

Alkohol 醱酵に関する Meyerhof の Mechanism を始て Rebelein は化学量論的に論じ、ブドー酒の酒質判定に優れた結果を得たと報じた。然しながら Hennig は Rebelein の方法を追試した結果判定法として、左程有力な根拠たり得ないとした。

著者は清酒についてこの方法を適用し、検討を加えた結果幾多興味ある知見を得ることが出来た。これは清酒がブドー酒などに比べて遥にその酒質が格一性に富むためにもよるが、他方またそれらの知見は何れも化学量論的な取扱いにおいて始めて得られたものである。就中アルコール添加の問題に関しては甚だ示唆に富むものと信ずる。

終始御鞭撻を賜った本学宮道学長並びに研究に協力を頂いた本学衛生化学教室の各位に衷心謝意を表します。又研究試料の供与その他多大の便宜を賜った岐阜市加納町日本泉酒造株式会社に深謝致します。

文 献

- 1) Kniphorst. L. C. E., C. I. Kruisheer: Z. Lebensmittel-Unters. u.-Forsch. **73**, 1 (1937).
- 2) Diemair, W., u. J. Kleber: *ibid.*, **81**, 385 (1941).
- 3) Ribéreau-Gayon, J., E. Peynau u. M. Lafon: Bull. Soc. Chim. biologique. **37**, 457 (1955).
- 4) Rebelein, H.,: Z. Lebensmittel-Unters. u.-Forsch. **105**, 296 (1957), *ibid* **105**, 403 (1957).
- 5) Hennig, K., u. A. Lay: *ibid.* **111**, 505 (1960).
- 6) Malaprade. L.: Bull. Soc. chim. France(4)**43**, 683 (1928)
- 7) Buchan, J. L. u. R. I. Sarage: Analyst **77**, 401 (1952).
- 8) Thaler, H.: Z. Lebensmittel-Unters u.-Forsch. **100**, 362 (1955).
- 9) Fatome, M. Ann. Ferment, **1**, 291 (1935).
- 10) Thaler, H.: Z. analyt. chem. **131**, 29 (1950).
- 11) Reichard, O., u. H. Gspahn: Z. analyt. Cnem. **141**, 265 (1954).
- 12) Grohmann, H., u. F. H. Mühlberger: Z. Lebensmitt-Unters. u. Forsch. **103**, 185 (1956).
- 13) Hoepe, G.; Helv. Chim. Acta **26**, 1931 (1943).

沢登定教, 沢登俊雄: 刑事訴訟における「挙証責任」の転換について

Sadanori Sawanobori and Toshio Sawanobori: On Shifting the Burden of Proof in Criminal Procedure

目 次

1. 序 説
2. 刑法第 207 条 (同時犯と共犯例) に関する諸説
3. 法律上の推定の効果に関する諸説
4. 批 判
5. 私 見
6. その妥当性

1. 序説 挙証責任の問題は、民事訴訟においては、従来から極めて重大かつ困難な問題として大いに論議されてきたが、刑事訴訟においては、殆ど論議の対象とされなかった。それは、旧刑事訴訟法が極端に職権主義の色彩にいろどられていたからである。しかし、現行刑事訴訟法が当事者主義の原則を前面に押し出すに至って、刑事訴訟においても、挙証責任の問題がようやく議論の対象として取り上げられるようになった。そこで、これらの論議の中で、挙証責任が検察官の手を離れて被告人に転換される特殊事項ないしは例外事項とみなされている場合について諸説を検討した結果、そこにいろいろな矛盾や不合理が未解決のまま残されているように考えられ、更に、果して挙証責任というものは常に当事者のいずれかの一方にしか存しえないものであろうか、換言すれば、挙証責任が転換しようとする事自体が不合理なのではないかという疑念を抱くに至った。そこで、これらの矛盾や不合理を解消するために、一つの新しい提案を試みようとするのが本論の目的である。よってまず、挙証責任の転換を論ずる場合に必ず引き合いに出される刑法第 207 条（同時犯と共犯例）に関する諸説の検討から始めることにする。

2. 刑法第 207 条（同時犯と共犯例）に関する諸説 (A) 刑法第 207 条（同時犯と共犯例）は、法律上の推定規定であると解するのが通説のようである。例えば小野博士は、「法律上の推定がある場合には、証拠によらないでその事実を認定することができる。刑事法においては、実体的真実を重んじ、法律上の推定を設けることは、殆どないといってよい。ただ、刑法第 207 条によって、共犯の説明がない場合に共犯例が適用されることとなる。これは一種の法律上の推定を設けたものである。」と述べておられる。¹⁾ また斉藤博士は、「本条（刑法 207 条）を、法律上の推定規定であると解するのが我国の通説である。」と云われる。²⁾

(B) これに対し、団藤教授は、旧刑事訴訟法施行時には、刑法 207 条を法律上の推定規定として説明されていたが、³⁾ 新刑事訴訟法施行後は、挙証責任を被告人に転換する規定であると解されている。⁴⁾

(C) 更に、斉藤博士も団藤教授と同じく、同条は被告人に挙証責任を負担せしめる規定であると解されているが、その根拠として次の 2 点を挙げておられる。第 1 点は、法律上の推定の本質は、ある法条の要件事実を推定するのに同一法条の別の要件事実の存在を根拠にするのではなくて、その法条に含まれていない全く別の事実の存在を根拠とするということにあるのだから、刑法 207 条の場合のように、同一法条内の一つの要件事実から他の要件事実を推定するのは、正しい意味で法律上の推定とは云えないということである。⁵⁾ 更に第 2 点は、法律上の推定の効果は、被告人に証拠提出の責任を負担させるだけであるから、⁶⁾ 被告人が反証を提出しただけで、検察官は推定事実の存在を確認する責任を負担しなければならなくなる。これでは、本条の趣旨である国家と国民との間の配分的正義の要求と衡平観念とが全く没却せしめられる結果になるということである。⁷⁾

(D) 以上大別して、法律上の推定規定と解する説と、挙証責任規定であるとする説の二つがあることになるが、これに対し江家教授は、そのいずれでもなくむしろ「見做す」規定であると解されている。⁸⁾ その理由として、本条は裁判所の職権によっても証明が不可能となった場合「共犯の例による」という実体法上の効果を定めたものであって、「実証事実の存否について裁判官の確信を得るまで立証できない場合における当事者の危険負担（江家教授による挙証責任の定義）」⁹⁾ に関する規定ではなく、また反証によって推定をくつがえすことが認められないので、法律上の推定規定でもないという趣旨のことを述べておられる。¹⁰⁾ 青柳氏も、「刑法第 207 条の同時傷害が被告人に挙証責任を帰せしめたものであるとの説があるが、これは純粹の挙証責任というよりは、擬制的の要素がかなり含まれているというべきであろう。」と云われている。¹¹⁾ 更に平野教授は、「刑法第 207 条は、一部の主要事実による推定であるが、結果として、傷害を加えたと認定されるのではなく、共謀があったと擬制さ

れるのであるから若干の修正がある。」と述べておられる。¹²⁾

(E) 以上見てきたように、刑法第 207 条の規定の解釈には、大別して三つの見解があることを知ったけれども、果してこれらの区別がいかなる実益をもっているかということになると、はなはだ不明である。

まず、小野博士や団藤教授は、法律上の推定と挙証責任の問題について、次のような区別をされている。即ち、法律上推定の場合は、裁判所は初めから全くその証明を必要としないのに対し、挙証責任の問題は、証明の対象につき証明の必要あるときに裁判所は職権によってでもこれを証明すべく努めなければならないが、どうしてもその証明が不可能な場合に当事者のいずれが不利益を受けるべきかの問題であると説かれているのである。¹³⁾

しかしながら、法律上推定の場合裁判所は全くその証明を必要としないといっても、推定規定によって利益を受ける当事者の方から積極的に推定事実を立証しようとするかも知れようし、また推定規定によって不利益を受ける当事者が、推定事実を覆そうとして反証を提出してくることは極めて多いであろうし、これらの場合を通じて、裁判所は推定事実の存否を証明するという問題が起ってくる筈である。そしてこの結果、裁判所が推定事実不存在の心証を得れば法律上の推定は覆るし、得なければそのまま推定事実が認められることになるわけであって、果して挙証責任の転換の場合とどれ程の差異を生ずることになるのか全く不明である。¹⁴⁾

次に、江家教授の「見なす」規定であるという説についてであるが、斉藤博士も述べておられるように、¹⁵⁾「傷害ノ軽重」や「傷害ヲ生セシメタ者」を知り得る場合もある筈であるのに、このような場合にも、被告人側に証明の途を閉ざしてしまうという不当の結果を生ずることになる。¹⁶⁾更に江家教授は、第 207 条を挙証責任転換の規定であると解する説に賛意を表しかねる理由として、この説が「挙証責任ということを、裁判所の職権によっても証明が不可能な場合に、その不利益を当事者のいずれが負担するかの問題を解決するものと見る結果であって、挙証責任の意味内容を異にする。」と説明されており、¹⁷⁾更に同所で、「刑法第 207 条の規定は、裁判所の職権によっても証明の不可能な場合を定めたものである」と述べておられるが、果して「証明の不可能な場合を定め」ることと、「不可能な場合に、その不利益を当事者のいずれが負担するかの問題を解決するものと見る」こととの間に、どれ程の差異があるのか私にはよく分らない。

以上述べたように、刑法第 207 条を、法律上の推定と、挙証責任の転換の規定と、見做す規定というように三様に区分して論議することの実益を窺見することができないので、以下観点をかえて、一般的に法律上推定の効果に関してどのような見解がとられているか検討してみたいと思う。

3. 法律上の推定の効果に関する諸説

(A) 法律上の推定の効果は、推定の不利益を受ける当事者に挙証責任を転換せしめるものであると解するのが通説である。団藤教授は、「法律上推定された事実については証明を要しない。法律上推定をくつがえすためには、積極的に反対の事実を証明する必要がある。」と述べておられるし、¹⁸⁾平場教授も、「法律上推定せられた事実に対してはそれを争う側において、積極的に推定をくつがえす反対事実を立証する責任を負うているのであって」と説いておられる。¹⁹⁾田中教授も、「法律上の推定とは、証明の対象たる甲事実の証明に当って、他の(より証明しやすい)乙事実が証明されたときは、反対の証明のない限り甲事実が証明されたと認むべきことが、法律の規定として定められている場合である。しかし、この場合、甲事実の不存在についての立証責任は相手方が負うのであって、相手方の立証の結果甲事実の存否が不明となった程度であるときは、相手方の不利益に、即ち甲事実が存在するものとして取扱われる。甲事実について本来立証責任を負担している当事者が、乙事実を証明すれば、甲事実の存否についての立証責任が相手方に帰することになるのであるから、法律上の推定の場合には立

証責任の転換があるということが出来る。」と説明されている。²⁰⁾更に青柳, 船越両氏も同旨の説明をされており,²¹⁾まさに, 法律上の推定が挙証責任の転換を伴うという説が²²⁾一般的である。

ところで, 2. において, 刑法第 207 条を法律上推定の規定であると解するのが通説であると述べ, 更にいま, 法律上推定の効果として挙証責任の転換を伴うと考えるのが通説であると述べたことを考え合せると, 結局, 第 207 条の規定の意味内容は, 自ら傷害を生ぜしめたものでないことについて被告人に挙証責任を負わせる²²⁾とみるのが殆どの論者の一致した見解であるということになるのである。

さて, このような結論は, 第 207 条について云えるだけでなく, 刑法第 230 条の 2 にいうところの, 名誉毀損罪において摘示された事実が事実であることの証明についても同様である。なお, 行政犯ではこの種のもの²²⁾が比較的多く, 例えば, 農地法第 94 条, 労働基準法第 121 条第 1 項, 船員法第 135 条第 1 項, 児童福祉法第 60 条第 3 項, 4 項等がそうである。

通説は, このように, これらの規定は挙証責任を原告から被告に転換する趣旨のものだと説明しているわけであるが, ここで当然挙証責任という語の通説における意味内容は何かということが問題になる。これについては, 前述の如く, 団藤教授の「積極的に反対の事実を証明する必要がある。」とか, 平場教授の「積極的に推定をくつがえす反対事実を立証する責任を負う」とかいう表現に表わされているように, 被告人は転嫁された挙証責任を果すためには殆ど 100% に近い確信を裁判官に形成せしめなければならないことになるようである。またこのことは齊藤博士が, 「我国の通説の説くところは, その効果は確証責任を相手方に負担せしめるということであって, いいかえると, 推定事実の不存在を, 合理的な疑いのないところまで証明する責任が, 相手方に負わされるという点に, 法律上の推定の効果があると解しているのである。」²³⁾と述べておられることから明らかである。

ただ, 江家教授は, 当事者が要証事実の存否について裁判官の確信を得るまで立証しなければその不利益に認定されるという意味における挙証責任(江家教授はこれを固有の意味における挙証責任とよばれる)は, 徹底した当事者主義の下ではじめて存在しうるものであるから, 職権主義の色彩のなお強い我国の新刑事訴訟の下においては, そのような挙証責任は存在し得ないが, 他面において, 新刑事訴訟では当事者主義が著しく強化されたこと等を考えて, 当事者にある²⁴⁾程度の挙証責任を認める必要があると主張される。そして, その程度については, 裁判官の「確信に近い心証」という表現を用いて説明されている。²⁴⁾

さて, 挙証責任という語の通説における用例から判断して, 被告人は転嫁された挙証責任を果すためには殆ど 100% に近い確信を裁判官に形成せしめなければならないとすると, 被告人は, 問題の点に関し白であることが殆ど 80% くらい明らかである場合にも黒であるとの認定を受ける結果に陥ることになり, 刑事法の人権保障機能を害することはなほだしいものがあると云わなければならない。江家教授の説かれるところは, このような場合を考慮に入れると, 一応妥当性をもっているかのようにみえるが, これはあくまで被告人に挙証責任がある特殊とみなされる場合について云えるだけであって, 検察官に挙証責任のある一般の場合についても「確信にあらざる」心証を形成せしめるだけで挙証責任を免れうるとしたら, 実体的真実主義の精神に反し, ひいては人権保障機能を害する結果となるのである。

そこで一部の学説は, これらの場合には挙証責任が転換されるのではなく, 単に「提証責任」が転換されるのである, と主張している。

(B) 齊藤博士は, 法律上推定の効果としては「提証責任」が転換されるにとどまり, 我国の通説が説くように「確証責任」(立証責任)が転換されるのではない, と主張されている。²⁵⁾このように単に「提証責任」が転

換される結果、裁判所は、問題の点について通常被告人場合によっては原告が、被告人に有利な何らかの証拠を提出したときには、その提出された証拠に基き挙証責任の一般原則に従って事実認定をなすべきであるが、自ら進んで証拠調を行う必要はなく、もし当事者から積極的に被告人に有利な証拠の提出がない場合には、その点に限ってもはや挙証責任の一般原則に従うことなく、一律に被告人不利の認定をなすべきである、との趣旨に外ならないと説くのである。²⁶⁾ 井上教授も、ほぼ同一の見解を述べられている。²⁷⁾ 斉藤博士は、自説の妥当性を説明して次のように述べておられる。即ち、「法律上の推定だからといって何故通説のように強い力（相手方が確証責任を果さないかぎり推定の効果は破れないという力）を認めなければならないのか、その理由が判らない。相手方が推定の効果を争わんとして証拠を出してきた以上、事実認定の本来のプロセスに戻るのが正道である。相手方がそのような責任を怠るときに始めて推定の本来の効果が発生するとみることこそ、当事者主義、弁論主義の原理に適合目的的解釈である。」と説明される。²⁸⁾

しかしながら、このような解釈は、結局実体的審理を行わず証拠に基かないで事実認定をすることを認めているのであるから、実体的真実主義を標榜するわが刑事訴訟法の根本精神（第1条）と、その具体的顕現である証拠裁判主義の原則（第317条）とに真向から矛盾する結果に陥るのである。

（C）以上二つの説に対して、法律上の推定規定の効果を一律に論ずることをやめ、①たんなる事実上の推定の明文化されたもの（例えば、盗品所持による窃盗の推定）と、②挙証責任の転換規定に代るべき性格をもつもの（例えば、旧団体等規正令第14条第2項）とに区別し、前者の性格をもつものは、事実上の推定法則と同じように、経験則上確実性も高いのだから、推定事実の存在を疑わしむべき反証を相手方は提出しさえすればよいものと認め、後者の性格をもつものは、前者に比べてそう蓋然性が高くないから、挙証責任を転換され、100%の証明を要するものと認めるべきであるとする主張がある。²⁹⁾ 長島氏の云われるところである。しかしながら、（A）、（B）の二説について私が抱いた疑問に対する解決にならないことは言うまでもない。

4. 批判 この最後の説の生まれてくる原因を考えると、確かに、通説のように刑法第207条が挙証責任を原告から被告に転換する趣旨のものだと説明することも、配分的正義を重要視すべき立場からは、極めて重要な論拠であろうし、また同時に、法律上の推定の効果は、英米法の実際にのっとなって反証を提出する義務を課するだけであると説明することも、被告人に100%に近い反証を要求することが刑事法の人権保障機能を害することをおそれる立場からは、これもまた極めて重要な論拠であろう。しかし、同じ法律上の推定規定と考えられる場合でも、被告人に100%の反証を要求することが不合理な場合もあり、また、要求しないことが不合理のように思える場合もあって、結局この最後の説のような不分明な解決方法（推定規定であることを認めても、場合によって、挙証責任が転換したりしなかったりというのは、推定規定であったりなかったりというのに等しい）によらざるを得なくなる。

われわれは、このような不合理な結果が生ずる根本的な原因は、各論者が、挙証責任を果すために必要な証明の程度を、証明すべき事実の如何にかかわらず、また挙証責任を負担した当事者が原告であると否とにかかわらず、常に一定であるときめていることにあるのではないかと考えるのである。既に述べたところから明らかのように、通説は挙証責任を負担した者が検察官であろうと被告人であろうと、また証明の対象が罪となるべき事実の存在であろうと、法律上推定された事実の不存在（第207条の場合）であろうと、一切かまうところなく挙証責任という以上、殆ど100%に近い確信を裁判官に形成せしめる責任を負わしめていることから、容易に推測できよう。このように、挙証責任の概念を極めて劃一的な不変のものにとらえている結果、刑法第207条のような

特殊なケースにおいて、人権保障機能を害する結果に陥ったり、それを避けるために「提証責任」という別の概念をもち込んでみても結局は実体的審理を行わず証拠に基かずして事実認定をなすことを認めるという危険を冒さなければならなくなるのではなからうか。例えば、「刑法第207条の規定がないとすると、被告人がその傷害の全部または一部を生ぜしめたという事実の存在については、100%立証する責任が原告にあるが、第207条の規定があることによって原告の負っていた100%の立証責任が、原告の手を離れて被告人に転嫁され、その結果被告人は、自らその傷害の全部または一部を生ぜしめたという事実の不存在について100%立証する責任を負うことになる。」という具合に、100%証明を要するという意味での一つの挙証責任が、常に当事者の一方にだけ存在しているときめていること自体にも問題があると思われる。例えば、ある事実の存在について、原告が80%以上立証する責任を負っている場合は、被告が20%以上その事実の存在を不確かにするような立証をすれば自己に不利益な認定を受けないのであるから、換言すると、その事実の不存在について、被告は20%以上立証する責任を負っていると考えてもよい筈である。従って、ある事実の存在について原告100%、ある事実の不存在について被告100%立証の責任を負うときめてかかる必要はあるまいと考えられる。³⁰⁾

さてそこでわれわれは、いま述べた点を考慮し、更に、先にその実益に疑問を抱いた法律上推定か挙証責任の転換かという論議をすて、その上、実体的真実主義を危うくする結果を招いた「提証責任」の考えをすて、改めて挙証責任のあり方を検討した結果、次のような解釈を提案しようと思う。

5. 私見 挙証責任の分配および挙証責任を果すために必要な証明の程度に関して、次のような解釈が妥当であると思う。

(A) 罪となるべき事実(広義)の存在については、原告が挙証責任を負う。そして、原告が罪となるべき事実の存在の立証に成功して挙証責任を果したといえるためには、原則として、裁判官をして罪となるべき事実の存在に関する極めて高度の心証を形成せしめることが必要である。換言すれば、裁判官をして「被告人は黒だ」という殆ど100%に近い心証を形成せしめない以上、原告は自己に不利な裁判即ち「被告人は白だ」との認定を甘受しなければならない(刑訴法第336条の「被告事件について犯罪の証明がないとき」という言葉に注意。)「疑わしきは被告人に有利に」という法諺は、このことを意味しているのである。

(B) 罪となるべき事実の不存在(刑の減免および不処罰の事由となる事実の存在を含む)については被告人が挙証責任を負う。しかし、被告人が罪となるべき事実の不存在の証明に成功して挙証責任を果したと云うためには、一般に原告の場合に比して遙かに低度の心証を裁判官に形成せしめれば足りる。換言すれば、被告人が自己に有利な判決をかちとるためには、裁判官をして「被告人は白ではないか」という疑念を起さしめ「黒である」という確信を動揺せしめる程度で十分である。「疑わしきは被告人に有利に」という法諺は、またかかる意味を持っているのである。³¹⁾

(C) 例外的に、被告人が、罪となるべき事実の不存在につき挙証責任を果すために必要な証明(に要する心証)の程度が、一般の場合に比し相当加重されている場合がある。(これに対し原告側では、挙証責任を果すために必要な証明の程度が軽減される。)例えば、刑法第207条によれば、暴行傷害の同時犯の場合、被告人は、自己がその傷害の全部または一部を生ぜしめたものでないことにつき相当程度の高度の心証(恐らくは50%程度確かな心証)を裁判官に形成させるのでなければ、その傷害の全部を生ぜしめたとの認定を免れ得ない。刑法第230条の2にいうところの、名誉毀損罪において摘示された事実が真実であることの証明についても同様である。行政犯ではこの種のものが比較的多い(例えば農地法第94条、労働基準法第121条第1項、船員法第135条第1項、児童福祉法第60条第3項、4項等)。

6. その妥当性 それでは最後に、自説の妥当性を検討してみよう。

(A) まず、被告人も挙証責任を負う二つの場合、即ち、罪となるべき事実の不存在の証明に関する一般的な場合と例外的な場合(5.(B)および(C)の場合)を通じて、被告人が挙証責任を果たすために必要な証明の程度は50%を超えることはないのであるから、被告人に挙証責任(殆ど100%の)を転換する場合を認める説のように、被告人が白であることが殆ど80%くらい明らかでも黒であると認定を受けて、刑事法の人権保障機能を害する、という結果は生じないであろう。

(B) そして更に、刑法第207条のような例外的な場合には、被告人の挙証責任が一般の場合に比し相当加重される(50%程度まで)のであるから、「法律上推定の効果は提証責任のみを被告人に転換するものであるから、第207条のような場合を法律上の推定と解すると、反証の提出ある以上検察官に100%に近い証明を要求することになるので、配分的正義に反する」という議論も不必要となるし、「右の場合、もし当事者から積極的に被告人に有利な証拠の提出がないと、その点に限っては挙証責任の一般原則に従うことなく一律に被告人不利の認定をしなければならないから、結局実体的審理を行わず事実認定を認めることになり、実体的真実主義と証拠裁判の原則と矛盾する」という不合理も解決できるのである。

(C) 通常の場合でも、原告、被告がその挙証責任を果たすために必要な証明の程度には、対象の性質により若干の差異がある筈である。一般に、重き罪となるべき事実の存在の証明に要する心証は、軽き罪となるべき事実の存在の証明に要する心証よりも、一そう確信度の低いものであって足りる筈である。かように、一つの犯罪の証明について、原告により高い証明度が要求されると、被告にはより低い証明度が要求され、それに反し、原告に要求される証明度がより低いと、被告に要求される証明度はより高くなるという具合に、一つの犯罪については常に一定量の(100%の)挙証責任を、当事者の双方で分担しており、その分担の割合が、刑事訴訟法の指導的理念を基礎として、犯罪の種類によりあるいは当事者の性格や能力に応じて、変動するものと考えべきではなかろうか。

(D) 更に、その他注意すべき点としては、

(イ) 例えば、甲が乙とともにある犯罪を行ったことは確かだが、乙との共同正犯かそれとも幫助犯かについて明瞭な心証が得られなかった場合や、未遂に間違いがないが障害未遂か中止未遂かはっきりしない場合や、故意の殺人か過失致死のいずれかには相違ないが、どちらとも決しかねる場合などにおいて、夫々共同正犯、障害未遂および故意殺人を認定し得ないのいうまでもないが、しからば幫助、中止未遂および過失致死を認定しても差支えないだろうか。厳密に云えば、後者としても確信の心証を得なかったのだから、無罪を言渡すより仕方がないことになるが、翻って考えると、犯罪を犯したことは確かであり、犯した以上は最低、幫助、中止未遂または過失致死に対応する法定刑の枠内で処断されるべき性質のものであることは明らかなだから、科刑のための方便として幫助、中止未遂または過失致死を認定しても、決して正義の要求にも、実体的真実主義の要求にも反することにはならないであろう。かような場合を考慮に入れると、罪となるべき事実の認定に必要な心証は確信の心証だという命題にも、いろいろと微妙なニュアンスのあることがわかるのである。

(ロ) 罪となるべき事実の証明はあったが、犯行の動機や犯人の性格環境等、量刑の基礎となる諸事実がはっきりしない場合には、所定の法定刑に酌量減輕を加えた枠の中で最低の刑を科すべきである。

「疑わしきは被告人の有利に」という法諺は、以上(イ)、(ロ)のような場合をも意味しているのである。

- 2) 齊藤朔郎: “事実認定論” 55頁.
- 3) 団藤重光: “刑事訴訟法綱要” 533頁.
- 4) 団藤重光: “新刑事訴訟法綱要” 4訂版, 166頁, 168頁.
- 5) 齊藤: 前掲 52頁, 56頁.
- 6) 3. 参照.
- 7) 齊藤: 前掲 56頁, 57頁. 「然らば, 本条を, 被告人に対する挙証責任規定と解する合理的理由如何を考へてみるに, ……いやしくも, 傷害の原因となっている蓋然性の強く認められる暴行行為をして, しかも, その行為について, 一般に犯罪の成立を妨げる理由となる事実も存在しない以上, その者も, 一般の場合において犯人として取扱うことは, 社会防衛上, 是認できないことはない. ……従つて, 既に, 一般の場合においては, 犯人と認められる程度まで証明せられた被告人に対して, 挙証責任を負担せしめることは, ……国家と国民との間の配分的正義の要求と衡平の観念に合するといえよう。」これに関しては, 長島敦: “自由心証主義と挙証責任の諸問題” (法律実務講座・刑事編第9巻) 2154頁に同旨の説明がある.
- 8) 江家義男: “刑事証拠法の基礎理論” 20頁.
- 9) 江家: 前掲 16頁.
- 10) 江家: 前掲 120頁.
- 11) 青柳文雄: “挙証責任” (刑事法講座・第6巻) 1187頁.
- 12) 平野龍一: “刑事訴訟法” (法律学講座) 76頁.
- 13) 小野清一郎外: “刑事訴訟法ポケット註釈全書” 672頁, 団藤重光: “刑事訴訟法綱要” 353頁, 団藤重光: “自由心証主義” (刑事法講座第6巻) 1128頁.
- 14) 長島氏は, 団藤教授の説明に対して同旨の批判をされているが, 自らは, 挙証責任の転換と法律上の推定の区別について次のような見解を述べておられる. 「挙証責任が転換された場合には, その結果挙証責任を負担する当事者(被告人)がその事実(乙)の本来の挙証責任を負うに反し, 推定規定においては, その事実(乙)についての挙証責任が, 本来の当事者(検察官)に存在することを前提としつつ, その事実(乙)に代る他の事実(甲)の証明があったことによって, その事実(乙)の証明に代えようとするものである. ただ, 法律上の推定をくつがえすためには, 反対当事者(被告人)側に反対証拠提出の必要が生ずるのであって, その証拠の証明力の程度の解釈如何によっては, 反対当事者(被告人)にその事実(乙)の不存在の挙証責任を負担せしめる結果となる. この場合には, 推定規定は挙証責任の転換を結果するといえる。」(法律実務講座・刑事編・第9巻, 2160頁)しかし, 被告人が自己に不利益になるような乙事実の存在について本来的に挙証責任を負うということとはありえないことであるし, この意味を, 乙事実の不存在について本来的に挙証責任を負うということにかえてみても, 乙事実の存在についての挙証責任を本来検察官が負っているということの裏返しにすぎないのだから, 推定規定の場合を説明したのと何ら異なるところがないと考えられる.
- 15) 齊藤: 前掲 57頁.
- 16) 長島: 前掲 2155~2156頁に, 「これ(刑法第207条)を分析すると二つの要素からなり立っている. その一は, 『傷害ノ輕重ヲ知ルコト能ハス』または『傷害ヲ生セシメタル者ヲ知ルコト能ハサル』ときという要件の存在であり, その二は, 『共同者ニ非スト雖モ共犯ノ例ニ依ル』という効果である. 前者は, 訴訟における窮局的証明不能という訴訟上の状態を問題とし, 後者は, 共犯者でないものを共犯の例によって処断するという実体法上の効果を定めている. そこで, 後者のみに着目すれば, それは『見做す規定』いわゆる擬制規定ということになる. しかし, これを全体としてみるならば, それはまさしく, 『真偽不明の場合の挙証責任』を解決する挙証責任分配の法則であることを知りうるであろう。」と述べられている. 更に, 齊藤: 前掲 57頁には, 「『見做す』規定と解せられることは, 法文の文理には反する」として反対されている.

- 17) 江 家：前掲 20 頁.
- 18) 団 藤：前掲“新刑事訴訟法綱要” 161 頁.
- 19) 平場安治：“刑事訴訟法講義” 114 頁.
- 20) 田中和夫：“証拠法” 79 頁.
- 21) 青柳文雄：“刑事訴訟法通論” 257 頁，および船越信勝：“刑事裁判における挙証責任の研究”（法務研究・39 集の 5.）
- 22) 斉 藤：前掲 25~26 頁。「ドイツおよび我国の民事，刑事の訴訟法学学説の通説は，法律上の推定規定の効果は，推定の不利益を受ける者に，立証責任を転換してしまうものと考えている。」
- 23) 斉 藤：前掲 72 頁.
- 24) 江 家：前掲 16~17 頁.
- 25) 斉 藤：前掲 26 頁.
- 26) 斉藤博士が「提証責任」の転換を述べられるとき，英米法の通説である Thayer の理論を引き合いに出される。その理論とは，「推定事実の存在は，相手方からその不存在を証明するための証拠の提出がなされない限り，かつその提出のあるときまでに限って，仮定せられなければならないものにすぎないとするもの（である）。従って，もし，かような証拠が一旦，提出された場合には，もはや何等の推定のなかったのと同様な状態の下で，推定事実の存否を判断する外はないことになる。この場合，裁判官や陪審員が，相手方の提出した証拠を信用するかどうかということは，何の関係もないことなのである。いいかえると，推定の効果は単に，推定事実の不存在を主張する当事者（相手方）に，その証拠を提出する責任を負担さすだけのことである。」（斉藤：前掲 72 頁）.
- 27) 井上正治：“新刑事訴訟法原論” 218 頁.
- 28) 斉 藤：前掲 75 頁.
- 29) 長島：前掲 2161~2162 頁.
- 30) 斉藤博士が，既述のように，法律上推定の効果は，挙証責任（確証責任）が例えば被告人に転換するのではなくて，確証責任は依然として原告にあり，証拠提出の責任（提証責任）だけが被告人に転換されるだけであると説明しておられるが，第一に，証拠を提出することなしに確証するということは考えられないのであるから，提証責任が転換されてしまった後の確証責任を云々しても無意味であろうし，第二に，被告人が証拠を提出しない以上原告は確証する必要がないとしたら，確証責任が原告にそのまま残っているということも無意味であろう。何故この説明のような不合理を生ずるかということ，博士が，確証責任という 100%（に近い）証明の必要が，原告，被告のいずれか一方にしか存在しえないという前提に立たれているからである。
そして更に，本文に述べたところから明らかなように，「挙証責任が転換する」という表現も，挙証責任が常に当事者のいずれか一方にのみ存在するという前提から生れてくる表現であるので，「挙証責任の転換」という概念自体が無意味だと云えるのである。
- 31) 罪となるべき事実の存在について，原告が殆ど 100% に近い（例えば 99%）立証をする責任を負っているとすれば，被告人は 1% を超える程度の「罪となるべき事実の不存在を立証する責任」を負っていることになる。
- 32) 恐らく 50% を超える立証の責任を被告人に負わせることは，いかなる場合であっても，現行刑事訴訟法下にあつては，職権主義の強さや（殆どの論者が程度の差はあるが，それを認めている），人権保障の精神に照らして，無理があると考えられるからである。江家教授が，「確信に近い心証」と云われ，斉藤博士が「証拠提出の責任」と云われるのは，私の所論にあてはめてみたとき，何パーセント程度になるのかは不明であるけれども，江家教授が「固有の意味の挙証責任は現行刑事訴訟法下では存在しない」と云われ，また斉藤博士が，被告人に確証責任を負担せしめることが酷である場合を認められている（法律上推定の効果）趣旨から察しても，50% を超えないことが必要とされるのではないかと思う。