

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

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 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 条前段、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、刑法（平成 29 年法律第 72 号による改正前のもの）180 条 1 項、刑事訴訟法 230 条・338 条 4 号

【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

明治大学教授 黒澤 睦

事実の概要

本件で問題となった強制わいせつが行われた日時は、「平成 28 年 11 月 5 日午後 9 時 25 分頃から同月 6 日午後零時 25 分頃までの間」である（第一審である広島地判平 30・5・18 公刊物未掲載の認定による。）。

その後、性犯罪の非親告罪化を含む「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」という。）が平成 29 年 6 月 23 日に公布され、同年 7 月 13 日に施行された。本法附則 2 条には、経過措置として、同条 2 項で、性犯罪等の非親告罪化に関して、「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。」との規定が置かれた。

その後、本件強制わいせつについて、平成 29 年 7 月 28 日に公訴提起が行われた。第一審（前出）は、平成 30 年 5 月 18 日に強制わいせつ等について有罪判決を言い渡した。これに対して被告人側が控訴し、弁護人はその控訴趣意において、本法附則 2 条 2 項は遡及処罰の禁止を定めた憲法 39 条前段前半に違反して無効である旨、また、本法による非親告罪化は犯罪後の法律による刑の

変更（刑法 6 条）に当たり、本法施行前の行為については、より軽い刑を定めた改正前の親告罪規定（刑法 180 条 1 項）が適用され、告訴を欠くので公訴棄却されるべきである旨などを主張した。

原審（広島高判平 30・10・23 高裁刑事裁判速報平成 30 年 426 頁）は、上記の弁護人の主張を斥け、本法附則 2 条 2 項が遡及処罰の禁止を定めた憲法 39 条前段あるいはその趣旨に違反するものでないことは明らかであるとした上で、その他の控訴理由の主張も斥け、控訴を棄却した。

これに対して被告人側が上告し、弁護人は上告趣意において、本法附則 2 条 2 項に関して前出の控訴趣意とほぼ同旨の主張を行い、原判決の破棄（411 条 1 項、405 条 1 号）を求めた。

判決の要旨

上告棄却。

「①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。②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。」(①②の付番は解説者による。)

「したがって、刑法を改正して強制わいせつ罪等を非親告罪とした本法の経過措置として、本法により非親告罪とされた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、本法の施行後は、告訴がなくても公訴を提起することができる」とした本法附則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。

その余の上告趣意については、前提を欠く、または、実質は単なる法令違反の主張であり、上告理由に当たらない。

判例の解説

一 はじめに¹⁾

本判決で正面から判断が行われたのは、本法附則2条2項が憲法39条前段前半に違反するか否かのみである(刑訴法405条1号を参照)。本判決は、この点について、「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」と結論づけた。その理由の中核にあるのは、①「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」こと、②「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」ことの2点である。

このような判示の方法は、平成22年の公訴時効の一部撤廃・延長に関する経過措置(改正法施行の際公訴時効が完成していない罪について改正後の刑訴法250条1項を適用する)とした改正附則3条2項が憲法39条および憲法31条に違反せずそれらの趣旨にも反しないとした最判平27・12・3(刑集69巻8号815頁)²⁾とほぼ同一である(最判平成27年も理由として①と②を挙げている。相違点については、二3で触れる。)

本解説では、まず、前提問題として、憲法39条前段前半(いわゆる「遡及処罰の禁止」)の射程

を確認した上で、前述の最判平成27年との比較の観点から本判決の意義をより明確にする。その後、非親告罪化の一部遡及適用に固有の問題について検討を行う。

二 憲法39条(遡及処罰の禁止)の射程

1 刑事実体法の遡及適用と憲法39条

憲法39条前段のうち、前半の「実行の時に適法であつた行為……については、刑事上の責任を問われない」とする部分が、「遡及処罰の禁止」を定めたものとされる。この遡及処罰の禁止は、罪刑法定主義(憲法31条を参照)の本質的な内容の一部をなすものであり、予測可能性の観点から、遡及処罰の可能性による萎縮効果を防ぎ、国民の行動の自由を保障するとともに、処罰の公正さも確保しようとしたものと理解されている³⁾。

ところで、憲法39条前段前半は、「実行の時に適法であつた行為」を挙げているのみであり、文言上は、刑事実体法上の評価として実行時に適法であつた行為を事後の法律によって処罰することが禁止されるにとどまる⁴⁾。しかし、「刑の変更」に関する刑法6条が定めるような〈刑の事後的加重の禁止(重い刑の遡及適用の禁止)〉も憲法39条前段前半の保障に含まれるとする立場⁵⁾が有力である(この有力説に従った場合、非親告罪化が「刑の変更」に含まれるか否かが憲法論に直結することになる。これについては三1で検討する。)

2 刑事手続法の遡及適用と憲法39条

親告罪における告訴は、公訴時効の未完成(刑訴法337条4号)と同様に、一般には「訴訟条件」とされる(刑訴法338条4号を参照)。このような訴訟条件を含む手続規定も憲法39条前段前半の保障の範囲に含まれるか。

学説は、手続規定も含むとする肯定説⁶⁾、手続規定は含まないとする否定説⁷⁾、折衷説に分かれる。折衷説には、訴訟手続を行為時に比べて著しく被告人に不利益に変更する場合を含むとする説⁸⁾、重要な訴訟法の変更で被告人に対して容易に有罪判決をもたらすような場合を含むとする説⁹⁾、被告人の実質的地位に直接影響をもつ実体法に密接な訴訟規定(公訴時効や挙証責任の規定)を含むとする説¹⁰⁾等がある¹¹⁾。

判例は、本判決も引用する最大判昭25・4・26および最大判昭30・6・1が折衷説に近い立場をとった。最大判昭和25年は、上告理由の一部を

制限した訴訟手続に関する刑訴急措置法2条を適用して、その制定前の行為を審判することについて、「たとい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認むべきではない」とする（不利益が「多少」でない場合の類推の余地があり折衷説といえよう）。最大判昭和30年は、連合国最高司令官の覚書によってわが国が連合国人に対して裁判権を行使できなかった期間に連合国人によって犯された罪について、「わが国公訴権、裁判権に対する障害が除去され、わが国が完全に、その公訴権、裁判権を回復した後において、これを起訴審判することは、毫も、事後立法禁止に関する憲法39条の規定に違反するものではない」とする（公訴権・裁判権が消滅していないことを前提にしているとみられる。）。

そして、公訴時効に関する前出の最判平27・12・3は、これら2件の判例を引用しつつ、より明確な理由・基準として、①「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」こと、②「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」ことを提示した。①では実体法的観点が、②では手続法的観点が想定されているとの理解のほか、①が規定の適用、②が規定の趣旨による類推適用に対応する、さらに、①が憲法39条に、②が憲法31条に対応するとの理解も可能であった¹²⁾。

3 最判平成27年との比較からみた本判決の意義

本件においては、当該論点との関係では憲法39条違反のみが上告理由とされ、判示でも同条のみが検討対象とされているにもかかわらず、憲法39条に加えて憲法31条も検討対象とした最判平成27年と同じ①と②の理由・基準が用いられた。このことから、本判決により（結果として）憲法39条に②のような手続法的観点も含まれることが明確化されたといっていよいであろう。

また、最判平成27年は、理由②の中で、当該法改正が「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」という公訴時効制度の「趣旨を実現するため」に行われたことを明示する。これに対して、本判決は親告罪制度の趣旨（「犯人の訴追・処罰に関する被害者意思の尊重」と法的性質（「公訴提起の要件」）には言及するが、法改正の趣旨¹³⁾には

言及せず、基準①・②とも結びつけていない。これは、非親告罪化の場合は改正の趣旨を持ち出すまでもなく形式的に基準に照らした判断ができたためとも考えられるが、改正の趣旨を持ち出すことで立法に対する憲法的規制が弱められないよう意図したとも考えられる。

三 非親告罪化の一部遡及適用に固有の問題

1 非親告罪化と「刑の変更」

刑法6条において問題とされる「刑」の変更としては、主刑・付加刑の加重、労役場留置の期間の延長¹⁴⁾等が挙げられる。刑の執行猶予の条件を含むかについて、判例¹⁵⁾は否定するが、学説では肯定する見解が有力である¹⁶⁾。さらに、公訴時効については、刑の変更に当たるとする立場¹⁷⁾も有力であるが、平成22年の公訴時効の一部撤廃・延長とそれに関する最判平成27年は、これを否定する立場を前提にしているとされる¹⁸⁾。

公訴時効以外の訴訟条件についても争いがあり、非親告罪化についても争いがある。ただし、学説では、非親告罪化は、狭義の刑の変更の問題というよりは、前述のように、より広い遡及処罰の禁止の問題ととらえられているようである。

しかし、非親告罪化は狭義の「刑」の変更に当たるとともに、その遡及適用は憲法39条の遡及処罰の禁止にも反するものと理解すべきである。前提として、最大判昭23・11・10（刑集2巻12号1660ノ1頁）は、刑の変更は法定刑の変更が典型的な場合であるが、「刑法の総則等に規定する刑の加重減軽に関する規定が改正された結果、刑罰法令の各本条に定める刑が影響を受ける場合にも生ずるであろう」とする。そして、親告罪の場合、刑法42条2項が全ての親告罪について首服による任意的減軽を定めていることから、非親告罪化されると、最大判昭和23年のいう「刑が影響を受ける」事態が生じる。本判決の理由①は、刑の変更には当たらないことを前提としているようである¹⁹⁾が、このような事態を意識的に排斥しているのか疑いが残る。

2 告訴取消し・再告訴禁止をめぐる問題

理由②の基準との関係で特に問題となるのは、親告罪において告訴を取り消すと再告訴が禁じられる制度（刑訴法237条1・2項）である。具体的には、示談がなされた場合において、一度も告訴がなされていないときは、検察官による職権訴追

が可能であるのに対して、一度告訴をした後に取り消されたときは、「既に法律上告訴がされることがなくなっているもの」に該当し、非親告罪化の遡及適用が否定され、職権訴追は不可能となる。この場合、形式的には告訴と告訴取消しによって起訴されないという法律上の地位が付与されることになる²⁰⁾が、本質的には示談が成立したことの方が重要であるのに、その点を軽視することとは不公正となるのではないのか。つまり、理由②の基準は形式的には明確性があるが、実質的観点から再考の余地がある。

四 むすびにかえて

本判決は、公訴時効と親告罪がともに訴訟条件の問題であることを前提に論理を展開したものと考えられる。しかし、前述のように、両者の差異として、首服による任意的減軽(刑法42条2項)、告訴取消し・再告訴禁止(刑訴法237条1・2項)に特に留意する必要がある。性犯罪等の非親告罪化自体には賛同する部分が少なくない²¹⁾が、非親告罪化の一部遡及適用を認めた本経過措置に関する立法過程と本判決の判断には疑問が残る。

●——注

- 1) 本判決の解説等として、高橋直哉・法教478号(2020年)141頁、田中優人・法教478号(2020年)142頁を参照。なお、本件の主任弁護士である奥村徹弁護士によって訴訟の経過・関連資料等の一部が公開されており(奥村徹「奥村徹弁護士の見解」〈<https://okumuraosaka.hatenadiary.jp/>〉(2020年8月20日閲覧))、本解説の執筆にあたりこれらも参照した。さらに、奥村弁護士には情報提供もいただいた。ここに記してお礼申し上げる。
- 2) 同判決につき、馬渡香津子・最判解刑事篇平成27年度272頁のほか、大日方信春・新・判例解説 Watch(法増刊)19号(2016年)15頁、大澤裕・刑事訴訟法判例百選〔第10版〕(2017年)94頁、池田公博・平成28年度重判解194頁、山崎友也・平成28年度重判解28頁、原田和往・刑事法ジャーナル53号(2017年)155頁、南迫葉月・論ジュリ32号(2020年)186頁等を参照。
- 3) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)14頁以下等を参照。
- 4) 一般に、親告罪の告訴がなくても実行時に他の要件が充たされていれば違法であることが当然の前提とされているが、著作権法の分野では著作権者等の事後追認・事後承諾による適法化が親告罪の趣旨として挙げられる(加戸守行『著作権法逐条解説・六訂新版』(著作権情報センター、2013年)851頁。拙稿「親告罪・私人訴追犯罪・職権訴追犯罪としての著作権法違反(1)」法律論叢89巻6号(2017年)100頁以下も参照)。また、親告罪における告訴の実体法的性質につき、拙稿「多様な刑事訴追の形態とその中で親告罪制度の現代的意義と限界」刑法59巻2号(2020年)161頁以下を参照。
- 5) 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頁〔倉田原志〕、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2020年)248頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂、2019年)51頁以下等。
- 6) 芦部信喜編『憲法Ⅲ：人権(2)』(有斐閣、1994年)231頁〔杉原泰雄〕。
- 7) 佐藤功『ポケット註釈全書・憲法〔新版〕上』(有斐閣、1983年)607頁以下。
- 8) 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。
- 9) 橋本公亘『日本国憲法〔改訂版〕』(有斐閣、1988年)342頁。
- 10) 田宮裕「判批」最大判昭25・4・26憲法判例百選(1963年)125頁。同旨、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣、2017年)264頁以下。
- 11) 全体像につき、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(3)』(有斐閣、2020年)429頁以下〔川岸令和〕を参照。
- 12) 以上につき、前掲注2)に掲げた評釈等を参照。
- 13) 法改正の趣旨(告訴をするか否かの判断をしなければならない被害者の精神的負担を軽減する)および非親告罪化の一部遡及適用の当否につき、法務省法制審議会・刑事法(性犯罪関係)部会議事録、池田公博「性犯罪の非親告罪化・公訴時効の撤廃またはその進行の停止」法時90巻4号(2018年)73頁以下、辻本典史「強姦罪等の非親告罪化」犯罪26号(2017年)81頁以下、小池信太郎「人を死亡させた罪の公訴時効の廃止・延長と遡及処罰禁止の妥当範囲」刑事法ジャーナル26号(2010年)33頁以下等を参照。
- 14) 大判昭16・7・17刑集20巻425頁。
- 15) 最判昭23・6・22刑集2巻7号694頁。
- 16) 山口・前掲注3)15頁等。
- 17) 例えば、平野龍一『刑法総論I』(有斐閣、1972年)69頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣、2008年)72頁等。
- 18) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第1巻』(青林書院、2015年)115頁〔古田佑紀=渡辺咲子〕を参照。なお、最決昭42・5・19刑集21巻4号494頁は前提事情が異なる。
- 19) 改正法が非親告罪化を刑の変更にあたらないことを前提にしていることにつき、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018年)68頁を参照。
- 20) 実務上、親告罪において恒久的に起訴を不可能にするため、示談内容として告訴をいったん行った上で取り消すという運用も行われているようである。もっとも、このような運用は法が本来予定しているものではない。
- 21) 拙稿・前掲注4)166頁以下を参照。