

<シンポジウム>

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—

基調報告

刑法解釈論の意義と方法

早稲田大学法学学術院教授 松澤 伸

- I はじめに
- II 刑法解釈論とは何か
- III 科学的刑法解釈論の方法論
- IV 本方法論への批判・問題点とその検討
- V 刑法解釈論の方法・・・理論の抽出と構成の方法論
- VI 刑法政策の方法・・・序論的考察
- VII おわりに

I はじめに

刑法解釈論（dogmatics）はサイエンスといえるかという問いに対しては、おそらく、当然にして学問である、との回答が寄せられると思われます。法学を意味するリーガル・サイエンスという言葉には、サイエンスという言葉が入っています。

では、問いを変えて、刑法解釈論は客観性を持つかという問いに対しては、答えが分かれるでしょう。ある国では、刑法解釈論は、刑法学者それぞれが考える妥当な解釈（interpretation）を体系的に提示するものである、と理解されています。こうした国では、刑法解釈論は客観性を持つということは難しいでしょう。

なぜなら、刑法学者の主観的価値判断を前提としなければ、刑法体系は成り立ち得ないからです。同じ国で、客観性がある、と答える人もいるかもしれません。その人は、刑法学者は、法規のうち、客観的に正しい解釈を選択して提示するからである、と理解するのでしょうか。こうした理解は妥当でしょうか。

ある国では、刑法解釈論は、刑法学者が現実に行われている刑法の現状を記述するものである、と理解されています。この国では、刑法解釈論は客観性をもつと考えられるでしょう。なぜなら、刑法学者は、事実を記述するのみだからであります。しかし、こうした事実を記述するのみの刑法解釈論は成り立ちうるのでしょうか。それ以上に、事実の記述は、常に客観的と評価できるのでしょうか。事実の記述の名を借りた自己の見解の提示にならない保障はあるのでしょうか。

あるいは、これらの中間的な国もあるかもしれません。事実を記述しつつ、限定的に自己の見解を述べるといった方法です。しかし、そうした方法は、結局は、自己の見解に基づく刑法解釈論を展開する点で、第一の方法に帰着するのではないのでしょうか。また、事実の記述と自己の見解の披瀝の違いを、どうやって設けるのでしょうか。

刑法解釈論の性格については、こうした様々の疑問を提示することができます。本報告は、こうした問題について、私の母国である日本と、ドイツ、デンマーク、スウェーデンの知見を参考として、検討を加えるものであります。

II 刑法解釈論とは何か

1 ドイツの刑法解釈論の性格

刑法解釈論とは何か、刑法解釈論とはどのような性格の学問か、という問題の解答は、自明のようでいて、実はまったく明らかではありません。そもそも、刑法解釈論という言葉のドグマティーク (dogmatics) というのは、神学における教義学に由来する言葉です。そこから想像される刑法解釈論の性格は、神学における教義学が、聖書を矛盾なく解釈するのと同様に、刑法典というテキストを、その内部において、矛盾なく解釈する、というものであります。

こうした理解を、世界で最も徹底して追求しているのは、おそらく、ドイツにおける刑法解釈論でしょう。中心たる教義を打ち立て、それをもとに、刑法解釈論上の様々な論点について、演繹的に結論を導きだし、刑法典を、矛盾なく、体系的に、そして規範的に解釈しようとする点においては、ドイツ刑法学以上に徹底したものは存在しません。

たとえば、20世紀中盤にドイツ刑法学を席卷した「目的的行为論」(finale Handlungslehre) という考え方があります。目的的行为論の提唱者であるハンス・ヴェルツェル (Hans Wezel) は、人間の行為を存在論的に把握した場合、その特色は目的性 (Finalität) にあるとし、従来の通説を、因果的行为論 (kausale

Handlungslehre)と呼んで徹底的に批判しました。目的的行为論がみちびいた様々な理論的成果は、判例・立法にも影響を与えましたが、基本的には、社会に生じた何らかの問題を解決するというよりも、中心におしたてられたドグマから演繹的に導かれる結論が正当であることを自明のものとして議論を進めて来たように思われます。

あるいは、みなさんは、20世紀中盤の理論である目的的行为論を持ち出すことをいぶかるかもしれません。私としては、目的的行为論が最も典型的なものであることからこれを紹介し、みなさんにそのイメージを持ってもらおうと考えましたが、実は、現在においてもこうした議論の形式はドイツ刑法学の大勢を支配しています。たとえば、最近でも、経験科学的な知識に基づいた刑法体系を構築しようとするクラウス・ロクシン(Claus Roxin)を中心とする学派と、ニクラス・ルーマン(Niklas Luhmann)のシステム論に基づいた機能主義を標榜するギュンター・ヤコブス(Günter Jakobs)を中心とする学派の論争を見ても、双方とも、基本的なドグマを中心において、そこから演繹的に導かれる理論体系を構築するという方法論に基づいていることが看取されます。特に、ヤコブスの弟子たちには、システム論から演繹して、違法と責任の区別を相対化、あるいは解消しようとするような議論を行う者まであらわれています。

こうしたドイツ刑法学に典型的に見られる議論の形式は、論者の個人的価値判断によってたつ理論体系を構築し、これを「科学」の名の下に主張するものと評価できるのではないのでしょうか。これは、実務において生じている問題を解決するために、刑法学が何を提供できるか、といった思考とは対極的なものといえるでしょう。

2 日本の刑法解釈論の性格

こうした発想は、私の母国である日本においても見られる傾向であります。ドイツ刑法学の影響を受けた日本では、犯罪論(どのような行為が犯罪となるかという要件を論じる理論)の体系構成に、大変なエネルギーが注がれてきました。20世紀前半には、古典学派と近代学派との間で、また、20世紀の終わり頃には、「行為無価値論」(「行為」の社会倫理規範違反性を重視して、違法性レベルで故意と過失は異なり、主観面も違法性判断に影響すると考える立場)と、「結果無価値論」(法益侵害の発生とその危険性という「結果」を重視し、違法性はあくまで客観的に判断されるべきだと考える立場)との間で、華々しい論争が繰り広げられました。

しかし、これらの論争も、根底にあるのは、刑法で取扱う人間観、あるいは、刑法の社会秩序維持機能を重視するか、それとも、裁判時の紛争解決機能を重視するかという、刑法の性格に対する論者の考え方であり、たとえ様々な論理や理

論的工夫を凝らしても、最終的に到達するのは、論者自身がどう考えるのかという、哲学的、あるいは政治的な価値判断なのであります。

3 規範的刑法解釈論の妥当性？

こうした刑法解釈論は、主に、ドイツ刑法学に基づき、規範の性格付けという形で議論されて来た。たとえば、20世紀前半のドイツには、評価規範（Bewertungsnorm：その行為をどのように評価すべきかという規範）が決定規範（Bestimmungsnorm：国民の特定の行為を禁じたり命じたりする規範）に先行することにより、違法性は客観的に、責任は主観的に判断されるべきであるとするエドムント・メツガー（Edmund Mezger）の理論がありました。また、20世紀中盤のドイツには、目的的行為論を徹底させることで、違法性においても責任においても、行為者を基準とする判断基準を導くアルミン・カウフマン（Armin Kaufmann）の理論がありました。20世紀後半の日本では、規範違反を、事前（ex ante）に判断するのか、事後（ex post）に判断するのか、といった観点から、違法性を一元的に理解するのか、二元的に理解するのかという議論がなされました。

これらは、「規範の性格を明らかにする」という議論形式を取るため、一見、客観的であり、科学的であるように見えます。客観的に存在する規範の性格を正確に認識することで、刑法解釈論上の諸問題について、真に正しい解答が得られるように思われてくるのです。しかし、それは正しくありません。そもそも、法律学において真に正しい解答があるなどという考え方が正しくないのは、少し法律学を学んだ者なら、誰でもわかることであります。ひとつの論点について、いくつもの結論が成り立ち得ます。どちらかに意見は収斂してくることが多いですが、それは、どちらかが「正しい」とか「誤っている」からではなく、どちらかが「より妥当である」か「より妥当でない」にすぎません。その差はあくまで相対的であり、時代や場所によって逆の結論になることは十分にあり得ます。規範論理という一見客観的に見えるもので理論を構成しても、しよせんその究極は価値判断に到達せざるを得ず、その価値判断の妥当性を争わざるを得ないのです。

4 より科学的な刑法解釈論への志向

では、科学的な刑法解釈論というのはいりえないのでしょうか。刑法学は学問たり得ないのでしょうか。科学的な刑法解釈論の構築は、法律学の科学性という困難な問題に対する法理学からの示唆も受けつつ、従来、様々な国で追求されてきた課題でもあります。これを次章で検討してみます。

III 科学的刑法解釈論の方法論

1 戦前：実証学派

実は、先に言及したドイツにおいても、科学的刑法解釈論が学界を席卷した時期がありました。それが近代学派刑法理論であります。近代学派刑法理論は、犯罪を犯罪者の自由意志の所産と解し、犯罪に対する反動としての応報刑論を展開した古典学派刑法理論に対し、犯罪は犯罪者の素質と環境の所産であると理解することで、犯罪者を改善・教育するために刑罰を用いるという目的刑論を展開しました。フランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) による「最良の社会政策は最良の刑事政策である」という言葉はあまりに有名であります、その基礎となるのは、実証的、すなわち、科学的な調査・研究に基づいた犯罪学でした。

このように、近代学派刑法理論は、科学的な知見を基礎におくという限度で科学的でありましたが、実際には、刑罰を犯罪者の改善・教化に役立つ「よいもの」と考える傾向を持たざるを得ず、いきおい、犯罪論の主観化を招きました。主観主義犯罪論は、これが恣意的に用いられるようになると、国家権力の暴走を基礎付ける理論となりかねません。特に、第二次世界大戦で国家権力が暴走した日本やドイツでは、戦後、近代学派は急速に衰退していきました。

2 戦後：経験法学による議論

では、戦後、科学的刑法解釈論は完全に失われたのでしょうか。実は、先に示したドイツにおいても日本においても、科学的刑法解釈論への志向は連綿と続いていました。西ドイツでは、1966年の刑法対案グループによる刑法草案対案が有名である。「カント (Kant)、ヘーゲル (Hegel) からの訣別」というスローガンで知られるこの対案は、その目標のひとつとして、「刑法の非形而上学化」をもっていました。この対案は、犯罪学を基礎において、刑罰の目的を、効果が確実であるかどうか実証されていない一般予防から、犯罪者の改善・教化を目的とする特別予防に転換することを求めており、犯罪予防という目的を実現するため、経験科学的な基礎に基づいた刑法が必要であることを主張していました。こうした考え方は、西ドイツの刑法改正作業に大きな影響を与え、それに続く刑法学者、すなわち、クラウス・ロクシンらによる、刑法・刑事訴訟法・刑事政策を総合して考察する全刑法学 (gesamte Strafrechtswissenschaft) へとつながっていくのです。

対して、日本では、第二次世界大戦後、アメリカ法学の影響が顕著となり、いわゆる経験法学が実定法各分野にも影響を与えるようになりました。そして、民法学者・法哲学者の間では、民法解釈論の科学性を巡り、「法解釈論争」が勃発しました。法解釈論争で論じられた問題は多岐に渡りますが、その中に、法解釈論の客観性の問題があります。法解釈論においては、事実と価値の不断の交錯が生じますが、これをいかに分離し客観性を与えるかが問題とされました。そこで、法哲学者の碧海純一は、「目的の選択と手段の選択」を分け、マックス・ウェーバ

ー (Max Weber) を引用しつつ、目的の選択については解釈者自身の価値判断が入り込む余地が大きい、手段の選択についてはまったく科学的・客観的に論じうるとしました。そして、手段の選択の客観性の基礎を、経験的事実の認識に求めました。刑法学において、経験法学や、法解釈論争の影響を受けて、刑法の機能を重視した刑法解釈論の必要性を主張したのが平野龍一であります。

ドイツにおける対案グループや、平野の見解は、経験科学的な知見を基礎に据えて、「どのような解釈をすればどのような効果が生ずるか」を論じる点で、科学的であります。こうした考え方は、従来のドイツや日本の議論が、「中心に押し立てた哲学的概念あるいは哲学的ドグマからの演繹」であったり、「規範の構造を客観的に把握するという名のもとに行われる自己の価値観の混入」であったりしたところ、飛躍的にレベルアップさせたといえます。しかし、こうした経験科学的知見を援用する際の「目的」が客観的に正しいことを、いかにして保障するのでしょうか。この点に、これらの理論の不徹底性が見られるのです。もちろん、犯罪を減らそう、とか、国民の自由を保障しようといった目的は明確であり、客観的にも正しいでしょう。しかし、なにをもって犯罪とするか、国民の自由をその他の国家的・社会的利益と比較して（さらには国民同士の利益衝突の場面もありうる）どの程度保障するか、ということについては、結局、多様な価値観や、政治性と無関係ではられません。むしろ、政治的だとさえいえます。西ドイツ対案グループや、平野らが、刑法の脱倫理化を目指したことは、偶然、軌を一にしているが、経験科学を基礎におくことと、自明の繋がりがあるわけではありません。

これは、現代ドイツにおいて刑法の機能を重視するという「機能主義」をとる論者の中で、刑法の機能をいかにとらえるかで対立が起こり、結局は、最初に述べたような対立に至っていることから見て取ることができます。つまり、たとえば、ロクシンとヤコブスは、同じ「機能主義」を標榜するが、刑法の目的を法益保護ととらえる前者と、刑法により規範の安定化を目標とする後者では、刑法理論がまったく異なってしまうのです。

事情は日本においても同じであります。現在、刑法学者の大勢は、刑法の目的を、経験科学的に認識可能な法益保護にあるとする点で、ほぼ争いはありません。すなわち、以前見られたような、社会倫理や道德の保護を刑法の目的とする論者は、ほぼいなくなっております。「法益侵害説」が圧倒的に多数説なのです。そうであれば、学説は、結果無価値論に到達するはずですが、しかし、前述の行為無価値論か結果無価値論か、という論争は依然として残っています。これは、法益侵害の発生およびその危険をどの段階で判断し、どの段階で刑法を介入させるのが目標達成に最適か、という点で、論者に違いが生じているからです。つまり、同

じ「法益侵害説」に立ちながら、刑法理論はまったく異なるものになってしまうのであります。

3 法哲学（法理学）における科学性への志向―北欧の場合

（１）導入

こうした刑法解釈論における科学性の追求が続けられる一方で、それ以前から、法理学、あるいは法哲学においては、法学の科学性が問題とされ、議論されてきました。代表的なものとしては、ヨーロッパ大陸におけるハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）の「純粋法学」、あるいは、アメリカにおいてオリバー・ウェンデル・ホームズ（Oliver W. Holmes）やベンジャミン・ナタン・カドーゾ（Benjamin N. Cardozo）、あるいはロスコー・パウンド（Roscoe Pound）らによって担われた「プラグマティズム法学」などがあげられます。

しかし、こと刑法解釈論に限っては、これらの理論は、直接的に強い影響を及ぼして来たとは言いがたいように思われます。たとえば、ドイツにおいて、純粋法学の影響を受けたにしても、これを全面的に導入して展開された刑法解釈論というのは、ケルゼン自身が晩年に多少展開したものを除いてはほぼ見当たらず、アメリカにおいて、プラグマティズム法学やそれに続くリアリズム法学に影響を受けた犯罪学や刑事訴訟法学はあるにしても、刑法解釈論としては、本格的に展開されていないと思われるのです。

これに対し、デンマークでは、法理学において追求された法学の科学性が、通常の実定法にも広く影響を及ぼしました。アルフ・ロス（Alf Ross）による法学方法論がそれに当たります。ロスの方法論と、それが刑法解釈論においてどのように展開されたかを見る前に、その源流であるスカンジナビアン・リーガル・リアリズムについて見てみることにしましょう。

（２）スカンジナビアン・リーガル・リアリズム

①ウプサラ学派

スカンジナビアン・リーガル・リアリズムは、スウェーデンの哲学者であるアクセル・ヘーガーシュトレーム（Axel Hägerström）にその源流を持ちます。ヘーガーシュトレームがウプサラ大学教授であり、ウプサラ大学を中心にこの理論が構築されたことから、これをウプサラ学派と呼ぶこともあります。

ヘーガーシュトレームによれば、あらゆる概念は、それに対応する事実を持たなければなりません。なぜなら、対応する事実を持たない概念は、客観的な実体を持たない形而上学的概念だからであります。このような観点から見ると、権利・義務は現実世界の対応物を持たない形而上学的概念です。ここから、「権利義務は存在しない。それは単なる迷信である」という主張が帰結されます。しかし、権

利・義務の概念は、現実の社会で心理的な力を持ち、一定の効果をもたらしています。ヘーガーシュトレームは、こうした状況は論理矛盾であり、「magic」であるとしています。

ヘーガーシュトレームの主張は、彼の過激な物言いとあいまって、強烈な反響を招きました。これをより発展的に継承したのが彼の弟子であるカール・オリヴェクローナ（Karl Olivecrona）です。オリヴェクローナは、師の見解を継承しつつ、権利・義務の概念を法律学から駆逐するのではなく、いかにして法律学に組み込むかという観点から、壮大な理論を構築しました。彼は、ヘーガーシュトレームが「magic」と表現した状況について、確かに、権利義務は意味上の指示物（semantic reference）をもたないが、権利という言葉が人々の心と行動に影響を与え、彼らを一定の方向に向けるという重要な機能があるのであるから、これを記号として用いることには大きな意義があるとしています。一般に、スカンジナビアン・リーガル・リアリズムは、法の拘束力の心理的側面からの分析に特徴があるといわれますが、これは、オリヴェクローナが、権利・義務が現実社会にもたらす心理的な力に注目し、これを事実として、法の「当為」の側面を否定し、「事実としての法」という考え方を導いた点に端的に現れています。

②アルフ・ロス

デンマークの法哲学者アルフ・ロスは、スカンジナビアン・リーガル・リアリズムの影響を受けつつ、デンマーク法学の伝統的な問題関心を基礎に、ユニークな理論を展開しました。ここでいうデンマーク法学の伝統的な問題関心とは、法源論です。法源論というのは、なにをもって法源とするかという問題についての理論であります。それは、「現実に効力を持つ法」はどこから生じるか、という問題関心に支えられているといってもよいでしょう。この関心は、デンマーク法律学の父と呼ばれるアナス・サンドエ・エアステッド（Anders S. Ørsted）にも見られる関心であり、ロスの前に法哲学者として一世を風靡したヴィグゴ・ベンソン（Viggo Benzon）にも見られる関心であります。

ロスの理論は、スカンジナビアン・リーガル・リアリズムの延長線上において、この問題関心に答えようとするところから始まります。スカンジナビアン・リーガル・リアリストたちは、現実世界に対応物を持たない概念を排斥し、事実のみをもとにした法律学を構想します。ロスは、これに従い、法律学は、現実世界に対応物を持つ客観的事実について事実的に記述したものでなければならないとしています。彼は、法に関する言明（法的言明）を、事実を述べる言明か、評価や意見に関わる言明か、という観点から区別しようと試みるのです。ところで、ロスの問題関心は、「現実に効力を持つ法」であった。そうすると、法的言明は、現実に効力を持つ法を記述する言明と、現実に効力を持つ法についての評価や意見

に関わる言明に分けられることになります。ロスは、前者を、法解釈論的言明、後者を法政策的言明とし、さらに後者を立法者への提言と裁判官への提言に分けます。そして、前者のみが、客観的・事實的なものであり、科学の名にふさわしいものであるから、これを記述することをもって、法律学の任務とします。立法・裁判に提言する法政策も、法律学者の活動としては否定されませんが、これは、副次的なものであることになります。

こうして、ロスにおいては、法解釈論を、「現実に効力を持つ法」を客観的・事實的に記述する学問として位置づけるわけではありますが、次に「現実に効力を持つ法」とはなにか、ということが問題となります。

4 ロスの理論とヴォーベンによる応用

(1) ロスの理論：ヴァリッド・ローの概念と予測説

ロスは、「現実に効力を持つ法」を、ヴァリッド・ローと呼びます。この概念は、現代デンマーク法律学（さらに広く北欧の法律学）の鍵となる概念です。ヴァリッド・ローは、デンマーク語では、「Gaeldenderet（ゲルデンデ・ラット）」と呼ばれます。これは、ドイツ語の「Geltendes Recht（ゲルテンデス・レヒト）」に対応する言葉です。ドイツあるいは日本の学者であれば、これは、法典に示されている法律（法規）それ自体だと考えるでしょう。そして、ドイツや日本の刑法学者は、現行刑法（Geltendes Strafrecht）に関する言明を、刑法解釈論と呼びます。すなわち、ドイツや日本では、現行の法典に関する言明であれば、事實的なものに限らず、評価的なものも、刑法解釈論に含まれることになります。前述のように、ドイツや日本で、個人的見解や哲学的立場にもとづく主張を、刑法解釈論の名の下に展開することになるのは、その点に由来します。

ロスの場合は、こうしたとらえ方をしません。ロスは、徹底的にリアリスティックな思考について、ヴァリッド・ローを把握します。結論から述べると、ヴァリッド・ローとは、裁判官の思考（イデオロギー）であります。すなわち、裁判官は、法律、判例、実務慣行、弁護士や検察官の意見を参照しながら判決を下しますが、その基礎となる裁判官の思考（イデオロギー）が、ヴァリッド・ローなのです。

ロスがそう考えた理由は、彼のリアリストとしての思考からすれば明快です。裁判官の行う判決こそが、現実社会において決定的な力を持つからです。たとえ法文に規定があったとしても、裁判官がそうだといわなければ、現実的な力を持ちません。裁判官の思考は、現実社会に判決という形で現れ、現実社会を統制します。具体的な判決として現れてこない裁判官の思考も、もしこのような事件があればこのような判決が下されるであろうという予測が行われることにより、現

実に社会を統制する機能を持ちます。こうした裁判官の思考を記述することが、すなわち、法解釈論の任務なのです。

ロスの理論によれば、裁判官の思考を記述して行くことで、将来の判決が予測されることになります。そして、法解釈論として行われたこの記述が、将後に現れた判決と一致していれば、その法解釈論は真であったということになり、一致していなければ偽であったということになります。こうして、ロスによれば、法解釈論は、客観的に真偽判定可能であるということになります。このロスの理論は、デンマークでは、「予測説」と呼ばれています。

（２）ヴォーベンによる概念構成の方法：ドイツの方法論への批判

ロスの理論は、彼の法理学的研究の所産であり、法律学の科学性や法の拘束力の問題を追求した結果として、裁判官の思考がヴァリッド・ローである、という結論に至ったものであるから、もともと、実定法の解釈論に応用することを前提に編み出されたものではありません。したがって、ロスの理論を実定法（ここでは刑法）の解釈論に用いるためには、それ相応の工夫が必要であり、また、刑法であれば、刑法なりの特殊性も考慮しなければなりません。この困難な課題に取り組み、ロスの理論を刑法解釈論に実際に応用したのが、クヌド・ヴォーベン(Knud Waaben)である。

ヴォーベンによれば、「判決それ自体をヴァリッド・ローと見るのは誤り」であります。そして、ヴァリッド・ローを記述するには、判決に現れるのよりもずっと広く、また隠された基礎が参照されなければならない、ということになります。ヴァリッド・ローは、裁判官の思考・イデオロギーの総体であります。判決それ自体や、その事件において特有の裁判官の思考、判決の動機等は、その総体から見れば一部分に過ぎないわけです。

そこで、ヴァリッド・ローを記述する際にも、まず判例の研究が重要になると考えられます。判例研究というと、日本においては(おそらくドイツにおいても)、数多くの判例の中から、これらの判例を生み出す基礎となる理論を抽出することに重点がおかれることとなるでしょう。日本の学者は、これを判例理論と呼んでいます。

判例理論は、裁判官の一般的な考え方に基礎がおかれるでしょう。そのため、ヴァリッド・ローと同じことを言っているのではないか、という疑問が提起されるかもしれません。判例理論の研究なら、ドイツでも日本でも行われています。では、ロスの考え方にどんな新規性があるのでしょうか。

確かに、両者には共通点も多くあります。客観性が求められる、というのはその大きな共通点です。しかし、同時に大きな相違もあります。判例理論は、あくまで数多くの判決それ自体の共通点を見いだすことから導かれるもので、事後的

な帰納推理によるものです。これに対し、ヴァリッド・ローは、判決の共通点を見いだすことから見つけられるものではありません。それは、裁判官の心理分析から抽出されるものであり、判決それ自体ではなく、判決の動機付けの分析から導かれるものです。

さらに、判例理論は、分析する者自身の理論体系によって様々に構成されます。これについて、ヴォーベンは、「ドイツ刑法学においては、多くの場合、自己の見解に従って判例を整理して行く傾向がある」と述べています。要するに、論者の個人的立場・哲学的立場により、判例が整理されるために、客観性が失われてしまうのです。これは、日本においても同様でありましょう。

いずれにせよ、ドイツや日本では、判例を、抽象的法命題にまとめようとする。ヴォーベンは、それも批判します。彼によれば、「ドイツの刑法学者は、裁判実務で生じるすべてのケースをカバーするために、基準の定義をほんの短い言葉にまとめようとして、しばしば、現実から離れてしまう」。要するに、ヴォーベンによれば、ヴァリッド・ローは、抽象的な規範を用いて、完全に一律に、説明しきれるようなものではない、ということです。

では、ヴァリッド・ローは事案の集積のような形でしか記述できないのでしょうか。アメリカの事実懐疑主義者ジェローム・フランク（Jerome Frank）のように、抽象的な規範命題の定立を断念し、判決予測を断念するのでしょうか。そうではありません。ヴォーベンは、抽象的な規範に疑念をいだきつつも、これを廃棄することはありません。抽象的な規範を用いつつ、それを完全なものとは考えない、というスタンスをとるのです。ヴァリッド・ローは、将来の再度の審査に向けて開かれています。ヴァリッド・ローとして示された抽象的な規範が完全なものでないことを、原理的に予定しているのです。ヴォーベンは、自らが研究した故意の概念について、「故意概念の内容は、完全な記述に近づくことしか出来ない存在である」と述べます。そして、それを補うために、裁判官が判決に至る動機要素を列挙して行くという方法をとるのです。

（３）私自身による応用

私は、ヴォーベンによるロスの理論の応用方法を、基本的には是認しますが、私なりに、少々の修正を加え、以下のように整理しています。すなわち：

ヴァリッド・ローは、実際に法を形成する役割を担っている裁判官の思考を、推測を含めて言語化・理論化・体系化することによって構成されます。そのため、裁判官の思考に内在する事実を、裁判官心理に深く沈潜して汲み取ろうとすることが必要となります。ヴァリッド・ローは、裁判官の思考から読み取られるものでありますから、それが現実存在すると予測される限り、裁判官の思考を直接反映していないと思われる判決に現れた文言には拘束されませんし、さらには判

決の結論にも完全に拘束されるわけではありません。それゆえ、ヴァリッド・ローを記述する刑法解釈論は、判例を整理した集積物ではなく、判例を整理するだけでは導くことの出来ない、高度に抽象的な理論構成も可能なのです。もちろん、裁判官自身が完璧な理論体系に基づいて個々の事案を処理しているわけではありませんから、汲み出された理論体系が不完全な場合もあります。概念の統一が困難な場合もありますが、基本的には、従来と同様、概念の定義を安定的に使用可能な程度に（さらには、国民がそれを理解して自由に行動できる程度に）明確化することを目標とします。刑法解釈論によって示されるのは、裁判官の判断基準だけではなく、国民が自由に行動できる範囲の基準でもあるからです。法的判断のポイントとなる事項を列挙する方法や、法的判断の基礎となる裁判官の動機を列挙する方法論といった、「重要項目の列挙」方式は、その限りで採用しません。

私は、これまで、こうした方法論に基づき、研究会を組織し、共同研究を行ってきました。具体的には、裁判官と学者との共同研究であります。学者がヴァリッド・ロー（と思われるもの）を提示し、裁判官からコメントをもらい、また、別の学者にも批判的に検討して頂く。このような作業を通じて、より客観的なヴァリッド・ローを求めようとしているのです。但し、ここに参加してもらう裁判官のコメントは、絶対的なものとは考えていません。裁判官の思考は裁判官自身が最もよく読み取れると考えるかもしれませんが、実際には、裁判官自身が意識していない深層心理や深層意識がありうるのであって、それこそが、学者が外部から観察することで明らかにできるものなのです。

IV 本方法論への批判・問題点とその検討

1 導入

以上示した方法論に関して、ロスに対しては、デンマークの法哲学者を中心に、これを応用した私見に対しては、日本の刑法学者から、様々な批判が行われてきました。また、私自身が他の学者と議論する中で気付いた点や指摘された問題点もあります。ここでは、これらについて、整理し、検討を加えます。

2 ヴァリッド・ローの対象は裁判官の思考に限定されるのか

本方法論に対してよく見られる批判は、ヴァリッド・ローの対象は裁判官の思考に限らないというものです。特に、起訴便宜主義をとる国（英米はもちろん、日本やデンマーク、スウェーデンなど）では、起訴するかどうかの権限を有する検察官の思考は、事実上、処罰される行為とそうでない行為の選別に、大きな影響を与えています。

さらに、ロスの理論をポストモダン法学の観点から批判するヘンリック・ザーレ（Henrik Zahle）は、ロスの理論の一面性を批判します。実際に社会を統制す

る機能を果たしている法は、裁判所において下される判決だけではありません。例えば、実際の行政の場で決定される決定や命令、役所などが実務的に行う決定など、裁判所を経ないで有効に機能している法はたくさんあります。これらは、裁判官の思考を経ずして、ヴァリッドであります。したがって、法源には複数の中心があるものと把握すべきであり、その法源ごとに、それぞれ違った妥当性の判断方法があるとするのです。

確かに、これらの批判には正しい点もあります。特に、有罪率の高い国（日本）では、検察官の起訴・不起訴の影響力は大きいです。単に、なにによって社会が統制されているのかを考えるのであれば、それらの点にも注意を払い、有罪と無罪の線引きをして行くことが重要となります。しかし、それが法と呼ばれるレベルの実在性を持っているのかどうか、ということになると、裁判官による判決と、検察官による起訴・不起訴は、法的に見て、レベルが違うのではないかとも思われます。また、検察官の起訴・不起訴の判断について、その心理まで踏み込んで研究するのは、事案や証拠がほぼ不明の状態で手探りで行わざるを得ず、実際には極めて困難です。もしそれができないのであれば、少なくとも、明確にできる範囲の裁判官の思考を対象に、刑法解釈論を構成するのも、機能的な刑法解釈論のあり方として有意義であると考えます。

3 予測の真偽判定は本当に可能なのか

ロスは、予測と事実を照合することで、法解釈論について、真偽判定を可能とします。旧来の自然科学をモデルにする以上、一つの考え方であります。しかし、予測と事実の照合は困難です。真実というためには、一つの判決と合致すれば十分なのでしょうか。判決が出なければ真実とは言えないのか等々、多くの問題が生じます。これは、自然科学を含めた、科学の客観性それ自体の問題であり、本来は、科学哲学の問題です。そこで科学哲学の議論を見ると、現在、科学と疑似科学の線引きは、科学哲学においてもこう着状態の議論であります。予測と事実の照合を求めた論理実証主義が破綻し、カール・ポパー（Karl Popper）によって導入された反証可能性論も不十分とされています。

1970年代、デンマークでは、ロスの後継者であるプレーベン・ストゥア・ラウリッセン（Preben Stuer Lauridsen）が、ロスを批判し、真実と一致した唯一の言明などというものは存在しない(複数存在しうる)ということを出発点として、究極的には研究者の間の議論・批判を経て、最終的に同意・整合が得られるかをもって、真偽判定の基準としようとしてしました。この主張には、一定の妥当性が含まれているように思われます。同業研究者の間での同意を得られるかどうか、というのは、学説の評価において、ひとつの重要な指標になることは否定できない

でしょう。こうした修正を加えることで、ロスの理論は現時点でも妥当性を持つと考えられます。

しかし、ここでいう整合とか同意というのが、単に、大方の同意を得られた、とか、国民大多数の意見と整合する、というのでは足りません。健全で合理的に組織化されている専門家集団による検証、という形でおこなわれる必要があるでしょう。そして、その次の問題は、現在の（各国の）研究者を含む法律学者集団が、専門家集団としての資格を有しているかどうかをどう検証するか、という手続・方法論に移ってきますが、この点は、我々としては、現時点では、各国の法律家集団は、そのような集団であるということを措定するほかないでしょう。

4 予測される裁判官がそれを見て対応する。そのような関係に、科学性は見いだせるのか？

この疑問も、本方法論のみならず、社会科学の科学性に対する疑問として、よく見られる批判であります。これに関して、少なくとも本法論について、私は、科学性は見いだせると考えています。裁判官は、確かに、本報告が提唱するような刑法解釈論による研究成果を参照すると思われませんが、それを読んだことで、「観測者の裏をかこう」とか、「あえてこの見解を取ることはやめよう」とすることはないでしょう。なぜなら、この研究成果自体が、裁判官を制御するという実践的な目的を有しているのではなく、ヴァリッド・ローを明らかにするという、純粋に学問的な関心に由来しているからです。裁判官が、「制御されるわけにはいかない」として裏をかくことは、現実的に意味がありません。仮に、研究成果に接した裁判官が、「現在の実務を続ければ将来このような判決が予測される。それは望ましくない」と考えて、現在の実務を変化させていくとすれば、それは、刑法解釈論による影響ではなく、裁判官自身の価値判断であって、裁判官が、彼自身の行動を制御しているに過ぎません。

なお、日本の法社会学者・川島武宜は、リアリズム法学の裁判観を基礎に、将来の裁判を予見する予見法学を主張していますが、その際、こうした予見は、「将来の裁判を判例によって制御するという我々の実践的行動を媒介にした予見にはかならない」とし、「将来の裁判を過去の判例によってどのようにコントロールしたらよいのか、すべきであるのか」についての問題として位置づけています。ここには、観察対象である裁判官が、観察主体である学者を逆に観察することを通じて、裁判をコントロールしようとする姿勢がみられますが、予見を、こうした実践活動と位置づけると、それでは、客観的であるはずの法解釈論に、評価の問題や、価値判断を持ち込んでしまうことになるでしょう。この点、ロスの見解（や、本報告の見解）では、こうした制御は目的とされておらず、こうした疑問は生じないと考えられる。

5 法解釈論と法政策をどう分けるのか

法解釈論と法政策とは、事実と評価の問題であるから、分離は確実に可能であると考えられることが多いですが、よく考えてみると、法律学という事実と価値が相互交錯する領域においては、この限界領域が曖昧になってくる場合もあり得ます。たとえば、①法解釈論として示された内容を読んだ裁判官が、それに影響を受けて判決を書いたとすれば、これは法政策とはならないのでしょうか。②逆に、記述した者は法政策のつもりであったが、実際にはそれを読んでいない裁判官も、同様な判決を書き、客観的な実務として定着していったとすれば、これは法解釈論ではないのでしょうか。

私の考えでは、①、②のいずれの答えも、ノー、であります。では、どうやって法解釈論と法政策がわけられるのでしょうか。ここでは、観察の対象が裁判官の思考という、その結果をほぼ間違いなく逆側から観察している者であることによる難しさがあります。

私自身、結論はもっていても、その判断基準については、どのように構成すればよいか、少し疑問をもっているところがあります。そこで、暫定的ではありますが、以下のように述べておきたいと思います。それは、法解釈論と法政策は、その方法論、つまり、判断の基礎となった資料、および、結論を導いた分析手法によって分けられる、というものです。判断の基礎となった資料が経験科学的な事実であり、結論を導いた手法が経験的事実の分析であれば、法解釈論であり、それ以外は法政策であります。すなわち、法解釈論と法政策は、方法論によって分けられると考えられます。それゆえ、刑法解釈論の方法論が重要となるのです。

6 外在的批判能力を持つ学生・法律家の養成のための障害とならないか？

法学教育の観点から、このような指摘がなされることがあります。しかし、法解釈論を事実の記述に限ることは、現状を批判することを禁じることはありません。裁判官や立法への提言は、評価の問題として、法政策として分けて行うべきだ、というのがロスの考えであって、こうした批判は当たりません。

7 裁判官自身の思考の性質はどのようなものか？

学者による解釈論が事実の記述であるとして、裁判官の行っていることはなんなのか、と尋ねられることがあります。裁判官は、具体的な事案を解決するため、法を創造している、と考えられます。すなわち、具体的な事案での法規のあてはめは、それ自体、一定の価値観に基づいた法生成過程そのものなのです。ただし、裁判官の思考総体から個人としての裁判官自身も自由ではありません。個人の価値観に基づき、勝手な法創造を行っているわけではありません。集積されてきた

裁判官の共通認識である価値判断に耳を傾けた判断であり、その限度で、客観性を有するものです。

8 まとめ

以上のように、本報告で示される刑法解釈論の方法論に対して向けられた批判や内在する問題点には、それぞれ、解決すべき残された問題はあるものの、一定の回答が得られているといえるでしょう。

V 刑法解釈論の方法・・・理論の抽出と構成の方法論

1 理論の抽出方法

裁判官の思考を抽出し、理論化するという刑法解釈論の課題に対して、ここでこれまでの議論をまとめ、方法論として整理しておきたいと思います。

裁判官の思考を知るために、まず参考となるのは、判例です。しかし、これを金科玉条のものとしてはいけません。なぜなら、判例はひとつの事案についてのその時点での裁判所の判断であって、将来の判決に対して拘束力は及ぶものの、成文法国家においては、絶対的な力を持つわけではないからです。特に、理由付け命題は、裁判官の思考を言語化した可能性が高いですが、すべてが反映されているわけではなく、あとづけの理屈である場合さえあります。理由付け命題は、判例研究においても、判例それ自体とは認められていません。結論命題のみが、判例であります。判例の取り扱いを誤ると、判例を法そのものと見てそれを整理するという、判例法実証主義に至ります。これは、本報告の方法論とは相容れないものです。

次に参考となるのは、裁判官自身が執筆した文献です。これは、裁判官自身が自身の思考を整理したものとして、貴重な基本資料ではあります。しかし、これも裁判官の思考すべてではありません。個人で書かれたという点はおくとしても、裁判官自身が無意識のうちに考えている内容が反映されているとは限らないからです。ヴァリッド・ローは、裁判官のイデオロギー全体であるから、その無意識的なところまで沈潜して、判断の基準を汲み出す必要があります。

第三に参考となるのは、裁判官に影響を与えた文献の検討です。裁判官は法律家である以上、書籍や論文を参考にします。共通して参照される書籍や論文は、裁判官の思考形成に大きな影響を与えていると考えられます。これらを検討することによって、裁判官の思考内部に形成される理論体系・概念を推測することができます。

第四に参考となるのは、裁判官との対話です。判例や文献にあらわれない裁判官の本音を探るために、この対話は必要不可欠です。そのために、私は、意を同じくする研究者とともに、「現行刑事法研究会」という研究会を組織し、裁判官と

ともに、定期的に研究会を開催しています。なお、裁判官の立場は、各国によって様々です。たとえば、ドイツ、北欧、日本等では、裁判官は、選任方法や国家組織内の位置づけを見ても、官僚という位置づけであります。アメリカでは政治的な立場にあります。この点については、各国ごとに変数をかませる必要があるでしょう。

2 理論の構成方法

以上の方法で抽出された裁判官の思考を理論体系化するには、一定の工夫が必要となるでしょう。すなわち、犯罪論の体系を構成するにあたっては、日本では、ドイツのように、構成要件該当性・違法性・責任という体系をとるのが通説ですが、より刑事手続を意識して、刑事訴訟法的・認定論的な犯罪論体系を構成する必要があると思われます。なぜなら、裁判官の思考において形成される犯罪論体系は、常に事件の解決、すなわち、手続法を意識したものであるはずだからです。すなわち、日本の場合であれば、検察官が立証しなければならない事実を構成要件該当性に位置づけ、そして、例外的に、争点が形成されたときに限って、検察官が立証責任を負う違法性阻却事由の不存在・責任阻却事由の不存在については、違法阻却・責任阻却として位置づければよいのです。こうして、刑法解釈論の出発点としては、構成要件該当性・違法阻却・責任阻却という体系が、最も妥当な体系と考えられることになります。なお、後述するように、法政策においては、行為・違法・責任の体系が必要になります。

次に、概念の構成方法であります。抽象的な概念も、ヴァリッド・ローの内容となりうることは既に示した通りです。具体的には、判例を中心とする資料を虚心に検討することで、どのような思考回路で裁判官が問題を解決しているかを把握し、それを概念にできるかぎり忠実に載せて行くが基本的な姿勢となるでしょう。こうした抽象的概念を用いることは、法律家同士の相互理解や、法律的な議論においても役に立つことであります。すなわち、法律家同士が議論する際、使用可能な共通コードは、法的概念であります。これを無視して刑法解釈論を行うことは、生産的ではありません。なお、完璧な概念が存在しないことは、ヴォーベンが指摘している通りであり、また、事実認識の対象である裁判官の思考の中にさえ、存在しないと思われます。だからといって、概念の構成をあきらめるわけではありません。そこでは、将来、裁判官の思考がこのまま深化して行けばこのようなところに到達するであろう、という到達点としての概念を、経験学的事実はもちろん、裁判官がその思考の内部で行っている従来の規範分析の手法も用いながら、具体化・言語化していくことが重要となります。

上記の二点と関係して、事実認定と法律問題の交錯をどうとらえるかが問題となります。たとえば、ある要件を認定する際、一見、要件とは無関係に見えるい

くつかの事実があらわれることが明らかになっているとしましょう。たとえば、日本の実務では、犯罪後に多くの分け前を取った者が、正犯として処罰される事案が多いですが、本来、正犯か共犯かは、犯罪行為の役割で分けられるものであって、犯罪後の事情とは関係ないはずです。しかも、そのすべての事実が現れる必要はなく、それらの事実を総合考慮するような形で、要件が認定されるような場合もあります。たとえば、上と同じ例で、多くの分け前を取ったかどうかは、正犯として処罰される場合の一つに過ぎず、こうした事実が必要なわけでもありませんが、大きな意味を持っている、といった場合です。こうした例は、日本に限らず、多くの国で見られると思われます。おそらく、法律学のレベルでは、抽象的な規範を作り、あとは、実務における事実認定の慣行に任せる、という手段がとられることが多いと思われますが、それでは、裁判官の思考が汲み取られたことになりません。それに、抽象的な規範が存在するだけでは、実際の実務の役に立たないでしょう。逆に、事実だけを列挙したのでは、法律家同士の議論が出来なくなります。抽象的な規範というのは、法律家同士が議論し理解しあうための重要な共通コードなのです。

問題は、認定される事実と、要求される規範が分離しているときに、どうやってこれを接続するか、ということです。この問題の解決について、私は名案を持っていません。いかにしてこの方法を開発するかは、今後の重要な課題です。

VI 刑法政策の方法・・・序論的考察

1 刑法政策の基礎

ロスやヴォーベンによれば、刑法政策、すなわち、裁判官への提言と立法への提言は、刑法解釈論とは異なり、刑法学者にとっては、2次的な任務であります。ロスの理論が強い影響力を持ったデンマークにおいても、長い間、そのように考えられて来た傾向があると思われます。確かに、科学としての刑法学を追求する場合、自己の価値判断や哲学に基づく提言は、科学性を持たないと考えられます。しかし、同時に、専門家として、価値判断を明確化した上で、ヴァリッド・ローに対して、一定の提言を行うことは、場合によっては、必要なことでもあります。

特に、近時、デンマーク、スウェーデン、日本では、一種のポピュリズムを背景とした必要以上の厳罰化や、政権の価値観を明確にするだけで実際上の効果を持たない立法が行われる傾向があることが指摘されています。後者については、象徴立法と呼ばれ、ドイツでも広くその問題性が議論されています。

こうした現状のもとで、専門家としての刑法学者が、刑法政策を理論的に展開し、その犯罪化の正当性を吟味することは、重要なことと思われます。特に、立法による刑法政策については、近時、英米では、「犯罪化の理論」として盛んに議

論が行われています。これらの詳細を検討する余裕はありませんが、ここでは、本方法論と関連する限度で、理論的な問題を検討しておきたいと思います。

2 裁判官の法創造作用と刑法政策

本方法論では、裁判官への提言も刑法政策と解し、価値判断を伴った政策活動と解します。これは、裁判官が事案を処理し判決を出すという活動を、法創造作用、すなわち、一種の立法作用と考えるからです。ここで、罪刑法定主義との関係が問題となります。罪刑法定主義の重要なコローリーとして法律主義があります。これは、刑法は、国会において、法律の形式で定められなければならない、という考え方です。もし、裁判官が法創造作用を営んでいるのであれば、罪刑法定主義に反することになるのではないのでしょうか。

ドイツのカール・ラーレンツ (Karl Larenz) は、法規の枠内での可能な語義の選択を解釈 (Auslegung) と呼び、法規の枠の外に出る場合を法創造と呼びます。こう考えると、刑法の場合、罪刑法定主義によって、類推解釈は禁止され、法規の枠内で解釈することが要求されるのであるから、法創造は行われておらず、裁判官の活動は、罪刑法定主義に反していないことになります。多くのドイツや日本の学者も、同様に考えていると思われます。しかし、このように解すると、それが主観的な価値判断に基づく活動であるにもかかわらず、法規の枠内の解釈は、複数の解釈の可能性の中に客観的に正しい解釈があり、それを発見する活動だ、ということになりはしないのでしょうか。そうすると、主観的な価値判断が客観性の衣をまとってなされることになるのであるから、それに対するコントロールは及ばなくなります。ここには、法規の中に正しい解釈があるとする法実証主義の悪しき側面があらわれています。そうではなく、法規の中の可能な語義から一つを選択するのは価値判断であり、そこに、法の意味を確定させる、すなわち、存在しなかった法を作り出す、という作業が行われているととらえるのが、リアリスティックな見方であるでしょう。

こうした考え方に対しては、法規の枠内については法創造と呼ばず解釈と呼んだ方がわかりやすいのではないか、また、罪刑法定主義にも反しないのではないか、という疑問もあるでしょう。しかし、解釈という名のもとに、法創造作業を隠蔽することの方がより問題があるというべきでしょう。主観的価値判断を含む活動であることを明確化するには、裁判官の法解釈も、法創造と呼ぶべきであります。このように考えると、罪刑法定主義は、裁判官の法創造を許さないという原則ではなく、刑事裁判における法創造の限界を示す基準だということになるでしょう。

VII おわりに

冒頭で提示した様々な疑問について、回答を与えるべく、刑法解釈論の性格について検討を加えて来ました。

私の考える最も妥当な方法論は、事実認識と価値判断を分離し、刑法解釈論の任務を前者に限定して、裁判官の思考を体系化・言語化して提示することを刑法学者の第一の任務とするという、ロスの方法論に従うというものです。ただし、刑法解釈論の客観性の判定については、ロスのように素朴な理論と事実の照らし合わせではなく、同僚刑法学者の中での整合・彼らの中での承認であるとするストア・ラウリッセンの見解を取り入れ、また、事実認識の対象も、裁判官の思考に限定するのは、現時点でのひとつの機能的選択である、という考え方をとります。

そして、本報告では、その具体的な方法について、アルフ・ロスの見解を具体的に刑法解釈論において展開したクヌド・ヴォーベンの方法論を参考としつつも、それに修正を加えました。すなわち、法律家同士の対話のためのコードは、抽象的な概念や規範であり、これを維持することは、法的議論を成立させるために重要であること、また、刑法は国民の行動の自由を保障する機能を持っているのであるから、判断が曖昧になりがちな「重要は判断項目の列挙」といった方法は取らず、基本的に、従来と同様の概念構成を用いて、安定的な判断が可能な程度まで明確化されていることを前提に、抽象的な規範で理論体系を構築して示すことが重要であることを述べました。

以上の試みは、文字通り、試みに過ぎません。世界各国の同僚との議論を通じて、この問題について、さらに検討を深めていくことが重要であると信じております。その意味で、この試みは、刑法解釈論に客観性を与えようとするものではあるものの、そうした試み自体が、私が妥当と考える価値判断に基づくものであります。私は、こうした研究方法を、ひとつのパラダイムとして提示したいと考えていますが、そうした試みを、客観的に、学問的に正当だと述べるつもりはありません。そうした価値判断を率直に述べることが重要である、というのが、私の最も主張したいところなのです。