

令和 2 年 6 月 12 日現在

機関番号：32689

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2017～2019

課題番号：17K13639

研究課題名(和文) 処罰の早期化の国際的潮流に対応した刑事立法の基礎原理に関する比較法的・統合的研究

研究課題名(英文) Research on the Principles of Criminal Legislation: Comparative and Integrative Approach

研究代表者

仲道 祐樹 (Nakamichi, Yuki)

早稲田大学・社会科学総合学院・教授

研究者番号：80515255

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,400,000円

研究成果の概要(和文)：本研究課題においては、「理論に裏打ちされ、実務上の使用に耐えうる立法分析枠組の構築」を目的とした。英米圏およびドイツ法圏との比較法調査の結果、刑事立法の分析枠組として、当該立法の憲法適合性を判定する「外側の限界」と、合憲性が判定された上で、刑事法学の観点からより良い立法を追究する「内側の討議」からなる刑事立法分析の2段階構造を構築した。この枠組みをテロ等準備罪や法人処罰に応用し、その許容可能性を示した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

体感治安の悪化や国内外でのテロ等をうけて、刑事立法活動が活性化している。それらの中には、市民の自由を強く制約しうるものが含まれるところ、より良い刑事立法でなければその自由制約を受け入れることはできないであろう。では「刑事立法のよさ」をどのように評価・分析するか。この点について先行研究は確固たる枠組を構築してこなかった。本研究が提示した刑事立法分析の2段階構造により、憲法に適合せず「不合格となる法案」を除外した上で、憲法に適合する法案に対して、「より良い立法とするためにはどうすればよいか」を集中的に議論することが可能となる。

研究成果の概要(英文)：This research is designed to build a theoretical and practical framework for analyzing and evaluating criminal legislation. Through comparative studies between Japan, Germany and common law countries, I have reached to a conclusion that the framework should be divided at least into two layers: at the first layer it is evaluated whether the bill in question does not invade the constitutional outer limit. Passing this test, the bill goes to the second test, whether this bill is the best form to solve the problem to which the legislator will respond or the theoretically better version could have been drafted. This two layers structure helps legal academics, practitioners, and politicians to analyze and evaluate criminal legislation bills/drafts more effectively. To test the practical feasibility of the framework, I applied it to some problems like the Crime of Preparation of Acts of Terrorism and Other Organized Crimes and verified its feasibility.

研究分野：刑事法学

キーワード：刑事立法学 比例原則 法益論 危害原理 テロ等準備罪

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19 (共通)

## 1. 研究開始当初の背景

### (1) 研究開始当初の国内外の立法動向

本研究開始当初から現在まで、世界的に「処罰の早期化」と呼ばれる状況が進行している。本研究期間内に、組織犯罪処罰法が改正され、テロ等準備罪が導入されたが、これも処罰の早期化の一例であった。

このような状況はヨーロッパにおいても同様であった。EU法の枠組みの中で、ドイツもイギリスも、法益侵害発生前の介入が求められる領域に対応する犯罪類型を創設している。テロに必要な武器等の使用方法の教授やテロキャンプへの出国・滞在(独刑法89a条、英2006年テロリズム法6条、8条)などのテロ準備行為や、対児童性犯罪の予備行為である、インターネット等で児童に近づく「グルーミング」の犯罪化がその例である(独刑法176条4項3号、英2003年性犯罪法15条)。

以上の国際的潮流は、伝統的な「法益侵害への応報」を中核とした謙抑的な刑法から、「法益侵害の前段階への介入を通じた犯罪予防」を目的とする積極的に介入する刑法へのシフトを示していた。このような刑罰の早期・積極活用という潮流に、理論的にどう対応するかが問われることとなった。

### (2) 研究開始当初の国内外の研究動向

この状況下で刑法学に求められるのは、理論に裏打ちされ、かつ現実の立法をコントロールする「理論的かつ実践的な刑事立法論」を構築・提示することである。しかし、研究開始時点では、先行諸研究はいまだこの構想を実現するに至っていなかった。

伝統的刑法学は、何が刑法の保護対象かという法益論に基づく限界づけを試みてきた。しかし、法益論だけでは立法規制機能は果たせない。何が保護に値する法益かを明らかにしたとしても、それを「刑法で」保護するかがなお問題となり、法益論ではこれに答えられないからである。

刑法投入の限界を画する目的で現在試みられているのが、a) ドイツ憲法判例に由来する国家的介入の審査基準である比例原則を刑事立法の正当性判断基準として導入し、憲法の中に刑事立法の条件を見出すアプローチ、およびb) イギリスの犯罪化論のように、国家による犯罪化を可能とする超実定法的・倫理的な条件を解明しようとするアプローチであった。

本研究はしかし、これらの先行研究に対して以下の疑問を有していた。

比例原則への疑問：原理的考察の不存在

比例原則は、憲法適合性を刑事立法の限界とするが、刑事立法の諸原理が全て現行憲法の中に見出せるとは限らない。いかなる原理が存在しうるかを現行憲法を離れて考察する必要がある。

両アプローチへの疑問：法効果の観点からの考察の不存在

刑事立法の基本原理は、「立法」であればおよそ要求される原理と「刑事立法」ゆえに要求される原理との複合体である。後者では、「刑罰」が「その他の制裁」と比べてなぜより厳格な規制に服するのかがなお問題となる。にもかかわらず、両アプローチともこの点を解明していない。

### (3) 析出された理論的課題

以上のように、従来の研究では、実質的な刑事立法の原理の解明、刑罰とその他の(予防的な)制裁・措置との性質の差異の解明、これらを統合し、法効果の観点を見据えた刑事立法の基礎原理の提示という理論的課題が解決されていなかった。

## 2. 研究の目的

以上の背景および問題意識から、理論に裏打ちされ、かつ法制実務での使用に耐える「理論的かつ実践的な刑事立法論」の構築を研究全体の目的としつつ、そのうち以下の3点を本研究課題の目的とした。

イギリスの犯罪化論をドイツの刑法理論と比較することで、ヨーロッパにおける刑事立法論の到達点を明らかにすること(原理・比較法研究)

両国の刑罰制度・制裁制度を総体として把握することで、刑罰が犯罪予防において果たすべき役割およびその他の制裁との差異を明らかにすること(制裁・比較法研究)

とを踏まえて、普遍的な、あるいは少なくとも日本に適用可能な刑事立法の基本原理を提示すること(原理研究と制裁研究の統合)

## 3. 研究の方法

本研究は、イギリス滞在調査、ドイツ滞在調査、日本での分析作業により実施した。

### イギリス調査

イギリス調査は、2017年8月まで、オックスフォード大学で実施した。犯罪化論に関する文献の集中的調査を実施し、犯罪化論の全体像を認識する作業を行った。その過程で、日本およびドイツの刑事立法分析の枠組と、英米の犯罪化論との間の異同を明らかにするため、受入教員であるJonathan Herring教授へのインタビューを複数回実施した。

もっとも、この作業を通じて、英米の犯罪化論の網羅的紹介という当初予定していた作業は、法制実務での使用に耐える刑事立法論の構築を目的とする本研究の目的とそぐわないことを認

識した。日独英の基本的な「法」のとらえ方の相違、法律学の研究手法の相違ゆえに、日本への接合可能性がそれほど高いとはいえない主張・枠組も相当数存在したためである。そのため、全体像把握後は、日本との接合可能性の高い危害原理(harm principle)の調査にリソースを集中させて研究を展開した。

#### ドイツ調査

ドイツ調査は、2018年9月にマックス・プランク外国国際刑法研究所(フライブルク)で実施した。同研究所は、処罰の早期化に関するドイツの研究拠点であり、そのライブラリーを利用して、ドイツ語圏における刑罰とその他の予防的制裁の相違に関する近時の議論の調査という当初計画において予定していた作業のほか、その派生論点として、法人処罰に関する立法のあり方に関する調査を行った(ドイツは法人に対しては刑罰ではなく秩序違反法に基づく非刑罰的な過料のみを課することができる)。

#### 国内作業

日本国内では、滞在調査の結果をもとにした英独日比較分析およびドイツ調査への準備作業を行った。分析にあたって、抽象的な原理に着目するのみならず、常にテロ対策刑法や性犯罪、法人処罰といった個別領域における各国の規制状況を踏まえて、問題に即した比較を行うこととした。

具体的には以下の作業を実施した。

- a) 危害原理と法益論を理論的に比較するとともに、これらが実際の裁判において利用可能な原理ととらえられているかに関する英米圏とドイツ語圏の判例調査を行った。ここから、後述する刑事立法の2段階構造を構築した。
- b) 刑事立法の2段階構造の実務的使用可能性をテストするために、テロ等準備罪を素材とした立法分析を実施した。
- c) 刑罰的対応を行う法制度と非刑罰的対応を行う法制度が存在する法人処罰を素材に、あるべき法人処罰立法の分析を行った。
- d) イギリスにおいて盗撮罪の新設が行われ、また日本において性犯罪遂行中の写真撮影と没収の可否に関する最高裁判例(最決平成30年6月26日刑集72巻2号209頁)が出されたことから、イギリス法の諸制度を、特に性犯罪被害画像の観点から再分析した。

#### 4. 研究成果

本研究課題の遂行により、以下の知見を成果として得た。

##### (1) 刑事立法の分析枠組の構築

刑事立法をいかに分析するかに関する体系的かつ実務使用に耐える枠組の構築が本研究課題の目的であった。この課題の遂行にあたり、イギリスにおける滞在調査(含、インタビュー調査)において、当初は、犯罪化論を包括的に分析することで、立法の原理を析出しようと試みたが、上述の通り、法に対する認識の相違や研究手法の相違から、その作業は「実務使用に耐える」枠組構築には(少なくとも研究遂行時点では)資さないという認識に至った。

しかし、以上の作業の過程で、次のような着想に至った。ドイツ法圏においては法益論を用いて立法分析を行うのが通説的なアプローチであったが、2008年の連邦憲法裁判所判決(BVerfGE 120, 224)以来、法益論による立法分析に対するネガティブな評価が広がっていた。そのようなドイツの動向の中で、危害原理を参照して法益論を分析道具として強化しようとする試みも存在した。そこから、英米圏において危害原理は、犯罪化の原理としてなお支持されているか(特に実務上使用に耐えると考えられているのか)の調査を行うことにより、ドイツと同じように法益論による立法分析を行う日本法の現状に示唆が得られるのではないかと考えた。

結論として、英米圏においても、危害原理の立法分析枠組としての有効性は実務上ネガティブに評価されていることが判明した。それを端的に示していたのが、カナダ最高裁判所のMalmö-Levine判決(R. v. Malmö-Levine; R. v. Caine, [2003] 3 S.C.R. 571)であった。同判決は、マリファナの所持で訴追された被告人が、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と主張し、かつカナダの権利及び自由の憲章(Canadian Charter of Rights and Freedoms)7条が、「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という権利を有する。」と規定していたことから、危害原理が7条にいう「基本的な正義の諸原則」に含まれるかという形で争点化されていた。同判決の法廷意見は、被告人の主張を退けたが、その理由は、危害原理は「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」というものであった。

以上のように、ドイツにおいても、英米圏においても、実務上法益論・危害原理による立法分析の可能性についてネガティブな評価が下されていることがわかった。そしてドイツとカナダにおいては共通して、憲法上の比例原則の判断により、当該立法の当・不当を判断していることが判明した。

しかし同時に、憲法だけで立法分析の枠組みは尽きるものではない。憲法に違反さえしていなければどのような内容の刑罰法規であってもよい、というわけではもちろんなく、刑事法学の専

門的知見から、より良い立法かどうかの判断はなお可能であるはずである。比較法調査の結果と、より良い立法に関する刑法学からの評価・分析・提案は可能であるし必要であるという認識をともに含んだ立法分析枠組こそが、妥当な立法分析を可能にする。このような認識から、憲法適合性の判断からなる外側の限界と、合憲性を前提に、刑法学の観点からより良い立法を追究する内側の討議からなる刑事立法分析の2段階構造を構築した。

その内容は、比較法学 53 巻 1 号 (2019 年) 25-70 頁 (オープンアクセス) にて公表した。

#### (2) 刑事立法の2段階構造の応用1: テロ等準備罪

刑事立法の2段階構造の使用可能性をテストするため、この枠組に従った立法分析を行った。素材は、2018年に新設されたテロ等準備罪(組織犯罪処罰法6条の2第1項)とした。同罪には、立法段階から、憲法学からの批判と刑法学からの批判がともに向けられており、それが大きな議論を呼んだことから、2段階構造の使用可能性をテストする格好の素材であるとともに、その分析成果は、広く国民の関心となると考えたためである。

外側の限界として、特に表現の自由との関係においてその憲法適合性を検討した結果、「現実的かつ実質的な危険」のある計画であるとの限定のもとにおいて、人の生命・身体といった重要な利益を侵害する犯罪から国民を保護するために計画段階で早期介入するという立法目的は憲法上不当なものとはいえず、目的達成の手段としても、行政的予防手段と比較したときに、同程度の効果をもたらさう他に取らざる手段は存在しないことを示した。ここから、テロ等準備罪は、外側の限界のテストはパスすることを示した。もっとも、内側の討議の問題として、法定刑の設定方法については、諸外国の実例から、なお改善の余地があることを示した。以上により、刑事立法分析の2段階構造の実践的な活用可能性を提示した。

その内容は、日本刑法学会第97回大会(2019年5月26日、於一橋大学)ワークショップ「組織犯罪処罰法改正」、「市民生活の自由と安全」研究会(2019年6月15日、於慶應義塾大学)で報告し、小山剛=新井誠=横大道聡『日常のなかの自由と安全』(2020年7月刊行予定)にて公表予定である。

#### (3) 刑事立法の2段階構造の応用2: 法人処罰

刑事立法分析の2段階構造は、憲法による制約と刑法理論上の基礎づけを両立させる枠組である。その基本発想は、法人処罰の分析にあたって有益であった。

ドイツは上述の通り、秩序違反法による非刑罰的対応を行う法制度の代表格であるのに対して、イギリスは、法人に対し刑罰をもって対応する法制度に属する。日本法もまた法人処罰を認めるが、法人故殺法を有し、法人による業務上過失致死傷罪をも処罰するイギリスとは異なり、刑法典上の罪には法人処罰を行うことができない。

非刑罰的対応をとるドイツにおいては、しばしば「刑罰は、人間の責任を前提とする。責任主義は憲法上の要請であるから、法人を処罰することは憲法上許容できない」とする議論が見られる。ドイツ法を対象とするとき、法人処罰立法の可否は、刑事立法分析の2段階構造の応用問題となる。

そこで、刑事立法分析の2段階構造から、法人を処罰することの憲法上の許容性について分析を行った。結論として、責任主義がドイツにおいては憲法上の原則であることは否定できないが、法人であっても、予見可能性や違法性の意識といった責任要素を肯定することは可能であり、この意味でドイツ法においても、法人処罰が憲法違反であるとはいえないことを示した。この帰結は、刑事立法分析の2段階構造の応用として、憲法上の疑義を刑法上の枠組みから否定するという方法をとったものであり、2段階構造の基本発想の応用可能性を示す一例であると位置づけられる。

その内容は、ドイツのインターネットジャーナルである Zeitschrift fuer Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 10/2019 (オープンアクセス) にて公表した。

#### (4) 刑罰的対応と非刑罰的対応: イギリス法における性犯罪被害画像の取扱い

研究期間中にイギリスにおいて盗撮罪の新設が行われ、また日本において性犯罪遂行中の写真撮影と没収の可否に関する最高裁判例(最決平成30年6月26日刑集72巻2号209頁)が出されたことから、イギリス法の諸制度を、特に性犯罪被害画像の取扱いの観点から分析した。

その結果、イギリスにおいては、性犯罪被害画像の問題は、刑事規制と没収、性被害予防命令を組み合わせた手法で処理されていることが明らかとなった。

まず、性犯罪被害画像それ自体が、2008年刑事司法・入国管理法(Criminal Justice and Immigration Act 2008)63条1項、2項、5A項、7A項により、ハードポルノとしてその所持が犯罪化されている。これにより、性犯罪被害画像の没収が可能となっている。さらに、2003年性犯罪法の性被害予防命令を用いることにより、性犯罪者登録された者に対して、性犯罪被害画像を保存してあるクラウドストレージへのアクセス禁止などを命じることができる法制度となっている。

この帰結は、日本法における制度設計において、犯罪化+没収と、それ以外の行政的手法による後続被害防止(またはそれらの組み合わせ)とが、性犯罪被害画像の問題への対応としてとり

うる手段であることを示すものであり、実践的な立法提案につながりうる（内側の討議への寄与）。

書籍の分担執筆の形でまとめの作業を行っており、2020年中には公刊される予定である。

（5）棄却した枠組：過度に抽象的な概念による直接的な刑事立法分析

すでに、英米法における犯罪化論の網羅的検討を諦めざるをえなかったことについては報告したが、その他にも、研究の結果棄却せざるを得なかった枠組がある。ドイツにおいては、ある刑事立法に対して、「法治国家性に反する」という批判がなされることがある。仮に、「法治国家である」といった抽象度の高い原理が、それ自体として立法制約機能を持ちうるのであれば、刑事立法分析の2段階構造の外側の限界、すなわち実定憲法の制約の外に、抽象度の高い原理による限定が可能となる（3段階構造化）。

しかし、ドイツ憲法学の議論を渉猟した結果、法治国家であるということそれ自体に強い立法限定能力があるわけではなく、むしろ、法治国家性を体現する各種の憲法規定その整合性が問題となるべきであるとの見解が存在することを発見した。

結論として、抽象度の高い概念から直接刑事立法を評価する手法は、ドイツ憲法学から見ても肌理の粗い手法であり、日本においても実務的使用可能性が高くないとの結論に至った。

その内容は、Deutsch-Japanisch-Türkisches Rechtssymposium "Rechtsstaat und Strafrecht - Anforderungen und Anfechtungen"（2018年10月12日、於ドイツ・ハレ）および8. Bonner Humboldt-Preisträger-Forum „Zwischen Handwerk und Bekenntnis, Empirie und Normativität: Selbstbestimmung der internationalen Rechtswissenschaft“（2018年10月18日、於ドイツ・ボン）にて報告し、ドイツで発行される論文集に掲載される予定である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計2件（うち査読付論文 1件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 仲道祐樹	4. 巻 53/1
2. 論文標題 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	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 比較法学	6. 最初と最後の頁 25-70
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

1. 著者名 Yuki Nakamichi	4. 巻 10/2019
2. 論文標題 Handlung und Schuld der juristischen Person- Ueberlegungen zum Verbandsstrafrecht	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 Zeitschrift fuer Internationale Strafrechtsdogmatik	6. 最初と最後の頁 487-493
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計4件（うち招待講演 0件/うち国際学会 2件）

1. 発表者名 仲道祐樹
2. 発表標題 刑事立法分析の2段階構造とテロ等準備罪
3. 学会等名 日本刑法学会
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 仲道祐樹
2. 発表標題 刑事立法分析の2段階構造とテロ等準備罪
3. 学会等名 「市民生活の自由と安全」研究会
4. 発表年 2019年

1. 発表者名 Yuki Nakamichi
2. 発表標題 Verfassung, Vertrag, Vergleichendes Recht; Wege zur Universalisierung des rechtsstaatlichen Strafrechts und -verfahrens aus japanischer Sicht
3. 学会等名 Deutsch-Japanisch-Tuerkisches Rechtssymposium "Rechtsstaat und Strafrecht - Anforderungen und Anfechtungen" (国際学会)
4. 発表年 2018年

1. 発表者名 Yuki Nakamichi
2. 発表標題 Rechtsstaatlichkeit als Grenze des Strafrechts
3. 学会等名 8. Bonner Humboldt-Preistraeger-Forum - Zwischen Handwerk und Bekenntnis, Empirie und Normativitaet: Selbstbestimmung der internationalen Rechtswissenschaft (国際学会)
4. 発表年 2018年

〔図書〕 計1件

1. 著者名 小山 剛、新井 誠、横大道 聡	4. 発行年 2020年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 450
3. 書名 日常のなかの 自由と安全 (仲道祐樹「刑事立法分析の2段階構造とテロ等準備罪」所収)	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----