慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	最近の刑法学の動向をめぐる一考察
Sub Title	Über den gegenwärtigen Stand der japanischen Strafrechtsdogmatik
Author	井田, 良(Ida, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.211- 236
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0211

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

最近の刑法学の動向をめぐる一考察

井田　良

一　はじめに
二　戦後五〇年間の日本刑法学
　1　刑法についての基本的考え方
　2　戦後日本刑法学における主要な論争
三　二一世紀に入ってからの日本刑法学
　1　刑事立法の活性化と刑法学
　2　刑法学の変容
　3　刑法学の危機
四　おわりに――刑法学とは何か

一　はじめに

日本の刑法学とそれをとりまく社会的環境は、いま大きな変化の途上にある。刑事立法と判例実務における変化の兆しは、すでに一九九〇年代に見られたが、二〇〇〇年代に入りそれがはっきりと表面化するに至った。刑

法学もまた、そのような立法と判例実務の動き、そしてそれらを含む大きな社会的環境の変化の全体への対応を迫られている。

本稿においては、まずその前半部分において、第二次世界大戦後の五〇年間、したがって、一九五〇年代から九〇年代に至るまでの日本刑法学の流れを振り返ることとする（二）。後半部分においては、二一世紀に入ってから最近一〇年間の日本刑法学の状況について述べるとともに、これに対し批判的なコメントを加えたい（三および四）。

二　戦後五〇年間の日本刑法学

1　刑法についての基本的考え方

第二次世界大戦後の五〇年間の日本刑法学は、（西）ドイツ刑法学の動向に敏感に反応しつつ展開されてきたといえようが[1]、そのような中で独自の思想を交えつつ包括的な刑法学説を提示して大きな影響力をもった刑法学者としては、団藤重光と平野龍一という二人の名前を挙げることができる（なお、それぞれ刑法の分野のみならず、刑事訴訟法の分野においても大きな業績を残した）。一九五〇年代から一九六〇年代に至るまでの間に、「通説」といえばそれは団藤の学説と同一視されるようにもなった[2]。これに対し、一九六〇年代後半から一九八〇年代においては、平野により、団藤説を中心とする通説への批判が展開され、学界に大きな影響を与えた[3]。現在、学界の第一線にある研究者の多くは、かつて平野刑法学の洗礼を受け、いまだにその強い影響下にあるといってよい。

戦後の日本刑法学の出発点は、「日本国憲法」であった（一九四六年公布、一九四七年施行）。それは、アメリカ法の影響を強く受けたものであり、「個人の尊厳」を根本理念とし、基本的人権の尊重を重要な基本原則とする。

人権保障の重要性の認識は、刑法学にも大きな変化をもたらさずにはおかなかった。犯罪が成立するかどうかを判断するにあたり「犯人の性格の危険性」が表に現れているかどうかを重視する主観主義刑法学（犯罪徴表説）は次第に衰退し、行為から生じた客観的実害を重視する客観主義刑法学が支配的となった。戦前においては、主観主義の理論がかなり有力に主張されたが、犯罪の本質を行為者の性格の危険性の徴表として捉える見解は、市民の権利と自由の保障の要請とは調和しないと考えられ、支持者を失った。戦前・戦中には（新派の論者のみならず、旧派の論者[4]によっても）必ずしも重視されていなかった罪刑法定主義の原則（とりわけ類推の禁止）が強調され、犯罪の客観面に第一次的な重要性を認める客観主義刑法学が圧倒的な主流を形成した[5]。

戦後一五年間の間に、大きな力をもったのが団藤の学説であった。団藤は、客観主義を基礎とし、罪刑法定主義の原則と結びつけた形で、構成要件概念を中核とする犯罪論の体系を構築した。その狙いは、構成要件該当性・違法性・有責性という三つの要素からなる刑法の体系を、国家刑罰権を制約するための（その形式面に比重を置いた）枠として機能させることにより、刑法の解釈・適用にあたる個人の価値判断が結論を左右することがないようにして、刑法の適用を受ける市民の権利と自由を守ろうとするところにあった。犯罪が成立するかどうかを判断しようとする際に、個人の生（なま）の価値判断が入ると、客観性のない、恣意的な結論が導かれることになりかねない。あらかじめ体系をしっかりと構築しておいて、そこから結論を論理的に引き出すようにすれば、価値判断に直接に訴えずに結論を導くことができるようになる。そこで、人権保障を実現するため、罪刑法定主義の原則と、体系的な理論構成の両方により、国家刑罰権行使に対し、（形式的な）歯止めを設けようとしたのである。団藤は、ドイツ流の刑法学の方法論に基づき（その教科書には、エトムント・メツガーおよびハンス・ウェルツェルまでのドイツ学説が詳細に引用されている）、戦後のリベラルな刑法理論の一つの原型をつくったといえよう[6]。

これに対し、平野は、刑法的判断にあたり、実質的価値判断が入ることはむしろ当然のことであり、これを人

権侵害のおそれをもつものとして排除するのではなく、むしろこの価値判断の内実を正面から分析すべきだとした。犯罪の成否を考える場合の実質的価値判断とは、「この行為は反道徳的であり許せない」というようなものであってはならない。それは、法益、すなわち刑法が保護すべき生活利益の保護のために刑罰という手段を使うことが妥当であるか、刑罰を用いるとどのような害が生じるか、それと刑罰を科すことによって得られる有益性とを比較衡量し、マイナスよりプラスが大きいといえるかどうかという問いに関わるものにほかならない。平野の考え方の基礎にあったのは、功利主義（ないしは目的合理主義）の思想である。平野は、刑法体系をめぐる哲学的議論を不毛なものとして批判し、団藤が強調したような体系的・形式的論拠よりも、むしろ決定的なのは処罰がもたらす利害得失に関わる刑事政策的・実質的論拠であるとした。それは、団藤説の体系重視のドイツ法的思考方法に対し、アメリカ法の影響を受けた、問題解決重視の機能的アプローチへの転換を求めたものであるが、実は、平野説は、ロクシンの学説[7]に代表されるような、ドイツの刑法学内部における新しい潮流とも一致する見解であった[8]。

2　戦後日本刑法学における主要な論争

(1)　次には、戦後五〇年の日本刑法学において、主要な争点となった個別の問題を見ていきたい。特に、次の四つのテーマが盛んな議論の対象となったといえよう。すなわち、①構成要件概念とその機能、②目的的行為論の当否、③違法論における結果無価値と行為無価値論、④意思の自由と責任概念である。

(2)　まず、構成要件をめぐる議論が重要である[9]。戦後の人権思想の高揚を背景として、罪刑法定主義の意義が再認識されるとともに、構成要件を犯罪論の中核に据える見解が通説化した。大きな影響力をもったのが団藤説であった。団藤は、小野清一郎の構成要件論[10]を基本的に継承し、構成要件を単なる違法類型ではなく、違法・有責

類型として理解し、そこには違法要素ばかりでなく、責任要素も含まれているとした。ここから、故意および過失は、構成要件要素として、構成要件該当性の判断において（したがって、違法性阻却事由の存否の判断に先行して）考慮されるべきだとした[11]。そして、この構成要件概念を用いて、犯罪論の重要な問題、たとえば、因果関係、不真正不作為犯、錯誤、実行の着手時期、不能犯、正犯と共犯の区別、原因において自由な行為、罪数・犯罪競合などの問題に対し、一貫した解決を示そうとしたのである[12]。

しかし、それは、構成要件の理論的機能を過大評価するものであった。なぜなら、構成要件に該当するかどうかという形式的な基準のみでは問題解決のために十分ではなく、あわせて実質的な判断要素と基準をも提示することが必要になるからである。たとえば、「実行の着手」について見ても、構成要件該当行為の一部（またはその直前行為）が開始された時点というだけでは基準として不完全であり、未遂犯処罰の理由に遡った実質的な基準をあわせて明らかにする必要がある。

ただ、見逃してはならないのは、構成要件論およびそれと結びついた「実行行為」の概念[13]が、重要な処罰限定機能をもつことである。つまり、犯罪とは、まず何よりも、刑法各則の各規定が処罰の対象として予定する客観的な行為であり、（特に、結果犯については）結果を発生させる一定の危険性をもった実行行為でなければならないとされたのであった。戦後日本の刑法学においては、このような意味における実行行為性が強調されるとともに、ドイツ学説におけるのとは異なり、因果関係論においては条件説ではなく相当因果関係説が通説となり、また、客観的な行為の類型性を無視した学説、たとえば、主観的未遂論、主観的共犯論、共犯独立性説などは支持者を失った。日本における構成要件論は、犯罪の理論の中から、主観主義的傾向の強い学説をまとめて排除し、犯罪論を基本的に客観化する機能を果たしたのである。このことのもつ重要性はあらためて確認されなければならない。戦後のドイツ刑法学においては、このような意味における「実行行為」の観念が育たず[14]、構成要件の客

観面をかなり無限定なものと考える見解が一般的であったが、その中で客観的帰属論は、客観面における構成要件の限定を主張してとりわけ一九八〇年代以降、支持を集めたのであり、その限りで日本の実行行為概念と同じ機能をも担って発展してきたのであった。[15]

(3) 戦後五〇年間の前半期における大きな論争として重要な意味をもったのは、行為論、特に目的的行為論をめぐる論争であった。目的的行為論は、ドイツで提唱された見解であるが、人間行為は、因果的過程を統制し自らの設定した目的の実現に向けて導く目的追求活動にほかならないとして、主観的に結果実現に向けられた故意行為は、そうでない過失行為とその実体的構造において異なると主張した。このような行為構造の把握の仕方から、従来の犯罪論とは多くの点で異なる結論が引き出されたが、特に重要だったのは、違法判断を下すためには、因果的に結果が惹起されたというだけでなく、行為規範に違反する行為がなければならず、いいかえれば、違法判断は「結果無価値」の判断に尽きるものではなく、規範違反の評価である「行為無価値」をも考慮するものでなくてはならないとしたところである。ここから、規範違反の評価に影響する行為態様や主観的要素（特に、故意・過失）もまた違法評価に決定的な意味をもつとされたのである。

目的的行為論は、刑法学の哲学的基礎への関心を強めるというプラス面をもったが、[16] 同時に、刑法学の議論をあまりにも哲学的・思弁的なものとした嫌いがある。[17] しかも、目的的行為概念をめぐっては、それがすべての可罰的な行為態様（すなわち、故意犯、過失犯、作為犯、不作為犯）を包括しうる統一的上位概念となりうるかどうかが問題とされ、過失行為や不作為は故意作為と同一の行為概念の中に包括することが可能かどうかといった、実質的な結論の差異につながらない議論が展開されがちでもあった。行為概念を論じることの意味が問われ、[18] 後には、その議論は不毛であり、非生産的であるとされることになったのである。[19] もっとも、このような主張に対しては、統一的上位概念としての行為概念をめぐる議論に意味がないことを当初から指摘していたのは目的的行

為論者の側であったことを知るべきであるし[20]、また、違法性判断の対象たる行為の構造に関する議論が刑法学にとり無意味であるはずはない（たとえば、故意と違法性の意識の区別は、違法性判断と有責性判断とを――その対象の実体的相違に応じて――区別することによってはじめて可能となるのである）。この点については、最終章（四）において詳しく論じたい。

(4) 行為論の議論の「副産物」としての論争が、戦後刑法学においては特に重要な意味をもった。すなわち、違法性の本質をめぐる議論である。行為が外部的にどのような実害を生じさせたか、すなわち、何らかの法益を侵害したか（または危険にさらしたか）という結果発生の側面に注目する見解（いわゆる結果無価値論）と、結果の側面を無視すべきではないが、行為そのものの規範違反性の側面をもあわせ考慮すべきであるとする見解（いわゆる行為無価値論）との間で論争が展開された[21]。

因果的結果惹起だけではなく、行為の規範違反性が認められなければ違法性は肯定できない、そして、故意・過失は規範違反性に影響する要素であるから、違法要素であるとする行為無価値論は、当時の主導的刑法学者であった団藤[22]および木村亀二[23]（特に、彼らの体系書）による支持を得て、一九六〇年代半ばまでには通説的地位を占めるかに見えた。しかし、これに対する批判として、とりわけ大きな影響力をもったのが平野の批判であった。それは、行為無価値論には、①違法判断の中に道徳的・倫理的判断を混入させ、刑法と道徳の混同に導く危険があること、②違法判断の基準を不明確なものにし、また処罰範囲を不当に拡大するものであること、③違法と責任の限界を曖昧にすること、④主観的要素の重視により違法判断を不安定・不確実なものとすることなどを内容とするものであり、少なくない論者によって支持された。この論争は現在まで続いており、行為無価値論と結果無価値論の両説が、妥協点を見出せず、相対立する状況にあるが、学界では結果無価値論が数的な優勢を保持しているといえよう。

行為無価値論に対する批判のうち、特に大きなインパクトをもったのは、行為無価値の判断は倫理的・道徳的評価と結びついており、違法判断の内容を倫理的・道徳的なものとしてしまうとする批判であった。たしかに、当時の行為無価値論、そして現在でも一部の行為無価値論に対しては、まさにこの批判が的中するような傾向があったことは否定できない。ただ、行為無価値性とは行為の規範違反性の評価のことであり、行為規範は法益保護のためにあるとすれば、行為無価値の評価と倫理的・道徳的評価とは論理的に切り離すことができるし、また切り離さなければならないのである。

結果無価値論は、行為の規範違反性の考慮を違法判断から駆逐し、「当該行為の状況の下で結果回避のために（神ならぬ）人に何を要求できるか」という考慮を刑法的判断から排除し、単に法益侵害結果が惹起されさえすれば、違法性を肯定するのであるから、刑法の行為規範（行動準則）としての側面を無視して、違法とされる範囲を過度に拡大することになる（もちろん、他方において、特に未遂犯論の領域で、人的違法のみに基づいて刑事不法が肯定されてきた多くの事例においては、違法性が肯定される範囲が大きく限定される）。それは、刑罰論との関連では、応報刑論とのみ整合的な見解であり、刑法の一般予防機能（禁止・命令の行動準則の提示による情報提供と社会生活形成の機能）[24]とどのように結びつくのかが明らかでないという問題がある。また、客観主義刑法学に立脚して、違法性判断を処罰の対象と根拠を示すべきものとして理解するとき（構成要件とは、「処罰の対象」ないし「処罰の根拠」を示すものでなければならない）[25]、結果の因果的惹起のみでは無限定に過ぎるといわなければならない。

逆に、行為無価値論は、これを徹底するときには、行為規範に対する違反の側面のみに注目することにより、違法判断を過度に主観化（同時に不明確化）する危険をもつ[26]。そのような危険にどのように対処するか、より根本的な問題として、違法性判断と責任判断との区別をどのように行うかのかについて、行為無価値論の側は回答を求められている[27]。

このようにして、論争にはまだ決着がついておらず、さらに進んだ議論が必要である。安易な折衷・統合に逃げることは、筋の通ったグランドセオリーの構築の放棄を意味する。なぜなら、ここでの最も本質的な問題は、処罰の根拠ないし理由が、法益侵害（ないし危殆化）に尽きるのか、それとも刑法規範の保護もあわせ考慮されるのかというところにあるからである。規範保護の観点が処罰の動力（エンジン）として働くことを認めるかどうか、ここにおいて見解が分かれるのだとすれば、そこには、そもそも折衷ないし統合の可能性は存在しない。

(5) 四つ目の重要な論争は、責任概念の本質をめぐる論争であった。刑罰は、行為者の意思決定に対する非難を本質的内容とする制裁だとされており、意思決定を非難しうるときに限り、すなわち責任を問いうるときに限り刑を科すことが正当化される（責任主義の原則）。このことについてもはや異論はない。

問題は、どういうときに意思決定を非難できるのか、責任があるといえるのかである。一つの考え方によれば、人間の行為が素質的・環境的要因によって決定されてしまうとすれば、すなわち因果法則に完全に支配されてしまうのであれば、およそ責任を問うことはできない。しかし、異常な精神状態・心理状態にあったという場合を別とすれば、人の意思決定は因果的要因により完全に決定されてしまうものではなく、制限された範囲内で自由な意思決定を行い、主体的に行為を選択することが可能である。その意思決定を思い止まりえた限りで責任は肯定できるし、その思い止まることの容易さ・困難さの程度に応じて責任の分量を決めることができる。このような見解を相対的非決定論、これに基づく責任論を道義的責任論といい、特に団藤により強く主張されたのであった。[28]

一九六〇年代以降、この見解に強い批判を加えたのが平野である。[29] 相対的非決定論によると、意思決定が因果性に従っている限りは不自由なものであり、そこで、行為者の性格が一定の傾向性・法則性をもっている場合、それはその限りで自由ではないことになり、責任が排除されることになってしまう。たとえば、最後の最後まで

ためらいつつも結局は実行に出た殺人犯人と、何らためらわず心のおもむくままに人を殺した犯人とで、後者の方が意思決定は法則により支配されており、その意味で不自由であるから、責任が軽くなってしまう。[30] 平野は、人の意思決定は因果的に決定されていても直ちに不自由であり、責任を排除すると考えるべきではなく、その人の性格によって意思が決定されているのではあればそれに基づく行為は自由であり、責任を問いうるとした。人間の意思決定および行為はすべて因果法則に乗っているということを認める点では決定論であるが、人間の「自由」を否定するものではなく、行為者の性格が意思決定を支配すればその意思決定と行為は自由であり責任を問えるとする。こういう見解のことをやわらかな決定論（ソフトな決定論）という。

しかし、平野説に対しても疑問が生じてくる。もし選択可能性が排除された形で現在の性格が必然的にその犯罪行為を行わせたとすれば、これに責任を問いうるであろうか。極端な事例になるが、両親二人とも窃盗の常習者で、この両親に「どろぼう」となるべく育てられた子供が成長して窃盗を行ったとする。この場合、行為が性格に相当であるから、平野の決定論によれば責任は重くなるが、何ひとつ不自由なく幸福な家庭に育ってそれでも窃盗を行った者と比べたとき、責任がより重いといえるかどうかは疑問であろう。劣悪な環境に育ったことを責任を軽減する方向で考慮するためには、性格形成の場面における選択の可能性を考慮する必要があるが、そうだとすれば、非決定論の思考形式によらなければならないことになる。

このようにして、ここでの本質的な問題は、性格の法則性が自由を排除する方向で働くと考えるべきかどうかという点にあり、団藤説はこれを肯定し、平野説はこれを否定するのである。他方、事実としての性格の法則性を括弧にくくり、規範的前提ないし仮設としての可能性に基づき、非決定論的な非難を論じる方向性も探られることになる。[31]

さらに最近では、脳神経科学者による研究[32]に端を発した論争が日本でも強い関心を呼んでいる。[33] その研究とは、

人が意識的に行為遂行を決意することに先立って、すでに行為を決定する、脳から生じる神経過程のメカニズムが完了していることを実験的に明らかにしたものであり、そこから意思の自由は幻想である（「人は欲することを行っているのではなく、行っていることを欲しているにすぎない」）とする主張も生じてくるのである。そのような知見が、意思の自由（非決定論的な自由、さらには両立説の意味における自由）の不可能性、また、意思の自由を規範的前提ないし仮設として責任論を構想することの不可能性を証明するものであるかが争点となろう。

三　二一世紀に入ってからの日本刑法学

1　刑事立法の活性化と刑法学

二〇〇〇年代に入り、刑法学を取り巻く社会状況は大きく変化した。まずそれは、刑事立法の活性化として現れた。以前は、刑法の改正は稀にしか行われなかったが、今や相次いで法改正が行われ、新たな処罰規定の創設や、従前から犯罪とされてきた行為に対する刑の引上げが行われている。そこに現れているのは、犯罪抑止のためこれまで以上に刑罰を積極的に用いようとする犯罪化・重罰化の傾向である。[34] 戦後の刑法学は、団藤説であっても平野説であっても、人権保障の名の下に、「刑罰は使わなければ使わないほどよい。刑罰の使用が認められるのは、どうしても他の方法では法益保護を実現できないときだけに限られる」として、刑罰権発動の範囲を可能な限り狭くしようとする刑罰消極主義を基調としてきた。これに対し、現在では、より早い時点から刑罰権の介入を認めるという意味で、処罰の早期化の現象、実害が生じたときにはより重く厳しい刑罰を科そうとする重罰化の現象が強く見られる。[35] これらのトレンドは、戦後日本刑法学のパラダイムに向けた「挑戦」を含んでいるといえよう。

処罰の早期化の具体例を数例のみ挙げれば、たとえば、二〇〇一年の刑法一部改正により、クレジットカードを偽造するにあたり他人のカード情報を不正に入手する行為とその未遂も処罰されるようになった（刑法一六三条の四以下を参照）。また、二〇一一年の刑法一部改正により、コンピュータウイルス（不正指令電磁的記録）作成罪・提供罪や同取得罪・保管罪の処罰規定が追加された（刑法一六八条の二および一六八条の三を参照）。特別刑法の領域では、二〇〇三年に、他人の家の鍵を壊すことなく開くことができる道具（特殊開錠用具）を正当な理由なく所持・携帯する行為を処罰する法律ができた（「特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律」〔平成一五年六月四日法律第六五号〕）。さらに、組織犯罪対策として、重大犯罪の実行の共謀のみで処罰する共謀罪の処罰規定を設けようとする動きがあったが、これには反対論が強く、まだ法改正には至っていない。

重罰化の傾向も目立っている。一九九〇年代において、犯罪被害者の権利保護の必要性が強調されるに伴い、量刑に対する社会的関心が強まり、とりわけ人身犯罪に対する刑が軽すぎることが社会の側から強く批判されるという事態が生じた。このような社会の側からの批判は、まずは実務における量刑水準の上昇をもたらしたが、次いで、一連の刑法一部改正による重罰化と法定刑の引上げという結果となって現れた。とりわけ二〇〇四年と二〇〇五年の二度にわたる刑法一部改正により、現行刑法典の法定刑が全体としてかなり大幅に引き上げられた[36]。二〇一〇年には、刑事訴訟法一部改正により、人を死亡させた罪のうちでその法定刑に死刑が含まれる罪については（したがって、殺人罪〔刑法一九九条〕のみならず、強盗致死罪〔二四〇条〕についても）、公訴時効による訴追の制限が撤廃されるに至った[37]。

注目すべきことは、最近の量刑水準の上昇や法改正による法定刑の引上げは、必ずしも実態としての犯罪の増加や凶悪化を背景にもつことなく生じたということである。そのことが特に明白なのは、人身犯罪の代表である殺人罪においてであろう。戦後において殺人罪の認知件数の最高を記録したのは一九五四年であり、その後の五

〇年余りの間、長期的な減少傾向にあり、犯罪発生率にして三分の一ほどに減少し、二〇〇三年前後の刑法犯増加現象の影響もほとんど受けておらず、二〇〇九年には認知件数においても犯罪発生率においても戦後最低を記録している。それにもかかわらず、裁判所ではますます重罰が科されるようになり、それに対応して法定刑の引上げが行われたのであった。「国民の体感治安」といわれるものが、犯罪の実態に裏付けられたものか、マスメディアにより生み出された幻想にすぎないのか、その両方からなる複合物であるのかについては明らかでなく、専門的見地からする科学的な検討を要求している。(38)

立法を中心とする刑罰積極主義の傾向は、刑法学にいくつもの課題を投げかけている。まず第一に、それは刑罰の本質と機能についての根本的な反省を要求している。現在の重罰化傾向を進めているのは、犯罪によって害された具体的被害者の利益ないし報復感情の満足という私的なレベルの利益の考慮であるといえよう。しかし、刑法の存在理由は、社会秩序の維持ないし将来における犯罪予防という公的なレベルの利益の実現を目ざすところに求められるべきである。ここには、社会における一般的理解と、刑法学者の認識の間に明白な相違がある。刑法学研究者は、社会に向けてよりはっきりとわれわれの基本的考えを示す必要があろう。

ただ、ここにおいては、社会の説得を困難なものとしているいくつかの事情がある。まず、右のような刑法学の基本認識は、戦後の結果無価値論の広がりにより曖昧なものとされていることは否定できない。また、現在の刑罰積極主義は、第二次世界大戦後の刑法学説が、その一般化に寄与した、功利主義的な法益保護思想ときわめて整合的な傾向といえる。すなわち、それは刑法を一定の政策実現の手段として活用しようとする傾向にほかならないからである。現在、刑法は、あらゆる方向の政治的立場から、一定の保護目的達成のための道具として引き合いに出されるようになっているのである。(39) さらに、重罰化の社会的背景には、個人主義の思想が広がり、個人の自己責任が強調される時代になり、同時に、犯罪の原因を社会構造に結びつける考え方が説得力を失ったと

いうことがある（いわゆる「個人化」の傾向）[40]。以上のような意味で、刑罰積極主義の根は深く、社会の説得は容易ではないといわなければならない。

第二に、現在の傾向は、これまで一般に承認されてきた、刑事法に関する基本原則を根底から動揺させるインパクトをもっている。とりわけ、戦後の日本刑法学においては、前述のような平野龍一の主張の影響もあり、個人の行動が法益侵害性を有するときにのみ処罰が正当化されるとする法益保護原則ないし侵害原理（harm principle）[41]が基本原則として多数説により承認されるに至った。とりわけ、これに基づき、法と道徳・倫理とが分離され、純然たる価値判断の領域への国家権力の不介入が実現されるべきものと考えられたのである。ところが、最近の日本では、その法益侵害性が（いまだ）明らかではない行為を広く刑罰により抑止しようとする立法的傾向が目立っている。法益保護原則に替わる（または法益保護原則を補う）刑事立法のガイドライン、したがって刑罰法規の内容的合理性を検討するための判断の枠組みはいかなるものであるかを解明することが求められているのである[42]。

2　刑法学の変容

このように、いま刑法学は刑法の基礎に関わる根本的な再検討を迫られているといえるのであるが、他方で、一九九〇年代に入り、刑法学はかなり大きく変容するに至った。そのきっかけとなったのは、司法制度改革の一環として法曹人口を増加させることと、それに伴い、法曹養成制度を根本的に改革することが盛んな議論の対象となったという事情である。このような議論の中で、学説と実務の間にはギャップがあり、研究者は実務における問題解決に役立つような研究を行っていない、従来の法学部での研究と教育は「実務から離れた空虚な概念論」に終始している、そこでは実益の少ない理論研究に過多のエネルギーが費やされている、という厳しい批判

が展開された。

法律学研究者は、このような批判に対応して、実務への歩み寄りに努めてきたといえよう。二〇〇四年に法科大学院が創設されたが、学者と実務家とが協力する機会が増加し、学者が実務に関心をもち、学説と実務とが接近して問題関心を共有するという現象が急速に広がった。他方で、比較法への関心は確実に薄れた。日本の学説に大きな影響を与えてきたのはドイツの刑法学であるが、日本の刑法学は、ドイツ刑法学への依存の度合いを弱め、そのかわりに実務に注目するという傾向を強めている。

司法制度改革の一環として創設された法科大学院制度が、刑法学と実務との間に良好な関係を作り出す良いきっかけとなったことは、積極的に評価されてよいことである。しかし、他方において、この改革は、法律学全体に対してマイナス効果も生んだ。今の司法試験制度の下では、各法科大学院が司法試験合格者数を重視するため、おのずと現行法を大前提とした上でその技術的操作を教育する部分に力を注がざるをえず、学生もそれへの対応に精力を使い果たすという状況にある。そうした教育面での変化は、研究活動面にも少なからぬ影響を与えている。基礎法学は、実定法の教育に関心が集中した結果として、法科大学院においても、また法学部においても弱体化しているように思われる。また、刑法学をはじめとする実定法の分野においても、多くの教員は教育負担に追われて基礎的な研究を行う時間的なゆとりを奪われ、従来もっていた基礎研究的側面が全体として急速に弱まるという現象が生じている。(43)

3　刑法学の危機

このように、現在の日本刑法学は、実務への批判能力を弱め、また、実務上の問題の解決とは直接に関係しない、根本問題やグランドセオリーへの関心を薄めている。(44) 立法の活性化に伴い、まさに刑法の根本問題・グラン

ドセオリーについての学問的な深い研究が要請され、専門家として意見表明を求められているところで、日本の刑法学はその要請に対応できていない。

現在の刑罰積極主義は、一般市民の要求がメディアを通じて、あるいはよりダイレクトに政治や行政の機構に向けられ、それに応じることが政治や行政の課題とされるようになったという変化に基づくものである。このような変化は、「国家機構の民主化」という尺度からすれば、積極的に評価されるべきことであるが、政策決定の基礎とされるべき知見が極度に専門化・技術化している現代社会においては、ポピュリズムとも表現され[45]、「民主主義の過剰[46]」とも評される傾向に結びつくおそれをもっている。刑事政策分野での国家的意思決定が、専門的学識をもたない一般市民および一般知識人の意見により動かされるようになり、ややもすれば白か黒で割り切ろうとする二項対立的な思考様式が議論を支配する。専門家は、単純明快な結論を求める社会の側からの期待に応えられずに発言力・影響力を失うに至っている。

こうして、日本の刑法学は、いま危機的な状況にあるといえよう。刑法の基礎についての制約なき思考を研ぎ澄ますことを求められている時代に、実務に奉仕する実定法学に「成り下がり」つつある。このままでは、日本の刑法学は、社会への影響力をなくし、学問としてのアイデンティティを曖昧にし、外国の刑法学との生産的な関係を消滅させ、そして、いつか実務家の尊敬と信頼も失ってしまうことであろう。

四　おわりに——刑法学とは何か

最後に、ここまで述べてきたことを踏まえて、刑法学とはどのような学問であるべきかについて私の考えを述べたい[47]。

刑法学は、「人」と「社会」に関する学際科学の最たるものである。刑法学は、人についての人文科学や自然科学の色々な学問領域、社会についての隣接の社会科学の諸分野に学び、それらと手を携えてその知見を深めてきた。戦後の日本刑法学において盛んに議論された自由意思の問題がその適例である。人の意思決定と行為が因果法則により説明し尽くされるのか、それを超えるものであるのかは、特に哲学の分野で議論され、また自然科学の領域でも関心をもたれてきた問題であるが、刑法学においては、刑事責任の本質論、刑罰の目的と正当化根拠、量刑における応報的科刑と犯罪予防との関係等の根本的問題と密接に関連する重要問題として認識されてきたのであった。もし、そのような議論は実務に役立たない観念の遊戯であるとして、刑法学の研究対象から除外するとすれば、それは刑法学の自殺行為というほかはない。

今では不毛な議論であったともいわれる行為論についても同じことが妥当しよう。目的的行為論は、行為における目的、すなわち実現意思の重要性を強調し、実現意思が及んでいる部分のみが行為、すなわち違法評価の対象であり、したがって、過失行為における結果は行為の一部ではなく、違法要素でないと主張した。これはドラスティックな考え方で、違法評価の対象をあまりに限定しすぎるもののように見える。現に、目的的行為論は過失行為を説明できない、とする批判が加えられたのであった。

しかし、目的的行為論の主張は、人に規範、すなわち行動準則を向けるとき、その人が認識している事情を前提としてこれを与えないと無意味であるという洞察に基づいている。たとえば、目の前の人を熊だと信じてこれを撃とうとする人をその行為から遠ざけさせるために、「人を殺してはならない」という故意行為を禁止する規範を向けても無意味である。法もまた言語的コミュニケーションを用いた社会統制の手段である。その行為者には「人」という認識が欠けている以上、当の本人の認識する事情の下では「人を殺してはならない」というのは理解不能な命令でしかない。行為者の認識事情を前提に規範の内容を文章化するときは、そういう事情の下で拳

銃を撃つのであれば、周囲の状況や撃とうとする対象をよく確認しなければならない、といったものとなるであろう。こうして、過失（致死）行為を禁じるためには、故意の殺人行為を禁じるのとは別の規範が必要であり、その規範の内容は行為の行われる状況に従って具体的に記述されるほかはない。[48] 過失犯の規範は、状況ないしコンテクストに依存するものということができよう。行為者の実現意思が及んでいない限り違法評価の対象とはならないという目的的行為論の主張は、そのことを言おうとするものにほかならない。刑法が過失行為に対しこれを有効に規制するためには、このような故意行為と過失行為との違いを認識しないわけにはいかないのである。このような洞察をもたらしたことは、目的的行為論の不朽の功績といわなければならない。

ここで主張したいことは、「行為」や「自由意思」をめぐる議論が学問としての刑法学の本質的構成部分に属するということにほかならない。刑法学の目的は「刑法を理解する」ことにある。刑法を理解するとは、人を理解することであり、法の本質と機能を理解することであり、文化を理解することであり、社会を理解することである。もし実務に役立つ法解釈の在り方を探究するために刑法学を研究するという形で自己限定・自己制約を加えるとすれば、それは刑法学の救い難い矮小化を意味しよう。刑法学は、学際科学として「制約なき思考」を展開するとともに、「瞬間の積み重ねとは異なる『原理』、いかなる時代をも超えた『原理』を究明」[49] するものでなければならない。そうであってはじめて、刑法学は「時代的風潮に対して、対抗する理論」[50] を提示しうるものとなるのである。

（1）この点について、宮澤浩一「犯罪論体系の意義」中山研一ほか編『現代刑法講座・第一巻』（一九七七年、成文堂）一八九頁以下を参照。なお、戦後の刑法学の流れについては、すでに、井田良「犯罪論と刑事法学の歩み—戦後五〇年の回顧と展望」法学教室一七九号（一九九五年）一四頁以下（同『変革の時代における理論刑法学』〔二〇〇

七年、慶應義塾大学出版会〕四一頁以下）において論じたので、あわせて参照していただければ幸いである。ここでは、なるべく重複を避けることとしたい。

（2）大きな影響力をもった体系書として、団藤重光『刑法綱要総論』（初版・一九五七年、第三版・一九九〇年、創文社）がある。同様の基本的立場から書かれた教科書として、大塚仁『刑法概説（総論）』（初版・一九六三年、第四版・二〇〇八年、有斐閣）、福田平『刑法総論』（初版・一九六五年、第四版・二〇〇四年、有斐閣）が代表的である。また、高水準の学習書として、福田平=大塚仁『刑法の基礎知識（1）』（初版・一九六四年、新版・一九八二年、有斐閣）があった。

（3）たとえば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年、有斐閣）、同『刑法総論Ⅱ』（一九七五年、有斐閣）のほか、『刑法の基礎』（一九六六年、東京大学出版会）、『犯罪論の諸問題（上）』（一九八一年、有斐閣）、『刑法の機能的考察』（一九八四年、有斐閣）に収められた諸論文を参照。平野刑法学については、「特集・平野龍一先生の人と業績」ジュリスト一二八一号（二〇〇四年）が重要である。また、平野の方法論に関する研究としては、関哲夫『刑法解釈の研究』（二〇〇六年、成文堂）二〇七頁以下、中山研一『現代刑法学の課題』（一九七〇年、日本評論社）一〇六頁以下、同『刑法の基本思想〔増補版〕』（二〇〇三年、成文堂）一六二頁以下がある。筆者の個人的な経験については、井田良「刑法は何のためにあるのか」法学教室三三二号（二〇〇八年）五七頁を参照。

（4）第二次世界大戦前の旧派の代表的論者であった小野清一郎および佐伯千仞による「日本法理」の思想について、中山研一『佐伯・小野博士による「日本法理」の研究』（二〇一一年、成文堂）を参照。

（5）当時の（西）ドイツにおいては、これとは異なった動きが生じたことが興味深い。すなわち、そこでは、ナチス時代の悪法に対して無力であったことへの反省から、「自然法論のルネッサンス」と呼ばれる現象が生じ、正しい法とは何か、正しい価値判断とは何かという価値判断の内実を問う方向に議論が進んだ。法の倫理性・道徳性を高唱する風潮を生むとともに、立法、したがって刑法改正に関心を向けさせ、その結果として、一九六二年政府草案を生み出すこととなった。すなわち、日本は、国家刑罰権の形式的な枠づけの不十分さに反省の目を向け、法解釈の厳格性に関心を向けたのに対し、ドイツは、ナチス時代の悪法を食い止められなかった実質的正義への無関心（いいかえれば、法の倫理性への無関心）、したがって立法レベルに反省の目を向けたのであった。このような違いがどこから生

じたのかは興味のあるところである。

（6）団藤の法思想の根本を明らかにする著書として、『死刑廃止論・第六版』（二〇〇〇年、有斐閣）および『法学の基礎・第二版』（二〇〇七年、有斐閣）が重要である。なお、小粥太郎『日本の民法学』（二〇一一年、日本評論社）一三頁は、団藤学説が影響力を持ったのは、何より新旧両派の刑法理論を総合するものであったところに起因すると見るようである。

（7）たとえば、井田良「ロクシン―犯罪論の新時代を切り開いた独創的理論家―」法学教室一三五号（一九九一年）六〇頁以下を参照。

（8）平野の解釈論が、しばしば巧みなレトリック、強引にも見える単純化・図式化によって特徴づけられるものであったことは否定できないが、「トリックスター」とか「世間の関心を集める技術」といった形容（小粥『日本の民法学』〔前掲注（6）〕一五頁、一七頁）に対しては、私個人は慎重であらざるをえない。

（9）宮澤「犯罪論体系の意義」（前掲注（1））一九二頁、二〇五頁、二〇七頁以下を参照。

（10）研究の集大成として、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（一九五三年、有斐閣）がある。

（11）団藤『刑法綱要総論・第三版』（前掲注（2））九七頁以下、一一八頁以下、一三二頁以下、一三九頁以下などを参照。

（12）団藤『刑法綱要総論・第三版』（前掲注（2））一四六頁以下、一五四頁以下、一六一頁以下、一六五頁以下、一七三頁以下、二九八頁以下、三五三頁以下、三七六頁以下、四三五頁以下などを参照。

（13）「実行」の概念は、現行刑法典におけるキーワードである。すなわち、旧刑法と比較するとき、現行刑法典の大きな特色としては、それが未遂と正犯の概念規定のために新たに「実行」という用語を用いるに至ったことなのである。未遂について見ると、とりわけ一八一〇年のフランス刑法典が実行の着手ないし実行の開始（commencement d'exécution）という、比較的明確な概念により処罰の限界を画するに至ったことが画期的であり（この点について詳しくは、末道康之『フランス刑法における未遂犯論』〔一九九八年、成文堂〕を参照）、これはヨーロッパの各刑法に受け入れられ、ドイツの一八七一年刑法典でも Anfang der Ausführung という訳語で条文化された。このような形で原則的に実行の着手以降だけを原則的な処罰の対象とすることは、近代刑法の特色の一つとされるに至った。こ

れに対し、日本では、それが名詞として概念化されるべき重要な概念であるとの認識はなかなか広まらなかった。旧刑法では、「罪ヲ犯サントシテ已に其事ヲ行フト雖モ……」というように、名詞ではなく、動詞として訳し下していた（一一一条以下を参照）。さらに、旧刑法下、明治二〇年頃には、「執行の開端」という生硬な訳語も試みられた。現行刑法に至ってこれが「実行の着手」という訳語として定着したのである。そして、注目すべきことは、現行刑法典が、同時に、六〇条以下において、この「実行」という同じ概念を、共犯と区別して正犯を特徴づけるためにも用いていることである。「実行」概念の導入により、ヨーロッパ近代刑法と同じ土俵に立ち、これを正犯概念のメルクマールとすることにより、構成要件概念を中核とするドイツ流の解釈論を導入する地盤ができたということを意味する。

（14）ドイツでは、判例実務が、一九世紀から、主観的色彩の強い未遂論と共犯論を採用してきたが、これは戦後の西ドイツの学説によってもただちに修正されなかった。また、今日まで、重罪に関しては教唆未遂・幇助未遂が一般的に可罰的とされてきた（その限りで、共犯独立性説の結論が採られていることになる）。戦後の西ドイツの学説が、戦前の学説の主流であった客観的未遂論を採らず、主観的未遂論を支持したことについては、Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme, Band II, 2009, S. 285 ff.が興味深い。

（15）この点につき、井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五年、成文堂）六二頁以下を参照。そのことがドイツにおける客観的帰属論のライトモチーフであったことについては、この学説の主唱者自身が強調するところである。Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, S. 371 ff.

（16）目的的行為論に対し批判的な立場からその哲学的基礎について論じたものとして、内藤謙『刑法理論の史的展開』（二〇〇七年、有斐閣）二頁以下がある。私の見解については、井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』（一九九五年、成文堂）二頁以下を参照。

（17）ハンス・ヴェルツェル（福田平・大塚仁訳）『目的行為論序説―刑法体系の新様相』（再版・一九六五年、有斐閣）の「第四版への序文」は日本でも注目されたが、それをいま読めば、当時の議論の雰囲気がうかがわれよう。

（18）平野『刑法総論Ⅰ』（前掲注（3））一〇五頁。

（19）代表的な主張として、米田泰邦『行為論と刑法理論』（一九八六年、成文堂）一三一頁、一四八頁、二三四頁、

前田雅英『刑法総論講義［第五版］』（二〇一一年、東京大学出版会）一〇七頁などがある。

(20) Armin Kaufmann, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht (1962), in: ders., Strafrecht zwischen Sein und Wert, 1982, S. 21 ff.; ders., Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht (1974), in: ders., Strafrecht zwischen Sein und Wert, S. 151 ff.; Klaus Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?, 1973 を参照。

(21) 結果無価値論の立場から論争を総括したものとして、内藤『刑法理論の史的展開』（前掲注(16)）一六九頁以下、一八九頁以下、五九〇頁以下が詳細である。なお、この論争を背景として、さらに不能犯（したがって、未遂犯の処罰根拠）をめぐる議論が展開された。この議論のすぐれた概観と総括を提供する最近の論稿として、佐藤拓磨「不能犯」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』（二〇一一年、成文堂）三三頁以下がある。

(22) 団藤『刑法綱要総論・第三版』（前掲注(2)）一三四頁以下を参照。

(23) 木村亀二『刑法総論』（初版・一九五九年、増補版・一九七八年、有斐閣）、同『犯罪論の新構造』（一九六六年および一九六八年、有斐閣）等。

(24) この点につき、Armin Kaufmann, Die Aufgabe des Strafrechts (1982), in: ders., Strafrecht zwischen Sein und Wert, 1982, S. 275; ders., Hans Welzel zum Gedenken (1981), in: ders., Strafrecht zwischen Sein und Wert, S. 287 を参照。

(25) 井田良『講義刑法学・総論』（二〇〇八年、有斐閣）七七頁以下を参照。

(26) たとえば、そのことは、未遂犯と不能犯の区別をめぐる具体的危険説の処罰範囲の広さ・判断基準の曖昧さに現れている。この点について、佐藤「不能犯」（前掲注(21)）三六頁以下の批判を参照。

(27) 最近でも、松原芳博「〔外国文献紹介〕グレコ『不法と責任の区別を相対化する近時の見解に対する批判』」早稲田法学八六巻二号（二〇一一年）四二七頁は、行為無価値論の立場に基づく違法性と有責性の区別の可能性に対し、強い批判を向けている。私見は、井田『講義刑法学・総論』（前掲注(25)）二三一頁以下において示した。

(28) 団藤『刑法綱要総論・第三版』（前掲注(2)）三四頁以下、二五八頁以下を参照。

(29) 平野『刑法の基礎』（前掲注(3)）に収録された諸論文を参照。

(30) 森村進「責任論における『自由意志』問題」上原行雄=長尾龍一編『自由と規範—法哲学の現代的展開』（一九八五年、東京大学出版会）五四頁を参照。このような問題に対処するため、団藤重光は、犯罪行為に対する行為責任に

加えて、行為の原因となった人格の主体的な形成に対しても責任を問おうとする人格（形成）責任論を主張した。団藤『刑法綱要総論・第三版』（前掲注(2)）三八頁以下、二五八頁以下、二六九頁を参照。詳しい研究として、大谷實『人格責任論の研究』（一九七二年、慶應通信）がある。しかしながら、人格形成の過程における責任の有無・程度を確定することは困難であり、また、責任非難の対象を、個別の犯罪行為という枠を越えて、無数の（構成要件に記述されていない）人格形成行為にまで拡大することは罪刑法定主義の原則と矛盾することなどから、人格責任論は現在では支持者を失っている。

(31) 井田『講義刑法学・総論』（前掲注(25)）三五八頁以下を参照。

(32) ベンジャミン・リベット（下條信輔訳）『マインドタイム―脳と意識の時間』（二〇〇五年、岩波書店）。

(33) 参考文献として、小坂井敏晶『責任という虚構』（二〇〇八年、東京大学出版会）二二頁以下、一四〇頁以下、同『人が人を裁くということ』（二〇一一年、岩波書店）一四四頁以下、島田美小妃「自由意思論と神経科学―脳についての神経生物学的知見を契機として―」大学院研究年報（中央大学）三八号（二〇〇九年）二二五頁以下、野村貴光「刑法における自由意思と責任―ビルクマイヤーの懸念は再燃するか―」法学新報一一七巻七・八号（二〇一一年）七三五頁以下、増田豊『規範論による責任刑法の再構築―認識論的自由意志論と批判的責任論』（二〇〇九年、勁草書房）三九七頁～六〇〇頁などがある。

(34) 詳しくは、井田『変革の時代における理論刑法学』（前掲注(1)）二頁以下、一一頁以下、二〇九頁以下、亀井源太郎『刑事立法と刑事法学』（二〇一〇年、弘文堂）三頁以下などを参照。雑誌における特集記事として、「最近の刑事立法の動きとその評価―刑事実体法を中心に―」法律時報七五巻二号（二〇〇三年）、「刑事規制の変容と刑事法学の課題―最近の刑事立法を素材として―」刑法雑誌四三巻一号（二〇〇三年）、「刑事立法の新動向と実体刑法の在り方」刑法雑誌四三巻二号（二〇〇四年）、「立法学の新展開」ジュリスト一三六九号（二〇〇八年）、「自由と安全と刑法」刑法雑誌四八巻二号（二〇〇九年）、「現代社会と刑事法の動向」犯罪と非行一六〇号（二〇〇九年）等がある。批判的見地から書かれた単行書として、内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』（二〇〇八年、日本評論社）、生田勝義『人間の安全と刑法』（二〇一〇年、法律文化社）などがある。

(35) このような刑罰積極主義の傾向は、日本特有の現象ではなく、ヨーロッパ諸国においても見られる現象である。

ドイツの状況については、たとえば、Eric Hilgendorf, Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts 1975–2005, in: E. Hilgendorf/Jürgen Weitzel, Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 191 ff.を参照。そこで指摘されている傾向およびその社会的背景（とりわけ、国際化、マスメディアによる犯罪報道、専門家の影響力喪失、回顧的な犯罪処罰と展望的な犯罪予防の区別の曖昧化、政治におけるポピュリズム傾向等）の多くは、日本においてもそのまま見られるものにほかならない。また、Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl. 2011, S. 276 ff.も参照。

(36) これらの改正の理由については、たとえば、久木元伸=島戸純=谷滋行「『刑法等の一部を改正する法律』について」法曹時報五七巻一一号（二〇〇五年）二三頁以下、佐藤弘規「刑法の一部を改正する法律」ジュリスト一二八五号（二〇〇五年）三三頁以下、島戸純「『刑法等の一部を改正する法律』について」刑事法ジャーナル一号（二〇〇五年）七七頁以下、髙﨑秀雄「凶悪・重大犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱（骨子）」ジュリスト一二七六号（二〇〇四年）四六頁以下、保坂直樹=島戸純「刑法等の一部を改正する法律」ジュリスト一二九八号（二〇〇五年）七七頁以下、松本裕=佐藤弘規「刑法等の一部を改正する法律について」法曹時報五七巻四号（二〇〇五年）三一頁以下などを参照。特に二〇〇四年改正に対し批判的見解を明らかにしたものとして、中山研一『二一世紀の刑事立法と刑事裁判』（二〇〇九年、成文堂）がある。

(37) この改正について、大澤裕「人を死亡させる罪の公訴時効の改正」ジュリスト一四〇四号（二〇一〇年）五二頁以下、小池信太郎「人を死亡させた罪の公訴時効の廃止・延長と遡及処罰禁止の妥当範囲」刑事法ジャーナル二六号（二〇一〇年）二五頁以下、原田和往「公訴時効制度見直し論の今後」刑事法ジャーナル二六号（二〇一〇年）一九頁以下。吉田雅之「『刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律』の概要」ジュリスト一四〇四号（二〇一〇年）四四頁以下などを参照。

(38) 最近二〇年間の犯罪動向をみるとき、やはり経済不況・雇用状況の悪化が基本的な犯罪要因であったという仮説が成り立つといえよう。それを中和できるほどには人々の規範意識は強固ではないが、しかし殺人を増加させるほどに規範意識が低下しているわけでもないことが示されたといいうるのである。この点について、井田良「平成二二年版犯罪白書を読んで」罪と罰四八巻一号（二〇一〇年）六頁以下を参照。

(39) 現在では、左派思想の立場からも、たとえば少数者（弱者）の権利保護のために国家権力の発動が求められる。刑罰積極主義は、イデオロギーの違いを超えて支持される傾向をもつのである。ちなみに、ドイツの学説の中には、戦後刑法学において支配的であった、功利主義的な刑法の理解、すなわち、犯罪予防目的実現に奉仕する社会統制の手段としての刑法の理解こそが、刑法を「政治の道具」として利用されることに道を開き、現在のような状況をもたらしたとし、肥大化した刑法の部分的廃止を説くものがある。すなわち、大幅な非犯罪化を行って、刑法を用いる範囲を刑事刑法の古典的・中核的領域に限定すべきだとするのである。しかしながら、このような主張にまで至ると、法と社会の現実から離れすぎるものとなり、かえって刑法学が社会に対する影響力を喪失しかねない。井田良「ドイツ刑法の現状と比較刑法研究の今日的意義」ジュリスト一三四八号（二〇〇八年）一七八頁を参照。

(40) 「今日、人々は、自分がおかれている境遇を社会構造と結びつけて考えることにリアリティをもてないでいる」のである。高谷幸「第三の道」佐伯啓思=柴山桂太編『現代社会論のキーワード』（二〇〇九年、ナカニシヤ出版）四六頁。「個人化」に関する文献として、ウルリヒ・ベック（東廉=伊藤美登里訳）『危険社会―新しい近代への道』（一九九八年、法政大学出版会）、ウルリッヒ・ベック=鈴木宗徳=伊藤美登里編『リスク化する日本社会―ウルリッヒ・ベックとの対話』（二〇一一年、岩波書店）、ジークムント・バウマン（森田典正訳）『リキッド・モダニティ―液状化する社会』（二〇〇一年、大月書店）、同（澤井敦=菅野博史=鈴木智之訳）『個人化社会』（二〇〇八年、青弓社）などがある。

(41) ジョン・スチュアート・ミル（John Stuart Mill）の侵害原理とその裏腹の関係にある自己実現の理念については、Axel Honneth, Das Recht der Freiheit, 2011, S. 75 f.を参照。

(42) 井田『講義刑法学・総論』（前掲注(25)）二三頁以下は、このような問題意識に立脚し、憲法・行政法の領域において、公権力の行使により人々の自由や権利を制約する際に従わなければならない原則とされている比例原則に注目し、これを刑事立法の規制のためにより有効に用いるべきことを提案している。

(43) 以上の点につき、日本学術会議・法学委員会・法学の展望分科会『報告・法学分野の展望』（二〇一〇年四月五日）を参照（http://www.scj.go.jp/ja/member/iinkai/tenbou/teigen.html からダウンロード可能）。とりわけ比較法の教育と研究を念頭に置いたものであるが、五十嵐清『比較法ハンドブック』（二〇一〇年、勁草書房）八三頁も参

照。

(44) 現在盛んな議論の対象となっている論点は、いずれも判例や実務の動きに触発されたものであるといえよう。たとえば、因果関係、正当防衛、過失犯、量刑、詐欺罪をめぐる議論などがそれである。

(45) ポピュリズムをめぐる多面的な検討として、吉田徹『ポピュリズムを考える—民主主義への再入門』（二〇一一年、ＮＨＫ出版）がある。

(46) Hilgendorf, Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts（前掲注(35)）S. 214.

(47) 以下に述べるところは、すでに、井田『変革の時代における理論刑法学』（前掲注(1)）一〇四頁以下において論じたところである。

(48) Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 114, 120, 140 を参照。

(49) 宮澤浩一編『外国刑事法文献集成Ｉゲリヒツザール』（一九七六年、成文堂）ii 頁。

(50) 宮澤「犯罪論体系の意義」（前掲注(1)）二一〇頁。