおもう。なお、この点については、西村克彦、刑の猶予と保護観察、刑法講座一卷(昭和三八年)一九二頁以下、莊子邦雄、刑の執行猶予、刑事法講座三卷(昭和二七年)五八九頁以下参照。

二

一 執行猶予の目的にかんするわが国の学説をみるにあたり、前もつて、二つの点に注意する必要がある。その一は、わが国の執行猶予制度がその機構のうえで多少の変動を経験していることに關係し、その二は、執行猶予の觀念自体に關係する。

まず、第一に、執行猶行の目的にかんするその所説がどの時期になされたかを注意する必要がある。ことの是非はともかく、現実に執行猶予の制度が存在する以上、法解釈論的にその所説は展開されたはずであるから、明治四〇年台になされた説明を、無造作に現在の制度をふまえた議論に読みかえるようなことがあつてはならない。その所説の真面目は、その發言がなされた当時の法制との対比においてでなければ、把えられぬはずである。しかし、それにも

かかわらず、執行猶予制度の目的にかんするかぎりでは、このような時期的制約を極端に重視することにも危険がある。何故なら、当該制度の目的をめぐつて人々が論ずる場合には、大体、その存在理由自体をながめており、すくなくとも、この視点をまつたく度外視して説をなすことは不可能であつたようにおもわれるからである。この視点に支えられた所説は、しばしば当該制度の制度的事実をこえた射程におよび、当該制度は、執行猶予制度のあるべき姿を論ずるための手がかりにすぎぬ場合もあつたようであるし、その傾向は、とくに戦前の文献中にいちじるしい。そのようなわけで、条件付であれば、その時期的背景をこえた学説の内容の検討もゆるされるものと考ええる。

第二に、執行猶予の制度を論ずるうえで議論が一般論にはしりすぎぬように注意する必要がある。そのためには、執行猶予ということで、裁判上有罪の判決をなし、刑を言渡した場合に、一定の条件のもとで一定の期間その刑の執行を猶予し、その期間を無事に経過したときは刑の言渡はその効力を失うという制度を理解していることを、つねに意識しておくことになる。^(二)したがつて、

(イ) 宣告猶予とことなり刑の言渡があるから、当該制度は刑の言渡が必要であるとする見地をとることを要求する。そして、刑の言渡があつてしかもその執行が猶予されるのであるから、つねに、ペンディングの状態にある刑との関係で執行猶予の機能を論ずることになる。執行猶予と宣告猶予とどちらが猶予制度としてすぐれた形式であるかを問えばまた別に議論もあるうが^{(とくに、平野竜一、犯罪者処遇法、(諸問題・昭和三八年六頁以下参照))}、すくなくとも、宣告刑そして、ペンディングの状態にある刑の存在を肯定的なかたちでとり入れる説明のみが、ここでは正当に評価されるべきであろう。

(ロ) 刑の存在を肯定的にとり入れなければならぬ以上、執行猶予制度の存在理由は、まさに刑罰本質論の延長線

上で展開されなければならない。しかし、それは、刑の執行を猶予することを中心とするのであるから、刑罰について語られることが直線的にこの場所に介入することはゆるされない。科された刑は執行されるべきである。それにもかかわらず、その執行を阻止するものが此処に在る。言渡された刑の存在理由に逆行するものが執行猶予制度の存在理由のなかに見出されなければならない。この拮抗するものの実体を明確にとらえた議論のみが正当に評価されることになるであろう。

(ハ) 刑の執行猶予には、保護観察を付することができる。刑の執行が猶予されて、しかもこれに保護観察が付随するのであるから、刑と保護観察とのあいだを媒介する処置としての機能を意識しておく必要がある。保護観察の刑事処分としての重要性が強調されればされるほど、この機能には重要な意味がつけ加わる。執行猶予と保護観察との結合は、制度論的にみて偶然的なのか目的論なのか。後者を採れば、保護観察のための執行猶予ということになり、刑と保護観察の関係を論ずる必要もでてくる。両者を同質のものと理解すれば、ここで、刑に代る処分ということや、刑の執行における処遇内容の転換ということを論ずる余地がでてくる。しかし、この場合には、上掲(ロ)との関係で制約のあることを銘記すべきであろう。

(ニ) 執行猶予の最終的効果が、刑の執行の免除ではなく、刑の言渡の失効であることを注意しなければならない。この場合、一年ないし五年という執行猶予の期間が経過すれば刑の言渡は失効するが、いわゆる前科抹消の場合には、禁錮以上の刑の執行を終りまたはその執行を免除された者については一〇年、罰金以下の刑の執行を終りまたはその執行を免除されたものについては五年、罰金以上の刑に処せられることなく経過してはじめて、刑の言渡は失

効する(三四条ノ二、一項)。刑の免除の言渡をうけた者においてさえ、その言渡が確定してのち罰金以上の刑に処せられることなく二年を経過しなければ、刑の免除の言渡はその効力を失わない(三四条ノ二、二項)。刑の言渡の失効の意義についてはまた別に検討する必要もあるが、すくなくとも以上の点をわきまえた所説でなかつたならば、執行猶予にかんする適切なものとすることはできない。

(一) 団藤重光、刑事判例評釈集九卷(昭和二七年)六九頁以下は、『刑の執行猶予が刑そのものでないことは明らかである。しかし、刑の執行猶予は単なる刑の執行停止(……)とちがつて、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、いいかえれば刑罰を消滅させるものにほかならない。これを単に「刑の執行のしかた」と考へるのは不当である。それは刑の実体に関するものだといわなければならぬ。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へるべきではあるまいか」とし、藤木英雄、注釈刑法(Ⅰ)(昭和三九年)一八七頁には、『執行猶予は、形式的には、刑罰そのものではなく、刑の附随処分である。したがつて、たとえば、執行猶予の条件の変更は、刑法六条にいう「刑の変更」にはあたらない(最判昭23・6・22集2・7・694)。しかし、執行猶予の社会的実体を直視するならば、それは、取消をうけたときには刑の執行を受けなければならぬという心理的強制を背景とした寛大な処分として、また矯正施設外における改善・更生を期する処分として、一個の独立した刑事処分としての性格をそなえている。判例も、一方では、執行猶予は刑そのものではないとしつつ、不利益変更禁止の関係では、懲役六月執行猶予三年の刑を、禁錮三月に変更するのは不利益変更にあたる(最判昭26・8・1集5・9・17)、処分の実態に副つた把握をしている』との解説も見えている。執行猶予の問題は、刑罰論における宣告刑の場面から刑の執行ないし行刑の場面にまたがる問題としてとらえる必要がある。この点について本稿九一頁以下参照。

二 執行猶予の目的ないし本質にかんする所説の内容を分類すれば、まずもつて、消極的見地と積極的見地の二者に大別することができる。ここに消極的見地とは、短期自由刑、または自由刑一般あるいは刑罰一般の弊害を回避するという消極的機能の方向から当該制度の存在理由をみる場合であり、積極的見地とは、犯人の改善・更生に役立つという積極的機能の方向からこれをみる場合である。消極的見地で消極説を、積極的見地で積極説を意味するつもりはない。強いて言えば、もつばらまたは主として消極的見地になつて執行猶予の目的ないし本質を論ずるものは消極説、もつばらまたは主として積極的見地になつて事を論ずるものは積極説ということになるが、すくなくとも、わが国の例では、論者は多少ともこの両つの見地から自説を展開しており、説を手がかりとした分類はいちじるしく困難であり、またこれを試みたところでさしたる実益もない。したがつて、所説内容を分解して事項別に分類しなおすほうが、上述一の第一点にもかんがみ、妥当であろうと考える。

(一) 消極的見地・その一 (短期自由刑の弊害回避)

短期自由刑の弊害^(一)ということでは一般に理解されているのは、その執行が受刑者に悪影響を与え、その者の社会復帰を困難ならしめる、ということである。どの程度の期間を短期というかは、かならずしも明確でないが、要するに、矯正・教育を必要とする受刑者については施設内で教化・改善の実をあげるべく不十分で、しかも、そのような措置を要しない受刑者については施設内の悪風に感染させる、心理的に萎縮させる、社会生活関係の回復をほほ不可能にさせる、等、受刑者の社会復帰の障碍をそなえるべく充分なだけの収容期間を意味すると考えられる。それ故、短期自由刑に弊害をとまなうというのは、同意語反覆にもひとしい。そして、その弊害は、施設内外の諸事情と相関的な

関係にあるから、その具体的事情のいかんによつて、結論が左右される。とくに、社会事情の好転、更生保護制度の完備、施設内の設備の充実、矯正技術の改善・進歩などによつて、その期間にいちじるしい変動のあることが予想されるが、一般には、三月ないし六月以下の自由刑が理解されている。いずれにせよ、比較的短期間の施設収容を内容とする自由刑に弊害をともしなう場合のあることは大体みとめられており、これを回避する手段の一つとしてヨーロッパでひろく行なわれるようになったのが、狭義における執行猶予の制度であつたとされている(平野庵一、矯正保護法)。

わが国でも、この制度を採用するにあたり、短期自由刑の弊害回避の配慮が念頭にあつたことは、ほぼ確実である(三)。さらに、この見地は長きにわたつて存在しつづけており、この点に視野を限定せぬまでも、これに説き及ぶものが多い事実をみれば、この見地にたいする執着のふかさをうかがい知るには充分である。この見地を捨てることは、おそらく、現行の執行猶予の制度にたいする理解の仕方として疑問がある。しかし、また、この見地だけでこれを説明しようとすることは、それ以上に疑問である。

(一) 短期の自由刑に有益な場合のあることが、肯定される傾向にある。わが改正刑法準備草案も、このような理解にたつている(改正刑法準備草案理由書。昭和三六年・二二頁)。そこで、仮りに、執行猶予は、短期の自由刑が有害と判断された場合に限るべしと説いてみても、執行猶予に失敗すれば猶予された刑が現実に執行される現行法の建前からすれば、これを容れうるかどうか、きわめて疑わしい。執行猶予制度運用の実態もそのような考えを支援しない(宮内裕、執行猶予の実態・昭和三三年・二〇二頁以下参照)。現行法としては、むしろ、短期自由刑の存在を肯定的にうけいれているとせざるをえない。(三)もとより、その肯定がどのようなかたちのものであるかはさらに検討を要するが、その場合には、とくに、有害であるとされる短期自由刑の廃

止されぬ理由を併せかんがえる必要がある。(四)

(ロ) 現行法は、三年以下の懲役・禁錮にも執行猶予をみとめている。これが短期自由刑の枠をこえたものであることは、まず、認めざるをえない。仮りに、勾留期間の算入を考慮にいれるとしても、これが六月ないし三月以下にまで収容期間の短縮される事態を予想したものとするのは、あまりに作爲的である。また、現行法は、五千円以下の罰金についても執行猶予を許容する。罰金刑は間接的自由刑であるとか、労役場留置とは表裏の関係にあるとか言つてみたところで、人を納得させることはできない。しかも、労役場留置は一日以上二年以下であり、合算した場合にそれが三年にまで達することがあるから、この点でも、説明がつかない。

- (一) 短期自由刑の意義については、朝倉京一、短期自由刑に関する課題と文献について、法務総合研究所研究部紀要第一分冊(一九六〇)以下に詳しい。なお『短期自由刑の効果に関する研究』一九六〇年同紀要第一分冊、一頁以下、一九六二年同紀要五九頁以下参照。同研究によれば、六月以下の自由刑の場合には、六月以上一年未満の自由刑の場合よりも釈放者の施設再入率が低いことになつて注意せよ。

- (二) 溝淵正氣||藤田次郎、新旧対照刑法草案理由書(明治三十一年)にいう、『従来の実験に徴するに初犯にして輕刑に処せられ繋獄せられたる者殊に少年者の如きは常に悔過遷善の効を奏すること能はざるのみならず在獄中不知不識他の兇徒惡漢の風習に感染して固有の良心を喪失し入獄前と全く其性質を一変し太甚しきは重ねて大罪を犯すを以て名著と爲し入獄の數多きを以て其社会に相誇るに至る果して然らば刑罰は懲戒の目的を達するの具に非ずして却て犯罪を奨励するの器と爲る蓋し此弊を生ずるは畢竟獄制の未だ完全ならざるに由ると雖とも今日に於ては到底国庫の金力を注ぎ其制度の改良を計ること能はざるを奈何せん是に於てか短期自由刑に処せられたる初犯者に付ては若干年間其刑の執行を猶予し其期限内再び罪を犯さ

さるときは全く其執行を免除し又は前判決を消滅せしめるの法起るに至れり』（六〇頁以下）『尚ほ他年の実験を経るに非ざれば此法の当否を断定することを得ざるも世俗の所謂の一時の出来心にて罪を犯す者の如きは之を獄に投して兇徒惡漢に伍せしむるよりは寧ろ此法を用ひて其将来を警戒し以て自新の途に就かしむるを得策なりとす是れ草案に於て此法を創設したる所以なり然れとも若し濫りに此方法を用ゆることを許すときは却て其本旨に反するの結果を生ずるのみならず裁判の効力を減殺するに至るを以て草案に於ては種々なる制限を設け且つ検事の申立に因り裁判所之を決定するものとなしたり』（六二頁）と。

(三) 執行猶予を取消すのは、猶予された刑の執行が有害でないと判断された場合にかぎる、とすることが考えられる。しかし、これが現行法の建前でないことは、執行猶予の取消事由をみれば、明らかである。それを別論としても、このような説をなす場合には、被猶予者が社会的に重大な事件をおこしても執行猶予を取消してはならぬ場合が生ずるから、問題である。このように、取消しえぬ執行猶予をみとめるとすれば、これを拘留・科料の場合にみとめぬことの説明がむづかしくなる。『猶予』という用語がその場合に適切でないことはいうまでもない。それは、すでに、刑の免除である。この方向をさらにすすめて、刑に代る処分を論ずることも可能であろうが、それは、すでに、消極的見地の範疇をこえている。

(四) なお、短期自由刑の有効性を、威嚇力ありとする点にもみとめることもできるのではないかと考える。短期自由刑に一般予防の効果がないうことと、それが特別予防との関係で威嚇という方向から有効であることとは、矛盾しない。刑の執行を猶予するということのなかには、すくなくとも、刑の執行という点で威嚇することを手がかりとした特別予防にたいする期待が、うかがわれる。実刑の場合と執行猶予の場合とで宣告刑のあいだに差を生ずる（前者のときは軽く、後者のときは重い）実務における傾向も、これを物語つている。藤本英雄、註釈刑法（一）（昭和三九年）一八五頁は、『判決の感銘力』と『善行保持の条件に違反したときには所定の刑に服すべき心理強制』をあわせ論ずる。これが『國家的非難を印

象づけるのみ』にとどまる趣旨（宮内裕、執行猶予の実態・昭和三二年・一頁以下参照）でないことは明らかである。なお刑法の感銘力を説くは、宮本英脩、刑法大綱（昭和一〇年）一二頁。この場所で心理強制を説くものは、例えば、坂部信義、最新刑事政策大系（昭和三一年）一三〇頁、高橋正己、刑事政策（昭和二九年）一九〇頁。これに似た用語としては、刑罰宣告の威嚇力（山岡万之助、刑法原理全・大正一年・三二二頁、永井勘太郎、詳細刑法総論・昭和三一年・三四四頁）、刑の執行の可能性の警告（大塚仁、刑法概説総論・昭和三八年・三八三頁）、取消の警告（中野次雄、小野等・新版刑法・コメントンタール・昭和三六年・七三頁）、等を見ることが出来る。改正刑法準備草案理由書（昭和三六年）一六一頁は、『被猶予者に対する警告又は心理強制』を説く。

（二）消極的見地・その二（自由刑ないし刑一般の弊害回避）

現行の執行猶予の制度について、昭和三五年度版の犯罪白書に、次の解説をみることが出来る。

『自由刑は、一つには犯罪者を社会から隔離することによつて社会から犯罪者を防衛するという作用をいとなむが、その反面、その者の拘禁は、社会にとつても、人的資源を失うという損失があるばかりでなく、犯罪者自身にとつても、社会生活の中断が、その社会復帰をいぢるしく困難にし、ひいては、その者に依存して生活する家族に過度の困難をしいる結果となる場合が多い。もし、これを隔離しないで通常の社会生活をいとなませつつ、猶予期間を無事に経過させることができ、また、そのような措置をとることが社会の防衛に反しないというのであれば、犯罪者にとつてはもちろんのこと、社会にとつても利益があることは明らかである。不幸にして、所定の期間内にふたたび犯罪を犯すなどのことがあつたならば、その時に、すでに定められた刑をもあらためて執行することにしてもよいであろう。このような刑事政策的配慮にもとづいてできたのが、執行猶予制度である』（法務総合研究所 犯罪白書（昭和三五年度版）一七二頁）

この考えの背後には、自由刑の發展方向への見透しがある。たしかに、受刑者の社会復帰を真剣にかんがえるならば、刑務所という異常な社会に適合する人間を造りかねない収容処分ではなく、その復帰すべき場所に適合しうる人間を造るよう、正常な社会生活の場にあつてその者の教化・改善をはかるのが自然である。その意味では、労役場留置を予想する罰金について執行猶予をみとめる趣旨も、一応うなずける。この見地は、自由剥奪をともなう刑事処分執行方法の本質にかかわる反省をその根底にもち、消極の見地とは言いながら、すでに、積極の見地と表裏一体をなしている。この見地の問題性は、内容的に後の積極の見地に接近する関係上、その限りではここでは触れない。それをほかにして、さしあたり注意すべきは、次の点である。

(イ) 上記の意味で自由刑の弊害を論ずるならば、問題性は、短期自由刑におけるよりも長期自由刑において顕著となるはずであるから、三年をこえる懲役・禁錮に執行猶予をみとめ現行法の建前を説明しきれない。とくに、執行猶予が失敗した場合に刑にもどるといふ制度的構成そのものがここでは疑問とされなければならない。

(ロ) 罰金について執行猶予をみとめる場合、端的に、罰金の弊害を回避するという趣旨をも理解すべきではないか。財産刑が、間接的自由刑として、社会生活の場における犯罪者の生活の自由を不必要に制約し、これを束縛する面の生じうることを認めるならば、自由刑の弊害とその問題性は近似したものとなる。罰金に執行猶予を付する理由は、執行猶予は事実上受刑者その他一般人に軽微な処置としてうけとられていから、自由刑よりも軽い財産刑にこれをみとめなければ刑の権衡を失する、というにあつた。^(二) このような権衡論が通用しうるのも、もとをただせば、刑罰が概念必然的に苦痛を内容とするからであろう。例えば、自由刑における自由の剥奪を一般に苦痛としてうけとる

という意味は、その場合、人間の正常な社会生活の状況が破壊され、人間の本来的なあり方とは異なる、すくなくとも主観的には不調和な状態が作出されるということである。この強行的に作出される不調和な状態を一義的に昇華された害悪とみ、評価するのは、片手おちである。それは、文学どおり害悪としてここに弊害をとまなう可能性を生ずることは、すでに充分に予想しなければならぬところである。自由刑一般の弊害を回避するという観点の延長線上で罰金の執行猶予を説明しようとすれば、それは、すでに、刑罰一般の弊害回避を説く方向に一歩をすすめたことにな^(二)る。しかし、それでは、刑の存在を制度上前提とする現行の執行猶予の説明としては、不充分的のそしりをまぬかれぬ。

本節一（ロ）にふれたとおり、執行猶予の目的のなかに刑罰を肯定するものと異質の要素があることはたしかであり、この点を確認するためには重要な指向となるが、偏向という意味で、この見地にもなお検討を要するものがあるとかんがえる。

(一) 植松正、刑法総論（昭和三三年）三六五頁、安平政吉、改正刑法総論（昭和三六年）二九三頁。同趣、福岡高判、昭和二六年一月二四日刑集四卷一四号二一四頁以下。権衡論との関係では、それがこの場所で発言権をもちうる理由をさらに検討する必要がある。その第一は、何故このような事実を顧慮する必要があるのか、であり、第二は、このような説が執行猶予の目的と矛盾しないか、である。前者については、刑罰論の動的性格、社会的象徴的把持の仕方と関連させて、後に述べる。後者についていえば、刑の執行猶予にも、恩典的性格がともなっていた、という点を想起すべきであろう。より重い事態について恩典的処置がみとめられるものならば、より軽い事態についてもこれをゆるすべしとするのは、ごく自然な成りゆきである。この点を最近とくに強調するものは稀であるが、しかし、この点も正当に評価しなかつたならば、制度の実態を誤解することにもなる。学問は合理性を尊重する。そのために、不合理なことを拒否するのは当然として、

それと同時に、非合理なもの（合理をこえたもの）をも捨象する危険がともなう。恩典そのものは合理的に説明しつくすことはできぬが、だからといって、これを刑罰論から追放することには、とくに慎重であることがぞまれる。

(二) 刑罰ということでは概念必然的に害悪をとまない、弊害の発生を黙認する。このような刑罰の観念は制度上放棄すべきである、とすることが考えられる。そして、ここに、例えば、社会防衛処分という用語を導入する。前者が害悪を概念的に黙認するものとすれば、後者は、害悪にたいし概念上仮面をかぶせるものである。概念の存在を制度上抹殺したからといって、それがただちに、事実上苦痛をともなう処分に付随する上記と同様の弊害を払拭しつくすことにはならない。

(三) 積極的見地・その一（特別予防主義的見地）

刑罰の本質をめぐる学説の争いのなかで、従来、わが国で主流を占めるものは応報刑論であつて、教育刑論をとるものはつねに少数派とされてきた。しかし、教育刑論者の明快・細緻な論理は、応報刑論者をしていわゆる相対的応報刑論の枠内にはしることを余儀なからしめ、そして、すくなくとも、執行猶予の制度をめぐる主張をとおしてみるかぎり、学説は、特別予防主義者、教育刑論者の側に強い発言をゆるしている。執行猶予の制度は、改善・教育刑思想の承認であり、その勝利を意味する以外のものではない、という者もある。（木村亀二、改正刑事訴訟法・その他、刑法雑誌別冊一五六頁）

この積極的見地を唱導したものは、いうまでもなく、牧野博士である。すなわち、博士は、基本的には、『刑法が一定の犯行者に刑罰を科することを規定するのは、社会と個人との調和の為、共同生活に於ける生存競争を調節することを目的とし、作用と為すなり。犯罪とは生存競争が適當なる限度を越えたものの謂にして、刑法は、其の生存競争に一定の規律を与へ、吾人の活動を其の理念に向はしむることを使命となすものなり』^(一)という理解にたちつつ、

『刑法の運用は、刑法の運用殊に刑罰に因るの損害が刑罰を科することに因る利益と均衡するところに限界を見ねばならぬ』^(二)という主張のもとに一種の謙抑主義を説き、刑罰論において目的主義・教育刑主義をとりながら、刑の執行猶予は目的刑主義の運用にかんして更に一步をすすめたものであるという見解をとり、つとに『執行猶予の制度が短期自由刑の弊害を避けるに在つたといふことからして、適用を単に自由刑に限るといふのも、また甚しく柱に膠するの策といはねばならぬ。苟も執行猶予の効果が挙げられるべき場合には、自由刑以外の制度にわたつて、ひろく刑一般にこれが認められるべきは当然のことである』^(三)という態度をとつていた。そして、昭和二九年の刑法改正について、『従来^(四)の執行猶予法は、犯罪人の改善を本人の自由意思に放置しようとするのであるのに対し、プロベーションの制度は、本人の自肅的努力を援助し指導し保護しようというのである。従来^(五)の執行猶予制を倫理的なものというのに対し、プロベーション制は、実証諸科学に徴して、その倫理的な性格を更に一次程高い社会的なものに進めようとするのである』^(四)と語つてゐる。

積極説の論者は他にも多くみることが出来る。^(五)

この見地にたつ所説に正しい契機^(五)のふくまれていることは、まず、何人も認めざるをえない。刑罰を科す必要のない場合には刑を科すべきでないとするにも、自然な帰結としてのひびきがある。さらに、刑罰と処分のあいだに本質的相違をみないことによつて、保護観察との結合をといつて刑に代る処分なりとすることに抵抗がなく、さらには、自由刑の処遇内容の転換としてこれを説明することも、理論的にかなり容易となる。これらの点は、一応みとめるべきであらう。

しかし、問題は、その先にある。これだけでもつて現行の執行猶予制度の目的を潤色なしにとらえることができるかどうか、これは疑問である。当該制度を生みだす背後には特別予防主義・教育刑主義を支えるとおなじ精神が働いており、その方向からの着色を無視しえないことは事実であつても、それが我田引水にはしらなかつたかどうかは、批判の余地もある。

（イ） 初度の執行猶予は三年以下の懲役・禁錮・五千円以下の罰金にしかゆるされず、再度の執行猶予について法はさらに消極的であり、また、前科の存否に言及する現行制度の態度には、特別予防の観点のみではなく、一般予防その他をも考慮していることを推測させるものがある。もとより、特別予防を重視するということがただちに一般予防等を無視することになるわけではないから、このような制約もともなうのだ、と言つていえないわけではないが、しかし、特別予防主義の立場では、犯罪者を重視することになるから、すくなくとも、すべて重大な犯罪についても執行猶予を付しうるようにする制度的配慮は必要であつたはずである。

（ロ） 執行猶予における猶予の観念的確な把握がむずかしくなる。この積極の見地にたつかぎり、執行猶予の制度は、まず、第一に、不処罰とすべき場合、第二に施設外処遇を必要とする場合に、それぞれ適用されることになり、そして、第三に、確定的処置をきめるための試験的な刑の延期として行なわれることになる。第一・第二の場合には、執行猶予を取消すことは原則としてゆるされず、ただ、施設内処遇の必要または施設外処遇の有害であることが明らかとなつた場合にかぎり、施設内処遇の無害または比較的有益であることを条件として、取消すべきこととなり、第三の場合には、処遇決定がペンディングの状態にあるものとして、事後的に、刑を執行しないことの肯定（不

処罰、施設外処遇）またはこれの否定（取消）の最終的判斷がなされることになる。つまり、第一・第二の場合よりして、執行猶予には刑の免除の代替的処分をかねる場合もあることになり、第三の場合には、刑の執行猶予の裁判としての性格がことさらに曖昧なものとなるわけである。これらが現行法の建前たりえないことは、多言を要しない。

(一) 牧野英一、重訂日本刑法上巻（昭和一六年）三頁。

(二) 牧野英一、刑事司法と刑事政策（昭和二五年）八二頁以下。なお、同、刑法総論（全訂版）上巻（昭和三三年）三一七頁、九〇五頁以下参照。

(三) とくに、牧野英一、刑法における重点の変遷（昭和四年）一九九頁参照。

(四) 牧野英一、刑法内外の動き（刑法研究一七巻）（昭和三五年）一一九頁。なお、同書一二〇頁以下において、四種の原理をかかっている点で同博士の面目躍如たるものがある。すなわち、その一は、刑法における改革が、その目標とするところにおいて、マシーからプレヴェンションに遷つたということ、その二は、実証的な諸科学が観念的な倫理に動揺を与え、伝統的なものを一次元新しいものにまで発展せしめつつあること、その三として、ここに、法律の進化における例外法の原則化ということを考える必要があること、その四として、プロベーション制がそれだけとして孤立して発展を進めるのではないことを考えねばならないということを、指摘する。

(五) 古くは、例えば、小幡伝、新刑法論（明治四三年）八六五頁以下にいう『刑罰は犯罪鎮圧の手段にして犯罪にたいする報酬にあらず、換言すれば刑罰は目的にあらずして手段なり、従て各犯人に就き其特質に従ひ之に相当する刑罰なる苦痛を科することを務めざるべからず、故に特定の場合に於て偶発犯人に於て宣告せられたる刑の執行を免除することは（若くは其言渡の効力を失はしむることは）刑事政策の宜きを得たるものと云はざるべからず』と。そして、ただに自由刑についての

みならず、罰金以下の刑をうけた者にもこれを及ぼすべしとする(八七三頁)。その他、坂本英雄、刑事政策学(全)(昭和八年)二七六頁、江家義男、刑法(総論)(昭和七年)二二八頁、八木眸、刑法総論(昭和八年)三三二頁以下、宮内裕、執行猶予の実態(昭和三年)一頁以下。なお、市川秀雄、執行猶予および宣告猶予について、刑法改正についての意見書集、刑事基本法令改正資料一号(昭和三年)一六〇頁以下参照。

(四) 積極的見地・その二(応報刑主義の見地)

わが国の応報刑論は、そのほとんどが相対的応報刑論であることは一般にみとめられているが、そのなかにあつて、刑の本質が応報であることを比較的純粹なかたちで論じ、しかも、執行猶予の存在理由をめぐつて積極的見地から精緻な理論を展開するのは、小野博士である。相対的応報刑論者のなかには、ときとして、相対的であることにつき理論上の一貫性を明らかにせず、刑事政策的という包括的で至極曖昧な観念をもちだすことによつて問に答えようとするものもあるが、此処では、そのような逃避がない。

『惟ふに執行猶予乃至宣告猶予の問題は法律に於ける一般的正義と具体的正義との対立を示す一の場合である。或ひは之を正義と公平との問題であるといふことを得よう。刑罰は、其の合理的根拠又は目的を如何なる点に求むるに拘らず、ともかく今日の社会に於て欠くべからざる一の社会統制的手段である。而して其の法律的な一般的法則に従つて行はれなければならぬことも之を認めなければならぬ。是れ刑法の必要なる所以である。されば刑法の規定に従つて刑罰を行ふことは一般的に正当性を有するものと謂はなければならぬ。また然る以上は、各個の場合に於ても刑の宣告と其の執行とを軽々しく抛棄することは出来ぬ筈である。だが、刑罰の合理性と其の合目的性とは——之を其の道義的応報に求むると、一般予防に求むると、将また特別予防に求むるとに拘らず——之を以て絶対的なものと為すことは出来ぬ。たとへ如何に正当なる目的行動であつても、特殊の場合に於

て、特殊の事情に因り、之を廢することが却つて正義であり、合目的である場合には、之を廢すべきである。況んや刑罰は、其の目的を改善、教育其の他如何に理想的な点に於て求むるとしても、其の現実に於て個人に對して加へらるる法益の剝奪であり、害悪であることは否認す可からざる事實である。されば、若し之を行ふことなくして尚刑罰一般の目的を達し得る限りは、之を廢することを以て正当なりと為さざるを得ぬ。此は刑罰一般の合理性を否認することではなく、單に其の特殊の場合に對する公平的機構に依つて其の具体的正義を到達せんとするものに外ならぬのである』(小野清一郎、刑の執行猶予と有罪判決の宣告。『此(刑の執行猶予)は出来るだけ刑罰の害悪を避け、殊に短期自由刑の齎す弊害を避けようとする目的をもつたものであつて、その合理性は形式的正義を制限して、具体的正義(衡平)及び合目的性の要求を實現するにあるのである』(小野・新訂刑法講義總論)。なお、『抑も刑の条件付赦免は必ずしも短期自由刑の弊害を避けるという消極的な目的のみによつて基礎付けられるものではない。考試期間内の行状如何に因り刑の赦免を受けることが出来るといふ希望が被告人をして其の行動を慎ましむるであらうといふ積極的な合目的性があり、尚更に進んで刑が其の如何なる態様に於ても之を受くる者にとつて一の害悪であり、之を用ひずして文化維持の目的を害することなき限りは之を用ひざるを可とするといふ根本理由に遡つて考ふるならば、之を自由刑に制限すべき理由はない』(小野、刑の執行猶予)と。

一方において刑罰の本質を応報であるとしつつ、他方において刑罰の必要性を論ずることは、かならずしも矛盾ではない。(二) 刑罰が存在するには、存在するだけの理由がある。存在する必要があるから存在する。そこにいう必要の觀念でどのような性質の、またはどのような次元のことを考えるかはまた別に一つの問題にもなるが、存在する必要のないものは存在してはならない。これが法制度の形をとつた文化的事象における公式であろう。これを刑の執行の場面にひきうつしてみれば、具体的状況のもとで執行の必要なしと判断された場合には刑を執行しないという、それ

は筋のおつたことである。

ここにあげた積極的見地の問題性も、やはり、現行の制度をこれだけでは説明しきれない、というところにある。この見地においてはすべての犯罪、すべての刑種にこれをみとめる余地をもうけるべきことになるが、現行の執行猶予制度はそこまでひろくはみとめられていない。

ただ、一つ、ここで注意したいのは、小野博士の見解にしたがえば、執行猶予に恩典的性格をみとめることも可能ではなかつたか、という点である。もとより、応報の要請は、刑を科することによつて正義を実現しようというにある。この正義ということでは、罰すべきものを罰するという場合が一般に理解されているが、それだけに限らない。

罰すべきものを罰しないという形式においてもそれはありうる。^(三)ただ単に罰しないというだけでは、それは放任ということで正義の名に価せぬであろうが、重要なのは、罰するのではなしにこの場所で相手方に積極的に働きかけそのことによつてそこに新しく価値を創造し、正義の観念を支える新たな調和関係ないし秩序をもたらすという点にある。これを刑罰論の場面に適用すれば、前者は赦しということ、つまり恩典であり、後者は愛ということ、つまり教化改善である。恩典というのはたしかに非合理(不合理にあらず)であり、これを合理的に説明しようとするれば、結局これの存在理由は雲散霧消することになる^(平野竜一、矯正保護法、昭和三八年・二二九頁以下参照)が、しかし、この点を的確にとらえることができなかつたならば、執行猶予制度の存在理由の現実的な把握は不可能になる。この積極的見地にあつては、この点も、より積極的に語るべきではなかつたかと考える。^{(三)(四)}

(一) 刑を行なう理由は、二つの方向において考えられる。第一は、過去の事実との関係で『罪を犯したから罰する』というも

の、第二は、将来との関係で『罪を犯さないように罰する』というものである。第一の場合、考えられることが二つある。その一つは、復讐感情を満足させることであり、いま一つは、正義の理念を実現することである。つまり、この場合、あるいは、個人心理的または社会心理的に現在の調和関係をもたらすべく、あるいは、意味ないし価値の世界において現在の調和関係をもたらすべく、必要な処置として刑が行なわれるのである。次に、将来との関係で、罪を犯さないように罰するということでは、一般予防および特別予防の観点において現在の社会の一応の調和関係を将来においても保持すべく、必要な処置として刑が行なわれるのである。いずれにせよ、刑罰は必要性の考慮によつて支援される。もつとも、刑の存在理由はこれだけに尽きない。就中、法定刑は、規範違反の行為にたいする否定的価値判断の表示としての機能をいとなんでおり、その意味では、刑の存在理由はこの形でも論ぜられなければならないわけである。なお、後段九九頁註二参照。

(二) 北森嘉蔵、宗教改革の神学（昭和三五年）参照。科された刑は現実に執行されるべしとの要請を不処罰の場面で生かす道は、赦し以外にはない。社会生活上の事実はあれも、これもを要求する。これにたいし、実践はあれか、これかを要求する。矛盾の解消ではなく、解決を必要とする所以である。この点については、北森嘉蔵、神の痛みの神学（初版・昭和二年）参照。このような視点からみることによつて、応報刑論に立つた執行猶予制度の説明がさらに純化されたことになるのではないかとかんがえる。従来、応報刑論よりする執行猶予肯定論は、悪因に悪果のともなうごとく善因には善果をとまなうべし、とするとごらに行なわれたとおもわれる（Vgl. v. Liszt, Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, III. Bd., 1908, S. 55.）が、刑罰の実践的性格を理解するためにはそれだけでは不十分であつたと考へる。

(三) 恩典的性格を加味して理解するものとして、例えば、大馬茂馬、刑法要綱（大正六年）三九五頁以下に『国家が行為者に対し施すべき恩威と、行為者の受くる利害との両方面より、行為者をして自省自新せしむるの制度にして、刑罰を施さずし

て、刑罰以上の効果を収めんとするを目的となす」とし、泉二新熊、日本刑法論(総論)(昭和一四年)八七八頁は『恩威の併行に依り犯人の自新を促し獄内の悪風に感染せしめずして刑罰の目的を達せんとする政策』なりとし、花井卓蔵、刑法(俗論(大正元年)二三三頁は、『刑罰は目的にあらざして、手段である。刑法は公安秩序の維持に必要な限度以外に於て、強て犯人に苦痛を与ふるを要求せぬ。刑を科せずと雖も、犯人、刑を科せられたると均き感覚を有する以上は、刑罰の目的は茲に達せられたるものとして、満足せねばならぬ。……自由刑の言渡を受けたる者に対して、其刑の執行を猶予する刑法仁恕の道にして、最善なる刑事政策応用の一である』とする。

(四) 学説内容の検討にあつては、その所説の趣旨を、故意に極端までおしすすめて、その貫徹しえぬ所以を強調した。しかし、それは、おそらく、各論者の本意に沿つたものではあるまい。そこに語られた目的というのは、実は、たんなる指向を意味するだけのもので、その端的な首尾一貫性は意図していないとおもわれるからである。ただ、問題の所在を明らかにするための手段として、そのような図式化もゆるされると考える。

三 従来、学者の論じきたつたところは、いづれも、刑の執行猶予制度の目的ないし存在理由を一元的に説明しようとするものではない。上述のように、一元的な説明方法が現行の当該制度の目的ないし存在理由を明快なかたちで説明しようとは考えられない。一元的に説明しえないということは、要するに、一元的に説明してはならないということであろう。そこで、問題の焦点は、多元的な説明方法がどのようにして単なる混合ないし妥協以上の論理的必然性に支えられた形でありうるか、に絞られざるをえない。

さらに、上にかかげた見地を綜合してみても、説明しきれない問題があつた。それは、三年以下の懲役・禁錮ないし五千円以下の罰金にたいしてしか執行猶予(初度の)はゆるされないと、という点である。このような制度的制約の

意味を理解するためには、本節一（イ）、（ロ）、（ニ）の前提にたちかえつて問題を考えなおす必要がある。とくに（三）の関係よりすれば、この範囲を無制約に拡張することには疑問が生ずるといふ形式的な説明も可能とならう。ただ、これを実体的な関係において説明しようとするれば、（ロ）を前提として（イ）にかえり、執行猶予の目的ないし存在理由につき多元的説明を要するというのは刑罰論それ自体が多元的な説明を要求しているからではないかといふ根本的な問題にまで視野をひろげる必要が生ずる。以下に、その必要の限度で、刑罰論一般を眺めることになる。

三

一 その目的を一元的に説明しきれない執行猶予制度の存在をここで黙認する学説の現状は、刑罰論の多元的性格をもはや争いえないこととして黙認するものといつてよい。事実、刑罰にたいしては、多種多様な社会倫理的要請がむけられており、犯罪をおかした者はかならず罰すべしとすること、犯罪をおかしたものといたども罰すべからずとすること、罰するにせよ罰しないにせよ、一方においては犯罪者を教育し、他方においてはその社会環境を是正すべしとすること、犯罪者において精神的、心理的、生理的、肉体的に犯罪と関係する欠陥があるならばこれを治癒すべしとすること、等に、さらに具体的事案にわたつてそれぞれの要請に条件がつけられる場合までかんがえるならば、その多様性は到底列挙のかぎりでない。社会生活上、事実としてこのような実践的要請が働いているとすれば、社会的事象ないし事象としての刑罰は、これらにたいして盲目であることをゆるされない。

刑罰論における多元的性格が執行猶予の目的の多元性というかたちに反映しこれを倍化した理由は、執行猶予が刑

の存在を予定しておりながら、これの執行を事実上否認するという構造をとつてゐる点にあることはいうまでもない。それによれば、刑を言渡す必要はある、しかしかならずしもこれを執行する必要はない、とすることになる。しかし、刑を言渡すという場合には、その刑が現実に執行されることを理念的には当然予想してゐるはずであり、この指向をたどるところには、科された刑はかならず執行されなければならぬという命題に逢着する。執行されないことを前提とした刑の言渡は、いわば内容空疎な儀式にすぎず、理論体系上あつてはならぬことである。仮りに、リアリスティックに事態を眺め、そうは言つてもやはりそれは儀式であるといわざるをえないとしても、制度的にその形式がみとめられている以上、その内容を當為の關係においてたずねるといふのが、ただしい制度理解の態度であらう。つまり、刑の執行猶予の制度については、刑はかならず執行しなければならぬという命題と、刑はかならずしも執行することを要しないという命題とが競合することになる。

このことは、執行猶予の問題性を、刑の執行ないし行刑一般の段階においてとらえることに通ずるが、しかし、執行猶予の問題性は、刑の執行ないし行刑の面に尽きるものでないことは明らかである。執行猶予を言渡すのは裁判においてである。刑の執行ないし行刑の次元にさきだつ宣告刑の次元において執行猶予は問題となる。ここで予防司法をいい、司法の行政化をいうのもよいが、執行猶予が司法の領域における一つの事象としての意味の確認を要求してゐることだけは看過しえないものがある。したがつて、執行猶予の場合を一種の軽い有罪判決とみる社会的傾向のなかにも、たんなる誤解をみるだけであつてはならないと考へる。執行猶予の問題は、司法と行政との限界的事象の問題としてとらえる必要がある。刑罰論上、その場合とくに重要なのは、行為にたいする刑が行為者において現実化さ

れるというその發展段階をめぐる問題である。以下の所説は、この点を意識した議論にならざるをえない。

執行猶予がもつばら刑の執行ないし行刑の段階における問題であるというのであれば社会的事物の存在構造との關係を論ずるだけでもよかるうが、それに先立つ段階の問題をふくむ以上、当該制度の背景にひろく視野を確保し、刑罰論の多元的性格との関連を注意しながら問題を考えることになる。

二 ところで、社会的事物の存在構造は二重構造をなしていると考えられる。その一は社会的事物における基体であり、その二はこの基体にむけられるところの社会的意味である。意味づけをはなれた社会的事物における基体は、それがそれ自体として存在するかぎりではいわば自然現象にも等しく、社会的には文字どおり無意味なものである。社会的事物はそれがまさに社会的事物である以上、社会的意味づけと無関係であることはできない。社会的事物における基体とは、社会的意味づけをうけるところの事象であり、社会生活の視点でみれば、社会的意味づけとの相関係において存在するところのものである。^(一) この意味づけは、もとより、様々なかたちでありうるが、それが加わることによつて当該基体は無意味の次元をぬけ出て価値關係的な社会生活の場に存在が与えられ、社会的物ないし事象としての社会的実在性を獲得する。ところが、社会的物における意味づけは、時々刻々に変化することがかんがえられ、もつとも現^レ實的な意味では、社会的物そのものがそれに応じて時々刻々に変化する。刑罰（そして執行猶予）もまた社会的事物である以上、この平面で事態を考察すべきは当然である。^(二)

つとに刑罰論の多元的性格を動的に社会的事象の場面において確認し、相対的応報刑論の正当なる所以を説明しようとしたのは、団藤教授であつた。

団藤教授は、『行刑の理念としての目的刑の考え方を、刑事裁判、さらに刑法の理念にまでさかのぼつてあてはめることになれば、理論は一貫する。新派の見解は、まさしくかような考え方をとるものである。しかし、それは、刑法における責任原理の否定にまでみちびくであろう。逆に、刑法および刑事裁判の応報的理念を行刑にまでそのまま浸潤させることになれば、これも理論は一貫する。しかし、それでは行刑における受刑者の改善という近代における大きな文化的収穫を捨て去ることになる。』そこで、まず、刑法および刑事裁判の理念を単に応報とかがえることを批判し、刑罰の非難によつて『行為者の規範意識を覚醒させることが期待される』という点をとらえて、『刑事裁判においても、教育刑の契機が当然に考えられるべきであり、さらに行刑において、それが現実に現われて来るべきことも当然なのである』とし、そして、『刑事司法における、行刑におけることによつて事態そのものが異つてゐる……。そうした観点から刑事司法においては応報の理念が優位に立つのに反して、行刑においては教育刑の理念が優位に立つことが基礎づけられるものと考えるのである。』すなわち、『刑事司法におけるよりも行刑において、犯罪および刑罰の意味が弱くなる』のであり、しかも、『刑事裁判において、刑の一般的作用がほぼ果されるといつてよい。世間の人々からみても、その犯罪がどのような評価を受けたかを判決によつて知らされることにより、一応の満足を感じる』のであるから、『行刑の段階では、受刑者の観念が犯罪の観念よりも強く前面に浮び上つて来る。判決において一応果された一般予防的作用は背後に退いて特別予防的作用が前面に現われ、しかも、犯罪の意味の微弱化に伴つて刑の本来の応報的性質が背後に退いて受刑者の改善の考えが前面に出て来るのである。かようにして、もともとは判決の現実的具体化の範囲内における合目的性の考慮が、ばあいによつては宣告刑のわくをさえ破ることが認

められることになるのである。』そして、さらに、『倫理的な意味での教育刑論をとるときは、犯罪に対する改悛といふことは、犯人の改善の必然的な内容をなす』として贖罪と改善との関係を重視し、行刑における希望の原理を強調しながら、『犯罪に対する改悛、したがって贖罪といふことがなければ、倫理の意味を含んだ更生はありえない』としている（岡藤重光、刑法と刑事訴訟法との交錯、昭和三年・五〇頁―五八頁参照）。

基本的には岡藤教授の見解にしたがつて刑罰論を展開し、さらにこれを各段階にわかちつて詳細に論じた大塚教授は、『文化的事象の本質は、もともと、その目的を離れては論じがたいのであり、刑罰もまた人類の歴史の所産として文化的事象の一である以上、その本質と目的とは……明確に区別しえぬ』という理解にたつて、刑罰の本質は応報であるが目的は一般予防および特別予防であるとすると妥協的態度は許しがたいとする。わが国において、つとに文化的事象としての刑罰につき目的と本質とは区別しえないと説いた木村亀二博士は、このことを根拠として目的刑論の正当性を論証することになつたが、これにたいし、大塚教授の場合には、『実体的刑罰の本質は、犯罪により犯人に科せられる法的応報でありつつも、社会的な一般予防、被害者および第三者の私憤、公憤の満足という機能とともに、贖罪を介しての受刑者の窮極的な改善、教化、すなわちその改悛の自覚をめざす特別予防的機能を併せ有する点に求められるべきであろう』（大塚、上掲）とする。これは、『刑罰を一の概念に統一しておく』（大塚、上掲）ことの可能性を前提とした説明であり、岡藤教授の場合と同様、まことに周到な説明方法といわなければならぬ。

しかし、このような説明といえども、かならずしも理解しやすいものではない。

第一に、応報といふことの実質がどのように理解されているのか、明らかでない。応報ということでは、一定の刑

法上の法律要件のそなわるところでは一定の刑法上の法効果が発生するという行為刑法たる刑事実体法の構成原理の直線的な反映以上のものを説明しているとは考えられない。『刑罰の本質が応報であるとするならば、刑は現実に科されなければならず、科された刑は現実に執行されなければならず、その執行においては科された刑の内容が正価のまままで実現されなければならない。これが応報の理念の実質を保持するということである。仮りに現実にその保持が許されないとしても、少くとも理論体系においてはその実質の保持が試みられるべきであるにも拘わらず、応報の理念とは、単に、刑事法理論体系構築上のためのポストチュラトであるかのような印象をぬぐいきれない』(拙稿、刑事政策の方法 昭和三八年、二五七頁)。文化的事象における目的と本質との関係をかながえるならば、(拙稿、刑事政策の方法 昭和三八年、二五七頁) 応報刑論者は刑罰の目的は応報にあるとすることを率直にみとめ、そのことの意味内容を明らかにする必要がある。

第二に、何故、刑罰は一般予防、特別予防等の目的を達成するための手段であるといわぬのか、説明がつまびらかでない。刑罰の機能ということを刑罰の目的ないし本質の問題をはなれて論ずる傾向が一般にみられるが、いうところの機能とは何であるかが曖昧である。刑罰の本質は法的応報であると言いつつその実質的な説明がなく、しかも、実質的な説明としては、一般予防・特別予防、等の、応報の観念とは次元を異にした機能が論ぜられる。つまり、実質的にいつて、刑罰とは犯罪防圧の手段である、ということになり、この場所で刑罰の本質を応報とするのは応報という観念について誤解をまねく危険がある。

第三に、応報の観念は概念必然的に視点を過去にもつのにたいし、一般予防・特別予防の観念は概念必然的に視点を将来においている。視点を異にする観念が単一の概念に内在することは言葉のうえでは可能であつても、概念的に

はなりたたない。しかも、一般予防の目的と特別予防の目的とは関係項を異にすることによつて結論を異にする場合も出てくる。このような矛盾にみちた内容を刑罰という概念に統一したつもりでいるのはおかしい。

第四に、刑罰が贖罪と関係する趣旨が明かでない。応報刑論を説くものは屢々このことにふれるが、贖罪というのはすぐれて主体的・自発的な実践的觀念であり、刑罰のような他律的・強要的性格の事象とは直結しない。しかも、いうところの贖罪とは何をいうのか明らかでない。

第一、第二、第三は、応報を本質とするところの刑罰において、一般予防・特別予防をかんがえざるをえないということのとらえ方の問題である。われわれの説明によれば、制度的刑罰(註二)の本質は応報であるが、法制上、この刑罰において一般予防・特別予防の目的を考慮することを積極的に許容する趣旨に理解することになる。すなわち、実践の場において刑罰をみれば、それは、行為者にむけられた社会的事実たる刑罰(註三)として、あるいは犯罪者を罰すべしとし、あるいは犯罪者といえどもこれを罰すべからずとし、あるいは、罰するにせよ、罰しないにせよ、一方においては犯罪者を教育し、他方においてはその社会環境を是正すべしとし、あるいは犯罪者において精神的、心理的、生理的、肉体的に犯罪と関係する欠陥があればこれを治療すべしとするなど、様々の社会倫理的要請の働きを甘受しなければならぬ、しかし、そのような要請のなかにあつても、当該事象が刑罰である以上、その基調ないし底流をなすものが応報の理念であることはつねに記憶すべきことになる。これを記憶するという意味は、あらゆる事態を応報の觀念をもつて解釈・説明せよ、というのではない。この応報の理念を具体的関係において全部的にまた部分的に肯定ないし否定するにあつて、とくに否定する場合においても、否定したということを記憶せよ、とす

る趣旨である (拙稿「刑事政策の方法に関する一考察、并藤先」。
(生誕四十周年・昭和三八年・二五七頁以下参照)。)

この刑罰にかんする理解を刑の執行猶予の場面にひきうつしてみれば、この場合、刑の執行を否定する趣旨がみとめられるのであるから、そこで応報の理念を全的なかたちで強調することはゆるぎされない。しかし、その理念を部分的に (ある意味で) 肯定するのでなかつたならば、刑の執行猶予の観念自体がなりたたない。上述第二章第一節 (イ)、(ロ)、(ニ) の指摘においてそのことはすでに明らかであろう。応報の理念のこのような部分的否定を要求したものは、刑なканずく短期自由刑の弊害回避、恩典、処罰の不要、犯罪者の再社会化へのより、積極的な条件設定、等、にたいする考慮であつた。これらすべてを包括するところの執行猶予の観念を見出そうとすることよりも、これらの考慮の介入を許容する社会的物事の存在構造自体にかかわる特性をわきまえて、当該制度をつねに実践をふまえた動的な刑罰体系のなかに位置づける試みこそが、先決問題であつたとすべきであろう。

社会的物事の存在構造をかんがえた場合に、一般予防・特別予防をめぐる社会倫理的諸要請の外在的性格を理解することがただちにこれらを軽視する趣旨にならぬことは、多言を要しない。また、刑罰の本質を応報とすることが不当にそれらを制約する意味にならぬことも明らかである。いわゆる『刑罰の機能』(そして執行猶予の機能) が合目的に複雑化するにつれて刑罰 (そして執行猶予) の観念の内容が最限もなく膨張する内在的説明方法には疑問を感じる。仮りに、それが、刑罰 (そして執行猶予) における内在的制約を論ずるねらいをもつとしても、そのような方法論に保障の機能の効果を期待すること自体が、今度は問題とされざるをえないであろう。

(一) 社会的現象を価値関係的にとらえている意味では Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S. 91 ff. 参照。こゝ

し、その考え方に全面的にしたがつていのではないことは後述のところから自と明らかにならうが、基体（ラートブルツによれば Wirklichkeit）にたいする理解の仕方にも相違がある。とくに不純正不作為犯における『行為』つまり不作為をみる場合、新カント学派の場合には価値に關係するところのものが見当らぬ場合がでてくる。しかし、われわれの見解によれば意味のむけられるところには基体が存在する。つまり、基体の存在は社会的意味と相関的關係においてとらえられることになる。拙稿、共犯の成立、現代の共犯理論（昭和三九年）所載参照。

- (二) 刑罰ということで、われわれは、すくなくとも三種のものを理解しようとかんがえる。その第一は、概念としての刑罰、第二は、制度的当為としての刑罰、第三は、社会的事実としての刑罰である。第一の、概念としての刑罰は、結局、定義づけの問題であり、分析概念設定の問題であるから、その適否は議論となりえても、それが実質的・本質的な問題にはなりえない。第二の、制度的当為としての刑罰は、現行法上『刑』とされているところのものである。概念としての刑罰のほかにこれを考える必要があるのは、一方においてそれは刑罰の概念をもつてとらえきれぬものをもっているからであり、他方においてそれは社会的事実そのものの実態をわきまえるうえに基準となるからである。第三の社会的事実としての刑罰は、その静態と動態とに区別される。制度的当為としての刑罰は、当該法制の内部にあつて一般的・抽象的に刑事実体法上の法律要件に対応する法効果の内容を表示するにすぎないから、刑罰を社会的現実性をもつたかたちで捉えるためには、その機能すべき場所にあつて当該制度を事実的に規制ないし制約する具体的・現実的な諸關係のなかでこれを探ねる必要がある。例えば、死刑廃止論のなかに、法典中には死刑を存置すべし、ただし現実にはこれを科すべからずとするものがあるが、これなどは、制度的当為としての刑罰における機能（行為にたいする否定的価値判断の表示）はみとめるが、社会的事象としての現実性を拒否する態度ということができる。それは、明らかに可能である。また、五年の懲役を科された場合、五年間にわたる自由の制限がどのような設備のなかで、どのようなスタッフのもとで、どのようなプランにしたがつて

運用されるかが、現実には重要である。五年の自由制限というのは、基体の一部にすぎない。しかも、五年間の刑務所生活のうちには、分類・累進処遇の関係などもあつて、刑事施設内における事情が当該受刑者に関連してかなり変動することが考えられる。その勢のおもむくところ、教育の手段のほすがたんなる応報となり、行為にたいする応報のほすが行為者の教育の手段となることが考えられる。それは、ちようど、机が踏台に使用され、文鎮が金槌の役割を果すことと交りはない。現時点にあつてそれは刑罰といふべきか、処分といふべきか、はたまたその混合といふべきか、それは、みる時点によつてかなりの変化を示すはずである。J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 1947, p. 473 が、『正常な生活を阻害するものが果して完全に非刑罰的なものであり得るかどうかは、純理論的にみてもきわめて疑問である』とし、Caldwell, *Criminology*, 1956, p. 404 が『刑罰と処分とは相互に入り混つており両者を分離することは不可能である』としてゐることは、このような観点からみても示唆に富むものといわざるをえない。

三 上記第四の点(贖罪の意味)は、社会的事物を実践の場において捉え、行為にたいする刑罰と行為者にたいする刑罰との関係を検討することによつて、比較的簡単に理解可能となるとかんがえる。

刑罰論の多元的性格は、行為にたいする刑が行為者において現実化することとも、無関係ではない。行為を直接の対象としてとらえた刑罰と、行為者を直接の対象としてとらえた刑罰とのあいだでは、その実質の点でかなりの相違を生ずる。刑罰が行為にたいするものであるとすれば、その実質は行為の属性、とくに違法性の量と質によつて決定される。これにたいし、行為者にたいするものであるとすれば、その実質は行為者における属性、なかんずく責任の質と量によつて決定される。^(二)違法性・責任の質・量とはなにをいうのか、違法性と責任の各質・量相互の関係がどのようになるか、必要性の考慮はどのようななかたちで介入するかは、また一個の問題であるが、そこに刑罰の実質に

おける相違のかがえられることだけは、認めざるをえない。

しかも、行為は歴史的社会的な事象としてではあるが過去の一時点に定着してかわることがないものとしてとらえられるのにはたいし、行為者はつねに現時点における存在として、その者の過去をはなれ、将来にたいする関係においてのみ捉えられる。行為（犯罪）が過去の一時点に定着して不変であるとかんがえることには、法制度上、正当な理由がある。訴訟手続のうえでは、事件が一義的・客観的に確定可能であることが大前提となるし、刑法における保障的機能も、客観主義的考慮を要求してその理解を支援する。ところが、行為者は、現実に社会生活をいとんでいる生きた存在以外のものではないから、過去の一時点においてどうであつたかは、すくなくとも実践の場にあつては問題でない。つまり、一方において行為にたいする刑罰は過去に視点をもたざるをえないが、他方において行為者にたいする刑罰は現在および将来に視点をもたざるをえないことになる。⁽¹⁾

社会的事物の存在構造にかんする理解をこの場所に適用すれば、ここでも、また、問題を比較的容易にのりこえることができるとかんがえる。

社会的事物は、なかんずく実践という視点においてながめれば、つねに現在の事実である。犯罪が仮りに過去の事実たるにとどまるといふことであれば、それはすなわち現在とは関係がない、現在とはかかわりのない事実だということであり、現在、これを問題とする必要はない。現在それを問題にする、問題にせざるをえないということは、とりもなおさず、その過去の事物が現在との関係において存在し、つづけているということであり、端的にいうならば、それは過去の事物ではなく現在、現在の事物だということになる。もとより、何時、何処で、誰が、どのようにして、い

かなる現象を惹起したか、という、この点については変化のありようはずがない。しかし、その現象が社会的事象としての實在性をもつためには、当該現象（基体）が社会生活の場において具体的關係において意味づけられることが必要であり、その意味と意味づけられた基体とが一体となつてそこに社会的物としての實在性のみとめられるとす
る見解をとるかぎり、基体そのものは不変であつても、これをめぐる社会的意味づけが変化することによつて、社会的實在における変質が結果的に発生することとは当然かんがえられることである。そしてその意味づけが現在のそれである以上、そこに出現する社会的事象は現在の社会的事象であることになる。

実践の視点において事柄に関心をもつ場合、その事柄はつねに現在の事物としてとらえられる。刑罰が社会的事象の一種として、現実の社会生活の場にあつてその實在性を主張するためには、これをめぐる事象はすべて現在の事象のほゞである。犯罪は、その基体において、過去の一時点に定着して不変であることはみとめざるをえないとしても、それが刑罰の關係項であるという意味では、刑罰との相對的關係をたもちながら現在の事實でありつづける。もとより、それは、刑罰との關係においてのみありつづけるというのではない。それはなれても、社会一般との關係において、被害關係者との關係において、犯罪者との關係において、在りつづける。犯罪が現在の事實であるから、行為にたいする刑罰が現在の事實として、その社会的實在性をたもちうるのである。

社会的實在性をみるうえで、行為と行為者とのあいだに構造上の本質的な相違はない。ちがう点は、行為者の場合、その基体がたえず変化するということ、行為者自身による自分自身（基体）にたいする意味づけが重要な問題になるといふこと、の二点であろう。行為にたいする刑をみるにせよ、行為者にたいする刑をみるにせよ、社会的事象

としてのそれをみようとするかぎり、それは現時点において把握することを要求する。行為者のみならず行為をも現在の社会的対象としてその实在性においてとらえなかつたならば、刑罰の社会的实在性をその実践的性格において正当に評価することはできないことになる。

以上のような自覚にたつて事態をながめるとき、われわれは、刑罰をとおして社会的实在性を積極的に変革してゆくことができることに気が付く。それを変革してゆくことができるならば、否定的な意味をもつ社会的対象はこれを積極的に解消してゆく方向に努力することができるのであり、またその方向に努力すべきことになる。行為にたいする刑は、行為の否定的価値を解消するために機能しなければならず、行為者にたいする刑は、行為者の否定的意味を解消する方向に機能しなければならない。この実践の場にあつて様々の社会倫理的要請をうけられるというのも、実は、この操作の過程における一つの配慮にほかならぬものとかんがえられる。

執行猶予の問題も、このような理解を前提としてより、良い解決策に到達するであろう。執行猶予の場合には、犯罪者にたいし自律的な生活がゆるされる。執行猶予が刑罰論の内部で理解される以上、この場所では、犯罪者における自律性ないし自発性を要素とする社会的物変革策が問題とされなければならぬということであろう。それは、ただ単に犯罪者には本来的に自助の責任があるなどという臭いものに蓋をする発言だけではなしに、ここでもその者の贖罪を期待する強い態度をみることになる。贖罪というのは、犯罪者が社会における、被害関係者における、自分自身における犯罪の否定的な意味をみずから積極的に解消してゆく過程にはかならない。この点を見おとすならば、執行猶予が刑罰論の内部に位置づけられる重要な意味の一つが看過されたことになつてしまう。

(一) 責任が行為の属性ではなく行為者の属性であることは、わが国では一般にみとめられているといつてよい。井上正治、刑法学総則(昭和二十六年)一〇六頁、小野清一郎、新訂刑法講義総論(昭和三十一年)一三四頁、大塚仁、刑法概説総論(昭和三八年)二七一頁、吉川経夫、刑法総論(昭和三八年)一四九頁、江家義男、刑法(総論)(昭和二十七年)一二三頁、佐伯千仞、刑法総論(昭和三十一年)一一一頁、団藤重光、刑法綱要総論(昭和三二年)一八二頁以下、平場安治、刑法総論講義(昭和二十七年)八六頁、参照。もつとも、『有責行為』の呼称はかなり広く行なわれているため、責任が行為の属性であるかに疑わせるものがないではない。例えば、牧野英一、刑法総論下巻(昭和三四年)四九五頁以下参照。ただし、木村亀二、刑法総論(昭和三六年)二九七頁は、『責任は行為者に対する関係における行為の無価値性又は無価値判断を意味する』と解する。責任が行為の属性ではなしに行為者の属性であるとみることになれば、責任主義(Schuldprinzip)(一、責任なければ犯罪なし、二、責任なければ刑罰なし、三、刑罰は責任の程度に従う)の第三命題について、それはすでに行為にたいする刑罰をこえて行為者にたいする刑罰を意識したものとみることになる。

(二) 責任は行為責任としてとらえられているから、行為が過去の事象とみられる以上、やはり、視点を過去にもつたものとしてとらえられざるをえない。その意味では、責任概念のとらえかたにも問題が残る。

(三) 莊子邦雄、刑の執行猶予、上掲五九二頁以下には、執行猶予制度の多義的性格を指摘し、これを教育刑主義・応報刑主義より一義的に決定することの危険を説くが、それがただちに『従来の応報刑主義―教育刑主義という平面的な対立を根底より揺り動かし、新たな刑罰理論を要求する』ということに飛躍する。ここでは問題の分析が周到におこなわれているだけに刑罰本質論と刑罰機能論との混同が目につき、社会的物事の存在構造の分析不足にたいする不満を感じる。刑罰本質論は概念としての刑罰または制度的当為としての刑罰の問題、刑罰機能論は社会的事実としての刑罰の問題である。必要なのは議論を整理することであつて、新しい刑罰理論を造りだすことではない。なお、上掲九九頁註二参照。

四

われわれは、これまで、とくに解説することもなしに、執行猶予の目的、とか、刑罰の目的、とかいう用語法をもちてきた。本稿の標題も、『刑の執行猶予の目的』となつてゐる。しかし、このような用語法にはとくに注意する必要がある。

この用語法によれば、刑罰（そして執行猶予）そのものが目的をもつてゐることになるが、それはたんなる比喩にすぎないのではないか。刑罰に目的があるのではない。刑罰に関与するものが刑罰をとおして達成しようとするところの目的、それを仮りに刑罰の目的と呼ぶのだ、とすることも考えられる。

この指摘は、ある意味では正しいが、またある意味では正しくない。

正しいというのは、いうところの刑罰の目的とは、当該制度をとおして、これに関与すべき国家機関がまさに達成すべしとされるところの目的を意味し、この目的は外部から、当為の関係において行なわれる一つの意味づけにすぎず、目的の外在性を指摘する点では正当とせざるをえないからである。当為の関係で見いだされた目的ではなしに、事実上うけいれることのできる目的をここで考えたとすれば、それはゆきすぎである。ところで、このゆきすぎを越えて、より本質的な意味で正しくないというのは、この目的を度外視すれば刑罰そのものを見失うことになるからである。目的達成に使用されるのは刑罰ではない。刑罰の基体である、刑罰は文化的事物であり、社会的事物であるから、根本的に目的をはなれては当該事物としての实在性をたもちえない。例えば、応報刑論に立つて、一年間の施設

収容が、監禁という犯罪ではなく、精神衛生法上の強制処分でもなく、まさに刑罰であるというためには、それが、犯罪にたいする法的応報としての意味をもっているかがきめてになる。応報とは正義実現の一形式である。この特定の形式における正義の実現という目的が當為の關係において予定された関与者を當為の關係において拘束する場合のみ、此処に刑罰が見出されることになる。応報は刑罰における目的であり、刑罰の目的である。刑罰の目的という一見比喩的な用語法がゆるされるところに、社会的事物の存在構造にたいする一般的な理解を読みとるべきであらう。

基本的には、執行猶予の制度についても、事情は同様のはずである。執行猶予の目的とは、刑の執行を猶予することによつて達成されるべき目的である。この目的があるがゆえに執行猶予制度は他の制度と実質的に区別されてありつづける、そのような目的が、ここで理解されなければならないはずである。もつとも、注意しなければならないのは、当該制度が他の制度から独立したそれ自体で在りつづけることのできるものではなかつた、という点である。執行猶予はまずもつて付随的処分である。われわれの論述も、この点を看過せぬよう注意したつもりであるが、とにかく、このことからすれば、ここで刑罰におけるとまつた、同じことが語られてはならない、それが条件付でなければならぬということとは、すでにくりかえし指摘したとおりである。つまり、執行猶予は、刑の言渡を条件とし、場合によつてはその刑が現実に行なわれ得ることを前提として構成された法制度であるから、刑罰の延長線上でその本質的性格を論ずべきことになるが、刑の執行を事実上否定する趣旨にも通ずる制度であるから、刑罰と直線的に結合した論述は拒絶する。しかも、それは、宣告刑の場面から刑の執行ないし行刑の場面にいたるは、しわたしの問題の渦中

にあるから、第一にいわゆる刑罰本質論との関係において、第二にいわゆる刑罰機能論との関係において、眺めなければならぬということになる。

既述のところから、われわれの結論はすでに明らかであろう。刑罰本質論との関係では、応報を肯定しつつ否定する、つまり形式的正義を具体的関係においては是正しつつ具体的正義を実現することを目的とする制度の一つということになり、刑罰機能論との関係では、刑罰の多元的性格を反映して多種多様の機能をいとなまざるをえないということになる。刑罰本質論というのは実は概念としての刑罰または制度的当為としての刑罰にかんする理論であり、刑罰機能論というのは社会的事実としての刑罰にかんする理論であって、刑罰機能論は社会的事物の存在構造にたいする分析なくしては理解不可能であつた。端的にいつて、それはより、主観的には国家的観点における刑罰の基体の利用の仕方の問題であり、より、客観的には社会的事物の変態の問題である。このようにして、いわゆる機能面をも網羅する執行猶予の定義をここで得ようとすれば、内在説的な誤謬に陥ることは明らかである。執行猶予の定義としては、形式的正義を具体的関係においては是正しつつ具体的正義を実現するための一手段として、刑の執行を猶予し、猶予期間を無事に経過した場合には刑の言渡がなかつたものとするところの制度である、とするだけで充分であるとかんがえる。従来おこなわれていた刑罰本質論、刑罰機能論との関係で殊更に重大な変動をもたらすような事態として執行猶予の制度をみるのは、むしろ危険ではなからうか。そのようなものとみるべき必然性はないとおもう。

最後に、執行猶予の制度が、刑務所の人員過剰を回避する方法として、また、国費節減の方法として、重要な役割を演じていることにも注意しなければならない。しかし、このような政策的な目的設定の理論体系的把握の仕方につ

論 説（須々木）

いては、もはや説明の必要をみとめない。

一〇八（一〇八）

（四〇・六・四）