

罪刑法定の原則と刑法の解釈¹⁾

松 宮 孝 明^{*}

目 次

- 1 罪刑法定原則の精神とその内容
- 2 「法律主義」と「白地刑罰法規」
- 3 刑罰法規の内容的適正性
- 4 「遡及処罰（ないし事後法）の禁止」と公訴時効の廃止・延長
- 5 違法性阻却事由と罪刑法定原則
- 6 罪刑法定原則と刑法の解釈・類推禁止
- 7 罪刑法定原則と起訴便宜主義

1 罪刑法定原則の精神とその内容

(1) 「法の支配」と「人の支配」

かつて、中国戦国時代の思想家韓非子は、「誠に過ちあらば、近愛と雖も必ず誅す」と述べ²⁾、また、三国志の諸葛孔明は、軍略上のミスを犯したことを理由に、泣いて馬謖を斬りました。これは、権力者のお気に入りといえども、罪を犯せば、必ず、定められた罰を受けるべきであるという精神を表現したものであると解されています。この考え方は、何が犯罪でそれに相応しい刑罰は何かを客観的なルール、つまり法で定めておくことを前提としており、その限りで、近代的な罪刑法定原則（または罪刑法定

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 本稿は、2010年9月20日に南京大学、21日に南京師範大学において行った講演の原稿です。お招きいただいた両校の先生方には、この場を借りて謝意を表したいと思います。

2) 韓非子主道篇。

主義)と共通する部分をもっています。その意味で、これは、罪と罰をそのときどきの為政者・権力者の判断に委ねる「人の支配」(=「人治」)ではなく、罪と罰を客観的なルールつまり法に委ねる「法の支配」(=「法治」)の考え方です³⁾。

しかし、この考え方は、一方で、「法定の犯罪あれば法定の刑罰あり」というスローガンの下、処罰すべき場合と処罰すべきでない場合はすべて刑法に明文で書かれており、それには誤りはないとする刑法典無謬主義に陥る危険もあります。その結果、例外的に処罰すべきでない場合を含めて、裁判所に無罪とする解釈の余地を認めず、刑法に当てはまる行為をすべて犯罪として処罰してしまう中央集権的な刑法典絶対主義に陥るのです。

他方、18世紀イタリアのベッカリーアに代表される近代西欧の罪刑法定原則は、単に、犯罪と刑罰が客観的なルールによって定められるべきことを主張するばかりでなく、国家の刑罰権は社会契約によって社会の構成員が差し出した自由の総和が基礎となると述べています⁴⁾。そして、その社会契約の条件を定めたものが法律ですので、その法律だけが犯罪と刑罰を規定することができるかと主張しました⁵⁾。これは、単に、個人の恣意に左

3) それは、「法治主義」ないし「法治国家」という言葉で表現されるものと、ほぼ同じものです。

4) ベッカリーア著・風早八十二=風早二葉訳『犯罪と刑罰(改訂版)』(岩波文庫、1959年)26頁。

5) ベッカリーア・前掲書28頁参照。ただし、議会で定める法律に限るというのは、英米法を除くヨーロッパ大陸法の考え方です。憲法学の世界では、「法の支配」は英米法流の考え方で、裁判所による違憲立法審査権をその特徴とし、「法治主義」ないし「法治国家」はヨーロッパ大陸とくにフランス・ドイツ流の制定法による支配を意味すると教えています。両者の差異は、「客観的な法」を発見するのに法律専門家(=法曹)で構成された裁判所と国民の代表である議会とのどちらが適しているかに関する考え方の相違に基づくのです。その背景には、王権の恣意に対して法曹が歯止めをかけてきた伝統のあるイングランドと、裁判官の恣意を革命で覆したフランスとの歴史の相違があります。しかし、ここでは、両者の細かな相違は重要ではありません。いずれも、個人の恣意による支配を排除するものとして、共通の意味があることに注意すればそれでよいのです。ついでにいえば、現在はドイツやフランスでも、裁判所による違憲立法審査は行われており、両者の差は戦前ほどには大きくありません。

右されない客観的な法が支配するという関係を意味するばかりでなく、その法は、社会を構成する市民の総意に基づくものでなければならないということの意味です。つまり、それは、国家統治の政治原理として民主主義（ないし国民主権）を採用することも意味していると言えます。

（2）自由主義と民主主義

刑法における「法の支配」は、特別に罪刑法定原則として現れます。ここでは、「何が犯罪となり、それに対してどのような刑罰が科されるかは、あらかじめ法律で規定されていなければならない」とされるのです。もっとも、法律で規定するといっても、「悪いことをした者は処罰される」という条文では、罪刑法定原則を満たしたことはありません。民法の「不法行為」では、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」（日本民法709条）と書けばそれでよいのですが、刑法では、何が犯罪となるかは、もっと具体的に書かなければならないのです。つまり、命を害したのか健康を害したのか、それとも財産を侵害したのかに応じて、刑法は条文を書き分けなければならないのです。これは、何をしなければ自由に行動できるかをあらかじめ明らかにすべきであるという自由主義の要請に基づくものです。

同時に、犯罪と刑罰は法律（＝制定法）で規定されなければなりません。現場の警察官の発した命令や担当部局の通達で決めてはならないのです。これは、「法律」が国民の代表の集まりである議会で制定されるものであることから出てくる要請です。つまり、犯罪と刑罰は、主権者である国民が決めるのです。その意味で、罪刑法定原則は、先に述べたように、民主主義の要請でもあるのです。

この罪刑法定原則には、以下に述べるように、法律主義、遡及処罰の禁止、類推禁止、絶対的不定期刑の禁止、刑罰法規の明確性とその内容の適正性という派生原理があるといわれています。しかしながら、罪刑法定原

則は、このような個別的な派生原理の寄せ集めではなく、ここにいう民主主義と自由主義の実質的な原理に反するものを排除する原理であることに注意が必要です⁶⁾。ですから、個々の派生原理を具体化するときにも、民主主義と自由主義の要請を念頭に置いておくべきなのです。以下では、これらの派生原理に即して、近年、日本で議論されている具体的な問題を考察したいと思います。

2 「法律主義」と「白地刑罰法規」

(1) 法律の委任と白地刑罰法規

犯罪と刑罰は、議会で制定される法律で規定されなければなりません。これは「国民主権」の要請であり、法律は主権者である国民の総意を表現したものと解されるのです。それゆえ、日本国憲法31条の要求する「法律の定める手続」の中には、犯罪と刑罰も法律で規定すべきであるという趣旨も含まれると解されています。

もっとも、これは、社会の変化に迅速に対応するために、犯罪と刑罰に関するあまり重要でない事項を、法律が行政機関の命令や規則に委任することまでも禁止するものではありません。日本国憲法73条6号ただし書きが、内閣の定める「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。」と規定するのは、裏返せば、法律の特定の委任がある場合は罰則を設けてもよいという趣旨なのです。また、日本国憲法94条が「地方公共団体は……法律の範囲内で条例を制定することができる。」と規定し、地方自治法14条3項が「その条例中に、条例に違反した者に対し、2年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料又は没収の刑を科する旨の規定を設けることができる。」と定めるのも、同じ趣旨です。もっとも、条例は地方議会で制定されるものですから、

6) 同旨、平野龍一『刑法総論』(有斐閣、1972年)65頁。

単なる行政機関への委任に比べて、民主主義の要請には反しないと言えます。

また、刑法の中には、犯罪の成立要件の行為規範の部分が行政機関の決定に委ねられている場合があります。このような規定を白地刑罰法規といえます。たとえば、日本刑法94条の中立命令違反罪は「局外中立命令に違反した」ことが要件ですが、どのような行為が「中立命令違反」となるかは、当局が発する命令の内容に委ねられているのです⁷⁾。

(2) 特定委任と公務員の政治的行為処罰問題

もっとも、法律による委任がどの程度特定されていなければならないかは、困難な問題です。これが一つの争点となったのが、北海道の猿払で起こった国家公務員法違反事件、いわゆる猿払事件でした。ここでは、郵政事務官が、労働組合員を動員して、勤務時間外に衆議院選挙の候補者のポスターを公営掲示板に掲示した行為が、日本の国家公務員法102条1項、110条1項19号によって刑罰で禁止される「政治的行為」に当たるとして起訴されたのです。ところが、国家公務員法は、その禁止する「政治的行為」の具体的な内容を、すべて、人事院の制定する人事院規則に委任していました。そして、特定の政党を支持することや選挙において特定の候補者を支持することは、この人事院規則が禁止する「政治的行為」として列挙されるものに含まれていたのです。そこで、犯罪成立要件のこのような包括的な委任が憲法で許されるのかどうか、一つの争点となったのです。

ついでに言えば、公務員が時間外に所定の掲示板に選挙候補者のポスターを貼ることを、そもそも「犯罪」として処罰すること自体が、日本において国内法的効力を有する「市民的及び政治的権利に関する国際規約」19条3項と「公務における団結権の保護及び雇用条件の決定のための手続に関する条約」(ILO 151号条約)9条に反する疑いがありました。しかし、

7) もっとも、日本国憲法9条の戦争放棄条項の下で、「中立命令」を発する権限が、およそ国の機関に与えられているかどうかは疑わしいのですが。

最高裁は、公務員の政治的行為は違法であるという理由だけで、処罰対象となる政治的行為を行政機関の規則に全面的に委任することを合憲としました⁸⁾。包括的委任のもつ罪刑法定原則上の問題点を、ほとんど無視したのです。

もっとも、最高裁のこの判決には、内外から多くの批判が寄せられたためか、この判決後30年以上、公務員による政治ビラや宣伝物の配布については、国家公務員法の適用事例はありませんでした。しかし、最近、この沈黙を破って、公務員による政治宣伝物の配布を国家公務員法違反として起訴した事件が2件、現れました。しかも、そのうちの1件は、被告人が公務員であることを明らかにしない態様で単独で行った行為については、公務の政治的中立を損なうような実質的な違法性はなく、これを処罰することは、表現の自由を保障した日本国憲法21条や適正手続を保障した日本国憲法31条に違反するとして、高等裁判所で無罪とされたのです⁹⁾。ただ、この判決は、包括的委任の違憲性を理由としたものではなく、むしろ、後で述べる刑罰法規の内容的適正性の点で違憲であるとしたものですので、そちらで改めて検討します。

これに対して、もうひとつの事件では、その1か月後の2010年5月17日に、同じ東京高裁の別の刑事部で、原審の有罪判決を維持する判決が言い渡されました。現在、二つの事件は、最高裁判所に上告されています。

(3) 白地刑罰法規補充規範の私人への委任

最近浮上した問題に、いわゆる「行政の民営化」に伴い、民営化された公共性の高い企業への白地刑罰法規補充規範の委任というものがあります。具体的には、高速道路等の有料道路に関する道路整備特別措置法24条3項が、「会社等又は有料道路管理者は、この法律の規定により料金を徴収することができる道路について、料金の徴収を確実にを行うため、国土交通省

8) 最大判1974年11月6日刑集28巻9号393頁。

9) 東京高判2010年4月12日公刊物未登載。

令で定めるところにより、国土交通大臣の認可を受けて、料金の徴収施設及びその付近における車両の一時停止その他の車両の通行方法を定めることができる」と定め、高速道路会社等に対して料金所付近での通行方法を定める権限を与えるとともに、この通行方法の違反に対しては同法58条によって30万円以下の罰金を定めているのです。そして、実際にも、「フリーウェイクラブ」という高速道路無料化を主張する運動団体のメンバーが、この通行方法に反して料金を払わずに料金所を通過した事件について、2008年6月10日に大阪高等裁判所は、このような私人への委任を合憲としました¹⁰⁾。

しかし、このように私人である高速道路会社に犯罪となる行為の態様を決定する権限を与えることまでは、憲法73条6号ただし書きは予定していないと思われます。日本国憲法は、あくまで、行政政府への特定委任のみを予定しているのであって、刑罰で担保される行為規範の制定という権力性の強い事務を私人に委任することは許さないものと解されます。なお、現在この事件は最高裁判所に上告されていますが、上告後2年以上を経た現在でも、最高裁はまだ、判断を示していません¹¹⁾。

3 刑罰法規の内容的適正性

(1) 実体的適正手続

刑罰法規に形式的には当てはまるように見える行為を全部処罰するのは、それらの行為が無害であるがゆえに、あるいは、それを処罰すると

10) この判決に関しては、松宮孝明「白地刑罰法規の規範補充を私人に委ねることと罪刑法定の原則」立命館法学321=322号（2009年）438頁で詳しく検討しています。

11) 本講演後の2010年9月27日に、最高裁は、道路整備特別措置法24条3項は、「国土交通省令で定めるところにより通行方法を定めることができるとされ、かつ、定めるに当たっては国土交通大臣の認可を受けることとされているから、実質的には上記会社に定めを委任したもとはいえない」として、本件上告を棄却しました。しかし、法律に「定めることができる」と書いてあるのに「定めを委任していない」というのは、奇妙な解釈です。

何らかの基本的人権の行使を妨げることになるがゆえに 広すぎる、あるいは不適切であるといった場合もあります。たとえば、18歳未満の青少年との性交渉はすべて3年以下の懲役で処罰するという法律は、たしかに明確ですが、内容としては適正とはいえないでしょう。というのも、現在の日本の民法では、女性は16歳から婚姻できることになっていますが、これでは、せっかく婚姻しても奥さんの18歳の誕生日までは性交渉はおあずけということになりかねないからです。また、そうでなくても、18歳未満の人との性交渉をすべて刑罰で禁止するというのは、妥当とは思われません。これでは処罰範囲は広すぎるのです。

このように、内容の不適正な刑罰法規は、一方では、限定解釈によって文言上可能な限り適用範囲を限定して解釈されるか(「医業類似行為」について最大判1960年1月27日刑集14巻1号33頁)、あるいは、憲法上の何らかの人権規定に反するものとして無効とされるべきこととなります。また、具体的な人権規定はないけれども、およそ社会に害をもたらさない行為を処罰することは日本国憲法31条に反するとされることも考えられます¹²⁾。最後のように、憲法31条の「適正手続」規定を刑罰法規の内容の適正さや次の明確性の根拠とすることを、実体的適正手続(substantial due process)と呼びます¹³⁾。

(2) 刑罰法規明確性の要請との関係

刑罰法規は、どのような行為が処罰されるのかを市民に対して事前に告知するために、一定程度明確でなければなりません。これを刑罰法規の明確性と呼びます。この明確性と内容的適正性は、相互にからみあって問題となることがあります。現に、18歳未満の青少年との「淫行」を罰金で処罰していた福岡県青少年保護育成条例について、この問題が争われました。なぜなら、青少年との「淫行」をすべて処罰したのでは、先に述べたとお

12) 同旨、平野・前掲書82頁。

13) 平野・前掲書80頁以下参照。

り、16歳で婚姻した女性とその夫とは性交渉ができないという問題がありますし、逆に、これを思慮・分別の足りない青少年を食いものにするような行為に限ろうとすれば、そのような趣旨と処罰限界がその条文から読みとれるかどうか疑問となるからです。

これについて最高裁は、この条例にいう「淫行」とは「広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしが認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当」と解しました¹⁴⁾。その理由は、「淫行」を性行為一般と解すると、「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものをも含むこととなって、その解釈は広きに失することが明らかであり」、また、「淫行」を「単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れない」ということでした。つまり、この条例は、最高裁のように限定して解釈しないと「広すぎる」し、限定するにしても単に不純な性行為とするだけでは限界が「不明確」だということです。そして、最高裁によれば、「このような解釈は、通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであ」というのです。

しかし、このような「解釈」に対しては、最高裁の中からも、3人の裁判官の反対意見が現れました。すなわち、最高裁の多数意見のような「解釈」は、もはや「淫行」という言葉について、通常の判断能力を有する一般人の理解の及びえないものであり、解釈の限界を逸脱した立法作業であるし、「単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしが認められないような性交又は性交類似行為」という定義も曖昧であっ

14) 最大判1985年10月23日刑集39巻6号413頁。

て処罰範囲としても広すぎるといのです。

この3人の最高裁判事の判断能力が「通常の判断能力を有する一般人」のそれより劣るといのでないのなら、その域にまで至らない「通常の判断能力を有する一般人」では、なおさら多数意見のような解釈を引き出すことは困難でしょう。したがって、その意味でも、多数意見の結論には疑問があります。多数意見は、もはや、解釈の限界を超えた限定解釈だと思えます。

(3) 公務員の政治的行為処罰問題

先に述べた公務員の政治活動処罰に関する2010年4月12日の東京高裁無罪判決も、ここにいう刑罰法規の内容的適正性の違反を理由とするものです。もっとも、この判決は、猿払事件最高裁大法廷判決を否定したのではなく、それと同じく、公務員の政治的行為の禁止は、「公務員の政治的中立性を維持することにより、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の重要な共同利益を擁護する目的から出たもので、これを処罰することは、それが表現の自由に対する合理的でやむをえない制限にとどまり、かつ、刑罰を違憲とする特別な事由がない限り」、立法機関の裁量を尊重すべきで、違憲ではないという考え方に立っています。また、公務員法102条等に定める公務員の政治的行為は、「行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼」という保護法益に対して抽象的危険犯であることも認めています。

しかし、この判決は、その上で、ここにいう抽象的危険の存在についても、ある程度実質的なものでなければならないとし、本件では、公務員が集团的・組織的に政治的行為を行った猿払事件と異なり、被告人の行為は「公務員という立場を離れ、職務と全く無関係に、休日に、私人としての立場で、かつ、他の公務員とも全く無関係に個人的に行われたものであるから、これを本件罰則制定の合憲性を基礎付ける前提となる保護法益との関係でみると、行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼という保護

法益が損なわれる抽象的危険性を肯定することは常識的にみて全く困難である」と述べて、この行為に国家公務員法を適用して処罰するのは憲法21条および31条に反するとし（つまり適用違憲）、無罪としたのです。

先に述べたように、この1か月後に、全く逆の結論を示した東京高裁判決が出ており、現在、最高裁の判断が注目されています。予断は許しませんが、もしかすると、最高裁が新しい憲法判断を示すかもしれません。

4 「遡及処罰（ないし事後法）の禁止」と 公訴時効の廃止・延長

(1) 「遡及処罰（ないし事後法）の禁止」の意味

次に、遡及処罰ないし事後法の禁止と呼ばれる派生原理について触れておきます。犯罪と刑罰は「あらかじめ」法律で規定されていなければなりません。あとからその行為を処罰する規定を作って、特定の人物を罪責に陥れる危険を防止するためです。これを遡及処罰の禁止または事後法の禁止といいます。自由主義からの帰結のひとつです。日本国憲法39条が「何人も、実行の時に適法であった行為……については、刑事上の責任を問はれない。」と規定するのも、同じ趣旨です。

これは、白地刑罰法規の場合には、法律本体でなく補充規範のみが拡張・変更された場合にも当てはまります。さらに、遡及処罰の禁止は、犯罪後に刑を重くする場合にも当てはまります。たとえば、ある行為の刑の上限が懲役10年であったのを、悲惨な事件が起こったことを理由に法改正によって無期懲役にまで引き上げたとしても、その事件の被告人に無期懲役を言い渡すことはできません。また、刑の上限が懲役10年から一旦懲役5年まで引き下げられた後に懲役7年に引き上げられた場合には、最も軽い上限懲役5年の法定刑が適用されます。一旦刑が引き下げられた後に、裁判の時点によって被告人に不利益が生じるのを避けるためです。日本の刑法6条が「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。」としているのは、その趣旨を含んでいます。

(2) 公訴時効廃止・延長の遡及適用

一般に、訴訟法上の規定については、遡及処罰ないし事後法の禁止は適用されないと解されています。問題となるのは、犯罪行為の後に、その公訴時効期間を廃止したり延長したりする場合です。これは、時効期間だけを延長する方法による場合もありますし、法定刑を引き上げることによって自動的に延長される場合もあります¹⁵⁾。ドイツでは、公訴時効は刑法に規定されているにもかかわらず、戦時中のナチスによる謀殺罪等の犯罪について、戦後に公訴時効を延長し、さらには廃止してこれを時効完成前の犯罪に遡及適用し、裁判を行いました。日本でも、一部の犯罪被害者団体の要請に基づいて、2010年4月に、人を死亡させた罪のうち法定刑に死刑があるものの公訴時効を廃止し、人を死亡させた罪のうちその他のものについては、その法定刑に応じて時効期間を延長した上、この改正法の施行前に犯された罪であってもその時効が完成していないものについては、これらの時効廃止や延長を遡及適用することとしました。

しかし、公訴時効の本質は、単なる訴訟法上のものではなく、当該犯罪に対する恣意的な刑罰権行使の抑制という自由主義的要請と、一般予防および特別予防上の処罰の必要性および有効性の減少という実体刑法上の理由に求められるべきです。公訴時効期間が犯罪の重さに応じて定められた法定刑に応じて定められていたこともその理由のひとつです。さらに、ドイツでも日本でも、一旦公訴時効が完成してもはや処罰されないという状態になった者にまで、これを覆して時効の廃止・延長を遡及適用することは認められていません。

そうであれば、公訴時効制度は実体刑法上の制度、とくに犯罪行為の処罰可能性に関する制度と考えて、遡及処罰ないし事後法の禁止が当てはま

15) 日本の刑事訴訟法250条は、犯罪の法定刑に応じて、公訴時効期間を定めています。

ると考えるべきでしょう。現に最高裁も、法定刑の引き上げに伴う時効期間の延長については、刑法6条を適用して延長前の時効期間によるべきであるとしていました¹⁶⁾。公訴時効の廃止は、必ずしも、永遠の犯罪捜査を保障するものではなく、かえって、捜査の打ち切りを捜査機関の恣意に委ねる結果となりかねません¹⁷⁾。また、冤罪の場合、真犯人が永久に名乗り出してくれないという弊害も生じます。公訴時効の廃止とその遡及適用は、考え直すべきであるように思います。

5 違法性阻却事由と罪刑法定原則

(1) 阻却事由と罪刑法定原則

罪刑法定原則が違法性阻却事由、さらには責任阻却事由にも妥当するかどうかという問題については、二つの場面を分けて考える必要があります。

まず、刑法などの制定法に明文がある違法性阻却事由については、「法が一定の形式的な要件があれば違法性が阻却されると規定した場合には、その『ことば』の制約を逸脱することはできない¹⁸⁾」ため、解釈によって勝手に違法性阻却の要件を付け加え、明文の要件に当てはまる行為を処罰することは、罪刑法定原則に違反することになります。同じことは、責任阻却事由にも当てはまるでしょう。

これに対して、刑法などの制定法の明文にない違法性阻却事由、いわゆる超法規的違法性阻却事由については、刑法の明文にない場合でも、解釈によってそれを承認し無罪とすることは可能です。たとえば、ドイツでは、1975年までは刑法に違法性阻却事由としての緊急避難の規定がありませんでしたが、判例は、すでに1927年に、母体を救うための墮胎を、違法性を

16) 最決1967年5月19日刑集21巻4号494頁。逆に、刑法6条の適用を認めなかったものとして、札幌高判1954年6月17日高刑集7巻5号801頁。

17) 現に、日本の法制審議会刑事法特別部会では、捜査の終了時期は捜査機関の内部規則で定めればよいとする発言がありました。

18) 平野・前掲書227頁。

阻却する超法規的な緊急避難に当たると解しました¹⁹⁾。また、日本でも、明文にない自救行為について、侵害の除去が権利回復のために必要であること、手段が相当な限度内にあること、優越的利益があることのほか、法の保護を求めるいとまがなく、すぐにこれをしないと権利の実現を不可能もしくは著しく困難にするおそれがあること(「緊急性」)を条件に、その違法性が阻却されるとしています²⁰⁾。他の法令や「正当業務行為」という慣習法による違法性阻却を認める日本刑法35条は、このような違法性阻却事由の開かれた性質を明文で確認した規定です。

(2) 自招侵害と正当防衛

ところが、防衛者が故意または過失で招いた侵害に対して防衛をする、いわゆる自招侵害ないし挑発防衛の場合には、正当防衛の要件が満たされていたとしても、有罪とする見解があります。たとえば、「防衛行為の時点において正当防衛の要件を満たしたとしても、その防衛行為が法確証の利益に反し社会的相当性を欠くものであるときは、実質的に違法性を有するものであり、そのような行為を正当防衛として正当化すれば、かえって社会秩序を乱す結果となるから、正当防衛が社会的相当性を欠く場合には、正当防衛の要件を満たしていても正当防衛の成立を認めるべきではない²¹⁾。」とする見解が、それに当たります。

この見解に対しては、まず、社会的相当性を違法性阻却の一般原理とするその前提に、すでに疑問があります。というのも、「歴史的に形成されてきた社会の生活秩序の範囲内での活動は社会的に相当である」という考え方は、ドイツのハンス・ヴェルツェルが、違法性阻却の一般原理としてではなく、構成要件解釈の指導原理として主張したもので、構成要件に該

19) 1927年3月11日のドイツ・ライヒ裁判所判決(RGSt 61, 242)です。

20) 最判1955年11月11日刑集9巻12号2438頁。下級審には、この基準に従って、違法性阻却を認めたものもあります(岐阜地判1969年11月26日刑月1巻11号1075頁)。

21) 大谷實『刑法講義総論[新版第3版]』(成文堂, 2009年)292頁以下。

当するが違法性が阻却される行為は、社会的に不相当だけれども特別な理由で正当化されるものだからです²²⁾。加えて、正当防衛のような緊急事態での行動は異常事態での行動であって、「歴史的に形成されてきた社会の生活秩序の範囲内での活動」ではありません。その意味で、社会的相当性を違法性阻却の一般原理とすることは、その定義にもその提唱の趣旨にも反するものであるといえるでしょう。

しかし、その問題を別にしても、明文の違法性阻却事由に当てはまる行為を違法として処罰するのは、明らかに制定法による約束に反する措置であって、その意味で、罪刑法定原則に反すると言わざるをえません。したがって、「社会的相当性」を違法性阻却の一般原理とする見解でも、自招侵害の場合には、「具体的状況のもとで、当該行為が正当防衛の要件を具備しているかどうかを個別具体的に判断すべきである²³⁾。」と述べており、制定法の要件を超える一般原理を持ち出してはいません。また、日本の判例でも、自招侵害の場合の正当防衛権の制限は、このような正当防衛の要件以外のところに求められるのではなく、侵害の「急迫性」や「不正性」の否定または防衛行為の「相当性」の制限に求められています。

すなわち、防衛者に相手方の侵害を予期しつつこの機会を利用して積極的に害を加える意思がある場合には、判例によれば、侵害の「急迫性」が否定されます²⁴⁾。また、防衛者自身に急迫・不正の侵害が認められ、相手方の攻撃はその防衛のための反撃だと見られる場合には、被害者の攻撃は正当防衛そのものであって「不正の」侵害には当たらないので、それに対する防衛行為は「正当」防衛ではありません。ゆえに、このような場合に

22) Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55 ff.

23) 福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』（有斐閣，2004年）156頁。

24) 最決1977年7月21日刑集31巻4号747頁。もっとも、単に積極的加害の意思にとどまる場合に侵害の「急迫性」を否定して正当防衛を認めないのは、刑法の客観主義的原理に反するでしょう。「意思が悪い」だけでは犯罪とはならないからです。これについては、松宮孝明「侵害の急迫性」西田典之ほか編『刑法判例百選〔第6版〕』（有斐閣，2008年）48頁も参照してください。

は、自招侵害の「不正性」が否定されるがゆえに、それに対する防衛は正当ではないこととなります。また、相手方の反撃が自招行為に対する正当防衛の範囲を逸脱している場合には、その逸脱した限度でのみ、それは「不正の」侵害となるので、その限りで自招者の防衛権は制限される、つまり、防衛行為の「相当性」(= 不正の侵害から権利を防衛するために必要最小限の行為であること) が制限されるとする考え方が採用されています²⁵⁾。

最高裁も、2008年5月20日の決定²⁶⁾において、挑発防衛の事案に関し、「被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」(下線部筆者)と述べて、挑発と同程度の暴行に対しては、反撃行為に出ること自体が正当でないとしています。これは、被挑発者による同程度の暴行は「不正の侵害」でないので、「何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」にないということかもしれません。

このように、違法性阻却事由の場合も、被告人に不利益となる方向では、罪刑法定原則の制約が妥当するといつてよいでしょう。

(3) 超法規的違法性阻却事由と犯罪の体系

付言すれば、この超法規的違法性阻却事由、さらには超法規的責任阻却事由を認めるか否かは、犯罪体系論のあり方に決定的な影響を与えます。これは、犯罪の成立を否定する事由はすべて刑法典に書かれており、それ以外の阻却事由は認めないとするか、そうではなくて、現行刑法典は決し

25) たとえば、東京高判1996年2月7日判時1568号145頁。

26) 刑集62巻6号1786頁。

て完璧なものではなく、また、社会および規範の変化によって違法性や責任を阻却すべき事由が新しく登場してくる場合があるので、裁判所に、民法などの他の法令や慣習法を含む全法秩序の中から違法性ないし責任の阻却事由を発見する余地を認めるかという問題をめぐる争いです。

前者の立場を採れば、犯罪論においては、いわゆる構成要件のほかに違法性や責任の段階を認める必要はありません。すべては、法定の構成要件の中に定められており、犯罪の成立を阻却すべき場合は消極的構成要件要素と呼ばれるだけのこととなります。私は、現在の中国刑法や、そのモデルとなったソヴィエト・ロシア刑法の「全構成要件の理論」が採る犯罪体系が、これに属すると考えています。この場合、罪刑法定原則は、犯罪の成立を阻却する事由についても貫徹されることとなります。それは、民主主義と自由主義の要請というより、むしろ、裁判のバラつきを統制するための中央集権的な刑法典絶対主義の要請ではないでしょうか。

これに対して、ドイツや日本で通説的な犯罪体系は、後者の超法規的違法性阻却事由や超法規的責任阻却事由を認める考え方です。ここでは、被告人に有利な方向では、罪刑法定原則は働かないこととなります。なぜなら、立法者が阻却事由を刑法典に書き忘れたために処罰に値しない人を処罰するのは、もっと不正義だからです。ゆえに、禁止されるのは、原則として、被告人に不利益な類推だけです。

もっとも、誤解を避けるために言えば、超法規的違法性ないし責任阻却事由は、決して、実定法を超える自然法的な違法性阻却事由や責任阻却事由を認めるものではありません。そうではなくて、刑法以外の他の法令や慣習法を含んで構成される全実定法秩序の成り立ちを、まさに他の法令や慣習法のルールを手掛かりにして探究した上で、そこから、たとえば「優越的利益擁護の原理」という違法性阻却の一般原理を読み取って、これを具体的事件の裁判に適用するのです。したがって、超法規的違法性阻却事由の承認は、決して、裁判所の恣意を許すものではなく、客観的な法秩序を探究する法学の発展を前提とするものなのです。

6 罪刑法定原則と刑法の解釈・類推禁止

(1) 類推禁止の意味

似ているけれども異なるものに、似ている規定を適用することを類推ないし類推適用といいます。たとえば、日本刑法134条は医師や薬剤師に対して業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らす行為を処罰していますが、この中には看護師による秘密の漏示は含まれていません。このような場合に、看護師による秘密の漏示も医師や薬剤師によるそれと似たようなものだとして、刑法134条で秘密を漏示した看護師を処罰することを、刑法の類推適用といいます。このような類推適用は、一方で、看護師の秘密漏示は書かれていないから刑法134条では処罰されないとする人々の法律への信頼を害することになって自由主義に反し、他方で、裁判官が勝手に法律の内容を広げることになって「法律主義」、三権の分立ないし国民主権の要請に反します。

もっとも、先に述べたように、被告人に有利な類推は、必ずしも禁止されるわけではありません。

(2) 類推と拡張解釈との異同

ところで、一般には、類推は許されないが拡張解釈は許されるといわれています。しかし、これには少し注意が必要です。

「拡張解釈」とは、刑罰法規のある言葉を、そのもつ意味のうち広い意味で解釈し適用することです。たとえば、日本刑法199条(殺人罪)の「人」は、広い意味ではすべての人間を意味しますが、狭い意味では「他人」という意味になります。このような場合に、拡張解釈によって「人」をすべての人間と解すると、199条は自殺行為を含むことになります。こうなると、自殺が成功すれば自殺者を処罰することはできませんが、未遂に終われば、自殺者本人を殺人未遂罪で処罰できることになるのです。

もっとも、判例も学説も、199条にいう「人」は「他人」という意味だと解釈しています。というのも、刑法202条で自殺を手伝った罪である自殺関与罪が特別に軽く処罰されているので、刑法は自殺者本人だけを199条で重く処罰する趣旨とは考えられないからです。このように、言葉の持つ意味のうち狭い意味を採用する解釈を縮小解釈または厳格解釈といいます。

ところが、日本の判例で拡張解釈という場合は、少し違った意味で用いられているのです。それは意味創造的拡張解釈とも呼ぶべきもので、その言葉にそれまでなかった意味を付け加えて、条文を解釈し適用するというものです。たとえば、大審院はかつて、電気も窃盗罪の対象である「物」に含まれるかという問題に対して、「可動性および管理可能性の有無」によって窃盗罪の客体である物が否かを区別すべきだとして、電気も「物」に含まれると解しました²⁷⁾。しかし、通常の国語辞典では、「物」とは「物体」であってこのような意味は出てきません。つまり、「可動性および管理可能性があれば物だ」というのは大審院が「物」という言葉に対して新しく創り出した意味にすぎなかったのです。しかも、1907年に制定された現行刑法の245条に電気を財物とみなす規定が置かれたときの立法理由は、電気が「物」に当たらないことを挙げています。また、現在の国語辞典でも、「物」を「可動性および管理可能性があるもの」とは定義していません。

問題は、日本ではこのような「意味創造的拡張解釈」も、許される拡張解釈だと考える傾向が強いことです²⁸⁾。しかし、裁判所が言葉の意味を自由に創造できるのであれば、罪刑法定原則はその意義を失うでしょう。むしろ、行為の時点で社会に通用している言葉の意味の限界が、解釈の限界

27) 大判1903年5月21日刑録9輯874頁。

28) たとえば、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（有斐閣、1881年）94頁は、拡張解釈を、「今まである法規に包含されない」と解されてきた事項について、新しくその意味を考え直すことによって、それもなおその法規の内容に包含されるように解釈を改め広げること」と定義しています。

なのです²⁹⁾。

7 罪刑法定原則と起訴便宜主義

(1) 起訴便宜主義の意義と問題点

最後に、罪刑法定原則と起訴便宜主義の関係について、簡単に触れておきましょう。日本の刑事訴訟法248条では、犯罪の証拠が十分に揃っていても、検察官は、犯人の処罰を必要としないと考えるときは、公訴を提起しなくてよいこととされています。これを起訴猶予といいます。つまり、検察官は、起訴・不起訴の判断に当たって、広範な裁量権を有するのです。このような考え方は、起訴便宜主義と呼ばれています。これは、多数の軽微な犯罪について、犯人が被害者に謝罪と被害弁償をするなどして反省の情が見られる場合に、これを起訴することなく事件を処理するために有益な制度です。

しかしながら、この起訴便宜主義は、その運用次第で、罪刑法定原則の基礎にある自由主義と民主主義の要請を骨抜きにする危険性を持っています。なぜなら、検察官は、その気に入る人物であれば、証拠が十分に揃っていても、公訴を提起しないことによってその人物を処罰しないでおくことができるからです。また、他方では、犯罪の成立範囲を解釈によって広範囲に広げておくことが前提ですがほとんどの人々は同じ行為をしても実際に処罰されることはないのに、特定の人物だけが狙い撃ちされて起訴され処罰されるという危険もあります。

(2) 起訴裁量の統制

そこで、一方では、公務員の職権濫用の罪では、検察官が公務員を起訴

29) 佐伯・前掲書95頁は、「日本語として有しうる意味の限界を超えて解釈適用されてはならない」と述べていますが、より正確には、「行為当時、日本語として現に有する意味の限界を超えて解釈適用されてはならない」と考えるべきでしょう。

しない場合に、被害者からその公務員を裁判にかけるよう請求する付審判請求の手續と、一般市民が参加する検察審査会が、犯罪一般について不当な不起訴がないかどうかを審査し、必要とあれば起訴相当の議決をするという制度が設けられています。また、2009年からは、検察審査会が同じ事件について二度にわたって起訴相当の議決をした場合には、裁判所が指定弁護士を検察官役として事件を刑事裁判に付する制度も実施されました。

他方、不当かつ不平等な起訴に関しては、学説により、公訴権濫用の理論が唱えられています。最高裁も、その起訴が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限るとしつつも、公訴権の濫用が公訴棄却を来たす場合を認めています³⁰⁾。さらに、「濫用」とはいえなくても、処罰が不相当な場合には、裁判所は公訴棄却を認めるべきであるという主張もあります³¹⁾。

大事なことは、このようにして、実質的に処罰を左右するような公訴提起に関しても、罪刑法定原則の精神、つまり「法の支配」とこれを支える自由主義と民主主義の精神が貫徹されなければならないということです。言い換えれば、罪刑法定原則を支える「法の支配」は、罪刑法定原則という刑法に限られた原理ばかりでなく、刑事裁判全体を貫くものとして、様々な場所で様々に形を変えて現れなければならないということです。

30) 最決1980年12月17日刑集34巻7号762頁参照。

31) たとえば、松宮孝明『『公訴権濫用』と『処罰不相当』 『非典型的刑罰消滅事由』について』立命館法学233 = 234号（1993年）511頁。