

---

# 刑法講話 – 刑法学への導入 –

---

法科大学院教授 日高 義博

- I はじめに
- II 刑法と法の理念
- III 刑法の考え方
- IV 刑法学の役割
- V 刑法理論の特質
- VI 刑法学の学問性について

## I はじめに

これからお話しする刑法講話は、刑法の導入授業の一部をなしていますが、とくに刑法学の土台となっている事柄を解き明かそうとするものです。法律学の基礎をはじめ、刑法学の土台になっている部分の理解が抜け落ちていたり、刑法理論の理解が暗礁に乗り上げ、問題解決の羅針盤さえ見失ってしまいます。しかし、この重要性にも拘わらず、刑法の基本書には当然のこととして言及されていないことが多く、いわゆる「行間を読む」ということと同じく、読み取るべきものがなかなか見えないのも事実です。今日の講話では、刑法学の土台となっていることを解き明かし、刑法学への導入を図りたいと思います。重要と思ったところはメモを取りながら、あるいは考えながら聴いて下さい。刑法の全体像を把握するために、少し突っ込んだ話になるところもあると思いますが、それでは始めます。

本講話の大きな狙いを述べておきますと、1) 刑法の考え方はどんなもので、民法や憲法や行政法と比べると刑法の考え方にはどのような特徴があるのか、2) どういう発想や方法論によって、刑法理論を組み立て、問題を解決する学問なのか、といった点にあります。話の進め方としては、まず法学入門と関連する事項を取り上げ、次いで刑法学に関連する事項を説明していくことに致します。

## II 刑法と法の理念

### 1 法と法律

#### (1) 法と法律の違い

1) 最初のテーマは、「刑法と法の理念」です。刑法が法律 (Gesetz) であることは、皆さんにも自明の理であるとして、さらに刑法は法 (Recht) でもあるということになると、確信をもってそうだと言えますか。結論から言えば、刑法は法でもあります。ここでは、法律と法がどう違い、その違いが刑法を把握する場合にどのように関連してくるのかが、分かっていないと確信をもって答えることができません。この問題は、実は、そんなに簡単な問題ではありません。法の存在構造をどう捉えるのかという法哲学の課題と関連しています。刑法の基礎には、法哲学も組み込まれていることを読み取っておく必要があります。

「刑法はどこにありますか。」という質問をすると、皆さんは、パッと六法全書を開いて刑法典を指し、「ここに 있습니다。」と答えますね。それはそれで正解です。六法全書の中にある刑法つまり刑法典は、間違いなく法律です。しかし、刑法典の条文の中に、刑法のすべてのものが記述されているわけではありません。法の総体という視点からすれば、刑法典は刑法の一角を成しているにすぎません。したがって、刑法の重要な拠り所となるのは刑法典ですが、さらに法の理念から導きだされる調整原理によって生成される刑法規範を含めた総体も刑法を構成しているというのが、解答と言えましょう。

2) 成文法主義の国にあっては、法律は、国会で審議され制定された法規を意味します。国会で法規を制定することによって、初めて法的拘束力を有する実定法が出来上がります。判例法主義の国のように、判例が法であるという考え方は採っていません。立法権は国会にあって、裁判所にはない。裁判所は制定された法律に依拠して裁判をしなければならず、「裁判官によって創られた法」(judge-made law)の存在を前提に裁判することは、基本的には許されないので。

しかしながら、成文法の国であるわが国にあっては、先例として拘束力を有する判例には補充的法源性が認められていますし、実定法だけが法であるとは言いきれなくなっています。実務においては、先例として拘束力を有する判例が重視されているのが現実です。制定法だけでは事案の適切な処理をなしえないことも事実です。ここでは、法律だけが法であるという考えは貫徹しえません。むしろ、実定法を包摂しかつ実定法の枠組みを超える「法」の存在を認めることにより、法解釈に

弾力性を持たしめる必要があるのです。

## (2) 法律学の勉学の対象は何か

1) 司法試験の勉強をする場合には、実定法が中心になります。とくに基本科目である六法、つまり憲法、民法、刑法、商法（会社法等）、民事訴訟法、刑事訴訟法の理解が求められます。それらの法律の条文解釈を学び終えたら、それで十分ということになるでしょうか。そうではないですね。単に、一つの解釈による結論を覚えたというのでは、法理論を駆使して事案を解決するという実践的な法解釈を行うことはできません。実定法に規定された条文の文言だけでなく、実定法の調整原理として機能している法が背後にあることを認識していないと、実践的な法解釈を行うことはできません。この点が分かっていると、条文の意味さえ分かればよい、判例さえ分かればよいという短絡的な勉強をして、結局は法的思考力が全く身に付かないまま、無駄な時間を費やしてしまうことになります。

法律学は、そもそも事実を一定の条文に当てはめれば自動的に結論がでるという機械的処理システムを組み立てる学問ではないのです。絶対的に正しい答えというものはありません。判断の分岐点となっている点を明らかにしながら、説得力のある結論を引き出すことが大切なのです。法哲学で言うならば、相互主観性 (Intersubjektivität) の追求が重要なのです。

2) 現にトラブルが発生して事案の解決が求められている際に、直接適用できる条文がなく、関連する判例もないとしたら、皆さん、どうしますか。根拠条文が見つからず、判例もないので、訴訟は担当しませんということになりますか。そうはいかないですね。弁護士であれば受任した事件は何とか解決しようとするでしょう。民事事件と刑事事件とでは事案処理の仕方に違いはありますが、裁判官としては、係争事件については、何らかの判断を示さなければなりません。

皆さんは、法科大学院を卒業し、司法修習を経て、実務に就くことになるでしょう。法曹資格を取得した以上は、社会の様々なトラブルを解決していかなければなりません。判例もなく、条文も整備されていないような場合であっても、なんらかの事案解決を図らなければなりません。そこでは、法というものをどう捉えているのか、さらに法的思考が身に付いているかが問題解決を左右することになります。

## (3) 法とは何か

1) 「法」(Recht, law, droit, ius) とは一体何であるのか。法学部の学生や法科大学院の院生であれば、「法」という文字には常時接しているので簡単に答えられそうですが、意外に難しい問題です。皆さん、どういう答えを出しますか。法律の

定義はできるでしょうが、法を積極的に定義しなさいということになると、答えに窮するはずです。

民法の分野であれば、「慣習法も法なり」という考え方があります。たとえば、入会権（民法294条）などは慣習法によって認められるものです。しかし、刑法の分野では、慣習法も法であるとは断言できません。なぜならば、何が犯罪であるかが慣習法によって定まるとするのは、刑法の基本原則の一つである罪刑法定主義に反するからです。何が犯罪であり、それに対してどういう刑罰を科すかは、予め法定されていなければならないのです。罪刑法定主義の支配する刑法の領域にあっては、法をどう捉えるかはなお難しい問題です。

なお、水利妨害罪（刑法123条）では水利を妨害する行為を処罰していますが、ここでの保護の対象である水利権は契約あるいは慣習法によって認められているものです。このことから、刑法も慣習法を法源にしていると思われるかもしれませんが、そうではありません。「水利の妨害となるべき行為」という文言は条文に規定されており、その文言の解釈として水利慣行が取り込まれているのです。慣習法が直接の法源になっているわけではありません。

2) このように説明しますと、罪刑法定主義の支配する刑法の分野においては、法規に定められたものだけが法であり、突き詰めれば法律の枠組みを超える「法」というようなものを考える必要はないと思われるかもしれませんが、よく考えてみてください。法というものが存在しないとすると、解けない問題がたくさんあります。

刑法典の各則には、犯罪が成立するに必要な要件が書かれていますが、総則には逆に、犯罪の成立を否定する要件を書いた条文があります。犯罪の成立を否定する違法性阻却事由としては、法令行為（35条）、正当業務行為（35条）、正当防衛（36条）、緊急避難（37条）（責任阻却事由と解する見解もある）などが規定されています。違法性阻却事由は規定されたものに限られるかという点、そうではありません。条文には書かれていないけれども、実質的違法性が欠けることから犯罪にならないパターンがあります。いわゆる超法規的違法性阻却事由と言われているものです。たとえば、被害者の承諾の法理、可罰的違法性の理論などによって違法性阻却が認められ、犯罪不成立となる場合です。

また、同じく犯罪の成立を否定する責任阻却事由の場合も、条文には一部しか規定されていません。刑事未成年（41条）、心神喪失（39条1項）、心神耗弱（39条2項）については規定がありますが、期待可能性が欠けることから責任阻却を認めるというよ

うな規定はありません。しかし、期待可能性は超法規的責任阻却事由として取り扱われています。

このように超法規的違法性阻却事由ならびに超法規的責任阻却事由を認めるのであるならば、条文の枠組みを超えた「法」規範が存在し、実質的に行為を処罰するか否かについて法的規制を及ぼしていると見なければなりません。したがって、実定法だけが法ではなく、法の理念によって制御された法規範の総体が法であると考えべきでしょう。

#### (4) 法は如何に創造されるか

1) そうしますと、法はどうやって創造されるのかが問題となります。このことは、法哲学的な問題でもあり、様々な意見のあるところですが、私は次のように考えています。法の理念としては、正義や法的安定性などがありますが、それらのファクターは、実定法の解釈に作用し、固定化した実定法の調整原理として働きます。そうして、法規の解釈・適用という実践的な作業を通じて法規範の総体が形成されていきます。法律は制定されると固定化されますが、法は時の流れとともに変化していきます。法は動的な存在なのです。現実の法は、「実定法性（実定性）と自然法性（正当性）の緊張関係の中にある」ということになります<sup>(1)</sup>。全体的な法秩序も動的な存在です。

このような法の存在構造を前提にした場合には、事案の解決が迫られているのに、直接関係する条文がない、判例がないという理由だけで事案を解決しないというのは、言語道断だということになります。ましてや、私の教科書には書いてありませんと答えて、平然としている学生は、論外です。理論は事案を解決するためにあるのであって、実践の場において法的思考が働かなければ法律学を勉強する意味がありません。法の理念に照らした法解釈を行い、具体的妥当性のある事案解決を図ることが求められているのです。

2) 民法の解釈の場合は、条文の規定だけでなく、条理や慣習法も法源性を有していますので、法解釈はわりと緩やかです。これに対して、刑法の解釈の場合には、罪刑法定主義というストッパーがありますので、法解釈に限界があります。罪刑法定主義の規制の下で、法解釈の限界をどう画するかは難しい問題です。犯罪の成立を肯定する場合には、罪刑法定主義は厳格に機能しますが、反対に、犯罪の成立を否定する場合には、罪刑法定主義のストッパーはかからず、法解釈のしなやかさが求められます。違法性阻却事由や責任阻却事由については、全てのものが条文に明記されているわけではないので、全体的な法秩序の中で考えなければなりません。実質

的違法性の判断あるいは実質的責任性の判断にあつては、法規範の総体としての「法」との関係が問題にされることになります。ここでは、実定法の調整原理である法の理念が作用します。

#### (5) 法の特性は何か

1) そもそも法というものが法の理念によって制御された法規範の総体であるとしても、どういう特性を有するものなのでしょうか。実定法のように形がないわけですから、その実体が見えにくいのが問題です。ヨーロッパの中世では、人定法と神法の双方を「法」としていたのですが、この法構造の捉え方のほうが形式的には分かり易いかもしれません。これに対し、現在では、実定法だけが「法」であるとする極端な法実証主義は否定されているものの、法の実体をどう捉えるのかについてなお揺らぎがあるのです。私は、実定法の調整原理として法の理念が機能することで、法の総体が形成されると考えています。すなわち、法の理念の中に自然法性が組み込まれることによって、実定法性と自然法性の緊張関係が生じ、その緊張関係の中で法が生成・発展すると見えています。

少し話が抽象的になりましたので、身近なことで考えてみましょう。法の実体は何かという問いに対して、ある人は、ルールだと言います。法はルールであるという、これも当たっています。たとえば、野球でA君がバッターボックスに立ち、ボールを打ったとします。ところが、A君は1塁に走らずに3塁に向かって走った。どうなりますか。当然アウトですね。打者がボールを打ったら、1塁、2塁、3塁という順番で塁を進めるというのがルールですし、ルールを無視してしまつては野球の試合にならない。3塁に走るとするのはルールを無視することであり、A君の走塁はルールから外れるからアウトになるでしょう。それでは、A君が3塁に走った行為は犯罪でしょうか、違法でしょうか。もちろん、犯罪でも違法でもないですね。そうすると、ルールに反しても、違法ではないということであれば、この場合のルールは法ではないということになります。

法はルールですが、どんなルールでも法になるわけではない。法は、野球のルール、あるいはサッカーのルールとどこが違うのでしょうか。それはルールを無視した場合のサンクション (sanction, 制裁) の違いです。もちろん、野球やサッカーにもペナルティーがあります。しかし、そのサンクションはゲーム進行に係わるものであり、それ以外のものではありません。これに対して、法には社会生活上の強制的なサンクション (刑罰, 損害賠償など) が伴います。野球のルール、さらには倫理的なルールとも異なつて、法としてのルールには強制力が伴います。倫理が自

らを律することを求めるのに対して、法は強制力をもって外部から人を律するのである。自律のルールか他律のルールかという点に大きな違いがあるのです。

2) 形式的には以上のような区別があるのですが、実際にはその区別が難しい事案が多々あります。いわゆる法と道德の限界が問題となる刑事事件の処理の場合がそうです。たとえば、不真正不作為犯 (unechte Unterlassungsdelikte：不作為による殺人、不作為による放火など) の成立要件の一つに法的作為義務というものがあります。この法的作為義務は法令だけでなく契約や条理によっても発生するとされていますが、条理を根拠に法的作為義務を認めるか否かは、まさに法と道德の限界の問題なのです。この問題は、ここで取り上げるには理論的に複雑ですので、<sup>(2)</sup> もう少し日常的な事案を考えてみましょう。それは、詐欺罪の成否が問題となる不作為の欺罔の事案です。

B君がコンビニで買い物して、レジで5千円札を出したとします。500円の品物を買ったのに、B君は9500円のおつりを貰いました。その際、B君は、渡された金額を確認せず、そのままポケットに入れて帰りました。自宅でポケットから釣銭を取り出したところ、5000円も多く受け取っていることに気づきました。B君は、「釣銭が多いぞ。今日は良い日だ、レストランでも行くか。」と笑みを浮かべました。

確かに、レストランに行けるとは、良い日ですね、皆さん。しかし、良い日にはなりません。そのままレストランに行ってしまったのでは、占有離脱物横領罪(254条)が成立します。この場合の釣銭は、レジ係の人の意思に基づかずに占有を離れた物であり、それを勝手に使ってしまうことは、占有離脱物の横領行為なのです。この場合には、犯罪構成要件が明確に規定されていますので、条文解釈上あまり問題はありません。

これに対して、レジで釣銭を渡される際に、B君が釣銭が多いのに気づいていて、そのまま黙ってポケットに入れ、「今日はいい日だ。レストランでも行くか。」と思いつきながら帰宅した場合には、どうなるのでしょうか。レジ係の人を言葉巧みに騙しているわけではありません。何も言わず渡された釣銭を手にして帰っただけです。つまり不作為です。しかし、この場合には、条理上、B君には釣銭が多いことをレジ係の人に申告する義務があると解されています。つまり、その申告義務を果たさずに釣銭を受け取ることは、「不作為の欺罔」に当たり、欺いて他人の財物を取得したとして詐欺罪(246条1項)の成立を認めるという結論が出されます。

この結論の前提になっていることは、B君には、条理に基づいて申告する義務があったということです。この義務は、はたして法的な義務でしょうか。もし道德上

の義務に止まるならば、不作為による欺罔があったとは言えません。B君は釣銭が多いことを道徳的には正直に申告すべきでしょうが、申告すべき義務を規定した法規があるわけではありません。しかし、人々が日常生活を営む上では、「社会通念上」申告すべきものであり、それは一般の人に課せられている行為規範上の命令でもあるとして、法的な義務の発生を肯定する見解が支配的です。私も、現時点ではこの結論でよいと考えています。ただ、この結論も普遍的なものではなく、時代の流れと共に変わりうると思っています。

「条理」というのは、ドイツ語ではNatur der Sache（「事物の本性」と訳されます）という用語が用いられますが、物事の本来のありようを考慮することであり、判例によく使われる「社会通念上」という文言も、ほぼ同様な意味です。このような条理上の義務を強制を伴う法的なものに組み込むには、動的な存在である法とリンクさせる必要があります。それゆえ、現状では法の総体の中に組み込まれているとしても、人間的な結び付きが希薄化して行って互助関係が意味を失うことになり、条理から法的義務を引き出すことが困難になる可能性があります。時代の流れが超個人主義の方向に推移するとしたら、不作為の欺罔の場合は、処罰の対象にしないということもありうるのです。法と道徳の区別は、価値観の変容や価値序列の変動に影響を受けますので、流動的なのです。

3) このように刑事事件の処理としては、法と道徳との境目の事案が非常に難しいのです。罪刑法定主義の観点からすると、倫理コード、道徳律、慣習法とかいうような規範をそのまま刑罰法規に持ち込むことは出来ません。それらを直接の根拠条文にすることは出来ません。その意味では、処罰に際して、まずは法律主義のフィルターがかかっています。先に述べた詐欺罪の構成要件でいえば、「道徳あるいは慣習に反した者は処罰する。」というような記述の仕方はできないのです。この点は民事法と大きく異なります。

しかし、詐欺罪の「人を欺く」という構成要件には「不作為による欺罔」という所為も含まれていると解し、当該所為の判断について、記述されない構成要件要素として法的申告義務を吟味することは、法解釈の範疇に属します。この段階において、法と道徳の限界を検討することになりますし、さらに行為の違法性を検討する段階に進むと、「法律」ではなく「法」の実体が問題となってきます。つまり、構成要件の形式的な文言表記については罪刑法定主義の法律主義の網が掛かりますが、構成要件に規定された文言の解釈になりますと、動的な存在である総体としての法が見えないと法的判断が難しくなります。さらに、違法性を判断する段階になりますと、



実質的違法性の判断を避けては通れませんから、ますます法秩序の総体である「法」をどう把握しているかが問われることになるのです。

4) これまでの説明で分かりますように、法律と法には違いがありますので、事案解決に向けた法解釈を行うに際しては、常に動的な存在である「法」を意識する必要があります。皆さんの中に条文や判例を覚えることが勉強だと思っている人がいたら、それは途中で挫折してしまいます。条文や判例を知っているだけでは、具体的事案を解決するに至りません。なによりも大切なことは、法的思考力を身に付けて事案の解決を図ることができることです。そのためには、動的な存在である総体としての「法」を把握することが肝要です。この「法」は形が無く見えませんが、見えないからこそ学問として面白く、奥が深いのです。

案外、法律というのは、たとえば刑法なら条文があるから、勉強するには簡単だと思うかもしれませんが、条文は法の総体という観点から見れば、ほんの一部の表面の層にしかすぎません。実際に刑罰法規の条文を適用する側においては、条文を定める背景になったもの、さらには法の理念の作用を念頭に置かなければなりません。逆に、刑罰法規を制定する（立法する）側では、法規制の対象となるものをどのように表面の層に出していくのかという難しさがあります。表面の層をなす条文を作るにしても、それを取り巻く層の部分である法の総体がどう形成され、規範意識によってどうコントロールされるのかということを考慮しておかなければ、刑事立法というものはうまく機能しません。法解釈学であれ、刑事立法学であれ、動いている法の実体を把握する必要があるのです。

#### **(6) 法の理念の内容は如何なるものか**

1) それでは、実定法の調整原理として機能する法の理念とは、如何なるものでしょうか。法の理念については、従来からいろいろなことが言われてきました。抽象的な説明をするよりも、具体的なもので説明した方がよく分かります。

この8号館の玄関の入口の所にブロンズの像が立っています。法科大学院の建物の入口にこの像が建てられているのには意味があります。美しい女性が、目隠しをして、剣と秤を持って立っています。今朝、雨に遭った人は、見る余裕もなかったでしょうが、帰りによく見て行ってください。この像は、ギリシャではテミスと言いますが、ローマ法にあってはユスティティア（Justitia, 正義の女神）と言われています。法の理念をシンボル化した女神像です。ヨーロッパを旅すると、街の広場や市庁舎の一角などに、ユスティティアの像が据えられているのをよく見かけます。これは、ヨーロッパでは、ローマ法の影響を受け、それを受容した国が多いか

らです。日本では、あまり馴染みがありませんが、法律を勉強する人は見ておかなければならないものです。

2) このユスティティアがどういうことを示しているかといいますと、目隠しをしていることは、訴えを起こした人がどんな人であろうと、分けへだてなく公正に裁くことを意味します。公平、公正のシンボルです。格好や外見によって裁かないということは勿論ですが、民族、人種、身分などによって差別のあった時代においては、より深い意味を持っていました。右手に持っている剣は、正義を貫徹するためには剣をも使うという意味です。正義のシンボルです。左手に持っている秤は、均衡（平等）を計量することを意味します。つまり平等のシンボルです。公平な裁き、正義の貫徹、均衡を量る、これらのことが法の理念として現されているのです。

このようなユスティティアは、ローマ法を土台としたヨーロッパ法の精神を示しています。わが国は、明治維新後、近代法に移行するに際してヨーロッパ法を継受しましたので、わが国においてもユスティティアに示された法の理念が生きています。公正、正義、均衡（平等）が法の在り方を規制する羅針盤であり、かつ実定法に対する調整原理として機能しています。これらの三つのファクターを法解釈においてどのように機能させるのかは、極めて重要な問題です。刑法の分野では、剣つまり正義の貫徹が重要になるでしょうし、民法の分野では、秤つまり均衡を量ることが重要になるでしょう。

## 2 刑法とは何か

### (1) 狭義の刑法と広義の刑法

1) 次に、刑法とは何かについて話しましょう。刑法（Strafrecht, criminal law, droit pénal）はどこにありますかという問いに対して、皆さんは、六法全書の中にある「刑法典」を指しました。それは、狭義の刑法としての意味であれば、正しいです。実は、刑法典に記載されたものだけが刑法ではありません。広義の刑法というものがあります。

会社法は、先ごろの改正（平成17年）によって商法典から分離され、独立したものとなりましたが、その会社法は刑法でしょうか。公法の分野ですと、道路交通法は刑法でしょうか。こんな質問をしたら、皆さんは「会社法や道路交通法が刑法でないことは明らかなのに、なんという質問だ。そんな区別もつかないのか。」と思うかもしれませんが、実は大きな問題なのです。広義の意味では、刑法だと言えるのです。罰則規定が盛り込まれている点に着目するならば、刑法の大枠の中に入り

ます。会社法の特別背任罪（960条1項，2項）の規定や道路交通法の飲酒運転罪（117条の2）の規定などは，刑法の根拠条文なのです。

刑法8条を見てください。どのように書いてありますか。刑法8条には，「この編の規定は，他の法令の罪についても，適用する。」とありますね。この条文によって，刑法典の総則規定が会社法の罰則規定や道路交通法の罰則規定についても適用されることとなります。つまり，刑法の総則規定の範疇であり，刑法理論の網がかかります。刑法は犯罪と刑罰に関する法律ですが，広義に捉えた場合には，会社法も道路交通法も刑法の範疇に属することとなります。

2) 刑罰の種類は刑法典の総則にしか書いてありません。そのうちどの刑罰をどの程度科すかは，個々の犯罪類型を定めた刑法典（中核刑法：Kernstrafrecht）の各則ならびに特別刑法，行政刑法，経済刑法などの罰則規定（周辺刑法：Nebenstrafrecht）に定められています。したがって，刑法を勉強したと言えるためには，刑法各則はもちろんのこと，会社法や道路交通法などの罰則についても分かっているなければならないこととなります。

周辺刑法の領域は広範囲ですので，すべて修得しなければならないとすると，気が遠くなりますね。しかし，そう心配しなくても大丈夫です。周辺刑法の領域についても，刑法総則の枠組みの中にありますので，刑法総論の理論的な考え方に基づいて事案の解決を行うことができます。刑法総論は広義の刑法においても変わりがありません。構成要件該当性の判断の仕方，違法阻却原理，責任阻却原理など，一般的原理は周辺刑法においても通用性を持っています。したがって，刑法総論の理解は非常に重要ですし，そこでの理論構成は波及力を持っています。これに対して，犯罪類型については，個々の条文を見なければなりません。犯罪構成要件の規定は，そもそも個々の特殊性を持ったものですので，個別的検討を要します。

## （2）市民法としての刑法

刑法は刑法典だけでなくいろいろな法律の中にあるとしますと，いったい私法なのか公法なのかという問題が出てきます。私法と公法の区別については，数え切れないほど沢山の学説があります。区別基準の立て方も様々ですが，刑法は公法だとすることに，疑念を持つ人はあまりいないでしょう。私法である民法と比較したら，刑法は公法だということになるでしょう。しかし，なぜ公法なのでしょう。

人の物を盗んではいけないですね。CがWの高価な腕時計を盗んだとします。Cは，「人の物を盗んではならない」という禁止規範を犯していることとなりますが，この禁止規範は本来，人と人との関係を律するものであり，個人と国との間の関係

を律するものではありません。また、上位と下位の関係を規律するものでもありません。それなのに、なぜ公法に属すると言われるのでしょうか。その理由は、刑罰権が国に属しており、国家権力の発動に結び付いているからです。市民社会においても、刑罰権は国にあり、その執行権も国にあります。刑罰権の執行に係わる法律だというように見ますと、まさしく刑法は公法ということになるのです。犯罪の成否と刑の量を、Cが決める、Wが決めるということにはなりません。それらは、すべからく国権の発動に結び付いていますので、私的自治に委ねられる領域ではないのです。

しかし、国家と市民との関係が縦の関係だとすれば、刑法規範は、市民間の横の関係を基本にしている。人の物を盗んではいけない、人を殺してはいけない、人の家に火を付けてはいけないということは、人と人との横の関係を規律するものであり、市民の道徳律と深く関わっています。そうすると、刑法は、いわば市民生活の在り方を規律する市民法であるということにもなります。

以上のことを纏めますと、刑法は、「公法であり、かつ市民法である。」という特徴を持っていることとなります。この特徴は、法規範の内容にも反映されることとなります。

### (3) 刑法規範の内容

1) 刑法が市民法でもあるとしますと、その規範内容をどう捉えるかが問題になります。簡単な事案で考えてみましょう。DがZに殺意を抱き、尾行した末、神田神保町の交差点の人混みの中で、Zを背後から刃物で刺して殺害したとします。皆さん、Dの行為が殺人罪の構成要件（199条の「人を殺した者」という部分）に該当することは、説明しなくても分かるでしょう。そこで次に、殺害行為は違法でしょうか。Dの行為を正当化するような特段の事情があるわけではないので、誰しも違法だと思うでしょう。この結論はよいとして、なぜ違法なのでしょう。ここでは、どういう意味で違法という用語が使われているのか、考えてみてください。

違法という言葉は漢文的に読めば、「法ニ違（たが）ウ」こととなります。その「法」が法律だとすれば、殺人行為は199条に違背するということとなります。皆さん、この説明に何か疑問を感じませんか。殺人罪の条文は「人を殺した者」と規定されていますから、殺人行為は、むしろ条文に合致するものであり、条文に違背しているわけではないとの説明ができます。つまり、刑法の条文に違反していないという抗弁が考えられます。しかし、殺人行為の違法性を否定し、犯罪不成立となるというのは、これもまた変です。そうしますと、違法の対象である「法」は条文それ自体ではなく、ほかに存在するということとなります。それは、「人を殺しては

ならない」という行為規範です。殺人行為は、この行為規範に違反していることから、違「法」だということになるのです。しかし、それだけでは、説明として不十分です。「人を殺してはならない」という行為規範がどこにあるのか、この点を明らかにしておかなければなりません。

「人を殺してはならない」という行為規範は、社会の中で生活している一般の人を名宛人にしています。Dもその名宛人です。Dの行為は、この行為規範に違背したことから、違法なのです。しかし、この行為規範は、刑法199条に書かれているのでしょうか。いくら読んでも、条文には「人を殺してはならない」という文言はないですね。条文に記述されていない行為規範をどこに求めるかについては、規範論(Normen Theorie)として様々な見解が展開されています。<sup>(3)</sup>

この問題は、法哲学ともリンクする難しい問題ですが、従来は、道徳律に求めたり、不文法に求めたりしました。つまり、行為規範は刑法の外にあるという説明がなされました。犯罪の実体が社会倫理規範に違背することであると考えるのであれば、刑法の外に違法判断の拠り所を求めたとしても、論理的に矛盾は呈しません。しかし、刑法から切り離された違法判断にどれだけの説得力があるかは疑問です。

2) ここで、行為規範と裁判規範の関係を考えておく必要があります。殺人を例に考えましょう。E女が夫Sの家庭内暴力に耐えかねてSを殺害し、起訴され判決を言い渡される段階にあったとします。裁判官が被告人をよく見たところ、若かりし頃の初恋の人だったことに気づいた。裁判官は、苦難の人生を歩んできたこの人に懲役刑を科すのは忍びないと思い、「被告人を5万円の罰金に処す。」という判決を下したとしたら、まあ現実にはありえないことですが、どうなるのでしょうか。この裁判官の判決は違法ですね。なぜなら、殺人罪の法定刑は、「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役」と規定されており、いくら刑を減輕するとしても罰金刑で処理することはできません。

このように見てきますと、刑法199条の条文が誰を縛るかという点、判決に携わる裁判官です。199条の名宛人は、行為者ではなく、裁判官だということになります。つまり、刑法の条文は、裁判規範なのです。条文には裁判規範が明示してありますが、市民の行動を律する行為規範は直接書かれていません。行為規範は、条文の規定から推測するしかないのです。行為規範を不文法や道徳律に求める見解もありましたが、刑法では罪刑法定主義の網が掛かっていることを考えると、裁判規範と結び付いていない行為規範は実践的意味を持ちません。行為規範は裁判規範に結び付いていない限り、強制力を持たないのです。

逆に言えば、裁判規範からその裡面にある行為規範を引き出しうることが重要なのです。つまり、殺人罪の場合であれば、条文の「人を殺した者は…懲役に処する。」という裁判規範から「人を殺してはならない」という行為規範を引き出すことができることが、規範論としては重要なのです。刑法規範は、裁判規範と行為規範の複合体なのです。裁判規範と結び付けられている行為規範は、刑罰法規の外にあるのではなく、刑罰法規の裡面にあって、刑法規範の中に組み込まれていると見なければなりません。Eの殺人行為について言えば、殺人罪の裁判規範によって処罰されますが、その殺人行為は行為規範に違背する違法なものであるということが前提になっているのです。Eは、一般人を名宛人とした行為規範に違背することで、裁判官を名宛人とする裁判規範によって処理されます。刑法規範は、この両者を掌握するものなのです。この点は、道徳規範と大きく異なります。

#### (4) 規範違反と違法性

1) 刑法規範で問題にする行為規範は、ある意味では、先ほど例に挙げた野球のルールや道徳のルールと一緒です。ルールは、決まり事であり、人の行動を縛るわけです。法はラテン語でイウス (ius) と言います。法令ないし法律に当たる言葉はレックス (lex) です。イウスは、支配・命令するという動詞 (iubeo) に由来し、レックスは、縛り付ける、義務を負わせるという動詞 (ligo) に由来します。語源的には、いずれも「縛る」ということに行き着きますが、縛りの程度がイウスの方が総体的なのです。

法の本質は、本来、人の行動を縛ること、一定の事柄を拘束することにあります。そのために、道徳とは違い、強制の手段を持っています。刑法であれば、サンクションとして刑罰が置かれているのです。このサンクションを発動するときの問題となるのが、一般人を名宛人とした行為規範です。この行為規範は、直接目に見えるものではないので、その実体を固めておかなければなりません。その際、刑罰法規の条文だけでなく、動的な存在である法の総体がどうなっているのか、法の理念による調整原理が働く局面なのか、というようなことを考えなければなりません。このことは、とりもなおさず法解釈の実践的作業でもあります。

皆さん、モーゼの十戒を知っていますか。旧約聖書の「出エジプト記」にある話です。チャールトン・ヘストンがモーゼの役を演じた「十戒」という映画がありますね。私は、高校生の頃に初めて見ましたが、今までにそれこそ10回以上見ていますが、「ベン・ハー」とともに興味つきない映画です。見ていない人は、最近ではDVDになっていますので是非一度は見て下さい。この映画を見た人は、モーゼがへ

ブライの民を率いてエジプトを脱出する時、行く手を阻んでいた目の前の海が大きく二つに割れて、海底に道が現れるシーンを思い浮かべるでしょう。その海底の道を渡り切ったモーゼは、ヘブライの民をシナイ山の麓まで導き、一人してシナイ山に登り、そこで神より10個の戒め（Ten Commandments）を授けられます。その中に、「汝、殺すことなかれ」、「汝、姦淫することなかれ」、「汝、盗むことなかれ」、「汝、偽証することなかれ」という戒律があります。

この戒律は、刑法で言えば、殺人罪（199条）、強姦罪（177条）、窃盗罪（235条）、偽証罪（169条）の規定と重なります。これらの処罰規定の裡面にある行為規範の内容と十戒で示された戒律の内容とは、まさに一致しています。伝統的な犯罪類型にあっては、刑法上の行為規範と倫理規範との間にズレがないことから、社会倫理規範に違反することが違法だという説明がなされました。この説明は、従来の通説的な立場でもあります。この立場では、行為規範を条文以外のところに求めるとしても、倫理規範を拠る所にすればよいのです。そして、「法は最小限の倫理規範」<sup>(4)</sup>という限定を加えることで、刑法の謙抑性が図られると考えられていました。

しかしながら、今日では、価値観が多様で、かつ複雑な社会です。刑法の行為規範と倫理規範とに重なりがなく、さらには倫理規範とは無縁の行為規範も存在します。違法判断の対象である行為規範の拠る所を、すべて倫理規範に求めることは、困難な状況にあります。

2) 具体的な例で考えてみましょう。日本で自動車を運転していて道路の右側を走ったら衝突事故になりますし、衝突しなくともパトカーがすぐ来て「止まれ、止まれ。」となり、道路交通法違反で捕まってしまうでしょう。また、缶ビールを飲んで運転したら酒気帯び運転になって、同様に捕まります。ところが、ドイツでは、自動車が道路の右側を走らなければなりません。日本と逆です。留学中に車を運転していて、信号のない交差点で右折して、反射的に道路の左側を走ってしまい、対向車が正面から走ってくるのを見て「あ、反対車線を走っている。」と気づき、右側にハンドルを切った経験があります。ドイツに滞在し始めて間もない頃ですが、日本の左側通行が体に沁みている、左右の切り替えが意識しないとできなかった経験があります。右側通行で左ハンドルという全く逆のルールなのです。国によって道路交通規範は異なるのです。

また、酒気帯び運転に対する規制も異なります。夜の8時ごろからパーティーが始まり、うまい料理を食べながら、モーゼルワインをグラスで2～3杯、シュプルーデルという炭酸入りのミネラルウォーターを1本程度飲み、深夜2時ごろまで刑

法の議論をして、「Bis Morgen. Tschüs!」と言って車を運転して帰宅するということがよくありました。日本だと、酔いは醒めているとはいえ、酒気帯び運転になり、かつ私であれば懲戒免職ということになるでしょう。ドイツでは、事故を起こさない限り、あまり問題ではありません。もちろん、アルコールの血中濃度が一定程度に達しますと、飲酒運転ということで逮捕されることになります。この辺りは、ワイン文化と焼酎文化の違いでしょう。

国が変われば行動様式も変わりますし、行為規範も変わります。同一の国であっても、時代が推移し複雑な社会になったとき、行為規範が常に同じということはないのです。周辺刑法の罰則規定には、倫理規範との結び付きが希薄であって、そもそも行為の倫理規範違反性を問題にしていないものがあります。行政刑法、経済刑法の領域では、そういう刑罰法規が多々あります。道路交通法によって自動車は道路の左側を走行しなければなりません、左側通行か右側通行かは、倫理規範から直接導き出されたものではありません。交通の安全を確保するための技術的な取り決めであって、左側通行に倫理性があるわけではありません。

刑法典の犯罪類型だけでなく、周辺刑法の犯罪類型まで包括して考えますと、倫理との結び付きが薄く、倫理規範違反の色彩の薄い犯罪行為があります。それらは、社会の一定の秩序を維持するために、あるいは法益を保護するために、広義の刑法の中に取り込まれているものです。現在の法状況にあっては、伝統的犯罪類型だけでなく、倫理との結び付きが薄い犯罪類型をも包括しうる違法論を構築する必要があります。違法は社会倫理規範違反だと言いつれないところに、今日の刑法理論の難しさがあります。

行為規範は、罪刑法定主義の支配する刑法においては、裁判規範による裏付けがあってはじめて、法規範としての意味を持ちます。刑法規範は、行為規範と裁判規範の複合体なのです。違法は、とりわけ行為規範に違背していることを意味しますが、今日、それだけで行為の違法性を語ることはできません。刑法上の違法性は法によって許容されているか否かを問うものでありますので、現実にかなる法益が侵害（あるいは危殆化）されているのかという客観的事実を考慮に入れなければなりません。私は基本的には違法二元論の立場ですが、まずは、刑罰法規の保護客体である法益を侵害（あるいは危殆化）しているか否かを検討することが必要だと考えています。違法は規範違反という性格を持っていますが、実質的には法益侵害性のないところに違法はないと考えるべきでしょう。<sup>(5)</sup>



### 3 日本刑法のルーツ

#### (1) 刑法の系譜

次に、刑法典の成り立ちについて、話をしたいと思います。皆さんの手許にある刑法典のルーツは一体どこにあるのでしょうか。時代を逆に遡りますと、現行刑法の前は旧刑法です。旧刑法の前は、新律綱領（明治3年）、仮刑律（明治元年）ですが、それらは明治維新直後のものです。明治維新以前はどうなっていたかといいますと、幕藩体制のもとで二層の刑法規範がありました。すなわち、御定書百箇条（1742年）のような幕府の刑法と、各藩がそれぞれ保持する刑法とが併存していました。さらに時代を遡りますと、飛鳥・奈良時代の刑法である大宝律（701年）、養老律（718年）に辿り着きます。

このような一連の刑罰法規が法系として繋がっているかといいますと、そうではありません。現行刑法は旧刑法までは繋がっていますが、明治維新直後の仮刑律等とは連続性がなく、断絶しています。現行刑法のルーツを辿るとしたら、飛行機に乗ってヨーロッパに行かなければなりません。従来、刑法学者の多くがヨーロッパに留学したのは、現行刑法のルーツがヨーロッパ法系にあるからだと言えます。

現行刑法はドイツ刑法を継受していますが、旧刑法はフランス刑法を継受しました。同じヨーロッパ法系でも、ドイツ刑法の考え方とフランス刑法の考え方とは、大きな違いがあります。近代法に移行しようとした明治期にあっては、どの国の法体系を導入するかについて大きな論争がありました。結果的に、わが国の刑法典は、フランス法からドイツ法へと大きく舵を切って、今日の刑法に至っているのですが、なぜそうなったのかについて、少し話しておきたいと思います。

#### (2) 法の継受

専修大学の前身である「専修学校」が創立された年に、旧刑法が公布されました。明治13年のことです。この時期には、民法も商法も制定されていません。明治憲法が発布（明治22年）されるのは、10年ぐらい後になってからです。こんな状況の中で専修学校は法律学を教授し始めたのですから、まさに校歌にあるように「世に魁けし我等が大学」なのです。

憲法は国の基本法でありますので、その内容がどのようなものになるかは、下位の実定法にも影響を及ぼします。明治憲法（正式名称は大日本帝国憲法）を制定するに際して、明治政府は、岩倉具視（1825-1883）を中心とした使節団を米欧に派遣しています。<sup>(6)</sup> 諸国を視察してまわった結果、フランスの共和制は急進的すぎるというので、プロイセンの立憲君主制を導入すべきだということになりました。このこ

とから、立憲君主制を基本とした明治憲法が制定され、天皇制が実定化されました。

上位の法律である憲法がドイツ法を模範にして制定されたことから、下位の法律にもドイツ法の影響が濃くなっていきます。すでに刑法、民法などの実定法は、パリ大学のボアソナード（Gustave Emile Boissonade, 1825-1910）を招聘したことによりフランス法を継受する形で出来上がっていましたので、そのままフランス法系で行くのか、それともドイツ法系に移行するのかという大論争が巻き起こりました。いわゆる法典論争と言われるものです。<sup>(7)</sup>最終的には、国の基本法である憲法がドイツ法を採り入れたことにより、刑法も商法も民法も改正されてドイツ法系になりました。皆さんが今勉強している刑法は、ドイツ法を継受したものです。現行刑法は、明治40年に公布（施行は明治41年）されて今日に至っていますので、これまで数多くの一部改正が施されています。

このような経緯から、刑法の条文を解釈する場合、ドイツの刑法理論との繋がりが出てきます。授業でも「ドイツでは」という、皆さんには歓迎されない言葉が出てくることありますが、これは、日本刑法の理論的方向性を定める上で、継受先であるドイツ刑法の理論的推移を見ておく必要があるからです。もちろん、ドイツの刑法理論がそのまま使えるわけではありません。比較法的な考察で重要なことは、日本法に取り込むことが出来るものと、そうでないものとを峻別し、問題解決のために日本法への変容を考えることにあります。

### （3）法の変動と刑法改正

1) 第二次世界大戦後、憲法が変わりました。大日本帝国憲法から日本国憲法（昭和22年施行）になりました。現行憲法には、英米法の理念が盛り込まれています。手続法である刑事訴訟法は、憲法の規定を受けて、新しく制定されましたが（昭和23年公布、同24年施行）、実体法である刑法は、一部改正があったものの、戦前のままです。刑法典は、継ぎはぎだらけの条文ですが、ともかく明治期から今日まで生き延びています。これは、伝統的な犯罪類型に大きな変動がなく、刑法理論に可変性があることに起因していると思われます。さらに、法の運用についての日本人の器用さも関係しているように思います。

戦後の刑事訴訟法は、当事者主義を基本とした訴訟構造に組み替えられ、訴因（count）の制度も採り入れました。これらはアメリカ法を継受するものです。比喩的に言えば、手続法である線路はアメリカ製であるのに対して、実体法である機関車はドイツ製なのです。普通であれば、規格が違うわけですから汽車は脱線するところですが、しかし、日本人の器用なところは、脱線しないように汽車を動かし、運

転してしまうのです。つまり、法系の異なるものを器用に運用してしまうのです。これは、継受した法をそのまま使うのではなく、日本の現状に合うように変容することに長けていることを意味します。実体法も手続法も日本的に変容して運用していることで脱線しないのです。

2) 明治維新直後、日本の国の形が固定化していないからといって、刑法や民法などを定めないという訳にはいきません。憲法よりも、とにかく日常生活に密着する基幹法の分野を先行して固定化する必要がありました。その後、明治憲法が定められるに及んで、先行して定められていた刑法、民法、商法などの実定法がガラッと変わることになりました。こういう経緯からすると、第二次世界大戦後、憲法が新たになったのに、なぜ実体法である刑法に大きな変動が生じなかったのか、疑問に思いませんか。

この疑問に対しては、次のように答えることが出来ると思います。すなわち、刑法は、基本的には、市民間の横の関係を規律する市民法であることから、縦の関係を規律する法律に変動があっても、多くの部分がなお通用性を持っていたことによると思われます。刑法は革命には無力ですが、国が存続する限り持続力を持っています。戦後、新憲法の制定に伴って改正された条文は、天皇制に関係していた罪（皇室に対する罪、73-76条）とか、男女平等に反する罪（姦通罪、183条）とかいうものであり、殺人罪も窃盗罪もまったく変わりがありません。大部分の犯罪類型が市民の横の関係を規律する行為規範に基礎を置いていることから、抜本的な改正をするほどの大変動ではなかったのです。

明治維新後は、市民間の横の関係を規律する行為規範も変動しました。しかも、明治初期には、近代法に移行するとしても、なにが市民生活のあるべき行為規範なのかについて揺れがあり、固まっていなかったのです。その揺れのなかでも、刑罰法規の空白は許されなかったことから、仮刑律そして旧刑法、最後に現行刑法というプロセスを経ることで、法の変動とともに、市民間の横の関係を規律する行為規範を固めて行ったのです。これは、近代法の考え方が根付いていくプロセスでもありました。

これに対して、第二次世界大戦後には、国家システムおよび政治システムに大きな変動が生じましたが、市民間の横の関係を規律する行為規範に大転換を迫るほどの激震が起きたわけではありませんでした。もちろん、価値観や世界観の転換は見られましたが、市民生活の根幹を規制する犯罪類型の大部分は、なお有用だったのです。

3) 現行刑法にはこれまで数多くの部分改正が施されていますが、最近、大がかりな改正がありました。<sup>(9)</sup> 刑法典は、明治期の漢文表記の影響を受けて、条文を漢文の読み下し調で表記しました。漢字とカタカナの表記で、かつ句読点がありませんでした。たとえば、刑法38条2項は、「罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ処断スルコトヲ得ス」となっていました。<sup>(10)</sup> 皆さん読めますか。皆さんの手許にある刑法典は、条文が漢字とひらがなで表記され、かつ句読点が打ってありますので、読みやすくなっています。文語体で書かれていた条文が現代用語に改められたのは、平成7年の改正によってでありました。刑法典の歴史からみれば、つい最近の出来事なのです。条文が現代用語に書き改められたことは、刑法規範の一つである行為規範が条文の文言からより推認しやすくなったという点で、喜ばしいことです。

### Ⅲ 刑法の考え方

#### 1 一般の考え方と刑法の考え方の違い

##### (1) 体系的思考と論理的思考

1) 少しスピードアップして話を進めます。刑法を学ぶに際して、一般的な考え方と刑法の考え方とはどこが違うのか、まずこの点が分かっているなければいけません。刑法の考え方の特徴は、体系的な思考であり、かつ論理的な思考であるところに特徴があると言われています。なぜそういう思考が求められるのか、その理由が分かっていると、刑法理論の筋道を理解することもそう難しい問題ではありません。

具体的な事案で考えましょう。女性が夜道を一人で歩いていて痴漢に襲われたとします。女性は身の危険を感じ、持っていた傘で痴漢の男を殴って撃退したところ、痴漢の男に全治2週間の傷害を負わせたとします。この場合、漠然とした質問ではありますが、「女性はどうなりますか。」と尋ねますと、法律にあまり関心のない一般の人からは、いろいろな答えが返ってきます。

痴漢の男が負傷したとしても、「そもそも痴漢行為が許せない。男が悪いのだから、怪我ぐらい当然の報いだ。」あるいは「ひ弱な男だ。殴られたぐらいで文句を言うな。そんなヤツは、最初から痴漢に出るな。」、こういう答えも、一つの評価でしょうね。あるいは、「あの女性は強くて立派だ。」とか、逆に「ああ、痴漢とはいえ、殴られて痛かったでしょうね。」というのも一つの見方です。一般の人々の社会的な評価が様々な切り口からなされるのは、むしろ自然なことです。

しかし、これらの評価は、刑法の考え方からすると、あまり意味がありません。

刑法の理論構成をする際には、評価の切り口を提示し、かつ絞っておかなければ、議論がかみ合わず、結論の当否を判断することができなくなります。女性は傘で殴って痴漢に傷害を負わせていますが、このことに対して刑事責任を問うるか否かが刑法の問題なのです。男がひ弱だとか、痛かっただろうとかいうようなことは、重要な問題ではありません。それらは、量刑に影響するかもしれませんが、犯罪の成否を検討する上では、捨象してよい事柄です。

2) それでは、どういう考え方をすることになるのかと言いますと、やや無味乾燥な判断プロセスを採ります。まず該当する条文を引き出します。本件の場合であれば、傷害罪の条文を引き合いに出すことになります。つまり、負傷している事実がありますので、傷害罪（204条）の「人の身体を傷害した」という構成要件に該当していることを指摘しなければなりません。

そして、次に、女性は傷害罪の構成要件に当てはまる行為をしているけれども、身を守るために行っていることをどう評価するかが問題になります。いわゆる防衛行為をどう処理するのかという問題です。「正当防衛は処罰すべきではありません。無罪です。」という説明だけでは、刑法的な説明にはなりません。痴漢に出た男が悪い、殴られる方が悪いという説明も感情的な説明の域を出ません。刑法上の説明としては、正当防衛の処理に関する根拠条文（36条）を引き合いに出して説明しなければならないのです。そうすることで、法的判断のプロセスが見えることになりますし、法的な議論が可能となるのです。

そうしますと、この場合には、刑法36条に規定する正当防衛の要件を満たすかどうかの判断を示さなければ法的な説明になりません。つまり、急迫不正の侵害に対し反撃した場合には、その程度が相当であれば違法性が阻却されるという正当防衛の規定を使い、「痴漢を迎え撃った女性の行為は、傷害罪の構成要件には当てはまるけれども、違法性の段階では、違法性阻却事由である刑法36条の正当防衛の成立要件をすべて満たしているので、違法性が阻却され犯罪が成立しない。したがって、無罪となる。」というような説明をすることになります。

このような説明は、外見的には人情の機微に触れない味気ないものですが、判断の手順として、まず抽象的・客観的なものから判断し、次に、具体的・主観的なものを判断して結論を導き出すということを前提にしています。体系的で論理的な思考により結論を導くというのが、刑法の考え方の基本なのです。もっとも、その根底には法的感性が必要ですが、まず初学者にあっては犯罪論体系にそって犯罪の成否を考える訓練をすることが、刑法理解の早道です。

## (2) 訴訟構造との関係

1) しかし、刑法的な説明というのは、回りくどいですね。落語に出てくる八っさん、熊さんに言わせると、「ご隠居の先生は頭がかたいね。おかしいんじゃないか。そんなに難しい問題じゃねえだろう。痴漢した男が悪いに決まっている。怪我させられるのは当然だ。女性は悪くねえに決まっているじゃないか。」ということになりますね。たしかに、刑法での説明は回りくどいのですが、なぜ刑法では熊さんたちのような説明を許さないのでしょうか。また、なぜ体系的思考や論理的思考が要求されるのでしょうか。その理由は、実体法である刑法の領域よりも、手続法である刑事訴訟法の領域に存在します。この点が分かっていますと刑法の勉強の仕方が違ってきますし、刑法理論を組み立てるときのコツが分かってきます。

2) 刑事裁判の在り方について、少し説明しておきます。戦後の刑事裁判は、当事者主義に依拠しています。刑事裁判の審理に関与するのは、犯罪の成立を立証する検察官と、それに対する抗弁を主張し被告人を擁護する弁護士、そしてその両方の意見を聴いて判断を下す裁判官です。このうち、当事者というのは検察官と被告人・弁護士です。裁判の審理においては、犯罪の成否について当事者が主張することを基本とし、犯罪事実の立証などについて当事者間の攻撃、防御がなされる中で、裁判官が心証を形成して判断を下します。これが当事者主義と言われる裁判の構造です。野球に例えるならば、試合を行うのは検察官と弁護士であり、裁判官は審判の立場にあるということになります。実体的真実を発見するために裁判官が中心的役割を担うべきだとする職権主義は、戦後の刑事訴訟においては後退しています。さらに、裁判員裁判が採り入れられた今日においては、素人の裁判員も法的判断に加わることを念頭に置かなければなりません。<sup>(11)</sup>

検察官が犯罪の成立を主張する場合に、被告人は被害者を殴ったと言っただけでは、成立する犯罪が暴行罪なのか傷害罪なのか、あるいは殺人未遂罪なのか分からないでしょう。どの条文を使って犯罪の成立、つまり有罪を立証しようとしているかを明確にするために、適条つまり適用する条文を示す必要があります。まずは、事実がどの犯罪構成要件に該当するかを明確にしておかなければならないのです。

これを受けて弁護士側は、たとえば、傷害罪の構成要件に該当することは争わないけれども、本件の場合には、痴漢に突然襲われたことから反撃に出たものであり、「正当防衛状況下の反撃行為であり、正当防衛が成立しており、無罪である。」というような主張をします。これに対して、検察官側としては、本事案の女性は自分の腕前を試すために鋼鉄の心棒を仕組んだ傘を所持していて、痴漢が出たら自分の腕

を試してみようとしていたとして、「急迫不正の侵害は認められず、正当防衛は成立しない。」というような反論を証拠と関連させながら展開していきます。

このように、判断のプロセスや判断の分岐点を明示することによって、当事者の主張が噛み合うことになり、攻撃、防御を組み立てることが可能になります。構成要件該当性がないという主張なのか、違法性の問題を主張しているのか、あるいは責任の問題を主張しているのか、そのことが明らかにされていれば、自ずと争点が定まります。また、判断プロセスにおけるミスも見えてきます。今日の訴訟構造との関係から見ても、体系的思考、論理的思考が必要なのです。

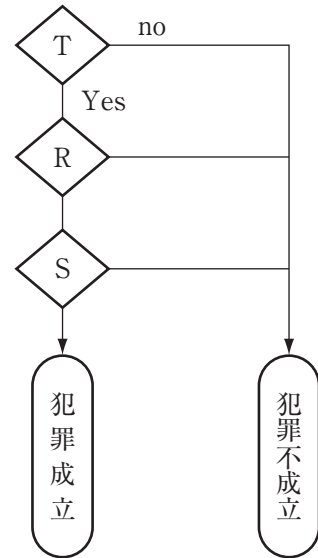
3) 話が逆行しますが、犯罪を立証する上での効率だけを見るのであれば、遠山の金さんの世界にも面白味があります。遠山の金さんが殺人現場に現れて、背中の桜吹雪を見せながら犯人と立ち回りを演じ、奉行所の役人が捕物に現れるとさっと姿を消し、お白州の裁きの場で白を切る犯人に対して、御奉行である遠山の金さんが片肌抜いて、「この桜吹雪に見覚えがあるだろう」といって犯人を観念させるというストーリーは、犯人がどうにも抗弁しようがないのでスキッとしますね。この場合には、裁判官と検察官が一緒ですので、犯人を特定して処罰するという点では、誤差がなければ効率的です。体系的、論理的な思考に基づく議論も必要にはならないでしょう。

しかし、近代の刑事裁判では、検察官と裁判官を分離しています。犯罪の成立を立証する者と法的な判断を下す者とを分離することで、裁判の公正を担保し、無辜の人を罰するリスクを回避しようというものです。擅断主義的な訴訟構造から脱却するために、捜査・訴追機関と裁判機関とが分離されたのです。もちろん、裁判官の職権をどの程度認めるかはなお問題ですが、対審構造が基本になっています。そうしますと、刑法理論も体系的で論理的でなければ、刑事裁判の上では役に立たないということになります。刑法理論は、実務において使うことの出来るものでなくては、意味がないのです。

しかも、刑事事件の場合には、民事事件と違い、白か黒かをはっきりしなければなりません。立証により99%が黒であっても、あとの1%が立証できなければ、無罪にするしかありません。灰色で有罪にはできません。立証により100%黒だという心証形成ができたとき、裁判官は有罪判決を下すことになります。黒か白か判然としないけれども、まあ懲役2年でいいかというような判断は許されません。明確な結論を引き出すには、体系的思考および論理的思考が不可欠なのです。

### (3) 事案解決のための思考

私は、犯罪論体系の考え方を流れ図を使って説明しています。構成要件該当性(T)→違法性(R)→有責性(S)という犯罪成否の判断過程を流れ図にしたものです。流れ図の最終点は、犯罪成立か犯罪不成立のいずれかです。二者択一です。この流れ図にそって事案を解いていきますと、判断のプロセスが可視的になり、かつ判断の分岐点がどこにあるのが明らかになりますので、私の刑法の授業ではよく使用します。事案を解く場合に、事案の事実関係を図解することと、流れ図のどの部分が争点になっているか考えることが大切です。これらは、ものごと



を体系的に論理的に考えていく訓練にもなりますので、是非試してみてください。

なお、刑法理論は、理論的整合性のあるものでなければなりません、なによりも事案解決のためにあることを忘れないで下さい。事案を解決するために、具体的に妥当な結論を引き出すために、刑法理論を構築するのであって、少なくとも理論のために理論を組み立てるのではありません。刑法学は犯罪事実を対象にした学問です。単なる観念の世界だけの学問ではありません。刑法が好きになると、どうしても理論的な思考だけであれこれ考え、事実を無視した理論を組み立てがちですが、そうすると何の役にも立たないということになります。

## 2 正当防衛に関する判例を素材として

### (1) 問題となる事実

以上のように刑法の考え方の特徴は、体系的思考と論理的思考、そして事案解決のための思考が要求されることにあります。これらの思考が具体的事案の解決においては、どのように働くのかについて、一例を挙げて説明しておくことにしましょう。事案は、最高裁の平成9年6月16日判決<sup>(12)</sup>です。

この判決において問題となった事実の概要は、次のようなものです。

被告人は、文化住宅甲荘の2階に住んでいましたが、別室に住んでいるS(56歳)と日ごろから折り合いが悪かったのです。ある日の午後2時過ぎ頃、被告人が甲荘の2階の北側奥の共同トイレで小用を足していた際、突然背後からSに長さ約81センチメートル、重さ約2キログラムの鉄パイプで頭部を1回殴打されました。続け



て鉄パイプを振りかぶったSに対し、被告人はそれを取り上げようとして揉み合いになり、2階の通路を移動しながら大声で助けを求めたが、誰も現れませんでした。その直後、被告人はSから鉄パイプを取り上げましたが、Sが両手を出して向かってきたので、その頭部を鉄パイプで1回殴打しました（第1暴行）。そこでまた揉み合いになり、Sが被告人から鉄パイプを取り戻し、被告人を殴打しようとしたので、被告人は、2階の通路の南側にある1階に通じる階段の方に向かって逃げ出しました。階段の踊り場に至ったところで、後ろから追いかけてきたSは、転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出す姿勢になりましたが、なおも鉄パイプを手に握ったままでした。そこで、被告人は、Sに近づいてその左足を持ち上げ、Sを手すりの外側に落としました（第2暴行）。その結果、Sは、1階のひさしに当たった後、手すり上端から約4メートル下のコンクリート通路上に転落しました。被告人は、一連の暴行により前頭部打撲挫傷、腰椎圧迫骨折等により入院加療約3か月を要する傷害を負いました。

## （2）事案の解決方法

1) この事案をどのように解決すべきでしょうか。正当防衛の事案だというのは、皆さんも何となく分かるでしょう。被告人は、後ろから頭部を鉄パイプで殴られ、揉み合いになって一度は鉄パイプを取り上げたけれども、また取り戻されて逃げる。追いかけて逃げるときに、Sが2階の階段の踊り場で勢い余って落ちそうになっているのを、被告人はSの足を持ち上げて落とした。事案の大筋はこういう事になりますが、被告人がSの足を持ち上げて階下に落としたことまで含めて、正当防衛の成立が認められるか否かが争点です。

2階の踊り場から落ちそうになったSの足を持ち上げて落とした被告人の行為を処罰すべきでしょうか。皆さん、理論を抜きにしてどう思いますか。なんらかの感想があると思いますが、それを理論的に理由づけるのが刑法の問題です。

2) 一つの解決方法は、被告人の行為は正当防衛だけど、2階からコンクリートの路上に落とすというのは反撃行為としてはやり過ぎだとして、過剰防衛だとするものです（解決方法I）。これは、最高裁判決の結論でもあります。過剰防衛（刑法36条2項）だとすると、犯罪が成立しますが（この場合には、傷害罪）、裁判官の裁量によって、刑が減軽あるいは免除されることになります。もっとも、この結論に至るには、理論上一つ問題があります。

過剰防衛が成立するには、まず正当防衛の成立要件の一つである「急迫不正の侵害」の要件が満たされたことが必要です。急迫不正の侵害がない場合には、そもそ

も過剰防衛を議論する余地はありません。トイレで小用を足している時に後ろから鉄パイプで殴打されて揉み合いになった段階では、問題なく「急迫不正の侵害」があります。したがって、第1暴行自体は正当防衛になります。ところが、被告人はその後、Sから鉄パイプを取り上げていますので、その段階において急迫不正の侵害が消滅したのではないかという問題があるのです。

侵害が消滅したとしますと、第2暴行に関しては、新たな「急迫不正の侵害」が存在しない限り、正当防衛とはなりません。Sが踊り場で落ちそうになっている状況だけを切り出して考えると、急迫不正の侵害はないということになり、正当防衛が認められず、そのまま傷害罪の成立を肯定することになります（解決方法Ⅱ）。これも一つの解決方法ではあります。

これに対して、急迫不正の侵害は、第1暴行から第2暴行までずっと継続していると見る場合には、逆の結論になります。すなわち、急迫不正の侵害が継続している途中においてSは踊り場から落ちそうになったにすぎず、侵害の継続性が途切れたわけではないとしますと、過剰防衛に至る道筋が開けることになります。

このように、急迫不正の侵害の継続性を認めるか否かが結論を左右することになりますが、この継続性の判断基準は、条文に書かれているわけではありません。判断基準については、先ほど述べた法の理念を念頭において考えなければなりません。これは、また法解釈の技術の問題でもあります。

3) 侵害の継続性が認められるとしても、私は、別の解決方法を採用すべきだと考えています。それは、第1暴行と第2暴行を一体的に捉えて侵害の継続性を認めた上で、さらに第2暴行についても過剰ではないとして、正当防衛の成立を肯定し無罪とするものです（解決方法Ⅲ）。踊り場においても急迫不正の侵害がなお継続しているという点については、解決方法Ⅰと同様ですが、被告人がSの足を持ち上げて階下に落とした行為は、反撃行為として相当性の範囲内のものだと考えるのです。

被告人は、鉄パイプを持ったSに追いかけられ、Sが勢い余って踊り場の手すりに半身を乗り出した瞬間、何をすべきだったのでしょうか。追撃をかわすために階段を駆け下りて懸命に逃げなければならなかったのでしょうか。あるいは、階下に落ちないように配慮して鉄パイプを再度取り上げるべきだったのでしょうか。皆さんが被告人の立場にあつたらどうしますか、考えてみてください。

まず、正当防衛の場合、侵害を被る側に退避義務はありませんので、被告人は何としても逃げなければならないというわけではありません。退避せずに身を守るに必要な反撃に出ることが許されます。問題は、その反撃の程度です。被告人が咄嗟

にSの足を持ち上げるといふ反撃に転じた行為をどう評価するかがポイントです。Sの追撃が緩んだ瞬間に、階下に落ちないようにSをねじ伏せて鉄パイプを取り上げるといふのは、よほど腕に覚えがあり、かつ精神的に余裕がなければ難しいことです。また武道の観点からみれば、攻撃に対しては隙のある所を崩していくのが常道でしょう。瞬時にSの足を持ち上げるといふのは、追撃を崩し、自分の身を守るという点では防衛行為の範疇にあると考えます。落下して怪我したSの負傷の程度から過剰と判断するのではなく、反撃を行う時点での防衛行為それ自体が過剰か否かを判断すべきです。被告人が追撃者Sの足を持ち上げる行為に転じたことは、反撃行為として過剰なものではなく、相当なものと考えます。

### (3) 法的争点の整理と理論構成

1) かなり細かな説明になりましたので、本事案の法的争点がどこにあったのかを整理してみましょう。まず、構成要件該当性の段階では問題はありませぬ。被告人の行為は傷害罪の構成要件に該当します。この点は争いになっていません。問題は、違法性の段階にありました。ここで、二つのことが法的争点となりました。

まず、第1の法的争点は、急迫不正の侵害の継続性を認めるか否かです。侵害の継続性が認められなければ、その段階で正当防衛が成立しなくなります。侵害の継続性が認められますと、第2の法的争点として、反撃行為が相当性の要件を満たすか否かが問題になります。ここでは、結論が二つに分かれ、過剰防衛とする見解と、なお正当防衛だとする見解が対立することになります。

このように整理しますと、判断の分岐点が非常に明確でしょう。最終的な結論は白か黒か、つまり無罪か有罪かというものですが、それに至る判断の分岐点が明確です。このことは、どこの部分を反論するのか、どういう証拠をもって「その部分の判断は誤っている。」と主張するのかという、裁判上の攻撃・防御にとって極めて有用なことですし、刑法理論を組み立てる上でも重要なことです。最初に鉄パイプで殴った方が悪いというようなアバウトな理由付けは、刑法理論としては不可です。さらに、侵害の継続性があると主張するとしても、事実を基に立証しなければなりません。傷害の程度、相当性も立証しなければなりません。刑事裁判においては、主張には立証が伴うのです。

2) 皆さんが刑法を勉強するとき、刑法理論が理解できれば十分だと思うでしょうが、刑法理論を具体的事案でどう使い、立証とどう関連させて駆使するのか、ということまで分らないと、刑法理論の射程範囲や有用性は見えてきません。法科大学院の授業では、2年生の刑事法総合演習や3年生の刑事実務演習において、

事実認定との関係において刑法理論を駆使することを学ぶことになるでしょう。事案を解決する上で、体系的で論理的な理論立てができたとしても、それで終わりではありません。それを、事実関係と証拠をもとに、どのように立証していくのかが見えなければ、事案の解決には至りません。

本事案について、先ほどSは56歳で文化住宅に住んでいるという事実を挙げましたが、この事実にどういう意味があるのか、分かりますか。56歳という年齢は、侵害者の攻撃力に関する事実になりますし、文化住宅というのは、犯行現場の状況に関わる事実です。社会的な事実の中から法的に重要な事実をどう固めるのかは、実は最初に行うべき大きな作業なのです。もちろん、エキスパートともなれば、法的事実の抽出と理論構成とを表裏一体的に処理することにもなりますが、通常は、法的に重要な事実を固めた上で、理論構成の問題に進みます。理論を構成する段階では、その人の価値観が影響してきます。追撃の刹那に自分の身を守る時、人はどう反応するのか、どの程度のことが許されるのか、といった判断に価値観が反映されるのです。

皆さん、最初のうちは、刑法理論を理解することから始めなければなりません。徐々に理論的な組み立て方や、判断の分岐点になっている法的争点の抽出の仕方を選んで行きますと、証拠と関連させながら刑法理論を組み立てることができるようになります。事案の解決のために、何を法的争点として、どう立証するのか、そのためにどういう刑法理論を駆使するのか、ということ念頭に置いて勉強することが大切です。法曹の道を歩こうとする者は、この刑法学の特徴を知っておくべきでしょう。

## IV 刑法学の役割

### 1 刑法学の対象

#### (1) 刑法解釈学としての特性

ここでは、まず刑法学と他の分野との違い、ならびに特徴について説明しておきたいと思います。法曹を目指す皆さんは、単なる刑法の条文を覚えるのではなくて、学問としての刑法を勉強しなければなりません。刑法学の学問的な特性の一つは、解釈学(Dogmatik)であるということです。いわゆる刑法解釈学と言われる分野です。刑法の条文を解釈する学問ではありますが、事実を踏まえなければならず、かつ事案の解決に資するものでなければなりません。刑法解釈学は、事実と条文を離れては存在しませんが、法解釈に動的な法の総体を反映させなければならない点が難しいところです。

刑法の解釈にあっては、事実と条文から離れて自由にものを考えることは許され

ません。しかし、刑事法の中にも、事実と条文を超えてよい学問分野があります。それは、刑事政策（Kriminalpolitik）、刑事学（Kriminologie）、刑事立法論（Strafgesetzgebungslehre）と言われる領域です。現行刑法の条文では守備範囲が狭い、あるいは脱法行為が多すぎて条文の網が掛からないという問題が生じた場合、今の刑罰規定の運用は時代に適合していないので政策的に運用を改めるべきだとか、条文の適用に限界があるから、新たに立法すべきだとかいった議論が出てきます。これらに対応するのが、刑事政策論、刑事立法論<sup>(14)</sup>です。

刑事政策学は、犯罪の防止・鎮圧のための様々な政策を提言する学問ですが、この分野においては、現行の条文を超えた議論が必要ですし、そもそも条文にとらわれては学問の進展がありません。また、刑事立法論においても、現行の刑罰法規では社会侵害的行為を十分に補捉しえないという認識が前提になります。刑法の一部改正あるいは特別刑法の制定に関する議論は、刑事立法論の領域に属します。

一例を挙げますと、コンピュータ犯罪が社会問題になった時、電磁的記録の改竄を文書偽造罪で捕捉しうるかが議論されました。最高裁判例には、文書概念を広げることにより文書偽造罪で処理したものもありますが<sup>(15)</sup>、それは法解釈の域を超えるとして、文書偽造罪の客体に電磁的記録を追加するという刑法一部改正が昭和62年に行われました。刑罰法規の解釈上の限界を見定めた上、条文を修正したり、新たな条文を追加したりすることを検討するのは、刑事立法論の役割なのです。

## （2）犯罪概念との関連

これらの学問領域において、形式的犯罪概念と実質的犯罪概念がどのように関係しているのかについて簡略に説明しておきますと、次のようになります。

まず、刑法解釈学は、形式的犯罪概念と関わりを持っています。つまり、刑法の基本原則の一つである罪刑法定主義の支配下にありますので、一定の行為を処罰する旨の刑罰法規を前提にして、その解釈・適用を行うことになるからです。処罰する旨の条文がないことには、いくら当罰的な行為であっても処罰できないのです。法解釈には限界があります。もっとも、違法阻却事由や責任阻却事由には超法規的なものも存在しますので、この場合には、規定された犯罪カタログから外すために、実質的犯罪概念を考慮する必要が出てきます。

これに対して、刑事政策学や刑事立法論においては、現在は処罰されているけれども処罰すべきではない、逆に現在は処罰されていないけれども処罰すべきだということを提言していくわけですから、実質的犯罪概念との関わりを問題にすることになります。ここでは、形式的犯罪概念による縛りから離れた議論が展開されます。

もつとも、刑事立法論の成果に従って立法がなされると、今度は形式的犯罪概念との関係が出てきますので、これらは循環する関係にあると言えます。

## 2 刑法総論と刑法各論

刑法学の概要を説明する場合に、刑法総論、刑法各論という用語がよく使われますが、この文言は刑法典にはありません。これらの用語は講学上のものです。刑法総論の内容として、刑法の基礎理論、犯罪の成立要件を検討する犯罪論、そして刑罰論があります。刑法総論では、主に刑法典の「第一編総則」の第1条から第72条までの条文を検討しますが、条文化されていない理論もあります。なお、刑法典の総則規定は、先ほど説明しましたように、刑法第8条の規定によって周辺刑法にも適用されますので、刑法総論の理論的な射程範囲は広範に及びます。

これに対して刑法各論は、各犯罪の構成要件の固有な意味内容を明らかにし、それに対する刑罰の種類・分量を確定することを任務としており、法解釈の実践的分野です。刑法典では、「第二編罪」の第77条から第264条までの条文が刑法各論の対象となりますが、さらに周辺刑法の特別な犯罪類型も刑法各論の対象です。刑法各論の授業では、主に刑法典に規定されている犯罪類型を取り上げますが、そこでの法解釈の技術は、周辺刑法における罰則規定の解釈にも応用することができます。その意味で、中核刑法における法解釈論は、刑法学の中で極めて重要な地位を占めていると言えます。

## 3 事実と条文と価値観

### (1) 条文解釈の基底にあるもの

事実と条文と価値観の問題を少し話しておきたいと思います。条文の解釈を先ほど説明したような手順に従って行いますと、一定の結論を出すことができます。結論を出すときに、それが良いか悪いかは別として、多かれ少なかれ自分の価値観に左右されているはずですが、法的判断には価値判断が伴います。問題は、その法的判断に説得力があるか否かです。有罪か無罪かが、判断する人の価値観だけによって決まるのであれば、それは大きな問題ですが、判断の分岐点が明確に示され、体系的かつ論理的な判断プロセスで導き出された結論であれば、反論も可能ですし、その正当性も説得することができます。しかも、事実と条文を離れた判断ではないということが、刑法解釈の出発点になっています。

刑法を勉強し始めて間もない学生が、刑法の判断プロセスを無視して、単に自分

の価値観だけで事案を解きますと、エラーの多い結論になりますし、法的な議論のテーブルにも着けません。最初のうちは、三段階的犯罪論体系に沿って、段階的に成立要件を吟味して結論を引き出す訓練をすべきです。その方が、判断にミスがなくなり、事案を解決するための議論ができます。

## (2) 直感と判断プロセス

もっとも、研究者や実務家はどのような判断の仕方をしているかと言いますと、今皆さんに勧めたような判断の仕方をしてはいりません。事実関係を読んでいくうちに解決の筋道がみえ、読み終わると同時に自分なりの結論が出るという場合の方が多いと思います。すなわち、事案解決についての法的直感と理論的な組み立てがほぼ同時に働き結論が出て、その結論と後に行う理論的検証とにはほぼ誤差がないのです。こういう状況の下では、「構成要件該当性の判断は直感だ。」<sup>(16)</sup>と言っても、的を射た発言です。

しかし、刑法の勉強をあまりしていない学生が、構成要件該当性の判断は直感だというので、自分の直感に従って事案を解くとしたら、理屈の通らない結論を出すか、あるいは逆に、直感がないから刑法の勉強は駄目だ、ということになってしまいます。こういう勉強の仕方は、勿論やってはいけません。法的思考力の修得と事件処理の積み重ねがあって始めて、直感的な判断と論理的な判断が一致するのであって、最初からそうなっているわけではありません。

刑法の事案を解く場合には、事実と条文から離れてはいけませんので、まずは事実がどのようなものであるのかを確認し、その事実に適用すべき条文を考えなければなりません。次に、当該条文が要求している要件を引き出してきて、その要件と具体的事実とを対比して、要件に該当するか否かをチェックしながら、しかも三段階に分けて判断し、結論を導き出すという思考プロセスに沿った勉強をすることが、結局は刑法的思考力を身に付ける早道です。この思考プロセスが身に付くと、一度出した結論が自分の価値観から見て納得できなければ、それと反対の結論を出すには、どこの段階の判断を改めればよいのか、あるいはどの部分の判断基準を修正すればよいのか、というような逆の発想ができるようになります。

こういう柔軟性のある思考も、逆説的ですが、刑法解釈学が体系的かつ論理的な判断を要求していることから生まれます。刑法学にとって、価値観や法的感性は、その人の学問性を特徴づける上で極めて重要ですが、それは刑法理論を駆使できるようになってからの話です。まずは、判断プロセスの手順を踏んで考えて法的思考を身に付け、議論可能な説得力のある結論を引き出せるように訓練するのが勉強だ

と思います。

## V 刑法理論の特質

### 1 考察の視点

4番目のテーマである刑法理論の特質について話をすすめます。刑法理論にはどのような特質があるのかを、次のような点から考えてみたいと思います。まず第1に、刑法の基本原則はどのような人間像を背景にしているかということです。第2に、今まで度々話に出てきました犯罪論体系は認識論とどのように関わるのかということです。第3としては、刑法の違法性の問題は価値観とどのように関係しているかということです。

こういう刑法理論の切り口は、通常、刑法の教科書ではあまり言及されていませんが、実は刑法の研究者であれば避けては通れない問題です。逆に言えば、この問題をどう考えているのかによって、刑法理論の組み立て方が変わってきます。いわば刑法学の根底にあるものを問うことになります。

### 2 刑法の基本原則と人間像

#### (1) 罪刑法定主義の背景にあるもの

刑法の基本原則の一つに罪刑法定主義（Nullum crimen, nulla poena sine lege.）があることは、皆さんも周知のことと思います。なぜ罪刑法定主義が必要なのか、考えたことがありますか。罪刑法定主義は、啓蒙主義の中で生まれた自由主義的法思想と連動しています<sup>(17)</sup>。

啓蒙期に入る前後の社会を考えて下さい。ヨーロッパでは、君主が国権の全てを掌握していた時代には、刑罰権を擅断的に行使することが出来ました。日本では、お白州で仕置きが決まる時代です。一般に刑罰法規を知らせていない時代です。この擅断主義的なシステムに反旗を翻したのが罪刑法定主義です。まずもって、どのような行為が処罰の対象になるのか、予め条文に規定されていなければ、どのような行動が良いのか悪いのか分からず、行動の予測が立たない。行動の予測が確保されない社会では、社会活動が活性化せず、個人を主体とした市民社会は形成されない。こういう考えが背景にあるのです。司法と行政と立法の三権を分立し、予め何が犯罪で、それに対する刑罰がどんなものなのかを制定法に明記することを実現することにより、擅断主義的刑法から自由主義的刑法への脱却が図られたのです。罪刑法定主義は近代刑法の「金字塔」と言われる所以です。



罪刑法定主義の前提にある人間像は、啓蒙主義が描いた人間像ですが、それは近代刑法の原理の根底に置かれているものでもあります。つまり、人は行動の善し悪しを判断し、何が法的に許され、何が法的に許されないのかを十分に理解しうるものであり、主体的な行動には責任を持つべきだという人間理解が前提になっています。ここで人間像としては、自由に意思決定をし、主体的に社会生活を営むことのできる人間が想定されています。したがって、予め定められた刑罰法規に違背した場合には、自己決定により犯罪を行ったことに対して責任を追及し、刑罰を科すという図式が成り立つことになるのです。

## (2) 責任主義の背景にあるもの

刑法の基本原則である責任主義（Schuldprinzip）についても、同じような背景があります。責任主義というのは、自分の行動については責任を持たなければならぬけれども、他人の行動については責任を負わないとするものです。この考えによれば、故意あるいは過失による犯行に対しては刑事責任を追及することができますが、無過失の場合には、刑事責任を追及することはできません。民事事件では無過失の場合でも損害賠償請求が認められることもあります。刑事事件ではあり得ないことです。これは、自分の意思決定に基づく犯行については、法的非難を受けて然るべきだけれども、それ以外のことについては行動の自由を保障するという前提に立って、個人責任を基本とした社会システムが組み立てられているからです。

「責任なければ刑罰なし」（Keine Strafe ohne Schuld）というテーゼがあります。このテーゼは、自分の自由な意思決定によって行為を遂行したところ、当該行為から一定の法益が侵害され、あるいはその危殆化が生じた場合には、責任のある行為として刑罰を科すという考えを示した近代刑法の標語の一つです。他人の行ったこと、さらには自分の行為でも責任がない場合には、法的に非難することができず、刑罰を科さないという原則は、結果責任・団体責任を追及した絶対主義下の刑法に対峙するものであり、啓蒙主義を土台にした近代刑法の骨格をなすものなのです。

日本では、江戸時代に五人組制度というものがありません。この制度は、団体責任を追及することで、犯罪の抑止・鎮圧をしようとしたものです。この制度を打ち破って近代刑法が動き出すこととなりますが、日本における近代刑法のスタートは明治13年に公布された旧刑法からです。

啓蒙主義の人間像は、近代刑法の生成に大きな影響を及ぼしました。啓蒙期の思潮は、近代社会に移行するときの社会生活の在り方、社会を構成する人間の実相つまり人間をどう描くのかについて大転換をもたらしたのですが、それはまた刑法の

コンセプトを形作りました。人が社会の中で共生するための諸条件を保持することに刑法の役割があるとし、社会における人間像をどう捉えているかは、刑法の基本原則を理解する上でも重要なことです。

### 3 犯罪論体系と認識論

#### (1) 認識論との関係

先ほど正当防衛の事案を説明しながら、事案を解決する上で体系的思考が役に立ち、かつ議論可能性を担保するという話をしました。犯罪論体系(Verbrechenssystem)に従って、犯罪の成立要件を一つずつ吟味して結論を出すという判断の仕方は、実は認識論の問題でもあります。

色を認識するときに、白を認識するためには黒が分かってなければなりません。赤は3原色の一つですが、その補助色である緑が分かってないと対比のしようがありません。相対するものが分かって、始めて実相が分かるのです。

刑法理論の場合であれば、犯罪を認識する必要があるのは、犯罪者自身ではなくて、犯罪の成否を判断する側です。ある犯行を認識対象として、どういう動機で、どういう意図で犯行を行ったのか、その犯行はどのような犯罪構成要件に該当するのか、また処罰するに値するのかを、第三者が判断するわけです。

このような判断は、人が物事を認識する場合にどのようなプロセスを経て実相を掴むのかという問題であり、いわゆる認識論の範疇に属します。物事をどう認識したかは、言葉を抜きにして直感的に説明する方が実相が伝わる場合もありますが、このやり方は刑事裁判には向きません。裁判においては、認識プロセスが少なくとも裁判を構成する者に理解しうるものでなければ、議論のしようがないのです。

たとえば、私が街角である動物を見たと言います。これだけでは、どんな動物か分からないので、「どんな動物だ。」と皆さんに聞かれます。そこで、「犬だ」と答えます。「ふーん犬か。」では終わらないでしょう。そこで、次の質問として、「どんな犬なのか。大きいか、小さいか。どんな顔か。」と聞くことになるでしょう。その質問に対して、「小さい犬の日本犬で、どちらかという狐顔かなあ。」と答えると、「マメ柴だ。」ということになるでしょう。共通認識を得るために、客体を段々絞っていき、抽象的なものから具体的なものへと認識を進めていきます。つまり、私が認識したことを追跡して行って、実体を掴むという方法です。

もちろん、日常会話では、こんなまどろっこしい話にはならないでしょう。皆さんが私の行動パターンを熟知していて、いつも街角の「マメ柴」に話しかけて大学

に来ることを知っているのであれば、「いつものさ。」と言っただけ分かるでしょう。しかし、刑事裁判では、被告人以外は原体験がないのですから、認識を段階的に固めて行くしかないのです。取り調べた警察官や検察官が「この人は犯人だ。実際に殺意を持って殺した。」と確信して、その認識だけで刑事裁判に臨んだとしたら、どうなりますか。当然公判を維持することはできませんね。共通認識を得るために、証拠によって認識を固めて、反論に答え、説得していかなければなりません。「目を見て調べているので確かです。」と言っても、刑事裁判では通用しないのです。行為者の行動を、事後的に第三者が認識・追認する場合には、認識の手順と判断プロセスを明確にし、議論可能なものにしておかないと、共通の認識に基づいて裁判を行うことはできません。

そのために出来上がったのが犯罪論体系であり、犯罪構成要件理論<sup>(18)</sup>です。これらは、実はカント哲学の認識論、詳しくは新カント派の認識論をベースにしています。言葉を手段としない日本の認識論とは異なりますが、判断ミスを回避できて、思考経済上も優れていると言われています。日本の刑法学にもすっかり根付いた考え方です。

## (2) 犯罪論体系の組み立て方

カントの哲学書は読んでも確かに難しいのですが、その認識論は、平たく言いますとそんなに難しいものではありません。物事を認識するときに、まず外側つまり客観的なものから認識し、次に内側つまり主観的なものを認識するというプロセスを取り、判断形式としては、抽象的判断から具体的判断へと進めるという段階的判断を経るというものです。この方法を採用すると、判断の分岐点が分かりますので、異なる価値観を有する人の間においても議論が可能になります。

たとえば、ここにリンゴがあり、その認識カテゴリーを作るとします。まずリンゴの形状としては、三角形のものはないでしょうが、円形でも形はいろいろありますので、「ほぼ丸い」ということになるでしょう。次に、色となると、赤いのもあれば、黄色いものもあり、変化に富んでいます。進んで中身の味はどうかと言うと、甘いものもあれば、酸味のあるものもあります。そして、そのまま食べて美味しいものと、ジャムにしたり、焼きリンゴにしたりする方が美味しいものがあります。このことを犯罪論体系の認識プロセスに置き換えると、「ほぼ丸い」という外形が構成要件ということになり、「赤とか黄色」とかいう具体的なものが一般的であるかどうか「違法性」ということになり、味とか用途とかは「有責性」ということになりましょう。リンゴの良し悪しを議論するときに、この判断プロセスに従うと、

どの点が良くて、どの点が悪いと判断しているのが分かります。

こういう判断プロセスを犯罪論体系に当てはめると、まず客観的な事実から固めることになります。たとえば、道路上で人が死んでいたとします。人が死亡した場合に適用可能な条文としては、傷害致死罪（205条）、殺人罪（199条）、保護責任者遺棄致死罪（219条）、過失致死罪（210条）、危険運転致死罪（208条の2）などがありますので、どの条文に当てはまるのかを検討しなければなりません。行為者が逮捕されると、一体どういう意図だったのかを確認することになります。「殺しました。」と言う人もいるでしょうし、「車を運転していて過ってはいね飛ばしてしまいました。」という人もいるでしょう。さらには、「やってない。」と否認する人もいるでしょう。「殺しました。」と自白し物証もあれば、殺人の構成要件の故意があることから、殺人罪の構成要件該当性が認められるでしょうし、否認している場合には、殺意を客観的に認定するための物証や状況証拠などを固めて、殺意を立証できるかが裁判の帰趨を決めることになります。これらは、いずれにしろ構成要件該当性の段階での判断です。

殺人罪の構成要件に該当することが確定しますと、次に、何故に殺人行為を行ったのかを検討することになります。行為者の供述によれば、行為者は強盗に襲われ、一度は押し倒したのだけれども、相手がピストルを懐から出して構えたので、咄嗟に持っていたナイフを手にして突進し腹部を刺したところ、相手は深傷を負って死亡したのだということになりますと、刺殺行為について正当防衛の成否を検討することになるでしょう。これは、違法性の段階での判断です。

ところが、被害者はピストルを持っておらず、強盗ではなかったことが判明し、よく調べたら行為者はアルコール中毒により幻覚、幻聴の症状があり、強盗に襲われる妄想にかられて通りがかった人を刺したというのが事実だということになりますと、違法性の判断から有責性の判断に移行し、責任能力があるか否かの問題になり、責任無能力であれば犯罪不成立ということになります。

このように客観的なものから主観的なものに、抽象的なものから具体的なものと判断対象を移して判断し、誰が追認しても、判断プロセスをたどれば結論に至る道筋が分かり、判断の適否の議論ができるようにしたものが、犯罪論体系の組み立て方です。

### （3）犯罪論体系の有用性

このような考え方は、主観的で直感的な判断に馴染んでいる日本の風土には異質なものですけれども、近代の刑事裁判の構造に適合するものですし、刑法を教授す

る上でも至便です。刑法の初学者にとって、まず犯罪論体系に沿った考え方を身に付けることが、問題解決力を身に付ける早道なのです。武道で言いますと、型の稽古から技の神髄を会得するという常道に似ています。もっとも、犯罪論体系は、あくまでも考え方の道筋を示すものであり、真実を発見するための道具ではありません。緻密な犯罪論体系も理論的整合性を得るためには魅力的ですが、考えるための道具、説明するための道具であるとするならば、シンプルで汎用性のある犯罪論体系がベターだと言えましょう。

#### 4 刑事違法論と価値観

##### (1) 違法論と価値観の対立

話を進めます。刑事違法論と価値観との関係について考えてみましょう。違法判断においては、判断する人の思想ないし価値観が大きな影響力を持っています。何を美しいとし、何を正しいとし、何を非とするのか。この価値観と刑事違法論は密接な関係を有しています。構成要件該当性の判断がいわば事実の問題だとすれば、違法性の判断は価値の問題だと言えます。さらに、ここでは、形式的違法性と実質的違法性の両方を吟味することになりますが、後者の判断においては動的な法の総体を勘案しなければなりませんので、法哲学的な思考が必要になります。違法性の判断は条文だけの問題なのか、条文を超える問題なのか、さらには実定法を超えた法を認めるのかは、価値論に深く関係しており、判断する人の価値観に左右されると言っても過言ではないでしょう。

何をもって違法とするのかについて、従来、主観的違法性論と客観的違法性論が対立してきました。その対立は、処罰すべきは「人の心」を罰するのか、それとも「行為」を罰するのかという点にあります。つまり、処罰すべきは、反社会的な人格特性をもった行為者の危険性なのか、それとも一定の法益を侵害あるいは危殆化した行為自体なのか、という対立軸の中で違法論が展開されました。人の心の持ちようを処罰するというのは、ある意味では分かり易いのですが、どういう心根であったかを立証するのは内面の問題だけに難しいことです。人の心の動きは、外面的な行為に現れると分かりますが、行為に現れない内面の段階では、一般的には推測し難いものです。このことから、刑事手続に従って人を裁く場合には、客観的違法性論に利があり、現在では主観的違法性論は影を潜めています。しかし、主観的違法性論は、人間の生き方からすると本質を掴んでいますので、今日でも違法論の端々に浮上します。

## (2) 今日の違法論の対立軸

今日の違法論においては、行為反価値論と結果反価値論との対立が顕著<sup>(19)</sup>です。これは、違法の実質を規範違反性に求めるのか、それとも法益侵害性に求めるのかという論争が、形を変えて現れているものです。違法論を構築する際に行為反価値 (Handlungsunwert) に重点を置くのか、それとも結果反価値 (Erfolgswert) に重きを置くのかという対立は、一段掘り下げて考えますと、行為の規範違反性に着目すべきか、それとも結果の法益侵害性に着目すべきかという対立です。この対立の図式は、主観的違法性論と客観的違法性論の対立の図式と変わりがないと言えます。違法論は、「犯罪の実質が規範違反にあるのか法益侵害にあるのか」という価値観の対立から出発していることを念頭に置くならば、今日の錯綜した違法論も簡単な図式に置き換えることができます。

それから、違法性阻却事由には超法規的違法性阻却事由というものがあります。超法規的違法性阻却事由を判断する際には、保護の対象として何を価値的に優先すべきなのか、あるいは価値序列をどう考えるのかということが問題になります。ここでは、法の理念によって調整されている法規範がどのようなものであるかを検討する必要があります。法解釈が単なる実定法の解釈ではないことが分かる分野でもあります。

その他にも、違法性の問題は多岐にわたっています。ここでは、違法判断の羅針盤となることを説明したに止まっています。今後、皆さんの刑法の勉強が進むにつれ錯綜した問題に突き当たると思いますが、今日示した違法判断の羅針盤が有効に機能することを期待しております。

## VI 刑法学の学問性について

### 1 パンのための学問か

#### (1) 学問の成り立ち

最後のテーマになりました。法律学はパンのための学問かという問題に移ります。皆さん、法科大学院の修了後には、実務家として実践的な仕事に携わることになるでしょうが、いま勉強しているのは、「パンのため」でしょうか。パンのためというのは、自分の生計を立てるため、つまり職業に就くための勉強ですか、という質問です。法律と医学を学び文豪でもあったシラー (Johann Christoph Friedrich von Schiller, 1759-1805)、そして哲学と法律を学び近代刑法学の父となったフォイエルバッハも、法律学は「パンのための学問」(Brotwissenschaft) だということを言

っています。このことを、法哲学者でもあるラートブルフ（Gustav Radbruch, 1878–1949）は、『法学入門』の中で興味深く述べています。<sup>(20)</sup>美学や文学と違い、法律学は職業としての学問、つまりパンを得るための学問だということです。ドイツでは、パンは主食ですので、さしずめ日本だと「コメのための学問」だということになります。

確かに、法律学とりわけ刑法学は、事案を解決するための実践的な学問であり、法曹という職業に密接に関係しています。その意味では、虚学ではなく、実学です。しかし、実学の背景にある社会状況や根底に流れている思潮を常に勘案しなければならない学問です。刑法理論を適用して結論を引き出せば、その結果はどうでもよいというわけにはいきません。いわゆる試験管の中での学問ではなく、社会の中で実践されなければ意味のない学問なのです。

中世の学問体系は、神学、医学、法学、哲学の四つの分野からなっていましたが、哲学を除き三つの分野は職業と結び付いていました。法学は、社会のトラブルを解決するプロ集団を養成し、神学は教会の神父を養成し、医学は、人の病気を治す医者を養成するために、専門的な学理や技法を教授する学問として発達してきました。学問の発生としては、哲学は後発のものであり、医学、法学、さらには神学をコントロールする学問として出現したものです。したがって、哲学はいろんな学問の根底に据えられています。刑法学にあっても、法哲学が根底に据えられていることを失念すべきではありません。

刑法学は、法曹を要請するには不可欠の学問ですが、それに尽きるわけではありません。動的な法の総体の形成に関与している学問でもあることを失念すべきではありません。

## （２）刑法学の根底に据えるもの

法律家はドイツ語ではユラ（Jura）と言いますが、原語はラテン語の*ius*の複数形です。ラテン語で*a*が付きますと、複数形です。これには、大きな意味があります。中世の法学の学問では、神の法（神法）と世俗の法（人定法）の二つの法体系を勉強しなければならなかったのです。したがって、複数形になっているのです。法律家になるには、世俗の法を勉強しなければなりません、それだけでは十分ではありません。今日では、神の法の勉強をしなさいとは言えませんが、それに代わって人間の実相を理解し、社会の在り方を考える上で哲学が必要になってきています。皆さんは、弁護士や検事や判事になるために学問をするのですが、自分の学問の根底に哲学、さらには倫理学を据えておかなければ、良き法曹にはなれません。

近代刑法学の父であるフォイエルバッハ（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833）は、ドイツのイエーナの近郊のハイニヒッヘンという小さな村で生まれ、イエーナ大学で哲学を勉強して哲学の講師になりましたが、その後、パンのための学問として法律を学び、法律実務に就き刑法学者になりました。<sup>(21)</sup>フォイエルバッハがカントの哲学を勉強していなかったとしたら、今日の犯罪論体系は生成されなかったでしょうし、近代刑法学も出現しなかったと思われます。哲学の基礎があって始めて、近代刑法の理論的骨格が定まったのです。

刑法学もパンのための学問ですが、されど哲学的な基礎をもったパンのため学問です。刑法学を勉強する場合、法解釈の技術論に目がいくのは当然ですが、法の解釈・適用を行う人の人間性や倫理観というものが極めて重要です。この点が欠けると、法の運用が逆手に取られ、「悪法も法なり」ということになってしまいます。法曹を目指す皆さんは、法律の勉強と併せて自己の人生観、価値観を磨く修練もして欲しいと思います。

## 2 学問としての刑法学と法曹養成教育

### （1）刑法解釈学の学問性

刑法学が法解釈学の一分野であるとしますと、学問としての客観性があるのかという問題があります。<sup>(22)</sup>確かに、刑法の解釈においては、解釈する人の価値観が反映されますので、主観的な解釈の域を出ないようにも思われます。また、事案解決において絶対に正しい答えというものはなく、具体的妥当性があり、かつ説得力のある結論を引き出すことができれば、それで良しとされます。そういう点からすると、解釈に客観性はなく、刑法解釈学は学問ではないということにもなります。

しかし、刑法理論の組み立てに際しては、判断プロセスが明らかにされ、議論可能性が担保されています。事案解決においても、犯罪論体系にそった段階的な判断がなされることから、同様に議論可能性が担保されています。したがって、ある者が打ち出した主観的な法解釈であったとしても、それに説得力があり、判断プロセスの検証によって相互に納得のできる理論構成であるならば、その解釈は相互主観的なものになります。刑法解釈学が法解釈の相互主観性を追究し、かつ動的な法の総体を捉えるものであることに着目するならば、刑法解釈学も学問だと言えます。

### （2）法曹養成教育との関わり

最後に学問としての刑法学が法曹教育にどのように関わるかを述べておきます。刑法は法律のなかでも基幹科目でありますので、法律を駆使しなければならない皆



さんは、必ず勉強しなければならない科目です。刑法の勉強はするが、学問としての刑法学は不要だと思う人もいるでしょう。しかし、条文を覚えた、法概念を覚えたというだけでは、事案の解決はできません。事案の解決ができなければ、刑法を勉強した意味がありません。事案を解決するには、柔軟な思考と法的感性をもって、刑法解釈学の学問成果を駆使することが必要です。刑法学が法曹教育に果たす役割は、実践的な理論構築を教示するだけでなく、柔軟な思考力と問題解決力を涵養することにあると考えます。

法曹養成システムを構築するに際して、理論と実務の架け橋が必要であることから法科大学院が設置されました。したがって、皆さんは、理論と実践という観点から勉強することが必要です。法科大学院の設置の背景については、レジユメとして配布しました拙稿「司法制度改革と法曹教育」<sup>(23)</sup>に目を通しておいて下さい。以上で刑法講話を終わります。

#### 注

- (1) Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur des Rechts, in: Hrsg. von Arthur Kaufmann, Die ontologische Begründung des Rechts, Weg der Forschung, Bd.22, 1965, S.479. 峯村光郎『法の実定性と正当性』(有斐閣, 増補・昭和44年)177頁, 日高「可罰的違法性と違法の統一性」『違法性の基礎理論』(イウス出版, 平成17年)11頁。
- (2) 不真正不作為犯の問題については, 日高『不真正不作為犯の理論』(慶應通信, 2版・昭和58年)において論じた。
- (3) 規範論の主要著書としては, Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.1-4, 1872-1919. 竹田直平『法規範とその違反』(有斐閣, 昭和36年)がある。
- (4) この考えは, イェリネック (Georg Jellinek, 1851-1911) によるものである。原文は, 「Das Recht ist nichts anders, als das ethische Minimum.」(法は倫理の最小限に他ならない。)というものである (Jellinek, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2.Aufl., 1908, S.45)。
- (5) このような考えを跛行的結果反価値論という (日高・違法性の基礎理論58頁以下)。
- (6) 久米邦武 (田中彰校注)『特命全権大使 米欧回覧実記 全5冊』(岩波文庫, 昭和52年), 同『特命全権大使 米欧回覧実記 全5冊』(慶應義塾大学出版会, 平成17年)参照。
- (7) この点を簡便に説明したものとしては, 大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナアド』(岩波新書, 昭和52年)がある。
- (8) 法典論争については, 穂積陳重『法典論』(明治23年, 復刻版 [新青出版]・平成20年), 同『法窓夜話』(岩波文庫, 昭和55年)328頁以下参照。
- (9) 平成7年改正の概要については, 日高『平成7年改正刑法-その意義と今後の課題-』(自由国民社, 平成7年)。
- (10) 「罪もと重かるべくして…」と読む。この条文は, 抽象的事実の錯誤の処理を規定したものである。刑法典の中で, 唐律の規定を受け継いでいる唯一の条文である。

- (11) この問題については、日高「裁判員制度と刑法理論」『学問と人生』[学長講演録Ⅱ]（専修大学、平成21年）94頁以下において論じた。
- (12) 最判平成9年6月16日刑集51巻5号435頁。
- (13) 日高・違法性の基礎理論98頁。
- (14) 刑事立法論については、ハンス＝ルートヴィヒ・ギュンター（日高＝森住＝岡田訳）「犯罪構成要件の発生－刑事立法論の問題への導入－」『刑事法の諸問題Ⅵ』（専修大学法学研究所紀要28、平成15年）77頁以下参照。
- (15) 最決昭和58年11月24日刑集37巻9号1538頁。
- (16) 私がこの言葉を初めて聞いたのは、大学2年のときの神山欣治先生の刑法総論の講義においてであった。この言葉を今でも瑞々しく覚えている。日高「神山欣治先生と労働刑法」専修法学論集23号（昭和51年）113頁。
- (17) 罪刑法定主義に関する文献としては、植松正「罪刑法定主義」『刑法講座第1巻』（有斐閣、昭和38年）87頁、金沢文雄「罪刑法定主義の現代的課題」『現代刑法講座第1巻』（成文堂、昭和52年）85頁、日高「罪刑法定主義の現代的意義」『現代刑法論争Ⅰ』（勁草書房、2版・平成9年）17頁などがある。
- (18) 構成要件理論はベーリングによって提唱され、その後M.E.マイヤーやメツガーなどによって発展させられた。わが国には、小野清一郎博士、瀧川幸辰博士などによって導入された。構成要件理論は、今日では刑法理論の中核を担っているが、その内容は多様である。
- (19) 日高・違法性の基礎理論52頁、植松ほか・現代刑法論争Ⅰ105頁以下。わが国では、ここでの「行為」概念に行為態様、行為者の内心的要素などを包摂させ、「結果」概念には、法益侵害およびその危殆化を包摂させている。
- (20) Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl., 1964, S.258, S.264.
- (21) 日高「イエーナのフォイエルバッハ」『読書と人生』（専修大学出版局、平成23年）156頁。
- (22) 日高「法の適用と解釈」『要説法学』（酒井書店、昭和51年）21頁以下。
- (23) 日高「司法制度改革と法曹教育－専修大学創立の原点から考える－」専修大学今村法律研究室報39号（平成15年）11頁以下。

**【追記】** 本稿は、専修大学法科大学院での刑法導入授業の講義内容をなすものである。講義の録音を反訳し、それをもとに新たに書き下ろした。講義時間は3時間にわたるものであるが、年度によっては短縮せざるを得ないことがあることから、活字にしておきたいと考えていた。今回、原稿に書き下ろすに際して、刑法学の土台に据えている法学方法論や法哲学的思考を分かり易く説くことを心掛けた。刑法を勉強する学生の一助となれば幸いである。

岩井宜子先生が本年度をもって定年退職されることは、長年の同僚として寂しい限りである。岩井先生は、本学の刑事法スタッフとして、学部の運営、法科大学院の設置等に熱意をもって尽力された。これまでの恩顧に感謝しつつ、本稿を草した次第である。

（平成23年10月1日記）