

〈紹介〉

## 執行されない刑罰法規の 廃止に関する文献の紹介

門 田 成 人

本稿は、NOTE: *DESUETUDE*, 119 HARV. L. REV. 2209 (2006) の概要を紹介する。「廃絶 (desuetude)」とは「制定法が長期間執行されない状況にある場合裁判所がこれを廃止するという理論」を意味する。この理論はあまり知られないが、アメリカ合衆国では20世紀初頭からおよそ40年周期で刑法の領域においてこの廃絶理論を導入すべきかあるいは導入できるのかが論争されている<sup>(1)</sup>。これはアメリカ合衆国で過剰犯罪化が問題とされた時期と重なる<sup>(2)</sup>。

過剰犯罪化は、何をもって過剰犯罪化というのかも問題となりうるが、ある行為がさしたる害悪を生ぜしめない（あるいはまったく生ぜしめない

---

(1) See e.g., NOTE, *Judicial Abrogation of the Obsolete Statute: A Comparative Study*, 64 HARV. L. REV. 1181 (1951), Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term-Foreword: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV. 40 (1961), Bonfield, *The Abrogation of Penal Statutes by Nonenforcement*, 49 IOWA. L. REV. 389 (1964), Henriques, *Desuetude and Declaratory Judgement: A New Challenge to Obsolete Laws*, 76 VA. L. REV. 1057 (1990), Stuntz, *The Pathological politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505 (2001), Brown, *Democracy and Decriminalization*, 86 TEX. L. REV. 223 (2007).

(2) See e.g., HUSAK, *OVERCRIMINALIZATION-The Limits of the Criminal law* (2008), Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV. 703 (2005), Kadish, *The Crisis of Overcriminalization*, 374 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 157 (1967).

い)にもかかわらず刑罰をもって直ちに禁止規制をかける場合など、その犯罪化の過程において実体的デュー・プロセス論や刑罰の最終手段性などの実体刑法上（さらには憲法上）の基本原則との抵触が問題とされる領域とともに、犯罪化の結果として膨大な犯罪カタログが執行機関に委ねられ、現実にはまったく使用されていない犯罪類型が存在し、場合によってはそれが標的とされた個人にあえて適用されることもあり、その執行における刑罰権の恣意的濫用が問題とされる領域もある。

廃絶はまさに後者に対応する理論である。長らく使用されていない刑罰法規による訴追に対して、裁判所がその刑罰法規の廃止を認めることで、犯罪カタログが膨れ上がることにより潜在的に生まれる刑罰権の恣意的濫用の危険性を封ずるものといえる。これは、訴追実務を通じて示される「当該刑罰法規が使われない」との告知（これが保護に値するか、さらに保護に値すると判断する要件がもちろん問われる）に反した不意打ち処罰と考えられることから、デュー・プロセス条項や平等条項に違反するものともいえる。

他方、刑罰法規の立法は立法府に専権的に委ねられるとの権力分立論からすれば、いったん制定された刑罰法規の廃止も立法と同じく立法府の判断によらなければならないと考えられ、裁判所による廃止を認めようとする廃絶理論は権力分立論に抵触するとの反対論が支配的である。

本稿で紹介する研究ノートは廃絶が導入されるべきことを主張する<sup>(3)</sup>。その根拠はきわめてシンプルである。廃絶は裁判所が現代の目的を何ら果たさない制定法を探し出し廃止するという責務から立法府を解放するという賢明な共同作業であるとする<sup>(4)</sup>。この研究ノートはこれまでの廃絶をめぐる議論を簡潔にまとめ整理したうえで、そこに欠けている理論的問題を明らかにしようとするものである。

アメリカ合衆国においてテロ撲滅作戦が展開されるなか、合理的な

---

(3) 119 HARV. L. REV. at 2209.

(4) *Id.* at 2210.

## 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

刑法政策を創造し維持できないというアメリカ合衆国の民主主義の弱点が露呈している。<sup>(5)</sup> 選挙民は立法府がより多くの犯罪と峻厳な刑罰を制定することを要求し、これに対していかなる利益集団も政治勢力も反対活動を行なわないのである。そのため、刑罰法規制定の政治プロセスは、刑法典を膨らませるだけで縮めることがないことから、「一方向に限られたつめ車 (one-way ratchet)」<sup>(6)</sup>とも称される。このままでは法典上の法律が全ての人を重罪犯人とする世界に限りなく近づくとまで擲擲される現状である。<sup>(7)</sup> 刑法領域が国家による個人に対する利益剥奪を内容とする刑罰を手段とするだけに個人の権利が不当に侵害されることにないシステムの構築が最優先課題であるとすれば、権力分立もそれが自己目的とはならず、それによって本来達成されるべき個人の権利保護を目指した周縁部の修正も許されるのではなかろうか。アメリカ合衆国の現状は、過剰犯罪化を一方向的に生産する現代の権力分立システムに欠ける修正装置を再考する契機である。以下、本研究ノートを紹介する。

**NOTE: *DESUETUDE*, 119 HARV. L. REV. 2209 (2006)**

### 1. 廃絶 (Desuetude) — 不執行による廃止 (Abrogation)

#### A. 合衆国最高裁における廃絶理論

「廃絶」という言葉は、「何かが利用も使用もされない状態あるいは状況」を意味し、日常会話ではほとんど使われないものである。廃絶は法律に関する英語の議論では時折使われる。その場合、制定法が長期間

---

(5) Brown, *supra* note 1 at 223.

(6) Stuntz, *supra* note 1 at 509, 547. See also Beale, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 AM. U. L. REV. 747, 773 (2005), King, *Judicial Oversight of Negotiated Sentences in a World of Bargained Punishment*, 58 STAN. L. REV. 293, 301 (2005), Luna, *supra* note 2 at 719.

(7) Stuntz, *supra* note 1 at 511.

意図的に執行されず無視されることが周知である場合に裁判所によって廃止される理論をいう。

廃絶の法的根拠はローマ法学者ユリアヌスの「制定法が立法者の投票のみならず皆の暗黙の同意を伴う廃止によって廃止されてよい」との言葉に遡る。ローマ法からいくつかの法伝統にたどり着いた。サヴィニーを中心とするドイツ歴史学派が廃絶の合法性を認める議論はとりわけ興味深い。この立場では、廃絶は、民族精神あるいは「ある民族の歴史的に発展した法的意識」から生じる、準法 (quasi-law) の積極的な創造である。しかしながら、民法伝統からの議論は、コモン・ローの伝統に異質な慣習上の立法という概念にそのまま依拠するのでは、アメリカ合衆国ではほとんど役に立たない。

この理論を継受したアメリカ合衆国の法域はどうか。関連する判例法を調査するのにさしたる苦労はない。というのもウエスト・ヴァージニア州のみが廃絶を有効な抗弁として認めているからである。Committee of Legal Ethics v. Printz (416 S. E. 2d 720 (W. Va. 1992)) 事件判決では、州最高裁は、不用となった刑罰法規を廃止するかどうかを決定するための3要件を示した。それは、①問題の犯罪が法定犯でなければならない、②「長期間にわたり当該制定法の違反が罪と問われず、よく知られ、行き渡っていないなければならない」、③顕著な不執行ポリシーが存在しなければならない、である。他の州における初期の判例は廃絶を認めていたがいずれも覆されており、ウエスト・ヴァージニア州がこの領域の例外として残された。

合衆国裁判所が廃絶を議論した、United States v. Elliot (266 F. Supp. 318 (S. D. N. Y. 1967)) 事件判決では、ニューヨーク州南地区の裁判官は、廃絶が廃れた法律に対するデュー・プロセス条項違反か平等条項違反で構成されれば、魅力的な抗弁となりうることを示唆した。しかし、Elliot 事件判決以降、合衆国裁判所がそのような根拠に基づき不用な刑罰法規を無効としたことはない。Sunstein 教授は、廃絶が Lawrence v.

## 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

Texas (539 U.S. 558 (2003)) 事件判決において機能したと見ている。この判決において、合衆国最高裁は同性愛者の反自然的性交禁止法を無効としたが、本法は同意のもと私的に行為した成人には適用されたことがなかった。死文化した法律の予期しない復活は確かに不正義との印象を与える。この不安感はいずれこの判決における背景要因で、多数意見が「公正な」結論に至るのを助ける発見的学習法にすぎなかった。Sunstein 教授は、そんな理解を示しつつ、道徳の保護が廃絶の状況の結果として合理的根拠のデュー・プロセスによる審査において合法的な政府利益と認められない、というのも制定法が廃れるというのは公的道徳の変化を示唆するからであると述べるにすぎない。これはうまい議論であるが、真の廃絶理論の抗弁には至らない。Sunstein 教授も「アメリカ合衆国型廃絶」と呼んでいる。廃絶理論の伝統的な適用は、最低限の実体的デュー・プロセス審査を充足するための合理的根拠ではなく、制定法そのものの廃絶である。これが「アメリカ合衆国型廃絶 (Desuetude, American style)」と「本来型廃絶 (Desuetude, desuetude style)」との違いである。

これまで、アメリカ合衆国司法システムにおいて、制定法を廃絶するための、広く容易に適用できる理論的アプローチを作るのに精一杯の努力がなされてきたわけではない。結果として、廃絶を取り入れることは、執行可能性、裁判所の能力や訴追転覆の可能性という重大な問題を提起する。

### B. 廃絶反対論

廃絶理論に対する裁判所の冷淡な対応はなぜか。1つの議論はこれまでの反対論にその流れを見出せる。たとえば次の論述である。

「[死文化した制定法の裁判所による廃絶は] 統治機構としての三権分立に違反し破壊するものである。執行府と司法府が立法府の仕事を見捨てるために結託できるならば、立法府は即座に無力化しその厳しい制約によって弱体化する。」(Enforcement of Obsolete Laws, 67 CENT. L. J.

141, 141-142 (1908))

廃絶の抗弁に対する主たる反論がここにある。つまり、立法府だけが刑法を立法する権限を持ち、廃れたと見られるようになっている制定法を廃止するか否かを決するのも同じ立法府である。司法府は立法府ではないから、裁判所は廃れたことを理由に明白な制定法を廃止することはできない。

廃絶を受け入れたがらないことが権力分立への固執によることを示唆する、さまざまな陳述もある。制定法解釈に関する文献は、「権力分立原則は、憲法上の要請に合致する立法が不使用や廃れることで無効化され、あるいは執行を託された者が当該制定法を執行しないことで廃止されうると考えるのを邪魔する」とする (1A SINGER, SUTHERLAND STATUTES AND STATUTORY CONSTRUCTION 23:26 (6<sup>th</sup> ed. 2002))。この意見はこの問題に関する学術文献において繰り返し述べられている。1930年には、「裁判官がその目の前の証拠に基づいて慣習法がある制定法を廃止すると判断することを認めるのは明らかに危険である。そのような行動は理論的に国民の意見に責任を負う立法府を中心に組み立てられた統治構造には居場所がないであろう」とされた (Legislation, *The Elimination of Obsolete Statutes*, 43 HARV. L. REV. 1302, 1304-05 (1930))。1931年には、廃絶は、廃れたことの間違いやすい調査を議会から裁判所に委譲し、「廃絶理論が未然に予防する以上にあきれた議論の機会を提供することとなる」 (Philip, *Some Reflections on Desuetude*, 43 JURID. REV. 260, 267 (1931))と結論づけた。1966年には、「廃止状態にある制定法の廃止やその潜在的に起こりうる濫用の予防は主として立法事項である」 (Rodgers & Rodgers, *Desuetude as a Defense*, 52 IOWA. L. REV. 1, 2 (1966)), 1977年には、「裁判所による廃絶の一貫した拒絶の根拠は権力分立原則への敬意である。廃絶の拒否は表面的には司法府に対する制約である。その本質は執行府への制約である」 (Allen, *The Police and Substantive Rulemaking: Reconciling Principle and Expediency*, 125 U. PA. L. REV. 62, 190 (348))

## 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

82-83 (1976)), そして, 1999年, 「廃絶は, 政治的コンセンサスに基づいて制定法をつくり廃止するという立法府の権限の核心に打ってかかる。それだけで, 司法府は, 廃絶により, 立法府に州憲法によって付与された権限を侵害しうる」(Misner, *Minimalism, Desuetude, and Fornication*, 35 WILLAMETTE L. REV. 1, 13 (1999)) とされる。

この廃絶反対論の背後に潜在するのは, しばしば司法審査に向けられる反多数主義の批判である。単純化していうと, その主張は, 「司法府は政治的に責任を負う機関ではない。裁判官はどの法律が支持されるべきか無効とすべきかを判断するには不適任である。そのような判断は立法府に委ねるべきである。国民の意思を反映するのにより向いているから」とする。

この権力分立の特に深みのない主張は2つの理由で廃絶の脈絡には当てはまらない。第1に, 廃絶の抗弁は, 多くの選挙や在任期間を超えた民主的に選挙された執行官による, 制定法の不執行に依拠する。裁判所は政治的に責任を負う機関の繰り返された同意なしには廃絶を根拠に廃止を検討することができない。第2に, 裁判所のお節介の範囲は事件性や争点性の要件によって限定されており, 検察官が死文化した制定法を法廷に持ち出しその適用を求める事例に裁判所の廃止権限が認められることとなる。

廃絶反対論は Tribe 教授がかなり熱心に「アメリカ合衆国憲法を指揮し浸透する巨像」と叙述する権力分立の規範に依存している。その単純性にかかわらず, おそらくはそのために, この議論は裁判所に対するインパクトの観点では圧倒的な成功を収めている。法律議論におけるこの巨像を止めるのは誰か。

### C. 3つの(失敗した)廃絶賛成論

民事法の伝統が依拠する民族精神からの議論はアメリカ合衆国では不適切である。というのも, 慣習だけではそのシステムにおいて法を創造する十分な手段とはいえないからである。それゆえ, 賛成論者は, 廃絶

理論がローマ法において構築された概念的基礎から離れ、アメリカ合衆国の裁判所がこれを取り入れるべき理由を説得的に説明しようと試みているが、成功はしていない。3つの主要な議論がある。

### 1. 自由と平等からの憲法議論

廃絶反対論へのもっとも一般的な批判はデュー・プロセス条項および平等条項から導かれる憲法論に依拠する。「公正な告知」はこの理論の肝要な構成部分であり、適法と違法とを区別する刑罰法規がまったく執行されていないならば市民がその区別をするように期待されえないとする。これは「制定法典を読んだことのない平均人が法律について倫理や習慣につき知ることを知っており、その他訴追について知ること知っている」という前提に依拠する。廃絶論を支持する主張は、個人が大量の目に付きやすい犯罪者から抜き取られ、その不当性を確認し得なかったであろう犯罪を行なったとして訴追されることのないように保護する手段を、合衆国憲法に見出すものである。

### 2. 熟慮強制論

憲法上の主張をなす論者は Bickel 教授の重要な貢献をしばしば見逃している。Bickel 教授にとって、廃絶は、当該制定法の現状に対する賛否の主張を、少なくとも第1次的な決定権限が属する立法府に向けるための工夫の一つであった。換言すれば、廃絶は司法府が立法府に廃れつつあり憲法上問題のある制定法を再検討するよう求める道具であった。Calabresi 裁判官もこのテーマを取り上げ、アメリカ合衆国法における「制定法化」の有害な結果に取り組むなかでこれに敷衍した。彼らは、厄介な立法を処理するための綿密な、熟慮を強制する計画、つまり、できれば、司法府がいらいらさせる法律を再度の検討のために立法府に送るべきことを考えている。

### 3. 権力分立への反論

Bickel 教授は、権力分立論の一つ、つまり法律が長く適用されなくても与えられた権限を保持することを争って、もう一つの重要な廃絶支持



## 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

論を追加する。すなわち、Bickel 教授は、廃れた制定法が、現行の政治過程の現実を反映していないことから、立法府によって当初付与された権威をもはや持たないと主張する。通常、立法府は、主権が導かれる国民の意思に従い、実体刑法の内容を調整する役割を担う。しかし、執行されることのない制定法は政治過程により排除されえない。というのはそのような法律は目立たずこれに対する意見の集約を図れないからである。ここにおいて、Bickel 教授は、Gray 教授の、新たな立法の容易さと廃絶の妥当性とが裏腹な関係にあるとの見解を利用する。検察官が起訴にあたり廃れた制定法を復活させるならば、執行府は死文化した法律の蘇生によって本質的に立法を行なう。Bickel 教授は以下の遠回しな表現でその主張を示唆している。すなわち、「裁判所は、制定法を漠然性のゆえに無効とする場合、立法過程を動かすために実体的な争点の判断を控える。裁判所は、立法府が問題とされたことを何らしてはならないと判断するのではなく、むしろいやしくもなされるべきことであれば立法府がそれをなすように求めるのである。ここに廃絶の着想との類似が存在する。」(75 HARV. L. REV. at 63) と。この巧妙な主張の本質は廃絶が「やってもやらなくても非難される」ものである点にある。本理論を適用すれば、裁判所が死文化した法律を廃止するという立法府の権限の一部を奪い取らなければならないから、権力分立に違反する。その理論の適用を拒否すれば、検察官が廃れた制定法を使うために立法府の機能を侵害しなければならないから、権力分立にやはり違反する。

### D. 廃絶論争を評価する

廃絶理論の理論状況を批判的な目で概観することが可能である。すでに言われていることを考慮すると、Bickel 教授や Calabresi 裁判官などによる勇敢な試みにかかわらず、廃絶賛成派があまりうまくいっていないと読者は見るであろう。どの巡回区でも、ウエスト・ヴァージニア州以外の州では、廃絶に反対する権力分立の立場は廃絶賛成論のどの組み合わせに対しても確固たるものである。

デュー・プロセス条項や平等条項による憲法論上の主張は、死文化した法律と取り組む事案の多くでは少なくとも議論を促すのに十分な直感的な訴えがある。しかし、ウエスト・ヴァージニア州以外の裁判所は実際にこの原理を採用していない。それは、憲法上の議論が説得的ではないかあるいは説得的すぎるかのいずれかであることを示唆する。デュー・プロセス条項の拡張的な半影の考え方にすくむ裁判官が「公正」という美辞で飾られた廃絶の主張を支持して行列することはなさそうである。より自由主義的な仲間が平等条項やデュー・プロセスの諸権利を支持する議論に対応する場合に、その結果は廃絶が個人の諸権利を保護する最善の方法に関するより大きな戦いで敗北することである。コネチカット州の出産コントロールの禁止がほとんど執行されない状況は廃れた制定法の無効化に絶好のものであった。Bickel 教授は、*Poe v. Ullman* (367 U.S. 497 (1961)) 事件判決を検討するなかで、廃絶がまもなく法制の主流に導入されるだろうとの楽観論を表明した。しかし、*Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479 (1965)) 事件判決はこの希望を打ち砕き、デュー・プロセス条項に由来する、新たに作り出されたプライバシー権を根拠に避妊法を無効とした。合衆国最高裁は、*Lawrence v. Texas* 事件判決において、私的に行動する同意のある成人に適用されるとは思われなかったテキサス州の反自然的性行為禁止法を検討した。合衆国最高裁は、廃絶を根拠に州法を処理する代わりに、実体的デュー・プロセスの意見を示し、大きな混乱を引き起こした。同じことが木造建築における乾燥機の使用を禁止するサンフランシスコ市条例についても指摘される。合衆国最高裁は *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356 (1886)) 事件判決において平等条項を根拠に市条例を無効とした。理解のある裁判官に提起されても、デュー・プロセス条項や平等条項の問題を重視する廃絶賛成論がその支持するキャストに注目を奪われるように思われる。

Bickel 教授や Calabresi 裁判官による別の見方の提案における廃絶の部分は裁判所や廃絶反対論者からの反応をほとんど得ていない。これは

## 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

おそらく廃絶がずっとはるかに大望のある理論的構成（例えば司法府と立法府との対話という司法哲学）の一部にすぎなかったからである。

権力分立の問題となると、賛成派も反対派もその規範に違反するとお互いを批判しより対立的となる。廃絶反対派が一貫して裁判所に浸透しているとの事実は3つのいずれかを意味する。つまり、裁判官は単に権力分立に対する廃絶反対派の形式主義的アプローチに同意する、裁判官は廃絶反対派の主張に賛同しないが「波乱を起こし」上訴で覆される危険を恐れる、あるいは、裁判官は学問的論争から離れ、権力分立に無関係な理由で廃絶理論の適用を拒否する。

その理由にかかわらず、1つの事実は確かである。つまり、廃絶に関する論議では、廃絶の反対者が勝利していることである。その立場は、なぜ裁判官が廃れた制定法を廃止できないのかを説明するのに権力分立に依拠するが、単純で効果的である。立法府は刑罰法規の創造を独占し、立法府のみが刑罰法規を廃止できる。

廃絶反対論はアメリカ合衆国の裁判所の圧倒的多数に浸透している。しかし、標準的な廃絶反対論は2つの問題に苦しむ。法創造過程および法修正過程に関して、反対論は実体刑法が作られるシステムを正確に描写できない。2つの過程について、実務は立法府がどうすべきかに関するもっともありふれた描写的主張と相容れない。

## II. 法創造と実体刑法立法権限の委譲

現状を見るに、立法府が刑法の創造を独占しているという主張は誤りである。確かに、行為の犯罪化は今なお刑罰法規の制定で始まる。しかし実体刑法の創造における立法者の役割は廃絶反対論が主張された頃から大きく変化している。「実現可能な政府 (workable government)」という今日のシステムでは、立法府は刑罰法規の立法権限の多くを執行府の職員に委譲している。この委譲の影は刑法の文献に見られるが、最近では立法府が犯罪行為の定義に関する独占的権限を委譲する理由と方法を

明らかにする統治部門間の力学を説明するのに多くが費やされている。委譲の規範が広く認識されたためにその目的や範囲に関する不一致が生じているが、この原則が廃絶の議論に浸透しているとは思われない。

#### A. 過剰犯罪化—立法府はどうするか

委譲の議論は「刑罰法規によって違法とされる行為の範囲が拡大する一方である」との古いニュースに始まる。Calabresi 裁判官の「法制定の酒池肉林」が刑法領域に広がっていることは学界が注目していなかったわけではない。この現象の2, 3の説明は文献に見られる。それらは、立法者が「犯罪に強硬 (tough on crime)」と見せる必要性、有害ではない行為を犯罪化することで道徳性 (morality) を満足させたいこと、そして刑罰法規の立法が拡張にのみ通じる一方通行路であるとの漠然とした概念である。しかし、この現象を十分に説明するには執行府の行動に目を向けなければならない。

#### B. 訴追裁量—執行府はどうするか

訴追裁量はアメリカ合衆国刑事手続の1つの特徴である。最近の研究によれば、この許された執行実務は過剰犯罪化現象を生み出している。簡潔に言えば、立法府は執行府とのある種の本人代理人関係に依拠し、執行府は有害な行為の過剰犯罪化あるいは過少犯罪化に対する潜在的な反発を緩和する手段として訴追しない裁量を利用している。そして、執行府は、その選挙での勝利が刑事司法の執行にともなう公衆の満足にもとづく政治的に責任を負う統治部門であるから、予測可能な方法で政治的反発の危険を防ぐために当てにされうる。

#### C. 委譲の所産—検察立法

「より深い政治 (deeper politics)」からの主張は、立法府がなぜ実体刑法の立法権限を委譲したがるのかその理由を明らかにし、立法府がこの目的をどのように達成しているのかを説明する。立法者は検察官に制定法起草者の仕事をさせることにより低コストで政治的利得を確保できる。その結果は刑罰法規における検察立法という実務である。つまり、

## 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

「州がほとんど執行されない犯罪を保持し、どの違反者が訴追されるべきかを決定する権限を検察官に付与する場合、検察官は、犯罪を定義する権限を持ち、立法者となる。すると、過剰犯罪化問題の本質は犯罪を定義する権限を執行府の職員に委譲していることである」と。これは過剰に広汎なXYZ立法（立法府が、X、Y、Zの3つの要素によって特徴付けられるある行動を抑止しようとして、最初の2つの要素だけを犯罪化し、第3の要素が存在する場合にのみその制定法の使用を制限するよう検察官に依存するプロセスを意味する。Stuntz, *Substance, Process, and the Civil-Criminal Line*, 7 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1, 24 (1996)) に至る。少なくとも立法府の都合からはそのシステムはまさに成功している。

確かに便利だが、いくらでなされるのか。執行府の裁量を「衝撃吸収(shock-absorber)」として利用する立法府は一見したところでは選挙民の意思に依拠していない制定法を生み出す。過度に広汎な刑罰法規やそれらが生み出される委譲のシステムの一般的受容は、「その厳格な執行ほど悪法等を廃する有効な手段を持たない」との Grant 大統領の発言の裏から導かれる。過度に広汎な犯罪化は立法者が処罰する意図のない人々に訴追の脅威を与える。法律は最終的に不幸な個人におそらくその行為が道徳的に非難されるから、あるいは人種や社会階級のゆえに集中する場合、その個人が法に抵抗するには遅すぎるし、一般国民に多大な要求をすることにもなる。

実体刑法の委譲のもう一つの理論的結果は、権力分立の規範の形式主義的な理解が刑法の脈絡では不適切であるということである。賛否いずれの立場でも権力分立の主張は「3つの統治部門の外部からの影響を受けない分立」を唱導する。実体刑法の構造上の特性は、形式主義的な権力分立が刑法の創造においていかなる役割を果たしても、現在はこの領域における活動には不適切である。廃絶反対論は権力分立の形式主義的理解に固執するが、それが保護しようとする統治部門そのものが實際上

その理解を置き去りにしている。

### Ⅲ. 失われる自己修正装置 (The Missing Self-Correction Mechanism)

廃絶反対論はまた立法府のみが刑罰法規を廃止できると主張する点でも誤っている。模範刑法典のような法典の現代化の動きにかかわらず、現実には現代の立法府が自ら創造した刑罰法規を統御できないことを明らかにしている。

#### A. 自己修正装置

実体刑法の立法は必ずしも今日のようなものではなかった。かつてはある行為を犯罪化する過程は実体刑法の拡張をチェックし一般国民の感覚とおおよそ一致させる自己修正装置を持っていた。実体刑法の歴史はその装置の消失を語る。

コモン・ロー制度では、裁判官は先例のゆっくりとした蓄積を通じて実体刑法の創造の責めを果たしている。したがって、裁判官はまた廃れた禁止を刑法から排除しうる。そのような制度はアメリカ合衆国では行なわれなかったが、継受したアングロ・アメリカンの法伝統はコモン・ロー制度で作上げられた刑法の理解に基づいていた。アメリカ合衆国の法制度が「制定法の時代 (age of statutes)」に大きく転換するなかで、コモン・ロー上の自己修正装置は失われた。他の歴史的に認められた自己修正の伝統もまた消失した。例えば、刑罰法規における制定法のあいまいさを被告人に有利に解釈するよう裁判官に命ずる解釈原則である慈悲の原則の消滅がその例である。

刑法からの自己修正装置の消失は検察官の台頭により完全なものとなった。犯罪の訴追が徐々に州営の訴追法律家の管轄となり、今日では州の起訴独占システムとなっているが、これは私的当事者が訴追を行なう初期システムからの離別である。この変更は、有罪答弁の結果として陪審の権限の縮小と合わせて、刑法領域における統治部門間での権力の分

## 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

配を根本的に変えた。執行府は選手となり、立法府は面倒な責任を担う受け手を見つけ、司法府は実体刑法の定義や執行においてはるかに小さな役割を果たすにすぎなくなった。執行府による犯罪の訴追は訴追裁量を生み出し、それが公式の不執行を生ぜしめ、それは立法府が廃れた法律を廃止することを妨げることとなった。

### B. 自己修正装置のない刑法システムの危険

さまざまな理由から、現代の実体刑法は自己修正のための重要な装置を欠いている。とりわけ廃れた刑罰法規については、立法府は必要な修正手段を講ずることもできない。刑罰法規は、いったん社会に放たれると使用停止状態となっても、容易には退治されない怪物となる。この欠陥のコストは多面にわたる。

第1に、自己修正装置のない立法システムは均衡 (equilibrium) ではなく、その代わり、ひどくグロテスクな調和を生ぜしめるであろう。アメリカ合衆国の実体刑法の立法システムはこれを実証している。過剰犯罪化現象は警報の立法が形式主義モデルから機能主義モデルへ変わりきれなかったことにも一因がある。刑法の創造は、3つの統治部門が効率性と便宜を最大限にするよう意図された相互関係において責任を分担する支配への機能論的アプローチを例証する。他方、刑法の修正は形式主義の思考にはまり込み、そこでは政府活動はいずれかの統治部門による支配から個人の自由を保護するという目的に照らし意図的に遅らせられる。このように見ると、過剰犯罪化は初期治療の問題である。機能主義により創造の方向に引っ張られ、形式主義によって修正の方向に動かないとすれば、実体刑法は増えるのみではないか。

第2に、無害と見られる行為の多くが犯罪とされる膨れたシステムの、潜在的に有害な示唆を考えると、過剰犯罪化はしばしば指摘される口実的な訴追の問題を生ぜしめる。学界は、検察官が問題となる些細な違法以外の何か（例えば人種）のゆえに標的とされた個人を処罰するために犯罪化された行為の膨大なメニューから選択するこの実務を非難する。

廃絶は検察官のメニューからもっとも容易に濫用される選択肢、つまり長く正規に執行されていない制定法を排除するであろう。

第3に、自己修正装置の欠如は実体刑法を国民の意思から離れさせる。Holmes 裁判官が健全な法体系の最初の要件は、正しかろうが誤りであろうが、法体系が共同体の現実の感情や要求に合致すべきであると主張する点で正しいとすれば、この問題の厳しさは誇張しすぎということはない。民主主義社会では、罪刑法定主義は実体刑法の内容と国民の意思とを調和させる責任を反映させる。廃絶のような自己修正装置がなければ、これは達成し得ない目標となる。

#### IV. 結 論

廃絶の論議の百年に立ち戻ろう。この議論は廃絶に反対する権力分立論によって支配されている。この主張に関する問題は3つの統治部門の権限、義務や無能と関係する。実体刑法の文脈では、全ての統治部門は法の創造にかかわるが、法の修正にはどこもかかわらない。この不均整は過剰犯罪化、不正義、そして民主主義の失敗に至る。

形式主義が刑法領域では死んでいることや3つの統治部門が法の創造の過程に貢献することを受け入れれば、法の修正の欠如を矯正することが目指されなければならない。その場合、伝統的な廃絶反対論、つまり法の創造と同じく法の修正においてもすべての統治部門が役割を果たすことを促す形式主義的分析によって束縛されると考えるべきではない。

廃絶の抗弁は、法の修正という目的を達成するため現代機能主義的分析を展開するから、アメリカ合衆国刑法に統合されるべきである。廃絶は、射程が狭いものの、実体刑法の内容を完全なものとするのに有効な自己修正装置を提供する。再度繰り返すならば、それは司法府が立法府に明確に現代の目的を何ら果たさない制定法を探し出し廃止する負担から逃れさせる知的な共同作業の一部であるという見解に正当性が見出される。



### 執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介

他の手段では達成されえない方法で刑法典における下ばえの灌木を伐採することで、廃絶は優しいが確固たる手で実体刑法の内容を統制する。廃絶の採用は過剰犯罪化を緩和し、公正さを促進し、国民の意思を満足させ、裁判官が望ましい結論を生み出すため憲法上の策略に依拠するのを妨げる。これらの理由から、刑法における廃絶の抗弁は常に廃絶の状況そのものから生まれるべきである。