

# 刑事立法学の構想

亀井 源太郎

## I はじめに

筆者は、2000 年代初頭から、個別の刑事立法について散発的に論じてきた<sup>1)</sup>。これらは後述する「局地戦」を行うに過ぎないものであったが、筆者は、この過程で以下のような問題意識を持つに至った。

その第 1 は、(自らのものも含め) 専門的な検討の体裁で為される立法批判は、実は批判者の政治的選好の表明に過ぎないのではないか、というものであり、その第 2 は、(第 1 のものと重なり合いつつ) しばしば立法批判に際して憲法が持ち出されるが、それははたして正しいのであろうか、というものであった<sup>2)</sup>。

第 1 の問題意識の背景にあるものは、政治的選好の表明が専門家による発言という体裁で行われれば専門家に対する社会的信頼が低下し、国家の意思形成過程から専門知が排除されることに繋がりがかねない、という危機感である。

第 2 の問題意識には、そこで持ち出される憲法に関する議論が、①憲法学上の議論として正しいのか、②憲法学上の議論として正しいとしても、隣接諸領域の知見に照らして正しいのか、③当該問題は実は憲法学の知見により論ずべきものではなく、刑法学の知見により論ずべき問題ではないのか(にもかかわらず憲法論として扱えば、真に検討されるべき問題が見落とされるのではない

---

1) その一部を一書にまとめたものとして、拙著『刑事立法と刑事法学』(2010 年)。

2) このような問題意識からテロ等準備罪創設にかかる議論を批判的に論じたものとして、拙稿「平成 29 年組織犯罪処罰法改正と立法評価枠組」秋吉淳一郎＝木村光江＝川田宏一＝星周一郎＝細谷泰暢編『これからの刑事司法の在り方』(2020 年)120 頁以下。

か)、等の思いが含まれていた。

筆者は従来、個別の立法を論ずるに際しこれらの問題意識を披瀝してきたが、本稿では、この問題意識に正面から対峙しようと試みる。

以下、本稿では、刑事実体法分野での立法評価枠組について先行業績を概観し、現時点での刑事立法学の到達点や課題を明らかにする。

## II 刑事立法学の諸相

### 一 胎動

#### 1 「立法学のフロンティア」

今日の立法学を論ずる際、全3巻からなる井上達夫編集代表『立法学のフロンティア』（2014年）に言及しないわけにいかない。

同書には、実定法諸領域の研究者のみならず、多くの法哲学者、政治学者らが参画しており、書き手を一覧するだけでも、立法学が「学際的な協働の企て<sup>3)</sup>」であることが理解できよう。

このため同書が論ずる内容も多様であるというほかないが、敢えて大別すれば、同書第1巻においては立法という所為を支える哲学<sup>4)</sup>が、第2巻において

---

3) 井上達夫『『立法学のフロンティア』刊行にあたって』同編『立法学のフロンティア(第1巻)』（2014年）iii頁(以下、同書を「フロンティア」と呼ぶ)。

4) たとえば、安藤馨はジェレミー・ベンサムの代表的な著作を訪ね、ある行為を抑止するための制裁の在り方や、当該行為が精細に個別化されねばならないこと、直接立法・間接立法(前者はある行為を抑止するためにその行為に対し制裁を定める立法であり、後者は当該行為に対する直接の制裁でない手段によって当該行為を抑止するものである)等の立法の諸技法を論ずる(安藤馨「功利主義者の立法理論」『フロンティア(第1巻)』76頁以下)。

谷口功一は、ジョン・スチュアート・ミルの著書「代議制統治論」を手がかりに、立法と専門性の関係や、立法府の在り方を、「東アジア政治思想の最大のバックボーンの一つ」であり現実に「巨大な人材選抜システム(有徳者のフィルタリング)」として機能してきた儒教と代議制の関係で論ずる(谷口功一「ミル・代議制・中国」同263頁以下)。

は立法の質を確保するための立法プロセス等の在り方<sup>5)</sup>が論じられ、第 3 巻においては実定法の各領域における立法実践について、実定法学者らが現状分析と評価<sup>6)</sup>を試みている。

同書に登場する刑事法学者は、井田良、松原芳博のほか、筆者である。このうち、井田・松原は刑事立法全体にわたる現状認識やその評価を行い、筆者は、裁判員制度導入を素材とし、ケーススタディ的に刑事立法過程の在り方を検討

---

5) たとえば、西原博史は、井上達夫や高見勝利による先行研究に言及しつつ、『賢明』な立法と『愚昧』な立法の対比は存在し得るが、『正しい』立法と『間違っただけ』立法の区別は——特定イデオロギーやドグマに奉仕する信仰告白としてはともかく——法学的に成り立つ余地はないこと、「憲法学に固有の解釈論と立法論の近さがあり、それが立法学構想に悪影響を及ぼしてしまう可能性がある」ことを指摘する(西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」『フロンティア(第2巻)』17頁以下。なお、同論文は末弘巖太郎以来のわが国の立法学の変遷を概説している)。

穴戸常寿は、西原と同様に末弘に言及しつつ、立法の「質」の評価に憲法(学)がどのような寄与をなし得るか(あるいは、なし得ないか)を論ずる(穴戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」同 60頁以下)。

大屋雄裕は、法整備支援と立法の正統性について、モデル法案の採用を支援・融資の条件とする手法と対象国のオーナーシップを重視する支援手法を比較しつつ論ずる(大屋雄裕「法整備支援」同 238頁以下。さらに大屋は立法過程が国際化することによって、先進国においても「国民の立法権力ないしオーナーシップと国際的立法との関係が問題になってきている」ことを指摘する)。

6) たとえば、高見勝利は憲法に違反しないだけでは合憲ではあっても「より良き」立法というまでには至らないこと、「従来の社会(科)学ないし政治学的な立法過程論ではなく、法学的な規範学としても立法学を確立する必要性が以前にも増して高まっている」ことを指摘し、紛争を解決する決定の実質は「決定の手続のうちにこそ存在する」とするヘンリー・ハートとアルバート・サックスによる著作を再読しつつ「より良き立法」のための諸要件や立法事実の解明に立法府と裁判所のいずれが優れるか、裁判所は立法事実に入り込んだ法令審査を行うべきかを論ずる(高見勝利「『より良き立法』へのプロジェクト」『フロンティア(第3巻)』21頁以下)。

また、川崎政司は、立法の量に着目しつつ(「立法のインフレーション」、「立法の洪水」、「法化」といったキーワードが用いられる)、「法律の対象が無秩序に拡散し、制度や規範のパッチワーク化が進み、それらの間でのアンバランスや不整合が拡大している」と指摘し、確保されるべき法的な「質」の内実や「質」確保のために整備すべき枠組等、「ましな立法」のための諸条件を論ずる(川崎政司「立法における法・政策・政治の交錯とその『質』をめぐる対応のあり方」同 42頁以下)。

した。

拙稿は立法過程に焦点を当てたものであるからいったん措き、井田・松原の各論稿についていまま少し敷衍しよう。

## 2 井田良による研究——刑事立法活性化の積極面

井田は、「刑事立法の活性化」につき、すべて消極的評価を与えることは「正しい態度とはいえない」とし、さらに、「これまでの刑法学が、立法のあり方を検討するための理論的枠組みを十全な形で発展させてこなかったこと自体は疑うことのできない事実である」とする<sup>7)</sup>。

このような問題意識から、井田は、立法活性化の社会的背景を論じ、犯罪被害者や市民的安全の要求が立法に結びつくようになった様や、国際化、応報思想のルネッサンス、法のパッチワーク化という視点を設定した上で個々の立法を分析する。たとえば、処罰の早期化が語られるが、処罰の早期化自体は「ずっと以前から存在する」ものの、しかし近年の早期化には「従来とは異なる新しい傾向であることを示す兆候」が認められることや<sup>8)</sup>、また、「グランドセオリーに懐疑的な目が向けられるようになり」「刑法学の学としての危機を語りうる状況が生じている」こと、「このような状況であるからこそ、刑法学はグランドセオリーを探求し、原理的・体系的思考を磨くことを怠るべきではない」ことを指摘する<sup>9)</sup>。

このように、井田は、刑事立法の活性化がもたらした変化について、批判されるべきものとそうでないものの腑分けを試みる<sup>10)</sup>。

---

7) 井田良「近年における刑事立法の活性化とその評価」『フロンティア(第3巻)』99頁。

8) 井田・前掲(注7)109頁。従来は早期化の前提として、行為客体が限定されていたか(爆発物や銃砲刀剣類等)、目的犯の形式を採る形で限定されていたが、必ずしもこのような限定が付されない早期化が見られるとする。

9) 井田・前掲(注7)114頁以下。

10) 井田良「平成時代の刑法学説」刑事法ジャーナル61号(2019年)14頁以下も参照。

### 3 松原芳博による研究——既存の知見による立法評価

これに対し、松原は、近時の刑事立法を、より批判的に総括する。

松原は、近時の刑事立法の特徴を、活性化、早期化、重罰化であるとし<sup>11)</sup>、その動因を刑事立法の政治化、犯罪被害者・遺族の声が影響力を持つようになったこと、マスメディアによる報道、処罰範囲の拡大や厳罰化を求める国民意識に求める<sup>12)</sup>。また、松原は、刑事立法過程における問題として、正しい情報の欠如、「感情」と「意思」の混同、立場の交換可能性の欠如、勢力の非対称性（被疑者・被告人の団結は考えられないこと）、言論の自由市場の欠如、立法事実に対する関心の希薄さ、熟議の欠如を掲げる<sup>13)</sup>。

さらに松原は、刑法学が解釈論に力点を置いていたことを指摘しつつ、既存の犯罪論や刑罰論を用いた刑事立法規制を構想する。たとえば、法益概念を「人の生存ないし人間的な生活にとって必要なものとして人に帰属し、侵害可能な形で経験的に実在する利益ないし資源である」と定義し、法益関連性を欠くもの（「性道徳」自体や「善良な性風俗」は「経験的実在性と人間関係の有用性を備えた『法益』とはいいい難い」という）は「刑罰法規の正当性」を欠くとするよう<sup>14)</sup>。

松原のこのような議論は、井田と比較した場合、現在の刑事立法に対するより批判的な見方を示すものである。

しかし、松原の議論も、法益論のような犯罪論にかかる議論の蓄積や刑罰の正当化根拠のような刑罰論にかかる議論の蓄積を手がかりに刑事立法評価枠組を構築しようとする点では、井田の議論と通底する。刑事立法評価枠組の必要性を強調し、この枠組をグランドセオリーの深化／進化によって構築しようとするのである。

---

11) 松原芳博「立法化の時代における刑法学」『フロンティア(第3巻)』123頁以下。

12) 松原・前掲(注11)127頁以下。

13) 松原・前掲(注11)132頁以下。

14) 松原・前掲(注11)138頁以下。

## 二 現在

### 1 「局地戦」から立法評価枠組へ

刑事立法学に関する近年の諸論稿は、立法評価枠組の構築そのものを目指す試みと、個別の法案について賛否を論ずる過程で（いわば「局地戦」を行う中で）、当該法案をアカデミックかつ分析的に行うために立法評価枠組の確立を目指す試みに分類される。

以下では、まず、刑事立法学の黎明期にあつて路上喫煙条例等の分析を通じ刑事立法評価枠組を論じた深町晋也の研究を概観し、さらに、より正面から立法評価枠組を論じた上田正基、高橋直哉、仲道祐樹による各論稿を概観する。

これらを概観することにより、刑事立法学の到達点と課題が浮かび上がることとなろう。

### 2 深町晋也による研究——規制根拠と刑罰論

深町晋也<sup>15)</sup>は、「刑事立法のラッシュとでも言える状況」に接し、「わが国の学説は、……立法的な提言を行わず、あるいは刑事立法に関する理論的枠組みを構築してこなかった嫌いがある」と指摘し刑法学の持つ意義が低下しかねないとの危機感を表明して、「こうした危機的な状況に対して刑法学がなすべきことの一つは、刑罰（刑事制裁）の意義・機能を明らかにすることで、刑罰がなし得る役割及びその限界を示し、現在の社会に生起する問題への解決のオプションを提示することであろう」とする<sup>16)</sup>。

---

15) 深町晋也「路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例と刑罰論」立教法学 79号(2010年)57頁以下。

16) 深町・前掲(注16)57頁以下。深町は、このような問題意識から、多くの地方自治体におけるいわゆる路上喫煙条例およびポイ捨て禁止条例に着目する。これらに着目する理由のひとつは、これらの条例を素材とした検討が、刑罰の意義・限界を明らかにするからであるとされる(同58頁)。

深町による研究のうち刑事立法評価枠組にかかる部分は、大別して、法的規制の根拠論（法的規制を行うことが可能か）と、刑罰の意義および機能から見た規制の在り方（刑罰によって規制・抑止すべきか）からなる。

前者につき、深町は、「①そもそも〔ポイ捨てにより侵害される利益について〕生活環境を保護法益と見ることが可能かという問題と、②①で仮に可能だとしても、どのような行為を『生活環境に負荷を与える行為』として法的規制の対象とすることができるかという問題に大別できる」とし<sup>17)</sup>、①につき環境刑法の知見を用いて「生活環境の悪化はまさしく当該場所の住民にとっては、その生命・健康に対する危険性を与えるもの」であって保護法益と見られるとする<sup>18)</sup>。また、②について、「個々のポイ捨て行為自体が直接的に環境に与える影響は僅少」だが「かかる行為が正に強度の誘発的性質を有している」から「そのような強度の誘発的性質を有するポイ捨て行為をそれ自体として『生活環境に負荷を与える行為』として法的規制の対象とすることは、なお可能」とする<sup>19)</sup>。

もっとも、前掲のようにある行為が法的規制の対象となることと、当該行為が刑罰の対象となるか行政罰の対象にとどまるかは別問題とされる。この点について、深町は、「当該行為に関するルールないし規範が社会に十分に根付いていない場合に、このような規範を刑罰によって積極的に形成ないし強化することが果たして刑法の機能に属するか<sup>20)</sup>」、ある行為の禁止が別の非難へと「誤変換<sup>21)</sup>」されるおそれ（たとえば、路上喫煙禁止が喫煙者全体への非難というメッセージに誤変換される等）があるか<sup>22)</sup>、履行確保の可能性<sup>23)</sup>、といった諸点

---

17) 深町・前掲(注 16)71 頁。

18) 深町・前掲(注 16)72 頁以下。

19) 深町・前掲(注 16)74 頁。

20) 深町・前掲(注 16)74 頁。深町は、受容可能な規範を新たに形成すべく刑法を用いることも許されるとする。

21) 深町・前掲(注 16)76 頁。

22) 深町・前掲(注 16)76 頁以下。誤変換されるおそれがある場合には可能な限り行為者に対して誤変換されやすいメッセージを付与しない形態の制裁として行政罰が選択されることが「極めて自然である」とし(同 77 頁)、さらに、刑罰による規制を選択肢として確保するためには「メッセージの誤変換を回避する措置を採ることが必要不可欠」とする

を考慮すべきだとする。

深町によるこのような研究は、その副題に「刑事立法学序説」とあるように、路上喫煙条例・ポイ捨て禁止条例の検討のみを目的としたものではなく、刑事立法評価枠組確立を目指すものであった。

深町は、同論文による枠組が児童ポルノの単純所持処罰の是非を分析することにも有効であるとする。単純所持による法益侵害性が「名目的」なものであればあるほど、『あなたは児童ポルノ所持という悪い行為をした、非難に値する人間である』というメッセージは『あなたは児童性愛者（ペドフィリア）だから非難に値する』というメッセージに誤変換されやすいとし、少数者狙い撃ちを可能な限り回避すべきであるとすれば「仮に児童ポルノの単純所持を処罰するのであれば、そこで侵害ないし危殆化される保護法益が何であるかにつき明確化することで、……誤変換を回避する措置を講じる必要がある」とする<sup>24</sup>。

このように、深町は、法的規制の根拠および刑罰を用いることの是非を柱とした刑事立法評価枠組を提唱したのである。

### 3 上田正基による研究——憲法論による刑事立法評価

上田正基<sup>25</sup>は、刑事立法審査の在り方を日独の比較をしつつ論じた上で、従来刑法学が立法評価のツールとして用いてきた法益論の限界を指摘し、「あるべき立法批判枠組の構築」を目指す。

上田は、機能し得る立法評価枠組構築に際し、刑罰法規の妥当性が最終的には司法審査によって決されることに注目し、「刑法学が立法批判を適切に行うための共通の議論枠組を構築するためには、そのような違憲という結論を避ける

---

(同 84 頁)。

23) 深町・前掲(注 16)79 頁以下。

24) 深町・前掲(注 16)85 頁以下。

25) 上田正基『その行為、本当に処罰しますか』(弘文堂、2016 年)。

ための最低限の準則を確認しておくことが必要」であるとする<sup>26)</sup>。

上田は、法益論による立法批判手法<sup>27)</sup>に対し批判的である。上田は、堀越・世田谷事件最高裁判決における司法審査の特徴を、規制の目的・規制の手段・規制される行為を確定（上田は、「目的・手段・制約の確定」とする）し、規制の是非を総合衡量によって決するものであるとし<sup>28)</sup>、あわせて、裁判所による立法審査に際し、法益論が採用されていないことを確認する<sup>29)</sup>。

上田は、法益論には、①政策論か憲法論か不明確である（「理論の妥当領域の不明確性」）<sup>30)</sup>、②（憲法論として法益論が展開される場合、）法益論が民主的正統性を欠く（「民主主義からの乖離」）<sup>31)</sup>、③異なる問題が混同されている（「3つの問題の混同」）<sup>32)</sup>、という問題があるという<sup>33)</sup>。

上田は、このように法益論を批判し、これにかえて憲法学的な比例原則の適

---

26) 上田・前掲(注 25)3 頁。

27) 上田・前掲(注 25)42 頁以下は、法益論(あるいは、比例原則と接合された法益論。同 34 頁参照)を出発点とした立法批判手法は、以下のような特徴を有すると整理する。

「まず、刑罰法規が保護の対象としてよい目的が法益として想定される。そのような法益に該当するか否かの評価基準は、自由主義的国家観や憲法から導出され[る]。……そのような法益を保護していないと評価される刑罰法規は不当なものとなる。」

「ある刑罰法規は、法益を保護していさえすれば正統とされるわけではなく、当該法益を保護するために合理的な手段でなければならないとされ、それを判断するために比例原則が用いられる。……適合性においては、ある刑罰法規が、当該法益を侵害・危殆化すると想定される行為と適合する行為を適切に把握しているか否か、および当該行為を刑罰によって適切に抑止できるか否かが審査される。そして……適合性が認められる行為規制に刑罰を用いることの必要性および狭義の比例制が審査され、また、当該行為が法益を侵害・危殆化する程度を考慮して、刑罰法規が相当な範囲の行為を規制しているか否かが審査される。」

28) 上田・前掲(注 25)20 頁以下。

29) 上田・前掲(注 25)22 頁。

30) 上田・前掲(注 25)44 頁以下。

31) 上田・前掲(注 25)47 頁以下。

32) 上田・前掲(注 25)54 頁。第 1 に保護目的決定、第 2 にその保護のために行為規制が向けられてよいか、第 3 に刑罰によって当該価値等(上田は「価値、状態または機能統一」とする)を保護することが必要あるいは相当かの問題があるという。

33) さらに、上田正基『『過剰な犯罪化(overcriminalization)』について』神奈川法学 52 卷 1 号(2019 年)12 頁以下参照。

用による合憲性審査手法を採るべきであるとし<sup>34)</sup>、行為規範の面では法益（目的審査において合憲性が確認された目的）との関係である行為を規制することの比例性が、制裁規範の面では非難提起・刑罰投入・法定刑の3点を、それぞれ審査するという構造からなる立法評価枠組を提唱する<sup>35)</sup>。

#### 4 高橋直哉による研究——基礎研究による「犯罪化」論

高橋直哉による研究書<sup>36)</sup>は、「刑法の基礎」、「刑罰の諸問題」、「犯罪予防へのまなざし」の3部からなる。刑事立法評価との関係では、「犯罪化論の試み」（第1部第4章）、「犯罪化と法的モラリズム」（同第5章）が重要である。

同第4章は、「これまで処罰の対象とされていなかった行為を新たに刑罰法規を設けて処罰の対象とすること」（「犯罪化」）が正当化されるための条件を問い、「国家の介入の正当性」、「犯罪化の必要性」、「全体的な利益衡量」、「刑罰法規施行後の検証」という4段階の審査を提唱する。同第5章は、道徳的不正さは犯罪化を正当化するための十分条件か、道徳的不正さは犯罪化を正当化するための必要条件か、道徳的不正さは犯罪化の積極的な理由となり得るかを検討する。

ここでは、同書第4章を、いまいし概観しよう。

高橋は、「犯罪化」が正当化される条件如何という問いに対して、伝統的には、法益保護、謙抑主義、利益衡量の観点から回答されていたとし、しかし、この回答は『「犯罪化」にまつわる問題の一側面を照らし出すものに止まる』ことや、これらの「問題関心」の相互関係・内実が不明瞭であること、これら以外にも検討すべき要因があるのではないかということといった疑問があるとする<sup>37)</sup>。

高橋の「犯罪化論」は、立法段階に検討されるべき「国家の介入の正当性」

---

34) 上田・前掲(注25)57頁以下。

35) 上田・前掲(注25)61頁以下。

36) 高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（成文堂、2018年）。

37) 高橋・前掲(注36)58頁。

(当該行為を規制する権利が国家にあるか)、「犯罪化の必要性」(刑罰を用いて規制することが必要か)、「全体的な利益衡量」(市民社会にとって犯罪化することによるマイナスが大きくないか)、および、刑罰法規施行後に検証されるべき事項(「刑罰法規施行後の検証」)の4段階から構成される。

「国家の介入の正当性」との関係では、ある行為がすべきでない(あるいは、すべきである)と考えてよい理由と、そのような行為規制が国家の果たすべき役割に含まれることを明らかにする必要があるとされ、英米の刑法哲学が参照される<sup>38)</sup>。

「犯罪化の必要性」との関係では、必要性の概念が、①「犯罪化が規制目的を達成する手段として有効であること」、②「犯罪化が規制手段として相応しいものであるかどうか」(高橋はさらに「いわば規制手段としての適格性」と換言する)、③「規制手段としての相当性、あるいは(狭義の)必要性」(望まれる効果の実現が犯罪化以外の手段では期待できないこと)の3種を含むものであると分析される<sup>39)</sup>。

「全体的な利益衡量」に際しては、①刑事司法システムの資源の有限性、②社会的コスト(たとえばレッテル貼りの負の効果)、③道徳的コスト(複数の価値が対立する場合に犯罪化により生ずるコスト)、④既存法規との矛盾、⑤犯罪化による特別な利権の創出(闇市場の形成等)が考慮要素として掲げられる<sup>40)</sup>。

このように高橋による「犯罪化論」は、基礎理論の知見を用いつつ、論ずべき点を体系的に整理し、考慮要素を掲げるものである。

---

38) 高橋・前掲(注 36)62 頁以下。高橋は、危害原理、不快原理、法的パターンリズム、法的モラリズムに言及するが、「これらのうちのどれが犯罪化の第 1 段階で採用されるべき原理かについて決定することは、本稿の企図するところではない」とする(同 65 頁)。

39) 高橋・前掲(注 36)67 頁以下。

40) 高橋・前掲(注 36)70 頁以下。

## 5 仲道祐樹による研究——法益概念の再定位

仲道祐樹は<sup>41)</sup>、法益論および危害原理について、それ単体ではもはや立法批判機能を果たし得ないとし、これらの議論を「立法者に、名指した法益・害についてどの程度までの介入を許すか」というフェーズに移行させるべきであるとする。

仲道による法益論および危害原理に対する診断は、以下のようなものである。

まず、法益論について、仲道は、法益論が立法者を拘束するとすれば、そのことの根拠となり得るのは法益概念が超実定法的制約であることか、法益概念が憲法から導出されることであるが<sup>42)</sup>、前者については法益概念を超実定法的制約として基礎付け得ないのではないかという疑問があるほか、憲法に適合した立法者の決定をなぜ法益論が無効とし得るか疑問であるとし<sup>43)</sup>、また、後者については、そもそも憲法から一定の価値を導出することが可能か、できるとしても妥当かについて疑問があるとする<sup>44)</sup>。

次に、危害原理について、仲道は、バーナード・E・ハーコートの研究<sup>45)</sup>を引用しつつ、「アメリカの現実においては、保守もリベラルも危害原理に依拠し、自らの望む刑事規制のために、等しく『害』を名指すようになった」ために危害原理の刑事立法批判機能は崩壊したと評されているとする<sup>46)</sup>。ここから仲道は、法益論を危害原理によってさらに精緻化することもできないとするのであ

---

41) 仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断」比較法学 53 巻 1 号(2019 年)25 頁以下。

42) 仲道・前掲(注 41)30 頁。

43) 仲道・前掲(注 41)31 頁以下。

44) 仲道・前掲(注 41)33 頁以下。仲道は、たとえば身体の生理的機能や名誉、性的自己決定といった法益を憲法から導出しようとするれば憲法 13 条あるいは 31 条によるほかないが、このような方法は、これらの規定を「すべての法益を生み出す受け皿条項」とすることに繋がり、「一般条項によって無限に産出される〈憲法上の地位を持つ法益〉」が立法者に犯罪化を要求する結果、法益概念の立法批判機能が著しく損なわれるとする。

45) Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999).

46) 仲道・前掲(注 41)44 頁以下。

る<sup>47)</sup>。

仲道は、このような法益論および危害原理に対する診断を踏まえ、「外側の〈境界〉である合憲性審査と、内側の〈討議の場〉としての刑法理論に基づく討議・提案の 2 段階構造」の評価枠組を構想する。この構想においては、法益論や危害原理は、「内側の〈討議の場〉」においてこそ力を発揮するものと再定位される<sup>48)</sup>。

## 6 小括

以上では、立法評価枠組構築を目指す試みとして、深町、上田、高橋、仲道の論稿を概観した。

これらの諸見解の対立点等については後に検討することとし、次に、個別の立法にかかる「局地戦」を概観する。

## III 「局地戦」

本章では、平成 29 年組織犯罪処罰法改正および令和 2 年著作権法改正を巡る論争を振り返り、立法評価枠組がどのようなものであるべきかを、実際の立法評価の場面から逆照射する形で浮き彫りにする。

いずれの法改正も非常に大きな議論を呼んだため、これらを論じた文献も極めて多い。本稿の目的はこれらの法改正そのものを論評することにあるわけではないから、以下では、これらの法改正につき筆者が論じたところ<sup>49)</sup>を、本稿

---

47) 仲道・前掲(注 41)57 頁。

48) 仲道・前掲(注 41)65 頁以下。法益論につき、「〈討議の場〉において、刑法学の側からの対案形成のツールとしての地位が与えられる」とする(同 67 頁)。

49) 平成 29 年組織犯罪処罰法改正につき、拙稿「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」慶應法学 37 号(2017 年)151 頁以下、同「組織犯罪処罰法 6 条の 2 第 1 項の罪にかかる限定解釈の試み」法律時報 1115 号(2017 年)91 頁以下、同・前掲(注 2)120 頁以下、同「刑事立法学と憲法学」小山剛＝新井誠＝横大道聡編 『日常のなかの〈自由

の関心に沿って再構成しつつ概観する。

## 一 平成 29 年組織犯罪処罰法改正

### 1 憲法論？

平成 29 年組織犯罪処罰法改正によるテロ等準備罪創設に対しては、同罪が内心の自由を侵害するとの主張が見られた。

これらの見解は、「合意の成立・内容や準備行為該当性の判断に際し、それらに関与した者の内心自体に処罰に値する危険性を見ることになろう」、「公権力が個人の内心にわたる評価を行うこと自体、憲法 19 条の保障する思想・良心の自由からの疑義を免れない」とし<sup>50)</sup>、あるいは、「共謀罪」は、「コミュニケーション行為（表現行為）」を処罰するものであり、「表現行為は内心における思考の表出、内心における思考の結果であるから……絶対的保障を受ける内心の自由（思想・良心の自由）を脅かしかねない」<sup>51)</sup>としたのである。

もっとも、このような主張には、既に別稿<sup>52)</sup>で論じたように、刑法学の見地からも、憲法学の見地からも疑問がある。

詳細は繰り返さないが、刑法学の見地からは、主観的要件の設定一般を内心の自由に対する侵害と見ることはできないこと、処罰の早期化一般を内心の自由に対する侵害と見ることはできないこと、それでもなおテロ等準備罪が内心の自由を侵害するというのであれば既存の共謀・陰謀処罰類型との違い等につ

---

と安全）——生活安全をめぐる法・政策・実務』（弘文堂、2020 年）2 頁以下。

令和 2 年著作権法改正につき、拙稿「刑事法研究者から見た海賊版サイト対策を巡る動き」Law&Technology 87 号(2020 年)71 頁以下。

50) 塚田哲之「人権論から見た共謀罪」法学セミナー編集部編『共謀罪批判』（2017 年）71 頁。

51) 右崎正博「内心の自由・表現の自由と共謀罪」小池振一郎ほか編『共謀罪コンメンタール』（2018 年）205 頁。

52) 拙稿・前掲(注 2)123 頁以下。

き丁寧な説明を要するがそのような説明は困難であることを指摘した。

また、憲法学の見地からは、テロ等準備罪が内心の自由を侵害するというのであれば、本来、同罪所定の行為がどのような危険を有しているのか（あるいは、有していないのか）につき論じた上で憲法論が展開されるべきであったが、テロ等準備罪における計画・準備について、既存の陰謀罪等における陰謀等と区別し本罪のそのみが危険性を欠くと評価すべき理由が見当たらないとすれば、テロ等準備罪が内心の自由を侵害するという批判は、憲法学の知見に照らしてもなお乱暴に過ぎることを指摘した。

このように、テロ等準備罪創設を憲法論として論ずることには、無理があったのである。

## 2 憲法論から独立した議論として

テロ等準備罪が内心の自由を侵害するとはいえないとすれば、平成 29 年組織犯罪処罰法改正については、憲法論から独立した議論が主戦場とされるべきであった。

そこで為されるべきであった議論は、たとえば、米国におけるオーヴァート・アクトのような要件を設けることの要否・有用性や、未遂・予備を処罰しない犯罪類型について計画・準備を処罰することの可否やその場合の規定ぶりの在り方、既存の犯罪類型との比較検討等であった<sup>53)</sup>。

それにもかかわらず、多くの論者は、これらの問題をなおざりにし、これらの検討に立ち入ることがなかった。後述する「2 段階構造」が十分に意識されていなかったように思われてならないのである。

---

53) 拙稿・前掲(注2)133頁。さらに、拙稿・前掲(注49)「共謀罪あるいは『テロ等組織犯罪準備罪』について」169頁。

## 二 令和2年著作権法改正

### 1 経緯等

令和2年著作権法改正の内容のひとつに、ダウンロード犯罪化範囲の拡大が含まれていた。

この改正に先立ち、文化審議会著作権分科会は、平成31年2月、私的使用目的でのダウンロードが違法となる範囲および犯罪となる範囲を見直し、規制対象を著作物全般に拡大する提言を含む報告書<sup>54)</sup>をとりまとめたが、この報告書は、多方面からの反発を招くこととなった。ダウンロード犯罪化によって処罰範囲が不当に拡大する、国民の正当な情報収集等に対する萎縮効果が働く等といった批判が為されたのである。

そこで、「仕切り直し<sup>55)</sup>」の議論が行われ令和2年改正に至った。

この仕切り直しと前後して筆者は、令和元年10月にあるシンポジウムで、文化審議会著作権分科会による報告書を検討対象とした報告を行い、令和2年4月にその内容を公刊した<sup>56)</sup>。

本節では、この別稿を「拙稿」と呼び、また、文化審議会著作権分科会による報告書を「報告書」あるいは「同報告書」と呼ぶこととする。

### 2 議論の枠組

拙稿は、同改正を論ずるに際し、以下のような2段階構造の枠組を設定した。第1のレベルでは憲法適合的かどうか問われる（憲法適合性）。当該措置

---

54) 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」（2019年）。

55) 深町晋也「著作権を巡る強制と自制のあいだ」法律時報1153号(2020年)72頁。

56) 拙稿・前掲(注49)「刑事法研究者から見た海賊版サイト対策を巡る動き」。同論文は、日本学術会議法学会委員会公開シンポジウム「著作権法上のダウンロード違法化に関する諸問題」における報告(2019年)の抄録である。

に伴う制約が憲法に違反するものであれば、当該措置はその余の観点からの検討を経るまでもなく禁止される。

第 2 のレベルでは（憲法適合的であるもののうち）「より良い」立法か否かが問われる。刑法が一定の行為を禁止することによって一定の権利・利益を保護しようとするものであることから、このレベルでは、権利・利益と行為の両面について検討すべきである。

権利・利益の面からは、当該権利・利益が法益として保護するに値すること（保護法益適格性）と、当該権利・利益を法益として保護すべき必要性（法益保護の必要性）が検討される。

行為の面からは、ある行為を禁止すると当該法益が一定程度保護されるという関係が要求されるだけでなく（禁止の有用性）、より侵害的でない他の法益保護手法が存しないか効果的でないこと（代替手段の有無・有効性）、保護しようとする法益と比較して立法に伴う制約が著しく権衡を欠くものでないこと（禁止の相当性）も考慮要素となる。

### 3 第 1 のレベル——憲法適合性

ダウンロード犯罪化範囲見直しについて憲法適合性を問題とする見解も存する。

しかし、既に令和 2 年改正前から違法アップロードされた録音・録画につきダウンロードが違法とされ犯罪とされていたことからすれば、ダウンロード犯罪化対象範囲見直しは、ただちに憲法に違反するとまではいえないであろう。

拙稿では、憲法適合性の判断については留保したが、ダウンロード犯罪化範囲見直しについては、憲法適合性ではなく（あるいは、憲法適合性のみではなく）、その余の観点からの検討を加えるべきである、とした。

#### 4 第2のレベル——刑事法の議論として

##### (1) 保護しようとする権利・利益の面から

ある権利・利益が刑罰による保護に値するか（保護法益適格性）を検討する際、まず、その作業の前提として、保護しようとしている権利・利益がどのようなものであるのか確定する必要がある（保護法益の確定）。

同報告書は、「違法にアップロードされた著作物（著作権法がそのような形での情報流通を許容していないもの）から私的使用目的で便益を享受しようとするユーザーの行為」が「広く一般的に許容されるべき正当性があるか」を問題としており<sup>57)</sup>、「違法にアップロードされた著作物（著作権法がそのような形での情報流通を許容していないもの）から私的使用目的で便益を享受」されない利益を保護法益として想定しているとも思われる。

しかし、このような利益を保護法益と想定すると、ダウンロードを伴わない単なる閲覧行為まで処罰すべきこととなってしまい不当である。このため、「私的使用目的で便益を享受」されない利益は、刑法上の保護法益としては相応しくない。

これに対し、著作権者の経済的な利益を保護法益とするのであれば、当該利益が保護に値することに異論は少ないであろう。

次に、法益保護の必要性についてであるが、報告書はこの点について明示的に論じているわけではなかった。

報告書は、被害実態に関する推計を掲げ、「措置の必要性」を指摘していた<sup>58)</sup>。被害実態の深刻さは法益保護の必要性を基礎付ける要素である。しかし、同報告書も認めるように被害実態に関する推計につき議論があることには留意すべきである。

このため、筆者は、ダウンロード犯罪化範囲見直しに際しては、被害実態についての一層の解明と説得的な論証が要求されることを指摘した。

57) 文化審議会著作権分科会・前掲(注54)60頁。

58) 文化審議会著作権分科会・前掲(注54)60頁。

## (2) 禁止されることとなる行為の面から

さらに、禁止されることとなる行為に着目した検討も必要である。

この面では、まず、ダウンロード犯罪化対象範囲見直しが、いかなる機序で著作権者の権利・利益（本稿の理解では経済的利益）の保護に繋がるか否かの検討が必要である（禁止の有用性の検討）。

この点に関する報告書の理解は明確でないが、拙稿は、報告書上 2 通りの機序——その第 1 は、再度のアップロード行為によるさらなる侵害を抑止することであり、その第 2 は、アップロード行為のインセンティブ（たとえば海賊版サイトの運営等による広告収入等）を減殺すること——が想定されていると整理<sup>59)</sup>、それぞれの機序で著作権者の権利・利益が保護されるかを検討した。

## (3) 代替手段の有無・有効性

代替手段の有無・有効性との関係では、代替手段としてのアップロード行為処罰が存在すること、アップロード行為処罰の方が（無数に存在し得る）ダウンロード行為者の一部を処罰するよりも根本的であることを念頭に置くべきである。

代替手段が存在しないこと（補充性）までは要求されないものと思われるが、他に有効な代替手段が存在するのであればあるほど、ダウンロード犯罪化範囲見直しを正当化するのは困難になる。

## (4) 禁止の相当性

前述のように、当該措置によって制約される権利・利益と当該措置によって保護される権利・利益との権衡が著しく欠けていないか（相当性）も問題となる。

報告書も、相当性につきまったく論じていないわけではない。「違法にアップロードされた著作物（著作権法がそのような形での情報流通を許容していないもの）から私的使用目的で便益を享受しようとするユーザーの行為は、広く一般的に許容されるべき正当性があるか否か疑義のあるものであることを考慮すると、違法にアップロードされた著作物の利用を抑制し、著作権者の利益保護

---

59) 文化審議会著作権分科会・前掲(注 54)74 頁。

に配慮する観点から、ダウンロード違法化の対象範囲を見直し、ユーザー側のダウンロード行為に対する規律を強化する必要性が認められる<sup>60)</sup>」とするのである。

ここでいう「考慮」の内実は必ずしも明確ではないが、ユーザーの有する権利・利益が保護に値しないとの理解を前提にしているのであろう。

もっとも、このようなロジックには疑問がある。周知のように、ユーザーの有する権利・利益について「広く一般的に許容されるべき正当性があるか否か疑義のある」と一顧だにしない姿勢については多くの異論が見られたのである。

このため、禁止の相当性についても慎重な検討を要するというべきであった。

## 5 小括

### (1) 立法評価枠組に照らして

筆者は、以上のように論じ、ダウンロード犯罪化範囲見直しに際しては、次の点につき慎重な議論を要するとした。

まず、保護法益適格性との関係では、著作権者等のような権利・利益を保護しようとするのが明確にされなければならない。この点、著作権秩序のような抽象的な利益はただちに刑罰により保護するに相応しいとはいえないから、保護法益は経済的利益と考えるべきである。

禁止の有用性との関係では、ダウンロード行為を禁圧することがいかなる意味で著作権者等の経済的利益の保護に繋がるのか、その機序が明確にされねばならない。

代替手段の有無・有効性との関係では、アップロード者に対する責任追及可能性等、他の効果的な手段を念頭に置いた議論が必要である。

相当性との関係では、ダウンロード行為に保護すべき利益が一切ないかのような報告書の態度に疑問がある。

---

60) 文化審議会著作権分科会・前掲(注54)62頁。

## (2) 枠組外での考慮——具体的な要件設定等の在り方

前述のような立法評価枠組を用いた検討のほか、筆者は、具体的な要件設定等の在り方につき、以下のように指摘した。

まず、筆者は、①「作品を一定のまとまりとしてダウンロードする場合」あるいは「原作のまま」要件および、②「権利者の利益を不当に害しない場合」要件による限定を付して初めて真剣な検討に値する、とした。

また、主観的要件についても検討を要することを指摘した。報告書は「厳格な主観要件」を設けるとしていたが、与党に示された「当初案」では、故意ある場合に限定するのみ(当初案 119 条 4 項は過失犯処罰を否定するのみ)であった。これでは「厳格な主観要件」を設けたとはおよそいえない、と指摘したのである<sup>61)</sup>。

このような考慮は、さしあたり、私見において設定した立法評価枠組の外で行った。個々の犯罪類型における具体的な条文の書きぶりという個別的な問題を、汎用性を目指す立法評価枠組内で問題としようとすることに無理を感じたからであるが、あるいはこのような枠組外での考慮を要すること自体が、前掲の枠組が未成熟であることを示すのかもしれない。

## IV まとめにかえて——刑事立法学の構想

### 一 2つの対立点

本稿では、刑事立法評価を論じた近時の諸見解を概観し、さらに、局地戦において刑事立法評価がどのような形で行われてきたか(あるいは、どのような議論が欠落していたか)を概観した。

これによれば、立法評価枠組がどのようなものであるべきかにつき、2つの対立点あるいは整理すべき点があることが明らかになった。そのひとつは立法

---

61) なお、西貝吉晃「令和2年著作権法改正の刑法的検討」法律時報 1153号(2020年)81頁以下は、確定的認識を要すると解釈すべきであるとする。

評価枠組の構造にかかるものであり、他のひとつは立法評価基準の調達方法にかかるものである。

## 二 立法評価枠組の構造

### 1 1段階構造か、2段階構造か

まず立法評価枠組の構造についてであるが、上田のように刑事立法評価を憲法学の知見によって語り尽くそうとする1段階構造を志向する見解と、仲道や筆者のように2段階構造を志向する見解がある。

上田は「立法評価枠組をめぐるこれまでの刑法学上の議論」は「憲法から刑事立法を議論するということの重要性」を十分に認識していなかったとしたが<sup>62)</sup>、これに対し仲道は、憲法論が機能するフェーズと、従来からの刑法学の知見が機能するフェーズを分け、「内側の〈討議の場〉としての刑法理論に基づく討議・提案」に刑法学上の知見の役割を見出した。

このような、1段階構造とするか2段階構造とするかの対立は、立法評価枠組にどのような役割を与えるか、すなわち、当該枠組によって不可と判定されたことについてどのような効果を与えるか（無効な立法とするのか、合憲で有効だがベターでない立法と評価するのか）、および、その効果の規範的根拠をどこに求めるかに由来する。

立法学（"legisprudence"）が「より良き立法はいかにして可能か」を模索する学問領域であることからすれば、2段階構造を採るべきである。

第1のレベルでは憲法適合的かどうか問われる（憲法適合性）。このレベルでの審査にパスしないことは、当該法令（あるいは法案）が憲法に違反するもので無効であることを意味する。

もっとも、西原博史が「憲法規範は、立法者に対する価値実現の委託（目的

---

62) 上田・前掲(注25)4頁。

プログラム)ではなく、立法者が踏み越えてはならない枠によって立法が憲法適合的かを見分ける限界づけ規範(条件プログラム)なのである<sup>63)</sup>とするように、憲法は立法に際して守られるべき最低限の基準を定めるに過ぎない。このため、「憲法違反でないこと」が、ただちに「より良い」立法であることを意味するわけではないし、憲法は、立法の「より良さ」を示すものではないのである<sup>64)</sup>。

このため、刑事立法を評価する枠組には、この憲法適合性と区別された、第 2 のレベルを設ける必要がある。

第 2 のレベルでは(憲法適合的であるもののうち)「より良い」立法か否かが問われる(いわば、「狭義の刑事立法学」)。このレベルでの審査にパスしないことは、刑法学上の知見に照らして好ましくないということである。もっとも、刑法学上の知見に反することがただちに当該法令(あるいは法案)を無効なものとし得るかについては疑問があり得る。

第 1 のレベルでの審査は憲法学の知見に基づいて行われるから、刑事立法学に憲法学と区別された独自の存在意義があるとすれば、それは、第 2 のレベルの議論を精緻化することであろう。この第 2 のレベルの議論を精緻化する際には、①このレベルでの審査をパスしないことの効果やその規範的根拠、②このレベルでの審査の具体的な内容やその規範的根拠を明らかにする必要がある。

## 2 第 2 のレベルの設計

もっとも、現在のところ、第 2 のレベルで行われるべき作業の内実は必ずしも解明し尽くされていない。

前掲のように、筆者は令和 2 年著作権法改正を論ずるに際し、第 2 のレベルをさらに権利・利益に関する事項と行為に関する事項に分割し、それぞれにつ

---

63) 西原・前掲(注 5)21 頁。同「序 立法システムの再構築」『フロンティア(第 2 巻)』4 頁も参照。

64) さらに、高見・前掲(注 6)21 頁も参照。

いて検討すべきであるとした。当該枠組は、当該改正につき検討すべきことから体系的に整理するため暫定的に設けたものであったが、2段階構造との関係ではさらなる検討を要することを告白せねばならない。

2段階構造は、規範的根拠（≒与えられる効果）の違いに基づいた区分であり、第1のレベルでは憲法学の知見を、第2のレベルでは刑法学の知見を用いるというものであった。

これに対し、筆者による枠組は、第1のレベルで憲法学の知見を用いる点では同じだが、第2のレベルを保護法益に関するもの、行為に関するものに分けたものであった。

保護法益に関する議論、行為に関する議論はいずれも主として刑法学の知見に基づいて行われるものと思われるが、それに尽きない可能性は残る。このため、筆者による暫定的な枠組においては、第2のレベルでなお憲法論が働く余地があるのである（たとえば、およそ当該法益を保護することに役立たない、法益保護とおよそ無関係な行為を法益保護の名の下に処罰することは憲法31条に反するものであり無効ではないか、等）。

### 三 立法評価の基準

#### 1 構造と基準の関係

次に、評価基準の調達方法についていえば、憲法学に評価基準を求めるか、刑法学に評価基準を求めるかの対立がある。上田は前者を志向し、高橋は後者を志向する。また、仲道は憲法学と刑法学の役割を分け、両者から立法評価基準を導出しようとする。

先のような2段階構造を前提とするのであれば、仲道の方向が採られるべきである。すなわち、第1のレベルでは憲法学の知見に評価基準を求め、第2のレベルでは刑法学の知見に評価基準を求めるべきこととなる。

前述のように上田は「立法評価枠組をめぐるこれまでの刑法学上の議論」に

ついて、「憲法から刑事立法を議論するということの重要性」の認識が十分でなかったとするが、井田、松原がグランドセオリーを精緻化すべきであるとし、深町が規制根拠と刑罰論に注目した立法評価を試み、高橋が基礎研究による「犯罪化」論を志向したことは、第 2 のレベルの議論を充実させるべきであるとの主張、あるいは、第 2 のレベルの議論を充実させる試みと考えれば、正しい方向を目指していたのである<sup>65)</sup>。

## 2 グランドセオリーの重要性と現状

既に指摘されたことであるが、刑事立法評価に際し、グランドセオリーを深化／進化させることは、第 2 レベルの議論を充実させるために重要である。刑事立法学はこの方面にこそ、その存在意義を見出すべきである。

たとえば行為主義や法益論といった考え方は、このレベルの議論のツールとして有用である可能性がある。

もっとも、前者は、テロ等準備罪創設を巡る議論に際し、その限界を露呈した。「テロ等準備罪は（あるいは論者曰く「共謀罪は）」行為主義違反である」との主張が高唱されたが、同様に共謀・陰謀を処罰する既存の犯罪類型も同様に行為主義に反するのか、翻って行為主義の規範的根拠や内実はどのようなものであるのかといった疑問には、真剣な回答はなかった。行為主義という概念によって立法評価をしようとするのであれば、より緻密な検討が必要である。

法益論や法益概念についてはどうか。つとに指摘されているように、法益概念によって立法を規制することは、少なくとも現実的ではない。このことは、法益概念を精緻化し立法規制機能を担保しようとした松原ですら、同概念を「人の生存ないし人間的な生活にとって必要なものとして人に帰属し、侵害可能な形で経験的に実在する利益ないし資源である<sup>66)</sup>」と抽象的・包括的に定義せざ

---

65) ただし、一部の論者は、2 段階構造での議論については自覚的でなかったように思われる。

66) 松原・前掲(注 11)139 頁。

るを得なかったこと、さらには、「法益概念を上記のように定義したとしても、法益関連性をまったく欠いた刑罰法規はそれほど多くはないであろう<sup>67)</sup>」と認めざるを得なかったことによく現れている。

しかしながら、法益論による立法規制が困難だとしても、立法評価枠組において法益概念がまったく無意味だというわけではない。

法益概念は、仲道が指摘したように当該刑事立法が保護しようとしている権利・利益を「名指し」、それが真に保護に値するののかにつき自覚的な議論を可能とし、また、深町が指摘したように当該刑事立法が保護しようとしている権利・利益を明確化することによって「誤変換」の防止を可能とする。

また、当該刑事立法による当該行為の禁止が真に保護しようとしている権利・利益の保護に繋がるか否かも、保護しようとしている権利・利益の内実を明らかにして初めて可能になるのである。

このように、法益概念に立法規制機能は期待できないが、それでもなお刑事立法に際し、当該立法がどのような権利・利益を保護しようとしているのか、すなわち、当該犯罪類型の保護法益は何か明確化する必要があることは否定されない<sup>68)</sup>。

前述のように、グランドセオリーを深化／進化させることは、第2のレベルでの立法評価のために不可欠である。その際、刑法学には、既存のグランドセオリーに満足しない姿勢が求められることとなろう<sup>69)</sup>。

#### 四 局地戦に学ぶ

刑事立法学を発展させる上では、局地戦の経験から学ぶことも重要である。

---

67) 松原・前掲(注11)140頁。

68) 嘉門優『法益論』(2019年)272頁は、「法益論だけで処罰の正当化基準がすべて明示できるわけではない」としつつ、法益論が立法者に対し「当該立法の『立法目的』のみならず、保護する対象、さらにはその対象にどのような侵害、危殆化が及ぶのか明示する義務」を課すとする。

69) 井田・前掲(注7)99頁参照。

具体的なケースに学ぶことは、刑事立法評価枠組を構築する上で検討を要する事項の抽出に資するのみならず、刑事立法評価枠組を修正しつつブラッシュアップすることにも寄与する。

従来、ある法案に対する賛否の議論は当該法案が可決あるいは否決されて一定の決着を見ると下火になってしまう傾向があった。

しかし、刑事立法学の見地からすれば、決着後にも検討すべきことは少なくない。それはたとえば、立法に対するある批判はなぜ失敗したのかについての自省であり、あるいは、立法の過程で論じられるべきであったことがらがなぜ論じられなかったのかを洗い出し、そのことがらを論ずるための枠組を練り直すことである。

\* \* \*

木村光江先生に初めてお目にかかったのは、平成 2 年のことであった。南大沢移転直前の八雲キャンパスに「モグリ」の学生として押しかけ、図々しくも講義後にしつこく質問する等、若気の至りとはいえご迷惑ばかりおかけしていたのである。

あれから 30 年もの年月が流れた。

平成 5 年春からは大学院生として、また、平成 12 年秋からは同僚として、多くのことをご教示いただいた。イギリス共犯論の手ほどきをしていただいたことに始まり——私の怠惰さに由来してイギリス法の勉強は頓挫してしまったが——、研究者としての心構えや社会人・組織人としての立ち居振る舞いまで、本当に多くのことを教えていただいた。

大変拙いものではあるが、本稿をもって、木村光江先生のご退職をお祝いしたい。

