

《論説》

実体的デュー・プロセスの理論の一考察（一）

萩原 滋

はじめに——従来の見解とその批判

一 明確性の原則

二 法益保護の原則（以上本号）

三 罪刑均衡の原則

四 責任主義

まとめ——実体的デュー・プロセスの理論の基本理念

はじめに——従来の見解とその批判

ドイツ刑法学の影響が強いわが国の刑法学において、アメリカ合衆国において発展した実体的デュー・プロセスの理論に関心が持たれるようになったのは比較的最近のことに属するが、この理論は、学界の共有財産として既に確実

に定着したと言えよう。しかし、この理論にはなお未解明の部分も少なくないように思われる。

実体的デュー・プロセスの理論とは、刑事立法の実体的内容の合理性（実体的適正）を憲法（適正手続条項）上の要請として要求する理論であるとされるが、⁽¹⁾そのより具体的内容について見解は必ずしも一致していない。法益保護の原則、⁽²⁾罪刑均衡の原則⁽³⁾および明確性の原則⁽⁴⁾を挙げる見解が多いが、その他に責任主義を含める見解や明確性の原則は実体的適正の問題ではないとする見解⁽⁶⁾もある。

通説は、実体的デュー・プロセスの理論を罪刑法定主義の一内容として位置付ける。⁽⁷⁾罪刑法定主義は、従来のように単に形式的に「法律がなければ犯罪なく、刑罰もない」の原則と解されるのではなく、そこに言う「法律」は「適正な法律」でなければならず、実質的人権保障原理を含むとされるのである。

しかし、刑事立法の実体的内容が「適正」か否か、あるいは「合理的」か否かはいかなる尺度によって測られ判断されるのであろうか。⁽⁸⁾この点は、本理論に対する最近の批判の中の中心的な論点ともなっているので、以下においてやや詳しく検討することとする。

（一）松井助教授の批判

松井茂記助教授は、実体的デュー・プロセスの理論の存在理由に対して根本的な疑問を提起されている。松井助教授によれば、本理論はわが国では刑罰法規の一般的合理性を要求する理論と解されているが、これは本理論に関するアメリカにおける理解とはかなり異なったものである。⁽⁹⁾しかし、わが国では、アメリカで批判の多い本理論を採用す

る必要はない。本理論を支持する通説は、個々の人権規定に反しなくとも「憲法の本質」に反する場合に本理論の実益があるとするが、そのような場合には憲法一三条の幸福追求権を論じれば足りるからである。⁽¹⁰⁾通説は人権制約あるいは刑罰賦課の実体法規が適正ないし合理的であることを要求するが、これが憲法的権利であると言うためには、憲法三一条がその処罰の対象となった行為を憲法的権利として保障していると考えるか、若しくは憲法三一条が独自の権利として適正ないし合理的な法律によって処遇される権利を保障していると考えられない。しかし、前者のように解すると、賭博の自由、大麻を吸う自由、長髪ないし服装の自由などありとあらゆる行為が憲法的自由権として承認されることになるが、このような憲法の明文根拠を欠く基本的権利を憲法三一条（あるいは憲法一三条）から創出して厳格審査を行うことは、裁判官の主観的価値判断による憲法的権利の創出の危険性と正当な憲法解釈権の限界という点で、重大な民主主義的正当性の問題を提起する。後者のように解した場合も、実体的「適正」と言われるときの「適正」の意味が曖昧であり、違憲判断の客観的基準があるわけでもないもので、同様に最高裁の恣意的価値判断で国民の代表者が制定した法律が無効とされてしまう危険がある、⁽¹¹⁾というのである。

本理論に関するアメリカの判例理論から学ぶべきところは少なくないが、それをそのままわが国に持ち込むことが適当でないことは言うまでもない。また、わが国に個人尊重の原理を定めた憲法一三条が存在するということは、本理論がわが国においても有用であることの補強的な論拠にこそなれ、これを不要とする論拠とはなしえないように思われる。憲法三一条は、刑罰賦課に関して憲法一三条の理念を具体化した規定と考えられるからである。⁽¹²⁾

もっとも、憲法三一条と一三条との関係を右のように解したとしても依然として重大な問題が残されていることに

変わりはない。憲法三一条と同様に、一三条も具体的権利を明示した条項ではないし、また同条項から直ちに違憲判断の基準が読み取れるものでもないので、松井助教授が疑問視する「民主主義的正当性」の問題や「恣意的価値判断」の危険の問題に答える必要がある。同助教授指摘のとおり、たしかに「憲法の精神」反するという理由だけで法律を違憲無効としうるといえるのはかなり疑問である。⁽¹³⁾したがって、実体的デュー・プロセスの理論を支える「憲法の精神」の中身と、それに基づく違憲審査のより具体的な基準を明らかにすることが必要である。⁽¹⁴⁾

(二) 阿部教授の批判

本理論を支持する杉原泰雄教授は、刑罰権は他の人権に対して重大な侵害がある場合で、他の手段によってはその侵害を抑止できない場合にはじめてその発動が認められると主張されている。⁽¹⁵⁾これに対して、阿部純二教授は、たしかに刑罰権の使用は必要やむをえない場合に限るべきだというのはもっともであるが、「必要やむをえない場合」かどうかを法的判断として確定するのは困難であるので、この問題は立法者の裁量に委ねるのが適当であるとして、本理論を批判される。阿部教授は、刑罰が不必要な場合を①行為が刑罰に値しない、②行為は刑罰に値するが他に統制手段がある、③行為は刑罰に値するが刑罰が有効性を持たないという三つの場合に分けてそれぞれ問題点を指摘されている。まず、①は「当罰性」ないし「社会侵害性」の問題であり、この場合「法益」の理解いかんによっては、行政犯や国家のおよび社会的法益に対する罪の多くが憲法上疑問ということになってしまう。②の代替手段の点については、どこまで他の統制手段で代替でき、どこからが刑罰によらなければならぬかの点は未解決であり、③の刑罰の有

効性についても、抑止のメカニズムがまだよくわからない現状ではこれを基準として用いるのは大胆すぎる、⁽¹⁶⁾というのである。

①の法益保護の原則に関連して、猥褻物販売罪や被害者のない犯罪などの処罰根拠が争われている。「憲法の名で刑法上の論争に権威的に決着をつけること」⁽¹⁷⁾が適当でないのは言うまでもないが、それらは憲法次元の問題として論じられる余地があると思われる。

杉原教授は、②および③の点に関する批判に対し、判断が難しいから立法府の裁量に任せるべきだとするのは疑問であり、その困難は立法事実論により克服可能であると反論されている。⁽¹⁸⁾たしかに、立法事実論は、言論の自由等優越的地位の認められる基本権を制限する法令だけでなく、合憲性推定原則が妥当する法令にも適用されるとみろべきであろう。⁽¹⁹⁾しかし、実体的デュー・プロセスの理論に基づく法令の合憲性の審査に際して立法事実論を活用しうること、ということ、代替手段の利用可能性や刑罰の有効性を法令が合憲か否かの決め手とすることが適当か否かということとは別問題である。したがって、阿部教授による批判に答えるためには立法事実論を援用するだけでは不十分であると思われる。

(三) 芝原理論

芝原邦爾教授も、本理論により要求される刑罰法規の実体的内容の合理性は、当該行為類型を処罰の対象にするにあたっての一般予防・特別予防効果と、その刑事制裁の行使によって生ずる諸弊害等、当該刑罰法規の執行が現実

社会に及ぼすあらゆる効果と影響を考慮に入れたうえで判断されるべきである⁽²⁰⁾、と主張されている。芝原教授によれば、それは、一方において個別的な領域における刑事制裁の機能と限界の実証的研究を要請し、他方において刑事制裁の行使を適正な範囲内に限定することを志向した法解釈論上の一手段であり⁽²¹⁾、「政策論」と「解釈論」との間隙を埋め、両者をつなぐパイプの役割を果たすものである⁽²²⁾。そして、「政策論」のうちどこまでを実体的デュー・プロセスの内容として解釈論上も憲法上の保障として承認するかは、裁判所に委ねられた「決断」の問題である⁽²³⁾、というのである。

芝原教授の論述からは、法令の合憲性を判断する際に刑事制裁の有効性や代替手段の利用可能性の点にどれだけの重きを置くかは必ずしも明らかではない。また、政策論をどこまで憲法論として採用するかは裁判所に委ねられた「決断」の問題だとする点は、あたかも、本理論は国会の採った立法政策の当否を問題とする理論であるかの如き誤解を生じさせる余地があるのではないだろうか。しかし、本理論が単に立法政策の当否をあげつらう理論でないことは言うまでもない。芝原教授も述べられているように、本理論は人権保障の観点に立った刑事制裁の限界付けの理論であり⁽²⁴⁾、有効性や代替性の点は人権論に内在化されたかぎりで考慮されるにすぎないとみるべきである。刑事制裁の実効性や代替性如何の問題を実体的デュー・プロセス違反の存否を判断する際の一助となすことは許されるであろうが、これを実体的デュー・プロセスの理論に基づく法令の違憲審査における中心的争点となすことは適當でない。政策論はその時々々の犯罪状況等の事情により変わりうるものであり、また隣接諸科学の動向や到達点にも左右されるので、これを実体的デュー・プロセスの理論と直結させることは違憲審査を不安定なものとする恐れがあるからである。

る。

前述のとおり、実体的デュー・プロセスの理論の具体的内容として明確性の原則、法益保護の原則、罰刑均衡の原則および責任主義が学説上挙げられているが、その違憲審査基準はそれぞれの問題領域毎に別個に考えられるべきことは当然である。それゆえ、刑罰法規が「適正」か否かの判断は困難であり司法審査になじまないとの批判の当否も、それらの個別原理の検討を通して検証することが適當である。本稿は、これら個別原理の問題点を検討し、併せて実体的デュー・プロセスの理論の基本理念を考察せんとするものである。

一 明確性の原則

(一) 問題点

明確性の原則は、大陸法では罪刑法定主義の派生原則の一つとして、アメリカ法ではデュー・プロセス条項の要請として、承認され確立されている原理である。そこで、わが国では、この原則を罪刑法定主義の枠内で考えようとする見解と⁽²⁵⁾、実体的デュー・プロセスの理論の一内容として考えようとする見解とに分かれている。もっとも、この点をどう考えるかで原則の適用や結論の上でいかなる相違を来すかについては必ずしも明らかではない。明確性の原則と実体的デュー・プロセスの理論の「内容の適正の原則」とは密接な関連を有するので⁽²⁷⁾、刑罰法規が十分明確かどうかは内容の適正を考慮に入れて判断すべきであるというのであれば、後説を採ることに独自の意味もあろう。しかし、わが国ではそうした主張を明確に展開する見解は存在しない⁽²⁸⁾。

刑罰法規はどの程度明確でなければならぬかに関し徳島市公安条例事件判決は、⁽²⁹⁾「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである。」とした。この公式はそれ自体としては異論のないところであろう。しかし、この公式をどう適用すべきかの問題は依然として残されているのである。例えば、福岡県青少年保護育成条例にいう「淫行」について、最高裁大法廷の多数意見と少数意見は、徳島市公安条例事件判決の公式を出発点としながら、正反対の結論に達したのである。⁽³⁰⁾徳島市公安条例事件判決の公式は予測可能性の保障に主眼を置いたものであるが、その保障内容についてはより突っこんだ分析がなされる必要があると思われる。

前述したように、明確性の原則は、大陸法の罪刑法定主義からもアメリカ法のデュー・プロセスの保障からも要請される原理であるが、この二つのアプローチの異同を整理しておくことは、わが国における明確性の原則のあり方を展望する上でも有益であろう。

(二) 罪刑法定主義からのアプローチ

国民の予測可能性を害する程度に不明確な刑罰法令が罪刑法定主義違反であることは今日ではほとんど異論をみない。しかし、この予測可能性の意味および範囲については様々な理解がありうる。

まず、ここにいう予測可能性が行為者のそれを意味するものでないことは明らかである。行為者が自己の行為が刑罰法令に触れるものであることを予測しえたか否かは責任の問題である。これに対して、罪刑法定主義では国民の平

均層たる一般人の予測可能性が問題とされるのである。類推禁止の場合だと、予測可能性の限界は「言葉の可能な意味」に置かれるのが一般である。これに対して、罪刑法定主義が国民の予測を保障するための原則であることから、日常用語的にみて法文に含まれていない行為を処罰することは許されないとする見解がある。⁽³¹⁾しかし、この見解によれば、類推解釈であれ、拡張解釈であれ、国民の平均層の法律理解と異なる解釈を裁判所が採ることは一切許されないことになり、余りにも解釈が限定されすぎてしまうのではないだろうか。一般人の理解と異なる解釈が採られたとしても、その解釈が法律の文言によってカバーされうるかぎり、罪刑法定主義の禁ずる不意打ちにはあたらないと解すべきであろう。⁽³²⁾

「言葉の可能な意味」の公式に対しては、類推許容の立場からの批判もある。阿部純二教授は、拡張解釈が問題とされたガソリンカー事件や法令の制限解釈が問題とされた判例⁽³³⁾を引き合いに出して、「言葉の可能な意味」ということはどのようなでも考えることができるので、一線を画する基準としては役に立たないとされ、重要なのは類推か否かではなく、解釈によって得られた結論の正しさである⁽³⁴⁾とされる。しかし、拡張解釈であれ、制限解釈であれ、「言葉の可能な意味」の範囲内でどのような解釈を採るかは罪刑法定主義の関知するところではないが、そのことから、解釈の外枠を画するものとしての法文の人権保障的意義と有効性を否定し去ることは早計であろう。また、形式的要請としての罪刑法定主義と解釈の実質的な妥当性・合理性とは別個の問題と解すべきである。

類推禁止が法文の外延に関わる問題であるのに対し、明確性の原則は、法令で用いられた概念の核心部分そのものが漠然としている場合に問題となる。記述的概念の場合でも、その外延的な限界においてあいまいなところが残るこ

とは多い。しかし、そのことを理由として、その概念が不明確だと攻撃することは許されないであろう。もっとも、判例は、「猥褻」や「淫行」など概念の核心部分そのものが漠然としている法令に対しても直ちに不明確のゆえに無効だとはしていない。猥褻物販売罪や青少年保護育成条例の淫行罪は、その不明確性のゆえに過度に広範囲に及ぶ処罰を許容しうる点でも問題である。そこで、判例は、解釈によってこれらの犯罪の成立範囲を画した上、不明確だとは言えないとしているのである。私は猥褻物販売罪や淫行罪に関する判例理論を全面的に支持する者ではないが、⁽³⁵⁾明確性の原則に反する疑いのある法令でも解釈によって明確化する余地のあるときは直ちに違憲無効とはしないとする。ことそれ自体は必ずしも不当とは言えないと考える。

不明確な、または過度に広汎な法令の（制限）解釈の限界はどこに設定されるべきであろうか。まず、願推禁止の限界を日常用語例に置く前述の見解に対応して、国民の大多数が最も自然に採用する解釈のみが許されるとする見解、そこまで厳格ではないにせよ一般人の理解可能な解釈だけが許されるとする見解が考えられる。⁽³⁶⁾しかし、右の見解は、予測可能性の保障の誇張であると思われる。ここでも、願推禁止におけると同様、裁判所の解釈が「言葉の可能な意味」によってカバーされうるものであるかぎり、それが一般人の理解と一致するものであることは必ずしも必要でない⁽³⁷⁾と考える。

こうして、使用された概念の核心部分が漠然としており、それゆえ明確性の原則に反する疑いのある刑罰法令にあっては、まず解釈による明確化が可能か否かを検討し、解釈による明確化が不可能なほど漠然としている法令にかぎって不明確のゆえに無効とされるべきであろう。

（三）アメリカ法におけるアプローチ

アメリカの場合、明確性の理論を適用して不明確な刑罰法令を違憲無効とした連邦最高裁判決が多いことが特徴的であるが、違憲判決は連邦最高裁による法令の解釈権限が制限される州法の場合に集中し、連邦法の場合には合憲解釈によって不明確のゆえに無効の判断を回避するのがむしろ原則だとされているのである。⁽³⁸⁾

合衆国憲法修正一四条のデュー・プロセス条項は、犯人を処罰する過程が「公正」であることを要求する。どのような行為が禁止されるのか明らかでない漠然不明確な法令は行為者に事前的な「公正な警告」を発することができず、そのような法令で人を処罰することはデュー・プロセス条項に違反する。刑罰法令が漠然不明確な場合、当該行為者に適用されないだけでなく、「文面上無効」という一般的な効果を生じさせるとする理論を「漠然性のゆえに無効の理論」という。しかし、確定的な故意をもって法令の核心部分にあたる行為を犯した者は、自分の行為が違法であることを知っており、「公正な警告」を与えられていなかったと主張することはできず、⁽³⁹⁾法令の違憲を申し立てる適格を有しないので、「漠然性のゆえに無効の理論」は適用されないとされている。

これに対して、「優越的地位」を有するとされる表現の自由を制限する刑罰法令が漠然不明確な法文で規定されている場合には特別な考慮が必要となる。この場合、起訴されて法廷に立たされた被告人に対して「公正な警告」が与えられていたか否かが問題となるばかりでなく、禁止される行為とそうでない行為との限界が明らかでないために、本来的には適法な権利行為を一般国民が行うことをためらわす効果（chilling effect）が生ずるからである。こうし

た場合に、特定の事実関係の如何によらず被告人に法令の違憲を申し立てる適格を常に認め、法令を文面審査に服させる理論が「過度の広汎性の理論」である。

「漠然性のゆえに無効の理論」は、当初は州の経済規制法に適用され、次いで表現の自由を規制する法令および浮浪罪関係の法令に適用されるようになったが、他面これら以外の法領域ではほとんど適用されていない。⁽⁴⁰⁾ アメリカの有力な研究によれば、この理論を適用して違憲無効の結論を導いた連邦最高裁判決の多くは、「公正な警告」の欠如だけをその決め手としたわけではなかった。⁽⁴¹⁾ むしろ、法令の実体的内容の合理性に強い疑問が感じられた場合にしばしば本理論が適用されたのである。

(四) わが国におけるあり方

わが国の判例において、当該行為が刑罰法令に該当することが明らかである場合に「本件に適用する限りににおいて明確」であるとして、憲法違反の主張を斥けることがある。⁽⁴²⁾ これは、違憲を申し立てる適格を制限するアメリカの理論とほぼ共通の考え方に基づくものといえよう。しかし、この理論には疑問がある。まず、行為者がその刑罰法令で起訴されている以上事件性の要件が欠けるとは言えないであろう。また、行為者が刑罰法令に明らかに該当する行為を確定故意をもって行った場合にこれを処罰しても適正手続違反は存在しないという理論は、罪刑法定主義の問題と行為者の責任の問題とを混同するものであると言わなければならない。さらに、適正手続条項の「公正な警告」の要件は、行為者に対して保障されたものではなく、国民一般に対して保障されたものであることにも注意しなければならない。

らない。

アメリカにおいて明確性の理論は、経済的自由権や表現の自由の侵害に対する救済手段の一つとして活用されてきた経緯がある。前述したように、明確性の原則を適用する場合まず解釈による明確化の方向とその可能性を考慮すべきであるが、表現の自由など「優越的地位」を有する精神的自由権の行使に対する chilling effect が問題となる場合には、解釈による救済の余地はより狭いものと考えるべきであろう。しかし、このことは、明確性の原則を適用する場合実質的な考慮が不可避であるということを意味するものではない。西ドイツでは、一般条項や包括的な法文を用いて規制することが必要不可欠であるときにかぎり不明確な概念の使用を許容する見解が有力であるが、⁽⁴³⁾ 処罰要求に基づく罪刑法定主義の相対化には疑問がある。

二 法益保護の原則

(一) アメリカの判例理論

合衆国憲法修正一四条は、「いかなる州といえども法の適正な手続によらないで、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。」と規定する。アメリカでふつう実体的デュー・プロセスの理論とえば、修正一条乃至八条の権利章典に規定されていない「権利」を修正一四条にいう「自由」を介して厚く保護し、これを制限する法令を厳格審査に服させる理論を指す。この理論は、前世紀末から今世紀初頭にかけて、企業の経済活動を規制する法令の違憲審査に関してまず現れた。連邦最高裁は、修正一四条の「自由」は「契約の自由」を含み、デュー・プロセスに

よらないでそれを制限することは同条に違反すると解し、少なからぬ経済規制法を違憲と判断したのであった。⁽⁴⁴⁾この時期の実体的デュー・プロセスの理論の代表的な判例とされる *Lochner* 判決では、製パン事業に従事する労働者を一週六〇時間、一日一〇時間を超えて労働させることを禁止する州法は、労働者の健康の維持・増進と合理的な関連性を有せず、修正一四条で保障された契約の自由に不当に干渉するものであるという理由により、違憲とされた。今日、本判決は既に妥当しないものとみなされ、連邦最高裁も契約の自由を厚く保護する態度をとってはいない。しかし、*Lochner* 判決の致命的な欠陥は、修正一四条の「自由」には契約の自由が含まれると解したこと自体にではなく、その自由放任に傾いた衡量の仕方にあったとみるべきであろう。⁽⁴⁶⁾ホームズ裁判官ほか四人の裁判官による本判決の反対意見も、修正一四条は契約の自由を含むか否かの点は必ずしも争ってはならず、むしろ、公共の福祉の見地から契約の自由を制限する立法は、明白に立法権の濫用であると認められる場合、すなわち立法部の採った手段が公共の福祉の増進と関係のないことが明らかな場合に限って違憲とされるべきだと主張したのである。ホームズ裁判官らの反対意見の立場は、その後連邦最高裁の多数意見を構成するに至る。経済規制法の分野における実体的デュー・プロセスの理論放棄の先駆けとなったとされる *Nebbia* 判決では、デュー・プロセスが保障するのは、州の法律が不合理で専断的ないし気紛れでないこと、および制定法の目的と手段が現実的かつ実質的な関連性を有するということであり、かような意味でのデュー・プロセスが保障されているかぎり、公共の福祉を促進するため州はいかなる合理的な政策を採ろうとも自由であり、裁判所は介入しえない、とされたのである。

一九六〇年代になると、憲法上のプライバシー権の発展を背景として実体的デュー・プロセスの理論は復活した。連邦最高裁の現在の実体的デュー・プロセスの理論を典型的に示す判例は、母体の生命を救うための医学的適応事由に該当する場合を除き堕胎を全面的に禁止する州法を違憲と判断した *Roe* 判決である。⁽⁴⁸⁾同判決によれば、婦人の堕胎決定の自由はプライバシー権として修正一四条のデュー・プロセス条項によって保障されるので、その自由を制約するためには州は規制を正当化する強度の利益 (compelling interest) を立証しなければならない。右の理論は、個人の自律に属する事柄には政府は原則として介入してはならず、介入は合理的な公共利益を保護するためにのみ正当化されるとする考え方を基礎とするものであると考えられる。⁽⁴⁹⁾しかし、実体的デュー・プロセスの理論の内容がそのようなものであるとするならば、その適用領域は、プライバシー権が問題とされる事柄に限られないはずである。連邦最高裁は、最近、同性愛行為は憲法上のプライバシー権には含まれないので、同性愛行為を禁止・処罰する州法はデュー・プロセス条項に反するものではないと判断した。⁽⁵⁰⁾しかし、本理論の核心は個人の自律尊重にあるとみるべきであるから、プライバシー権にあたりと否とにかかわらず、同性愛行為に伴って他者に対する利益侵害が生ずるなどの事態が想定されるのでないかぎり、この種の行為を禁止・処罰すべき合理的な根拠はないと言いきである。⁽⁵¹⁾

(二) 自律尊重の思想とパターンリズム

刑法は個人の自律領域にどの程度介入できるかという問題は古くから論じられてきたテーマであり、とりわけ、刑法的介入の正当化根拠をモラリズムに求めるデヴリンと基本的に侵害原理を求めるハートとの間の論争はよく知られ

ている。モラリズムと実体的デュー・プロセスの理論とは必ずしも矛盾するものではないが、⁽⁵²⁾ 刑法的介入の正当化根拠は基本的にはJ・S・ミルによって提唱された侵害原理を基礎とすべきであると考ええる。今日の議論の中心的な論点はむしろ、侵害原理を基礎としつつもなおそれを貫徹しうるのか否か、パターナリズムに基づく介入は許されないのかどうかに移っているように思われる。

パターナリズムには様々な種類のものがありうるが、⁽⁵³⁾ 本人の意思と無関係に何がよいことかについての他者の見解に基づいて個人にのみ関わる行為に介入するハード・パターナリズムと、本人の（より完全な）意思を根拠とするソフト・パターナリズムとを区別し、後者の意味でのパターナリズムはミル原理の基本思想に反するものではないとする見解が有力になっている。⁽⁵⁴⁾ ソフト・パターナリズムには、被介入者の自己に関わる有害行為が実質的に任意性を欠いている場合、または任意的か否かを確認するために当面の介入が必要である場合にのみ介入は正当化されるとする見解⁽⁵⁵⁾と、現に阻害されている被介入者の意思決定が仮に阻害されていないとすれば被介入者が有したはずの意思に適う場合に介入は正当化されるとする見解⁽⁵⁶⁾とがある。この点に関連して、自殺関与罪や麻薬譲渡・使用罪の処罰根拠が問題となる。平野龍一博士は、自殺決定や麻薬の買入は表面は被害者である自殺者・麻薬の買手が自分で決めたように見えるが、その本来の意思には反しているものであり、その「任意性」は完全なものではないので、他の人は、その人をますます不幸にすること、本人を被害者におとしめるようなことをしてはならないという点に、本罪の処罰根拠を求められている。⁽⁵⁷⁾ 平野博士も、ソフト・パターナリズムのみが正当化されるとの立場に立たれるものと思われる。

たしかに、パターナリスティックな介入の中には、例えば未成年者の喫煙禁止や利息制限法、借地法・借家法のよ
うな社会的弱者保護のための立法のように、「実質的に任意性を欠く」としてソフト・パターナリズムの枠内で理解できるものもある。少年の場合は、社会や人生についての知識が不十分なため後に後悔するような判断をすることはよくあることなので、後に後悔するような決定を制限することは最終的には本人の利益となり、本人も同意するであろうとみることは必ずしも不合理だとは言えないし、⁽⁵⁸⁾ また社会的弱者を保護するために契約の自由を制限する場合は、たとえ本人に合理的な選択能力があっても取引上の地位が対等でないため十分な選択ができないことが介入の根拠となっているのである。⁽⁵⁹⁾ これに対して、自殺関与罪や麻薬譲渡・使用罪の場合に、「被害者」である本人の意思決定は常に「任意性がない」とか「阻害されている」と言いかどうかは疑問がある。

ソフト・パターナリズムを主張される中村直美教授は次のように言う。すなわち、死ぬことが確実であるようなある行為の選択は、本人にとってその害を凌駕するほどの利益（価値）をその選択が含むのでなければ抑止するのが妥当である。その場合、彼の場合は、事実認識を誤ったか、行為に関わる評価を誤ったか、あるいは内的・外的な要因によって意思の力の瑕疵が生じていたか等々何らかの理由によって阻害されていたと言えよう。あるいは少なくともそう推定できよう。要するに、個人の意思が合理的意思から著しく乖離する場合、乖離が明白である場合には、その意思は阻害されているとされ、あるいはそう推定される、というのである。⁽⁶⁰⁾ しかし、宗教上の確信に基づく輸血拒否者の意思は阻害されていないとするならば、その人特有の人生観や生き方に基づいて自殺しようとする者や麻薬を使用する者の意思も阻害されていないと言わざるをえないであろう。ソフト・パターナリズムの立場からは自殺関与罪や麻薬譲渡・使用罪を正当化することはできないと思われる。ソフト・パターナリズムはミル原理それゆえ個人の自

律尊重の思想に反するものではないという点については筆者も異論はない。しかし、ソフト・パターンリズムのみに依拠して、現行法の刑事規制とあるべき刑事規制とを説明し尽くすことは困難ではなからうか。

パターンリズムに基づく介入は個人の利益保護を目的とするものでなければならず、またそのかぎりにおいてパターンリズムは侵害原理と共通の基盤の上に立つものである。しかし、パターンリズムは国家的・社会的な見地からの個人の自律領域への介入である点において一種の権威主義の現れであり、できるかぎりこれを排除することが個人主義・自由主義の基本的見地に沿うものと言えよう。したがって、パターンリズムに基づく介入を許容すべき場合があるとしても、それは本人自身による取り返しのない侵害を防止することを目的とする場合に限られるべきである。

パターンリズムは、有害行為に対する被害者の同意の任意性の有無によるハード・パターンリズムとソフト・パターンリズムとの区別のほか、強制を受ける主体と利益の帰属する主体とが一致するかどうかによっても区別される。強制を受ける主体と利益の帰属する主体とが一致する場合（例えば麻薬所持・自己使用の禁止）を純粹型パターンリズムといい、両主体が一致しない場合（例えば麻薬譲渡の禁止や自殺教唆・幫助の禁止）を非純粹型パターンリズムという。後者の非純粹型パターンリズムは、他者への侵害を防止するための介入、すなわち侵害原理に基づく介入と捉える余地があり、かつそのように捉えることによってこれを許容しうるのではないかと考える。⁽⁶²⁾そこで、本人の意思を全く問題とせず、かつ強制を受ける主体と利益の帰属する主体とが一致する純粹型のハード・パターンリズムのみがミル原理に反し、原則として許容されないと解する。ただ、純粹型のハード・パターンリズムの場合でも被害法益の重大性を考慮して、例外的にこれを許容すべき場合があると思う。⁽⁶⁵⁾

（三）法益保護の原則

刑法の基本原則として承認を得ている法益保護の原則の根底にある原理もやはり自律尊重の思想と侵害原理であると考えられる。したがって、法益論は個人主義的・自由主義的に構想されるべきである。この構想の下においても、個人的法益だけでなく、社会的法益・国家的法益も無論認められうる。ただ、この構想の下では、社会的法益・国家的法益として保護される「社会」や「国家」は、個々の人間を離れた超個人的実体なり個人を超えた自己目的の存在として保護されるのではなく、個々の人間の利益と行動のさまざまな過程ないし作用の総合であり、究極において個々の人間の利益と行動に支えられた「社会」や、個人の生命・身体・自由・財産を保護する機構としての「国家」が保護されるのである。⁽⁶⁶⁾その意味で、刑法の任務と国家刑罰権の根拠は、個人の生活利益を保護し、その生活利益を保護するために不可欠な外部的前提条件を確保することに求められるべきである。⁽⁶⁷⁾

したがって、社会倫理または特定のルールそれ自体を法益とみなすことは不適當である。この点に関する限界的な問題として、形式犯はいかに説明されるべきであろうか。形式犯とは、法規範がそのような法益を保護するために一定の義務を科している場合に、そのような義務に違反する行為を言い、⁽⁶⁸⁾一見ルールの遵守それ自体が法益とされているようにみえる。しかし、形式犯の問題も、生命・身体等の究極的な法益を保護するために早期に刑法的な介入を行うことが合理的な基礎を有するか否かの問題であって、侵害犯や危険犯との違いは、法益を直接的に保護するか、間接的に保護するかにあるにすぎないとみるべきである。⁽⁶⁹⁾

こうして法益の保護が刑法の任務論の根幹に据えられるべきである。これに対して、伊東研祐教授は、法益概念の歴史的・自由主義的性格を疑問視し、法益概念は全法領域に共通であるがゆえに刑罰権発動の限界は法益概念自体からは導き出すことができず、それは、社会的必要性という現実的基盤、それを反映して憲法秩序内で定立される刑事政策的諸原理等から導かれるべきものである、と主張されている。⁽⁷⁰⁾ たしかに、刑法は、民法・行政法を含めた一般法上のすべての法益侵害を禁止・処罰するものではない。刑罰は真に必要なときに必要な程度で科されるべきであるとする刑罰謙抑主義は法益保護の原則の根底にある思想でもある。しかし、法益侵害（またはその危険）が刑罰賦課の必要条件であることにいづれにせよ変わりはないのである。伊東教授指摘のとおり、個人主義・自由主義を志向する法益論にとって「立法者の法的保護付与に際しての価値的選択基準は何なのか」、すなわちどのような利益侵害行為に対し刑罰をもって臨むことが適切であるのかを究明する課題は依然として残されてはいるが、それは自由主義的法益論の根本的な欠陥だとは言い難いように思われる。⁽⁷¹⁾

- (1) 芝原邦爾・刑法の社会的機能（昭和四八年）一頁。
- (2) 平野龍一・刑法総論Ⅰ（昭和四七年）八一頁、団藤重光・刑法綱要総論改訂版（昭和五四年）四九頁以下、大谷實・刑法講義総論（昭和五九年）八三頁。その他、被害者のない犯罪との関係に言及するものとして、芝原・前掲注（1）二五九頁、田宮裕「刑罰法規の明確性」藤木英雄編・判例と学説7（昭和五二年）二六頁、可罰的違法性論との関係に言及するものとして、中山研一・刑法総論（昭和五七年）七一頁、内藤謙・刑法講義総論（上）（昭和五八年）四一頁、曾根威彦・刑法総論（昭和六二年）二〇頁以下、芝原・前掲注（1）二二六頁、抽象的危険犯の限定解釈との関係に言及するものとして、岡本勝

「抽象的危険犯の問題性」法学三八卷二号（昭和四九年）一三五頁、山口厚・危険犯の研究（昭和五七年）四五頁注（152）。

- (3) 平野・前掲注（2）八一頁以下、団藤・前掲注（2）五〇頁、中山・前掲注（2）七二頁、大谷・前掲注（2）八四頁、内藤・前掲注（2）四〇頁、曾根・前掲注（2）二二頁、福田平・全訂刑法総論（昭和五九年）二九頁、内田文昭・改訂刑法Ⅰ（総論）（昭和六一年）五頁。
- (4) 平野・前掲注（2）八一頁以下、団藤・前掲注（2）四九頁、中山・前掲注（2）七二頁、内藤・前掲注（2）三七頁、福田・前掲注（3）二八頁以下、芝原・前掲注（1）一五六頁以下。
- (5) 平野・前掲注（2）八一頁、芝原・前掲注（1）二二八頁。
- (6) 大谷・前掲注（2）七六頁注（8）、植松正・川端博・曾根威彦・日高義博・現代刑法論争Ⅰ（昭和五八年）二五頁以下、三井誠「罪刑法定主義と『明確性の理論』」法学セミナー二二八号（昭和四九年）八六頁以下。
- (7) 平野・前掲注（2）八〇頁以下、中山・前掲注（2）七〇頁以下、内藤・前掲注（2）三六頁以下、団藤・前掲注（2）四八頁以下、福田・前掲注（3）二八頁以下、大谷・前掲注（2）八一頁以下、内田・前掲注（3）四九頁以下、曾根・前掲注（2）二〇頁以下、大塚仁・刑法概説（総論）（改訂版）（昭和六一年）五四頁以下、大野真義・罪刑法定主義（昭和五五年）二六二頁以下。

- (8) 平野・前掲注（2）八〇頁は、罪刑法定主義の持つ自由主義的側面が英米において実体的デュー・プロセスとして発展したとしている。これによれば、実体デュー・プロセスに適合するか否かは「自由主義」を尺度として判断されることになる。

- (9) 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学一四一・一四二号（昭和六二年）三一六頁以下。

- (10) 松井・前掲注（9）三一九頁以下。

- (11) 松井・前掲注（9）三二二頁以下。

- (12) 杉原泰雄「日本国憲法と刑罰の謙抑主義」佐藤功先生古稀記念・日本国憲法の理論（昭和六一年）一九六頁参照。

実体的デュー・プロセスの理論の一考察（一）（萩原）

- (13) 松井・前掲注(9)三三三頁。
- (14) この点につき、芦部信喜「包括的基本権条項の裁判規範性」法学協会雑誌百周年記念論文集二卷(昭和五八年)八八頁以下も参照せよ。
- (15) 杉原泰雄「日本国憲法における適正手続の構造」奥平康弘・杉原泰雄編・憲法学1(昭和五一年)一二八頁。
- (16) 阿部純二「刑罰についての謙抑主義」清宮四郎・佐藤功・阿部照哉・杉原泰雄編・新版憲法演習2(昭和五五年)二二二頁以下。
- (17) 阿部・前掲注(16)二一六頁。
- (18) 杉原・前掲注(12)一九二頁以下。
- (19) 杉原・前掲注(12)一九八頁、芦部信喜・憲法訴訟の理論(昭和四八年)一五二頁以下参照。
- (20) 芝原・前掲注(1)一九頁。
- (21) 芝原・前掲注(1)六頁。
- (22) 芝原・前掲注(1)一二頁。
- (23) 芝原・前掲注(1)二二頁。
- (24) 芝原・前掲注(1)二〇頁。芝原教授はこの観点から、罪刑法定主義の形式的保障や責任主義は処罰の必要性や実効性に優先するとされる(同書一九頁以下)。
- (25) 西原春夫・刑法総論(昭和五二年)三一頁、大谷・前掲注(2)七六頁、植松・川端・曾根・日高・前掲注(6)一二二頁以下、三井・前掲注(6)八六頁以下。
- (26) 団藤・前掲注(2)四九頁、平野・前掲注(2)八二頁、内藤・前掲注(2)三七頁、中山・前掲注(2)七三頁注(1)、福田・前掲注(3)二九頁注(1)。
- (27) 内藤・前掲注(2)三七頁、三井・前掲注(6)八六頁参照。
- (28) もっとも、本原則の適用に際し、当該法令の性質や規制対象、明確に規定することに対する立法技術上の難易度など実質的な点も考慮する必要があるとする見解はある。佐藤文哉「法文の不明確による法令の無効(一)」司法研修所論文集一九六七年一九三頁以下、長岡龍一「罪刑法定主義と明確性の原則」警察研究五〇巻二号(昭和五四年)六一頁参照。なお、*Rex A. Collings, Unconstitutional Uncertainty — An Appraisal*, 40 CORNELL L. Q. 195, 197 (1955) は、明確性の理論が適用されたアメリカの判例のうち、実際には「公正な警告」ではなく、修正一条の権利の侵害が問題とされた事例を、手続的デュー・プロセス違反と区別して、実体的デュー・プロセス違反と呼んでいる。
- (29) 最大判昭和五〇年九月一〇日刑集二九巻八号四八九頁。
- (30) 最大判昭和六〇年一〇月二三日刑集三九巻六号四一三頁。
- (31) 町野朔「犯罪論と刑罰論」長尾龍一・田中成明編・現代法哲学3(昭和五八年)一四三頁。
- (32) 萩原滋「刑法における明確性の原則(四・完)」警察研究六〇巻三号(平成元年)三三頁以下参照。
- (33) 大判昭和一五年八月二二日刑集一九巻五四〇頁、最判昭和三〇年三月一日刑集九巻三号三八一頁。
- (34) 阿部純二「刑法の解釈」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮沢浩一編・現代刑法講座一卷(昭和五二年)一一五頁以下。
- (35) 判例に対する筆者の評価については、萩原・前掲注(32)三八頁以下参照。
- (36) 都教組事件判決(最大判昭和四四年四月二二日刑集二三巻五号三〇五頁)における反対意見、前掲福岡県青少年保護育成条例事件判決における反対意見参照。
- (37) 前田雅英「法文の明確性と解釈の明確性」ジュリスト八五三号(昭和六一年)五六頁以下参照。
- (38) 連邦法について漠然性または過度の広汎性のゆえに無効と判断した連邦最高裁判例は、*United States v. Robel*, 389 U. S. 258 (1967) だけである。
- (39) 芦部信喜・憲法訴訟の理論(昭和四八年)一〇一頁以下参照。
- (40) 佐藤・前掲注(28)二六頁以下、萩原滋「刑法における明確性の原則(三)」警察研究六〇巻二号(平成元年)三四頁以下、実体的デュー・プロセスの理論の一考察(一)(萩原)

下参照。

- (41) 明らかに「公正な警告」の欠如それ自体のゆえに違憲だと判断されたのは、*Lanzetta v. New Jersey*, 306 U. S. 451 (1939) はか若干の判例を挙げようとする必要はないと思われる。⁹⁰ *Collings, supra* note 28, at 212; Note, *The void-for-vagueness Doctrine in the Supreme Court*, 109 U. Pa. L. Rev. 67, 85 (1960).

- (42) 例えば、最決昭和三十六年十二月二日裁判集刑一四〇号二七五頁。

- (43) Theodor Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, S. 305; Günter Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsgesrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, 1969, S. 266, 320; Paul Seel, Unbestimmte und Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und Grundsatz nullum crimen sine lege, 1965, S. 126. 西ドイツの学説・判例につき、萩原滋「刑法における明確性の原則(二)」警察研究六〇巻一号(平成元年)四二頁以下参照。

- (44) 詳しくは、田中英夫・デュー・プロセス(昭和六二年)一頁以下参照。

- (45) *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905).

- (46) 同旨、石田尚・実体的適法手続(昭和六三年)一九頁。

- (47) *Nebbia v. New York*, 291 U. S. 524 (1934).

- (48) *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

- (49) より詳しくは、萩原滋「実体的デュー・プロセスの理論と法益保護の原則(一)」警察研究五七巻六号(昭和六一年)三七頁以下参照。

- (50) *Bowers v. Hardwick*, 106 S. Ct. 284 (1986).

- (51) ちなみに、佐藤幸治教授は、プライバシーの権利を高度に個人的ないし親密な決定に対する公権力による干渉からの自由の意味において捉える立場は、「高度に個人的ないし親密な決定自体にかかわらない問題を、プライバシーの領域から放

逐する結果になるものとして、妥当とは思われない。個人が自己に関する事柄を公権力から干渉されることなくどこまで自由で決定できるかは、個人の『行為の自由』に関する重要事項であるが、この問題を『プライバシーの権利』の問題とすることは、その問題の真の性質を曖昧ならしめる危険があるとともに、『プライバシーの権利』をも曖昧なものとする危険がある。例えば、ガン患者と医者がある薬を使用したいと考えるときに、その薬の使用が禁止されている場合、それは高度に個人的ないし親密な決定にかかわるものとして『プライバシーの権利』の侵害ということになるのか否か、むしろ問題は公権力が当該薬の使用を禁止する十分の根拠をもっていかどうかの問題であるとみるべきではないか。」とされる(佐藤幸治「権利としてのプライバシー」ジュリスト七四二号「昭和五六年」一六一頁)。

わが国にも、アメリカの判例・学説の展開に呼応して自律権ないし自己決定権としてのプライバシー権を主張する学説がある(橋本公宣・日本国憲法〔改訂版〕「昭和六三年」四二五頁以下、山田卓生・私事と自己決定「昭和六二年」六頁、小林節「名誉権・プライバシーの権利とその保護」ジュリスト八八四号「昭和六二年」一九五頁)が、今日主流をなしているプライバシー権論は自己情報コントロール権説であるとされている(松井茂記「プライバシーの権利について」法律のひろば四一卷三号「昭和六三年」三二頁)。

- (52) 萩原・前掲注(49)四八頁参照。

- (53) 中村直美「法とパターンリズム」法哲学年報一九八二年・法と強制四三頁以下参照。

- (54) 嶋津格「法的パターンリズムと自由」法学教室一〇〇号(平成元年)一二八頁参照。

- (55) JOEL FEINBERG, HARM TO SELF (1986) 12-16.

- (56) 中村・前掲注(53)五三頁以下。

- (57) 平野龍一・刑法の機能的考察(昭和五九年)一〇頁、同「生命の尊厳と刑法」ジュリスト八六五号(昭和六一年)四二頁。

- (58) 古城誠「パターンリズムと政府規制」法学教室二〇一号(平成元年)六二頁。

実体的デュー・プロセスの理論の一考察(一)(萩原)

- (59) 古城・前掲注(58) 五九頁。
- (60) 中村・前掲注(53) 五四頁以下。
- (61) 中村・前掲注(53) 五五頁。
- (62) 中村・前掲注(53) 四四頁参照。
- (63) それゆえ、自殺関与や麻薬譲渡の禁止は、ソフト・パターンリズムであるがゆえに許容されるのではなく、非純粋型パターンリズムであるがゆえに許容されると解する。
- (64) このようなものとして、麻薬所持・自己使用禁止のほか単純賭博の禁止が挙げられよう。
- (65) 私見のように被害法益が重大な場合に例外的にパターンリズムによる介入を認める見解に対し、澤登俊雄「犯罪・非行対策における強制の根拠とその限界」法政論集一二三号(平成元年)四二頁は、「しかし、放棄される利益が生命という重要な利益だというだけでパターンリスティックな介入が正当化されるだろうか。もし自己決定の権利性を認めるのであれば、利益が重大であれば、あるほどその権利性は一層強く認められるべきであり、生命の処分については特に自己決定が尊重されるべきことにならないだろうか。」との疑問を提起し、「結局、喪失する利益が大きければ大きいほど、判断力の欠如が大きければ大きいほど、パターンリスティックな介入が正当化されやすくなる。」(四三頁)との見解を展開している。例えば、自殺関与罪の場合だと喪失する利益が大きいことに疑問の余地はないので、澤登教授の場合も、本罪による処罰が正当化されるか否かは自殺の意思が任意か否かに帰着することとなる。
- なお、「被害者のない犯罪」への私見の適用につき、萩原滋「実体的デュー・プロセスの理論と法益保護の原則(二)」警察研究五七巻七号(昭和六一年)四九頁以下参照。
- (66) 内藤・前掲注(2) 五三頁。
- (67) 内藤謙「法益論の一考察」団藤重光博士古稀祝賀論文集三巻(昭和五九年)九頁以下参照。
- (68) 西原・前掲注(25) 二四八頁。

(69) より詳しくは、萩原滋「実体的デュー・プロセスの理論と法益保護の原則(四・完)」警察研究五七巻一二号(昭和六一年)四八頁以下参照。

(70) 伊東研祐・法益概念史研究(昭和五九年)四一一頁以下、四二三頁。

(71) 伊東・前掲注(70) 三一五頁、三四四頁。内藤・前掲注(67) 二七頁以下参照。

(72) なお、拙稿「実体的デュー・プロセスの理論と法益保護の原則(一)」(四・完)「警察研究五七巻六号(昭和六一年)三七頁以下、七号四一頁以下、九号四二頁以下、一二号四八頁以下に対する浅田和茂教授による論評(法律時報六〇巻三号一二二頁)の中で、私の法益観が不分明であるとの指摘をいただいた。法益論の基本的構想については現在のところ本文で述べたように考えている。また、自己決定の自由自体一つの法益とみるべきではないかとの指摘もいただいたが、私見は侵害原理の基礎に自律原理を置くミル原理に依拠するものであり、他の法益と並列的に自律を考えているわけではない。この点で、刑法上「自己決定の自由」が法益とされる場合も一般的な「自己決定の自由」ではなく、例えば性的自己決定の自由のように特定の種類の、具体的な自己決定の自由が問題とされることに注意する必要がある。自己決定の自由は特定の利益と結びついて法益化されるものではあるが、自律それ自体は法益とはなりえないと考える。

(未完)