

公訴時効制度に関する実体法說的説明について

原 田 和 往

I はじめに

本稿の目的は、公訴時効制度に関して主張されている、いわゆる「実体法説」の検討を通じ、制度の規定の仕方と時効理論の関係等の「公訴時効制度の論じ方」を考察することにある⁽¹⁾。もっとも、一口に「実体法説」といっても、その内容は様々である。が、大要、時の経過が刑罰権実現の必要性に影響を与えるという意味で、制度根拠・存在理由について主張されるものと、時効の完成によって刑罰権が消滅するという意味で、時効完成の法的効果について主張されるものとに分けることができる⁽²⁾。本稿では、前者を「制度根拠論」、後者を「法的効果論」として一応区別した上で、前者を中心に検討を加えることにしたい⁽³⁾。

(1) 本稿は、日本刑法学会第89回大会ワークショップ「公訴時効」(2010年4月27日)における報告をもとに加筆・修正を行ったものである。当日の議論の概要については、田淵浩二「7 公訴時効」刑法雑誌51巻3号451頁(2012年)参照。

(2) 日本の公訴時効制度に関する議論が、ドイツの理論の影響を多分に受けていることは夙に指摘されてきたところである。松尾浩也「公訴の時効」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 第1巻』198頁(1963年)、213頁参照。他方、周知のとおり、規定形式の違いもあって、学説の呼称乃至分類は異なっている(例えば、日本における競合説が制度根拠論上のものをいうのに対し、ドイツにおける競合説は法的効果論上のものをいう。平野龍一『刑事訴訟法』155頁注(1)(有斐閣、1958年)、田宮裕『日本の刑事訴訟』217頁注(3)(有斐閣、1998年)等参照)。

(3) 制度根拠論及び法的効果論において実体法說的説明が用いられる場合、「処罰価値」、「可罰性」、「処罰の有効性」、「処罰の相当性」など様々な用語乃至概念が用いられている。勿論、それぞれ、その意味するところは異なると考えられる(例えば、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』120頁以下(成文堂、1988年)は、時効期間経過後、処罰の「必要性」は、微弱化しつつもなお残るが、処罰の「相当性」は維持できない、とする)。しかし、本稿においては、訴訟法說的説明との対比から、さしあたり、「刑罰権実現の必要性」と標記する。

実体法説を主に取り上げる理由は、従来、証拠散逸等を理由とする訴訟法説では、法定刑の輕重に応じて時効期間に長短が設けられている点を説明することができない、といわれてきたことに関係する⁽⁴⁾。この批判が的を射たものとして受け入れられ、実体法說的説明は、規定との整合性を背景に、それ自体単独で、あるいは他の説明と併用されるかたちで、制度根拠論において、有力な地位を占めている⁽⁵⁾。しかし、実体法説による場合に、法定刑を基準に公訴時効期間が設定されている点を、他の考え方に比して如何にして説得力あるかたちで説明できるのかは充分明らかではないように思われる。

例えば、刑事訴訟法及びこれに関連する法律において、事物管轄の配分(裁判所法24条2号、同33条)、法定合議事件(裁判所法26条2項)、必要的弁護事件(刑訴法289条1項)、裁判員制度の対象事件(裁判員法2条)など当該処分あるいは制度自体は、実体法的な性質を有するものとは考えられていないが、制度設計において、法定刑が基準として用いられている例は少なくない。これらと同様に、公訴時効制度についても、その根拠を証拠散逸等の訴訟法的観点から説明しつつ、期間等の具体的な制度設定については、制度の趣旨に抵触しない限度で犯罪の輕重等の他の要因が考慮されているとして、政策的にこれを説明することは可能であろう⁽⁶⁾。

(4) 例えば、平野・前掲注(2)153頁(「訴訟法説は、証拠の散逸を主な理由とする。……しかし、時効期間が刑の輕重に従って定められているところから見ると、右の理由だけでは、十分説明できない。」。近時のものとして、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25頁(2010年)、32頁(「刑事訴追に伴う手続上のデメリットの回避という訴訟法說的な観点……だけでは法定刑に応じた時効期間の区別を説明できないから、実体法說的な考慮を取り入れなければならない。」。また、金子章「公訴時効制度の存在理由についての一考察」横浜経済法学19巻3号23頁以下(2011年)、25頁参照。

(5) 近時の議論状況については、金子・同上24頁以下がこれを簡便にまとめている。

(6) 佐々木史朗『刑事訴訟と訴訟指揮』131頁以下(日本評論社、1976年)参照。この説明に対し、結局、実体法說的説明を排除し得ていないではないかとの疑念も想定される。論旨を明確にするためにも、この点につき付言すれば、ここで、犯罪の輕重等の要素は、時の経過による訴追乃至処罰の制限を正当化する事由として考慮されているわけではない。寧ろ、これらは、当該制度によって阻害される公訴権乃至刑罰権行使・実現の必要性を測るものとして、制度を根拠付ける訴訟法說的説明に對置されている。そのため、ここでの実体法的考慮は、これを推し進めていっても公訴時効制度の創設に至るものではなく、制度根拠としての実体法的事由とは性格を異にしている。

とはいえ、訴訟法説的説明による場合、制度根拠論から直接的に、法定刑を基準とする時効期間の定めを導くことはできない。そして、これに対し、実体法説が、この点を制度根拠から導くことができるのであれば、確かに訴訟法説よりも優れているといえる。しかし、これが困難乃至不可能な場合には、実体法説の優位性は失われる。というのも、我が国の公訴時効制度の場合、訴訟法に規定があり、この法定刑の輕重に応じた時効期間の定めを除けば、制度根拠及び法的効果を論じるにあたって、実体法説的説明を要請する規定等は見受けられないからである。まず、最初にこの点を確認しておこう。

II 公訴時効法制と時効理論

1 我が国の公訴時効法制の特徴

現行刑事訴訟法の公訴時効制度については、周知の通り、平成22年に改正がなされている⁽⁷⁾。しかし、従前主張されている実体法説は、改正前の制度について展開されてきたものである。そのため、平成22年法改正後の説明としての妥当性を検証する必要があるとしても、まずは、改正前の規定を中心に法の規定形式からみた実体法説的説明の必要性を確認することにした。改正前の制度は、①全ての犯罪について公訴時効の定めがあり、②法定刑の輕重に応じて期間に長短が存在し、③時効完成の法的効果については明文の規定はなく、④時効完成の際に言い渡すべき裁判の形式は免訴と定められている、というものである。

このうち、平成22年の改正前後を通じて、現行刑訴法の公訴時効制度を特徴付けているのは、③の時効完成の法的効果の点であろう。治罪法および明治刑訴法においては、これを「公訴ヲ為スノ權」の消滅とする規定があり（治罪法9条（但し、「時効」ではなく、「期滿免除」）、明治刑訴法6条）⁽⁸⁾、ま

(7) 改正の概要については、吉田雅之「『刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律』の概要」ジュリスト1404号44頁（2010年）参照。

(8) 当時の規定および関連する議論について、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165頁（2004年）、169頁、174頁参照。

た、同じく刑事法上の制度である刑の時効について、その法的効果を「……執行の免除を得る」(刑法31条)とする規定があることに鑑みれば、その特異性は、明らかである。民事法上の時効についても、「……所有権を取得する」(民法162条)、あるいは「債権は……消滅する」(民法167条1項)とあり、条文上、その法的効果は実体法上の権利の得喪に結びつけられている。そして、この文言は、周知のとおり、民事の時効理論において、証拠散逸に基づく訴訟法説的説明を批判する根拠となっている⁽⁹⁾。これに対し、公訴時効の場合には、「時効は……完成する」(刑訴法250条)とあるだけで、規定上、解釈を方向付ける乃至制約する文言は存在しない。また、同じ公訴の時効でも、ドイツの場合、④の時効完成の際に言渡すべき裁判について直接の規定を欠いているが、③の法的効果は「行為の処罰…を排除する」とあり(刑法78条1項)⁽¹⁰⁾、規定の文言上、その制度根拠及び法的効果を何らかのかたちで「行為の処罰」と関連付けることが要請されている⁽¹¹⁾。

これに関して、我が国の公訴時効制度については、ドイツの理論から多くの影響を受けながら、その実質および法的性格に関する議論が展開されてき

(9) 例えば、大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論〔第3版〕』128-129頁参照(有斐閣、2007年)。なお、同書では、時効制度の事実上の機能を確認した上、従来の議論を整理し、2つの時効観が提示されている(従来の議論の整理については、同『民法読解 総則編』542頁以下(有斐閣、2009年)も参照)。すなわち、「時効制度は、非弁済者・非所有者(「無権利者」と呼ぶことにする)を保護すると同時に、弁済者・所有者(「権利者」)も保護する」という事実をふまえた上で、「無権利者の保護を積極的に認める」という考え方と、「権利者保護こそが時効制度の目的であり、結果として無権利者が保護されるのは必要悪である」という考え方である。

この点、松尾・前掲注(2)217-218頁は、公訴時効制度の事実上の機能を確認した上で、「処罰に値する犯罪人が、時効の制度があるために罪を免れる」事態について、忍受すべき「予定された『副作用』」と位置付けている。公訴時効制度について、上記と同様の考え方を披露するものといえる。但し、そこで制度の機能として摘示されているのは、「犯罪人に対する関係」、「捜査機関に対する関係」、「裁判所に対する関係」の3点で、上記「権利者」に対応するものは見受けられない。これに関して、原田和往「公訴時効の週及的変更について」岡山大学法学会編『法学と政治学の新たな展開』179頁(有斐閣、2010年)、200頁以下参照。

(10) 邦訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』68頁(2007年)参照。ドイツの議論状況については、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29頁(2009年)参照。

ている。そのため、実定法上の差異が時効理論に与える影響の程を疑問視する向きもあるかもしれない。しかし、大正刑訴法制定の際に、時効完成の法的効果に係る前記規定が——「改正」ではなく——「削除」された背景に、ドイツ法の影響があると指摘されていることから窺えるように⁽¹²⁾、我が国において、ドイツ法と共通する議論枠組みを用いることができるのは、規定の類似性によるものではない。寧ろ、我が国の時効理論に対する実定法上の指針乃至制約が乏しいことによるものと解される。すなわち、ドイツの場合には、刑法典に規定があり、その法的効果については、「処罰〔の〕排除」と明言されており、——勿論、他の説明も不可能ではないが——実定法上、実体法說的説明が要請されている。そして、これらはいずれも、我が国の公訴時効法制の採用するところではない。ただ、我が国の場合には、訴訟法に規定があるという点について、実質的意義の刑法に属するか否かを論じる余地があり、法的効果について、明文規定が存在しないために、実体法說的説明を選択することも可能であるというにすぎない⁽¹³⁾。

2 改正刑法準備草案にみる法制のあり方と時効理論との関係

制度の規定のあり方が、時効理論に与える影響については、我が国においても、公訴時効に関する規定を刑法典に移すことを試みた改正刑法準備草案をめぐる議論に端的にあらわれている。準備草案では、「公訴の時効の内容を明らかにする」という目的から⁽¹⁴⁾、時効完成の法的効果に関する規定が新設

(11) なお、ドイツ刑法78条1項の文言は、これを無罪判決とするか、訴訟障害に基づく手続打ちりとするか等の解釈に対して中立的であるとの評価がある。小池・同上30頁注(4)参照。同条の文言に解釈の余地があるのは、指摘のとおりであろう。しかし、実質的解釈に先立ち、文言の中立性の指摘を必要とする点で、やはり時効理論に対して一定の制約を課している。

(12) 松尾・前掲注(2)200頁参照。実質的な改正を意図したものではないが、ドイツ法の影響を受けての変更であることは否定できない、と指摘している。

(13) なお、鈴木・前掲注(3)261頁は、免訴判決の法的性質をめぐる議論に関して、「現行法の諸規定との関係をあまり明確に意識せず、あるいは意識されたとしてもあまり重要視することなく、抽象的な理論の次元で争われることが多かった。」と指摘している。

(14) 法務省刑事局編『改正刑法準備草案 附同理由書』171頁以下〔高橋勝好〕(1961年)。

された。当該規定は、治罪法及び明治刑法のものとは異なり、その法的効果につき、「罪を犯した者は……処罰を免れる」とするものであった（準備草案99条）。理由書によれば、その趣旨は、「公訴の時効をその手続面における作用から把握すれば、時効によって『訴追を免れる』とすることも決して不当ではないが、しかし、公訴の時効を実体法上の制度として刑法典の中に規定する以上、これを実体的に把握して、『処罰を免れる』とする方が、より適切である」というものであった⁽¹⁵⁾。この規定は、結局、後の改正刑法草案では削除されることになるが、公表当時、「公訴時効で免訴になった者は、罪を犯したということになりますね。罪を犯したけれども、うまいことしよったなということに。そもそも罪を犯していない者は、公訴の時効によって免れる刑罰がないわけで、だから免訴にならぬのですね。無罪を言渡すわけですね。厳格に言えば、公訴の時効が完了した場合もいちおう実体審理をやるんだと、その結果犯罪の証明がなければ無罪、あれば公訴時効による免訴ということにならなければなりませんね。」との批判が加えられた⁽¹⁶⁾。これに対して、準備会側からは、まず、時効完成の場合に、実際に罪を犯しているか否とにかかわらず、すべて免訴が言渡されるとの建前は維持するとの前提の確認があった。その上で、それとの抵触を避けるため、「『罪を犯した』というのは、事実認定を経たことを要する趣旨ではなく、『罪を犯した者であつても』時効が完成すれば処罰を免れる趣旨」に解釈すべきである、との説明が示されている⁽¹⁷⁾。

確かに、準備会側の説明によれば、公訴時効乃至免訴の本質を実体的に捉えたとしても⁽¹⁸⁾、訴訟手続からの迅速な解放という時効制度の利益を保持することができるであろう。しかし、その代償として、免訴を宣告される被告

(15) 同上。

(16) 宮内裕ほか〔座談会〕準備総草案総則の問題点〕法律時報32巻8号408頁（1960年）、464頁〔平場安治〕。なお、「罪を犯した者」という文言についても、無罪推定原則との関係で厳しい批判が加えられている。同前〔毛利興一〕。

(17) 同上〔吉川経夫〕。法務省刑事局編・前掲注14171頁にも同様の説明がある。なお、吉川博士は、座談会では、準備会側の出席者となっているが、そもそも実体法に規定を移すこと自体に無理があったとの意見を述べている。

人は、実体審理を経ることなく、「罪を犯した者」という地位を仮定的に引き受けることになる。

これに関して、現行制度についても、実体法的説明が用いられる場合に、これと同様の解釈が示されることがある。例えば、「時効完成が訴訟障害として理論的にも現実的にも確固たる基礎をもちうるためには、『たとえ犯罪が現に行われており刑罰権が発生している』と仮定しても、すでに時効が完成している以上、処罰を放棄せざるを得ないという実体法的な一般的判断が前提とされていなければならない。」との主張である（付点は筆者）⁽¹⁹⁾。

既に指摘したとおり、我が国の場合、時効完成の法的効果について、実体法的説明を要請する規定は見受けられないが、他方、規定の欠缺のために、その効果を実体法的に捉える余地はある。しかし、公訴時効の停止効が対人的に規定されている場合、準備会側の説明あるいは上記の主張において用いられているような仮定的判断は、決して一般的・普遍的なものではない。教室事例的であるが、次の例をもとにこの点を敷衍しよう。

ある犯罪事実につき、検察官は、被告人Aを起訴した。公訴提起の時点で、所定の公訴時効期間が経過していたが、検察官は、刑訴法255条1項後段による公訴時効の停止が認められると主張した。しかし、規則166条にもとづき提出された資料では、「犯人が逃げ隠れている」ことと「有効に起訴状の謄本の送達……ができなかった」こととの間に因果関係を認めることはできないとして⁽²⁰⁾、Aに対し、公訴時効完成を理由とする免訴判決が言渡された。その後、第三者から情報の提供を受け、上記の犯罪事実について、Bが被疑者として浮上した。捜査を進めた結果、本人もこれを認めたため、検察官は、今度は、被告人Bを起訴した。Bについても時効の完成が問題となったが、同人が、

(18) 免訴判決の法的性質をめぐる議論状況については、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕』186頁以下〔田口守一〕（青林書院、2011年）参照。

(19) 鈴木・前掲注(3)121頁。

(20) 被告人の逃亡と、起訴状謄本の送達不能との間に因果関係が必要であるとした上で、それを肯定した事例として、福島地判昭和60年3月5日判タ554号315頁、その控訴審である仙台高判昭和60年12月16日判時1195号153頁等参照。後者の評釈として、田口守一・法セミ338号95頁がある。

犯罪発生直後から最近まで国外にいたため、刑法255条1項前段による公訴時効の停止が認められ⁽²¹⁾、審理の結果、Bに対し、有罪判決が言渡された。

上記の立場では、Aに対する免訴判決は、「たとえ犯罪が現に行われており刑罰権が発生していると仮定しても、すでに時効が完成している以上、処罰を放棄せざるを得ない」との仮定的判断を経ているものとされる。しかし、当該判断は、——「誰が罪を犯した者であっても」のような、あるいは、いわゆる「事件が時効を迎えた」のような——普遍的な射程を備えたものではない⁽²²⁾。大赦又は刑の廃止といった事由に基づく場合のように、被告人Bに対しても免訴判決が言渡されるのであれば⁽²³⁾、Aに対する免訴判決の前提にある仮定的判断につき、人的要素が希薄な、普遍的な射程を備えたものとみることができよう。しかし、現行法上は、公訴権の行使だけではなく、被告人の積極的な行動に起因する事情に対しても、公訴時効の停止効が付与されている。そのため、上記の例にあるとおり、Bにつき時効停止事由があり、公訴時効が完成していないならば、Aに対する免訴判決及びそこでの「処罰を放棄せざるを得ない」との判断に拘わらず、Bに対し実体審理を行い、有罪判決を言渡すことは可能である⁽²⁴⁾。すると、結局、Aが、免訴判決の際に引き受けたのは、『誰』が『罪を犯した者』であるとしても」という人的要素が希薄で、同様の地位におかれる第三者にも相応の意義がある仮定的判断

(21) 国外にいる場合の公訴時効の停止に関しては、最判昭和37年9月18日刑集16巻9号1386頁等参照。

(22) 裁判例においても、「事件の公訴時効が完成した」との表現が用いられることがある。東京高判平成25年11月27日判例時報2219号46頁参照。

(23) 平田友三「恩赦」石原一彦他編『現代刑罰法体系第7巻 犯罪者の社会復帰』411頁（日本評論社、1982年）、422頁（「大赦により刑罰権が消滅すると、刑罰権の実現という刑事訴訟の最終目的が失われ、国家は、当該事件について刑罰権の存否を確定するため訴訟を進行する利益がなくなる。」）；及び最判昭和23年5月26日刑集2巻6号529頁の井上登裁判官の補足意見参照（「……本件被告人の場合は或は別であるかも知れないけれども多くの被告人にとつては、それよりは一刻も早く免訴の判決を受けて釈放せられる方がいいのではあるまいか、それ故発令と同時に一切の審理を打ち切り前記の如く法律上初めから起訴などなかつたと同様にして（同一行為に付ては爾後再び起訴せられることもなくなるのであるから此の点においては初めから起訴が無かつたよりも一層有利なのであり無罪の判決を受けたと全く同じなのである）直ちに被告人を釈放してしまうというのが大赦令の趣旨と思う。」）（付点は筆者）。

ではなく、『被告人』が『罪を犯した者』であるとしても」という、個人的要素が強く、第三者との関係では意義の乏しい仮定的判断である。

当該仮定的判断について、刑訴法248条による起訴猶予処分の場合と判断の実質は変わらないとみることもできる。しかし、免訴判決の主体が裁判所であり、それが公にされること⁽²⁵⁾、及び、現行法上、有罪の言渡しを受けていない特定の者に対する恩赦が予定されていないことに鑑みれば⁽²⁶⁾、断定的なものではないとしても⁽²⁷⁾、上記の判断の引き受けが、訴訟手続からの早期の解放の代償として相当といえるかは疑義を呈する余地があろう⁽²⁸⁾。

しかしながら、本稿の趣旨は、上記の立場を批判することにあるわけではない。本稿の目的との関係で重要なのは、以下のことである。すなわち、上記の準備会側の説明は、改正刑法準備草案の規定の文言及び手続法との整合性という制約のもとでは、やむを得ない、次善の解釈といえることができる。他方、現行法についても、これと同様の仮定的判断を伴う主張が解釈論として成り立たないわけではない。しかし、改正刑法準備草案の場合とは異なり、現行法の場合、事実上及び理論上の難点を克服してまで、掛かる解釈を採用することが実定法上要請されているわけではない、という事実である。

このように時効理論に影響を与える、時効完成の法的効果について明文が無いという点は、現行法の制度の大きな特徴といえる。そして、日本の公訴

(24) 公訴時効は、客観的な事実基礎をおく制度であると捉えられることもあるが（大澤裕「人を死亡させた罪の公訴時効の改正」ジュリスト1404頁52頁（2010年）、56頁注(8)、渡辺修『現代の刑事裁判』295頁以下（成文堂、2014年））、現行法上、公訴時効完成の有無は、最終的には、被告人毎に判断せざるを得ない。

(25) 田宮裕『日本の刑事訴追』201頁（有斐閣、1998年）は、免訴判決には、「社会的には有罪的な響きがある。」と指摘している。本文で示した類の仮定的判断が用いられる場合には、免訴判決が有罪の色彩を帯びるのも無理からぬところであろう。

(26) 松本一郎「訴追免除」高田卓爾＝田宮裕編『演習刑事訴訟法（新演習法律学講座17）』188頁（青林書院新社、1984年）、191頁参照。

(27) 前掲注(22)・東京高判平成25年11月27日判例時報2219号46頁参照（公訴時効完成後に捜査機関が公表した犯人性、有罪性の断定を伴う説明の適否に関するものである）。

(28) なお、刑法の体系書においては、刑罰権消滅の事由として、刑の時効のみをあげるもの（例えば、井田良『講義刑法学・総論』565頁（有斐閣、2008年））と、公訴の時効をもあげるもの（例えば、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』297頁（弘文堂、2008年））とがみられる。

時効制度の場合には、訴訟法に規定があり、法定刑の軽重に応じた時効期間の定めという点を除けば、制度根拠及び法的効果を論ずるにあたって、実体法説的説明を要請する規定は見受けられないのである⁽²⁹⁾。

Ⅲ 実体法説的説明の意義と必要性

1 実体法説的説明の優位性の意義

上記の法制度としての特徴を踏まえた上で、以下、法定刑の軽重に応じた時効期間の定めという点について、実体法説的説明を欠くことができないとの指摘の可否を検討するが、その前に以下の2点を確認しておきたい。

まず、制度根拠論の意義・射程の理解である。時効期間の説明の点が、存在理由として主張されている訴訟法説的説明に対する、実体法説の優位性を示しているというためには、その前提として、時効期間の設定も制度根拠論の射程範囲に含まれると位置付けることになる。次に、こうした指摘の背景には、制度根拠論につき訴訟法説的説明に依る場合には、法定刑の軽重に応じて時効期間に差異がある点を存在理由から直接導くことができない、という理解があると考えられる⁽³⁰⁾。これに関して、訴訟法説からも、政策的にこれを説明することができるのは前述したとおりである。この反論を措くとしても、訴訟法説単独では法定刑を基準として時効期間に差異が設けられている点を説明できない、という指摘の意義は必ずしも明らかではない。そこで、

(29) 刑訴法255条等にある「犯人」との語が、実体法説的説明を要請しているとの指摘もみられる。例えば、渡辺修「熊本水俣病事件と公訴時効」刑法雑誌29巻4号540頁（1989年）、554頁、松宮孝明「『公訴権濫用』と『処罰不相当』——『非典型的刑罰消滅事由』について——」立命館法学223＝224号511頁（1993年）、523頁以下参照。しかし、当該「犯人」の語を、刑法の「罪を犯した……者」（刑法1条等）と同義に解することはできない。このことは、刑訴法248条において「犯人」と呼称される者が、不起訴処分告知に関する刑訴法259条において「被疑者」と呼称される者と重なることから明らかであろう。公訴提起関連の規定において「犯人」という語が使用されているのは、捜査の対象を「『犯人』及び証人」とする刑訴法189条2項との関係のためではないかと思われる。

(30) 渡辺・前掲注24293頁は、「『合理的な疑いを超える証明』を支える証拠の散逸・真相の解明の困難を法定刑を基準とする期間で測ることは論理的にできない。」と指摘する。

検討すべき実体法説的説明の優位性を画定するためにも、訴訟法説的には説明不可能——裏を返せば、実体法説的には説明可能——な部分を明確にしておく必要がある。

この点、重い犯罪でも証拠が短期間に散逸する場合があります、軽い犯罪でも証拠が長期間存在する場合がある等の指摘があることからすると⁽³¹⁾、証拠の散逸は、法定刑の軽重だけでなく、時の経過自体とも、——相関関係は認められても——直接の原因—結果の関係はない、という趣旨と考えられる⁽³²⁾。すると、実体法説的説明の優位性が基礎付けられるためには、刑罰権実現の必要性の減少と、法定刑の軽重あるいは時の経過のいずれかとの間に比較的緊密な関係が認められることが必要になろう。このうち、散逸が懸念される証拠の多寡と、法定刑の軽重との間には、相関する関係が認められないのに対し、刑罰権実現の必要性の程度は、法定刑の軽重に対応すると考えられる⁽³³⁾。そのため、この限りでは、特段の検討を要すること無く、時効期間が法定刑の軽重に応じて設定されている点に関して、訴訟法説に比して実体法説が優位であるといえる。以下では、これ以上の優位性があるか、すなわち、刑罰権実現の必要性の減少と、時の経過との関係性について検討していくことにする。

2 時の経過と刑罰権実現の必要性との関係について

(1) 時の経過自体が刑罰権実現の必要性を減少させるとの立場 時の経過と刑罰権実現の必要性については、時の経過自体又は時が経過したという事実がその必要性を減少させる、として両者が比例的因果関係に立つとみる立場がある。

例えば、「かりに時効完成一日前に起訴されたとして、時効完成すればゼロ

八
六

(31) 例えば、平野・前掲注(2)153頁。

(32) 例えば、金子・前掲注(4)25頁は、証拠散逸という訴訟法説的説明について、時の経過との関係と、法定刑の軽重に基づく時効期間の定めとの関係との2つに分けて批判を加えている。

(33) 鈴木・前掲注(3)120頁参照。

であるが、その一日前であれば、100であるということにはならない。時の経過による法律効果は、時効に向かって、徐々にゼロに向かって、処罰価値が減少する」として、時の経過による刑罰権実現の必要性の減少を肯定し、時効完成によってそれが消滅するとの見解等である⁽³⁴⁾。裁判例の中にも、量刑の理由において、——その趣旨は必ずしも明確ではないが——時が経過したことを刑罰権実現の必要性を減少させる事情としてあげるものもある⁽³⁵⁾。また、逃亡中の被告人が、公訴時効完成寸前に、強盗殺人により起訴された事例（松山地判平成11年5月31日判時1684号131頁）において、弁護人は、時の経過とともに可罰性が減少するから、公訴時効の完成が近づけば近づくほど、その時の経過は情状面で有利に考慮されるべきである、と主張している。

ただ、時の経過自体が刑罰権実現の必要性を減少させる、と主張する根拠は必ずしも明らかではない⁽³⁶⁾。この点、民事の時効について、そもそも権利の存続期間は無限であるとする前提が問題であって、実定法によって定められたものこそが権利の内容であり、権利は時効により一定期間後に消滅するものと考えるべきではないか、との指摘がある⁽³⁷⁾。これと同様の考え方に基

(34) 井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』247頁（有斐閣、2004年）。

(35) 裁判例については、丸田顕『犯罪後の時の経過と量刑』大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 第3巻 一般情状等に関する諸問題』389頁（判例タイムズ社、2011年）、396頁以下が詳細である。

(36) 井戸田・前掲注34249頁は、時が経過した間に、被疑者・被告人が「反省したり、悔悟したりしなかったかは関係がない。」とする一方で、その前後において、「[公訴時効制度は]時の経過によって被告人（被疑者）に与えた不利益を法が考慮したもの」、「犯罪後の時の経過は被告人（被疑者）に対して、一般に、刑を受けたのに匹敵する制裁を加えるのであろう。いつ逮捕され、刑をうけるかも知れないからである。」と述べている。

(37) 三藤邦彦「取得時効制度の存在理由について（一）——とくに所有権法と関連させて——」学習院大学政経学部研究年報5巻1頁（1958年）、9頁。

なお、これに対して、星野英一博士は、「きわめて鋭利な視点を提供したものであり、筆者も、このような態度一般は、法律上の制度を理解する場合に正しいものであると考えている。」と賞賛しつつも、「ここでの第一の問題は、果たして時効とは、一定期間後に権利の得喪をもたらすための制度であるか否かであり、……時効がそのための制度である……ことが明らかにされたならば、ひるがえって、そもそも権利とは始めから一定の期間後に消滅することが予定されているものだと解する余地が生ずるが……、ここでは、それ以前の問題を扱っているわけである。」としている。星野英一『民法論集 第4巻』176頁（有斐閣、1978年）。

づき、公訴時効制度を、時の経過又は時が経過したという事実、に、刑罰権実現の必要性を減少させる効果を付与するもの、すなわち、公訴時効に係る規定は、刑罰権に対する時間的制限を創設するもの⁽³⁸⁾、と考えることはできる⁽³⁹⁾。

(2) 時が経過する間に生じた諸事情が刑罰権実現の必要性を減少させるとの立場 これに対し、一定の時が経過した後で、刑罰権実現の必要性が減少している場合があることは否定しないものの、その直接の原因は、時の経過自体ではなく、時が経過する間に生じた一定の事情であると考えられる立場がある。例えば、「一定の時が経過したという事実自体が当然に刑を減輕すべき要素となると考えるべき法的根拠はない。……量刑上検討されるべきは、時の経過それ自体ではなく、時の経過によってもたらされた具体的事実である」との見解等である⁽⁴⁰⁾。また、前記の松山地判平成11年5月31日は、「公訴の時効制度は、時の経過による犯罪の可罰性の消滅を根拠とするものではない。……可罰性の減少という側面があるとすれば、その側面は、逃走するに至った事情、逃亡中の被告人の生活状況から窺われる反省の念、被害感情や処罰感情の変化などを総合的に考慮することによって生ずるもの」とであると判示し、時効完成寸前に起訴された被告人に無期懲役を科している。

勿論、時の経過に応じて、刑罰権実現の必要性に影響する事実の存否、程度が変化するとは限らない（例えば、犯罪後時間が経過すれば、必ず、犯人が反省する、あるいは反省が深まる、とはいえない）。そのため、この場合には、時の経過と刑罰権実現の必要性の減少との間には、因果関係は認められ

(38) 法務省「凶悪・重大犯罪の公訴時効の在り方について～制度見直しの方向性～」(2009年) 11頁において、大澤裕教授が、「刑罰権には犯人の地位の安定のための時間的限界が内在していて、公訴時効はこれを具体化したもの」という捉え方があり得ることを示唆している。実定法によって創設されるものか、理論的に内在するものか、という違いはあるが、刑罰権に対する時間的制約を認める点で、本文で示した捉え方と同旨のものといえるであろう。(但し、直後に、このような捉え方は「公訴時効制度を完全に実体法的なものとして理解することになり、訴訟法的要素をも含んだ複合的なものと理解されるべき公訴時効制度に関する現行刑法の規定と整合しないように思われる。」としている)。

(39) 但し、井戸田・前掲注34249頁は、「公訴時効制度は、法律がそれを定めているからその制度があるというものではない。」とする。

(40) 丸田・前掲注35394頁。

ないことになる。ただ、この立場においても、発生から相当年月が経った事件の多くで、刑罰権実現の必要性を減少させる事情が認められるのであれば、直接の因果関係はなくとも、「時の経過に伴い刑罰権実現の必要性が減少する」との一種の経験的事実は成り立ちうる。そして、このような経験的事実を公訴時効制度の存在理由に関連づけることは可能であろう。これに関して、「実体法説がいう可罰性の消滅というのは、公訴時効期間の経過に伴う一種の擬制である」といわれることがある⁽⁴¹⁾。ここにいう「擬制」が、経験的事実を全ての場合に妥当させるという意味であるならば、時の経過と刑罰権実現の必要性の減少との関係について、これと同様の理解に基づくものと思われる。

3 検討

時の経過と刑罰権実現の必要性との関係について、上記の2つの立場が成り立つとして、法定刑の軽重に応じて時効期間の長短が設けられている点との関係をみることにしよう。

まず、時の経過自体が、刑罰権実現の必要性を減少させると考える場合、法定刑の軽重に応じて、その消滅に要する時間が異なる、といえる。ここでは、制度根拠から、法定刑を基準とした時効期間を定めるという規定の形式を導くことが可能になっており、訴訟法説よりも説明として優れているといえるであろう。しかし、このような実体法說的説明には、少なくない問題がある。

第1に、時が経過したという事実自体が刑罰権実現の必要性を減少させるのであれば、松山地裁の事例において弁護人が主張した通り、公訴時効完成寸前に起訴された場合には、時の経過が相当程度、被告人に有利に考慮されることになるはずである。しかし、現在の実務においては、このような場合でも法定刑の上限で処罰することは可能であり、この実体法說的説明と、実務との乖離は甚だしい。第2に、理論的には、公訴時効に係る規定について、

(41) 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15頁（2009年）、19頁注(45)参照。

刑罰権に対する時間的制限を創設するもの、あるいは、刑罰権に内在する時間的制限を確認的に示したものの、との見方が成り立つとしても、我が国の公訴時効制度の場合には、時効完成の法的効果を実体法に関連づける明文はない。そのため、民事の時効の場合とは異なり、斯かる見方には条文上の根拠が無いと言わざるを得ない。更には、この立場による場合、時効完成の法的効果についても実体法説的説明を用いることになるだろうが、時効停止効が対人的に捉えられている現行法制においては、免訴判決の前提にある仮定的判断につき、前述した難点を抱え込むことにもなる。

次に、時が経過する間に生じた一定の事情が刑罰権実現の必要性を減少させるとの立場の場合、その必要性を減少させる事情の存否及び程度は、時の経過と比例的因果関係に立つものではない。この場合には、いわば、刑罰権実現の必要性を減少させる事情の存在を推認する指標として、時の経過が用いられていることになる。これは証拠散逸に基づく訴訟法説において、証拠散逸の有無・程度を推認する指標として、時の経過を用いる——すなわち、時の経過が長期であれば、その間に証人が転居、死亡する、物的証拠が廃棄される等の事態が起きた可能性が高いと考える——のと同様である。そのため、この点での訴訟法説に対する優位性はない。

それにとどまらず、例えば、証拠の散逸の場合、そもそも如何なる証拠が存在したのか、また、失われたとされるものにはどの程度の証拠価値があったのか、という点の具体的証明は容易ではない⁽⁴²⁾。そのため、時の経過等を指標として推認的判断を用いる意義がある。これに対し、犯行時から時が経過する間に生じた刑罰権実現の必要性を減少させる事情は、——時が経過する間に、消失するものではなく、生起するものであるため——例えば、被告人が公訴提起後保釈中に逃亡し、約17年が経過した後に、公判が行われた事案において、裁判所が、被告人の生活状況等を詳細に検討し、実刑に相当す

(42) この点は、迅速な裁判を受ける権利に関して、遅延による防御権侵害の立証に奏功することが稀であることから窺われる。これに関して、原田和往「迅速裁判条項の保護利益に関する判例法理の2つの潮流」岡山大学法学会雑誌62巻4号47頁（2013年）、67頁以下、71頁以下参照。

る精神的苦痛を受けた等の事実を認定し、執行猶予にしたように⁽⁴³⁾、実体審理において裁判所が個別具体的に検討し、量刑に反映させることが可能である⁽⁴⁴⁾。したがって、証拠の散逸と比べると、時の経過による推認を用いる必要は乏しいと言わざるを得ない。

これに対しては、訴訟法説的説明にいう証拠の散逸も、「合理的な疑いを超える証明」という厳格な証明基準によって、個別具体的に対応可能ではないかとの疑問を呈する向きもあろう⁽⁴⁵⁾。しかし、証拠の散逸は、直接的には、証明度の問題ではなく、その基礎を為す情報量（解明度）の問題である。刑法435条6号が「証拠をあらたに発見したとき」と規定していることに示されているように、判決は、「その判決時に裁判所の前に提出された証拠」にもとづくものでしかない⁽⁴⁶⁾。これに則せば、証拠の散逸は、裁判における証明過程のうち、提出される証拠という情報量に関する事由である⁽⁴⁷⁾。これに対し、「合理的な疑いを超える証明」という証明基準は、当該情報に基づく裁判所の心証（証明度）に関するものであって、両者は次元を異にしている⁽⁴⁸⁾。そのため、心証に関する証明基準によって、証拠の散逸という情報量の問題に十分に対応することはできないであろう^{(49) (50)}。

(43) 大阪地判昭和50年12月11日判時814号161頁。丸田・前掲注(35)402頁参照。

(44) この点、丸田判事も「裁判所での実体審理が可能であるならば、犯行時からの時の経過に伴う諸々の量刑事情を個別具体的に検討して量刑に反映させることが可能」と述べている。丸田・同上394頁。

(45) 高田卓爾「観念的競合犯の公訴時効」判例評論95号36頁（判例時報456号）（1966年）。大澤・前掲注2461頁（「……長時間が経過した事件であっても、……通常の場合と同じく、訴追側の立証に合理的な疑いが生じるかどうかの個別的判断に委ねることは、決して不当とはいえないように思われる。」としている）。

(46) 指宿信『証拠開示と公正な裁判』191頁（現代人文社、2012年）が、再審における証拠開示との関係で、この点を指摘している。

(47) 太田勝造「司法過程——不確定下の社会的意決定としての法情報の加工」小島武司編『裁判キーワード〔新版補訂版〕』136頁（有斐閣、2000年）。ここでは、「解明度」という概念は、情報状態を意味するものとして用いられている。

なお、当該概念は、太田勝造『裁判論における証明論の基礎——事実認定と証明責任のベイズ論的再構成』108頁以下（弘文堂、1982年）における提唱当初の内容に、少なくとも修正が加えられている。太田勝造『『訴訟法裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について』新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』437頁（有斐閣、1988年）等参照。また、加藤新太郎『民事事実認定論』66頁以下（弘文堂、2014年）参照。

それでも、証拠の多寡とは異なり、刑罰権実現の必要性の程度は、法定刑の軽重に対応すると考えられる。そのため、先に確認したように、実体法説的説明の優位性が全くないわけではない。しかし、平成22年の法改正によって、新たに法益という基準が導入されるとともに、人を死亡させた罪のうち、死刑に当たるものについては公訴時効が廃止されるに至っている。これにより、公訴時効に関する規定を、刑罰権に対する時間的制限を創設するもの、

(48) 合田悦三「証明の程度」『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』134頁（有斐閣，2011年）、135頁は、「公判に提出される証拠は、すべてある意味で偶然当事者が入手できたものであるであって、望まれる証拠が何でも揃うわけではない」と指摘する。時が経過すれば、この偶然性は増大することになる。

(49) 情報量の問題に、証明基準によって対応することの限界、並びに、前提となる情報量の増加が、証明度に到達したか否かの判断に影響する場合があることを示している点で、刑訴法435条6号の証拠の新規性及び明白性に関する議論は、証拠の散逸という問題を考えるにあたって参考になると思われる。

これに関して、周知のとおり、白鳥決定（最決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁）は、刑訴法435条6号にいう「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」の意義について、「確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足る蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであるが、右の明らかな証拠であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、『疑わしいときは被告人の利益に』という刑事裁判における鉄則が適用されるものと解すべきである。」と判示している。

この点、証拠の散逸に関しては、例えば、先般の公訴時効の一部廃止等に関する法制審議会において、アリバイの主張や正当防衛状況の説明等を例として、検討が行われている（法制審議会刑事法（公訴時効関係）部会第3回会議事録9頁以下等）。しかし、前提となる情報量という次元に属する問題であることに鑑みれば、訴訟法説的説明にいう証拠の散逸についても、同様に、それ単独で、無罪を推測するに足る高度の蓋然性を備えた証拠のみに想定を限定する必要はないであろう。

(50) 歴史家であるカーの次の述懐も示唆的である。「信心深い中世人という姿は、それが真実であっても、真実でなくとも、もう打ち壊すことは出来ません。なぜなら、中世人について知られている殆ど全ての事実、それを信じていた人々、他の人々がそれを信じるのを望んでいた人々たちが私たちのためにあらかじめ選んでくれたものなのですから。そして、恐らくその反対の証拠になったであろうと思われる別の沢山の事実は失われていて、もう取り戻すに由らないのですから。」。E・H・カー著（清水幾太郎訳）『歴史とは何か』13頁（岩波書店，1962年）。

なお、迂遠と思われるであろうが、原田和往『『歴史的』証明について』『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』603頁（成文堂，2014年）は、本文で示した問題意識に基づくものである。

あるいは、刑罰権に内在する時間的制限を確認的に示したもの、とする捉え方は、一層成り立ち難いものとなっている。また、例えば、強姦罪（刑法177条）と傷害致死罪（刑法205条）とは、法定刑は共に「3年以上の有期懲役」であるが、公訴時効期間は、前者が10年であるのに対し、後者は20年と差が生じている。そのため、刑罰権実現の必要性の程度と法定刑の軽重との対応関係に由来する、訴訟法説に対する優位性は、現在の制度のもとでは失われている。

IV おわりに

以上、駆け足ではあるが、公訴時効制度の根拠を論じる際に、実体法説的説明を欠かすことができない理由とされる、法定刑の軽重に応じた時効期間の定めという点に関して検討を加えた。制度の根拠について、時の経過自体が刑罰権実現の必要性を減少させると考えるならば、これらの間には因果関係が認められることになり、時効期間の定め方を存在理由から導くことができる。しかし、この考え方には、量刑実務との乖離等問題点が少なくない。

これに対し、「時の経過に伴う刑罰権実現の必要性の減少」という経験的事実が成り立つことを認め、これを制度の存在理由とする実体法説的説明の場合には、量刑実務との乖離等の問題は生じ難い。しかし、これでは、時の経過を指標として刑罰権実現の必要性を減少させる一定の事情の生起を測っているにすぎず、結局、本質的には、証拠散逸に基づく訴訟法説的説明と選ぶところがない。それにとどまらず、時が経過する間に生じた刑罰権実現の必要性を減少させる事情は、裁判所が個別具体的に検討し、量刑に反映させることが可能である。そのため、時の経過等を指標とする推認的判断を用いる必要性の点では、訴訟法説的説明に劣後していると言わざるを得ない。

それでも、いずれの実体法説的説明も、刑罰権実現の必要性と法定刑との対応関係の点で、訴訟法説的説明に比べ、多少の優位性は認められる。しかし、先の法改正により、法益という基準が採用されたため、この対応関係に

由来する優位性も今では失われている。

日本の公訴時効法制には、実体法說的説明を要請する明文の規定があるわけではない。それでも、時効期間が法定刑を基準として定められていることから、従来、実体法說的説明が必要であるといわれてきた。しかし、本稿で示したとおり、この点は、制度根拠論において、実体法的説明の不可欠性を基礎付けるものではない。この事実、「公訴時効制度の論じ方」にも少なくない意義があると考ええる。従来、法定刑を基準とする時効期間の定めは、証拠の散逸という訴訟法說的説明の致命的欠陥とみられてきた。その結果、訴訟法説をめぐる議論は、いわば立法技術的な批判——法定刑の輕重に応じて時効期間を定めることの合目的性、時の経過を基準として一律に処理することの妥当性——に終始し⁽⁵¹⁾、時の経過に伴い証拠が散逸する場合があるか否か、また、散逸する場合があるとして法的に対応する必要があるか否かという、制度根拠としての正当性については、必ずしも検証が充分ではなかったように思われる。こうした状況をふまえると、本稿の考察は、この軛から解き放ち、訴訟法説をめぐる議論を深める契機になるように思われる。

無論、ここで示した考察にかかわらず、実体法說的説明を支持し、諸々の障害の克服を模索する途は残るし、本稿もそれを否定する趣旨のものではない。しかし、一部の犯罪とはいえ、公訴時効が廃止された今、時効期間の定め方との整合性という段階で停滞していた、証拠散逸という事態への法的対応の要否、すなわち訴訟法說的説明の再検討が喫緊の課題であると考え⁽⁵²⁾。

＊本稿は、公益財団法人ウエスコ学術振興財団平成26年度学術研究費助成事業による研究成果の一部である。

(51) 星野・前掲注37183頁。法律とは、一定の社会的な結果、つまりある目的を実現するために制定され、その手段である法律技術によって実現されるものであるが、法律技術はかなり難しいものであって、企図された目的に対して十分に適合するとは限らないため、両者を区別する必要がある、と指摘した上で、民事の時効制度に関する議論においても、存在理由・根拠・目的と、その法律構成・理論構成とを区別する必要性を説いている。

(52) 2014年6月、恩師・田口守一先生が早稲田大学から名誉教授の称号を受けられた。これを祝し、つたないものではあるが本稿を捧げることにしたい。