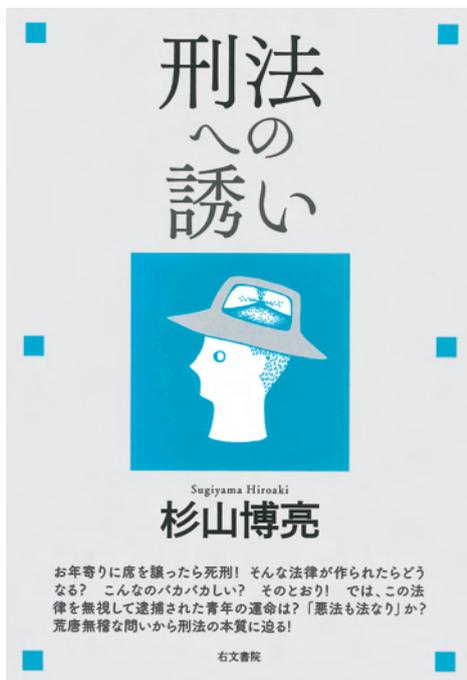


## 【著書紹介】

自著『刑法への誘い』（右文書院、2014年）を語る

杉山 博亮



### はじめに

昨年（2014年）7月に右文書院から刊行された自著『刑法への誘い』は、刑法の入門書として法律を学んだことのない一般の人向けに書かれたものである。

本稿は、著者である私自身が本書について紹介することを趣旨とするが、本書の特徴であれば、本書の「まえがき」に書かれており、概要であれば「目次」を見ればわかる。しかし「まえがき」と「目次」を引用したところで、読むに値しない「つまらないもの」にしなければならないだろう。そこで本稿では、本書を執筆するにあたって私自身が「考えたこと」

や、成功したかどうかはさておき「狙いとしたこと」を記し、諸兄の話題に供したいと思う。

### 一般の人たちを対象としてどう書くか

私は、これまで司法試験受験の手引書や刑法の演習本などを手掛けた経験はあったが、いずれも司法試験受験生や法学部の学生など「法律学について多少なりとも知識をもつ人たち」を対象とするものであった。これらの場合は、ある意味、楽な部分がある。読者が法律学についてある程度の基礎知識をもっているとの前提で書くことができるので、問題となっている事柄を語るときに、自分が普段使い慣れた「専門用語」をそのまま使うこと

ができるからである。

ところが、本書は「一般の人」に向けた入門書である。「刑法」どころか「法律」をまったく学んだ経験のない人たちを対象とする。「憲法」については、中学、高校の社会科である程度は学ぶだろうが、それ以上の知識はないことを大前提としなければならない。本書を書き始めるにあたっては、言葉遣いからして注意しなければならない、と覚悟した。

できるだけ平易な言葉を使う。専門用語を使うときには、必ず直前または直後に説明をする。法律用語に限らず、固い表現は意識して避ける。これらは肝に銘じた。「奇貨として」なんて論外である。大学で授業をしていても、「先生の言葉遣いは難しい」と学生から指摘されることがある。こっちがそのつもりがなくても、いつしか法律学の世界での表現に染まってしまう、一般の人たちにとっては難しいと感じる表現を使っていることがある。だから、意識して柔らかい表現を使うことを心掛けるべきなのだ。

しかし、それだけでは十分でないだろう。「面白さ」がなければ、読者は読み進めてはくれない。少なくとも最後まで読み切ってもらえるためには「面白さ」を牽引力としなければならない。「理解できること」は、面白いと感じてくれるための第一歩であるが、すべてではない。では、どうすれば面白くできるのか。

1つには、具体例やイメージを描くことであろう、と考えた。法律学の抽象論は、法律学を学ぶ者にとっては興味の尽きない面白さをもつ。しかし、これはそのレベルに達した人たちが具体例を自分で思い浮かべることのできるチカラを備え、またその問題に対する自分なりのイメージを確立しているからにほかならない。具体例やイメージの思い浮かばない抽象論は、きっと退屈極まりないだろう。だから、何かを説明したら、必ず具体例を挙げる。また、できるだけ図を入れて問題を視覚的にイメージできるようにする。これは必要と思われた。

また「問いかけ」も必要であろう。どんなことであれ、問いかけられ、それについて自分なりに考え、それに対する答えが明かされれば、楽しいものだ。だから、テレビ番組のどうでもよい「問い」に対してさえ、「答えはCMの後で」とやられると、見たくもないCMの後まで答えを待ってしまうのだ。そうであれば、本書の各所でも意識して「問い」と「答え」を盛り込むことは、面白さを高めるうえで有効なはずだ。

そして最後に、これが一番難しいところであるが「ノリ」である。法律学の著作は、一般的にはやはりノリが重い。むろん中には末広庵太郎先生や植松正先生のように、難しい議論をしながら軽妙・痛快と評されるような表現で書かれる先生もおられるが、絶対的に

数は少ない。むろん、ノリが重いから悪いということではない。ノリが重くても読み慣れてしまえば、どうということはないし、そんなところで法律学の著作の良し悪しが決まるわけではない。むしろ威厳があってよい、とも言える。しかし、読み慣れていない一般の人たちにとっては、ノリの重い本はやはり苦痛だろう。そこで、できるだけ軽いノリで書くことにした。ただ、これは下手をすると、大学の授業での受けなかったジョークのように「スベる」ことになるから諸刃の剣でもある。

### 一般の人たちを対象として何を書くか

どう書くかと同じくらい悩んだのが、何を書くかであった。一般の人を対象としたビジネス書の出版に数多く関わっている友人によれば、「偏差値30くらいの人を読むのだとイメージして書いてちょうどよい。ふつうに書くと難しくなりすぎる」とのことであった。また、一般の人向けの法律関係書を数多く出版している弁護士が、その際のコツとして「内容はガサガサくらいの方がちょうどいいんだよ」と言っていた、という話を伝え聞いたこともある。「ガサガサ」とは、つまりは「薄くて粗い」というほどの意味であろう。いずれにしても、読者の能力を高く見積もらず、内容は欲張らず、低目を狙う、ということのようだ。

しかしである。私が書こうとしているのは、痩せても枯れても「刑法の入門書」なのだ。『ちょっと得する法律知識!』的な本ではない。ただ単に、読者の興味に応えるだけのガサガサで不正確な本だったら、出さない方がよい。そして、出版社の意向もそういうものではなかった。「ある程度のレベルの高さを保った入門書」というのがその意向であった。

そもそも本を書くのは、私である。本を読み進めるうえでの読者の抵抗感や負担を少しでも減らすためのさまざまな工夫や気遣いはするとしても、何を伝えるかは、読者の機嫌をとって決めることではない。問題は、読者である一般の人たちに対して、私が何を伝えたいかである。その人たちは、司法試験受験生でもなければ、法学部の学生でもない。多少なりとも「刑法」に興味をもってはいるかもしれないが、この本を読んだ後で本格的な刑法の勉強を始める人とも限らない。刑法に関してはこの本を読むだけで終わる人がほとんどかもしれない。

そうだとしたら、そういう人たちに対して私が伝えることのできる「価値のある内容」とは一体なにか。そういう人たちが刑法について知っていたら価値がある、と思えること

は一体なにか。これまで30年以上、刑法について勉強を続けてきた。その成果を1冊の本により社会に還元できる機会が与えられた私は、何を伝えるべきなのか。

このようなことを考えたとき、私の脳裏に浮かんだのは、やはり「裁判員裁判」であった。周知のとおり、裁判員裁判は、一般国民の中から無作為に選ばれた裁判員6名が、職業裁判官3名とともに裁判体を構成し、一定の重大な刑事事件に対する事実認定、量刑などの判断を行う制度である。刑法にも法律にもまったく縁のなかった一般の人が、ある日、いきなり選ばれて刑事裁判に加わる。その場合に、知っていたら意味があると思えることは、何だろうか。

私は、弁護士であり、日々、現実の刑事裁判に関与する立場に身を置いている。裁判員裁判の経験もある。その時は、裁判員のみなさんに「疑わしきは被告人の利益に」の大原則を十分認識してほしいと、パワーポイントを駆使しながら大学の授業のような弁論をしたこともある。裁判員に選ばれた人たちに最低限知っておいてほしいと思えることは何か。裁判員に選ばれた人たちが、知っていてよかったと感じてくれることは何か。これならば、実務に身を置きながら刑法の勉強を続けてきた私こそが書くに相応しい内容ではないか。

本書で書くべき内容は、こうして決められた。

## 本書の概要

本書は4つの章から成っている。

第1章 刑法典はどんなことを規定しているか

第2章 近代刑法の2つの大原則

第3章 法解釈学と刑法学

第4章 刑事裁判と刑法

全244頁のうち、第1章から第3章までで123頁、残りの部分で第4章が書かれている。つまり、全体の半分の量を第4章が占めている。このような配分になったのは、まさに上記のような編集方針による。第4章では、まさに裁判員に選ばれた人にぜひ知っておいてほしい、と思える情報が書かれているからである。

第4章は、

第1 刑事裁判では何が行われるのか

第2 事実認定のメカニズム

第3 量刑の理論と現実

という構成である。

「第1 刑事裁判では何が行われるか」では、まず刑事裁判の流れを説明した。イメージが湧くように起訴状や法廷の挿絵も入れた。次いで、そのような手続を経て、裁判官がどのような思考過程を通じて有罪・無罪の判断をしているのかを、フローチャートを使って説明した。

「第2 事実認定のメカニズム」では、刑事裁判において証拠がどのように評価され事実認定が行われるか、という内容が書かれている。これは本来「証拠法」の問題であり、刑事訴訟法学の内容である。でも、まあ、上記のような編集方針からよしとした。ここで最も書きたかったのは、証人の証言や被告人の供述などの「供述証拠」による事実認定に関する問題である。

実際の刑事裁判でも、証人の証言と被告人の供述が食い違うということは少なくない。このような場合、「証人の証言は信用できる」と評価されたうえで、「これと矛盾する被告人の供述は信用できない」とバッサリとやられることがたびたびである。これは、刑事訴訟法学の中で「危険な供述」と言われている「共犯者の自白」についてさえ、そうである。被告人としてはまったく信用されないのに、共犯者の裁判において証人として証言すると全面的に信用される、という奇妙な現象が日常的に起きている。それがわが国の刑事裁判の現実である。証人の供述が信用できるのか、被告人の供述が信用できるのか。その判断は、多くの場合、供述者の嘘を見抜くことである。供述の信用性を図る指標はいろいろと指摘されており、それは司法研修所でも習うが、それを形式的にあてはめたからと言って嘘を見抜けるわけではない。この点については、実は、法曹も専門家ではない。司法試験では事実認定の試験はない。証拠の評価、事実認定の能力が評価されて裁判官に採用されるわけでもない。嘘を見抜く能力だけなら、一般の人たちの中にも優れた人はいる。しかもそれだけではないバイアスが裁判官にはかかっている、と実務をやっていると日々感じられる。それは、同じく役人である検察官に対する信頼とも言えるし、被告人は嘘をつくものだという偏見かもしれない。そんな状況であれば、裁判員に選任された一般の人たち

が「一生の一度の経験かもしれない」という一期一会の気持ちで真剣に判断した方がどれほどいいか知れない。これが、幾度も刑事弁護人を経験した私の現在の心境である。そこでここでは、裁判員となった一般の人たちが、評議において、裁判官による不適切な誘導(笑)に屈せず、臆することなく自分の考えを発言することができるために必要な知識を書いた。

「第3 量刑の理論と現実」では、文字どおり、量刑理論とそれが刑事裁判実務においてどの程度活かされているか、が書かれている。量刑論は、刑法学の領域であるが、裁判員制度の少し前から、特に注目された領域である。職業裁判官による量刑は、長らく「量刑相場」によって行われており、そのころ、量刑論の研究者の主張などは、あたかも「荒野に叫ぶ」が如く空しいものだっただろう。しかし、刑事裁判の場に法律の素人である裁判員が流入することになると、それまで専門家の間で「あ・うん」の呼吸で通じていたことについてまで、言葉に出して説明する必要が生じた。そうになると、頼るべきものはやはり「理屈」であり「理論」である。

いわゆる「国民の処罰感情」には激烈なものがある。ふだん犯罪とは無縁の善良な生活を送っている人たちが犯罪者に対してそのような生理的な拒否反応を示すのは、当たり前のことと言える。しかしそれはやはり「感情」なのだ。日本の刑事裁判における量刑が重いか軽いかについては、私としては何とも言えない。量刑について国民の良識的な判断を流入させることについて、私は反対ではない。そもそも一定の法益侵害がどれくらいの懲役刑に価値的に相当するか、と言った価値判断をするのは、法曹の専権ではないだろう。しかしそれは「国民がその処罰感情をダイレクトにぶつけてよい」ということではない。量刑には、国民の良識的判断に従って決めるべき部分と国民さえも従わなければならない量刑理論によって決まるべき部分とがある、と言うべきである。その意味で、裁判員には量刑理論を知ってもらう必要がある。とりわけ重要なのは、量刑において考慮してはいけない事情は何か、という問題と、考慮してよい事情でもそれを量刑を重くする事情として用いてよいか、である。量刑は「責任主義」と「予防的考慮」によって決まる、というのが現在の量刑論の到達点であり、責任量にも予防にも影響しない事情はそもそも量刑判断の基礎に入れるべきではない。また、いかに予防的な必要性(例えば再犯の危険性)があっても、責任量を超えて刑を加重することはできない。このことは素人である裁判員にも、ぜひとも知っておいてもらわなければならない。そしてこれらは刑罰の正当化根拠である相対的応報刑論が量刑論に反映したものあるから、その重要性を認識してもらうには、ま

ず刑罰の正当化根拠から説明しなければならない。

第1章から第3章までで書いた内容は、いずれもここに結実することを目指して書かれたものである。

「第1章 刑法典はどんなことを規定しているか」は、刑法の条文に親しんでもらうためのウォーミングアップであり、ここでは刑法第2編「罪」の説明から始めて第1編「総則」をざっと概観した。ここで最も印象づけたかったのは、刑法が故意犯に比べて過失犯の法定刑を極端に低く設定しているということである。この点は、大学の授業でも、学生たちの多くが驚くポイントである。つまり、刑法を学んだことない多くの一般の人たちは、最初はだれでも結果主義的に考える傾向がある。しかしそこには問題がある、ということ、を、まず読者に認識してもらいたかった。

「第2章 近代刑法の2つの大原則」では、罪刑法定主義と責任主義という近代刑法の2つの原則について説明した。そして、解釈論としては若干憲法学の領域に踏み込むが、それらが憲法31条によって保障されていることをも示した。

「第3章 法解釈学と刑法学」では、法的三段論法から始め、法解釈学という学問がどのように社会に貢献しているかという話をしたうえで、刑法解釈学の特徴、そして刑罰の正当化根拠へと話を進めた。

## おわりに

本書は、以上のような狙いをもって書かれた。その結果、本書の構成・内容は、オーソドックスな入門書とは随分と違ったものとなっている。責任主義や刑罰の正当化根拠、証拠法、量刑論などについては、相当に噛み砕き、突っ込んで書かれている反面で、不能犯、錯誤論などについては、触れられてもいない。よく言えば「メリハリの利いた」、悪く言えば「偏った」内容と言わざるを得ない。しかし、それも確信犯である。ただ、全体としては有機的な構造をした本になったと思っている。

もっとも、それが成功しているか否かは、読者の評価（本の売れ行き？）に待つほかはない。

（すぎやま ひろあき 専修大学法科大学院客員教授・弁護士）