

はしがき

本論文集は、現行刑事法研究会が一般財団法人司法協会の研究助成を受けて行ってきた「裁判官と研究者の協同作業による我が国の現に行われている刑事法理論の研究」の成果の一部を取りまとめたものである。

現行刑事法研究会は、2010年夏、松澤伸教授（早稲田大学）、成瀬幸典教授（東北大学）、佐藤隆之教授（東北大学）ら気鋭の研究者が発起人となり、当時法科大学院に勤務していた元刑事裁判官に声を掛け、更に現役の刑事裁判官にも呼び掛けて発足した刑事に関する実体法及び手続法の研究会である。同研究会の特色はなんといっても研究方法論にある。すなわち、裁判例や判例の分析研究を通じて「現に行われている法」—これは裁判官の思考の中にある—を発見し、これを整理して言語化し、理論化し、体系化しようというアプローチを探るのである。裁判所が一定の法律問題について判断を示す場合、裁判官の頭の中では証拠によって認定された事実を前提に、条文、関連する判例、学説、実務慣行等あらゆるデータが渾然一体となって駆使されて判断が示される。そこには裁判官自身が意識している事項もあれば、無意識的なものもある。裁判官の意識にある事項は当然裁判書の中で触れられるであろう。しかし無意識下の論点は判文に現れることはない。研究方法論の特徴は、裁判書に現れた文言ではなく裁判官の思考そのもの、裁判官の思考に内在する事実そのものを汲み取ろうとする点にある。こうした研究手法を用いる点で本研究会の研究方法是これまでの判例研究とは決定的に異なる。

本論文集はこうした方法論に立脚する3名の研究者の労作である。松澤教授の論文は、「裁判官の思考と共犯理論」と題して、判例に現れた共犯理論を通じて、わが国の刑法典は狭義の共犯と正犯とを区別するいわゆる「共犯体系」を採っているにもかかわらず、裁判官の思考は「統一的正犯体系」に向かって進行しつつあると大胆な提言をされている。また、成瀬教授の論文は、「侵害の継続性と量的過剰」をテーマに、近時の最高裁判例を中心に「侵害の継続性事案」と「量的過剰事案」の分類整理の前提となる分析的考察と全体的考察について詳細な検討を加えた上、判例が当該事案をいずれの類型に整理するかについて興味深い分析を示しておられる。橋爪教授の論文は、「背任罪の共犯の成否」をテーマに、背任罪における不正融資の借り手側の罪責について、近時の最高裁判例を分析して主観・客観両面から一定の絞り込みを行っているという解釈も可能であろうとされつつ、それが規範的限定なのか、事実上の限定なのかについて、住専事件及び石川銀行事件のそれぞれの担当調査官の解説を分析しながら、学説の議論状況を踏

まえて興味深い提言がされている。

詳しくはそれぞれの論攷をお読みいただきたいが、従来の判例研究には見られなかった新しい息吹を感じ取られるのではないであろうか。刑事法に関する新たな研究方法論、新たな視座に立つ論攷を世に問うものである。

20世紀の終わりから21世紀にかけては、刑事法にとっては激動の時代の幕開けとなった。松尾浩也先生の言葉を借りると、長い間、ピラミッドの前のスフィンクスのようにひたすら沈黙を守っていたのが刑事法であったが、基本法である刑法典の改正—当初は刑法の口語化に始まり、法定刑の引き上げのほか、新たな構成要件の新設—をはじめ、数回に及ぶ刑事訴訟法の改正、そして裁判員裁判という新たな裁判制度の創設など、刑事法は激動の時代に突入した。こうした時代に本研究会は誕生した。

本研究会の研究活動が、後世の研究者によって、21世紀初頭は新しい裁判制度が生まれ、刑事裁判の実務は大きく変貌したが、それと同時に刑事法研究の方法論にも新たな変化が現れた、このようにいわれるような研究会に育て上げてゆきたいと考えている次第である。

早稲田大学法学学術院教授

川 上 拓 一