

講演

私的刑法学

—— 常識を疑い、常識を守る¹⁾ ——橋 本 正 博^{*}

- I はじめに
- II 内的問いとしての刑法学
- III 共同正犯への問い
- IV 刑法解釈理論の性質
- V 法科大学院からの刑法学方法への示唆
- VI おわりに

I はじめに

1 回顧

わたしは、結局、一橋大学に32年間勤めました。その前に法学部から大学院に進んで勉強した9年間があります。これを全部合わせると41年。自分が60歳になった今、人生の三分の二以上を一橋で過ごしてきたのだと、あらためて感慨をもっています。

最終講義というと、これまでを振り返ることになるわけです。ただ、思い出話

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第18巻第3号 2019年11月 ISSN 1347-0388

※ 専修大学大学院法務研究科教授

- 1) 本稿は、2019（平成31）年1月22日に、一橋大学マーキュリータワー3103教室で行われた最終講義の内容を、録音にもとづいて文字化したものである。講演の忠実な再現を基本としつつも、口話には不備が少なくないので、論旨を整理するための加除等、相応の手を加えた。当日はスライドを使用した。行論には影響しないので、本稿には取り入れていない。登場する人物の肩書等は、当然ながら講演当時のものである。なお、注記には、一橋大学の事情について補足説明をしたものがある。

にとどまらず、何ほどか実のある話にしたいと、結構長いことを考えました。また、せっかくこういう機会なのだから、講演原稿を全部書いて読み上げるばかりにしておこうともしましたが、結局できませんでした。身の丈に合うことしかできないものだというのを今回もあらためて思い知った次第です。というわけで、簡単なメモを基にして話すことになりますが、これからしばらくの間、お付き合いをいただきたいと思います。

今、お言葉をいただいた只野（雅人）研究科長は、高校（東京都立川高等学校）の後輩にあたります。実は、後に刑法学を志すきっかけが、高校の政治経済の授業でした。先生が刑事訴訟法の話をした回がありました。何で印象に残っているかという、職権濫用罪などに関する付審判請求、準起訴手続の話をされたのです。わたしは、法とは全く無縁な感じで暮らしていた田舎の高校生でしたので、ちょっとしたショックを受けました。

つまり、人間は仲間をかばいたくなる習性を持っている、これはどうしようもありません。公務員の職権濫用、特に、検察の仕事、警察の仕事をする人の暴行などについて起訴されなかったとき、それに対応するための制度があらかじめ設けられているのだという話をきいた。その単純な事実、「法律って結構すごいな」と思ったわけです。非常に幼稚なことで恥ずかしいけれども、何十年たっても、その話が記憶の中に残っています。おかげで、そのときに、わたしは、大学は法学部に進んで刑事訴訟法を勉強しようと思いました。

もうひとつ、高校での経験があります。新しく入学した直後に、クラス担任のグループ面接がありました。5、6人の男子生徒が担任の先生と、これからの心構えのようなことについてやりとりをしました。その中で、「君たちは、肉体労働のようなかたちで社会に貢献することは到底できない。頭を使う所で社会に貢献することになるはずだろうから、心して勉強するように」というような話がありました。もちろん、先生がそのとおりにいわれたかどうかは、もはや忘却の中で分かりません。わたしが受け取って、自分の中にずっと抱えてきたのがそういう趣旨のことです。研究者に憧れる少年時代を過ごしましたから、自分もそういう道に進む可能性がゼロではないのではないかという気がして、そのような話として記憶に残っているのだと思います。

2 刑法に志す

そういうわけで、不勉強で1年浪人の末に、一橋大学法学部の学生にしてもらいました。1978年です。そのときの学長は、蓼沼謙一先生、労働法の専門で、たまたま法学部出身でした。今回、式辞の記録がないか調べましたが分かりませんでした。しかし、これまた、わたしの心に響いてずっと残っていることがらがあります。「とてもそんなものができる器ではない」とは思いながらも、先ほどお話しした、「頭を使う仕事のひとつとして研究者があるな」という気持ちを漠然と心の中に持っていたわたしに響いたのは、蓼沼学長が、「諸君の中から一橋の法学を継ぐ者がいてほしい」という趣旨のことを話されたことです。正確には、そのように覚えているというだけですが、これまた、わたしが現在のこの状況に至るための布石がなされたこととなります。

わたしは、刑事訴訟法を勉強しようと思って法学部に入ったわけですが、実際には、すぐに法律の勉強を始めるというよりは、直接法律に関係しない、哲学や社会学、心理学などの本を読んでいました。マルクスやエンゲルスのももの読みました。本格的に勉強するところまではいきませんでした。法学でも、基礎法や方法論の方に関心があったといえるかもしれません。

もちろん、刑法も勉強をして興味はもっていました。ただ、刑法に向かうきっかけは、あまり学問的な話ではありません。当時、小平²⁾で福田平先生が刑法各論の授業をずっと担当されていました。ところが、わたしが選択しようとした年に、福田先生は、法学部長になられたためかと思いますが、その年だけ授業を担当されませんでした。せっかく一橋に偉い刑法学者がおられるのに、直接授業を受ける機会がなくなり、ずいぶん残念な思いをしたのです。

そこで、3年生になるときにゼミ³⁾では福田先生の指導を受けようと考え、結局、刑法を主な専攻とすることになりました。さらに、1982年には、福田先生を指導教員として大学院進学を認めてもらい、これまた幸いなことに、5年間で

2) 一橋大学小平分校のこと。1996（平成8）年に廃止されるまで、前期課程と称する学部の1・2年生の授業は、現在の小平国際キャンパスにあった小平分校で行われていた。

3) 同一教員の指導する「演習」、すなわちゼミナールを2年間履修し、卒業論文を書くことが卒業要件であった。

規定の年限を終えることができました。当時は、学位論文ではなく単位修得論文を書くのが通例でしたから、ハードルもそれほど高くはなかったのでしょう、単位だけは何とかもらうことができました。学歴としては博士後期課程中途退学ですが、ちょうど定年退官の福田先生の後を継ぐ形で、スタッフとして母校に入れてもらうという僥倖に恵まれました。

3 大学教員として

その後の教員生活の中で幾つかの画期を挙げるとすれば、在外研究は貴重な経験でした。ドイツ、ケルンに行かせてもらいました。勉強成果はともかくも、百聞は一見に如かず、ドイツ刑法学を生んだ風土を見聞したことが、わたしにはよい経験でした。とくに、1993年のことで、東西が再統一されてからそんなに時がたっていない時期でしたが、受け入れていただいたケルン大学のハンス・ヨアヒム・ヒルシュ (Hans Joachim Hirsch) 教授の勧めで、ベルリンを含む旧東独地域にも旅行したことが印象的でした。その中で、リュエゲン島のビンツという所に行ったときに、まずは、トラバントという東独時代の小さい車がたくさん留まっているのが見慣れなかったのですが、それ以上に、知っている日本語がそれなのでしょう、こちらを見るなり「さようなら」といって、遠くから子どもが声をかけてくるのには、びっくりしました。日本人自体が珍しかったのだと思います。

仕事の上で大きかったのが、法科大学院です。2004年に開設されて、15年たつことになります。その間、わたしの主な仕事の場が法科大学院における教育になりました。これは、わたしにとって結構大きいことでした。というのも、わたし自身は、何となく研究者に憧れてやってきましたし、今回の題名、「わたくしの」、「私的刑法学」にも表れているとおり、自分の思うことを追及するというスタンスでありました。そこに、法科大学院における教育が与えられ、いってみれば、私的にとどまっていることはできず、「世のため、社会のため、人のために働く法曹を育てるという場面で教育をする」はっきりした目標が定められたからです。あらためて身の引き締まる思いで、法科大学院の授業が始まるときも相当緊張して教壇に立ったものです。

この間、法科大学院長を務めることもありました。2011年4月からの2年間

です。この2011年4月にはいろいろな思いがあります。3月11日には東日本大震災が起きました。就任する年度の最初から、福島原発（福島第一原子力発電所）の事故で電力不足となり、ここ国立市でも計画停電で長い間送電が止まるという事態を招きました。大学は、節電のために照明を機械的に間引きました。このマーキュリータワー⁴⁾の低層棟にある自習室も蛍光灯がひとつおきになってしまいました。5月に司法試験を控えている修了生も勉強しているので、当然、不満が出ます。とりわけ、入り口に近い窓から遠い方は暗くて勉強にならない。そうでなくても神経質になっている学生が苦情をたくさん出して、それが院長の所にもやってきました。院長になったからには何か動かなければいけないということで、「節電してください」と呼びかけている担当の副学長に直訴しました。無理もないことで「全学的にそういう方針でやっているの、我慢してほしい」という答えしか得られませんでした。7階の院長室の照明をできる限り消灯して過ごし、心意気だけは示すことにしました。

Ⅱ 内的問いとしての刑法学

1 「私的」に込めた思い

最終講義の機会を与えてもらい、自分はどんな人間かと反省してみて、よかれあしかれ、「私的」がキーワードになると思いました。最終講義は、通例として、改まってそういわなくても私的なものでしょう。ですから、あえて「私的」という語を付けるのには、それなりの意味があります。

「私的」の意味には、先ほど来お話ししてきた、「わたしの個人的な動機によって刑法学に志した」ということがあります。ただ、より実質的には、その延長線上で、わたしの刑法学が、世の中の不条理や不合理を解決しようとか、困っている人を助けようとかというものとは、少し違って、自分の中に抱えている問題、疑問、それに対して、何とか自分が納得できるかたちで答えを探していきたいと考えてきたという事情が大きい。これが「私的」とあえてかぶせた理由です。

4) 一橋大学法科大学院で使用する教室、資料室、事務室、院長室などが置かれている建物で、学生の自習室は、オープンフロアになっている。

こういったとしても、刑法の研究者になって何か論文を発表することが、自己満足にすぎない目標のためなのかという、さすがにそうではなくて、研究者を目指したときには、間接的にせよ、自分が学問的に貢献し、ひいては何らかの役に立つことを願ってはいました。しかし、大学院に進むこと、学者の道を決断すること自体から、その後の問い方まで、やはり自分の疑問、興味、関心を追及するという道であったことは否めないように思っています。是非はともかくとして、ある種開き直っていえば、「わたしとしては、そのようにしか生きてこれなかった」ということになります。今となってお恥ずかしいことですが、ここにわたしのロマンチストの面が出ています。結構真剣に、この問いはやはり解かなければならないという気持ちがしていました。その結果、無能無才のわたしが、これしかない、研究者の道につながった、というのが今日の話の大まかな筋です。

2 「無能無才にして此一筋につながる」

それで、標語を掲げてみました。「無能無才にして此一筋につながる」。格好がいいです。知っている人も少なくないと思いますが、団藤重光博士の著書の題名にもなっている、芭蕉の言葉⁵⁾です。もちろん、自分が団藤先生や松尾芭蕉に匹敵する才の持ち主であると誇りたいわけではありません。芭蕉の場合には、一種の矜持があって、俳諧の道に業のように執着して、「自分はこれだけのものを成し遂げた」という面においてこういうことを述べたのですが、わたしの方は、自分は文字どおりの無能無才であるけれども、ともかく一筋につながってきたのだ、ということを経好よくいってみたいと思って、昔から知っている言葉を今回引用しました。

普通、授業では、さすがにこんな恥ずかしい話はしづらいですし、論文でも語れない次元の話なので、今回の内容は、わたしの拙い思考の道筋をたどること、それを通じて、結果として発表されていることについて一種の弁明、言い訳を述べることにしかならないのかもしれませんが。

それでも、この語りによって、こんな無能無才の人間でも、問い方によっては、

5) ここでの引用は、堀切実編注『芭蕉俳文集 上』(岩波文庫、2006) 所載、『猿蓑』に基づく「幻住庵記」本文による。

その問いを大事にして、それを育てていくと、何とか学者としての道を歩むことができたのだと示すことになり、そのことが何らかの刺激になってくれればありがたいと思うのです。先ほど、只野研究科長が、かつての「大学の中でゆっくりと時間が流れている時代」と表現されました。わたし自身、大学にあって自由に活動してきた方だろうと感謝していますが、ひとつ、心残りがあるとすれば、優秀な学生を育てて研究者として輩出していくという点において、不十分だったといわざるをえません。かつてのわたしは、高校時代の経験を土台に、学長の一言が研究者へのきっかけとなりました。仮に、この中に、「ああ、そうか」と思ってくれる人がいるならば、それは教師としては本望なのではないかとも思って、弁明の機会を設けさせてもらった次第です。

Ⅲ 共同正犯への問い

1 「共同して実行する」の意味

わたしは、学部の卒業論文の題目に「刑法 240 条の共同正犯」を選びました。刑法 240 条は、強盗致傷、強盗傷害、強盗致死、強盗殺人という四つの類型を定めて、強盗と人身に対する侵害等を合せて重く処罰する規定です。強盗致死傷という部分は、重い結果について故意が及んでいない類型を念頭に置き、強盗傷害とか強盗殺人というような言い方をしたのは、重い結果について故意がある場合を念頭に置いたものです。その共同正犯というわけですから、重い結果について、認識のある人とない人との間に共同正犯が成立するものだろうかというのが主要な問題意識でした。共同正犯の方は、刑法 60 条にこのような規定があり、非常に簡単です。「共同して犯罪を実行した者は全て正犯とする」ということです。つまり、強盗致死と強盗殺人との間に、共同して実行するというような関係が考えられるのだろうかということです。

わたしの恩師、福田平先生がその犯罪論の基盤に置いている「目的的行為論 (finale Handlungslehre)」という理論があります。これは、「人間の行動を、ある目的を設定し、その目的を達するためにいろいろな手段を用意し、必要な動作を行うこと」と捉えるもので、事象をコントロールして実現していく過程として

の行為を刑法上重視する立場です。

通説に従って、重い結果発生のために過失が必要だと考えると、意図的にやっている行為と過失との関係も問題になります。故意で実現するのと過失で実現するとの間に共同関係が観念できるか、それを目的的行為論的に考えたかどうかというのが、当時のわたしの疑問でした。疑問を持つということは、当然ながら、そのふたつの間の共同というのは考えられないのではないだろうかと思ったわけです。

目的的行為論によると、「過失行為は、法益侵害、構成要件該当の結果を発生させるつもりではない、それを目的とするのではなくて、日常許されている目的を達成するための行為だ」と言います。例えば、教科書に載っていた例では、銃から弾を発射して人に当てて死なせてしまったときに、その人を死なせることを目的とした行為が行われたのであれば、もちろん、それは故意の行為として目的的行為である。しかし、銃を手入れしようとしてうっかり弾が発射されてしまい、それが当たって死んだのなら、それは過失行為になります。この過失行為も、修理する、手入れするという目的をもった行為なので、目的的行為なのだ、という説明をするわけです。

こうして、故意行為も過失行為も目的的行為だとはされますが、目的的行為論の論者は、「故意と過失とは存在論的に異なる」と言います。つまり、主観的な部分の在り方が全く違うのであって、これは犯罪論を二分して説明すべきだという議論がありました。そうだとすれば、故意行為と過失行為との間に刑法60条のいう、「共同して実行する」などということは考えられないのではないか。したがって、強盗致死罪と強盗殺人罪との間に共同正犯が成立することはありえないと思っていました。

2 故意犯と過失犯との共同実行

ところが、昭和54年、1979年ですから、わたしの学部時代ですが、最高裁はこういう決定⁶⁾を出しました。「殺人罪と傷害致死罪との間で、軽い傷害致死罪

6) 最決昭和54年4月13日刑集33巻3号179頁。

の限度の共同正犯は成立する」と。なぜかという、殺意の有無という主観的な差があるだけの構成要件の場合には、その間に重なり合いが認められて、重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立する、ということです。

これが卒業論文で（「傷害致死傷」や「殺人」などの用語が煩雑なので、「刑法240条」とまとめましたが）、「刑法240条の共同正犯」をテーマにしたことの本来的意味でした。一般的に言えば、故意行為と過失行為との間の共同正犯はありうるのかということが課題です。

「殺人罪と傷害致死罪とは殺意の有無が違うだけで、その他は同じだ」と、最高裁は言いました。こういう図式で見れば、確かに両罪の客観的構成要件は、ほとんど同じで、殺意がある人は殺人罪になり、殺意のない人は傷害致死罪になると考えられます。

しかし、目的的行為論の立場から故意行為と過失行為を理解すると、「死亡させる」という事実の部分が殺意に基づいていれば、これは殺人という故意行為、過失に基づいていると過失致死行為だと思えてきます。これらは本当に「重なっている」のだろうか。重なるとしても、殺人行為と傷害行為とは、傷害罪のところまでに限って重なるのであって、それ以上の部分は、共同正犯になる前提を欠いているのではないかと思われました。仮に両者が共同して実行できるものだとしたら、それはどんな意味においてなのか。「共同して犯罪を実行した」という刑法60条の文言の解釈を本格的に検討しなければならない。

卒業論文では、もちろん、その入り口までも行きませんでした。これを考えてみる経験を通じて、わたしの抱いたこの「私的」な疑問については、やはりもっと深いところに解答の鍵があるはずだ、客観的にはどうかよく分かりませんが、少なくとも、自分にとっては、この疑問はさらに問う価値があると思われてしまったのです。

そこで、福田平先生に、「大学院に進学してみたいと思いますが、どうでしょうか」と恐る恐る相談に行くことになりました。そして、知っている人は思い浮かぶでしょうが、「まあ、しっかりやってくれよ」という感じのお返事をいただきました。それは「ノー」ではない「イエス」だろうと解釈しました。ということで、何とか大学院に入れてもらうことができました。

3 行為支配論

大学院に進んで理論刑法学を目指すとなると、日本ではドイツ刑法学を勉強せよということになります。わたしもご多分に漏れず、教科書をひもといたりして調べ始めました。すると間もなく、クラウス・ロクシン (Claus Roxin) という学者が、ドイツにおけるこの問題、わたしが問うているような問題の解答になりそうな理論として、「行為支配論」というものを主張していることが分かりました。ここに持ってきたのは、初めて個人的に買った、ロクシンの『正犯性と行為支配 (Täterschaft und Tatherrschaft)』という本の第4版⁷⁾、1984年刊行です。この「タートヘアシャフト (Tatherrschaft)」が、「行為支配」と訳されている概念です。

「共同して実行する」という文言をいわば日常的・常識的に理解していると、実行する、その実行を共同するのだらうと思われます。これをずっと考えて、故意行為と過失行為が共同実行できるものだらうかと問うていたわけですが、行為支配という考え方は、これに対して別の見通しを与えてくれる印象がありました。その結果、わたしは、今日に至るまで「私的」刑法学の根底に行為支配という議論を置くことになりました。

行為支配論は、犯罪事実を実現した中心人物が正犯であると考えます。正犯が中心人物となる、それを基礎づける要因 (ファクター) は、「構成要件に該当する事実を支配していた」ことだと考えるわけです。犯罪事実の「支配者」が、犯罪実現の中心人物であり、あるいは鍵を握る人物であって、その人を正犯と考える。そうすると、では、共同正犯についての行為支配、中心人物性をどのように把握するのか、というのが次の問題になります。これについても、行為支配論は有力な見通しを与えてくれるように思われました。

先ほど挙げた刑法60条の共同正犯というのは、2人以上の者が共同して犯罪を実行した者を全て正犯とするものです。その含意は、たとえば、強盗を暴行という手段の行為と財物を奪取するという行為の大きなふたつの要素からなっているものと考え、Xは暴行をし、Yは奪取をすると手分け (分業) したとすると、

7) 初版は、Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft (Hamburger Rechtsstudien 50). 1963.

暴行だけやった人、奪取だけを担当した人がいるわけですが、そのいずれも「暴行によって奪取した」という強盗罪の構成要件について正犯とされることとなります。これを昔から、「一部実行の全部責任」といつてきました。もちろん、責任というのは、犯罪論上の厳密な意味ではなくて、帰属させられ罪責を負うというぐらいの意味です。

これと基本的には同じことですが、共同正犯の持っているもうひとつの大きな効果は、一種の因果関係の拡張です。XとYとが共に暴行・傷害行為を行い、被害者が死亡したような事例を考えた場合に、どちらのせいで死亡したか、どちらの暴行によって傷害結果が発生したかが分からないときであっても、共同正犯となるとときには、X・Yはいずれも暴行・傷害から死亡までの結果までの正犯として、傷害致死罪の罪責を負うという効果をもたらします。

少し不正確なのを我慢して標語的にいえば、「一部実行の全部責任」と「因果関係の拡張効果」との両方について、行為支配論がある程度基礎づけを与えてくれるような気がしました。今挙げた例では最終結果である傷害致死の事実、先ほどの例では強盗の事実について、それを「支配」しているのだから、その範囲の事実が帰属させられるのは当然だという理屈が成り立つからです。

行為の時点でそれを共同しているかと考えていると、行為を共同することの意味は何かという問いが迷路に入ってしまう感じがしますが、行為支配というと、到達点である構成要件該当事実について支配が認められるという形で、この共同正犯の持っているふたつの効果に、統一的な視座からの解答を与えられるのではないかと思われるのです。

4 「支配」をめぐる考察

問題は、「支配」です。「支配」という言葉には強力なコントロール、「思い通りに動かす」というニュアンスが伴っているので、共同正犯がそのような事実に対する支配をもっているとする議論は受け入れにくい。わたし自身が、ロクシンの研究などを通じて、ドイツでは行為支配論がもうほぼ通説だと思ってからも、日本でどのように主張していけばいいのか、少し逡巡したものです。

しかし、わたしにとって、行為支配という理論の魅力は、上に述べたような見

通しが、いわば常識を説明してくれそうだという点にもありました。わたし自身、最初に刑法60条の条文を見たときに、当たり前のことが書いてある、こういう効果を生じて当然だと思っていました。そういう常識的な判断に答えを与えてくれるというのは、おそらく基本的に正しい考えだろうという直感がありました。

行為支配について、中身を少し説明します。

知っている人にとっては、基本的すぎて恐縮ですが、正犯というカテゴリーに入る形式として、第一に、単独直接正犯はごく当然にあります。人殺しの下手人が殺人罪の正犯になる。第二に、間接正犯が、判例、学説ともに認めている正犯形式です。事情を知らない他人に道具のように行為をさせて、背後の者の思っているとおりの犯罪事実を実現する。そして第三が、刑法60条が規定する共同正犯です。

行為支配論によると、まず、直接正犯は、自ら実行行為を行うことによって、犯罪構成要件該当事実をコントロール下に置いています。自らの行為がそのような事実を作り出すこと、それがすなわち事実に対する支配です。次に、間接正犯の場合には、犯罪となるような事情を知っている人が知らない人を道具のように使う、あるいは、他人を実行へと強制するという形で、結局は、背後のの方が構成要件該当事実をそのコントロール下に置いています。これは、背後の者の意思優越による支配です。そして、行為支配論において、すぐれていると思われたのは、共同正犯における行為支配の考え方です。共同正犯の場合には、正犯が構成要件該当事実を変更できるような機能を果たしているというような説明をします。こうして、行為支配という一貫した考え方から、単独正犯・間接正犯・共同正犯の正犯性を基礎づけています。たいへん魅力的な議論だと思いました。そこで、わたしは、これをまず勉強して、日本で拒否反応がないようなかたちで、常識を説明する理論として主張しようと思いました。

後に論文博士の学位論文⁸⁾になったわたしの研究成果について、さきほど立派

8) 橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』（有斐閣、2000）。

なお、一橋論叢130巻1号（2003年7月）80頁の「学位授与者」記事にある論文名は誤りである。そこに挙がっている、橋本正博「共同正犯における共同と事実的寄与——共同正犯の成立範囲に関する覚書——」（一橋大学研究年報 法学研究32（1999年）、167-257頁）は、学位申請の際に参考論文として添付したものである。

だといってもらいましたが、行為支配論が学界を大きく変え、行為支配説が通説を形成するに至ったわけではありません。それでも、ある種、露払いといえますか、踏み台ぐらいの程度の役割は演じられたかもしれないと思います。(西) ドイツでは通説的になっていたわけですから、「案ずるより産むがやすし」だったのであろうとも思います。本格的な学会デビュー作でしたから、本当に、こんなもので受け入れてもらえるかと気にしながらでしたが、それによって、現在の学説では、行為支配説は正犯を基礎づける理論として、何ら引け目を感じる必要がなく、当然の学説のひとつとして紹介されるようになりました。そのぐらいの意味はあったかと思っています。

IV 刑法解釈理論の性質

1 法律学の役割

ここで話が変わります。わたしが刑法学を目指すきっかけとして、ある種漠然とした研究者への思いがありました。また、学部で、卒論を書くことで刑法の特定のテーマを少し深く考えてみたところから抱いた疑問を追求しようということでした。どちらも、極めて「私的」なわけです。

研究者を目指して研究成果を論文のかたちで発表していく、あるいは授業で「こうだよ」と教えていくことになると、そこには当然責任があって、その責任をどのように充足していくかという課題が目前に現れます。自分の好きなことをやっていたらいいというのでは、すまなくなりました。

大学院に進み、学者になることを本格的に思い始めた頃に、法学が社会に貢献することとの関連で気になっていたことがありました。結局は、実務家が法学における専門家であって、まさにわたしがそうであったように、学者は、事件から離れた所で理屈ばかり、特に、刑法学は屁理屈をこねているのにとどまるのではないか。こうした根本的な問いでした。当たっている部分もないわけでもないと思われるこうした言説が、これから学者を目指そうと思っているわたしにとっても、何とか自分なりの納得をしておきたい問題でした。今日は、法科大学院の修了生も来ていただいています。法適用による問題解決の現場に身を置く人たち

に対して、机上で議論していることに、あえていえば、何となく引け目を感じるようなところがあったのです。

2 大森莊蔵の「重ね描き」

学者はいったい何をやればいいのか。学者として、どう法律という分野に貢献できるのか。本格的にそういうことを思い始めた時代は、大学院博士後期課程に進むことができた頃ですが、調べてみると、その前後に、今もある放送大学が予告放送を始めています。誰でもテレビ、ラジオで見聞きすることができましたので、少し時間があつたわたしは、放送大学の講義科目の放送に興味に任せて見聞きしていました。そこで偶然にも、大森莊蔵という人の授業に出合うのです。東大教養学部、科学哲学（科哲）の大立者であることを後で知りますが、そのときには、どういう人が全く知りませんでした。正式に開学したときには、放送大学教授という肩書になっていました。その大森によるラジオの授業科目、「知識と学問の構造」⁹⁾を聞いて、わたしは、一気にそのとりこになってしまったのです。

もとよりわたしには大森哲学について語る専門的素養はありません。ご都合主義の自分勝手な解釈になってしまいますが、どんなことをいつていたか。わたしの受け取ったもの、という限りでお話します。この放送授業科目の内容は、大森哲学の卓抜な道具立てのひとつである「重ね描き」という考え方を基礎にして、科学的世界観の成立過程を批判的にたどるものです。理論的説明（密画）を常識的説明（略画）に「重ね描く」ことの意味が論じられていきます。

「常識を世界の『略画』とみるならば科学は世界の『密画』に当たる、ということである。」¹⁰⁾というのが、大森の見方です。科学の発展は、「略画的世界観」から「密画的世界観」への展開をもたらしたが、その代償として、人間の「心」に帰属する一切が科学から排除された。しかし、世界の徹底的「死物化」、その中にバラバラに各人の心が存在するというような世界観は、おかしいのではない

9) 放送大学におけるこの科目の「印刷教材」（教科書）が、後に、副題の『知の構築とその呪縛』を書名として文庫化（ちくま学芸文庫、筑摩書房、1994年）され、さらに、『大森莊蔵著作集』（全10巻、岩波書店、1998-1999）の第7巻に同題で収録された。以下では、ちくま文庫版から引用する。

10) 大森『知の構築とその呪縛』7頁「文庫版へのはしがき」。

か、というのが、大森の問題意識でした。そこで、「重ね描き」という方法が提示されます。「事の発端は科学の初期段階で感覚その他の『心』の諸相を排除したことにあるのだから、単純にそれらを取り戻して科学の世界像の上に重ねて描く、ただそれだけのことである」¹¹⁾。

大森莊蔵一流の表現でその主張が述べられています。わたしがそこに見たものは、著者大森の主張そのもの、重点とは、ずれますが、法学の方法論のようなもの、つまり、法学者が法律の世界で何をする仕事なのかということについて、大げさにいえば啓示的な何かだったのだと思います。社会内の人間関係の中で、素人が描いている、「この世の中がこうあってほしい」とか、「こういうふうに紛争を調整していくのが妥当だ」とかいうような、ルールがある。法学専門家は、そのうえに常識に合うような理論的説明を与えていく。少し牽強付会かもしれませんが、それが法学研究者の任務なのではないかという考えにつながっていきます。

このような考え方は、実は伝統的な刑法学の中にもあることも支えになりました。たとえば、故意があるかないかを判断するときに、「意味の認識」が必要だとされます。しかし、その意味の認識は、専門家の評価と同じレベルである必要はなく、同じ評価をするのだが、素人レベルの評価でよいというふうに説明されます。よく挙げられる例としては、わいせつ物の頒布罪があります。この罪の故意を認めるために、たとえば、わいせつな本を売る際、それが刑法175条の「わいせつ物頒布罪」に定められている「わいせつ物」とであるというような法律的なあてはめまでは、この罪の故意として必要がない。しかし、それが性的描写などを理由に処罰対象になりうるようなものであるという「意味の認識」は必要であって、かつ、そのような認識があれば故意を認めるに足りる、ということです。このとき、素人の認識と、わいせつ物を法的に定義して、その「わいせつ物」にあてはめる認識とは、いわば密画と略画の関係になぞらえることができるのではないか。

あるいは、少々広げすぎかもしれませんが、人は「他人の財産をだまし取る」わけです。「詐欺罪（に該当する行為）をする」わけではない。「だまし取る」と

11) 大森・同書10頁。

いう行為がいわば略画的な記述であり、法律的にそれを密画的にいうならば、詐欺罪の構成要件を定めておいて、その構成要件に該当する行為になる。詐欺罪の構成要件に規定されている「人を欺いて財物を交付させる」行為であると評価する。これも略画の上に密画を描いているという捉え方ができるのではないか。

そこで、今回の副題、「常識を疑い、常識を守る」です。わたしは、法学の役目を、「常識を疑い、しかし、常識どおりの結論に返ってくる」ような密画としての説明を与えることであり、それが学者の仕事だ、理論のなすべきことだろうと思いつめることになりました。少し無理やりのように聞こえるかもしれませんが、うそではありません。少なくとも、現時点から振り返ると、確かにこのように思ったのです。

3 「一部実行の全部責任」の根拠——常識を疑う

話を刑法に戻すと、先ほどの「一部実行の全部責任」とか、「共同して実行する」ということの意味を、密画としてはどのように描けるか。密画のことを、大森は、「詳しいお話」といっていました。その「詳しいお話」は、常識を疑って吟味した結果、常識を守るようなものでなければならぬはずです。行為支配という考え方を借りて、これを吟味していくというのがその後のわたしの営みになりました。自分でも「この程度か」と思わないでもないのですが、さきほど格好をつけて「この一筋につながる」といったようなこと、この問題についてわたしが考えてきたことを少し話します。

共同正犯の「一部実行・全部責任」を常識どおりに納得できるかたちに落とし込もうと思えば、これは恩師福田平先生もいっておられたことですが、「全部責任だから全部の責任を負う」ということにならざるをえません。常識的に当然のように思われる「一部実行の全部責任」の背後には、何らかの意味で、「全部やっている」という考えがある、だから、この結論に違和感がないのだ。こういう理屈であるはずですが。常識的な、略画的な「お話」に対し、常識では隠されている「全部実行」を説明する「密画」を述べるのが、理論に求められているのではないかということです。

この問題に関する理論としては、伝統的には代表的な傾向をふたつ挙げること

ができます。ひとつは、共同して実行したのだから、実行する部分が相互利用補充関係によって補完されて、他人のやったことだけれども、それも自分のものとして帰属させられる結果、全部をやったことになるという説です。

もうひとつは、判例の考え方の基礎にもなっているといわれている「共同意思主体説」です。これは、自他の行う行為を1個にして全体の責任を説明するのではなくて、行為「主体」の方が一体となり、1個であるとする。Aさん、Bさんが関与したとき、Aさん、Bさんが共同意思主体をつくって、この共同主体としてやるのだから、全体の責任を負うという議論です。

しかし、共同意思主体説に対しては、法的な議論の通例である、個人責任の原則、つまり「自分のしたことについてのみ責任を負う」という基本原則からうまく説明できないという批判がありました。共同意思主体がやったのなら、処罰されるのは共同意思主体であって、AさんでもBさんでもないはずですが、しかし、実際にはAさんが強盗罪の正犯とされ、Bさんが強盗罪の正犯とされて処罰されます。共同意思主体を想定した上でここに存在する問題を回避するのは、原理的なところがあってなかなか難しいと思われまます。

学説の大半は「相互利用補充」という関係で説明します。わたしも当初はこんなことかと思っていましたが、よく考えてみると、相互利用補充関係自体が何で認められるのかというように、問いは深堀りされていきます。相互利用補充は、答えのほうをいっているような気がするわけです。何ゆえに「相互利用補充」といっていいような事情が生じるのか、反対からいえば、そういいいい実体的事情は何なのかということです。

これは、あとでまた念押ししようと思っていますが、わたしの「私的」な刑法の問い方の癖とでもいえることがあります。実的にこういうことがあるから、こういう評価がなされるのが当然だ、という説明がどこまでも欲しいのです。共同正犯、相互利用補充であることは納得できるでしょう、というのでは、すませられないわけです。

犯罪を共同実行するという考え方だと、実行したのが誰か、あるいは、実行そのものが相互補充関係にある複数の者によって構成されている、といった、「実行」あるいは「行為」のあり方に引きずられてしまう。これに対し、行為支配説

だと、実行ないし行為そのものではなくて「犯罪を実現する」というふうに捉えなおすことができ、それなら実体に即した形でこの間の事情を説明しうるのではないか。

4 機能的（関数的）行為支配——常識の擁護

では、常識を説明する議論としてどんなことが考えられるか。行為支配論が支配の対象として想定している「実現される犯罪事実」が1個だから、全体について責任をとるのだという議論になってくるはずです。Aさん、Bさんが同一の構成要件該当事実を実現した人、中心人物となる、あるいは構成要件該当事実の実現をコントロール下に置いていた、弱い意味だけれども支配していた。だから、共同正犯として全体の責任を負うのだ、という思考です。

共同正犯のときに、本当に「構成要件該当事実に対する支配」があるといえるのか。そこで「機能的行為支配 (funktionelle Tatherrschaft)」という考え方が魅力的に映ります。構成要件該当事実が、不可分のまとまった社会事象として1個であって、それを正犯が実現するのであるとすれば、それはいかなるかたちで実現されるかについて、機能的行為支配は、概略、次のように把握します。

正犯となったそれぞれの関与者は、何らかの客観的な作用、因果的働きをもって構成要件該当事実を形成しています。そのときに、Aさんの入力、Bさんの入力が最終的にできあがってくる構成要件該当事実の核心部分を現実に変更しうるようなものであるならば、行為支配が認められる。いいかえると、関与者の寄与と形成される構成要件該当事実との間が、一種の関数になっていて、この値を変えると、こちらの値が変わる、というような関係があるものであるときには、結局、支配といっていいような、犯罪事実実現についての中心人物の評価を支える実体が存在するだろうということです。そうすると、この変更できるような、その意味でコントロール下に置いている範囲の事実について責任を問われるのはごく当然だと、少なくとも、わたしの中では納得がいきます。

残っている問題は、条文との関係です。刑法60条の規定は、あくまで「2人以上共同して犯罪を実行した」ということです。だからこそ、最初、「共同して実行する」とは何だろうかと問い始めたわけです。それを「共同して犯罪を実現

した」のように変えて理解していいものなのかという点です。

おそらく、「共同して実行する」というときの実行は、実行行為そのもの、客観的な動作そのものではないのだと解することは許されると思います。そうでなければ、現在の判例となっていて、学説にも反対者がほとんどなくなった非実行共同正犯、共謀共同正犯というものの説明がつかなくなってしまいます。共謀共同正犯を認める見解が主張するのは、2人以上共同して犯罪を実行したというのを、「共同して」の部分が「共謀」で、その「共謀」した結果として犯罪が実行されればいいのだと解釈をする、文言としてはそのような解釈に従うわけです。これが認められるのなら、行為支配説に基づく刑法60条解釈も受け入れられるのではないかと考えています。

以上が、行為支配をめぐる「私的」な問いの、「この一筋につながる」拙い過程でした。

V 法科大学院からの刑法学方法への示唆

1 法学「未修者」にとっての刑法

ここから先は、少し展望的なことも含めたお話になります。法科大学院が創設されて、わたしの仕事の中心が法科大学院になり、これが大きな画期になったことについて先ほど触れました。法学未修者に対する教育が時間数としても多くて、これを担当するようになったことが大きかった。刑法学の基本を短い期間の間に素養のない人に教授していかなければなりません。教授するだけでなく、確かに受け取ってもらわなければなりません。

社会人経験者をも含む法学未修者にとって、刑法学は手ごわい分野になると思います。犯罪論体系というものがあって、よかれあしかれ、「一部を理解して積み重ねていくと全体が分かる」ようには、できていないということです。法学全般に共通することではありますが、とくに刑法ではこの傾向が強いと思います。何を勉強しているのか、何を覚えればいいのか分からない状態で、暗闇がずっと続く。いつになったら全体を見通す平原に出ることができるのか、この種の悩みを法学未修者の学生から聞くことをも少なからずありました。

あわせて、言葉の問題もあります。先ほど来、「常識」といういい方をしてきましたので、学問的概念や専門用語をあえて「非常識」というならば、たとえば「目的的行為論」も、行為支配の「支配」も、非常識な言葉遣いです。そもそも「行為支配」というふうに「行為」といっていますが、先ほどから強調しているように、本当に支配されている対象は、「行為」ではなく「構成要件該当事実」です¹²⁾。思い浮かぶままに挙げれば、偽造をめぐる「有形偽造・無形偽造」とか、未遂犯をめぐる「終了未遂・未終了未遂」などといった、禅問答のような言葉も出てきます。

学生は、内容を理解することができないまま、形だけ「こういうふうを書くものなのだ」と暗記して、試験答案などを書く場面では、そのまま吐き出して、何となく点数はもらえる、というようなことも生じてしまいます。

2 常識と実体に基づく説明

しかし、本人が納得していないことは、当然、身についたとはいえず、少しずつされると、とんでもなくピントが外れたことになってしまいます。結局は、法科大学院未修者に本当に納得できる説明をどうしたらできるのか、それが現実的な課題になります。

ここで、先ほどの「略画」から「密画」へという話が戻ってきます。法学を学ぶ前に、人それぞれ、常識としてのルール、ルールに関する認識が、もともとあります。いわゆる社会人経験者が、「自分の仕事におけるルール」を有していることもあるでしょう。それに対して、法科大学院の教育にとっては、普遍的で専門的な法学が提供するルールを理解し、運用できるようにしてもらうことが目標となります。特に刑法学は、扱う対象は俗っぽい「犯罪」ですが、その扱いは、あえて俗を離れたやり方をします。それは、何のためなのかという点を含め、「密画」的な説明をしているのだということを納得してもらえれば、先ほどいった「仏作って魂入れず」のような事態を避けることができるのではないか。このことは、当初は、漠然としていましたが、「略画・密画」の捉え方を意識的に使

12) ドイツ語 Tat の訳し方は難しいが、わたくしは、「行為支配」の訳語が定着していることをふまえ、いわば注釈付きで「行為支配」を採用している。

ったら結構いい方法なのではないかと、だんだんに思うようになりました。

略画的常識に密画的理論を「重ね描く」という方法は、具体的には、先ほどもいった、「実体から出発する解釈理論」ということにもつながっていくと思っています。

たとえば、刑法学の主要な論点のひとつに、「事実の錯誤」というものがあります。「錯誤」とは「事実と認識との不一致」と定義されます。実際に生じた事実と思い描いていた事実を重ねてみて、ずれているのが錯誤だという捉え方です。判例・通説は、故意が認められるかどうかを決める枠として、法律の定める「構成要件」を設定し、思っていた事実、実現した事実の両方が同一構成要件の枠に収まっていれば（これを事実と認識との間に「符合」が認められるといいます）、故意を認めてよいとします。「法定的符合説」です。

しかし、これを実体に沿って考えて本当に納得できるか、何となく割り切れない思いがありました。学者の書いたものをいろいろ読んでいくうちに、故意があるかないかは、事実が認識の中に含まれていたから故意があるのだろうと思うようになりました。符合するから故意があるという議論は、そこを形式論で片づけているきらいがあります。

故意論でいわれる「認識」というのは、センス・データとして与えられたものを、そのとおりに理性で理解しているという意味でもありませんし、殺す行為の際に死亡結果を認識しているというのは、まだ存在していないことの認識です。もともと幅があります。「罪を犯す意思」（刑法38条1項）に元来、幅があるのであって、その幅の中に収まっている事実が実現したのであれば、それは認識した事実が実現したことにはかなりません。

このように説明がつかずであれば、「錯誤論」は「故意論」の一部にすぎず、その「幅のある認識の範囲」をどう決めるのかは問題としても、「符合」といった方法によるのではなく、その幅の中にある事実が実現したかどうかによって故意の有無を判断すべきではないか。こんなことも考えるようになりました。これも、人の認識という心理状態はどういうことなのかという実体から出発する説明の一例になるかもしれません。

成功したかどうか心もとないのですが、法科大学院における教育が学問的な方

法論にまでつながるようなインパクトを持っていたということを述べておきます。何はともあれ、この機会に、拙い授業に参加してくれた学生に謝意を表したいと思います。

3 刑法学への姿勢——受け継ぐもの、伝えるもの

このように「私的」な問いをつないできた次第ではありますが、わたしの覚えている学長の言葉にありましたように、わたしも、「一橋大学の刑法学を継ぐ」とはおこがましいとしても、その末尾に連なるという意識は当然ありました。そのことを少し述べて、次の世代以降に伝えるというところにつなげて終わりたいと思います。

一橋大学法学部では、植松正先生が最初の刑法学の担当でした。わたしは、植松先生に直接教わる機会はありませんでしたが、卒業論文の課題が共同正犯でしたから、早くから共謀共同正犯肯定論に立つ植松先生の学説に対峙する形になりました。ゼミ指導の福田先生も否定説でした。しかし、共謀共同正犯肯定説の立場をとること自体に、僭越な表現で申し訳ないのですが、植松先生のある種の潔さのようなものを感じたのも事実です。

というのは、科学者をもって自ら任ずる植松先生は、犯罪遂行形態の事実に関する冷静な洞察に基づいて主張されているに違いないと思われたからです。これこそ、わたしが先ほど来いっている実体に沿った解釈理論であり、「私淑」といった言葉遣いをするほどの実質があったかといわれれば恥じ入るほかありませんが、わたしとしては、自分の刑法学もそのような姿勢でありたいと学ぶところが多い先生で、そういう伝統に連なるという意識はずっと持っていました。

これもまたおこがましいいい方ですが、福田平先生と出会ったことが、これまでお話ししてきましたように、わたしの人生を決定したことは、改めていうまでもありません。人生には、少しずれていたら、こうは廻らなかつただろうということがたくさんあります。

恩師福田平先生の肖像を見つけて持ってきました。比較的最近のもので、91、2歳ぐらいのときです¹³⁾。これは、ドイツで刑法学者の自伝を集めた本¹⁴⁾に福田先生も寄稿されることになり、そこに載せるために撮った写真です。

福田平先生に賜った学恩については、もちろん、たくさん語ることがあります。ここでは、ひとつだけ象徴的に、学問への姿勢を申し上げたい。体系の一貫性を重んじる姿勢というのは、わたしもそうありたいと思っていたことです。しかし、一貫性はそれ自体として追求されたものでないことが重要です。これは、わたしが勝手に一面だけを捉え、また植松先生の学問的姿勢に関して用いた表現をあえて用いるのですが、理論の射程に関して、潔さがあったと思います。

福田先生の教科書(全訂版)の「はしがき」にこういう言葉があります。「どうしても自分の過去の見解に拘泥し、批判的見解の主張内容を的確に把握しこれを検討するという態度からはなれてしまうことに気付き、これでは改訂の意味がないと思い、自戒の意味から『論語』の『学即不固』という言葉を書斎の机前にかかげ、心をひきしめて、まず諸見解の主張内容を正確に理解することに努め、ついで、これらの諸見解との対決を通じて自説を再検討することに努力した。」¹⁵⁾

これは、先生がドイツ留学中に師事されたハンス・ヴェルツェル(Hans Welzel)教授の教えとしても聞く機会がありました。とりあえずは、自分の学説に対する謙虚さを述べていることになりませんが、論理の一貫性をもつ議論をきちんと吟味してみる、そのことが前提です。そうであれば、それに固執することもなく、余裕をもって、いわば悠然と自らの見解を改めることもできるはずだということだと思えます。

わたし自身もそうありたいものだと思ってきました。わたしが好んで使う言葉に「文字どおり不肖の弟子」というのがあります。「肖」の字は、「似ている」という意味だということを踏まえて、この言葉を使っています。福田先生の学識はもちろん、人柄、人格、さまざまな面で、わたしが先生に似ているとは到底いえ

13) 福田平先生は、2019(平成31)年1月8日に95歳で逝去された。ただし、この最終講義の際には、このことを知らされていなかった。なお、同じ写真が橋本「福田平先生を偲ぶ」刑事法ジャーナル(成文堂、2019)60号100頁にある。

14) Hilegendorf, Eric, "Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen: Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts". De Gruyter, 2018.

15) 福田平『全訂刑法総論』(有斐閣、1983)にあるもので、その後、第5版(2011)までの版にも再録されている。

ませんが、学問に対する姿勢を学ぶことについては、先生のもとでもう少し勉強してみたいという気持ちを抱いたとき以来、ずっと有してきたつもりです。それが実現できたかどうかは分かりません。

4 「理想」を「現実」的に求める

こうして振り返ると、わたしの生き方は、どうもロマンチストだと思わざるをえません。実は、これも高校時代の話ですが、倫理社会のレポートが返ってきたとき、担当の先生の「君がロマンチストだということがよく分かりました」というコメントが一言書いてありました。それ以来、むしろ意識的にロマンチストであろうとしているともいえます。

しかし、同時に、冷静なりアリストでもありたいと常々思っていました。学者は、原理原則を振りかざして、「こうでなければならぬ」といいがちですが、法律の世界、あるいは実際の社会は、どうしても保守的な面があって、描く理想をどう着実に実現していくか冷静に考えなければいけないことがあります。偉そうなことをいえた義理ではありませんが、わたしのような者でも、そちらの面にも意識を回してきたつもりです。

刑法学についていえば、その理論、その結論は、本当にそれでいいのか、あるいは、それを受け入れてもらう戦術のレベルでも、その主張のしかたでいいのか、ということ常々測ることは必要ではないかということです。

先ほどは大森荘蔵のような人を出して、勿体をつけていました。刑法学が受け入れられる一般的な文脈の中で、学問内外を問わず、常識を擁護するものであるためには、ありきたりのことになりますが、人間や社会の認識、あり方と相携えているものであることが目指されるべきではないか。そのように締めくくって今回の話を終わりたいと思います。

VI おわりに

最後に謝辞です。ご清聴くださった皆様、ご懇切な挨拶をいただいた只野研究科長、お膳立てから司会までお世話を焼いていただいた本庄（武）先生、立派な

横断幕でこの部屋を飾っていただきました金芽凜さん、事務の方々に、あるいは、わたし自身が教わった先生方にも恐れ多くもお越しいただきまして、あらためてお礼を申し上げたいと思います。ここにいらっしゃいませんが、福田平先生の学問に対しても言及してご挨拶とさせていただきます。ご清聴ありがとうございます。