

大 學 用 書

日 本 刑 法 判 例 評 釋 選 集

洪 福 增 譯

第二次出版

# 日本附法判例解釋

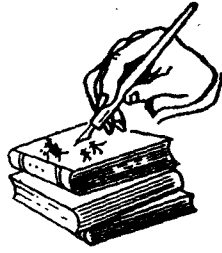
陳國輝 著

大 學 用 書

日 本 刑 法 判 例 評 釋 選 集

洪 福 增 譯

東 亞 法 律 叢 書



究必印翻 • 有所權版

編主華榮刁 書叢律法亞東

日本刑法判例評釋選集

基本定價：叁圓

譯者 洪 福 增

發行人 刁 榮 華

發行所 漢 林 出 版 社

台北市重慶南路一段50號三樓  
電話 三七一九八七五  
郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 各 大 書 局

中華民國六十六年六月初版  
新聞局局版業字第一四九三號

## 序

日本法學界對於刑事判例之研究，向甚活躍，不特有刑事判例研究會之組織，且有定期之判例刊物；學者間關於刑事判例研究之專著，亦多彙集成書，流行於世，俱見其重視判例批評與研究之一斑。

我國與日本刑法，均屬於大陸法系，所制定之法條，除因兩國間風俗習慣及倫理道德之差異而有不同者外，其他大體上大多相同；故關於其國法院就法條之運用，法理之闡明，以及學者對於判例所為之批判、研討，多足供吾人參考之處。

本書係自日本刑法學者評釋其國曩之大審院及今之最高法院所為有關刑法判例之著作中，選譯彙集而成，以就教於賢達。

中華民國六十六年六月六日

洪福增識於台北青舍

# 日本刑法判例評釋選集 目錄

一、民事法規之修正與刑之變更	木村龜二	一
二、犯罪時法與裁判時法之刑相同時應適用之法律	瀧川幸辰	六
三、犯罪後處罰規定之修正與新舊兩法之比較	草野豹一郎	一四
四、類推解釋	佐伯千仞	二六
五、限時法	平場安治	三四
六、取締有毒食品辦法第一條第二項及不知法律	小野清一郎	四三
七、不作爲之侵佔罪	瀧川幸辰	四九
八、期待可能性與責任之輕重	瀧川幸辰	五二
九、傷害致死之因果關係	小野清一郎	五八
一〇、汽車司機之過失競合與其責任	瀧川幸辰	六六
一一、防衛適當之一情形	伊達秋雄	七一
一二、破壞水壩與緊急避難行爲	瀧川幸辰	七七
一三、自救行爲與違法性	高田義文	八五
一四、共犯中一人因自己之意思而中止犯行由他人達成犯行之目的者有無適用中止未遂之規定	井上正治	八九
一五、障礙未遂與中止未遂之區別	牧野英一	九六

一六、尋覓財物與竊盜之着手特定財物不存在與竊盜之不能犯	小野清一郎	〇二
一七、侵入住宅與竊盜之着手	草野豹一郎	〇五
一八、刑法之三個問題及新判例	牧野英一	一〇
一九、繼承的從犯	吉田常次郎	一六
二〇、從犯與幫助行為之中止	瀧川幸辰	二一
二一、共犯與身份	吉川經夫	三一
二二、現行犯之意義共同正犯與事前之商議	小野慶二	三六
二三、間接正犯	井上正治	四一
二四、竊盜強盜之把風與共同正犯	團藤重光	四七
二五、把風之性質與強盜之故意	團藤重光	五二
二六、同種類之想像的競合與犯情之輕重	瀧川幸辰	五五
二七、短期間內在同一場所利用同一機會所為之竊盜 行為與犯罪之單複	高田義文	六一
二八、連續犯之同一罪名	草野豹一郎	六七
二九、收賄及贈賄與連續犯	瀧川幸辰	七二
三〇、竊盜及侵佔罪與連續犯	瀧川幸辰	七五
三一、內亂罪所謂顛覆政府之意義	小野清一郎	七八
三二、偽造死者之文書罪	瀧川幸辰	八八

三三、妨害業務罪之成立	瀧川幸辰	一九三
三四、刑法第二一一條所謂業務之意義	瀧川幸辰	二〇〇
三五、依第三者行爲之脅迫罪	瀧川幸辰	二〇三
三六、侵佔罪之既遂與其後之侵佔行爲	瀧川幸辰	二〇七
三七、欺罔手段與侵佔罪	瀧川幸辰	二一二
三八、隱秘先約與詐欺罪	瀧川幸辰	二一六



# 一 民事法規之修正與刑之變更

木村龜二著

## 一 刑法第六條刑之變更

刑法第六條規定「犯罪後法律有刑之變更時，適用其輕者」。換言之，即適用規定輕刑之法律。關於刑之變更的意義，判例解為係指「刑罰法令各本條所規定之刑被修正，或由於修正刑法總則等所規定刑之加重、減輕的結果而致刑罰法令各本條所規定之刑受影響，同時，變更處罰特定犯罪之刑。」的情形而言。其結論，認為規定緩刑條件之變更，因非處罰特定犯罪之刑本身的變更，故不適合於刑法第六條所謂刑之變更（最高法院昭和二十三年六月二十二日判決。刑集第二卷第六九六頁）。

關於第六條刑之變更的意義，余之見解與判例不同。余認為緩刑條件之變更，固非刑本身之變更，但係關於刑之變更；蓋刑法第六條不僅包含刑本身之變更，且亦包含關於刑之變更的情形也（木村・判例批評「刑法雜誌第一卷第三三三頁以下」及木村・刑法總論第一一一頁）。

關於刑法第六條刑之變更的判例，在此所欲研究者，係民事法規之修正是否可解為刑之變更（最高法院昭和二十七年十二月二五日判決。刑集第六卷第一四四四頁）。

本案事實如下：被告於昭和十八年一月與橫山光次結婚，並於同年十一月四日完成申報戶口手續。光次於昭和二〇年十二月二日死亡之後，其生母於翌年（即昭和廿一年）一月廿一日擅稱為光次所選定之繼承人而為橫山家之戶長。被告於昭和二十一年二月二十四日午後二時半左右乘被害人不在家時，意圖殺被害人而將青酸加里粉末約一克左右撒於廚房飯櫃中之剩飯上，同日午後六時左右被害人僅食用一

口即感覺異味而嘔吐，致未達到其殺害之目的。

依被告犯行時之民法舊第七二九條第二項規定，被害人係被告配偶之直系尊親屬；然於犯行後之翌年，公布昭和二十二年法律第七四號「伴隨日本國憲法施行之民法應急措施法」，並自新憲法實施之日（即同年五月三日）起施行。辯護人之上告論旨，以該應急措施法第三條有「民法關於戶長、家屬以及其他家庭之規定不適用之。」之規定為根據，主張「民法舊第七二九條第二項之規定已被廢止，同時被告之婚姻關係，由於夫之死亡而消滅，被害人已非被告配偶之直系尊親屬；故適合於刑法第六條之所謂「由於犯罪後之法律亦有刑之變更」之情形，其所犯者已非殺害尊親屬罪，而應適用關於輕的普通殺人之規定處斷」。

判例在上述應急措施法施行之後，持與上告論旨相反之態度，而支持所謂「婚姻關係並非由於夫婦一方之死亡而消滅」之見解；然關於有無刑法第六條「刑之變更」，即作如次之判示，而駁回上告，曰：「是否係自己或配偶之直系尊親屬一事，因屬於刑法第二百零條所規定之可成爲罪的事實，故應依據其成立犯罪時之民事法規等予以判定；因此，於成立同條所規定之犯罪後，縱令因刑罰法令以外之民事法規之修正，而致依從來之民事法規所具有直系尊親屬之身分者失其身分，然亦不阻却已經成立之殺害尊親屬罪。同時，不待論，亦不能謂爲係因犯罪後之法律而有刑之變更」。

判例雖主張「本案之情形，不待論，不能謂爲因犯罪後之法律而有刑之變更」；然並未明示何故不能謂爲有刑之變更之理由。被害人如因犯罪後民事法規之修正而變爲非直系尊親屬，則在具體的法之適用上，應適用普通殺人罪之規定，故亦可勉強謂爲有刑之變更。在此意義上，所謂「不待論，不能謂爲有刑之變更」一點，有欠明確。因此，牧野博士對於本判例之見解，曾表示其相異之旨趣。

在結論上，余以判例之見解係屬妥當。蓋因由於民事法規之修正而變更直系尊親屬之範圍，僅係變更適用殺害尊親屬規定之範圍而已，既不能謂爲刑法各本條所規定之刑有變更，亦不能謂爲關於刑有變更，故應解爲無刑法第六條之適用。

首先應注意者，乃本案情形，與可視爲有刑的變更之緩刑規定的修正情形，其性質完全不同，同時，不能忽略刑法第六條與德國刑法第二條第二項（以及與其同旨趣之我國修正刑法假案第六條，修正刑法預備草案第七條第二項）之不同。德國刑法第二條第二項，係規定犯罪後有「法律變更」（*Verschärfenheit der Gesetze*），非如我刑法第六條所規定「刑之變更」。因此，德國刑法並非由於關於刑的法律之變更而適用其輕者，縱令由於刑法以外的法律之變更，然如在具體上所適用之刑罰法規較輕時，則有其輕規定之適用；故民事法規之修正，亦可解爲「法律之變更」。然而，我國刑法第六條即不許作同樣的解釋；輕刑法之適用，僅限於由於法律而變更刑之情形，作爲刑罰前提條件之犯罪成立範圍之變更，不能謂爲「刑之變更」。

與本判例同旨趣者，有如次之判例，該判例認定：『在行爲當時，依據關稅法第七六條及第一〇四條而被視爲「外國」，同時，處罰未經許可而秘密輸出或輸入貨物之行爲，於行爲後由於大藏省（財政部）令而被視爲外國之地域有變更。如在行爲時被視爲外國之地域已復歸我國而不被視爲外國時，則不能謂爲有刑之廢止』，而主張不適用刑法第六條之規定（最高法院判例昭和三十年二月二十三日刑集第九卷第三五四頁。同院昭和三十年七月二十日判例，刑集九卷第一九二二頁）。此種情形，因亦係依據關稅法第七六條及第一〇四條而被視爲「外國」地域之變更（換言之，即僅有成立犯罪範圍之變更，而無「刑之變更」），故在結論上係屬妥當之判例。

然而，最高法院並未貫徹上述之正當見解。換言之，此後之判例（昭和三十三年十月九日刑集十一卷第二五〇頁）就相同事實，改爲由於犯罪後之法令而有刑之廢止。同時，並表明變更上述兩判例及與該兩判例同旨趣之其他判例。不待論，以前亦有與此新判例同旨趣之判例（昭和二十九年十二月一日刑集八卷第一九一七頁。昭和三十年二月二三日刑集九卷第三五二頁）。此等判例認爲「行爲時，依據聯合國最高司令官之備忘錄，如未經其承認而不法輸出國境者，則係違反昭和二五年政令第三二五號而應受處罰之行爲，於行爲後由於備忘錄之修改而不必經承認或已無須經許可者，依據刑法第六條則應認爲係由於犯罪後之法律而有刑之廢止」。

余認爲此等判例完全抹煞刑法第六條所謂刑之變更的意義以及其特殊性，且在「將」作爲刑罰前提條件的違反行爲」之成立條件以及地域之變更，亦解爲刑之變更」一點上，有根本的錯誤。在此意義上，余認爲向來反對此等判例所主張之見解，在結論上係屬妥當。在明示變更上述從來判例之昭和三十二年十月九日判例中，反對意見，曾主張「然而，縱令依據上述大藏省令及政令而變更被視爲「外國」之地域；但關稅法所禁止未經許可而在外國或被視爲外國之地域與本國之間，輸出或輸入貨物之規範，自昭和二十八年十二月二五日前後迄至現在爲止，依然存續。因此，關於所謂「無許可而輸出或無許可而輸入」之所爲的可罰性之法的價值亦應解爲始終不變。因此，上述地域之變更，對於昭和二十八年十二月二五日以前所成立的違反舊關稅法第七六條之處罰，應謂爲並無任何影響。（略）故不能由於前述政令之施行而認爲本案有刑之廢止。多數說失當。從前之判例不應變更」。此反對意見，強調「關於可罰性之法的價值無變更」一點，並未明確說明「何故不適合刑法第六條刑之變更」之理由。在此意義上，余雖希望該判例更進一步明確說明「成立違反行爲的地域之變更，僅係成立犯罪範圍之變更，而非刑之變更」

；然而，其結論應謂爲妥當。

如是，本判例就民事法規之修正與刑法第六條之適用所明示之意旨，不顧此後判例見解之如何動搖，對於刑法第六條之適用，已指示正當的方向，深盼最高法院關於自己之見解，再作一度根本的檢討。

## 二 犯罪時法與裁判時法之刑相同時應適用

### 之法律

瀧川幸辰著

法律在原則上自施行時起以迄廢止時止皆有其效力，此在刑法亦屬相同。但刑法第六條對於上述之原則設有例外，該條規定曰：「依犯罪後之法律有刑之變更時，應適用其輕者。」，由於此種規定，發生下列一個理論問題，即「刑法有關時之效力，究以適用新法（即裁判時法）溯及爲原則乎？抑以適用舊法（即犯罪時法）追及爲原則乎？」之問題是也。刑法關於時之效力，雖僅在「刑罰法規修正後之比較」的短時間中始成爲實際問題，然此理論與整個法律均有關係。尤以其在刑法上與罪刑法定主義之歷史性的意義有關聯，故頗饒富重要性。茲舉一判例如下，由此判例，吾人可以窺知大審院關於上述問題所採之立場。

此案爲昭和九年一月三十一日第三刑事部所判決者，其判決主文爲「上告駁回」。（參照刑事判例集第十三卷第一號第二八頁以下）

※

※

※

※

#### 一、事實概要

被告並無駕駛汽車執照，於昭和八年六月七日由其自己住宅之車庫，駕駛小汽車往返於六日町車站之間。原審判決認該被告之行為違反取締汽車辦法（大正八年內務省令第一號所頒布者）第十五條第一

項，並根據該辦法第二十八條之規定，於昭和八年十月八日宣告科處被告二十元之罰金。

二、判決要旨

大審院會以其職權作如次之判斷，曰：「原審判決之宣告期日爲昭和八年十月十八日，其時雖係依據犯罪時法（即大正八年內務省令第一號所頒布之取締汽車辦法）而爲者，然該辦法業於昭和八年依據內務省令第二十三號之取締汽車辦法加以修正，同時新法已自昭和八年十一月十日起實施，故應照刑法第六條之規定，將新舊兩法加以比較而後確定其刑之輕重。查該被告之行爲，如依照犯罪時法，則適用舊法第二十八條之規定，應科以三個月以下有期徒刑或拘役，一百元以下罰金、拘留、或易科罰金。如依照裁判時法，則適用新法第八十條之規定，亦同應科以三個月以下有期徒刑或拘役，一百元以下罰金、拘留或易科罰金。因新舊兩法之間並無刑之變更，故本案得以適用犯罪時之舊法。因此原審判決並無不當。」

※

※

※

※

刑法第六條之要旨，爲「由於法律發生變更之結果，關於特定之犯罪，舊法所規定之刑罰與新法所規定者有差異時，應科犯人以較輕之刑罰」。故祇須有刑之變更，則無論以新法溯及爲原則，或以舊法追及爲原則，事實上其結果均歸於適用輕刑之法律。由於原則上之軒輊以致引起實際上之差異者，僅在新舊兩法之刑並無輕重之分之情形下始能發生。當新舊兩法之刑無輕重之分時，如以新法溯及爲原則之立場言，則應適用新法；如以舊法追及爲原則之立場言，則必須適用舊法。而大審院對於本案判決，乃立於舊法追及爲原則之立場而爲者。惟依余之見，余則認爲新舊兩法之刑相同時應以新法溯及爲原則。上述所謂原則上之軒輊，在實際問題上雖僅係對於「無刑之變更時，究應適用新法？抑應適用舊法？」

一點付與影響；然在理論問題上，不特其與整個法律時之效力有關，且在歷史的事實上，其與成爲刑法上鐵則之「罪刑法定主義」亦有關係。故余欲藉大審院判決本案之機會，將上述各點提出加以討論。

吾人固不能無條件，謂所有之新法均屬進步者，然就大體上言，新法乃合乎社會生活之目的的規定，且亦爲正確之規定，此乃不可否認之事實，吾人必須予以首肯。假若新法不比舊法更完善者，則當無制定新法之理由矣。雖在學說中亦有一種「無可以決定何爲更完善的法律之標準」之理由，而懷疑新法對於舊法之優秀性的立場（參照 Bekker's Theorie des heutigen Strafrechts S. 219）者，然一般學者，均不贊同此種說法。新法對於生活關係既有較爲合理之規定（最低限度，吾人可以作如是之想法。）吾人自應儘量廣汎的適用新法，尤其關於未經裁判之案件更應要求適用新法。

依據新法溯及之原則，除犯人以外，任何人均不致有蒙受不利，亦即僅對於犯人始有所謂蒙受不利之顧慮。故諸家學者關於「新法溯及之當否」之問題，則集中於「根據新法溯及之原則，是否能發生侵害犯人利益之結果」一點上，加以討論。余認爲新法之刑與舊法之刑相同或較舊法之刑爲輕時，犯人利益亦毫不受侵害。關於此點，意大利法學家 Zuppetta 曾有如下之論述。氏謂：「法律係表現某種精神內容者，而新之法律不特係表現新獲得之理性內容，且亦係表現由社會所爲義務性的宣言之理性內容者，猶如新燃點之燈火將光明照耀於所有各物之上以及所有黑暗之處一樣，個人新獲得之知識亦可以溯及已往所判斷之目的物上。就個人之知識言，既必須根據現意識的性質，以爲判斷遙遠之過去時代的性質。然則，何以在法律上不能如此爲之乎？何以關於社會之一般知識亦不能如此爲之乎？易言之，即何以其本身在以義務而宣言的理性內容上不能如此爲之乎？況在法律的概念中，有立即直接之適用，且亦有對於所有意識無條件的構成規範之作用。」（參照 Zuppetta's Vergleichende Darstellung



Allg. Teil, Bd. VI S. 336-7) 如謂對於犯罪之刑罰必須適用舊法者，關於適用刑罰較輕之新法，在理論上則不易予以說明。適用刑罰較輕之新法，恐勢將成爲僅係出於國家之恩惠（參照 Becker 之 Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, S. 222），且在刑法上較輕的新法之溯及，即將成爲並非出於法律上之理由，而係基於立法之政策矣。例如，放火於無人居住房屋之行爲，依舊法之規定雖應科以無期徒刑（參照舊刑法第四三〇條）；然新刑法因認舊法之刑過重，遂修改爲科處二年以上有期徒刑（參照刑法第一〇九條第一項）。似此情形，是否仍有科處犯人無期徒刑之必要乎？所謂「對於犯人適用刑罰較輕之新法，並非基於理論，而係出於國家之恩惠。」之見解，究竟能否認爲正確之立場乎？此種見解，關於「對犯人適用刑罰較輕之新法」一點，在結論上言之，雖屬正確，然其到達結論之過程，則甚不合理。自適用舊法主義之立場言，雖除「恩惠」以外別無其他說明之途徑，然此種不合理，正表明舊法追及原則之不當，而反足表明新法溯及原則之正當。因此，吾人應認爲所謂「若不侵害犯人之利益，則必須適用以趨善爲目的所產生之新法」之主張，其立場確爲正確。在立法例上首先採取此種正確立場者，即爲拜耶族刑法（Lex Bairevariorum 譯者按該法屬於日耳曼法之一種，公佈於一八一三年）之第二條。我國刑法第六條之規定，亦僅由於此立場始能獲得理論上之根據。換言之，亦即所謂「依犯罪後之法律有刑之變更，應適用其輕者。」之規定，係以新法溯及爲原則；僅在舊法之刑較輕時，始作爲例外以舊法之刑爲標準處罰犯人而已。

綜上所述，吾人可獲得如下之一個當然結論，即舊法追及之原則，在理論上不能予以肯定；惟其在學說及立法例上則廣被採用，且可謂係立於通說之地位。然則，此原則究係基於何種理由而產生乎？對於此問題，吾人可予作如下之解答，即「舊法追及之原則，與產生現代刑法之思想有密切之關係，由於其