

裁判員裁判と刑法

「難解な法律概念と裁判員裁判」を読む

浅 田 和 茂*

目 次

はじめに

1 難解な法律概念

2 殺 意

3 正 当 防 衛

4 責 任 能 力

5 共謀共同正犯

6 少年法55条の保護処分相当性

おわりに

はじめに

2009年5月21日、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下「裁判員法」という）が施行された。対象事件は重大犯罪とされているが（裁判員法2条）、それに付随する犯罪は、重大犯罪ではなくても、観念的競合・牽連犯の場合はもちろん併合罪の場合（殺人と死体遺棄など）でさえ、判断対象に含まれることになる（同4条参照）。裁判員法6条によれば、裁判員は、「事実の認定」「法令の適用」「刑の量定」を裁判官との合議により行うが、「法令の解釈」は構成裁判官のみの合議によるものとされている。これまで「事実の認定」「刑の量定」については活発に議論されてきたが、「法令の適用」については必ずしも十分な説明が行われてはこ

* あさだ・かずしげ 立命館大学教授

かったように思われる。

「法令の解釈」と「法令の適用」の区別は、次のような場合であれば、比較的理解しやすい。たとえば「Xは、深夜病院に忍び込み、脳死状態にあるOの心臓部を故意にナイフで刺したため、それまで動いていたOの心臓は停止した」という場合、「法令の解釈」として脳死状態にある人がなお生体であるとされれば、「法令の適用」としてXの行為は殺人とされるのに対し、「法令の解釈」として脳死状態にある人がすでに死体であるとされれば、「法令の適用」としてXの行為は死体損壊罪に該当するということになる。裁判官が前者の解釈を採用した場合、たとえ裁判員が「脳死は人の死ではない」という考えであっても、裁判官の解釈に従わなければならないのである。

しかし、「法の解釈」と「法の適用」との区別は、実は必ずしも明らかではない。たとえば、笹倉は、法解釈とは、処理の基準となる条文に照らし合わせて諸事実から主要事実を構成し、主要事実をにらみながら法文の射程を確認し(狭義の「解釈」だがすでに「適用」も考慮している)、ある帰結がその法文が主要事実を包摂する形で出てきたように論述する(「適用」面での仕上げ)という態様で、法の解釈・適用を進める作業であると述べている¹⁾。解釈と適用とは一連の作業であって、明確に区別はできないことを示しているといえよう。

ところで、わが国の刑法は、犯罪類型(構成要件)が広範かつ包括的で、法定刑の幅が極端に広いことを特徴とする。条文を見ただけではその射程は明らかではなく、判例による解釈が行われてきたのであるが、私見によれば、これまでかなり無理な(類推と言わざるを得ないような)解釈が行われてきた。裁判員は、裁判官の「法令の解釈」について疑問がある場合には、その説明を求め納得したうえで「法令の適用」を行うべきであるが、そもそもその「解釈」自体に類推(これは憲法違反である)の疑いがある場合にも、それに従わなければならないのであろうか。

本稿では、2009年4月に公刊された司法研究報告書『難解な法律概念と

裁判員裁判』（以下、「本書」と呼ぶ）²⁾を素材として、「法令の解釈」と「法令の適用」の区別について改めて考えてみることにしたい。本書は、第1「本編」、第2「資料編」からなり、「本編」はさらに「総論」と「各論」に分けられ、各論では「殺意」「正当防衛」「責任能力」「共謀共同正犯」「少年法55条の保護処分相当性」が詳しく扱われている。以下、その順序で検討を加える³⁾。

1 難解な法律概念

本書の「はじめに～研究の目的と趣旨」では、裁判員に分かりやすい審理という裁判員法の要請（裁判員法51条、66条5項）を受けて、専門用語の平易化ではなく、各用語・法律概念の本当に意味するところを、これまでの研究成果と裁判例の分析によって検討し、これを裁判員に伝えるための説明方法を考えるとされている。裁判員が理解に困難を生じることが考えられる典型的な概念を素材とし、その説明方法やそれを踏まえた審理方法を探究するための一つのヒントを示すというのである⁴⁾。

このような研究の意図は十分に理解でき、貴重な研究と考えるが、ここで示された指針は、多くの裁判官にとっては単なるヒントにとどまらず、今後の実務が本書の指針に従って運用されていくことが十分に予想される。その意味でも、重要な研究ということができよう。問題は「各用語・法律概念の本当に意味するところ」とは何かにある。

「総論」の「(1) 法律概念が難解な要因等」は、その要因として、法律概念の定義・要件の難しさ、法律概念の当てはめの難しさを挙げたうえ、裁判員裁判における審理は、公判廷で目で見て耳で聞いて心証を採ることができるような分かりやすい審理であることを要することから、公判前整理手続で立証対象を絞り、公判審理は真の争点に集中すること、および証明予定事実・冒頭陳述・論告弁論で一貫した主張をすること、証拠は真に必要なものに厳選し、捜査資料を必要不可欠なものに構成し直す

こと、証拠調べの方法も公判中心の直接主義、口頭主義を徹底し、これを踏まえた評議を行うことが必要であるとされている⁵⁾。

「(2) 難解な法律概念が問題となる裁判員裁判の審理」では、法律概念の本当に意味するところに立ち返った説明を要するが、「法律概念の説明に当たり、従来の判例理論又は実務の通説的な法令解釈から乖離した説明はできない」とする。法律概念に関する判断対象の簡素化、明確化という観点から、裁判員に対して、最初から犯罪の成立要件をきちんと説明する必要はなく、構成要件・違法性は、被告人の行為が被害者にとって危険で許されない行為といえるか、生じた結果は被告人の行為の支配下のものか、責任・保護処分相当性では、被告人を刑事罰で非難できるのかなど、大きなテーマで議論するという考えもありうるとしている⁶⁾。

本書の「総論」で最も気になるところは、罪刑法定主義とりわけ類推の禁止について、裁判員に丁寧に説明するという記述が見られない点である。それは当然のことであり、しかも「法令の解釈」の問題であるから本書の対象ではないと考えたものとも思われるが、上述のように、実際には「法令の解釈」と「法令の適用」との限界は、必ずしも明らかではない。しかも類推は憲法違反であって、裁判員は、そのような「解釈」に従う義務はないはずである。

判例に対して有力な反対説がある場合にも問題が生じる。たとえば偽装心中につき、判例は殺人罪とするが、学説では自殺関与(ないし同意殺)とする説も有力である⁷⁾。また違法性の意識につき(確信犯や外国人犯罪などで問題になりうる)、最高裁判例は不要説であるが、下級審判例には少なくとも違法性の意識の可能性を要するものがあり、学説では、むしろその方が通説である⁸⁾。判例と異なる立場があることを、弁護人は、公判で主張もできないのであろうか。このような場合には、その点について裁判員に改めて判断させても良いのではないであろうか。すなわち、国民の健全な良識を刑事裁判に反映させるという裁判員法の趣旨からすれば、「法令の適用」の前提となる「法令の解釈」に決定的な対立があり、それ

が判決に大きく影響を及ぼすような場合、例外的に「法令の解釈」についても裁判員の判断を求め、それに従って裁判官が「法令の解釈」を行い、それに従って裁判員を含む合議体が「法令の適用」を行うということも許容されるべきであるように思われるのである。

ところで「法律概念の本当に意味するところ」は、本書のいうように、判例の立場に尽きるのかという疑問もある。それでは、今後の「判例の変更」はきわめて難しいことになってしまうであろう。いずれにせよ、犯罪の成立要件および各犯罪類型についての裁判員に対する基本的な説明は不可欠である。裁判員が「法令の適用」を行う以上、「法令の解釈」を理解することは当然にその前提となるからである。それを理解させるのは、裁判官・検察官・弁護人の任務であるが、同時に裁判員もそれを理解するために努力しなければならないことを説示すべきであろう。

本書は、「法令の解釈」の問題はすべて公判前整理手続において行うという立場のように思われるが、その点について弁護人に公判で争う余地を残さないというのであれば疑問がある。また、法律概念に限らず、公判前整理手続における「整理のし過ぎ」によって、裁判官が予断を抱くおそれ、公判が単なる儀式と化すおそれがある。むしろ多くの裁判員は、「事件の真相」に迫りたいと考えるのではないであろうか。

2 殺 意

本書は、「確定的殺意と未必的故意の区別にとらわれず、これまでの殺意の概念を的確にカバーし、事案に即して裁判員が適切に殺意の有無を判断できるような指標を検討する」とし、殺意の本当に意味するところに立ち返った説明として、「人が死ぬ危険性（可能性）が高い行為をそのような行為であると分かって行った以上殺意が認められる」という基準を提示している。これが認められれば、「殺意と評価しうる心理状態（実務の一般的理解としては相手の死の結果に対する認識・認容）の存在を推認し得

る」のであり、たとえば、憤激の末の殺人の場合、「相手が死ぬかもしれないが、それでも構わないと思い、あえて行為に及んだかどうか」という説明ではなく、上記の説明の方が適当であるとする。

本書は、このような説明の在り方については、公判前整理手続で、法曹三者の共通認識にする必要があるとしたうえで、上記の基準は、具体的な気持や心情を認定するものではなく、裁判所が規範的な解釈(理解)をした上でその存在を認定したものであり、確立した裁判例であるとしている。さらに、殺意が争われる場合における当事者の主張の在り方として、具体的な当てはめについての工夫、重要な要素の抽出、その軽重、結論に至る道筋が分かるような主張を構成する必要がある、公判前整理手続で、「当事者が主張の交換や証拠の検討を徹底的に行って主張と証拠を整理し、裁判所も積極的にこの整理活動を支援していく」としている⁹⁾。

しかし、上記の本書の基準は、「殺意」の認定の主要事実ではなく間接事実ではないのか、証明の対象と証明の方法を混同しているのではないのか、という疑問がある¹⁰⁾。殺意は、実行行為の時点における「死の結果の予見(認識・認容)」であり、故意は、たとえば「反対動機となりうるほどの結果発生の蓋然性の認識」と解すべきであろう¹¹⁾。殺意の有無が問題になるのは、確定的故意ないし未必の故意と認識ある過失との区別というよりは、とりわけ傷害致死と殺人既遂との区別である。本書の基準では、(死んだ以上は「死ぬ危険が高い行為」を行ったのであり、その行為を認識していたという理由だけで)ほとんどの傷害致死が殺人既遂とされる危険があるように思われる。

たとえば、函館地判平9・1・21判時1610号157頁(=本書94頁)は、護身用に柳刃包丁(刃体約21.2cm)を持って被害者と向かい合った後のみ合いとなり、包丁が被害者の左胸部に刺さり死亡させたとして、殺人罪で起訴された事件につき、凶器の種類と損傷の部位のみから殺意を認定することはできないとし、それほど強く突き刺したのではなく(刺創の深さ約8cm)、被害者が被告人に覆い被さった際に偶然刺さった可能

性が高く、傷の数が多いことから殺意があったと断定することもできないとしたうえ、被告人に被害者に対して殺意を抱くのが相当と考えられる動機があるとは認められない等として、殺意を否定し傷害致死罪としている。このような認定は適切と考えるが、本書の基準では殺人罪とされてしまうことにならないであろうか。

なお、裁判員裁判において裁判員が納得したうえで殺意の存在を認定するには、とりわけ動機が存在が重要であるように思われる。その意味で、動機を無視ないし軽視して殺人罪を認める近時の判例の傾向には疑問があり、これが「精密司法」ではなく「核心司法」（本書68頁参照）を意味するとすれば、そのような方向は誤っているといわざるをえない。

また、本書が要求している公判前整理手続における「徹底的な検討」と「裁判所の積極的支援」は、裁判官の心証をその段階で確定させ、裁判員を「説得する」方向へと導くことになるという懸念がある。

3 正当防衛

本書は、正当防衛の根拠につき、個人には自己保全の利益があるという観点から説明するとしたうえ、どのような場合に裁判実務で正当防衛が認められているのか、これまで一般の人に正しく理解されているとはいえないとする。そこで、正当防衛の判断対象の簡素化・明確化が必要であるとし、争点に応じた判断対象の設定として、 侵害の急迫性、 不正の侵害、 自己または他人の権利、 防衛の意思、 防衛行為の相当性のすべてではなく、そのうちで当該事案の争点について判断が求められる範囲で理解していれば足りるとする。

第1に、基本的な類型（侵害の予期がなく防衛意思に争いが無い類型）では、通常、上記 ・ ・ の点には争いがなく、とくに ・ の点が問題になるとし、 については「緊急状態にあったか」、 については「やむを得ず身を守るためにしたものとして、妥当で許される範囲のものか」

を、客観的に判断させるとする。また、ととを区別せず「相手方の攻撃に対する防禦として許されるものか」という大きな形で判断対象を示す方法もあるとしつつ、両者を区別した方が理解しやすいという意見もあると指摘している。

第2に、被告人の加害意思が争点となる類型につき、侵害の予期があり積極的加害意思があった旨の主張があった場合、判例は、積極的加害意思を理由に急迫性を否定するが、そこでは、客観的な侵害の存在、予期の有無、積極的加害意思の三段階で判断がなされてきたとする。積極的加害意思による急迫性の否定と専ら攻撃の意思による防衛の意思の否定との関係については、意思の存在が求められる時期の相違(事前・行為時)で説明されているが、このような区別は裁判員には理解困難であろうとする。そこで、いずれの場合にも、正当防衛も過剰防衛も否定される点で共通することからすると、¹⁾の要件を合わせた形で「正当防衛が認められるような状況にあったか否か(正当防衛状況性)」という大きな判断対象を提示することも考えられるとする。裁判員に「判例理論を正確に説明する必要はない」、裁判員は「積極的」や「専ら」という基準に戸惑うであろうとしたうえ、結局のところ、その行為が相手方からの侵害に触発されたという経緯を除けば、通常の暴行、傷害、殺人と異なることはないと見ることができかを、常識に照らして判断すれば足りるとしている。具体的には、侵害の予期はなかったが専ら攻撃の意思であった旨の主張については、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」という大きな判断対象を示すこととし、防衛行為の相当性の主張については、正当防衛状況と防衛行為の相当性を区別して説明するか、両者を区別せず「相手方の攻撃に対する防禦として許せるものか」という大きな判断対象を示すか、いずれもありうるが後者が適切であろうとしている。

第3に、けんか闘争・挑発行為等が争点となる類型については、事案に応じた検討を要するとしたうえ、ここでも、「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」という大きな判断対象を示した上で、正当防衛・

過剰防衛が認められる余地がないかの判断を求めるのが適切であるとし、これは、最決平 20・5・20 刑集62巻6号1786頁（自招侵害の事例）と方向性を一にするものであるとされている。

第4に、誤想防衛が争点となる類型については、事実の錯誤で故意を否定するのが大勢であり、裁判員が事実の錯誤と違法性の錯誤とを混同している場合には説明を要するとし、誤想過剰防衛については、正当防衛に関する部分と誤想防衛に関する部分に整理して議論する必要があるとしている。

最後に、正当防衛が争われる場合の当事者の主張の在り方として、侵害の始期・終期、退避・回避義務の有無・可能性についての検討も重要であるとし、殺意の有無と正当防衛の成否とを区別し、まず殺意の有無、次いで正当防衛の成否の議論を進めるべきであると指摘している¹²⁾。

以上の本書の記述について、留意すべきであると思われるのは以下の諸点である。まず、正当防衛の趣旨を自己保全の利益で説明するだけでは、第三者のための正当防衛が問題となる場合には不充分であり、一層の工夫を要する。また、急迫性の要件と相当性の要件をまとめて同時に判断することも考えられるとしているが、実際上困難と思われるのみならず、法が両者を区別して規定しているのにそれを軽視することには、基本的に疑問がある。

積極的加害意思がある場合に急迫性を否定する判例については、急迫性の有無は客観的に判断すべきであるという学説からの厳しい批判があり¹³⁾、むしろこの判例にこそ問題がある。このような判例の立場を裁判員が理解できないのは当然であり、判例の変更を要する应考虑すべきであろう。本書では、その行為が相手方からの侵害に触発されたという経緯を除けば、通常の暴行、傷害、殺人と異なることはないと見ることができるときには、正当防衛を否定すべきものとされているが、「その行為が相手方からの侵害に触発された」と「急迫不正の侵害」とは紙一重であり、より厳密な認定を要するであろう。「正当防衛が認められるような状況にあったか否か」

は、本書のいうように「大まかな印象」で判断されるべきではなく、刑法36条の要件である「急迫不正の侵害」に即して、具体的に判断すべきであり、それを裁判員に分かるように説明したうえで判断を求める以外にはない。「大まかな印象」による判断は単なるラフな判断にすぎず、それと裁判員による判断とが同視されてはならないと考える。

誤想防衛については、学説では、(私見は反対であるが)故意犯とする説(厳格責任説)も有力である¹⁴⁾。なぜ過失犯とすべきなのかについて、裁判員に分かるように説明する必要がある。なお、誤想過剰防衛については、従来の判例の事案では、第三者のための正当防衛が問題になる場合が多い。上記のように、正当防衛の趣旨について自己保全の利益という観点からの説明をするだけでは、適切に判断することは難しいであろう。

4 責任能力

本書では、責任能力の本当に意味するところに立ち返った説明として、判例の定義(混合的方法)を挙げたうえで、責任能力の判断は法律判断であり、生物学的要素・心理学的要素についても、究極的には裁判所の評価に委ねられるとした判例(最決昭58・9・13裁判集刑事232号95頁)、精神障害の有無・程度、これが心理学的要素に与えた影響の有無・程度については、専門家たる精神医学者の意見を十分に尊重して認定すべきであるとした判例(最判平20・4・25刑集62巻5号1559頁)が、基準になるとしている。さらに、精神医学者の意見が信用できない場合は、新たな鑑定を経ないで判断することもありうるとする。

具体的には、たとえば統合失調症の場合、統合失調症の圧倒的な影響により犯したもので、もともとの人格に基づく判断によって犯したと評価できない場合(心神喪失)、統合失調症の影響を著しく受けているが、もともとの人格に基づく判断により犯したといえる部分も残っている場合(心神耗弱)、統合失調症の影響があったとしても著しいものではなく、

もともとの人格に基づく判断によって犯した場合（完全責任能力）を分けるとしている。

さらに、本書の「資料編」では、「模擬裁判（いわゆる森 一郎事件）における責任能力の説明例と裁判員の感想等」に触れたうえで、「責任能力に関する裁判例分析詳細表」として、統合失調症、躁うつ病、アルコール関連障害、薬物関連障害、広汎性発達障害、人格障害につき、近時の判例を、心神喪失事例、心神耗弱事例、完全責任能力事例に分けて挙げ、さらに、それぞれについて「責任能力が問題となった裁判実例の類型」として類型別に整理し、最後に「裁判員制度における精神鑑定に関するアンケート集約結果」を紹介している。

本書は、責任能力が争われる場合の当事者の主張の在り方として、当事者の都合の良い裁判例の援用合戦や、細かい事実関係の対比の議論に陥らないようにすること、そのために裁判実例の類型を提示することが適切であるとする。さらに、裁判員に対する責任能力制度の説明や医療観察法の説明について、公判前整理手続で確認しておく必要があるとしている¹⁵⁾。

しかし、昭和58年決定と平成20年判決とが、同一趣旨のものといえるかについては、精確な検討を要する。私見によれば、後者は、裁判員裁判の実施を目前に控えて、前者の軌道修正を図ったものと思われる¹⁶⁾。また、精神医学者の意見が信用できない場合、だからといって、本書がいうように裁判官が自由に判断できるわけでも、そうしてよいわけでもなく、原則として再鑑定を要すると考えるべきであろう。ところで、平成20判決のいう精神障害の有無・程度が「心理学的要素に与えた影響」の有無・程度という基準と、本書のいう精神障害が「犯行に及ぼした影響」の有無・程度とはレベルが異なっている。責任能力の判断には心理学的要件（弁識能力・制御能力）の判断が不可欠であり、現在の判例の基準からしても、鑑定人の心理学的要件についての判断は尊重されるべきである。そのうえで、その能力を責任能力のいかなる段階に位置づけるかは法律判断であり、両者が混同されてはならない。さらに、統合失調症の場合には「もともとの

人格」自体が変更されているのであって、行為時における「もともとの人格」と「統合失調症の影響」との区別はそもそもできないように思われる(この場合、弁別能力・制御能力の有無が直裁に問われることにならざるをえないが、可知論による刑罰化の方向で判断するという近時の動向には疑問がある)¹⁷⁾。

本書は、とくに「責任能力に関する鑑定手続の在り方」について、鑑定人は、弁識能力・制御能力の有無・程度に関する意見を示すことを避け、少なくとも心神喪失等の法律判断を明示することは避けるべきであるとし、鑑定意見は、犯行時の被告人の精神障害の有無・程度、精神障害が犯行に与えた影響の有無・程度について推認できる事実の報告で足りるとする。さらに、鑑定は原則として口頭報告により、必要に応じて、尋問の際に鑑定メモを補充的に利用するのが適当であるとし、この鑑定メモは公判前整理手続で提出し、(公判では)尋問調書末尾に添付するとしている。口頭報告の方法には、尋問先行型と、解説先行型とがあるが、鑑定人には後者の希望が多いと指摘している。

本書は、さらに新たな提案として、鑑定人が鑑定メモを提出した段階で(鑑定受託者についても同じ)、鑑定人と裁判所及び両当事者との事前カンファレンスを行うとする。これには裁判所が関与することから、鑑定内容の詳細には及ばないものとし、両当事者の了解の下に実施するとしている。

また、複数鑑定の問題として、極めて例外的な場合を除き、公判審理中の再鑑定は実施しないとする。捜査段階の正式鑑定においては、捜査段階で弁護人から鑑定人に対し、検察官を通じて又は直接、被疑者に有利な資料の提供を行うことができるようにすること、そのために、弁護人がないときは、刑訴法37条の4により国選弁護人を付するとしている。鑑定後の追加資料も、その鑑定人に検討してもらうとする。なお、正式鑑定がある場合、簡易鑑定は証拠とせず、正式鑑定の鑑定人が簡易鑑定の内容やそれに対する意見を明らかにするものとしている。

公判前整理手続段階の鑑定については、鑑定資料として、採用決定した

証拠はもちろん、証人の供述調書も、その請求の有無や同意不同意の別にかかわらず、尋問事項の範囲に関するものはすべて鑑定資料として提供するものとし、被告人の供述調書の任意性が争われた場合も同様であるとしている。両当事者の言い分が食い違う場合には、場合分けをして、条件付き鑑定を依頼するものとしている。鑑定人の公判立会いを勧め、公判廷の証拠調べにより、鑑定意見の修正の要否が問われることもあるとし、刑訴規則134条により、鑑定人が被告人尋問や証人尋問に立ち会い、尋問もすることを予定している。

本書は、捜査段階の正式鑑定がある場合、弁護士からの再鑑定の請求は、正式鑑定の何が問題かを具体的に主張する必要があるとし、再鑑定は行わずに、当該鑑定人の証人尋問で、弁護士主張の前提事実であればどうか説明を求めようとする。やむをえず複数鑑定が避けられなかった場合には、専門用語や客観的データを共通なものとする、相違点を明確にすることを要するとし、さらに、対質（刑訴規則124条）も検討に値するとしている¹⁸⁾。

しかし、このような本書の主張には、以下のような疑問がある。

第1に、口頭報告および鑑定メモ（従来の鑑定書に相当する）の利用の提案自体は適切と思われるが、被告人との応答記録など、後者が長文になることもありうる。これが弁護人に開示されるべきであることは言うまでもない。問題は、事前カンファレンスにあり、これに裁判所が関与するのでは、そこで裁判所の心証形成がなされる（予断を有する）ことにならざるをえないであろう。

第2に、捜査段階の鑑定結果は、起訴された場合は当然に完全責任能力が心神耗弱であるから、弁護士がそれに対して心神耗弱ないし心神喪失を主張する場合には、当然に再鑑定を要求することになる。本書がいうように、これを原則として認めないというのでは、弁護士は争いようがないであろう。

第3に、任意性に争いのある被告人の供述調書を鑑定資料とすることに

も問題がある。前提事実の違いが公判で明らかになれば、公判中の再鑑定も必要になるであろう。裁判員は、事案によっては裁判が長期にわたることも覚悟すべきであり(そのことが予想される場合には、それが可能な裁判員を選任するしかない)、裁判員裁判であるからといって、被疑者・被告人の防禦権が否定されてよいわけではないことを銘記すべきである。

5 共謀共同正犯

本書では、共謀について直接証拠がない場合、いかなる事実から共謀が認められるか、正犯か従犯かが問題になるとしたうえで、共謀共同正犯の「本当に意味するところ」に立ち返った説明として、従来の判例、とくに、最大判昭33・5・28刑集12巻8号1718頁(練馬事件)、最決昭57・7・16刑集36巻6号695頁(大麻密輸入事件)、最決平15・5・1刑集57巻5号507頁(スワット事件)がその基準になるとしている。具体的には、自己の犯罪を行う意思(正犯意思)を必要とする判例と、重要な寄与が必要とする学説の見解とは、結論において実質的な違いはないとし、被告人は「自己の犯罪を犯したといえる程度に、その遂行に重要な役割を果たしたかどうか」を判断対象とすべきであるとしている。さらに、共謀共同正犯の成否を判断する上で重視されるべき要素及びその位置付けとして、従来の判例では、明示・黙示の意思の連絡、意思疎通の状況・程度、被告人と実行行為者との関係、実行行為以外の被告人の具体的役割、犯行動機を考慮要素とし、これらを総合考慮して、「犯罪の共同遂行の合意」や「自己の犯罪を行う意思」を認定してきたとしたうえで、の存否やその意味内容が明らかでないときに、以下の事情が重要な考慮要素となっている¹⁹⁾。

しかし、そもそも共謀共同正犯が刑法60条に含まれるとする点については、学説上批判もあり、罪刑法定主義違反の疑いが濃いことに留意すべきである。実際、本書のいう判例・学説の基準では、教唆と共謀共同正犯の

区別は不可能であり（教唆は常に重要な役割を意味する）、現在の判例は、教唆の規定を、犯罪の性質上正犯となりえない場合（証拠隠滅罪、犯人隠避罪、偽証罪など）に限って適用するに止まっている。判例の基準自体も、練馬事件判決、大麻事件決定の基準と、スワット事件決定の基準とでは、大きく異なっており（前者では積極的な態様の参加に限って認められるとされているのに対し、後者では単なる認識・認容、しかも黙示のそれで足りるとされている）、さらにスワット事件決定を受けたヒルトン篠田事件決定（最決平17・11・29）は、共謀のないところに共謀を認めたものといわざるをえず、きわめて問題がある²⁰⁾。こと共謀共同正犯に関するかぎり、裁判員には、むしろ判例の基準ではなく、刑法の規定に即して判断させるべきであり、それこそが罪刑法定主義の要請と考えるべきであろう。

6 少年法55条の保護処分相当性

本書は、少年の検察官送致事件が裁判員裁判の対象事件であること（裁判員法2条1項2号）を踏まえ、そこで判断が必要とされる保護処分相当性について検討している。まず、保護処分相当性に関する主張・立証の在り方として、少年法55条の保護処分相当性の判断は、20条の刑事処分相当性の判断と裏腹の関係にあるとし、原則検察官送致（＝原則逆送）事件の場合、20条2項ただし書が、保護処分を許容しうような「特段の事情」を必要としていることから、原則逆送事件では、家裁の判断を尊重し、「特段の事情」に関する判断要素が変化した場合に（のみ）、55条の保護処分相当性を認めるとしたうえで、この特段の事情の判断要素は、狭義の犯情を中心とした量刑事情と大差ないとしている。さらに、少年その他の関係者のプライバシーに配慮した主張・立証の方法を合意しておく必要があると指摘している。

つぎに、社会記録の取扱いについて、刑訴規則277条が、家裁の取り調べた証拠は原則として取調べるとしているとしていることを指摘しつつも、

少年法55条の判断のために公判に顕出する証拠は必要不可欠なものに厳選すべきであるとし、調査官報告については「調査官の意見」欄で足りるとし、プライバシーに配慮して公判での朗読に適した部分を抜粋して証拠にするものとし、家裁調査官の証人尋問は行わない(「当該事件の調査を担当し守秘義務を負う裁判所の職員である」ことを理由とする)としている²¹⁾。

私見は「原則逆送」とした少年法の改正自体に問題があると考えているが、改正法によっても、原則逆送事件の場合、家裁は、法律の要求により「特段の事情」がなければ送致するのであって、積極的に刑事処分相当の判断をしたわけではなく、その判断を地裁に委ねたものと解すべきであろう²²⁾。したがって、地裁は、特段の事情の変化(のみ)ではなく、積極的に要保護性の判断を行ったうえで家裁送致か刑事処分かを判断すべきである。なお、刑訴規則277条は、裁判員裁判を前提としていない規定であり、本来は実施前に同規則の改正が必要であったと思われるが、逆にいえば、規則277条が存在する以上、家裁の取り調べた(社会記録を含めた)証拠は地裁でも取り調べるべきであるともいえる。また、地裁における要保護性の判断にあたっては、家裁調査官の証人尋問も可能とすべきであろう(ただし、いずれについても審理方式については少年のプライバシーの観点から慎重な検討を要する)。

お わ り に

裁判員が裁判官の言いなりになったのでは、裁判員裁判制度の趣旨は生かされない。そのような要請の下で、裁判員法は、構成裁判官の合議体と裁判員を含む合議体との役割分担として「法令の解釈」と「法令の適用」とを割り振ったのである。しかし、裁判員は、裁判官による「法令の解釈」が理解できなければ、通常は「法令の適用」もできないであろう。複雑な「法令の解釈」は、裁判員にとって当初は意味不明な場合もありうる

と思われるが、それを理解できるようにするのは、裁判官（さらに検察官・弁護士）の仕事である。もちろん、裁判員も、それを理解するための努力を要する（「手取り足取り」というわけではないのであり、しかもそのことは裁判員に十分に期待できることでもある）。

ところで「刑法の解釈」においては、罪刑法定主義の制約があり、「拡張解釈は許されるが、類推は許されない」という結論は、判例・学説においてほぼ一致しているが、これまで両者の限界が問題にされてきた。従来のが国の判例では、かなり無理な解釈が目につく。事案によっては、裁判員に、判例が常に正しいわけではなく、たしかに「法令の解釈」は裁判官の専決事項であって判例に従った裁判官の解釈を無視することはできないが、それが「類推」に当たる場合は憲法違反であり、そのような解釈に基づく「法令の適用」は許されない、というスタンスに立つ必要があることを説示すべきである。たとえば、判例が解釈でその条文に含まれるとしたものを後追いで立法した場合²³⁾、その立法はなくてもよかったことになってしまうが、そのことは実は「判例による法令の解釈の誤り」を示しているともいえる。むしろそのような場合には、判例が、その行為はたしかに処罰に値するが現行法の条文には含まれないから処罰できないとして、立法を促し、それに従って立法するのが、判例と立法の健全な関係といえよう²⁴⁾。

それにしても現行刑法は、裁判員が（判例ではなく）法律に従って判断するのに全く適していない。われわれは、今一度、戦後の刑法改正作業が頓挫したことを想起したうえ、日本国憲法に基づいた、かつ裁判員裁判に適合した（条文からその射程を理解しうるような）刑法の制定に向けて、今こそ一歩を踏み出すべきであろう²⁵⁾。

* 生田先生とは30年来の知己であり、（佐伯千仍先生の薫陶を受けつつ）これまで一緒に関西の刑法学を担ってきた。大河先生は京都大学大学院における先輩であり、折に触れて優しい言葉をいただいていた。両先生のご退職にあたり、深甚の感謝を覚えつつ、ここに拙稿を捧げる。

- 1) 笹倉秀夫『法解釈講義』(東京大学出版会, 2009年)3頁。
- 2) 司法研修所編『平成19年度司法研究(第61輯第1号)難解な法律概念と裁判員裁判』(法書会, 2009年)(以下「難解な法律概念」とする)。研究員は村瀬均, 河本雅也, 三村三緒, 駒田秀和の4裁判官, 協力研究員は佐伯仁志, 酒巻匡の2教授である。
- 3) 筆者は, 日本弁護士連合会刑事法制委員会の助言者として, 同委員会の「裁判員問題検討部会」に参加し, 日本弁護士連合会刑事法制委員会『「裁判員裁判」の弁護人のために最高裁判所事務総局刑事局文書「模擬裁判の成果と課題」の検討をとおして』(刑法通信 No. 112)の作成に関与した。そこでは『難解な法律概念と裁判員裁判』も検討の対象とされ, その概要を紹介・検討した。本稿は, その報告を基にしたものである。なお, 刑法通信21-37頁は, この筆者の報告を基にした猪崎武典氏(香川県弁護士会)および北潟谷仁氏(札幌弁護士会)との共著であり, とりわけ「責任能力に関する鑑定手続の在り方」(30-37頁)には, 猪崎氏の主張が加わっている。
- 4) 難解な法律概念・冒頭「はじめに～研究の目的と趣旨」
- 5) 難解な法律概念1-2頁。
- 6) 難解な法律概念3-9頁。
- 7) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会, 1977年)158頁など。私見も自殺関与(ないし同意殺)と解する(浅田和茂ほか『刑法各論[補正版]』(青林書院, 2000年)37頁以下および同所引用の文献参照)。
- 8) 浅田『刑法総論[補正版]』(成文堂, 2007年)325頁以下および同所引用の文献参照。
- 9) 難解な法律概念9-19頁, 69-104頁。
- 10) 後藤昭ほか「座談会・裁判員制度によって刑法理論はどう変わるのか」季刊刑事弁護56号(2008年)24頁以下, 29頁以下参照。従来から情況証拠によって殺意が認定されてきたことにつき, 原田保孝「殺意」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選・上』(補訂版, 立花書房, 2007年)274頁以下など参照。
- 11) 浅田・前掲注(8)305頁参照。
- 12) 難解な法律概念19-32頁, 105-162頁(正当防衛に関する裁判例115件が表にされており参考になる)。
- 13) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社, 2002年)249頁以下, 曾根威彦「侵害の急迫性」刑法判例百選 総論5版(2003年)46頁以下など参照。
- 14) 浅田・前掲注(8)91頁以下, 324頁, 329頁以下参照。
- 15) 難解な法律概念32-40頁, 163-311頁。
- 16) 浅田「判例評釈」判例時報2054号185頁以下(=判例評論610号23頁以下)参照。
- 17) 「可知論に基づく刑罰化」の動向につき, 浅田・前掲注(16)190頁注(15)参照。
- 18) 難解な法律概念40-55頁。
- 19) 難解な法律概念55-59頁。
- 20) 浅田「共謀共同正犯の拡散」小田中先生古稀記念『民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』(日本評論社, 2005年)143頁以下, 同「共謀罪が犯罪論に及ぼす影響」法時78巻10号(2006年)50頁以下参照。
- 21) 難解な法律概念59-66頁。

裁判員裁判と刑法（浅田）

- 22) 齊藤豊治『少年法研究 少年法改正の検討』（成文堂，2006年）185頁以下，本庄武「少年刑事裁判における55条移送決定と量刑」葛野尋之編『少年司法改革の検討と展望』（日本評論社，2006年）133頁以下など参照。
- 23) このことは，大判明3・5・21 刑録9 輯874頁（電気窃盗事件），最決昭58・11・24 判時1099号29頁（自動車登録ファイル事件），最判平3・4・5 刑集45巻4号171頁（変造テレカ事件，刑法163条の2に規定された）に顕著である。
- 24) 浅田・前掲注（8）63頁など参照。
- 25) 浅田「実体刑法の現状と課題 ハッセマー報告へのコメント」刑法雑誌49巻2 = 3号（2010年）151頁以下，158頁参照。