

裁判員裁判時代の「難解概念」の解釈と適用

——総説

高山佳奈子

1 問題の所在

2009年4月に刊行された司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会）は、裁判員制度の開始に先立って、一般市民が理解しにくいと思われる刑法上の概念を検討した研究報告書である。この研究はもともと、裁判官が法的概念を裁判員にわかりやすく説明するための方法の提言を目的としたものであった。確かに、法令の解釈は職業裁判官の任務とされている。しかし、要件へのあてはめには裁判員も関与するため、両者の協働により、従来の法規の適用範囲に変化が生じうることも想定された。また、類型によっては、将来の制度改正も視野に入れた議論が考えられる。

前記報告書の公開前後から、関連する論点をめぐって学説の議論が蓄積してきている。それとともに、2009年8月の裁判員裁判開始以降、一定の実務の蓄積もあり、実際に、従来とは異なる表現をとった判決理由も登場するようになっている。本誌2010年1月号では特に「殺意」の検討を中心に、小特集「裁判員裁判と未必の故意」が組まれたところであるが¹⁾、他のいくつかの重要な領域にも検討対象を拡大し、これまでの主な学説を総括しつつ、項目によっては裁判員裁判等の事例を分析・検証することが、理論的にも実務的にも有益であると考えられる。

2 各類型の難解さ

こうした問題関心にに基づき、本特集では次の10のテーマを取り上げることとした²⁾。各テーマはおおむね体系順に掲げてあるが、「難解」性の要因になっている性質から見ると、いくつかの異なる特徴により分類できる。

まず、判例理論自体が必ずしも明らかでない領域がある。「正当防衛」では、通常の場合に不正の侵害の「急迫性」や防衛行為の「相当性」を判断することは、一般市民にも比較的イメージしやすいと考えられるのに対して、特にけんか闘争・挑発に基づく防衛については、最高裁の判例自体が未確定であって通説も存在しない状況である。ここでは、そもそも裁判員に説明すべき基準がなく、トートロジカルで直観的な判断だけでよしとするのかという、極めて困難な問題が突きつけられている。「中止犯」では、正当防衛にも増して、判例理論が不確定であると考えられ、各要件が裁判員にとっても「難解概念」だといえる。上嶋論文では、裁判員に対する説明として、複数のアプローチのありうることが検討される。

次に、判例は一応整合的な立場をうち出しているが、その射程がわかりにくいために、難解になっていると考えられる場合もある。「現住建造物等放火罪」では、「建造物」「現住性」「焼損」の要件について、最高裁判例の射程が必ずしも明ら

かでないことが指摘される。そこから、裁判員も担当することになっている「法令の適用」を通じて、裁判官の法令解釈に対しても影響の及ぶ可能性が想定されると論じられている。「麻薬特例法5条の『業とした』」では、判例上、これを認定するために必要十分条件となる要素が設定されず、「営利性、継続性、組織性」が考慮要素とされてきたことが検討される。裁判員にとり、一律の基準で判断できないことは負担になりうると思われるが、それだけでなく、永田論文は、裁判員対象事件性を基礎づける本罪の重い法定刑に鑑みて、従来の解釈自体に問題があったのではないかと指摘している³⁾。

法律へのあてはめの中間ステップとなるべき事項が職業裁判官にとっても裁判員にとっても問題となりうる領域もある。「裁判員裁判における鑑定事項と精神医学的判断について」では、責任能力に関し、従来、具体的にいかなる事実を調査・報告するか判断が鑑定医の裁量に委ねられていたところ、裁判員が事実認定と法律へのあてはめに関与する場合には鑑定の示すべき事項の標準化が必要でないかとの問題意識が、専門医の立場から解説されている⁴⁾。局面は異なるが、各論の「強盗」で取り上げられる「窃盗の機会の継続中」および「強盗の機会」の論点も、最高裁の判例理論は一応確立していると考えられるものの、具体的なあてはめへの道筋が必ずしも明らかでないという意味での難解さを持つ。下級審と最高裁とで同じ事案の評価が異なったケースもある。

また、職業裁判官においてはある程度統一された理解が共有されているものの、一般市民にとってはその内容が極めて難解だといえる概念もある。「共謀共同正犯をめぐる諸問題」で検討される共謀共同正犯は、狭義の共犯との区別の意味においても、実行共同正犯と同様に処罰されうるという意味においても、刑法の条文自体から判例理論を読み取ることは一般人にはほとんど不可能であろう。「共犯の諸問題」が取り上げている、「共犯と錯誤」「共犯の離脱」「承継的共同正犯」の三つの論点は、実務において必ずしも頻繁に扱われるわけではないが、これらも、ひとたび登場すれば、「共謀共同正犯」と同じく、一般市民にわか

りやすく説明することにかかなりの工夫を要すると思われるものである。嶋矢論文は、実務家による議論をふまえ、具体的に問題となる可能性のある点を指摘している。

素人的に想定される直観的理解と、法律家の理解との間の齟齬が問題化する領域もある。総論に関する論点の中で、「薬物輸入の故意」では、対象物質を直接に確認していない行為者について、「不確定的故意」の概念を市民にいかに説明し、またいかなる手がかりによってこれを認定しうることとなるのかを検討の対象である。職業裁判官のみで判断したならば故意が認定されていたのではないかと思われる事案で、無罪判決が出されていることをどのように評価するかが問題となりうる。各論の範囲から取り上げられる「保護責任者遺棄致死罪」では、いくつかの要件がそれぞれ問題となりうるが、特に「保護責任者」の範囲および「救命可能性」（因果関係）の要件に関しては、法律家が実際にはかなり複雑な思考過程を経ているといえ、一般人がこれらを判断するためには、かみ砕いた説明を要することになる。強姦・強制わいせつでも、「わいせつ性」「暴行・脅迫」「被害者の承諾」、という多くの論点を取り上げられる。性犯罪においては、一般人もなじみやすい事案が多いであろうが、素人的な概念と法律的な概念との間にいずれも径庭があり、後者を理解させることに工夫が必要だと思われる。

3 実務への示唆

以上のように、従来「難解概念」としてまとめて扱われがちであった諸論点も、細かく検討すると、問題の背景が全く異なりうるということが明らかである。実務において、こうした微妙な相違を捨象して直観的判断に逃避しようとするれば、裁判員を含む裁判体の構成いかんによって判断に大きなばらつきが出てしまうおそれがある。裁判員の勢いに押されず、丁寧な説明を果たすことが、職業裁判官の職責である。

（たかやま・かなこ 京都大学教授）

1) 他の注目すべき特集として、刑法読書会編「〈特集〉裁判員裁判と難解な法律概念の検討」犯罪と刑罰21号（2011）1頁以下、「〈特集〉裁判員裁判と難解な法律概念」刑事法ジャーナル18号（2009）2頁以下がある。

2) 本特集の各論文を執筆したのは、いずれも、2010年10月から2012年5月にかけて大阪刑事実務研究会に参加した研究者である。同研究会では、刑事裁判官のグループが毎回特定テーマについての報告を担当され、研究者は理論的観点から議論に参加させていただいた。裁判官グループの研究成果は、判例タイムズ1350号（2011）以降に掲載されている。本特集は、これに対してコメントを加える趣旨ではなく、刑法解釈論の観点から、事実問題と法律問題との関連をそれぞれのテーマについて独自に掘り下げて検討することを目的としている。

3) 浅田和茂「法令の適用と裁判員裁判」犯罪と刑罰21号（2011）7頁は、前記『難解な法律概念と裁判員裁判』報告書に対して、「法律概念の本当に意味するところが「判例の立場に尽きる」とするならば、「今後の『判例の変更』はあり得ないことになってしまう」との重要な批判を向けている。

4) 森医師にも、前掲注2)の研究会に出席していただいた。