慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	刑の廃止の性質：判例に現われた意見の對立をめぐつて
Sub Title	Contradicting opinions in cases on the abolishment of punishments
Author	宮崎, 澄夫(Miyazaki, Sumio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究：法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.12 (1960. 12) ,p.47- 66
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法學部法律學科開設七十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19601215-0047

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

刑の廢止の性質

——判例に現われた意見の對立をめぐつて——

宮崎澄夫

刑事訴訟法三三七條二號は「犯罪後の法令により刑が廢止されたとき」をもつて、「確定判決を經たとき」(同一號)、「大赦があつたとき」(同三號)、「時効が完成したとき」(同四號)と共に免訴事由とし、犯罪後の法令により刑が廢止されたときは判決で免訴の言渡をなすべきものと定め、また同三八三條二號は、控訴理由の一つとして「判決があつた後に刑の廢止若しくは變更又は大赦があつたとき」を認め、同三九七條はこのような事由がある場合には原判決を破棄すべきものとし、更に、四一一條は、「上告裁判所は、第四百五條各號に規定する事由がない場合であつても、左の事由があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる」として、その五號に「判決があつた後に刑の廢止若しくは變更又は大赦があつたこと」と規定している。

このようにして、刑の廢止は、免訴の言渡をなすべき事由の一つとされているのであるが、然らば、刑の廢止とは何を意味するのであろうか。通說は、これを刑罰法令の廢止と考えているのであり、判例の見解も多くこれに從つているようであ

るが、これと異る見解として、刑の廢止とは、既に發生、成立した刑罰權を犯罪後の法令によつて積極的に放棄した場合を指すものである、とする考え方が、見られるのである。この見解は極めて興味ある意見であり、實體法適用の問題としての行爲時法主義と裁判時法主義の問題、刑法六條の適用の問題等に關連し、また訴訟法上は免訴判決の本質に關係して來る問題であるので、本稿において、この見解の當否を中心として、刑の廢止の本質を少しく檢討して見度いと思うのである。以下において、用語を簡略化するため、この見解を刑罰權放棄說と呼びこれに對し通說的な考え方を法令廢止說と呼ぶことにしたい。

刑罰權放棄說は、實は、最高裁の判例中に、少數意見として主張されているところのものである。そしてそれがかなり整つた形で主張されているのは、昭和二八年七月二二日の最高裁の判例（刑集七・七・一五六二）中においてである。話はいまわしい過去のことにさかのぼるが、連合國占領軍の我國占領當時、いわゆるポツダム命令と稱せられるものの一種として、昭和二一年勅令三一一號及び昭和二五年政令三二五號の二つがあつた。前者は、連合國占領軍の占領目的に有害な行爲に對する處罰等に關する勅令と名づけられ、連合國最高司令官の日本國政府に對する指令の趣旨に反する行爲、その指令を實施するために連合國占領軍の軍、軍團又は各司令官の發する命令の趣旨に反する行爲及びその指令を履行するために日本國政府の發する法令に違反する行爲を、占領目的に有害な行爲として處罰する旨を規定し、後者は、これを改正したもので、占領目的阻害行爲處罰令と名づけられた。問題の事案は、被告人が連合國最高司令官の「アカハタ及びその後繼紙の發行停止に關する指令」に違反し、「アカハタ」の後繼紙である「平和の聲」を頒布したことに關するものであつたが、行爲後たる昭和二七年四月二八日平和條約が發効したことに關連して、被告人を免訴すべきかどうかが問題となつた。そして右最高裁の多數意見は免訴すべきものと判示したが、田中、霜山、齋藤、木村の四裁判官は、前記の刑罰權放棄說に基いて、本件においては被告人を免訴すべきものではないとの見解を主張している。

この見解を詳細に紹介する前に、本件における問題點を簡單に述べて置く必要がある。まず平和條約の發効ということが問題となることは前述の通りであるが、その他に限時法の問題、更にまた特に二つの法律との關係が問題とされた。その二つの法律というのは、昭和二七年法律八一號「ポツダム宣言の受諾に伴い發する命令に關する件の廢止に關する法律」及び同年法律一三七號「ポツダム宣言の受諾に伴い發する命令に關する件に基く法務府關係諸命令の措置に關する法律」であり、前者はポツダム命令の基礎となつていた昭和二〇年勅令五四二號を廢止すると共に、右勅令に基く命令（すなわちポツダム命令）は、別に法律で廢止又は存續に關する措置がなされない場合においては、平和條約發効の日から一八〇日間に限り、法律としての効力を有する旨を規定したものであり、後者はこれに續いて制定され、その二條六號は、前述の政令三二五號を廢止すると共に、その三條一項において、「この法律の施行前にした行爲に對する罰則の適用については、なお從前の例による」と規定したのであつたが、これらの規定が果して本件被告人の行爲を處罰することを可能ならしめるかが問題となり、これに違憲論がからんで、裁判官の間に活潑な論爭がなされているのである。

免訴すべしとする多數意見の中には、政令三二五號は平和條約の發効と同時に全面的に、効力を失つたものであるとするものと、本件のような內容の指令に關する限り平和條約發効と共に失効したものとする意見とに分れているが、刑罰法令が廢止されたものとして免訴の事由ありとすることにおいては一致している。すなわち法令廢止說に立脚している。この多數意見に對して、田中、霜山、齋藤、木村の四裁判官は次のように主張するのである。

『刑訴四一一條にいわゆる「判決があつた後に刑の廢止があつたこと」とあるのは、刑訴三三七條二號にいわゆる「犯罪後の法令により刑が廢止されたとき」と同義であつて、犯罪後の法令により、積極的に明示又は少くとも默示を以て、既に發生し成立した刑罰權を特に放棄したとき、すなわち特にこれを廢止する國家意思の發現があつたときを指すものである。なぜならば、罪刑法定主義を採用した法治國においては、犯罪者が行爲時法によつて處罰されるのは當然の約束であつて、行

爲時法によつて既に發生、成立した刑罰法規の効果である刑罰は、その後における大赦又は法令によつて特に消滅又は廢止されない限り存續するのは當り前であるからである。刑の廢止は行爲時法によつて發生、成立した刑罰權の放棄であるから、行爲時法により刑罰權が一旦有効に發生、成立した以上、行爲の後その刑罰權を發生、成立せしめる原因となつた法規が單に將來に向つて廢止され又は消滅したからといつて、既に發生、成立し終つた既成の法律効果を同時に放棄・廢止する國家意思の表現がない限り、法律効果そのものが當然消滅する道理がない。ただ犯罪行爲の後これを成立せしめた或る法規が廢止され又は消滅した場合に、その廢止又は消滅の理由が同時に立法者において既に發生、成立した刑罰權をも暗默に放棄したと認むべき場合があるに過ぎないのである。』と論じ、法令の廢止に二個の場合を分ち、その廢止の理由が、立法者の側における法的觀念、刑法的價値判斷に變更を生じ、從來認められていた刑罰法上の可罰性を認むべきでないとするような理由による場合には、既に成立した刑罰權を暗默に放棄したものと推定し得るし、反對にいわゆる限時法の場合、特にその立法と同時に豫め法規失効の後も失効前の違反行爲に對し罰則を適用する旨の明文を設けている場合のように、法規の廢止又は消滅が立法者の法的觀念又は刑法的價値判斷の變更によるものではなく單に事情の變更乃至時間の經過に因るに過ぎないときは、法規の廢止又は消滅後も立法者が既成の法律効果を放棄しない國家意思であると認むべきである、とした上、「本件政令三二五號は、初めから占領中のみに限り有効に存在し、占領の終了と同時にその効力を失うべき政令であることは論を俟たないから、いわゆる限時法に屬するものと解すべきことは多言を要しない。のみならず、昭和二二年法律八一號同一三七號は、却つてその刑罰を特に廢止しない旨の明確な國家意思を表明しているのであるから、刑の廢止の主張はいずれの點からみても採用できない」とし、憲法違反の點に關しては、刑の廢止は、行爲時法によつて有効に發生、成立した刑罰權の放棄であるから、一旦有効に成立した刑罰權を特に放棄しない趣旨の立法は、軍需刑罰令三三七條二號若しくは四二條五號のごとき訴訟法又は刑法六條のごとき例外規定の適用のないことを明確にした立法に外ならないのであつて、一旦失効し

た刑罰法規そのものを失効後再び有効な法規としてこれを復活させるものではない、という點から、違憲論を退けている。

所論のうち、違憲論は本件に特有な問題であるので、別論として、「刑の廢止」をもつて刑罰權の明示又は默示の放棄と見ることが本意見の基本的態度であり、本稿においてはこの點に關する論議のみを問題として行き度いと思う。

右のような、刑罰權放棄說は、實は、それ以前の判例において既に齋藤裁判官によつて主張されているのを見ることができる。その判例というのは銃砲火藥類取締施行規則違反事件に關する昭和二七年一二月二四日の最高裁判所の判決（刑集六・一一・一三四六）である。被告人が日本國憲法施行前たる昭和二二年一月中旬頃右施行規則に違反して爆藥及び導火線を所持していたという事實について日本國憲法施行後なおこれを處罰し得るや否やに關し問題を生じた。すなわち、同規則二二條は、同條に限定的に列擧した者がその火藥類を所持する場合の外は、火藥類を所持することを得ないものと規定し、同四五條は、右の違反行爲を處罰する旨の規定であつたが、この施行規則の基本法たる銃砲火藥類取締法には、罰則を定めることを命令に委任する規定が見られないため、舊憲法の下においては別問題としても、現行憲法の下においては、昭和二二年法律七二號「日本國憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力に關する法律」一條の「日本國憲法施行の際現に効力を有する命令の規定で法律を以て規定すべき事項を規定するものは、昭和二二年一二月三一日まで法律と同一の効力を有する」との規定との關係で問題となつた。この判例において多數意見は、火藥類の所持に對し罰則を設けている右施行規則四五條の規定は、前記法律七二號一條にいう日本國憲法施行の際現に効力を有する命令の規定で、法律を以て規定すべき事項を規定するもの」に該當し、從つて昭和二三年一月一日以降は國法としての効力を失つたものと言わなければならない、とし、本件行爲の當時及び第一審判決當時には、右四五條の刑罰規定が存在したが、原判決當時（昭和二三年七月二七日）においては、該刑罰法規は失効し、犯罪後の法令により刑の廢止ありたるときに該當するから、原審は舊刑訴三六三條二號、四〇七條により免訴の言渡をなすべきに拘らず有罪の言渡をした違法ありとし、有罪の原判決を破棄し、免訴の言渡をしてい

る。

これに對して、齋藤裁判官は、多數說は前記施行規則四五條は失効し犯罪後の法令により刑の廢止ありたるときに該當するといつて舊刑訴三六三條二號を引用しているが、訴訟法に「犯罪後の法令により刑の廢止ありたるとき」というのは、犯罪後の法令により積極的に、すなわち明示又は默示を以て、既に成立した刑罰を特に廢止するときを指すものである。なぜならば、罪刑法定主義に基く法治國である以上、犯罪者が行爲時法によつて處罰されるのは當然であつて、行爲時法によつて既に成立した刑罰權の効果である刑罰は、その後における大赦又は法令に因つて特に消滅廢止されない限り、存續するのは當り前であるからである。しかるに、銃砲火藥類取締法並びに同法施行規則は、本件犯罪後も何等廢止又は變更されることなくして存續し、ことに昭和二五年五月四日法律一四九號火藥類取締法は、その附則において、銃砲火藥類取締法を廢止すると共に、新法施行前にした行爲に對する罰則の適用については、なお從前の例による旨規定したばかりでなく、多數說が失効したと稱する舊法施行規則四五條（二二條）に相當する新法四九條（同條二號、二一條）の規定は、その刑罰を却つて强化しているのである。されば假に、多數說のいうがごとく施行規則二二條に違反し同規則四五條に該當する罰則の部分が自然に失効したとしても、立法者が既に成立した刑罰を廢止する意思などは到底看取することができないのである。從つて多數說がこれを舊刑訴三六三條二號に該當すると判斷すること自體が訴訟法の解釋を誤つたものであるといわなければならないとされている。

また更に、前記昭和二八年七月二二日の最高裁の判決の後においても、昭和二八年一二月一六日の兩判決（昭和二七年（あ）六六九號、刑集七・一二・二四五七、及び昭和二七年（あ）二二二六號、刑集同號二五二〇）において、同じ四裁判官の意見として、昭和二九年一二月一日判決（刑集八・一二・一九一一）、昭和三〇年二月二三日判決（刑集九・二・三四四）、昭和三〇年四月一七日判決（刑集九・五・九四七）及び昭和三一年一月二五日の兩判決（昭和二五年（あ）一八四八號、刑集一〇・一・八九、昭和二九

年（あ）二一二二號、刑集同號一〇五）等においては、田中、齋藤、木村の三裁判官の意見として終始主張されている。

ところで、右に見たように、刑罰權放棄說は、根本においては行爲時法主義に立脚し、行爲時法によつて成立した刑罰權は、法令によつて明示又は默示的に放棄されない限り、假令刑罰法令が行爲後消滅してもなお存續するものとすることはその主張自體において明白であるが、これと關連して、いわゆる「刑の廢止」の場合に、刑法六條が適用されるのであるかどうかの問題が論ぜられている。特に齋藤裁判官は、前記昭和二八年七月二二日の判例中において、附加意見として、次のように論じている。すなわち、

『刑法六條は、實體刑法上行爲時法を適用するのが當然であつて、新法を遡及適用すべきでない原則に對し、犯罪者に對する恩惠上一大例外を認めたものであるから、その立法趣旨に照しこれを狹く嚴格に解すべく、廣く類推して解釋すべきでないことはいうまでもない。同條は、その法文上明らかなように、單に、「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其ノ輕キモノヲ適用ス」と規定して犯罪行爲時法の刑が犯罪後の法律に因り變更されたときに限り規定したに止り、ドイツ舊刑法二條二項のように犯罪の時から判決言渡の時までの間いやしくも實體刑法規定の變更があつたときは、犯罪者に最も有利な結果を生ずべき一切の規定を適用する趣旨の規定ではなく、またドイツ刑法二條a二項後段のように行爲當時の刑罰法規が判決言渡の時に廢止され又は消滅した場合に、その法規を適用しないで無罪たらしめる趣旨の實體法規でもない』とされるのである。

このような刑罰權放棄說に對して反論を敢てしたのは眞野裁判官であつた。同裁判官は右の判決において、多數意見に組し、その補足意見として、まず、刑法六條と刑訴三三七條二號、四一一條五號等の諸規定は、それぞれ實體面と手續面から定められたものであるが、互に密接な關連があるから綜合して統一的な解釋を打立てることを要すると前提して、『憲法の原則となつている罪刑法定主義からいえば、犯罪後制定された刑罰法規を適用して人を處罰することは許されない。犯罪者

に對しては犯罪時に現存する刑罰法規を適用して、處罰すべきものであるということになる。しかし、それでは、犯罪後裁判時迄の間に刑を定めている刑罰法規の變更によつて、刑が輕く變更された場合には、變更後の同種犯罪者に對しては輕い刑を定めた新刑罰法規が適用されるのに比し、從前の犯罪者に對しては重い刑を定めた舊刑罰法規が適用されるという不權衡が生ずる。この不權衡を取除き、公平に、從前の犯罪者に對しても輕い新刑罰法規を適用するように定めたのが刑法六條の趣旨である。すなわち刑法六條は、公平處罰の見地から、被告人の利益のために罪刑法定主義と密接な關係を有する行爲時法主義（不遡及の原則）の一つの例外を定めたものである。……刑の廢止について刑法六條の適用があるか否かについては、多少の議論はあるが、刑の廢止は、同條にいわゆる刑の變更の最も輕い極限に當るわけであるから、當然に同條の適用を見るものというべきである。刑法六條の「刑の變更」の中には、狹義の刑の變更と刑の廢止（刑訴四一一條五號）を含むと解するを相當とする。（刑の廢止には、刑の變更の刑法六條の精神を類推するというのは、いささか文字に捉われた感がある。また刑の廢止は變更とは實が異るから、同條の適用がないというのはあまりに觀念的な物の考え方である。共に贊同することを得ない。）そこで刑の廢止があつた場合には、もはや刑罰法規は存在しない法律狀態となつたのであるから、前に述べた公平・恩惠・寬容・仁愛・慈悲の精神によつて、從前の犯罪者も處罰されないことになるのである。この場合、他の法律に特別の規定がなければ、無罪とすべきか、あるいは免訴とすべきかは多少問題として疑問を殘したであろう。しかし刑訴三三七條二號（舊刑訴三六三條二號）は明文をもつてこの疑問に解決を與えるため、「犯罪後の法令により刑が廢止されたとき」は、判決で免訴を言渡すべきものと規定したのである』とせられるのである。

そして右のように論じた後、本件における棄却說について詳細な反論を述べているのであるが、この論點のうち特に刑罰權放棄說に關する部分のみを見ると、㈠棄却說は刑罰法規が廢止されても、行爲時法によつて既に發生した刑罰權は、特に明示又は默示によつて放棄の意思の表現がない限り消滅しないというのであるが、そうだとすれば、從前の行爲に對する罰

則の適用については從前の例による、といつたような規定を設けることは全く無意味であり不必要であること、㈡假令刑罰法令がなくなつても從前の犯罪に對する刑罰權は、法令により明示又は默示の放棄のない限り、存在し免訴にならないとすることは、前述の刑法六條の立法趣旨を全く誤解していること、㈢棄却說は、從前の犯罪に對して發生した刑罰權は、特に明示又は默示によるその放棄のない限り、免訴すべきでないとしているが、このように、從前の犯罪に對する刑罰權を放棄する法律が設けられる場合には、大赦令による大赦と同樣なことが、その法律によつて行われると見るべきである。普通の大赦令による大赦は政令に基いて行われるが、前記の場合には法律に基いて赦免が行われるという差があるだけのことであるから、この場合にはむしろ大赦に關する刑訴三三七條三號及び四一一條五號後段の規定が適用さるべきであり、從つて刑の廢止に關する刑訴三三七條二號、四一一條五號前段の規定は適用さるべきでないということになる。この點で棄却說は法律による赦免と刑の廢止による赦免とを混同している過ちを犯していること、㈣棄却說は限時法の理論を持ち出しているが、限時法の理論は、刑の廢止があつても免訴せず、從前の例によつて處罰するというのであつて、刑の廢止による免訴の一例外を認めるために案出された刑法理論であり刑の廢止を認めないところには限時法の理論を適用する餘地は全くない。棄却說が前段の說明においては、刑の廢止はないのだといい、後段の說明においては、限時法に屬するといつているのは、前後矛盾する理由を主張する誤りがあること、等である。

以上のような眞野裁判官の反駁に對して、はげしい應酬が、前記昭和二八年一二月一六日の兩判決（いずれも刑集七卷一二號所載）において齋藤裁判官の附加意見としてなされている。その論旨は、右兩判決において全く同樣である。

論旨は主として刑法六條に關する眞野裁判官の見解に向けられているもののごとく、まず、既に齋藤裁判官が昭和二八年七月二二日の判例中において述べたところと同趣旨の見解を再說した上（本稿四九―五〇頁參照）、特に、刑の廢止は、刑法六條にいわゆる刑の變更の最も輕い極限に當るから、同條の刑の變更の中には狹義の刑の變更と刑の廢止（刑訴四一一條五號）

の兩者を含むものとする說を駁して、『六條はその明文の示すとおり、刑の變更の場合に限り輕い法律を適用するという法律適用に關する規定であつて、實體刑法を適用しないで無罪又は免訴をする場合の規定ではない。刑事訴訟法においても刑の廢止と刑の變更とを明確に區別して規定し、兩者とも控訴理由若しくは上告審における職權破棄事由となつているけれども、刑の變更の場合は免訴の事由とはならない。從つて刑法六條の刑の變更が刑訴三三七條二號又は四一一條五號中の刑の廢止を含まないことは、法文上一點の疑もない。』とし、更に、刑を規定した刑罰法規が將來に向つて失効したと思われる場合に、刑法六條を類推適用して刑の廢止があつたとすることの當否に論及して『刑法六條は、理論上當然の規定ではなく、論者のいうがごとく、從前の犯罪者に對する恩惠、寬容、仁愛、慈悲の精神によつたものであることは敢て爭わない。（但しここで同裁判官は眞野裁判官がこの中に公平を加えていることを根據なき獨斷であるとする。）しかし、元來刑を規定した刑罰法規そのものの廢止又は失効の動機又は理由は、必ずしも從前の犯罪者に對する恩惠的精神によるものではない。その動機又は理由は、或いは立法者の側における法的觀念、刑法的價値判斷に變更を生じ、從前認められていた刑罰法上の可罰性を認むべきでないとするような場合もあり、或いは單なる事情の變更乃至時間の經過に因るに過ぎないような場合もあるのである。前の場合にはその法規失効の理由に鑑み同時に既成の刑罰を廢止したもの、すなわち、既に發生、成立した刑罰權をも同時に放棄したものと類推推定しても妥當性を缺くとはいえないが、後の場合にはかかる類推や推定を許す妥當性がない。從つて後の場合は、罪刑法定主義當然の約束に從つて、行爲時法に從い可罰性を認め行爲時法所定の刑罰を科するのが當り前である。』とし、獨乙刑法二條a第二項後段のような規定のないわが刑法六條の解釋において獨乙法と同樣の結論をとる論者こそ、その根本において刑法六條の立法趣旨を全く誤解しているばかりでなく、原則と例外とを顚倒した見解である、と評し、なお、放棄說を是認するならば、「舊法令廢止前にした行爲に對する罰則の適用については、なお從前の例による」といつたような規定は無意味になるという點については、この種の規定は、單に法令の廢止が將來に向つてその効力を及ぼ

し、既成の効果を廢止しないという注意的な規定であつて、刑罰法令の適用は判決時法によるとの原則を示したものではない、とされているのである。

以上において刑罰權放棄說をめぐる論爭點の主要なものは盡きている。前述のように、その後の判例においても、刑罰權放棄說に基く主張は、數次の判例においてなされているが、いずれも右の判例を引用するに止まつている。そこで今右に述べた論點を要約して見ると大體次のようになるであろう。

㈠ 刑罰法令廢止說は、刑訴三三七條二號、同三八三條二號、同四一一條五號にいわゆる「刑の廢止」とは刑罰法令の廢止（失効の場合を含めて）と考えるのであるが、刑罰權放棄說は、これをもつて、行爲時の法律により既に發生、成立した刑罰權を放棄する國家意思が法令によつて明示又は默示的に表現されているときをいうものとする。もつとも後者にあつても、ある行爲に對し刑罰權を發生せしめた刑罰法規が行爲後廢止されまたは消滅した場合には、その廢止又は消滅の理由いかんによつて暗默に既に發生した刑罰權を放棄したと認め得る場合があり、ことにその理由が立法者の側における法的觀念、刑法的價値判斷に變更を生じたことによる場合には、その廢止と同時に既成の刑罰權を暗默に放棄したものと推定し得るものとするから、多くの場合において、その理論の適用の結果のみから見れば、通例同一に歸するであろうが、必ずしもそうではなく、現に上來述べた判例においては、多數意見が免訴の結論を出しているのに對して、この刑罰權放棄說に基いて上告棄却說（原審の有罪判決支持）が主張されているのである。

㈡ 論點の二は、裁判において適用されるのは行爲時法か裁判時法かの問題及び刑法六條に關する問題である。法令廢止說が、裁判時法主義をとるか、または行爲時法主義の原則は認めつつも、刑法六條により、刑の變更の場合と同樣刑の廢止の場合にも輕き裁判時法によるものとするに對し、刑罰權放棄說は、行爲時法主義に立脚し、刑法六條は單に刑の變更がある場合の規定で、刑罰法令の廢止の場合には適用されず、したがつて行爲時による既發の刑罰權は、これを放棄する國家意

思が表現されないかぎり、存續するものとする。

以上(一)(二)が主要な論點であるが、なおこれに附隨して、(三)「從前の行爲に對する罰則の適用については從前の例による」といつた趣旨の規定の意味いかん、放棄說による場合刑の廢止と大赦とはいかに異るか、放棄說において、いわゆる限時法はいかなる意味を有するか等が問題となつている。

以下において私は、右の諸點について檢討し私見を述べて見度いと思う。

まず刑の廢止ということを、刑罰法令の廢止と考えるか、既發既成の刑罰權の放棄と見るかの點であるが、それ自體としてはいずれも可能な考え方であると思う。刑罰法令についてその廢止ということが考えられることは言を俟たないところであるが、刑罰權の放棄ということもそれ自身としては考えられることであろう。むろんここでいう刑罰權というのは具體的犯罪事實に基いて國家に發生する刑罰權すなわち具體的刑罰權であるが、これが行爲時法によつて既に發生していると考えまたその放棄を認めることは、例えば、民法上の不法行爲があれば、被害者から加害者その他に對し損害賠償債權が發生し、そしてまたこの權利の放棄を認め得ると同樣、法理論的には可能であろう。

しかし、このように我々が權利の發生、成立を考えるのは、當の法律的事實に對して法的評價を行うからであつて、法的評價を離れては、權利の發生も成立もないのである。この點で權利の發生、成立は、ものの物理的な發生、成立（例えば、工事の竣工によつて建物が出來上るように）とは全く異るところがある。したがつて、「行爲時法によつて一旦發生、成立した刑罰權は、特にそれが放棄されない限り存續するのは當り前である」ということは、「一旦工事によつて出來上つた建物は人力又は自然力によつて破壞されない限り存續する」ということと同じような意味においては云い得ないということを注意しなければならない。それは行爲の行爲時法による評價ということを前提としており、特に消滅原因がない限り一旦發生した刑罰權は消滅しないということは、右の前提の下においてのみ云い得ることなのである。このようにして刑罰權放棄說は、

行爲時法主義と密接に結びつくことになるのであるが（この點は放棄說自身が繰り返して述べているところである）、しかも放棄說を理論的に基礎づけるためには、單に行爲は行爲の時の法律によつて評價されるからというだけでなく、この行爲時法によつて評價するということは、行爲後の刑罰法令の廢止によつて何等の影響をも受けることがない、すなわち、行爲に對する刑罰法的評價は、飽くまでも行爲時の法律によるべきもので、事後における行爲時法の廢止消滅によつて何等影響を受けることがないという迄の結びつきでなければならないということになる。

このようにして、論議は刑法六條の解釋に移行してゆくことになる。なぜかというと、假りに、刑罰法令の廢止の場合に、刑法六條の適用なり類推なりによつて、行爲時法によつて評價すべきでなく、裁判時法によつて評價さるべきであるということになれば、刑の廢止ということによつて、行爲時法はその評價的機能を果し得なくなり、むしろ刑罰權は最初より發生しないか又は少くとも刑罰法令の廢止があつたときに消滅するものとされることは、あたかも、重い刑を定めた刑罰法令が輕く變更された場合に、重い行爲時法ではなく、輕い裁判時法のみが刑罰權の範圍を定める規準となると考えるか又は少くとも重い法律によつて發生した刑罰權が輕い法律による刑罰權に變更されると考えなければならないのと同樣であるからである。すなわち、裁判時法主義をとれば勿論のことであるが、假りに、行爲時法主義をとつて「行爲は行爲時法によつて評價さるべきである」という原則を承認したとしても、その例外（行爲時法主義から云えば）として刑法六條の規定が設けられている限り、もしこれが、刑罰法令廢止の場合に適用又は類推適用されることになれば、刑罰權は初めから發生しないことになるか又は少くとも後に消滅することになり、刑の廢止は刑罰權の放棄であるという學說の成り立つ餘地がなくなるからである。

そこで、刑法六條が刑罰法令廢止の場合に、適用又は類推適用されるかどうかであるが、學說はやはり二つに分れている。例えば、適用ありとするものに、定塚・限時法・刑事法講座一卷九六—九七頁、木村・讀本全訂新版四四—四五頁、類

推すべしとするものに市川・總論五一九頁等がある。團藤・刑法二八―二九頁は、刑法六條の說明の箇所において、刑の輕重ある場合の次に「犯罪後の法令によつて裁判時までに刑が廢止されたときは、むろん處罰することができない。訴訟法的には、このばあいには免訴の判決が言渡されることになる」とされており、他方教授は、刑の廢止、大赦等の場合には、刑罰權まで消滅するものと解しておられるから、恐らくは、六條の適用か類推を認められるのであろう。以上と反對に、適用なしとするものには、植松・概論九六頁、宮崎・總論四八頁等がある。

私見によれば、犯罪後において刑罰法令が廢止された場合、これをどう處罰するかは、立法政策上の問題としては、いかようにもなることであつて、これを刑の變更の場合と同樣に取扱うことも、あるいはこれと若干異つた取扱いをすることもできるのである。刑の變更の場合と刑の廢止の場合とを同樣に取扱い、共に既に行われた行爲を新しい規定乃至新しい法律に依據して評價しなければならないとする理論的必然性はないのである。むろん、刑が輕く變更される場合の極限は全く刑が科せられなくなることである、ということは、一應承認されて然るべきであろう。しかしそれだからといつて、刑が輕く變更された場合にその輕い新法が適用される以上、刑罰法令が廢止された場合にも、新法すなわちこれが廢止された法律狀態によつて刑罰權の有無を判斷し、刑罰權が發生しなかつたもの又は一旦發生した刑罰權が消滅するものとしなければならない、とすることは、飛躍である。

齋藤裁判官は、前述の所論の中で、獨乙刑法二條aの規定を擧げておられるが、この規定は、その前段において、裁判時において行爲時よりも輕い法律が効力を有する場合には、その輕い法律が適用さるべきものとすると同時に、別にその後段において、行爲が裁判時において最早罰せられなくなつた場合には、これを處罰しないことを得る旨を定めたものであつて、このような立法も理論的には不可能なことではないのである（もつとも、この條文は一九五三年八月の改正によつて削除され、現在は二條二項において「刑は行爲の時に効力ある法律によつて定まる。爲された行爲の時からその判決の言渡に至るまでの法律に差異あると

きは、最も輕い法律を適用する」と定め、今日獨乙の通說は、行爲後刑罰法令が廢止された場合にもこの規定の適用があるものと解している)。

かくして私は、結局問題は刑罰法令の廢止について我現行法がいかなる建前をとつているかの點にあるものと考えるのである。

まず、刑法六條は、刑罰法令が廢止された場合を規定したものではないと解する根據として、第一に同條が、「刑ノ變更アリタルトキ」と規定している點があげられる。「刑ノ變更」とは讀んで字の如く、刑が變更されることであつて、刑罰法令自體の廢止ではない、という點である。もちろんこれは、文理解釋として一つの論據であることは爭えないが、六條の立法精神から事を論じて行けば、少くとも、六條を刑罰法令廢止の場合に類推すべしとする說に對しては、反對論據として薄弱であることを免れない。

論據の第二は、刑罰法令の廢止の場合に、六條を適用しまたは類推することは不可能ではないかという點である。六條は「其ノ輕キモノヲ適用ス」と規定しているが、刑罰法令廢止の場合には、そもそも適用すべき法規が無くなつているのであるから、適用も類推もできない、というのである。しかし、これも、六條の精神から立論して行けば、少くとも、類推適用を主張する說に對しては有力な反駁とはなり得ない。たしかに廢止された刑罰規定は、これを適用しようがないのではあるが、今や刑法に、當該行爲を處罰する旨の規定がないということで、その行爲を無罪と評價することは、できる筈であり、このような意味において、少くとも、六條の類推を認めることは、必ずしも不當と評することを得ないであろう。

第三に、若し刑罰法令が廢止された場合につき、刑法六條の適用又は類推適用を認めるならば、立法者の側における法的觀念、刑法的價値判斷に變更を生じたためではなく、單なる事情の變更や時間の經過に因つて法令の廢止消滅が生じた場合に不當な結果を生ずるという點であるが、これも限時法を認める限りさけられることであるから、十分な根據とはなり得な

いと思われる。

かくして、刑法の規定のみを基礎として事を論ずる限り、以上何れの論據もそれのみでは、六條適用論又は類推適用論に對して決定的な反對論據となり得ないものとしなければならないのであるが、一方適用論又は類推適用論の側においても、その立論の根據は、刑法六條の立法趣旨にあるのであつて、犯罪後法律が變更されて刑が輕くなつた場合に、犯人の利益のために、輕い新法を適用するものとするその立法の精神から推すならば、犯罪行爲後その種の行爲が處罰すべきものでないとされるにいたつた場合にも、刑法六條の規定を適用又は類推して處罰しないこととするのが適當である、ということ以外には、有力な根據はないであろう。しかし、適用論又は類推適用論の側におけるこの論據も、決して決定的なものではないとしなければならない。何となれば、刑罰法令廢止の場合に右六條の規定の適用を認めなければ、このような規定を設けた立法趣旨に反するとするためには、この適用を認める以外に、立法者の意思に適合したような處置を考えることができないということが必要であり、假りに六條の適用や類推適用を認めなくとも、立法者が刑法六條において示したような趣旨が達せられるとしたら、敢て六條の適用や類推を主張する必要がないからである。

そこでまず、一體刑罰法令の廢止の場合に、刑法六條の適用又は類推適用を認めるということは、實體法的にはいかなることを意味するかということを更めて考えて見る必要がある。學者は多くこの場合には「處罰されない」という結論を肯定するのであるが、この處罰されないというのはいかなる意味であろうか。私はここで、訴訟法の規定に觸れることなく、ただ、刑罰法令廢止の場合に刑法六條の適用乃至類推適用したならば、行爲の實體法的評價の結果はどうなのか、ということのみを問題とするのである。この答は極めて簡單であつて、行爲は無罪と評價されるということ以外にはないであろう。何となれば、眞野裁判官のいわれるように、刑罰法令の廢止があれば、その種の行爲を罰する法規が存在しない法律狀態になつているのであり、六條の適用や類推を認めるということは、正にこの新しい法律狀態に依據して、既に行われた行爲を評

價することであるからである。六條の「ソノ輕キモノヲ適用ス」という規定の適用又は類推適用の結果は右以外には考えられないことである。眞野裁判官は、他の法律に規定がなければ、無罪とすべきか、あるいは免訴とすべきかは、多少問題として疑問を殘したであろうが、刑訴三三七條二號（舊刑訴三六三條二號）は、明文をもつてこの疑問に解決を與えるため、判決で免訴を言渡すべきものと規定したのである、とされるのであるが、私の考えるところでは犯罪後の刑罰法令廢止の場合に刑法六條の適用又は類推を認めるのであれば、他に法律の規定ことに刑訴三三七條、三八三條、四一一條のような規定のない限り、無罪とすべきは當然であつて何等の疑問も生じないのである。疑問はむしろ、いわゆる刑の廢止の場合に、無罪判決ではなく、免訴の判決をなすべきものとした刑訴三三七條の規定、刑の變更と刑の廢止とを區別した同三八三條二號、四一一條五號の規定等によつて發生するのである。すなわち、立法者が「刑の廢止」の場合に無罪を言渡すべきものとせず、わざわざこれと別個の免訴の言渡をすべきものとしたのはそもそも何故であろうか。いやしくも我々が實體法規たる刑法六條と訴訟法規定たる刑訴三三七條二號とを統一的に理解しようとするならば、まずこの點を究明することに重點が置かれなければならないのである。そして、ここに思を致すならば、或は法律は、刑罰法令の廢止の場合に、刑法六條の規定を適用又は類推適用するという方法に據らず、他の方法を取つているのではないかという疑は當然に發生してよいところであろう。何となれば、前言したように、刑罰法令が事後に廢止された場合に、刑法六條の適用又は類推適用があるとするならば、無罪の言渡をなすのがむしろ當然であるからである。

このようにして私は、結局現行法は、刑罰法令の廢止の場合に、刑の變更の場合に關する刑法六條の適用又は類推適用はないものであるという前提の下に、無罪の言渡でもなく、又有罪の言渡でもない一種特別な言渡である免訴の言渡を認め、これによつて、刑法六條の適用又は類推適用と離れて、しかもその立法趣旨すなわち被告人の利益を計るという趣旨を貫ぬこうとしたのである、と斷ぜざるを得ないのである。

刑罰權放棄說は刑罰法令の廢止の場合に刑法六條の適用又は類推適用を認めない。私見も、結果においてはこれと同樣である。また放棄說は、この場合行爲時法による刑罰權の發生存續を認める。この點においても私は結論上は同意見である。放棄說は、進んで、刑訴三三七條二號にいわゆる「刑が廢止されたとき」、三八三條二號、四一一條五號にいわゆる「刑の廢止」というのは、刑罰法令の廢止をいうものではなく、犯罪後の法令により、積極的に明示又は默示を以て、既に發生し成立した刑罰權を特に放棄した場合を指すものとするのであるが、私はこの點においては、放棄說と見解を異にし、法令廢止說の主張に贊するものである。すなわち刑罰法令の廢止消滅それ自身が前記諸法條にいわゆる刑の廢止にあたるとするものである。

放棄說は、右のように刑の廢止をもつて刑罰權の放棄と解する根據として、行爲時法によつて發生、成立した刑罰權は、大赦や法令によつて特に廢止されない限り存續するのは當然であるからである、とするのであるが、この考は、免訴判決は、刑罰權が消滅した場合に言渡されるものという前提に立つものであることは容易に親い得るところである。すなわち、免訴の言渡がなされるためには、一旦發生した刑罰權が消滅した場合でなければならないとする理論と、刑罰法令の廢止があつても行爲時法によつて發生、成立した刑罰權は特にその消滅の原因がない限り消滅しないで存續するという理論とを結合せしめるためには、免訴事由たる「刑の廢止」を、刑罰法令の廢止自體と見るのでは足らず、むしろ刑罰權を消滅せしめる原由たる何かを求める必要があり、「刑の廢止」卽刑罰權の放棄という理論は、このようにして生れて來たものと考えられるのである。

然し、私は免訴の判決は、刑訴三三七條一號の場合は勿論二號以下の場合でも、刑罰權自體が消滅した場合であるとは考えないし、かりにこの點を別論としても、刑罰法令が廢止されていても、法令の規定によつて既生の刑罰權が特に放棄されない限り、裁判所は免訴の言渡をすることができないとすることは、免訴事由に不當な制限を加えることであつて贊成する

ことができない。このような制限を加えることは、放棄說自身の據つて立つ免訴判決の本質に關する見解すなわち免訴は一旦發生した刑罰權が後に消滅した場合に言渡される實體裁判であるとする見解と、刑罰法令廢止の場合に刑法六條の適用又は類推適用を否定する見解とを調和せしめるためには必要であろうが、それ以外には、實質的根據は存在しないものといわなければならないであろう。既に述べたように現行法は、刑罰法令の廢止消滅の場合に、刑法六條の適用又は類推適用を認めて無罪の言渡をするという立場をとることなく、免訴の言渡をなすべきものとしているのであるが、しかしその根本精神すなわち事後における法令の改廢を行爲者の利益に影響せしめようとする趣旨においては、刑法六條と全く同一であつて、刑法六條の場合、輕い法律によつて處罰するためには、刑が輕く變更されたことだけで十分であつて、別に法令の規定をもつて輕きものを適用する旨の立法者の意思が表明される必要がないと同樣に、いわゆる刑の廢止の場合にも、刑罰法令が廢止されたことで十分であつて、特に法令によつて刑罰權放棄の國家意思が表明されることを必要としないものとしなければならない。そして、むしろ立法者が反對の意思を表明するか又は廢止前の法令がその性質上いわゆる限時法に屬するため、免訴の判決をすることが不當な結果を生ずるような場合においてのみ、この原則の例外を認めることが、實質的に見て妥當な結論であり、立法の精神に適合するものといい得るであろう。

もちろん、前にも述べたように、放棄說は、默示の放棄ということを認め、ことに刑罰法令の廢止が立法者の法的觀念、刑法的價値判斷に變更を生じ、從來認められていた可罰性の否定を理由とするような場合には、暗默に刑罰權を放棄したものと推定し得るとしているから、實際上の結果としては、右の不當な制限は餘程緩和されるであろうが、その根本の考え方自體としてはやはり、立法趣旨に添わない考え方であると云わざるを得ないであろう。

しからば、犯罪後において刑罰法令が廢止された場合、これを、いわゆる「刑が廢止されたとき」として免訴の言渡をするということはいかなる意味を持つであろうか。ことは免訴の判決の本質に觸れる問題であり、そしてこれはそれ自身學說

上判例上極めて論爭の多い問題であるが、私見を簡單に述べれば、刑訴法が刑の廢止の場合に免訴の判決がなされるものとしたのは、刑罰法令が廢止されたことによつて、刑法六條が適用又は類推適用され、當該行爲が無罪と評價されるためでもなく、また既に發生した刑罰權が放棄されたため、その刑罰權が消滅したことに基くためでもなく、むしろ、刑罰法令が廢止された結果同種行爲の可罰性が國家によつて否定されるに至つたことと、若し行爲者の當該行爲がその後になされたと假定すれば、處罰されずに濟んだであろうということとの二點から、既に觀念的に發生、成立している具體的刑罰權を、裁判所の判決によつて確定・定立し、現實的・確定的刑罰權たらしめることが、適當でないという考慮から、訴追を許さないものとし、假りに訴追されても、刑罰權自體を確定することなく、形式裁判をもつて手續を打切るという方法をとつたものに外ならないと考えるのである。

このようにして私は、結局、刑法六條の適用又は類推適用があるかどうかの爭については、放棄說の主張を結論的に正當と考えると同時に、「刑の廢止」の性質が、刑罰法令の廢止かそれとも刑罰權の積極的放棄であるかの爭については、法令廢止說に贊意を表し、放棄說を不當とするものであり、刑の廢止（すなわち刑罰法令の廢止消滅）があつた場合に免訴の判決がなされるのは、これによつて、犯罪に基いて發生した觀念的・具體的刑罰權の確定・定立が、社會的妥當性を缺くに至るがためである、とするものである。

最後に一言しておきたいことは、裁判時法主義についてである。この主義によれば、犯罪後裁判時において刑罰法令が廢止された場合には、刑法六條の規定の適用又は類推適用をまつまでもなく、裁判時の法律によつて處罰しないものとする結論をとることができよう。然し、このような見解は、刑罰法令の廢止の場合に刑法六條の適用又は類推ありとする說と同樣に、刑事訴訟法が刑の廢止の場合に無罪の言渡をせず、免訴の言渡をすべきものとした理由を十分に說明することができないであろう。