



# 刑法施行法3条3項と「法定刑の比較」

——刑法6条との整合性と合理性について——

専 田 泰 孝

はじめに

- I 刑法施行法3条3項とそれを取り巻く規定
  - II 現行刑法施行から半年間の推移
  - III 大判明治42年4月16日と大判明治42年4月19日
  - IV 法定刑を比較する解釈の理論的可能性
- おわりに

はじめに

現行刑法が施行されたのは、1908年10月1日のことであるが、当然ながら、そこからしばらくのあいだは、行為時法が旧刑法(明治13年太政官布告第36号。以下、単に「旧刑法」という)、裁判時法が現行刑法という事案が問題になった。現行刑法6条を前提にすると、犯罪後の法律によって刑の変更があったときは、その軽いものによる必要がある。したがって、前記のような事案では旧刑法と現行刑法を両方適用し、刑を比較してその軽いものによらなければならない。そして、刑法施行法(明治41年法律第29号。以下、単に「刑法施行法」という)には、それを行うための具体的な方法を定めた一連の規定がある。本稿が取り上げるのは、そのうちの同3条3項である。

この刑法施行法3条3項は、併科刑や選択刑が問題になるときの比較基準を定めているといわれている。すなわち、最判昭和23年4月8日刑集2巻4号307頁は、現行刑法54条1項を適用する場合に選択刑をその

## 刑法施行法3条3項と「法定刑の比較」

まま比較しなければならないとし、この比較に刑法施行法3条3項を適用する。そうすると、当然、同項の内容を明らかにしなければならないが、しかし、同1項や同2項には、刑の加重減輕や数罪の処理を先行させるという規定も存在し、これらと矛盾しないように同3項の内容を理解することは、意外に容易でない。このため、同項に関連を有する現行刑法施行当時の判例を検討するわけであるが、本稿は、そのうち現行刑法の施行から大判明治42年4月19日刑録15輯458頁までを取り扱う。この刑法施行法3条3項に関しては、現行刑法が施行されてから半年ほどのあいだ、判例の立場が判然としない状況が続いたが、前記の大判明治42年4月19日は、これに1つの答えを出した。現行刑法の法定刑に選択刑が含まれているときは、刑種を選択を行わない法定刑を(旧刑法の刑と)比較するというものである。それゆえ、本稿は、刑法施行法3条3項に関する判例の立場を明らかにするため、前記の判例が登場するまでの状況と前記の判例が示した判断を振り返り、それ以降の判例がその判断を引き継がなかった原因を考える。

### I 刑法施行法3条3項とそれを取り巻く規定

ここでは、最初に問題の所在を確認しておこう。本稿が検討するのは、刑法解釈論上あまりなじみがない問題なので、実定法の規定や基本的な事項に関しても、なるべく省略せず一通り説明していくことにする。刑法施行法3条は3つの規定から成り立っているが、そのうちの同1項は刑の加重減輕について定めている。すなわち、「法律ニ依リ刑ヲ加重減輕ス可キトキ又ハ酌量減輕ヲ爲ス可キトキハ加重又ハ減輕ヲ爲シタル後刑ノ對照ヲ爲ス可シ」というものである。したがって、これを文字通りに読むと、現行刑法の刑を加重減輕すべきときは、加重減輕した上でその刑を旧刑法の刑と比較しなければならない。

たとえば、現行刑法199条は殺人罪の処罰規定であるが、その法定刑は「死刑又は無期若しくは五年以上の拘禁刑」である。したがって、これは、選択刑ということになる。同12条1項によると、有期拘禁刑の長期は20年であるから、「五年以上の拘禁刑」というのは、5年以上20年

以下の拘禁刑ということである。しかし、同69条によると、殺人罪の刑を減輕すべきときは、まず、前記の法定刑にある3つの主刑からどれか1つを選択しなければならない。殺人罪の刑を減輕すべきときは、その選択した刑に同68条を適用する必要がある。そこで仮に前記の刑法施行法3条1項が、このように減輕された刑を比較の用に供するというものだとすると、死刑を選択した事案では、それを減輕した無期拘禁刑(または10年以上30年以下の拘禁刑)が対照刑になるが、無期拘禁刑を選択した事案では、それを減輕した7年以上30年以下の拘禁刑が対照刑になる。そして、殺人罪の刑を減輕すべきときは、有期拘禁刑を選択した事案でも、それを減輕した刑が対照刑になる。5年以上20年以下の有期拘禁刑に同68条3号を適用すれば、2年6月以上10年以下の拘禁刑であるから、それが対照刑になることもあるわけである。

また、刑法施行法3条2項は、数罪の処理について定めている。すなわち、「數罪ヲ犯シタル者ニ付テハ併合罪又ハ數罪俱發ニ關スル規定ヲ適用シタル後刑ノ對照ヲ爲ス可シ」というものである。したがって、現行刑法を適用して数罪のときは、併合罪に関する規定を適用した上でその刑を旧刑法の刑と比較しなければならない。

前記のように、現行刑法199条の法定刑は「死刑又は無期若しくは五年以上の拘禁刑」であるが、しかし、狭義の併合罪に関する規定を数個の殺人罪に適用するためには、まずその刑種を選択しなければならない。いずれかの殺人罪で死刑を選択すれば、同46条1項を適用する。いずれかの殺人罪で無期拘禁刑を選択すれば、同2項を適用する。数個の殺人罪でいずれも5年以上20年以下の有期拘禁刑を選択すれば、同47条本文を適用するということである。そこで仮に前記の刑法施行法3条2項が、このような処理を経た刑を比較の用に供するというものだとすると、死刑を選択した事案では、死刑が対照刑になるが、無期拘禁刑を選択した事案では、無期拘禁刑が対照刑になる。さらに、数個の殺人罪でいずれも5年以上20年以下の拘禁刑を選択した事案では、同47条本文でそれを加重した5年以上30年以下の拘禁刑が対照刑になるわけである。

一方、本稿が関心を寄せている刑法施行法3条3項であるが、これは、併科刑と選択刑の取り扱いを定めている。引用すると、「一罪ニ付

キ二個以上ノ主刑ヲ併科ス可キトキ又ハ二個以上ノ主刑中其一個ヲ科ス可キトキハ其中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲ス可シ併合罪又ハ數罪俱發ニ關スル規定ニ依リ數罪ノ主刑ヲ併科ス可キトキ亦同シ」。このうち前段の「一罪ニ付キ二個以上ノ主刑ヲ併科ス可キトキ」というのは、1罪に対する刑として2個以上の主刑を併科するということである。そして、後段の「併合罪又ハ數罪俱發ニ關スル規定ニ依リ數罪ノ主刑ヲ併科ス可キトキ」というのは、數罪の処理を行った結果、2個以上の主刑を併科するということである。これらのときはいずれも「其中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲ス」、すなわち併科刑中重いものを比較相手の刑と比較し、それでその併科刑全体の軽重を定める。2個以上の主刑を併科するという事実は完全に無視し、そのなかの重い刑が併科刑全体の重さを代表しているときとみなすわけである。

これに対し、刑法施行法3条3項前段の「二個以上ノ主刑中其一個ヲ科ス可キトキ」というのは、1罪に対する刑として2個以上の主刑から1個を選択するということである。したがって、これは、選択刑にほかならない。たとえば、現行刑法199条の法定刑は「死刑又は無期若しくは五年以上の拘禁刑」であるが、これは、死刑、無期拘禁刑、5年以上20年以下の拘禁刑から1個選択すべきということであり、刑法施行法3条3項前段の「二個以上ノ主刑中其一個ヲ科ス可キトキ」にあたる。そして、同項は、そのときも、「其中ニテ重キ刑ノミニ付キ對照ヲ爲ス可シ」という。そうすると、選択刑として挙げられている2個以上の主刑中重い刑について比較しなければならない。

前記のように、刑法施行法3条1項や同2項によると、選択刑でも刑種の選択を行い、加重減輕や數罪の処理を行った上でその刑を對照刑にする必要がある。したがって、殺人罪でも、刑の減輕をなすべき事案で5年以上20年以下の拘禁刑を選択したとすれば、それを減輕した2年6月以上10年以下の拘禁刑が對照刑になる。あるいは、數個の殺人罪でいずれも5年以上20年以下の拘禁刑を選択したとすれば、それを加重した5年以上30年以下の拘禁刑が對照刑になる。同1項や同2項を文字通りに適用すれば、これらの刑を旧刑法の刑と比較することになるわけである。しかし、同3項によると、殺人罪が成立するときは、選択刑として

挙げられている主刑中の重い死刑について比較しなければならない。そうすると、前記の同1項や同2項と、この同3項をどのように両立させるかということが問題になる。

そこで、本稿は、現行刑法施行直後の判例がこの点をどのように考えていたかを検討するわけであるが、そのためには、現行刑法の刑と比較される旧刑法の刑に関しても理解しておかなければならない。また、刑法施行法には、いま説明した同3条以外にも旧刑法の刑と現行刑法の刑を比較するための規定が存在するが、当時の判例は、それも適用して刑を比較しているから、判例を検討するには、それもある程度把握しておく必要がある。まず、後記表1で「旧刑法」の列をご覧いただきたい。

表1 「刑法施行法2条」

	旧刑法	現行刑法
a	死刑	死刑
b	無期徒刑	無期懲役
c	無期流刑	無期禁錮
d	有期徒刑 重懲役 軽懲役 重禁錮	有期懲役
e	有期流刑 重禁獄 軽禁獄 軽禁錮	有期禁錮
f	罰金	罰金
g	拘留	拘留
h	科料	科料

- ・ bとdは、旧刑法・現行刑法とも、定役のある自由刑。
- ・ cとeは、旧刑法・現行刑法とも、定役のない自由刑。

もともと現行刑法が施行される前は、旧刑法が施行されていたわけであるが、旧刑法は、現行刑法よりも多くの主刑を用意していた。前記表1のとおりであるが、挙げていくと、死刑、無期徒刑、無期流刑、有期徒刑、有期流刑、重懲役、重禁獄、軽懲役、軽禁獄、重禁錮、軽禁錮、罰金、拘留、科料である<sup>(1)</sup>。ただ、このうちの死刑はもちろん生命刑であるが、罰金と科料が財産刑で、あとの11個はすべて自由刑である。

したがって、旧刑法の自由刑は、無期徒刑、無期流刑、有期徒刑、有期流刑、重懲役、重禁獄、軽懲役、軽禁獄、重禁錮、軽禁錮、拘留であるが、このうち、無期徒刑、有期徒刑、重懲役、軽懲役、重禁錮は定役のある自由刑<sup>(2)</sup>、無期流刑、有期流刑、重禁獄、軽禁獄、軽禁錮、拘留は定役のない自由刑<sup>(3)</sup>であった。

一方、前記表1の「現行刑法」であるが、現行刑法の主刑は、当時、死刑、無期懲役、無期禁錮、有期懲役、有期禁錮、罰金、拘留、科料であった。死刑が生命刑で、罰金と科料が財産刑なのは旧刑法と同じであるが、無期懲役と有期懲役が定役のある自由刑、無期禁錮と有期禁錮、拘留が定役のない自由刑ということになる<sup>(4)</sup>。

そして、刑法施行法2条は、旧刑法と現行刑法の刑を比較する場合に旧刑法のどの主刑が現行刑法のどの主刑に対応すると考えるべきかを明らかにしている。これも前記表1のとおりであるが、刑法施行法2条によると、旧刑法の死刑は現行刑法の死刑に、無期徒刑は無期懲役に、無期流刑は無期禁錮に、有期徒刑、重懲役、軽懲役、重禁錮の4つは有期懲役に、有期流刑、重禁獄、軽禁獄、軽禁錮の4つは有期禁錮に、罰金は罰金に、拘留は拘留に、科料は科料に対応する。両者の刑を比較する場合は、このような対応関係があるものとみなし、現行刑法10条を適用して、どちらが軽いかを定めるということである。

---

(1) 旧刑法7条、同8条、同9条参照。

(2) 旧刑法17条1項、同22条1項、同24条1項参照。

(3) 旧刑法20条1項、同23条1項、同24条1項、同28条前段参照。

## Ⅱ 現行刑法施行から半年間の推移

これらの規定があったことを踏まえて、ここからは、選択刑の取り扱いを中心に当時の判例を検討していくわけであるが、あらかじめ申し上げておくと、ここからさきは、当分のあいだ、筆者が説明に困る不明瞭な状況が続くことになる。

まず挙げられるのは、㊦大判明治41年11月6日刑録14輯973頁であるが、これは、銀行出張店の主任であった被告人が銀行の帳簿等に虚偽の記載を行いそれを行使したという事案で、原判決のあと現行刑法が施行

- 
- (4) 当時の現行刑法12条1項、同2項、同13条1項、同2項、同16条をそれぞれ引用すると、同12条1項が「懲役ハ無期及ヒ有期トシ有期懲役ハ一月以上十五年以下トス」、同2項が「懲役ハ監獄ニ拘置シ定役ニ服ス」、同13条1項が「禁錮ハ無期及ヒ有期トシ有期禁錮ハ一月以上十五年以下トス」、同2項が「禁錮ハ監獄ニ拘置ス」、同16条が「拘留ハ一日以上三十日未滿トシ拘留場ニ拘置ス」というものであった。また、当時の同14条は、有期懲役と有期禁錮の加重限度を20年と定めていた。これも引用しておく、「有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ加重スル場合ニ於テハ二十年ニ至ルコトヲ得之ヲ減輕スル場合ニ於テハ一月以下ニ降スコトヲ得」というものである。したがって、当時、有期懲役・有期禁錮の長期は(処罰規定に特段の定めがなければ)15年、加重しても20年までが限度であった。しかし、この現行刑法の施行から96年後、平成16年法律第156号による改正で、有期懲役と有期禁錮の長期が引き上げられる。そのときは、現行刑法12条1項と同13条1項の15年がそれぞれ20年に、同14条の20年が30年に改められた上、同条を同2項とし、同1項として「死刑又は無期の懲役若しくは禁錮を減輕して有期の懲役又は禁錮とする場合においては、その長期を三十年とする」という規定が加えられた。さらに、それから20年後、令和4年法律第67号による改正で、自由刑の内容が大きく変わる。このときは、現行刑法12条1項の懲役が拘禁刑に、同2項も「拘禁刑は、刑事施設に拘置する」という規定に改められ、同3項として新たな規定が追加された。「拘禁刑に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる」というものである。このように拘禁刑の内容が定められたことにあわせて、同13条が削除され、同14条も懲役や禁錮となっていた部分がすべて拘禁刑に改められて、自由刑が拘禁刑に一本化されたわけである。

されたため、行為時法と裁判時法の比較を行う必要があるとして、原判決を破棄した判例である。この判例が示した法令適用によると、被告人の所為は、旧刑法210条1項の権利義務証書偽造行使罪<sup>(5)</sup>と、現行刑法161条1項および同159条3項の偽造無印私文書行使罪<sup>(6)</sup>にあたる。これらのうち前者の法定刑は、4月以上4年以下の重禁錮に4円以上40円以下の罰金を付加するというものだったが、この罰金は付加刑だから<sup>(7)</sup>、刑の軽重を考える上では無視してよい<sup>(8)</sup>。注目すべきは、むしろ後者

- 
- (5) 上告趣意が引用する原判決の事実理由によると、当該事案で偽造とされたのは、被告人が「株式會社四日市銀行二屢ハレ其白子出張店主任トシテ事務取扱中振替票支拂票日記帳等ニ虚偽ノ記載ヲ爲シタ」という事実である。上告趣意は、この虚偽記載を偽造とした原判決の判断を争ったが(=「被告ハ其雇傭契約ニ基キ自己ノ義務トシテ職責上爲ササルヘカラサル事務ヲ執リタルモノニ外ナラスシテ毫モ署名者ノ資格ヲ詐リタルモノニアラス」)、本文の判例は、次のように述べてこれを退けた。「本件帳簿等ハ株式會社四日市銀行ノ事務取扱上其権利義務證明ノ爲メ備置クヘキ文書ニシテ被告カー己ノ資格ヲ以テ作成セル文書ニアラサルヲ以テ本論旨ハ上告ノ理由ナシ」(= 弁護士高木益太郎の上告追加理由書第3点に対する判断)。これは、銀行帳簿を支店主任が作成すべき文書でなく銀行が作成すべき文書と考えたからである。「本件諸帳簿ハ銀行帳簿ニシテ作成者カー一署名スヘキモノニアラスト雖モ株式會社四日市銀行ノ権利義務ヲ證明スヘキ文書ナレハ之ヲ偽造行使シタル被告ノ所爲ハ文書偽造罪ヲ構成スルモノトス」(= 弁護士渡邊輝之助の上告趣意弁明書第14点に対する判断)。また、偽造文書の行使は、帳簿等の「備付」で認められた(= 同第13点に対する判断)。
- (6) 同一の行為者が文書を偽造し、さらにその偽造文書を行使すると、文書偽造罪と偽造文書行使罪の2罪が成立すると考えるのが現在は判例の立場であるが、大判明治42年2月23日刑録15輯127頁(= 判旨第3点)の前までは、偽造文書行使罪しか成立しないというのが判例の立場であった。
- (7) 旧刑法の罰金には、同8条3号の罰金と同10条5号の罰金がある。前者は軽罪の主刑だが、後者は付加刑である。そして、当該事案に適用された同210条1項を引用すると、「賣買貸借贈遺交換其他権利義務ニ關スル證書ヲ偽造シ又ハ増減變換シテ行使シタル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」というものであった。この規定は、法定刑中の罰金を重禁錮に「附加」する刑としている。重禁錮に罰金といっても、その罰金は付加刑だということである。

で、その法定刑は当時、1年以下の懲役または100円以下の罰金であった。そうすると、これには選択刑が含まれているが、しかし、この判例は、刑法施行法2条、同3条3項、刑法10条により比較すると現行刑法の刑が軽いというだけで、刑法施行法3条3項をどのように適用したかは明らかにしていない<sup>(9)</sup>。

そして、次は、④大判明治41年12月1日刑録14輯1039頁である。これ

- 
- (8) 刑法施行法3条3項は、主刑を併科するときの取り扱いしか定めていない。したがって、現行刑法6条に基づき旧刑法と現行刑法を比較する場合は、付加刑を考慮しないで刑の軽重を定めなければならない。大判明治42年1月21日刑録15輯10頁(=弁護士高木益太郎および同松本豊の上告趣意書(三)に対する判断)、大判明治42年1月22日刑録15輯27頁(=弁護士ト部喜太郎および同井本常作の上告趣意書第1点に対する判断)も参照。なお、そのようにして旧刑法と現行刑法を比較した結果、旧刑法によるということになったとすると、被告人に科すべき刑は、理論上、主刑に付加刑の罰金を付加したものとなるが、刑法施行法5条は、旧刑法を適用するとしても、付加刑の罰金を付加しないと定めている。このように、刑法施行法は、刑を比較する段階でも刑を言い渡す段階でも、付加刑の罰金を無視することになっているわけである。
- (9) 「而シテ原判決ハ辯護人高木益太郎上告追加理由書第十點及ヒ辯護人渡邊輝之助上告趣意辯明書第十五點ノ論旨ニ對スル理由ニ依リ之ヲ破毀スヘキモノナルヲ以テ其認メタル事實ニ依リ之ヲ法律ニ照スニ被告ノ所爲ハ所犯新法施行以前ニアルヲ以テ刑法施行法第二條第三條第三項刑法第十條ニ依リ新舊法ヲ對照スルニ舊法ニ在テハ舊刑法第二百十條第一項第二百十二條ニ該當シ押收物件中偽造ニ係ル文書ハ同第四十三條第一號第四十四條ニ依リ之ヲ沒收スヘク新法ニ在テハ刑法第六十一條第一項第五十九條第三項第五十五條ニ該當スルモノトス依テ新法ノ刑ハ舊法ノ刑ヨリ輕キヲ以テ刑法第六條ニ依リ刑法ノ前示各法條ヲ適用シ被告ヲ懲役八月ニ處シ公訴裁判費用ハ刑事訴訟法第二百一條第一項押收物件ハ同法第二百二條ニ依リ處分スヘキモノトス」。なお、この法令適用によると、旧刑法では「押收物件中偽造ニ係ル文書」を没収するが、現行刑法ではそれを没収せず、しかも、結局その現行刑法を適用するということになる。実際、判例の判決主文をみると、原判決を破棄する、被告人を懲役8月に処する、公訴裁判費用は全部被告人の負担とし、押收物件は各差出人に還付するというもので、偽造文書の没収は言い渡していない。

は、2名の被告人によってそれぞれなされた所為がいずれも旧刑法を適用すると故殺未遂罪、現行刑法を適用すると殺人未遂罪にあたりとされた事案<sup>(10)</sup>で、やはり原判決のあと現行刑法が施行されたため、行為時法と裁判時法の比較を行う必要があるとして、原判決を破棄した判例である。この判例が明らかにした法令適用によると、被告人の1名に対しては現行刑法199条の刑に未遂減軽が行われ、もう1名に対しても未遂減

---

(10) 当該事案で訴追された所為を時系列順に挙げていくと、最初は明治40年4月8日、被告人松岡昌平が、その自宅に立ち入ろうとした若山利秋を拳銃で狙撃したことであった。これは殺意を持って行われたが、若山利秋の殺害には至らなかった。続いてまた同日、被告人松岡勝輔は、自身に打ちかかってきた松岡一を拳銃で狙撃した。これも殺意を持って行われ、しかも松岡一は心臓を撃たれて死亡した。最後もやはり同日、被告人松岡龜亮が、松岡昌平と松岡勝輔への暴行に加わった松岡隼彦と松岡彰をそれぞれ拳銃で狙撃した。これらもそれぞれ殺意を持って行われたが、いずれも被害者を殺害するに至らなかった(事案の詳細は、本誌35巻1=2号(2020年)31頁注(47)参照)。当該事案の第一審判決は、被告人3名中松岡昌平を有罪、松岡勝輔を無罪、松岡龜亮を有罪とするものだった。そこで、検察官は3名の判決すべてに控訴を申し立て、松岡昌平も控訴、松岡龜亮は検察官の控訴に付帯して控訴を申し立てた。ただ、原審第1回公判廷では、検察官が控訴趣意を陳述し、松岡昌平と松岡龜亮も不服の旨を陳述したが、その後、裁判長の更迭があり、第2回公判期日で弁論が更新されたにもかかわらず、検察官の控訴趣意を聴くことなく事実の審理が行われた。原判決は、3名とも有罪というものだったが、本文の判例は、この瑕疵を理由に挙げ、松岡勝輔に関する原審の取調手続を全部無効として原判決を破棄した。その結果、松岡勝輔の公訴事件は(上告裁判所から原裁判所への差し戻しという制度が当時存在しなかったため、原院・大阪控訴院でなく)広島控訴院へ移送ということになったが、松岡昌平と松岡龜亮は、原審第2回公判期日にその控訴趣意を陳述していたため、当該事案のような場合は当事者の一方が控訴趣意を陳述していれば足りるとして、この2名に関する審理手続は無効でないと言われた(=判旨第2点)。したがって、上告審判決で自判されたのは、この2名であり、本文にいう2名の被告人とは、松岡昌平と松岡龜亮のことである。なお、本文の判例で結論が出なかった被告人松岡勝輔は、その後、広島控訴院で重禁錮1年6月を言い渡され、大判明治42年10月19日刑録15輯1403頁で上告棄却を言い渡されることになる。

軽、過剰防衛の減輕、併合罪の処理、酌量減輕が行われている。しかし、同条の法定刑には選択刑が含まれているにもかかわらず、被告人のどちらに対しても刑種の選択に関する判断が示されていない。すなわち、刑種の選択に関する判断を示さずに刑の減輕を行うと述べているため、それがどのような刑になったか読み取ることができないわけである。そうすると、現行刑法の刑は、どのような刑かわからないということになるが、この判例は、それを旧刑法の刑と比較し、旧刑法の刑が軽いから旧刑法に従うとしている。この判例が行為時法と裁判時法の比較にあたり挙げた規定は、「刑法第六條刑法施行法第二條第三條第一、二項刑法第十條」であり、選択刑の取り扱いを定めている刑法施行法3条3項はそれに含まれていない<sup>(11)</sup>。

(11) 本文の判例は、まず旧刑法の法令適用を明らかにし、被告人松岡昌平の所為を故殺未遂罪にあたるとした。もともと故殺罪の法定刑は無期徒刑であったが、判例は、未遂としてそれを2等減輕するとともに(=重懲役)、過剰防衛としてそれを2等減輕した(=2年以上5年以下の重禁錮)。また、被告人松岡龜亮の所為も、それぞれ故殺未遂罪にあたるとした上で、それぞれ未遂として2等、過剰防衛として2等、宥恕減輕(=16歳以上20歳未満の者に認められていた刑の減輕・旧刑法81条)で1等、酌量減輕で2等減輕し、数罪併発の処理を行った(=6月以上1年3月以下の重禁錮)。本文の判例は、それに続けて現行刑法の法令適用を示し、行為時法と裁判時法の比較を行うわけであるが、その原文は次のとおりである。「刑法ニ於テハ被告昌平ノ所為ハ同第九十九條ニ該ル未遂罪ナルヲ以テ同第二百三條ヲ適用シ同第四十三條前段ニ依リ其刑ヲ減輕處斷ス可ク被告龜亮ノ所為ハ同第九十九條ノ未遂罪ナルヲ以テ同第二百三條ヲ適用シ同第四十三條前段ニ依リ其刑ヲ減輕シ更ニ同第三十六條第二項ニ照シ刑ノ減輕ヲ爲シ同第四十五條ヲ適用シ尙ホ所犯情狀原諒ス可キ廉アルヲ以テ同第六十六條ヲ適用シ以上ノ外更ニ其刑ヲ減輕シテ處斷ス可キ處本案ハ犯罪後刑ニ變更アリタル場合ニ相當スルヲ以テ刑法第六條刑法施行法第二條第三條第一、二項刑法第十條ヲ適用シ新舊刑法ヲ比照スルニ舊法ノ刑輕キヲ以テ舊刑法ニ從ヒ主文ノ刑ニ處シ尙ホ龜亮ハ刑ノ執行猶豫ヲ爲スニ足ル情狀アリト認ムルヲ以テ刑法第二十五條ニ依リ其執行ヲ猶豫ス可ク押収品中拳銃一挺及彈丸一箇(證第十六號)ハ舊刑法第四十三條第二號同第四十四條ニ依リ其他ノ押収品ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ公訴費用ハ同第二百一條ニ依リ各主文ノ如

あるいは、㊦大判明治42年2月19日刑録15輯120頁も、選択刑を比較すべき事案を取り扱った判例であるが、これはむしろ、偽計業務妨害罪の判例として知られている。偽計を用いて裁判所における競売を妨害したとされる事案で、偽計業務妨害罪を認めた判例ということである。当該事案では、債権者である銀行の申請に基づいて債務者が所有する不動産の競売が行われた。この競売は、大阪区裁判所において競り売りの方法で行われたが、被告人兩名は、比較的低廉な価額で競落すべく、共謀の上、複数の競買人に金銭の贈与を約束し、その競買申し込みを中止させることで、これを妨害した。当該事案は現行刑法施行前のものであったことから、現行刑法6条を適用してその軽いものによる必要があった。そして、旧刑法には、糶売妨害罪の処罰規定<sup>(12)</sup>があった。しかし、当時の現行刑法には、強制執行関係売却妨害罪の処罰規定<sup>(13)</sup>がなかつ

---

ク處分ス可キモノトス」(＝宣告刑は、松岡昌平が重禁錮3年、松岡龜亮が重禁錮1年・執行猶予3年であった)。これをみると、本文の判例が刑種の選択に関する判断を何も示さないまま現行刑法43条本文により刑を減輕すると述べていること(併合罪の処理も同45条を適用するというだけで同46条2項と同47条本文のいずれを適用したのか不明であること)、同6条に基づく刑の比較を行うところで刑法施行法3条1項と同2項を挙げているにもかかわらず同3項を挙げていないことがわかる。

- (12) 「糶売」の読みは「ちょうばい」であるが、これは競り売りのことである。旧刑法268条によると、「偽計又ハ威力ヲ以テ糶賣又ハ入札ヲ妨害シタル者ハ十五日以上三月以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」ということになっていた。
- (13) 昭和16年法律第61号による改正で盛り込まれた現行刑法96条の3第1項と同2項は、次のような規定であった。前者が「偽計若クハ威力ヲ用ヒ公ノ競賣又ハ入札ノ公正ヲ害スヘキ行爲ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千圓以下ノ罰金ニ處ス」。後者が「公正ナル價格ヲ害シ又ハ不正ノ利益ヲ得ル目的ヲ以テ談合シタル者亦同シ」。同1項の罪は競売入札妨害罪、同2項の罪は談合罪と呼ばれたが、同2項も同1項を受けて規定されていて、「公ノ競賣又ハ入札」における談合を処罰するものであった(＝当初政府が提出した原案では同1項と同2項が1つの規定だったが、談合罪を目的犯として処罰範囲を限定するため、2つに分けられた)。平成23年法律第74号による改正で、これらのうち強制執行関係売却妨害罪を現行刑法96条の4、

た。このため、原判決は、旧刑法廃止後の犯罪として、警察犯処罰令(明治41年内務省令第16号。以下、単に「警察犯処罰令」という)2条4号<sup>(14)</sup>の罪を認めたが、判例は、偽計業務妨害罪が成立するという判断を示し<sup>(15)</sup>、原判決の法令適用に誤りがあるとして、これを破棄した。

旧刑法で糶売妨害罪を処罰していたのは同268条であった。そして、その法定刑は15日以上3月以下の重禁錮に2円以上20円以下の罰金を付加するというものであった。この罰金が付加刑であること、刑の比較で考慮されないことは、前記㉠判例の事案と変わらない<sup>(16)</sup>。他方、現行刑法で偽計業務妨害罪を処罰しているのは同233条であり、その法定刑は

---

公契約関係競売等妨害罪を同96条の6第1項、談合罪を同2項とすることになったが(=いずれも法定刑は3年以下の懲役もしくは250万円以下の罰金またはこれを併科するというものになった)、同96条の4を競売開始決定前の行為も処罰できるように規定したため(談合もそれで捕捉可能として)強制執行関係売却については独立に談合罪の処罰規定を設けなかった。

- (14) 警察犯処罰令2条柱書を引用すると、「左ノ各號ノ一該當スル者ハ三十日以下ノ拘留又ハ二十圓以下ノ科料ニ處ス」というものであった。また、同4号は「入札ノ妨害ヲ爲シ又ハ共同入札ヲ強請シ若ハ落札人ニ對シ其ノ事業又ハ利益ノ分配若ハ金品ヲ強請シタル者」であった。
- (15) 被告人兩名の上告趣意書に対する判断参照。上告趣意は、さきほど前記注(12)で引用した旧刑法268条が糶売と入札を区別していることなどを理由に挙げ、競り売りに警察犯処罰令2条4号を適用することはできないと主張した。これは、旧刑法の廃止で、競り売りの妨害を処罰する規定が存在しなくなったという趣旨であったが、本文の判例は、現行刑法のもとでも偽計業務妨害罪が成立するという判断を示し、原判決が警察犯処罰令2条4号の罪を認めたのは法令適用の誤りだとした。このほか、被告人兩名弁護士高木益太郎の上告趣意書(三)に対しては、原判決が旧刑法268条と警察犯処罰令2条4号の刑を比較したことにも、不法があると述べている。上告趣意は、後者の処罰を行政罰とし、刑事罰である前者と性質が異なるから、両者を刑法の改正と同じように考えることはできないと主張した。これに対し、本文の判例も、後者が前者の刑を変更したわけではないとし、たとえば該事案で後者が適用されるときも、それを前者の刑と比較すべきではないとする。その上で、前記のように当該事案では警察犯処罰令2条4号が適用されないから、この意味でも両者を比較するのは法令適用の誤りだと説くわけである。

当時3年以下の懲役または千円以下の罰金であった。そうすると、その法定刑には、選別刑が含まれているということになるが、結論からいうと、判例は、ここでもそれをどのように取り扱ったか明らかにしなかった。判例が示した法令適用は次のようなものである。まず、被告人両名の所為は、旧刑法を適用すると同268条にあたる。また、それは、現行刑法を適用すると同233条にあたる。その上で、犯罪後の法律により刑の変更があったから、「刑法第六條刑法施行法第二條刑法第十條等」を適用して新旧法を比較すると、旧刑法の刑が軽いというのである<sup>(17)</sup>。しかし、これだけでは、現行刑法233条の法定刑をそのまま対照刑としたのか、有期懲役を選択してそれを対照刑にしたのか不明であるし、適用規定の「等」に何が含まれるかわからないから、刑法施行法3条3項を適用したか否かも判断できない。

さらに、㊦大判明治42年2月25日刑録15輯163頁は、旧刑法を適用すると同292条の謀殺罪、現行刑法を適用すると同199条の殺人罪が成立するという事案で、刑法施行法3条3項を理由に挙げ、原判決が旧刑法の刑を軽いとしたことを支持した判例である。もともと旧刑法では、同じく人を殺しても「豫メ謀テ」殺せば同292条の謀殺罪、「故意ヲ以テ」殺しただけなら同294条の故殺罪であり、謀殺罪の法定刑は死刑、故殺罪の法定刑は無期徒刑であった。他方、現行刑法では、「豫メ謀テ」殺しても「故意ヲ以テ」殺しても同199条の殺人罪であり、当時の法定刑は、死刑または無期もしくは3年以上の懲役であった。当該事案の原判決

(16) 付加刑の罰金に関しては、前記注(7)および前記注(8)参照。旧刑法268条に関しては、前記注(12)参照。

(17) 「原審ノ認メタル事實ニ依リ之ヲ法律ニ擬スルニ被告等ノ所為ハ舊刑法ニ在リテハ其第二百六十八條ニ該リ刑法ニ在リテハ其第二百三十三條ニ當ル處本案被告等ノ所為ハ犯罪後刑ニ變更アリタル場合ニ相當スルヲ以テ刑法第六條刑法施行法第二條刑法第十條等ヲ適用シ新舊法ヲ對照スルニ舊刑法ノ刑輕キヲ以テ該法ニ依リ處分スヘキ處本案ハ被告ノミノ上訴ニ係リ刑ヲ被告等ノ不利益ニ變更スルコト能ハサルヲ以テ刑事訴訟法第二百六十五條ノ旨趣ニ從ヒ被告等ヲ原判決主文ト同一ノ刑ニ處シ押收物ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ差出人ニ還付スヘキモノトス因テ主文ノ如ク判決ス」(＝宣告刑は、被告人兩名とも拘留20日であった)。

は、旧刑法292条において法定刑の死刑を酌量減輕し、現行刑法199条においては(法定刑に無期懲役や有期懲役が含まれていたとしても)死刑のみにつき比較すべきだと述べて、旧刑法292条の(酌量減輕した)刑を軽いとした。そこで、上告趣意は、現行刑法199条の法定刑に含まれていた死刑、無期懲役、有期懲役をすべて旧刑法の刑と比較すべきと主張した。しかし、前記の判例は、この上告趣意を退けて原判決を支持した。すなわち、刑法施行法3条3項によると、選択刑のときはそのなかの重い刑を標準とすることを要する。それ以外の刑は考慮すべきでないから、この標準に従って判断した原判決は正当だというのである<sup>(18)</sup>。

仮に上告趣意のような立場をとると、旧刑法292条の死刑を酌量減輕で2等減輕した有期徒刑と、現行刑法199条の死刑、無期懲役、3年以上の懲役をすべて比較するということになる。それでどのように輕重を定めるのかは明らかでないが、当時の現行刑法12条1項は、有期懲役の長期を15年と定めていたから、3年以上の懲役というのは3年以上15年以下の懲役ということである。そして、旧刑法の有期徒刑は、刑期が12年以上15年以下だったから、有期徒刑、死刑、無期懲役、3年以上の懲

(18) 本文の判例は、上告趣意の主張が1点だけ、判旨も4行でそれに答えて終わりという短いもので、事案も原判決も詳細は不明であるが、判例の原文は次のとおりである。「辯護人松田源治上告趣意書、原判決ハ本件事實ハ舊刑法第二百九十二條ノ死刑ヨリ同法第八十九條第九十條ニ依リ本刑ニ二等ヲ減シテ處斷ス可キモノニ該當シ刑法ニ在テハ第九十九條ニ該當シ重キ刑ノミニ付對照スルトキハ舊法輕キヲ以テ舊法ニヨリ處斷スヘキモノナリト説示スレトモ刑法第九十九條ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スル規定ナルニヨリ必ス重キ刑ノミニ付對照スルノ必要ナク第九十九條ノ總テノ刑ト舊刑法ノ刑トヲ比較シ輕重ヲ定ムヘキモノナリト信ス然ルニ單ニ刑法第九十九條ノ死刑以外ノ刑ヲ選擇刑ト看做シ對照スヘキモノニ非スト判示シ舊刑法ノ規定スル刑ヲ以テ輕キト斷定セシハ擬律ノ錯誤アル不法ノ判決ナリト云フニ在リ○然レトモ刑法施行法第二條第三條第三項ニ依レハ新舊二法ノ輕重ヲ比較スルニ當リ二箇以上ノ主刑中其一箇ヲ科スヘキ場合ニ於テハ其中最モ重キ刑ヲ標準トスルヲ要シ其他ノ輕キ刑ハ之ヲ計算外ニ置カサルヘカラサルモノナレハ此標準ニ從ヒ裁判ヲ爲シタル原判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ理由ナシ」。

役を4つ並べて刑法施行法2条と刑法10条で比較すると、3年以上の懲役が最も軽い<sup>(19)</sup>。したがって、当該事案の刑もそれによるべきだということかもしれない。これに対し、前記の判例は、旧刑法の有期徒刑と現行刑法の死刑のみを比較すべきとする判断を明らかにした。しかし、現行刑法の選択刑が、刑の加重減輕や併合罪の処理まで視野に入れるとどのようになるかという点を、その判旨から読み取ることにはできない。

また、④大判明治42年3月23日刑録15輯287頁は、刑法施行法19条1項本文で旧刑法の刑が現行刑法の刑に変更される前後の特別刑法の刑を比較した判例である。しかし、その内容を理解するためには、(かなり複雑であるが)刑法施行法19条1項の定めるところを最初にいくつか押さえておかなければならない。

まず、現在もそうであるが、もともと特別刑法は、狭義の刑法を前提にしている。それゆえ、その法定刑には狭義の刑法が主刑と定める主刑が含まれている。現行刑法であれば、同9条が定める主刑が特別刑法の法定刑に含まれているということである。そして、これは、現行刑法施行後の特別刑法であれば、現行刑法の主刑であるが、旧刑法時代の特別刑法であれば、当然旧刑法の主刑になるから、現行刑法が施行され、旧刑法が廃止されると、そのような旧刑法の主刑を法定刑にしている特別刑法の取り扱いが問題になる。これは、たとえば、特別刑法の法定刑が軽懲役や重禁錮だったら、現行刑法施行後はその刑をどうするかということであるが、刑法施行法19条1項本文は、その刑を前述した同2条の対応関係(=前記表1の対応関係)に従って現行刑法の刑に変更すると定めている。そうすると、現行刑法施行後に実行された特別刑法の犯罪は、その処罰規定が旧刑法の刑に処すると定めていても、それを現行刑法の刑に読み替えて処断刑を考えなければならない。仮に特別刑法の法定刑が軽懲役だったらそれを(6年以上8年以下の)有期徒刑に読み替えて処断刑を考える。重禁錮でも(その処罰規定が定める刑期の<sup>(20)</sup>)有期徒刑に読み替えて処断刑を考えるということである。

---

(19) 当時の現行刑法12条1項に関しては、前記注(4)参照。有期徒刑の刑期に関しては、旧刑法17条2項参照。

ただ、これは、現行刑法施行後に実行された犯罪の話である。現行刑法施行後に実行された特別刑法の犯罪であれば、このように現行刑法の刑に読み替えて処断刑を考えるだけであるが、現行刑法施行前に実行された特別刑法の犯罪は、処罰規定が旧刑法の刑に処すると定めていたら、その処罰規定をそのまま適用して処断刑を考える。しかも、それとともに、同じ処罰規定の刑を現行刑法の刑に読み替えて処断刑を考える。すなわち、これらを並行して行い、それぞれ処断刑を考えるということである。このとき旧刑法の刑は旧刑法の総則に従い、現行刑法の刑に読み替えられた刑は現行刑法の総則に従うから、両者の処断刑は刑名だけでなく刑の重さも異なるということが起こる。そこで、これらと比較し、軽重に差があれば現行刑法6条を適用してその軽いものによる<sup>(21)</sup>。そして、さらに複雑なのは、この比較で旧刑法の刑が軽いとされ

(20) 旧刑法22条2項は、重懲役の刑期を9年以上11年以下、軽懲役の刑期を6年以上8年以下としていた。これに対し、同24条2項は、重禁錮と軽禁錮の刑期を11日以上5年以下としていたが、それだけでなく、「仍ホ各本條ニ於テ其長短ヲ區別ス」とも定めていた。そのため、重禁錮や軽禁錮は、処罰規定ごとにその刑期が定められていたが、このような処罰規定ごとに異なる個別の刑期が、重懲役や軽懲役にはなかった。これは、重懲役であればどの処罰規定でも刑期は9年以上11年以下、軽懲役であればどの処罰規定でも刑期は6年以上8年以下ということだから、法定刑や処断刑では、通常その刑期を省略して、単に重懲役、軽懲役としか表記しない。いずれにしても、このような事情により、刑法施行法19条1項本文で軽懲役を読み替える場合は、自動的に6年以上8年以下の有期懲役ということになるが、重禁錮の場合は、そういうことにならない。刑期に違いがあるから、その処罰規定が定める刑期の有期懲役とする必要があるわけである。

(21) 大判明治42年2月8日刑録15輯75頁。「刑法施行法第十九條第一項ニ因テ他ノ法律ノ刑名ニ變更ヲ生シ隨ヒテ刑法ノ總則ヲ適用スルニ因テ自ラ其刑ニ變更ヲ來シ新舊二箇ノ刑ヲ生スルコトナシトセス此場合ニ於テハ刑法第六條ニ依リ右新舊ノ刑ヲ比照シ其輕キモノヲ適用シテ處斷セサルヘカラス然レトモ本件ハ前記ノ如ク刑法總則ノ適用上刑ニ何等ノ變更ヲ來シタルモノニ非サルカ故ニ刑法第六條ヲ適用スヘキ場合ニ非サルコト勿論ナリ而シテ此場合ニ於テハ犯罪ノ當時ノ法律タル舊刑法ノ總則ヲ適用シテ處斷ヲ爲スヘキノミ」(＝上告理由擴張書第3に対する判断)。

た事案の取り扱いである。というのも、旧刑法の刑が軽いとされた事案では、その刑に刑法施行法19条1項を適用し、現行刑法の刑に読み替えて刑を言い渡す必要があるからである<sup>(22)</sup>。現行刑法の刑が軽いとされた事案では、もちろんそのまま刑を言い渡すが、旧刑法の刑が軽いとされた事案でも、旧刑法の刑のまま刑を言い渡してはならない。旧刑法の刑が軽いとされた事案でも、このように、それを現行刑法の刑に読み替えてから刑を言い渡さなければならないというのが、判例の立場である<sup>(23)</sup>。

---

(22) これに対し、旧刑法の犯罪で旧刑法の刑が軽いと判断されれば、この読み替えは必要ない。本文のような(最後に旧刑法の刑を現行刑法の刑に読み替える)対応が必要になるのは、特別刑法の犯罪だけである。旧刑法の犯罪でこの読み替えが必要ない理由は、大判明治41年12月21日刑録14輯1150頁(=判旨第1点)によると、刑法施行法に刑の読み替えを求める規定が存在しないからである(「刑法施行法ニハ舊刑法ノ刑ヲ新刑法ノ刑ニ變更スル旨ノ規定ナキヲ以テ)。刑法施行法19条1項は、特別刑法の犯罪でしか刑の読み替えを求めておらず、旧刑法の犯罪ではそのような規定が存在しない。それゆえ、旧刑法の犯罪で旧刑法の刑が軽いと判断されれば、その刑を現行刑法の刑に読み替えることなくそのまま刑を言い渡すわけある。大判明治42年5月13日刑録15輯593頁(=判旨第6点)も参照。

(23) この立場を明らかにしたそれより早い判例を確認することはできなかったが、少なくとも本文の④大判明治42年3月23日(=判旨第10点)がこの立場であるのは間違いない。後記注⑦参照。なお、本文の判例以降も、たとえば、大判明治42年3月29日刑録15輯341頁は、特別刑法の犯罪で旧刑法の刑を言い渡しているが、この点は、その後、現行刑法の施行で失効した法律と現行刑法施行後も効力を有する法律を区別して考えるようになった。刑法施行法1条(1項)は、刑法施行法の適用を受ける特別刑法を、現行刑法施行前に公布された法律、勅令、布告であって「法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノ」とする。これによると、現行刑法の施行で失効した法律には、刑法施行法19条1項の作用が及ばないから、そのような法律を適用する場合は、旧刑法の刑でもそのまま言い渡すべきだが、現行刑法施行後も効力を有する法律には、刑法施行法19条1項の作用が及ぶから、そのような法律を適用する場合は、旧刑法の刑を現行刑法の刑に変更して刑を言い渡すべきだというわけである。大判明治42年10月5日刑録15輯1203頁(=被告人西尾哲夫の上告趣意書第2点に対する判断)参照(もっとも、前記の大判明治42年3月29日が適用した特別刑法は、現行刑法施行後も効力を有する法

その上で、さきほど挙げた④大判明治42年3月23日であるが、この判例で問題になったのは、衆議院議員選挙法(明治33年法律第73号。以下、単に「衆議院議員選挙法」という)87条1項1号の罪と同2号の罪であった<sup>(24)</sup>。その法定刑は、いずれも1月以上1年以下の軽禁錮または10円以上100円以下の罰金であり、軽禁錮はもちろん、罰金も、ここでいう罰金は旧刑法の刑である。原判決は、当初、被告人全員に対しこの法定刑から軽禁錮を選択すると述べたが、別のところでは、被告人の一部を罰金に処すると述べた。そのため、上告趣意は、原判決に理由齟齬があると主張した<sup>(25)</sup>。しかし、判例はこれを退け、この点に関しては原判決を支持し

律だったから、これをその区別で説明することはできない。

- (24) 衆議院議員選挙法87条1項柱書を引用すると、「選挙ノ前後ヲ問ハス左ノ各號ニ該當スル所爲アル者ハ一月以上一年以下ノ軽禁錮ニ處シ又ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス」というものであった。さらに、同1号は「選挙ニ關シ直接又ハ間接ニ金錢、物品、手形其ノ他ノ利益若ハ公私ノ職務ヲ選舉人又ハ選舉運動者ニ供與シ又ハ供與セムコトヲ申込ミタル者又ハ供與若ハ申込ヲ承諾セムコトヲ周旋勧誘シタル者並供與ヲ受ケ若ハ申込ヲ承諾シタル者」、同2号は「選挙ニ關シ酒食、遊覽等其ノ方法及名義ノ何タルヲ問ハス人ヲ饗應接待シ又ハ饗應接待ヲ受ケタル者又ハ選舉會場、開票所若ハ投票所ニ往復スル爲船車馬ノ類ヲ供給シ及其ノ供給ヲ受ケタル者又ハ旅費若ハ休泊料ノ類ヲ代辨シ及其ノ代辨ヲ受ケタル者並此等ノ約束ヲ爲シ又ハ約束ヲ受ケタル者」であった。
- (25) 「同第五點原判決ハ法律適用ノ部ニ於テ『舊法ニ於テハ云云第三乃至第十六ニ於ケル各關係被告等ノ所爲ハ共ニ同法第八十七條第一項第一號ニ該ルヲ以テ孰レモ重キ軽禁錮ノ刑ヲ選擇シ云云各前示舊法ニ於ケル各法條ヲ適用シテ多内、稔、秀久、庄五郎ヲ各軽禁錮ニ其他ノ被告等ヲ各罰金ニ處シ云云』ト判示シ前段ニ於テハ被告各自ニ對シ軽禁錮ヲ選擇スルコトヲ説明シナカラ後段ニ至リ一部ハ軽禁錮ニ處シ一部ハ罰金ニ處シタル原判決ハ理由齟齬ノ不法アルモノト信ス」(＝各被告人弁護人花井卓藏、同高木益太郎、被告人岡村多内弁護人渡邊澄也の上告趣意書第5点)。当該事案の上告審で名前が挙がっている被告人は、岡村多内、勝見秀久、白子庄五郎、横山政之進、馬場友次郎、(姓不詳)稔、藤野勝吉の7名である。したがって、ここで引用した上告趣意によると、横山政之進、馬場友次郎、藤野勝吉の3名は、「前段」で軽禁錮を選択すると説明されたにもかかわらず、「後段」では罰金に処せられたということになる。なお、旧刑法でも軽禁錮を加重

た。判旨によると、原判決が前半で軽禁錮を選択すると述べたのは、刑の変更前後を比較するためそのようにするというに過ぎない。そして、それにより変更前の刑を適用することになったため、改めて変更前の法定刑から刑種の選択を行い、罰金を科することにした。後半で被告人の一部を罰金に処すると述べたのはその趣旨だというのである<sup>(26)</sup>。

しかし、このように変更前の刑が軽いというのは、旧刑法の刑に旧刑法の総則を適用して導かれた処断刑が軽いということである。したがって、刑を言い渡すには、これに刑法施行法19条1項本文を適用し、現行刑法の刑に変更しなければならない。さきほど説明したように、判例は、変更前の刑が軽くても、旧刑法の刑をそのまま言い渡すべきでないという立場をとるから、ここでは刑法施行法19条1項本文でその刑を読み替えた現行刑法の刑を言い渡す必要がある。それにもかかわらず当該事案では、原判決がこれを怠ったため、この判例は結局原判決を破棄し<sup>(27)</sup>、自判して被告人に現行刑法の刑を言い渡した<sup>(28)</sup>。そして、その際

---

減輕して罰金になるということはありません。

(26) 「判文二明記シタル如ク本案ハ刑法施行法第二條同第三條刑法第六條同第十條等ヲ適用シ新舊法ノ對照ヲ爲シタルモノナルカ故ニ先ツ之レカ對照上ノ必要ヨリシテ刑ノ變更前ノ刑ノ適用ニ於テハ各被告ニ對シ重キ輕禁錮ノ刑ヲ選擇スル旨説明シ其對照ヲ終リ輕キ刑ヲ定メタル上實際被告等ヲ處分スルニ當リ各被告等ノ所爲ノ情狀ニ從ヒ各自適當ト認メタル刑ヲ科シタルモノナレハ原判決ニハ其理由ニ於テ更ニ矛盾シタル所アルコトナシ」(＝各被告人弁護士花井卓藏、同高木益太郎、被告人岡村多内弁護士渡邊澄也の上告趣意書第5点に対する判断)。

(27) 「仍テ按スルニ刑法施行法第十九條ニハ所掲ノ如キ規定アリテ衆議院議員選舉法中罰則ノ刑名ハ刑法ノ刑名ニ變更セラレタルモノナルカ故ニ原審ニ於テ被告等ヲ處分スルニ當リテハ須ラク右變更セラレタル刑名ニ依リ之レカ宣告刑ヲ定ムヘキ筋合ナルニ事茲ニ出テス舊刑名ヲ其儘宣告シ被告等ヲ輕禁錮ニ處シタルハ不當ニシテ本論旨ハ理由アリ原判決ハ此點ニ於テ亦破毀ヲ免レサルモノトス」(＝判旨第10点)。ただし、本文の判例が原判決を破棄した理由はこれだけでない。たとえば、数名の被告人が金員を共同して收受し費消した場合にはその金額を平等に分割して追徴すれば足りるところ全員に全額の追徴を命じたことも法令適用の誤りだから、原判決は破棄を免れないとされている(＝判旨第1点)。

に示された法令適用は、この判例が判旨のなかで支持したはずの部分も前記の原判決と異なるものであった。

前記のように、原判決は、変更前後の刑を比較するため変更前の法定刑からいったん軽禁錮を選択し、それでその変更前が軽いとなったら、改めてその変更前の法定刑から罰金を選択するというものを行っていた。この判例は、その部分に関する限り原判決の法令適用を支持したわけであるが、しかし、この判例自身は、変更前の法定刑から直ちに罰金を選択し、旧刑法の総則を適用して処断刑を考えている<sup>(29)</sup>。他方で、変

(28) 正確にいうと、被告人7名中5名に刑を言い渡した。すなわち、岡村多内に禁錮3月、勝見秀久に禁錮1月15日・追徴金277円50銭、白子庄五郎に禁錮1月・追徴金277円50銭、横山政之進に罰金30円・追徴金72円50銭、馬場友次郎に罰金50円・追徴金200円というものであり、軽禁錮が有期禁錮に変更されているのはもちろんであるが、罰金も、ここでいう罰金は現行刑法の罰金に読み替えられた罰金と考えられる。なお、刑の言い渡しが多かった2名であるが、(姓不詳)稔の事件は、原判決で認定された事実の一部に証拠がないとして(=各被告人弁護士花井卓藏、同高木益太郎、被告人岡村多内弁護士渡邊澄也の上告趣意書第1点と各被告人弁護士高木益太郎および同花井卓藏の第1追加上告趣意書第3点に対する判断)、藤野勝吉の事件は、原判決に公訴事実の判断遺脱があるとして(=各被告人弁護士高木益太郎および同花井卓藏の上告趣意書第4点に対する判断)、いずれも名古屋控訴院に移送された。

(29) 「以上説明ノ理由ナルヲ以テ刑事訴訟法第二百八十六條同第二百八十七條ヲ適用シ被告稔竝ニ勝吉ニ關スル部分ハ他ニ移送シテ審判セシメ其他ノ被告ニ對シテハ於當院直ニ判決スヘキモノトス(原文改行)原審ノ確定シタル事實ニ依リ之ヲ法律ニ擬スルニ被告多内、秀久、庄五郎及政之進ノ第一第二ノ所爲ハ共ニ衆議院議員選舉法第八十七條第一項第二號ニ被告多内、秀久、庄五郎及政之進ノ第三第四被告多内、秀久、友次郎及庄五郎ノ第五被告多内、秀久、庄五郎及友次郎ノ第六被告多内ノ第七被告秀久ノ第九第十第十一第十二第十三第十四被告庄五郎ノ第十五ノ各所爲ハ共ニ同法第八十七條第一項第一號ニ該リ被告多内、秀久及庄五郎ヲ各輕禁錮ニ被告政之進及友次郎ヲ各罰金ニ處スヘキ處何レモ數罪ノ俱發ニ係ルヲ以テ舊刑法第百條ニ照シ被告多内、秀久、庄五郎及政之進ハ共ニ第四ノ所爲ニ依リ被告友次郎ハ第五ノ所爲ニ依リ各處分スヘキモノトス」。さきほど前記注(26)で引用した判旨(=各被告人弁護士花井卓藏、同高木益太郎、被告人岡村多内弁護

更後の法定刑(からは、明言していないが有期禁錮を選択し、それ)に現行刑法47条を適用して併合罪の加重を行っている<sup>(30)</sup>。その上で、それらの刑を比較すると変更前が軽いとして変更前の刑(に刑法施行法19条1項本文を適用し、それを現行刑法の刑に変更した刑)を言い渡したというのが、この判例の法令適用である<sup>(31)</sup>。

---

人渡邊澄也の上告趣意書第5点に対する判断)は、刑の比較のため全員に軽禁錮を選択し、変更前後のいずれが軽いものか判断した上で、その軽いものによる量刑のため改めて罰金を選択するという原判決の法令適用を支持しているが、判例の法令適用は、このように、横山政之進と馬場友次郎の2名を最初から罰金に処するという内容となっている。

(30) 本文の判例は、前記注(29)の引用に続けて次のように述べている。「然ルニ右犯罪後刑法ノ施行アリタル爲メ刑法施行法第二條同第十九條第一項前段ノ規定ニ基キ其刑名ヲ刑法ノ刑名ニ變更シ尙刑法第八條ヲ適用スヘキ結果之ヲ刑法ニ照スニ被告多内、秀久、庄五郎及政之進ノ第一第二ノ所爲ハ共ニ衆議院議員選舉法第八十七條第一項第二號ニ被告多内、秀久、庄五郎及政之進ノ第三第四被告多内、秀久、友次郎及庄五郎ノ第五被告多内、秀久、庄五郎及友次郎ノ第六被告多内ノ第七被告秀久ノ第九第十第十一第十二第十三第十四被告庄五郎ノ第十五ノ各所爲ハ共ニ同法第八十七條第一項第一號ニ該ル處併合罪ニ係ルヲ以テ刑法第四十五條第四十七條ヲ適用シ多内、秀久、庄五郎及政之進ハ各第四ノ所爲友次郎ハ第五ノ所爲ヲ重シトシ各其刑ノ長期ヲ定メ之ニ其半數ヲ加ヘ各處分スヘキモノトス」(なお、原文では、刑法施行法19条1項が「同第十九條一項」となっていたが、前記の引用では、「同第十九條第一項」に改めた)。後半の併合罪として現行刑法45条と同47条を適用する部分が違うわけであるが、前半の衆議院議員選挙法87条1項2号と同1号を適用する部分は、さきほど前記注(29)で引用した現行刑法施行前の法令適用と変わらない。そして、この変わらない部分の次をみると、刑法施行法19条1項本文で有期禁錮または罰金と読み替えられた法定刑から有期禁錮を選択するという説明はないが、結局、現行刑法47条を適用している。そのため、ここでは5名全員に有期禁錮を選択して同条本文を適用したと考えられるわけである。

(31) 前記注(30)の引用に続く部分は、次のとおりである。「依テ刑法第六條ノ旨趣ニ則リ刑法施行法第二條第三條ヲ適用シ其輕重ヲ較スルニ舊刑法ノ總則ヲ適用シテ定メタル前掲ノ刑輕キヲ以テ之ニ從ヒ更ニ衆議院議員選舉法第八十七條第二項同第二百條ヲ適用シ第一審ニ於テ既ニ沒收セラレタルモノ

これらのうち、まず原判決の法令適用であるが、この判例で問題になった衆議院議員選挙法87条1項1号と同2号の法定刑には、いずれも選択刑が含まれている。そうすると、原判決が被告人全員に対していったん軽禁錮を選択したのは、刑法施行法3条3項を適用したことの現れだという理解も生じるかもしれない。しかし、旧刑法では、軽禁錮と罰金のあいだに軽重の関係がないから、軽禁錮または罰金という選択刑に刑法施行法3条3項を適用しても、軽禁錮について刑の比較を行うべきだという結論は出てこない。したがって、原判決が、被告人全員に対していったん軽禁錮を選択した理由はわからないとしかいいようがない。また、刑を比較するためにいったん刑種の選択を行い、そのあと改めて刑種の選択をやり直したのも、意味不明だというべきであろう。現にこの法令適用を支持し、矛盾はないと述べた判例自身が、そのような法令適用を行っていない。

一方、判例自身が明らかにした法令適用は、変更前の軽禁錮または罰金という選択刑から罰金を選択して旧刑法の総則を適用した処断刑<sup>(32)</sup>

---

ヲ除外押収ノ各物件ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ公訴裁判費用ハ同第二百一條第一項刑法施行法第六十七條ニ依リ各主文ノ如ク處分スヘキモノトス」。この法令適用には、変更前の刑が軽いからそれに従うと述べたあと、それに刑法施行法19条1項本文を適用し、現行刑法の刑に読み替えるという説明がないが、さきほど前記注28で述べたように、判決主文の宣告刑は、現行刑法の刑になっており、実際には、刑法施行法19条1項本文を適用した上で刑を言い渡したと考えられる。いずれにしても、さきほど前記注29で引用した部分といまここで引用した部分を通して読むと、判例の法令適用が、いったん軽禁錮を選択して刑を比較し、新旧どちらが軽いか判断してから、改めて罰金を選択するというものでないことは明白と思われる。なお、前記の引用では、衆議院議員選挙法87条2項と同102条も適用されているが、これらはそれぞれ次のような規定である。「前項ノ場合ニ於テ其ノ收受シタル物件ハ之ヲ沒收シ既ニ費用シタルモノハ其ノ價ヲ追徴ス」、「選挙ニ關スル犯罪ニ依リ刑ニ處セラレタル者ハ裁判所ノ宣告ヲ以テ刑期後仍二年以上八年以下選挙人及被選挙人タルコトヲ禁ス」。そして、当該事案では、この同102条により、刑を言い渡された被告人5名が全員、4年間選挙人および被選挙人になることを禁じられた。

と、変更後の有期禁錮または罰金という選択刑から有期禁錮を選択して現行刑法の総則を適用した処断刑を比較したというものである。これらのうち、変更後の有期禁錮または罰金は(現行刑法10条1項を適用すると)選択刑中の有期禁錮が重いから、有期禁錮を選択したというのは、刑法施行法3条3項を適用したということかもしれない。ただ、この判例は、変更前後の刑を比較する際「刑法施行法第二條第三條」を適用するとしか述べていないので<sup>(33)</sup>、同3項を適用したか否かを確認することはできない。いずれにしても、前記のように、この判例は、刑種の選択に関する原判決の法令適用を支持しておきながら、自身はそれと異なる法令適用を行っている。したがって、判例の内部においても、その辺はまだ流動的だったとみるべきであろう。少なくともこのころまでは、判例も何か確固とした方針に基づいて選択刑を取り扱っていたわけではなく、裁判所ごとの異なる取り扱いがいずれも許容されていたということである。

### Ⅲ 大判明治42年4月16日と大判明治42年4月19日

㊦大判明治42年4月16日刑録15輯452頁は、営業用のすき焼き鍋と徳利に放尿した行為者を器物損壊罪で処罰した判例としてよく知られている。しかし、実際の事案は、この器物損壊罪と強制わいせつ致傷罪(=令和5年法律第66号による改正後の不同意わいせつ致傷罪)が狭義の併合罪になるというものであった<sup>(34)</sup>。

当該事案では、行為後に現行刑法が施行されたため、同6条が求める行為時法と裁判時法の比較を行わなければならなかった。そして、当該事案における被告人の所為は、旧刑法を適用すると、同421条の器物毀棄罪、同346条後段の猥褻罪、同301条3項の殴打創傷罪にあたるが、こ

---

(32) 正確にいうと、被告人5名中岡村多内、勝見秀久、白子庄五郎に対しては、軽禁錮を選択したが、横山政之進と馬場友次郎に対しては、罰金を選択した。前記注(29)参照。それゆえ、本文で「判例自身が明らかにした法令適用」と述べているのは、この罰金を選択した2名に対するものを念頭においているとお考えいただきたい。

(33) 前記注(31)で引用した判例の法令適用参照。

のうち猥褻罪と殴打創傷罪は同351条により重きに従って処断され<sup>(35)</sup>、それが器物毀棄罪と数罪併発になるという<sup>(36)</sup>。これらの法定刑は器物毀棄罪が11日以上6月以下の重禁錮または3円以上30円以下の罰金、猥褻罪が1月以上1年以下の重禁錮に2円以上20円以下の罰金を付加するというものであり、殴打創傷罪が11日以上1月以下の重禁錮であった。それゆえ、器物毀棄罪の法定刑には選択刑が含まれているが、判例はこれを重禁錮に処すべきだという。また、猥褻罪の法定刑には罰金も含まれているが、これは付加刑だから<sup>(37)</sup>、刑の軽重を判断する上では無視してよい。ただ、旧刑法では、重禁錮同士でも刑期の違いで軽重を定めるこ

- 34) 当該事案の被告人は、4つの所為で起訴され、原判決は、4つとも犯罪の成立を肯定した。その4つは、当時の現行刑法を適用すると、第1が器物損壊罪、第2が強制わいせつ致傷罪、第3と第4が強姦罪(=令和5年法律第66号による改正後の不同意性交等罪。現行刑法施行当時は親告罪であった)にあたるものだったが、第3と第4は、旧刑法を適用しても強姦罪にあたり、強姦罪は(旧刑法でも)親告罪であった。原判決は(明治42年2月6日に言い渡されたというから、おそらく旧刑法の刑と現行刑法の刑を比較した上で)旧刑法を適用したが、原判決が言い渡されたあとになって、第3と第4の被害者(=両事件とも同じ被害者)が告訴を取り下げた。このため、本文の判例が、原判決を破棄したわけである(=上告趣意書第12点に対する判断の次に示された判断。上告趣意書第4点、同第5点、同第7点が強姦罪をめぐる主張だったことから、強姦罪の被害者が告訴を取り下げたとして原判決を破棄し、前記の3点に対する判断には及ばなかった)。
- 35) 旧刑法351条を引用すると、「前數條ニ記載シタル罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ殴打創傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス但強姦ニ因テ癡篤疾ニ致シタル者ハ有期徒刑ニ處シ死ニ致シタル者ハ無期徒刑ニ處ス」というものであった。
- 36) ここでいう数罪併発は、現行刑法45条前段の併合罪同様、確定裁判を経ない2個以上の罪と考えて差し支えないが、この数罪併発に適用されるのは、旧刑法100条1項であり、これによると、数罪の刑を比較し「一ノ重キニ從テ處斷」するということになる。
- 37) 前記注(7)参照。旧刑法346条でも、法定刑中の罰金は重禁錮に「附加」する刑と明記されている。「十二歳ニ滿サル男女ニ對シ猥褻ノ所行ヲ爲シ又ハ十二歳以上ノ男女ニ對シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ爲シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」。

とができないから(同100条3項により)犯情で軽重を定めなければならない<sup>(38)</sup>。判例の説明によると、当該事案の場合、同351条が適用される猥褻罪と殴打創傷罪では猥褻罪が重く、それと器物毀棄罪でも猥褻罪が重いとのことであるから、そうすると、その処断刑は、結局、猥褻罪の刑になる。すなわち、1月以上1年以下の重禁錮に2円以上20円以下の罰金を付加したものである<sup>(39)</sup>。

一方、当該事案における被告人の所為に当時の現行刑法を適用すると、同261条の器物損壊罪と同176条前段および同181条の強制わいせつ致傷罪にあたるが、当時の法定刑は、前者が3年以下の懲役または500

---

(38) 旧刑法8条は、軽罪の主刑を重禁錮、軽禁錮、罰金と定めていたが、同100条3項は、その軽重を「其所犯情状」に従って判断するとしか定めていなかった。重禁錮や軽禁錮には、現行刑法10条2項のような刑期を比較して軽重を定める規定がないため、重禁錮同士でも、「其所犯情状」に従って軽重を定める以外ないわけである。

(39) 「原審ノ認メタル事實ニ依リ之ヲ法律ニ照スニ舊刑法ノ下ニ在リテハ第一ノ所爲ハ同法第四百二十一條ニ該リ重禁錮ノ刑ニ處ス可ク第二ノ所爲中猥褻ノ所爲ハ同法第三百四十六條後段ニ成傷ノ所爲ハ同法第三百一一條第三項ニ該當スル處猥褻ノ罪ヲ犯スニ因リ創傷ヲ致シタルモノナルヲ以テ同法第三百五十一條ニ依リ重キ猥褻罪ニ從ヒ數罪俱發ナルヲ以テ同法第百條ニ依リ第二ノ所爲ヲ重トシ餘罪ノ重キモノニ係ルヲ以テ同法第百二條第一項ニ依リ前發刑拘留六日ヲ通算ス可キモノトス」。本文の説明では省略したが、当該事案では、被告人が別罪で拘留6日を言い渡され、その裁判がすでに確定していたため、旧刑法102条1項も適用された。同項本文によると、「一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス」。判例の事案で審理された猥褻罪は、裁判がすでに確定した別罪からみると、余罪ということになるが(=「一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ」)、当該事案では、この余罪の方が重いから、前記の規定を適用すると、この余罪についてさらに刑を言い渡し(=「其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ」)、その上で、すでに確定した別罪の刑(=「前發ノ刑」)をこの刑(=「後發ノ刑」)に通算するということになる。現行刑法51条は、すでに確定した別罪の刑との折り合いを刑の執行段階で考慮するようにしているが、旧刑法102条1項は、その折り合いを、このように判決のなかでつけてしまうわけである。

円以下の罰金もしくは科料であり、後者が無期または3年以上の懲役であった。したがって、強制わいせつ致傷罪の法定刑で、選択刑中重いのは無期懲役である。しかし、この判例は、ここで2罪とも有期懲役を選択し、同45条前段、同47条、同14条を適用した。当時は、有期懲役の長期が15年、加重するとしても20年が限度と定められていたから<sup>(40)</sup>、現行刑法を適用して得られる処断刑は、3年以上20年以下の懲役<sup>(41)</sup>ということになる<sup>(42)</sup>。そうすると、旧刑法の刑が軽いから、これに従うというのが、この判例の法令適用である<sup>(43)</sup>。

(40) 前記注(4)参照。

- (41) 当該事案の事実現行刑法を適用して成立するのは、器物損壊罪と強制わいせつ致傷罪がそれぞれ1つずつだから、同47条ただし書を適用して3年以上18年以下の懲役という気もしないではないが、このあと後記注(42)で引用する判例の法令適用をみると、同47条を適用し、同14条の制限内で強制わいせつ致傷罪の刑を加重すると述べているから、本文の判例は、同47条本文を適用したと考えられる。そのため、ここでは、同条本文と同14条を適用したことを前提にして、処断刑の長期を20年と説明した。もっとも、この刑と比較されることになる旧刑法の刑は、長期が1年に過ぎないから、現行刑法の刑は長期が20年でも18年でも、旧刑法の刑が軽いとす結論は変わらない。その意味でいえば、この点を深く考える必要はない。
- (42) 「又刑法ノ下ニ在リテハ第一ノ所爲ハ同法第二百六十一條ニ該リ第二ノ所爲ハ同法第七十六條前段同法第八十一條ニ當ルヲ以テ右各所爲ニ對シテハ何レモ有期懲役ノ刑ヲ選擇シ併合罪ニ付キ同法第四十五條前段同第四十七條ヲ適用シ同法第十四條ノ制限内ニ於テ最モ重キ第二ノ所爲ニ對スル刑ヲ加重シ尙ホ餘罪ノ關係ニ付刑法施行法第六條第一號刑法第四十五條後段同第五十條適用シ處斷ス可キモノトス」。本文の説明では省略したが、当該事案では、被告人が別罪で旧刑法の拘留6日を言い渡され、その裁判がすでに確定していたため、刑法施行法6条も適用された。同1号によると、別罪の確定裁判が旧刑法を適用して言い渡されたものでも、審理中の犯罪に現行刑法を適用する際は、併合罪の規定を適用しなければならない。しかも、現在の現行刑法45条後段は、別罪について「拘禁刑以上の刑に処する確定裁判」があったときにしか適用されないが、当時は、罰金以下の確定裁判でも適用されたから、別罪の刑が拘留6日でも同条後段の併合罪ということになる。その結果、同50条が適用され、裁判所は、審理中の犯罪についてさらに処断するということになるわけである。

この判例で注目すべきなのは、現行刑法の強制わいせつ致傷罪で有期懲役を選択したことであろう。この判例が行ったように、強制わいせつ致傷罪で有期懲役を選択すると、結果的に有期懲役を処断刑として、旧刑法のそれと比較することが必要になる。しかし、刑法施行法3条3項は、選択刑中の重い刑について比較するよう求めているわけだから、同項の要請に応えようと思ったら、ここではむしろ無期懲役を選択しなければならない。それにもかかわらず有期懲役を選択したわけだから、この判例は同項を適用しなかったと考えることができる。旧刑法の刑と現行刑法の刑を比較する段階でこの判例が挙げた規定は、「刑法施行法第三條第二項同第二條刑法第六條同法第十條等」であり<sup>(44)</sup>、少なくとも明示的には刑法施行法3条3項を適用したという説明になっていない。

そして、次が冒頭で本稿の中心的な検討対象と定めた<sup>(45)</sup>大判明治42年4月19日刑録15輯458頁である。もちろんこれも、現行刑法6条に基づく刑の比較を行った判例であるが、一言で説明すると、被告人小林助藏と被告人高平直次郎が共謀の上日本銀行兌換券を偽造したという事案<sup>(45)</sup>で、旧刑法と現行刑法の刑を比較した判例である。旧刑法のもとでも、兌換銀行券条例(明治17年太政官布告第18号。以下、単に「兌換銀行券条例」

---

(43) 「然ルニ本案ハ犯罪後刑ニ變更ヲ來シタル場合ニ相當スルヲ以テ刑法施行法第三條第二項同第二條刑法第六條同法第十條等ニ依リ新舊刑法ヲ比照スルニ舊刑法ノ刑輕キヲ以テ之ニ從ヒ尙ホ刑法施行法第五條ヲ適用シ被告ヲ主文ノ刑ニ處シ押收物件ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ公訴裁判費用ハ同第二百一條第一項ニ依リ各處分ス可キモノトス而シテ被告ニ對スル強姦罪ニ關シテハ刑事訴訟法第六條同第二百二十四條後段ヲ適用シ免訴ノ宣告ヲ爲ス可キモノトス因テ主文ノ如ク判決ス」。本文の説明では省略したが、引用にあるとおり、旧刑法の刑に従うと述べた上で、最後に刑法施行法5条を適用したというのが、この判例の正確な法令適用である。ここで刑法施行法5条を適用するというのは、旧刑法の刑によるとしても、付加刑の罰金を付加しないということである。前記注(8)参照。そして、結論としては、重禁錮10月に別罪の確定裁判で言い渡されていた拘留6日を通算するという判決になった。なお、強姦罪に関しては、前記注(34)参照(=被害者による告訴の取り下げで免訴となった)。

(44) 前記注(43)で引用した判例の法令適用参照。

という)12条が、旧刑法184条の行為客体を兌換銀行券に拡張していたため、兌換銀行券の偽造行使は、同条の銀行紙幣偽造行使罪相当となるが<sup>(46)</sup>、客体が内国銀行発行のものであれば、その法定刑は同182条1項の内国貨幣偽造行使罪と同じ無期徒刑となる<sup>(47)</sup>。しかし、被告人らは、内国銀行である日本銀行発行の兌換銀行券を偽造し、この偽造自体は既遂に達していたが、いまだ行使に至らなかったというから、同186条1項

(45) 本文の判例が引用する原判決の説明によると、「被告兩名ハ共謀ノ上行使ノ目的ヲ以テ云云被告助藏居宅ノ二階ニ於テ共ニ内國通用ノ日本銀行發行ニ係ル十圓兌換券二千餘枚ヲ偽造シタルモ未タ其行使ヲ爲ササリシモノナリ」という事案だとされる(=被告人小林助藏弁護士渡邊輝之助の申告趣意追加書1に対する判断)。

(46) もともと旧刑法182条1項は内国貨幣の偽造行使、同183条1項は外国貨幣の偽造行使を処罰していた。前者が「内國通用ノ金銀貨及ヒ紙幣ヲ偽造シテ行使シタル者ハ無期徒刑ニ處ス」、後者が「内國ニ於テ通用スル外國ノ金銀貨ヲ偽造シテ行使シタル者ハ有期徒刑ニ處ス」というものである。このうち前者にいう「金銀貨及ヒ紙幣」は内国政府発行の「金銀貨及ヒ紙幣」、後者にいう「外國ノ金銀貨」は外国政府発行の「金銀貨」を指していたが、同184条がその客体を銀行発行の紙幣に拡張していた。これも引用すると、「官許ヲ得テ發行スル銀行ノ紙幣ヲ偽造シ若クハ變造シテ行使シタル者ハ内外國ノ區別ニ從ヒ前二條ノ例ニ照シテ處斷ス」。しかもその上で、兌換銀行券条例12条が、それを兌換銀行券にも拡張していた。「兌換銀行券ノ偽造變造ニ係ル罪ハ刑法偽造紙幣ノ各本條ニ照シテ處斷ス」ということである。現行刑法148条1項は最初から「通用ノ貨幣、紙幣又ハ銀行券」を客体としていたため、兌換銀行券条例12条のような規定は必要なかったが、旧刑法184条は「銀行ノ紙幣」しか客体としていなかったため、兌換銀行券の偽造を処罰するには、兌換銀行券条例12条を適用しなければならなかった。

(47) さきほど前記注(46)で引用したように、旧刑法184条は、「内外國ノ區別ニ從ヒ」前2条の例に照らすと定めていた。前2条における「内外國ノ區別」は、貨幣発行主体の内外国だから、銀行発行の紙幣にそれをあてはめると、内国銀行発行の紙幣か外国銀行発行の紙幣かということになる。日本銀行は内国銀行であるから、日本銀行発行の紙幣を偽造行使したとなれば、それは、同182条1項の例に照らして処断する。兌換銀行券条例12条がその客体を兌換銀行券にも拡張していたから、日本銀行発行の兌換銀行券を偽造行使したとしても、それは同じというわけである。

前段が適用されて、1等減軽される<sup>(48)</sup>(=有期徒刑)。さらに、原判決は、被告人小林に対し重ねて酌量減軽を行い、その処断刑を(9年以上11年以下の<sup>(49)</sup>重懲役としたという<sup>(50)</sup>。旧刑法の酌量減軽は、1等または2等の減軽だったから<sup>(51)</sup>、結論が重懲役だとすると、この酌量減軽は1等の減軽だったということになる<sup>(52)</sup>。また、上告趣意によると、原判決は、

---

(48) 旧刑法186条1項を引用すると、「前數條ニ記載シタル貨幣ノ偽造變造已ニ成テ未タ行使セサル者ハ各本刑ニ照シ一等ヲ減シ其未タ成ラサル者ハ二等ヲ減ス」というものであった。

(49) 旧刑法で重懲役といえ、その刑期は例外なく9年以上11年以下である。前記注20および後記注52参照。

(50) 「同上告趣意擴張書ノ要旨第一ハ舊法ニ於テハ舊刑法第八十九條第九十條ヲ適用シテ減刑シ乍ラ新法ニ於テハ刑法第六十八條第三號ノ減刑例ヲ適用セサルハ不當ナリト云フニ在レトモ〇酌量減軽ハ法定刑ノ最短期ヲ科スルモ尙犯情ニ比シ重キニ失スル場合ニ當行スヘキモノナルヲ以テ舊法ニ照シ酌減シテ定メタル刑カ新法ニ定メタル刑ノ最短期ヲ下ラサル場合ニ在テハ酌量減軽ヲ爲スヘキモノニアラス而シテ本件新法ノ刑ハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニシテ最短期ハ原院カ舊法ニ照シテ定メタル九年ノ重懲役以内ニ在リ故ニ原院カ新法ノ適用ニ於テ酌量減軽ヲ爲ササリシハ相當ニシテ本論旨モ亦理由ナシ」(=被告人小林助藏の上告趣意擴張書要旨第1に対する判断)。この判旨によると、「原院カ舊法ニ照シテ定メタル」刑は「九年ノ重懲役」である。当該事案では、旧刑法186条1項前段の減軽を行っても(12年以上15年以下の)有期徒刑にしかないし、ほかに減軽事由があるわけでもないから、有期徒刑を減軽して重懲役にしたのだとすれば、それは酌量減軽以外考えられない。

(51) 旧刑法89条1項、同2項、同90条をそれぞれ引用すると、同89条1項が「重罪輕罪違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルヲ得」、同2項が「法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減輕ス可キ者ト雖モ其酌量ス可キ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルヲ得」、同90条が「酌量減輕ス可キ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」というものであった。

(52) 旧刑法では、重罪の主刑のうち、定役がある自由刑が無期徒刑、有期徒刑、重懲役、輕懲役であったが、それらの刑期は、無期徒刑が無期、有期徒刑が12年以上15年以下、重懲役が9年以上11年以下、輕懲役が6年以上8年以下というものであった。これは刑種ごとに固定されていて例外はない。これらの刑を加重減輕するときは、刑期を変えるのではなく、刑種を變

被告人高平に対しても酌量減輕で2等減輕したという。これによると、同被告人の処断刑は(6年以上8年以下の<sup>(53)</sup>)輕懲役ということになる<sup>(54)</sup>。

一方、被告人らの所為は、現行刑法を適用すると、同148条1項の通貨偽造罪にあたる。通貨偽造罪の法定刑は、当時、無期または3年以上の懲役であったが、上告趣意と判旨を総合すると、原判決は、この選択刑中3年以上の懲役を旧刑法の刑と比較したと考えられる<sup>(55)</sup>。当時は、

---

えるのである。たとえば、輕懲役を1等加重すれば重懲役、2等加重すれば有期徒刑、3等加重すれば無期徒刑になる。逆に、無期徒刑を1等減輕すれば有期徒刑、2等減輕すれば重懲役、3等減輕すれば輕懲役になる。刑期に関しては、同17条2項および同22条2項参照。刑の加重減輕に関しては、同67条参照。したがって、判例の事案でも、有期徒刑を1等減輕すれば重懲役、2等減輕すれば輕懲役になる。

- (53) 旧刑法で輕懲役といえ、その刑期は例外なく6年以上8年以下である。前記注(20)および前記注(52)参照。
- (54) このあと後記注(64)で引用する被告人高平直次郎弁護士高木益太郎の上告趣意書第1点は、被告人高平に関し、現行刑法の法令適用を正しく行えば旧刑法の刑が軽いはずだと主張する。もちろんその意図は、原判決が行った現行刑法の法令適用に問題があったと指摘することにあるが、この上告趣意は、その前提として、「舊刑法ニ在テハ兌換銀行券條例第十二條舊刑法第百八十四條第百八十二條第一項第百八十六條第一項前段ニ該リ之ニ二等ノ酌量減輕ヲ爲セハ其刑輕懲役ニ相當スヘク」と述べている。これは、その主張する正しい現行刑法の法令適用をこの内容と比較すれば旧刑法の刑が軽いということであるが、現行刑法の法令適用に問題があったことを指摘しようというのだから、その比較相手である旧刑法の法令適用は、原判決が実際に行った法令適用としか考えられない。そうすると、ここで挙げられているのは、原判決が行った旧刑法の法令適用ということになる。原判決も、被告人高平に対し酌量減輕を行い、輕懲役をその処断刑にしたと考えられるわけである。
- (55) 被告人高平に関しては、このあと後記注(64)で引用する被告人高平直次郎弁護士高木益太郎の上告趣意書第1点に対する判断参照。同被告人に関しては、判旨が「原院ハ三年以上ノ懲役ヲ以テ對照刑ト爲シタル結果刑法ノ刑ヲ輕シト爲シタ」と明言している。また、このあと後記注(57)で引用する被告人小林助藏の上告趣意弁明書第5に対する判断によると、被告人小林には、原判決が現行刑法を適用する際に再犯加重を行ったという。したがっ

有期懲役の長期が15年までと定められており、刑を加重するとしても20年までしか認められていなかった<sup>(56)</sup>。判旨によると、原判決は、被告人小林に再犯加重を行い<sup>(57)</sup>、酌量減軽を行わなかった<sup>(58)</sup>というから、現行

---

て、原判決は、同被告人に関しても、3年以上の懲役を旧刑法の刑と比較したと考えられる。被告人小林助藏の上告趣意書要旨第3(「相被告高平直次郎ヲ新法ニ依リ懲役二年六月ニ被告助藏ヲ舊法ニ依リ重懲役九年ニ處シタルハ不當ナリ」)によると、原判決が同被告人に言い渡したのは旧刑法の刑であり、これは、原判決が旧刑法と現行刑法を比較して旧刑法の刑を軽いと判断したということである。仮に原判決が刑の比較を行ってから刑の加重減軽を行ったと考えれば、刑の比較を行って旧刑法の刑による事案で、現行刑法の刑に再犯加重を行う余地はない。原判決が現行刑法の刑に再犯加重を行ったのだとすれば、それは、刑の比較を行う前だったと理解せざるを得ない。これらの点から、原判決は、同被告人に関しても、選択刑中3年以上の懲役を選択して再犯加重を行い、3年以上20年以下の懲役を旧刑法の重懲役と比較したと考えられるわけである。

(56) 前記注(4)参照。

(57) 「第五ハ假リニ本件印刷物ヲ偽造ナリトスルモ累犯又ハ再犯ヲ以テ論スヘキニアラス刑法第六條ニ依リ同第四十八條第六十八條第三號等ヲ適用シテ處斷スルヲ至當トスト云フニ在レトモ○原院ノ認定スル事實ニ依レハ被告ハ舊刑法ニ依リ刑法ノ懲役ニ相當スル刑ニ處セラレ刑法施行前更ニ刑法ノ有期懲役ニ相當スル刑ニ該ル罪ヲ犯シタルモノナルヲ以テ原院カ累犯ヲ以テ論シタルハ相當ニシテ本論旨モ亦理由ナシ」(＝被告人小林助藏の上告趣意弁明書第5に対する判断)。「其(ハ)ハ原判決ニハ新刑法適用ノ部ニ至テ『被告助藏ノ前科ニ付テハ刑法施行法第七條第一項第一號ノ場合ニ該當スルヲ以テ刑法第五十七條ヲ準用シ同法第十四條前段規定ノ範圍内ニ於テ處斷スヘク』トアレトモ」(＝被告人高平直次郎の上告趣意書第12(ハ))。刑法施行法7条1項は、行為時法が旧刑法の事案に現行刑法を適用する際、一定の要件が備わっていれば、現行刑法の再犯加重を行うという規定である。したがって、当該事案で被告人小林に刑法施行法7条1項が適用されたとすれば、同被告人に関しては、現行刑法適用の際に再犯として刑を加重されたと考えざるを得ない。

(58) 前記注(56)で引用した被告人小林助藏の上告趣意擴張書要旨第1に対する判断参照。上告趣意は、原判決が現行刑法で酌量減軽を行わなかったのを不当だと主張したが、判旨は、原判決が現行刑法で酌量減軽を行わなかったのを相当だとして、その主張を退けた。

刑法の刑を、3年以上20年以下の懲役としたということになる<sup>(59)</sup>。これを旧刑法の処断刑である(9年以上11年以下の)重懲役と比較して、旧刑法の刑を軽いとし、同被告人に重懲役9年を言い渡したわけである<sup>(60)</sup>。そして、判例によると、原判決は、被告人高平に、結論として現行刑法の刑を適用したという<sup>(61)</sup>。そうだとすると、同被告人に関しては、刑を比較する前に3年以上15年以下の懲役を酌量減輕し、現行刑法の刑を1年6月以上7年6月以下の懲役にしたと理解すべきだろう。もしも有期懲役の刑期が3年以上15年以下のままだったとすれば、(6年以上8年以下の)軽懲役より軽くならないから、現行刑法の刑を適用したとすれば、その刑を減輕して比較に用いたとしか考えられない<sup>(62)</sup>。被告人高平に関しては、このようにして現行刑法の刑を軽いとし、1年6月以上7年6月以下の範囲内で、懲役2年6月を言い渡した<sup>(63)</sup>。それが原判決の

(59) 前記注55参照。

(60) 被告人小林助藏の上告趣意書要旨第3(=「相被告高平直次郎ヲ新法ニ依リ懲役二年六月ニ被告助藏ヲ舊法ニ依リ重懲役九年ニ處シタルハ不當ナリ」)によると、原判決は、同被告人に重懲役9年を言い渡したと考えられる。

(61) このあと後記注68で引用する判例の法令適用は、被告人高平を(6年以上8年以下の)軽懲役に処すべきとするものであるが、当該事案では検察官の上告がないから不利益変更はできないとして、同被告人に懲役2年6月を言い渡している。したがって、原判決が同被告人に言い渡した刑は、懲役2年6月だったと考えられる。

(62) 被告人高平は、原判決が現行刑法で酌量減輕を行ったことについて、次のように主張している。「其(ニ)ハ被告ノ酌量減輕ニ付テモ刑法第六十六條第六十八條第三號ヲ適用スル外ニ刑法施行法第二條第三條刑法第十條ヲ適用セサレハ新舊法ヲ比較シテ刑ノ輕重ヲ定ムル能ハサルニ之ヲ遺脱シタルハ違法ナリト云フニ在リテ○何レモ其理由ナキコトハ(イ)ノ論旨ニ對シ説明スル所ノ如シ」(=被告人高平直次郎の上告趣意書第12(ニ)に対する判断)。この上告趣意からも、原判決が被告人高平の刑に現行刑法66条と同68条3号を適用したと考えることができる。なお、判旨がいう(イ)の論旨に対する説明であるが、これは、適用規定として「刑法施行法第二條第三條刑法第十條」と明記していなくても(原判決が)「該法條ノ規定ヲ適用シタルコトハ判文上自ラ明ナリ」と述べたところを指していると思われる。

(63) 前記注61参照。

法令適用だというわけである。

これに対し、前記の判例は、刑法施行法3条3項が選択刑中の重い刑について比較するよう求めているとし、原判決が3年以上の懲役を旧刑法の刑と比較したのは失当だとして<sup>(64)</sup>、これを破棄したが<sup>(65)</sup>、その上で

---

(64) 「被告直次郎辯護人高木益太郎上告趣意書第一點原審ハ被告ノ犯行ニ對シ新舊刑法ヲ比照シ刑法ノ刑ヲ以テ輕シト爲シ之ヲ適用處斷セラレタレトモ今之ヲ兩法所定ノ法條ニ照シ刑法施行法第二條第三條ニ則リ其輕重ヲ對査スルニ其主刑ハ舊刑法ニ在テハ兌換銀行券條例第十二條舊刑法第百八十四條第百八十二條第一項第百八十六條第一項前段ニ該リ之ニ二等ノ酌量減輕ヲ爲セハ其刑輕懲役ニ相當スヘク刑法ニ在テハ兌換銀行券條例第十二條刑法第百四十八條第一項ニ該リ之ニ同第六十六條第六十八條第二號ノ規定ヲ適施シ一箇ノ減輕ヲ爲セハ其刑七年以上十五年以下ノ懲役(刑法第六十八條第二號第十三條)ニ相當スヘキモノトス然ラハ則チ舊刑法ノ刑輕キコト明ナルニ拘ハラス原審カ新法ヲ適用處斷シタルハ違法ナリト云フニ在リ○因テ按スルニ刑法施行法第三條第三項ハ一罪ニ付二箇以上ノ主刑中其一箇ヲ科ス可キトキハ其中ニテ重キ刑ノミニ付對照ヲ爲ス可シタルヲ以テ刑法第百四十八條ノ刑ヲ舊刑法ノ刑ニ對照スルニハ二箇ノ主刑中一ノ重キ無期懲役ヲ以テ對照刑ト爲ササル可ラス然ルニ原院ハ三年以上ノ懲役ヲ以テ對照刑ト爲シタル結果刑法ノ刑ヲ輕シト爲シタルハ失當ナルヲ以テ本論旨ハ理由アリ」(=被告人高平直次郎弁護人高木益太郎の上告趣意書第1点に対する判断)。なお、引用のなかで上告趣意が現行刑法を適用する際にも兌換銀行券條例12条を適用しているのは、原判決も同様だったようであるが、このあと後記注(65)で紹介する判旨第37点は、それを法令適用の誤りとしている。また、この上告趣意が現行刑法の処断刑を7年以上15年以下の懲役と主張するところで同13条を挙げているのは、同12条1項の誤りと考えられる。これに関しては、前記注(4)および後記注(70)も参照。

(65) 本文の判例は、原判決が3年以上の懲役を対照刑としたことを失当としたが、本文の判例が原判決を破棄した理由は、それだけでない。1つ目は、銅版とガラス紙の没収に現行刑法19条1項3号を適用すべきところ同1号を適用したこと(=被告人高平直次郎の上告趣意書第12(チ)に対する判断)、2つ目は、偽造日本銀行兌換券の没収に同3号を適用すべきところ同1号を適用したこと(=被告人高平直次郎弁護人志賀和多利の上告趣意書第4点に対する判断・判旨第36点)、3つ目は、兌換銀行券の偽造に現行刑法を適用する際、同148条1項のみを適用すべきところ同項以外に兌換銀行券條例

自判し、次のような法令適用を明らかにした。まず、旧刑法の処断刑は原判決と同じである。すなわち、被告人兩名とも兌換銀行券条例12条、旧刑法184条、同182条1項の無期徒刑を同186条1項前段で1等減輕する(=有期徒刑)。さらに酌量減輕で被告人小林の刑を1等減輕、被告人高平の刑を2等減輕して、前者は(9年以上11年以下の)重懲役、後者は(6年以上8年以下の)輕懲役である<sup>(66)</sup>。一方、前記の判例は、被告人兩名の所為に現行刑法を適用すると、同148条1項の通貨偽造罪にあたるとする。しかし、この法令適用は、そこから沒收の説明に入り、それで終わっている。沒收の部分を除くと、現行刑法では同148条1項にあたるとしか述べていないわけである<sup>(67)</sup>。前記の判例は、それだけで新旧刑

---

12条も適用したこと(=被告人高平直次郎弁護士志賀和多利の上告趣意書第5点に対する判断・判旨第37点)であり、本文で説明した理由は、4つ目である。本文の記述は、判例がこの理由だけで原判決を破棄したように読めるかもしれないが、実際にはその結論が、ここに挙げた複数の理由によるものだったということである。

(66) 少々長いが、現行刑法の法令適用と比較するため、沒收や公訴裁判費用の説明も省略せず、すべて引用する。「右ノ理由ナルヲ以テ刑事訴訟法第二百八十六條同第二百八十七條ニ依リ原判決ヲ破毀シ本院ニ於テ直チニ判決ヲ爲スヘキモノトス仍テ原判決ニ認メタル事實ニ依リ之ヲ法律ニ照スニ本件ハ刑法施行前ノ犯罪ニ係ルヲ以テ刑法第六條刑法施行法第二條同第三條刑法第十條ニ依リ新舊法ヲ對照スルニ舊法ニ在テハ被告兩名ノ所為ハ兌換銀行券條例第十二條舊刑法第百八十四條第百八十二條第一項第百八十六條第一項前段ニ該當スルヲ以テ偽造行使罪ノ刑ヨリ一等ヲ減シ猶ホ所犯情狀原諒スヘキモノナルヲ以テ舊刑法第八十九條第九十條ニ則リ被告助藏ニ對シテハ一等ヲ減シ被告直次郎ニ對シテハ二等ヲ減シテ處斷シ差押物件中偽造日本銀行兌換券二千八十八枚彫刻シアル銅版五枚及彫刻シアル『ガラス』紙十三枚ハ何レモ法禁物ナルヲ以テ舊刑法第四十三條第一號及同第四十四條ニ依リ沒收シ定規六箇銅版使用ノ器具三箇錐四本及臺附凸鏡一箇ハ本件犯罪ノ用ニ供シタルモノニシテ被告助藏ノ所有ナルカ故ニ同法第四十三條第二號及第四十四條ニ依リ之ヲ沒收シ其他ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ各所有者ニ還付シ公訴裁判費用金十圓二十錢ハ刑法施行法第六十七條ニ依リ被告兩名ノ連帶負擔トスヘキモノトス」。

(67) さきほど前記注(66)で引用した旧刑法の法令適用に続くのが、次の部分で

法の比較に入り、旧刑法の刑が軽いという。旧刑法によると、被告人小林が(9年以上11年以下)重懲役、被告人高平が(6年以上8年以下)軽懲役、現行刑法によると、被告人兩名とも無期または3年以上の懲役に処すべきものだから、旧刑法の主刑と現行刑法の主刑中重い無期懲役を比較すると、被告人兩名とも旧刑法の刑が軽い。したがって、旧刑法により処断すべきだというのである<sup>(68)</sup>。

前記の判例は、現行刑法の法定刑に選択刑が含まれているという状況で、それをそのまま同6条の比較に用いたと考えることができる。新旧刑法の比較にあたり挙げられた根拠規定は「刑法第六條刑法施行法第二

---

ある。「新法ニ在テハ被告兩名ノ所爲ハ刑法第四百四十八條第一項ニ該當シ差押物件中偽造日本銀行兌換券二千八十八枚彫刻シアル銅版五枚及彫刻シアル『ガラス』紙十三枚ハ何レモ犯罪行爲ヨリ生シタル物件ニシテ犯人ニ屬スルヲ以テ刑法第十九條第一項第三號及同條末項ニ依リ定規六箇銅版使用ノ器具三箇錐四本及臺附凸鏡一箇ハ犯罪行爲ニ供シタル物ニシテ犯人ニ屬スルヲ以テ刑法第十九條第一項第二號及同條末項ニ依リ何レモ之ヲ沒收シ其他ハ刑事訴訟法第二百二條ニ依リ各所有者ニ還付シ公訴裁判費用金十圓二十錢ハ刑法施行法第六十七條ニ依リ被告兩名ニ連帶負擔セシムヘキモノトス」。これをみると、被告人兩名の所為に適用される処罰規定とその主刑について説明するはずの部分が、「被告兩名ノ所爲ハ刑法第四百四十八條第一項ニ該當シ」しがなく、そこから直ちに没収の説明へと入り、そのまま公訴裁判費用を連帶負担させて終わっているということがわかる。

- (68) さきほど前記注(67)で引用した現行刑法の法令適用に続くのが、次の部分である。「然レハ舊刑法ニ依レハ被告助藏ハ重懲役ニ被告直次郎ハ輕懲役ニ處スヘキモノニ該リ刑法ニ依レハ被告兩名共無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處スヘキモノナルヲ以テ舊刑法ノ主刑ト刑法ノ主刑中一ノ重キ無期懲役トヲ對照スルトキハ被告兩名共ニ舊刑法ノ刑輕キヲ以テ前掲舊刑法ノ各法條ニ依リ處分スヘキモノナルモ本件ハ被告ノミノ上告ニ係リテ原判決ヲ不利益ニ變更スルコト能ハサルカ故ニ被告直次郎ハ懲役二年六月ニ處スヘキモノトス」。このように、本文の判例は、原判決を破棄したが、被告人小林助藏に関しては、原判決と同様、旧刑法を適用するわけであるし、被告人高平直次郎に関しても、刑事訴訟法上不利益変更が許されないから、結局、判決主文の主刑は、兩名とも原判決と同じになった(=高平直次郎に懲役2年6月が言い渡されたのは、ここで引用した法令適用のなかにも説明があるが、小林助藏も重懲役9年という刑は変わらなかった)。

條同第三條刑法第十條」だから<sup>(69)</sup>、刑法施行法3条3項の適用を確認することはできないが、原判決を失当とした理由が同項の要請に反するというものであるし、自判して示した法令適用のなかでも、選択刑中の重い刑について比較しているのだから、前記の判例は、刑法施行法3条3項を適用したとみるべきであろう。しかし、その結果、旧刑法の処断刑と現行刑法の法定刑を比較するということになっている。

実をいうと、当該事案では、被告人高平の弁護人が現行刑法の刑をめぐり無期懲役を酌量減輕した(7年以上15年以下の<sup>(70)</sup>)有期懲役を比較すべきだと主張している。現行刑法148条1項の法定刑は(当時)無期または3年以上15年以下の懲役であったが、刑法施行法3条3項は選択刑中の重い刑について比較するよう求めているから、無期懲役を選択して(被告人高平の法令適用で原判決が行ったであろう)酌量減輕を行い、その処断刑を旧刑法の処断刑と比較すべきだということである<sup>(71)</sup>。この方向で行くと、たとえ現行刑法では酌量減輕をなすべきでないと考えたとし

(69) 前記注(66)で引用した判例の法令適用参照。

(70) 当時の現行刑法14条は、有期懲役や有期禁錮を加重する場合その長期を20年にできるとしていたが、死刑、無期懲役、無期禁錮を減輕する場合の長期に関しては、特に何も定めていなかった。このため、死刑、無期懲役、無期禁錮を減輕する場合、当時の同12条1項や同13条1項が適用されて、その長期が15年になった。すでに前記注(4)で説明したように、平成16年法律第156号による改正で、現行刑法12条1項と同13条1項の長期が20年、同14条の加重限度が30年に改められたが、そのとき死刑等を減輕する場合の長期を30年とする規定が新たに加えられた。同1項である。この規定が追加されたことで、有期懲役や有期禁錮を加重する場合の上限と死刑、無期懲役、無期禁錮を減輕する場合の長期が同じになったわけである。

(71) 前記注(64)で引用した被告人高平直次郎弁護士高木益太郎の上告趣意書第1点参照。判旨の前の上告趣意が「刑法ニ在テハ兌換銀行券條例第十二條刑法第四百八條第一項ニ該リ之ニ同第六十六條第六十八條第二號ノ規定ヲ適施シ一箇ノ減輕ヲ爲セハ其刑七年以上十五年以下ノ懲役(刑法第六十八條第二號第十三條)ニ相當スヘキモノトス」と述べているところである。当時の現行刑法68条2号は、無期懲役または無期禁錮の減輕に適用される規定であったから、被告人高平にそれを適用するというのは、同148条1項の選択刑中重い無期懲役を選択し、これを減輕するというところにほかならない。

でも、法定刑から無期懲役を選択してそれを旧刑法の処断刑と比較することになる。これに対して、前記の判例は、旧刑法を適用すると被告人小林を重懲役、被告人高平を軽懲役に処すべきであるとし、旧刑法では処断刑を挙げているにもかかわらず、現行刑法を適用すると被告人兩名とも無期または3年以上の懲役に処すべきであるとし、現行刑法では(刑種を選択する前の)法定刑を挙げる<sup>(72)</sup>。その上で、法定刑の選択刑中重い無期懲役を旧刑法の処断刑と比較すると旧刑法の刑が軽いというのだから、これはやはり法定刑を処断刑と比較したということであろう。

#### IV 法定刑を比較する解釈の理論的可能性

このように、前記の判例は、現行刑法の法定刑をそのまま対照刑にしたと考えられるが、法定刑を対照刑にすることは、刑法施行法3条1項・同2項と相容れない。同1項によると、刑を加重減輕すべきときは加重減輕を行った上でその刑を対照刑にしなければならない。同2項によると、併合罪のときは併合罪の処理を行った上でその刑を対照刑にしなければならない。したがって、法定刑を対照刑とし、刑の軽重を判断してから刑の加重減輕や併合罪の処理を行うということはできない。しかし、そうすると、それが禁じられているのはなぜかということになるだろう。同1項や同2項が刑の加重減輕や併合罪の処理を行った上で刑を比較するよう求めている理由は何であろうか。これはおそらく、法定刑の比較で刑の軽重を定めると、軽重の逆転が生じるからだと思われる。たとえば法定刑を比較して裁判時法が軽いと判断されても、その後の

---

(72) 前記注(68)で引用した判例の法令適用参照。「然レハ舊刑法ニ依レハ被告助藏ハ重懲役ニ被告直次郎ハ軽懲役ニ處スヘキモノニ該リ刑法ニ依レハ被告兩名共無期又ハ三年以上ノ懲役ニ處スヘキモノナルヲ以テ」と述べているところである。旧刑法の側は、被告人小林助藏の重懲役も被告人高平直次郎の軽懲役も、刑の加重減輕を経た処断刑であるが、現行刑法の側は、被告人兩名とも「無期又ハ三年以上ノ懲役」とされている。すなわち、新旧の対照刑を並べるべきところで、一方だけ刑種を選択する前の法定刑になっているということである。

法令適用で刑が重くなると、結果として行為時法より重いということになりかねない。そのような事態を避けるため、刑法施行法3条1項と同2項は、なすべき法令適用をすべて行い、評価の基礎となる処断刑を定めた上で刑を比較するよう求めていると考えられる。

たとえば、官吏がその職務をもって法律・規則を執行するにあたり、ある行為者が暴行・脅迫をもってその官吏に抗拒したとしよう。この事案の行為時法が旧刑法、裁判時法が現行刑法だとして、これに旧刑法を適用すると、同139条1項の官吏抗拒罪が成立する。そして、その法定刑は4月以上4年以下の重禁錮に5円以上50円以下の罰金を付加するというものであった。一方、現行刑法を適用すると、同95条1項の公務執行妨害罪が成立し、その法定刑は当時1月以上3年以下の懲役または禁錮であった。それゆえ、これらの法定刑をそのまま比較すると、現行刑法が軽いということになる。しかし、だからといって現行刑法を適用すると、再犯加重を行った場合、その処断刑は1月以上6年以下の懲役になる<sup>(73)</sup>。旧刑法を適用すると、同じように再犯加重を行ったとしても、5月以上5年以下の重禁錮<sup>(74)</sup>に罰金を付加するだけだから<sup>(75)</sup>、この事案

(73) 仮に行為者が本文の事案の公務執行妨害罪以前に何らかの罪を犯し旧刑法で処罰されていて、その刑が現行刑法の懲役に相当するものだったとすると、行為者は、刑法施行法7条1項1号(=「舊刑法又ハ他ノ法律ニ依リ刑法ノ懲役ニ相當スル刑ニ處セラレタル者」)にあたるということになる。刑法施行法7条1項柱書によると、そのような者が「刑法施行前更ニ刑法ノ有期懲役ニ相當スル刑ニ該ル罪ヲ犯シ刑法施行後其罪ニ付キ裁判ヲ爲ストキハ刑法又ハ刑法ノ刑名ニ依リ刑ヲ定メタル法令ニ於テハ累犯ニ關スル規定ヲ準用ス」ということになっているから、本文の事案でも、現行刑法を適用する際に再犯加重が行われる場合を想定することができる。

(74) 旧刑法92条および同70条1項参照。軽罪の主刑である重禁錮の再犯加重は「本刑ニ一等ヲ加フ」というもので、これは、長期・短期ともその「四分ノ一ヲ加フ」ということであった。

(75) 本文の事案に旧刑法を適用すると、付加刑の罰金も科せられるが、同74条によると、再犯加重の場合は、この罰金も主刑に従って1等加重される。これは、多額・寡額ともその4分の1を加えるということだから、本文の事案なら6円25銭以上62円50銭以下の罰金ということになる。すなわち、

に裁判時法である現行刑法を適用すると、結果的に行為時法ではあり得なかった重い刑を科すことが可能になる。あるいは、併合罪の加重でもこれは変わらない。現行刑法施行前に官吏抗拒罪が2つ実行された事案を、現行刑法施行後に審理すると仮定すると、現行刑法6条に基づく刑の比較が必要になるが、ここで法定刑が軽いといって現行刑法を適用すると、併合罪の加重によって1月以上4年6月以下の懲役に処することが可能になる。その同じ事案に旧刑法を適用すると、数罪俱発として4月以上4年以下の重禁錮に罰金を付加するだけだから<sup>(76)</sup>、ここでも行為時法ではあり得なかった重い刑を科すことが可能になる。さらに、この2罪の事案で再犯加重を行う場合、現行刑法を適用すると、1月以上9年以下の懲役に処することが可能になるが、旧刑法だと、5月以上5年以下の重禁錮に罰金を付加するだけだから、行為時法より4年も長い刑を言い渡すことができる<sup>(77)</sup>。それでも法定刑を比較して事後法による重い処罰を認めるのが現行刑法6条の趣旨と考えることはできないし、何よりこれは、罪刑法定主義に反するであろう<sup>(78)</sup>。

---

仮に現行刑法が存在しなければ、5月以上5年以下の重禁錮にこの罰金を付加したもののしか科せられなかったということである。

(76) 前記注36参照。旧刑法100条1項が適用されるため、2罪でも「一ノ重キニ從テ處斷」するに過ぎない。

(77) 旧刑法の再犯加重と数罪俱発であれば、その刑は5月以上5年以下の重禁錮に6円25銭以上62円50銭以下の罰金を付加したものとなるだけだから、自由刑の長期が5年を超えれば、すでに行為時法ではあり得なかった重い刑といえるが、もう1つ付け加えるなら、旧刑法70条2項は、軽罪しか犯さなかった者に対し7年を超える自由刑があり得ないことを保障していた(=「輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルヲ得ス但禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ルヲ得」)。旧刑法の官吏抗拒罪は軽罪である。したがって、自由刑の長期が9年というのは、行為時法が明文で宣言していた絶対的限界すら乗り越えて処罰できるということを意味するわけである。

(78) 松宮孝明『刑法総論講義〔第6版〕』(2024年・成文堂)22頁参照。事後法の禁止は、罪刑法定主義の主要な内容であるが、もともと事後法の禁止は、事後法の遡及適用を許さない原則であり、行為者に有利な限度でしか例外を認めないのだから、本文の場合に裁判時法の適用を認めることはあり得ないと思われる。なお、日本国憲法39条との関係でも、行為時の刑罰より

仮にそのような事態が生じるとすると、旧刑法の法定刑と現行刑法の法定刑を比較し、刑の加重減輕や数罪の処理をそのあとで行うということとはできない。しかし、たとえそれができないとしても、刑法施行法3条3項が選択刑に限り法定刑をそのまま比較するよう求めていると考えることはできないだろうか。同1項や同2項がそれを否定しているとしても、同3項が例外的に法定刑の比較を認めていると解釈する余地はないだろうか。前記のように、同1項と同2項は、なすべき刑の加重減輕と併合罪の処理をさきに行うよう求めている。したがって、これらと法定刑の比較を両方実現しようと思ったら、いずれか一方の適用範囲を制限するしかない。すなわち、同1項と同2項を優先して同3項の適用を制限するか、同項を優先して同1項と同2項の適用を制限するかのいずれかということである。このうち第1の解釈によると、刑の加重減輕や併合罪の処理をなすべき事案では同3項が適用されず、そのどちらも行われぬ事案に限って法定刑が比較されるということになる。これに対し、第2の解釈によると、法定刑に選択刑が含まれている事案では同項が適用されて選択刑がそのまま比較され、同1項と同2項の適用が排除される。法定刑に選択刑が含まれている事案では、なすべき刑の加重減輕や併合罪の処理が行われぬということである。

第1の解釈によると、刑の加重減輕や併合罪の処理をなすべき事案で

---

重い刑罰を科すことは同条に反するといわれる。佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(2020年・成文堂)387頁注<sup>(200)</sup>、初宿正典『憲法2基本権〔第3版〕』(2010年・成文堂)417頁、内藤謙『刑法講義総論(上)』(1983年・有斐閣)30頁、橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』(1988年・有斐閣)340-341頁、平野龍一『刑法総論I』(1972年・有斐閣)68頁参照。法定刑が行為時より重くなければよいというわけではなく、行為時の刑罰より重い刑罰を科すことが許されないのだから、本文の場合に裁判時法を適用するのは、やはり許されないと考えられる(それに対し、辻村みよ子『憲法〔第7版〕』(2021年・日本評論社)273頁は、「法定刑を軽減もしくは廃止する内容の事後法を遡及的に適用する」のであれば可能とするが、これも「被告人にとっての利益であるから」許容するというものであり、本文の場合に裁判時法の適用を認める趣旨ではないと思われる)。もちろん当時は、日本国憲法が施行されていなかったが、現在であれば、同39条違反で許されないということである。

は、刑法施行法3条1項や同2項の適用が優先され、同3項は適用されない。この解釈によると、同項の適用範囲は制限されるが、それでも選択刑をそのまま比較する余地は残される。そして、実際、ここまで挙げた判例のなかでも、たとえば、①大判明治41年12月1日は、刑の減輕や併合罪の処理を行った事案で同項を適用していない<sup>(79)</sup>。あるいは、選択刑中の軽い刑を選択した②大判明治42年4月16日も、当該事案では併合罪の処理を行ったため同項を適用しなかったと考えると、矛盾がなくなる<sup>(80)</sup>。しかし、この解釈によると、刑の加重減輕や併合罪の処理を行う事案では、同項が適用されず刑種の選択が自由に行えるということになる。そうすると、刑の加重減輕や併合罪の処理を行わない事案に限って重い刑でなければならないとわざわざ定めているのはなぜかということが問題になる。そのような取り扱いの差を認めることにどのような意

---

(79) ただし、これは、論理的にみて、①判例がそのような解釈を前提にしていた可能性も否定できないということに過ぎず、そのころの判例が事実として第1の解釈を前提にしていたということではない。①判例と時期が近いものでいうと、大判明治41年12月18日刑録14輯1123頁は、現行刑法の刑が併科刑の事案で、刑法施行法3条3項を挙げずに刑の比較を行っている。当該事案の事実は、旧刑法を適用すると同401条に、現行刑法を適用すると同256条2項にあたるというものだったが、原判決が言い渡されたあとになって現行刑法が施行されたため、判例は、原判決を破棄し(=弁護人音羽耕逸の上告趣意書第6点に対する判断)、次のような法令適用を明らかにした。

「原審ノ認メタル事實ニ依リ之ヲ法律ニ擬スルニ舊刑法ニ在リテハ其第四百一條ニ該リ新刑法ニ在リテハ其第二百五十六條第二項ニ當ル處本案ハ犯罪後刑ニ變更アリタル場合ニ相當スルヲ以テ刑法第六條刑法施行法第二條第五條刑法第十條ヲ適用シ新舊刑法ヲ對照スルニ舊法ノ刑輕キヲ以テ舊法ニ從ヒ主文ノ如ク處分ス可キモノトス」。当時、現行刑法256条2項の法定刑は、10年以下の懲役および千円以下の罰金だったから、(本来なら)その比較には刑法施行法3条3項を適用することが必要である。しかも、前記の判例は、刑の加重減輕や数罪の処理を行っていないから、それらをなすべき事案だったため同項を適用しなかったと考えることもできない。前記の判例は①判例とほぼ同時期とみるべきだろうから、これを視野に入れると、そのころの判例が第1の解釈を前提にしていたと理解するのは、少々筋が悪いということになる。

味があるのかという疑義である。もともと現行刑法6条はその軽いものによることを求めているのだから、刑の加重減軽等を行う事案で軽い刑の選択を許すのであれば、そうでない事案でもそれは同じように考えるべきだろう。仮に刑の加重を行う事案と刑の減軽を行う事案の双方で軽い刑の選択を認めるのであれば、加重も減軽も行わない事案はまさにその中間ということになる。したがって、この事案にだけ軽い刑の選択を禁じるのは不均衡といわざるを得ない。前記のように、同条はその軽いものによることを求めているのだから、加重の事案でも減軽の事案でも軽い刑の選択を許すのであれば、加重減軽を行わない事案でもそれを認める方が、むしろ同条の要請に沿った取り扱いになると考えられる。

これは、裏からいうと、そのような事案に限って法定刑の比較を求める解釈が、現行刑法6条の趣旨に適っていないということである。この解釈のように一部の事案に限って軽い刑の選択を否定することは、同条の要請で説明できるものでない。したがって、この解釈を前提にするのであれば、同条の要請と別の理由を示す必要があるし、また、それは、同条の要請と調和する内容でなければならない。選択刑の事案すべてでなくその一部に限って法定刑を比較しなければならないのはなぜか。それは、同条の要請と整合性を有するか。この解釈を前提にするのであれば、その2つの説明が必要になるわけである。

---

(80) これも、本文のように考えると、㊦判例が刑法施行法3条3項を適用しなかった理由を説明できるというだけのことで、あくまでも論理的な可能性に過ぎない。現実にはこの判例の3日後に㊧判例が登場したわけであるから、このころの判例が第1の解釈を前提にしていたと理解することはできない。㊧判例は、原判決が被告人高平に関して有期懲役を選択したことを失当としたが、本文でも述べたように、原判決は被告人高平に関する限り(現行刑法を適用する際も)酌量減軽を行っていたと考えられる。第1の解釈を前提にすると、酌量減軽をなすべき事案では、刑法施行法3条3項の適用が排除される。すなわち、第1の解釈を前提にすると、有期懲役を選択することが同項の要請に反するとか、それが失当であるという㊧判例の判断はあり得ない。㊧判例が同項の要請を正面から取り上げ、その解釈を明らかにした判例である点を考慮すると、同項を単に適用しなかっただけの㊦判例を、それと対等の判例と理解することはできない。

第2の解釈によると、前記とは逆に刑法施行法3条3項の適用が優先される。すなわち、法定刑に選択刑が含まれている事案では、とにかく法定刑をそのまま比較の用に供しなければならない。そして、そのためには、刑の加重減輕や併合罪の処理を行わせるわけにいかないから、同1項や同2項の適用を排除しなければならない。たとえば、前記の④大判明治42年4月19日は、酌量減輕を行った(と考えられる)原判決が同3項を適用しなかったのを失当だとして原判決を破棄したが、これは、法定刑に選択刑が含まれている以上刑の減輕よりも同項の適用を優先すべきということかもしれない。法定刑に選択刑が含まれている以上、同項が適用されて同1項は適用されないから、酌量減輕は許されないということである。しかし、仮に数罪の事案で法定刑に選択刑が含まれているとって併合罪の処理を行わなければ、旧刑法の処断刑と比較することは不可能になる。また、それ以前の問題として、選択刑に限り刑の減輕を禁じる理由が明らかでない。もともと現行刑法6条はその軽いものによることを求めているのだから、選択刑以外の事案で刑の減輕を認めるのであれば、選択刑の事案でもそれを許すべきであろう。そうだとすると、この解釈によっても、刑法施行法3条3項は、現行刑法6条の妨げでしかないということになる。

仮に法定刑を比較したあとで刑の加重減輕や併合罪の処理を行うと、官吏抗拒罪の事案で説明したのと同じ軽重の逆転が生じるから、この解釈を前提にするのであれば、刑を比較したあとでもそれらを排除することが必要になる。刑を比較する前はもちろんであるが、比較したあとも、刑の加重減輕や併合罪の処理を命じる法律の規定をすべて無視しなければならないわけである。したがって、この解釈を前提にするのであれば、それらの規定をすべてねじ伏せてまで選択刑をそのまま比較しなければならない理由の説明が必要になる。

## おわりに

ここまで、現行刑法の施行から約7か月間の経過をみてきたが、この時期の判例には、選択刑であっても刑種の選択を自由に行った上で刑の

加重減輕や併合罪の処理を行うというもの、逆に選択刑であれば刑の加重減輕等を排除して法定刑を(旧刑法の処断刑と)比較するというものがあつたと考えられる。しかし、それらはいずれも、その軽いものによると定める現行刑法6条との関係でいうと、整合性や合理性に疑問が残る。本稿が注目した④大判明治42年4月19日は、前記のうち加重減輕等を排除する解釈を示したが、これも、その部分で問題を抱えていたということである。そして、実際、この時期を過ぎると、判例のなかにも、それらと異なる取り扱いを説くものが現れるようになる。したがって、刑法施行法3条3項に関する判例の立場は、このあとに登場した判例も視野に入れて見定めなければならない。

ただ、現行刑法6条で旧刑法と現行刑法を比較する場合、判例も法定刑を比較した上でその軽いものについて刑の加重減輕等を行っていたわけでないということは、ここで改めて確認しておくべきだろう。前記Ⅳで検討した2つの解釈と区別するため、後記表2の「ここで確認する解釈」をご覧いただきたいが、少なくとも現行刑法6条で旧刑法の刑と比較する場合、刑の比較をこのように行うということは考えられない。

表2 「法定刑の比較と刑の加重減輕等の関係」

<p>前記Ⅳ「第1の解釈」          刑法施行法3条3項を適用すると、選択刑をそのまま比較しなければならない。しかし、刑の加重減輕や併合罪の処理をなすべき事案であれば、それらを優先し、たとえ選択刑でも同項は適用しない。</p>
<p>前記Ⅳ「第2の解釈」          選択刑の事案では、刑法施行法3条3項を適用し、選択刑をそのまま比較する。そして、刑の加重減輕や併合罪の処理をなすべき状況だったとしても、同項を適用したら、それらは最後まで行わない。</p>
<p>ここで確認する解釈          選択刑の事案では、刑法施行法3条3項を適用し、選択刑をそのまま比較する。さらに、刑の加重減輕や併合罪の処理をなすべき状況であれば、それらも行う(=法定刑を比較して刑の加重減輕等も行う)。</p>

前記Ⅳで述べたように、法定刑をそのまま比較すると、その後の法令

適用によって刑の軽重が逆転することがある。たとえば、旧刑法の官吏抗拒罪と現行刑法の公務執行妨害罪を比較すると、法定刑では現行刑法の方が軽いが、だからといって現行刑法を適用すると、それが逆転しかねない。すなわち、再犯加重や併合罪の加重が行われると、結果的に行為時法ではあり得なかった重い刑を科すことが可能になる。そして、その軽いものによると定める現行刑法6条がそれを許す趣旨とは考えられない。だからこそ刑法施行法3条1項と同2項は、刑の加重減輕や併合罪の処理を先行させるよう求めている。

本稿の冒頭で紹介した最判昭和23年4月8日は、科刑上一罪の場合に数罪の法定刑をそのまま比較すべきだとし、選択刑を比較するときは刑法施行法3条3項を適用すべきだという。これは、刑の加重減輕事由があればその最も重い刑について加重減輕を行うということだと考えられているが<sup>(81)</sup>、少なくとも現行刑法6条で旧刑法の刑と比較する場合、選択刑をこのように取り扱う余地はない。したがって、刑法施行法3条3項がこのような取り扱いに適用されることもあり得ない。仮に法定刑をそのまま比較するのであれば、刑の加重減輕を排除することも必要になるから、同項をそのように解するのであれば、加重減輕の排除も同項の内容と考えることは避けられない。法定刑を比較するよう命じておいて、刑の加重減輕を許すという矛盾した規定は、刑法施行法に存在しない。同3条3項が法定刑の比較を求めているのだとすれば、その規定は刑の加重減輕を認めない。ただ、それ以前に、そこまでして法定刑を比較しなければならない理由が明らかでない。本来なすべき法令適用をすべて犠牲にしてまで法定刑を比較することにはいかなる合理性があるか。当時の判例をみても、それはまったく窺い知れないということである。

---

(81) 大判明治42年3月25日刑録15輯328頁(=弁護人川島龜夫の上告趣意書に対する判断)、大判大正2年2月3日刑録19輯173頁(=判旨第3点)、大判昭和8年7月1日刑集12巻1029頁(=要旨第2)など。