

# 刑法解釈方法論について

田 川 靖 紘

愛媛法学会雑誌 第41巻第3・4合併号 抜刷  
2015（平成27）年3月

# 刑法解釈方法論について

田 川 靖 紘

## I は じ め に

西村隆誉志先生との（間接的な）出会いは、学部1回生の時に参考書として購入した『いま日本の法は』であった<sup>1)</sup>。その中で、西村先生は、歴史学の考え方について「歴史的事実を歪曲したり無視したり、手前勝手な主張だけするのはおかしい」として、真摯に事実を認識することの大切さを説いておられる<sup>2)</sup>。

ひるがえって、自己の研究領域である刑法解釈学について考えてみると、私も含め、学者の多くは、自身の価値判断に基づく解釈論を展開しており、判例も法を解釈する際の一資料として位置付けてきた。もっとも、自己の価値判断に基づいて解釈されるなら、社会科学であるはずの法学、法解釈学に科学性がないこととなってしまうのではないか。

本稿では、法解釈学の科学性についての議論を概観し、いかなる解釈方法論を採用するか、そして、その考えを正犯と狭義の共犯の区別論に応用するとどうなるかについて考えるものである。なお、以後の文中では、敬称を省略して論じることをお断りしておく。

---

1) 浦田賢治ほか編『いま日本の法は 第3版』（日本評論社、1991年）232頁以下参照。

2) 西村隆誉志「新天皇の発言を考える」浦田賢治ほか編『いま日本の法は 第3版』（日本評論社、1991年）233頁。

## Ⅱ 法解釈学の科学性について

### 1 従来の議論

来栖三郎は、法の解釈には複数の可能性があり、そのうちどれを選択するかは、解釈者の主観的価値判断によって左右されることを指摘した<sup>3)</sup>。事実、刑法学も、学説の対立が顕著な学問である。そして、その中には、理論的には正当であるが裁判官が採用しうるかという点から見て、非常に困難であろう見解も存在している。

しかし、この裁判官が採用しうる範囲で解釈するべきであるということさえ、主観的価値判断にすぎない。結局、解釈者の価値判断なくしては何も導きえない。法の解釈においては、解釈者の価値判断を含んで行われることは当然と考えられていたのである。

そのため、法解釈学の科学性を論じるためには、絶対的・客観的な価値が存在すると考える必要があった。そして、そのような絶対的・客観的価値に基づいてなされる法の解釈には、客観性、科学性があるという見解が主張されたのである。

しかし、究極価値を神や自然に見出す自然法論は、その存在を科学的に検証することが困難である<sup>4)</sup>。それゆえ、自然法論は究極価値として採用しえない。また、マルクス主義は、社会主義法が資本主義法よりも高次の段階にあるということが明らかになる前に社会主義体制が崩壊していることから、究極価値であることの証明がなされていないと言わざるを得ず<sup>5)</sup>、絶対的価値として採用することはできない。

そこで、個人の世界観や信仰の問題であるという価値相対主義の方が妥当であると考えられる。もっとも、そうだとすれば、様々な価値判断が存在する以上、

3) 来栖三郎「法の解釈と法の順守（二・完）」同著『来栖三郎著作集 I』（信山社、2004年）63頁参照。

4) 五十嵐清『法学入門 第3版』（悠々社、2005年）169頁参照。

5) 五十嵐・前掲注4)『法学入門』169-170頁参照。

法の解釈は解釈者の主観に依存し、法解釈学は科学性を持ちえないという問題に戻ってしまう。

この問題について、マックス・ウェーバーは、「法律を批評するときにはとくに……社会政策……もまた、あらわれるにちがいな」<sup>6</sup>く、その場合、「思考する研究者が発言をやめて、意欲する人間が発言しはじめているのだ、ということ、およびいつからそうかわったのかということ……をつねにはっきり」させる必要があり、「事実の科学的な論述と価値判断をおこなう推理とがたえず混同されることが、……もっとも有害な特色の一つである」ことを指摘し、社会科学一般について、事実認識と価値判断を明確に分離する必要性を説いた<sup>6)</sup>

このような理解は、来栖にも見出すことができる。来栖は、正しい法の解釈とは、法規範を実定法の規定からの論理的演繹によって汲みとるのではなく、現実の社会関係の観察分析によって、その中から汲みとるべきであるとしたのである<sup>7)</sup>。碧海純一も、ウェーバー、来栖と同じく、事実認識と価値判断を分離し、事実認識に客観性を求めたのである<sup>8)</sup>。

## 2 刑法における法解釈学の科学性について

このような来栖や碧海の考え方を刑法解釈学の領域に持ち込んだのは平野龍一であった。平野は、機能的な刑法解釈の方法論を説き、法律学の役割は判例を明らかにし、判決を予測することである、とした。もっとも、法律学の内容はこれにとどまらないともし、法律学は、「判例を変更し、あるいはこれを維持し、あるいは新しく一定の判決をさせようとする実践的な努力を含んでいる」、と論じるのである<sup>9)</sup>。

6) 出口勇蔵訳「社会科学および社会政策の認識の『客観性』」『世界の大思想 23 ウェーバー 政治・社会論集』（河出書房新社、1965年）61頁参照。

7) 来栖三郎「法の解釈と法律家」同著『来栖三郎著作集 I』（信山社、2004年）82頁参照。

8) 碧海純一「現代法解釈学における客観性の問題」同編『現代法学の方法』岩波講座現代法第15巻（岩波書店、1966年）3頁以下参照。

9) 平野龍一「法学における理論の役割」碧海純一編『現代法学の方法』岩波講座現代法第15巻（岩波書店、1966年）72頁。

類まれなるドグマティカーとして把握される平野であるが、その機能主義刑法学者としての一面を再評価したのは、松澤伸であった。松澤によると、平野の考える法律学の役割のうち、判例の認識と判決の予測に関わる部分は、予見法学であって、法律学はひとつの科学といえと評価する。そして、平野の指摘する法律学の役割は、碧海のいう「事実認識」に関わる部分だと評価する。一方、法律学の実践的な努力については、碧海のいう「評価＝価値判断」であると評価したのである。平野は、事実認識と価値判断を分けることによって、より科学的な法律学を目指したのである<sup>10)</sup>

もっとも、松澤は、法解釈学の科学性をさらに前進させる。松澤は、デンマークの法哲学者であるアルフ・ロスの法解釈学の方法論を採用する。この考え方は、法解釈学から価値判断を完全に排除する。まずは、ロスの考え方を見てみよう。

ロスの理論の出発点は、法律学は客観的に存在するものについての事実的な記述でなければならないという点にある。この事実的な記述の内容は、結局、現に効力を有する法の記述である。そして、現に効力を有する法の内容は、ロスによれば、判決を通じて現れる裁判官のイデオロギーであるという。よって、法解釈学の任務は、何が現実の裁判の場で拘束力を持つ法であるかを記述し、さらには判決を予測することになる。これは、すべて事実に関するものであり、この限度で、法律学は科学性を有することとなる。

ただし、ロスは、法政策的言明も法的言明に含むことは否定しない。この言明には、裁判官に対する提言と立法者に対する提言とが存在するが、注意しなければならないのは、いずれも、論者の政治的活動として位置付けられ、事実認識たる法解釈学には含まないとされるのである<sup>11)</sup>

松澤は、「ロスの方法論も我が国の機能主義も、事実認識と価値判断を分離する点では変わらないのであるが、事実認識と価値判断の両方の活動をひっく

10) 松澤伸『機能主義刑法学の理論』（信山社、2001年）225頁。なお、碧海純一博士、平野龍一博士の見解については、同『機能主義刑法学の理論』223頁以下に詳しい。

11) 松澤・前掲注10)『機能主義刑法学の理論』247-8頁参照。

るめて『法解釈学』と呼ぶと、それらが混同される危険がある…。それゆえ、ロスにしたがひ、それぞれ分離して別個の名前で呼ぶ（『法解釈学』と『法政策』）ことには、一定の意義がある」とする<sup>12)</sup>なお、本論文においては、以下、事実認識と価値判断の双方を含んだ意味での「法解釈学」という用語は用いず、「ヴァリッド・ロー」とする。

その上で、松澤は、ロスに由来するヴァリッド・ロー重視型機能主義を採用するか、平野らの法政策重視型機能主義を採用するか、という問題について、ヴァリッド・ロー重視型機能主義がより妥当であると結論づける。

その理由として、松澤は、第一にわが国の刑法学は事実認識が不十分であることを挙げる。事実認識に基づく根拠よりも、論理演繹的な議論が中心であり、判例が採用することができないような学説も主張されているという問題を指摘するのである。第二に平野の方法論が、法政策的提言を積極的に認めていたために、現在の刑法学の議論が規制機能の議論に再び陥ってしまったという点を軽視できないことを指摘する。第三に学者による裁判官への提言が自由主義的であることは認めつつも、学者に対する民主的統制が及んでいないことからすれば、これを肯定的にとらえることに対するためらいがあることを挙げるのである<sup>13)</sup>

わが国では、松澤によって、刑法における法解釈学の科学性についての問題が再認識された。しかし、スウェーデンのベッター・アスプは、「法解釈学が科学と呼ぶに値するののかということについては、私は重要ではないと考えている」としている<sup>14)</sup>

アスプは、法解釈学とは何かという問いに対し、「『この世界において、法体系や法源に対するこのような理解を前提とすれば、こうすべきである』という規範的な答えを提供すること」であるとしている<sup>15)</sup>松澤の考えるヴァリッド・

12) 松澤・前掲注 10)『機能主義刑法学の理論』267頁。

13) 松澤・前掲注 10)『機能主義刑法学の理論』268-9頁参照。

14) ベッター・アスプ「科学としての法解釈学」現行刑事法研究会報告集 3号（現行刑事法研究会）28頁参照。

15) アスプ・前掲注 14)「科学としての法解釈学」30頁。

ロー重視型機能主義は、「『私は裁判官として何をすべきか』という問題に対して、『あなたはこうするでしょう』という予測の形で答える」ものである、として批判する<sup>16)</sup>

事実認識よりも価値判断が重視されたがゆえに、わが国では実務と理論が乖離することとなったという評価は可能であるが、アスプによれば、「裁判官としてどうすべきか」を問うているのだから、判決予測を示すよりも、「こうすべきである」という回答をすることで、実務と理論との間がつながることを主張する<sup>17)</sup>

### 3 松澤説とアスプ説について

松澤とアスプの違いは、自己の価値判断に基づく法の解釈を法政策と呼ぶか、法解釈学と呼ぶかの違いである。ヴァリッド・ロー重視型機能主義によれば、裁判官によって解釈された法を発見する作業が法解釈学の任務であるとする。他方、アスプの考え方によれば、自己の価値判断に基づくとしても、法律、立法者意思、判例などを分析し、体系化することで、一貫した規範的体系を創造することが法解釈学の任務だとするのである。

このように比較すると、両者には大きな隔たりがあるようにも見えるが、ヴァリッド・ロー重視型機能主義も、自己の価値判断に基づく法の解釈を禁じているわけではなく、その活動に対して、「政策的提言」という名前を与えているだけである。他方、自己の価値判断に基づいて法を解釈する場合でも、判例という法的資料を分析する必要性を否定するものではなく、少なくともアスプは、学者と実務家との間の協力があることを指摘していることから<sup>18)</sup>実務において採用できる範囲で法解釈を行うべきであろうことは想像に難くないのである。

これらの議論からは、事実認識、すなわち、裁判官の考えがどのようなもの

16) アスプ・前掲注 14)「科学としての法解釈学」30頁。

17) アスプ・前掲注 14)「科学としての法解釈学」30頁参照。

18) アスプ・前掲注 14)「科学としての法解釈学」30頁参照。

であるかを認識することの重要性が導かれる。この事実認識なくしては、意味のある政策的提言をすることはできないであろう。次章は、判例理論とヴァリッド・ローの違いをふまえ、正犯と狭義の共犯の区別論という視点からヴァリッド・ローについて検討してみたいと思う。

### Ⅲ ヴァリッド・ローの記述について

#### 1 総説

ヴァリッド・ローを明らかにするには、判例の研究が重要となるのだが、わが国では判例研究が数多くなされ、「判例理論」も提示されている。ここで、ヴァリッド・ローと判例理論の差異はどこにあるのかを示しておこう。

松澤は、両者の差異について、「『判例理論』が、判例の文言に現れたもの、また、判例相互の整合性だけを頼りにして構成されるのに対して、ヴァリッド・ローは裁判官の思考をその検討の対象とするため、判例は裁判官の思考を徴表する一つの資料に過ぎず、ヴァリッド・ローは判決文にあらわれるのよりもずっと広く、また隠された基礎を持つ、ということである<sup>19)</sup>つまり、ヴァリッド・ロー重視型機能主義の特徴は、裁判官の思考にまで踏み込んで事実を認識しようとするものであるから、判例の文言等から、抽象的な法命題（法規範）を提示する判例理論と異なるのは当然である。

#### i 「判例」の定義

ここで、ヴァリッド・ローを記述する作業について具体的に見ていきたいと思う。この点について、松澤の研究成果は非常に明快で示唆に富むものである。

まず、裁判官のイデオロギーなるものをいかにして汲み取るかであるが、判決の結論命題たる判例、判決自体から推察される裁判官の思考等は、裁判官の

19) 松澤・前掲注 10)『機能主義刑法学の理論』275-6頁。



イデオロギーの一部分を示すにすぎないものだというのを、認識せねばならないという<sup>20)</sup>しかし、ヴァリッド・ローの内容をいかに調べるかについては、「個々の判決が極めて有力な資料であることは疑いない」のだという<sup>21)</sup>

次に、ヴァリッド・ローを明らかにするための重要な資料である「判例」とはなにか、という点について考えなければならない。松澤は、中野次雄の見解をもとに、いわゆるレイシオ・デシデンダイ（判決の理由）の部分が「判例」にあたることに争いはなく、オビター・ディクタム（それ以外の判断の部分。傍論。）の部分は判例ではない。いいかえれば、当該事件の法律上の論点について裁判所が与えた判断だけが、「判例」となりうると思われるのである。この、「法律上の論点についての判断」は、2つに分類することができ、そのひとつが結論部分であり、もうひとつが結論の理由づけ部分であるとする<sup>22)</sup>

この2つのうち、結論部分が判例であることに争いはないが、理由づけ部分が判例であるかについては争いがある。この問題について、中野は、理由づけのために引用される一般的な法命題は判例ではないという。その理由は2つ挙げられている。第一に、一般的法命題を判例と解することは、判例の拘束力を考えると、「この条文はこのように解釈すべきである」という一般的指示をしたことと等しいこととなってしまう、憲法および法律のみに拘束されるとされる裁判官の法解釈の権限を侵害し、裁判官の独立を害するからである<sup>23)</sup>第二に、理由づけの部分は、その結論の正しい所以を説得するために書かれるもので、結論命題ほどの権威を持ちえないのは当然であり、また、裁判官の心理としては、その事件における法的判断の結論をいかにして論証するかが関心ごとなのであって、それが他の場合にも妥当するものであるとはいえないからである<sup>24)</sup>

松澤は、この中野の考え方を次のように分析する。理由の第一については、

20) これは、ロスの考えを刑法解釈学に応用した、クヌド・ヴォーベンの議論によるものだという。松澤・前掲注10)『機能主義刑法学の理論』287頁参照。

21) 松澤・前掲注10)『機能主義刑法学の理論』287頁。

22) 松澤・前掲注10)『機能主義刑法学の理論』276頁参照。

23) 中野次雄『判例とその読み方 三訂版』（有斐閣、2009年）57頁。

24) 中野・前掲注23)『判例とその読み方』63-4頁。

中野の規範的価値判断が含まれている部分であるから保留するが、理由の第二については、裁判官の判断過程という事実をふまえた理由であることに着目するのである。「事実として『理由づけ命題』が裁判官にとって『判例』として意識されておらず、また、裁判官の思考を必ずしも反映するものでない、という点は、裁判官の内省によるものであるだけに非常に示唆的であり、本書の方法論の基礎付けに応用する場合にも、重要な情報を提供する」とするのである<sup>25)</sup>つまり、裁判官自身が内省の結果「判例」と認識していないものを「判例」とするのは、事実認識としておかしいのであり、「判例」と呼べるのは、結論命題のみだということである。

そして、このような「判例」の理解を前提として、いかにヴァリッド・ローを発見するかについて、松澤は、結論部分がヴァリッド・ローの重要な構成部分となることを承認する。それは、「『結論命題』は、判例の拘束力を背景に裁判官の判断を縛るものであり、将来の判決もその命題の範囲内で行われることがほぼ明らかだからである」<sup>26)</sup>

## ii その他の資料

もっとも、その結論命題も、ヴァリッド・ローを構成する一要素でしかない。「ヴァリッド・ローの最も重要な部分は、裁判官の行動（判決書き）の側面ではなく、裁判官の心理的側面（判決の動機付け）にある」からである<sup>27)</sup>一方で、理由づけ部分についても、ヴァリッド・ローを発見する際の資料となることについて否定はしない。理由づけ部分も、裁判官の思考を現している可能性がある以上、ヴァリッド・ローになりうる可能性を持つものと認めているのである<sup>28)</sup>

以上のように、ヴァリッド・ローを発見し、記述するためには、「判例」な

25) 松澤・前掲注 10)『機能主義刑法学の理論』277 頁。

26) 松澤・前掲注 10)『機能主義刑法学の理論』277 頁。

27) 松澤・前掲注 10)『機能主義刑法学の理論』279 頁。

28) 松澤・前掲注 10)『機能主義刑法学の理論』278 頁。

どを基礎としつつ、裁判官の心理的な側面に踏み込んで検討する必要があることが確認された。その方法は、裁判に直接聞く、裁判官の記した著作を読む、そういった過程の中で見出されることもあろうが、それならば裁判官自身がヴァリッド・ローを明らかにすれば事足りるようにも思える。しかし、外部から見たほうが本質をとらえることができるという点も看過できない<sup>29)</sup>

それゆえ、裁判官の判断が示されている判例を第三者である研究者が「観察」することによって、そこに現れている、あるいは、隠されている心理的な側面を事実として認識する作業が必要なのである。ヴァリッド・ローの記述は、裁判官が意識していない部分にまで踏み込んで、言語化する。裁判官が無意識的に行っている部分については、裁判官自身記述することは困難であろう。それを補うことができる点にも、ヴァリッド・ロー研究の意味がある。

### iii ヴァリッド・ローと政策的提言の区別

事実認識であるヴァリッド・ローと政策的提言は、明確に区別できるはずである。しかし、実際には両者が交錯する場面というものがあろうことが、松澤によって指摘されている。第一に、法解釈論として示された内容を読んだ裁判官が、それに影響を受けて判決を書いた場合、その内容は法政策とならないのか、第二に、法政策のつもりで記述した内容であったが、それを読んでいない裁判官が同様の判決を書き、実務に定着していった場合、その内容は法解釈論とならないのか、という問題である。

松澤は、第一の問題については法解釈論であり、第二の問題については法政策であると結論づける。それは、判断の基礎となった資料、および結論を導いた分析手法によって区別すると考えられるからである。判断の基礎となった資料が経験科学的な事実で、結論を導いた手法が経験的事実の分析であれば法解釈論であり、それ以外の方法で導きだしたものは法政策となるのである<sup>30)</sup>

29) 松澤伸「刑法解釈論の意義と方法」現行刑事法研究会研究報告集第3号（現行刑事法研究会）12頁参照。

30) 松澤・前掲注29)「刑法解釈論の意義と方法」15頁参照。

このことを前提に、無意識のヴァリッド・ローについて考えてみたい。無意識のヴァリッド・ローというのは、裁判官が意識できていないだけで、判例の中や判決書きといった、ヴァリッド・ローを明らかにする資料の中に事実として表れているのである。だからこそ、それは事実の認識として記述可能なのである。

もっとも、裁判官の思考が、すべて資料に現れるわけではないのは当然である。たとえば、「犯罪とは、構成要件に該当する、違法かつ有責な行為である」という定義は多くの教科書に見られる記述であるが、このような犯罪論体系の問題が、実際の事件を判断した裁判例において、記述されるわけではない。

そうだとすると、この定義も、そのような行為を犯罪として処罰すべきであるという政策判断の表明であると考えるのであれば、ヴァリッド・ローにはなりえない<sup>31)</sup>しかし、ヴァリッド・ローの記述に際し、事実の認識の対象となるのは、判例だけにとどまらず、裁判官の思考そのものである。そのように考えるなら、裁判官の思考の中に共通認識として存在する、構成要件、違法、責任といった犯罪論体系における諸概念もまた、裁判官の思考を經由してヴァリッド・ローとなりうることは否定できない<sup>32)</sup>

そこで、以下、具体的な問題を設定したうえで、ヴァリッド・ローの記述と、その先にある問題点を指摘してみたいと思う。

## 2 ヴァリッド・ローの記述

### i 最近の裁判例における「重要な役割」

ヴァリッド・ローの記述にあたって、裁判例に現れる文言自体がヴァリッド・ローとならないにしても、各裁判例に示される文言がひとつの重要な資料であることに違いはない。「重要な役割」という文言は、正犯と狭義の共犯の区別基準として判例の文言に現れる。共謀の有無を判断する際に考慮される要素となっている場合や、正犯性の有無を多様な要素を用いて総合判断する際

31) 刑法理論研究会著『現代刑法学原論〔総論〕第3版』（三省堂、1996年）4頁参照。

32) 松澤・前掲注10)『機能主義刑法学の理論』321頁参照。

に、共謀の有無のほかには「重要な役割」が一要素となっている場合など、形式的には（言葉の上では）さまざまなヴァリエーションが存在している。まず、比較的最近の裁判例を観察して<sup>33)</sup>「重要な役割」がどのように用いられているかを確認したい。

### ① 共謀認定の一要素としての「重要な役割」

共謀共同正犯の要件である共謀とは、意思の連絡と重要な役割を果たすことによって認められるとする考え方がある。最近の裁判例の中にも、そのような考え方を採用するものがある。たとえば、被告人は、氏名不詳者と共謀の上、覚せい剤を日本国内に輸入しようとして計画し、メキシコ合衆国から覚せい剤を隠し入れた段ボール2個を発送し、航空機によって成田空港に到着させ、税関検査上において、税関職員の検査を受けたが、覚せい剤を発見されたため、覚せい剤を受け取ることができなかったという事案であるが、この事案で共謀を認めるに当たり、「被告人は、輸入貨物に覚せい剤が隠匿されている可能性を認識しながら、犯罪組織関係者から輸入貨物の受取を依頼され、これを引き受け、覚せい剤輸入における重要な行為をして、これに加担することになったということができるのであるから、犯罪組織関係者と共同して覚せい剤を輸入するという意思を暗黙のうちに通じ合っていた」といえ「共謀も認定するのが相当である。」と結論付けている<sup>34)</sup>

被告人の行った、覚せい剤の受取という「重要な役割」が、共謀共同正犯を成立させる上で重要な、共謀を認める要素となっているのである。

33) 本稿では、平成25年4月1日から平成26年4月1日までの入手可能な裁判例のうち、「重要な役割」という文言が用いられているものを分析の対象とした。

34) 最決平成25年4月16日裁判所時報1578号20頁（下線は筆者による）。なお、東京高判平成25年5月28日裁判所HPは、行った行為（睡眠薬の提供）は重要な役割ともいえるが、犯罪の実行を決断させるのに重要な働きをしていないとして、正犯者意思、共謀の成立を否定している。

## ② 正犯性の一要素としての「重要な役割」

これとは異なり、共謀のほか、重要な役割も独立した要素として考慮したうえで、共謀共同正犯の成立を認めるものもある。たとえば、被告人がAおよびBと事前に計画し、その計画のとおり、けん銃の取引を装って被害者をおびき出して誘拐し、同人を逮捕監禁するとともに暴行を加えて現金のありかを聞きだし、長時間拘束した末、Aが、被害者の頸部をロープで締め付け、頭部をバールで殴って殺害し、Bが被害者所有の現金等を強取した事案について、仙台高裁は、「被告人は、…Aとの間で明示的に強盗殺人の共謀を遂げていたことに加え、…強盗殺人の準備段階に当たる行為というべき営利誘拐、逮捕監禁の各犯行については、その具体的な犯行計画を立案するとともに、実行役として加担したこと、被害者の殺害についても、被害者殺害の実行行為こそ担当しなかったものの、被害者をAに引渡し、被害者の逃走を阻止するなど、重要な役割を果たしたこと、本件犯行に加担したことでAから1,000万円もの多額の報酬を受け取ったこと」から「共謀共同正犯が成立することは明らかである」と判断している<sup>35)</sup>

被告人が、共謀を遂げたこと、重要な役割を果たしたこと、多額の報酬を得たことが、共謀共同正犯を基礎づけるとしているのである。

## ③ 量刑判断の一要素としての「重要な役割」

上記のように、裁判例には、「重要な役割」をもとに正犯と狭義の共犯を区別するものがある。しかし、「重要な役割」という文言が最も多く登場するのは、実は、量刑判断の場面であるという事実を指摘しておく必要がある<sup>36)</sup> さらに、重要な役割以外のさまざまな要素も、量刑判断の場面で考慮されている

35) 仙台高判平成26年2月27日LEX/DB文献番号25503181(下線は筆者による)。なお、東京地判平成25年12月19日LEX/DB文献番号25503062も、意思の連絡と別に「役割の重要性」を考慮して共謀共同正犯の成立を認めている。

36) 例えば、さいたま地判平成25年6月10日LEX/DB25501546、大阪地判平成25年10月8日LEX/DB25502259、名古屋地判平成25年10月11日LEX/DB25503138、京都地判平成25年12月20日LEX/DB25502733などがある。

のである。その中には、正犯性を否定する可能性のある事情（共犯者間の地位について触れ、背後者の指示を拒むのが困難であったという事情）を挙げているものもあるが<sup>37)</sup>当該事案の被告人は、実行行為を行っていることを理由に正犯であるとされている（量刑上考慮されても、正犯と共犯の区別においては考慮されていない）。

さまざまな要素は、従来の議論に従えば、正犯と狭義の共犯の区別の際に考慮すべきものだったはずである。上述のように、量刑判断の場面で考慮される要素の中には、正犯性を否定する方向に働く要素も含まれている。そうすると、そのような要素を正犯性の判断に際して考慮しないことは、恣意的な判断、いいかえるなら、本来であれば従犯として処罰できそうな場合であっても、正犯として処罰してしまうということを認めることとなりかねない。

しかし、「恣意的な判断に陥るからやめるべきである」というのは、筆者の価値判断に他ならない。われわれがまず為すべきは、事実を認識することである。正犯と狭義の共犯を区別する際に考慮されてきた多様な要素が、量刑判断の場面で最も多く登場しているという事実をどのように認識するかなのである。

## ii 実務家による記述

松本時夫は、元裁判官の視点から、正犯と狭義の共犯の区別に、「自己の犯罪」を行ったか、「他人の犯罪」に加担したか、という基準を用いていることを表明した<sup>38)</sup>自身の経験に基づく松本の意識下の規範である点は、大いに参考となるところである。

ただし、松本が強調して主張しているのは、2人以上の者が犯罪に関与したとき、「その犯罪に関与した者らの加功の態様は千差万別であり、また、犯罪の成否ないし目標達成についてもそれぞれの者の係わり方に差異があり、しかも、その係わり方は必ずしも加功の態様とは直接には結びつかず、更には犯行の結果得た利益の分配も多種多様である」という<sup>39)</sup>

37) 名古屋地判平成25年10月11日 LEX/DB 文献番号 25503138 参照。

38) 松本時夫「共謀共同正犯と判例・実務」刑法雑誌 31 巻 3 号（有斐閣）318 頁。

そのうえで、「自己の犯罪」といえるかどうかは、「犯行と結果との関わり合いの事情」（犯罪の成否にどれだけ関心を持っていたか、犯行の結果としての経済的利害にどれだけ関心を持っていたか、という事情。）のほか、「実行に関与した者としなかった者との人的関係（上下、主従、対等等）、実行に関与するかどうかを決定した事情、財産犯の場合には利得の分配、動機犯の場合には直接又は間接の動機の有無など」を考慮して判断するというのである<sup>40)</sup>

「自己の犯罪」・「他人の犯罪」という区別基準がヴァリッド・ローである、と即断することはできないが、さまざま要素の総合判断の結果が正犯性を基礎づけているということがわかる。

このことはまた、別の資料においても明らかにされている。石井一正判事＝片岡博判事による、共謀共同正犯の事実認定に係る研究においては、共謀共同正犯の認定に際してどのような事情が考慮されているのかを分析したものである<sup>41)</sup>

実務においては、「被告人と実行行為者の関係」<sup>42)</sup>「被告人の犯行の動機」<sup>43)</sup>「意思疎通行為」<sup>44)</sup>「実行行為以外の加担行為（役割分担あるいは犯行への寄与）」<sup>45)</sup>「犯行前後の徴憑行為」<sup>46)</sup>といった事情の総合判断によって、共謀共同正犯が認められているとする。

そして、これらの事情は、「個別に判断の対象になっているのではなく、各事由が互に関連し合い総合的に判断されている」とされ、それゆえ「各事由の補完性にも留意する必要があると思われる」というのである<sup>47)</sup>

39) 松本・前掲注 38)「共謀共同正犯と判例・実務」314頁。

40) 松本・前掲注 36)「共謀共同正犯と判例・実務」324頁。

41) 石井一正＝片岡博「共謀共同正犯」小林充＝香城敏磨編『刑事実認定（上）』（判例タイムズ社、1992年）341頁以下。

42) 石井＝片岡・前掲注 41)「共謀共同正犯」349頁。

43) 石井＝片岡・前掲注 41)「共謀共同正犯」354頁。

44) 石井＝片岡・前掲注 41)「共謀共同正犯」368頁。

45) 石井＝片岡・前掲注 41)「共謀共同正犯」379頁。

46) 石井＝片岡・前掲注 41)「共謀共同正犯」385頁。

47) 石井＝片岡・前掲注 41)「共謀共同正犯」349頁。



裁判官の示した資料は、裁判官の思考を記述する上で、非常に重要なものであることは間違いないが、上記の資料を読む限り、さまざまな要素が総合的に判断されており、しかも、それぞれの要素は相互関連、相互補完の関係にあるという。この事実をいかに評価するべきかが問題である。

### iii 松澤によるヴァリッド・ローの記述

松澤は、判例を分析したうえで、裁判官の思考を「統一的正犯体系への無意識的な進行」と読み取っている。そして、この「統一的正犯体系への進行」という表現は、「複数人が関与した犯罪現象においては、関与者は、その関与形態・程度に関わらず、同一の処罰根拠・要件に基づいて処罰される方向に進んでいる、という意味」であるとする<sup>48)</sup>

このことは、法文上では「狭義の共犯と正犯の区別が、犯罪論のレベルで行われるように見えるが、実際には、狭義の共犯と正犯の法的性質は全く同じであり、狭義の共犯と正犯の区別は、量刑のレベルにおける区別を定めているに過ぎない」ことを意味する<sup>49)</sup>つまり、「違法性の差などによる区別」ではなく、量刑の問題と位置づけてしまおうというのである。

実際、正犯と共犯の区別を行う際に用いられる多様な要素は、「共犯の量刑の際に考慮される事情とはほぼ同一である」と言える<sup>50)</sup>このことは、先に挙げた最近の裁判例の多くの事例において、量刑判断の中に「重要な役割」という文言が入っていることから理解可能である。そのうえで、正犯と共犯の定義を、「重く処罰されるべき者が正犯、それ以外が共犯」だとするのである<sup>51)</sup>

もっとも、松澤も指摘しているところであるが、統一的正犯体系に進行したら、すべて共同正犯になる、というわけではない。犯罪関与者が、同一の処罰根拠・要件に基づいて処罰されるだけで、正犯（重く処罰されるべき者）と共

48) 松澤伸「共犯と正犯の区別について」『曾根武彦先生＝田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）822-3頁。

49) 松澤・前掲注48)「共犯と正犯の区別について」823頁。

50) 松澤・前掲注48)「共犯と正犯の区別について」825頁。

51) 松澤・前掲注48)「共犯と正犯の区別について」826頁。

犯（従犯）の区別が失われるわけではないのである。

#### Ⅳ ヴァリッド・ローの課題

1 松澤は、裁判例における多様な要素の取り扱いを、事実認識としてありのままに記述した。量刑判断の場面において、さまざまな要素がどのように判断されるのか、ということは必ずしも明らかではないが、さまざまな要素を、よりフレキシブルに考慮することができるであろうと予想できる。その中では、石井=片岡が指摘するように、各要素が補完的に用いられることもあるであろうし、ある要素が個別に取り上げられるということもあるかもしれない。

いずれにしても、裁判例において総合判断に用いられるさまざまな要素は、それぞれ、ひとまずヴァリッド・ローの地位を与えられる。次にわれわれが為すべきことは、それら多様な要素の評価である。事実として認識されたものの、正犯と狭義の共犯の区別基準として本当に機能するのか、しないのであれば、政策的提言としてその要素を除外する必要がある。

このように考えるなら、「重要な役割」もヴァリッド・ローを構成する一要素である。もっとも、ここで考慮される「重要な役割」は、因果的な意味での重要な役割であることに注意したい。なぜなら、多様な要素は、それぞれヴァリッド・ローなのであるから、仮に要素同士の補完関係があったとしても、背後者と前面者の関係、利益の帰属といったそれぞれの要素は、「重要な役割」とは独立した要素なのである。

2 しかし、量刑事情として位置付けることで、違法性の差などによる区別から解放されるのか、という疑問がある。というのも、重く処罰されるべきものが正犯であり、軽く処罰するべき者が狭義の共犯であるとしても、その刑の軽重はどこから導かれるのであろうか。

これは、結局、犯罪論体系上の問題、すなわち、違法性や責任の差に還元されるのではないかという疑問がある。無意識的ヴァリッド・ローについてすでに述べたが、裁判官の思考の中に共通認識として存在する、構成要件、違法、

責任といった犯罪論体系における諸概念もまた、裁判官の思考を經由してヴァリッド・ローとなりうることは否定できないとするなら、ヴァリッド・ローを記述するに際して、違法性や責任という概念を用いて刑の軽重の説明をすることも可能ではないか。

その意味で、松澤によるヴァリッド・ローの記述は、新たな視点を我々に提供するものの、未だ完成しておらず、さらに深化していくものと見るができるのである。

3 また、正犯と狭義の共犯を区別する際に用いられる多様な要素について、量刑の問題としてしまうと、事案ごとに柔軟な対応は可能となるが、雑多な要素が入り混じることとなり、それらすべてがヴァリッド・ローを構成する要素となってしまうのではないか、そうすると、事案ごとに考慮される要素が異なったり、同じ要素を考慮に入れていても評価が異なったり、裁判官の恣意的な判断がなされるおそれがありはしないか、という疑問がある。

先に挙げた名古屋地判の例では<sup>52)</sup>正犯性を否定する方向に働くと考え得る要素が考慮されていても、重要な役割によって正犯性を肯定するという判断がなされている。一方で、故意ある幫助的道具のように、重要な役割を果たしているが、正犯者意思などを否定することで従犯として処罰するという判断もなされているのである。それだけを見れば、重要な役割も、裁判官の導きたい結論に従って、好きなように判断されていると見られてしまいかねないのである。

そのような裁判官の思考を拘束するには、何らかの規範を用いて、多様な要素を限定する等の措置が取られる必要があるが、その規範は、裁判例に現れる文言から導くとしても価値判断と評価されてしまい、政策的提言となってしまう可能性がある。そうすると、ヴァリッド・ローの記述は非常にあいまいな規範となり、新たな事例が加わるたびに新たな要素が発見され、永久に完成しないのではないかという懸念があることも指摘できるのではなからうか。

52) 名古屋地判平成 25 年 10 月 11 日 LEX/DB 文献番号 25503138 参照。

## V お わ り に

最後に、当初の問題であった、刑法解釈の方法論の問題に立ち戻りたいと思う。法解釈学が社会科学である以上、法解釈学に科学性は必要である。それゆえ、事実認識が重要であることは否定しえない。

しかしながら、事実認識のみが法解釈学の任務であるとする、上述のように、いつまでも規範が提示できない恐れがある。ヴァリッド・ローにとって重要なのは、法解釈学において客観性を担保することであるが、その客観性の中には、純粋に客観的なもの、間主観性を有するものがあるといえる。

この客観性の中に、間主観性よりも主観に近いが客観的に認識できるものが含まれるかは今後論じられるべき課題である。たとえば、裁判例に現れる「自己の犯罪」という区別基準は、多くの裁判例において用いられており、実務家の論文にも用いられている概念である。この「自己の犯罪」という規範を選択すること自体は論者による価値判断であるとしても、なお客観性を担保できはしないか、という形で方法論としても議論が進められる必要があるのである。

実務と理論を架橋するためにも、事実認識を重視した刑法解釈学は妥当であると考え、客観的な事実認識と主観的な価値判断の間の中間領域のさらなる検討が必要であることを指摘し、引き続き課題として検討を続けていく必要があると考える。