

刑法と公共の福祉

Penal Law and the Public Welfare

平 野 泰 樹
Yasuki HIRANO

目 次

はじめに

1. 公共の福祉と人権制約の原理

- (1) 憲法の公共の福祉の意義
- (2) 公共の福祉に関する学説
- (3) 通説的見解における人権制約の制約原理と正当化原理

2. 刑法による公共の福祉の意味・内容

- (1) 刑法の人権制約に対する最小主義
- (2) 刑法の目的：社会的安全と市民的自由
- (3) 刑法による公共の福祉と内在的制約による最小主義
- (4) 罪刑法定主義における最小主義
 - 1) フランス人権宣言（人および市民の権利宣言）と罪刑法定主義における最小主義
 - 2) フランス新古典主義刑法学における刑罰の基礎・刑罰の正当化根拠
 - 3) 代表的学説

3. わが国の刑罰論における相対的応報刑論と抑止刑論

4. 罪刑法定主義と憲法における刑罰権の限界

- (1) 罪刑法定主義の法的変遷
- (2) 実体的デュー・プロセス理論
- (3) 実体的デュー・プロセス理論と罪刑法定主義の新しい派生原則

むすび

はじめに

刑罰権と憲法との関係について、かつて憲法学の立場から杉原泰雄は次のように指摘している。「憲法学は、これまで、刑罰権の憲法上の根拠と実体的限界を体系的に検討することを怠ってきた。しかし、刑罰権が憲法によって設けられかつ憲法の制約に服すべき公権力でありしかも強烈な人権制約をもつ権力であるところからすれば、人権保障を国家目的とする憲法の下では、その検討を憲法学の外に委ねてしまうことはできない。それは憲法学の基本課題を大きく放棄することにもなりかねない。しかも、すでに検討しておいたように、憲法学自身、その具体的内容を体系的に解明するには至っていないものの、憲法31条に実体的適

正条項としての意味をも認める一般的傾向にある⁽¹⁾。」

かつて憲法学が刑罰権に積極的な関心を寄せなかった原因について、江橋崇はその理由を次のように指摘している。「わが国の憲法学は、伝統的に公法と刑事法とを峻別し、刑罰法規の手段の合理性の検討、すなわち各個の刑罰法規が定める犯罪類型の具体的内容のいかんにかかわらず、それらが刑罰法規として共通にもっている特性に着目して、人権制約手段として妥当であるかを検討する作業を、憲法学の対象から除外してきた。これに対応して、刑事法学では、刑法総論という壮大な理論が、超憲法的な正当性を自己主張しつつ、成立しているようである。だが、このような峻別論には、大きな疑問がある⁽²⁾。」

現在では、憲法学において、刑罰権の限界あるいは罪刑法定主義について憲法31条の問題として共通の理解が得られているといえよう。

しかしながら、杉原が指摘した刑罰権の憲法学における具体的な体系的解明は今日なお十分とはいえず、憲法31条の法定手続条項をアメリカ憲法および判例に範を求めてこれを適正手続条項と解し、実体的デュー・プロセス理論により罪刑法定主義の憲法上の根拠を31条に求めるにとどまっている。この実体的デュー・プロセス理論は、芝原邦爾の先駆的研究によりわが国の刑法学において広く認められている理論であり、憲法学はその所与を継受しているものの、刑法学においても体系的解明には未だ十分とはいえない状況にあると思われる。犯罪と刑罰の限界を画する罪刑法定主義について、31条に憲法的根拠を求めるにとどまり、憲法学における体系化にさほどの関心を寄せていないのが現状であるといえよう。

憲法13条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定する。この規定の文言から、公共の福祉は人権制約の一般規定であり、その制約は「自由国家的公共の福祉」については必要最小限度すなわち最小主義でなければならないとされている⁽³⁾。その人権制約の最小主義については、ときにフランス人権宣言4条を論拠とし、自由権の限界が他者の自然権保護を限界とすることをもって、最小限度でなければならないことが指摘されている⁽⁴⁾。

他方、罪刑法定主義はフランス人権宣言において初めて成文化されたものであり、人権宣言は罪刑法定主義における犯罪化と刑罰の基準を必要最小限度とする最小主義を宣言している。公共の福祉による人権制約に対する最小主義と人権宣言における罪刑の最小主義は、同じ最小主義ではあるが異なる背景をもつものであり、両者を現行憲法において体系的に理解するには両者の最小主義の内容と関係性を明らかにしなければならない。それを踏まえて、刑法および刑罰が憲法13条および31条とどのような関係にあるのかを考察することが、体系的理解への一歩ではないかと考え、刑法学の立場から、そのささやかな考察を試みるのが本

稿の目的ある。

- (1) 芦部信喜編・憲法Ⅲ人権(2)(有斐閣 1982)(杉原泰雄執筆)250頁。
- (2) 奥平康弘＝杉原泰雄・憲法1(有斐閣 1976)(江橋崇執筆)100頁。
- (3) 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利・憲法Ⅰ第5版(有斐閣 2015)(中村睦男執筆)258頁。
- (4) 安澤喜一郎・憲法論(日本評論社 1965)166頁, 伊藤正己・憲法(第三版)(弘文堂 2001)220頁。

1. 公共の福祉と人権制約の原理

(1) 憲法の公共の福祉の意義

憲法は基本的人権と公共の福祉について11条, 12条, 13条, 22条, 29条を, 法定手続の保障について31条を規定している。

憲法第11条は, 基本的人権の不可侵性について規定する。「国民は, すべて基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は, 犯すことのできない永久の権利として, 現在及び将来の国民に与えられる。」憲法第12条は, 自由および権利の保持責任と濫用禁止を定める。「この憲法が国民に保障する自由及び権利は, 国民の不断の努力によって, これを保持しなければならない。又, 国民はこれを濫用してはならないのであって, 常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」憲法13条は個人の尊重, 幸福追求権および公共の福祉を規定する。「すべて国民は, 個人として尊重される。生命, 自由及び幸福追求に対する国民の権利については, 公共の福祉に反しない限り, 立法その他の国政の上で, 最大の尊重を必要とする。」22条1項は居住・移転及び職業選択の自由を規定する。「何人も, 公共の福祉に反しない限り, 居移, 移転及び職業選択の自由を有する。」29条2項は財産権と公共の福祉について規定している。「財産権の内容は, 公共の福祉に適合するやうに, 法律でこれを定める。」31条は法定手続の保障であるが, その実質は適正法定手続の保障とされている。「何人も, 法律の定めによらなければ, その生命若しくは自由を奪はれ, 又はその他の刑罰を科せられない。」

憲法11条から13条までの趣旨は, おおよそ次のとおりである。基本的人権は人間が享有する権利であり, 本質的に不可侵のものであるが, それは人権が無制限であることを意味するものではない。人権は個人に保障されるものであり, 社会における共同生活において他者の人権と矛盾・衝突することは不可避であり, それを調整するために人権の制約が必要不可欠であることは当然のことである⁽¹⁾。国家がその制約を行う場合, 公共の福祉という正当な理由に基づくものでなければならない。13条は公共の福祉による人権の制約一般についての規

定である。この一般規定のほか、22条と29条では特定の権利について敢えて規定を設けている。このことから公共の福祉による人権制約も「自由国家的福祉」と「社会国家的公共の福祉」により異なるものとされている。本稿は刑法と刑罰に関わることから「自由国家的公共の福祉」の制約についてのみ考察することをお断りしておく。

(2) 公共の福祉に関する学説

公共の福祉については、その概念の性質上、多義的・抽象的なものにならざるをえないことから、公共の福祉を人権の一般的・包括的な制約原理と認めることは公益の濫用による基本的人権の形骸化を来すおそれがあり、学説はその解釈論において公共の福祉概念の支配領域を限定すべく以下のような諸説の分類が試みられる。

佐藤功は、公共の福祉の概念について、「社会的共同生活の利益を」意味するものとし、「国民の権利や自由には、当然にこの意味における公共の福祉による制約が存するとするべき」として、種々の学説を類型化してそれぞれの問題点を適示している⁽²⁾。ここでは類型についてのみ示しておく。

第一説（条件的制限可能説）

13条によりすべての公共の福祉のために必要がある場合には、すべての基本的人権を制限することができる。22条1項、29条2項の公共の福祉規定は特に意味はない。

第二説（無条件的制限不可能説）

憲法11条により基本的人権は「侵すことのできない永久の権利」であることから、その制限は許されない。12条と13条は単に道徳的規定にすぎない。ただし、例外として、22条1項・29条2項の場合にのみ、公共の福祉のために必要である場合には制限することができる。

第三説：（条件的制限可能説）

A説：基本的人権の実体に対してはいかなる制限もできないが、その行使の態様は公共の福祉の必要により制限することができる。

B説：自由権的・自然権的基本権は前国家的人権であるからいかなる制限もできないが、生存権的・社会的基本権は国家の積極的政策に依存する権利（後国家的人権）であるから公共の福祉の必要により制限される。

C説：基本的人権のうち自由権的・自然権的基本権は国家以前の権利であるから、単にその内在的制約を受けるのみであって、この限度を超える制限は許されない。社会権的・生存権的基本権は、国家を前提し、国家の現実の政策に依存する権利であるから政策的制約に服する。12条、13条は自然権的基本権公共の福祉による制約であり、その内在的制約の限度内

において認められる。これに対して、社会権的基本権については、12条・13条は国家の政策的考慮から制限が加えられることを示すものである。

D説：公共の福祉とは、4カ条の規定すべての場合を通じて、自由国家的な基本的人権思想に対する修正原理である。現代においては、圧倒的多数者である労働大衆の利益を増進することが公共の福祉であり、すべての基本的人権はこの公共の福祉に奉仕すべきものである。

佐藤は、第三説のC説が基本的には正しいとする。

芦部信喜によれば、当初、学説は一元的外在説と内在・外在二元説に大別されたが、両説の対立から一元的内在説が登場し、その後、違憲審査の基準としての比較衡量論が、さらに比較衡量論の問題点を指摘して二重の基準論が登場したとされる⁽³⁾。

各説の特徴は次のように説明されている。

一元的外在説は、12条、13条の公共の福祉は、人権の外にあって、基本的人権のすべてを公共の福祉によって制約するものであるとする説である。美濃部達吉に代表される当初の学説の通説とされるが、公共の福祉の意味を「公益」あるいは「公共の安寧秩序」ととらえていたことから、法律による人権制限が容易におこなわれるものとして通説の地位を失ったといわれている⁽⁴⁾。

内在・外在二元的制約説は、公共の福祉による制約は明文での定めがある22条・29条の経済的自由権と、国家の積極的施策によって実現される25条ないし28条の「社会権」に限られ、12条・13条の規定は訓示的ないし倫理的規定であり、13条の「公共の福祉」は人権制約の根拠となりえないとする説である。経済的自由権や社会権以外の自由権については、公共の福祉による制限ではなく、権利が社会的なものであることに内在する制約に服するにとどまるとする。この内在・外在二元説における内在的制約説は、公共の福祉による制約とは異なるものであるとするのが特徴である。この学説については、とりわけ13条を倫理的規定と解する点で、同条項が新しい人権を基礎づける包括的な人権条項としている意義にそぐわない点が問題とされている⁽⁵⁾。

一元的内在制約説は、「公共の福祉とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理」であり、「この意味での公共の福祉は、憲法の規定にかかわらずすべての人権に論理必然的に内在している」とする説である。この説の特徴は、「この原理は、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠づける場合には、必要最小限度の規制のみを認め（自由国家的公共の福祉）、社会権を実質的に保障するために自由権の規制を根拠づける場合には、必要な限度の規制を認めるもの（社会国家的公共の福祉）としてはたらく」ことにある。芦部は、公共の福祉とは人権相互の調整機能を果たす実質的公平の原理であることを前

提に、公共の福祉が一元的外在制約説と同様にすべての人権を規制する原理であること、人権の制約がすべての人権に論理的必然的に内在しており、権利の性質に応じて権利の制約の程度が異なると解する点で内在・外在二元的制約説に同じであり、優れた説であると評している。しかし、同時に、この説は人権の具体的限界、人権制約の限界についての判断基準として「必要最小限度」という抽象的な原則しか示すことができていない点を指摘し、判例の集積にそれをゆだねても明確な基準をえることはできず、外在的制約説と大差ないことを指摘する⁽⁶⁾。

比較衡量論とは、公共の福祉の人権制約の具体的基準として、違憲審査における基準である。すべての人権について、制限によって得られる利益と制限しない場合の利益とを比較して、前者の利益の価値が後者の価値よりも優越する場合、人権を制限することができるとする説である。この説の特徴は、公共の福祉による人権の制約を個々の具体的事件につき、両価値の優劣を判断して妥当な結論を得ようとするものであるが、同種の利益・価値の衡量は可能であっても異種の利益・価値の比較についてはその基準が不明確であること、国家の利益と国民の利益の衡量する分野においては、前者の利益が優越する可能性が高いことが指摘されている⁽⁷⁾。

二重の基準論は、違憲立法の審査にあたり、精神的自由の規制立法は経済的自由の規制立法に適用される「合理性」よりももっと厳格な基準によって審査されなければならないという理論であり、権利や自由の内容・形態、規制の目的・態様等によってさらに判定基準を細かく考えていこうとするもので、学説において広く支持を受け、判例にも取り入れられているものとされている⁽⁸⁾。

伊藤正己は、は公共の福祉を「全体として各個人に平等で豊かな人権を享受させる原理である」と説明する。そして、「自由国家的公共の福祉は、人権享受を保持するという消極的な目的のために必要とされる最小限的の秩序である。自由主義国家にあっても、国がこの最小限の秩序を保持することは公共の福祉によって求められ、これによって人権が制限を受けざるを得ない。その意味でこれは先にあげた内在的制約と共通するといえる」とし、伊藤は、公共の福祉理論と内在的制約理論とを一応区別する立場に立ち、両者を調和して具体的な制約の判断基準を形成すべきであるとする⁽⁹⁾。

(3) 通説的見解における人権制約の制約原理と正当化原理

以上のように公共の福祉についての学説は多様であるが、今日の通説的見解は、13条の公共の福祉が人権制約の憲法上の根拠・憲法上の原理となることを肯定し、人権制約の具体的な検討は歴史や背景が異なる人権ごとに行うべきであるとする。ここから、人権制約につい

て、制約原理と正当化原理との区別が必要とされるようになる。青柳幸一は次のように指摘する。13条の公共の福祉は必要最小限度の原則を宣明しており、個別的規定に特にそれを排除する趣旨がみられない限り、各人権の制約の根拠となるが、それは制約根拠であって、制約の正当化事由ではない。正当化事由は、各人権の性質に応じて具体的に検討されるべきものである。この制約の根拠と制約の正当化事由とを区別することが、両者を区別しなかった初期の「公共の福祉」との相違である。

この見解によれば、13条の公共の福祉は人権制約の原理ではあるが、人権制約の正当化事由（正当化原理）ではないということ、そして人権制約の正当化事由（正当化根拠）は各人権について検討しなければならないということになる⁽¹⁰⁾。

- (1) 芦部信喜＝高橋和之補訂・憲法（第4版）（岩波書店 2007）96頁参照。
- (2) 佐藤功・日本国憲法概説（全訂第2版）（学陽書房 1984）125-127頁。
- (4) 芦部＝高橋・前掲98頁。
- (5) 芦部＝高橋・前掲98頁。
- (6) 芦部＝高橋・前掲98-99頁。
- (7) 芦部＝高橋・前掲100頁。
- (8) 芦部＝高橋・前掲101頁。
- (9) 伊藤正己・憲法（第3版）（弘文堂 2001）220頁。
- (10) 芦部信喜編・憲法の基本問題（有斐閣 1988）（青柳幸一執筆）168頁。

2. 刑法による公共の福祉の意味・内容

(1) 刑法の人権制約に対する最小主義

公共の福祉についての通説的見解に従えば、人身の自由に関わる刑法および刑罰は13条の制約原理としてどのようなものでなければならぬかを説明する必要がある。そのためには、人権の制約の正当化事由（正当化根拠）として求められるものはなにか、刑法による公共の福祉とはどのようなものなのか（公共の福祉における刑法の役割とはどのようなものか）、公共の福祉が求める刑法および刑罰の必要最小限度（以下、最小主義と呼ぶ）とはどのようなものなのか、そしてそこから導き出される正当化事由ないし正当化根拠とはどのようなものなのかを考察する必要がある。

考察の前提として次の点を確認しておく。(1) 公共の福祉の内容については、その具体的な内容は各人権の種類や性質によって確定されるべきであること。(2) 人権の調整原理としての公共の福祉については、本稿では一元的内在制約説に立つこと。(3) 公共の福祉による人権制約は必要最小限度によるものであること。(4) 公共の福祉による制約は一律ではなく、人権の性質や規制の目的を考慮する必要があること。(5) 本稿の扱う刑罰による公共の

福祉は「自由国家的公共の福祉」に限定すること。

公共の福祉による人権制約の最も重要な原則は、その人権の矛盾・衝突の調整原理から、人権制約が必要最小限度でなければならないことである。本稿ではこれを最小主義と呼ぶことにする。この最小主義は、13条の文言から読み取れる必然的帰結であり、その具体的論拠は内在的制約理論によるものである。内在的制約が人権の限界に求められることから、しばしばフランス人権宣言4条が引用される⁽¹⁾。

公共の福祉による人権制約の原理が最小主義によるものであることは共通の見解であり、その最小主義が内在的制約の理論によるものであるならば、公共の福祉の一翼を担う刑法および刑罰はどのような最小主義を求められるのであろうか。それを明らかにするには、刑法および刑罰が公共の福祉にどのような役割を担うものであるかを知らなければならない。そのためには刑法および刑罰の目的から考察しなければならない。なぜなら、その最小主義の具体的内容が、自由の限界が他者の人権保障により画されるものとするだけでは、犯罪と刑罰という人権制約への十分な基準とはいえないからである。

(2) 刑法の目的：社会的安全と市民的自由

歴史的に見れば刑罰さらに刑法は、統治者の秩序・治安を目的とする社会統制手段として生成され、社会や国家の成立後も、もっぱら国家体制や国家利益、国家の価値観を維持するための国家的社会秩序を維持する権力維持装置として必要不可欠な統制手段であった。その意味では、歴史的には刑罰の本質は社会秩序維持であったといえる。近代市民国家の登場は、国家の強大な刑事権力に対する人権保障を新たな目的としたことから、刑法は社会的安全を実現し維持するのみならず、市民的自由を保障すべきものとなし、刑法史に画期的な歴史を刻んだ。

社会的安全とは犯罪から市民を守ることであり、市民的自由の保障とは刑罰権を有する国家の強大な刑事権力から市民の自由と権利が不当に侵害されないことへの保障である。近代市民国家成立後、民主国家の刑法の目的と役割は、市民的安全と市民的自由へと本質的な変容を遂げた。わが国の刑法も、そのような歴史の歩みをしてきたといえる。なお、安全と自由は刑法のみならず、刑事法全体にいえることであるが、本稿では刑法および刑罰のみを考察の対象とする。

わが国の刑法学においては、刑法の目的について、公共の福祉との関係に言及するものはほとんどない。近年、刑罰の目的と異なり、刑法の目的ということはあまり論及されることはないが、それは刑法という法律の目的が敢えて説明するまでもなく自明のことであって、重要なのは刑法の目的を基礎とする刑法の機能であると考えられているからであらうか。し

たがって、刑法の目的と公共の福祉の関係についてはほとんど論じられることがなく、両者の具体的な関係の解明にはほど遠い状況にある。

わずかに木村亀二の「刑法の目的と機能」の論稿が、刑法の目的と機能の関係を論じるにあたり、公共の福祉に言及している。木村は、公共の福祉と刑法の目的について次のように述べる。「公共の福祉とは、社会の成員すべての者が各自において相互に調和的に福祉を追求し得る関係及びそのような関係において追求せられる福祉に外ならない」、「一言でいへば、必ずしも正確とはいひ得ないが公共の福祉は社会全員の共存共栄であり、社会連帯である」とし、「そのような公共の福祉は刑法においていかなる意義を持つかという、そのような公共の福祉の内容たる利益・価値が法的に保護せられ法益とせられており、その犯罪による侵害に対して刑罰を科することによって、刑法は法益保護を目的としているのである」という。その結論として、「刑法の目的は、法の理念の三つの要素たる正義と法的安定性と公共の福祉の刑法における結論として、刑罰の目的と個人自由の保障の目的と法益保護の目的という三つの目的を基本的なものとすると解すべきである。そして刑法の機能もまた基本的には右の三つの目的に関連して理解されなければならない」とする。このように刑法の機能については、刑法の目的を基礎として理解する必要があるとして、「刑法の機能は刑法の三つの目的すなわち刑罰の目的と個人自由の保障の目的と法益保護の目的から理解しなければならない」とする。刑法の目的を基礎とする刑法の機能は、社会的機能（刑罰の目的が正義であることに由来する）、刑法の保障機能（法的安全性の帰結である罪刑法定主義を基礎とする個人自由の保障目的に由来する）、刑法の保護機能（公共の福祉の理念の結論としての法益保護の目的に由来する）であり、社会的倫理機能は保障機能と保護機能により制限されるとする⁽²⁾。このように木村によれば、刑法の公共の福祉とは、刑法の目的においてもまた刑法の機能においても、犯罪からの法益の保護を意味するものとされている。

平野龍一は、刑法の主たる目的とは国家の保護や倫理秩序の維持ではなく、個人の生命、身体、財産の保護であるとして、これを「市民的安全の要求」あるいは「市民的保護の要求」と呼ぶ⁽³⁾。この「市民的安全の要求」または「市民的保護の要求」は、刑法の謙抑的性質として刑法の補充性、断片性、寛容性を掲げていることから、社会的安全としての法益保護と市民的自由の保障機能の両方を含むものとも考えられるが、本稿の社会的安全と市民的自由の視点とは異なるので、ここでは指摘にとどめておく。

(3) 刑法による公共の福祉と内在的制約による最小主義

刑法の目的が、社会的安全（犯罪からの市民の保護）と市民的自由（刑事権力からの市民の自由の保護）にあるならば、国家により市民的が犯罪から理不尽な侵害を受けずに保護さ

れていること、かつ、国家の強大な刑事権力から不当な人権侵害を受けないことこそが刑法による公共の福祉の内容というべきであろう。その意味で、法益保護が公共の福祉であるとする木村の見解は、刑法による公共の福祉としては十分とはいえないのである。

犯罪者の処罰は、憲法的には、公共の福祉を侵害したことを理由に、国家が刑罰権を行使して犯罪者の生命、自由、財産を剥奪することを意味する。刑法によるこの人権制約は当然のことながら公共の福祉の原理に服するものである。

既述のとおり、憲法は、公共の福祉を人権相互の衝突・矛盾を調整する原理として、人権制約の根拠を13条に託している。同時に、13条は人権制約について内在的制約論により最小主義を論理的かつ必然的帰結としている。この内在的制約による最小主義は、刑法による人権制約についても、憲法の要請として必要最小限度であることを要求する。ここに、刑法および刑罰における最小主義は憲法の要請によるものであることが確認される。この最小主義は、具体的には、まず罪刑法定主義における罪刑の最小主義として顕現する。次に、刑罰の最小主義は、刑罰権の基礎、すなわち刑罰論として刑罰の正当化根拠に具体化する。刑罰の最小主義は、さらに責任に及び、責任主義については消極的責任主義に帰着する。

(4) 罪刑法定主義における最小主義

近代刑法の目的が社会的安全と市民的自由となったことから、この安全と自由の二つの目的を担うものとして罪刑法定主義が近代刑法の大原則とされた。刑法はあらかじめ禁止される犯罪とそれに対する刑罰を告知することにより、人を犯罪から遠ざけ、社会的安全を果たす。犯罪が行われた場合であっても、刑罰を科すことによって、犯罪を鎮圧し秩序を回復するとともに、犯罪者の将来の犯罪を予防する。このように刑罰は一般予防効果と特別予防効果により将来の犯罪を抑止する。また犯罪と刑罰をあらかじめ法律で定めることにより、人は犯罪行為以外で処罰されないことが保障されており、犯罪を行った者も法律の定める刑罰を越えて処罰されないことが保障されている。すなわち、国家の恣意的な刑事権力の行使から人権が保障されている。かかる保障は、犯罪化の限界すなわち必要のない犯罪化の抑止と刑罰の種類・程度にも関わるものである。

罪刑法定主義は、1789年のフランス人権宣言において歴史上初めて成文化された。しかし、人権宣言が罪刑法定主義を人権の城塞として近代刑法の金字塔となりえたのは、たんに罪刑の法律化によるものではなく、人権宣言がその罪刑の法定の基準を最小主義としていることによる。その意味で、罪刑法定主義の最小主義を理解するには、人権宣言の宣明する罪刑法定主義から学ぶことが必要である。

1) フランス人権宣言（人および市民の権利宣言）と罪刑法定主義における最小主義

フランス人権宣言（正式名称は「人および市民の権利宣言」）は、自然権思想とロックやルソーの社会契約思想を基底に、国家形成の目的は市民の享有する自然権（自由・所有権・安全および圧制への抵抗権）の保護にあるとした。そして、市民各自の自由の限界を他者の自然権であるとして、自然権の保護を他者の自然権の不可侵を限界とした。ここに、人権宣言が社会的安全と市民的自由を刑事法の原理としていることを見出すことができる。

長谷川正安は、次のように述べてフランス人権宣言を普遍的原理であると評している。人権宣言は「人権の主体を人間と市民の二種に定式化し、人権を自然権（人間の権利）と市民権に分類している点では、自然状態から市民社会に発展する近代的自然法思想を忠実に踏襲し、極めて論理的」である。「それはいかなる文明社会にも当てはまる普遍的原理であり、フランスの特殊事情に拘束されない一般形式」をとっている。「イギリスの権利章典やアメリカの権利宣言とフランス人権宣言の重要な違いは、前者の権利が国会の法律によって規定されているのにたいして、後者の権利は、総意の表明である法によって規定されている点で」ある。「イギリス、アメリカの人権は、市民の実定法的権利と質的に」異ならないが、「フランスの人権は、市民の実定法的権利の土台となる自然権的なものであり、法律上の権利であるまえに憲法上の基本的権利であると」考えられている。「したがって、人権宣言では自然権の確認が中心になっており、市民権についての規定はあまり重視されていないように思われる」という⁽⁴⁾。フランス人権宣言の人間の権利と国民主権の原理は、1958年の憲法の前文において継承されている⁽⁵⁾。

本稿に関係する人権宣言の条文は、次のものである。

人は自由かつ権利において平等なものとして出生し、存在する（1条）。人は消滅することのない自然権を有するものであり、あらゆる政治的団結の目的は、人の自然権を保全することである。これらの権利は、自由、安全、所有権、および圧制への抵抗である（2条）自由は、他人を害しないすべてをなすことに存する。その結果各人の自然権の行使は、社会の他の構成員にこれら同種の権利の享有を確保すること以外の限界を持たない。これらの限界は、法によってのみ、規定することができる（4条）。法は社会に有害な行為でなければ、禁止する権利を持たない。法により禁止されないすべてのことは、妨げることはできず、また何人も法の明示ないことをなすように強制されることはない（5条）。法は総意の表明であり、法は保護を与える場合でも、処罰を加える場合でもすべての者に平等でなければならない（6条）。何人も、法律により規定された場合でかつその命ずる形式によるのでなければ、訴追され、逮捕され、または拘禁され得ない。恣意的命令を請願し、発令し、執行し、又は執行させる者は、処罰されなければならない。然しながら、法律により召喚され

または逮捕された市民は、直ちに従わなければならない。その者は、抵抗により犯罪者となる（7条）。法律は、厳格かつ明白に必要な刑罰のみを定めなければならない、何人も犯罪に先立って制定され公布され、かつ適法に適用された法律によらなければ、処罰されない（8条）⁽⁶⁾。

以上の条文から、フランス人権宣言における罪刑法定主義の構造は次のようにいえよう。

人は平等なものとして生まれ、社会に存在する。人は消滅することのない自然権（自由・安全・所有権・圧政に対する抵抗権）を享有している。国家・政府（政治的団結）は人の享有する自然権の保護を目的として組織されている。自由は他者を害しない限りで認められるものであり、したがって、各人の自然権の行使は他者の自然権を侵さない限りで認められるのであって、自然権の行使は他者の自然権の不可侵を限界とする。犯罪はこの自然権行使の限界を超えるものであり、法だけがこれを犯罪として規定することができる。この場合、法は社会に有害な行為のみを犯罪として禁止することができる。法で禁止されていない犯罪以外は自由であり、法で明示されていないことは強制されない。法は保護についても処罰についても平等でなければならない、何人も犯罪に先立って制定され公布され、かつ適法に適用された法律によらなければ、処罰されない。処罰についても、法律は厳格かつ明白に必要な刑罰のみを定めなければならない。

以上のように、人権宣言は、自由権の行使の限界を他者の自然権に求めることから、他者の自然権を侵害する行為を犯罪として禁止するものといえる。留意すべきは、他者の自然権の侵害のみならず、それが社会に有害なものに限定されていることである。社会に有害な行為の意味は、刑罰を必要とするほどの有害性、すなわち社会の存立を危うくする行為と解すべきであろう。したがって、罪刑法定主義の犯罪化の基準には、自然権の内在的制約による最小主義が顕現しているものといえる。では、刑罰についてはどうであろうか。人権宣言は、「厳格かつ明白に必要な刑罰でなければならない」として極め強度な必要性を刑罰の要件にしている。これは、社会に有害な他者の自然権侵害行為に対して、最小限度に必要な刑罰という意味であり、そこに刑罰についての最小主義を見いだすことができる。その具体的内容は、後述の刑罰権の正当化根拠として顕現する。このように人権宣言は、罪刑法定主義の構造を罪刑の最小主義によって構築しているといえる。

社会的安全は時代の進展により社会が複雑化することにより、社会に有害な新たな行為を生み出す。社会的安全を保持するためには、そうした新しい有害行為を犯罪化することが不可避のものとなる。それは同時に自由の範囲を狭めることを意味する。自然権の保護の新たな在り方について、社会的安全と市民の自由はしばしば対抗するものとなり、刑法のみならず刑事法は自由と安全の関係に相克の歴史を刻んできた。とりわけ、フランスの近代以降の

刑事法の歴史はその対抗と相克の歴史といっても過言ではない⁽⁷⁾。

刑罰における最小主義は刑罰に厳格かつ明白な必要性の要件を導くが、その要件は19世紀のフランスの支配的刑法学派である新古典主義の刑罰論において具体化された。

新古典主義は、絶対的応報刑思想の古典主義刑法とナポレオン刑法典における重罰刑・厳酷刑の緩和・修正を目ざした刑法学である。カントの思想による正義（応報）とベンサム思想による効用（功利）を折衷により止揚した刑法学であることから、折衷主義と呼ばれている。その核心にあるのは折衷主義を具体化した刑罰論であり、正義と効用を刑罰権の基礎とする新しい学派として偉大な折衷主義と称された。正義と効用の折衷的刑罰思想は、刑の緩和のみならず犯罪化の範囲の縮小、さらには行刑的改善という新たな分野にも及ぶ学理であり、19世紀の中頃より犯罪者の改善と構成に関する諸立法を導いた。近代学派が登場する19世紀の末葉までフランスにおける支配的な刑法学理であり、現在も新々古典主義刑法学としてフランス刑法学に重要な地位を占めている。

2) フランス新古典主義刑法学における刑罰の基礎・刑罰の正当化根拠

国家が刑罰権を有することは否定しがたい事実であるが、だからといって国家の刑罰権は無条件で正当なものであるとはいえない。国家が行使する刑罰が正当な根拠（刑罰の存在理由）をもつときはじめて、国家の刑罰権は正当なものといえる。刑罰の正当化根拠とは刑罰の存在理由もしくは国家が刑罰権を有する理由を意味する⁽⁸⁾。

フランス人権宣言における罪刑の最小主義は、フランスの新古典主義の刑罰論に明瞭に具体化したといえる。新古典主義刑法学における刑罰論の核心は、刑罰の正当化根拠にある。それは、概略、次のようなものである。

新古典主義の刑法思想は絶対的正義の思想（カントの応報思想）と効用の思想（ベンサムの功利主義思想）を折衷し融合させるものであり、この折衷の思想は刑罰の正当化根拠として正義と効用を基礎とする刑罰論を導く。絶対的正義は犯罪を必ず処罰することを正義とし、この正義を目的とするためには必罰でなければならないことから刑罰は厳格に絶対的応報刑でなければならないとする⁽⁹⁾。効用とは犯罪予防を意味し、刑罰の目的は犯罪予防であるとして、予防の効果をえるためにはたとえ犯罪の程度を超えてでも重罰や身体刑を用いることが必要とされる。絶対的正義と効用の思想は必罰重罰の思想であり、1810年のナポレオン刑法典はその必罰重罰の思想によるものであった。

新古典主義は二つの刑法思想を折衷し、「正義でなければ効用がなく、効用がなければ正義ではない」との標語のもとに、刑罰の正当化根拠を正義と効用に求めた。その意味するところは、犯罪防止の必要性がない刑罰は正義ではなく、また、犯罪予防のために正義（応報

の程度)を越える重罰は人々の刑罰および公権力への信頼を喪失せしめ、その不信感は犯罪予防効果を喪失させてしまうことから正義とはいえないというものである。要するに、正義も効用も単独ではそれぞれ刑罰の行き過ぎを防ぐことはできないから、正義で効用を制限し、効用で正義を制限することで刑罰の行き過ぎを防ぎ、犯罪に見合った刑罰を可能にしようとするものである。

この刑罰観は、犯罪に対して刑罰が重すぎることを是正する緩和制度として軽減事情による酌量減輕制度をもたらし、また、後述するように刑罰の程度については「責任と刑の比例原則」による個別責任とした。

なお、新古典主義において「正義」は「応報」の原理を導く。なぜなら、刑罰が正義であるためには犯罪行為者に苦痛である刑罰を科すことが必要だからである。したがって、応報とは犯罪者に犯罪結果を帰属させること、そして行為者に刑罰に応答させることを意味する。これが応報の原理である。したがって、正義の思想は応報刑を導くが、その応報は責任を内包するものであり、応報刑は責任の介在により帰属させられた結果に対する刑罰であって、仕返しのための報復刑ではない。

3) 代表的学説

このように正義と効用に相互制限・相互抑制の機能を持たせ、刑罰を適正なものにしようとするのが新古典主義の折衷的刑罰論である。人権宣言が宣明した刑罰の最小主義を意味する「厳格かつ明白に必要な刑罰」は、新古典主義によって正義と効用の相互抑制もしくは相互制限の刑罰論として具体化されたといえる。その意味で、新古典主義は応報刑と目的刑(犯罪予防・犯罪防止)の折衷的刑罰論であるといえる。

正義と効用の折衷の態様については、大別して三つの学説がみられる。一つは、新古典主義刑法学を体系化したオルトラン(J. Ortolan)によるもっとも純粋な折衷の説で、正義と効用の両方を刑罰の正当化根拠とし相互制限を機能させる学説である。これに対して、正義と効用の一方を刑罰の正当化根拠とし、他方をその制約原理とする学説がある。ロッシ(Rossi)は絶対的正義を刑罰の正当化根拠とし、効用(社会的功利)を正義の制約原理とする。これとは反対に、エリ(F. Hélie)は効用を刑罰の正当化根拠とし、正義を効用の制限根拠とする。この三つの学説の違いは、刑罰の本質についての考えを反映したものであり、刑罰の本質を応報ととらえるのか、犯罪予防ととらえるのか、その両者と考えるのかの違いである⁽¹⁰⁾。

オルトランの学説が最も純粋な折衷説であるので、以下、オルトランの折衷主義における刑罰最小主義をみてみよう。

オルトランは、刑罰権の基礎に正義と効用（功利）をおくことの帰結として、刑の程度について次の結論を導き出した。「社会権（pouvoir social）は、正義を満たす程度を超えて犯罪を処罰することはできない。たとえ、刑のより厳しい量定が社会の保全のために必要であると思われても、社会は他者の権利を害して自己の保存をはかる権利を持たない。また、社会権は自己の保存もしくは安全に必要な程度を超えて、犯罪を罰することができない。たとえ、絶対的正義の要求から厳しい刑を望むことがあっても、社会は、自己の保存もしくは安全について既に満足しているときには、さらに刑を加重する権利を有しない。したがって、人間社会の刑罰には、刑の程度に関し、正義上の限界と功利（利益）上の限界とがある。社会権による刑は、この二つの展開をいずれも超過することはできない。すなわち、決して正義に適する程度を超えてはならず、また必ず功利（利益）の十分な程度を超えてはならないのである⁽¹¹⁾。」

この正義と効用は表裏の密接な関わりがある。社会秩序を保全により犯罪からの安全をはかりさえすればそれで人心が満足するわけではない。社会秩序のためとはいえ、不当な重罰が科される場合、あるいは社会秩序のためといって理解の得られない犯罪化を拡張し自由な活動を制約することは、かえって人々に公権力に対する不信の念を抱かせ、軽蔑、憎悪の念を募らせ、その結果犯罪を放置する場合と同様に人心は乱れ、社会の健全な営みと発展は阻害されることになる。不当な重罰はもはや正義とはいえないものになる。また、犯罪に対する世論に生じる最も普遍的な感情は正義の感情である。正義による応報刑はその正義の感情に基づくものである。この正義の感情は二つの様相をもち、処罰欲求として表現される場合もあれば、不当な重罰・厳罰さらには不当な犯罪化に対する批判となる場合がある。正義を超える効用は正義の限度で否定され、効用を超える正義は効用の限度で否定される。したがって、刑罰は、正義と効用の両者を限度とするものでなければならず、この相互制限・相互抑制の折衷構造において、適切な刑罰の限界を具体的にどのように導くかが重要不可欠の問題となる。そして、オルトランは、刑の程度の導く仕組みを責任に委ね、刑は責任の程度に比例するとの個別責任の原則を樹立した。

オルトランによる刑事責任の構造は、概略、以下のようなものである。刑事責任は帰責性（imputabilité）、答責性（responsabilité）、有責性（culpabilité）の三つの概念で構成されている。帰責性とは、ある事実がある者のせいにするのできる可能性、すなわち彼が結果発生の原因であることを肯定することのできる可能性、すなわち帰責可能性を意味する。帰責可能性は行為者の自由を前提としている。したがって、帰責性は有無の観念であるが、その自由の程度により責任能力に程度が生じ、その程度は責任無能力（心神喪失）と限定責任能力（心神耗弱）として具体化する。答責性とは、帰せられた事実を受け入れろとの声にこ

たえる義務をいう。他方, responsabilitéは、広義では帰責性を前提とした刑事責任を表す語でもある。有責性とは、帰責された事実について、行為者に故意・過失の心理的要素を内容とする義務違反・罪過が存在することを表す⁽¹²⁾。

有責性は、犯罪にみあった刑罰は責任の程度に応じた刑罰として具体化する責任概念である。オルトランによれば、有責性には二つの側面があり、一つは犯罪（行為類型）に相当するものであり、これは法定刑として表明される定型的な罪責の程度で抽象的に表現される。もう一つは、有責性の実質的な個別責任である。行為者の有責性は、たとえ同じ殺人であっても、行為ごと、行為者ごとに变化するのであり、個別に判断をしなければならない⁽¹³⁾。すなわち、後者の有責性が個別責任の判断を可能とするのである。こうして、行為者個々の有責性は、有責性の概念により、刑は責任に応じたものでなければならないとの「刑と責任の比例原則」に基づき、個別責任を責任に応じた刑罰として導くことを可能としたのである。刑罰権に顕現した正義と効用の折衷による最小主義は、刑罰の程度を責任に基づくものとする「刑と責任の比例原則」を帰結する。その原則は最小主義の責任を導くものである。その最小主義は、消極的責任主義に向けて軽減事情による酌量減輕や執行猶予制度を創設、導入していくことになる。

以上のように、人権宣言が「厳格かつ明白に必要な刑罰」として表明した刑罰最小主義を、新古典主義は正当化根拠に正義と効用を求める折衷的刑罰論として具体化し、さらに刑罰の適正な程度を責任に基づくものとする「刑と責任の比例原則」を打ち立て、刑事責任においても最小主義を体系化したといえよう。オルトランが指摘するように、この折衷の刑罰思想は、刑罰についてだけではなく、犯罪化の最小主義にも不可分の基準となる。

- (1) 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利・憲法Ⅰ（第5版）（有斐閣 2015）（中村睦男執筆）257-258頁。佐藤・前掲122-123頁。伊藤・前掲220頁。
- (2) 木村亀二「刑法の目的と機能」刑法講座（有斐閣 1972）19-23頁。なお、刑法の目的について、戦後初期の牧野英一の論稿があるが、これは公共の福祉に言及するところはない。牧野英一「刑法の目的」刑事法講座第1巻（刑法1）（有斐閣 1952）1頁以下。
- (3) 平野龍一・刑法の基礎（東京大学出版会 1971）115頁。
- (4) 長谷川正安・憲法講話(2)基本的人権（法律文化社 1984）39-40頁。
- (5) 長谷川・前掲41頁。なお、1848年のフランス共和国憲法8条は、「市民は、団結し、平和的にかつ武装することなく集会し、請願し、出版の方法その他によって思想を表明する権利を有する。これらの権利の行使は、他人の権利および自由ならびに公共の安全のみを限界とする」と規定している。高木八尺＝末延三次＝宮沢俊義編・人権宣言集（岩波書店 1974）162頁。
- (6) 前掲・世界人権宣言集131-132頁。
- (7) フランス刑事法における社会的安全と市民的自由の対立と相克の歴史の詳細については、

平野泰樹・近代フランス刑事法における自由と安全の史的展開（現在人文社 2002）がある。以下、フランス新古典主義刑法の刑罰論等の詳細については拙著を参照されたい。

- (8) 澤登俊雄「現代における刑罰の本質と機能」現在刑罰法体系Ⅰ（日本評論社 1984）38頁。
- (9) 正義はもともと神の正義に由来するが、新古典主義は神の正義は人知を超えるものとして、正義を神の正義すなわち宗教的正義から解放し、人間社会の正義であるとした。ここに刑法学における正義の観念は法的正義となり、応報刑（応報自体に刑罰の正当化根拠を認める）の生成につながった。
- (10) 平野（泰）・前掲116-119頁，澤登・前掲46頁。
- (11) 平野（泰）・前掲134頁。
- (12) 平野（泰）・前掲140頁以下。
- (13) 平野（泰）・前掲144-145頁。

3. わが国の刑罰論における相対的応報刑論と抑止刑論

フランス刑法を祖法としたわが国の刑法は、やがてドイツ刑法学が支配的となり、現行刑法典への改正に至る。以後、フランス刑法学は、一部の研究者を除き、わが国ではほとんど顧みられることがなくなった。では、わが国における刑罰論はこの最小主義にどのような取り組みをしているのであろうか。わが国で広く支持を受けている見解は、相対的応報刑論である。

平野龍一は、絶対的応報刑論と相対的応報刑論の違いを次のように説明する。絶対的応報刑はあくまでも応報であることに刑罰の正当根拠を認めるが、現在の応報刑論は応報刑を加えることにより犯罪防止の効果があることを認める。しかし、それは副次的なものであり、応報であることによって刑罰は正当化される。これに対して相対的応報刑論は、刑罰の正当化の根拠を応報だけではなく犯罪防止の効果におくものであるとする。「刑罰は、応報であるということだけで正当化されるものではなく、刑罰が、犯人を含めて一般の人々犯罪に陥ることを防止する効果があり（これを一般予防効果という）、そのために必要である場合にだけ刑罰は正当化されるのである。従って、刑罰は、犯罪の重さ以上のものであってはならないが、場合によってはそれ以下のものであってもよく、あるいは刑罰を科さないで済ませることができる場合もある。もちろん、刑罰に、一般の人々の犯罪を防止する力がどの程度あるのかは、現在のところ、そうははっきり測定できるものではない。刑罰の一般の人々に及ぼす抑止の効果は、刑罰を恐れるという直接的なものだけではなく、刑罰を加えられることによって、悪は許されないものであるという意識が確認され強化されうという間接的な過程を通じて発揮されるところも大きいからである。しかし、原理的にいって、いわば『均衡と効用』の両者によってはじめて刑罰が正当化される点で、相対的応報刑論は、絶対的応報刑論と異なっている。この違いは、刑罰をどの程度に用いたがよいかという実際上の結論にも影響を及ぼす⁽¹⁾。」

平野龍一は、応報と犯罪予防効果を正当化の根拠とし、「均衡と効用」とによって刑罰が正当化されるとする刑罰論を相対的応報刑論として説明する。これは、オルトランの正義（応報＝正義から応報の原理が導かれる）と効用の折衷構造とほぼ同じものといえてよいであろう。ただし、オルトランは自説を応報刑とは異なるものとしている。新古典主義において、応報刑とは絶対的応報を意味する。わが国では、平野（龍）が説明する折衷の刑罰も、応報刑のカテゴリーに入ることになる。さらにいえば、相対的応報刑については論者によりその理解や説明が異なり、また刑罰については本質、目的、機能といった複数の面があり、論者の用語の定義も曖昧な面があることから、相対的応報刑論といっても未だ一つの理論体系となりえてはいない。

澤登俊雄は、わが国の学界では応報刑と抑止刑論の対立があるとして、次のように説明する。「応報刑は応報それ自体の中に刑罰の正当化根拠を認めるのに対して、抑止刑論は、応報のための応報を否定し、犯罪防止の目的ないし効果に刑罰の正当化根拠を求める。しかし、抑止刑論においても、刑罰概念としての応報は肯定する。すなわち、刑罰が、(1) 正当権限によって科せられること、(2) 利益剥奪すなわち苦痛を内容とすること、(3) 何らかの悪行に対する応答としてなされること、の三つの概念要素から組み立てられているとすることについて、応報刑論と抑止刑論との間に対立は存在しない。『刑罰の本質は応報である』という表現に、刑罰概念としての応報と刑罰の正当化根拠としての応報という二通りの理解の仕方があることを認めるならば、抑止刑論も応報刑論の一つということになる。すなわち、抑止刑論は目的刑論としての応報刑論ということになろう。しかしこれではまぎらわしいので、抑止刑論が相対説であることを考慮して、それを特に相対的応報刑論と呼び、従来の目的刑論ではない応報刑論（したがってそれは絶対的応報刑論と呼ばれることになる）と区別する工夫も行われている」、「さらに付言すると、最近、相対的応報刑論という言葉の前記と異なる意味で用い、それを抑止刑論と対比する説明も行われている。（中略）あえてこれを一つの理論体系として説明するならば、刑罰の正当化根拠とその限界を『正義と効用』という二元的なもので説明しようとした『折衷主義＝新古典学派理論』の刑罰論の内容を実質的に指示しているように思われる⁽²⁾。」

澤登は、わが国の通説は相対的応報刑論であるとしながら、未だ理論体系となっていないことから、相対的応報刑論の用語に代えて「相対化した応報刑論」の語を用いる。そして、刑罰の犯罪予防の重要視にもかかわらず、応報刑の相対化が進まず、相対化した応報刑論者（抑止刑に至らない相対的応報刑論者）が応報刑論にとどまる理由について、応報刑における犯罪と刑罰の均衡原則の維持、非難としての刑罰の規範的・倫理的機能の確保の必要性、目的刑論に対する他者の利益のために犯罪者を犠牲にすることの懸念、応報刑の犯罪防止効

果、応報刑の応報・正義感情、治安感情の満足等々の効果が応報刑に踏みとどまらせていると指摘する⁽³⁾。その見解によれば、現在、刑罰論の構図の中心にある対抗軸は相対化された応報刑論と抑止刑論であり、その対立の解消は容易でないということになる。

さらに抑止刑論に対して、その制約原理に次のように疑問を呈する。「抑止刑論についての最大の疑問は、制約原理が十分に働くかという点である。抑止刑論の特色の一つは、『有効性』という概念の中に、合目的性の追求による刑罰の拡大という要素と、有効でなければ刑罰を用いてはならないという刑罰謙抑の要素とが混在しているところにある。したがって、刑罰の前提条件である責任概念も、有効性の観点から展望的に構成されることになる。それゆえ、理論上は、違法論の領域において厳格な結果無価値論をとることによって、刑罰に対する制約原理が示されるにすぎない⁽⁴⁾。」この疑念は、刑罰の有効性の追求を制約する最小主義の原理が存在しないことを指摘するものであるといえよう。

抑止刑論へのこの危惧は、ナポレオン刑法典が犯罪状況の悪化を防止するために、犯罪予防の効果を上げるべく重罰化を推進した事実からも懸念されるところである。抑止刑は犯罪予防を唯一の刑罰の正当化根拠とするところから、応報原理による抑制を受けず、その構造において犯罪抑止に向けての重罰化を抑制なく志向する可能性は否定しきれないところである。

澤登論文にみられるように、わが国では多くの論者が刑罰論について詳細に論じている。しかしながら、論者による説明は多様であり、刑法観や刑罰観の違いもあり、いまだ広く支持される統一した体系化はみられない。

(1) 平野龍一・刑法概説（東京大学出版会 2003）8頁。

(2) 澤登俊雄「現在における刑罰の本質と機能」現代刑罰法体系(1)（日本評論社 1984）37頁。

(3) 澤登・前掲52-53頁。

(4) 澤登・前掲68頁。

4. 罪刑法定主義と憲法における刑罰権の限界

憲法13条の公共の福祉が内在的制約理論で人権制約を認める規定であるとするならば、人権制約は必要最小限度であることが求められることになり、罪刑法定主義においても最小主義が憲法的要求ということになる。現在の罪刑法定主義の理論状況を、実体的デュー・プロセス理論の見地からみてみよう。

(1) 罪刑法定主義の法的変遷

わが国の旧刑法典（明治13年制定、明治15年施行・太政官布告）はフランス刑法を範としており、第2条に「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」との規定を設け、罪刑法定主義を規定した。別途、3条1項に「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ボスコトヲ得ス」との規定をおき、罪刑法定主義の本質的規定である遡及処罰の禁止（事後法の禁止）を明記した。その後、明治22年に制定された大日本帝国憲法（明治23年施行、通称、明治憲法）は、ドイツ憲法を範としており、23条に「日本臣民ハ法律ニ因ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」との規定をおき、罪刑法定主義を憲法上の規定とした。

しかしながら、旧刑法典および旧憲法における罪刑法定主義は、基本的人権の確立以前のものであり、とくに旧憲法は法律の留保によりいかようにも人権を制約しうるものであった。旧刑法典を改正して明治40年に制定された現行刑法典が罪刑法定主義の規定をあえて設けなかったのは、旧憲法に既に罪刑法定主義の規定があったから不要とされたといわれているが、不要とした真意は人権への意識の希薄さが背景にあったといえよう。実際、戦時下において検閲や思想犯に対する拷問などの露骨な人権侵害が、常態化したことは忘れがたいところである。この時代の罪刑法定主義は、法史的に言えば、その歴史的意義を顧みることなく空洞化し、むしろ人権を侵害する悪しき法律主義に堕したといえよう。現行憲法のもと、戦後の刑法学において罪刑法定主義が重視されたのは、人権侵害の歴史から罪刑法定主義を本来の人権保障の城塞とするためであったといえよう。

大陸型罪刑法定主義もしくは人権宣言型罪刑法定主義は、刑事人権の保障のために犯罪と刑罰をあらかじめ法律で定めるとの原理であるから、遡及処罰の禁止（事後法の禁止）、慣習刑法の禁止、類推解釈の禁止および絶対的不定期刑の禁止という四つの派生原則をその実質的な内容とした。

戦後、アメリカの統治下において憲法の全面改正が行われ、アメリカ憲法の影響を強く受けた現行の日本国憲法が昭和21年に公布され同22年施行に施行された。日本国憲法は、アメリカ法系によるため大陸法系の罪刑法定主義形式の規定を設けず、法定手続を保障する31条「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」を設けた。31条は規定の文言は法定手続の保障規定であるが、アメリカ憲法と同じくデュー・プロセス・オブ・ロー（due process of law）の規定であり、現在では、適正手続の保障を意味する適正手続条項として広く受け入れられている。

本来、デュー・プロセス（適正手続）は刑事訴訟が公正な手続に基づき行われることを要求するものであり、イギリスの1215年のマグナ・カルタ39条「自由人は、その同輩の合法的裁判によるか、または国法によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置、もしくは追

放をうけまたはその他の方法によって侵害されることはない」との規定に由来するものとされている。同規定は、罪刑法定主義の歴史的淵源とされている。この規定は後にアメリカに継受され、アメリカ合衆国憲法修正4条「不合理な逮捕搜索、もしくは欧州に対し、身体、住居、書類および所有物の安全を保障される人民の権利は、これを侵害してはならない。令状はすべて、宣誓もしくは確約によって支持される。信頼するに足る理由に基づいてのみ発せられること、かつ搜索されるべき場所および逮捕押収せられる人または物件を明示していなければならない」との規定となる⁽¹⁾。日本国憲法31条の法定手続の保障規定はその流れをくむものである。

田宮裕はこのデュー・プロセスには二つの面があり、一つは真実を発見するための一定の手続上の保障という面、一つは真実の発見と矛盾してでも貫かれる人権保障の面であるという⁽²⁾。学説的には後者の面への支持が広く浸透していることから、「適正」の文言はないが、31条の法定手続条項は適正手続条項として広く理解されることになった。そして、適正手続の前提となる実体法もその内容が適正なものでなければならぬとの結論が導かれることになるが、それを憲法の視点から理論化したものが「実体的デュー・プロセスの理論」である。

(2) 実体的デュー・プロセス理論

芝原邦爾は、この実体的デュー・プロセス理論を次のように説明している。『『実体的デュー・プロセスの理論 (substantive due process)』とは、憲法に規定された適正手続条項は、刑事手続の適正のみならず、刑事立法の実体的内容の合理性をも憲法上の要請として要求し、その内容が刑罰法規としての合理性がない場合は、デュー・プロセス違反として憲法違反になるという理論である。そしてこの理論の根底にあるものは『刑罰法規の内容の適正が刑事制裁の限界を画す』という主張である⁽³⁾。』

さらに、芝原は公共の福祉と刑罰による人権の制約について、その本質を次のように述べている。『『公共の福祉』の概念は、基本的人権間の相互の調整のために必然的にともなう『内在的制約』としてのみ理解されるべきであって、基本的人権を超越しそれと対立する独自の利益と解されてはならない。すなわち個人の自由に対する制約は、社会における個人間の自由を調整するための『内在的制約』と考えられる場合に限って認められ、それを越えたかたちでこれを制約することは憲法の要請として許されないものといわなければならない。ところで国家による刑罰権の行使は、それが憲法に規定された個別的な基本的人権の保障規定との抵触のおそれの有無をとわず、それを蒙る者に対して多大な苦痛を与えるものであり、個人の自由の限界を画するものであることはいうまでもないことから、それは個人の自

由相互間の『内在的制約』の具体的表現と認められる場合にのみ憲法上許されることになる。これを刑罰法規の内容という面から見たとき、それはまさに、合理的な内容の刑罰法規のみが憲法上許されるという主張となるのである。」そしてこのように考えるならば、「刑事制裁の行使は、その実体的側面においても、それが憲法に規定された個別的な基本的人権の侵害が直接問題とならない場合であっても、等しく憲法による直接の規制のもとにあるといわなければならない。そしてこうした刑事実体法の内容の合理性を憲法の次元で要請する理論が『実体的デュー・プロセスの理論』なのである。そしてこの理論は憲法31条の適正手続条項をその憲法上の根拠として主張されうるのである⁽⁴⁾。」

実体的デュー・プロセス理論は、本来、立法論の段階で問題とされる刑罰法規の内容の適正を、違憲審査権に服させ、その内容の合理性を解釈の対象にした。そのため、裁判所は、「刑罰法規の解釈適用にあたって、その実体的内容の合理性に関する実質的判断をも」迫られることになった⁽⁵⁾。刑罰法規の内容の適正に合理性が認められない場合には、違憲審査により違憲・無効とされる。

この実体的デュー・プロセス理論に対しては、批判もある。川端博は憲法31条に罪刑法定主義が含まれることを認めたとうえで、「罪刑の均衡」も実体的デュー・プロセス理論の見地から要求されるが、これに反する場合にも罪刑法定主義違反による憲法違反とすることを批判する。実体的デュー・プロセス理論においては「罪刑の均衡」の基準を「社会倫理的見地」に求める立場が有力であるが、「社会倫理」は変転極まりないのであって、基準としては不明確であるとし、川端は罪刑の均衡はあくまでも責任主義の問題であり、量刑の段階で重視されるべき問題だとする⁽⁶⁾。

「罪刑の均衡」が問題となるのは、むしろ法定刑についてであろう。法定刑が犯罪行為に対して極めて重すぎる場合、その法定刑が違憲の対象となることは十分にありうる。昭和48年4月4日の最高裁尊属殺人罪違憲判決は、死刑または無期懲役刑のみを法定刑として規定していた尊属殺人罪につき、尊属殺人の加重規定自体は尊属への特別の保護により認められるが、情状酌量により執行猶予をつけられないほどの刑の重さは合理的説明がつかないとして、そのような重罰刑を科すのは憲法14条の法の下での平等に違反とするとした（多数説・法廷意見）。実体的デュー・プロセス理論からは、31条違反で違憲とすることも可能であり、そのように主張する見解もある⁽⁷⁾。

周知のとおり、法制審議会の2度の答申により、平成7年（1995年）の刑法の口語化の改正時に、尊属殺人罪を含む四つの尊属加重規定が刑法典から削除された。削除の理由は、22年間にわたり普通殺人罪で裁かれた尊属殺人の量刑は懲役5年以下の数が相当数あることから、仮に尊属殺人罪規定を存続させるために普通殺人罪よりも下限を重くするため下限を5

年または4年にすると、被告人に対して酌量すべき事情があっても3年を上限とする執行猶予をつけられなくなることが削除の理由とされた⁽⁸⁾。

(3) 実体的デュー・プロセス理論と罪刑法定主義の新しい派生原則

実体的デュー・プロセス理論は、適正な内容の罪刑法定主義について適正な内容を求めることから、「刑罰法規の内容の適正原則」だけではなく、これとは別に「明確性の原則」も罪刑法定主義の重要な原則とする。明確性の問題は、元来、構成要件の問題であったが、実体的デュー・プロセスの理論により憲法的価値を付与されることになった。

明確性の原則は、アメリカ憲法において、法文の不明確な刑罰法規がデュー・プロセス違反となることに由来する。芝原は、次のように説明する。「刑罰法規の内容が、国民に対する何が犯罪であるかの『適正な告知 (fair notice)』と裁判官の法適用の指針という観点から、この条件を満たすに足りる明確性をもたない場合には、その適用を拒否し、法規自体を無効とする理論である。そしてアメリカでは、経済法規および言論取り締まり法規に関して問題とされ、しかも憲法上、法文の不明確な刑罰法規による処罰はデュー・プロセス違反であるとされてきた」のである。芝原は、憲法31条を根拠に同様の主張が可能であると指摘する⁽⁹⁾。

いうまでもなく、この明確性の原則は、刑罰法規の内容適正の原則とは異なる次元のものである。刑罰法規の法文がどれほど明確であっても、刑罰法規の内容の適正は必ずしも担保されない。それゆえ、明確性の原則とは別に、刑罰法規の内容の適正が重要となる。

このように実体的でデュー・プロセス理論は、大陸型とは異なる形で罪刑法定主義に憲法上の根拠を与え、罪刑法定主義の従来の四つの派生原則に明確性の原則と刑罰法規の内容適正の原則をあらたに加え、違憲立法審査権に基づく違憲審査の対象としたことにその意義があるといえる。罪刑法定主義における最小主義としては、明確性の原則、刑罰法規の内容の適正原則、類推解釈の禁止原則、絶対的不定期刑の禁止原則として具体化されているといえる。なかでも、特に重視すべきものは刑罰法規の内容の適正原則であり、刑罰権の限界すなわち犯罪化の適正な限界と刑罰の適正の基準が罪刑の最小主義を担保しうるものであるかが検討されなければならない。

(1) マグナ・カルタについては、前掲・世界人権宣言集45-46頁。アメリカ合衆国憲法については、宮沢俊義編・世界憲法集（第4版）（岩波書店 1984年）51-52頁。

(2) 田宮裕・刑事訴訟法とデュー・プロセス（有斐閣 1974）203頁以下。

(3) 芝原邦爾・前掲1頁。

(4) 芝原邦爾・前掲2-3頁。憲法13条と31条の関係について、平川宗信「刑法の憲法的基礎に

ついて」平野龍一先生古稀祝賀論集上巻（有斐閣 1990年）85-87頁参照。

- (5) 芝原邦爾・前掲1頁。
- (6) 川端博・刑法総論講義（第2版）（成文堂 2007）44頁。
- (7) 憲法判例百選Ⅰ（第6版）有斐閣 2013）（渡辺康行執筆）61頁参照。
- (8) 基本コンメンタール（第二版補訂版 改正刑法）（日本評論社 2002）（阿部純二執筆）252頁。
- (9) 芝原・前掲221頁。

むすび

刑法は、社会的安全と市民的自由を公共の福祉の内容としている。犯罪はこの公共の福祉を侵害する行為であり、刑法は犯罪を行った者を、生命、自由または財産を剥奪する刑罰で処罰する。憲法は、刑法が刑罰により犯罪者を処罰する根拠を、二つの憲法規定に委ねた。憲法13条は、公共の福祉に反する場合に、人権の制約を認める規定であり、したがってこの規定は刑法により刑罰を科す根拠規定となる。13条の公共の福祉は、内在的制約論により人権制約を必要最小限度であることを原則とする。憲法は、この人権制約最小主義を刑法に要求する。刑法における最小主義は、社会的安全と市民的自由の城塞である罪刑法定主義に具体化しなければならない。すなわち、犯罪については、最小限度の犯罪化と、応報の限度を超えない犯罪予防に必要な刑罰が要求される。犯罪予防に必要な刑罰を科す必要はなく、刑事責任は必然的に消極的責任主義に帰さなければならない。このように、憲法は、13条の公共の福祉論により、最小主義の罪刑法定主義を要求するものといえる。

さらに、実体的デュー・プロセス理論は、31条に適正手続の前提として刑罰法規の内容の適正を不可欠なものとする。憲法が刑罰法規の内容の適正を要求していることから、31条が罪刑法定主義の根拠規定である論拠とされる。問題は刑罰法規の適正な内容の判断基準であるが、実体的デュー・プロセス理論は合理性をその判断基準としている。しかしながら、合理性のみで、犯罪と刑罰の内容の適正を最小主義の原則に服させることができるかは疑問である。

刑罰法規の内容の適正や明確性が違憲審査の対象となるとしても、裁判実務では構成要件を縮小解釈し合憲限定解釈の手法が用いられ違憲判決が回避される傾向にある。合目的性をもつ立法の合理性が、違憲の判断より優越することは容易に起こりうる。とすれば、合理性の判断は十分な基準とはいえない。

それゆえに、31条の罪刑法定主義の前提として、13条の最小主義がより重要な意味をもつことになる。合理性による判断基準よりも、罪刑法定主義の最小主義を基準とする方がより具体的にかつ体系的に考察することができるからである。そしてなによりも、憲法が13条に

より罪刑法定主義にそのような最小主義を要求しているということが重要なのである。

多くの論者が、憲法13条の公共の福祉につき人権制約の最小主義に言及しながら、その指摘にとどまっている。公共の福祉による最小主義を理解するためには、最小主義が刑法思想、犯罪論、刑罰論、責任論においてどのように具体化されているのか、またどのように具体化されるべきかを考察する必要がある。本稿は、刑法学の立場から、ささやかながら最小主義の体系的な理解を試みた試論である。