

中京大学法科大学院

法曹養成研究所 オープンセミナー

「新しい時代の法曹と刑法解釈」

講師：首都大学東京都市教養学部長

前田雅英 氏

会場：中京大学アネックスホール

日時：17年10月28日（金）午後2時～

「新しい時代の法曹と刑法解釈」ということでお話をするんですが、そもそも新しい時代とは何か？ このような議論をする場合は、必ず今が新しいと言うんですね。そして自分が新しいと。他のやつのが古いんだ。刑法で習われたかもしれませんが、新派對旧派だってそうなんですよね。旧派って、大体悪いネーミングじゃないですか、古い派なんて。旧過失論だってそうなんです。やはり、振り返って今自分がやっているのが正しくて、後のが古いんだという議論なんです。そのときにはやはりその問題に合わせて切り取って、自分が正しいと主張するわけですが。

ただ、そのような個人的な価値判断と立場性を越えて、やはり共通の理解として、大きく社会状況が変わってきているというのが、多くの人々の共通認識があると思います。一つは、治安状況の問題なんです。刑事の理論というのは、これはそれだけで全てが決まるなんてもちろん申し上げないんですが、治安状況に非常に大きく影響されます。

それからもう一つは、法律関係の方がほとんどだと思いますので細かい説明抜きにどんどん説明させていただきますと、見ておかねばならないのは、憲法状況ですね。憲法の理論状況が大きく変わってきている。刑事訴訟法の世界なんかも含めて、それが大きなうねりとなって解釈が変わってきます。その中で、よく「正しい解釈が捻じ曲げられていく」とか言いますが、何が正しいかは誰が決めるかなんです。

私なんかは、受け身的というか、非常に主体性がないというか、人の言うなりに動かされてきたようなところが、元々あるんですが。今から申し上げることはそういうことではなくて、信念として、やはりその国のその時代の国民は、法律のどれが正しいか決めていく、それはもう動かし難いんだと思います。その国民が、今の日本人が刑法理論はこうあるべきだと考える原点として、非常に大きなものとして社会・治安状況というのがあると思います。

そこにグラフを付けさせていただいたんですが。上が犯罪率で下が認知件数で、人口で認知件数を割ったものが、そのようになるわけですが。戦後の30年間は、犯罪率は落ち続けた。認知件数も減り続けたからなんです。戦後の後半は増え続けたということなんです。上の方の犯罪率の一番

高いときで2,000なんですよね。10万人あたり2,000件。それが1,000件まで落ちるわけです。半減するんです。この間は、高度経済成長期です。

私は、東京生まれの東京育ちで、生まれたころは昭和20年代なんです。1950年より前には生まれています。1949年生まれなんですけどね。住んでいた町の方には、やはり浮浪者とかがいました。今のホームレスとはまったく違う状態です。駅から家まで帰るときに、川の橋の下を通ると近道なんです。そうすると、そこに浮浪者がたむろしているんですよ。戦争で親を亡くした人たちとかね。布団がむしろですよ。もちろん、今みたいにダンボールもなければ、ビニールテントも何もない。ただ、上に橋が架かっているというだけ。そこに敷布団がむしろ1枚、掛け布団むしろ1枚、冬でもランニング1枚ですよ。ドブにお米が落ちていけば、奪い合って食べる。

だから親が、「あそこを通るときは、荷物は抱えて走って通りなさい」と、随分きつく言いましたよ。やはり、それが犯罪だったんですよ。要するに食うために奪う、窃盗・強盗が増えた、多い。本当にあの頃多かったですよ。そういうものがどんどん減って、いわゆる貧困からの犯罪みたいなものというのは、なくなっていく。我々が、ちょうど大学紛争世代のお終いの方というか、団塊の世代のシッポなんです。私は、そのころは、やはり社会に対して批判的な、これでいいのか、みんな若いときは考えるんだけど、その原点はやはり絶対的貧困です。

あんな食えない、あんな悲惨な、食えないが故に餓死していくとか、苦しんで薬もなくて、死んでいくと聞かされて、やはりこれは不正義だと思うわけですよ。それを何とかしなきゃいけないというのが、我々の世代の学者の根本になっている場合が多い。これは押し付けるわけにはいかないんで、皆さんが生まれた時代には、育った時代の生活実感から出てきた正義感が、やはり刑法理論を作っていくんだと思うんです。

そういう状況から、豊かな時代に入ると、今度は犯罪が増えだすんです。そのグラフにある通りなんです。特に平成に入ってから犯罪状況というのが悲惨なものであったわけです。

去年の犯罪白書の特集が、刑務所だったんです。いかに、刑務所が溢れているかという話です。「16%過剰だ」と言っても、ピンとこないんですが、何で独房に、ベッドが二つ入っているかということですよ。独房は、一人でいるところじゃないですか。6人部屋に8人入れるために、何が起きているか。足の上30cmぐらいのところ、板が渡っているわけです、寝ている上に。その板の上に人が寝ているわけです。まさに、刑務所は溢れているわけです。

やはり、治安状況は非常に悪いんだ、何とかしなきゃいけないんだと皆思いはじめたことの象徴ですね。刑務所が混むということは、その前提としての裁判所も非常に厳しい。裁判所が厳しいということは、その前の検事も大変である。私の教え子で、本当に過労死寸前だというのは、オーバーじゃなかったです。

検事の前は警察で、東京なんかで話を聞くと、もう留置場が溢れていて、身柄を取っても入れる場所がないんだということです。本当になんか。留置できないんだ。「ほかの署は」と言っても、もう頼めるところはみんな頼んでも、もう空いていないんだという状況。やはり、それが事実だったと思います。

そういうものが新聞やテレビに反映して、もちろんワイドショーなんていうのは面白おかしく誇

張る部分もあるし、実際の流れとまた違う面あるんですが。やはり社会全体として、処罰を厳しくという方向の理論は出てくると思うんですね。理論的には、それは間違いであるとも言えます。数が増えたからといって、それで動揺してはいけない。正しい犯罪理論というのは、客観的に存在するはずだと考える人が多いんです。そもそも正しく犯罪を、どこまで処罰するか。どこまでが正しい刑罰か。

それはやはり、国民が生活していく上でこの程度のもをこの程度で処罰してもらって、犯罪抑止してもらわないと成り立たないよ、というバランス論から出てくる面が強いと思います。この間、愛知の方から電話がかかってきて、読売新聞のインタビューだったと思うのですが 記事になったのか、ならないのか分からないんですが、少年の3人に死刑が出た判決がありましたね。あの死刑をどう評価するか。重いのか、軽いのか。私のコメントは、あの事実認定なら死刑しかあり得ないというコメントですが。

少年法をやっている人の多くは、少年だから軽くすべきだとか、いろいろな議論があるんです。理論的に、どこから死刑になるかは客観的形式的に決められるんですか。戦後の中でも動いていますよ。その時代の死刑の基準というのが、やはりあるんだと思います。一部の学説からは、もちろん死刑は廃止すべきなんです。ただ、死刑廃止論というのは非常に今は厳しくて、国民の8割が死刑賛成といってよいでしょう。ということはもう、ほぼ完全に死刑存置の流れが強いということです。

先日アンケート調査を、私たちもやったのですがほぼ9割が死刑賛成でした。これが実情だと思います。なぜそう重くなっているか。

実は犯罪理論もそうだけれども、では、客観的に 先ほどお話があったように 結果無価値論が正しいからこうなる、行為無価値論が正しいからこうなる。正しいものが決まっているものであって、犯罪が増えたからとか、国民の不安が増えたから理論が動いてどうするんだと思っている人がいるかもしれないけれども、そもそも理論とは何なんですかということなんです。そもそも、なぜ結果無価値論が正しいんですか。なんで行為無価値が正しいんですかということなんです。それが最大の価値判断なのです。

主観主義から行為無価値になっていく。客観主義から結果無価値になっていく。我々が習ったころは、新派對旧派。牧野先生の主観主義對、小野先生、滝川先生の客観主義。牧野先生は、今流に言えば行為無価値的ということになるんだと思うんです。滝川先生のような立場は、結果無価値的ということになるんでしょうが。その座標軸は今だって基本的に変わらないんですが。問題は、その座標軸の中でどう微妙に動いていくかなんです、解釈論というのは。

二つの試金石。刑法の理論で、試金石というか、リトマス試験紙というか、分かりやすいポイントが二つあるんです。やはり未遂と共犯。これは新派・旧派の時代から、実は対立の焦点は未遂と共犯なんです。未遂の主観説と着手について、主観説をとるか、客観説をとるか。共犯について独立性説をとるか、従属性説をとるか。

ここで、結果無価値を徹底しさえすればいいというのは誤りなのです。これは、もう皆さんなら百も承知のことですが、あえてもう1回申し上げておくと、結果無価値を極端に徹底すると未遂は

どうなるんですか。結果がないんですよ。無罪になるべきなんです。行為無価値を徹底すれば、これは未遂も、既遂もまったく同じに処罰すべきだということなんです。

昔の大学の口頭試問で有名なのがあって……。新派の先生が口頭試問で、未遂の条文、実行に着手したもののこれを遂げざるものは未遂となるわけですが、その刑罰はその刑を減刑すること「得」なんです。これは読ませるだけなんです。読み方は、難しくも何ともない条文なんです。難しいのは、38条2項を、罪本重かるべくして何とか、というのは読むのは難しかったんですが、今はやさしくなっていますが。

なんで読ませるのかといたら、漢字の読み書きをテストしているわけじゃないんです。どこに力が入っているか。その刑を減軽することを「得」と、「得」に力を入れて強く読めば合格。さらっと、刑を減軽すること得、と読み飛ばせば失格。なぜか。刑を減軽すること「得」ということは、任意的減刑を強調している、軽くしなくてもいいように。未遂だって同じにしてもいいよと。未遂というのは、本来同じなんだよと。主観主義というのは、そういうものなんです。

だけど、現実には殺人未遂と、殺人既遂で刑の重さに差があるじゃないですか。少なくとも、未遂だったら絶対に死刑にしないですよ。凶悪な事件とかって言たって、あれは4人殺している、だから、というところが絶対に刑法の評価では効いているはずなんです。その意味で、主観主義を徹底するのも、つまり既遂も、未遂も同じにするのはおかしいですよ。

では、未遂を一切無罪にするというのは、これはもう条文上無理じゃないですか、未遂は処罰するんですから。だけど、理屈だけで押していく人の若い人の理論の中には、客観的な不能犯論のほうが正しいから、どんどん危険性を絞っていく。するとどうなるか。未遂は全部、無罪の方向にどんどん近づいていくんです。

それは、理論を徹底するから正しい方向に行っていると言うけれども、そうじゃないんですよ。未遂をどこまで処罰するかが判断されて、それに合わせてどの程度結果無価値にするのが今の理論として正しいかが、逆に決まってくるんです。その最大の理由が、と言うか分かりやすい例えば根拠が、イギリスで何故不能犯、つまり危険性がまったくないような場合まで処罰するようになったのかということなんです。

最近でもイギリスでありましたよね、地下鉄テロで、無令状逮捕をやってよいという議論が出ましたよね。日本だったら令状逮捕なんて、信じられないような世界だということになる。大体、イギリスでは撃ち殺したりしていますよ、被疑者を。あれは日本だったら、国家公安委員長の首が飛ぶだけじゃ済まないような話だけれども、イギリスでは何でもないじゃないですか。

「黙秘権の変化」とそこに書いてありますのは、黙秘したら不利になったんじゃないんでしょう？ だけどイギリスでは、しゃべらないということは、やましいと思っていいんだという方向に動いちゃうんですね。いや、それは間違えているよと日本人がいくら言っても、これでイギリスはやるんだということですよ。やはり、これで日本はやるんだけれども誰が決めていくかというのは日本の解釈論であって、皆さんがこれからの時代の日本の解釈をどうつくっていくか、決めていくということなんです。その背後には、国民の常識でなければいけないということなんだと思うんですね。

共犯論だってそうですよ。イギリスは従属性の国ですよ、元々ずっと。ところが、独立性説の条文になっちゃうんです。誰か学者が理論を変えたんですか。違うんですよ。あの状況、犯罪のものすごい状況。それから、IRAのテロをなんとかしなければいけない。テロをやろうとしただけでも身柄とって、処罰しなきゃいけない。こういう状況がつくっていくんです。

やはり、日本は平和ですから、この治安状況が悪くなったと言っても平和だから、共謀罪なんか今度の国会でつぶれちゃいましたよね。外国では当たり前なんですけれど。あれは国際的な集団犯罪に対して対応するために、いわば外圧でつくられた面もあるんだけど、世界的なレベルから見ると日本は治安がこれだけ悪くなったと言っても、飛び抜けて安全な国ですね。その時代、状況の中で刑法解釈していくということなんだと思うんです。

治安状況が刑法理論にある程度影響を及ぼしていく。ただし、私去年までは、犯罪増加を危機的だと問題視していたのですが、変わったんです。

そのグラフを見ていただくと、最後のところでストーンと落ちているじゃないですか。これは、まだマスコミにもあまり出ていないんだけど、今年の上半期14%ぐらい認知件数は減りました。まだ皆さん、実感としては分かっていないかもしれませんが、実は、2~3年前に止まったんです、増加が。非常に正直ですから、現場は。警察はやはり「少しは楽になった」と言っていますよ。これは検事さんも少し事件、少し楽になった。裁判所も地裁レベルは、事件の増加は止まったと。高裁は、まだ忙しくてどうしようもありません。刑務所はどんどん増えていっています。だけど間違いなく、刑務所収容人員は楽になって、今、増設していますけれども、それほど緊急性はなくなっているかもしれない。

そういうものが、すぐに影響するということじゃない。だけれども、大きな目で見ると流れが変わって、その意味で2000年の頭というのは、日本の治安状況は30年単位ぐらいで下がり続けたら、今度は増え続けて止まって大きな節目を迎えたような気がします。今後どうなるかなんて言たって仕方がないんですが。今はやはり、ターニングポイントに立っていると思うんですね。

ただ、なぜ減ったか。一つはやはり、それなりの政策をとったんです。一つは、少年犯罪がうんと減ってきた。検挙すると、捕まえてみたら犯人の52%ぐらい少年だったのが、今年の上期は31%ですよ。ものすごく減っています。凶悪犯の中でも、少年が減ってきたんですね。そういうものが、じわじわと効いてくる。

今日は、刑法の解釈論になるべく時間を割きたいので、そのくらいにしておきますが。もう一つ新しい時代ついでに、頭にどうしても入れておかなければいけないのは、裁判員制度なんです、裁判員制度。

なぜ裁判員制度をやるんでしょうか。一つは、やはり国民の常識に近づけると言われています。私が申し上げているように裁判というのは、最後は常識で国民が決めるものだと。その通りなんだけれども、ただ一つ注意しておかなければいけないのは、「生」の国民の意見が常識なんですか。

その意味では、私は裁判員制というのには、若干の、危惧感があります。極端な意見の人が全部集まっちゃって裁判官の例外的見解と結びついて結論を出して、いやいや、この辺がたまたま3人

入ってきて「ものすごく重くしろ」とか言ったら、どうするのか。簡単に言っちゃうと、ロースクールで勉強する、その前の法学部で勉強するというのも、法曹の常識的力を養成しているという面があると思います。「素人が判断しさえすればよくなる」というのでは、困るのです。

素人よりは修習生、修習生よりは若い判事、若い判事よりは中堅の判事、中堅の判事よりはベテランの判事という順に、評価が集中していくように思うのです。これは、今回は修習生がチェックしているわけではないんですが。その意味で裁判員制度が来ようが、私は法曹のプロが軸となって結論を出していくということの重要性というのは、変わらないと思います。ただ一ついいことは、そういう素人の目が入ると言うか、外に情報がオープンになっていくと、ある意味で誰にも説明できなきゃいけない。その意味で、特殊な人にしか通用しない非常に難解な理論とかというのは、通らなくなると思います。

素人が、たった何日間かしか参加していない人間に、分かってもらって結論までいかなきゃいけないですから……。例えば正当防衛で積極加害意図があるときには、防衛の意思がなくなるんだとか、急迫性がなくなるんだとか、ものすごく難しい議論があるんですよ。もちろん、聞いたことがある人はいると思うんですが。あんな議論は、そのままでは通用しないです。まして、19世紀のドイツでこういう議論がありますとか、アメリカで、フランスで、そういうことを綿密にやっていくというような議論が、裁判員にはそんなに意味を持たない。もちろん、それを踏まえた結論というのは、大事なんですけどもね。

その意味で、刑法理論は間違いなく変わると思います。分かりやすい方向に。文章も、どんどん今でも判決の文章なんかはやわらかく、分かりやすくなっていますが、それが加速するとは思いますが。加速するとは思いますが。ただ、最後の常識的な結論の部分というのは、そこは動かないんじゃないかと思えますね。

逆にそれを導く法律家というのは、どうしても必要になるということです。逆に法律家が、特に裁判官が非常に偏った特殊な人たちで、自分たちだけの社会をつかって仲間内で、眉間にしわを寄せて難しい議論ばかりしていて、世の中で起こっていることが分からないとか、世間の常識が通用しないというのも、間違えだと思んですが。ただ、どうしてもやや、やはりエリートですから、市民の感覚から離れるということはまったくないとは言えない。裁判員がそこに風穴を開けるという意味は、それなりに私はあるとは思いますが。

正直言うと私は、裁判員制度というのは入れる必要なんてまったく感じていませんでした。この治安状況が悪化する中で、ものすごいコストですから、裁判官・検察官は過労死が出るほど忙しいというのに裁判員制度を入れている暇はないんですよ。ただ治安状況が、本当にある意味で運がいいんですが、ものすごい勢いでよくなってきている。これは、裁判員制度を入れる可能性と言うか、下地はある程度はできてきた面もあると思うんですよ。

ただ、国民の意識は違いますね。いろいろな講演会、こういう法律家の講演会以外にも私は話をさせられることがあって、そこでよく質問が出るんです。裁判員制度は、誰が考えたのと。我々国民はやりたくもないし、望んでもいないよと言う声が、ものすごく強いです。これはもう本当に強いです。広報のために弁護士会とかいろいろとビデオをつくってやっているじゃないですか。法務

省だったやっているし、最高裁だって、たくさんお金を注ぎ込んでいますよ、宣伝に。全然、変わらないですよ。

7割の人は、自分は裁判員はやりたくないと言っています。自分が選ばれても、裁判員をやりたくないと言っているの、変わらないですよ。だから、自分が裁判員制度に反対はしなけれども、自分が「あなたやりますか」とか、もっと「自分が裁判員に裁かれますか」と言うと、全然数が増えないんですよ。そこをどう考えるかはなお問題として残されています。これから、もう一応出来上がっているように見えて、最後の詰めのところ、やはりどのように国民の支持を得てやっていくのかというのは、残された課題でありますから、そのところはソフトランディングしていくようにしないといけないんだと思いますが。

いずれにせよ、その裁判員制度導入によって法理論が、ある意味で常識的なやさしいものになっていく。それと法律家というのはもう訓練してつくり上げられていくものであって、その作業というのは、その重要性というのは、むしろ裁判員制度ができることによって明らかになっていくという面は、あると思いますね。

そういう中で、私はやはり犯罪の理論というのは、より一層常識的で実質的な解釈論になっていくという方向は、変わらないと思います。そちらの方向に動いていくということです。一定の解釈を条文の中でしていく。戦後の解釈というのは、やはり条文を明確に、形式的に解釈するという方向が強かったと思います。理論でカチツ決めて、解釈させちゃいけない、裁判官に。理論できちっと決まるんだと。

そういう考え方が日本を支配したというのは、犯罪が減り続ける社会、安定した社会の中で当然だったからだと思いますね。だけど、早い時期から「それじゃ、おかしいんだ」と言って、「反旗」と言うと怒られちゃうんですが、実質的犯罪論を主張したのが藤木先生なんですね。「国民の常識」と言ったのは、藤木先生なんですね。ただ、藤木先生は、やはり20年早く生まれ過ぎた。主張が20年早かった。今の時代だったら、主流を形成されておられた。運ですね。人生はどのようなタイミングで、どう生まれてきて、どう発言するかというもの。

結局、先ほど言ったように皆さんの現体験があって、自分の立場・説ができてくるじゃないですか。その時代状況だからと、藤木先生は非常に鋭い方だったんだけど、時代を20年、30年バック・トゥ・ザ・フューチャーの世界じゃないですが、タイムマシーンで20年ズレちゃったという感じに近いですよ、本当に。その意味では、先見の明があったというか、正しかったということなのかもしれません。今の状況で、またこのロースクール時代、裁判員制度の時代に、私はより実質的な判断、国民の常識に合った判断という方向が強まっていくと思うんです。

そこのつながりで共謀共同正犯の話だけ、団藤刑法と藤木刑法の関係というか、お話をして先に進みたいと思うんです。司法権は、それは立法に拘束される。条文に従って解釈しなきゃいけない。裁判官が条文をかなり自由に解釈していいというのは、駄目なんだと。自由法論といいますか、牧野先生なんかは実質的な結論が大事だから、法律の条文にあまりこだわらなくてもいいと言って、もうボコボコに叩かれたわけですよ。

新派の理論というのは、その後弱まっていくわけです。未遂の議論やなんかも、全部旧派が勝っ

ていった。これは、牧野先生が間違いだったから消えたんじゃないんですよ、先ほど言ったように。時代状況が、罪刑法定主義を重視することを要求する日本社会だったからそうなったんですよ。しみじみ思い出しますが、私が研究室に入ったときに恩師 一番直接の指導教官は平野先生なんです。平野さんが、「前田君ね、やはり私は、小野先生もすごいと思うけど、刑法学者で一番ある意味で優れているのは、牧野さんだと思う」と、牧野先生の教科書を読むように指導されましたね。

あの時代状況の中では、枠を超えちゃっているんですけどもね。中に、その時代状況の中で、相対的に正しいものがあるということなんです。戦後の状況なんかもやはり、条文をカチッと解釈することが非常に重要であると。裁判官が解釈を自由にするなんてナンセンスだと。刑法解釈は厳密なほどよい。白か黒かははっきりしなければ、白にしておくのが刑事裁判の鉄則であると。

でも、よく考えてみると、白か黒か迷うから法律家のプロが必要なんです。灰色で迷うものを全部白にするのは、素人でもできるんですよ。その実質的なところを、やはり一つの価値判断で形式的な犯罪論というのは、やはり処罰を限定しようとする。なぜ処罰を限定しようとする理論がうけたか。それは犯罪が減り続ける社会だというのが、一番大きいと思いますよ。国民の声も、そんな処罰を望まなかった。

しかし、1980年代から変わってくるんです。被害者重視という議論も出てくるでしょう。やはり、犯罪が増えて現に被害があると、解釈は変わってくる。私なんかは、非常に分かりやすい体験として、いろいろなところで条例をつくったり、お手伝いさせられる中で経験します。杉並区で、防犯カメラの条例をどうするかというののお手伝いしたときに、あそこは民主党なんです、区長が。憲法の観点からって個人情報大事だとか、プライバシーが大事だから防犯カメラを規制する条例をつくってくださいと言って、私も加わってやったんですが、ところがコロっと変わった。

杉並区民に聞いて回ったら、どのお金を入れてカメラを入れてくださいと。安全な杉並区にしてくださいという声が、圧倒的なんです。いろいろ調べていくと、大多数の人が、7割～8割の人が、もうカメラ導入推進になっている。なぜか。杉並区では、既に19.1%が泥棒に入られた後なんです。現に、泥棒に入られたという人の意見を聞いたことがあるというんじゃないで、自分の家に現に泥棒に入ったのが5軒に1軒だったんです。

そういうことで、先ほどの一番最初の理論ですが、理論が動いちゃうんですからね。「解釈理論とは何なんですか」と、私はよく言うんですが。解釈論というのは、手品に似たところがあるんですね。パフォーマンスで、結論はこっちが正しいというのはきちっと見せる手品に似たところがないとは言えない。鳩が出るでしょう？ ウサギが出るでしょう？ すごいと思うでしょう？ それは手品なんです。なぜ鳩が出るんですか。なぜウサギが出るんですか。それは仕込んだくからですよ。入れたウサギを出すだけです。入れた鳩を出すだけです。

ここまで処罰するという価値判断は、やはり立場性があってどこかに価値判断が入っています。一番分かりやすいのは、司法試験をやってこられた方なんかは、予備校なんかで習われたでしょ。お前は何説に立つのか、という立場を変えちゃいけない。結果無価値に立ったら、それに論証していきなさい。だけどなぜ、結果無価値というのはやはり処罰を基本的には限定するじゃないですか。

なぜ、その価値の方が正しいかという論証はしなくていいんですよ。

だけど、実際の社会だとか裁判官にとって一番大切なのは、結論なんです。予備校では例えば行為無価値から出発することが大切だと言うんだけど、その根拠の立証というのはしなくてよくてやっている。だけど、そこに価値が入り込んでいるんですね。その部分を逆に本当のプロというのは、トップダウンも大事だし、下からの吸い上げも大事で、今の時代状況の中で具体的なこの問題は絶対に、この位に乗っけて処罰しないとおかしいよね、いや、無罪じゃないとおかしいよね、という感覚を持って、吸収できて、それが理論化されていく。その連続ですね。

理論というのは、止まったら死んじゃうんですよ。自転車みたいなもので、倒れちゃう。常に動いている。循環している。その中でまさに、その動かすアクターとして、法律家という役者が必要なのです。それは、過去の法律家は無意味なんです。どんなに先生が偉くても、牧野先生、小野先生、滝川先生が偉くても、未来の解釈は動かせません。我々なんかも、もう過去の人間になろうとしています。これからの時代を動かしていく皆さんが、価値観をつくっていくし、吸い上げていくし、それを基に理論化していく。

そういう流れの中で捉えたときに、戦後の象徴的な動きが共謀共同正犯論なんです。共謀共同正犯論というのは、ご承知だと思いますが、共謀に加わったけれども実行に加わっていない共同正犯です。正犯は何なんですか。実行行為をする人でしょう。共謀共同正犯は、実行行為をしていないんでしょう。実行行為に一切関与していない共同正犯なんて、論理矛盾に近いんですよ。だから共謀共同正犯は、バツですよ。共謀共同正犯というのはあり得ない。

ところが、日本の実務は明治時代からじわじわと共謀共同正犯を拡大してきた。なぜなのか。やはり、正犯と呼びたいんでしょうね。伝統的に日本とか東洋では、正犯とは、中心人物というのは、計画をした人なんですよ。造意者と言うんですが、意思をつくりだした人と言うんですが。現に手を下した人というのは、罪を減ずるんですよ、少し軽いんですよ。

ところが、ヨーロッパ・ドイツ型の刑法というのは、正犯があってそれをそそのかした人はむしろ軽い。正犯が主役なんですね。それは、手を下した人という意味なんです、それに近いんです。学者側の理論は、ドイツの条文を基にそれをきちっと解釈すればこうなる。ところが実務は、それはともかく日本では麻原彰晃が正犯でないなんて駄目だよ、という感覚があるわけです。もう昔からそういう、やはり親分が正犯だと。首謀者が正犯だという感覚があったわけですよ。

今だって、学者の中には麻原彰晃、だってサリンを撒いていなければ車の運転もしていないんだから、教唆だ、ということ言う人いないわけじゃないですよ。だけど実務家から見たら、これはもう何を言ってるんですかということになる。だけど、そんな刑法はどこから出てくるんですか。目下の理論的な根拠があるんですか。それがやはり日本的なものなんですよ。

ただそういう中で、藤木先生はやはり共謀共同正犯というのを悩まれるんだけど、やはり中間点というか、一定の枠の中で認める。今でもよく覚えているんですが、藤木先生の亡くなる最後のところで、一番ある意味で力を入れていたのは、共謀共同正犯をどう理論化するかということだったんですよ。「そうだ、前田君ね。共謀共同正犯、ドイツで何か論文ないか探して、ベルナーあたりが怪しいと思うんだ」と。

ベルナーは、1800年代のドイツで有名な学者です「ドイツにも、共謀共同正犯があるんじゃないかなと。それを調べてみる」みたいなことを言っておられたのですが。やはりあのころは限界があって、藤木先生は学会発表のときのトラウマが 先生はトラウマという言葉を使わなかったけれども あったんですね。

藤木先生が報告したときに、「ところで、君の理論は『リスト・シュミット』の25版の何ページに書いてあるのかね」と、「どこにつながりがあるのかね」と聞かれた、と言うんですね。「リストシュミット」というのは、ドイツのそのころの一番有力なと言うか、もう、ちょっと古いんですが、権威のある教科書なんですよ。「ドイツの教科書の中につながりのないような発表をして、何をやっているんだ」と。「ものすごく、厳しくいじめられた」と言っていましたよね。

そういう時代状況の中で生きてこられたから、やはり共謀共同正犯 藤木先生はもちろん、妥当な処罰範囲に絞り込むということを前提にしているんですが。ドイツの理論をなんとか探して、理論化しようというところはあったんですね。

ところが、それからしばらくして1982年に、非常に重要な判例が出るんですね。中身自体は、何の特色もないただの共犯の事件なんですが、薬物関係の。共謀共同正犯の成立を認めた判例なんですが、問題は裁判官なんです。団藤裁判官が、共謀共同正犯を認めた判決を書いた。これを行為支配とか、いろいろな言葉を使って、認められた。

問題は、団藤先生が共謀共同正犯を認めたということです。それ以降、本当に共謀共同正犯 もちろん学者は書いたものは、変わっていったわけじゃないですが、全体の流れとして共謀共同正犯を正面から否定する学説というのが増えていく。早稲田の系統とか、中央の系統は元々共謀共同正犯、草野先生の流れがありますから認めていたんですが。やはり、団藤刑法が主流でしたから、団藤・大塚流というのはね。それが、やはり大きく崩れていく。その象徴となった判例が出たのがそれが1982年、1982年です。

その後、私はいろいろなところでじわじわと変わって行って、形式的に団藤先生流に、実行行為を固める。実行行為とは何か、これははっきりしなきゃいけないし、実行行為が始まるのは未遂でしょう？ 着手。実行行為をするのが、正犯でしょう。実行行為をしないのが共犯。実行行為をさせるのが共犯。形式的にスパッと決まるように見えて、実行行為とは何かというあたりが、動いていく。それに関連して、因果関係とは何かというような理論が動いていく。

その具体的な問題に移っていこうと思うんですが。その前にちょっと、飛ばしちゃったんですが、新司法試験にどういう能力が要求されていくか。裁判員制度の導入の最後のところに、ちょっと書いておいたんですが。そこと、結び付けて具体的な問題を話していきたいのでね。

旧司法試験の世界というのは、まず論点を迷わせてはいけないという配慮が強かった。この問題は何を聞いているかをかなり明示した上で、それについての理論的な整理ができて、具体的に事案に対して当てはめられる。皆さんの好きな言葉で、規範の定立と具体的事例に当てはめてみるとかね。規範の定立の部分をものすごく重視したわけですよ。その説について理論的に、事例を具体的に説明できると。当てはめのところでは、勝負させなかったわけです。

ところが、今日これからお話しする論点が三つ出してあります。実行行為と、因果関係と、故意と。

最後の共犯のやつは、ちょっと別の理論的な話になってしまうんですが。理論的な話があったんですけどもね。因果関係の相当性なんて、これは事案が相当かどうか当てはめるぎりぎりの問題というのは、試験では聞きにくいんですね。横領と背任かの区別もそうだったし、中止犯が任意に実行をやめたと言えるかどうか。かわいそうになってやめたのが、任意性があるんですか、ないんですかと。

この難しいなと思う問題は、みんなある意味でパスなんですよ。理論的にある程度学説で書いてあるものを整理して、それが理路整然と書いているかどうかをチェックしている。これが論文式の……。そこに文章がきちっと書いているかどうか、最大のポイントであったと思いますけれども、それはある意味で自然だったんです。試験員の力関係も、学者中心だったんですよ、どっちかという。数ということではなくてね。何を正しいと見るかとか、出題をどうするかということについても、学者の力は強かったと思います。

しかし、新しい時代は明らかに実務家を選ぶ試験だ、というのが強まる。法律家にとって必要な能力を、やはり直接チェックしようとする。それともう一つ。先ほど言った、理論を聞くんじゃないんです。実務と理論のつながり、法律家としての能力の部分がどれだけできているかを聞く。つまり、使えるかどうかです。そういうことにつながってくるんです。

そこで、読む力、論点を探す力、理論的分析力、まとめる力、表現力、これがトータルに要求されるようになる。恐らく、嫌というほど出てくるとは思います。まずその事実認定力みたいなものというんですか、長い文章が出てその中から論点は何なのか、ポイントになるのは何なのかを拾い出す力。その前に、長いものを読む力です。

本当に狭い範囲のこの知識はあるけれども、具体的な常識とか、思考力がない学生が多いという問題が指摘されてきました。思考力が何かというのは、そもそも問題なんです。少なくとも、長い文章を読める力がないじゃないか。ある意味では、それは当たっていると思うんです。何か、促成栽培的に大学3年でも司法試験受からせたとか、こんなに早く受からせましたということ売りにして、伸びていった予備校なんかもあります。早く受かるなんて、いいことでも何でもなし。実力を付けないと、本当は仕方ないと思うんですが。

その意味で、今まではなるべくコンデンスして、無駄なものを切り取って、切り取って、エキスに絞って勉強しようとしてきた。

だけどそこで落ちちゃう力は、自分が読んでその中から大事なものを探さないから、落ちちゃうんです。それを求めるというのは、当たっていると思います。ただ、そんなに特殊なことを要求できるわけがないんだから、まずは長い判例を読んで、その中で大事なものを見つける。本当は判例だけじゃなくて、記録の付いたものや何かが一番いいんですが、その中で何が重要かというのを、見つけるということなんです。それが読む力。読む力を付けるには、もう答えは簡単です。読む練習をするしかないんですよ。こういう方法がある、なんてないんですよ。やはり、時間をかけて読むしかないんです。

また亡くなった人の話ばかりで申し訳ないんですが。藤木先生が自分で自慢して言ったのを、よく覚えているのが、こんなに分厚い記録でも「先生、こんなたくさん読むの、大変じゃないですか？」

「いや、めくってれば指が読んでいくところを探してくるんだよ」と、本当にそう言ったんです。パラパラっと見ていると、自分の指で止まったところを読めば、それでいいんだと。

手品師みたいに、ミスターリックもそういう言い方するかどうか知りませんが、超能力者みたいなことを言うんですが。ただそれは、冗談めかして言っているだけで、目で追っているんですよ、やはり。で、ポイントになる箇所とか、単語とかあるんですよ。それはどこから、指で探して見つける力はどこから出てくるか。これは簡単ですよ。

読んで、慣れて、あ、そうかこういう項目がとか、判例集を読んでいると、こんな長い読ませやがってと、うちのロースクールの学生でも文句言うやつがいますよ。だけど、それが勉強なんですよね。

必要なところだけ抜き出して、レジメにしてくれればいいんじゃないか。それがこれまでなんですよ。今までの試験はそれでいいんだけど、それをやっちゃうと試験場へ行って困るということです。わざと、だからそれを外して長いものの中から探させる。ある程度の量が読める。それがやはり、苦勞してやらなきゃいけない。論点を探すというのも同じことです。

これはやはり、基本的に学問は大事じゃないですか。いい文章を書くのだって、億万智みたいな、ああいう32文字の中での優れた表現力、これを求めてなんていないですよ、司法試験は。カッコリした、読みやすい文章ですよ。これも、ある意味で真似ですよ。試験のときに、一番いいお手本というのは何なのか。昔は、教科書や基本書というのは大事だったけれども、今はそれ以上に判例です、判例。判例の文章でも昔は、20年代の最高裁の判例とか、30年代のやつは難しいじゃないですか、古臭い言い回しもあるけれども。今の最高裁の判示なんか見てごらん下さい。やや詳しくめだけでも、さらっと書いてあります。

結局、具体的な事実をまとめて、それについて理論的に分析して考えを書いて、当てはめていく。そのまま写せばいいということじゃないけれども、基本的には判例を真似ていくということです。

あと、それを踏まえて論点が見つかった上で、理論的に分析する。それをやはり議論するわけですが、そのときに抽象的に 先ほど言った、演繹的な思考だけではダメです。ただし、この場合有罪とか、無罪、どちらでもいいんですか。この要件に当たる・当たらないでもいいんですが。具体的に説明できる論拠。それが大切です。ある意味で分析力になるかもしれないけれども、ひとりでいいから「こうです」と言うんですが、「なぜ、そうなるの」と。「なぜ、そうなるの」と、聞き直して聞かれると、うんと難しく聞かれたような感じになるんだけれども。だって、ここにこう書いてあるじゃないですかというものを、文章で書くとすればどうなのかというのを常に意識しておくということです。

それを、ただパラパラではなくて筋書きを作ってまとめていく力。あと、それを文章にして表現していく。長いものを読んで分析するというのはやはり、それからレジメを作っていく力みたいなものなんですよ。柱を抜き出していく。必要なものは読み飛ばして、その中で大事なものだけ、長いものの中からポイントを拾い出していく。それについて理論的なものを考えて、今度はそれを文章にまとめていく。レジメから文章にしていく。分散して総合していく。我々が論文を書く場合もみんなそうなんですが。そのときに、最後は慣れだということですね。

皆さん、日本語うまいじゃないですか。いつ、そんなにうまくなったんですか。英語のめちゃくちゃうまい人も、それなりに苦労して、例えば留学してできるようになるじゃないですか。今のレベルの日本語力に自信を持つべきです。あとはこれからさらに司法試験に受かるような、司法試験的な文章力にいくまでの距離は、ものすごく近い・短いですよ。やはり慣れて、真似るということです。

皆さん、友だちに関西人が一人入ってくると、変に関西弁が蔓延したりするじゃないですか。へんてこな関西弁が蔓延して、どうしてあんなにうまくその人の癖がうつるのかと思うんだけども。似ているんです。法律家をまねる。その文章を。それはどうするかというと、判例漬けになるということですよ。暗記しようと思ったら、絶対覚えていられない。皆さんは、頭は若いし柔らかいから、頭がいいから、私の数十倍　私は、もう本当に脳細胞というのは崩れていますから、覚えられないんです、何でも。

皆さんが覚えるときには、やはりいろいろ作業ということをして覚えていく。覚えようとしてというんじゃない。もちろん、勉強の仕方というのはこれだけの人だと一人ずつあって、マーカーの使い方から何からやはり、いいというものもあるのもいいけれども、自己流のものをつくって行かれればいいと思うんですね。あと、やはり理論にして考える。

これから具体的な分析、それから価値判断の話に入っていきますが。何を、例えば因果関係の相当性有りとするかというのは、当面はやはり判例の基準になぞるという練習をするということですよ。しかもそれを、今までの司法試験のような「覚える」勉強だけでは足りない。例えば、六法の中に判例がちょこちょこ載っているじゃないですか。ちょろちょろじゃないような判例六法もありますけれどね。

ああいう形で覚えるというより、やはり具体的な事実を読み込んだ上でこういう事実が効いているから、結論がこうなんだというのを、先ほど言った「暗記する」というよりは、体に何度も何度も通してやる。物を染めるときに、1回で染めるんじゃないで、いろいろと何回も、何回もその水に付けておくと、本当に夜に染まっていくみたいなもんなんですよ。

その意味で、実行行為の話の後、因果関係の話をしていきたいと思うんですが。判例の結論と、自分は違うかもしれない。それは、その通りなんです。だけど初めはまず、そこを真似るというところから出発する。先ほど、今の日本人の常識を探求していく。先ほど言ったじゃないかと、「皆さんが作るんだ」と言ったじゃないかと、その通りなんだけれども。今の日本での常識、法律の世界での　感覚的なものの基準をどこに求めるか。その一番中心にあるものはやはり最高裁判例ですよ。法律家の世界の常識として。

学者はいろいろと言うけれども、本当のところはそんなにおかしな判例はないですから。特に刑訴なんかは、学者と離れちゃっていますが。しかし、現実あれでなきゃ動かないから、刑訴の理論はああなっているということがほとんどですよ、そこは。ここでも、実務の先生なんかも講義をされるでしょうから、そこはいろいろな考え方があるのは前提ですが。うまく、やはり判例を基に具体的な価値判断を追体験するという事なんですね。

先ほど、法律家と一般の人の差というのを、「一般の人というのは、バラバラだ」と言いました

が。逆にピンポイントなんです、一般の人というのは。結論を出すときに、何と、何と、何を考慮しましたかというときに、法律のプロはたくさんの事情をいろいろ考慮します。

ところが一般の人、これは大体一つか、二つのポイントで決めちゃう傾向があります。被害者が女性か、男性かとか。殺しているか、殺していないかとか。動機がどうだとか。裁判官たちは、みんなそれらは全部総合します。それと決定的に違うのは、プロの人たちというのは、過去の例で同じようなものがあつたら、それをきっちりチェックします。これが、最大の特色です。素人というか、国民一般は、それは参考にするかもしれないけれども、そんな重要なことではありませんというスタンスですよ。

法律の判断というのは、その時代の常識を考えるとということと、それから大きく振れないということ。バランスが取れている。動かない。これも大事なんですよ、安定して。その意味で、やはり過去のをきっちり学んでいくというのは重要だということなんです。

具体的な話になかなか入らなくて、申し訳ないんですが。実行行為のところに入っていきますけれどもね。従来の理論だと、客観的な実行行為というのがきちっと決まって、そのときに故意が存在しているということですよ。『故意とは、何ですか』と言うと、客観的な構成要件の認識・認容、まあ、認識。客観的に構成要件というのがあると決まっている。この行為が犯罪行為である。それに対してのそれに対応する認識がある。だから故意が成立する。

では、客観的な行為とそれから認識がズレちゃったらどうなるのか。それは錯誤の問題なんだということなんです。ただ、そもそも故意というのは、いつの時点の判断なんですか。いや、それは実行行為時ですよ。でも、じゃあ、実行行為はどこから始まるんですか。いや、それは簡単でしょう。言う、そこの平成16年の3月21日、これも非常に有名な判例ですが。

これは、奥さんが旦那を殺す事件です。しかも交通事故死に見せかけて生命保険金を取ろうという非常に悪質な、これはもう殺人の中でも死刑になりやすいパターンですよ。保険金目的で殺す。それは、今回そのことが問題になっているじゃないんですが。引き受けた実行犯たちが、クロロホルムを嗅がせて車に乗せて、そのまま車ごと最上川まで運んで、転落させて溺死させると。ところが、クロロホルムを嗅がせた段階で、死んでしまった可能性があるということなんです。

実行行為は溺死なんだから、川のところまで持って行って沈めたところで殺人の行為が始まるんだともいえます。クロロホルムを嗅がせているのは、予備段階なんだと。そうするとじゃあ、あとで死んだとすれば、やはり実行行為のところでは殺す意思がなかったということになるのか、予備で死んでしまったらどうなるのかというような、議論にもなってくわけです。このときに、ただ判例が何をやっているかというのは、この事実認定を見て整理しておいてほしいと思うんですが。

最高裁は、初めのクロロホルムを嗅がせた段階で、殺人の実行行為があるとしました。一連の行為として、殺人の実行行為があるという評価をしているということです。これはどちらも可能ですよ、理論的には。実行行為をどこに捉えるかもやはり評価ですよ。初めの段階で実行行為が始まったとして、そういう形でそうすると重い殺人既遂罪の適用ができますよね。こうするのが、この事案の判断として妥当かどうかという評価なんです。細かく分析的に考えた方がいい。これも、立場性としてはあり得ると思います。

ドイツなんかの理論は、かなり分析的ですよ。今日は時間がないから申し上げませんが、いろいろな正当防衛の解釈だって、そもそも条文の構成要件解釈だって、国によって独特のものがあるんです。日本における独特のものというのは、やはり日本の判例なんですね。

これは具体例で、もう一つ判例を挙げておいたほうがよかったのかもしれませんが。殺意を持って突き刺して、まだ死に損なっているところを途中で殺すのをやめて、ただまたもう1回あとでガスで毒殺しようとして連れ戻そうとしたら逃げて、ベランダから落ちそうになったんで、そこで追っかけてきたら手を離して下へ落っこって、頭打って死んじゃったという、有名な東京高裁の判例があるんですが。

その実行行為というものを、どう捉えるか。そのときにはやはり、その時点で存在した主観的観念と、それから客観的な行為の危険性と合わせて、殺人罪を成立させるだけのものがあるかどうかということなんです。もちろん、あとで溺死させるという計画通りにはっていないですよ。ただ、人を殺すという目的で、かなり危険なクロロホルムを嗅がせる行為をする。それを、どう評価するかなんです。そこで、もう殺人罪の成立というのは認められる。そうすると、思っていたのと違う因果経過を辿っているじゃないですか。思っていたのは、溺死なんですよ。だけれども、クロロホルムで死んだ。具体的事件では、死んだという立証があるわけでもないし、ただクロロホルムで死んだ可能性ももちろんあるから、そこを押えなきゃいけないということなんです。

因果関係の錯誤というのは、私はこれは重要ではないんだと思います。殺意と言うためには、どういう経過、どういうものを辿って、そのことをきちっと認識して殺したときだけ殺意があるというのはむずかしい。その為に殺人罪が成立するということではないんだと思います。一番のところは、今日一番メインである因果関係のところなんで、さらっとしておきますが、申し上げたいのは、実行行為の、客観的な実行行為はどれなのかというところで、評価が入りますよ。

そのときには、やはりどんな結果無価値的な理論を採用しようと、やはり何罪の構成要件かというときには主観面も入れて、構成要件該当性は評価せざるを得ないです、ということなんです。理論的には殺人罪の実行行為と、傷害致死罪の実行行為と、過失致死の実行行為は同じですということも可能です。ということは、殺人罪の構成要件と、傷害致死の構成要件と、それから過失致死の構成要件と、それはみんな同じなんです。人が死んでいるということですから、客観的には。

例えば、ピストルでズトンと撃ち殺されている。殺意があれば、殺人罪になりますから、怪我させるつもりだったら、傷害致死罪になります。犬だと思ったら、人を殺しちゃったら過失致死罪になる。だけど同じようにピストルで撃っているんだから、同じ構成要件だという理論もあるし、結果無価値論を徹底すればこの方が説明しやすいということがあるかもしれないが、これもやはり、実際の裁判の流れを考えたときに、また、実務の判断から考えたときに、殺人罪の構成要件と、過失致死罪の構成要件が同じだ、とは言わない方がいい。やはり、違う。

何罪の構成要件かということに合わせて、やはり傷害致死であれば、これは暴行の故意でもいいわけですが。その実行行為、客観的な実行行為の開始時期も、恐らく違い得るんだと思います、本当のことを言うと。過失致死は、罰金しかないんですよ。業務上が付けば、5年まであります。それに対して片一方は、今度は5年以上。死刑でしょう。殺人はね。先ほど、フィードバックとい

うか、循環という話をしましたが、理論というのは何のためにあるのかということ、それを何年の刑と効果与えるためにはその要件をきちっと解釈して、その恣意的な判断を封じて明確に答えを出すために理論があるんだから、効果を意識して要件を考えるなんて、それはもう自殺行為であると。こういう感覚は、前は強かったんですが。

理論たるものは、やはり具体的な効果を合理的に導く道具でしかないということが、だんだん明らかになってくれば、やはり合理的な結論を導き得るような理論でないといけない。これは非常に、難しい言い方なんですけれどもね。ただ、そんな抽象的理論はともかく実行行為というものは、主観・客観合わせてその罪の実行行為として、評価できるものがあるかどうか。その行為の時点に、ここに非難できるだけの実態があるか。そのときには、因果関係の部分について錯誤があっても、私は関係ないと思います。

結論からして、16年3月22日、よく読んでみていただきたいと思うんですが、私は納得できる判例だと思えますね。これに対して、これは早過ぎた構成要件の問題であって、問題の捉え方は、最高裁は間違えているみたいな議論もありますが。構成要件が早過ぎた実現とか、何とかというのは、これはやはりそういう型をつくってそれに当たるといけれども当たるかどうかの問題で、やはり初めから殺人罪の実行行為を始めて、そのときに殺意が加わっていた事例じゃないんですから。

そのときの決め手になるのは、やはり具体的に、このクロロホルムを嗅がせる行為の危険性を、どう評価するかですよ。抽象的に議論として、今までの司法試験の問題のように、非常に大ざっぱな事実であれば、いろいろなことが言えちゃうんですね。やはり、この程度に具体的な事実。どの事実が重要か。これは2ページからのものというのは、拾い上げたあとなんです。これは、もうある種の答えなんです。恐らく、いろいろな記録とか何とかが出されて、ここに当たるものを抜き出したのをまず書かせて、そのあとこういう 3ページの(5)のあとの2部分を、これが従来の司法試験で問題とされた中心に当たるわけけれども、この部分を書いて、具体的に当てはめていくということなんです。

時間の配分が悪くて、申し訳ありません。ちょっと、質問にする時間に食い込んで説明をさせていただこうと思うんですが。因果関係論というのは、理論は昔からかなり複雑で 4ページに、もう行きますが。条件説から、原因説になって、相当因果関係説になって、相当因果関係説には客観説と、主観説と、折衷説があつて。今は、もう折衷説が正しいんで、折衷説をとればこうなります、当てはまればこうなります。理論的にその折衷説をとったからといって、解決できる問題というのは少ないんです。少ないんですね。

因果関係のところでは具体例として取り上げたのが、主として5ページの15年の7月16日の最高裁判例なんです、15年の7月16日の。これは数人で、「4名が他の人間と共謀の上」と書いてありますけれども。そこに1のところ「原判決の認定によると」 5ページの真ん中辺りですね。そこから1、2まとめてありますが。「2時間以上、間断なく極めて激しい暴行を繰り返す」判決がこう書くということは、すごいということですよ。「極めて激しい暴行。引き続き、マンション居室によって、今度は45分間、同様の暴行を加えた」と。これだけの人数で、極めて激しい暴行を加え続けたんですよ。

この間の名古屋の死刑判決のやつは、もっとひどかったですけれどもね。あれは7時間で、もう動けなくなって、なんかシンナー入りの袋で火を付けて顔を焼いても、顔は動くけれどもそれをよけることもできないような状況になっていた、というような状況だった。これはあの事件ほどではないけれども、やはり相当なことをやったんだと思いますね。「被害者はすきを見て」、まだ逃げ出せる元気があったんですね。「靴下履きのまま逃走したら、被告人らに対して極度の恐怖感に抱き、逃走を開始してから約10分後、被告人らによる追跡から逃れるために、マンションから約800m離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続の自動車にれき過されて死亡した」ということなんですよ。

ポコポコにして逃げて、高速道路に飛び込んで、高速道路でひかれて死んだという事件です。もちろん、問題はポコポコにした人間が傷害致死になるかどうか。傷害には、もちろんなるでしょう。致死の責任は、引いた人じゃないかということなんです。因果関係の折衷説をとれば、行為時に一般人が知り得る事情、激しい暴行を加えたところです。普通の人ならこれだけポコポコにしたら、じゃあ、高速道路でひき殺されることは予想できたか。ないし、特に行為者が知っていた事情。これは何もありませんよ。

客観説だったらどうなりますか。客観的に、行為に存在した全事情。だって集団で暴行を加えたところでは、あとで高速道路に飛び込むかどうかなんて分からないですよ。主観説は、やはり同じですよ。問題は、こういうふうにして高速道路に逃げ込んでしまったのは、相当性説からいったら、一般人から見て相当なことといえるかどうかの問題となる。ところが、判例でぎりぎり問題になる因果関係の事例は、ほとんどそうなんです。行為後に、それはもちろん行為時に、というものもある程度入ってくるし、それになると客観説・主観説・折衷説で、ある程度差が出てくるし、微妙な問題があるんですが。

ここで現に取り上げた15年の判例とか、それから16年のやつは、ビール瓶の叩き割ったようなやつでけがをさせて、非常に重症を負わせた。これは、もう時間の関係でさらったとしか触れません。あとで読んでいただければと思うし、もう目を通していただいている方もいらっしゃると思うんですが。首の後ろの部分突き刺すなどして、もう出血の激しい状況になった病院に担ぎ込まれたら、もう、かなりあれなんです。悪い状況だったのが、病院から本人がいろいろなパイプやなんかがつながっているのを全部外して、逃げちゃった。それで死んじゃった、という事件なんですよ。こんな状況で、病院からそんな治療途中で管やなんかを外して逃げると。じゃあ、死んだ責任は、初めにビール瓶やなんかで出血多量にした人間にあるんですか、と聞かれているわけじゃない？ 同じじゃないですか。折衷説でいったら、答えは簡単に出てくるんですか。

出てこないんですよ。一番難しい問題というのは常に、ほぼ同じ程度の難しさです。先ほど言った中止犯の任意性だってそうです。それから、例えば正当防衛と言えるかどうかの、ぎりぎりの判断はみんなそうです。最後は、やはり国民の常識なんです。この程度のものについて因果関係を認めるか、認めないか。理論というのは、それできちっと答が出てくるような、根の公式みたいなものはあり得ないんですよ。

ただ、理論がないかというところじゃなくて、それを整理して判断しやすくする。それが私は、

やはり因果関係の理論の意義だと思います。因果関係論としてまず大事なのは、その行為時に何をやったか。この場合は、これだけ重度の怪我を負わせてるんですが、2件目のやつはもう、本当に出血多量になるようなものを犯していますよね。そのあと介在事情として、この場合2件との被害者の行為が関与しています。被害者が高速に飛び込む、被害者がその病院の治療を打ち切ってしまう。この被害者の行為の介入が、どれだけ突飛なものなのか。

それから被害者の行為、これが最終的な死の結果についてどれだけ、致命的なものと言いますか、初めの実行行為を超えちゃうような重大なものなのかどうか。大きくは、それらの総合として判断をするということなんだと思います。ただ、大事なのは、そう言われたって、じゃあ、ファクターをどう当てはめるんですか。それは三つあると。実行行為時の危険性の大小、介在事情の可能性・程度、それから介在事情の寄与度ですね。

ただ、それを形式的に当てはめれば、どんな問題でも解けるような方程式をつくる、それが理論じゃないですかということ、違いますよ。そんなのはあり得ないです。そういう枠組みを使いながら、この事案は因果関係がある、この事案は因果関係なしと判断する人が必要なんです。それが法律家なんです。

コンピュータで答の出せる理論では困るし、そういうことを望んでいるんじゃないんだと。これは、あくまでの今の裁判官と、今の日本人の基準であって、それがまた動いていっちゃうかもしれないから、そのときにどういうファクターが重要なのか、どこと、どこと、どこを注意しなきゃいけないかといことを導きたいんだと。それを、国民に提示したいんだと。裁判員にも、いろいろなガイドラインを作っていきたいんだということなんです。

因果関係を認めるか認めないか、答えはどうするんですか。最高裁は、これこれのファクターで、因果関係認めたんですか、認めないんですか、これは？ 考えていけば、どっちの答にもなるじゃないですか。だって、何てばかなことを言っているんだと。高速道路に飛び込むというのは、まさに自殺じゃないかと。びゅん、びゅん走っているところに、走って、よけられるわけがないんだと。自分で飛び込んだものは自殺で、そんないくら殴ったからと、殴った人間に高速道路に飛び込んだからの、あとの責任まで負うわけじゃないかという価値判断も、一方でかなりあると思いますよ。

しかし、このような状況で逃げ場が失われれば、普通の人から考えて可能性としては有りだよなと。この種の結果は、やはりこのボコボコにした人間と無関係ではない、因果性は有るよと。こういう判断もあるんです。最高裁は、あとを採ったということです。あとを採ったということです。だから、最高裁はあとを取っていますが、まず経験、追体験をなさいとやっている。追体験しなさいとやっている。

ただし、具体的に事実を読み込んだ上でなんです。高速道路に飛び込んだら、因果関係が有るという覚え方、旧試験の覚え方ですよ。それじゃ駄目なんです。個々の事実、少なくともこのレベルのことは、きちっと追体験して、ぎりぎりの判断をする。経験をする。あと、大事なのは理由付け。最高裁は、何で「因果関係有り」と書いたか。皆さんが答案で、必ず「結論だけじゃ駄目だよ、理由を書け」と言われるじゃないですか。理由は、どう書いたらいいかわからないという人もいるかもしれないじゃないですか。

「因果関係有り」という前に、書いてあるでしょう？ こういう理由で因果関係が有りますよと書けば、説明になるわけです。今の法律の世界。そこをきちっと学んでいく。あとで集まって、そうですね、こんな状況になって、自分で自殺したんじゃないかと。やっと血が止まって、出血多量で死にかけたのが医者に助けてもらって、それが自分で病院を飛び出して行っちゃって、それで死んだって初めの人間では責任ないよ。だって一応医者は、死ぬのをやめるだけの手当てをしてくれているんじゃないかと。それなのに致死なんですか、という判断です。

そのときにやはり重いのは、この男がはじめにどれだけのことをやったかということですね。でまた、なぜ飛び出さざるを得なかったか。もちろん先ほどの、高速道路もそうですね。なぜ高速道路に飛び込んででも、逃げなきゃいけなかったのかということなんです。そのときに、私が強調したいのは 先ほどと同じことになるんだけど プロとアマの違いは何かというと、何か一つファクターを見つけてそれを理由に動かそうとする、それが素人。

やはり複数のものが入ると、いや、その関係はどうなるのか。学者の中には、むしろその素人的な一つのポイントだけを強調したがる傾向があるんですよ。理論的にはいろいろあるけれども、結局こいつは行為無価値的なんだから、こうこう、こうなるんだな。ある意味ではセンスとしては大事なんです。実務家になる試験においては、いずれのファクターもまんべくなく見られているか、どうか。

それでこれと、これが原因になって死んだ。それでいいんですよ。ところが学者の一部は、いや、これとこれAとBというんだったら、AかBかどちらかはっきりしなさいと。Aなんですか、Bなんですかと。両方だっていいんですよ。

高速道路でひき殺した事案だって、これはひき殺したのは悪いですよ。明らかな過失があるような場合だって、あり得ると思いますよ。高速道路だったら、常に不可抗力でひいたとは言えないかもしれない。だったら、ひいた人は刑事責任を負うじゃないかと。刑事責任を負うんだったら、どちらの責任なんですか。ひいた人なんですか、それとも高速道路に追い込んだ人の責任なんですか。両方、負われていいじゃないですか。

刑事責任というのは、これは両方に責任が問われるということは、いくらだってあると思います。

もう、だいぶ時間が超過してしまったので、次の故意の成立に必要な認識のところを、お話ししたいと思うんですが。これは、時間の関係で事案はさらっとにしますが。東京地判の、平成14年の12月16日という判例なんですけれどもね。要するに、皆さん車の運転をする人多いと思うから、車検システムはすぐ分かると思うんですが。車検場、そこで車検の検査をしている人は、公務員なんです、「みなし公務員」です。

その人に手心を加えてもらった代わりに、お金を渡した。公務員に職務上のことで、手心を加えてもらってお金を渡せば、当然、贈賄じゃないですか。ただ、犯人の側としては、そんな自動車工場の社長というのは公務員とは思わない。何でこいつが公務員なんだと。俺はそんなの知るわけないじゃないかという、主張なんです。実際、それはうそではない。公務員だとは思っていなかった。公務員だと思っていたという立証、その意味では取れていないんですね。

ただ、故意有り、贈賄罪の故意有りと。贈賄罪が成立するためには、公務員性の認識はいらない

んですか。公務員性の認識は、何なんですかということなんです。ここで、先ほど言いました、故意とは何なんです。構成要件の客観的事実の認識なんだ。そういう形式的な理論が、そこで止まっちゃうんです。じゃあ、公務員の認識がないだったら、無罪でいいんですか。

例えば、同じ交通関係でも酒酔い運転、アルコール濃度0.25ミリグラムですか、1リットル当たり、数字はちょっとズレちゃうかもしれませんが、まさか、自分の呼気の濃度が0.25以上だとは認識していないから、故意がない。だから、無罪なんです。どういう認識があれば、故意非難ができるかというのも非常に実質的なんです。

故意の認定の問題なんかもやっていかれると思いますが、そういうふうに具体的な認定を踏まえて故意論を議論しますと、故意論を議論しますと、錯誤論も変わってくるということです。事実の錯誤論も変わってくるということです。どういうことかということ、わが国では学説上は制限故意説とか、厳格故意説はあまり大塚先生も説を変えられたわけではないと思うけれども、そんなにないと思うんです。故意というためには、違法性の意識がいる。悪いと思わなきゃいけない。これは支持されていない。ただ、制限故意説ないし責任説も同じですが、故意非難するためには違法性の意識の可能性があると。違法性の意識が必要だ。

責任説であれば、故意には必要ないけれども責任非難のために、違法性の意識の可能性が必要である。本当に故意犯のために、違法性の意識が可能じゃないといけないかということなんです。判例は「違法性の意識の可能性」なんて、言わないんですね。犯罪事実の認識が、必要だということですよ。そのときに、ただし故意がある、事実の認識があるというときには、具体的にどういう認識があって、どういう事実を認定して故意があると言っているか、なんです。このところで。

結局ここでは、みなし公務員規定の実質的根拠になるような事実認識を、固めていくんです。こういう認識があるならば、これを知っているならば、法規上みなし公務員と書いてあるかどうかなんて知らなくて、こういう重要な仕事をしている、それは、やはり国民の安全につながるようなチェックなんだと、そのことは認識していますよね。だったら、みなし公務員の認識はありますよね。そういう認定の仕方をしていくんです。

もちろんそこでも、どの程度までの認識があったら公務員の認識、みなし公務員の認識とまで言えるのか。評価が入ってきますよ。マルか、バツかでスパッと線が引けているんじゃない。やはり、グレーなんです。

要するに、どういうところの認定までできれば故意があるかというときに、決定的なのは何かというと、違法性の意識の可能性ということなんです。実は判例も、その罪の違法性、まさにみなし公務員として処罰するのはなぜなのか、ということに遡っていくわけでしょう？これがまさに違法性ですよ。その意識につながる、認識なのかどうかをチェックするんですよ。

判例は、事実の認識だけあれば違法性の意識の可能性を認めないから、必罰主義であって処罰範囲が広すぎる。非常におかしな判断をしていると、学者は書くんですが。じゃあ、どの判例がそんなにおかしいんですか。どの事案が、そんなにズレているんですかといことなんです。

私も自分自身の教科書で ちょっとこれも因果関係に戻っちゃうんですが、判例は結論がおかしいよと、よく言われたものに、因果関係の脳梅毒事件というのがあると。判例は、因果関

係で言えば、客観説か条件説かを採っていると。その例として、外からまったく分からない脳梅毒病で、軽く叩いただけで脳が崩れて死んじゃうと。全治10日の暴行を加えて、死んじゃった。傷害致死にしたと。これはあまりにも酷だろうと。私も、そう思って書いていたんですが。

はたと考えてみますと、一つは戦後直後、昭和20年代、私が生まれたころの判例なんですよ。そのときに、顔を蹴るんですよ。顔に全治10日の傷が残るほど、蹴ったんです。全治10日の傷害を負わせて殺した。ただし、それは普通だったら死なない程度だ。脳梅毒で、脳が弱まっていたから死んだ。一般人からは分からない。この結論は、妥当か妥当じゃないかと。いや、判例は酷だ。こう考えていたんですが、顔に全治10日の傷が残るほど顔を蹴って、その結果脳に異変が生じて死んで因果関係があると言って、そんなにおかしいかということなんです、そこのところは。

ここは、評価は分かれると思いますけれどもね。少なくとも、違法性の意識の可能性、これを問題にしない判例は必罰主義で処罰範囲が広すぎると言うんだけれども、やはり議論する以上はこの判例が処罰範囲が広すぎますよね、というのがないとおかしい。私はそんなに結論がおかしいとは思わないですね。判例の結論がね。

もちろん、処罰範囲に関しては 先ほどの素人の話じゃないですが それはものすごく個人差があります。個人差はありますが、その中でやはりこの中心部分というのが、学者はこの辺が正しいとしてズレているんだとすると、どちらが正しいんですか。裁判官が有罪にしたいのは、このくらいの処罰。学者は、この範囲が有罪にする。最後、なぜ学者が言うことが裁判官より正しいのかという、正当性の根拠が問われてくると思うんですね。

一つは理論、ドイツではこうなっていると。ただここは日本ですからね。具体的な日本の事件で、ドイツの理論はこうだから日本もこうじゃないといけないというのは、非常に弱まっています。

もう一つは、構成要件を厳格に解釈すること、処罰範囲は狭いほうが正しい理論である。なぜなら、人権も大事だから。これは、やはり駄目でしょうね。じゃあ、被害者の側はどうなるのか。処罰範囲が狭いことが正しいんだったら、全部無罪にすればいいんじゃないか。グレーなのは、全部白にすればいいじゃないか。グレーの部分をもどこまで黒と評価するのがプロの勝負であって、実務家は苦労してやってきた。

だけど、今回は白・黒はっきりしているんですよ。一般人1,000人に聞けば、ほぼ7割～8割は、実務家の結論は軽すぎるし、処罰範囲が狭すぎると言うんですよ。ただ、庶民は、必罰主義者ですよ、かなり。刑は重いですよ。死刑なんて裁判官より、やるべきだと思っていますよ。

それに対して、学者はこっちにふれている。このふれている正しい根拠は、何なのか。それが理論の場で戦わされて、説得できるものでない以上は、私はやはり具体的な事案を生じて、結論を出していく作業の経験をまさに日々積んでいる実務家の結論の方が、合理性があると思いますよ。少なくともそれをひっくり返すだけの根拠は、学者の側に挙証責任がある。学者の方に挙証責任がある。今のところ、十分な立証、説明はないということですよ。私はそう思った。

あと、故意の話も、もうちょっとしたいんですが。共同正犯の話も皆さんにとっては、非常に重要で、今年ある意味で一番重要な判例だと思ってるんですよ、これは。平成17年の7月4日、ついこの間出た最高裁判例なんですけれども、これは、むしろ別の意味で有名なんです。「シャクティ

パット」という、何か今もまた、ほかの事件でもありますが宗教がらみで、要するに治してあげると。宗教の力で治してあげるといふところに、重病人を預けたらそのまま何もしないでと言うか、宗教的なことをやったんですが、殺しちゃったという事件です。

そのときに、運び込んだ人間は殺意はないんですね。もちろん、殺したくてやっているわけじゃないんだけれども、認識として、このまま放置すれば死んじゃうかもしれないという認識は持ってやっているんですよ。教祖の側は、殺意が認定されちゃうんですよ。死ぬと認識しながら、あえてやったと。不作為だけでも、殺意の殺人だ。その教祖様の方は、殺意のある関与。もう一方の共犯者は、殺意のない関与。

傷害致死じゃなくて、これは遺棄致死ですね。まあ、同じだと考えてもいいけれども。これはどうするんですか。共同で殺した。片一方は、遺棄致死である。片一方は、殺人である。行為共同説、犯罪共同説。従来の固い犯罪共同説からいけば、同じ犯罪を共同するんですから、何罪を共同したことになるんですかという、団藤先生流の考え方からいったら、重い殺人罪を全員が共同して、殺意のない二人は遺棄致死罪の共同正犯の刑で処罰する。成立するのは、全員が殺人罪であると。殺人の共同正犯であると。これが犯罪共同説の、古い考え方です。

これは、今はほとんど支持者はないと思います。犯罪の罪名と刑の重さを分けて考えるというのは、支持が非常に弱くなっています。そこで、もう一つの犯罪共同説というのはどういう言い方をするかというと、遺棄致死罪の共同正犯にする。軽い方の罪の共同正犯にすると。じゃあ、殺意のあった人はどうするんですか、ということなんですよ。

それに関連してこの最高裁判例は、これは犯人の教祖様には、殺人罪が成立するとしたのです。殺意のない場合は遺棄致死罪が成立して、遺棄致死罪の範囲で共同正犯が成立すると。共同正犯が成立すると、こういう言い方なんです。これを行為共同と呼ぶか、犯罪共同と呼ぶかは、私は、ある意味どちらでもいいと思います。私は、自分では「行為共同説」という言い方をしていますが、山中先生なんかには「前田のは、行為共同説ではない。あれは、まぎれもない部分犯罪共同説である」というふうにレッテルを貼られちゃって、私はレッテル貼られても、痛くもかゆくもないんですが。要するに、判例と同じ考え方なんです。

ただ、一つだけはっきりさせておかないといけないのは、少なくともこれは殺意のある者にも、つまり教祖にも遺棄致死罪の共同正犯が成立するとは、絶対言っていないということです。殺意のある人に成立するのは、殺人罪だけなんです。殺人罪だけなんです。そのときに、遺棄致死罪と殺人罪と2罪が成立すると言っちゃったら、その関係はどうするんですかという問題が出てきちゃうんです。

要するに、基本はそれこれに応じた刑なんですよ。罪名があるんですよ。だから、殺意のある人には殺人罪、殺意のない人には遺棄致死罪。だけど、共同正犯なんですよ。共同正犯というのは何かと。やはり、実態は犯罪の重要部分について連絡し合っている。意思の連絡がある。つまり、客観的に利用し合っている。共同正犯の実質は何ですか。一部行為の全部責任ですよ。やっていない行為にも、仲間がやったこと責任を負わされる。それは、共同正犯としてやったから負うんですよ。

じゃあ、共同正犯の源は何なんですか。意思の連絡が基本ですよ。重要な犯罪の部分についての意思の連絡ないし、客観的な実行の共同もあるかもしれない。この場合、重要部分というのは何かというと、やはり人を放置して殺したということですね。その部分について共同正犯が成立して、共同でその一部事項の全部責任を負うと。そのときにただ、殺意のある人には殺人罪。殺意のない人には、遺棄致死罪の共同正犯になります。

恐らく、殺意のあるのが二人いたら 殺意のあるのが二人、殺意のないの二人だったらどうなると思いますか。やはり、殺意のある方は殺人罪の共同正犯と、呼ぶでしょうね。ただ、殺意のない人と共同している、四人の共同の部分というのは、これは放置して人を殺したという事実に関して、共同となる。行為共同説を徹底して、どんな関係でもとにかく何かの関連があればいい、共同があればいいというものではないんだと思います。

恐らく、それぞれ構成要件の重なる部分での重要な部分について、共同関係がなければいけない。ただ、成立する罪名は各行為者ごとなんです。そのときに判例は恐らく、どの範囲で共同正犯が成立するかという「どの範囲」というときに、ここでは「遺棄致死罪の」ということなんですが。異なる構成要件で共同しても、共同正犯になる。そのためには、実質が重なっていきやいけない。その重なっていきやいけない実質の部分のところを、ここで言えば遺棄致死罪の範囲内で共同正犯になるという、言い方をしているんだと思います。

少し、今までの54年の判例に比べると、犯罪共同説的な言い回し、犯罪共同説的な言い回しになったんだと思うんですが。ただやはり決定的なのは、これは殺人罪の共同正犯が全員に成立するというのは、犯罪共同説を徹底するわけでもないし、それから殺意があったものについてまで、福田先生がおっしゃるような 遺棄致死罪の共同正犯が成立して、そのことに殺人罪が成立するという言い方は、絶対にしていない。殺意のある人間には、殺人罪しか成立しない。

ただし、遺棄致死罪の範囲で、ほかの者とも共同正犯の関係にはありますよ、と言っている。恐らく、説明の仕方それにきて実態として判例としては、そんなに50年から動いてはいないんだと思うんですが。

講演レジュメ

新しい時代の法曹と刑法解釈

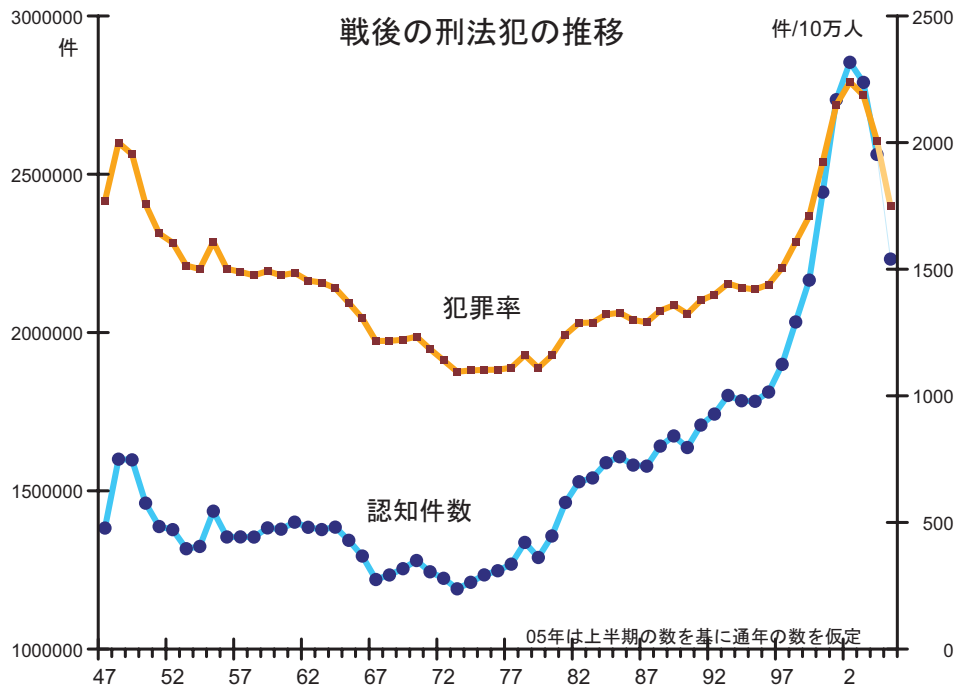
首都大学東京都市教養学部長

前田 雅 英

- 1 「新しい時代」とは何か
- 2 実質的犯罪論と刑法解釈
- 3 具体的問題

1 「新しい時代」とは何か

治安状況変化とイデオロギー状況の変化



- ・ 主観主義 行為無価値 客観主義 結果無価値
- ・ 二つの試金石：未遂と共犯
- ・ イギリスで、なぜ不能犯を処罰するような法律ができたのか
 - * 共犯独立性説
- ・ 黙秘権の変化

田宮裕：犯罪状況が変われば当事者主義から職権主義に
裁判員制度の導入

なぜ法律の専門家と国民一般との間に差があるのか

法律家は、訓練で作られていく

* 旧司法試験とどこが異なるのか

読む力 + 論点をさがす力 + 理論的分析力 + まとめる力 + 表現力

2 実質的犯罪論と刑法解釈

・近代合理主義的思考の限界

三権分立 裁判官の法創造の積極的承認

・立法と司法の任務分担の修正 - 真の民主主義の探求

日本の「立法者」は官僚 脳死立法

・刑法解釈の根源 - 国民の規範意識

・日本的なものの探求？

1980年代の刑法理論の変化 - 犯罪論の実質化

・法の枠内での犯罪検挙の完遂 日本の固有の問題の妥当な解決

・新しい犯罪現象への対処 処罰範囲が狭い解釈が常に妥当なのか？

・形式的に犯罪類型に該当する以上は、常に処罰する必要性があるのか

・共謀共同正犯

正犯：実行行為を行う者

3 具体的問題

実行行為

通常、実行行為の際に故意が存在していることが前提とされている。そして、行為時の故意の内容と現実に生じた結果との間に齟齬が生じた場合には、錯誤の問題として処理されてきたのである。しかし、そもそも故意の存在時期を決定する実行行為とは何か、そして「故意がある」といえるにはいかなる認識が必要なのかが検討されなければならない。

判例 最一小決平成16年3月22日刑集58-3-187 原審 仙台高等裁判所

主文 本件各上告を棄却する。

理由 弁護人の各上告趣意は、いずれも単なる法令違反、事実誤認等の主張であって上告理由に当たらない。なお、所論にかんがみ、殺人罪の成否について職権で判断する。

1 1、2 審判決の認定及び記録によると、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) 被告人Xは、夫のAを事故死に見せ掛けて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、被

告人Yに殺害の実行を依頼し、被告人Yは、報酬欲しさからこれを引き受けた。そして、被告人Yは、他の者に殺害を実行させようと考え、C、D及びE（以下「実行犯3名」という。）を仲間に加えた。被告人Xは、殺人の実行の方法については被告人Yらにゆだねていた。

(2) 被告人Yは、実行犯3名の乗った自動車（以下「犯人使用車」という。）をAの運転する自動車（以下「A使用車」という。）に衝突させ、示談交渉を装ってAを犯人使用車に誘い込み、クロロホルムを使ってAを失神させた上、最上川付近まで運びA使用車ごと崖から川に転落させてでき死させるという計画を立て、平成7年8月18日、実行犯3名にこれを実行するよう指示した。実行犯3名は、助手席側ドアを内側から開けることのできないように改造した犯人使用車にクロロホルム等を積んで出発したが、Aをでき死させる場所を自動車で1時間以上かかる当初の予定地から近くの石巻工業港に変更した。

(3) 同日夜、被告人Yは、被告人Xから、Aが自宅を出たとの連絡を受け、これを実行犯3名に電話で伝えた。実行犯3名は、宮城県石巻市内の路上において、計画どおり、犯人使用車をA使用車に追突させた上、示談交渉を装ってAを犯人使用車の助手席に誘い入れた。同日午後9時30分ころ、Dが、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルをAの背後からその鼻口部に押し当て、Cもその腕を押さえるなどして、クロロホルムの吸引を続けさせてAを昏倒させた（以下、この行為を「第1行為」という。）。その後、実行犯3名は、Aを約2km離れた石巻工業港まで運んだが、被告人Yを呼び寄せた上でAを海中に転落させることとし、被告人Yに電話をかけてその旨伝えた。同日午後11時30分ころ、被告人Yが到着したので、被告人Y及び実行犯3名は、ぐったりとして動かないAをA使用車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（以下、この行為を「第2行為」という。）。)

(4) Aの死因は、でき水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショック又は肺機能不全であるが、いずれであるかは特定できない。Aは、第2行為の前の時点で、第1行為により死亡していた可能性がある。

(5) 被告人Y及び実行犯3名は、第1行為自体によってAが死亡する可能性があるとの認識を有していなかった。しかし、客観的にみれば、第1行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であった。

2 上記1の認定事実によれば、実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上、その失神状態を利用して、Aを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実にかつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為

の前の時点でAが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯3名は被告人兩名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人兩名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならない。したがって、被告人兩名について殺人罪の成立を認めた原判断は、正当である。

本件事案を一連の実行行為と見るべきではないという考え方も存在し得る。そして、犯人において現に行っている行為（吸引行為）が結果を発生させる危険性のあるものであると認識していなければ、その行為から結果が発生しても故意既遂犯の成立を認めることはできないとすることになる。甲はクロロホルム吸引行為を予備的行為と認識していたにすぎないとするのである。

それに対して最高裁は、クロロホルム吸引行為は、客観的には危険性の高い行為で、死亡結果の発生を生じさせる危険のある行為であったことから、吸引行為時に「実行行為性とその認識は存在した」と認定したのである。その意味では、「実行の着手を基礎づけるだけの危険性の認識」、すなわち実行行為の認識があれば故意非難は可能だとしたのである。思い描いていた因果経過と大きな齟齬が存在するとしても。

本件は因果関係の錯誤の事案と解することもできる。そして、判例は「この程度の齟齬は、相当因果関係の範囲内なので重要な錯誤ではなく故意は阻却しない」と解したといえないことはない。しかし、客観的には、危険性の高い行為で、死亡結果の発生を生じさせる危険のある行為を行い、しかもそのことを認識していて、意図した結果が生じた場合で、因果経過が不相当なので故意を阻却する場合とはいかなる場合なのであろうか。

たしかに、刀で斬り殺そうとして重傷を負わせたところ運ばれた病院で地震で圧死したような場合等が考えられる。しかし、そのような場合に故意を阻却してよいのであろうか。故意が阻却されれば未遂にもなり得ない。しかしそのような結論は不当である。

本決定を素直に読む限りは、「後に溺死させる計画で失神させる行為は殺人の実行行為と評価でき、その行為を認識していれば、後に溺死させようと計画していようと殺意は認められる」と判示したのであり、因果経過について認識と現実に齟齬があっても故意は存在するとしたのである。少なくとも、このような事案においては因果関係の錯誤は問題とならないのである。

因果関係

実行行為と結果の間に被害者自身の行為が介在する事案は、実際には傷害致死罪において問題となる。大審院は、医師に見せずに傷に天理教の『神水』を塗ったため丹毒症に罹患し傷が悪化した事案において、重い傷害結果につき傷害罪を認めた（大判大12・7・14刑集2・658）。最高裁も、医師資格のない柔道整復師が被害者から風邪気味であるとの診察治療依頼を受けて、熱が高くなれば雑菌を殺せると考え、被害者の熱を高め汗を流すこと等を指示したところ、被害者はこれを忠実に守り脱水症状を起こし肺炎を併発して死亡したという事案に関し、「誤った治療法を繰り返し指示し、これに忠実に従った患者が病状を悪化させて死亡するに至った場合には、患者側に医師の診

察治療を受けることなく右指示に従った落ち度があったとしても、右指示と患者の死亡との間には因果関係がある」と判示した（最決昭63・5・11刑集42・5・807）。

また、暴行を避ける為に被害者自らが水中に飛び込んで死亡したような場合にも傷害致死罪の成立が認められる（最決昭和46・9・22刑集25・6・769）。さらに被害者が、被告人等の暴行に耐えかねて、逃亡しようとして池に落ち込み、露出した岩石に頭部を打ちつけたため死亡したものであるとしても、被告人らの暴行と死亡との間には因果関係は存在するとする（最決昭和59・7・6刑集38・8・2793）。もっとも、強姦未遂行為により、被害者が自殺しても強姦致死罪では立件されていない（最決昭和38・4・18刑集17・3・248）。

そして、最決平4年12月17日（刑集46・9・683）は、視界の悪い海中での夜間潜水訓練中受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らから離れ同人らを見失うに至った指導者の行為に関し、初心者である被害者が海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることのできないままに溺死す結果を引き起こしかねない危険性を持つものであるとし、「被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであって、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げないというべきである」と判示し、業務上過失致死罪の成立を認めた。

平成15年7月16日は、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる」として、甲に対する傷害致死罪の成立を認めた。

被害者が高速道路に進入したのは、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められることなどに言及している。そうすると、被疑者の高速道路に侵入してしまうという介入行為は、単に「甲の行為と無関係にAの誤った判断から生じた」という評価を否定するのみならず、逃走後10分を経過したとしても、被告人らの強度の暴行に強く影響・支配されて発生したと評価したものと見られる。ひき殺した者の行為は、高速道路上でもあり、因果性を切断するようなものでないことは当然の前提となっている。

たしかに、高速道路に進入するという極めて危険な逃走を選択したのは、著しく不自然、不相当であったともいえない。しかし甲らの強度の暴行が被害者に極度の恐怖心を与えて、その後の心理に影響し続けた以上、暴行を避ける為に被害者自らが水中に飛び込んで死亡した事案と同様、傷害致死罪の成立を認めることが妥当なように思われる。

最2小決平成15年7月16日 刑集57-7-950 原審 東京高等裁判所

主文 本件各上告を棄却する。理由 被告人Aの弁護人及川信夫の上告趣意は、量刑不当の主張であり、被告人Bの弁護人滝谷滉の上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反、量刑不当の主張であり、被告人Cの弁護人金沢裕幸の上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反の主張であり、被告人Dの弁護人西嶋勝彦の上告趣意は、違憲をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらない。なお、所論にかんがみ、職権により判断する。

1 原判決の認定によると、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) 被告人4名は、他の2名と共謀の上、被害者に対し、公園において、深夜約2時間10分にわたり、間断なく極めて激しい暴行を繰り返し、引き続き、マンション居室において、約45分間、断続的に同様の暴行を加えた。

(2) 被害者は、すきをみて、上記マンション居室から靴下履きのまま逃走したが、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、逃走を開始してから約10分後、被告人らによる追跡から逃れるため、上記マンションから約763mないし約810m離れた高速道路に進入し、疾走してきた自動車に衝突され、後続の自動車にれき過されて、死亡した。

2 以上の事実関係の下においては、被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執拗な暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる。

最2小決平成16年2月17日 刑集58-2-169 原審 大阪高等裁判所

主文 本件上告を棄却する。理由 弁護人橋口玲の上告趣意のうち、判例違反をいう点は、所論引用の各判例が事案を異にし、あるいは所論の主張するような趣旨を示したものではないから、前提を欠き、その余は事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。以下、所論にかんがみ、本件各犯行中傷害致死事件の因果関係について、職権で判断する。

1 原判決の認定及び記録によると、本件の事実関係等は、次のとおりである。

(1) 被告人は、外数名と共謀の上、深夜、飲食店街の路上で、被害者に対し、その頭部をビール瓶で殴打したり、足蹴にしたりするなどの暴行を加えた上、共犯者の1名が底の割れたビール瓶で被害者の後頸部等を突き刺すなどし、同人に左後頸部刺創による左後頸部血管損傷等の傷害を負わせた。被害者の負った左後頸部刺創は、頸椎左後方に達し、深頸静脈、外椎骨静脈沿叢などを損傷し、多量の出血を来すものであった。

(2) 被害者は、受傷後直ちに知人の運転する車で病院に赴いて受診し、翌日未明までに止血のための緊急手術を受け、術後、いったんは容体が安定し、担当医は、加療期間について、

良好に経過すれば、約3週間との見通しを持った。

(3) しかし、その日のうちに、被害者の容体が急変し、他の病院に転院したが、事件の5日後に上記左後頸部刺創に基づく頭部循環障害による脳機能障害により死亡した。

(4) 被告人は、原審公判廷において、上記容体急変の直前、被害者が無断退院しようとして、体から治療用の管を抜くなどして暴れ、それが原因で容体が悪化したと聞いている旨述べているところ、被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったことが治療の効果を減殺した可能性があることは、記録上否定することができない。

2 以上のような事実関係等によれば、被告人らの行為により被害者の受けた前記の傷害は、それ自体死亡の結果をもたらす得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、上記のように被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべきであり、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判断は、正当である。

故意の成立に必要な認識

Yは、指定自動車整備事業の指定を受けて自動車の整備及び継続検査手続等の業務を行い、自動車検査員として法定の保安基準に適合するかどうかを検査し、車検に際し当該自動車が保安基準に適合するとみなされる保安基準適合証の作成交付等の業務を行う民間車検場の代表取締役で、法令により公務に従事する職員とみなされていた。

自動車販売修理会社の代表取締役Xらは、自動車16台について実際には法定の整備・検査を全く行わず保安基準に適合するとすることができないにもかかわらず、Y作成名義に係る保安基準適合証合計16通を作成して関東運輸局の検査登録事務所に提出し、不正な行為をしたことに対する各報酬として、前後5回にわたり、Yに対し金額合計18万相当の利益を供与した。Xに贈賄罪は成立するか。

なお、Xは公判廷において、「Yが民間車検場の社長であることは知っていたが、民間車検場は民間であり、公的なところだとは理解できなかった。」と述べる一方、「陸運局の行う車検制度が公的な制度であるということは分かっていたし、車検証が公的な文書であることも分かっていた。車検を受けるには自動車が基準に適合しているかを検査する必要がある、本来ならばそれは陸運局に自動車を持ち込んで検査をしてもらい、検査を通して車検証をもらうものであるが、その代わりに、民間車検場に自動車を持ち込んで検査をしてもらい、その後どういう手続を踏むのかは分かっていたけれども、何らかの手続を踏んで車検証が下りるということは分かっていた。」と供述している。

東京地判平成14年12月16日(判時1841-158)は、以下のように判示して贈賄罪の故意を認めた。「Xは、指定自動車整備事業場における車検の手順、すなわち、自動車検査員が保安基準適合証明をし、同事業場において保安基準適合証を作成・交付するという手順の詳細を具体的

に認識していなかったものの、民間車検場において自動車の検査をした上で手続を踏んで車検証の交付を受けることになること、すなわち、民間車検場の職員が陸運局と同様の法的効果を生ずる検査を行っていることを認識していたものというべきであり、結局のところ、Xは、車検を受けるための自動車の検査について、民間車検場の職員等は陸運局の職員と同様の立場にあることを認識していたものにほかならないというべきである。そうすると、Xは、自動車検査員や指定自動車整備事業者（民間車検場）の役員が刑法の適用について公務員とみなされることを直接知らなかったとしても、その実質的根拠となる事実の認識はあったものというべきであり、そうした立場にあるYに対して賄賂を供与することが賄賂罪を成立させることになるその違法の実質を基礎付ける事実の認識に欠けるところはないというべきであるから、この点において、Xにつき本件贈賄罪の故意責任は阻却されない」として、懲役1年（執行猶予3年）を言い渡した。

・東京地判平成14年12月16日（判時1841-158）の裁判の過程では、XはYがみなし公務員であることを知らなかったし、みなし公務員であることを基礎付ける事実の認識すらなかったという主張がなされ、したがって、Xは贈賄の故意を欠いており無罪であると判断すべきかが争われたのである。公務員であると明確に認識しなくても贈賄罪の故意は存在するのであるか。

・構成要件の故意の存在が認められるには、原則として、犯罪事実すなわち犯罪構成要件に該当する客観的事実の重要部分を認識する必要がある。そしてその事実の意味を認識していなければならない（『刑法総論講義』3版302）。その範囲では争いは少ないのであるが、客観的構成要件要素の重要部分とは何を指すのか、それをどの程度具体的に認識する必要があるかについては、微妙な問題が残るのである。

・贈賄罪の構成要件の重要部分である「公務員」の認識に関し、弁護人は、被告人は自動車検査員がみなし公務員であることを知らなかったと主張し、そのこと自体は後記東京地裁も認めた。ただ東京地裁は、Xは「民間車検場の職員が陸運局と同様の法的効果を生ずる検査を行っていること」を認識していたものというべきであり、「民間車検場の職員等は陸運局の職員と同様の立場にあること」を認識していたものにほかならないとして、Yが刑法の適用について公務員とみなされることを直接知らなかったとしても、その実質的根拠となる事実の認識はあったものというべきであり、贈賄罪の違法の実質を基礎付ける事実の認識に欠けるところはないとしたのである。

・故意非難という観点から、一般人ならば贈賄罪の違法性の意識を持ちうる程度の犯罪事実の認識が故意犯の成立に必要と考えられる（前田他編『条解刑法』118）。判例も、当該構成要件の該当事実の認識を要求しつつ、その認定に際しては、違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識していたか否かを問題としている。

贈賄罪にあっても、贈賄の相手方が「公務員」であることの認識が必要であるが、「公務員の認識」を形式的に問題にするのではなく、みなし公務員規定の実質的根拠となる事実の認識の有無を吟味せざるを得ない。そして、車検を受けるための検査について、陸運局職員と同様の立場にあることが認識されていれば、贈賄罪の故意が認められるのである。

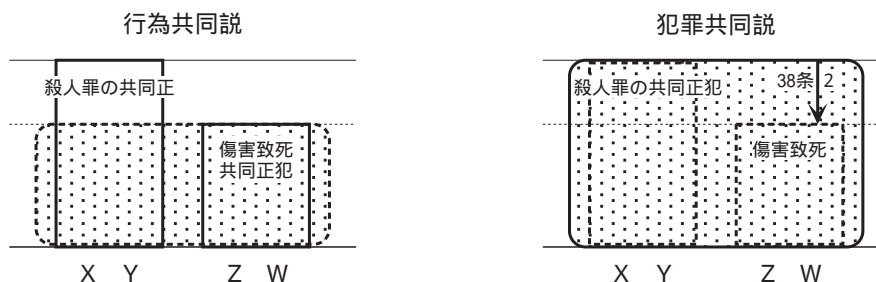
・このような故意の判定の過程に関し、故意の成立に必要な事実の認識範囲は、あくまで当該構成要件の該当事実そのものであり、その罪の違法性の意識を喚起する範囲の事実を認識していることは故意の成立を認める証拠にとどまると説明することも可能である。この方が、「犯罪事実の認識」という伝統的説明との整合性があるともいえよう。

ただ、公務員の実質的な認識が必要なことについては争いはない。問題はどのような事実の認識があれば公務員の認識があったといえるかなのである。これを、認定の問題と呼ぶことは誤りではないが、そう呼ぶことにより、刑法解釈論の埒外におかれるとしたら、それは誤りなのである。

行為共同犯罪共同

従属性において最も重要なのは、実は「異なる犯罪についての共犯・共同正犯は可能か」という問題である。古くから、共同正犯とは何を共同するかという形で、(a) 行為 (事実) 共同説と (b) 犯罪共同説が対立してきた。(a) 行為共同説とは、異なる罪名についても共同正犯 (共犯) の成立を認める (数人数罪) 考え方で、かつては新派刑法学・共犯独立性説と結びついて主張されたが、近時は、旧派刑法学・従属性説の側からも支持されている。

ただ、行為共同説といっても、各自が犯罪を「共同して実行した」と認められなければならない、構成要件の重要部分を共同する必要がある。他人の行為との共同関係が、成立する犯罪類型の重要部分を占めていなければ、一部行為の全部責任の効果は認められない。しかし、各自に成立する共同正犯の罪名は全員に共通のものである必要はない。例えば、X、Yが殺意を有し、Z、Wが暴行の故意でAに加害を加えて死亡させた場合、誰の行為が原因で死亡したか不明でも、XYには殺人罪の共同正犯、ZWには傷害致死罪の共同正犯が成立すると考える。傷害致死の範囲では重なり合っており、共同関係が認められるからである。その意味では、傷害致死の範囲で共同正犯関係が認められると表現することも可能だが、あくまで、XYに成立するのは殺人罪の共同正犯である。



これに対し、犯罪共同説は、一つの犯罪を複数人が共同して実行すること (数人一罪) が必要だとする考え方である。「二人以上共同して犯罪を実行した者」が共同正犯である以上 (60条)、当然のようにも思われる。もっとも、犯罪共同説も、殺人と傷害致死で犯罪が異なる以上、共同正犯は一切成立し得ないとしてきたわけではない (佐伯332頁以下参照)。各関与者の構成要件が異なっても、同質的で重なり合う範囲で共同正犯の成立を認める (部分的犯罪共同説)。実質的には

「重なり合う範囲」が問題となり、行為共同説の「重要部分の共同」と非常に類似した規範的評価が要求される。

ただ、犯罪共同説である以上、あくまで一つの犯罪を共同する必要はある。しかし、先ほどの例で言えば、全員に殺人罪（ないし傷害致死罪）の成立を認めるわけにはいかない。そこでZ、Wについては、「共犯の罪名もあくまで正犯に従属するが、科刑は重なり合う範囲の軽い罪の範囲で行う」という説明が加えられてきた。ただ、近時は、犯罪の成立と科刑を分離させる点に強い批判が向けられている。

そこで、犯罪共同説として「一つの罪名」を維持しようとする、XYZW全員に傷害致死罪の1個の共同正犯が成立すると説明することになる（福田200頁）。そして、殺意を有していたXYには殺人罪（ないしは殺人罪の共同正犯）が別個に成立することを認めるものと思われる。ただ、XYに傷害致死罪の共同正犯が成立するとする以上、殺人罪（その共同正犯）との罪数関係の説明が困難になる。やはり、XYに成立するのは殺人罪の共同正犯のみであり、ZWとは傷害致死の限度で共同関係に立つのである。その意味で、行為共同説が妥当である。

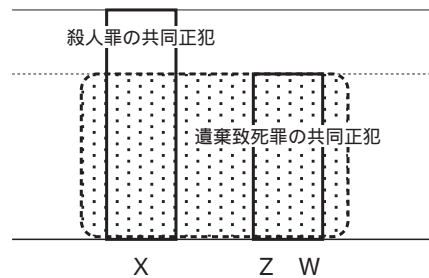
判例の考え方 最高裁は、かつては部分的犯罪共同説を採用していたが（最決昭和35・9・29裁判集（刑）135・503）、最判昭和54年4月13日（刑集33・3・179）が、行為共同説を採用するに至る。傷害の共謀をしたところ一人が殺意を持って犯罪を行った場合につき「殺意のなかった被告人Xら6名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである」と判示した。すなわち、殺意のない者に傷害致死罪の共同正犯、殺意ある者に殺人罪の成立を認めたのである。殺意のある者にも傷害致死罪の共同正犯が成立し、別個に殺人罪（単独犯）の成立を認めたとみるのは無理があろう。

この点、最決平成17年7月4日（ 頁）は、その趣旨をより明確なものとしている。入院中の患者を退院させてその生命に具体的な危険を生じさせた上、その親族から患者に対する手当てを全面的にゆだねられた者につき、殺意を認定し、不作為による殺人罪が成立するとしたものであるが、「被告人には、作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である」と判示したのである。

54年判例が触れていなかった殺意のある者の罪名について、殺人罪が成立することを明言し「保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる」とした。ここで重要なのは、「殺意ある者にも保護責任者遺棄致死罪の共同正犯が成立する」とはしなかった点である。共同正犯の間で成立する罪名が異なることを当然の前提とした上で、共同関係を基礎づける部分を「限度で」という形で明示したものと見るべきである。

実質的に影響を及ぼした以上、自ら実行しなかった部分について帰責されるのが共同正犯の核心部分である。行為共同説でも、一定の犯罪の実行を共同したといえなければならないが、共同しなかった個人的事情の存在によっては、それぞれ異なる罪についての犯罪の成立を認める方が処理しやすいのである。

判例説



最決平成17年7月4日

主文 本件上告を棄却する。

理由 弁護人西村正治及び被告人本人の各上告趣意のうち、憲法21条違反をいう点は、本件公訴の提起及び審理が被告人やその関係する団体に対する予断等に基づくものとは認められないから、前提を欠き、その余の弁護人西村正治の上告趣意は、憲法違反、判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であり、その余の被告人本人の上告趣意のうち、判例違反をいう点は、引用の判例が事案を異にし、あるいは所論のような趣旨を判示したものではないから、前提を欠き、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、いずれも適法な上告理由に当たらない。

なお、所論にかんがみ、不作為による殺人罪の成否につき、職権で判断する。

1 原判決の認定によれば、本件の実事関係は、以下のとおりである。

(1) 被告人は、手の平で患者の患部をたたいてエネルギーを患者に通すことにより自己治癒力を高めるという「シャクティパット」と称する独自の治療（以下「シャクティ治療」という。）を施す特別の能力を持つなどとして信奉者を集めていた。

(2) Aは、被告人の信奉者であったが、脳内出血で倒れて兵庫県内の病院に入院し、意識障害のため痰の除去や水分の点滴等を要する状態にあり、生命に危険はないものの、数週間の治療を要し、回復後も後遺症が見込まれた。Aの息子Bは、やはり被告人の信奉者であったが、後遺症を残さずに回復できることを期待して、Aに対するシャクティ治療を被告人に依頼した。

(3) 被告人は、脳内出血等の重篤な患者につきシャクティ治療を施したことはなかったが、Bの依頼を受け、滞在中の千葉県内のホテルで同治療を行うとして、Aを退院させることはしばらく無理であるとする主治医の警告や、その許可を得てからAを被告人の下に運ぼうとするBら家族の意図を知りながら、「点滴治療は危険である。今日、明日が山場である。明日中にAを連れてくるように。」などとBらに指示して、なお点滴等の医療措置が必要な状態にあるAを入院中の病院から運び出させ、その生命に具体的な危険を生じさせた。

(4) 被告人は、前記ホテルまで運び込まれたAに対するシャクティ治療をBらからゆだねられ、Aの容態を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、上記(3)の指示の誤りが露呈することを避ける必要などから、シャクティ治療をAに施すにとどまり、未必

的な殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等Aの生命維持のために必要な医療措置を受けさせないままAを約1日の間放置し、痰による気道閉塞に基づく窒息によりAを死亡させた。

2 以上の事実関係によれば、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。以上と同旨の原判断は正当である。