

新しい時代の刑事制裁と刑事法理論についての試論

上田正和

I	はじめに	82
II	現在の刑事制裁と刑事立法の時代	82
III	リスク時代の刑事法理論と法益侵害論——刑事制裁に期待される役割	85
IV	刑事法の研究と法科大学院教育	89
V	おわりに	92

I はじめに

刑事制裁のあり方や刑事法理論について、昨今、様々な議論がなされている。刑事法の研究者や実務法曹による専門的な議論だけではない。評論家や各種のマスコミ、そして広くは一般国民も、刑事処罰の議論（というよりも「犯罪と処罰に関する話題」という表現が適切であろう。）に加わろうとする。平成21年5月に開始された裁判員制度だけがその理由ではない。現代の高度の情報化社会における各種のマスコミ報道やテレビのワイドショー等による（やや無責任かつ不正確な、そしてセンセーショナルに誇張される傾向のある）活発な事件報道が、犯罪者に対する厳しい制裁と犯罪からの国民各自の自己防衛、そして犯罪防止と安全で安心な社会の実現に、国民の目や関心を向けさせている。刑事法や刑事制裁に関する議論は、その内容や質の違いはあるとはいえ、現実には、もはや専門家だけのものではなくなっているが、国民に対して正しい情報提供がなされることを前提にすれば、刑事法や刑事制裁に関する諸問題は国民が共有すべきものであることは否定できない。刑事法は決して法律専門家だけのものではないのである。

本稿は、以上のような状況を踏まえながら、現代社会における刑事制裁と刑事法理論について、（無責任ではあるが）私の極めて雑駁な個人的な考えを簡単に述べてみようとするものである。「試論」というにも値しないであろうが、弁護士として約20年間にわたって刑事事件を含む法実務に携わり、法科大学院において約10年間にわたって刑事法の研究教育活動を行ってきた者による正に雑感である。

II 現在の刑事制裁と刑事立法の時代

1 まず、前提として確認し意識しておくべきことは、法律学は、実社会の中で機能する法という規範ないし制度（ルール）を研究対象とするので、本来的に実践学であるということである。基礎法学や比較法研究は、実践学である法律学の基礎を支える土台である。議論を行うための基礎体力はいかなる分野においても重要な要素であり、法律学の基礎研究についても軽視することはできない。

本稿で取り上げる刑事法も法律学の一分野であるので、実社会において犯罪論や刑事制裁が現実にとどのように実践され機能し役立っているのか（あるいは機能不全で役立っていないのか）を常に検証することが求められる。実践学である以上、現実から

目を背けることはできない。そして、現実の法運用をただ批判すればよいというものではない。現実に行われている法の解釈や適用が相当程度に積み重ねられているということは、一定の合理的な理由や根拠があるはずである。ところが、これまでの刑事法とりわけ実体刑法学の研究においては、本質論や性質論、(美しさを目指した)体系論や論理的な一貫性という観念的な議論が非常に重視されてきた。私は、本質論や体系論の意義を決して否定するものではない。むしろ、裁判員に対して法律論を短期間内に理解してもらうためには、ある程度の本質論や体系論は有益であると考えている⁽¹⁾。ただ、本質論や体系論や論理的な一貫性という観念的な議論の過度の強調や自己目的化が、刑事法の「研究」と刑事「実務」の間の障壁の大きな原因になってきたことは否めない⁽²⁾。

そして、実践学である法律学の一分野である刑事法は、科学技術の著しい進展や高度の情報化社会、これらに伴う人々の行動様式や価値観の大きな変化という社会状況の現実から目をそらすことは許されず、刑事制裁の予告や刑事処罰の実践が現実の社会に対してどのような効果をもたらしているのか、国民はそれをどのように受け止めているのか、を現実的かつ具体的に検証し分析していくことが求められる。刑事制裁の効果が他の法効果よりも強力であるのなら、その必要性はより高くなる。刑事法を実社会の現実や国民意識から宙に浮いたものにする、刑事法の抽象性の高い議論を崇高なものとして取扱ひ孤高を保とうとすることは、(言い過ぎかもしれないが)理論の自己満足に過ぎず、学問的趣味の領域となってしまうであろう。

現代社会における科学技術の著しい進展と成果は我々の日常生活を豊かにして活力あるものにしたが、その反面(負の側面)として、不特定多数人の生命や身体や財産に重大な(そして回復困難な)侵害が容易に生じうる状況をもたらした。つまり、多種多様な危険が我々の日常生活の中の様々な場面に潜んでいるのである⁽³⁾。また、イン

(1) 山口厚他「裁判員裁判と刑法解釈の在り方[座談会]」ジュリスト1417号(2011年)128頁〔橋爪隆発言〕は、「裁判員の方々に対して法令解釈の説明をするときには、単に結論を示すだけではなくて、正当防衛とはこういった概念であるとか、故意責任の本質はこのようなものだというように、本質論・根拠論がある程度、裁判員の方にも伝えるべき……判例の事案とやや異なった事実関係が問題になる場合があり得るため、判例理論の背景にある本質論に遡った議論をする必要もある」とするが、賛成である。

(2) 刑事実体法における学説と実務のギャップを学説(刑事法研究者)の側から論じるものとして、井田良「刑事実体法分野における実務と学説」法律時報79巻1号(2007年)43頁以下。

(3) ドイツの社会学者であるBeck(ベック)が主張したRisikogesellschaft(危険社会)の考え方がある。これに対して、社会学者Luhmann(ルーマン)は、自己の決定や行為とは無関係に生じる望ましくない事象である危険(Gefahr)と自己の決定や行為から生じるがその帰結が不確実な事象であるリスク(Risiko)の区別を主張する。後者の主張は、将来発生する事象に対する視点

ターネットを初めとする効果的な通信手段・表現手段の発達は、国民が保護の必要性を抱く領域に変化をもたらした。生命や身体や財産等の源でもある自己決定や個人情報という利益の重要性は、今日ではもはや否定できない。これらに照らすと、刑事制裁（という強烈な手段）を利用してでも国民が国家に保護を期待する領域は拡大の方向に変化せざるを得ないのであり、（学問上・理論的にはこれに否定的な見解が有力に主張されてはいるが）それが正に現実のものとなっている（刑事処罰の早期化と拡大化、そして重罰化という現象である。）⁽⁴⁾。

2 このような状況を受けて、刑事制裁という強烈なサンクションの効果的で積極的な利用（活用）の可能性を開くための刑事実体法の条文（犯罪行為を定めた構成要件）の解釈適用における実質的な柔軟さ、さらには、既存の条文による対応が困難な場合には新規の刑事立法の制定という作業を必要に応じて（躊躇うことなく）実践することになる。これが（かつての「ピラミッドのように沈黙」とは様相を大きく異にする）いわゆる「刑事立法の時代」といわれる状況であるが⁽⁵⁾、刑事法研究者においては、かかる状況に批判的な見解が少なくない⁽⁶⁾。つまり、刑事法（特に実体刑法）が立法批判的機能を発揮するところに刑事法の存在と刑事法の研究価値を見出すという姿勢の堅持を主張するのである。

また、刑事処罰は峻厳な制裁であるので刑事処罰は可能な限り謙抑的に用いられる最終手段（ultima ratio）であるという刑事法における伝統的な議論は、決して誤っているわけではないが、過度の自己抑制を是とする理解やその運用の仕方によっては、刑事法が孤高を保ち実社会から閉じ籠ろうとすることにもつながり、実践学としての刑事法の役割という点では、現実の社会や国民からの期待に答えていない（むしろ、

（視座）を問題にしようとする。

我が国における具体的な事例としては、薬害エイズ事件やホテルやデパートにおける大規模火災事件等をあげることができる。

(4) リスク社会と刑事制裁について検討を行うものの例として、金尚均『危険社会と刑法』（2001年）、小田直樹『危険社会』法学教室264号（2002年）65頁以下、松原芳博『リスク社会と刑事法』法哲学年報2009（2010年）78頁以下、島田聡一郎他「特集・リスク社会と犯罪理論」刑事法ジャーナル33号（2012年）4頁以下。

(5) 井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法律時報75巻2号（2003年）4頁以下、佐伯仁志「新時代の刑法学」法学教室361号（2010年）23頁以下。

最近の刑事立法を多角的に検証するものとして、松宮孝明他「[特集]現代刑法改正の検証」法学セミナー722号（2015年）11頁以下。

(6) 松原・前掲(4)、浅田和茂『『新時代の刑事法』管見』高橋則夫他編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集[上巻]』（2014年）1頁以下。

見放されてしまう。)ということにもなりかねないであろう。

III リスク時代の刑事法理論と法益侵害論——刑事制裁に期待される役割

1 刑事法の研究が立法批判的機能を果たすことは必要であり大切なことである。ただ、現在主張されている刑事制裁謙抑論を大まかに現せば「○○○○○という利益は曖昧で不明確なものであるから刑事法によって保護する利益には当たらない。」「△△△△△の段階で刑事処罰の対象とするのは国民の行動の自由に対する大きな制約である。」等というものであるが⁽⁷⁾、これらの主張が現代社会における現実の国民の生活や意識を十分に汲み取っているといえるのかについては疑問があり、実証性のない空虚な理念に過ぎないように感じられる。

科学技術が格段に進歩し国民の生活は著しく便利になり活気のあるものとなった。それに伴い人々の生活や行動様式は大きく変化したが、その反面、かつては考えることがなかった(考えたり心配する必要がなかった)利益が新たに生まれ、さらには、国民にとって新たな侵害や危険を感じざるを得ない場面が生じている。被侵害利益の誕生と形成や、これを生み出す原因ともなる新たな攻撃手段の発生と形成である。これらに対して、刑事法は、主に特別刑罰法規による規制によって対応してきた⁽⁸⁾。一般の国民にとって比較的身近なものとしては、ストーカー規制法やDV法があり、また、不正アクセス禁止法やピッキング禁止法がある。さらには、経済犯罪や環境犯罪という法分野が既に確立している。これらによる刑事処罰がなぜ必要とされ実社会においてそれなりに機能しているのかを、1つ1つの事件の内容や背景を含めて検証し分析することが必要である。刑事法の保護法益は決して抽象的な存在や理論や言葉の世界ではない。法益の明確性や刑事処罰の謙抑性のみが実践学である刑事法のあるべき姿であると決め付けてはいけない。

2 刑事制裁という国家的制度を、今日、犯罪行為に対する応報のみで説明することはできない。刑事制裁は、犯罪行為をなくして(減少させて)国民が安全に生活できる社会の実現のために用いられる(強力な)「道具(手段)」の1つであって、それ自

(7) 松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号(2008年)64頁以下、浅田・前掲(6)10頁。

(8) 基本法である刑法典は法務省が所管するが、その改正となると様々な政治的思惑が影響を与えるのに対して、特別刑罰法規(特別刑法)は関係する省庁が所管しさらには議員立法もあるので、法律の制定(新たな処罰規定)の際の障害は高くはないといわれている。

体が絶対的な存在ではない。すなわち、刑事処罰は本来的に目的的なものである。ここでは、具体的な犯罪行為に対する刑罰権の現実の発動（被告人〇〇〇〇に懲役△△年の刑を科す（さらには、それを執行する）、という現実）を通して、一般人に対して（強烈な）「行為規範」を提示し、(将来の) 犯罪の予防を図ることが目指されている⁽⁹⁾。刑罰権の現実の発動に至らなくても、犯罪行為とそれに対する刑事制裁の予告を事前に行うことによって、将来の犯罪の予防を図ることができる。いずれにしても、刑事制裁は犯罪行為に出ることを思いとどまらせる「行為規範」として機能する。このことは、刑法についての専門的知識を有していない一般国民も理解し納得するところであろう。

もともと、我が国の刑罰法規を見ると、基本法である刑法典が規定する犯罪行為の要件は極めて簡潔かつ包括的であり⁽¹⁰⁾、特別刑罰法規を見ても、犯罪行為の要件があまりにも技術的であったり逆に曖昧なものが少なくない⁽¹¹⁾。従って、裁判所が具体的な事件の解決を通して行う公権的な法解釈が国民にとっての具体的な「行為規範」を形成し、それを国民に対して提示する、という役割とその効果は大きい。さらに当事者主義を採用する刑事訴訟手続を考えると、刑事裁判という俎上に載せるための検察官による訴追裁量のあり方も重要な問題である。検察官の訴追裁量に一定の政策的要素が備わっていることは否定できない。これまでの我が国の刑事司法においては、刑事手続とりわけ起訴して裁判所の判断を仰ぐということについては、過剰なまでに消極的に運用されてきた。起訴されれば99パーセント超が有罪とされてきたことや、そもそも起訴されること（さらには、その前提として捜査活動の対象となること）による社会的影響（刑事司法の対象とされることによるマイナス効果）という事情があるので、速やかな変化は難しいであろうが、特別刑罰法規による新しい犯罪現象への対応が現に問題となっている場面、例えば経済犯罪や環境犯罪においては、法の規定内容

(9) 高橋則夫『刑法総論[第2版]』（2013年）11頁は、「刑法は、事前に、たとえば『人を殺すな』という行為要請としての規範を提示することによって、法益を保護するものなのであり、行為者はその行為によってその規範を侵害するという点に犯罪性（違法性）の中心的要素が認められなければならない。」とする。

(10) 現行刑法は1871年のドイツ刑法を模範にして制定されたが、裁判官の裁量を広く認めて刑事政策的考慮を認めようとする近代学派（新派）の影響をも受けて制定されており、裁判官による解釈と適用に委ねるところが大きい条文構造になっている。

(11) 経済犯罪の代表例であるインサイダー取引の構成要件におけるあまりにも詳細で技術的な内容（金融商品取引法166条等）や環境犯罪の代表例である不法投棄罪の構成要件（廃棄物の処理及び清掃に関する法律16条「何人も、みだりに廃棄物を棄ててはならない。」）の曖昧さである。そこから一般国民が具体的な行為規範（禁止規範）を直ちに読み取ることは困難である。

が不明確なことが少なくないが、裁判所による判断、従って公権的な法解釈が積み重ねられることは、法による行動ルールの現実的な形成と国民に対する提示であり、1人1人の国民が主役である成熟した自由主義社会にとっては重要な役割を果たすであろう。

3 刑事制裁の根拠や内容、処罰すべき行為の適切な選別を研究対象とする刑法理論(犯罪論)に関して、「犯罪行為」や「行為規範」を重視することに否定的な考え方がある。「行為」や「行為規範」を重視することは曖昧ないし空虚な価値を守ろうとするものであって過剰な刑事制裁につながる、という主張であり(曖昧な倫理規範の保持につながるという問題点も指摘されてきた。)、むしろ刑法理論(犯罪論)においては「結果」(法益の侵害)を重視すべきであるとする(侵害原理の強調)。

もっとも、曖昧ないし空虚な価値であるのかは、現実の社会における具体的な国民生活や国民意識に基づいて判断されるべきものである。科学技術の進展や人々の行動様式や価値観の変化に目を向ければ、刑事制裁の発動によって一定の利益を損なう行為に出ることを思いとどまらせるべき場面が増えていることは否定できない。危険犯(抽象的危険犯)という犯罪類型は伝統的に承認されてきたが、その範囲を厳格に制限することは困難であろう。現実の社会において守られるべき利益や価値は何かを具体的に探究し、それを踏まえて刑事制裁の予告という(強烈な)「行為規範」を提示することによって、危険の発生を未然に防止することが可能となり、これによって国民が安全に生活できる社会を実現していくことができる。刑事法の研究に携わる者は守られるべき利益や価値の実質を検証し適切な「行為規範」を解明すること、刑事実務に携わる者は具体的な事案の解決における正しい事実認定と法の解釈適用を通して適切な「行為規範」の具体化と肉付けを行うこと、がそれぞれ期待されているのである。

4 そして、刑法理論(犯罪論)の骨格である違法性を「行為(Handlung)」中心に理解するのか、「結果(Erfolg)」中心に理解するのか、という刑法学における伝統的な問題に関していえば、「結果」(守られるべき利益や価値)の内容や実質そして限界が現実的には非常に流動化している現在、「行為」か「結果」か(行為無価値論か結果無価値論か)という対立は相対化しているといえるであろう⁽¹²⁾。「(危険の発生を孕んだ)

(12) 違法性論において結果無価値論に立ちながらも、前田雅英『刑法総論講義 [第5版]』(2011年)42頁以下は、「いかなる法益のどの程度の侵害を刑法上違法と解するかは、やはり、国民の規範的評価によって決定される。」「問題は、『現在の国民がどこまでの行為を処罰すべきと考えるか』

ルール違反の行為」自体が（見方によれば）1つの（広い意味では）「結果」であるということもできる。このように「結果」の外延を明確に画することが事実上困難であるとすれば、多種多様な「結果」（守られるべき利益や価値）を「行為規範」に反映させ吸収させるような理論構成が、国民が安全に生活できる社会を実現するという刑事制裁の目的のためには望ましいと考えることはできないであろうか。一元的な行為無価値論は我が国では支持されていないが、「行為」という概念の理解の仕方の問題ではないだろうか。法益（論）のみによって刑法上の様々な問題に解決を与えて処罰範囲を限界付けようとするのは、今日ではもはや困難であるように思われる。

5 現代社会において、国民にとって是非とも守ってほしい（国家に対して保護を期待する）利益は何であり、それぞれの利益の重要性やそれらの利益に対する侵害の可能性を実証的に分析し、利益としての重要性や、それが危険に晒されたときの影響（具体的に想定される侵害の重大性と拡がり等）に鑑みて、危険や侵害の発生を防止するために「刑事制裁が登場する可能性」を承認すること（「刑事制裁の守備範囲の拡大」ともいえる。）は、許容されてよいのではなかろうか。

現実の社会とそこにおける国民生活や国民意識を踏まえて刑事制裁の活用可能性を積極的に論じようとするのは、刑事制裁について相当程度的手段性と政策性を承認することになるが、ここにおける政策性は、裸の政策論（単なる好みや価値観）ではなく、現実の社会の中に存在する様々な危険とそれに立ち向かう刑事制裁の実践と効果を十分に踏まえた実証的なものでなければならない。その限りにおいて、「刑法は刑事政策が越えられない柵である」という考え方（ドイツの刑法学者 Liszt（リスト）の主張）といえども金科玉条のものではなく柔軟に考える余地がある⁽¹³⁾。つまり、時代や社会状況が変化すれば、過去の（伝統的な）理論や考え方についても柔軟に変容を承認していく寛容さが必要であると思う。

にある。国民の道徳意識、規範意識を媒介しなければ、刑罰による犯罪防止目的は達成し得ない。また、社会内に存在する倫理規範による犯罪防止機能は軽視し得ない。」とする。

(13) 刑事立法の時代における理論刑法学の役割を論じるものとして、高橋則夫他『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（2014年）296頁以下。高橋則夫は、「刑事立法の活性化においては、『刑事政策の刑法に対する優位性』ともいべき現象が看取され、リストとは真逆に、『刑法は刑事政策を推進する道具』に変容しているように思われる。」（296頁）と述べている。

私は、「推進する道具」という消極的な評価や表現は別にして、刑法理論が変容すること自体が直ちに否定されるべきものではないと考えている。

IV 刑事法の研究と法科大学院教育

1 我が国における刑事法の研究、とりわけ犯罪論の研究は、ドイツにおける緻密で繊細で観念的な理論刑法学を継承し発展してきた。このような学問的成果が刑事実務に与えた影響は大きく、我が国における刑事処罰が長期にわたって安定した運用を果たしてきたことに対する多大な寄与は否定できない。そして、私自身がこの点についてこれ以上のコメントを行うだけの能力を持ち合わせているわけではない。

ただ、繰り返しになるが、法律学は実践学であり、刑事法もそこに属するものである以上、現実の具体的な社会において、国民のどのような利益がどの程度危険に晒されているのか（あるいは、既に侵害されているのか）を検討・分析し、刑事制裁というものがどのように実践され機能しているのか、不十分な働きに止まっている点は何か、改善や期待を求められている点は何か、という点を探求していくことに一層関心を向ける必要があると思われる。つまり、現実の社会における国民生活や国民の意識に対して、刑事法の研究者がより積極的に向かい合おうとすることが求められていると思う。講壇事例（Schulbeispiel）の解決に腐心することや、多くの仮設事例を統一的に美しく解決できるような解釈論の提示、過度に詳細な場合分けや複雑すぎる要件の設定等に向けられてきた学問的エネルギーを、現実が発生した犯罪現象における当事者（関係者）や発生した事実関係の検討・分析と妥当な解決内容の提示（そのためには、刑事制裁の発動の有無と内容による影響や効果についての実証的な研究が必要である。）に（従来よりも多く）注ぐことが期待されているのではなかろうか。そうでないと、刑事法の本来の利用者であり刑事法の享受を受けるべき立場にある国民の側から刑事法（刑事法研究者）は相手にされなくなってしまう可能性がある。

もっとも、犯罪現象や刑事法に関して、国民が情報を適切に獲得して主体性を持って自立的に判断し行動するためには、現実起きた犯罪行為を国民一般に知らせて情報提供と説明を行うマスコミ報道や評論家の節度ある言動が求められるが（この点では、現状には改善すべき点が多い）、そのためには刑事法の専門家の役割は大きい。裁判員裁判が実施される一方で、マスコミを通じた様々な法情報の氾濫という現在の状況下において、専門家による適切な情報提供が必要であるということ刑事法理論の研究と実践に携わる者は改めて強く意識し自覚することが求められる。人が人を処罰する（現行刑法上は、国家が生命や身体や自由や財産を合法的に剥奪することが可能である。）ということは重大なことであり、抽象的な理論や専門用語の駆使やその場

限りの思い付きであってはならないのである。

2 さらに、法曹を養成する教育機関である（同時に、実践学である刑事法の研究機関でもある。）法科大学院における刑事法教育においても、以上に述べたことを踏まえておく必要がある。

法科大学院は法曹養成に特化した専門職大学院であることから、刑事法分野に限らず、判例の学習やそれと密接に関係する事実の分析と評価が重要な学習テーマであるとされている。法律学は、実社会における様々な具体的な問題に対して法的解決を与えることを研究対象とする実践学であるので、実社会に起きた具体的な出来事に対してなされた法的解決の具体的な姿を学ぶことは、現代社会における法律学の学習においては不可欠である。

そして、刑事法についていえば、我が国では法律（特に、基本法である刑法典）の改正には一定の時間を要しているのが実情であるが⁽¹⁴⁾、科学技術の進歩やこれに伴う人々の行動様式の変化、そして価値観の変化や多様化は、法律の制定や改正を待たず、そうしている間にも次々と新たな出来事が発生し、法的解決を与えるべき場面は容赦なく法実務の現場に押し寄せる。法律実務家は、生の事案における具体的な当事者AやB、その間に現実に発生した具体的な出来事を目の前にして、適切な法的解決を行うことに最善を尽くすのが職責である。そこでは、〇〇説によれば△△△となるが、〇〇説には□□□という理論的な弱点があり……という議論を行っている余裕はない。刑事事件においては、被疑者・被告人にとっては、自分は処罰されるのか、処罰されるとすれば一体どの範囲の行為や結果について処罰されるのか、これまでの家庭や職場には戻れないのか等が専らの関心事である。

このような現実を目を向けると、法科大学院における法律学の学習における判例の学び方には工夫と留意点が必要である。A説とB説とC説があるが、判例は◇◇◇と考えている、という理解では不十分である。判例は、現実に発生した生の出来事に対して裁判所（裁判官）が懸命の解決を行った結果を示すものである。従って、どのような事案（事実関係）であるのかを離れて法律論とされる部分のみを切り取って学習し記憶するということではいけない。裁判所の判断の中に法律論が示されていたとしても、なぜそのような法律論が示されたのかを考えながら、その法律論を深く噛みしめる必要がある。また、判例は具体的な事案に対して解決を与えたものであるので、

(14) 最近では以前よりは法改正のスピードは速まっているといえるが、内容によっては依然として一定の時間を要しているといえよう。前掲(8)を参照。

ある特定のテーマに関して複数の判例がある場合に、それらを単に並列的に読んで理解しようとするのではなく、いつどのような背景の下に発生した出来事に対する判例であるのかについても目を向けてほしい。科学技術の進歩やこれに伴う人々の行動様式の変化、そして価値観の変化や多様化の中での具体的な出来事であり、それに対する法的解決なのである。例えば、過失犯に関する判例は、このことを端的に示している。また、リスク社会（危険社会）という観点からは、危険の現実化という判断基準（客観的帰属論の考え方）を採用する最近の判例の因果関係論を事実関係を踏まえながら検討することは重要である。

個別の犯罪類型（構成要件）における例として、刑法解釈論上、多くの判例があり学説が議論している詐欺罪における「欺く行為」という要件について、判例は、「銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても……」として一見したところ基準が不明確な法解釈を示すことがあるが⁽¹⁵⁾、これらが意味する内容は、正に時代や社会状況によって影響を受けるものであり、例えば、国民一般が金融機関における取引にどの程度習熟し合理的な行動が期待されているのかによって判断が異なりうる問題であろう。また、最近の最高裁判例に関わるが、暴力団関係者であることを隠してゴルフ場を利用したことが「欺く行為」に当たるのかについては、そのゴルフ場が暴力団関係者の排除を具体的にどの程度徹底させていたのかによって、同様に見える事案であっても結論が異なりうる⁽¹⁶⁾。このような微妙な（絶妙な）法的解決の姿に触れてその意味するところを理解しようとするのが、判例を真に学ぶことの意義であり面白さであろう。

判例で示された法解釈を記憶するのは、日々このような姿勢で判例の学習を行った結果であるので、試験の答案中に「……（判例同旨）」という記述がなされているものの事案の検討や分析が不十分な答案の評価については、若干の躊躇いを感じる。

学生に要求することが以上のようなものであるとすれば、法科大学院の教員（研究者）も、判例研究のあり方について意識を改めなければならない。判例は具体的な当事者と事件に対して具体的な法的解決を与えるものであり、他方で、法理論は、様々な事例に対して統一性のある安定した法的解決を与えるような判断基準や要件を探求

(15) 最決平成 15 年 3 月 12 日刑集 57 卷 3 号 322 頁〔誤振込み事件〕。

(16) 最判平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 卷 3 号 582 頁〔宮崎事例〕は詐欺利得罪の成立を否定し、同日の最決平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 卷 3 号 646 頁〔長野事例〕は詐欺利得罪の成立を肯定したが、両事件における事実関係の違いが結論に影響を与えたといえる。これらを含めて、最近の詐欺罪について検討を行うものとして、山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修 794 号（2014 年）3 頁以下。

することを志向する（特に、実体刑法においてはこの傾向が非常に強い。）。つまり、学説と判例は役割を異にしているの、単に並列的に取り上げるのではないようにしなければならない。

V おわりに

刑事制裁の役割に関しては、社会学の研究成果をも踏まえた基礎研究が行われており、刑法の基礎理論との関係では法益論の研究も積み重ねられている⁽¹⁷⁾。そのような中、本稿において私が（勝手気ままに）述べてきたことについては、学問的価値の乏しさはもちろんのこと、主張内容には理論的にも実証的にも根拠がないとして一蹴される（見向きもされない）ことが容易に予想される。ただ、法律実務、そして法律学である刑事法の研究と教育活動を、ある程度の期間継続して行ってきたという（若干の自負を込めた）思いから、現代のそしてこれからの時代における刑事法や刑事制裁についての思いを述べさせていただいた。

私の考えの基礎にあるのは、「法（刑事法）は、誰のために、何のために、存在し機能するのか」という点にある。社会の状況は日々絶えることなく変化し、それを受けて国民（1人1人の人間）の意識や考え方も変化する。科学技術の著しい進展によって、以前にはなし得なかったことを実現することができるようになったが、その反面として、それを悪用して他人や公共の利益を危険に晒し侵害しようとする行為者が出てくる。刑事制裁や刑事司法という刑事法分野が実社会から遊離した「化石」になってしまうことがないように、刑事法の研究に携わる者は、現実に大いに目を向ける必要がある。刑事法や刑事事件は書物（活字）の中に存在するのではなく、実社会の中に存在する。具体的な事案の適正な解決、そして国民生活の安全と安心につながるような実践的な議論が求められている。これまで度々見られた過度の抽象的議論やあまりにも細分化された場合分けや複雑すぎる要件の設定等の実際には利用し得ない議論を自己目的化して深めることは、現代そしてこれからの刑法学には期待されていない。現実の社会や国民を意識しない刑事法では、やがて社会（国民）から見捨てられてしまうであろう。

(17) 現代社会における刑事制裁のあり方について、多角的かつ総合的に検討を行った文献の例として、佐伯仁志『制裁論』（2010年）や甲斐克則編『現代社会と刑法を考える』（2012年）。さらに、伊東研祐「現代社会における刑罰論への一視座」法律時報 87 巻 7 号（2015年）4 頁以下。