

## 刑事法における立法・判例と学説

浅 田 和 茂

### 目 次

- はじめに
- 1 刑事立法と学説
  - (1) 刑法全面改正問題について
  - (2) 共謀罪について
- 2 刑事判例と学説
  - (1) 裁判員裁判と判例
  - (2) 刑事鑑定・意見書
- おわりに

### はじめに

立命館大学法科大学院に奉職して10年が経とうとしています。この間、立命館大学には本当に良くしていただきました。わずか10年という勤務にもかかわらず、立命館法学で退職記念号を出していただくことになり、また、本日は退職記念講義の機会をいただくということで、他の大学ではほとんどありえないことです。

本日は、「刑事法における立法・判例と学説」という大風呂敷の表題を挙げさせていただきましたが、昨年11月末に「表題はどうしますか」と言われて、あまり内容は考えずにお知らせしたところですので、それに見合ったお話ができるか甚だ心許ないところです。内容は、これまで私が刑事法研究で考えてきたこと、してきたことの一端を、立命館大学に来てからのものを中心にお話しさせていただくに過ぎません。

すでに別の機会に触れたところですが、私は、京都大学大学院修士課程の時に1年間、非常勤で来られた佐伯千仞先生の授業を受け、立命館大学広小路の佐伯研究室に毎週通って古いドイツ刑法の文献を教わりました。その間に、研究者とはどうあるべきか、その心構えを学びました。これが私の刑事法研究の原点です。

佐伯先生のお考えは、「理論の世界には疑ふことの許されない権威はない」（「原因において自由なる行為」刑事法講座2巻309頁）という言葉と、共謀共同正犯を批判して「実務に対し否とすることを忘れ権力の侍女となり下った法理論は、だが、もはや学問の名に値しないであろう」（「共謀共同正犯」竹田直平博士・植田重正博士還暦祝賀『刑法改正の諸問題』89-90頁）という言葉に率直に述べられています。

とくに共謀共同正犯については、後に、平野龍一先生が「判例は、法を具体化してゆくものであり、学説はそのための参考意見に過ぎない。したがって、判例として確立している場合には、是正するとしてもむしろ立法によるべきであって、解釈論としては判例の基本線はそれを前提とせざるをえないこともあるのである。」（『刑法 総論Ⅱ』402-403頁）と述べておられるのに接して、佐伯先生との大きな違いに驚きました。同時に、私は佐伯流であって平野流ではないということを再確認しました<sup>1)</sup>。

## 1 刑事立法と学説

さて、刑事立法と学説との関係については、もちろん立法を推進する学説と批判する学説とが対立することになります。しかし、実際には充分に理由があると思われる批判であってもなかなか通りません。刑事立法の多くは、法制審議会に法務大臣の諮問がなされることで始まりますが、刑事法特別部会の委員構成を見ただけで、法務省主導で作成された原案が（時には若干の修正を施して）成立することが予定されていることが分かります。新たに犯罪化や重罰化を行おうとする立法の多くの場合、原案に反対

するのは日弁連推薦の委員，それに反論するのが一本釣りされた学者委員といった構図です。せめて学者委員は学会の推薦によって選ばれるべきだと主張されてきましたが，そうはなっていません。

私は，1988年から現在まで30年近く日弁連刑事法制委員会の助言者として，できるかぎり会議に出席して発言してきました。いずれにしましても，法案の是非を含めてその問題点を明らかにし批判的に検討するのが，学説の役割だと思ってきました。そのような観点から，本日は，刑事立法と学説とが鋭く対立した場面として，刑法改正問題と共謀罪の問題とを取り上げることにしたいと思います。

## (1) 刑法全面改正問題について

### (a) 戦前の刑法改正作業

ご承知の通り，日本の現行刑法は1907年（明治40年）に制定された刑法を1995年（平成7年）に現代用語化したものです。幾度が部分改正が行われてきましたがその骨格は変わっていません。1889年（明治22年）制定の大日本帝国憲法（明治憲法）の下で，当時の新派刑法学の影響を受けつつ作成されたものです。各則の第1章は「皇室ニ対スル罪」であり，各則の順序も国家法益優先の順序になっています。これは明治憲法の立場です。また，裁判官の刑事政策的な裁量の余地を広くするために，犯罪類型が極めて包括的で法定刑の幅が極端に広いことが特徴となっています。これは新派刑法学の影響です。

刑法改正の動きは，1921年（大正10年）に政府が臨時法制審議会に対し「現行刑法ノ規定ハ之ヲ我国固有ノ道德及美風良習ニ稽ヘ改正ノ必要アルヲ認ム」などとして刑法改正の諮問を行ったことに始まります。現行刑法でさえ自由主義的に過ぎるという立場です。これを受けて臨時法制審議会は，1926年（大正15年）に「刑法改正ノ綱領」40項目の答申をしました。それに基づいて翌年には「刑法改正予備草案」が公表されました。

司法省は，同年中に「刑法並監獄法改正調査委員会」を設置し，審議の

結果、1931年（昭和6年）に総則、1940年（昭和15年）に総則・各則を合わせて公表されたのがいわゆる「改正刑法仮案」です。

その背景には、当時、高揚してきた自由主義および台頭してきた社会主義とそれに伴う大衆運動、それに対する保守主義・国家主義からの反動があり、さらに天皇制ファシズムの下で侵略戦争へと移行していくという大きな流れがありました。

#### (b) 戦後の刑法改正作業

戦後、1956年10月、政府は、法務省内に刑法改正準備会を発足させましたが、そこでは、必ずしも日本国憲法に適合した新たな刑法を制定するという方向ではなく、戦前の「仮案」をもとにして作業を進めるという方針が取られました。1961年に「改正刑法準備草案」が公表されました。

1963年、法務大臣は法制審議会に対し「刑法に全面的改正を加える必要があるか、あるとすればその要綱を示されたい」という諮問を行い、法制審議会は刑事法特別部会を発足させました。ところが、そこでは要綱の作成ではなく全面改正の審議が行われ、1971年11月に特別部会の改正刑法草案、1974年5月に法制審議会の「改正刑法草案」が公表されました。

本来であれば、法制審議会は、法務大臣の諮問に従い、刑法全面改正の要否について検討したうえで「必要」と判断したのであれば、その「要綱」を作成して答申すべきでした。もちろん、その「要綱」は日本国憲法に基礎を置いたものであるべきでした。しかし、法制審議会（法務省）は、そのような順序を経ることなく、大規模な特別部会を設置し、一挙に「改正刑法草案」を作成したのです。

改正刑法草案でとりわけ問題になったのは保安処分の採否でした。刑罰法令に触れる行為をした精神障害者（触法精神障害者）を特殊な精神病院に隔離収容して治療を行うというもので、再犯の危険性とその理由となっています。しかし、特別部会で審議中の1971年6月、日本精神神経学会総会は「保安処分制度新設に反対する決議」を採択しました。そこでは、再犯

の危険性について「我々は精神障害者、酒精薬物中毒者に対して確実な予測表が存在するとは考えていない」と明言されていました。ちなみに、「触法精神障害者」という用語を最初に使用したのは、1982年の私の論文です。

日弁連は、1974年3月の理事会で「刑法『改正』阻止実行委員会」の設置を決定し、同年5月の総会で刑法「改正」阻止を決議し、全国統一行動を展開しました。反対運動は市民運動にまで広がり、1981年末に、法務省は、草案にかなりの修正を施した「刑法改正作業の当面の方針」を提示して翌年3月の通常国会に政府案を提出する予定であると言明しましたが、実現しませんでした。

その後、1987年にはコンピュータ犯罪などについての改正、1991年には罰金額引き上げの改正があり、1995年に至って刑法の現代用語化が行われました。ここに、改正刑法草案による刑法の全面改正は頓挫し、戦前から続く政府の刑法改正作業も挫折に終わったわけです。

### (c) 学界の対応・刑法研究会試案

このような動きに対して、学界では、平場安治先生・平野龍一先生が「刑法研究会」を発足させて共同研究を開始し、その成果は、1972年に『刑法改正の研究1 概論・総則』、1973年に『刑法改正の研究2 各則』として出版されました。この2冊は、表紙が赤でしたので「赤本」と呼ばれました。

その後、1981年に「改正刑法草案」が国会に提出されるような情勢が出てきたのを受けて共同研究を再開し、1983年の日本刑法学会において、「刑法研究会試案」(以下「試案」)が公表されました。この試案では、現行刑法を口語に直す方法を「A案」、これに大方の了解を得られる程度の手直しを加えたものを「B案」、長期的に見てこのような方向で改正されるべきだという理想案を「C案」と呼び、試案はそのうちの「B案」に当たるとされています。そのうえで「研究会としては、C案を全く放棄したわ

けではない」と述べられていましたが、現在まで「C案」は公表されていません。

刑法研究会の基本姿勢について平場先生は、「今刑法改正を論じるとすれば、戦後における刑事訴訟法や少年法の改正におけると同様、日本国憲法やその下で培われた国民意識の変革や社会情勢の変化の中でその根本を洗い直す作業をしなければならない筈である。ところが、たとえ批判的検討とはいえ、明治憲法下において生じた現行刑法典をなお自由主義的にすぎるとする精神的土壌の上に成立した改正刑法仮案をその出発点とする点において、抜きがたい思想的偏りを看取せざるをえないのである。われわれはそのような思想的偏りとして、国家主義、倫理主義、治安主義等を指摘しうるであろう」と述べられました。私も、当時、法律時報の特集でこれに依拠しつつ、さらに草案の「完全主義」に対する批判を加えて、「改正刑法草案の基本的性格」という小論を書きました。関西大学で助手から専任講師になりたての頃です。

試案の内容として特徴的なのは、① 自由刑を拘禁に統一したこと、② 死刑を否定する原案と並べて、死刑を特別刑として残す別案を規定したこと、③ 各則の順序を個人法益、社会法益、国家法益の順にしたこと、④ 文書偽造罪・印章偽造罪につき、天皇に関する規定を削除したこと、⑤ 公務執行妨害罪に公務の「適法性」の要件を加えたことなどです。

以上の他にも多くの提案が含まれていまして、私もほぼそれに賛成ですが、先に触れた刑法研究会の基本姿勢からすれば、やはり「C案（理想案）」を提示してほしかったと思います。

#### (d) 私見 ①「刑法全面改正の課題と展望」

私自身は、2012年に「刑法全面改正の課題と展望」という論文で、新たな「刑法改正の綱領」40項目の提案をしました。私達は、未だに日本国憲法に適合した刑法を有していないこと、さらに、裁判員裁判の下で、裁判員にも理解可能な「刑法」を制定する必要があることが主な理由です。刑

法は、裁判員（一般国民）が理解でき、かつ、それを適用できるものでなければなりません。

現在、改めて刑法改正作業を再開するとすれば、そこでは、日本における刑事制裁の全体を視野に入れる必要があります。とりわけ「行政刑罰法規の氾濫」といわれる特殊日本的な制裁法の体系にメスを入れなければなりません。これなしには日本国憲法が保障する近代刑法の基本原則（罪刑法定主義、行為原理、責任主義）を貫徹することはできないと考えるからです。そのようにして、日本の刑法を、現代社会において真に処罰に値するものだけに限定すること、いわば「核心刑法」に限定する必要があります。それに、裁判員が理解し適用できる刑法という要請が加わるわけです。ここで詳しく触れることはできませんが、その骨子は、次のとおりです。

第1に、核心刑法という観点から、① 特別刑法を、規定を見直しつつそのまま残すもの、必要な規定を刑法典に入れて廃止するもの、単に廃止するものに整理すること、② 行政刑法については、原則として行政法規に対する違反は行政制裁によって対処するという観点から、「罰則」を「制裁」に替えて大幅な非犯罪化を行うこと、③ 各行政制裁につき、それを管轄する刑事警察以外の部署を設置すること、④ 地方自治法14条を改正して、条例には刑罰ではなく行政制裁のみを規定できるようにすること（憲法94条は条例に罰則を設けることを認めていません）などです。

第2に、刑法総則について、① 罪刑法定主義の規定を置くこと、② 法律の錯誤につき、刑を減輕または免除できるものとし、相当の理由があるときは罰しないものとする、③ 共同正犯につき「2人以上の者が、共同して犯罪を実行した場合は、実行の一部を行った者も正犯とする」と規定して共謀共同正犯を明確に否定する規定を置くこと、④ 量刑の基準に関する規定を置き、「刑は行為者の責任の程度を超えてはならない」と明記することなどです。

第3に、刑罰について、① 死刑は廃止すること、② 懲役・禁錮の区別

をなくして自由刑を一本化し、自由刑から作業の強制を削除すること、③ 無期自由刑につき、仮釈放に必要な服役期間を10年・20年・30年に分け、刑の宣告にあたってそのいずれに当たるかを言い渡すこと、④ 自由刑の上限を改正前の15年に戻すこと、⑤ 刑法の財産刑につき日数罰金制を採用することなどです。

第4に、刑法各則について、① 規定の順序を、個人法益を侵害する罪、公共の法益を侵害する罪、国家法益を侵害する罪の順序とすること、② 各犯罪につき、できるかぎり具体的に規定すること、③ 法定刑全体を見直し、法定刑の幅を狭くすることなどです。

#### (e) 私見 ②「刑法全面改正への道」

昨年、私は、この論文の続編として「刑法全面改正への道——犯罪類型と法定刑について——」を書きました。そこでは、2016年10月の日弁連人権擁護大会で採択された「死刑制度の廃止を含む刑罰制度全体の改革を求める宣言」が、「2020年までに死刑制度の廃止を目指すべきである」として、はじめて具体的年限を区切った提言がなされていることなどを紹介しました。

私は、裁判員に量刑判断をさせること自体に反対なのですが、その点は措くとしても、各則の法定刑については、量刑相場や量刑傾向といったあいまいな基準による量刑ではなく、いわゆる量刑スケール論が適用できるような法定刑にすべきであると考えています。量刑スケール論というのは、各犯罪につき、「最も軽い場合」「比較的軽い場合」「中程度の場合」「比較的重い場合」「最も重い場合」を区分し、それを法定刑のスケールに当てはめて量刑するという考え方です。そのためには法定刑の幅を最大10年程度にしておく必要があります。

また、わが国の現在の犯罪現象は、その認知件数が年ごとに減少し、とくに殺人等の重大犯罪は戦後最低の水準であって、重罰化を必要とするような状況にはなく、むしろ法定刑を軽くできる状況にあることが改正作業

の前提とされなければなりません。

#### (イ) 犯罪類型

「犯罪類型」については、たとえば殺人罪について、① 計画的な殺人および他の犯罪の手段としての殺人又は他の犯罪を隠蔽するための殺人を謀殺とし、無期または10年以上の自由刑を科すこと、② 謀殺以外の殺人を故殺とし、3年以上10年以下の自由刑を科すこととし、故殺の特に重い場合には7年以上の自由刑を科すこと、詐欺罪について、「不法利得の意思を持って虚偽の事実を真実に見せかけまたは真実を歪曲もしくは隠蔽することにより、相手方に錯誤を生じさせまたは錯誤を維持させることによって、財物を交付させまたは財産上の利益を提供させ、他人の財産に損害を与えた者は」と規定したうえ、① 単純詐欺は5年以下の自由刑または罰金とし、② 加重的詐欺の類型を列挙して6月以上5年以下の自由刑とすることなどを提案しました。

#### (ロ) 法定刑

「法定刑」については、全体を11段階に分け、たとえば、最高刑を「無期または10年以上の自由刑」として謀殺、強盗殺人などに規定すること、3番目に重い法定刑を「5年以上の自由刑(15年以下)」として故殺、身代金目的拐取、強盗致死などに規定すること、5番目に重い法定刑を「1年以上8年以下の自由刑」として強姦・強制わいせつ、強盗、などに規定すること、単純傷害、窃盗、詐欺、恐喝、公文書偽造、単純収賄などは「5年以下の自由刑または罰金」とし、住居侵入、名誉毀損、公務執行妨害、贈賄などは「3年以下の自由刑または罰金」として、多くの犯罪はこの2つのいずれかに規定することなどの提案をしました。

以上のような提案は全くの試案(私案)であり、私自身その内容に拘泥する積りはなく、次の世代に刑法全面改正という「やり残している重大な課題がある」というメッセージを残したいと思うばかりです<sup>2)</sup>。

## （２）共謀罪について

昨年（2017年）6月15日、参議院本会議において、いわゆる共謀罪（テロ等準備罪）の規定を主要な内容とする組織的犯罪処罰法改正案が可決・成立しました。その手続は、参議院法務委員会での議決がないまま中間報告という異例な手法で直接本会議に上程し、強行採決するという強引なものでした。

### （a）組織的犯罪処罰法

「組織的犯罪処罰法」は、1999年（平成11年）に犯罪捜査のための盗聴を認めた通信傍受法（盗聴法）と一体のものとして制定されました。当時は、盗聴法について賛否両論が鋭く対立し、組織的犯罪処罰法についての議論は必ずしも盛んではありませんでした。この法律自体、かなり問題のあるものでした。私は、この法律の制定前の1998年に「『組織的犯罪』対策立法の動向」という論文を書きました。

国際的には、1988年の麻薬新条約以来、90年代を通じてマネー・ロンダリングの犯罪化などの国際組織犯罪対策が進められてきており、この法律は、それに応じるという側面を有していました。しかし、国際的な組織犯罪として念頭に置かれていたのはマフィアや国際的なテロ組織であるのに対し、日本で立法理由とされたのは、豊田商事事件という会社の悪徳商法、暴力団という公然かつ半ば公認の組織の犯罪、地下鉄サリン事件という宗教団体の暴走などで、レベルが異なっていたのです。

共謀罪に関連するのは第3条で、「次の各号に掲げる罪に当たる行為が、団体の活動……として、当該罪に当たる行為を実行するための組織により行われたときは、その罪を犯した者は、当該各号に定める刑に処する」として、殺人等15の罪を列举し刑を加重しています。

いかにも組織的な犯罪として限定しているようですが、第2条1項では、「団体」とは「共同の目的を有する多数人の継続的結合体であって、

その目的又は意思を実現する行為の全部又は一部が組織により反復して行われるものをいう」とされ、「組織」とは「指揮命令に基づき、あらかじめ定められた任務の分担に従って構成員が一体として行動する人の結合体をいう」とされています。しかし、これは「団体」「組織」の定義を述べただけで、何の限定にもなっていません。会社や組合はもちろん同好会や自治会も含まれることになります。

#### (b) 共謀罪（テロ等準備罪）の成立

共謀罪については、2003年に最初の法案が国会に提出されてから、すでに多数の批判的な論考が公刊されています。私も、2005年に「共謀罪立法化の動きと問題点」という論文を書きました。英米法のコンスピラシーについて紹介し、条約との関係などについて論じました。当時の共謀罪法案は長期4年以上の犯罪すべてについて共謀罪を処罰するというもので、対象犯罪は600以上でした。今回、成立したテロ等準備罪の対象犯罪は277となっていますが、当初はこのようなりスト方式自体が条約との関係で許されないとされていたのです。

この条約というのは2000年11月に国連で採択された「国連越境組織犯罪防止条約」で、2003年に国会で承認されましたが、同時に提出された共謀罪法案は廃案となりました。同じ法案が2005年7月に衆議院法務委員会に提出されましたが廃案、同年9月の特別国会で衆議員法務委員会において審議されましたが継続審議、2006年の通常国会で衆議員法務委員会において審議されましたが継続審議となり、2009年7月の衆議院解散で廃案となりました。

その後、2009年8月の政権交代により、共謀罪法案は頓挫したとしてホッとしていたのですが、安倍政権になり、2017年3月に国会に上程され、6月15日に強行採決されたわけです。

(c) テロ等準備罪の問題点

私は、この法案の成立前、2017年の3月に参議院議員会館で開催された「共謀罪を考える超党派の議員と市民の勉強会」で「刑事法から見た共謀罪の問題点」と題する講演を行い、5月には日弁連主催の「『共謀罪法案』に反対する市民集会」で「共謀罪（テロ等準備罪）法案について」という短い報告をしました。テロ等準備罪の規定は以下のとおりです。

（テロリズム集団その他の組織的犯罪集団による実行準備行為を伴う重大犯罪遂行の計画）

第6条の2

次の各号に掲げる罪に当たる行為で、テロリズム集団その他の組織的犯罪集団（団体のうち、その結合関係の基礎としての共同の目的が別表第3に掲げる罪を実行することにあるものをいう。次項において同じ。）の団体の活動として、当該行為を実行するための組織により行われるものの遂行を二人以上で計画した者は、その計画した者のいずれかによりその計画に基づき資金又は物品の手配、関係場所の下見その他の計画をした犯罪を実行するための準備行為が行われたときは、当該各号に定める刑に処する。ただし、実行に着手する前に自首した者は、その刑を減輕し、又は免除する。

- 一 別表第4に掲げる罪のうち、死刑又は無期若しくは長期10年を超える懲役若しくは禁錮の刑が定められているもの 5年以下の懲役又は禁錮
- 二 別表第4に掲げる罪のうち、長期4年以上10年以下の懲役又は禁錮の刑が定められているもの 2年以下の懲役又は禁錮

2～4項（略）

共謀罪をテロ等準備罪と名称を変えても、内容は変わりません。もともと条約自体が「直接又は間接に金銭的利益その他の物質的利益を得る」こ

とを目的とする行為を対象としたものでテロ犯罪とは関係がありません。オリンピック・パラリンピックの安全とはもちろん無関係です。

277もの犯罪について一挙にその計画（共謀）を罰するというのは正に暴挙です。対象犯罪には、水道毒物混入・有価証券偽造・臓器売買・著作権法違反など未遂を罰しない犯罪も大量に含まれています。未遂も処罰しないのに、そのはるか前の計画を処罰するというのは筋が通りません。対象犯罪には脱税も含まれていますので、納税者はすべて捜査の対象となり得ることになります。

「共謀」を「計画」と言い換えても内容は変わりません。2人以上の話し合いはすべて「計画」の嫌疑を受けることになります。「テロリズム集団その他の組織的犯罪集団」といっても「その他の」が入っているかぎり限定にはなりません。集団ないしその一部において対象犯罪の「計画」がなされれば、その集団ないしその一部が「組織的犯罪集団」ということになります。「準備行為」といっても、それが犯罪行為である必要はなく、散歩や ATM での現金引き出しなど何でもありということになります。結局のところ、思想を罰することになり、そのことが戦前の治安維持法を想起させているのです。

とくに怖いのは、支配体制に不都合な、ないしはそうなる可能性のある、集団や団体（基地反対・原発反対・安保法制反対・憲法改正反対などの運動体）が、計画罪の嫌疑で監視対象になり、場合によっては逮捕・勾留の理由となりうることです。現在は、メールの送受信の探知や GPS による追尾など戦前には考えられないような監視器具や監視装置が発達しており、治安維持法以上に猛威を奮う可能性があるのです。さらに計画罪の捜査に必要ということで室内盗聴や隠密捜査官の投入が提案されることも予想されます。

安全保障法制と特定秘密保護法とテロ等準備罪は三位一体であり、憲法9条改正への道ならしと言わざるをえません。むしろ国際的なテロに対する対策の基本は、テロの標的とならない（著しく標的となりづらい）国家を

維持すること，すなわち他国を武力攻撃したり，他国の紛争に軍事介入したりしないことを国是とする国家，平和国家を維持することであって，憲法9条こそが最も有効な国際テロ対策なのです<sup>3)</sup>。

## 2 刑事判例と学説

次に，刑事判例と学説についてお話したいと思います。先に共謀共同正犯について申しましたように，判例に対する学説の対応には，佐伯流と平野流のような違いがあり，私は，佐伯流です。判例が，近代刑法の基本原則とりわけ憲法上の原則でもある罪刑法定主義に反する疑いがある場合には，それを指摘して判例の変更を促すのが学説の役割であると思っています。実務に対し否ということをおぼろげに忘れてしまっているのです。

もちろん，判例を批判するにはその判例の論理，なにゆえに判例はそうになっているのかを理解していなければなりません。法科大学院の授業では，受験対策も兼ねてこの判例の論理を理解させることに主眼を置いています。私自身としては，将来実務家となって，その問題点にも目を向けていただきたいと願っているところです。このような観点から，ここでは，裁判員裁判と判例の問題，刑事鑑定の問題を取り上げたいと思います。

### (1) 裁判員裁判と判例

#### (a) 難解な法律概念

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，今年で9年目になります。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いますが，「法令の解釈」は裁判官だけの合議により行われるとされています。

2009年に司法研究報告書『難解な法律概念と裁判員裁判』という本が公

刊されました。裁判員に分かりやすい審理という裁判員法の要請を受けて、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ます。

本書は、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取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としています。これはそのとおりです。そのうえで、「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」としていますが、この点には問題があります。

判例に対して有力な反対説がある場合、たとえば偽装心中といって、心中を約束したA・BのうちAが、死ぬつもりがないのにBがAの追死を信じているのを奇貨としてBに毒を飲ませ死亡させた場合につき、判例は殺人罪としていますが、学説では自殺関与ないし同意殺とする説も有力です。また、法律の錯誤、たとえば映倫を通過したので「わいせつ」映画ではないと誤信した場合、行為者に違法性の意識はありませんが、最高裁判例は違法性の意識不要説です。私は違法性の意識必要説ですが、下級審の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す。

判例と異なる立場があることを、弁護士は、公判で主張もできないのでしょうか。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ように思います。

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ります。それでは、今後の判例変更はあり得ないことになってしまうからです。

本書では、各論として「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ます。そのうち、ここでは判例と学説という観点から「正当防衛」と「共謀共同正犯」について簡単に触れることにしたいと思います。

## (b) 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、正当防衛の判断対象の簡素化・明確化が必要であるとして、裁判員は、① 侵害の急迫性、② 不正の侵害、③ 自己または他人の権利、④ 防衛の意思、⑤ 防衛行為の相当性のうち、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しています。

そのうえで、5つの類型に分けて説明しています。たとえば、被告人の加害意思が争点となる第2類型について、判例は、積極的加害意思がある場合には侵害の急迫性を否定していますが、この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ものであることを理由とする防衛の意思の否定との関係について、このような区別は裁判員には理解困難であろうとします。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、侵害の急迫性と防衛の意思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が適切であるとしています。また、けんか闘争や挑発行為等が争点となる第3類型についても、「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ています。

しかし、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十分です。

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、急迫性とは「侵害が現に行われているか間近に迫っていることをいう」という基準で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、むしろこの判例の方に問題があります。判例の立場を裁判員が理解できないのは当たり前であり、判例の変更を要すると考えるべきです。また、「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条の要件に即して、具体的に判断すべきです。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ありません。

### (c) 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、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、実行行為者を通して自己の犯罪を実現したとする)、最決昭57・7・16刑集36巻6号695頁(大麻密輸入事件、積極的態様の参加に共同正犯を認めた)、最決平15・5・1刑集57巻5号507頁(スワット事件、黙示の認識・認容で足りるとした)が基準になるとしています。

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、重要な寄与が必要だ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、「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ます。

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、先に述べたように、罪刑法定主義違反の疑いがあることに留意すべきです。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す。教唆は常に重要な役割を意味するからです。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)に限って適用するに止まっているのです。

判例の基準も、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、大きく異なっています。さらにスワット事件決定を受けたヒルトン事件決定(最決平17・11・29、拳銃等の所持につき組長の共同正犯を認めた)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、きわめて問題があります。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ると思います。

#### (d) 類推の禁止

「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ますが、両者の限界が問題です。先に触れましたように、日本の刑法は、犯罪類型が広範かつ包括的であることを特徴としています。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ましたが、これまでかなり無理な、類推と言わざるをえないような、解釈が行われてきました。

裁判員は、「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」を行うべきですが、その「解釈」に類推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しょうか。むしろ、裁判員は、「類推」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ります。

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ません。先に述べましたように、今一度、日本国憲法に基づいた、かつ裁判員裁判に適した（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、一步を踏み出すべきです<sup>4)</sup>。

## (2) 刑事鑑定・意見書

### (a) 裁判の科学化・捜査の科学化

私の修士論文のテーマは「刑事鑑定」で、今から45年前の1972年に書いた「刑事訴訟に於ける鑑定人の地位について」が私の最初の公表論文です。裁判と科学の架橋という観点から、鑑定を活用して裁判の科学化を図り、裁判官の証拠評価における自由心証主義を合理的にコントロールすること、捜査の科学化に見合った裁判の科学化を要すること、弁護人も利用できるように中立的鑑定機関を設置することなどを、ドイツの法と学説を紹介しつつ主張しました。

その後、専門が刑法になったこともあって、鑑定と関連の深い責任能力論を研究テーマにしましたが、折に触れて科学捜査と刑事鑑定に関する研究を続けてきました。1994年に関連する論文をまとめて『科学捜査と刑事鑑定』という本にしましたが、一昨年、『リーディングス刑事訴訟法』という本で、徳永光さんがこの本を好意的に紹介して下さいました。

戦後、日本の犯罪捜査は、「自白から科学へ」という標語の下に、それまでの自白偏重主義からの脱却と物証の重視を掲げてきましたが、実務の自白偏重は長い間変わらず、虚偽自白による重大事件の冤罪が何度も問題になってきました。捜査の科学化は日進月歩ですが、「自白から科学へ」ではなく「自白も科学も」というのが日本の捜査の実態です。近年、ようやく取調べの可視化によって変化の兆しが見えてきていますが、可視化も限定的で、抜本的な改善には至っていません。捜査実務の根底にある取調受忍義務論を払拭し、取調べに弁護人の立会を認めることによって、黙秘権の実効的保障を図る必要があります。

それはともかく、今日お話ししたいのは、鑑定意見書の関係で最近「ちょっと嬉しいことがあった」からです。

## (b) 倉敷民商事件・意見書

ご承知かと思いますが、民主商工会（民商）というのは、中小企業の方が税金の確定申告をするのを手助けするのを主な仕事にしている全国組織です。大企業であれば会社内の経理部などで税務書類を作成し、あるいは税理士に頼んで作成してもらうのですが、その余裕のない中小企業の方が民商の会員になって手助けしてもらうというものです。

倉敷のI建設に脱税（ほ脱罪）の疑いで税務調査が入りました。その確定申告を手助けしたとして倉敷民商の職員Aさんが、ほ脱罪の幫助ということで起訴され、同時に職員Bさんが税理士法違反で起訴されました。両事件の弁護団から、当初はBさんの事件について相談がありました。

(イ) 税理士法違反事件

Bさんは、依頼者の求めに応じて金額を税務ソフトに記入するなどして16通の確定申告書を作成したことが、税務書類の作成に当たり、それが税理士法違反に当たるとされました。

税理士法59条1項3号は「52条の規定に違反した者」を2年以下の懲役または100万円以下の罰金に処すると規定し、52条は「税理士又は税理士法人でない者は、この法律に別段の定めがある場合を除くほか、税理士業務を行ってはならない」と規定し、2条1項は、「税理士は、他人の求めに応じ、租税に関し、次に掲げる事務を行うことを業とする」として、「税務代理」「税務書類の作成」「税務相談」を掲げています。本件は、そのうち「税務書類の作成」に当たるとして起訴されたものです。

しかし、「税務書類の作成」自体は、申告納税方式の下で、確定申告をする誰もが行っていることであり、税理士でなければできないことはありません。会社で税理士でない職員が作成しても、特に問題とされることはありません。適正な内容の税務書類を作成することは、納税の促進という利益をもたらすものであって、何の害ももたらすものではないのです。

(ロ) 意見書①

そこで私は、税理士法2条の「税務書類の作成」等は、税理士が行う業務を記載しているだけであって、それをそのまま犯罪構成要件に取り入れるとすれば、過度に広範な処罰へと導くことになる、相談に来た納税義務者に助言し、その要望に従って申請書類を代筆したとしても、その内容が適正であれば、何らの問題も生じないはずである、税理士法の罰則は、文言上、そのような全く無害な行為の処罰を含みうる規定となっており、「実体的デュー・プロセスの理論」からするとほんらい非犯罪化されるべきものである、その非犯罪化が行われていない現在、必要なのは「可罰的違法性の理論」の観点から限定的に解釈することである、解釈にあたっては、その対象を「私利をはかってみだりに他人の『税務処理』に介入することを反復するような行為」に限るべきである、本件のように非税理士が

「内容が適正な書類の作成」に協力した場合は、明らかに処罰に値する違法性の程度に達していない、という趣旨の「意見書」を作成しました。

この意見書は、裁判所には採用されませんでした。一審判決では、弁護人の主張に対する判断として、それなりに解答が示されています。有罪判決ですので否定的な解答であり、納得のいくものではありません。これについては、立命館法学に「倉敷民商事件第一審判決の検討」(2015年)として掲載していただきました。なお、以前は「鑑定意見書」としていたのですが、最近では単に「意見書」と書くようになっていました。

#### (ハ) ほ脱罪幫助事件

その後、弁護団から、Aさんの事件について相談がありました。ほ脱罪本体のI建設の人は、早々に、国税査察官や検察官の言うことを認めて有罪判決を受けており、Aさんのみがほ脱罪の幫助について争ったのですが、すでに一審で有罪判決を受け、控訴中ということでした。詳しく伺ってみると、I建設に脱税の意思はなく、計算の仕方が税務署と違って年度がずれているだけか、記入漏れ程度のことであり、そもそもほ脱罪の成立に疑問があるということが分かりました。

問題は、事件の基礎となった国税査察官作成の報告書で他の査察官の報告書も利用したものを不同意にしたところ、それを刑事訴訟法321条4項の「鑑定書」として採用したという点にありました。こんなことが許されるのか、検討してほしいということでした。

私は、昔、捜査機関が依頼した鑑定受託者の鑑定書に321条4項を準用して証拠能力を認めた判例(最一小判昭28・10・15刑集7巻10号1934頁)について、同項の「鑑定書」は裁判官委託の鑑定人の鑑定書を指すものであって、鑑定受託者の鑑定書をこれに含めるべきではないという評釈を書いたことがありました。判例は、その後、医師の診断書(最一小判昭32・7・25刑集11巻7号2025頁)や私人作成の燃焼実験報告書(最二小決平20・8・27刑集62巻7号2702頁)にも4項の準用を認めてきました。

## （二）意見書②

そこで、これらを批判的に検討したうえ、たとえ判例の立場に立ったとしても、本件のような国税査察官の報告書は、特別の専門知識を用いた鑑定といえるのか疑問があり、また通常の刑事事件であれば警察の捜査に当たることを、脱税事件の場合は査察官が行うのですから、査察官の調査は事件の捜査に当たり、告発は捜査の終了と検察官への事件送致を意味するのであって、国税査察官は訴訟の第三者ではなく訴追者そのものである、たとえ書面の内容が鑑定に当たり査察官が訴訟の第三者に当たるとしても、他の査察官の報告書の利用は再伝聞であって、そのままでは証拠能力を有しないといた趣旨の「意見書」を作成しました。

広島高裁で審理されていたのですが、昨年11月に、弁護士から、この意見書が、異例なことですが裁判官の意向で、証拠採用されたという報告があり、先日1月12日に、主として査察官報告書の321条4項による証拠採用に問題があるとして、破棄差戻しの判決があったということでした。差戻し審でどうなるのかは分かりませんが、被告人にも弁護人にも大変喜んでいただきました。これまで何度か意見書を書いていますが、このような形で採用されたことはありませんでしたので、これが「ちょっと嬉しいことがあった」ということです<sup>5)</sup>。

## おわりに

以上、刑事立法・刑事判例が学説と対立するいくつかの場面を見てきました。最後に、刑事立法と刑事判例について日頃思っていることを付け加えておきたいと思います。

「刑事立法」については、刑法改正作業が頓挫した後に、一連の重罰化の立法が行われ、刑事立法の活性化とも呼ばれました。それには複数の要因があります。重大事件の発生、被害者運動、国民の不安感、国際的要求などです。

しかし、重大事件が発生した場合、肝要なのは被害者に十分な補償を行うとともに、その原因を究明し、未然防止の方策を考えることです。拙速な立法は欠陥を伴うからです。たとえば地下鉄サリン事件の一月後に制定されたサリン等被害防止法(1995年)では「サリン等の所持の未遂」を罰することになっていますが、意味不明です。

被害者運動には際限がありません。たとえば自動車運転については、危険運転致死傷罪の新設(2001年)、自動車運転致死傷罪の刑の引き上げ(2007年)、自動車運転死傷行為処罰法の制定(2013年)という一連の立法により、極端な重罰化に至っています。

国民の不安感については、正確なデータを提示してそれを取り除くのが国家の任務です。たとえば、体感治安の悪化が、有期懲役の上限を15年から20年に引き上げる理由とされましたが(2004年)、対象となる犯罪ごとの吟味もなしに一律に引き上げるのは乱暴です。

国際的要求に応じることは誤りではありませんが、憲法の枠内で行うことは当然であり、問題がある場合は、条約締結に当たって留保を行うべきです。たとえば共謀罪についてはそうすべきでした。

「刑事判例」については、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、その立法はなくてもよかったことになってしまうという問題があります。

古くは旧刑法の下で電気窃盗を処罰した判例(1903年、大判明36・5・21刑録9輯874頁)の後に現行刑法に「電気ハ之ヲ財物ト看做ス」という規定を置き(1907年)、近年では公正証書の原本に磁気ファイルが含まれるとした判例(1983年、最決昭58・11・24刑集37巻9号1538頁)の後に「電磁的記録」を追加規定し(1987年)、テレカは有価証券であるとした判例(1991年、最判平3・4・5刑集45巻4号171頁)の後に支払い用カード不正作出罪を規定する(2001年)といった場合です。

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ます。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、それに従って国会が立法を行うことによって対処するのが、判例と立法の健全な関係といえます。

やはり、少なくとも刑事法の分野では、立法提案や判例について学説による批判的検討が欠かせません。理論の世界に疑うことの許されない権威はないのです。これは、立法提案を支持し、判例を正当とする学説が、間違っていると知っているわけではありません。私は、私の立場から佐伯流の批判をすべきだと考えてきましたが、同時に、学説が違うからといって反発したり憎み合ったりする必要は全くないとも考えてきました。川端博さん、山口厚さん、井田良さんと『理論刑法学の探究』全10巻（成文堂）の編集に当たったのも、学問は反対説があってこそ進歩すると信じてきたからです。ただ、時代は急速に動いており、早晩、そんな悠長なことは言っておられないという時代が来るかもしれません。そんな時代になって「あの頃はまだ良かった」というようなことにならないことを願いつつ、本日の話を終わらせていただきます。ご清聴ありがとうございました<sup>6)</sup>。

- 1) 本テーマに関連するものとして、浅田「刑法における判例と立法の役割——ヨーロッパ法教義学の日本化の一例——」松本博之ほか編『法発展における法ドグマティックの意義——日独シンポジウム——』（2011年、信山社）183頁以下、同「判例に見られる罪刑法定主義の危機」立命館法学345=346号（2013年）1頁以下。佐伯千似「原因において自由なる行為」刑事法講座2巻（1952年）309頁、同「共謀共同正犯」竹田直平博士・植田重正博士還暦祝賀『刑法改正の諸問題』（1967年、有斐閣）89-90頁、平野龍一『刑法 総論II』（1975年、有斐閣）402-403頁。
- 2) 以上につき、浅田「改正刑法草案の基本的性格」法律時報46巻6号（1974年）71頁以下、同「触法精神障害者に関する手続と精神鑑定の役割」ジュリスト772号（1982年）50頁以下、同「刑法改正問題と精神医療」町野朔編『精神医療と心神喪失者等観察法』（2004年、有斐閣）223頁以下、同「刑法全面改正の課題と展望」井上正仁=酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年、有斐閣）1頁以下、同「刑法全面改正への道——犯罪類型と法定刑について——」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（2017年、成文堂）15頁以下およびそれらの参考文献参照。
- 3) 以上につき、浅田『『組織的犯罪』対策立法の動向』犯罪と刑罰13号（1998年）1頁以下、同「共謀罪立法化の動きと問題点」季刊刑事弁護44号（2005年）8頁以下、平岡秀夫=海渡雄一『新共謀罪の恐怖 危険な平成の治安維持法』（2017年、緑風出版）、高山佳奈

子『共謀罪の何が問題か』(2017年, 岩波ブックレット Nr. 966), 松宮孝明『「共謀罪」を問う 法の解釈・運用をめぐる問題点』(2017年, 法律文化社), 法学セミナー編集部『共謀罪批判——改正組織的犯罪処罰法の検討』(2017年, 日本評論社)など参照。

- 4) 以上につき, 浅田「裁判員裁判と刑法——『難解な法律概念と裁判員裁判』を読む——」立命館法学327=328号(2010年)1頁以下, 同「誤想防衛と故意説・責任説について」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見 齊藤豊治先生古稀祝賀論文集』(2012年, 成文堂)111頁以下, 同「共謀共同正犯の拡散」広渡清吾ほか編『小田中聰樹先生古稀記念論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』(2005年, 日本評論社)143頁以下, 同「裁判員裁判の量刑の基本問題 刑法理論の観点から」季刊刑事弁護66号(2011年)26頁以下, 同「裁判員法の見直しについて」浅田和茂ほか編『村井敏邦先生古稀祝賀論文集 人権の刑事法学』(2011年, 日本評論社)217頁以下およびそれらの参考文献参照。
- 5) 浅田「刑事訴訟に於ける鑑定人の地位について——付・裁判官と鑑定人の関係——」関西大学法学論集22巻1号(1972年)1頁以下, 同『科学捜査と刑事鑑定』(1994年, 有斐閣), 徳永光「科学鑑定」川崎英明=葛野尋之編『リーディングス刑事訴訟法』(2016年, 法律文化社)237頁以下, 浅田『『新時代の刑事法』管見』高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(2014年, 成文堂)1頁以下, 「倉敷民商事事件第一審判決の検討」立命館法学362号(2015年)198頁以下, 同「鑑定受託者による鑑定書」刑事訴訟法判例百選第4版(1981年)178頁以下, 同「鑑定受託者による鑑定書について」ジュリスト766号(1982年)108頁以下参照。
- 6) 以上につき, 浅田「刑事立法の重罰化」前野育三先生古稀祝賀論文集『刑事政策学の体系』(2008年, 法律文化社)331頁以下, 同『遠ざかる風景 私の刑事法研究』(2016年, 成文堂)16頁以下参照。

\* 本稿は「浅田和茂教授退職記念講演会」(2018年1月30日)をもとにご本人が原稿を提出されたものです。