

令和 6 年 6 月 9 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2020～2023

課題番号：20K01357

研究課題名（和文）刑事憲法学の手法を用いた刑事立法分析枠組の構築に関する比較法的研究

研究課題名（英文）A Comparative Study on Criminal Legislation Analysis through the Constitutional Criminal Law 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） 3,400,000円

研究成果の概要（和文）：刑事立法の理論的分析を目的とし、刑法の基本原則の憲法上の位置づけに関する研究およびドイツで興った刑事憲法学の手法研究を行った。前者については、責任主義の憲法上の位置づけに関する独自の比較法調査を行い、日本において責任主義を憲法上の原則となし得るかは、いかなる内容の責任主義を問題とするか、および憲法何条の解釈論としてそれを展開するかに依存することを示した。方法面では、刑事憲法学の実装に向けて、ドイツにおける主要論文の翻訳公開を行った。以上をうけて、刑事立法学の全体像のプロトタイプを提示した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

刑法の基本原則の憲法上の地位につき、比較法調査に基づく検討基盤を提示した点は、従来の研究の欠落部分を補うものであり、この点に理論面での貢献がある。また、刑事憲法学に関する重要文献を翻訳し、オープンアクセスで公表したことにより、ドイツの議論状況を相当程度日本語で把握することができるような状況を創出した。この点に学術的・社会的意義がある。さらに、刑事立法学の全体像を示したことにより、今後の学界の議論にたたき台を与えたことになる。この点は学術的に大きな貢献であると考えている。

研究成果の概要（英文）：For the purpose of theoretical analysis of criminal legislation, I conducted research on the constitutional status of the basic principles of criminal law and on the methods of constitutional criminal law that emerged in Germany. Regarding the former, I conducted a comparative legal study of the constitutional status of the principle of culpability in Germany and of the strict liability offense in the U.S., and showed that whether the principle of culpability can be considered a constitutional principle in Japan depends on the content of the principle and the interpretation of the articles of the Constitution. On the methodological side, I have translated and published major German articles on the constitutional criminal law. Based on the above, I have presented a prototype of the overall structure of criminal jurisprudence.

研究分野：刑事法学

キーワード：刑事立法学 刑事憲法学 刑法の基本原則 刑事立法 憲法訴訟

1. 研究開始当初の背景

(1) 刑事立法の活性化と立法分析枠組の必要性

2000年代から生じた刑事立法の活性化状況は、2010年代、2020年代に入っても続いている。特に、2017年の組織犯罪処罰法改正により導入されたテロ等準備罪(同法6条の2)は処罰の大幅な早期化をもたらし、広く国民的議論を巻き起こした。

この議論を通じてあらわになったのは、刑法学の立法分析手法が不十分であることであった。例えば、テロ等準備罪に対して、刑法上の原則である行為主義や法益保護主義の観点から、法益侵害の危険性のない単なる計画は処罰できないとの立法批判が示された。たしかに、刑法上の諸原則からの批判は、刑法学の伝統的な立法分析手法である。しかし、そもそもなぜ立法者は、刑法上の諸原則に従わなければならないのであろうか。この問いが刑法学においては十分に意識されておらず、立法者を拘束しうる立法分析枠組の構築に至っていないかった。

(2) 刑法学からの2つの対応とその不十分さ

伝統的刑法学による、行為主義、法益保護主義、責任主義という刑法上の諸原則に基づいた立法分析・批判には、次の2つの欠点があった。

理論的欠点: 刑法学者により認められてきたにすぎない原則に、なぜ民主的正統性を有する立法者が拘束されるのかの説明できない。

実践的欠点: 刑法上の原則違反を理由に裁判において刑罰法規の無効を争う場合には、刑法上の原則違反の主張が憲法違反の主張に結びつく必要がある。にもかかわらず、伝統的刑法学には、刑法上の諸原則をいかにして憲法訴訟の場で主張するかという視点が欠けている。裁判所による付随的違憲審査を有するにすぎない日本において、憲法訴訟を通じたよりよい立法の追求の道が閉ざされる枠組は、実践的批判力を欠く。

他方、刑法学の伝統的手法を放棄し、もっぱら憲法論に即して刑事立法を分析する論者もいる(上田正基『その行為、本当に処罰しますか?』(2016年))。たしかに、憲法から導かれる立法分析枠組は、立法者を直接拘束することができる。しかしこれは、刑法上の諸原則が日本の刑法学および法律家の思考様式を長く規定してきた事実を無視するものである。

現在の刑法学が見落としているのは、この2つの選択肢の中間領域にある問い、すなわち、民主的正統性を有する立法者を拘束することができ、かつ、憲法訴訟にも対応できるような刑法上の諸原則というものがあろうかという問いである。これが、研究開始当初の問題意識であった。

(3) 国外における新動向—刑事憲法学 (Strafverfassungsrecht) の動き

この中間領域を分析するための有益なツールとして、ドイツで立ち上がった刑事憲法学と呼ばれるアプローチに着目した。これは、刑法学を憲法学の思考様式でとらえ直すものである(Burchard, in: Tiedemann et. al (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 28 f.)。

ドイツにおいてこのような研究が進んだ背景として、2008年にドイツ連邦憲法裁判所が近親姦処罰規定(独刑法173条)の合憲性審査にあたり、伝統的な法益論は重要ではなく、立法者には憲法の範囲内で大幅な裁量が認められるとしたことを挙げるができる(BVerfGE 120, 224)。これにより研究者の側も、有効な立法分析のために、刑法学者の作り出した刑法上の諸原則から憲法判断に問題意識をシフトせざるを得なくなったのである。

このようなアプローチをとる実益は、その分析結果が憲法に足場を持つことから、立法者を直接拘束することができる点、および憲法訴訟での使用に耐える形での主張構築の可能性を拓く点にあり、本研究課題を進める手法として適切なものと判断した。

また、ドイツと日本はともに成文憲法を有し、犯罪論体系と刑法上の諸原則を共有している。それゆえ、ドイツの刑事憲法学の手法は、日本への応用可能性が高いと考えられた。

2. 研究の目的

本研究課題は、刑事憲法学の手法を用いて刑法上の諸原則の憲法上の地位を明らかにすることを目的とした。この目的は、具体的には、次の2つのサブ目的に区分された。

刑事憲法学の手法による比較法的研究を通じて、刑法上の諸原則の憲法上の位置づけを明らかにし、具体的な憲法訴訟における主張のモデルを提示する。刑事制裁のあり方に直結する責任主義、所持罪等の典型的な早期化犯罪において問題となる行為主義を対象とする。これにより、刑法を対象とした憲法訴訟に理論的・実践的基盤を与える。

刑事憲法学のアプローチによる立法分析のモデルを提示する。刑事憲法学は、ドイツでも新しいアプローチであり、どのような分析を行うべきか自体が新規性ある知見である。本研究では、その分析手法の実例を具体的なケーススタディを通じて集積し、モデル化する。これにより、刑

事憲法学という新たな刑事立法分析枠組を確立する。

これは、本研究の背後にある2つの学術的「問い」、すなわち刑法上の諸原則は、憲法訴訟で適用可能なツールたりうるかという実践的「問い」と、刑事憲法学というアプローチのポテンシャルはどこまでかという方法論的「問い」に対応したものであった。

3. 研究の方法

目的 については、責任主義の憲法上の位置づけの解明に関する比較法的研究を行った。文献調査の方法によった。文献調査においては、責任主義を憲法上の原則と位置づけるドイツ法と、故意・過失を要件としない厳格責任に基づく処罰を認め、かつ、日本国憲法と類似の憲法規定を有するアメリカ法を対象とした。

目的 については、刑事憲法学の方法論に関する情報の収集および公表を行った。基礎文献となる論文の翻訳作成と、海外の研究者を招聘しての知見提供の方法、および渡航してのインタビュー調査の方法とを併用した。いずれについても、ドイツを比較対象とした。刑事憲法学という方法論が興ったのがドイツであることが理由である。

招聘および知見提供については、以下の通り実施した。

〔招聘〕

Christoph Burchard 教授（ドイツ・フランクフルト大学）

2023年3月、刑事憲法学についての講演を実施

Johannes Kaspar 教授（ドイツ・アウクスブルク大学）

2023年10月、刑法と憲法の基本原則についての講演を実施（オンライン実施）

Markus Wagner 教授（ドイツ・ボン大学）

2024年3月、ドイツにおける規範論についての講演を実施

〔インタビュー調査〕

2022年11月2日から12日にかけて、ドイツに渡航し、以下の研究者に、「刑事憲法学の近時の動向について、認識を伺いたい」という趣旨のインタビューを行った。

Johannes Kaspar 教授（ドイツ・アウクスブルク大学）

Kaspar 教授体調不良のため、帰国後にオンライン実施

Henning Rosenau 教授（ドイツ・ハレ大学） 於 ハレ

Liane Woerner 教授（ドイツ・コンスタンツ大学） 於 コンスタンツ

Dominik Brodowski 教授（ドイツ・ザールラント大学） 於 コンスタンツ

Brodowski 教授が講演のためコンスタンツ滞在中に実施

4. 研究成果

(1) 責任主義の憲法上の位置づけ

責任主義については、ドイツ法調査により、以下のことを明らかにした。まず、ドイツにおいては、連邦憲法裁判所判例（BVerfGE 20, 323）以来、責任主義に憲法上の原則としての地位が与えられていることが明らかとなった。その根拠として、ドイツ基本法1条1項（いわゆる人間の尊厳）、同2条1項（一般的行為自由）、および法治国家原理が挙げられるのが通例であった。しかし、ドイツにおいても、それぞれの憲法規定や憲法原理からいかにして責任主義が基礎づけられているかがクリアではないとされていることも明らかとなった。また、ドイツで憲法上の地位が認められている「責任主義」は様々な命題を包含する上位概念のような性質を有している一方、日本における責任主義の主要命題とされる「故意・過失のない行為は罰しない」とする命題を責任主義の内容として明言した憲法判例は調査の限り発見できなかった。

以上の調査結果を踏まえ、日本法における責任主義の憲法上の位置づけを明らかにするためには、日本における責任主義の保障内容はいかなるものであるか（責任主義命題の特定の問題）、その保障内容は、日本国憲法のいかなる規定を根拠として導出されるものであるか（法的根拠の同定の問題）の追加調査が必要となることを認識した。

その作業のために、アメリカ法における厳格責任に関する憲法論の調査を実施した。これにより、以下のことが明らかとなった。アメリカ法においては、立法者に、厳格責任に基づく罰則を設ける権限があることは疑われていないが、一定の場合には、厳格責任に基づく処罰が憲法違反となる場合があり、その際にはアメリカ合衆国憲法修正5条、14条のいわゆるデュープロセス条項が用いられていることが明らかとなった。その判断構造は、被告人が制定法により侵害されている主張するところの権利ないし自由が、憲法上の保護に値する「基本的〔fundamental〕」なものといえるかを判断した後、当該権利が「基本的」にカテゴリーされると、審査基準が厳格審査となる一方、主張された権利ないし自由が「基本的」にカテゴリーされない場合、より緩やかな合理的根拠の基準で判断されるというものであった。

以上の調査結果を踏まえ、日本法における上述の課題のうち、法的根拠の同定の問題としては、憲法13条または同31条が有力な候補となることを明らかにした。

ドイツ法調査の結果については、仲道祐樹「ドイツにおける責任主義の憲法論：日本法分析の準備作業として」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』（成文堂、2023年）551-573頁として公表し、アメリカ法調査の結果については、仲道祐樹「アメリカ法における厳格責任の憲法論：実体

的デュープロセスに着目して」『甲斐克則先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2024年8月刊行予定)において公表予定である。

(2) 刑事憲法学の方法論

刑事憲法学の方法論については、まず2021年に、主要文献に位置づけられる Gaerditz 教授の論文の訳出を行った。

その後、その認識をもとに、2022年のインタビュー調査を実施した。刑法と憲法の関係にかかわる研究分野で業績をあげられている研究者にインタビューを行った。その中では、まず、憲法との関係を意識した刑法学上の議論は一般化しているものの、現時点では「刑事憲法学」という概念についてコンセンサスと呼べるものは存在していないことが明らかとなった。また、ドイツには憲法裁判所が存在するが、憲法裁判所の存在しない日本のような制度の場合に、ドイツと同じような「刑事憲法学」が成立しうるかが問題となることについて、示唆を得た。

2023年には、2名の研究者を招聘して、刑事憲法学、あるいは刑法と憲法の関係についての知見提供をいただいた。Burchard 教授からは、刑事憲法学に関する公法学者との共同研究の経験も踏まえ、刑事憲法学のインプリケーションと、共同研究の進め方についての知見提供を得た。その詳細は、比較法学 57 巻 2 号 (2023 年) 179-207 頁に掲載されている。Kaspar 教授からは、刑法の基本原則と呼ばれるものが、憲法上どのように扱われるかにつき、知見提供を得た。その中で、ドイツでは上述の通り、責任主義が憲法上の原則とされている一方、日本では刑法の基本原則に掲げられる行為主義については、ドイツでは憲法上の位置づけは議論されていないことが指摘された。その詳細は、比較法学 58 巻 2 号 (2024 年) に掲載予定である。

(3) 基礎理論との接合：刑事憲法学からの規範論の再把握

責任主義の議論および刑事憲法学の議論を検討する中で、従来から研究代表者が進めていた規範論に関する研究が、刑事立法の憲法的分析にあたって意味を持つことが明らかとなった。これをうけて、以下、規範論と刑事立法あるいは刑事憲法学との関係について、以下の成果を得た。

まず、日独における規範論の議論においてキーとなる行為規範と制裁規範という対概念について、その理論的内実の解明と、刑事立法学・刑事憲法学へのインプリケーションを分析した。その結果、日本において現在主張されている制裁規範の概念には不適切な点があり、ドイツの原義に立ち返るべきこと、そのように理解された行為規範と制裁規範の区別は、刑事立法の評価分析あるいはその憲法適合性審査に影響を与えうることを明らかにした。その成果は、仲道祐樹「刑法学における制裁規範」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集上巻』(成文堂、2022年)111-136頁として公表されている。

次に、Boris Burghardt 教授(ドイツ・マールブルク大学)の許諾をいただき、規範論と憲法裁判の関係に関する論文の翻訳を行った。その内容は行為規範と制裁規範の区別と合憲性審査との関係につき、刑罰の特殊性に鑑みて、行為規範と制裁規範を一体として審査対象とすべきと説くものである。比較法学 58 巻 1 号 (2024 年) に掲載予定である。

最後に、規範論が刑事立法学・刑事憲法学においてキーとなりうる概念であることから、ドイツにおける規範論の現状を把握する必要があると認識した。そのため、ドイツにおける規範論の若手トップランナーである Wagner 教授を招聘し、規範論の現状についての知見提供(講演会)を実施した。その詳細は、比較法学 58 巻 3 号 (2025 年) 以降に掲載予定である。

(4) 具体的な立法の分析・紹介

以上のような、基礎理論の関わる研究と並行して、具体的な立法のあり方について、イギリスにおける親密映像(intimate image)による犯罪についての、法律委員会の報告書の概要を紹介した。日本への示唆として、保護法益と呼ぶべき要素として挙げられている「身体的プライバシー」を導くにあたり、イギリスにおいては、デジタル化の時代において「映像」は単なるコンテンツではなく、「自己の拡張」であるという認識が示されていたこと、日本で新設された性的な姿態を撮影する行為等の処罰及び押収物に記録された性的な姿態の映像に係る電磁的記録の消去等に関する法律(以下、「性的姿態撮影行為等処罰法」という)の解釈として、捜査協力のための撮影を除外するイギリスに議論が参考になることを示した。仲道祐樹「不同意撮影・共有罪をめぐるイギリスの新規制案」法律時報 95 巻 10 号 (2023 年) 106-109 頁として公表した。

(5) 刑事立法学の全体像の提示

以上の作業の結果、先行する研究課題(若手研究(B): JP17K13639)において示した刑事立法分析の2段階構造を前提に、学として刑事立法を論じる枠組み(刑事立法学)はいかにあるべきかについて、一定の認識を得るに至った。

第1に、刑法の基本原則と憲法との関係を検討する中で、刑事立法の分析アプローチには、刑法解釈論の手法を主に用いるものと、刑法解釈論以外の手法を積極的に参照するものが存在することを明らかにした。私見は、憲法審査のフェーズを自覚的に取り込むものであり、後者のカテゴリーに属すると整理される。

第2に、これまで「立法学」として論じられてきた領域と、「刑事立法学」とがどのような関係に立つかについて検討する中で、従来の立法学においては、立法技術の分析、立法内容の分析、

立法システムの分析が主として対象であったことを確認した。その中で、刑事立法学としても問題となるのは、後二者であることを指摘した。その上で、刑事立法学は内容論とシステム論からなること、刑事立法分析の2段階構造は前者に属するものであることを明らかにした。また、刑法解釈論も内容論から排斥されるわけではなく、刑法学からのより良き立法提案を構築するという意味が与えられることを示した。

以上の点について、後掲2つの学会報告において示した。

(6) 残された課題

本研究課題の実施期間の初期は、新型コロナウイルス感染症の影響により、特に海外渡航を伴う研究の実施が大きく制約された。そのため、当初検討予定としていた行為主義の位置づけについて、Kaspar 教授からの知見提供に基づく一定の成果は得られたものの、十分な検討が行えなかった。この点は、課題として残されている。

また、実際の憲法訴訟への落とし込みについては、憲法学とのさらなる協働が必要である。その協働の方法については、Burchard 教授の先行研究から示唆を得たところであり、本研究課題終了後に継続して検討し、実施を試みる予定である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計10件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 4件）

1. 著者名 仲道祐樹	4. 巻 NA
2. 論文標題 ドイツにおける責任主義の憲法論：日本法分析の準備作業として	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 山口厚ほか編『実務と理論の架橋：刑事法学の実践的課題に向けて』（成文堂）	6. 最初と最後の頁 551-573
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 オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 仲道祐樹	4. 巻 NA
2. 論文標題 刑法学における制裁規範	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集上巻』	6. 最初と最後の頁 111-136
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 オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 クラウス・フェルディナント・ゲルディッツ（仲道祐樹 = 西村剛輝訳）	4. 巻 56.1
2. 論文標題 刑法の民主的性格と最終手段原則	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 比較法学	6. 最初と最後の頁 235-262
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 クリストフ・ブルヒャート（仲道祐樹訳）	4. 巻 57.2
2. 論文標題 刑事憲法学について	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 比較法学	6. 最初と最後の頁 179-207
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 仲道祐樹	4. 巻 61.3
2. 論文標題 刑事立法学	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 刑法雑誌	6. 最初と最後の頁 551-556
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 オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 仲道祐樹	4. 巻 2550
2. 論文標題 明確性の原則と立法・司法の義務[ドイツ連邦憲法裁判所2022.2.9決定]	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 判例時報	6. 最初と最後の頁 114-115
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 オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 仲道祐樹	4. 巻 95.1
2. 論文標題 不同意撮影・共有罪をめぐるイギリスの新規制案	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 106-109
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 オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 ボリス・ブルクハルト (仲道祐樹 = 中田己悠訳)	4. 巻 58.1
2. 論文標題 刑法の規範論は憲法でも有効なのか：憲法の文脈における行為規範と制裁規範の区別	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 比較法学	6. 最初と最後の頁 未定
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 仲道祐樹	4. 巻 NA
2. 論文標題 アメリカ法における厳格責任の憲法論：実体的デュープロセスに着目して	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 甲斐克則先生古稀祝賀論文集	6. 最初と最後の頁 未定
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 オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 クリストフ・ブルヒャート（仲道祐樹監訳：根津洸希訳）	4. 巻 57.3
2. 論文標題 ビッグデータ監視社会の刑法（に何ができるか）？	5. 発行年 2024年
3. 雑誌名 比較法学	6. 最初と最後の頁 71-108
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 -

〔学会発表〕 計3件（うち招待講演 1件/うち国際学会 1件）

1. 発表者名 仲道祐樹
2. 発表標題 犯罪化の時代における刑法学の役割：日本における刑事立法学の展開
3. 学会等名 第1回中徳日刑事法論壇（招待講演）（国際学会）
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 仲道祐樹
2. 発表標題 刑事立法学
3. 学会等名 日本刑法学会第99回大会（ワークショップ）
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 仲道祐樹
2. 発表標題 刑事立法学の方法論
3. 学会等名 日本刑法学会第102回大会（分科会 「刑事立法学の現在」）
4. 発表年 2024年

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

<p>刑事立法・刑法解釈における憲法との協働：刑事憲法学の試み https://www.waseda.jp/fo1aw/icl/news/2023/04/21/8656/</p> <p>刑法と憲法の基本原則 https://www.waseda.jp/fo1aw/icl/news/2023/12/28/9745/</p> <p>ドイツにおける刑事規範論について https://www.waseda.jp/fo1aw/icl/news/2024/05/13/10326/</p>
--

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
---------	---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関			
	ドイツ	Goethe University Frankfurt	University of Augsburg	University of Konstanz