

〔資料〕

## 講義ノート「刑法と刑事訴訟法との交錯」

飯田喜信

### はじめに

筆者は、平成27年度後期に、新規の科目である「刑事法系演習Ⅲ」を担当した。刑事法系演習は、それまでAとBの必修2科目が設けられ、Aでは刑法の、Bでは刑事訴訟法の各演習を実施していた。平成27年度から、AをI、BをIIと改称し、新規にⅢを加えた上、3科目中いずれか2科目の必修選択としたのである。

この経緯からして、演習Ⅲでは、刑法と刑事訴訟法の双方を扱うことが要請される。しかし、刑事系科目の全体的配分に照らし、実際には、主に刑事訴訟関係の起案演習を行うことになった。そこで、刑法の関係を補うものとして、「刑法と刑事訴訟法との交錯」に関する問題点を授業で取り扱うことにしたのである。

授業では、全部で7つのテーマを取り上げ、1回おきに検討資料を配布した。初回の「その1」に記したように、「刑法と刑事訴訟法との交錯」という標題は、故団藤重光博士の同名の著書に由来する。博士は、刑事の実体法と手続法とが関連する問題を論じた自身の幾つかの論文を取りまとめて、同著書に収録した。本稿では、「その1」のほか、最終回の「その7」で、同著書に言及している。

筆者は、本年度（平成28年度）後期も演習Ⅲを担当することになり、昨年度と同様に「刑法と刑事訴訟法との交錯」の問題点を補助的に取り扱うことにした。本稿は、昨年度の配布資料を改訂したものであり、参考までに「講義ノート」として紹介する次

第である。

### その1〔幫助犯と刑訴法89条1号〕

刑事法学の大先達である故団藤重光博士の著書の1つに、「刑法と刑事訴訟法との交錯」（昭25・弘文堂）がある。博士は、刑事の実体法と手続法との関連を追求することにより、両者がそれぞれ持つ現実の機能的本質を明確にすることができると考え、その意図の下に数個の論文を著し、この1冊に収録した。これから数回にわたり、博士に倣って、刑事の実体法と手続法とが交錯する幾つかの事柄をとり上げ、論じていくことにする。

第1回目は、「幫助犯と刑訴法89条1号」に関する高裁判例（大阪高決平2.7.30高刑集43巻2号96頁）をみる。これは、私が大阪高等裁判所の刑事部に勤務していた頃、陪席裁判官として関与した事件である。

幫助犯の刑は、刑法63条の従犯減輕により、正犯の刑が有期懲役の場合、その長期及び短期の各2分の1となる（同法68条3号）。本件の被告人は、法定刑の懲役の短期が1年である罪の幫助犯として起訴された後、保釈を請求した。原審の神戸地方裁判所は、刑訴法89条1号の「被告人が…短期1年以上の懲役…に当たる罪を犯したものであるとき」に該当するなどとして、保釈請求を却下した。これに対し、被告人は、従犯減輕により懲役刑の短期は6月となるのだから、原審の判断は誤っているとして、抗告した。抗告審の大阪高等裁判所は、同法89条1号の該当性判断は、起訴されている公訴事実の法定

刑を基準とすべきであり、幫助犯として起訴された場合でも、従犯減輕前の正犯の罪の法定刑を基準とするのが正解であるとの判断を示して、抗告を棄却した。

刑訴法89条1号は、被告人が短期1年以上の懲役・禁錮に当たる罪を犯した場合を、いわゆる権利保釈の除外事由の1つとして定めている。このような重い罪については、類型的に、保釈保証金の担保では逃亡を防止できないと考えたのである。幫助犯については、正犯の刑を基準とするのか、従犯減輕後の刑を基準とするのが問題となるが、本判例は、前者の見解を採った。結論だけが示されていて、理由は書かれていないが、私自身が決定に関与しているため、これ以上の論究は差し控える。

ただ、本判例を掲載した判例タイムズ(750号255頁)の解説には、参考文献や関連判例がかなり詳しく紹介されているので、参照されたい。注目すべきは、最初に団藤博士の前記著書が挙げられていることである。博士は、公訴時効に関する刑訴法252条が、刑の加重・減輕をした後の処断刑ではなく、加重・減輕前の法定刑を基準としていることの趣旨を考察した上で、そのような明文規定のない公訴時効以外の場合にも、同条を準用ないし類推適用し得ることを示唆している。同著は、本学の図書館にも収蔵されているので、興味のある人は、当該箇所(8~12頁)を読んでみるとよい。

刑訴法には、犯罪の法定刑の軽重により、刑事手続の差異を設けている規定が多数みられる。刑訴法89条1号はその1例であるが、本判例は、刑事の実体法と手続法が交錯する場面の問題点を考えさせる好個の素材を提供するものといえよう。

## その2〔被疑者国選弁護制度〕

今回は、犯罪の軽重により刑事手続の差異を設けている規定の1例として、刑訴法89条1号を挙げ、幫助犯との関係が問題となった判例を紹介した。今回は、他の1例である被疑者国選弁護制度を取り上

げる。

被疑者国選弁護制度は、平成16年の刑訴法改正により導入された比較的新しい制度である。同じ年に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」が制定されており(施行は5年後)、裁判員制度の導入を頂点とする一連の刑事司法制度改革の一環として、公判前整理手続や即決裁判手続とともに導入されたのである。

憲法37条3項には、刑事被告人に対する国選弁護制度が規定されている。無資力の被告人に対し、事件の軽重を問わず、公費で弁護人を付するというこの制度は、憲法制定当時は世界でも最も進歩的なものであったといえる。しかし、「刑事被告人」という文理の壁に阻まれて、その後半世紀以上にわたり、公費による被疑者弁護の保障が制度化されることはなかった。この壁に穴をあけたのは、弁護士会が平成2年に始めた当番弁護士制度である。これは、身柄を拘束された被疑者の面会依頼に応じて、その日担当の当番弁護士が速やかに警察署等に向向いて被疑者と接見し、助言・援助を与えるというものである。第1回目の接見は無料であり、その後、被疑者が当番弁護士を弁護人に選任した場合には、法律扶助制度を利用することもできる。このような弁護士会による献身的な努力が先駆けとなって、被疑者国選弁護制度の導入に至ったのである。

被疑者に国選弁護人を付するための要件は、刑訴法37条の2に規定されている。中でも注目すべきは、対象が一定の重い法定刑の事件に限定されていることと、被疑者が勾留されていなければならないことの2点である。対象事件は、当初は、死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役・禁錮の罪だったが、平成21年に、死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役・禁錮の罪(刑訴法289条の必要的弁護事件と同じ)へと拡大された。しかし、なおも長期3年以下の懲役・禁錮や罰金等の罪は除外されているし(註:平成28年5月の刑訴法改正により、勾留された全ての被疑者に対象が拡大された。施行時期

は公布から2年以内とされている), また, 被疑者が逮捕されてから勾留決定を受けるまでの間は適用されない。当番弁護士制度は, このような被疑者国選弁護制度の限界を補うために, 現在も存続し, 活用されているのである。

私が勤務する弁護士事務所には, 平成26年の末に入所した新人弁護士(67期)がいる。これまで既に数件の刑事事件を受任しているが, 初めの頃の1件は, 脅迫罪(2年以下の懲役等)で逮捕されたばかりの被疑者の依頼に応じて当番弁護士として接見に行き, そのまま私選弁護人となり(法律扶助利用), さらに起訴後に国選弁護人に選任されたという事件だったそうである。まさに, 前記2点の限界が重なって被疑者国選弁護制度の適用外となった被疑者に対し, 当番弁護士制度がその意義を発揮した例といえる。本演習の受講生が早く司法試験に合格し, その中から被疑者・被告人の弁護人となって活躍する者が出てくることを願ってやまない。

### その3 [事物管轄]

犯罪の軽重により刑事手続の差異を設けている規定の考察を続ける。今回は, その代表例ともいえるべき事物管轄を取り上げる。

古い話で恐縮だが, 明治時代に起きた大津事件から説き起こす。明治24年に, 日本に来遊していたロシア皇太子ニコライに対し, 警備中の巡査津田三蔵がサーベルで切り付けたこの事件は, 国内外を大きく震撼させた。ロシアの報復を恐れた明治政府の意向を受けて, 検察官は, 津田巡査を, 皇室に対する危害の罪(大逆罪)により起訴した。同罪は, 法定刑が死刑のみであり, また, 大審院が第一審かつ終審として裁判権を有するとされていた。裁判は, 事件が発生した滋賀県大津市に大審院判事らが出向いて行われた。その際, 政府高官が大審院判事らに圧力をかけようとし, それを大審院長の児島惟謙が阻止して司法権の独立を守ったということは, よく知られた事跡である。審理の結果, 大審院は, 外国の

皇太子に対する被告人の行為が大逆罪の適用はないと判断し, 通常の謀殺未遂罪を適用して無期徒刑の判決を下した。

私は, 平成20年頃に大津地方・家庭裁判所の所長をしていたが, 裁判修習の一環として, 司法修習生に対する所長講話のコマを受け持っていた。そこで, 司法修習生と一緒に, 大津事件の大審院判決を読みながら, 当時の法制度や事件の法律上の問題点を学習することにした。様々な議論が交わされたが, 感心したのは, ある司法修習生が, 大審院判決は管轄違反で違法になるのではないかという意見を述べたことである。大逆罪は大審院の専属管轄だが, 同罪の適用がないと判断されれば, 事件は通常の刑事事件として地方裁判所の管轄に属する, それなのに, 大審院自らが, 謀殺未遂罪による有罪判決を下したのは, 被告人の審級の利益を害している, 大審院としては, 管轄違いの言渡しをすべきであった, というのである。同様の議論は, 国際法学者の故田岡良一教授が「大津事件の再評価」(昭51・有斐閣)という著書の中で検討している。教授は, 結論として, 日本政府が, ロシアの政府と国民に曖昧裏に事を葬り去るのでないかという疑念を抱かせないようにするため, 敏速に事を処理し, 司法部がこれに協力したことは, 時宜に適し, 良識に合するといえるとの, 多分に政治的な判断で締め括っている。

現行の刑訴法329条本文は, 被告事件が裁判所の管轄に属しないときは, 判決で管轄違いの言渡しをしなければならないと定めている。管轄には, 土地管轄と事物管轄とがあるが, 後者については, 裁判所法が主に法定刑の種別を基準として地方裁判所と簡易裁判所に事件を分配する規定を置いている。

なお, 内乱に関する罪(刑法77条ないし79条)については, 高等裁判所が第一審の事物管轄を有するが(裁判所法16条4号), 高等裁判所は, その管轄に属するとして起訴された事件が, 下級の裁判所の管轄に属すると認める場合には, 管轄違いの言渡しをすることなく, 管轄裁判所へ移送する決定をしな

ければならない(刑訴法330条)。これは、前記の管轄違いの言渡しの例外といえる。現行刑訴法より前の時代に、大逆罪に関し、上記刑訴法330条のような規定は存しなかったが、もしそのような規定があったなら、大津事件の裁判で、大審院が自ら無期徒刑の判決を下すことはなかっただろうと思われる。

#### その4〔裁判員裁判事件〕

前回は、犯罪の種類と軽重により刑事手続に差異が生じる代表例として、事物管轄の問題を取り上げた。そこでみたのと同じような問題が、裁判員裁判事件についても論じられているので、今回は、それをみていく。

「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」(裁判員法)は、平成16年に制定され、平成21年から施行された。立法の際に議論された重要事の一つが、対象事件をどのようなものにするかである。一方では、軽微な事案から始めて、徐々に範囲を広げていくのがよいという意見が有力に主張された。しかし、国民の関心の高い重大事犯を対象とした方が、制度導入のインパクトが強いなどの理由から、重大事犯から始めることになった。重大事犯の範囲も、法定合議事件(裁判所法26条2項2号)の全体とする広い案から、死刑又は無期の懲役・禁錮に当たる罪の事件とする狭い案まで、色々議論された。その結果、事件数や国民の負担の重さ、事件の社会的影響の大きさなどを考慮して、対象事件を、①死刑又は無期の懲役・禁錮に当たる罪に係る事件と②法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係る事件の2種とすることに決着した(裁判員法2条1項)。

これらの対象事件は、地方裁判所の裁判官と裁判員によって構成される合議体(通常は裁判官3名と裁判員6名)で審理される。問題は、訴因変更により対象事件が非対象事件に変わった場合の取扱いである。対象事件は必ず公判前整理手続に付されるが

(裁判員法49条)、公判前整理手続においては訴因変更を行うことができる(刑訴法316条の5第2号)。その段階であれば、まだ裁判員が選任されていないから、訴因変更後の非対象事件の審理は、裁判官だけの合議体(又は単独裁判官)で行えばよい。それでは、手続が進んで裁判員が選任され、裁判官と裁判員の合議体による公判審理が開始された後に、非対象事件への訴因変更が行われた場合は、どうだろうか。

これについては、裁判員法5条が定めている。すなわち、裁判官と裁判員の合議体で取り扱っている事件が訴因変更により非対象事件になったときでも、引き続きその合議体で当該事件を取り扱うものとするが、審理の状況等を考慮して適当と認めるときは、決定で、当該事件を1人の裁判官又は裁判官の合議体で取り扱うことができる、と規定しているのである。いずれの審理形態によるかは、裁判所の合理的な裁量に委ねられるが、訴因変更前に争点に関する主要な証拠調べが終了して、裁判員がそれ以降の手続に関与することに余り負担がないような事案であれば、裁判員の加わった構成で審理を続けるのが相当である、と解されている(池田修「解説裁判員法〔第3版〕」30頁、平28・弘文堂)。

逆に、非対象事件が訴因変更により対象事件に変わった場合は、どうだろうか。上記のような規定はないが、当然に裁判官と裁判員の合議体で審理を行うことになる。実際にどのような手続がなされるかは、訴訟の段階で違ってくるだろうが、各自考えてみてほしい(池田修・前掲31頁参照)。

冒頭で、事物管轄と「同じような」問題と述べたが、以上は、事物管轄の問題ではない。事物管轄は、事件の種類と軽重により決められた第一審管轄の分配のことをいう。大半の事件は、地方裁判所が簡易裁判所のどちらか一方の事物管轄に属するが、双方の事物管轄に競合して属する事件も一部存する。また、内乱罪に当たる事件は、高等裁判所が第一審として特別に事物管轄を持っている。今回の問

題は、ある事件の事物管轄を持つ裁判所が、どのような構成の裁判体でその事件を取り扱うかという、事物管轄とは別個の事柄である。地方裁判所の事物管轄に属する裁判員裁判の対象事件に関連して、訴因変更により裁判体を変える必要があるかが、問われているのである。ただ、それについても、事件の種類と軽重が区分の基準として関わってくるため、事物管轄と「同じような」問題状況が生じることになる訳である。

## その5〔公訴時効〕

犯罪の種類と軽重により刑事手続上の差異が生じる、もう一つの代表例が公訴時効である。時効期間は、人を死亡させた罪か否かと、法定刑の種類及び刑期とによって、長短が定められている(刑訴法250条。平成22年の改正により、犯罪の種別基準が導入され、1項と2項の項立てになった)。公訴時効は、犯罪行為が終わった時から進行し(同法253条)、公訴提起により進行が停止される(同法254条)。そのため、検察官は、犯罪を起訴するならば、当該犯罪行為の終了後、時効が完成する前に、これを行う必要がある。

時効の完成寸前に起訴が行われたことで有名なのは、元自民党副総裁金丸信の脱税事件である。若い学生諸君にはなじみが薄いだろうが、金丸代議士は、昭和から平成に替わる頃の自民党の最大実力者で、党総裁(総理大臣)の選定にも強い影響力を持っていた。企業から多額のヤミ献金を受け、これを主に無記名の割引債に換えて蓄財し、その申告をせずに所得税の納付を免れたとして、脱税の罪に問われたのである。

同罪の当時の法定刑は懲役5年以下の懲役等であったから、時効期間は5年である(当時の刑訴法250条4号)。問題となったのは、昭和62年分の割引債購入であり、昭和63年3月15日が所得税の申告・納付期限だった。そうすると、公訴時効は5年後の平成5年3月14日に完成する(期間計算については

各自で考えてみてほしい)。東京地検特捜部は、同月6日、金丸事務所等の捜索に入り、金庫に隠されていた多額の割引債を差し押さえるとともに、金丸を逮捕した。そして、時効完成前日の同月13日に、金丸を所得税法違反罪(昭和62年分の所得約2億円を秘匿し、所得税1億1800万円余をほ脱した)で起訴するに至ったのである。内偵調査から捜索・逮捕、そして起訴までの薄氷を踏むような捜査の経緯については、立石勝規「東京国税局査察部」(平11・岩波新書)に詳しいので、興味のある人は読んでみるとよい。なお、金丸は、追起訴分と併せて合計10億円余の脱税の事実で審理を受けていたが、平成8年3月に死去したため、裁判は公訴棄却の決定(刑訴法339条1項4号)で終了した。

脱税の罪については、平成22年の所得税法等の一部改正により、法定刑が大幅に引き上げられ、懲役の長期は10年とされた。そうすると、その後の脱税の罪については、公訴時効の期間が7年となる(刑訴法250条2項4号)。法定刑の重さが変わると、時効期間も変わるのである。もし脱税の罪の法定刑の引上げが昭和60年頃に行われていたならば、東京地検特捜部は金丸脱税事件の捜査をもう少し余裕をもって進めることができたかも知れない。

## その6〔択一的認定〕

今回の起案演習では、択一的認定に関連する問題を出題した。

択一的認定の許否は、通常3つの場合に分けて論じられる。まず、択一関係にある2つ(又はそれ以上)の事実が同一の構成要件の中にある場合は、概括的認定の一種として択一的認定が許される。次に、構成要件を異にするが、殺人と傷害致死のように包摂・被包摂関係がある場合は、縮小認定として、包摂される軽い事実(傷害致死)を認定することができる。最後に、構成要件を異にし、保護責任者遺棄致死と死体遺棄のように包摂・被包摂関係もない場合は、択一的認定も軽い事実(死体遺棄)の

認定も許されない。以上が通説であるが、最後の場合について、軽い事実の認定が許されるとする少数説が存在する。

すなわち、少数説は、「疑わしきは被告人の利益に」との利益原則を重い保護責任者遺棄に適用すると、その事実（被害者が生きていた）の不存在が導かれるから、結果として軽い死体遺棄の事実（被害者が死んでいた）を認定できる、とするのである。この理を早くから唱えたのが、中野次雄元判事（故人）である（刑事訴訟法判例百選〔第4版〕194頁、同〔第5版〕206頁）。そして、この説を採用する高裁判例も現れた。札幌高判昭61.3.24高刑集39巻1号8頁がそれであり、遺棄の当時に被害者が生きていたか否かを確定できず、前者なら保護責任者遺棄、後者なら死体遺棄となる事案について、軽い死体遺棄の事実を認定することができる旨判示した（刑事訴訟法判例百選〔第6版〕184頁。執筆者の佐藤文哉元判事は判旨に賛成）。これに対して、通説からは、利益原則の解釈適用を誤り、ひいては罪刑法定主義に反するものであるとの批判がなされている。

ところで、中野次雄元判事といえは、「判例とその読み方」（昭61・有斐閣）の編著者として名前を思い起こす学生も多いだろう。同書は、判例研究の基本書として、法学者及び法曹実務家にとって必読の書である。本大学院でも、「法情報調査」の科目の参考図書に挙げられている。

中野元判事は、明治43年生まれで、昭和9年に裁判官に任官し、戦後は、司法研修所教官や最高裁判所上席調査官を歴任して、昭和50年に大阪高等裁判所長官を最後に退官した。その後は、早稲田大学や北海学園大学で教鞭を執り、平成11年に亡くなった。

私は、昭和51年の任官なので、裁判所内で中野元判事に出会う機会はなかったが、学生時代に東京大学の刑事判例研究会で二、三度同席したことがある。平野龍一教授や松尾浩也教授らの間に座しており、

会の中心人物の一人であることは末席から見ていても分かった。何の議論だったかは忘れたが、その温厚な様子と篤実な話し振りが今でも印象に残っている。中野元判事は同研究会に長年参加していて、学者との交流が深かった。昭和47年には、その還暦祝賀の論文集「刑事裁判の課題」が刊行され、当時の主要な学究的裁判官のほか、団藤重光、松尾浩也、田宮裕、西原春夫、内藤謙らの錚々たる学者が寄稿している。

もとより、論説の評価は、誰が書いたかではなく、その内容によって定められるべきである。とはいえ、前記札幌高裁判決を導いた中野元判事の論説は、優れた実務感覚に根差したものとして、ついついその著者を思い浮かべてしまうのである。個別特化された構成要件論の狭間に落ち込んだ択一関係の事実について、「無罪」の結論やむなしとする通説の割り切りに反対し、利益原則の適用によりその狭間をならして妥当な結論を導こうとする少数説の試みは、もう一度見直されてよいと思われる。

## その7〔名誉毀損罪における真実性の証明〕

前々回の起案演習では、択一的認定に関連する問題を出題し、講評の最後で挙証責任に言及する試論を述べてみた。刑事訴訟では原則として検察官に挙証責任が存するが、例外的に被告人に挙証責任を負担させる場合がある。いわゆる挙証責任の転換であり、その代表例が名誉毀損罪における真実性の証明である。

真実性の証明により名誉毀損罪の免責を認める刑法230条の2は、昭和22年に新設された。名誉の保護と表現の自由の保障との調和を図るための規定であるが、これによる免責の性質について、学説は多岐にわたり、特に真実性に関する誤信があった場合に免責を認めるか、認めるならその基準はいかなるものかについて種々の見解が示されている。

故団藤重光博士は、昭和22年末に、この問題を考

察した論文を逸速く発表した。「名誉毀損罪と事実の真実性」と題する論文であり、「その1」で紹介した博士の著書「刑法と刑事訴訟法との交錯」に収録されている。博士は、事実の真実性について構成要件該当性棄却説を採り、摘示された事実が証明可能な程度に真実であるときは、名誉毀損罪の構成要件該当性が棄却されるとする。その上で、事実の真実性に関する錯誤については、健全な常識から真実性を認定するに足りるだけの客観的資料を認識したときは、それが意外にも真実でなかった場合でも、故意の成立が阻却されると説いている。

判例は当初、改正立案者の処罰阻却事由説に従い、真実性の証明がなされなかった場合には誤信があっても免責の余地はないとしていたが(最判昭34.5.7刑集13巻5号641頁)、後に立場を変更し、真実性の証明がない場合でも「行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しない」として、免責の余地を肯定した(最大判昭44.6.25刑集23巻7号975頁)。団藤説に従って、判例変更がなされたのである。

私は、上記最高裁大法廷判決の直後頃の法学部生時代に、故藤木英雄教授から「刑法各論」の講義を受けた。教授は、同判決の結論を支持する論説をすぐに発表し、相当な資料を基礎にして事実を真実と判断するのが合理的な場合には、その判断に基づく言論は表現の自由の正当な行使であり、刑法35条の正当行為として違法性が阻却される旨を説いた(藤木英雄「真実性の証明と名誉毀損罪」法協86巻10号1頁、昭44)。これを高く評価したのは、故団藤博士である。博士は、錯誤論を経ることなく端的に妥当な結論を導くものであると評価し、自説を変更して藤木説に与した。その後、この考え方は、多くの賛同者を得て、有力な学説となっている。

交錯」について、個人的な追憶を交えながら書き綴ってきた。他にも交錯の場面は多いが、他日を期して、一応筆をおくことにする。

これまで7回にわたり、「刑法と刑事訴訟法との

