

広義の罪刑法定主義と憲法保障

——憲法 31 条の刑事実体的権利性

君塚 正臣

はじめに

憲法学の通説は、憲法 31 条は刑事手続法・実体法双方の法定と適正の両方を保障したとする¹⁾。刑事法学の多くの学説もそのようである。しかし、これで一応の決着を見たと思えるが、異論も燦る。また、多くの学説はここで議論を終えており、具体的にいかなることを憲法が保障するのかについて曖昧なままである。通説的立場では、刑事実体法の適正が保障されるとする以上、形式的な意味での「罪刑法定主義」²⁾を超え、それを実質化した何かや、それ以外の内容も保障する筈であるが、これまでにその詳細を明らかにしようとする姿勢が乏しかったように思える³⁾。そしてまた、刑法学における罪刑法定主義の憲法化の議論も、単に、犯罪行為の前に刑罰法規が存在しなければならないことだけに留まらないものとする程度にも思われ、どこまでがその派生原理で、どこからが実質化の展開で、更には別の内容のものがあるのか、憲法論との擦り合わせが不足していたと思われる。

そもそも、実定法学の解釈・理論が上位法である憲法に適合的であるべきことは公理である。刑法 200 条や民法 900 条 4 号但書⁴⁾が違憲無効となったように法令違憲⁵⁾の例もあるが、付随的違憲審査制の下では優先的に考慮すべ

きなのは適用違憲⁶⁾や合憲限定解釈⁷⁾である。憲法の私人間効力論とは、実は、私法との関係での大きな後 2 者である⁸⁾。刑事法においても、その「内容が表現の自由や労働基本権等、憲法上の個別の特定の基本的人権の保障の規定と抵触する性質のものであれば、その内容は合理的なものとはいえず、「その刑罰法規は憲法の個別的人権保障の規定を根拠に違憲と判断されるか、あるいは解釈による救済が可能ならば、違憲判断を避けるためにその構成要件が限定的に解釈されることになる」⁹⁾ものである。例えば、表現処罰規定は憲法 21 条違反となる疑いを持って司法審査されるのである。

そして、刑罰法規や刑事手続条規は、憲法 31 条以下の詳細な刑事手続条規に抵触することが、何よりも直接的に許されまい。一般に「刑罰権力とは」「国家権力のファサード (表玄関、正面口) なのであって、「市民との関係でまさに権力であり得ることを保証するための、権力であるという面をもつ」¹⁰⁾ものである。基本的人権を擁護する全ての近代立憲主義憲法が、これを警戒対象としていると言ってよい。しかも、「戦前の日本における拷問などの暗黒と形容しても決して過言ではない経験」¹¹⁾などを踏まえれば、そのような条項は厳格に解釈され、手厚く権利保障を及ぼそうとするのが自然であろう¹²⁾。また、だからこそその表れとしてそれが詳細な規定であるが故に、逆に、「しばしば刑事訴訟法、その実務における運用、そして刑事訴訟法学説におもねる傾向に陥りかねないという懸念」があるところ、そうではなく、「憲法理論の立場から、これらの諸規定および実務の運用、そして学説のあり方を分析し、場合によっては、刑事訴訟法そのものを洗いなおすことを躊躇してはならない」¹³⁾であろう。論点は、以上を憲法解釈論としてどう説明するかに進んでいると思えるし、また、そうすべきものである。刑法総論分野が実定法学の中で独自の発展を遂げてきたという印象を多くの法学者や法学徒は抱いてきたであろうが、それでもその立論が合憲のものであることを要する¹⁴⁾。なかんずく就中、「全体主義国家を除いては、罪刑法定主義は近代刑法の根本原則としてあまねくみとめられているのである。」¹⁵⁾立憲主義国家における刑事実体法の適正を論じるとき、これ

を排除する法解釈は考え難い。即ち、刑事実体法の適正の問題は、日本国憲法が日本国をいかなる自由民主主義的で立憲主義的なものにするかのメルクマールなのであって、憲法の問題外、即ち、刑法解釈限定の問題だとは思えないものなのである。

以上の思いを基礎に、本稿では、罪刑法定主義の憲法上の保障をまず考察し、近年の憲法学界での反対説にも配慮しながら、また、司法審査基準や合憲性判断テストの議論にも触れつつ、それ以外の、これを拡大する形で論じられてきた刑事実体法の適正の憲法保障の範囲を検討することとする。

1 罪刑法定主義の展開

まず、そもそも罪刑法定主義とは何であったか。

古代ローマ法においては法律以外に人を処罰する場合は認められていた¹⁶⁾し、「法」とは「実定法又は自然法」である何らかの法であったようである¹⁷⁾が、近代的な刑事法は「刑罰という強い国家権力をもって国民の生活に干渉するものである以上、そこに恣意が介入することに対してはとくに警戒する必要があるものとされ、その「指導原理」が「法的安定性」であること¹⁸⁾は、「刑法の大原則として承認されねばならぬ¹⁹⁾ものとなった。

しばしば罪刑法定主義の淵源として取り上げられてきたのは、何と言っても1215年イングランドのマグナ・カルタ39条である。それは、「いかなる自由人も彼の同一身分者の法に適った判決か国の法律 (lex terrae) によるのでなければ、逮捕あるいは投獄され、または所持物を奪われ、または法外放置され、または追放され、または何らかの方法で侵害されてはならない」と記されている。神判や免責宣誓などが影を潜めるようになると、「国の法律」の部分は文字通りの意味に解釈され、14世紀には「法の適正な手続」と同義に解されるようになっていった²⁰⁾。無論、マグナ・カルタは「封建諸侯・聖職者等の反乱を契機に成立した妥協の産物」²¹⁾である中世封建契約であり²²⁾、「農奴を含

むすべての者の保障をそこに見出すことはでき」ず²³⁾、しかも、それは直後にローマ教皇によって停止されたもので、その後のものも15・16世紀の絶対王政期には王の約束は全く機能せず²⁴⁾、忘れられた存在であった²⁵⁾。後世伝えられるような、陪審による裁判の権利を当初から有していたわけでも勿論なく²⁶⁾、1215年の時点では、「英國人の人権は法律の形式で保護せらるることになつた」²⁷⁾とか、人権保障のために「刑法にマグナ・カルタ的機能を認める」という「比喩」が始まった²⁸⁾などという近代的性格を有するものでは到底なかった。

しかし、17世紀のエドワード・コック（クック）が『イギリス法第2提要』の冒頭で、マグナ・カルタをイギリス全人民の自由を擁護する憲法的保障と位置付けた注釈を行ったことにより、「一つの伝説が生まれ」た²⁹⁾。例えば、大野真義はこの伝説の効用を受け止め、マグナ・カルタにおいて、「支配者に対する被支配者の権利・自由の保障」が現在に続くという意味で「初めて明確な形で」「掲げられた」³⁰⁾と説明し、「国の法律による」の意味は、更に「善良にして正当な権利を持つ人々の起訴又は告発による」という意味で援用されていることを見出し、大陪審の保障がここに包含されていることを指摘するのである³¹⁾。それにより、「王権の濫用に対して、マグナ・カルタの果たした役割が、やがて、すべての人民の自由を擁護する憲法的保障へと推移する歴史的発展の可能性と契機」が「存在していた」³²⁾との神話が始まったと指摘するのである。即ち、イギリスにおける罪刑法定主義に関わる法学上の議論の出発点は、13世紀のマグナ・カルタそのものではなく、17世紀のマグナ・カルタ解釈にあるとすべきなのであろう³³⁾。そのことから、コモン・ロー上の犯罪がなお存在するイギリスには、成文法なくして刑罰なしという大陸法的な罪刑法定主義はない³⁴⁾とする主張もある。しかし、それは罪刑法定主義とは何を指すかによるのであり、普遍的な人権保障の原則として、後に、遠く中世身分社会の契約であるマグナ・カルタを起点と言うようになったという意味では罪刑法定主義はあったとすべきなのかもしれない³⁵⁾。そして、イギリスでは、先

例拘束力による判例の法原則化³⁶⁾とコモン・ローの伝統から、刑罰は議会制定法に基づく場合に限ることにはならず、「現実の生活との間に大きな懸隔を生ずることはない」とされ、不文法もまた刑法の淵源となってきた³⁷⁾ことには注意が必要であろう。脆弱な基盤の王朝は、一定程度地方的慣習を重んじる必要があり、それがコモン・ロー伝統となったのである³⁸⁾。そして、判例拘束力が裁判官の裁量範囲を狭め、不文法である判例法を明確化したのである³⁹⁾。他方、制定法こそが一つの例外的な法であり、「例外は厳格に解釈すべし」との法格言を踏まえて厳格解釈の原則 (doctrine of strict construction of statutes) が生まれ、当然の如く類推的解釈が禁じられたほか、苛酷な刑罰の執行をなるべく回避するようになった⁴⁰⁾。無論、こういったことの背骨には「法の支配」(rule of law) の伝統があったことを押さえることが肝要である⁴¹⁾。

以上のことがアメリカに渡る。特に、1765年公刊のブラックストーン『注釈書』は、アメリカ独立宣言までに13植民地で、イギリス本土を超える2500部が読まれたと言われ、アメリカにおけるイギリス法の継受を促し、アメリカ法形成の基礎を成し、モンテスキューらの啓蒙思想を新大陸に伝える伝道師の役割を果たしたとされる⁴²⁾。1776年のヴァージニア権利章典8条の「何人も国法あるいは同輩の判断による以外でその自由を奪われることはない」などを経て、合衆国憲法1条9節3項の「私権剥奪法 (Bill of Attainder) または遡及処罰法 (ex post facto Law) を制定してはならない」となり、後には修正5条・修正14条の中身と解されるようになった。英米法的な、裁判官を信頼して裁判官に刑罰法規の内容の適正の如何を判断させ、不当な立法を抑制しようという発想の下、アメリカでは、適正手続条項から刑事実体法的権利を生み出して、刑罰法規の実質的限界を考え、それを超える刑事実体法が存在しても、それに基づく処罰を認めない展開となったのである⁴³⁾。

ヨーロッパ大陸においては、13世紀にトマス・アクィナスが「裁判官は書かれた法によってのみに従って判決しなければならない」と答えた⁴⁴⁾ところに「成文法なしに刑罰なし」の萌芽があったが、絶対王政期まで、実は慣習法

によって罪刑は極めて明確に法定されており⁴⁵⁾、王権はそれによって自己の刑事立法権を抑制していた⁴⁶⁾とも指摘され、少なくとも不統一であった。フランスでは 16 世紀には裁判所の役人が溢れ、17・18 世紀に被支配層を食い物とした過剰な「法定」(légalité) が蔓延し⁴⁷⁾、管轄と審級が複雑に入り組んだ不規則で非効率的な裁判制度があった⁴⁸⁾。絶対王政最盛期には刑罰も過酷で、死刑に相当する犯罪が 100 を超え、その種類も、火刑 (feu)、車刑 (roue)、絞首刑 (potence)、斬首刑 (tête tranchée) の別があり、犯罪の種類や犯罪人の身分によって適用されていた。貴族は通常、斬首だが、平民は絞首であり、大逆罪の場合は 4 頭の馬をもって犯罪人の四肢を引き裂く四つ裂きの刑が用いられていた⁴⁹⁾。このほかにも、ほぼ死を意味する漕役刑 (la peine de galées) や追放刑 (banissement) のほか、耳、鼻、舌、唇、手首を切断する刑罰も用いられていた⁵⁰⁾。こうした領主裁判権、地方的慣習法などもある多層的抑圧の中、罪刑の明確化が要求されていったのである⁵¹⁾。

そして、1789 年当時、政治犯が囚われていると信じられていたバステュー監獄の襲撃でフランス革命が始まる。続いて宣言された「人及び市民の権利宣言」でも、7 条に適正手続と身体的自由が謳われたのに続き、8 条において、「法律は、厳格かつ明白に必要な刑罰でなければ定めてはならない。何人も、犯行に先立って設定され、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」として罪刑法定主義が宣言された。デュポールとその同志らの一貫した法理論と強力な意思の下、一つの強靱な思想体系となった宣言の中で書かれた罪刑法定主義の条項もまた、そのような理解がなされるべきものである⁵²⁾。フランスでは、1810 年のいわゆるナポレオン刑法典 4 条において、「いかなる違警罪、軽罪または重罪も、その犯行前に法律の定めていない刑をもって処罰することはできない」と規定され、初めて近代的意味での罪刑法定主義が刑法典に規定された⁵³⁾。フランス人権宣言などが、上記の北アメリカ諸邦の権利章典を範とし、そ「の根基は、遠くマグナ・カルタに求められると解されている」⁵⁴⁾ と言えるものではあるまい。「マグナ・カルタ 39 条が『人

民裁判および慣習法的固有法による』拘制を意図するのに対して、人権宣言8条は『国家機関が制定する成文法規による』拘制を意図するという点では、両者はむしろその拘制手段において正反対の方向にあるもの⁵⁵⁾であるし、「罪刑法定主義の原則は、啓蒙時代にヨーロッパで、かの力強い改革の衝撃から引き出されたもので、それは、君主制絶対主義に対する闘いと国家権力の厳密な分立・分離から起り、またその古典的な表現をフランスの国家論の理論家モンテスキューにおいて見出⁵⁶⁾るものであり、英米法と大陸法には断層があるからである⁵⁷⁾。ヨーロッパ大陸における罪刑法定主義の原則は、寧ろ、ナポレオン刑法典が19世紀以降のヨーロッパ大陸諸国に広がり、時代思潮でもある法実証主義の影響もあって⁵⁸⁾、近代的刑法の最も重要な基本的鉄則となったもの、と言うべきである⁵⁹⁾。

ドイツでも、1824年のバイエルン王国刑法草案で罪刑法定主義が組み込まれていた⁶⁰⁾ものの、1911年にショットレンダーが罪刑法定主義の源はマグナ・カルタにあるとし、リストが支持したことから、そのような理解が一般化した⁶¹⁾が、成文法に拘束されるという意味のそれは啓蒙思想にあったと今や解されるようになってきている⁶²⁾。国家法治国思想 (Idee des Rechtsstaates) に基づいて国家刑罰権を見ることで確立された罪刑法定主義は、17・18世紀の啓蒙的自由思想由来の社会契約論や権力分立論の所産と言えよう⁶³⁾。

18世紀、ベッカリーアは、前世紀の魔女裁判を踏まえて宗教と道徳と政治を明確に区別し、人々を宗教的犯罪から解放することを主張した⁶⁴⁾。この際、12世紀の司教ロンバーによる、教会法の「禁止規定がなければ」教会犯罪かどうかという点では「罪はない」という原則が収集された⁶⁵⁾。そして、無条件の法の支配によってしか市民的自由は保障されず、法律のみが刑罰を規定できると主張した⁶⁶⁾。犯罪と刑罰の均衡、刑罰の適正性も要求され、それは死刑廃止論へも進んでいった⁶⁷⁾。ベッカリーアの主張は、1801年の「法律がなければ刑罰はない。法律がなければ犯罪はない」(Nulla poena sine lege. Nullum crimen sine lege) という、一般予防主義に立つフォイエルバッハの心理強制理論

の派生的原則である教科書の言葉に由来するという⁶⁸⁾。それは、人間は、快楽を求め、刑罰というより大きな不快を合理的に避けるという「自由な理性と功利的判断力」⁶⁹⁾を有するのであるから、「形式的に法律をもって犯罪と刑罰の関係を予告・明示するという意味」であった⁷⁰⁾。その後、「心理強制理論そのもの」が「説得力を失」っても、その「母胎を離れて近代自由主義刑法に思想的基盤を与え、法治国思想の刑法的表現として大きく成長し」⁷¹⁾、国家刑罰権を制限する機能を持ったのである⁷²⁾。なお、フォイエルバッハの罪刑法定主義は、「社会契約から出発して刑法を合理的に基礎づけるとともに、刑法から神秘的、非合理的な道義的色彩を排除しようとした」とも評される⁷³⁾が、中央集権の官僚国家権力機構の合理的な自己抑制策としての性格が強く、民主主義や人権保障の性格が薄いと指摘⁷⁴⁾もあり、18世紀末葉から19世紀初頭、ドイツ・カロリナ刑法典の前近代的性格であって、その時代環境の下で言われたものである⁷⁵⁾ことには注意が必要である。

日本では、江戸時代に長く平和が実現されると、徐々に寛刑化が進み、1742年には公事方御定書下巻(御定書百箇条)が制定された。残虐な刑罰⁷⁶⁾のうち相当数が廃止され、人足寄場の形成など、近代的自由刑の萌芽も見られた⁷⁷⁾が、反面、71条には「軽き町人百姓の身として、法外の雑言等不届の仕方これあり、止むことを得ずして切り殺し候ふ者、吟味の上、紛れなきにおいては、構うこと勿れ」とあり、いかなる行為が斬り殺されても仕方がないのかが不明で⁷⁸⁾、裁判役人は御定書の諸規定に自由な類推解釈を施して事件の解決を計っていたものであって⁷⁹⁾、罪刑専断主義の状況にあった。1867年乃至1868年に明治新政府内で編纂された中国法系の假刑律⁸⁰⁾でも、「凡法令正条為シト雖モ為スヘカラサル事ヲ為スモノハ笞〔四〕十、事重キモノハ杖〔八〕十(律や条例に規定がなくても、為すべからざることを為した者は、事柄の軽重に応じて笞打ち40回か杖打ち80回とする⁸¹⁾)とされ、法令に規定がなくとも条理、即ち、慣習刑法から処罰できることとなっており、1870年の新律綱領でも類推適用、遡及効が認められ、1873年の改定律例99条でも「凡律例ニ罪名ナク令ニ制禁アリ、及ヒ制

禁ナキ者各所犯ノ軽重ヲ量リ不応為違令式ヲ以テ論シ、情重キ者ハ違制ニ問擬ス」とされていた⁸²⁾。「不応為」(条理による処罰)や「援引比附」(類推解釈)は、明治新政府がなお罪刑専断主義を続けている象徴であった⁸³⁾。

その後、ポアソナード刑法草案を土台とする1882年施行の旧刑法⁸⁴⁾2条が「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」と規定したことで、日本でも罪刑法定主義が始まった。旧刑法は、フランス1810年刑法を母法に、ドイツやベルギー、イタリアの刑法草案などを参酌して起草されたものであり、日本最初の近代的刑法典であった⁸⁵⁾。その意味では、日本への罪刑法定主義の伝来は大陸法経由と言える。しかし、この時点では日本には国に議会がなく、天皇の任命する議官で構成された元老院の審議を経た太政官布告という形式で制定されたものであったため、同条の「法律」を今日の形式的な意味での法律、即ち、民主的議会の制定する一般的規範という意味に解することはできず、公布されている成文の法令なしには処罰されないという意味しかなく、旧刑法が「条約改正交渉の必要上」制定された「外国向けの綺麗事」である面は拭えなかった⁸⁶⁾。実際に、讒謗律や新聞紙条例、出版条例、集会条例などの特別刑法によって同条の原則が骨抜きにされた⁸⁷⁾ことは記憶されるべきであり、罪刑法定主義に満たないことは自覚せざるを得なかった。しかし、大日本帝国憲法が制定されると、その23条は「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」として罪刑法定主義を規定し、24条や25条と並んで同憲法での数少ない刑事手続保障となった⁸⁸⁾。この時期に、ドイツ経由で「法治国」(Rechtsstaat)概念が継受され⁸⁹⁾、公法学の分野でいわゆる形式的法治行政が定着したことは偶然の一致ではなからう。罪刑法定主義の意味は、日本でも、議会制定法なくして刑罰なし、へと一歩進んだ。但し、形式的法治国原理に立つ⁹⁰⁾大日本帝国憲法の下では、刑罰法規の中身の適正が要求されることはなく、罪刑法定主義は、当然の如く、刑罰法規の法定のみを指すものであった。1903年のいわゆる電気窃盗事件判決⁹¹⁾でも、窃取の客体として適当かどうかは有体物か否かではなく、窃取可能性の有無によって決

まるとされ、日本人の「大岡裁き」願望の法感覚に支えられた⁹²⁾、既に大審院による目的論的解釈の態度が明らかであった⁹³⁾。

19 世紀後半に、ロンブローゾを中心とするイタリア学派の下、犯罪原因に関する実証的な研究が盛んになり、近代学派 (新派) として目的刑主義の主張、刑罰の代替物としての保安処分の重要性の主張がされるようになった⁹⁴⁾。国家や社会を一つの有機体的統一体と見ると同時に、刑法の持つ社会防衛的機能が殊に重視され、個人の人権を保障しようとする罪刑法定主義の原則は大幅な修正を余儀なくされた⁹⁵⁾。犯罪人の圧倒的多数を占めるプロレタリアートの人権擁護よりも、資本主義社会の防衛こそが急務とされた⁹⁶⁾ とも言えよう。日本でも、1908 年に、イタリア学派の主張を大幅に取り入れ、犯罪構成要件が極めて弾力性に富む概括的なものとなった⁹⁷⁾ 現行刑法 (文語体) が施行されたが、そこでは罪刑法定主義を直接保障する規定はなくなった。それでも、それは、上記の憲法規定と相俟って、罪刑法定主義が当然のこととされたからだと解された⁹⁸⁾ が、人権保障よりも社会防衛にその機能の重点が移ったことで、「罪刑法定主義の思想は大幅に後退した」⁹⁹⁾ ようにも思われた¹⁰⁰⁾。新派に属する牧野英一は、「若し、極端に論ずれば、法律の根拠ある場合に於いては、所謂専断主義も亦許される」とまで主張した¹⁰¹⁾。実際、戦前には言論、集会、結社の自由を侵害する数多くの治安立法が制定され、特に治安維持法の運用は専断的なものとなり、それは宗教団体などの社会主義者以外を弾圧する手段として猛威を振るったのである¹⁰²⁾。ドイツでは、1933 年 3 月 24 日の「民族及び国家の危難を除去するための法律」(全権委任法) によりヴァイマル憲法を葬ったナチスの刑法により、「生来的に下等な人間は改善不能的」として、「死刑、生涯の隔離、優生學的斷種がその中心とな」り¹⁰³⁾、法治国理念の刑法的表現である罪刑法定主義そのものは否定されなかったものの、その内容を個々の的に崩すことでそれは実質的に破壊され続け¹⁰⁴⁾、国家的法益保護の強化を狙いとして、刑罰は国家の権威の象徴となり、それが侵害された場合にそれを回復するためには報復と威嚇、暴力的弾圧が必要とされたのであった¹⁰⁵⁾。同時

期、革命後の不安定期に制定された1926年ソ連刑法も、犯罪行為の社会的危険性を重視して実質的犯罪概念¹⁰⁶⁾を掲げ、急速かつ的確な処置を必要とする実務的要請に基づき、やはり罪刑法定主義を破棄して、刑法の類推適用を許容していた¹⁰⁷⁾。日本も含め、罪刑法定主義は「一時は危機に瀕した」¹⁰⁸⁾のである。後に、「戦前・戦後を通じて、罪刑法定主義そのものは未だかつて争われたことはない」¹⁰⁹⁾という、1961年の改正刑法準備草案理由書序説における小野清一郎の言葉は、「有害な誤解ないしごまかしである」¹¹⁰⁾であると非難された。ナポレオン刑法典を生んだフランスでも、社会における矛盾の拡大と増大する刑罰法規の中で、行政権の強化と事務執行の確保を刑事罰に求めるようになり、罪刑法定主義は衰退したのであった¹¹¹⁾。全体主義の闇が覆ったのである。

全体主義を忌み嫌い、自由主義、基本的人権尊重を謳う戦後の日本国憲法の刑事手続条項の解釈論として、新派的立場を採ることは非常に困難である。人格的に強い意思を前提とする人間観¹¹²⁾は貫徹が難しく、その行為を全てその自由意思によるものとは見ることはできないが、旧派的姿勢が日本国憲法に適合的であることはごく自然な感想であろう。戦後日本の刑法学も、まず、罪刑法定主義から明確な構成要件の確立を求めたが、それは、「人に対する信頼感、支配者に対する信頼感」¹¹³⁾や言葉の曖昧さへの愛好を有し、法令の明確化に法文化的限界を有している¹¹⁴⁾日本「国民の人権のうえに重要な意義をもつ」ものだったと言えよう¹¹⁵⁾。こういった内容を説明するのに、「大陸法系であるわが国」¹¹⁶⁾という表現もしばしば見られるが、最高法規から見れば、日本の「刑法学にはドイツ刑法学の影響が強い」だけ¹¹⁷⁾のことであり、端的に、日本国憲法31条以下の要請から、罪刑法定主義の「法」とは議会制定法であることが求められている、と言えばよからう¹¹⁸⁾。以上のことは、戦後、違憲審査権が認められたことで更に意味を持った¹¹⁹⁾。近世までに近代以降でも耐え得る不文法の蓄積がない日本では、イギリスとは異なり、英米法由来の憲法31条であっても、そこでの「法律」が国会による成文法であることは明らかである。そして、それが、「アメリカ」を経由して「罪刑法定主義の考え方が別の観点

から生成され]、「戦後日本に入ってきて、大陸法の考え方とアメリカ法の考え方とが合流した」¹²⁰⁾ という「意味では英米法系と大陸法系とが結合されているといってもよ」く¹²¹⁾、こういったハイブリッド¹²²⁾ な理解から、刑事実体法の法定も憲法 31 条の保障するところであるという理解が、刑事法学説でも、そして憲法学説としても一般的となったと言えよう。大陸法系のドイツでも、「立法者と並んで刑事裁判所も刑法の明確化に大きく関与している」¹²³⁾ という理解が示されている点には留意すべきである。「実体法も、訴訟手続で適用されるべき法規という一面を持っているから、『法律の定める手続』のなかには、適用されるべき実体法を含む」¹²⁴⁾ であるとか、現行憲法 31 条の規定「は一見、『手続』だけを規定したもので、実定法上の原則である罪刑法定主義とは関係がないようにみえる」が、「この規定は、アメリカ憲法の『法の適正な手続』(due process of law)の観念を受け継いだもので、そのなかには、罪刑法定主義も含まれると解されるようになった。罪刑法定主義の総体」、即ち、「法律主義」の部分は、「何が犯罪であるかは、国民自身が、その代表である国会を通じて決定しなければならない、という思想」、「民主主義の要請、あるいは三権分立の要請」¹²⁵⁾、或いは、「政治的には人道主義的・自由主義的見地から刑法の保障機能を発揮させるために要請される」もの¹²⁶⁾ である。

刑罰法規への憲法上の要求も、「単なる形式原理としてでなく、実質的な処罰限定原理として理解される」べきであろう¹²⁷⁾。ただ、刑罰法規は民主的立法であれば許されるものではなく、「自由を保護するために、民主主義の要請が後退」する¹²⁸⁾ 程度が罪刑法定主義の説明としては相応しいように思われる。そして、明らかに、慣習法による処罰がまず排除される。そこでは、0 から 1 を産むことが禁じられるなら、1 から 2 を作り出すことも許されないであろうから、刑罰を加重する慣習法も禁じられるものと思われる¹²⁹⁾。そうであれば、民主主義と自由主義を根拠とする「条例は、その自治体の構成員がみずから選んだ議会によって制定されるものであるから」、事前に提示されている限りは、適用が許容されるものである¹³⁰⁾。他面、数多の条例による処罰が、自治体境

を超えた瞬間に他自治体住民に襲いかかることもまた、行為前に法令を提示するという罪刑法定主義の趣旨に反するようにも思える。この点は、条例一般が地方自治を理由に許容されるのとは異なり、刑罰法規の場合は、当該自治体の特殊事情のため違法化はやむなし、つまり当該自治体を初めて訪れた人に適用しても通常、違法と認識されるべき状態で立法されている場合に、合憲性の範囲が縮減されるのではないか、との疑問も付しておく¹³¹⁾。罪刑法定主義が民主主義とともに自由主義の側面を有するからである¹³²⁾。逆に、政令などの命令については許容されない。憲法73条6号は「政令には、特に、その法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」としており、旧憲法下の「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」のような立法は許されない¹³³⁾。

このように、罪刑法定主義については、その起源をおよそ全てマグナ・カルタ由来だとする説明が学界にはなお残るものの、多くは、その17世紀イギリスでの再解釈を端緒とする英米法由来の自由主義的な理解と、過酷な中世を打破し、議会制定法であることを根本とした大陸法的なやや民主主義的な理解があることを認めつつある。何れにせよ、日本国憲法の理解においては、「地方自治の本旨」がアメリカ法的な住民自治とドイツ法的な団体自治の両者を含むことが当然であるように¹³⁴⁾、罪刑法定主義についても両法系統の要素を抱えるものであることは特に否定する必要がないであろう。また、ここで言う「法」とは普遍的・抽象的概念であり、この命題は「形而上学上の原理として普遍的に妥当する」との指摘もある¹³⁵⁾。即ち、刑罰法規を適用するには、行為の前に議会制定法がはっきり存在することで、人々の最低限の自由を守るものであることが必要である。自由は守れているので議会制定法でなくてよいとか、議会制定法があるから自由を侵害してもよいなどということはそもそも許されないものである。比較法文化論は兎も角、日本国憲法解釈論としての罪刑法定主義の中身はほぼ明らかのように思われる。

2 実体的刑罰法規の適正の中身と範囲

上述の通り、歴史的展開を確認しても、罪刑法定主義は、単に行為の前に刑罰法規が民主的に制定されていけばよいだけではなく、人々、就中、政治的少数者の自由を守るためという観点がそこには入っており、そのことは刑罰法規の中身が適正であることを含んでいる。多くの説は、憲法は刑事実体法の法定ばかりではなく適正も保障するとする。その理由として、アメリカで、単に民主的立法があれば刑罰を科せるというのに留まらず、裁判所が違憲審査権の下、憲法の規定に照らして制定法を違憲無効としたり、制限的に解釈したりしたのであって¹³⁶⁾、刑事実体法の中身が適正でなければならないところに議論を進めた、いわゆる実体的デュー・プロセス (substantive due process) 論を、「わが国でも刑事制裁の限界を画する有効な理論となりうる」¹³⁷⁾ としたことが挙げられる。但し、これを鵜呑みにすると、刑法学が認定した罪刑法定主義の拡張を、軒並み憲法上の保障としてしまい、下位法令の解釈をもって最高法規の解釈を決めるという倒錯となる危険がある。「従来の」刑事法「学界には、ある判例について処罰範囲が広すぎると直感すれば、安易に罪刑法定主義違反であるとの批判を差し向ける慣行がみられないではなかった」¹³⁸⁾ ことを修正し、憲法論にできる範囲を限界画定して、「人権のインフレ」を避ける必要がある。

ところで、刑事法学説の中には、「罪刑法定主義は歴史的にも原理的にも法律の内容の適正に対する要請を含むものでない」¹³⁹⁾ として、罪刑法定主義は刑事実体法の法定の要請に留まるとする説もあるが、この説も続けて、「憲法 31 条は罪刑法定主義とは別個の原則として適正処罰を要請するものと解すべきである」¹⁴⁰⁾ としており、憲法論として見るならば、憲法 31 条は刑事実体法の適正をも保障するとの主張であって、実体的デュー・プロセス論と機能上の差異はない。それを踏まえると、刑事法学説は、ほぼ挙って憲法 31 条に刑事実体法の法定と適正を読み込もうとしていると整理してよいであろう。憲法学の通説もそうである。そしてここに、罪刑法定主義の実質化したものが「派生

の原則」¹⁴¹⁾として憲法化していくことになるのである。では、日本国憲法が保障する刑事実体法の原則はどこまで認められていると考えればよいのであろうか。

まず、刑事事後法の禁止は、憲法39条第1文が明示的に保障するものであり、この刑事実体法の適正保障が憲法原則であることには争いがない。その背景には、「何が犯罪であるかは、前もって明らかにならなければならない」、「人々は、自分の行為が処罰される可動化についての予測の可能性がなければ、不安を感じ、行動の自由が阻害される」という「自由主義の要請」がある¹⁴²⁾。これは罪刑法定主義から論理的に派生してくるものであり、或いは、(仮に憲法に規定がなくとも)「罪刑法定主義の一内容をなすもの」¹⁴²⁾と言えよう。逆に、この特則によって、刑事実体法の法定・適正の大原則が塊として憲法の刑事手続条項の一般条項に含まれており、その中でも特に重要なルールを明文化したのであろうことを推知させるものと思える。

刑事事後法の禁止の意味は、犯罪時点で単に「違法」と評価されるだけでなく、それが刑罰法規として存在しなければならない¹⁴³⁾ところにある。旧刑法3条は、「若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス」と規定し、事後法の禁止を宣言していたが、現行刑法6条は、「犯罪後の法律によって刑の変更があったときは、その軽いものによる」として、軽い事後法の遡及を認める規定となっている¹⁴⁴⁾。逆に、単に違法とだけ認識されていた行為に事後法で刑罰を科すことは、文理上できない。犯罪後に法改正によって刑罰が重くなっても、元の軽い方の刑罰法規が妥当するのが適正な解釈であると言える¹⁴⁵⁾。とは言え、このように「刑法6条が重い刑の遡及を否定したのは、単なる立法政策の問題というより、むしろ憲法の要請だと考えるのが妥当」¹⁴⁶⁾であろう。或いは、仮に刑法6条が認識せずとも、憲法39条が刑法に対し合憲拡大解釈を求めると言えよう。

判例変更においても、刑を重くするものはそれ以前の行為者に適用すべきでなく、判例の不遡及的変更の要請¹⁴⁸⁾がそこにはあるというべきである¹⁴⁹⁾。

だが、刑事法学説の多くは、「遡及適用を否定することは、それを禁止する規定が存在しない以上できない」¹⁵⁰⁾ などとしており、自ら判例研究を続けている¹⁵¹⁾にも拘らず突如として成文法主義を前面に打ち出すほか、最高裁も、被告人に不利益に変更した判例を適用しても憲法 39 条違反ではないとしている¹⁵²⁾。しかし、判例が成文法ではないということをもって罪刑法定主義を被告人不利に変更させてしまうことへの違和感は大きい。同様に、一旦立法府により刑罰権が及ばないものと設定された政策領域について、判例によりその範囲や幅をみだりに変更することも許されないと考えるべきであろう¹⁵³⁾。裁判所が条文をそう解釈できると言い張れば、刑罰法規故の事後法の禁止を換骨奪胎できるからである。そして、「国民の行動にとっての判例の行為規範性ないし国民からみた判例に対する信頼の要保護性が法律のそれと同等かどうかという」点にある¹⁵⁴⁾から、行為を決める前において頼るに足る「確立されたと判断することができる」刑事「判例を変更する場合に限って」不遡及的変更は認められる¹⁵⁵⁾べきである。また、仮に判例が成文法ではないため法源ではないという議論を認めても、このような事態が生じたということは、そこで解釈された成文法が曖昧で明確性を欠いていたということであり、さらば当該法令の違憲無効を端的に論じるべきであって¹⁵⁶⁾、罪刑法定主義の民主主義的要素からして、将来に向けて最終的解決を国民代表機関で唯一の立法機関である国会に委ねるべきであろう¹⁵⁷⁾。仮に、以上が憲法原則ではないとしても、刑法上、違法性の錯誤に該当し、責任主義の問題だとすると指摘¹⁵⁸⁾できる。また、なるほど、不遡及的変更であるが故に被告人が無罪となることを承知で検察官は起訴できるかという問題もあるが、判例変更とその後の行為の有罪を導くために、訴追は可能だと思われる¹⁵⁹⁾。蛇足ながら、罪刑法定主義が民主的立法の明確性・安定性を基盤とする以上、判例変更を予測できた者にも保護を与えるべきである¹⁶⁰⁾。

なお、時効の延長は遡及処罰か、という問題がある¹⁶¹⁾。実際、殺人罪などの公訴時効は 2010 年に廃止されている。しかし、犯罪前の時効期間の提示が

罪刑法定主義の内容とは思えず、改正前に犯罪であったものが処罰されることは憲法の禁止するところではないと言え、但し、その際に刑罰規定も改正して犯罪時点より重い刑罰を科すことは、刑法解釈に留まらず、違憲であると思われる¹⁶²⁾。ただ、「公訴の時効は常に新法によるべきではなく、刑法6条に従い、軽い方を適用すべき」¹⁶³⁾とされていることを、寧ろ、刑事手続の適正の要請のように感じつつも付言する。

では、事後法の禁止以外の刑事諸原則は憲法上の保障の外なのであろうか。平野龍一によると、「罪刑法定主義の内容として従来、1、慣習刑法の排斥、2、刑法の不遡及、3、類推解釈の禁止、4、絶対的不定期刑の禁止があげられることが多い」¹⁶⁴⁾とのことである。これらも、「そしてこれらの基盤をなす法治国家の思想及び法の支配の思想も、刑法固有の領域を超える問題ではあるが、すべて罪刑法定主義と不可分の関係にある」¹⁶⁵⁾と言えよう。もし、罪刑法定主義が憲法原則として受容されているのであれば、そして、罪刑法定主義の内容が当然にそれを含むのであれば、また、これらも憲法上の保障内容となることになる。逆に、その内容として以上のもので確定できるのか。「刑法の不遡及」については明文の憲法条項があることで決着済みであると思えるので、他の点について順次検討することとしたい。

まず、慣習刑法の排斥、即ち法律主義とは、刑罰法規は「国会の定めた形式的意味の法律に限る」¹⁶⁶⁾ことの「帰結として、慣習法は刑法の直接の法源とはなりえない」というものである¹⁶⁷⁾。同語反復のきらいすらある¹⁶⁸⁾。罪刑法定主義が憲法原則であるとすれば、慣習刑法の排斥もまた憲法原則であると認識できるように思われる。確かに、窃盗罪において「他人の」物であるかどうかはしばしば慣習法によって定められるように、行為の違法性の判断や構成要件の内容の解釈などについて、「刑罰法規がみずから犯罪の成立要件について明瞭な輪郭づけをあたえず、ないしはこれを他に譲っている」場合の「その範囲内における慣習法的補完は」許容され¹⁶⁹⁾、慣習法が重要性を有することはあろう¹⁷⁰⁾。また、併せて、法令があるか曖昧だが判例があることを根拠に処

罰することはできないと言えよう。判例が法的安定性に寄与することは確かだが、刑法の分野では、犯罪の定型化を要請するものであり、判例の営む機能は厳密に成文法の規定の範囲内に限定される¹⁷¹⁾。他面、裁判所の判断の集積によって犯罪類型の具体的内容は形成されていくのであって¹⁷²⁾、「かような意味と限度において、刑法の領域においても、判例に——制定法と同列に論じられるべきではないが——一種の法源性をみとめ」得るところでもある¹⁷³⁾。仮に法令と乖離した刑事判例が蓄積されていたとしても、その判例に基づく処罰はできないであろう。この点は、判例の不遡及的変更と逆の効果を生じさせるものだと解される。つまり、この点で、日本流刑事コモン・ローは認め難いということである。憲法 31 条について、通説及び圧倒的多数の学説が、これを保障するとしており、團藤重光も「内容——犯罪と刑罰——が法律によるものでなければならないことを当然の前提としている」¹⁷⁴⁾ などとするなど、刑事法学説でも当然のことと受け止められている。

次に、憲法は明文では示していないが、長く罪刑法定主義の中身とされてきた刑罰法規の類推解釈及び準用の禁止、特に被告人に不利なその禁止は憲法原則だと言えよう。実は、大正年間以降、刑法の類推解釈を許容する見解は強まっていた¹⁷⁵⁾。加えて、判例が類推解釈の禁止を罪刑法定主義のコロラリーとして承認しているのかも疑問だとする見解¹⁷⁶⁾もある。しかし、戦後、刑事法学説の大勢は刑法の類推解釈を禁じる方向に傾き、例えば、汽車転覆等罪の規定には「汽車、電車」と書かず、「軌道上を走る列車」と書くべきであるのであって、つまりは立法技術¹⁷⁷⁾、或いは「立法的対応が遅かった」ために「法規のすき間」を残した問題¹⁷⁸⁾だと指摘されたように、実効性ある主張となっている。類推解釈と拡張解釈との違いは結論を正当化する論理の違いにあり、拡張解釈とは、処罰の対象となっている行為の概念を拡張的に画定し、その概念の中に当該事例を取り込んで処罰範囲に含めることだとされる¹⁷⁹⁾。これに対し、当該行為を犯罪に当たるとの解釈を行為時点後に創造する類推解釈は、「国会が処罰しようと考えていなかった行為を処罰することになって法律主義に反するし、行為

者の予測可能性を害する事後法だということになるから」¹⁸⁰⁾、裁判所による事後立法に外ならず、事後法の禁止に反するものであろう。團藤重光も、「各本条の予想する法的な犯罪類型を合理的解釈によって見出すべきであって、ばあいによっては規定の文理よりも限定的に解釈しなければならないこともあるとともに、また、ばあいによってはかような定型の範囲内では文理を拡張して解釈しなければならないことがありうる」として、拡張解釈 (ausdehnende Auslegung) は許されるが類推解釈 (Analogie) は許されない旨を説明する¹⁸¹⁾。つまり、類推解釈の禁止は、大元の罪刑法定主義の派生の派生である。そして、仮に罪刑法定主義が憲法原則ではないと言い張っても、憲法 39 条の規定する事後法の禁止に反するものとして、憲法原則であると言えよう。平野龍一もまた、類推解釈を許す刑法規定を「現行憲法のもとでは許されない」と、刑法解釈論に留まらない違憲論を展開している¹⁸²⁾。古くなった刑法の条文によって捕捉しきれない事実への適用の是非が、類推解釈かどうかで争われてきた¹⁸³⁾が、戦後は、刑事実体法が存在すればよいだけには留まらず、類推解釈は許されない。例えば、刑法 134 条の秘密漏洩罪の主体に医師は挙がっているが看護師はない以上、類推適用はできない¹⁸⁴⁾。最高裁は、針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入する医行為を行ったことで医師法 17 条違反に問われた事案で、「医師に入れ墨 (タトゥー) の施術を独占させ、医師でない者のタトゥー施術業を医師法で禁止することは、非現実的な対処方法というべきであり、そのような医師法の解釈は合理性、妥当性を有しないとわざるを得ない」などとして無罪を言い渡した原審¹⁸⁵⁾を支持した例もある¹⁸⁶⁾。当該犯罪類型法定の趣旨に沿う解釈が必要である¹⁸⁷⁾。

類推解釈の禁止が憲法原則であるならば、類推解釈によって法を創造することは、憲法を下位規範によって変更することでもある¹⁸⁸⁾。平野は、法解釈が機械的であることは認めず、解釈は「どれがもっとも合理的かという判断によってきまる」もので、「目的論的解釈」によらざるを得ない¹⁸⁹⁾としながらも、「ただ刑法の場合、目的とは、単に犯罪の抑止という目的だけでなく、罪刑法定主

義の根底にある 2 つの原理、これにもとづく人権の保障、さらには刑法の謙抑性をも考慮に入れた、いわば刑法独自の高次の合目的性でなければならない」と指摘している¹⁹⁰⁾。そして、それが憲法原則だということは、この場面では、高次の、厳格度の高い、慎重な審査が必要であることを指す筈である。團藤の、加えて、「犯人の利益になる方向にむかっての解釈は、罪刑法定主義の要請とは無関係であって、これについては一般の法解釈の原理がそのままに妥当する」¹⁹¹⁾との主張もまた、憲法 31 条がそれ以降の刑事手続の特則の総則であることを支えることになる。類推解釈の禁止は、拡張解釈との論理的区別よりも、法文に不明の点があれば、被告人有利な解釈するのが原則であると解すべきとの理解¹⁹²⁾もある。そうであるとすれば、團藤の主張する憲法上の要請についてもまた、人権を抑制する法令は明確でなければならないということを目指し、多分に憲法 13 条もしくは 41 条の要請と思われる法治主義の一般的要求より高度な要求であって、根拠条文も刑事手続条項、就中、31 条に求められねばならないように思われ、その司法審査基準も一般則を上回るものであることが必然的だと思われる¹⁹³⁾。

罪刑法定主義は、犯罪のみならず、刑罰の法定も求めるものと言ってよい。これが絶対的不定期刑の禁止である。1955 年の米軍施政下の沖縄集成刑法が、スパイ罪などについて「死刑又は裁判所の命ずる他の刑に処する」としていた¹⁹⁴⁾ような、刑の種類や量を法定しない絶対的不定期刑は、法定刑と宣告刑の両方についての罪刑の均衡と法的安定性を求める罪刑法定主義の観点から、禁じられることとなる¹⁹⁵⁾。刑罰は、それぞれの犯罪に対して特定され、或いは、そのセットで、犯罪類型として行為前にどの程度違法なものかを含めて提示され、無論、明確に法律をもって規定される必要がある。この点、現行の殺人罪規定に見られるような、刑種・刑量を相対的に法定する相対的不確定刑は許容されると言われている¹⁹⁶⁾が、謀殺・故殺、被害者数、殺害方法などの区別を一切行わず、法定刑も死刑から、減軽を行えば執行猶予も付せる懲役 5 年まで幅広く¹⁹⁷⁾、刑罰法規だけに、刑の幅が広過ぎ、白地委任の疑いもあり、合憲

であることを維持し続けてよいものか、疑問がないではない。傷害罪の法定刑も中国王朝の清律よりも詳細さに欠けるとさえ言われる¹⁹⁸⁾。刑事政策的考慮の下、相対的不定期宣告刑が、少年法で採用されているが、長期と短期の差が余りに大きくなれば違憲の疑いがあり、常習累犯者にこれを波及させてもよいかも微妙であろう。刑法学は現行法を擁護するかもしれないが、憲法上許容できるのかは再検討が必要に思える。

以上が、平野龍一が罪刑法定主義から派生するものとして挙げたものであるが、罪刑法定主義を憲法上の保障と認めるのであれば、その解釈・展開から憲法上の保障の中身となるものである。言わば、「表現の自由」と「事前抑制の禁止」や「ブランデンバーグ基準」の関係のようなものである。刑事実体法の適正が仮に憲法上の保障ではないとする少数説に従ったとしても、以上の内容は、刑事実体法の法定の展開から認識できるものであって、少なくとも刑事実体法の法定が憲法上の保障であるとすれば自動的にこれらも憲法上の保障であると言える。

平野龍一の整理の俎上に上らなかったが、刑罰法規には明確性の要請がある。これについては、古くからの罪刑法定主義に含まれると解して憲法の刑事実体法の法定の要請に含まれるとする記述も散見されるが、刑罰法規の適正の一翼を担うものとして記述されることも多い¹⁹⁹⁾。また、罪刑法定主義の派生原則のうち「英米法的なもの」として紹介される²⁰⁰⁾こともある一方、ドイツでも、罪刑法定主義からの4つの要請の一つに挙げられるという²⁰¹⁾。だが、行為の前に刑罰法規が提示されるという意味が、「犯罪構成要件の効果や適用範囲が、規範の受け手にとって、法律それ自体からすでにして認識されえ、そして解釈によって確認され具体化されうるほどに詳細に、確定することが立法者に要求されている」²⁰²⁾形でその法規が明確に認識され得ることを含むとすれば、それは罪刑法定主義の派生法理と言えよう。既に述べたように、表現規制法規の明確性が文面審査を伴うものであって、憲法上の根拠条文が21条であることは異なり、刑罰法規の明確性の要請の根拠条文は何れにせよ31条であり²⁰³⁾、

併せて、付随的違憲審査制の特殊例外で、表現の自由に関する特殊法理である文面審査は妥当しないと言うべきである²⁰⁴⁾。とは言え、その原則が厳格なものでなければ、結局、あまり明確でない法規を合憲とすることとなり、そもそも明確性原則の保障は維持できない。このため、刑罰法規の明確性の原則は、文面審査ではないものの、司法審査基準としては厳格審査に相当するものであることが推定できよう。それが、刑罰法規については慎重に、厳格に審査し、刑事手続の権利を手厚く守る意味である。團藤重光は、「アメリカでは、『不明確による無効 (void of vagueness)』の理論が判例によってみとめられている。国民の自由——ことに表現の自由——に対する萎縮的・抑止的作用 (chilling effect) が、不明確による無効をみとめられるについて、とくに考慮されるのである。同様のことは、わが憲法 31 条の解釈としても、当然みとめられるべきである」²⁰⁵⁾と述べているが、上述の通り、表現規制立法の明確性の問題が憲法 21 条の要請であることと区別し、31 条の解釈から生じるものとして整理しておく必要がある。刑罰法規は一定の威嚇力を持ってよいが、表現規制立法にそれは許されない。「特に手厚く保護されてしかるべき権利の無制限を内容とする」²⁰⁶⁾ 表現規制立法でなく、刑罰法規の明確性が争われた場合、被告人の救済に当っては、一般に、適用審査法令違憲が主ではあるが唯一の解決方法ではなく、当該被告人を救済するのに適用違憲や、「当該刑罰法規によって禁止される行為の輪郭が明確化される」²⁰⁷⁾ 合憲限定解釈の手法が検討されるべきことも、21 条の場合とは異なる筈である²⁰⁸⁾。なお、刑罰法規は、「名宛人たる国民のうちで、通常の判断能力をもつ平均人が、法の文言からなにが罰せられるべき行為かを理解できる程度のものであることを必要とする」²⁰⁹⁾ べきだとされるが、表現の自由の場合とも異なり、刑罰法規の場合、実はより厳しく、犯罪に近い大多数が読み取れる程度でなければならないようにも思える。

しかしながら、最高裁はこの理屈によって無罪とすることはほぼない。世田谷区リサイクル条例事件で、「所定の場所」の文言は不明確ではないとした²¹⁰⁾ ほか、北海道迷惑防止条例事件でも、その 2 条の 2 の 4 号に「前 3 号の掲げる

もののほか、卑わいな言動をすること」とあったところ、ショッピングセンターで女性客の背後の近距離から11回、細身のズボンを着用した臀部を撮影したことがこれに該当するとした²¹¹⁾が、微妙な問題を残している。高速道路上での自動車の停止が危険運転致死傷罪を成立させるか²¹²⁾も、罪刑法定主義から見れば厳しく²¹³⁾、本来、これを処罰したければ先に法文を改正すべきだったと言えよう。売春業の接客婦の雇用を斡旋したことが、職業安定法63条2号の「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で」という規定に該当するかが争われた事案で、「右の規定は、これを本件に適用する限りにおいては、何ら明確性を欠くところはない」と判示して、有罪を維持した²¹⁴⁾ほか、軽犯罪法1条31号の「他人の業務に対して悪戯などでこれを妨害した者」の解釈は「それ自体において犯罪の構成要件を明らかにしている」²¹⁵⁾とするなど、文理上又は合理的な解釈によって、法文の不明確さを解消できるとし、また、徳島市公安条例事件判決のように、同「条例3条3号の規定は、確かにその文言が抽象的であるとのそしりを免れないとはいえ、」その前後の例示から「集団行進等における道路交通の秩序維持についての基準を読み取ることが可能であり、」不明確ではない²¹⁶⁾などと判断できるときには、それを無効とはしていないのである²¹⁷⁾。

では、刑事実体法の法定には含まれないが、その適正の要請に初めて含まれる原則としては何があるのであろうか。刑事実体法の適正に含まれるであろうものは、以上「のような項目の列挙につきるものではなく、右のような実質的原理に反することを認めない趣旨のもの」²¹⁸⁾とされる。罪刑法定主義の範疇とは言えず、刑事実体法の適正の内容に含めるべきかが争点となりそうなものがある。罪刑法定主義の前提となる「法」が「悪法」ではなく「正しい」法律出ることがこの原則の妥当性の一前提である²¹⁹⁾ように、その範囲を超えても、刑罰法規の実質的妥当性、「完全でなければならない」²²⁰⁾ことは問われるべきものなのである。刑法学上、構成要件の問題には伝統的に含まれないものであっても、日本国憲法の眼から見て刑事実体法の適正に含まれるものはここに含む

べきである。

まず、一般論として、「刑罰を加えること自体がいいことであり、悪い行為があれば『必ず罰せよ』とする傾きがある」²²¹⁾ ような姿勢は、刑罰法規の制定(立法)、適用(司法)、執行(行政)の全ての場面で適切とは言い難い。言うまでもなく、「刑罰というのは、国が科す一番厳しい制裁なので、これがいい加減に運用されると大変な害とな」る²²²⁾ との思いがその出発点である。刑法は「人間の規範違反的行為をコントロールするための『最後の手段 (ultima ratio)』」²²³⁾ であるから、補充性・謙抑性・断片性を有さねばなるまい²²⁴⁾。ここで言う断片性とは、民法では、故意・過失によって他人の権利を侵害したときは「すべて」不法行為とされ、損賠賠償義務が発生するのに対し、刑法では、構成要件に該当するものだけが処罰されることを指す²²⁵⁾。総じて、民事的制裁や行政処分、社会的非難に委ねれば足りる場合や、刑罰を科すほどの被害はないと思える行為に刑罰法規を置くべきではない。各刑罰法規「が憲法に違反したものであってはならないことは明らかであり、「憲法の見地から見た罰則の内容的な適正さが問題となる」²²⁶⁾ ものであるが、團藤重光は、刑罰謙抑主義は実体的デュー・プロセスの一内容であると述べており²²⁷⁾、「残虐でない刑であっても、犯罪に不相当な刑を規定することは、やはり適正手続条項に反するものというべきである」としている²²⁸⁾ ので、その憲法上の根拠は、刑罰であるが故の要請であるから、31 条とすべきように解せられる²²⁹⁾。かつ、團藤は、「立法に際してだけでなく、さらに、裁判に際してもみとめられなければならない」²³⁰⁾ としており、憲法が政府・公機関を拘束するものである以上、これも首肯できる。法令違憲ばかりか適用違憲もあり得る。健康のための夜間サイクリングにおいて護身用スプレーを携帯していたのは軽犯罪法 1 条 2 号の「その他人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具」を所持していた罪に該当するとしても、「同隠匿携帯は、社会通念上、相当な行為であり」、「正当な理由」に当たるとして無罪とした判断²³¹⁾ など、一般に刑罰謙抑主義の見地から首肯できる。体感治安の低下の中で、不明確な刑罰法規

の適用の限界を限り、現場警察官の判断という「人の支配」に委ねないようにすることも重要であろう²³²⁾。判断が割れる条項については、処罰を縮小する解釈を選択すべきである。法定刑が明らかに著しく重過ぎる場合、法令違憲の手法のほか、法律の限定解釈により均衡を失する部分の法定刑の適用を制限することも可能であると指摘できよう²³³⁾し、罪刑の均衡に鑑み、当該刑罰法規が犯罪として認識している行為を制限的に捉えることも必要であろう²³⁴⁾。

ナチスも日本の太平洋戦争突入期も、刑罰の誇張化が顕著であり²³⁵⁾、全体主義を忌み嫌う日本国憲法がこういった過剰な刑罰法規に矛先を向けていることが示唆される。砂川事件最高裁判決²³⁶⁾は、このことを認めたと解する見解もある²³⁷⁾。一般的に刑罰法規の謙抑性を憲法上の原則として語れば²³⁸⁾、例えば、いわゆる一厘事件²³⁹⁾の事案のような、可罰的違法性のない行為を処罰するべきでなく²⁴⁰⁾、そこにはそれを「憲法上の問題として理解する契機が存在すると思われる」²⁴¹⁾。そしてそれは、「単に違法性の次元にとどまらず、有責性の次元で、あるいは、妥当な刑事制裁の許容範囲という意味での『当罰性』というべきものとして問題とされるべきもの」だとも指摘できよう²⁴²⁾。ここには、「大陸法的思考を背景として構成された可罰的違法性の理論と、英米法、とくにアメリカ合衆国憲法を母法とした適正手続条項とが、その刑事実体法の側面において結びつく契機が存在する」²⁴³⁾。こういった刑罰法規の謙抑性は、表現規制における LRA の基準²⁴⁴⁾が憲法 21 条を根拠とすることとは根拠を異にし、憲法 31 条以下の要請と考えるべきであろう。

人権制約の最たるものである刑罰については、基本的には「法益を現実に侵害する行為または法益侵害の危険を生じさせる行為に限定」し、「法益保護」のため²⁴⁵⁾になされることが肝要である。よって、被害者なき犯罪 (victimless crime) を処罰するのは問題である²⁴⁶⁾。そのため、猥褻文書頒布罪や賭博罪などを中心に、非犯罪化 (decriminalization) の主張がなされた²⁴⁷⁾のである。これらや薬物犯罪については、結局、間接的な被害者があるとする異論もあるところであるが、もし、被害者と言うべき他者がほぼ存在しないのであれば、非犯

罪化が憲法論としても適切であると思われる。こういった問題は 13 条の一般的自由の問題として議論されることが多いが、立派な憲法上の自由だと言いたい以上に処罰だけは回避したい場面が一般的で、31 条の問題として議論する方が現実の事案の解決の点でも適切であるように思える。

次に、刑罰規定の適正、罪刑の均衡も、憲法 31 条もしくは 36 条の要請であると解されている²⁴⁸⁾。憲法 36 条は刑罰の執行方法と結び付くものであるとすれば、罪刑の均衡の根拠条文は 31 条の方が適切であろう。刑罰法規の法定を「形式的意義につきるものであると解するならば、犯罪と刑罰との関係を成文の法規で規定しさえすれば、なにを犯罪として定め、また、どのような刑罰を科してもよいことになり、もしそうだとすれば、罪刑法定主義は自由主義を基調とする近代刑法の大原則でもなければ、人権保障の原理でもなく、それは単なる国家権力の自己抑制策にすぎないものとなる」²⁴⁹⁾であろう。強力な規制手段である刑罰が公平・公正であるべきことは当然である。それは、刑罰だから、単なる平等の要請を超える厳格な要請があるのであり、根拠も憲法 14 条ではなく 31 条に求めるべきものである。尊属殺重罰規定違憲判決²⁵⁰⁾も、憲法 14 条ではなく 31 条違反と捉え直すべきであろう²⁵¹⁾。条例による処罰は、地方自治が憲法の保障するものである以上、自治体によって異なることは、合理的である限りやむを得ないが、裏を返せば、格差が過剰であれば、刑罰法規だけに、違憲となる場合もあり得るのである²⁵²⁾。それが問題となり得るのは、ここでも、刑罰だから、である。いくら意思主義によるとしても、法益侵害のない未遂罪を重く罰しないこと²⁵³⁾、幫助犯や従属的な共犯を正犯より、特に常習犯などでないならば、重く罰しないこと、明文の規定のない「幫助の幫助、教唆の教唆の教唆、教唆の幫助」の処罰が「許されない」²⁵⁴⁾ ことなども、派生する内容のように思われる。

そして、「犯罪が行われないように刑罰を科する」(ne peccetur)²⁵⁵⁾ ため、行為の前に刑罰法規を提示すべきという趣旨から考えて、基本的には「自由意思」による行為、故意によるものを処罰すべき²⁵⁶⁾ であり、過失犯に重い刑罰を与

えないこと²⁵⁷⁾であろう。「心的要素のない行為は罪とならない」という意味での責任主義²⁵⁸⁾は、人権侵害を刑罰に委ねつつ行為者の人権を守る意味で重要であろう。この点、重大な他人の法益を失う結果を招かぬよう、行為を始動する前にその旨の刑罰法規を置くことで重大な過失を防ぐこと、不注意に避難可能性があることが民主的に認められれば、過失処罰が例外的に認められるとしても、無過失を処罰することは許されまい。結果的加重犯についても責任主義を貫徹させようというのが刑事法学説の一般的傾向であり²⁵⁹⁾、妥当なものと思われる。

このほか、「疑わしきは被告人の利益に」の原則も罪刑法定主義に含むという見解²⁶⁰⁾がある。罪刑法定主義は、専断的な処罰への規制原理として導かれることからして、手続的な正当性、実質的には国家が犯罪の成立を立証する責任を負い、それなければ無罪が推定されるという原則と一体のものとして理解できる²⁶¹⁾ことがベースにあらう。これは、適正手続、刑事手続法の適正の方に含まれるようにも思えるが、刑法の解釈として、有罪となる解釈と無罪となる解釈、或いは、より重い罪となる解釈と相対的に軽い罪となる解釈とがあるときは、それぞれ後者を選択すべきであるという意味であれば、刑事実体法の合憲限定解釈となり、憲法論としてはあり得ないものではない²⁶²⁾。旧「あん摩師・はり師・きゅう師及び柔道整復師法」12条・14条により禁止されている医業類似行為に関する事案で、許可なくH・S式無熱高周波治療を行ったのは、無害の療法であって処罰はできないとして原審の有罪判決を破棄差戻しとした最高裁判決²⁶³⁾には、「被害なければ刑罰なし」という実体的デュー・プロセス論の考えが見えていよう²⁶⁴⁾。「無害な行為を処罰する罰則は、根拠なく国民の自由を侵害するものであり、許されない。」²⁶⁵⁾単なる刑事政策の問題を超えて、立法論、そして実体法解釈論に進み²⁶⁶⁾、その頂点には憲法解釈論がある。ここから、規則の目的に照らして過度に広汎な処罰規定も許されないことを導き、憲法31条違反であるとする見解²⁶⁷⁾もある。なお、この、広汎な刑事規制を禁じることについて、「当初の表現活動規制立法を対象としていた

ものから、人権規制立法一般にも妥当すべき原則とされるようになった」²⁶⁸⁾という刑事法学からの説明もあるが、度々の憲法学側からの注釈ではあるが、刑事罰に関する規定は憲法 31 条以下の厳密な原則が及び、法規制一般についての 13 条の緩やかな規制とは異なると考えるべきであろう²⁶⁹⁾。福岡県青少年保護育成条例事件²⁷⁰⁾において、「淫行」の範囲が不明確だとの問題も 31 条の問題であろう。

それ以外にも、刑事実体法の適正が憲法上の要請であるのであれば、構成要件論以外でも、違法性の問題や責任主義、例えば、正当業務行為や社会的相当行為²⁷¹⁾などの正当行為を処罰しないこと、正当防衛²⁷²⁾、緊急避難、自救行為などの緊急行為を処罰しないこと、責任能力を超える処罰を行わないこと²⁷³⁾も、或いは憲法 31 条の刑事実体法の適正の要請であろう。ここには、憲法全体にある、単なる比例原則のような茫漠たる緩やかな保障に留まらない、高度の要請があるように思われる。盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律 1 条 2 項が「自己又ハ他人ノ生命、身体又ハ貞操ニ対スル現在ノ危険アルニ非ズト雖モ行為者恐怖、驚愕、興奮又ハ狼狽ニ因リ現場ニ於テ犯人ヲ殺傷スルニ至リタルトキハ之ヲ罰セズ」として、違法性は阻却しないが責任を阻却しているのは、この延長にあるものと言えよう²⁷⁴⁾。他面、教唆犯については、一方で漠然とした思想を述べただけで処罰することは憲法 19 条もしくは 21 条に抵触する場合もあるが、正犯より悪質であることもないではなく、中止犯の刑の減輕については刑事政策的側面が拭えない。共謀共同正犯概念についても、刑法の規定から飛躍し、立法ではなく判例の蓄積²⁷⁵⁾によって誕生してきたことに鑑みると、議論の余地はあろう²⁷⁶⁾が、このような不合理を解消すべく、共謀共同正犯概念が誕生したとも言えなくはない²⁷⁷⁾。現行刑法の全てが憲法の保障したものとはまでは言えず、当然のように立法裁量は残されていよう。

結局、刑事法学説が「刑事実体法の適正」とするものは、ほぼ以上である。刑罰法規の謙抑性一般を筆頭に、刑罰規定の適正、罪刑の均衡以下の内容は伝統的な罪刑法定主義とは別個の原則であり、別のものとして位置付ける方が適

切であり²⁷⁸⁾、ほぼ、刑罰法規の謙抑性から派生する原則のように見える。この一部を明文化したものが、憲法 36 条の残虐刑の禁止だと言えよう。近代立憲主義下での国家刑罰権の行使に関わるこれらの原則が、憲法の保障内容と言える可能性は濃いように思われる。

このほか、例えば、犯罪の温床となりがちな貧富の差の解消を社会国家・福祉国家の責務とし、「実質的な平等」を掲げた現行憲法の下では、「まだ文化国家ではない」²⁷⁹⁾中で、有責性、具体的には刑罰の程度を語る上で、被告人の境遇に配慮する「刑事政策的思考が必要」²⁸⁰⁾なのかもしれない。しかし、この場合、検察官や裁判所が何をどうすると憲法違反か、基準の設定も困難であり、その適用による合憲性判断も難しい。犯罪者の事情に応じた処遇は総じて憲法の与するところではあるが、果たして、これを憲法 31 条の要請であり、高度の司法審査基準と特別な合憲性判断テストによって憲法上の保護を要するべきものと言うことは難しいように思われる。刑事手続的権利としての検討は、この内側に留めるのが賢明であろう。

3 刑事実体法定・適正の憲法保障を再考する

さて、日本国憲法の言う刑事実体法の法定・適正の範囲とは何であろうか。憲法 31 条の保障範囲を考える際、大事なことは、刑事法学が語っていた主張をどこまで認めるか、ではなく、憲法学として憲法 31 条の保障できる刑事実体法の適正の中身を画定していくことであろう。以上検討したところでは、刑事実体法に関する憲法保障として検討されるものの中には、慣習刑法の禁止など、罪刑法定主義の派生法理と認定できるものがあり、これは、もし、大多数の憲法学説が認定する通り、刑事実体法の法定が憲法の保障するところであるとすれば、その中身は罪刑法定主義そのものであり、その派生原理としてそのまま憲法保障の内容となるであろう。これを特に刑事実体法の適正の内容であると新たに考える必要はない。このため、刑事実体法の適正が日本国憲法の保

障するところであると考えるのであれば、この領域については、罪刑法定主義の派生理法以外の内容を提示すべきである。

現行憲法以前に刑罰権の濫用、即ち、究極的な国家権力の濫用への反省が刑事手続を巡る詳細な条項の設置に繋がったことに鑑みると、結局、刑事実体法の適正とは、煮詰めれば、刑事処罰の謙抑性、即ち、罪刑の均衡、刑罰は法益保護の最終手段であって、より重い犯罪抑止に不必要な処罰は控えるべきという要請であるように思われる。これは、日本国憲法 31 条以下が日本国に国家刑罰権を残すことを了承しつつ、これを厳しい手続的制限をもって管理しようとする姿勢と合致する。この下に、36 条解釈に基づく、最も厳しい手続（スーパー・デュー・プロセス）の下での死刑の選択がある。そして、ここまで議論を詰めるのは「刑罰」だからこそであり、行政処分や懲戒、民事賠償などとは一線を画した要請に他ならない。であるとすれば、その要請は、「憲法全体の趣旨」のような茫漠たる要請ではなく、ピンポイントに刑事手続条項の要請であるというべきものであって、その要請の核はやはり憲法 31 条と考えるのが適切であるように思われる。司法審査基準なども、より厳格なものが選ばれるべきであり、特に引き下げる理由が発見されなければ厳格審査基準が妥当可言えよう。これが、直感的にも、刑罰の厳粛さからも、歴史的な少数者差別的性質からも、憲法制定までの歴史的展開からも、相応しい。憲法学説の圧倒的多数と通説は、憲法 31 条について実体的デュー・プロセス論的理解をしてきた。刑事法学の大多数もそうであった。それに添えば、このような結論が導かれよう。

しかし、実体的デュー・プロセス論は 31 条の拡張解釈に過ぎるものであり、その保障範囲はよりコンパクトなものであるべきだという説は、既に検討した²⁸¹⁾ 後でも、京都・広島学派を中心になお散見される。今更とも思えるが、以上の展開の障害であるので、論及する。

まず、手続・実体適正説一步手前の、手続適正・実体法定説である。この学説は、以前は宮沢俊義の独壇場であった²⁸²⁾。長く通説の代名詞であった宮沢

説が同説のほぼ唯一のものであったことは、憲法 31 条に関する学説が、終戦直後の美濃部達吉の文言通りの手続法定説²⁸³⁾から一気に手続・実体適正説に移行する過渡期のものであったことを物語る。しかし、近年、木下智史が、「犯罪・刑罰法規の適正さ」については、「犯罪と刑罰の均衡、すなわち比例原則を指す」のであり、それは「個人の尊重原理から導かれる幸福追求権の一内容であるから、刑罰法規における実体的な適正さは、憲法 13 条の内容としてとらえるべきである」と主張し²⁸⁴⁾、図表も用いて、自説を手続適正・実体法定説と自己規定したことは見過せない。刑事法学の分野からも、「侵害原則と加害（他害）原則（Harm-principle）が必要とされるので、侵害行為原理は今日でも広く認められている」とし²⁸⁵⁾、憲法 13 条の「自由に対する権利」は個別的人権とは別の「一般的自由権」なのであり²⁸⁶⁾、「13 条の公共の福祉は」一般的行為自由も含むであろう「個別的権利の内在的制約原理」である²⁸⁷⁾として、共謀罪法が目的の正当性、手段の目的適合性、必要性に反し²⁸⁸⁾、「狭義の比例性、相当性にも疑問がある」²⁸⁹⁾ものだとする生田勝義の主張がある。この立場では、目的・手段審査などの憲法判断の基準は 13 条の一般原則にあることになると思われる。

だが、もし、これらの説に従い、比例原則によるべきものを全て 13 条が根拠であるとしてしまえば、例えば、一般的な表現の自由規制が、表現の自由の重要性などを根拠に手厚くすべきことは 21 条ではなく 13 条の要請ということになるであろう。14 条 1 項後段列挙事由の差別禁止の強い要請なども、究極的にはそう説明すべきことになるであろう。そもそも人権各条の中身は立憲主義的に適正でなければならず²⁹⁰⁾、その在り方は基本的に各人権の性質により、包括的人権である 13 条・14 条を超えて定まっている部分があると解さざるを得ない。進めて、基本的には人権の種類によって審査の枠組みや司法審査基準（ドイツ派が、近時、わざわざ「審査密度」と言うもの）を考えたきた、憲法学の一般的説明と異なる議論である。比例原則は単なる原則であって、「文字通り解するとスライディング・スケールになってしまう」²⁹¹⁾だけであり、何でもかん

でも、比例原則による、と語るようになれば、“機械的審査密度当て嵌め答案”の類に転落するであろう。実質的にも賛成できるものではない。アメリカ憲法研究者なら尚更、この種の一部ドイツ公法研究者の大雑把な議論に惑わされず、人権毎の司法審査基準論や合憲性判断テストを守るべき、つまりは、刑事実体法の適正も 31 条が保障したとの議論に戻って議論を進めるべきではないか。表現規制立法の明確性の原則について、木下は「表現の自由」の章で説明している²⁹²⁾のであるが、刑罰法規の明確性の要請が 13 条とする説明と齟齬がある上、そこでは、刑事実体法の問題である筈であるところ、「憲法 31 条の適正手続の保障からは、刑罰法規の明確性の要請が導かれる」²⁹³⁾との説明があり、この問題を「適正手続保障をめぐる具体的問題」で取り上げる²⁹⁴⁾など、矛盾を感じる。以上見てきたように、「抽象度の高い簡潔な言葉を用いる多くの刑罰法規」²⁹⁵⁾を前にすれば、「罪刑法定主義が刑罰法規の存在と枠づけを規制する原則である以上、」ドイツでも戦後はそうであって²⁹⁶⁾、一般的な刑事法学説としても非常に狭い理解である。それは外国の下位法令の解釈事情だとの反論は承知で、日本の憲法学説として考えても、明確性の原則は刑事実体法の側の原則であり、上記の検討の結果、罪刑法定主義の一部をなすと考えるべきである²⁹⁷⁾から、これを憲法 31 条以下の刑事実体法の法定保障から外すというのは疑問である。日本では、ドイツとは異なり、1908 年以來の刑法が罪刑法定主義を明文で保障する規定を有さなかったことを思えば、状況を非常に不安定にするものであろう²⁹⁸⁾。刑罰法規の不遡及は、上述の通り、一般的には罪刑法定主義、即ち、刑事実体法の法定・適正の問題とされてきたが、木下は「事後法による処罰は、禁止されている行為について告知せずに処罰することになり、適正手続の基本に反する」と説明している²⁹⁹⁾。しかし、「刑事被告人の権利」ではなく「刑罰に関わる原則」のところで説明しているのは、これを刑事実体法の原則と捉えているように見え、13 条の比例原則に依存する解説構成とは認識できない。その上に絶対禁止とされるべき「残虐な刑罰の禁止」の説明があれば³⁰⁰⁾、なおさらである。これらは、厳格度の高い司法審査基準のゾー

ンにある条項・原則であると捉えられるべきものである。^{かくのごとく}如是、刑事実体法の適正は、個々に見ると個別条項の保障であるとしても、31条以下の保障であるため厳格審査を基本とする説明の方が一貫するのである³⁰¹⁾。そうであれば、31条が広く保障したと説明した方が納得できる。そもそも、比例原則がある、と言うだけでは司法審査基準を何ら左右できない。人権の性質など、つまりは各条がその在り方を決めるという、少なくとも芦部通説以来の一般的憲法学説から外れる主張に外ならない³⁰²⁾。

そして、宮沢の頃のような学説展開の過渡期の説ならさて置き、手続・実体適正説が磐石な通説となった現時点で、手続・実体と法定・適正の2軸で構成される4象限のうち1つだけを31条の保障から外すというのは、図式的に見ても、一見していかにも均衡を欠く。刑罰の謙抑性について、刑事実体法の適正は保障しないが、法定として、何故、罪刑法定主義だけを保障するのか、も明快ではない。逆にこれも含むのであれば、それは単なる刑罰法規法定の保障を超えており、木下説は、結局、純正刑事実体法の適正を保障していることになる³⁰³⁾。もし、刑罰の謙抑性相当の内容が見落とされているというのであれば、最早、刑事実体法の適正も憲法31条以下のどこかで保障されていると言ったも同然である。何れにせよ、今日、手続適正・実体法定説を唱えることは、様々な批判を受けて立往生してしまうであろう。刑事実体法についてのみ、法定だけを保障する、と明言したところに躓き石があったと思えてならない。

そうであれば、手続の法定・適正だけが憲法31条の守備範囲だとする説³⁰⁴⁾の方が、まだ、説得的である。既に松井茂記説については取り上げている³⁰⁵⁾が、市川正人も、「罪刑法定主義は、遡及処罰を禁止する39条前段や、政令に罰則を設けるには法律の委任がなければならないとする73条6号ただし書が当然の前提としていることがうかがわれる。さらに、国会が立法機関であると定める41条は、少なくとも国民の権利・自由を制限するには法律によらなければならないという要求を含んでおり、その要求には刑罰法規が法律で定められなければならないという要求（つまり罪刑法定主義）が含まれていると解すること

ができる」などとして、刑事手続法定・適正説に立つ³⁰⁶⁾。「実体の適正」について、「憲法 13 条以下に詳細な規定を置いており、それらにふさわしい判断枠組みを用意しているのだから、実体の適正さはむしろその枠組みに依拠して判断するのを原則とすべきである」³⁰⁷⁾として、比例原則で人権侵害の司法判断を片付けようとする主張もある。

確かに、総じて、日本の憲法学の通「説は、アメリカの実体的デュー・プロセス理論を誤解しているうえに、アメリカでそのような理論が形成された」ロックナー時代の「背景に存在した特殊な事情を十分理解していないようである」³⁰⁸⁾との指摘は、アメリカにおいて、修正 14 条が新たな実体的権利を次々と創造してしまったことを踏まえてのもので、傾聴に値するが、日本での議論は憲法 31 条に刑事実体法の適正を要求する権利を発見できるかに留まり、その懸念は憲法 13 条においてこれを「大人のドラえもんのポケット」³⁰⁹⁾に止める憲法解釈論を展開すれば足りるのである。日本においては、一般的な人権保障は憲法 13 条の問題とされているため、特に 31 条を刑事実体法の適正にまで広げるべきかという争点でこの理論を持ち出す必要はない。憲法 31 条の手続保障を一般行政にも拡大し、しかも、そこから一般的な実体的権利を創出しようという主要学説³¹⁰⁾は、日本ではおよそ見たことがないのである³¹¹⁾。罪刑法定主義や刑罰の謙抑性を憲法で手厚く保障することには日本の文脈では非常に意味がある。通説・判例が述べるような、行政手続の適正への憲法 31 条の準用を止めればよい³¹²⁾。また、39 条が刑罰法規不遡及の原則を規定しながら、その大元の罪刑法定主義を刑事手続条項の総則規定で規定しないという理解も尻抜けの印象がある。21 条の通信の秘密を、13 条がプライバシー権を保障する根拠としてきた、通常の憲法解釈の手法とも齟齬がある。そもそも、ここまで 31 条の拡大解釈を懸念するのであれば、13 条の拡大解釈をやめ、その保障範囲を生命権や身体的自由に限るべきであろうが、多くの説はそうではない。これらの説に向けては、実体の法定と適正を保障する条文を 13 条などとし、その憲法上の保障の程度を非刑罰法規と同等にしてしまうことや、刑事実体法

を刑事手続法と区別して読み、その手続に用いられる法令に厳格な要求を行えなくなるなどの疑問がある³¹³⁾。

刑事手続法定・適正説からのよくある反論は、憲法 31 条が「手続」の法定を規定しているのであって、刑事実体法の法定や適正まで保障したと読むのは拡張解釈に過ぎる、というものであろう。文言解釈に徹すれば、その最小限度の手続法定説、つまりはほぼ、近現代において無意味な保障範囲とせねばなるまい³¹⁴⁾。しかし、刑事「手続」を適切に実施するためには、まず、裁判所法などの組織法、刑事手続に関する刑事訴訟法などの手続法のほか、適用する刑事実体法である刑法や特別刑法が適正でなければ、その要請は満たすことができない。しばしば、31 条以下の人権について「人身の自由」と呼ぶ場合がある³¹⁵⁾が、その感覚によれば、寧ろ刑事実体法に関する憲法保障は当然のように思える。罪刑法定主義は、旧刑法 2 条や大日本帝国憲法 23 条においては、犯罪の要件が法律に規定されていること、或いは、刑罰規定が常に形式上の法律に根拠を有することを要するに留まっていたとの指摘³¹⁶⁾もあるが、それでも、時に「外見的立憲主義」と揶揄される³¹⁷⁾大日本帝国憲法ですら規定していた罪刑法定主義を日本国憲法が直接保障していないとも考えにくい。これを、手続と実体は異なるとして分解するのであれば、「個別的人権カタログ」とも言われる個別的人権、例えば、表現の自由を抑制する実体法は 21 条の問題であるが、その手続を定める法律は 13 条もしくは 31 条の問題と考えるなどの主張を行わねば辻褄が合わなくなるであろうことを、やはり、この説に対しても批判せねばなるまい。13 条と考えるのであれば、表現の自由の規制だから特に慎重な手続を取るべきであるとの主張は困難となり、大雑把な「比例原則」による説明に屈し、これまでの憲法学の蓄積を捨て去ることとなろう。31 条と考えるのであれば、31 条は刑事手続に限らず手続一般則として適用すべきものとして捉え直す必要が生じるが、32 条以下の個別条項には、私法的権利や行政手続には重過ぎるものが含まれ、無理がある。刑事手続に関する特別則と素直に読める 31 条を、手続の一般則に読むことには、巡り巡って無理があ

る。ある人権を剥奪するのに適切な手続を踏むべきことは、当該実体的権利を保障しているとされる人権条項が併せて保障していると考えらるべきである。逆に、一見、手続ばかりを保障したように見える31条が、その前提となる実体的権利を保障していると考えられるのも、素直なことに思える。結局、障害は、憲法31条を刑事「手続」保障のみに限定して考えたところにあるのであり、通説の通り、刑事実体法の法定・適正を保障すると解すればよかったのである。こういった難点のため、手続法定・適正説は通説を揺がすには至っていない。

そればかりではなく、憲法31条と13条一般では、司法審査基準や合憲性判断テストなどが異なってくるのであり、13条論では、刑罰法規の適正を、ごく一般的な人権規制立法の適正さと同じ扱いにすることになる。その意味での、法律なければ刑罰なしという保障は、古代には律令などの刑罰法規があるにはあった³¹⁸⁾というレベルに後退してしまう危険がある。例えば、小山剛は、「憲法上の権利を制限する規範は、明確でなければならない。基本権の制限には法律の根拠を要するという法律の留保は、法律という形式だけではなく、その法律が明確であることを要求する」³¹⁹⁾と述べており、そのこと自体は正論であると思えるが、しかし、このことをいくら復唱しても、刑事処罰法令と表現規制法令のそれぞれについて、それぞれの理由から、より厳しい審査枠組みが必要であることは生まれまいであらう³²⁰⁾。一般的で網羅的・広汎な人権規制立法の司法審査基準は合理性の基準とせざるを得ないのであるから、刑事手続を厳しい憲法の監視の下に置くことに沿わない理論である。これに対し、刑事法学者の門田成人は、明確性の原則は「国家が刑罰権行使のために法規を立法するさいの国民に対する」礼「譲原則」であることが「普遍的な目的」であるとし、「被告人に故意が認められても、その刑罰法規が最低限度の法文の明確性に達していないかぎり、罪刑法定主義に違反する」としている³²¹⁾が、これは、刑罰法規の明確性が、一般に通常法令が明確でなければならないことと次元を異にするものであることを示唆している。このようなものが、刑事処罰を憲法下に置く意味ではなかるうか。別の言い方をすれば、刑罰法規の中身は国民

の多数に委ね、その解釈も国民の規範意識に委ねればよいとするのは、「罪刑法定主義による人権の実質化」が「形式的側面での要請を侵食」する³²²⁾こととなり、民主主義を信用し過ぎ³²³⁾、少数者の人権保護に寄与しない。逆に、だからと言って法令一般の司法審査基準を中間審査レベルにまで上げるとすれば、立憲君主制でもない国民主権国家において、民主的立法を普く一定以上疑ってかかる結果になるほか、民主的に選ばれていない裁判官に過大な憲法解釈の裁量を付与することになり、根本的誤りであろう³²⁴⁾。また、13条の中身には身体的自由が含まれるのだから31条を頼る必要はない、という反論もあるだろうが、問題は異常で過酷な「刑罰」の防止なのであるから、刑事手続の総則的規定である31条を根拠とするのが直截的であり、39条などを孤立させない円滑な解釈論となろう。無論、刑事関係の人権をわざわざ13条で読み込むのは、迂遠に過ぎる。刑罰法規に関する明確性の原則などは、素直に31条を根拠条文とすべきである。

なお、この種の議論は、主にドイツ的な理論に基づく主張として、更なる展開が散見される。法令の明確性や、過度に広汎でないこと、規制以前にそれが民主的に制定されるべきことは憲法41条の要請であるとの主張にまで至っているのである。大石和彦は、「法律の不明確性が、被治者の自由との関係で問題であるばかりか、国会により独占(留保)されるべき(実質的意味の)立法権の篡奪問題(憲法41条違反)ともなりかねない」³²⁵⁾と述べ、あくまでも、「漠然不明確な権利制約立法は、その適用に当たる裁判所に実質的に立法権を委任するに等しいがゆえ、憲法41条の趣旨に照らして問題であると考えられる」³²⁶⁾、「過度の広範性問題もまた、同様に考えて良い」³²⁷⁾として、最終的には「法令の憲法適合性判断に当たり、その文言の漠然不明確性、さらには過度の広範性を問う観点には、『法律の留保』又は憲法41条の含意としての『国会中心立法の原則』と通底するものがある」³²⁸⁾などとするのである。しかし、一般人にとって理解できるものでなければならぬことなどは、法令に対するごく一般的要請である。表現規制法規には特に高度の明確性や非広汎性などが要求され、

文面審査が及ぶことになるのは憲法 21 条独自の要請であり、刑罰法規については、行為者に向けて、高度の明確性や非広汎性などが要求されることなどは、それが刑罰法規だからであるのだから、憲法 31 条独自の要請であると考えるのが普通である。全ての憲法上の人権問題を 41 条の問題とすることは、合憲性判定基準を比例原則などという大雑把なスライディング・スケールに普く委ね、その保護の在り方を解釈者の恣意で左右し、もはや人権の問題としないことであって、無論、表現の自由などについて手厚く保障することをかなり難しくすることで、近代以降の立憲主義の発展に反するものとするら思え、13 条論にも増して賛成できるものではない。

憲法学説は最近、死刑について急速に抑止的になっていることを紹介した³²⁹⁾。このことは、刑罰の謙抑性を背景にした「憲法の精神」論なのかもしれない。もし、手続法定・適正説に立ちつつ、刑法の謙抑性は憲法上の保障ではない、と言うのであれば、それが違憲論ではなく、憲法上「望ましい」という主張だとの留保付きでも、何故、死刑問題だけが憲法研究者としての主張となり得るのかを疑問にする。確かに、憲法 36 条は「残虐な刑罰」を「絶対に」「禁ずる」とあり、これが根拠だとの反論もあるかもしれないが、同条の狙いはやはり、独裁体制や専制体制が選びがちな、見せしめ的な残虐な処刑方法の禁止にあるのであり³³⁰⁾、罪刑の均衡は憲法 31 条の総則的規定に委ね、やはりこれが刑事実体法の適正も保障し、32 条以下がその派生原理を個別に保障したと解釈するのが、憲法全体の調和的な解釈というものではなかろうか。

なお補足すれば、憲法 31 条の保護範囲から、つまり、既に圧倒的多数説で通説の理解から刑事実体法の法定・適正を外すとき、果たして、政府や裁判所、司法試験受験生・法科大学院生、警察官や一般市民・大衆に至るまで、他の条項で保障すればよいという理解ではなく、そもそも憲法上の保障ではないという理解に流れないか、懸念がある。刑事裁判上の権利というかなり重要な人権について、その縮減をアシストすべきでもない。無論、この方が説として一貫し綺麗だという反論も予想できるが、否、刑事裁判上の権利については 31 条

以下に纏め、そこで手厚い保障を考える方が、説としても整然とし、理論的であるように思わざるを得ない。

結局、憲法 31 条を「手続・実体適正説」で読み続けてよいことはますます動かないと思える。そして、罪刑法定主義から派生する様々の原理原則のうち「何が『適正』かを判断する基準は罪刑法定主義の概念から」生じ「ない」としても、「実体的デュー・プロセスの基本理念（個人の自律尊重の思想）から導かれる」³³¹⁾とすれば、刑罰の付加に関わる近代の原則の厳重な尊重は憲法 31 条の保障と解すべきではなからうか。そして、この議論は司法審査基準や合憲性判断テストの議論と連動して捉えるべきではなからうか。

おわりに

結論的には、罪刑法定主義とその派生原理として言われるものが刑事実体法の法定として、刑罰の謙抑性に連なる諸原則が刑事実体法の適正として、日本国憲法 31 条の保障の中身とされてよい、ということによってよいように思われる。同条が刑事実体法の法定や適正を保障していないとする説は、やはり説得力に欠け、賛同できない。圧倒的多数説・通説の通りという結論は平凡に見えるが、そうであればそうだと述べることも学問的誠意であろう。

途上、示唆したように、派生原理はそのままそれらの合憲性判断テストなのである。絶対的不定期刑の様相を呈してはならないとか、明確でなくてはならないなどということは、罪刑法定主義原則違反の指標であり、そのまま憲法 31 条の合憲性判断テストなのである。適正の要請部分であっても、「疑わしきは被告人の利益に」ではなく、犯罪不成立の証明を被告人側に課したり、被害の程度や違法性の程度と比べて不均衡に重い刑罰を科したり、責任無能力者に刑罰を科したりすることは罪刑の均衡を破るものとして、憲法 31 条違反となる疑いが濃いであろう。これらは、既に刑事裁判の中で動き出している諸原理なのかもしれないが、憲法が保障するものであり、現実問題としては上告理由

となり得るという意味もあろう。

残された問題は、その際の司法審査基準などである。上述のように、刑罰の持つ峻厳性や、侵害される利益が主に身体的自由であること、憲法 13 条としても中核的法益と思われる名誉が侵害されること、そして、このような権利の侵害が現行憲法制定前には度々国によって繰り返された歴史的経緯、憲法自身も多くの条文による慎重な保障を宣言していることなどに鑑みて、厳格度の高い司法審査基準を想定するのが当然である。明確性について、法令一般より高度のそれを求めるのであれば、緩やかな合理性の基準では無意味である。司法審査基準は、原則として厳格審査基準と合理性の基準の 2 つであり、もし、それぞれを区分できる相当の理由付証明がなされるのであれば 4 つ以上もあり得ないではない、とするのが筆者の立場³³²⁾である。常識的には、「緩めの厳格審査基準」、「厳格な合理性の基準」というものがある³³³⁾かないか、であり、それ以上に細分化することはないであろうというのが筆者の予測である。証明に失敗すれば、司法審査基準は 2 つであり、31 条については厳格審査であろう、というのを当座の結論としたい。

この議論の発展展開、多角的検討は本研究の最終章に委ねたい。

- 1) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上』第 4 章 (法律文化社、2018) 参照。芦部信喜『憲法』[新版補訂版] 344 頁 (岩波書店、2000) は、あくまでも放送大学の教養科目用テキストをリライトしたものであり、これ以外にこの分野での芦部説の根拠が乏しいことから引用をお許し頂くと、同書 218-219 頁は「法律で定められた規定も適正でなければならないことを意味する、と解するのが通説である」と解説し、「ほぼ妥当なもの」と評されよう」と締め括っている。戸松秀典『憲法』253 頁 (弘文堂、2015) も、31 条の「法定手続の保障は、法律の手続のみならず実体についての適正さを命じているとの解釈論が展開している」と解説する。長谷部恭男『憲法』[第 7 版] 260 頁 (新世社、2018) は、「通説は」憲法 31 条「が、刑事罰について、その実体および手続が法律によって定められ、かつその内容が適正であることを要求して」いるのだが、その「要求の中には、他の個別の条文によって要求されているものもあり」、「31 条は、たとえば刑罰法規の明確性の要求のようにこれら個別の条文によってカバーされない事項に関する補充的・一般的条項と考えることができる」と説明しているのだから、結論的には同じ立場であると思われる。佐藤

幸治『日本国憲法論』〔第2版〕367頁（成文堂、2020）は、実体的デュー・プロセス論が通説であることを説明するほか、同書370頁も罪刑法定主義を31条論の中で説明する。大沢秀介『憲法入門』〔第3版〕181-184頁（成文堂、2003）、浦部法穂『憲法学教室』〔第3版〕291-292頁（日本評論社、2016）、永田秀樹ほか『講義・憲法学』178頁（法律文化社、2018）〔倉田原志〕、樋口陽一『憲法』〔第4版〕263-264頁（勁草書房、2021）、辻村みよ子『憲法』〔第7版〕258頁（日本評論社、2021）、新井誠ほか『憲法Ⅱ』〔第2版〕215頁（日本評論社、2021）〔曾我部真裕〕、君塚正臣「平和主義・裁判所ほか—教科書の憲法記述（4・完）」横浜法学30巻2号169頁、201頁（2021）などの説明も同じである。川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕224-225頁（青林書院、2016）〔君塚正臣〕も参照。以上のことから、刑事手続・実体法の法定・適正を憲法31条が保障しているとするのは「通説」と認識され、かつ、多数説と言ってよいように思われる。但し、佐藤同書370頁は、刑事「実体法の適正性の問題は、憲法13・14条をはじめとする各種人権規定との関係で真剣に論議されるものと想定され、またそう考えるべきであって、31条固有の“出番”の局面が多々あるとは想定しにくい」とも述べている。

- 2) 北川佳世子「海洋生物資源の保護と罪刑法定主義—水産動植物の『採捕』について」『海上保安大学校50周年記念論文集』13頁（2002）は、漁業法や水産資源保護法の罰則規定にも罪刑法定主義は及ぶと主張する。このように、罪刑法定主義は刑法典だけの問題では決してない。罪刑法定主義については、以下に挙げるもののほか、日高義博「不真正不作為犯における等置問題と罪刑法定主義（上、下）」刑法雑誌21巻1号21頁、2号58頁（1976）、下村康正「罪刑法定主義と刑法の解釈」警察研究47巻6号3頁（1976）、平野龍一「罪刑法定主義の感覚—コピーの偽造に関して」同49巻2号3頁（1978）、植松秀雄「罪刑法定主義の言語的位相」法哲学年報1980 80頁（1981）、大谷實「コンピュータ犯罪（上、下）—刑法の形成問題および罪刑法定主義と関連づけて」法学セミナー363号20頁、364号66頁（1985）、山下克知「罪刑法定主義と『刑法』典の表現点検」関西外国語大学研究論集52号59頁（1990）、宮島尚史「労働刑法における罪質と罪刑法定主義—試論として」中大法学新報103巻4=5号49頁（1997）、前田雅英「罪刑法定主義と実質的構成要件解釈」現代刑事法31号22頁（2001）、萩原滋「行政刑法解釈と罪刑法定主義」愛知大法経論集160号61頁（2002）、井上宜裕「不真正不作為犯と罪刑法定主義」立命館法学327=328号上101頁（2009）、船山泰範「自動車犯罪立法の未整備と罪刑法定主義」日本法学76巻4号423頁（2011）、品田智史「特別刑法と罪刑法定主義—粉飾決算事例を素材として」斉藤豊治古稀記念『刑事法理論の探究と発見』29頁（成文堂、2012）、二本柳誠「実行の着手と罪刑法定主義」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上巻』667頁（成文堂、2014）、増田隆「罪刑法定主義と慣習法処罰」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』719頁（成文堂、2015）など参照。一般的なものとして、丸山雅夫「罪刑法定主義」法学セミナー498号82頁（1996）、内田博文「罪刑法

定主義」同 511 号 42 頁 (1997)、長井長信「罪刑法定主義」同 558 号 12 頁 (2001)、日高義博「講演録・人権と罪刑法定主義—縦の人権と横の人権を考える」専修大学史紀要 13 号 43 頁 (2021) なども参照。

- 3) 例えば、戸松前掲註 1) 書は 253 頁で手続・実体法定・適正説に立つことを明らかにした後、262 頁で「規定内容の漠然・不明確性ないし不合理性」を解説するのであるが、「裁判所は、合憲解釈を加えて規定内容の効力を維持するなどの慎重な姿勢をとっている」などとして判例の立場を説明するものであり (同書の姿勢そのものが自説の展開よりも判例の分析にあるためか。i 頁参照)、戸松自身が 31 条の保障内容を特定し、特にある法令や政府行為の合憲性を判断してはいない。また、長谷部前掲註 1) 書 260 頁も手続・実体法定・適正説に立つことを明らかにしているが、31 条から生じるその権利内容について、特に説明していない。33 条以下の個別の条項の内容の説明に留まっている印象である。
- 4) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』309 頁以下 (信山社、1996) など参照。
- 5) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下』第 28 章 (法律文化社、2018) 参照。
- 6) 同上第 27 章参照。
- 7) 同上第 26 章参照。
- 8) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008)、君塚前掲註 1) 書第 13 章。
- 9) 芝原邦爾『刑法の社会的機能—実体的デュー・プロセスの理論の提唱』2 頁 (有斐閣、1973)。
- 10) 奥平康弘『憲法Ⅲ—憲法が保障する権利』293 頁 (有斐閣、1993)。
- 11) 洪谷秀樹『憲法』[第 3 版] 234 頁 (有斐閣、2017)。
- 12) この点、奥平前掲註 10) 書 290 頁以下の「刑事を中心とした手続に関する諸権利」が本文全体で 442 頁の著書の中で 92 頁をも占めていることは、興味深い。82 条の「公開裁判を受ける権利」もほぼ専ら刑事手続の問題として捉えている (342 頁以下) ことは、憲法 32 条を専ら、刑事裁判を受ける権利と捉える君塚前掲註 1) 書第 5 章の立場と基本的に一致しよう。その説明は、31 条についても通説同様の立場だと言ってよい。今も人権侵害が継続する領域、裁判所が人権侵害の訴えに特に応えねばならない領域に記述を集中させることは、法学部生向けの教科書・基本書として重要な姿勢なのかもしれない。
- 13) 洪谷前掲註 11) 書 234-235 頁。
- 14) 例えば、「初期のソビエト」で見られたように、「罪刑法定主義を否定し」て「社会防衛処分」を科したり、「ナチス・ドイツで」「道義的責任が強調され」て、「行為者の人格そのものの反道義性を処罰」した (平野龍一『刑法 総論 I』13 頁 (有斐閣、1972)) りすることは、特定の民族や階級を敵と見做す立場であって、総じて個人主義 (基本的人権尊重主義)、自由主義、つまりは立憲主義に立つ日本国憲法下では許し難いことで

ある。なお、チェコ・スロバキア、ポーランド、ハンガリー、ブルガリア、ルーマニアの東欧諸国が、社会主義時代に罪刑法定主義を維持したことは、スターリニズムと一線を画したものとして興味深い。吉川経夫『罪刑法定主義と刑法思想』14頁（法律文化社、2001）参照。以上のような理解は、一哲学としては成り立っても、日本国憲法下の法解釈論としては認め難い理論体系は受容できない。しばしば、「憲法（学）ではそう言うの？でも〇〇法（学）ではこう言うんだよ」（酷い場合は、それが「ドイツ（その他、国名）では」、「誰々の考えでは」になり、独善的で最悪のケースでは「私は」になる）という反駁を受けてきたのであるが、無論、この主張は公理に反する。自らの主張が違憲ではないという憲法論を、少なくともその部分だけは、展開しなければならないのである。

- 15) 團藤重光『刑法綱要総論』〔第3版〕43-44頁（創文社、1990）。
- 16) 竹内正「罪刑法定主義の成立」鳥根大学論集人文科学3号106頁、107頁（1953）。
- 17) ホセ・ヨンバルト「罪刑法定主義—その歴史性と哲学的根拠づけ」上智法学論集20巻1号1頁、6頁（1976）。
- 18) 團藤前掲註15）書5頁。
- 19) 萩原滋『罪刑法定主義と刑法解釈』2頁（成文堂、1998）。
- 20) 大野真義『罪刑法定主義』〔新訂第2版〕134頁（世界思想社、2014）参照。なお、本書の書評には、神馬幸一「書評」獨協法学97号205頁（2015）がある。刑法学者による同書が、主に罪刑法定主義に関する法制・法思想史研究であって、現行法解釈論にあまり踏み込んでいない点は留意されるべきである。
- 21) 寺島建一「罪刑法定主義の現代的課題」吉川経夫古稀記念『刑事法学の歴史と課題』61頁、65頁（法律文化社、1994）。
- 22) 極めて余談であるが、中学1年の「歴史」の試験で、「マグナ・カルタができたのは」という問題に、当方は「ジョン王のところへ貴族たちが押しかけたから」と書き、粹な谷口五男先生が丸をくれたことがある。しかし、上には上（ある意味、下には下）がいるもので、「ジョン王がバカだったから」と書いた同級生がいた（本人自白）。今回、幾つかの邦語文献から解ったことは、ジョン王は確かに「失地王」と呼ばれるなど失敗も多く、気性も激しかったとの記述も見たが、飛び抜けて愚鈍だったわけではないようである。ジョン王の失策については、中西紀夫「罪刑法定主義の変遷とその動向」四日市大学環境情報論集12巻1号3頁、5頁以下（2008）、川瀬進「ジョン王における経済政策の失敗」徳山大学論叢74号29頁（2012）、甲斐素直「ジョン王の生涯と大憲章」日本法学87巻3号1頁（2021）、亦部美希「シェイクスピア作『ジョン王』とマキアヴェリ著『君主論』の比較考察」国際文化表現研究17号44頁（2021）など参照。ジョン王の名誉を若干回復すべきであると共に、同級生の答えは三角がいいところではないかとも思ったが、遡及的不利益変更はできそうもない。マグナ・カルタだけに。

- 23) 大野前掲註 20) 書 150 頁。
- 24) 村井敏邦「刑法と刑事訴訟法の交錯 3—刑事法における大陸法と英米法 (2)」時の法令 1475 号 48 頁、51 頁 (1994)。
- 25) シェークスピア『ジョン王』もマグナ・カルタにおよそ触れておらず、16 世紀チューダー朝期にはマグナ・カルタが忘れられた存在であった。大野前掲註 20) 書 43-44 頁参照。
- 26) 横山晃一郎「イギリス刑法と罪刑法定主義—イギリス型近代刑法成立の論理」山中康雄還暦記念『近代法と現代法』75 頁、80 頁 (法律文化社、1973)。
- 27) 瀧川春雄『罪刑法定主義』6 頁 (日本評論社、1952)。
- 28) 同上 79 頁。
- 29) 大野前掲註 20) 書 38 頁参照。
- 30) 同上 151 頁、村井前掲註 24) 論文 52 頁。
- 31) 大野同上 136 頁参照。
- 32) 同上 41 頁。
- 33) 小室輝久「イングランド法と罪刑法定主義概念の淵源」現代刑事法 31 号 53 頁、54 頁 (2001)。
- 34) 同上 56 頁。横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」佐伯千仞還暦記念『犯罪と刑罰上』81 頁、85 頁注 5 (有斐閣、1968)、沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」同 46 頁など同旨。
- 35) 金澤文雄「罪刑法定主義の歴史的発展と基礎づけをめぐって」広島大学政経論叢 25 巻 6 号 51 頁、53 頁 (1976)。
- 36) 大野前掲註 20) 書 181 頁参照。
- 37) 同上 173 頁。
- 38) 村井前掲註 24) 論文 50 頁。
- 39) 瀧川前掲註 27) 書 42 頁。
- 40) 大野前掲註 20) 書 183-184 頁参照。鈴木享子「英米刑法における罪刑法定主義」明大法制研究所紀要 2 号 67 頁、74 頁 (1959) も参照。
- 41) 大野同上 202 頁など参照。
- 42) 同上 196-197 頁参照。
- 43) 同上 29 頁参照。
- 44) ヨンパルト前掲註 17) 論文 8 頁。

- 45) 沢登佳人「1789年人権宣言の罪刑法定主義は裁判官の罪刑専断防止を目的とはしていなかった・宣言の諸草案および議会審議録からの考察 第1部本論」新潟大法政理論18巻4号52頁、59頁(1986)。
- 46) 同上60頁。
- 47) 赤池一将「罪刑法定主義をめぐる日本的思考形式について」村井敏邦古稀記念『人権の刑事法学』3頁、4頁(日本評論社、2011)。
- 48) 同上22頁。
- 49) 大野前掲註20)書236-237頁参照。なお、フランス革命で身分制度が廃止されると刑罰は貴族を対象としていた斬首で統一すべきだということになり、大量の処刑を安定的に行うためにギロチンが発明されることになるのである。
- 50) 同上237頁参照。
- 51) 横山前掲註26)論文99頁。
- 52) 沢登佳人「1789年人権宣言の罪刑法定主義は裁判官の罪刑専断防止を目的とはしていなかった・宣言の諸草案および議会審議録からの考察 第3部結論 罪刑法定主義の本旨と現代的意義」新潟大法政理論19巻2号79頁、108頁(1986)。
- 53) 岩崎二郎「罪刑法定主義と不応為と援引比附」神奈川法学5巻2号1頁、5頁(1970)。
- 54) 大野前掲註20)書150頁。瀧川前掲註27)書41頁同旨。
- 55) 沢登前掲註34)論文47頁。
- 56) ベルト・シューネマン(中川祐夫訳)「現代の法理論にてらした罪刑法定主義の原則」龍谷法学15巻4号1頁、3頁(1983)。
- 57) しばしば、刑事法学者の論考では、英米法と大陸法は大きく異なり、日本も大陸法国だというア・プリオリな理解を前提に、よって判例は法源ではない、とする主張が見受けられる。憲法から見ると日本は英米法もしくはハイブリッドなものであって、「日本も大陸法国だ」という理解は甚だ疑問なのであるが、問題は、そのようなかっちりとした区別を好みながら、英米法の極みであるマグナ・カルタが大陸法の原則として受け入れられたとする主張があり、しかもそこでは簡単な説明しかないことである。法の支配と実質的法治国(家)原理や、住民自治と団体自治が現在ではかなり接近しているように、起源が異なるものが現在ではほぼ同じ性格を持つことはあることであって、先発するマグナ・カルタだからといって、本来は中世身分社会の契約が、それまでの大陸法の伝統を排除して、大陸法に影響を及ぼすとの説明をするには、相当の立証を要するのではないだろうか。イギリス中世が議会法絶対ということはあり得ない。中身が違うであろう。これは素朴な疑問である。

- 58) 金澤前掲註35) 論文56頁。
- 59) 大野前掲註20) 書210頁以下、寺島前掲註21) 論文66頁など参照。
- 60) 神田宏「罪刑法定主義の現代的意義小論—主に刑法解釈をめぐる最近の議論を参考に」
関学大法と政治58巻1号77頁(2007)。
- 61) 斉藤誠二「刑法の基本概念的周縁—いわゆる『前期旧派』と『後期旧派』罪刑法定主義
の周縁」日大司法研究所紀要10巻1頁、13頁以下(1998)。
- 62) 同上16頁以下。
- 63) 大野前掲註20) 書210頁以下、寺島前掲註21) 論文66頁など参照。
- 64) 大野同上21頁参照。
- 65) 赤池前掲註47) 論文18頁参照。
- 66) 萩原前掲註19) 書186頁参照。
- 67) 村井敏邦「刑法と刑事訴訟法の交錯2—刑事法における大陸法と英米法(1)」時の法令
1473号56頁、64頁(1994)。
- 68) 團藤前掲註15) 書42頁。大野前掲註20) 書9頁も参照。
- 69) 川端博ほか「鼎談・罪刑法定主義の問題状況」現代刑事法31号4頁、5頁(2001)[山
中敬一]。
- 70) 大野前掲註20) 書149頁。
- 71) 同上9頁。
- 72) 同上12頁。
- 73) 中山研一『口述刑法総論』20頁(成文堂、1978)。
- 74) 沢登前掲註34) 論文47-49頁。
- 75) 大野前掲註20) 書13頁。
- 76) 日本を考えても、残虐な刑罰は、ムラの登場による過剰な人口の都市流入を背景とする、
戦国大名(独立支配を進めた諸侯)らによる中世の産物であり、古代が最も厳しくそこ
から段々と寛刑化が進むというモデルは妥当しない。君塚正臣「刑事法学における死刑
論議—團藤重光を中心に」横浜国際社会科学研究所25巻2号1頁、11頁(2020)など参照。
- 77) 大谷實『刑法講義総論』[新版第5版]28-29頁(成文堂、2019)参照。
- 78) 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論』[第3版]39-40頁(弘文堂、2019)
- 79) 陶山宗幸「近代日本における罪刑法定主義についての若干の考察」名古屋女子大学紀要
人文・社会編46号39頁、41頁(2000)。

- 80) 養老律、公事方御定書、中国の唐・明・清の諸律、それに肥後藩刑法草書を参考にしたとされる。吉川前掲註14) 書34頁。
- 81) 中村茂夫「不応為考—『罪刑法定主義』の存否をも巡って」金沢法学26巻1号1頁(1983)。
- 82) 萩原前掲註19) 書16頁参照。改定律例は近代的な逐条式のものであった。岩崎前掲註53) 論文8頁。この頃の議論については、佐伯千仞「刑法学の黎明」立命館法学65号1頁(1966)、同「元老院の不応為律廃止論—明治初年における罪刑法定主義」同75=76号1頁(1968)、安竹貴彦「明治期刑事法における律令的罪刑法定主義と近代的罪刑法定主義」大阪市大法学雑誌42巻2号183頁(1995)など参照。
- 83) 岩崎同上2頁。井上宜裕「罪刑法定主義の意義と処罰の必要性」清和法学研究14巻2号73頁、74頁(2010)も参照。
- 84) 詳細は、吉川前掲註14) 書63頁以下など参照。
- 85) 大野前掲註20) 書265頁参照。
- 86) 吉川前掲註14) 書39頁。
- 87) 大野前掲註20) 書265-266頁。
- 88) 大日本帝国憲法24条の文言は日本国憲法32条と類似する。このため、君塚前掲註1) 書第5章が主張するような、現憲法32条はほぼ専ら刑事被告人に刑事裁判を受ける権利を保障するとする説は誤りであり、通説的見解のように、民事・行政裁判を提起する権利を含むのではないかと、との疑義が出される可能性がある。しかし、現行憲法が否定した旧憲法の規定を根拠とすることは、天皇の規定に関してしばしばなされるきらいがあるが、誤りであり、寧ろ、直接の起源である1946年2月13日のGHQ草案32条が「何人モ国会ノ定ムル手續ニ依ルニアラサレハ其ノ生命若ハ自由ヲ奪ハレ又ハ刑罰ヲ科セラルルコト無カルヘシ又何人モ裁判所ニ上訴ヲ提起スル權利ヲ奪ハルコト無カルヘシ」であり(ここで文言が「上訴」に限っていることは、この条項が民事・行政裁判ではなく刑事裁判を念頭に置いていることを裏打ちする)、憲法改正草案要綱(同年3月5日)第30が「何人ト雖モ国会ノ定ムル手續ニ依ルニ非ザレバ其ノ生命若ハ自由ヲ奪ハレ又ハ刑罰ヲ科セラルルコトナカルベク何人モ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルノ權利ヲ奪ハルコトナカルベキコト」であることからしても、刑事裁判を念頭に置くものであることは濃厚と言える。現行憲法32条は刑事手続の総則規定と数多の各論的条項の間に存在する点も、旧憲法24条とは異なる。旧憲法の「司法」の規定は権利性に乏しく、あるいは、当時、旧憲法24条に民事裁判を提起する権利を立憲的に読み込むことはあり得たとしたとしても、日本国憲法では事情が異なっており、旧憲法の文言だけをもって現行憲法の解釈を行うという、あまり他の条項ではなされない手法により正当化を試みることは適切ではないものと思われる。

- 89) 高田敏『法治国家観の展開—法治主義の普遍化的近代化と現代化』349頁以下(有斐閣、2013)など参照。
- 90) 同上55頁。
- 91) 大判明治36年5月21日刑録9輯874頁。本件評釈には、岡田朝太郎「判批」法学協会雑誌21巻7号1008頁(1903)、木村亀二「判批」法学セミナー2号38頁(1956)、中川善之助「判批」同28号58頁(1958)、日沖憲郎「判批」團藤重光編『刑法判例百選』〔新版〕142頁(1970)、平野龍一「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ(各論)』〔第2版〕8頁(1984)などがある。
- 92) 陶山前掲註79)論文42頁。上方落語的には「鹿政談」的とも言えようか。
- 93) 芝原前掲註9)書217頁。
- 94) 大野前掲註20)書156-157頁など参照。
- 95) 同上157頁など参照。
- 96) 吉川前掲註14)書8頁。
- 97) 同上18頁。
- 98) 團藤前掲註15)書45-46頁。
- 99) 大野前掲註20)書267-268頁。
- 100) ドイツでは1919年のヴァイマル憲法が116条で罪刑法定主義を憲法原理として明文化するが、日本の刑法学は意外にもこれによる影響を受けた様子がない。ヴァイマル憲法116条とドイツ刑法2条との関係については、本田稔「罪刑法定主義の歴史的断想—ワイマール帝国憲法116条による刑法2条の侵食」大野真義古稀記念『刑事法学の潮流と展望』68頁(世界思想社、2000)、同「ワイマール帝国憲法116条と罪刑法定主義(1-3)」大阪経法大法学研究所紀要32号133頁、33号77頁(2001)、34号41頁(2002)など参照。
- 101) 牧野英一『刑法學の新思潮と新刑法』〔第8版〕8頁以下(有斐閣、1925)。萩原前掲註19)書19頁より引用。牧野は戦後になっても立場を変えず、「社会防衛論が醇化されて、教育権主義にまで止揚されねばならぬ」と述べていた。牧野英一「罪刑法定主義から社会防衛論へ」季刊刑政4巻1号32頁、32-33頁(1956)。同「罪刑法定主義と社會の通念」警察研究22巻10号3頁(1951)の国際会議での討論を踏まえた反撃や、同「假釋放と罪刑法定主義」季刊刑政5巻1号90頁(1957)の、宣告刑を重く、仮釈放を積極的に活用する議論なども参照。
- 102) 萩原前掲註19)書19-20頁。
- 103) 瀧川前掲註27)書33頁。

- 104) 福田平「刑法における政治性の介入—罪刑法定主義を基点として」ジュリスト 169 号 28 頁、29 頁 (1959)。
- 105) 大野前掲註 20) 書 159 頁参照。
- 106) 但し、これについてはその後「犯罪の消極的な抑制的原理にとどまる」ものであるとの指摘もある。小暮得雄「罪刑法定主義の比較法的動向」北大法学論集 14 卷 3=4 号 184 頁、206 頁 (1964)。
- 107) 大野前掲註 20) 書 160 頁参照。なお、1958 年の「刑事立法の基本原則」で罪刑の法定と類推処罰の禁止が唱えられた。横山晃一郎「罪刑法定主義の段階論的考察」比較法研究 29 号 46 頁、46-47 頁 (1968)。
- 108) 西田 (橋爪補訂) 前掲註 78) 書 41 頁。
- 109) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案・付同理由書』88 頁 (1961) [小野清一郎]。小野のこの議論や改正刑法準備草案については、外山堅太郎『『草案』における罪刑法定主義の虚構』前衛 346 号 114 頁、119 頁以下 (1972)、宿谷晃弘「小野清一郎博士の罪刑法定主義論および構成要件論の背景的思考に関する一考察—現代刑法学の古層の探求あるいは修復的司法／正義論へのプロローグ」早大院法研論集 110 号 87 頁 (2004) など参照。
- 110) ベッカーア (風早八十二=五十嵐二葉訳)『犯罪と刑罰』214 頁 (岩波書店、1959) [風早]。風早のマルクス主義刑法理論史研究については、吉川前掲註 14) 書 222 頁以下参照。
- 111) 新倉修「フランス刑法と罪刑法定主義」早稲田法学会誌 28 号 243 頁、273 頁 (1977)。
- 112) 佐藤前掲註 1) 書 196 頁が「『幸福追求権』は、」憲法 13 条「前段の『個人の尊重 (尊厳)』原理を受けて、人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで重要な権利・自由を包括的に保障する権利 (包括的基本的人権) であると解される」とし、197 頁で「幸福追求権が人格的自律性を基本的特性としつつ、各種の権利・自由を包摂する包括性を備えていると解されるとすれば、幸福追求権は『基幹的な人格的自律権』を称しうるものといえる」として、一般的自由説を批判することなどに、そのことが感じられる。確かに、日本国憲法は数多の自由権を保障し、自らに関わる重要な決定を自らの意思で行う強い個人を想定しているが、他面、社会権規定を用意し、民主主義の濫用に警戒的である面で、それを貫徹できないのではないかの疑問もある。そのことにより、13 条を人格的自律権と読む必要もなく、司法審査基準論により、保障され易いものとそうでないものに分離すればよいだけのようにも思える。君塚正臣「幸福追求権と司法審査基準—『私事と自己決定』の憲法的保障範囲と程度—『司法権・憲法訴訟論』補遺 (4)」横浜法学 27 卷 1 号 61 頁 (2018) 参照。そして、「人格」という語が有力説として一般化することにより、国家の望むあるべき人間像を日本国憲法が強く想定しているかのように解釈展開されていくことを危惧する。

- 113) 青柳文雄「刑法の基本原則—罪刑法定主義・責任主義」法律のひろば27巻9号4頁、5頁(1974)。
- 114) 金澤文雄「日本刑法における罪刑法定主義の限界」広島法学12巻3号1頁、4頁(1989)。
- 115) 大野前掲註20) 書247頁。
- 116) 同上271頁。同書294頁は、このことから判例の法的拘束力を否定するが、疑問である。そうであれば、不遡及的変更の要請も司法政策的なもので、法的なものではなくなってしまうであろう。
- 117) 村井前掲註67) 論文59頁。
- 118) 山崎友也「刑事判例の変更と憲法39条」富大経済論集52巻2号87頁、103頁(2006)は、「憲法は『制定法主義』か『判例法主義』の二者択一を望んでいない。『制定法』と『判例法』の両者があいまって実定法秩序を構成すると解すべきである」と述べる。
- 119) 三井誠「罪刑法定主義と『明確性の理論』」法学セミナー228号83頁、85頁(1974)。
- 120) 川端ほか前掲註69) 文献6頁[日高義博]。
- 121) 團藤前掲註15) 書46頁。
- 122) 日本は、法文化に限らず、様々な文化・文明を混合して新たなものを作ってきたのである。君塚正臣編『比較憲法』iii-iv頁(ミネルヴァ書房、2012)[君塚]。今後も、北欧法由来のオンブズパーソン制度を継受するかもしれないし、以前にはソ連法の展開を参考にする議論も相当程度あったことを忘れるものではない。日本は英米法が大陸法かという争いは不毛である。憲法裁判所はなく、行政裁判所などもないが、反面、行政事件は民事訴訟法ではなく行政事件訴訟法で扱われ、陪審制ではなく参審制の一種である裁判員制度である。第一院の選挙制度も小選挙区、比例代表制を単独で用いることはしていない。
- 123) ローター・クーレン(高良幸哉訳)「罪刑法定主義の理解における今日的修正」中大比較法雑誌48巻4号83頁、103頁(2015)。
- 124) 平野前掲註14) 書64頁。西田(橋爪補訂)前掲註78) 書42頁同旨。
- 125) 平野同上65頁。
- 126) 團藤前掲註15) 書47頁。
- 127) 山口厚『刑法総論』〔第3版〕10頁(有斐閣、2017)。
- 128) 高橋則夫=仲道祐樹「罪刑法定主義①—行動準則としての刑法と罪刑法定主義」法学セミナー701号103頁、105頁(2013)[仲道]。
- 129) シューネマン(中川訳)前掲註56) 文献9頁同旨。

- 130) 平野前掲註 14) 書 66-67 頁。
- 131) 江藤隆之「条例による罰則制定の批判的検討」桃山法学 26 号 1 頁、3-4 頁 (2017) 同旨か。このほか、前田徹生「条例による罰則制定と罪刑法定主義」上智法学論集 52 卷 1=2 号 209 頁 (2008) なども参照。
- 132) 江藤同上 31 頁同旨か。
- 133) 平野前掲註 14) 書 66 頁。團藤前掲註 15) 書 48 頁同旨。
- 134) 興味深いことに、住民自治は民主主義的なもので、団体自治は自由主義のエートスによるものだというのが一般的な理解である。君塚正臣「国会・内閣・地方自治—教科書的憲法記述 (2)」横浜法学 29 卷 3 号 449 頁、503 頁 (2021) など参照。罪刑法定主義の場合とは、英米法・大陸法と自由主義・民主主義の関係が逆転していることには、両者の関係を、一部を見て単純化する理解をしないよう、注意したい。
- 135) ホセ・ヨンバルト「罪刑法定主義—法哲学と実定法学の課題として」法哲学年報 1976 84 頁、89 頁 (1977)。
- 136) 平野前掲註 14) 書 80 頁。
- 137) 芝原前掲註 9) 書 225 頁。
- 138) 小林憲太郎「刑法判例と実務—罪刑法定主義」判例時報 2280 号 3 頁、13 頁 (2016)。
- 139) 萩原前掲註 19) 書 194 頁。
- 140) 同上 194 頁。
- 141) 大谷前掲註 77) 書 54 頁。慣習刑法の排除、刑罰法規適正の原則、類推解釈の禁止、遡及処罰禁止の原則を挙げる。
- 142) 平野前掲註 14) 書 65 頁。
- 143) 同上 64 頁。
- 144) 同上 67 頁。平野は、第二次世界大戦後の戦争裁判では弁護側のこの主張が通らなかったが、今や世界人権宣言 11 条 2 項や国際人権規約 B 規約 15 条などを経て国際法上も原則となっている、国内法ではましてやであると説明する。西田 (橋爪補訂) 前掲註 78) 書 41 頁同旨。
- 145) 大野前掲註 20) 書 292 頁。
- 146) 同上 292 頁。
- 147) 平野前掲註 14) 書 68 頁。
- 148) これについては既に述べた通りである。君塚前掲註 1) 書第 9 章参照。
- 149) 大野前掲註 20) 書 293 頁。村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一橋論叢 71 号 32 頁

(1974)、山崎前掲註118) 論文102頁同旨。この点については、全農林警職法最高裁判決(最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁)について特に妥当する。同判決については、君塚前掲註1) 書第9章参照。この判決の評釈についても同章参照。萩原滋「罪刑法定主義と実体的デュー・プロセス」現代刑事法31号40頁、41頁(2001)は、同判決を「罪刑法定主義について形式原理としてのみ理解した場合の悪しき事例」と論評する。なお、西原春夫「新規の解釈にもとづく法令の適用と罪刑法定主義」判例時報2464号122頁(2021)は、弁護士職務基本規程13条1項違反を巡って類似の問題が生じると指摘する。解釈が先例と変わる場合、それが行政罰などであるときは、不遡及的判例変更の法理を準用できるが、民事の賠償責任などの場合では、適用は困難である。

- 150) 山口前掲註127) 書16頁。
- 151) ヨンバルト前掲註135) 論文97頁は、これが刑法領域でも不文法を無視できない証拠だと指摘する。
- 152) 岩手県教組事件第2次上告審=最判平成8年11月18日刑集50巻10号745頁。本件評釈は、君塚前掲註1) 書第9章参照。
- 153) 稲垣悠一「刑罰権の及ぶ範囲と罪刑法定主義」専修ロージャーナル10号115頁、164頁(2014)。
- 154) 安田拓人「判例の不利益変更と遡及処罰の禁止—罪刑法定主義の自由主義的側面と責任主義の交錯」大野古稀前掲註100) 書45頁、56頁。
- 155) 清水洋雄「判例変更と罪刑法定主義」秋田法学42号71頁、85頁(2004)。
- 156) 安田前掲註154) 論文59-60頁同旨。
- 157) 偽造テレホンカードを巡る刑罰法規の明確性の議論ではあるが、船山泰範「テレホンカードの変造と罪刑法定主義」日本法學57巻1号1頁、28頁(1991)参照。
- 158) 高橋則夫=杉本一敏「罪刑法定主義②—刑法と憲法における『不明確性』の主張」法学セミナー702号96頁、97頁(2013) [杉本]、佐伯仁志「罪刑法定主義」法学教室284号47頁、50頁(2004)。小暮得雄「刑事判例の規範的効力—罪刑法定主義をめぐる一考」北大法学論集17巻4号107頁、134頁(1967)同旨か。君塚前掲註5) 書第34章参照。
- 159) 佐伯同上論文51頁。この点は、国の政教分離違反の行為を訴えても損害賠償などの法的利益を得られないが、違憲の宣言を得られるとすれば、裁判所の「司法」周辺的作用として認められることと類似する。
- 160) 奥村正雄「判例の不遡及的変更」現代刑事法31号44頁、48頁(2001)。
- 161) 詳しくは、浜坂豊澄「公訴時効期間の延長」立法と調査96号36頁(1980)、藤本哲也「時

- 報サロン—犯罪学の散歩道 (215)—公訴時効及び刑の時効の廃止・延長について」戸籍時報 660 号 81 頁 (2010)、同「刑事政策時評 公訴時効及び刑の時効の廃止・延長について考える」罪と罰 47 卷 3 号 42 頁 (2010)、新倉修「公訴時効論 (1-6)—公訴時効の廃止・再延長と遡及適用」青山法学論集 52 卷 1 号 33 頁、2 号 1 頁、3 号 1 頁 (2010)、4 号 35 頁、53 卷 2 号 1 頁 (2011)、4 号 39 頁 (2012)、萩原滋「公訴時効の延長・廃止と罪刑法定主義」白山法学 7 号 1 頁 (2011) など参照。これが争点となった事案に、最判平成 27 年 12 月 3 日刑集 69 卷 8 号 815 頁がある。本件評釈には、松本和彦「判批」法学教室 430 号 128 頁 (2016)、榎本雅記「判批」同 154 頁、松宮孝明「判批」法学セミナー 735 号 113 頁 (2016)、大日方信春「判批」新・判例解説 Watch19 号 15 頁 (2016)、山崎友也「判批」ジュリスト臨時増刊 1505 号『平成 28 年度重要判例解説』28 頁 (2017)、池田公博「判批」同 194 頁、大澤裕「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 10 版〕94 頁 (2017)、馬渡香津子「判批」ジュリスト 1512 号 105 頁 (2017)、同「判批」法曹時報 69 卷 9 号 287 頁 (2017)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成 27 年度』272 頁 (法曹会、2017)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁判所の判例 9 平成 27-29 年』426 頁 (2019)、原田和往「判批」刑事法ジャーナル 53 号 155 頁 (2017)、南迫葉月「判批」論究ジュリスト 32 号 186 頁 (2020) などがある。
- 162) 札幌高判昭和 29 年 6 月 17 日高刑集 7 卷 5 号 801 頁の判断は、最決昭和 42 年 5 月 19 日刑集 21 卷 4 号 494 頁によって上書きされている。後者の判決の評釈には、堀江一夫「判批」ジュリスト 376 号 88 頁 (1967)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 42 年度』93 頁 (法曹会、1973)、「判批」法律時報 39 卷 10 号 91 頁 (1967)、松尾浩也「判批」判例評論 107 号 46 頁 (1967)、鴨良弼「判批」ジュリスト増刊『昭和 41・42 年度重要判例解説』240 頁 (1968)、羽淵清司「判批」慶大法学研究 42 卷 8 号 119 頁 (1969) などがある。
- 163) 平野前掲註 14) 書 69 頁。限時法の場合は複雑である。犯罪時に違法性があり、現時点で評価しても違法性があったものは処罰可能、今や違法性なしと評価されるものは処罰不能と考えるべきであろう。同書 70-76 頁参照。平野は、「二人乗り」禁止の例を挙げ、当時の道路事情では危険であったときは処罰できるが、刑罰法規の考え方が「二人乗り」まで処罰するのは厳し過ぎると変わったときは処罰できない、としており、同感であるし、同書が挙げる、戦後の奄美大島からの「輸入」の例にも準用できよう。この点、中山前掲註 73) 書 518 頁同旨。
- 164) 平野同上 65 頁。中西前掲註 22) 論文 3 頁もこの 4 つを挙げる。
- 165) ヨンパルト前掲註 135) 論文 87 頁。
- 166) 平野前掲註 14) 書 66-67 頁。
- 167) 園藤前掲註 15) 書 49-50 頁。

- 168) 安藤泰子「罪刑法定主義の相対性 (1)」青山法務研究論集 13 号 31 頁、33 頁 (2017) は、「英法における公理である」と述べる。
- 169) 小暮前掲註 158) 論文 116 頁。
- 170) 團藤前掲註 15) 書 50 頁。しばしば挙げられるのが、水利妨害罪において、慣習法によって認められた水利権を妨害することで罪に問われることがある、という例である。吉川前掲註 14) 書 21 頁など参照。
- 171) 團藤同上 50 頁。
- 172) 安藤前掲註 168) 論文 40 頁同旨。関連して、安藤泰子「罪刑法定主義の相対性 (2) — 国際刑法の原点から考える」青山ローファーム 5 巻 2 号 77 頁 (2017) も参照。
- 173) 團藤前掲註 15) 書 50-51 頁。
- 174) 同上 48 頁。
- 175) 萩原前掲註 19) 書 24 頁。
- 176) 同上 116 頁。
- 177) 川端ほか前掲註 69) 文献 15 頁 [山中敬一]。それでも、路面電車、LRT、レールバス、トロリーバス、ガイドウェイバス、モノレール、新交通システム、BRT はそれに該当するかという問題は残っていくようにも思われる。
- 178) 同上 21 頁 [日高義博]。
- 179) 山口前掲註 127) 書 13 頁。
- 180) 平野前掲註 14) 書 76 頁。
- 181) 團藤前掲註 15) 書 58 頁。
- 182) 平野前掲註 14) 書 76 頁。
- 183) 神田前掲註 60) 論文 85 頁。
- 184) 佐伯前掲註 158) 論文 54 頁参照。
- 185) 大阪高判平成 30 年 11 月 14 日高刑集 71 卷 3 号 1 頁。本件評釈には、笹田栄司「判批」法学教室 462 号 152 頁 (2019)、堀口悟郎「判批」法学セミナー 771 号 128 頁 (2019)、榎透「判批」新・判例解説 Watch24 号 37 頁 (2019)、曾我部真裕「判批」判例評論 728 号 2 頁 (2019)、天田悠「判批」刑事法ジャーナル 60 号 176 頁 (2019)、松宮孝明「判批」季刊刑事弁護 99 号 87 頁 (2019)、佐藤雄一郎「判批」同 93 頁、前田雅英「判批」捜査研究 68 卷 8 号 16 頁 (2019)、小野晃正「判批」撰南法学 56 号 1 頁 (2019)、尾形健「判批」ジュリスト 1544 号臨時増刊『令和元年度重要判例解説』22 頁 (2020)、神馬幸一「判批」同 154 頁、浅田和茂「判批」新・判例解説 Watch 26 号 183 頁 (2020)、山崎皓介「判批」

- 北大法学論集 70 巻 6 号 175 頁 (2020)、新井誠「判批」広島法学 43 巻 4 号 77 頁 (2020)、武藤眞朗「判批」東洋法学 63 巻 3 号 145 頁 (2020) などがある。
- 186) 最決令和 2 年 9 月 16 日刑集 74 巻 6 号 581 頁。
- 187) この点、生田勝義「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義—法的関係の相対性からする検証」立命館法学 369=370 号 1 頁 (2016) は、近年の判例が詐欺罪を財産犯とする普通の理解を超えて「騙す」行為を処罰していると批判している。
- 188) 長岡龍一「刑法の解釈と罪刑法定主義の原則 (1)」東北学院大学論集法律学 10 号 21 頁、36 頁 (1977)。
- 189) 平野前掲註 14) 書 76 頁。
- 190) 同上 76-77 頁。
- 191) 團藤前掲註 15) 書 60 頁。
- 192) 佐伯仁志「類推解釈の可否と限界」現代刑事法 31 号 34 頁、37 頁 (2001)。
- 193) なお、「裁判所が誤って広い解釈をしたとしても、ただちに罪刑法定主義の違反になるわけではな」く、それは「単なる『法令解釈の誤り』にすぎず、憲法 31 条違反とまではいえない、という場合もありうる。憲法 31 条違反、すなわち罪刑法定主義の違反になるのは、誤りが著しい場合、いいかえると右のような解釈原理に反した場合に限られる」ということにも注意せねばなるまい。平野前掲註 14) 書 77 頁。
- 194) 吉川前掲註 14) 書 26-27 頁。
- 195) 以上、大野前掲註 20) 書 288 頁。
- 196) 大谷前掲註 77) 書 64 頁。
- 197) 1995 年の法改正までは殺人罪の法定刑の下限は懲役 3 年であった。この点について、金澤前掲註 114) 論文 6 頁は、「罪刑法定主義からの疑問は最近まで全く提起されなかった」と指摘する。
- 198) 中村前掲註 81) 論文 25 頁。
- 199) 山口前掲註 127) 書 17 頁など。
- 200) 稲垣前掲註 153) 論文 116 頁。
- 201) クーレン(高良訳)前掲註 123) 文献 84-85 頁でも、4 つのうち一つとして挙げられている。前述の平野龍一の並びの中では「絶対的不定期刑の禁止」が挙げられていない。
- 202) 同上 91 頁。
- 203) 芝原前掲註 9) 書 221 頁同旨。
- 204) 君塚前掲註 5) 書第 32 章参照。ところで、芦部信喜がこういった場面でも文面審査が

及ぶと主張していたとする若手憲法研究者の強い主張を近年聞いた。生前の芦部先生を多少知る者としては、驚愕であった。芦部前掲註1) 書344頁は、「憲法判断の方法」の解説で、「憲法事件では、さらに、違憲か合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段(規制目的)の合理性を裏づけ支える」「立法事実(legislative facts)」の検証は重要だとした上で、「立法事実をとくに検出し論証せず、法律の文面を検討するだけで結論を導き出すことができる場合もある。ある法律の定める事前抑制の措置が『検閲』に当たるかどうか争われる事件とか、罪刑法定主義の原則によって要求される法文の明確性が争われる事件が典型的な例である」とあるのが、31条の明確性の原則も文面審査であると芦部信喜は述べたとする根拠だと言うのである。しかし、刑事実体法の適正を語る同書219頁を見ても、これを裏打ちするような、特に文面審査に踏み込む記述がない。そして、同所には「法律の『規定の明確性』の原則(犯罪構成要件の明確性、表現の自由を規制する立法の明確性)」との記述があり、芦部説が、表現規制立法の明確性の要請を21条のほか、31条も読み込んでいることが示唆される。その上で、同書344頁の記述を再読すると、「法文の明確性が争われる事件」に続いて「(第九章三三参照)」とあるのであるが、ここはまさに、表現の自由の領域での「明確性の理論」の解説である。同書183頁。そして、ここには「原則として法規それ自体が違憲無効(文面上無効)となる」との記載があり、確かに、これには「過度の広汎性ゆえに無効」の法理が混在してはいるものの、文面審査が表現規制立法専属の手法であることが読み取れるのである。芦部の記述に曖昧なところがあるものの、先の強い主張は、芦部説が各所で多くの条文を根拠条文として挙げたがる傾向を忘れ、また、同教科書が元々放送大学の教養科目のテキストとして、正確さより判り易さを優先した性格のもので、戸波江二などの助力を得たものであることを捨象して、一部の文言に拘泥した見解と言わざるを得ない。芦部説については、『憲法学Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ[増補版]』(有斐閣、1992・1994・2000)と論文集で確認するのが正当である。Ⅱ229頁によると、芦部は「二重の基準論」の説明の中で、「表現の自由に対する事前抑制(検閲)の場合と、表現の自由を規制する法文が過度に広汎(overbroad)であるか漠然不明確(vague)である場合には、表現の自由に『萎縮的効果』を及ぼすので、法文自体が文面上無効とされる」としており、文面審査を他に及ぼすようには読めない。以上は、Ⅲ[増補版]388頁以下で確認される。Ⅱ241頁において、精神的自由と経済的自由以外の領域の司法審査基準等に言及するのであるが、「生存権」は「『厳格な合理性』のアプローチに準ずる実質的な審査を認める」、「労働基本権」については「LRAの基準が適切」だが、「『厳格な合理性』の基準とほぼ同じ」、242頁では、「プライバシー権」のうち「結婚・出産・子供の養育などにかかわる個人の人格的ないし自律的存在にとって基本的と考えられる」ものには「精神的自由に準じて『厳格審査』が必要である」が、そのような「『基本的』性格をもたないプライバシー権でも、『厳格な合理性』と言う中間

段階の審査基準が用いられなければならない」などとし、厳格審査領域を拡大することは少なく、ましてや、萎縮的效果を理由とするなどして、表現の自由の領域に限定した文面審査を拡大する記述は見られない。この限りでは、文面審査は表現規制の場面の特殊法理であるように推測できる。ただ、この教科書シリーズは芦部の逝去により、刑事手続的権利の部分は未完に終わっている。このため、刑事手続的権利について、適用審査法令違憲とは異なる文面審査が及ばないと明言する記述は発見できないものであるが、最晩年の、芦部『宗教・人権・憲法学』201頁以下（有斐閣、1999）でも以上の立場は踏襲されている。また、各種論文集や『憲法叢説1・2・3』（信山社、1994・1995・1995）にも刑事手続的権利に関する記述は見当たらない。広範囲かつ膨大で深い論考を残した芦部が、珍しく手薄な分野であったと言えよう。珍しく、非精神的自由規制でも生来の偶然による差別を伴うものでもない、刑罰法規が問題となった判例に言及した、同「合憲限定解釈と判例変更の限界—全農林警職法事件判決の問題点」ジュリスト536号46頁（1973）においても、刑罰法規の合憲性を攻めながら、主として特別権力関係論を批判し、構成要件の厳格な解釈を要求し、本判決での合憲限定解釈が「犯罪構成要件の明確性の要件を充足し憲法31条に違反しないと解しうるか否かを検討しなければならない」ものである（50頁）などと論難するに留まり、刑罰法規に関する明確性の法理が文面審査を要求するところだとの記述はないのである。芦部がこの分野で文面審査が妥当するとの斬新な主張がなされているのであれば、論説や判例研究すら見当たらないというのは不可思議である上、表現規制の場面で主に萎縮的效果の防止を理由に文面審査を正当化するのであれば、一般的に刑罰法規という寧ろ萎縮的效果を是認すべき場面でこれを妥当させることは極めて非論理的で考え難い。こういったことに鑑みると、芦部説が刑事手続的権利の実体的権利として文面審査を正当化していたとは言い難い（それが万が一「芦部説」だとしても、この部分はおよそ「通説」的正当性を欠く）。学説の読み方も含めて教訓を残し、冒頭の強い主張を特に生前の芦部を知らない世代への警鐘として紹介した（なお、念のため。無論、芦部説の神格化はすべきではなく、その正確で総合的な理解を踏まえた批判的検討がなされるべきである）。

- 205) 團藤前掲註15) 書51頁。菅原由香「憲法31条と罪刑法定主義」憲法研究42号143頁、154-155頁（2010）同旨。
- 206) 萩原前掲註149) 論文42頁。
- 207) 萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』77頁（成文堂、1991）。
- 208) 君塚前掲註5) 書第32章参照。
- 209) 大野前掲註20) 書261頁。
- 210) 最決平成20年7月17日判時2050号156頁。本件評釈は、君塚前掲註5) 書第32章参照。

- 211) 最決平成20年11月10日刑集62巻10号2853頁。本件評釈には、「判批」法律時報81巻11号136頁(2009)、金尚均「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』5号155頁(2009)、杉本一敏「判批」刑事法ジャーナル15号134頁(2009)、金澤真理「判批」法学74巻2号134頁(2010)、五十嵐さおり「判批」明治学院大学法科大学院ローレビュー12号93頁(2010)、三浦透「判批」ジュリスト1433号114頁(2011)、同「判批」法曹時報63巻10号237頁(2011)、同「判批」論究ジュリスト3号114頁(2012)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』699頁(法曹会、2012)などがある。
- 212) 同罪が制定される前の業務上過失致死罪が問われた常磐自動車道事件=最決平成16年10月19日刑集58巻7号645頁では、高速道路上に自車及び他人が運転する自動車を停止させた過失行為と自車が走り去った後に上記自動車に後続車が追突した交通事故により生じた死傷との間には因果関係があるとされた。本件評釈には、山中敬一「判批」ジュリスト臨時増刊1291号『平成16年度重要判例解説』153頁(2005)、上田哲「判批」ジュリスト1299号161(2005)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例5平成15-17年』282頁(2007)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度』454頁(法曹会、2007)、同「判批」法曹時報59巻7号258頁(2007)、大塚裕史「判批」法学教室300号178頁(2005)、豊田兼彦「判批」法学セミナー601号121頁(2005)、伊東研祐「判批」刑事法ジャーナル1号160頁(2005)、十河太朗「判批」受験新報653号12頁(2005)、杉本一敏「判批」法学教室306号別冊付録『判例セレクト2005』29頁(2006)、松宮孝明「判批」判例評論571号40頁(2006)、深町晋也「判批」ジュリスト1347号78頁(2007)などがある。
- 213) 松原芳博「あおり運転裁判からみる罪刑法定主義」法学セミナー772号49頁、53頁(2019)。
- 214) 最決昭和36年11月6日裁判集刑140号375頁。
- 215) 最決昭和29年6月17日刑集8巻6号881頁。本件評釈には、高橋幹男「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和29年度』143頁(法曹会、1955)などがある。
- 216) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。本件評釈は、君塚前掲註1)書第4章参照。
- 217) 大野前掲註20)書257-259頁。
- 218) 平野前掲註14)書65頁。瀧川前掲註27)書16-19頁同旨。
- 219) ヨンバルト前掲註135)論文99頁。
- 220) ヨンバルト前掲註17)論文20頁。

- 221) 平野前掲註 14) 書 23 頁。
- 222) 古田佑紀「刑法という法律 (14) —ザイケイホウテイシユギ〔罪刑法定主義〕」時の法令 1425 号 37 頁 (1992)。
- 223) 西田 (橋爪補訂) 前掲註 78) 書 33 頁。
- 224) 同上同頁、平野前掲註 14) 書 47-48 頁など参照。
- 225) 平野同上 64 頁参照。
- 226) 山口前掲註 127) 書 17 頁。
- 227) 團藤前掲註 15) 書 53 頁。
- 228) 同上 55 頁。
- 229) 大谷前掲註 77) 書 63 頁、山口前掲註 127) 書 21 頁など同旨。
- 230) 最判平成 21 年 3 月 26 日刑集 63 卷 3 号 265 頁。本件評釈には、田川靖紘「判批」法律時報 81 卷 12 号 116 頁 (2009)、門田成人「判批」法学セミナー 654 号 131 頁 (2009)、宮地裕美「判批」研修 732 号 123 頁 (2009)、松尾誠紀「判批」刑事法ジャーナル 18 号 109 頁 (2009)、菊池浩「判批」警察学論集 62 卷 10 号 179 頁 (2009)、松田俊哉「判批」ジュリスト 1394 号 96 頁 (2010)、同「判批」法曹時報 62 卷 12 号 201-219 頁 (2010)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成 21 年度』77 頁 (法曹会、2013)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例 7 平成 21-23 年』329 頁 (2014)、木村光江「判批」ジュリスト臨時増刊 1398 号『平成 21 年度重要判例解説』191 頁 (2010)、遠藤聡太「判批」ジュリスト 1407 号 164 頁 (2010)、岡本洋一「判批」関東学院法学 19 卷 4 号 115 頁 (2010)、大場史朗「判批」久留米大学法学 68 号 75 頁 (2013) などがある。
- 231) 團藤前掲註 15) 書 56 頁。
- 232) 松原芳博「刑法の基本原則 (その 2) —罪刑法定主義・刑罰法規の適正」法学セミナー 654 号 107 頁、111 頁 (2009) 同旨。
- 233) 山口前掲註 127) 書 22 頁。同意傷害を処罰する場合、それに適用される傷害罪 (刑法 204 条) の法定刑の上限は懲役 15 年であるが、より重い同意殺人罪 (刑法 202 条) のそれが懲役 7 年であるので、7 年を超える部分の適用は否定される。同書同頁注 20。このような例として、東京高判平成 11 年 3 月 12 日判タ 999 号 297 頁がある。本件評釈には、門田成人「判批」法学セミナー 540 号 106 頁 (1999)、野々上尚「判批」研修 616 号 13 頁 (1999)、同「判批」警察学論集 52 卷 8 号 161 頁 (1999)、松宮孝明「判批」ジュリスト臨時増刊 1179 号『平成 11 年度重要判例解説』146 頁 (2000)、只木誠「判批」法学教室 234 号別冊付録『判例セレクト '99』26 頁 (2000) などがある。

- 234) 例えば、覚せい剤取締法19条が適用除外とする「左の各号」の中に競走馬への注射が含まれていないことを理由に、最高裁はこれを有罪としたことがある。最決昭和55年9月11日刑集34巻5号255頁。本件評釈には、「判批」法律時報53巻1号168頁(1981)、佐藤文哉「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度』142頁(法曹会、1985)、加藤敏員「判批」研修594号81頁(1997)などがある。論理的には正しいであろうが、同罪が懲役10年以下を法定刑とすることから考えても、罪刑の均衡の観点からは、同法の問題ではなく、競馬法上のレースの公平さの侵害の問題と解すべきであるとの指摘がある。梅崎進哉「罪刑法定主義と現代的自由保障」現代刑事法31号29頁、32-33頁(2001)。
- 235) 福田前掲註104) 論文28頁。
- 236) 最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁。本件評釈は、君塚前掲註1) 書第6章参照。
- 237) 平野前掲註14) 書85頁。
- 238) 萩原前掲註149) 論文41頁。
- 239) 大判明治43年10月11日刑録16輯1620頁。本件評釈には、木村亀二「判批」法学セミナー3号48頁(1956)、宮原三男「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕144頁(1965)などがある。このほか、美濃部達吉「一厘事件に付て」国家学会雑誌25巻1号43頁(1901)、富井政章「一厘窃件ノ判決二就テ」法学協会雑誌29巻1号31頁(1911)、我妻栄「裁判実例記事」法学協会雑誌40巻12号150頁(1922)も参照。
- 240) 西田(橋爪補訂)前掲註78) 書216頁は「公訴権濫用の理論」もここに含む。同理論は一般に刑事手続保障に分類されるが、相対的微罪の不処罰という意味では刑事実体法の適正の領域に含めてもよいであろう。
- 241) 芝原前掲註9) 書146頁。同書226頁同旨。
- 242) 同上143-144頁。田宮裕「過失に対する刑法の機能」日沖憲郎還暦記念『過失犯(1)』327頁(有斐閣、1966)、板倉宏「非当罰的不問行為の概念」佐伯千仞還暦記念『犯罪と刑罰上』133頁(有斐閣、1968)も参照。
- 243) 芝原同上187頁。
- 244) 表現規制の場合には、合憲性判断テストとしてLRAの基準が適用される。このことは、表記のことと異なり、憲法21条を根拠とし、刑罰に限らず、より少ないサンクションで同等の効果をもたらす方法があるならば、当該規制は厳密に違憲とするものである。このため、憲法31条以下の議論に還元されるものではない。君塚前掲註5) 書第29章参照。平野前掲註14) 書47頁はこの例として全通東京中郵便事件=最判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁を挙げているが、労働基本権の侵害に重きを置き、憲法28

- 条の問題とする学説も多いかもしれないが、社会権一般に厳格度の高い司法審査基準が妥当することがないことに鑑みると、平野の整理の通り、原則としては憲法 31 条以下の例としてよいように思われる。本件評釈は、君塚前掲註 1) 書第 9 章参照。
- 245) 大谷前掲註 77) 書 4 頁。同書同頁によると、社会秩序説ではなく法益保護説が現在の通説とされる。
- 246) 平野前掲註 14) 書 44-47 頁など参照。同書は、同性愛、婚姻外性交、賭博、麻薬などを取り上げる。これらの問題は主に憲法 13 条もしくは 24 条の問題であろうが、巡り巡って他者加害性を有する場合も多く、生来の偶然に基づく差別を含むような場合を除き、人権規制そのものは合理性の基準の下で審査されるべきことが多いと思われる。君塚前掲註 112) 論文参照。
- 247) 大谷前掲註 77) 書 11 頁参照。自堕落な行為は憲法 13 条の保障する自由だとは言えなくとも、憲法 31 条を根拠に、処罰からの自由だけを確保する立論はあり得るかもしれない。
- 248) 萩原前掲註 149) 論文 42 頁は、ドイツでも、「犯罪の重大性と行為者の責任とが刑罰に対して適切な関係を維持していなければならないとされている」と述べる。奥平前掲註 10) 書 375 頁は、根拠条文を「さし当たり、憲法 31 条」と述べる。
- 249) 大野前掲註 20) 書 3 頁。
- 250) 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。本件評釈は、君塚前掲註 1) 書第 1 章参照。
- 251) 君塚前掲註 5) 書第 36 章註 26 参照。川岸ほか前掲註 1) 書 224 頁 [君塚] も言及。萩原前掲註 207) 書 171 頁もそう「評価することも不可能ではない」とする。
- 252) この点、しばしば争われたのは、青少年保護育成条例についてである。後註 270) 参照。この論点については、船山泰範「青少年保護条例における淫行処罰規定の意義と罪刑法定主義—福岡県青少年保護条例の最高裁大法廷判決をめぐって」日本法學 52 卷 2 号 155 頁、163 頁 (1986) も参照。
- 253) 全体主義国家においては予備・陰謀や未遂を「企行」として処罰する傾向が著しい。團藤前掲註 15) 書 352 頁。このような刑法体系を日本国憲法は忌避するであろう。
- 254) 船山泰範「幫助犯と罪刑法定主義」日本法學 57 卷 4 号 47 頁、64 頁 (1992)。
- 255) 平野前掲註 14) 書 19 頁。古代ギリシャのプロタゴラス (前 480-前 411) は、「考え深い人は誰でも、罪が犯されたから罰するのではなく、犯されないために罰する」(Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur) と述べたという。團藤前掲註 15) 書 16 頁より引用。
- 256) 平野同上 20 頁参照。

- 257) 過失犯を原則として罰しないのは、刑法38条1項但書が「法律に特別の規定がある場合」としているからであるが、「さかのぼれば、」事前に行爲者の前に刑罰法規を置くという「罪刑法定主義」のためである。團藤前掲註15) 書336頁。結果的加重犯についても加重部分に過失が要求される。
- 258) 平野前掲註14) 書52頁。
- 259) 同上56頁、山口前掲註127) 書7頁など参照。判例は必ずしもそうではない。最判昭和32年2月26日刑集11巻2号906頁など。本件評釈には、鈴木享子「判批」警察研究29巻10号95頁(1958)、同「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ(総論)』〔第2版〕126頁(1984)、青柳文雄「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和32年度』151頁(法曹会、1964)、川端博「判批」『刑法判例演習教室』109頁(1995、一粒社)、安里全勝「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ(総論)』〔第4版〕104頁(1997)、丸山雅夫「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ(総論)』〔第5版〕96頁(2003)、内田浩「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ(総論)』〔第6版〕98頁(2008)、本間一也「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ(総論)』〔第8版〕102頁(2020)などがある。
- 260) 長岡龍一「刑法の解釈と罪刑法定主義の原則(2)」東北学院大学論集法律学11号91頁、92頁(1978)。内野正幸『憲法解釈の論点』〔第4版〕96頁(日本評論社、2005)も「無罪推定の原則」との表記ながら同旨。
- 261) 佐々木光明「罪刑法定主義」法学セミナー642号28頁、29-30頁(2008)。
- 262) 萩原前掲註19) 書141頁は、「英米刑法において、厳格解釈の原則がどの程度大きな役割を果たしているのか、言い換えると大陸法における罪刑法定主義のような例外を許さない絶対的な原理として理解されているのかどうかは必ずしも明らかではなく、まして英米法の厳格解釈の原則と大陸法の罪刑法定主義とを同一視して良いかどうかも一個の問題であろう」としているが、日本国憲法の解釈としては、厳格度の高い刑事実体法の適正の保障であるのであれば、憲法31条の保障するところと理解すれば足りるように思われる。
- 263) 最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁。本件評釈には、神谷昭「判批」判例評論27号14頁(1960)、井上正治＝田中久智「判批」判例タイムズ109号25頁(1960)、中谷瞳子「判批」慶大法学研究33巻9号93頁(1960)、高木武「判批」中大法学新報67巻2号71頁(1960)、下村康正「判批」同9号899頁(1960)、大塚郁哉「判批」法学セミナー59号63頁(1961)、田原義衛「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和35年度』15頁(法曹会、1961)、園部逸夫「判批」法学論叢68巻4号95頁(1961)、保木本一郎「判批」唄孝一＝成田頼明編『医事判例百選』154頁(1976)、芦部信喜「判批」法学セミナー297号58頁(1979)、小林節「判批」法学セミナー増刊『憲

- 法訴訟』47頁(1983)、林修三『判例解説 憲法編(1)』282頁(ぎょうせい、1988)、時國康夫「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第3版〕182頁(1994)、木下智史「判批」法学教室205号65頁(1997)、山元一「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅱ』114頁(三省堂、2000)、木村光江「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』18頁(2006)、工藤達朗「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕200頁(2007)などがある。
- 264) 大野前掲註20) 書31頁注5。
- 265) 山口前掲註127) 書19頁。大谷前掲註77) 書62頁同旨。
- 266) 芝原前掲註9) 書12頁。
- 267) 大谷前掲註77) 書61頁、山口前掲註127) 書20頁など。
- 268) 長岡龍一「過度の広汎性論・不明確による無効論と罪刑法定主義」東北学院大学論集法律学53=54号1頁、2頁(1999)。
- 269) 君塚前掲註5) 書第32章及び君塚前掲註112) 論文参照。
- 270) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。本件評釈は、君塚前掲註5) 書第26章参照。
- 271) 團藤前掲註15) 書210頁は、ここで労働争議行為を挙げているが、憲法の立場からすると、憲法28条の要請と言うべきであろう。同書213頁が、「政治目的のための争議行為は——すくなくとも憲法28条の関係では——正当なものということとはできない」としているのは、ものによっては21条などで保護される場合はあろうが、という留保付きで共感できる。被害者の承諾がある場合も微妙である。同意墮胎罪、同性性行為、麻薬犯罪について、芝原前掲註9) 書257-258頁も指摘する。他人を巻き込んだ生命自己決定権の行使だとして、囑託殺人は、憲法13条の反射的効力として保護されるべきとの解釈もないではないのかもしれないが、個人主義に立つ日本国憲法が生命権を第一の法益とし、この種の自己決定権の制限が合理性の基準で審査されるであろうことを思うとき、刑罰により規制だからと言って違憲とは言い難いように思われる。安楽死をどこまで認めるかも同列に議論されるべきであろう。君塚前掲註112) 論文参照。
- 272) 正当防衛は「書かれた法ではなく生れた法である」(ケケロ) などと言われるが、それは生命の防衛には当てはまるが、それ以外の法益の防衛には必ずしも妥当しないことには注意したい。團藤同上233頁。ただ、防衛の程度を超えた過剰防衛をどの程度処罰できるかは憲法の範疇を超える刑法の立法政策の問題なのかもしれないが、故意と正当防衛の間でなければ適正な刑罰規定とは言えまい。ドイツでも、正当防衛制限や緊急救助制限が「国民の客観的な信頼を侵害すること」になっていれば罪刑法定主義の侵害であるとする議論がある。柏崎早陽子「正当防衛の制限に関する考察—基本法

- 103 条 2 項の罪刑法定主義を中心として」明大院法学研究論集 47 号 21 頁、36 頁 (2017) 参照。
- 273) 真っ先に思い浮かぶのは、心神喪失者や若年者に対する刑罰の問題である。團藤同上 277 頁以下参照。「諸国の立法例の趨勢は、刑事責任年齢を高める方向にある」という。同書 287 頁。日本での少年犯罪の厳罰化が、精神年齢が責任能力に至っていない者に対する処罰を意味しないかは、被害者や遺族の法益にも配慮しつつも、よく検討せねばならず、どこかで憲法違反の線があるように思える。
- 274) 團藤同上 243-244 頁参照。
- 275) 大判昭和 11 年 5 月 28 日刑集 15 卷 715 頁、最判昭和 23 年 5 月 8 日刑集 2 卷 5 号 478 頁、最判昭和 26 年 9 月 28 日刑集 5 卷 10 号 1987 頁など。第 1 の判例の評釈として、木村亀二「判批」法学セミナー 43 号 48 頁 (1959)、下村康正「判批」我妻栄編『判例百選』(第 2 版) 156 頁 (1965) などがある。見張りについては問題がある。團藤前掲註 15) 書 395 頁。
- 276) 浅田和茂「判例に見られる罪刑法定主義の危機」立命館法学 345=346 号 1 頁、2 頁 (2012) は、「現行法の共同正犯と教唆との区別を破壊するものであって、私見によれば解釈の域を超えている」と論評する。
- 277) 大谷前掲註 77) 書 429 頁など参照。
- 278) 佐伯前掲註 158) 論文 47 頁。
- 279) 大野前掲註 20) 書 164 頁。
- 280) 平野前掲註 14) 書 15 頁。
- 281) 君塚前掲註 1) 書第 4 章。元の論説は、「日本国憲法 31 条の射程について一行政の適正手続保障の憲法上の根拠の議論を中心に」横浜国際経済法学 13 卷 2 号 31 頁 (2005) である。
- 282) 宮沢俊義『憲法 II』〔新版〕415 頁以下 (有斐閣、1971) 参照。
- 283) 美濃部達吉『日本国憲法原論』202 頁 (有斐閣、1948)。
- 284) 木下智史=伊藤建『基本憲法 I』244 頁 (日本評論社、2017) [木下]。
- 285) 生田勝義「一般的行為の自由権と侵害行為原理—実体的デュー・プロセス論による共謀罪法批判序説」立命館法学 381=382 号 70 頁、73 頁 (2018)。
- 286) 同上 76 頁。
- 287) 同上 92 頁。
- 288) 同上 102-103 頁。
- 289) 同上 103 頁。議論は、生田勝義「共謀罪法と実体的デュー・プロセス—個人 (侵害) 行為責任原則を中心に」立命館法学 386 号 1 頁 (2019) へと続く。

- 290) 2017年度の日本公法学会の総会テーマは「立憲主義と法治主義」であった。この際、憲法研究者の報告は「立憲主義」を表題としたが、行政法研究者の報告は「法治主義」を表題とするように分かれた。公法研究 80号(2018)参照。法治主義も今や実質的法治主義であるという行政法学界からの反論もありそうであるが、この並びで今日「立憲主義」を選ばないのは、行政法学、実定行政諸法解釈学が、個別行政法規の解説を生業とし、法律があることをもって安泰と思うようになっているのではないかと心配する。肝要なのは、憲法の定める各人権の実質を侵害しない立法がなされていることである。その意味では、最早、実質的法治主義は立憲主義と言い換えた方がよいのではあるまいか。
- 291) 戸松秀典ほか「第一部会討論要旨」公法研究 71号 138頁、142頁(2009) [君塚正臣]。
- 292) 木下=伊藤前掲註 284) 書 159頁 [木下]。
- 293) 同上 159頁* [木下]。なお、同じ明確性の原則でも、根拠条文が異なる点、21条については文面審査が及ぶ点などは同意できる。
- 294) 同上 244頁 [木下] 参照。
- 295) 門田成人「罪刑法定主義の理念と『権利性』について」大野古稀前掲註 100) 書 23頁、26頁。
- 296) 長岡龍一「罪刑法定主義と明確性の原則」警察研究 50巻 2号 56頁(1979)。川端ほか前掲註 69) 文献 10頁 [日高義博]は、「ドイツでも構成要件明確性の原則」が言われ出し、「アメリカ法で目指しているものとドイツ法で目指したものとは、そんなに変わりはない」と指摘する。
- 297) 門田前掲註 295) 論文 322頁。
- 298) 寺島前掲註 21) 論文 76頁同旨。新進気鋭の若手の元気のよい主張なら兎も角、有力研究者によるこれらの説はリスクに感じる。
- 299) 木下=伊藤前掲註 284) 書 255頁 [木下]。
- 300) 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕 517頁以下(有斐閣、2007)。
- 301) 刑事法学サイドからも、長岡前掲註 296) 論文 62頁は、「刑法の解釈による明確性充足の判定は、より厳格に考えていかねばならない」と論じている。
- 302) この点、罪刑の均衡について比例原則に根拠を求め、その根拠として「権利・自由の実体的制限の問題一般は、13条の問題であり、36条後段は、刑罰という制限の刑事裁判における具体化に際しての特別法的規定」だとする渋谷秀樹説についても、併せて、同様の疑念がある。渋谷前掲註 11) 書 263頁。残虐刑の禁止以外の大半の刑事実体法の適正の強い要請が、渋谷説が強調する戦前の暗黒時代を踏まえての規定である筈の31条を通過せず、抜け落ちるか、緩やかな審査基準の下でしか審査されない危険が大きいからである。この議論は、行政手続の適正は、侵害される人権がより手厚い保障

を受ける場合以外、基本的に13条の問題であるのとは異なるものであろう。

- 303) 木下=伊藤前掲註284) 書254頁以下[木下] 参照。
- 304) 宮川基「罪刑法定主義の憲法上の根拠規定」東北学院法学68号49頁、60頁以下(2009)も、刑事法学の立場から、罪刑法定主義の根拠を憲法41条とするほか、明確性の原則・広汎過ぎる処罰の禁止は13条、類推解釈の禁止は41条・39条などとする。
- 305) 君塚前掲註1) 書第4章参照。
- 306) 市川正人『基本講義憲法』193頁(新世社、2014)。大日方信春『憲法Ⅱ』(第2版)311頁(有信堂、2018)も同旨。
- 307) 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ』283-284頁(日本評論社、2016)[松本和彦]。
- 308) 松井前掲註300) 書520頁。詳細は、松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学141=142号297頁、312-313頁(1987)参照。
- 309) 戸波江二ほか「第一部会討論要旨」公法研究58号114頁、130頁(1996)[君塚正臣]。
- 310) なお、念のため。仮定のものであるが、それは、環境権を引き出すにあたり、31条の手続保障から、適正な手続も保障されたとした後、そのような手続が担保されるものは重要な実体的権利に限られるとして、環境や健康・身体に関する人権は重要なものだと展開し、これを憲法上の権利だと主張するような学説のことである。
- 311) なお、念のため。日本には、アメリカ合衆国憲法の場合とは異なり、憲法15条以下に比較的详细な人権規定があり、その殆どが実体的権利だと読めるため、わざわざ手続的権利を援用して実体的権利を創出する必要がない。そして、憲法に明文で保障されていない「新しい権利」については、人権条項の冒頭の方に存在し、実体的権利の総則のように読み易かった13条が早期から根拠条文として頼られたのである。この状況で、31条が超「ドラえもののポケット」と化するような議論をすることは、藤子・F・不二雄もびっくりのSF(少しじゃなく不思議)である。
- 312) 君塚前掲註1) 書第4章参照。一般に、31条準用論は「手続の適正」だけを準用するのであるが、もし、通説の主張するように31条が刑事実体法の適正も保障するのであれば、行政「実体法の適正」も準用するのであれば一貫しない。しかし、その中身は、一般的には憲法13条が保障する幸福追求権であるし、部分的には21条の保障する情報公開請求権、17条の保障する国家賠償請求権、或いは、それ以外の条項による個別的人権が侵害されないことで足りる。アメリカ合衆国憲法修正14条の解釈論としての実体的デュー・プロセス論はこのようなものであり、個別的人権のカatalogueが相当の領域をカバーし、別途、包括的人権規定である13条を有する日本国憲法の解釈としては屋上屋を重ねるものである。よって、実体的デュー・プロセス論の無制限な人権創造(「ドラえもののポケット」化)への危惧は13条解釈論に向けられるべきであるし、

- また、念のため、31条準用論に向けられるべきであって、31条を刑事手続の一般原則に固定する学説について刑事実体法の適正の保障を謳うのは行き過ぎである、と批判するのは、アメリカの事情を斟酌し過ぎ、行き過ぎではないかと思われる。
- 313) 同上同章参照。なお、その際、高橋和之説については、「純粋な手続適正説よりは実質的には手続・実体適正説に近いかのような理解を示している」と指摘してきたが、高橋は、憲法31条にある「手続を『手続と実体』という場合の手続ではなく、より広い意味での『方法』という程度の意味に理解すれば、罪刑法定主義の要請をそこに読み込むことも無理ではない。したがって、罪刑法定主義の当然の帰結とされる刑罰規定の明確性の原則も31条により保障されていると解することができる」と説明しており、明確性の原則を刑事実体法の適正に含むのであれば、通説同様の手続・実体適正説となっている。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第5版〕301頁（有斐閣、2020）参照。しかし、明確性の原則を刑事実体法の法定の問題であると理解し、それ以外の諸原則は生じないかのように解すると木下説同様の手続適正・実体法定説と読め、その場合は新たに、何故、今更、この不安定な説を選択するのかという問題が発生し、木下説に向けられた批判がなされるであろう。何れにせよ、高橋説は曖昧である。
- 314) 手続法定説を唱えるのが、釜田泰介「憲法31条に関する一考察」同志社法学27巻5号1頁（2006）である。同論文41頁は、「31条自身は適正手続の考え方を含んだものではない」と近年では珍しい手続法定説を唱え、「適正手続というルールは31条から出てきたものではなく、最高裁が判例を通して創造してきたものである」とする。しかし、この説によれば、無論、いかなる手続を法定しても憲法違反ではないことになるのであるが、刑事手続以外の法律であっても41条や13条からそれが違憲となるであろうことから保障を下げる理由が見当たらない。憲法創世記であればまだしも、この人権感覚・憲法感覚には疑問が多く残る。しかも、それが憲法原則ではないとすれば、最高裁は、法律の規定を超えて判例を創造し、民主的立法を拘束したことになる。或いは、刑事法令の限定解釈を、上位規範の指標もない中で行ったことになる。このことの疑問が当該論文で特に追及されているわけでもなく、全体に本学説の信頼性は薄いものである。結局、今日において31条手続法定説を貫くことは無理であるものと言わざるを得ない。同様に、仮にどこかであっても、31条手続・実体法定説にも無理があるものと思われる。
- 315) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』81頁（有斐閣、1994）参照。
- 316) 萩原前掲註19）書23-24頁。
- 317) 樋口陽一『比較憲法』〔第3版〕15頁（青林書院、1992）。
- 318) 中野正剛「罪刑法定主義」沖繩法経論叢2号1頁、3頁（2009）、金澤前掲註114）論文1頁。
- 319) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』〔第3版〕58頁（尚学社、2016）。

- 320) 同上を通観しても、刑事手続条項の司法審査の手法は明らかになっていないように思われる。過去にも指摘したと思うのだが、国際私法的な私人間効力の問題であるとか、国の政教分離違反の問題であるとか、その他様々な、そのドイツ的な審査枠組みでは解決できない日本国憲法の解釈問題については言及しないことが本書の特徴に思える。三段階審査については、通説的な司法審査基準論の問題点を的確に指摘して代案を出したというより、これまでの議論を無視してドイツの議論を紹介した感が強い。作法違反ではないか。果たして、この主張が、これに追随する主張者も含めて、日本国憲法解釈論として通用するのかについて、疑念は晴れない。
- 321) 門田成人『「刑罰法規明確性の理論」と罪刑法定主義』島大法学 35 卷 4 号 295 頁、322 頁 (1992)。「令讓」は「礼讓」の誤りと解した。
- 322) 赤池前掲註 47) 論文 20 頁。
- 323) 日本の高校以下の公民・社会科の教科書は、民主主義と社会権と 9 条 (戦後民主主義) を強調し過ぎだったという印象がある。民主主義には限界があり、過剰なそれはポピュリズムやファシズムやスターリニズムを招いてしまう。日本国憲法は、多彩な自由権、二院制、三権分立、地方自治、違憲審査制などから見ても権力分立原理による個人的自由の擁護に力点を注いでいるものであり、直接民主主義が物理的に困難であるから代議制を敷いたとは解し難い。通説はナシオン主権論である。人権の基本はなお、近代市民革命の成果の古典的人権である自由権と平等権であって、その現代的修正として社会権がそれに付加されただけである。平和主義も重要ではあるが、通説的には「平和的生存権」は人権として承認されていない。樋口前掲註 317) 書 546 頁の言う、「平和のうちに生存する権利」について、『自由生きる権利』 (= 国家からの諸自由)、それを実質化することを標榜して 20 世紀に入って登場した『ゆたかに生きる権利』 (= 社会権) について、これら両者の現代における存立の前提そのものを確保する、いわば 21 世紀を先どりするもの」となどという説明のムードに酔い過ぎてはいまいか。
- 324) 君塚前掲註 5) 書第 18 章参照。ましてや、高橋前掲註 313) 書 138 頁の主張する「通常審査」の提言は論外である。
- 325) 大石和彦「法令の『漠然不明確』・『過度の広範』性が《形式的》正当化の問題であるということの意味—『罪刑法定主義』・『法律による行政の原理』の民主主義的側面のゆくえ」筑波ロー・ジャーナル 22 号 1 頁、10 頁 (2017)。
- 326) 同上 12 頁。
- 327) 同上 16 頁。
- 328) 同上 18-19 頁。
- 329) 君塚正臣「憲法学界における刑事訴訟法の取扱い—或いは、憲法学説は時代や系列な

どから自由であり得たのかに関する歴史的的手法による一考察」横浜国際社会科学研究所 24 卷 2 号 1 頁 (2019)、同「死刑合憲性論の再考—憲法 14・31・36 条適用違憲の可能性」同 25 卷 3 号 1 頁 (2021) [以下、君塚前掲註 329) II 論文、と引用] 参照。

- 330) その後の展開として、2021 年 7 月 1 日、アメリカのバイデン政権は連邦法下での死刑の執行停止を決めた。州レベルでも、2021 年は 6 月までにテキサス州で 2 人に執行されただけであった。朝日新聞 2021 年 7 月 3 日朝刊 9 面。なお、2021 年には結局、連邦 (トランプ政権下) で 3 名、全州で 8 名 (テキサスでは 3 名) の死刑 (薬殺刑) が執行されたそうである。テキサス州の事情と今後の予測については君塚前掲註 329) II 論文 30 頁付記参照。その次の展開として、先進国では日本だけが死刑執行を、絞首という前近代的方法で、確かな民主的法律の根拠もなく、スーパー・デュー・プロセスとは縁遠い手続の下で継続していることへの国際的な非難が高まる危険が更に強まったと言えよう。
- 331) 萩原前掲註 207) 書 272 頁。
- 332) 君塚前掲註 5) 書第 18 章。
- 333) 伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』(成文堂、2021) は、筆者のこのような、1996 年の君塚前掲註 4) 書以来の、司法審査基準は 3 つではない (特に、文字通りの意味での「中間」の基準はない) のではないか、という問い掛けに対するほぼ初めての真っ当な、学問的に誠実な応答である。伊藤同書 382 頁表 2 は、司法審査基準として、憲法上の権利について「厳格審査基準」「中間審査基準」「厳格な合理性の基準」「かみつく力をもった合理性の基準」、非憲法上の権利について「最低限の合理性の基準」を用意すべきであると結論付けている。「中間審査基準」と「厳格な合理性の基準」の境界線が点線であるという不安な面もあるが、合憲性の推定に関してニュートラルな「中間審査基準」を置いて相当部分の憲法問題をこれで処理しようとする多くの学説とは異なる立場を掲げている点には、非常に賛同できる。もし、同書のように、「合憲性推定」について「手続的基準」が「違憲性推定」と二分法の下、実際の「実体的基準」がそれぞれ 2 つに分割できるのであれば、当方の言う仮定的証明を果たしたことになるが、それが成功しているかどうかは熟読と熟考を要するため、その検討は次の機会に譲ることとする。

(2021 年 7 月 25 日脱稿)

〔付記〕 本稿は、平成 30 年度—令和 4 年度日本学術振興会科学研究費基盤研究 (C) 一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号 18K01243) による研究成果の一部である。また、令和 2 年度・3 年度横浜国立大学国際社会科学研究院法律系サ

横浜法学第30巻第3号（2022年3月）

パティカル（但し、3年度は委員等免除のみ）中の成果である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。

【付記2】 2018年度以降の横浜国際社会科学研究所掲載の拙稿は、冊子体の刊行が（2021年度からは学内用・抜刷も含め、全面的に）廃されたため、CiNiiなど経由で横浜国立大学学術情報リポジトリから参照されたい。2021年度（26巻）の掲載は以下の通り。

- 1号 判例研究「州の重罪事件の陪審についても連邦憲法は全員一致を要求しているか—RAMOS v. LOUISIANA, 590 U.S. -, 140 S. Ct. 1390 (2020)」
- 2号 資料「教科書の憲法記述図表」
- 3号 論説「刑事裁判の適正手続の憲法的意味——そして、その司法審査基準について」
- 4号 論説「アメリカ連邦最高裁の刑事手続条項に関する判決の継続的考察——続・『違憲審査基準』研究」

【付記3】 謹んで根本洋一先生のご定年ご退職をお祝い申し上げます。根本系長時代（2011年4月-2015年3月）の法律系は講演会開催も多く、アカデミックな時代でした。本誌各号記事で確認されたし。