

2015年夏の補正 この前の2014年新春版の後、①齋藤信治『刑法各論』は、第4版に発展し(2014年3月)、各論関係の判例、法改正を組み入れたのは勿論、総論の関係についても、「特設コラム」で、総論分野の新判例を詳しく紹介すると共に、説明を大幅に深化させている。この「特設コラム」は、重要なので、本レジュメの末尾**76頁以下**に転載しておく。付録の**A「松川事件・松川裁判とその各状況」**(53頁以下)、**B「無罪方向における伝聞証拠等の許容性の拡張」**(86頁以下)以上に、ご参照頂ければ幸いである。

なお、②この間、小生は何と定年退職を迎え、椎橋・只木の両先生のご企画・編集にかかる『齋藤信治先生**古稀記念論文集**』なるものが、法学新報121巻11・12号(2015年)として、公刊されるというご高配と過大な名誉に恵まれた。この論文集には、岩村(元検事長)、岡田(行政法。外間元学長の愛弟子)、木村(英米法にも明るい女性学者の旗手)、工藤(憲法)、佐伯(2015年5月の日本刑法学会で理事長にご就任)、佐久間(大塚先生のご高弟)、鈴木彰雄(法学新報の編集主任)、関根、千手、高橋直哉(「犯罪化論の試み」)、只木、長井、中村、西尾、林弘正、原口伸夫(「**共犯からの離脱、共犯関係の解消**」)、藤井(元日弁連事務次長)、松宮(学会で最も際立つ先生)、三上、柳川、箭野、山内(国際私法。日独交流面でも大業績)、山本、山中(ロクシンに比肩)の敬愛する諸先生方からご寄稿を賜り、これらは、刑法総論その他の分野において、学界・実務に対する絢爛たるご寄与となっている。

また、③小生は、新しく、「**袴田事件——死刑判決(有罪認定)は今や維持し難い!**」を執筆し(法学新報122巻1・2号〔2015年〕457～525頁)、これは、拙「**最終講義 私の主な関心事の幾つか**」、「**戦後最大の刑事事件——八海事件——の教訓**」(1)及び「**一層尊敬される刑事司法への期待**」の論文と共に、**各論レジュメの方に付録として収録している**。本来ならば、上掲②の諸玉稿などを踏まえ、本レジュメに補正を施すべきところながら、後日を期したい。

☆ 新判例に関しては、重要と思われるものは漏れなく拾ったつもりである(新学説等の消化は途上・不十分)。

☆☆ 原口伸夫教授の価値あるご支援を得ている、齋藤信治著『刑法総論』第6版(2008)、『刑法各論』第3版(第3刷2010)については、記述をアップツューデートにする、説明を補充・改善する等の作業が意図されており〔ただし、上掲①参照〕、その重要部分を、以下では『総論』につき、【判例・法改正・文献などに小分けせず、すべて総論テキストの関係頁数の順に】紹介する。これは、改訂の場合に実際に盛り込めると予想されるものより、大幅に詳しくなっている。

※ 同門の俊英・原口伸夫教授が2011年5月末になした中止犯に関する重要な学会報告も収録する(30頁以下)。

※※ 学部時代からの畏友(木村敏夫君)が関心を示してくれたのを機に、拙稿「松川事件・松川裁判とその各状況」を、新たに、末尾に**付録**として収録した(もともと、面白さでは、各論の方の付録の八海事件や袴田事件が上か)。

『刑法総論』関係

◆ 以下の記載内容は、おおむね、少なくとも実質的に、関係頁数・項目(名)・内容の順になっている。

8頁冒頭、48頁以下に関し、平成25年6月改正で、(前に禁錮以上の刑に処せられたことがないか、執行を猶予された者等の、3年以下の)懲役・禁錮の**刑の一部の執行の猶予**も(27条の2～27条の7の追加で)、言い渡せるようになった(井田良『基礎から学ぶ刑事法(5版)』77頁、法務省のHP=Webサイト〔以下、同じ〕中「所管法令等」、刑ジャ38号参照)。一部の刑の執行後の執行猶予期間については、保護観察に付することもできる(ただし、薬物使用者等の場合には、特別法で特則が設けられ、一部執行猶予の対象が前に実刑に処せられた者にも拡張される一方、それらの者は必ず〔脱薬物依存プログラム受講を義務付ける〕保護観察に付される)。この新制度は、再犯防止上有望とされる。

なお、本改正と直接の関係はないが、再犯の防止を目指し、更生プログラム受講を義務付ける保護観察付きの執行猶予の求刑が増え(同月18日朝日夕刊)、万引き・無銭飲食等を繰り返す高齢者・知的障害者につき、起訴に代え福祉施設に入所させて更生を図る取り組みも(52頁にも関連)、注目されている(同じく2013年の9月25日朝日など。詳しくは、法務

省のHP「報道発表資料 9/26：起訴猶予における更生緊急保護活用の社会復帰支援充実強化」。

8頁の下から3～4行に関連して、検察審査会法改正（特に、起訴強制制度の導入、41条の6等）があった。検察審査会が、検察官の不起訴処分に対し起訴を相当とする議決をなした上、検察官の重ねての不起訴処分（又は3ヵ月間ほどの未起訴）に対し更に起訴を相当とする議決（「起訴議決」）を——弁護士である審査補助員の関与、検察官への意見陳述機会付与、審査員11人中8人以上による特別多数決の要件を充たして——なした場合には、裁判所指定の弁護士により公訴が提起されるのが原則となった。この起訴議決（強制起訴）制度は、2004年の刑事司法改革の一環として導入されたもので（平成16年法律62号。施行は2009年5月）、裁判員制度と共に、刑事司法への国民参加（一種の民意反映）を顕著に進める両輪（三井誠）と位置づけられる。明石警察署の元副署長（明石花火大会歩道橋事故関連）などに続き、周知のように、（旧）与党民主党の実力者だった小沢一郎元代表（現職衆議院議員。消費増税に反対し、新党結成など）もこの制度により（政治資金規正法違反〔虚偽記載罪〕で）いわゆる強制起訴をされるに至ったが（2011年1月31日）、無罪判決を受け（東京地裁2012年4月26日。支持、松宮・法学教室387号30頁以下）、検察官役が控訴するも、再び無罪判決（東京高裁同年11月12日）で確定（同19日、指定弁護士が上告放棄）。なお、この事件の検察審査会審査に関連して、東京地検特捜部検事だった者による内容が客観的には一部虚偽の捜査報告書の作成問題が浮上し、同人は不起訴・減給処分を受け辞職（宗像・安廣先生等の話の載った同年6月28日付の毎日・読売・朝日など参照）。強制起訴はこれまで7件ほどのようであるが、差し当たり無罪判決3（上掲小沢事件、沖縄詐欺被告事件のほか、JR宝塚線脱線107人死亡業過事件〔2013年9月27日、神戸地裁が、予見可能性なしとして、JR西の歴代3社長に無罪判決〕）、免訴判決1（神戸地裁2013年2月20日。明石歩道橋事故の際の上記副署長につき、公訴時効完成、かつ、具体的な予見の可能性は認められず無過失とも判示。なお、45頁以下）、有罪判決1（徳島町長暴行事件。科料9千円）程度の模様である。そこで、制度見直し論も出ているが（2013年3月6日朝日社説等参照）、起訴する事件を検察が（有罪判決を得られる自信が持て、かつ、起訴猶予では刑政上不都合が大きい事件に限るなど）厳選するのは（時には、杜撰な起訴もあるが）、原則的に妥当と思われるものの（緩やかな基準での起訴が「検察司法」を改めるメリットも主張されるが、裁判所の冤罪阻止能力には懸念が残る）、過度・恣意的・非民主的な「厳選」に終ることがないような制度的補完も望ましく、現行制度は基本的には維持されるべきであろう（「無罪判決に対する事実誤認を理由とする上訴」を許さないことにするのは一案か）。

9頁や139頁などの関係で、刑法典上の**犯罪（発生件数）ナンバーツー**の地位を誇った業務上過失致死傷罪（現在では、211条前段）は、その後、2007年生まれの**自動車運転過失致死傷罪（旧211条2項。その成立要件等につき、146頁参照）**にその座を奪われているが（139頁中頃でもふれている）、本罪は、次に述べるように、今や、**特別法に移され、罪名も「過失運転致死傷罪」に変わった**（なお、**危険運転致死傷罪には実質的増強も**あった）ので、注意を要する。

すなわち、平成25年法律86号により、**自動車運転過失致死傷罪**および**危険運転致死傷罪**の刑法典からの削除を伴う増強特別刑法としての**自動車運転死傷行為処罰法**（正式名は、「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」）の制定をみた（以下、「本法」と略記する）。

この法改正は、2013年11月20日に成立（翌14年5月20日施行）、従来の自動車運転過失致死傷罪（**新名称：過失運転致死傷罪**）も、また**危険運転致死傷罪**も、刑法典から特別法に移し（試験範囲からも外れるとは限らない。なお、この削除に伴って、凶器準備集合・結集罪が208条の2に繰り上がり、211条は、2項がなくなり、業務上過失致死傷罪・重過失致死傷罪のみになった）、以下のように刷新した（経緯も含め、井田『基礎から学ぶ刑事法』111頁以下）。

①危険運転致死傷罪の従来からの5種類の危険運転（基本）行為（本法2条1～5号）に加え、（詳しくは政令で定める）**「通行禁止道路を進行し**（高速道路での逆走、「歩行者天国」無視、一方通行道路の進行など）、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する行為」を追加規定し（同6号）、

② **準（第2級）危険運転致死傷罪**を新設し（本法3条）、具体的には、アルコール・薬物あるいは「自動車の運転に支障

を及ぼすおそれがある**病気**」(詳しくは政令で定める。除外例もあるものの、「てんかん」が代表的ともいえようが、これに限られず、統合失調症や躁うつ病なども含まれる一方、認知症は含まれない、とされる。)の悪影響下での自動車運転による死傷の(2条よりは刑が軽いものの)重罰を追加し、

③更に、逃げ得防止策として、**アルコール・薬物の影響が発覚するのを免れようとする罪**も新設し(本法4条)、

④罪名の小修正にとどまるが、従来は刑法典211条2項にあった「自動車運転過失致死傷」は、「**過失運転致死傷**」に名称を改め(本法5条)、

⑤なお又、**無免許運転の場合の上掲各罪の刑加重**も定めて(本法6条)、

以上の全てを本法にまとめたものである(法務省のHP・ウェブサイトの中の「所管法令等」「審議会」のほか、法学教室2013年8月号28頁以下の塩見淳論文も参照)。

日弁連・関連医事団体の反対や慎重審議要望もあったが(とくに、②の「病気」関係については、日本てんかん学会・日本精神神経学会など7学会から衆参両院に削除要望書が提出された〔2013年10月1日各紙〕。確かにマイナス面もあろう)、悪質事故被害者遺族らの熱心な働き掛けが実り、2013年晩秋の国会で成立した。

10頁下の注「刑事手続の重要性」の中頃、「**検察官の職責の熟考**」に関連して、近年の鹿児島「選挙違反」12名全員無罪(志布志)事件、富山の「強姦」服役後再審無罪(氷見)事件、DNA鑑定の覆った「**女兒殺害**」無期刑服役後再審無罪(足利)事件、そして(大阪地検特捜部の当時の主任検事・部長・副部長の逮捕・有罪も招いた)郵便不正「指示」無罪事件等の続発は、検察(および警察)の真摯な反省も呼び起こし、検察にとっても**冤罪回避**は至上命令の1つであり、無罪物証の隠滅などは論外として、**供述調書の強引過ぎる作成**も不都合なことが広く確認され、**証拠開示**や**取調べ可視化**も一層重視されている(井田『刑事法』266頁以下のほか、拙稿：中央ロー・ジャーナル6巻3号〔2009〕51, 69頁、法学新報117巻7・8号〔2011〕359頁以下、120巻1・2号〔2013〕787頁以下、研修764号〔2012〕3頁以下)。

10~11頁でふれた**裁判員制度**は、活発な賛否の議論を経て、平成16年法律63号により導入され、周知のように既に(2009年5月から)実施されている(第1号事件の公判は同年8月3日から6日〔判決〕で、中大OB諸氏が検察と弁護で活躍〔中央ロー・ジャーナル6巻3号67頁〕。1審判決とこれを支持した2審判決は、判タ1325号60頁以下)。本制度に対する評価は、興味深いことに、いわゆる人権派の刑訴法学者の間でも分かれているが(たとえば、否定的な小田中、肯定的な福井、希望的な村井)、重大な至難否認事件を全て短時日で適切に処理できるか、対象犯罪の範囲や守秘義務の点は十分適切か、などの問題点や課題が浮上しているとはいえ、裁判員は概して担当事件に先入観なしに真摯に取り組んでいるように見受けられ、刑事事件とその背景および刑罰に対する社会の関心を大いに高め、また冤罪回避にもつながり得る一面も認められよう。ともかく、さしあたり、「予想を超える順調な滑り出し」(刑事法学界の大御所の松尾浩也)といった評価が多いようである(裁判員裁判の現状・課題につき、刑事法ジャーナル36号の座談会〔司会、椎橋〕・諸論文、平川『刑事法の基礎(2版)』239頁以下、井田『刑事法』270頁以下も参照)。ただ、2011年3月末頃に至り、裁判員裁判での無罪判決が、いずれも東京高裁によって、初めて破棄・差戻となったほか、初めて自判で逆転有罪判決が言い渡される事態ともなった(3月30・31日各紙)。特に、後者の破棄自判・逆転有罪は、裁判員制度の存在意義や冤罪回避機能への期待に対して深刻な意味も持ち、上告を受けて、最高裁がどのような範囲で、高裁による**裁判員裁判「是正」**を是認していくか、大いに注目されたが、「**控訴・破棄理由としての事実誤認の意義**」に関する最判平24・2・13は、**事実誤認を理由とする原判決破棄は、原認定が余程不合理な場合に限られるべきだ**との立場を表明し(控訴審の〔原則〕事後審的な性格、裁判員裁判での直接主義・口頭主義の徹底を考慮)、高裁の**逆転有罪判決を破棄**した(積極的評価の例、木谷明・刑事弁護72号133頁〔**逆転無罪は限定されるべきでない旨付言**〕。疑問不解明〔高裁〕助長を懸念、原田國男・刑事法ジャーナル33号37頁〔同方向〕・・・本判例に沿い東高平24・7・12が、類似事件・千葉地の裁判員無罪判決を維持〔LEX/DB〕。・・・上記最判平24・2・13を引用しつつ、東京地裁が覚せい剤輸入の〔故意は認めつつ〕共謀を認めず〔この点、本レジュメ49頁〕無罪としたのは経験則に照らし不合理と具体的に示した、と、東高の破棄自判有罪判決を**支持**、最決平25・4・16)。以下、こ

の最判平 24 の概要を記す。 被告人が、共犯者と共謀の上、営利目的で、覚せい剤を本件バッグに隠して輸入行為を行い、さらに、覚せい剤を携帯している事実を申告しないで税関検査場を通過して輸入しようとしたが、職員に覚せい剤を発見されたため、その目的を遂げなかった、とされた事件の上告審で、原判決は、間接事実が被告人の違法薬物の認識を推認するに足りず、被告人の弁解が排斥できないとして被告人を無罪とした第 1 審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを具体的に十分を示したものは評価できず、第 1 審判決に事実認識があるとしてこれを破棄した原判決には刑法 38 2 条の解釈適用を誤った違法があるとして、原判決を破棄した（本学 OB 横田尤孝を含む裁判官全員の一致）。

更に、報道によると、裁判員裁判による死刑判決を、先例に照らし無期懲役にとどめるべきだとして、控訴審として初めて破棄した（もちろん、裁判官だけによる）注目すべき判例が現れた（東京高判平 25・6・20 [裁判長は、昔司法試験審査委員としてご一緒だったことのある、学究肌エリート裁判官の 1 人、村瀬均氏]）。過去に夫婦喧嘩の末の無理心中で妻と娘を殺害し懲役 20 年に処せられてはいても、今回の強盗殺人で殺された被害者は 1 名にとどまるので、従来の量刑相場からして死刑は重過ぎる、というのである（なお、同年 10 月 8 日にも同じ裁判長の下で大略類似の破棄・自判判決が下されている。朝日新聞の同日夕刊と翌朝解説記事）。しかし、このような被告人には実質上死刑が相当だという裁判員判決や検察側の意見（本学 OB の青沼隆之東京高検次席検事ら）も、それ自体としては、何ら不合理ではない。不合理なのは、むしろ従来の——最高裁判例にもよる（拙稿「死刑制度は今のままでよいのか」佐藤司先生古稀祝賀論文集『日本刑事法の理論と展望』上巻 520 頁、524 頁注 5、535 頁以下、538 頁以下、548 頁以下、原口伸夫「判例評釈」法学新報 104 巻 6・7 号 205 頁以下など参照）——量刑相場だとの見方すら、優にあり得よう。ただ、公平も極めて大切であり、良かれ悪しかれ最高裁が従来の量刑相場を維持することが見込まれるならば、突出した死刑判決は（控訴取下げで確定したものを含め）放置し難いことになろう。もともと、検察側は上告し、裁判員裁判の判断の尊重を求めていると伝えられ、注目される。

なお、裁判員裁判では不可欠の手續——そして、証拠開示も大幅に行われ得る大切な場——としての「公判前整理手続」については、最新重要文献として、鈴木芳夫（元検事長）・中央ロー・ジャーナル 10 巻 2 号 [2013] 89 頁以下。

17, 20 頁のところで、中山研一、団藤重光及び八木國之の各先生の没年を、2011, 2012, 2008 と記入。

31 頁の公務員の政治的行為に対する刑罰的規制（また、36 頁以下の「処罰の不可欠性」ないし「過度に広範な処罰の禁止」、更には、67 頁の構成要件要素としての法益侵害またはその危険 [形式犯か、危険犯とくに準抽象的危険犯か]）に関し、東京高判平 22・3・29 重判解 21 頁は、無限定的適用による違憲を避ける必要があるとして、無罪を言渡した。いわく、「本件罰則規定は、その文言や本法の立法目的及び趣旨に照らし、国の行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼の確保を保護法益とする抽象的危険犯と解されるところ、これが憲法上の重要な権利である表現の自由を制約するものであることを考えると、これを単に形式犯として捉えることは相当ではなく、具体的危険まで求めるものではないが、ある程度の危険が想定されることが必要であると解釈すべきであるし、そのような解釈は刑事法の基本原則にも適合すると考えられる。・・・本件配布行為は、裁量の余地のない職務を担当する、地方出先機関の管理職でもない被告人が、休日に、勤務先やその職務と関わりなく、勤務先の所在地や管轄区域から離れた自己の居住地の周辺で、公務員であることを明らかにせず、無言で、他人の居宅や事務所等の郵便受けに政党の機関紙や政治的文書を配布したにとどまるものである。そのような本件配布行為について、本件罰則規定における上記のような法益を侵害すべき危険性は、抽象的なものを含めて、全く肯認できない」ことから、被告人は無罪である（下線は斎藤）。

もともと、同じ某党機関紙「赤旗」号外（等）配布でも、東京高裁の異なる部から、対照的に、裁量権のある管理職（厚労省の筆頭課長補佐）にあった者については、有罪判決（平 22・5・13）が出て、最高裁の判断が待たれたが（回顧 46, 59）、最高裁は、公務員の職務遂行の政治的中立性を損なう恐れが実質的にも認められるかが問題だとの立場から、両高裁判決とも是認できるとした（2つの最判平 24・12・7。ただし、本学 OB の須藤正彦裁判官は、管理職公務員でも、勤務外で行った政治的行為は無罪、とのご意見で、誠に傾聴に値しよう）。

38 頁の注の3～4行目に、235条の**窃盗罪の法定刑**として「10年以下の懲役」とあるのは、(重要な)改正があったので、「10年以下の懲役又は**50万円以下の罰金**」と補正する(xiv頁参照)。

38 頁注の下から3～4行目でふれている**ウィニー事件**については、その後、まず、A **控訴審判決**があり(大阪高判平21・10・8)、有罪との原判決を破棄し、無罪とした。これを批判して、西田・総論344頁は、「この場合、他者による違法な利用は当然に予想されたのであるから、少なくとも未必の故意による概括的幫助犯の成立を認めてもよいと思われる」とする。ただ、ここでは、悪用される可能性だけでなく、技術的有用性・善用可能性も考慮して、一定限度では適法・不可罰とする方が良さそうにも思われる(林幹人『判例刑法』169頁以下、特に174頁以下は、有用性と危険性との衡量を行うべく、「許された危険」の法理によって幫助罪の成否を決定すべきであるが、本件の場合、その成立を認めて良かったのではないかとする。なお、「中立的行為による幫助」につき、曲田・法学新報111巻3・4号141頁以下および112巻1・2号443頁以下の「日常的行為と従犯」を含め、主要学説を概観等した、嶋矢・注釈刑法1巻919頁以下、更に、最近の説得的総括として、只木・白門2013年5月号54頁以下、も有益)。

その後、今度は、B **上告審決定があった(最決平23・12・19回顧50, 59)**。大略、いわく。本件Winnnyのような価値中立的なソフトの公開、提供行為が著作権侵害の幫助に当たるというためには、①ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている**具体的な著作権侵害を認識、認容**し、あるいは、②当該ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを**著作権侵害に利用する蓋然性が高く、提供者もそのことを認識、認容**している必要があると解されるところ、本件被告人には、前者の認識、認容がなかったのは明かであり、また、後者の蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることは困難であるから、著作権法違反罪の幫助犯の**故意が欠ける**といわざるを得ない、というのである(評釈、島田聡一郎・刑事法ジャーナル32号142頁)。

境界線がやや不明確な嫌いはあるものの、大筋においては、**技術的有用性・善用可能性と悪用可能性との間のバランス**を図ったものとして、妥当といえようか(もっとも、上記①の点は、実質的に②の点の重要な判断要素の1つとして考慮すべきではないか——現に具体的に行われようとしている利用が、偶々「悪用」であると分かった場合には、極度の慎重さは求められるにしても、以後は「善用」が多く見込まれるようなときは、公開・提供が(一時的に見合わせるべきことは事情次第では有り得るにしても)一切許されなくなるとは、必ずしも限らないのではないかと——とも思われる。なお、この種の場合、有罪とするためには、特に、A)「許された危険」[総論173頁第2段落]としての正当化もできず、かつ、B)蓋然性説的な立場[総論98頁以下]から故意も否定できない、ことが必要と思われる)。なお、本決定には、大谷裁判官による反対意見が付されている。一部、以下に引用する。

被告人の開発、提供していたWinnnyはインターネット上の情報の流通にとって技術的有用性を持ち、被告人がその有用性の追求を開発、提供の主目的としていたことも認められ、このような情報流通の分野での技術的有用性の促進、発展にとって、その効用の副作用ともいふべき他の法益侵害の危険性に対し直ちに刑罰をもって臨むことは、更なる技術の開発を過度に抑制し、技術の発展を阻害することになりかねず、ひいては他の分野におけるテクノロジーの開発への萎縮効果も生みかねないのであって、このような観点、配慮からは、正犯の法益侵害行為の手段にすぎない技術の提供行為に対し、幫助犯として刑罰を科すことは、慎重でありまた謙抑的であるべきと考えられる。多数意見の不可罰の結論の背景には、このような配慮もあると思われる。(中略)被告人には営利の目的もなく、また法執行機関からの指摘を受けて、Winnnyの公開のためのウェブサイトを直ちに閉じる措置を採るなど、有利な事情も認められる。一方で、一定の分野での技術の開発、提供が、その効用を追求する余り、効用の副作用として他の法益の侵害が問題となれば、社会に広く無限定に技術を提供する以上、この面への相応の配慮をしつつ開発を進めることも、社会的な責任を持つ開発者の姿勢として望まれるところであろう。私は、(中略)被告人に幫助犯としての犯罪の成立が認められ、上記のような被告人にとっての事情は、幫助犯として刑の減輕もある量刑面で十分考慮されるべきものと考えられる。

41 頁8行目に、「第一審死刑言渡しもほぼ毎年数件になっている」とあるのは、この間に情勢が変化したので、「第一審死刑言渡しは、毎年数件に減少後、**再び増加**」と補正する。なお、光市強姦目的母子殺害窃盗事件で、最判平18・6・20が

事案に照らし18歳と30日での犯行でも原則死刑相当とし、差し戻しを受けた広島高判平20・4・22が死刑を言い渡し、最判平24・2・20が上告を棄却している（悪質・残虐な面と、気の毒・不幸な境遇面とが併存）。

「罪はもちろん憎むべきだが、非常にかわいそうな子供時代を送った者（死刑囚）がほとんど。こういう生き方しかできなかつたのではないかと感じさせる面もあった」と、谷垣法相は述べた由である（2013・12・27毎日新聞朝刊）。

43～44, 374頁の「刑（とくに死刑）の時効」や「公訴時効」に関しては、平成22年改正で、**死刑に関しては、「刑の時効」が廃止され、また、「公訴時効」も基本的に**（内乱首謀・外患誘致、現住建造物等放火などの例外はあるが）**廃止された**（現在の31条、刑訴法250条参照）。その他、刑の時効も公訴時効も（ただ、公訴時効の方で特に顕著に）、期間が、一定範囲内で、延長された。なお、公訴時効（とくに死刑の関係）の改革が先に取り上げられたが（殺人〔既遂〕等については、時と共に処罰感情が薄れる度合いは低く、DNA鑑定など時を経ても劣化しない有力証拠が残る可能性が相当あり、処罰を免れている犯人に関して成立している事実状態を尊重する必要性は比較的弱い、などと指摘されている。もともと、他方では冤罪増加の危険なども論じられた）、バランス上、刑の時効も改められることとなった経緯がある。ちなみに、本改正法施行の際に既に公訴時効が完成していた罪については、本改正は（憲法39条の遡及処罰禁止の精神に照らし）適用されない（反面、施行前に犯された罪でも、公訴時効が完成していないものには、本改正の適用がある）。

55～56頁の没収の関係で、**強姦の様子を犯人が撮影したビデオテープ**を、19条1項のどの物件として没収すべきかを問題とした判例がある（東京高判平22・6・3回顧51、速報判例解説10号137頁〔只木〕）。1審判決が「犯罪行為によって生じた物」（3号）としたのに対し、本判決は「**犯罪行為の用に供した物**」（2号）に当たるとした。被告人は、ビデオカメラを持参して自らの強姦の様子を撮影した後、被害者に対して、警察に被害申告をしないよう口止めしたり（2つの事案）、警察に言ったら撮影した画像をインターネットで流す旨言う（1つの事案）などしているとのことで、「かかる行為は、被害者の心理に強く働きかけて、逃走を容易にし、かつ逮捕を免れるため」のもので（只木・上掲139頁）、その撮影テープは、具体的な態様における強姦の実行行為（ないし、それと密接な関係にある〔口封じ〕行為）の用に供したもの（2号物件）と解して、差支えなからう。ビデオカメラ自体も、同じく、「犯罪行為の用に供した物」として、没収されても良かったと思われる（**密漁船没収**の例として、最決平2・6・28、広島高岡山支判平22・5・12。無免許運転での**自動車没収**例として、東京高判昭51・4・27、福岡高判昭55・11・19）。他方、その撮影テープ自体が被告人にとって価値のある物で（も）あったり、更には売り飛ばそうという物であったりすれば、「犯罪行為によって得た物」（3号）として（も）没収できようし、売却して現金等の対価を得た場合なら、その対価も（4号で）没収でき、それ自体の没収ができない場合には追徴もできよう（19条の2。追徴は、3・4号物件についてのみ可能）。なお、被告人は、他にも類似・関連の犯行を重ねている「痴（し）れ者」であるが、1審言渡しの懲役20年の刑は重過ぎるとの主張は退けられている（悪事の代償は軽くない）。

78頁以下の**不真正不作為犯**に関する近時の学問的思索の例は、井田良（・丸山雅夫）『ケーススタディ刑法（2版）』74頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』80頁以下、山中敬一『犯罪論の機能と構造』138頁以下、165頁以下、只木・白門2011年1月号20頁以下、林幹人『判例刑法』216頁以下、鈴木彰雄・〔立石編〕『刑法事例30講』11頁以下。なお、練達の（切っての理論家の）実務家による関連含みの事例問題は、安廣・〔只木編〕『刑法演習ノート』354頁以下。

一部につき少し付言すると、井田・上掲82頁以下は、通説上、不真正不作為犯の成立に必要な（当該、殺人罪等々の構成要件に則した）「高度の作為義務」が認められるかは、たとえば、「先行行為」と「引受け」と「排他的支配」というように、幾つかの要素を総合的に考慮して、判断されることが多い（内藤・総論〔上〕231頁なども参照）、旨的確に指摘すると共に、事案（他家に狭い窓から侵入しようとして身動きが取れなくなった泥棒や児童を、家人が、助けるのは至って容易で

あるにも拘わらず、このままでは確実に死ぬと認識しながら、冷酷に1週間ほども放置し続け、死に迫いやる等) によっては、「排他的支配領域性の要素が、先行行為の要素も引き受けの要素もともなわずに、作為の容易性とあいまって、一定の刑法上の作為義務を基礎づけることを認める」のも一案ではなかろうか、という非常に重要かつ明確な問題提起をされた(なお、例によって[ロクシン同様の] 分かり易い文章)。広く注目されているように、西田・総論125頁以下の「排他的支配領域性説」は、当の不作为が作為と構成要件的に同価値であるためには、「排他的支配」の「意思にもとづく獲得」か、これが欠ける場合には、それに代替するものとして、「排他的支配」のほか、「親子関係や建物の管理者・警備員であるなどの社会継続的な保護関係」が必要だ、と説くが、これも先行行為や(他人による救護の可能性を消滅・大幅減少させる) 引受けといった「危険創出」を不可欠とはしない趣旨のように思われる。また、新しく、鈴木・上掲18頁以下は、上掲西田説以外の諸説を鋭く論難する中で、日高の「先行行為説によれば、原因を設定していない者が因果経過を支配しても作為義務が認められないことになり・・・疑問がある」と指摘するが、これは一層明確な**危険創出「可欠」論**であろうか。ただ、これらの新有力説は、自分とは関係のない子供が、自分とは関係ない事情で、溺れかけ助けを求めているところに、一人赴き、「意思にもとづく」「排他的支配の獲得」をしたが、助けはしなかったような場合、果たして不作为による殺人罪までも(従来の定説——たとえば、井田・総論144頁、同『基礎から学ぶ刑事法』145頁参照——と異なり) 成立し得るとするのであろうか(なお、林・上掲223, 225頁, 軽犯刑法1条8・18号)。あるいは、むしろ、それとは事実関係が重要な点で異なるとするのであろうか。

他方、佐伯・上掲89頁以下は、「排他的支配」のほか、先行行為あるいは引受けによる「**危険創出**」も必要だとしている。これは、大筋支持されて良いように思われるが、「危険創出」ないし(多少広く)「危険要因の設定」が欠ける場合にも、「合理的な期待」を基礎として法律が作為義務を認めること(例、民法の1条2項[信義則]、752条[夫婦間の相互扶助義務])は差支えなからう点は(なお、佐伯・上掲 93頁)、付言しておきたい(詳しくは、法学新報112巻11・12号245頁以下。骨子は『総論』81頁中頃)。

95頁, 197頁以下, 344頁12①末尾, 372・409頁各⑩に関連し、以下、**責任能力、精神障害の有無・程度等に関する鑑定**につき注目される諸判例(伊東・総論256頁以下, 西田・総論282頁以下など参照)を紹介しておく(試験に出そうという訳でもないが、将来の活躍も視野に、気楽に一読されたい)。

☆①精神障害の有無・程度等に関する鑑定は原則的に尊重すべきだとされた例

最(二小)判平20・4・25 法曹時報63巻12号164頁(最判解346頁)・重判解178頁 : 1 責任能力判断の前提となる精神障害の有無及び程度等について、専門家たる精神医学者の鑑定意見等が証拠となっている場合には、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、裁判所は、その意見を十分に尊重して認定すべきである。

2 統合失調症による幻覚妄想の強い影響下で行われた傷害致死の行為について、被告人が正常な判断能力を備えていたとかがわせる多くの事情があるからといって、そのことのみによって心神喪失ではなく心神耗弱にとどまっていたと認めるのは困難とされた事例 【山口厚著にしては読み易い『基本判例に学ぶ 刑法総論』184頁以下は、本判例を特に詳しく紹介・解説。】

〔**差戻後の控訴審判決**〕東京高判平21・5・25 : 統合失調症の被害妄想の強い影響下で行われた傷害致死の行為につき、上告審が原審が採用しなかった心神喪失を示唆する鑑定的基本的な信用性を肯定して破棄差し戻した後の控訴審において、上告審判決が要検討事項として指摘した点について新たに行った事実取調べの結果を踏まえ、鑑定の信用性を肯定できないとして心神耗弱が認定された事例

被告人が、約12年前に塗装工として働いていた塗装店に赴き、同店経営者の被害者に対し、いきなりその顔面及び頭部を手拳で数回殴打する暴行を加え、その頭部を同店備品、路面等に打ち付けさせて、外傷性くも膜下出血により死亡させたという傷害致死の事案の差戻後控訴審において、両鑑定意見については、上告審判決の説示にもかかわらず、直ちにその信用性を肯定することはできないとし、本件犯行時の被告人の精神状態は、統合失調症の被害妄想に強く影響されており、被告人の善悪の判断能力及びその判断に従って行動する能力は著しく障害されていたが、善悪の判断能力及びその判断に従って行動する能力は、全くない状態ではなかったと認められ、本件当時の責任能力については、心神喪失ではなく、心神耗弱の状態に止まるとするのが相当である等として、被告人に懲役2年6月を宣告した【後出 10頁末尾付近も参照】。

★②精神鑑定の拘束力についての新たな最高裁判例 (①とは別の事件, 別の小法廷)

最 (一小) 決平21・12・8 : 1 裁判所は, 特定の精神鑑定の意見の一部を採用した場合においても, 鑑定の前提条件に問題がある等の合理的事情があれば, 責任能力の有無・程度について, 当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく, 被告人の犯行当時の**病状**, 犯行前の生活状態, 犯行の**動機・態様**等を総合して判定することができる。

2 精神医学者の精神鑑定における被告人が心神喪失の状態にあったとする意見は採用せず, 責任能力の有無・程度については, 被告人の犯行当時の病状, 犯行前の生活状態, 犯行の動機・態様等を**総合考慮**して, 統合失調症による病的体験と犯行との関係, 被告人の**本来の人格傾向と犯行との関連性の程度**等を検討し, 被告人が心神耗弱の状態にあったと認定した原判決の判断手法に誤りはない。

☆③本学出身者が被害者となった**著名事件**: 2008年04月28日13時16分 ashi.com 東京都渋谷区の自宅マンションで06年12月, 夫(当時30)を殺害し, 遺体を切断して遺棄したとして殺人などの罪に問われた三橋歌織被告(33)に対し, **東京地裁**の河本雅也裁判長は28日, 懲役15年(求刑懲役20年)の判決を言い渡した。

公判では, 三橋被告が殺害などの事実関係について全面的に認めたが, 弁護側は「被告は自分自身の意識に従って行動したり, 善悪を判断したりする能力がない『心神喪失』の状態, 責任能力はなかった」として無罪を主張した。河本裁判長は, 完全な責任能力があったとした上で, 「**夫からの暴力による地獄のような夫婦生活**が殺意に影響していることは否定できないが, 残酷で無残な犯行だ」と非難した。公判では, 検察側, 弁護側がそれぞれ請求した鑑定医2人が精神鑑定を行い, いずれも「被告は犯行当時, 短期精神病性障害で『もうろう状態』や幻覚が起きており, 『心神喪失』だった可能性がある」とする結果を報告していた。河本裁判長は, 精神鑑定結果について「信用性を疑う事情はない」とした上で, 三橋被告が殺害直前に短期精神病性障害を発症し, 「急激に一定の意識障害を起し, 幻聴や幻視があった」と認めた。だが「**別人格が現れたことはなく**, 夫を殴ったときの夫の反応などを記憶している」と指摘。「暴力を続ける夫から逃れたい, この生活を終わらせたいなどと考え, とっさに殺意を抱いた」と殺害に至った経緯を挙げて, 「動機は**理解**でき, 犯行の様子にも異常さはない」とした。

平成22年6月22日, **東京高裁**(出田孝一裁判長)は, 完全な責任能力があるという新たな鑑定結果を採用して, 控訴を棄却した(回顧47)。被告人が, 自宅で夫である被害者を殺害し, その死体をのこぎりで切断し, 頭部を公園内の土の中に埋めるなどしたという殺人と死体損壊, 死体遺棄の事案の控訴審において, 本件殺害行為当時, 被告人には意識混濁があり, 幻視も見ていたという事実はあるが, それらは病的なものではなく, 当時の被告人に一過性に起きたいわば生理現象というべきものであり, 被告人に短期精神病性障害などの**精神障害は存在しなかった**と認められ・・・から, 被告人は, 犯行当時, 完全責任能力を有していたと認められるとして, 控訴を棄却した。

★④【**責任能力の判断の難しさと実務**】★ 精神の障害のために, 善悪(違法性の有無)の判断能力(弁識能力)または善悪の判断に従って行動する意思決定能力(制御能力)が, 「欠けている」場合が心神喪失, 「著しく減退している」場合が心神耗弱であるが(95, 197頁。川端・総論423頁その他, 定説), とくに制御能力の方は, やや分かりにくく, 判断も決して容易ではない(199頁以下参照)。また, 具体的な事案において, それらの能力が「欠けている」のか, 「著しく減退している」のかの区別や, 減退が「著しい」のか, その程度にまでは達していないのかの区別も, 実際上簡単ではない。そもそも, 基礎になるべき精神障害の有無・程度の判断自体も, この点は精神医学者等の精神科医の判断に原則的には依拠すべきであろうが(ただし, 経験豊かな刑事裁判官には自分も, あるいは自分の方が, 良く分かっているとの思いも見受けられる), 必ずしも容易とはいえないのである(池袋通り魔殺人事件に関し, 後出48頁も参照)。

[197頁にも関連]そこで(併せ, 社会の安全等も重視して), **判例・実務**では, 既に以上垣間見られたように, 心神喪失・心神耗弱の有無を判断する際の有力な着眼点として, 「**了解可能性**」に着目し, **犯行の動機・態様の非異常性, 犯行後の証拠隠滅・弁解・反省, 犯行前後の言動・生活状態の通常性等からみて, 被告人の振る舞いが, その本来(発病前)の人格傾向も**(目立つ限り, 併せ)考慮したとき, 通常人にとって了解(=理解)可能なものであるか(〔本来の人格からみた〕了解可能性), それとも, 犯行は統合失調症に代表される(被告人の患う)精神障害の深刻な内容・状態との直接的関連に

において理解されるべきものか、を重視する（たとえば、一応**了解可能なら心神喪失とはしない**）傾向を示している（勿論一々読まなければならない訳ではないが、一応、「証拠」を兼ねて、関連の判例・文献を挙げておくと：**最決平 21・12・8** 翌年度重判解 202 頁〔林美月子解説：後掲最判平 20・4・25 との関係の検討を含む〕・法学新報 118 巻 1・2 号 703 頁、『季刊刑事弁護』69 号 68, 85 頁などのほか、特に 32, 63, 113 頁〔最高検（HP 掲載）の鑑定書式例に取入れられている**弁識能力・制御能力を判断する際の「7つの着眼点」**：①**犯行動機**の了解可能性・不能性****、②**犯行の計画性・突発性**、③**反道徳性・違法性の認識の有無**、④**精神障害による免責の可能性の認識の有無**、⑤**元来・平素の人格に対する犯行の親和性・異質性**、⑥**犯行の一貫性・合目的性の有無**、⑦**犯行後の自己防御・危険回避的行動の有無**〕、『ジュリスト』1417 号 136, 137 頁、『裁判例コンメンタール刑法』1 巻 370 頁、『大コンメンタール刑法』3 巻 371, 374 頁〔島田仁郎＝島田聡一郎〕、高橋省吾『最判解』昭 59 年度 347 頁、山口雅高『植村立郎判事退官記念論文集』3 巻 404, 414 頁〔「一般的には、責任能力の有無及び程度は、動機**の了解可能性とその動機に基づく犯行態様の合目的性の有無を基準に判断されている**』とする〕、林『判例刑法』116 頁以下、井田・総論 367 頁以下、西田・総論 282 頁）

〔197-198 頁にも関連〕**責任能力**の判断において、**了解（理解）可能性を重視**する判例の例を追加する（東京高判平 21・9・16 回顧 47-48）。これは、「被告人は、父や姉の殺害に関しては、統合失調症の影響により、違法で反道徳的なものであるとの認識に乏しいが、母の殺害に関しては、統合失調症の影響下にあっても、違法で反道徳的なものとの認識を有しており、本件犯行には、**合目的的で一貫した側面があり、被告人の人格との連続性もあり**、本件後に、本件行為の性質や意味、善悪の判断を認識していたとみれる行動をとっていたことをも考慮すれば、M及びI 両鑑定**の趣旨を尊重する観点からしても**、被告人は、本件当時、統合失調症の影響下にあり、事物の理非善悪を弁識する能力及びこの弁識に従って行動する能力は著しく障害されていたものの、全くない状態になかったものと認めるのが相当である。」と指摘し、被告人の責任能力について、心神喪失（1 審判決）ではなく、**心神耗弱**であると判示したものである。

心神耗弱の認められた例として、別に（いずれも、**安廣裁判長**）、①「確かに、被告人が、捜査段階では、自分が急に仕事をしようと思ひ立ち、そのためには履歴書用紙等が必要だと思ひ万引きした旨**一応了解可能**な動機をも供述していたことや、本件犯行当時の被告人の言動は**一応の合理性**を有するもので、**記憶も相応に保持**されていることが認められ、捜査段階から原審公判に至るまで、本件犯行に関し、被告人は幻聴等の幻覚や妄想があったとうかがわせるような供述はしておらず、被告人が幻覚や妄想等**統合失調症の精神症状に支配され、もしくはそれに強く影響されて本件犯行に及んだとは認められない**のであって、本件犯行当時、被告人に事理弁別能力及び行動制御能力が全く欠けていたとはいえず、被告人は**心神喪失の状態にはなかった**」とする一方、「被告人が本件犯行以前に統合失調症との診断を受けていたこと、被告人の実父作成の上申書によると、被告人は、本件犯行前、近親者等に対してもしばしば**異常な言動**を見せていたよううかがわれること、被告人が原審公判以降も手紙等で**特異な考え**を述べていることなどからすると、被告人が、本件犯行当時、統合失調症のため、心神耗弱の状態にあったとの疑いを払拭することはできない」とした判例（東京高判平 18・11・21。全体的に参考となる。了解可能性・人格的連続性は犯行自体・犯行時点に着目すれば十分だとはいえないことも示す。統合失調症の診断は犯行以前とすれば、まして病状悪化の可能性も否定できない限り、一層要注意といえよう）、また、

②殺人未遂事件（2 件）につき、「被告人が他害（殺害）行為に及ぶに至ったのは、通常人が行うような複数の選択肢をほぼ同時に思い付き、その中から 1 つを選択するというのとは大きく異なり、1 つの選択肢を思い付いて、その可否が検討されるにすぎず、両親に相談することや自傷行為が行えないと判断した後は**他の適法な選択肢が考えられないかなどと検討した様子がない**まま、他害行為に向かっている。しかも、被告人が・・・広汎性発達障害の特性の 1 つである**強迫的傾向**等の（攻撃的衝動の）影響を強く受けていた（行動抑止能力が著しく減退していた）可能性を否定し難い、などとして、**心神耗弱**を認めた判例がある（東京高判平 19・5・29,。）。

※ 本 2 判例を含め、責任能力に関する重要判例を網羅した好著として、本学 OB 大物弁護士（西嶋勝彦氏。季刊刑事弁護 76 号冒頭のインタビュー記事参照）・本ロースクール若手 OG（西郷・高遠さん）も関与の、東京弁護士会期成会明い刑事弁護研究会編『**責任能力を争う刑事弁護**』（現代人文社、2013）が特筆される（上記 2 判例は、314, 396 頁）。

もう1つ、最近、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で自車を走行させたことにより、同乗者A（当時1歳）を車外に放出させて死亡させるとともに、同乗者B（当時4歳）に傷害を負わせた、等の事案で、大量飲酒による複雑酩酊のため**心神耗弱**の状態にあったと認め、なお、《被告人は、ふらふらになるほど酒に酔っていたが、妻が被告人の元同級生らの連絡先を知っていたことについて、「俺は知らねえぞ。」などと怒って暴力を振るったり・・・している。このような行動は・・・これまでの前科と同様、酒を飲んで暴力を振るう被告人の素地が表れたものといえる。しかし、被告人は、妻が車を降りて民家の裏に逃げ隠れると、「出てこい。」などと言った後、車に乗り込んで運転を開始し、しかも、その運転というものは、片側1車線、制限速度時速40kmの直線道路でアクセルを踏み続け、時速約140kmという高速度で直線出口のカーブを曲がりきれずに事故を起こしたというものである。このような自殺行為にも等しい運転ぶりは異常というほかないし、一体、何の目的で運転席に乗り込み、なぜこのような運転をしたのか**理解に苦しむ**・・・。したがって、運転席に乗り込んで運転を開始した際の被告人は、酒の影響でひどく人が変わっていたといえ、正常に判断する能力は著しく低かったといえる。このことは、当時の被告人の血中アルコール濃度が1ml当たり約3.52mgという高濃度であったことから裏付けられており、被告人が負うべき責任は相当限定されている。とはいえ、被告人が目の前にある車を運転したのは、動きたいという人としての本能的な行動という**限りでは理解ができ**、最初に述べた被告人の素地が表れている点なども考えると、当時の被告人が**完全に別人格であったとはいえない**》などとも判示したものがある（札幌地判平25・6・21）。

結論自体は**無罪**で異なるものの、別の判例も、次のように、同様の基準を採っている。先ず、これは、深夜、通行中の被害者に対し、背後から、いきなり煉瓦塊で後頭部を3回くらい殴り、加療約10日を要する傷害を負わせた上、「カネを出せ」などと申し向けたが、強取の目的を遂げなかったという「犯行当時は、いわゆる病的酩酊状態であり、もうろう状態・夢幻状態であって、責任を問うことはできない」旨の鑑定が出ているという事案であるが、判決から要旨を抜粋すると、「会社の同僚らとビールを大ジョッキで4杯ほど飲んだ後、カラオケで歌いながらブランデーの水割りをダブルで4〜7杯飲んだ上（被告人の普段の飲酒量をかなりの程度上回っており、鑑定での飲酒テストによれば、犯行時にほぼ相当する飲酒終了後2時間の際には1デシリットル中180ミリグラムの血中アルコール濃度という相当程度の酩酊状態にあったことを否定できない【アルコール血中濃度と酔いの状態との関連については、たとえばSUNTORYのHP参照】。なお、病的酩酊は飲酒量とさほどの相関関係を持たず、飲酒テストで得られた数値より相当低い数値でも出現するとされる）、タクシーで帰宅する旨を電話で妻に伝えた後に、嘔吐したり眠ったりしてから、被告人が、タクシーの通らない路地である犯行現場に赴いた理由を十分に説明することができないばかりか、強盗まで働いて金銭を取得しようとする犯行の動機（一体何のためにカネが必要と考えたのか）が**理解できない**。しかも、上記のような凶悪な犯行態様が、仕事ぶりが真面目かつ熱心でもある**被告人の平素の**——温和しくて気が弱く、それまで他人と喧嘩したり、問題を起こしたりしたことは殆どなく、熱帯魚を飼うのが唯一の趣味で、家族に対しても思いやりを持った——**人格から大きく乖離**したものである上、途中で態度を（被害者に抗議されて謝罪するという具合に）急変させる不自然な部分が認められるなど、本件犯行状況それ自体に、責任能力の欠如を窺わせる事情が認められる。加えて、責任能力に影響を及ぼす程度の飲酒も認められるところである。しかも、鑑定意見によれば、被告人は、犯行当時、病的酩酊によるもうろう状態・夢幻状態にあったというのである・・・責任能力・・・を完全に欠如していた可能性が高く、少なくともそのような合理的な疑いを否定できない」とされている（大阪地判平5・9・24）。

次に、「被告人は、1審判決が「争点に対する判断」の第2の7項で説示するように、「慢性期の統合失調症に罹患しており、精神障害の程度は重いものであった。そして、本件犯行が被告人の**本来の人格とは異質な行為**であることに照らしても、統合失調症の影響のもとに行われたものであることは明らかである」上、その動機は**了解不可能**なものであること、犯行態様は相当に奇妙なものであること、犯行前後の行動にも不可解なところがあることなどからすると、本件犯行当時、被告人が、事理弁識能力及び行動制御能力のいずれも失っていなかったと認めるにはいまだ合理的な疑いが残るといふべきである」とされた（福岡高判平23・10・18）。

もう1例、やはり「了解の可能・不可能性」や「本来の人格との同質・異質性」の観点から（この点に関する検察官の

具体的な主張を詳細に検討・否定しており、参考となる)、かなり重症のうつ病に罹っていた母親が、引きこもり等の挙げ句に自殺を図り殺してくれと頼む長男の将来を悲観して心中を決意し、次男・長女についても自己の死後に残されるのは不憫と考へて、14歳から9歳までの実子3人を殺害してしまったのを、心神喪失で無罪と詳説した判例がある(浦和地判平1・8・23。なお、木谷・刑事裁判のいのち68頁以下)。ちなみに、夫に任せきりにされた挙げ句の育児(等)ノイローゼ・うつ状態で、母親が無理心中で子供を殺してしまう、という類の悲劇は後を絶たないようである。

なお、上掲**最判平20・4・25**は、精神障害の有無・程度およびこれの影響の有無・程度に関しては、原則としては、精神医学者による鑑定は尊重を必要とする、旨判示するほか、**訂正が不可能・ごく困難な妄想に導かれた動機形成を「了解可能」と評価するのは相当ではない**、と指摘している(本指摘については、差戻後に、最高裁に指示された審理を遂げた上で、やはり心神耗弱とした東京高判平21・5・25〔6頁以下参照〕も、同旨だが、違法性の意識の存在、犯行の人格的異質性の弱さも総合考慮された。犯行に駆り立てた妄想は訂正不可能だったとしても、当該暴行は非難可能なのか)。

序でながら、責任能力に関する最近の文献として、刑法雑誌51巻2号112~169頁がある(特集「責任能力判断の現代的課題」)。これは、2011年5月28日の日本刑法学会第89回大会第1日の同名の分科会Iの記録であり、部分的に上掲2判例や了解可能性にも関わる4報告を収めるが、その1つとして、前掲中谷陽二教授の興味深い報告「責任能力判断と医療処遇」があり、「手厚いケアと早期の社会復帰が施される医療観察法医療と、刑期と受刑者としての身分に制約される矯正医療の間で、医療の質には、天地の差がある。責任能力判断が結果としてこのような処遇の格差につながる現状を十分認識する必要がある」し、動機了解可能性などを巡る最近の動きにおいては、「生物学的要素すなわち“いかに病んでいるか”という観点が閑却される傾向にある」等と論じている。特に、将来実務に就き、責任能力の問題に関わったときには、こうした文献にも良く目を通す必要がある。

98頁の、「**動機説**」あるいは**蓋然性説**に関し、松宮・総論180頁は、「故意の限界に関する動機説は、ときに、『犯罪結果の認識が動機となって結果実現の意思となったことを故意とする』見解だと説明されることがある。しかし、これは誤解を招く定義である。正確には、『行為を思いとどまる動機とすべき結果発生認識がありながら、その行為をしたとき』に、結果に対する故意があるとするのが動機説である(平野・185頁)。」と適切に指摘し(なお、内藤『総論(下)I』1089頁以下)、また、「故意の限界にとっては、行為者が結果発生の可能性をどの程度と考へていたかが重要である。それは、結局のところ、法が期待するような規範心理を行為者が備えていたと仮定したら(つまり、法の期待する『誠実な人』であったらなら)、そのような結果発生の可能性の認識が、行為を思いとどまる動機となるようなものであったか否かで決まる」と説く(なお、後記**42頁**、半田靖史「故意の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』第2版50頁)。

只木・白門2012年1月号23頁以下は、認容説の立場からの思索として参考になる。たとえば、「走行中の自動車運転手は、多かれ少なかれ『事故の発生の可能性』を認識しているが、この場合、結果発生の発生は極めて低く、従ってこれを認容しているといっても、それは漠然とした『怯え』や『不安』であって、現実的な認容とはいえない」旨指摘する。鈴木彰雄〔立石編〕『刑法事例30講』75頁末尾もまた、参考となろう。

105頁中頃の**制限故意説**(例、佐久間・総論261, 270, 272頁、同『刑法基本講義』201頁以下)がほぼ定着した**下級審判例**(佐伯仁志『理論刑法学の最前線』121頁参照)の例として、大阪高判平21・1・20(けん銃部品輸入で、警察の事前指導を受け十分程度加工等)もある(なお、東京地判平23・9・6)。

同じく**105頁**のその下の**最決昭62・7・16**(百円紙幣類似サービス券作成事件・・・)につき、説明を補足する趣旨で、カッコ内に「やや厳格だが、」とあるのは、「警察に相談し、その忠告を守った気だったが、見方によれば判断がやや甘かった。」と修正する。将来、弁護人としてこの問題に直面した場合には、丁寧な弁論が必要なことに要注意。

117頁の関係で、**因果関係の起点**としての「実行行為」には**実行の着手**も含まれることに注意を要する(なお、既遂犯の

実行行為は手放し行為に限られる，とする説は，林幹人『判例刑法』96頁〔クロロホルム事件では既遂故意が欠如〕。

128～129頁の「当の具体的な結果は，当の**実行行為の『危険の現実化・実現』**で（も）ある（と認められる）場合に，刑法上の因果関係が肯定される，旨の見方が極めて有力となっている」ことにつき，山中・総論272，276頁，井田『入門刑法学・総論』127頁以下（なお，同・法学教室2014年1月号54頁）のほか，島田聡一郎・法学教室2012年12月号10頁以下（「**具体的な基準の類型化**」整理案も），なお，佐久間・総論95頁以下（相当性判断と寄与度），も参照。

とりわけ，島田・同上12頁以下（また，佐伯『考え方・楽しみ方』77頁）指摘のように，「近時，危険の現実化という概念を明示的に用いて因果関係を肯定した最高裁判例が登場した」ことが，注目に値しよう。とくに，**最決平24・2・8**判時2157・133（セレクト27，29）は，先発事故の発生により窺い得た（Dハブという）自動車部品の強度不足を放置した自動車メーカー品質保証部門責任者らの注意義務違反により，車輪が脱落・激突して，歩行者母（29歳）・子が死・傷した事故につき，「本件・・・事故は，Dハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかつた被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえるから，両者の間に因果関係を認めることができる。」とも判示して，業務上過失致死傷罪の成立を認めており，**最決平22・10・26**（川端・総論230頁以下も参照）も，**管制官の言い間違い指示の危険性がニアミス（から派生した乗客多数負傷）に現実化した**，旨判示するなど，「**危険の現実化**」という観点から因果関係を判断しようとする裁判実務が定着しつつあると指摘される（只木，原口。なお，別に，深い思索として，只木・白門2011年2月号25頁以下，3月号95頁以下）。

130～131頁の注「危険現実化の2つの型」の後に，「**危険現実化説の整理**」と題し，以下の文章（注）を加入する。
「構成要件の結果の発生が**実行行為の危険性の現実化**（業績多大，山中）と認められるかについては，**実行行為（の危険性）の当の具体的な結果の発生への寄与度**（それが重要といえない程度にとどまるか）が問題だといえようが，これは，**介在事情の結果発生への寄与度**と対比されるべき関係にあり（なお，前田・木村〔※〕），①初めから前者も大きいといえる場合（典型例，後者は単に死期を僅かに早めたにとどまる場合）には，その結果は**実行行為の危険性の現実化**と認められ，容易に因果関係が肯定される（130頁本文末尾の**最決平16・2・17**につき，死につながり得る重傷を負わされた被害者も予測不可能なほど不養生だったとしても，この種の場合と把握し，支持，島田・ジュリ1310号171頁以下〔説得的〕。なお，大野ほか『刑法総論』102頁以下〔森本〕）。②そうでない場合は判断がやや微妙となるが，この場合，特に留意すべきこととして，直接的には介在事情の寄与であっても，その寄与的介在事情（例，被害者の動揺，治療行為の失敗）が**実行行為**によって誘発・招来され，しかも，その誘発・招来が単なる珍しい偶然ではない場合には，その介在事情の寄与も，間接的とはいえ，**実行行為（の危険性）の寄与分**に（相応に）算入されなければならない。結局，**実行行為（の危険性）の結果発生への直接的・間接的な寄与分の総計**が，条件関係の存在にも拘わらず，「**重みを持たない**」程度にとどまるか（換言すると，結果発生は，**実行行為と条件関係はあるものの**，「むしろ**単なる偶然の所産**に過ぎない」か），が問題といえよう。

（たとえば，不注意な自動車運転によって傷害を負わせられた被害者が入院中に，たまたま火災が発生し，焼死した場合とか，故意に傷害を負わせられた被害者が気絶して動けないでいたところ，たまたま第三者に目を付けられ撲殺された場合とかは，——その火災・殺人のみが決定的な死因である限り，——その死は過失運転・傷害行為の危険性の現実化とは認められず，過失運転**致傷罪・傷害罪**にとどまる。ただし，相当因果関係説とは異なり，その火災・殺人が，被告人の行為によって既に致命的な傷害を負っていた被害者の死期を幾分早めたにとどまる場合は勿論，火災・殺人と被告人の行為とが**結果に半々**〔あるいは，更には，2対1位の割合で。ただし，佐伯『楽しみ方』70頁〕**影響した場合**なども，「多かれ少なかれ有り勝ちな因果のプロセスの枠内」に収まらず相当因果関係は認め難いにしても，被告人の過失運転・傷害行為の危険の現実化として〔も〕被害者は死亡したもので，過失運転**致死罪・傷害致死罪**が成立する。）」

※ 【前田・5版2011年での改善・進歩】 危険現実化説の1分派として，山口説も重要であるが（山口59頁以下，特に64頁。これにつき，拙著130頁以下），前田説（前田・4版2006年185頁以下【なお，**新しく改善された，5版2011年196頁以下**】）も注目され

る。前田説の骨子は、「行為後に予想外の事情が介在して結果が発生した場合、単に『現に生じた因果経過がどれほど突飛だったのか』だけでは結果の帰責関係を判別し得ない」とし（それは、その通りで、今ではほぼ一般的な認識でもあろう）、「第三者や被害者の行為が介在して結果が発生した場合に、行為者の実行行為に結果を帰属せしめ得るか否かは、（イ）実行行為の有する危険性の大小【5版上掲頁では、むしろ、**実行行為の結果発生への寄与度**】、（ロ）介在事情の異常性の大小【5版では、**介在事情の異常性の大小**、**および、介在事情と実行行為との結びつきの大小**】、（ハ）介在事情の結果への寄与の大小（なお、これに関し、林幹人・総論138頁）【5版では、これは単に表現の手直しであろうが、**介在事情の結果への寄与度**】、の3点を総合して判断すべきである。」というものである。なお、大阪南港事件（最決平2・11・20〔百選I15事件〕）に関しては、（イ）「被告人の行為に存する結果発生確率は大きく、（ロ）港の資材置場に意識を失って放置された者にさらなる危害が加えられる可能性は少ないとはいえず【5版では、下線部を改め、その「可能性もないとはいえず】」、（ハ）介在事情の結果への寄与も絶対的なものではないので、因果関係を認めるのは妥当だ」とされるが（前田・4版188頁【なお、5版200頁以下】）、（ロ）の説明は、因果関係肯定の理由付けに焦って強弁した感を免れず（人気のない寂しい場所に、それも厳寒の深夜、意識を失って倒れている瀕死の人間を殺そうという凶悪な者が現れることは、米兵ひき逃げ事件（最決昭42・10・24〔百選I12事件〕）において低速度で走行中の車の屋根の上から事故被害者を引きずり下ろす同乗者より、更に一層稀有なことであろう）、その弟子筋の説明、具体的には、（イ）結果発生確率が非常に大きいし、「（ロ）本事案のような状態で、放置された者への殴打が稀であったとしても、（ハ）その介在事情の寄与度は非常に小さい」ので、因果関係は肯定できる、旨の説明（木村光江・〔曾根・日高編〕『基本判例5刑法総論』第2版20頁）の方が正確・説得的であろう【前田・総論5版では、上のように改善された】。

147～148頁に関し、「信頼の原則」は、自らに交通ルール違反があっても、それが予見可能性を生じさせるようなものでない限り、適用できることが、再確認された。即ち、名古屋高判平23・5・16は、指定最高速度を時速約30km超過し時速約70kmで走行していた被告人X運転の大型貨物自動車は、黄色信号表示で交差点に進入したところ、交差道路の赤信号表示に従わず交差点に進入してきた被害者Aの運転車両と衝突し、Aを死亡させたという自動車運転過失致死の事案につき、信号機による交通整理が行われている交差点においては、直進車両は、対面信号機の表示に従って運転すれば、他の道路からの侵入車両と衝突することはないはずであり、Xの走行態様は道交法に違反するものであるが、指定最高速度以下での走行と比べて、交差道路通行車両との衝突の危険を増大させるものではなく、信号機の表示に従わず交差点に進入する車両の存在に対する予見可能性の程度を大きく増加させるものでなく、Xとしては、特別な事情のない限り、交差道路通行車両が「対面信号機に従わずに交差点に進入することはないであろうことを信頼して交差点に接近すれば足り」、あえて対面信号機の赤色灯火に従わずに交差点に入る車両のあることまでも予想し、かかる車両との衝突を避けるべき注意義務はないものと解するのが相当であるとして、原判決を破棄しXに無罪を言い渡した（原口）。

152頁辺りの「管理過失」の典型的新事例の概要を紹介する（前橋地判平25・1・18業務上過失致死被告事件）。法人乙が運営し、被告人が乙理事長としてその運営・管理等の業務全般を統括していた入居型介護施設において、入居者の一室から出火して大きな火災が発生した際、被告人が同施設における防火管理上の注意義務を怠っていた過失により、入居者に対する適切な避難誘導が行われず、入居者5名を死亡させた事案において、被告人Aにとって、本件火災よりも前に、甲本館に警報機を設置すべきことを認識し、それを実施することは可能であり容易であったと認められ、被告人Aには、警報機を設置すべき注意義務があったと認めることができ、被告人Bについては、公訴事実の注意義務（作為義務）は認められないとし、被告人Aに禁固2年、執行猶予4年、被告人Bに無罪を言い渡した事例。理事長について防火管理上の注意義務を怠っていた過失を認めた上、起訴された9名の死亡のうち5名の死亡について、その過失との因果関係を認めて有罪判決を言い渡すとともに、理事については防火管理上必要な業務を遂行するための実質的な権限を有していたとは認められないとして無罪判決を言い渡した。

157～158、335頁の**外務省秘密漏えい事件**の関連では、下記のような新たな報道、澤地久枝『密約』（初版：1974、増補版：1978、岩波現代文庫：2006。事実関係面を含め、興味深く、考えさせる最高裁批判的な内容。なお、2011年3月7日朝

日夕刊に澤地インタビュー), 西山『機密を開示せよ ——裁かれる沖縄密約』(2010年9月) も注目される。

・密約暴いた西山元記者「やっと出たか…」 外交文書公開 asahi.com 2010年12月22日13時8分 1972年の沖縄返還で米国側が本来払うとされた費用の一部を日本が肩代わりする「密約」を裏付ける日本側の外交文書が、22日の外交文書公開で明らかになった(後略。翌日の報道も割愛)。

・・・2013年12月6日深夜、与党がドタバタ成立させた特定秘密保護法は、民主主義との整合性に疑問が残ったうえ、共謀・教唆・煽動の独立処罰も規定されており、珍しく反対世論が盛り上がったのには理由もあろう。

158～159頁でふれた丸正事件につき少し補足すると、この事件の有罪を確定させた上告審判決に関与した裁判官5人中(河村を除く)4人は、検察官手持証拠の(事前)全面開示を命じた命令を(単に根拠規定がないという)形式論で単純に取り消した最決昭34・12・26(木谷・刑事弁護71号108頁参照)に関与しているほか(ただ、垂水意見)、3人は、松川事件大法廷判決(各論361頁参照)で有罪説を採り破れた少数派に(垂水・高橋2人は形式的にも、石坂は、松川事件の方で有罪説寄りの言動を批判され回避したが、実質的に)属している(垂水は八海事件[各論320頁]でも少数・有罪派寄り)。また、この事件を担当した最高裁調査官は、上告趣意書は読まないと言っていた由であり(正木ひろし・鈴木忠五『告発』266頁以下参照)、八海事件第3次上告審判決(破棄自判、無罪)で実質否定された第2次上告審判決(実質有罪。裁判長は松川事件で破れた少数派代表格の下飯坂)を支持する解説を公にしている(判時300・6)。ちなみに、偉才・正木ひろし弁護士については、著作集全6巻のほか、前坂俊之教授のHPが詳しい(『公評』2013年11月号46頁以下も参照)。本レジュメ各論の付録の拙稿「戦後最大の刑事事件—八海事件—の教訓(1)」も、氏の活躍ぶりを示す。

164～165頁の余話「臓器摘出・移植問題」, 「脳死(説)・・・」および余話の続き「臓器移植法」の項目に関しては、平成21年法律83号による2009年7月の臓器移植法改正に注意してほしい(本レジュメ各論 IIIの冒頭の◆参照)。

168頁以下の積極的安楽死については、違法阻却の余地も認めない責任阻却説が「有力になりつつある」と記しているが、今では、「かなり多くなっている」と言うべきかも知れない。安楽死・尊厳死に関する文献として、甲斐克則編『終末期医療と医事法』(『医事法講座』第4巻, 2013), 特に、加藤摩耶「安楽死の意義と限界」(29頁以下)。

172頁でふれている川崎協同病院事件では、最高裁決定が出た(最決平21・12・7)。下記決定要旨から、最高裁は、生命維持の(死に際にまでは至らぬ段階での)「中止」が適法と認められるためには、①回復(特に救命)可能性がなく、②余命も短く、かつ、③被害者の(少なくとも、推定的な)意思に基づく、ことが必要と考えているかと窺われ、穏当な基本線を示したとみられよう(171頁以下参照。なお、米田泰邦『医療者の刑事処罰』[2012]182頁)。

決定要旨 : 医師である被告人が、気管支ぜん息の重積発作により入院しこん睡状態にあった被害者から、気道確保のため挿入されていた気管内チューブを抜管する行為は、(脳波等の検査は実施されておらず、また発症から未だ2週間の時点でもあるため)被害者の回復可能性や余命についての確かな判断を下せる状況になく、また、回復をあきらめた家族からの気管内チューブ抜管の要請も(上記状況からみて)被害者の病状等について適切な情報を伝えられた上でされたものではなく、その抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない事情の下では、法律上許容される治療中止には当たらない。

173頁以下の正当防衛に関する至極有益な文献として、只木誠・白門2011年10月号35頁以下、11月号23頁以下がある。正当防衛における違法阻却の根拠につき、反撃による法益保全と法秩序維持への貢献(「法確証の原理」として重視するのは、曲田・[立石編]『刑事事例30講』26頁)にやはり着目する等、大筋、拙著と同趣旨の見方(更に、啓発的な指摘)が多い。もっとも、「反撃行為に及ぶ以前から『相手を徹底的にやっつけてやろう』という意思があれば急迫性が欠け、意

外な侵害に遭遇した時点で『相手を徹底的にやっつけてやろう』という意思で行えば、防衛の意思が欠けると理解して」おられる点は、見方が幾分異なる（基準時点を区別する点〔安廣・最判解昭 60 年度 142～143 頁〕では、ご理解に異存はない）。この点、愚見をより明確にするために、少し補説すると、

〔A〕問題なく、防衛の意思が欠けるといえるのは、急迫不正侵害の認識を欠いている場合や、その認識自体はあっても、認識している侵害者以外を攻撃対象とする（ただし、普通には考え難い）ような場合であろう（187 頁最下段）。もっとも、その他に、急迫不正侵害に反撃する認識自体はあるものの、その侵害を（格別）脅威と感ずることなく、単に、侵害者に対する（過去の恨みなどがあって）反感・敵意から攻撃するような場合には、「防衛の意思は併存しておらず」「専ら攻撃の意思で」反撃するもので、防衛の意思が欠ける、とするのが（本レジュメ 16 頁でもふれるが）判例の立場である（たとえば、184～185 頁・185～186 頁に引用の最判昭 50・11・28、最判昭 60・9・12 参照。この点、少なくとも、ルーズに「専ら」攻撃の意思と認定すると（例、上記両最判の各原判決、184 頁下方、339 頁⑩の最決昭 33・2・24）、前にも被害・攻撃に遭っていた者に不当に酷となるので、特に要注意）。では、「専ら攻撃の意思で」あった訳ではないが、「相手を徹底的にやっつけてやろう」という意思で反撃した場合にも、防衛の意思が欠けるのだろうか。小生は、欠けるものではなく、ただ単に、実際にも過剰な反撃に及んだ場合に、「過剰」防衛になるに過ぎない、と解したい（187 頁）。

〔B〕判例上、侵害が間近に押し迫っても、急迫性が否定されるのは、小生の理解では、**好争的な態度**で侵害に臨んだ場合であり（178 頁）、「侵害の予期」や「積極的加害の意思」は、——出掛けて行く、2 人だけになる、挑発するなど客観的に「侵害に臨んだ」事実と共に——「**好争的行動**で予定したような侵害を招来した」ことを示すものである（なお、更に進んで、急迫不正侵害を予期せず、先制攻撃・一方的攻撃の意思で臨んだが、結果的には急迫不正侵害に直面した場合は、なおのこと急迫性は否定されるべきであろう）。**これに対し**、「侵害を（全く、又は充分には）予期せず」、あるいは、一応予期はしても、「積極的加害の意思」（ないしは、「相手を徹底的にやっつけてやろう」という意思）ではなく、「できる限り闘争を回避する意思」「やむを得ない場合・範囲でのみ防衛行為を行う意思」で行動したに過ぎない場合には、「好争的な態度で侵害に臨んだ」ことにならず、従って当然、急迫性が（法益侵害切迫にもかかわらず）否定されることはない（例、大判大 14・6・27。『裁判例コンメンタール刑法』1 巻 241 頁〔井田〕、『注釈刑法』1 巻 429 頁〔橋爪〕、『大コンメンタール刑法』2 巻 336、339～340 頁〔堀籠＝中山〕、『判例刑法研究』2 巻 75～76 頁〔斎藤 参照〕）。

177 頁以下（また、上の段落〔B〕）でふれている**急迫性否定**に関する判例（追加例、東京高判平 21・10・8〔34 歳にもなって、実母に経済的援助の再開を強要すべく、実母の再婚相手から暴行を受ける可能性も高いと予想しつつ、ナイフで打ち負かすつもりで押し掛けた〕）の**特徴的な限定的理解**とその**合理性**に関し、安廣文夫「正当防衛・過剰防衛」法学教室 387 号（2012）14 頁以下、特に 16 頁以下（防衛意思、自招侵害、相当性、量的過剰、共同正犯関係にも論及）、また、安廣解説も引用する精緻な論考は、塩見「侵害に先行する事情と正当防衛」同 382 号（2012）77 頁以下。

179～180 頁、188 頁（第 3 段落の下 4 行）に関連して、下記**最決平 20・5・20**（重判解 174 頁）も注意に値する（たとえば、橋爪・重判解 174 頁、井田・総論 288 頁、林『判例』44 頁以下、佐伯『楽しみ方』156 頁以下）。この新判例は、**挑発的加害行為**に出た者は、社会生活上ほぼ自然視されるような相手方の報復的侵害に対しては、単なる防御はともかく、少なくとも積極的な反撃は（侵害の急迫性が認められるとしても、**相当性**を欠くため）できない、との趣旨と解され、妥当といえよう。

： 1 原判決及びその是認する第 1 審判決の認定によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

- (1) 本件の被害者である A（当時 5 1 歳）は、・・・自転車にまたがったまま、歩道上に設置されたごみ集積所にごみを捨てていたところ、帰宅途中に徒歩で通り掛かった被告人（当時 4 1 歳）が・・・声を掛け・・・言い争いとなった。
- (2) 被告人は、いきなり A の左ほおを手で 1 回殴打し、直後に走って立ち去った。
- (3) A は、「待て。」などと言いながら、自転車で被告人を追い掛け、上記殴打現場から・・・約 6 0 m 進んだ歩道上で

被告人に追い付き、自転車に乗ったまま、水平に伸ばした右腕で、後方から被告人の背中の上部又は首付近を強く殴打した。

(4) 被告人は、上記Aの攻撃によって前方に倒れたが、起き上がり、護身用に携帯していた特殊警棒を衣服から取り出し、Aに対し、その顔面や防御しようとした左手を数回殴打する暴行を加え、よって、同人に加療約3週間を要する顔面挫創、左手小指中節骨骨折の傷害を負わせた。

2 本件の公訴事実は、被告人の前記1(4)の行為を傷害罪に問うものであるが、所論は、Aの前記1(3)の攻撃に侵害の急迫性がないとした原判断は誤りであり、被告人の本件傷害行為については正当防衛が成立する旨主張する。

しかしながら、前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきで・・・、正当防衛の成立を否定した判断は、結論において正当である。

※(齋藤注) 被害者は殴られたから追いかけて殴り返し転倒させ、既に溜飲を下げたかとも思われるが(被害者は、「1回やられて1回やり返したから、もうそれで終わりだと思ったら、被告人が立ち上がってきて・・・特殊警棒を取り出し・・・殴られた」と主張。また、二審判決は、「被告人は、・・・自転車を起こそうとしていた被害者に向かって行き・・・特殊警棒を衣服から取り出し・・・数回殴打」と認定。詳しくは、安廣・法学教室2012年12月号17頁以下)、以下、一応、被害者が更に攻撃を続ける気だったことを前提として、検討する。

本事例のような場合に、反撃に出ること自体が許されないとしたら、侵害の「急迫」性を欠くとも考えられよう。周知のように、判例は、法益の侵害が間近に押し迫ったとしても、侵害を予期し、積極的に加害する意思で、侵害に臨んだ場合には、侵害の急迫性は認められないとしている。ただ、本件の場合、「侵害を予期し、積極的に加害する意思で」(挑発的に暴行を加え)侵害に臨んだのかは、疑わしい。しかし、主観的にはともかく、客観的に見れば、直後における相手方の反発とその程度の侵害を当然予期していたとみてもおかしくなく、実際の過激な反撃に照らし積極的に加害意思もあったとみて何ら不自然ではないかたちで、相手方に対し不正かつ故意的な先制攻撃をかけ、侵害に臨むことになった場合には、急迫性を否定して差し支えないようにも思われる。なぜなら、こうした場合にも、客観的に、反撃による法益保全のメリットを認めることは困難であるし、法秩序の維持に役立つどころか、むしろ法秩序を乱すものであって、反撃により侵害者の法益が損なわれるマイナスを埋め合わせることは不可能で、反撃行為は初めから違法と決まっていると考えられると共に、むしろ自分で呼び寄せた侵害として、社会通念上「急迫な」侵害と言い得るか疑問とも思われるからである。

ただ、急迫性が否定までされない場合であっても、自己の不正な侵害によって相手方の侵害を誘発した場合には、反撃を「やむを得ずにした」行為とみうる範囲は限られてくること(大阪高判平12・6・22判タ1067・276参照)、勿論といえよう。そして、これまでの判例は、急迫性を失わせる(侵害に臨むに当たっての)「侵害の予期」や「積極的に加害意思」として現実の認識・意思を予定していたと思われる。そうすると、本件の場合にも、相手方の(なお続く想定された)侵害は不正かつ故意的なものではあるが、その侵害を被告人は自らの不正かつ故意的な先制侵害により招いていること、しかも、その相手方の侵害は自己の侵害を大きく超えるものではない(ものにとどまりそうな)ことからすれば、被告人には侵害甘受か非(積極)反撃的防御(つまり専守的防御)が求められ、その反撃は「やむを得ずにした」行為とみることができない、という捉え方がむしろ判例の流れに沿うように思われる。

183頁下(6)から詳しく説明している「防衛の意思」については、学問上は「偶然防衛」が重視されるが(曲田・[立石編]『刑法事例30講』21頁以下参照)、実務的には、「攻撃の意思」との関係が重要である。判例は、防衛意思必要説であり、「攻撃の意思」との併存は差支えないが、「専ら攻撃の意思」と評価される場合には、正当防衛も過剰防衛も認めら

れない、という立場を採用している事が、特に大切である（急迫性との関係を含め、安廣・法学教室387号16頁以下）。

186 頁の注の末段（3行）に関しては、次のように述べるのが一層適切かと思われる。「判例が防衛意思なし（専ら攻撃の意思だ）という場合、急迫不正の侵害を認識はしていても、それに格別脅威を感じず、従って『侵害を避けるため』でなく『加害のみを動機とし、特にそれまでの（多かれ少なかれ過去のことについての）憤まんを爆発させ攻撃の意図で』という心理状態が（実際には、その客観化された著しい過剰行為が）、問題視されているように思われる（なお、安廣）。」

187 頁で、第1段落の末尾（下から6行目）に、「なお、『積極的加害の意思』が『専ら攻撃の意思』（186 頁）の意味で語られる場合も（一部の答案などに）見られるが、極めて紛らわしく、理解されにくいから、その場合は（自分で書くときには）きちんと『専ら攻撃の意思』と書く方がずっと良い。」を加入する。

187～188 頁の「過失行為による正当防衛」として理解できそうな事件が現れた。下記の大阪地判平 24・3・16 参照。

【事案の概要】 自動車を運転していた被告人が、自転車運転席側ドアノブをつかむなどしながら自転車右側方を併走しているAに対し、加速しつつ走行させる暴行を加えてAを路上に転倒させた上、Aの身体を自転車右後輪で轢過してAに傷害を負わせ、死亡させたなどとして、傷害致死(予備的訴因、自動車運転過失致死)、道路交通法違反で起訴された事案において、本件ではAの行動そのものが大きな原因となっているといえるから、客観的な危険性の高さや過失の内容を理由に、被告人の行為がやむを得ず身を守るためにしたものとして相当だと考えられる範囲を超えていたということとはできず、自動車運転過失致死罪には正当防衛が成立するとして無罪を言い渡し、また、被告人が、人を轢過したかもしれないと認識していたと認めるには合理的な疑問が残り、道路交通法上の救護義務違反の罪は成立しないとした事例(裁判員裁判)。

【判示事項】 **【裁判所ウェブサイト】**

1. 被告人が自動車を発進、進行させたことにより、被告人車両のドアノブ付近をつかみながら併走していた被害者を轢過して死亡させたことについて、被告人は、被告人車両と併走する被害者を現実認識していたとは認められないし、被告人車両の走行によって被害者に傷害を負わせるような近い位置に被害者がいるかもしれないと思っていたことも認められないとして、暴行の故意を否定し、傷害致死罪の成立を否定した事案
2. 上記の経緯で被害者を自動車で轢過して死亡させ、自動車運転過失致死罪に問われた被告人の行為について、被告人の過失を認めた上で、正当防衛の成立を認めた事案(裁判員裁判実施事件)

《判決文の一部》

第6 正当防衛が成立するかについて

1 当事者の主張

検察官は、〔1〕被告人は、Aが近い位置にいるとは思っていなかったから、Aに対して何らかの行為に出ることが正当化される緊急状態ではなく、〔2〕被告人がAに対して行った行為は、やむを得ず身を守るためにしたものとして相当な範囲を超えているとして、正当防衛も過剰防衛も成立しないと主張する。それに対し、弁護人は、〔1〕被告人は危険が差し迫っていると認識していたから、緊急状態であったといえるし、〔2〕被告人がAに対して行った行為の程度も、上記相当な範囲を超えていたとはいえないとして、正当防衛が成立すると主張する。

2 当裁判所の判断

(1) 認定事実

関係各証拠や前記第3ないし第5の検討によれば、以下の事実が認められる。

ア 被告人は、被告人車両を運転して〔1〕駐車場を出発して左折し、そのまま直進していたところ、同車両の前をAの関係者であるFが歩行し

ていたので、クラクションを鳴らし、〔2〕地点において、道路の脇に移動して立ち止まったFやAらを追い抜いた。その後、Aは、被告人車両を追いかけ、被告人車両が〔3〕地点で停止した頃、被告人車両に追いついた。

Aは、低速で走行する被告人車両とともに移動しながら、大声で「殺すぞ。」「降りてこい。」「出てこい。」などと怒鳴りながら、被告人車両運転席側窓ガラスを何度も拳で殴ったり、運転席ドアノブを引っ張ったり、運転席側のドアを蹴ったり、被告人車両の運転席側で路上にあった自転車を胸の辺りまでかつぎ、ドア付近に下ろす感じで当てようとするなどしており、被告人も、これらの事実をおおよそ認識していた。その後、Gも被告人車両に追いつき、同様に怒鳴ったり、被告人車両を損壊しようとしていたりしており、この頃、被告人車両のリアワイパーは引きちぎられた。Aは、〔4〕交差点で被告人車両から一旦離れたにもかかわらず、被告人車両が〔4〕交差点を左折した直後には被告人車両運転席側ドアノブ付近をつかんでその直近にあり、それまでと同様、運転席側のドアを殴ったり、大声で怒鳴ったりしており、被告人も、これらの事実をおおよそ認識していた。

イ 被告人車両は、〔4〕交差点左折後に短時間加速したが、その後、〔6〕交差点進行方向の信号機が赤色表示となっており、また、被告人車両前方にはタクシーが走行していたことから減速し、〔5〕地点付近でほぼ停止状態となった。この頃、被告人は、Aが被告人車両を追いかけしており、このままでは再度被告人車両に追いつくかもしれないと切迫した心理状態になっており、追いかけるAから遠ざかるために被告人車両を走行させる進路を確保しようとして、クラクションを鳴らし続けていた。

この頃、〔6〕交差点進行方向の信号機が青色表示となり、被告人車両の2台前を走行する黄色タクシーが左折し、その直後を走行する黒色タクシーが被告人車両に進路を譲るために〔6〕交差点内で右側に寄って停止したことなどから、被告人車両の前方の空間があった。被告人車両は、〔5〕地点付近でのほぼ停止した状態から発進、進行して加速し、時速約18kmで〔6〕交差点に進入し、黒色タクシーをかわすなどするため多少左右に転把しながら時速約37kmまで加速して走行した。Aは、少なくとも〔6〕交差点南側停止線手前付近では、被告人車両運転席ドアノブ付近をつかんで併走していたが、その後、〔6〕交差点内において、被告人車両の右後輪が通過している辺りの路上に落下し、その際に、右前胸部、右側頭部及び右顔面部分を被告人車両の右後輪に轢過された。

(2) 被告人に、生命や身体などに対する差し迫った危険があることを認識し、それを避けようとする心理状態、すなわち、刑法上の防衛の意思がなかったといえるかについて

前記のとおり、Aらは、被告人車両が〔3〕地点から〔4〕交差点左折直後まで進行する間、執ように、被告人らに対して「殺すぞ。」「降りてこい。」などと怒鳴ったり、被告人車両の運転席側窓ガラスを殴る、運転席側ドアノブをガチャガチャするなどして、窓ガラスやドアノブ等を損壊して被告人らを引きずり出そうとしていたりしていた。したがって、被告人車両が〔4〕交差点を左折した直後までの時点においては、被告人らへの生命や身体に対する危険が現に存在し、被告人がAに対して何らかの行為に出ることが正当化される緊急状態であったといえる。そして、被告人車両が〔4〕交差点を左折した後に加速し、その結果、Aが一旦被告人車両から離れたとしても、その加速時間は短時間で、その後、被告人車両は減速し、〔5〕地点付近でほぼ停止状態となっており、遅くとも〔6〕交差点南側停止線手前付近では、現に、Aは、被告人車両に追いついていて、被告人車両運転席側ドアノブ付近をつかんで併走していた。また、Aは、〔3〕地点から〔4〕交差点に至るまで執ように攻撃等を継続しており、〔4〕交差点で被告人車両が左折した際に被告人車両から一旦離れた際にも、すぐに被告人車両に追いついて攻撃等を継続していた。したがって、〔5〕地点付近においても、Aが被告人車両を追いかけ、追いつけば以前と同じような行動を再開することは十分に考えられる。そうすると、客観的にみると、〔5〕地点付近においても、被告人らの生命や身体に対する危険が差し迫り、被告人がAに対して何らかの行為に出ることが正当化される緊急状態は終了したとはいえ、なお継続していたといえる。

そして、被告人も、〔3〕地点から〔4〕交差点左折直後までのAの上記の行動をおおよそ認識していたし、前記第4の3のとおり、〔5〕地点付近で被告人は、Aがいる具体的な位置については分からなかったものの、Aが近い位置にいるかもしれない、Aは被告人車両を追いかけ、このままでは再度被告人車両に追いつくかもしれないと考えていたのである。その上で、被告人は、追いかけるAから遠ざかるために、被告人車両を走行させる進路を確保しようとしてクラクションを鳴らし続け、〔5〕地点付近から被告人車両を発進、進行させたのである。

そうすると、被告人には、生命や身体などに対する差し迫った危険があることを認識し、それを避けようとする心理状態、すなわち、刑法上の防衛の意思があったと認められる。

(3) 被告人の行為が、やむを得ず身を守るためにしたものとして相当だと考えられる範囲を超えていたかについて

ア まずAらの被告人らに対する行為を検討する。

Aらは、証拠上、クラクションを鳴らされたこと以外に原因が認められないにもかかわらず、被告人車両が〔3〕地点から〔4〕交差点左折直後まで進行する間、被告人らに対して「殺すぞ。」「降りてこい。」などと怒鳴り、被告人車両の運転席側窓ガラスを殴る、運転席側ドアノブをガチャガチャするなどして、窓ガラスやドアノブ等を損壊して被告人らを被告人車両から引きずり下ろそうとしており、これらの行為は相当執ように続いた。確かに、客観的に見ると、被告人らは自動車内におり、引きずり出される可能性は必ずしも高かったとはいえないものの、Aらの行為は、車内にいた被告人らが生命や身体に相当に恐怖を感じる危険なものであった。また、Aは、遅くとも〔6〕交差点南側停止線手前付近では、被告人車両に追いついており、被告人車両運転席側ドアノブ付近をつかんで併走しているし、被告人も、〔5〕地点付近においても、Aが被告人車両を追いかけ、このままでは再度被告人車両に追いつくかもしれないと考えていた。

イ これに対する被告人の行為やその認識を検討する。

(ア) 前記第4のとおり、被告人は、〔5〕地点付近を発進し〔6〕交差点に進入する際、被告人車両の直近を併走しているAを認識していたとはいえないし、また、被告人車両の走行によってAに傷害を負わせるような位置にAがいるかもしれないと考えていたとも認められない。このような被告人の認識を前提にすると、被告人が〔5〕地点付近から被告人車両を加速させ〔6〕交差点に進入した行為は、追い付けてきているがまだ追いついていないAから、さらに被告人車両を遠ざけようとする行為であって、Aの身体に具体的な危険が生じるような行為とはいえない。また、被告人は、Aが被告人車両を追いかけ、このままでは再度被告人車両に追いつき、攻撃してくるかもしれないという切迫感を感じていたのであるから、さらに加速して〔6〕交差点に進入し、時速約37kmで通過したことも、追い付けてきたAから逃げようとしている者が取る行動として十分にあり得る行動である。このように被告人の認識を前提にして考えると、被告人の行為は、やむを得ず身を守るためにしたものとして相当な範囲を超えていたということとはできない。

(イ) ところで、被告人が〔5〕地点付近から被告人車両を加速させ〔6〕交差点に進入した行為は、Aがドアノブ付近をつかむなどして直近を併走している状況下で、被告人車両を短時間のうちに時速約18km、時速約37kmへと加速させ、左右に多少転把したものであって、そのような速度で進行する自動車の威力を考えると、客観的には身体や生命に対する危険性が高い行為である。そして前記第5で検討したとおり、被告人には、被告人車両運転席ドアノブ付近をつかむなどしながら併走しているAに気付かずに被告人車両を走行させた点に過失が認められる。そこで、本件において、客観的な危険性の高さと過失の点を考慮して、被告人の行為を、やむを得ず身を守るためにした行為として相当なものではないといえることができるかについて検討する。

本件におけるAらの被告人車両に対する攻撃は、前記認定のとおりであって、やはり尋常ではなかったといわざるを得ない。そして、それに対する被告人の行為は、〔3〕地点から〔6〕交差点までの間一貫してAから遠ざかるために被告人車両を走行させたというだけで、Aらに直接的に向けた攻撃は一切加えていない。にもかかわらず、Aは、被告人車両に攻撃を加え続け、〔4〕交差点左折後に引き離された後も追いかけ追いつき、走行する被告人車両のドアノブ付近から手を離さず併走したのであって、自ら危険な状況に飛び込んだ、あるいはそのような危険な状況を自ら作出したといえる。

これらの事情を考えると、本件ではAの行動そのものが大きな原因となっているといえるから、客観的な危険性の高さや過失の内容を理由に、被告人の行為がやむを得ず身を守るためにしたものとして相当だと考えられる範囲を超えていたということとはできない。

ウ 以上によれば、被告人の行為が、やむを得ず身を守るためにしたものとして相当だと考えられる範囲を超えていたと認めることはできない。

(4) よって、自動車運転過失致死罪には正当防衛が成立するため、無罪であると判断した

188頁の過剰防衛の関係で(過剰防衛の認められる範囲、逆に言えば、もはや過剰防衛とは認められない場合、に関し)、以下のような重要な最高裁の新判例が出ていることに注意しなければならない(安廣・法学教室387号20頁以下参照。知っていないと、すごく拙いことになりかねない)。

(1) 最高裁平20・6・25決定(重判解176頁) :

主文(省略) 理由(中略) なお、所論にかんがみ、職権で判断する。

1 原判決の認定及び記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) 被告人(当時64歳)は、本件当日、第1審判示「Aプラザ」の屋外喫煙所の外階段下で喫煙し、屋内に戻ろうとしたところ、甲(当時76歳)が、その知人である乙及び丙と一緒におり、甲は、「ちょっと待て。話がある。」と被告人

に呼び掛けた。被告人は、以前にも甲から因縁を付けられて暴行を加えられたことがあり、今回も因縁を付けられて殴られるのではないかと考えたものの、同人の呼び掛けに応じて、共に上記屋外喫煙所の外階段西側へ移動した。

(2) 被告人は、同所において、甲からいきなり殴り掛かれ、これをかわしたものの、腰付近を持たれて付近のフェンスまで押し込まれた。甲は、更に被告人を自己の体とフェンスとの間に挟むようにして両手でフェンスをつかみ、被告人をフェンスに押し付けながら、ひざや足で数回けたため、被告人も甲の体を抱えながら足を絡めたり、けり返したりした。そのころ、二人がもみ合っている現場に乙及び丙が近付くなどしたため、被告人は、1対3の関係にならないように、乙らに対し「おれはやくざだ。」などと述べて威嚇した。そして、被告人をフェンスに押さえ付けていた甲を離すようにしながら、その顔面を1回殴打した。

(3) すると、甲は、その場にあったアルミ製灰皿（直径19cm、高さ60cmの円柱形をしたもの）を持ち上げ、被告人に向けて投げ付けた。被告人は、投げ付けられた同灰皿を避けながら、同灰皿を投げ付けた反動で体勢を崩した甲の顔面を右手で殴打すると、甲は、頭部から落ちるように転倒して、後頭部をタイルの敷き詰められた地面に打ち付け、仰向けに倒れたまま意識を失ったように動かなくなった（以下、ここまでの被告人の甲に対する暴行を「第1暴行」という。）。

(4) 被告人は、憤激の余り、意識を失ったように動かなくなって仰向けに倒れている甲に対し、その状況を十分に認識しながら、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」などと言い、その腹部等を足げにしたり、足で踏み付けたりし、さらに、腹部にひざをぶつける（右ひざを曲げて、ひざ頭を落とすという態様であった。）などの暴行を加えた（以下、この段階の被告人の甲に対する暴行を「第2暴行」という。）が、甲は、第2暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負った。

(5) 甲は、Aプラザから付近の病院へ救急車で搬送されたものの、6時間余り後に、頭部打撲による頭蓋骨骨折に伴うクモ膜下出血によって死亡したが、この死因となる傷害は第1暴行によって生じたものであった。

2 第1審判決は、被告人は、自己の身体を防衛するため、防衛の意思をもって、防衛の程度を超え、甲に対し第1暴行と第2暴行を加え、同人に頭蓋骨骨折、腸間膜挫滅等の傷害を負わせ、搬送先の病院で同傷害に基づく外傷性クモ膜下出血により同人を死亡させたものであり、過剰防衛による傷害致死罪が成立するとし、被告人に対し懲役3年6月の刑を言い渡した。

これに対し、被告人が控訴を申し立てたところ、原判決は、被告人の第1暴行については正当防衛が成立するが、第2暴行については、甲の侵害は明らかに終了している上、防衛の意思も認められず、正当防衛ないし過剰防衛が成立する余地はないから、被告人は第2暴行によって生じた傷害の限度で責任を負うべきであるとして、第1審判決を事実誤認及び法令適用の誤りにより破棄し、被告人は、被告人の正当防衛行為により転倒して後頭部を地面に打ち付け、動かなくなった甲に対し、その腹部等を足げにしたり、足で踏み付けたりし、さらに、腹部にひざをぶつけるなどの暴行を加えて、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負わせたものであり、傷害罪が成立するとし、被告人に対し懲役2年6月の刑を言い渡した。

3 所論は、第1暴行と第2暴行は、分断せず一体のものとして評価すべきであって、前者について正当防衛が成立する以上、全体につき正当防衛を認めて無罪とすべきであるなどと主張する。

【この続きは、読者に、先ずは上記「所論」の主張の当否等につき、ご自身で一応検討してみて貰い、その後に読み進んで貰うのが良さそうなので、当面、中略。この続きは、数行後に、対照番号①のところで引用・紹介する。】

よって、刑訴法414条、386条1項3号、181条1項ただし書、刑法21条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

(裁判長裁判官泉徳治，裁判官横尾和子，裁判官甲斐中辰夫〔本学OB〕，裁判官才口千晴〔本学OB〕，裁判官涌井紀夫)

対照番号①： しかしながら、前記1の事実関係の下では、第1暴行により転倒した甲が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったものであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的に

は連続しているものの、甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある甲に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである。以上と同旨の原判断は正当である。

※(斎藤注) 従来、判例・通説は、急迫不正の侵害者が反撃を受け、侵害態勢が崩れ去ったのに、引き続き追撃的行為に出て相手方を殺傷したような場合には、(少なくとも、ある範囲では)全体として過剰防衛になる、としている(最判昭34・2・5集13・1・1, 山中・総論493頁以下など)。これは、基本的に当然のことといえよう。なぜなら、もし、一連の反撃行為を前後に分断して、前半は正当防衛で、後半は(それだけを取って見れば、既に侵害の急迫性、防衛の意思が欠けるから)過剰防衛ですらない、と把握すれば、とくに過剰防衛の規定を設け、急迫不正の侵害に直面して(あるいは、更に、侵害によって傷つけられる等して)、恐怖心に駆られ、怒りに興奮し、動揺するなどして行き過ぎた反撃をしてしまうこと、又、それが(そうした精神的不安定の所産であるが故に)余り強い非難に値しないこと、も大いにありがちのため、刑の任意的減免を認めた立法者の折角の配慮が、(この種の「量的過剰」——本当は、一般に通用しているこの語より、むしろ「時間的過剰」[対比される「質的過剰」は、むしろ「強度的過剰」の方が表現としては適切(佐久間・総論210頁参照)——の場合には)無視されてしまうからである。

ただし、相手方の侵害態勢が崩壊して、普通なら防衛者に多少は余裕が生まれ、恐怖・興奮等の精神的不安定が薄れる等の時点に至っても、なおまだ追撃(とくに、過激な追撃)を続けるような場合には、そうした立法者の寛容と配慮の対象外と解すべきで、この場合にはその追撃行為は過剰防衛とも認められなくなる。もっとも、そのような場合にも一応過剰防衛とは認めつつ、任意的である刑減免を拒む、という選択肢も考えられなくはないが、「最早大目には見られない」という態度表明として、過剰防衛すら否定する意義を認めうる。

上記の最高裁判例の事案では、被告人は、侵害者が意識を失ったかのように動かなくなってから、執拗かつ激烈な攻撃を加えたのであるから、(弁護人主張のように)全体として正当防衛だとすることは、到底できない。では、傷害致死罪が成立し全体として過剰防衛だ(一審)とすべきか、それとも、前半の第一行為は(傷害致死罪の構成要件に該当するが)正当防衛で、後半の第二行為は(傷害罪で)過剰防衛ですらない(二審・上告審)とすべきか?

本件の場合にも、全体として過剰防衛だとみて刑の減免の余地を認める方が、立法者の配慮に沿うようにも見える。しかし、本件の場合(後半だけみると、急迫性も防衛意思もない[それは、しかし、いわゆる量的過剰においては、一般的なことに過ぎない])というだけではなく、前半は正当防衛だとすれば、相当に刑の重い傷害致死罪は成立せず、後半は過剰防衛にもならないとしても傷害罪にとどまる(実際、二審の言い渡した刑の方が1年も軽い)。しかも、追撃が続いたとしても、傷害致死は先に完結している。また、行為としては、第二行為こそ正に、すっかり勝ち誇った上で冷酷・執拗に(肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負わせたというほど)痛め付ける(もはや非難可能性の減少は認め得ない)攻撃であり、正当視できる第一行為とは全く異質と見られる。このような場合には、二審・上告審のように、前半と後半に分けて論ずることは不合理でない。

本件で、前半の傷害致死は正当防衛、後半の傷害は過剰防衛ですらない犯罪行為だとされたのは、以上のように理解されるべきものと思われる。なお、前半に関して多少補足すれば、いかに後に酷い行き過ぎを伴い過剰防衛ですらない傷害罪として厳しく問責すべきだとしても、そのように前後は別個の事象だと把握して、後半につき過剰防衛も否定しながら、しかも又、それ自体としては傷害致死として完結しており且つ正当防衛視できる前半につき、遡って正当防衛を否定して傷害致死罪という(より重い)別罪の成立までを認めることが果たして可能・適切か、が問題となろう。消極に解すべきだとすれば、切り離された前半についてはやはり正当防衛を認めるべきことになる。

※ 関連判例として、大阪地判平20・9・19〔先行する（殺意ある、家具の脚を用いての）殴打行為について誤想防衛を認め、後続する（この際とどめを刺しておこうと改めて殺害を決意し、台所から包丁を取って戻っての）突き刺し行為につき、別個の行為として、殺人未遂罪とした事例〕があり、その精緻な解説として、原口・速報判例解説5巻159頁がある。

（2）最高裁平21・2・24決定（重判解177頁）：

主文（省略） 理由（中略）なお、所論にかんがみ、職権で判断する。

1 本件は、覚せい剤取締法違反の罪で起訴され、拘置所に勾留されていた被告人が、同拘置所内の居室において、同室の男性（以下「被害者」という。）に対し、折り畳み机を投げ付け、その顔面を手けんで数回殴打するなどの暴行を加えて同人に加療約3週間を要する左中指腱断裂及び左中指挫創の傷害（以下「本件傷害」という。）を負わせたとして、傷害罪で起訴された事案である。

2 原判決は、上記折り畳み机による暴行については、被害者の方から被告人に向けて同机を押し倒してきたため、被告人はその反撃として同机を押し返したもの（以下「第1暴行」という。）であり、これには被害者からの急迫不正の侵害に対する防衛手段としての相当性が認められるが、同机に当たって押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を手けんで数回殴打したこと（以下「第2暴行」という。）は、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものであるとした。そして、原判決は、第1暴行と第2暴行は、被害者による急迫不正の侵害に対し、時間的・場所的に接着してなされた一連一体の行為であるから、両暴行を分断して評価すべきではなく、全体として1個の過剰防衛行為として評価すべきであるとし、罪となるべき事実として、「被告人は、被害者が折り畳み机を被告人に向けて押し倒してきたのに対し、自己の身体を防衛するため、防衛の程度を超え、同机を被害者に向けて押し返した上、これにより転倒した同人の顔面を手けんで数回殴打する暴行を加えて、同人に本件傷害を負わせた」旨認定し、過剰防衛による傷害罪の成立を認めた。その上で、原判決は、本件傷害と直接の因果関係を有するのは第1暴行のみであるところ、同暴行を単独で評価すれば、防衛手段として相当といえることを酌むべき事情の一つとして認定し、被告人を懲役4月に処した。

3 所論は、本件傷害は、違法性のない第1暴行によって生じたものであるから、第2暴行が防衛手段としての相当性の範囲を逸脱していたとしても、過剰防衛による傷害罪が成立する余地はなく、暴行罪が成立するにすぎないと主張する。

【以下、前同様に、ご自分で先ず一応検討してみてください。当面、中略。 続きは、4行後の [対照番号②](#)で後出】
よって、刑訴法414条、386条1項3号、181条1項ただし書により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

（裁判長裁判官宮川光治裁判官甲斐中辰夫裁判官涌井紀夫裁判官櫻井龍子裁判官金築誠志）

[対照番号②](#)： しかしながら、前記事実関係の下では、被告人が被害者に対して加えた**暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為**と認めることができるから、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りるというべきである。以上と同旨の原判断は正当である。

※（斎藤注） 本判例は、通常の過剰防衛の事案につき、36条2項の趣旨に沿った解決を示したもので、格別の新味はないともいえようが、先に掲げた最決平20・6・25から僅か8ヵ月後に現われ、それと結論においては好対照で、それが（少なくとも、どちらかといえば）例外的事案に関する判例であることを裏付けていよう（伊東・総論193頁以下も参照）。

もっとも、調査官によると思われる解説（判タ1290号136頁）では、「本件は、過剰防衛のうち『質的過剰防衛』が問題となる事案である」（「量的過剰防衛」とは異なる）とされており（だとすれば、既にその点で先の最決平20・6・25とは、事案を異にすることになる。）、注意を引くが、「押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を数回殴打した（そのことは、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものである）、という原判決の認定は維持され前提とされており、その反撃としての殴打（第2暴行）時に（とくに、その最後の時まで）、被害者側からの侵害の急迫性が残っていたかはやや疑問のように思われる。また、もし、侵害の急迫性が残っていたとすれば、傷害を与えるほどではない手けん

によるその殴打（第2暴行）も正当防衛の範囲内に収まっていないのか、の疑問も生じかねない。

ただ、いずれにしても、本事例における第2暴行は第1暴行と同質の一連一体の行為であり、分断して考察するにはふさわしくなく（佐伯『楽しみ方』170, 175頁の「防衛事象的性格」の継続）、また、全体的に見て防衛の程度を越えているとすれば、非難可能性（及び違法性）が弱く、刑の任意的減免の認められる過剰防衛とするのがまさに適当な事案と考えられよう。その場合、犯罪としては傷害罪の成立が認められる。

もっとも、「第1暴行について正当防衛が成立するという評価は、その後の行為者の行為によって事後的に変更されえないはずである」と考えれば、第2暴行は傷害を引き起こしていない本件のような場合には、暴行罪しか成立しない、との見方も出てくるし、それ自体としては暴行にとどまった第2行為が、正当防衛視できる第1行為（傷害あるいは傷害致死）とは断絶した別個の行為として、過剰防衛にすらならない場合の罪名が暴行罪にとどまることとの均衡上も、その見方に一理ある（山口厚・刑事法ジャーナル15号57頁、同『基本判例に学ぶ刑法総論』82頁、林『判例刑法』67頁以下、岡野・総論114頁、佐伯・上掲169頁以下、只木『演習ノート』159頁以下〔安田〕、205頁以下〔只木〕参照。基本的に方向を同じくし、掘り下げた検討として、高橋直哉・駿河台法学26巻2号45頁〔なお、『立石先生古稀』中の長井・原口論文、安廣・法学教室387号20頁以下を初め多数の関連文献にも詳しい〕）。

ただ、それは従来の一般的理解とは異なり、本判例でも採用されなかった。第1の傷害と第2の暴行とが、一連の一体的行為と把握され、傷害罪の構成要件に該当し、防衛の程度を越えたものとして違法性が阻却されず、傷害罪が成立すると考えても、刑の下限は軽い上に、36条2項により**刑の減免も可能**で、均衡は保てるし、むしろ、両行為が完全別個の場合より軽く扱うのが一般に適切といえよう。もっとも、罪名の点では逆転の感が残るが、罪名だけでなく、普通の一方的な犯罪行為ではない（斟酌されるべき）**「過剰防衛」**という**評価**も併せ大いに考慮されるべきであろう。

同じく**188頁**の関係で、最高裁により、**主に財産的権利を防衛するための暴行**であり、かつ、「防衛手段としての相当性の範囲を超えたもの」ということはできない（過剰防衛ではなく**正当防衛**だ）と認められた事例を、以下に紹介する。

（1審では傷害罪、2審では暴行罪とされており、検察官が市民の正当防衛権を看過・軽視してはいないかの疑問と共に、1・2審の有罪認定は安直な〔緊張感を欠いた〕事件処理ではなかったかの疑問が残る。林『判例』65頁も参照）。

最判平21・7・16（重判解175頁）： 相手方らが立入禁止等と記載した看板を被告人方建物に取り付けようとした際にこれを阻止するために被告人が行った暴行について、相手方らの行為は被告人らの建物に対する共有持分権、賃借権等を侵害するとともに、その業務を妨害し、名誉を害するものである上、相手方らは以前から継続的に被告人らの上記権利等を実力で侵害する行為を繰り返していた一方、上記暴行の程度は軽微であるなどの本件事実関係の下においては、正当防衛が成立する。・・・本判例は、「財産的権利を守るためには身体を害することも許される」などと抽象的に理解されるべきでなく、あくまで上記のような本件の具体的「事実関係の下に」理解されなければならない（安廣・法学教室387号19頁以下）。

やはり188頁に関連して、粗暴な（しかし、体格差等で劣る）酔っ払いが正当防衛に遭い、不運も災いして死亡したケースとして、西船橋駅事件が著名であるが（340頁②、382頁②参照）、別に、東京地判平23・10・24もある（この判例は、「侵害の予期、積極的加害の意思」「専ら攻撃の意思」だとの検察官の各主張をそれぞれ検討し、急迫性、防衛意思、更に相当性を、いずれも肯定しているが、支持せざるを得まい）。

188頁の末尾で簡単にふれている問題、即ち、数人が正当防衛をすることで一致したが、一部の者が勝手に独走し過剰防衛にまで及んだ場合、他の者は、その過剰な反撃を阻止することによって、正当防衛への協力・参加による因果性を除去しないと、「共犯からの離脱」がないとして、過剰防衛の罪責を免れないことになるのか、については、学説上は積極説も有力であるが、それは妥当ではなく、過剰防衛の罪責を負うのは、自らも過剰防衛に協力・加功した場合、特にそれを共謀した場合、に限られる（最判平6・12・6）、というのが、やはり正しかろう（安廣・法学教室387号21頁以下。）。

もともと、この問題については、実に多くの議論があるし、関連事案まで視野に入れると更に複雑となり（詳しくは、嶋矢・刑法判例百選Ⅰ6版196頁以下、只木・同5版190頁以下参照。なお、今井ほか・総論369頁以下〔島田〕）、一般学生諸君に深入りを求めるのは躊躇されるが、1つ注意すべき点は、正当防衛者に、負担・不利益を課すのには問題があることである（林『判例刑法』150頁、山中・総論960頁、山口・総論354頁、井田・総論506頁以下、木村・刑法193頁以下参照）。共犯の「構成要件には該当する」以上、「共犯」関係は成立しているから、「離脱」の有無が問題となる、と考えるだけでは、十分でない。正当防衛は（原則的に）適法行為・権利行使であり、多くの場合、法秩序の維持にも役立つ社会的に有益な行為ですらある。また、正当防衛者に、他の者による勝手な過剰防衛を阻止する作為義務を課すのは、適法・有益な行為に出る者に却って重大な不利益・刑事責任を押し付け、従って又、適法・有益な行為に出ようという気持ちを抑えて、法秩序と社会の利益を損ねることにもなりかねない（ただ、例外の余地に関し、法学新報112巻11・12号268頁以下）。

189頁に、正当防衛の「行き過ぎにわたらない」準備を認めた下記判例を加入したい。

最判平21・3・26（重判解191頁。催涙スプレー携帯の正当理由）：

〔要旨の概略〕 1 軽犯罪法1条2号にいう「正当な理由」があるとは、同号所定の器具を隠匿携帯することが、職務上又は日常生活上の必要性から、社会通念上、相当と認められる場合をいう。

2 職務上の必要から、軽犯罪法1条2号所定の器具に当たる催涙スプレー1本（護身用に製造された比較的小型のもの）を入手した被告人が、健康上の理由で行う深夜路上でのサイクリングに際し、専ら防御用としてこれをズボンのポケット内に入れて隠匿携帯したなどの本件事実関係の下では、同隠匿携帯は上記「正当な理由」によるものであった。

〔判決文から〕 所論にかんがみ、職権をもって調査すると、原判決及び第1審判決は、刑訴法411条1号により破棄を免れない。その理由は、次のとおりである。（中略）

原判決が是認する第1審判決の認定によれば、①被告人は、その勤務する会社で経理の仕事を担当しており、有価証券や多額の現金をアタッシュケースに入れて、東京都中野区にある本社と新宿区にある銀行との間を電車や徒歩で運ぶ場合があったところ、仕事に暴漢等から襲われたときに自己の身体や有価証券等を守る必要を感じ、護身用として催涙スプレーを入手しようと考えて本件スプレーを購入した、②被告人は、ふだん、かばんの中に本件スプレーを入れて中野区にある自宅から出勤し（中略）ていた、③被告人は、健康上の理由で医師から運動を勧められており、日常、ランニングやサイクリング等の運動に努めていたところ、本件当夜は、（中略）自宅から新宿方面にサイクリングに出掛けることにしたが、その際、万一のことを考えて護身用に本件スプレーを携帯することとし（中略）たというのである。

思うに、本号にいう「正当な理由」があるというのは、本号所定の器具を隠匿携帯することが、職務上又は日常生活上の必要性から、社会通念上、相当と認められる場合をいい、これに該当するか否かは、当該器具の用途や形状・性能、隠匿携帯した者の職業や日常生活との関係、隠匿携帯の日時・場所、態様及び周囲の状況等の客観的要素と、隠匿携帯の動機、目的、認識等の主観的要素とを総合的に勘案して判断すべきものと解されるところ、本件のように、職務上の必要から、専門メーカーによって護身用に製造された比較的小型の催涙スプレー1本を入手した被告人が、健康上の理由で行う深夜路上でのサイクリングに際し、専ら防御用としてズボンのポケット内に入れて隠匿携帯したなどの事実関係の下では、同隠匿携帯は、社会通念上、相当な行為であり、上記「正当な理由」によるものであったというべきであるから、本号の罪は成立しないと解するのが相当である。（中略） 原判決及び第1審判決を破棄し、（中略）無罪の言渡しをすることとし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。（中略）

裁判官甲斐中辰夫の補足意見は、次のとおりである。

（前略）本件スプレーの上記隠匿携帯につき、被告人が、暴漢等から襲われた際に身を守る以外の意図を有していたことをうかがわせる事情は見当たらない。当裁判所は、いわゆる体感治安の悪化が指摘されている社会状況等にもかんがみれば、前記のような事実関係の下における被告人の本件スプレーの隠匿携帯は、本号にいう「正当な理由」によるものであ

ったと判断した。なお、防犯用品として製造された催涙スプレーであっても、現に、そのようなスプレーを使用した犯罪等も決してまれではないことからすれば、本号により取り締まることの必要性、合理性は明らかであって、犯罪その他不法な行為をする目的で催涙スプレーを隠匿携帯することが、上記「正当な理由」の要件を満たさないことはもとより、これといった必要性もないのに、人の多数集まる場所などで催涙スプレーを隠匿携帯する行為は、一般的には「正当な理由」がないと判断されることが多いと考える。

★ 上掲判例とくに甲斐中裁判官（本学OB）の補足意見は穏当であろう。しかし、次のような判例もある。

最決平 17・11・8（重判解 168 頁）：（抄）本件刃物携帯は正当防衛等として違法性が阻却されると主張するので、職権で判断する。

原判決の認定及び記録によれば、被告人は、かねて激しい反目状態にあった男性とのけんか抗争等に備える目的で、本件刃物（刃体の長さ約 11 cm のはさみの片刃を加工して作製した刃物）をその運転する自動車のダッシュボード内に入れておき、その男性運転の四輪駆動車に意図的に衝突されて自車が転覆した際、護身用に本件刃物をダッシュボードから取り出してズボンのポケットに入れて自車からはい出し、ゴルフクラブを所持したその男性と怒鳴り合う状態になったところ、その場にいた警察官や通行人らにより引き離され、通行人が本件刃物を被告人のズボンのポケットから取り出して警察官に渡したことから、警察官によりその場で本件刃物の不法携帯の容疑で現行犯人逮捕されたものであり、検察官は警察官が本件刃物を現認した時点における本件刃物の携帯を訴因としている。

以上の事実関係によれば、被告人が自動車のダッシュボード内に本件刃物を入れておいたことは不法な刃物の携帯というべきであり、その後本件刃物を護身用にポケットに移し替えて携帯したとしても、それは不法な刃物の携帯の一部と評価するのが相当であるから、本件訴因記載時点における被告人の携帯行為について、違法性が阻却される余地はないと解すべきであり、原審の判断は結論において正当である。（上告棄却）

〔**斎藤のコメント**〕 [1] 上記判示（結論とその理由）は理解できる。

[2①] ただ、本件の場合異なるかと思われるが、仮に、相手方が車を意図的に衝突させ（また、それにより被告人の車を転覆させ）たばかりか、更に（特に、凶器を用いて）攻撃しようとしてきた場合であったならば、本件刃物を示して攻撃を阻止するなど（暴力行為等処罰に関する法律 1 条で可罰的とされている行為の 1 つである「示凶器脅迫罪」などの構成要件に該当するにしても）事情によっては正当防衛たり得たであろう（総論 340 頁②と 381 頁以下で紹介等している、示凶器脅迫の点につき正当防衛を認めた最判平 1・11・13 [百選 I 24 番] 参照。ただ、総論 177 頁以下にも注意）。

[2②] そのように正当防衛となる場合には、その段階での刃物携帯に限っては適法との解釈も十分成り立ち得よう（上記最判平 1・11・13 も、もう 1 つの訴因 [刑事訴訟法 256 条 3 項参照] であつた、まさにその日時・場所における菜切り包丁の携帯 [銃刀法 22 条違反の構成要件に該当する行為] については、「正当防衛行為の一部を構成し、併せてその違法性も阻却される」としている）。

[2③] ただし、その場合であっても、その段階「以前」の携帯については、正当防衛（の一部）ではないし、特段の事情がない限り、他の違法性阻却事由ありとも認められないこと勿論である（この点に関しては、詳しくは、下に引用の拙稿の関連部分「2」参照）。

本平成 17 年決定が、上記 [2②] の解釈を否定する趣旨を含むかは 1 つの問題であるが、事案が異なる上に、判例変更の表示・趣旨も格別うかがわれないから、消極に解してよからう（私見によれば、最判平 1 年の解釈を変更すべき理由は乏しい）。

☆拙稿「急迫性（刑法 36 条）に関する判例の新展開」（法学新報 112 巻 1・2 号）の一部：

（三）暴力団（等）と正当防衛

1 実際上最も問題となる暴力団の関係について多少補足すれば、「暴力団同士の抗争」の一環といっても、全面的に正当防衛を否定すれば、「反撃による法益保全」や「不正侵害排撃による法秩序維持への貢献（法・正の確証）」を不当に看過・無視することになり得るし、より暴力的・好争的な凶悪集団の方を利し、一層増長・成長させることにもなりかねない。暴

力団であっても、要件を充たせば、正当防衛を認めるべきである（襲われた暴力団側に正当防衛を認めた例として、前述・・・仙台高秋田支判昭五五・一・二九や、和歌山地判昭五〇・四・二二月報七・四・五六四〔注33〕）。

しかし、他方、「法の下での平等」の安易な適用も許されない。暴力団は既にその存在維持（不解散）自体で社会に負担となるものであり、そのうえ抗争によって市民の安全や平穏を脅かすようなことは極力回避することが求められ、対立暴力団に襲撃される危険のある場合には、襲撃を招かないよう（特に、一般市民、まして同多数を危険にさらす公共の場所等での襲撃を招かないよう）に行動を自粛したり、警察に連絡して警戒して貰うなどして、可能な限り、反撃の形にせよ、人を殺傷しないで済むよう、また市民を巻き添えにする危険を避けるよう、配慮すべき義務があると解すべきであろう【安廣・法学教室387号15頁以下も参照。この隅カッコ内は本最新補強レジュメでの補注。以下、同じ】。したがって、そのような配慮を尽くさず（いわば「堂々と」）、銃刀法に違反してピストルを所持し（注34【下掲】）、殺傷を辞さない意思で迎撃態勢をとり、予期された襲撃があった際、これにピストルで反撃するようなことは、多くの場合、「好争的行動で、予定したような侵害を招いた」上での反撃として、殊更に法益を危険にさらし、かつ、むしろ法秩序を乱すもので、判例にいわゆる「予期された侵害の機会を利用し積極的に相手に対し加害行為をする意思で侵害に臨んだ」場合に当たることになると思われる（たとえば、前述一（二）3で引用した大阪高判昭五六・一・二〇や、⑤暴力団会長外出散髪事件【総論371, 407頁各⑦参照】についての大阪高判等参照）。

2 暴力団の関係に限ったことではないが、発砲による殺傷自体については、正当防衛が認められる場合であっても、そこに至るまでの拳銃等の所持自体については、たまたま正当防衛につながったとしても、正当防衛でないのは勿論であり（既に急迫性を欠く）、危難現存性（これについては、急迫性より緩やかに解する余地も指摘されている〔注35〕）・補充性・【法益】権衡性・相当性（その避難行為が関係事情に照らし無理もないと認められること）を含む緊急避難の要件を充たさない限り、あるいは、厳密に専ら、既に不可避的な状況にある正当防衛のみ備えた、不可欠・相当の措置（一般化した表現では、正当な目的のための正当な手段〔真理を含む「目的説」の公式〕だとはいえない限り、つまり一般に、けん銃等加重所持罪（銃刀法三一条の三第二項。三年以上の有期懲役）の罪責は免れまい（注36）。

(34) なお、そのように違法な拳銃・実包所持によって初めて可能になった発砲・反撃に、違法阻却の余地を認めることには、抵抗も感じられ（たとえば、大阪高判昭五六・一・二〇参照）、全面的違法論もあり得なくはない。しかし、けん銃の不法所持等は別に銃刀法違反罪として処罰されるのであり、殺人等に関する正当防衛の成否は、それ自体の要件に沿って判断すれば足りよう。判例も同旨と解され（堀籠＝中山・前掲〔注10〕三九六頁以下参照）、特に、銃刀法に違反して所持していたナイフで襲撃者達を殺傷した少年に正当防衛を認めた（銃刀法違反の方は有罪と認めている）東京高決平一・九・一八（同種のものとして、東京地判平八・三・一二）、同じく銃刀法違反罪が成立する態様で携帯していた理髪用鋏を用いての反撃に過剰防衛を認め、その理由を、侵害者の攻撃力が相当弱まったにも拘らず反撃を継続して終に刺し殺したもので防衛の程度を超えていたことに求めている（したがって、防衛の程度を超えなかった場合であれば、正当防衛を認めたと思われる）本文③の五九年判例【総論371頁⑥で取り上げ、406頁⑥で詳しく解説している最判昭59・1・30のこと】（松浦・上掲〔注3〕解説三三頁以下、特に三七頁以下、四六頁以下参照）、急迫不正の暴行等を防ぐため脅迫する際に侵害者に示した菜切り包丁のその時点での携帯につき「正当防衛行為の一部を構成し、併せてその違法性も阻却される」と判示している一方、それ以前の、自車内から持ち出すまでの当該包丁携帯まで適法視しているとは見難い最判平一・一一・一三【総論340頁②で取り上げ、381頁以下の②で詳しく解説している最判平1・11・13百選I25番】（川口・最判解三二九頁以下、特に三五七頁以下。なお、この判例に関する法学新報九七巻七・八号二七三頁以下、二八四頁以下）、日本刀や拳銃の所持については有罪としつつ、それらを示して脅迫した行為は正当防衛と認めた和歌山地判昭五〇・四・二二、が参考となる。

190頁以下の緊急避難についての深い検討として、只木誠・白門2011年12月号6頁以下がある（試験には出しにくい難題事例の検討を含め、佐伯『楽しみ方』177頁以下も参照）。そこには多くの有益な指摘が含まれているが、緊急避難の

法的性格に関する二分説（とくに、山中・総論 509 頁以下、井田・総論 300 頁以下、内藤・総論 405 頁、415 頁以下、中山・概説 I 91, 102 頁、批判的な川端・総論 380 頁以下、佐久間・総論 217 頁、参照）に対する批判として、特に、①同一条文に二つの犯罪阻却事由を認める点に、難点（山口・総論 136 頁以下、町野・プレップ刑法 184 頁以下も参照）が残り、②責任阻却の事例を肯定する限り、緊急避難者への正当防衛を認める難点がある、と指摘されている（11 頁）。

そこで、考えると、①指摘のような「解釈上の難点」は、一応もっともではあるが、「事は単純・明快・一元的なのが良い」というのは、論証抜ききの面もあるし、検討が進めば尚更必ずしも絶対的な命題とは言い切れなくなる傾向があろう。たとえば、いわゆる正当防衛（その他の違法阻却事由）には、厳密には可罰的違法性のない場合も含まれる、というのは適切かつ有力な理解と思われる（176 頁第 2 段落参照）。また、長く緻密な学問的蓄積のあるドイツでは、緊急避難に違法阻却の場合と責任阻却の場合とがあるとされており（190, 191-2 頁のほか、只木・上掲 10 頁等）、これは理屈に合っているだけに（85, 190-1 頁参照）、軽視できない。もっとも、ドイツでは、上の両場合を別の条文（34 条・35 条）に書き分けており、これは上記①の指摘を裏付けているようであるが、わが国の場合には、ドイツほど几帳面に事細かに規定したり頻繁に改正したりせず、大まかな規定で弾力的に解釈・運用する傾向にあるし、単なる形式より実質的な合理性を重視することが（罪刑法定主義に背かない限りは）大切と思われるので、37 条 1 項本文の中に両場合を含めて理解することも、何とか是認され得るのではなかろうか。

上記②の指摘に関しては、責任が阻却されるに過ぎない避難行為に対しては、正当防衛としての対抗を認めても不当とはいえない上に、侵害が違法であるにしても有責でない場合（そのほか、たとえば、故意による侵害でない場合や、被害者にも落ち度のある場合）には、反撃には原則的に手加減が求められ、行過ぎがあれば、「やむを得ずにした」でなく、「防衛の程度を超えた」と解されるので（174, 179-180, 180, 188 頁参照）、不都合は避け得ると思われる。

※〔補説〕生命保全のため、他者ことに比較的少数者の生命を犠牲にすることは適法たり得るか？ 議論の多いところであるが（代表的、西田・総論 142 頁以下、山口・総論 138 頁以下。なお、刑法雑誌 37 巻 2 号 90 頁以下のワークショップ記事〔村井敏邦『刑法』81 頁以下や大嶋・総論 252 頁が立ち入って検討している「カルネアデスの板」などの 9 事例に関する 5 学者の意見〕）、37 条 1 項の文言上当然可能と思う諸君も多かろう。しかし、死にかけている複数の患者の命を救うため心臓等移植の他に方法は絶無だとしても、人を襲って心臓等を摘出するなどは、誰もがぞっとするほど社会平和を乱すもので、適法でも不可罰でもあり得まい（佐伯『楽しみ方』185, 186 頁、只木・上掲 13 頁参照）。しかし、複数のレール工事関係者の命を保全するため、1 人の命を犠牲にする覚悟で列車の転轍をすることとなると、別論で、この例では「多数の命を救うために少数の生命を犠牲にすることは、それ以外に全く方法がなければ処罰すべき違法性を有するとはいえない」（木村光江・刑法 137 頁）のではないかと。むしろ、（場合によっては）完全に適法とも考えられよう（只木 15 頁）。この対比からすると、避難の態様、とりわけ、侵害態様の苛酷さ——裏からいえば、社会連帯（松宮・総論 156 頁、只木 12 頁）の観点からする理解可能度——を中心とする社会平和攪乱の有無・程度も、極めて重要と思われ、この点で許容不能な避難行為は「相当性」（事情に照らし無理もないこと。191 頁のほか、只木 13 頁以下、佐伯『楽しみ方』189, 191 頁参照。なお、山中・総論 529 頁以下）を欠き、「やむを得ずにした」行為とはいえない、と解すべきではないかと。なお、避難行為は、災難を他に——大なり、（危難の共有者が他の共有者を犠牲にする場合のように）小なり——転嫁して難を逃れ（させ）るもので、多かれ少なかれ社会平和を乱すのが普通であるが、犠牲にされる法益より保全される利益が（その分、ずっと）大きい場合には埋め合わせがつき、適法たり得よう（85 頁参照）。

ちなみに、私見では、理論的に適法視し得ず、また責任も完全には否定できない（ドイツ法 34・35 条のいずれの要件も充たさない）避難行為でも（ドイツ法に精通の、井田・総論 303 頁参照）、37 条 1 項本文の要件を充たす限りは、不都合の度合いは低い上に謙抑主義や明確性の要求（なお、平川『刑事法の基礎』136, 170, 183 頁など）も尊重されなければならないので、不可罰である（可罰的違法性・責任・可罰的責任のいずれかは欠けると説明できる）。

194 頁で論及の「補充性の程度を超えた過剰避難」の新しい 1 例を示すのは、東京地判平 21・1・13：被告人が、

普通貨物自動車を運転中に、左側車両通行帯に停車していた車両が突然、自ら進行中の通行帯に進出してきたため、これを回避しようとして、右側通行帯に進出したところ、このような場合、衝突の回避に必要な限度を超えて進路を変更して右側の通行帯の車両の進行を妨げることのないよう、進出を必要最小限にとどめるべき自動車運転上の注意義務があるのにこれを怠ったために、折から右側の通行帯を後方から進行してきたY運転の自動二輪車の進路前方を塞ぐ程度まで被告人車両を右側通行帯に進出させた過失により、Y車を転倒させて負傷させたとされた事案において、被告人は、避難のための回避手段の行使の方法を誤り、回避に必要な限度を超えて進出し、Yに傷害を負わせたものであり、被告人の本件行為は、現在の危難から避難するための行為が適切さを欠いたためにやむを得ない程度を超えたものであり、過剰避難に該当する等として、刑を免除した事例（論及例、西田・総論151頁）。

●197～198頁にも関連し、責任能力鑑定や「了解可能性」につき、本レジュメ6頁以下。なお、198頁注の「(心身喪失者等)医療観察法」に関し、森本益之〔大野ほか〕『刑法総論』401頁以下、平川『刑事法の基礎』287頁以下、中谷陽二『刑事司法と精神医学』(2013)。

200頁の下から2行目の神戸連続児童殺傷事件とその後について補足する。1997年に発生したこの事件では、当時中学3年生(14歳)だった少年が、児童への襲撃を繰り返し、山下彩花さん(当時10歳)と土師(はせ)淳くん(当時11歳)は命を奪われた。事件は、「酒鬼薔薇聖斗」を名乗った少年の異様な行動(淳君の切断された頭部を中学校正門前に置く等)と挑戦的な言辞(例、遺体の口に差し込んだ挑戦状に「さあゲームの始まりです 愚鈍な警察諸君 ボクを止めてみたまえ ボクは殺しが愉快でたまらない」云々の文章)もあって、社会を震撼させた。「黒いゴミ袋を持った中年男」などというてっきり本当かと思わせるような目撃情報や報道があったり、その他の目撃情報が浮かんでは消えた末に(「目撃情報」の何たる危うさ!)、犯人の少年は、同年6月末、終に淳君に対する殺人と死体遺棄(190条)の容疑で逮捕され(その後余罪も判明)、神戸家裁の審判・決定(少年法24条)により少年院に送致された。この少年は、逮捕されてから約6年9ヵ月後、少年院での約6年半の矯正教育によりサディズムは克服され贖罪意識も生まれ再犯の恐れはなくなったとして、仮退院を許された(仮退院の情報は、直ちに遺族や社会に伝えられた。なお、被害者・遺族への配慮も一定程度は強めた、平成12年改正後の少年法5条の2〔閲覧・謄写〕、9条の2〔意見聴取〕、31条の2〔家裁決定等通知〕参照)。少年の父母も息子と共に生涯をかけて罪を償いたい旨の思いを表明している。少年は、しばらく保護観察下にあったが、とくに問題が見出されず、2005年年明けに本退院となった(それを前にした彩花さんの母の手記は、2004年12月15日各紙。なお、翌年4月27日、週刊新潮の暴行未遂記事に誤報だと法務省が抗議・批判)。この事件は、遺族のやるせない思いとともに、平成12年の少年法大改正(総論ix頁)の重要な1契機となった。ちなみに、2007年6月20日に刑事訴訟法等が改正され、犯罪被害者・遺族の裁判(被告人質問・証人尋問・求刑など)参加制度や、刑事事件担当の裁判所で民事損害賠償額も決める付帯私訴制度などが導入されることになった。

209頁の「責任論の諸体系」に関連して、責任説につき補足する。責任説(102, 104～105頁)とは、違法性の意識ないしその可能性を(責任)故意の要素と位置づける説(故意説)と異なり、それを故意・過失とは別個独立の責任(非難可能性)の要素と把握する説のことである。故意説が伝統的で、下級審判例では制限故意説が支配的であるが(学説上もかなり有力なこの説は、違法性の意識の可能性すらなければ、言い換えると、違法性の意識を欠いたことに相当の〔つまり、もっともな〕理由があれば、〔責任〕故意が阻却される、とする)、学説上は責任説が有力化している。責任説は、違法性の意識の可能性がない(言い換えると、注意しても〔つまり、良心を緊張させても〕自己の行為の違法性に気付き得ない)場合には、責任が阻却される、とする(川端・総論446頁以下、井田・総論372頁以下参照)。責任説を採る学者は、普通、期待可能性についても、これがない場合には責任が阻却される、との立場を採用している。

214 頁の関係で、**窃盗罪の実行の着手**が認められた1事例を挙げる（東京高判平22・4・20回顧48，前田『最新250』166頁）。この判例は、電車の自動券売機の硬貨釣銭返却口に接着剤を塗り付け、乗客が投入した硬貨の釣銭が接着剤に付着するのを待ち、その釣銭を回収して取得しようとした事案につき、（窃取行為に密接な行為であり、窃取に至る客観的危険性を生じさせた）塗布の時点で実行の着手があったと認めており（1審は反対）、参考となろう。

関連して、不正に入手したキャッシュカードを用いてATMから他人の預金を引き出そうとし、その前に残高照会のためカードを挿入したという段階で、既に窃盗罪の実行の着手が認められるか、につき、**354頁④末尾**，各論380・422頁⑨ハ（また、只木編『刑法演習ノート』79頁以下〔高橋〕参照）。

特に216頁以下の「**実行の着手**」の説明に関連して、覚せい剤「輸入罪の実行の着手があったものとは解されない」理由として、当該事案（北朝鮮を出た密輸船から島根県沖の海上に投下された覚せい剤の荷物を小型船で回収する予定だったが、悪天候のため途中までしか辿り着けず失敗したという事案）においては、回収（→陸揚げ）「可能性にも乏しく」、そのため「覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえない」ことを特に指摘した**最判平20・3・4**（重判解180頁。佐伯『楽しみ方』339頁以下も参照）も、総合的切迫性説（216頁④）などと親和的で（本判例も時間的切迫性を度外視する趣旨でないことは無論であろう）、注目に値する（判例・通説上、これらの「輸入」罪は、船からの「陸揚げ」〔または飛行機からの取りおろし〕の時に既遂とされており〔各論237頁参照〕、本判例もこれを前提としている）。

217～218頁の**クロロホルム事件**に関連して、「実行の着手」特にその本質的要素としての客観的危険性が認められるか否かに関してのみならず、「事実上の最終的決断」に基づく（②の「故意」あり）といえるか否かに関しても又、「行為者の**犯罪計画**」が考慮される（そして、いずれに関しても、結論が左右されることも多い）こと（例、冷蔵庫事例〔72頁〕、クロロホルム事件）に注意を要する。・・・川端・総論261頁以下，484頁，井田・総論185頁以下，399頁以下（結論的には、最高裁決定を支持）、葛原ほか『テキストブック刑法総論』228頁以下（塩見）、佐伯『楽しみ方』276頁以下，345頁以下等のほか、只木・白門2012年2月号32頁以下，7月号6頁以下，鈴木彰雄『刑法事例30講』96頁以下も、本判例（等）を支持する。平木最高裁調査官の解説は、ジュリスト1284号134頁等に載っている。詳しい評釈は、原口・法学新報113巻3・4号603頁。他方、代表的な反対論は、山中・総論357頁以下，特に360頁以下（なお，359，361，362頁，同『犯罪論の機能と構造』136頁以下），林『判例』89頁以下，松宮・総論234頁以下，239頁以下など。

念のため、本最高裁決定の中心部分を文字通りに（多少、注意点を添えつつ）引いておくと、いわく、「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（以下、「第1行為」）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溺死させる（以下、「第2行為」）というものであって、①第1行為は第2行為を**確実かつ容易**に行うために必要不可欠なものであったといえること【**㊦ 至便不可欠性**】《丸囲み数字，ゴシック，下線，【このような隅付カッコ内】は齋藤》，②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【**㊦ 無障害性**】や、③第1行為と第2行為との間の**時間的場所的**近接性【**㊦ 近接性**】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【**㊦㊦㊦**が全て常にそのまま要件だとしている訳ではない。しかし、特に時間的近接性は、無障害性と相関的ながら、多かれ少なかれ不可欠であろう】。

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（注：被害者の妻とその知人）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。」

なお、学説の中には、この判例は、故意の関係では因果関係の錯誤の問題しか意識していない、と理解している向きも少なくないが、①未遂罪の成立には、単なる予備の意思を超えた「故意」としての事実上の最終的決断が必要なことは、かなり以前から取り上げられてきた冷蔵庫事例（72頁のほか、島田『刑法の争点』66頁、平野・総論134頁以下、内藤・総論（下・I）1135頁、西田・総論228頁、曾根・総論216頁、山口・総論50頁、佐久間・総論63頁、前田・総論114、277頁、松宮・総論198、215頁、浅田・総論376頁、松原・総論292頁など参照）から、窺われること、②同決定の「殺人の故意に欠けるところはなく」の前のその理由を述べた部分の文章（上掲）、とりわけ、第1行為であるクロロホルムを吸引させる行為自体で被害者が死ぬとは予期しなかったが、被害者はその行為で死亡した（かも知れない）という事案につき、（殺人罪の成立に必要な）「殺人の故意」を認め得るかが問われている場面において、これを肯定する理由を示した「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」との文言は、単に「因果関係の錯誤」を考えただけでは思われないこと、からして、恐らく十分ではなかろう（川端・総論262頁、林『判例』95頁、佐伯『楽しみ方』280頁、木村光江・刑法79頁以下、今井猛嘉ほか・総論136頁以下〔今井〕等も参照）。なお、因果関係の錯誤が何ら問題にならない場合・段階でも、相手に向け銃で狙いを定める行為に、予備の意思を超えた「故意」が認められるか否かは、続いて引金を引く積りか（それとも、当面その気なく、練習等にとどまるか）に依存しよう。

224頁以下、特に226頁で述べた、**中止犯に刑の必要的減免が認められている理由**——主としては、社会心理的衝撃性の減少、（実体的には、そして、一般的な表現では、）**一般予防・特別予防の各必要性の減少**（刑罰目的説。原口伸夫「実行未遂の中止行為」桐蔭法学11巻1号32頁以下参照）、従的には政策的妥当性——に関しては、松宮・総論244頁以下が、「刑事政策説は、素人の多くが43条ただし書きを知らない場合には意味がないし」、「未遂自体の違法性や責任が減少すると考える『法律説』には無理があり」、「刑罰目的からみた『一般予防』ないし『特別予防』の必要性が小さくなることを根拠とする見解——これを刑罰目的説という——が、比較的無難といえようか。もっとも、・・・予防の必要性の減少は量刑の基礎たるべき責任（「行為責任」と区別された意味での「量刑責任」）の減少につながるともいえよう」としつつ、「しかし、問題は、現行法の立案関係者は『刑事政策説』を前提にしていたという事実である」と述べ、「その立法趣旨が現行憲法に反して不当なものでない限り、現行法の解釈としては『刑事政策説』に従わざるを得ない（等）、と結論づけているのも、大いに注目されよう。ただ、最後の点については、刑事政策説は、現行法の立案関係者が前提にしていたにしても、現行法自体が規定している訳ではないから、解釈を強制・拘束すると考える必要はないように思われる。

226頁の任意性の問題、特に判例の実質**拡張的な客観説**に関連して、少し補足する。殺人未遂（や強姦未遂）において、被害者の**出血（の様子）に驚愕**して犯行を中止する場合も少なからず見受けられる。こうした場合、判例では、驚愕して、あるいは更に恐怖を感じて、止めた**だけ**であれば、「自己の意思により」犯罪を中止した（任意性あり）とは認められないが（昭12・3・6、昭24・7・9、昭32・9・10）、「大変なことをしてしまった」などと（やや広い意味で）**悔悟**して止めたケースにおいては、「**自己の意思により**」犯罪を中止した（任意性あり）と認められる傾向にある（福岡高判昭61・3・6〔百選169番〕、東京地判平8・3・28、神戸地判平14・2・15。なお、傍論的ながら、上掲の最高裁2判例、すなわち昭24・7・9及び昭32・9・10）。これは、中止犯の要件としての任意性に関し、判例では、**客観説と限定的主観説が拡張的に併用されている**ことを示すもので、重みと基本的妥当性がある（伊東・総論337頁以下、和田・法学教室382号131頁も参照）。

序でながら、一般に、任意性は認められても、実行未遂の場合（既に結果発生の危険性を〔通常人からみて〕生じさせている場合）には、**真摯（積極的）な結果発生防止行為がないと、犯罪を「中止した」とは認められず、中止犯は成立しない**（例、福岡高判平11・9・7、上掲神戸地判。なお、中止行為につき要求過多と通説的に批判されているが、大阪高判昭44・10・17〔犯人であることの自認まで要求〕）。また、強姦自体は未遂かつ中止犯であっても、強姦（未遂）致死・傷になった場合（一般化すると、181条が適用される場合）には、これも一種の既遂であるから、犯情の問題にとどまる（上掲昭24）。

229頁7行目の「原口」説につき、詳しくは、精緻な原口伸夫「実行未遂の中止行為」桐蔭法学11巻1号1頁以下。なお、以下、その論文を基礎として、桐蔭横浜大学法学部教授の原口氏が2011年5月末に日本刑法学会第89回大会（於、法政大学多摩キャンパス）でなし、多くの学者・研究者をうならせた研究報告を紹介する（注記、質疑応答等を含めた全文は、「刑法雑誌」51巻〔2号〕196～210頁）。

刑法43条ただし書における「中止した」の解釈について

原口伸夫

一、43条ただし書で規定する中止未遂の解釈をめぐることは、これまでも活発に議論されてきたが、本報告では、とくに「中止した」の要件に焦点をあてて検討する。

中止行為に関しては、古くから、着手未遂の中止は行為者がそれ以上の行為をやめること、不作為で足りるのに対して、実行未遂の場合には積極的な結果発生防止行為、作為を要すると一般に認められてきた。中止行為の内容として不作為で足りる着手未遂においては、任意性の検討が中心問題になるのに対して、実行未遂の場合には、他人の協力を得て既遂が阻止される場合も多く、どのような行為が中止行為として要求されるのかが大きな問題となり、「犯罪を中止した」という要件の解釈が重要な問題となる。

実行未遂の中止行為の内容として、判例および従来の通説は、真剣な努力、ないしは、真摯な努力を要すると解してきたのに対して、近時では、かかる「努力の真摯性」という要件が倫理的な、過大な要求につながり、妥当でないとして、真剣な努力という表現を避け、結果発生防止に適切な努力（内藤）、客観的にみて結果を防止するにふさわしい積極的な行為（曾根）、犯罪実現の回避が十分に見込まれる行為（井田）など、真剣な努力説よりも広く中止行為を認めていこうとする見解（以下、これらをまとめて「適切な行為説」と呼ぶ。）が有力に主張され、さらに、そのような「努力」、「適切な行為」といった中止行為それ自体のもつ性質を重視するのではなく、中止行為と結果不発生もしくは危険消滅との間の因果関係の有無を問題とする見解（以下、「因果関係必要説」と呼ぶ。）も有力化してきており、43条ただし書の「中止した」という要件に関する近時の学説の状況は以前よりも相当に多様化してきているように思われる。しかし、その一方で、各学説からの具体的な結論については必ずしも十分に明らかにされてきてはいないようにも思われ、そこで、本報告では、結論ができるだけ明確になるように具体的な事例を用いながら、43条ただし書の「中止した」という要件の解釈を検討していきたい。

そこで、まず、①放火した後立ち去る際に出会った叔父に「放火したのでよろしく頼む」と叫びながら立ち去ったという大審院昭和12年6月25日判決（刑集16巻998頁。以下、「よろしく頼む事例」という。）の事案、次に、ドイツの事例で、②重傷を負わせた妻を病院に連れて行こうとしたものの、病院の通用口から95メートルのところまで妻を車から降ろし、一人で歩いて行かせ、妻がその途中で意識を失って倒れてしまったところ、その後通行人により発見され、救助されたという病院事例（BGHSt 31,46 [Urt.v.27.4.1982]）、三つ目は、③夫に毒を投与した妻が、その毒が作用しはじめたとき、夫の要請に基づいて救急車を呼び、その結果、夫は一命をとりとめたものの、妻は、到着した医師に対して、夫が「コーヒーと青い薬を飲んだ」とだけ告げたという毒事例（BGH NStZ 1989,525 [Urt.v.1.2.1989]）という3つの事例を素材として検討をはじめたい。なお、これらはいずれも判例で中止未遂の成立が否定されたものである。

真剣な努力説からは、よろしく頼む事例はもとより、病院事例、毒事例においても中止行為を認めないことになると思われる。

適切な行為説の場合も、前述①～③の3事例に関する結論は、真剣な努力説と概ね同じようなものになると考えてよいように思われる。

それに対して、因果関係必要説からは異なる結論に至りうるように思われる。前述①～③の3事例ではいずれも、問題の行為と危険消滅・結果不発生との間に条件関係が認められる上、論者の一部（和田、橋爪）のように、相当因果関係も必要

だと解したとしても、中止行為は必ずしも否定されることにはならないように思われるからである。たとえば、よろしく頼む事例の場合では、「よろしく頼む」という行為から、依頼された者の行為に基づく危険消滅・結果不発生までの因果のプロセスは、この事例ではとりわけ放火者の親類に依頼しており、決して稀有、偶然的なものとはいえないと思われる。病院事例においても、途中で意識を失った被害者を誰かが発見し、治療を受けさせることが客観的に予想されるような場所まで被害者を連れて行った場合であれば、問題とされる因果関係が肯定されることになるであろう。救急車を手配し、実際に救助された毒事例の場合も因果関係の肯定に支障はないと思われる。

もっとも、実は、因果関係必要説の内部でも具体的事案の結論について見解が分かれ、よろしく頼む事例でみた場合、因果関係の有無のみを純粹に問題にし、中止未遂を否定した判例の結論に反対するとみうけられる見解（林、堀内、山本）もあるのに対し、論者の一部は判例の結論を容認し（山口、和田。なお、斎野）、このよろしく頼む事例では、中止行為と危険消滅との間の因果関係ないしはその認識が欠ける（山口。なお、安田、上寫）とか、犯罪論における正犯性に類似したものが欠ける（和田）と指摘し、そこに中止未遂不成立の理由を求めるべきだとする。このように判例の結論を容認する立場は、「よろしく頼む」などと他人まかせにして逃げてしまうような場合は、それにより危険が消滅することの確かな認識があるとは認めがたいとか、主体的な防止行為が必要なところ、これが欠けるというような理解であると思われ、実質的には適切な行為説に接近していくように思われる。

二、では、中止行為のあるべき内容をどのように考えるべきであろうか。その内容を考える場合に中止未遂の刑の減免にかかわる実質的な根拠が重要になってくるものと考えるところ、近時、「後戻りための黄金の橋」の理論（Theorie von der goldenen Brücke, Anreiztheorie）と、刑罰目的説（Strafzwecktheorie）とを対立させて考え、その対立から一定の要件解釈を導きだそうとの試みも主張されてきている。具体的には、黄金の橋の理論は、中止未遂規定を設けることによって行為者自身に結果発生を防止するように動機づける効果を狙っているものと捉え、この動機づけ効果を強調し、かかる効果ができるだけ大きくするためには結果発生防止という要件以外の要件を付け加えるべきではない、という方向性を導こうとする試みである（参照、野澤充「中止犯の理論的構造について」刑法雑誌 49 卷 2・3 号 139 頁以下 [2010 年]）など。

実質的な減免根拠と要件解釈を有意義に結びつけようとの試みは注目すべきであるが、黄金の橋の理論と刑罰目的説が二者択一的なものなのかという疑問のほか、黄金の橋の理論を主軸とした説明、少なくとも黄金の橋の理論のみによる説明には、どうしても疑問が残らざるをえない。

まず、中止未遂規定による行為者に対する動機づけ効果を重視する黄金の橋の理論に対しては、これまでも指摘されてきたように、社会一般の人々が中止未遂制度をあまり知らないのであれば、知らない者をも動機づけるとするのは背理であり、裁判においても、後悔してやめたとか、大変なことをしたと思いやめたという事例は少なからずあるところ、行為者が「中止すれば裁判において刑の減免を受けられるだろう」と考えて中止したという事例はあまり指摘されてきてはいない。また、中止奨励効果の関係で、身代金目的略取誘拐罪の解放による刑の減輕（228 条の 2）の存在が援用されることもあるが、身代金目的での略取誘拐の場合には、類型的に、実行の着手から身代金の取得等までの時間が比較的長く、その間に、他の者による説得、行為者自身の再考・利害打算をする十分な時間を考えるのに対し、中止未遂規定の適用が問題になるのは、実行に「ついさっき」踏み切ったばかりの状況下であり、かかる状況下で、刑の減免の見込みそれ自体が、突然、結果発生防止に出る刺激になりうるのかは疑わしく、このような相違から、動機づけ効果につき必ずしも両者を同列に論ずるのは難しいように思われる。したがって、黄金の橋の理論は、少なくともその動機づけ効果を過大視しすぎているといえるであろう。

そこで、前述の黄金の橋の理論と刑罰目的説を対立させる考え方が妥当であるとすれば、実質的な減免根拠として、黄金の橋の理論を要件解釈の主軸に据えるのではなく、むしろ、刑罰目的説に重点を置き、刑の減免に値する行為を考えていくべきではないかと考える。

なお、この刑罰目的説に関して注目されるものとして、松宮教授の見解がある（松宮孝明『刑法総論講義（第 4 版）』244

頁以下〔成文堂、2009年〕)。すなわち、黄金の橋の理論の意味での「刑事政策説は、素人の多くが43条ただし書きを知らない場合には意味がないし」、「未遂自体の違法性や責任が減少すると考える『法律説』には無理があり」、「刑罰目的からみた『一般予防』ないし『特別予防』の必要性が小さくなることを根拠とする見解——これを刑罰目的説という——が、比較的無難といえようか。」と述べられる。これは重みのある見解であると考えられる。もっとも、その後で、しかし、「現行法の立案関係者〔が〕『刑事政策説』を前提にしていたという事実」が問題であると指摘され、「その立法趣旨が現行憲法に反して不当なものでない限り、現行法の解釈としては『刑事政策説』に従うべきをえな（等）と結論づけられている。

この最後の点に関して、黄金の橋の理論は、現行法の立案関係者がそれを前提にしていたとしても、現行法自体においてそれを明確に示している訳ではないことから、解釈において、それを前提にしなければならないとは思われない。もっとも、(1)条文上、単に「自己の意思により」とあること、また、(2)刑の「減輕」にとどめる場合も認められていることが、黄金の橋の理論に有利に援用されうるものとも考えられる。しかし、この2つは任意性につき一律に広義の後悔まで要求する限定主観説とやや調和しにくいだけと考えられ、また、現行法の立案関係者も、黄金の橋の理論だけでなく、刑罰目的説をも共存させていたようにも思われる。そこで、やはり刑罰目的説に重点を置き、そこから刑の減免に値する行為を考えていくべきであろう。もちろん、その場合、どのような事情が刑罰目的の減少、つまり、一般予防・特別予防上の必要性の減少をもたらすことになるのかが、さらに問われることになる。

中止未遂のこれまでの研究において、「規範的意識の具体化」（香川）、「合法性への帰還」（山中）ないしはそれに類似した観点がしばしば指摘され、真剣な努力、適切な行為の議論の関係でも、「合規範的意思の中止行為への表動」（西原、曾根）、「法的義務にふたたび合致しようとする態度」（川端）といった観点が言及されてきており、本報告でも、刑罰目的の減少をもたらす事情の重点をそこに求め、「中止した」という要件も、そのような意思が具体化したものと考え、ただ、刑法が法益保護を重要な任務としていることから、中止措置への法益尊重意思の具体化と表現するのがよいのではないかと考える。

一旦は犯罪行為に着手し、その犯罪事実そのものが「なかったもの」とはならないとしても、行為者が法益尊重意思を具体化し、事後的であれ自ら法の要求にかなう行為を示したことにより、犯罪が未遂にとどまった場合、中止前の行為にのみ着目して刑罰を科す必要性が減少・消滅する、すなわち、故意をもって実行に着手したことにより、各法定刑に見合う程度に揺るがされたところの、法秩序の実効性に対する社会一般の人々の信頼が、法益尊重意思の現れである既遂阻止行為によって再び安定化され、積極的一般予防上働きかける必要性が減少・消滅し、また、かかる行為者に対して特別予防上働きかける必要性も減少・消滅し、刑の減免にふさわしくなると考える。

そして、ここでいう法益尊重意思の具体化の程度も問題になるところ、それは行為者の行為に対して社会から寛容さが示される程度であり、刑罰目的に関連づけて考えれば、法秩序の実効性に対する揺るがされた社会一般の人々の信頼を安定化する程度のものであることになり、これを定式化すれば、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろうような措置、つまり、「人並みの」法益尊重意思を示す行為が必要であり、それで十分であると考えることができよう。

このように、法益尊重意思の具体化による刑罰目的の減少・消滅を問題にすることにより、一定の中止措置をなしたにもかかわらず既遂に至ってしまった場合には43条ただし書の適用も、準用も認められないことの説明も可能となる。すなわち、そのような場合、責任・非難可能性の減弱はなお認められうるとしても、社会の人々の受ける印象、社会一般の人々に働きかける必要性の程度が異なり、少なくとも一般予防の必要性はあまり減弱しないとみることができるからである。

なお、このような法益尊重意思の具体化は、既遂の阻止との関係で考えられるべきであり、既遂の阻止とは直接関係しない要因、たとえば、自己の犯行を申告しないことや、犯跡隠蔽措置をなしたことなどは中止行為を判断するにあたり考慮されるべき要因ではなく、犯跡隠蔽等までも理由に加えて、中止行為を認めなかった大阪高裁昭和44年10月17日判決（判例タイムズ244号290頁）はやはり問題があるといえよう。

以上のように考えれば、よろしく頼む事例のような放火事件において、消火活動を他人まかせにするのではなく、自ら

もその消火活動にあたり、ないしは少なくとも消火活動に協力することも一般に必要なようになってくると考えられ、殺傷事件においては、それを行いうる状況であるならば、救急車を手配し、あるいは、自ら被害者を病院に搬送するなどにより、被害者を医療機関に委ねるといふ、一般の人からみて、「被害者の救助の見込みのある、一応の救助の目処をつけた」と考えられうるような措置が要求されることになるであろう。投毒行為の事案では治療にあたる者にとって毒の種類により処置が異なり、毒についての情報を与えないことが被害者の生命救助の成否を憂慮すべき程度で偶然にゆだねるような場合にはその情報提供も必要になってくると思われる。

このような中止行為に関する結論は、真剣な努力説、ないしは、適切な行為説によって従来考えられてきた結論と大きく異なるものではないが、真剣な努力説の場合、真剣な努力という表現に含まれる行為の幅が問題となり、適切な行為を問題とする場合、行為者の能力が、はじめから、あるいは、具体的な状況下で限定されている場合もあることを十分に考慮できるのか、ということが問題となる。

この点を、**東京地裁平成7年10月24日判決**（判時1821号155頁）の事案で考えてみたい。これは、被告人が無理心中を企て、子どもの胸部を包丁で突き刺し、自らも胸部等を突き刺して自殺を図り、さらに住居に火を放ったものの、その後翻意し、子どもを屋外まで引きずり出し、さらに付近の人家の敷地内まで引きずって行ったところで意識を失ってしまったところ、偶然通りかかった通行人がこれを発見、救助したという事案である。この場合、被告人らが倒れ込んだ場所は人通りのほとんどない住宅街に位置し、偶然通りかかった通行人が子どもを発見したのは夜間の午前3時55分ころであり、このような場所的、時間的状況から考えれば、確かに、「客観的にみて結果を防止するのにふさわしい」積極的な行為、「犯罪実現の回避が十分に見込まれる」行為とはいいいがたいように思われる。そこで、東京地裁も、「結果発生を自ら防止したと同視するに足りる積極的な行為を行った場合であるとまでは言い難い」として、結論的に中止未遂の成立を否定し、学説上も、この判決は有力な支持を得ている。

しかし、この事案では、前述の①～③の3事例の場合とは異なり、行為者は意識を失って倒れ込んでしまうまで、可能な限り精一杯の努力を尽くしており、それでも中止行為と認める余地はないのであろうか。

確かに、行為者が自ら負傷していない状態で、同様の段階で立ち去ってしまったとしたら、人並みの法益尊重意思の具体化を認めるのは難しいといえるであろう。しかし、この事案の状況下では、救助のためにとりうる手段の中での最善の措置をとったとも評価でき、かかる場合に、行為者の置かれた具体的な状況、行為者の能力を捨象して、救助の見込みの高い一定の標準的な救助行為を措定し、要求することは、それができる状況では望ましいとしても、制約された状況下では酷な要求ではなかろうか。そこで、とるべき措置を一般化し、客観的に固定化して考えるのではなく、行為者の置かれた当該具体的な状況、とりわけ行為者の能力も考慮できるよう、法益尊重意思の具体化を問題にすべきであると考えられる。つまり、中止行為は、人並みの法益尊重意思の現れと認められるものであれば足り、とすべきであろう。

この点、山中教授が、新しく、この東京地裁の事案についても論及され、結果発生防止行為としては、原則的に、「中止行為時にはほぼ確実に結果の発生を防止できる蓋然性の高い行為」を要するとしつつ、例外的に、「結果発生防止のための行為にその当時最善を尽くしたが、力尽きて完成できなかったような場合には」中止行為を肯定してよい（山中敬一『刑法総論（第2版）』763頁 [成文堂、2008年]）と述べられているのが、注目される。【斎藤注：後記45頁以下も参照】

中止行為をこのように考える場合、「中止した」と認めうるのは、この東京地裁平成7年判決の事案のように結果不発生に対して少なくとも条件関係のある場合だけではない。自己のなした中止措置と結果不発生との間に条件関係すらない場合にも、すなわち、なされた実行行為にそもそも結果惹起力が欠ける場合、第三者の自発的な救助行為、もしくは被害者自身の行為の結果として既遂に至らなかった場合、またはそれらが競合する場合、つまり、いわゆる非因果的な中止行為のすべての場合に「中止した」と認めることができることになる。

三、以上で実行未遂の中止行為の内容についての本報告の考え方を示した。以下では、これまで論じてきたこととの関連で、中止行為を考える前提となる着手未遂と実行未遂の区別、とくに錯誤の場合の扱いについて簡潔に示したい。

着手未遂と実行未遂の区別に関して、現在では、実行行為の終了時期が問題というより、既遂を阻止するためにいかなる行為が必要なのかという観点から、行為者の当初の計画のいかんにかかわらず、中止行為の時点で、「因果関係を遮断しなければ結果が発生してしまう状態が惹起されたか否か」（西原）に着目する見解が広く支持されてきている。本報告でも、基本的にこの見解が妥当だと考えるが、中止時点での客観的な状態と、それについての行為者の認識に食い違いがある場合に、その判断を「客観的に」なすべきか、行為者の認識をも考慮に入れて行うべきかがなお重要な問題となると思われる。本報告の中止行為の考え方からは、客観的な事態そのものが重要なのではなく、その事態の主観面への反映、「人並みの法益尊重意思の現れ」の有無の評価が重要であり、したがって、中止時点での行為者の認識内容を基礎として、一般の人がその状況に置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろう措置を考えることになる。

具体的には、実際には軽傷の被害者に致命傷を負わせたと考え、それ以上行為しなかった場合、行為者の認識を基礎に判断すれば、「重傷を負わせた」との行為者の認識を基礎とし、この場合に積極的な中止行為が要求され、それが欠け中止未遂が否定されることになる。そこで、実際には軽傷の被害者に致命傷を負わせたと考え、被害者を病院に搬送した場合には、行為者の認識に対応した積極的な措置を行っていることから中止行為の要件が充たされることになる。さらに、実際には致命傷を負った被害者を軽傷にすぎないと考え、それ以上行為しなかったところ、無関係の第三者が被害者を病院に搬送した場合にも、行為者の認識を基礎に判断して人並みの法益尊重意思の具体化が認められる場合であれば、不作為態様の中止行為で足りうる場合もあることになる。

四、最後に着手未遂の中止行為の内容についても簡単に触れて本報告を終りにしたい。たとえば、殺人未遂事件で、致命的ではないものの相当な程度の傷害を負わせたあと、自己の意思によりそれ以上行為をやめ、しかし、傷の手当てなどは一切せず立ち去ってしまったような場合、既遂を阻止するために客観的、事後的には不作為で足りる場合であるとしても、「殺人の過程で傷害が生じたのであれば、たとえ軽微であっても、治療行為……に出て初めて」中止行為を認めるべきだとし、「着手未遂の中止は不作為で足りる」との考え方に対して有力な異論（塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集第3巻』258頁以下 [成文堂, 1997年]。また、内田, 和田, 王）も唱えられている。

前述のように、着手未遂と実行未遂の区別に関して、中止の時点での既遂を阻止するためにとるべき行為態様を問題とし、かつ、中止行為の内容について既遂の阻止に直接関係する要因に限定して考えるべきだとすれば、「着手未遂の場合はそれ以上の行為をやめればよい」という考え方はなお維持されてよいと考える。着手未遂の場合には、それ以上の行為をやめさえすれば、少なくとも問題となっている法益、先の例では、生命それ自体との関係では、「人並みの法益尊重意思」の現れといえるので、「中止した」といってよいと考えられるからである。

ただ、ここで問題の場合が着手未遂に分類されるべきか否か、つまり、不作為態様の中止行為でよいと考えるべき場合か否かがなお問題とされるべきであろう。客観的、事後的にみればそのまま放置しても既遂に至りえなかったという場合でも、行為者の認識を基礎とした一般人の判断において、既遂の阻止に向けた然るべき措置が必要だと考えられる場合であれば、それに相応した程度での積極的な措置が必要な場合、つまり、実行未遂に分類されるべき場合であると考え。着手未遂の場合に常に不作為態様の中止行為でよいのかという問題提起は、結果発生可能な状態を客観的、事後的に判断すべきではないことを裏づけているように思われ、判例においても、殺意をもって千枚通し様のたこ焼きピックで被害者の頸部を数回突き刺したものの、目的を遂げなかったという事例で、東京地裁平成14年1月22日判決（判時1821号155頁）が、「既遂に至る具体的危険」の有無は「事前の一般人の立場からの判断を基準とすべきであり、事後的な客観的判断を基準とすべきではない」と判示しており、このような判例も「人並みの法益尊重意思」を問題とすることと親和的であるように思われる。

五、以上のように、43条ただし書の「中止した」と認められるためには、「人並みの法益尊重意思の現れであることが必要であり、かつ、それで足りる」こと、その具体的判断は、中止時点での行為者の認識を基礎として、一般の人がその状況に

置かれたならば、既遂を阻止するためにとるであろうような措置を問題とすべきであるとする。

[原口論文, 以上]

236 頁の不能犯の問題に関連して、①只木・白門 2012 年 8 月号 6 頁以下が重要であり、②独仏・英米での**主観説**的な不能犯処理も注目される（原口「八木國之先生追悼論文集『刑事法学の新展開』41 頁以下」、林幹人、町野）。

241～242, 244～245, 特に 279～280 頁に関連して、「**共同正犯と従犯の区別**」も重要な問題であるが、西田ほか編（新）『注釈刑法』1 卷（2010）939 頁（嶋矢）には、「裁判例においては、実行行為を行っている（と見うる）にもかかわらず、その行為者を幫助として処罰している事例が存する。具体的には、・・・最判平 20・4・22（原文では 20 であるが、誤植らしい）判タ 1268 号 132 頁では、正犯者らが約 3 か月半にわたって大阪市内の路上で覚せい剤等の密売を業とした際に、被告人がいわゆる売り子となって正犯の犯行を幫助したとされている。また、薬物売買を仲介し間に立って薬物と金銭の受交付を行った者につき、横浜地川崎支判昭 51・11・25 判時 842 号 127 頁は、純粹な取引の仲介であり利益は帰属しておらず正犯意思を欠くとして、故意ある幫助的道具として幫助を認めた。厳密に見るならば、売人は販売行為を実行しており、これも実行行為を行う幫助犯の一類型といえよう。」との記述があり、このうち、後者の地裁判例は既に 397 頁⑩でふれたものであるが（大コンメンタール刑法 5 卷 68 頁以下〔高窪〕、117 頁以下〔村上〕、特に 560 頁以下〔安廣〕も参照）、前者は最高裁判例だけに一層注目される。もっとも、この前者の場合、「被告人は、関与した個々の販売において実行行為を行っているが、業とする行為の中では地位が低いとみられたのか、共同正犯ではなく**幫助犯として起訴された。**」というのであって（『最高裁 時の判例 VI』347 頁）、最高裁（など裁判所）自身が特に従犯視したという性格は薄いものの、実務的感覚の一端を窺わせるとはいえよう（後記 280 頁関連の補足箇所も参照）。

242 頁の教唆犯・従犯、270～271 頁の**結果的加重犯の共犯**に関連して、危険運転致死傷罪の幫助犯を認めたものとして、最決平 25・4・15 が注目に値する。以下、若干引用する（被告人らは従犯として起訴されており、それを認めたのは妥当といえようが、理論上は、教唆犯〔あるいは、共謀共同正犯〕に問い得ない事案だったかも、多少問題たり得よう）。

・・・なお、所論に鑑み、被告人兩名に対する危険運転致死傷幫助罪の成否について、職権で判断する。

1 原判決及びその是認する第 1 審判決の認定によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) 被告人 A（当時 4 5 歳）及び被告人 B（当時 4 3 歳）は、運送会社に勤務する同僚運転手であり、同社に勤務する C（当時 3 2 歳）とは、仕事の指導等をする先輩の関係にあるのみならず、職場内の遊び仲間でもあった。

(2) 被告人兩名は、平成 20 年 2 月 17 日午後 1 時 30 分頃から同日午後 6 時 20 分頃までの間、飲食店で C らと共に飲酒をしたところ、C が高度に酩酊した様子をその場で認識したばかりでなく、更に飲酒をするため、別の場所に向かって C がスポーツカータイプの普通乗用自動車（以下「本件車両」という。）で疾走する様子を後から追う車内から見て、「あんなに飛ばして大丈夫かな」などと話し、C の運転を心配するほどであった。

(3) 被告人兩名は、目的の店に到着後、同店駐車場に駐車中の本件車両に乗り込んで、C と共に同店の開店を待つうち、同日午後 7 時 10 分前後頃、C から、「まだ時間あるんですね。一回りしてきませんか」などと、開店までの待ち時間に、本件車両に被告人兩名を同乗させて付近の道路を走行させることへの了解を求められた折、被告人 A が、顔を C に向けて頷くなどし、被告人 B が、「そうしようか」などと答え、それぞれ了解を与えた。

(4) これを受けて、C は、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で、上記駐車場から本件車両を発進させてこれを走行させ、これにより、同日午後 7 時 25 分頃、埼玉県熊谷市内の道路において、本件車両を時速 100 ないし 120 km で走行させて対向車線に進出させ、対向車 2 台に順次衝突させて、その乗員のうち 2 名を死亡させ、4 名に傷害を負わせる本件事故を起こした。被告人兩名は、その間、先に了解を与えた際の態度を変えず、C の運転を制止することなく本件車両に同乗し、これを黙認し続けていた。

2所論は、被告人兩名がCによる本件車両の運転を了解し、その走行を黙認しただけでは被告人兩名に危険運転致死傷幫助罪は成立しないという。

そこで検討するに、刑法62条1項の従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものである（最高裁昭和24年（れ）第1506号同年10月1日第二小法廷判決・刑集3巻10号1629頁参照）ところ、前記1のとおりCと被告人兩名との関係、Cが被告人兩名に本件車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況、これに対する被告人兩名の応答態度等に照らせば、Cが本件車両を運転するについては、先輩であり、同乗している被告人兩名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている一方、被告人兩名は、Cがアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、本件車両発進に了解を与え、そのCの運転を制止することなくそのまま本件車両に同乗してこれを黙認し続けたと認められるのであるから、上記の被告人兩名の了解とこれに続く黙認という行為が、Cの運転の意思をより強固なものにすることにより、Cの危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らかであって、被告人兩名に危険運転致死傷幫助罪が成立するというべきである。

243, 279~280 頁に関連し、いわゆる**正犯意思**なく従犯とされた例を挙げておく（広島高判平21・4・30）。その要旨に、いわく。 被告人は、被害者に飲ませる睡眠薬入りのカプセルを準備したり（実際、それによって被害者は眠らせられた）、AとBとの謀議の場に同席して「ぼこぼこのばきばきに殺してしまえばいい」などと発言したこと、また、船舶操縦免許を持っている被告人に操縦してもらって死体を海に運ぶという話も一旦は出たことが認められるものの、その点を考慮しても、**自己の犯罪を行う意思ではなく、AとBらの犯行を幫助する意思であつたに過ぎない**と解する余地があり、被告人が、本件殺人について共謀したことの証明はないといわざるを得ず、原判決は、被告人について、本件殺人の共謀共同正犯であると認定した点で、事実を誤認しており、被告人は、本件殺人の従犯にとどまると認定するのが相当である、というのである。

【補足的コメント】広島高裁は、なお従犯にとどまると認定した具体的理由として、被告人は、実行行為そのものに直接加担した訳でないのは勿論、それをA・Bから期待されてもおらず、殺人の現場にも行っていないし、殺人の報酬はA・Bの2人だけで折半するのが当然と（Bに）認識されており、「ぼこぼこのばきばきに殺してしまえばいい」などという曖昧な発言が謀議として意味があつたかも疑わしい（被告人の謀議の場への同席は、Aと常に一緒にいたいとの思いによる面も否定し難い）、などの事情を挙げている。また、殺人の実行分担に匹敵し、または準ずるほどの重要な役割を果たしたということには、躊躇を感じざるを得ない、とも述べている。

246 頁以下の**共犯の実行従属性**に関しては、只木誠・白門2012年12月29頁以下も参考になる。

251 頁のいわゆる「**身分のない故意のある道具**」の利用の場合、間接正犯を認めるよりは共犯とするのが妥当と思われる。その共犯の中では、従来の学説傾向からすれば教唆犯が考えられやすいものの、実務的には原則として**共謀共同正犯**がふさわしいことになる。ただ、細かなことといえば、身分のある利用者あるいは（特に）身分のない被利用者が実際のところ脇役に過ぎない全く例外的な場合は、問題であるが、その場合には、脇役は「従犯」、他方は「（従犯利用の）共同正犯」（261頁第2段落参照）とすることも、抵抗や異論も強いにせよ、学問的には一案ではあろう（後出の261頁に関する部分も参照）。しかし、余り試験向きではなく、少なくとも、異説にとどまるとの明記が必要となろう。

254 頁の第4段落に関連して、**最小従属性説**への支持が近年やや強まっており、注目される（平野・総論354頁以下は別としても、島田聡一郎『注釈刑法』1巻810頁、879頁以下、同『Legal Quest 刑法総論』360頁以下、401頁以下、西田『総論』394頁以下、佐伯『楽しみ方』374頁以下参照）。この考え方は、共同正犯も視野に入れると、説得的である（現在の判例の考え方でも、急迫不正の侵害に対する共同反撃の場合、反撃者によって、急迫性や防衛意思の有無が異なり

得るので、正当防衛の成否も分かれ得ることになる。ただ、狭義の共犯（教唆犯・従犯）につき、最小従属性説を採るべき必要性があるのか（構成要件該当の違法行為への関与であっても、事情によっては適法・不可罰であり得ることは〔285, 299頁, 403頁以下参照〕, 制限従属性説と何ら矛盾しないのであり〔254頁第2段落後半も参照〕, 適法行為への関与も共犯とすべきことがあり得るかこそが問題である), 構成要件該当の適法行為の違法な利用は、可罰的たり得べきではあるが、それは（共犯ではなく）従来の普通の理解のように（原則的に）間接正犯と把握（256頁下段参照）すべきではないのか、が特に問題となろう。もっとも、間接正犯概念否定の拡張的共犯論（257頁第2段落参照）にまで赴かなくても、たとえば、構成要件該当の違法行為を教唆したものの、予想外に被教唆者は適法行為で対処した（しかし、教唆者による依然違法な利用ではあった）ような場合には、適法行為利用の教唆犯とすべきであろうか。

261頁第2段落の「従犯利用の共同正犯」については、「共同」正犯といいながら（また、「すべて」正犯とする、と60条に規定されているのに）、共同正犯が2人かそれ以上でなく、1人だけというのは、おかしいとの抵抗や異論が根強いようにも思われるが、いずれも有力である行為共同説（399頁）や片面的共同正犯肯定説（267頁）でも、共同正犯が1人だけになる場合も当然認められていることにも、注意を要しよう。たとえば、強姦目的の甲と強盗目的の乙とが反抗抑圧程度の暴行・脅迫で共同し各自の目的を遂げた場合には（相互に別の目的とは知らなかったと仮定すれば）、行為共同説によれば、甲1人が強姦罪の共同正犯、乙1人が強盗罪の共同正犯となる訳である。また、AがVを射殺しようとしている時に、BもひそかにAに協力する意思で（Aに知られることなく）V目掛けて発砲し、このためVが逃げ切れずAの撃った弾に当たって死亡した場合、片面的共同正犯が認められるとすれば、Bは1人だけ殺人罪の共同正犯となる筈である。

更に、上のいずれの説も採らなくても、錯誤の場合には、一般の立場でも、共同正犯が1人だけになる場合がある。たとえば、共同者間に錯誤があって、1人の者は、状況上重要な見張りを担当し、相棒が強盗を働くのでなくただ盗むだけと誤解していたとすれば、その者1人は窃盗罪の共同正犯にとどまると解される。

262頁以下の関係で、A「不作為による殺人罪の共同正犯」が認められた事例（東京高判平19・1・29〔実母と同棲男による児童虐待——極度の栄養失調で死亡させた——事件〕）、及び、B「作為による殺人罪と不作為による殺人罪の共同正犯」が認められた事例（東京高判平20・10・6判タ1309・292〔罪な女の子事件〕。論及例として、島田聡一郎・注釈刑法1巻〔2010年〕812, 813, 841-842頁, 西田・総論356頁以下, 林『判例』198頁以下, 前田・総論493, 532頁, 只木編・刑法演習ノート114頁〔和田俊憲〕）、を挙げておく。後者Bは、概略、以下のようなものである。

殺人の実行行為を行わず、その一部も分担していない者について共同正犯としての責任を追及するには、共謀共同正犯として共謀を認定する方法が考えられるが、本件のように、それらの者が現場に同行している場合には、それらの者について不作為犯が成立するかを検討し、その成立が認められた場合には、他の作為犯との意思の連絡（現場共謀）による共同正犯を認める方が、事案にふさわしい場合がある。本件においては、（話の弾みで、自分Xに対する強姦犯人だとデッチ上げてしまった）被害者Vを呼び出せば他の者によってVに暴行が加えられるであろうことを認識しつつこれを呼び出した被告人X（罪な女の子）は、身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者Vを誘い入れたものであり、（その後、犯行をエスカレートさせ、被害者Vを殺す意図まで明らかにしていた）共犯者らに対して呼び出しの理由となった強姦の事実が実際には存在しないことを告白すべきであったのにこれを怠った点において、また、（Xは本当に強姦されていると誤信していた）被告人Yについても、身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者Vを積極的に誘い入れた者として、警察や知人等に通報するなどして殺害の阻止に努めるべきであったのにこれを怠った点において、本件殺害について不作為犯としての共同正犯が成立する。

【補足的コメント】本件では、被告人X（罪な女の子）に殺人の「共謀」共同正犯を認めることは、282頁下方に記載の練馬事件の判旨（共謀・謀議の定義）からして（また、形態上は「謀議」を必ずしも不可欠とはしない組長専属警護隊〔スワット〕事件などの判旨によっても）困難である一方、不作為による殺人罪（主犯らの作為による殺人罪との

実行共同正犯)を認めることは、デッチ上げ的な先行行為、情報面等における排他的支配、作為の(規範的にみた)容易性、被害者生命軽視顕著な行為態様、否定し難い殺意などからみて、そう困難ではないと思われる。

264頁本文の下から2行目の「最決平15・5・1」(組長専属警護隊事件=スワット事件)は、百選Iに収録されているので(76番)、283頁におけると同様に、ゴシックに改める。なお、この重要判例のスワット事件に関連して、山口組最高幹部の拳銃加重所持罪の共謀共同正犯については、後に詳しく補足する(42頁以下)。

同じ264頁の注(「不作為による従犯」すら成立しないとされた例)の2行目の大阪高判平2・1・23も、内容に立ち入って紹介すると、これは、Aは、B女に頼まれ、飲食店・料理店の各営業許可をとり、その名義をB女に貸してやったところ、B女は店を売春場所として提供するのを業とするようになったが、Aは後に薄々そのことに気づきながら放置していた、という事案につき、B女の正犯行為を防止する法律的作為義務をAに認めることはできず、売春防止法違反(11条2項[売春場所提供業])の従犯(1審)は成立しない、というものである(支持、林幹人、内藤)。

268頁以下に関し、有益な嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」『三井誠先生古稀祝賀』205頁以下。

275頁以下(承継的共犯に関する重要判例)の関係で、最近、最高裁は、先行者が被害者に暴行を加えて傷害を負わせた後に、後行者が共謀加担して暴行を加え、被害者の傷害を重篤化させたという事案に関し、たとえ後行者において、被害者が先行者の暴行により負傷して逃亡・抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだという事実があったとしても、後行者の共謀及びそれに基づく行為が、共謀加担前に先行者が既に生じさせていた傷害結果と因果関係を有することはないから、後行者は、その共謀加担前の傷害結果につき傷害罪の共同正犯として責任を負うことはなく、共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う、との判断を示している(平成24年11月6日の決定。これには、須藤正彦・小貫芳信の2人の本学OB裁判官が関与。なお、佐伯『楽しみ方』387頁以下[支持]、只木編『刑法演習ノート』115頁[和田。同時傷害例適用排除と理解])。

これは、承継的共同正犯に関する最高裁の初めての判断として注目され、(単純な、あるいは限定的な)肯定説を排斥し、後行者が、関与後の、自ら因果的に寄与した行為・結果についてしか責任を負わないという意味での否定説に立つことを明確にした点で極めて重要である(原口。なお、次に紹介する、いち早く否定説的な東京高判平17・11・1)。

また、とくに裁判長千葉勝美の補足意見は、「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろう」と述べており、全面的否定説も排斥するものと見受けられる(なお、高橋直哉「承継的共犯に関する一考察」法学新報113巻3・4号119頁以下、只木誠・白門2013年6月号53頁以下)。

276頁第3段落の承継的共同正犯限定的肯定説に拠った東京高判平16・6・22に関連して、同じく(現在は、本学法科大学院教授の)安廣文夫先生が裁判長の、いち早く否定説的な東京高判平17・11・1も、注目される(共謀成立時期の認定に関する裁判実例としても注目される)ので、やや長い、「事案の概要」と「判示事項」を掲げた上、紹介する。

【事案の概要】被害者両名の傷害はすべて被告人両名について共謀が成立する前に生じていたものと認めざるを得ず、被告人両名が他の共犯者らによるこれらの傷害の原因となった暴行による被害者両名の反抗抑圧状態を利用して強盗の犯行に加功したとしても、加功前に生じた傷害の結果についてまで帰責されるものではないから、被告人両名に対しては、強盗罪の共同正犯が成立するにとどまり、強盗致傷罪の共同正犯の刑責を問うことはできないとして、強盗致傷罪の共同正犯の成立を認めた原判決を破棄した事例。

【判示事項】 後行行為者である被告人兩名について、強盗致傷のいわゆる承継的共同正犯の成立を認めた原判決に対し、先行行為者との共謀の成立時点の認定が早期に過ぎるとした上、傷害の結果は、すべて先行行為者の暴行によるもので、被告人兩名が加功した後の暴行がこれを増悪させたとも認められない、として、**強盗罪の共同正犯の成立を認めた事例**

(抄)： 1 そこで検討すると、原判決が挙示する関係証拠を総合すれば、本件犯行に至る経緯及び犯行態様等は以下のとおりであると認められる（以下の時刻はいずれも平成16年10月1日のものである。）。

(1) AとBは、午前2時過ぎころ被告人乙の実家からCの家に向かったが、その途中、第1現場の付近において、Aは、Eがヘルメットを被らずに原動機付自転車に乗っているのを認めてそのことに腹を立て、同人に因縁をつけて暴行を加え金品を奪おうと考え、すれ違いざまにEの原動機付自転車を蹴ったが、Eはそのままスピードを上げて逃げてしまった。そこで、AはEと一緒に自転車で併走していたDにEの居場所を尋ねたが、同人がEの居場所を教えようとしなかったため、その態度に腹を立て、同人からEの居場所を聞き出し、2人に暴行を加えて金品を奪おうと考えた。Aは、第1現場において、Dに自転車から降りるように言い、Dが道路上に止めた自転車を蹴飛ばして倒し、Bと共にDを取り囲み、同人の頭部及び顔面を手拳で数回殴打したり、「誰の許可でノーヘルで走ってるんだ、刺すぞ」、「ナイフで刺されねえとわからねえのか」などと怒鳴りつけ、電話でEを第1現場まで呼び出させた。Eが到着すると、Aは、「てめえ、誰の許可でノーヘルで走っているんだ」、「調子に乗ってんじゃねえ、二和をなめるな、ナイフで刺すぞ」、などと怒鳴りつけると共に、その顔面や頭部を手拳やヘルメットで多数回殴打し、Bは、Eの髪の毛を掴んでその顔面を4、5回殴打し、倒れた同人の背中を足蹴にするなどした。AないしBに電話で呼び出されて、第1現場に到着したCは、AやBの暴行によって倒れているEを認めるや、同人に近づき、その顔面を数回殴打した。

(2) 午前3時過ぎ、AはGに電話し、「今、ノーヘルの奴捕まえて、やっちゃってる、これから公民館（第2現場）に行く」と伝え、Gがその場（被告人乙の実家）にいた被告人兩名及びHに「Aたちがノーヘルの奴を捕まえてシメている」などと伝えたところ、被告人兩名はG及びHと共に第2現場に赴くことに決めた。一方、Aは、BにGを迎えに行くように頼むと、Cと共に被害者兩名を連れて第2現場に移った。

(3) A及びCは、第2現場に着くと、被害者兩名を正座させ、Aが携帯電話で被害者兩名の頭部を殴打した。更に、Aは財布を出せなどと被害者兩名に要求してDから現金約5500円、キャッシュカード1枚及び運転免許証1通在中の財布の交付を受けるとともに、Eから現金約1万5000円、キャッシュカード1枚及び運転免許証1通在中の財布の交付を受けてそれらをCに渡し、Cないしそのころ同所に来ていた他の者が上記2個の財布から、それぞれ現金約5500円及び現金約1万5000円を抜き取った上、被害者兩名にキャッシュカード1枚及び運転免許証1通在中の各財布を返した。その後、Aは、更に、被害者兩名の頭部をコンクリートブロック片で殴打した。被告人兩名は、Bのバイクに乗って、そのころ、第2現場に到着し、一たん被害者兩名に対する暴行は止まった。

(4) その後、Bはバイクで折り返し被告人乙の実家に行き、G及びHを乗せて第2現場に到着すると、Gがいきなり、Dの背部や左肩、Eの肩や背部を立て続けに金属製の棒様の物で殴打し、Dにコンクリートブロック片を投げ付けるなどした。更にAも加わりGと共に被害者兩名を殴打し始めたところ、被告人兩名は直ちにこれを制止した。

(5) 被告人兩名は、いずれも被害者らに対し、暴行は加えていないし、共犯者らに暴行を継続することを促すような言動もしていない。

(6) その後、被告人乙は「金取っちゃえば」などと言い、Gが被害者兩名に「財布を出せ」などと要求してそれぞれの財布を奪った。被告人上ノ内はGが被害者兩名から奪い取った財布の中に運転免許証等があるのを見て、「免許証で金借りられるんじゃないか」などと言い、他の者も皆同調して被害者兩名に消費者金融で借金をさせ、その金を奪い取ることが決まった。Aは、Eの髪の毛を掴んで「借りてくるんだよ」などと怒鳴りつけ、その脇腹を足蹴にした。しばらくして、Aから呼び出されたIが第2現場に到着し、被告人らに合流した。

(7) 被告人兩名は、共犯者らと共謀の上、反抗抑圧状態にあるDに消費者金融から2回にわたり現金合計25万円を借り入れさせて強取した上、強取した被害者兩名名義のキャッシュカードを使用し、現金自動預払機から現金合計29万4000円を引出して窃取した(原判示第2事実)が、被告人兩名は、これらの強取及び窃取に係る金品の中から、それぞれ現金15,6万円を取得した。

(8) 前記(1)、(3)、(4)の暴行により、Dは加療約2週間を要する頭部打撲傷、顔面多発打撲傷及び背部打撲傷の傷害を負い、Eは加療約7か月間を要する右頬骨骨折、両側下顎角部骨折及び顔面打撲の傷害を負った(中略)。

2 原判決は、基本的には、ほぼ同様の事実関係をその判示の前提にしているものと思われるが、AからGに電話があり、被告人兩名がGからAらが通行人に暴行を加えていることを聞いた時点で強盗についての共謀が暗黙のうちに成立したものと認定し、第2の現場におけるAらによる暴行及び強取行為のうち、そのころ以降のものについては共同正犯としての刑責を負うものとしているように解される。確かに、被告人兩名は、GからAらが通行人に暴行を加えていることを聞き、第2現場に赴くことに決めたのであって、第2現場での状況によっては自らも暴行行為に加担することがあるものと認識していたとはいえるであろう。しかし、被告人兩名はその時点では、第2現場での具体的な状況を何ら把握しておらず、実際に自ら暴行行為に及ぶことになるのか、更には金品を取得することができるのかは未確定であったこと、第2現場に到着するまでは、Aらの犯行につき何らの支配力も及ぼしていないし、また、支配力を及ぼし得る状況にもなかつたことからすると、被告人兩名が場合によってはAらが痛めつけている被害者から金品を取得したいとの希望を持っていたとしても、その時点では、未だ強盗の共謀が成立したと認めるには足りず、第2現場で現に行われつつあるAらの犯行につき共同正犯として帰責されるいわれはない。更に検討すると、前記1(3)ないし(5)のとおり、被告人兩名が第2現場に到着したときは、Aらの被害者兩名に対する暴行は止まっており、被告人兩名は、いずれも自ら暴行は加えていないし、GやAが突然暴行に及んだのを見るや直ちにこれを制止しているのであって、共犯者らに暴行を促してもいない。被告人兩名の供述によると、被害者兩名は、既にAらに手ひどい暴行を加えられて負傷しており、金品を強奪するにはこれ以上の暴行を加える必要はないし、これ以上重篤な結果を招来してはいけないと思ったというのであり、上記のような被告人兩名の行動に照らし、これらの供述は信用できるというべきである。被告人兩名は、前記1(4)の目前で突然開始されたGやAによる暴行に何らの支配力も及ぼしていないし、直ちにこれを制止していることからしても、これらの暴行を容認していたわけでもない。してみると、被告人兩名は、引き続いて反抗抑圧状態にある被害者兩名から他の共犯者らと共に金品を強取する意思を有していたことは認められるが、これらの暴行についてまで、GやAと意思を相通じていたとはいえない。前記1(6)のとおり、被告人兩名がAらの暴行を制止した後、被告人乙がGらに現金の取得を促し、これを受けたGが被害者兩名に財布の交付を要求し、被告人上ノ内もこれを傍観した上、Gが奪い取った財布の中に運転免許証等があるのを見て、被害者兩名に消費者金融から借金をさせてこれを取得することを提案したこと、そして前記1(7)のとおり的事実が認められるので、被告人兩名については、第2現場に到着した後に被告人乙がGらに現金の取得を促したところに、A、Gらとの間で被害者兩名から金品を強取することについての共謀が成立したと認めるのが相当である。(中略)上記認定とは異なり、Aらが通行人に暴行を加えていることを聞いた時点で強盗についての共謀が暗黙のうちに成立した旨認定した原判決は、事実を誤認したものであって、その事実誤認は判決に影響を及ぼすことが明らかである。

各論旨は理由がある。よって、(中略)刑訴法397条1項、382条により原判決を全部破棄することとし、同法400条ただし書を適用して被告事件について更に判決する。

(罪となるべき事実) (中略) A及びBは、平成16年10月1日午前2時40分ころ、千葉県船橋市a b丁目c番d号先路上において、暗黙のうちに意思を相通じ、自転車に乗車して通行中のD(当時22歳)及び原動機付自転車で通行したE(当時22歳)から金品を強取しようとして企て、Dに対し、「ナイフで刺されねえとわからねえのか」などと語気鋭く申し向け、その顔面及び頭部等を手拳で多数回殴打し、Eに対し、「調子に乗ってんじゃねえ。二和をなめるな。ナイフで刺すぞ」などと語気鋭く申し向け、その頭部及び顔面等をヘルメット等で多数回殴打したり、倒れた同人の背中を足蹴にするなどの暴行、脅迫を加え、更に、AないしBから連絡を受けて到着したCは、A及びBと暗黙のうちに意思を相通じ、D

及びEから金品を強取しようと企て、Eの顔面を数回足蹴にする暴行を加えた。被告人兩名、G及びHは、同市内の被告人乙の実家で飲酒していたところ、同日午前3時過ぎ、Aが電話でGに対し、通行人に暴行を加えている旨伝えてきたことから、被告人兩名、G及びHは、迎えに来たBと共に順次、同市 a e 丁目 f 番 g 号所在の船橋市立X公民館駐車場に向かった。一方、A及びCは、D及びEを連れて上記船橋市立X公民館駐車場に移動し、同日午前3時15分ころ、同所において、D及びEに対し、手拳等で頭部及び顔面等を多数回殴打するなどの暴行を加え、引き続き、同日午前3時45分ころまでの間、同所において、Aが、Eに対し、コンクリートブロックでその頭部を殴打し、被告人兩名、G及びHがBと共に同所に到着した後、Gが、D及びEに対し、金属製の棒様の物で肩及び背部等を数回殴打するなどの暴行を加えた。

被告人兩名は、A、B、C、G及びHと暗黙のうちに順次意思を相通じ、上記一連の暴行により反抗抑圧状態に陥っていたD及びEから金品を強取しようと企て、被告人乙が、Gに対し、「金取っちゃえば」などと言い、GがD及びEに財布を出せと要求し、Dから、同人が所有又は管理するキャッシュカード1枚及び運転免許証1通在中の財布1個（時価約1000円相当）を、Eから、同人が所有又は管理するキャッシュカード1枚及び運転免許証1通在中の財布1個（時価約1000円相当）をそれぞれ強取した。更に、被告人兩名は、上記共犯者5名のほか、そのころAから呼び出されて前記船橋市立X公民館に到着した原審分離前相被告人Iとも暗黙のうちに意思を相通じ、依然として反抗抑圧状態にあるD及びEから金品を強取しようと企て、同日午前10時35分ころ、同市 h i 丁目 j 番所在のY公園において、Dから、同人が消費者金融から借り入れた現金20万円を強取し、同日午後零時20分ころ、同市 h k 丁目 1 番所在のZ公園において、Dから、同人が消費者金融から借り入れた現金5万円を強取した。

（証拠の標目）（省略）

（被告人兩名に対し強盗罪の成立を認めるにとどめた理由）

1 被告人兩名に対する原判示第1の事実に対する公訴事実、被告人兩名は当初から他の共犯者らと共に謀して強盗致傷の犯行に及んだというものであるところ、原判決は、その認定にかかる被告人兩名についての共謀成立時期を前提とした上で、〔1〕被告人兩名による共謀が成立する前後の暴行はいずれも強盗を目的としたものであること、〔2〕被告人兩名による共謀が成立した後の暴行は、被害者兩名に新たな傷害を負わせ、既に負っていた傷害を増悪させており、共謀前の暴行行為を引き継いで、被害者兩名の反抗を抑圧し、その状態を維持し継続するために行われたものであり、共謀前の暴行行為と一体となって被害者兩名に傷害を負わせたものというべきであって、被告人兩名は、共謀が成立する前の暴行行為をも自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用し、被害者兩名に傷害を負わせて強取行為に及んだものと評価することができるから、暴行行為全部の結果について責任を負わなければならないと説示した。

2 しかし、当裁判所は、被告人兩名が第2現場に到着してから被告人乙がGらに現金の取得を促したころ、A、Gらと被告人兩名との間で強盗の共謀が暗黙のうちに成立したと認めるものである。被告人乙がGらに現金の取得を促した後に被害者兩名に更なる暴行が加えられたかどうかについては、Dは、その後も男の誰かから、頭や顔を殴られたり、背中を蹴られたりしていると思う旨供述し、Eは、自分に対する暴行が終わったのは、財布を出してから大体30分くらい経ったころだったと思う旨供述してはいるものの、いずれも行為者はもちろん、その回数や程度については特定できない抽象的なもので、特にEに関しては財布を犯人らに2度渡したか否かもはっきりとしないという混乱もみられる。被告人兩名、A、B、C、G、Hらの供述は、それまでに苛烈な暴行を加えていたことをこぞって認めている反面、被告人乙がGらに現金の取得を促した後については、Bの「GがEの髪の毛を掴んで『借りてくるんだよ』と怒鳴りつけていた」旨の供述及びGの「自分がEの髪の毛を引っ張って、犬のように四つんばいにして『金借りに行くか』などと言いながら、Eの脇腹付近を蹴ったりした」旨の供述以外に被害者兩名に更なる暴行を加えたとの供述は見当たらない。このような証拠関係からすると、被告人乙がGらに現金の取得を促した後に、Dに対し、更なる暴行が加えられたと認定するには合理的疑いが残り、Eについても、Gがその髪の毛を掴んで脇腹付近を足蹴にした暴行以外に暴行が加えられたと認定するには合理的疑いが残る。そして、Eに対する上記暴行の部位が頭髪や脇腹付近であることからすると、これによって、同人の加療約7か月間を要する右頬骨折、両側下顎角部骨折及び顔面打撲（他の傷害が認められないことは、前記1（8）のとおりである。）の傷害を生じさせ

ることはもちろん、増悪させたとも認定することはできない。そうすると、被害者両名の傷害はすべて被告人両名について共謀が成立する前に生じていたものと認めざるを得ず、被告人両名が他の共犯者らによるこれらの傷害の原因となった暴行による被害者両名の反抗抑圧状態を利用して強盗の犯行に加功したとしても、加功前に生じた傷害の結果についてまで帰責されるものではないと解するのが相当である。

したがって、被告人両名に対しては、強盗罪の共同正犯が成立するにとどまり、強盗致傷罪の共同正犯の刑責を問うことはできない。(以下省略) (安廣文夫 山田敏彦 前澤久美子)

280 頁中頃の注の下から 3~4 行目の「事件の脇役に過ぎなかった者」の後ろに、「(形式的には実行者〔特に、一部実行者〕でも〔稀には〕脇役とみ得る余地があろう。)」を加入する(上記 241~242 頁の関係での補足箇所にも注意)。

282 頁下方の注『共謀』の意義』で、最大判昭 33・5・28(練馬事件)による定義を引用したが、その重要性にもかかわらず正確には覚えにくいので、「特定」「共同」「互に」「各自」「謀議」の頭文字を取って、「ときたか謀」などと(この最初も思い出せず困った「時」は、「困ったとき」の「とき」から始まるのだと)記憶するのも、一案であろう。

283 頁の共謀共同正犯に関する新たな重要判例のスワット事件に関連して、山口組最高幹部の拳銃加重所持罪の共謀共同正犯について、ふれておこう。

スワット事件(組長専属警護隊事件)の最決平 15・5・1による上告棄却で、山口組の最高幹部の 1 人に対し、懲役 7 年の 1 審判決が確定した(もともと、被告人の体調悪化で、執行停止〔刑訴法 482 条参照〕中とも伝えられた)。

更に、別の山口組最高幹部(後の山口組 6 代目組長!)も、拳銃加重所持罪の共謀共同正犯として起訴され、1 審では無罪となったが、2 審では懲役 6 年の判決が下り(大阪高判平 16・2・24)、最高裁に上告した。この幹部は、2 審判決後収監されたが、10 億円の保釈金を払って即日保釈され、2005 年春に、山口組のナンバー・ツリーのポストである「若頭」に就任したと伝えられ(ナンバー・ワンの組長は「休養宣言」を出し、集団指導体制が敷かれてきたとか)、その後、山口組 6 代目組長への就任が伝えられた。しかし、そのまた後、最高裁が上告を棄却(最決平 17・11・29)〔裁判集 288・543。下記の補記参照〕、この大物は服役後、満期釈放となっている(ネット記事「司忍」ウィキペディア参照。序でながら、暴力団対策法 31 条の 2〔威力利用資金獲得行為に係る暴力団トップの損害賠償責任〕に〔も〕基づく、みかじめ料支払拒絶キャバクラへの放火に関する、遺族からの山口組組長等提訴を報ずるものに、2013 年 5 月 20 日各紙夕刊)。

なお、山口組幹部のほぼ類似の銃刀法違反事件では、1・2 審(大阪地判平 16・3・23、大阪高判平 18・4・24)が無罪を言い渡したが、破棄・差戻となっており(最判平 21・10・19 平 22 年度重判解 204 頁)、暴力団幹部のボディガードが(実弾付)拳銃を所持して護衛に当たっていた場合、同幹部に拳銃(加重)所持罪の共謀共同正犯を認める判例がほぼ定着したと見られる。

なお、後に、401 頁の関係、内容的には「未必の故意による共謀共同正犯を認めた最決平 19・11・14」の関係、でも論及するが(後出 49 頁)、この最判平 21・10・19は、配下のボディガード組員による拳銃の(加重)所持を、組長が——「確定的に」認識した上では述べず、単に、——「認識した上で」それを当然のこととして受け入れて認容していたものと述べつつ、組長に共謀共同正犯を認めており(ただ、差戻後の大阪地判平 23・5・24 は、改めての事実認定で、所持の未必的認識と共謀を否定)、判例が「未必の故意による共謀共同正犯」を否定するつもりのないことを明確にしている(林『判例』191 頁以下、196 頁参照。ただし、異なる理解として、橋本正博・平 22 年度重要判例解説 205 頁、松宮孝明・法学教室 2012 年 12 月号 32 頁)。ただ、未必の故意による共謀共同正犯を認めるとしても、①「具体的な打合せ行為ないし明示的な意思連絡」という意味での「謀議」までは不可欠ではないというだけで、共謀共同正犯を認めるには、2 人以上の者が「特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって、互いに相手(相棒)の行為(実行行為あるいはそれを支える等の行為)を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする」(黙示的なものにせよ)意思連絡・合意は、「共謀」とし

て、不可欠である（従って、その場に居ても、聞き傍観したに過ぎない者は、共謀したものではない）ほか、②その**未必の故意の認定**は、蓋然性説あるいは同説的な「動機説」に従い、犯罪事実発生の蓋然性の認識（更に言えば、一応まともな法益尊重感覚の持主であれば、当然、行為を思いとどまる程の高度の〔犯罪事実発生の〕可能性の認識）を不可欠の前提とし（98～99頁）、なお、林『判例』195頁以下、その適正な認定には、**それ相応の客観的事情の存在・認定が必要**である（これらなしには、政治家や企業幹部をも含めた国民一般の法的安全性は保障されない）、ことに注意を要する（なお、松宮・前掲30頁以下、同・総論179頁以下）。

【補記 = テキスト283頁でふれた点の補足】ちなみに、上掲最決平15・5・1の結論は（スワットと称される明確な武装警護組織の恒常的な活動が「厳格な証明」によって立証しつくされている等の点で）正しいとしつつ、山口組6代目組長に対する上記最決平17・11・29に対しては、（きちんと立証された範囲では、身辺の子分〔秘書や組員〕が拳銃を持っていたことが偶々発見された程度の事案に過ぎず、親分による子分に対する拳銃所持の命令・指示など又はその時だけでない前歴の立証が欠けているのに、親分に拳銃所持の共謀共同正犯を認めた）「特筆に価する恐ろしい判例」だと批判するものとして、西原春夫・刑事法ジャーナル3号54頁以下がある【同方向、松原芳博『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』上巻525頁以下は、少なくとも17年決定の事案では、組長たる被告人の「外界に対する働きかけ」としての「行為寄与」なし、とする。ちなみに、共同意思主体説による共謀共同正犯論を——草野豹一郎・下村康正の中大学統に沿って——継承する立石二六『刑法解釈学の諸問題』160頁以下は、練馬事件判例は支持する一方、スワット事件以降の最高裁判例の共謀概念はことごとく廃棄されるべきだとする。なお、福田平・大塚仁らもスワット事件判例に批判的なことはテキスト282頁以下に紹介した通りである】。ただ、原判決の事実認定を（その当否は別論として）前提にした場合には、親分を共謀共同正犯としたことは少なくとも一理ありそうに思われる。

296頁以下に関連して、**共謀関係の不解消**を認定した判例が注目に値する（最決平21・6・30〔重要判例解説179頁、判例評論641号30頁、判例セレクト2009〔I〕31頁〕）。いわく、「被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者が被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」というのである。

この場合、被告人らが共謀に参加したことによる（少なくとも）促進的な影響は、住居侵入、更には強盗の各既遂の結果に及んでいるとみられるから、（強盗の）着手前に（外形的に見れば一応）離脱していたとしても、その結果につき責任を免れない（真の意味における離脱は成立しない）というのは、もっともといえよう（林『判例』145頁、佐伯『方』392頁、今井・総論368頁以下〔島田〕、只木『演習ノート』306頁以下〔高橋。実行着手の前後を問わず基準は因果性遮断の有無〕）。ただ、強盗に関する限り、その着手前に、被告人らの離脱が他の共犯者らに知られていたようであるから、共同意思主体ないし間接正犯類似の利用関係は（両者間においては）崩壊・消滅していたとみて、強盗の共同正犯の罪責は強盗を敢行した残された共犯者らのみ認められ、見張り役や被告人には、その強盗を容易にしたという意味において、従犯が成立するにとどまる、との理解も考えられそうであるが、最高裁はそのようには判断しなかった（そして、学説にも同様の見方が多い）ことも、注意に値しよう。

305、318頁に関連して、「**単純数罪**」の関係が、それぞれ併合罪である数罪と数罪との間に、存在する（途中、窃盗で懲役刑〔執行猶予〕が確定。併合罪の反面、単純数罪についても規定している45条参照）ため、それぞれ30年までの範

圏内で併合罪加重された刑（47条本文・但書のほか、14条2項も参照）が**単純に併科**され、**合計懲役50年**という（無期刑は別とする限り）**稀にみる長期**の（仮釈放が可能となるまでの年数は、28条により、無期刑以上の！）刑が**言い渡された裁判例**が現れ（東京高判平24・6・27強姦致傷〔9件〕・窃盗・強盗被告事件）、マスコミにも取り上げられた。

310頁の「**混合的包括一罪**が判例上認められた主要例」の〔ロ〕の判例は、新たに東京高判平22・6・16により踏襲された（東高時報61巻刑125頁）。事案は、被告人Xが、Y・Zと暴行を共謀の上、Aに対して殴る、蹴るなどの暴行を加えていた途中で強盗の犯意を生じ、強盗についてもY・Zと共謀し、以後Aに強盗の実行行為としての暴行を加え、現金を強取したが、Aの傷害が強盗の共謀成立の前後のいずれの暴行により生じたか証拠上確定できないというものであった。本判決は、このような場合、Xに強盗致傷の罪責を負わせることはできないが、「強盗の犯意発生前の暴行とその後の暴行は同一の機会に引き続いて行われた一連の行為とみることができるから、Xは傷害の罪責を負うものと解するのが相当であり」、「強盗と傷害は一連の行為の一部において重なり合うにすぎず、これを1個の行為とみることが困難であるものの、強盗の犯意発生後の暴行を共通の構成要素としているから、これを強盗罪と傷害罪の併合罪と評価するのは相当でなく、全体として一罪として評価するのが相当であり」、「強盗罪と傷害罪の包括一罪（いわゆる混合的包括一罪）として重い強盗罪の刑によるのが相当である」と判示した。混合的包括一罪を認めた事例として注目される（原口）。

310頁最下段に関連して、同一の被害者に対する殺人に先立つ傷害につき、約3か月間にもわたる多数回の暴行とその結果としての傷害を包括一罪とした判例もあるが（大阪地判平22・1・25）、被害者の痛みに鈍感ではなかるうか。

311頁の関係で、情を知らない多数の者をアルバイトとして雇い約2か月間にわたり関西一円各地で（「難病の子供たちの命を救うためのNPO」による）街頭募金を装って多数の通行人たちから（1円から1万円までの）現金を詐取した**街頭募金詐欺を包括一罪**とした判例が現れ（最決平22・3・17重判解206頁）、注目に値する。もっとも、これは、1・2審が、検察の主張に沿って、個々の詐欺行為の日時・場所・被害者・被害金額を特定せずに不特定多数の通行人から総額2500万円弱の金員を詐取した包括一罪を認めたところ、被告人側が、被害者ごとに詐欺罪が成立して併合罪となる筈で「訴因の特定性」（刑法256条3項参照）が欠けていると主張して上告したのに対し、「本件街頭募金詐欺の特徴にかんがみると、これを一体のものと評価して包括一罪と解した原判断は是認できる。」「その罪となるべき事実は、募金に応じた多数人を被害者とした上、被告人の行った募金の方法、その方法により募金を行った期間、場所及びこれにより得た総金額を摘示することをもってその特定に欠けるところはない」と判示したものである。一応もっともであるが、「本決定は、訴因の特定という手続上の問題を解決するために、包括一罪という実体法上の概念を拡張した」という問題性も指摘されている（亀井・判例セレクト2010〔I〕33頁）。期間・場所等を区別することにより併合罪とし**併合罪加重**を可能とする余地がないのか（ただし、一部には、本件では欺く行為は全体として1個と評価でき、被害者を個別に考える従来の考え方によっても観念的競合となろう、との見方もあるが、行為が1個だとみるのは極めて疑問）、なお問題となろう。結論的にはそれは可能と解される（島田・ジュリスト1429号144頁以下参照）。

313頁の関係で、**児童淫行と児童ポルノ製造**は**併合罪**とする最決平21・10・21も注目される。この判例は、「被害児童に性交又は性交類似行為をさせて撮影することをもって児童ポルノを製造した場合において」も、児童淫行行為と児童ポルノ製造行為とは、「一部重なる点はあるものの、両行為が通常伴う関係にあるとはいえないことや、両行為の性質等にかんがみると、それぞれにおける行為者の動態は社会的見解上別個のものといえるから（最高裁昭和・・・49年5月29日大法廷判決・・・参照）、両罪は、・・・観念的競合の関係にはなく、・・・併合罪の関係にある」と判示している。これに対し、東京高判平21・7・6は、両罪が併合罪となる**理由**を、児童ポルノ製造の方はいわば時間的にも行為的にも広がりを持つことが予定されており、一時点・一場所において行われそれで終了する児童淫行の動態とは、社会的事実として典型的に異なる点に求めている（こ

の方が分かりやすい)。

330 頁⑥の**看護師による秘密漏示**の設例に関しては、特別刑法の方で、刑法 134 条 1 項の医師・薬剤師・助産師などと全く同列の扱い(親告罪である点も同じ)となった(平成 13 年改正後の保健師助産師看護師法。井田・総論 38 頁がいち早く指摘)。

なお、火炎瓶は爆発物取締罰則でいう「**爆発物**」には当たらないとした判例(最大判昭 31・6・27。「爆発物」の本来の意義のほか、同罰則では刑が著しく重く、処罰範囲も著しく広いことを〔適切に〕考慮。)も注意に値する(なお、昭和 47 年に至って、火炎びんの使用等の処罰に関する法律が制定された)。

331 頁⑥h) と 333 頁⑤に関連して、共に違法薬物を服用して性交するような関係にあった被害女性が、そのような性交後、急性薬物中毒を起こして、錯乱状態になり、生命が危険な状態に陥ったが、**相当程度の救命可能性は残っていたのに**、119 番通報もしないで死亡させた男(芸能人)につき、**保護責任者遺棄罪**は成立する(同致死罪までは成立しない)、とした判例として、東京高判平 23・4・18 LEX/DB があり(1 審の同罪〔等〕での実刑判決を支持)、注意に値する。

344 頁 「**責任能力**」につき、**重要な前記 6 頁以下**。「**原因において自由な行為**」設例①の関連判例として、千葉地判平 25・4・18〔自動車事故が、被告人の心臓疾患に伴う意識消失による可能性を排斥できず、被告人の**過失**に合理的な疑いが残るとして、無罪の言渡しがされた事例〕も付け加えておく(この判例も、過失を認定できるかの問題にも関わる)。

346 頁③の末行「なお、」の後に、**相当性に関わる誤想防衛**に関し、「大阪地判平 23・7・22〔攻撃してくる相手の動きを封じようと思っただけであったが、客観的には、相手の首を強く絞め窒息死させてしまった〕。他方、」と加入する。

351 頁の**過失犯に関する設例**に、「⑥2」として、**明石歩道橋事故事件**(最決平 22・5・31)を補足・紹介しておきたい。平成 13 年、明石市夏祭りの際、歩道上で多数の参集者が折り重なって転倒して、11 名が死亡し、183 名が傷害を負った本件では、被告人 A(明石警察署地域官かつ現地警備本部指揮官)と被告人 B(明石市との契約に基づく警備員の統括責任者)とは(なお、元副署長に関し、本レジュメ 1 頁以下)、①参集者の安全を確保すべき業務に従事しており、②午後 8 時頃までには、事態を放置すれば雑踏事故が発生することを容易に予見し得たので、③規制等すべき業務上の注意義務があり、④この義務を履行していれば、事故を回避できたと認められるので、⑤業務上過失致死傷罪が成立する、旨判示されている(なお、実務では、結果発生の高〔或る程度高い〕予見可能性〔73, 151, 152-153 参照〕の有無が最も問題となり、肯定された別の例として、**明石砂浜陥落事件**〔最決平 21・12・7〕もあるが、裁判官の間でも意見が割れた)。

354 頁④末尾の窃盗の実行の着手を認めた注目判例につき、高橋直哉・〔只木編〕『刑法演習ノート』79 頁以下参照。

357 頁⑩の**中止犯**、より詳しくは**実行未遂の中止行為**、の成否に関する有名事例(**東京地判平 7・10・24**の事案)については、395 頁⑩で説明しているように、中止犯を認めなかった判旨に同調する意見が**従来多い**(例、西田・総論 319 頁、前田『最新 250』17 頁。中止行為と結果不発生〔ないし、危険消滅〕との間の因果関係も必要だとする少数説の立場から、この判例の事案では条件関係が欠けるとするのは、和田俊憲『注釈刑法』1 巻 679 頁。しかし、行為者が被害者を屋外に運び出したから、通行人に発見され通報してもらって一命を取り留めたという事案であるから、条件関係がないとするのは困難であろう。そこで、同じ因果関係必要説の立場から、「中止犯が『犯罪論の裏返し』である・・・以上、中止行為と危険消滅との間に相当因果関係が要求される」と解し、この事案では相当因果関係が欠けると説明するのは、橋爪隆『Legal Quest 刑法総論』338 頁。しかし、「相当性」を欠くのは極めて偶然的な場合に限られるとすれば、この事案で欠けるといえるか、

疑問の余地があろうし、そもそも、極めて偶然的な事情の介在のための結果発生を行為者に帰責しないのは理由があるとしても、これを単純に逆方向に「裏返し」、極めて偶然的な事情の介在のための結果不発生は結果発生に準ずるようなことが、果たして十分合理的かは疑わしい。一般に、構成要件の結果の不発生は、いかに偶然の賜物であろうと、不発生と扱われているのである。

この東京地裁判例の事案で、中止犯を否定することの妥当性は極めて疑わしい（本レジュメ上掲 32 頁以下 =原口・刑法雑誌 51 卷 204 頁以下）。より詳しくは、原口・桐蔭法学 11 卷 1 号 36 頁以下）。なお、かつては判旨を支持していた山中教授も（拙稿・百選 I 143 頁左欄下方 3 参照）、中止犯の成立を認める立場に転じられたことは大きい（山中・総論 763 頁参照）。

【補論】この東京地判平 7・10・24 については、只木誠①『刑法演習ノート』（2013 年）54 頁以下、同②白門 2012 年 10 月号 33 頁以下でも（ただし、むしろ肯定的に）ふれられており、その非常な重みに押され、少し補足しておきたい。本判例は、「被告人が B 子を室外に引きずり出したのは、B 子が『お父さん、助けて。』と言ったのを聞いて B 子のことをかわいそうに思ったことによるものであるから、右行為はいわゆる憐憫の情に基づく任意かつ自発的なものであったと認められる。しかしながら、被告人は、B 子を被告人方から C 方敷地内まで運び出してはいるものの、それ以上の行為には及んでいないのであって、当時の時間的、場所的状况に照らすと、被告人の右の程度の行為が結果発生を自ら防止したと同視するに足りる積極的な行為を行った場合であるとまでは言い難く、B 子が一命をとりとめたのは、偶然通り掛かった通行人の一一〇番通報により病院に收容されて緊急手術を受けた結果によるものであったことを併せ考慮すると、本件が被告人の中止行為によって現実に結果の発生が防止された事案であるとは認められない。そうすると、判示第一の殺人未遂について中止犯は成立していない」と判示している。裁判長は、本学 OB（元札幌高裁長官）の田中康郎氏である。ちなみに、氏は、その後、東京高裁裁判長として、無期懲役が確定していた有名な足利（幼女殺害）事件につき DNA 再鑑定に踏み切り、同高裁の再審開始決定を経て、再審無罪判決（宇都宮地判平 22・3・26）を導いた歴史的な功績で知られている（ウィキペディア「足利事件」のほか、拙稿「無罪方向における伝聞証拠等の許容性の拡張」中央ロー・ジャーナル 6 卷 3 号 69 頁）。平成 7 年の上記判例の事案においては、（判示第二の）現住建造物放火罪の既遂も成立しているので、仮に殺人未遂の点については中止犯としても實際上その効果は限られるし、中止犯とした場合には——事実関係に違いはあっても、抽象的な文言の上では一応問題となり得る、「第三者の自発的防止行為の成功では足りない」旨の大判昭 4・9・17 や、特に、「自ら防止に当たったと同視できる程度の努力が必要である」旨の大判昭 12・6・25 もあること（229, 230 頁。後者の判例については、西田ら『判例刑法総論』6 版 368 頁）から——検事控訴を招いたかも知れないので（なお、被告人側の控訴とは対照的に、検察側控訴は大半容れられている現実につき、木谷明・刑事裁判のいのち 50 頁）、放火罪も含めた情状の面でそれなりに斟酌したのも理解でき、むしろ実際的とも思われる。

只木・上掲① 55 頁も、「実行未遂の事例における中止行為は、なるほど他人の助力を受けても差し支えないが、行為者自身が結果の防止に当たらないときは、少なくとも自ら防止に当たったと同視し得る程度の努力が払われたことを必要とすべきであろう」というのであり、「自ら防止に当たったと同視できる程度の努力が必要である」旨の上掲大判昭 12 と同旨のようでもあり、田中康郎裁判長らによる上掲平成 7 年の判例とも軌を一にするようでもある。西田・総論 319 頁が、「防止行為の程度」を問題とし、「事態を放置しておけば結果発生に至るであろうという場合の中止行為は、結果の発生を防止するに足りる程度のものであることが必要である。それゆえ、①・・・『放火したから宜しく頼む』と叫んで逃走するだけでは・・・中止犯は成立しない・・・」し、②ここで問題の東京地判平 7 の場合も「十分な結果防止行為とは認められない」とするのも、ほぼ同旨と思われる。ちなみに、前田雅英・最新重要判例 250 刑法（9 版）17 頁は、かなり急進的な限定説のようであるが、前田・総論 176 頁以下は、やや違った印象も与える。【あるいは、いずれにしても、学生とくに受験生や LS 教員は、判例一般、とくに本判例については、「当否」より「射程」に心すべきである、というのが（また）、只木先生のご本旨であろうか。それは確かに重要な点であり、小生も、原則的・基本的には、それに同調する。ただ、誠に心ならずも、徹底し得ない場合もある。この点、謙虚な先生、ほどほどに謙虚な教員、いつまでも若々しく謙虚さを失わないが考えはほぼ固

まった人、等により、個人差があり、学生人気度にも影響しようか。】

ただ、上掲大判昭12は、放火犯人が、「放火したから宜しく頼む」と叫びながら、他人任せにして走り去った、という事案に関するので、「努力」不足を指摘したのももっともであったが、上掲平成7年判例の事案では、被告人は、他人任せにする気なく、倒れるまで必死に努力しているの、同一に論ずることは困難ではなかろうか（同判例も、さすがに「努力」不足とは述べていない）。もっとも、被害者が一命を取り留め得たのは、偶然第三者が助けてくれたせい過ぎないという事実も、軽視できないようでもある。只木・上掲②33頁以下が、「中止行為と結果との間の因果関係は不要・・・だとしても、そもそも中止行為が存在しない場合には、中止犯は成立しないことを確認しておきたい。殺人の実行行為の後に、重傷を負った被害者を助けるため救急車を呼ぼうとして公衆電話を探している間に同人は他人に救助されたという場合には、そもそも中止行為は存在しないのである。」とされ（なお、伊東・総論334頁）、本平成7年判例の事案についても、「中止行為がない限り中止犯が成立しないことを確認できる好個の例である」と説かれるのが、また参考になる。ただ、「(まさに)偶然」にも様々な程度があり、どこに線を引きべきかは問題であろうし、自ら救急車を呼んだが、救命に成功し得たのは、担当医師の並外れた手腕による全くの偶然だった、というような場合も、中止犯は否定できないのではないかと。そして、何より、結果不発生につながった必死の努力をした者は、違法の道から適法の道に引き返しており、非難可能性も疑いもなく減少し、特に（結果不発生と相まって）、処罰の必要性も（特別予防の面でも、一般予防の面でも）顕著に減少しており、「寛大な扱い」に相応しいのではなかろうか（一般予防・特別予防のための処罰の必要性の欠如・乏しさ〔「処罰の不可欠性」の要求〕を軽視することは、罪刑均衡の制限の軽視と並んで、人権軽視にもなりかねない〔なお：2、12、22、28、36頁〕。なお、現代的な「刑罰理論」につき幅広く深みのある、只木・白門2010年6月号85頁以下参照）。

もっとも、中止行為なしとされる先の公衆電話探し事例の提示は鋭く、確かに考えさせるもので、只木説が通説であろうと思われるが、少なくとも、平成7年判例の事案では、被告人の行為は、被害者が焼死したり煙に巻かれたりするのを防ぎ、かつ、病院への搬送にもつながる可能性を生み出し、実際にもつながった点で、必ずしも同列には論じられないのではないかと。なお、一般的ではないものの、小生は、(概して不幸な境遇・素質に災いされた)犯罪者にも、評価できる点があれば、その点自体は大いに賞賛してやるのが、自己蔑視からの脱却と更生への(ささやかながら)支援になる、と信じているので(関連：15、25頁)、その観点からも、中止犯の成立にも出来るだけ前向きに考えたいのである。

367頁の設例編30「共犯と錯誤」の④2として、次の設例を追加したい（一応罪責を検討してみたら、401頁〔本来の関連参照頁〕の関係で、本レジュメ49頁参照）。

「④2 造園業者Vが、ある造成地に、その所有するパワーショベルを鍵を付けたまま置いていたところ、Yはこれを権限なく勝手に、情を知らない中古車販売業者Zに32万円で売り飛ばし、持ち去らせた。Yがそのようなことをしたのは、知合いの元暴力団組長Xに唆されたからだったが、そのXに処分権限がないことはYも気付いていた。他方、Xは、Yが薄々事情に気付いているとは知らず、自分(X)に処分権限があるとYを騙そうとしたのだった(松山地判平24・2・9判タ1378・251〔セレクト27、前田『最新250』86頁〕参照。)」

372頁⑩、409頁⑩の池袋通り魔殺人事件については(本レジュメ8頁も参照)、筑波大学大学院の中谷陽二教授による「『池袋通り魔事件』に関する最高裁判決をめぐって」と題する『季刊刑事弁護』66号〔2011年〕14頁の興味深い論文がある。この論文において、同教授は、「被告人は犯行に先立つ10代終り頃に統合失調症を発症しており、現在ほぼ確実に罹患している。統合失調症の連合弛緩等の症状が本件犯行の動機形成や遂行と密接に関連している。高裁判決は精神医学的にみて疑問の点が多々あり、再検討されて然るべきである。」旨の意見書を最高裁に提出していたが、「仮に完全責任能力を認定するにしても中身の濃い判決文が示されるものと予想していたが、争点を不問に付した判決【余り注目はされていないが、最判平19・4・19。斎藤】を見て啞然とした次第である・・・法曹界に一考願えれば幸いである」として、専門の見地から詳細な考察を示している。なお、同論文によると、膨大な手紙の中から論文で具体的に引用した手紙の「これらの文

章【後掲 ※】は**統合失調症**の概念の提唱者であるブロイラーが**基本症状の 1** つに挙げた**連合弛緩**の特徴をよく示している。連想が前後の関連を失い、思考を導く糸が破壊され、偶然に出会った観念が音連合や圧縮によって結びつく結果、思考過程の常同化や突然の停止（途絶）、無意味な連想、言葉の列挙が生じ、思考全体が貧困化する。“書く”という目的はあるが、“何を書くか”という目的がない。その手紙の膨大さと内容の貧困さが滅裂思考すなわち重篤な連合弛緩の表現であることは否定しがたい。」とのことである。

※ 外務省等に宛てた手紙では、「日本は大部分が小汚い者達です。この小汚い者達は歌舞伎町で、人間でなくなっても、動物でなくなっても、生物でなくなっても、物でなくなっても、存在しなくなっても、レイプし続け、暴行をし続けると言っています。存在、物質、生物、動物が有する根本の権利、そして基本的人権を剥奪する能力を個人が持つべきです。この小汚い者達には剥奪する必要があります。国連のプレジデントに届けて下さい。」などとある。

また、別の手紙には、「私は宇宙、星、空、地、海、川、水、森、多くの鳥、多くの動物、多くの野菜、多くのくだもの、多くの木、多くの植物、多くの花、多くの貝、多くのカニやエビやイカ、人というもの、心、努力をする事、悲しい事をしない事、いい事をする事、自分のためにする事（私の作ったものは神様の作ったものではなく私の作ったものです。）だとかは神様がたぶん創造したものだと思っています・・・」等と記されていた。

更に、その後の手紙になると、「空母は石油とかでつくるとかしたもので、動くとかするものは空母に核融合発電とかをするものをのせてとかで、電気をつくるとかして、この電気で動くとかしたりするものや、空母とはちがう所で地上とかにある核融合発電所をつくるとかした電気で動くとか・・・」とかと書かれている（ただ、原文には、「所」の1字を除き、漢字はなく全部平仮名で、読点もない）。

〔付記 ただし、上記1番目の手紙は通り魔事件を起こす2年ほど前のものであるが、2番目、3番目の手紙は、事件後に拘置所から支援者らに送られた手紙の一部。〕

401頁上段の③2のコメントの末尾（「④281・・・」の直前）に、以下の文章を加入する。

「**未必の故意による共謀共同正犯を認めた最決平 19・11・14 集 61・8・757**〔廃棄物不法投棄事件。最高裁『時の判例』VI349頁、判例セレクト2008年版33頁、平20年度重要判例解説50頁、速報判例解説3巻309頁、法学新報115巻11＝12号261頁、木村光江・刑法172、431頁、前田『最新250』78頁、今井ほか・総論380頁（島田）、松宮・総論276頁〕も考慮すると、少なくとも、「状況上高い蓋然性とその認識をもって相手側を実行に至らせることになった処理委託」があるような場合には、重要な役割を演じていると認められ、あるいは、むしろ（簡略に判例に則していえば）、他人の行為を利用して自己の特定犯罪意思を実現したと認められる限りでは、「謀議」（形式面では、「具体的な打合せ行為ないし明示的な意思連絡」となる。テキスト『総論』283-284頁参照）がなく、意思の連絡が黙示的なものであっても、やはり、未必の故意による共謀共同正犯を認めるべきべきではないかと思われる。ただし、本レジュメ43頁で述べたように、未必の故意自体は——蓋然性説的見解の枠内で——別途、合理的に認定できることが前提である。

この点、スワット事件の最高裁判例等が「確定的に認識し」ながら云々と述べていたことから、未必の故意による共謀共同正犯を認めて良いか、一部で疑義が生じ、これを否定する学説も絶無ではない。しかし、**その後の最判平 21・10・19 判タ 1311・82**【先に、283頁の関係で、やはり本レジュメ43頁で論及済み】は、多少類似の事件につき、配下の組員による所持を、組長が——「確定的に」認識した上でとは述べず、単に、——「認識した上で」それを当然のこととして受け入れて認容していたものと述べつつ、組長に——実質上、未必の故意による——共謀共同正犯を認めていることに、注意を要する。もっとも、「確定的な」認識までは必要ないにしても、最低限「或る程度高い可能性の、即ち、蓋然性の」認識は必要なこと、前述の通りである。」

付言すると、本レジュメ3頁でふれた、**最決平 25・4・16**（東京地裁が覚せい剤輸入の〔故意は認めつつ〕共謀を認めず

無罪としたのは経験則に照らし不合理と具体的に示したとして東京高裁の破棄自判判決を支持した判例)でも、2審や最高裁は、当然のように、「暗黙の了解」としての「共謀」を認めて(それで足りるとして)いるが、如何なる意味で、練馬事件大法廷判例が必要としているように(も)見える「謀議」(形式面では、恐らく、「具体的な打合せ行為ないし明示的な意思連絡」)を、本件では不要としたのか、やや疑問がないではない。推測するに、その後の判例により例外のあることが既に明らかとなっているし、本件では、(覚せい剤の受取り・密輸入のため来日後も密輸組織と接触するなど)現場共謀に近い面がある上に、他の者により(覚せい剤営利目的・禁制品の輸入の)実行に至ることを確定的に、あるいは、少なくとも(高い)蓋然性のあることとして、認識していた(廃棄物不法投棄事件に類する)事案だから、ということであろうか(その程度の限定的理解は必要のようにも思われる)。

401頁の30「共犯と錯誤」の「④292。」の後ろに、先に本レジюме 48頁で追加した設例に関し、次の文章を加入する。「④2 Yは窃盗罪の間接正犯であるが(Zが道具、Xの罪責はどうか。Xは、主観的には窃盗罪の(Y・Zを道具とする)間接正犯の意思であったが、客観的には、窃盗罪の間接正犯の既遂までは実現させるに至らず(Yは情を知っているし、意思を抑圧されている訳でもない)、窃盗罪の既遂の教唆犯にとどまっている。そこで、間接正犯と教唆犯とは、実質的には教唆犯の限度では、構成要件的に重なり合っているので、実現した(窃盗罪の既遂の)教唆犯の限度で罪責を負う(292頁の中頃参照)。窃盗罪(間接正犯)の未遂にとどまると解すべきではない。なお、X・Y間には、(練馬事件判例の示すような[282頁参照])「特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって、互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」は(なお、黙示的な意思連絡も)認められないから、窃盗罪の共同正犯とはならない(とくに、Xに共謀共同正犯は成立しない)。なお、松山地判平24・2・9の結論も同じであるが、「刑法38条2項の趣旨により、犯情の軽い窃盗教唆の限度で犯罪が成立する」と判示している点は疑問である。本件、少なくとも本例は、同項所定の軽い犯罪の意思で重い犯罪の客観的事実を実現した場合ではなく、むしろ逆の場合である。なお、別に、Yには——32万円につき——詐欺罪(直接正犯)が成立し得るし(各論107頁、379頁①、421頁①)、Xにはその教唆犯も成立し得る。」

406頁1行目の「これらの嘘」は、「これらの嘘のうち、引用の2つの最高裁判例の事案における嘘」と修正し、371頁1～2行目の事例本文の「相手が私を刺そうとしたので、やむなく刺したのです」との嘘のような場合(一般的に言えば、犯罪不成立となるように事実を虚構する場合)については、(構成要件該当事実の告白がある限り、取調べで真偽の解明は普通そう困難でもないと考え)なお自首と認めるのも一案とは思われるものの、多数説的理解では否定されよう、と修正する。なお、「自首の基礎知識」については、11頁でふれているが、その注(小活字部分)第二段落の下から2行目に挙げた東京高判平17・6・22は、最近の東京高判平22・7・5によって踏襲された。即ち、実際は共犯者のいる傷害事件に関して、積極的に自己の単独犯行である旨警察官に申告し、意図的に共犯者の存在を隠した行為が自首にあたるか否かが争われたが、この22年判決は、申告が自己の犯行について訴追を求める点があるとはいえ、同時に、犯人隠避の実行行為にも該当する場合には、捜査および犯人全員の適正な処罰を困難にし、国家の刑事訴訟手続に要する浪費を招き、真犯人を処罰から免れさせることになり、この場合、自己の犯罪事実の重要部分を偽るものであるから、「自己の犯罪事実」の申告に当たらないものと解するのが相当である、と判示した(原口。序でながら、同じ注の第一段落末尾に挙げた東京地判平10・5・26については、研修616号に本学OBの森本和明検事の参考になる評釈が載っている)。

423～424頁(㉔)の関係で、以下のように補足する。

「葛飾マンション政党ビラ入れ事件で上告審の最判平21・11・30集63・9・1765(平22年度重判解208頁、判例セレクト2010〔I〕9、34頁)は、高裁の逆転有罪判決を支持はしたが、「・・・本件立入り行為の態様は玄関内東側ドアを開けて7階から3階までの本件マンションの廊下等に立ち入ったというものであることなどに照らすと、法益侵害の程度が極めて軽微なものであったということとはできず、他に犯罪の成立を阻却すべき事情は認められないから、・・・130条前段の

罪が成立する」とも判示しているので、1階の集合ポストに入れる場合については別論の余地ありとしているとも解されよう（判時2090号149頁あるいは法律時報2010年12月号365頁の〔調査官〕解説参照。なお、上寫・刑事法ジャーナル23号74頁。ちなみに、騒音苦情申入れの目的で相手方宅玄関土間に立ち入った行為を適法としたものとして、大阪高判平21・5・13〔判例プラクティス刑法II105頁〕。）。

なお、防衛庁立川宿舎「自衛隊イラク派遣反対」ビラ入れ事件の上告審でも**最判平20・4・11集62・5・1217**（重要判例解説20、186頁）が、高裁の逆転有罪判決を支持したが、これにつき、『各論』65頁（「邸宅」視）、67頁（一部居住者同意有効説や表現の自由と緊張関係）参照。

427頁以下の参考文献の若干の補足・・・

- (1) 判例の紹介・解説：西田・山口・佐伯『判例刑法総論』（6版、2013）【西田典之先生のご逝去（2013年6月14日）には、謹んで哀悼の意を表したい。東京大学（後には、学習院大学）教授・刑法学会理事長・法制審議会刑事法部会長等々として並外れたご活躍をされたが（既に数多いご業績のほか、重厚な『刑法解釈論集』も、山口教授のあとがき付きで、刊行された）、同じくショックだった島田聡一郎さんの逝去に引き続いて、お若いご家族を残されての痛恨事で、殆ど言葉にもならない（島田・西田の両先生への温かい追想、佐伯仁志・法学教室2014年1月号1頁）。寒椿咲く学習院での「偲ぶ会」（12月8日。発起人、刑法学会理事長等でもある山口厚東京大学法学部長、以前うちで堀内先生の代講もして下さった今井猛嘉教授ほか。事務局、鎮目征樹教授）には、多くの方が参列した。小生も種々ご厚誼を賜り、平成25年の年賀の（八海事件に関する拙稿執筆のための）大幅遅延に対しても、思いがけず（ただお一人、既に下さった賀状とは別に）わざわざお葉書を下さり、松川事件・八海事件の事実認定に関する拙稿につき、「一連の作品は必ずや学会の注目を集めるでしょう。更なるご活躍を祈り上げます」などと、激励して下さったばかりだった！】、各年度の『重要判例解説』、『判例セレクト』、『最高裁判例解説』（平成21年度まで）、『最高裁 時の判例 VI』（平成20年分まで、2010）、年2回程度の『速報判例解説 / 新・判例解説 Watch』、林幹人『判例刑法』（2011）、前田雅英『最新重要判例250刑法』（9版、2013）など。
- (2) 新たな文献：たとえば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』、井田良『入門刑法学・総論』、同『基礎から学ぶ刑事法（5版）』、川端博『刑法総論講義（3版）』、只木誠 編著（奥村丈二・北川佳世子・十河太朗・高橋直哉・安田拓人・安廣文夫・和田俊憲の諸氏著）『刑法演習ノート 刑法を楽しむ21問』、立石二六編著（山本高子・鈴木彰雄・曲田統・関根徹・中村邦義・箭野章五郎 共著）『刑法事例30講』、伊東研祐・松宮孝明 編著（中堅以上の40氏執筆）『新・コンメンタール 刑法』、松原芳博『刑法総論』、佐久間修・橋本正博・上寫一高『刑法基本講義 総論・各論（2版）』（以上、いずれも、2013）のほか、今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆『Legal Quest 刑法総論』（2版、2012）、島伸一編著（山本〔輝之〕・只木・大島・高山）『たのしい刑法I 総論』（2012）、浅田和茂・井田良 編著（中堅以上の46氏執筆）『新基本法コンメンタール 刑法（別冊法セ）』（2012）、林幹人『判例刑法』（2011）、島田聡一郎 / 小林憲太郎『事例から刑法を考える』（2版、2011）、山口厚『刑法』（2版、2011）、前田雅英『刑法総論講義』（5版、2011）、大野真義・森本益之・加藤久雄・本田稔・神馬幸一『刑法総論』（2011）、鈴木茂嗣『刑法総論』（2版、2011）、西田典之『刑法総論』（2版、2010）、山中敬一『犯罪論の機能と構造』（2010）、伊東研祐『刑法講義 総論』（2010）、西田・山口・佐伯 編『注釈刑法』第1巻（2010）、岡野光雄『刑法要説総論』（2版、2009）、松宮孝明『刑法総論講義』（4版、2009）、立石二六『刑法総論』（3版、2008）、井田良『講義刑法学・総論』（2008）、山中敬一『刑法総論』（2版、2008）、林幹人『刑法総論』（2版、2008）、曾根威彦『刑法総論』（4版、2008）、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007）、立石二六編著『刑法総論30講』（2007）、村井敏邦『新版 刑法』（2005）、大嶋一泰『刑法総論講義』（2004）、山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2001）、野村稔『刑法総論』（補訂

版, 1998), 八木國之先生追悼論文集『刑事法学の新展開』(下村・森下・佐藤編, 2009), 『立石二六先生古稀祝賀論文集』(川端・椎橋・甲斐編, 2010), 『藤本哲也先生古稀記念論文集』(法学新報 117 卷 7・8 号, 2011), 『団藤重光先生の人と学問』(論究ジュリスト 4 号, 2013。堀内捷三先生の論文ほか), W・ハッセマー(堀内捷三 監訳)『刑罰はなぜ必要か(最終弁論)』(2012), 平川宗信『刑事法の基礎』(2 版, 2013), 松村格『刑法学への誘い』(全訂版, 2012), 同『システム思考と刑事法学』(2010), 立石二六『刑法解釈学の諸問題』(2012)。中山研一先生の第 14 巻『佐伯・小野博士の「日本法理」の研究』(2011。同年 7 月 31 日ご逝去)まで続いた論文集『刑事法研究』シリーズは, 試験とは無縁ながら不滅の大業績である。甲斐克則編『医事法講座』の第 4 巻『終末期医療と医事法』(2013)は, 安楽死・尊厳死に詳しい。「終末期医療をめぐる課題と展望」特集の刑事法ジャーナル 35 号(2013)もある。明照博章『正当防衛権の構造』(2013)も特筆される。

『罪数論の研究』(補訂版, 2009), 『刑事法学における現代的課題』(2009), 共著の『たのしい刑法 I 総論』・『同 II 各論』(2012・2011)で知られる只木誠教授(刑事系科目主任, 日本比較法研究所所長。また, 新しく, 日本刑法学会常務理事)の本格的な論考「刑法総論を学ぶ」が『白門』に長期連載され(2010 年 4 月号以降, 2013 年 7 月号までの 30 回), 大いに関心を集めている(単行本化が待たれる)。

刑事訴訟法の方では, 松尾浩也先生の論文集『刑事訴訟の理論』(2012), 渥美東洋＝椎橋隆幸〔編〕『刑事訴訟法基本判例解説』(2012), 等々のほか, 『大コンメンタール 刑事訴訟法』第 2 版(2012～)が刊行されている(とりわけ, 第 7 巻は証拠法を含み, 安廣文夫先生ほか執筆)。なお, 中野目善則〔編著〕『国際刑事法』(2013)も重要である。

なお, 阪井光平『検事の仕事～ある新任検事の軌跡～』(2013), 読売新聞社会部『ドキュメント検察官』(2006), 五島幸雄(畏友, 帝京大学教授。元京都地検検事正・最高検検事)『熱血検事 駆ける!』(2 版, 2009), 市川寛『検事失格』(2012), 東京弁護士会期成会明るい刑事弁護研究会編『責任能力を争う刑事弁護』(2013), 正木ひろし『八海裁判』(1969), 大塚一男『回想の松川弁護』(2009), 伊部正之『松川裁判から, いま何を学ぶか』(2009), 小寫信勝・安達敏男『冤罪を生まないための裁判員裁判』(2012), 木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』(2 版, 2010), 木谷明『刑事裁判のいのち』(2013)。

奥付の最新化・・・①刑法各論「(3 版 3 刷, 2010)」に変更, ②その後の論文として, 「安楽死と治療中止・尊厳死」中央ロー・ジャーナル 5 巻 1 号(2008), 「無罪方向における伝聞証拠等の許容性の拡張」同 6 巻 3 号(2009)〔この刑訴関係拙稿の紹介等として, 安廣『大コンメンタール 刑事訴訟法』7 巻 351, 355 頁, 豊崎・法律時報 2010 年 12 月号 235 頁〕, 「松川事件・松川裁判とその各状況」法学新報 117 巻 7・8 号(2011)(以下に, 付録として転載), 「一層尊敬される刑事司法への期待」研修 764 号(2012), 「戦後最大の刑事事件—八海事件—の教訓(1)」『長尾一紘先生古稀記念論文集』(法学新報 120 巻 1・2 号。なお, (2), (3)も余り間を置かず続く。)を加入(最後の 2 篇は, 本レジュメ・各論の末尾に付録として転載)・・・院生・受験生の皆さんは, 付録論文などを(まともに)読むのは司法試験合格後にして下さい。

松川事件・松川裁判とその各状況——今日に生きる教訓——

齋藤 信治

- 一 忘れられて良い事件か
- 二 特徴的な政治的時代状況
- 三 当時の刑事司法などの状況
- 四 裁判の推移
- 五 青柳文雄の見方
- 六 真犯人論

一 忘れられて良い事件か

二〇人もが起訴され (国労関係と東芝労組関係が平等に各一〇人)、一〇人に死刑が求刑されるなどして、一審で各五名に死刑と無期が言い渡され、二審でも、三名は無罪となったものの、なお四名が死刑、二名が無期であり、「戦後最大の冤罪」(伊部「はじめに」、浜田四八八等)の様相を呈したところ、最高裁大法廷判決で破棄・差戻となり、差戻後二審では全員無罪、再上告審判決も結論的にこれを支持するという、劇的な展開を辿り、「歴史に残る大裁判」(夏樹二八〇に出ている島田仁郎元最高裁長官※の対談発言)となったのが、しかも内容的にも実に考えさせるところの多いのが、松川(自動車転覆致死被告)事件である(本稿の文献引用は、以上のように、末尾の「主要文献・裁判目録」注記に従った簡略な表記に〔原則〕よる)。**【※補記：島田仁郎元長官は、最新補強レジュメ・各論の方で追悼させて頂いた島田聡一郎先生の伯父にあられる由であるが、元中央大学法科大学院教授(東海大学安楽死事件・横浜地裁判決の裁判長、最高裁調査官、仙台高裁裁判長)の松浦繁先生(ご遺稿を含む諸追悼、中央ロー・ジャーナル5巻1号。なお、永嶺超輝『裁判官の爆笑お言葉集』〔「爆笑」は実体には合っていない。〕168頁以下、170頁以下、184頁以下)の関係でもご会葬などご高配を賜った。両先生との各共著——聡一郎先生との『大コンメンタール刑法』3巻中の「責任能力」「心神喪失及び心神耗弱」の部分、松浦先生との『刑事鑑定制度の諸問題』(司法研修所論集70号)——もおありで、別に、とりわけ、おとり捜査に関する業績(司法研修所論集56号『英国におけるおとり捜査について』)と関連重要判例(285頁で簡潔にふれた最決平16・7・12)への関与でも注目される。】**

有罪から無罪に変わっていく過程が単純でなかったことは後に詳しく見ていく通りであるが、前半では有罪になった過程もまた単純ではなく、エピソード的に言えば、

⑦警察官の中には、佐藤一に対し——この佐藤は、死刑宣告の一・二審判決で連絡謀議に参加したと認定された日時には、実は他所で団体交渉に出ているアリバイを窺わせる有名な「諏訪メモ」(伊部七三、一〇八、一八七、二七〇、大塚①一七五、一九一、広津③二二〇、二二四、二四〇、門田判決二二〇のほか、文献を含め、齋藤②五〇、六一)が上告中発見されたこともあって、結局無罪になったが——、既に捜査段階で、「なあ佐藤、確かに君は(国労「福島」事務所での連絡謀議に参加したとされている)八月一日に東芝「松川」工場の団体交渉に出席していたな。」と何回も何回も念を押したとされる刑事(情勢を探るため団交の場に潜り込んでいたらしい)とか、

⑧「赤間自白」という本件有罪構図の基礎を作らされた赤間から勾留理由開示前に「実は自分は本件に無関係だ」と聞いたと証言した巡査とか、

⑨アリバイ工作に関わったとして取り調べられていた二階堂園子に対し、「どうもお前の様子を見てると嘘とは思われない。・・・もうお前を調べるのが嫌になった」と溜息を吐き、一人で取調べの時には園子にお菓子・お茶を出してやり、世間話に明け暮れたという警部補とか、

⑩赤間自白と並ぶ重要自白をした太田被告の主張では、「私は本当に転覆事件には全然関係ないのです。・・・嘘を言っても良いものでしょうか」と反問したら、「もうこうなったらしょうがない。関係がなくとも絶対に逃れられないのだから、

嘘でもいいから言ってしまう」、「ではヒントを与えてやろう。まず一六日夜のことだけ考えろ、当たったらよしと言うから言ってみろ」、「誰と誰と誰は、誰の命令によって、何時どこへ何を取りに行つて、何時頃どこに持ってきて置いたか、言ってみろ！・・・」、次は、「一五日も・・・本当は転覆の話であったとは皆分かっているんだ・・・」と言い渡し、見取図をポケットから出して、「どこでやったか、当たったらよしというから指してみろ」と言い、二回「当たらない」と言った後、太田が畳の部屋を指したら「よし当たった」、更に、「支部委員長は武田だから座長は武田だろう・・・くらいのことは言つたらう。鈴木は・・・くらいのことは言つたんだらう。そして太田、俺にばかり言わせんでお前も何か言えよ」、という調子で取り調べたという巡查部長や警視とか（後に、一六日のことも一五日のことも認定できないとされた）、が登場するし、

㊤ 中心的な山本検事は初めは（実行犯の一人とされた）本田の供述を信用していたと証言し、

㊦ 他の検事は「諏訪メモ」を検討してか、佐藤一に対し「君は本当に白なのか？」と全く自信のない聞き方をし、

㊧ 一・二審の裁判官も弁論・審理の際にはシロの心証だった筈との見方（上席格の主任弁護人岡林）もあり、二審裁判長（鈴木禎次郎）は少なくとも解決に苦しみ思い悩んでいた時期のあったことを自ら示唆しており、二審の主任判事（佐々木次雄）は少数意見（無罪）だったという話も流れている、

等の具合である（エピソード順に、㊦日向三四七〔佐藤の回顧〕、㊦鈴木判決要旨二一七、㊦広津六二七、㊦広津四五一、㊦門田判決二〇二、㊦佐藤②二二一、㊦岡林一六一、一六九、鈴木禎次郎・法曹一七九号六頁、全史二八〇、広津①上三三六〔本田昇〕、日向五三二、大塚一五八、伊部九六参照。伊部教授からは本稿の表現についても懇篤なご叱正を頂いた）。

ただ、この松川事件とその裁判、また、その松川裁判（問題の多い取調・立証方法なども含むが、特に原二審判決の事実認定）に対する広津（正式には、「廣津」）和郎の重要な批判「松川裁判」などは、既に半世紀前後も昔のこととなった。事件（汽車転覆致死）発生は一九四九年（昭和二四年。現行刑事訴訟法施行の年）八月一七日のことであり、中央公論に四年半ほど連載された広津の「松川裁判」が一応完結したのも一九五八年で（単行本『松川裁判』にまとめられたのも同年中）、全員無罪の最終決着をつけた再上告審判決にしても一九六三年（国賠訴訟二審勝訴確定判決は一九七〇年）のことである。事件の記憶は薄れ、事件を（余り）知らない世代が増えている（坂本一〇も参照）。

しかし、事件と批判・教訓等を風化させまいとする貴重な努力も続けられている。最近では、特に、福島大学「松川資料室」の継続的な資料収集・整備・公開等の活動、また、それを基盤とした伊部正之『松川裁判から、いま何を学ぶか〔戦後最大の冤罪事件の全容〕』二〇〇九年の刊行が挙げられる。本書は、事件・捜査・裁判・苦闘・支援運動・背景・犯人像・教訓・文献など全般にわたる決定版で、史上稀なほど広範かつ様々な市民が参加した松川運動も克明に記す（家族・周辺支援者の苦闘などにつき他に、記念会二八三〔梅宮博〕、三二三〔仲村哲郎〕）。まだ弁護士になり立ての「緊張と疲労と空腹の重なり合う二四歳」で関与した捜査段階（大塚①四四、三二〇）から一四年後の最終段階まで活躍し「全員無罪」の立役者（また、弁護等重要史実書残人）となった主任弁護人大塚一男氏の名著『回想の松川弁護』二〇〇九年の刊行も見逃せない。本書中には、諸批判の一方、広津和郎らや門田判決への温かく高い評価が目立つ（大塚②九八、一五五などで奥野健一・高木常七・斎藤朔郎らも高く評価）。また、地味ではあるが、広津和郎『松川裁判』の木鶏社からの新版二〇〇七年の刊行も、意義深いものと思われる（その末尾の解説も参照）。この「新版」は、復刊ながら、大変な手間をかけ、読みやすいよう表記を現代化等しており、本稿での引用頁数はこの版による。

加えて、裁判員制度の導入・開始（二〇〇九年）もあって、冤罪問題に対する社会の関心は幸い弱くはないと見られるうえに、たとえば、近年の三事件——鹿児島「選挙違反」無罪（志布志）事件（鹿児島地判平一九・二・二三）、富山の「強姦」服役後再審無罪（氷見）事件（富山地高岡支判平一九・一〇・一〇）、そしてDNA鑑定の覆った「女児殺害」無期服役後再審無罪（足利）事件（宇都宮地判平二二・三・二六）——は検察・警察の真摯な反省も呼び起こし（足利事件・郵便不正事件捜査等の最高検による検証も参照）、冤罪問題への取り組みは国民的課題の一つになっている状況にある。ほかにも（自己を護衛させた組員との拳銃加重所持罪の共謀を認定しなかった原判決を破棄した最判平二一・一〇・一九などもあるが）、痴漢冤罪諸事件、最近では最判平二一・四・一四防衛医大教授無罪判決、布川事件・名張事件の再審に關す

る最決平二一・一二・一四、最決平二二・四・五各決定、情況証拠での犯人性認定に関し注目を集める最判平二二・四・二七母子殺害放火事件死刑破棄差戻判決などもある。

だとすると、劇的な展開を辿った重大難事件である松川事件の裁判とその教訓は、今日および今後大いに顧みられ活かされて良く（刑事弁護三六号四頁等も参照）、その実際的可能性も見込み薄ではないものと思われる。

たとえば、最近、いわゆる郵便不正事件（とくに、村木厚子厚労省元局長〔後に復職〕に対する大阪地裁平二二・九・一〇確定無罪判決）に関連して、特捜部（等）が自己の描いた事件の構図に合わせるため物証を改ざんするなどは論外として（大阪地検特捜部の「割り屋」即ち重要供述引出し手の前田主任検事がFDの更新日付を改ざんした証拠隠滅の容疑で逮捕・起訴され、その後、事実関係に争いがあるものの、当時の特捜部長・副部長までもが部下をかばった犯人隠避容疑で逮捕・起訴されて、波紋を広げている）、自己の構図に合った供述調書を強引に作成しようとする不都合があるとの強い批判が出ており、宗像紀夫、安廣文夫の両本学教授のそれぞれ重要な指摘もあるが【1】、供述調書の強引な作成などは正に松川事件が典型的で、「赤間自白」「太田自白」等の任意性・信用性は、この事件で一番深刻な問題点である（下村一八一も参照）。五人の（微に入り細に入る）「転覆謝礼金自白」などは、警察・検察すら結局は虚偽と判断し、概ね取り消させた。なお、諏訪メモは改ざんはされなかったとはいえ、露見前、副検事が転勤先に持参するのを繰り返すといった異様・不明朗な形で保管され続けたようで（福島地裁昭三六・六・三〇付審判請求棄却決定を引用する広津②一五六、一六〇、一六三、今井二〇七、大塚①一九九。なお、大塚③二〇〇、全史四二〇、山本①六、八一、八五）、「物証の隠滅」に当たることは同じだった疑いが相当濃い。証拠隠滅罪も付審判請求（刑法二六二条）の対象犯罪に加える必要があるだろう。

二 特徴的な政治的時代状況

占領下に発生した松川事件とその捜査・訴追、そして裁判とくに一審・原二審の有罪判決は、特徴的な時代的情況の中にある。とりわけ見逃せないのは、大戦後の米国等と急台頭するソ連・中国等との対立激化（今日では——北朝鮮と中国に独裁・人権抑圧が残り【2】、米国には大量貧困層が残るもの——東西対立は影が薄れたが、当時は半ば死闘の様相だった。記念会一一四〔伊部正之〕も参照）、国内における共産党の諸労組への浸透・支配と非民主的な倒閣・革命宣言（搾取・抑圧されている労働者階級・弱者など人民のためと一途に思い込んだにせよ、議会で多数を得ている訳でもその見込みがある訳でもないのに、革命とは不都合）、共産分子による我物顔での警察署占拠（平事件）等の騒ぎ（大塚①一四、佐藤①二九八、記念会一七六〔伊部〕も参照）、偶然か、本件事故は共に共産党勢力の強い国労福島支部や特に東芝松川労組の各事務所に比較的近い地点で発生し、しかも事故発生の八月十七日は松川労組の二四時間ストが予定され、前日の一六日には同労組のスト決定大会があり、東芝側被告人らがストに備えてのピラ書きなどで遅くなって皆松川労組事務所に泊まっていた（門田判決二六七）ため、事件捜査当局に一見自然と（深夜のレール破壊やアリバイ工作のためではないかと）疑惑の目で見られた（諏訪メモ上の記載〔今井二八〇掲載〕からみて、共産党系の松川労組側の動きは、会社側はもとより警察・占領軍にも良く把握されていたらしい）こと、である。

本件発生から一年足らずで勃発した朝鮮戦争も、「南の侵略」と盲信・報道した「アカハタ」に対するマッカーサーの停刊命令に始まる社会の激変をもたらし、又は加速させ、裁判環境を大きく変えたと考えられる。

さらに、日本共産党のコミンフォルム・人民日報から突き付けられた武装闘争要求への屈服（田代六など参照）、その帰結としての、嫌悪・恐怖や松川事件被告人らへの不信も増大させた（日向五〇九、記念会二五五〔呑川泰司〕、小沢三〇一、三〇六。なお、青柳③七）武装闘争方針の提起・決定および特に——火炎瓶闘争に代表されるが、おそらく白鳥（札幌市警警部射殺）事件【3】も、ハネ上がりのながら、一応その一環であろうところの——武装闘争方針の実践も、特筆に値する。なお、未決勾留されていた被告人達は、共産党の退潮は火炎瓶闘争が国民に支持されなかったせいかな等の議論をしたり、杉浦被告（東芝松川労組組合長で一審・原二審死刑）は思想の自由を認めず反対派を弾圧するソ連・中国のやり方は好まないと日記につけたりだったという（記念会二七四〔呑川〕）。

三 当時の刑事司法などの状況

1 占領軍からの干渉

松川事件で顕著なのは、占領軍筋からの報道干渉と、歴史的にも特別に注目に値する司法干渉である。

先ず、当時の「福島民報」編集局長が後年「松川事件が起きると、共産党がやったように書けと米軍から圧力がかった」と述懐している（山本二五二、大塚①七二、全史七五一、小沢二七四、日向三五四、大野五八。なお、伊部七八、二四五、二七三、二七四）。

一層注目に値するのは、司法干渉の点である。本学の先輩に五鬼上堅磐という先生がおられ、大正一一年に弁護士を開業、昭和二一年に大審院検事兼司法省官房秘書課長、翌年からの最高裁事務次長を経て、昭和二五年六月から同三三年三月までの長きにわたり（第二代）最高裁事務総長の要職にあり、その後は名古屋高裁長官・大阪高裁長官・最高裁判事・国際法曹協会会長・中央大学理事長を歴任された。法曹一九九～二一〇号連載で占領軍当局からの指示・干渉等も相当明かしている「日記抄録（一～一四）」等から見ても、当時の裁判所事情に極めて詳しい五鬼上先生は、晩年、新聞記者に、「裁判は底が広いからな。私が経験した裁判はそれは恐ろしいものだった。GHQから、あの裁判はこう判決せよ——と命じられると、私は地方の裁判所へ説得に出掛けた。米兵にピストルを突き付けられて判決をした裁判官もいる。『裁判の独立』どころではなかった。暗い恥部だから最高裁にもあの当時の記録はない。ぼくらが始末した」と語ったという（山本まえがき）。

この点を明確に裏付けるようなものは出ていないようであるが、事務総長当時に五鬼上先生は、占領軍の（英訳して報告済みの）三鷹事件（東京地裁）判決に対する出方を一時心配したと、本学同期の裁判長鈴木忠五先生に打ち明けたという事実（鈴木三三三、大塚①一〇三、今井二四七、高見澤二二六）は多少の傍証ともいえそうである。そして、占領軍が特定の判決を命ずる（ことによると、更に、ピストルで威嚇までする）ような当時の地方事件といえ、重要度（吉原一九六参照）からいって、福島地裁係属の松川事件に落ち着きそうに思われる（他に、有力候補と目し得るような事件は見当たらない）。しかも、この推測は、一審判決の言渡しの（奇異な）翌日延期等々様々な内容的無理、裁判官席後方での占領軍軍人の審理傍聴、この進駐軍の者とは二・三回会い松川裁判の進行経過の大体を話したことを認め、さらに、「判決を延期した特段の事情については申し上げられない。・・・私一個の意見で延期した訳でない。・・・要するに判決宣告するに達しなかった。そういう準備ができなかったからです。・・・言い渡すにはまだ考慮する点があった。・・・結局あの判決の内容が確定したのは判決を言渡しする直前です」、言い渡した「六日です」（！）旨述べている当の松川事件一審裁判長（長尾）自身の（同裁判長名誉毀損被告事件での）証言、加えて、言渡時の裁判長の——まるで、自分たちがじっくり書き上げた判決文を読むのではなく、上から直前になって与えられた鉛筆で走り書きのメモを読まされているかのような——続け様つかえ休延も余儀なくされるという異様な態度（斎藤①二三九、二五〇で概説したが、広津①上三〇四〔本田昇〕、三一八、小沢二九四、日向四五四、四七一、四八六、広津②四七三〔佐藤一〕、大塚①九二、九四、九五、九八、一〇二、一〇三、一二四、全史一三二、伊部七九、八四〔その後、神経衰弱〕、八五等参照）、最後に、講和条約発効（占領終了）後の二審判決時にすらMP（なお、原田一七四）が裁判所周辺に出ていた事実（「裁判長への脅迫と屈伏というGHQ以来の裁判への干渉が続く」とも述べる記念会六八〔伊部〕、伊部九六、小沢三一四、全史二九七）とも整合的であろう。なお、占領軍軍人が銃を用いて威嚇した例は他の関係でも伝えられている（広津①下八六、吉原一九四、清張二二四、二二六）。

更に、速断や誇張・はったり等とは無縁な感じで、かなり信頼して良さそうな異色作家として日向康がいたが（大塚一六六参照）、彼は、鋭くも、もし上記の編集「局長談話が事実であるならば、占領軍から警察や検察当局に対しても、同じような圧力が加えられたと見るべきだろう。それゆえに、あのように根拠薄弱ななかでの逮捕と残忍な取調べと、強引な起訴のなされたことがうなずける」、と述べている（日向三五六）。もし、加えて、司法干渉もあったとすれば、尚更のこ

と、警察や検察・国鉄当局や政府に対しても、むしろ真っ先に、圧力・指示があったのはほぼ当然といえよう（検事への圧力も伝えるのは、吉原一九四）。奇異の念を抱かせる警察・検察・鉄道幹部や内閣官房長官（呑川一五九に詳細）の事件発生直後からの迅速で既に鉄道関係者・労組・共産党を念頭に置いた発表や動き（伊部一一、一三、二三、四〇、広津②四六七、四六九〔佐藤一〕、小沢二八五、今井一七、朝日新聞一九四九年八月一八・一九日記事等参照）も、そう考えると、全く何ら不自然でなくなろう。関連して、東芝側被告中五人が転覆謝礼金をもらったと一旦は自白させられたのは、福島地検の安西検事正が謝礼金の想定をし、その点をも取り調べるよう配下の警察官・検察官に強く指示したことによると推測されているが（青柳①一〇五、④一四）、この謝礼金の出所を共産党中央に求めようとする動きがあったのも（広津三八五、浜田六一九、青柳④二等参照）、注目されよう。

2 捜査官の古い体質

当時、捜査官の行動・態度には相当問題があったと窺われる。すなわち、特高警察上がりなど戦前感覚の取調官の予断に基づいた強引な取調方とこれを隠す不誠実な証言態度は、門田無罪判決後、「捜査官の一番の理解者あるいは行き過ぎた理解者」ともいべき青柳文雄氏【4】によってすら、「率直に言って本件の捜査にしても、捜査官の公判廷における捜査情況の証言にしても、不満足なものが余りに多かった。」「上級者が一線で張り切っている捜査官に方向を示し、場合によっては行き過ぎを是正してゆかなければならない。本件では記録を見てもこの役を果たした者が警察にも検察にもなかったように思われる。なかったどころではなしに、応援の若い検事に鞭打って日共との関係を転覆謝礼金を追及することによって結び付けよとの指示を与えたようにさえ疑われる。」「玉川警視、武田巡查部長、三笠検事らの・・・証言が・・・いかにも誠実さを欠き・・・このような取調振りでは虚偽の自白をも導き出したであろうと判断されても一応仕方ないような程度に達していたことである。殊に赤間自白に対する捜査官の取調振りは今回の判決に当たって裁判官に決定的な悪い印象を与えている。」「土地の不良・・・のような警察に弱みを持つ人達の取調べには・・・慎重に・・・参考人に過去の犯罪事実を聞いたりすることは・・・避けた方が相当であろう。」「玉川警視、三笠検事の取調べは・・・押しまくった傾向があり、・・・供述の変転が著しく・・・気の弱い太田被告と気の強い玉川警視との間に、まず後に虚構と断定された転覆謝礼金の自白が生まれ、また同じ傾向のある三笠検事が一旦撤回されたこの謝礼金を復活させる等のことになった。このような被告人の取調べに対しては自発的な発言を気長に待つべきであって、捜査官が性急にその心証を示してそれに誘導するようなことは避けなければならない。」「三笠検事は・・・余り何もかも記憶がないと答えたので、二階堂園子被告から『それでは証人は何を調べたのか』と問われたのは余り良い心証を与えない。」「弁護人との面接も刑訴三九条三項を大いに利用して、しばしば例外であるべき制限が原則となるような取扱いがされている。・・・捜査官が弁護人との面接を妨げたことはないと言っているのは、額面通りには受け取れないものがある。」等と苦言を呈されている（青柳④二。なお、最後の接見妨害に関し、大塚①三三、四二、五〇、大塚③一八三、岡林一五二、二〇六、後藤一六二）。

そのように、問題は警察官のみだった訳ではない。警察官の単なる盲信的・無批判的な「お仲間」に甘んじていた検察官たちにも批判が向けられている（例、日向二九八、広津四五五。なお、守屋克彦『自白の分析と評価』一二四頁）。

被告人らの取調態様などについての主張を見ると（広津あちこち、記念会一九六、二〇四〔大学一〕、後藤一五九等参照）、予断固執、誘導・示唆・教示、脅迫・集团的威迫・姿勢等強制・小暴力・睡眠時間削減・持続的孤独化など（鞭）、あるいは「他の者は皆自白して居るぞ」「誰々はやったのはお前だと言って居るぞ」「お前のアリバイは否定されたぞ」「彼女はお前に強姦されたと言い、調書も出来ているぞ」等の虚言、寛大処理約束など（偽計）による自白強要、また、優遇・おだて上げなど（飴）による自白維持誘導、それらを隠そうとする捜査官の偽証などであるが、青柳氏の上記苦言によって、それらが相当裏付けられていよう。

3 裁判官にも問題

裁判官も、判決について批判されるに止まらず、「取調べで折角供述した者が公判廷では被告人・傍聴人等への恐れ・気兼ねなどから供述を翻したり弱めたりするかも知れない」といったことしか考えず、強引過ぎるなど不当な取調べ（による共犯者自白）はチェックしようという心掛けが何ら無かつたらしくも見える（刑訴法二二七条による）証人尋問のやり方も、批判されている（後藤一九六、日向三二六）。「警察で強制されて嘘の供述をした被告や証人は、警察での恐怖を背負って、検事の前に立ち、証人尋問を行う判事の前に立つものである。現に、安藤証人が・・・判事の前で・・・前に述べたと同じくしゃべらないと悪いのではないかと思ひ、恐ろしくなって、同じように述べた」と証言しているし（広津三七〔赤間予言に関連した鈴木判決二一四六に対する批判〕【5】）、「屈服して自白をした被疑者は、留置場から呼び出されて、証人尋問の前に立たされても、迎合的にどんな態度もし、供述もするものである。」（広津①上二八三【6】）、とも指摘されている。

4 支援者・被告人側にも問題

他方、支援者・被告人サイドにも、裁判官・検察側証人（捜査官）らに対する無思慮な攻撃的・脅迫的言動のあったことが指摘されている（石坂修一・法曹一八九号四〇頁、広津五六〇、青柳③七、青柳①八九、一一七など）。

5 高裁長官・最高裁長官にも大きな問題

(1) 「石坂書簡」問題 一審有罪判決に対して控訴がなされた時、仙台高裁長官は石坂修一であったが、彼は、後に鈴木次徳郎に送った書簡の中で、「貴下等三人を信頼して私が発言をとって仙台高裁裁判官会議がこの大事件を貴下等に負託した」ことを明らかにし、また、「俗論や感情論をけとばして今日の判決に至ったことを感謝もし又敬意も払う次第であります。・・・判決が客観的事実に符（合？）するや否や心を煩わす勿れ、それを真に判定することは天のみ之をよくする」とも述べている（伊部一一〇、小沢三一六、日向五三六など。書簡全文と批判は、広津①上八〇）。これは、裁判所構成に恣意が関わったことを示し（後藤一二一、一二四、大塚①二〇二、②一八二）、鈴木判決の公正さに疑問を投げかけると共に、冤罪回避の心構えを疑わせるもので、後に最高裁判事になった石坂に対する忌避申立と石坂自身の回避につながった。

ちなみに、石坂は、三鷹事件一審判決（東京地判昭二五・八・一一。竹内の単独犯行と認定）につき、裁判長を務めた鈴木忠五に対し、「検察官の主張を空中楼阁だなどと断定するのは行き過ぎも甚だしい。どこかに事実を立証する別の証拠があるかも知れないではないか」と文句を付け、判決の結論自体も非難したという（鈴木三四一。なお、後藤①二〇四）。朝日新聞の野村二郎も全被告人有罪説だったらしい（鈴木三二八、大塚①二六）。石坂・野村は松川事件でも有罪説のようである（史録四一五は野村執筆か）。別の事件でも、鈴木らの無罪判決を石坂裁判長の二審が破棄して有罪とし、かつ石坂が非難したという（鈴木一七二）。裁判官により無罪率はかなり違う（渡部四〇二）。なお、鈴木は、三鷹事件二審が事実審理もせず竹内に（一審の無期を取り消し）死刑を言い渡し、最高裁が弁論も開かずこれを（田中長官を含む八対七で）維持したのに、憤慨している（鈴木三四四、三七一。同方向で説得的、真野①九二。なお、拙著『刑法各論』二三一頁）。

(2) 「裁判批判」論争 さらに、田中耕太郎最高裁長官は、本事件など公安事件等担当の下級審裁判官らへの悪影響も考えられる反共的言説を展開した（法曹三一号〔昭二六〕の「講和と裁判官」、裁判所時報昭二七・一・一〇号の「新年の詞」）。そこにおける「隣邦を侵しつつある国際的ギャングに対して厳正な批判を」といった議論とか、「社会秩序のびん乱、悪質犯罪の増加は、警察力や裁判所の充実強化をますます要求しつつある」、「共産主義の理念及びこれを奉ずる国々の現実に批判を向けなければならぬ」等の主張とかは、金日成がスターリン・毛沢東の了解を取り付けて始めた（死者百万人単位と、何とも犠牲者の多過ぎる）朝鮮戦争やスターリン等（批判、記念会一一七〔伊部〕）の独裁、国内の不穏な情勢などを念頭に置いたものとみられ、基本的にはそれ自体必ずしも誤りでなかったとしても（ただ、松川事件等まで考えたとなると問題。なお、大塚①二二）、個別精査すべき司法の場に（二審判決を前に）強烈にイデオロギーを持ち込んだ点では、甚だ

不穏当であった（なお、二審に関し、大塚①二三六、②一八二、一八四、一八七、一八八〔田中による鈴木慰労栄転予告〕等）。

さらに、田中はその後、広津「松川裁判」や正木ひろしの八海事件判決批判（山本二四五、正木一五一参照）に対し、「裁判（中の訴訟外）批判」有害雑音論を展開し（裁判所時報昭三〇・六・一号の「雑音」排斥訓示のほか、田中二）、大論争の一方の主演となったが【7】、両事件とも後に逆転無罪で確定している（八海事件については、下村六なども参照）。この例からも、裁判批判中には重要なものもあり得るので、初めから無視したり、いわんや（かつて国会に提出された法案のように）裁判所侮辱（罪）などとして禁圧するのではなく、虚心に接し、一応もつともな批判であれば、その批判にも耐え得るような裁判を心掛けるべきであろう【8】。

6 今に残る教訓

松川事件の一審・原二審の有罪判決は、以上述べてきたような諸事情に影響された可能性・特殊性が窺われる。そこで、もしも仮に、このような事件が今日の民主的で安定した時代に取り扱われたとしたら、普通に行けば、確たる証拠に乏しい等として、最初からすんなり無罪判決が出ること、あるいは、むしろ初めから、証拠不十分として不起訴になることも考えられよう。松川事件を巡る国賠訴訟の一・二審判決（本稿末尾の裁判目録参照）も、検察官に少なくとも過失が【9】あったと認めている（伊部一三四、日向五七〇、斎藤①二一一）。

しかし、他面、多彩な反面教師的捜査・認定、様々な見方の可能性、思慮深い判示、心血を注いだ丹念な認定、「裁判の素人」広津和郎の価値ある諸指摘、その他（非凡な弁護活動・支援活動も目立つ）、多かれ少なかれ普遍的な要注意点や教訓も、少なくないと見られるのである。

四 裁判の推移

1 一審判決

一審（福島地判昭二五・一二・六）は、赤間自白（詳しい引用、今井二六。任意性等につき、弁論四〇一・七九〇〔風早八十二〕、四四三〔大塚一男〕、四七四〔菊池養之輔〕）を盲信する（一般論ながら、上田・後藤二〇〇〔刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑のある自白」包含を無視する傾向〕、木谷五五、七二〔戒心すべき任意性・信用性の判断〕）等々、かなり雑な認定をして、全被告人に有罪を言い渡し、うち五名には死刑を宣告した（これに関し、斎藤①一九七、伊部六四、七七、八四、大塚②一七二、一七六。なお、夏樹一一〇〔袴田重司の驚き〕）。

これに対し、被告人らの手記を集めた『真実は壁を透して』という小冊子（伊部一六五参照）を送られた人々のうち、広津和郎は、先に読んでいた親友の作家宇野浩二と同様に、「嘘が感じられない」等と思い、検討の上、酷い話だと怒りを感じて、中央公論昭和二八年一〇月号に「真実は訴える」（手記一七七、広津①上三一に収録）を発表した。同じ頃、宇野も文藝春秋一〇・一一月号に「世にも不思議な物語」を発表している（たとえば、高橋被告の関係を活写する宇野一〇二など参照。なお、岡林一六七、坂本一四八、広津①上三一九〔本田〕の評価等も参照）。

2 原二審判決（鈴木判決）

（1）鈴木判決の結論とそれに対する反応 この判決（仙台高判昭二八・一二・二二。裁判長、鈴木禎次郎）は、幹部級の三被告（武田国労福島支部委員長、斎藤千国労福島支部文化部長、岡田福島地区労書記長）を無罪としながら（国労等の組織的犯行の構図が弱体化）、その余の被告一七名の犯人性は改めて肯定し、特に鈴木信・本田昇・杉浦三郎・佐藤一の

命は風前の灯となった。

これは、広津にも強いショックを与え、本格的な「松川裁判」批判へとつながった。この広津の「松川裁判」は、両労組間の連絡謀議だけでなく、各側の謀議や実行行為などの存在にも否定的で、原判決の事実認定に対する包括的かつ説得的な批判となっていた。なお、この広津「松川裁判」は、弁護人らの前書きを付され、その上告趣意書の一つとして最高裁に提出された。

他方、鈴木判決ではほぼ決着が付いたとの見方がマスコミを中心に広まった（伊部一六九、一七二、大塚一五六、広津①上七四、全史三一九、日向五三四、記念会三八七〔清水〕）。学界では平野龍一が代表的のように見えるが、その狙いはむしろ裁判所侮辱処罰法案阻止にあらう（平野三参照。ただ、なお、大塚・本田一二七〔本田〕、大塚四八、今井二五〇、広津①上二七一）。

（２）鈴木判決の概要 この判決の認定は、簡単にまとめると、

「昭和二四年八月一七日午前三時（当時の夏時間による。以下、同じ。普通にいえば午前二時）九分頃、東北本線の金谷川駅と松川駅との間のカーブ地点で、青森発上野行きの列車（客約六三〇名乗車）の前部が脱線・転覆し、機関士ら乗務員三名が死亡した。

これは、被告人らである国労福島支部関係者および東芝松川工場労組関係者の一日・二日前の諸謀議に基づいて敢行されたレール破壊工作による。その関係者は、国労側は鈴木信（国労福島支部福島分会執行委員長）、二宮豊、阿部市次、本田昇（郡山分会宣伝部長）、高橋晴雄、赤間勝美（元線路工手）、加藤謙三（福島地区労雑務手伝い）の七人である。また、東芝側は杉浦三郎（松川労組組合長）、佐藤一（東芝労連から松川に派遣されたオルグ）、太田省次（松川労組副組合長）、佐藤代治、浜崎二雄（同労組青年部宣伝部員）、大内昭三、小林源三郎、菊池武の八人であって、その外、アリバイ工作のために頼まれて、松川労組事務所に泊まり、従犯にとどまる二階堂武夫・二階堂（後には、横谷）園子の二名がいる。

諸謀議は、詳しくいうと、①一五日午前一一時頃から国労福島事務所における鈴木・二宮・阿部・本田に赤間を加えた国労側だけの謀議、②イ 赤間退出後、東芝労組側を代表して出席した佐藤一を加えた協議による両労組間の連絡謀議前半、②ロ 佐藤一が（東芝工場のある）松川に帰った後、遅くとも翌一六日夕刻ないし夜までに（二四六五、要旨二三五。批判、広津六〇七、六一三）、東芝労組幹部の杉浦・太田に報告し賛同を得たことによる連絡謀議後半、③翌一六日午後九時頃、それまでに国労側被告人の少なくとも一部の者と謀議を遂げ東芝側への連絡事項を協議していた国労側代表加藤と、東芝側の杉浦・太田・佐藤代治・大内との間で松川工場構内八坂寮組合室でなされた、「今晚、金谷川と松川の間で列車を脱線させる」等の連絡謀議、④同日九時半頃から同組合室でなされた杉浦・太田・佐藤代治・大内、佐藤一・浜崎・菊池・小林の（東芝側の内部分担に関する）謀議、⑤同夜までの福島市内での国労側被告人の何人かからの高橋に対する実行参加要請と高橋の承諾による謀議、を経ての順次共謀である。

以上の諸謀議に基づき、⑥一六日午後一〇時半頃から、小林・菊池・大内が松川線路班倉庫からバール・スパナを持ち出して来て、⑦翌一七日午前一時半頃、佐藤一・浜崎が、バール等を携え、松川労組事務所から、レール破壊作業実行に赴き、⑧国労側から、材木置場で待ち合わせた後、レール破壊作業にやって来た本田・高橋・赤間と合流し、⑨一七日午前二時四分頃から二〇数分間にわたり、五人（「実行犯はなぜ五人とされたか」の推理は、記念会五三〔伊部〕）が共同してレール破壊作業を行って、冒頭記載の死亡事故を引き起こした。」

というものである。

（３）証拠関係 鈴木判決は、赤間・太田・加藤・浜崎・大内・小林・菊池・二階堂園子の捜査段階での自白・自認の任意性を全面的に肯定し、それらの信用性も、一部（殊に、太田自白の相当部分、赤間自白の若干部分、および、東芝側の太田・浜崎・大内・小林・菊池に共通の転覆謝礼金收受関係）を除き、大筋認めている。

赤間自白は、まず国労側謀議（前記①）に関するものであり【10】、また、レール破壊の実行（⑧⑨）も内容としている【11】。太田自白は、先行する一二日の電話連絡・一三日の打合せのほか、一五・一六日の連絡謀議（②③）、その後の東芝側だけの謀議（④）、「転覆謝礼金」を中心とし（伊部三三、広津三七一等）、加藤自認は、希薄な内容ながら（なお、広

津六一四)、佐藤らに不利な形で両日の連絡謀議(②③)に関連し、浜崎自白は東芝側のみの謀議(④)、パール等持出し(⑥)のほか、レール破壊実行(⑦~⑨)を内容とし、大内自白は、主に、パール等持出し(⑥)のほか、一六日の連絡謀議(③)、その後の東芝謀議(④)にも及んでいる。

3 最高裁大法廷判決

以下に、大法廷判決(昭三四・八・一〇)の概要を示し、併せて、各文章の末尾に、カッコ書きで、若干の参考事項を掲げる。とりわけ、当該判旨と符合し、あるいは方向を同じくする、広津『松川裁判』の関連指摘頁を、「広津」と頁数のみで、概略示す(後出の4・5でも同様)。なお、無論、弁護団の上告審弁論も重要である(一例、弁論三〇六〔大塚による「実行行為に関する赤間自白の検討」〕)。

(1) 判決内容の骨格 原判決(鈴木禎次郎裁判長らによる二審判決)の認定によれば、昭和二四年八月の一六日から一七日にかけて敢行された本件は、謀議、実行行為(パール・スパナ持出し、線路破壊作業)及びアリバイ工作からなり、就中、一五日および一六日になされた国労福島支部側と東芝松川労組側との間の連絡謀議は、これなくしては実行行為・アリバイ工作も到底考えられないようなものであると共に、国労側のみの謀議と東芝側のみの謀議とを結び付ける枢軸であり、しかも、これら各側のみの謀議すら、互いに相手側の参加・協力を予定または前提とするような内容のものであるから、この一五日・一六日の連絡謀議の存否は、自然、その余の謀議ひいては実行行為、アリバイ工作、結局本件事案の全般的構造(本件事実全体の認定)にまで影響を及ぼすところ、これら二つの連絡謀議は、以下に述べるように、いずれもその存在に疑いがあるので、原判決には、これを破棄しなければ著しく正義に反する重大な事実誤認(刑訴法四二一条三号)を疑うに足りる顕著な事由がある(七対五の多数意見)。

(2) 第一の連絡謀議 すなわち、一五日の連絡謀議(佐藤一が一五日に東芝側を代表して福島国労事務所に赴き、鈴木、本田らと列車転覆の日時等につき協議し、諒承して松川に帰り、杉浦、太田に報告して賛同を得たというもの)については、

①最有力な証拠とされた太田自白は、これが同一人の供述かと疑われるほど、目まぐるしく変更され、明らかな虚偽・架空(原判決。以下、同様)すら含み、甚だ不合理なものである(広津四〇五、四〇九、四一三、五〇六、五〇九など)。すなわち、第一に、太田は終始、国労(福島支部)側から東芝(松川労組組合長)杉浦宛に「明一三日に重要会議を開くから出席してくれ」との、両者結付きの発端となる電話があったと詳細に供述しているが、虚偽である(広津三九九。なお、この点につき詳しくは、門田判決二五〇)。第二に、太田は、一三日に国労福島事務所に赴いたのが、佐藤一と二人でだったか、太田独りでだったかにつき、供述を二転三転させている(広津四〇五)。第三に、太田は一五日の福島での連絡謀議の会合に、自らも佐藤一と共に出席したのか、それとも、佐藤一のみ出席しその報告を受けたにとどまるのか、についても供述を変更している(広津五〇六、六〇三、六〇五)。第四に、太田は、東芝側被告人たちの先頭を切って、まことしやかに転覆謝礼金收受という虚偽の自白を根強く繰り返している(広津三七一、三八八、四五五。なお、手記八四〔太田〕)。

以上は、記憶違い・錯覚の是正ないし記憶の喚起ということでは片付けられない。太田は、ただひたすら迎合的な気持ちから、その都度、取調官の意に副うような供述をしたのではないかとの疑いすらある(広津四三九、四五二)。太田供述調書のうち、一〇(月)・二八(日付)の三笠調書は特に不自然・不合理であるが(広津三八九、四一四、四二四、四五七、四五八、五一一)、相対的に問題の少ない調書にすら、様々な虚偽が含まれている。

更に、諏訪メモ(詳しい引用、今井・付録七)により、太田自白における佐藤一の松川での団交から退席した時刻に関する供述は殊に疑わしくなり(広津五三八)、原判決が驚見証言を殆ど唯一の拠り所として、これに抵触する数人(斎藤正、紺野、阿部明治、遊佐、西山スイ、本田基、小山ら)の証言を悉く排斥し(広津五一四)、福島での一五日連絡謀議出席(そのためには乗る必要がある午前一一時一五分松川発の列車)に間に合う時刻に佐藤一が団交から退席したと断じたのには、疑いなきを得ない(弁論二四〇・七八〇〔松本善明〕も参照。なお、上田・後藤九五)。

②「何分にも変化が甚だしく、他に有力な補強証拠がなければ到底措信し得ない」と原判決自らも認めたのが上記太田自白であるが、この太田自白を支える証拠とされた加藤自認（広津五四四）も、著しい変更（一三日の会合の認識いかん）、虚偽（同会合への斎藤千「出席」）を含み（広津四二七、四三〇）、内容も（一五日に将棋しながら佐藤一を含めた会合を見たという程度のもので）それのみで謀議を認定できるようなものでないし（広津五四七）、諏訪メモとも整合的でなく、太田自白の支柱たり難い。

（3）もう一つの連絡謀議　つまり、一六日の連絡謀議（既に国労側の他の被告人の少なくとも一部と列車転覆を謀議し、東芝側への連絡事項を協議していた加藤謙三が、一六日に国労側代表して松川に赴き、午後九時頃、杉浦、太田らに会い、国労側からは本田、高橋、赤間が転覆実行に赴くこと、転覆させるのは四一二列車であること、その前の貨物列車は運休で時間は十分あること、東芝側からも二名がバールとスパナを持参して転覆作業に参加してほしいこと等を連絡し、杉浦らから諒承を得たというもの）については、

①ここでも、最有力の証拠とされたのは太田自白であるが、これが信憑性に乏しいことは既に（上記一五日連絡謀議に関連して）検討したとおりである。加えて、太田自白は、一貫して、この一六日連絡謀議に佐藤一と浜崎も加わったと述べているが、原判決認定と符合しない。

②太田自白を支える証拠とされたものの一つは、大内自白である。しかし、大内自白は、本件自白・自認中、太田自白に次いで変化が多い上に、架空の「転覆謝礼金」自白も含み（広津三七八）、また、本連絡謀議参加者として終始浜崎を加えているなど、信憑性は疑わしい。

③太田自白を支えるとされたもう一つの証拠は、加藤自認である。この加藤自認にも問題があることは既に（上記一五日連絡謀議に関連して）検討したとおりであるし、その内容は乏しく、それ自体、何ら本連絡謀議の存在を肯定したものではない。

その上、加藤が一六日までに国労側の他の被告人の少なくとも一部との間に列車転覆謀議を遂げていたとか、東芝側に対し所要の連絡をなすべきことを協議していたとかの点につき、原判決は首肯に足るだけの証拠を何ら挙示していない。また、本連絡謀議の内容の一つとされている「列車転覆には国労側からは本田、高橋、赤間の三名が赴く」との連絡事項に関しても、国労側において既にその時まで、高橋から転覆作業参加の諒承を得ていたという明確な証拠は何ら掲げられていない（広津六一六、六一八、六二二）。共謀共同正犯における共謀または謀議は罪となるべき事実であって、その認定は厳格な証明によらなければならないが、以上のような諸点については厳格な証明があったとは到底みがない（全史五〇六参照）。

しかも、加藤が一六日に東芝松川工場を訪れたのは午前一一時五八分であるが、その時は貨物列車の運休は未決定で（広津六二一、佐藤一〇二。斎藤注記　この点自体については、後に門田判決二二六で異なる認定がなされている）、本連絡謀議が行われたという午後九時頃までに加藤がその運休決定の連絡を受けていた証拠は別に掲げられていない（広津六二〇）。既に正午には工場に着いている加藤が、午後九時頃に至るまで、連絡・要請の重要任務を放任していたという原認定も、疑問である。

なお、本連絡謀議は上記一五日連絡謀議との関連において意味があるところ、後者の存在に疑いがある限り、本謀議存在の余地も疑わしい。また、本謀議が行われたという八坂寮への人の出入りについての供述も区々であり、判断に苦しむ。浜崎自白自身には本謀議についての供述が何ら見当たらないのも、本謀議の存在を疑わせる。本謀議のような重要な謀議が、労組大会終了後の五分間ぐらいの間に至極簡単に行われたという認定にも無理がある。

（反対意見と多数意見　田中耕太郎〔および池田克、高橋潔の両主任・本件専任裁判官〕の反対意見では、仮に両日の「連絡」謀議が多数意見のいうように認められないとしても、各労組側のみの謀議やレール破壊の実行行為は認定できるから、犯罪が偶然に競合したことになるだけであって、各労組関係被告人の刑責は〔これらのいずれにも参加していない加藤のみを例外として〕否定できないし、赤間・浜崎・大内の各自自白内容から両労組間の事前連絡の事実は優に認定し得る、と主張されている。池田の反対意見は、更に補足して、多数意見が連絡謀議を上記の二つに限局して調査しているのは誤りで

あって、国労側実行犯と東芝側実行犯とが落ち合っただけで破壊行動を共にしている事実から連絡謀議の存在を見て取れるし、それが原判決にも示されている、と強調する〔池田の公職追放等の前歴につき、大塚②一一三、①二一二〕。高橋潔の反対意見は、国労側のみの謀議、東芝側のみの謀議および両側実行犯が協力してのルール破壊の三事実は、多数意見が疑問視する太田自白・大内自白・加藤自認を資料に供さなくても肯認でき、諏訪メモにも影響されないのであって、これらの事実から両側間の意思連絡を推認し得る、と指摘する。垂水の反対意見は、原二審判決を〔少なくとも、ほぼ〕全面的に支持し〔両者は、捜査陣に対する原則的信頼と被告人への不信で共通する〕、仮に、諏訪メモのため、一五日正午頃の佐藤一参加の連絡謀議が疑わしくなっても、この連絡謀議および一六日の加藤参加の連絡謀議は、実行に対し何ら特別の関係に立つものではなく、両方共が不可欠だという訳でもないし、前にも後にも、独立して実行原因となるに足る謀議が重複してなされているから、各被告人の犯罪の成立に影響しない、と主張する。なお、下飯坂の反対意見は、共謀の点に疑いがあったとしても、ルール破壊・パール等持出しの実行行為者の刑責は否定できない、と主張する。

これに対し、多数意見は、上記二つの連絡謀議に代わるべき何らかの連絡を想定して原判決を維持することは、検察官すら〔具体的には〕主張せず、従ってまた原判決も〔具体的には、まして且つ明確には〕認定しなかったような共謀または謀議に類する事実を、何ら事実審のような事実の取調をしていない〔諏訪メモ等を公判に顕出したに止まる〕本上告審が、みずから新しく認定するようなもので、共謀共同正犯における共謀・謀議は「罪となるべき事実」であって、その認定は「厳格な証明」によるべきものとする最高裁判例にそぐわない、と反駁している〔なお、差戻後二審での「一三日から一六日までの間に・・・何らかの連絡謀議があった」との予備的訴因の追加は、「共謀共同正犯における謀議は罪となるべき事実であるから、何らかの連絡があったというだけでは足りず、その内容は具体的に特定されなければならない」との理由で不許可となった。門田二〇九〕。おそらく、加えて、実行行為や他の謀議〔国労側のみの謀議、東芝側のみの謀議〕の原判決認定にしても確実な証拠に基づいているか疑わしいところがあり、「枢軸」ともいべき両日の連絡謀議の認定からして既に疑問が多いことからみても、その連絡謀議と〔概ね明示的に指摘されたように〕極めて密接な関係にある各労組側謀議や実行行為の原判決認定も単純にそのまま使って良いとは到底いえない（真野三九参照）、四名に対する死刑に代表されるような重刑等が問題になっていることからすれば尚更であり、刑事司法の公正・堅実等に対する社会の信頼を確保する必要もある、といった考慮も多数意見側裁判官の中にはあったのではなかろうか【12】。多数意見側の入江・高木の両裁判官は、実行行為や国労側謀議・東芝側謀議も認定できないとした再上告審判決の齋藤朔郎ら三人の多数意見にも加わっていることも、参考となろう。

広津と多数派裁判官ら 広津の「松川裁判」は、実行行為や国労側謀議等も疑問視しているが、弁護人の前書きを付け上告趣意書として提出されてもおり、多数意見側裁判官中の奥野健一が線を引きたりしながら読んでいたという〔多数意見は奥野起草という情報も紹介する大塚②九四、大塚一二四参照〕。奥野判事は長男に、広津和郎『松川裁判』につき「いや、大変立派な本だ。随分良く調べているのに感心した」とか「広津さんの著書は優れたものだ。あのように良く調べた裁判批判の書ならあって良い」とかの話をした、とされる〔坂本一四二〕。なお、田中は奥野の最高裁入りや長官就任に反対したとも伝えられる〔大塚①二四四〕。再上告審での裁判長齋藤朔郎も、「法廷に出された証拠に基づいた批判は、必ずしも『雑音』として拒否すべきではない」〔昭三八・九・一三産経新聞〕としているし〔大塚②一五五、坂本一四九。なお、夏樹一二二〕、入江裁判官も広津に好意的のように思われる〔大塚六七参照〕。ライバル田中と並び長官候補になったこともあるとされるが、退官後の真野毅元最高裁判事も、広津を高く評価し（真野三三）、また、「批判の多いことが裁判を良くするのだ。裁判批判に不安を持つのは、裁判官を信頼していないということだ。・・・裁判官は神でないのだから人間の声も聞く必要がある」と語ったという〔山本二四八。〕

4 差戻後二審判決（門田判決）

この明快な全面無罪判決（仙台高判昭三六・八・八）は極めて詳細であるが、紙幅の関係上、検討も紹介も別の機会に譲

り、以下、ほんの骨子のみを掲げる。

差戻後二審で検察官は、当裁判所の勧告もあって、捜査段階の供述調書等一六〇〇余通の書面を、利不利を問わず、新たに証拠として提出した。公益の代表者としての立場から、実体的真実の発見に協力するために、検察官のとられたこの異例の措置こそ、検察の真髓を發揮したものである。当裁判所は、これらの書面を精査検討し、その新証拠相互に、またはこれと旧証拠と対照吟味することにより（この場合、新証拠の書面は物的証拠の性格をもつ）、「諏訪メモ」に勝るとも劣らぬ幾多の新証拠を発見した（広津は、門田判決に先行して、被告人らに有利な調書の一般的不提出を指摘・論難していた。例、広津五五三、五七二、五七七、五八一）。

この場合、新証拠が物的証拠の性格をもつという意味は、例えば、被告が身柄を拘束されて外界との交通を完全に遮断された期間中における被告の供述調書、参考人の供述調書等の供述内容が、ある事柄について合致しているとき、そのような供述内容の合致する供述調書が存在するということが自体が証拠となるという趣旨である。この場合、被告と参考人とが事前に打ち合わせた等の作為的事情がないと認められるときには、その合致する供述内容の事柄はお互いに体験を共にしたが故に、それに関する供述が合致するのであるとみて通常差し支えない、というのが経験則であるといえよう【13】。

新証拠の出現により、本田アリバイの成立は殆ど決定的、高橋アリバイ成立の蓋然性も甚だ高い。赤間自身のアリバイ成立の蓋然性も、今や甚だ高いのである。佐藤一アリバイの成立は殆ど決定的、鈴木アリバイの成立もまた殆ど決定的といえる（「新証拠」の証拠能力に関する青柳氏その他の見解については、斎藤②五二、六一で検討した）。かくして、謀議関係についてはもとより、実行行為自体についても、合理的な疑いが極めて深い。

5 再上告審判決

この最高裁による最終判決（昭三八・九・一二）は、検察側の判例違反（等）の主張を斥けつつ（その理解を巡る難問につき、斎藤②五四、大塚①二七七参照）、事実誤認の主張につき、概ね次のように、相当立ち入って原判決（門田判決）の維持されるべき理由を明らかにしている（三対一の多数意見）【14】。

（1）赤間自白の信用性 赤間自白は全体として信用できない。

イ 赤間自白中事実に反すると認められる点 ① 一五日国労側謀議の席に高橋・蛭川がいたということ（広津九八）
② 継目板取り外しを一個所しか述べていないこと（広津六七五） ③ 犬釘・チョックの実際の抜き取り数は自白の抜き取り数に遙かに及ばないこと

ロ 赤間自白中不合理または不自然と認められる点 ① 集合出発地点と道筋についての供述変更（広津七〇） ② 発見される危険が極めて大きい踏切を（気付かれずに）渡ったということ（広津五五） ③ 丁度その区間で線路（の遊間）調査がなされていること等に気付かなかったこと（広津九五） ④ 遭遇した筈の列車に関する供述が（一部を除き）不合理・欠落していること ⑤ 赤間がその自白にいう状況下で始めて知り合った佐藤一と浜崎を後日識別できたということ（門田判決一四二参照） ⑥ 「実行行為者」中、相対的にいえば専門家の赤間が、犬釘・チョックの抜き取りと見張りだけをして、難作業の継目板取り外しに関係しなかったということ ⑦ 継目板のボルト・ナットの緩解に成功する確率の甚だ小さいと認められる自在スパナだけで、継目板取り外しができたということ（ほぼ、広津六七四、六八三、六八七、六九一。なお、大塚・本田一一四〔本田〕）【15】

（2）浜崎自白の信用性 赤間自白の信用性が疑わしいとなれば、それと符合し相補的な浜崎自白の信用性も当然に疑わしくなる上に、浜崎自白それ自体にも、次のように疑わしい事由がある。

① 一一二号列車との遭遇・・・実際に経験したとすれば、忘れられない出来事だった筈なのに、前日「汽車にあったような記憶はありません」としながら、一転して詳細に供述するに至ったのは、理解に苦しむところで、取調官に迎合した可能性を否定し切れない。

② 佐藤一と浜崎がレール破壊のため労組事務所を出発し、破壊後に帰って来た状況・・・この点につき、浜崎自白と、

当夜浜崎と一緒に労組事務所にいた関係被告人らの自白との間には、単なる記憶違いとは考え難い食違いがある。

③ 赤間自白との食違い・・・当夜の明暗度、互いに相手方の人相などを認識し得たかどうか、浜崎の履物が下駄か靴か等につき、食違いがある（引用されている門田判決一九三参照。浜崎は下駄で行ったと自白。さすがの玉川も絶句、後で何とかしようとして忘却）。

④ 転覆謝礼金自白・・・浜崎もまた、架空の転覆謝礼金について自白している（広津三七八）。【16】

(3) スパナ等の盗難事実　スパナ・パールが盗み出されたという点については、被害そのものがまだ十分に確証されていない（ほぼ、広津六四六）。のみならず、スパナ等を松川線路班倉庫からどのようにして盗み出したかについての小林の供述は、客観的事実と反したり、後の供述及び大内・菊池の自白と異なる等、関係被告人らの自白の信用性にも幾多の疑問がある。

(4) 連絡謀議　一五日および一六日の各連絡謀議について（門田判決には割り切り過ぎの嫌いもあるが）大法廷判決が指摘した重大な事実誤認の疑いは依然解消できない。

(5) その他の謀議　上記の各連絡謀議以外の謀議（一五日国労側謀議、一六日東芝側謀議など）の存在も疑わしい（ほぼ、広津九八、四九二、六二四、六四六等）。

五 青柳文雄の見方

1 青柳氏の経歴等とその広津批判の概要

青柳文雄氏は、検事などを歴任後、最高裁調査官として松川事件第一次上告審を担当し（主任）、長官らの少数意見の基礎と窺われる報告書を作成しており（古本流出。その全文、大塚・本田一五〇）、大筋有罪認定は維持すべきだとした（斎藤①二一一参照。要点紹介、大塚①二二三。より詳しくは、大塚②八、三六、三七、六九。また、今井二五二）。その後、上智・慶応大学教授や東京高裁判事を務め、刑法・刑事訴訟法の大部かつ重要な各教科書なども著している。

青柳氏は、広津の原二審判決批判に対して、「広津評決の検討」と題する大論文を書いて手厳しい批判を加えた（青柳①）。この論文は、直接的には主に調査官としての二年間ほどの努力の貴重な所産と見られると共に、学識体験とも豊富なことを実証したもので、優に一つの裁判に匹敵しよう。なお、従的に問題とされている刑訴法解釈の面では、広津の議論より青柳氏の見解の方が概して一般的理解に近く、無難と見受けられる（なお、青木一五五。ただ、弁論二九一〔佐伯千仞〕も参照）。しかし、広津を概ねただの素人一人扱いし、「予断排除の原則の無視と現実動いている訴訟の実態に対する理解の欠如」があつて、理性的直感と対照的な「感情的直感」に代表される「陪審評決一般の短所と結合」し、官権反抗的な一種の「意志的直感」の嫌いもあつて、太田自白を証拠とすることの誤りを指摘した点などは例外として、「全体として価値に乏しい」とするのは、果たして妥当か。以下、検討する。

2 「予断排除の原則の無視」

(1) 「広津の予断形成」　本稿では各論的諸点にまでは立ち入ることができないが、総論的に、しかし多少は具体的に、青柳氏による上記批判の中身を見てみると、先ず、「予断排除の原則の無視」というのは、広津「松川裁判」は警察官・検事・裁判官に予断・偏見ありと至る所で攻撃しているが、元来裁判官は容易に他人を信じない批判的精神で訓練されて来ているので、内閣官房長官がどのような発表をしようと（苦言、真野三三）、新聞が何を書こうと影響されるものではないのに対し、広津自身はどうかというに、被告諸君の文章を集めた『真実は壁を透して』という小冊子を送られ、その文章に引き込まれ、宇野浩二と同様、「嘘が感じられない」と思い、「これは或いは被告諸君の訴えが真実ではないか」という疑問を起し、調べてみる気になったというのだが、これは予断・偏見の形成ではないか、しかも、この『真実は壁を透して』

は、わが刑訴法三二二条一項（これは、犯人の工作に対する英米法の経験と英知に由来する。）によって証拠能力がないものであるし、公判闘争を通じて十分に経験を積み口が上手くなった後の被告らが書いたものでもある、との批判である。しかし、「予断排除」というのは、普通あるいは主として、被告人保護の観点から問題とされている。そうすると、「起訴はされ（しかも、有罪率は著しく高い）、一審有罪とされている（当時、新聞も概ねクロ報道をする）けれども被告人らはこのように具体的・迫真的に無実を訴えており、判断には慎重を要しよう」ということになっても、不都合とも言い切れまい。実際、原二審で一部無罪となり、最終的には全員無罪になっている。また、少なくとも、「被告人らは或いは無実ではないかと考え調べてみようと思う」か否かまで、証拠能力の規制を受けなければならない訳では勿論なからう。なお、誠に注目すべきことに、氏自身ウイグモアも引いて三二二条への疑念を表明している（青柳①八七）。さらに、被告人らの口が上手くなり、まことしやかに語るようになっていくか否かは、当初の弁解と対照するなどして慎重に判断すれば良く、被告人らの（まとまった）言い分を一切無視する方が良いとは言い難いように思われる（双方の言い分を良く聞いて判断するのが無難）。ちなみに、斎藤もこの『真実は壁を透して』を読んでみたが、編纂者らの共産党賛美などの語句に違和感を覚えた点は別として、二〇名の被告人らが嘘を並べ立てたようにはやはり思えなかった（大塚①一四六紹介の編集者も「被告たちの・・・文章に嘘はないと・・・直感」）。

予断・偏見といえば、青柳氏の方に気になるところがある。たとえば、赤間が一審最終陳述で、「可愛がってくれた優しい山本検事から死刑を求刑された」と述べているのは、驚くべき発言で、それより前に、「私はその頃山本検事の顔を見ると身震いする程恐ろしかった」と（往復路図面を書いて渡したことにつき）弁解していたのが「まるで嘘と判ってしまうではありませんか」というのであるが（青柳①九五）、自白を迫り、あるいは続けさせていた頃（それも、寛大な扱いの約束などの餌でなく、鞭を使っている局面）と自白完了後とでは検事の態度が全く違っていても、ほぼ当然のことで、何らおかしくなからう（日向四五二、浜田六三四、広津①下三三八）。また、青柳氏は、門田判決（要旨発表）直後、「記録を通じてみたところでは、真犯人らしいものは、この被告人の全部であるかどうかは別として、この被告人の中およびその関係者以外にはどうも見当たらない」というが（青柳③六）、それこそ、主に調査官時代に熟読した（当然被告人たちのみ問題視され、有罪にもつながった）記録から得た予断・偏見ではないのか。

加えて、氏は「裁判官は容易に他人を信じない批判的精神で訓練されて来ている」というが、氏が確かに容易に信じないのは被告人やこれに有利なことを述べる人達で、有罪証人に対しては別である感も受ける。たとえば、新井国家警察隊長を証人として呼べば直ぐに判るなどと述べている（なお、大塚③二二六）。証言を聞く前から本当だと分かるというのである。

（２）「広津の法的無知」 青柳氏は、広津の法的無知を示すものと称して、たとえば、『赤間自白の問題』の中で赤間が控訴趣意書でこういっている等という引用がありますが、これなどは単なる主張であって証拠でも何でもありません。主張というのは意見の陳述ですから、事実の陳述と違って証拠にはならないのです。」云々と批判している（青柳①九一、九三。これに対し、広津・法律時報一九五九年一月号六二頁＝広津①下二五二）。しかし、広津の控訴趣意書引用（広津一七）は必ずしも特に証拠（判断の根拠）としての引用ではなく（証拠としては、むしろ、後に飯島・安藤の各証言、赤間の法廷供述などが挙げられている）、まして、法廷用の証拠としたのではなく、世人に訴えかける著作中で、赤間が事故を前夜予言した旨自白させられた事情を明らかにする一環として、二審判決と対立する仮説的テーゼともいえる形で、本人の具体的で分かりやすい文章を引用・利用したにとどまらう。なお、控訴趣意書が裁判所に提出された場合、それは普通「証拠」とは言われまい。しかし、その内容が「主張すなわち意見の陳述」に過ぎないとは言い切れず、むしろ「事実の陳述」であり又はこれを含むことが多いと思われる。広津によって引用されている部分も、武田部長に呼び出され調べられた時の問答の場面であり、赤間の主張する「事実の陳述」であろう。そして、その事実陳述内容によっては、控訴人の無実等の主張の説得力が（たとえば、矛盾があるとか不自然だとかの理由で）却って弱められることもあり得なくはない一方、逆に（真に迫っているとか、重要な点で客観的事実と符合しているとかで）説得力が強められることもあり得よう。

控訴・上告趣意書の内容を「事実の陳述」ではなく、「主張すなわち意見の陳述」と考えてしまうと、被告人・弁護人が精魂込めて書いても無視されることになり易く（大塚・本田七八、一〇三〔本田〕参照）、ある調査官が（冤罪説も強い丸正強

盗殺人被告事件で) 上告趣意書は読まないことにしていると語ったという深刻な話も思い起こされる【17】。

3 「現実動いている訴訟の実態に対する理解の欠如」

(1) 「専門家と広津ら素人の判断能力の差 (付、予審制度論)」 これは、「供述は自白ばかりでなく否認の供述、証人の供述をも含めて、屢々矛盾を来たし、あいまいであることもあります。殊に日本人はその人の面前ではその人を非難するようなことを言わないことを以て美德とし」、「面前ではその人に不利益なことを述べなかつたり、ぼかしたりする」し、「自白の場合にはその逆に自分の責任をできる限り軽くするために屢々矛盾し、あいまいな供述がなされます。・・・わが国の裁判官はそのような矛盾とあいまいの中から自己の心証を形成するように訓練をされて来た」のに対し、フランスの学説によれば、「陪審員は専門的な能力を欠き、法を知らず、正義感を欠き、変化しやすい感情で非理性的な判断をし、外界殊に新聞の影響を受け易く、そのために判断は恣意に流れ、弁護人の影響を受け易く、真実に反する認定をして犯人を逃がすことになるという非難を受ける」、というのである。しかし、慢性的な被告人(・無罪証人)不信、自白(・共犯者自白)過信など有罪証拠批判的(・無実可能性)吟味姿勢欠如、自信過剰・省力傾向、思いやり不足等で冤罪を生み出している裁判官もいようし(渡部四五、四〇二、木谷四九、一五八、日弁連人権擁護委員会編『誤判原因の実証的研究』三七五頁等参照)、市民はそれほど愚かか。特に、広津をただの素人扱いするのは問題である。広津の事実判断は丹念で、しばしば鋭く、最高裁二判決・門田判決とも多く共通し、かつ先行している。

氏が、わが国の裁判官の心証形成「判断は戦前は殆ど誤りというものがなかったのではないかと思います。それは予審判事の制度があつ・・・だから」とし、「私は被疑者を捜査官が取調べの対象にすることに余り乗り気ではなく、むしろ公正な立場で取調べに当たる予審判事が必要」等と説く点は(青柳^①八四、九〇、^③八)、注目される。これに対しては、「青柳氏の戦前の裁判への評価は、まことに驚くべきもので」、「予審制度は検察の手先と化している判事による人権じゅうりん手続であった」との批判がある(大塚五五)。ただ、予審には自由主義的側面もあり(松尾浩也『刑事訴訟法』上八頁参照)、団藤先生の反省も紹介しつつ、中立的な第三者が物的・人的証拠を公平に収集し双方に全面開示する仕組みの魅力的なメリットを説く学説(沢登一二、六〇、六五、八三)は特に傾聴に値しよう。それにも困難等はあれ、現行法の配慮・解釈で十分か(なお、上田・後藤二一二、佐伯千仞・刑法雑誌二九卷三号一三二頁、大塚・本田七七[国賠一審判決引用の本田]。一一新制度に関し、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』三一五頁、木谷明『刑事事実認定の理想と現実』五〇、一四六、二二三頁、酒巻匡編『刑事証拠開示の理論と実務』一頁、川出敏裕・刑事法ジャーナル二一号四〇頁、門野博『新しい時代の刑事裁判』一三九頁)。

(2) 「直接(審理)主義・口頭主義が訴訟の基本」 青柳氏は、「人の供述を直接聴く場合にはその態度や口振りで判る場合にも供述調書となってしまうからでは素人にはもとより裁判官にさえ判り難くなります。」「書面だけによる審査が危険なものであればこそ、近代刑事訴訟はどこでも直接主義、口頭主義を原則としている」が、広津は「一審・・・の傍聴にも行っておられない。二審になってから時々傍聴に行かれたらしいが、全部の公判に終始傍聴されたのではないようです。」と批判する。しかし、まず、直接主義等は相当理由があるにしても、証人への信頼感・先入観・違和感・聞き違い・顔色等観察ミスなどに影響される可能性もあり必ず当たるとも限らないその場の時にあやふやな直感的・瞬時的・視野狭小的印象より、冷静熟慮の批判的・対照的・総合的吟味等の方が当たることや、後者が有罪認定への重要な疑問を生じさせることも、大いにあり得るから、何ら絶対的とは思われない(大塚四八、六二、大塚・本田一六、六四[大塚]も参照)。次に、松川事件有罪説を採る青柳氏も、記録こそ徹底検討すれ、「全部の公判に終始傍聴されたのではない」点は、同様ではないか。また、氏は、被告人に不利な証人につき直接尋問すべきことを繰り返すものの、被告人に有利な法廷証言は割り引き、自白は割り増す一方、密室での厳しい取調べでは取調官の思うような調書が取られやすいという同等に顕著な(冤罪諸事件で現実化している)危険の方は軽視するから、氏の直接主義は便宜的な表看板に過ぎない。更に、氏の見解が一般的でないことは、控訴審や特に上告審では、書面審理が必要・中心になっていること(大塚六二)や、氏が「最高裁判所は事実誤認

の疑いがある場合に原判決を破棄できるとしています（刑訴四一一一条三号）。しかし、私は常々書面だけの審査によって原判決を破棄できるとの見解に対して疑いを抱いてきました」と述べている（青柳①八八、青柳⑤二四、二五も参照）ことでも分かる（なお、有罪判決破棄〔八海事件〕に関する斎藤朔郎三〇八も参照）。ちなみに、この批判も、實際上、現在までには相当見られる有罪原判決の最高裁による破棄——たとえば、幸浦・二俣・小島の静岡県下三事件、八海事件（第一次・第三次と異なり、第二次の上告審は、冒頭で一応ふれた拳銃加重所持事件と同様、やや異例にも無罪判決を破棄）、松川事件、青梅事件、仁保事件、長坂町（甲府）放火事件、鹿児島夫婦殺害事件、波谷組長事件、鳴海（山口組組長狙撃犯）殺害事件、山中事件、公衆浴場法違反事件【18】、ごく最近では、冒頭でふれた防衛医大教授事件、（議論の余地もあろうが）母子殺害放火事件——を抑える感の強いものになっている。

4 「理性的直感」「感情的直感」「意志的直感」

（1）青柳氏による直感の割り振り 氏はこの点についてかなり詳しく論じているが、要するに、裁判官や自身の場合には理性的直感を働かせるが、陪審員および広津が働かせるのは感情的直感であり、広津の場合には「何が何でも・・・しようという意志的な直感」の一種としての「官権反抗的・・・直感」にも毒されている、というのである。しかし、これは初めから自己の優越を前提とした言い分であろう。官憲反抗的か否かは正誤の基準にはなり難いし、広津の論争スタイルは、穏やか且つ丁寧に具体的・説得的な論拠を示すという模範的なもので（大塚①三三六、伊部二二九も参照）、単なる感情的直感に依拠しているとは解されない。

（2）弘前（大学教授夫人殺し）事件の例 青柳氏は理性的（合理的）直感による判断の一例として、弘前市の大学教授夫人殺し事件の仙台高裁逆転有罪判決（昭二七・五・三一。上告は棄却）を賞揚しているが、この事件についてはその後、服役中の滝谷という者が——自分に代わって那須隆が無実の罪で服役していることに悩み、キリスト教に救いを求め、修道女と文通し教えを乞うなどした末に——真犯人と告白し、その後名乗り出たことから、再審が開始され、滝谷の供述は真実と確認できると共に、（もっともらしく様々な証拠が提出されているが、精査してみると）那須を有罪とするに足る証拠はないため、無罪（仙台高判昭五二・二・一五）確定となっているのである（この点、日向六〇五が鋭く指摘）。しかも、青柳氏が合理的直感による説得的根拠の一つとしている「犯人として検挙されたA（斎藤注記 那須氏。那須与一の直系子孫とか）の着用していた開襟シャツ・・・の血痕は動脈血の飛散した場合に生ずる痕跡である」から、被害者の血液である確率は九八・五％で（古畑鑑定）、市内に九〇〇人の同じ血液型の者があったにせよ、同じ状況の者がいないと考えられる、というのも、それ自体確たる根拠による断定か疑わしいが（那須は逮捕時までそのシャツを着て庭木の手入れをしていた事実等から既にその前提が批判される）、そもそもこの血痕はシャツ押収後に付けられたのではないかと、再審無罪判決で説得的論拠により推察されている。なお、青柳氏は、同じく合理的直感による説得的根拠として、別に、「被告人が変態性欲者であったこと」や、「被害者と一緒に就寝していた母親が・・・警察で犯人を見せられたとき、確かにその男だったと感じてゾッとして足が震えた」と証言していること」も挙げているが、再審無罪判決は、変態性欲者の犯行だという仮説自体が合理性に乏しい上に、被告人には変態性欲者と認めるべき何らの傾向も存在しない、母親は面通しの時には詳しく特徴が具体的に一致していると断言しているが、その前には、二燭光の小さな電灯の下で余り詳しくは分からなかったように供述しており、面通しの際には憎しみと先入観から断定的に述べた疑いが極めて濃厚だとしている（文献例、再審八三、三〇五等、後藤①二六二、二七一、二八九、二九〇等、渡部保夫『刑事裁判ものがたり』一二三頁、佐藤友之『私はこうして犯人にされた』、井上安正『真犯人はつくられた』【補記：その後、井上安正『冤罪の軌跡 弘前大学教授夫人殺害事件』〔2011、新潮新書〕】）。

5 青柳氏のその後の論文と持論的な主張

(1) その後の論文 青柳氏は、本論文の二年余り後に、『門田判決』の検討』という、所により一層詳しい論文を著しており(青柳②)、たとえば、門田判決(一一一)等は木村泰司という重要証人を自らは直接証人として尋問せずには本田のアリバイ成立は決定的だとしているけれども、「最高裁判決は・・・公判廷の自白だけで補強証拠なしに有罪にしても憲法違反でないということを理由づけるのに、『被告人の発言、挙動、顔色、態度及びこれらの変化からも、自白が真実に合致するか否か判断できるからだ』としている(昭和二三年七月二九日・・・)が、被告人に限らず証人の場合でも直接主義、口頭主義の大切なことはいふをまたない」と、有罪方向で直接主義の重要性を繰り返し強調している(②四一)。

(2) 氏の持論的主張 青柳氏は、結局、一五日・一六日の二つの連絡謀議は「ともにその時間関係は極めて短く、・・・また八月一六日の夜のものに至っては実行行為が切迫し過ぎている等の疑いがある」と鋭く指摘する一方、「八月一四日に高橋の実行参加が決まったとも考えられる」旨の独自の見解を持ち出し(否定的、門田判決二四二)、この「一四日の動き・・・にだけ参加したものの刑責を問うことは許されまいが、実行行為に参加したと証拠上認められる者及び他の単独謀議に参加して実行行為に至らせたとも認められる者の刑責を問うに当たって、それらを認めるための間接事実の一つと考えることは、訴因にあるかないか、検察官が主張しているかどうかを問わないで可能ではないだろうか。」と主張している(青柳②五二)。しかし、そのような形で(検察側の具体的主張もなく、まして、しかも上告審で)刑責を認めるのは、手続的に適正・フェアとは言い難く(なお、大塚・本田四五、六二、八六)、大法廷判決(多数意見)とは異なる理解であろうし(氏も、検察側に対する不意打ちは不当と非難している)、いずれにせよ、実行行為の存在自体につき少なくとも合理的な疑いは優に残る以上、結論的には無理という外あるまい。

六 真犯人論

最後に、松川事件の真犯人は誰かの問題(具体的な犯人像に関しては、伊部二〇〇、二〇七、二三七、二五四、二七五、小沢三三五、吉原七〇、日向五四五、五七四、山本二五二、大塚①二二一、二五九、佐藤一八八、一〇六、大野三、畠山二一七など参照)では、説が分かれる。捜査関係者中には、その後も、犯人は被告人たちだと思っている者もいる(日向六三六、六三八)。しかし、裁判を通して、その見方は既に説得力を失った。そもそも、共産党は、当時、前月起きたばかりの下山事件や特に三鷹事件で既に疑われたり検挙・起訴される者達を出したりしていたから、更なる弾圧と反共宣伝に正に恰好の口実を与える転覆致死事件などを起こす気には到底なれなかったろうし(斎藤①二四三)、実際、本件発生直後から両労組(共産党)関係者とも弾圧を恐れ警戒していたほどであった(弁論四二〔自由党県連幹部の袴田重司。追憶は、大塚①二八八。なお、大塚一七四、二九一〕)。しかも、平和革命路線時期なのに(日向五九三)、まして、共産党福島地区委員長・国労福島分会委員長だった鈴木信被告のような「良い身分」の組織人が、死刑にもなるような非常識かつ危険極まる暴発的・私的テロ行為に参画・賛同するとは、考え難い(記念会二五六〔鈴木信日記引用の呑川〕、伊部六〇のほか、鈴木信『真実の風』六〔松本善明〕、二〇頁も参照)。松川工場の課長補佐だったり人望厚い労組組合長だったりの四七歳杉浦(伊部三二、木下二一)についても、同様である。その他、たとえば、佐藤一(末尾の文献目録参照)や本田(広津①上三、二九三、木下五、一七、大塚・本田七八、一二五参照)も多くを書き残している知性派・良識派で、愚劣な蛮行とは結び付かない。いわんや、全員(まして、簡単に)一致する筈もなかろう。

では、吉田内閣の仕業か。そういう主張も皆無ではないが(全史一〇六等参照)、当たるまい(青柳①九三、広津①上一五)。犯罪的なことの段取りやGHQ許可の取付けは困難であろうし、必要性やリスクの面から考えても、吉田茂の人格から見ても、疑うべき理由は乏しい。

今日まで、一番強いのは、おそらく米軍筋説であろう(必ずしも、実際の作業をした者まで軍人・純粋米国人に限るものではない)。代表的なのは、松本清張の『日本の黒い霧』とくに「推理・松川事件」である(清張一八五)。清張は極めて具体的な形で、ただ元々が推理小説家・大衆作家であるから必ずしも実証的・確実とは思えない部分もあるが(なお、郷原三〇八、三一、伊部二七六【19】)、興味をひくような米軍犯行説を展開している。ただ、これに対しては、主要被告人の一

人だった佐藤一が厳しく検証し【20】、大小様々な批判を加えている（佐藤八一、一〇一、一九五、二一八など）。たとえば、被害列車の前の貨物列車の運休に関して、「清張は国鉄輸送体制に無知だった」ことを詳論しているが、門田判決等に照らし少なくとも大筋当たっているように思われる。また、清張は「GHQが朝鮮戦争を『予期』し始めたのは、一九四八年（昭和二三年）頃からであろう。その翌年は、朝鮮戦争の起こる一年前だ。この・・・四九年に、下山事件、三鷹事件、松川事件・・・などの鉄道に関する事故が発生している。これらの事件が全て鉄道に関連していることに注意されたい。軍作戦と鉄道とは不可分であり、輸送関係は作戦の一つなのだ。ところで、これらの『謀略』が行われたのは、・・・在日GHQ機関であったと思う。・・・下部機関の『現場』が勝手にやったため、上部機関がその事態収拾に腐心したケースもあろう。『下山事件』『松川事件』はそのような種類のものであったと思っている。」（清張三九一）等と述べているが、少なくとも下山事件については、佐藤一らの自殺説（実証的な佐藤二一、六四のほか、詳細・大部な佐藤③、柴田批判を含む佐藤④など）の方が今のところ無難のように見えるし（権田二一五も参照。他方、推理小説的な柴田七、四〇一、大野七七、一一四、畠山一五三、一八四など）、米軍筋が朝鮮戦争を「予期」してこれらの謀略事件を引き起こしたと解するのは、朝鮮戦争は北の破竹の侵攻から始まったという定説的理解【21】と多少調和しにくい嫌いのあることも（権田二〇九も参照）、佐藤主張の通りと思われる。

しかし、佐藤が松川事件につき、国労など労組は既に弱体であったから謀略的な列車転覆までは必要なかったとか（佐藤①一四、二九三。他方、労組右派支配確立のためと見るのは、記念会一四一、一九一〔伊部〕）、アメリカは「韓国も日本も放棄する計画であったようだ」等と（佐藤三〇、七六）述べるのには、賛成できない。米軍筋の主要打倒対象は労組ではなく、共産党だったろうし（記念会一二一〔伊部〕参照）、少なくとも占領米軍筋が「虎の子」の日本を易々と（まだ）弱い共産党や東側に譲り渡す計画だったとは到底考えられないのである。なお、佐藤は、現場から二〇キロ離れた所に土建飯場を持っていた「反共右翼の巨頭」田中清玄を疑った方が自然だろうとするが（佐藤九一、一〇一）、冷やかし（半分）のようであるし、計算高そうな田中が何故絶大な危険を冒す必要があるのか不可解である上、共産党に打撃を与える確かな目算が立ったとも、そんな無理までするメリットがあったとも考えにくい（共産党がしぼんだら、反共右翼の価値も低下しよう）。別の所では、「事件を共産党と結び付けるのに、根本的な無理があった・・・。分からないことは、分からないとすべきであった。」としている（佐藤①三〇七）。慎重なのは良いとしても、歴史に「何も分からない」と書き残すだけで良いものか（ナチスの国会議事堂放火事件への関与についても、確証まではないものの、嫌疑が語り継がれている）。

次に、松川事件について丹念に研究した作家日向康氏は、「松川事件が・・・米軍筋の手によって引き起こされたという見方を一概に否定するものではない」としつつ、「松川事件が関ヶ原事件のように列車盗賊によって引き起こされたという想定も十分に成り立つ・・・。もちろん、これにも確証はない。・・・権力犯罪（米軍の場合も含んで）も列車盗賊も共に松川事件惹起の可能性の一つとして想定することはできるものの、互いに他を切り捨てるほど有力ではない」との堅実な意見である（日向三五八、五五六、五八九、特に五九二）。関ヶ原事件というのは、昭和二六年二月一六日夜から翌朝にかけ、東海道線の岐阜県関ヶ原駅近くで、継目板が外され、レールが丸太で三〇ミリほどずらされていたが、ずらし方がやや足りなかったせいか、事故にはならなかったという事件で、若者四人が逮捕され、「遊興費ほしさに、列車を転覆させ、乗客の金品を奪おう」と考えた旨自供し、刑が確定したというものである（週刊朝日一九六三年九月二七日号二六頁）。

ただ、両事件の間には、実害の有無、手口の危険性・難易、プロの仕業か素人仕事か、現場が共産党が強く事件が続発する地方の共産党系労組事務所の近くか、事件時は共産党を叩く必要が大であったか（むしろ、単なる模倣が想定され易いか）、謀略動機の蓋然性・必然性（斎藤①二四三、斎藤③一三）と列車盗賊発想の珍奇性といった諸点で、顕著な違いがあり、松川事件を――むしろ、世界的な共産主義攻勢、手こずる共産党の脅威、異様な報道・司法干渉など前記二・三でふれた諸点を含め、米軍筋を疑うべき理由こそ多いのに――格別の根拠もなしに列車盗賊の仕業かと疑うのは、やや異説的な上に、余り説得的とも思われぬ。

注

(1) 二〇一〇年九月二八日読売新聞の三氏による「談論」中、元は東京高裁部総括判事・最高裁調査官の安廣文夫本学法科大学院教授が、「私が担当した経済事件の裁判でも、特捜部が誤った筋読みを基に捜査を進め、弁護側が証拠書類を丹念に分析して矛盾点を指摘した結果、無罪になったということもあった。検察が今後、法廷で信頼を取り戻すためには、これまでの筋読みを固執せず、容疑者らに真実を供述させるように努め、その内容を反映させながら自分たちが立てた『筋』を修正、変更する柔軟な姿勢も必要だろう」等と指摘している(なお、同教授には本稿執筆についても文献等のご教示を頂いた)。

また、同年一〇月二日朝日新聞の四氏による「耕論」中、元は東京地検特捜部長・名古屋高検検事長・最高検刑事部長の宗像紀夫本学法科大学院教授・元福島県知事汚職事件(原判決わいる認定大幅修正の東京高判平二一・一〇・一四で大揺れのうえ前田検事の取調関与も伝えられ益々国民に注目される事件)主任弁護人は、「最近の特捜部の捜査は、一度『この事件はこういう筋だ』という筋読み(事件の構図)が固まると、それに合うような証拠ばかり集め、供述を押しつけ、筋読み合わない証拠物や供述は無視しようとする傾向が強い。・・・ここまで来てしまえば・・・取調べの全面可視化(録音・録画)は避けられないのではないか」等と論じている(同教授からも文献等につきご教示頂いた)。

対象事件を絞りつつ常に大世帯で「特捜部」を構え、上司の見立てで「割り屋」を重用するのも、一長一短か。——宗像・前掲中の、取調検事の主体性・自主性も考慮した「良き頃の特捜部の自制」の紹介、より詳しくは、同「特捜検察の存在理由」『日本の論点二〇一一』(文藝春秋)所収、『世界』・『新潮45』二〇一〇年一二月号の座談会・対談発言、また、同年一〇月一六日朝日新聞夕刊の、特捜の業績・存在意義は肯定する安廣文夫『「特捜部解体論」ちょっと待った』等、シリーズ「改ざん」も参照。

(2) 脱北者を北朝鮮に送り返す非道な政策で知られる中国の『労働教養制度』——裁判抜きで強制労働——を伝える二〇一〇年九月二四日朝日朝刊も参照。

(3) 有名な白鳥事件の最高裁昭五〇・五・二〇決定は、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則は再審請求(より具体的には、刑法四三五条六号の「無罪を言い渡すべき明らかな(新発見の)証拠」か否かの判断)にも適用されるとした上で、有罪証拠の一つとされた弾丸には捏造等の疑念の余地があり証拠価値が大幅に減退しているにしても、当時の共産党札幌委員会委員長で首謀者・共謀共同正犯とされた村上国治の本件関与の認定は、とりわけ、「随所に有力な物的裏付けを有する多数関係者(とくに、高安知彦、佐藤直道、追平雍嘉等)の詳細な供述により、確固とした基礎を有する」(原決定)といった点から、新旧証拠の総合的評価により合理的疑いを生ずるとは認められないとして、村上の再審請求を棄却した(田崎文夫・最高裁判例解説八二頁、松尾浩也・警察研究五三巻三号六〇頁、大野平吉・重判解ジュリ六一五号一七〇頁等)。ワンマン・ハネ上がりの要素が強かったという村上の指示で白鳥警部の動向を調べた等と語る(前出関係者)高安知彦(元、党員・中核自衛隊員)とのインタビュー等を基に、異例にも本文とは逆方向(村上ら有罪説)の長大・詳細な解説(和多田進)が付けられた山田・和多田八、二五四も参照。なお、著者の山田氏は山田五も著している献身的で卓越した「党文学者」と見受けられる。白鳥事件の捜査・裁判における深刻な弾丸捏造疑惑(および、「物証に対する作為の疑い」の他の諸例)につき、木谷五〇、一一五、再審一六一等。白鳥事件裁判への広津の無関与につき、大塚七二、九五、大塚①三三七。白鳥事件上告審村上支援参加の求め——実質的には、村上の無実を(きちんと調べた上で)信じていた訳でもないと思われる広津の名声の乱用——を広津が峻拒したというのは、全く正解だったと思われる。他方、青梅事件や特に八海事件には熱心に関わっている(青木一七三、一九六等参照)。

(4) 松川事件の前後に静岡県で発生し、いずれも最高裁で原有罪判決破棄・差戻となった幸浦・二俣・小島の各強盗殺人(等)被告事件では、捜査陣が自白を強制するために非常な暴力を用いたり、裁判所をも欺く策を弄した疑いが濃厚であるが、この三事件捜査に中心的に関わった悪名高く恐ろしい紅林警部補のことを、青柳氏は「この人は正義漢で、遺族のことを考えると取調べに熱が入るといって型の人であつたらしい」などと書いている。また、氏は、検察官時代の失敗談を語る中で、供述調査には「或る供述から普通推測して間違いない程度のことまでは書いてもよい」といった危ない考えを教えている。斎藤④(二)四五、下村二四〇、青柳⑥一七四、二〇九等参照。

(5) 渡辺【補記：この2字は「公判廷での虚偽自白につき、渡部」と補正】三四六も参照。三鷹事件一審における鈴木忠五裁判長の「前のことに関係なく、記憶通り証言するように」と説諭する配慮と松川事件一審の長尾らにおける同欠如の指摘は、大塚②一七三、大塚一五〇。

(6) 唐裁判事・平野教授（法律時報一九五九年一二月号五五頁＝広津①下三〇六の座談会発言。青柳氏も同調）の実演付菊池自白への強い信頼に対する批判である。この点につき、門田判決二五七も参照。

(7) 膨大な双方論稿の列挙を含め、他方、家永一。なお、広津①上五七、一〇三、一二九、一三七、一四三（田中は、「予断を持つことを避けるためには著書を拝読するわけには行かない」と称する手紙を広津に寄せた。マスコミ・原判決等で予断を持つに止めたか）、三二七・三二八（田中が、広津論文掲載につき編集者を詰問も。本田昇）、下二三四参照。

(8) 四三の大法廷判決関係の最後「反対意見と多数意見」の後ろの「広津と多数派裁判官ら」で詳しくふれるが、坂本一四二、一四九、大塚六七、一二四などによると、最高裁判事の奥野健一は広津『松川裁判』を優れたもの・立派なものと呼び、斎藤朔郎・入江俊郎も好意的だったように窺われる。至極もったもなことになる。なお、真野三三、青木一、大塚三〇、大塚①三二三、三三七、伊部はじめに、一七八、記念会三九八〔清水修二〕、坂本一一、一二、一五、一三八、浜田五五八なども同書を高く評価しているし、木下六、四七は広津の功績と論理に詳しい。

(9) 検察官や有罪とした裁判官は被告人らの無実を（良く）知っていた筈だとの見方も目立つが（例、岡林一六〇、一六二、一六九）、真犯人は別だと信ずることが（殊に、当時から既に）容易だったとは到底いえないこともあり、彼らも警察と同様に（少なくとも概して）善意ではあったと思われる。

(10) 鈴木判決要旨二一五は、謀議・実行行為参加者の特定は全く赤間の意思に基づいていると強調するが、赤間の方は、自白を強要され力尽き果て絶望して「犯行」を認め、取調官から「本田がお前がやったと言っている」と吹き込まれ恨んでいた本田も謀議・実行に参加していたことにし、取調官から「アリバイが崩れている」と聞いた高橋も参加したことにした等と弁解し、差戻後二審はこれを真実と認定した。広津五二、九八、一三五、四九二、弁論四四三（大塚）、門田判決一三五、伊部二二、五〇、一二三等参照。

(11) 東芝側実行犯は佐藤一と浜崎だった旨の写真による特定を含む。この鈴木判決要旨二一五の点については、赤間によるこの（取調官からの示唆を受けての）「特定」の前から、警察は既に佐藤・浜崎をも犯人と判断していたことが、差戻後二審における「武田（部長から署長宛の）報告書」の出現で露見し、予断によるデッチ上げとの疑惑に油を注ぐこととなった。門田判決一四二、大塚二五二、伊部一二六、広津②四三七、広津四四〇等参照。

(12) 広津①下九二も、多数意見は「被告たちを列車転覆の犯人と認定した原審判決の全体に対して、その虚構性を暗示しています。多数意見が挙げたのは、国鉄と東芝との共謀関係のキポイントとされている二つの謀議の存在についての疑惑のみですが、しかしそこから全体に疑惑を感じたのは当然です」としている。これに対し、青柳②三七は、「多数意見と少数意見を対比して見れば破棄差戻判決が二つの連絡謀議のことしか述べていないことは明らか」と理解し、更に、「最高裁が太田自白について信用性に疑いがあったとしたが、その他の自白については全く触れなかった」とも論じているが、余り正確でなかろう。後者については、大法廷判決は、明示的に大内自白の信用性を疑っているし、加藤自認が信用性に乏しいと特に指摘してもいる（なお、大塚・本田五四四〔青柳ら自身の調査報告書総括部分〕）。更に、太田自白・大内自白の信用性を疑う理由の一つとされている転覆謝礼金自白は、小林自白・菊池自白・浜崎自白にも共通しており、信用性が疑われていることは同じであろう。

(13) 既に、広津二五三、二五七、二九六、三四四が（広津・法律時報一九五九年一月号六二頁＝広津①下二五三と共に）、本田の身柄拘束中の供述と、木村泰司の初期供述との一致を指摘し、広津二五八では、「取調中に取調官に述べた本田被告の供述と、警察に呼ばれない前の木村泰司の供述とが一致しているということは、二人の供述がそれぞれ事実そのままを語っている証拠であると言っている。」と述べている。

(14) 斎藤朔郎裁判官の補足意見が付いており（なお、斎藤朔郎二五四、二八一）、高田五二はこれを一つの見識と評価する。伊達秋雄『司法と人権感覚』三一八頁【補記：「七九、三一八、三三三頁」と補充】も同様である。なお、夏樹一二〇

の要旨紹介中、「・・・確認するに足りないから、赤間自白、浜崎自白の信用性は疑わしい」との文章には、やや難がある（なお、史録四四〇）。

（15）イ・ロに関連して、赤間自白の補強証拠とされた列車機関士・農夫の各目撃証言、「赤間（脱線）予言」、検証時「赤間失言」、勾留中の「赤間失言類似発言」（以上、それぞれ、門田判決一七五・一二四・一五三・一二七・一二八で検討）についての慎重な判示もあり、最後は、「とくに、赤間予言その他赤間の片言隻句を採り上げて、有罪認定の極めて有力な資料と解するが如き危険をおかすことは、避けねばならないのである。」で結ばれている（同調、田崎文夫ほか『自白の信用性』八三頁）。

（16）勾留理由開示の際に浜崎と会話した地方紙記者の証言、浜崎と小林の調室での会話に関する取調官の証言（それぞれ、門田判決二一二・二一三。記者証言に関し、なお、日向四〇九）につき、浜崎自白の信用性を保証するものと認めることはできない旨、詳しく判示されている。

（17）正木・鈴木二六六参照。この丸正事件の上告は、松川事件では少数派判事の垂水・高橋や、前に三五でふれた石坂修一らによって棄却されて、有罪が確定し（なお、垂水は八海事件でも有罪説を採った）、再審請求も不可解なことに容れられないままに終わっている。なお、本共著の刊行により両弁護士は名誉毀損罪に問われた。丸正事件については、再審三三一等のほか、拙著『刑法総論』一五九頁、『刑法各論』三六二、四一四頁、より詳しくは、斎藤④参照。

（18）木谷明・最高裁判例解説昭五七年度四二頁、安廣文夫・最高裁判例解説昭五九年度三〇三頁、同・最高裁判例解説昭六三年度八四頁、池田修・最高裁判例解説平一年度一四九頁、香城敏磨・同二五四頁、木谷二三九、下村六、一七七、庭山英雄『事実誤認と救済』一六一頁等参照。

（19）たとえば、夏樹一二四に受け継がれている清張二四一の、列車脱線の前に「佐藤」金作が「二人」ほどの大男によるレール外しを目撃したとの話は、「斎藤」「十二人」の方が真説のようである（伊部二五五、日向五五四、佐藤一八八、吉原一三一、大野六、山田一三、二五六等参照）。

（20）佐藤氏は、反省不足だ等として共産党や清張に厳しくなった（なお、口が悪く、損をしている）。序でながら、記念会四〇二（清水修二）は、松川運動の発展・魅力にふれ、同党の開放度・民主集中制に苦言を呈する（なお、木下二六、三三、小沢三五六）。

（21）たとえば、和田春樹『朝鮮戦争』一九九五、萩原遼『朝鮮戦争』一九九三（二六一、二七一頁で清張を批判）、同『朝鮮戦争取材ノート』一九九五、ハルバースタム（山田ら訳）『ザ・コールデスト・ウインター 朝鮮戦争』上巻二〇〇九参照。

主要文献目録・裁判目録

【主要参照文献】

- ※ 下記の文献の引用は、原則的に、姓（以下で〇囲み数字付の文献の場合には、併せ〇囲み数字）と（最初の）頁数（分担執筆の場合は、その次に括弧して執筆者名）のみによる。なお、若干の略語も含め、あいうえお順で、末尾や□内の数字は刊行年を示す。

青木英五郎『裁判を見る眼——広津和郎の裁判批判』一九七一

青柳文雄①「広津評決の検討」ジュリスト一八五号の二〔一九五九〕八〇頁

青柳文雄②『門田判決』の検討」ジュリスト二三九号〔一九六一〕三六頁

青柳文雄③「松川裁判のみかた」法律のひろば一九六一年九月号四頁

青柳文雄④「松川事件の捜査」警察学論集一四卷一―号〔一九六一〕一頁

青柳文雄⑤「松川事件最終判決」判例評論六二号〔一九六三〕二三頁

青柳文雄⑥『日本人の罪と罰』一九八〇

家永三郎『裁判批判』第二版〔新装版〕一九八一
 伊部正之『松川裁判から、いま何を学ぶか〔戦後最大の冤罪事件の全容〕』二〇〇九
 今井敬弥『私の松川事件』一九九九
 上田誠吉・後藤昌次郎『誤まった裁判——八つの刑事事件——』一九六〇
 宇野浩二『世にも不思議な物語——私の見た松川事件——』一九五三
 大塚一男『回想の松川弁護』二〇〇九
 大塚一男①『私記 松川事件弁護団史』一九八九
 大塚一男②『最高裁調査官報告書〔松川裁判にみる心証の軌跡〕』一九八六
 大塚一男③『松川弁護一四年』一九八四
 大塚一男・本田昇『松川事件調査官報告書《全文と批判》』一九八八
 大野達三『松川事件の犯人を追って』一九九一
 岡林辰雄『われも黄金の釘一つ打つ』一九八〇
 小沢三千雄『万骨のつめあと〔秋田から松川事件まで〕』一九七四
 木谷明『刑事裁判の心〔事実認定適正化の方策〕』新版二〇〇四
 木下英夫『松川事件と広津和郎——裁判批判の論理と思想』二〇〇三
 記念会 → 福島県松川運動記念会編『松川事件五〇年』一九九九
 郷原宏『清張とその時代』二〇〇九
 後藤昌次郎『原点松川事件』二〇一〇
 後藤昌次郎①『冤罪の諸相』二〇一〇
 権田萬治『松本清張 時代の闇を見つめた作家』二〇〇九
 再審 → 日本弁護士連合会編『再審』一九七七
 斎藤朔郎『刑事訴訟論集』一九六五
 斎藤信治①「松川事件と名誉毀損——審裁判長名誉毀損事件——」本誌一〇四卷八・九号〔一九九八〕
 一九七頁
 斎藤信治②「無罪方向における伝聞証拠等の許容性の拡張」中央ロー・ジャーナル六卷三号〔二〇〇九〕四五頁
 斎藤信治③「名誉毀損罪」法学教室二一五号〔一九九八〕一二頁
 斎藤信治④「丸正（強盗殺人）事件有罪認定は正しいか（一）（二）」本誌九六卷一一・一二号四二九頁、九七卷三・四号一
 頁〔一九九〇〕
 坂本育雄『広津和郎研究』二〇〇六
 佐藤一『松本清張の陰謀〔『日本の黒い霧』に仕組まれたもの〕』二〇〇六
 佐藤一①『戦後史検証 一九四九年「謀略」の夏』一九九三
 佐藤一②『下山・三鷹・松川事件と日本共産党』一九八一
 佐藤一③『新版 下山事件全研究』二〇〇九
 佐藤一④『「下山事件」謀略論の歴史』二〇〇九
 沢登佳人『刑事陪審と近代証拠法』二〇〇一
 柴田哲孝『下山事件〔最後の証言〕』二〇〇五
 下村幸雄『共犯者の自白』一九九六
 手記 → 松川文集編纂委員会編『真実は壁を透して—松川事件被告の手記—』青木文庫版一九五三
 史録 → 田中二郎・佐藤功・野村二郎編『戦後政治裁判史録①』一九八〇
 鈴木忠五『一裁判官の追想』一九八四

清張 → 松本清張『日本の黒い霧』下〔文春文庫・新装版〕二〇〇四
 全史 → 松川運動史編纂委員会『松川運動全史〔大衆的裁判闘争の一五年〕』一九六五
 高田卓爾「松川事件」ジュリスト九〇〇号〔一九八八〕五二頁
 高見澤昭治『無実の死刑囚〔三鷹事件 竹内景助〕』二〇〇九
 田代則春『日本共産党の変遷と過激派集団の理論と実践』一九八五
 田中耕太郎「裁判と世論」ジュリスト八七号〔一九五五〕二頁
 田中二郎・佐藤功・野村二郎編『戦後政治裁判史録①』一九八〇（略称、「史録」）
 夏樹静子『裁判百年史ものがたり』二〇一〇
 日本弁護士連合会編『再審』一九七七（略称、「再審」）
 呑川泰司『松川事件と人間』一九九九
 畠山清行『何も知らなかった日本人〔戦後謀略事件の真相〕』祥伝社版二〇〇七
 浜田寿美男『自白の研究』新版二〇〇五
 原田弘『MPのジープから見た占領下の東京〔同乗警察官の観察記〕』一九九四
 日向康『松川事件〔謎の累積〕』新風舎版二〇〇五
 平野龍一「松川事件の教訓」ジュリスト五〇号〔一九五四〕二頁
 広津和郎『新版 松川裁判』〔木鶏社〕二〇〇七（内容的には、中央公論社『広津和郎全集』第一〇巻一九七三などと同一）
 広津和郎①『裁判と国民』上・下一九八一
 広津和郎②『松川事件と裁判——検察官の論理——』一九六四
 広津和郎③『松川裁判の問題点』一九五九（要約・大衆版。付説明写真、諏訪メモ大幅考慮）
 福島県松川運動記念会編『松川事件五〇年』一九九九（略称、「記念会」）
 弁論 → 松川事件弁護団常任世話人会編『松川事件上告審弁論』一九五九
 正木ひろし『八海裁判〔有罪と無罪の一八年〕』一九六九
 正木ひろし・鈴木忠五『告発〔犯人は別にいる〕』一九六〇
 松川運動史編纂委員会編『松川運動全史〔大衆的裁判闘争の一五年〕』一九六五（略称、「全史」）
 松川事件弁護団常任世話人会編『松川事件上告審弁論』一九五九（略称、「弁論」）
 松川文集編纂委員会編『真実は壁を透して—松川事件被告の手記—』青木文庫版一九五三（略称、「手記」）
 松本清張『日本の黒い霧』下〔文春文庫・新装版〕二〇〇四（略称、「清張」）
 【補記：】松本善明『謀略—再び歴史の舞台に登場する松川事件』二〇一二
 真野毅「裁判の正道たるもの」中央公論七四年一三号〔一九五九。内容豊富な増刊特集号〕三三頁
 真野毅①「三鷹事件裁判と弁論」中央公論七〇年八号〔一九五五〕九〇頁
 門田實『松川裁判の思い出』一九七二
 山田清三郎『現場を見た人』一九七六
 山田清三郎・〔解説〕和多田進『白鳥事件』二〇〇五
 山本祐司『最高裁物語④』講談社版一九九七
 山本祐司①『毎日新聞社会部』二〇〇六
 吉原公一郎『松川事件の真犯人』祥伝社版二〇〇七
 渡部保夫『無罪の発見——証拠の分析と判断基準——』一九九二

【松川事件関係の裁判】

長尾（一審）判決（福島地判昭二五・一二・六）・最判刑集一三卷九号一七四九頁

鈴木（原二審）判決（仙台高判昭二八・一二・二二）・最判刑集一三卷九号二一一一頁（要旨、ジュリスト一八五号の二〔一九五九〕二一五頁）

大法廷（第一次上告審）判決（最大判昭三四・八・一〇）・ジュリスト一八五号の二〔一九五九年九月臨増号〕一二七頁＝最判刑集一三卷九号一四一九頁

門田（差戻後二審）判決（仙台高判昭三六・八・八）・ジュリスト二三九号〔一九六一〕九七頁（引用頁数はこれによる）＝最判刑集一七卷七号一一九二頁（要旨、ジュリスト二三三号七〇頁、門田三五九）

再上告審判決（最一小判昭三八・九・一二）・ジュリスト二八四号〔一九六三〕一三八頁＝最判刑集一七卷七号六六一頁

国賠一審判決（東京地判昭四四・四・二三）・下級民集二〇卷三・四号別冊一頁（要旨と抄、判例時報五五七号三頁）

国賠二審判決（東京高判昭四五・八・一）・判例時報六〇〇号三二頁

（本学教授）

【補記：上掲拙稿の「抄録」は以下のようである。】

忘れてはならない重大事件が六〇年余りに発生した。東北本線の松川駅付近で旅客列車が転覆し、三名が惨死した松川事件である。レール破壊による汽車転覆致死で、誰が犯人かが特に問題だった。捜査当局は、国労福島支部・東芝松川労組の関係者が共謀しての犯行と見立て、二〇人を起訴し、一〇人に死刑を求刑した。一審では各五名に死刑と無期が言い渡され、二審でも四名死刑、二名無期で、「戦後最大の冤罪」の様相も呈する。しかし、有名な「諏訪メモ」の出現もあり、最高裁大法廷で奥野健一ら七対田中耕太郎ら五で破棄・差戻となり、仙台高裁で全員無罪、再上告審もこれを斎藤朔郎ら三対下飯坂潤夫一で支持するという「歴史に残る大裁判」となったが、国際的・国内的に興味深い歴史的事実もあり（本学先輩も登場）、また、最近の特捜部による郵便不正事件捜査を巡る「強引過ぎる供述調書作成」「物証の隠滅」の批判にも連なる「捜査のあり方」、裁判員裁判にも関わる広津和郎らの厳しい二審判決批判と田中最高裁長官らの猛反撃（「裁判批判」論争）、そして、揺れに揺れた難問の「刑事事実認定のあり方」、更に、残った「真犯人」の謎など、反省材料・教訓等も実に多い。

以上

特設コラム [総論関係の最近の重要判例の紹介](#)

◆紹介順は、拙著『総論』の関連頁順である。

◆併せ、以下、紹介判例を（平成）年月日〔その後の「地」は地裁、「高」は高裁。記載なしは最高裁。〕順に（事項名一『総論』

関連頁数〔複数の場合は、原則、若い方の頁数〕一を添え）一覧表として掲げる。

15・5・1 組長専属警護隊・スワット事件（論及）—262, 283—

16・3・22 クロロホルム事件【補説】—217—

17・11・1 高 承継的共犯・否定説〔安廣裁判長〕—275—

17・11・29 共謀共同正犯（論及）—283—

19・1・29 高 不作為による殺人罪の共同正犯—262—

19・11・14 廃棄物不法投棄事件（論及）—262, 283—

20・3・4 密輸入の実行の着手—216—

20・4・25 鑑定尊重、了解不能妄想（喪失〜）—95—

20・5・20 挑発者の反撃の制限—179—

20・6・25 非・過剰防衛—188—

- 20・9・19 地 誤想防衛+殺人未遂—188—
- 20・10・6 高 罪な女の子の不作為殺人（「共謀」共同正犯？）—262—
- 21・1・20 高 下級審の制限故意説—105—
- 21・2・24 過剰防衛, 新たな問題—188—
- 21・6・30 共謀関係の不解消（侵入後・強盗着手前の単なる脱走）—296—
- 21・7・16 財産権防衛の暴行—188—
- 21・9・16 高 了解可能性・人格的連続性（耗弱）—95—
- 21・10・8 高 急迫性否定—177—
- 21・10・8 高 ウィニー事件2 審—38—
- 21・10・19 共謀共同正犯・山口組・未必の故意—283—
- 21・12・7 川崎協同病院事件—172—
- 21・12・8 精神鑑定の一部採用, 喪失・耗弱の判断方法（人格的関連性）（耗弱）—95—
- 22・1・25 地 三か月にわたる傷害の包括一罪—310—
- 22・3・17 街頭募金詐欺の包括一罪—311—
- 22・4・20 高 券売機の釣銭の窃盗の実行の着手—214—
- 22・6・16 高 混合的包括一罪の踏襲—310—
- 22・10・26 危険実現化・ニアミス—128—
- 23・5・16 高 信頼の原則—147—
- 23・7・22 地 防衛の程度に関する誤想防衛—346—
- 23・10・18 高 人格同質性・了解可能性（喪失）—95—
- 23・12・19 ウィニー事件（中立的行為による幫助）—38—
- 24・2・8 危険実現化・車輪事故—128—
- 24・11・6 承継的共犯・否定説判例—275—
- 24・12・7 公務員の政治的行為—30—
- 25・4・15 危険運転致死傷の幫助—242—

《以上, 判例 35 件》

★ 30 頁下の公務員の政治的行為の処罰（また, 36 頁以下の「処罰の不可欠性」, 更には, 67 頁の準抽象的危険犯など）に関し, 東京高判平 22・3・29 は無罪を言渡した。いわく, 「本件罰則規定は, ……国の行政の中立的運営及びそれに対する国民の信頼の確保を保護法益とする……ところ, これが憲法上の重要な権利である表現の自由を制約するものであることを考えると, ……ある程度の危険が想定されることが必要……と考えられる。……本件配布行為は, 裁量の余地のない職務を担当する, 地方出先機関の管理職でもない被告人が, 休日に, ……勤務先の所在地や管轄区域から離れた自己の居住地の周辺で, 公務員であることを明らかにせず, 無言で, 他人の居宅や事務所等の郵便受けに政党の機関紙や政治的文書を配布したにとどまるもので……上記……危険性は……全く肯認できない」（下線は斎藤）。

もっとも, 同じ「赤旗」号外（等）配布でも, 裁量権のある管理職（厚労省の筆頭課長補佐）にあった者については, 同高裁の別部から, 有罪判決（平 22・5・13）が出たが, 最高裁は, 公務員の職務遂行の政治的中立性を損なう恐れが実質的にも認められるかが問題だとの立場から, 両判決とも是認できるとした（2つの最判平 24・12・7。ただし, 須藤正彦裁判官は, 管理職公務員でも, 勤務外で行った政治的行為は無罪, との意見で, 誠に傾聴に値しよう）。

★ 38 頁注の下から 3~4 行目でふれているウィニー事件については, その後, 先ず, A 控訴審判決があり（大阪高判平 21・10・8）, 有罪との原判決を破棄し, 無罪とした。これに対し, 西田・総論 344 頁は, 「他者による違法な利用は当然に

予想されたのであるから、少なくとも未必の故意による概括的幫助犯の成立を認めてもよい」とする。ただ、悪用される可能性だけでなく、技術的有用性・善用可能性も考慮する方が良さそうに思われる（林幹人『判例刑法』169頁以下、特に174頁以下は、有用性と危険性との衡量を行うべく、「許された危険」の法理によって幫助罪の成否を決定すべきであるが、本件の場合、その成立を認めて良かったのではないかとする。なお、「中立的行為による幫助」につき、曲田・法学新報111巻3・4号141頁以下および112巻1・2号443頁以下の「日常的行為と従犯」を含め、主要学説を概観等した、嶋矢・注釈刑法1巻919頁以下、更に、説得的総括として、只木・白門2013年5月号54頁以下、も有益）。

その後、今度は、B 上告審決定があった（最決平23・12・19）。大略、いわく。本件Winnnyのような価値中立的なソフトの公開、提供行為が著作権侵害の幫助に当たるというためには、①ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている**具体的な著作権侵害を認識、認容**し、あるいは、②当該ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを**著作権侵害に利用する蓋然性が高く、提供者もそのことを認識、認容**している必要があると解されるところ、本件被告人には、前者の認識、認容がなかったのは明かであり、また、後者の蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることは困難であるから、著作権法違反罪の幫助犯の**故意が欠ける**といわざるを得ない、というのである（評釈、島田聡一郎・刑事法ジャーナル32号142頁）。

これは、**技術的有用性・善用可能性と悪用可能性との間のバランス**を図り、**処罰に慎重**を期したものとといえようか（上記①の点は、実質的に②の点の重要な判断要素の1つとして考慮すべきではないか、とも思われる）。この種の場合、有罪とするためには、特に、A「許された危険」（173頁第2段落）としての正当化もできず、かつ、B）蓋然性説的な立場（98頁以下）から故意も否定できない、ことが必要と思われる。

★ 95頁、197頁以下（344頁12①末尾、372・409頁各⑩）に関し、**責任能力**に関する新判例を紹介する（気楽に一読を）。
①精神障害の有無・程度等に関する鑑定は原則的に尊重すべきだ等とされた例

最（二小）判平20・4・25：1 責任能力判断の前提となる精神障害の有無及び程度等について、専門家たる精神医学者の鑑定意見等が証拠となっている場合には、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、裁判所は、その意見を十分に尊重して認定すべきである。

2 **統合失調症による幻覚妄想の強い影響**下で行われた傷害致死の行為について、被告人が正常な判断能力を備えていたと窺わせる多くの事情があるからといって、そのことのみでは、心神喪失ではなく心神耗弱だと認めるのは困難である。

※ 訂正が不可能・ごく困難な**妄想に導かれた動機形成**を「了解可能」と評価するのは相当ではない、とも指摘している。

②精神鑑定の一部採用、心神喪失・耗弱の判断方法についての判例

最（一小）決平21・12・8：1 裁判所は、特定の精神鑑定の意見の一部を採用した場合においても、鑑定の前提条件に問題がある等の合理的事情があれば、責任能力の有無・程度について、当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく、被告人の犯行【殺人等】当時の**病状**、犯行前の生活状態、犯行の**動機・態様**等を総合して判定することができる。

2 精神鑑定における心神喪失とする意見は採用せず、責任能力の有無・程度については、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を**総合考慮**して、統合失調症による病的体験と犯行との関係、被告人の**本来の人格傾向**と犯行との**関連性の程度**等を検討し、被告人が心神耗弱の状態にあったと認定した原判決の判断手法に誤りはない。

③【責任能力の判断の難しさと実務】

〔197頁にも関連〕判例では、心神喪失・心神耗弱の有無を判断する際の有力な着眼点として、「**了解可能性**」に着目し、犯行の動機・態様の非異常性、犯行後の証拠隠滅・弁解・反省、犯行前後の言動・生活状態の通常性等からみて、被告人の振る舞いが、その本来（発病前）の人格傾向も考慮したとき、通常人にとって了解（＝理解）可能なものであるか（〔本来の人格からみた〕了解可能性。なお、関連して、**人格の連続性**）、を重視する（例、一応了解可能なら心神喪失とはしない）傾向を示す（井田・総論367頁以下なども参照。懐疑的、林『判例刑法』117頁）。

〔197-198頁にも関連〕責任能力の判断において、**了解（理解）可能性を重視**する判例の例を追加する（東京高判平21・9・16）。これは、「被告人は、父や姉の殺害に関しては、統合失調症の影響により、違法で反道徳的なものであるとの認識

に乏しいが、母の殺害に関しては、統合失調症の影響下にあっても、違法で反道徳的なものとの認識を有しており、本件犯行には、**合目的で一貫した側面**があり、**被告人の人格との連続性**もあり、本件後に、本件行為の性質や意味、善悪の判断を認識していたとみれる行動をとっていたことをも考慮すれば、・・・被告人は、本件当時、統合失調症の影響下にあり、事物の是非善悪を弁識する能力及びこの弁識に従って行動する能力は著しく障害されていたものの、全くない状態になかったものと認めるのが相当である。」と指摘し、心神喪失（1審判決）でなく、**心神耗弱**であると判示した。

次に、「1審判決が・・・説示するように、『慢性期の統合失調症に罹患しており、精神障害の程度は重いものであった。そして、本件犯行【実母殺し】が被告人の**本来の人格とは異質な行為**であることに照らしても、統合失調症の影響のもとに行われたものであることは明らかである』上、その動機は**了解不可能**なものであること、犯行態様は相当に奇妙なものであること、犯行前後の行動にも不可解なところがあることなどからすると、・・・事理弁識能力及び行動制御能力のいずれも失っていなかったと認めるにはいまだ合理的な疑いが残る」とされた（福岡高判平23・10・18）。

★ 105頁中頃の**制限故意説**がほぼ定着した下級審判例（佐伯仁志『理論刑法学の最前線』121頁参照）の例として、大阪高判平21・1・20（けん銃部品輸入で、警察の事前指導を受け十分程度加工等）もある。

★ 128～129頁の「当の具体的な結果は、当の**実行行為の『危険の現実化・実現』**で（も）ある（と認められる）場合に、刑法上の因果関係が肯定される、旨の見方が極めて有力」につき、島田聡一郎・法学教室2012年12月号10頁以下も参照。同12頁以下（また、佐伯『刑法総論の考え方・楽しみ方』77頁）指摘のように、「近時、**危険の現実化という概念**を明示的に用いて因果関係を肯定した最高裁判例が登場した」。とくに、**最決平24・2・8**は、先発事故の発生により窺い得た

（Dハブという）自動車部品の強度不足を放置した自動車メーカー品質保証部門責任者らの注意義務違反により、車輪が脱落・激突して、歩行者母（29歳）・子が死・傷した事故につき、「事故は、Dハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかった被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえるから、両者の間に因果関係を認めることができる。」とも判示して、業務上過失致死傷罪の成立を認めており、**最決平22・10・26**（川端・総論230頁以下も参照）も、管制官の言い間違いの危険性がニアミス（から派生した乗客多数負傷）に現実化した、旨判示するなど、「**危険の現実化**」という観点から**因果関係を判断しようとする裁判実務が定着しつつある**（只木、原口）。

★ 130～131頁の注「危険現実化の2つの型」の後に、上掲判例とも関連して、以下の文章を加入する。

「構成要件の結果の発生が**実行行為の危険性の現実化**（詳説、山中）と認められるかについては、**実行行為（の危険性）の当の具体的な結果の発生への寄与度**（それが重要といえない程度にとどまるか）が問題だといえようが（なお、井田『入門・総論』127頁以下）、これは、**介在事情の結果発生への寄与度**と対比されるべき関係にあり（なお、前田・木村）、①初めから前者（実行行為の寄与度）も大きいといえる場合（典型例、後者〔介在事情の寄与度〕は単に死期を僅かに早めたにとどまる場合）には、その結果は実行行為の危険性の現実化と優に認められ、容易に因果関係が肯定される（130頁本文末尾の**最決平16・2・17**につき、死につながり得る重傷を負わされた被害者も、予測不可能なほどに不養生だったとしても、直接的危険実現と把握し、支持するのは、島田・ジュリ1310号171頁以下）。②そうでない場合は判断がやや微妙となるが、この場合、特に留意すべきこととして、直接的には介在事情の寄与であっても、その寄与的介在事情（例、被害者の動揺、治療行為の失敗）が**実行行為**によって誘発・招来され、しかも、その誘発・招来が単なる珍しい偶然ではない場合には、その介在事情の寄与も、間接的とはいえ、**実行行為（の危険性）の寄与分**に（相応に）算入されなければならない。結局、**実行行為（の危険性）の結果発生への直接的・間接的な寄与分の総計**が、条件関係の存在にも拘わらず、「**重みを持たない**」程度にとどまるか（換言すると、結果発生は、**実行行為と条件関係はあるものの、「むしろ単なる偶然の所産に過ぎない**」か）、が問題といえよう。

（たとえば、不注意な自動車運転によって傷害を負わせられた被害者が入院中に、たまたま火災が発生し、焼死した場合とか、故意に傷害を負わせられた被害者が気絶して動けないでいたところ、たまたま第三者に目を付けられ撲殺された場合とかは、——その火災・殺人のみが決定的な死因である限り、——その死は過失運転・傷害行為の危険性の現実化とは認め

られず、過失運転致傷罪・傷害罪にとどまる。ただし、相当因果関係説とは異なり、その火災・殺人が、被告人の行為によって既に致命的な傷害を負っていた被害者の死期を幾分早めたにとどまる場合は勿論、火災・殺人と被告人の行為とが**結果に半々**【恐らく、更には、2対1位の割合で。ただし、佐伯『総論の考え方・楽しみ方』70頁】**影響した場合**なども、ここでも「〔多かれ少なかれ有り勝ちな因果のプロセスの枠内〕に収まらず」相当因果関係は認め難いにしても、被告人の過失運転・傷害行為の危険の現実化として〔も〕被害者は死亡したもので、過失 運転致死罪・傷害致死罪が成立する。）」

★147～148頁に関し、「**信頼の原則**」は、自らに交通ルール違反があっても、それが予見可能性を生じさせるようなものでない限り、適用できることが、再確認された。即ち、名古屋高判平23・5・16は、指定最高速度を時速約30km超過し時速約70kmで走行していた被告人X運転の大型貨物自動車は、黄色信号表示で交差点に進入したところ、交差道路の赤信号表示に従わず交差点に進入してきた被害者Aの運転車両と衝突し、Aを死亡させたという事案につき、信号機による交通整理が行われている交差点においては、直進車両は、対面信号機の表示に従って運転すれば、他の道路からの侵入車両と衝突することはないはずであり、Xの走行態様は道交法に違反するものであるが、指定最高速度以下での走行と比べて、交差道路通行車両との衝突の危険を増大させるものではなく、信号機の表示に従わず交差点に進入する車両の存在に対する予見可能性の程度を大きく増加させるものでなく、Xとしては、特別な事情のない限り、交差道路通行車両が「対面信号機に従わずに交差点に進入することはないであろうことを信頼して交差点に接近すれば足り」、あえて対面信号機の赤色灯火に従わずに交差点に入る車両のあることまでも予想し、かかる車両との衝突を避けるべき注意義務はないものと解するのが相当であるとして、原判決を破棄しXに無罪を言い渡した（原口）。

★172頁でふれている川崎協同病院事件では、**最高裁決定**が出た（**最決平21・12・7**）。下記決定要旨から、最高裁は、生命維持の（死に際にまでは至らぬ段階での）「中止」が適法と認められるためには、①回復（特に救命）可能性がなく、②余命も短く、かつ、③被害者の（少なくとも、推定的な）意思に基づく、ことが必要と考えているかと窺われ、おおむね穏当な基本線を示したものと解されよう（171頁以下参照）。

決定要旨： 医師である被告人が、気管支ぜん息の重積発作により昏睡状態にあった被害者から、気道確保のため挿入されていた気管内チューブを抜管する行為は、（脳波等の検査は実施されておらず、また発症から未だ2週間の時点でもあるため）被害者の回復可能性や余命についての的確な判断を下せる状況になく、また、回復を諦めた家族からの気管内チューブ抜管の要請も被害者の病状等について適切な情報を伝えられた上でされたものではなく、その抜管行為が被害者の推定的意思に基づくということもできない事情の下では、法律上許容される治療中止には当たらない。

★177頁以下でふれている**急迫性否定**に関する判例（追加例、東京高判平21・10・8〔34歳にもなって、実母に経済的援助の再開を強要すべく、実母の再婚相手から暴行を受ける可能性も高いと予想しつつ、ナイフで打ち負かすつもりで押し掛けた〕）の**特徴的な限定的理解**とその**合理性**に関し、安廣文夫・法学教室387号（2012）14頁以下、特に16頁以下）、また、安廣解説も引用の精緻な論考は、塩見淳・同382号（2012）77頁以下。

★179～180頁、188頁（第3段落の下4行）に関連して、**最決平20・5・20**も注意に値する。本判例は、**挑発的侵害**をなした者は、社会生活上ほぼ自然視される態様・程度内の報復的侵害に対しては、単なる防御はともかく、積極的な反撃は（**相当性を欠くため**）できない、との趣旨と解され、妥当といえよう（なお、橋爪・重判解174頁、井田・総論288頁、林『判例』44頁以下、佐伯『考え方・楽しみ方』156頁以下等参照）。

★183頁下（6）から詳しく説明している「**防衛の意思**」については、学問上は「偶然防衛」が古来重視されるが（曲田・〔立石編〕『刑法事例30講』21頁以下参照）、実務的には、「攻撃の意思」との関係が重要である。判例は、防衛意思必要説であり、「攻撃の意思」との併存は差支えないが、「専ら攻撃の意思」と評価される場合には、正当防衛も過剰防衛も認められない、という立場を採用している事が、特に大切である（急迫性との関係を含め、安廣・前掲16頁以下）。

186頁の注の末段（3行）に関しては、次のように述べるのが一層適切かと思われる。「判例が防衛意思なし（**専ら攻撃の意思**だ）という場合、急迫不正の侵害を認識はしていても、それに**格別脅威を感じず**、従って『侵害を避けるため』でなく『**加害のみを動機**とし、特にそれまでの（多かれ少なかれ過去のことについての）憤まんを爆発させ攻撃の意図で』とい

う心理状態が（実際は、その客観化された過剰行為が）、問題視されているように思われる。」

★ 188 頁の過剰防衛の関係で（過剰防衛の認められる範囲、逆に言えば、もはや過剰防衛とは認められない場合、に関し）、以下のような重要判例が出ている（安廣・法学教室 387 号 20 頁以下参照）。

（1）最高裁平 20・6・25 決定は、甲の不正侵害に対して被告人のなした反撃の前半（第 1 暴行）は正当防衛で、後半（第 2 暴行）は過剰防衛ではない（普通の犯罪だ）、とした実に注目すべき判例である。いわく、本件「事実関係の下では、第 1 暴行により転倒した甲が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったものであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第 2 暴行に及んでいるのであるから、第 2 暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、①甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、②被告人が前記発言【すなわち、「おれを甘く見ているな。おれに勝てるつもりでいるのか。」】をした上で抵抗不能の状態にある甲に対して相当に激しい態様の第 2 暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1 個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第 1 暴行については、罪に問うことはできないが、第 2 暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである。」（①②、下線・ゴシックと【】内は、斎藤）

※（斎藤注） 従来、判例・通説は、急迫不正の侵害者が反撃を受け、侵害態勢が崩れ去ったのに、引き続き追撃的行為に出て相手方を殺傷したような場合には、（少なくとも、ある範囲では）全体として過剰防衛になる、としている（最判昭 34・2・5、山中・総論 493 頁以下など）。これは、基本的に当然のことといえよう。なぜなら、もし、一連の反撃行為を前後に分断して、前半は正当防衛で、後半は（それだけを取って見れば、既に侵害の急迫性、防衛の意思が欠けるから）過剰防衛ではない、と把握すれば、急迫不正の侵害に直面して、恐怖心に駆られ、怒りに興奮し、動揺するなどして行き過ぎた反撃をしてしまうこと、又、それが（精神的不安定の所産であるため）余り強い非難に値しないこと、も有り勝ちのため、刑の任意的減免を認めた立法者の折角の配慮が、（この種の「量的過剰」の場合には）無視されてしまうからである。

しかし、本件では、被告人は、侵害者が動かなくなってから、すっかり勝ち誇った上で「思い知らせる」ように、相手の腹部等を足蹴にしたり、踏み付けたりし、さらに、自己の右膝を曲げて膝頭を相手方腹部に落とすなどの激烈な暴行を執拗に加え、この第 2 暴行により、肋骨骨折、脾臓挫滅、腸間膜挫滅等の傷害を負わせたというのであるから、その部分は非難可能性が少ないとは到底認められず、立法者の上記配慮の想定範囲を超えていよう。なお、他面では、本件の場合、前半は正当防衛だとすれば、刑の重い傷害致死罪は成立せず、後半は過剰防衛にもならないとしても傷害罪にとどまる。しかも、追撃が続いたとしても、傷害致死は先に（或る意味）完結している。また、第 2 行為は、凶暴とさえいえ、正当な第 1 行為とは全く異質と見られる。このような場合には、前半と後半に分けて論ずることは不合理でない。

本決定では、上記①の点だけでも過剰防衛の否定に十分なのか、②の点も重要なのか、理解が分かれ得るが（なお、判例の流れを含め、川端・総論 372 頁以下）、②も特に指摘されていることや、①のみで既に刑の任意的減免を否定するのは立法者の上記配慮からすると若干厳し過ぎそうなこと、を考えると、②の点も重要と思われる。

※ 関連判例として、大阪地判平 20・9・19 は、先行する殴打行為について誤想防衛を認め、後続する（この際とどめを刺しておこうと改めて殺害を決意し、台所から包丁を取って戻っての）刺突行為につき、別個の行為として、殺人未遂罪とした（つまり、両行為を合わせ誤想過剰防衛としたのではない。精緻な解説、原口・速報判例解説 5 巻 159 頁）。

（2）最高裁平 21・2・24 決定は、原則通りに過剰防衛を認めた（その点は、上記（1）の最決平 20・6・25 とは事案が異なり、異論は少なからう）が、新たな問題に取り組んだ。すなわち、被害者の方から被告人に向けて机を押し倒してきたため、被告人が、反撃として同机を押し返し（「第 1 暴行」）、更に、押し倒されて反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を手けんで数回殴打するなどの暴行を加え（「第 2 暴行」）、第 1 暴行により傷害を負わせた事案で、弁護人が、本件傷害は、違法性のない第 1 暴行によって生じたものであるから、第 2 暴行が防衛手段としての相当性の範囲

を逸脱していたとしても、過剰防衛による傷害罪が成立する余地はなく、暴行罪が成立するに過ぎないと主張したのに対し、「前記事実関係の下では、被告人が被害者に対して加えた暴行は、急迫不正の侵害に対する一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為と認めることができるから、**全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪の成立を認めるのが相当であり、所論指摘の点は、有利な情状として考慮すれば足りる**」としたのである。

※(斎藤注) 本判例は、通常の過剰防衛の事案につき、36条2項の趣旨に沿った解決を示したもので、格別の新味はないともいえようが、上記(1)に掲げた最決平20・6・25から僅か8ヵ月後に現われ、その平20年決定と結論においては好対照で、平20年決定が(どちらかといえば)例外的事案に関する判例であることを裏付けていよう。

もっとも、本判例についての調査官解説(判タ1290号136頁)では、「本件は、過剰防衛のうち『質的過剰防衛』が問題となる事案である」(「量的過剰防衛」とは異なる)とされており(だとすれば、既にその点で、先の平20年決定と事案を大きく異にすることになる)、注意を引くが、「押し倒され、反撃や抵抗が困難な状態になった被害者に対し、その顔面を数回殴打した(そのことは、防衛手段としての相当性の範囲を逸脱したものである)、という原判決の認定は維持され前提とされており、その反撃としての殴打(第2暴行)時に、被害者側からの侵害の急迫性が残っていたかはやや疑問のように思われる。また、もし、侵害の急迫性が残っていたとすれば、傷害を与えるほどではない手けんによるその殴打(第2暴行)も正当防衛の範囲内に収まっていないのか、の疑問も生じかねない。

ただ、いずれにしても、本事例における第2暴行は第1暴行と同質の一連一体の行為であり(佐伯『楽しみ方』169頁以下も参照)、分断して考察するにはふさわしくなく、また、全体的に見て防衛の程度を越えているとすれば、非難可能性(及び違法性)が弱く、刑の任意的減免の認められる過剰防衛とするのが正に適切な事案と考えられよう。その場合、犯罪としては傷害罪の成立が認められる。

もっとも、「第1暴行について正当防衛が成立するという評価は、その後の行為者の行為によって事後的に変更されえないはずである」と考えれば、第2暴行は傷害を引き起こしていない本件のような場合には、暴行罪しか成立しないのではないかと、との見方も出てくるし、それ自体としては暴行にとどまった第2行為が、正当防衛視できる第1行為(傷害あるいは傷害致死)とは完全に別個の行為として、過剰防衛にすらならない場合の罪名が暴行罪にとどまることとの均衡上も、その見方に一理あろう(山口厚・刑事法ジャーナル15号57頁、同『基本判例に学ぶ刑法総論』82頁、林『判例』67頁以下、岡野・総論114頁、佐伯『楽しみ方』169頁以下、只木『演習ノート』159頁以下〔安田〕、205頁以下〔只木〕参照。なお、基本的に方向を同じくしつつ、更に掘り下げた検討として、高橋直哉・駿河台法学26巻2号45頁〔これは、『立石先生古稀祝賀論文集』中の長井・原口論文、安廣・法学教室387号20頁以下を初め多数の関連文献にも詳しい〕)。ただ、それは従来の一般的理解とは異なり、本判例でも採用されなかった。第1の傷害と第2の暴行とが、一連の一体的行為と把握され、傷害罪の構成要件に該当し、防衛の程度を越えたものとして違法性が阻却されず、傷害罪が成立すると考えても、刑の下限は軽い上に、36条2項により**刑の減免も可能**で、均衡は保てる。とはいえ、罪名の点では疑問・逆転の感を否めないが、罪名だけでなく、普通の一方的な犯罪行為ではない(斟酌されるべき)「**過剰防衛**」という**評価**も併せ考慮されるべきだ、とも考え得よう。

★ **同じく188頁**の関係で、財産的権利(と業務・名誉)への急迫侵害に対する軽微な暴行を(1・2審と反対に)正当防衛と認めた**最判平21・7・16**も注目される(林『判例』57, 65頁参照)。ただ、本判例は、「財産的権利を守るためには身体を害することも許される」などと抽象的に理解されるべきでなく、具体的「事実関係の下に」理解されなければならない(安廣・法学教室387号19頁以下)。

★ **やはり188頁**に関連して、粗暴な(しかし、体格差等で劣る)酔っ払いが正当防衛に遭い、不運も災いして死亡したケースとして、西船橋駅事件があるが(340頁②, 382頁②参照)、東京地判平23・10・24も同様に正当防衛とした。

★ **214頁, 各論380頁⑨**の関係で、**窃盗罪の実行の着手**が認められた新事例を挙げる(東京高判平**22・4・20**, 前田『最新250』166頁)。この判例は、自動券売機の硬貨釣銭返却口に接着剤を塗り付け、客が投入した硬貨の釣銭が接着剤に付着するのを待ち、その釣銭を取得しようとした事案につき、(窃取行為に密接な行為であり、窃取に至る客観的危険性を生

じさせた)塗布の時点で実行の着手があったと認めており(1審は反対),参考となろう。

★特に216頁以下の「**実行の着手**」の説明に関連して(なお,佐久間・総論312頁),覚せい剤「輸入罪の実行の着手があったものとは解されない」理由として,当該事案(北朝鮮を出た密輸船から島根県沖の海上に投下された覚せい剤の荷物を小型船で回収する予定だったが,悪天候のため途中までしか辿り着けず失敗したという事案)においては,回収(→陸揚げ)「可能性にも乏しく,そのため「覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえない」ことを特に指摘した**最判平20・3・4**(重判解180頁)も,総合的切迫性説(216頁④)などと親和的で(本判例も時間的切迫性を度外視する趣旨でないことは無論であろう),注目に値する(判例・通説上,これらの「輸入」罪は,船からの「陸揚げ」[または飛行機からの取りおろし]の時に既遂とされており[各論237頁参照,本判例もこれを前提としている)。

★217～218頁の**クロロホルム事件**(最決平16・3・22)で,217頁①(下掲決定文でも①)記載の「**実行の着手**」,特にその本質的要素としての「客観的危険性」が認められるか否かに関してのみならず,同頁②(下掲決定文②)記載の「**故意**」,実質的には「事実上の最終的決断」,の有無に関しても又,「行為者の**犯罪計画**」が考慮される(その考慮により,いづれに関しても,**結論が左右され得る**)こと(例,クロロホルム事件のほか,冷蔵庫事例[72頁])に注意を要する。・・・川端・総論484頁,井田『構造』254頁,葛原ほか・総論229頁以下(塩見),佐伯『楽しみ方』345頁以下のほか,只木・白門2012年2月号32頁以下,7月号6頁以下,鈴木彰雄・[立石編]『刑法事例30講』96頁以下,調査官解説のジュリスト1284号134頁,原口・法学新報113巻3・4号603頁なども参照。・・・他方,代表的な反対論として,山中・総論360頁以下,林『判例』89頁以下,松宮・総論239頁以下など。

重要なので,本最高裁決定の中心部分を文字通りに引いておく。いわく,「認定事実によれば,①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(以下,「第1行為」)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溺死させる(以下,「第2行為」)というものであって,①第1行為は第2行為を**確実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【至便不可欠性】(囲み数字,ゴシック,下線,【】内は,斎藤),②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【無障害性】や,③第1行為と第2行為との間の**時間的場所的近接性**【近接性】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【①②③が全て常にそのまま不可欠だとしている訳ではない。しかし,特に時間的近接性は,無障害性と相関的ながら,多かれ少なかれ不可欠であろう】。

また,②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【**犯行計画上の**】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**に欠けることなく,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【注:被害者の妻とその知人】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」。

なお,学説の中には,この判例は,上記②の故意の関係では因果関係の錯誤の問題しか意識していない,と理解している向きも多いが,④未遂罪の成立には,単なる予備の意思を超えた「故意」としての事実上の最終的決断が必要なことは,かなり以前から取り上げられてきた冷蔵庫事例(72頁,佐久間・総論63頁,松宮・総論215頁等々参照)から窺われること,⑤上掲決定文中の「殺人の故意に欠けることなく」の前のその理由を述べた部分,すなわち,「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」の文言は,単に「因果関係の錯誤」を考えただけでは思われないこと,からして,恐らく十分ではなかろう(川端・総論262頁,木村光江・刑法79頁以下,林『判例』95頁,佐伯『楽しみ方』280頁,今井ほか・総論136頁以下[今井]も参照)。

★242頁の**教唆犯・従犯**,270～271頁の**結果的加重犯の共犯**に関連して,危険運転致死傷罪の幫助犯を認めたものとして,最決平25・4・15が注目に値する。若干引用すると,「Cが本件車両を運転するについては,先輩であり,同乗している被告人兩名の意向を確認し,了解を得られたことが重要な契機となっている一方,被告人兩名は,Cがアルコールの影響

により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、本件車両発進に了解を与え、そのCの運転を制止することなくそのまま本件車両に同乗してこれを黙認し続けたと認められるのであるから、上記の被告人両名の了解とこれに続く黙認という行為が、Cの運転の意思をより強固なものにすることにより、Cの危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らかであって、被告人両名に危険運転致死傷幫助罪が成立する」というのである。共同正犯の可能性すらあろうか。

★ 262 頁以下の関係で、(1)「不作為による殺人罪の共同正犯」が認められた事例（東京高判平 19・1・29〔実母と同棲男が児童を極度の栄養失調で死亡させた事件〕）、及び、(2)「作為による殺人罪と不作為による殺人罪の共同正犯」が認められた事例（東京高判平 20・10・6 判タ 1309・292〔罪な女の子事件〕）。なお、これにつき、島田聡一郎・注釈刑法 1 巻〔2010 年〕812, 813, 841-842 頁、西田・総論 356 頁以下、林『判例』198 頁以下、前田・総論 493, 532 頁）、を挙げておく。

後者は、概略、話の弾みで自分Xに対する強姦犯人だとデッチ上げてしまった被害者Vを呼び出せば他の者によってVに暴行が加えられるであろうことを認識しつつこれを呼び出した被告人X（罪な女の子）は、身体に危険の及ぶ可能性のある場所にVを誘い入れたものであり、（その後、犯行をエスカレートさせ、Vを殺す意図まで明らかにしていた）共犯者らに対して呼び出しの理由となった強姦の事実が実際には存在しないことを告白すべきであったのにこれを怠った点において、本件殺害について不作為犯としての共同正犯が成立する、というものである。

【補足的コメント】本件では、被告人X（罪な女の子）に**不作為による殺人罪**（主犯らの**作為による殺人罪**との**実行共同正犯**）を認めることは、デッチ上げ的な先行行為、情報面等における排他的支配、真実を告白するという**作為**の（規範的にみた）容易性、否定し難い殺意（告白しなければVが殺される高度の蓋然性の認識〔・認容〕）などからみて、そう困難ではないと思われる。他方、これが一層重要であるが、1 審判決のように**殺人の「共謀」共同正犯**を認めることは、判例上、とりわけ、282 頁下方記載（また、下掲）の練馬事件判旨からして、困難である（本高裁判決も同方向）。

「**共謀**」**共同正犯**の成立に不可欠なものとしての「**共謀**」（これは、「謀議」すなわち「具体的な打合せ行為ないし明示的な意思連絡」の形をとることも多いが、それには——組長専属警護隊・スワット事件〔283 頁〕・廃棄物不法投棄事件〔366 頁 3 行目以下〕に示されているように——限定されない。）の**内容**は、（練馬事件判例〔282 頁〕に基本的に従い）「**特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって、互いに他人の行為（実行行為ないしそれを求め支える行為）を利用し、各自の意思を実行に移すという合意（合意形成）**」と定式化できよう。なお、「共犯者間の**意思の連絡**」や「**正犯意思**」は、このような「合意」たる「**共謀**」中に包含される。ただし、「**共謀**」の内容はそれら 2 つだけに尽きず、**実行分担欠如を埋め合わせるもの**（共同意思による一体性と、**間接正犯類似の利用関係**）を含む。

★ 275 頁以下（**承継的共同正犯**）の関係で、最近、**最高裁**は、先行者が被害者に暴行を加えて傷害を負わせた後に、後行者が共謀加担して暴行を加え、被害者の傷害を重篤化させたという事案に関し、たとえ後行者において、被害者が先行者の暴行により負傷して逃亡・抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだという事実があったとしても、後行者の共謀及びそれに基づく行為が、共謀加担前に先行者が既に生じさせていた傷害結果と因果関係を有することはないから、後行者は、その共謀加担前の傷害結果につき傷害罪の共同正犯として責任を負うことはなく、共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う、とした（**平成 24 年 11 月 6 日決定**。なお、佐伯『楽しみ方』387 頁以下〔支持〕、只木編『刑法演習ノート』115 頁〔和田。同時傷害例適用排除と理解〕）。

これは、承継的共同正犯に関する最高裁の初めての判断として注目され、（単純な、あるいは限定的な）肯定説を排斥し、後行者が、**関与後の、自ら因果的に寄与した行為・結果についてしか責任を負わないという意味での否定説に立つことを明確にした点で極めて重要である**（原口。なお、いち早く否定説的な東京高判平 17・11・1〔安廣裁判長〕）。

また、裁判長千葉勝美の補足意見は、「強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろう」と述べており（川端・総論 549 頁等参照）、全面的否定説（代表的、山口・総論 350 頁）ではないと見受けられる（なお、高橋直哉・法学新報 113 巻 3・4 号 119 頁以下、只木誠・白門 2013 年 6 月号 53 頁以下）。

★ 283 頁の共謀共同正犯に関する重要判例の組長専属警護隊・スワット事件（最決平 15・5・1）に関連して、〔1〕山口組最高幹部の拳銃加重所持罪の共謀共同正犯を認める最高裁判例が続き（最決平 17・11・29，最判平 21・10・19），暴力団幹部のボディガードが（実弾付）拳銃を所持して護衛に当たっていた場合，同幹部に拳銃（加重）所持罪の共謀共同正犯を認める判例がほぼ定着したと見られること，〔2〕その判例の 1 つ（最判平 21・10・19）では，現在でも，「未必の故意による共謀共同正犯」（廃棄物不法投棄事件の最決平 19・11・14 ——木村光江・刑法 172，431 頁，松宮・総論 276 頁，今井ほか・総論 380 頁〔島田〕——参照）も認められると再確認されていること，に注意を要する。

〔2〕について補足すると，最判平 21・10・19は，配下のボディガード組員による拳銃の（加重）所持を，組長が——「確定的に」認識した上でとは述べず，単に，——「認識した上で」それを当然のこととして受け入れて認容していたものと述べつつ，組長に共謀共同正犯を認めており（ただ，差戻後の大阪地判平 23・5・24 は，改めての事実認定で，所持の未必的認識と共謀を否定〔私信で故島田氏も「注目に値する」と〕），「未必の故意による共謀共同正犯」を否定するつもりのないことを示している（林『判例』191 頁以下，196 頁参照。ただし，異なる理解として，橋本正博・平 22 年度重要判例解説 205 頁，松宮孝明・法学教室 2012 年 12 月号 32 頁）。ただ，未必の故意による共謀共同正犯を認めるとしても，①「具体的な打合せ行為ないし明示的な意思連絡」という意味での「謀議」までは不可欠ではないというだけで，共謀共同正犯を認めるには，2 人以上の者が「特定の犯罪を行うため，共同意思の下に一体となって，互いに相手（相棒）の行為（実行行為あるいはそれを支える等の行為）を利用し，各自の意思を実行に移すことを内容とする」（黙示的なものにせよ）合意は，「共謀」として，不可欠である（従って，その場に居ても，聞き傍観したに過ぎない者は，共謀したものではない）ほか，②その未必の故意の認定は，蓋然性説あるいは同説的な「動機説」に従い，犯罪事実発生蓋然性の認識を不可欠の前提とし（98～99 頁。なお，林『判例』195 頁以下，処罰には慎重を要する場面という点で共通の，38 頁の関係で挙げたウィニー事件での最決平 23・12・19），その適正な認定には，それ相応の客観的事情の存在・認定が必要である（なお，松宮・前掲 30 頁以下，同・総論 179 頁以下）。

★ 296 頁以下に関連して，共謀関係の不解消を認定した判例が注目に値する（最決平 21・6・30。川端・総論 630 頁）。いわく，「被告人は，共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ，共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後，見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい，先に帰る』などと一方的に伝えただけで，被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず，残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると，被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり，たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し，残された共犯者が被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても，当初の共謀関係が解消したということはできず，その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」というのである。

この場合，被告人らが共謀に参加したことによる（少なくとも）促進的な影響は，住居侵入，更には強盗の各既遂の結果に及んでいるとみられるから，（強盗の）着手前に（外形的に見れば一応）離脱していたとしても，その結果につき責任を免れない（真の意味における離脱は成立しない）というのは，もっともといえよう（佐伯『楽しみ方』392 頁，林『判例』145 頁，今井ほか・総論 368 頁以下〔島田〕，只木『演習ノート』306 頁以下〔高橋。実行着手の前後を問わず基準は因果性遮断の有無〕）。ただ，強盗に関する限り，その着手前に，被告人らの離脱が他の共犯者らに知られていたようであるから，共同意思主体ないし間接正犯類似の利用関係は（両者間においては）崩壊・消滅していたとみて，強盗の共同正犯の罪責は強盗を敢行した残された共犯者らだけに認められ，見張り役や被告人には，その強盗を容易にしたという意味において，従犯が成立するにとどまる，との理解も考えられそうであるが，最高裁はそのようには判断していない。

★ 310 頁の「混合的包括一罪が判例上認められた主要例」の〔ロ〕の判例は，新たに東京高判平 22・6・16 により踏襲され，注目される（原口）。

★ 310 頁最下段に関連して，同一の被害者に対する殺人に先立つ傷害につき，約 3 か月間にもわたる多数回の暴行とその結果としての傷害を包括一罪とした判例もあるが（大阪地判平 22・1・25），被害者の痛みに鈍感ではなからうか。

★ 311 頁の関係で、情を知らない多数の者をアルバイトとして雇い約 2 か月間にわたり関西一円各地で（「難病の子供たちの命を救うための NPO」による）街頭募金を装って多数の通行人たちから（1 円から 1 万円までの）現金を詐取した**街頭募金詐欺を包括一罪**とした判例が現れ（最決平 22・3・17）、注目に値する。もっとも、「本決定は、訴因の特定という手続上の問題を解決するために、包括一罪という実体法上の概念を拡張した」という問題性も指摘されている（亀井・判例セレクト 2010 [I] 33 頁）。多くの占有・所有権と善意を食物にした悪質詐欺の繰り返しで、訴因の特定性を充たすことが可能な場合には、併合罪とし**刑を加重することは可能**と解される（島田・ジュリスト 1429 号 144 頁以下参照）。

★ 346 頁③の末行「なお、」の後に、**相当性に関わる誤想防衛**に関し、「大阪地判平 23・7・22 [攻撃してくる相手の動きを封じようと思っただけであったが、客観的には、相手の首を強く絞め窒息死させてしまった]。他方、」と加入する。

以上、「特設コラム」

付録 B 中央ロー・ジャーナル 6 巻 3 号（2009 年 12 月下旬） 45～75 頁

無罪方向における伝聞証拠等の許容性の拡張

斎藤 信治

- I まえがき
- II 片面的考慮不要説
- III 片面的考慮に関し注目される判例
- IV 片面的大修正説
- V 片面的調整説
- VI 試論

I まえがき

刑事裁判では、真犯人の被告人に無罪判決を出してしまうようなことは可及的に避けなければならない一方、無実の被告人を有罪としてしまう悲劇も、むしろ極力回避されなければならない。冤罪は、強大な権力と圧倒的な権威を持つ国家が無実の弱い市民を大々的に断罪し処罰するのであるから、最悪の浪費であると共に、この上なく破壊的で恐ろしい上に、真犯人、それも無実の者が代わりに断罪されるのを見て見ぬ振りすらもしている真犯人を処罰せず、しかも、処罰される現実的危険すらも何ら犯人に感じさせないのであるから、真に不都合であり、被害者・遺族らの無念を実のところ全然晴らさない点でも際立った不都合がある（山本 167 参照。以下を含め、引用方法については、本文末尾の注の後の「主要文献目録」参照）。従ってまた、冤罪は、単なる誤った無罪判決より格段に大きな不祥事である（木谷 4 参照）。

ただ、憲法とくにその 31 条が刑事手続（等）の適正を保障し、刑事の事実認定に関しては「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則がある限り、冤罪の恐れはそう心配には及ばないようでもある。なお、「捜査機関に要請される措置は、時代を追うごとに重くなり、その結果として、証明の水準は、高くなりつつある」と指摘されている（香城 49）。しかも、犯罪事実認定の証拠については、「厳格な証明」の保障、すなわち、(イ) 伝聞法則（刑訴法 320 条参照）等による証拠能力という制限、(ロ) さらに適式な取調べという限定、もあるとされているので、いよいよ安心して良いようにも思われる。

しかし、その証拠能力の制限とくに伝聞法則というのは、正確・的確な事実認定のためのもので（酒巻 180。なお、江家

1146), 無実を訴える被告人が頼りにするような証拠についても等しく適用される, というのが通説と聞けば, 多くの人は「えっ」という気にもなろうというものである。もっとも, それでも, 罪責・科刑を基礎付ける事実については, アリバイの不存在, 違法・責任阻却事由の各不存在を含めて, 原則的には, 全て検察側に挙証責任があるとされているので(違法阻却事由等につき, 自由な証明で足るとはするが, 被告人に挙証責任ありとする異説は, 小野 151, 小野①171, 小野②94。これに対し, 川端 225 等), 心配は無用のようでもある(例, 高田 198, 206)。しかし, 例外的に被告人側に挙証責任があるとされている場合につき深刻な問題(斎藤 228, 斎藤②24, 75)が残るほか(同時傷害の特例に関し, 渥美 417, 421 参照), アリバイや違法阻却事由・責任阻却事由などについては一般に被告人側に「証拠提出の責任」が(少なくとも, 場合により)あるという考え方が有力のようである(例, 平野 184。なお, 渥美 418, 420)。ただ, 証拠の提出までは必ずしも不可欠でないとすると, 「争点形成責任」, 「争点提出責任」, あるいは, 端的に「主張責任」とするのが妥当とも思われる(松尾 19, 光藤 113, 三井 66)。しかし, だとしても, 實際上, 検察側の一般に周到な準備・立証にもかかわらず, 裁判所に最終的に少なくとも「合理的疑い」は抱かせなければ有罪とされてしまうから, 無罪判決を得ようとする限り「証拠」の提出が実際上必要なことが多い点【1←注番号】については, 余り異論はなさそうである(なお, 香城 55)。

そうすると, 無罪の証拠を出す場合にも, 証拠能力のないものを出すことは認められない, と解する限り, 伝聞法則にひっかかって「証拠能力のある証拠」を提出できず, 無実の者も処罰される危険はそう小さいものではない(なお, あるいは議論の余地もあり得るとしても, 一般的な理解による限り, 証拠能力の存在については, 証拠提出者側に挙証責任がある。池田・前田 361, 松尾③658, 安廣 114 等)。

もっとも, その懸念は, その「証拠能力の制限」なるものが全く問題のないような緩やかなものであれば, 杞憂ということになる。しかし, 仮にその制限がそのように緩やかなものであれば, 不当な有罪判決・処罰に対する保障として頼りにならないから, その制限はそれほど緩やかである筈もない。実際, たとえば, 第三者の一般の供述書等についての刑訴法 321 条 1 号 3 号の 3 要件は, かなり厳しい(松尾 58, 池田・前田 407, 鈴木②556, 田口 385, 393, 西原 332, 香城①321, 龍岡 186 等参照。ちなみに, 最決平 12・10・31 判時 1730・160 [米国公証人面前供述書] もある一方で, 最大判平 7・2・22 百選 71 事件 [刑事免責付与嘱託証人尋問調書の証拠能力を否定]。批判的, 小木曾 328。なお, 森下忠『国際刑事裁判所の研究』[2009] 169, 248 頁)。特に学説は, しばしば厳格な解釈を採る(例, 鈴木①755, 上口①232, 本田・桂 1927。上記嘱託証人尋問調書の 3 号該当性を否定, 青柳③156, 173。なお, 三井④213)。

となると, 通説のように, 証拠能力の必要性とその要件・基準(特に伝聞法則)は, 被告人に有利な証拠についても等しく妥当すると解する以上, 「証拠」を提出できない場合も少なくない筈である。有罪とすることには「合理的な疑い」が実際に残るところであるにもかかわらず, それを生じさせる証拠には「証拠能力」がないとして, これを切り捨ててしまうことは, 重大な問題だといわなければならない。

だとすれば, 憲法(とくに, 31 条)に則し, やはり被告人に有利な方向, 冤罪を避ける方向においては, 証拠能力の必要性ないし少なくともその要件・基準を, 多かれ少なかれ緩和することが必要ではないかと思われる。また, そのようにしても, 裁判員裁判【2】となるような重大事件や難事件では一般に公判前整理手続が採られ, 被告人側もそこで予定の主張を明示し, 証拠調べを請求し, かつ証拠を検察側に開示しなければならないことも考えれば(316 条の 17・18・22), 不都合を生ずる恐れは比較的少なそうである。

ただ, 立法者は証拠能力の要否・基準を方向如何で区別していないことは, 通説の指摘する通りであろう。代表的な人権派教科書の最新版をみても, 単純ではないにせよ, 一応は通説を受容しているかに見える(福井 314, 348, 366 参照)。そしてまた, 真犯人処罰の可及的実現・円滑実現も確かに大切ではあり, 民意を背景とした立法者の態度にそれなりの合理性は認められる以上, 上記緩和は, 不可欠・最低限の微調整にとどめるのが穏当ではなかろうか。本稿は, こうした方向性を追求してみようという 1 つの試みである。

なお, 冤罪の回避は大切であるものの, 難しい事案だからといってたやすく無罪とってしまうのも当然問題ではあること(香城 42), 小生もその点は十分意識していることを注で示したい。ただ, 今は紙幅の制約上 1 例にとどめる【3】。

当初の予定では、上のような方向別調整も不自然ではないことを駄目押しするため、それ自体としても極めて重要な問題であるが、「(個別) 間接事実、存在の確かさ、そして、それを前提とした相応の推認力を持たない場合には、『確実・重要とはいえない状況証拠』として、『総合評価への間接事実の参加資格』を欠くのではないか」という問題(光藤②102, 光藤③87, 木谷④211 など参照)に立ち入るつもりであった。これは、仁保事件、長坂町(甲府)放火事件の注目すべき各判例(最判昭45・7・31, 最判昭48・12・13)などもあり(植村72, 100, 福崎326, 木口72, 三井53, 中野目②176等参照)、事実認定上の重要問題であるが、その存在の確かさ、相応の推認力は、これまで一般に念頭に置かれている有罪方向と、ここで対比的に取り上げる無罪方向とでは、当然異なる(無罪方向での必要水準は低い。例、光藤①47)ことを併せ具体的に示したかった次第である。しかし、それは、紙幅等の関係上無理と判明し、後の課題とすることにした。

小生は、元来刑法が専攻分野で、刑訴法の方は、むかし司法試験受験のため平野先生の本を数回通読し、法学部助手(刑法)に採用されて後、伊達秋雄『刑事訴訟法講話』等を読み多少は分かった気になり、大分後、旧司法試験考査委員として口述試問で刑訴法の問題にも従的には関与せざるを得なかったので、松尾先生の本の通読、田宮先生の本の重点的参照、渥美先生の本の関連箇所精読などに努め、その頃までに、事実認定に関わる(松川事件少数派判事ら上告棄却の)「丸正(強盗殺人)事件有罪認定は正しいか(1)(2)」を先ず書き(法学新報96巻11・12号, 97巻3・4号[斎藤③159参照])。これについては、専門は違うにも拘わらず好意的に拙稿・拙著に目を通して下さる外間寛本学元総長・学長が、「この(再審請求)事件は、ひっくり返りますよ」と言われたのが鮮明な記憶として残っている。しかし、残念なことに、その後、再審請求の元被告人らが死亡し、事件は終わってしまった)、次いで、事実認定と「挙証責任の転換」に関する「松川事件と名誉毀損」を執筆し(同104巻8・9号[好意的書評、米田泰邦・法律時報70巻12号])、更にその後、本ロースクールで刑事法総合科目も担当の関係でやや懸命に刑訴法の勉強にも努め、「『新潟女性監禁事件』と刑法47条の『併合罪加重』の趣旨」(本誌創刊号)で「訴因の特定性」の問題にも立ち入った程度であって、手続法の分野では新参者の部類に属する。それだけに、本稿(また、上記の3拙稿)の不備については忌憚のないご叱正を頂ければ、誠に幸いである。

なお、本稿は、院生諸君をも読者層として強く意識したほか、恩師で本学名誉教授の八木國之先生の追悼論文を兼ねさせて頂いた(ご逝去・ご葬儀については、本誌5巻1号73頁注1)。同先生のための追悼論文集が、JCCD(犯罪と非行に関する全国協議会)の後継会長となった佐藤司・亜細亜大学名誉教授のイニシアティブの下に、国際刑法の分野で突出した活躍を続けておられる森下忠・広島大学名誉教授の友情のご高配も賜り、編まれているが(酒井書店・有信堂のご好意で2009年10月刊行予定)、法科大学院等での負担は重く、八木先生ご執筆の本学通信教育部教科書『刑法二部』(1988年)の後継書(拙著『刑法各論』3版)を2009年度新学期に間に合うよう執筆するのが精一杯で、上記論文集への寄稿は遂に果たせなかったからである。

II II 片面的考慮不要説

通説は、証拠能力の必要性とその基準は、被告人に有利な証拠についても等しく妥当すると解している(ただし、例外許容的なのは、三井29, 30, 104, 三井①393, 田口329, 上口349)。その条文上の根拠は、あるいは314条3項, 321条1項3号にそれぞれ「犯罪事実の存否の証明」とある点に求められ(団藤232, 江家1140, 平場166)、あるいは322条1項で、被告人に利益な(あるいは、ともかく不利益ではない)事実を内容とする被告人の供述書等であっても、その供述が「特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り」証拠たり得るとされている点に求められ(平野184。なお、鈴木①797)、あるいはまた、その両方に求められている(例、青柳243, 高田199, 小林225, 長井227, 安富386)。これらの点については、後に(VI試論で)詳しく検討したい。なお、以上に述べたことは、正確には伝聞法則の関係であって、自白の任意性などは当然別問題であるし、違法収集証拠の証拠能力なども別論となる(長沼245と安廣53など参照)。

実質的根拠としては、先ず、当事者主義(団藤232)や当事者対等の原則(青柳243, 平場166)なども一部で挙げられ

ているが、これらは、アリバイ、違法・責任阻却等の立証に関して「厳格な証明」（の平行な貫徹）を要求すべき理由にはならないといえよう（浦辺 70 参照）。むしろ、実質的に対等性を考えれば（佐伯 21 参照）、自由な証明または緩和された証拠能力で足るとすべきことにもなる（松岡②203 参照）。

もっと実質的な根拠については、偉大な健筆家としても知られ、司法試験考査委員としてご一緒させて頂いて以来敬愛する、小林充元高裁長官は、「証拠能力の制限は、誤った心証を形成させるおそれが強い類型的な証拠を用いることを禁止しようとするものであるが、被告人がこの制限を受けずに何でも証拠を提出できるとなると、それは真実発見を困難にすることは明白である。もし、本当に被告人が無罪である場合には、公益の代表者である検察官は、伝聞証拠であってもこれを証拠とすることに同意するであろうし、また、被告人は自分自身の供述によって合理的な疑いを生じさせることが可能である」と主張される（小林 225。同旨、平野①153, 安富 386）。また、鋭い舌鋒で恐れられる同僚の長井圓教授も、「刑事裁判では『無罪の証明』はなされず、『有罪の証明』に合理的な疑いが残れば、自動的に『無罪』とされる」ことを指摘されるほか、「被告人側の提出証拠が何でも良いというのでは、『有罪の証明』が安易に崩される結果、不当に真犯人を解放することになる」と説かれる（長井 227）。いずれも、通説を代表するもので、傾聴に値する。

ただ、片面的考慮を不要と割り切る考え方に対しては、穏健な立場からも、「検察官が真実被告人が無罪であると判断する場合は極めて稀であろうし、被告人が公判廷において、被告人以外の者の供述を内容とする供述を、検察官の伝聞であるとの異議にもかかわらず、自由になしうるかについては疑義の存するところである」との指摘がなされている（安廣 52）。前者の点に関しては、全くその通りと思われる。一般に検察は周到な検討の上で有罪を確信し且つ有罪判決を得られる自信も強い場合しか起訴しないようであるから、途中で心証が無罪の確信にまで変わることは稀と思われる。たとえば、松川事件でも、検察側は被告人らが無実だとか、「諏訪メモ」【4】が連絡謀議否定のアリバイ証拠だとか、考えはしなかったし、再審無罪の著名諸事件でも検察側は概して最後まで争っている。もっとも、論者らが公益の代表者としての検察官の在り方・とるべきフェアな態度を指摘しているところ自体は真に卓見で、全面的に賛成である。

後者の点に関しては、既に指摘されているところであるが、被告人の公判期日・公判準備における供述で被告人以外の者の供述を内容とするものの証拠能力につき明文規定がなく、諸説入り乱れ（西原 385 参照）、被告人に不利なものの証拠能力は異議なく認められるのに対し、利益なものについては特信情況（322 条 1 項類推）を、あるいは更に供述不能と不可欠性も（321 条 1 項 3 号ないし 324 条 2 項の類推）、条件として初めて、証拠能力を認めるのが多数説と見られ、到底、簡単に「自身の供述によって合理的な疑いを生じさせることが可能」とはいえない。あるいは、他の者の供述を援用しないでも、全て自分の供述として切々と訴えることは可能だという趣旨かとも思われるが、それでは当然簡単には信用されにくく、十分な解決にはならない。

また、検察官は「公益の代表者」、幅広い人気のある「正義の味方」であるが、万一、冤罪を生み出してしまった場合には、もちろん「公益の破壊者」「最悪の不正の張本人」になってしまうのであるから、徒らに（正確でない、俗に言う）「勝ち負け」にこだわることなく、フェアな態度（代表的には、有名な松川事件の差戻後二審に見られたような態度〔門田 294, 310, 斎藤 212。また、諏訪メモに関する宮本彦仙検事正の「本当の正義派」〔スクープした倉嶋康の評〕的対応〔大塚①196, 山本祐司『毎日新聞社会部』(2006) 5, 71 頁等参照〕に徹すべきである（松尾①371, 松尾浩也『刑事訴訟法 上（新版）』

〔1999〕 221, 223 頁, 宗像 27 参照。被告人に有利な証拠を意図的に隠すような場合は、適正手続違反ともなろうし〔渥美 220〕、それこそ自分で到底責任を取り切れない不正を犯すもので、時には証拠隠滅罪ともなろう）。言い換えると、時に問題があるかも知れない成績査定とか出世とかを気にし、「勝ち負け」のみにこだわる「成績派」検察官ではなく、正しい使命感・誇りを持ち、必要・適切なら積極的に証拠開示【5】も行うような「公正派」検察官であるべきものと思われる。近年の鹿児島選挙違反（志布志）事件（鹿児島地判平 19・2・23 [12 名無罪]、木谷③124, 130）、富山の永見（強姦再審無罪）事件（富山地高岡支判平 19・10・10）、DNA鑑定の覆った足利（女児殺害再審開始）事件（東京高決平 21・6・23）

【6】などは、検察官も負っている被疑者・被告人に対する後見的任務（山本 136, 141）を弁護人の努力のみに任せていては、少なくとも冤罪防止に関する限り、極めて不都合なことを改めて実証したともいえるのである（なお、捜査機関とし

ては、警察こそ冤罪の危険を認識しやすいかと思われるが、上部・世論からの無言の圧力等の下「検挙・解決」に向かい勝ちで、結局は、ふつう検察ほど頼りにならない。まして、検察官が、被告人を無実と判断する場合はもとより、必ずしもそうは判断しない場合であっても、伝聞証拠が、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に照らし、「一概に無視すべきだとまでは言い切れない、一応は考えさせる内容の資料」であれば、証拠の1つに加え、あるいはそれに同意する（その公正な土俵の上で、信用性については忌憚のない意見を述べる）のが、断然正しい（また、自分だけで誤判の大変な責任を背負い込む心配のない）行き方であろう。しかし、もしそうであれば、それを実効的・一般的に担保・実現するような伝聞法則の修正的ルールを採用するのが確実にベターと思われるのである。

Ⅲ 片面的考慮に関し注目される判例

1. 松川事件再上告審判決（昭38・9・12）による門田判決（昭36・8・8）の維持【7】

（1）門田（もんでん）判決の判示

本判決は、「当審検察官は・・・捜査段階当時に作成された供述調書等 1600 余通にのぼる膨大な書面を、利不利を問わず、新たに証拠として提出した。公益の代表者としての立場から・・・検察官のとられたこの異例の措置こそ、まこと、検察の真髄を発揮したものというべきである。当裁判所は、検察官提出のこの新証拠群の書面を精査検討し、その新証拠相互に、またはこれと旧証拠と対比することにより（この場合新証拠の書面は物的証拠の性格をもつ）、・・・『諏訪メモ』とはその性質を異にするが、まさるとも劣らぬ幾多の新証拠を発見した。この場合対照吟味に用いられる新証拠が物的証拠の性格をもつという意味は、例えば、被告が身柄を拘束されて外界との交通を完全に遮断された期間中における被告の供述調書、参考人の供述調書等の供述内容が、ある事柄について合致しているとき、そのような供述内容の合致する供述調書が存在するということが証拠となるという趣旨である。この場合被告と参考人とが事前に打ち合わせた等の作為的事情がないと認められるときには、その合致する供述内容の事柄はお互に体験を共にしたが故に、それに関する供述が合致するのであるとみて通常差し支えない、というのが経験則であるといえよう。だから、そのように供述内容の合致する供述調書が存在するという事実は、その被告の供述調書と同旨の当該被告の法廷供述の真实性、あるいはその参考人の供述調書と同旨の当該参考人の証人としての証言の真实性を強く保障するものといえるのである。・・・このように動かない証拠、不動の証拠といっても差し支えないほど真实性の豊かな被告の法廷供述や証人の証言が直接の証拠となって確認されるのであるから、例えば、ある被告のアリバイの成立が殆んど決定的であるといえるという趣旨なのである。」と判示している。

ちなみに、原二審の大部分有罪判決を破棄し差し戻した最高裁の大法廷判決（昭34・8・10）では、国鉄労組側と東芝労組側との間の連絡謀議の存否が本件の要であり、その存在は（1つには「諏訪メモ」もあって）疑わしい、ということが特に重視されたが、本門田判決では、むしろ、実行行為の存在自体がほぼ徹底的に否定され、そこに重点が置かれている。

（2）批判的な意見の検討

門田判決に対しては、賛否両論で（なお、門田判決前に、法律時報の1959年11、12月号、翌年1月号に連載された広津和郎、青柳文雄、戒能通孝、平野龍一、野村正男の諸氏による座談会の記事も貴重で参考になる。青柳・平野・野村氏は有罪説のように見えるが、広津・戒能氏は無罪説で小生にはより具体的・堅実と感じられる）、一方では、支持も多い。とりわけ、「気骨の判決」のわれらが先輩・吉田久判事・教授【8】を発掘・賞賛してもいる）斎藤秀夫、小山東一（広島大教授）、広津和郎、松本清張、水上勉、井伏鱒二、戒能通孝、吉川経夫、木村亀二、後藤昌次郎、そして鴨良弼、の諸氏ら

が早い段階で支持・評価を表明している。

他方、批判も目立つ。最も批判的なのは、第一次上告審で最高裁調査官（主任）として驚くほど明確かつ旗幟鮮明に有罪説を採り、大法廷判決多数意見（および門田判決・再上告審判決多数意見）には容れられなかった（後に、東京高裁判事、上智大学・慶應大学各教授の）青柳文雄氏で（斎藤 211, 239 参照）、新証拠と称する伝聞証拠を補助証拠さらには実質証拠として使ったのはまさに証拠法違反だ、判示のような表現さえ用いれば伝聞証拠の排斥の原則を免れ得るといえるのであれば、この原則は全く無意味だ、などと主張している（青柳①38。なお、横井 312）。伊達秋雄氏は、最終的には「裁判所の真実発見に対する熱情に敬意を表さなければならない」とするが、上記門田判決の「趣旨は、甚だ理解し難い」、その『供述の合致』そのものは証拠とはいえず、これを物的証拠というには、物的証拠の語義が許さないであろう。また、『供述の合致』が証拠となり、アリバイ認定の資料となるということは、決して『供述の合致』ということ自体ではなく、・・・かくも合致する供述調書中の本田と木村の『供述』そのものであるとみるのが、もっとも素直な見方であろう」等と述べる（伊達 13。なお、佐々木 81, 田宮 291 [なお、伝聞性と方向の点では疑問ながら、田宮①346], 光藤①126)。

しかし、門田判決の言わんとしていることは明らかであるから、それが実質的に成り立つ考え方であるか否か、それをこそ問題とすべきである（従来の「伝聞証拠」の概念に含まれるか、「物的証拠」と言えるか、などは、従的な表現の問題に過ぎない）。青柳氏は、それを正面からは問題とせず、門田判決で「決定的な決め手となったような証拠は、現在の刑事訴訟法では証拠能力がない」とか、「そのような証拠能力のないような証拠が出てこなければ、無罪という判断には到達できないとするならば、この刑事訴訟法は大きな欠点があるといわなければならない。洗いざらい証拠を提出してしまうという旧刑訴法の行き方、その方がまだ1つの合理性を持っているのかも知れない」とか述べる（青柳②9）。これは、自己の立場を正当化し、門田判決を否定するか、伝聞法則を丸ごと廃棄するか二者択一しかないと言い張っているようでもある（伊達秋雄氏とは異なり、証拠開示進展の途などは余り考えていないようである）。いずれにしても、青柳氏は、恐るべき能力の持ち主であり、個人的には小生（昔、助手論文に好意的反応を示してもらったので）良い感情も抱いているが、実質的論争は回避したかたちなので、実質的妥当性は争えないと半ば自認したようなものであろう。実際、門田判決のいわゆる物的証拠の性格という上記考え方を否定することは困難である。実は、青柳氏は、座談会の中で、広津和郎氏に、「大塚弁護人作成の木村供述録取書・・・と、逮捕されて外界から遮断された取調室で山本検事に述べた本田被告の検事調書とはその内容がほとんど一致しています。これを関連させて考えても好いのではないのでしょうか。村瀬、松崎、小尾等の公判期日以前の捜査段階における供述調書とも、いろいろの点で符合しています。とすると、これ自身に証拠能力はないといっても、こういうものと比較考慮しても好いのではないのでしょうか」と問い質されて、「それはいいでしょう」と認めている（法時 1959 年 11 月号 62 頁）。さらに、一層重要なことは、青柳氏が、「問題は事前の打合せなり工作なりが本件でなかったかということである」とか、「しかし、・・・あらかじめの打合せがなかったかどうかは疑問であって・・・」とか述べ、疑えないことはない旨長々と説明していることである（青柳①39, 40）。これは、事前の打合せがなかったとすれば門田判決の考えを否定できないことを暗に前提としていよう。つまり、門田判決の考え自体は実質否定できないが、具体的適用に疑問が残るといって過ぎないのである【9】。

最高裁も、再上告審判決（昭 38・9・12）で、門田判決を維持している。ただ、それは、「信憑力を争うため刑訴法 328 条に基づいて提出された証拠を有罪判決の直接の証拠とすることは違法である」旨の先例（最決昭 28・2・17）等に違反するとの検察側主張を斥けたものであり、しかも、その主たる理由は、検察側上告趣意の挙げる判例はいずれも有罪判決に関するものばかりであるところ、原判決は本件公訴事実の存在を認めるに足る証拠は遂に得られなかったとした無罪判決であって、なんら犯罪事実または有罪に関する事実を積極的に認定したものではないから、挙示の判例はすべて本件に適切でなく、判例違反の主張はその前提を欠く、というものだったので、有罪方向か無罪方向かで違うのかを焦点に、その当否が論じられることになった。平野龍一先生は、再上告審判決に批判的で、「いささか理解に苦しむ。・・・無罪と認める証拠としては証拠能力は必要でないというのであれば、重大な判決であり、内容にも賛成できない」とされる（判時 346 号 4 頁）。ただ、最高裁はやや説明不足だった感もあるし、無罪方向では証拠能力は全く不問とするのには確かにやや疑問があるとは

思われる（なお、三井明・判時 346 号 6 頁）。実際、後記最判平 18・11・7 は、不問説とは方向を異にしていると思われる。

他方、再上告審判決を契機として、田宮先生を先頭に、後記Ⅳのように無罪方向の証拠には証拠能力は不要であるとする説がかなり有力化したほか、後記Ⅴのように、光藤説を初めとして片面的（微）調整説も目立つようになっている。

思うに、検察側の新証拠の提出が「証明力を争うため」328 条に基づいて提出されたものなのか、やや疑わしい。むしろ、判例違反を主張する検察の上告趣意の文言（伊藤 55 参照）からいっても、新証拠の提出は「裁判所の真実発見に協力するため」であり、提出の「主眼」は「本件捜査の経過及び被告人、参考人の捜査段階における供述経過を明らかにすることにあつた」というのであり、有罪証拠の証明力の有無・程度を公正に確認してもらい、場合によっては無罪という結論になっても止むを得ないが、できれば、その全体的・総合的にみたときの十分な証明力を再認証してもらおうのが主眼だったように思われる。少なくとも、どちらかといえば、328 条に基づく証拠というより（なお、伊達 14）、（犯罪事実の存否の証明に向けられた）実質証拠の証明力の有無・程度を計るための補助証拠として、提出され採用されたとみた方が良さそうである。だとすると、門田判決は新証拠を補助証拠として活用することにより、被告人に不利な諸証拠の証明力を否定・疑問視し、有利な諸証拠の証明力を肯定した結果、「結局」無罪の心証が形成されて行ったことから、犯罪事実の認定に至らなかっただけであり、別段、補助証拠を実質証拠として使用した（直接・積極的に犯罪事実の存否の認定に用いた）ことにはならないようにも思われ、また、再上告審判決もその趣旨において判例違反はないとしたものと理解する余地もあるようにも思われる（斎藤秀夫 221 参照。なお、伊達 13〔検察官も弁護人も、補助証拠としてであれ、伝聞証拠の証拠調べには反対〕）。ちなみに、実は弁護人側からも、新証拠につき、「無実の被告等を起訴した権力犯罪の証拠物」とする趣旨でも証拠調べ請求がなされ、採用されているとのことであり（大塚 24。なお、大塚②248）、だとすれば、なおのこと判例違反とは考え難くなる。

別に、門田判決の物的証拠の性格という上記考え方につき、表現ないし正当化の問題として、供述調書の「非供述的用法」であるとの理解も示されており（平木 314）、非常に注目される。これによれば、いわゆる新証拠は伝聞証拠ではないことになる。もっとも、示し合わせがない（と推認される）別人の供述調書同士の供述の一致からその供述内容の体験合致性・真実（体験）性を導き、さらには、それと同内容の公判廷供述の真実性を証明する場合には、調書の供述内容の真実性を主張するものである点で伝聞証拠であり伝聞法則にふれる、と考えられそうであるし、現にそのような主張が強い訳である。たしかに、形式的に見れば、それは「公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真実性を立証するためのもの」には当たろう。しかし、伝聞証拠が問題とされる理由は知覚と記憶（および表現）の正確性を公判廷で直接本人に当たって反対尋問（等）により吟味・確認することができない点にあるところ、示し合わせがない別人の供述調書同士の供述の一致から供述内容の体験合致性・真実性を確認できる場合には、反対尋問による場合以上に知覚・記憶・表現の正確性が担保されるのであるから（なお、安村・杉山 14）、実質的に見れば、伝聞証拠として排斥されるにふさわしくないことは明らかである（田宮①346 参照。伝聞法則も真実発見のための一手段に過ぎない。ちなみに、平野②205）。

なお、「非供述的用法」であるとの理解によれば、有罪方向であろうと、基本的な考え方は同じということになる。もっとも、無罪方向では、合理的疑いを生じさせる（1つの要素となる）ことは考えられやすいが、有罪方向では、公然性のない事実についての「示し合わせられたとは考えられない複数人の供述の一致」は、犯罪事実ありと断定するのに、1要素としてであれ役立つことは間々あり得るとしても、偶然供述が一致する可能性が相対的に一層乏しい場合に限定されよう。また、有罪方向の場合には、捜査機関の見込み等を介して各供述が一致・近似する可能性が強くなりがちなことにも、十分留意する必要がある。このように、方向による差違はあるにしても、一致供述の「非供述的用法」という理解自体は成り立とう。そして、門田判決自体の考え方には、この理解がもっとも親近的かと思われる。ただ、再上告審判決の文言からすると、最高裁自身は判例違反の主張を上のような理解に基づいて排斥したとは必ずしも窺えない。

あるいは、最高裁は、やはり、先例では、被告人の窃盗（関与）を認めない証言の信憑力を争うため 328 条に基づいて提出された員面調書を、被告人の犯行の直接の証拠としたのは違法である（ただ、それなしでも優に犯罪事実を認定できるの

で、411条に該当しない)、としたものであるのに対して、門田判決は、「信憑性を判断する1資料とする趣旨」で提出された新証拠にせよ、(死刑事件たる)自動車転覆致死被告事件の犯罪事実の存在を(強く)疑わせるに足る証拠としているのであり、後者は、前者とは異なり、無罪方向であり、断然「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に従って処理されるべき案件で、少なくとも、証拠能力に関し当然全く同列に論じられるべきものだとははいえない、と考え、あるいは、その他、有罪判決と無罪判決との違い(後にVの後半で引用の安廣教授の見解末尾参照)を重視したのかも知れない。

2 最判平18・11・7集60・9・561(判時1957号167頁,平19年度重判解216頁)

本判例は、弁護人の証拠申請にかかる、「厳格な証明による自己矛盾供述」ではない書面を、328条が許容する証拠に当たらないとして排斥しているのが、被告人側提出証拠については証拠能力は不要だとする見解(次に取り上げる「片面的大修正説」)は採らない趣旨と解される(芦澤124,福井370,徳永122,成瀬137,津村100。なお,小川42,44)。

しかし、証拠能力の要件を部分的に緩和しようという立場とは、必ずしも相容れないものではない。とりわけ、328条ではなく、321条1項3号等の方で要件を一部緩和しようという後述の私見等とは矛盾しないのである。

なお、「証人審問権の保障という観点から、被告人側請求証拠に厳格に伝聞法則を適用すべきか」については疑問が残る。消防吏員による書面が、一応中立的な立場から、その職務行為の一環として作成されたものであるときは、署名押印が欠けても例外的に弾劾証拠として利用を認める余地はないだろうか」との問題提起があり(徳永122)、支持を集めている(福島108,関口368,辻本224。なお,公文孝佳『速報判例解説』2巻[2008]231頁)。本判例も、署名押印を絶対不可欠としている訳ではなく、それと「同視し得る事情」があれば足るとはしている(小川47等参照)。

IV 片面的大修正説

無罪方向の立証にも、厳格な証明が必要か、とくに伝聞法則の適用があるか、については、これを(322条1項本文中の特信状況要件などは別論として)否定する田宮説が広く世に知られており(簡潔ながら先に、井上128)、その教科書にも控えめながら簡潔に記されているが(田宮290。なお,田宮④184[証拠能力の片面性])、関連のより詳しい論文もあり(田宮①337,342。肯定的,寺島24)、明快かつ説得的である。これとほぼ同旨の諸学説(浦辺68,熊本150,法曹会140,能勢134,庭山・岡部183,平田208,白取306,新屋493。なお,田口329,大出ほか135,松岡168,村井3・①98,川崎305,311)も、少数説とはいえ、検察側の証拠収集能力に対する被告人・弁護側の劣勢、また冤罪とその危険の各重大性を思えば、重みがあり、共感できるところも多い。民事では主張の裏付けに伝聞証拠も利用できるのが、より切実な無罪の主張には尚更のように感じられないでもない。

V 片面的調整説

田宮先生は、先の「片面的大修正説」とは一応別に、328条・弾劾証拠の場面に一応限定して被告人側のためには伝聞証拠の使用を認める説も用意されていた(田宮395,田宮②236,247。支持,川崎318。なお,坂口354,斉藤誠二228,光藤246の批判も紹介しつつ、基本的には評価,伊藤65)。しかし、ほかにも、憲法37条2項の前段を根拠に「328条を、被告人側のためには弾劾目的での伝聞証拠(少なくとも信用性の情況的保障を有する伝聞証拠)の使用を許すものと解する」有力説(堀江1,19)、デュー・プロセスに基づき「伝聞例外の要件を充足しない証拠であっても、無罪の証拠として用いる場合には、伝聞法則の根拠と重なる一定の信用性(情況的保障)が担保されれば実質証拠にもなりうる」と解する説(伊

藤 56, 77) など、片面的な調整ないし微調整の有力な提唱が見られ (ほかに、次にふれる光藤①154, 187 [憲法 37 条 2 項の後段を援用] のほか、渡辺①45 [堀江説支持], 小山 822 [伊藤, 光藤, 特に堀江を支持], 辻本 209 [光藤・堀江に同調]), それぞれ注目に値する (ただし、たとえば、長井 253 [「犯罪事実の存否の証明」の文言と調和せず立法論に過ぎない、と田宮説を批判])。

光藤説については小生の試論との関係で後述するが (VI 1 (3)), 田宮説と同様、重厚な先駆的学説で (川崎 305, 伊藤 68 も参照), どちらかといえばストレートな田宮説に対し、繊細で慎重な提言となっている (両説への批判としては、堀江 7, 12, 14)。

また、長年にわたり東京高裁部総括判事等として極めて重要な働きをされ、2009 年度後期より本法科大学院の非常勤講師から専任教授に変わられた安廣氏は、基本的には通説を支持して、「被告人側の立証にも原則として伝聞法則等の証拠能力の制限が及ぶ」ものとされるが、注目すべきことに、「例外として、片面的な解釈を相当とする場合も残る」とされる (安廣 51)。すなわち、「第 1 に、任意性を欠く自白や違法収集証拠は・・・被告人側が自己に有利な事実を証明するため・・・提出することは当然に許容されてよい」。「第 2 に、犯罪事実の存在を認定するには合理的な疑いを容れる余地のない確信を生じさせる必要があるところ、正面から伝聞法則をクリアさせ、証拠能力を肯定することは困難であるが、そのような証拠の存在が明らかになっただけで、そのままでは合理的な疑いが残ってしまうといわざるをえないような証拠があることも否定できないように思われる。例えば、被告人が殺人の犯行を捜査段階では自白したものの、その自白は『秘密の暴露』を欠く概括的なものであり、公判廷では否認していたところ、真犯人と称する氏名不詳者 (仮名) からの犯行状況を相当具体的に記載した書簡が弁護人宛てに郵送されてきた場合、このような書簡を被告人以外に真犯人が存在する事実を立証するための証拠として、正面から証拠能力を認めることは困難であろう (匿名の密告投書【10】を有罪立証に用いる場合と対比して検討すべきであろう)。しかし、弁護人としては、その存在と内容を明らかにすべきは当然であって、その内容が現場や死体の状況ともよく符合するものであるときには、検察官としては単に不同意として放置するだけでは足りず、これが被告人側の工作であるなどの事実を明らかにしない限り (書簡からの指紋検出等も試みるべきであろう), このような書簡の存在自体から、被告人を真犯人と断定するには合理的な疑いが残ってしまうように思われる。」「第 3 に、・・・最判昭 38・9・12 集 17 卷 7 号 661 頁 (松川事件第二次上告審判決) から何を読み取るべきかという問題がある。・・・無罪判決は、・・・いわゆる白色判決も灰色判決も、無罪の事実を積極的に認定するものではないという本質に変わりはないはずである。・・・本判決は無罪判決のこのような性質を重視しているように思われる・・・。起訴後長年月を経て提出された松川事件の捜査段階に作成された供述調書等の新証拠に代えて、その供述者を改めて証人尋問してもさしたる成果が得られないことは明らかであり、このような供述調書等を何らかの形で証拠化する必要性は大きいと思われる。たとえ片面的にせよ 328 条を非限定説によりルーズに運用することには賛成できないが、このような証拠の取扱いにつき、他に適切な方策が見当たらないときは、証言等の実質証拠の証明力判断の資料として証拠化する余地を認めるような 328 条や補助証拠に関する解釈が工夫されるべきであろう。・・・補助事実については自由な証明で足りるとする有力説を支持すべきものと考え。」というのである (安廣 53)。

上記例外の第 1 については異論は少ないものと思われる。第 3 に関連する私見は既に一部述べ (III 1), また後に簡単にふれる (VI 2)。最も注目されるのは、第 2 の点であるが、結論的には賛成できる。小生としては、非供述証拠というより、321 条 1 項 3 号の解釈適用として、設例の場合、供述不能・不可欠性の要件は充たし、特信状況に関しては、被告人側のための証拠については、後述のような「信用しても良いのかも知れない」という客観性で足りるものと考えたい。

VI 試論 (非供述証拠も含めた一種の片面的微調整説)

1. 刑訴法 321 条 1 項 3 号, 322 条 1 項, 314 条 3 項

結論からいえば、若干の点につき、とりわけ特信情報の要件について、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に沿った解釈的微調整が必要である。

(1) 314条3項

この規定は、「公判手続の停止」に関するものであって、何ら、伝聞証拠その他、証拠能力に関わるものではない。ただ、「犯罪事実の存否の証明に欠くことのできない」証人に関する点で、321条1項3号と一応共通するところはある、有罪方向と無罪方向とで区別しない立法者の態度を窺わせる、というのかも知れないが、ややアバウトな感もなくはない。事は、それぞれ、より具体的・実体的に検討されるべきであろう。

314条3項についていえば、犯罪事実の存在あるいは不存在（ないしその可能性）の証明に欠くことのできない証人を（病気で出頭できないからと）尋問せずに手続を進めれば、直ちに誤判に至るものでないとしても、審理が無駄になったり混乱したりする等の不都合が予想されるから（なお、池田・前田301〔審理を進める上での妨げ〕。ただし、平場457〔公判中心主義の現われ〕）、原則として（公判期日外の取調べが適当な場合を除き）公判手続を停止するのは当然合理的といえる（余りに長期に及ぶ場合には、「迅速な裁判」の要求との関係で善処が求められることもあり得るのは、別論である〔田宮③353〕）。

したがって、この規定は、「合理的疑いがあっても有罪とすることは、時として（証拠能力との関係上）止むを得ない」か、といった問題には、格別関連するものではないと考えられる（斉藤誠二228参照）。

(2) 322条1項

被告人が処罰を免れたくて、[a] 真偽にかかわらず自己に利益な（あるいは、その可能性があるような）事実をあれこれ供述しようとするのは当然に予期されることであるし（一方的に自由に記せる供述書や懐疑的・追及的でない録取者による供述録取書の場合には尚更）、[b] 被告人には黙秘権があるため有効な反対尋問は期待し難いので、安易な採用は戒め、「特に信用すべき状況」を要件としたことには、一応、合理性が認められる。のみならず、[c] 一般に、被告人に直接法廷で説明・供述してもらえば、それは有利な証拠ともなるから、それで足り（なお、平野184、浦辺70、池田・前田365）、むしろ、その方が、態度観察・検察官質問等により良く確かめられ、消極・積極のいずれの方向においても有益と考えられる。

したがって、この規定も、十分に理解できる合理的な事情に基づくものである。「合理的疑いがあっても有罪とすることは時として（証拠能力の関係上）止むを得ない」といった、問題のある言明を含むものではない。

もっとも、法廷での供述によっては代替しえない特別の意味が被告人の供述録取書等に認められる例外的な場合もあり、その顕著な例は、松川事件で門田判決が「新証拠」としたものに含まれている（前述Ⅲ1参照）。こうしたものは、その供述が「特に信用すべき状況の下に」されたか否かを問うまでもなく、証拠として許容されなければならない（前述のように、それはそもそも「伝聞証拠」というにふさわしくもない）。

ただ、「特に信用すべき状況の下に」されたの意義については、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則を無視することは許されないから、次に検討する321条1項3号のそれと根本的には同様に、総合的考慮により、「信用しても良いのかも知れない」という客観性が認められれば足る、と解する必要があるだろう。

(3) 321条1項3号

最も問題の本号は、伝聞証拠を例外的にのみ許容するとし、その条件として、3つのものを挙げているので、順次検討す

る。

第1は、供述不能の要件である。一般に、供述可能ならば、直接、法廷で証言してもらうことにより、実は説得力がないと判明することもあるし、やはり説得力あり、あるいは、説得力は意外に大、と認められることも考えられ、いずれにしても、概してプラスであろう。この要件には基本的に合理性がある。

もっとも、これにも例外は考えられる。まず、弁護人による供述録取書につき相反供述の場合が問題となる。検面調書で伝聞例外が2号により認められる以上、弁護人についても、供述不能の場合を含め、同様とし（本3号の適用ではなく、むしろ）2号の準用を認めるべきではなかろうか（大出ほか136参照）。員面調書などは確かに3号で良いとしても、弁護人の調書をそれと同格とするのは明らかに当事者対等主義と矛盾しよう（江家1154）。実際上も、たとえば、当初弁護人に対して被告人に有利なことを述べ録取されていた者が、その後、警察等に参考人として調べられた後、異なることを証言した場合など、対比・検討されて然るべきであろう【11】。もっとも、弁護人は純粋な一方当事者であるが検察官は裁判官に近似する公正な活動が期待されているから別だとも思われ、その規範的な検察官像には強く共鳴するが、十分な実績が先行しないと説得力を欠こう。

次に、松川事件の関係である。まず、①門田判決が「新証拠」と呼んだものの中に含まれる参考人・第三者の供述調書のようなものは、示し合わせることができない段階での供述の一致が重要なのであるから、たとえ、その参考人がなお供述可能であったとしても、当該調書は証拠として当然許容されなければならない訳である。もっとも、これまた、前述のように、そもそも実質的にみて、伝聞証拠とみるべきではないとも考えられよう。

②「諏訪メモ」（注4参照）については、どうか。これについては、証拠能力が（太田白を弾劾するものとして）328条で取得されているかも問題とされ（井上①25、船田274、280。自己矛盾供述ではなさそう）、あるいは、上告審が未だ証拠能力を取得していない証拠を取り調べ、これに基づいて事実誤認の疑いで破棄差戻することも、差戻審において証拠能力を取得する可能性のある証拠であれば差し支えない旨の理解が示され（船田280）、あるいは又、伝聞例外要件を充たさないとされている（熊本147。また、平場①206）。しかし、既に重要・重大な証拠とほぼ衆目一致の（そして、現に最高裁大法廷〔昭34・8・10判決〕が「原判決の事実認定の当否を判断する資料に供」し、破棄差戻の理由の1つとした）このような書面に証拠能力が認められず、裁判で原則的には使えない（あるいは、証拠能力のない証拠に基づいて破棄差戻できる）というのは、余り説得的でない。後に問題とする不可欠性や特信情況（少なくとも、その後述のように緩和されたもの）は認められよう。ただ、メモを取った諏訪氏が健在で供述可能であった段階では、ここで問題の「供述不能」の要件を欠くかのようでもある（なお、門田128、404〔現に証言〕）。しかし、素直に考えれば、10年近く経ち記憶が薄れた頃うろ覚えで（あるいは、良く覚えていると称して）どのように供述するかより、当時どのような団交議事録的のメモを残しているかの方が、むしろ認定に役立ち得ることは明白であろう（「自分が取ったメモだ」等の証言は有益たり得るが、不可欠とまでは言い難い。ただ、平場①206は反対か）。少なくとも、当時のメモを全く度外視することには何ら合理性がない。解釈次第で微妙ながら323条3号の書面には当たらないとすれば（井上①24。なお、松尾65、渥美434、安富482、松本271、小川①187、香城①338、339、344、船田①298参照）、321条1項3号で処理するほかなく（326条の同意を得なければ使えないというのは勿論不都合であるし、この種のメモは単なる補助証拠〔証拠能力の要否は争われる。〕としてしか使えないとするのも不当であろう）、「供述不能」は、原則的な要件としては合理的で、記憶「喪失」の場合も含められるにしても（最決昭29・7・29）、少なくとも無罪方向では、絶対的な不可欠の要件ではないと解すべきである。

松川事件の「新証拠」ないし「諏訪メモ」には証拠能力がないとか、あるいは、まして、どちらにも証拠能力がないとかいった理解は、どこかおかしいと考えるべきで、無罪方向だけに、「規定上そうなる」などといったお役所仕事みたいなことで済まされて良い筈はない。

なお、先に（Ⅲ2で）ふれた最判平18・11・7の事案における消防指令補K作成にかかるその供述書たる「聞込み状況書」については、指摘されたように、その供述を録取された隣人Aの署名押印がないし、また、Kの供述は不能ではなく、かつ、むしろ2号の準用されるべき弁護人による（供述者の署名押印のある）供述録取書でもない（また、上記「新証拠」

「諏訪メモ」の類でもない)から、上記私見によっても、当然(他の要件について検討するまでもなく)、321条1項3号等の伝聞例外の対象外である。なお、被告人側のための伝聞例外の緩和は本丸とも言うべき321条1項等で実現されるべきだという立場からは、328条により許容される証拠(「厳格な証明による自己矛盾供述」)でないという判示には、格別異存はない。

ただ、一番はKの証人尋問は必要なしとの意向を示したようだといひ(福島108)、能率的な裁判も必要とはいえ、「合理的疑いの可能性に丁寧に対応しない審理」や「納得されない裁判」では困る面もあり、どういう事情だったのか、やや問題となり得るが、被告人からの消火器貸与依頼自体は認定されているようであり、「聞込み状況書」に従って、実際に待っていて貸与を受け使用し消火に協力したと認定することは、Aの証言や多数の近所住民の供述と矛盾するようであるし、それらに対し、Aの確認的な署名押印のない「聞込み状況書」の方が正確で信用できると解すべき理由も到底認めがたい(「貸してくれるよう頼まれた」と聞けば、「借りて使った」と速断し易いようでもある)。そうすると、「聞込み状況書」については、事実上、次の不可欠性の要件も充たさないものと思われる。だとすれば、なおさら、この事件の処理には、私見と矛盾するところはない。

第2の要件は、不可欠性である。犯罪事実の存否の証明に「欠くことができない」ということを強調すれば、範囲が狭まり過ぎる危険も出てこよう。また、形式的に文字通りに読めば、犯罪の「存否」に関わらない事実については、刑に少なからず影響する事実(例、共同正犯か従犯かに関わる事実、過剰防衛で刑の減免が適当視されるような事実)であっても、対象外になりそうでもある。しかし、実際的必要性に即して判断する限り、基本的には不都合はない筈であり、解釈・運用を誤らなければ済むことである。実務上も、この要件は緩やかに解釈・運用されているようであり、それによって有罪か無罪かが決まる場合のみというほど狭く解されている訳でもない【12】。そうであるとすれば、結局のところ、この要件にそれほど問題はない。

次に、無罪方向については、「犯罪事実の不存在(つまり無実)の証明」に不可欠の場合に限り、「犯罪事実の存在を疑わせる」のに不可欠というだけでは足りない、というのであれば、まさに不都合である。しかし、そのように限定的に解することは、いかに形式的には文理に適合するといっても、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則を正面から否定するに等しく、ほとんど誰も考えないようなことというべきであり、実際、そのような解釈はもとより、そのような解釈の可能性や当否にふれた文献も、小生の調べてみた限りでは全然見当たらない。考えようによれば、少なくともその限り、本号の解釈は、無罪方向においては、既に事実上修正されているともいえるのであろう。

なお、光藤教授は、アメリカの注目される判例も踏まえて、「無罪を示唆する証人が利用不能である場合は当然、又被告側が出頭させるため善意の努力をしたと認められる場合には」、「それ自身として信用できるものであり、関連性があり、判決の結果に影響を及ぼすであろう合理的可能性(重要性)を備えている、被告人に有利な証拠」である限り、「伝聞規定に抵触し、伝聞例外にも当たらないときでも、憲法37条2項後段を根拠に、許容されてよい」と、控えめで大変重みのある提言をしておられる(光藤①187。序でながら、イギリスの判例に関し、松岡①646)。ただ、「実際には、刑訴321条1項3号の『必要性』【13】の要件の緩和を求めることになる場合が多いだろう」ともされているが、「判決の結果に影響を及ぼすであろう合理的可能性(重要性)を備えている」場合には、先ず、(利用可能な他の証拠で十分間に合うといった事情でもない限り)不可欠性の要件は本来当然に充たされていると解すべきではなかろうか。次に、「無罪を示唆する証人が利用不能である場合」や「被告側が出頭させるため善意の努力をしたと認められる場合」というのは、供述不能の要件に関わろうが、善意の努力を疑うのであれば、原則的に裁判所が召喚・勾引すべきであろう。

最後の3番目の要件は但書による特信状況であり、より具体的には、当の伝聞供述が「特に信用すべき状況の下に」されたことである。ここでは、アリバイ供述その他が、「特に信用すべき」状況とまではいえないが、「一概に信用すべきでないとは断じ得ない」状況の下にされた場合を含め得るかが大きな問題となる。これには、文理上やや困難があろう。しかし、上に見たように、「犯罪事実の不存在の証明に不可欠」の解釈が、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則に沿って当然緩められるべきである以上、ここでも修正を拒むべき理由はない筈である。また、学説は、不確かな又は「合理的疑い」を残す有

罪認定を避けるため、有罪方向においては、かなり限定的に解釈する傾向にあるが、そのように解するのであれば、無罪方向においても、同様の考慮の下に、ただしここでは逆に拡張的に解釈してこそ、実体上整合的であり、このような修正は、真面目に冤罪回避を意図し、適正手続の要求（憲法31条）を顧慮する限り、どうしても不可欠であろう。

だとすると、被告人側に有利な証拠である供述にかかる場合の特信状況に関しては、結論的には、おおむね、①供述内容に具体性と修正不存在・修正合理性があり、②明らかとなっており又は確認できる限りの客観的事実との矛盾がなく、あるいはむしろ、それと相当合致的でさえあり、③主張事実（各個別事実、その間のつながり）存在の可能性・蓋然性も（一般的知見・経験則、特徴的個別関連事情、認識の状況・能力・根拠、記憶の鮮明性・新鮮性、吟味受容性、慎重聴取性、自然供述性・自己不利益供述性、鑑定結果などに照らし）否定し難く、④供述時期・供述動機等にも特段の問題・不審はない、などの事情を総合して（「家族等による有利な供述」も、一概に排斥されるべきではなく、おのずからなる用心を加えつつ、以上のような総合考慮による）、「信用しても良いのかも知れない」という客観性で足りると解すべきではなかろうか。

先にふれた「真犯人と称する者からの書簡」の設例（安廣53）なども、このような枠組みの中で検討されて良いかと思われる（中山268掲記の諸判例も、少なくとも無罪方向では参考になろう）。

被告人に不利な方向での適用が多い2号において、証拠能力の制限はかなり緩やかに法定・公権解釈されているのであり（東京高判昭63・11・10百選88事件、上口②221など参照）、再伝聞証拠の証拠能力も比較的緩やかに認められており（学説上は鈴木213、光藤250、福井363、寺崎366など限定論も少なくないが、最判昭32・1・22百選93事件参照）、それも、多くの証拠に目を通すことが真相の把握や真犯人の可及的処罰に役立ち得るし、証拠能力はある程度は広く認めても、反対尋問欠如等の事情に応じ、信用性を過大評価しないよう警戒すれば、冤罪等の不都合は避け得ると考えられるので（長井256参照。なお、同265）、それなりの立場と理解しうるのであり（なお、平野②227）、そうだとすれば、なおのこと、被告人に有利な方向も考えられる3号において、証拠能力の制限を一律に厳しくするのは不釣合いなこととなろう。むしろ、被告人に有利な方向においては、かなり厳格な「特信状況」にまでこだわるべきではないと思われるのである。

上述の私見は、片面的（微）調整説中に位置づけられ、光藤説に近いことになろう。同説には最も重みを感じられる。ただ、基本に関わるほどのことではないが、どちらかといえば、主としては、特信状況要件の緩和が求められるのではないかと思われ、また、考えようながら、憲法37条2項（後段）よりも、むしろ、憲法31条を根拠とすべく（なお、伊藤77とこれに対する堀江13）、非供述証拠の証拠能力（とくに、関連性）の無罪方向での緩和をも志向すべきだと考える。

2. 弾劾証拠・補助証拠

「証明力を争うための証拠」（328条）の意義に関しては、判例（上掲最判平18・11・7）・通説の自己矛盾供述に限定する（なお、増強証拠としての使用は認めない）立場が、伝聞法則の骨抜きを避ける意味で、やはり妥当と考えられる（裁判員裁判も視野に入れ周到な、小川36。加えて、坂口355、飯田223、芦澤123、長井252、成瀬137、宇藤192、寺崎361、福井365、田口405など参照）。

ただ、「中間説」（松尾75、長沼296、西原407、香城①371、374。なお、寺崎363、青柳245、411。限定説寄り、飯田228）に対しては、同一の規定が2つの趣旨を規定しているとみるのは不自然だといった批判もあるが（平野253）、自己矛盾供述が証人・証言の信用性に疑問を投げかけることから許容されるとすれば、同じく証人・証言の信用性に疑問を投げかける補助証拠も（後にふれる理由もあって）許容されて良い筈だというのも、類推解釈が必ずしも否定されない刑事法の解釈として、成り立ち得ない解釈とは思われないし、当然・無用の規定ではないという説明も（より良く）つく。なお、328条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるが、同条とは別に、（純粹）補助事実については自由な証明が許されるとする「自由な証明説」（大野①279、296、安廣55。これにつき、小川42）と共に、中間説は（証拠裁判主義と並立する）自由心証主義を援用し得るかとも思われる（ちなみに、渡辺190）。

最判平 18・11・7 との関係では、これにより中間説は否定された形であるが、自由な証明説は採否保留となっている（芦澤 124）。

補助証拠、中でも有罪証拠の証明力を疑わせるものについては、証拠能力規制が解除・緩和されているとみることは、憲法 31 条によって許されるだけでなく、むしろ要請されているところとも解されよう。

ただ、補助証拠どころか、実質証拠、たとえば、アリバイを示す供述証拠が、証拠能力は規定上幾分問題であるものの、有罪認定に合理的疑いをもたらす場合、これを無視して良い理由はないのではなかろうか。また、実質証拠とくに（下位）間接証拠と補助証拠とは、常に実質的に別物としてスッキリ区別できるのか、の疑問も（とくに、補助証拠を狭く捉えない場合には）なくはない（なお、成瀬 140、光藤④374 参照）。

しかし又、補助事実については、犯罪事実の有無の認定との関係はいずれにせよ多少間接的である一方、判断資料が限定されたり、その取得が厄介だったりするのは、余り実際の・実務的でないのかも知れない（安廣 24, 56, 平木 317, 318, 大野①295, 大野 400, 香城①374, 飯田 227 [裁判官の研究会での有力説] も参照。なお、渥美 434。ちなみに、量刑資料に関し、渥美 458, 松尾 13, 川端 221, 池田・前田 354, 長井 227, 白取 307 など参照）。

なお、訴訟法上の事実の中でも、特信性や任意性に関しては、実務的には厳格な証明を必要とする傾向にあるとのことで（奥村 286 参照。なお、司法協会 258, 安廣 81, 中野目 209, 田口 329）、それは、おそらく特に有罪方向において慎重な態度をとっているものと推測され、結構なことと思われるが、仮にそれが無罪方向でもそのまま適用されれば、問題を含もう。

3. 非供述証拠

非供述証拠についても、証拠能力の基準・要件は、方向によって差違があるべきではないか。たとえば、「科学的証拠」の証拠能力については、学説中には、証拠能力を認めることに慎重な見方が目立ち、有力説は、「①基礎にある科学的原理が確かなものであること、②用いられた技術がこの原理にかなったその応用であること」の確かな証拠が得られていない段階では、ポリグラフ検査結果回答書や警察犬臭気選別結果報告書などにつき、証拠能力を認めるべきではないとしているが（光藤 143, 光藤①1。なお、福井 329, 庭山・岡部 191。また、浅田 i, 97, 120, 白取 345）、仮にそういう立場を採っても、被告人に有利な方向でまでそれらの証拠能力を否定することは必要でないと思われる。

注 1 被告人側からの、あるいは無罪方向の証拠は、相対的には少ない（検察側提出の有罪証拠の方が圧倒的に多い）ため、この問題の実際的重要性はさほど大ではないとの見方もあるかも知れないが、アリバイの主張・立証は以前から見られる典型的かつ重要な活動であり（三井 98, 大塚②113, 小西 153, 法曹会 140）、不利な公判供述の信用性を争うため供述調書の証拠調請求をするようなこともあり得るし（平木 304）、近年、証拠開示は公判前（・期日間）整理手続関連法改正や実務により進展し、その影響で被告人側から証拠を出す場面も増えよう。また、弁護人等による被告人質問を受けての否認供述（山崎 221）やこれを裏付ける立証活動（香城 59。なお、小川 42）のほか、捜査・証拠収集の重大な違法性を主張し（木谷②50, 水野 293）、あるいは自白の任意性・信用性を争う証拠（大澤 173, 川上 199, 平木 305 など）、更に、証拠を提出しないことには動かない再審の関係も見逃せない。なお、再審の関係では、別に、伝聞法則等は無視したものに限らず、「別の」有罪事実認定による請求棄却は許されないのではないか、という問題がある（松宮 523。なお、光藤①234, 岡部保男・新Ⅲ526 頁）。

注 2 公判前整理手続が（裁判員法 49 条で）必要的な裁判員裁判は、驚くほど多数回入念に模擬裁判が繰り返された後（最高裁判事局から現場に戻った本学 O B 合田悦三判事も担当）、いよいよ社会注目の中、第 1 号事件（近隣女性刺殺事件）が 2009 年 8 月 3 日から 6 日にかけて、東京地裁で行われたが、弁護人として伊達俊二本法科大学院客員講師が脚光を浴び、

検察側では青沼隆之東京地検特別公判部長、森本和明同副部長の見解・関与が報道されるなど、本学関係者の活躍が目立った（なお、取調べ可視化問題での青沼氏の意見等につき、同年7月26日朝日朝刊。他方、米田23, 40）。本事件では、被告人が控訴し、「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」という重要問題も、早速現実のものになった（判例タイムズ1296号掲載の東京高裁裁判長らの見解・議論〔なお、被告人に有利な方向では1審認定に積極的に介入できるという見解が多かった由〕、同1288号の陪席裁判官らの討論結果、参照）。

注3 電車内痴漢事件につき、無罪判決を破棄した東京高判平16・2・19判時1872・137（笠井治・前田雅英編『ケースブック刑法〔第2版〕』277頁。上告棄却で確定。2009年秋から本法科大学院教授に着任の安廣文夫先生が、裁判長として関与）に対しては、批判もある（秋山賢三ほか編『痴漢冤罪の弁護』〔2004〕196頁〔弁護人評釈〕。なお、同294, 270頁〔一・二審判決〕。ちなみに、同先生関与の逆転無罪判決〔東京高判平12・7・4〕と無罪維持判決〔東京高判平12・8・29〕につき、同書598, 569頁。上記逆転無罪判決につき、『季刊 刑事弁護』36号〔2003〕114・115, 118頁〔秋山賢三〕のほか、鈴木健夫『ぼくは痴漢じゃない！』〔新潮文庫, 2004。1・2審判決文と升味佐江子弁護士の有益で詳しい解説付〕参照。別に、同先生関与の東京地判平6・12・16判時1562・141強姦致傷被告事件無罪判決につき、上掲36号106-109頁〔岩本朗弁護士。非常に参考になると指摘〕、他方、法政研究67巻3号〔2001〕247頁〔平井佐和子・森川恭剛。被害者を不必要に非難している嫌いがあり公平でないとし、なお、強姦罪では同意の有無こそが重要で、手段の要件は広く解釈し、処罰範囲拡大立法を検討することも必要と主張〕）。

確かに、一審の無罪判決も、冤罪を生む危険の多い電車内痴漢事件につき、「疑わしきは被告人の利益に」の鉄則を重視したものと見て、敬意に値する。ただ、二審判決文からすると、①なぜ、冤罪なら被害者に手をつかまれ駅務室に連れて行かれた当初段階から断固そう主張し続けなかったのか（もっとも、これは決め手にはならない）、②捜査段階では、パンティ内に入り込んだという外形的事実は認めつつ、電車が揺れて当たっただけで故意に触ったのではないとの弁解だったようであるが、説得的か、③電車の揺れのせいで被害女性の後ろに行く形になったとも述べているが、満員電車内では比較的起きにくいことではないか、④鞄が落ちそうになったので上げた時に被害者のスカートがまくり上がったために手がスカートの中に入ったと思うとの主張もしているが、やや珍しいことではないか、⑤なぜ、捜査段階では一応の外形的事実は特に争わず、その後になって、（犯行に気づかなかったとしつつ）他人（被告人と同様またはそれ以上に被害者に接する位置にいたが、下車駅に着いた時に横を見たなら居なくなっていたという。被害者には何ら認識されていない。）による犯行と（強く）示唆するようになったのか、⑥その他人がいつの間にか移動・下車していたとすれば、なおさら、満員電車であっても、被告人も、予定に従い下車できたのではないか、⑦なぜ、購入した切符の（乗車駅から僅か1つめの）下車駅（かつ目的地）に降りず、3駅も先まで（下車駅到着時に被害者に捕まえられるまで）乗って行ったのか、などの疑問が残る。捜査官側の言うことは鵜呑みにせず、「田舎者で超満員電車の経験がない」（弁護人）という被告人に有利に考えようとしても、全体としてみると、弁解を信用することは（被告人無実の可能性も皆無ではないにしても）不幸にして一般人にはなかなか難しいのではないかと、思われる。

ただ、一審判決は、上記②の点につき、「電車の揺れなどでパンティの中に鞄を持っていた手の一部が入るなどという供述は、あまりにも不自然・不合理に過ぎ到底信用されるわけがなく、現にこれらの調書の中でも、問答式の記載でおかしいと検察官から追及されている」としつつも、「このような説明が通るわけがないことは誰でも容易に分かることであるから、問題はなぜ被告人がそのような供述をしたかである」とし、1つの可能性としては、S（取調担当警察官）や留置担当者らから繰り返し「認めれば出られ、認めなければ実刑だ」と言われ、早期釈放あるいは実刑回避のため「捜査側に積極的に評価されるような事柄も述べておいた方がいいのではないかと」という迎合的な心理状態が働いた結果である可能性が否定できない、「被告人が犯人であると断じることができるわけでもない」と結論づけ、被告人の性格として「自分の言いたいことを強く相手に言うのが不得手で、迎合的な態度に陥りやすい傾向が看取できる」ことや、「弁護人と接見すると否認をして頑張る気にはなるが、反面むしろSの言うとおりに述べた方が早く出られるのではないかと」という気持ちもあり、必ずしも弁護人を信頼し、その言うとおりにしようという気持ちになり切れなかった旨の説明が、あながち不合理なものとも言

い切れないこと」等々も、理由としている。検察側の有罪仮説に対して、無罪仮説の成り立つ可能性がないか、十分吟味すべきことは、しばしば指摘される重要事であり（例、中里 249 参照）、上記判示はそれなりに傾聴に値する。ただ、こうなると、少なくとも極めて嫌疑濃厚な者が、弁護人が付きそのアドバイスを受けた後にも、そして、思うように弁解することを（当然ながら）許し録取している検察官に対して、なお自滅的な嘘っぽい供述を続ける場合でも、「常識的理解」に抗してなお救っていくべきなのか、それとも、被害者保護等も考え、冤罪の可能性を 100%までは否定し切れないとしても、「合理的疑い」は残らないとして有罪で止むを得ないのか、という一種根源的な問題に突き当たるように思われる（後者の関係で、有罪とされた人でも冤罪の可能性が絶無とはいえないとの見方での付き合いも時に必要となろう。更に、有罪も全人格否定ではない）。ちなみに、「合理的疑い」は必ずしも数値的に一律に定まることではなく、死刑適用の場合などは、当然、後者選択の余地は極限まで限られるべきで、無期刑にとどめるべき場合もあろう（なお、斎藤 224、斎藤③42。別に、椎橋 290 参照）。

序でながら、同じ電車内「痴漢」事件では、最近、3対2の多数意見で防衛医大教授（事件当時 60 歳）の被告人に一・二審判決を破棄して無罪を言い渡した最高裁平成 21 年 4 月 14 日判決（判タ 1303・95）が重要であるが、被告人の犯行の可能性も疑われる一方、犯人と間違われた可能性（午前 8 時前後という時間や特に年齢も要考慮の 1 要素か）、更には、被告人が荷物を網棚に上げた際のトラブル（無理な姿勢をさせたと被害者は供述。弁護人荒木伸怡教授の指摘。判決にも関連部分は表出）からの捏造の可能性までも疑わせるような難事件として印象的である（『季刊 刑事弁護』59 号〔2009〕、法セミ 2009 年 8 月号、荒木友雄・刑事法ジャーナル 19 号〔2009〕97 頁参照。なお、民事であるが、最判平 20・11・7 判タ 1288・53 も注目される）。

一層印象深いのは、「町田・JR横浜線事件」である（『週刊ポスト』2009 年 8 月 7 日号、判決を含め、<http://machida-enzai.net> 参照）。とくに、繊維鑑定が折角実施されながら、その結果が明らかにならないまま有罪が確定しているのは、最高裁を含め令名高い裁判官諸氏が関与しているとはいえ、気にかかる（なお、同じく被害者に密着していた「目撃者」等にも、念のため、なるべく同鑑定ないし DNA 鑑定を受けてもらうことが望ましかろう）。また、かなり長いメールを作成・送付している時間帯と近接・並行して痴漢をしたとされる点（普通は、痴漢前後、細心の注意を払い続けようし、関心も性的欲求の充足に集中しそう）、真犯人が被告人以外には存在し得えないかの吟味が十分かの点、ひどい混雑だったが「たまたま下を見たら被告人の左手が痴漢行為をしているのが見えた」という証言を、「被告人の手が見えやすいように、身体を多少ひねるなり傾けるなりして覗き込んでいたことも窺われる」と修正採用して差支えないかの点、思いがけず痴漢と間違われたら冷静で合理的な態度をとるのは困難なことへ配慮がやや薄い点など、（この事件に限らず）関係者らの善意は何ら疑わないものの、懸念も残るのである。

注 4 「諏訪メモ」に関しては、昭和 37 年 4 月 25 日の第 40 国会・衆議院法務委員会での猪俣浩三議員の質問、昭和 39 年 2 月 27 日の第 46 国会・参議院法務委員会での稲葉誠一議員の質問、および各答弁（インターネット検索可能）、大塚① 191、熊本 145、船田 269、280、井上①19、高田①52、ジュリ 1959 年 9 月臨増号（185 号の 2）30 頁（我妻栄・宮沢俊義・平野龍一ほか座談会）など参照。なお、町野朔（編）『刑法キーワード』（1992）83 頁。その証拠能力については、VI・1（3）で検討する。

注 5 証拠開示につき、歴史的・原理的に、米田・堀籠・河上 515。比較的新しく、寺島・池上・小坂 303 のほか、香城 55、小西 157 も参照。最近では、渥美 212、328、池田・前田 261、297、田口 251、259 など。

注 6 DNA 鑑定（文献一例、中野目①127、三井②483、佐藤 179、浅田①166）を重要な証拠として 1・2 審で有罪とされ上告も棄却されて無期懲役が確定していた足利幼女殺害事件（最決平 12・7・17 百選 73 事件。鯨越 152、三井③182、三井 244、251、270、村井 1、木谷③233、菅家利和・佐藤博史『訊問の罟』（2009）等参照）につき、東京高裁依頼の 2 つの DNA 再鑑定で共に何と不一致の結果が出て、無期受刑者菅家氏が検察判断による執行停止（刑訴法 442 条但書）で釈放され、最高検ナンバーズ（本学 OB の伊藤鉄男次長検事）・警察高官が遺憾・謝罪の意思を表明し、東京高裁が再審開始を決定しており（判タ 1303・90。これについては、札幌高裁長官に転出したが、前任裁判長の田中康郎〔本学 OB〕ら

がDNA再鑑定に踏み切ったことが大きい)、再審無罪の見通しとなっている(2009年5月9日, 6月4・5・10・23・24日, 9月5日, 10月7・9日, 各紙等。なお, 米国では, DNA鑑定等で死刑囚を含む多くの者が釈放されていると伝えられる。松尾②332, 中野目①135, 139, 川崎①132参照。なお, ワトソン『DNA』下〔2005〕116, 157頁, 2009年5月16日朝日夕刊「窓」)。当時は精度が相対的には低かっただけでなく, 「このままの運用を続ければ必ず冤罪が起きる」危うさ(石山昱夫教授)が感じられたという(6月24日朝日朝刊, 菅家・佐藤・上掲書207頁, 『刑事弁護』27号60, 72頁〔死刑執行済みの飯塚事件〕参照)。捜査官の期待が影響しなかったかも問題であろう。「鑑定人の予断を排除するためのルールが必要であり, 事件によっては複数鑑定あるいは対立鑑定人による共同鑑定といったあり方も考慮の余地がある」との指摘(浅田17。なお, 阿部371)は, 益々重みを増そう(渥美437も参照)。序でながら, 本事件で, 裁判所がDNA鑑定だけに頼らず総合的な事実認定に努めた点自体は, 評価できる。ただ, その際, 本当は証明力が乏しく役立たないプライベートな事実までを取り上げ公にした点は, 一考を要しよう。付言すれば, 控訴棄却には裁判長として故高木俊夫先生(後に, 本法科大学院教授。注9末段参照)も関与されたが, 菅家・佐藤氏の飾り気なく注目すべき上掲書127, 136頁によると, 弁護士自身も控訴審段階ではまさか科警研のDNA鑑定自体が間違っているとは思わず(同型の者は他にも多数おり自白にも信用性がないと判断・主張), 控訴棄却後に再鑑定の必要性に思い至った由である。

注7 両判決(最判刑集17・7・661, 1192)と主要賛否等特集記事につき, ジュリ239・284号, 法律時報1961年9月号, 判例時報346号, 法セミ67・92号参照。なお, 門田313。より広く詳しく, 松川事件の諸判決・諸文献につき, 斎藤210参照。

序でながら, 判例は, 普通(先ずは), 公式の判例集で読むより, 担当の最高裁調査官・裁判官(等)の無署名解説を添えている判例時報・判例タイムズ等で, 解説と共に読むのが賢明である。

注8 2009年8月16日午後9時から1時間半にわたり「NHKスペシャル」で放映された終戦企画ドラマ「気骨の判決」の主人公で, 東条内閣支配体制下で圧力に屈せず翼賛選挙無効判決を下した大審院部長判事・元検事(本学OB・教授)の吉田久先生(詳しくは, 面白くもある, 清永聡『気骨の判決』〔新潮新書, 2008〕, なお, 才口千晴・本誌5巻3号13, 29頁=同『弁護士任官判事のつぶやき』〔2009〕49, 87頁参照)は, 判決理由全文を入手した東北大教授の斎藤秀夫13, 18により, 「旧憲法下の珠玉の裁判官」の1人として, 先駆的に紹介・賞賛されている。

注9 その疑問の根拠として示されていることは, 門田判決は頭から信用していないが, (説得力のない形で, 本田に不利に供述を翻した)木村証言をもっと重視すべきだった, という点にはほぼ尽きている。なお, 青柳氏は, 「高橋アリバイについても木村証言を信用するかしないかが門田判決もいうとおり根本である」としつつ, 「検察官によっても主張されなかったし, 捜査の主眼とされていなかったものに8月14日の被告人らの動きがあり, この14日の可能性の線は, 「捜査官が重視しなかったものであるだけに逆にいえば誘導等のおそれのない供述がされていると見ることができよう」, 等々と論じている。

青柳氏には, 犯罪事実存在の蓋然性がどのように低くても, 合理的な疑いがなければ, 有罪にして良いという(やや不可解な, 危ない)考えがあるらしく(青柳①42), 他方では, 真実発見に努める捜査官・裁判官を余り不審の目で見べきものではなく, 松川事件でもデッチ上げなどは考え難いとの信念(同43等々), 犯人は罪を免れようと種々画策するものであり, 家族も庇い立てするものであるとの強度の不信感(同47等), 「記録を通じてみたところでは, 真犯人らしいものは, この被告人の全部であるかどうかは別として, この被告人の中およびその関係者以外にはどうも見当たらない」という先入観・思い込みもあって(青柳②6。他方, 斎藤243, 斎藤①13。なお, 斎藤②361, 413。死者多数の大惨事と死刑にもなりかねない旅客列車〔乗客600人前後!〕の転覆などは, 一般人には怖く, 同調も難しかろう。), そうした有罪志向になるもののように思われるが, 仁保事件・長坂町放火事件の各最高裁判例など(香城②14のいう「権利擁護性」の顕著な判例)とは若干異質のものであろう。加えて, 青柳氏は, 逆に言えば, 「捜査官が重視したものであるだけに誘導等のおそれがある」という方向には余り注意せず, 高橋アリバイの関係でも, 本田アリバイの関係でも, 変転した木村証言の重視を熱心に主張している感があり, 幾らでも疑えそうな赤間自白についても(斎藤249), 信用性なしと判断するのは杜撰に過ぎると断じ

(青柳①44), 結局, 捜査官側に立ってみれば様々に疑い得る点が多いとして有罪判決を導こうとしており, それでは明白な無罪証拠がない限り全て有罪ということにもなりかねず, こうした考え方には懸念を禁じ得ない。なお, 厳しい(原則そう推定される。)取調べでの自白などは, 性質上, また実際にも, 虚偽であることが少なくないのであるから, 冤罪を防ぐためには, 「秘密の暴露」その他, 特段の事情がない限り, 信用性なしとすべきだと思われる(なお, 最判平12・2・7百選84〔草加・民事〕事件, 荒木107, 標準的かと思われる村瀬174, 最新の石塚165など参照)。

序でながら, 青柳文雄氏と実に対照的な見方をする元裁判官を最近一種発見した(木谷1, 11, 15, 20など参照)。ちなみに, 東京高裁裁判長・本法科大学院教授を務められた故高木俊夫先生(注6末尾でも少し論及)は, 本誌4巻1号3頁以下に掲載されている素晴らしい最終講義「実務家の勉強について」の中で, 勉強ぶりに感銘を受けた人物の1人として木谷氏のことを詳しく紹介し, 木谷①の一読を勧められる(序でながら, 木谷②は松尾浩也先生推薦の帯付)。高木先生には, (綿密の感のある)東電OL事件逆転有罪判決(東京高判平12・12・22), 宗像先生感謝のリクルート事件逆転有罪判決(東京高判平8・10・8)等もあり, 高木先生の木谷氏評価にはやや意外の感も受けたが, 物事は単純に判断すべきでないかと反省したことであった(高木先生追悼文, 飯田喜信・刑事法ジャーナル16号78頁。なお, 本誌5巻1号73頁注1)。

注10 判例六法の刑訴321条28番, 安富460, 上口388, 白取388引用の東京地決平3・1・16と東京地判平3・9・30判時1401・31, 38及びコメント引用の福岡高判昭25・4・26(いずれも, 匿名投書の証拠能力を否定)参照。

注11 なお, 弁護士等作成の実況見分報告書についての3項準用に関し, 松尾③706, 香城①330, 中山277, 大出ほか136, 限定的な松尾90, 長井260, 池田・前田393, 396, 私人作成火災原因報告書に4項準用の最決平20・8・27重判解214頁参照。ビデオ利用の弁護士作成実況見分調書につき, 松浦219。また, 弁護士依頼の鑑定書面や医師の診断書(最判昭32・7・25)への4項準用に関し, 松尾95, 鈴木210, 田口396, 池田・前田396, 長井261, 川崎312, 中山286, 289, 松尾③708参照。

注12 321条1項3号の不可欠性については, おおむね, 事件の解明, 最終判断ないし証明につき「実質的に必要・重要・大きく役立つ」かが基準とされている。東京高判昭29・7・24高集7・7・1105, 東京地決昭53・12・20月10・11=12・1514, 同54・10・30月11・10・1269参照。なお, 中山265, 松尾③702, 松本259, 263, 香城①322, 小野③892。ただし, 学説としては, 鈴木①755など。

注13 321条1項3号についていえば, 「信用性の情況的保障」と共に伝聞例外の基本的要件とされる「必要性」(平野207, 松尾58, 田宮374, 光藤214, 池田・前田388等々。なお, 田口①6)は, 一応「供述不能」と「不可欠性」から成ろう(本田・桂1923, 龍岡186参照)。なお, 単なる表現の問題ながら, 時には, 前者の供述不能のみを「必要性」と書くこともあり(例, 光藤216), 逆に, 後者の不可欠性のみを「必要性」と表現する場合もある(例, 渥美441)。

〔追記〕 本稿執筆中の2009年8月18日, 刑法・刑事訴訟法で活躍された本学名誉教授の下村康正先生が逝去された。長年にわたるご指導・ご高配に感謝しつつ, ご冥福をお祈り申し上げます。

主要文献目録 [あいうえお順。末尾の4桁の数字は刊行年]

※下記文献の引用は, 原則的に, 姓(・[以下で○囲み数字付きの文献の場合] ○囲み数字)・(最初の)頁数のみによる。

※※下記の略語を用いる。

基本問題=木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』2008, **事例Ⅱ・Ⅲ**=平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法』Ⅱ・Ⅲ1998, **重判解**=『ジュリスト臨時増刊 当該年度重要判例解説』, **新Ⅱ・新Ⅲ**=三井誠ほか編『新 刑事手続』Ⅱ・Ⅲ2002, **争点**=松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔3版〕』2002, **大系Ⅲ**=熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅲ 第3編 伝聞証拠』1970, **大5巻**=藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法5巻Ⅰ』1999, **竹澤古稀**=井戸田侃ほか編『誤判の防

止と救済（竹澤哲夫先生古稀）』1998，注5巻＝伊藤栄樹ほか『注釈 刑事訴訟法〔新版〕』5巻1998，注中巻＝平場安治ほか『注解 刑事訴訟法 中巻〔全訂新版〕』1982，手続下＝三井誠ほか編『刑事手続』下1988，百選＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔8版〕』2005，プライマリー＝椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法〔2版〕』2008，光藤古稀＝小早川義則ほか編『光藤景皎先生古稀祝賀論文集』上・下巻2001

青柳文雄『刑事訴訟法通論（5訂版）』下巻1976

青柳文雄①『門田判決』の検討』ジュリ239号1961

青柳文雄②「松川裁判のみかた」法律のひろば1961年9月号

青柳文雄③『刑事裁判と国民性〔総括篇〕』1979

浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』1994

浅田和茂①「DNA鑑定」争点

芦澤政治「刑訴法328条により許容される証拠」ジュリ1368号2008

渥美東洋『全訂 刑事訴訟法（2版）』2009

阿部泰雄「3つの轢逃げ無罪事件と刑事鑑定」竹澤古稀

荒木伸怡「自白偏重から脱却するために」小田中聰樹ほか編『誤判救済と刑事司法の課題（渡部保夫先生古稀）』2000

飯田喜信「刑訴法328条と回復証拠」大阪刑事実務研究会『刑事証拠法の諸問題（上）』2001

池田修・前田雅英『刑事訴訟法（3版）』2009

石塚章夫「自白の信用性」基本問題

伊藤博路「伝聞法則の適用範囲に関する一試論」北大法学論集（48巻4号以降）49巻3号1998

井上正治『刑事訴訟法の論点』上巻1954。本書につき，松尾浩也『来し方の記』（2008）279頁参照。

井上正治①「諏訪メモの役割」法律時報1959年9月号別冊付録『松川判決批評』

植村立郎『実践的刑事事実認定と状況証拠〔再訂版〕』2008

宇藤崇「328条の意義」争点

浦辺衛「アリバイと厳格な証明」判タ180号1965

大出良知・川崎英明・神山啓史・岡崎敬編著『刑事弁護』1993

大澤裕「自白の任意性とその立証」争点

大塚一男「松川裁判の問題点と自由心証主義」ジュリ239号1961

大塚一男①『私記 松川事件弁護団史』1989

大塚一男②『回想の松川弁護』2009

大野市太郎「第328条」大5巻

大野市太郎①「刑事訴訟法第328条の証拠についての一考察」原田國男ほか編『刑事裁判の理論と実務（中山善房判事退官記念）』1998

小川新二「刑訴法328条により許容される証拠・・・」研修706号2007

小川新二①「特に信用すべき書面」百選

小木曾綾「国際化に対応する刑事司法」プライマリー

奥村丈二『刑事訴訟法自習教材』2008

小野清一郎『刑事訴訟法概論』1954

小野清一郎①『犯罪構成要件の理論』1953

小野清一郎②「新刑訴における証拠の理論（2・完）」刑法雑誌5巻3号1954

小野清一郎③（監修）・栗本一夫・横川敏雄・横井大三『刑事訴訟法（下）〔新版〕』1986

上口裕『刑事訴訟法』2009

上口裕①「第321条」『新・判例コンメンタール刑事訴訟法 4』1995

上口裕②「320条1項の法意」争点(初版)1979

川上拓一「自白の証拠能力」新Ⅲ

川崎英明「伝聞法則・320～328条」小田中聰樹ほか編『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』1998

川崎英明①「ブックレビュー」:『なぜ無実の人が自白するのか — DNA鑑定は告発する』法律時報2009年9月号

川端博「証拠」「実質的挙証責任」阿部純二編『学説判例刑事訴訟法』1981

木口信之「状況証拠による事実認定」新Ⅲ

木谷明「刑事事実認定の基本的あり方」基本問題

木谷明①『刑事裁判の心〔新版〕』2004

木谷明②『事実認定の適正化』2005

木谷明③『刑事事実認定の理想と現実』2009

木谷明④「有罪認定に必要とされる立証の程度・・・」平19年度重判解2008

熊本典道「上告審において別件の証言速記録の謄本を取り調べる方法」警察研究39巻11号1968

江家義男「厳格な証明と自由な証明」『伝聞証拠』日本刑法学会編『刑事法講座』6巻1953

香城敏麿『刑事訴訟法の構造』2005

香城敏麿①「320～328条」注5巻

香城敏麿②「刑事訴訟法判例の機能」争点

小西秀宣「アリバイの主張」実例Ⅲ

小林充『刑事訴訟法〔新訂版〕』2009

小山雅亀「伝聞法則の再構築」村井敏邦ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法』下巻2007

斎藤信治「松川事件と名誉毀損」法学新報104巻8・9号1998

斎藤信治①「名誉毀損罪」法学教室1998年8月号

斎藤信治②『刑法各論(3版)』2009

斎藤信治③『刑法総論(6版)』2008

斎藤誠二「328条の法意」争点(初版)1979

斎藤秀夫『裁判官論〔増補〕』1979

佐伯千仞「最高裁『松川判決』批判」法セミ1959年10月号

坂口裕英「弾劾証拠の問題点」ジュリ300号1964

酒巻匡「証人審問権と伝聞法則」争点

佐々木哲蔵「差戻審判人としての所感」法律時報1961年9月号

佐藤博史「DNA鑑定・・・」実例Ⅲ

椎橋隆幸「死刑の認定・執行の手続的規制」プライマリー

司法協会『刑事訴訟法講義案(3訂版)』2007

白取祐司『刑事訴訟法(5版)』2008

新屋達之「厳格な証明について」光藤古稀上

鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』1990

鈴木茂嗣①「317～328条」注中巻

鈴木茂嗣②『続・刑事訴訟の基本構造 下巻』1997

関口和徳「刑訴法328条によって許容される証拠」北大法学論集58巻4号2007

高田卓爾『刑事訴訟法（2版）』1984
高田卓爾①「松川事件」ジュリ 900号 1988
田口守一『刑事訴訟法（5版）』2009
田口守一①「証人審問・喚問権と伝聞法則」現代刑事法 2000年8月号
龍岡資久「刑訴 321条 1項 3号但書の趣旨」大系Ⅲ
伊達秋雄「新証拠の問題点」ジュリ 239号 1961
田宮裕『刑事訴訟法（新版）』2004
田宮裕①「証明力を争う証拠」同『刑事訴訟とデュー・プロセス』2003
田宮裕②『刑事訴訟法入門（3版）』1982
田宮裕③『注釈刑事訴訟法』1980
田宮裕④『演習 刑事訴訟法』1983
団藤重光『新刑事訴訟法綱要（7版）』1967
辻本典央「刑訴法 328条により許容される証拠」近畿大学法学 54巻 4号 2008
津村政孝「刑訴法 328条によって許容される証拠・・・」刑事法ジャーナル 13号 2008
寺崎嘉博『刑事訴訟法（2版）』2008
寺島秀昭「自由な証明と厳格な証明」新Ⅲ
寺島秀昭・池上政幸・小坂敏幸「証拠開示」新Ⅱ
徳永光「刑訴法 328条により許容される証拠」法セミ 2007年2月号
長井圓『LS ノート刑事訴訟法』2008
中里智美「状況証拠による認定」基本問題
長沼範良「証拠法」長沼範良・田中開・寺崎嘉博『刑事訴訟法（2版）』2005
中野目善則「公判の基本原則」プライマリー
中野目善則（訳）①「刑事司法制度におけるDNAを利用した犯人識別」法学新報 114巻 9・10号 2008
中野目善則②「・・・『合理的な疑いを差し挟む余地がない』の意義・・・」判時 2048号 2009
中山善房「第 321条」大5巻
鯉越溢弘「DNA型鑑定」百選
成瀬剛「刑訴法 328条により許容される証拠」ジュリ 1380号 2009
西原春夫「321～328条」青柳文雄ほか『註釈 刑事訴訟法（初版）』3巻 1978
庭山英雄・岡部泰昌（編）『刑事訴訟法（3版）』2007
能勢弘之『刑事訴訟法 25講』1987
平木正洋「検察官未提出の供述調書」実例Ⅱ
平田元「刑事訴訟における片面的構成・・・」『市民社会と刑事法の交錯（横山晃一郎先生追悼）』1997
平野龍一『刑事訴訟法』1958
平野龍一①『刑事訴訟法概説』1968
平野龍一②『訴因と証拠』1981
平場安治『刑事訴訟法講義（改訂再版）』1955
平場安治①「上告」日本刑法学会編『刑事訴訟法演習』1962
福井厚『刑事訴訟法講義（4版）』2009
福崎伸一郎「自白以外による認定」『刑事事実認定重要判決 50選（補訂版）』下 2007
福島至「刑訴法 328条により許容される証拠」法律時報 2007年10月号

船田三雄「上告審において別件の証言速記録の謄本を取り調べる方法」『最高裁判所判例解説 刑事編 昭和41年度』1967

船田三雄①「手紙」大系Ⅲ

法曹会『例題解説 刑事訴訟法(二)(3版)』1995

堀江慎司「憲法37条2項と刑訴法328条」法学論叢146巻2号1999

本田正義・桂正昭「伝聞法則の例外」団藤重光ら編『法律実務講座 刑事編 第8巻 証拠法(1)』1956

松浦繁「ビデオテープの証拠調べについて」大阪刑事実務研究会編『刑事実務上の諸問題』1993

松尾浩也『刑事訴訟法 下(新版補正2版)』1999

松尾浩也①『刑事訴訟法講演集』2004

松尾浩也②『刑事法学の地平』2006

松尾浩也③(監修)・松本時夫・土本武司(編集代表)『条解 刑事訴訟法〔3版増補版〕』2006

松岡正章『量刑手続法序説』1975

松岡正章①「量刑手続と証拠法則」光藤古稀下

松岡正章②「厳格な証明と自由な証明」争点(初版)1979

松宮孝明「再審請求審と『事実の認定』」竹澤古稀

松本時夫「伝聞証拠」「証明」松尾浩也(編)『刑事訴訟法Ⅱ』1992

水野智幸「違法収集証拠排除法則の認定」基本問題

三井誠『刑事手続法Ⅲ』2004

三井誠①「アリバイの立証」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』下巻2007

三井誠②「DNA鑑定の証拠能力・証明力」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』1998

三井誠③「DNA型鑑定の証拠としての許容性」平12年度重判解2001

三井誠④「ロッキード事件囑託尋問調書の証拠能力」昭53年度重判解1979

光藤景皎『口述 刑事訴訟法 中(補訂版)』2005

光藤景皎①『刑事証拠法の新展開』2001

光藤景皎②「間接証拠論(4)」名城ロースクール・レビュー7号2007

光藤景皎③「状況証拠論各論(1)」名城ロースクール・レビュー8号2008

光藤景皎④「証明力を争うための証拠(328条)」大系Ⅲ

宗像紀夫「検察官の責務」争点

村井敏邦「足利事件が投げかけたもの」法律時報2009年9月号

村井敏邦①「意見と鑑定」法セミ1992年9月号

村瀬均「自白の信用性の評価」争点

門田實『松川裁判の思い出』1972

安富潔『刑事訴訟法』2009

安廣文夫「317条-328条 前注」「317条」大5巻

安村和雄・杉山英巳「伝聞の意義」大系Ⅲ

山崎学「証拠の関連性」新Ⅲ

山本忠義(日弁連元会長。冤罪問題, 刑法改正問題, 有名事件弁護, 奄美支援などにも関与。本学OB。夜学時代等の小生のボス)『弁護士社会』1984

横井大三「刑訴328条の法意」判例時報編集部(編)『刑事訴訟法基本問題46講』1965

米田泰邦「被疑者取調可視化論の現状と課題」守屋克彦ほか編『刑事裁判の復興(石松竹雄判事退官記念)』1990

Die Lockerung der Hörensagen-Regel in Richtung des Freispruchs

Zusammenfassung (Summary)

Die deutsche Strafprozessordnung stellt den Unmittelbarkeitsgrundsatz mit Ausnahmen fest. Ihr Artikel 250 lautet nämlich: „Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.“ Nach herrschender Meinung bedeutet dieser Grundsatz nur den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis (z.B. Roxin; anderer Meinung ist: Grünwald).

Im Gegensatz dazu besagt Artikel 320 des japanischen Strafprozessrechts, dass nicht nur Urkunden, sondern auch Zeugenaussagen von Hörensagen im Prinzip nicht verwertet werden dürfen. Nach herrschender Meinung bedeutet der Artikel die Hörensagen-Regel (hearsay rule). Aber auch das Unmittelbarkeitsproblem hat in Japan sehr große Bedeutung im Hinblick auf viele praktisch wichtige Ausnahmefälle von Verwertungen der Staatsanwaltsprotokolle und die daraus sich ergebende „Japanisierung“ der Hörensagen-Regel (Prof. Matsuo), obwohl die Beteiligung von Laienrichtern an wichtigen Strafprozessen seit August dieses Jahres einen Wandel zu bringen scheint (wie Prof. Matsuo vorsah).

Nun gelte die Hörensagen-Regel nach herrschender Meinung sowohl in der Richtung des Schuldspruchs als auch in der Richtung des Freispruchs, und zwar gleichberechtigt, weil diese Regel der exakten Tatsachenfeststellung diene.

Aber man sollte auch den Grundsatz „in dubio pro reo“ berücksichtigen.

Mehrere Autoren vertreten also zum Beispiel die Ansicht, dass Urkunden (usw.) im Interesse des Angeklagten unbeschränkt verwertet werden können.

Jedoch hat diese Minderheit keine Aussicht, sich binnen kurzem in eine Mehrheit zu verwandeln. Denn es gibt in Gesetzestexten sogar einige Anhaltspunkte dagegen („zum Beweis, dass die verbrecherische Tat vorhanden ist oder nicht“ usw.). Und es sei auch wichtig, dass der wahre Täter möglichst sicher und reibungslos verurteilt werde.

Daher versucht der Verfasser, die Hörensagen-Regel in Richtung des Freispruchs nur im unbedingt notwendigen Umfang zu lockern: der Verfasser schlägt unter anderem vor, dass schriftliche Erklärungen bzw. Protokolle (mit Unterschrift) eines Dritten als Beweis verwertet werden dürfen, wenn der Dritte nicht mehr zeugen kann, solche Urkunden zum Unschuldsurteil unerlässlich sind, und solche Urkunden vielleicht (wenn auch nicht sicherlich, wie der Artikel 321 Absatz 1 Nr. 3 verlangt) glaubwürdig sind.

Auch schriftliche Erklärungen usw. des Angeklagten dürften Beweiskraft haben, wenn solche Urkunden dem Angeklagten nicht zum Nachteil sind, und solche Urkunden vielleicht (wenn auch

nicht sicherlich, wie der Artikel 322 Absatz 1 verlangt) glaubwürdig sind (nebenbei bemerkt : wenn solche Urkunden dem Angeklagten zum Nachteil sind , so können sie ohne Einwand unbedingt Beweis sein) .