

講 演

「通念」に挑む

——平成の刑事手続立法を機縁として——

井 上 正 仁

はじめに

私が2013年の春に東京大学を退職し、早稲田大学でお世話になるようになってから早^{はや}6年、この3月末で退職いたしますので、本日が最後の授業となります。早稲田での締め括りであることから、法科大学院で今学期担当している「基礎刑事訴訟法」と「刑事証拠法」の二つの授業を合同する形で、普段の授業ではなかなかお話しできないような話でもさせていただこうと考えました。

ところが、本日ここに臨んでみますと、それらの授業を履修されている学生さんばかりか、先輩や同僚の先生方、在学生・修了生のみなさん、そして、平日の勤務時間帯であるにもかかわらず、学外からも、学界、法曹界、官界、さらには出版社の方々も多数来て下さっており、大変恐縮し、かつ感激しております。

ただ、「普段できないような話を」と申しましても、いまさら何か目新しいことをお話しできるわけはありません。ほとんどが、前にも書いたり話したりしたことなどをつなぎ合わせて、昔話をさせていただきただけですので、初めて耳にする学生のみなさんとはともかく、わざわざお出で下さっている研究者や実務家の方々には退屈かもしれませんが、しばらく辛抱してお付き合い下さるようお願いいたします。

(1) 研究者としての道程

さて、私が大学を卒業して研究者の道に入ったのは、1971年7月のことでしたので、それから48年近く経ちます。この間、ずっと刑事訴訟法という分野を対象に研究し、ものを書いたり、教えたりしてきたわけですが、文字通り悪戦苦闘の連続で、この歳になっても、「日暮れて道なお遙かに遠し」というのが正直な心境です。このうち東大で過ごした40数年、どのような悪戦苦闘があったかについては、東大での最終講義でお話しし、それが活字化されています⁽¹⁾ので、関心のある方はお読みいただければと存じますし、早稲田での6年間も、基本的にその延長線上にあったといえますが、その東大での最終講義の中では、研究教育活動以外に、1990年代半ば以降、制度改革や立法の準備作業に関わるようになり、研究者本来の道から逸れて、茨の道に迷い込んだり泥沼に足を取られたりして、「研究者としての私にとっては『失われた^{としつき}『歲月』』であった」と、自虐的な——あるいは、自分の学問的業績の乏しさの責任を転嫁するような——ことを申しておりました⁽²⁾。

しかし、その後、改めて振り返ってみて、研究者としての私が、仮に、いささかでも成長し、それなりの独自性を発揮できたとするならば、実は、それらの邪道とも見える制度改革や立法の準備作業への関わりが大きな契機の一つであったことを再認識するようになりました。

(2) 平成の制度改革・刑事手続立法準備作業への参画

私がそのような「邪道」に足を踏み入れたのは、1989（平成元）年に法務大臣の諮問機関である法制審議会〔以下、「法制審」と略称〕の幹事に任命されたことが始まりですが、まさにその数年後くらいから、刑事関係の立法が動き出し、90年代末^{すえ}（平成10年前後）以降、一躍活発化するよう

(1) 井上正仁「刑事訴訟法学のアイデンティティを求めて」法学協会雑誌130巻4号（2013年）751頁以下。

(2) 井上・前掲注（1）798頁。

になりました。

〔表1〕をご覧くださいただければお分かりのように、それ以前、刑事関係の立法は、刑法の全面改正や少年法改正、監獄法改正など大がかりな試みもあったのに、さまざまな理由から、ことごとく頓挫してしまったということもあり、私の恩師の松尾浩也先生のお言葉をお借りすれば、「立法がピラミッドのように沈黙する⁽³⁾」時代が続いていました。ところが、〔表2-1〕～〔表2-4〕に見るとおり、#1～#3の各立法を先駆けとして、沈黙していたピラミッドが雄叫びを上げ、長い眠りについていた休火山が噴火するかのように、刑事立法が俄に活発化することになったのです。

それから平成という時代が終わろうとしている今日までに成立した主な刑事立法は29を数えます⁽⁴⁾が、私は、そのうち#3、#8および#27という

表1 昭和後期（45年以降）の刑事立法の試み

年	法律	主要事項	審議会等	審議期間
昭和45（1970）	ハイジャック防止法	よど号事件 ⇒ハイジャック対策	法制審 刑事法部会	昭和45（1970）
	公害犯罪処罰法	公害犯罪の処罰	法制審 刑事法部会	昭和45（1970）
昭和48（1973）	覚せい剤取締法改正	覚せい剤第2次濫用期 ⇒法定刑大幅引上げ		
	（未提出）	刑法全面改正	法制審 刑事法特別部会	昭和38（1963） ～49（1974）
	（未提出）	少年法改正（「青年」層の新設、検察官関与）	法制審 少年法部会	昭和45（1970） ～52（1977）中間答申
昭和53（1978）	（刑訴法改正法案＝廃案）	弁護人不在公判（必要的弁護の例外）	法制審 刑事法部会	昭和52（1977） ～53（1978）
	人質強要処罰法	ダッカ事件等 ⇒人質強要行為対策	法制審 刑事法部会	昭和53（1978）
昭和57（1982） ～平成5（1993）	（拘禁二法案83廃案、87再提出・90廃案、93再提出・廃案）	監獄法改正	法制審 監獄法改正部会	昭和51（1976） ～55（1980）
昭和62（1987）	刑法等改正	コンピュータ犯罪の処罰 ----- 人質犯罪防止条約等への対応	法制審 刑事法部会	昭和61（1986） ～62（1987）

(3) 松尾浩也「第四版の刊行にあたって」平野龍一ほか編・刑事訴訟法判例百選（第4版）（1981年）9頁。

(4) #30は、2019年8月現在、法制審少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会において審議中。

表2-1 平成期の刑事立法(1)

#	年	法律	事項	審議会等	審議期間	井上の関与
1	平成3 (1991)	麻薬特例法	国連麻薬新条約対応(マネーロンダリング処罰, 不法収益没収・没収保全, コントロール・デリバリー)			
2	平成7 (1995)	刑法改正	刑法の現代語化	法制審 刑事法部会	平成6 (1994) ~ 7 (1995)	
3	平成11 (1999)	組織三法(組織犯罪処罰法, 通信傍受法, 刑訴法改正)	組織犯罪対策(組織的殺人等, マネロン処罰, 犯罪収益等没収・保全, 通信傍受, 証人保護)	法制審 刑事法部会	平成8 (1996) ~ 9 (1997)	幹事
4	平成12 (2000)	少年法改正(議員立法)	刑事処分可能年齢引下げ, 検察官関与, 故意死犯の原則移送	法制審 少年法部会	平成10 (1998) ~ 11 (1999)	
5		刑訴法・検察審査会法改正等	被害者保護(性犯罪告訴期間の撤廃, ビデオリンク, 記録閲覧権, 遺族の検審査立権)	法制審 刑事法部会	平成11 (1999) ~ 12 (2000)	部会委員
6	平成13 (2001)	刑法改正	危険運転致死傷罪の新設	法制審 刑事法(自動車運転死傷)部会	平成13 (2001)	
7	平成15 (2003)	刑法改正	日本人に対する殺人等の国外犯処罰(≡TAJIMA号事件)	法制審 刑事法(国外犯処罰)部会	平成14 (2002) ~ 15 (2003)	

表2-2 平成期の刑事立法(2)

8	平成16 (2004)	裁判員法 刑訴法改正 検察審査会法改正 総合法律支援法	裁判員制度導入 公判充実迅速化 公的弁護制度整備 検察審査会の権限強化	司法制度改革審議会(内閣)	平成11 (1999) ~ 13 (2001)	委員
				司法制度改革推進本部(内閣)	平成14 (2002)	
				裁判員制度・刑事検討会	~16 (2004)	座長
				公的弁護制度検討会		座長
9		刑法・刑訴法改正	凶悪・重大犯罪対策(有期刑上限引上げ, 殺人等法定刑引上げ, 公訴時効期間の延長)	法制審 刑事法(凶悪・重大犯罪)部会	平成16 (2004)	
10	平成17 (2005)	刑法改正	国連人身取引議定書対応(人身売買等の処罰)	法制審 刑事法(人身の自由侵害犯罪)部会	平成16 (2004) ~ 17 (2005)	
11		刑事施設法	監獄法改正	行刑改革会議(法務省)	平成15 (2003)	
12	平成18 (2006)	刑事施設法改正(刑事収容施設法と改称)	監獄法改正	未決拘禁者処遇等有識者会議	平成17 (2005)	
13		組織犯罪処罰法改正	犯罪収益剥奪, 被害回復	法制審 刑事法(犯罪収益剥奪・被害回復)部会	平成17 (2005)	部会委員
14		刑法・刑訴法改正	窃盗等罰金刑新設 略式命令限度額引上げ	法制審 刑事法(財産刑)部会	平成17 (2005) ~ 18 (2006)	
15	平成19 (2007)	少年法改正	触法少年, 少年院送致年齢	法制審 少年法(触法少年)部会	平成16 (2004) ~ 17 (2005)	
16		裁判員法改正	区分審理, 部分判決	法制審 刑事法(裁判員制度)部会	平成18 (2006) ~ 19 (2007)	部会委員

表 2-3 平成期の刑事立法（3）

17	平成19 (2007)	刑法改正	自動車運転過失致死傷	法制審 刑事法（自動車運転過失致死傷） 部会	平成19（2007）	
				犯罪被害者等施策推進会議 （内閣府） ⇒犯罪被害者等基本法（平成16 （2004））に基づく基本計画	平成17（2005）	委員
18		刑訴法改正	被害者参加、刑事公判 裁判所への損害賠償請 求等	法制審 刑事法（犯罪被害者）部会	平成18（2006） ～19（2007）	
19	平成20 (2008)	少年法改正	被害者の審判傍聴	法制審 刑事法（犯罪被害者）部会	平成19（2007） ～20（2008）	
20	平成22 (2010)	刑訴法改正	公訴時効の見直し	法制審 刑事法（公訴時効）部会	平成21（2009） ～22（2010）	部会長
21	平成23 (2011)	刑法改正	強制執行妨害等	法制審 刑事法（強制執行妨害犯罪）部会	平成14（2002） ～15（2003）	
22		刑法・刑訴法改正	サイバー犯罪対策	法制審 刑事法（ハイテク犯罪）部会	平成15（2003）	部会委員
23	平成25 (2013)	刑法改正等	刑の一部執行猶予	法制審 被収容人員適正化方策部会	平成18（2006） ～22（2010）	
24		自動車運転死傷等 処罰法	自動車運転死傷	法制審 刑事法（自動車運転）部会	平成24（2012） ～25（2013）	総会委員
25	平成26 (2014)	少年法改正	少年刑引上げ等	法制審 少年法部会	平成24（2012） ～25（2013）	

表 2-4 平成期の刑事立法（4）

26	平成27 (2015)	裁判員法改正	超長期審理事件の除外 等	裁判員制度検討会（法務省） 法制審 刑事法（裁判員制度）部会	平成21（2009） ～25（2013） 平成26（2014）	座長 総会委員 部会長
				検察の在り方検討会議（法務省）	平成22（2010） ～23（2011）	委員
27	平成28 (2016)	刑訴法・通信傍受 法等改正	被疑者取調べ録音録画、 協議・合憲制度、 通傍受合理化、 被疑者国選弁護の拡大 等	法制審 新時代の刑事司法特別部会	平成23（2011） ～26（2014）	総会委員 部会委員
28	平成29 (2017)	刑法改正	性犯罪規定見直し 刑罰強化 非親告罪化	性犯罪罰則検討会（法務省） 法制審 刑事法（性犯罪）部会	平成26（2014） ～27（2015） 平成27（2015） ～28（2016）	総会委員
29		組織犯罪処罰法改 正	国連 TOC 条約対応 テロ等準備罪の新設 （≒平15法制審答申 組替え）	法制審 刑事法（TOC）部会	平成14（2002） ～15（2003）	
30	？	？	少年法適用年齢 犯罪者処遇等	法制審 少年法・刑事法（少年年齢・犯 罪者処遇関係）部会	平成29（2017） ～審議中	会長 部会長

大規模なもの3件を含め9件（前記に加え#5, #13, #16, #20, #22, #26）について、立案に至る法制審の刑事法部会等——あるいは、#8の司法制度改革の場合は、司法制度改革審議会やそれに引き続く司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会および公的弁護制度検討会——における審議に実質的に関与しましたし、さらに、他の4件（#18, #19, #24, #28）についても、それらの会議体の親組織である法制審（総会）や基本構想を策定した犯罪被害者等施策推進会議の審議に関与しました。

その関わり方は、司法制度改革のように、大本の基本構想作りから具体的制度設計に至るまで深く携わったものから、法務省など事務当局の方で周到に準備された要綱（骨子）案を基に意見を述べるといった程度のもので、濃淡様々でしたが、それらの審議自体だけでなく、そのための各種の打合せや国内外での調査なども含めると、本来研究に充てるべき時間を随分費やしました。しかし、研究者としての自分にとって、そのような機会がなければ得られなかったであろう大きな収穫があったことも確かだと思うのです。

それは何かと申しますと、既存の法規や学説、判例などを前提として平常に法解釈論を行ったり、授業をしたりしていただければ、おそらく気にもしなかったような問題——特に、従来当たり前だと思われ、あるいは暗黙の前提として誰も不思議に思わなかったような基本中の基本、もしくは初歩とすらいえるような事柄——に疑問を抱いて、無謀にも単身それに挑み、あるいは研究者仲間や実務家の方々と真剣勝負のような議論を闘わせることを通じて、全く新たな視界が開かれるのを経験し、自分なりの考え方を築いていく機縁となった、ということです。むろん、これは独りよがり過ぎなかつたかもしれませぬし、内容的に正しかったかについてもご批判があるだろうと思いますが、研究者としての自分にとって大きな飛躍であり、また実に楽しい経験でありました。

そこで、この機会に、法律を職とすることを志す法科大学院生のみならず、その経験の一端をご披露することにより、法律学や法律を職とする

ことには、そのような楽しみもあるということを幾分かでも分かっていた
だき、今は目の前の司法試験のことなどで頭が一杯かもしれませんが
も、いずれ余裕ができた後、長いキャリアを歩んでいくうえで一つの参考
にしていればと考える次第です。

以下では、#3のいわゆる組織三法のうちの通信傍受法、#8の司法制度
改革の一環としての刑訴法改正、そして#20の公訴時効の見直しに関する
刑訴法改正の3つを例として、より具体的にお話してみようと思います。

1. 通信傍受法と「行われようとしている犯罪」

(1) 通信傍受法制定に至る経緯

まず、1990年代末（平成10年前後）以降の刑事手続立法の活発化への突
破口を開いたと言ってよいのが、#3の組織三法、中でも通信傍受法⁽⁵⁾の
制定です。

犯罪捜査のために人の通信や会話を傍受するという手段が欧米諸国など
で用いられていることは、わが国でも以前から知られてはいたものの、わ
が憲法上およそ許されないという意見すらあり、強い反発、反対が予想さ
れるという事情もおそらくあって、敢えてそれを採用するための立法を行
おうとする動きは見られませんでした。

ところが、いわゆる覚せい剤第2次濫用期がピークを迎える1980年代半
ばから、覚せい剤事犯が一層組織化・国際化するとともに、犯行方法も
——売り手側と買い手側とが直接接触することなく、電話のみで取引する
ことが増加するなど——巧妙化したことから、これに対抗するため、捜査
現場では、裁判官から検証令状を得て、覚せい剤取引に用いられていると
思われる電話機ないし電話回線に架かってくる電話を検証するという形
で、通話を傍受するという手法を用いるようになりました。そして、その

(5) 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（平成11年8月18日法律137号）〔以
下、「通信傍受法」と略称〕。

適法性が幾つかの下級審裁判所によって肯定された⁽⁶⁾のですが、これに対しては、学界などから、当時の刑事訴訟法の規定の下では許されないという批判も強かったのです。

加えて、80年代半ばに広範な被害を及ぼして大騒ぎになった組織的詐欺事件（豊田商事事件⁽⁷⁾）や、90年代半ばにかけて世の人々を震撼させた一連のオウム真理教事件などが発生し、新たなタイプの組織的犯罪として対処が求められるようになったことや、薬物犯などの国際的に拡大する組織犯罪に諸外国と連携して対処していくうえでも、有効な措置を講じる必要があることが認識されるようになったことから⁽⁸⁾、1996年10月に、法務大臣から法制審に対し、組織的犯罪に対処するための——電気通信傍受制度の導入を含む——刑事実体法・手続法の両面にわたる整備について諮問⁽⁹⁾がなされたのでした。

(6) 甲府地判平成3年7月25日〔公刊物未登載〕、同地判平成3年9月3日・判例時報1401号127頁、東京高判平成4年10月15日・高刑集45巻3号85頁、旭川地判平成7年6月12日・判例時報1564号147頁、札幌高判平成9年5月15日・判例時報1636号153頁。

(7) 1980年代前半、大阪をベースにした「豊田商事」が、主として独居の高齢者をターゲットにした電話セールなどにより、客に金の地金を購入する契約を結ばせたうえ、現物は会社で預かると称し、客には代わりに証券を渡すという「現物まがい商法」（ペーパー商法）で多額の金員を詐取した組織的詐欺事件で、被害者は全国で数万人に及び、被害総額は2千億円近くに上ったとされる。系列会社でも、ゴルフ会員権の販売等を名目にした類似の悪徳商法が行われていたことが発覚し、社会問題化するとともに、1985年6月、その渦中にいた「豊田商事」会長が、報道機関の取材陣が詰めかける自宅マンションで、詐欺被害者の関係者と称する男2人に刺殺されるという衝撃的な事件も起こり、世を大きく騒がせることとなった。

(8) 第142回国会衆議院議事録第36号2頁〔1998年5月8日の衆議院本会議での下稲葉耕吉法務大臣による組織三法の立法趣旨説明〕。

(9) 法務大臣諮問第42号（1996年10月8日・法制審議会第120回会議）〔通信傍受制度のほか、一定の組織的犯罪の法定刑の加重、犯罪収益等による事業経営支配等の処罰、犯罪収益等の没収・追徴の拡大などの刑事実体法上の措置や、証人保護などの刑事手続法上の措置に関して、その整備要綱の骨子を示すことを要請〕。

これを受けた法制審では、主として刑事法部会において翌97年7月まで調査・審議が重ねられた末、法整備の要綱骨子案がまとめられ、これが同年9月の総会で採択されて、法務大臣に答申されました⁽¹⁰⁾。そして、それを基に組織三法案が作成されて、98年3月の第142回国会に提出され、その会期中には決着がつかず継続審議となったものの、99年6月の第145回国会で成立するに至ったのでした⁽¹¹⁾が、それら一連の過程を通じ、殊に通信傍受という捜査手段の採用については、その可否ないし当否や採用する場合の具体的な制度のあり方をめぐって、法制審刑事法部会や国会の内外で、非常に激しい議論が闘わされました。

(2) 主要な争点

そこでの争点は多岐にわたっていましたが、実質的に見て主要な論点は、おおよそ次のように整理できます。

①そもそも許されるか。

(ア) 憲法の令状主義保障による目的物特定の要請（憲法35条1項）を、果たして——そして、如何にすれば——充たすことができるか。

(イ) 被疑事実に関連する通信なら傍受することが許され得るとしても、そのような通信か否か（該当性）は傍受してみなければ分からないのに、それが不明な段階で、その該当性を判断するために、送受信される通信を傍受することが許されるか。

②どこまで許されるか。

(ウ) どのような犯罪を対象にし得るか。

(エ) 通信傍受令状発付の時点において既に行われ、または現に行わ

(10) 「組織的な犯罪に対処するための刑事法整備要綱骨子」（2007年9月10日、法制審議会第122回会議採択）〔以下、「整備要綱骨子」と略称〕。

(11) 通信傍受法のほか、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制に関する法律（平成11年8月18日法律第136号）および刑事訴訟法の一部を改正する法律（同日法律第138号）。

れつつある犯罪のみならず、これから行われようとしている犯罪をも対象にし得るか。

(オ) ある特定の被疑事実について傍受を実施する過程で、他の被疑事実に関する通信がなされるのがたまたま認知された場合、これを傍受し続け、記録することが許されるか。

③対象者に対して如何なる手続的保障を設けるべきか。

(カ) 適正手続保障（憲法31条）の一つである「告知」と「聴聞」の機会を如何にして適切に確保すべきか。

これらの論点の幾つかは、私自身にとっても、1970年代末にアメリカとドイツで在外研究をした頃からの関心事であり、関連の資料や文献を集め、それなりに勉強はしていたものの、いざ現実の立法を視野に入れて、より真剣に詰めて考えてみますと、解決すべき問題点は憲法論から立法論まで遙かに広く、かつ深くにまで及んでいるうえ、これまでほとんど検討すらされたことのないような事項も少なくないことに気づき、しばし途方にくれたほどです。しかし、まだ40代の半ばで意気軒昂^{けんこう}だったからでしょう。ほどなく思い直しまして、刑事訴訟法を専攻する学徒として刑事法部会の審議に関与する以上は、それらの問題から逃げることなく、むしろ正面から取り組んで、自分なりの明確な解決の方向を見出したうえで、審議に臨もうと決意しました。そして、半年ほど、いろいろ調べたり考え、あるいは、東大法学部研究室出身の親しい刑訴法研究者仲間と幾度も合宿するなどして激論を重ねたり、事務当局である法務省刑事局関係の方々とも突っ込んだ議論をしたりし、それらを踏まえ、主要な論点についての私なりの考えを論文に著して『ジュリスト』誌に連載した⁽¹²⁾うえ、それをまとめてモノグラフィーとして刊行しました⁽¹³⁾。

(12) 井上正仁「捜査手段としての通信・会話の傍受（1）～（7）」ジュリスト 1103号73頁以下（1996年）、1105号99頁以下、1107号91頁以下、1109号84頁以下、1111号207頁以下、1112号86頁以下、1116号82頁以下（1997年）。

(13) 井上正仁・捜査手段としての通信・会話の傍受（1997年）。

この期間、文字通り昼夜兼行で、ずっとそれに専心していたため、併行して行っていたはずの大学での授業のことも——さらには、何時眠ったのかすら——記憶していないほどの極めて異常な日々でした⁽¹⁴⁾。後から振り返ると、そういうことができたのが自分でも信じられないくらいですが、同時に、私にとっては、実に楽しく充実した「黄金の刻^{とぎ}」でありました。共に真剣勝負の議論を闘わせた「戦友」のみなさんも、同じような感慨を抱いておられるようです。

(3) 「行われようとしている犯罪」を対象とすることの可否

(a) 先ほど挙げた主要な論点のうち、最大の争点は、もちろん、①の《そもそも許されるか》ということであったのですが、それに劣らず、強い反対ないし反発が示され、激しい議論の^ま的となったのが、②(エ)の《通信傍受令状発付の時点において既に行われ、または現に行われつつある犯罪のみならず、これから行われようとしている罪に関しても、傍受を許すことができるか》ということでした。

この問題については、前述のモノグラフィーで詳しく述べております⁽¹⁵⁾ので、以下では、ごく要点だけ、かいつまんでお話しすることにしますと、既に行われた犯罪につき、例えば、犯人らや関係者らの間で電話等の通信手段を用いて証拠の隠滅や逃亡の打合わせなどが行われるといったことが考えられますので、それを傍受することも犯罪の捜査として有用でないというわけではありません。しかし、それよりは、これから犯罪を行おうとしている者らが、そのための事前の打合わせや準備、さらには——通信傍受を実施する時点においては着手されている——犯行自体や犯行の際の関与者間の連絡などを行う手段として電話等の通信手段が用いら

(14) その折のエピソードとして、井上正仁「ジュリストとともに」ジュリスト 1500号35頁(2016年)。

(15) 井上・前掲注(13)141頁以下。井上正仁・強制捜査と任意捜査(新版)(2014年)161頁以下も参照。

れることの方がずっと多いと考えられますから、そのような場合の方が、通信を傍受することのメリットは遙かに大きいといえます。現に、アメリカをはじめとする英米法系の諸国で、後者のような場合についても、捜査手段として通信や会話の傍受を許しているのは、そのためです。

(b) しかし、これに対しては、仮に通信傍受という捜査手段を採用するとしても、そのような未発生の犯罪をも対象にすることはおよそ許されない、とする強い反対論ないし反発が、かなり多くの人から示されました。

その理由は一様ではない。いろいろ錯綜していて理解が容易でないところもありましたが、私の見るところ、以下の2段階に整理できると思われました。

(i) 第一に、そのような将来の犯罪に関する情報の収集は、その予防を目的とする「行政警察活動」に属するのに対し、犯罪の訴追・処罰を目的とする「司法警察活動」である捜査は、あくまで、犯罪が既に発生していることを前提にするものであるから、未発生の犯罪を対象にする捜査というものはありません。従ってまた、そのために通信を傍受するというのも、およそ認められる余地がない、という主張です。

この「行政警察」と「司法警察」との区別は、フランス革命期のフランスの法制を淵源とするもので⁽¹⁶⁾、ドイツなど、それを継受したヨーロッパ大陸法系諸国でも、伝統的に維持されてきました。犯罪捜査のための通信等の傍受についても、これらの諸国では、既に発生していると疑われる犯罪を対象とする場合に限ってこれを許しているのは、そのためだと言えます。そして、わが国でも、明治初年に、そのようなフランス法に由来する観念が持ち込まれて⁽¹⁷⁾以来、何の疑いも差し挟まれることなく、当た

(16) 井上・前掲注(13)143頁。

(17) 明治の初頭は司法省の所管の下に置かれていた警察事務が、内務省の設置により同省に移管され、警察組織も漸次整備されるようになったことに伴って、「人民ノ凶害ヲ豫防シ安寧ヲ保全スル」(行政警察規則〔明治8年3月7日太政官達第29号〕1条)ための行政警察と「[その]行政警察豫防ノ力及ハスシテ法律ニ背ク者アル時其犯人ヲ探索シテ之ヲ逮捕スル」(検事職制章程司法警察

り前のことのように、その区別が受け継がれてきましたので、これから発生する犯罪を対象とする捜査というものを認めることに強い拒絶反応が示されたのは、不思議ではありません。

しかし、私には、歴史的な経緯は経緯として、現行の法制下において、そもそもその区別が、果たして——そして、どのような意味ないし点において——実質的な理由のあるものであるかは、検討を要しないほど自明の事柄ではないように思われましたし、それ以上に問題だと思えたのは、その区別を前提にするにしても、捜査ないし司法警察活動は「犯罪の解明・訴追を目的にする作用である」から「既に行われた犯罪のみを対象にする」、あるいは、「将来行われるであろう犯罪を対象にするもの」はすべて「予防を目的とする行政警察の作用」であって、司法警察活動ないし捜査には属しないということに論理上当然になるか、ということでした。

もちろん、例えば、人に対し直接に危害を及ぼすような犯罪などの場合、その発生が予測される時は、何よりも、これを防止する措置を講じるべきだと言えましょう。しかし、そうでない犯罪——殊に、例えば、同一犯人ないし集団により繰り返し行われていると疑われる一群の犯罪など——について、防止より検挙して処罰することの方が困難度が低いか、より効果的なので、後者を優先させるべきだと考えられる場合や、間近に犯罪の発生することが予測されても、発生場所が不明であるなど、それを防止する措置を講じることはできず、せめて、発生した場合に犯人を検挙・処罰するために、必要な態勢を取ったり、予め証拠等を保全したりしておくべきだと考えられる場合もあると思わるのです。

現に、従来の捜査実務においても、スリなどは、疑わしい者を監視していて、犯行に及んだところを現行犯逮捕するというのが常道だとされてき

規則〔明治7年1月28日太政官達第14号〕10条)司法警察(犯罪捜査)とが明確に区別され、前者が警察組織固有の事務であるのに対し、後者は検事の責務であり、警察官吏は、その補助をする司法警察官吏を兼務し、検事の指揮の下に犯罪の捜査を行うに過ぎないものと位置付けられるようになった。

ましたし、夜間の店舗荒らしが連続して発生しているときに、次に狙われる店舗等を予測して、捜査官が張り込み、犯人が犯行に及んだところを検挙するという手法（迎撃捜査）なども用いられてきました。裁判例上も、犯行が行われる前に開始されるおとり捜査も「任意捜査」として許されること⁽¹⁸⁾や、街頭のある場所で犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合において、予め証拠保全の手段・方法を取っておく必要性・緊急性があるときは、犯罪が行われる以前からその場所をテレビカメラで継続的に撮影・録画するのも捜査の一環として許されること⁽¹⁹⁾が認められています。

同様に、後に犯行を犯すに至る者の犯行計画や犯行準備に関する情報・記録など、犯罪が実行される前から存在するものも、その犯罪が行われたときには、重要な証拠となり得るのですから、その犯罪が実行される蓋然性が高いと認められるときなどに、後に行われるべき本格的な捜査・訴追に備えて、これを保全しておくということも許されないわけではないと思われまます。そして、それらの活動は、特定の罪の解明・摘発を目的とし、訴追の準備をするものなのですから、司法警察活動ないし捜査にほかならない、と考えたのです。

(ii) 以上のように、これから行われようとしている犯罪を対象にする活動も「捜査」と言える場合があるとして、第二段階として、そのために強制処分まで許されるかは、さらに検討を要する問題です。

過去の犯罪の場合、歴史的な事実としてそれが「行われたか、行われなかったか」のいずれかであることは不動であるのに対し、未発生の犯罪の場合には、それが行われる蓋然性が極めて高いと認められたときでも、何らかの事情で、それが実行に移されないという可能性は常にあります。そして、強制処分は、対象者の重要な権利・利益の侵害を伴うものであるため、できる限りこれを用いることを避けた方が良く考えられることから

(18) 最（一）決平成16年7月12日・刑集58巻5号333頁。

(19) 東京高判昭和63年4月1日・判例時報1278号152頁。

すれば、犯罪が既に発生した蓋然性があるときのように、その点を確認するとともに、訴追に備えて証拠を収集・保全する必要が確実に生じている場合はともかく、犯罪が発生する高度の蓋然性があるとはいっても、実際に発生するかどうかはそのときになってみなければ分からず、発生しなければ、結局、解明や訴追の準備ということも必要でなくなってしまうような段階では、強制処分まで用いることは正当化され得ない、という考え方もあり得るでしょう。

しかし、仮に一般的にはそう言えるとしても、例えば、間近に重大な犯罪が行われることの蓋然性が相当高いうえ、それが発生するまで待っていたのでは、それに関連する有用な証拠がなくなってしまうため、予めこれを保全しておく必要性・緊急性が極めて高い場合——電話での通話などは、即時に録音するなどして保全しない限り、瞬時に消失してしまいますから、その最たるものと言えますが——などには、強制処分を用いることも正当化され得るように思われるのです。

(c) もちろん、そのためには、その前提として、間近に重大な犯罪が行われることの蓋然性が相当高いといえる場合でなければなりません。憲法35条の令状主義の保障との関係でも、そのような場合であってはじめて、令状発付のために必要とされる「正当な理由」(同条2項)があると云えらるると解されます。

そして、その点で、一般論として言えば、既に行われた犯罪の場合には、種々の痕跡や証拠が残されていることなどから、特定の罪が行われた相当程度の蓋然性があると認められる場合が相対的には多いのに対し、これから行われる犯罪については、それが行われる蓋然性が高いと言えるだけの事実的根拠がある場合は少ないかもしれません。しかし、例えば、同一の犯人ないし集団によると推認される同種の犯罪が繰り返し行われているとか、犯行の準備と考えられる行為ないし動きが認知されている、あるいは、信頼できる情報の提供があるなど、一定の事実や状況が存在することから、経験則上、間近に特定の犯罪が行われると相当の確度で推認でき

る場合もあると思われるのです。そして、そのような場合には、強制処分としての通信傍受を行うことを許すだけの「正当な理由」があると言ってよい、と考えたわけです。

この点で、法制審刑事法部会で事務当局が示した参考試案では、単に対象犯罪がこれから「行われると疑うに足りる充分な理由」のある場合に通信の傍受が許されるとはせずに、①(a)「〔対象〕犯罪が〔既に〕行われ」ており、かつ、(β)「更に継続して行われると疑うに足りる充分な理由がある場合」か、あるいは、②(γ)「ある犯罪が〔対象〕犯罪の実行のために必要な行為として〔既に〕行われ」、そのうえで、(δ)当の対象犯罪が「行われると疑うに足りる充分な理由がある場合」であることを必要としており⁽²⁰⁾、それらが、法制審(総会)が取りまとめた整備要綱骨子にも、そのまま採り入れられました⁽²¹⁾。そして、最終的に成立した通信傍受法では、このうち①は、文言がより精密化・明確化されて、(a)「〔対象犯罪に属する〕罪が犯され」、かつ、(β)「引き続き〔当該犯罪と同種の態様で犯されるこれと同一もしくは同種の対象犯罪に属する罪、または、当該犯罪の実行を含む一連の犯行の計画に基づいて犯される対象犯罪に属する罪〕が犯されると疑うに足りる充分な理由がある場合」(3条1項2号)と、また②は、国会審議での修正で、先行すべき予備的犯罪の範囲が限定されて、(γ)「死刑又は無期若しくは長期2年以上の懲役若しくは禁固に当たる罪が〔対象犯罪に属する〕罪と一体のものとしてその実行に必要な準備のために犯され」、かつ、(δ)「引き続き〔対象犯罪に属する〕罪が犯されると疑うに足りる充分な理由がある場合」(同項3号)と、それぞれ規定されることになりましたが、以上にお話しした私などの考え方を論理的に徹底すれば、(a)や(γ)のような前提犯罪が既に行

(20) 「組織的な犯罪に対処するための刑事法整備要綱骨子に関する事務局参考試案」(1996年11月11日・法制審刑事法部会第62回会議)第四の一(1)イおよびウ。

(21) 整備要綱骨子・前掲注(10)第四の一(1)イおよびウ。

われていることは、理論上は不可欠ではなく、令状発付の時点において存在する一定の事実や情報などから合理的にみて（ β ）あるいは（ δ ）の対象犯罪に属する罪が行われる蓋然性が相当に高いと認められる場合であれば、通信の傍受を許すことができたはずで、そうであるのに、そのような限定が付されたのは、これから行われる犯罪発生の蓋然性についての認定をできるだけ確実な根拠により行わせるために——「存在根拠」ではなく「認識根拠」として——立法政策上付加されたもの、という位置付けになるでしょう。

一方、捜査はあくまで既に行われ、または現に行われつつある罪との関係でのみ許されるとする伝統的な考え方にこだわる立場からしても、前提犯罪とこれから行われようとしている犯罪とは——実体刑法上、厳密には別個の罪であるとはいえ——社会的な事実としては一連・一体の犯罪活動であり、その一部である前提犯罪が既に行われている以上、総体としての犯罪活動が既に開始され、継続して行われつつある場合だと見ることもできますから、これを対象にすることについての抵抗感は比較的小さくて済むかもしれません。その意味で、やや皮肉っぽく申せば、なかなか巧みな立法テクニクであったと言えましょう。

2. 公判前整理手続の整備と「予断防止（排除）の原則」

（1）司法制度改革の一環としての裁判員制度導入・刑事司法改革

平成の刑事手続立法の中で最も大規模で、内容的にもドラスティックであったのは、言うまでもなく、#8の司法制度改革の一環としての裁判員法等の制定および刑訴法等の改正です。第二次大戦直後の戦後改革に次ぐ大改革であった司法制度改革全体や裁判員制度の導入を含む刑事司法改革の経緯およびその概要については、私自身も既にいくつかの著作⁽²²⁾を公

(22) 佐藤幸治＝竹下守夫＝井上正仁・司法制度改革（2002年）、井上「刑事司法改革は何を変えるか（1）」Law & JUSTICE 10号（2016年）1頁以下、Masahito

にしていますので、それらを参照していただければと思いますが、1999年7月に内閣の下に設けられた司法制度改革審議会〔以下、「改革審」と略称〕において、約2年にわたり、会議だけでも60数回、計230時間かけて審議した末、2001年6月に、民事や行政事件、労働紛争、知的財産、そして、みなさんが今学ぶロースクールを中核とする新たな法曹養成制度など多方面にわたる包括的な改革の提言⁽²³⁾がまとめられました。そして、これを受けた政府では、全閣僚を構成員とする司法制度改革推進本部を設け、その事務局を中心に具体的な制度設計が行われたのですが、特に主要な11の事項については、それぞれ専門家が主となった検討会を置き、そこでの検討の結果を踏まえて、新たな立法や法改正が必要な事項については法案が作成され、それらが国会で承認されて成立したというわけです。

私は、このうち、先ず改革審では、13名の委員の^{ひとり}一人として、すべての事項の審議に加わりましたが、中でも、裁判員制度および刑事司法改革と新たな法曹養成制度の基本構想・骨格作りに実質的に関与しました。次いで司法制度改革推進本部においても、裁判員制度・刑事検討会および公的弁護制度検討会の座長と、法曹養成制度検討会およびこれとの連携の下に法科大学院制度の具体的設計を行った文部科学省の委員会の委員を務めましたので、これら3つの事項に特に深く携わったと言えます。

(2) 刑事裁判の充実・迅速化と公判前整理手続

その裁判員制度の導入と刑事司法改革の2つがクロスし、両方の改革の^{かなめ}要となったのが、「刑事裁判の充実・迅速化」ということでした。

すなわち、現行刑訴法では当事者主義が採られ、第一審の裁判は直接主義・口頭主義、公判中心主義を旨として行われることになっているという

Inouye, *Citizen Participation and Reformation of Criminal Justice in Japan*, UNAFEI RESOURCE MATERIAL SERIES No.105 (2018), pp.74 *et seq.*

(23) 「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度」(2001年6月12日)〔<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdf-dex.html>〕〔以下、「意見書」と略称〕。

のが、現行法制定当初からの定説ですが、従来の運用実態はそれとはかなり異なったものとなっていました。公判では、単に犯罪事実のみに限らず、犯行の動機や経緯、背景事情、被告人の身上などの情状等、広範な事実につき詳細な審理が行なわれるが、その公判は連続して毎日開かれるわけではなく、3週間とか1ヵ月に1回というふうに飛び飛びに聞かれるのが普通でした。しかも、そこでの審理においては、警察や検察などの捜査機関による綿密な捜査——殊に被疑者や参考人の取調べ——の産物である供述調書等の書証が大量に証拠として用いられるうえ、それらの書証の取調べは、多くの場合、要旨の告知のみで済まされ、実際には、その内容は裁判官が後で精査して心証を取り、そういった膨大な書面に依存して裁判を行っていました。当事者——特に被告人——の側においても、實際上ほとんどの事件では、起訴後に初めて弁護人が関与することもあるが、防御の準備が必ずしも十分とは言えず、検察側の立証が終わってから、被告人側がようやくいろいろ主張するようになるということも少なくなく、争点が不明確あるいは未整理のまま審理が行われたり、審理が非常に混迷を来したりすることもあったのです。統計上、全体として見ると、裁判それ自体はそれほど長くかかっているわけではないのに、特に国民の関心の強い大規模な贈賄事件（ロッキード事件、リクルート事件など）とか経済財政事件などで、裁判が著しく長期化していました。その結果、刑事裁判は、国民にとって分かりにくく、その理解が得られないばかりか、時としてその信頼を損ねることともなっているというのが、私などの基本認識⁽²⁴⁾で、やがてそれは改革審の委員の多くも共有するところとなりました⁽²⁵⁾。

しかも、このような状態は、審議会が併行して検討していた裁判員制度を導入するうえで、重大な障害になりかねません。というのも、裁判員として参加していただく一般の人々を、あまり長く裁判のために拘束してお

(24) 井上正仁「刑事裁判に対する提言」司法研修所論集85（1991-I）号（1991年）93頁以下。

(25) 意見書・前掲注（23）42～44頁。

くことはできませんし、争点が明確でないまま審理が行われるのでは、裁判員は混乱してしまうでしょう。証拠調べも、長々とした調書などを精読して、そこから心証を取ることを裁判員に求めるのは無理ですし、公判が飛び飛びに開かれるのでは、せっかく得られた心証も、次の公判までには薄れてしまって、きちんとした事実認定ができないおそれがあるからです。

そこで、司法制度改革審議会は、このような状態を改め、刑事事件の公判を、裁判員をはじめ一般の人々にとっても分かりやすいものとし、その期待に応え、信頼されるものとするには、公判はできる限り連日的に開き、そこでの審理は、両当事者間で真に争いのある点に集中し、証拠も必要かつ重要なものに絞って証拠調べを行う——中でも、書証への過度の依存を改め、供述証拠はなるべく証人等を公判で直接調べて、その生の証言から心証を取る——ようにさせることにより、公判の充実・迅速化を図るべきだと考えました。そして、そのための方策として、公判の前に、新たな準備手続を設けて、争いがあるような事件では、その手続において、公判での争点と取り調べるべき証拠を整理し、それを基にきちんとした審理計画を立てて、公判が開始したら、できる限りその審理計画に従って審理を進めるようにすることを提言したのです⁽²⁶⁾。

この提言を具体化したのが、刑訴法316条の2以下に規定されている公判前整理手続ですが、この手続による争点・証拠の整理と審理計画の策定は、先ほど申したような事情から、裁判員裁判については、参加する裁判員に過度の負担を追わず、かつ、裁判員が裁判体の責任ある構成員として、審理の内容を十分理解し、事件の核心部分に集中して心証形成を行

(26) 意見書・前掲注(23)42頁。これに加えて、審議会は、被疑者・被告人の権利をより適切に保護するとともに、そのような公判前の十分な準備に支えられた充実かつ集中した公判審理を実現するための人的体制を整えるという意味からも、被疑者に対する公的弁護制度を導入して被疑者段階と被告人段階とを通じ一貫した弁護体制を整備することを提言した。同44, 46~48頁。この後者の提言は、刑訴法32条の2以下の規定および総合法律支援法(平成16年6月2日法律第74号)による日本司法支援センター(法テラス)の設置などの形で実現されている。

い、主体的に判決の形成に関われるようにするために、ほとんど不可欠の前提といえますので、裁判員法49条により、必ず行われなければならないことになっているわけです。

(2) 予断防止（排除）の原則との抵触の有無

A. 予断防止（排除）の原則

(a) ただ、そのような公判前整理手続を導入することにも問題がなかったわけではありません。中でも、それに根本的な疑問を投げかけたのは、現行刑訴法の最も基本的な原則の一つとされてきた「予断防止の原則」（従前からの呼称では「予断排除の原則」）との関係です。

現行刑訴法になる前の大正刑訴法⁽²⁷⁾の時代には、起訴と同時に、捜査の段階で被疑者や参考人を正規に訊問して作成された調書や、任意で取り調べて得た供述の録取書（聴取書）^{ききとりがき}を含む一件記録や証拠物が一括して検察官から裁判所に引き継がれ、公判裁判所の裁判官は、予めその一件記録や証拠物を精査して、事件と証拠の概要を把握したうえで公判に臨み、裁判所（殊に裁判長）が主導して、被告人を訊問することを中心に、必要と認められる範囲で証拠調べを行い、裁判所が真実と認めるところに従って判決する、というやり方でしたので、實際上多くの場合、裁判官は検察側の心証を引き継いで、有罪に偏った——言わば、かなり黒に近い——心証を抱いて公判に臨み、公判ではその黒い心証をどれだけ薄められるかというような審理になってしまっていたと言われます。また、刑訴法の規定上は、人の供述は公判でその人が供述するのを裁判官が直接聴いて、それを証拠にしなければならず、捜査で得た供述を録取した聴取書などは原則として証拠とすることはできないという直接主義の考え方が採られていた⁽²⁸⁾にもかかわらず、裁判官はそれらの聴取書などを予め読んで、事実

(27) 刑事訴訟法（大正11年5月5日法律第75号）〔以下、「大正刑訴法」と略称〕。

(28) 大正刑訴法342条1項〔ただし、区裁判所係属事件には適用されないうえ、予審での訊問調書のような「法令により作成した訊問調書」や、供述者が死亡

上そこから心証を得ているので、公判の審理は形骸化するくらいがあったという指摘もあります。

(b) これに対して、現行刑訴法は、ご承知のように、256条6項で起訴状一本主義を採用し、そのような検察官から裁判所に一件記録や証拠物を引き継ぐという慣行を撤廃しました。そして、その立法趣旨は、裁判官が事件につき予断を抱くことなく、白紙の状態、中立の立場で公判に臨むようにすることにより、憲法37条1項で保障された被告人の「公平な裁判所……の裁判を受ける権利」を担保しようとするところにあると説明され、理解されたことから、その考え方が一般に「予断排除の原則」と呼ばれることとなったわけです。

その原則は、刑訴規則でも、第1回公判期日における被告人の勾留の裁判は原則として公判裁判所構成裁判官以外の裁判官が担当すべきものとされていること⁽²⁹⁾などに反映されているうえ、刑訴法256条1項の規定上明示的に禁止されているのは、起訴状への「裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物」の「添付」と「その内容〔の〕……引用」であるのに、最高裁判例により、被告人に同種前科があることなど——裁判官に予断を生じさせるおそれのある——余事記載なども、その原則に則り禁止されるとの拡張的解釈が取られる⁽³⁰⁾など、一層の貫徹が図られています。

そして、この原則は、実際に、特に第一回公判期日が開かれるまでの裁判官の事件への臨み方をも大きく規制する作用を営んできました。実は、公判に入る前に両当事者の主張や証拠を整理しておくことにより、公判の審理を連続的・集中的に行えるようにしよう、というアイデアはずいぶん

したときなど公判・公判準備手続で供述不能の場合、訴訟関係人に異議のない場合は、例外とされる]。

(29) 刑訴規則187条1項但書。ただし、急速を要する場合、または同一の地にその処分を請求すべき他の裁判所の裁判官がない場合は、例外とされる(同条2項但書)。

(30) 最(大)判小差27年3月5日刑集6巻3号361頁など。

前からあり、現に、1950年代に刑事訴訟規則が数次にわたって改正され、事前準備や準備手続の活用が図られました。さらにその後、60年代以降も、第一線の裁判官達を中心に「集中審理」を実践しようとする有力な動きがあり、その方策の一つとして、事前準備の徹底が求められた⁽³¹⁾のですが、やはり、予断排除の原則との抵触を意識して、そのような主張・証拠の事前の整理も、基本的に両当事者間の協議に任せ、公判裁判所の裁判官は、書記官を通じて、その協議の斡旋をするといった程度の関与にとどまるのが一般的であったため、十分な成果を挙げることができたとはいえずとも言えなかったのです。

B. 公判前整理手続は予断防止（排除）の原則に反するか

(a) それなのに、今回の公判前整理手続では、第1回公判期日が開かれる前に、公判裁判所の裁判官が主宰して、両当事者から事件についてのそれぞれの主張を聴き、証拠調べの請求をしてもらって、どのような証拠を公判で調べるかを決定したり、両当事者間での証拠開示について争いが生じたときには、当の証拠を提出させて裁定をしたりすることがあるのですから、予断防止（排除）の原則に抵触するのではないかという疑問が生じるのは、当然と言えましょう。実際、その疑問は、改革審の審議の過程でも示されていました⁽³²⁾、同審議会の提言を具体化する司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の段階では、より本格的にこれに対峙しなければならなくなりました。

その際、私が直感的に思ったのは、予断排除ということがどうも過度に肥大化・絶対化させられ——あるいは、お題目化し——て、独り歩きしてしまっているのではないか、ということでした。というのも、第一線の刑

(31) 松尾浩也・刑事訴訟の理論（2012年）180～182頁参照。

(32) 審議の結果まとめられた意見書では、「裁判所の主宰による新たな準備手続を創設すべきである」ことが提言されるとともに、そのような疑問があったことを意識して、「〔その〕制度の具体的在り方を検討するに当たっては、予断排除の原則との関係にも配慮」する必要がある旨の断り書きが付されることになった。意見書・前掲注（23）41頁。

事裁判官の中には、本音で話すと、「仮に被告人には前科があると起訴状に書いてあったとしても、そんなことで不当な影響を受けるほど日本の裁判官は柔^{やわ}じゃない」と言う人がいましたし、より一般的に、第1回公判期日までは、神経質なほど予断排除の原則を気にする裁判所関係の方々も、第1回公判期日以降は、例えば、証拠調べ請求のあった証拠につき証拠能力の有無を判定し、あるいは、被告人側から証拠開示命令を求める申出のあった証拠につき「その閲覧が防御のため特に重要であり、かつこれにより証拠隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認め〔られる〕⁽³³⁾」か否かを判断するために、公判外で当該証拠を提出させて検討するということが普通に行っており、それについては前記原則との抵触のおそれを全く意識すらしていないように見受けられるのを、以前から奇妙に感じていたからでもあります。

(b) そこで、大本^{おおもと}に立ち返って、予断防止（排除）の原則のそもそもの趣旨はどういうところにあったのかを見直すところから始めようと思ひまして、自分であれこれ考えるとともに、前述の親しい研究者仲間にも声をかけて、議論を積み重ねました。その結果、おおよそ次のような共通認識が生まれてきたのです。

すなわち、予断防止（排除）の原則の趣旨には、実は、①公平な裁判所の確保ということと、②公判で証拠調べを経ていない証拠から裁判所が心証を得て、それを事件についての判断の基礎として使うことを防止するという、の二つの面があります。

(i) このうち①の点から見ていきますと、旧法時代に、当事者の一方である検察側のみから一件記録や証拠を裁判所が引き継ぎ、それを予め調べることによって、検察側に偏った心証を抱いて公判に臨むというところに問題があったわけですから、そうではなく、両当事者の出席する場で双方の主張が何であるのかを聴くことは、少なくともその趣旨に反するものではないと言えましょう。

(33) 最（二）決昭和44年4月25日・刑集23巻4号248頁。

さらに進んで、裁判官が個々の証拠を証拠調べの対象とするかどうかを決定し、あるいは証拠開示に関する裁定をするために、証拠に触れることについては、一方の当事者側からの証拠のみに触れるのでなければ、一方に偏るという問題は生じないけれども、証拠に触れることにより、心証を得てしまうのではないかという疑問が残るのは確かです。しかし、それは、むしろ②の——公判での証拠調べを経していない証拠から裁判官が心証を得て、事件についての判断の基礎として使うことにならないかという——問題の一場面にほかならず、公判が開始してからでも、公判外で裁判官が証拠に触れて心証を取るというようなことが行われれば、同様の問題が生じるはずですから、公判前だから許されない、ということではないことになります。

(ii) そして、そのような観点から見ますと、先ほど触れたように、従来も、第1回公判期日後は、例えば証拠能力や証拠開示について判定するために必要なときは、公判外で、未だ証拠として採用されていないものも提出させて検討するということが、問題視されることなく行われていたのです。

それは、その場合、例えば証拠能力の有無の判断の前提として、物証ではその真正性を、書証では作成名義やら署名・押印の存在、あるいは特信性といったことを確かめ、あるいは、証拠開示命令を出すかどうかという場合ですと、開示請求のあった証拠が防御のために重要なしは必要な類型ないし性質のものであるかどうかということや、弊害が問題になり得るような性質のものであるかどうかを判定するために、現物を点検するだけであって、さらに進んで、実質的にその証拠価値を評価し、心証を取るようなことまでするわけではないと考えられてきたからにほかなりません。その範囲にとどまる限りは、証拠に触れ、その結果、そこから多少の情報を得ることがあったとしても、実害はないということなのだと思います。

今回の改正でも、公判前整理手続だけでなく、公判開始後も、争点と証拠を整理し、審理計画を立て直す必要が生じたようなときは、期日間整理

手続を開くことができ、そこでも同じようなことをすることが想定されています⁽³⁴⁾ので、公判前整理手続についてと同様の問題が生じるはずですが、その期日間整理手続を含め、公判外で裁判官が心証を取ることにならない限り、問題はないと、考えたわけです⁽³⁵⁾。

(c) そして、このような見方は、先ほど触れた研究者仲間も論文などの形で公表してくれ⁽³⁶⁾、やがて多くの方の賛同を得るようになりましたので、現在では余り抵抗感がなくなっているのかもしれませんが、従前の「^{いま}予断排除の原則」に対する絶対的信仰とすらいえる状況に照らしますと、革新的な変化であったことは間違いありません。

ただ、念のため申し添えておきますと、以上のような考え方が成り立つのは、あくまで、実際にも、それらの整理手続において裁判官が先ほど申した範囲にとどまって下さる限りにおいてでありますので、制度が定着し、いわば慣れっこになってきたこれからこそ、裁判所の方々には、万が一にもその枠を超えてしまったり、そのような疑念を抱かれたりすることにならないよう、常に留意していただく必要があるかと思えます。

3. 公訴時効見直しの時間的適用範囲と公訴時効の「本質」

(1) 公訴時効の見直しに至る経緯とその概要

平成の刑事立法を動かしたい^{いま}一つの要因は、2004（平成16）年の犯罪

(34) 刑訴法316条の28。

(35) 井上正仁『『考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について』の説明』（2003年11月11日、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会）2～3頁〔<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai29/29siryou2.pdf>〕。なお、座談会「国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト1208号（2001年）122～124頁〔井上発言〕。

(36) 酒巻匡「刑事裁判の充実・迅速化」ジュリスト1198号（2001年）149頁、川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法43号（2002年）46頁、長沼範良「事前準備と予断の防止」法学教室266号（2002年）118頁、大澤裕『『新たな準備手続』と証拠開示』刑法雑誌43巻3号（2004年）76頁など。

被害者等基本法⁽³⁷⁾の制定に象徴される——犯罪被害者の方々やそのご遺族の声に配慮し、その救済・被害回復と権利擁護を図ろうとする——動きであったと言えますが、#20の公訴時効の見直しに関する刑法の一部改正も、その一つの現れでした。

特に、1990年代半ばから2000年にかけて発生した——「八王子スーパー強盗殺人事件⁽³⁸⁾」(1995年)や、「柴又女子大生殺害放火事件⁽³⁹⁾」(1996年)、「池袋駅構内男子学生殺人事件⁽⁴⁰⁾」(1996年)、「世田谷一家殺害事件⁽⁴¹⁾」(2000年)をはじめとする——社会を震撼させ、世の人々の憤激をかった凶悪重大事件について、公訴時効期間(当時は15年)の満了が近づく中、被害者遺族の方々が支援者とともに団体を結成し、公訴時効の撤廃ないし見直しを求めて組織的活動を行うようになりました。そして、1978年に行方不明になったままであった東京都足立区の小学校女性教諭につ

(37) 平成16年12月8日法律第161号。

(38) 1995年7月30日午後9時過ぎに、東京都八王子市のスーパーマーケット2階の事務所内で、パートの女性1名とアルバイトの女子高生2名が拳銃で射殺された事件で、何も奪われていないものの、警察では「強盗殺人」として捜査を行ってきたが、未解決。法改正がなければ、2010年7月に公訴時効期間が満了していた。

(39) 1996年9月9日午後4時半頃に、東京都葛飾区柴又の自宅で火災が発生し、焼跡からその家に住む女子大学生の遺体が発見された事件で、警察では、犯人が被害者を殺害した後、放火したものとして捜査を行ってきたが、未解決。2009年2月に、被害者の父が呼びかけ人となり、前掲注(38)の八王子スーパー強盗殺人事件や後掲注(41)の世田谷一家殺害事件を含む20数件の被害者遺族らを集めて、「殺人事件被害者遺族の会(宙の会)」が結成され、公訴時効の停止ないし廃止を求める運動を展開することとなった。

(40) 1996年4月11日午後11時半頃、JR池袋駅山手線ホーム上で、男子大学生が男に絡まれ、顔面を殴られて転倒し、後頭部を強打して死亡した事件で、警察では、当初、傷害致死被疑事件として捜査を行っていたが、同罪の公訴時効期間7年が経過する直前の2003年3月に容疑が「殺人」に切り替えられ、引き続き捜査が行われたものの、未解決。2006年、前記被害者の父が、公訴時効の廃止を求めることを目的の一つとして、「犯罪被害者家族の会(ポエナ)」を結成した。

(41) 2000年12月30日の深夜から翌未明にかけて、東京都世田谷区の住宅に住む会社員の一家4人が殺害された事件で、未解決。

き、2004年に至り、同校の元警備員が警察に自首し、被害者を殺害して自宅床下に埋めて26年間隠し続けてきたことを自白したことから、被害者の遺骨が発見されたものの、公訴時効が完成していたため、犯人が起訴されずに終わったという事件において、遺族による民事賠償請求については除斥期間が満了していない旨の判断を裁判所が示した⁽⁴²⁾ことなども重なり、マスコミ等世論でも、公訴時効の抜本の見直しを求めるそれらの動きを支持する声が高まったのです。

そこで、2009年1月、法務省では省内に勉強会を設けて検討した⁽⁴³⁾うえ、同年10月に法務大臣から法制審に対し、「近年における凶悪・重大犯罪をめぐる諸事情にかんがみ、公訴時効の在り方を見直す必要があると思われるので」、①「凶悪・重大犯罪の公訴時効見直しの具体的在り方」、②「現に時効が進行中の事件の取扱い」、③「刑の時効見直しの具体的在り方」をはじめ、「その法整備の要綱骨子を示されたい」との諮問⁽⁴⁴⁾がなさ

(42) 最(三)判平成21年4月28日・民集63巻4号853頁 東京高判平成20年1月31日・判例時報2013号68頁〔不法行為による損害賠償請求権に関する民法724条後段は除斥期間を定めたものであるので、これを字義どおりに解すれば、本件のような不法行為により被害者が死亡したのに、相続人が被害者の死亡の事実を知らずに20年の除斥期間が経過した場合、相続人が不法行為に基づく損害賠償請求権を行使する機会がないまま、同請求権は消滅することになるが、被害者を殺害した加害者が——被害者の遺体を遺棄することにより——被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状態を殊更に作出し、そのため相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま除斥期間が経過した場合にも、相続人は一切の権利行使をすることが許されない反面、死亡原因を作った加害者は損害賠償義務を免れるということは、著しく正義、公平の観念に反するから、本件のように、被害者の遺体が確認された後、相続人が確定した時から6ヶ月以内に相続人が損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法160条〔相続財産にかかる相続人の権利は、相続人が未確定であるなどの間および相続人が確定した時などから6ヶ月は、消滅しない旨定める〕の法意に照らし、民法724条後段による損害賠償請求権消滅の効果は生じないものと解するのが相当だとした〕。

(43) 法務省「凶悪・重大犯罪の公訴時効のあり方について～当面の検討結果のとりまとめ～」(2009年3月31日)〔<http://www.moj.go.jp/content/000003881.pdf>〕参照。

れました。そして、これを受けた法制審では、主に——私が部会長を務めた——刑事法（公訴時効関係）部会で審議が重ねられた⁽⁴⁵⁾末、翌2010年2月に、次の3点を柱とする法改正の要綱（骨子）⁽⁴⁶⁾がまとめられ、それを基に同年4月に刑訴法が改正された⁽⁴⁷⁾という次第です。

①人を死亡させた罪のうち

（ア）死刑に当たるものについては、公訴時効を撤廃する。

（イ）それ以外で禁錮以上の刑に当たるものについては、公訴時効期間を2倍に延長する。

②前記①の改廃は、改正法施行前に犯された罪のうち、施行時に

（ウ）公訴時効が完成済みのものについては適用しない。

（エ）公訴時効が未完成のものについては適用する。

③刑の時効の見直し（省略）

（2）公訴時効改廃規定の時間的適用範囲

A. 「公訴時効の本質」論

（a）この法改正の要点のうち①も、長年存続してきた公訴時効制度を——一部の最も重大な罪に限ってとはいえ——撤廃し、あるいは公訴時効期間を一挙に2倍に延長するといった大変革でしたので、意見が分かれたのですけれども、それ以上に激しい議論の対象となったのが、②の《この改正法による公訴時効の撤廃および期間延長の規定をどの時点に実行された犯罪ないし事件から適用するか》ということでした。より具体的に申しますと、改正法の施行以前に実行された罪で、改正前の刑訴法の規定に

(44) 法務大臣諮問第89号（2009年10月28日）。

(45) 部会の議事録は法務省のホームページ〔http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_kousou_index.html〕に掲載されている。

(46) 「諮問第89号に関する要綱（骨子）案」（2010年2月24日・法制審議会第162回会議）〔<http://www.moj.go.jp/content/000023759.pdf>〕。

(47) 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26号）〔以下、「平成22年改正法」と略称〕。

よっても未だ公訴時効期間満了前であったものや、さらには、その改正前の規定によれば既に公訴時効が完成しているものについても改正後の新規定を適用することは、憲法39条の遡及処罰の禁止その他の憲法上の保障ないし刑事法上の基本原理に照らして許されるものなのかどうか、また、立法政策上妥当なものなのかどうか、という問題です。

前記1および2でお話しした2つの問題と異なり、この公訴時効改廃規定の時間的適用範囲の問題については、これまで、大学での授業以外、公にお話ししたり論述したりしたことはありませんので、以下、やや詳しくお話しさせていただきます。

(b) この問題は——関係する実定憲法上の保障の有無やその規定内容の差異などを別にして——実質的に見れば、欧米など諸外国でも争われ、わが国でもかなり以前から意識されていた事柄なのですが、殊にドイツその他の欧州大陸法系諸国の多くやわが国で、それを巡る議論の主流をなしてきたのは、その前提として公訴時効の本質ないし存在理由をどのようなものとするかということと結びつけて解答を導こうとするアプローチであったと言えます。

公訴時効の本質ないし存在理由については、これまで幾様かの見方(仮説)が示されてきたところですが⁽⁴⁸⁾、最も基本的ないし伝統的であったのは、一般に「実体法説」と「訴訟法説」と呼ばれる2つの対照的な見方でした。それぞれ論者により表現に違いはありますが、概括して申しますと、「実体法説」は、公訴時効というのは、犯行から時が経過すると、それに対する社会の処罰感情が薄れ、可罰性がなくなるか著しく低くなって

(48) 治罪法時代以来の諸説については、例えば、林頼三郎・刑事訴訟法論(第7版、1911年)308~311頁、松尾浩也・刑事訴訟の原理(1973年)101~106頁、原田和往「公訴時効制度の歴史的考察」早稲田法学会誌54巻(2001年)165頁以下など参照。現行法下のわが国の学説状況を概観したものとして、浅田和茂「公訴時効制度の存在理由」松尾浩也編・刑事訴訟法の争点(1979年)112頁以下、高窪真人「公訴時効制度の意義」松尾浩也=井上正仁編・刑事訴訟法の争点(新版)(1991年)126~127頁など。

しまうことから、刑罰権の消滅を認め、処罰を——従って、訴追も——不可とする実体刑法上の制度だと捉える立場です。これに対し、「訴訟法説」は、公訴時効というのは、事件が起きてから時が経過すると、証人の記憶が薄れたり証拠が散逸するなどして、訴訟が適切なし十分な形で行なえず、誤判をもたらすおそれが大きいため、訴追を——従って、審判を行うことも——不可とするべく、公訴権の消滅ないし訴訟障害を生じさせる訴訟法上の制度だと捉える立場だと言えます。

(c) 実は、このような2つの見方を中心に様々な説があることは、フランスのいわゆる「ナポレオン五法典」の一つである1808年の治罪法⁽⁴⁹⁾に倣って、明治13(1880)年の治罪法により——「公訴期満免除」という呼称の下に——今日的な意味での公訴時効の制度がわが国で初めて採用され⁽⁵⁰⁾、それが明治刑訴法により——「公訴ノ時効」と改称して——引き継がれた⁽⁵¹⁾頃から既に知られていた⁽⁵²⁾のですが、当時は、そのいずれかに一本化して理解することが可能だとも、またそうするべきだとも考えられていたわけではありません。両説を対立させて捉え、その二者択一により、公訴時効に関する立法論・解釈論上の問題点の解決を図ろうとするようになったのは、おそらく、ドイツ法学の影響が強くなった明治後期からであったのではないかと考えられます⁽⁵³⁾。

(49) Code d'instruction criminelle de 1808, arts.2, 635 *et seq.*

(50) 治罪法(明治13年7月17日太政官布告第37号)11条以下。それ以前の江戸幕府法の下においても、公訴時効に類似した性質ないし面を有する「旧悪」という制度が存在していたことを指摘するものとして、道谷卓「公訴時効」関西大学法学論集43巻5号(1994年)141頁およびそこに引用の文献。

(51) 刑事訴訟法(明治23年10月7日法律第96号)[以下、「明治刑訴法」と略称]6条、8条。期間の満了により「犯罪ノ責任ヲ免ルル」という意味合いのある「期満免除」より、民法その他の法律におけると同様、「権利ノ消滅スル語字ヲ選フニ如カス」との理由から、「公訴ノ時効」という語に改められたのだという。磯部四郎・刑事訴訟法講義(1890年)91頁。

(52) 堀田正忠・治罪法要論(1885年)48頁、井上操・治罪法講義上(1886年)205頁、井上正一・刑事訴訟法義解上巻(1890年)161頁、亀山貞義・刑事訴訟法論(1893年)206頁、松室致・改正刑事訴訟法論(1889年)162頁。

ドイツでは、1871年のドイツ帝国成立以前の領邦分立時代から、前記のナポレオン治罪法の影響を強く受けながらも、公訴時効に関する規定は刑法典に置かれ、それがその後も引き継がれてきた⁽⁵⁴⁾うえ、公訴時効が完成したときに如何なる法的効果を発生するか——言い換えれば、それが完成している事件なのに公訴が提起されたときに、如何なる裁判をするべきか——が、規定上明示されていなかったために、いずれの考え方を採るかで、結論が大きく異なりました。すなわち、実体法説に立つと、公訴時効が完成したというのは、訴追の対象とされた行為の可罰性がなくなり、それに対する刑罰権が消滅したことを意味しますので、「無罪」が言渡されるべきであるのに対し、訴訟法説に立つと、それが完成したときは訴訟障害事由として形式裁判で訴訟を打切るべきことになる、というわけです⁽⁵⁵⁾。そしてまた、いま一つの帰結として、実体法説に立つ場合には、立法による——行為者ないし被告人に不利な方向での——公訴時効期間の変更は、罪刑法定主義ないし遡及処罰の禁止の観点から、遡及効を有しないと解されるのに対し、訴訟法説に立つ場合には、訴訟法規は裁判時のもの——すなわち、改正後の規定——が適用されるという一般法則に従い、改正前に行われた罪についても変更後の公訴時効期間が適用されるのが原則だ、とされたのです。

(d) ところが、わが国では、公訴時効は、治罪法以来、訴訟法の中に

(53) 松尾・前掲注(48)99~101頁、原田・前掲注(48)177~179頁。明治時代半ばからのわが国におけるドイツ刑事法学の摂取一般については、松尾・前掲注(31)12頁参照。

(54) StGB §§57ff. ドイツにおける領邦分立時代からの公訴時効制度の変遷については、*e.g.*, Martin Clausnitzer, *The Statute of Limitations for Murder in the Federal Republic of Germany*, 29 INTL & COMP. L. Q. 473, 474 (1980); 道谷・前掲注(50)71頁以下参照。

(55) ドイツでも現在では、公訴時効の完成は訴訟障害事由となり、公判開始決定後公判開始前は決定(StPO§206a)で、公判開始後は判決(§260 abs. 3)で、手続が打ち切られるべきものとする解釈が確立している。THOMAS FISCHER, STRAFGESETZBUCH MIT NEBENGESETZEN (Beck'sche Kurz-Kommentar) (66. Aufl., 2019), Rdnr. 3 zu §78.

規定されているうえ、それが完成している事件について公訴が提起された場合は、「免訴」という裁判をすべきことが明文で規定されてきました⁽⁵⁶⁾ので、その意味では、公訴時効の「本質」論も、ドイツにおけるほどの実益のある議論ではなく、主には、その「免訴」という裁判を実体的な裁判と見るか形式的な裁判と見るかという論争との関係で理論上の関心事であった——そして、ほとんどそれにとどまる——ように思われます⁽⁵⁷⁾。というのも、公訴時効規定のそのような立地の一方で、もともと「免訴」というのは、治罪法や明治刑訴法、そして大正刑訴法では、期満免除ないし公訴時効の完成や確定判決を経ているときと並び、証拠不十分ないし「公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑ナキ」とき、被告事件が罪とならないとき、大赦があったとき、「法律ニ於イテ刑ヲ免スル」ときといった——犯罪や刑罰権の成否に関係するような——事由のある場合に予審ないし公判を終結させるために言い渡されるべき裁判とされていたうえ、免訴の裁判が確定したときは、有罪・無罪の判決が確定したときと同様、既判力ないし一事不再理の効力を発生すると解されていきました⁽⁵⁸⁾ので、それらの点を統一的に説明するには、公訴時効も実体法的性質のもの——あるいは、そのような性質をも有するもの——と捉えることにより、「免訴」を実体裁判——あるいは、実体裁判の性質をも有する形式裁判——と位置付けるのが適合的と見えたからです。現に、当時から、実体法説と訴訟法説いずれか一方の見方のみに拠るのではなく、両者の競合説的立場が多数を占めていたのは、そのためでもあったのでしょう。

そして、この構図は、予審が廃止され、免訴事由が公訴時効の完成や確

(56) 治罪法224条、301条2項、335条2項、358条2項、明治刑訴法165条、203条2項、大正刑訴法313条、314条、363条。第二次大戦後、1961年に公表された改正刑法準備草案が公訴時効に関する規定を刑法典に置く構想を示したことから、この点が議論の対象となったことはあった。後掲注(92)参照。

(57) この点を指摘するものとして、佐々木史郎・刑事訴訟と訴訟指揮(1976年)125頁および138頁、田宮裕・日本の刑事訴訟(1998年)199頁および215頁。

(58) 例えば、林・前掲注(48)300頁、小野清一郎・刑事訴訟法講義全(全訂3版、1941年)186頁、團藤重光・刑事訴訟法綱要(1943年)482頁など。

定判決を経ていることのほか、刑の廃止と大赦があったときのみ縮減され、「免訴」が形式裁判化した現行刑法の下においても、基本的に変わりませんでした。「免訴」を基本的に形式裁判とはしながらも、それが確定したときに一事不再理の効力を認めるという——それ自体、論証を要するはずなのに、おそらく暗黙に誰しもが望ましいと思ってきたため、疑問とされることのほとんどない——結論を導くためもあってか、公訴時効についても、訴訟法説的な視点に加え、多かれ少なかれ実体法説的な視点をも含めて捉え、説明しようとする競合説あるいは総合説が、少なくとも刑訴法学上は通説ないし多数説的な地位を占めてきたのです⁽⁵⁹⁾。

B. 公訴時効期間変更の時間的適用範囲

(a) (i) いま一つの争点である公訴時効期間変更の時間的適用範囲についても、今日では忘れ去られていますけれども、実は、旧刑法⁽⁶⁰⁾と治罪法を起草した彼のボアソナードは、刑法草案(原案)において、「刑法ノ頒布以前ニ犯シタル罪ニ逆カノフル刑法ハ効力有セス」として不遡及の原則を明記する⁽⁶¹⁾一方、治罪法草案(原案)においては、「現法書(le présent Code)ノ頒布前ニ犯シタル罪ハ其條規ニ照準シテ(conformément à)豫審シ及ヒ裁判ス可シ⁽⁶²⁾」(29条)との裁判時法適用の一般原則を定めるとともに、特に期満免除について、「罪ト訴(la poursuite)トノ間ニ頒布セラレタル新法ニ依テ期満免除ノ期限ノ増シ又ハ減シタルトキハ新法ヲ訴ニ適用ス⁽⁶³⁾」との明文規定(10条2項)を設けることを提案していたのです。

(59) 浅田・前掲注(48)112~113頁参照。近時のいわゆる「新訴訟法説」については、後掲注(112)参照。

(60) 刑法(明治13年7月17日太政官布告第36条)。

(61) ボアソナード氏起案(磯部四郎訳)・日本刑法草案2頁。この規定案は、ほぼそのまま採用されて、旧刑法3条1項の「法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及スコトヲ得ス」との規定となった。

(62) ボアソナード氏起案(井上操ほか訳)・治罪法草案直訳22頁〔原文は、BOISSONADE, *infra* note 64, p.16〕。

(63) 治罪法草案直訳・前掲注(62)6頁〔原文は、BOISSONADE, *infra* note 64, p.10〕。

ボアソナードがこの原案に付した自註で、10条2項の基本にある原則 (principe) をより一般化して規定するのが29条だと述べていること⁽⁶⁴⁾からすると、期満免除期間を定める規定も訴訟法規に属すると位置付けていたことは確かであり、その意味では後の訴訟法說的立場に立つものとも見えます。しかし、他方、彼は、公訴時効制度の存在理由については実体法說的な見方も併存することを充分認識していたことが明らかなのに⁽⁶⁵⁾、それを意識的に斥けたという形跡は、管見する限り見当たりません。

彼は、むしろ、その自註において、上記10条2項の規定案の趣旨につき、「刑事ニ関シテ既往ニ溯ラサル可シトノ原則 (le principe de la non-retroactivité) ヲ適用スルハ被告人其獲得シタル権利 (un droit acquis) ヲ維持スルニ附テノミナリ故ニ刑罰ヲ科セラルルニ方テハ犯罪ヲ行ヒタル時ノ法律ニ定メタル範囲内ノ刑ニ非スハ之ヲ受クルコトナシト雖モ被告人ハ犯罪ノ時ヨリ直ニ特定ノ期限内ニ非スハ追補ヲ被ムルコトナカル可シトノ権 (un droit à n'être poursuivi que dans un délai déterminé) ヲ有セリトハ到底維持シ難キノ説ナリトス但起訴セントスルニ方リ現行法ニテ其罪ニ対シ起訴ヲ禁シタル時ノミ此権ヲ有ス○然レトモ犯罪ト公判トノ間ニ新法ノ制定在テ裁判制度及ヒ訴訟手續ヲ一層整備〔したことにより、それ以前に比べ、より確実に、かつより長い期間、犯罪の証拠を採取することが可能となっているのならば〕即チ新法ヲ適用スルヲ持テ正理ニ適合スル者 (juste) ト謂フ可キナリ⁽⁶⁶⁾」と説いています。これを見ると、ボアソナードは、公訴時効を訴訟法上の存在と位置付けながらも、実体法說的な趣旨をも併せ持つものであること——あるいは、少なくとも、そのような見方

(64) G. BOISSONADE, PROJET DE CODE DE PROCÉDURE CRIMINELLE POUR L'EMPIRE DU JAPON ACCOMPAGNÉ D'UN COMMENTAIRE (1882), p.50 [訳文はボアソナード (森純正ほか訳)・治罪法草案註釈第1篇100頁に拠る]。

(65) ボアソナード (名村泰蔵口訳)・仏国治罪法講義 (1878年) 15頁。

(66) BOISSONADE, *supra* note 64, p.50 [訳文は、ボアソナード・前掲注 (64) 99～100頁に拠るが、〔 〕内については、原文の趣旨をより明確に表現するため、筆者において訳し直した]。

も一概に無視し得ないこと——を意識していたからこそ、実体法か訴訟法かといった図式的な二者択一で事足りるとは考えず、実体刑法の不遑及原則の本旨という事柄のより根本に立ち入って、刑罰法規と公訴時効の差異を明らかにすることにより、問題の解決を図った——しかも、格別に明文規定を設けてまで、そのことを周知させ、あり得べき誤解を防ごうとした——ものと見るべきであり、今日に通じる先駆性・先見性に富む彼独自の卓見であったと、私には思われます。

ただ、この特別規定案は、「犯罪ノ後頒布シタル法律ニ於テ期満免除ノ期限ヲ伸縮シタルトキハ新法ニ循フ」と文言を改めて政府の治罪法草案にも採用された⁽⁶⁷⁾ものの、その後の審査の過程で削除され、結局、成立した治罪法には盛り込まれずに終わりました。しかし、それは、「〔期満免除ノ〕期末タ満タサルニ方リテハ毫モ〔被告人に〕権利ヲ生セサルヲ以テ〔新法を適用しても〕敢テ既得ノ権ヲ害スルノ患ナシ然レトモ期既ニ満ツレハ則チ権利ヲ生〔ずる〕」のだから、その場合にまで新法を適用することはできないのに、上記草案の文言のままでは、これをも可としているように読めるため、妥当でなく、そうかといって、ボアソナード原案のような文言に再修正するのも、「文長ク意煩ワシク却テ疑義ヲ生ス可キニ因リ」、むしろ、その規定を削除することにより「其精神ヲ全フ」しようとしたもの⁽⁶⁸⁾であり、これにより実質の考えまで否認されたわけではありませんでした。

しかも、訴訟法規裁判時法適用の原則を定める一般規定の方は、「此法律ニ於テ定メタル豫審又ハ公判ニ付テノ規則ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス」と定める治罪法27条1項として維持されましたので、期満免除についても、この一般規定で当然カバーされると考えられていたものと思われます。そして、その一般規定は、明治刑訴法⁽⁶⁹⁾、さらには大正

(67) 大審院書記局・草案比照治罪法（1886年）6頁。

(68) 堀田正忠編輯・治罪法修正趣意書（1880年）に拠る。

(69) 明治刑訴法22条1項。

刑訴法⁽⁷⁰⁾にも引き継がれたのです。

(ii) もっとも、治罪法や明治刑訴法の立案・制定当時は、これらは立法に当たっての想定上の事柄でしかなかったのですが、その後、刑事法の実分野でもドイツの法制ないし法学の影響が強まった明治後期の1907年に現行刑法が新たに制定されたのを受けて、その施行に伴う経過措置を定める刑法施行法において、それまで旧刑法に定める「違警罪」、⁽⁷¹⁾「軽罪」、⁽⁷²⁾「重罪」の別⁽⁷¹⁾に応じ、公訴時効期間をそれぞれ6月、3年、10年としていた明治刑訴法8条の規定を改正し、公訴に係る罪を——主に法定刑の上限を基準として——6段階に分け、各段階ごとに公訴時効期間を6月、1年、3年、7年、10年、15年とすることとした⁽⁷²⁾ため、その新規定の時間的適用範囲如何という問題が俄に現実性^{にわか}を帯びるに至りました。

しかも、その際、新刑法により、犯罪の分類や法定刑自体にも実質的な変更が加えられていたうえ、「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス」とする規定(6条)も新設されていたので、①改正後の明治刑訴法8条の規定の施行前に実行された罪の公訴時効期間については、新旧どちらの規定を適用すべきか、ということに加え、②仮に新规定を適用するにしても、公訴時効期間の基準となる犯罪の分類ないし法定刑は新旧刑法のどちらに拠って判別すべきか、ということも問題になり得ました。例えば、詐欺罪は、旧刑法では4年以下の重禁固に処すべ

(70) 大正刑訴法616条1項。

(71) 「重罪」とは死刑、無期・有期の徒刑(「島地ニ發遣シ定役ニ服」させる刑)ないし流刑(「島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服」させない刑)、懲役(「内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服」させる刑で、9年以上11年以下か6年以上8年以下かで「重懲役」と「軽懲役」とを区別)または禁獄(「内地ノ獄ニ入レ定役ニ服」させない刑で、懲役の場合と同様の刑期を基準に「重禁獄」と「軽禁獄」とを区別)を、「軽罪」とは重禁錮・軽禁錮(「禁錮場ニ留置」する刑で、定役に服させるか否かで「重禁錮」と「軽禁錮」とを区別)または罰金を、そして「違警罪」とは拘留または料金を、それぞれ主刑とする罪をいった(旧刑法7～8条)。

(72) 刑法施行法(明治41年3月28日法律第29号)38条。

きもの（軽罪）とされていた⁽⁷³⁾のが、新刑法では10年以下の懲役に処すべきものと改められた⁽⁷⁴⁾のですが、その詐欺の罪についての公訴時効期間は、明治刑訴法8条の新規定を適用するとしても、旧刑法の刑に抛り「長期4年未満ノ懲役若クハ禁固ニ該タル罪」（4号）として3年なのか、それとも、新刑法の刑に抛り「無期又ハ長期10年以上ノ懲役……ニ該タル罪」（2号）として10年なのか⁽⁷⁵⁾、という問題です。

現に、1908年10月に新刑法と刑法施行法が施行されてから半年後には、実務法曹の集まりである法曹会において、これらの点を巡り意見が闘わされ、①、②いずれの点でも、訴訟法規裁判時法適用の一般原則を明記する前出の明治刑訴法22条1項の規定が存在する以上、①の点のみならず②の点でも新法を適用すべきことを決議しています⁽⁷⁶⁾。

これに対しては、しかし、それに先駆けて刊行された司法省民刑局編纂の刑法施行法の解説書では、逆に、「公訴ノ時効ヲ以テ刑罰権消滅ノ原由ト為ス」との立場から、①の点で、「刑法施行前ニ犯シタル犯罪ニ付キ公訴ノ時効ノ問題ヲ生シタルトキハ新旧二法中時効ヲ完成ニ至ラシムヘキモノヲ適用スヘキコト當然」——それ故にこそ、特にその点について経過規定を置かなかつた——との見解が示されていました⁽⁷⁷⁾。また、上記の法曹会の討論においても、同様の実体法説的な立場に立ちつつ、公訴時効に関する規定を変更するときは「即チ刑罰権ノ存続ヲ変更シタルモノ」だから、新刑法6条にいう「刑ノ変更」に当たり、①、②いずれの点でも「新旧二法ヲ比照シ軽キ法」を適用すべきだとする有力な反対意見も示されていました⁽⁷⁸⁾。

(73) 旧刑法390条1項。

(74) 刑法246条1項。

(75) 大阪控訴院明治43年9月29日判決・後掲注(79)、大審院明治43年10月24日判決・後掲注(80)参照。

(76) 「刑法施行前ノ犯罪ニ付公訴時効ニ関スル件」法曹記事19巻6号(1909年)38頁以下。

(77) 司法省民刑局編纂・刑法施行法参考書全(1908年)97頁。

(78) 井上正一＝豊島直道＝小疇傳「少数意見」法曹記事19巻6号(1909年)44頁

そして、間もなく、これらの点は、実際の刑事事件でも争点とされることになりましたが、下級審裁判所の中には、大阪控訴院明治43年9月29日判決⁽⁷⁹⁾のように、①の点では、「未タ時効ノ進行中ニ在リテハ被告ハ唯単ニ将来時効完成スルニ至ラハ其利益ヲ主張シ得ヘキ一種ノ希望ヲ有スルニ過キ」ず、時効完成後におけるように「訴訟上ノ権利」を有するわけではないので、改正があったときは改正後の新规定に拠るべきものの、②の点では、「被告ハ刑法第6条ニヨリ新旧法比照ノ結果輕キ刑ヲ定メタル法律ニ従ヒ処断セラルヘキ権利ヲ有スルコト明瞭ナルカ故ニ」、その被告人が現実に処断されるべき軽い方の刑を基にして公訴時効期間を判別するのが相当だとして、折衷的解決を図るものもあったのです。

このような状況の下で、しかし、大審院は、明治43年9月20日第一刑事部判決⁽⁸⁰⁾および同年10月24日第二刑事部判決⁽⁸¹⁾において、前記①、②いずれの点でも新法を適用すべきである、とする判断を相次いで示しました。後者の第二刑事部判決によりますと、(i) 前記刑訴法8条の規定は「時ノ経過ニ依リ公訴権ヲ消滅セシメ其行使ヲ為サシメサル形式的規定」であるところ、(ii) 形式的規定の改正については、新刑法6条のような規定は置かれていないばかりか、前出の明治刑訴法22条1項により、形式的規定の改正があったときは、それ以前の犯罪についても新法の規定を適用すべきことは明らかだから、(iii) 8条の改正以前に実行された罪に対しても、新规定により公訴時効の成否を判定するのは当然であり、(iv) 当の犯罪に旧刑法を適用すると否とにより「公訴時効ノ期間ヲ異ニスヘキ理由更ニ之アルコトナシ」と言うのです

そして、この考え方は、その後も、大審院明治44年3月27日第二刑事部

以下。当時、他にも「反対説ハ尚頗ル有力」で、学説は「未タ区々、帰一スル所ヲ知ラス」という状況であったことについては、富田山壽「犯罪後ノ法律ニ因ル公訴時効期間ノ変更」京都法学会雑誌6巻3号(1909年)106~108頁参照。

(79) 富田・前掲注(78)109頁以下参照。

(80) 刑録16輯18巻1514頁。

(81) 刑録16輯21巻1730頁。

判決⁽⁸²⁾、同年5月25日第二刑事部判決⁽⁸³⁾および大正元年10月8日第一刑事部判決⁽⁸⁴⁾によって再々確認され、さらに、公訴時効期間を改めて7段階に分けて規定した大正11年刑訴法⁽⁸⁵⁾施行後の大審院大正13年12月5日第一刑事部判決⁽⁸⁶⁾によっても継承されたのでした。

また、その大正刑訴法下の学説においても、実体法説の立場から、公訴時効期間についても法改正があったときは、刑法6条の規定により、新旧法を比較して短い方の期間とすべきだとする見解⁽⁸⁷⁾もあったものの、訴訟法説の立場から判例の考え方を支持する見解⁽⁸⁸⁾に加え、公訴時効を実質的には実体法的性質のものと捉えながら、刑法6条は刑罰の内容に変更があった場合についての規定であり、公訴時効期間の変更までその射程とするものではないことを理由に、上記①の点のみならず②の点でも、新法に拠るべきだとする見解⁽⁸⁹⁾があるなど、前提として実体法説と訴訟法説のいずれに軸足を置くかは必ずしも直結せず、結論として新法適用説を取る見解が多数を占めていたと言えます。

(82) 刑録17輯466頁。

(83) 刑録17輯967頁。

(84) 刑録18輯1231頁。

(85) ①従来一括りにされていた「無期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪」と「長期10年以上ノ懲役・禁錮ニ該ル罪」とを区別し、公訴時効期間を前者については従来どおり10年とする一方、後者については従来10年から7年に、②「長期10年未満ノ懲役・禁錮ニ該ル罪」の公訴時効期間を従来7年から5年に、③単純賭博罪の公訴時効期間を従来1年から6月に、それぞれ短縮した（大正刑訴法281条）。

(86) 刑集3巻12号851頁〔1911年7月に終了した背任の罪につき——大正刑訴法への移行前の——1918年3月に予審請求がなされた事件において、公訴時効規定は訴訟法規なので、改正があった場合は新法を適用すべきであるとの原則を確認したうえで、裁判時に新法が施行済みであっても、起訴時には未だ旧法が適用されていた本件の場合には、公訴時効の成否は旧法の規定により判定すべきであるから、公訴時効期間は、大正刑訴法の規定による5年ではなく、明治刑訴法の規定による7年なので、公訴時効は未完成だとした〕。

(87) 例えば、宮本英脩・刑事訴訟法大綱（3版、1937年）178～179頁。

(88) 例えば、林頼三郎・刑事訴訟法要義各則上巻（1924年）96～97頁。

(89) 小野・前掲注（58）54～55頁、團藤・前掲注（58）65頁。

(b) ところが、このような状況は、第二次大戦後の日本国憲法と現行刑訴法の制定を境にして変化を見せるようになります。まず、憲法39条により、「何人も、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」として、事後法（遡及処罰）禁止の原則が憲法上の権利として保障されるに至ったことから、公訴時効期間を変更——中でも、延長——する法改正があった場合に、これを改正前に実行された犯罪にも適用することは、その保障に反するのではないかということを、改めて問題とする契機が与えられました。そのうえ、1948年に新たに制定された現行刑訴法による——公訴時効期間の一部変更⁽⁹⁰⁾を含む——期間の変更に関する経過措置として、刑事訴訟法施行法が、「〔新法施行の際、未だ公訴が提起されていない〕事件について、新法施行の前から進行を始めた法定の期間……については、新法施行後も、なお旧法及び応急措置法による」ことを宣明した⁽⁹¹⁾ため、少なくともその限りで、訴訟法規裁判時法適用原則に変更があったようにも見えたのです。

その後さらに、1961年12月に公表された改正刑法準備草案において、刑典に——「罪を犯した者は、公訴の時効によってその処罰を免れる」との定めを始めとする——公訴時効に関する規定⁽⁹²⁾を置く構想が示されたことが、実体法説優位の^{あかし}証とも受け止められたことに加えて、その頃からドイツにおいて、ナチスによる謀殺等の犯罪につき公訴時効の見直しが議論されるようになり、幾度か立法的手当が重ねられたのに伴い、その時間的適用範囲を巡って論争が繰り広げられた⁽⁹³⁾ことから、それに触発され

(90) 単純賭博罪の公訴時効期間について、旧法では別扱いし、6月としていたのを廃止し、他の罪同様、法定刑を基準に3年とするとともに、「拘留又は科料に当たる罪」の公訴時効期間を6月から1年に延長した。

(91) 刑事訴訟法施行法（昭和23年12月18日法律第249号）6条。

(92) 改正刑法準備草案99条以下。佐々木・前掲注（57）141頁、三井誠・刑事手続法Ⅱ（2003年）116～117頁など参照。

(93) Hans Ludwig Schreiber, *Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte*, ZSrw Bd.86 (1968), S. 348ff., 能勢弘之=寺崎嘉博「西独における時効制度改革の動向」ジュリスト702号（1979年）

て、わが学説の間でも、意識的な議論が見られるようになったことが、変化を促す要因となったと言えます。

また、これと相前後して、最高裁が昭和42年5月19日第三小法廷決定⁽⁹⁴⁾で、前出の大審院判例やこれを踏襲していた高裁判例⁽⁹⁵⁾を変更し、「公訴の時効は、訴訟手続を規制する訴訟条件であるから、裁判時の手続法によるべきであるとしても、その時効期間が、犯罪に対する刑の軽重に応じて定められているのであるから、その手続法の内容をなす実体法（刑罰法規）をはなれて決定できるものではな〔く〕、……犯罪後の法律により刑の変更があつた場合における公訴時効の期間は、法律の規定により当該犯罪事実に適用すべき罰条の法定刑によって定まるものと解するのが相当」だとする考え方を新たに示したため、これはあくまで——前記①、②の論点のうち——②の点に限っての判示であったにも拘わらず、①の点でも公訴時効期間を延長するような新法の適用にネガティブな姿勢を最高裁が示したものと見るむきもありました⁽⁹⁶⁾。

47頁以下、Clausnitzer, *supra* note 54, pp.476-479, 小池信太郎「ドイツにおける公訴時効制度の現状」刑事法ジャーナル18号（2009年）29頁以下など参照。

ドイツでも今日では、基本的に訴訟法説——あるいは、競合説でも訴訟法的理由に重点を置く考え方——に拠り、公訴時効期間を延長する新法の規定を同法施行時に公訴時効未完成の事件に適用しても基本法103条2項の遡及禁止には反しないというのが判例であり、学説でも圧倒的多数説となるに至っている。他方、新法施行時に既に公訴時効完成済みの事件につき新法を適用して訴追可能とするのは、法治国原則（Rechtsstaatsprinzip）に反するというのが、一般的な見解である。Cf. HANS H. JESCHECK/THOMAS WEIGEND, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS, Allgemeiner Teil (5. Aufl. 1997), SS.911-912; URS KINDHAUSER *et al.* (hrsg.), STRAFGESETZBUCH (Nomos Kommentar), Bd.1 (2010), Rdnr. 8 vor §78ff.

(94) 刑集21巻4号494頁〔1963年2月に実行されたとされる拳銃等不法所持の被疑事実で1966年12月に被疑者が勾留されたが、準抗告審が公訴時効完成済みを理由に勾留を取り消した事件について、適用すべき罰条は銃刀法の1965年改正後の規定ではなく改正前の規定であり、その法定刑を基にすると公訴時効期間は3年であるから、勾留の時点で公訴時効は完成していたとして、準抗告審の処置を肯認した〕。

(95) 札幌高判昭和29年6月17日・高刑集7巻5号801頁。

(96) これに先立ち、両罰規定における事業主についての公訴時効期間は——行為

そして、より近年でも、2004年の刑法等一部改正法により凶悪・重大犯罪対策の強化の一環として公訴時効期間を延長した⁽⁹⁷⁾際に、附則に、「この法律の施行前に犯した罪の公訴時効の期間については、……なお従前の例による」という明文の経過措置規定⁽⁹⁸⁾を置いたことも、そのような方向を志向する立場からは、その正当性を公定するものと受け止められたのです。

その結果、今回の公訴時効見直し論議が始まるまでの学説は、公訴時効期間を延長する法改正がなされた場合に、改正（正確には、改正法の施行）前に実行された犯罪について新法を適用するのは、憲法39条による遡及処罰の禁止に反するものではなく⁽⁹⁹⁾、前出の刑法6条との関係でも——少なくとも、前述の①の論点に関する限り——問題ない⁽¹⁰⁰⁾として、新法適用説を採る見解がある一方、正反対に、それは憲法39条ないしその趣旨に

者本人についてのそれとは独立に——当の事業主に対する法定刑を基準として決められるべき旨判示した最（大）判昭和35年12月21日・刑集14巻14号2162頁も、公訴時効の法的性質について再考する契機となったことを指摘するものとして、佐々木・前掲注（57）134頁以下。

(97) 刑法等の一部を改正する法律（平16年12月8日法律第156号）〔以下、「平成16年改正法」と略称〕2条による刑訴法250条の改正〔公訴時効期間を、「死刑に当たる罪」については15年から20年に、「無期の懲役又は禁錮に当たる罪」については10年から15年に、そして、「長期15年以上の懲役又は禁錮に当たる罪」と「長期15年未満の懲役又は禁錮に当たる罪」とを区別して、前者については7年から10年に、それぞれ延長した〕。

(98) 平成16年改正法附則3条2項。

(99) 例えば、團藤重光編・注釈刑法（1）総則（1）（1964年）12頁〔團藤〕、佐藤功・ポケット註釈全書憲法（上）（新版、1983年）607～608頁〔憲法39条は手続規定まで対象とするものではないとする〕など。なお、松尾浩也「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」判例評論107号（1967年）144頁〔新法を適用するのもし許されないわけではないとしつつ、立法者の決すべき事項だとする〕。

(100) 例えば、宮崎澄夫「免訴の裁判」（総合判例研究叢書・刑事訴訟法（8）、1961年）124頁、團藤重光・刑法綱要総論（第3版、1990年）77頁注5、大谷實・刑法講義総論（新版第3版、2009年）71頁、福田平・刑法総論（全訂第4版、2004年）42頁など。

反するか、反する疑いがあるとし⁽¹⁰¹⁾(憲法31条の適正手続保障に反するという見方⁽¹⁰²⁾もありました)、あるいは、刑法6条が適用、準用ないし類推適用されるため、許されない⁽¹⁰³⁾とする見解なども少なくありませんでした。

もっとも、それらの結論は、前提としての実体法説と訴訟法説の別と必ずしも直結したものではなく、また、その論拠ないし法的根拠は必ずしも斉一ではありませんでしたので、様々な見解が並立し、錯綜した状態であったと言うのが正確なところでしょう。そのためもあってか、実際に、はっきりと二つの陣営に分かれて両者が正面から激突するような場面はなかったと言えます。

C. 刑事法部会での意見の対立構造

それが、今回のよりドラスティックな公訴時効の見直しに直面して、図式的とすら形容すべきほどの二極対立にまで先鋭化し、両説の間で刃を交えるような議論が闘わされることになったのです。

(a) 実体法説に立つのは、主に刑法学者——法制審刑事法部会では、西田典之教授、井田良教授といった著名な先生方など——でした。

それぞれのご意見の内容ないしニュアンスはやや異なるところもありましたけれども、敢えてまとめて申しますと、公訴時効というのは、国家が犯罪行為の可罰性ないしそれに対する自らの刑罰権の時期的限界を設定・

(101) 例えば、内藤謙・刑法講義総論(上)(1983年)31頁、町野朔・刑法総論講義案I(第2版,1995年)45~47頁、林幹人・刑法総論(第2版,2008年)63頁、野中俊彦ほか・憲法I(第3版,2001年)413頁〔高橋和之〕、宮沢俊義・全訂日本国憲法(芦部信喜補訂,1978年)326頁、芦部信喜編・憲法Ⅲ(1981年)231頁〔杉原泰夫〕、橋本公旦・日本国憲法(1982年)342頁、田宮裕「事後法の禁止」憲法判例百選(第1版,1963年)125頁、小池・前掲注(93)34~35頁など。

(102) 西田典之・刑法総論(2006年)49~50頁。

(103) 大塚仁・刑法概説(総論)I(第4版,2008年)72頁、川端博・刑法総論講義(第2版,2006年)68頁、高田卓爾・刑事訴訟法(2訂版,1984年)377頁、植松正・再訂刑法概論I総論(第8版,1974年)89頁。刑法6条を準用すべきとするものとして、平場安治ほか・注解刑事訴訟法中巻(全訂新版第2版,1984年)265頁〔鈴木茂嗣〕など。

確約したものであるから、それについては、犯罪として処罰するか否かや、いかなる刑に処すかということと同様、犯罪行為時の法を適用するのが原則であり、被告人に不利益な変更を変更前に実行された犯罪に「遡及的に適用する」のは、憲法39条の遡及処罰の禁止ないしは——一般的法原理である——禁反言の原則に反する、というのです。

(b) これに対し、訴訟法説を採るのは、主に刑訴法学者——刑事法部会では、本日司会をして下さっている酒巻匡教授や、川出敏裕教授など、これまた皆さんもご存じの先生方——でしたが、大要、次のように論じました。

すなわち、公訴時効は、犯罪行為の可罰性を失わせるものではなく、手続上の障害を設けたに過ぎないものだから、それを除去した場合、当の犯罪行為がなお可罰である以上、訴追することは可能なはずである。しかも、公訴時効は、犯罪行為時に犯人に対して、時効期間だけ訴追されなければ処罰を免れ得ることを確約する——言わば、「逃げ得」を認める——ものではなく、公訴時効が完成して訴追・処罰を免れる結果となるのは、公訴時効という制度の反射的利益に過ぎないのだから、対象者には、そのことを期待ないし信頼する正当な権利があるわけではない。それ故、既に実行された犯罪について、事後の法改正により時効期間を延長したり、公訴時効そのものを撤廃してしまっても、遡及処罰の禁止や禁反言の原則に反することにはならない。そして、訴訟法については裁判時法を適用するのが原則であるから、改正前の法律によれば公訴時効が完成している罪について改正法を適用することも——立法政策としての当否は別として、少なくとも理論上は——可能である。あるいは、さらに、より実質的に見ても、公訴時効は対象者の利益を保護するものではない以上、対象者が公訴時効の完成前にその完成を期待することが法的保護に値しないのと同様、公訴時効が完成した後も、訴追されないことについての対象者の信頼ないし期待というものも、やはり法的保護に値しないはずだから、改正前の法律によれば公訴時効が完成している事件について改めて訴追できるように

しても不当ではない、とするのです。

D. 私見の形成——「展望」的視角から「回顧」的視角への転換

(a) このように、見事なほど図式的な意見対立が続く中、部会長の私としては、本来、その議論に自らは参入せず、両者の間を取り持って打開点を見つけるべき立場であったのかもしれませんが、こんなに面白い対立なのですから、黙って見ていられないと言いますか、自分も加わって楽しむとする癖が出て、両陣営の論者に対して、あれこれ答えにくいような疑問を示してしつこく追及したため、先輩の委員を怒らせてしまいまして、遂に「井上君、そんなに言うのなら、自分の意見を明らかにしろ」と迫られました。そこで、実は私としても、治罪法以来の議論や外国の判例などを読むなどして、それなりに勉強し——未だかなり漠然としており、^{なまな}生熟れではあったものの——密かに暖めてきていた独自の見方があったものですから、ついそれを咄嗟に言葉にしてしまったのです。

そして、当初は極く断片的な発言であったのですが、公の場で言ってしまった以上、^{あとづ}後付けであっても、それなりに理論武装しなければならないと思ひまして、その治罪法時代以来の文献・判例や、諸外国の判例・学説などを再度読み返して、手がかりやヒントとなる記述などがあることを再確認し、それらを踏まえて想を練った結果、おおよそ、以下のように考えるに至りました。

(b) (i) すなわち、前述のような実体法説と訴訟法説の二極対立的議論は、直線的で牽引力が強く、結論に明確な差異が出ますので、議論としては魅力的なものです。現に、欧州大陸諸国⁽¹⁰⁴⁾をはじめ多くの国⁽¹⁰⁵⁾でも

(104) 注 (93) 掲記のドイツに関する文献のほか、*e.g.*, RUTH A. KOK, STATUTORY LIMITATIONS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2007), pp.290-304; James Hamilton, Comments on the Retroactivity of Statutes of Limitation in Georgia (European Commission for Democracy through Law, 4 March 2009), *referring to* the Law Reform Commission of Ireland, Consultation Paper on the Law of Limitations of Actions Arising from Non-sexual Abuse of Children (August 2000) and *Coëm and others v. Belgium* (ECHR, 22 June 2000).

比較的一般に、その二説の対比は問題解決に向けた議論の軸として用いられてきたところであり、特異なものではありません。しかし、公訴時効制度それ自体を直視しますと、それは歴史的に長い年月をかけ、様々な曲折を経て形作られてきたものであり、そこには、実体法説的な考慮や訴訟法説的な考慮、さらには、訴追・処罰の必要と——被疑者・被告人となり得る者のみに限らず——関係し得る人々の利害やら刑事司法システム全体の負荷とのバランスなど、それ以外の考慮も複合的に働いていたと思われます。

実定の公訴時効制度を見ても、例えば、公訴時効期間が基本的に各罪に対する法定刑の軽重に応じて定められていることは、証拠の散逸を理由とする訴訟法説からは説明が付きませんし、他方、犯行よりどれだけの時が経過しても公訴時効期間内なら、起訴され有罪となれば、犯行後ほどなく起訴され有罪となった場合と同じだけの刑に処され得、時の経過により科され得る刑量が減じていくわけではありませんので、可罰性の低下を理由とする実体法説ともなじまないところがあります。さらに、「犯人が国外にいる場合……には、〔公訴〕時効は、その国外にいる期間……その進行を停止する⁽¹⁰⁶⁾」とされていることなどは、実体法説、訴訟法説のいずれからもストレートに導き得るものではないでしょう。

このように、公訴時効制度の存在理由をいずれか一つのものに局限して捉えることが果たしてできるものかは、そもそも疑問です⁽¹⁰⁷⁾。それなのに、

(105) 例えば、韓国の問題状況については、*e.g.*, James M. West, *Martial Lawlessness*, 6 PACIFIC RIM L. & POLY 85 (1997); THE CONSTITUTIONAL COURT OF KOREA, THE FIRST TEN YEARS OF THE KOREAN CONSTITUTIONAL COURT (2001), pp. 169-171.

(106) 刑法255条1項。

(107) 前述のように明治初年にフランス法に倣って公訴時効制度が導入された頃から、様々な見方のいずれにも各々難点があり、公訴時効制度を一つの見方のみにより説明し尽くすのは困難であることが認識されていた。例えば、磯部・前掲注(51)92～103頁、松室致・前掲注(52)160～152頁参照。その後も、同様の認識を示すものとして、板倉松太郎・刑事訴訟法玄義上巻(1902年)580

今回の問題との関係で敢えてそうするのは、結論先取りの議論のきらいがあるうえ、それを形式論理的にどこまでも貫こうとすると、極端で、実質的にも不都合な帰結にすら至りかねません。

その意味で、従来から、現行の公訴時効規定の解釈にあたっては、公訴時効の本質論に解を求めるのではなく、機能ないし効果の面において、種々の利害関係の調整をすることにより、合理的で妥当な解決を導こうとする傾向が有力であった⁽¹⁰⁸⁾のも、よく理解できるところですが、そのような調整による解決が——単に場当たりのないし便宜的でなく——正統性・系統性を有するとするならば、やはりそれは、そこで考慮される「種々の利害関係」というものが公訴時効の存在理由に本来関わっているものであるからにこそほかならないと言うべきでしょう。

実際、諸外国の例を見ても、公訴時効改廃規定の時間的適用範囲について、実体法説と訴訟法説との二極対立を軸として問題にアプローチしてきた欧州大陸諸国⁽¹⁰⁹⁾でも、また、そのような公訴時効本質論を前提にしないアメリカ⁽¹¹⁰⁾などにおいても、実体法的利害と訴訟法的利害の双方、さ

～590頁、林・前掲注(48)308～311頁。

(108) 例えば、松尾・前掲注(48)106～107頁、浅田・前掲注(48)113頁およびそこに引用の文献参照。

(109) 注(93)、注(104)および注(105)掲記の文献・判例のほか、例えばフランスについては、Crim. 28 févr. 1995, B. N° 87 [新法施行時に公訴時効完成済みの事件については、新法は適用されない旨判示]；Crim. 2 déc. 1998, B. N° 329 [新法施行時に公訴時効未完成の事件については、新法が適用される旨判示]。

(110) 公訴時効完成前の事件について、United States v. Brechtel, 997 F.2d 1108, 1109 (5th Cir. 1993)；United States v. Taliaferro, 979 F.2d 1399, 1402-1403 (10th Cir. 1992)；United States v. Knipp, 963 F.2d 538, 539-540 (8th Cir. 1992)；United States ex rel. Massarella v. Elrod, 682 F.2d 688, 689 (7th Cir. 1982)；United States v. Richardson, 512 F.2d 105, 106 (3d Cir. 1973)；Clements v. United States, 266 F.2d 397, 399 (9th Cir. 1959)；Falter v. United States, 23 F.2d 420, 425-426 (2d Cir. 1928)；Commonwealth v. Duffy, 96 Pa. 506, 514 (1880)；State v. Hodgson, 740 P.2d 848, 852 (Wash. 1987)；State v. Creekpau, 753 P.2d 1139, 1143 (Alaska 1988)；State v. Nunn, 768 P.2d 268, 276-277 (Kan. 1989)；State v. O'Neill, 796

らには、それ以外の利害関係をも考慮に入れ、それらの間のバランスを取る形で——新法施行の時点で公訴時効未完成の事件については新法の適用を認めるが、公訴時効完成済みの事件については認めないという——解を導くところが多数であるのも、そのことを物語るものだと、私には思われます。

(ii) しかし、それ以上に、従来の議論は、公訴時効についての法の定めが、時系列で言うと先の方(将来の方向)に視線を向けた——いわば「展望的」な——ものであることを暗黙の前提としてなされてきたところに問題があったのではないか、というのが、私のより根本的な問題意識でした。

この問題が従来一般に「遡及適用」の可否というふうと呼ばれてきたこと自体、《法規というものは、本来、制定ないし施行の時点から先の将来の方に向けられたものである》という前提に立って問題を捉えていることを示すものであり、そうだとすると、最初からバイアスのかかった議論になってしまいます⁽¹¹¹⁾。それ故、私は、刑事法部会の審議を通して、「遡及」という言葉は使わずに議論すべきである旨、再三にわたり注意を喚起しました。

中でも、そのような見方は実体法説において特に顕著で、公訴時効は、当の定めが施行された時点以降に行われた罪について、犯行から法定の期間が経過すれば訴追・処罰されなくなることを——犯行時から将来に向かって——確約するものであるとか、刑罰権を行使するのはその年限内のみ

P.2d 121, 123-124 (Idaho 1990); *People v. Russo*, 487 N.W.2d 698, 701-702 (Mich. 1992) など多数。公訴時効完成後の事件について、*United States v. Stogner*, 539 U.S. 607 (2003)。

(111) 司法省法学校でボアソナードの教えを受け、自身も明治法律学校で治罪法を講じた井上操は、治罪法の期満免除に関する規定を同法頒布前の事件に適用するのを「既往ニ及ホス」と称するのが「世間慣用スル所」だが、「[その事件]ヲ頒布以降ニ処分スルトキハ之ニ現行ノ治罪法ヲ適用スルノミニシテ……[そのように称するのは]語弊アリテ本意ヲ解シ難キナリ」と喝破していた。同・前掲注(52) 207頁。

に限ることを国家自らが——これまた将来に向けて——宣明するものだと捉えるのは、そのためですが、そのように捉える限り正当とは言い難いことは、訴訟法説の論者が指摘するとおりだと思います⁽¹¹²⁾。

(iii) しかし、実体法説的な考慮からしても、立法時から将来に向けて、犯行後それだけの歳月が経つと社会の処罰感情が沈下し、可罰性が失われると見積もって、その時が来れば処罰を断念すると宣明するものというよりは、むしろ、その時点、その時点において、後ろを振り返って——いわば「回顧的」に——観て、犯行からそれまでに長い時間が経過したことにより、現に当該罪種ないし法定の枠内の刑に当たる罪については一般的に、社会の処罰感情が沈下し、可罰性が失われてしまっていると認められるからこそ、国家が自ら——制度として——訴追・処罰を断念する、という性質のものだと捉えるべきなのではないかと思われまます。訴訟法説的な考慮からしても同じで、時の経過を振り返り、事件から長い時間が経ったことにより、現にそのカテゴリーの罪については一般的に、証拠が散逸し、適正

(112) 近時の学説で支持者の少なくない、いわゆる「新訴訟法説」に分類されるもののうち、公訴時効は訴訟法上の制度ではあるが、公訴の対象とされ得る個人が相当期間訴追されないでいるという状態を尊重し、その者の法的地位の安定を図るために、訴追を不可とするものだと捉える見解（例えば、田宮裕・前掲注（57）200頁）も、公訴時効完成後ではなく、犯行があった時点から既にそのような法的保護が個人に確約されているという趣旨であるとすれば、同様であろう。

このほか、公訴時効制度は被告人に迅速な裁判ないし防御権を保障するものだとする見解（例えば、坂口裕英「公訴の時効」鴨良弼編・法学演習講座刑事訴訟法（1971年）259頁など）もあるが、その見方自体、基本的に、法定刑の軽重に応じて公訴時効期間が定められていることや、共犯者の一人が訴追されると、未だ訴追されていない他の共犯者についても公訴時効の進行が停止すること（刑法254条2項）などの現行制度の仕組みと適合しないところがあるばかりか、時間が経過することにより証拠が散逸するなどして当事者の訴訟活動や裁判所の事実認定等が適正に行えなくなるのは、独り被告人側だけの利害関心ではない——実際的に見ると、むしろ、挙証責任を負う検察側の訴追・立証がより困難になることが多いと考えられる——のに、専ら被告人の権利ないし利益のみを保護するものだと片面的に捉えようとするのは、適切とは思えない。

な裁判ができなくなってしまうと認められるからこそ、制度として訴追が断念されることになるものというべきです。

そして、そのように「回顧的」な視角から捉え直すときには、実体法的、訴訟法的あるいはその他の考慮からしても、どのくらい時が経過していればそのような状態に立ち至っていると認められ、訴追が断念されるかは、訴追が問題となる時点での立法者による制度的な判断——すなわち、その当時の現行法の定めるところ——によるべきものであり、社会状況や人々の意識の変化などにより、当の罪に対する処罰感情ないしその可罰性が低下していく速度が変わったり、例えばDNA型鑑定のような新たな立証手段が利用可能となった結果、証拠の散逸という点でも変化が生じたりすれば、その制度的判断（法の定め）も見直され、それまでに公訴時効の完成により既に制度的に訴追・処罰が断念されてしまっていない限り、新たな制度的判断（改正後の法の定め）に従って訴追が規律されることになるというのが、論理的な帰結だと考えられるのです。

これに対し、その時点その時点の現行法規に定められただけの時の経過により——実体法的、訴訟法的その他の理由から——制度として訴追・処罰が断念された以上は、理論上、恩赦の場合などと同様、公訴権ないし刑罰権が消滅してしまっていると言うべきでしょう。それを、前記の訴訟法説の論者のように、公訴時効は単なる訴訟手続上の障害となるに過ぎないのだから、何時でも法改正によりこれを除去しさえすれば、再び訴追を可能にし得るとするのは、訴追が問題となる時点のみを視野狭窄的に捉えるだけで、それまでの経過を一切度外視するものであり、前述のような「回顧的」な視覚から見ると、当を得ないことが明らかです。

実質的に見ても、公訴時効の完成により、一国の制度として公式に訴追・処罰が断念されたことを前提に——独り犯人のみならず——多くの人々が生活を営み、物事が進行してしまっている以上、その状態の法的な安定性ないし人々のこれへの信頼は、公訴時効完成前におけるような単なる反射的利益ないし犯人の願望にとどまるものではなく、法的保護に値す

る実体のある利益だと言うべきです。それを、その後の立法者の判断変更により奪うのは、単に立法政策として当を得ないというだけにとどまらず、立法権の恣意的ないし著しく不合理な行使に当たるように思われます⁽¹¹³⁾。

当該事件との関係で見ても、公訴時効完成直後に、それにも関わらず訴追がなされるという——法の想定に反する——事態が生じたときは、免訴判決により、訴訟を打ちきることとされており、被告人としても、それによる救済を求めることができることになっています。そして、その免訴の判決が確定すれば一事不再理となるのに、法の定めどおりに訴追がなされないでいると、何時でも、再び訴追可能な状態に戻され得るとするのは、背理と言わなければなりません。さらに、公訴時効が完成し、当該事件の訴追・処罰が制度として断念された以上、ほとんどの場合、捜査・訴追機関や事件関係者などは証拠等を処理してしまうでしょうから、公訴時効完成の時点と比べてもさらに一層、適正で十分な裁判を行うことが困難になっているはずなのに、なお訴追可能性を復活させ得るとするのは、訴訟法說的な観点からしても、理屈に合わないでしょう。

(c) 前述の刑訴法改正の要点②を規定化した平成22年改正法附則3条——なかんずく就中、同法施行時に公訴時効完成済みの事件については改正後の刑訴法250条1項の規定を適用しないとした同条1項——の趣旨については、他の説明も可能かもしれませんが、私としては、以上のように考えるのが理論的に最も筋が通り、かつ実質的にも適切だと考えるのです。

(113) 憲法31条の適正手続保障は、そのような立法権の恣意的ないし著しく不合理な行使による処罰から個人を保護する趣旨をも含むものだとすれば、その憲法31条に違反することになろう。See *Moore v. State*, 43 N.J.L. 203, 205-210 (1881). あるいは、アメリカの判例・多数説のように、これを、いったん処罰され得なくなった人につき、その後の立法により処罰を可能にするものにほかならないから、事後法（遡及処罰）禁止——ないし、その趣旨——に反するものと見ることも可能かもしれない。E.g., *United States v. Stogner*, *supra* note 110, at 612-615; *Moore v. State*, *supra*, at 212-213 and 223-224; *State v. Keith*, 63 N.C. 140, 143-145 (1869).

なお、その附則3条のうち——同法施行時に公訴時効が未完成の事件については、改正後の刑訴法250条1項の規定を適用するとした——2項の規定については、憲法39条および31条のいずれにも反しないことが、その後、最高裁によって確認されています⁽¹¹⁴⁾。

いずれにせよ、以上のように、従来の議論とは視覚を逆向きに変えて見た結果、片や敬愛する先輩であった西田先生と友人の井田先生、他方、これまた親愛なる後輩で研究仲間である酒巻、川出両先生、そのいずれの陣営にも与せず、独自路線^{くみ}を行くことになったのは、今から振り返っても、実にスリリングで楽しい経験でありました。

結び

以上、3つの立法を例としてお話したわけですが、そのような立法に至る作業に関わる機会を得たお陰で、それぞれ、従来当然視されていたことに疑問を差し挟み、それとは違った、自分なりの見方や解釈を築くことができたと思います。しかしまた、そのような機会に恵まれたなら自ずとそうなるものであったかといいますと、そうではなく、もう一つ、研究者の道に入って、恩師や先達の方々から教わり、あるいはその方々の背中を見ながら学んだものが、下支えしてくれたからこそ、それらの機会に、本日お話ししたような向き合い方をすることができたのだろうと考えています。

私の最初の指導教官は團藤重光先生でしたが、團藤先生は何事にもポジティブで、どんなにつまらなさそうに見えることでも、それを経験することには意味があると、よく教えられましたので、私も、お話しした審議会等についても、引き受けざるを得ないのならば、自分の人生の大切な一コマなのだから、できるだけ楽しもうという姿勢で臨んできました。その結

(114) 最（一）判平成27年12月3日・刑集69巻8号815頁。この判決については、馬渡香津子「最高裁時の判例」ジュリスト1512号（2017年）105頁以下参照。

果、自分が試合のコート上に立っているという意識で、独自の考えをめぐらすことになったのだと思います。人間の主体性ということの基本にする刑法理論を構築された團藤先生はまた、学問自体についても、学究各自が主体的に行うべきものだとの信念を貫かれ、駆け出しの私など弟子に対しても、初めからすべて自己責任に委ねるという指導方針でした⁽¹¹⁵⁾ので、こちらも自ずと、独自にものを考え、決めていくのが習いとなっていたことが、さらにその根本にあったのでしょう。

加えて、直接の指導教官ではなかったものの、平野龍一先生から学ばせていただいたことも大きかったと思います。学部学生時代から長年にわたり、いろいろな場で、先生のご発言や他との議論を側で拝聴したり、時には、一対一で激論したこともありますけれども、常にそこから学ぼうとしてきました。先生は天才的な方で、直感的に物事の本質を見抜き、ズバツと核心あるいは急所を突いたり、足元を完全に掬うようなことを直言され、みんなを仰天させることが少なくありませんでした。むしろ、凡人の私などには、そんなことは到底無理ですから、せめて、それに少しでも近づくにはどうすればよいかと考え、敢えて他人と違う、あるいは逆の——他人が多少とも驚くような——ことを言ってみようとしたところ、平野先生が面白いと言って下さったのです。それで味をしめまして、他人と違うことを言うためにはどうすればよいかを常に考える、という発想法が身に着いてしまったところがあります。

もっとも、他人と違うことを言うとか、独自に発想するというだけでは、単なる思いつきにとどまったり、ドンキホーテのような妄想でしかないかもしれません。その点で常に戒めとなったのは、もう一人の指導教官であった松尾浩也先生の学問に臨むお姿から学んだことです。先生は、刑訴法学上のどのような問題についても、関連する法制度や法規定の沿革、その運用の実情、それに諸外国での問題状況や法制といった多面にわた

(115) 座談会「團藤重光先生を偲んで」論究ジュリスト4号(2013年)8~9頁〔井上正仁発言〕、井上「團藤重光先生・淑子夫人を偲ぶ」同上誌58~59頁参照。

り、丹念に基礎研究を積み重ねられ、その上に立って、柔軟で大胆な視座の転換をすらすら提示するお仕事をされた⁽¹¹⁶⁾のですが、私も、本日お話ししたような独自の見方や考えを築いていくにあたって、及ばずながらも、そのような先生の学問的姿勢^{なら}に倣おうとしてきたつもりです。

《天才とは、1%の inspiration と99%の perspiration である》という Thomas Edison のよく知られた言葉になぞらえますと、われわれの場合は、天才でないからこそ一層、perspiration——すなわち、地道な努力の積み重ね——の比重が大きく、99.9%以上なのかもしれません。むろん、たとえ0.1%——否、0.000……1%——であっても、inspiration がなければ、発展や飛躍も望めないでしょうが、新たな——しかも、豊かな実りをもたらすような——発想は、地道な努力の積み重ねから産み出されるものであり、かつ、そのような努力があってはじめて、その発想を実際にも豊かな実りに結び付けることができるのだと思うのです。私自身は、その域に達することは到底できませんでしたが、これから長い人生を歩んでいかれるみなさんに期待して、贈る言葉とさせていただきますと思います。

6年という限られた期間でしたが、同僚の先生方や職員の方々、そして何よりも、真剣かつ熱心に学びの時間を共有して下さった多くの学生のみなさんのお陰で、この早稲田の杜で、本当に楽しく充実した時間を過ごすことができました。そのことに、心から感謝申し上げ、締め括りとさせていただきます。ありがとうございました。

*本稿は、2019年1月22日に早稲田大学法務研究科で行った最終講義のテキストに若干の加筆を施したものである。

(116) 座談会「松尾浩也先生を偲んで」論究ジュリスト27号(2018年)173~174, 177~178, 185~186頁〔井上正仁発言〕, 井上「松尾浩也先生を偲ぶ」同上誌192~195頁。