

(続紙 1)

京都大学	博士 (法 学)	氏名	上田 正基
論文題目	刑法学からの立法批判のあり方		
(論文内容の要旨)			
<p>刑事立法の活性化の時代と言われる現在、これを批判的に検討する枠組みの提示が求められている。本論文の目的は、これを刑法学の観点から構築することである。批判枠組みが有効に機能するには、立法者の行為準則を基盤とすることが重要であり、その最低限の基準をなすのは違憲立法審査の準則である。従来、日本およびドイツの裁判所が合憲性審査に用いてきた基準を概観すると、両国では共通して、規制対象行為にかかる憲法上の権利の制約と、制約の理由としての立法目的とを衡量的する手法が用いられてきたことがわかる。しかしそこでは、違反に対し刑罰を含む「制裁」を科すことの相当性という問題が捉えきれていなかった。</p> <p>刑法学においては確かに、法益概念を用いた立法批判の試みがあった。この立場は、「刑法上の」保護法益を明確に定義することで立法を制約し、その際の評価基準として自由主義的国家観や憲法を参照する点で、前述した裁判所の審査手法の欠点を埋めうるものである。しかし、法益論は逆に、「刑罰法規」が保護しうる目的のみに着目したために、「行為」にかかる憲法上の権利の制約との衡量という側面を等閑視している。法益論を比例原則と組み合わせる立場も、法益侵害・危殆化の観点から規制対象行為を限定するものにとどまっている。また、民主制において、憲法適合的な手続による立法の目的をさらに憲法によって実質的に制約しうるかは疑問であり、このことは、近親相姦罪を合憲としたドイツ連邦憲法裁判所の多数意見も指摘している。さらに法益論は、保護目的(対象)の決定、行為規制範囲の決定、制裁投入の決定、「刑罰」投入の決定、法定刑の決定という法益とは別個の問題を、分離せずに審査してしまっている。</p> <p>あるべき立法批判手法は、これらを別々に審査できなければならない。そこで本論文では、1. 行為規範の正統性と、2. 制裁規範の正統性(①非難提起の正統性、②刑罰投入の正統性、③法定刑の正統性)とを分け、各段階の審査枠組みを構築する。その際、ドイツの連邦憲法裁判所が採用する3段階審査および比例原則の枠組みを用いる。</p> <p>第1段階ではまず、行為規範の正統性が審査される。ここでは、制約される憲法上の権利(行為規制の範囲)と、立法目的(保護目的)とに着目した審査が行われる。ここでの行為規範は行為の禁止・要請一般をいい、制裁の有無は捨象される。したがって、法益論のように、「刑罰」投入との関係が問題とされるのではなく、当該目的が憲法適合的か否かだけが審査される。次いで手段審査として、手段の適合性、手段の必要性、狭義の比例性の3つが審査される。これを通して、侵害犯・具体的危険犯・抽象的危険犯のような各種犯罪類型の行為規範を段階づけることができ、規制される行為の範囲との衡量が可能となる。</p>			

第2段階は、刑罰を含む「制裁」が有する、行為者に対する非難提起の要素に着目した審査である。ここでも、非難提起の目的と、制約される憲法上の権利とが衡量される。制裁賦課による非難提起は、違反された行為規範の回復を目的とし、行為者の人格に結びつけられる。「責任なければ刑罰なし」という責任主義は、制裁が非難の意味を有する限り、排除しえない憲法上の要請となる。

第3段階では、制裁の種類を選択が審査される。非難自体が正統でも、刑罰を科しうるかは別の問題である。ここでの基本的視座は、刑罰と行政制裁が「非難」の意味・効果の点で区別されることである。刑罰は「国法秩序一般に関連性を有する行為規範」への違反に対する非難を意味し、行政制裁は「国法秩序のうちの特定の法制度に関連性を有する行為規範」への違反を非難するものと考えられる。立法者の選択の正統性は、「国法秩序一般との関連性が直接的かつ強いものと評価される行為規範であればあるほど刑罰の投入を正当化しやすい」、また、「行為者の答責性が大きければ大きいほど、刑罰の投入を正当化しやすい」という基準で審査される。

第4段階では法定刑が審査対象となる。刑罰による不利益賦課の目的は、規範が守っている公共の利益を行為者が不公正に獲得したことを、象徴的に清算することである。法定刑の重さは、これと憲法上の権利（自由や財産）の制約と衡量されなければならない。罪刑均衡の原則もこの文脈で理解される。しかし、「罪」と「刑」との均衡に関する絶対的な基準は明確ではないため、ここでは他の刑罰法規との比較が特に重要となる。

以上が本論文で構築される立法批判枠組みの概要である。その具体的適用方法を示すために、具体例として、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護に関する法律」の2014年改正を契機として現在盛んに議論されている、児童ポルノを自己の性的好奇心を満たす目的で所持すること（7条1項）の犯罪化を素材として取り上げた。

(続紙 2)

(論文審査の結果の要旨)

本論文は、刑事立法の憲法適合性を裁判所が審査するための判断枠組みを分析的作業に基づいて構築しようとする研究である。

従来から、責任主義を含む広い意味での比例原則は、刑罰法規の制定・解釈・適用を制約する憲法上の要請だと考えられてきた。しかし、それは一般的・抽象的レベルでは承認されてきたものの、実際の議論は、規制による権利の制約というデメリットと、規制により得られるメリットとの単純な比較にとどまることが多かった。本論文は、その不十分さを明確に指摘した上で、諸段階に分けた厳密な審査方法を提案するという新規性を有する。

すなわち、日本では、「刑法で保護するに値する利益」の探究によって立法を規制しようとする見解が有力であるが、この立場は、保護目的は何か、どの範囲の行為を規制するか、制裁という手段を用いるか、刑罰を科すことが必要か、その程度はいかなるものとするべきか、といった次元の異なる諸問題を分離できておらず、問題を有するとされる。そして実は、段階的な審査を行っているはずのドイツでも、必ずしもこれらを意識的に分けた議論が徹底されているわけではないことが明らかにされた。批判的に取り上げられる例は、近親姦処罰規定を合憲とした連邦憲法裁判所判決において、著名な刑法学者であるヴィンフリート・ハッセマー裁判官の付した反対意見である。本論文のこうした指摘は、日本の刑法学の分野ではこの問題に関する初めての本格的検討の成果として評価できる。これに引き続く部分では、上記諸問題を順次検討していくための判断枠組みが試論的に展開される。

このように、本論文は、憲法と刑法にまたがる着眼点を有する意欲的な研究ではあるものの、前半部分の分析の説得性に比して、後半における私見の提示には、論理の飛躍や、独自の前提に基づく主張などがあり、このままでは多くの賛同を期待できない。歴史的な議論が調査されていないために立論が未熟なままになっている面も目に付く。

しかし、それらの不十分さは著者が自覚しているところであり、今後必要な研究の見通しはすでに立てられている。問題を含む部分にも、従来取り組まれていなかった議論の素材を提供する意義は確実に認められる。実際、ここで示された枠組みは、昨今の刑事立法の検討に直ちに適用可能であり、本論文を契機とした学界の議論の活性化や立法論への貢献を期待させるものである。

以上の理由により、本論文は博士（法学）の学位を授与するに相応しいものであり、かつ、学界の発展に資するところが大きく、特に優れた研究であると認められる。

また、平成27年2月4日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果合格と認めた。

なお、本論文は、京都大学学位規程第14条第2項に該当するものと判断し、公表に際しては、当該論文の全文に代えてその内容を要約したものとすることを認める。