

執行猶予取消と無罪推定

—— 執行猶予取消要件とその手続の適正化 ——

齋 藤 司

目 次

- I. はじめに
- II. 日本における執行猶予取消制度のパラダイム
- III. ドイツにおける執行猶予取消制度とその議論状況
- IV. 執行猶予取消と無罪推定
——ヨーロッパ人権裁判所 2002 年 3 月 3 日 Böhmer 判決
- V. 執行猶予取消要件とその手続の適正化
- VI. むすびにかえて

I. は じ め に

刑法 26 条は、執行猶予期間中における一定の犯罪に対する確定判決を理由として、いわゆる執行猶予の必要的取消を規定している。さらに、同 26 条の 2 は、執行猶予期間中の再犯により罰金刑が確定した場合（1号）、保護観察を受けている者による重い遵守事項違反の場合（2号）、執行猶予判決確定前に他の罪について禁錮以上の執行猶予が確定したことが発覚した場合について、いわゆる執行猶予の裁量的取消を規定している。この執行猶予取消に関する手続については、刑訴法が規定している。刑訴法は、検察官による取消請求を前提（刑訴法 349 条 1 項）に、対象者の意見を聴いた上での決定がなされることを予定している（刑訴法 349 条の 2 第 1 項）。

ところで、刑訴法は、刑法 26 条の 2 第 2 号による取消について、特別の規定をおいている。刑訴法 349 条 2 項は、検察官の請求は保護観察所の長の申出に基づくべきとし、さらに刑訴法 349 条の 2 第 2 項は、対象者の請求がある場合は、口頭弁論を経るべきとしたうえで、第 3 項は対象者に弁護人選任権を認めているのである。なぜ刑訴法は、刑法 26 条の 2 第 2 号について、このような特別の規定を設けているのであろうか。その理由については、「遵守事項違反の場合には、事実につき争のあること、従って取消の当否についての判断に困難が伴うことが予想されるので、取消手続の適正妥当な運用を期するため」¹⁾等の指摘がなされている。しかし、それ以上に刑法 26 条の 2 第 2 号に関する手続的保障の根拠や意義、さらにはそのあり方について理論的検討を加えたものはそれほど見当たらない。このように執行猶予の取消要件の性格がその取消手続のあり方に影響していることに鑑みれば、これらの点に検討を加えることは、執行猶予取消に関する刑訴法の趣旨を明らかにするだけにとどまらず、刑法 26 条の 2 第 2 項にいう執行猶予取消要件の性格、ひいては執行猶予制度の性格を明らかにうえで、少なからず意味を持つのではないか。また、現在、更生保護制度の改革²⁾が進められており、実際に執行猶予に関する法改正も進められていることに鑑みても、その意味は少なくないように思われる。

本稿は、以上のような問題意識に基づき、刑法 26 条の 2 第 2 項を中心に執行猶予取消要件およびその手続のあり方について、若干の考察を行うものである。以下では、日本における執行猶予取消の要件と手続に関するパラダイムおよびその問題点を確認したうえで(Ⅱ)、この点について現在議論が盛んとなっているドイツの議論(Ⅲ)およびその議論に大きな影響を与えたヨーロッパ人権裁判所の判断(Ⅳ)をふまえつつ、最後に執行猶予取消要件と手続のあり方について若干の検討を行うこととしたい(Ⅴ)。

註

1) 小野清一郎ほか『ポケット注釈刑事訴訟法(下)(新版)』(有斐閣, 1986) 1004 頁, 大

塚仁ほか『大コンメンタル刑法第2版第1巻』〔豊田健執筆部分〕（青林書院，2004）615頁。

- 2) 更生保護制度改革としては、更生保護のあり方を考える有識者会議『更生保護制度改革の提言——安全・安心の国づくり，地域づくりを目指して』（2006）およびそれを受けた「更生保護法案」が挙げられよう。このような，更生保護制度改革の方向性と問題点について検討するものとして，刑事立法研究会編『更生保護改革のゆくえ——犯罪をした人の社会復帰のために』（現代人文社，2007），特に土井政和「更生保護制度の改革の動向と課題——有識者会議提言と更生保護法案を中心に——」2頁以下参照。

Ⅱ. 日本における執行猶予取消制度のパラダイム

1. 執行猶予取消制度の概観

(1) 刑の執行猶予制度の意義

刑の執行猶予は、「条件付有罪判決」とも称されており，一定の要件を満たすことにより刑罰権が消滅する制度であり，その要件が満たされない場合に猶予が取り消され，刑罰が発動されることとなる¹⁾。

刑の執行猶予制度の意義については，特に刑事政策的意義が強調されている。その意義としては主に以下の2点が強調されている。第1に刑罰の弊害の回避である。かつては特に短期自由刑の弊害の回避という点が強調されていたが，現在は刑罰一般の弊害の回避にその意義があるとされている²⁾。このように刑罰に伴う弊害を回避することによる，有罪判決を受けた者の社会復帰が執行猶予の目的とされている³⁾。第2に，刑の執行の威嚇による再犯予防である。「執行猶予は，善行を保持しなければ刑を執行するという威嚇による再犯防止という特別予防の効果を期待している」⁴⁾とされている。

さらに，保護観察付執行猶予の刑事政策的意義については，まず執行猶予の持つ特別予防効果の強化が挙げられる。保護観察の個別処遇によって，執行猶予による特別予防の効果が具体的に担保・強化されることが指摘されている⁵⁾。

以上のように，刑の執行猶予は基本的に有罪判決を受けた者の社会復帰を目的とするものとされる一方で，その取消要件と結びつけられた威嚇による再犯

予防も強調されているといえよう。以下では、このような執行猶予の意義のもとで、執行猶予の取消要件および取消の手續が具体的にどのように規定されているか、概観する。

(2) 刑の執行猶予の取消要件

刑法は、執行猶予の取消要件として、「執行猶予期間中における犯罪行為」を中心に規定している。刑法 26 条は、「猶予期間内において罪を犯して禁錮以上の刑に処せられ、その刑について執行猶予の言い渡しがないとき」(1号)に執行猶予の必要的取消を認めており、さらに刑法 26 条の 2 は、「猶予の期間内に更に罪を犯し、罰金に処せられたとき」(1号)に執行猶予の裁量的取消を認めている。

このように刑法は、基本的に執行猶予期間中における犯罪行為を理由に執行猶予を取り消す場合、その犯罪行為に対する確定判決や刑罰の言渡しを要求している。他方で、問題とされているのが、刑法 26 条の 2 第 2 号にいう「…保護観察に付せられた者が遵守すべき事項を遵守せず、その情状が重いとき」の意味である。この点、執行猶予者保護観察法（以下、保護観察法とする）5 条 1 項は、保護観察における遵守事項として、「善行を保持すること」(1号)などを挙げている。さらに、このような保護観察法 5 条 1 項の運用としては、善行保持義務違反だけで、直ちに情状が重いということにはならないとされており⁶⁾、「犯罪行為を伴わない単なる遵守事項違反のみを理由として行われることはほとんどな」⁷⁾いとされている。

このように、刑の執行猶予取消要件としては、執行猶予期間中における犯罪行為について、確定判決および刑の言渡しを明確に求める規定が大部分である。これに対し、刑法 26 条の 2 第 2 号は、遵守事項違反との関係で犯罪行為が扱われており、その具体的要件は明らかではない点に特徴があるように思われる。

(3) 執行猶予の取消手続

先述したように、執行猶予取消手続は、刑事訴訟法に規定されている。以下では、基本的な手続を概観したうえで、刑法26条の2第2号に関する特別の手続を概観していこう。

①執行猶予取消手続の開始は、検察官の請求を経る必要がある（刑訴法349条）。この請求は、取消事由を具体的に記載した書面で行われ（刑訴規則222条の4）、その事由を認めるべき資料も提出される（刑訴規則222条の5）。②この検察官の請求を受けた裁判所は、猶予の言渡しを受けた者又はその代理人の意見聴取を経たうえで、決定を行う（刑訴法349条の2第1項）。

以上のように、執行猶予取消の基本的な手続は、検察官による請求に基づく裁判所の決定というかたちをとっており、非常にシンプルなものである。これに対して、刑法26条の2第2号に関する手続はやや複雑になっている。

①刑法26条の2第2号の場合も、検察官による請求が必要であることは同様であるが、その請求には保護観察所の長による申出が必要である（刑訴法349条2項）。これは、保護観察担当者による直接の判断を尊重する規定とされている⁸⁾。②この保護観察所の長による申出には、審理を行う必要がある場合がありうる。そこで、必要があるときは、対象者を呼び出し、質問することができる（保護観察法10条1項）。さらに、遵守事項違反について疑うに足りる十分な理由があり、呼出に応じないあるいは応じないおそれがあるときは、裁判官の発する引致状により引致することができ（保護観察法10条2項）、審理開始決定があった場合は10日以内で刑事施設等に留置することができる（同法11条2項）。③執行猶予取消請求をうけた裁判所は、対象者の請求がある場合は、口頭弁論を開かなければならない（刑訴法349条の2第2項）。この口頭弁論は、公開の法廷で行われなければならない（刑訴規則222条の9第5号）。なお、検察官による執行猶予取消請求があった場合、裁判所の決定の告知があるまで最大20日間留置が可能とされている（保護観察法11条3項）。④この口頭弁論を経る場合、対象者は弁護人を選任することができる（刑訴法349条の2第3項）。裁判所には、対象者に口頭弁論請求権および弁護人請求

権の存在を知らせる義務がある（刑訴規則 222 条の 7 第 1 項）。なお、口頭弁論の請求があったとき、裁判所は、決定で最大 10 日間留置期間を延長することができる（保護観察法 11 条 4 項）。⑤裁判所による執行猶予取消に関する決定が行われる。この決定が、執行猶予を取り消すものであるときは、その決定が確定するまで、継続して留置することが可能である（保護観察法 11 条 5 項）。

以上のように、刑法 26 条の 2 第 2 号に関する手続は、基本的な執行猶予取消手続に比べて、2 つの異なる部分がある。第 1 に、意見聴取だけでなく、口頭弁論や弁護人選任権という手続的保障が認められていることである。これは、「遵守事項違反の場合には、事実につき争いのあること、従って取消の可否についての判断に困難が伴うことが予想されるので、取消手続の適正妥当な運用を期するため」⁹⁾だと説明されている。第 2 に、保護観察所の長による申出のための審理、裁判所による決定のために引致および留置が認められていることである¹⁰⁾この留置の日数は、執行猶予取消の場合刑期に算入される（保護観察法 11 条 6 項）が、他方で、引致や裁判所の決定による留置の延長はともかく、他の留置処分について不服申立が許されるかは明らかでない。

以上のように、刑法 26 条の 2 第 2 号に関する手続は、基本的な執行猶予取消手続に比べ、通常の刑事手続に近い手続整備がなされている点で特徴があると思われる。それでは、このような刑法 26 条の 2 第 2 号による執行猶予取消は、現実にもどのようなかたちで運用され、そしてどのような問題点が指摘されているのであろうか。以下では、それらの点に関する議論を概観することで、日本における執行猶予取消制度のパラダイムを確認することとしよう。

2. 日本における執行猶予取消のパラダイムとその問題点

(1) 執行猶予取消と「二重処罰の禁止」

執行猶予取消が、刑法 39 条後段が禁止する、同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問うこと（「二重処罰の禁止」）に反さないかという議論は古くからなされてきた。

最高裁は、現行刑法が認める刑の執行猶予取消は、二重処罰の禁止に抵触し

ないという姿勢を維持してきたといえる。例えば、最高裁昭和26年10月6日決定は、以下のように判示している。「刑の執行猶予の判決は、刑の執行猶予を継続するのにふさわしくない法定の事由が存在するに至り又はその存在することが明らかになった場合には、その言渡しを取り消して刑の執行をすべきものとして、刑の執行を一定期間猶予するという内容の判決であるから、右の法定事由が存在するに至り又は存在することが明らかになったため、刑の執行猶予の言渡しが取り消されることになったとしても、それは刑の執行猶予の判決に内在するものとして予定されていたことが実現したというだけのことであつて、処罰はあくまで一回あるだけであり、同一の犯罪について重ねて処罰するものではない」¹¹⁾ このように、執行猶予の判決は、あくまで「条件付有罪判決」にすぎず、執行猶予取消は「判決に内在するものとして予定されていたこと」の実現にすぎないのであるから問題はないという見解は、基本的に支持されているように思われる¹²⁾。

他方で、執行猶予取消という留保がいかなる場合においても合憲となるわけではないという指摘¹³⁾が示すように、取消要件次第では、その合憲性が疑われることも当然とされている。これに加えて、執行猶予取消は、対象者が社会で自由に過ごす法的地位を剥奪され社会内における自力更生の機会を奪われ、現に自由を剥奪されることになる処分である¹⁴⁾こと（効果）に着目すれば、二重処罰の禁止との関係も再度検討を要するのではないかと、といった疑問が挙げられるように思われる。

(2) 刑法26条の2第2号にいう取消要件とその問題点

次に、その要件のあり方の問題として、刑法26条の2第2号の具体的要件を確認しよう。

先述したように、刑法26条の2第2号にいう執行猶予取消要件は、単なる善行保持義務違反だけでは、直ちに情状が重いということにはならないとされている¹⁵⁾ その要件の具体的内容としては、「遵守事項違反の事実があり、その違反がその内容、本人の生活態度全般からみて自力更生意欲の不足ないしは欠

如に基因するものであり、保護観察による指導援助を継続しても自力更生を期しがたい場合」が挙げられている¹⁶⁾。このように、「実務上も、本号による取消請求は、犯罪行為を伴わない単なる遵守事項違反のみを理由として行われることはほとんどなく、執行猶予期間中に再犯に及んだが、これについて判決の確定を待っていたのでは執行猶予期間が満了して、…必要的取消請求ができなくなってしまう場合に、補充的に行われることが多いと言われ」ているのである¹⁷⁾。

もっともこのような要件およびその認定方法については批判がないわけではない。特に問題となっているのが、この善行不保持との関係で有罪が確定していない犯罪行為を考慮することが許されるのかという点である。この点、実務では、未確定の犯罪行為を利用することが定着しているようである。例えば、東京高裁昭和 55 年 6 月 27 日決定は以下のように判示している。遵守事項違反として犯罪行為の存否を認定する場合、取消請求をうけた裁判所は、「必ずしも右犯罪について直接公訴の提起をうけた裁判所による認定と、その裁判の確定を待たねばならないものではなく、他の善行不保持の事実の認定と同様に、独自の権限の責任において、その事由の存否の認定ができるのは当然」である、と¹⁸⁾。また、現に審理中の犯罪事実について争いがある場合にも、取消請求を受けた裁判所が「その当否を判断するにあたり必要な事実を認めることができるのはもちろん」であるとの判断も存在する¹⁹⁾。

以上のように、保護観察あるいは執行猶予期間中の犯罪行為も、善行不保持と認められる限りで、その犯罪行為の有無が現に公判で争われている場合においても、取消事由とすることができる²⁰⁾とされているのである。

それでは、犯罪行為の認定方法や証明はどのように行われているのであろうか。この点、「取消し手続は、有罪・無罪を決める手続ではない。審判対象は、法定遵守事項、情状の重さ、相当性の有無である。この場合、証拠調べについては厳格な証明手続を要しない。事実の取調べとして適正であれば足りる」²¹⁾との指摘がある。実務においても、証明方法は自由な証明で足り、「遵守事項違反事実についての証明は、厳格な証明を要する事実ではないこと、保護観察

所は捜査機関ではなく処遇機関であること等にかんがみ、『証拠の優越』程度の証明で足りると解される」という考えによって運用されているようである²²⁾

以上のように、遵守事項違反としての犯罪行為の認定については、「自由な証明」による「証拠の優越」程度の証明で足りるとというのが、現在の実務の基本的な考え方であるといえよう。もっとも、「自由な証明」で足りるとする見解のなかには、「各要件の認定については『合理的疑いを越える証明』」が必要であるとする見解も存在する²³⁾

(3) 現行法における手続保障とその問題点

先述したように、刑法 26 条の 2 第 2 号に関する手続は、刑訴法において特別の規定がおかれている。特に、刑訴規則 222 条の 5 号ないし 7 号および 9 号は、口頭弁論請求権、弁護人選任請求権、公開の法廷の保障などを対象者に認めている。これは、「遵守事項違反の場合には、事実につき争のあること、従って取消の当否についての判断に困難が伴うことが予想されるので、取消手続の適正な運用を期するため」だと説明されている²⁴⁾

この点、最高裁も以下のような判断を下している。刑訴規則におけるこれらの規定は、「刑訴法 349 条の 2 が猶予の言渡を受けた者に対して認めている口頭弁論を請求する権利及び口頭弁論を経る場合に弁護人を選任する権利につき、それらが防御のために重要な権利であることに鑑み、その存在を知らせて行使の機会を適正に保障しようとするものであり、その手続を経ることなく執行猶予を取り消すことは、「刑訴法によって付与された権利を侵害することになる」、と²⁵⁾

このように、刑法 26 条の 2 第 2 号に関する手続保障は、その要件の前提となる事実問題に関する争い、さらに取消判断の困難性を踏まえた上で保障された²⁶⁾対象者が持つ刑訴法上の重要な権利とされている。それゆえ、実務では、この取消手続は「公判手続に準じて行われるのが一般」とされている²⁷⁾もっとも、他方でその手続保障のあり方に関する問題点も指摘されている。例えば、検察官は執行猶予の取消請求と同時に、証拠として保護観察記録や供述調書の

一件記録が裁判所に提出しているなど、予断排除原則の適用はない²⁸⁾さらに、証拠調べも裁判所が相当と認める方法で行えば足りるとされている²⁹⁾

以上のように、刑法26条の2第2号に関する、口頭弁論請求権や弁護人選任権といった手続保障は、あくまで「取消手続の適切妥当な運用を期するため」³⁰⁾の立法政策にとどまり、憲法上の権利ではないとされているといえよう³¹⁾そのため、仮に口頭弁論を開くことなく非公開の裁判をしても憲法37条1項に反することはないとされており³²⁾また弁護人の出席も必要的ではなく、憲法34条3項の国選弁護人請求権もないとされているのである³³⁾もっとも、このような手続のあり方に疑問を提示する見解も少なくない。例えば、「…執行猶予を取り消して被請求人に重い実刑を科すという重大な利益を及ぼす執行猶予取消手続についても、憲法31条、37条1項の適用があるのは当然であって、執行猶予取消手続において被請求人にも公平な裁判所の審理を受ける憲法上の権利が保障される」べきとする見解がある³⁴⁾さらに、このような執行猶予取消手続は、「まさに拘禁の当否を判断する手続であり、事実上は新たな刑事裁判に匹敵する。被請求人が弁護人の専門的な援助を要する性質の手続」であり、「要件の適正な認定のためにも、公開の場で示す手続を要」するので、「その意味で、取消し手続については、憲法の適正手続一般だけでなく、憲法34条の抑留・拘禁に関する規制原理を及ぼすべきである」との見解もある³⁵⁾このような見解は、執行猶予取消が持つ自由剥奪という「効果」に着目して、その手続に憲法を適用すべきであると主張しているといえよう。

(4) 日本における執行猶予取消制度のパラダイムと問題点

以上のように、現行法が予定する執行猶予取消制度とその現状を確認してきた。それは以下のようにまとめることができよう。

第1に、(保護観察付)執行猶予取消の性格である。この点、最高裁判例が示すように、「刑の執行猶予の判決に内在するものとして予定されていたことが実現したというだけのこと」との見解が有力である。それゆえ、執行猶予は条件付有罪判決として位置づけられ、執行猶予取消は、その条件に違反した場

合の判決に内在あるいは判決において予定されたものの実現にすぎないとされるのである。

第2に、執行猶予取消と二重処罰の禁止との関係についてである。この点、第1の点とも密接に関わるが、執行猶予取消は、そもそも予定されていたものの実現にすぎないのだから、「処罰」にあたらず、それゆえ二重処罰との禁止との抵触はないとの見解が強かった。他方で、執行猶予がいかなる場合にも合憲になるわけではないとの見解も強い。

第3に、刑法26条の2第2号の要件についてである。この点、保護観察法5条にいう善行保持義務との関係で犯罪行為の実行が求められている。そして、その犯罪行為を認定することについては、「自由な証明」「証拠の優越」で足りるというのが現行実務の考えであった。

第4に、刑法26条の2第2号に関する手続についてである。刑訴法や刑訴規則においては、他の執行猶予取消手続に比べ、手続的保障が充実しているが、他方で、これらの保障は立法政策として口頭弁論請求権や弁護人選任権を考慮したものに過ぎないものとされている。また、その手続は、引致や留置を予定しているなど、刑事手続に近い制度が整備されている点で特徴的であった。

このように、現行の執行猶予取消制度は、執行猶予取消の非刑罰性という性格を前提として、他方でその判断の困難性等を踏まえながら、その手続保障を立法政策として充実させたものであるといえよう。

もっとも、このような現行法のパラダイムには疑問がないではない。第1に、執行猶予取消の性格に関する理解である。二重処罰の禁止との抵触を否定する見解は、執行猶予取消の形式・レッテルに着目しており、その「効果」に重点をおくものではない。この点、例えば、法人税法に定める追徴税と罰金との併科について、不利益な措置が「行政上の」ものであるという理由だけで二重処罰の禁止との抵触を免れるとする見解は近年少なくなってきた³⁶⁾これに対し、「二重処罰に当たるかどうかの判断として…当該制裁の効果に着目」³⁷⁾するアメリカ合衆国連邦最高裁 Halper 判決³⁸⁾等のアメリカにおける動向を援用しつつ、二重の危険と行政処分との関係を検討する見解が有力になりつつあ

る。このようにみても、現在の執行猶予取消に関する理解は、特にその「効果」という側面から再度検討を要するようになる。

第2に、執行猶予取消手続についてである。当然のことながら、第1の点に関する理解が再検討を要するのであれば、この第2の点も再検討を要することとなる。さらに、執行猶予取消の性格を軽微なものと位置づけることと、引致・留置などの刑事手続に匹敵する自由剥奪処分が予定されていることについて、現在整合的な説明はみられない。これらを踏まえると、執行猶予取消の性格および制度のあり方自体との関係で、あるべき手続保障のあり方についても、さらに検討が必要であるように思われる。

それでは、以上の点についてどのように考えるべきなのであろうか。この点参考になると思われるのが、以上の論点について多くの見解が示されているドイツの議論、それに大きな影響を与えたヨーロッパ人権裁判所の判断である。そこで、これらの状況を概観したうえで、若干の検討を行うこととしたい。

註

- 1) 団藤重光編『注釈刑法(1)総則(1)』〔藤木英雄執筆部分〕(有斐閣, 1965) 212頁など参照。
- 2) 西岡正之「保護観察付執行猶予の現状と問題点」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) 294頁。
- 3) 石原明ほか『現代刑事政策』(青林書院, 2000) 166頁以下。
- 4) 西岡・前掲註(2)295頁。
- 5) 西岡・前掲註(2)296頁, 石原明ほか・前掲書註(2)167頁, さらに高橋正巳「わが執行猶予保護観察制度の目的と運用(二)」刑法雑誌2巻1号(1958)166頁以下。
- 6) 最高裁事務総局「執行猶予者保護観察制度の運用について」刑事裁判資料172号(1966)223頁, 大塚仁=川端博『新・判例コンメンタール刑法1』〔吉田敏雄執筆部分〕(三省堂, 1996) 167頁。
- 7) 浦功「保護観察付執行猶予取消の問題点」『新生きている刑事訴訟法 佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集』(成文堂, 1997) 271頁, 小野正弘=吉田康輔「刑法25条1項による刑の執行猶予と同条2項による刑の執行猶予が併存している者が再犯を犯した場合において, その実刑判決確定前に, 保護観察中の遵守事項違反を理由に, 同法26条の2第2号及び

執行猶予取消と無罪推定

- 26条の3に基づく刑の執行猶予言渡しの取消請求をした事例」研修697号(2006)115頁。
- 8) 団藤・前掲書註(1)〔藤木英雄執筆部分〕221頁。
 - 9) 小野清一郎ほか『ポケット注釈刑事訴訟法(下)(新版)』(有斐閣, 1986)1004頁, 大塚仁ほか『大コメンタール刑法第2版第1巻』〔豊田健執筆部分〕(青林書院, 2004)615頁。
 - 10) 柳瀬大三「執行猶予の保護観察について」更生保護制度施行十周年記念全国大会事務局『更生保護論集』(1959)253頁以下, 法務省保護局監修『新訂保護観察辞典』(文教書院, 1974)277頁以下など参照。
 - 11) 刑集5巻11号2173頁。さらに, 最決昭42・3・8刑集21巻2号423頁, 最決昭49・12・2最高裁判所裁判集(刑事)194号1頁, 最決昭52・4・13最高裁判所裁判集(刑事)203号595頁。
 - 12) 例えば, 団藤・前掲書註(1)〔藤木英雄執筆部分〕214頁, 大塚仁ほか・前掲書註(9)〔豊田健執筆部分〕560頁など。
 - 13) 団藤・前掲書註(1)〔藤木英雄執筆部分〕214頁。
 - 14) 渡辺修「刑の執行猶予取消し手続と憲法34条」判例評論506号(2001)210頁以下参照。
 - 15) 最高裁事務総局「執行猶予者保護観察制度の運用について」刑事裁判資料172号(1966)223頁, 大塚仁=川端博・前掲書註(6)167頁, 大塚仁ほか・前掲書註(9)〔豊田健執筆部分〕612頁など。
 - 16) 東京高決昭61・8・27判例時報1229号157頁など。
 - 17) 浦・前掲註(7)271頁。
 - 18) 判例時報985号130頁, さらに東京高決平13・11・21高等裁判所刑事裁判速報集(平13)号159頁も同旨。
 - 19) 東京高決昭53・1・24刑事裁判月報10巻1=2号125頁。
 - 20) 東京高決昭55・12・22東京高裁判事裁判速報2480号21頁など。
 - 21) 渡辺・前掲註(4)209頁。
 - 22) 山田憲児『保護観察付執行猶予の取消しに関する研究』法務研究報告書75集2号(1988)243頁以下, さらに大塚仁ほか・前掲書註(9)〔豊田健執筆部分〕607頁以下。
 - 23) 渡辺・前掲註(4)209頁。
 - 24) 大塚仁ほか・前掲書註(9)〔豊田健執筆部分〕615頁。
 - 25) 最決平12・4・21判例時報1708号165頁。
 - 26) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法第3版増補版』(弘文堂, 2006)816頁。
 - 27) 松尾・前掲書註(26)817頁。
 - 28) 浦・前掲註(7)281頁。

- 29) 最高裁事務局『刑事手続法規に関する通達・質疑回答集』（追補2）刑事裁判資料140号（1960）319頁。
- 30) 小野ほか・前掲書註(9)1004頁。
- 31) 小野ほか・前掲書註(9)1005頁，渡辺・前掲註(4)210頁。
- 32) 最決昭42・8・1最高裁判所裁判集（刑事）164号1頁，平場安治ほか『注解刑事訴訟法中巻（全訂新版）』（中武靖夫執筆部分）（青林書院新社，1982）926頁。
- 33) 平場ほか・前掲書註(32)〔中武靖夫執筆部分〕926頁以下，小野ほか・前掲書註(30)1005頁。
- 34) 浦・前掲註(7)281頁。
- 35) 渡辺・前掲註(4)210頁以下。
- 36) 松宮孝明「改正独占禁止法と『二重処罰の禁止』」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第2巻』（成文堂，2006）89頁。
- 37) 佐伯仁志「二重処罰の禁止について」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』（有斐閣，1994）292頁。
- 38) *United States v. Halper*, 490 U. S. 435 (1989). もっとも，その後の *Hudson* 判決によって，この *Halper* 判決の基準は実質的に否定されている（*Hudson v. United States*, 522 U. S. 93 (1997).）といわれている。以上の動向及び *Hudson* 判決の内容については，佐伯仁志「アメリカにおける二重処罰の禁止」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社，2003）513頁以下，曾和俊文「行政手続と刑事手続——企業の反社会的行為の規制における両者の交錯」ジュリスト1228号（2002）116頁以下など。

Ⅲ. ドイツにおける執行猶予取消制度とその議論状況

1. ドイツにおける保護観察のための刑の延期取消

(1) ドイツにおける保護観察のための刑の延期の性質

ドイツ刑法56条は，保護観察のための刑の延期〔*der Strafaussetzung zur Bewährung*〕を規定している。本条によれば，行為者が将来犯罪行為をしないであろうという裁判所の期待（良好な予測）（56条1項1文）を要件として，6ヶ月未満の自由刑は常に延期されなければならない，6ヶ月以上1年以下の自由刑は原則延期とされているのである（法秩序の防衛という必要性がある場合はこの限りでない）。1年を超え2年以下の自由刑については，特別な事情がさらに存在する場合のみ延期が許される。

このような刑の延期の性質については、以下のような指摘がある。刑の延期は、行為者に対して、刑罰を科さない生活および遵守事項・指示事項の遵守により刑罰賦課を免じる機会を付与するものであり、再社会化思想の要求や短期自由刑の弊害の回避からくるものとされている。そして、刑の延期は、予防思想だけでなく公正性の考慮によって正当化されるものであり、逸脱行為に対する適正な対応という思想もある、とされている¹⁾

また、刑事政策的意義として、以下のような指摘もなされている。「刑の延期は、独自の刑罰制裁〔eine strafrechtliche Sanktion eigener Art〕である。すなわち、個別の場合における形態によって、刑の放棄（保護観察期間設定における制限の場合）、刑罰（例えば、負担の重い遵守事項の命令の場合）、処分〔Maßregel〕（刑法 56 条 c 3 項にいう指示事項）といった性格、あるいは、刑罰と処分の組み合わせという性格が強くなるのである」、と²⁾ もっとも、体系的にみると、刑の延期は、「自由刑を科すことを前提とするもので、刑の執行の条件付免除以上のものではない」とされている³⁾。このように、刑の執行猶予の性格については、日本の議論と同様の部分も多いように思われる。

(2) 刑の延期取消〔Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung〕に

関する規定（刑法 56 条 f）とその論点

次に、刑の延期取消に関するドイツの法状況を確認していこう。刑の延期取消については、刑法 56 条 f が規定しているが、これは 1981 年 12 月 8 日の第 20 次刑法改正法が基本となっている。刑法 56 条 f 1 項は、「裁判所は、以下の場合には、刑の延期を取り消す。」として、「有罪判決を受けた者が、保護観察期間内に犯罪行為を行った場合で、それにより刑の延期を基礎づける期待が満たされないことが示されたとき」（1号）、「遵守事項に著しくあるいは頑強に違反し、また保護観察官の監督あるいは指示を頑強に無視し、かつそれにより、その者が新たに犯罪を行うであろうという憂慮に関する動機が生じたとき」（2号）、「指示事項に対し、著しくあるいは頑強に違反した場合」（3号）とし、「1文1号は、所為が、刑の延期に関する判決からその確定までの期間内

に行われた場合に適用される」と規定している。

本稿の関心との関係で重要と思われるのが、1項1文1号にいう「有罪判決を受けた者が、保護観察期間内に犯罪行為を行った〔in der Bewährungszeit eine Straftat begeht〕場合で、それにより刑の延期を基礎づける期待が満たされないことが示されたとき」という文言である。この点に関する議論に立ち入る前に、その改正経緯を確認しておこう。保護観察のための刑の延期は、1953年8月4日の第3次刑法改正法律によって、初めて導入された。これにより、現行の刑法56条fに当たる規定は、刑法25条として規定されることとなった。同条1項は、「有罪判決を受けた者が改善の成果を示したとき、保護観察期間経過後に刑は免除される。…」と規定している。さらに2項は「裁判所は、以下の場合には刑の延期を取り消す。」として、その2号において、「有罪判決を受けた者が、保護観察期間中に行った重罪あるいは故意による軽罪のため、国内において自由刑に処せられたとき」としていた。このような規定は、1969年6月25日の第1次刑法改正法によって大きく改正されることとなった。同法において刑の延期取消を規定していた25条1項は、「裁判所は、以下の場合には、刑の延期を取り消す。」として、その1号で「有罪判決を受けた者が、保護観察期間内に犯罪行為を行った場合」であってかつ、「それにより刑の延期を基礎づける期待が満たされないことが示されたとき」と定められたのである。

このように、刑の延期取消に関する刑法の規定は、特に保護観察期間中における犯罪行為について、確定判決を明確に必要とする規定から、「保護観察期間内に犯罪行為を行った」との規定へと改正された経緯がある。ドイツ法と日本法との差異として、ドイツは保護観察を前提としたプロベーション型であること、必要的取消と裁量的取消の区別を設けていないことなどを踏まえても、このドイツ刑法56条f1項1文1号の規定は、確定判決との関係について規定していない点などで、日本の刑法26条の2第2号と類似しており、その議論を概観することは、少なからず参考になるといえよう。

(3) ドイツにおける刑の延期取消手続

さらに、ドイツにおける刑の延期に関する手続を概観しておこう。

まず、刑の延期取消に関する裁判所の管轄について、ドイツ刑訴法 462 条 a 2 項は、「第一審裁判所が管轄を有する」と定めている。この手続の開始については、明文の規定はない。しかし、刑訴法 453 条 b は、「裁判所は、保護観察期間中、本人の行状、特に、指示事項、遵守事項、給付の提供及び遵守事項に変わる約束の履行について、これを監督する」としていること、刑法 56 条 d 3 項および 4 項が、裁判所の任命する保護観察官について裁判所へ通例報告および保護観察条件への重大な違反の連絡をする義務を負わせていることなどからすれば、保護観察官からの連絡などを前提に、正式には裁判所の判断によって手続が開始されている⁵⁾。また、その手続保障のあり方については、2 つの場合に区別されている⁶⁾。指示事項あるいは遵守事項違反の場合は、対象者に対して口頭による聴聞の機会が与えられている（刑訴法 453 条 1 項）。これに対し、保護観察期間中における犯罪行為を含んだ理由による刑の延期取消の場合について、刑訴法 453 条 1 項は以下のように定めている。「刑の延期…に関する事後的裁判は、裁判所が口頭弁論を経ないで、決定でこれを行う。検察官及び被告人の意見を聴くものとする…」。このように、刑法 56 条 f 1 項 1 文 1 号の場合は、意見聴取にとどめられている。また、弁護人選任権は、刑の延期取消手続においても認められている（刑訴法 140 条）が、必要的弁護は認められていない⁷⁾。加えて、刑の延期を取り消す決定については、即時抗告ができるにとどまっている（刑訴法 453 条 2 項）。このように、ドイツにおける刑の延期取消に関する手続は、日本のそれと比べても、対象者の権利保障の面でやや手薄であるといえよう。

また、取消手続における対象者の身柄確保については、以下の規定がある。「刑の延期が取り消されると予測すべき十分な理由があるときは、裁判所は、対象者の身柄を確保するため、取消決定の確定まで、暫定的な仮の処分を行い、緊急の場合、112 条 2 項 1 号又は 2 号の要件があるとき、又は刑の言渡しを受けた者が重大な犯罪を犯すおそれがあると認めるに足りる事実があるときは、

勾留状を発することができる」(刑訴法453条c1項)。この勾留期間は、自由刑の刑期に算入される(同条2項)。この「暫定的な仮の処分」には、住所の報告義務の賦課(刑法56条c2項2号)、通知[Ausschreibung]による滞り場の探索、その他の捜索処分(刑事手続および過料手続に関する準則39条以下)などがある⁸⁾。また、「十分な理由」については、「高度な蓋然性」が必要とされており、さらに「高度な蓋然性」があったとしても、指示事項および遵守事項の拡大、保護観察期間延長といった、刑の延期取消に比べて緩やかな処分(刑法56条f2項)が考慮されうるときは、暫定的な仮の処分や勾留を行うことはできないとされている⁹⁾。

以上のように、ドイツにおける刑の延期取消については、手続保障はそれほど整備されているとはいえないが、他方で対象者の身柄確保については、日本に比べ、要件も厳格であり、代替手段も豊富で、さらに裁判所のコントロールが徹底されていると評価できるように思われる。

それでは、以上のようなドイツの状況を前提に、特にドイツにおける刑法56条f1項1文1号をめぐる議論を概観していくこととする。

2. ドイツにおける刑法56条f1項1文1号をめぐる議論

近年、ドイツにおいては刑法56条f1項1文1号をめぐる議論が活性化している¹⁰⁾。その議論のきっかけは、本条がヨーロッパ人権条約6条2項にいう無罪推定と違反するのではないかとの疑問が示されたことにあったとされている。特に、1989年のヨーロッパ人権委員会によるドイツ連邦政府への勧告が、そのきっかけとして指摘されている。この勧告において、ヨーロッパ人権委員会は、ドイツ連邦に対し、今後の刑法56条f1項1文1号の適用において無罪推定を考慮すべきことを要求している¹¹⁾。これによって、それまで圧倒的通説・判例であった、「保護観察期間内に犯罪行為を行った場合」にいう「犯罪行為」については確定判決を要さないという見解¹²⁾は、無罪推定との関係を説明せざるを得ないこととなったのである。

(1) 無罪推定には違反しないとする見解——支配的見解・判例

ヨーロッパ人権委員会の勧告があつたにもかかわらず、判例・通説にほとんど変化はみられることはなかった。以下では、その内容を確認しよう。

ドイツ連邦憲法裁判所は、1980年代後半以降の判断において、刑法56条f1項1文1項の取消要件には保護観察期間内における犯罪行為の確定判決を要しないし、さらにこの規定は無罪推定とも矛盾しないと判示してきた。例えば、1986年決定¹³⁾においては、「刑法56条f1項による刑の延期取消は、対象者にとって刑法56条、57条による有利な判断の結果的判断〔Folgeentscheidung〕である。刑の延期によって、対象者は、恩恵〔Vergünstigung〕を受けている。この恩恵によって、対象者は、それ相応の条件を課され、その間、予測〔Prognose〕には必然の不安定性により、一定の（取消という）危険にさらされているのである。…刑の延期期間中に対象者が犯罪を行ったことに関する高い蓋然性が、保護観察の判断における不利益な予測を可能とするということが、以上により根拠づけられる」とされている。このように、連邦憲法裁判所は、刑の延期取消の判断は予測判断にすぎないこと、さらに刑の延期取消という「恩恵」には、予測判断に伴う「危険」が必然的に付随すると判示した。それゆえ、刑の延期取消を判断する裁判所は、最低限基礎となる事実に基づいて、刑の延期取消について判断してよいとされたのである。もっとも、連邦憲法裁判所は、「裁判所は、自身の職権による判断で、対象者が（刑の延期期間中に）犯罪を行ったことについて、確信を持たなければならない」とも判示している。この点、直接の根拠としてではないが、本決定内で、刑の延期取消が自由剥奪を意味するという点には注意すべきであることが挙げられている。

さらに、刑法56条f1項1文1項と無罪推定との関係についても、連邦憲法裁判所は、1987年決定¹⁴⁾で次のような判断を下している。「…無罪推定は、一方で、具体的な刑事手続において、法律上・手続に則った有罪の証明がない状態で、刑罰に匹敵する効果を持つような処分を被疑者・被告人に課すことを禁止している。他方で、無罪推定は、有罪判決を受けた者に対して、法律関係において全般的に非難する前に、確定した有罪の証明の存在を要求しているの

である。…しかし、この無罪推定は、有罪を推認する全てのかたちに適用されるわけではない。…無罪推定は、他の裁判所による手続において可罰的行為——その行為についてすでに確定判決が下されていないこともなく——が確認されること、そしてそこから当該手続について特定の結論を示されるということについて、保障を及ぼしているわけではない」と。これに、刑の延期取消判断は修正判断にすぎないとする1986年決定も踏まえて、裁判所による（適正な）判断である以上、刑法56条f1項1文1項は無罪推定に違反しないと判示したのである¹⁵⁾

このような連邦憲法裁判所の判断と同様の考えは、他の判例¹⁶⁾および学説¹⁷⁾においても示されている。支配的な見解の代表例として、頻繁に挙げられるのが、W. Streeの見解である¹⁸⁾。Streeは、連邦憲法裁判所の判断を支持しながら、以下のように述べている。「無罪推定に違反するという見解は、犯罪行為を理由とする取消において問題となっているのが、有罪判決ではなく、最初に行われた（刑を延期するという）対象者に有利な予測の修正であるということを十分に考慮していない。…（刑の延期中に犯罪が行われたという）予測の失敗を修正することについては、指示事項違反による取消の場合に比べて、より厳格な規定をおくことはできない。なぜなら、結果として、（刑の延期期間中における）犯罪行為と指示事項違反を区別することは、基本的にできないからである。もう犯罪を行わないように、という刑の延期によって特に強調されていない指示に、対象者は違反しているのである」と。このように、Streeは、刑延期取消は予測判断の修正であること、また他の取消事由との関係を踏まえても問題がないことを理由として挙げている。

さらに、手続の問題についても、「（刑の延期期間中における）新たな犯罪行為について、裁判所は確固たる確信を持つ必要がある」としたうえで、以下のように述べている¹⁹⁾。「新たな犯罪行為に対する確定判決前に刑の延期を取り消すことは、十分な基礎的事実に依拠することで、憲法と合致する。対象者が新たな犯罪を行ったことが事実であると思われる場合、刑の延期取消は許される」と。

以上のように、これまでの学説においては、刑の延期取消は予測判断の修正にすぎないということから、無罪推定違反はないとする見解が大多数を占めていた。無罪推定の内容についても、無罪推定は、結果のわからない手続についてのみ適用があるのに対し、刑の延期取消の判断は法律上予定されている手続であるから、無罪推定の適用はないとする見解も見られる²⁰⁾

(2) 無罪推定違反を強調する見解

このように、刑法 56 条 f1 項 1 文 1 項が無罪推定と矛盾するものでないとする判例²¹⁾・学説²²⁾が多数を占める状況のなか、一部の判例および学説は、無罪推定違反を主張している。そのなかで代表的なものとして挙げられるのが、T. Vogler の見解である。以下では、その具体的内容を確認することとしよう。

Vogler は、まず刑の延期取消の性格について、以下のように指摘する。「無罪推定は、処罰や刑罰量の加重だけでなく、刑罰に近い制裁の賦課も禁止している。…その制裁には、刑罰に匹敵する不利益を課す全ての処分が入ることについては一致がある」、と。問題は、そのような制裁と刑の延期取消との関係である。Vogler は、自由刑では身体的自由への侵害、罰金刑では経済的侵害が問題となっているように、刑の延期取消では、自由刑と同様に「身体的自由への侵害が問題」になっていることを指摘する。このように、Vogler は、刑の延期取消の「刑罰に匹敵する不利益」を強調する²³⁾

さらに、無罪推定について、以下のように指摘する。「ヨーロッパ人権条約 6 条 2 項（無罪推定）の適用は、『法律の定めた方式による犯罪行為の認定』が問題となる手続に限定されるわけではない。…無罪推定は、有罪判決あるいは刑罰に匹敵〔gleichkommen〕するが、法治国家の手続が認められていないような、不利益に対して保障を及ぼしている。無罪推定が保障する「手続に適った有罪認定の独占性〔Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung〕」は、行為の非難について判断がなされる前に、刑法上の観点から重要な判断がなされうる場合には、無罪推定はもはや保障されていないということを意味するのである。行為の非難そのものを対象とする手続において判断がなされてはじめ

て、制裁の性格を持つ刑法上の法的効果は、非難されている行為と結びつくことが許されるのである²⁴⁾と。このように、Voglerは、刑罰に匹敵する制裁・処分の賦課が判断される場合には、それは無罪推定が保障された手続、そして行為の非難そのものを対象とする手続（すなわち通常の刑事手続）においてのみ認定することが許されるとしたのである。これこそが、無罪推定の保障する「手続に適った有罪認定の独占性」であるとされているのである。

以上のように、Voglerは、刑の延期取消が持つ「刑罰類似の不利益性」と無罪推定が保障する「手続に適った有罪認定の独占性」を強調したうえで、犯罪行為を理由とする刑の延期取消のためには、通常の刑事手続における手続保障が認められた公判審理を経た確定判決が必要であると主張している²⁵⁾このような観点からは、刑法56条f1項1文1項の規定だけでなく、刑訴法453条における手続保障のあり方（必要的弁護の不備、上訴ではなく即時抗告が認められているにすぎない点）も批判されることとなる。

このように、ドイツにおいては、刑法56条f1項1文1項について、刑の延期取消の性格と無罪推定の保護範囲を主な争点として、見解が分かれていた状況が存在した。そして、この争点を中心に、刑の延期取消と無罪推定の関係について重大な判断を下したのが、次に検討するヨーロッパ人権裁判所2002年判決であった。

註

- 1) Walter Stree in: Schönke/Schröder StGB. 27. Aufl. 2006, §56 f. Rn. 3.
- 2) H. H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT 5. Aufl., 1996, S. 834. 西原春夫監訳『イエシュック＝ヴァイゲント ドイツ刑法総論第5版』（成文堂，1999）663頁以下も参照。
- 3) H. H. Jescheck/T. Weigend, a. a. O. (Anm. 2), S. 834. 西原・前掲書註(2) 664頁。
- 4) 加藤久雄「西ドイツにおける保護観察制度」刑法雑誌27巻3号（1986）632頁など参照。なお、本稿におけるドイツ刑法典の訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイ

- ツ刑法典』(法曹会, 2007), 西原・前掲書註(2)を参考にした。
- 5) この点, 管見の限りでは, 明確に言及している概説書・コンメンタールはなかった。Löwe-Rosenberg StPO. 23. Aufl. 1977 § 453. Rn. 26. によれば, 検察官による申請も認められているようである。ともかく, 手続の開始に関する権限・責任は裁判所にあることは間違いないように思われる。さらに, vgl. Dieter Meyer, Strafrechtliche Sanktion, 2. Aufl. 2006, S. 119 ff.
 - 6) Tröndle/Fischer StGB. 54. Aufl. 2007, § 56 f. Rn. 21; Meyer/Goßner StPO. 49. Aufl. 2006, § 453. Rn. 4 ff. なお, 本稿におけるドイツ刑事訴訟法典の訳については, 法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』(法曹会, 2001)を参考にした。
 - 7) Meyer-Goßner a. a. O. (Anm. 6), § 140. Rn. 33 a.
 - 8) Meyer-Goßner a. a. O. (Anm. 6), § 453 c. Rn. 6.
 - 9) Meyer-Goßner a. a. O. (Anm. 6), § 453 c. Rn. 3.
 - 10) ドイツにおける議論の整理としては, vgl. Thomas Blumenstein, Der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung wegen der Begehung einer neuen Straftat nach § 56 f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB, Diss. Giessen 1995; Jens Peglau, Bewährungswiderruf und Unschuldsvermutung, NSTZ 2004, 248; Frank Neubacher, Der Bewährungswiderruf wegen einer neuen Straftat und die Unschuldsvermutung Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 3. 10. 2002, GA 2004, 402; Boris Wita, Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung vor Aburteilung der Anschlussstat, Diss. Bochum 2006.
 - 11) EGMR StV 2003, 85, Blumenstein, a. a. O. (Anm. 10). S. 58.
 - 12) 例えば, Walter Stree in: Schönke/Schröder StGB. 21. Aufl. 1982 § 56 f. Rn. 3; Lackner StGB. 18. Aufl. 1989, § 56 f. Rn. 1.; Dreher/Tröndle StGB. 39. Aufl. 1980 § 56 f. Rn. 3; Wolfgang Ruß in: LK 10. Aufl. 1981, § 56 f. Rn. 2.
 - 13) BVerfG NSTZ 1987, 118.
 - 14) BVerfG NSTZ 1988, 21.
 - 15) さらに, vgl. NSTZ 1991, 30.
 - 16) 例えば, OLG Zweibrücken, StV 1985, 465; KG, StV 1988, 26; OLG Bremen, StV 1990, 118; OLG Köln, NJW 1991, 506; OLG Stuttgart, MDR 1991, 982; OLG Hamburg, NSTZ 1992, 130; OLG Hamm, StV 1992, 284; OLG Schleswig, StV 1992, 327; OLG Karlsruhe, MDR 1993, 780; OLG Düsseldorf, StV 1995, 131.
 - 17) Walter Stree in: Schönke/Schröder StGB. 21. Aufl. 1982 § 56 f. Rn. 3; Lackner StGB. 18. Aufl. 1989, § 56 f. Rn. 1.; Dreher/Tröndle StGB. 39. Aufl. 1980 § 56 f. Rn. 3; Wolfgang Ruß in: LK 10. Aufl. 1981, § 56 f. Rn. 2.; H. H. Jescheck/T. Weigend, a. a. O., S. 846.
 - 18) Stree, a. a. O. (Anm. 1) Rn. 3. また, Streeの見解の詳細については, Walter Stree,

- Probleme der Widerrufs einer Strafaussetzung wegen einer Straftat, NStZ 1992, 153 ff; ders., Neue Probleme der Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe NStZ 1992, 464 ff.
- 19) Stree, a. a. O. (Anm. 1) Rn. 3.
- 20) Carl-Friedrich Stuckenberg, Die normative Aussage der Unschuldsvermutung, ZStrW 1999, 454 ff.
- 21) 下記の Vogler 論文 (Anm. 23) 以外では, Peter Mrozynski, Die Wirkung der Unschuldsvermutung aus spezialpräventive Zweck des Strafrechts, JZ 1978, 255 ff; Heribert Ostendorf, Unschuldsvermutung und Bewährungswiderruf, Anmerkung zu der gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Individualbeschwerde vor Europäischen Kommission für Menschenrechte, StV 1990, 230 ff; ders., Bewährungswiderruf bei eingestanden, aber nicht rechtskräftig verurteilten neuen Straftaten?, StV 1992, 288 ff; Blumenstein a. a. O. (Anm. 10); Neubacher a. a. O. (Anm. 10); Wita a. a. O. (Anm. 10).
- 22) OLG Celle, StV 1990, 504; OLG München, NJW, 1991, 2302; OLG Schleswig, NJW 1991, 2303; OLG Bamberg, StV 1991, 174; OLG Koblenz, MDR 1991, 659.
- 23) Theo Vogler, Zum Aussetzungswiderruf wegen einer Straftat, FS für Tröndle, 1989, S. 424 ff.
- 24) Vogler a. a. O. (Anm. 23), 437 ff.
- 25) Vogler a. a. O. (Anm. 23), 438 ff.

IV. 執行猶予取消と無罪推定

——ヨーロッパ人権裁判所 2002 年 3 月 3 日 Böhmer 判決

1. 事案の概要

本判決によれば, 事案の概要は以下の通りである¹⁾

被告人は, 1991 年 6 月 14 日, ハンブルク地方裁判所において, 盗品譲受および窃盗の罪で 2 年の自由刑, 刑の延期 4 年の有罪判決を言い渡された。その後, 1993 年 3 月 18 日に被告人は, アーレンスブルク区裁判所において, 飲酒運転および無免許運転により罰金刑を言い渡された。これに基づき, ハンブルク地裁は, 上記保護観察期間を 2 年延期した。

1995 年 9 月 28 日, ハンブルク区裁判所は, 複数の詐欺罪のうち一件について, 30 日の日数罰金の略式命令を言い渡した。被告人の異議申立によって, 1995 年 11 月 24 日に公判手続が開始され, もう一件の詐欺事件と併合して審理が進められた。2000 年 5 月, ハンブルク区裁は 10 ヶ月の自由刑を言い渡し

た。その間に、キール区裁は、抗告人に対して他の詐欺事件につき、30日の日数罰金の略式命令を言い渡した。しかし、この命令は、抗告人が不在の間に彼の私書箱に送達されたため、抗告人が知らない間に確定することとなった。これに対し抗告人は、再審請求を行い、その請求は認められた。

1996年4月18日、ハンブルク地裁は、1991年に下された刑の延期を取り消し、2年の自由刑を抗告人に科した。その理由として、抗告人が刑法56条1項1文にいう犯罪行為を行ったこと、特にアーレンスブルク区裁およびキール区裁によって確定した有罪判決を受けていること、保護観察期間は既に一度延期されており緩やかな処分は不可能であることが挙げられた。

1996年5月17日、抗告人は、1996年4月18日決定に対して抗告を行った。抗告人は、再審の結果を待つべきことを主張したが、ハンブルク地方上級裁判所は口頭弁論を開始し、ハンブルク地裁で継続審理中の詐欺事件に関する被害者や警察官の証人尋問を、上記再審事件について書面による審理を行った上で、抗告を棄却した。ハンブルク地方上級裁は、その決定理由において、上記再審について多くの証人尋問が予想され、保護観察期間が既に経過しているから、その手続結果を待つことはできず、さらにハンブルク地裁で審理中の詐欺事件についても公判の結果を待つことはできないとしたうえで、上級裁判所自身が証人尋問を行っているのであるから、「抗告人が詐欺事件について有罪であることについて確証を得ることが可能であった」とした。

1997年1月22日連邦憲法裁判所が、抗告人による憲法抗告を棄却したので、抗告人は、ヨーロッパ人権条約6条2項にいう無罪推定違反を理由として、1997年4月8日にヨーロッパ人権裁判所へ抗告を行った。

2. ドイツ連邦政府の見解

このヨーロッパ人権裁判所への抗告に対する、ドイツ連邦政府の見解²⁾は以下の3点にまとめることができる。

第1に、無罪推定違反は存在しないということである。連邦政府は、通説・判例を引用しつつ、刑の延期取消は無罪推定の保護範囲外であること、刑の延

期取消は「単にその判断は不適當なものであったとして、その予測判断を修正したものにはすぎない」ものであることを強調した。

第2に、本件における刑の延期取消に関する手続保障は十分であったことである。連邦政府は、不適當な自由剥奪の危険に鑑みれば、刑の延期取消の判断は、裁判官による十分な事案の解明に基づき、十分な事實的根拠を持っていることが必要であることを強調した。その上で、ハンブルク地方上級裁判所は、詐欺事件について、自身が行った証人尋問によって示された証言を基礎として、基本部分について解明を尽くしており、また抗告人に対しても発言の機会を与えていたという事実が示されている。以上から、地方上級裁判所は、通常の刑事手続において行われるような手続を、本件意見聴取手続で行っており、それゆえ、抗告人は法治国家手続を受けていたことを主張した。

第3に、本件刑の延期取消は、新たな犯罪を処罰したものではないということである。すなわち、ハンブルク地方上級裁判所による「犯罪行為の確信」は、取消要件の存在との関連で行われたもので、新たな犯罪の処罰は問題とされていないと主張したのである。

3. ヨーロッパ人権裁判所の判断とその意義

(1) ヨーロッパ人権裁判所 2002年 Böhmer 判決の概要³⁾

以上の事実と両者の主張を踏まえた、ヨーロッパ人権裁判所の判断は、以下の5点にまとめることができる。

第1に、ハンブルク地方上級裁判所の判断は、事実上抗告人の有罪を認定するものであり、ヨーロッパ人権条約6条2項に反するということである。以下では、その具体的理由が検討されている。

第2に、ドイツ刑法56条f1項によれば、刑の延期取消を判断する裁判所は、有罪判決を受けた者が保護観察期間に犯罪行為を行ったことの認定を根拠とせざるを得ないということである。

第3に、ハンブルク地方上級裁判所は、刑の延期取消を判断する裁判所であるが、証拠調べによって、「抗告人が証人Hに対して詐欺を行ったことを確信

する」としていることである。すなわち、ハンブルク地方上級裁判所は、公判審理中のハンブルク地裁の役割を一方的に引き受けて、原告人が公判中の公訴事実について有罪であることを疑問の余地のない言葉で明示している。

第4に、ハンブルク地方上級裁判所は、相当の事実を確認し、原告人の自由剥奪について決定的な理由があると考えていることを確認していることである。それゆえ、地方上級裁判所は、刑の延期取消の判断によって、保護観察期間中の犯罪行為を理由とする原告人に不利益な刑罰的結論を示している。これは、刑罰に匹敵するものである〔*dies einer Strafe gleichkommt*〕。

第5に、無罪推定は、ヨーロッパ人権条約6条1項による公正な手続に関する全般的な義務づけという観点からくる特別の保障だということである。具体的には、管轄の事実審裁判所における刑事手続外における有罪認定は、その認定手続における手続的保障の内容に関係なく禁止される。それゆえ、ハンブルク地方上級裁判所の判断は、公正な手続の重要な観点である無罪推定に違反するものである。

(2) ヨーロッパ人権裁判所 2002年 Böhmer 判決の意義

この Böhmer 判決については、以下のことが指摘できよう⁴⁾。

第1に、ドイツにおける刑法56条f1項に関する支配的見解・判例は、ヨーロッパ人権裁判所の判断によって退けられたことである⁵⁾。他方で、ドイツでは少数説にとどまっていた Vogler や Ostendorf, Mrozynski 等の見解で示されていたような、刑の延期取消の性格や無罪推定の保護範囲が、ほぼヨーロッパ人権裁判所の判断では大部分支持されていることは注目に値しよう。

第2に、無罪推定の保護範囲についてである。無罪推定は、事実認定裁判所以外による有罪認定を禁止するものであるとされ、取消を判断する裁判所による有罪認定は十分な手続保障があろうが無罪推定違反とされているのである。

第3に、刑の延期取消は自由を剥奪するもので、それゆえ刑罰に匹敵するものであり、新たな犯罪行為を理由に刑の延期を取り消すことは、新たな犯罪行為を理由とする処罰に匹敵するとされたことである。ここでは、刑の延期取消

の「形式的」性格ではなく、自由剥奪という「実質的」性格が重視されているといえる。

もっとも第4に、ヨーロッパ人権委員会の判断等を見ると、いくつかの例外が認められることには注意を要する⁶⁾。例えば、弁護人が立ち会っている捜査判事の尋問において被疑者が行った自白に基づき刑の延期を取り消した場合⁷⁾、刑の延期中における犯罪行為について管轄裁判所が（確定していないが）有罪判決を下したときにその管轄裁判所が取消裁判所の場合⁸⁾、さらに刑の延期期間中の犯罪行為に関する公判審理における証拠調べ後に取消が行われた場合⁹⁾などである。

以上のような Böhmer 判決は、既にドイツの議論状況にも影響を与えている。例えば、Böhmer 判決が示されるまで通説を支持していた Lackner/Kühl 刑法コンメンタールは、Böhmer 判決を踏まえつつ、「あるべき法 (de lege ferenda) は、刑の延期取消の判断は事実認定裁判所に委ねられるべきではないのかどうかについて、熟慮する必要がある。なぜなら、取消判断が嫌疑あるいは自白に根拠を置くことは、刑事訴訟制度と矛盾するからである」との見解を示している¹⁰⁾。Meyer-Goßner 刑訴法コンメンタールにおいても、Böhmer 判決が引用・支持されている¹¹⁾。Stree など、従来の立場を維持する見解も少なくないが¹²⁾、刑法 56 条 f 1 項による刑の延期取消について、確定判決を要求する見解、さらに法改正を要求する見解が次第に有力化しつつあるといえる¹³⁾。

他方で、（特に従来の通説と同様の判断を示してきた）地方上級裁判所レベルでも、Böhmer 判決を参照しつつ、従来の判例を修正するものがみられるようになってきている¹⁴⁾。さらに、連邦憲法裁判所は、2004 年決定において、従来の連邦憲法裁判所の判断を支持しつつも、「もっとも、無罪推定に鑑みれば、新たな犯罪行為を理由とする刑法 56 条 1 項 1 号による刑の延期取消が、行為者がその新たな犯罪行為について有罪判決を受けていることを、基準として前提とすることについては、大部分賛同するものである」として、実質的に Böhmer 判決を支持する判断を下している¹⁵⁾。

以上のように、従来の通説を維持する見解も、その大部分は、刑法 56 条 f

1 項 1 文 1 号やそれに関する刑訴法の規定そのものがヨーロッパ人権条約 6 条 2 項にいう無罪推定に違反するとまではいかずとも、その解釈・適用において刑の延期期間における犯罪行為の確定判決を待つなどの解決方法をとっているといえる¹⁶⁾ これらのことから、上記のようなヨーロッパ人権裁判所 2002 年 Böhmer 判決の内容とその枠組みは、ドイツにおいてかなりの部分で受け入れられつつあると評価できるように思われる¹⁷⁾

註

- 1) EGMR, StV 2003, 82 ff.
- 2) EGMR, NJW 2004, 43 ff.
- 3) StV 2003, 84 ff.; NJW 2004, 44 ff.
- 4) 本判決の分析・評価については、Jürgen Pauly, Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 3. 1. 2002, StV 2003, 86; Jens Peglau, Unschuldsvermutung und Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung—Die neue Rechtsprechung des EGMR, ZRP 2003, 242; Boris Wita, Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung vor Aburteilung der Anschlussstat, Diss. Bochum 2006.
- 5) Pauly, a. a. O. (Anm. 4), 86; Frank Neubacher, Der Bewährungswiderruf wegen einer neuen Straftat und die Unschuldsvermutung Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 3. 10. 2002, GA 2004, 404. これに対し, Jens Peglau, Bewährungswiderruf und Unschuldsvermutung, NStZ 2004, 250 ff. は, ヨーロッパ人権裁判所 Böhmer 判決によって, 従来の支配的解釈が否定されたと見ることはできないとしている。
- 6) Pauly, a. a. O. (Anm. 4), 85; Neubacher, a. a. O. (Anm. 4), 405 ff.; Wita, a. a. O. (Anm. 4), S. 129 ff.
- 7) EKMR, StV 1992, 283; OLG Köln, NJW 1991, 506; OLG Schleswig, StV 1992, 328; OLG Düsseldorf, NJW 2004, 790; OLG Köln, NStZ 2004, 685.
- 8) EKMR, Az. 17664/91, Entscheidung vom 9. 1. 1991.
- 9) EKMR, Az. 23091/93, Entscheidung vom 30. 11. 1994.
- 10) Lackner/Kühl StGB. 25 Aufl. 2004, § 56 f. Rn.3.
- 11) Meyer—Goßner StPO. 49. Aufl. 2006, § 453 c. Rn. 4.
- 12) Walter Stree in: Schönke/Schröder StGB. 27 Aufl. 2006, § 56 f. Rn. 3.; Tröndle/ Fischer StGB. 54. Aufl. 2007, § 56 f. Rn. 4 ff.

- 13) 例えば, Wita, a. a. O. (Anm. 4), S. 155 ff は, 刑法 56 条 f 1 項 1 文 1 号を「裁判所は, 有罪判決を受けた者が, 保護観察期間中において, さらに犯罪行為を犯したことにより有罪判決を受け, かつそれにより刑の延期を基礎づける期待が満たされないことが示されたとき」とし, 刑訴法 462 条 a を「有罪判決を受けた者が, 刑法 56 条 f 1 項 1 文 1 号にいうさらなる犯罪行為について有罪判決を受けたとき, 当該判決を下した裁判所は, 刑訴法 453 条の保護観察のための刑の延期に関する事後的裁判について管轄を持つ」とする改正案を示している。
- 14) OLG Celle, StV 2003, 575; OLG Jena, StV 2003, 574; OLG Stuttgart, NJW 2005, 83; OLG Hamm, StV 2004, 83.
- 15) BVerfG, 2 BvR 2314/04, Beschluss vom 09.12.2004. 本稿は, ドイツ連邦憲法裁判所 HP の裁判例集に拠った。〈http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk_20041209_2_bvr_231404.html〉 (2007 年 5 月 28 日現在)。同決定は, 無罪推定違反を主張する憲法抗告自体は棄却しているが, この事件が, 対象者が刑の延期期間における犯罪行為について認めている場合であって, ヨーロッパ人権裁判所の判断と矛盾するものでないことを明示している。
- 16) 例えば, Peglau, a. a. O. (Anm. 5), 250 ff.
- 17) もっとも, 立法動向は活発といえない状態にある。例えば, 2003 年にドイツ連邦参議院からドイツ連邦議会に提出された「刑法典及びその他の法律——刑の延期及び残期の延期の取消——の改正に関する法律草案」(BT-Drucks. 15/310) では, 刑法 56 条 f 1 項 2 文の改正などによって刑の延期取消の対象となる期間の拡大などが提案されている。同草案は, 連邦議会によって否決されている (BT-Drucks. 15/954)。さらに, 2006 年に連邦政府から連邦議会に提出された「司法の現代化に関する第二次法律草案(2. Justizmodernisierungsgesetz)においても, 同様の提案が示されている (BT-Drucks. 16/3038)。これに対しては, 2006 年 11 月 24 日に行われたドイツ連邦議会法律委員会での専門家に対する意見聴取において, 弁護士 J. Schmidt が, 刑法 56 条 f 1 項 1 文 1 号の改正も導入すべきことを述べている。この点, 連邦議会 HP 参照。〈http://www.bundestag.de/ausschuesse/a_06/anhoeerungen/09_2_JuMoG/04_St_N/Dr_Jens_Schmidt.pdf〉 (2007 年 5 月 28 日現在)。

V. 執行猶予取消要件とその手続の適正化

1. ドイツの議論および Böhmer 判決からの示唆

(1) ドイツの議論および Böhmer 判決の参照可能性

これまでみてきたように, ドイツにおける, 執行猶予期間中の犯罪行為を理

由とする執行猶予取消をめぐる議論においては、ヨーロッパ人権条約6条2項にいう無罪推定が大きな役割を果たしてきたといえる。このような議論は、以下の理由から、日本の議論にも十分参照が可能であると考えられる。

第1に、ヨーロッパ人権条約6条1項および2項と、日本も批准している市民的および政治的権利に関する国際規約（自由権規約）14条1項および2項がほぼ同一の文言の規定だということである¹⁾。それゆえ、ヨーロッパ人権条約6条1項と結びつけてヨーロッパ人権条約6条2項を解釈するというBöhmer判決の判断は、日本が批准する自由権規約14条1項および2項の解釈のあり方において参照に値するものであるといえよう²⁾。

第2に、ドイツにおける刑法56条1項1文1号をめぐる議論と日本における刑法26条の2第2号の実質的な規定内容およびそれをめぐる議論がかなりの部分で同一だということである。両者の議論は、共に、執行猶予取消の性格を定義したうえで、その手続のあり方を議論するという方法をとっている。このように、議論の基盤や状況をある程度共通としつつ、ドイツの議論は、日本の議論に比べて「無罪推定」という観点から問題を検討するという新たな視点をもたらすという点で重要であるといえよう。

(2) ドイツの議論およびBöhmer判決からの示唆

上述のように、ドイツの議論は、執行猶予取消の性格だけでなく、無罪推定との関連で問題を検討するという新たな視点を提供するという点で、日本の議論にとって有益であるように思われる。そのドイツにおける議論とBöhmer判決からの示唆は以下のようにまとめることができよう。

第1に、執行猶予取消の性格についてである。ドイツにおいては、日本と同様に、執行猶予取消を「予測判断の修正」と位置づける見解が通説的位置を占めていた。これに対して、Voglerなどの反対説、そしてBöhmer判決が示すように、近年は自由剥奪という効果に着目して「刑罰に匹敵する処分」と位置づける見解が有力化しつつある。これらの両説は、執行猶予取消の性格について、それぞれ一側面を説明したものであると思われるが、少なくとも執行猶予取消

の「効果」を無視することができないという点は承認されつつあるように思われる。

第2に、執行猶予取消と無罪推定は、先述したとおり、密接な関連にあるということである。すなわち、執行猶予の要件と手続は、無罪推定に適ったものでなければならないのである。

第3に、執行猶予取消との関係における無罪推定の保護範囲である。その内容は、「手続に適った有罪認定の独占性」として現れることとなる。すなわち、無罪推定は、事実認定裁判所以外による有罪確認を禁止するものであり、取消を判断する裁判所による有罪確認は十分な手続保障があろうとも無罪推定違反を意味することとなるのである。

2. 執行猶予取消要件とその手続の適正化

(1) 現行法の解釈論と立法論

最後に、以上の示唆を踏まえて、日本の状況および議論を検討する。

ドイツに比べて日本の刑法の規定方法は、問題点はかなり少ないように思われる。刑法26条1号および2号、同26条の2第1号は、執行猶予期間中における犯罪行為について明文で確定判決を要求しており、ドイツのような問題は生じ得ないからである。これに対し、刑法26条の2第2号は、遵守事項違反による執行猶予取消に関する規定とはいえ、実務上の扱いなどからすると、ドイツの議論はかなりの部分で当てはまるように思われる。さらに、現在国会で検討中の更生保護法案50条1項1号は、現行の保護観察法5条1項1号の「善行を保持すること」に代え、「再び犯罪をすることがないよう、又は非行をなくすよう健全な生活態度を保持すること」との文言を規定している。本条の文言からいっても、本号にいう遵守事項違反との関係ではますます「犯罪行為の実行」という要件が重要となるように思われる。そして、上記の示唆からすれば、保護観察法5条1項1号および更生保護法案50条1号における「犯罪行為の実行」については、その確定判決が前提とされなければならないと解釈すべきであるといえよう。

そして、執行猶予取消手続も無罪推定の観点から見直される必要がある。先述のように、他の執行猶予取消手続に比べ、刑法 26 条の 2 第 2 項に関する手続は、手続保障はある程度充実しているが、他方で、これらの保障は立法政策として口頭弁論請求権や弁護人選任権を考慮したものに過ぎないものとされている。しかし、このような手続のあり方は、「手続に適った有罪認定の独占性」という無罪推定の内容からみて疑問がある。執行猶予取消の根拠となる犯罪行為については、事実認定裁判所以外の裁判所が認定することは、その手続保障の如何にかかわらず、無罪推定に反すると解すべきである。その観点からは、刑訴法 349 条の 2、刑訴規則 222 条は解釈論として無罪推定との整合性を十分に維持することは困難であるように思われる。保護観察法の関連規定も含めた改正が検討されるべきであろう。現行法や更生保護法案においても、「取消判断の困難さ」ではなく、執行猶予取消が有する「効果」という観点から解釈論が展開されるべきである。具体的には、執行猶予取消手続について、通常の刑事手続と同様の手続・防御権保障や「予断排除」「厳格な証明」「合理的な疑いを越えた証明」などの公判の諸原則も厳格に適用されるべきであろう。

また、現行の保護観察法 10 条以下や更生保護法案 79 条以下において予定されている留置手続についても疑問がある。これらの規定は、刑事手続と行政手続の中間に位置づけることができると思われるが、例えば、行政調査と刑事手続との関係などから問題視され、2005 年に犯則調査を盛り込むなどの改正が行われた独占禁止法³⁾の規定方法からみても疑問である。本改正は、その後の「刑事手続との関係で、証拠収集手段としての実効性、対象者の権利保障の、いずれの点でも問題があった。そのため、かねてより既存の調査手続とは別に、直接強制手段を含む、刑事手続への移行を前提とした調査手続たる犯則調査手続⁴⁾」を設けることを目的とするものである。この犯則調査手続は、「特別の捜査手続としての性質」を持つものであるが、基本的には「…行政目的を実現するためのものであり、その性質は一種の行政手続であって、刑事手続ではない」とされている⁵⁾。このように、行政手続と刑事手続の間に位置しようという点では同様の犯則調査手続においても、逮捕・勾留は認められておらず、事

件関係人に対する出頭命令も許されていない⁹⁾。犯則調査を目的とする手続においても対象者の身体拘束が認められていないのに対し、執行猶予取消判断を目的とするにとどまる手続において、司法審査が不十分な留置を30日以上も認める現行の執行猶予取消手続のあり方には、立法上のバランスだけでなく、憲法33条および34条などからみても根本的な疑問がある。憲法が要求する手続保障が全く欠けている現行法および更生保護法案の留置手続は用いられるべきではない。執行猶予期間中における犯罪行為については、その確定判決が前提とされるべきであるから、その刑事手続で許される身体拘束のみが用いられるべきである。立法論としては、無罪推定の観点から、憲法33条・34条を考慮した司法審査などの手続保障および防御権が認められるべきであろう。

(2) 執行猶予取消の性格と「二重処罰の禁止」

以上のような見解は、執行猶予取消の性格について、「自由剥奪」という効果に着目したうえで「刑罰に匹敵する処分」として把握することを前提としている。日本における通説のように「予定されていたものの実現にすぎない」という理解は、部分的には正しいものであるように思われるが、執行猶予取消の形式・レットルを説明したものに過ぎず、いずれにせよ執行猶予取消の効果との関係も踏まえて、その性格を説明する必要があるように思われる。

以上のように、執行猶予取消の性格を理解すると、さらに以下のような考えも成り立つように思われる。執行猶予取消は「刑罰に匹敵する処分」であるが、その取消要件も「刑罰に匹敵する処分」を課すにふさわしいものでなければならない、と。このように考えると、遵守事項違反を含めた執行猶予取消要件は、「自由剥奪」を課すにふさわしい要件、すなわち「犯罪に匹敵する」要件でなければならないこととなろう。例えば、更生保護法案50条2号のように「保護観察官及び保護司による指導監督を誠実に受けること」という一般遵守事項が直接に執行猶予取消の事由とされることは許されないこととなる。このように、執行猶予取消の性格を「刑罰に匹敵する処分」と理解することは、執行猶予取消要件の「適正化」につながることとなる。そして、このような執行猶予

取消要件の「適正化」は、先に検討したように執行猶予取消手続の「適正化」にも必然的につながることとなるのである。

もっとも、執行猶予取消が「刑罰に匹敵する処分」であることを強調することは、執行猶予取消と「二重処罰の禁止」との整合性について問題を生む可能性がある。具体的には、第1の犯罪行為に対する執行猶予付判決と執行猶予取消による「刑罰に匹敵する処分」との関係、執行猶予取消とその根拠となった犯罪行為そのものの処罰との関係が問題となるように思われる。しかし、執行猶予取消はあくまで第1の犯罪行為に対する判断との関係における「不利益処分」であるので、以下では前者の関係のみを検討することとしたい。

この点についても、近年の独占禁止法改正における二重処罰の禁止に関する議論が参考となろう。ここでは、カルテルによる不当利得を法人から徴収して「社会的公正を確保し、違反行為の抑止を図る」ことを目的とする課徴金とカルテルに対する制裁措置としての刑事罰を併科することが、「二重処罰の禁止」に抵触するのではないかという点が問題とされている。この点、佐伯仁志教授は、憲法39条は、二重訴追の禁止という手続保障に限定して理解すべきで、行政制裁と刑事罰との併科は「罪刑均衡の原則」として考えるべきとされる。この見解からすれば、課徴金と刑罰の併科は、憲法39条に反するものではなく、その規制は罪刑均衡によって行われることとなる⁷⁾。このような考え方によれば、執行猶予とその取消による「自由剝奪」は「罪刑均衡」に違反するとはいえないこととなろう。そもそも予定されていた自由刑に比べ、執行猶予により社会内処遇を受けていた期間もあることを踏まえれば、「罪刑均衡」に反するとはいえないと考えられるからである。

これに対し、松宮孝明教授は、改正前のものも含めた課徴金について、「刑事罰の性格をもつこと、その本質は『応報』=『予防』を本質とする刑事罰と変わらないこと、しかも異なった手続で併科される課徴金と刑事罰とでは、『二重処罰』の禁止どころか『二重の危険』(=『二重訴追』)の禁止にもふれるものであること、そもそも課徴金と刑事罰とは、部分的に重なり合うのではなく、全面的に重なるものであること」を指摘される⁸⁾。このような指摘を前提とし

て考えれば、執行猶予取消も「刑事罰的性格」をもっており、その本質は「応報」=「予防」を本質とする刑事罰と変わらないのであるから、二重処罰の禁止に違反するという結論もありうる。しかし、松宮教授は、『『応報』と『抑止』をその基本的性格とする刑事罰は、実際には、対象となる犯罪行為に対する否定的評価を象徴とする害悪として、『その行為をしてはならない』とする社会規範の維持に奉仕するものである。他方、課徴金にも、このような性格を認められる」とされており、同一の行為に対する「応報」「抑止」を本質とする刑事罰同様の処分を課すことを問題視されている⁹⁾。このような指摘からすれば、執行猶予取消においては、最初の犯罪行為に対しては執行猶予付判決がなされ、その後の犯罪行為を理由に、最初の判断を修正しているにすぎないのであるから、同一の行為に刑罰を科すものではないといえる。

このように考えると、執行猶予取消を「刑罰に匹敵する処分」としても、執行猶予取消と「二重処罰の禁止」との関係については、問題は生じないと考えられる。執行猶予取消は、「予定されていたものの実現ではあるが、その効果においては『刑罰に匹敵する処分』』というべきものであり、同一の犯罪行為に対する当初の判断とその後が発生した「犯罪に匹敵する理由」に基づく事後的判断であると理解することができるように思われる。

註

- 1) ヨーロッパ人権条約6条1項「何人も、その民事上の権利及び義務、または自己に対する刑事上の問責の決定にあたって、法律によって設けられた独立の公平な裁判所による合理的な期間内の公正な公開の審理を受ける権利を有する。…」という規定に対し、自由権規約14条1項「人は全て法廷及び裁判所の前で平等とされる。何人も、自己に対する刑事上の問責の決定又は自己の権利及び義務の民事訴訟による決定にあたって、法律によって設けられた権限ある独立の公平な裁判所による公正な公開の審理を受ける権利を有する。…」とされている。また、ヨーロッパ人権条約6条2項「刑事犯罪の責を問われた者は何人も、法律に従って有罪と立証されるまでは無罪と推定される」という規定に対し、自由権規約14条2項「刑事犯罪の責に問われた者は何人も、法律に従って有罪と立証さ

執行猶予取消と無罪推定

- れるまでは無罪と推定される権利を与えられる」との規定である。これらの文言については、宮崎繁樹ほか編『国際人権基準による刑事手続ハンドブック』（青峰社、1991）485頁以下に拠った。
- 2) 1998年11月25日の徳島刑務所受刑者接見訴訟控訴審判決も、ヨーロッパ人権裁判所の判断を自由権規約解釈の「指針として考慮しうる」ことを承認している（判例時報1653号117頁以下）。須網隆夫「国際人権法に見る証拠開示」季刊刑事弁護19号（1999）104頁も参照。
 - 3) 平成17年独禁法改正の概要については、例えば、諏訪園貞明編著『平成17年改正独禁法——新しい課徴金制度と審判・犯則調査制度の逐条解説』（商事法務、2005）、白石忠志監修『独占禁止法の争訟実務——違反被疑事件への対応』（商事法務、2006）など参照。
 - 4) 川出敏裕「犯則調査権限の導入」ジュリスト1294号（2005）29頁。
 - 5) 最決昭44・12・3刑集23巻12号1525号、最判昭59・3・24刑集38巻5号2037頁など。また、行政調査と刑事手続の関係について詳細に検討するものとして、笹倉宏紀「行政手続と刑事手続(一)(二)」法学協会雑誌123巻5号（2006）48頁以下、同10号（2006）147頁以下。
 - 6) 白石・前掲書註(3)157頁など参照。
 - 7) 佐伯仁志「二重処罰の禁止について」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』（有斐閣、1994）275頁以下、同「アメリカにおける二重処罰の禁止」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社、2003）513頁以下、同「独禁法改正と二重処罰の問題」日本経済法学会年報26号（2005）47頁以下。さらに、曾和俊文「行政手続と刑事手続——企業の反社会的行為の規制における両者の交錯」ジュリスト1228号（2002）116頁以下なども参照。
 - 8) 松宮孝明「改正独占禁止法と『二重処罰の禁止』」齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第2巻』（成文堂、2006）97頁。他に、独禁法改正と二重処罰の禁止の関係について検討する文献として、山本雅昭「独占禁止法の改正と二重処罰の問題」徳島大学社会科学研究所18号（2005）1頁以下。
 - 9) 松宮・前掲註(8)94頁以下。

VI. むすびにかえて

本稿では、ドイツにおける議論やヨーロッパ人権裁判所 Böhmer 判決などを参考にしながら、日本の執行猶予取消制度のあるべき方向性、特にその要件お

よび手続の適正化という方向性を検討してきた。その検討を踏まえうえて、執行猶予取消は「刑罰に匹敵する処分」という性格を持つものであり、執行猶予取消要件は「犯罪に匹敵する」要件でなければならないこと、そしてその理解を前提に現行法は解釈されるべきこと、またその取消を確認する手続も刑事手続に匹敵するものであり、無罪推定の観点から解釈・立法されなければならないことという方向性をとるべきこと、そして以上の理解は「二重処罰の禁止」との関係でも問題はないということを本稿の結論としたい。

もっとも、執行猶予取消の性格については、刑事政策的観点からの検討も不可欠であろうし、また、ドイツの議論やヨーロッパ人権裁判所の判断やそれをめぐる理解は今後もフォローする必要がある。その他の執行猶予取消要件のあり方も含めた総合的な検討は将来の課題として、稿を締めくくることとする。

付記：本稿脱稿（2007年5月25日）後、更生保護法が成立した（2007年6月8日）。本稿で批判的に扱った部分に条文の変更はない。この点については、後日、検討することとしたい。