

國學院大學学術情報リポジトリ

事実認定をめぐる破棄理由：
最三小決平二五・四・一六を契機として

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-05-11 キーワード (Ja): 事実認定 キーワード (En): 作成者: 中川, 孝博 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/0002000370

事実認定をめぐる破棄理由

——最三小決平二五・四・一六を契機として——

中川 孝博

はじめに

一 本件一審判決の特徴

二 本件高裁判決と最高裁決定

三 法解釈の説示方法

四 本件一審の問題点

五 破棄理由のふりわけを厳密に行わないことの弊

害

六 解決策

むすびにかえて

はじめに

裁判員裁判において、事実の認定、法令の適用（法令のあてはめ）、刑の量定は裁判員と構成裁判官の合議により行われる（裁判員法六条一項）。これに対し、法令の解釈に係る判断は構成裁判官のみの合議により行われる（同法同条二項一号）。

このような法律関係の中においては、一審（裁判員を含む裁判体）が出した判決を上訴審が審査する場合に、

「一審の判決書を読むと事実の認定を誤ったようにみえるが、そのような事実誤認が生じた原因は、一審の構成裁判官が法令の解釈を誤った点にあるのではないか、あるいは、一審の構成裁判官が法令の解釈を適切に裁判員に説明しなかった点にあるのではないか」と疑われる事案が生じ得る。このような場合、控訴審はどのような理由で破棄すべきだろうか。事実誤認（刑事訴訟法三八二条）だろうか。それとも法令適用の誤り（同法三八〇条）だろうか。⁽¹⁾あるいは他の破棄理由にすべきだろうか。

最高裁第三小法廷平成二五年四月一六日決定⁽²⁾の内容は、このような問題関心を喚起するものになっている。本件は、裁判員を含む裁判体が出した無罪判決⁽³⁾に対し、控訴審が事実誤認を理由に破棄した事案⁽⁴⁾であった。最高裁決定は、「原判決は、第一審判決の事実認定が、経験則に照らして不合理であることを具体的に示して事実誤認があると判断したものであるといえるから、原判決に刑法三八二条の解釈適用の誤りはなく、原判決の認定に事実誤認はない」と判示して上告を棄却したものである。つまり、事実誤認の問題として処理したわけである。

しかしながら、本決定に付された大谷剛彦裁判官の補足意見は、「第一審と控訴審とで、共謀共同正犯の『共謀』という法的な概念を伴う事実の認定において、当てはめる法的な概念についての認識に差があり、ひいてはその認定に求められる推認の内容、程度（合理的な疑いを超える程度）に差があったのではないかと窺われないわけではない」と述べ、法令解釈の誤りが本件の真の問題である可能性を示唆している。しかし大谷補足意見自体は、「それが法令解釈、法令適用の誤りとみるか事実認定の誤りとみるかはともかく」と述べ、本決定や控訴審判決が事実誤認の問題として本件を取り上げたこと自体を特に問題とはしていないのである。しかしそれは妥当か。

このような問題意識から、次のような順序で検討を進めたい。一では、本件一審判決のテキストを紹介し、共謀共同正犯の成立に関し黙示の意思連絡が問題になりうる事案であるにもかかわらずその有無の検討が全く明示され

ていないという特徴を当該判決書が持っていることを指摘する。二では、一審判決を破棄した控訴審判決も、上告を棄却した最高裁決定も、事実誤認の問題として処理したことを紹介する。三では、裁判員を含む裁判体の構成裁判官がいかなる役割を果たすことが期待されているかをまとめ、本件一審の誤りが事実誤認以外にあったと仮定した場合にいかなる誤りがあつたとみるべきかを検討するための座標軸を設定する。四では、三で設定した座標軸により、本件一審が誤つた点についていくつかの仮説を立て、共謀共同正犯の成立要件に関する説示に瑕疵があつたために裁判員が誤つた実体法解釈に基づいて証拠を評価したという仮説の成立可能性が最も高いことを示す。五では、本質的問題が法令解釈の誤りにあるにもかかわらず、本件控訴審判決や最高裁決定のように証拠評価の誤りとして処理されるところのような弊害が生ずるかを検討する。そして六では、五で指摘した弊害の発生を予防するための解決策を提示する。

一 本件一審判決の特徴

本件訴因は、「被告人は、氏名不詳者らと共謀の上、営利の目的で、覚せい剤を日本国内に輸入しようと計画し、……メキシコ合衆国のB営業所において、覚せい剤……を……隠し入れた段ボール箱二個を……保税蔵置場留め被告人宛てに発送し、……同国の空港において、同空港関係作業員に航空機に積み込ませた上、……航空機により、……前記段ボール箱各一個を……C空港駐機場に到着させた上、同空港関係作業員に航空機の外へ搬出させて覚せい剤……を日本国内に持ち込み、さらに、前記保税蔵置場にそれぞれ到着させ、……東京税関検査場において、同税関職員の検査を受けさせたが、関税法上輸入してはならない貨物である前記覚せい剤を発見されたため、前記貨

物を受け取ることができなかった」というものである。

被告人が実際に行ったとされる行為のうち、メキシコから来日し、段ボール箱（本件ではクリーン・コントロール・デリバリーが実施されていたため、段ボール箱内に隠匿されていた覚せい剤は代替物に置き換えられている）を受け取り、ホテルに戻って段ボール箱の一部を開封したという点に関しては争いがない。一審で争点となったのは、故意、営利目的、共謀の存在であった。一審は、故意と営利目的については認めたものの、共謀の存在については、「被告人と犯罪組織関係者が、本件貨物発送時以前において、共同して覚せい剤を輸入するという意思を通じて合っていたと認められるかを検討する」という問題設定をして検討したうえで、証明なしと判断した。当該判示部分を表 1 に示す。オリジナルは①から⑨の順に記されているが、検討のため分解して表示した。下線は筆者が付したものである。

後に示すように、控訴審判決は黙示の意思連絡があったと認定し、最高裁決定は高裁の認定を是認している。つまり、両上訴審が検討に重きをおいたのは、黙示の意思連絡があったか否かという論点である。

しかし、この一審判決書からは、黙示の意思連絡があったか否かという点を重要な争点として顕在化し、その争点について判断した形跡がみられない。この点に関して、判決理由の特徴を二点指摘できる。

第一に、検察官の主張は、①の下線部分からわかるように、「事前共謀」が存在したというものである。黙示の意思連絡があったという主張を明示しているわけではない。むしろ、①や②の内容から示唆されることは、検察官が具体的な共謀（意思連絡）の態様を主張していたわけではなく、いくつかの間接事実を列挙して共謀が認められるという大雑把な主張をしていたということである。

第二に、意思連絡があったか否かを問題にしている箇所（④⑥⑧⑨の下線部分）のうち、黙示の意思連絡があっ

たか否かを明示的に検討しているところは全くない。むしろ、⑥の下線部分では、日本へ輸入するものであることを「知らされた」との事実は認められないと述べ、犯罪組織から輸入の事実を直接示されていたかのみを問題にし、犯罪組織関係者の意図を被告人が暗黙のうちに察知したか否かを問題にしていない。

黙示の意思連絡しかなかった場合であっても、他の事情と総合評価することによって、共謀共同正犯が認められ

表1 本件一審判決の共謀に関する判示部分

論 点	論点の検討	結 論
① 検察官は、本件が、大量、高価な覚せい剤を日本に輸入するという事案であり、現に被告人宛ての本件貨物を被告人自身が受け取っていることから、事前共謀が推認されると主張する。	② しかし、それは、結局、およそ外国から大量の覚せい剤の入った荷物を受け取った者は、輸入について事前共謀をしているという経験則の存在を前提とするもので、当裁判所は、それには全く賛成できない。	⑨ そうすると、本件では、被告人と犯罪組織関係者が、本件貨物発送以前において、共同して覚せい剤を輸入するという意思を通じていたことが常識に照らして間違いはないと言えない。
③ さらに、関係各証拠から、被告人と犯罪組織関係者との共謀の存在を推認させる事実が認められるかを検討しても、	④ 被告人と犯罪組織関係者との間で交わされたメールの送受信履歴及び内容は、被告人と犯罪組織関係者が、共同して覚せい剤を輸入することについて意思を通じ合っていたことを推認させるには足りない。	
⑤ また、犯罪組織関係者から被告人に対してなされた指示の内容や、Dらとの面会の目的については、	⑥ 被告人供述のほかに証拠はなく、被告人供述を前提とすれば、本件貨物発送時以前に、被告人が、犯罪組織関係者から、本件貨物の中身が覚せい剤であり、メキシコから日本へ輸入するものであることを知らされたとの事実は認められない。	
⑦ その他の証拠の内容にも、	⑧ 被告人と共犯者との意思の連絡を推認させる点は見当たらない。	

得るという前提に立っているならば、このような判示のしかたはいかにも奇妙である。しかも一審判決は、被告人に故意があること、すなわち、本件貨物発送時において本件貨物の中身が覚せい剤である可能性を認識していたこと、および、本件貨物をメキシコから日本へ輸入することを認識していたことを認定したうえで、なお黙示の意思連絡の存在について明示的に検討していないのである。これは、黙示の意思連絡にすぎなくても共謀共同正犯は成立し得るという前提に立ったうえで証拠評価を誤ったというよりも、そもそも黙示の意思連絡では共謀共同正犯を認めるに足りないという前提で証拠を検討したために黙示の意思連絡の有無に関する検討をしなかったことを示すものではなからうか。

二 本件高裁判決と最高裁決定

実際、黙示の意思連絡があったにすぎなかったとしても共謀共同正犯は成立し得るという前提に立った場合、本件一審のように、覚せい剤輸入の故意を認めておきながら黙示の意思連絡を認めないというのは奇妙なことに思われる。控訴審もそうに感じたのであろう。控訴審判決は、記録・証拠の検討に移る前に、わざわざ以下のような前置きを置いている。

原判決は、被告人につき、覚せい剤輸入の故意が認められるとしながらも、犯罪組織関係者との共謀は認められないとする。

しかし、本件は、メキシコの犯罪組織が覚せい剤をメキシコから日本に密輸入し、それを被告人に受け取らせようとし

たものであるから、被告人の覚せい剤輸入の故意とは、被告人が犯罪組織による日本への覚せい剤の密輸入に協力しようとする意図である。そして、被告人がそのような故意を持つに至ったのは、被告人が犯罪組織関係者から日本へ行って荷物を受け取るようになどと依頼をされ、犯罪組織が覚せい剤を密輸入しようとしているのかもしれないなどその意図を察知しながら、その依頼を引き受けたからにほかならない。そうであるとなると、被告人は、特段の事情がない限り、犯罪組織関係者と暗黙のうちに意思を通じたものであって、共謀が成立したと認めるべきではないかと思われる。

もつとも、控訴審判決を読む限り、控訴した検察官が黙示の意思連絡が認められると主張しているわけではないことに注意しておかねばならない。控訴審判決に示されている控訴趣意の論旨は、以下のとおりである。

原判決は、検察官が被告人の覚せい剤輸入の故意と共謀の存在を認定する証拠として主張した間接事実、すなわち、被告人が本件覚せい剤を受け取るため、犯罪組織関係者から多額の資金提供を受けて来日したこと、来日前後において、犯罪組織関係者との間でメールをやり取りしたり面会するなど接触を重ねたこと、運送業者に電話をかけたりそのサイトを閲覧するなどして、本件貨物の通関状況を確認した上で、本件貨物を受け取ったことなどの間接事実の持つ推認力を正當に評価しないで、不合理な弁解にすぎない来日の経緯等に関する被告人の供述の信用性を認め、これを前提に共犯者との意思の連絡を推認させる点は見当たらないとして共謀の成立を否定したものであり、証拠の取捨選択とその評価を誤り、事実を誤認したもので、その誤認は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、破棄を免れない。

これを素直に読む限り、検察官は、一審の時と同様、多数の間接事実を列举し、もって共謀が認められるという

主張を繰り返しているものであり、共謀の具体的態様を黙示の意思連絡に絞り込んだ主張をしているわけではないのである。

さて、控訴審判決は、具体的に記録・証拠を検討したうえで、次のように述べている。

……被告人は、犯罪組織が日本に覚せい剤を密輸入しようとしているかもしれない、そしてそれを自分が受け取るというところかもしれないとの認識を持ったものと認められる。すなわち、被告人は、犯罪組織が日本に覚せい剤を密輸入しようとしているのかもしれないなどその意図を察知したものといえる。

このように、被告人が、犯罪組織が日本に覚せい剤を密輸入しようとしているかもしれないとの認識を持つに至ったのは、犯罪組織関係者が、上記のとおり、被告人がそのような認識を持つのも自然といえるような状況の下に、荷物の受取役を依頼したからにほかならない。また、犯罪組織関係者が、被告人がそのような認識を持つことのないようにする手だてを講じた形跡もない。すなわち、犯罪組織関係者は、被告人が犯罪組織の覚せい剤密輸入の意図を察知するかもしれないことを予測し、これを許容しながら荷物の受取役を依頼したものと推認できる。そして、被告人は、犯罪組織の覚せい剤密輸入の意図を察知しながら、その依頼を受けたものである。

以上からすると、被告人と犯罪組織関係者との間に、本件覚せい剤の輸入につき暗黙の了解があったと推認できる。

このように述べた後、暗黙の了解があったという推認を裏付けるいくつかの事情を挙げたうえで、「被告人は、犯罪組織関係者との間で、本件覚せい剤の輸入につき暗黙のうちに意思を通じたものと認められ、本件覚せい剤輸入の故意及び共謀が認められる」と結論し、「上記のような客観的事情等があるにもかかわらず、これらを適切に

考察することなく被告人と犯罪組織関係者との共謀を否定した点は、経験則に照らし、明らかに不合理であり、是認することができない。したがって、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認がある」と断じた。

最高裁決定の法廷意見も、以下のように判示して、控訴審判決を是認している。

被告人が犯罪組織関係者の指示を受けて日本に入国し、覚せい剤が隠匿された輸入貨物を受け取ったという本件において、被告人は、輸入貨物に覚せい剤が隠匿されている可能性を認識しながら、犯罪組織関係者から輸入貨物の受取を依頼され、これを引き受け、覚せい剤輸入における重要な行為をして、これに加担することになったといえるのであるから、犯罪組織関係者と共同して覚せい剤を輸入するという意思を暗黙のうちに通じ合っていたものと推認されるのであつて、特段の事情がない限り、覚せい剤輸入の故意だけでなく共謀をも認定するのが相当である。原判決は、これと同旨を具体的に述べて暗黙の了解を推認した上、本件においては、上記の趣旨での特段の事情が認められず、むしろ覚せい剤輸入についての暗黙の了解があつたことを裏付けるような両者の信頼関係に係る事情がみられるにもかかわらず、第一審判決が共謀の成立を否定したのは不合理であると判断したもので、その判断は正当として是認できる。

以上によれば、原判決は、第一審判決の事実認定が経験則に照らして不合理であることを具体的に示して事実誤認があると判断したものといえるから、原判決に刑法三二条の解釈適用の誤りはなく、原判決の認定に事実誤認はない。

以上のように、控訴審も上告審も、一貫して、一審判決が共謀を認定しなかったことを事実誤認の問題と捉えて検討を加え、結論を出したという点で一致している。

しかしながら、前述のように、一審は事実認定を誤ったのではなく、共謀または共謀共同正犯の成立要件に関する解釈を誤ったのだとすると、経験則に照らして不合理であるなどと一審判決を論難することは全くの的外れということになり、問題の本質を捉えていないことになる。そこで次に、本件において問題の本質がどこにあったのかを検討してみたい。そのためにまず、裁判員裁判において、裁判長が法解釈について裁判員にどのように説示すべきと考えられているかを概観しておこう。

三 法解釈の説示方法

1 法解釈の説示方法総論

裁判員裁判においては、法令の適用すなわち法令の当てはめは裁判員と構成裁判官の合議により行われる（裁判員法六条一項二号）が、法令の解釈に関する判断は構成裁判官の合議によって行われる（同法六条二項一号、六八条一項）。法令の解釈に関する評議を構成裁判官が行う際に、裁判員に評議の傍聴を許したり、裁判員の意見を聴くことができる（同法六八条三項）が、最終判断は構成裁判官が行うわけである。そして、裁判長は、必要なときは、裁判員に対し、構成裁判官の合議による法令の解釈に係る判断を示さなければならず（同法六六条三項）、裁判員はそれに従って職務を行わなければならない（同法同条四項）。

この法令解釈に関する説示をどのように行うべきかについては、裁判員法施行前から議論がなされてきたところである。例として、司法研究報告書 61 輯 2 号『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』（以下、「同書」）の内容を抜粋紹介してみよう。

第一に、評議全般について、漫然と裁判員の自由な意見に委ねてはならないことが強調されている。同書によると、裁判官の間には、「『裁判員を説得するのではなく、できるだけ自由に意見を述べてもらうべきである』とか、『構成要件や刑事裁判実務で形成された事実認定の手法の枠にはめるような評議をしてはならない』といった問題意識を皮相的に受け止め、裁判官としての立場から意見を言うことをできるだけ差し控えなければならないのではないかといった認識」が、多かれ少なかれあったように思われるという。しかし同書は、「裁判官の専門性は裁判員裁判においても少しも損なわれるものではなく、実体法等の正しい理解を踏まえ、評議が的確に行われるよう評議を勧めていかなければならない」と述べ、安易な運用を戒めている⁽⁵⁾。

第二に、法令の解釈を裁判員に示すことについて、以下のように述べている。すなわち、「裁判法六条一項二号の『法令の適用』と裁判官の役割とされている法令の解釈との関係にも留意する必要がある。同号の『法令の適用』は、いわゆる『法令の当てはめ』であり、裁判官が示した法令の解釈を前提として、認定した事実がそれに該当するか否かを裁判官と裁判員の評議により判断することを意味する。したがって、例えば『殺意』、『心神喪失』、『心神耗弱』、『防衛行為の相当性』等に関する当てはめなど、構成要件的事実に評価的要素が加わる場合には、裁判官が裁判員にも理解でき、得心のゆく法令解釈を示す必要がある⁽⁶⁾」と。

第三に、法令解釈を裁判員にどのように具体的に示すべきかが、「未必的殺意」を例に記されている。同書は、「殺意の認定の基準となる状況証拠には、創傷の部位・程度、凶器の種類・用法、動機の有無、犯行後の行動等があり、これらの総合判断により殺意が認定される、との事実認定に係る判断手法の一般的な枠組み」を評議に先だって裁判員に提示してこれをまず理解してもらい、その枠組みを所与の前提とした上でどのような事実があったのかをこれに当てはめて評議を行うという方法は「適切ではない」と述べる。その理由は、「これは正に裁判官ある

いは法律家があらかじめ設定した思考回路を裁判員に押し付けることにほからならない」し、かつ、「裁判員に対し、そのとおりの論理過程をたどって意見を述べるように求めることは困難であろう」からというものである。

そこで同書は、「その（中川注：従来の）判断手法がいわゆる経験則を踏まえて実務上形成されることになった原点の考え方にまず立ち返った上で、法律家の思考の枠にとらわれずに、一般国民が理解できる本質をとらえた分かりやすい殺意についての説明を前提に、当事者の主張・立証に基づいて、殺意の認定上意味があると思われる事実について評議を進め、そこで認定された事実を総合評価する段階で、これを法的に評価するとどうなるかを検討しつつ、当てはめの作業を行っていく」という方法を提案し、そのような方法が「裁判員にとって理解しやすいであろう」と述べる。⁽⁷⁾

第四に、評議の結果をどのように判決書に記すべきかという問題に関連して、表 2 に掲げたような判決書サンプル（下線は筆者による）を掲げ、「殺意の意味内容の本質に立ち返って適切で分かりやすい説明方法を考え、裁判員に伝える必要がある」事案における判決書として、当該サンプルは、「この点を意識して、公判前整理手続にお

表 2 司法研究報告書 61 輯 2 号 32 ～ 34 頁に掲載されている判決書サンプルより

本件の争点は、被告人に殺意があったと認められるかどうかである。すなわち、検察官は、「被告人は、被害者の上半身に対し果物ナイフで相当強い力で刺したのであるから、自分の行為が被害者を死亡させる危険性が極めて高い行為であると分かって、その行為をしたと認められる。したがって、被告人に殺意があったと認められる。」と主張する。これに対し、弁護人は、「被告人と被害者には幼少の子供が二人おり、被害者は家族の経済的支柱であって、被害者を失うことは被告人にとっても大きな損失であるから、被告人において、あえて被害者を死亡させる危険性が極めて高い行為をするはずがない。被害者の致命傷は、果物ナイフを取り上げようとして被告人の手首をつかんだ被害者と、取り上げられまいとする被告人がもみ合ううち、はずみで刺さって生じたものであり、あえて被害者を死亡させる危険性が極めて高い行為をしたものではない。したがって、被告人に殺意は認められない。」と主張する。

いて、法曹三者共通の枠組みとして、『自分の行為が被害者を死亡させる危険が極めて高い行為であると分かって、その行為をした』と認められるかどうかということが判断の対象として設定され、これが認められるか否かに焦点が定められて審理・評議が行われたことが推知される⁽⁸⁾。ものと評価している。確かに、下線部分から、検察官も弁護人も「自分の行為が被害者を死亡させる危険性が極めて高い行為であると分かって、その行為をしたのか」という基準に従って主張を行ったことがよくわかる（裁判所の解釈を端的に記せばよりわかりやすくなると思うが）。以上をまとめると、①実体法の解釈は裁判員に適切に伝えなければならない、②その解釈は、裁判官が有している従来の枠組みをそのまま提示するのではなく、そのような枠組みが形成された原点に立ち返って本質を捉えたわかりやすい説明をしなければならない、③公判前整理手続において、問題となる点の解釈について当事者共通の合意を得たうえで、審理・評議を行わねばならない、ということになる。

2 共謀共同正犯に関する説示の方法

次に、共謀共同正犯に関する説示をどのようにしたらよいかという点をみてみよう。この点について最も詳細に論じているのは、杉田宗久Ⅱ平城文啓Ⅱ仁藤佳海「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(上)(下)」判例タイムズ一三五五号(二〇一一年)七五頁、一三五六号(二〇一一年)五〇頁である。そこで、本論文の主張の骨子を紹介する。

本論文は、従前の裁判官裁判について、「共謀共同正犯の成否等が争われた場合であっても、当事者双方が、それぞれ『共謀を推認させる事実』や『共謀の存在と相容れない事実』を漫然と並べ立てて主張・立証し、これに対し、裁判所は、判決中に至って初めて、その裁判体が必要と考える共謀共同正犯の要件事実を明らかにするとともに

に、それへの事実の認定・当てはめを行って、共謀共同正犯の成否に関する結論を出すというパターンが多かったのではないかと思われる」との認識を示している。

しかし、このような運用は、裁判員裁判の下では「およそ維持し難い」。なぜなら、「裁判員は、そもそも共謀共同正犯とは何なのか、それが認められるためにはどのような要件事実が必要なのかを事前に全く把握していないのであるから、法曹三者が協力してその要件判断の道筋をつけていかないことには、裁判員においても共謀共同正犯の成否に関する適切・妥当な判断を行うことはおよそ達し得ない」からである。

その中でも、法令解釈の責務を有する裁判所の役割はことに大きいと本研究は述べる。「刑法六〇条がごく簡略な構成要件しか定めていないこともあって、……共謀共同正犯の成立要件の捉え方には種々様々な考え方が存するのであるから、裁判所が強いリーダーシップを発揮しないことには、適切な争点整理・証拠整理を行い得ないことは明らか」という。そのため、公判前整理手続の比較的早い時期に、裁判員に対する説明案を当事者にも示すことにより、共謀共同正犯の成立要件に関する裁判員の理解と当事者の理解とを一致させ、これをベースとして当事者に主張・立証してもらいう形態を「最も理想的」とする。裁判所と当事者のいづれかとの間に見解の食い違いが存する場合には、当面、法令解釈に関する意見を留保する形でこれに従ってもらい、法解釈に関する見解の相違に関しては控訴審で争ってもらうしかなないと述べている。⁽⁹⁾

なお、本論文は説明案も提示している。その中から、意思疎通の方法を示した箇所を抜き出して以下に引用しておこう。

まず、共同して犯罪を実行する以上、当然のことですが、共犯者が相互に、この犯罪を一緒にやろうという意思を互い

に通じ合っていなければなりません。

共同してどこかの部屋に共犯者みんなが集まって犯罪の計画を謀議しているような場合には、互いに意思疎通があることは明らかですが、もちろん、犯罪はこんな分かりやすい場合ばかりとは限りません。裁判員の皆さんも経験がおりかと思いますが、他人と意思を通じ合うためには、必ずしも言葉を交わさなくとも、アイコンタクトでそれを行うことも可能ですし、また、相手の態度を見てこちらが一定の態度を示すことによって無言のうちに意思疎通を行うことも可能です。暴力団のような場合ですと、組長が配下の組員に対しあごをしゃくり、組員がその意味を理解して一定の犯罪行動を行えば、これも立派な意思疎通です。⁽¹⁰⁾

以上のように、本研究は、間接事実を漫然と列挙して以下の事実を総合すれば共謀が認められるといった認定方法に異を唱え、共謀共同正犯の成立要件をわかりやすく裁判員に伝え、かつ、裁判員に伝える解釈内容を踏まえた審理計画を立てるよう要請している。これらの主張は、「本質に立ち返ったわかりやすい説明をすべきこと」、「当該解釈によることを法曹三者で合意して主張・立証を進めるべきこと」という司法研究の考えと軌を一にして、共謀共同正犯の成否が争われる場合の処理方法を敷衍したものといえよう。

四 本件一審の問題点

それでは、三で紹介した考え方を用いて、本件一審判決が事実誤認で破棄されてしまった原因を検討してみよう。

第一の仮説は、一審が本当に事実誤認をしてしまったというものである。しかし、本件では、メキシコから空輸された覚せい剤を日本国内において受け取るという重要な行為をなそうとしていたものであり、その役割は重大である。そうであるならば、従来の判例理解、とりわけ、いわゆるスワット事件最高裁判決以後の判例理解を前提とする限り、黙示の意思連絡があつたにすぎなかったとしても共謀共同正犯と認定される可能性が非常に高い事案であつたと言わねばならない。したがって、黙示の意思連絡があつたか否かは、本件において共謀共同正犯の成立が認められるか否かを検討するにあたつて重要な論点であつたはずである。もし一審裁判官がこのことを認識したのであれば、黙示の意思連絡があつたか否かという論点を判決書に明示せず、当該論点についての検討結果とその過程も記述しないということは通常考えにくい。しかも、被告人に故意を認めたくえて、共謀を否定しているのである。したがって、この仮説が成り立つ可能性は低いように思われる。

第二の仮説は、裁判長が共謀共同正犯の成立要件について何ら説示をせず、裁判員の自由な議論に委ねたというものである。しかし、判決中には「意思を通じていたと認められるかを検討する」等と記しており、共謀が認められるために必要な要件らしきものは記されている。したがって、判決書から推測する限り、要件を何ら立てずに裁判員の自由な議論に委ねたとは考えにくい。

第三の仮説は、構成裁判官が従来の判例理論とは異なる解釈——例えば、意思連絡があつたと認められるためには明示の謀議が必要である——を採用し、裁判長がその旨裁判員に説明したというものである。しかしこれもまた、成立可能性の低い仮説である。

第四の仮説は、裁判長は従来の判例理論とは矛盾しない説示をしたのだが、その説明に何らかの瑕疵があり、裁判員に十分に伝わらなかったというものである。私自身が最もあり得ると考えているものは、以下のようなもので

ある。すなわち、構成裁判官は、非常に大雑把な説示案——例えば、実務上一定の影響を与えたと思われる司法研究報告書61輯1号『難解な法律概念と裁判員裁判』が唱えている「『犯罪を共同して行う意思を通じていた」ということができるかどうか』を判断対象とする旨説明すれば足りる」⁽¹²⁾とする案——を採用し、どのような場合に「意思を通じていた」といえるかについてさらに突っ込んだ説示をせずに裁判員の自由な議論に委ねたというものである。前述のように、一審判決書には「共同して覚せい剤を輸入するという意思を通じていたと認められるかを検討する」と記されているが、この表現は司法研究報告書の説示案とほぼ同じといってよいし、黙示の意思連絡があったか否かという問題立てを判決書中で一切していないのもこの推測を裏付ける。さらに、検察官が、一審判決書や控訴審判決書を読む限り、一審においても控訴審においても、従来の実務と同様、「『共謀を推認させる事実』を漫然と並べ立てて主張・立証」する形をとっているように見えるのもこの仮説と符合する。黙示の認定に特化した主張・立証を検察官がしていないのは、裁判所が公判前整理手続で、黙示の認定に関する説示案を検察官および弁護人に示していない（あるいは協議の上撤回した）ことを示唆している⁽¹³⁾。

この第四の仮説が成立すると認められるならば、一審の誤りの実体は、法令解釈の誤り、または訴訟手続の法令違反ということになる。裁判員が「意思を通じていたか」という基準を自由に受けとめ、黙示の意思連絡しか認められない場合でも共謀共同正犯は成立し得るという可能性を考慮せずに無罪と判断したと考えると、有罪認定しなかった原因は「法令解釈の誤り」である。適切な法令解釈の説示を裁判員に行わなかったことを捉えれば「訴訟手続の法令違反」ということになる。

なお、評議の途中で構成裁判官は、黙示の意思連絡では足りないことに気付いたかもしれない。そのような場合、構成裁判官は誤解を正さねばならないだろう。

この点に関連して、ある論者は、以下のように述べている。

裁判員の関与する犯罪事実の認定において、認定した具体的事実 a が構成要件的事実である A に該当すると判断するのは、法令の適用に当たる。A 事実が社会通念上も明確なものであったり、a 事実の該当性が明確なものであったりすれば、問題は生じないであろうが、そこに評価的要素が加わる場合には、さらに法令の解釈が必要となることが考えられ、法令の適用は示された解釈に従って行われなければならない。たとえば、裁判官が、強盗致傷罪が成立するには手段となった「暴行」が「被害者の反抗を抑圧するに足りる」ことが必要であり、それに至らない程度であれば強盗罪の「暴行」に当たらないという法令の解釈を示したところ、当該事件で用いられた b という具体的行為が強盗罪の「暴行」と判断するのは法令の適用に当たる。裁判官もそれが法令の解釈に適合するものと考えた場合には、それ以上の解釈を示すことはないであろう。逆に、裁判官が b 暴行のような態様で「反抗を抑圧するに足りる」という要件を満たすか疑わしいと考えた場合には、更に「反抗を抑圧するに足りる」とは一般人であれば財物を奪われないように抵抗することを断念する程度のもをいい、被害者を畏怖させるにとどまるような態様の暴行では足りないものと解される旨の解釈を具体例を交えながら示すことになる。法令の適用は示された解釈に従って行われなければならないから、その解釈に従って、b 暴行が強盗罪の「暴行」に当たるか否かが検討されることになる。このように、法令の適用と解釈が絡み合っている場合もあり得るが、そのような場合には、裁判官が問題をより細分化して系統だった解釈を示し、裁判員とともに必要な事実を認定し、解釈に従って法令を適用することによって解決することになる。⁽¹⁴⁾

この考え方に依拠すると、本件一審裁判長には、問題をより細分化して系統だった解釈を示すことを怠った違法

があるとも考えられるだろう。細分化された解釈、すなわち黙示の意思連絡でもよいとする解釈が示されるのは控訴審に至ってから、というのでは遅すぎるのである。

五 破棄理由のふりわけを厳密に行わないことの弊害

1 大谷補足意見

ところで、本件最高裁決定における大谷剛彦裁判官の補足意見は、以下のように述べ、一審が法令解釈の誤りを犯した可能性について言及し、裁判員裁判を担当する裁判官らに対し、一層の努力を要請している。

第一審判決は、……犯罪組織からの依頼状況、依頼内容、被告人の受取状況を踏まえながら、これら事情は貨物の中味が覚せい剤であることの可能性の認識や犯罪組織と被告人の意思の連絡を推認するに足りないとし、被告人の自認をもつて故意は認定しながら、なお共同して覚せい剤を輸入するという意思を通じ合ったことが常識に照らし間違いないとは言えないとした。その具体的推認の過程は明らかではないが、第一審と控訴審とで、共謀共同正犯の「共謀」という法的な概念を伴う事実の認定において、当てはめる法的な概念についての認識に差があり、ひいてはその認定に求められる推認の内容、程度（合理的な疑いを超える程度）に差があったのではないかと窺われないわけではない。第一審が、「共謀」の認定において、仮に、暗黙の了解ではない謀議のごとき強い意思の合致を求め（因みに第一審判決は黙示的な意思連絡について触れるところはない）、それ故に共謀の認定に合理的な疑いが残るとするのであれば、それが法令解釈、法令適用の誤りとみるか事実認定の誤りとみるかはともかく、判決破棄の検討対象にならざるを得ない。

共謀共同正犯における「共謀」の意義については、「共謀」をもって犯罪実行者と同等の刑責を負わせることになることから、法律実務家の間でも、明示的な意思の合致を要するかどうか、確定的な認識を要するかどうか、積極的な加担の意図を要するかどうか等について、長らく議論がされてきたところである。裁判員制度の実施に当たり、裁判員と裁判官が、法的な概念について、可能な限り共通する理解の下で事実の認定に当たれるよう、その本質ないし本当に意味するところに立ち返った理解や、裁判員への分かりやすい説明の工夫について研究が行われてきており、成果も上がっていると思われる。裁判員に法的な概念を説明するのは、裁判官（長）の役目である（裁判員法 66 条 5 項）。裁判員に対し、適切な説明を行って職責を十分に果たすよう配慮する趣旨においても、法的概念についての共通の理解と認識に向けて、一層の研究と裁判官（長）の説明努力が期待されるところである。

このうち、第二段落で言及している点は、前述の司法研究等に示されている基本的視点と合致している。表現も「その本質ないし本当に意味するところに立ち返った理解」等、司法研究等に非常に似通った表現が用いられている。特に問題とすべき点はない。

しかし第一段落については問題がある。実質的には法令解釈の誤りではないかという問題意識は正当であるものの、「それが法令解釈、法令適用の誤りとみるか事実認定の誤りとみるかはともかく」と述べてしまっており、法令解釈の誤りを理由として破棄すべきか、事実誤認を理由として破棄すべきかという点には関心を寄せていない。⁽¹⁵⁾しかし、法令解釈の誤りに基づく誤判が生じたにもかかわらず、上訴審が事実誤認を理由として破棄してもよいとすると、種々の弊害が生じるのではないか。以下、考えられる弊害を挙げてみよう。

2 弊 害

第一に、一審裁判体は、経験則に反する不合理な証拠評価を行ったと見当違いの非難をされることになる。経験則に反する判断をしたということはすなわち、一審の裁判官や裁判員は非常識な判断をする人たちの集団であつたとラベリングされるのに等しい。このような不当なラベリングは行われるべきでない。

第二に、問題の本質があいまいにされてしまう。特に裁判員裁判の場合、前述のように法令解釈の誤りの責めは構成裁判官に帰せられるべきものであり、裁判員に帰せられるべきものではない。それにもかかわらず、事実誤認ありとラベリングされてしまうと、誤判の責めは裁判官と裁判員の両方に帰せられてしまうことになる。

第三に、仮に構成裁判官が本来に従来の判例理論に異を唱え、新たな法解釈を提起したのだとすると、それが見過ごされてしまうことになる。裁判員裁判によつて従来の法令解釈が変容を遂げる可能性が指摘され、かつ、そのような変容を「好ましい効果」と捉える論者もいる。⁽¹⁷⁾ 好ましい変容をもたらすかもしれない下級審からのチャレンジが、事実誤認を理由として破棄されることにより、正面から吟味されることなくつぶされてしまうのは妥当でない。

第四に、事実誤認に該当するかどうかの判断基準が変容する危険性がある。本来事実誤認で処理すべきでないものを事実誤認として処理してしまうのであるから、そこには無理が生じるはずである。実際、本件控訴審判決や最高裁決定は、一審判決の証拠評価が具体的にどのように誤っているのかを論証することなく、経験則違反と一刀両断している。本件最高裁決定は、事実誤認を理由に無罪判決を破棄する場合に論証なき一刀両断を許すかのような印象を与えてしまった。今後、一刀両断型の無罪判決破棄事例が増えないか危惧される。

第五に、見当違いの法改正を後押しすることになる危険性がある。裁判員の事実認定能力に問題があるわけでは

ないのに、事実誤認を理由とする破棄判決が出たという結果だけに注目され、覚せい剤輸入等の事件については裁判員裁判の対象から外すといった改正案が出るなどが考えられる。

実際、いわゆる三年後見直しを検討する際に、覚せい剤関連事件についての無罪判決が目立ったことから、覚せい剤関連事件は裁判員裁判にはなじまないのが対象事件から外すべきだという意見もあったことに注意する必要がある。裁判員制度に関する検討会の最終報告書では、以下に引用した部分から明らかなように、この意見に対し賛意が示されることはなかった。そして、法制審議会に対し法務大臣から発された「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の一部改正に関する諮問第 97 号」⁽¹⁸⁾ にも、覚せい剤関連事件の対象除外という項目は盛り込まれなかった。事実誤認を理由とする破棄事件が積み重なり、再び見当外れの法改正へと向かわせることがないように、今後注意していくかねばならない。

覚醒剤の営利目的輸入事件については、海外の犯罪組織が関係して巧妙に行われるなど、国民が想像し難い犯罪類型である上、覚醒剤輸入の認識（故意）が争われると、背景事情等の間接事実を積み上げていくという立証の難しい事案が多いことから、市民感覚を反映させて裁判を行うという裁判員裁判の対象として適切なものだろうかとの問題提起がなされた。

しかし、これに対しては、

○裁判員制度は、一定の重大犯罪を対象とするものであって、国民になじみがあるか否かで事件を区別して、なじみがあるものを特に国民参加の対象とするという趣旨のものではない

○被告人の認識が争われる場合に、立証が必ずしも容易でないことは他の類型の事案でも見られることであって、覚醒剤

の営利目的輸入事件についても、裁判員が判断すべき事項に基本的に変わりはないはずである

○この種の事案では、無罪判決が散見されるが、同時に、否認事件であっても、有罪とされる事例も多い。この種の犯罪は、国民にとって理解しにくいのではなく、証拠収集が困難というところに、むしろ原因があると言うべきではないか

○この種の事案では、裁判員裁判と裁判官のみによる裁判とで量刑にほとんど差は見られないけれども、事実認定の上で市民感覚をいかすことの意義という点では、他の犯罪の場合と違いはないなどの消極意見が大勢を占めた。⁽¹⁹⁾

六 解 決 策

以上のような弊害の発生を防止するためには、やはり、誤判が生じた原因と破棄理由との乖離を生じさせないことが重要となる。そのためには誤判が生じた原因を正確に知ること、そして、正確に知ることができない場合のためのセーフティ・ネットを用意することが必要である。前者の方策としては、控訴審で一番の裁判官を証人尋問して評議の実際を知るといったことも考えられるが、評議の秘密が絶対視されている現状のもとでは受け入れられることはないだろう。そこで、後者に焦点をあてて考察することにする。

第一に、一審判決書の記載内容から、法令解釈を誤ったのか、それとも証拠の評価を誤ったのかが明確にわかる場合は、問題は少ない。前者の場合には刑事訴訟法三八〇条、後者の場合には刑事訴訟法三八二条に該当する旨を示して破棄すればよい。なお、ケースによっては、訴訟手続の法令違反（刑事訴訟法三七九条）を適用すべき場合も出てこよう。例えば、法令解釈自体に誤りがあるとまではいえないが、裁判員がその説示の意味を誤解し、この

誤解を放置していた場合が考えられる。もともと、判決書からそのような誤りがあったことが明確にわかるようなケースは稀であろう。

第二に、本件一審判決のように、誤判の原因が判決書の記載内容から明確に特定できない場合はどう処理すべきか。公判前整理手続の記録等からどのような説示を行ったのかなどを推知することができるケースの場合には、そのような調査によって法令解釈の誤り、事実誤認、訴訟手続の法令違反のいずれかにふりわけることができるかもしれない。しかし、実際のところ評議がどのようになされたかを正確に推知することは難しく、誤ったラベリングの危険は払拭できない。そこで、どのような法解釈をしたのかを判決書に明示しなかったことを理由不備と捉え、刑事訴訟法三七八条四号に基づき破棄するという方策を提案する。

このような方策は、判決理由の書き方は——刑事訴訟法三三五条の特則を除き——裁判所の自由裁量に委ねられているという一般的な考え方に照らすと奇異なものに思われるかもしれない。しかし、裁判に理由を付さなければならぬ（刑事訴訟法四四一条一項）根拠を示唆する明文規定は、「上訴を許さない決定又は命令には、理由を付することを要しない」と定める四四一条二項しかない。すなわち、上訴審の審査に資するためという根拠が唯一のものとなる。したがって、どのような理由が書かれねばならないかは、どのような審査が上訴審でなされるかにより決定されることになるはずなのである。⁽²⁰⁾

そして、前述のような弊害を防止するためには、法令解釈の誤りによる誤判なのか、それとも事実誤認による誤判なのかをはっきりさせねばならないのであるから、そのいずれかを決めることができるような判決書の書き方が求められるべきである。よって、そのような書き方がなされていないものは理由不備にあたると解されねばならない。このように判決書の書き方に瑕疵があることを理由に破棄を重ねていくことで、判決書の書き方に関するル―

ルが実務上形成されていくことが期待できよう。

なお、関連する論点について二点触れておく。第一に、これまで述べてきたような方策を実現するためには、控訴人の主張（控訴趣意）を超えた破棄理由の調査、および控訴人が主張していない理由に基づく破棄が必要となる場合が生じ得る。例えば、一番無罪判決に対し検察官が事実誤認を理由に控訴したが、事実誤認ではなく法令解釈の誤りではないかという観点から職権調査を行う場合が想定できる。職権調査について規定する刑事訴訟法三九二条二項についてはこれまでもさまざまな解釈がなされているが、どのような解釈論を採用しようとも、本稿が提案した方策を実現する範囲内において職権調査を義務付けることは可能と考える。従来の解釈の対立は、つまるところ実体的真実の追及という要請と適正手続の要請とのバランスのとり方に関する考え方の違い、または訴訟経済上の利益（控訴審の負担）をどの程度重視するかという点に関する考え方の違いに帰因しているといつてよいが、本稿が問題にしている職権調査はそのような価値観の対立には直接関わらないためである。

第二に、いわゆる調査および判断の省略の問題である。原判決を破棄する場合、控訴理由相互に論理的な先後関係があるときは、先順位のものに理由があれば、後順位のものについて判断を省略することができると一般に解されている。そしてこの論理的関係は先後関係は、訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用の誤り、量刑不当の順であると解されている。⁽²¹⁾

法令適用の誤りには実体法解釈の誤りも含まれると解されていることから、前述の検討順序を前提にすると、実質的には法解釈の誤りが誤判原因であった場合であったとしても、事実誤認として処理される可能性が出てくる。例えば、実体法上のある要件に該当すると言えるための基準が解釈によって変わってくる場合、控訴審が正しいと考える解釈・基準によるならば検討・認定する必要がある事情があったとしても、そのような解釈・基準を一審が

採用していなかったために、一審ではそもそもその検討がなされないことがあり得る。そして、原判決を破棄する場合、認定されるべき事実が認定されなかったものとして、「法令適用の誤り」以前の「事実誤認」で処理される可能性がある。

しかし、論理的順序にこだわるならば、従来から提唱されてきた順序は少々大雑把である。法的三段論法に忠実に従うと、法解釈による規範定立が先にあり、それに対して認定されるべき事実が決まってくる。法適用に必要な事実を認定することが次にくる。そして、その法に事実をあてはめるのである。したがって、訴訟手続の法令違反、法令適用の誤りのうち法令解釈の誤り、事実誤認、法令適用の誤りのうち法令解釈の誤りを除いたもの、量刑不当と並べるのがより論理的であろう。

なお、前述のような弊害を防止するため、事実誤認と法令適用の誤り（法令解釈の誤り）を重疊的に記すべきではなく、法令適用の誤りを理由とすべき場合には、事実誤認を理由とすべきではない。

むすびにかえて

本稿では、法令解釈の誤りと事実誤認とのふりわけをもっぱら問題にしたが、他にもふりわけの方法が問題となる場合はいろいろ考えられるだろう。これらを含めた体系的考察が今後の課題である。

また、本稿で提起したふりわけの問題は、つまるところ、一審の判決書が大雑把であることから生じる。したがって、一審の判決書が大雑把であることから生じる問題として捉えるならば、異なる破棄理由のふりわけに尽きない問題もまた体系的考察の視野に入ってこよう。

典型的には、一審の判決書に記されている証拠評価に関する説明を誤読することにより控訴審が事実誤認と判断してしまうという問題が挙げられる。私は、裁判員裁判施行前において、裁判員裁判における判決書の書き方が議論されている時に、過度に簡素化された判決書を認めるべきでないという趣旨の論文を発表している。過度に簡素化された判決書は、必然的にあげ足がとられやすくなり、上訴されやすくなるという危険をもたらし、かつ、判決理由に書かれていないことが多くなるため、原判決は審理不尽なものではないか、そして経験則に違反しているのではないかと疑問をもたれる可能性が広がり、上訴審の負担（当事者にとっても控訴審裁判官にとっても）を不必要に重くする危険をもたらすからである。そして、上訴審の比重が高くなるほど、一審の裁判員裁判の意義は低下する。裁判員のための裁判を強調することがかえって裁判員裁判の機能低下をもたらすという皮肉な結果を生じさせないようしなければならぬと考えていたのである。⁽²²⁾

残念ながら最近、ラフな一審判決書を控訴審が誤読し、最高裁が当該誤読を指摘する事例が登場した。すなわち、最高裁第一小法廷平成二五年一〇月二一日決定は、裁判員が加わった裁判体による無罪判決を破棄した高裁判決について、——原判決を破棄はしなかったものの——「原判決が、第一審判決について、事実認定の方法自体において誤っているとした説示には、所論指摘のとおり第一審判決に対する誤った理解を前提とする部分も含まれているから、そのまま是認することはできない」と指摘し、控訴審が一審判決を誤読していることを認めたのである。⁽²⁴⁾

このような、一審判決の誤読による手続の混乱を防ぐためには、判決理由の書き方を刑事司法手続内で規整していくのが効果的である。⁽²⁵⁾このような視点と方策に関心が寄せられることを願う。

- (1) 裁判員法六条一項二号のいう「法令の適用」は法令の当てはめを指すのに対し、刑事訴訟法三八〇条のいう「法令の適用に誤り」には、法令の当てはめの誤りのみならず、法令解釈の誤りも含む。
- (2) 以下のURLを参照。LEX/DB2545542
- (3) 東京地判平成二三年七月一日。LEX/DB25480573参照。
- (4) 東京高判平成二三年二月八日。LEX/DB25480572参照。
- (5) 以上、司法研究報告書61輯2号『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』(二〇〇九年——以下、「司法研究①」)一三—一四頁参照。
- (6) 司法研究①一四頁注9。
- (7) 以上、司法研究①一四—一五頁参照。
- (8) 司法研究①三七頁。
- (9) 以上、杉田宗久「平城文啓」仁藤佳海「共犯(1)——共謀共同正犯の成立要件(下)」判例タイムズ一三五六号五〇、六九—七〇頁参照。
- (10) 杉田ほか・前掲論文(注9)六七頁。この箇所は、「意思疎通は、事前謀議が行われる場合だけでなく、黙示の共謀や現場共謀でも差し支えない趣旨の記載である」という。同頁注49参照。なお、共謀共同正犯の成立要件を裁判員にどのように説示すべきかについては他にもさまざまな案が出されている。杉田ほか・前掲論文(注9)六一—六五頁にそれらが詳細に紹介・分析されている。
- (11) 例えば、町野朔「判批」別冊ジュリスト一八九号一五四頁参照。
- (12) 司法研究報告書六一輯一号「難解な法律概念と裁判員裁判」(二〇〇九年)五七頁参照。
- (13) 蛇足ながら、本文中に引用した杉田ほか・前掲論文(注9)の説示案によっても、裁判員に誤解を与える可能性はあると思われる。この説示案に示されている例は、アイコンタクトをしたり、あごをしゃくったりするなど、共犯者の何らかの行為・態度が存在するものがほとんどである。この説示を本件裁判員が受けた場合、本件においては相手からそれとわかるような具体的な行為・態度が存在したことが明らかでないので、「黙示的にも意思疎通はなかった」と判断されはしないか。
- (14) 池田修『解説裁判員法——立法の経緯と課題』(弘文堂、二〇〇五年)三四—三五頁参照。

(15) なお、寺田逸郎裁判官の補足意見は、「本件においては、第一審判決は、本件犯行について被告人には故意があったことを認めながら、本件犯行を計画し、あるいはメキシコから貨物を発送させた者など犯罪組織関係者らと被告人との間に共謀関係があることを認めなかったのであるが、上記のとおり被告人が引受けた役割が重要であることからすると、被告人の果たすべき役割の面で十分でないゆえにいわゆる正犯としてのレベルに達していないという意味で共謀関係にあるとはいえない(あるいは『正犯意思を欠く』)ということが問題とされたわけではないし、同判決が、この事案で共謀関係にあるといえるためには具体的な形で謀議が行われていなければならないとの考え方に立っていることを窺わせるところはないのであるから、本件における共謀関係の認定については、もっぱら、意思の連絡などによる関与者相互の結びつきが共謀関係というレベルに達しているかどうかを関係諸事実から立証できるかどうかの問題となつていたのであって、第一審がこれを否定的にみたことが不合理かどうかという点に絞られているといえる」と述べ、事実誤認を理由として破棄することを積極的に肯定しているようにみえる。しかし、本文においてこれまで述べてきたように、共謀共同正犯の成立要件についてどのような説示をするかという問題と、公判廷でどのような争点をどのような形で出すかという問題は密接に関連している。被告人の役割の重要性や謀議の行われ方に関する問題が表面に浮上してきていないのは、そもそもそれらの問題が明示的に争点にならないような法解釈の説示を裁判官が行い、それに沿ったアバウトな主張・立証を検察官がしていることの帰結とも考えられる。そのような見方が妥当だとすると、明示的にこれらの論点が問題とされていないこと自体がまさに問題なのであるから、そのような問題を発生させた大本の原因である法令解釈の誤りを看過し、事実誤認の問題に還元して審査すればよいということにはならないと思われる。

(16) 共謀共同正犯に関して、判例の基準ではなく、刑法の規定に即して裁判員に判断させるべきだと主張するものとして、浅田和茂「裁判員裁判と刑法——『難解な法律概念と裁判員裁判』を読む」立命館法学三二七・三二八号(二〇〇九年)一、一五頁参照。

(17) 例えば池田修・前掲書(注14)三五頁注4は、「裁判官は裁判員にも理解できるように法令の解釈を示す必要があり、裁判員が納得してそれに従った法令のあてはめを行うことが望ましいから、従来あまりにも技巧的にすぎたような法令の解釈は、裁判員にも理解しやすい内容のものに変わってくる可能性がある。この変化も、裁判員制度の導入による好ましい効果と考えることができる」と述べる。

(18) 以下のURLを参照。 <http://www.moj.go.jp/content/000113385.pdf>

(19) 裁判員制度に関する検討会『裁判員制度に関する検討会』取りまとめ報告書(二〇一三年)六六七頁。

- (20) 中川孝博『合理的疑いを超えた証明——刑事裁判における証明基準の機能』（現代人文社、二〇〇三年）二九九～三〇〇頁参照。
- (21) 詳しくは、河上和雄・中山義房・古田佑紀・河村博・渡辺咲子編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕第九卷』（青林書院、二〇一二年）四二五～四三〇頁「原田國男執筆」参照。
- (22) 中川孝博「情況証拠と闘う——ロス銃撃事件」日本弁護士連合会人権擁護委員会編『誤判原因に迫る——刑事弁護の視点と技術』（現代人文社、二〇〇九年）四八三、四九八頁参照。また、中川孝博「刑事裁判・少年審判における事実認定——証拠評価をめぐるコミュニケーションの適正化」（現代人文社、二〇〇八年）三〇〇頁注 14 も参照。
- (23) 以下のURLを参照。<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20131125144912.pdf>
- (24) 私自身も、本件控訴審判決が一審判決を誤読している旨指摘したことがある。中川孝博「最高裁判平成二四年二月二三日判決と東京高裁平成二四年四月四日判決——最高裁のメッセージは控訴審に届いているか？」刑事法ジャーナル三三号（二〇一二年）五〇、五五～五七頁参照。また、中川孝博「事実誤認」法律時報84巻9号（二〇一二年）三六、四〇～四一頁も参照。
- (25) 適正な証拠評価を実現するために刑事司法手続内で判決書を規整するための方策を検討したものとして、中川・前掲書（注20）二九四～三〇六頁参照。