

4 外国法（学）の継受という観点から見た 日本の刑法と刑法学

井 田 良

- I はじめに
- II 日本刑法への外国法の影響
- III 外国学説との付き合い方——悪い例
- IV なぜ何のための外国法研究か

I はじめに

以下では、「外国法（学）の継受という観点から見た日本の刑法と刑法学」というテーマの下で論じることとする。なお、ここで「外国法」といっても西洋法のことであり、時期的には、明治期以降・現在までのことを考えている。そのような限定を付したとしても、それはきわめて難しいテーマである。日本の刑法学は、外国法の圧倒的な影響の下に形成されてきた（他の法律学分野も同様であるが、それらと比べても刑法学は特にそうなのである）。「日本刑法の中にある外国法」について語ることは、今の日本の刑法と刑法学のあり方そのものを語ることにほかならない。私としては、今日の論題の下で、過去・現在・未来における外国との関わりについて論じることとするが、それは結局は、日本の刑法と刑法学の過去・現在・未来を語ることに帰着するのである。その意味できわめて大きなテーマに立ち向かうことになる。

あらかじめお断りしておきたいことは、私の知識と能力に限界があること

から、以下の検討は、どうしてもドイツ刑法（学）との関わりに重点を置いたものとならざるをえないということである。もちろん、日本の現在の刑法学は、ドイツ学説の影響なしにはありえないが、ドイツ法だけを考慮すればそれで十分というのでもない。とはいえ、比較法のためには語学力が必要である。慶應義塾の生んだ天才といえ、井筒俊彦（1914-1993）という言語学者・イスラム学者ということで見解が一致しているが、井筒は30か国語以上を駆使したといわれる⁽¹⁾。「日本刑法の中にある外国法」について本格的に論じるためには、少なくとも、英独仏語は自由に読み書き、しゃべれるようになることが必要であろう。私は、ドイツ語ですらカタコトである。ここで言い訳をしてもはじまらないが、井筒やドイツ語学者の関口存男（1894-1958）のような語学の天才は別として、「一般通常人」にとり1つの外国語を何とか使いこなせるようになるには相当の時間を要することであり、ましてや本業の法律学に従事しながらというのであればなおさらのことである。人間の能力には制約・限界があるということで、以下の私の論述の制約・限界についても、ご理解・ご海容下されば幸いである。

Ⅱ 日本刑法への外国法の影響

1 刑法典への影響

まず、過去を振り返ることとし、現行刑法典と、現行刑法典の下での学説とに分けて、諸外国からいかなる影響を受けてきたのかについて見ていくこととしたい。外国法の日本法への入り込み方がどのようなものであったかを明らかにすることを試みたいと思う。

実は、旧刑法自体が、フランス刑法のみならず、ベルギー刑法、ドイツ刑法、イタリア刑法草案等のヨーロッパの刑法典およびその草案を参考にしてできたものである。そして、現行刑法典は、一読して明らかのように、①旧刑法からも相当の規定を残している⁽²⁾。そして、②旧刑法に対する理論上・実務上の批判を勸案しつつ、同時に、③当時のヨーロッパの刑法を参照して

条文化されたものである。その際、特定の国の刑法典を参考にしたというのではなく、当時のヨーロッパ諸国の刑法および刑法草案の条文を広く参酌し、そのつど適切に思われるものを取り入れていったものと推測される⁽³⁾。

このことは、刑法典の規定への外国法の影響を確認するためには、それぞれの規定ごとにそのルーツを明らかにするための個別的な研究を必要とすることを意味する。ここでは、いくつかのこれまでの研究を参考にしながら、現行刑法がどのような形で成立したのかについての大雑把なイメージを示すこととしたい。

たとえば、刑法37条の緊急避難の規定は、旧刑法の規定とは異なり、また当時のドイツ刑法の規定とも異なるもので、その由来が問題となるが、松宮孝明の詳細な研究によると、それはフィンランド刑法典の規定を参考にし、スイスの刑法草案の規定とも一部類似性があり、特に「害の均衡」を要件に加えたところは起草者独自の考慮によるものとされている⁽⁴⁾。大雑把な言い方になるが、当時のフランス刑法・ドイツ刑法の責任阻却型の緊急避難規定から、違法性阻却型の規定への転換が行われたということになる。

また、共犯と身分に関する65条2項について見ると、これは旧刑法にあった規定（106条、110条）であるが、フランス刑法典にはなく、ポアソナードにより意識的に加えられた規定だとされる。そこで、ポアソナードがどこからそれをもってきたかが問題となるが、西田典之は、ポアソナードの師であり著名な刑法学者であったオルトランの教科書に、望ましい立法例として1871年のドイツ刑法典50条（現行ドイツ刑法28条2項）が引用されており、ポアソナードはそれに依拠したのではないかと推測している⁽⁵⁾。そうだとすると、現行の65条2項は、すでに旧刑法にあった規定であるが、そのルーツはドイツ刑法典の規定だということになる。

旧刑法と現行刑法とを比較するとき、かなり決定的な変化は、未遂と正犯の概念規定のために「実行」という観念を用いるに至ったことである。未遂について見ると、とりわけ1810年のフランス刑法典が実行の着手ないし実行の開始（commencement d'exécution）という、比較的明確な概念により処罰の限界を画するに至ったことが画期的であり⁽⁶⁾、これはヨーロッパの各刑法

に受け入れられ、1871年のドイツ刑法典でも、Anfang der Ausführung という訳語で条文化された。このような形で原則的に実行の着手以降だけを原則的な処罰の対象とすることは、近代刑法の特色の1つとされるに至った。ただ、日本では、青木人志の研究から明らかなように、これが名詞として訳出されるべき重要な概念であるとの認識はなかなか広まらなかった⁽⁷⁾。旧刑法では、「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ……」というように、名詞ではなく、動詞として訳し下していた（111条以下を参照）。さらに、旧刑法下の明治20年頃には、「執行の開端」という生硬な訳語も試みられた。現行刑法に至ってこれが「実行の着手」という（少なくとも今の私たちにはしっくり来る）訳語として定着したのである。そして、注目すべきことは、現行刑法典が、同時に、60条以下において、この「実行」という同じ概念を、共犯と区別して正犯を特徴づけるためにも用いていることである。これはドイツの影響ということではないが、「実行」概念の導入により、ヨーロッパ近代刑法と同じ土俵に立ち、同時にこれを正犯概念のメルクマールとすることにより、構成要件概念を中核とするドイツ流の解釈論を導入する地盤ができたということを意味するのである。

ドイツの影響をかなり明白に示しているのは、犯罪競合に関する規定である。ただ、ここでも影響は直線的ではない。旧刑法は、1人が数罪を犯したとき（「数罪俱発」）について、ボアソナードの見解をとらず、フランス刑法にしたがって刑の吸収主義を採用した。現行刑法典は、これを否定して、「併合罪」という章名の下に、自由刑については併科主義をとらず、加重主義（加重単一刑主義）をとり、さらに「科刑上一罪」を別扱いとし、そのようなものとして観念的競合と連続犯⁽⁸⁾を導入したところに、直接・間接のドイツ刑法の影響を感じさせる。もちろん、そこに牽連犯という異質なものが入っており、中野次雄によれば、それはスペイン刑法を参考にしたものである⁽⁹⁾。ただ、実は、すでにボアソナードの草案の中に、旧刑法では採用されなかった規定で、フランス刑法になかった観念的競合の規定があり、それがむしろ現行刑法の観念的競合のルーツであると考えられる。そして、そこで注目されるのは、ボアソナード自身が旧刑法制定後に書かれた注釈書

(Projet révisé)の中で、観念的競合の「一個の行為が数罪を構成するとき」を広く理解して、住居侵入後の窃盗や、文書偽造と詐欺（要するに、牽連犯の典型の場合）もこれに当たるとしていたことである⁽¹⁰⁾。現行刑法の起草者は、このような解釈を無理のないものとするために、スペイン刑法の規定を参考に「牽連犯」を入れたとも理解することができるのである。なお、現行刑法典が、併合罪の場合、有期自由刑につき1.5倍に加重しているところでは（47条）、累犯加重について法定刑の上限を2倍にすることとしていること（57条）との間に明らかに関連性を感じさせるが、実は、ボアソナード自身がその講義の中でこの2つの問題を関連させて扱っていたのである⁽¹¹⁾。また、この「1.5倍」がどこから来たのかが問題となるが、スイス刑法49条1項を見ると、そこには、「行為者が、1つまたは複数の行為により、複数の同種の刑を科す要件を充足したとき、裁判所は最も重い罪について定められた刑をさらに加重して言い渡すこととする。ただし、裁判所は、定められた刑の上限にその2分の1を加えたものを超えてはならない。」と規定されている。日本の現行刑法制定当時も同じであった。したがって、これが刑法47条のルーツであったと推測されるのである。

このようにして、われわれが認識すべきことは、現行刑法の規定の中には、①ボアソナードの影響の跡が思いのほか多く残っていること、②ドイツ刑法の影響も感じられるが、それは決してストレートに入ってきたのではなく、断片的に考慮されたり、ボアソナードを通してであったり、多分に屈折した形で規定に現れていること、そして、③それ以外の国々の規定の影響も、ここかしこに感じられ、まさにモザイク模様のような様相を呈していることなどである。

他方で、現行刑法典の総則規定は、全体としてドイツの影響を強く感じさせることも事実である。それは、その規定の配列の体系的性である。たしかに、旧刑法における責任阻却と責任減輕に関する規定の周到さは傑出していた。責任主義の原則を徹底させた刑法と評価されるゆえんでもある。現行刑法は、これらを整理・簡略化するとともに、35条から37条までに違法性レベルの規定を設けて、これらを前に置いた。このような違法と責任の体系的区

別は、ボアソナードも、また旧刑法下でその教科書が広く読まれた宮城浩蔵も知らないものであった。そういう目で見ると、現行刑法は、違法から責任へ、既遂から未遂へ、犯罪の単数から犯罪競合と累犯へ、単独犯から共犯へという、旧刑法下でもかなり読まれていたリストの教科書⁽¹²⁾を思わせるような整然とした体系を骨格としている。ここに、ドイツ刑法ないしドイツ刑法学の影響を見ることは的外れなことではないと考える。

各則についても、いま総則について述べたことと同じことがいえると思う。ここでは、財産犯規定についてだけ見ておきたい。規定の骨格は、すでに旧刑法の時代にできあがっている。特に大きな変化は、旧刑法が財物罪しか知らなかったのに対し、現行刑法は、旧刑法の処罰規定の基本を維持した上で、利得罪を「二項犯罪」として補っているところである。日本の立法者は、財物とならび財産上の利益も保護しなければならないという点でドイツ刑法と同じ問題関心を抱きながら、しかし、ドイツ刑法にしたがわなかった。ドイツ刑法は、窃盗罪および強盗罪をもっぱら財物罪として規定する。これに横領罪を加えて、所有権犯罪としての財物罪として分類する。他方、詐欺罪および恐喝罪を、財物罪（所有権犯罪）ではなく、財産罪（＝全体に対する罪）として規定するとともに、日本でいう二項強盗は「強盜的恐喝罪」という恐喝罪の特殊類型としてカバーするというように、現在のわれわれから見ると、かなり複雑なものとなっている。日本刑法の整理の方が、ドイツ刑法のそれと比べてはるかに簡明といえそうである。

しかし、日本では、このような規定にしたがゆえに、占有を失うだけでただちに犯罪の成立を認めるという解釈は窃盗罪では不当ではないが、詐欺罪では不都合を生じさせるということから、詐欺罪については財産上の損害の有無を検討せざるをえないこととなり、その位置づけ（保護法益との関わりでの位置づけ）が困難なものとなってしまう、という問題が生じている⁽¹³⁾。また、「二項強盗」の概念も、ドイツ人には理解が困難なものようである。リストの教科書を見ると、強盗（Raub）というのは無理に奪い取ることだから、たとえば無理に債務をまぬがれるのは Raub とはいえない、それは本質的には強要であり、強要による財産侵害、すなわち恐喝なのだと書かれて

いる⁽¹⁴⁾。手段の共通性に注目するのが日本刑法で、盗罪としての概念の厳密さを優先させるのがドイツ刑法である。

ちなみに、背任罪は、フランス刑法にないもので、現行刑法典の規定は、ドイツ刑法の背任罪規定をベースにしたものといわれている。ドイツの背任罪は、詐欺罪に近い「財産罪」として把握され、詐欺罪の近くに規定されており、現行刑法典の位置づけはそれにならったものである。しかし、詐欺罪が全体財産に対する罪でない日本では、委託物横領罪が横領罪の基本であるという旧刑法からの考え方と相まって、むしろ委託物横領罪と背任罪との共通性・類似性が基本に置かれることになる。たとえば、団藤重光は、これを日本における独自の発展として高く評価するのである⁽¹⁵⁾。

以上、縷々論じてきたことから明かなように、日本刑法における外国法の影響は、一国のそれによる単線的なものではなく、さまざまに屈折したものであった。そのことは、明治期以降の日本における法継受の過程が、決して単純な「西洋化」の過程ではなかったことを示している。日本人は、外国法にダイレクトに追随し、それらをただ輸入するということはしなかったのである。他方で、法規定や法制度が特定の国の法を母法としたものではないこと、いろいろな国の刑法典や刑法草案が参考にされた混合物となったことは、逆に、一括したドイツ学説の継受を可能にしたということもいえるであろう。

2 学説への外国法（学）の影響

明治期においてドイツ法の影響が強くなったのは、ちょうど旧刑法の制定・施行後の1880年代以降のことであるが、その傾向は刑法学の分野でもますます強まっていった。刑法の分野でも、「外国法の二重の継受」という現象が起こったといえよう⁽¹⁶⁾。すなわち、まず第1段階として、法典レベルの継受があり、その後に、第2段階として、学説レベルでとりわけドイツ理論の継受が行われた。法典レベルでの継受は、これまで述べたように、批判的かつ慎重なもの、そして屈折したものであったが、ドイツ学説の継受はより直接的で、しかも徹底したものであったといえる。それは全体として見

て、継受というより「輸入」といった方が正確でさえあった。

大学における刑法研究者の養成は、小さな教室で先生を囲んで行われる「原書購読」を通じて行われることが伝統になった。「原書」という言葉には、翻訳書ではない、もともとの言語で書かれた本という以外に、知識のルーツであり、学問のオリジナルな源泉であり、偽物ではなく本物であるというニュアンスがある。ドイツ刑法学の継続的な影響の下に刑法学の研究が蓄積されて行くに連れて、日本の現行刑法の研究なのか、ドイツ学説の研究なのか判別できない事態が生じ、日本の実定法解釈論とドイツ刑法に関する比較法研究とが渾然一体となってしまいうという現象が生じた。ドイツ刑法学をある程度深く知らなければ、日本の刑法学そのものが理解できないという倒錯した状況にもなった。折しも、1880年からの100年間は、ビンディング、リスト、メツガー、ヴェルツェル、ロクシンといった傑出した刑法学者たちが活躍したドイツ刑法学の黄金時代でもあった。法は大学において作られる、学問の中で作られる、そしてそれは法典化され、市民生活の行動指針になるとするヨーロッパ大陸法の古典的な信念⁽¹⁷⁾がなお通用力を持った時期であったとさえいえよう。

旧刑法の時代には、江木衷のようにドイツ刑法学に学んで議論を展開した人もいたが、宮城浩蔵（明治大学の創設者であった）や、井上正一といったフランス系の学者が主流派であった。しかし、現行刑法典施行後は、リストの教科書に全面的に依拠して議論をした小疇伝、ドイツの学説に学んで因果関係中断論、不真正不作為犯、間接正犯等を論じた岡田朝太郎、大審院長になった実務家であるが、ドイツの教科書、特にリストのそれを参考にしたと見られるその教科書が最も広く読まれて、実務に多大の影響を与えた泉二新熊、ビルクマイヤーの下に留学して学位を取り（ドイツ人の知らなかった暗数 dark number の概念をドイツ人に教えた）、日本でもドイツ流の旧派理論を展開した大場茂馬などがドイツ流の理論を主導的に展開した⁽¹⁸⁾。

さて、この後、2度の大きな戦争を経て、戦後、日本国憲法の下での刑法学の形成、そして現在へとつながっていくが、第二次世界大戦後の50年間の日本刑法学は、（西）ドイツ刑法学の動向に敏感に反応しつつ展開されてき

たといえよう。興味深いことは、戦後の日本とドイツとで、戦争後の対応という点で大きく異なった動きがあったことである。日本では、日本国憲法の下で、基本的人権の尊重が強調され、犯罪が成立するかどうかを判断するにあたっての形式的な枠づけに関心が向けられ、罪刑法定主義の原則とともに犯罪の客観面を重視する客観主義刑法学が支配的となるという動きが生じた。当時の（西）ドイツにおいては、これに対し、ナチス時代の悪法に対して無力であったことへの反省から、「自然法論のルネッサンス」と呼ばれる現象が生じ、正しい法とは何か、正しい価値判断とは何かという価値判断の内実を問う方向に議論が進んだ。法の倫理性・道徳性を高唱する風潮を生むとともに、立法、したがって刑法改正に関心を向けさせ、その結果として、1962年政府草案を生み出すこととなった。すなわち、日本は、国家刑罰権の形式的な枠づけの不十分さに反省の目を向け、法解釈の厳格性に関心を向けたのに対し、ドイツは、ナチス時代の悪法を食い止められなかった実質的正義への無関心（いいかえれば、法の倫理性への無関心）、したがって立法レベルに反省の目を向けたのであった。このような違いがどこから生じたのかは興味のあるところである。

その理由はどうあれ、日本では、戦後の人権思想の高揚を背景として、罪刑法定主義の意義が再認識されるとともに、構成要件を犯罪論の中核に据える見解が通説化した（大きな影響力をもったのが団藤説であった）。ここで見逃してはならないのは、構成要件論およびそれと結びついた「実行行為」の概念⁽¹⁹⁾が、重要な処罰限定機能をもつことである。つまり、犯罪とは、まず何よりも、刑法各則の各規定が処罰の対象として予定する客観的な行為であり、（特に、結果犯については）結果を発生させる一定の危険性をもった実行行為でなければならないとされたのであった。戦後日本の刑法学においては、このような意味における実行行為性が強調されるとともに、ドイツ学説におけるのとは異なり、因果関係論においては条件説ではなく相当因果関係説が通説となり、また、客観的な行為の類型性を無視した学説、たとえば、主観的未遂論、主観的共犯論、共犯独立性説などは支持者を失った。日本における構成要件論は、犯罪の理論の中から、主観主義的傾向の強い学説をま

とめて排除し、犯罪論を基本的に客観化する機能を果たしたのである。このことのもつ重要性はあらためて確認されなければならない。戦後のドイツ刑法学においては、戦前においてすでに通説となり、部分的には立法化もされた主観的見解が戦後ドイツ刑法学においても基本的に維持され（客観化への修正は認められるが、基本的に主観的未遂論および主観的共犯論がとられるとともに、立法により重罪に関しては共犯独立性説がとられている）、日本のような「実行行為」の観念が育たなかった⁽²⁰⁾。構成要件の客観面をかなり無限定なものと考える見解が一般的だったのである。その中で客観的帰属論は、客観面における構成要件の限定を主張してとりわけ1980年代以降、支持を集めたのであり、その限りで日本の実行行為概念と同じ機能をも担い、日本よりはるかに遅く発展してきたのであった⁽²¹⁾。後に述べるように、その客観的帰属論をいま日本がそのまま「輸入」しようとするすれば、それ自体としてかなり倒錯した態度といわなければならない。

このような違いがあったにしても、戦後の日本の刑法学における刑法総論の分野での大きな議論としては、①構成要件をテーマとするもののほか、②行為論、特に目的的行為論をめぐる論争があり、また、③行為論の議論の「副産」物としての論争である、結果無価値論と行為無価値論の間での論争があった。そして、④責任概念の本質、特に意思自由をめぐる議論も重要である⁽²²⁾。これらのうち、意思自由をめぐる議論には日本特有の問題意識と論点が多分に混ざっているとしても、全体として見れば、戦後50年の日本刑法学における議論はドイツの影響を非常に強く受けたものといわなければならない。

条文を読むときに、理論のフィルターを通さずには読めないことになった。たとえば、38条1項の規定は、誤想防衛に関して故意を阻却する見解をとることを強制するように見える（このことを強調したのは平野龍一であった）⁽²³⁾。しかし、被告人に不利な方向に働く厳格責任説を採用するにあたり、この条文が障害になるとは考えられていないのである。

少し異なった角度から、ドイツ刑法学の影響について論じてみたいと思う。学説と判例実務との関係という視点から見たときに、学説の新しい主張

が判例に影響を与え、そこに取り入れられたケースにはどのようなものがあるかを問題としてみたい。

私は、さしあたり2つの例に思い至る。1つは、過失認定に関する信頼の原則である。西原春夫は、1960（昭和35）年に、交通事故に関するドイツの判例理論であったこの原則を日本に初めて紹介し、さらに1966（昭和41）年に、日本の判例・裁判例を詳細に分析し、事例を類型化して、この原則で説明できるものが多いことを論証したのである。そのわずか後に、最高裁判所はこの原則を明示的に採用して過失を否定する判決を出したのであった⁽²⁴⁾。もう1つの例は、共犯関係からの離脱ないし共犯関係の解消である。西田典之は、「共犯の中止について」と題する1983（昭和58）年の詳細な論文⁽²⁵⁾により、共犯関係からの離脱ないし共犯関係の解消は、中止犯規定の共犯への適用の問題とは区別された、共犯の因果関係遮断の問題であることを、ドイツの判例と学説に依拠しつつ、これを詳細に引用しながら、きわめて明快な形で論じた。この論文で明らかにされた判断の基本的枠組みは、後の判例・裁判例、特に最決平成元・6・26刑集43巻6号567頁により承認された。

これらは戦後日本刑法学にとってのハイライトであったといえよう。そして、ここで注意すべきことは、いずれもドイツの理論、しかも判例に根付いた理論が日本の判例に受け入れられたものであること、日本の裁判例の中でもその解決が模索されていた問題に関わるものであったことである。ドイツ刑法学の成果が、それにふさわしい媒介者を得て、日本の実務に受け入れられるに至ったのである。これほど見事な形で学説が実務に影響を与えた2つのケースがいずれも、ドイツの理論の導入に関わるものであったことは、偶然とはいえないであろう。

3 ドイツ学説の継受は刑法学に何をもたらしたか

ここで、結局のところ、ドイツ刑法（学）の継受はわれわれに何をもたらしたかを問うこととしたい。その1つは、いうまでもないことであろうが、体系性である。体系という言葉は多義的であるが、ここでは、抽象度の高い

概念（その中にも高低のレベルがある）を用いて、個別の法判断を総体として理論的に関係づけることを考えている。

刑法における体系的思考の1つの典型例として私が思い浮かべるのは、「フランクの注釈書」およびその中で示された「フランクの公式」で有名なラインハルト・フランク（Reinhard Frank）⁽²⁶⁾が、30歳になるかならぬかの1890年に発表した論文「現代の故意論における表象と意思」⁽²⁷⁾において示した分析である。フランクは、錯綜する故意をめぐる議論を取り上げ、そこに、はじめて「意思説」と「表象説（認識説）」という対立概念を導入し、当時の各論者の学説を整理するとともに、よく分析すれば、表象説・認識説の論者もまた（故意ではなくそれに先行する）「行為」の要件としては意思を考慮していることから、両説の間には実質的対立はないことを示したのである。このようなフランクの分析が基礎となって、故意には「意思的要素」と「認識的要素」の2つの要素があり、いずれも不可欠であること、それに対応して確定的故意に2態様（ドイツでいう第1レベル〈結果を意欲しているとき〉と第2レベル〈結果発生の実性を認識しているとき〉）があり、また、不確定的故意、すなわち未必の故意の問題は行為者の認識と意思（行為意思）という二要素の相関関係の中で解決されなければならない問題であることが明らかにされたのである。きわめて見事な分析であり、これにより故意論は考え方の基本的枠組みを決定されたということができよう。

こういう体系的思考が支配するところでも具体的な事例は取り上げられる。ただ、ドイツでは講壇事例（Schulbeispiel）が好まれる。既存の体系の枠内では、説明のしにくい、または矛盾が生じてしまう仮定的な設例を考案して、それをめぐって論じ合うということが行われる。裁判実務に現れた事例が取り上げられるときも、既存の体系との整合性に注意が払われる。ドイツ刑法学は、およそ想定可能なケースをすべて1つの体系の枠内で説明できる体系的な枠組みを構築しようとする強靱な意思に支えられてきたといって過言ではない。学説の仕事は、およそ考え得るかぎりの関連する事例のタイプを想定した上で、それぞれの事例の解決の論理的整合性および価値的整合性を検討し抜くこと、またそれらが法の規定、承認された法原則や基礎理論

と矛盾しないかどうかを考え抜くところにある。ドイツ刑法学から日本の刑法学が学んだものは、このような法解釈学の手法ないし思考方法であった⁽²⁸⁾。

ドイツ学説の継受は、体系性と並んでもう1つ、学際性という性格を刑法学に与えた。戦後の日本刑法学において盛んに議論され、さらに最近では、脳神経科学者による研究⁽²⁹⁾に端を発した論争が日本でも強い関心を呼んでいる⁽³⁰⁾。自由意思の問題がその適例である。団藤重光が主張したような相対的非決定論⁽³¹⁾によると、意思決定が因果性にしがう限りは不自由なものであり、そこで、行為者の性格が一定の傾向性・法則性をもっている場合、それはその限りで自由ではないことになり、責任が排除されることになってしまう。このことは平野龍一が強く批判したことである⁽³²⁾。たとえば、最後の最後までためらいつつも結局は実行に出た殺人犯人と、何らためらわず心のおもむくままに人を殺した犯人とで、後者の方が意思決定は法則に支配されており、その意味で不自由であるから、責任が軽くなってしまう⁽³³⁾。そこで、平野は、人の意思決定は因果的に決定されていても直ちに不自由であり、責任を排除すると考えるべきではなく、その人の性格によって行為が決定されているのであれば行為は自由であり、責任を問い得るとした。人間の意思決定や行為はすべて因果法則に乗っているということを認める点では決定論であるが、人間の自由を否定するものではなく、行為者の性格が行為を決定すれば自由であり責任を問えるとする。やわらかな決定論（ソフトな決定論）に立脚する責任論である。このような議論は、たとえば現在の量刑論における議論との関係でもきわめて重要である。

たとえば、前科は量刑においてどのような意味をもつかという重要な問題がある。個別行為としてはまったく同一の行為（一例をあげれば、被害者1人に対する強盗殺人）を行った場合に、行為責任主義（個別行為責任主義）の立場を前提としつつ、前の犯罪に対する法的非難（たとえば、前回の強盗殺人を理由とする無期懲役を言い渡す判決とその執行）を今回の行為を思い止まる契機としなかったということを根拠として、初犯のケースとは刑の程度・分量を区別してより重い刑（死刑）を言い渡すことをどのように正当化できるか

が具体的には問題となる。平野の理論によれば、人格ないし規範意識とは異質な行為が行われれば責任は軽く、人格に相当な行為が行われれば個別行為責任が重いことになるので、これによれば、前の犯罪に対する法的非難を今回の行為を思い止まる契機としなかったところに、今回の犯罪の人格相当性が示されているとして、そうでない場合よりも行為責任が重いという結論が導かれる⁽³⁴⁾。

しかし、このような平野説に対しても疑問が出てくる。もし選択可能性が排除された形で現在の性格が必然的にその犯罪行為を行わせたとすれば、これに責任を問うとは思われない。極端な事例になるが、両親2人とも窃盗の常習者で、この両親に「どろぼう」となるべく育てられた子供が成長して窃盗を行ったとする。この場合、行為が性格に相当であるから、平野説によれば責任は重くなるが、何ひとつ不自由なく幸福な家庭に育ってそれでも窃盗を行った者と比べたとき、責任がより重いといえるのかどうかは疑問であろう。劣悪な環境に育ったことを責任を軽減する方向で考慮するためには、性格形成の場面における選択の可能性を考慮する必要があるが、そうだとすれば、非決定論の思考形式によらなければならないことになる。

ここでの本質的な問題は、性格の法則性が自由を排除する方向で働くと考えべきかどうかという点にあり、団藤説はこれを肯定し、平野説はこれを否定するのである。他方、事実としての性格の法則性を括弧にくくり、規範的前提ないし仮設としての可能性に基づき、非決定論的な非難を論じる方向性も探られることになる⁽³⁵⁾。このようにして、この重要な論点をめぐっても、まだまだ議論が必要なのである。

もし、日本刑法がドイツ刑法から学んだ最も本質的なものが体系性と学際性であるとすれば、日本刑法の内なるドイツ刑法への評価にあたっては、この体系性と学際性についてどう評価するかにより結論が大きく異なることになる。私は、この2つは理論刑法学の生命線に関わるものであり、今後も維持していかなければならないと考える。逆からいえば、いかなる理由・背景によるにせよ、体系性と学際性という2つの性格が稀薄なものとなればなるほど、ドイツ刑法学からの離反が進むことになるのであるが、それは刑法学

にとり危険な兆候であると考えるのである。

ドイツ的な体系的思考方法とは、それぞれの問題解決を他と切り離し孤立させて検討するのではなく、相互的な関連性の中に置いてながめるべきであって、抽象的な概念を用いて問題解決全体の体系的な整合性を保障することが法判断の公平さと平等性、ひいては正義の実現につながる、と考えるものである。ドイツの比較法学者であるグロスフェルト（Bernhard Großfeld）は、1984年の著書の中で、アメリカ法の中にドイツ的な体系的思考がない理由として、体系的思考とは過去によって強く未来を拘束することを意味することを意味し、ヨーロッパ社会のように、基本的に変化の少ない、静的な（スタティックな）社会にそれは適しているが、アメリカ合衆国のような、過去にとらわれない思い切った解決をとることにより動的に発展して行こうとする社会にそれは適さないという趣旨のことを述べている⁽³⁶⁾。今後の日本法のモデルはアメリカ法であって、それぞれの問題ごと、それぞれのケースごとに適切と思われる解決をとにかく積み重ねるような法システムが将来の日本法のイメージであるのかもしれない。現在の日本法の中には、刑法典の規定と道交法罰則との間の不整合に代表される刑法典と特別刑法の間の不整合、自治体の条例相互の不整合、組織犯罪対策のための必要とされる刑罰法規と通常の市民を相手にする刑罰法規の分裂等の現象が見られるが⁽³⁷⁾、刑法の体系性についてどのような立場をとるかにより、これらの現象に対する評価も大きく異なることになるだろう。

刑法学の学際性についても同じである。「人」と「社会」に関する学際科学として、人についての人文科学や自然科学のいろいろな学問領域、社会についての隣接の社会科学の諸分野に学び、それらと手を携えてその知見を深めるという性格も、ゆっくりと刑法学から失われていきつつあるように思われる。刑法学が実務的性格を強め、「そのような議論は実務と関わりをもたない」とか、「それは役に立たない不毛な議論である」とかの言葉が頻繁に発せられるようになるとき、それが将来に向けて好ましい方向であるのかどうかをめぐり基本的見解が分かれることになるのである。

Ⅲ 外国学説との付き合い方——悪い例

ドイツ学説とのよい付き合い方については、先ほど2つの例を出した。ここでは、悪い例をあげることにしたい。1つは、客観的帰属の理論である。この理論は、①行為が法的に禁止された危険を招来し（危険創出）、かつ、②その危険が結果に実現したか（危険実現）を基本的な判断の枠組みとしつつ、結果が帰せられるべきこと（または帰属が否定されるべきこと）の実質的・規範的理由を事例グループごとに類型化して提示しようとする。その内容は、前述したように、日本の学説における、実行行為性の判断と因果関係の判断を合わせたものに対応する。ドイツの客観的帰属論は、その率直な規範性と実質性のゆえに、①の危険創出の判断において「実行行為性」の判断基準の具体化のために参考になれる内容をもっているし、②の危険実現の判断において法的因果関係（相当因果関係）の判断基準の具体化のために参考になれる内容をもっているといえよう。

しかし、わが国の実行行為概念と相当因果関係説を2つながら放棄し、これを一挙に「客観的帰属論」によって代替する必要性はさらさらない。まず、それは用語自体として生硬であり、しかもそれ自体は無内容である。ドイツ語の文献を読まない人間は議論ができないということにもなりかねない。どうしても判断の規範性を強調したいのであれば、「法的因果関係」という言葉で十分であろう。そればかりでなく、もし実行行為概念を結果帰属の概念によって置き換えるならば、規範違反行為の内容を明確化して行動基準を提示するという要請が看過されることになる。犯罪には結果犯ばかりでなく挙動犯も存在するのであるから、そもそも実行行為性の判断を結果帰属の判断により置き換えることはできないであろう。したがって、客観的帰属論の主張は、従来の理論の枠組みの中でその判断基準を具体化するにあたり参考になれば足りる。しかも、大阪南港事件（最決平成2・11・20刑集44巻8号837頁）のようなケースについて、客観的帰属の理論をとれば、容易に解決が可能だというものでもまったくない。

客観的帰属論に対する日本の学説の対応には以上のような疑問があるが、目的的行爲論に対するその対応については逆の意味における大きな疑問がある。目的的行爲概念をめぐるのは、それがすべての可罰的な行為態様（すなわち、故意犯、過失犯、作為犯、不作為犯）を包括しうる統一的上位概念となりうるかどうか問題とされ、過失行為や不作為は故意作為と同一の行為概念の中に包括することが可能かどうかといった、実質的な結論の差異につながらない議論が展開されがちでもあった。行為概念を論じることの意味が問われ⁽³⁸⁾、後には、その議論は不毛であり、非生産的である⁽³⁹⁾とされることになったのである。もっとも、このような主張に対しては、統一的上位概念としての行為概念をめぐる議論に意味がないことを当初から指摘していたのは目的的行爲論者の側であったことを知るべきであるし⁽⁴⁰⁾、また、違法性判断の対象たる行為の構造に関する議論が刑法学にとり無意味であるはずはない（たとえば、故意と違法性の意識の区別は、違法性判断と有責性判断とを——その対象の実体的相違に応じて——区別することによってはじめて可能となるのである）。

むしろ、違法性判断の対象たる行為の構造に関する議論が刑法学にとり重要だということをいおうとしたのが目的的行爲論であった。目的的行爲論は、行為における目的、すなわち実現意思の重要性を強調し、実現意思が及んでいる部分のみが行為、すなわち違法評価の対象であり、したがって、過失行為における結果は行為の一部ではなく、違法要素でないと主張した。これはドラスティックな考え方で、違法評価の対象をあまりに限定しすぎるもののように見える。現に、目的的行爲論は過失行為を説明できない、とする批判が加えられたのであった。

しかし、目的的行爲論の主張は、人に規範、すなわち行動準則を向けるとき、その人が認識している事情を前提としてこれを与えないと無意味であるという洞察に基づいている。たとえば、目の前の人を熊だと信じてこれを撃とうとする人をその行為から遠ざけさせるために、「人を殺してはならない」という故意行為を禁止する規範を向けても無意味である。法もまた言語的コミュニケーションを用いた社会統制の手段である。その行為者には「人」と

いう認識が欠けている以上、当の本人の認識する事情の下では「人を殺してはならない」というのは理解不能な命令でしかない。行為者の認識事情を前提に規範の内容を文章化するときは、そういう事情の下で拳銃を撃つのであれば、周囲の状況や撃とうとする対象をよく確認しなければならない、といったものとなるであろう。こうして、過失（致死）行為を禁じるためには、故意の殺人行為を禁じるのとは別の規範が必要であり、その規範の内容は行為の行われる状況に従って具体的に記述されるほかはない⁽⁴¹⁾。過失犯の規範は、状況ないしコンテクストに依存するものということができよう。行為者の実現意思が及んでいない限り違法評価の対象とはならないという目的的行为論の主張は、そのことをいおうとするものにほかならない。刑法が過失行為に対しこれを有効に規制するためには、このような故意行為と過失行為との違いを認識しないわけにはいかないのである。このような洞察をもたらしたことは、目的的行为論の不朽の功績といわなければならない。

なお、違法性判断と責任判断との区別をどのように行うかについても、目的的行为論はきわめて優れた解決を与えたこともここで付言しておきたい⁽⁴²⁾。

Ⅳ なぜ何のための外国法研究か

将来においても、われわれにとり、外国法を参考とすることは必要であるのか、もし必要であるとすれば、それはなぜなのか。最後に、この根本問題について考えてみたい。

比較法の必要性を、その有益性から導こうとする人もいるであろう。外国法、たとえばヨーロッパ法には歴史と伝統があり、そこには議論の蓄積がある。われわれは、一種の「知恵の宝庫」として、こうした議論の蓄積を利用すべきである。誰かがすでに考えていたことをもう一度最初から苦労して考え出していくのは無駄なことだし、非効率的なことである、とするのである。

あるいは、少し違った意味で、外国法研究の実際的有用性を説く人もいる

だろう。すなわち、国際化の時代には、外国人の犯罪が日本で裁かれ、日本人の犯罪が外国で裁かれるようになり、一国の刑法はその国の国民だけのものではなくなる。日本も、外国のことを無視して、まったく勝手に独自の道を進むというわけにはいかない、そういう時代にますますなっている。こういう事態が進行することを、外国法研究・比較法研究の必要性の根拠にする人もいるであろう。

このような考え方をさらに推し進めて、壮大なビジョンを描く人もいる。たとえば、クラウド・ロクシン⁽⁴³⁾は、刑法学の長期的な目標を「世界刑法の形成」に求める。各国の刑法学者は外国の刑法学者と共同して、遠い将来のことになるかもしれないが、共通の刑法（世界刑法）を形成するように努力していくべきであり、すでに今から、それぞれの国において外国刑法に対し開かれた議論のフォーラムを作っていくべきだとするのである。こういう世界刑法（ないし世界刑法学）という壮大なイメージを前提にすれば、外国法研究・比較法研究は、刑法学にとり当然の構成部分ということになる。

このような世界刑法の構想は魅力的であり、私も積極的に支持したい（同じ夢を自分も共有したい）と思うが、私は、外国法研究・比較法研究が行われるべきことは、むしろ法律学に備わる（とりわけ刑法学にとっては重要な）普遍性の要請から直接に導かれるものではないかと考えている。刑法の分野における解決とその論理は、一般化・普遍化可能なものでなければならない。条文がそうになっているから、これまでの判例がそうだから、日本人の国民性がそうだから、社会通念に一致しているから、というところに理由が求められる解決は「弱い」解決にすぎない。普遍化可能な価値判断と論理に基づく解決は「強い」解決であり、それが目ざされなければならない。われわれの価値判断と論理を鍛えて、一般化・普遍化可能なものに高めなければならない。そして、そのために不可欠なのが外国法研究・比較法研究である。価値判断と論理の普遍化可能性という意味での合理性を高めることが学としての刑法学の存在理由であり、外国法研究・比較法研究は、そのことと直接に結び付いたわれわれの営みとして理解することが可能なのである。

- (1) 評伝として、若松英輔『井筒俊彦——叡智の哲学』(2011年、慶應義塾大学出版会)がある。
- (2) たとえば、現行刑法の38条は、旧刑法の77条とほぼ同一の条文である。それは、フランス刑法にもない規定で、ボアソナードが、フランスの学説を基礎として、ドイツの規定も参考にし、一部、新律綱領から文言をとって条文化したものとといわれる。この点につき、小野清一郎『刑罰の本質について・その他』(1955年、有斐閣) 439頁を参照。
- (3) この点について、たとえば、田中亜紀子「刑法」石川一三夫ほか編『日本近代法制史研究の現状と課題』(2003年、弘文堂) 88頁以下、吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』(1996年、日本評論社) 161頁以下などを参照。本文のような理解の傍証を提供するものとして、三田菜穂『『各国刑法比照』をめぐる一考察』法学政治学論究 92号 (2012年) 35頁が興味深い。
- (4) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(2003年、成文堂) 135頁以下を参照。
- (5) 西田典之『新版・共犯と身分』(2003年、成文堂) 14頁以下注(8)を参照。
- (6) 詳しくは、末道康之『フランス刑法における未遂犯論』(1998年、成文堂)を参照。
- (7) 青木人志「法律概念を翻訳する難しさ」一橋論叢124巻4号(2000年) 495頁以下。
- (8) 現在は削除されている55条に規定されていた。ドイツ刑法に明文の規定はないが、ドイツの判例・学説により承認され、日本にはすでに旧刑法時代に紹介され、日本の判例にも影響を与えていたといわれる。この点について、小野『刑罰の本質について・その他』(前掲注2) 307頁を参照。
- (9) 中野次雄「併合罪」『刑事法講座7巻』(1953年、有斐閣) 1392頁注4を参照。
- (10) この点について、小野『刑罰の本質について・その他』(前掲注2) 466頁を参照。
- (11) この点について、三田菜穂「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察——司法省段階における編纂を中心として——」法学政治学論究76号(2008年) 551頁以下を参照。
- (12) なお、その日本語訳は、1903(明治36)年に出版されている。
- (13) たとえば、「取引目的の不達成」といった、財物罪としての性格には整合的でない要件を加えざるをえないこととなる。そればかりか、学説の中には、詐欺罪をいっそ全体財産に対する罪として把握すべきだという、およそ規定の成り立ちを無視した解釈論を主張するものも出てくる。
- (14) Franz v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. u. 22. Aufl. 1919, S. 430を参照。

- (15) 団藤重光『刑法綱要各論・第3版』(1990年, 創文社) 626頁。
- (16) 「外国法の二重の継受」とは, 民法学者の北川善太郎の言葉である。
- (17) これに対し, 英米法では, 法は実務家が判例という形で作ると考える。
- (18) これらの刑法学者については, 吉川経夫=内藤謙=中山研一=小田中聡樹=三井誠編著『刑法理論史の総合的研究』(1994年, 日本評論社)を参照。
- (19) 前述のように, 「実行」の概念は, 現行刑法典におけるキーワードである。すなわち, 旧刑法と比較するとき, 現行刑法典の大きな特色としては, それが未遂と正犯の概念規定のために新たに「実行」という用語を用いるに至ったことなのである。
- (20) ドイツでは, 判例実務が, 19世紀から, 主観的色彩の強い未遂論と共犯論を採用してきたが, これは戦後の西ドイツの学説によってもただちに修正されなかった。また, 今日まで, 重罪に関しては教唆未遂・幫助未遂が一般的に可罰的とされてきた(その限りで, 共犯独立性説の結論が採られていることになる)。戦後の西ドイツの学説が, 戦前の学説の主流であった客観的未遂論を採らず, 主観的未遂論を支持したことについては, Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme, Band II, 2009, S. 285 ff. が興味深い。
- (21) この点につき, 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年, 成文堂) 62頁以下を参照。そのことがドイツにおける客観的帰属論のライトモチーフであったことについては, この学説の主唱者自身が強調するところである。Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, S. 371 ff.
- (22) これらの論争点について, 井田良「最近の刑法学の動向をめぐる一考察」法学研究84巻9号(2011年) 214頁以下を参照。
- (23) 平野龍一『刑事法研究・最終巻』(2005年, 有斐閣) 6頁以下。
- (24) 詳しくは, 西原春夫『交通事故と信頼の原則』(1969年, 成文堂) 353頁以下を参照。
- (25) 西田典之「共犯の中止について——共犯からの離脱と共犯の中止犯——」法学協会雑誌100巻2号(1983年) 221頁以下(同『共犯理論の展開』〔2010年, 成文堂〕240頁以下に再録)。
- (26) フランクについては, 井田良「フランク——『フランクの注釈書』と『フランクの公式』」法学教室144号(1992年) 74頁以下を参照。
- (27) Reinhard Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW Bd. 10, 1890, S. 169 ff.
- (28) そうであるとすると, 学説と実務との間にギャップが生じざるを得なかったことも説明が可能となる。裁判所の法判断は, 具体的事案の適正な解決を主眼とするものであり, つねに「事実との関連性」という制約を受けるのである。この点につき詳しくは, 井田良『変革の時代における理論刑法学』(2007年, 慶應義塾大学出版会) 69

頁以下, 99頁以下を参照。

- (29) ベンジャミン・リベット (下條信輔訳)『マインドタイム——脳と意識の時間』(2005年, 岩波書店)。
- (30) 参考文献として, 小坂井敏晶『責任という虚構』(2008年, 東京大学出版会) 22頁以下, 140頁以下, 同『人が人を裁くということ』(2011年, 岩波書店) 144頁以下, 島田美小妃「自由意思論と神経科学——脳についての神経生物学的知見を契機として——」大学院研究年報(中央大学) 38号(2009年) 225頁以下, 野村貴光「刑法における自由意思と責任——ビルクマイヤーの懸念は再燃するか——」法学新報117巻7・8号(2011年) 735頁以下, 増田豊『規範論による責任刑法の再構築——認識論的自由意志論と批判的責任論』(2009年, 勁草書房) 397頁-600頁などがある。
- (31) たとえば, 団藤重光『刑法綱要総論・第3版』(1990年, 創文社) 34頁以下, 258頁以下を参照。
- (32) 平野龍一『刑法の基礎』(1966年, 東京大学出版会) に収録された諸論文を参照。
- (33) 森村進「責任論における『自由意志』問題」上原行雄=長尾龍一編『自由と規範——法哲学の現代的展開』(1985年, 東京大学出版会) 54頁を参照。このような問題に対処するため, 団藤重光は, 犯罪行為に対する行為責任に加えて, 行為の原因となった人格の主體的な形成に対しても責任を問おうとする人格(形成)責任論を主張した。団藤『刑法綱要総論』(前掲注31) 38頁以下, 258頁以下, 269頁を参照。詳しい研究として, 大谷實『人格責任論の研究』(1972年, 慶應通信) がある。しかしながら, 人格形成の過程における責任の有無・程度を確定することは困難であり, また, 責任非難の対象を, 個別の犯罪行為という枠を越えて, 無数の(構成要件に記述されていない)人格形成行為にまで拡大することは罪刑法定主義の原則と矛盾することなどから, 人格責任論は現在では支持者を失っている。
- (34) これに対し, 行為の違法性がより重いとすると理論構成が可能かどうかが問題となる。結論からいえば, それは不可能ではないと解される。すなわち, 再度の犯行は法益の価値を軽視・否定する意味をもった行為であり, たとえば, 生命保護という刑法の目的を挫折させる大きなインパクトをもつことから, 行為への重い評価を正当化すると考えるのである。いいかえれば, 司法機関による処罰等に示される法的非難にもかかわらず, 再び殺人禁止の規範を侵害することは, とりわけ明白な形で規範を動揺させるものであり, 規範保護を根拠としてより行為のより重い処罰を可能とすると考えるのである。
- (35) 井田良『講義刑法学・総論』(2008年, 有斐閣) 358頁以下を参照。
- (36) Bernhard Großfeld, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984, S. 122 f.
- (37) この点について詳しくは, 井田良「刑事立法の時代—現状と課題—」犯罪と非行

160号（2009年）6頁以下を参照。

- (38) 平野龍一『刑法総論 I』（1972年，有斐閣）105頁。
- (39) 代表的な主張として，米田泰邦『行為論と刑法理論』（1986年，成文堂）131頁，148頁，234頁，前田雅英『刑法総論講義・第5版』（2011年，東京大学出版会）107頁などがある。
- (40) Armin Kaufmann, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht (1962), in: ders., Strafrecht zwischen Sein und Wert, 1982, S. 21 ff.; ders., Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht (1974), in: ders., Strafrecht zwischen Sein und Wert, S. 151 ff.; Klaus Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechen-aufbau?, 1973を参照。
- (41) Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 114, 120, 140を参照。
- (42) この点につき，井田『講義刑法学・総論』（前掲注35）231頁以下を参照。しかし，最近でも，松原芳博「〔外国文献紹介〕グレコ『不法と責任の区別を相対化する近時の見解に対する批判』」早稲田法学86巻2号（2011年）427頁は，行為無価値論の立場に基づく違法性と有責性の区別の可能性に対し，強い批判を向けている。
- (43) Claus Roxin, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, in: Albin Eser, Winfried Hassemer und Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende - Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 369-395を参照。