

司法書士／最短合格講座

築瀬クラス

講義レジュメ

刑法

 東京法経学院

12711-6021

刑 法 1 & 2

配付資料

sample

刑法

sample

□□刑1. 刑法の「意義」

「刑法」とは、どのような法律なのですか。

A 「犯罪」と「刑罰」を定めた法を「刑法」といいます。

- (1) 「六法全書」の刑法の項を開くと、まず、明治40年4月24日法律第45号として制定公布された「刑法」という法律があると思います(明治41年10月1日から施行されています)。これは一つの法典をなしていますので、「**刑法典**」とも呼ばれています。

ところで、この明治40年制定の刑法典は、カタカナ漢文調の文体であり、その内容を正確に理解することが困難な表記が用いられていました。そこで、とりあえず早急に必要とされる現代用語化を目的とするため、「刑法の一部を改正する法律」が、平成7年4月28日、第132回国会において成立し、5月12日に平成7年法律第91号として公布され、**平成7年6月1日から施行**されています。

この改正により、刑法の表記が現代用語化されることとなりました。その結果、私の受験時代からすべし随分読みやすくなっています。これが皆さんがこれから勉強していく刑法という科目の主たる対象となります。

- (2) では、早速、刑法第199条を見てください。

これは殺人罪の規定で、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」と定められていますね。

その前半の「人を殺した者は」という部分は、殺人罪の犯罪構成要件を示しており、後半の「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」という部分は、殺人罪に対する刑罰を示しています。

この例からもわかるように、刑法の規定は、原則として、その一つ一つが、犯罪と刑罰を含んでいるのです。刑法が、犯罪と刑罰とを規定した法であるということが、少しはわかってもらえたでしょうか。

- (3) ところで、社会の法秩序が犯罪によって侵害された場合は、国はその者に刑罰を科し、失われた法秩序を回復する必要があります。この犯罪と刑罰との関係を規定した法規範が、「刑法」又は「**実質的意味での刑法**」です。

- (4) この意味での刑法のうち最も重要なのは、「刑法」という名称を付された法律であり、これを「**形式的意味での刑法**」又は単に「**刑法典**」ともいっています。

- (5) 刑法典は、「**第1編 総則**」と「**第2編 罪**」との2編からなっており、第2編には、殺人(刑199)、放火(刑108)、窃盗(刑235)その他各種の犯罪についての要件とこれに対する刑罰とが規定され、また、第1編にはそれらの各犯罪を処罰する上での一般的な諸原則が定められています。

- (6) そして、第1編の諸規定を中心として犯罪及び刑罰の一般的な原理を考察するのが「**刑法総論**」であり、第2編の諸規定を中心として個々の犯罪の具体的な要件を検討するのが「**刑法各論**」です。

なお、刑法典の「**総則**」の規定は、原則として、**実質的意義におけるすべての刑法に適用される**ことに注意しておいてください(刑8)。

- (7) 実質的意味での刑法のうち刑法典を除くものを「**特別刑法**」といっています。

- (8) 特別刑法は、さらに、「**狭義の特別刑法**」と「**行政刑法**」に分けることができます。
前者は、暴力行為等処罰に関する法律、盗犯等の防止及び処分に関する法律等の刑法典に規定されている犯罪に準ずる犯罪を対象にしており、後者は道路交通法、各種の税法違反等の一定の行政的取締りの必要から設けられた犯罪を対象にしています。
- (9) 刑法典に規定されている犯罪のほとんどは、**社会倫理的にも非難に値する**ものであり、そのような性質の犯罪を「**自然犯**」(又は「**刑事犯**」)とっています。
- (10) これに対し特別刑法に規定されている犯罪のなかには、前述の道路交通法、各種の税法違反等のように、社会倫理的には必ずしも非難されるものではありませんが、行政目的上違法とされるに過ぎないものもあり、そのような性質の犯罪を「**法定犯**」(又は「**行政犯**」)とっています。

□□刑2. 刑法の「機能」

刑法はどのような「機能」を有する法律なのでしょうか。

A 刑法には、「**規制的功能**」(→**秩序維持機能**→**法益保護機能**)と「**(自由) 保証的功能**」があります。

- (1) 「**規制的功能**」とは、一定の行為とそれに対する刑罰とを定めることによって、その行為に対する国家の否定的な価値判断を明らかにし、**国民がそのような行為に出ないよう規制する機能**です。
- (2) それは、「**国民一般**」に対して犯罪予防の効果をもつとともに、これを適用され「**処罰された犯人**」に対しても将来犯罪から遠ざける効果をも有し、前者を「**一般予防**」、後者を「**特別予防**」とっています。
- (3) また、このような機能によって、法秩序が維持されることから、「**秩序維持機能**」ということもあります。
- (4) 他方、刑法に規定されていない行為は、倫理的・道徳的に非難されるものであっても処罰されることはなく、また、犯人もそこで規定されている以上の刑罰を科せられることはない(罪刑法定主義)のであり、このような機能を「**(自由) 保証的功能**」と呼んでいます。この点をとらえて、刑法は「**一般市民又は犯人のマグナカルタ**」であるといわれています。
- (5) なお、刑法の秩序維持機能は、決して万能ではありません。犯罪の抑制について十分な効果を期待するためには、社会政策等の面で地道な努力が必要であるとともに、刑罰という重大な苦痛を伴う刑法の適用範囲についても行過ぎのないよう自制的な態度が要請されることに注意してください。このような考えを「**刑法の謙抑主義**」といいます。

□□刑3. 刑法理論

「刑法理論」とは、どのようなものなのか。

A 犯罪と刑罰の意義に関する基本的な考え方を「刑法理論」といいますが、刑法理論には、「古典学派 (旧派, 客観主義)」と「近代学派 (新派, 主観主義)」の2つの対立があります。

以下の表は、その対立点をまとめたものですが、かならずしも絶対的なものではないことに注意しておいてください。

対立点	古典学派	近代学派
犯罪理論	客観主義・現実主義・行為主義	主観主義・懲表主義・行為者主義
刑罰の本質	応報刑主義・絶対主義	目的刑 (教育刑) 主義・相対主義
刑罰の機能	一般予防主義	特別予防主義
責任論	行為責任論・道義的責任論	性格責任論・社会的責任論
責任能力	有責行為能力	受刑能力
過失の注意義務	主観説・折衷説	客観説
実行の着手	客観説	主観説
共犯論	犯罪共同説・共犯従属性説	行為共同説・共犯独立性説
刑罰と保安処分	二元論	一元論

(1) まず、古典学派の理論は、18世紀啓蒙主義哲学の基礎となった個人主義・自由主義を背景とし、ベッカーヤ (1738~1794)、カント (1724~1804)、ヘーゲル (1770~1831)、フォイエールバッハ (1775~1833) らの所説に基づき発展した刑法理論です。

それは理性的な人間像を基礎にすえ、その意思は自由であるということ (意思自由論) から出発するもので、その主な主張を要約すると、以下のようになります。

- ① 犯罪は、人間がその自由な意思に基づき選択した行為であるから、道義的な非難に値し、そこに責任の根拠がある (道義的責任論)。
- ② そして、責任、すなわち、道義的非難の大小は、その行為から生じた客観的な害悪や危険の程度に対応し、刑罰も、このような客観的結果の程度に応じて科せられるべきである (客観主義・行為主義)。
- ③ 犯罪という違法な行為に対して報いとして刑罰を科することは、人間の本性上当然なことであり、刑罰の本質は応報的な害悪又は苦痛である (応報刑主義)。
- ④ 犯人は、犯罪による満足感を求めてこれに走るのであるから、犯罪を犯したならばこれを上回る苦痛である刑罰を科することを事前に警告し、犯罪への誘惑を阻止するよう心理強制を加えなければならない (心理強制説)。
- ⑤ 刑罰の目的は、一般人をしてこのような警告によって犯罪行為に出ないように予防、抑止し、社会秩序を維持することにある (一般予防主義)。

(2) これに対し、近代学派の理論は、19世紀にいたって犯罪、特に累犯及び少年犯罪の増加という事態と自然科学の発展を契機として、実証的方法による犯罪及び犯罪者の研究を基礎として展開されたものであり、「実証学派」とも呼ばれています。

それは、ロンブローゾ (1836~1909)、フェリー (1856~1929)、ガロファロ (1852

～1934)らのイタリア学派の主張を出発点とし、ドイツのリスト(1851～1919)においてほぼ集大成をみたものであって、人間の自由意思を否定すること(意思決定論)から出発するもので、その主な主張を要約すると、次のようになります。

- ① 人間が自由意思を有するというのは幻想であり、犯罪は素質と環境により必然的に生起する事象であるから、これを行ったことにつき犯人に道義的責任を問うことはできない。

しかし、そのような犯人は、社会にとって危険な存在であってこれを社会から隔離する必要があり、そのための措置が刑罰である。

すなわち、責任は、犯人がその社会的危険性に基づき刑罰を受けるべき地位であり、刑罰の本質も応報ではあり得ず、犯人から社会を防衛する処分である(社会的責任論・社会防衛論)。

- ② 犯罪は、それ自体積極的な意義を有するわけではなく、犯人の社会的危険性ないし悪性の徴表としての意味をもつのであるから、そこにおいて重視すべきは、行為ないし結果ではなく、犯人の主観面におけるこの社会的な危険性である(「罰せられるべきは行為ではなく行為者である」とのリストの著名な言葉がある)。

そこで、刑罰の内容も、犯罪による客観的結果の大小ではなく、犯人の犯罪性の程度によって決定されなければならない(主観主義・行為者主義・犯罪徴表説)。

- ③ 刑罰は、犯人を教化改善し将来再び犯罪を行うことのないようにすることを目的としなければならない(目的刑主義・特別予防主義・教育刑主義)。

- (3) 確かに、近代学派が説くように、人が素質と環境に制約されることは否定し得ない事実ですから、その意味で人を自由意思をもった合理的な主体であるとする古典学派の主張には批判されるべきものがあります。

しかし、人が素質と環境に絶対的に制約されるとする近代学派の主張にも、私達の社会的経験に照らしにわかには承服できないものがあると思います。

人間社会には、素質に恵まれず、かつ劣悪な環境にありながら、犯罪性に染まることなく人並みの生活を送っている人がいる反面、素質・環境両面で恵まれながら、社会の落伍者として犯罪に走る者も見受けられるからです。

このことは、人間が他の生物とは異なり、素質と環境に強く影響されながらも、ある範囲ではこれを克服し得る主体的な存在であることを示していると思います。

すなわち、人間は相対的に自由意思の主体であり、そのような人間が犯罪を犯した場合は、その行為とそれがもたらした結果に着目し、かれを道義的に非難することが可能です。

したがって、犯罪論としては、道義的責任論及び客観主義を基調とすべきであるとするのが現在の多くの学者の考え方です。

特に、人権保障を基本原理とする日本国憲法の下においては、極端に主観主義的な犯罪論に拠ることは到底できないというほかはないでしょう。

- (4) もっとも、その後両派は次第にその主張を和らげて歩み寄りを見せ、現在ではかつてのような激しい対立は存在しません。

例えば、現在通説となっている規範的責任論は、行為の際の具体的事情に照らし、行為者に対しその犯罪行為を避けて他の適法行為に出ることを期待できたという点に社会

倫理的な非難可能性、すなわち、責任を求めるものであり、これは道義的責任論に立脚しつつも、判断の基準を素質と環境に制約される個々人に置く点で本来のそれと異なるのであり、近代学派の主張を採り入れているものともいえます。

ただ、両派の流れをくむ客観主義刑法理論及び主観主義刑法理論は、いまなお犯罪論の個々の分野において意見を異にする場面も少なくありません(未遂, 不能犯, 共犯等)。

- (5) なお、刑罰理論についても、相対的にせよ人間の自由意思を肯定する以上、応報刑主義を基本とすべきです。

違法な行為をしたことに対する報いとして苦痛である刑罰を科するということは人間の本性に基づく自然な要求であり、それなくして人間社会は存立し得ないといっても過言ではないでしょう。

- (6) しかし、応報刑主義と特別予防主義など他の要請は必ずしも両立し得ないものではありません。

応報刑の基礎のもとに特別予防的な配慮をし、犯人の教化、改善を図るということは十分可能だからです。

ただ、基調はあくまでも応報ですから、刑罰の内容の決定に際しては、犯罪の方法、結果等から導かれる非難の程度に重点を置くべきで、特別予防など刑事政策的要素は付随的にのみ考慮されるべきであるとされています。

□□刑 4. 罪刑法定主義

「罪刑法定主義」とは、どのような原則なのですか。

A 「罪刑法定主義」とは、「法律なければ犯罪なく、法律なければ刑罰なし」というフオイエルバッハの言葉に端的に示されているように、「どのような行為が「犯罪」とされ、それに対してどのような「刑罰」が科せられるのかを、予め成文の法律をもって明確に定めておかなければならないとする原則」をいいます。

いかに反道徳的な行為であっても、法律で明定されていない以上はこれを犯罪として処罰することはできないというものであって、近代刑法の最も大事な基本原則です。

これに対して、封建国家の時代においては、支配者又はその意を体した裁判官がほしいままに刑罰権を行使していましたが、これを「**罪刑専断主義**」とっています。

理論的根拠	① 民主主義 (裁判官は法律の口) ② 自由主義 (行動の予測可能性・保障機能) ③ 心理強制説
法的根拠	憲法 31, 39 前段, 73⑥但書 ☞ 現行刑法に罪刑法定主義を宣言した規定はない
罪刑の法定 (法律主義)	① 慣習刑法の禁止 a 構成要件の意味内容が慣習によって決定されるとする立法も可能 (ex: 水利妨害罪 (123) の「水利」) b 違法性の判断において慣習法が刑罰法規の補充的機能をもつことは罪刑法定主義に反しない。 ② 「絶対的」不定期刑の禁止 ☞ 「相対的」不定期刑は罪刑法定主義に反しない ③ 被告人に「不利」な「類推解釈」の禁止⇔拡張解釈は許される ☞ 刑罰法規の解釈は目的論的解釈を否定するものではない
事後法の禁止 (遡及処罰の禁止・刑罰法規不遡及の原則)	① 行為の時に少年であった者が、裁判の時に成人に達していれば成人に対する通常の刑を科する旨を規定することは罪刑法定主義に反しない (∵ 犯罪時に処罰しないとされていたわけではないから、遡及処罰の禁止に反せず) ② 二重処罰の禁止・一事不再理原則 (憲 39) は罪刑法定主義とは関係ない ③ 6条は罪刑法定主義 (事後法の禁止) の当然の帰結ではないが、罪刑法定主義に反しない
刑罰法規適正の原則	① 「明確性の原則」 (→徳島市公安条例事件判決参照) ② 刑罰法規の内容の適正の原則→罪刑の均衡

1 罪刑法定主義の沿革

- (1) 罪刑法定主義の淵源は、古くイギリスのマグナ・カルタ(1215年)39条の「いかなる自由人も、同僚の適法な裁判により、かつ国の法律によるのでなければ、逮捕され、監禁され、領地を奪われ、法的保護を奪われ、追放されることはない」などの規定に求めることができるとされています。
- (2) この原則は、権利の請願(1628年)、権利章典(1689年)に受け継がれた後、アメリカやフランスにおいてより明確なかたちを取りつつ発展し、アメリカの権利宣言(1776年)、アメリカ合衆国憲法(1788年)、同修正条項(1791年)、フランス人権宣言(1789年)、ナポレオン刑法典(1810年)に規定されるにいたりました。
- (3) わが国においても、明治13年に制定された旧刑法2条において罪刑法定主義が明定されて、明治23年の旧憲法23条(日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ)もこれに憲法上の確認を与えていましたが、その後制定された現行刑法にはその趣旨の規定は存在していません。
- (4) しかし、①憲法31条の「法律の定める手続」は、刑事手続のみならず実体刑法も法定されていることを求めるものと解されること、②憲法73条6号但書において、政令には法律の委任がなければ罰則を設けることができないとされていることは、罰則は原則として法律により定めなければならないことを示すものであること、③憲法39条前段は遡及処罰の禁止を規定していることなどからみて、現行憲法は、罪刑法定主義を当然の前提としていると解されています。

2 具体的内容と派生原則

2-1 罪刑の法定(成文法主義)

- (1) この点は、沿革に照らしても、罪刑法定主義の本来的な内容であり、「慣習」や条理を「法源」とすることは許されません。
- (2) ただ、このことは、構成要件の意味内容が慣習や条理を考慮して定まることを否定するものではないことに注意しておいてください。
例えば、水利妨害罪(刑123)によって保護されるのは水利権を有する者の水利ですが、水利権の多くは慣習によって認められています。
- (3) また、刑種又は刑量を全く定めていない「絶対的不定期刑」は、刑の内容が刑執行者の恣意に委ねられることになり、罪刑法定主義に反することになります。
しかし、刑種を特定し、かつ刑量につき短期と長期を定めて言い渡す「相対的不定期刑」(少年52)は、必ずしも罪刑法定主義に反しないと解されていることに注意しておいて下さい。
- (4) 法律において罪刑の基本的枠組みを定め、細部を政令等の下位規範に委ねることは、必ずしも罪刑法定主義に反するとはいえません。
その種の例外としては、次のようなものがあります。
 - ① 法律が特に委任した場合に、政令中に罰則を設けること(憲73⑥但書、国家行政組織2Ⅲ)。
 - ② 都道府県など普通地方公共団体がその「条例中」に罰則を設けること(地方自治法14Ⅲ。最判昭37・5・30刑集16-5-557は、これを合憲とする)。
 - ③ 法律で処罰の対象となる行為の枠を一応定めた上、構成要件の細部については政

令以下の命令に委ねること(いわゆる「白地刑罰法規」。特別法にその例が多い。最判昭49・11・6刑集28-9-393は、「人事院規則で定める政治的行為」の制限に対する罰則を定める国家公務員法102条1項・110条1項19号を合憲としている)。

2-2 刑罰法規の不遡及

- (1) 遡及処罰が罪刑法定主義の精神に反することは明らかですね。憲法39条前段もこれを禁止していることは前述しました。
- (2) なお、ここで、「判例の遡及的変更禁止の原則」についてふれておきます。

判例の遡及的変更禁止の原則とは、判例を被告人に不利益に変更しようとするときは将来の事件に対してのみ適用し、当該被告人には適用しないという原則で、判例法主義のアメリカにおいて確立されたものです。

しかし、成文法主義のわが国においては、判例自体は法ではなく、法の有権的解釈にとどまるものですし、社会情勢の発展、変動により現在では通有性を失ったと思われる判例に拘束され、現在の法解釈のもとでは当然有罪と思われる被告人を処罰できないとすることは、裁判の本質的な使命を失わせることになりかねません。

したがって、判例(最判平8・11・18刑集50-10-745)も、判例の遡及的変更禁止の原則をとらないことを明らかにしています。

2-3 類推解釈の禁止

- (1) 「類推解釈」とは、法律に規定のない事項に対し、これと類似の性質を有する事項に関する法律を適用する解釈です。裁判官による一種の立法であって、罪刑の法定を実質的に無意味にすることになりますから、禁止されています。
例えば、秘密漏示罪(刑134)の主体である医師、弁護士に、それらに雇われている看護師、事務員を含めて解釈することは、類推解釈として許容されません。
- (2) もっとも、被告人に「有利」な類推解釈をすることは禁止されてはいないことに注意してください。例えば、37条に列挙されている法益に、名誉、貞操等を含めて解釈するなどです。
- (3) 他方、このことは、刑法の文言に形式的に忠実な解釈(「**文理解釈**」)しか許容されないということまでも意味するものではありません。当該法律の目的、個々の条文の立法趣旨等を考慮して行う実質的な解釈(「**目的論的解釈**」)は当然許容されるのであって、その場合法の意味を狭く解する「**縮小解釈**」のみならず、これを広く解する「**拡張解釈**」も禁止されません。
- (4) もっとも、実際問題としては、類推解釈と拡張解釈の差は必ずしも明白ではありません。

例えば、**最判平8・2・8**は、鳥獣保護及び狩猟に関する法律及びその委任を受けた環境庁告示にいう鳥獣の「捕獲」に、鳥獣を捕獲しようとして自己の実力支配内に入れられずに未遂に終わった行為も含まれるとしましたが、

他方、国家公務員の政治的行為を禁止した国家公務員法及びその委任を受けた人事院規則14-7における「特定の候補者を支持し又はこれに反対すること」に関し、**最判昭30・3・1**は、「特定の候補者」に、立候補しようとする意思を有する特定の者、すなわち、特定の候補者になろうとする者を含むとすることは類推解釈に当たるとしています。

前者は、鳥獣の保護という立法趣旨を考慮したものと思われませんが、後者についても、公務員の地位の公平中立性という観点からみて反対の解釈を入れる余地もないとはいえないと思われま

ただ、無視できないのは文理上の意味の限界ということでしょう。

前者については、鳥獣を捕獲しようとして未遂に終わった行為も、捕獲行為という意味では「捕獲」という文理の意味として可能な範囲にとどまっているといえるのに対し、後者について、反対に解することは、他の法律において、「公職の候補者」と「公職の候補者となろうとする者」とが区別されていること（公選222等）からみて文理の意味として可能な範囲を超えているという余地があるように思われます。

なお、このような観点からみると、126条にいう「汽車」のなかに自動車代用のガソリンカーを含めることは、軌道上を高速で走行する陸上交通機関ということで文理の意味として可能な範囲を超えてはませんが（大判昭15・8・22刑集19-540参照）、同じ陸上交通機関であるからといって、「汽車」のなかにバスを含めて解釈することはこの範囲を超えることになると思われます。

2-4 合理性、明確性及び罪刑均衡の各原則

- (1) これらはいずれも、刑罰法規が法律をもって定められているだけでなく、その法律の内容が適正なものでなければならないという観点からのもので、「実体的デュー・プロセスの理論」ともいわれるものです。

沿革的にみて、罪刑法定主義の本来的な内容ではありませんが、これから派生する原則として最近有力に唱えられるようになったものです。

- (2) このうち、まず、「合理性の原則」とは、対象となる行為を処罰することが実質的に合理性をもたなければならないという原則をいいます。

不当に広い処罰範囲を定めた刑罰法規は、この観点から無効とされます。判例（最判平15・12・11刑集57-11-1147）には、ストーカー行為等の規制等に関する法律によるストーカー行為の処罰は合理的で相当なものであると認めています。

- (3) 次に、「明確性の原則」は、刑罰法規の内容があいまい不明確であるときは、国家機関の恣意を許し、罪刑の法定という趣旨に反するので、憲法31条に違反し無効であるというものです。

判例（最判昭50・9・10）も、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるかどうかの判断が可能であるような基準が読みとれるかどうかによって決定すべきである」として、この原則を前提とした判示をしています。

- (4) 次に、「罪刑均衡の原則」とは、刑罰の内容は犯罪の内容に見合った適正合理的なものでなければならない、それが犯罪との均衡を著しく欠く場合は、当該刑罰法規は憲法31条に違反し無効であるというものです。

判例（最判昭49・11・6）も、「刑罰法規が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであって、とうてい許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならないのである」としています。

□□刑5. 刑法の「時間的」適用範囲

刑法は「何時」行われた犯罪に適用されるのですか。

A いかなる時に生じた犯罪に対して刑法の適用があるかという問題を「刑法の時間的適用範囲の問題」といいますが、他の法令と同様に、「**施行の時から廃止の時**」までの間に生じた犯罪に対し適用されるのが原則です。

(1) 施行の日はその法律自体において定められるのが普通ですが、その定めがない場合は、公布の日から起算して満20日を経過して施行することとされています(法の適用に関する通則法2)。

なお、「公布」とは、法律を一定の方式により一般の国民が知ることのできる状態に置くことをいい、その法規を掲載した官報が印刷局から全国の各官報販売所に発送され、これを一般希望者が閲覧又は購読することのできるようになった最初の時点において、それがあったものと解されています(最判昭33・10・15)。

(2) 「行為の時に犯罪とされなかったもの」を行為後の法律によって処罰することのできないことは、罪刑法定主義の原則上当然ですね。

(3) 犯罪行為がなされた時点では刑法が効力を有していたが、裁判時までにはそれが廃止された場合には、その行為を処罰することができず、刑訴法337条2号により免訴の判決が言い渡されます。

(4) しかし、この場合でも、その廃止法や新法中に「この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」旨の経過規定が置かれれば、なお処罰可能です。

平成7年の口語化に伴う刑法改正法においては、その付則2条1項において、「この法律の施行前にした行為の処罰…については、なお従前の例による」とする一方、一連の尊属に対する刑罰加重規定についてはこの限りでないとし、このような経過規定は置かれませんでした。

(5) さらに、あらかじめ一定の有効期間を限って制定されたいわゆる「限時法」について、上記のような経過規定がない場合にも処罰が可能かという問題があります。

有効期間満了の直前における行為を事実上処罰することができなくなり、法の実効性が確保できないことを理由に処罰を認めようとする説もあり、これを「**限時法の理論**」といいます。

しかし、多数説はこれに反対しています。

判例の見解は必ずしも明確ではありませんが、前記のような経過規定を置くことによって解決できる問題であり、それを置くことが多い最近の状況からみれば、それが無い場合には処罰不可能と解するのが相当であろうとされています。

(6) なお、いわゆる白地刑罰法規において委任を受けた政令等に改廃があった場合についても、限時法の問題として議論されることがありますが、この場合は、基本的な可罰性に関する考えによる変更がなく、他の理由による改廃にとどまる限り(例えば、偽造された種類の通貨が偽造の容易性等の理由により偽造行為後の政令等により廃止されたとき)、刑の廃止に当たらないと解するのが相当であり、判例も、変遷はあったが、このような考えに落ち着いたといわれています(最判昭37・4・4刑集16・4・345)。

□□刑 6. 刑の変更

犯罪後の法律により刑に変更があったときは、新旧いずれの法律が適用されるのですか。

- A 刑法 6 条により、犯罪後の法律により刑に変更があったときは、新旧両法を比較して（これを「新旧対照」といいます）「軽い方」（刑 10 参照）の法律を適用するとされています。
- (1) すなわち、行為時の刑が裁判時のそれよりも軽い場合は行為時の刑が適用されますが、その逆の場合は、被告人の利益という観点から裁判時の刑が遡って適用されることとなります。
 - (2) 行為時法と裁判時法との間に中間時法がある場合には、それらのうち「最も軽いもの」を適用することになることに注意しておいてください。
 - (3) 犯罪後に法律が改正されたが、**新法と旧法との間に刑の軽重がない場合には**、刑罰法規不遡及の原則(憲 39 前段前半)に従って、「**旧法（行為時法）**」が適用されます(大判昭 9・1・31)。
 - (4) なお、刑法 6 条における「犯罪後」とは、犯罪行為、すなわち、「実行行為」後の意味です。
したがって、監禁罪等の「継続犯」（最判昭和 27・9・25）、「包括一罪」（大判昭和 6・11・26）について、実行行為が法律変更の前後にまたがっているときは、刑法 6 条の適用はなく、当然に実行行為終了時の法律が適用されると解されています。
もっとも、科刑上一罪については、判例（最判昭和 31・2・26）は、それぞれの罪を分離させて刑法 6 条を適用し、しかる後に刑法 54 条を適用するとしています。
なお、「結果犯」についても、結果の発生時ではなく、実行行為時が基準となることに注意しておいてください。
 - (5) 共犯については、「正犯の実行行為の時」を標準にすべきであるとして、従犯の行為時は、正犯の行為時であるので、正犯に新法を適用すべきときは、従犯にも新法が適用されるとした古い判例(大判明 44・6・23)がありますが、共犯の行為の時を標準にすべきであるとする見解も有力です。
 - (6) 犯罪後に法律が改正され、懲役刑が定められている罪について、新たに禁錮刑が選択できるようになった場合は、**新法が適用されます。新法で禁錮の選択刑を加えることは、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すから**、刑法 6 条の「刑の変更」にあたるどころ、**禁錮刑は懲役刑より軽い刑**ですから(刑 10 I, 9)、**新法の刑は旧法の刑よりも軽い**といえますので、刑法 6 条が適用され、新法が適用されるのです。
 - (7) 労役場留置期間(刑 18)の変更は刑の変更にあたります(大判昭和 16・7・17)が、犯罪後の法改正により、没収が定められている罪について、「**必要的没収から任意的没収**」へと変更されても、刑法 6 条の適用はなく、新法は適用されないことに注意しておいてください。必要的没収から任意的没収への変更は被告人にとって有利ですから、刑が軽くなったように見えますが、刑法 6 条にいう「**刑の変更**」とは、「**主刑**」の変更をいい、「**付加刑**」である没収(刑 9, 19, 197 の 5)を含まないと解されているか

らです(大判明42・1・21, 大判大2・1・31)。

- (8) 犯罪後の法改正により、「刑の執行猶予の条件に関する規定」が変更されても、刑法6条の適用はなく、新法は適用されません。**刑の執行猶予の条件に関する規定の変更は、「刑の執行方法に関する規定の変更」であって、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6条の「刑の変更」にあたらぬ**(最大判昭23・11・10)からです。
- (9) 犯罪後の法改正により、非親告罪とされていた罪が「親告罪」へと変更されても、刑法6条の適用はなく、新法は適用されません。親告罪であれば、告訴がなければ被疑者を処罰することができないので、非親告罪から親告罪への変更は、被疑者にとって有利であり、刑が軽くなったように見えます。しかし、**非親告罪から親告罪への変更は、「訴訟条件」の変更にすぎないから、刑法6条の「刑の変更」にあたらぬと**されています。

sample

□□刑7. 刑法の場所的適用範囲

刑法の場所的適用範囲の問題とは、どのような問題なのでしょうか。

A いかなる場所で生じた犯罪に対し刑法が適用されるかの問題です。

これと裁判権の行使の問題とは区別しておいてください。裁判権は、原則として一国の統治権の及ぶ領域内に限って認められるのであり、したがって、刑法の場所的適用範囲が国外犯に及ぶ場合であっても、国外にいる犯人に対して自国の裁判権を行使するためには、その所在国から犯人の引渡しを受けなければなりません。

場所的適用範囲についての刑法の定めは、次のようになっています。

1 国内犯～属地主義～

- (1) 「この法律は、「日本国内」において罪を犯した「すべての者」に適用する。」とされています(刑1I)。
- (2) また、日本国外であっても、「日本船舶」又は「日本航空機内」において罪を犯した「すべての者」に適用されます(刑1II)。
- (3) このように、犯人の国籍のいかんを問わず、「自国の領域内」で生じた一切の犯罪に対して自国の刑法を適用する原則を「**属地主義**」といいます。
- (4) 「日本国内」とは、日本の領土のみならず、「領海」・「領空」内も含みます。
- (5) なお、日本国内で、「**実行行為の一部**」が行われ(大判明44・6・16)、あるいは「**結果**」が発生すれば、日本の刑法が適用できると考えられていることに注意しておいてください。
- (6) 外国の大使館や公使館内といえども、日本国内にある以上、日本の刑法が適用されます(刑1I, 大判大7・12・16)。ただ、外交官には国際法上の特権が認められているため日本の裁判権等は及びませんが、日本の刑法そのものが適用されないということではないことに注意しておいてください。
- (7) 共犯の犯罪地については、教唆行為・幫助行為自体が行われた地を基準とするほか、共犯従属性の見地から、**正犯の犯罪地も基準**となると解されています。したがって、**幫助行為が日本国外で行われても正犯の実行行為が日本国内で行われたときは、従犯は日本国内で行われたことになる**(名古屋高判昭63・2・19, 最決平6・12・9)とし、また**教唆犯成立の場所は正犯実行の場所にほかならない**とする判例(大判大11・3・15)があります。

2 国民の国外犯～属人主義～

- (1) 日本国外において、放火・殺人等一定の重要な罪(個人的法益及び個人的法益に準ずる社会的法益に関する罪)を犯した「日本国民」(二重国籍者を含む)に対しても適用されます(刑3)。
- (2) このように、犯罪地のいかんを問わず、自国民の犯した犯罪に対して自国の刑法を適用する原則を「**属人主義**」といいます。
- (3) 暴行罪(刑208)、単純遺棄罪(刑217)、信用毀損罪(刑233)、単純横領罪(刑252)、盗品無償譲受罪(刑256I)、器物損壊罪(刑261)等には適用されないことに注意しておいてください。

3 すべての者の国外犯～保護主義①～

- (1) 日本人・外国人を問わず、日本国外において、内乱・通貨偽造等日本国の国益を害する一定の重要な罪（国家的法益及び国家的法益に準ずる社会的法益に関する罪）を犯した者についても適用されます（刑2）。
- (2) このように、犯罪地及び犯人の国籍のいかんを問わず、自国の利益を害する犯罪に対して自国の刑法を適用する原則を「保護主義」といいます。
- (3) 有価証券偽造罪（刑2⑥）、公文書偽造罪（刑2⑤）については刑法2条が適用されますが、「私文書偽造罪」は国民の国外犯とされていることに注意しておいてください（刑3③）。

4 国民以外の者の国外犯～保護主義②～

- (1) 日本国外において、日本国民に対し強姦等一定の重要な犯罪を犯した外国人に対しても適用されるとされています（刑3の2）。これも保護主義の一種です。

5 公務員の国外犯～保護主義③～

- (1) 日本国の公務員（刑7I）が、日本国外において、収賄等一定の重要な職務犯罪を犯した場合についても適用されるとされています（刑4）。これも保護主義の一種です。
- (2) なお、贈賄罪（刑198）は国外犯とされていないことに注意しておいてください（刑2・3参照）。

6 条約による国外犯～世界主義～

- (1) 以上のほか、日本人・外国人を問わず、日本国外で犯された刑法各則に規定された罪であって、特に条約により罰すべきものとされている場合についても適用されるとされています（刑4の2）。
- (2) このように、犯罪地及び犯人の国籍のいかんを問わず、反人類的・反国際的な犯罪に対して自国の刑法を適用する原則を「世界主義」といいます。
- (3) この条約としては、「国際的に保護される者（外交官を含む）に対する犯罪の防止及び処罰に関する条約」等が存在します。
- (4) なお、「航空機の強取等の処罰に関する法律」は世界主義に基づく規定であると解されています。ハイジャック行為は国際社会が共通して対応すべき犯罪ですから、犯人が何人であるかを問わず、あるいはどこで発生したかにかかわらず、また、自国の利益が侵害されているかは関係なく、各国が自国の法を適用するとされているからです。

7 外国判決の効力

- (1) なお、刑法の場所的適用に関して、各国がそれぞれの主義を採用しているところから、同一の犯罪行為が2つ以上の国の刑法の適用を受けることも少なくありません。そこで、日本国の刑法の適用を受ける犯罪行為について、すでに外国で裁判がなされている場合にその裁判の効力をどう考えるべきかの問題を生じます。
- (2) この問題につき、刑法5条は、「外国において確定裁判を受けた者であっても、同一の行為について更に処罰することを妨げない。ただし、犯人が既に外国において言い渡された刑の全部又は一部の執行を受けたときは、刑の「執行」を減輕し、又は免除する。」と規定して、その点の解決を図っています。

8 刑法の人的適用範囲

- (1) 人的適用範囲は、通常は場所的適用の範囲の問題として解決することができます。

- (2) 「天皇」については、刑法の適用を否定する説もありますが、その適用はあるけれども公訴権の行使が制限されると解するのが多数説です。
- (3) 「摂政」(憲5)に関し、在任中訴追されないとの規定(皇室典範21)も、刑法の適用を否定するものではありません。
- (4) また、国際法上治外法権を有する外国の元首や外交使節には、わが国の裁判権が及ばないためにこれを処罰することはできませんが、これも、訴追の制限であって、刑法の適用自体は否定されず、したがって、その者が身分を離脱した以降は、離脱前の行為について訴追することは妨げられないとされています(大判大10・3・5)。
- (5) なお、いわゆる日米安保協定によりアメリカ合衆国軍隊の構成員等の一定の犯罪に対しては合衆国の軍当局が第一次的裁判権を有するとされていますが、これも同様に訴追の制限であって、刑法の適用自体はあると解されています。

□□Q1. 狭義の共犯の犯罪地

Aは、Bが日本国内に覚せい剤を輸入して覚せい剤取締法及び関税法違反の罪を犯した際に、日本国外で覚せい剤を調達してBに手渡すなどして、Bの犯行を容易にし、これを幫助した。この場合、Aに刑法の適用があるか。

A 判例(最決平6・12・9)は、正犯が日本国内で実行行為をした場合には、日本国外で幫助した者も、日本国内において罪を犯した者にあたるとして、「共犯が日本国外にいる場合であっても、正犯の実行行為が日本国内で行われれば、刑法第1条1項の適用がある。」としています。

(1) 刑法第1条1項の規定は、狭義の共犯である教唆犯及び幫助犯についても適用されるのか。

この点について、かつて、名古屋高裁(名古屋高判昭63・2・19)は次のような判断をしていました。

「そもそも、幫助犯は、正犯の実行があつて初めて犯罪として成立するものに過ぎないから、幫助犯の幫助行為そのものが行われた場所が我国内ではなくても、正犯の実行が日本国内で行われた場合にも、幫助犯が日本国内において罪を犯したことになるといわざるを得ない道理」である。

上記最高裁決定は、この名古屋高裁の判断を肯定したものであり、学説上も支持されています。

もっとも、国外の共犯がなぜ処罰されるのかという根拠は、ここでは明らかにされていません。

(2) なお、幫助犯の犯罪地は、幫助行為が行われた場所及び正犯行為があつた場所の両方であるとするのが一般的です。

□□刑 8. 刑法の事項的適用範囲

刑法の事項的適用範囲とは、どのような問題なのですか。

A 刑法の適用されるべき事項の範囲の問題です。

- (1) 刑法典の総則規定は、他の法令に特別の規定のない限り、他の法令において定められた刑罰法規にも適用されます (刑 8)。
- (2) 特別の定め例としては、法人に対する両罰規定、正当防衛の特則 (盗犯等防止 1)、刑の執行猶予の裁量的取消しに対する特例 (売春防止法 16) 等があります。

sample