

刑事訴訟における証明責任

——一つの試論的考察——

萩原金美

「裁判官は神通力を持っていない。平凡な人間が考えても、有罪であることに疑いのない犯罪を処罰する程度で、社会一般は満足すべきではないか。神の眼で観れば犯人であっても、平凡な人間がそれを見逃すことは、寧ろ、その社会の誇り——とできないものだろうか。」＊ 斎藤朔郎

＊ 斎藤朔郎「事実認定論」『刑事訴訟法論集』（一九六五、有斐閣。初出は一九五二）一〇一頁から。

目 次

はじめに

一 概説

二 証明責任の分配

三 証明度の軽減

四 主観的証明責任、証拠提出責任、争点形成責任？

五 準主張責任

六 むすび

はじめに

本稿はもと「主張・証明の法理」と仮に題した民事訴訟における主張・証明責任論を中心とするかなり大部の論稿の一部として書かれたものである。この論稿全体が完成するのはもう少し先になるし、本稿はそれ自体が別個独立の内容としても成立しうるもので、多少の手直しを加えてここに発表させていただく次第である。本稿の主眼は、主張・証明責任論に関する私見が民事訴訟のみならず、行政、刑事の訴訟においても基本的に通用することを論証することにあるが（行政訴訟については、拙稿「行政訴訟における主張・証明責任論」『成田頼明先生横浜国立大学退官記念国際化時代の行政と法』（一九九三、良書普及会）所収を参照）、本稿のテーマに関連するかぎりでは平素刑事訴訟（法）について考えていたことを若干書き込んである。あるいは刑事訴訟法専攻でない者の放言に類する部分もあるかも知れない。忌憚のない御批判、御教示を賜ることができれば幸いである。

一 概 説⁽¹⁾

従来民事訴訟の証明責任と刑事訴訟のそれとはあまり関係がないように考えられてきたと思われる⁽²⁾。しかし私見によれば後述するように、証明責任とは意思決定における事実的基礎が不明確な場合における危険の引受けの問題なのであるから、基本的には両訴訟において同一の問題として扱うことができる。もとより刑事訴訟において証明責任が民事訴訟と著しく異なる発現形態を示すことはいうまでもないが、⁽³⁾そのことを念頭に置きながら、筆者の立場からする刑事訴訟における証明責任の基本的問題と思われるものについて若干の検討をしてみたい。

まず最初に、以下の論述に必要なかぎりでは証明責任論に関する私見を説明しておこう。証明責任を考える上での出発点は、我々がある意思決定をする場合に、その決定を行うための事実的基礎が不明確なときに（そういう場合は決して少なくない。むしろそれが通例であろう）、どのような（どの程度の）危険を冒すか、また決定を受ける両当事者が存在する場合には、その危険をどのように当事者間に分配するか、そしてその基準は何か、ということである。したがって、刑事手続についていえば、捜査段階における被疑事実に関する証明責任も考えることができるし、また考えるべきなのである。⁽⁴⁾

ところで、刑事訴訟の証明責任の民事訴訟との大きな相違は、無罪推定（IDPR）の原則の帰結として、原則として検察官がすべての法律事実（詳しくは後述）について証明責任を負うので、その分配の問題がほとんど生じないこと、しかも証明度は民事訴訟よりもはるかに高度のもの（合理的な疑いを超える証明、筆者の証明度の用語でいえば原則として「明白性」の程度の証明）が要求されることにある。これは近代法における基本原理の一つとしての地位を確立しており、日本国憲法のもとでも明文の規定はないけれども、憲法上の原則として承認されているというべきである。⁽⁶⁾したがって、特段の合理的理由が存しない以上、法律の規定をもって被告人に証明責任を負わせることは違憲の疑いを生ずることになる。

違法性阻却事由・責任阻却事由や主観的要素については被告人に証明責任を負わせる説もあるが、⁽⁷⁾通説は正当にも反対である。⁽⁸⁾明文規定をもってすら特段の理由がないかぎり被告人に証明責任を分担させることが許されないのであるから、解釈による証明責任の転換やこれと同一の結果をもたらす解釈による法律上の推定を認める余地はもちろんだいというべきである。⁽⁹⁾

(1) 証明責任を意味する用語として刑事訴訟法学では一般に(実質的)拳証責任という言葉が用いられている。客観的拳証責任、説得の責任という用語も同意義に使われている(松尾浩也「拳証責任」証拠法大系Ⅰ(一九七〇、日本評論社)四九頁)。なお斎藤博士は、確証責任という言葉を用いるが(斎藤朝郎「事実認定論」同『刑事訴訟論集』(一九六五、有斐閣。初出は一九五二)二二頁)、これは追隨者を見出だせなかったようである。以下、本稿では証明責任という語で一貫する。

(2) 村井敏邦「拳証責任と推定」刑事訴訟法の争点(新版)・ジュリスト増刊(一九九一)一九〇頁参照。もっとも、松尾浩也「刑事訴訟における拳証責任」上智法学論集一卷一(一九五七)二三六頁以下、吉村徳重「刑事訴訟における形式的拳証責任の意義」法政研究二四巻二(一九五七)二二七頁以下は、ドイツ民事訴訟法学の証明責任論に詳細に言及している。

(3) しかし旧刑事訴訟法下、職権主義と実体的真実主義を理由として証明責任の存在を否定した通説は誤りというべきである。斎藤博士はつとにこのことを明確に指摘している(斎藤前掲二六―七頁)。ドイツでは今日でも刑事訴訟の分野では証明責任はほとんど展開されないという(田宮裕『刑事訴訟法』一九九二、有斐閣)二九七頁)。

このことは我が国の刑事訴訟法学における証明責任論が英米法とくにアメリカ法のそれに傾斜してゆく一つの大きな要因を成したと推測される。その結果、我が国の証明責任論は民事訴訟法ではドイツ法の、刑事訴訟ではアメリカ法のそれぞれ圧倒的影響を受けたものになってしまい、統一的に理解するのがさぶる困難である。これは証明責任論の実務的重要性にかんがみ、我が国の訴訟実務(家)にとって甚だ不幸なことといわなければならない。

なお、現行法の下でも検察官がすべての事実について証明責任を負う以上、証明責任という概念を認める必要がないとするものに依田敬一郎『刑事訴訟における立証の必要』(一九七七、高千穂書房)がある(六一―二頁)。同書は弁護士である著者が実務家の立場から証明責任などに関する刑事訴訟学説を忌憚なく批判的に検討したものです。さぶる示唆に富む。もっとも氏は、団藤博士始め多くの刑事学者が証明責任と立証の必要を混同しているというけれども、そのように誤解される余地のある表現がないわけではないにせよ、混同しているとまで断定してしまうのは疑問だと思われる(六三頁以下参照)。

(4) 私見の詳細については、近く発表される拙稿「主張・証明責任論の基本問題」(仮題)(神奈川大学法学研究所研究年報一九九三、掲載予定)参照。さしあたりは拙稿・前掲「行政訴訟における主張責任・証明責任論」とくに二〇六頁以下参照。

(5) “合理的な疑いを超える”(beyond reasonable doubt)の意味内容とその表現上の問題点については、村井「疑い」は払拭されたか?—証明の程度と責任—法学セミナー四四五号(一九九二)一〇四頁参照。田村豊『裁判上の証明』(一九六〇、法律文化

社)一七七―八頁は、合理的な疑いを定義づけることの困難さを指摘する。またドイツ法では「確実性に接着する蓋然性」(a) Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) という表現が使われるが、同様の証明度を示すものとみてよい(松尾『刑事訴訟法 下 I』(一九八二、弘文堂)一三三頁)。

(6) 松尾・前掲「挙証責任」五一頁、田宮・前掲二九七頁、渥美東洋『刑事訴訟法「新版」』(一九九〇、有斐閣)三二二頁、など。田宮教授は憲法三一条、渥美教授は憲法三七条一項、三八条一項を授用する。なお、IDPR原則と証明度の関係について小田中聡樹『ゼミナール刑事訴訟法(下) 演習編』(一九八八、有斐閣)一五五頁以下参照。

(7) 違法性阻却事由・責任阻却事由について小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(一九五三、有斐閣。初出は一九五二)一六五頁以下、主観的要素について井上正治「刑法における主観的要素の証明」『瀧川先生還暦記念・現代刑法学の課題 下』(一九五五、有斐閣)四四九頁以下。

(8) 松尾・前掲注(1)五一頁、田宮・前掲二九八頁、村井・前掲一九〇頁、松尾浩也監修、松本時夫、土本武司編『条解刑事訴訟法』(一九八四、弘文堂)六〇九頁、など。

(9) 法律上の推定については、平野龍一「刑事訴訟における推定」『法学協会雑誌七四卷三号(一九五七)二三五頁以下、吉村徳重「英米法における推定(その一) 九大法学二号(一九五七) 一頁以下が詳しい。

二 証明責任の分配

一 原則

刑事訴訟における証明責任は原則としてすべての法律事実すなわち、犯罪構成要件事実のみならず、違法性阻却事実・責任阻却事実および処罰条件事実、さらに刑の加重減免の事実(の存在または不存在)についても檢察官が負うのが原則である。⁽¹⁾したがって、民事訴訟におけるような意味での証明責任の分配は刑事訴訟では問題にならない。

しかしこの原則を貫徹しようとすると、いかに檢察官が国家権力による強大な捜査権を動員して証拠の収集・保全

ができるからといって、場合により負担加重になりうる。⁽²⁾のみならず、このことは好ましからざる副作用として、捜査機関による当該犯罪と不均衡な身柄拘束その他の強制捜査、自白の強要を招く恐れがあることを合わせ考えなければならぬ。この意味でIDPR原則との調整に配慮しつつ、ある程度まで証明度を軽減することは、捜査段階まで視野に入れた刑事手続における人権保障の見地から検討に価しよう。⁽³⁾また証明主題の提示を被告人にさせて、その事項にかぎって検察官が証明責任を負うことも考えるべきである。このような証明度の軽減や主張責任の分配は、私見によれば民事訴訟で活用されるべき法技術であるが、⁽⁴⁾刑事訴訟においても限定的な利用が必要かつ有益だと思われる。

まず、証明度の軽減（詳しくは三で論及する）については、原則として犯罪事実に関するかぎり否定されなければならぬが、刑の減免事由などについては考慮されてよい。⁽⁵⁾量刑の事由についても同様に解すべきである。執行猶予か、実刑か両者の事由の一方について決定的に優越する証明がないときは、⁽⁶⁾⁽⁷⁾超過原則によるべきだとする見解も考えられるが、軽い処分を選択すべきであろう。

つぎに、主張責任に関連する問題としては、構成要件が所有権や債権を含む場合が挙げられる。この場合の証明責任は権利根拠事実だけでなく、権利障害事実、権利滅却事実の不存在まで検察官が証明責任を負うのか、それとも民事訴訟の証明責任の原則に従えばよいのか。⁽⁸⁾私見によればこの場合は、検察官がすべてについて証明責任を負うけれども、被告人は権利障害事実、権利滅却事実の存在について準主張責任（この主張の責任については後述五参照）を負うと解するのが相当である。（ここでは便宜のため、通説的な法律要件分類説の立場で説明している。）

同様に違法性阻却事実・責任阻却事実についても被告人が準主張責任を有し、その主張がない場合は構成要件該当事実の証明で足りるというべきである。この場合に通説は阻却事由の不存在が事実上推定されるとし、事実上の推定

を理論的に疑問視する論者は、被告人にその存在についての一応の証拠の提出を要求したり(証拠提出責任⁽⁹⁾)、または被告人に争点を形成する責任(争点形成責任⁽¹⁰⁾)が生ずるといふ。

しかし一応の証拠とはなにを意味するかは曖昧であり、その意味内容いかんでは被告人にとってその程度の立証すら困難な場合がありうる。争点形成責任という新概念については、刑訴学者のあいだにも、形式的・主観的挙証責任や証拠提出責任との異同について疑問があるようである⁽¹¹⁾。

被告人の供述は刑事訴訟においては主張と証拠という二面性を有しており、規則一九七条一項(なお刑訴三二九、三二二条参照)はこのことを明らかにしている。したがって被告人がその主張をした以上、それだけで一応の証拠の提出があったといえるし、⁽¹²⁾ またこれによって争点が形成されたともみることができるのである。もちろんその結果として検察官にどれほどの立証が必要とされることになるかは、事案により異なりうる(したがって証拠提出責任を認める根拠として、主張だけでは無責任になされるおそれがあるというような見解は、立証の必要の多様性を正解しないものと評すべきである)。

同様の問題が違法性阻却事実・責任阻却事実について生ずるので、以下にこの点について言及する。違法性阻却事実・責任阻却事実についても検察官は一般的な証明責任を有するが、それは原則として被告人の主張がなければ顕在化しない。これは民事訴訟において過失の証明責任が転換される場合、権利主張者の側に特定の過失の主張責任を負わせるのと同様に考えることができる。⁽¹³⁾ これは民事、刑事を問わず対論的(弾効的)訴訟というものの構造上本来的に要請される主張・証明のあり方だといつてよい。⁽¹⁴⁾ (詳しくは後述五参照) このような主張の責任を課されることは一見被告人にとって不利益なように思われるかもしれないが、実はその逆なのである。なぜならば、被告人が主張をすることにより(それは立証と異なり、ほんの一挙手、一投足の労に過ぎない)検察官の証明主題が具体的に明確になる結果、

被告人にとって検察官の立証に対する効果的な反証が容易になるからである。

構成要件該当事実の存在が違法性阻却事実・責任阻却事実の不存在を事実上推定させるとは必ずしも経験則からはいえない⁽¹⁵⁾、また上記のように考えれば、構成要件該当事実の証明による違法性阻却事実・責任阻却事実の不存在の事実上の推定というような理論構成を採る必要はないわけである。もつとも被告人の主張がない場合でも証拠上その疑念が生ずるときは立証の必要が直ちに顕在化することはいうまでもない。

二 証明度

すでに刑事訴訟における原則的証明度については明らかにされているが、ここで証明度の軽減との関係で問題になる証明度の段階について整理しておこう。刑事訴訟においても民事訴訟で用いた証明度の図が利用できる⁽¹⁶⁾。

有罪（事実の存在）	明白性	十分な証明	相当な蓋然性	一応の蓋然性 （中間点）	……	明白性	無罪（事実の不存在）
-----------	-----	-------	--------	-----------------	----	-----	------------

明白性（合理的な疑いを超える証明）

十分な証明（罪を犯したことを疑うに足りる十分な理由——刑訴二〇条一項⁽¹⁷⁾）

相当な蓋然性（罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由——同法六〇条一項、一九九条一項）

一応の蓋然性（同規則九条三項、同法二一八条一項の場合の犯罪事実。疎明も同じ）

この証明度の図は、捜査段階においても証明責任および証明度が問題になることを明らかに示している。この場合の証明責任は捜査官が被疑事実を証明度まで立証できなかつたときに被る不利益、危険であり、勾留請求却下、逮捕

状請求却下などを結果する。もっとも捜査段階における証明度は、ことの性質上被疑者の側の反証にほとんど晒されていないので、その解明度は極めて低いことに注意すべきである。⁽¹⁸⁾

(三) 法律上の推定

刑事訴訟法学の議論では、法律上の（事実）推定には、義務的推定と許容的推定があるとされる。⁽¹⁹⁾これは民事訴訟理論ではみられない分類である。義務的推定は民事訴訟における法律上の推定と同じであるが、許容的推定は、反証がないこと自体を証拠として、推定事実を認定することができるという推定である。刑事訴訟における推定はこの許容的推定だとする説が有力である。⁽²⁰⁾これは筆者のいう証明度の軽減にとどまる法律上の推定とほとんど同じであり、民事訴訟における表見証明に類する。⁽²¹⁾

表見証明と同様に、許容的推定もその実体はおおむね証明度の軽減にはかならないと考えられる。こういう言い方をすると刑事訴訟ではショッキングに響くかも知れないが、前提事実の立証だけで反証がなければ推定事実が確信の程度まで証明されるというのは、実は推定事実についての証明度が前提事実の証明という推定事実としては低い証明度に軽減されており、反証の提出はその証明度に達した心証を動揺させるから、反証がなければ証明があったという結果になるのとはほとんど変わりがないのである。反証の提出がないことは必ずしも証明力を増強するわけではない。⁽²²⁾このように許容的推定の実体が証明度の軽減であることを認識することは、この種規定の実質的合理的根拠を探り、刑事訴訟における証明責任の原則からの逸脱を監視するためにも必要だと考える。

なお、上述のとおり刑事訴訟における法律上の推定は民事訴訟と異なり明文規定がなければ認められないのが原則であるが、被告人に有利な事実については証明度の軽減としての法律上の推定を解釈により認める余地があると考え

る。

(四) 事実上の推定

事実上の推定についても一言しておこう。事実上の推定の本体は推定でなく推理であつて、事物の蓋然性に基づく純然たる事実判断にはかならず、別言すれば経験則の与える証拠価値のことである。⁽²³⁾しかし学説や判例が事実上の推定と称しているものの中には、実は経験則の与える証拠価値以上のものを推定する「証明度を軽減する法律上の推定」(ないしそれに類似のもの)が混在しているとみられる。⁽²⁴⁾民事訴訟における一応の推定や、刑事訴訟における構成要件事実の証明により違法阻却事実・責任阻却事実の不存在が事実上推定される(筆者自身はそれに反対であるけれども)という場合の事実上の推定なるものは正にこれに属する。それは経験則の与える以上のものを推定しているからである。このような事実上の推定が民刑両訴訟において用いられる主要な理由は、我が国では一般的に法律上の推定は法規の明文がある場合にかぎるといふ固定観念があるため、解釈による法律上の推定という概念に考えおよばないためである。⁽²⁵⁾わざわざ事実上の推定という場合の多くは、実は一種の軽い程度 of 法律上の推定すなわち証明度の軽減であることを洞察すべきである。⁽²⁶⁾

(1) 通説である。松尾・前掲刑事訴訟法二二頁、田宮・前掲二九八頁、石井一正『刑事訴訟法』(一九八八、判例タイムズ社)三四六頁など。ただし基本的に通説の立場を採りながら減刑事由のうち自首については、被告人の証明責任に属するとする説もあるが(斎藤・前掲五二頁)、自首でないことについて検察官が証明責任を負うと解するのが正しいと思う(多数説も同様である―同頁)。

(2) 依田氏は、弁護士の立場からしても検察官に極めて過重な負担を強いることになるという(依田・前掲二二、七頁)。

- (3) 井上博士が主観的要素につき証明責任の転換を提唱し——そのこと自体には賛成しがたいが——、その論拠の一部として、被告人に対する捜査機関の追及防止、強制捜査権限との調和を挙げているのは卓見である(井上・前掲四六三、四六九、四七三頁)。
- (4) 詳しくは拙稿「主張・証明責任論の基本問題」参照。
- (5) エーケレーヴはスウェーデン法について同様の結論をとる。Per Olof Ekelöf, Rättegång IV (5 uppl, 1982) s. 128 参照。団藤博士は「刑の減免の理由となる事実についても、その不存在につき検察官に挙証責任があるものと解するのがおそらく正当であろう。」と微妙な表現をする(団藤重光『新刑事訴訟法綱要 六訂版』(一九五八、創文社)一九九頁)。小野・前掲は被告人に負担させている(一七二—二三頁)。
- なお注(1)のとおり斎藤博士は、自首の事実の証明責任は被告人にあるとするが、検察官の証明責任の証明度が軽減されるにとどまると解するほうが妥当であろう。
- (6) エーケレーヴはスウェーデン法について同様の結論をとる。Ekelöf, a.a.s.129 参照。
- (7) 犯罪事実についても一見類似の問題が生ずる。例えば殺人事件において被害者の囑託の有無が争われ、囑託の事実について十分な証明がない場合は(真偽不明の場合を含めて)軽い囑託殺人罪として処理すべきである。もっとも、実はこの場合は検察官が囑託がないことについて証明責任を有するのであるから、類似は表見的なものに過ぎない(村井・前掲「疑い」は払拭されたか?——証明の程度と責任)一〇七頁およびそこに所掲の裁判例参照)。
- (8) スウェーデン法の議論について Ekelöf, a.a.s.128 note 199 参照。
- (9) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八、有斐閣)一八四頁。
- (10) 松尾・前掲『刑事訴訟法 下 I』一九頁。
- (11) 村井・前掲一九〇頁。
- (12) 田村・前掲一七六—一七七頁は、「被告人は一般的には不利な状況証拠で囲繞されている。そして、彼の唯一の頼みは自己の単なる事実の否認である」という。吉村「無罪の推定と有罪の推定」法政研究二五巻二—四合併号(一九五九)四二—四三頁も、被告人によっては供述以外に自己に有利な証拠をもたない場合もある。」と指摘する。また毛利弁護士は、阻却事由の不存在のような事実上の推定は主張のみでも破れるとする(毛利与一『刑事証拠法』(一九六七、法律文化社)四二頁)。
- (13) 拙稿「スウェーデン法における主張責任論(二)」民商法雑誌一〇〇巻六号(一九八九)一〇三九、一〇四二頁注(4)参照。なお、

自動車損害賠償保障法三条の場合は、単なる証明責任の転換ではないから、権利主張者（被害者原告）による過失に関する証明主題の提示の主張を要しないわけである。

(14) 拙稿「スウェーデン法における主張責任論(一)」民商法雑誌一〇〇巻五号（一九八九）八九五頁参照。

(15) 山崎清『証拠法序説』（一九六一、有精堂出版）一三二頁、一三六頁以下参照。

(16) この図については拙稿「スウェーデン証拠法序説」神奈川法学二五号巻三号（一九九〇）五九一—二頁参照。

(17) 柏木千秋『刑事訴訟法』（一九七〇、有斐閣）二〇一頁注（一）参照。松尾・前掲刑事訴訟法一六頁は、令状発布の要件としての犯罪事実の嫌疑を認定する場合は訴訟法上の事実の認定だという。しかし訴訟法上の事実であろうが、原則として証明責任および証明度の問題が変わるわけではない。なお疎明については、民事訴訟では証明度の軽減と証拠の制限に特色があるが（民訴二六六条一項）、刑事訴訟では訴訟法上の事実に関する証明度の軽減として規定されており、証拠を制限する明文はない（刑訴二〇六条一項二二七条二項など）。筆者は疎明の証明度を最も低い「一応の蓋然性」と理解している。ちなみに、事実認定に証拠調べの規定が適用されないことが、証明度を論ずる妨げとなるものでないことはもちろんである（柏木・前掲二〇九頁注（一）は、疎明についても証明責任が問題となりうることを指摘している）。

(18) 解明度については、拙稿・前掲「行政訴訟における証明責任」二注（14）参照。解明度を考慮すると、逮捕と勾留の場合の証明度は同一であるが、勾留は勾留質問を経たうえでなされるから（刑訴六一条）、逮捕よりも解明度が高いといえるべきである。この点に留意することは勾留の司法的抑制のために有意義だと思われる。勾留質問で被疑者の弁解を聞いた結果に基づき、被疑事実を認めべき相当の理由がないとして勾留請求が却下される場合がありうることを理論的に説明できるからである（却下の場合検察官が裁判官に文句をいってくる人が多いが、それに対する理論武装の提供にもなり得るであろう）。一応の蓋然性は嫌疑が五〇％を超える証明度であり、それよりも低い嫌疑があると思料される場合は任意捜査で処理すべきである（刑訴一八九条二項、一九一条一項参照）。このように任意捜査と強制捜査の限界を画する意味でも証明度の決定は重要だといわなければならない。

(19) 平野『刑事訴訟法の基礎理論』（一九六四、日本評論社）一四〇—一頁、吉村・前掲「英米法における推定（その一）」四、一九頁、村井・前掲一九一頁など。

(20) 斎藤・前掲七三頁以下、平野・前掲『刑事訴訟法概説』二三一頁、田宮・前掲挙証責任一〇七頁など。もともと田藤・前掲一九七頁は、法律上の推定を覆すためには反対の事実を証明する必要があるという。斎藤博士は民事訴訟法を含めた法律上の推定一

般の効果として、義務的推定の効果を認める我が国の通説は疑問だとする(斎藤・前掲七八八〇頁)。依田氏も同説である(依田・前掲五四頁)。

(21) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」五八頁以下参照。

(22) 吉村・前掲「無罪の推定と有罪の推定」四二六頁は、被告人に証拠の提出を要求するためには、「供述以外に有利な証拠をもって
いることの蓋然性が大である必要がある。」という。

(23) 斎藤・前掲七一頁参照。

(24) 山崎・前掲一四〇——一頁参照。この点については、英米法における議論とくにデニング判事の見解が参考に価する。彼によれば、推定は決定推定 (conclusive presumption)、強要推定 (compelling presumption)、仮の推定 (provisional presumption) の三つに分類され、第一は反証を許さない法律上の推定、第三は事実上の推定とこれに類する一部の反証を許す推定、第二は残余の反証を許す法律上の推定である。そして第二と第三の法律的效果の違いは、後者は相手方に証拠提出の責任を促すにすぎず、前者は証明責任を転換するところにある (A. T. Denning, Presumptions and Burdens, 61 L.Q.R. 379 et seq. (1945), 田村・前掲一四二——三頁)。我が国で事実上の推定とよばれるものはこの第三の推定とほぼ同じだと思われる。

(25) 前注(21)参照。

(26) 中島博士が事実上の推定は証明度を軽減するという(中島弘道『拳証責任の研究』(一九四九 有斐閣)一五二——三頁)のに対し、斎藤博士は拳証責任と心証を混同するものと批判する(斎藤・前掲七七頁(9))。文字どおりに解すればこの批判は正しいが、中島氏の所論は事実上の推定のなかに実は証明度の軽減としての法律上の推定があることの洞察に基づいているのではないかと思われる。この点については、田村・前掲一五六——七頁参照。

三 証明度の軽減

一 その一——例外としての被告人に対する証明責任の分配に関連して

刑事訴訟における証明度はいうまでもなく民事訴訟のそれよりもはるかに高い。しかし上述したようにそれが軽

減される場合もありうる。本節ではこの問題をとくに被告人に対する証明責任の転換の問題と関連させて考えてみる。

まず一般的にいつて、合理的な疑いを超える証明度が要求されるのは有罪のための事実についてであり、無罪のための事実についてではないことに留意する必要がある。このことは有罪のための事実の証明責任が原則として検察官にあるため通常は顕在化した問題として意識されないが（違法性・責任阻却事実の不存在が証明されない場合のなかには、その存在が明白なものから、かなり高い蓋然性をもってその不存在が立証されているが確信にまで至らないものまで含まれている）、被告人に証明責任が課されている場合（それは無罪のための事実の証明責任である）にはこの点がまさに問題となるのである。現行法上、被告人に証明責任が課されている場合は極めて少なく、学説上議論されるのは、刑法二〇七条の同時傷害、二三〇条の二の事実の真実性の証明、いわゆる公害罪法五条の因果関係の推定などであるが、ここでは二三〇条の二の場合を例にとつて考える。

上記の理由により、この場合の事実の真実性の証明に必要とされる証明度は合理的な疑いを超えるものであることを要せず、民事訴訟の証明度で足りると解すべきである。⁽¹⁾ 実質的にもそう解しないで、私人である被告人に刑事訴訟の原則的証明度による証明を要求したのでは本条が適用される可能性は著しく限定されてしまう。このことは一般的に被告人に証明責任が課されている場合に妥当するといえる。⁽²⁾ もっともすべての場合にそうであるとは必ずしも断定できず、異なる証明度を要求する特段の合理的理由がある場合もありうると考えられる。これは個別の刑罰法規ごとに刑事実体法の解釈として決すべき問題である。

二 その二——犯罪の軽重、主観的要素と証明度の軽減

証明度の軽減に関するもう一つの重要な——そしておそらく意見の一致をみるのが極度に困難な問題——は、犯罪の軽重に応じて異別の証明度を認めるべきか、すなわち合理的疑いを超える証明を証明度とする原則から言えば、それからの乖離としての証明度の軽減という問題である。

我々は日常経験の世界において、意思決定を行うにあたってその事実的基礎を判断する場合、ことの軽重に応じて危険の引受けの程度を異にしている。例えばスケートをするための結氷の程度を判断する場合でも、遊びをするときと、他に交通機関がなく、緊急の用務で対岸に行かねばならぬときでは異なる危険の引受けをせざるを得ないのである。⁽³⁾このことは裁判官の事実認定における証明度の決定にあつても不可避的に影響するのではあるまいか。そしてそれは基本的には認されてしかるべきではないのか。実際問題として例えば、強盗殺人事件と信号無視の道路交通法違反事件の証明度が同一であると果たして信じられるであろうか。またそもそも同一であることが必要なのか。これがここでの問題である。

ところが、証拠法レベルの議論としては犯罪の軽重にかかわらず証明度は同一だとする見解が通説であり、判例だと思われ⁽⁴⁾る。ただその建前がどこまで実際に貫かれているかはかなり疑問である。おそらく道路交通法違反の罪の証明度などはかなり低いのではないか。またこの種事件の処理のコストを考えるとそれでやむを得ないのではあるまいか。さらに留意すべき点は、軽微な犯罪についてまであまりに高度の証明度を要求すると、最終的には罰金や科料で片づく軽微犯罪について捜査段階で逮捕などの強制捜査を誘発し、ひいてそれが刑罰に代わるサンクション機能を果たすという本末転倒の結果を招来する危険があることである。⁽⁵⁾（この危険は現在すでにある程度顕在化していると思われる。）

この危険の問題はさらに、一般に高度の証明度を要求する犯罪についても、一定の事実とくに主観的要素について

は証明度を軽減すべきではないかという問題を提起する。この点は犯罪の軽重による証明度の軽減以上に異論の多い問題かも知れない。しかし未必の故意を例に採るまでもなく、主観的要素は被告人の自白がなければ決定的な証明は困難であり、我が国の裁判官の心理としては自白がないと一抹の不安を感じるのが偽らざる気持ちであろう。これを一概に自白偏重の意識と非難することはできない。高い証明値に達した証明により正しい裁判をしたいという慎重さの現れなのだから。しかしそれが捜査官をして自白の獲得に狂奔させ、結果的に任意性に問題のある自白を多発させ、誤判の最大の原因を成していることは疑いえない事実である。⁽⁷⁾

そうだとすると、問題解決の方向としては、主観的要素の少なくとも一部については証明度の軽減を認めること、および推定規定を設けること（とくに行政刑法に関する犯罪については）以外にはないように思われる。刑法学者が主観的要素について精緻な理論を構築すること、刑事訴訟法学者が主観的要素についても高い証明度を要求することは、いずれも刑事法の人権保障機能を十全ならしめようとの良き意図に基づくことは言うまでもない。しかし現実には、それがかえって人権侵害の温床にもなっているのではないかという疑いがないわけではないことに思いを致すべきであろう。

刑事法学のアウトサイダーである筆者にはこれ以上の具体的議論を展開する能力がないけれども、本稿のテーマとの関係でいえばIDPR原則との調整に配慮しつつ、どのような犯罪について、またどのような犯罪のどのような主観的要素について、どの程度証明度の軽減が認められるべきかが検討されてよいのではあるまいか。そして、推定規定についても「個別的に現在の推定規定の合理性を検討」すべき必要があることはそのとおりであるが、「将来的には、このような推定規定を払拭していくのが、望ましい立法のあり方」と言い切ることはかなり疑問があると思われる。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(1) 学説はおおむね同趣旨である(平野・前掲『刑事訴訟法』一八七頁、渥美・前掲三一五頁、など)。ただし、判例は反対である(最判昭和三四・五・七刑集一三卷五号六四一頁)。

(2) ほとんどの学説がこのことを認める。前注(1)掲記の文献のほか、前掲『条解刑事訴訟法』六〇九頁、鈴木・前掲『刑事訴訟法』二〇〇頁、田宮・前掲『刑事訴訟法』三〇三頁、など。なお刑事訴訟学者は一般に「証拠(明)の優越」という語を用いているが(英米法の影響であろう)、それは民事訴訟における証明度の意味と解される(例えば田宮・前掲二九一頁参照)。しかし、我が国の民事訴訟における証明度が証拠(明)の優越だといわれれば、民事訴訟の理論家も実務家も大多数が異議を唱えるであろう(もっともこの言葉の意味内容が曖昧だから、それをどう理解するかにもよるが(P・O・ポールディング、拙訳「証明責任および証明度」「紛争処理と正義」(一九八八、有斐閣出版サーヴィス)一九八頁訳注(13)参照)。我が国の民事訴訟で通常より高い証明度(筆者の用語では「十分な証明」)が要求されているからである(例えば小林秀之『証拠法』(一九九〇、弘文堂)六九―七〇頁参照)。また証拠(明)の優越という概念は我が国の民事訴訟の理論および実務に馴染みのないものである。さらに、刑訴学者のいう証拠(明)の優越が民事訴訟の証明度(筆者の用語では「十分な証明」)を意味するのか、それともより低い証明度(筆者の用語では「相当な蓋然性」、あるいは「二応の蓋然性」)を意味するのか必ずしも明らかでないといわざるを得ない。したがって、このような慣熟していない概念をそのまま我が国の議論に持ち込むことは理論の実務への浸透力を考えるならば、極めて問題ではないかと筆者は考える。筆者自身は刑事訴訟における証明度の軽減を、原則として証明度を「明白性」から「十分な証明」に引き下げる意味で用いていることを念のために明らかにしておきたい。

(3) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」四六頁参照。ウイグモアも証明責任の存在について、AがMから投資を得たいと望み、BがMの投資に反対している場合を例にとって説明している(斎藤・前掲一九―二〇頁)。しかし二当事者の例なので、訴訟の場合に近い反面、スケートの例に比べると射程が狭過ぎる。

(4) 前掲『条解刑事訴訟法』六〇九頁は、交通事件即決裁判手続や略式手続においても、犯罪事実については合理的な疑いを超えた証明を必要とするという。一般にこのことを当然自明としているのであろう。

しかし裁判官出身の柏木教授は、等しく証明の心証といっても死刑の言渡しと執行猶予の言渡しとは事実上心証の程度に差異

のあることは否定できないであろうとする(柏木・前掲二〇一頁注(1))。また英法についてケニイは、犯罪が重大であればあるほど、必要とされる証明の限度も高くなるという(C.T.Kenny, *Outline of Criminal Law* 15th ed. 1936) p.454 ケニイ『英国刑事法要論(証拠法の部)』(司法資料二八六号、一九四九)一二六頁)。

リアリスチックなアプローチを好むスウェーデン法においても議論は分れている。エーケレーヴは証明度はすべての犯罪について同程度であるべきだとし、その理由として軽微な犯罪は通常の市民も犯すことが多く、そのような市民は罰金刑によって、職業的犯罪者が拘禁刑により受ける以上の苦痛を被ることがありうることを挙げる。Ekelöf, a.a.s.126. これに対してポールディングやサーリンは犯罪の軽重により証明度は異なるべきだとする。もともとポールディングは、罰金刑に当たる事件でも一律に証明度を考えるべきではなく、犯罪類型の相違を考慮に入れることを要するとする。例えば道路交通法違反と性的逸脱を理由とする軽微犯罪(我が国の軽犯罪法一条二三号など参照)とは同一には論じられないとする。Per Olof Bolding, *Gar det att bevisas?* s. 113, Nils-Erik Salin, *Beviskrav i brottmal*, Advokaten 1988 s.267. なおこの点に関するクラムの所説について、末尾の補論参照。

(5) 違法性阻却事由・責任阻却事由について被告人の側に検察官による犯罪事実の証明と同様の高度の証明度が要求されているのが実態だと聞く。もしこれが事実だとすれば、本文のような証明度軽減の主張は、結果的に被告人側の立証の証明度の軽減に寄与するであろう。したがってこのような面からも、犯罪事実に関する証明度の軽減が被告人に不利な点とは一概にいえないのである。

(6) 筆者は在官当時、被告人の警察での供述調書には未必の故意が明確に記載されていない場合、検察官調書には例外なくその点が明示されているのを読んで、検察官は肉体的拷問は絶対にしていないだろうが、これは一種の法律的拷問かも知れない、という感想をいだいたことを想起する。しかし、本文で述べるように裁判所がこういう内容の供述調書を好むから検察官はそうするのであって、検察官としては状況からして未必の故意が認定しうる場合でも、被疑者に無理にでもそう言わせるか、法律的作文をしたい心理になるのを必ずしも責められないかも知れない。

(7) 平野氏が許容的推定の意義について、第一に経験則たる事実上の推定を法文化することにより、事実の推論に臆病な裁判官を教育するという効果を挙げているのは(平野・前掲「刑事訴訟における推定」一三五頁)、本文のような裁判官の慎重さを考慮してのことであろう。

(8) 村井・前掲刑事訴訟法の争点一九一頁。

(9) 斎藤・前掲七七八頁は、刑事訴訟における法律上の推定の必要性を説く。

(10) 私見は、かつて檢察のイデオログにより主張された主観的要素の立証困難を理由とする刑法の客観化の提唱(松尾「挙証責任および推定」刑事訴訟法講座二卷(一九六四、有斐閣)一二四頁参照)と同様の主張と誤解されるかも知れない。しかし私見は、捜査における身柄拘束の謙抑、とくに少なくとも否認する被疑者を代用監獄に勾留することの絶対的禁止とワンセットでの主張であることにとくに注意を喚起したいと思う。

四 主観的証明責任、証拠提出責任、争点形成責任?

刑事訴訟においては主観的証明責任や証拠提出責任を認める学説が有力である⁽¹⁾。主観的証明責任はほぼ民事訴訟と同様の用法で使われているが、証拠提出責任は陪審制度を前提とする英米法の証拠提出責任(burden of producing evidence)から示唆されて生まれたもので、刑事訴訟法学に特有の観念である⁽²⁾。しかし近時民事訴訟でもドイツの学説の動向に影響されて主観的証明責任の新たな形態について証拠提出責任という用語が使われ始めたから、両者の誤解、混同を生ずる危険は大きい⁽⁴⁾。

筆者は民事訴訟においても主観的証明責任も証拠提出責任も不要だと考えるので、まして刑事訴訟では無用だと思⁽⁵⁾う。争点形成責任についても同様である。

繰り返しになるが、刑事訴訟においては檢察官が原則としてすべての証明主題について証明責任を負うのである。そして檢察官は公益の代表者(檢察庁法四条参照)として公訴を提起するのであるから、起訴した以上その事件について立証すべき義務を有することは別段の訴訟法上の義務付けを要しない。したがって、裁判所が檢察官に立証を促すために主観的証明責任が必要だというような議論は無用だと思⁽⁶⁾う。

刑事訴訟における主観的証明責任や証拠提出責任などの導入は、被告人に過大な立証負担を課する機能を営むだけ

ではないか——これは論者の意図に反してであろうが——と危惧せざるを得ない。⁽⁷⁾否認事件においてほとんどの場合被告人の保釈は著しく困難であること、国選弁護の貧弱な実情、とくに捜査段階における国選弁護の欠如などを考えると、被告人については訴訟の具体的状況に依じて立証の必要が生じうるとするだけで十分だと考える。⁽⁸⁾

突然逮捕され、長期間にわたり拘留され、弁護人との打合わせもままならない状況の中で公判に臨まなければならない被告人(否認事件の被告人の大半はこのような状況のなかにある)に対して、当事者主義の名のもとに上記のような責任を課するのは、筆者には行き過ぎた当事者主義の固執としか思われない。⁽⁹⁾刑事手続過程の現実を直視するならば、公判審理(における証拠調べ)とは、裁判所と被告人、弁護人が共同して検察官提出の有罪のための証拠を吟味するフォーラムであり、そこでは被告人の利益のための職権主義⁽¹⁰⁾に補完された当事者主義が支配する、とみたほうが我が国の刑事裁判のあり方にふさわしいのではあるまいか。⁽¹¹⁾

(1) 村井・前掲刑事訴訟法の争点一九〇頁参照。

(2) 松尾・前掲「拳証責任」五〇頁。

(3) 松本博之『証明責任の分配』(一九八七、有斐閣)一一頁以下、春日偉知郎『民事証拠法研究』(一九九一、有斐閣)二四頁以下、など。

(4) もっとも小林・前掲は民事訴訟の証拠提出責任を米国法のそれと同様に理解し、この觀念の採用に賛成する(一四七―八頁)。

(5) 詳しくは拙稿・前掲「主張・証明責任論の基本問題」参照。なお柏木・前掲二一〇―一一頁注(2)参照。

(6) 証拠提出責任を提唱する平野氏ですら「検察官は公訴を提起して有罪を主張した以上それを立証する責任があるといっても不当ではないと思われる。」という(平野・前掲『刑事訴訟法概説』一九三頁)。

(7) 伊達博士もこのことを強調し、「実務の立場からみると、刑事訴訟において、いかに当事者主義が強化されたからといって、法律的な意味においてかような立証の負担という觀念を認めることは、どうも納得できない。」という(伊達秋雄『刑事訴訟法講話』(一

九五七、日本評論社）二一四頁。

- (8) 同旨 伊達・前掲二一六頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法「改訂版」』（一九九〇、青林書院）二〇〇頁、同『刑事訴訟法の基本問題』（一九八八、成文堂）一八七頁。実務家や実務家出身の刑訴学者が立証の必要と主観的証明責任を同視し、主観的証明責任や証拠提出責任に特別の関心を示さないのは実務の智恵として高く評価されてよい（前掲『条解刑事訴訟法』六〇九—一〇頁、石井・前掲三四五頁、土本武司『刑事訴訟法要義』（一九九一、有斐閣）三三三—三四頁）。なお、田宮教授は立証の必要を「事実的準証責任とよぶのがふさわしい」というが（田宮・前掲三〇〇頁）、無用の術語をふやし、実務家を混乱させるだけではあるまいか。そもそも証明責任は規範的問題であるから、事実的証明責任という用語は形容矛盾の嫌いがある。

- (9) 大野正男『法廷技術』前掲刑事訴訟法の争点一六七頁は、証拠開示の伴わない当事者主義は、「一方的当事者主義」だと批判する。証明責任を巡る理論のほとんどは、現行刑事訴訟法がまだ新刑訴とよばれていたところに、英米とくにアメリカの証拠法理論を参考にして構築されている。そこでは当事者主義に対するやや楽観的な期待が随所に感じられる。しかし半世紀に近い刑事訴訟法運用の軌跡は、その期待とは異なる現実を産み出すに至っている。その是非は別として、このような現実を踏まえた刑事訴訟法の理念にふさわしい被告人の権利保護のための理論は、たんに当事者主義の強調だけで足りるとは考えられない。もっとも刑訴学者は必ずしもそう考えないようである（田口守一「書評 田宮裕『刑事訴訟法』」法学セミナー四五八号（一九九三）一三六頁参照）。なお依田・前掲も実務家の立場から、多くの学説が当事者主義の名のもとに被告人に不利益な解釈をすることの不当さを指摘している（一六、一八—一九頁）。

- (10) 平野氏は、法が裁判所に職権証拠調べの権限を認めたのはおそらく主として被告人の利益を守るためだと思われる、という（平野・前掲『刑事訴訟法の基礎理論』一四三頁）。

- (11) 高名な民事訴訟法学者であり、現に弁護士でもある木川統一郎博士はその刑事弁護の経験を踏まえて、我が国の刑事法廷（合議体）には四人の検察官——検察官席の検察官と裁判官席に座っている裁判官という名の検察官——がっていると指摘している（同「四人の検事」判例タイムズ四一六号（一九八〇）一頁）。この表現を逆に借用すれば、被告人には四人（単独体では二人）の弁護士——本来の弁護人と裁判官という名の公益弁護人——が必要なのではあるまいか。

五 準主張責任

刑事訴訟においては明文による例外規定がある場合を除き、被告人に本来の意味の主張責任がないことはいうまでもない。⁽¹⁾しかし検察官が原則としてすべての証明主題について証明責任を負っていることにかんがみ、そして当該事件において法律的に関連を有する事実ほとんど無限といってもよいから(例えば違法性阻却事由だけについても実に多くの場合が列挙されうる)、ある種の事実については被告人の主張を待って、かつその主張の範囲内に証明責任の内容を限界づけることが刑事訴訟といえども必要である。筆者が紹介したオリヴァーヴェクルーナのいう継続的関連性の原則、継続的証明の原則は民事、刑事を問わずすべての訴訟に妥当するのである。⁽²⁾そして、このことは審理の拡散化を防止し、真に必要な事項に立証を集中させるという意味で、被告人にとっても利益である。刑事訴訟法三三五条二項はこのような意味における主張の責任の根拠として援用できるであろう(たとい同条項のような規定がないとしても、訴訟理論的には訴訟における信義則にその究極的根拠を求めることができよう)。⁽³⁾

このような意味における被告人の主張の責任は本来のそれと区別する意味で「準主張責任」とよぶべきものであるが(民事訴訟における主要事実以外の事実に関する準主張責任と同じである)、簡略のため単に主張責任といっても、刑事訴訟では本来の意味の主張責任は被告人については例外的にしか存在しないのだから、誤解の生ずる余地はほとんどない。⁽⁴⁾

準主張責任について繰り返し説明しておけば、ある事実の主張がない場合は、それが顧慮されない(ことがありうる)という不利益、危険をもたらす結果責任である。つまり真正の主張責任が、ある事実の主張がない場合にそれを判決の基礎にできない不利益、危険であるのと類似する面と異なる面がある。その特徴は、真正の主張責任が通常、自己

が証明責任を負う証明主題の提示であるのに対して、準主張責任は通常、相手方が証明責任を負う証明主題の提示であるという点にある。

弁論主義の適用される民事訴訟では準主張責任は主要事実以外の事実について問題となるのみであるが、刑事訴訟では被告人主張の事実原則としてすべて準主張責任の対象である。

筆者は前述したように、証拠提出責任や争点形成責任に反対であるが、その意味内容を被告人の準主張責任と同一のものとして捉えるならば、その限りにおいてそれを肯定しても別に問題はないわけである。被告人の主張は証拠であり、またそれによって検察官が立証すべき主題が明確になることは、すなわち争点が形成されることであるから、このような理解は決して我田引水の議論ではないはずである。しかし、このように解することができるとすれば、準主張責任のほかに被告人に過大な責任を課する懸念を生ずる(少なくともそういう印象を与える)証拠提出責任や争点形成責任というような概念は不要に帰することになる。

(1) 平場博士は訴因、罰条について主張責任の概念を認めるが(平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(一九五四、有斐閣)一四六頁)、これに対して依田氏は、違法性阻却事由・責任阻却事由についてその証拠があっても被告人の主張がないかぎり認定できないという懸念を生じかねないから主張責任を認めるのは不当だとする(依田・前掲九〇頁注(39))。準主張責任という概念、ネーミングはこのような批判を避けることもできよう。

(2) 拙稿・前掲「スウェーデン法における主張責任論(一)」八九四―五頁参照。

(3) 中野貞一郎「変わりゆく民事裁判」奈良法学会雑誌四卷二号(一九九一)二五頁参照。

(4) 実務における道具としての訴訟理論の使いやすさという面を重視し、いたずらに術語、概念を増やすことを避ける私見の立場と、準主張責任という概念の提唱は一見矛盾するような印象を与えるかも知れない。しかし真に必要な概念の創出まで避けることはで

きないし、それでは理論の役割の否定になってしまう。準主張責任という概念は、前注(1)の批判のような誤解を招かないためにも、また民事訴訟の主張責任論との統一的理解をはかるためにも有用なのである。もっとも末広巖太郎「小智恵にとらわれた現代の法律学」同『嘘の効用』(一九五四、日本評論社)一六七―八頁の指摘とくに「できるならば、いわゆる学説の数を減らすことをひたすら心掛けてこそ立派な学者である。」(一五七頁)という言葉は、今日においても法律学者にとって頂門の一針だと信じている。

六　む　す　び

以上の私見は筆者の民事、行政訴訟における主張・証明責任論の延長線上にあり、民事、行政、刑事のすべての訴訟を通じてそれが基本的には同一の問題で、ただ現象形態を異にするだけであることを明らかにし、その結果として、できるだけ実務家にとって理解しやすく、かつ使いやすい道具としての理論を提供することを意図している。しばしば法律(解釈)学の任務は裁判をコントロールすることにあるといわれるが、そもそも法律実務家に十分に理解されることなしには、コントロールの機能を発揮する余地がないであろう(理解しながら故意に無視するのは論外として)。この意味で裁判をコントロールできる理論と裁判実務に役立つ理論とは同じ盾の両面に過ぎないともいえよう。多くの実務家は民事、行政、刑事の訴訟を同時にまたは時を異にして取り扱わなければならない。不必要な概念、理論の相違は混乱をひきおこし⁽¹⁾、効率的な訴訟運営を妨げ、訴訟関係人とくに被告人の権利保護に悪影響をきたす恐れがあり⁽²⁾るのである。

もっとも、筆者は刑事訴訟法の専攻者ではなく、刑訴理論の全体的、体系的理解に欠けるところがあることは自認せざるを得ない。本稿のテーマに関するかぎりはなるべく網羅的に文献を読んだつもりであるが、それにも思わぬ見

落しがあるかも知れない。筆者としては刑訴理論に関する知見の乏しさを、かつてのささやかな実務体験（数年間の刑事裁判官としての執務と、僅かな刑事弁護事件の取扱いにすぎないが）で得たものでおぎないつつ、貧しい思索を重ねてみた次第である。実務に関わったのもすでにずいぶん昔の話であるけれども、管見のかぎりでは我が国の刑事司法の状況は当時も現在もほとんど変化していないように思われる。したがって、私見がそれほど外的という程のことはないと思う。

最後にもう一点付言しておきたい。刑事訴訟事件はそれに関連する民事訴訟（国家賠償その他の損害賠償事件など）を発生させる。また立法論としては被害者の権利救済の観点から付帯私訴制度の再導入も一つの切実な検討課題であろう。このような問題を視野に収めるとき、本稿における筆者のような試みも、必ずしもアウトサイダーの放言として一蹴されるべきではあるまいと考えるのである。

（１） 民事訴訟法学と刑事訴訟法学とで証明責任に関する用語が異なること、とくに後者では用語が多様であることも大きな問題である（依田・前掲三七頁参照）。しかし民事訴訟法学と刑事訴訟法学のどちらもお互いに譲歩しないだろうから、統一を望むことはできない。その意味でも私見のように基本的に証明責任と立証の必要の二つしか用語として用いなければ、用語の単純化と合わせてその統一も達成されることになる。

（２） ささやかな実務体験から一例を挙げておきたい。筆者は修習生時代（昭和二七、八年）を含めて、刑事法廷で弁護人が検察側が提出しようとする検察官、司法警察職員作成の供述調書に対して、成立は認めるが立証趣旨は争う、というような民事訴訟と同様の認否をするのをしばしば目撃した。このような場合は裁判所から、それは同意する趣旨ですね、と釈明されて肯定するのが通例だったが、実は同意（刑訴三二六条）ということの意味がよく分からなかったのだと思う。すなわち、弁護人は刑事訴訟法に馴染みがないため、公務員作成の文書の成立は否認できないが（民訴三二三条参照）、その内容は被告人に不利なので証拠にしたくないという趣旨を上記のように表現したのであるまいか。だとすると、真意はむしろ同意しないということではなかったかと思われる。

(必ずしも弁護人を不勉強と批判することはできない。筆者が修習した部の裁判長は名刑事裁判官とされた人だが、公然と「私は新刑訴が分からない」というのが口癖で、ほんとうにあまり知らなかったようである。検察官が証拠調べの請求をした際および証拠調べ実施後意見を問われて、意見はないと述べたときは、同意したものと認めてよいという最判昭二六・九・二八刑集五卷一〇号二一三頁の背景にはこのような実務の実態があったのである。

我が国の刑事裁判の現状の最大の特徴と問題点は調書裁判にあると指摘されているが(石松竹雄「裁判官からみたわが国の刑事裁判」現代司法を考える会『わが国の刑事裁判を考える』(一九九一)四頁)、その原因の一つはこの辺にもあるのではないかと筆者は考えざるを得ないのである。なお調書裁判については、「特集 刑事弁護と「調書裁判」」刑法雑誌三三巻四号(一九九二)五一頁以下参照。

補論

一四八頁注(4)に関連する補論(証明度決定に関するクラミの所説)
フィンランドの法学者クラミ(ヘルシンキ大学教授)は現在北欧の証明(責任)論の分野における最もアクティヴな研究者とい
ってよいが、証明度の決定について次の公式を提示する。

$$P_{\min} > \frac{1}{1 + \frac{D_g}{D_i}}$$

D_i は誤った有罪判決がもたらす害悪(損失効用、以下同じ)、 D_g は誤った無罪判決がもたらす害悪である。かりに前者を二〇〇、後者を二〇とすると、

$$\frac{1}{1 + \frac{1}{20}} = \frac{1}{1.2} = 0.833 = 83.3\% \quad \text{となる。}$$

しばしば誤った有罪判決の危険のみが語られるが、これは正しくないと彼はいう。誤った有罪判決にのみ害悪が付着すると考え
ると、証明度は事実上一〇〇％に設定しなければならなくなってしまう。すなわち

$$\frac{1}{1+\frac{0}{x}} = \frac{1}{1} = 1 = 100\%$$

ゆえに、誤った無罪判決に伴う害悪も考慮すべきである。とくに重大な刑事事件では真犯人が無罪になり、犯罪が迷宮入りになってしまうことは看過し難い害悪だとする。

彼はこのような基本的立場を踏まえて、一般論として重大犯罪の証明度が軽微犯罪のそれよりも高くあるべきだとは必ずしもいえず、また軽微犯罪の誤判についても有罪判決と無罪判決とは異なる害悪をもたらさるから、証明度を一律に考えるべきではないとする。例えば、著名な政治家が万引きで起訴された場合、誤った無罪判決は大した害悪をもたらさないが、誤った有罪判決は彼にとって破滅的な害悪をもたらすかも知れない、と述べている。Hans Tapani Klami, *Mordet på Olof Palme* (1990), s.19-20.

なお、一人の無実の者を罰するよりも一〇人の真犯人を逃がしたほうがよいという法諺は、彼の公式にしたがうと、 D_g が一〇%になるので、証明度は九〇・九%に設定される。すなわち

$$\text{証明度} > \frac{1}{1+\frac{10}{100}} = \frac{1}{1.1} = 0.909 = 90.9\%$$

Klami, a.s.60-1.

* この公式およびクラミの所説については、拙稿「スウェーデン法における証明責任論」神奈川大学法学研究所研究年報一二号（一九九一）八七頁以下、拙訳、ハンス・ターパニ・クラミ、マリア・ラヒカイネンおよびヨハンナ・ソルヴェットラ「北欧における証明論・証明責任論の新しい動向」同号三五頁以下参照。

付記

本稿は、平成四年度の神奈川大学国内研究員（九州大学法学部および福岡大学法学部における）としての研究成果の一部である。

（一九九三・三・二五脱稿）