

# 非刑事実体法への事後法の禁止原則の適用に関する一考察 (1) ——保護観察関連法を中心に——

萩野太司

はじめに

1 日本における先行研究と判例

(1) 更生保護関連法

(2) 行政法

(3) 刑事手続法

(4) 小括 以上 本号

2 英米法における判例と学説 以下 次号

3 考察

むすびにかえて

はじめに

「立法の時代」と呼ばれる近時、なかでも刑事立法の活性化は著しいものがある。その刑事立法の傾向として、これまで多くの研究において厳罰化が指摘されてきたが<sup>(1)</sup>、2000 年代後半以降の刑事立法の傾向には新たな流れが加わっているように思われる。それは、1990 年代の刑事立法の多くが実体法と手続法の分野におけるものであったのに対して、2000 年代後半のそれは、刑事施設被収容者処遇法や更生保護法の制定にみられるような、刑の宣告後に適用されるような法の立法が活性化しているということである。

この刑の宣告後の有罪者ないし受刑者への憲法上の人権保障の手薄さにつ

---

(1) 近年の刑事立法を論じる研究として、井田良「最近の刑事立法をめぐる方法論的問題」ジュリスト 1369 号 (2008 年)、松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト 1369 号 (2008 年)、中山研一「刑法と少年法改正の流れ」法学セミナー 667 号 (2010 年)、白取祐司「法改正と刑事訴訟法」法学セミナー 667 号 (2010 年) など。

いては、これまでに多くの研究においてすでに指摘されてきたところである<sup>(2)</sup>。人権保障の観点から、昨今のような刑事立法が活性化しているときに、大きな役割を果たす原則の一つが日本国憲法 39 条に「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない」と規定された事後法の禁止原則である。後述するように、この事後法の禁止原則は「罪刑法定主義の一内容」であり、「実行の時に適法であつた行為について、その後定められた法律に基づいて刑事責任を問うことを禁止する原則」である<sup>(3)</sup>。またその憲法 39 条の「刑事上の責任」とは、刑罰を科すための責任と通説的には解釈され<sup>(4)</sup>、刑事実体法の改正にはその原則が及ぶとされているが、刑事施設被収容者処遇法や更生保護法の制定にあたっては、事後法の禁止原則が適用されていない<sup>(5)</sup>。

かりに刑事実体法においてこの原則が貫徹されたとしても、もし刑事施設における処遇内容が受刑者にとって不利益に変更された場合、また、もし仮釈放が取消される可能性がより高くなるような保護観察の遵守事項が変更された場合、それらは事後法禁止原則に抵触しないのであろうか。確かに矯正処遇および更生保護の主たる担い手は行政機関であり、また保護観察それ自体は、刑法 9 条の「刑の種類」に該当しない。しかし、刑事施設被収容者処遇法は刑の執行方法や内容、そして受刑者の人権に直接的に結びつくし、また更生保護法には、違反すると再収容される可能性がある保護観察の遵守事項が規定されている以上、間接的ではあるが刑の執行に関係しているといわ

---

(2) たとえば、佐藤幸治『憲法〔第 3 版〕』（青林書院、1995 年）578 頁や、福田雅章「パロウル取消し手続に関するモリッセイーギャグノン判決について」大阪大学教養部研究集録人文・社会科学第 24 輯（1975 年）73 頁など。

(3) 佐藤・前掲注 (2) 607 頁、金子宏他編『法律学小事典〔第 3 版〕』（有斐閣、2002 年）270 頁。

(4) 野中俊彦他『憲法 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、2006 年）428 頁（高橋和之担当箇所）。

(5) それぞれ付則において新法が適用されることが規定されている。

ざるをえない。

また、刑事施設に拘禁する実際の期間を変えるには、法定刑を変えることによっても、仮釈放の要件を変えることによっても可能なのである。仮釈放の要件に関する法を改正することによって、恣意的に長期間にわたって刑事施設へ犯罪者を拘禁したとしても、それは国家の恣意的な刑罰の適用を排除しているといえるのだろうか、また罪刑の法定により市民への行動の予測可能性を担保しているといえるのであろうか。

現在、刑の一部執行猶予や社会奉仕命令の導入といった、さらなる更生保護制度の改革が検討されている以上、更生保護関連法への事後法禁止原則の適用という問題は今後より重要となるであろう。しかしこれまで日本には、刑の執行段階で適用される法への同原則の適用について論じた研究はほとんどなく、また判例も若干存在するのみである。そして従来の議論は主として、法適用に関して行為時法か裁判時法か、という二者択一の議論であった。しかし、執行段階における法の適用は、行為時法、裁判（審判）時法、執行時法の三つの選択肢があり、これらの三局面から検討されなければならない問題である。それにもかかわらず、この問題はまさに看過されてきた。

それゆえ本稿は、英米法域における判例や学説から、更生保護に関連する法、なかでも特に保護観察に関連する法への事後法の禁止原則の適用の是非について検討し、日本法への示唆を得ることを目的をとりたい。そこで、まず第 1 章で日本における学説と判例を検討し、ついで第 2 章で英米法域における判例、学説の検討を行う。そして第 3 章で両者を比較し、最後に日本法への示唆を得ることにする。

もちろん、英米法域の国と日本では、人権規定も更生保護制度も、そして犯罪状況も同じとはいえない。しかしその相違に十分留意しながら比較を行い、日本への示唆を得ることは可能であると思われる。なぜなら憲法 39 条は、アメリカ合衆国憲法の事後法の禁止の規定 (ex post facto law) に由来することはすでに指摘されているし<sup>(6)</sup>、また事後法禁止の原則の根底にある

「法の支配」<sup>(7)</sup>は、国を超えて共通する近代国家共通の原理だからである。

## 1 日本における先行研究と判例

本稿は、その目的である更生保護への事後法禁止原則の適用の是非を論じるうえで、参照する必要があると思われる、次の論点に特化して検討を行う。それは、事後法の禁止原則の適用範囲の問題、つまり非刑事実体法の領域に事後法の禁止原則を適用することについての論点である。

これまで憲法学の通説的見解によれば、憲法 39 条前段の趣旨は、次の三つとして考えられてきた。それは (a) 「実行時に適法であった行為につき事後的に処罰」できない、(b) 「実行時適法ではなかったが罰則が設けられていなかった場合に、後に罰則を定めて処罰」できない、(c) 「実行時に刑罰法規が存した場合において、後になってこれよりも重い刑法規定を定めて処罰すること」はできない、というものである<sup>(8)</sup>。つまり条文上はもちろんのこと、これらの趣旨からしても、やはり同原則の直接的な対象は刑事実体法であることは否定できない。

他方、日本における更生保護の主たる担い手（たとえば中央、地方更生保

---

(6) たとえば、宮沢俊義『憲法 2』(有斐閣、1972 年) 427 頁。

(7) 長谷部恭男『憲法』(新世社、2004 年) 20 頁以下、271 頁、奥平康弘『憲法 III』(有斐閣、1993 年) 143 頁。

(8) 樋口陽一他『注釈日本国憲法上巻』(青林書院、1984 年) 801 頁(佐藤幸治担当箇所)。他にも、橋本公亘『日本国憲法』(有斐閣、1988 年) 341 頁、佐藤・前掲注(2) 607 頁、辻村みよ子『憲法』(日本評論社、2008 年) 289 頁など。なお、憲法 39 条について「事後法禁止原則」とするものと「遡及処罰の禁止」とするものがある。本稿ではさしあたり「事後法禁止原則」の語を用いて論じ、第 3 章においてその概念の検討を行いたいと思う。また憲法 39 条に関連する規定として刑法 6 条(刑の変更)の規定がある。本稿では憲法 39 条と刑法 6 条の効力と対象は完全に一致しないものと考えているが、便宜上第 3 章までは、刑法 6 条の効力と対象は憲法 39 条の事後法の禁止原則に包含されるものとして考え、「事後法禁止原則」の語を用いることにする。

護委員会、および保護観察所など)は、いうまでもなく行政機関である。行政機関であるそれらの機関の活動の際に適用される更生保護法は言うなれば行政法としての側面を有している。上記のように通説的には、憲法 39 条前半の直接的な対象は刑事実体法であると考えられているが、他方、この行政法を含めた非刑事実体法への同原則の適用が、これまでいかに論じられてきたのかということに参照することは、当然、本稿の問題を考察するうえでの基礎的な前提となりうる。そしてまたその先行研究を参考にして、更生保護分野における事後法の問題の独自性を明らかにしたい。

なお非刑事実体法といってもさまざまな法領域(たとえば本稿でとりあげた以外にも民事法<sup>(9)</sup>、租税法<sup>(10)</sup>、そして判例法など)が考えられるが<sup>(11)</sup>、本

- (9) 民事法について最高裁判所は、「刑罰法規については憲法 39 条によって事後法の制定は禁止されているけれども、民事法規については憲法は法律がその効果を遡及せしめることを禁じてはいない」と判断している(最判昭和 24 年 5 月 18 日、民集 3 卷 6 号 199 頁)。
- (10) 租税法の領域において、一般的に事後法禁止原則は租税法律主義の下で、「法的安定性・予測可能性」の観点から肯定されている。ただし本稿は租税法における議論を参照しない。その理由は以下の二つである。一つ目の理由は、租税法が「人の財産権を侵害するもの」であるのに対して、更生保護関連法が関連するであろう刑罰は、財産権のみならず「人の自由、身体、生命に侵害を及ぼすもの」であり、その「侵害が違法となった場合、租税法においてはその補償を金銭によって比較的賠償可能であるのに対して、刑罰はその補償が極めて困難である」という違いがあることである。二つ目の理由は、刑罰に関連する事後法禁止原則は憲法 39 条に明定されている一方で、他方租税法には憲法上明文の規定が存在しないものの、同 30 条または同 84 条の趣旨から導きうる可能性が示されており、刑罰と関連する議論とは異なった条文から独自の理論に基づいて事後法禁止原則の適否を考えるからである。ただし両者には共通点も多く、両者の関係を考える必要性は低くないと考えられる。この点については今後の課題としたい。なお、租税法に関する先行研究としては、さしあたり吉良実「税法上における不遡及効の原則」税法学第 100 卷(1959 年)106 頁、北野弘『税法原論第 3 版』(青林書院、1992 年)81 頁、金子宏『租税法』(弘文堂、2009 年)101-102 頁、水野忠恒『租税法 第 4 版』(有斐閣、2009 年)9-11 頁等を参照。

章では、本稿に関連すると考えられる以下の法領域に限定して先行研究を参照する。それは、最初に本論の主眼である更生保護関連法についての先行研究を、次いで非刑事法領域として行政法についての先行研究を、最後に非実体法領域として刑事手続法についての先行研究を参照する。では以下において、それぞれ先行研究を参照していくことにしよう。

### (1) 更生保護関連法

更生保護関連法への先行研究を参照するにあたり、あらかじめ本稿における更生保護の定義について、述べておく。更生保護法に更生保護の具体的な定義はないが、「犯罪や非行に陥った者が実社会内で健全な社会人として更生するように援助することにより、犯罪の危険から社会を保護し、同時に個人及び公共の福祉を増進することを目的とする諸活動の総称」<sup>(12)</sup>であると一般的に理解されている。そしてその内容は、伝統的には保護観察、仮釈放、更生緊急保護、恩赦、犯罪予防活動であり、今日的には被害者支援や、2005年に施行された心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律に基づく医療観察制度が加わったとされている。

上記のように更生保護の内容は多岐に渡るが、それを規定する法は、更生保護法に限らず、刑法や刑事訴訟法を始め、刑事施設被収容者処遇法、保護司法、医療観察法、恩赦法など多くのものがある。またその内容は大きく分類すると、仮釈放や恩赦、さらに保護観察の一部の規定（たとえば遵守事項）といった刑罰の実体に関係するものと、更生緊急保護、犯罪予防活動、被害者支援といったような刑罰の実体に関わらないものに分類されるだろう。

なお本稿では、更生保護に関連する法の中でも前者の刑罰の実体に関係す

---

(11) 他にも、英米法の先行研究として田中英夫『デュー・プロセス』（東京大学出版会、1987年）74-77頁等参照。

(12) 法令用語研究会編『法律用語辞典 第3版』（有斐閣、2006年）429頁。

るもの、特に保護観察に関する法を中心的に論じることにしたい。その理由は、すでに触れたように保護観察に関する規定を改正することによって、刑の量（長さ）を直接的ないしは間接的に変えることが可能となり、「法の支配」の原則や市民の行動の予測可能性と抵触する可能性が非常に高いからである。そしてこれらの更生保護関連法への事後法禁止原則の適用に関する研究は少ないのである。特に憲法学や行政法学によるものは、管見の限りみることができない。他方、刑事法学においても更生保護の特定の領域（刑の執行猶予の要件、保護観察の規定の変更）に限定した言及があるに過ぎないが、以下において、その先行研究と判例について参照していくことにしよう。

### ①「刑の執行猶予」の要件の変更

#### ①-1 学説

「刑の執行猶予」の要件の変更への事後法禁止原則の適用について、刑事法における議論は否定説と肯定説に分類される。否定説<sup>(13)</sup>において挙げられる実質的根拠は、以下の二つである。一つは、「刑の執行猶予の条件に関する規定の変更は、刑の執行の仕方に関するもので、刑の内容そのものの変更ではないから」<sup>(14)</sup>という根拠であり、もう一つは、「刑の執行猶予制度は犯罪者の社会内処遇の充実のための刑事政策上の制度であって、処遇法の問題と考えることもできる」<sup>(15)</sup>という根拠である。両者の根拠とも「刑の執行猶予」の「性質」をいかに理解するののかという点で共通する。しかしその「性質」を、前者は「刑の執行猶予」を刑法 6 条中の「刑」に含むかという点から分析したものであり、後者は執行猶予制度を処遇法的側面（行為時法、裁判時法に対する執行時法として）から分析し、法改正の趣旨に照らして、新法の

(13) 藤木英雄『刑法講義 総論（オンデマンド版）』（弘文堂、2003 年）56 頁、前田雅英他編『条解 刑法 第 2 版』（弘文堂、2002 年）11 頁、大塚仁他編『大コンメンタール刑法第 1 巻 第 2 版』（青林書院、2004 年）105 頁以下（古田他担当箇所）。

(14) 前田他編・前掲注 (13) 11 頁。

(15) 大塚他編・前掲注 (13) 106 頁以下（古田他担当箇所）。

適用を主張したものである。この否定説は、学説上少数説になる。

他方、肯定説<sup>(16)</sup>の実質的根拠は、刑の執行猶予の要件は「実質上、被告人の利害に重要な意味をもつから」<sup>(17)</sup>、「量刑に際して一種の刑罰の実質を備えているし、施設外処遇の重要な要素と解されている」<sup>(18)</sup>という刑罰との同質性や、執行猶予がつかなかったときの不利益性を指摘するもの、「法的安定性」<sup>(19)</sup>をあげるものがある。また肯定説の形式根拠に、憲法 39 条<sup>(20)</sup>や刑法 6 条<sup>(21)</sup>が挙げられるが、その効果と射程は必ずしも明確とはいえない。

### ①- 2 判例

この論点については、昭和 22 年の刑法 25 条の改正による執行猶予の要件の変更に関連して、昭和 23 年 6 月 22 日最高裁第 3 小法廷判決（傷害致死事件）<sup>(22)</sup>と昭和 23 年 11 月 10 日最高裁大法廷判決（強盗被告事件）<sup>(23)</sup>の二つの

---

(16) 柏木千秋「時際刑法」日本刑法学会編集『刑法講座 I 犯罪一般と刑罰』（有斐閣、1963 年）58 頁、大塚仁『注解刑法〔増補第 2 版〕』（青林書院新社、1977 年）23 頁、同『刑法概説（総論）第 4 版』（有斐閣、2008 年）72 頁、木村亀二『刑法総論〔増補版〕』（有斐閣、1978 年）111 頁、莊子邦雄『刑法総論（新版）』（青林書院新社、1981 年）29 頁、団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、1990 年）77 頁、森下忠『刑法総論』（悠々社、1993 年）23 頁、浅田和茂他『刑法総論〔改訂版〕』（青林書院、1997 年）10 頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007 年）78 頁、林幹人『刑法総論』（東京大学出版会、2000 年）65 頁、前田雅英『刑法総論講義、第 4 版』（東京大学出版会、2006 年）66 頁、大谷實『刑法講義総論 新版第 3 版』（成文堂、2009 年）71 頁、今井猛嘉他『刑法総論』（有斐閣、2009 年）17 頁、伊東研祐『刑法講義 総論』（日本評論社、2010 年）18 頁。

(17) 大塚・前掲注 (16) 23 頁、

(18) 莊子・前掲注 (16) 29 頁。

(19) 町野朔『刑法総論講義案 I 〔第 2 版〕』（大学図書、1995 年）45 頁。

(20) 町野・前掲注 (19) 45.46 頁、林・前掲注 (16) 65 頁（ただし両者とも適用形式は明記していない）。

(21) 刑法 6 条準用に柏木・前掲注 (16) 58 頁、同条適用に浅田・前掲注 (16) 78 頁。

(22) 刑集 2 卷 7 号 694 頁。

(23) 刑集 2 卷 12 号 1 頁。

最高裁判決が存在する。ちなみに昭和 22 年の刑法 25 条の改正は、それまで執行猶予の対象者を、同条 1 項各号に該当する者が、「二年以下の懲役若しくは禁錮」の言渡しを受けたときとしていたのを、「三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金」の言渡しを受けたときと変更し、その対象者を拡大したものである。

いずれの判例においても、被告人の犯罪行為後にこの刑法改正があり、改正された規定の執行猶予の要件に該当するとして、被告人が執行猶予の付与を求めたものである。論点として争われたのは、執行猶予の要件の拡大は緩刑化にあたるかどうか、つまり執行猶予の要件の変更が刑法 6 条にいう「刑の変更」に当たるかどうかということである。

結論としては、両判決とも被告人の上告は棄却され、執行猶予は付与されなかった。その理由として、昭和 23 年 6 月 22 日最高裁第 3 小法廷判決は、「刑の変更とは、刑罰法令の各本条に定められている刑が改正されるとき」、または「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」、「特定の犯罪を処罰する刑の種類又は量が法律の改正によって犯罪時と裁判時とにおいて差異を生じた場合」であり、「刑の執行猶予の条件に関する規定の変更は、特定の犯罪を処罰する刑の種類又は量を変更するものではない」から、「刑法第 6 条の刑の変更にあたらない」し、また「刑の執行猶予はその性質からいえば、刑の執行を一時猶予するというだけのもの」であって、つまり「刑の執行の仕方であって、刑そのものの内容でない」としている。

昭和 23 年 11 月 10 日最高裁大法廷判決の多数意見もこの理由を踏襲しているものの、注目すべきは、真野毅裁判官の反対意見である。真野裁判官は、多数意見の「刑の変更」に関する考えを、「まったく形式的な物の考え方」であり、「執行猶予を観念的に見ないで現実の制度として考えるときにおいて、それは単に刑の執行を一時延期するというばかりでなく、猶予期間を無事に経過した暁には刑の言渡しの効力が失われるという制度」であり、すなわ

ち「実質的には刑の執行猶予は科刑上刑の量以上に重視すべき価値」があるゆえに、『刑の変更』に該当」と主張し破棄差戻を相当としている。

また、上記の昭和23年6月22日最高裁第3小法廷判決の法廷意見と昭和23年11月10日最高裁大法廷判決の多数意見に対しては、学説上も批判がある。たとえば団藤重光は、「刑の執行猶予は単なる刑の執行停止とちがって、猶予期間を無事に経過することによって、刑の言渡の効力を失わせるもので、いいかえれば刑罰権を消滅させるもの」にほかならず、「これを単に『刑の執行のしかた』と考えるのは不当」であり、「それは刑の実体に関するものだといわなければならない」と真野裁判官と同旨の批判をしている<sup>(24)</sup>。

これらの判例とそれに対する学説を整理すると、次のようになるだろう。それは、昭和23年6月22日最高裁第3小法廷判決の法廷意見と昭和23年11月10日最高裁大法廷判決の多数意見の特徴は、「刑の変更」を形式的にとらえ、刑法6条の適用領域を限定的にとらえるのに対して、真野裁判官および学説の批判は、形式面よりもむしろ執行猶予制度の持つ実際の効果という実質面に注目し、刑法6条の適用領域をより広くとらえている点である。

さらに留意すべきは、判決とそれに対する学説の双方において、憲法39条の事後法の禁止原則についてほとんど言及していないという点である。すでに参照した憲法39条には、「より軽い刑によって処罰する」という趣旨が含まれると解されている<sup>(25)</sup>。それゆえ当然、刑法6条の効力の射程のみならず、上位規範である憲法39条にいう「刑」に執行猶予の要件が含まれるか

---

(24) 団藤重光「刑の執行猶予と刑の変更—喧嘩と正当防衛」警察研究第21巻第5号(1974年)62頁。同旨の批判を行うものに、木村亀二「刑の執行猶予の条件に関する規定の変更と刑法第6条」刑法雑誌第1巻2号(1950年)333頁以下、莊子邦雄「刑の執行猶予」『刑事法講座第3巻刑法(Ⅲ)』(有斐閣、1954年)596頁、藤尾彰「執行猶予基準の変更」別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅰ総論(1978年)30頁以下、同「刑の変更」別冊ジュリスト刑法判例百選Ⅰ総論第2版(1984年)24頁以下。

(25) 樋口・前掲注(8)802頁(佐藤幸治担当箇所)。

否かという点について検討する必要があると思われる。

②保護観察<sup>(26)</sup>に関する規定の変更

②-1 学説

保護観察に関する規定への事後法禁止原則の適用をめぐる先行研究は、「刑の執行猶予」の要件の変更に関するものよりもさらに少ない。それは、保護観察の規定は当然刑法 6 条の「刑」に含まれないという考えを反映していると思われる。それゆえたとえ言及があったとしてもその多くは、事後法禁止原則の適用を否定する<sup>(27)</sup>。

これに対して、保護観察に関する規定の変更と同原則の適用（または準用）を肯定する少数説がある。たとえば柏木千秋は、「保護観察の有無または条件の変更」といった事項に「6 条を準用しても広すぎる準用とはいえない」とし、その根拠として、「主刑が同じで主刑以外の事項が変更されればその点で軽きに従うものと解するのが少なくとも 6 条の精神に照らして自然」であると主張する<sup>(28)</sup>。

また町野朔は、「保護観察は刑罰ではなく自由の剥奪を内容としないとはいえ、自由の制限を伴うものであり、しかも、保護観察に付された者の再犯には再度の執行猶予が不可能となり、保護観察の遵守事項違反は執行猶予の取消事由となること」から、憲法 39 条を形式的根拠にして、「保護観察の付加も遡及させることは許されない」と主張している<sup>(29)</sup>。柏木も町野も保護観察への事後法禁止原則の適用を肯定する点では共通する。しかし、その形式的根拠を刑法 6 条に求めるか、憲法 39 条に求めるかで違いがあり、その効

(26) 学説、判例ともにまったく言及を行っていないが、本箇所における「保護観察」は 4 号観察を指していると理解して検討を行うことにする。

(27) 莊子・前掲注 (16) 29 頁、前田他編・前掲注 (13) 11 頁、大塚他編・前掲注 (13) 106 頁 (古田他担当箇所)。

(28) 柏木・前掲注 (16) 58 頁。

(29) 町野・前掲注 (19) 45 頁。ただし適用形式については明記していない。

果、射程の違いについては論じていない。

## ②- 1 判例

保護観察の規定への同原則の適用についての判例は管見の限り、昭和28年の刑法改正に関連する昭和29年4月20日高松高裁判決(贓物牙保被告事件)<sup>(30)</sup>と昭和29年5月25日名古屋高裁判決(森林法違反等被告事件)<sup>(31)</sup>のみである。

昭和28年の刑法改正において、25条2項と25条の2(以後、改訂刑法)が追加され、保護観察付きの再度の執行猶予が可能となった。両事件で共通して論点となったのは以下のものである。それは、両事件の被告人が昭和28年改正前に行った犯罪に対して執行猶予を言渡され、その犯罪の余罪(行為時は昭和28年改正前、裁判時は改正後)に対して、再度執行猶予を行うには改訂刑法が適用され保護観察に付されるのかどうかというものである。

原判決では、両判決ともに昭和28年6月10日最高裁判決<sup>(32)</sup>を引用し、「併合罪の関係に立つ数罪が前後して、起訴され、後に犯した罪につき、刑の執行猶予が言い渡されたであろうときは、前に犯した罪につき、更に執行猶予を言い渡すことができる」という理由から、25条2項と25条の2を適用せず被告人に保護観察を付さなかった。

これに対して両控訴審は、昭和28年6月10日最高裁判決の示した執行猶予の条件よりも、改訂刑法の条件の方が、より「寛大」であり、保護観察の不利益性は認めるものの、その不利益性を考慮に入れたとしても、「改訂刑法とその以前の判例解釈による条件との間に、いずれの軽重があるか一概に決し難く、むしろ具体的事由に照らして見ると、右の条件を考慮しても、改訂刑法の条件が寛大であると言う見方も成立する」と述べ、そして保護観察

---

(30) 高刑7巻6号823頁。

(31) 高刑7巻7号1005頁、判時31号。

(32) 刑集7巻6号1404頁。

は、刑法 6 条にいう「刑」にはあたらないことを理由に、被告人を保護観察に付している。

この判決に対して、町野は、昭和 28 年の刑法改正は「以前には執行猶予を付しえなかった場合についても、保護観察付きの執行猶予を可能としたものであるから、これを遡及することは許される」として、控訴審判決の立場を支持している。たしかに、判例解釈にくらべて改訂刑法の条件は寛大であるかもしれない。しかし二つの条件は包含関係にあるだろうか。改訂刑法に言う「1 年以下の刑の言渡を為すべき場合で情状憫諒すべきもの」がない場合であったとしても、判例解釈に言う「併合罪の關係に立つ數罪が前後して、起訴されて別個に審判を受けたものが若し一括して審判を受けたとするも執行猶予を為し得べき場合」がある可能性から検討すべきであったといえよう。その一方で町野は、昭和 29 年刑法改正は、「初度目の執行猶予についても保護観察を付しうとした」もの（刑法 25 条の 2 第 1 項前段）であるから遡及的適用は許されず、刑法の一部を改正する法律（昭和 29 年法律第 57 号）附則 2 において「この法律の施行前に犯された罪については、適用しない」と規定されていることを指摘し、両者を区別している<sup>(33)</sup>。

## (2) 行政法

では続いて行政法への事後法禁止原則の適用に関する研究についてみていくことにしよう。なお、更生保護の実施主体の多くは、更生保護委員会や保護観察所といったように行政機関である。その行政機関である更生保護委員

---

(33) 町野・前掲注 (19) 45 頁。ただし町野を含め先行研究は、刑法以外の保護観察に関する法が改正された場合に、同原則が及ぶかについては検討を行っていない。町野が言うように、保護観察に関する規定に対する同原則の適用の契機が、「自由の制限を伴う」点にあるとするならば、刑法典の改正に限定することには疑問がある。さらに多くの刑事法研究が、言及はしていないが 4 号観察についてのみを対象としていられると思われる。もちろん「自由の制限を伴う」点においては、すべての保護観察の諸類型も変わるところはない。これらの点については、3 章の考察において言及する。

会や保護観察所の活動に際し適用される更生保護関連法は、いうなれば行政法としての一側面を有している。それゆえ行政法への同原則の適用の是非について先行研究を参照する意義は、本研究において小さくないと思われる。

まず前提として、憲法 39 条前段は文言上、「刑事上の責任を問わない」と規定しているゆえに、当然一般的には、事後法の禁止原則の直接的な対象は刑事責任であると考えられている。しかし厳密な意味での「刑事上の責任」ではなくても、本条の趣旨から、国民に不利益を課すその他の法への原則の適用が認められる余地はないのであろうか。

この点について学説は、条文の文言を厳密に解釈し、「刑事上の責任とは、刑罰を課（ママ）せられないことをいうから、過料等の行政罰が重科されることは、禁じられない<sup>(34)</sup>」として、行政法への原則適用を否定する説（以下、否定説）と、条文の趣旨を尊重して原則適用を肯定する説（以下、肯定説）に分けられる。ただし、圧倒的多数は後者の行政法への同原則適用を認める肯定説であり、「学説判例に争いはまったく無<sup>(35)</sup>」いと指摘されている<sup>(36)</sup>。

肯定説の根拠としては次のものが挙げられている。それは行政法への遡及効を認めることが、「将来の行為のみを規律する一般的・抽象的規範としての法令の本質に反する」こと、そして「法律生活の安定を害する」こと、「予見可能性を奪う」こと、さらに法治国家原理に反すること、という理由

---

(34) 小林直樹「憲法講義〔改訂版〕」（東京大学出版会、1976年）387頁。

(35) 鈴木庸夫「議員懲罰規定の遡及的適用」成田頼明他編『別冊ジュリスト 地方自治法判例百選（第2版）』（有斐閣、1993年）101頁、室井力「行政法令不遡及の原則」法政論集 109巻、332頁（1986年）。ただし同時に、近年「行政法規不遡及の原則が動揺してきている」ことも指摘されている。

(36) ただし行政法規のなかでも、例外的に事後法禁止原則が及ばないと考えられている領域がある。それは、「継続的な事実」や「法的安定性や予測可能性の要請に反しない場合」である。詳細に関しては、杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』（有斐閣、1969年）32頁、田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1994年）164頁、成田頼明他『行政法講義上巻』（青林書院、1970年）32頁（成田担当箇所）。

である<sup>(37)</sup>。この適用肯定説は、原則的に、どのような行政法でも適用を肯定する説（以下、原則的肯定説）<sup>(38)</sup>と、行政法のなかでも「一定の行政法規」に適用を認める説（以下、条件付肯定説）がある。

後者の条件付肯定説は、「一定の行政法規」の内容によって、さらに以下の三つに分類される。まず一つ目は、同原則の適用が認められる「一定の行政法規」として、国民へ「不利益」を付与する行政法を挙げる説（以下、兼子説）である<sup>(39)</sup>。「不利益行政法規」の具体的内容としては、「刑事処罰でない不利益処分その他の規制行政を規定する行政法規」や「国民の既存法益」を侵害する行政法が想定される。二つ目は、「憲法上の権利・自由の制限・剥奪」に関連する行政法に同原則の適用を認める説である（以下、渋谷説）<sup>(40)</sup>。この渋谷説によれば、憲法 13 条は、「実体的権利一般を保障し、またその制限根拠も示していると解する立場からすると、濫及的規制・制限が『必要な最小限度』あるいは「必要限度」のものか否かが」問われ、「濫及的適用は原則として許されない」<sup>(41)</sup>と主張する。三つ目は、事後法禁止原則の適用の要件として、「懲戒処分その他の権利・資格の剥奪など（中略）刑罰に類似する性質のもの」や、「議員の懲罰とか、行政上の秩序罰等」といった、「刑罰類似性」をあげる説（以下、佐藤功・橋本・渋谷ほか説）である<sup>(42)</sup>。

(37) 成田他・前掲注 (36) 32 頁（成田担当箇所）。

(38) 杉村・前掲注 (36) 32 頁、田中二郎『新版行政法上巻全訂第 2 版』（弘文堂、1994 年）66 頁、同・前掲注 (36) 164 頁。

(39) 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、1983 年）102 頁。

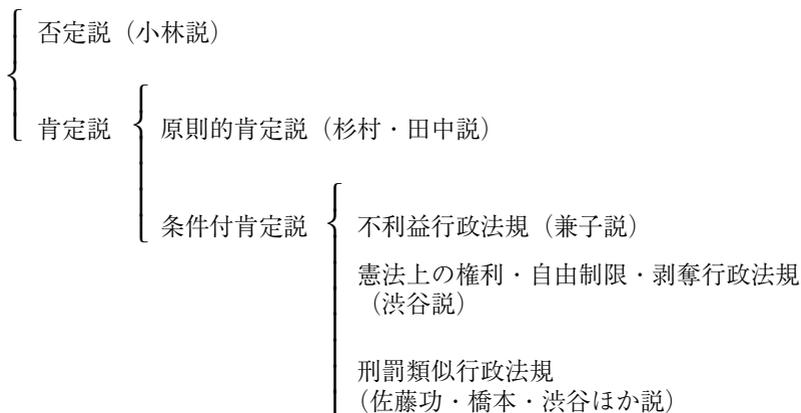
(40) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2008 年）246 頁。ただし渋谷は、同原則適用の可能性を行政法規に限定していない。

(41) 渋谷・前掲注 (40) 246 頁は、例外的に濫及的適用が認められる場面として、「人の生命・健康を守るために緊急の必要性のあるもの」をあげている。

(42) 法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1953 年）679 頁、芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権 (2)』（有斐閣、1981 年）232 頁（杉原担当箇所）、佐藤功『ポケット注釈・憲法 (上) [新版]』（有斐閣、1983 年）608 頁、橋本・前掲注 (8) 343 頁、渋谷・前掲注 (40) 246 頁。

管見の限り、これまで、憲法 39 条前段前半の行政法への適用に関する学説の整理は行われてこなかった。それゆえ条件付肯定説の 3 説の関係も論じられてこなかった。適用範囲の広狭の観点からすれば、「国民の既存法益」を侵害する行政法を適用範囲とする「不利益行政法規」が、最も広く、次いで「国民の既存法益」のなかでも、憲法上のものに限定する「憲法上の権利・自由制限・剥奪行政法規」が広く、「刑罰類似行政法規」が最も狭いと考えられる。これを整理すると下記のようになる。

○行政法への事後法禁止原則適用に関する学説の整理



ただし条件付肯定説の 3 説は互いに排他的ではなく、3 説のうち 2 説を支持する論者もある<sup>(43)</sup>。また憲法学者の多くは「刑罰類似行政法規説」を支持し、行政法学者の多くは「不利益行政法規説」を支持する。その理由は、憲法学者が憲法 39 条の「刑事上の責任」の文言を厳格に解釈し、適用範囲を

---

(43) たとえば渋谷・前掲注 (40) 246 頁は、事後法禁止原則が及ぶ範囲として、刑罰類似行政法規と憲法上の権利・自由制限・剥奪行政法規説の双方を挙げている。

導いているのに対して、行政法学者は憲法典の解釈に限定されず、広く事後法の禁止原則の趣旨の観点から適用範囲を導いていると考えられる。

なお、ここで問題となるのが、行政法への同原則適用の根拠についてである。これを実質的根拠と形式的根拠に分けて整理・分類すると以下のようになるだろう。実質的根拠としては、「人権」、「予見可能性」や「法律生活の安定」といった自由主義的観点からの根拠と、「法治主義」、「法治国家原理」といった法治主義的根拠である。ただし、多くの研究は双方の実質的根拠を挙げる。他方、形式的根拠は、条理法、憲法 39 条、同 13 条である（下記の表を参照）。

	根拠条文 (形式的根拠)	適用形式	主唱者
原則的肯定	39 条	—	(杉村・田中説) <sup>(44)</sup>
	条件付肯定		
	「不利益行政法規」	条理法	— (兼子説) <sup>(45)</sup>
	「憲法上の権利・自由制限・剥奪行政法規」	13 条	適用 (渋谷説) <sup>(46)</sup>
	「刑罰類似行政法規」	39 条	適用 (佐藤功説) <sup>(47)</sup> 準用 (芦部・渋谷説) <sup>(48)</sup> 類推適用 (橋本説) <sup>(49)</sup>

(44) 杉村・前掲注 (36) 32 頁。

(45) 兼子・前掲注 (39) 102 頁。

(46) 渋谷・前掲注 (40) 246 頁。

(47) 佐藤・前掲注 (42) 608 頁

(48) 法学協会・前掲注 (42) 679 頁、芦部編・前掲注 (42) 232 頁 (杉原担当箇所)、渋谷・前掲注 (40) 246 頁。

(49) 橋本・前掲注 (8) 343 頁。

上記の先行研究は、実質的根拠と形式的根拠の関係について、その形式的根拠や適用形式を選ぶ理由について、その適用形式による効果の違いについて、必ずしも十分に明らかにしていない。もちろん本稿の射程は行政法全体を俯瞰的に論じるものではない。本稿の問題関心は、更生保護に関連する法のなかでも、保護観察の規定の問題である。それゆえ以後の章においてこの問題を検討するために、「(1) 更生保護関連法」において参照した先行研究と、「(2) 行政法」において参照した学説を、とりあえず本章では以下において比較、検討することにした。

すでにみてきたように、一般的に学説では、法の適用主体の違いを超えて、行政刑罰はもちろんのこと秩序罰や懲罰にも同原則の適用が及ぶものと考えられている。また法の効果がたとえ刑罰でなかったとしても、「刑罰類似行政法規」に限らず「不利益行政法規」や「憲法上の権利・自由制限・剥奪行政法規」にも広く同原則の及ぶことが主張されている。これらの先行研究の、法の適用主体が行政でありその効果が非刑罰であっても同原則適用が肯定されるという趣旨に依拠するならば、その法の効果が刑罰に及びうる執行猶予の条件や保護観察に関連する規定の変更にも、同原則の適用が当然及んでしかるべきである。しかし更生保護の領域における先行研究は同原則の適用を認めるものは、少数であった（その理由については小括で検討する）。

他方、判例はどうであろうか。この問題について昭和26年の最高裁判所の判決は<sup>(50)</sup>、地方議会が議員懲罰の実体規定を規則制定前の議員の行為に遡及適用し懲罰（除名）議決を行ったことに対して、除名議決は違法であるという判決を下している。その理由は、控訴審を支持し、「会議規則が如何なる行為ありたる場合に如何なる懲罰を科するかを規定したのは実体的規定で

---

(50) 最判昭和26年4月28日民集5巻5号336頁。本判決の解説として岡崎長一郎「地方議会の懲罰議決の取消を求める訴の適否」民商法雑誌第34巻第5号（1957年）844以下、鈴木・前掲注（35）101頁以下参照のこと。

あって、その遡及効を認むべきでない」というものである。本判決は直接、憲法 39 条および事後法の禁止原則への言及を行っていないが<sup>(51)</sup>、地方自治法 134 条 1 項が「普通地方公共団体の議会は、この法律並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる。」としたうえで、2 項において「懲罰に関し必要な事項は、会議規則中にこれを定めなければならない。」と規定していることから、「懲罰は一つの制裁に他ならざる以上、これを行うについての客観的基準の要求されるのは同然であり」、「然らば懲罰は議会の自主性に基づくにせよ、会議規則制定前においては会議規則違反の行為なく、従って会議規則違反による懲罰の存し得ないことは極めて明白である。」という控訴審判決を支持した<sup>(52)</sup>。

本判決に対しては、「議員にとって最も重い懲罰である除名処分に関わる事例であり、その射程はあまり広くない」<sup>(53)</sup>と指摘する研究や、また「〔議員懲罰のような〕特別権力関係内における制裁については、そもそも法律で明確な違法行為の類型を定める必要がなく、また違法行為に対する制裁の種類を選択にも大幅な裁量が認められる」<sup>(54)</sup>ゆえに同原則は妥当しないと批判する研究もあるが、概ね肯定的である。なお本稿が目するものは、本判決が、事後法禁止原則の「行動の予測可能性の担保」という側面よりも、議員懲罰の「客観的基準」、つまり「法の支配」の原則に重きをおいた点である。当然保護観察の時点は、犯罪行為の時点とは時間的に経過している可能性があり、「行動の予測可能性」という点からは、積極的に同原則の適用を肯定しにくいおそれがある。しかし、地方議会の懲罰に関して裁量をより狭く捉える本判決は、同原則との関連において保護観察に携わる行政機関の法適用の

(51) この点に言及したものとして、奥平・前掲注 (7) 369 頁。

(52) 東京高判昭和 25 年 12 月 22 日、民集 5 卷 5 号 354 頁以下参照。

(53) 鈴木・前掲注 (35) 101 頁。

(54) 有倉他編『基本法コンメンタール憲法第三版』（日本評論社、1986 年）169 頁（尾吹善人担当箇所）。

裁量について考察するうえで、非常に参考になると思われる。これまでの学説と判例を比較すると以下ようになる。

	主体	効果	学説(通説)	判例
行政刑罰	司法	刑罰	39条適用	—
刑罰類似行政法規 (秩序罰・懲罰)	行政	非刑罰	39条 (適用・準用・類推)	肯定
執行猶予の条件	司法	刑罰	刑法6条一	否定
保護観察(4号観察)	行政	刑罰	—(少数説あり)	否定

### (3) 刑事手続法

では次に刑事手続法への事後法禁止原則の適用についてみていくことにしよう。本稿が考察対象とする更生保護関連法には一部に手続に関する規定がある。たとえば更生保護法の第2章は「仮釈放等」に関する手続規定であるし、同法第6章は「恩赦」の申出に関する手続規定である。このような手続法としての側面を持つ更生保護関連法について考察するうえで、刑事手続法への同原則の適用に関する先行研究を参照する意義は大きいといわざるをえない。また、保護観察制度は更生保護法と刑事実体法の双方に規定があるが、同様に公訴時効も刑事手続法にも実体法にも規定があり、これまで事後法の問題が議論されてきた。はたして、同じように実体法の想定する帰結に影響を与える規定であっても、刑事実体法の規定であるか手続法の規定であるかによって、同原則が及ぶのかという議論は、同様の構造を内包する保護観察の問題に有用な比較対象となりうるであろう。

ちなみに、すでに言及したように、憲法39条の直接的な対象は刑事実体法であるが、今日、「手続なくして刑罰なし」といわれるように、憲法31条の要請により刑罰を科す際には法定手続が不可欠である以上、刑事実体法に加えて刑事手続法にもこの原則が適用されるべきかが、当然問題となっ

た。なお、刑事実体法と異なり刑事手続法は裁判時法の適用が一般的な原則である。しかし、かりに犯罪行為後に、刑事手続法を被疑者・被告人に不利な形、または実体法の帰結に影響を与えるような形で改正されたとしても、この原則を適用しえないのであろうか。この問題に関する憲法学と刑事法学における先行研究と判例を、それぞれ以下においてみていくことにしよう。

### ① 憲法学における先行研究

まず憲法学の先行研究の立場は以下の三つに整理される<sup>(55)</sup>。それは、憲法 39 条が手続法を対象としていないとする説 (a 説)<sup>(56)</sup>、対象としているとする説 (b 説)<sup>(57)</sup>、一定の場合には手続法にも及ぶとする説 (c 説) の三説であり、さらに c 説は、「一定の場合」を、「訴訟手続を行為時よりもいちじるしく被告人に不利益に変えた場合」と解釈する c1 説<sup>(58)</sup>、「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内容であるとき」と解釈する c2 説<sup>(59)</sup>、「被告人の実質的地位に直接的影響をもつ実体法に密接的な訴訟規定」と解釈する c3 説<sup>(60)</sup> に分類される。なお多数説は、憲法 39 条の要請が、手続法全てに及ぶことを認めていないものの、「適法であった行為」という文言上、実体法と関連する手続法の規定の改正には事後法の禁止原則の適用を認め、つまり c 説の中でも c3 説を支持する<sup>(61)</sup>。形式的根拠については憲法 39 条をあげるものと<sup>(62)</sup>、憲法 31 条をあげるものがある。

(55) 野中・前掲注 (4) 429 頁 (高橋和之担当箇所)。

(56) 佐藤・前掲注 (42) 607 頁以下。

(57) 芦部編・前掲注 (42) 231 頁。

(58) 宮沢俊義『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978 年) 326 頁、奥平・前掲注 (7) 143 頁。

(59) 橋本・前掲注 (8) 342 頁。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005 年) 241 頁も同旨と思われる。

(60) 田宮裕「事後法の禁止」我妻編『憲法百選』(有斐閣、1963 年) 125 頁、佐藤・前掲注 (2) 608 頁、野中・前掲注 (4) 429 頁 (高橋和之担当箇所)。

(61) 佐藤・前掲注 (2) 608 頁、野中・前掲注 (4) 429 頁 (高橋和之担当箇所)。

## ②刑事法学における先行研究

刑事法学における先行研究は、刑事手続法一般に対するものと、実体法に密接に関連する公訴時効に対するものがある。まず刑事手続法一般に対する先行研究からみていくことにしよう。

### ②-1 刑事手続法一般

刑事手続法一般については、多くの言及があるわけではない。基本的には裁判時法主義が採られ、実質的には否定説が通説となる。これに対して憲法学のc説と同様に、条件付で同原則の適用を肯定する説がある。たとえば憲法学のc1説に相当する、「行為者の不利益が訴訟法の改正によってもたらされたとき」<sup>(63)</sup>や「被告人に実質的に不利益になるもの」<sup>(64)</sup>を条件としてあげる説、c3説に相当する「実体刑法にかかわる規定の変更」<sup>(65)</sup>を条件としてあげる説、そしてさらに憲法学にはない、刑事手続法の内容が「寛容の原理」<sup>(66)</sup>に該当するときを条件とする説、また「被告人の予測可能性を著しく害し、他方、旧法を適用しても制度的混乱が少ないとき」<sup>(67)</sup>といったように、被告人の利益と併せて制度的混乱の有無を条件としてあげる説がある。

### ②-2 公訴時効

公訴時効への事後法禁止原則の適用に関する先行研究は、否定説<sup>(68)</sup>と肯定

---

(62) 憲法39条(適用形式を明記しないもの)に橋本・前掲注(8)342頁、奥平・前掲注(7)143頁、野中・前掲注(4)429頁(高橋和之担当箇所)を、憲法39条適用に、芦部編・前掲注(42)231頁(杉原担当箇所)、高橋・前掲注(59)241頁を、憲法31条に渋谷・前掲注(40)246頁をあげることができる(ただし渋谷は適用形式を明記していない)。

(63) 町野・前掲注(19)46頁。

(64) 吉岡一男『刑事法通論』(成文堂、1995年)44頁。

(65) 浅田・前掲注(16)78頁。

(66) 植松正『再訂刑法概論I総論』(勁草書房、1974年)89頁。

(67) 林・前掲注(16)65頁。

(68) 莊子・前掲注(16)29頁、団藤・前掲注(16)77頁、森下・前掲注(16)23頁、前田・前掲注(16)72頁、大谷・前掲注(16)71頁。

説<sup>(69)</sup>に分かれる。議論の特徴は、公訴時効の「本質」や「実体法上の意味」をいかにとらえるかによって説が分かれる点である。否定説の多くは、「刑法 6 条にいう刑にあたらぬ」、もしくは「刑の適用に直接関連するものではない」という理由から、同原則の適用を否定する。

他方、肯定説は、公訴時効制度の「実体法上の意味」<sup>(70)</sup>を重要視し、「実質的人権保障の原理」<sup>(71)</sup>といった人権保障の側面や、「『法治主義』の具体化」<sup>(72)</sup>といった法の支配の側面から実質的根拠を主張する。この実質的根拠は、公訴時効の本質から導かれることが多い。たとえば、松宮は「公訴時効の本質は、単なる訴訟法上のものではなくて、当該犯罪に対する恣意的な刑罰権行使の抑制と一般予防及び特別予防上の処罰の必要性和有効性の減少」として、公訴時効の本質から同原則の適用を認めているし、また浅田も、公訴時効の本質に実体法説、訴訟法説、競合説、新訴訟法説がある中で、「訴訟法説以外は適用法定刑説とは矛盾しない」ことを指摘している<sup>(73)</sup>。これらの研究は、

(69) 柏木・前掲注(16) 58頁、木村・前掲注(16) 111頁、平野竜一『刑法総論 I』(有斐閣、1972年) 69頁、中山研一『口述刑法総論』(成文堂、1978年) 520頁、内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、1983年) 31頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』(青林書院、1990年) 132頁、同『刑法総論〔犯罪論〕』(成文堂、2001年) 12頁、高田卓爾編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法 3 第 1 審(1)』(三省堂、1995年)(三井・宇藤担当箇所)、小田中聰樹他『コンメンタール 1 刑事訴訟法』(現代人文社) 214頁(新屋達之担当箇所)、山中敬一『刑法総論 I』(成文堂、1999年) 99頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 3 版〕』(弘文堂、2003年) 453頁、西田典之『刑法総論』(弘文堂、2006年) 49頁、川端博『刑法総論講義 第 2 版』(成文堂、2006年) 68頁、今井・前掲注(16) 17頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第 4 版〕』(成文堂、2009年) 22頁、同「刑事時効見直しの動きと問題点」季刊刑事弁護 62号(2010年) 11頁。

(70) 平野・前掲注(69) 69頁。鈴木も「公訴時効制度は、未確定の刑罰権の消滅をもたらす」ゆえに同原則の適用を肯定する。鈴木・前掲注(69)『刑事訴訟法』132頁、同・前掲注(69)『刑法総論』12頁。

(71) 内藤・前掲注(69) 31頁。

(72) 松宮・前掲注(69)「刑事時効見直しの動きと問題点」11頁。

保護観察の規定について考察するとき、保護観察の法的性質を看過して同原則の適否を論じることができないことを示している。第3章において、この点は検討することにした。なお周知のように公訴時効には、刑法と刑事訴訟法に規定があるので、刑法における規定の改正のみ同原則の適用を認める説と、刑法の規定に加えて刑事訴訟法に規定の改正にも同原則の適用を認める説がある。つぎに形式的根拠としてあげられるのは、憲法39条<sup>(74)</sup>、同31条<sup>(75)</sup>、刑法6条<sup>(76)</sup>であるが、これまでのその射程や効果の違いが述べられることは管見の限り稀であると思われる。

### ③判例

では続いて判例をみていくことにしよう。まず刑事手続一般について判例は事後法禁止原則の適用を認めていない。昭和25年4月26日最高裁大法廷判決(賭博開帳凶利被告事件)<sup>(77)</sup>では、上告理由の制限を行った刑事訴訟法

---

(73) 浅田・前掲注(16)78頁、原田和住「公訴時効の遡及的変更について」岡山大学法学会編『法学と政治学の新たな展開 岡山大学創立60周年記念論文集』(有斐閣、2010年)179頁以下。本文であげたもの以外にも、西田・前掲注(69)49頁、川出敏裕「公訴時効制度の見直し論について」刑事法ジャーナル18号(2009年)19頁以下、古江頼隆「凶悪・重大犯罪の公訴時効制度の見直しについて」ジュリスト1385号(2009年)6頁、道谷卓「公訴時効をめぐる最近の動向」姫路法学第50号(2009年)31頁以下を参照等参照。

(74) 内藤・前掲注(69)31頁、町野・前掲注(19)46頁、松宮・前掲注(69)『刑法総論講義〔第4版〕』22頁、同・前掲注(69)「刑事時効見直しの動きと問題点」11頁(ただしすべて適用形式を明記していない)。

(75) 西田・前掲注(69)49頁(ただし適用形式を明記していない)。

(76) 「適用」とするものに木村・前掲注(16)111頁、平野・前掲注(69)69頁、鈴木・前掲注(69)『刑事訴訟法』132頁、同・前掲注(69)『刑法総論』12頁、「適用(ないし準用)」とするものに浅田・前掲注(16)78頁、「準じて」とするものに高田・前掲注(69)(三井・宇藤担当箇所)、「類推適用」とするものに植松・前掲注(66)89頁。

(77) 刑集4巻4号700頁。この判決の評釈として、田宮・前掲注(60)125頁、鈴木茂嗣「事後法の意義」平野龍一編『刑法判例百選I総論』(有斐閣、1978年)26頁参照。

応急措置法 13 条 2 項を適用して、同法制定前の行為に対して裁判を行うことが憲法 39 条に違反するかどうか争われた。これについて同判決は、「単に上告理由の一部を制限したに過ぎない訴訟手続に関する前記措置法の規定を適用して、その制定前の行為を審判することは、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 条にいわゆる『何人も、実行の時に適法であった行為……については、刑事上の責任を問われない』との法則の趣旨を類推すべき場合と読むべきではない」とし、同原則の適用を否定している。

なお本判決において注目すべきは、法廷意見が憲法 39 条は「事後立法」を禁止したものであり、その名宛人を立法権に限定した点である。ただし、その根拠は述べられていない。他方、真野裁判官の補足意見は、歴史的経緯と立法権にするアメリカ連邦憲法 1 条を例に出して、「固有の意味においては用語そのものが自称しているように、立法権に対する制限」であることを認めつつも、「漸次立法作用に対する禁止という固有のものから転化して、司法作用に対する刑罰法規週及適用の禁止すなわち刑罰法規不週及の原則をも含む広い意義に用いられるようになって来た」と述べている。

当然、本判決で示された同原則の名宛人は誰なのかということは非常に重要な問題である。保護観察は、すでに述べたようにその実施主体は行政権である。その行政権の法適用に際しても同原則は適用されるのだろうか。これに関しては「(2) 行政法」でみたように、学説、判例ともに一定の場合に適用を認めていた。憲法 39 条と、その母法であるアメリカ連邦憲法 1 条の相違については、第 3 章の考察において論じることにした。

次に公訴時効についてである。判例は刑の変更があった場合に同原則の適用を認めている。昭和 42 年 5 月 19 日最高裁第 3 小法廷決定（勾留の裁判取消決定に対する特別抗告事件）<sup>(78)</sup>では、犯罪の行為後に法定刑の変更があり、それに応じて公訴時効の期間が変わった場合に、適用される法は行為時法か裁判時法かが問題となった。これについて本決定は、「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ない」として、「公訴の時効が訴訟法上の制度であることを理由として、時効期間について、すべて裁判時の法律を適用すべきであるとするのは相当ではない」と結論付けている。

他方、刑事訴訟法の規定が変更された場合はどうだろうか。2010年に施行された改正刑事訴訟法により、時効期間が延長されたが、2010年4月22日までに公訴時効が完成されていない罪については、すべて新法が適用されている。つまり行為時法ではなく、裁判時法が適用され、同原則の適用を受けていない。この点について、多くの研究によって批判されているところであり<sup>(79)</sup>、重要な論点である。公訴時効と同様に、保護観察も種類によっては実体法に規定がなされている（2号観察、刑法25条の2）。同原則適用の観点から刑法に規定のある2号観察と、他の保護観察を区別する意義はあるのだろうか。この点については、第3章で検討することにしたい。

#### (4) 小括

以上の三つの領域の先行研究と判例をみてきたなかで、明らかになった知見と、そこから生じる疑問について述べることにする。まず更生保護関連法の領域には、執行猶予の要件と保護観察の規定に関する刑事法の先行研究と判例があった。学説の多くは執行猶予の要件の変更について、執行猶予の要

---

(78) 刑集21巻4号494頁。この決定に対する評釈として、堀江一夫「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」ジュリスト376号（1967年）88頁、鴨良弼「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」ジュリスト398号（1968年）437頁以下、羽淵清司「犯罪後の法律による刑の変更と公訴時効の期間」法学研究第42巻第8号（1969年）119頁以下参照。

(79) たとえば後藤昭他編『新・コンメンタール刑事訴訟法』（日本評論社、2010年）601頁（白取祐司担当箇所）。

件の持つ実質的効果に着目して同原則の適用を肯定したのに対して、判例は執行猶予の形式的側面である刑法 6 条の「刑の変更」に当たらないことを理由に適用を否定した。また保護観察の規定に関しては、学説も判例も否定的であったが（その理由は執行猶予の要件に関するものと同じ）、保護観察の持つ不利益性に着目して同原則の適用を肯定する少数説があった。

行政法への同原則の適用については、学説・判例ともに一定の条件の下に肯定的であった（ただし判例は、憲法 39 条には言及していない）。なぜ、害悪性が高い刑罰に関連する執行猶予の条件や保護観察の規定の変更への同原則の適用が否定され、刑罰に関連しないより害悪性が低いと思われる一部の行政法へ適用が肯定されるのか。この矛盾を説明する一つの理由は、刑事法の先行研究が刑法 6 条の解釈をもとに適用の是非を考察しているのに対して、憲法・行政法の先行研究が憲法 39 条の解釈をもとにそれを行ってきたということが考えられる。つまり憲法 39 条と刑法 6 条は、効力の範囲と名宛人が完全に一致しないためにこのような違いが生じるのではないだろうか。保護観察の規定に同原則の適用を認める町野が、形式的根拠として刑法 6 条ではなく憲法 39 条をあげるのはその現れであろう。

次に刑事手続法への同原則の適用に関しては、刑事手続法一般と公訴時効に関する先行研究について参照した。刑事手続法一般についての先行研究の特徴は、憲法学の方が刑事法学よりも、適用を肯定する説が割合的に多数であったことである。その理由は、行政法についての先行研究と同じ理由（形式的根拠の違い）が考えられる。

公訴時効に関しては、実体法上の規定について判例は同原則の適用を認めていたが、刑事訴訟法上の規定について立法者は、新法を適用し同原則の適用を否定していた。たとえ同じ効果を持つ規定であっても、実体法か手続法であるかによって同原則の適用に違いが生じるのであろうか。この問題は、更生保護法にも刑法（ただしこの場合、4 号観察）にも規定を持つ保護観察への同原則の適用に関する議論にも同じことがいえよう。最終的にこの問題

は、上位規範である憲法的意味における「刑」についての解釈を踏まえたうえで、議論することにした。

さらに公訴時効に関する先行研究の中で留意すべきであったのは、同原則適用の是非について法的性質の観点から論じていたことであった。他方、保護観察に関する先行研究は、これまで4号観察に限定されてきた。しかし保護観察も同様に、その諸類型の法的性質を看過して論じることはできない。なぜならその法的性質に応じて、同原則適用の是非、適用される場合の実質的、形式的根拠が、変わってくる可能性が存在するからである。

では、以上の論点を踏まえ、次章において英米法の判例と学説を検討していくことにしよう。