

## 法益論・危害原理・憲法判断

——刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察——

仲 道 祐 樹

### I はじめに

20世紀から21世紀への移行期以来、伝統的な犯罪結果であった法益侵害・危殆化の前段階に位置する行為の犯罪化（処罰の早期化）傾向が見られるようになった。当初行われていたのは不正アクセス禁止法や、支払用カード電磁的記録不正作出罪のような、財産犯の予備的行為の犯罪化や、ストーカー行為等規制法のような人身犯罪の予備段階での介入・犯罪化であったが、近時では、いわゆるテロ等準備罪のような組織犯罪であることに着目した早期化立法も行われている。

このような現状に対して、伝統的には法益論による立法批判が期待されてきた（法益論の立法批判機能）<sup>(1)</sup>。しかし、法益論によって処罰の早期化現象を適切にコントロールできるのかという点はかねてより疑問視されている。先駆的には、伊東研祐が、法益概念を措定することの「虚しさ」を表明し、「刑罰発動の限界に関する要件は、法益概念自体からは導出することが出来ない」としていたが<sup>(2)</sup>、近時でも、例えば井田良は、「刑罰的規制を正当化する原理としての法益思想ないし侵害原理は、立法上（そし

(1) 多くの文献に代えて、嘉門優『法益論』（2019年）1頁、Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 2 Rn. 12.

(2) 伊東研祐『法益概念史研究』（1984年）415頁。

て解釈上) の一元的な指針としての性格をすでに失っている」と評し<sup>(3)</sup>、松宮孝明も、「現在の社会において比較的異論の少ない刑罰法規のもつ『保護法益』の多様性に鑑みれば、『法益』というものの属性をア・プリオリに規定して刑事立法の当否を判断することは不可能であるし、また、そのようなことは誰も現実にはしていない」と指摘する<sup>(4)</sup>。また、中村悠人は「法益であるか否かは結論的なものであり、刑罰投入の限界を画する基準としては、必要条件たり得ても、決定的なものとはならない。法益として刑法による保護に値するかを法益論から一元的に導くことは、困難なのである」と法益論という発想そのものに批判を加えている<sup>(5)</sup>。

これに対して、法益論を擁護する側からは次の2通りの回答が用意されている。1つは、甲斐克則に代表される法益概念そのものの精緻化、あるいは「適切な法益概念の提示」というアプローチである。甲斐によれば、法益概念が立法批判機能を果たせなくなっているのは、「掘って立つ法益論に問題がある」からであり、「存在論的基盤に立脚」した法益概念によって法益論を再生させる必要があるとする<sup>(6)</sup>。ここでは、法益概念の立法批判機能を回復する手段として、適切な法益概念を構築するというアプローチが採用されている。

いま1つは、嘉門優に代表される、法益保護原則を基盤として規制される行為と法益の関連性を問うアプローチである<sup>(7)</sup>。嘉門は、「刑法は、たとえ法益を保護するためであっても、ただちに発動されるべきものではなく、「他の社会統制手段で間に合うのであれば、その手段に委ねられるべき」であり、「当該立法に法益が存在することが確認されたとしても

(3) 井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法時75巻2号(2003年)5頁。

(4) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003年)41頁。同「法益論の意義と限界を論ずる意味」刑雑47巻1号(2007年)4頁以下も参照。

(5) 中村悠人「法益論と社会侵害性について」生田古稀『自由と安全の刑事法学』(2014年)33頁。

(6) 甲斐克則「刑事立法と法益概念の機能」法時75巻2号(2003年)7頁以下。

(7) 嘉門・前掲注(1)5頁,73頁。

……さらなる他の正当化要素が吟味される必要がある」とする<sup>(8)</sup>。ここでは何が法益かを名指すことによって法益論の役割が終わるわけではないという理解の下、法益保護原則というワンパッケージの立法批判枠組としてこれを捉え直すアプローチが採用されている。

他方で近時では、法益論単体での立法批判機能と並んで、あるいはこれを否定して、Ⅱで詳述する比例原則を援用するアプローチが見られるようになってきている。松原芳博は、法益保護主義からは比例原則が要求される<sup>(9)</sup>として、嘉門のアプローチを比例原則として具体化している。井田は法益論に代わる（あるいはこれを補う）ものとして比例原則を採用し、これに違反する立法は憲法31条に違反して違憲であるとする<sup>(10)</sup>。さらに、上田正基は、立法者の行為準則に従った立法批判という視点から、立法者に対する拘束を憲法の問題と捉え直し、その判断基準として比例原則を用いることを提唱する<sup>(11)</sup>。もっとも、このようなアプローチに対しては、より良き立法の指針構築にとっての法益論の重要性という指摘もなされている<sup>(12)</sup>。

このような状況下において、本稿が行うのは、第1に、法益概念がそれ単体で立法批判機能を果たしえるかに関する比較法的分析である。日本の法益論に多大な影響を与えているドイツにおける近時の議論から、法益論の内包する問題点を析出するとともに、英米圏における危害原理をめぐる議論を参照することにより、危害原理の内包する問題点を析出する。結論を先に示せば、本稿は、法益論・危害原理は、それ単体では、立法批判機能を果たしえないとの帰結に至る。

第2に、本稿では、法益論を補うものとして、刑事立法の判断枠組の憲

(8) 嘉門優「法益論の現代的意義」刑雑47巻1号（2007年）37頁以下。

(9) 松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（2017年）16頁以下。小島秀夫「法益論の根本的問題」大東26巻2号（2017年）28頁も参照。

(10) 井田良『講義・刑法学総論〔第2版〕』（2018年）26頁以下。

(11) 上田正基『その行為、本当に処罰しますか』（2016年）57頁。

(12) 三上正隆「書評」刑ジャ51号（2017年）133頁。

法化の方向性が妥当であることを示す。これを通じて、研究者が主張する「原理・原則」は、それが憲法上の制約としての性質を有しない限り、立法者を直接拘束する機能はなく、ただ立法者に「より良き立法」を提案する機能しか持たない（むしろそれが刑法学者の主たる役割である）ことを示す。この帰結は、憲法により設定される外枠と、刑法学者の理論的立法提案・批判からなる刑事立法分析の2段階構造として提示される<sup>(13)</sup>。

以下では、まずドイツにおける近時の法益論および比例原則をめぐる議論を概観し、現在の到達点と問題点を提示する（Ⅱ）。次に英米圏に目を向け、危害原理が法益論と同じ問題に逢着したことを示す（Ⅲ）。以上の分析から、法益論・危害原理を補う、憲法判断に基づく刑事立法分析枠組を提示する（Ⅳ）。

## Ⅱ ドイツ法——法益概念の立法批判機能——

### 1 近時の議論の出発点——近親姦決定——

本章の目的は、近時のドイツの議論の展開から法益論の立法批判機能がなお有効かを検証し、有効でないとすればどこにその問題点があるのかを明らかにする点にある。すでにドイツの法益論・法益概念については膨大な先行研究があるが<sup>(14)</sup>、本稿の問題意識からは、2008年の連邦憲法裁判所近親姦決定（BVerfGE 120, 224）以降の議論を主たる対象とし、それ以前の議論は同決定が提起した論争に関わる範囲で言及するにとどめる。

2008年の近親姦決定は、幼い頃に生き別れとなった妹と、それと知らずに再会し、性交をした行為が、ドイツ刑法173条の近親間の性交に問われた事件に関するものである。同決定の多数意見は、同規定を合憲とした

(13) 本稿の示す立法分析の枠組は、上田・前掲注（11）39頁以下が「合憲性の限界と政策論の分離」と呼んだものと対応し、この点で本稿は、上田の枠組を基本的に支持するものである。その差異については、後掲注（118）を参照。

(14) 特に伊東・前掲注（2）、内藤謙『刑法理論の史的展開』（2007年）67頁以下、139頁以下、および嘉門・前掲注（1）を参照。

が、その中で法益論・法益概念の立法批判機能に関する批判を展開しており、これがその後のドイツで大きな議論を引き起こす契機となった<sup>(15)</sup>。

連邦憲法裁判所は、次のようにいう（本文中の判例・文献書誌情報は省略する。キッコーは引用者による。以下同様）。

兄弟姉妹間の近親姦を処罰するとの立法者の決定は……基本法1条1項および2条1項に照らして、憲法上の異議を向けられるものではない。……基本法1条1項および2条1項による一般的人格権を制約するには、そこから制約の要件と制約範囲が明瞭かつ個々人に認識可能な形で導き出されるような、憲法に適合した法律上の基礎が必要である。実体的に見れば、立法者は比例原則を遵守するよう義務づけられている。比例原則は……刑罰法規が他者の保護あるいは公共の保護に資することを要求する。刑法は、特定の行動が、それが禁止されているということを超えて、特に社会に害を及ぼし、人間の秩序ある共同生活にとって耐えがたいものであって、これを阻止することが喫緊の課題となる場合に、法益保護の「最終手段」として投入される。刑罰威嚇、刑罰賦課、刑の執行に表れている社会倫理的な無価値評価ゆえに、刑罰法規の検証基準としての過剰禁止に特別な意味が付与される。しかし、可罰的な行為の範囲を、拘束力をもって定めるのは基本的に立法者にかかる事項である。立法者は、その保護が重要であると考えた特定の法益を、まさに刑法という手段によって守ろうとするかどうか、場合によってはどのようにこれを行うかについて、原則として自由である<sup>(16)</sup>。

刑罰法規は憲法上、刑罰法規によって追求される目的について、〔憲法の規定に合致し、不文の憲法原理および基本法の原則決定に適合していること〕以上の厳格な要請に服することはない。とりわけ、そのような制約が刑法上の保護法益論から導出されることはない。そもそも法益の概念について

(15) なお、同決定には Hassemer 裁判官による反対意見が付されているが、嘉門優「刑事立法論の前提的考察」齊藤豊治古稀『刑事法理論の探求と発見』（2012年）14頁以下、上田・前掲注（11）34頁以下で詳細な検討がされていることから本稿では割愛する。

(16) BVerfGE 120, 224, 239 f.

一致を見ていない。「法益」を、規範的法益概念と理解し、立法者が現行法に基づいて法的保護に値すると評価したものとすれば、この概念は、各刑罰法規の立法理由を示す程度のもとなる。この概念では、立法者への指導機能を果たすことはできない。これに対して、「自然主義的」法益論により、正当な法益として特定の「社会生活の諸状態」のみを認めようとするならば、あるいは、超実定法的法益概念に立つ場合には、このような構想は……刑罰目的と同様、刑法という手段によって保護されるべき利益を定め、刑罰法規を社会の発展に適合するようにすることは、民主的に正当化されている立法者にかかる事項であるということと抵触する。この権限は……立法者以外の審級によって「承認された」法益を持ち出して狭められるものではない。この権限の限界は……憲法がある特定の目的の追求をはじめから排除している場合に限って、憲法自身の中にのみ存在するのである<sup>(17)</sup>。

本決定は、法益論の立法批判機能自体に疑問を投げかけたものと受け止められ、ドイツの学界に大きな反響を巻き起こした。とりわけ、立法者は比例原則には服するが、法益概念により立法者の判断を拘束することは憲法が予定していないとする点は、伝統的な法益論への根本的な挑戦であった。論じられるべき論点は多岐にわたるが、本稿の問題意識からは、①法益概念は超実定法的制約として、憲法の外から立法者を直接拘束できるものであるか、②法益概念を憲法から導出することができるか、③法益概念自体に立法規制能力があるか、が特に重要となる。

## 2 超実定法的制約としての法益概念

法益論・法益概念は、憲法を超えた超実定法的制約であるとする見解は次のような形で主張される。例えば Winfried Hassemer は、社会契約説の枠組の中で、「社会契約上保障された自由の侵害のみを犯罪とみなすことが許される。法益は体系上、正当な犯罪化の消極的基準としての地位を有する。具体的な法益侵害がなければ、犯罪もないのである」とする<sup>(18)</sup>。

(17) BVerfGE 120, 224, 241 f.

(18) Hassemer, ZRP 1992, 378, 380.

Bernd Schünemann も、社会契約説を「あらゆる憲法によって、すなわち基本法によっても前提とされるべき基本的考え方」と位置づけ<sup>(19)</sup>、「社会契約という構想に依拠することによって、国家が刑法という手段によって保護してよいものは何か、保護してはならないものは何かに関する枠組が与えられる」とする。この構想からは、例えば財や害は、任意の財／害であれば足りるのではなく、「実りある共同生活にとって切実な利益」のみが刑法による保護の対象となりうるということになる<sup>(20)</sup>。

以上の見解は、立法者の判断を、法体系に前置される法益概念によって制約することを意図する。しかし、このような前実定法的・超実定法的な法益理解については、第1に、社会契約説から直接法益概念を導出する点に批判が向けられる。Armin Engländer は、「社会契約」という概念の下には様々な構想が混在しており、社会契約による刑罰権の国家への移譲は限定的なものであるとする Hassemer らの理解に与しない社会契約説の主張者も存在していること<sup>(21)</sup>、社会契約は、現実に行われた契約ではなく、単なる思考実験であるから、そのような〈仮定の契約〉が現実の立法者を拘束する理由はないことを指摘する<sup>(22)</sup>。

第2に、誰が法益を決定することができるのかという問題が指摘されている<sup>(23)</sup>。Carl-Friedrich Stuckenberg は次のように表現する。「基本法の

(19) Schünemann, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 143.

(20) Schünemann (Fn. 19), S. 141 f.

(21) Engländer, ZStW 127 (2015), 616, 623, Fn. 39はHobbesを例として挙げる。

(22) Engländer, ZStW 127 (2015), 616, 623. 本論文の紹介として、小島秀夫「アルミン・エングレンダー『実質的法益論を憲法によってよみがえらせることは可能か?』」大東文化大学法学研究所報37号(2017年)43頁以下。さらに、アルミン・エングレンダー(小島秀夫訳)「ドイツ刑法学における法益論」増田古稀『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』(2018年)1頁以下、同「法益論」大東28巻1号(2018年)263頁以下。また、ある特定の時期の刑法・刑法理論を現在の刑法を批判する際の準拠枠とすることに対する批判として、Kindhäuser, FS-Yamanaka, 443, 464 f. も参照。

(23) すでに、上田・前掲注(11)47頁以下。

秩序に照らすと、民主的立法者は、その目的および規制の形式を選択する際には原則として自由であり、ただ憲法のみがその限界を設定する。それゆえ多元的社会においては、〔規制の〕目的を定義し、手段を選択することは、政治過程の課題である。法律が、憲法に適合した枠組の範囲内にある限り、その法律は、主権の存する国民の意思の正当な現れなのであって、それが理性的かつリベラルな解決策であるかどうか、あるいは理論に反するとか、目的が無用のものであるとか、その他誤っているとみなす十分な理由があるかどうかは関係がない」と<sup>(24)</sup>。

例えば法学者が、「立法者を拘束できる〈正しい〉法益概念」を提示できるとして、それに違反している法律は何らかの意味で〈無効〉になるのであろうか。おそらくその答えは否であらう。民主的正統性を有しない法学者の見解が、民主的に選ばれた立法者の判断に優越するとする理由は、少なくとも現行憲法下においては、見出しにくいように思われる<sup>(25)</sup>。

仮にそれが可能になるとすれば、法学者の提示した「〈正しい〉法益概念」が憲法にその基礎を持ち、それゆえに「〈正しい〉法益」を追求していない立法は違憲であるという理論構成が成り立つ場合である。この論理を成り立たせるためには、「〈正しい〉法益概念」が憲法から導出できるかという次の問題を検討する必要がある。

### 3 憲法からの法益概念の導出可能性

憲法から法益概念を導出しようとする試みは、Claus Roxin にすでに見

(24) *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 658.

(25) *Gärditz*, JZ 2016, 641, 645は「社会的に許容可能なものの限界は動きがあるものであり、かつ価値に依存したものである。これを定義すること、利益の衝突を解消すること、そして倫理的に争いのある領域についてルール化を通じて方針を安定させることはまさに民主的な立法の継続的な課題なのである」とする。法益論に即していえば、何が法益であるか自体が「何が社会的に保護に値するものであるか」という判断に依存する事柄であり、多元的な民主国家においては立法者が異なる価値の存在を認識した上で決定すべき事項であるということになろう。

られる。Roxinによれば、「市民は、平和かつ自由で、各人の人権を守る共同生活を保障するのに必要な限度でのみ、国家に刑罰権を譲り渡した」という社会契約説は、ドイツの基本法を含めた、多くのヨーロッパの憲法の「歴史的基礎」であって、現在ではそこに「憲法に基礎を持つ法益理解が必然的に結びついている」という<sup>(26)</sup>。

しかし、このようなアプローチに対しては、①そもそも憲法から一定の法益を導出することが可能か、②仮にできるとしてそれが妥当かという2点の批判が可能である。

例えば、生命、移動の自由、財産といった利益については、日本でいえば憲法13条、22条、29条で保障されたものであり、憲法上の地位のある法益がここから導出されるといえそうである<sup>(27)</sup>。しかし、身体の生理的機能や、名誉、性的自己決定といった法益の憲法上の根拠条文が何かを特定することは相当に難しい。現にRoxinは具体的な根拠条文を提示していない<sup>(28)</sup>。適切な根拠条文を有しない保護法益をどのように憲法上のものとして位置づけるかがなお問題として残る。

根拠条文の不存在をクリアしうる方法として、憲法13条の幸福追求権あるいは憲法31条のデュープロセス条項（ドイツでいえば、人間の尊厳に関する基本法1条1項と一般的行為自由に関わる2条、法治国家原理に関する20条3項などがこれに対応する）から必要なすべての法益が導出できると考える

(26) Roxin, FS-Hassemer, 573, 578.

(27) ドイツにおける基本権保護義務との関係での各基本権規定の保護法益については、Löffler, Rechtsgut als Verfassungsbegriff, 2017, S. 102 ff. が詳しい。

(28) Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 374 f. の批判も参照。ただし、ドイツ基本法2条2項1文は、「何人も、生命への権利及び身体の無瑕性への権利を有する。」とし、同5条2項は、「これらの権利〔5条1項の表現、出版、放送、報道の自由等〕は、一般的法律の規定、青少年保護のための法律上の規定、及び人格的名誉権によって制限を受ける。」としており、身体、名誉といった法益を基本法から導出することは不可能ではない（訳は、高橋和之編『[新版]世界憲法集第2版』（2012年）169頁以下〔石川健治〕による）。

ルートがありうる<sup>(29)</sup>。しかし、そのような方法ではこれらの条文が「すべての法益を生み出す受け皿条項」になってしまい、憲法に書かれていない利益や価値がそこに無限に読み込まれることとなる<sup>(30)</sup>。

このような〈憲法上の法益〉のインフレは次の問題を引き起こす。仮に、一般条項によってすべての法益が憲法上の地位を得られるとした場合、〈憲法上の地位を持つ法益〉は、少なくともドイツにおいては、国家に保護義務が生じる利益と位置づけられることになる<sup>(31)</sup>。そうすると、一般条項によって無限に産出される〈憲法上の地位を持つ法益〉は、その重要性ゆえに、立法者に対してその保護のために必要な犯罪化を要求するという帰結に至る<sup>(32)</sup>。これは法益概念の立法批判機能を著しく損なう帰結であり、憲法から法益概念を導出する試みは当初の目的を達成できないアプローチであると評価されることになる。

#### 4 法益自体の立法規制能力

最後に、法益概念が何らかの意味で立法者を拘束できるだけの地位を獲得しえたとして、それで問題が解決するわけではないという批判が可能である。いかなる権利・利益が刑法の保護に値するかを決定したとしても、それだけではそれをどのように保護するか（刑事規制によるか、行政規制によるか、その他の方法か）は決定できないというのである<sup>(33)</sup>。Boris Burghardtの表現を借りれば、「もはや、何が正当な保護対象かの問題は重要ではなく、どのような態度であれば、正当な方法で犯罪化できるのか

(29) Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, § 2 Rn. 16.

(30) *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 36. *Appel* (Fn. 28), S. 377はこれを「(すでに具体化の終わった)法益概念を憲法〔という入れ物〕の中に入れ込む試み」にすぎないとする。

(31) *Jarass/Pieroth*, GG Kommentar, 15. Aufl., 2018, Vorb. vor Art. 1, Rn. 8, 小山剛「基本権保護義務論」憲法の争点(2008年)86頁以下。

(32) *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24, 36.

(33) *Brüning*, Das Verhältnis des Strafrechts zum Disziplinarrecht, 2017, S. 513.

が問題なのである」<sup>(34)</sup>。

ではその「正当な方法で犯罪化」しているかを、法益以外の観点からいかに判断するか。それは、国家による刑事立法の限界、すなわち立法権の憲法的限界の問題である<sup>(35)</sup>。

## 5 憲法判断としての比例原則による制約と法益論

### (1) 比例原則

公法学者の立場から、Klaus Ferdinand Gärditzは、「国家刑罰権の限界は、規範の序列上も、憲法の基準によって設定されるものである」とし<sup>(36)</sup>、刑法学からもJohannes Kasparが、法秩序のヒエラルキーとして、憲法はその他の法律に対して優位にあり、それゆえ下位の法律である実体刑法も憲法によって正当化され、また制約されなければならないとの認識を示していた<sup>(37)</sup>。その際に判断基準として用いられるのが、比例原則である<sup>(38)</sup>。

比例原則は、ドイツ警察法上の原則として生成されたものであるが<sup>(39)</sup>、現在では連邦憲法裁判所によって、法治国家原理、あるいは基本権の本質に由来する憲法上の原則であるとされている<sup>(40)</sup>。警察法は行政法の一部であるため、歴史的には行政権の制約原理であったが、法治国家原理が基本法20条2項および3項から読み出され、同3項が「立法者は憲法秩序に

(34) *Burghardt*, in: Brunhöber (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, 2014, S. 99.

(35) *Burghardt* (Fn. 34), S. 101.

(36) *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331.

(37) *Kaspar*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S. 28 f.

(38) ドイツにおける憲法と刑事立法の関係に関する先行研究として、*Appel* (Fn. 28), *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005がある。日本における先行研究として、萩原滋「刑罰権の限界としての比例原則 (1) (2・完)」愛大155号(2001年)1頁以下、愛大156号(2001年)31頁以下が詳細である。

(39) 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(2010年)5頁。

(40) BVerfGE 19, 342, 348f.; 20, 127, 133.

拘束され〔る〕』としていること、および基本権の本質という理由づけからは基本法 1 条 3 項が「基本権は立法者……を拘束する」としていることから、現在では立法者をも拘束する原則であると解されている<sup>(41)</sup>。

比例原則は、国家が法律により、個人の基本権を制限する際に、その制限の程度を制限するものであることから「制限の制限 (Schranken-Schranken)」と呼ばれる<sup>(42)</sup>。それゆえ、合憲性審査にあたって、比例原則による判断を行う際に、そもそも、①いかなる憲法上の権利が問題となるのか、②合憲性審査の対象となる法律は、この憲法上の権利を制限するものが前提問題となる<sup>(43)</sup>。その上で、法律による憲法上の権利の制限が適切かを比例原則に則して判断することになる。比例原則による審査はさらに、③国家により追求される規制目的が正当かどうか、④当該目的のために投入される手段が目的達成のために適格的 (geeignet) かどうか、すなわち、その手段が目的達成に資するものであるか、⑤当該手段が目的達成のために必要 (erforderlich) かどうか、すなわち、同程度に有効であり、選択された手段よりも制限の程度の少ない手段がないか、⑥当該国家行為によって達成される目的と、生じる損害との均衡がとれているか (狭義の比例性) という段階的判断から構成されている<sup>(44)</sup>。

## (2) ケースによる敷衍

ここでは、刑事立法における比例原則の考え方を、文献上、連邦憲法裁判所が「実体的基本権への比例性を欠く介入であるとして、違憲とした唯一の犯罪構成要件」とされる<sup>(45)</sup>、自動車乗合センター事件 (BVerfGE 17,

(41) *Ipsen*, Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl., 2010, S. 114, *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 34. Aufl., 2018, Rn. 331.

(42) *Voßkuhle*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429.

(43) *Kielmansegg Graf*, Die Grundrechtsprüfung, JuS 2008, 23, 23 f.

(44) *Ipsen*, Grundrechte Staatsrecht II, 21. Aufl., 2018, Rn. 184–195.

(45) *Goeckenjan*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 188. ただし現在理解されている意味での比例原則が確立する以前の判例であり、現在の比例原則とほぼ同様の思考過程をたどっているが、そのフォーマットにそって書かれているわけではない。以下は筆者が比例原則のフォーマットに整理

306) を用いて敷衍したい。

第2次世界大戦後の西ドイツでは、自動車乗合センター(Mitfahrerzentralen)が様々な地域で設立され、ある目的地へ移動したい旅客に対して、同じ目的地に向かう運転手を斡旋する業務を行っていた。その際、相乗りする者は、乗合センターに事故保険料相当額を支払うとともに、運転手に対して料金を支払っていたが、この料金は、運送上必要な原価を上回るものではなかった。

1961年に施行された旅客輸送法(Personenbeförderungsgesetz : BGBl., 1961 Nr. 18, 241)は、有料でまたは業として行われる自動車等による旅客輸送について許可を受けることを義務づけ(2条1項)、無許可営業について犯罪としていた(60条)。ただし、全体の料金が、運送上必要な原価(Betriebskosten)を上回らず、かつ、公然の仲介または広告によって運転手および乗合者を集めたものでない場合には、許可を受ける必要はないものとしていた(1条2項1号)。自動車乗合センターによる仲介は、公然の仲介にあたる。

被告人はある自動車乗合センターの代表者であり、旅客輸送法上の許可を受けていない運転手に乗合者の仲介をしていた。その数は少なくとも2000件に上る。この行為が、無許可旅客輸送の罪の幫助として、起訴されたのが本件である(正犯者は無許可で旅客輸送をした運転手である)。被告人は、許可を受ける義務がない者の範囲を定めた1条2項1号のうち「公然の仲介又は広告によって運転手及び乗合者を集めたものでない場合」という規定の憲法適合性を争った(この部分が無効となれば、本件各正犯者は、許可を受ける必要がなかったことになり、無許可旅客輸送の罪が成立しなくなるためである)。

まず、無許可旅客輸送罪が、いかなる基本権を制限するものかが示される。本件では、①各自動車の所有者の一般的行為自由(基本法2条1項)

---

したものである。

が②本罪により制限されている。

次にこの制限が正当化されるかが検討される。まず、③連邦政府による本法の立法目的が、乗合運転を許可制にすることにより、運転者と車両のチェックがなされ、道路交通上の安全性を高め、乗合者の保護を図る点にあることが確認される。しかし、本件では、④手段が目的達成に資するものではないとされた。乗合センターによって仲介された運転者も、多くの場合は乗合者を乗せずに（自分のために）運転しているのであり、道路交通上の安全性を確保することと、公然と仲介された乗合を許可制にすることとの間には関連性がなく、またセンターの仲介を受けた乗合者は乗合者全体の一部に過ぎず、仲介を受けた乗合者だけを許可制によって特に保護する理由はないとしたのである。

以上より、同罪の前提にある許可を受ける義務に関する各規定は適合性を欠き、本件で問題となる基本法上の一般的行為自由の制限は正当化されず、旅客輸送法 1 条 2 項 1 号中、「公然の仲介又は広告によって運転手及び乗合者を集めたものでない場合」の部分は違憲無効であるとされたのである<sup>(46)</sup>。

### (3) 比例原則による考え方のメリット

以上のような、比例原則により刑法の拡大現象を分析するアプローチはドイツで徐々に広がりを見せている<sup>(47)</sup>。もちろん、比例原則を刑事立法の限界として援用したとしてもただちに違憲判決が増えるわけではない。すでに見たように、文献によれば、連邦憲法裁判所が犯罪構成要件を比例原則に照らして違憲としたのは自動車乗合センター事件のみである。では、比例原則による判断のメリットはどこにあるか。それは、立法者に対

(46) 以上の点につき、BVerfGE 17, 306, 313 ff.

(47) *Puschke, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, 2017, S. 181 ff. は法益論を比例原則に統合することを試み、*Kaspar* (Fn. 37), S. 243は、「比例性のある法益保護」が刑法の課題であるとする。これに対して、*Greco*, ZIS 5/2008, 234, 238は、比例原則に則した判断をするためには、法益論がその前提として必要となるとする。

して、立法目的や手段の実効性についてこれまで以上に明確にすることを求め、他の選択肢を検討するよう求めることができるようになると同時に、立法の事後的検証を可能とする点にある<sup>(48)</sup>。

比例原則の有力化は、①憲法原則を援用することで、立法者に対する実定法秩序上の制約となりうるとともに、②立法者自身にいわば「立法のチェックポイント」を提供できるという点にあると推測される。これにより、法益論では行いえなかった、名指された保護法益に対して、「当該利益を侵害する行為をすべて犯罪化してよいか」あるいは「当該利益を保護するために早期介入を許容してよいか」という問題への回答が与えられることになる<sup>(49)</sup>。

## 6 小括

以上見たように、法益論は、前実定法的に理解することもできず、またそのすべてを過不足なく憲法から直接導出することも困難なものである。それゆえ、憲法に足場を持たない法益論が立法者を直接拘束することはできない。また、仮に法益を名指すことができたとしても、それだけでは立法者の判断をコントロールすることはできない。法益を保護するために立法者がいかなる手段をとりうるのかに関する視点を、法益論は提供しないからである。立法者が刑事立法をなしうる限界を実定法に求めるとすれば、それは憲法をおいてほかにない。現時点でドイツがたどり着いた地点は（もちろん争いはあるものの）憲法上の判断、とりわけ比例原則によりこれをコントロールするというフェーズである。

法益論単体では立法批判機能を果たせず、戦場が比例原則に移行していることを確認した上で、視点を英米法に向けたい。その理由は、法益論を危害原理によって補完しようとするアプローチがありえ、現にドイツにお

(48) *Goekenjan* (Fn. 45), S. 209. Vgl. *Kaspar* (Fn. 37), S. 517.

(49) Vgl. *Burghardt* (Fn. 34), S. 99.

いても両者を対比する研究が見られるところ<sup>(50)</sup>、危害原理もまた、ドイツの法益論と同様、その立法批判機能が疑義にさらされているからである。

### Ⅲ 英米法——危害原理の立法批判機能——

#### 1 危害原理概観

現在英米圏で主張されている危害原理は、John Stuart Mill に発し、Joel Feinberg がこれを発展させたとして理解されている。Mill がその危害原理を示したとされるのが、『自由論 (On Liberty)』における「文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止 (to prevent harm to others) にある」との記述である<sup>(51)</sup>。これをうけて、Feinberg は、危害原理を「刑事立法が、行為者 (行為することを禁止されている者) 以外の者への害を予防する (排除する、減少させる) のに効果があることが見込まれ (probably effective)、かつ、同程度に効果的な他の手段が、他の価値を犠牲にすることなしには存在しないことが見込まれるということは、刑事立法を支持する適切な理由 (good reason) である」と定義した<sup>(52)</sup>。

Mill と Feinberg の記述の相違に表れているように、危害原理の内実それ自体が論者によりまちまちである。危害原理を分析した James Edwards は、この状況を、単一の危害原理ではなく、複数の危害原理 (harm principles) が存在していると表している<sup>(53)</sup>。Edwards によれば、犯罪化

(50) von Hirsch, GA 2002, 2, *Seher*, in : Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 19), S. 46 f. *Roxin*, FS-Hassemer, 573, 575は危害原理と法益論との精神的共通性を指摘する。

(51) Mill, *On Liberty* (1859 : 2015, Oxford World's Classic), 13 (以下、Mill 1859として引用), J. S. ミル (塩尻公明 = 木村健康訳) 『自由論』(1971年, 岩波文庫版) 24頁。

(52) Feinberg, *Harm to Others* (1984), 26 (以下、Feinberg 1984として引用)。

(53) Edwards, *Legal Theory*, 20 (2014), 253 (以下、Edwards 2014として引用)。

の文脈における危害原理は、①害の予防を (a) 犯罪化の必要条件ととらえるか、(b) 犯罪化を許容する理由 (適切な理由) に過ぎないのか、②「害の予防」をどのようなものと捉えるかによって分類される。②の「害の予防」の内実として Edwards は、(i) ある行為を犯罪化することが、害の予防につながるという「害の予防手段」に着目する立場、(ii) ある行為が有害であるから、この行為を禁止することで害が予防されるという「禁止対象行為の有害性」に着目する立場、(iii) ある行為を犯罪化する目的が、害の予防にあるという「規制目的としての害の予防」に着目する立場を区分する。

以上より、英米圏の危害原理は、理論的に6種類に区分される。例えば、Mill の危害原理は、「(iii) ある行為の犯罪化の目的が、害の予防または有害なものの禁止にあることが、(a) 犯罪化の必要条件である。」として、目的-必要条件型の危害原理と整理されるのに対して、Feinberg のそれは、「(i) ある行為を犯罪化することにより、害が予防されるということは、(b) 犯罪化を許容するが、犯罪化の必要条件ではない。」という、手段-理由付与型の危害原理と整理されることになる<sup>(54)</sup>。

## 2 危害原理の崩壊

Mill の危害原理はそもそも、社会の個人に対する干渉が正当かどうかを決定する原則として主張された、いわば個人の自由確保のための原理であった<sup>(55)</sup>。しかし、1990年代のアメリカにおいて、危害原理が保守派の道徳的要求あるいはポピュリズム的要求を下支えする理論として持ち出されるようになる、という事態が発生する。

Bernard Harcourt は、その論文「危害原理の崩壊 (The Collapse of the Harm Principle)」において、次のような例を挙げている。① Giuliani 市長

(54) Edwards 2014, 265-266.

(55) 長谷川宏「解説」ミル (山岡洋一訳)『自由論』(2006年, 光文社古典新訳文庫版) 255頁参照。

時代のニューヨークが採用していたゼロ・トレランス政策は、公共の場所での飲酒・排泄や売春、落書きなどの取締りを内容とするものであったが、Giuliani はその理由づけとして、軽微な犯罪を放置することはより重大な犯罪につながるのと害の予防の観点を持ち出していた。<sup>②</sup>ポルノグラフィ規制の論拠として、ポルノグラフィが出演する女性に与える害やポルノを見た男性から女性に加えられる害の予防が援用された<sup>(56)</sup>。<sup>③</sup>同性愛行為の規制根拠として、エイズ感染という害の予防の観点を持ち出されるようになった<sup>(57)</sup>。

ここではもはや、それらの行為が非道徳的であるということを理由として、その規制が要求されているのではない、と Harcourt はいう<sup>(58)</sup>。規制を求める側から提出されているのは、そこに害があるという害の名指しである。これによって、<sup>①</sup>から<sup>③</sup>のような行為についても、害が発見されるようになり、これらの行為について、危害原理により犯罪化が主張されるという一種の逆転現象が生じたのである。Harcourt は次のようにいう。

危害原理は、自らがたどった成功の重さゆえに実質的に崩壊し始めている。害の主張は、危害原理が無意味になるほどに普及してしまった。危害原理はもはや批判的原理としての機能を果たすものでない。それは危害の重大性論拠 (non-trivial harm arguments) が議論全体に浸透しているからである。今日では、問題はもはや道徳的に不快な態度が害を引き起こすかという点にはない。むしろ、問題となる行為が、どのようなタイプの害をどの程度引き起こすのか、どのようにして害と害とを比較するのかという点が問題なのである。これらの点について、危害原理は何も告げてくれない。これは、1960年代のリベラルな理論的・進歩的討議からのラディカルな逸脱である<sup>(59)</sup>。

(56) Harcourt, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999), 141 (以下、Harcourt 1999 として引用)。

(57) 以上の点につき、Harcourt 1999, 110-112.

(58) Harcourt 1999, 110-111.

(59) Harcourt 1999, 113.

このような害の拡散による批判機能の喪失は<sup>(60)</sup>、日独の法益論がたどったのと同じ道程である。では、なぜこのような現象が生じたのであろうか。

### 3 危害原理が内包する問題点

#### (1) いかに害を予防するかに関する指針の欠落

危害原理に基づいて予防されるべき害を特定したとしても、立法者はただちに必要な犯罪化を行うわけではなく、「そのような害を引き起こす行為を犯罪化するか」という判断を下さなければならない。その際には、予防されるべき害と、害の予防のためにある行為を犯罪化することによって生じる行為者側への害（行為の制約）とを比較することや、行為者側への害が憲法上の権利の制約なのか、それ以外の権利の制約なのかといった視点を考慮することが必要となる。しかし、危害原理は上述した3つの意味での「害の予防」が犯罪化の必要条件である、あるいは理由を付与するとするにとどまり、立法者の判断に対して、どのような判断をするべきかを示すものではない。それゆえに、害を名指し、害を予防するための犯罪化であるとさえいえれば、ひとまず危害原理の要請はクリアできることになる。この点は先に引用した Harcourt の記述にも見られるが、すでに Feinberg が同様の問題意識を示していた。

ある種の行為は、その影響を受ける人々に害を生じさせる場合があるが、その行為を実際に禁止することは、その行為に従事することに利益を有する人々への害を生じさせることがある。……このようなケースでは、AがYに関するBの利益を害することを予防することは、Xに関するAの利益を害することになる……。それゆえ立法者は、Yに関するBの利益がそれ自体

(60) Duff, *Answering for Crime* (2007), 138は、「危害原理が、あるタイプの行為を犯罪化することが危害の予防効果を持つということがそうする適切な理由を与えるという原理を意味するのであれば、それは刑法の拡大を制限することはほとんどできない」とする。

として……Xに関するAの利益よりも重要か否か——より保護に値するか否か——を決定しなければならない。……〔しかし〕危害原理は立法者に、Bの利益を害から保護することは、Aに制約を加える適切かつ重要な理由であるということは伝えるが、それだけである。……危害原理のみを用いて、これらのハードケースにおいて〔利益の〕制約を立法化するかしらないか〔を判断する〕十分な理由を見出すためには、対立する利益の相対的な重要性を比較する手法を立法者が有していなければならない。

〔しかし〕人間のあらゆる利益の正確な「重さ」があまねく掲載されているマニュアルを用意することは不可能である。……結局、対立する利益を比較し、どちらがより重要なのかを判断するのは立法者自身なのであり、その際に用いられるのは、ありもしない公式や「計量法」ではなく、誤りうるものではあっても、立法者自らの判断なのである。ここで我々が一般的に議論しうるのは、いかにしてそのような作業をなすのか／なしうるのか、利益のどのような「観点」が重要なのか、そして「利益衡量」が何を含まねばならないのかである<sup>(61)</sup>。

以上のように危害原理は、すでにその原型において、それ単体では、立法者の最終的な犯罪化の判断に指針を与えることができないことが指摘されていたのである。

## (2) 「危害」の裏に隠れた規範的観点の脱落

では、従来の危害原理はなぜ立法者の判断を制約してきたのであろうか。この点でHarcourtは、従来の危害原理の背後には論者ごとの「隠れた規範的考慮」が働いており、これが安易な「危害」の名指しを排除してきたという。

危害原理に基づいて「他人を害しない限りは何をしてもよい」という命題が妥当する場面を想定したとして、次に問題になるのは、「他人に全く害を及ぼさない行為」がどれだけ存在するかである。すでに見たように、同意ある成人間の同性愛行為という非犯罪化の典型例であっても、エイズの蔓延の可能性を高めるという害が名指されてきたし、自室でタバコを吸

(61) Feinberg 1984, 203.

う行為であっても、排気口を通じた副流煙が隣人を害することが考えられる。実はほとんどの行為について、何らかの害を名指すことは可能なのである。「他人を害しない限りは何をしてもよい」とする危害原理の基本命題は、害が名指された瞬間にクリアされてしまう<sup>(62)</sup>。

Harcourt は、Mill らの危害原理が機能していたのは、その命題の背後に危害原理とは異なる規範的原理が働いており、それが「名指し可能な害」の範囲を制約していたからであるとする<sup>(63)</sup>。それは Mill の場合には、「進歩する存在」としての人間にとっての効用の保持や<sup>(64)</sup>、個々人の個性が発揮され、抑圧されないことという視点であった<sup>(65)</sup>。Feinberg も、「害は隠された規範的観点を含む非常に複雑な概念であり……危害原理を様々な状況下で説得的に適用するには、補充的基準が必要なのである」とした上で<sup>(66)</sup>、「危害原理は……人格の自律性、およびそれと結びついた『人格の尊重』という道徳的価値を保護するものである」としていた<sup>(67)</sup>。

Mill を例にとれば、危害原理による自由の制約が許容されるのは、「他人を害するような嗜好の満足……〔という〕利己的な要素に抑圧を加えられれば、それによって天性の社会的な要素がよりよき成長をとげる」、すなわち人間の進歩・成長、よりよい個性の発揮に資するからであった。その反面で、「単に他人がそれを不快とするからといって加えられる抑制は……何らの価値あるものを成長させない」として退けられている<sup>(68)</sup>。ここでは、その害の名指しに基づく自由の制約によって、進歩する存在としての人間の成長が達成されるかという規範的視点により、名指される害の範囲に制限が設けられている。すなわち、その程度の害を理由に自由を制

(62) Harcourt 1999, 186.

(63) Harcourt 1999, 186-191.

(64) Mill 1859, 14 (塩尻 = 木村訳26頁).

(65) Mill 1859, 62 (塩尻 = 木村訳127頁以下).

(66) Feinberg 1984, 214.

(67) Feinberg, *Harmless Wrongdoing* (1990), 12.

(68) Mill 1859, 62 (塩尻 = 木村訳127頁以下).

約することは、人間の成長に資さないため、自由制約の根拠とはならない、というのである。

それらがそぎ落とされ、「他人を害しない限り、何をしてもよい」との基本命題として純化されてしまえば、危害原理はその立法批判機能を失うことになる。これをまとめて Harcourt は、危害原理崩壊の理由は「危害原理が極めてシンプルになったこと」にあるとしたのである<sup>(69)</sup>。

#### 4 危害原理の憲法上の地位——Malmo-Levine 判決——

以上のように、アメリカの現実においては、保守もりべラルも危害原理に依拠し、自らの望む刑事規制のために、等しく「害」を名指すようになった。これにより、危害原理の刑事立法批判機能は「崩壊」したと評されている。

これに加えて、法的レベルにおいても、危害原理はその憲法上の地位を否定されることになる。カナダの Malmo-Levine 判決がこの問題を取り扱っているので、以下紹介する<sup>(70)</sup>。

##### (1) Malmo-Levine 事件の問題状況

本件では、マリファナの所持に対して罰則を科すカナダの麻薬取締法 (Narcotic Control Act) が危害原理に違反するかが争点となり、その過程で危害原理が憲法上の原理といえるかが論点となった。

前提としてカナダ憲法の関連規定を概観する。カナダ1982年憲法法律 (Constitution Act, 1982) が含むカナダの権利及び自由の憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms. 以下、「憲章」という) 7条は、「すべての人は、生命、自由及び身体の安全性並びにそれらを基本的な正義の諸原則 (the principles of fundamental justice) に合致した形でなければ剥奪されない

(69) Harcourt 1999, 192.

(70) R. v. Malmo-Levine ; R. v. Caine, [2003] 3 S.C.R. 571. 相被告人である Caine に関する判示を含むが、本稿では Malmo-Levine 判決の表記で統一する。

という権利を有する。」と規定する<sup>(71)</sup>。生命、自由、身体の安全性が、基本的な正義の諸原則に合致せずに奪われた場合には、憲章7条違反となる。本件では、被告人側から、①マリファナの所持は他者を害するものではないから、これを犯罪化することは危害原理に違反する、②危害原理は7条にいう「基本的な正義の諸原則」に含まれるから、マリファナ所持処罰規定は憲法違反である、との主張がなされたものである<sup>(72)</sup>。

原審であるブリティッシュ・コロンビア州控訴裁判所の法廷意見(Braidwood 裁判官執筆)は、それが法的原理でありかつ簡潔なものであって、合理的一般人の中に、カナダの正義・司法のシステムにとって極めて重要な原理であるとのコンセンサスがあるとして、危害原理は憲章7条にいう「基本的な正義の諸原則」であるとした<sup>(73)</sup>。しかし、マリファナ規制による自由剥奪は危害原理に合致した形のものであるから、7条違反ではないと結論づけている<sup>(74)</sup>。

被告人側の上告を受けたカナダ最高裁では、6人の裁判官による法廷意見(Gonthier 裁判官およびBinnie 裁判官執筆)が危害原理の7条該当性を否定した。これに対してArbour 裁判官から、「基本的な正義の諸原理は、国家が拘禁刑を用いる際には最低限、他者への危害がその罪の本質的部分となっていなければならないことを要求する。……拘禁刑の規定されている禁止行為は、害のない行為あるいは行為者自身への害のみをもたらす行為であってはならない」との反対意見が示されたが<sup>(75)</sup>、これは拘禁刑の使用は、他者への危害が認められる場合に限られるとするものであり、刑罰と犯罪の比例性の検討をしているにとどまる。そのため、以下では法廷意見の理由づけのみを紹介する(LeBen 裁判官およびDeschamps 裁判官も

(71) 憲法法律および憲章の訳語は、松井茂記『カナダの憲法』(2012年)331頁以下による。

(72) Malmö-Levine at 630.

(73) R. v. Malmö-Levine, 2000 BCCA 335 at para 134.

(74) *Id.* at para 143.

(75) Malmö-Levine at 700-701.

反対意見を執筆しているが<sup>(76)</sup>、危害原理については法廷意見に同意しているため割愛する)。

## (2) 法廷意見

Malmo-Levine 判決法廷意見は、憲章 7 条の「基本的な正義の諸原則」に関する先例として、Motor Vehicle Act に関する勧告意見および Rodriguez 判決を挙げ、その要件を確認している。まず、Motor Vehicle Act 勧告意見において Lamer 裁判官が、「基本的な正義の諸原則」を「我々の司法システムの基本思想」と位置づけたことが確認される<sup>(77)</sup>。これをさらに敷衍したものとして、Rodriguez 判決の Sopinka 裁判官執筆にかかる法廷意見が確認される。同意見は、「基本的な正義の諸原則」かどうかを判断する際に、①それが法的原理であること、②我々が社会として有する正義の観念にとって極めて重要な原理である、あるいは根本的な原理であるとのコンセンサスが存在するような原理であること、③我々の社会が倫理的・道徳的と考えるものを漠然と一般化したようなものでは足りず、ある程度の正確さでもって同定可能であり、かつ、理解可能な結果をもたらすように適用可能なものでなければならないこと、という 3 つの視点を提示している<sup>(78)</sup>。

Rodriguez 判決の 3 つの視点にしたがって、Malmo-Levine 判決法廷意見は、危害原理が「基本的な正義の諸原理」であるかを検討する。まず、①危害原理は、法的原理というよりは、重要な国家利益を記述するものと位置づけるのが適切であるとして、これを否定する。次に、②社会的コンセンサスについてもこれを否定する。法廷意見によれば、他者への危害が

(76) LeBen 裁判官につき、Malmo-Levine at 723、Deschamps 裁判官につき、Malmo-Levine at 728。

(77) Reference re Motor Vehicle Act (British Columbia) S 94 (2), [1985] 2 S.C.R. 486 at 503; Malmo-Levine at 633。

(78) Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519 at 590-591, 607, Malmo-Levine at 633-634。Rodriguez 判決に関する日本語文献として、佐伯仁志「カナダにおける医療的臨死介助の合法化」『日高義博先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(2018年) 171頁以下。

存在することが刑事立法を正当化するという点には疑いはないが、本件被告人のいう「他者への危害が存在しない場合について、刑事立法は許されない」との危害原理解には上述したような社会的コンセンサスが成立していないとする。その根拠として、Butler 判決における Sopinka 裁判官執筆にかかる法廷意見が、「自由で民主的な社会にとって必須の価値を守るために、根本的な道徳性の構想に基づく立法」をすることが議会には許されているとしていること<sup>(79)</sup>、カナダ刑法の中には他者への危害を惹起しない犯罪類型が存在すること、研究者の中にも被告人のいうような危害原理に反対する見解があること、自己危害防止のための措置（シートベルトの着用義務など）を立法化することが、「我々が社会として有する正義の観念」に反するとは考えられないことなどを挙げている<sup>(80)</sup>。

注目されるのは、③正確に同定可能であり、かつ理解可能な結果をもたらすように適用可能であるとする点についての法廷意見の論述である。法廷意見は、本稿で先述した Harcourt の分析、すなわち害の名指しがリベラル側からも保守側からも可能となったという事実可依拠して、次のようにいう。

(それをいかに定義したとしても) 害が存在するという点自体は、議論の端緒を与えるに過ぎない。害の存在は、議論を正確に解決に導くようなものではない。

法律学によって解釈された害は、経済的、物理的、社会的なものを含む多様な形態を取りうる（例えば、社会の根本的な価値の毀損および／または違反）。例えば本件上告においては、被上告人が主張するのは、マリファナの使用が持つ「害」のリストである。上告人が主張するのは、マリファナを規制することが持つ「害」のリストである。双方共に、相手方の提示する「害」は信頼できないものと考えている。双方共に、「最終 (net)」結果は自分に有利なものであると主張している。

結果として、我々は、Mill によって記述され、上告人によって主張されて

(79) R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452 at 493.

(80) Malmö-Levine at 634-638.

いる「危害」原理の内容は、憲章 7 条の下で刑法その他の法律を審査する際に利用可能な基準 (manageable standard) を提供するものではないと考えるものである……<sup>(81)</sup>。

両当事者ともに、危害原理に依拠し、それぞれがそれぞれの害を提示できるという状況では、「危害原理」によって何か問題が解決するわけではない。危害原理はそもそも、法律の合憲性審査をする際に利用可能な基準ではない。このカナダ最高裁の指摘は、危害原理の立法批判機能に対する根本的な批判である。その原理を適用することが一定の法的帰結に結びつかない以上、それが憲法上の原理となることもありえないというのである<sup>(82)</sup>。

### (3) 憲章 7 条違反の審査と憲章 1 条による正当化

#### (a) 憲章 7 条違反の審査

Malmö-Levine 判決の法廷意見は、害が存在しない場合には犯罪化は許されないという意味に理解された危害原理が憲法上の「基本的な正義の諸原則」には含まれないとの理解を示した。本稿との関連ではさらに、実際の刑事立法の合憲性審査は、どのように行われているのかが問題となる。

この判断構造は、Malmö-Levine 判決の10年後に出された Bedford 判決に非常に明晰な形で整理されている<sup>(83)</sup>。本件は、3人の(元)売春婦が、売春宿 (common bawdy-house<sup>(84)</sup>) の管理行為、売春宿に滞在する行為、

(81) Malmö-Levine at 639-640.

(82) ただし上述の通り、害の予防は正当な国家利益であるとする (Malmö-Levine at 640)。Berger, Dubber/Hörnle (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law* (2014), 434は、「害の予防は犯罪化の適切な理由である」という意味での危害原理を、正当な国家利益であるとした上で、これを比例性の判断の中に取り込む可能性を示したものと理解を示す。

(83) Canada (Attorney General) v. Bedford, [2013] 3 S.C.R. 1101.

(84) カナダ刑法197条1項により、売春宿とは、売春目的またはみだらな行為を行う目的で、(a) 管理もしくは使用され、または (b) 1名以上の者により使用されている場所をいうと定義されている。

場所を提供する行為等を犯罪化するカナダ刑法210条1項, 2項, 他人の売春の収益の全部または一部をもって生活することを犯罪化する同212条1項(j), 公共の場所での客引き行為を犯罪化する同213条1項(c)が, 憲章7条の保障する身体の安全性への侵害であるとして, その合憲性を争ったものである。

Bedford 判決の法廷意見は, まず, これらの規定の存在により売春婦らが暴力にさらされる危険性が高まる等の理由から, 本件各規定が, 憲章7条の保障する身体の安全性に「ネガティブな影響」を与えるものであるとする<sup>(85)</sup>。この段階で, 憲章7条の権利が「侵害された (infringe)」としていないのは, これらの権利が侵害されたという評価は, それが「基本的な正義の諸原則」に従っていない場合にはじめて生じるものだからである<sup>(86)</sup>。

では, 「基本的な正義の諸原則」に従っているかどうかはどのように判断されるのか。Bedford 判決法廷意見は, 過去の先例を整理し, 恣意的でないこと, 広汎でないこと, 著しく比例性を欠くものでないこと, という3つの場合が「基本的な正義の諸原則」に従っている場合であるとする。Bedford 判決によれば, これらはそれぞれ次のような内容を持つ。

恣意性：法律の目的と効果の間に何らの結びつきも認められない場合  
 広汎性：法律の規制範囲が広範に及び, その目的と何らの結びつきも持たない行為にも影響を与える場合  
 著しく比例性を欠く：法律が憲章7条の利益に与える影響が, その目的とは結びついているが, 我々の基本的な規範に反するほどに重大な影響である場合<sup>(87)</sup>

(85) Bedford at 1133-1137.

(86) Bedford at 1143.

(87) 恣意性につき, Bedford at 1144, 広汎性につき, at 1145, 比例性につき, at 1148。

ここでいう「著しく比例性を欠く」場合とは、立法目的と、その手段がもたらす利益剥奪の重大性とがまったく釣り合っていないような極限的な場合をいう<sup>(88)</sup>。Malmö-Levine 判決でも、著しく比例性を欠く場合とは、「マリファナ使用に対する政府の立法措置が、『いかなる正当な政府利益との関係であっても、それ自体として比例性を欠くほどに極限的である』といえるか」の問題であると位置づけている<sup>(89)</sup>。問題となる利益の制限が、「基本的な正義の諸原則」に従っていない場合に、憲章 7 条の権利が侵害されたと評価される。

例えば、Malmö-Levine 判決では、拘禁を伴う犯罪化という措置は、特定の向精神薬の使用を抑止するとの立法目的に対して、著しく比例性を欠くものではないとされた（したがって、結論としてマリファナ所持処罰規定は合憲である）のに対して<sup>(90)</sup>、Bedford 判決は、カナダ刑法 210 条の売春宿管理等罪につき、地域社会の風紀を乱すこと（community disruption）の抑止という目的に対して、売春婦等に課される負担（売春宿以外で売春行為を行う方が、安全に管理された売春宿で売春をするよりも客などからの暴力行為の被害にあう可能性が高くなるにもかかわらず、同条の存在により安全な売春宿を組織することができない）が著しく比例性を欠くとして、憲章 7 条の権利の侵害を認めた<sup>(91)</sup>。

注意が必要となるのは、ここでは、個人の利益が剥奪されているかが問題であるので、当該措置が他の社会的便益をもたらす等のベネフィット面は考慮されないことである<sup>(92)</sup>。このようなベネフィット面の考慮は、憲章上の権利・自由の制限・侵害が、憲章 1 条により正当化されるかという場面ではじめて考慮される。

---

(88) Bedford at 1151.

(89) Malmö-Levine at 645.

(90) Malmö-Levine at 655-656.

(91) Bedford at 1155-1156. なお他の 2 罪についても違憲判断が出されているが割愛する。

(92) Bedford at 1151.

## (b) 憲章1条による正当化

憲章上の自由・権利の侵害が認められた措置が、ただちに憲法違反となるわけではない。「カナダの権利及び自由の憲章がその中で保障する権利及び自由は、法によって定められた、自由で民主的な社会において正当化されるものと証明されうるような合理的な制限にのみ服する。」とする憲章1条に基づいて、憲章上の自由・権利の制限が正当化される可能性があるからである。

憲章1条による正当化の判断基準を示したリーディングケースが *Oakes* 判決である<sup>(93)</sup>。*Oakes* 判決は、憲章1条にいう「自由で民主的な社会において正当化されるものと証明されうるような合理的な制限」の判断にあたって、次のような基準を提示している。①国家による介入の目的が憲章上保護される権利または自由によつて優越することを保障するほどの著しい重要性を有すること、②当該措置が、その目的と合理的に結びついていること、③その手段による権利または自由の侵害が可能な限り小さいものとなること、④当該措置をとったことによる効果と達成されるべき「著しい重要性を有する」目的との間に比例性が成り立つこと、というのがこれである<sup>(94)</sup>。④の段階で、問題となる法律がもたらすポジティブな効果とネガティブな効果とが衡量されることになる<sup>(95)</sup>。

(93) R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103. *Oakes* 判決についての日本語文献として、佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開」北大法学論集63巻2号(2012年) 356頁以下。

(94) *Oakes* at 138-141. この定式がドイツの比例原則と類似しているのは偶然ではない。Aharon Barakの仮説によれば、ドイツで生まれた比例原則が、欧州人権条約および欧州人権裁判所の判決を経由して *Oakes* 判決に取り込まれたというのである (Barak, *Proportionality*, 2012, 181-189)。ドイツとカナダの比例性審査における重点の違いについて、Grimm, 57 U. Toronto L. J. 383 (2007), 387-395, 阪口正二郎「比較の中の三段階審査・比例原則」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』(2012年) 244頁以下。

(95) See, Bedford at 1163.

**(c) ケースによる敷衍**

ここでは Bedford 判決を例にとり、実際の判断構造を確認しておこう。

まずは憲章 7 条の違反が存在するかが問題となる。カナダ刑法 212 条 1 項 (j) の売春の収益で生活する罪では、売春婦が運転手やボディガードを雇うことも禁止の対象となる。運転手やボディガードの存在は、売春婦の身体の安全性向上に資するものであり、これを禁止することは、憲章 7 条の保障する身体の安全性にネガティブな影響を及ぼす<sup>(96)</sup>。

次に、これが憲章 7 条にいう「基本的な正義の諸原則」に従っているかが判断される。同判決の法廷意見は、同罪の規制目的は、客引きやヒモ (parasitic) による売春からの搾取行為を防止する点にあると指定する。これを前提にしてもなお、同罪は、会計担当者や受付担当者といった搾取的でない者も処罰対象とする広汎な規制であり、規制目的と結びついていない行為を含んでいる。この措置は「基本的な正義の諸原則」に従ったものとはいえず、したがって、憲章 7 条の権利の侵害が認められる<sup>(97)</sup>。

最後に、憲章 1 条による正当化の可能性が検討される。同罪については、上述したように搾取的でない者を含む規制形式をとっている点で、比例性テストの③侵害の最小性の要請を充足せず、憲章 1 条による正当化がなされない<sup>(98)</sup>。

以上のプロセスを経て、カナダ刑法 212 条 1 項 (j) は憲章違反であると結論づけられる。

**(4) 手段への着目**

以上のようなカナダ法の議論からは、危害原理について次のような示唆を得ることができる。第 1 に、危害原理は、それ単体では、問題となる刑事立法が妥当かどうかを判断することができない。この意味で法的判断を導くものではなく、憲法上の地位も否定される。それゆえ第 2 に、当該刑

---

(96) Bedford at 1136.

(97) Bedford at 1157-1158.

(98) Bedford at 1163.

事立法という手段が、目的との関係で妥当かを判断する枠組が必要となる。カナダでは、憲章1条による正当化判断の中で、ドイツと同様、比例原則による判断という形で、手段の審査を行っている。

憲法判断という枠組の中で、刑事立法という手段それ自体の合憲性判断へと視点を転換することは法体系を異にするドイツにおいても見られたものである。両法圏に共通する思考方法であるならば、日本への導入可能性も高いことが推測される。

## 5 学説における手段審査への着目

手段審査が必要であることは、英米圏において理論的にも主張されている。Victor Tadros は、危害原理の中に、「有害でない行為を犯罪化してはならない」という危害原理Ⅰと、「その行為を犯罪化することが害の予防につながるものであれば、その行為を犯罪化することはできない」とする危害原理Ⅱとを区別する<sup>(99)</sup>。

しかし、危害原理Ⅰは、例えば薬物の自己使用のように、それ自体は他者への害をもたらさない行為を捕捉しない。あるいはこれらの行為にも害を見出すとすれば、危害原理Ⅰの立法批判機能は大きく損なわれる<sup>(100)</sup>。

危害原理Ⅱでは、「犯罪化が害の予防につながるか」が犯罪化を許容する基準となる。しかし、危害原理Ⅱの場合にはさらに、犯罪化自体が害をもたらす可能性を考慮しなければならない<sup>(101)</sup>。犯罪化がもたらす害が、犯罪化によって予防される害を超えることは許容されないとして、Tadros は危害原理Ⅱを次のように再記述する<sup>(102)</sup>。

危害原理Ⅱ' その行為を犯罪化することが比例性を有するものでない場合には、その行為を犯罪化してはならない。比例性を有する場合は、犯罪化

(99) Tadros, *Wrongs and Crimes*, 2016, 93, 101 (以下、Tadros 2016として引用)。

(100) Tadros 2016, 96.

(101) Tadros 2016, 102-103.

(102) Tadros 2016, 106.

により予防される害が、犯罪化が引き起こす害に優越する場合である。

しかし、このように再記述された危害原理Ⅱ'も、害の重要性をどのように決定し、2つの害をどのように衡量するかを明らかとはしない。また、ある行為を犯罪化してよいかの判断基準を、害の衡量に限定する積極的理由もない。犯罪化によってもたらされるメリットや害の予防以外の目的であっても、国家が追求してよい目的があるはずである<sup>(103)</sup>。犯罪化の問題は、「危害原理にいう害とは何か」を分析するだけでは解決できない。

そもそも危害原理Ⅱでは、害の予防につながるといえば犯罪化が可能となることから、過剰な犯罪化につながりうる。このことはすでにHarcourtが示していた。先に紹介したEdwardsは、このような問題意識から危害原理の分析を行い、危害原理による過剰な犯罪化を制約するため、犯罪化以外に他にとりうる手段があるか、あるとしてそれがどのような性質のものであるかという視点を定式に取り込む。結論として、Edwardsが再記述する危害原理は次のようなものとなる。

害の予防につながりうるすべての手段を想定して、各手段のメリット・デメリットを衡量し、犯罪化以外の手段がより道徳的に適切だ、といえる場合には、犯罪化は許されない<sup>(104)</sup>。

以上のように、危害原理は、害のみに着目してはその立法批判機能を果たしえないことが、学説からも指摘されている。ここでも、いかなる条件の下で犯罪化が許容されるかという、投入される手段への視点の転換が求められるのである。

(103) Tadros 2016, 107. Tadros 自身も危害原理には否定的評価を与えている。

(104) 以上の部分につき、Edwards 2014, 281-282.

## 6 小括

法益論を危害原理によってさらに精緻化することはできない。危害原理もまた、法益論と同じく、害の抽象化・拡散という経緯をたどってその立法批判機能を失ってしまったからである。それは、危害原理が内包していた規範的考慮が「危害原理のシンプル化」ゆえに脱落した結果であった。カナダの最高裁判例は、危害原理では、法的判断を下すことが出来ないとして、これに憲法上の地位を与えることは拒否しつつ、「害の予防」を正当な国家利益と位置づけた上で、国家が追求する目的のために投入された手段に着目し、これを憲法判断によってコントロールする方向を示している。

ドイツと同じく英米圏でも、刑事立法という手段の投入が許容されるのはいかなる場合かが問われている。次章では、ここから日本における刑事立法分析枠組の構築に向けていかなる示唆が導かれるかを検討する。

## IV 法益論・危害原理と憲法判断

### 1 ドイツ法、英米法からの示唆

以上で見たように、ドイツ法と英米法に共通して、法益や害を特定したとしても、それだけでは立法者の立法判断を拘束することはできないことが指摘されている。そこでは、①法益・害の決定主体が誰か、②法益・害を同定できたとして、それを保護するための立法者の判断をいかなる規範的枠組で拘束するか、という2点が問題となった。

#### (1) 誰が法益・害を決定するのか

法益論は、法益という超実定法的な価値として、立法者を拘束する役割を担ってきた。危害原理もまた、他者への危害をもたらさない行為は、(Mill流に言えば)個人の自由に属する行為であるから国家はこれを抑圧してはならないとする原理として、立法者の賢慮を求める原理であった。しかし、Harcourtが指摘したように、あらゆる行為に何らかの意味での害

が名指し可能である。害の裏返しとしての法益もまた、法益の抽象化を通じて、何らかの法益は名指すことが可能であり、危害原理と同じような「名指し」の問題を抱えている。

このような性質を内包する法益論・危害原理に立法批判機能を果たさせようとするならば、とりうるルートとして考えられるのは、「その法益・害は〈本当の〉法益・害ではない」と主張し、いわば「不適切な名指し」を理論的に排除することである。従来の日本・ドイツの議論が「あるべき法益概念」の構築に進んだのは、法益論・危害原理からは当然の帰結である。法学者は、それぞれの「あるべき法益概念」から刑事立法の現状を批判しようとしたのである。

しかし、ドイツの連邦憲法裁判所が指摘するように、このルートは、なぜ法学者が定めた「あるべき法益概念」が、民主的正統性を有する立法者の判断を「誤ったもの」と評価し、これを拘束できるのか、という原理的な問題にぶつかる。憲法上の機関である裁判所の違憲審査ですら民主主義に照らした疑義がありうる中で<sup>(105)</sup>、法学者の見解が立法府の判断を拘束する理由は明らかではない。

法益論も危害原理も、それ単体では以上のような原理的な問題を解決できないのである。

## (2) 法益・害を補充する規範的視点の必要性

さらに、法益・害を適切に特定できたとして、それをどのように保護するかについての指針は、法益からも害からも導かれない。仮に、法益論・危害原理のみによって立法を拘束しようと試み、極めて重大なものに法益・害の範囲を限定することに成功したとする。そうすると、その法益は要保護性の極めて高いものとなることから、法益論と危害原理はむしろ、国家に積極的な犯罪化を求める理論へと変貌する。その犯罪化が適切かを判断するためには、法益論・危害原理の外に、これを評価する指針・枠組

---

(105) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(1973年)32頁、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(2001年)18頁以下参照。

がなければならない。

すでに確認したように、英米圏においては、Mill や Feinberg の危害原理が、危害原理の外にある一定の規範的考慮に支えられていたことから、立法批判原理として機能しえたとの指摘がなされていた。しかし、そのような規範的考慮についても、IV 1 (1) で指摘したのと同じ、誰がこれを措定し、立法者を拘束しうるかという問題が残る。

法益論・危害原理による立法批判を機能させるには、民主国家における立法者をも拘束しうる規範的考慮によってこれを補充する必要がある。

## 2 解決の方向性——憲法という限界——

### (1) ありうるアプローチ

憲法典を有する国において、立法者を拘束しうる審級は憲法においてほかにない<sup>(106)</sup>。このシンプルな命題からいかにして立法者の立法権限への有効な拘束が導出されるであろうか。

第1の方向性は、ドイツの学説が示してきた、憲法から保護法益を導出するアプローチである。しかしすでに示したように(II 3)、このアプローチには、すべての保護法益を憲法から導出できるかという問題、および〈憲法上の保護法益〉は、国家による保護義務を生じさせることから、立法制約とはならないという問題がある。

第2の方向性は、カナダ最高裁で問題となった、法益論・危害原理を憲法上の準則へと高めるアプローチである。カナダではこれが否定されたが、日本においてこれが可能かは検討の余地がある。

第3の方向性は、国家による介入の判断基準としての憲法判断とそれに基づく刑事立法分析枠組の中に法益論・危害原理を位置づけるというアプローチである。

---

(106) *Roxin*, FS-Hassemer, 573, 577.

## (2) 法益論は憲法上の要請か

カナダの Malmö-Levine 判決は、「害が存在しない場合には犯罪化は許されない」という意味での危害原理を、憲章 7 条にいう「基本的な正義の諸原則」とは認めなかったが、日本において、法益論を憲法上の原則とする余地はあるのだろうか。考えられるのは、憲法13条の公共の福祉の内実として法益論を読み込む方法と、憲法31条の適正手続規定の中に、刑罰法規の内容的適正の問題として法益論を読み込む方法である。

まず、公共の福祉の内実として法益論を位置づける場合、一元的内在制約説が<sup>(107)</sup>、公共の福祉を他者の人権との調整原理であると位置づけていることとの関連が問題となる。法益論を公共の福祉に読み込むということは、ここでいう「法益」が「他者の人権」であることを含意する。しかし、これはすべての法益を人権と位置づけることを意味し、その不当性はすでにドイツ法の分析において見たところである<sup>(108)</sup>。

考えられるのは、憲法31条の刑罰法規の内容的適正に法益論を読み込むアプローチであり、伝統的な刑法学はこちらの道筋をたどっていた。

議論に入るに先立ち、英米法の検討から、法益論には、次の2種類がありうることを確認しておく。すなわち、「法益が存在しない場合には、犯罪化は許されない」とする必要条件型法益論と、「法益が存在することは、犯罪化の適切な理由である」とする理由付与型法益論がこれである。

従来、刑罰法規の内容的適正として、いわゆる無害な行為の処罰禁止が主張されてきた。その例として、当時のあん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法12条にいう「医業類似行為を業としてはならない」との禁止が、「人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為」に限定解釈された最大判昭和35年1月27日（刑集14巻1号33頁）が挙げられる。しかし、同判決に

(107) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（1971年）229頁以下。

(108) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（2017年）127頁は、一元的内在的制約説は人権のインフレをもたらすとする。さらに内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（1991年）328頁以下も参照。

付された石坂修一裁判官の反対意見に見られるように、「これを自由に放置するとは……人の健康、公共衛生に有効無害であるとの保障もなく、正常なる医療を受ける機会を失はしめる虞があつて、正常なる医療行為の普及徹底並に公共衛生の改善向上のため望ましくない」との害は認められるのであり、本判決を「無害な行為の処罰に関するもの」と評価すること自体、特定の害の観念を先取りしているように思われる<sup>(109)</sup>。

必要条件型法益論による時、なぜ医業類似行為を放置することによる公衆衛生上の害（少なくともその危険）を措定し、「正常なる医療を受ける機会」の保障を保護法益としてはならないのか、しかもそれを憲法上国家が追求してはならない目的であると位置づけることが可能かについて疑問が残る。

理由付与型法益論を憲法31条から導かれる制約と考えることは可能であるが、それが立法者に要求しうるのは、「立法目的として法益を名指せ」という要請にとどまる。それにどれほどの意味があるだろうか。法益の形に再構成できない立法目的はおそらく存在しない。そして追求する目的が憲法に反するようなものであればともかく、それ以外の目的を追求する立法者に対して、理由付与型法益論は「立法目的として法益を名指せ」以上には何も告げることはできないのである。

必要条件型法益論は、一定の害や保護法益をあらかじめ排除する場合にしか機能せず、それは立法者の判断に先行する法益概念を援用して初めて可能となる。それゆえそれは、すでに民主国家における立法者判断の制約理論としては方法論的に誤っている。理論的に生き残るのは、理由付与型法益論であるが、理由付与型法益論が憲法31条の要請であると考えれば、それは「立法目的として法益を名指せ」という要請を示すにとどまる。これ単体では介入手段の審査が行いえず、その限りで十分な制約とはなりえ

---

(109) 例えば高橋則夫『刑法総論〔第4版〕』（2018年）41頁は、本判決を「侵害原理……に立脚するものであり、妥当な判決」とするが、その理由づけには疑問がある。

ないのである。

### 3 保護目的達成手段への着目の必要性

以上の分析は、「法益を名指すことによる立法判断の制約を意図するアプローチ」としての「法益論」を念頭になされたものである。しかし、日本法の現状において示したように、「法益論」という枠組の中で、投入される（刑法という）手段と保護法益との均衡・比例性を要求する、比例原則類似の見解も主張されていた。また、法益論による制約と並んで、比例原則による制約を認める見解もあらわれている。このような保護目的と、保護目的達成のために投入する手段との関係を検討するというアプローチが不可欠となることは、ドイツにも英米圏にも見られた視点である。

このような視点は、日本にとってもなじみのないものではない。日本の実体刑法に対する唯一の法令違憲の例である、尊属殺違憲判決（最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁）に、類似の思考方法がすでに見られる。

法廷意見は、まず、本件で問題となる憲法上の規定が憲法14条1項の法の下での平等であり、「刑法199条のほかに同法200条をおくことは、憲法14条1項の意味における差別的取扱いにあたる」とした上で、問題点を「右のような差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによって決せられる」とする。

次に法廷意見は、刑法200条の立法目的について次のように論じる（以下、下線および丸数字は引用者による）。「刑法200条の①立法目的は、尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもつて一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もつて特に強くこれを禁圧しようとするにあるものと解される。ところで、およそ、親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属

の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであつて、②尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、③自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であつて、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するということができる。」

ここでは、①で刑法200条の立法目的が、②で尊属への尊重報恩の刑法上の要保護性が、③で尊属殺という行為が持つ侵害性がそれぞれ示されている。そこから、尊属殺について刑を加重することそのものは、憲法14条1項には反しないとの帰結が導かれる。

しかし法廷意見は、進んで、「しかしながら、刑罰加重の程度いかんによつては、かかる差別の合理性を否定すべき場合がないとはいえない。すなわち、加重の程度が極端であつて、前示のごとき④立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならない、かかる規定は憲法14条1項に違反して無効であるとしなければならない。」とする。ここに、④立法目的とその達成手段の均衡性・正当性という視点が現れており、これが、「普通殺人罪の規定の適用によつてその目的を達することは不可能ではない」という他にとりうる手段の存在と、「尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しない」という、重い法定刑になじまない行為態様の過剰包摂可能性という2つの理由によって、「その立法目的達成のため必要な限度を遥かに超え」とその結論につながっているのである。

本判決の調査官解説も、「目的違憲、手段違憲という考え方が、最高裁の憲法判断の手法として公認された」と位置づけた上で、「現在のわが国で立法目的自体が明白に違憲であるような法律が成立することは考え難い

のであって、立法目的の点で違憲を主張して認容されることははなはだ困難なことであろう。しかし、規制手段の点について、技術的な不備による原発的欠陥や、事情変更による後発的欠陥などを指摘してその合理性を論難攻撃することは、成功の可能性がないではないと思われる。また、抽象的に当該法律の立法目的を争っているよりも、規制方法の内容について具体的なキメ細かい主張立証をする方が真の問題点を明らかにするのに役立つであろう」とし<sup>(110)</sup>、手段審査の必要性に留意を促している。

日本法における手段審査の枠組みとして、憲法判断の手法を用いることには、大きな障壁はないはずであり、それがもたらす立法者の直接拘束可能性をも考慮すれば、法益論・危害原理のみに固執する必要はもはやないと思われる。

#### 4 刑事立法分析の2段階構造

ある法律が憲法上の権利を制限するものであり、その制限が正当化されない場合、当該法律は違憲と評価される。これにより、法益論・危害原理のみでは果たせない、保護目的達成のための手段に着目する契機が刑事立法分析に組み込まれるとともに、その帰結（憲法に違反する）は民主的正統性を有する立法者をも拘束しうる制約となりうる。法益論・危害原理を補うものとして、憲法という視点を取り込むことが必要である。

このように、憲法による制約を強調することは、ともすれば刑法学の任務放棄であるとの批判が向けられよう。しかし、筆者はそのようには考えていない。

Stuckenberg は、立法者と刑法学者の関係を次のように表現する。「どのような目的を選択すべきで、どのような目的は選択すべきでないかについて学問の見地から立法者に指示しようとすることは、理想的にはその論拠の説得力に導かれた（刑事）政策上の討議における提案として、難なく

---

(110) 田尾勇「判解」最判解刑事篇（昭和48年度）145頁。

可能なことであり、また必要なことである。しかし、立法者が、例えば法益を侵害する行為のみを処罰するよう法的に制約されているとのイメージは、それが説得力のある憲法上の論拠へと転換されえないならば……民主的な立法者の行為自由とは整合しない」と（圏点は引用者）<sup>(111)</sup>。

憲法上問題のない立法であることは、可能な唯一の立法であることを意味しない。むしろそれは、（試験答案に例えれば）「不可ではない」というにとどまる<sup>(112)</sup>。その中には「A評価」「B評価」「C評価」の立法がありうる<sup>(113)</sup>。憲法の中においても、「より良き立法」に向けた討議はなお続くのであって<sup>(114)</sup>、ここにおいて刑法学者は、刑法学が獲得してきた（憲法に書かれてはいない）知見を立法者に対して提示し、また新たな知見を示すことにより、より良き立法に向けた提案をし続けるべきことになる<sup>(115)</sup>。

以上のように、刑事立法の分析枠組は、外側の〈限界〉である合憲性審査と、内側の〈討議の場〉としての刑法理論に基づく討議・提案の2段階構造を持つものと理解される。刑法学者による、「立法自体が理論的におかしい」との批判には、憲法上の主張であって、法令違憲をも視野に入れた批判と、理論的な主張であって、〈より良き立法〉に向けた討議のための批判とがありうることになる。刑法学者は、自らの主張がいずれに属し、いかなる帰結を意図しているかに自覚的であるべきことになる。

## 5 刑事立法分析の2段階構造における法益論

刑事立法分析の2段階構造の中で、法益論は次のような位置を占めるこ

(111) *Stuckenberg*, GA 2011, 653, 658 f.

(112) 西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」西原博史編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』（2014年）21頁参照。

(113) 以上の点について、*Nakamichi*, ZIS 06/2017, 324, 324 f. で詳述した。

(114) 高見勝利「『より良き立法』へのプロジェクト」井田良＝松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（2014年）21頁。

(115) 近時の多くの刑事立法において、施行後の見直しに関する附則が付されている。その間に理論的検証を行うこともまた刑事法学者に期待されているはずである。

ととなる。

外側の〈限界〉においては、法益論は、国家が追求することが正当とされる目的はどのようなものかに関する議論領域と再定位される。もとよりそこでの作業は、前実定法的な「あるべき法益概念」を提示することではなく、国家が追求することが憲法上正当とされる目的は何か、という形を取るべきことになる。

それゆえ、外側の〈限界〉において法益論が果たしうることはそれほど多くはない。むしろ法益論がその力を発揮するべきは、内側の〈討議の場〉であると考えられる<sup>(116)</sup>。例えば、立法者が、立法目的 X に基づく法案 X を作成し、この法案自体には憲法上の問題はないとする。しかし、この法案 X が C 評価の法案であると考えられる場合、刑法学の側から法益論の議論蓄積に基づき、立法目的 X よりも適切な立法目的として法益 Y を指定すべきことを提案し、同時に法益 Y に基づいた法案 Y を提案することにより、〈より良き立法〉に向けた立法の選択肢を増やすことが期待される<sup>(117)</sup>。

## V おわりに

### 1 本稿の結論

以上述べたように、法益論・危害原理はそれ単体ではもはや立法批判機能は果たしえず、立法者に、名指した法益・害についてどの程度までの介入を許すかというフェーズへと議論を移行させるべきである。そこでは、外側の〈限界〉であり、民主的正統性を有する立法者をも拘束しうる合憲

(116) 解釈にあたって、法益に基づいた目的論的解釈がなされることもまた排除されない（法益論の体系内在的機能，Roxin (Fn. 1) § 2 Rn. 12）。

(117) さらに、同一の法益を指定するにせよ、具体的にどのような規定形式とするかの選択肢は複数存在しうる。比較法調査により、ありうる規定形式とそのメリット・デメリット、日本への導入可能性を検証することも、刑法学の側の仕事である。

性審査のフェーズと、合憲性ある〈ありうる立法〉の中から〈より良き立法〉を見出す〈討議の場〉としての刑法理論に基づく討議・提案のフェーズという2段階構造を有する刑事立法分析枠組に基づいて検討がなされるべきである。もっとも、法益論は全く排除されるわけではなく、〈討議の場〉において、刑法学の側からの対案形成のツールとしての地位が与えられる<sup>(118)</sup>。

## 2 残された課題

本稿は刑事立法分析の2段階構造を示したが、この枠組を精緻化するにはなお次の課題が残っている。

### (1) 外側の〈限界〉における課題

刑事訴訟法との関係では、憲法31条以下の規定群は「憲法学にとって〔の〕失地」であるとの評価があるところ<sup>(119)</sup>、実体刑法はそもそも憲法を「我々の領地となりうるところ」とすら認識してこなかった。刑法上の基本原則とされる行為主義や責任主義は、憲法との関連性を考慮せずに<sup>(120)</sup>、刑法理論の枠内で独自の発展を遂げてきたが、本稿の結論からは、これらの原理が、憲法上の保障を受ける強い原理なのか、そうではなく理論的に

(118) 上述のように(注13)、本稿の枠組は、上田の提示する枠組と方向性を同じくする。ただし、上田正基『『合理性』とルール遵守、その刑事政策への含意について』神奈51巻1号(2018年)236頁が、法益論が政策的指針となることについても疑問を提起するのに対して、本稿の枠組は、法益論に〈討議の場〉における対案形成のツールとしての役割が残ると考えており、この点になお両者の差異が残っている。

(119) 杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』(1980年)39頁以下。「憲法学にとって〔の〕失地」という表現は、宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦編著『憲法学のゆくえ』(2016年)62頁〔宍戸発言〕による。

(120) 浅田和茂『刑事法における責任主義』法時74巻2号(2002年)10頁が例外的に、責任主義を憲法13条、31条から導かれるとする。行為主義について、その憲法上の基礎づけが不十分であることにつき、仲道祐樹「状態犯罪としての所持罪理解と行為主義」『曾根威彦先生田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(2014年)110頁以下。

要求しうるにすぎないものなのかは、立法者を直接拘束可能な原理であるか、刑法学者からの提案であるのかを分かち、重要な問題となる。その検証は、憲法学のサポートを受けつつも、刑法学の責任において行われるべきことであろう。

次に、実際の憲法判断の構造を明らかにしていくことが必要となる。本稿では、ドイツと英米圏における比例性・比例原則による立法分析手法を検討し、また日本においても比例原則により立法分析を行う見解があることを指摘した。憲法判断を重視する点で、これらの見解と本稿は方向性を共有するにもかかわらず、本稿が比例原則による判断であるとしなかったのは、それが日本国憲法および日本の憲法判例に内在する判断枠組がなお不明だからである<sup>(121)</sup>。比例原則を「人権の最大限の尊重原理」ととらえて憲法13条に実定化されているとする見解<sup>(122)</sup>、法治国家としてその遵守が要求される法原則であるとする見解があるが<sup>(123)</sup>、比例原則による審査が可能であるかといった憲法判断そのものに関する検討が不可欠である。さらに、刑事立法の外側の〈限界〉としての憲法判断における審査密度をどの程度のものと設定するべきか、とりわけ、刑罰という制裁を用いることが憲法判断にどの程度の影響を及ぼすべきかが問題となる。これらの点についても、憲法学との共同作業の中で進めていくほかない<sup>(124)</sup>。

## (2) 内側の〈討議の場〉における課題

内側の〈討議の場〉においては、「より良き立法」とは何か、あるいは「立法の〈良さ〉」をいかに判断するかが問題として残る<sup>(125)</sup>。現に立法の

(121) 須藤・前掲注(39) 259頁も「日本国憲法の教科書をいくら読めどもこの疑問に対する確かな答えを得ることができ」ないとしている。

(122) 高木光「比例原則の実定化」芦部古稀『現代立憲主義の展開 [下]』(1993年) 228頁。洲見光男「比例原則について」研修841号(2018年) 11頁も参照。

(123) 井田・前掲注(10) 29頁。

(124) 法益の重要性と立法政策の裁量度の関係について、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(2018年) 41頁以下。

(125) 宍戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」西原編・前掲注(112) 63頁以下など。

現場にある議員・関係官・審議会委員たる研究者・法曹にとってはむしろこちらの方が重要であることは理解できる。

本稿は、刑事立法分析の2段階構造を提示し、法益論・危害原理からの視点の転換の必要性を主張するものであり、主として外側の〈限界〉に着目するものであったことから、内側の〈討議の場〉に関する考察はなお十分ではない。それでも、本稿の帰結から、「立法の〈良さ〉」の基準について暫定的な回答を示すとすれば、法益論の前実定法的拘束力を否定したのと同じ理由で、〈討議の場〉の外に討議の帰結そのものを制約する基準は措定できない、ということになろう。刑法学は、〈より良き立法〉をその成果を通じて示し続けることしかできず、〈より良き立法〉とはむしろ、より良き立法を志向し続ける永続的な営為そのもののことであると現段階では考えている<sup>(126)</sup>。

### (3) 全体に共通する課題

最後に、今はまだ刑法学の知見に加わっていない新たな犯罪化原理の発見およびその正当性の検証が課題となる<sup>(127)</sup>。例えば Feinberg は危害原理と並んで、不快原理 (Offense Principle) を提唱していたし<sup>(128)</sup>、「犯罪化されない権利 (right not to be criminalized)」が憲法上保障されているとする主張もある<sup>(129)</sup>。日本の刑法学が未だ有していない理論が、憲法と接合可能であればそれは立法者の判断を拘束する新たな道具となり、そうでなくとも、立法をより良いものとするために検証すべき視点が提供されることになろう。

まだまだ刑法学にはやるべきことが山積しているのである。

(126) 藤谷武史『「より良き立法」の制度論的基礎・序説』新世代法政策学研究7号(2010年)206頁。

(127) 重要な先行研究として、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(2018年)第1部。

(128) Feinberg, *Offense to Others* (1985), 1. 近時でも、Simester/von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs* (2011), 91

(129) Baker, *The Right Not to be Criminalized* (2011), 9-10.

[付記]

本稿は、JSPS 科研費若手研究 (B) (課題番号17K13639) による研究成果の一部である。また、ドイツ法部分の調査にあたっては、Alexander von Humboldt-Stiftung からの、英米法部分の調査にあたっては、公益財団法人野村財団 (国際交流助成研究者の海外派遣、2016年度下期) からの支援を得た。ここに記して感謝申し上げる。