

刑事訴訟法 435 条6号の 「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

大 出 良 知

はじめに

本稿では、強盗殺人罪により死刑が確定している者が、強盗致死罪による無期懲役の認定を求める再審請求が、刑事訴訟法第 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき」場合に当たることを主張する。

いうまでもなく、第 435 条 6 号¹⁾ は、最も汎用性の高い包括的な再審理由であり、再審請求ができる場合として次のように規定している。

「有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき」と。

従前、この第 435 条 6 号については、実際の実務の要請ということもあり、再審において「無罪」を言い渡すべき場合を前提として、その要件である「明らかな」(明白性)、あるいは「あらたに」(新規性)に関連した論点如何を論じられることが通例であった。そのこともあって、「軽い罪を認めるべき」場合については、課題化することがなかったわけではないが、必ずしも本格的な検討が行われてきたわけではない。そのような状況の中で、「軽い罪」の意義は、極めて限定的に解釈されることになっており、「軽い罪」の認定による減刑の可能性は事実上閉ざされていた。

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

しかし、死刑が存在する現行刑事法制の下では、死刑を回避する一つの方途として有効に機能することが期待される場面も存在する。例えば、刑法第 240 条後段は、強盗致死罪と強盗殺人罪に適用されることになっているが、同一の条文が適用されるにもかかわらず、理論的には両者の犯罪としての意味は全くといって良いほど異なっている。いうまでもなく、被害者の死亡が、故意によってもたらされたのかどうかという重大な法的評価の相異につながり、強盗致死であれば無期懲役が選択され、強盗殺人であれば死刑という可能性が高くなるのが通例であろう。であれば、強盗殺人罪で死刑の認定を受けた者が、強盗致死罪による無期懲役を求めることには、重大な利益があり、「軽い罪」を求める再審として許容されて然るべきであろう。

ところが、後述のように、判例によれば、同一の規定の適用による場合や他の犯罪の場合であっても法定刑が同一の場合には、「軽い罪」には当たらないという運用が行われてきており、強盗殺人罪を強盗致死罪に変更する再審は認められない可能性がある。しかし、死刑を回避できる余地があるにもかかわらずその再審を認めないとすれば、有罪判決を受けた者にとって利益な再審のみを認めている制度理念にも反すると考えられる。

そこで、「軽い罪」の意義を検討するとともに強盗殺人罪を再審により強盗致死罪に変更することが可能かどうかをも検討してみることにした。

[1] 「軽い罪」についての判例の解釈

従前、判例は、刑事訴訟法第 435 条 6 号の「原判決において認めた罪よりは軽い罪」（以下、単に「軽い罪」ともいう）を、極めて限定的に解釈してきた。

最高裁判所大法廷が、いち早く昭和 25 年に、現行法と同様の文言を規

定していた旧刑事訴訟法²⁾第485条6号の「軽キ罪」について次のような解釈を示していた³⁾(以下単に「大法廷決定」ともいう)。

「旧刑訴四八五条六号後段にいわゆる『原判決に於いて認めたる罪より軽キ罪を認むべきとき』というのは原決定の判断したように『原確定判決が認めたる犯罪よりもその法定刑の軽い他の犯罪』を認むべきときをいうものと解すべきであつて、所論のように個々の具体的場合によつて量刑に異動を来すがごとき犯罪の情状を標準とすべきものではない。」

この判例によつて示された「法定刑の軽い他の犯罪」との解釈は、次のような抗告趣旨に対するものであつた。すなわち、「刑罰が犯罪行為に相当しないものであるとすればそれが再審の場合に於いて原判決が認めたる犯罪と異なる犯罪であろうと、同一犯罪に於いて原判決が科した刑より軽キ刑を以て処分すべき情状ある場合たるとは問はず、等しく不相当な刑を科してはならぬ」との主張である。これに対する判例の判断の趣旨は、「個々の具体的場合によつて量刑に異動を来すがごとき犯罪の情状を標準とすべきものではない」としているように、直接的には、あくまでも「情状」による量刑の変更を求める再審を否定したものと解することができる。

次いで、最高裁判所第1小法廷は、昭和28年10月15日の決定⁴⁾で、大法廷の判例を踏襲し、被告人が「心神耗弱」であつたことを主張する事案について、消極に解しているが、やはり同一の犯罪について量刑変更を求める請求を否定する趣旨であつたと解される。

さらに、最高裁判所第3小法廷の昭和29年10月19日の決定⁵⁾は、「法定刑を同じくする他の犯罪事実を主張する場合」は、「軽い罪」にあたらぬとの判断を示すことになる。前述の大法廷決定は、「法定刑の軽い」場合のみを「軽い罪」に当たるとしていたのであり、「法定刑を同じくする」場合も消極に解していたといつてよいであろう。とはいえ、前述の大法廷決定や第1小法廷の判断の主眼は、「同一の犯罪」の量刑変更を消

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

極に解する点にあったと考えられる。従って、この判例は、「他の犯罪事実」の場合であっても「法定刑を同じくする」場合について消極に解する趣旨を確認したものと解される。最高裁判所刑事判例集（刑集）の決定要旨⁶⁾も、「法定刑を同じくする他の犯罪事実を主張する場合には、その犯罪事実は同号にいわゆる『原判決において認めた罪より軽い罪』にあたらぬ」と紹介している。

しかし、この判例については、事案の内容に留意する必要がある。具体的には、請求人は、食糧管理法が委任した命令によって禁止されている玄小麦の買受、売渡、運搬を行ったとして処罰されたことに対して、運搬は行ったが買受、売渡は行っていないとして「軽い罪」の認定を求めたものである。これに対して、同決定は、括弧書きで、「本件犯行当時の食糧管理法によれば、買受、売渡、運搬の行為はいずれも同法九条一項の規定による命令に違反する行為として法定刑を同じくする同法三一条の罰則の適用を受けるものであるから」、「確定判決の第二犯罪事実たる抗告人が玄小麦を運搬した事実が確定しており、本件再審請求書によれば、抗告人は確定判決の第一犯罪事実たる抗告人が玄小麦を買受けた事実及び同第三犯罪事実たる抗告人が玄小麦を売渡した事実については、その買受、売渡の事実を否認し、真実は単に運搬したにすぎないのであると主張するのであるから、仮りに右の主張事実を認めても、前記法条の適用を受けることを免かれない以上、本件の場合が刑訴四三五条六号の『原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき』等の場合に当たらないこと明白である」と判示していた。

すなわち、「買受、売渡、運搬の行為はいずれも同法九条一項の規定による命令に違反する行為」とされているように、当該各犯罪行為は、形式的には「他の犯罪事実」に当たるとしても、罪数処理上は、包括一罪として処理されるべき事案であり、「買受、売渡、運搬」の全ての行為によっても、それぞれの行為によっても同一の罰則規定の適用を受ける一罪が

成立するに過ぎないと解していたと考えられる。であれば、買受と売渡を否定しても運搬を認めている以上「軽い罪」には当たらないとしたのであり、その射程の実質は、決して広くはないとも解される。

その後、最高裁判所第3小法廷は、昭和42年10月31日の決定⁷⁾によって、「軽い罪」とは、「原判決が認めた犯罪よりその法定刑の軽い他の犯罪をいうものであつて、原判決が認定した犯罪につき、原判決の科した刑より軽い刑をもつて処断すべき情状のある場合を含まないことは、当裁判所大法廷の判例の趣旨に徴し明らかである」と前述の大法廷決定の内容を現行法の下で踏襲することをあらためて確認している。

そして最近では、科刑上一罪として処断された一部の犯罪が無罪であるというときには、その一罪として処断された中で軽重に関わらず再審を可能とした判例⁸⁾はあるものの、それ以外に本稿のテーマに関わる判例は存在しない。

[2] 「軽い罪」についての学説の理解

学説の「軽い罪」についての理解も確認しておくことにする。前述の大法廷決定前後には、大法廷決定とはいくらか異なる見解も示されてた。

例えば、「軽い罪」とは、「軽い犯罪類型を認むべき場合」であつて、「前科や累犯加重についての錯誤」は認められない⁹⁾、といった理解である。「犯罪類型」が何を意味するかは必ずしも明らかではないが、「前科や累犯加重についての錯誤」を除外していることから、情状事実の錯誤は認められないものの、構成要件や責任要素なども考慮して軽重を判断することを主張しているとも考えられ、法定刑の軽重によって判断しようとする大法廷決定よりもいくらか広いとも考えられる。

しかし、大法廷決定が示された後には、その判断に従うことが一般的になったといってよいであろう。例えば、平野龍一『刑事訴訟法』340頁（昭

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

和 33 年・有斐閣)は、「法定刑の軽い罪をいい、…異なった罪を認めなければならないときにも、法定刑が同一であれば、軽い罪とはいえない」¹⁰⁾としていた。

このような判例や学説の理解の根拠は、大法廷決定等によっては示されていなかったが、昭和 30 年代に入るとその根拠を「再審理由を軽々に拡張して解釈するならば、再審請求事件の激増をみるにいたり、ひいては確定判決の権威と法的安定性をも害する結果を生ずるとの認識に立脚しているであろう」と推測する見解¹¹⁾も実務家から示されることになる。

この見解の推測が当たっているとすれば、そのような「認識」は、再審制度の理念ないし目的についての旧来的な理解が前提になっていたといつてよいであろう。しかし、そのような「認識」に対しては、昭和 40 年代後半（1970 年代）になって再審の理念ないし目的について大きな転換を求める見解が有力に主張されることになる。日本国憲法第 39 条が英米法の「二重の危険の法理」を採用したものであり、その結果、旧刑事訴訟法には存在した確定判決を受けた者に不利益な再審（不利益再審）が廃止されたことを重視し、現行法の下での再審が、端的に「無辜の救済」を制度理念ないし目的とするとする理解である¹²⁾。

この再審の理念ないし目的の転換を前提にするならば、従前の判例・学説は、前述の推測されている「認識」とともに再検討されるべきということになるであろう。そのような視点から学説によって新たな問題提起も行われてきている。具体的には、次の二つの見解をあげることができる。

一つ目は、純粋に裁量的な判断についての変更を求める再審は認められないとしても、量刑上の判断の基礎になった事実関係についての誤認があった場合、特に死刑確定判決については、再審を認める余地があるとする見解である。具体的には、「たしかに量刑上の裁量的判断についてまで再審を認めることは困難であろう。しかし、刑事弁護の立場からは、

重要な情状事実、減刑事由について誤認があるといった場合に再審査の余地を認めないことに合理性があるといえるかについては検討の余地がある。とくに死刑判決の場合には、量刑は、単に量的な問題に止まらず、質的な問題を含んでいる。沿革史的にも、この規定が情状事実や減刑事由の誤認による『死刑』を想定していたとは考えがたい。現にこの規定を含めた再審規定の母国といわれるドイツでは、早くから恩赦により事実上死刑が廃止されており、第二次大戦後いち早く死刑を廃止している事実をも念頭に置くべきである。死刑からの減刑が質的な問題を含んでいることを考えれば、解釈として『原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき』場合に含めて考える余地はあるであろう¹³⁾。

二つ目は、文理的にも理由の点からも加重減輕事由についての事実誤認は、再審請求を可能とするものである。具体的には、『『軽い罪』を認める場合というのは、(確定有罪判決の)『言渡を受けた者の利益』となる場合の一類型なのであるから、これを『法定刑』の軽い場合に限定する理由は、文理的にも存在しない。濫請求のおそれという点も、新規性と明白性の要件がある限り理由とはならない」「類型的にみて『軽い罪』に該当する場合を含むと解するのが正当である」「刑の加重減輕事由に関して事実誤認が発見された場合も類型的に刑の加重減輕をもたらず¹⁴⁾。

要するに、「軽い罪」とは、「法定刑が軽い場合」に限らず、量刑上の判断も含め、確定有罪判決の言渡を受けた者の利益となる場合をすべて含むと解すべきだとする理解である。このような理解に立てば、従前の判例・学説の限定的な解釈についての再検討が不可欠だということになる。しかし、この問題については、これまで検討が尽くされてきたというわけでもなく、従前の判例・学説の根拠についても推測に基づく政策的理由が示されてきただけである。

そこで、その政策的理由以外にも、「法定刑が軽い場合」とされてきた理由があるのかどうかを検討しておく必要がある。

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

その際、まず検討すべきは、現行再審法規定の母法とされているドイツでの議論であろうと考えられる。というのも、再審の規定についての全体としてのドイツ法の継受の中で、現行第 435 条 6 号の「軽い罪」のみならず、そもそも旧刑事訴訟法第 485 条 6 号の「軽キ罪」についても、特にその意味について十分な検討が行われた経緯を窺うことができないからでもある。

[3] ドイツ法との関連

(1) ドイツ法の関連規定

ドイツ刑事訴訟法の再審関係規定で、日本法第 435 条 6 号の「軽い罪」にあたる規定は、実は、2ヶ条にわたっている。関連する文言部分を紹介すると次の通りある¹⁵⁾。

①日本法第 435 条 6 号に当たる第 359 条 5 号は、「軽い刑罰法規の適用による軽い科刑 (in Anwendung eines milderer Strafgesetzes eine geringere Bestrafung)」と規定している。

②もう 1 条日本法にはない次の条文がある。

第 363 条 1 項 刑罰法規の適用は同一で、刑の量定のみの変更を目的とする再審は、これを許さない。

2 項 限定責任能力 (刑法第 21 条) であったことを理由に刑を軽減することを目的とする再審も、これを認めない。

すなわち、第 359 条 5 号が明文上「重い法定刑」あるいは「同一の法定刑」の「刑罰法規による軽い科刑」を排除しているだけでなく、第 363 条によって、限定責任能力の場合を含め、同一の法規の適用による量刑上の変更を排除している。

ところが、このドイツ法に倣った日本法は、単に「軽キ罪」あるいは「軽い罪」と規定してきただけである。であれば、この相異にどのような意

味があるのかを検討してみる必要があるであろう。

(2) ドイツ関連規定の制定経過

まず、ドイツ法のこれらの条文の制定の経緯を確認しておきたいと思う¹⁶⁾。

ドイツ法は、1877年に成立しているが、現行5号に当たる条文の当初の案は、「無罪」を目指す場合のみに再審を認めようとする規定になっており、軽い刑罰法規の適用を目的とする再審を認めることにはなっていなかった。

修正は、議会の委員会で議員から提案されたが、その提案理由は、確定有罪判決を受けた者に利益であるという意味では、「無罪をめざす場合とより軽い刑罰法規の適用をめざす場合とを区別する理由は何ら存在しない」ということであった。

この提案に政府委員は強く反対することになる。その理由は、この提案が採択されれば、「再審請求の激増に対する制限ないし抑制が行なえなくなる」という政策的理由である。この反対に対して、議員の中から「犯行が他のより軽く処断されるべき犯罪であるということが証明された事例にのみ再審が拡大されるので、単に量刑の程度を軽くすることは問題にならない」との趣旨説明があり、採択されることになった。

その後この規定は、より厳密な規定にすることによって、さらに「軽い刑罰法規による軽い科刑」と修正されることになった。その厳密さは、次のように説明されていた。「つまり、軽いほうの法規が1—5年の懲役を規定し、重いほうの法規が1—10年の懲役を規定している場合に、重いほうで懲役1年が確定しているとき、以前の表現では軽いほうで懲役1年とすべきだという理由から再審が許容されかねない。再審請求は、単に『軽い刑罰法規の適用の不可欠性』によって正当化されるものではなく、『現実に軽い処罰が認定されるであろう』ということが重要だ」としていた。

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

さらに、この第 359 条 5 号の趣旨を補足する前記②の条文が規定されることになる。すなわち、5 号が、量刑の変更を求める再審を認めない趣旨であることの確認である。この条文は、当初、不利益再審をどの範囲で容認するかという議論との関係で提案されたものである。無罪判決に対してだけでなく、「より重い刑罰法規を適用すべき場合」にも再審を認めることにしたこともあって、その趣旨を明確にするために、「同一の刑罰法規の法定刑の範囲内で刑を重くする目的の再審は許されない」とする提案も採択されることになった。その趣旨が利益再審の場合にも援用され、利益再審と不利益再審の両方に適用される同一法規内での量刑変更のための請求は認めない条文として、②の第 1 項のように規定されることになった¹⁷⁾。

(3) 日本法によるドイツ関連規定の継受の経過

この経緯から明らかなように、ドイツ法において許容される再審による量刑変更は、あくまでも異なる刑罰法規の適用による場合であることが、文言上も明確にされている。

これに対して、最初にドイツ法に倣って大正 11 年に制定された旧刑事訴訟法では、ドイツ法第 363 条 1 項に当たる条文は規定されなかった。利益再審と不利益再審のそれぞれに規定が用意され、利益再審については、「軽キ罪ゾ認ムヘキ」場合と規定された (第 485 条 6 号)。

この「軽キ罪」の意義は、ドイツ法の規定と比較すれば、必ずしも明確ではない。ドイツ法では、異なる「刑罰法規」と「科刑」で「軽い」ことを要求している。そのことで、「法定刑が軽い他の犯罪での軽い量刑」ということが明確に示されることになっている。

これに対して、日本法では「軽キ」の基準が何か、「罪」が何を意味しているかが、問題にならざるを得ない。他の刑罰法規の適用ということが明確でないだけでなく、量刑の上で軽いことを排除する規定にも必ず

しもなっていない。なぜ、このようにドイツ法と異なった規定になったのかは、残念ながら現在確認できる制定経過からは明らかではない¹⁸⁾。

しかし、旧刑事訴訟法の制定当時司法省刑事局長であり、政府委員として制定過程に関与した林頼三郎は、次のように述べている¹⁹⁾。

「法律上刑ノ加重減輕ノ理由ト為ルヘキ事實ヲ誤認シ因テ重キ刑ノ言渡シタル場合ニ其刑ヲ輕クセンカ為ニモ亦之ヲ為スコトヲ得ヘシ。然レトモ刑期裁量ニ關スル事實ノ誤認ヲ理由トシ刑重キニ過クト為スカ如キ場合ハ再審ノ訴ヲ為スコトヲ得サルモノトス」。

この叙述からは、純粹に「刑期裁量ニ關スル事實ノ誤認」の場合だけを排除していると解することができる。すなわち、同一刑罰法規が適用される場合を排除していないと解される。しかし、現行法の制定過程では特にこの点についての議論のないまま、不利益再審の廃止に伴う改正が行われ、その他は、旧法の規定がほぼそのまま引き継がれた²⁰⁾。

以上のような状況の中で、判例は、冒頭で紹介したように、概ねドイツ法に倣ったと思われる解釈を示してきた。前述のように、再審が容認されるのは、法定刑が軽い他の犯罪の認定を目指す場合であり、同一の犯罪での軽い量刑を目指す場合は許されないだけでなく、他の犯罪でも法定刑が同一の犯罪の認定を目指す場合は許されないとされてきた。

しかし、判例の解釈については、前述のように、形式的に示された判示内容について実質的には検討の余地があると考えられ、その解釈の根拠も明確に示されていたわけではない。政策的配慮であるとの推測が、実務家から示されてきただけである。それも、いくらか脈絡は異なるものの、ドイツでの議論が参照されていたようにも思われる。

[4] ドイツ法との相異と日本法の可能性

(1) 日本法の限定解釈に合理性はない

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

既に確認したように、ドイツ法が軽い刑罰法規の適用を目的とする再審を認めることにした修正の理由は、再審の救済機能のあり方として、無罪を目指す場合と区別する理由はないということであった。そして、同一刑罰法規の適用による量刑のみの変更を目指す再審を許さないことにしたのは、この修正により再審が激増するとする政策的批判に応えるためであった。

そのような経緯からでもあるであろうが、ドイツ法の制限は具体的に規定されており、その内容は明確である。「軽い刑罰法規の適用による軽い科刑」を目指すことが求められており、しかも、同一の刑罰法規の適用による量刑変更を目指す場合も明文で許されないことになっている。

これに対して、日本法は、規定自体の制限の理由が必ずしも明確ではなく、規定内容も単に「軽い罪」と規定するのみであり、ドイツ法と比べれば明らかに柔軟な規定になっている。その趣旨は、前述の林頼三郎の解釈からも窺い知ることができるが、文言上は、政策的配慮による運用を可能にしており、判例による規定の趣旨を無視した形式的なドイツ法に倣った厳格な解釈にもつながってきたと考えられる。

しかし、そのことは、逆に政策的理由からの柔軟な解釈をも可能にするといつてよいであろう。前述のように、日本国憲法第 39 条による二重の危険の禁止の法理の採用が、不利益再審の廃止にいたったことでの再審の理念的転換を踏まえるならば、救済は可能な限り柔軟に行われるべきであるということになるであろう。量刑の変更も有罪判決を受けた者にとっては重大関心事であり、不当に重い量刑からの救済も再審の役割と考えるべきである。特に、確定判決が死刑判決の場合には、減刑は自由刑の場合とは質的に異なる利益があり、再審による救済は不可欠だと考えられる。であれば、単なる裁量的な量刑の変更を求める場合は別として、情状事実についての誤認をはじめ、量刑判断にあたって考慮されるべき事情の変更が明らかになった場合は再審を認めるべきであると考

えられる。その意味で、前述の二つの意見も、現行憲法の下での再審規定の解釈として、十分な合理性を有するものと考えられる。

とすれば、再審のあり方からして、強盗殺人罪とは実質的に異なる犯罪と解すべき強盗致死罪の適用を目指す再審は許容されて然るべきであると考えられるが、さらに、もう一点、検討してみる必要があると思われることがある。

(2) 刑罰法規をめぐる日独の相異と再審可能性

それは、ドイツ法においては、「同一の刑罰法規の適用」の場合には再審が認められず、「軽い刑罰法規の適用」の場合に認められるとされているにもかかわらず、日本法では、何故単に「軽い罪を認めるべき」場合とだけ規定されているのかという理由についてである。

前述したように、現時点で、その理由を立法経過から確認することはできない。しかし、日独の刑法の各則の規定内容の相異に拠っているという推測は十分成り立つと考えられる。

その相異の最も典型的な例の一つは、殺人罪についてである。ドイツ刑法では、殺人罪は、手段・方法などを予め計画考慮して人を殺す謀殺（第211条 Mord）や単に故意を持って人を殺す故殺（第212条 Totschlag）など複数の規定に区別されている。それゆえ、確定判決が謀殺を認定している場合、再審で故殺を認定するのは、謀殺の法定刑が無期自由刑であり、故殺の法定刑が5年以上の自由刑であるため、「軽い刑罰法規の適用による軽い科刑」に当たることになる²⁰。

日本でも、1907（明治40）年に現行刑法が成立する以前の旧刑法（明治13年太政官布告第36号）では、謀殺（第292、293条）と故殺（第294条）が、明確に区別されていた。そして、謀殺は、死刑、故殺は無期懲役ということになっており、仮に確定判決で謀殺が認定されていた場合には、故殺は、他の刑罰法規であり、法定刑も異なる「軽い罪」と

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

いうことになった。

ところが、明治 40 (1907) 年に制定された現行刑法は、殺人罪について第 199 条を 1 条規定しただけである。このことは殺人罪に限ったことではなく、旧刑法で 315 条あった犯罪類型が、現行刑法では、192 条に削減された。「その結果、犯罪類型は包括的なものになり、法定刑の幅も広げられた」ということになった²²⁾。

現行刑事訴訟法第 435 条 6 号の「軽い罪」に引き継がれた旧刑事訴訟法第 485 条 6 号の「軽キ罪」は、刑法各則をめぐるこのような事情の下で、大正 11 (1922) 年に制定されている。ドイツ法の「軽い刑罰法規」や「刑罰法規の適用は同一」といった限定に倣わず、「軽キ罪」といった包括的な規定を採用したのは、このような刑法の各則を念頭に置いたものと考えるのが合理的であり、前述した林頼三郎の見解とも符合すると考えられる。

すなわち、ドイツ刑法や旧刑法のように各則が細分化されている場合と異なり、同一の刑罰法規であっても、「軽キ罪」ということが十分起こりうるからである。そのことは現状においても何ら変わっていない。

(3) 強盗致死罪と強盗殺人罪

以上述べてきたところからすれば、本稿の関心事である強盗致死罪と強盗殺人罪の関係においても、その規定のあり方が問われる必要があると考えられる。

現行刑法の解釈・運用においては、「強盗が、人を…死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する」と規定する第 240 条後段が、強盗の結果、殺人について故意がなかった場合（致死）と故意があった場合（殺人）のいずれの場合にも適用されてきた。もっとも、この規定は、旧刑法にも法定刑を死刑のみとするほぼ同様の規定が置かれており（第 380 条）、旧刑法時代から既に「包括的」であり、大審院は、「強盗ニシテ人ヲ死ニ

致シタル以上ハ其殺害行為ノ殴打致死タルト謀故殺タルトヲ問ハス」としていた²³⁾。

しかし、この規定は、一般的に「結果的加重犯としての規定形式を有する」と解されるものであり²⁴⁾、判例の解釈も変遷してきた。大審院は、1910（明治43）年になって、強盗殺人罪を、強盗致死罪（第240条後段）と殺人罪（第199条）の2つの罪名に触れる観念的競合とする立場をとった²⁵⁾。さらに、旧刑事訴訟法の制定された1922年には、大審院連合部は再度判例を変更し、第240条後段のみを適用することにした²⁶⁾。

この時点では、旧刑法にはなかった選択刑として無期懲役が加えられており、2つの構成要件が含まれるだけでなく、「軽キ」刑の選択も可能になっていた。最高裁判所も、この大審院の立場を引き継いできている²⁷⁾。

これに対してドイツ刑法では、強盗に伴い死亡という結果が発生した場合（強盗致死）については、第251条（Raub mit Todesfolge）が、「行為者が強盗（第249条及び第250条）により、少なくとも軽率に他の者を死亡させたときは、刑は無期自由刑又は10年以上の自由刑とする。」と規定されている。そして、「少なくとも軽率に」には、故意も含まれると解されており、故意により、死の結果が発生した強盗殺人の場合にも、強盗致死罪が成立すると解されている。とはいえ、そのような場合には、謀殺罪（第211条）あるいは故殺罪（第212条）も成立し、両者が観念的競合になると判例・通説では解されており、故意ある強盗殺人（強盗謀殺）は、謀殺罪として、強盗致死よりも重く、無期自由刑が科されることになる²⁸⁾とされている。

いずれにせよ、強盗によって死という結果を伴うことになった場合には、殺人についての故意の有無、程度等によって、適用法条は分かれることになる。

因みに、日本でも、1974（昭和49）年5月に法制審議会によって答申された「改正刑法草案」は、強盗致死罪と強盗殺人罪を次のように別々

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義の条文として規定していた。

第 327 条 強盗致死罪

強盗犯人が、…人を死亡させたときは、無期又は 10 年以上の懲役に処する。

第 328 条 強盗殺人

強盗犯人が、人を殺したときは、死刑又は無期懲役に処する。

すなわち、ドイツにおいてはもちろん、日本でも改正刑法草案であれば、強盗殺人（強盗謀殺）罪を認定した有罪確定判決に対して、強盗致死罪の適用を求める再審は、許されることになると解される。

おわりに

以上検討してきたように、刑事訴訟法第 435 条 6 号の「軽い罪」についての従前の理解には、文言上も、刑法との関係からも検討の余地があると考えられる。

少なくとも判例において、量刑変更のみを求める請求は排除されているものの「法定刑を同じくする他の犯罪事実」として明確に排除されているのは、包括一罪と解されるべき「他の犯罪事実」であり、法定刑が同じであることに違和感のない場合だけでも解される。

また、日本の刑法の場合には、同一の法条が適用され、法定刑が同一であっても、異なる犯罪と評価され、その結果量刑も軽くなる場合がありうることも看過できない。

その具体的な例の 1 つが、同じ刑法第 240 条後段が適用される強盗致死罪と強盗殺人罪との関係である。過失の結果的加重犯である強盗致死罪と故意犯である強盗殺人罪は、たまたま同一の条文に規定されているだけであり、実質的には異なった犯罪と解すべきであり、包括一罪の場合とは明らかに異なるといわなければならない。同条後段の規定する法

死刑に「死刑又は無期懲役」と幅が設けられている理由の一つも、過失によって結果的に「死亡させた」強盗致死罪の場合に死刑を適用することは考えがたいからであると解される。とすれば、同一の条文に規定されているとはいえ強盗致死罪と強盗殺人罪は、法定刑も実質的に異なっているといわなければならない。

であれば、強盗殺人罪の適用によって死刑とされている事案について、強盗致死罪の適用による無期懲役に変更することを求める再審は、刑事訴訟法第435条6号の「軽い罪」を求めての再審として許容されるべきであると解される。

[付記] 本稿は、2012年度個人研究助成費12-02による研究成果の一部である。

註

- 1) 法律名を明示していない条文は、現行刑事訴訟法の条文である。
- 2) 大正11年法律第75号。
- 3) 昭和25年4月21日決定刑集4巻4号666頁。
- 4) 刑集7巻10号1921頁。
- 5) 刑集8巻10号1610頁。
- 6) 同前1611頁。
- 7) 最高裁判所裁判集刑事164号1049頁。
- 8) 最高裁第3小法廷平成10年10月27日決定刑集52巻7号363頁。
- 9) 滝川幸辰＝平場安治＝中武靖夫『法律学体系コンメンタール篇・刑事訴訟法』598頁(1950年・日本評論社)。
- 10) 『刑事訴訟法』340頁(1958年・有斐閣)。
- 11) 白井滋夫「再審」『総合判例研究叢書刑事訴訟法(14)』14頁(1963年・有斐閣)。

刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義

- 12) 例えば、田宮裕「刑事再審制度の考察－再審理由の理論的検討」立教法学 13 号 64 頁以下 (1974 年)。
- 13) 大出良知「再審」『刑事弁護コンメンタール・刑事訴訟法』401 頁 (1998 年・現代人文社)。
- 14) 川崎英明『大コンメンタール刑事訴訟法七巻』38 頁 (2000 年・青林書院)。
- 15) 訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』(2001 年・法曹会) によっている。
- 16) 以下の制定経過については、大出良知「西ドイツ刑事再審法の研究・序説 2」法律時報 49 巻 5 号 138 頁、140 頁 (1977 年) によっている。
- 17) 大出・同前法律時報 49 巻 5 号 144 頁。
- 18) 『刑事訴訟法案理由書』(1922 年・法曹會)、『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』(1922 年・法曹會) を参照。
- 19) 『刑事訴訟法論〔十版〕』637 - 638 頁 (1922 年・巖松堂書店)。
- 20) 大出「再審法制の沿革と問題状況」『刑事再審の研究』81 - 87 頁 (1980 年・成文堂) を参照。
- 21) ドイツ刑法の条文については、Beck-Texte im dtv "StGB" 50. Aufl. 2012 で確認し、訳文については、法務省大臣官房司法法制部「ドイツ刑法典」法務資料第 461 号 (2007 年) に倣っている。
- 22) 西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』2 頁 (2012 年・成文堂)。
- 23) 明治 37 年 6 月 24 日判決大審院刑事判決録 10 輯 1410 頁。
- 24) 例えば、西田・前掲 185 頁など。
- 25) 明治 43 年 5 月 31 日判決大審院刑事判決録 16 輯 1764 頁。
- 26) 大正 11 年 12 月 22 日判決大審院刑事判例集 1 巻 815 頁。
- 27) 昭和 32 年 8 月 1 日最高裁刑事判例集 11 巻 8 号 2065 頁。
- 28) この点については、神元隆賢「強盗関連罪の身分犯的構成 (一)」成城法学 75 号 141 頁参照。