

# 法学部創設二〇周年と刑法講義覚書

山本雅子

はじめに

1 問題提示

2 (1) 法科大学院と学部講義

(2) その一例、体系論―構成要件の体系的位

3 裁判員制度と学部講義

はじめに

1  
平成一六年度は本法学部にとり創設二〇周年という記念すべき年度である。昭和六〇年学部開設当時の学長は既に故人となられた石本三郎先生、初代学部長は現在でも御健勝で研究生活に勤まれている沼正也先生であった。本学部の二〇年間は順調ではなく、様々な試練にさらされてきていると、初年度からの構成員として感慨を新たにす

二〇年間は教場生活に於いても短いものではなかった。教壇で語りつつ、こちらも学び、又、二〇年という歲月の中での社会的變化を學問の場で実感し続けた。ここにかえりみて、教場で述べてきた理論の一部を覚書としてまとめ、學問的な自己点檢の一助として今後に備えたいと考える。

## 1 問題提示

刑法総論の講義内容は年間の講義時間の制約を受けながらも基本的には一定しており、最低限度ではあつても一応の体系思考に則つて説明せざるを得ない性質のものである。従つて、年度により適切に網羅し得た場合もあれば、犯罪論半ばで終了せざるを得なかつた場合もあるが、いずれにせよ、伝統的な理論構成の順を追いながら考察を収斂させて行くという過程を辿る。そのような形で説明し、それを学生も理解し、一とおり納得した時期が一〇年前まではあつたように思う。しかし、それ以降徐々に「学生が理解し易いように」という題目を金科玉条とし、良くいえば講義の工夫であるが、悪くいえば緻密な理論構成の放棄につながるような曲芸的な説明に陥入る危険を自覚するようになってきている。この危機意識は、恐らく筆者の個人的感想に止まるものではなく、大なり小なり教員が等しく抱いているものであろうことは、広く新聞等マスコミに於いて、又、内にあつては教授会等に於ける、同種の発言から容易に知り得るところである。大学の教育現場でのこのような状況の原因は実に多様であるといえるのであるが、その中でも、刑事法分野に於いては、このところの社会的動きの激しさが刑事法に対する従來の見方・考え方を根本から揺るがす程になってきており、その影響下で刑事法の在り方を再度検討し、講義にも反映させる必要に迫られているということも大なる原因となっている。その社会的動きを具体的に挙げるとすれば、まず第一に平成一六年から開講となつた法科大学院、第二に平成二一年までには実施される裁判員制度、第三に平

成一六年暮までに相次いで成立した犯罪被害者諸法に象徴される所謂被害者重視の動きである。

これ等の現象は厳然たる社会制度として現実化し、或いは現実化されるはずのものである。従ってこれ等の現象が存在しなかつた時代の法視線でこれを語ることは出来ない。そのことが、ひいては関係諸法の伝統的理論をも見直させ、又、教場で学生に語る時もこれ等の現実を必ず視野に入れ、その適合性を確かめながら進むことを強いるのである。上述三点の内、前者者は法律学全分野に関する事柄であるが、後二者は就中刑事法の分野に多大なる影響を及ぼす。以下、それ等が教場での刑法論にどのように関わってきているかを明らかにしていきたい。後二者はそれぞれ大なるテーマであるので、本稿ではこのうち裁判員制度の下での刑法講義を覚書きするに止め、被害者重視の動きが刑事法の、特に実体法に如何なる影響を及ぼし得るかについては別稿としたい。被害者の存在は手続法には既に採り入れられた(刑訴法一九二条の二。平成一二年法七四本条追加)。この事実は、実体法から全く切り離された動きなのであろうか。特に違法論に於いて、被害者要素はこれまで法益侵害への同意や承諾という側面に機能してきた訳であるが、今後、積極的な違法要素たり得る可能性は絶無か、といういささかの問題意識を有している。

## 2

## (1) 法科大学院と学部講義

法科大学院の出現は既存の法学部の講義に大なり小なり何らかの影響を与えていると考える。法科大学院の理念はどうあれ、これが職業教育専門機関であることは否定できない。対するに既存の法学部も又、法科大学院が出現するまでは、少くとも一応の目標を司法試験のレベルに置いてきたことも事実であらう。従って、そこでの法律学

教育の内容は可成の部分、現在法科大学院で教えられている内容に重なるはずである。ところが現状では既存の法学部はその部分を法科大学院へ譲り渡している。残されたものは一方で試験用ではない、いわば理論法律学であり、他方では法曹とは無関係の、教養としての法律学である。そして更に、以上に加えて、法科大学院への受験希望者を抱えるという現実がある。これ等異種のものへの対応が一つの講義の中で行われなければならないとする、受講者側の主体的な学習を前提としない限り講義自体不可能である。しかし、現実にはそのような状況の下で一定の基準を保った講義をしなければならないのである。その基準とはやはり学問としての水準である。法科大学院の存在を過剰に意識することは避けるべきである。学部の水準が先ず問題であり、その後、即ち、それを前提として法科大学院の存立があると考えるべきであろう。よしんば法科大学院進学希望者を多く抱えこむ事態が生じる場合であれ、受験用の講義内容に傾くことはかえって本筋からの逸脱となるであろう。ただし、受験用の内容は複合的な事例問題の検討が中心となる。その際、判例の動向を詳細にみていくことが必至である。それらのことは学部の講義内容からすればいわば応用編である。学生は、応用編に到るまでに、相應の基礎編を修得しなければならない。例えば一年生を対象とすれば、そもそも法律を学ぶこと自体の意義から一つ一つ考えさせ、刑法に興味を抱かせ、というような初歩から講義を展開し、その後刑法の基礎理論を経て、犯罪論・刑罰論へと進む。このように考えてみると、初歩から応用を支えるまでの水準の基礎刑法論を一年間で行なうことになるから、講義内容に相当の取捨選択を要することとなる。時間的制約の中で、猶、学問的水準を保つという要請に応えらるとすると、①

先ず導入部の刑法学基本思想に力点を置き、犯罪論・刑罰論を通した大きな体系的思考の流れを知得させることを重視する方法が考えられる。流れを重視するが故に、横への学說的拡がりには二義的なものとなるが、これは止むを得ない。ここでは例えば刑法の歴史、罪刑法定主義、客観主義刑法理論・主観主義刑法理論の対立、責任主義等を

中心に据え、特に国家と個人のあるべき姿を刑事法の視点から考えさせるといふような内容のものとなる。もし、教養編で足りるとするならば、この方が犯罪論の理論的構築の提示よりも広汎な思想につながり得ると考える。その上で犯罪論の具体化をはかる時間的余裕があれば、「犯罪は構成要件に該当する違法・有責な行為である」という定義の全体的・有機的つながりを理解できるようにということを中心とした講義者の見解を提示し、ほゞ一本の体系で説明していく方が学生には判り易い。通説と異なるところは通説との比較検討を行なうこととなる。他説への拡がりに欠けるという短所はあるものの一本の体系での講義であるので初心者には「体系的な理論構築」というものを直線的に把握させやすいはずである。前述の所謂教養としての刑法学が求められる場合はこのような内容にするのも一案である。これに対し②純理論即ち受験用でない独自の理論刑法学こそ学部で提示すべきものであるとすると、従来型の講義内容が基準となる。但し、①でのやり方に比すれば、基本思想や歴史的観照はそれ自体とよりむしろ理論に反映するべきものとして射程に入れられる。原理及び歴史の省察は極めて基本的なことであり、私見に依れば、これ等をこそ採り上げるべきであるといつても過言でないと思えるのであるが、現実には特に犯罪論の精緻なところまで講義の内容とする限り、時間配分上の制約が出てくる。よって、犯罪論、刑罰論を網羅的に採り上げ、論ずることを前提に、恐らくは学派の争いという歴史的事実の説明の中で罪刑法定主義等の基本思想に論及するのも一策であると考ええる。

ともあれ、ここではある程度の学問的水準を見なければならぬのであるから、考察を横に拡げて、体系論の対立、個々の論点に関する学説の対立を論ぜざるを得ない。ここにその一例を挙げて若干の学問的記述を試みる。

## (2) その一例、体系論―構成要件の体系的位

刑法総論に於いてはまず体系が問題となる。伝統的に、二分法、三分法の是非論はあれど、現在では所謂構成要件を如何に論ずべきかという事が基本的な論点である。学生にとって最も判りにくい部分もここである。前出、犯罪の形式的定義は、ある意味、体系思考そのものを表現している。犯罪はまず①行為であり、②それが違法であり、③有責であり、④各本条該当性という意味で各則上の構成要件該当性が問われて確定する。この場合、犯罪は構成要件に該当する、有責・違法な行為である。ここでは構成要件は未だ各則上の概念であり、総論概念に昇華せしめられてはいない。このような思考を体系的行為論と名付けよう。これに対し、犯罪は構成要件に該当する、違法・有責な行為であると定義付けられるとすると、ここにあるのは構成要件論の体系である。行為という概念は評価を受くべき実体として総論体系上独自の地位を占め、それに対する刑法的評価の起点は構成要件該当性判断であり、更に違法、有責判断と続く。まさに行為は刑法的評価の客体であり、爾余の三要素は客体の評価である。そして評価こそが総論の本質的作業であり、その第一段階が構成要件該当性の判断であるということになるのである。

構成要件概念の総論入りは、もとより人権保障の要請である。もともと、罪刑法定主義上、最終的にいずれかの各本条構成要件に該当するもののみ犯罪であるとするのであるから、その性質をもつはずの行為に絞って犯罪論上に乗せるという方法論は十分に謙抑的である。その上、体系美学的にも構成要件該当性を端緒とする賓辞構成の同質性は是とせられるであろう。現在、体系論は大きく三つに分けられると思う。(イ)行為―違法―責任とする所謂体系的行為論、(ロ)行為を外に出して、構成要件―違法―責任とする構成要件論、(ハ)行為―違法―責任とし、違法の中でその実在根拠を構成要件に求めるものの三種である。行為論、構成要件論の別を、犯罪成立要件の第一番目の地位を行為に与えるか構成要件に与えるかの問題であるとするのであれば、(ハ)の立場は広義の体系的行

為論であるともいえる。問題はこのような体系論の違いが如何なる理論的相違に帰着するかということである。このところを明らかにする思考過程は講義上不可欠であらう。その場合、核心となるのが、構成要件概念自体の性質を如何に捉えるかということである。そこで、ベーリングの、特に前期行為類型説を出発点として、可能であれば、M・E・マイヤー、メツガーの名前は挙げつつ、違法類型説、別に違法・有責類型説に触れることとなる。構成要件概念を総論にとり入れる見解の場合、これらのうちいずれの概念内容でそれを行なうのかにより、体系的行為論との相違に質の別が出てくるはずである。行為として把握される範囲に関しては、何といつても体系的行為論による場合が最も広い。蓋し、条文に定められた結果が発生したことを基点として、それを因果的に惹起した意思実現活動が条件関係の下で捉えられ、そこに一個の行為の存在が確定するからである。これに対し、犯罪行為類型たる構成要件を用いて構成要件に該当する行為を選び出す場合は、当然の帰結ながら、「犯罪定型性をもつ」意思実現活動、及び、相当因果関係による結果との相関性という絞りがかかる。その限りで、刑法的評価の客体としての行為の範囲は前者より狭いものとなる。しかし、ここでは未だ、例えば、不作為犯の作為義務のような行為類型外の要素による絞りは入ってきていない。これに対し、構成要件を違法行為の類型であるとし、その前提で犯罪論の出発点に置くとすれば、上記作為義務や不法領得の意思等の主観的違法要素等を構成要件要素として認めることとなり、これ等の有無の判断が構成要件該当性の判断に影響を及ぼさざるを得ない。蓋し、これ等の要素をはずして、純粹に行為の類型性を求めるとすれば、それは違法行為の類型ではあり得ないからである。他面、行為に属さざる、しかし、行為の違法性に影響を与える諸要素を構成要件該当性の判断にとり入れるとすると、犯罪の個別化に利するものではあっても、構成要件概念の本質的出自からははるかに隔たるものとなる。この矛盾を抱えながら、違法行為類型説の行為範囲は前二者に比し、狭いものとなる。<sup>1)</sup> 次いで、違法・有責類型であるとする我国独自

の考え方を採るとどうであろうか。ここでは故意と過失が類型化されたものとして捉えられることとなる。その要素が付加されるだけ、構成要件は違法行為類型説よりも、更に細分化される。一個の構成要件の下に把握される行為の範囲は最も狭いものとなるはずである。このように犯罪論の当初に構成要件概念を置き、これにより刑法的評価の対象を固定化していく方法は、行為論に替る対象確定論の役割にも増して、むしろ、爾余の評価論、即ち、違法論や責任論での個別の立論に極めて確定した整合性を与えるものとして意味付けられる。その最も端的な例として錯誤論の法定的符合説、不能犯論の具体的危険説、共犯論の犯罪共同説を採り上げて、相互の一貫性を述べるのも一案である。但し、ここまでの論及は一通りの説明を了えた後での総まとめの段階であろうか。

私自身は体系的には行為論に与する。しかしながら、長く自問しつつ、現在、構成要件論否認論からの離脱に到っている。その理由を提示することは、受講生の勉強に一石を投ずるものと信ずる。

まず、体系の基本に置かれるべき概念は行為でなければならない。上述の、犯罪の形式的定義のその文章構造の形どおり犯罪論を構成すべきである。即ち、土台となる概念は行為である。行為を構成要件の前庭におく、或いは、構成要件の客観的要素として非独立的に部分的役割を担わせるべき必然性はない。刑法理論は、今後、可能な限り人口に膾炙するものでなければならない。まず、特に入口論では平易・明快であるべく、その意味からも犯罪は行為である(「行為といえないものは犯罪ではない」という命題を降してはならないのである。行為論の長所は構成要件論に比し、評価作業が少ないだけ一義的な結論を得やすいところにある(もつとも、有意性の判断、条件関係の存否判断も必ずしも帰一するところではないが、それ以上の価値判断をしなければならぬのが構成要件論である)。刑法が関心を持つ結果の発生を基点とし、それがともかくも人の有意的な挙動により惹起されたものであるという判断を経て、広義の行為の存在を確定する作業は刑法的評価の客体を明確にするという意味で構成要件該当性の判断



に論理的に先行すべきものであり、上述のようにそのことを命題として堅持することが重要なのである。<sup>(3)</sup> 行為概念の限界機能・結合機能・包括機能はまさに犯罪論体系の出発点たるにふさわしいといふべきである。特に行為論により確定される行為は決して所謂「裸の」ものではない。刑法上の行為確定の理論としての限定は自ずから存在するのである。

さて、これまで、以上の意味に於いて、私見は体系的行為論に依拠し、行為―違法―責任という三分法に、各論としての構成要件該当性を問うという四要件説を採るものであった。しかし、その見解を述べながら、実は常時一つの理論的不安定感を覚えていたことを吐露しなければならぬ。それは以下の疑問から生ずるものであった。行為論に依る場合、行為、即ち、侵害（発生）結果とそれを因果的に惹起した意思実現活動との結合体が確定すると、その後直ちに違法性阻却事由の有無を検討することとなる。即ち、行為の確定はとりも直さず違法行為の形式的確定になるのである。しかし、行為の段階で違法判断に関係づけられるものがあるとするれば、それは侵害結果が提示する法益侵害性のみである。しかも、形式的な結果の発生が直ちに法益侵害性を示すものであるかも疑問なしとしない。因果的な結果惹起という事実及び発生結果という事実が即違法なのであるか。違法性阻却事由が存在しなければ、それで足りるのであるか。先に触れたように、例えば、不作為犯の作為義務等、他に違法性を基礎付ける要素はそこには入って来ないのである。如何なるところからこれ等が現われて行為の属性となるのか定かでない。主観的違法要素とされるものについても同様である。違法性阻却事由の不存在だけで行為が実質的にも違法となるのであれば、既にして行為確定の段階で上記の諸要素はとり込まれていなければならないという、行為論にとっては絶対矛盾の結論が出て来てしまうのである。特に、故意の取扱いには注意を要す。一方で行為論を採ると、他方、違法論に於いては実質的違法の個別化を重視するとすれば、違法の段階で故意過失の別を謂わざるを

得ないのであるが、行為の段階でその別は問われてこなかったのであるから、その統一的な行為概念は違法の段階であらためて一定の評価を受けて故意という強い違法類型と過失という弱い違法類型に選別されなければならぬ。

その点については行為論は従来、故意を純粹な責任要素と考え、行為の違法判断からは切り離して扱ってきた。既遂犯については確かに条文に該当する事実の認識に超過する部分はなく、それ故、主観的違法要素の場合の当初の例外的導入とは事情を異にする。客観面と主観面を裁断する手法に判断の客観性と公平性を依らしめた旧来の行為論からは原則を崩したくないところである。現に、通常の主観的違法要素もこれを認めず、可能な限り客観的な行為態様の面からこれを捉えるべきであると見る見解も依然有力なのである。<sup>(4)</sup>このような捉え方もある程度は可能であると考える。客観的違法論を徹底すれば斯くあるべきであろう。しかし、これ等の要素はその存否が明らかに行為の違法性を左右するものである。犯罪の限定化をはかる必要上、違法領域で採り上げられざるを得ない。それを主観的要素としてあれ、或いは客観化された行為態様でみるのであれ、である。ところが、これ等の所謂主観的違法要素は責任形式へは反映されないのである。これに対し、故意は、依然、責任形式でもある（私は故意を責任形式と解し、責任要素と考える<sup>(5)</sup>）。責任は生じた違法行為につき、行為者にその責任を問えるかという判断である。三八条の規定を俟ち、我々はまず行為と行為者の主観的帰責関係を問わなければならない。この実体的関係がないところに責任を問うことは出来ないのである。この関係を成立させる一方の要素は行為者の故意（或いは過失）であり、もう一方の要素は違法行為に内在すると考えるべきであろう。そこでこの役割を果たすものとして構成要件的故意・過失を前もって違法論に採り入れることにならうかと考えているが、この点は、若干、結論部分の先取りである。<sup>(6)</sup>

ともあれ、体系的行為論をとり、行為と違法との関係につき考えてみた場合、この説は違法を無価値結果の惹起であると解し、その無価値判断の根拠を当該結果が各則各本条に由来するものであるという点に求めれば足りるとする見解であるといえる。確かに各則各本条は犯罪類型であるから、条文に記載されている発生結果は犯罪としての結果であり、従って、又、法益侵害結果なのである。しかし、この結果はいわば行為、違法、責任判断の後に出てくる最終帰結の産物である。この結果概念を、遡って行為論に採り込む時、これは再び違法性阻却も視野に入れた広い中立的概念に化しているのである。従って、この広義の概念が即違法を根拠づけるものとはなり得ない。違法性阻却事由に該たるものはその要件の存否を問う作業を経て違法でなくなるのであるが、それを除く、本来違法と評価されるべき部分が違法性阻却事由の不存在という消極的な形で違法行為になるのではないと考える。<sup>(7)</sup> 確定された行為が違法行為となるのはいわば質的变化である。その違法根拠を具体的に提示するものを探さなければならぬのである。違法行為を具体的に提示しているのは、当然のことながら、各条文の構成要件部分である。そこで、構成要件は、本稿のこれまでの記述に於いては犯罪の第一要素として、体系的行為論と並ぶ構成要件論の内容をなすものであったが、ここからは行為論体系の中の違法論中に内包された概念として捉えていくこととなる。

既に指摘したように、各則の各構成要件は犯罪類型を提示するものである。従って、構成要件は一方では違法行為の類型として把握され得るし、他方、違法・有責行為の類型として把握されることも可能である。今、違法を根拠づけるものとして捉える場合、まずは違法行為の類型であると意味づけよう。違法性阻却事由にあたるものは別途除外された、純粹に違法な行為の類型である。行為がこの類型に当て嵌まるということはその行為の違法の実在を認識させる。ここで「認識」と表現するのは、この段階での操作が観念形象への当て嵌めであるからである。思うに、構成要件は確かに事実上は違法行為の類型を示すものであるが、その概念化に当っては、該当する行為をま

さに実質的に違法化する、違法性判断基準の類型として構成すべきではないかということである。違法行為という概念を客体と評価に分析するとすれば、構成要件概念は客体面からみた類型化ではなく、むしろ、類型化された評価の実体として機能すべきものではないであろうか。「類型化された不法」としての構成要件概念とはこのようなものではないかと考<sup>(9)</sup>える。これにより、違法性阻却事由と併置され得る違法性實在化事由としての構成要件該当性判断が機能することになると思われる。行為論で確定した行為は違法論に於いて違法の實在根拠たる構成要件の該当性を問われ、それが認められることにより違法という属性を得るのである。

そこで次なる問題はどのような構成要件の要素如何ということである。必然的に違法の本質論が先行する。違法論では周知の学説の対立がある。例えば、行為無価値論と結果無価値論のいずれの立場を是とするかにより、違法の實在根拠たる構成要件に求められる要素は異なってくるはずである。それは恰も、構成要件を行為類型とみるか、違法類型とみるか、違法・有責類型とみるかにより、その構成要素として挙げられるものに差が出てくるのと同様である。本来、構成要件は確定的なものとして機能すべく概念化せられたはずであるので、違法の内在概念として価値化したものは当初のベールリングの構成要件論とは既に別様の、まさに、新構成要件論といわれるべきものであると納得できる。違法の本質をどのように把握すべきかという点の検討は別稿としたい。本稿では、少くとも学部の講義を受験勉強にしない為に、語り、理解を求めたいと考える内容の一例を体系論に托して述べてみた。

### 3 裁判員制度と学部講義

遅くとも平成二十一年から実施される裁判員制度は司法制度を根本から改め、国民の健全な社会常識を刑事裁判に反映させるべく、司法への国民参加を実現する制度である。従来、法曹により独占されていた刑事裁判の、しか

も、殺人罪、傷害致死罪、危険運転致死罪等、死刑又は無期の懲役・禁錮にあたる重大犯罪を対象として国民がその裁判に参加する。裁判員として裁判官と共に刑事手続に関与することにより、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資するというのが本制度導入の趣旨である。裁判員法はこの為の必要な事項を定め、同時に裁判員としての義務（○公平誠実に職務を行わなければならない。○評議の秘密その他職務上知り得た秘密を漏らしてはならない。○裁判の公平さへの信頼を損なう恐れのある行為をしてはならない。○品位を害するような行為をしてはならない。

○証人尋問などの日時・場所への出頭義務。○評議内容の守秘義務）、及び一定の義務違反への罰則、更に、裁判員候補者の義務及びその義務違反への罰則、又、裁判員等への接触禁止及び請託罪・威迫罪の成立に関する規定等多様な内容で成立した。特に思想・信条の自由から、又、一定の義務（刑事罰すら生ずる）を負担しなければならないことから、国民の側に辞退の動きが出るのではないかとも懸念され、現実に実施をするまでに、国民が裁判員となることにより蒙ると考えられる日常生活上の不安（例えば、介護、育児、仕事等）の解消を如何に具体策化していくべきかという大きな問題を抱えたままである。それにも不拘、現に制度は実施に向かって歩み出している。衆議院議員の選挙権をもつ国民がほぼ無差別に（若干の欠格事由、例えば、国家公務員で懲戒免職処分を受けて二年以内の者や、禁錮以上の刑に処せられた者、心身の故障のために職務の遂行に著しい支障がある者等、及び、就職禁止事由、例えば、卑近などころでは警察官や警察職員、自衛官や法曹関係者、或いは又、禁錮以上の刑に該たる罪で起訴されている者、逮捕又は拘留されている者、その他、は裁判員たり得ない）裁判員候補者となり、裁判員となつて、裁判官と共に事実の認定、法令の適用、刑の量定まで合議しなければならない時代を迎え、裁判官と、法律学、特に、刑事法につき全く知識を有たない多数の人々との間のある程度の仲介が可能であるような人材の育成はやはり法学部が担うところ大であると考え、又、それを希望しもするのである。そこで、このような視点からみる時、刑事法教育には

何を求められるのかと思うのである。以下、私見を概略的に述べる。

裁判員制度に対する国民の意識は、導入賛成、但し、裁判員となることは辞退というのが大勢であるようである。制度の永続を考えるのであればこの部分の啓発が急務である。従って、この点は刑事法よりむしろ憲法学に於いて、又、政治学に於いて、義務の前に権利として認識出来るか否かを充分に思考していくべきである。その部分の国民的考察がないまま、いわば見切発車となった感は否めない。現在、司法当局による模擬裁判の開催やメディアによる啓蒙活動が行われているが、学部教育に於いて理論的に深く考察した者の存在は制度の礎のところ等重要な意味をもつと考える。

刑事法に於いては、刑事手続への参加であることを見据え、刑事訴訟ということの本質を把握させることが極めて重要である。個々の手続規定の解釈は、刑事訴訟の本質に資するべきものであるという事がわかれば充分ではないかと極論出来る(勿論、刑事訴訟法の講義自体は別論である。本稿はそこにまで論及するものではない)。いずれにせよ、刑事訴訟法というものが何故必要で、何の為に裁判員という制度が導入されたのかという事は明確に論じられる必要がある。裁判員が合議に加わることにより、従来の事実認定、法令適用、刑の量定がどのように変化するか、或いは担当裁判官による合議の指揮次第ということがあり得るのか、それ等の点は制度開始と同時に並行して検証されなければならないが、裁判員自身も合議に加わることの意義を正確に認識していなければならない、その事の理論化が急務なのである。

さて、それと同時に、そもそも訴訟法が社会的事実を犯罪として立証していく際の基準となる実体法たる刑法ももとより正確に刑法学として学ばれる必要がある。しかし、それをパーフェクトに近い形で教え、学びとることは至難の技であるということは既に述べた。そこで、ここでは、裁判員としての判断にとりわけ影響を与えるであろう

う点を若干挙げる。それ等の論点は、今後は特に裁判員制度に言及しながら説明していく必要があると思われる。それは、前出、裁判員としての合議内容である、事実の認定、法令の適用、刑の量定の三点である。この内、事実の認定は最も基本的な事項であるが、実はこれこそまさに所謂犯罪論の内容に他ならず、従って、現に学界を二分、三分するような理論的対立の最先端まで含めて学び、又、判例を数多く検討し、その理論を理解した上で認定に臨むのが理想であろうが、しかし、実際には裁判員にそれ程のことは望まれていない。むしろ、裁判官が丁寧に法令の説明を行い、評議を裁判員に分かりやすいものとなるように整理し、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならぬと規定されているのであるから（同法六六条五項）、その説明を的確に理解することができるように、基本的な犯罪論構造を理解していれば足りよう。即ち、行為、違法、責任という三分法、及びそれぞれの要件の下で何が認定されるのかという大まかな理解ができていれば充分であると思う。反面、このような知識がある方が良いと思われるのは、裁判員には証人尋問や被害者・被告人への質問をする権利が認められているからである（同法五六条以下）。自分が到ろうとしている結論への総合的な構成をはかる中でそれらの権利が有効に行使されるのであろうから、分析・統合の方法論として犯罪論を利用することが出来ると思われる。

さて、いずれにせよ、事実認定及び法令の適用については裁判官による適切な指導の下で各自の独立した意見をもって合意へと到ることになるのであるが、刑の量定については、一人の人間として、刑罰というものの本質的在り方についての考察を前提としておきたいものである。まさに、この部分が直接被告人の生命・自由への介入に該たるからである。従って、学部で講義で従来動もすれば軽視されがちであった刑罰論を重視する必要がある。少くとも刑罰の本質や目的について考えさせる時間はとらなければならぬ。就中、死刑制度の是非に関しては、万人が一応の自説を有しているに違いないのであるが、とにかく、裁判員としての判断は観念上ではなく現実に他者の

生命を奪う結果となるのであるから、あらためて慎重に検討し直してみる姿勢が大切である。<sup>(1)</sup>ただ、死刑は極刑としての特異性をもつ為、一般には死刑だけに焦点をあて、論ぜられる嫌いがある。死刑は刑法九条に規定される刑罰体系の中でその本質を問われるべきものである。そのような視点を指示しつつ、歴史的な刑罰観の変遷をみて未來法へ繋いでいくこととなる。そのように考えてみると、結果的に、所謂「学派の争い」の説明を前面に出すのが上策ではないかと思う。旧派の応報刑論を押さえることで、古来の部族的な刑罰発生史に言及でき、カント、ヘーゲルの名前も教えられ、イタリアにも触れることでベッカリアの名も出るのである。罪刑法定主義の意義にも帰一していく。これに対する批判的な問題意識の結果が新派目的刑論である。リストのマールブルグ綱領はイエーリクを引き寄せる。これ等の沃野の中で、刑罰の本質や目的を思考することは迂遠ではあるが、広く刑罰というものを思索する礎えになると信ずる。死刑の特異性故の問題点もやはり、広くこの中で明らかにされ、論ぜられるべきである。

学派の争いを前面に犯罪論に遡る。そこで、刑法学の基本的対立である客観主義刑法理論と主観主義刑法理論が登場する。そこを学ぶ過程で、単なる受験勉強に終らない学問的関心と視野が開けるはずである。裁判員の人材は多種多様であつてよい。むしろその方が本制度の意義によく合致する。学部で法律学を修めた人間も厳然その構成要員である。それとして、可能な限り充分な学識と思考力・判断力を備えるべきであると考える。

以上、一方で法科大学院の存在を視野に入れ、他方、間近に迫った裁判員制度の実施に並行しながら、限られた講義時間の中で何をどのように語るべきなのか、講義の現場にある者としてあらためて反芻しつつ、講義内容の取捨選択の一案を述べてみた。自らの覚書としてまとめたに過ぎないものではあるが、2の(1)で明らかにした、今後依つて扱つて体系論は同門の良き先達に導かれ達し得た新たな出発点であり、それを記念すべき本号で明文にて



きたことを特に喜びとするものである。

(1) 採られる立場は違法・有責類型説であるが、例えば、団藤重光「刑法綱要総論」改訂版一一二頁参照。行為の主体・客体・状況等も定型化に役立つ要素であるといわれる。それ故、行為とは単なる外形的動作を意味するものではない。客観的側面は行為の要素として、主要なものではあっても、それが全てではない。

(2) 立石二六「刑法総論」補正版一一七頁参照。

(3) 同旨。岡野光雄「刑法要説総論」三六頁、大嶋一泰「刑法総論講義」八八頁参照。

(4) 内田文昭「改訂刑法I（総論）」補正版一七八頁参照。

(5) 立石・前掲書一九五頁に同旨。

(6) 立石・前掲書一一八頁参照。

(7) 同旨。岡野・前掲書八七頁。

(8) 立石・前掲書一一七頁参照。

(9) 立石・前掲書一一七頁参照。

(10) 通称である。正式には「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」(二〇〇四年五月二八日公布)という。本稿はこの法律を直接の論点とするものではないので、可成雑駁・恣意的な引用に終始していることをお許し願いたい。

本法律の極く概略が把握されれば足りるという意図で採り上げている。詳細は同法参照。目次のみここに添付する。

## 目次

### 第一章 総則（第一条―第七条）

#### 第二章 裁判員

- 第一節 総則（第八条―第十二条）
- 第二節 選任（第十三条―第四十条）
- 第三節 解任等（第四十一条―第四十八条）
- 第三章 裁判員の参加する裁判の手續
  - 第一節 公判準備及び公判手續（第四十九条―第六十三条）
  - 第二節 刑事訴訟法等の適用に関する特例（第六十四条・第六十五条）
  - 第四章 評議（第六十六条―第七十条）
  - 第五章 裁判員等の保護のための措置（第七十一条―第七十三条）
  - 第六章 雑則（第七十四条―第七十六条）
  - 第七章 罰則（第七十七条―第八十四条）
- 附則

(11) 私見については拙著「死刑存廃論の問題性」(中央学院大学法学論叢第一五卷一・二号) 参照。