

論 説

機能的刑法解釈方法論再論⁽¹⁾

松 澤 伸

- 一 はじめに
- 二 我が国の刑法解釈学方法論の発展と分析
- 三 機能主義的な刑法解釈方法論の構想——基礎法と実定法の架橋
- 四 今後の研究の発展の方向性——理論と実務の架橋
- 五 おわりに

一 はじめに

1. 本稿は、現在のわが国の刑法学における解釈方法論について、私の基本的な立場である機能主義の立場から、分析を試みるものである。私は、すでに書籍や論文⁽²⁾において、私の考える機能主義的な刑法解釈論・刑法解釈学のあり方について明らかにしてきたが、今回、あらためてこの問

(1) 本稿は、2007年2月3日に開催された早稲田大学大学院法学研究科魅力ある大学院イニシアティブ主催の第四回法理論研究会「法の解釈方法論」において、「刑法の解釈方法論——機能主義家法学の立場から」と題して行った報告に、注を付し、加筆・補正を加えたものである。すでに公表している拙著・拙稿と内容的に重複する部分があるのはそのためであるが、分析の角度をやや変えていること、また、全体の読みやすさも考慮すべきことから、あえて重複を残している。

(2) 松澤『機能主義刑法学の理論』（信山社、2001年）。

(3) 松澤「機能的刑法解釈論の方法に関する一考察」刑法雑誌43巻3号359頁。

題について考える機会を与えられたのを契機として、もう一度この問題について論じてみることにしたい。⁽⁴⁾ なお、ここで問題とするのは、学問としての刑法解釈学(ドグマティック)の方法論である。技術としての刑法解釈(アウスレーグング)の方法論ではないことを、あらかじめお断りしておきたい。

すでに、拙著の公刊から6年が経過した。その後、日本の社会・日本の刑法学をめぐる状況の変化には、かなりのものがあるように思われる。拙著の元となった博士論文を執筆していた1990年代後半当時はあまり活発でなく、書籍にまとめようとする段階になって徐々に活発化の動きが見られるようになっていた刑事立法も、現在では「立法の時代」というべき状況になっている。また、陪審制だけがモデルとして論議され、現実に導入されるかどうか必ずしも確実ではなかった裁判員制度も、もうあと数年で開始され、裁判官席に市民が座る時代がやってくる。このような動きの中で、学問として法律学を研究する我々にとって最も切実な動きとして肌身に感じるのは、ロースクールの開校である。「実務と理論の架橋」という言葉が、毎日のように聞かれるし、この問題について、我々も日々考えることを強制されるような状況にある。本稿を執筆するきっかけとなった「魅力ある大学院イニシアティブ」も、学問としての法律学をいかに考え、また次世代の学者を養成していくか、という点に最大の要点があるように思われる。刑法の解釈方法論のあり方も、このような動きとは無関係ではいられないであろう。特に、法と裁判の社会における現実の機能を重視する機能主義の立場からすれば、社会の変化と機能主義のあり方は密接に関連せざるを得ないといえよう。

純粋に学問的な側面からも、検討すべき課題はある。2004年、機能主義をわが国の刑法学に導入した平野龍一が逝去した。その際に行われた平野刑法学についての総括的な評価には、ややオミットされている点があるよ

(4) 注(1)参照。

うにも思われる。ここでは、その部分を、あえて補ってみたい。また、私の提案する機能主義刑法学に対しては、いくつかの重要な疑問が提起されており、さらに、刑法の解釈方法論に関して、重要な研究も登場している。これらの学問的な課題についても、ここで検討を加え、できうるならば、新たな議論の発展の契機としたいと考えるものである。

2. 本稿は、次のような構成をとる。まず、わが国の刑法学の発展をあとづけ、分析する。すでに明らかになっていることの繰り返しになる部分もあるが、本稿の読者は刑法学者に限らないことが想定されているので、あえて多少の繰り返しを侵す。ここでは、特に平野の見解から何を学ぶかに重点を置く（二）。次に、私の考える機能主義的な刑法の解釈方法論について、これまでになされた批判や分析を踏まえつつ、論じる（三）。最後に、私なりの理論と実務の架橋として、今後のわが国の刑法学研究の発展の方向性を若干展望してみたい（四、五）。

二 我が国の刑法解釈学方法論の発展と分析

1. 伝統的刑法学、機能主義刑法学、法解釈論争

(1) 伝統的刑法学

1. わが国の戦後刑法学の出発点を見ることから始めよう。わが国の刑法学は、戦前・戦中における刑罰権の発動の早期化、広範な処罰を可能とする主観主義犯罪論への反省から、客観主義犯罪論が有力となった。そして、その反省は、刑法の実現をつかさどる裁判官へも向けられた。すなわち、裁判官が恣意的な判断をしないように、その判断を拘束しなければならない、というのである。したがって、このような立場に立つ刑法解釈学の方法論は、「いかにして裁判官の思考を拘束するか」という視点・目的にかなうように構成されなければならないという要請を負うことになる。

このような要請に対して、当時の刑法学者が考えたのは、「緻密な理論体系の構築」という方法であった。すでに、わが国の戦後刑法学は、刑法典制定において参考とされ、戦前・戦中よりひとつのモデルとして考えられてきたドイツ刑法学から、体系的思考を学んでおり、理論体系の緻密化には一定のノウハウを有していた。そこに、体系的思考を強化し、緻密な理論構成を行うことは、わが国の戦後刑事司法の発展に望ましいのだ、という要請が加わる。

このような思考を代表するのが、団藤重光である。団藤は、「刑罰権といった国家権力の発動がでたらめなものにならないようにするためには、あらゆる恣意を封じなければならない。罪刑法定主義はその立法的なあらわれであるが、微動もしない正確な理論構成への要請も、これとうらはらをなすものだ⁽⁵⁾といってよい」という。これは、戦後刑法学の方法論的な出発点であり、現在においても——意識的にせよ無意識的にせよ——、ほとんどの研究者が採用している方法論⁽⁶⁾である。このような方法論に立つ立場を、本稿では、伝統的刑法学と呼ぶことにする。

2. 伝統的刑法学にたつ場合、見落とされがちなことがある。恣意を封じるために裁判官を拘束するというが、「拘束する」ということは、何かに拘束しなければならないことを意味する。それは、刑法学者の考える「理論体系」ということになる。では、拘束する側の刑法学者は、どのような理由から、裁判官はその理論体系に拘束されなければならないといえるのであろうか。

ひとつの考え方は、刑法学者が学問的に構成した理論体系は、条文の規範的意味を客観的に認識した結果であるから正しいのだ、というものであ

(5) 団藤重光『刑法綱要総論』（初版、創文社、1957年）はしがき。

(6) 最近でも、高山佳奈子は、「犯罪論の体系とは、恣意的な判断を防止し、法の下の平等を確保しつつ正義を実現するための工夫であるといえる」と述べている（高山「刑法解釈の手法①総論」法学教室274号10頁）。

る。木村亀二の立場に代表される。木村は、刑法解釈学を、「現行刑法の規範の意味を解釈によって体系的に認識することを任務とする学問⁽⁷⁾」と位置づけたうえで、「刑法の規範の意味は、立法者の事實的・歴史的意思でもなく、解釈者の主観的意味でもなく、条文によって、成文の中に定立せられた客観的意味でなければならない⁽⁸⁾」としている。このような立場によれば、規範的意味の認識は「客観的」であるがゆえに、正しい・誤っている、という判断が可能になるはずである。しかし、これが本当に客観的なものであるかどうかには極めて強い疑いが残る。むしろ、刑法学に限らず、伝統的に行われてきた法律学方法論が、このような認識を「客観的」だと言ってきたことが、来栖三郎が口火を切った法解釈論争へつながったのだと考えられる⁽⁹⁾。

もうひとつの考え方は、自らの思想的・哲学的背景を基礎として刑法理論体系を構成する立場である。この立場は、刑法解釈の主観性を認めつつも、あえてその解釈の妥当性を主張する立場だといえる（後に見るように、機能主義刑法学も法解釈の主観性を認めるものが多いが、機能主義が、特定の解釈をした場合に社会に及ぼす効果が最大であることを基礎に解釈の妥当性を主張するのに対し、この立場は、背景となる思想・哲学や、理論の一貫性そのものが解釈の妥当性を基礎付けると考える点で、機能主義と大きく異なっている）。たとえば、野村稔の考え方は、これにあたるであろう。野村自身は、「刑法学、とくに刑法解釈学は、…刑罰法規（特に刑法典の規定する）の体系的認識を行うことを目的とする⁽¹⁰⁾」としており、この点で、木村と類似した考え方が見られるが、同時に、「刑法という鏡に自分を映して

(7) 木村亀二『刑法総論』（有斐閣、1959年）13頁。

(8) 木村・前掲注（7）19頁。さらに、木村『刑法の基本問題』（有斐閣、1979年）43頁以下も参照。

(9) なお、法律学の科学性に関し、木村は、「科学とは広く対象に関する認識の体系と解せられ、その意味において法解釈学も亦科学であり、精神科学・社会科学・文化科学に属するものと解せられている」とする（木村・前掲注（7）13頁）。

(10) 野村稔『刑法総論』（補訂版、成文堂、1998年）5頁。

自分自身を客観化したい⁽¹¹⁾」とも述べている。そうすると、刑罰法規の体系的認識にあたっては、解釈者の「自己」が反映するものといってよく、その意味で、刑法解釈は主観的なものとなろう⁽¹²⁾。

伝統的刑法学において、昔から言われてきた「団藤刑法学」とか、「西原刑法学」といったような個人の名前を冠する表現がある。このような表現は、他の法分野でも見られるが、刑法学では突出して多く見られる表現である。これは、刑法学者が、解釈に主観性が含まれることを無意識的に認めてきたことの表れといえよう。ただし、刑法解釈に主観性が含まれることについて、はっきりと述べている刑法学者は少ない（これも、法解釈論争に関与した刑法学者が少なかったことと関係しているであろう）。

ただ、ここで見た二つの立場のうち、いずれの立場によるにせよ、伝統的刑法学が行っている「規範の認識」は、自然科学的な意味での客観性は持ち得ないことは疑いない⁽¹³⁾。

(2) 機能主義刑法学

1. このような伝統的刑法学のあり方を批判するのが機能主義刑法学⁽¹⁴⁾

(11) 野村・前掲注 (10) 初版のはしがき。

(12) なお、団藤の「主体性の理論」も、究極的には、団藤個人の哲学によるものように思われる。団藤は、「私の主体性の理論というものは、理屈でどんなにみんなから批判されても、一番根本のものは動かない。これは、もう私の信念というよりは、私自身なんです。精神的=身体的な全体としての私そのものなのですから、どうにも動かないですね」と述べている（団藤『わが心の旅路』（有斐閣、1986年）36頁）。問題は、このような個人の主観的な信念に基づいて刑法理論を構築し、それによって裁判官を拘束してよいかどうか、というところにある。

(13) 木村も、「もし科学をもって、自然科学のように観察と帰納と実験によって経験的事実を支配する法則を客観的に認識する学問を意味すると解するならば、法解釈学は、従って刑法解釈学も亦、これを科学ということを得ない」（木村・前掲注（7）13頁）と述べている。

(14) なお、最近、ドイツ刑法学に端を発する機能主義的立場を「機能主義刑法学」と呼ぶ場合がある。山中敬一の「規範体系的機能主義」が代表的なものである（これについては、後で検討する）。本来、平野自身が「機能主義」という語を使うことを好まなかったことからすれば（平野「刑法の機能的考察」『刑法の機能的考察・刑事法研究第一巻』（有斐閣、1984年）5頁参照）、用語法としては、こちらの

である。その主張は、平野龍一によって開始された⁽¹⁵⁾。平野は、伝統的刑法学が、「多くのばあい、単にこれこれの機能がある、というのみで、それを立法や解釈、とくに解釈の指導原理に至らないのが普通であった⁽¹⁶⁾」刑法の機能について、これをまったく異なる観点から整理し、刑法解釈の指針としたのである。すなわち、平野は、「単なる観念的な機能を含まず、経験的事実によって検証されうるような現実的な機能⁽¹⁷⁾」のみを刑法の機能としてとらえようとしたのであって、そこで想定されたのは、「法益保護機能」と「自由保障機能」であった。

なぜ平野がこの二つの機能を重視したのか。それは、「可視性」というキーワードで説明できる。そこには、従来、伝統的刑法学において、観念的にとらえられてきた刑法の機能を、目に見える形で提示することで、刑法による社会統制を現実化する意図があったと考えられるのである。

まず、「法益保護機能」であるが、保護法益を可視化することによって、刑法が保護する利益を具体的に示せば、それを有効に保護できるような解釈論が展開できることになる。では、最も可視的な保護法益は何か。それは、個人的法益である。社会的法益や国家的法益の内容があいまいであるのに対して、個人的法益、それも生命身体という法益の内容は、極めて明確である。保護法益を可視化するならば、これを中心においた犯罪論を組み立てるのが有効である（さらに、社会的法益や国家的法益も、個人的法益に還元する形で論じれば、可視性が高まってくるといえる）。

次に、「自由保障機能」であるが、ここでは、自由保障機能が要請する

方が正しいのかもしれない。しかし、我が国においては、平野の主張が「機能主義」と長く呼ばれてきたこともあり、表現上も機能主義とした方が簡略なので、ここでは、いまいばらく機能主義という語を用いたい。

(15) 平野による刑法の機能の分析については、松澤・前掲注（2）228頁以下。

(16) 所一彦「刑法における機能的考察とは何か」第二期法学教室1号（1973年）120頁。なお、伝統的刑法学が考えてきた刑法の機能は、規制の機能、法益保護機能、保障機能であった。

(17) 所・前掲注（16）120頁。

罪刑法的主義の可視的なとらえなおしが行われた。従来の罪刑法定主義では、類推解釈は禁止されるが拡張解釈は許される、という形で形式的に表現されていた内容を、類推・拡張という形式的な基準ではなく、予測可能性があるかどうか、すなわち、その刑罰法規を見た者が自分の行為を禁止されていると予測可能であるかどうか、を基準におくという形でとらえなおしたのである。このように罪刑法定主義をとらえなおせば、類推か拡張かという形式論理的な議論が続くのを避けることができ、罪刑法定主義に、国民の予測可能性があるかどうかという検証可能な、可視的な基準を与えることができる。そして、形式的にではなく、実質的に刑法が禁じている行為だけを処罰するという形で、刑法の社会における機能を最大化できるのである。

こうして、平野の機能的考察では、刑法学の形而上学化が拒否された。ここには、英米刑法学に学んだ経験主義的思考が背景にあると考えられる。

2. さて、伝統的刑法学の関心が、「裁判官の拘束」に向けられていることはすでに述べた。では、機能主義刑法学の主たる関心は、何に向けられるのか。それは、「裁判官の行動の予測」である。これは、機能主義が、法と裁判の現実的機能に関心を寄せることの帰結である。このことについて、平野は、「第一に、法律学は、なにが判例であるかを明らかしなければならぬ⁽¹⁸⁾」と説いた。

このような認識に従い、法律学の任務を判決の予測に限定すれば、刑法学は、「一つの科学であるといえよう⁽¹⁹⁾」。しかし、平野自身は、「法律学の内容はこれにつきるものではない。それは判例を変更し、あるいはこれを維持し、あるいは新しく一定の判決をさせようとする実践的な努力を含ん

(18) 平野「法学における理論の役割」岩波講座現代法15巻・現代法学の方法(岩波書店、1966年)71頁。

(19) 平野・前掲注(18)72頁。

でいる。それは判例を変更し、維持し、つくりだすために裁判官に働きかけ、説得しようとする努力である⁽²⁰⁾と述べる。ここに、平野の、そしてわが国の機能主義刑法学の特徴がある。

平野によれば、説得の方法は、大きく分けて二つである。第一は、「このような解釈をすればどういう効果が生ずるであろうかという結果の予測を明らかにすることによって行われる⁽²¹⁾」。すなわち、法の効果を測定し、社会的な効果が最大になるような解釈をせよ、ということである。ここでは、経験諸科学による成果が参照される。経験諸科学による事実認識は、客観的なものであるから、客観的な事実に基づいて説得が行われる以上、刑法学には、この範囲で、客観性が残されることになる。

第二は、「存在する規範」を示すことによって行われる。存在する規範とは、「国民の多数の持つ価値観ないし国民の中の指導的な価値規準⁽²²⁾」である。ここには、判断者の価値判断が入り込む危険はあるが、自己の価値判断によるのとは大きく違う、というのが平野の考えである。

3. 「いかにして裁判官の恣意を封じ、拘束するか」という点に関心を持つ伝統的刑法学が、拘束のために精緻な理論体系を發展させる方法論を採用したのに対し、機能主義刑法学では、「いかにして裁判官を説得するか」と考えるため、刑法解釈の理論構成においても、伝統的刑法学とは異なる方法論が採用されることになる。これが、伝統的刑法学が採用する体系的思考⁽²³⁾に対する問題的思考である。裁判官を説得するには、抽象的な理論ではなく、具体的な問題解決力を持った解釈が必要であり、そのためには、問題的思考が必要となるのである。

(20) 平野・前掲注 (18) 72頁。

(21) 平野・前掲注 (18) 72頁。

(22) 平野・前掲注 (18) 74頁。

(23) 問題的思考を明示したのは、平野『刑法総論 I』（有斐閣、1974年）はしがき。

4. こうして、平野刑法学は、現在、我が国におけるあらゆる機能主義の出発点としての意味を持つにいたっている。しかし、機能主義には、実は多くのニュアンスがある。平野のいう「予測」の側面に重点を置いた事実認識重視型といえるもの、「説得」に重点を置いた政策提言重視型といえるもの、の大きく二つに分けられるが、その立ち位置は、論者によって微妙に変更可能である。

(3) 法解釈論争に対する刑法学者の態度

以上のように、前後のわが国の刑法学では、伝統的刑法学と機能主義刑法学が対立してきており、それぞれに異なる刑法の解釈方法論がとられてきた。しかし、刑法学者は、民法学者、法社会学者らによって行われてきた、いわゆる「法解釈論争」には、主体的に参加してこなかった⁽²⁴⁾(そのため、私の見るところでは、現在でも、わが国の刑法学は、刑法解釈学の基礎を何に求めるべきかという方法論的自覚が不十分である)。

その理由については、さまざまな説明が行われているが、代表的なのは、西原春夫による説明であろう。西原によれば、刑法学者が法解釈論争に主体的に参加して来なかったのは、以下の四つの理由による。すなわち、①刑法では形式的・技術的な論理操作で解釈が片付く面が多いこと、②罪刑法定主義による制約があること、③周辺科学としてすでに刑事政策が存在しており相互協力がなされてきたこと、④刑法学には強固な体系があり、体系論争は以前から存在していたこと、ということである。⁽²⁵⁾

この説明については異論もあるが、私には、正当なものが含まれているように思われる。特に、①と②の理由には説得力があるといえよう。すなわち、罪刑法定主義の形式的把握、それによる判例の法創造機能の否定

(24) 刑法学者の法解釈論争への不関与について、総合的な分析・検討を行うものとして、関哲夫『刑法解釈の研究』(成文堂、2006年)61頁以下。

(25) ジュリスト増刊『法の解釈』(有斐閣、1972年)195、196頁参照。これについての分析は、関・前掲注(24)65頁以下。関によれば、田宮裕も同様な考え方を示している。なお、他の論者の分析について、関・同書67頁以下参照。

が、刑法学者が法解釈論争に参加しなかった（あるいは、できなかった）最大の理由ではないかと思われるのである。⁽²⁶⁾

つまり、罪法定主義を形式的なものとして把握した場合、刑法解釈は、形式的・技術的論理操作が中心となる。そうすると、刑法解釈にあたって、解釈の効果を測定したり、解釈による社会統制を行うという機能的な考え方が排除され、むしろ、規範の意味の認識や、体系的論理一貫性がより重視されることになる。このような考え方をとると、法解釈は主観的価値判断であるということを前提としたうえで、それを経験科学的な事実で論証することを求める法解釈論争の成果を受け入れることができない。わが国の刑法学は、法解釈論争に加わらなかったことで、同時に、機能主義をとることもできないことになったと考えられる。

機能主義刑法学は、伝統的刑法学とは異なり、法解釈論争の成果を理論の中に組み入れることのできる方法である。少なくとも、機能主義をとる論者は、刑法学者であっても、法解釈論争の成果を——細部に至るまで取り入れているかどうかはともかく——⁽²⁷⁾意識している。あるいは、法解釈論争の成果を積極的に取り入れているかどうか機能が機能主義でないかの違いになるのかもしれない。

2. 平野刑法学の位置づけ

わが国の機能主義刑法学は、このように発展してきたのであるが、今後、どのような方向へ進んでいくのであろうか。この課題に答えるには、機能主義刑法学の祖である平野刑法学が、現在、わが国の学界でどのように位置づけられ、どのような視点から後の世代に受け継がれているのかを把握することがまず必要なことであろう。

(26) 前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣、1993年）13頁参照。なお、関・前掲注(24) 75頁以下は、異なる分析を行っている。

(27) 私も、十分には取り入れられていないことを自覚しているが、私自身の作業については、松澤・前掲注(2) 223頁以下、同・前掲注(3) 6頁以下参照。

平野の没後、平野の業績を回顧する多くの文章があらわれたが、そこで共通しているのは、ドグマティカーとしての平野の評価の非常に高さである⁽²⁸⁾。そして、自由主義的解釈論をもって、平野の刑法学者としての本領とみる理解も多い⁽²⁹⁾。

確かに、70年代になって結果無価値論を展開し始めてからの平野は、刑法解釈論のあらゆる場面において、自由主義的イデオロギーに基づいた理論を展開した。しかし、平野が自由主義的な刑法解釈論を展開することによどの程度興味を持っていたか、必ずしも確かでない部分もある。少なくとも、彼の研究生活を通じて、一貫して高度の関心を持っていたのかどうかについては、疑問が残る。初期の平野が小野刑法学に傾倒したこと、目的的行为論（行為無価値論）から出発していることを見ても、平野のドグマティックの前提となっている自由主義イデオロギーには、強固なこだわりは見られないように思われる。そして、自由主義的刑法解釈論を展開し始めた後も、自由主義を徹底しようという発想ではなく、判例との緊張関係を常に自らに強いていた⁽³⁰⁾。

(28) たとえば、西田典之は、平野の最晩年の論文を集成した論文集で、「卓越したドグマティカーであった」と感想を述べているし（平野『刑事法研究最終巻』（有斐閣、2006年）西田によるはしがき）、ジュリスト1281号「座談会・平野龍一先生の人と学問」（2004年）においても、ドグマティカーとしての平野に対する賛辞が目立つ。

(29) たとえば、曾根威彦「平野刑法学について」刑法雑誌45巻2号295頁は、「平野は、権威主義刑法か自由主義刑法か、という問題提起の下に、現状批判という確固たる信念の下に刑法学研究を志し」とする。また、佐伯仁志「ブックレビュー・松澤伸著『機能主義刑法学の理論——デンマーク刑法学の思想』」法律時報73巻9号（2001年）116頁は、私見に対して、「平野説の眼目は、刑法の機能の非倫理化というイデオロギー的主張にあったのであり、平野説の内部ではむしろ機能主義の主張の方が手段的側面が強かった」と指摘するものであるが、これに対しては、本文のように答えることができると思う。

(30) 研究会等で、「被告人に有利なことだけ言っていればいいなら理論はいらない」という発言をよく行ったという（早稲田大学大学院法学研究科魅力ある大学院イニシアティブ第二回法理論研究会における田口守一の報告）。また、論文でも、「被告人に有利なことさえ言えばいいなら、馬鹿でもできることである」と述べている

むしろ、現在における、平野の本領は自由主義的刑法解釈論にある、という評価は、平野のドグマティックの技術の高度さに大きく寄っている部分があるように思われる。また、平野のドグマティックの異常なまでの説得力も、ただ論理一貫性を追及しているだけでなく、機能主義によって測定された現実社会の状況という裏づけがあるからこそであって、彼が単なるドグマティカーでなかったことは疑いない。

さらに、平野が結果無価値論をとったのは、それが機能主義になじむ理論だからだ、という評価も不可能ではない。⁽³¹⁾ 結果無価値論は、民法における利益衡量論と親和する考え方で、法解釈論争の中で有力となった利益衡量論の影響である、という見方もありうる。

こうして見てくると、むしろ、機能主義こそ平野の本領であるようにも思われる。

もし、平野の見解を、初期（目的的行為論の採用）、中期（刑法解釈方法論の確立）、後期（刑法解釈論の個別的な展開以降）に分けるのであれば、少なくとも、中期平野においては、機能主義が本領であったと思われるし、そこで主張された内容は、あるいは後期平野では失われた側面があったかもしれないにせよ、現代でも十分な説得力を持っている。そして、後期平野（ドグマティカーとしての平野）に学んだ刑法解釈論が多い中、中期平野（機能主義者としての平野）に学んだ刑法学があってもよいと思われる。

3. 平野機能主義を後継する刑法理論の現状

以上の分析から見るとき、後世には、機能主義者としての平野ではなく、ドグマティカーとしての平野の影響力が強いのも当然である。平野の後継と目される理論は、その傾向から、いくつかのグループに分けられるが、いずれも自由主義的な立場から、結果無価値論を前提としている。

第一のグループは、結果無価値論の理論化を強める傾向のものである。

（平野「判例研究の効用」『刑事法研究第一巻・刑法の機能的考察』270頁）。

(31) 荒木伸怡『裁判——その機能的考察』（学陽書房、1988年）94頁参照。

この立場は、機能主義的側面を最も失っており、むしろ、解釈論における理論構成の緻密さが重視され、体系的思考への回帰が見られる。

第二のグループは、抑止刑論、一般予防論からみた犯罪論の構築を目指すものである。機能主義刑法学は、社会への効果を重視するから、刑罰の目的論から犯罪論を考えるのは、機能主義本来の筋道であり、この立場は、刑罰論重視の機能主義のひとつのあらわれといえる。

第三のグループは、判例との緊張関係を保ちつつ、同時に理論構成も深化させようとするものである。機能主義の側面は背景に後退しているので、どちらかといえば、第一のグループに似た印象を与えるが、理論と結論の両者に周到に配慮がなされており、バランスのとれた学説である。

これらの三つのグループに対し、機能主義的な側面を強く受け継ぐ理論も存在している。この第四のグループは、結果無価値論は維持するものの、平野における「存在する規範」、すなわち、国民の規範意識を重視し、基本的に、判例にあらわれた価値判断を抽出して理論を構築する点に特徴がある。

このうち、第四のグループは、うえの三つのグループとは根本的に異なる印象を与える。それは機能主義が徹底され、理論よりも実質に重点が置かれて⁽³²⁾いるという面もあるが、それ以上に、うえの三つが基本的に価値相対主義にたっていると思われるのに対し、第四の立場は、価値客観説に立脚⁽³³⁾しているからである。これが判例重視の姿勢とあいまって、学説による判例への批判力の低下を指摘され、現状肯定の主張として、批判を受ける。

以上のような有力な学説があるが、現在の状況下で、どのような理論が

(32) しかも、それを「ややデフォルメした形」で示している（前田『現代社会と実質的犯罪論』（東大出版会、1992年）はしがき）

(33) 前田の価値客観説は、前田雅英＝藤森研『刑法から日本を見る』（東大出版会、1997年）11頁以下における価値相対主義への疑問に見ることができるほか、後掲注(46)も参照。

求められるべきか。章を改めて、私見を示すことにする。

三 機能主義的な刑法解釈方法論の構想 ——基礎法と実定法の架橋

1. 私見による機能主義——デンマークの理論の導入

(1) 機能主義を徹底した刑法学の構想

1. 伝統的刑法学に問題がある以上、方法論として選択すべきなのは、機能主義である。この点、確認しておきたいのは、この選択自体は、ひとつの価値判断に過ぎない、ということである。機能主義は、客観的に導かれるわけではない⁽³⁴⁾。

しかし、機能主義を選択した後、客観的な、科学としての刑法学（より正確に言えば、自然科学をモデルとした刑法学）を構想することは可能である。価値判断をカッコの外に括りだしたのち、そのカッコの内部については、経験科学的に認識された事実を元に構成することで、カッコ内部について、科学としての刑法学を構想できるのである⁽³⁵⁾。

2. 私見の構想は、ここから出発している。すなわち、構想の第一のポイントは、法解釈論争の成果を導入し、科学としての刑法学を構想する、ということである。先に見たように、伝統的刑法学には、極めて限られた意味の科学性＝客観性しか存在しない。伝統的刑法学の持つ客観性は、①論理一貫性、②上位規範からの演繹、③規範の客観的認識等、いずれも極めて限定的な客観性であり、②や③は客観的といえるのかどうかさえ、大きな疑いが残る。また、刑法学では、①論理一貫性も、議論の前提となる違法性の本質や責任の本質といった価値判断に非常に依存している。結局のところ、伝統的刑法学は、自らのよって立つ思想・哲学以外に

(34) これについて、松澤・前掲注（3）375頁。

(35) このような方法について、刑事政策についてであるが、所『刑事政策の基礎理論』（大成出版、1994年）12頁以下。

は自己の立場を正当化する契機を持たないのである。

3. 構想の第二のポイントは、ドイツ法の枠組みをとりつつ、機能的な思考（プラグマティックな思考、英米法的な思考といってもよい）を導入する、ということである。わが国の刑法学は、ドイツ刑法学の概念を使って思考しており、構成要件、違法性、責任に分ける三分説にはじまって、実務においてもその思考は維持されている。したがって、ドイツ刑法学の枠組み自体を破壊することは不可能であり、それは機能主義的な考え方でもない。では、ドイツ法に学び続ければよいのか、というと、そのことに疑問がある、というのが私の考え方である。

確かに、ドイツ刑法学は、わが国に多くの実りをもたらしてきた。そのこと自体を否定するつもりはないし、現在でも、学ぶべき内容はつきない。しかし、ドイツ刑法的思考をわが国に導入する場合には、限界があるように思われる。それは、わが国における法律家（学者、実務家に共通する）の思考と、ドイツ刑法学のそれは、根本的にかなり異なっていると思われるからである（但し、これは、現時点ではあくまで推測であることも断っておきたい⁽³⁶⁾）。

二つの要点がある。第一は、ドイツ法学における「包摂」による思考方法⁽³⁷⁾が、わが国ではとられていないのではないか、ということである。これについては、村上淳一の研究がきわめて示唆的である。村上によれば、ドイツ法では、要件要素の内容を演繹的に確定した上で、事実関係が要件要素に包摂されることを明らかにする作業を、順序正しく繰り返していかなければならない⁽³⁸⁾、という。しかし、ドイツの法律家からは、日本では、法

(36) 本稿の元となった報告の際、笹倉秀夫教授より、日本の法律家の思考方法とドイツの法律家の思考方法には、格別の相違はないのではないか、とのご指摘をいただいたことを付言したい。

(37) この点について、詳細は、松澤・前掲注（2）293頁以下。

(38) 村上淳一『現代法の透視図』（東京大学出版会、1996年）102、103頁参照。

条を挙げることによって包摂がなされているという印象が与えられるが、それはドイツの法律家が行うような包摂ではない、⁽³⁹⁾というのである。また、広渡清吾も、民法についてであるが、日本では、包摂モデルに二次的な意義しか与えられていない、というドイツの弁護士の感想を紹介して⁽⁴⁰⁾いる。もしこれが正しいとすれば、概念内容を演繹的に明らかにして、それを論理的に操作しながら結論を導いていくわが国の刑法学は、少なくとも、ドイツとは異なる思考形態を取る実務から解決を要請されている課題に、十分答えられなくてもおかしくはない。

第二は、ドイツ刑法は、職権主義・起訴法定主義をとるドイツ刑事訴訟法とセットで機能しているのもであって、わが国と事情が異なるのではないかと、ということである。特に、ドイツにおける起訴法定主義とわが国における起訴便宜主義の違いは大きい。ドイツ刑法では、特殊な事例が数多く出てくるが、それは起訴法定主義に由来するところが大きい。そして、実際にドイツ刑法学は、特殊な事例の具体的な解決を迫られているのである。そのような国では、刑法理論があらゆる事例に対応できるように複雑化していくのもやむをえない。しかし、わが国では、その必要がないと思われる。

4. 構想の第三のポイントは、実務と学説の乖離をうめる必要性がある、ということである。実務によるわかりやすい理論、採用の可能性のある理論、問題解決能力のある理論は、常に刑法学者に要請されている。

このことは、裁判員制度の導入によって、より強く意識されるべきこととなってきている。すなわち、裁判員にも分かりやすい刑法理論が要請されること、伝統的刑法学のような裁判官を恣意を封じるとか、裁判官を拘束するといったことの意味が、市民が裁判官席に座ることで大きく変

(39) 村上・前掲注(38)124頁注(四)参照。

(40) 広渡清吾「日本社会の法化」『岩波講座現代の法15巻・現代法学の思想と方法』(岩波書店、1997年)167頁。

化すること、等の事情も影響してくる。

(2) スカンジナビア・リアリズムに基づく刑法学

1. 以上の構想に基づき、スカンジナビア・リアリズム、具体的にはデンマークのアルフ・ロス (Alf Ross) と、それを刑法解釈論に具体化するという形で基礎法と実定法を架橋したクヌド・ヴォーベン (Knud Waaben) によって示された方法論を参考に、私は、新しい機能主義刑法⁽⁴¹⁾解釈論の方法を考えた。

まず、構想の第二の点から、デンマークの刑法学に学んだ。ドイツ的な枠組みで、プラグマティックな思考をとる刑法学には、スウェーデンやノルウェーなど、他の北欧刑法学もあるし、オランダ刑法もそうであるが、構想の第一の点も考慮した。すなわち、デンマークの刑法学 (特に、⁽⁴²⁾ヴォーベンの刑法学) は、法哲学者のアルフ・ロスが示した科学としての法律学の構想で支えられており、科学としての刑法学の構想が可能であった。

(41) 松澤・前掲注 (2) 219頁以下。ロスとヴォーベンのオリジナル (デンマーク語) の文献については、同書の注に掲げるものを参照。

(42) 学者の少ないデンマークでは、戦後の刑法学の発展は、クヌド・ヴォーベンによるところが大きい。そのため、「一人の刑法学者の刑事司法や理論における役割は極めて大きく、「一定の理論等に対する議論と批判の場が十分であるかどうかは、刑法学者の数からみてもわが国やドイツのように多数の研究者のいる国とは事情が違うようにも思われる」(山中「書評・松澤伸著『機能主義刑法学の理論——デンマーク刑法学の思想』」現代刑事法33号 (2002年) 87頁) と言われるのにも理由がある。確かに、わが国やドイツに比べると、批判の場は少ないかもしれない。しかし、デンマークの刑法学者は、他の北欧の刑法学者や実務家とも交流があり、相互批判はかなり行われているし、デンマークでは、他の法分野においても、ロスの方法論が基本的に採用されていることに注意しなければならない。そして、ロスの理論を打倒するために、法哲学者を含めて多くの学者がこれを批判しているが、その内容に多少の修正は加えられても、「ヴァリッド・ロー」の概念そのものは、法律学の全分野に渡って維持されていることも重要である (ヴァリッド・ローの概念が最も破壊されているのは法哲学の分野であるが、それでも、「ヴァリッド・ロー」の語自体は残っている)。

2. ロスの理論は、以下のようなものである。

まず、事実と規範の混在する法律学について、事実と規範——平野の言い方でいえば、「予測」の部分と、「説得」の部分——を完全に分離し、前者の部分だけを法解釈学（ドグマティック）とする。そして、分離された規範の部分——「説得」、つまり、政策的提言を内容とする部分——は、法政策（ポリティック）と名づけて、個人の意見であることを明示し、学問的な活動としてではなく、政治的な責任をともなった活動として行う。このように考えると、完全に科学的な法律学を構想することができる。すなわち、事実認識のみで構成された法律学である。

では、事実認識の対象はなにかといえば、それは、裁判官のイデオロギー（思考）である。裁判官の心理過程を対象とし、それを言語化することによって、現に妥当する法を記述していくのが、法解釈学の役割となる。この、現に妥当する法というのを、ここでは、ロスに従い、「ヴァリッド・ロー」と呼ぶことにする。この部分は、事実認識であって、その正しさは、後の判決や実務の動きから正誤判定が可能である。こうして、法解釈学は、予測と実証に基づく、自然科学的と同じ意味の客観性を獲得する。

このような構成は、構想の第三の点にも資することができる。ドグマティックが事実認識に限定されていれば、実務はそれを自らの客観化された姿として参照できる。そして、ポリティックとして行われる提言は、ドグマティックで示された内容を改善できるようなものに限定されるであろうから、

(43) この主体を裁判官に限ることについては、「検察官の権限が大きい我が国の刑事司法制度のもとでは一定の修正が必要ではないかと思われる」との疑問が寄せられている（佐伯・前掲注（29）116頁）。私自身も、その疑問には理解できる部分があり（松澤・前掲注（2）358頁、同・前掲注（3）371頁）、今後の検討が不可欠であると思う。ただ、現時点で我々の手元にある資料だけでは、検察官の思考まで組み入れた理論を構想することは困難も伴う。とりあえず、最善の理論が無理だとすれば、次善の策を取り、裁判官の思考から始めてみるのも機能主義の考え方である。

実務への提言力も、事実認識に裏打ちされている分だけ、増大することになる。

この考え方に対しては、従来、刑法学者が「ドグマティック」のもとに行ってきた裁判官への説得を「ポリティック」として学問から放逐し、政治的なものとしてしまうことへの疑問が提起される。確かに、法解釈の形式をとって行われる活動を、政治的な意見表明としてしまうことには抵抗感もあろう。しかし、判例の法創造機能を認める立場から見れば、判例を変更するように説得する努力は、平野のいうように、「一種の法改正論であり、立法論である」。そうであるとするならば、いわゆる立法論と裁判官への説得は、「法律を改正して法を改めるか、判例を変更して法を改めるかの質的な違いに過ぎない⁽⁴⁴⁾」のであって、むしろ、事実認識の部分とは切り離すのがより望ましいと思われる。

このような立場に立つ場合、方法論的には、価値相対主義が堅持される。規範的・評価的判断は事実認識だけからは演繹されないからである(方法二元論⁽⁴⁵⁾)。もちろん、たとえば、「時代精神」や「国民の規範意識」等を事実認識に組み入れて、それをもとに解釈論を展開すれば、完全な科学としての法律学を完成できる⁽⁴⁶⁾。しかし、そのような構成をとると、「時代精神」や「国民の規範意識」に対して、それを批判する契機はまったく失われてしまう。やはり、評価に関わる部分は、論者がその政治的責任を

(44) 平野・前掲注 (18) 66頁。

(45) 所・前掲注 (35) 12頁参照。

(46) 先に言及した機能主義の第四のグループは、このような考え方をとっているとされる。拙著に対する『「法解釈」にも価値的要素が残らざるを得ないとも考えられる。そしてそれは国民の規範的評価を判例を経由してすくい上げる以外にはないようにも思われる』(前田「書評・松澤伸著・機能主義刑法学の理論——デンマーク刑法学の思想」(ジュリスト1205号、2001年) 129頁)という感想は、このような理解を前提とするものであろう。私は、前田理論は、事実認識に基礎をおいた機能主義、機能主義を徹底した理論のひとつのあり方として、学ぶべきものが非常に多いと考えているが、この点は、価値相対主義を堅持する側面から、同意できないところである。

引き受けた上で、主張するほかないものと思われ⁽⁴⁷⁾る。

（3）事実認識重視型の刑法解釈論

1. 以上のように、事実認識と政策提言を分けた場合、そのバランスをどのように取るのかが問題となりうる。従来の機能主義刑法学は、どちらかといえば、後者に重点を置いてきた。判例の立場を分析した上で、それに対して批判を加え、判例をより妥当な方向に導こう、という方法論である。私は、それに対し、前者に重点を置く方法論をとりたいと考えている。すなわち、「事実認識重視型の機能主義」⁽⁴⁸⁾である。

そのような理論を採用する理由は、主として、①法律学の科学としての性格を考えると前者が本来の意味の科学のあるべき姿であること、②現在の実務と学説の乖離状況から見て、裁判所の判断を中心とした刑法解釈学のあり方を提起する意義は大きいと思われること、による。

2. この私見については、法学教育のあり方を含めて、批判的な見解が寄せられている。『「現実に妥当する法」は不変でない以上、その健全な

(47) このような「世界観的基礎」を「学」の名で語ることの困難さについて、刑事政策についてであるが、所「木村亀二の刑事政策論」吉川経夫＝内藤謙＝中山研一＝小田中聰樹＝三井誠編『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社、1994年）679頁。

(48) 私が事実認識重視型の機能主義を主張したのは、今から6年前であった。その後、①刑事立法の活性化、②裁判員制度の導入、③ロースクールの開校という、大きな変化があった。これらの事情を踏まえて、事実認識と政策提言のバランス変更は必要であろうか（機能主義は社会の変化を反映させて理論も変化させるのが当然であって、理論が変化しない伝統的刑法学とは、この点でも大きく異なる）。私の考えでは、これらの事情は、いずれも事実認識を重視する方向に働く要因であって、根本的には、事実認識重視の方向に修正の必要はないものと思われる。むしろ、以下の理由から、事実認識重視はますます重要になってきていると考えられる。すなわち、①について、立法が活性化した分、裁判官を説得して判例を動かす必要性は少なくなったこと、②について、裁判員が「存在する規範」を示してくれることが期待できること、③について、学生に実務の現状を提示するために、現に妥当する法を認識する必要性が高まっていること、である。

発展のためには外在的批判が不可欠であり、実務家ではない学者が求められているのは、むしろそのような批判ではないかと思われる」ということ、そして「わが国の刑法学者の大部分は教育者でもあり、『現に妥当する法』を批判的に検討する能力を次代に伝えていく責務がある」ということ、である。⁽⁴⁹⁾

前者については、私も否定しないが、問題は、「外在的批判」の内容である。これが、機能主義に基づき、わが国の現実を踏まえつつ、実証的な(実証可能な、でもよい)事実を示しつつ行われるのであれば、その批判は建設的なものとなりうる。しかし、現在、学説によって行われている批判には、実証的な根拠を伴わない自己の哲学の押し付けと思われるもの、理論のための理論と思われるものが一定程度存在することは否定できない。当然、法学教育においても、そのような配慮が必要であろう。わが国の刑法学教育では、「あなたはどうか考えるか(どういう説を主張するのか)、それはどういう理論的根拠に基づいているのか」という点は重視されるが、「あなたが問題としてとりあげる論点は現実にどのように処理されているのか(裁判所はどのような理論に基づいてそのような処理を行っているのか)、あなたの説をとるとどのような社会的効果が生じるのか」についてはあまり重視されてこなかった。現在、ロースクールでは、後者のような問いが行われ始めているが、極めて表面的なものにとどまっているのが現状と思われる。このような問いは、ロースクールだけでなく、研究者養成大学院でも行われるべきであろうし、そこでは、より深くこの問題が掘り下げられてもよいであろう。

3. 法学教育について、ここでもうひとつ付け加えておく。私見に対する批判として、事実認識をもって法解釈学を構成すると、論理を扱う余地がないから、法学教育の際に論理的な思考を教える機会がなくなり、望

(49) 佐伯・前掲注(29) 116頁。

ましくないのではないかと、という批判を聞くことがある。確かに、「事実認識」というと、論理とはまったく無関係にも見えるし、機能主義というと、論理を軽視している考え方のようにも見える。しかし、私見による事実認識の対象は裁判官の心理過程であるから、裁判官の内心で構成される論理は、ヴァリッド・ローとしても記述する必要がある、論理がまったく失われるということはない。⁽⁵⁰⁾むしろ、論理は、裁判官の思考を分析するための重要なツールである。また、論理を軽視しているように見えるのは、法律学の論理は、論理学の論理とは異なるものであるから、論理そのものの持つ客観性は低い、ということ述べているからそう見えるだけのことであって、論理が無用である、ということではないのである。⁽⁵¹⁾

4. さらに、私見に対しては、法解釈学については——それを支持するかどうかはともかく——了解したが、では裁判官の行う法解釈とはなんなのか、ということがよく疑問として提起される。そこで、その疑問にここで答えておくことにする。⁽⁵²⁾

裁判官の行うのは、「法解釈」（アウスレーグング）であるから、学問としての「法解釈学」（ドグマティク）とは異なり、原理的には、以上のような議論は妥当しない。では、このような裁判官の法解釈は、どのような基準によって行われているのか。

先例に違反した判決は上級審でひっくり返されるわけであるから、裁判

(50) そして、論理は、基本原則から事例の解決を導くための有力な手法のひとつであるから、法律家となる者は、法律学の論理を学ぶことが絶対に必要があることも間違いない。

(51) さらに、論理は法曹同士のコミュニケーションのための重要な共通コードでもある。刑法解釈学は、裁判官に参照されることを第一と考えるが、同時に、学者もその名宛人である。その場合、機能主義は現実を見る方法論であるから、わが国の刑法学の現状を見る必要があるが、現在、そこでは論理によるコミュニケーションが非常に強力であり、論理性を持って相手を説得する必要は依然として大きい。学者となる者は、依然として、論理を十分に学ぶ必要がある。

(52) これについては、松澤・前掲注（3）17頁も参照。

官の判断は、事実上、先例に拘束されており、法解釈を行う場合も、基本的に先例に従った判断を行うことになる。その意味で、ヴァリッド・ローとして認識される側にある裁判官の法解釈も、完全に裁判官の自由ではあり得ない。実際は、ヴァリッド・ロー、すなわち、裁判官全体の共通認識となっているような理論に従って、結論を導くことになろう。

では、もし、先例がない場合はどうするのか。基本的には、裁判官の共通認識たる理論を援用しつつ、結論を考えられると思われる。しかし、まったく新しい問題である等の理由で、それでも適切な結論が得られない場合は、国民の間に「存在する規範」を探りつつ、妥当な解決を図るのである。

その際、学説が示している理論が参照されることがあるが、その際に参考となりうるのは、裁判官の共通認識たる理論と矛盾しないものでなければならず、それは、論者が意識しているにせよ、意識していないにせよ、事実として判決予測の範囲内に収まった理論ということになる。したがって、裁判官の行っている「刑法解釈」も、ヴァリッド・ローとして示される「刑法解釈学」、裁判官への説得として示される理論と密接な関係を持つことになると考えられる。

2. 機能主義刑法学に対する批判

うえでは、私見を明らかにすると共に、それに対する批判を取り扱ったが、これは、私見に対するもので、限定的な領域での批判であった。これに加えて、機能主義刑法学全体に向けられた、より根本的な批判もある。ここでは、それを取り扱う。第一は、関哲夫による機能主義刑法学の分析と批判であり、第二は、山中敬一による規範体系的機能主義からの批判である。

(1) 機能主義刑法学の分析と批判について

関は、その著書において、平野に代表される機能主義刑法学を詳細に分析し、好意的なニュアンスで評価しつつも、機能主義の限界をいくつかの

指摘している。

第一は、機能主義刑法学は、体系的思考の意義を限定しすぎているというものである。関によれば、体系的思考の意義は、機能主義刑法学がいうように、「裁判官の思考を整理し、その判断を統制するための手段」にとどまるものではない。「首尾一貫した犯罪論の体系は、判断者の認定を容易にするとともに恣意的解釈を排除し、慎重かつ精確な犯罪の認定を可能にする⁽⁵³⁾」というのである。

しかし、これは、伝統的刑法学による考え方であって、機能主義刑法学は、裁判官の恣意的判断の排除、裁判官の拘束を行う側の価値判断が主観的であることに疑念を覚えるのである。むしろ、主観的な価値判断に導かれた体系的思考の限界こそが問題とされなければならないであろう。

第二は、機能主義刑法学の論理構造からすれば、本来、形式的保障原理（罪刑法定主義）は無用のはずである、というものである。これについては、関も指摘するように、「形式的保障原理としての罪刑法定主義に相対的優位性を認め、形式的保障原理の枠内で適正さを実現するために実質的保障原理を考慮する」必要がある。確かに、機能主義刑法学は、社会における効果が最大になるように解釈せよ、と主張するが、それはあくまで刑法の基本原則、さらには制定法の枠内におけるものでなければならない。

第三は、「正当性」の基準にまつわる危険性の指摘である。そこでは、いくつかの危険性が指摘されているが、もし、機能主義に対する無理解や、あるいは機能主義的思考の濫用があれば、これらの危険が顕在化する可能性は皆無とはいえない。しかし、機能主義は、判断の正当性（厳密には妥当性）は、カッコの外に括りだして、論者の政治的責任であることを明示させるのであるから、その明示が行われている限り、正当性の責任は論者が引き受けることになるのである。その点を十分に認識すれば、正当性の基準が暴走する危険は防げるものと思われるし、正当性の基準を濫用

(53) 関・前掲注(24) 255頁。

する機能主義を批判することも可能となるはずである。

(2) 規範体系的機能主義について

山中敬一は、「個別具体的な問題解決そのものを至上の価値とするのではなく、それを可能にするような論理的整合性のある形式的体系を作り上げることが、理論の任務であると理解し、刑事政策的目的を実現するための論理的整合性にある規範論の体系を目指す⁽⁵⁴⁾」規範体系的機能主義を唱える。

そして、私見に対しては、「我が国の従来の機能主義が、経験科学的機能主義にとどまったことが問題であり、今後の機能主義はそれを克服するのが課題である⁽⁵⁵⁾」として、批判が加えられる。その批判は多岐にわたるが、本稿の別の箇所⁽⁵⁴⁾で答えている箇所もあるので、ここでは、それ以外の点について、検討しておこう。

① まず、「著者の機能主義理解には、『解釈学の経験科学化』が至上命題とされているように思われるが、判例を『法』と並んで解釈学の対象とする方法にこそ問題があるのではないか」という批判がある。

しかし、私の認識では、裁判所は法創造作用を持つのであるから、判例は法に含まれるのであって、これを批判するのは量的に差はあれ、立法論である。規範体系的機能主義における解釈学は、実定法（刑法典の条文）には拘束されると思われるが、判例を法をみる場合には、原理的には、実定法には拘束されても判例法に拘束されないという理由はないと思われる。私見の理解では、従来の「解釈学」は、「学」の名の下に、ある一定の価値判断に基づいた提言を行ってきたことが問題なのである。

② 続けて、「刑法解釈学が、何らかの哲学的思想、社会学的命題あるいは『規範』の命題から『演繹』されるだけのものではないことはいまでもない。それは、第1義的に犯罪の事後処理のための合目的システム（規範体系）である。そのシステムを機能的に運用するためのルール⁽⁵⁴⁾の意

(54) 山中『刑法総論 I』（成文堂、1999年）124頁。

(55) 山中・前掲注（42）33頁。

味を確定するのが解釈学の任務である。その合理的意味の確定には、経験科学的知見のみならず、規範的価値（憲法、刑事法の諸原則等）の分析も動員される。解釈学は、判例を単に追認するのではなく、その論理を分析し、規範体系に即してそれを批判的に検証するべきである。規範解釈には、政策的考慮が入らざるをえないが、その客観性は、経験科学的にはなく、現在の法秩序全体内での合目的的・合理的な規範判断によって担保される⁽⁵⁶⁾」との批判が行われる。

この批判は、機能主義を発展させようとするもので、大いに耳を傾けるべきものであると思うが、それでも、私には、いくつかの疑問が含まれるように思われる。

まず、論者が主張する「経験科学に加えて動員される規範的価値の分析」については、その規範的価値の分析が主観的な価値判断を含むが故に問題なのだ、ということが出来る。「現在の法秩序全体内での合目的的・合理的な規範的判断」の正しさを判定するために、高次の規範的価値を持ち出しても、その高次の規範的価値の解釈自体が論者によって異なってしまわずであって（たとえば、批判される側の裁判官は、批判に対し、自分は高次の価値にしたがって規範的に正しく判断している、と主張するであろう）、どのように構成しても、客観的な正しさ担保できないと思われ⁽⁵⁷⁾る。

③ さらに、論者の述べる「そのシステムを機能的に運用するためのルールの意味を確定するのが解釈学の任務である」という主張であるが、ルールの意味の確定という手法は、私には、伝統的刑法学における「規範の意味の認識」と同じように思われる。

(56) 山中・前掲注(42)33頁。

(57) 松澤・前掲注(2)238頁も参照。

四 今後の研究の発展の方向性——理論と実務の架橋

1. ヴァリッド・ローの概念を媒介とした刑法解釈学

以上のような刑法の解釈方法論を前提とすると、具体的にはどのような解釈論が展開されることになるのか。私は、すでにいくつかの解釈論を行って⁽⁵⁸⁾みたが、本稿では、その内容を逐一紹介することは避けたい。その評価は他者にゆだねざるを得ないが、⁽⁵⁹⁾ヴァリッド・ローという概念を具体化した場合どうなるかという点について、その意図だけでも垣間見られるものになっていればと願うものである。

2. 新しい研究領域の創造

また、このような方法論を前提とすると、刑法解釈学の内部においても、かつてなかったような研究領域を創造することが可能になる。これは、裁判官の思考を言語化する過程において必要に迫られる事態を、新たに独立した研究領域にしようとするもので、いわば、事実認定と実体法解釈学の融合である。

第一は、裁判員制度が刑法理論に与える影響について、また、刑法理論が裁判員制度を適切に運用するためにどのような寄与ができるかについての研究である。このテーマは、すでに、2004年に広島大学で開催された日本刑法学会第82回大会のワークショップにおいてとりあげられている。ここでは、「例えば、『違法』という文言は一般人が使用するとは言えず、

(58) 松澤「違法性の判断形式と犯罪抑止」早稲田法学78巻3号(2003年)235頁以下、同「法人に対する脅迫・強要罪の成否(一)、(二)」早稲田法学80巻2号1頁以下、80巻4号69頁以下(2005年)、同「文書偽造罪の保護法益と『公共の信用』の内容——最近の判例を素材として」早稲田法学82巻2号31頁以下(2007年)。

(59) 佐伯・前掲注(29)において、「具体的にどのようなものであり、どのように優れているのか」と問われた点について、優れているとはいわないまでも、具体的にどのようなものか、拙稿において示されていれば幸いである。

『許される行為、処罰される行為』といった用語を用いない限り、裁判員との意思疎通はできないのではないか、裁判官が説得に窮するような刑法理論上の概念は、刑法理論からなくなるのではないか、また、各論が重視されるようになり、刑法総論は解体されることになるかもしれない⁽⁶⁰⁾」等の非常に興味深い意見が出されているが、このような現象が生じたとき、機能主義刑法学は、おそらく、それを記述し、新たな理論にくみ上げていくことができると思われるし、その任務は、規範の意味を解釈する伝統的刑法学ではなく、法と裁判の現実の機能を記述する機能主義刑法学が担わねばならないであろう。いずれにせよ、このような刑法理論の変化は、裁判員制度が本格的にスタートしてから、非常に興味深い研究領域となるであろう。

第二は、刑法における要件事実的思考の導入である。要件事実的思考は、民事法の領域で盛んに用いられ、刑事法ではあまり省みられてこなかったが、刑事法の領域においても、近時、裁判官の植村一郎により、盛んにその重要性が指摘されるようになった⁽⁶¹⁾。このような思考の重要性は、裁判員制度の導入ともあいまって、刑法学者にも浸透しつつある。すでに、刑法総論の領域において、西田典之は、「いわば刑事の要件事実論ともいふべき観点から、検察官が立証し、裁判所が認定すべき対象・要件を明確化すること⁽⁶²⁾」を試みており、将来のさらなる発展が見られるのは確実となっている。裁判官の思考過程を言語化するというヴァリッド・ローの概念から見ても、このような課題はきわめて重要であり、今後、十分な研究が必要と考えられる。

(60) 木村光江「ワークショップ1・裁判員制度と刑法理論」刑法雑誌44巻2号249頁以下。

(61) 植村一郎「実践的事実認定論（概論）」小林充＝植村一郎編著『刑事事実認定重要判決50選上巻』（立花書房、2005年）1頁以下、『実践的刑事事実認定と状況証拠』（立花書房、2006年）9頁以下。

(62) 西田『刑法総論』（2006年、有斐閣）はしがき参照。

3. ドイツ法から「姉妹法」比較への視点への拡大

以上は、刑法解釈学の問題であったが、その前提として必要不可欠な比較法の方法論について、デンマーク刑法学を研究する者の観点から、ひとつの視点を提供したい。

従来、比較法研究は、少なくとも刑事法に関する限り、①日本法の制定の際に参考とされた国の法を研究すること（ドイツ法）にもっぱらエネルギーが割かれ、それに次いで、②日本の周辺にある国の法を研究すること（アジア法）、あるいは、③言語の障壁が少ない国を研究すること（英語圏の法、フランス法）が行われてきた。しかし、それだけでは、必ずしも十分でないように思われる。具体的には、母法⁽⁶³⁾だけでなく、「姉妹法」を研究することが必要である。

たとえば、ドイツ刑法の影響を受けた国は、デンマークを始めとする北欧すべて、スペイン、オランダ、イタリアなど数多い。これらの国で、ドイツ刑法の概念がどう変わっているのか、現在どのような議論が行われているのか、同一の問題についてどのような結論を導いているのか等、興味深い課題は山積している。確かに、これらの国は、言語的な障壁は大きく、そう簡単には乗り越えられないとも思われる。しかし、デンマーク法を研究した目から見ると、同じドイツ法を母法とする国の刑法の現状を比較することは、単に母法を研究することを超えて、きわめて興味深い課題であると思われる。同じ母法から生まれた姉妹が、環境、文化、歴史、政治の違いで育っていくうちに、どのように変わっていったのか。それは、比較法文化の課題であるようにも思われるが、具体的な法解釈論にも有益な視点を提供するはずである。ドイツ刑法学がオミットしているものを見出すことができれば、その比較法は成功したといえるであろう。日本の刑

(63) 厳密にいうと、日本刑法制定時にもっぱら参考とされたのはドイツ刑法典というよりも当時のドイツ刑法学であり、また、ドイツ刑法も改正されているので、母法という表現はふさわしくないかもしれないが、ここでは、簡単に母法としておく。

法学者の数は、世界的に見ても非常に多いのであるから、誰もがドイツ法に目を向けるのではなく、多くの国を参考としつつ、我が国への示唆を考えていく姿勢が必要と思われる。

4. 理論刑法学の功罪

(1) 理論刑法学の功績

最後に、我が国において、近時盛んに話題にのぼるいわゆる「理論刑法学」について、その功罪を明らかにして、本稿を終えることにしたい。理論刑法学とは、以前はあまり使われなかったが、最近になってよく聞かれるようになった言葉で、刑法解釈学とほぼ同義をなすものといえよう。ただ、刑法解釈学が、実定法である刑法を対象としているのに対し、理論刑法学は、実定法を支えるより本質的な理論にフォーカスをしぼっていると思われる点で、若干異なるように思われる。⁽⁶⁵⁾

理論刑法学の功績とされているものには、いくつかのものがある。たとえば、理論刑法学が刑法上の概念を確立することによって、立法に対して拘束力をもったり、批判的機能を演じたりすることができる、ということがある。

また、最近、ヒルシュは、理論刑法学は、普遍的刑法の誕生を可能にす

(64) たとえば、我が国の刑法学を、どこかの姉妹法の国の学者が比較した場合を考えてみよう。我が国の刑法学には、ドイツ刑法には存在しない結果無価値論が存在する。もし、姉妹法の学者がドイツ法ばかりを研究していれば、日本法を研究してはじめて結果無価値論を知ることになる。それは新鮮な驚きとなるであろう（厳密に言えば、我が国以外にも結果無価値論が存在する国はあるが、一例としてこのような例をあげてみる）。

(65) ヒルシュは、理論刑法学の内容を、「犯罪概念を体系的に分析して犯罪を構成する一般的要素〔たとえば、違法と責任〕を明らかにすること、それらの犯罪要素が認められるための実質的要件を解明すること、その際に決定的な意味を持つ、理由づけにあたっての基本的な考え方を示すことである」とする（ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ著・井田良訳「ドイツにおける理論刑法学の現状について」刑事法ジャーナル 6号（2007年）49頁）。

ると述べている。そして、「普遍的刑法学は、それぞれの国の立法者や裁判所に対し、刑法総論の理論や命題が首尾一貫した形で展開されたときどのようなものとなるのかを示し、そして、そのための明確で、しっかりとあてはめ可能な諸概念を提供することができる。普遍的刑法学は、それにより、学問的に根拠づけられた方法論を通じて法的安定性と正義に寄与する⁽⁶⁶⁾のである」という。

理論刑法学がもたらす概念は、立法の外枠を画する重要な役割を果たすのであって、たとえば、違法性や責任の本質を論じることには重要な意味がある。それは、機能主義刑法学を採用する私も否定しない。まず、裁判官の思考の中にある、違法性、責任の概念を明らかにしなければならないと考える点で、やや異なるかもしれないが、基本概念、基本原則の重要性は否定できない。

しかし、そのような概念の確立のために、現在行われているような、複雑な理論体系が必要かどうか、というと、それはまた異なるように思われる。理論的検討は必要であるが、それはシンプルな内容、原則で足りるのであって、現在のような複雑な理論の必要性はあらためて問われてもよいと思われる。

(2) 実務家からの指摘

1. 近時、元裁判官の小林充は、以下のように述べて、理論刑法学中心のわが国の刑法学の現状を批判している。「最近の刑法理論が非常に緻密化しており…多彩な考えが示されているが、その中には難解すぎ、法学部ないし法科大学院の学生はもとより、法律実務家にも容易に理解し難いものも少なくないといわざるを得ない。刑法学が刑法学者のためだけのものでないとしたならば、刑法理論はもう少し分かりやすく、かつ実際面での有用性⁽⁶⁷⁾ということをも心掛けるべきではなからうか」と。

このような実務家からの批判は、従来も聞かれてきたが、ここでは、こ

(66) ヒルシュ・前掲注 (65) 62頁。

(67) 小林充「刑法における因果関係論の方向」白山法学創刊号 (2005年) 1頁。

の小林充の言葉をヒントに、問題を考えてみよう。

まず、小林がここでいう「わかりやすさ」、「実際面での有用性」とは何を意味するのか。これについては、小林の主張内容から、①実務家からのわかりやすさ・有用性、②学生からのわかりやすさ・有用性、③国民からのわかりやすさ・有用性、の三つに分けて考察するのが便宜であろう。

まず、①実務家からのわかりやすさ・有用性とはなにか。この場合は、実務家の思考は、従来の刑法学のパラダイムや判例理論から始まることから、従来のパラダイムからの逸脱がない、あるいは少ないこと、判例に近い理論、結論をとっていること、加えて、提示される規範に事例解決力があること、等が考えられる。

では、②学生、ロースクール生からのわかりやすさ・有用性とはなにか。この場合は、学習する場合の分かりやすさであるから、まず、法律論理が一貫していることが考えられる。また、試験のことを考えると、事例解決力があることも重要な要素であろう。

最後に、③国民からの分かりやすさ・有用性とはなにか。この場合は、論理一貫性よりもまず論理がシンプルであること、さらに、導かれる結論が納得しやすいこと、等が考えられる。

2. では、逆に、小林のいう「難解すぎ、理解しがたい理論」とは何を意味するのだろうか。それは、文字通り、複雑な理論構成をとるものもあるだろうが、それが十分な根拠のある複雑さならば、実務家も学生も、おそらくは国民も受け入れるはずである。これは、字義通りとらずに、むしろ、「わかりやすさ」の逆から考えてみる方がよい。すなわち、①従来のパラダイムから大きく逸脱した理論、②外国法を日本の状況を考えずにそのまま持ち込んだ学説、③事例解決力に乏しい理論、等が、「難解すぎ、理解しがたい理論」の意味するところだと思われる。

これを伝統的刑法学についてみると、①は肯定、③は一部肯定されているのが現状であると思われる。②には批判が集まっているが、行われ

る危険性はいまだに存在しているといえよう。これに対し、機能主義は、①、②、③のいずれも拒否するものであって、実務家からの要請に答えることが可能である。その意味で、実務との架橋を目指す場合、機能主義から出発する方がよいと考えられる。

3. しかし、「わかりやすい」「実際面で有用」な刑法学は、「複雑な理論」を拒否することから、機能性に走って基本原理を無視することになり、結局は、処罰拡大を産み出すのではないかという疑問は、常に提起されるところである。学説による実務への批判、判例への批判は、結局、この点に集約されているといえよう。そこで、「複雑な理論」について考えてみたい。

「複雑な理論」を肯定し、高度の解釈技術を凝らした理論を構築することには、「理解し難い」という以上の問題も内在していると思われる。複雑な理論は、精密な理論構成の結果生ずるものと考えられ、精密な理論という名の下に、すべてが正当化されがちであるが、複雑な理論は、理論が複雑なだけに、完全にぴったりとした理論構成だけでなく、少しずつ緩んだ理論構成が積み重ねられた結果、ぴったりした理論構成に見える、という構造を作り出す可能性がある。

たとえば、模型を作る場合、ひとつひとつのパーツが大きければ、それが歪んでいる場合には、すぐにそれに気づくことができる。最悪、気づかなかったとしても、パーツの歪みは一個ですむ。しかし、同じ大きさの模型を作るときに、小さなパーツをたくさん使えば、一個一個のパーツが歪んでいても気づきにくいし、さらに、一個一個のパーツを見ても、小さなパーツの場合、ごく微妙な歪みは見逃してしまう可能性が高い。こうして、歪んだパーツの上に歪んだパーツを組み合わせていくことで、全体として、非常に歪んだ模型が完成していながら、それに気づかない危険性がある。偽装する意思があるかないか問わず、耐震偽装された理論が生まれてしまう危険性があるのである。

つまり、少しずつの虚構を積み重ねることによって、大きな虚構を作り出し、それが理論的に正当だと主張することを可能にする危険性がある。

4. そういった意味から、理論は、基本原理のみを中心に置いたシンプルな理論の方が望ましいのではないかと思われる。誤解されがちであるが、機能主義も、基本原理を無視することはない。複雑な理論構成をとらず、基本原理から直接に結論を導くだけに、もし基本原理を修正するならば（具体的な結論との関連で、基本原理を修正する場合はありうる）、そのプロセスが見えやすい（修正に用いた価値判断が見えやすく、批判もしやすい）。また、価値判断の前提となった事実認識については、検証可能性があり、事実認識に基づく批判も可能である。たとえば、罪刑法定主義も、ただ類推していない、と言い張るだけではなく、予測可能性があったかどうかという可視的な基準をとるため、予測可能性について、批判が可能になるのである。それが、機能主義刑法学の最大の利点である。

五 おわりに

最近では、伝統的刑法学、それを支えるドイツ刑法学的方法論の危機が叫ばれ、それが自明性を失いつつあることに対する抵抗の宣言が行われることもある。⁽⁶⁸⁾

しかし、現状は、次の世代において機能主義的アプローチが受け継がれている一方、それは限定的なものにとどまっており、実際は、「抵抗」を唱える必要などないくらい、ドイツ刑法学の影響は強力であるように思われる。

伝統的刑法学の論者は、ロースクールにおける実務教育の名の下に、場当たり的な議論、技術としてとらえるのだから結論さえよければいいのだ

(68) たとえば、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）まえがき。

といった乱暴な議論が横行することに危機感を感じ、伝統的刑法学の復権を唱えているのかもしれない。

しかし、このような現状で、伝統的刑法学が今以上に強力になれば、実務と学説は、ますます乖離していくことになるであろう。ある実務家の論文の最後に、「学説上は、理論的に一貫した体系を構築するためとして種々様々な議論がなされるが、実務家としては右の説示を十分に理解して事件の解決に望めば事足りる⁽⁶⁹⁾というべきである」という言葉が登場している現状は、かなり危機的なもののように思われる。これは、実務側からの要請に答えていない伝統的刑法学に対する苛立ち以外のなにものでもないであろう。

逆説的に思われるかもしれないが、私には、むしろ、機能主義による現状打破が行われる必要があるように思われる。すなわち、「学問としての機能主義刑法学」、「科学としての機能主義刑法学」を自覚的に展開することで、実務に名を借りた場当たりの、乱暴な議論を押さえ込み、真に建設的で有意義な刑法学を構築できるものとする。

本稿は、伝統的刑法学による批判とロースクール教育の間に埋没していくのではないかという危機感さえ感じられる、機能主義刑法学からの、ささやかな「抵抗」の試みである。

(69) 前原捷一郎「実行の着手に関する判例の考察」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻（判例タイムズ社、2006年）163頁。