



Title	罪刑法定主義の比較法的動向
Author(s)	小暮, 得雄
Citation	北大法学論集, 14(3-4), 184-210
Issue Date	1964-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27825
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	14(3_4)_P184-210.pdf



[Instructions for use](#)

罪刑法定主義の比較法的動向

小 暮 得 雄

第一節 序 説
 第二節 諸国における法制の概観
 第三節 動向の一瞥

第一節 序 説

I 罪刑法定主義は、いうまでもなく、自由主義的法治国思想の刑法的表現であり、成文の法によって規定されな
 いかぎり犯罪なく刑罰もない、という原則を意味する。それは、フオイエルバッハの教科書に由来する *nulla poena*
sine lege, nullum crimen sine lege の標語⁽¹⁾によって知られ、史的範疇としての変遷を遂げつつ、ひろく近代刑法を支
 える根幹となってきた。この命題の意義ないし沿革については、すでに多くのすぐれた論策に縷説がつくされてお
 り、⁽²⁾あらためて本稿の僭する余地はない。罪刑法定の原則に関する各国刑法典上の諸規定を概観し、現時におけるそ
 の比較法的な動向を一瞥すること、これが本稿のささやかな課題である。

II いま、右の見地から罪刑法定主義の考察を試みるとき、そこに特有の困難が纏わることを意識すべきであらう。

およそ比較的方法については、諸国における法的・文化的地盤や社会構造のちがいが、あるいは資料の豊饒、誤謬の危険などにかかわる一般的な障碍が指摘されようが、⁽³⁾ わけても罪刑法定主義を考察の対象とするばあい、問題はいつそう困難となる。けだしそれが純論理的範疇ではなく、刑法典上の成文の考察またかならずしもこの原則の採否をつたえないと同時に、その実態は、すぐれて、各国固有の伝統を背景にした実務の運用にかかるからである。たとえば、わが国やフィンランドの刑法が、罪刑法定主義に関する明文の規定を欠きつつ、これを自明の原理として前提し、近時のソヴェト刑法が、罪刑法定の原則をはっきりとうち出しながら、実践においてこれを否定する例を示すこと⁽⁴⁾とく。

したがって、本稿が、この問題の単純な刑法典上の概観を意図するかぎり、その成果はおのずから右の方法的制約を免れないこととなる。しかし、すくなくともまず、この原則の採否・内容について明言する例が、当該刑法典じたいのたてまえを示すことは疑いを容れない。また、とくに、この原則の積極的な否認をうち出す例があるとき、それはまさしく、市民的自由の保壁を撤去しようとする国家意思の顕らかな表現でなければならぬ。たとえば、ドイツ刑法第二条のたどった運命⁽⁵⁾は、よくその間の消息をつたえている。こうして、罪刑法定主義をめぐる立法態度の考察は、各国刑法の世界観的・政治的動向を下するうえに、なお有力な機縁となるであろう。

Ⅲ 本稿を宮崎教授ご還暦の賀に捧げる。あまりにも貧しすぎる小稿であることを愧じつつ。教授の多年得意とせられた比較法的研究の一端につながるという意味において、わずかに賀にちなむにすぎない。

(一) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801. ちなみに、ノイエルマンの「かかする」の語の奇題は、*Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali.* となつてゐる。

(2) 罪刑法定主義の意義ないし沿革を論じた邦語文献のうち、特記すべきものとして、牧野英一「罪刑法定主義」(罪刑法定主義と犯罪徵表説・所収) 大正七年、滝川幸辰「罪刑法定主義の史的概観」(刑法と社会・所収) 昭和十四年、木村亀一「罪刑法定主義」(刑事法講座(1)所収) 昭和二十七年、植松正「罪刑法定主義」(刑法講座(1)所収) 昭和三十八年など。

(3) 比較刑法に纏わる障壁については、たとえば H. Jeschek *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung* 1955, S. 37 f. に詳しい指摘がある。

(4) 参照・宮崎昇「ソヴェトにおける司法上の人権」(憲法調査会資料・昭和三八年) 三八頁以下、植松・前掲三三頁。いわゆるロコトフ事件がその典例とされる。

(5) 後述、第二節・ドイツの項参照。

第二節 諸国における法制の概観

① 資料は、主に J. P. A. Schönke, H. Jeschek などの他の編集にかかると「Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung」(Die Sammlung と略称) なし、E. Mezger, A. Schönke und H. Jeschek "Das ausländische Strafrecht der Gegenwart" (Die Gegenwart と略称) Ⅰ～Ⅲにしたがい、ときに若干の参考文献を介して補註した。国により精粗の差があるのは、資料その他の関係による。

② なお、罪刑法定主義のコロラリーとして、(1)慣習法源の排斥、(2)類推解釈の禁止、(3)刑法の効力不遡及の原則、(4)絶対不確定刑の否認という四つの派生原則を理解するのが一般であるが、本稿もこれに倣う。保安処分については、原則として、本稿の考察から省いた。

③ 以下、各国別の配別は、便宜上ドイツ訳のアルファベット順にしたがう。

④ 各小節の冒頭に註記した日付は施行の期日ではなく、成立または公布の日付である。できるかぎり公布日で統一したが、若干の刑法典について明瞭を欠いた。

Ⅰ、(アメリカ)

イギリスまたはフランスとならび、罪刑法定主義由縁の地として知られるアメリカ合衆国において、罪刑法定の原

則 (Principle of Legality) がいかに具現されているかはまさに興味のある問題であるが、本稿では、統一的な codification の不存在、反面における各州刑法の多彩な分岐、さらにはコモン・ローという長い伝統の背景が、にわかに、同国に捨ける罪刑法定主義の在りかたを速断させえないという考慮から、あえてアプローチを避けた。この問題については、すでに木村教授の詳細な研究が著わされている(木村亀二「英米刑法と罪刑法定主義、刑法雑誌二卷所収」)。ただし、木村教授の指摘されるように、急速な成文化を辿りつつもなお不文法を重要な法源にもつアメリカ刑法において、抑々慣習刑法の排斥という要請を含む大陸流の罪刑法定主義が、そのままにたぬかれえないことは、あらかじめ自明であろう。と同時に、成文法源が実体刑法の全域を掩わないという形式的な理由だけから、ただちに罪刑法定主義の原則の否認を導くこともむろん早計にすぎない。現に、合衆国憲法自身、刑事事後法を禁止し、法の適正手続を保障する諸条項をおく。要は、法の存在形態のちがいを前提に、罪刑法定主義の思想の実質的な滲透を論ずべきである。今後の研究に俟つほかない。

二、アルゼンチン刑法 (1)(2)

(1) Sammlung Nr. 71 (von Heinz Mattes) 及び R. C. Nunez, Das argentinische Strafrecht (Gegenwart I) 参照。

(2) 一九二一年一月二十九日公布。

アルゼンチン刑法には、罪刑法定の基本原則を正面から定めた条項は存しないが、憲法 (Constitution de la Nation) 第二九条は "nullum crimen, nulla poena sine lege poenalis" の原則を宣明しており、刑法上もこれを当然の前提とする趣意であろう。この規定および同第三〇条を根拠として、制定法が刑法の唯一の法源であるという原則⁽³⁾、⁽⁴⁾ ならびに、被告人に不利益な拡張解釈ないし類推は許されず、法律解釈にもなるあらゆる疑義は被告人の利益に解決されるべきとの原則 (Corte Suprema de Justicia) が導かれている。

説論

刑法の時間的効力については、原則として不遡及主義を採る一方、刑の変更に際して軽い新法の遡及を認める(第二條 法第二九條、むろん中)右の趣旨は、受刑期間中に刑の変更があるばあいにもおよぶ(第二條Ⅰ。ただし、同Ⅱの意味不明)。

なお、累犯者等に対し一定の限度で不定期の拘禁の認められるほか(第五二條等。その性質をめぐつて争いがある)、不確定刑(法定刑)の制度は採られていない。

(3) このばあい、政令(Decretes)が法源たりうるかについては、憲法解釈上の疑問が留保されている。ちなみに、一般刑法(Codex Penal)および補充法律)に関する立法権は、中央政府に帰属し、違警罪に関する立法権は、憲法上の根拠にもとずいて、地方行政に委ねられる。

三、ブラジル刑法 (1)(2)

(1) Sammlung Nr. 61. (von D. Lang-Hirrichsen) 参照。

(2) 一九四〇年二月七日。

罪刑法定の原則につき、第一条、『行為はあらかじめ法律に規定されているばあいにのみ可罰的である。刑罰は、あらかじめ法律にかかげられているばあいにのみ科せられる。』

刑法の時間的効力に関し、第二条および第三条。第二条は、刑の廃止および行為者に有利な事後法の適用について規定し(刑の軽い変更の際には、判)第三条は、臨時法ないし限時法につき、一時的事情の消滅ないし効力期間経過後の処罰を定める。

四、チリー刑法 (1)(2)

(1) R. F. Riquelme, Das chilenische Strafrecht. (Gegenwart. III) 参照。

(2) 一八七四年十一月二二日公布。

スペイン刑法（一八五〇年）の影響のもとに、罪刑法定主義を厳格につらぬいている。まず、犯罪を、法律によって刑罰を科せられた意思的な（ドイツ訳・willentlich）作為または不作為としてとらえ（第一条）、行為前に公布された法律による刑罰を明言し（第八条一）、ついで刑罰執行の合法性を保障する（第八〇条）。法律は刑法の唯一の法源であり、類推解釈は許されない。なお、効力不遡及の原則の例外として第一八条II（軽い新法の遡及を認める）。

五、デンマーク刑法 (1)(2)

(1) Sammlung, Nr. 62 (von F. Marcus) とて F. Marcus, Das Strafrecht Dänemarks (Gegenwart) 参照。

(2) 一九三〇年四月一五日公布。

まず、関連する諸規定を一瞥しよう。冒頭、第一条にいわく、『刑罰は、その可罰性が法律に定められている行為、またはこれとまったく同視されるべき行為に対してのみ科せられる。第八章および第九章に規定された法律効果（労務 の他）につき、また同じ。』この規定が類推を根拠づけることはあきらかであろう。時に關する効力については、以下の例にしたがう。——行為の可罰性および刑罰は、判決の時に効力を有する法律に照らして定められる。ただし、行為時法によるばあいには比し重きをえない。（第三条一(1)）、行為時法が刑事責任と無関係な事由にもとずいて失効したばあいには、有効期間中の行為の処罰についてはなお従前の例による（同(2)）。刑罰以外の法律効果に關してはかならずしも以上の原則にしたがわない（第四条一）。確定判決の後に法律状態の変更が生じ、新法上、刑事責任にかかわる事由にもとずいて行為の可罰性が失われたときは、なお被判者の利益に援用される。このばあい、未執行の刑罰は廃止される。被判者は、公訴官庁を通じて、第一審裁判所の廃止決定を求めることができる（第三条II）。行為の可罰性に從屬する他の法律効果についても、また同じ（第四条III）。

以上の諸規定を連続するとき、比較法上のいちじるしい異色とすべきは、第一条における類推解釈の許容である。

これは、すでに一八八六年の旧刑法および数次の刑法草案(一九二二年案一九二七年案等)に採られた原則であるが、このばあい、新旧両法の立法趣旨のあいだに顕著な相異のあることを注目しよう。すなわち、旧法の類推規定は、刑法の最初の法典化に際しておこらうべき法の不備を救済するという意味を担ったのに対し、新法のそれは、一方で各則の要件を *kasuistisch* かつ *weitschweifig* に構成することを避けるとともに、他方その適用を *sachgemäß* な法規解釈の範囲に限定するという趣旨をもつものとされるのである (Gegenwart. S. 85)。現行法のもと、実務の運用は慎重に傾く。⁽³⁾

つぎに、確定判決後に生じた法律状態の変更が一定の要件のもとでなお被判者の利益に作用する旨の規定も注目されてよい。(ただし、刑罰効果の消滅する範囲については明確を欠く。) 第三条 1(2) は限時法についていわゆる動機説的な解釈を容れたためらしい例に属する。

(3) 実務上、類推規定の適用を認めた判決はきわめて稀であり(最高裁における類推適用は皆無の由)、しかもその多くが通常の解釈によつてまかないうる事案であつたことが、学説によつて指摘されている。(Gegenwart. S. 85 f.) ちなみに、デンマーク刑法上の類推は、いわゆる法規類推にひとしい。かかる法規類推は、法規の目的を勘案するとき、その不適用が純粹な形式主義にとどまるばあいにのみ許されるべきものである。(a. a. O.)

六、ドイツ刑法 (1)(2)

(1) A. Schönke und H. Schröder Strafgesetzbuch (Kommentar) 1961 参照。

(2) 一八七一年五月二五日公布。

罪刑法定主義に関する現行第二条にいわく、『一行為は、その行われるまえに、可罰性が法律上定められているばあいにのみ、可罰的である。II、刑罰は、行為の時に効力を有する法律にしたがつて定められる。行為の時から判決

にいたる間に法律の変更があるばあいには、もっとも軽い法律が適用される。Ⅲ所定の期間をかぎって発せられた法律は、その効力期間中になされた犯罪に対して、失効後も適用される。(Ⅳ保安および改善の処分については、裁判の時に効力を有する法律にしたがって裁判される。』

この規定をめぐる周知の沿革に触れよう。一八七一年制定当時の第二条は、フランス刑法の流れを汲んで、刑罰法定の原則をかかげていた。『行為は、その行われるまえに、刑罰が法律上定められているばあいにのみ、刑罰を科せられる。』いわゆる権威刑法の旗印のもと、この原則を抛てたのが、ナチス政権による一九三五年(六月二十八日)の改正法律である。『法律が可罰的なものと宣する行為、または刑罰法規の基本思想および健全な国民感情に照らして処罰に値いする行為を行う者は罰せられる。行為に対して直接適用されるべき所定の刑罰法規がないとき、当該行為は、その基本思想においてもよく照応する法律にしたがって罰せられる。』慣習法による処罰、さらにはひろく法類推が許容され、かくして市民的自由主義のイデオロギーとしての罪刑法定主義は完全に廃棄される。そこに、ロシア刑法下の実践とならぶ、特異かつ貴重な歴史的経験を見ることができよう。

やがて、一九四六年(一月三〇日)の連合国管理委員会法第一号第一条は、右規定を廃したが、同時に旧第二条の復活を認めなかったことから(同第四条)、ドイツ刑法上この条項をめぐる一時的な空隙を生じた。この空隙を埋めたのが、一九五三年(八月二五日)の成立にかかる現行第二条の規定にはかならない(その間の経緯につき、たとえばE. Mezger, Str. 1. atrecht, I. Allgem. Teil, S. 30 f. が簡明である)。新規定のもと、慣習法源は否定され、刑罰法規の効力は適及せず、ひいては不利益な類推は禁止される。(ただし、旧第二条と異り、文理上は単に可罰性(Strabarkait)の法定(nulium crimen sine lege)を要求するにとどまるから、刑罰の事前の法定(nulla poena sine lege)したがって不確定刑の排斥という要請を含むかについては疑問の余地がある。)現在進行中の刑法改正も、むしろこの基本路線から外れてはいない。

説 七、(イギリス)

論

いうまでもなくイギリスは、Magna Carta. ちからにちかのぼって、ヘンリーの charter 以来、自由・人権の思想に古典的表現をあたえてきた、いわば罪刑法定主義発祥の地である。しかも、他方、同国は伝統的なコモンローすなわち慣習法の国として知られる。その意味で、イギリス刑法上、罪刑法定主義がいかに具現し、コモンローの伝統と如何に調和しているかは好個の研究課題にはかならないが、本稿では、アメリカ法のばあいとは同様の理由から、この問題に立ち回らない。(イギリス刑法における法的安定性の保障という問題については Mr. G. H. (1954) 中記 明決な論述がある)ただ、裁判官の法創造権能をめぐる最近の判例の動きについて一言するにとどめよう。

周知のように、コモンローの形成過程において、裁判官は、類推その他の方法を介してあたらしい犯罪類型を創造するという役割をはたしてきた。やがて判例法の蓄積と議会制定法の増加にともない、かかる裁判官の創造的権能はしだいに減退してゆく。しかし、二〇世紀におよんでなお、この権能が、*dormant* ではあっても、決して *extinct* ではないことが、一九三一年の *R. v. Manley* 事件で示された。一方、この判決に対してはきびしい反論が加えられ、判例また、一旦は消極にしたがう(R. v. Newlands) (1954)ここに司法権による犯罪の創造は終焉したかに見えた。ところで、近時、判例の趨勢はふたたび一転を示す。一九六一年の *Ladies Directory Case (Shaw v. D. P. P.)* は、いわゆる “*customs morum*” としての裁判所の積極的な役割を強調し、コモンローに代わる議会議法の介入がないかぎり、公共の福祉を害する行為の処罰は、依然、裁判所固有の権能に属することを認めたのである。イギリス法における罪刑法定主義のありかたを理解するうえに、すくなくともその沿革に含まれる上述の契機を無視することは許されないであろう。

(一)以上の経緯については、D. J. Fitzgerald, *Criminal Law and Punishment*, P. 7 f.p. 参照。

八、フィンランド刑法 (1)(2)

- (1) Sammlung, Nr. 66 (von B. Honkasalo) 及び B. Honkasalo, Das finnische Strafrecht (Gegenwart II) 参照。
(2) 一八八九年二月十九日公布。

nulla poena sine lege. の原則は明示を欠くが、フィンランド刑法上、罪刑の法定が当然の前提とされていることは、起草の沿革に徴しても疑いない。⁽³⁾ 同法のもとで、多数説は被告人に不利益な類推解釈を否認する。法規の変更に際しては軽きにしたがい(刑法施行法第三条)、新設の刑罰法規は遡及しない。

(3) Gegenwart. の解説によれば、一八七五年草案には、罪刑法定の原則が規定されていたが、一八八〇年の審議会草案では自明のこととして削除され、その趣旨が現行法におよんでいるという。

九、フランス刑法 (1)(2)

- (1) Dalloz, Code Penal, 1963 ed. 参照。
(2) 一八一〇年二月二二日公布。

第四条は、刑法における罪刑法定主義の濫觴として名だかい。いわく、『いかなる違警罪、軽罪または重罪も、その犯されるまえに法律上宣せられていない刑罰に処せられることはない』。この規定の歴史的・社会的背景、ないしその後の諸国刑法典におよぼした広汎な影響については、絮説を俟たないであろう。この規定のもと、遡及処罰の禁止、厳格解釈の原則、刑法自律の原則等が導かれている。

一〇、ギリシヤ刑法 (1)(2)

- (1) Sammlung, Nr. 59 (von D. Karanikas) 及び G. A. Mangakis, Das griechische Strafrecht, Allg. Teil (Gegenwart III) 参照。
(2) 一九五〇年八月一七日。

刑法典の冒頭に、法律なければ刑罰なしの原理規定をおく。第一条にいわく、『行為は、その行われるまえに、法律がそれに対する刑罰を明定しているばあいにはのみ可罰的である。』この規定のコロラリーとして、I 行為の可罰性および科刑の根拠は法律にかぎられ、慣習法は直接の法源たりえないこと、II 可罰性を理由づけ、または刑罰を加重する方向への類推の禁止、III、構成要件の正確・明瞭な記述、IV 完全に不確定な科刑の排斥、V “in dubio pro mitiore” なる解釈の要請、等の諸原則が導かれている (Gegenwart III, S. 274 f.) なお、異色の規定として、犯罪の概念規定をあげよう。第一四条『犯罪は違法かつ有責で、法律により可罰性の宣せられた行為である。』(行為の違法性と責任およびこれらの阻却事由もまた、刑法上、顯然と分別されて)。

刑法の時間的効力については、第一条ないし第四条が定める。刑罰を設けまたは加重する法律の不遡及を原則としつつ、第二条Iは、行為者に利益な法律の必要的遡及を認め(行為の実行から最終判決にいたる間の変更が、利益に採用される。むろん中間法も考慮。)、同IIは、いわゆる刑の廃止にあたり刑罰の効果および執行の当然消滅を規定する。ついで第三条は、限時法に関する一般的定めをおき、第四条は、保安処分について裁判時法にしたがう旨を明規する。

なお、危険な常習・職業累犯に対する相対的不定期刑の採用につき、第九〇条以下。ギリシヤ刑法上の諸規定は、総じて、理論的色彩が濃い。

一、グリーンランド刑法 (1)(2)

(1) Samlung, Nr. 68 (von F. Marcus) 参照。

(2) 一九五四年三月五日公布。

刑法定定の沿革を反映し、³⁾ 第一条の類推許容規定をはじめ、全般的に、デンマーク刑法の影響が顕著である。ただし、他面、たとえば刑事処分の体系において、伝統的な刑罰の語を避け、十種の異色ある処分をかかせる(第八五条参照)など、そこに、主観主義ないし行為者刑法の見地がよりつよく発現しているのを看過してはならない。

(3) グリーンランドは、一七二二年以来、デンマークの植民地であり、一九五三年の憲法により同國の一部となった。ドイツ刑法典の表題もまた *Das Dänische Kriminalgesetzbuch für Grönland* となっている。沿革については、*Sammlung*, Nr. 68 *Einführung* S. 74. に詳し。

一ニ、アイスランド刑法 (1)(2)

(1) *Sammlung*, Nr. 78 (von G. A. Sveinsson, S. Sveinsson und T. Eydjolfsson) 参照。

(2) 一九四〇年二月二日。

第一条は、法律によって犯罪とされた行為およびそれと同視されるべき行為の処罰を定め、類推を許容する。第二条は、時間的効力につき、種々の特徴的な規定をおく。(1) 判決時の法と行為時の法が異なるばあい、可罰性および刑罰は後法(判決時法)にしたがって定まる。ただし、有罪判決は、行為時に法律上の処罰規定があつたばあいかぎり、かつ、判決は前法によるよりも重きをえない(中間法との關係)。(2) 刑罰規定が、行為の可罰性に関する立法者の見解の変更にあたらない理由から廃止されたばあい、判決は行為時法にしたがう。その他の理由に出たとき、未執行の宣告刑は廃止される。……など。

アイスランド刑法の制定にあたっては、一九三〇年デンマーク刑法に範がとられており、したがって類推の許容をはじめとする諸規定は、直接デンマーク刑法に由来するものと見てよからう。

一三、イタリア刑法 (1)(2)

(1) *Sammlung*, Nr. 50 (von K. Bunge) 参照。

(2) 一九三〇年一〇月九日。

罪刑法定の原則に關し、第一条。『何人も、法律により明瞭に可罰行為と示されていない行為のゆえに罰せられず、

また、法律により定まっていな刑罰を科せられることもない。』一九三〇年に成立したイタリア刑法が、罪刑法定主義に対する当時の否定的傾向の中にあつて、なおはつきりと罪刑法定の原則をにかけていることは注目されてよい。(ただし、反面では、各則における構成要件の弛緩を見なければならぬ。)

時間的適用範囲に關し、第二条。そのⅠは事後法による処罰の禁止を規定し、そのⅡは、刑の廃止に際し、その不可罰および判決確定後における刑罰の執行・効果の消滅を規定する。そのⅢは、判決確定後を除き、法律に変更のあるばあい、行為者にもっとも有利な法律の適用を規定し、そのⅣは、臨時法ないし限時法につき例外を定める(そのⅤは準用規定)。ちなみに、保安処分については、法定主義(第一九九条)および裁判時法主義(第二〇〇条Ⅰ)のたてまえが採られ、さらに執行時にいたる新法の適用が確保されている(同Ⅱ)。

一四、ユーゴスラヴィア刑法 (1)(2)

(1) Sammlung, Nr. 56 (von A. Munda) * * * A. Munda, Das Strafrecht Jugoslawiens (Gegenwart I) 参照。
(2) 一九五一年三月二日。

一九五一年の制定にかかるユーゴスラヴィア刑法は、一九五九年六月三〇日の改正法律によって広範囲の変更を加えられたが、刑法典の階級的性格(第一条)、合法性の原理(第二条)、刑罰の目的(第三条)、実質的犯罪概念(第四条)等に関する基本的立場は一貫して逕って逕っていない。まず、罪刑法定の原則につき、第二条。『何人も、法律によって可罰行為と確定されていない行為⁽³⁾かつ、その行為者は処罰されるべき旨法律に規定されていない行為のゆえに、処罰されない。』一方、同刑法は、第四条に、いわゆる犯罪の実質的概念規定をおく。そのⅠにいわく、『可罰行為は、法定の標徴をもつ社会的危険行為である。』したがって、犯罪は法規の形式的違反につきないと同時に、端的な社会的危険行為でもない。合法性の原理と社会的危険性の原理との調和は第四条Ⅱの規定に見いだされる。『行為は、それ

が法律に規定された可罰行為の標徴をそなえるばあいでも、その軽微な意味ないし零細性または有害な結果の不發生のゆえに、微小な社会的危険性を示すにすぎないときは、可罰行為ではない。』刑法の階級的性格を闡明し、犯罪を社会的危険行為として実質的にとらえるユーゴ刑法が、なお罪刑法定の原則を採るのは何故か。けだし、合法性の原理を無視することは、法律に明示されない社会的危険行為を処罰の外におくこと以上に、社会的な不利益を意味するからである。』(A. Munda, *Gegenwart*, S. 383) ついで時間的効力につき、第九〇条。そのⅠは、行為時法主義の原則を規定し(行為時を定める標準については、第一四条に解釈規定がある。)、そのⅡは、行為者に有利な新法の適及を認める。

(3) ちなみに、五一年刑法のドイツ訳(Nr. 56, I Aufl.)では、"Davor sie begangen wurde."という要件が明示されているが、五九年刑法のドイツ訳(Nr. 56, 2 Aufl.)では、事前の法定を要求する趣旨が出ていない。原文そのものに差があるのか、訳語の不備か、明瞭を欠く。いずれにせよ諸規定を通観するとき、そこに実質的な変更をうかがうことは困難である。

一五、ネーデルランド刑法 (1)(2)

(1) *Sammlung*, Nr. 76 (von K. Toebelmann) 参照。

(2) 一八八一年三月三日。

nulla poena sine lege の原則に関し、第一条。『行為は、それ以前に発せられた法律上の刑罰規定の根拠にもとずいてのみ、可罰的である。』Ⅱは、行為後の法律の変更の際し、行為者に利益な規定の適用を定めている。

一六、スイス刑法 (1)(2)

(1) P. Thomann und A. von Overbeck, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Allgem. Teil. 参照。

(2) 一九三七年二月二日公布。

罪刑法定主義の簡潔な表明として、第一条。『法律が明示的に刑罰を科している行為を行う者のみが可罰である。』

説 論

この規定のもとに、成文法源の必要、したがって慣習法源の排斥、被告人に不利益なアナロジーの禁止⁽⁸⁾、などの派生原則が理解されている。時間的効力については、第二条。『本法の施行後に重罪または軽罪を行う者は、本法にしたがって判決される。本法の施行以前に重罪または軽罪を行い、施行後に判決を受けるべきときは、行為者に利益なばいのみ本法が適用される。』右の規定は、第一〇二条を介して、違警罪にも妥当する。なお、本条の趣旨は、単に刑法典と従前の法律とに關してばかりでなく、ひろく他の刑罰法規にもおよぶ。

(3) ただし、立法趣旨に副った合理的な (sinngemäß) 解釈であるかぎり、被告人の不利益に法規の文言を超えることも許される、とする見解もあることに留意しなければならない。たとえば、Germann, Schweizerisches Stgb. - Art. 1.

一七、ソヴェエト刑法 (1)(2)

(1) 一九二六年刑法につき、Sammlung, Nr. 60 (von W. Gallas)。一九五八年立法基礎につき、中山研一訳「ソ同盟と同盟共和国刑事立法の基礎」(法学論叢六四卷六号・七八頁以下)「改正されたソヴェエト新刑事立法」所収、参照。

(2) 一九五八年二月。

周知のように、一九二六年ロシア刑法は、刑事立法の目的を社会的危険行為に対する国家および法秩序の防衛に求め(第一条)、いうところの社会的危険行為を『ソヴェエト組織に向けられ、または、共産主義社会秩序への移行期にあたって労働権力により確立された法秩序を侵害する、すべての作為・不作為』(第六条)としてとらえるとともにいわゆる虞犯規定(第七条)および類推許容規定(第一六条)をかかげていた。いわく、『社会的危険行為を行った者、または、犯罪的環境との接触ないし従前の行動に照らして危険性を表する者に対しては、裁判||改善的、医療的または医療||教育的性質の社会防衛処分が適用される。』『ある社会的危険行為が本法に明定されていないばあい、それに対する責任の根拠および範囲は、その性質上もっとも類似した犯罪を規定する本法の条項にしたがって定められ

る。』けだし、革命後の転変非常の事態に処すべく、実質的犯罪概念と、虞犯・類推規定とを楯とすることによって、罪刑法定の原則を正面から否認したのである。

ところで、諸状況の推移はかかる異例の立場にとどまることを許さず、一九五八年に採択された刑事立法の基礎(ソ同盟と同盟共和)は、ここに罪刑法定主義の基本原理を明白にうち出すこととなった。(刑事立法の基礎)

まず、立法基礎第一条IIは、ソヴィエト刑事立法の課題をかかげたIを承けて、『この課題を実現するために、ソ同盟と同盟共和国刑事立法は、いかなる社会的に危険な行為が犯罪であるかを定め、この犯罪をなした者に適用されるべき刑罰を定める。』(前掲・中山助教授の邦訳による。以下同じ。)と規定する。その趣旨に副って、旧法の類推規定および虞犯規定は削除され、刑事責任の根拠は『刑罰法規に規定された社会的に危険な行為を故意または過失によってなした』ばあいに限定され(第三条I)、遡及処罰は禁止される(第六条III)。刑法の時に關する効力につき、第六条。『I行為の犯罪性と可罰性は、当該行為実行時の法規によって決定される。II行為の可罰性を排除し、または刑罰を減輕する法規は遡及効を有する、すなわちそれは公布以前になされた行為にも及ぶ。III行為の可罰性を定立しまたは刑罰を加重する法規は遡及効を有しない。』罪刑法定主義の確立という基本路線は、右に鮮明であらう。

一方、立法基礎は、依然、犯罪を社会的危険行為として実質的に把握し(第七条I)、形式的に法定の標徴をそなえる行為のうち『その輕微性のため社会的に危険でないもの』について犯罪としての成立を否認する(同II)。なお、犯行後の社会的危険性の消滅につき、第四三条。

一八、スペイン刑法 (1)(2)

(1) Sammlung, Nr. 69 (von A. Quintano Rippolles) 参照。

(2) 一九四四年二月二三日。

フランス刑法の影響を受けて、一応は合法性の原理に忠実であるが、なお独自のものを含み、その規定も晦澁をきわめていゝ。まず、犯罪の定義につき、第一条。『*delitos* および *faltas*⁽³⁾ は、法律によって処罰される故意的な作爲でないし不作爲である。』同条はつづいて、『法律によって処罰される作爲でないし不作爲は、反対の規定がないかぎり、つねに故意的なものと推定される。故意に犯罪 (*delitos* od. *faltas*) を犯す者は、発生した結果が意図した結果に合致しないときでも、刑法上有責である。』旨の特異な規定をおく。つぎに、第二条は、裁判所が法律上の科刑から洩れる当罰行爲について知得したばあいにおける、裁判所・政府間の異色ある手続について定めるが、その趣旨は確然としない。

時間的効力に関し、第二三条。『いかなる犯罪も、その犯行に先だつ法律に規定されていない刑罰を科せられない。』ただし、行為者に有利な刑法の遡及につき第二四条。その効果は、判決確定後におよぶ。

なお参照すべき規定として、行刑の合法性を保障する第八一条。

(3) *delitos* は、犯罪三分説にいづゆる重罪、および軽罪に相当し、*faltas* は違警罪に相当する。

一九、チエツコスロヴァキア刑法 (一)(二)

(1) *Sammlung*, Nr. 57 (von E. Schmidt) および E. Schmidt, *Das tschechoslowakische Strafrecht*, (Gegenwart. II) 参照。
 (2) 一九五〇年七月一八日公布。

いわゆる実質的犯罪概念の規定として、第二条。『社会的に危険な行為であつて、法律にかかげられた結果(その意義は、第七五条(3)に解釈規定がある。)が行為者に帰責せられるもののみが、犯罪である。』ユーゴスラヴィア刑法にくらべて直截ではないが、やはりこの規定を根拠として *nullum crimen sine lege* の原則が導かれている(なお、憲法第三五条に、罪刑法定)の刑罰の法定を要するかどうかについては、文理上あきらかでない。

刑罰法規の時間的適用範囲につき、第二二条。そのIは、行為の可罰性に関する行為時法主義、および行為者に有利な後法の適用について規定し、そのIIは、保安処分に関する裁判時法主義を定める。

二〇、トルコ刑法 (一)(2)

- (1) Sammlung. Nr. 67 (von N. § Sensoy und O. Tolun) 参照。
(2) 一九二六年三月一三日公布。

刑法典の適用と題する章下に、罪刑法定の原則(第一条)、時間的効力(第二条)その他の諸規定をおく。第一条、『何人も、法律が犯罪として明示していない行為のゆえに罰せられない。何人も、法律にかかげられた刑罰以外の刑罰を科せられない。犯罪には Vergehen と Übertretung とがある。』ついで第二条は、まず事後法の禁止を規定し、ついで刑の廃止後の不可罰、および法律の変更に際し行為者に利益な法律の適用を定める。有罪判決確定後に刑の廃止を生じたときは、刑罰の執行ならびにその法律的效果は当然に消滅する。一八八九年の旧イタリア刑法、Zenardellis 法に倣ったという刑法制定の沿革から見て、そこに、イタリア法の影響を看取すべきであろう(ちなみに、第一条はのちの改正にかかると)。

- (3) このばあい、Vergehen には三分説をかける Verbrechen と Vergehen の双方を含む旨の説明がある。Einführung Z IX.

二一、ハンガリー刑法 (一)(2)

- (1) Sammlung. Nr. 77 (von L. Mezőfy) 参照。
(2) 一九五〇年(期日不詳)。

新興社会主義国家の例に同じく、犯罪を社会的危険行為として実質的に把握しつつなお合法性の原理を採り、また行為時法主義をたてまゑとしている。すなわち、第一条、『I 刑法の課題は、社会的危険行為に対して防衛を行うこと

説
論

である。II 社会的危険行為とは、ハンガリー人民共和国の国家的・社会的または経済的秩序、国民の人格または諸権利を侵害し、ないしは危殆するすべての作為または不作為をいう。III 犯罪とは、法律がそれに対して科刑を定めてい
る、すべての社会的危険行為をいう。』第一条、『I 犯罪は、行為時に効力を有する法律にしたがって判決される。II
犯罪の行為時と判決時のあいだに新法が発効したときは、新法は、以下の条件のもとに、その発効前の行為に対して
も適用される。(a) 新法にしたがえば行為がもはや不可罰であるか、または旧法によるよりも軽く処罰されるべきであ
い。(b) 新法が、その発効前の行為に対しておよぶことを明定しているばあい。ただし、第二条II (b) の規定が同一の
かける行為時法主義の原則と調和しうるかは、はなはだ疑問としなければならぬ。

なお、犯罪の零細性、または犯行後の社会的危険性の消滅(行為ないし行為者の一方にかかわる)を理由に、刑罰の阻却を認める異色の規定
(第五六条) があることを付記しておく。

第三節 動向の一瞥

一、前節において、罪刑法定主義に関する諸国刑法典上の規定を大まかに概観した。かならずしも充分な数とはい
えない立法例についての瞥見にすぎないが、諸規定を通覧するとき、そこに、罪刑法定主義のいわば比較法的動向、
ないしはその現代的意義を看取することが許されよう。以下、上述の所与を前提に、ささやかな摘要を試みることに
したい。

二、(一)、まず、参照した立法例の大多数が、それぞれに固有の沿革をたどりながらも、現に、刑法典の冒頭ちかく、
罪刑法定の原則を正面から宣明している事実注目しなければならない。このことは、自由主義的法治国思想を核心

として生まれた罪刑法定主義の原則が、いまなお、社会主義刑法を含めて現代刑法上の基本命題たるを失っていないことを意味する。

たしかに、一九二〇・三〇年代において、罪刑法定主義は、一時、そのいわゆる否定的傾向を現出した。一九二六年ロシア刑法、一九三五年ナチス改正刑法、等がその典例である。しかし、右の例は、いずれも異常な政治的変革期ないし独自の国家観を背景とするものであり、やがて政治的安定ないし価値観の再転換を成就するにおよんで、帰するところ罪刑の法定という常軌に復することとなる。いまその委細にたづねることを省くが、ともあれ、そこに現出した罪刑法定主義の否認は、それぞれの意味において、むしろ特異な歴史的・政治的経験の所産としなければならぬ。くりかえすまでもなく、罪刑法定主義は、刑法における法治国思想の表現であり、したがって市民的イデオロギーとしての自由主義とは必然に結合する。一方、社会主義ないし全体主義のイデオロギーは、社会ないし全体に至高の価値をおくから、刑法上、罪刑法定主義の原則を必然の要求としない。と同時に、両者をつねに矛盾し背馳するイデオロギーと見ることも皮相にすぎよう。社会主義ないし全体主義に立つ国家が罪刑法定の原則を抛てるのは、それが自らの具体的な価値表象とあい容れないかぎりにおいてである。所与の歴史的発展段階に即して、それが自己の利益に適うとき、罪刑法定主義の採用はまさしく国家的要請となる。法体系の整備、かつは政治権力の安定が、すくなくともその採認を条件づけるメルクマールとして不可欠であろう。けだし、それを前提としてこそ、合法性の原理を放棄することによつてもたらされる不利益——たとえば法的安定性の動揺、法・正義・裁判に対する民衆の信頼の喪失、など——は、該当法条のない当罰行為を処罰の外におくことから生ずる不利益を上まわるだろうから。こうして、罪刑法定主義の原則は、いまや発祥期の絆を脱し、ひとり自由主義刑法においてのみならず、社会主義刑法の内部においてもまた、安定期の刑法的イデオロギーとして妥当することとなった。社会主義刑法としての特色は主としては、

説 各則の法益体系における保護の厚薄をめぐって發揮されるであろう。

論

(二) 他面、二・三の立法例にうかがえる、合法性の原理からある種の背反傾向に触れる必要がある。いま、刑法典上、罪刑法定主義を否認する徴表を何に求めるかは一個の問題であるが、その顕らかな徴表を類推解釈の許容という点に求めてよいとすれば、デンマーク刑法第一条、グリーンランド刑法第一条、アイスランド刑法第一条に見る類推の許容は、すなわち罪刑法定主義の否認を意味するのではないか、という懸念を生ずるのである。このばあい、まず、右の諸例が、いずれもデンマーク刑法という同一の淵源に発しており、かつはそこに特種世界観のないシイデオロギー的要因をはらんでいない点に留意しよう。加えて、デンマーク刑法における類推の容認は、元來が、既述のように、刑法典の新定にともなう技術的な不手際を補うという沿革上の意図を背景としながら、犯罪要件の *kasuistisch* な構成を避けつつ厳格な法規類推のみを認めるといふ志向に出ている。実務また、その運用につき、あえて類推規定の存在を必要としないほどに、慎重をきわめるといふ (下級審判決に見られる若干の類推例も、じつは、本規定の援用を俟たず通常の解釈で賄いうる程度の事案にすぎない由)。

一方に、罪刑法定主義を闡明した刑法規定のもとで類推解釈を容れる見解のあること等を考えあわせると、単に法規類推の採否をめぐる形式的な対比から、ただちに実質的にもデンマーク刑法その他における罪刑法定主義の否認を導くことには疑問がある。(事実、デンマーク刑法下、学者は、依然として罪刑法定主義の採用を揚言している。) すくなくとも、たとえば、世界観的根拠に立ちつつ、ひろく法規類推の許容を標榜するナチス刑法第二条などのあいだには、かなりの距離を認めなければならぬ。

(三) こうして、デンマーク刑法等に若干の問題がのこることを別とすれば、罪刑法定主義が、いまなお、現代刑法を支え、つらぬく普遍的な原理であることを知った。が、もとより、その現状はしかく単純、一律なものではない。以下、二・三の特徴的な問題について論及しておく。

1、すでに触れてきたように、ソヴィエト刑法に代表される社会主義刑法は、¹実質的犯罪概念の採用によって特色づけられる。たとえば、ソヴィエト刑法立法基礎第七条1、ユーゴスラヴィア刑法第四条1、チェコスロヴァキア刑法第二条、ハンガリー刑法第一条、など。合法性の原理をめぐる自由主義刑法とのあいだの逕庭も、いわゆる法の階級の本質の問題は措き、主としては、この関係に見いだされるべきであろう。右にいう実質的犯罪概念とは、たとえば、ギリシヤ刑法第一四条のような形式的定義を避けて、犯罪概念のなかに、より実質的な内容をもつことを指す。かような実質的犯罪概念が、かつてのロシア刑法のごとく、合法性の原理に対する否定的契機、たとえば類推許容の規定等と結びついてこそ、その本来の機能を發揮しうることはあきらかであろう。しかるに、社会主義刑法は、他方において、一樣に合法性の原理をかかげる。おのずから、その関連が問題とされよう。¹いま、合法性の原理が犯罪の成立を形式的に限界づける意味をになうかぎり、どんなに由々しい社会的危険行為であっても、刑法所定のメルクマールを欠くものについて、なお処罰を認めることはできない。それが²実質的³犯罪であることを理由に、法規の明文をこえることは許されない。かように、犯罪を肯認する方向にこえがたい制約がともなう以上、実質的犯罪概念の機能する場は、おのずと、犯罪の成立を阻却する方向に求められざるをえない。この点を明文で解決したのが、法定の標徴をそなえつつ実質的には社会危険性を欠くかまたはその極微な行為について、可罰性の阻却を認める、たとえばソヴィエト刑法立法基礎第七条2、ユーゴスラヴィア刑法第四条2などの規定である（その趣旨を推すとき、ひいては犯行後の社会的危険性の消滅についても同様の効果がおよぼされよう。たとえばソヴィエト刑法立法基礎第四条1、ハンガリー刑法第五六条）。けだし、この限度で、犯罪の形式的概念と実質的概念との止揚をはかるものはかならない。

ところで、われわれの刑法理論においても、いわゆる実質的違法性ないし可罰的違法性の観念を援用することによ

って、ほぼ同様の解決が導かれる。つまり、構成要件に該当しながら、実質上法目的に反しない行為、またはあまりに軽微、零細な行為については、そこに実質的なし可罰的違法性の阻却を認めるのである。社会的危険性と違法性の概念の差はあれ、その結論が同じ方向を指していることは否めないであろう。とすれば、社会主義刑法が、あえて実質的犯罪概念を標榜することの意味は、それほど際だったものではありえない。

こうして、罪刑法定主義によって制約されたかぎりでの実質的犯罪概念は、その間の弁証法的統一が説かれるにもかかわらず、帰するところ、犯罪の消極的な抑制原理たるにとどまる。この概念が従来はたしてきた積極的な役割の喪失は、すでにあきらかであろう。

Ⅱ、ついで、比較法的な興味を呼ぶのは、 シ 可罰性 シ ないし シ 犯罪 シ の法定のみを要求し、 シ 刑罰 シ の法定を明示していない立法例を散見することである。たとえば、デンマーク刑法第一条、ドイツ刑法第二条Ⅰ、チェッコスロヴァキア刑法第二条、など。これは、罪刑法定主義に含まれる二つの側面のうち、 シ 法律なければ刑罰なし シ (nulla poena sine lege) の命題が、かならずしも明文の要請ではないことを意味する。したがって、そこに、刑種・刑量の完全な個別化という新派の志向を容れる余地をのこしている。けれども、現にこの可能性が活用されているかどうかは、総則・各則の諸規定、あるいは裁判の実態などにふかく立ちいることなしには、速断できない。むしろ、刑罰の明示をとまわらない犯罪規定の例を見ないこと、刑の変更に関する規定が設けられていること等から、消極に解すべきであろう。ここでは、問題の指摘にとどめておく。

Ⅲ、刑法上、罪刑法定の原則を明規していない例として、アルゼンチン刑法、フィンランド刑法等があることを見た。すでに言及したように、これらの例は、決して罪刑法定主義を否定する趣旨に出たものではなく、これを自明の前提としたものにすぎない。かようなたてまえの当否は、むしろ各国固有の法的伝統にかかわる。この原則を明規す

る立法例においても、その法的伝統ないしは制定法の全体から見て、それが、あえてかかざる必要のない、自明の原理であるばあいが多い。『然ラハ此原則ヲ明掲スルハ制法上一ノ失態ト謂フ可キカ必スシモ然ラス主義ヲ變更シタル時代及ヒ裁判官ノ職權明確ナラサル國ニ在リテハ之ヲ掲ケテ以テ疑問ヲ断ツノ必要有リ列國多數ノ例ハ斯ル必要有リシ時代ノ遺物ナリトス』(岡田朝太郎「比較刑法」(論)上巻、一五二頁)の立言はほぼ正鵠をいっている。ただし、いわゆる罪刑法定主義の否定的傾向を経験し、かつこれを克服した近時の立法例については、そこに、単なる遺物にとどまらない積極的な意味を汲むべきであらう。

IV、ちなみに、保安処分については、原則として本稿の考察から除外したが、特別予防の観点に立ちつつ、伝統的な刑罰に代わる独自の処遇方策を採用した異色の立法例として、グリーンランド刑法のあることを付言しておく。

三、最後に、個々の派生原則について、概観しよう。

(一)、まず慣習法源の排斥については、これを端的に明言している立法例を見ないが、犯罪ないし刑罰の前提に成文の法律が要求されるかぎり、慣習法による処罰は、そこにおのずから否定されているものと解してよいであらう。参照文献に引かれた諸解釈もまた、総じて慣習刑法を否定している。判例法源すなわち慣習法源を是とする英米刑法の關係については、むろん別論としなければならない。

(二)、比較法上、類推解釈を許容する例として、デンマーク刑法その他があることは、すでに述べた。ナチス刑法、あるいはロシヤ刑法に見る端的な類推規定が過去のものとなつたいま、現存の類推規定は、単に、構成要件行為とまったく同視されるべき行為について、厳格な範圍の法規類推を許すにとどまる。これに対し、他の大多数の立法例は、罪刑法定の原則をかかげ、そこから、被告人に不利な類推の禁止という周知の命題を導く。(諸國の解釈論上、類推禁止の主張におのずと寛蔽の差があり、またときに反対説もあることはいうまでもない。)いわゆる拡張解釈と類推

釈とのあいだの限界のあいまいさを考えるとき、右の両様の対比から、ただちにデンマーク刑法等における罪刑法定主義の否認を結論しえないこと理由は、いっそうつよいものといふべきであろう。

ちなみに、わが刑法学上、近時『感傷的人権思想』を背景とする『罪刑法定主義のやや極端な強調』に反論し、合目的性と論理必然性にとらづけられた類推解釈の許容を説く見解がある。しかし、類推禁止の原則は、文理の許す意味の限界を超ええないとするとところに意義があり、したがって類推を認めることは、解釈者の意識にはたらくべきかかる拘束をはずし、ひいて罪刑法定主義の弛緩を招くもので、妥当でない。たとえ、許される解釈と許されない類推との限界がいかに不明瞭であろうと、類推禁止の伝統的な原則をかかげ、その枠内で、解釈の合目的性と論理性を尊重すべくつとめること、こそが罪刑法定主義を採るたてまえにふさわしいとおもう。

(三)、多くの立法例は、犯罪ないし刑罰の事前の法定を必要とすることによって、刑法の効力不遡及の原則を宣明する。たとえば、ブラジル刑法第一条、ドイツ刑法第二条、ギリシヤ刑法第一条、等々。ただし、かかる明文の有無を問わず、罪刑法定の原則をかかげる以上、それが行為時に先だつ法規の存在を要求する趣旨であり、したがって遡及処罰の許されないことは、自明といふべきであろう。

II、一方、刑罰法規の適用に際し、行為時法主義を原則とする立法例とならんで、裁判時法主義にたつ若干の例があることを注目しなければならない。デンマーク刑法第三条一、グリーンランド刑法第三条、アイスランド刑法第二条、がこれに属する。ただし、行為時と裁判時のあいだに法律の変更ないし刑の変更があるとき、一般に、行為時法主義にたつ立法例は軽い新法の遡及を認め、裁判時法主義にたつ立法例は軽い旧法の追及を認めることから、両主義にともなう実質的な差異はうすれる。とはいえ、裁判時法主義を採る例が、他面、類推を許容する立法例とパラレルであることは、たてまえとして両主義のいずれを採るかが、罪刑法定主義に対する立法態度と無縁ではないことを示唆

するであらう。

Ⅲ、いわゆる刑の廃止のばあいにつき、旧法の追及を否認し、その不可罰を定める例が多い（それが罪刑法定主義の直接の思想につながる）。その間、相当数の立法例は、刑の廃止の効果をも有罪判決の確定後におよぼしている。態様として、行為の実行後に刑の廃止を生じたとき、

① 刑罰の効果ないし執行の消滅を規定する例——ギリシャ刑法第二条Ⅱ。

② 行為の不可罰、および判決確定後における刑罰の執行ないし効果の消滅を規定する例——イタリア刑法第二条Ⅱ、トルコ刑法第二条。

③ 行為の不可罰性を、一定の廃止事由（たとえば、立法者の見解の変更、あるいは刑事責任に関する事由など）にかからせる例——アイスランド刑法第二条、デンマーク刑法第三条Ⅲ（両例とも裁判時法主義を採用から、判決確定後の刑の廃止だけが問題になる。）

④ 刑罰効果の消滅について、一定の手續を要件とする例——デンマーク刑法第三条Ⅱ。など。

Ⅳ なお、刑の廃止の例外として、限時法ないし臨時法に関し、一般的処罰規定をおく例も散見される。たとえば、ブラジル刑法第三条、ドイツ刑法第二条Ⅲ、ギリシャ刑法第三条、イタリア刑法第二条Ⅳ等。この問題の解決を法規失効の實質的な原由にかからせる異色の規定として、デンマーク刑法第三条Ⅰ、アイスランド刑法第二条。

④ 絶対不確定刑（とくに絶対不定期刑）の否認については、多くの立法例が、科刑の条件として刑罰の明定を要求するという形でこれを示す。ただ、さきに触れたように、刑罰ではなく、可罰性ないし犯罪の法定という規定形式を採る若干の立法例につき、わずかにこれを許容する解釈の可能性を認めうるにすぎない。

他面、一定限度の相対的不定期刑が、危険な常習犯ないし職業累犯等に対し、徐々に認められつつあることに留意すべきであらう（たとえば、ギリシャ刑法第九〇条以下）。少年犯罪に対する不定期刑の採用についても同前である。⁶⁾

- (1) ソヴェエト刑法における実質的犯罪概念の意義ないし機能、および合法性の原理との関連については、宮崎昇、『ソヴェエト刑法講座』昭和三五年、四頁以下が示唆に富む。
- (2) 罪刑の法定を厳格にかかげる例、たとえばブラジル刑法第一条、イタリア刑法第一条、トルコ刑法第一条等とくらべるとき、その対照はあきらかであろう。
- (3) 類推をいゆる法類推 (Rechtsanalogie) と法規類推 (Gesetzesanalogie) とを分けることの当否についてはむろん問題があるが、ここではたしむない。
- (4) 植松正、前掲「罪刑法定主義」四一頁以下。
- (5) 法律の変えないし刑の変更の効果がおよぶ時間的範囲については、立法例によって広狭の差がある。たとえば、ブラジル刑法第二条、イタリア刑法第二条、スペイン刑法第二四条等、参照。
- (6) なお、不定期をめぐる諸問題については、ドイッ刑法改正に寄せた、T. Württemberg, Die unbestimmte Verurteilung による R. Sieverts, Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welchem Umfange? Wie wäre sie auszugestalten? (Jahrb. Materialien zur Strafrechtsreform, I Bd. 所収) が詳しい。

あとがき

本稿は、はじめ、第四節として「余論」をおき、罪刑法定主義の理念に照らしつつ、判例の法源性ないし判例拘束力の問題についてあらためて検討を加える予定だったが、熟さなかった。他の機会に譲りたいとおもう。