

親告罪を非親告罪化する改正法規定の遡及適用と憲法 39 条**【文 献 種 別】** 判決／最高裁判所第三小法廷**【裁判年月日】** 2020（令和 2）年 3 月 10 日**【事 件 番 号】** 平成 30 年（あ）第 1757 号**【事 件 名】** 児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律違反、強制わいせつ、徳島県青少年健全育成条例違反、東京都青少年の健全な育成に関する条例違反被告事件**【裁 判 結 果】** 棄却**【参 照 法 令】** 憲法 39 条、刑法 6 条・176 条、（平成 29 年法律第 72 号による改正前の）刑法 180 条 1 項、刑法の一部を改正する法律（平成 29 年法律第 72 号）附則 2 条 2 項**【掲 載 誌】** 裁時 1743 号 5 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25570757

聖学院大学教授 石川裕一郎

事実の概要

本件は、2016 年 11 月 5 日から 6 日にかけて 13 歳未満の男子に対してわいせつな行為を行った男性が強制わいせつ等の罪に問われた事案である。当該犯行後の 2017 年 7 月 13 日に施行された「刑法の一部を改正する法律」（平成 29 年法律第 72 号。以下「本法」と記す）附則 2 条 2 項は、告訴をするか否かを判断しなければならない被害者の負担軽減を目的として、「この法律による改正前の刑法 […] 第 180 条 […] の規定により告訴がなければ公訴を提起することができないとされていた罪 […] であってこの法律の施行前に犯したものについては、この法律の施行の際既に法律上告訴がされることがなくなっているものを除き、この法律の施行後は、告訴がなくても公訴を提起することができる。」とし、旧 180 条を削除して強制わいせつ等の性犯罪を非親告罪化した本法の遡及適用を定めていた。なお、これらの性犯罪の告訴の期間制限（犯人を知った日から 6 か月）は、既に 2000 年に撤廃されている。

第一審（広島地判平 30・5・18）および控訴審（広島高判平 30・10・23 高刑速（平 30）号 426 頁）において有罪判決が下されたことを受け、被告人は、本法附則 2 条 2 項は「本法による改正前の刑法において親告罪とされていた強制わいせつ等の罪であって本法の施行前に犯したものについて、本

法の施行後は、告訴がなくても公訴を提起することができる」としている点において、遡及処罰を禁止した憲法 39 条に違反する」として上告した。

判決の要旨

「親告罪は、一定の犯罪について、犯人の訴追・処罰に関する被害者意思の尊重の観点から、告訴を公訴提起の要件としたものであり、親告罪であった犯罪を非親告罪とする本法は、行為時点における当該行為の違法性の評価や責任の重さを遡って変更するものではない。そして、本法附則 2 条 2 項は、本法の施行の際既に法律上告訴がされることがなくなっているものを除き、本法の施行前の行為についても非親告罪として扱うこととしたものであり、被疑者・被告人となり得る者につき既に生じていた法律上の地位を著しく不安定にするようなものでもない。」

「したがって、[…] 本法附則 2 条 2 項は、憲法 39 条に違反せず、その趣旨に反するとも認められない。このように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁昭和 […] 25 年 4 月 26 日大法廷判決・刑集 4 巻 4 号 700 頁，最高裁昭和 […] 30 年 6 月 1 日大法廷判決・刑集 9 巻 7 号 1103 頁）の趣旨に徴して明らかである」。

判例の解説

一 本判決の意義

本判決は、事後法・遡及処罰を禁止する憲法 39 条前段前半が刑事手続法に及ぶのかという、かねてより論じられてきた争点に、「親告罪の非親告罪化」という新たな事例を付加するものである。

本判決の意義は、基本的には従来の諸判例を踏襲しつつ、親告罪を非親告罪化する新法の遡及適用は、①犯罪行為の違法性の評価や責任の重さを遡って変更するものではないこと、および②新法施行前に法律上告訴されることがなくなっている行為が除外されているがゆえに被疑者・被告人となり得る者（以下、引用を除き「被疑者等となり得る者」と記す）の法律上の地位を著しく不安定にするものではないことの 2 点を考慮し、事後法・遡及処罰の禁止を定める憲法 39 条前段前半とその趣旨に反しないと判断した点に存する。

二 憲法 39 条前段前半の刑事手続法への適用可能性

本規定が、刑事実体法における事後法・遡及処罰を禁じている点については、とくに争いはない。問題となるのは、本規定が刑事実体法にとどまらず刑事手続法にも適用されるか否かである。

この点については、学説上、①手続法の遡及適用が「被告人に不利益となる」ことは本規定の趣旨に反しないとする「否定説」¹⁾、②憲法 31 条が保障する適正手続を踏まえた人権保障の観点から、本規定はなんら条件が付されことなく手続法にも及ぶとする「肯定説」²⁾、③本規定の効力は一定の条件の下で手続法にも及ぶとする「一部肯定説」が存する。多数説・有力説は③である³⁾。一部肯定説における「一定の条件」については、当該手続法が「訴訟手続を行為時にくらべていちじるしく被告人に不利益に変えた場合」⁴⁾、被告人の実質的地位に直接影響を及ぼす実体法と密接な関係をもつ手続法的規定（例：公訴時効、挙証責任規定）の不利益変更⁵⁾、「訴訟法の変更が重要なものであって、被告人に対して容易に有罪判決をもたらすような」変更⁶⁾などの諸説がある。

三 従来の諸判例

このような学説の布置状況に対し、最高裁は、

手続法への憲法 39 条前段前半の適用可能性について明確には言及せず、個々の裁判において争点となる具体的な法制度の趣旨に即して、時にはその適用可能性を示唆し、あるいは「手続法が改正された場合は新法が適用される」との原則を援用し、あるいは立法政策に委ねるという姿勢を概ね採ってきた。結果的に判例は、いまひとつ判然としないものの、学説における「否定説」と「一部肯定説」の中間の立場を採っているように思われる。

まず、本判決も引用する判例の一つ（最大判昭 25・4・26 刑集 4 巻 4 号 700 頁）は、上告理由を事後的に制限した刑訴応急措置法 13 条 2 項は「単に上告理由の一部を制限したにすぎ」ず、「それが行為時の手続法よりも多少被告人に不利益であるとしても、憲法 39 条 [...] の趣旨を類推すべき場合」とは認められないとする。この判決理由は、39 条前段前半の手続法への適用は類推適用の可能性の問題であると示唆しているようにも解されるが、少なくとも本件については 39 条の適用も準用もないとするにとどまるとみるべきであろう⁷⁾。

なお、上告に関する法規定については、「訴訟法は訴訟手続に関する法規であつて犯罪行為に適用すべき実体法規でなく、訴訟法上の行為たる上告の理由についても上告手続を為すべき時に着目して規定を設けるのが当然であ[る]」との判断がある（最二小判昭 26・9・21 刑集 5 巻 10 号 1941 頁）。また、上告理由を制限する刑訴施行法 3 条の 2 について、審級制度や上告審の構造は、憲法 81 条が規定するところを除き、立法をもって適当に定めることができる、あるいは立法政策の問題であるから、同規定は憲法 39 条に反しないとした判例もある（最二小判昭 37・4・13 集刑 141 号 789 頁、判時 315 号 4 頁、判タ 138 号 94 頁）。

四 平成 27 年判決の意義と評価

以上の諸判例を踏まえつつ、最高裁は、公訴時効を廃止またはその期間を延長する新法の規定を遡及適用する「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」（平成 22 年 4 月 27 日法律第 26 号）附則 3 条 2 項は「行為時点における違法性の評価や責任の重さを遡って変更するものではない」と、被疑者等となり得る者につき「既に生じていた法律上の地位を著しく不安定にするようなものでも

ない」として、憲法 39 条、31 条およびそれらの「趣旨」に反しないと初めて判示した（最一小判平 27・12・3 刑集 69 巻 8 号 815 頁、判タ 1440 号 126 頁。以下「平成 27 年判決」と記す）。

同判決に対しては、それ以前の判例を修正して 39 条前段の対象を刑事実体法に限定し、被疑者等となり得る者の「法律上の地位を著しく不安定にする」刑事手続法の遡及適用を 39 条前段の「趣旨」、31 条およびその「趣旨」の問題と解した可能性があるとの指摘がある⁸⁾。また、同判決が、そのような遡及適用は 39 条ではなく、たとえば 31 条あるいは憲法全体の趣旨から許されないと考えている可能性がある⁹⁾、あるいは、公訴時効は訴追・処罰を禁止または放棄するという国家の意思表示であるところ、上記のような遡及適用はその意思表示に反し、反禁言にあたることから、39 条ではなく 31 条に反するという指摘もある¹⁰⁾。

ただ、同判決では、憲法 39 条、その趣旨、31 条およびその趣旨と理由づけの対応が明らかではなく、憲法上の諸問題に対する同判決の考え方の正確なところは不明である。また、公訴時効完成後の事案にも新法の遡及適用を認める法規定の合憲性という問題についても、同判決は立ち入っておらず、今後の課題とされる¹¹⁾。

五 法制審議会での議論¹²⁾

ここで、親告罪の非親告罪化の遡及適用について、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会での議論を確認しておく。そこではまず、事務当局から、平成 27 年判決を参照しつつ、親告罪の非親告罪化は「実行の時に適法であつた行為」について遡って刑事責任を問うものではなく、行為の違法性の評価や責任の重さを遡って変更するものでもないがゆえに憲法 39 条に反しないとの説明がなされた。さらに、この非親告罪化は、被疑者等となり得る者の法律上の地位を著しく不安定にするものではないため、改正法施行前になされた犯罪行為に遡及適用してもその利益を不当に侵すものではなく、その一方で、告訴がされる可能性がなくなったために公訴提起の可能性がなくなった犯罪行為については、被疑者等となり得る者の地位の安定性を考慮し、また、その当時の法に従って意思表示をした被害者の意思を尊重し、非親告罪化しないのが適切であるとの認識が示された。

それに対し、親告罪の非親告罪化は「性犯罪についての枠組みを大きく変える大改正である」、「実体法の条文ではないが、刑法典の中に定められている部分の重要な変更である」として、その遡及適用への疑問も呈されたが、「手続規定について法改正があつた場合は新法適用が原則である」、「これは新たな犯罪類型を設けるものではなく、憲法 39 条が禁じる事後法にはあたらない」、「被疑者にとって告訴なくして訴追されないということは、法改正により実現される被害者側の正当な利益を凌駕するような正当な利益とはいえない」との意見が多数を占め、最終的に本法附則 2 条 2 項として結実した¹³⁾。

六 本判決の評価¹⁴⁾と今後の課題

その本法附則 2 条 2 項について、本判決は、親告罪の趣旨は「一定の犯罪について、犯人の訴追・処罰に関する被害者意思の尊重」にあることを確認したうえで、法制審議会における議論と同様に、その非親告罪化は行為の可罰性評価を変更するものではなく（理由①）¹⁵⁾、また、本法施行の段階で法律上告訴される可能性がなくなっている事件を対象から除外したことに言及しつつ「被疑者・被告人となり得る者につき既に生じていた法律上の地位を著しく不安定にするようなものでもない」（理由②）とし、本規定は憲法 39 条とその趣旨に反しないと判断した。

本判決で挙げられている上記 2 つの理由は、文言としては平成 27 年判決のそれとほぼ同じであるが、後者のように憲法 31 条とその趣旨には言及せず、39 条とその趣旨への適合性だけを審査した。それゆえ、後者においては曖昧であった 39 条の射程がやや明確化したといえる。もとより公訴時効の廃止と親告罪の非親告罪化を単純に並置はできないということを念頭に置きつつ、以下、平成 27 年判決を手がかりに本判決を分析する。

まず、平成 27 年判決は、公訴時効制度の趣旨は「時の経過に応じて公訴権を制限する訴訟法規を通じて処罰の必要性和法的安定性の調和を図ること」（傍点引用者）であるとし、同制度は実体法ではなく手続法に属することを確認している。それに対し本判決では、親告罪における告訴は「公訴提起の要件」、すなわち通説どおり一般に訴訟条件とされることが確認¹⁶⁾され、したがって 39

条前段前半の対象たり得ないと解されたように思われる。

その一方で、本判決が上記理由①において本規定は39条前段の適用対象にはならないとしつつ、理由②においては逆に39条前段の対象と考えているように見える「不明瞭さ」は、構図としては平成27年判決に対する指摘¹⁷⁾と同様、本判決にも当てはまる。この点について、親告罪という制度を前者は実体法的に、後者は手続法的にそれぞれ理解して審査した、あるいは、前者は同制度を39条そのもの、後者は39条の「趣旨」にそれぞれ照らして判断した等の解釈がありえるが、今後のさらなる検討が待たれるところである。

さらに、理由②をめぐることは、やはり平成27年判決における改正法施行前に公訴時効が完成している事案についての言及と同様に、本判決が改正法施行前に法律上告訴される可能性が失われている事案について「被疑者・被告人となり得る者につき既に生じていた法律上の地位を著しく不安定にする」として改正法の遡及適用が認められていないことに言及していることを憲法39条との関係でいかに評価するかという課題¹⁸⁾も、依然として提起されよう。

以上の諸課題については、いずれも今後の議論の深化が望まれるところであるが、仮に手続法領域における新法の遡及適用を憲法上認めるにしても、その「正当化理由は、刑事実体法で絶対的に禁止されていることとの対比で、慎重な考察が必要」¹⁹⁾であるように思われる²⁰⁾。

●—注

- 1) 佐藤功『憲法(上)[新版]』(有斐閣、1983年)607～608頁。
- 2) 杉原泰雄「被告人の権利」芦部信喜(編)『憲法Ⅲ 人権(2)』(有斐閣、1981年)231～232頁。
- 3) 青井未帆「第39条(遡及処罰の禁止、一事不再理)」芹沢齊＝市川正人＝阪口正二郎(編)『新基本法コンメンタール 憲法』(日本評論社、2011年)287頁、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法[第七版]』(岩波書店、2019年)264頁、倉田原志「第39条(遡及処罰の禁止、一事不再理)」木下智史＝只野雅人(編)『新・コンメンタール 憲法[第2版]』(日本評論社、2019年)424～425頁、川岸令和「§39(遡及処罰の禁止・一事不再理)」長谷部恭男(編)『註釈日本国憲法(3)：国民の権利及び義務(2)・国会 §§25～64』(有斐閣、2020年)429～430頁。
- 4) 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂 日本国憲法』(日本評論社、1978年)326頁。

- 5) 田宮裕「判批」芦部信喜(編)『憲法判例百選』(有斐閣、1963年)125頁。
- 6) 橋本公巨『日本国憲法[改訂版]』(有斐閣、1988年)342頁。
- 7) 田宮・前掲注5)125頁。
- 8) 山崎友也「判批」ジュリ1505号(2017年)29頁。
- 9) 榎本雅記「判批」法教430号(2016年)154頁。
- 10) 南迫葉月「判批」論究ジュリ32号(2020年)191頁。
- 11) 馬渡香津子「判批」曹時69巻9号(2017年)313頁。
- 12) 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会『第5回会議事録』(2016年3月25日)26～30頁、および『第7回会議事録』(同6月16日)4～7頁を参照。
- 13) この点について、衆議院法務委員会(2017年6月7日)において、政府参考人(林眞琴・法務省刑事局長)は「[親告罪の非親告罪化の遡及適用は]罪刑法定主義等に反するものではない」と答弁し、とくに憲法39条(および31条)には触れていない(『第193回国会 衆議院 法務委員会 議事録』21号6頁)。
- 14) 刑事法学における本判決の評釈として、高橋直哉「判批」法教478号(2020年)141頁、田中優企「判批」法教478号(2020年)142頁。
- 15) なお、犯罪の軽微性ゆえに親告罪とされた犯罪類型のうち必ずしも軽微とはいえないという理由で後に非親告罪化された類型(例：1947年に非親告罪化された暴行罪)については、行為の可罰性評価に変更が生じたと考えられるがゆえ、そのような場合に非親告罪化する新法の遡及適用を認めることは憲法39条の趣旨に反すると解される余地はある(高橋・前掲注14)141頁)。
- 16) 田中・前掲注14)142頁。
- 17) 山崎・前掲注8)29頁。
- 18) 池田公博「判批」ジュリ1505号(2017年)195頁、山崎・前掲注8)28～29頁、川岸・前掲注3)432～433頁。
- 19) 井上典之「罪刑法定主義と事後法の禁止：後出しはするくない？」井上典之(編)『「憲法上の権利」入門』(法律文化社、2019年)227～228頁。
- 20) このような問題意識に関連し、公訴時効制度の実体法的側面を放棄することは、それを狙った恣意的な法改正の危険も増加するとの指摘がある(松宮孝明「判批」法セ735号(2016年)113頁)。この懸念は、刑事手続法全般についてもいえるように思われる。

*なお、本稿脱稿後に、黒澤陸「性犯罪の非親告罪化の一部遡及適用を認める改正附則と憲法39条の遡及処罰の禁止」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-081341915(Web版2020年8月28日掲載)に接することができた。