

刑 法 学 と 判 例

富 田 敬 一

- 目 次
- 一 はじめに
 - 二 平野教授の見解について
 - 三 判例の法源性
 - 四 判例のとらえ方
 - 五 判例を前進させる説得

一 はじめに

解釈者自らの信念、価値判断をしのびこませないという意味で、「没価値的」に、成文刑法の意味内容を引き出すことは不可能であろう。そして信念や価値判断の正しさを絶対的に決定しえないことも確かなようである。

しかし、なお何らかの意味で正しい、あるいは客観的な刑法の解釈を求めて刑法学が存在する。それは今のところ最も説得力のある解釈を求めているといつてよいであろうか。しかし、説得力の根源はどこにあるとすべきであろうか。また説得力の証明はどのように見出せるであろうか。論理的整合性、適用における妥当性、論拠の確かさ等が説得力を生むことはたしかであろう。しかし、理路整然とまちがえるということは当為の世界ではおこりうる。説得力の根源としては、誰がどういう立場でいったのかということも入りうる。原則としては主張者とは切りはなして、学説そのものの説得力が比較されるべきであろうが、芸術や当為の世界では「彼がそういった」ということが、それまでの彼の生き方などを背景に、特別の重みをもってしかるべきこともある。説得というものの価値を必ずしも明確にしえないまま、また、これを行ない、うけ入れる人間の内面をブラックボックスのままにして、とりあえず学説は説得力を競っている。

また説得力の証明にも問題がある。通説化ということの一つの証左とみることもできるが、通説の地位も浮動的であり、一時の流行現象に終ることもありうる。しかし、流行現象も考えてみると、その時代、その社会の、まだ出口を見出せなかった欲求に、学説が表現を与えたときに起るとすれば、学説の役割のなかには、この種の流行をつくり出すことが含まれるといつてもよいかもしれない。

そして、その流行が一時的な現象に終らず、年月の経過のなかで定着していくかどうかに、その学説の価値（説得力の普遍性）をはかることもできるかもしれない。かりにそうだととしても、その流行を学者の世界に作り出すだけでよいのか。それとも刑法は主として裁判を通じて社会に機能するものであるから、裁判の世界に大きく受け入れられ、裁判の世界に定着するか否かによって、その学説の価値をはかるのがよいか。しかし裁判の世界にうけ入れられることをめざすだけでは学問の批判精神、批判機能を放棄することになるのではないか。

際限なく湧いてくる疑問のなかで、いずれにせよ、判例の、刑法学における位置づけは常に重要な問題となるであろう。

ここで刑法学の役割を判例を一步前進させるよう裁判官を説得することにあるとして、刑法学における判例の位置づけを正面から論じ、ある規模の論議をひき起し、たしかにその後の刑法学に影響を与えた平野教授の所説に立ちかえって、なお論議がつくされていらないその問題に若干の検討を加えてみたい。

二 平野教授の見解について

平野教授は、その著書「刑法の基礎」に収められた「刑法と判例と学説」という論文において、⁽¹⁾『刑法には何々説、何々主義というような学説ないし「理論」がむやみに多いのに疑いもち、一度その学説の森から出て、外からこれらの理論ないし学説そのものの意味と価値について反省してみたい』として、成文法の解釈について『何が「正しい」解釈であるか、絶対的に決めることができないものである以上、最高裁判所が正しいと判断して下した判決が「生きた法」であることは、ことを現実的に見る限り、否定できないところである』とされた。また学説は成文法の枠内で

の一種の立法論として判例と性質を同じくするが、判例と異なり解釈適用の権限の下にこれを行なうものでないから、判例を前進させるために裁判官を説得するために行う作業であり努力であるとされたのであった。そして「判例より一步はなれ、一步前進していて、しかも判例を引きつける力をもつ学説が、もっとも好ましい学説だといえるであろう」としつつ、「しかし、長い間には多かれ少かれ判例をその方向に動かすような、もっと遠くを見ている学説もあっていいが、そのような効果さえもない学者の自己満足的な学説はすでに雑音にすぎない」と断じられたのであった。⁽²⁾そして「日本刑法の特色」を、成文法と判例の状況をもって叙述される一方、⁽³⁾ 解釈論においては、判例があまりにも永く固く確立しているときには、学説も大筋においてこれに従うべきで、これをこえる変更は立法に求めるほかはないとした。⁽⁴⁾かくして当時に至るまでながきにわたって学界のほとんど全体がきびしく批判してきた共謀共同正犯の判例を、このような立場から、支持することを明らかにされた。数十年間裁判上用いられてきた解釈が誤っており法によらず裁判が行われてきたとするのはあまりに観念的な考えではないかとされたのであった。おそらく、判例という形での法的安定性を重視されたのであろう。

判例を法としてこれからあまり遊離しないようにすること自体が学説に一種の客観性を与え、また学説の裁判官説得力を増すことになるであろう。平野教授はさらに判例を前進させるための説得方法として、⁽⁵⁾ まず、解釈のもたらす事実上の効果を証明することをあげられる。つぎに、解釈に不可避な価値判断に関しては、憲法や刑法に内在する価値観として、または、国民の大多数あるいは、社会の指導層の価値観として指摘することによって、また一つの価値観を強く主張することによって「説得の効果」をあげることができるとされる。もとよりすでに価値、判断の正しさは絶対的には論定できないという立場が出発点にあることに留意しなければならない。

判例そのものについては、⁽⁶⁾ 英米では「重要な事実についての法律判断をいう」のに対し、わが国では「法と重要な事実とを媒介する中間命題が判例とされている」として、この両者を対比し、わが国の判例の特色がある程度、肯定的に評され、これを前提として、学説の役割を論じておられるようである。すなわち、英米の場合には、Aを殺そうとしてピストルを射ったら、Bにあたり、Bが死んだ場合に、裁判所が殺人罪として処罰した場合、CをねらってBにあたった場合の判例になるであろうが、Aの犬をねらって射ったら、Bの犬にあたった場合に器物傷害罪が成立するか否かについての判例となるかは明らかでない。それは、のちの判決が「人をねらって人にあたったこと」が重要な事実であり、その中に「犬をねらって犬にあたった場合を含まない」と解する余地があるのに対し、わが国の場合AをねらってBにあたった時は「法律的定型が同じであるから故意を阻却せず」殺人罪になるという判決がなされ、この中間命題が判例とされる結果Aの犬を射ってBの犬にあたった場合にも、判例として妥当する（器物損壊罪がみとめられる）と考えられているといわれる。そして、わが国において、このように判決中の中間命題を判例とすることに「理論」にとらわれてきた刑法学の影響をみてとり、しかし、またそれは事件が法廷に持ち出されることの少ないわが国の状況から裁判所が判例の法廷外解決への影響を配慮する結果として生じている点もあるとされ、わが国における判例のとらえ方としては、現状をそれなりに肯定されておられるようであった。

以上のような平野教授の所説に対しては、刑法学が、判例に、盲目的に追従することになるのではないか。成文刑法を前提とした罪刑法定主義の形式的（人権）保障機能を危なくするものではないか、判例のとらえ方として英米の方法をもっととり入れるべきではないか。などの批判や疑問が寄せられることとなった。そして、機能的な解釈論は新たな形で理論や学説の林立状態をひきおこすことにもなりうるという疑問も残る。解釈の効果を予測しあるいはた

しかめる方法そのものが、容易に一定しえないであろうと推察できるからである。これらの疑問を「判例の法源性」と「判例のとらえ方」「判例を前進させる説得」の三点に関連させて検討することとしよう。

三 判例の法源性

平野教授と同じ頃、藤木教授は共謀共同正犯を認める論稿を収めた著書の序文と本篇中に、判例法という言葉を使いげなく、しかし厳格に共謀共同正犯に関してのみ用いられた。⁽⁷⁾ また井上〈正〉教授は、羽田野弁護士との共著になる財産犯に関する著書において、同書が財産犯における判例法を探る目的をもつものであることを明らかにされている。⁽⁸⁾ また、小暮教授は被告人にとって不利益な判例変更には、罪刑法定主義の刑法不遯及の原則が及ぶべきだとして、判例法源説をとることとされた。⁽⁹⁾ 西原教授も小暮教授と同じ立場に立たされ、判例を補充的法源とし、判例があるときは、成文法と判例と一体となって法源となり刑法は「判例によって解釈された制定法」として把握されたとしたのである。⁽¹⁰⁾

判例を法源というとき、成文法主義のもと、とくに慣習法の排除と内容とする罪刑法定主義のもとでは制度上の法源としてではなくあくまで事実上、機能上の法源を意味するにすぎない。法源という言葉はさまざまに理解され、場合によっては学説すら法源とする立場もあるが、⁽¹¹⁾ 本稿では「ある程度具体的な規範の形をとって裁判官を拘束する基準」となるものという意味で把握しておこう。少なくとも本稿で刑法学上の判例の位置づけを検討するには際してはこの程度の限定をもったものと理解しておく方が法源と称する意味があると考えられるからである。また法と法源という言葉は必ずしも明確に区別されないで用いられているように思われる。そして判例法というときはとくに固く確

立した判例のみをさす者もあるが、刑法学における判例の位置づけという観点では、いずれの立場も一括して、判例法源説と称してよいと思われる。そこで判例を刑法学上法源として位置づけることの当否を検討することにしよう。

判例を事実上の法源としてとらえることに対しては法哲学や法学概論の著書の多くは積極的であるのに比し、各法領域ごとにもみると必ずしもそうではなく、はっきり判例を法源としているのは、民事法の領域のようである。⁽¹²⁾

民事法の領域において判例を法源とすることを容易にしているのは、成文法自体にある程度の根拠を見出しうるからであろう。すなわち、法例二条は「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」とし、商法第一条は「商事ニ関シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」と規定し、商事に関しては慣習法の成文民法への優越性すら明文をもって認めている点にその大きな支えを見出しうるであろう。慣習法は裁判を通じて判例としてあらわれるから、慣習法を法としてあつかうことはやがてより明確な判例を法源とすることにつながる。さらに慣習法を直接の内容としない場合でも同一の判例のつみ重ねは、もはや慣習法それ自体といってよく法源としてみることができからである。さらに、太政官布告第一〇三号、裁判事務心得、第三条にまでさかのほれば、私法においては「条理も法源であり」、条理もまた判例を通じて具体的な規範となり、結局判例を法源として認めること得やすくしている。

ところが、刑法は旧日本帝国法第二三条に「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非シテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルトコナシ」と規定されて以来、罪刑法定主義を大原則としてきたが、主権在民の下、人権尊重を基本理念とする現行憲法のもとでその大原則はいよいよ固くされた⁽¹³⁾と理解され、中山教授が平野教授を批判して言われたごとく、罪刑法定主義

の形式的保障はなおきわめて重要であるといふべきである。

判例の法源性を論じる者は、その根拠として判決は、制度上は当該事件に関する実体的確定力と有するほかに、当該事件に関してのみ下級審を拘束するにすぎないが（裁判所法第四条）最高裁判所の判決それがないときの大審院判決、さらにそれのない時の高等裁判所の判決が、同種の事件の先例とされないときは上告理由となり（刑事訴訟法四五条）最高裁判所の判決を変更するときは、大法廷で審理するという特に丁重な手続きが定められていること（裁判所法十条三号）をまず指摘する。そして裁判は事件の解決の具体的妥当性を第一義とするものの裁判所とくに憲法その他法令の解釈の統一をその最も重要な任務とする最高裁判所は公平、あるいは法的安定性の観点から、のちの同種の事件への妥当性も十分に意識しつつ判決を行なっていること、下級審の裁判官も、判例変更の働きかけとしての有効性に見込みがある場合でなければ、自己の見解はひとまずおさえて、判例に従うものであること、むしろ、上級審で破棄されることが明らかな判決は、被告の立場を考へるなら、避けるべきものであることなどを根拠として判例の事実上の法源性を説くのであった。西原教授は中野判事の見解を援用して『あらゆる裁判官は、すでに下級審の段階で「国の裁判所としての最終的、有権的法解釈」「国の裁判所（全体）」としてのあるべき法解釈』を探求し、これにしたがって裁判すべきであり、その際、同種の事件についてなされた最高裁判所の判例が有力な手がかりとならざるをえない』ということを根拠とされた。これは「裁判官の良心」論にもおよぶものである。また、法の権威という面から、判例の変更は安易に行なわれるべきではないということもその法源性の根拠としてあげられることもあった。もっとも、判例にも確立の度合いがさまざまである。この点を顧慮せず最高裁判所の判決を法源とする者もあれば、判例を法源としつつそのなかでとくに確立しているものを判例法と称し、あるいは、確立している判例のみに法源性

（表現は判例法）をみとめる立場などがみられた。平野・西原両教授は第一の立場、木暮教授は第二の立場、藤木教授は第三の立場といえるのではなからうか。

判例法源説は、すでに述べたようにある場合は固く確立した判例は判例変更の手続きをもって変更すべきでなく、立法府の成文法改正にまつことになるという帰結にむすびつき、あるいは被告人に不利な判例変更は、遡及効を有しないようにすべきだという主張を伴うものであった。私人間の紛争解決を目的とした、裁判官は裁判を拒否出来ない制度のもとにある民事法領域とは異なり、罪刑法定主義が強く支配する刑法において判例に法源性を認めるための根拠としてはなお十分でないように思われる。

平野教授はサブスタンティブ・デュー・プロセスという考えを導入し、罪刑法定主義も実質的にその人権保障の機能が確保される場所に意味を持つのであって、その限りで判例の法源性を認めていこうさしつかえないとされた。⁽¹⁴⁾しかし、成文法国においてはやはり成文法の文言の枠こそが第二次統制の最大の基盤であろう。もっとも刑法の内容の適正のほか、判例の固定性を前提として罪刑法定主義の機能たる法的安定性・国民の予測可能性の強調は可能である。たとえば、田中（英）教授が「判例法を変更するときに、裁判所が判例という形で法を改めるとし判例変更の遡及性の故に——法的安定を害すると思われる場合には、判例にまかせず立法で法を変更することが望ましい。（中略）現在の判例が、法の解釈として間違っていると考へても、立法論として判例の立場が望ましいとすれば、（少なくともその判例が確立されている限り）その変更を説くことには、余り意味がない。立法論として不可とする場合にも、法的安定性の考慮から判例の変更という形で法を変更することが望ましいか否かをよく考へるべきであり、もしそれが望ましくないとすれば、批判は、裁判所に向けられるべきではなく、立法による法の変更を怠っている立法部

に向けられるべきであろう。」とされているのが、参考となるであろう。しかし、これも刑法に限った議論ではなかった。田中教授の議論は学説は判例を動揺させるのをできるだけ避けよという主張につながりうるが、成文法国では、社会の変化に成文法を柔軟に適用させていくためにはかえって判例にある程度の流動性をもたせたほうがよいといえるのである。わが国で判例がある意味でおおざっぱにとらえられる傾向があること（中間命題もかなり抽象的にとらえられる）はこの意味では肯定されるのである。しかし、この流動性は判例を法源と位置づけるときには障害となるものでもある。

今かえりみると、共謀共同正犯がここまで広く学界に受け入れられるようになるについて、その頃盛んだった刑法改正論議も無視出来ないが、判例法源説の影響の大きさをぬきにしては考えられないことであろう。孤立して共謀共同正犯を支持してきた少数派の目には学界の変化はめざましいものであった。

さて、その後、判例を法といひ法源といった人々の出版された体系書になると、その内容においてそれぞれに十二分に判例を意識している様子が歴然としているものの、如何なる意味でも法源の中に判例を位置づけたものはまったく見出せない。やはり罪刑法定主義のもとでは判例法源説は維持しがたいものがあつたのであろう。ところが、きびしく平野教授の所説に警戒を示された中山教授がかえってその体系書において、判例を事実上の法源とされるに至っているように見えるのは注目し値する。しかし、共謀共同正犯を依然として否定しているところなどからすれば、人権保障の観点から許容しうる範囲内で並立する複数の解釈の可能性に関して判例の裏うちのあるものに（相対的）優越性を認めようとする趣旨であろうか。それは、判例を法源とするときのきわめて穏当な方法であるがそのような限りで法源とされた趣旨を明示されたところはなく、しかもこのように理解された判例法源説は、固く確立した判例を

大筋において受入れ、そこまで至っていない判例は、これを尊重しつつも、判例の近くに立って判例を前進させるべく（変えるべく）裁判官を説得するのが学説の役割であり、その説得の工夫に意を向けなければならぬという平野教授の所説あるいは他の判例法源説の実益はほとんど失われていることになるのではあるまいか。被告人に不利益な判例の不遡及ということを主張されている訳でもないのである。しかし、解釈の決定基準として判例が機能する場面があることを認められたのであれば、決してその意義は小さくないと考えるべきであらうか。ともあれ判例法源説の消長は要するに刑法学においても判例はきわめて重要な位置を与えられるべきであり、判例の健全な発展に資することを、刑法学の使命とすることが法源説という強い形で主張され、その趣旨が広く関心を呼ぶにしたがって、かえって判例法源説あるいはその帰結の無理が目立ってきたことになるのではあるまいか。

すでに過去に属することになるかもしれないが、判例を重視しない傾向を示す刑法学が存することについてはさまざまな理由や経緯があるであろう。日本がまったく異質の刑法を導入した当初は、実務は刑法学に大きく依存し刑法学もこれに応えたであろう。しかし、だんだんと実務に伝統と実力がつきむしろ事実と接するという面では学者の得られない貴重な体験を重ねることになる。そうなると実務の刑法学への依存度が弱まり刑法学も実用性をあまり意識しなくなる。もともと、「罪と罰」の問題は個々人の世界観にまで遡って考察を深めさせる領域にあり、実用性とははなれた思索へ研究者を導びく性質、をもっているからである。また、学者は実務より理論を重くみるヨーロッパの大陸の伝統に影響された面もあるであろう。学者と法曹の人事面においての交流がほとんどないことが刑法学のこの傾向を助長するということもあつたらう。

判例法源説の実用法学への誘引力を、判例法源説を避けながら維持することはできないものであろうか。

きわめて素朴な方法ながら判例を学説上の各種議論の出発点とすることを刑法学の慣行とすることができたら、それだけでも刑法学が裁判の場とつながる学問だという自覚を保つのに役立つであろう。そしておのずと、判例と各学説の距離、立脚点のちがいを見定めながら議論がすすむことになるのではないか。その意味では判例は学説上の議論に一種の客観性を帯びさせる基軸ともなる。判例を議論の出発点とするのは、判例追従のためではない。むしろ判例を説得しあるいは批判することを中心とすることによって学説間の議論のズレ、過度の観念化を防ぐことができるのではないか。さらにその「前進」の方向を示すとき、解釈者自らの価値判断が明かとなり、そこに解釈者としての責任が自覚をされ、また外部にも示されることになるのではないか。

なお、判例には価値判断の面においても多くの尊重すべきヒントが含まれているはずである。平野教授は何が正当かを絶対的に判断することはできないから、裁判官の正当と思うことに従わざるを得ないとされたが、事実に触れ、経験に学んだ裁判官の価値判断の重みは、時に、大きいものがあるではなからうか。ロスコー・パウンドが「法は理性の展開した経験であり、実践によって試された理性である」と言ったことには多くの真実がある。なるほど事実と価値は次元の異なる認識によるべきであろう。しかし、発生論的には経験と価値とは結びついているものである。いかなる価値観も人類の経験をぬきにしては築かれ育ってこなかったであろう。法の世界でいえば、人権思想もそうであるし、刑法の内部では可罰的違法性論を支えた刑法観、ドイツにおいてであるが期待可能性論を触発した判例の人間観、正義観など、その例は少くない。またドイツの判例の集積から生れた信頼の原則がわが国に紹介されるや直ち実務に取り入れられたことはわが国でもすでに実務の中にこのような形で表現を与えられること待っている価値判断が十分に育っていたことを示すものであろう。机上の思索にとどまりがちな学者に、判例が生き生きした価値感覚をもたらず働きを期待できるのではないか。

このようにして先にのべたように判例を法源とせず、しかも判例法源説のもっていた長所を刑法学に残すため、判例を学説上の議論の出発点、あるいは基軸とする慣行を作ることが素朴ながら実用的な方法ではないかと考えるのである。

さて、しかし、かような目的で判例を議論の出発点とするときその判例は、どのように把握されるべきものであるかが、次の問題である。判例という言葉は、広狭さまざまに用いられ、そのいずれを判例とするかを共通の理解としなければ議論の出発点あるいは、基軸が一定しなくなるし、その選び方で、判例を議論の出発点とすることの有益性が左右されかねないからである。

四 判例のとらえ方

学界の一部で有力に判例を法としあるいは法源として論じられたときに、その論者の間でそもそも判例をどうとらえるかについてすでに見解が異っていた。前述したように、平野教授は最高裁判所の判決の中間命題そのものを判例と考えられるようであった。これに対し西原教授は、英米法流に判決をレイシオ・デンデンダイ(ratio decidendi) (判決理由)とオバイタ・ディクタ(obiter dicta) (傍論)に区別し、最高裁判所の判決のレイシオ・デンデンダイの部分だけが補充的法源であるとされたのである。レイシオ・デンデンダイは田中(英)教授によれば『「重要な事実」についての必要かつ十分な範囲での法律問題の判断』であるとされ、さらにそれは判決書中の理由そのものではないことはもちろん、そのさわりでもなく判決書中から抽出されたものであるとされている。(だからまた、判例法を

不文法ということになるとされるのである)。

もつとも田中教授は基本的に判例をレイシオ・デンデンダイとする立場をとりながら、何がそれにあたるのかは、判例の拘束力を強く認める英米では、それをかわすための技術が発達してこれを確定した形で把握するのは困難であり、また、わが国のような成文法の国ではこの技術をそのまま導入する必要はないであろうとされたのであった。

西原教授がレイシオ・デンデンダイの理論によってある程度判例をカズイックな形でとらえられたのは、裁判がもともと個々の事件の妥当な解決を第一義とするところから判例をできるだけ事実との関連でとらえようとされたからであろうが、やはり「重要な事実」について、また、レイシオ・デンデンダイについてきわめて困難な問題を残しているように思われる。たしかに「個々の裁判は当該具体的事件に対する個別的な判断であるから、類似事件すべてに共通する部分もあれば、当該事件についてしか妥当しない部分ないし、他の類似事件には関係のない部分もあるはず」である。その限りで、判決のなかの判例となる部分を限定すべきであろう。しかし、「重要な事実」をどうとらえるかは田中教授と同様に西原教授も明確にされていない。

考えてみるに、成文法のわが国において「重要な事実」をどうとらえレイシオ・デンデンダイの考え方をどう生かすかについては演繹的な形におきかえてみる方が多少なりともわかりやすくなるのではあるまいか。

判例はある法条にある事件を適用し、あるいは適用しない判決を導くのに必要にして適当な範囲まで細分化された中間命題の連鎖としてとらえられる。その末端にある中間命題が「重要な事実」にあたり同時にレイシオ・デンデンダイの一部であるとすることができるのではないか。法条の適用は具体的な事実の法条への包摂である、その包摂の過程で、包摂を媒介する命題が用いられる。たとえば、料理屋で客が食器類に放尿して食器としての使用を不可能に

したという事実刑法二六一条を適用する時、「器物の「損壊」は器物の効用を毀滅することである」という、「損壊」という概念の内包を拡大する中間命題(かりに内包的命題としておこう)だけでなく「器物の効用を毀滅することには使用価値を失わせることも含まれる」という中間命題(外延そのものではないが外延を限定する機能をもつのでかりに外延的命題としておこう)がつながっているものとして、後の命題の範囲内でのみ先の命題を判例とする、換言すればこの内包的命題から外延的命題に至る連鎖を判例としその外延的命題が同時に判例の及ぶ同種の事件の範囲、すなわち「重要な事実」にあたるものとすることになる。「損壊は器物の効用を毀滅することである」という内包的命題は「占有を離脱させて器物の利用を妨げる」という外延的命題に連鎖する可能性はあるが、それは判例のなかに含まれないという形で判例のある程度の個別性を確保しようとするものである。他人の物を屋外の川に投げすてる行為に対しては放尿の件についての判決は判例とならないということになる。

このような考え方に立った時に内包的命題から外延的命題に至るまでの連鎖に一般基準的命題(因果関係に関する命題、錯誤に関する命題など)も入りこみあるいは併行すると考えることになる。

問題となるのは田中教授、西原教授のように、英米にならって裁判書の文言にとらわれずにこの中間命題の連鎖をとり出すことにするか否かということである。もしそうするとしたときには事実を法条に包摂するに必要な中間命題を見出すときの多様な可能性が問題を複雑にすることになる。

結論的には裁判書に理由を記載しなければならぬ制度の趣旨を考えれば、やはり裁判書の文面を中心に中間命題の連鎖をとり出すべきであろうと考える。しかしこれは裁判書が事実上この点を充分整理し、明示するものである場合に可能なことであって、これがあきらかでない場合にどうするかという問題がある。とくに外延的命題は明かでない

いであろう。このような場合にある程度文面にあらわれない命題をもって補ったものを判例とすべきであろうか。判例として、後の事件のどの範囲にまで及ぶかについての推測の根拠としてこの欠けた中間命題を指定することは実務にとっても学説にとっても有益であろう。しかし、判例を議論の基軸とするためにはできるだけ客観的な形でとらえることが望ましいところに問題がある。結局、その判決に適合する中間命題のおき方がさまざまでありうるとしても、それを補う努力をせざるをえないであろう。

五 判例を前進させる説得

最高裁判所の判例を「前進」させるということについては、やはり一番問題となるのは、その方向づけに関してであろう。個々人についてはいわば体験的認識から確信を持つことはありえても、またそれを限られた範囲で他人に伝えることができるとしても、やはり、社会的には信念・価値判断について一義的に絶対的な正しさを証明できないとするほかはない。

かくして平野教授は「前進」させる「方法」のみを説かれたのである。しかし、この点では、前節で提案したように学説上の議論の出発点、基軸として常に判例をおくことによって論者自身がどのような信念、価値判断によって刑法あるいはそれによる社会統制の進むべき途を考えているかを明示せざるをえなくすることが有益となるのではないであろうか。

そのことは解釈者の責任を明かにするものであるし、同時に「正当な」説得力の根源となるであろうからである。

客観的、一義的に絶対的な正しさは証明できないとしても、信念、価値判断の適切さ、深さは他の人々にもある程度地了解が可能である。芸術作品のよしあしが感覚的に鋭い者には相当に共通して感受されるように、ある程度までには、信念・規範的価値判断の適切さ、深さはその感覚をみがいしている者の間では、共通のあるいは寛容な了解をえられるであろう。自己の選択を意識することにおいて、その説得行為に慎重さを保つことになる。しかし、この問題について、ある種の楽観主義に立たざるをえないという以上のことは、ここで論じつくせるものではない。

つぎに、説得の方法について、平野教授の示されたある解釈が社会にどのように機能するかという事実の証明に関してであるが、これまで、目的論的解釈として展開されてきた過程に含まれている以上の証明や予測を直ちに要請してもなかなか困難であろう。犯罪学など隣接科学の応援をうるにしても、十分客観的な、厳密な方法が確立しているかということについては疑問が多いであろう。これに解釈者各自が自らかかわるということになると、方法論の点だけでも坐折しかねない。機能主義的刑法学のために、学界のある部分が努力しているわりに成果があがっていないと指摘されるのはこの辺にも理由があるのではないか。解釈者としてはさしあたり、ある程度信用のおける隣接科学の成果を利用し、また、たとえば、白書類をはじめ文明評論、社会評論にあらわれた社会の変化に応じるといった程度の素朴さで目的論的解釈を多少なりとも修正していくのが実際的ではないかと思われる、ブランドイス・ブリーフの域をそれほど出ない程度のものでよいのではないであろうか。

さて、平野教授によっては触れられていないことであるが、学説と判例を比較した学説が裁判官を説得しようとするとき、学説と判例の「土俵のちがい」に注目する必要があるのではないであろうか。司法システムとしては判例とは別の中間命題が機能していると思われるとき、その司法システムに実際に機能している中間命題を判例に表面化するよう説得すべき場合があると思われる。

たとえば因果関係について個々の判決は多くの場合、条件説によるかのような言辞しか用いていないが、ある種の相当因果関係説でも同じ帰結に至るが多いとしたとき、司法過程のなかに探るべきものがあるのではないか。

訴因となっている事実がすでに相当因果関係の範囲におさまっているあいだは、裁判所はかりに秘かに相当因果関係説に立っていてもこれを明示せずより単純な条件説的言辞で妥当な判決に至ることができる。司法システムを現実にも動かす刑法の姿こそ刑法学の着目すべきものであると考えれば、むしろ実務結果から推測される形で判例をとらえることも充分考慮に値する。かつて、量刑相場ということが論じられたが、検察官の伝統が裁判を大きく動かす面があることは確かであろう。しかし、前節での結論であったように刑法学において議論の出発点とするにふさわしいのはできるかぎり最高裁判所の判決の文言から明らかな判例である。もし、刑法学がこのような実務全体としての傾向を見出したときは、判例の中間命題として摘示するのが適切である場合もありうるが、むしろ、原則としてこれと異なるかのような判例はその確立度が低いものとして扱い、実務傾向が妥当なものと考えられるのであれば、このことを指摘して判決に表面化するよう裁判官を説得すべきではあるまいか。学説は理論において妥当な解決が導き出されるよう構成されねばならないが、実務は結果が妥当ならば一応はそれでよいという、学説と判例のそれぞれに表面化される理論・命題のいわば「土俵のちがひ」があり、それを上述のような形でかみあわせるのも一つの方法であろうと考えるのである。

ところで事実の錯誤について法定的符合説が判例として確立していると一般にかたく信じられているが、司法システムの土俵上の理論として判例が法定的符合説に立っているかにみえるだけだとして、抽象的符合説へと説得する余地はないのであろうか。もし法定的符合説が確立して不動のものとなっているなら、本稿のような立場からすれば、学説も法定的符合説に立つ方がよいことになるかもしれない。しかし考えてみるに、検察官が未必の故意の認定を要求できる事件については最大限にその可能性を利用しているから、裁判所は錯誤の取扱いを論じる機会が少なく、また法定的符合説に立脚していても抽象的符合説の指摘するような公平を欠く判決に至らずにすんでいるのではないのか。しかし発生した結果について検察官としても未必の故意の認定を要求できないような、抽象的事実の錯誤を含む事件が法廷に登場したときに、裁判所も法定的符合説の枠を超えているかにみえる罪質同一説によって有罪判決を下さざるをえなくなっているのではなからうか。もしいつか現実に大いに起きうる事件としてたとえば麻薬パーティーの最中に仮死状態に陥った者を、疑う余地なく死者と誤信して山中にすてた者があったとした時、生存者遺棄罪と死体遺棄罪との間にもはや罪質の同一すら論じえないであろうし、しかも、いずれの罪についても未遂罪、過失罪が存在しないとして無罪とするのはあまりに妥当性を欠くであろう（麻薬取締法違反は別として）。かような場合に、裁判所は抽象的符合説に何らかの制限（たとえば「社会生活上生じやすい錯誤に関して」という制限）を加えてこれを適用する可能性は大いにあるのではないか。いわゆる罪質同一説によって解決している場合も、もちろんこの方が通りのよい判決理由となるであろう。具体的事実の錯誤あるいは法定的符合を論じうる抽象的事実の錯誤についても「社会生活上生じやすい錯誤」に限って、故意を阻却しないということにすべきであらうかという新たな疑問も生じるが、かりにこのように考えてみると、抽象的符合説は一般の信念とは異なり、判例と一歩しか（あるいは二歩かもしれないが）はなれていないといえるのではあるまいか。これは司法システムの過程について推測というより憶測が相当にまじった立論であり、また、仮説として何らかの検証が可能かという問題が残されているが、しかし、このような視点で裁判官への説得可能性についてこれまでとちがった仮説を立てまた説得の努力をすることは出来るのでは

あるまいか。

なお、筆者は必ずしも重箱のすみをつつつくようにしてまで刑の権衡をはからねばならないと考えるものではない。しかし、生存者遺棄の例においては、無罪という帰結はあまりに不当だという前提に立って、「社会生活上起りやすい」という限定を付してでも、裁判所は抽象的符合説に立たざるをえないのではないかと考えるのである。

(註)

- (1) 平野龍一「刑法の基礎」 東大出版会(一九六六年)二二四頁以下
- (2) 平野・前掲書 二四七頁
- (3) 平野・前掲書 一二九頁以下
- (4) 平野・前掲書 二四八頁
- (5) 平野・前掲書 二四四頁
- (6) 平野・前掲書 二三六頁以下
- (7) 藤木英雄「可罰的違法性の理論」有信堂(一九六七年)はしがきおよび二九五頁
- (8) 井上正治・羽田野忠文「判例における財産犯の研究」酒井書店(一九六四年)三四頁
- (9) 小暮俊雄「刑事判例の規範的効力」地大法学論集
- (10) 西原春夫「刑事裁判における判例の意義」(中野次雄刑事還曆祝賀「刑事裁判の課題」三〇五頁以下)
- (11) 碧海純一「新版法哲学概論全訂第一版」弘文堂(一九七四年)一六三頁
- (12) 末広敏太郎博士にさかのぼるべきであろうが、たとえば我妻栄「民法総則(民法講義)」岩波書店(昭和二九年)
- (13) 中山研一「現代刑法学の課題」日本評論社(一九七〇年)一二四頁以下
- (14) 平野・前掲書 二二二頁
- (15) 田中英夫「実定法学入門」東大出版会(一九六七年)