

(要約)

## 刑法学からの立法批判のあり方

上田 正基

### § 1 序論

刑事立法の活性化の時代と言われてしばらく経つ昨今も、刑法学界において議論を巻き起こす刑事立法がしばしばなされる。しかし、そのような刑事立法に対して、刑法学の立場から批判が行われるとき、我々は共通の理論枠組に基づいてそれを行なうてこなかったのではないだろうか。そしてその結果、一定の解釈論上の立場からの主張を行なうだけで、その対立点を明らかにしない非建設的な議論となってしまうのではないだろうか。このような問題意識から本稿は、刑法学からあるべき立法批判・提言手法を確立することを目指すものである。

そこで本稿では、立法者が従っていると考えられる行為準則を出発点とする。実際に立法を行なうのは立法者であり、それが従う行為準則に沿って議論をすることは、立法批判の共通の枠組を構築するために必要なことだと考えられるからである。

そのような立法者の行為準則の最低限の基準をなしているのは、裁判所が違憲立法審査を行なうに際してとる裁判準則である。なぜなら、裁判所の違憲立法審査は法律の違憲無効という効果を有し、立法者が法律を妥当させるために最低限遵守しなければならない条件を構成しているからである。したがって、私見の立法批判枠組の基盤は、立法の合憲性審査の基準に置かれる。

もともと、刑法学においても、これまで立法批判手法に関して全く議論がされてこなかったわけではない。法益保護主義を前提とする法益論、すなわち法益概念の立法批判機能をめぐる議論は、その一例であろう。しかし、このような刑法学上の立法批判手法についても、裁判所の合憲性審査手法との関係は明確にされなければならない。さもなければ、刑法学上の立法批判機能が、実際に機能し得る枠組となっていたのかは明らかとならない。また、この点は、後述するドイツの近親相姦決定以後、憲法あるいはそれが前提とする民主制と法益論の関係という形で、ドイツで議論されているところでもある。

本稿では、以上のような裁判所の合憲性審査手法及び刑法学上の立法批判手法のそれぞれを概観したうえで、それらの相違点及び問題点を踏まえて、私見の立法枠組を構築していく。

### § 2 立法批判枠組構築のための前提的考察

#### I 考察の出発点 —— 日独裁判所における立法の合憲性審査手法

最初に述べたことを前提として、まず、日独の裁判所が、刑罰法規の合憲性審査を行な

うにあたってとる審査手法を概観する。その対象は、刑罰法規の合憲性が問題となった比較的新しい事案であり、刑罰法規の合憲性が最も典型的に争われる、個人の自由権的な憲法上の権利が制約される場面が問題となった事案である、ドイツの近親相姦決定 (BVerfGE 120, 224, Beschl. v. 26. 2. 2008.) と、日本の堀越・世田谷事件最高裁判決 (最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁(堀越事件)及び最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1722 頁(世田谷事件)) である。そして、この概観は、近親相姦決定以後ドイツにおいて巻き起こった、刑事立法批判の手法をめぐる議論、とりわけ近親相姦決定の多数意見が法益論を批判したことをめぐる議論が、日本の議論にとってどの程度参照可能かを示すという観点からも行なわれる。

このような概観の結果として得られるのは、ドイツ連邦憲法裁判所が近親相姦決定の多数意見においてとった審査手法と、日本の最高裁がある法律の合憲性判断を行なう場合にとる審査手法とは、比較可能な形で類似しているということである。日本の最高裁は、ドイツ連邦憲法裁判所がとる三段階審査及び比例原則という審査手法をとるように、一定の審査枠組を明示的に使用しているわけではない。しかし、両裁判所がとる審査手法は、ある立法によって規制される行為に係る憲法上の権利の制約と当該制約の理由としての立法目的とが、衡量的に審査されるという点で共通する。したがって、刑事立法批判の手法をめぐるドイツの議論は、日本においても参照可能だと考えられるのである。

ただし、ドイツ連邦憲法裁判所と日本の最高裁の審査手法の間には重要な相違もある。それは、行為の禁止に違反した場合に「刑罰」が予定されていることをどのように考慮するかという点である。一方で、近親相姦決定の多数意見は、それを憲法上の権利の制約の態様・程度の問題として考慮し、比較衡量の一要素としている。他方で、堀越・世田谷事件判決においては、同様の行為が公務員法上の懲戒処分の対象でもあったにもかかわらず、刑罰を用いることの合理性はほとんど審査の上で考慮されていないのである。このような違いは次のような問題点を示唆する。すなわち、日独の裁判所の審査手法に従う限り、行為の禁止 (= 憲法上の権利の制約) の相当性を超えて、その違反に対して刑罰を含む制裁を予定することの相当性を、如何にして問うかが問題となるということである。この点は、刑法学が刑事立法の批判を行おうとする場合一般に、留意しておくべき点であり、刑法学から独自の基準を提供することが最も必要とされる場面でもある。

## II 刑法学における立法批判手法

### 1 「法益論」による立法批判手法

従来刑法学の議論においては、刑事立法の正統性とその限界を検討する際の基準として、「法益論」、すなわち法益概念の立法批判機能が挙げられてきた。簡単に言えば法益論とは、法益保護主義を前提として、「刑法は法益以外のものを守ってはならない」というテーゼをもって、刑事立法を批判的に検討することを試みる理論である。もっとも、法益論の中にも様々なバリエーションが存在し、法益概念を実定的と前実定的なものとのいずれと考えるのか、法益に該当するか否かの基準をどこに見出すか等が争われている。その中で憲法

を何らかの形で参照する法益論の存在を確認しておくことは、法益論と憲法上の合憲性審査手法との関係を検討するにあたって重要であろう。

日本においても、刑法の任務は法益保護であるという政策的原理（法益保護主義）を前提に、「法益概念」には立法批判機能があるという見解が述べられている。しかし、法益に該当するか否かを決定する評価基準が明らかにされることは少ないように感じられる。その中で、憲法上保護が正統とされるべきものでなければならぬということを法益概念の要素として取り込もうとする見解や、法益論を前提として比例原則の重要性に言及する見解は注目すべきである。

## 2 近親相姦決定における法益論批判

そのような刑法上の議論にもかかわらず、前述した近親相姦決定の多数意見は、三段階審査及び比例原則を用いた審査を行なう前提として、刑法学上議論される法益論から明らかに距離をとる判示を行なった。すなわち、「刑法規範は、憲法上、それによって追求される目的に関して、憲法を超えるより厳格な要件を課されることはない。とりわけ、そうした要件は刑罰的な法益論から導き出されるものではない」と述べたのである。そして、多数意見が法益論批判に際して要点としたのは、①法益の内容が一義的なものではなく、憲法からもそれが読み取れないということと、②法益論の思想が民主主義国家における立法者の役割と矛盾するということであつた。

## 3 法益論と比例原則の接合？ —— 近親相姦決定 Hassemer 反対意見の判断構造

三段階審査及び比例原則という立場から法益論を批判した多数意見に対して、近親相姦判決の Hassemer 反対意見は、その両者を接合しようとする試みの一つの具体例であると言える。その反対意見の審査枠組は、三段階審査及び比例原則という枠組自体は多数意見と共通するものの、その適用が大きく異なるものとなっている。まず目的審査においては、ある特定の基本権を制約することの目的はあまり問題とされておらず、何らかの行為を刑法によって制約することの目的が審査の中心となっている。手段審査においても、その目的審査の特徴が反映されている。刑罰を投入することについての正統な目的が、すでに目的審査において認定されている結果、手段審査の基本的判断構造は、投入された手段（ここでは、行為の禁止）がその目的を保護する手段としての適性があるか、適性があるとして必要性があるか、過剰になっていないかが問われているのである。これは、多数意見とは逆方向の審査構造となっている。

## 4 小括 —— 法益論による立法批判手法の特徴

刑罰という手段が用いられる場合を対象とした刑法学上の立法批判手法の一例である法益論の特徴は、裁判所が用いる合憲性審査手法とは違い、刑罰法規が保護の対象としてよい目的に、議論の重点を置いているということである。それは、法益論の観点から憲法が参照される場合にも、そのような目的としての法益を定義するためである。比例原則が用いられる場合にも、その特徴が反映される。

### Ⅲ 法益論による立法批判の問題点

裁判所がとる合憲性審査手法と法益論の立法批判手法との比較からは、法益論の次のような問題点が明らかとなる。それは、近親相姦決定を契機としてドイツでなされている、法益論が民主主義から乖離しているという批判とも共通するものである。

第一に、法益論は刑法の目的という側面に議論の重点を置き過ぎたため、ある刑罰法規によって規制される行為に係る憲法上の権利の制約との衡量という側面が抜け落ちてしまっている。国家が、ある行為を規制してよいかどうかは、そのような衡量的判断を経てしか確定されないにもかかわらずである。その結果、1つの刑罰法規を制定するにあたって決定すべき諸事項、すなわち、保護目的（対象）の決定及び行為規制の範囲の決定、制裁投入の決定及び刑罰投入の決定並びに法定刑の決定というそれぞれ別個の問題が、分離されずに審査されることにもなる。

第二に、法益論の立場から憲法が参照される場合、刑法が保護の対象としてよい目的が憲法上確定され得るということが前提とされている。しかし、そもそもその想定自体が、憲法が前提としている民主制の観念から乖離している。刑罰法規の立法目的は、立法者が、上記の衡量的判断を行なう討議を経て決定するものであり、憲法はそれに対して消極的な限界付けしか行っていない。それを超えて、刑法が保護してよい目的が客観的に存在すると想定することは許されないのである。

また、以上の問題点に関連して、法益論が憲法論領域と政策的領域のどちらで妥当する議論なのかが不明確となっている。

### Ⅳ 小括 —— 構築すべき立法批判枠組の基本構造

以上のような検討を踏まえると、立法者の行為準則に従った立法批判という観点からは、法益論の立法批判手法ではなく、合憲性審査手法としての三段階審査及び比例原則の枠組が、私見の立法批判枠組の基本構造とされなければならない。

その際、1つの刑罰法規を制定するにあたって決定すべき諸事項、すなわち、保護目的（対象）の決定及び行為規制の範囲の決定、制裁投入の決定及び刑罰投入の決定並びに法定刑の決定のそれぞれの正統性が、別個独立に審査されなければならない。それらは、行為規範の正統性及び制裁規範の正統性（非難提起の正統性・刑罰投入の正統性・法定刑の正統性）として審査される。そのそれぞれの問題について、ひとまず憲法適合性という観点から審査すべき要素を整理し、チェックリストを作成することが、本稿の以下での目的である。

## § 3 立法批判枠組の構築

### I 行為規範・制裁規範の具体的内容

前述したように、私見の立法批判枠組は、行為規範と制裁規範の分離を前提とする。ここでの両概念は、これまで刑法学上で議論されてきたそれらとは異なり、あくまでも憲法上の権利の制約についての論証枠組で利用することを前提とし、憲法上の権利の制約に関

して、それぞれの規範によって国家に対して授権された権限の観点から区別されるものである。

まず、本稿の行為規範は、「外界における一定の状態（危険及び侵害結果を含む）の発生を規制し、それと結び付く人間の行動を規律するもの」と定義される。また、刑法上の行為規範は、そこに規定された外界変動状態が生じた後に、それを生じさせた行為者に事後的に不利益を課すことによって、外界変動状態と結び付く行為を事後的に規制する。そして、そのような規制の授権条件を定めるという点では、評価規範でもある。しかし、当該行為規範の違反に対して制裁が科されるという事情は、行為規範概念を考える際には捨象される。したがって、故意・過失等の制裁を科するための要件は、行為規範の内容とならない。

次に制裁規範とは、行為規範違反が生じた場合に、制裁を賦課することによって行為者を非難し、それと同時に実体的不利益（自由刑等）を賦課することを、国家に授権している規範と定義される。ここで、非難提起は、国家が民主的に設定した行為規範の方が、行為者が実際に行動する際に準拠した行為規範よりも正しいということを表明するために行なわれる。その意味で、制裁賦課による非難提起の目的は、違反された行為規範の回復である。また、実体的不利益の賦課は、非難とは別の目的で行われるものと理解される。

## II 行為規範の正統性審査の手法

行為規範の正統性審査においては、ある刑罰法規によって規制される行為と、当該法規の立法目的との衡量的な審査が行われる。行為規範において、刑罰が予定されていることは捨象されるので、行為規範の正統性審査に関する以下の枠組は、国家が行為を禁止・要請する場合の全てで妥当する。その審査枠組を、三段階審査及び比例原則の枠組に従って示すと、次のようになる。

### 1 保護範囲、制約される憲法上の権利

刑法上（制裁法上）の行為規範は、ある行為が行われた後にその法的責任を追及すること（事後制約）を授権するものである。したがって、行為規範が把握する当該行為をなす自由を保障するところの憲法上の権利が、行為規範によって制約されることになる。ここでは、「殺人の自由」等の重大な他者加害を伴う行為も一応憲法上保障される。

### 2 制約

行為規範の正当化の段階で正当化を要する制約は、制裁を科すことによって発現する事後的制約である。すなわち、行為規範によって把握されている外界変動状態と結び付く行為に対して、事後的に不利益が課されることが制約なのである。制裁の威嚇によって、当該行為が控えられることが制約となるわけではない。したがって、行為規範に刑罰（あるいは、制裁）が付加されたとしても、行為規範段階の保護範囲及び制約についての確定に何ら変化は生じないのである。

### 3 制約の正当化（1）—— 目的審査

行為規範は刑法特有のものではないことから、目的審査においても、法益論のように、

刑罰を投入するために必要とされる立法目的（保護対象）は問題とされない。立法目的については、当該目的が憲法適合的か否かだけが消極的に審査される。ここでの目的は、行為の規制に係る憲法上の権利の制約と衡量されるべきものである。

#### **4 制約の正当化（2）—— 手段審査**

目的審査がパスされれば、次は正統とされた規制目的と立法者が投入した手段との関係が審査されなければならない。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。

第一に適合性については、立法者が行為規範の定立に際して法的不承認決定を下した「行為と結び付いた外界変動状態」が存在しなければ、立法目的たる法益が保護されている状態が促進される、という関係が成り立つか否かが審査される。ここでは、立法目的たる法益に対して何ら害をもたらないような行為態様を規制する行為規範や、一般的・抽象的に遵守不可能な行為規範が、その適合性を否定される。

第二に、等しく実効的な手段のうち、等しい成果ないしよりよい成果を、より重大でない制約によって達成できる場合には、必要性は存在しない。行為規範についての制約の重大性は、それによって制約される行為の量によって測定される。これは、侵害犯・具体的危険犯・抽象的危険犯のような各犯罪類型の行為規範毎に判断される。しかし、制約される行為の量が増えれば、それだけ実効性も上がると考えられるため、必要性の審査は機能しない。

最後に狭義の比例性の段階では、これまでの審査で確定された、立法目的に関する要素と憲法上の権利の制約に関する要素が衡量される。この衡量は次のように定式化される。

重要な憲法上の権利によって保障される、侵害から遠い、危険性の低い行為を幅広く制約するためには、当該規制された行為から予測される結果が、それだけ重要な目的に関するものであり、重大なものでなければならない。

### **Ⅲ 制裁規範の正統性審査（1）—— 非難提起の正統性**

行為規範の正統性が確認されれば、次の段階では制裁規範の正統性が審査されることとなる。その第一段階では、制裁一般に共通する要素である、行為者に対する非難提起の正統性が審査される。

#### **1 制約される憲法上の権利、保護範囲及び制約**

制裁による非難提起の過程は、行為者の行為規範違反を主題化し、国家の行為規範に対する行為者の態度が誤っているということを一定の手續に基づいて認定し、それを通して国家が制定した行為規範の方が正しいと表明することを内容とする。その中で行為者の態度が誤っているという評価が非難であり、それは行為者の人格と直接結び付けられる。したがって、制裁による非難提起は、個人の人格的価値についての評価を目的的に低下させ、憲法13条によって保障される人格権を制約する。

このように、非難提起の性質が行為者の人格権制約とそれによる規範回復と理解されるならば、「責任なければ刑罰なし」という意味での責任主義は、制裁という手段を使う限り、

排除することが許されない憲法上の要請として理解されなければならない。

## 2 制約の正当化（１）—— 目的審査

制裁賦課による非難提起の目的は、違反された（憲法適合的な）行為規範を回復し、それと同時に制裁予告の真摯性を確証し、それを通して行為規範を貫徹することにある。行為規範は遵守され、妥当し続けなければ無意味であるから、立法者にとって、憲法適合的な行為規範である限り、それを貫徹し、回復させることは、原則として憲法上正統な目的となる。したがって、制裁規範の基礎となる行為規範が合憲であり、その行為規範の違反に非難が向けられている限り、制裁規範の目的は憲法適合的である。

## 3 制約の正当化（２）—— 手段審査

ここでも、行為規範の審査の場合と同様、比例原則が適用され、手段の適合性、必要性、狭義の比例性が審査される。

制裁賦課による非難提起は、特定の行為規範の回復に適合的な形で行なわれなければならない。非難の意味合いが、当該行為規範を非難するものとは異なって受領される場合には、そのような適合性が欠ける。また、制裁賦課による非難提起を通じた行為規範の回復は、行為規範と制裁規範の協働による抑止プロセスの一環として行なわれるものである。したがって、非難の基礎となっている行為規範を遵守するように、将来の潜在的行為者が行為を変更できない場合には、当該行為規範の違反に対して規範回復を目的として非難を提起することは適合的な手段ではない。この観点から許されない場合の典型例が、単純所持という「状態」そのものを把握する行為規範に違反した場合の非難提起である。

必要性については、制裁に関して非難による規範回復という目的のみが顧慮される結果、同様の目的を充たし得るようなより緩やかな代替手段の存在は明らかではなく、制裁賦課による非難提起は通常必要性が認められる。

最終的に、非難提起の正統性審査においても、目的に関する要素と制約に関する要素の衡量が問題となる。それを定式化すると次のようになる。

違反された行為規範が重要なものであればあるほど、その違反に対する行為者の答責性が小さいものであっても、また、過失にすぎない場合であっても、行為者に制裁を科し、その者を非難することが認められやすくなる。逆に、行為規範の違反に対する行為者の答責性が大きく、また、故意が認められる場合には、違反された行為規範の重要性が低いものであったとしても、行為者を非難することは認められやすくなる。

## IV 制裁規範の正統性（２）—— 刑罰投入の正統性

立法批判枠組の次の段階では、主として、刑罰と行政制裁との選択の問題が審査される。ここでの基本的視座は、刑罰と行政制裁が、制裁賦課による非難の意味・効果レベルで区別されることである。私見によれば、刑罰は「国法秩序一般に関連性を有する行為規範」に対する違反を非難する意味を有し、それを回復する効果を有する。他方で行政制裁は「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」に対する違反を非難する意味を有し、それを回復する効果を有する。したがって、両制裁の選択にあたっては、同一の行

為規範がどちらの行為規範と評価されるかが重要となる。この評価に対する立法者の判断は、どちらの制裁を選択するかによって表され、当該選択の正統性が、次のような基準によって審査される。

特定の法制度との関連性を超えて、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（あるいは、当該関連性が説得的に証明されればされるほど）、刑罰の投入が正当化されやすくなる。また、行為者の答責性が大きければ大きいほど、刑罰の投入が正当化されやすくなる。両基準は、相関的に判断される。

### **V 制裁規範の正統性（3）—— 法定刑の正統性**

刑罰の実体的不利益の賦課の側面は、「行為者が自ら公共の利益を保護する行為規範に違反しているにもかかわらず、他の者が当該行為規範を遵守することによって維持される当該公共の利益を、不公正に獲得する」という事態を、象徴的に清算することを目的とする。したがって、法定刑の重さは、そのような象徴的清算という目的と、実体的不利益の賦課によって制約される憲法上の権利（自由刑の場合は自由に対する権利、財産刑の場合は一般的行為自由）との衡量によって審査されなければならない。罪刑均衡の原則は、この文脈で理解される。

しかし、ある刑罰法規を単体で審査することは、ここでは実効的ではない。というのも、どれ程の「罪」に、どれ程の「刑」が均衡するののかに関して絶対的な基準が明確とならないからである。そこで、刑罰制度内部での法定刑の一貫性という観点から、他の刑罰法規との比較による審査が重要となる。一定の区別事情に基づいて法定刑を異にする刑罰法規の間で、当該区別事情を別異取扱いの理由とすることが正統か、法定刑の別異取扱いの程度が当該区別事情を評価するものとして比例的かが審査されなければならないのである。

## **§ 4 立法批判枠組の具体的適用**

以上のような審査枠組の具体的適用方法を示すために、本稿では、児童ポルノ禁止法の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（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7条1項。以下では「私的所持」という。）の犯罪化を素材として取り上げた。これを例としたのは、私的所持の犯罪化が、行為規範の正統性及び制裁規範の正統性のそれぞれの審査段階で問題となる事項を多く含むからである。それらは、従来から児童ポルノ禁止法に関して議論されてきた問題点であり、刑事立法批判一般に際して争われる問題点とその多くが共通する。したがって、そのような論争点が私見の立法批判手法のどの段階で、いかなる態様で争われるものであるかを示せば、私見の審査枠組の具体的適用方法を、刑事立法一般に応用可能な形で示すことができると考えたのである。

以上の検討の過程で得られた私見は、児童ポルノの私的所持の行為規範は正統であるが、その違反に対して、刑罰を含む制裁を科すことは正統ではないというものである。



## § 5 終わりに

本稿で示した私見の立法批判枠組は、ある刑罰法規の合憲性審査を出発点としたものである。各審査段階を経ることによって、ある刑罰法規が最低限憲法適合的であることが確定される。しかし、そのような憲法適合的であるという結論は、当該刑罰法規が刑事政策的に望ましいということの意味しない。したがって、政策的観点をさらに充実させていくことが、刑事立法のチェックリストの構築にとって必要となろう。この作業は、立法学と憲法学と刑法学が交錯する領域に属するものである。今後は、各学問が交錯する領域において、刑罰法規の立法論、政策論及び解釈論に関する知見を深めていきたい。