

# 罪刑法定主義の現代的意義小論

——主に刑法解釈をめぐる最近の議論を参考に——

論

説

神 田 宏

## はじめに——問題設定——

nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege praevia という、おそらく刑法学で最もよく知られた法格言で言い表される罪刑法定主義（正確には法律主義）は、フォイエルバッハが19世紀初頭に起草したバイエルン王国刑法草案において近代刑法に初めて組み込まれたといわれる近代市民刑法のコア・ルールであり、近代刑法においては多くの法域でこれに相当する原則が明文で規定されてきた。<sup>(2)</sup>

罪刑法定主義は、専制国家における国王による恣意的で過酷な《刑事司法》の運用を否定する論理であり、《刑事司法》を国民の制御下に置くための論理であった——この理解のもと罪刑法定主義における民主主義的要請と自由主義的要請は、国家権力の担い手が国王から国民に移された近代刑法に課された基本原則であって、少なくとも被告人——集合的・抽象的には国民全体——に不利にこの原則を突破することは許されない。ここで民主主義的要請は、法律が国民と国家の間で交わされた契約であることを

(1) もっともバイエルン王国草案以前にもマグナ・カルタや人権宣言などでも同等の原則は確認されていた。

(2) そのような中において日本における罪刑法定主義の規定形態は日本国憲法と刑法に分けられ、いくぶん異彩を放っている。

ふまえ、国民意思を具現化する装置である議会によって制定された法律を根拠として初めて国家は国民の利益を侵奪することが許されるという社会契約の思想に依拠するものであり、これにたいして自由主義的要請は、成文法をもって合法—不法の二元化を明示することによって、国民の自己の行為の法効果に関する予測可能性を保障するために必要なコンポーネントである。

このような、どの刑法の教科書を繙いても最初に——詳細、簡潔、程度に差はあれ——記述されている刑法の基本原則は、しかしコア・ルールとしては例外の多い原則でもある。制度内在的な制約として、被告人に有利な場合に罪刑法定主義の突破を許容する見解や、法律を超えた自然法原則を援用することで（実定）法の無効を導く見解が有力に唱えられ、また原則の突破とまでいわずとも弛緩によって原則—例外の緊張関係が稀釈される判例・事例（後掲参照）がしばしば教科書に登場する。これらのことは、罪刑法定主義が刑事司法にア・プリオリに妥当する原則であるのではなく、むしろその背後にある民主主義・自由主義的要請から操作的に導かれる運用指針でしかないことを暗示しているように思われるのである。そして刑法の目的、刑罰の機能——むろんその内容自体大いに争われる性質のものではあるが——とも密接に関連づけられて相互に作用を及ぼしつつ展開されていくものであるというべきようにも思われる。

筆者は、関西学院大学、同大学院在学中、前野育三先生のご指導のもと刑法・刑事政策について研究を進めさせていただいた。前野先生は、学生・院生の主体的で積極的な研究姿勢を何よりも大切になされ、筆者もこの自由な雰囲気は大いに——前野先生はときに（しばしば？）筆者の怠慢・遅筆を心配なされたご様子ではあったが——満喫させていただいた。この学風に育てられたことを今でも誇りに思う。

## 罪刑法定主義の現状

このように立憲民主制国家体制下における国家刑罰権の淵源たる罪刑法定主義であるが、日本刑法はこれを明文で規定していない。わずかに第6条が刑の変更について「犯罪後の法律によって刑の変更があったときは、その軽いものによる」と定め、プロ・レオ原則による刑罰法規不遡及の原則の修正を指示しているばかりである。これに替わって罪刑法定主義を定めるのが日本国憲法である。すなわち第31条で法定手続の保障について「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」、第39条前段で刑罰法規不遡及の原則について「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」、第73条6号で不文刑法の禁止について「内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。……六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」と定め、罪刑法定主義を憲法原理にまで引き上げている。<sup>(3)</sup>

次に判例を目を向けるとその多くが刑法の解釈をめぐる争われた事件であることが分かる。論点として類推解釈・明確性に集中しているともいえよう。罪刑法定主義に違反する解釈であるかが（特に学説において）争われた事案として著名なものを以下に掲げておく。

(3) ここでは第31条が法律主義を定めた規定であると考えてよい。nullum crimen ルールと表現が著しく異なっているのは、いうまでもなく現行日本国憲法がアメリカ合衆国憲法に範を求めたからである。市民権について定めたアメリカ合衆国修正第 XIV 条は第 1 項第 2 文後段において「すべて人は法の適正な手続なくして生命、自由、財産を州によって奪われてはならない」と述べる。

## (1) 電気窃盗事件

電気が旧刑法（太政官布告36号）第366条（窃盗）にいう「物」に該当するかが争われた大判明治36・5・21刑録9・874で大審院は、「刑法第三百六十六条ニ所謂窃取トハ他人ノ所持スル物ヲ不法ニ自己ノ所持内ニ移スノ所為ヲ意味シ人ノ理想ノミニ存スル無形物ハ之ヲ所持スルコト能ハサルモノナレハ窃盗ノ目的タルコトヲ得サルハ論ヲ待タス然レトモ所持ノ可能ナルカ為メニハ五官ノ作用ニ依リテ認識シ得ヘキ形而下ノ物タルヲ以テ足レリトシ有体物タルコトヲ必要トセス何トナレハ此種ノ物ニシテ独立ノ存在ヲ有シ人力ヲ以テ任意ニ支配セラレ得ヘキ特性ヲ有スルニ於テハ之ヲ所持シ其所持ヲ継続シ移転スルコトヲ得ヘケレハナリ約言スレハ可動性及ヒ管理可能性ノ有無ヲ以テ窃盗罪ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ト否ラサル物トヲ區別スルノ唯一ノ標準トナスヘキモノトス而シテ電流ハ有体物ニアラサルモ五官ノ作用ニ依リテ其存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキモノニシテ之ヲ容器ニ収容シテ独立ノ存在ヲ有セシムルコトヲ得ルハ勿論容器ニ蓄積シテ之ヲ所持シーノ場所ヨリ他ノ場所ニ移転スル等人力ヲ以テ任意ニ支配スルコトヲ得ヘク可動性ト管理可能性トヲ并有スルヲ以テ優ニ窃盗罪ノ成立ニ必要ナル窃取ノ要件ヲ充タスコトヲ得ヘシ故ニ他人ノ所持スル他人ノ電流ヲ不法ニ奪取シテ之ヲ自己ノ所持内ニ置キタル者ハ刑法第三百六十六条ニ所謂他人ノ所有物ヲ窃取シタルモノニシテ窃盗罪ノ犯人トシテ刑罰ノ制裁ヲ受ケサルヘカラサル」と述べ、電気が物であり、いわゆる電気窃盗は同法第366条によって可罰的であることを明らかにした。旧刑法下で私法との整合性の見地から、物とは「有体物」（物体）であると解されていたところ、本判決はこれを斥け、（物理的）管理可能性を基準とする見解を示したという点で、類推解釈を施した疑いがあるとして学説に激しい議論を惹き起こし、現行刑法（明治40年法律第45号）で第245条（および本条を準用する第251条）を設けて、財産犯上、電気が財物に包摂されることを明<sup>(4)</sup>

80(265) 法と政治 58巻1号 (2007年4月)

らかにした立法でひとまずの解決を見たことは広く知られたところである。<sup>(5)</sup>

論

## (2) ガソリンカー事件

刑法第129条（業務上過失列車転覆罪）にいう汽車にガソリンカーが含まれるかが争われた大判昭和15・8・22刑集19・540においても、大審院は、「同條ニ定ムル汽車トハ汽車ハ勿論本件ノ如キ汽車代用ノ『ガソリンカー』ヲモ包含スル趣旨ナリト解スルヲ相當トス蓋シ刑法第百二十四條乃至第百二十九條ノ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ交通機關ニ依ル交通往來ノ安全ヲ維持スルカ爲メ之カ防害ト爲ルヘキ行爲ヲ禁シ以テ危害ノ發生ヲ防止セントスルニ在ルコト勿論ナレハ汽車ノミヲ該犯罪ノ客體ト爲シ汽車代用ノ『ガソリンカー』ヲ除外スル理由ナキノミナラス右兩者ハ單ニ其ノ動力ノ種類ヲ異ニスル點ニ於テ重ナル差異アルニ過キスシテ共ニ鐵道線路上ヲ運轉シ多數ノ貨客ヲ迅速安全且ツ容易ニ運輸スル陸上交通機關ナル點ニ於テ全然其ノ揆ヲ一ニシ」と述べ、これを肯定した。軌〔揆〕を一にするという表現からは、大審院の解釈手法を類推に相当すると見ることもできるように思われるが、ここでは何よりも大審院が、電気窃盗事件における<sup>(6)</sup>より、語義の言辞学的解釈を法文の規整趣旨などにより修正を図る方向

説

(4) 電気条項の適用を受ける条項においては「財物」、そうでないもの（典型的には横領罪）については「物」と使い分けされている。

(5) 解決とはいっても、これはまさにひとまずの解決であり、電気条項を例外規定と見るか注意規定と解するかの争い、また注意規定説に立って電気類似のエネルギー（熱・光など）に適用を認めるか、さらに管理可能性説に立ったとして物理的管理可能性に限定するか事務的管理可能性にまで捕捉範囲を拡げるかなど、争いはなお尽きない。

(6) 拡張解釈として一般的な語法の外延内にあることを認めるためには、少なくとも本件のように技術的用語が問題となるかぎり、語義を正確に検討したうえでこれとの重なり合いの程度をある程度精密に検証することが必要であるはずである。本件で問題となったガソリンカーの機構が明らか

を強く窺わせる判断を示したことが重要であろう。

### (3) 写真コピー事件

最二小判昭和51・4・30刑集30・3・453では、刑法第155条1項（公文書偽造罪）にいう公文書に写真コピーが該当するかが争われた。本件で被告人は、地方法務局供託官の真正な記名印・公印と虚偽の供託事実を記入した供託書用紙を貼り合わせることで、あたかも真正な供託金受領証の写しであるかのような外観をもつ写真コピーを作成したものであるが、裁判所は、「被告人の作成した供託金受領証の写真コピーは、一見して複写機で複写した写であることが明らかであるから、原本そのものの作成名義人の意識内容を直接表示するものではありえず、また、供託金受領証は、その写を作成すること自体が禁止、制限されているわけではないうえ、写の作成権限を有する者を公務所または公務員に限定すべき根拠もないから、結局、本件写真コピーは、被告人がほしいままに作成した内容虚偽の私文書と解しえても、刑法所定の公文書には該当しない」との原審（および原原審）の判断を斥け、「おもうに、公文書偽造罪は、公文書に対する公共的信用を保護法益とし、公文書が証明手段としてもつ社会的機能を保護し、社会生活の安定を図ろうとするものであるから、公文書偽造罪の客体となる文書は、これを原本たる公文書そのものに限る根拠はなく、たとえ原本の写であつても、原本と同一の意識内容を保有し、証明文書としてこれと同様の社会的機能と信用性を有するものと認められる限り、これに含まれ

---

でないので最終的な判断はできないが、当該ガソリンカーが現在のディーゼルカーと同様、ガソリンの燃焼によって発電して得られた電力を動力とする機構であれば、電車で包摂させることも可能であろうし、ガソリン・エンジンという熱機関を動力源とする機構であれば、気動車という枠組で汽車に包摂させることも不可能でないのである。

るものと解するのが相当である。……写真機、複写機等を使用し、機械的方法により原本を複写した文書（以下「写真コピー」という。）は、写ではあるが、複写した者の意識が介在する余地のない、機械的に正確な複写版であつて、紙質等の点を除けば、その内容のみならず筆跡、形状にいたるまで、原本と全く同じく正確に再現されているという外観をもち、また、一般にそのようなものとして信頼されうるような性質のもの、換言すれば、これを見る者をして、同一内容の原本の存在を信用させるだけではなく、印章、署名を含む原本の内容についてまで、原本そのものに接した場合と同様に認識させる特質をもち、その作成者の意識内容でなく、原本作成者の意識内容が直接伝達保有されている文書とみうるようなものであるから、このような写真コピーは、そこに複写されている原本が右コピーどおりの内容、形状において存在していることにつき極めて強力な証明力をもちるのであり、それゆえに、公文書の写真コピーが実生活上原本に代わるべき証明文書として一般に通用し、原本と同程度の社会的機能と信用性を有するものとされている場合が多いのである。右のような公文書の写真コピーの性質とその社会的機能に照らすときは、右コピーは、文書本来の性質上写真コピーが原本と同様の機能と信用性を有しえない場合を除き、公文書偽造罪の客体たりうる」として、写真コピーも公文書に含まれると判示した。文書の写しは、原本性あるいは作成者の不一致などの観点からそれが公文書に該当しないとするのが学説の多数であったのにたいして、本判決は証明文書としての機能の観点からこれに該当すると判断したのである。

もっとも原審でも既に写真コピーが私文書に該当することまでは認められていたのであり、写真コピーそれ自体の文書性を初めて認めたわけではないことに注意しておく必要がある。いずれにせよ本判決は、法の文言の意義（内包・外延）を確定するにあたって、公文書偽造罪の保護法益および公文書の社会的機能に着目して、《原本と同一の意識内容を保有し、証

明文書として原本同様の社会的機能と信用性を有するものは文書概念に含まれる」と判断したことは、刑法的概念の画定がア・プリアリに定まるものではなく、保護法益・保護〔保障〕機能との関係で後発的に定まることを示した点で重要である。

以上の大審院・最高裁判決とは別に下級審においても罪刑法定主義の限界を強く意識させる事件・判例は少なくない。

#### (4) わいせつ画像 BBS 事件

自身の運営するパソコン掲示板（BBS）上にモザイク処理の施された（しかし簡単な操作でこれを解除することができる）わいせつ画像をアップロードし、掲示板にアクセスした不特定多数のユーザにこれをダウンロード、閲覧させたネットポルノ事案について、岡山地判平成9・12・15判時1641・158は、次のように述べ、わいせつ「物」にデータ（端的には情報）が含まれることを認めた。

「被告人らがサーバーコンピューターのディスクアレイ内に記憶・蔵置させた物は情報として画像データであり、有体物ではないが、インターネットにより、これをパソコンの画面で画像として見ることができる。そして、ここにおいて陳列されたわいせつ図画は、サーバーコンピューターではなく、情報としての画像データであると解するべきである。有体物としてのコンピューターはなんらわいせつ性のない物であり、これをわいせつ物であるということはあまりに不自然かつ技巧的である。〔中略〕有体物としてのビデオテープや録音テープがわいせつであるわけではなく、それらに内蔵されている情報としての映像や音声がわいせつであるにすぎない。科学技術が飛躍的に進歩し、刑法制定当時には予想すらできなかった情報通信機器が次々と開発されている今日において、わいせつ画面を含むわい



せつ物を有体物に限定する根拠はないばかりでなく、情報としてのデータをもわいせつ物の概念に含ませることは、刑法の解釈としても許されるものと解すべきである。」

同種の事案について最高裁は、「被告人がわいせつな画像データを記憶、蔵置させたホストコンピュータのハードディスクは、刑法175条が定めるわいせつ物に当たる」（最三小決平成13・7・16刑集55・5・317）と判断しており、判例としては後者が定着したものと思われるが、情報それ自体を物と捉えることは、第175条に財物という文言が用いられていないことを考えたとしても、法の文言の許容される限界を超えた解釈という批判が中るように考えられる。

以上のように、日本の罪刑法定主義をめぐる判例はおおむね20世紀初頭に作られた法文によって捕捉しきれない事実への適用の是非という、〔類推〕解釈の許容性を中心に展開されてきたとあってよいであろう。この点、学説で類推解釈について、たとえば「類推解釈は禁止され、拡張解釈は許容される」といわれることがあるが、しかしこのような単純な分節が維持しえないことは、これまでの混みいった判例の動向を見れば明らかである。また許容される解釈についても、たとえば「言辞学的意味を外延とする実質的解釈が許容される」といわれることがある。しかし辞書的外延に依拠した解釈限界の発見には本質的な難点がある。辞書的外延は既存の価値秩序を前提として成りたちうるものであり、辞書編纂のときに現在しない価値体系・概念についてはなんら参照たりえないのである。既存の言語用法の枠外にあるがゆえに類推解釈の問題が多くの場合生ずることを考えれば、辞書的説明に多くを期待することはできないであろう。このことは既にガソリンカー事件などの示唆するところである。

そして類推解釈については、これらの判例がそもそもこれを意識して判

決にいたったものであるかも再検討されるべきである。実際、私たちは判旨を読んでそれを何かの基準にてらして類推解釈・拡張解釈とを切り分けているにすぎないともいえるのである。したがって許容できる解釈とそうでない解釈との切断をいかに明確にするかが私たちに課された課題なのである。

### 許容される解釈と許容されない解釈

一般に罪刑法定主義を貫徹すれば類推解釈は禁止され、拡張解釈は許容されるといわれる。しかしこのことは多くの論者が既に認めているように机上の虚論の域にとどまるものである。

既に見てきたように、古くは「財物」、「汽車・電車」、最近でも「捕獲」をめぐって、「電気」「ガソリン・カー」「発射」がこれらに含められるかが争われてきたものの、類推解釈・拡張解釈を判断の決定的要因と解する見解は見当たらない。実質的で合理的な解釈が必要であることはここでも明白である。類推ゆえに禁じられた（禁じられるべき）解釈、また拡張ゆえに許容された（許容されるべき）解釈という論証ではなく、禁じられるべきゆえに類推解釈、またその逆という論証だけが妥当である。ひっきょう事の本質は、その解釈が罪刑法定主義、正確にはこれを支える自由主義原理と民主主義原理にてらして許容また貫徹しうるかという問題である。したがって「処罰することが条文を見た国民にとって意外」でないことを解釈の限界としあるいは「実質的正当性（処罰の必要性）に比例し、法文の通常語義からの距離に反比例」して解釈の許容範囲を定めようとする実質的解釈論（前田 [1998: 85] 参照）は、国民の予測可能性の担保にもとづく点で妥当な解釈基準であるといえよう。しかし法文の通常語義とは何であるかが明らかにされないかぎり、この種の議論もまた机上の空論でしかないのである。

この点、解釈方法をめぐって類推解釈・拡張解釈の争いとは別のベクトルで、主観的解釈と客観的解釈の争いがあり、それぞれ法文の語義を解釈する基準を歴史的な立法者意思に求める主観的方法と現在（正確には解釈の時点）における法文の内容にこれを見いだす客観的方法を特徴とする。換言すれば、前者は、立法事実などを判断基底に法規定の内包・外延を探るのに対して、後者は、法律に旺盛な生命力を認め、不変で確固とした内容に換えて同時代の生きた法規範の力にこれを求めるといってもよい（Rüthers+Höpfner [2005: 21] 参照）。ドイツにおいても日本においても客観的方法が多数説であり（たとえば伊東 [1992: 48]、山中 [1999: 70]）、そのことは後述のような実証的研究の成果もふまえれば首肯できるといえようが、最近、歴史的—主観的解釈論に立脚しつつ、解釈の合理的な限界を法の文言ではなく、歴史的な規範目的に見いだし（Rüthers+Höpfner [2005: 12]）、（類推を含めて）解釈を階層的に再構築することを試みるリュータース+ヘプフナーの見解（Rüthers+Höpfner [2005]）が唱えられ、一定の注意を払うべきであると思われるのでここで簡潔に紹介検討する。

まずリュータース+ヘプフナーは、権力分立原理ならびに民主主義原理に適合するためには、立法者の規定意思を明らかにすることが大切であり——ドイツ基本法第20条3項および第97条1項にいう裁判官の法的拘束も決して文言に忠実であることを要求しているのではない（Rüthers+Höpfner [2005: 21]）、主観的解釈論はこの点で優れているという。主観的解釈論が直面する難点は、立法時に知られていない事実や看過していた事実などの解釈であるが、Rüthers+Höpfner [2005: 22f.] は、立法者意思を確認できない以上、条文の解釈が限定されたものとならざるをえないことをひとまず認めるものの、歴史的な立法者意思を基準にした場合、明示的にも黙示的にも特定の事実関係を処罰することを明文で規定していなく

とも、立法者にこれを処罰する意図があったならば処罰を認めることが可能となるという。なぜならば立法者意思説によれば、たとえば立法資料などによって規範目的が確認されるかぎり、不適當な文言でもそのような解釈の大きな妨げとならないからであるという（Rüthers+Höpfner [2005: 23]）。

そしてドイツ基本法によって導かれる類推解釈の禁止の目的をリュータース+ヘプフナーは基本的に通説にしたがって国民の予測可能性の保障に求める。すなわち開かれておらず市民が認識可能な犯罪構成要件の体系にたいする市民的信頼に類推解釈の禁止は資するものである（Rüthers+Höpfner [2005: 23]）。この原則を貫くことはしかし主観的解釈論を維持できないことを意味する。法の文言が立法目的を知るための一手段でしかないということは素人にもあてはまるが、素人はけっきょく法的知識がないのであるから、予測可能性といっても法的判断のために使えるものは彼らにとって法の文言しかないのである（Rüthers+Höpfner [2005: 24]）。一般的な市民にあって、犯罪行為を決断するとき直面するのは法の文言であり、立法経緯や規範目的ではない、とすれば、そのかぎりでは主観的な立法意思説は破綻するといわざるをえないのであり、刑法においては明確性の原則にもとづいて主観的な解釈方法を排して客観的方法に依拠することが必要となる。客観的方法によるならば、実定法の文言が解釈の外延となる。しかしリュータース+ヘプフナーは、明確性の原則に保障された信頼保護は刑法上の規範目的の確認を制約するものではないという（Rüthers+Höpfner [2005: 24]）。そのうえで、主観的な立法者意思説の見地から類推解釈禁止の法理について次のような修正を提案する：明確性の原則による類推解釈の禁止は絶対的なものではなく、信頼の保護がこれを必要とする場合にのみ妥当するのであって、行為者にとって不利な類推解釈も許容しうる場合がある。この点をもう少し詳しく見ると次のようになる。

リュータース+ヘプフナーの所論の根柢にあるのは、法解釈の問題と信頼保護の原則の射程の問題は別々のものとして考えなくてはならないということである（Rüthers+Höpfner [2005: 24]）。そして、解釈目的と解釈手段を区別し、後者によっては前者が制約されるものではないと主張するのである。<sup>(7)</sup>これをふまえて、リュータース+ヘプフナーは、解釈における多段構造を指摘する：法文の解釈はその意味を明らかにすることに向けられているのであり、その目的はもともとの ratio legis すなわち規範目的の発見である。文言や体系、立法経緯にもとづく解釈は解釈手段としてこの目的の下位に位置するものである。ここでまず第一段階の法適用が考えられなくてはならない——これが歴史的な規範目的の解明すなわち「本来的な意味における法解釈」である（Rüthers+Höpfner [2005: 25]）。そして第二段階として、法を適用する者は、このように導き出された歴史的な規範目的が適用の時点においてなお妥当するかを検討することとなる（Rüthers+Höpfner [2005: 25]）。重要なことは、以下の場合にこの二段構造に乱れが生ずることである。すなわち、規範によって追求された目的が到達不可能になった場合、規範制定以降の技術的・経済的・社会的発展によって規範の規整領域が決定的に変化した場合、規範の根底にあった価値体系が本質的に変化した場合である。これらの場合、規範は規範目的を失ったことになり、適用できないことになる。第三段階として、規範を適用する時点でなお妥当する規範目的があるとしても、この規範の適用と特定の市民的信頼の保障が矛盾しないかが検証されなくてはならない

---

(7) この点を誤ると規範の文言があたかも解釈と法創造の限界であるかのように見誤ってしまうという（Rüthers+Höpfner [200: 25]）。この点、許容される解釈と禁止される法創造は市民的予測可能性の見地からコントロールされるべきであって、解釈それ自体のものではないというべきであろう。

(Rüthers+Höpfner [2005: 25])。これは、たとえば、規範の文言を説明する場合に制定当時の本来的な語義に依拠しつつ、信頼保護を検証するさいには行為実行の時点における意味に依拠することもありうるということである (Rüthers+Höpfner [2005: 25])。この点が多く解釈の現場に認められるところであろう。そして可能な文言の枠内にある限り、類推解釈も行為者の不利に用いられてよいという (Rüthers+Höpfner [2005: 25])。

類推解釈の許容の点について疑問なしとしないが、リュータース+ヘプフナーによる、法解釈と信頼保護の分離という問題提起は確かに首肯できるように思われる。これはむしろ主観的解釈論が本質的に指向してきたところであるというべきであるようにも思われる。<sup>(8)</sup> 両者の目的と機能の差異に着目して多段階構造で解釈の目的と方法・限界を画する見解は合目的性・機能性の点で優れており、これを基軸に論証を試みることがこのさき必要であろう。もっともリュータース+ヘプフナーのように主観的立法者意思説に立脚せずとも、客観的解釈でも同様の帰結は導き出せることにも注意しなくてはならない。<sup>(9)</sup>

いずれにせよリュータース+ヘプフナーの所論は、法の適用の多段階構造に注目して、解釈の限界と信頼保護原則の範囲は一致するものでないことを明らかにした (Rüthers+Höpfner [2005: 25]) 点で、興味深い。

(8) ここでの議論と端緒は異なるものの、伊東 [1992: 48f.] もまた主観的解釈論について立法者意思の確定を解釈ではなく、解釈基準・解釈の一般的指針の確認と把握する方向づけを示唆している。伊東はそのうえで解釈の範囲、立法趣旨にとどまり、さらに意味内実の確定が別途必要になるとして主観的解釈論を排しているが、リュータース+ヘプフナーはここに多段階構造を見いだそうとしているとあってよいであろう。

(9) 実際、後者の見地から類推解釈を分けて論ずる場合についてもリュータース+ヘプフナーは言及している (Rüthers+Höpfner [2005: 24 (Fn.29)])。

## 法解釈と心理言語学

論  
説

いうまでもなく法の解釈とは、法規範の具体的適用の前段階にある作業であり、法規範の意味を具体的に確定することである。法解釈はそのかぎりで具体性、具体的妥当性を常に求められているのであり、たしかに法規範の意味は、法文のそれぞれの語句（文言）の内容とそれぞれの結びつきを説明することで明らかにされるとしても、解釈が必要となる文脈・背景を無視してこの作業を進めることはできない。法規範が社会から切り離されて孤立してあることは考えられず社会の日常生活の中で法規範の意味を考えていかななくてはならないとするならば、日常の語法における法規範の受容がある程度問題となることも否定できないであろう。この点、心理言語学的見地からローレンツ+ピーツカー+ピーツカー（以下、ローレンツ他）が、素人判断が問題にならない特別刑法（とりわけ行政刑法）におけるは別として、いわゆる固有の刑法（さらにはときには固有の特別刑法）にあっては素人判断が意味を有することが少なくなく、「市民の一般的語法（Alltagssprachgebrauch des Bürgers）」が重要であることをふまえて、実証研究を行なっていることが注目される。そこで素材に選ばれたのはドイツ刑法第263条（詐欺罪）にいう「錯誤」である。

ドイツ刑法における詐欺罪規定は「自ら違法な財産的利益を得、または第三者にこれを得させる意図で、虚偽の事実の提示、または真正な事実の改変、隠蔽によって、錯誤を惹起しあるいはこれを回避しないことを通じて他人の財産を侵害した者」を処罰するというものである（§ 263 Abs.1）。ここで学説上、錯誤（Irrtum）概念について、「疑う者は誤る者である」との命題のもと、被害者の疑念をもって錯誤に充分であるとする可能性説（通説）、被害者が行為者によって偽装された事実を真実であると考えたときに限定する真実性説、疑念が具体的な根拠にもとづき被害者も防御的な

対応によって損害を回避できた場合に疑念が錯誤を排除するとする被害者学的見解などが唱えられてきたとされる<sup>(10)</sup> (Lorenz et al [2005: 431]) (この点は本稿の考察の対象としない)。

ローレンツ他は2002年に法学部学生にたいして書面による調査(「錯誤」と「疑念」という言葉で連想するものを列挙させるというもの)を実施した(Lorenz et al [2005])。この研究ではヘックによる概念マップの分析方法が採用された(Heck AcP Bd.112 [1914] 1,46f., 173; ders. Begriffsbildung u. Interessenjurisprudenz, 1932, S.52, 60. zit. in: Lorenz et al [2005: 431 (Fn.32)])。これによれば、概念コア(Begriffskern)と概念サークル(Begriffshof)間で流動的であるものは、許容される解釈であり;これにたいして概念サークルを逸脱したものは可能な語義を超越し、それゆえ禁止される類推解釈であるとされ(Lorenz et al [2005: 432])、この概念マップから解釈の許容が判定されることとなるのである。

本稿ではこの実証研究について詳細に立ち入ることはしないが、以下の点だけは確認しておかなくてはならない。まず類推解釈の禁止の根拠を市民的自由の保障に求めるかぎり、市民の日常生活の用語法がまず探られるべきことが示唆されたこと、そして観念的抽象的議論で事足りるとするのではなく、むしろ経験的実証的手法で語意を明らかにする方途が示されたこと、さらに何よりもこの実証性によって文言(多くの場合、構成要件要素ということになる)の外延についての説得力ある説明可能性が確保されたことである。むろんローレンツ他も認めるように、このような心理言語学的アプローチは、解釈の許容可能性について実証的に説明可能であるものの、複数の解釈の中から《法的に適正》な解釈を選びだす能力を欠く

(10) 要するに、前二者の違いは、行為者の提示した虚構を「ありうる」と考えることで足りるとするか、一步超えて「真実」と考えるところまで要求するかにあるといえよう。



という、まさに本質的な限界があるほか (Lorenz et al [2005: 434]), 日常生活の語法が日々変化し安定性をむしろ欠くことや、主観的な解釈が法学の要請する客観性の基準を満たさないことなどの難点も残されている (Lorenz et al [2005: 433f.]). また法規範の文字どおり《規範》性についての考量が見損なわれていることも無視しがたいように思われる。しかしそれでもなお先に掲げた積極的価値はこれらの難点によって無に帰されるものではないであろう。何より法規範の市民的受容のプロセス、レベルを実証的に明らかにする方途が示されたことはエビデンスにもとづいた刑法学の構築に大いに資するものである。

#### おわりに——今後の展望——

刑事司法、そしてその基本法に位置づけられる刑法は、憲法秩序において侵すことのできない国民の基本的な権利を国家が強行的に剥奪するための制度、そしてその根拠であって、厳密、精緻、謙抑的であることを自ずから求められてきた。これを確実ならしむるために精密司法、厳格解釈、補充性原理など刑法のコア・ルールが多く編み出されてきた。罪刑法定主義もまた専断的な国王権力から民主的な国民権力へ刑事司法を取り返す武器として活用され、市民革命を経て民主政が確立された後は、人権を国民自身が制限・剥奪することの合理的根拠を刑事司法に与えるものとして大切に扱われてきた。罪刑法定主義は、法域によって、法律主義、実体的適正手続と呼称こそ違うものの、普遍的な刑法原理であり、その妥当性に疑いはないところである。たしかにプロ・レオ・ルールによって被告人に有利にその突破を認め、自然法によって実定法を上書きするなど修正を迫られる局面はあるにしても市民の法的予測可能性の保障に必須の法原理として罪刑法定主義を考えなくてはならないことはいうまでもない。

ひるがえって上述のような刑法、刑事司法のフレームワーク自体が揺ら

ぎつつあることを無視することもできない。日本の判例回顧でも言及したように、類推解釈—拡張解釈という形式的分節はもはや解釈基準として維持しがたい。より実質的な思考が求められることはいうまでもない。

さらにマクロ的な視点で見れば、修復的司法理念による損害回復志向へ刑事司法がパラダイム・シフトを経験しつつあること、小さな政府指向あるいは新自由主義の席捲に伴うコスト・エフィシエンシーの要請は刑事司法もまた例外たりえないこと、国民の司法参加を容易ならしめるために平易で直観的な語法が立法・司法の各段階で求められること、いずれをとっても従来のフレームワークと整合しがたいものを内包するものである。この点を捉えて筆者は既に刑事司法のマクドナルド化を論じた（神田[2006]）。マクドナルド化された刑事司法については別の機会ですらに詳細を検討することとしたいが、このような流れの中で罪刑法定主義はどのようにあるべきであろうか。方向はさしあたって三つあるように見える。第一の道は、罪刑法定主義を厳格に維持し、これまでに甘受してきた（上に掲げたような）例外を除いてこれを貫徹することである。しかしパラダイム・シフトの中でこのルートの視界が狭まり進行が困難になることは想像するに難くない。第二の道は、現代大衆国家において罪刑法定主義の歴史的意義は潰えたとしてこれを放棄し、あるいはより上位の憲法原則のいずれかに解消することである。しかし歴史的経緯はそのような事情であるとしても現代的意義、正確には同時代的意義は看過しえず、民主主義・自由主義的に見てもとうてい否定することはあたわないというべきであろう。第三の道は、罪刑法定主義を民主主義的要請と自由主義的要請とに分節し、これらを実質的な観点から再構築していくことである。第一・第二の道が辿れない以上、此路を取ることが検討されなくてはならない。このとき、歴史的経緯を按配すれば、罪刑法定主義の歴史的意義は自由主義的要請に重点が置かれるべきであるように思われる。今日の民主政下で民主主義的

94(251) 法と政治 58巻1号 (2007年4月)

要請が突破される場合、それはおそらく極めて限定された特殊かつ緊急の状況であり、その合理性もある程度担保されてのことであろう。これにたいして法化社会のますます進行する現代において国民が法規範を遍く熟知しこれを人格に統合することは困難になりつつある。特別刑法と禁止の錯誤の関係については、詳細な検討がなお必要であるが、禁止の錯誤について違法性の意識の可能性説に立ってその法効果を限定的に考えるかぎり、少なくとも、予期しない禁止の錯誤を招来しない程度に明確性を確保し、国民の法的予測可能性を高める努力が必要である。このことに収斂して自由主義的罪刑法定主義を構築することが重要になると考えられる。そのためにも本稿で紹介した法解釈の多段階構造および言語心理学的説明といった説明道具は大いに有用であるといえよう。

大変に稚拙な論攷となりまことに恥ずかしいかぎりではあるが、前野先生のこれからのさらなる御発展と御健康を祈念して前野先生に本稿を献呈させていただく。

#### 主要文献リスト

- Jorn Lorenz+Mania Pietzcker+Frank Pietzcker, 2005 Empirische Sprachgebrauchsanalyse — Entlarvt ein neues Beweismittel Verletzungen des Analogieverbots (Art. 103 II GG)?, NStZ 2005, 8, 429.
- Bernd Rütters+Clemens Höpfner, 2005 Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, JZ 1/2005, 21.
- Brian Valerius, 2003 Das globale Unrechtsbewusstsein Oder: zum Gewissen im Internet, NStZ 2003, 7, 341.
- 伊東研祐, 1992「刑法の解釈」, 阿部純二+板倉宏+内田文昭+香川達夫+川端博+曾根威彦(編)『刑法基本講座 第1巻 基礎理論/刑罰論』(法学書院), 46.
- 前田雅英, 1998, 『刑法総論講義(第3版)』(東京大学出版会).
- 町野朔, 1987「構成要件の理論」, 芝原邦爾+堀内捷三+町野朔+西田典之(編)『刑法理論の現代的展開——総論I』(日本評論社), 11.
- 山中敬一, 1999『刑法総論I』(成文堂).

## Das moderne Gesetzlichkeitsprinzip —über dem Analogieverbot

Hiroshi KANDA

Der bekannte Rechtssatz „*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*“, oder das Gesetzlichkeitsprinzip ist den herrschenden Lehren nach im höchsten Masse zu beachten. Bei der Entwicklung der Gesellschaft hat sich das Strafrechtsgesetzbuch von der originellen Lage, wo es herausgegeben war, entfernt. In diesem Zusammenhang ist es nötig, das Prinzip in der wissenschaftlich prüfbaren oder verifizierbaren Weise zu umkonstruieren.

- 1 Problemsetzung
- 2 kriminalrechtliche Auslegung und deren Grenze
- 3 Rechtsprechung: über dem Gesetzlichkeitsprinzip
- 4 subjektive Auslegungsmethode und objektive Auslegungsmethode
- 5 Empirische Analysis des bürgerlichen Sprachgebrauches
- 6 Zusammenfassung