

「刑法学の比較法的研究」の現代的意義 —井田報告へのコメント

高橋 則 夫

井田先生の講演に対するコメントとして、私は、「刑法学の比較法的研究」の現代的意義について、3点だけ指摘したいと思う。これらの点について、井田講演と若干認識が異なるように思われる。

第1点は、刑法学の普遍化ということである。ロクシン教授やヒルシュ教授などが「刑法学の普遍性」ということを主張してきたが、刑法学は、国家による刑罰を対象とすることから、国家刑罰権を抜きにしては存立不可能であり、「国家」刑罰である以上、各国家の固有の状況における刑法学という枠はなお撤廃できないし、撤廃すべきではないと思われる。したがって、刑法学の普遍化という趣旨は、物事の問題解決のツールとしての共通性、あるいは共通文法という意味であり、それらについては、依然として、ドイツ刑法学は非常に参考になると思われる。しかし、各国の違いを前提とした「刑法学の差異性」ということを忘れてはならない。この差異性がどこに由来するのかを探究することが、第1次的な重要性を有するように思われる。すなわち、各国固有の歴史的、文化的、社会的な基盤に依拠した刑法学を探究することこそが、比較法的研究の意義であると考ええる。

このことは、わが国において、ある制度を構築あるいは運用していく場合において、各国の状況を踏まえて構築・運用することと同じである。その格好の例が「裁判員」制度である。このシステムをみても、一つの日本的な制度構築といえる。つまり、刑法学の比較法的研究は、各国が同一の制度、同一の解釈を形成するために意味があるのではなく、「ものの見方」を変えろという点で、重要な意味をもつにすぎないということである。

第2点は、刑法解釈論におけるドイツ刑法学の具体的な意義についてである。たしかに、これまで、「信頼の原則」をはじめいくつかのドイツ刑法学の理論が、わが国の判例や学説に大きな影響を与えたものがあった。その理由は、以前は、ドイ

ツ刑法学のツールをわが国においても使用し得るという状況にあったということに求められるであろう。いわば「ドイツ従属性」といえる状況が、わが国の判例・学説において存在したということである。その点で、当時のわが国の判例・学説はいまだ自立していなかったといえるかもしれない。しかし、このような状況は、現在、一変したといえるだろう。というのは、一つには、わが国の判例実務が蓄積され、充実してきたからであり、もう一つには、現在のドイツ刑法学の現状が混迷状態にあり、使えないツールが非常に増加しているという状況といえるからである。たとえば、客観的帰属論についていえば、客観的帰属論の中にも様々な考え方があり、その内容を把握することも、まして、それをわが国の判例・学説上、展開することも、きわめて困難な状況といえよう。もっとも、他の国に比較して、ドイツ刑法学のいくつかの知見は、わが国において、なお使用可能なツールがあることから、そのようなツールは、以前と同様に、わが国においても使用していくべきだろう。その限度で、ドイツ刑法学は、やはり有意義であるということができる。

さらにいえば、わが国は基本的に大陸法の国に属しているが、実質的には、英米のような判例法の国といっても良いように思われる。たとえば、最近の正当防衛・過剰防衛に関する判例、すなわち、灰皿事件（最決平成20・6・25刑集62巻6号1859頁）、拘置所事件（最決平成21・2・24刑集63巻2号1頁）、ラリアット事件（最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁）など、あるいは、クロロホルム事件（最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁）、ベランダ事件（東京高判平成13・2・20判時1756号162頁）などの「複数行為の結果惹起」の問題などに示された判例の処理の仕方が、このことを示している。これらの事案を解決するために、ドイツ刑法学から何かツールを持って来られるかという点、おそらく、大雑把な議論の展開となることが予想される。たとえば、正当防衛における社会倫理的制限とか、権利濫用論とかのように、大きな議論が登場するわけである。これに対して、上述の判例による事案処理の手法は、かなりきめ細かに行われており、そこには、ドイツ刑法学よりも精緻な理論が展開されているように思われる。たしかに、前述のように、ドイツ刑法学は、依然として参照するに値するものといえるが、かつてのドイツ従属性では、上記の事案解決には、それほど役に立たないのではないかと思われる。判例に従属すべきというわけではないが、近時の判例を概観すると、日本の方が進んでいるといえるのではないかという感じがしないではない。その意味で、日本の刑法学を諸外国に輸出するという時代が到来したといえるかもしれない。

第3点は、となると今後ドイツ刑法学から何を学ぶかということが問題となろう。ドイツ刑法学をどう考えていくか、何を取り入れていくかという問題である。結論を言えば、大きな構想、すなわち、刑罰論とか刑法哲学とか規範論とか、さらに、刑法の機能や在り方などについては、ドイツ刑法学はきわめて参考になると思われる。しかし、こうした大きな構想については、とくにドイツ刑法学の専売特許ではないわけで、フランス刑法学とか英米刑法学においては、もともとこうした大きな構想が問題とされてきたわけであり、これらの国の刑法学について、今後さらに研究されるべきだと思う。たとえば、英米の刑法学者は、ドイツのヴェルツェル教授とかヤコブス教授とかを知らない。このことは、ドイツ刑法学が、世界的にはきわめてマージナルな地位にあることを示しており、わが国におけるドイツ従属性という方向性も再検討されなければならないであろう。これに対して、わが国の刑法学者は、ドイツの刑法学者も、英米の刑法学者も、フランスの刑法学者も知っているのみならず、それらの理論も研究対象としている。このことは、きわめて重要な意味を有するように思われる。というのは、日本の研究者・実務家は、各国の刑法学、刑法実務を比較検討することによって、それらをブリッジ的に結合することができ立場にあるからである。この利点は、わが国が比較法研究の中心的地位になることを可能ならしめるものであろう。

以上のように、刑法学の比較法的研究について、ドイツ刑法学はこれからも間接的な意味で参照に値する地位を占めることになるであろうが、直接的な意義を有するのは、規範論、刑法哲学、刑罰論などについてだけであって、解釈論の問題については、もはや、ドイツの直接的な影響の時代は終わったといっても過言ではないであろう。これはドイツ刑法学の混迷ということの反映かもしれないが、いずれにせよ、これからは、様々な国の刑法、刑法学を検討対象として、わが国独自の刑法理論、刑法学（刑法立法論、刑法解釈論）を構築していくことが重要ではないかと思うわけである。