

## はしがき

本報告集は、一般財団法人司法協会の研究助成を受けた共同研究「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。この共同研究は、3年間の予定で研究助成を受けているものであり、本号は、その第3年度の研究成果の一部をおさめる。

本号では、平成26年3月8日に、東北大学において、本研究を母体とする現行刑事法研究会が、日本刑法学会仙台部会と共催という形で開催した、日本・デンマーク・スウェーデン国際シンポジウム「刑法解釈論の方法と裁判官の思考—法解釈学・法政策・北欧の経験から」における、各講演および質疑応答の模様を収録している。本国際シンポジウムは、現行刑事法研究会において、その特色をなしている「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研究方法論につき、これと軌を一にする方法論を採用してきたデンマーク、および、この基礎となる法哲学理論を形成してきたスウェーデンから、両国を代表する2人の刑法学者をお招きし、我々の方法論と比較・対照し、また、その理論的基礎や、具体的な利点・欠点につき、理解を深めようとする意図で企画されたものである。

シンポジウムでは、まず、上記共同研究代表者であり、現行刑事法研究会の会長でもある私が基調講演を行い、それに応じて、南デンマーク大学法学部のトーマス・エルホルム教授、そして、ストックホルム大学法学部教授のペッター・アスプ教授より、講演をいただき、その後、休憩を挟んで、質疑応答を行った。「現に行われている法」を忠実に記述することに力点を置く私の基調報告に対して、その具体的な問題点を指摘し、そうした方法論をとってきた先駆者としての立場から有益なコメントを与えるエルホルム講演、そして、元々はそうした方法論の法哲学的基礎を築いた国でありながら、現在では、これに対して懐疑的な立場に立つ明らかにし、刺激のかつ高度な理論分析を展開するアスプ講演という、内容的にも形式的にも対照的な2つの非常に有益な講演を得ることができた。両教授および質疑応答に参加して下さった参加者の方々に、深く感謝の意を表したい。

なお、本研究会の意義については、川上拓一教授が執筆くださった「第1号 はしがき」が大変参考となるので、以下に転載しておきたい。

共同研究代表・早稲田大学法学学術院教授  
松澤 伸

・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・

「第1号 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年秋、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。

（中略）

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