

# 刑事訴訟における証明責任轉換の考察

——合衆国連邦裁判所判例の展開をうけて——

飯野海彦

## 序論 問題の所在

### 第一章 証明責任とその轉換

#### 第一節 証明責任論

#### 第二節 証明責任の分配

### 第二章 推定と積極的抗弁

#### 第一節 英米法における「無罪の推定」

#### 第二節 英米法における証明の程度

#### 第三節 積極的抗弁の意義

#### 第四節 推定の憲法的妥当性

#### 第五節 判例の考察

#### 第六節 小括

## 結語

## 序論 問題の所在

「疑わしきは被告人の利益に」(In dubio pro reo)の原則は、刑事訴訟における証明責任が、訴追側に存在することを示唆する日本国憲法三二一条の「適正手続の保障」の一内容な

すものと解され、また、世界人権宣言二一条及び、市民的及び政治的権利に関する国際規約一四二条二項においても保障されている。だが、当事者主義化された新刑事訴訟法が施行された直後には、刑法を客観化して、故意・過失のごとき主観的要素の立証の困難を緩和すべきであるとの主張<sup>(1)</sup>、あるいは、刑罰阻却事由の証明責任を被告人に負わせるべきだとの主張<sup>(2)</sup>がなされてきた。また、現行の法をながめてみると、刑法二〇七条の同時傷害の特例、同二三〇条の二の名誉毀損における事実の証明の規定は、一定の要件の下で証明責任を被告人に負わしめるものであり、そして、特別刑法には、児童福祉法六〇条三項の児童年齢の認識、爆発物取締罰則六条の治安を妨げる目的、公害罪法五条の因果関係の推定、最近ではいわゆる麻薬新法における不正収益の推定、さらに、一般的には両罰規定における業務主の過失など、検察官の証明責任を緩和する規定が現に存在するのである。

もつとも、これらの規定について、例えば、児童福祉法六

○条三項は証明責任を転換したものとするのが通説<sup>(3)</sup>であり、また、各種業務主処罰規定の過失の認定は、検察官に証明責任があるという少数説<sup>(4)</sup>もあるが、判例・通説は過失推定説<sup>(5)</sup>を採る。

ところで、これらの主張どおりに、あるいは、これらの規定に基づいて、被告人に証明責任を負わせると、立証に失敗した被告人は、「罪を犯したから」ではなく、「訴訟のやり方が拙かったから」処罰される危険が生ずる<sup>(6)</sup>。

そこで、これらの問題を「疑わしきは被告人の利益に」の法理の下で、合理的に解すべく説かれるに至ったのが、被告人の立証は証拠の優越程度で足りるという主張と、証明責任を証拠提出の責任にとどめるべきであるとする見解であった。これらは、いずれも英米法の理論及び概念に由来を求めうる見解である。しかし、先に述べた、犯罪阻却事由について被告人に証明責任を負わせる見解が、証拠の優越による証明で十分である<sup>(7)</sup>、としたとしても、これらが犯罪事実<sup>(8)</sup>に包含されるものである以上、犯罪が成立しているか否か判らないのに、訴訟追行の稚拙さ故に処罰されることになるという批判は依然として受けることとなる<sup>(8)</sup>。通説は、法に規定のある場合に、例外的に証明責任の転換を認める<sup>(9)</sup>。しかし、この場合も、証拠の優越による証明でよいとしても、同じ問題は残るので、例外規定を許容する合理性を要求し、単に証拠提出の責任を負わせたにとどまる場合を考えていこうという見解

が有力である<sup>(10)</sup>。

本稿は、基本的にこの最後の見解に立つて論述していきたい。すなわち、以下の命題を検証し確認する。①被告人に結果責任としての証明責任を課するのは、法に規定のある例外的場合に限る。②この法規定のある場合、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の例外として、適正手続の限界の中での合理性が存しなければならず、単に証拠提出の責任の意味における証明責任を負わずにとどまる場合もあるとしなければならぬ。③被告人が結果責任としての証明責任を負うとしても、証拠の優越による証明で足りる。④犯罪成立阻却事由や刑の減免となる事由は、被告人が証拠提出の責任を負う場合もある。但し、二章で詳述するように法の規定形式上、excuseの形を採っているか否かに拘泥せずに、犯罪要素の証明につき、被告人に不当な負担を課することのないよう吟味を要する。

一方、先程より繰り返し登場する「証拠提出の責任」という概念の源である英米法に目を向けると、正当防衛や責任能力等を積極的抗弁 (affirmative defense) として、これについて被告人に証明責任を負わず場合があり、冒頭で触れた主張を検討する上で参考となろう。また、英米における推定についての多彩な論議の展開は、わが国に例外的にせよ現に存在する証明責任の転換をする規定の解釈上参考となろう。

本稿は、「証明責任」の内容を整理した上、冒頭に挙げた

主張の説くところを詳しく紹介する。そして、右主張の内容に相当する、英米法の積極的抗弁について、説得責任に客観的証明責任を被告人に課す場合の制限、及び、刑事訴訟法において認められるべき推定について、とくにアメリカ合衆国における議論や判例の展開を最新のものまで詳細に紹介し、わが国の法解釈の指針を模索するものである。

(1) 出射義夫・刑法入門(一九五七年)一一八頁、井上正治「刑法における主観的要素の証明」滝川還暦記念現代刑法学の課題下(一九五五年)四四九頁以下。

(2) 小野清一郎「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌五卷三号(一九五五年)九四頁以下。

(3) 高田卓爾・刑事訴訟法(二訂版)(一九八四年)二一〇頁。しかし、証明責任を客観的な意味でではなく、後述の証拠提出の責任を転換したものとする見解(平野竜一・刑事訴訟法(一九五八年)一八七頁)が有力になりつつある。

(4) 飯塚敏夫「従業員の価格違反と事業主の責任」日本法学九卷二号(一九四三年)五六頁以下、吉村徳重「無罪の推定と有罪の推定」法政研究(九州大学)二五卷二四号(一九五九年)三二六頁以下。

(5) 最大判昭三二・一一・二七刑集二二卷二号三二二三頁、福田平・新版行政刑法(一九七八年)五六頁。

かつて、学説では、無過失責任(転嫁責任、代位責任)説、過失擬制説が支配的であったことと対比するならば、過失推定説も「進化」であり、行政刑法においては、故意の証明自体も省略されるといった特殊性を考慮して、かろうじて通説の妥当性が認められるという評価もある。松尾浩也「挙証責任および推定」刑事訴訟法講座2

(一九六四年)一二四―五頁。

(6) 平野竜一「刑事訴訟における推定」法協七四卷三号(一九五七年)一頁。

(7) 小野・前掲論文九六頁。

(8) 平野・前掲書一八七頁。

(9) 松尾浩也「刑事訴訟における挙証責任」上智法学論集一卷一号(一九五七年)二九二頁。

(10) 平野・前掲書一八七頁、松尾・前掲論文(註5)一二五頁、岡部泰昌「挙証責任および推定」高田田宮編演習刑事訴訟法(一九八四年)二六九―七〇頁。

(11) 平野・前掲書一八四頁。

## 第一章 証明責任とその転換

### 第一節 証明責任論

「証明責任」の内容は、多様なものを含んでおり、これから議論を進める上で、その内容を整理しておく必要がある。

#### 一 用語法について

本稿では、これまでの刑事訴訟法学の用語法と異なり、*“Beweislast, burden of proof, charge de la preuve”* の相当語句として、「証明責任」の語を用いている。これは、従来の「挙証責任」の語が、*Beweislast* の *Beweisführungslast* (通常「証拠提出責任」と訳される。「証明を遂行する責任」である)としての一面のみが際立たされてきたとの指摘が予てよりなされており、よりニュートラルな用語法として民事

訴訟法学では一般的な「証明責任」の語を用いるものとされているからである。

また、証明責任の二つの側面を示す用語として、刑事訴訟法学においては、実質的証明（挙証）責任（Materielle Beweislast）及び形式的証明（挙証）責任（Formelle Beweislast）の語が用いられてきた。これは、証明責任の二つの側面を初めて分析した Glaser の命名に由来すると思われる<sup>(2)</sup>。彼によれば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が存在する刑事訴訟においては、実質的証明責任のみが妥当し、民事訴訟におけるような形式的証明責任は存在しないとする<sup>(3)</sup>。しかも、民事訴訟において、実質的証明責任と形式的証明責任とは殆ど一致とするので、「証明責任は実質的証明責任が基本であって、形式的証明責任は觀念しうるのみ」という誤解を生ずるおそれがある。行為責任の側面における証明責任が、結果責任としての証明責任と形影相伴うとすることに<sup>(4)</sup>、近時の民事訴訟法学において強力な異論も存することから、本稿では民事訴訟法学の理論状況を参照する都合上、客観的証明責任、主観的証明責任の語を用いる<sup>(5)</sup>ことを原則としようと思う。但し、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が妥当する刑事訴訟において、当事者の証明責任の主観面を強調する語を用いることは逆に違和感が生じようし、また年の刑事訴訟法学における理論状況から、考察する学説に合わせて「実質的、形式的」の語は随時用いられるこ

とになるので、概念さえ把握できれば、「客観的、主観的」の用語法に今後もこだわらなむ。また、民事訴訟法学においては、主観的証明責任の異語同義として「証拠提出責任」の語も随時用いられることもお断りしておく。

(1) L. Rosenberg, *Die Beweislast*, 5. Aufl., 1965, 倉田卓次訳・証明責任論（全訂版）（一九八七年）、訳者の倉田博士による「例言」三頁。

(2) J. Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, 1883, S. 364 f.; derselbe, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, 1883, S. 85 ff.

(3) derselbe, *Beiträge*, S. 99 ff.; 但し、刑事訴訟においては、事実上の責任は否定できないので、事実的証明責任（*faktische Beweislast*）が妥当するという（S. 102 f.）。これは、後述の立証の現実的必要性に相当する。

(4) derselbe, *Beiträge*, S. 99.

(5) 民事訴訟法学の用語法に合わせて、主観的挙証責任・客観的挙証責任の語を用いるべきものとするのは、松尾浩也「挙証責任および推定」刑事訴訟法講座 2（一九六四年）一一九頁、田宮裕・松尾浩也 II 田宮裕・刑事訴訟法の基礎知識（一九六六年）一二七頁。

## 二 客観的証明責任と証明責任規範

さて、客観的証明責任とは、既判力を帯有すべき本案判決の事実的基礎として確定を要する要件事実が、口頭弁論終結後になお存否不明であるときに（真偽不明：non-liquet）、終局判決により自己に有利な法律効果の発生もしくは不発生が認められないこととなる一方当事者の危険ないし不利益を

さす。これは訴訟の審理過程における当事者の立証活動あるいは裁判官の証拠評価を捨象して、もっぱら審理終結後に要件事実が存否不明であるという結果のみにより生じる不利益であることから、結果責任ないし確定責任 (Feststellungs-last) とも呼ばれる<sup>(6)</sup>。

客観的証明責任は、「何が証明されるべきか」<sup>(7)</sup>の問題であり、「形成された実体について言う」<sup>(8)</sup>もので、その所在が当事者の立証活動とは無関係に事前に定まっていることから、その分配を定める法規範は手続的法規であるというよりは実体法に属するといわれることもある<sup>(9)</sup>。しかしながら、客観的証明責任原則を誤り、合理的疑いが残るまま有罪判決を下した場合、「法令適用の誤り」ではなく、「訴訟手続きの法令違反」(理由不備)となるのであって、これは手続き法規である<sup>(10)</sup>。このような誤解は、実体法とは峻別されるべき証明責任規範の析出により水解する。

民事訴訟法学において、長年通説として君臨したのが、Rosenbergの確立した規範説 (Normentheorie) である。Rosenbergによれば、裁判官は、要件事実の存否につき積極的確信を抱いたときのみ法規を適用し、要件事実不存在の心証を得たとき及び、要件事実の存在に疑いが残った場合には、法規の適用は行われなとする<sup>(12)</sup>。これを、「法規不適用 (Nichtanwendbarkeit der Norm) 原則」という。また、Leonhardは、法秩序内における諸規範は、純粹に訴訟に関

係した内容を持ち、そこから導かれる法律効果は裁判官によるそれら個々の要件事実の存在についての積極的確信に依拠し、要件事実が証明されない場合は法律効果が生じないとし<sup>(13)</sup>、ここでも、要件事実の不存在と存否不明とは同一視される。そして、Rosenbergは、要件事実の存在に疑いが残った場合、すなわち真偽不明の問題に答えるのが証明責任であり、この際、裁判官に対し為されるべき判決の内容を指示する——つまり法規不適用——という点に証明責任規範の本質と価値が存する<sup>(14)</sup>。しかし、証明責任の理論は法適用の理論の一部であり、証明責任規範は個々の訴訟の結果としてではなく、全ての個々の訴訟とは無関係に、適用法条の抽象的命題から得られる——つまり実体法から直接得られる——という。この点につき、Leonhardは、証明責任の分配は、適用されるべき、あるいは適用を否定される実体法自身から直接導き出されるのであって、言わば「実体法の裏面」(Kehrseite) に過ぎないという<sup>(16)</sup>。こうして証明責任規範は、Rosenbergの場合、「法規不適用の原則」に吸収され、真偽不明は裁判官の確信に委ねられた実体法の適用が不適用かの問題に摩り替えられ、Leonhardの場合、出発点から既に実体法の中に埋没してしまっている<sup>(18)</sup>ので、ここに、証明責任規範と実体法との同一視が生じるのである。

これに対し、Leipoldらは、法規の文言からして、実体法上の効果は要件事実の存在に結び付けられているのであつ

て、その証明可能性とは無関係であるとの前提に立つ。例えば、不法行為による損害賠償義務は、故意または過失による違法な生命・身体等への侵害が証明されることを要件とするのではなく、侵害そのものを要件としている。また、窃盗罪の可罰性は、他人の財物を違法に窃取した際には存するのであって、窃盗罪の要件が証明されて初めて存するのではない。ただ、要件事実が存否不明ならば、法律効果の発生・不発生も不明となり、裁判とくに本案判決の不能をもたらす。真偽不明の場合であっても、裁判官は本案判決をなし、紛争を解決する義務を有する。そこで、証明責任規範が要件事実の存否を擬制することにより、裁判官にいかなる判決をなすべきかを指示するのである。<sup>(19)</sup> Gottwaldによれば、証明責任法則が事実確定の不可能からの論理的帰結ではないことが、刑事訴訟においてとくに明らかになるという。「すなわち事案の解明が結論なしに終わる場合、被告人の無罪は論理的必然性ではなく、『疑わしきは被告人の利益に』という法則の結果である<sup>(20)</sup>」と。

構成要件T、法律効果Rとする実体法は、要件事実t↓Rおよびnon-t↓Rを規律するのみで、tの真偽不明という事態はその規律するところではない。<sup>(21)</sup> 事実問題(t)の真偽不明にも関わらず法律問題(R)の真偽不明を解決して本案判決を出して裁判官が義務を果たすには、要件事実の存否と法律効果とが連結する実体法とは別の「特別な法規」<sup>(22)</sup> ないし

「付随的規範 (zusätzliche Norm)<sup>(23)</sup>」を媒介させて、事実問題の真偽不明から法律問題の真偽不明への連続性を遮断し、t↓Rかnon-t↓Rかの二つの可能性から一方を選択するという判決内容を特定しなければならぬ。<sup>(24)</sup> この特別な法規ないし付随的規範は「証明責任規範」(Beweislastnormen)と呼ばれ、<sup>(25)</sup> 二者択一的指示を通して、裁判官に対し、個々の要件事実が存否不明な当該構成要件があたかも充足されるいは充足されなかつたかのように、一種の訴訟上の擬制(Fiktion)により裁判することを命ずる裁判規範 (Entscheidungsnorm)<sup>(26)</sup> なのである。

証明責任規範の独自性を肯定することの意義については、民事訴訟法学においては小林秀之教授が以下のように纏めており、<sup>(27)</sup> やゝ強引といわれるかもしれないが、刑事訴訟に当てはめた場合の私見と絡めて紹介する。

① 法規の要件に該当する事実が証明されなかった場合でも法規が適用され、法規不適用の原則では説明しづらい事例の存在。刑法二三〇条の二の名誉毀損罪における事実の証明は、事実が存否不明の場合、否、真実であっても適用つまり処罰されると考えるならば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則と抵触しない。これについては後述する。

② 証明責任を構成要件とする実体法規定の存在を証明責任規範の肯定により説明しやすくなる。①で例に挙げた刑法二三〇条の二をこちらに分類してもよいほか、序論で挙げた、

児童福祉法規定六〇条三項の児童年齢の認識、爆発物取締罰則六条の治安を妨げる目的、各種両罰規定の業務主の過失（過失推定説によるならば、④へ）等がこれに当たろうか。

③ 証明責任規範の肯定により、オール・オア・ナッシング式以外の紛争処理が可能となる。小林教授の挙げる民法三二条の二の同時死亡の推定は、実定法による中間的な証明責任規範の承認例とされるが、刑法上に同様のものを探すならば、二〇七条の同時傷害の特例もこの範疇に属するといえよう。但し、後述のように全て不処罰とするのではなく、全て処罰することから、違憲の疑いのある許容出来ない証明責任規範となろう。

④ 法律上の推定規定の性格が、法規不適用の原則を否定する証明責任規範であること。公害罪法五条の因果関係の推定、麻薬新法の不正収益の推定等がこれに当たる。

⑤ 証明責任の分配（転換）の解釈は純粋な実定法の解釈とは別次元の解釈であり、実定法規範とは異なる証明責任規範を観念するほうが法適用過程が明確になる。実定法の適用が、実定法自体と証明責任分配（転換）の解釈との二重の解釈レベルによってなされることを自覚させることになる。

最後の点は、本稿第二章のキーとなりうる。刑事法の解釈においては、手続的デュー・プロセスならびに実体的デュー・プロセス双方の要請を顧慮しなければならない。

例えば、正当防衛（刑法三六条）―違法阻却事由の一種

―という実定法自体の解釈からは、訴訟において当事者が規範的に何を要求されているのか必ずしも明らかではない。ただ、原則に対する例外であるとは言えるので、違法類型としての構成要件が証明されれば、「事実上の推定がはたらく<sup>(28)</sup>」とし、とくに疑問が生じた場合でなければ、検察官が常に正当防衛に当たらないことまで証明する必要はないと言われることがある。しかし、事実上の推定は裁判官の自由な心証形成過程そのもの（つまり、裁判官の心のヴェールの向こうにある）なので、これも当事者が規範的に何を要求されているのか明確でなく、阻却事由からくる規範的要求を裁判官へ向けかえ、正当防衛等については被告人に客観的証明責任が存するという序論で触れた見解<sup>(29)</sup>が現れた<sup>(30)</sup>。そして、この見解が「疑わしきは被告人の利益に」という証明責任規範ないしデュー・プロセスの要請に反するものであることから、証明責任を英米法の証拠提出の責任にとどめるといふ見解<sup>(31)</sup>が登場したことは先に述べた通りである。では、何故証拠提出の責任が被告人に課せられるのか。Leonhardが正当に指摘したように、権利障碍規定（同じく各種阻却規定）とは、権利根拠規定（刑事法では犯罪根拠規定）の構成要件に一部を消極的に書き換えたに過ぎず、実定法上の差異はない<sup>(32)</sup>。Leipoldも、権利根拠事由と権利障碍事由とに実体的事実としての差異のないことを指摘し<sup>(33)</sup>、実質的な区別は「原則・例外」関係に基づく証明責任の違いにある<sup>(34)</sup>という。民事訴訟において

は、対等な私人間に「原則・例外」を基準とする客観的証明責任の分配を定める証明責任規範が許容されるが、刑事訴訟においては、「例外」に当たる場合も「疑わしきは被告人の利益に」の要請から、被告人には証拠提出の責任を課すことと定めることとなる。

このことは、第二章で触れる合衆国の積極的抗弁・推定規定に関する学説・判例における手続主義 (proceduralism) と実体主義 (substantivist) の対立<sup>(35)</sup>に関わる。犯罪構成要件に関する立法府の裁量を尊重する手続主義と、実体的デュー・プロセスの見地から実体法の構成要件が人に罪科を着せるに十分かを吟味する実体主義と、いずれに軍配を挙げるとかは、正に証明責任規範と実体法との二重の解釈の問題なのである。

- (6) Rosenberg, 前掲 (註1) 倉田訳・証明責任論二六〇七頁。
- (7) 船越隆司「実定法秩序と証明責任(二)」判例評論三四七号一九頁。
- (8) 松尾浩也「刑事訴訟における挙証責任」上智法学論集一卷一号(一九五七年)二四三頁。
- (9) 田宮裕・刑事訴訟法入門(三訂版)(一九八一年)一八〇頁。旧説。
- (10) 同・演習刑事訴訟法(一九八三年)二二一頁、同・刑事訴訟法(一九九二年)二九六頁。
- (11) A. Blomeyer, *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess*, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, 1966, Band I, Teil 2A, S. 3. 発表以来半世紀になる Rosen-

Bergの理論が、今日(一九六六年当時)なお学説・判例の播るべき基礎を形成する旨述べられている。

- (12) Rosenberg, 前掲 (註1) 倉田訳・証明責任論二二頁。
- (13) F. Leonhard, *Die Beweislast*, 2. Aufl., 1926, S. 127 ff. 彼自ら「単純化説にして完全性説 (Vollständigkeitstheorie)」と称する: derselbe, S. 124.
- (14) Rosenberg, 前掲 (註1) 倉田訳・証明責任論九頁。
- (15) 同・一〇頁。
- (16) Leonhard, a.a.O., (Anm. 13), S. 136.
- (17) D. Leipold, *Beweisregeln und Gesetzliche Vermutungen*, 1966, S. 31 f.; 春日偉知郎「証明責任論の一視点」判例タイムス三五〇号(一九七七年)一〇二頁。
- (18) Leipold, derselbe, S. 22; Hans-J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, 1975, S. 284; G. Reinecke, *Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe*, 1976, S. 26 [同書についての春日教授の紹介は、民訴法雑誌二四号(一九七八年)二五五頁以下]: 竜崎喜助「挙証責任論序説」証明責任論(一九八七年)二八頁。
- (19) Leipold, derselbe, S. 19 ff. 33 f. さもなくば、正当防衛(刑法三六条)や私人による現行犯逮捕(刑訴法二二二、二二三条、憲法三三条)も不可能とならう。
- (20) P. Gottwald, *Grundproblem der Beweislastverteilung* [JuRA 2. Jahrgang (1980)], S. 225-236 [松本博之訳「立証責任分配の基本問題」民商法雑誌八二巻五号(一九八〇年)一〇五頁。Leipold, a.a.O., (Anm. 17), S. 129も「疑わしきは被告人の利益に」の原則が刑事訴訟における証明責任規範であることを認めている。但し、職権探知主義の刑事訴訟においてこれを「証明責任規範」と呼



すべきかは問題である。後述(註12)および第二章(註8)参照。

- (21) Leipold, a.a.O., (Ann. 17), S. 29 f.
- (22) derselbe, S. 17 ff.
- (23) Musielak, a.a.O., (Ann. 18), S. 4.
- (24) 春日・前掲論文(註17)九九〜一〇〇頁。
- (25) Leipold, a.a.O., (Ann. 17), S. 17 ff., 33 f.; Musielak, a.a.O., (Ann. 18), S. 19.
- (26) Leipold, derselbe, S. 64 ff.
- (27) 小林秀之・証拠法(一九八九年)一四二頁以下。
- (28) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕(一九七二年)二二七、二二九頁。
- (29) 小野清一郎「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌五卷三号(一九五五年)九四頁以下。
- (30) 松尾・前掲論文(註5)一一八頁。
- (31) 平野竜一・刑事訴訟法(一九五八年)一八七頁。
- (32) Leonhard, a.a.O., (Ann. 13), S. 138.
- (33) Leipold, a.a.O., (Ann. 17), S. 38 ff.; 同点のMusielakも同旨、derselbe, a.a.O., (Ann. 18), S. 294 ff.
- (34) Leipold, derselbe, S. 53 ff.; Musielakは「証明責任規範の内容を「基本原則」と「特別原則」とに分け、真偽不明の際、あたかも要件事実の不存在と認定されたかのごとく判断するのが基本原則(derselbe, S. 293)」、特別原則は逆に要件事実があたかも確定されたかのように擬制すべきことで、BGB(ドイツ民法)内の殆ど全ての証明責任規定、推定規定等がこれに当たるとする(derselbe, S. 303 ff.)。
- (35) 実体主義と手続主義の学説判例を外観するものに、S.E. Sandby, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, 44

HASTINGS L.J. 457 (1989). 手続主義の立場にも、「無罪の推定」の原理が抗弁事由の不存在にまで及ぶという「拡張的手続主義」(expansive proceduralism)と(at 465)、「立法者が犯罪構成要件と定めたものに限定する「制限的手続主義」(restrictive proceduralism) (at 469)の立場があるという。

### 三 主観的証明責任

証明責任規範が擬制的特性(Fiktionscharakter)を以て裁判官に判決内容を指示するという本来的・直接的效果は、当事者に対しては、利益・不利益という負担の形で反射効を及ぼす<sup>(36)</sup>。終局判決での不利益な判断を回避するために、当事者としては判決に先行する手続過程において、自己の主張・立証活動を展開せざるをえない。この立証行為の負担が主観的証明責任と呼ばれ、「誰が証明すべきか」<sup>(37)</sup>の問題であり、「実体を形成する行為に着眼する」<sup>(38)</sup>ものである。従来、主観的証明責任概念には、法的な行為責任概念と事実的要素との二つの意味が混在している場合が指摘されている<sup>(39)</sup>。

その事実的要素とは、訴訟の発展過程に応じて変化する当事者の立証の現実的必要性を指す。主観的証明責任の説明として以下のように述べることもある。「例へば、犯罪事実について検察官がこれを立証しなければならぬが、検察官の立証によって犯罪があるといふ推測が生じたときは、被告人の側でも適当に検察官の立証に対して反対の証拠を申請すると

か、反対尋問をするとかによって、その不存在を立証しなければならぬ。さうでないと、自己に不利な犯罪事実を認定される危険がある<sup>(40)</sup>。このような場面を指して主観的証明責任を概念することに対し、検察官が証拠を提出した段階で訴訟を打ち切っても、すでに裁判官が有罪の心証に到達していたのであれば、検察官はすでに客観的証明責任を果たしているからこそ挙証の負担が被告人側に移ったのであり、これは客観的証明責任の一コマに過ぎず、二つの証明責任概念は「楯の両面をみるようなもの」という批判がある<sup>(41)</sup>。むしろ、この概念が事実上の負担であることを認識し、立証（挙証）の負担（必要）<sup>(42)</sup> ないし、「事実的挙証責任」<sup>(43)</sup> と呼び、本来の主観的証明責任概念と区別した上でその効用を考えるべきだとされる。検察官は原則として犯罪事実につき裁判所に確信を抱かせるまでに、被告人はこれを揺るがす程度の負担でよいというように、負担量のちがいを表現すること<sup>(44)</sup>、本証と反証のメルクマールとして、あるいは、訴訟の具体的展開および裁判官の心証により両当事者間を転移することから、当事者にとっては訴訟戦術の指針とし、裁判所にとっては、いづれの当事者に立証を促すべきかなど訴訟指揮の手がかりとなる<sup>(45)</sup> という。

本来の主観的証明責任とは、終局判決において真偽不明の際の結果責任を負う当事者が、積極的に立証活動を展開して不利益な判断を回避する訴訟遂行上の責任をさす。

ところで、職権主義の手下では当事者の行為責任を捉える主観的証明責任概念は無用であるが、当事者主義となつて初めて有用になつたという主張がある<sup>(46)</sup>。しかし、完全な当事者主義ないし弁論主義の手下では、証拠の選定及び申し出は当事者に委ねられているので、主観的証明責任の存在は明らかであるけれども、かえつて客観的証明責任の訴訟過程への投影ないし反射であり、「両者は形影あい伴うがごとき存在」に過ぎないことになる<sup>(47)</sup>。実際、裁判所が純粹な第三者である民事訴訟法学における議論でも、主観的証明責任肯定論者自身、主観的証明責任は、客観的証明責任の所在に従つて決せられるのであつて、いわば客観的証明責任の存在が弁論主義を通して特殊な投影をしたものに他ならず、その独自性は乏しいと自認し<sup>(48)</sup>、あるいは、「客観的証明責任が万事に基本であつて、主観的証明責任はこれに合わせて輪郭が定まる、……中略……主観的証明責任……の範囲は、客観的証明責任の範囲と一致し、それより広くもないが狭くもない」とし、否定説さえかつては有力であつた<sup>(49)</sup>。

純粹な当事者主義、弁論主義が支配する手続においては、終局判決で結果責任を負うことが明白であれば、当事者は判決に先行する手続過程で、客観的証明責任とその分配を念頭におきつつ積極的な立証活動を展開する（事前効<sup>(52)</sup>）。また、結果責任を負う当事者の立証が失敗に終われば、相手方の主張・立証を待たずに判決を下すことが可能なことから、裁判

所としても本証と反証の区別、抗弁と否認の区別、証拠の採否、釈明権の行使の方向など、訴訟指揮上の重要な基準を客観的証明責任とその分配に求めるといわれる。それ故、通説は訴訟当事者の行為責任を、客観的証明責任の訴訟過程への投影ないし反射として意識するとされる<sup>53</sup>。そして、長年学会を支配した規範説による客観的証明責任の分配の基準が実体法自体にもとめられ<sup>54</sup>、先に述べたように法規範上すべて抽象的一般的に定まっていなければならないはずであるが、「誰が証明しなければならぬか」を問題にするとき、個々の訴訟の具体的状態における立証活動（立証の必要ないし事実的挙証責任）と混同される虞があり、証明責任と証拠評価とは峻別されなければならない以上<sup>55</sup>、本質としての証明責任概念中に行為的主観的要素を取り込むことはできない<sup>56</sup>ことに、主観的証明責任概念が否定ないし肯定されるもその存在意義が薄くなる理由がある。

そこで、主観的証明責任が、実定法上意味をもちうるのは裁判所の職権による証拠調べ（刑訴二九八条二項）が認められる、当事者主義との折衷的形態であることから、裁判所と当事者との関係でこれを考える見解<sup>57</sup>がある。この見解によれば、裁判所の職権証拠調べの義務、立証を促すべき釈明義務の程度をどの程度に認めうるかで当事者の責任負担の限度が決定されることとなる。しかし、これは立証の責任を果たさない、いずれの当事者が不利益となるかという問題ではな

く、下級審が、特定義務（例えば刑訴二九八条二項）を果たさなかったが故に訴訟管理権を有する上級審より審理不尽くして批判されるのであり<sup>58</sup>、職権証拠調べの範囲の問題へと解消しうるものとされる<sup>59</sup>。さらに、現在の刑事訴訟法は、当事者主義であると把握すべきであつて、そこでは本来的に公平な第三者的判断者としての法的地位におかれている裁判所が立証過程に積極的に介入することは許されるべきではなく、被告人の人権擁護のためとはいえ、この考えは職権主義への指向を強く有し、危険でさえあるとして裁判所の義務を否定しようという見解<sup>60</sup>も存する。ただ、当事者の行為責任の範囲を確定する上で、裁判所の釈明義務、特に職権証拠調べの義務をどう取り扱うのか、またこれらの義務の不履行による審理不尽をどのように理解するのか、などについて十分な考証をおこない<sup>61</sup>、これを確定することは有意義であり、当事者主義とはいえず、刑事訴訟においては、実質的公平の見地より被告人に対する裁判所の後見的役割を肯定することは、意味あることと考える。但し、これを証明責任の問題として扱うべきか、職権証拠調べの範囲の問題として扱うべきか、職権証拠調べは例外的なものであろうから、その例外的場合を把握するほうが簡単であることは言うまでもない。

では、主観的証明責任概念は、法的概念として独自に論じる意義はないのか。庭山教授は、主観的証明責任を客観的証明責任の反映というならば、証明責任も *In dubio pro reo* の

反映に過ぎないこととなり証明責任概念さえ不要になると批判し、「立証過程において関係者に要求される『規範的行為』を明らかにする必要という見地」<sup>(63)</sup>から、二つの概念は有用であるとされる。

In dubio pro reo は、証明責任規範そのものであるから、裁判官に対する判決内容の指示が、当事者から見て客観的証明責任と概念されることとなる。ただ、当事者の「規範的行為を明らかにする必要」を強調するならば、当事者の法廷技術との関連で実際の意義をもつとされる、先述の「立証の必要」ないし「事実的挙証責任」概念が見直されてくる。近時、民事訴訟法学において、従来事実上の概念とれてきたこの立証の必要概念を包含しつつ、客観的証明責任から独立して、客観的証明責任を負わない当事者にも認められ、故に弁論主義のみでなく職権探知主義の下でも働くという、これまでも異なる一歩進んだ主観的証明責任概念が提唱され、有力となりつつある<sup>(65)</sup>。この見解は、証明責任と証拠評価の峻別というドイツ証明責任論の前提に疑問を投げかけ、裁判官の証拠評価との関わりで行為責任を説くものである<sup>(65)</sup>。Musielakの説くところ、以下のようになる。

審理開始段階においては、要件事実の存否を明らかにすべく、まず客観的証明責任を負う当事者が証拠を提出して本証活動を行う必要がある。これによって、裁判官の心証が確信に至ってしまうと、相手方は不利な終局判決を受けることに

なるので、心証を動揺せしむるために、客観的証明責任を負わない当事者といえども反証を提出する必要に見舞われる。

この反証活動は、勝訴を目指す立証活動という意味では、客観的証明責任を負う当事者の本証活動と本質的に異なるものではない。この反証が成功しそうになると、客観的証明責任を負う当事者はさらに証拠を提出する必要を生ずる。このように、主観的証明責任は、裁判官の心証状態に伴い、当事者間での振り運動を生じることと特質とする<sup>(66)</sup>。つまり、主観的証明責任は、証明責任規範の本来の効果からの反射効である不利益<sup>(67)</sup>を回避するための双方当事者固有の必要性として客観的証明責任の所在から分離され、独自の意義を有するというのが、Musielakの見解の骨子である。

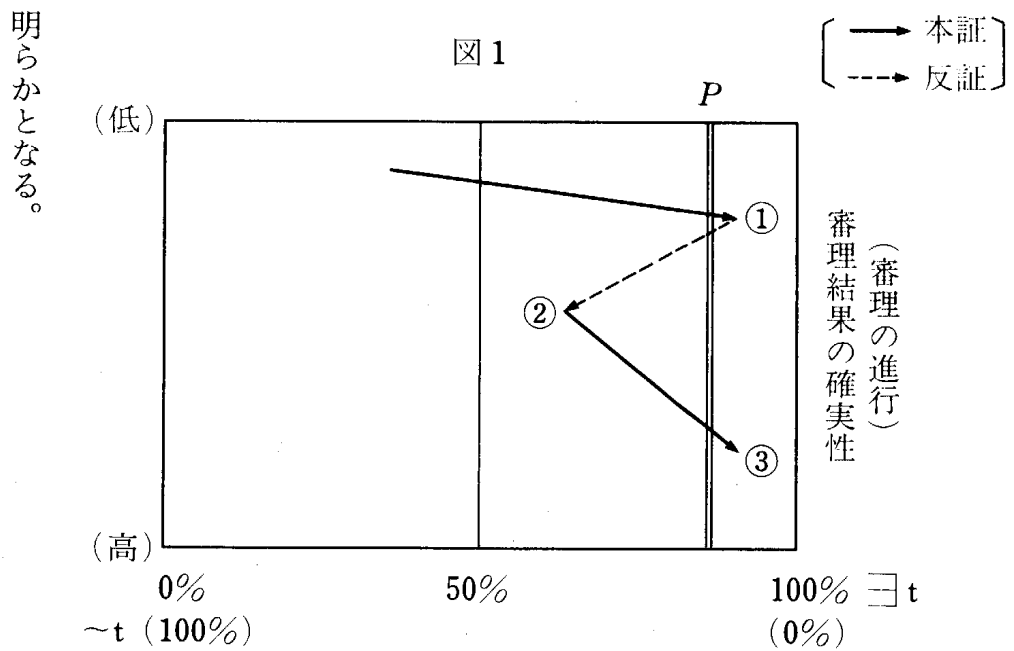
なお、このような行為責任概念は、従来の主観的証明責任概念とはかなり性格を異にし独立性を有することから、その実体に合わせて証拠提出責任の名称を与えようという考え方が<sup>(68)</sup>ある。ただ、証拠提出責任の語は、Rosenbergらによっても、従来の主観的証明責任の異語同義として用いられてきたので、従来の主観的証明責任概念を「抽象的証拠提出責任」、新しい独立性のある主観的証明責任概念を「具体的証拠提出責任」と呼び区別する論者もおり、以後特に区別の必要な折りはこの用語法による。

さて、この具体的証拠提出責任概念に対しては、「立証の現実的必要」（事実的挙証責任）の記述に過ぎないのではな

いかとの疑問が生じる。<sup>(70)</sup> それ故、「法的概念としての挙証責任の中に全く異質な事実的要素を持ち込むもの」<sup>(71)</sup>で、「かかる事実的要素による当事者の負担意識が、なぜ客観的立証責任の投影としての行為責任分配と肩をならべ、それを修正することになるのかはなほ疑問<sup>(72)</sup>」との批判を受けることとなる。また、下線で示したような場面を以て行為責任概念を形成することに對しては、先に「立証の現実的必要」の段で述べたような、「客観的証明責任を負う当事者は既にその責任を果たしており、楯の両面を見るようなもの」<sup>(73)</sup>との批判が再浮上してこよう。

しかし、このような場面で、当事者は客観的証明責任を果たしたと言えるのであろうか。客観的証明責任を終局判決における当事者の不利益であり、結果責任であると考えるならば、審理終了前のこの時点においては、客観的証明責任を負う当事者がそれに伴う具体的証拠提出責任を一旦履行したというに過ぎないのではないか。<sup>(74)</sup> この点、具体的証拠提出責任の移動を太田教授が明快に説明する。<sup>(75)</sup>

ここで、事実認定に必要な証明の程度を証明度、具体的事実について得られた証明の程度を証明点とすると、証明度が50%の中央線よりずれて定められている状態が客観的証明責任を負っていることを示す(□・山・↑を証明する側にある)。本証により証明点が証明度Pを超えると(①)、具体的証拠提出責任は相手方にうつり、相手の反証で証明点が証明度P



明らかとなる。

証明責任と証拠評価を峻別するドイツ流の証明責任論においては、このような概念をその有用性を認めつつも「事実上の概念」とせざるを得ない。ところが、同じく事実認定者の心証に応じて移動する英米法の「証拠提出の責任」は、法的

を下ると(②)、再び具体的証拠提出責任は客観的証明責任負担者にもどる。これが先に述べた「振り運動」であるが、ここでは、具体的証拠提出責任が事実認定者の心証に応じて移動していることが

な行為責任概念であるとされる。事実、客観的証明責任を負う当事者が十分な証拠の提出を行わなければ相手方の反証をまつまでもなく審理を打ち切つて客観的証明責任を負う当事者敗訴の判決がなされ、客観的証明責任を負う当事者が十分な立証を行つた後は逆に相手方が反証活動をしないうならば相手方敗訴の判決がなれるという訴訟の現実を説明するのに、この具体的証拠提出責任概念が有効であることから、指図評決 (directed verdict) とつた制度的裏付けの有無を超えて、アメリカ法の証拠提出の責任と (Musielak 流の) 証拠提出責任を同視する見解が存する。<sup>(76)</sup> 日本にはアメリカ法のよ

うな制度的裏付けはないが、訴訟における当事者の立証活動の意義は同一であり、当事者のかような行為責任の明確化が、敗訴の危険を有する当事者には不意打ちとならず、手続的保障にも資するといふ。<sup>(77)</sup> そして、当事者の行為責任の明確化という見地から、裁判所と当事者との関係にも重要な示唆を与えている。「裁判所が訴訟の途中で釈明すべき当事者は、原則としてその時点で (具体的) 証拠提出責任を負っている当事者であり、(具体的) 証拠提出責任を負っている当事者

にいくら機会を与えても有効な証拠を提出できない場合は、その段階で訴訟を打ち切り、(具体的) 証拠提出責任を負っている当事者を敗訴させてよい」<sup>(78)</sup> (括弧内筆者) とする。勿論、これは民事訴訟における主張であるから、刑事訴訟においては、実体的真実主義の要請や、裁判所の被告人に対する

後見的地位の強調といったことを加味し、<sup>(79)</sup> 考証を重ねていく必要がある。証拠提出責任に対する制度的裏付けとしては、刑訴規則一九三条が考えられよう。<sup>(80)</sup>

いずれにせよ、ドイツ法と英米法の概念の混乱なのか、それぞれを関連させての新たな概念の展開となるのかをはっきりさせる必要がある。

(36) Musielak, a.o., (Ann. 18), S. 22 ff.

(37) 船越・前掲論文 (註7) 一九頁。

(38) 松尾・前掲論文 (註8) 二四三頁。

(39) 証明責任の二つの側面を初めて分析した、Glaserも、形式的証明責任概念を、民事訴訟において原告がその請求や再抗弁を基礎づける事実を、被告はその抗弁や再々抗弁を理由づける事実を主張し、かつ証拠を提出する責任とする。Glaser, a.o., (Ann. 2), S. 99 ff. なお、民事訴訟法の分野から刑事訴訟法の分野における、概念の混在を端的に指摘するものに、小林秀之・前掲書一八六頁。

(40) 小野・前掲論文 (註29) 九一頁。

(41) 田宮・前掲論文 (註5) 一三〇頁、平野・刑事訴訟法の基礎理論 (一九八五年) 一三五頁。なお、岡部泰昌「形式的挙証責任論に関する批判的考察」金沢大学法文学部論集法学篇18 (一九七一年) 一二頁によれば、これは、田宮教授による主観的証明責任の「鋭い否定論」とされるが、その後田宮教授は事実的要素たる「立証の必要」ないし「事実的挙証責任」を従来の主観的証明責任概念から分離して説明し、その有用性を主張される。次註(42)〜(45)参照。

(42) 柏木千秋・刑事訴訟法 (一九七〇年) 二二二頁、岸盛一・刑事訴訟法要義 (新版五訂) (一九七一年) 一五四頁、田宮・前掲書 (註9) 一八〇〜一頁、鈴木茂嗣・刑事訴訟法 (改訂版) (一九九〇年)

二〇〇頁。

- (43) 田宮・刑事訴訟法(一九九二年)三〇〇頁。  
(44) 同・前掲書(註9)一八〇〜一頁。  
(45) 同・前掲書(註43)三〇〇〜一頁。なお、田宮教授は、事実的  
挙証責任の意義として他に「相手方に挙証責任があったり、裁判所  
の職権証拠調べの義務がある場合でも、裁判所が気がつかなければ、  
当事者に立証の事実上の負担が生ずる」(同・三〇〇頁)とされ  
るが、前者のように証明責任の分配を誤れば、前述のように手続の  
法令違反に、後者の場合は職権証拠調べの義務範囲の問題に、それ  
ぞれ解消されてしまうのではないか。  
(46) 小野・前掲論文(註29)八九頁以下、Rosenberg, 前掲(註1)  
倉田訳・証明責任論三九頁、五二頁。  
(47) 松尾・前掲論文(註8)二四四頁、田宮・前掲書(註43)三〇〇  
頁。  
(48) 三ヶ月章・民事訴訟法〔有斐閣〕(一九五九年)四〇八頁、同・  
民事訴訟法〔弘文堂〕(一九七九年)四四四頁。  
(49) Rosenberg, 前掲(註1)倉田訳・証明責任論五二〜三頁。  
(50) 兼子一「立証責任」民事訴訟法講座一卷(一九五四年)五六七  
頁。  
(51) 現在では、真偽不明を核とした客観的証明責任概念を否定し、  
主観的証明責任の証明責任の本質とみる主張も存在する。並木茂  
「民事訴訟における主張と立証の法理(上)」判例タイムス六四五号  
(一九八七年)六頁以下、同・「証明責任の意義と機能」民事訴訟法  
の争点(新版)(一九八八年)二四六頁以下。なお、行為責任の領  
域において客観的証明責任論からの乖離が進行していることを指摘  
するものに、佐藤彰一「立証責任論における行為責任の台頭と客観  
的立証責任概念の意義」立命館法学一九八二年五・六号(一九八二  
年)三六頁以下がある。

また、証明責任の二つの側面を再び結合し、証明責任原則は職権  
探知主義、弁論主義いずれが支配するかを問わず妥当するが、証拠  
不足が証明責任負担者の不利に働く効力は、弁論主義下では証拠の  
選定・申し出が当事者に委ねられているので、主観的証明責任(証  
拠提出責任)と呼ばれ、職権探知主義下では客観的証明責任(確定  
責任)と呼ばれるという主張も存する(Blomeyer, a.a.O., (Ann.  
11) S. 34; derselbe, *Zwischenrecht*, S. 362; 船越・前掲論文(註  
7)二二頁)。この見解は、折角証明責任の二つの側面が分析され  
たにも関わらず、形影あい伴うものとして独自の意義を見出されな  
かった主観的側面を、再び客観的側面と結合させることにより、リ  
サイクルを図ったものといえよう。しかし、証明責任論の考察方法  
を、証拠調べの結果に着眼するか、その経過に着眼するか、によっ  
てそれぞれ客観的側面と主観的側面を強調することとなったに過ぎ  
ず、二つの機能的に異なる証明責任概念を拒絶するに等しいとの批  
判がある(Mustielak, a.a.O., (Ann. 18), S. 37, Ann. 252)。結局、  
彼独自の用語法・概念を創出したものと受け取る他はないのではな  
いか(H. Pritting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983, S.  
24)。

- (52) この客観的証明責任の事前効が、主観的証明責任そのものなの  
か、職権探知主義下でも認められるのか、については争いがある  
(松本博之「証明責任論にかんする覚書」法学雑誌二八巻三・四号  
(一九八二年)一八七〜九〇頁参照)。  
(53) 佐藤・前掲論文三九頁。  
(54) Leonhard, a.a.O., (Ann. 13), S. 136; Rosenberg, 前掲(註  
1)倉田訳・証明責任論一〇頁、一一五頁以下。  
(55) Rosenberg, 同・二二二頁以下。  
(56) 船越・前掲論文(註7)一九頁。  
(57) 平野・前掲書(註31)一八八頁以下、同・前掲書(註41)一三五

- (6) 六頁、吉村徳重「刑事訴訟における形式的挙証責任の意義」法政研究二四卷二号(一九五七年)一〇三頁、一二六頁以下、井上正治「挙証責任」法学セミナー八八号(一九六四年)五〇頁。
- (58) 庭山英雄「挙証責任」現代法学辞典Ⅰ(一九七三年)三二六頁。
- (59) 田宮・前掲論文(註5)一三二頁、同・前掲書(註9)一八〇頁、同・前掲書(註43)三〇〇頁。
- (60) 岡部・前掲論文(註41)四三〇四頁、同「挙証責任および推定」高田卓爾＝田宮裕編演習刑事訴訟法(一九八四年)二七一～二頁。
- (61) これは。岡部教授自身、田宮教授の見解に対し指摘したことである(岡部・前掲論文(註41)一六頁)。
- (62) 齊藤朔郎「刑事訴訟における立証責任」刑事訴訟論集(一九六五年)二一五頁。判例は、検察官の不注意が明白な場合に、証拠の提出を促す程度の例外的な義務を負うとする(最判昭三三・二・一三刑集一二卷二号二一八頁)のみで、被告人の利益となる方向での職権証拠調べに関する判例は見当たらない。
- (63) 庭山・前掲解説(註58)三二六頁。
- (64) Musielak, a.o., (Ann. 18), S. 39 ff.
- (65) 浜上則雄「製造物責任における証明問題(10)」判例タイムス三三四号(一九七六年)八頁以下、春日・前掲論文(註17)一〇五頁以下、松本・証明責任の分配(一九八七年)一〇頁以下、小林・前掲書一四六頁以下。
- (66) Musielak, a.o., (Ann. 18), S. 39 ff.
- (67) derselbe, S. 22 ff.
- (68) 小林・前掲書一四六頁。
- (69) 松本・前掲書(註65)八頁以下、Gottwald, 前掲(註20)松本訳一〇一頁以下。
- (70) 佐藤・前掲論文(註9)四三頁。
- (71) 三ヶ月・前掲書(註48)(一九七九年)四四八頁。
- (72) 佐藤・前掲論文四三頁、(註9)。
- (73) 田宮・前掲論文(註5)一三〇頁、平野・前掲書(註41)一三五頁。
- (74) 審理終了後、口頭弁論の再開という、言わばロス・タイムでの逆転も有り得るので、正確には客観的証明責任は終局判決時の責任である。因みに、抽象的証拠提出責任は、相変わらず客観的証明責任に「影」の如く付き従い、審理開始時において、具体的証拠提出責任と必然的に一致する(Gottwald, 前掲(註20)松本訳一〇一～二頁)。
- (75) 太田勝造・裁判における証明論の基礎(初版二刷)(一九八七年)一四一～二頁。
- (76) 小林・前掲書一四七～八頁。団藤博士も、「実体的挙証責任」「形式的挙証責任」がそれぞれ英米法の説得の責任、証拠提出の責任のほぼ相当するとされていた(同・前掲書(註28)二四〇頁)。
- (77) 小林・同一四八頁、松本・前掲書(註65)一三頁。
- (78) 小林・同一四九頁。さらに、小林教授は、判決の理由は、(具体的)証拠提出責任を負う当事者の主張事実を認めるに足りる証拠がないとか、相手方の主張事実を認める形となり、(具体的)証拠提出責任が果たされ裁判所が事実をその心証により確定できる場合には、証明責任の問題は生ぜず、口頭弁論終結時になっても、当事者が(具体的)証拠提出責任を果たしているが事実が真偽不明である場合に初めて客観的証明責任が問題となるとされる(同・一四九～五〇頁)。
- 主観的証明責任を証明責任の本質と見る見解(註51参照)は、判決理由中の係争事実の認定及び否定に関する説示が、小林教授の例のような形に集約できることを根拠とし、真偽不明を核とした客観的証明責任の働く余地の無いことを強調する(並木・前掲(註51))



判例タイムス一七頁)。船越教授も同様に、真偽不明が稀であると主張される(船越・前掲論文(註7)二〇頁、同「実定法秩序と証明責任(二)」判例評論三四八号(一九八八年)一八頁以下)。

(79) 註(62) 参照。

(80) 田宮・前掲書(註43)三〇〇頁によれば、規則一九三条は事実の挙証責任を予定した規定であるとされる。

#### 四 説得責任と証拠提出の責任

わが国従来の証明責任論は、ドイツ法より継授した Beweislast の概念について議論するものが中心であったが、英米法にも burden of proof の語が存在し、戦後アメリカ法を大幅に継授したわが国の刑事訴訟法にとつても意味あるものと思われる。

burden of proof は、陪審裁判を前提とした説得責任(burden of persuasion)と証拠提出の責任(burden of producing evidence)という一対の概念から成る。これらの二概念を初めに指摘したのは、Show 判事<sup>(81)</sup>であるとされるが、二概念の区別を強調し、確立したのは Thayer<sup>(82)</sup>である。裁判所は裁判官と陪審とに人的に分割されており、事実認定は陪審が行うが、裁判官は一般人たる陪審員に理性的な認定をなさしめるために、証拠が証明されるべき事実に関し陪審を納得させるようなものでないなら、これを法廷に持ち込ませないようにする<sup>(83)</sup>。係争事実を立証するにあたり当事者は、

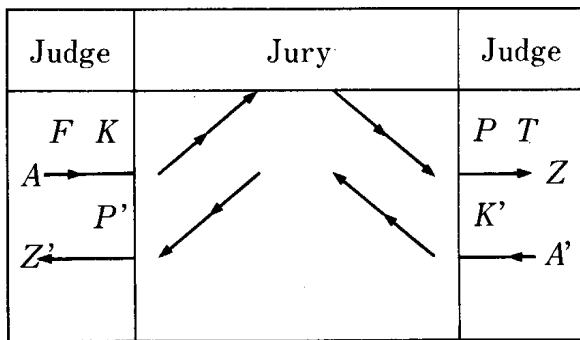
先に「一応の証拠」(prima facie evidence)を提出し、証拠能力、関連性といった要件に関して、裁判官を満足させなければ争点を陪審に付議することができない。「一応の立証」(prima facie case)」。この一応の証拠を提出して、裁判官の関門を通過する(“pass the judge”<sup>(84)</sup>)責任が証拠提出の責任である。では、如何にすればこの関門を通過しうるのか。

この prima facie case は、二つの意味を有するとされる。

一つは単純に陪審に附すに足る証明、いま一つは証拠提出の責任を転換するに足る証明である。後者は、本証によって提出された証拠が指図評決(directed verdict)申立に耐えるに十分なので、自己に不利な評決を回避するべく相手方が反証を提出することを余儀なくされることを意味する<sup>(85)</sup>。prima facie case は、“at first sight” “on the first appearance”<sup>(86)</sup> あるいは “on the face of it” という意味がある故か、証拠提出の責任のレベルが、刑事司法通じてかなり低いものである<sup>(87)</sup>と言われることがあり、また、第一の意味において、一応の立証は「何らかの証拠」(some evidence)を提出すればよい<sup>(88)</sup>と言われることもある。しかし、“some” evidence という語は「平素は証拠の決定的でない性質を強調することに資するかもしれない」ので、「事実の認定を命ずるわけでは無いが、それを保証するに十分な証拠」<sup>(89)</sup>が必要であり、実際には何らかの証拠ではなく、ある事実を主張するに際し、それを争点とするのに十分な証拠を提出を要することとなる<sup>(90)</sup>。

第二の意味の prima facie case は、係争事実について説得責任を負う当事者の証拠提出の責任の内容で、刑事事件であれば、犯罪構成要件について、検察官が prima facie case となわち陪審に附するに十分な証拠を提出して裁判官の納得をえないと (no case to answer)、陪審に附されることなく、指図評決により被告人は無罪となる。そして、第二の意味においても、陪審と裁判官との権能の分離を強調し、“at first sight”の意を強調することがある。陪審に付議するに値するかを決定するにあたり、裁判官は要求される証拠の最小限が提出されているかどうかを決定するのみで、証拠価値や証言の信用性を評価することはないといわれることがある。しかし、この決定にあたり、裁判官は証拠が潜在的に合理的疑いを超えて有罪を喚起しうるかを見極めなければならないので、ある程度証拠評価は不可避であるという批判もある。<sup>(92)</sup> ここの、prima facie evidence は、反駁証拠がなければ “persuasive” (いわゆる確信を抱く) と納得されるに違いない事実の証明<sup>(93)</sup>の意となる。この点に関するリーディング・ケースである Galbraith 事件において、首席判事の Lane 卿は、裁判官が立証を打ち切るべき場合は、①被告人が訴追された犯罪を犯した証拠が全く無い場合、および②検察側の最高級の立証を以てしても適正に指示された陪審が適正に有罪と確信できないとの結論に達した場合のみで、陪審が有罪を確信するに危険ないし不十分な立証であると思慮した場合で

図 2



A = 当該争点について不説得に危険を有する当事者 (proponent) の出発点；  
 A' = (当該) 争点についての相手方当事者 (opponent) の出発点；  
 Z = 相手方当事者に対する完全な説得ないし証明の到達点；  
 Z' = 相手方当事者 (Z) に相応する点

あるとの考えは採用しなかった。<sup>(94)</sup> これは、陪審と裁判官との権能の峻別を厳密に考えたもので、この判例は、no case of 具申に際して証拠の価値や信用性の問題を陪審に代わって決定していた実務を終わらせるものといわれる。<sup>(95)</sup> したがって、prima facie case の基準は「適正に指示された陪審 (事実認定者) が適正に有罪を宣言できる」だけの証明ということになる。

証拠提出の責任の充足と移動 (並びに説得責任との関係) については、有名な Wigmore によるダイアグラムを用いた説明と、それに対する McNaughton の批判<sup>(97)</sup>がある。Wigmore のダイアグラムはつきものである。  
 「まず、(当該争点につき説得責任を有する) 当事者

(proponent) は彼の証拠提出から始まることにすぐに気付く。彼は、A—K間のいかなるポイントにおいても十分な証拠の欠如故、彼が敗北させられるという裁判官の決定 (Finding of judge)<sup>(98)</sup> に服する。Kに達した後、十分な証拠により彼有利の決定を得ると、彼は裁判官への証拠提出の義務から開放され、陪審不説得の危険のみ有することになる。しかし、彼は彼の証拠を以てP点に到達しうるならば、相手方 (opponent) に証拠提出の義務が移動し、そして再び裁判官のコントロールを招来するであろう。このコントロールは、適用されうる何らかの一般的な推定についての規則、あるいは、提出された証拠の量による特定の決定によりなされるだろう。かくて相手方に義務が生じたなら、彼はA'点より立証を始める。何らかの証拠 (some evidence) によつてK'へ達しなければ、当該争点につき彼不利の決定を免れない。もし、彼がK'点へ達することができれば、裁判官を納得させる義務および責任は消失し、再び彼は陪審の領域へ居るのである。とはいえ、陪審不説得の危険は依然として当該争点の提案者 (proponent) に存するが、いずれの当事者にも裁判官を納得させる義務は無い。さらに相手方がP'点へ到達するのに成功したなら、…… (P—Zと同様) ……、proponentがさらなる証拠を以て受けて立たねば、裁判官は相手方有利の評決を命じるだろう。」

些か引用が長きにわたったが、ここで注目したいのは、証

拠提出の責任が prima facie case の二つの意味を含みつつ、事実認定者の心証に従い、当事者間で振り運動を行うことである。英米法の概念である証拠提出の責任が、Musielakの主張する主観的証明責任 (具体的証拠提出責任) 概念と類似した機能を営んでいることが見て取れる。証拠提出の責任の場合、その出発点より裁判官のコントロールに服している。これに対し、具体的証拠提出責任は「事実的要素による当事者の負担意識」<sup>(99)</sup> を出発点とする。そして英米法の証拠提出の責任もまた、ドイツ法の主観的証明責任 (抽象的証拠提出責任) と同様の評価を受けることがある。

McNaughtonらによると、Wigmoreのダイアグラムは、誤解を生ずるといふ。第一に、二組の矢の使用により、両当事者の証拠が互いに独立しているように受け取られるが、実際は一方当事者により提出された証拠は相手方の証拠と互いに影響しあい、両当事者は同一の争点を争っているのであるから、両当事者は如何なる瞬間においてもダイアグラム上の同一線上にあると考えるべきである。<sup>(100)</sup> 第二に、このWigmoreの説明およびダイアグラムによると、証拠提出の責任は、事実の存在 (または不存在) が二〇〜三〇ないしそれより低いパーセンテージの蓋然性で充足される場合も含まれることになる (Wigmoreも some evidence という語を用いる)。通常の民事訴訟における決定点は五〇%であるから、Proponentによる証拠提出の責任は、常識的な陪審が事実

の存在を五〇%以上の蓋然性で信じるだろうと裁判官が信じたときに充足される。相手方（Opponent）の証拠提出の責任は常識的な陪審が事実の不存在を五〇%以上の蓋然性で信じるだろうと裁判官が信じるときに充足される。かくて証拠提出の責任は、常識的な陪審説得の責任の一機能として随伴するに過ぎないこととなる<sup>(104)</sup>。

しかし、これらは本証と反証の区別、二つの意味の prima facie case を無視した批判といえよう。opponent の証拠提出の責任は、何らかの証拠（some evidence）では足りないが、常識ある陪審が反証を尤もだと思ふ、つまり争点とするのに十分な証拠の提出により充足されるものでなければならぬ。Wigmore が「陪審不説得の危険が依然として当該争点の proponent に存する」というのはこの意味であり、McNaughton が「両当事者の証拠が互いに影響し合い、両当事者が同一線上にある」というのならなおさらである。両当事者で同量の立証を行う必要はないのである。このことは、具体的証拠提出責任の移動に関する（図1）を参照すれば明らかである。五〇%以上の蓋然性による証明度の場合、図1のPの位置をより中央線（50%）を近づければよい<sup>(105)</sup>。それでも反証は本証による証明点がPを下るように行えばよいのであって、①〜②間の距離（これは観念的なもの）は変わらない。要するに民事訴訟における proponent は、第二の意味における prima facie case を果した後、五〇%以上の蓋

然性による心証を陪審より獲得しなければならぬ（no case to answer となるのは、裁判官がそれが不可能と判断する場合）が、opponent は単純にPのラインを割ればよいのであって、五〇%以上の蓋然性による証明度を要求されるのでは、説得責任そのものが転換してしまったこととなる。

さて、説得責任は Wigmore が言うように、当事者の手を離れた最終段階のみ一弁論が終結した後、裁判官による陪審に対する説示の準則、すなわち、証拠の優越や合理的疑いの準則として一問題となる事実認定者不説得の危険<sup>(106)</sup>であり、結果責任であるから、ドイツ法の客観的証明責任に相当することは間違いない。これに対し、証拠提出の責任は説得責任を果たすために、proponent により果たされる——この意味では説得責任の一機能と言えるが一面も有するが、説得責任の所在とは関係なく独立に当事者間を移動する行為責任<sup>(106)</sup>である。先にも触れたように、全く由来の異なる英米法の証拠提出の責任とドイツ法の具体的証拠提出責任とは非常に類似した機能を有している。しかし、制度上の前提が両者ことなるため、英米法の証拠提出の責任には prima facie case というハードルが存在し、行為責任概念としてはこちらがより明確である。ただ、これらの両者を同一視する見解は、本証と反証の差異を反映して、具体的証拠提出責任を果たすための立証のレベルは、客観的証明責任を負うか<sup>(106)</sup>で異なるとし、これ

は、繰り返し述べた二つの意味の *prima facie case* に相当する。例えば、刑事訴訟における被告人の反証は、証拠提出の責任の内容であろうと具体的証拠提出責任のそれであろうと、事実認定者に合理的疑いを抱かせればよい。要するに具体的証拠提出責任概念の提唱は、従来のドイツ証明責任論に無い客観的証明責任から独立した行為責任概念を提唱し、当事者の行為責任を明確化して不意打ちの危険を防止することを目的とする<sup>(106)</sup>。それ故、制度、由来の異なることを十分認識しつつ、二つの法系の概念が機能的に一致することから、より行為責任概念として明確な証拠提出の責任概念を具体的証拠提出責任概念と同一視してわが国の証明責任概念として生かして行こうとすることには意義がある。

しかしながら、*bench trial* のみのわが国において、刑事訴訟に英米法の証拠提出の責任概念を導入するにあたっては、その概念が有するコンセンサスが大きな意味を有する。序論で述べたように、英米法の証拠提出の責任概念をわが国に導入する見解が有力である<sup>(107)</sup>。英米法の積極的抗弁にあたるような、違法・責任阻却事由や法定の除外事由の主張は、原則に對する例外であることから、民事訴訟では客観的証明責任（説得責任）を分配するが、刑事訴訟では「疑わしきは被告人の利益に」という動かしがたい証明責任規範との抵触を避けるため、被告人には証拠提出の責任のみを転換し、客観的証明責任は検察官に存することとなる。被告人が当該事由

につき、その存在を保証するのに十分な証拠を提出して争点を形成すると—第一の意味での *prima facie* でよい—被告人は証拠提出の責任から免れ、検察官は他の犯罪要件とともにその事由の不存在を合理的疑いを容れないまでに証明する客観的証明責任を果たさなければならぬ<sup>(108)</sup>。この程度の責任を負担せしめても、訴訟構造が当事者主義化された以上、適正手続の保障にも反しないという政策的判断により正当化されうると考えられ、また、被告人に主張責任のみを負わせることから生ずる無責任な主張の濫用による手続の混乱も抑制しうるとされるのである<sup>(109)</sup>。では、陪審を前提としないわが国で、証拠提出の責任を訴訟の現実にとのように入導していくのであろうか。被告人が違法阻却事由についての証拠提出の責任を果たした後、陪審制であれば、違法阻却事由の不存在について、検察官が合理的疑いを容れないまでに証明したか、陪審に對し説示をすることになる。*bench trial* であるわが国において、被告人が証拠提出の責任を果たした後、裁判官が検察官に對し積極的に違法阻却事由の不存在について立証するよう促すことになる<sup>(110)</sup>。ここで、裁判官が心証の一部を明らかにしたことになるが、さもなくば、客観的証明責任は検察官に、証拠提出の責任のみを被告人に負わせた意義がない<sup>(111)</sup>。

ここで重要なのは、わが国の刑事訴訟における証拠提出の責任概念導入がこの場面の解決の特効薬としてであったた

め、「証拠提出の責任を転換する」という場合の内容と効果についての一定のコンセンサスが存在することである。ここにおいて、具体的証拠提出責任と類似の機能を営む—当事者間を移動する—証拠提出の責任は考慮されていない。「証拠提出の責任」概念を用いれば、ある争点について「○○の証拠を提出する」という形で、説得責任（客観的証明責任）の所在とは別個に、あるいは説得責任では負担が過度になる故、証拠提出の責任のみを訴訟の始めから一方当事者に「転換」ないし「分配」する実定法の規定を創出することが可能である。これに対し、「具体的証拠提出責任」も客観的証明責任の所在から分離し、独立した概念として把握できるが、それは裁判官の心証に伴い「移動」するものであって、「転換」されるものではない。なるほど、Musielakの掲げる間接反証の事例<sup>(iii)の2</sup>においては、客観的証明責任を負う当事者の相手方の具体的証拠提出責任を認めることができ、これを具体的に証拠提出責任の「分配」と言えないこともないが、これとて、経験則の適用という裁判官の心証形成過程に依拠した負担の移動である。いずれにせよ、具体的証拠提出責任概念は予め実定法の規定にすることに馴染まない。従って、わが国の刑事訴訟法において、「証拠提出の責任」と言った場合のコンセンサスを考慮し、両者の機能的類似性は認めるが、用語法としては今後も区別しなければ、徒に概念の混乱を招くことになるのではないだろうか。当事者が証拠調べを請求す

るに、それが証拠提出の責任に基づくものであれ、具体的証拠提出責任に基づくものであれ、わが国においても証拠決定という裁判官のコントロールは受ける（刑訴規則一九〇条）。しかし、「証拠提出の責任」と言った方が、そのコンセンサス故要求される内容及び、それを果した場合の効果は判りやすいのではないだろうか。ドイツ法に由来する「具体的証拠提出責任」概念は、その特質とする振子運動故、当事者の行為規範を明らかにする意義を有する。一方、英米法の「証拠提出の責任」概念は、説得責任を転換するのは不適切な場合において、説得責任の所在を変更せずに *prima facie case* というハードルを当事者——刑事訴訟においては特に被告人——を用意できる点にわが国へ導入する意義を見出されたのであった。ここに、ドイツ法の主観的証明責任概念（抽象的・具体的証拠提出責任）を否定しつつ、英米法の証拠提出の責任という行為責任概念はこれを導入しようという論者が存在する理由がある。

(18) *Powers v. Russell*, 30 Mass. (13 Pick.) 69, 76 (1832).

(82) B.J. Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence* ch. 9 353 ff. (1898).

(83) 9 J.H. Wigmore, *Evidence* 292-4 (Chadbourn rev. 1981).

(84) P.B. Carter, *Cases and Statutes on Evidence* 29 (2nd ed. 1989).

(85) Wigmore, *supra* note 83, § 2494 pp. 378-382; C. McCormik, *Evidence* Vol. 2 450 n. 4 (4th ed. 1992).

(86) J.C. Klotter, *Criminal Evidence* 18 (5th ed. 1992).

(87) 小林・前掲書一八九頁註(14)。「アメリカの証拠提出責任を果たすための証明度は、わが国で民刑事問わず要求される一般的証明度より低い」とされる。かつては、民事事件においては、形式的には争点を支える微量の証拠があれば、裁判官は陪審へ附さなければならぬといわれることもあるが、現在では、陪審が説得責任を負う当事者有利に合理的に認定できる証拠があるかどうかを裁判官は決定しなければならぬとされる(S. L. Phipson, *Evidence* 223 (14th ed. 1990))。リーディング・ケースとなった *Metropolitan Railway v. Jackson* (1877) 3 App. Cas. 193 において、問題となつた従業員の過失について、裁判官は、過失を合理的に推認しうる (may be) 証拠によって何らかの事実が立証されてきたか否か断じなければならぬし、陪審は付議されたならばそれらの事実から過失が推認されるはず (ought to be) であるか否か断じなければならぬ。合理的に過失を推認しうる証拠があつても、裁判官が彼の意見では過失は推認されそうもない (ought not to be) と思うのならば、陪審から付議を撤回しなければ陪審の権能を深刻に侵害することになるという (pp. 207-8 per Lord Cairns L.C.)。

(88) 平野・「刑事訴訟における推定」法協七四巻三号(一九五七年)一五頁、井上・前掲論文(註57)五〇頁。勿論、平野博士自身、別稿において、「正当防衛だ、責任能力がない、というのであれば、被告人の方で、そうかもしれないという疑いを生ぜしめるだけの一応の証拠を出さなければなりません」(下線部筆者)(平野・前掲書(註41)一三七頁)と述べられているので、“some evidence”の訳語の一人歩きであろう。例えば、新倉修「事実認定と証拠」村井敏邦編現代刑事訴訟法一九四頁では、「被告人がともかくも証拠を提出すれば」と理解されている。

(89) Carter, *supra* note 84, at 7.

(90) R. May, *Criminal Evidence* 44 (2nd ed. 1990) : 松尾教授が「争点形成の責任」と命名するのは、正鵠を射ていると考える。勿論、松尾教授や平野博士も述べられるように、検察側の冒頭陳述やその提出証拠、被告人の意見陳述により、争点が形成されること有りうるので、証拠を提出しての争点形成は状況によることとなる(松尾・松尾編刑事訴訟法II(一九九二年)一六八頁、同・刑事訴訟法下(新版)(一九九三年)一九頁、平野・前掲書(註41)一三七頁)。

(91) *R. v. Barker* (1977) 65 Cr. App. R. 287, at 288 per Lord Widgery C.J.

(92) A.A.S. Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence* 54 (1989) : cf. *R. v. Young* (1964) 48 Cr. App. R. 292, at 296. 検察側の証拠が危険 (unsafe) なし不十分 (unsatisfactory) であると裁判官が思慮したなら検察の弁論を打ち切つて無罪の指示をするべきとした。

(93) Carter, *supra* note 84, at 7; 田宮・前掲書(註43)三〇一頁。

(94) *R. v. Galbraith* [1981] 1 W.L.R. 1039; 73 Cr. App. 124, at 1042 and 127.

(95) May, *supra* note 90, at 27. もともと、危険 (unsafe) な証拠として no case の具申に際し、裁判官が決定していた事項、例えば Lane 卿が述べた「検察官の立証が証人の信用性の評価に依存する場合、または一般に陪審の権能に属すと言われている事項」を基本通りに陪審へ附すことを確認したのであれば、第二の意味の prima facie case の基準はそれ程低下したわけではないといえよう。

(96) Wignmore, *supra* note 83, §2487 pp. 298-9. なお、当ダイアグラムと McNaughton (次註) の批判の解説に田村豊「立証責任と立証程度の分析」木村還暦祝賀刑事法学の基本問題(下)(一九五八年)九四三頁以下がある。

(97) J.T. McNaughton, *Burden of Production of Evidence: A Function of A Burden of Persuasion*, 68 HARV. L. REV. 1382, 1384-5 (1955).

(98) *ruling* は「証拠の採否、手続に関する申立に対する決定」を意味する。田村・前掲論文(註96)九八二頁、註(44)によれば、ここでは指図評決と同義とみてよいとする。おそらく、指図評決の申立に対する決定を含めて、*prima facie case* に達しているか、陪審へ争点を附すべきかの決定の他、個々の証拠の採否に関する決定も合わせてこの語を用いているのではないかと思われる。

(99) 佐藤・前掲論文四三頁、註(9)。

(100) McNaughton, *supra* note 97, at 1385 n. 11; 田村・前掲論文(註96)九五八頁。

(101) *Id.* at 1385; 田村・同頁。

(102) 太田・前掲書一四二頁、II 図参照。

(103) Wigmore, *supra* note 83, §2487 at 299.

(104) 証拠提出の責任を指す語として、*duty* (responsibility) of “going forward” with evidence という行為責任の側面を強調するものがある。G. Williams, *Criminal Law, general part*, (2nd ed. 1961), at 876; Klotter, *supra* note 86, at 39. この点もドイツ法の *Beweisführungslast* に対応するものといえよう。

(105) 小林・前掲書一四九頁。

(106) 同・一四七〜八頁、松本・前掲書(註65)一三頁。

(107) 平野・前掲書(註31)一八七頁、松尾・前掲論文(註5)一二五頁、岡部・前掲論文(註60)二六九〜七〇頁。

(108) Carter, *supra* note 84, at 29; McCormik, *supra* note 85, at 480.

ここで、被告人が証拠提出に失敗すれば、当該争点は事実認定者の前に現れず、検察官はその点の立証をしなくてよい。それ故、証

拠提出の責任は、裁判官に向けられた第一次的な説得責任といわれることがある(田宮・前掲書(註43)三〇一頁)。但し、これは先に裁判官を納得させなければ、争点が陪審に附されないということであり、特に説得責任を有する当事者にとって *no case to answer* と判断されれば、説得責任が機能するまでもないという意味であつて、裁判官不説得の危険は証拠提出を果たすべき当事者の手中にあるので、証拠提出の責任は行為責任である。結果責任か行為責任かは次のように考えるとよい。

例えば、ある先生がゼミに入ることを希望する学生は、「証明責任」について、原稿用紙一〇枚以上のレポートを提出することと告示する。「証明責任」のテーマ(争点)で一〇枚のレポートを書き上げて、提出するまでは学生の手中にあり、行為責任である。提出されたレポートから、一〇枚に達しないもの(証拠不足)、盗作(違法収集証拠)、あるいは「伝聞法則」について書いたものは、所与のテーマについての学生の能力についての先生の理性的な判断を危うくするので排除する。これが証拠提出の責任である。その後、レポート(証拠)は学生(当事者)の手を離れて、先生(事実認定者)の手で合否が決定される。一〇枚のレポートを書いたが不可となつても、これは結果責任である。

(109) 平野・前掲書(註41)一三七〜九頁、岡部・前掲論文(註60)二七〇頁。

(110) 小林教授も「裁判所が訴訟の途中で釈明すべき当事者は、原則としてその時点で(具体的)証拠提出責任を負っている当事者であら」とされる(小林・前掲書一四九頁)。

(111) こうしてみると、「証明責任の分配は、自由心証の支配する事実認定の一般的基礎をなし、心証形成のあり方を方向づける」という見解(船越・前掲論文(註78)一六六頁)にも一理ある。客観的証明責任は本来真偽不明という自由心証の尽きたところで機能する



ものであるが、その所在は自由心証の枠組みをきめるものではないか、特に刑事訴訟において「疑わしきは被告人の利益に」という証明責任規範はそのような機能も営むのではないかと考える。これは今後の証明論の領域で検討していこうと思う。

(III) ② Musielak, a.a.O., (Ann. 18), S.42f.

## 第二節 証明責任の分配

旧刑法法においては、強く職権主義によって支配されていたため、証明責任の問題は実益がないとして、殆ど論じられることがなかった。検事と被告人及び弁護人は、それぞれ自己の主張を基礎づける証拠調べを請求することができ、適当な証拠申請をしない当事者は、それによって不利益を受ける危険を負担したので、その意味で当事者にも立証の責任があったとはいえても、民事訴訟のような証明責任の分配はなかったとされたのである。<sup>(10)</sup>

現行刑事訴訟法は当事者主義を全面に押し出した。すなわち、証拠調べは、検察官及び被告人又は弁護人の事実の主張とそれに対応する証拠申請によって行われ（刑法二九六条、同規則一九八条、同法二九八条）、またはその実施にあつても、当事者が証拠物を示し（刑法三〇六条一項）、証拠書類を朗読するのが本則（刑法三〇五条一項）であり、証人尋問においても交互尋問が行われる場合が多くなっている（刑法三〇五条三項）。そこで、この刑事訴訟の当

事者主義化を根拠に、「新刑訴において立証責任又は挙証責任を問題とする実益が生じ……民事訴訟法における同じく、挙証責任の『分配』ということを考へることが可能になつてきた」という小野博士の主張が現れた。

博士は、「問題は、実質的挙証責任にある。被告人が犯罪の成立を妨げる理由となる事実の立証を試み、裁判所が職権で審理を尽しても、その事実があることについて確信を得るに至らなかつた（ときに）、……裁判所はこれを肯定すべきか否定すべきかである。……従来考へによれば、犯罪事実が証明された以上、犯罪の成立を妨げる原因については、一々その不存在を証明する必要はない。違法性及び責任は、事実上一応推定される。しかし、それについて疑ひを生じたときは、その不存在を証明されなければ、有罪を言ひ渡すことはできない、というのであつた。『疑わしきは、被告人の利益に従ふ』すなはち、実質的挙証責任は悉く検察官側にあるといふことになる。しかし、私は、新刑訴のもとにおいて、実質的挙証責任も亦被告人側にあると解すべきものではないかと思ふ。<sup>(11)</sup>すなはち、被告人側は犯罪の成立を妨げる理由となる事実について疑ひを生ぜしめただけでは、無罪の言渡を得ることはできない。その存在を証明しなければならぬ。……この点はアメリカでも争ひがあるやうであるが、私は、当事者訴訟の構造は、この結論をもたらすものとおもふ。但し、この証明は、犯罪事実の証明とちがひ、厳格な証

明であることを必要とせず、自由な証明でよい<sup>(15)</sup>として、被告人は訴訟追行上において、単に一応の心証を得る程度の立証をするだけでなく、優越な証拠による心証を形成する責任がある<sup>(16)</sup>と、訴訟構造の変化を根拠とした証明責任分配論を論じられた。

従って、ここでは“*In dubio contra reum*”（疑わしきは被告人の不利に）となるわけであるが、“*In dubio pro reo*”という「格言は職権主義的原理のもとにおける格言であり、しかも実際上犯罪事実そのものについて考えられてゐるのだとおもふ。違法性又は責任の阻却原因たる事実についてまで疑はしい場合に、それがあつたものであるかは疑問である<sup>(17)</sup>」とも主張されるのである。

小野博士の所説をもう一步進め、犯罪成立阻却事由の他に、主観的要素についての証明責任転換を主張するのが井上博士の所説である<sup>(18)</sup>。博士は、結果発生の可能性を認識しつつ行為した者は、原則として未必の故意と認定される、という推定の創設を提唱される。裁判所は、結果を認めたか否かに疑いがあれば、職権をもつて審理しなくてはならないが、それにもかかわらず、被告人が認容しないことにつき、自ら証明し得ない場合には、有罪を免れない。「この意味では、故意と過失との区別については、ある範囲内で、挙証責任は原告から被告に転換する<sup>(19)</sup>」。さらに表現犯、傾向犯、そして目的犯について、「主観的違法要素といわれるものについて

も、挙証責任を被告人に転換」する。「検察官は被告人の有罪を証明するためにはあらゆる要素にわたり挙証責任を負うといつても、やはり限度を考えてよからう。そうでなければ、検察官は、かかる心理状態の存在を証明するため甚しくその追求は急とならざるを得ない。また、かような内心的状態は、却つて被告人に立証させる方がやさしい。果して、被告人がその不存在を主張するかどうか明らかではない場合にも、検察官は訴追者として一々立証しなければならぬとすれば、訴訟経済にも反する<sup>(20)</sup>」と述べられる。主観的要素の証明は被告人の自白がどうしても鍵となるため、捜査段階における「その追求は急とならざるを得ない」。その防止のためにも刑法の客観化は意義ある主張といえる。

しかし、以上の二説に対し、たとえ立証の程度を証拠の優越に下げたり、自由な証明で足りるとしても、特に、主観的違法要素に関しては、それが積極的な犯罪構成要素である以上、また、犯罪成立阻却事由についても問題になる余地があるが、その不存在が犯罪の成立要件であるから、客観的証明責任が課されている被告人がその立証に失敗すれば、真実無罪であつても有罪となることから、「疑わしきは罰する」に通じ、余程の必要性・合理性がなければ認めるべきではないと批判があげせられ、今日では退けられている<sup>(21)</sup>。

ただ、以下は第一節でも触れたが、検察官は、構成要件事実を証明した以上、構成要件は違法類型としての意味を有

し、違法阻却事由の存在は、原則に対する例外に他ならないから、とくに疑問を生じた場合でなければ証明する必要はないといわれる。

この事態を説明するのに、通説は「構成要件は違法・有責な行為を定型化したものであるから、構成要件にあたる事実があるがぎり、違法性と責任の具備が事実上推定される<sup>(127)</sup>」とする。しかし、事実上の推定とは、裁判官の自然な心証形成過程そのものであるから、この説明では、当事者が訴訟の現場において規範的に何を要求されているのか、どう行動すればよいのか、心証形成の方向を変えることはできるのか、必ずしも明らかでない。また、責任能力や、行政犯などで、例えば一定の除外事由がない限り刀剣類を所持してはいけないというような場合、構成要件事実を証明する証拠だけでは、阻却事由の存否について何らの心証も与えられず、違法性・有責性の存在について事実上の推定がなされないという場合も多い。この通説への疑問が、先の見解の出発点であり、「阻却事由であることからくる規範的要求を裁判官に向けかえたもので、主張としてはきわめて明確」とされる<sup>(124)</sup>。また、第一節で述べたように、犯罪成立阻却事由は違法性・有責性といった犯罪成立要件を消極的に書き換えたものであるが、原則に対する例外であるから、証明責任に差異を設けてしかるべきである。しかし、被告人に客観的証明責任を課して、疑わしきを被告人の不利益に帰すことは、「疑わしきは被告

人の利益に」の法理と抵触する故、ドイツ法の証明責任論における対概念である、客観的・主観的証明責任概念に頼ることをやめ、英米法の証拠提出の責任を被告人に課すにとどめるといふ主張となつて現れ、同法理との調和を図るのである。

刑訴法三三五条二項は、犯罪阻却事由や刑の減免事由について、少なくとも主張責任を負わせたものとされる<sup>(126)</sup>。しかし、被告人による無責任な主張の濫用の危険が指摘され、訴訟経済に反する。そこで、*prima facie case* (第一の意味の)により、阻却事由について争点を形成することを被告人に要求するのである。

ここで、争点を形成すべき証拠は、検察官が構成要件事実を証明するために提出した証拠の中に、阻却事由の存在について何らかの証拠が含まれていれば、証拠共通の原則により、被告人の証拠提出の責任は果たされたことにしてよいとされる<sup>(128)</sup>。ただ、証拠提出の責任レベルの証明責任であつても、証拠の提出に失敗した被告人が、「訴訟のやり方が拙かったため」処罰される虞は、僅かながら存在するので、後述の「便宜較量論」<sup>(129)</sup>により、被告人の証拠不提出を一つの証拠として、何らの証明もないこと(証拠がないこと)を認定できる場合であるならば、被告人に証拠提出の責任を課してもよいと考へてはどうか<sup>(130)</sup>。そしてこのような認定ができない場合に限り、被告人が主張したならば裁判所は刑訴法三三五

条二項により、何らかの判断を示さなければならぬ。証拠の提出がなくとも、裁判所は阻却事由について審理することはできるが、審理しなくても審理不<sub>(111)</sub>尽とはならない。例えば、ある医療行為が、専断的治療行為であったか否か（刑法三五条の正当行為にあたるか）については、被告人たる医師の側に、同意の存在や緊急治療行為であったことについての証拠提出の便宜がある。つまり、証拠不提出は、同意が無かつたと認定してよい場合である<sub>(112)</sub>と言える。

序論において、犯罪成立阻却事由や刑の減免となる事由は、被告人が証拠提出の責任を負う場合もあるとしたのは、原則に対する例外にあたる場合全てについて被告人に証拠提出の責任を負わせてしまおうというのではなく、「負わせてよい場合」を選び分けていこうという趣旨であって、原則として被告人は主張責任のみ負うのである<sub>(113)</sub>。あるいは、争点形成責任説の主張するように、検察官の冒頭陳述や被告人の意見陳述により争点が形成される場合があれば、*prima facie* cases は果たしたものと考えてよい。

ところで、ここで再び、小野・井上両博士の所説を振り返ると、小野博士は、「疑わしきは被告人の利益に」の格言が、職権主義の下における格言であること<sub>(114)</sub>、井上博士は、当事者主義を根幹とする訴訟手続の体系をわが国と同じくする英米法において、責任能力や、故意について被告人が証明責任を負う場合のあることを<sub>(115)</sub>、それぞれの根拠とされる。

しかし、当事者主義訴訟の現行法においても“*In dubio pro reo*”は適正手続の保障の内容であり、また、英米法において、証明責任の分配に、適正手続の観点から制限が課せられてきたことは、次章に述べることから明らかとなる。

(112) 小野・刑事訴訟法講義（一九二三年）二七一頁以下。なお、田宮・前掲書（註43）二九七頁は、証明責任論が「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用範囲の問題として論じれば足りたためとされる。ドイツでは現在も刑事訴訟では証明責任の問題は存在しないというのが通説である。Vgl. Z.B. Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., 1968, S. 103.

(113) 小野・前掲論文（註29）八九〇頁。  
(114) 所説の理解のために、小野博士の証明責任論を補足しておく。犯罪事実について被告人の側もその不存在を立証する必要があるものであり、これは、明らかに法律上の立証責任（形式的挙証責任）として把握すべきであるとされ、実質的挙証責任と区別した上で、両者について分配があるとされるのである（同・九六頁、同「新刑訴」と構成要件の理論」刑法雑誌三巻二号（一九五三年）一六五頁）。

(115) 同・前掲論文（註114）一六六頁、同・犯罪構成要件の理論（一九五三年）一七七頁。

(116) 同・前掲論文（註29）九六頁。

(117) 同・九四頁。

(118) 井上「刑法における主観的要素の証明」滝沢還暦記念現代刑法学の課題下（一九五五年）四五頁以下。

(119) 同・四六六頁。英米法の減殺責任の考え方と思われる。

(120) 同・四七二頁。

(121) 平野・前掲書（註41）一三九頁、田宮・前掲書（註9）一八一頁、同・前掲書（註43）三〇二頁、岡部・前掲論文（註60）三六九

頁。

- (122) 団藤・前掲書(註28) 二三七頁、二三九頁。  
(123) 松尾・前掲論文(註5) 一一八頁、平野・前掲書(註31) 一八四頁、同・前掲書(註41) 一三七、三八頁。  
(124) 松尾・前掲論文(註5) 一一八頁。  
(125) 平野・前掲論文(註88) 一五頁、田宮「公害犯罪と証拠法」藤木編公害犯罪と企業責任(一九七五年) 一四七頁、同・前掲書(註43) 三〇二頁。  
(126) 田宮・注釈刑事訴訟法(一九八〇年) 三八八頁。  
(127) 平野・前掲論文(註88) 一五頁。  
(128) 同・前掲書(註41) 一三七、三八頁。  
(129) See *Morrison v. California*, 29 U.S. 82, 91 (1943).  
(130) 便宜較量論は後述のトット事件 (*Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943)) において合理的関連性テストを操作した当然の結果に過ぎないとされたが、否定されたものではなく、証拠提出の責任の分配基準としてはなお有用である(吉村「英米法における推定(その一)」九大法学二号下(一九五七年) 一一頁)。  
(131) 平野・前掲論文(註88) 一五、六頁。但し、責任能力については、その存否の判断は、裁判官にとって容易でなく、一定の犯罪について、必要的精神鑑定制度の創設が望まれ、また現行法の運用上も、裁判官はその点を十分に考慮し慎重であるべきだとされる(同・二〇頁、註(一))。  
(132) 民事訴訟法学においても、同様の見解は存在する。客観的証明責任を負う当事者の立証活動(本証)により裁判官がある程度の心証を形成できる場合に、相手方当事者にも適切な証拠の提出を行う必要性が生じ(反証提出責任)、仮にその責任を懈怠するならば、この事態をも弁論の全趣旨として合わせて斟酌され、当該事実につき客観的証明責任を負う当事者有利の事実認定がなされるという。

つまり、訴訟の当事者は、自己に反証の必要があり、且つその反証が困難でないならば、客観的証明責任を負う当事者の事実主張が真実でないと思えば、特段の事情がない限り反証を提出するという経験則があり、これを「反証不提出の法則」というとする(山木戸克己「自由心証と挙証責任」大阪学院大学法学研究一卷一・二号(一九七六年) 八六頁以下)。今日、これは具体的証拠提出責任の移動の一現象を説明するものと言われている(小林・前掲書一四七頁)。  
(133) この場合も、主張の濫用を防止するために、裁判所は刑訴法三三五条二項の「判断」の内容として被告人に証拠の提出を求めてよいであろう(平野・前掲論文(註88) 一六頁)。  
(134) 松尾・前掲(註90) 刑事訴訟法下一九頁、同・前掲(註90) 松尾編刑事訴訟法II 一六八頁。  
(135) 小野・前掲論文(註29) 九四頁。  
(136) 井上・前掲論文(註118) 四六七頁。

## 第二章 推定と積極的抗弁

### 第一節 英米法における「無罪の推定」

英米法系における刑事訴訟は、徹底した当事者主義(弁論主義、処分権主義)であり、裁判所は原告たる検察官(または個人)および被告人が、互いに攻撃防禦の方法として提出した証拠および主張のみを訴訟資料として裁判を行い、当事者が提出しない訴訟資料を、裁判官自ら収集して裁判を行う職権審理は、極めて稀であるとされる。

この英米刑事手続において、大陸法の“*In dubio pro reo*”の原則に対応し、同一の機能を営むのが、「無罪の推定」

(presumption of innocence) の原理である。<sup>(1)(2)</sup>

McCormick によると、「刑事訴訟において、『無罪の推定』は、第一に、被告人の有罪証拠提出の、そして第二に、彼の有罪を合理的疑いを容れないまでに陪審あるいは判事を最終的に説得する責任が検察官にある、と述べる上で好都合な説示として判事に採用されてきた」という。<sup>(3)</sup> それは、公正な審理の基本成分であり、<sup>(4)</sup> また彼もいうように証明責任の所在を示すほか、証明の量の問題をも含んでいる。<sup>(5)</sup> 最後の点については次節で触れたい。

Wignore もまたこう述べる。刑事訴訟においてその言葉こそ、陪審に対し、逮捕、起訴、そして召喚により起こる疑いの全てを彼らの心証より排除するよう、そして提示された適法な証拠からのみ彼らの結論に到達するよう警告することにより、<sup>(6)</sup> 特別の、そして多分有効なヒントをあたえるものであると。

経験法則からいえば、検察官が確信をもつて起訴する以上、被告人にはむしろ有罪の推定が存在するといえるが、当事者主義訴訟における被告人保護を強調した特別の意義をこの言葉に折り込むものといえよう。<sup>(7)</sup> このように「無罪の推定」の原理もまた証明責任規範そのものである。<sup>(8)</sup>

ところで、当事者主義の訴訟においては、被疑者ないし被告人を尋問する機会が殆どないため、刑事実体法は立証の容易な客観的要素で作られ、また被告人に不利益な推定が設け

られていることが多いとされる。<sup>(9)</sup> かつて、コモン・ローにおける例外は、唯一「人の精神は正常なものと推定する」という命題で心神異常 (insanity) に限られていた<sup>(10)</sup> のであるが、犯罪概念の客観化の要請は、犯罪の主観的要素であるメンズ・レア (mens rea) を放棄する傾向——厳格責任 (strict liability)<sup>(11)</sup> を認める立法措置を一極とする——から、制定法が被告人に証明責任を課するという形で具現されてきた。アメリカの模範刑法典に例を求めれば、主観的要素に関する推定規定として、盗品の譲受等の罪における知情、背任罪における任務違反の認識などが挙げられよう。<sup>(12)</sup> 一方で、判例法や制定法が主に無罪を主張するための争点について、被告人に証明責任を課す場合がある。後述の積極的（肯定的）抗弁といわれる場合がそれである。ただし、いずれの場合も説得責任を被告人に転換する場合は稀であり、証拠提出の責任のみにとどめることで、政策的、憲法的問題を解決しようとするのである。<sup>(13)</sup>

(1) 柳原嘉藤「無罪の推定の法理についての一考察」司法研修所創設十周年記念論文集下（刑事編）（一九五七年）二八六―七頁、吉村徳重「無罪の推定と有罪の推定」法政研究（九州大学）二五巻二―四号（一九五九年）三一―一頁以下。

(2) Wignore は「我々の法において無罪の推定は確固不動のものとして扱われている」と言う（9 J.H. Wignore, *Evidence* 530 (Chadbourne rev. 1981).）

(3) C. McCormick, *Evidence* Vol. 2 453 (4th ed. 1992).

(4) *Id.* at 453. *Taylor v. Kentucky*, 436 U.S. 468 (1978) において、連邦最高裁は、「無罪の推定」は憲法で明確に述べられていないが、我々の制度下での公正な審理の基本的構成成分である。それ故に、その事件の状況において、当該推定について求められた説示を与えることを事実審裁判所が拒絶したことは、第一四修正で保障された公正な裁判についての被告人の権利侵害であると宣言した。

(5) 松尾浩也「刑事訴訟における挙証責任」上智法学論集一卷一号（一九五七年）二七七頁以下。

(6) Wignome, *supra* note 2, at 530.

(7) 田村豊「推定法則の反省」佐賀大法経論集三巻一号（一九五六年）三五頁。

(8) 「無罪の推定」の原理は、証明責任規範として、訴訟の場で機能するほか、市民的及び政治的権利に関する国際条約一〇条二項(b)や、国連被拘禁者処遇最低基準規則八四条二項にその思想が見られるように、訴訟外においても被疑者・被告人を出来るかぎり無辜の市民と同様に扱う保護原理としても機能する。これに対して、大陸法の「*In dubio proreo*」の法理は、職権探知主義訴訟における自由心証の抑制原理として機能していた。「裁判所は事実の点で疑わしい場合の際し、*In dubio pro reo*の基本原理によって明確且つ確実な判決の基礎を見出す」(K. Peters, *Strafprozess*, 3. Aufl., 1981, S. 272)といわれるように、刑事訴訟における証明形成機能（職権主義訴訟のドイツ刑事訴訟においては証明責任は存在しないので、「証明責任規範」も妥当しない）を司るのである。小野博士が、*In dubio pro reo*という格言は職権主義の原理も下における格言である（小野清一郎「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌五巻三号（一九五五年）九四頁）、と述べられるのは歴史的には正しい。「*inquisitorial, inquisitorisch*」とさう語れば、「異端審問の、糾問主義の」も意味がある。一九世紀、啓蒙思想が発達し、自由心証主

義が展開すると、かつての裁判手続の反省から、職権主義訴訟故の帰納的な心証形成に対し、事実についての疑いは被告人の有利に決すべしと戒めたのであった。しかし、現在では、「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、ヨーロッパ人権条約九条二項に根拠をもつ無罪の推定 *Unschuldsvermutung* から生じる」(C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 22. Aufl., 1991, 新矢悦一・吉田宣之訳・ドイツ刑事手続法（一九九二年）八八頁）といわれるように、両者は異語同義といつてよい。

(9) 平野龍一「日本刑法の特色」刑法の基礎（一九六六年）一二九頁。なお、犯罪概念の客観化につき、木下毅「アメリカ刑事司法序説」田中英夫編英米法の諸相（一九八〇年）二七五頁以下参照。

(10) 松尾・前掲論文（註5）二八一頁。See also, G. Williams, *Criminal Law, general part* 885-886 (2nd ed. 1961). なお、英国における、訴追側が犯罪の全要素を合理的疑いを容ないまでに証明するきことを示したりーディング・ケースたる *Woolmington v. D.P.P.* [1935] A.C. 462は、謀殺罪で起訴された被告人が、単なる事故であったと抗弁したのに対し、事実審裁判所が被告人の行為の結果として被害者が死亡したことが証明されたなら、故殺罪への減殺や事故による過失致死の抗弁は被告人が証明する必要がある旨の説示を陪審にしたことを、誤った説示であるとして有罪を破棄したが、傍論において法定の除外事由および責任能力の抗弁のみ例外であることを認めた。そして被告人の立証しついで次のようにいう。「陪審がもし被告人の説明で満足するかあるいは全ての証拠を再審理して満足するならば、その行為が故意でなかったかあるいは興奮したためであったかの合理的疑いを残すのならば、被告人の説明が受理されなくても、被告人はその疑いの利益を受ける資格がある。」(pp. 480-2 *per Lord Viscount Sankey L.C.*)

(11) 行政取締法規違反の領域に多い。例えば、*People v. High*

Ground Dairy Co. 156 App. Dir. 81, 151 N.Y. Supp. 710 (2nd Dept. 1915) (騒音と悪臭—公害罪) ; *United States v. Doherty*, 320 U.S. 277 (1943) (不純な食品、薬品の販売) など、public welfare offenseと呼ばれるものが主である。コモン・ロー上、重罪を犯す過程で人を死に至らしめたときは、死の予見をしていなくても謀殺として処罰する「重罪謀殺準則」(felony murder rule) が存在した。今日、その過酷さ故、例えば模範刑法典では、この法準則の廃止が提案されている。強盗、強姦、放火、誘拐などの重罪に関して反証を許す推定規定が置かれるにとどまったのである (Model Penal Code §§ 210. 2, 1. 12 (5) & Comments to § 201. 2 (1) (b) (1962))。

(12) 盗品の譲受等の罪につき § 206. 8 背任罪につき § 206. 40。

(13) *McCormick*, *supra* note 3, at 448; *Id.* §§ 346-8.

## 第二節 英米法における証明の程度

刑事事件においては、被告人席に座る者の生命、自由、名声に対する誤判の影響の重大なることは論を待たない。それ故、「無罪の推定」の法理は、慎重な審理を期する為の証明の程度の問題をも包含するとされることは前節始めに述べた。本節では、「合理的疑いを容れない証明」(proof beyond a reasonable doubt) のフォーミュラを中心に段階的証明度について触れてみる。

刑事訴訟における、より高度な証明の要求は古代より再々述べられてきたといわれている。<sup>(14)</sup> そして「合理的疑いを容れない証明」のフォーミュラとして具体化されたのは、一七九

八年の大逆罪の判例が初見とされる。<sup>(15)</sup> ただし、“beyond a reasonable doubt” という表現は、当初死刑事件のみへの適用であった上、固定された用語型すらもっていない<sup>(16)</sup> かった。

この「合理的疑いを容れない」というフォーミュラを判り易く定義しようという試みは、二世紀に渡り度々なされてきた。但し、これらの試みは、事実認定者が陪審であることにより、殆どが陪審に対する「適正な」説示形式を模索するというものであった。有名な例としては、Parkman 博士謀殺事件における Webster 教授の裁判での首席判事 Show の言葉である。Show 判事によれば「合理的疑いとは……証拠全てを完全に比較衡量した後、陪審員の心証が、強い確信 (moral certainty) まず間違いないこと) まだに嫌疑の真偽について確固たる信念を感じることができない……という訴訟の状態である」という。<sup>(17)</sup>

これについて、McCormick は、「これは全ての定義は危険であるという古い格言であり、それが答える以上に疑問が起これるとして痛烈に批判されてきた」とする。<sup>(18)</sup> Wigmore も、このフォーミュラについて、「強い確信まで」(to a moral certainty) という定義以上の定義を与えようという試みは、陪審を啓蒙するというよりはむしろ混乱させ、三百代言 (tactician) の喰い物となろうと警告している。<sup>(19)</sup>

結局具体的に心証を測定し説示とする方法を発見する困難は、未だ克服されていないが、このフォーミュラをよりよく



定義する試みは続けられており、合衆国の各裁判所には連邦最高裁により是認されまたは否認された説示の先例集があつて、無節操な防禦をする弁護人による審判の混乱に備える道具として作用している<sup>(20)</sup>。

そして、一九七〇年、Winship 事件において、連邦最高裁は、デュー・プロセス条項は、「合理的疑いを容れない証明」の原則を要求すると判決し、以降、被告人保護の為の重要な判例となる<sup>(21)</sup>。

一方、推定規定が適用される場合や積極的抗弁にあたる事由を主張する場合、被告人が負う証明責任は、無罪の推定の原則に反しないよう、証拠提出の責任にとどめるのが通例である。しかし、稀に説得責任が被告人に転換されることがあるが、ここで要求される証明度は、「証拠の優越による証明」(proof by a preponderance of evidence) でよいとされる<sup>(22)</sup>。

このフォーミュラは主に民事訴訟において用いられ、具体的訴訟において原告の主張する事件の裏付けとなつている証拠が、この主張を否定する被告の提出する証拠より優勢ならば、原告の主張を事実と認めるといふ法則である。

このフレイズは、単に証拠の量あるいは証人の数を意味するわけではないので<sup>(23)</sup>、第一章において McNaughton がこのフレイズを誤解していることを指摘したように、これも万人を納得させ得ない、定義の困難なフォーミュラである。刑事事件よりも低い確信を表すといわれているが、正確では

ない<sup>(24)</sup>。“beyond a reasonable doubt”の原則が、無辜を刑罰から救うために高い確信を要求するために生まれたことは確かであるが、処分権主義的、弁論主義的発想から黒白をつけるために生まれた「証拠の優越」の原則は、一九世紀的な対等市民間の訴訟においてこそ妥当したものの、両当事者の情報・証拠が著しく偏在する現代型訴訟においては、「証拠の優越」という証明度においてさえ、*res ipsa loquitur* といつた、何らかの証明軽減の方法が模索される。ここで、第一章において使用した図1を参照するならば、一目瞭然となるように、原告が国家機関たる検察官である刑事訴訟において、被告人が「証拠の優越による証明」でよいとはいへ説得責任を負うという事態は、確かに証明度  $P$  までの観念的な道程が「合理的疑いを容れない証明」よりは短いが、被告人本証による証明点が漸く  $P$  を越えたところで、検察官は  $P$  を少し割るだけの証明をすれば、被告人の証明努力は水泡に帰する<sup>(25)</sup>。ここで唯一言えそうなことは、「合理的疑いを容れないまでの証明」は、被告人保護のために、事実認定者を必ず強い確信までに説得しなければならぬ、というように証明の最小限の絶対量が決まっているが、「証拠の優越による証明」は、両当事者の力量次第で、説得責任を負う当事者の証明点が証明度  $P$  を越えたまま終局判決に至るための運動量が流動的で、絶対量というものがないということであろうか<sup>(26)</sup>。

このように、事実認定者の主観的心証による証明度を説明

しようにも、内容が漠然として合理的な客観性に乏しいことから、近時、確率論およびそれを応用したベイズの定理を導入して証明の問題を理論的に客観化し、証明度の問題を事実認定者の主観的心証から上級審や第三者による追証を可能にしようという見解が登場した<sup>(27)</sup>。ただ、確率論やベイズの定理による証明論は、理論的には広汎な利用が可能であるが、実際には個々の証拠方法の証明力が客観的に明確でない場合が多いため、客観的な数値が明確である血液型や遺伝学的証明による血縁関係の証明や、平均余命表その他の統計的資料などの場合しか、現在のところ利用は可能ではないといわれる<sup>(28)</sup>。特にDNA鑑定のように、その基礎的な統計上の一致確率が、各説一定でない場合、誤導の危険がある<sup>(29)</sup>。また、客観的な数値の有する意味を十分に理解しないと、誤用により誤った結論を導く危険のあることも指摘される<sup>(30)</sup>。ただし、これらの誤用の危険を考慮に入れつつ、先の口述的定義と合わせて、確率による定義を用いるのならば、証明度について凡その見当をつける上での良き指針となろう。連邦最高裁の用いる証明度は、Kaplanのフォーミュラにより、以下のように数的に表せるという<sup>(31)</sup>。

すなわち、preponderance of evidence (POE) = 50%以上の蓋然性、clear and convincing evidence (CCE) = 75%以上の蓋然性、beyond reasonable doubt (BRD) = 90%以上の蓋然性となる。

Kaplanの証明論の基礎は、誤判による、両当事者のコスト——もたらされる苦痛・不快 (disutility)——の分配を出发点とする。事実認定者は、一当事者の主張の真実であることの蓋然性を0～1の間で $p$ の評価において結論する。 $P$  (Plaintiff—原告、あるいは、prosecution—検察) 主張を $A'$  反対に $D$  (defendant—被告、被告人) 主張をnot  $A'$   $P$ が誤判により被る苦痛を $Dp$ 、 $D$ が誤判により被る苦痛を $Dd$ 、事実認定者が $A$ の蓋然性を評価する ( $pA$ ) とする。民事訴訟においては、 $Dp = Dd$ であり、事実認定者は $pA$ が0.50以上の場合に $P$ の勝訴の判断を下すべきこととなる。同様に、「合理的疑いを容れないまでの証明」(BRD) 0.90は、 $Dd$ が $Dp$ の十倍となることを示す。そして、「明白かつ確信を抱くに足る証明」(CCE) は、特殊な非刑事事件で、 $Dd$ が $Dp$ を超過する故、0.50以上の蓋然性では正当化できず、0.75は、1:3で $Dd$ の大きいことを示す。

このフォーミュラに対し、Bellは次のような疑問を投げかける。刑事事件において、 $pA$ を0.90以上の蓋然性とすることは、Blackstoneの「一人の無辜を有罪とするよりも一〇人の有罪の者を放免すべし」という原則に照らし、尤もと思える。しかし、親権を誤って剥奪され、あるいは、心身異常として強制的に施設収容されることは(註32参照)、誤って親権を継続し、あるいは病気でないと判断することの、「三倍悪」というだけで済むのだろうか、五倍、八倍で

はないのか。<sup>(33)</sup> また、現実の事実認定者はベイズの決定理論の示すモデルのように、完璧に理性的且つ十分に情報を与えられているわけではなく、さらに、事実審において現実に証拠を積み重ねていく過程はベイズの定理による事実認定提唱者の理想とかけ離れているため、「通常の証拠評価の量的記述」<sup>(34)</sup> としては失敗と受け取られる可能性がある。そこで、彼は、決定理論ではなく社会学者の用いる統計的手法に注目する。Savage<sup>(35)</sup> による、人がある事実が真実だとする蓋然性の決定のためのテクニックを用いて、事実認定者が  $P_A$  と評価した場合における理論上の誤判 ( $P$ ) に対するものおよび  $D$  に対するもの双方<sup>(36)</sup> を図示し、その割合から、Kaplan のフォーミュラにのみ頼る証明度は、最高裁の正しい事実認定のため<sup>(36)</sup> の一般的方針および他の刑事裁判手続の目的を覆すだろうという。そして、 $F$  という争点の事実審において、事実認定者の  $P_F$  の評価は、コモン・ロー上の口述的に定義された証明度を中心に、 $0 \sim 1$  までの蓋然性を一直線に六区域に分けることができる<sup>(37)</sup>。(C')  $0$  から  $> 0, 10$ ; (B')  $0, 10$  から  $> 0, 25$ ; (A')  $0, 25$  から  $> 0, 50$ ; (A)  $> 0, 50$  から  $0, 75$ ; (B)  $> 0, 75$  から  $0, 90$ ; そして (C)  $> 0, 90$  から  $1, 0$  である。A 区域で  $P_F$  の評価に達した事実認定者は  $F$  を証拠の優越による証明 (POE) で認定したことになるが、明白且つ確信に足る証拠による証明 (CCE) や合理的疑いを容れぬ証明 (BRA) ではない。B は POE や CCE による認定

であるが、BRD ではない。C 区域による認定であれば、コモン・ロー上のあらゆる証明度による認定といえる。同様に、A 区域であれば、どの証明度によっても  $F$  でないと認定することになる。従って、事実認定者の  $F$  の証明の評価は以下のようになる。

(C')  $F$  の無いことが BRD の証明; (B')  $F$  の無いことが CCE の証明; (A')  $F$  の無いことが POE の証明; (A)  $F$  を POE で証明; (B)  $F$  を CCE で証明; (C)  $F$  を BRD として証明。<sup>(38)</sup>

この見解は、ベイズの定理の導入による決定理論ではなく、社会学の統計的手法の導入により、証明度の問題を理論より現実に近づけようとしたところにその特色がある。証明度の数量的表示に幅を持たせているので、口述的定義との親和性も高いと思われる。

(14) Thayer は、その起源を四世紀のローマ法大全としている (B. J. Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence* ch. 9 558-9 (1898)).

(15) McCormick, *supra* note 3, at 446 n. 5.

(16) 当初の用語としては、「明らかな印象」(A clear impression)、「満足された」(satisfied)、「次に「理性的疑い」(rational doubt)、「理性的且つよく根拠付けられた疑い」(rational and well grounded doubt)、「疑いの蓋然性を容れないまじり」(beyond the probability of doubt) が用いられた。そして Starkie の古典的論文における「一切の合理的疑いを排除するまでの、強い確信」(moral certainty, to the exclusion of all reasonable doubt) の用

語が一般的となった (Wigmore, *supra* note 2, at 405.)。

(17) *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5Cush.) 295, 320 (1950). 「合理的疑い」が問題となったのは、事件の以下のような事情による。ハーバード大学教授の Webster 博士が同僚の Parkman 博士を殺害し、死体を研究室の炉中で焼却した。しかし、僅かに残った義歯が特殊なものであったため、遺体が Parkman 博士のものであることが立証され、Webster 教授は有罪となった。

(18) McCormick, *supra* note 3, at 447; See also, W. Trickett, *Preponderance of Evidence, and Reasonable Doubt*, 10 Dick. 1. Rev. 76 (1906).

(19) Wigmore, *supra* note 2, pp. 408-9.

(20) *Id.* pp. 406-8. その後、California Penal Code §1096 (1985) は、犯罪行為において、被告人は反対事実が証明されるまで無罪と推定されること。被告人の有罪が十分に示されているか否かに合理的疑いがあるれば、被告人に無罪放免される権利のあること。合理的疑いを容れないまでに被告人の有罪を証明する責任は州のみに存することを定め、たうえ、「合理的疑い」のフォーミュラを以下のよう<sup>22)</sup>に定義する。「それは単に可能性ある疑い (Possible doubt) ではない。なぜなら人間に関する諸事に関連する、及び確信できる証拠に基づいた全ての事柄は、何らかの可能性ある或いは想像しうる疑いを免れないからである。それは、全ての証拠を完全に比較衡量した後、陪審員の心証が、強い確信までに (to a moral certainty) — まず間違いないこと)、嫌疑の真偽について、永久的な確固たる信念を感じることができないという状態にする、訴訟の状態である」。明らかに Show 判事の言葉そのものであるが、裁判所はこの条文を陪審に読み聞かせることにより説示となすという。See J.C. Klotter, *Criminal Evidence* 36 (5th ed. 1992).

(21) *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970). 「合理的疑いの基準の憲法

上の伸長について、いかなる疑義も残さないように、デュー・プロセス条項は、彼が嫌疑を受けている犯罪を構成するのに必要な事実毎に合理的疑いを容れない証明に基づくほかは、有罪判決に対して被告人を保護するということを我々は明確に判決する」(at 364)。なお、Model Penal Code §1.12 (1) が同旨の規定をする。

(22) Wigmore, *supra* note 2, §2483; McCormick, *supra* note 3, §339. なお、英国では「蓋然性の優越による証明」(proof on balance of probabilities) となす (Newis v. Lark (1571) Plowd. 403, 412; Cooper v. Slade (1858) 6 H.L. Cass. 746, 772; Bonnington Castings Ltd. v. Wardlaw [1956] 1 A.C. 613, 620 (H.L.)). See also P.B. Carter, *Cases and Statutes on Evidence* 59-62 (2nd ed. 1990).

(23) McCormick, *supra* note 3, at 438 & n. 7.

(24) Wigmore, *A student's Textbook of the Law of Evidence*, 1935: 平野竜一・森岡茂訳 (一九六四年) 三六六頁。

(25) 説得責任を被告人が負うとは、こういうことであり、説得責任を検察官が負いつつ被告人が証拠提出の責任のみ負う場合と大きくことなる。ここでの被告人は賽の河原で石を積む童子に等しい……検察官は上の数個の石を崩せばよいのだから。

(26) 民事事件において犯罪行為が問題となる場合には、「合理的疑いを容れないまでの証明」基準が用いられるべきだと主張があるが、多くの裁判所は、「証拠の優越による証明」で十分であるとす<sup>23)</sup>る。犯罪行為をなしたとの判決は当事者の名声等に少なからず影響するが、刑事事件ほどシリアスではなく、当事者の証拠上そのように判断されただけであって、当該当事者を犯罪者と確定するものではない(——このことは、名誉毀損罪における事実の証明の程度に<sup>24)</sup>関して参考となろう。決して被告人の言辞を真実と確定する、つまり、被害者の不名誉な事実を裁判で追認するわけではない——)。

McCormick, *supra* note 3, pp. 448-9; Wigmore, *supra* note 2, at 422; S.L. Phipson, *Evidence* 80 (4th ed. 1990).

(38) *Id.* at 575.

### 第三節 積極的抗弁の意義

(27) 太田勝造・裁判における証明論の基礎〔初版二刷〕(一九八七年) J. Kaplan, *Decision Theory and the Factfinding Process*, 20 Stan. L. Rev. 1065 (1968); L.J. Cohen, *The Role of Evidential Weight in Criminal proof*, 66 BOSTON UNIV. L. REV. 635 (1986); R.S. Bell, *Decision Theory and Due Process: A Critique of the Supreme Court's Lawmaking for Burden of Proof*, 78 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 557 (1987).

(28) 太田・前掲書一〇四頁(自身の認める限界である)・小林秀之・証拠法(一九八九年)七二頁。

(29) D.A. Berry, *Statistical Issues in DNA Identification: DNA ON TRIAL* 91, 91-108 (1992).

(30) 小林・前掲書七二頁。また S.E. Fienberg, *Misunderstanding, Beyond A Reasonable Doubt*, 66 BOSTON UNIV. L. REV. 651 (1987) も「誤導の危険を指摘」Cohen, *supra* note 27 で主張するシステムを「実の無い殻だけの哲学的シェル・ゲーム(インチキの意がある)」と批判する(at 656)。

(31) Kaplan, *supra* note 27, pp. 1071-4.

(32) 本来、詐欺の關係する訴訟や、紛失した遺言書の内容確認の訴訟等で用いられたフォーミュラである。そのほか、非任意の治療施設収容 (*Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979))、親権の消滅 (*Santokoy v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982)) 等々ある。

(33) Bell, *supra* note 27, at 562.

(34) *Id.* pp. 563-9.

(35) L. Savage, *Foundations of Statistics* (1954)

(36) Bell, *supra* note 27, pp. 569-74.

(37) *Id.* pp. 574-5.

英米法では、法律上の推定とは別個に、被告人に証明責任を分配する場合がある。わな、正当防衛、強迫、心神異常、酩酊及び、刑罰法令上の例外 (excuse) や但書 (proviso) 等にあたるこの主張は、積極的抗弁と呼ばれている。<sup>(39)</sup> 犯罪の定義が A、B の要件で成り立っているが、被告人は C の証明により、無罪となりまたは罪の等級が減せられるとする。C が積極的抗弁であり、法令や判例法は、被告人に、ときによつて証拠提出の責任のみを、場合によつては説得責任をも予め分配しておく。そして後者の場合、C について証拠の優越<sup>(40)</sup> による証明をさせるのが通常である。

しかし、連邦最高裁は、一九五二年の Leland 事件<sup>(41)</sup> で、被告人は犯行時の彼の心神異常を合理的疑いを容れないまでに証明することが要求されるべきであると判決した。その後、責任能力に関しては、一九八四年、合衆国連邦議会が、包括的犯罪統制法の一部として、「Insanity Defense Reform Act of 1984」を成立させた。§ 420 (amending 81 United States Code § 20) は、次のように規定する：

(a) 積極的抗弁——犯罪を構成する行為を行った際、被告人が極度の心神喪失ないし耗弱の結果として、彼の行為の性質ないし不法なることを弁別できなかったことは、いかな

る連邦法下の訴追についても積極的抗弁となる。

(b) 証明責任——被告人は明白かつ確信を抱くに足る証明により心神異常の抗弁を証明する責任を有する。

この抗弁を検討した上院司法委員会は、証拠の優越による証明より厳格な要求が、抗弁の要求を明白に満たす被告人のみ、さもなくば犯罪行為とされることより免れることを必ずや保証するものと考えていたといわれる。<sup>(42)</sup> この修正の目的は、本来的に事実認定者に認定されるべき法律問題に関し、相矛盾する判定を証言する鑑定人の競合による混乱場面を排除することにあるとされ、新法によつて、精神鑑定人の証言は精神病の診断の提出および説明に限定され、鑑定人は、被疑犯罪要件を構成する精神状態を有していたか否かについて意見を述べることはできなくなった。<sup>(43)</sup> また、§403において、心神異常のみを理由に無罪となった者は、subsection (e) により釈放されるべき場合でなくば、適切な治療施設に収容されるべきことを定める。そして、同条の subsection (b) は、審判の際の証明責任について、他人の身体への傷害あるいは財産に対する深刻な侵害、あるいはそのような傷害ないし侵害の実質的危険を有する犯罪において心神異常のみを理由として無罪となった者は、かれの釈放が現在の心神喪失あるいは心神耗弱のために、上記のような侵害やその実質的危険を引き起こさないことを明白かつ確信を抱くに足るまで証明する責任を有するとし、その他の犯罪の場合は、証拠の優越に

よる証明責任を有すると規定する。これらの規定に関する争点は未だ最高裁に達していないが、一九八三年の Jones 事件<sup>(44)</sup> において、最高裁は Columbia 特別区の同様の手続を是認している。Jones 事件では、万引き未遂を心神異常を理由に無罪となった被告人が、Columbia 特別区の規定により、施設収容のための審判において、彼がもはや精神病でないかあるいは危険でないことを証拠の優越により論証することを求められたことを、最高裁が是認したのであり、連邦の新法もおそらく是認されるであろうといわれる。

さて、このような説得責任の転換が憲法上の異議申立に抗して生き残ってきたわけであるが、一方で積極的抗弁の創設や効果に対する制限も課されつつある。<sup>(45)</sup>

七〇年代半ばの二つの最高裁判決を契機として、積極的抗弁に関する考え方に実際の変革が起こった。

Maine 州では長く続いた州実務で、検察側が殺人が故意かつ不法であることを証明したならば、被告人は俄の挑発からくる激情の最中に行爲したことを相当な証拠の優越により証明しなければ、予謀 (malice aforethought) が決定的に意味されるべきことを陪審は説示されてきた。一九七五年の Mullane 事件<sup>(46)</sup> で、連邦最高裁は、被告人にこのような証明責任を負わすことは、Winship 事件<sup>(47)</sup> において、デュー・プロセス条項は被疑犯罪を構成するのに必要な要件全てを合理的疑いを容れないまでに検察側が証明することを要求している

とし判例に違反しているとして、謀殺罪の判決を取り消して故殺罪とした。<sup>(48)</sup>

Mullaney 事件で問題となった、いわゆる減殺責任 (burden of reducing the degree of a homicide) は、いくつかの州で長い歴史をもって被告人に負わされてきたのであるが、Mallaney 判決は、この減殺責任の他多くの伝統的な積極的抗弁について、憲法上、検察官に説得責任を負わしめたものと解釈し得るのである。<sup>(49)</sup>

しかしながら、Leland 事件判決の見解は明白に否定されたわけではなく、心神異常の抗弁に関して Mullaney 事件の準則を適用する上での妨げとなっている。<sup>(50)</sup> 連邦議会による Insanity Defense Reform Act of 1984 の制定も、このことを視野に入れてのことであろう。また、その後の一九七七年の Patterson 事件<sup>(51)</sup>で最高裁は Mullaney 判決を狭く解したため、デュー・プロセス条項の守備範囲は、犯罪をどういう要件で構成するかの定義次第で後退することになる。

New York の訴訟手続では、被告人は他人を故意に殺害したことを合理的疑いを容れないまでに認定されると、二級の謀殺罪で有罪となる。被告人が極度の情緒的障害の影響をうけて行為したことを証拠の優越により証明すると故殺罪に減ぜられ得る。連邦最高裁は、この手続を、犯罪構成要件事実ごとに合理的疑いを容れないまでに証明されなければならぬとした Winship 判決の言葉に照らして、何らデュー・プ

ロセスに違反するものではないとして支持した。<sup>(52)</sup> New York では、Mullaney 事件の Maine 州と異なり、予謀は謀殺の定義に含まれていないのであって、Mullaney 判決は、検察側立証の本質的要件について被告人が反証を要求された場合を扱ったものであるとして区別されたのである。<sup>(53)</sup>

この最高裁のあまりにも形式的なアプローチに対して、犯罪定義に含まれない要素に関してなら被告人に説得責任を負わし得るといふのであれば、州は犯罪定義から要素を除去して行き、目のあらい、不明確な犯罪定義が出来上がることになる。<sup>(54)</sup> あるいは、最高裁は自らのセオリーの下で犯罪を定義してきただけである、<sup>(55)</sup> といった批判が沸き起こった。この批判に起因する、証明責任転換の憲法上の制限のためのアプローチについては、第五節で述べる。

そして予想された如く、一連の判例の延長線上に Martin 事件判決<sup>(56)</sup>が、Patterson 事件判決の十年後の一九八七年に登場する。Ohio 州は、謀殺罪を「事前の計画ないし意図を以て他人の死を故意に惹起すること」と定義し、正当防衛について、証拠の優越による証明をなす責任を被告人に課す。<sup>(57)</sup> 被告人は、故意による殺害も正当防衛として行えばなお合法であるにも関わらず、正当防衛につき被告人に説得責任を課すのはデュー・プロセス条項に反すると主張した。連邦最高裁は、被告人が、州による犯罪の定義に含まれるいかなる要件についても、証明責任を負っていないことを理由に有罪を支

持した。州が「事前の計画ないし意図」を含む、一切の要素について、合理的疑いを容れないまでに証明する責任を負い、そして、正当防衛の証拠もまた州の立証がいかなる要素について合理的疑いが存しないか否かを決定するさい考慮され得たことを、説示が陪審に明らかにしている限りでは、Winship 判決は破られていないとした。<sup>(58)</sup> 但し、Powell 判事の反対意見がある。正当防衛の要件と謀殺の要件とは重なりあい、正当防衛の証拠はしばしば事前の計画および意図の認定に依拠するため、正当防衛につき被告人が証明責任を負うと陪審に説示することは、州が mens rea につき合理的疑いを容れないまでに証明しなければならぬとの説示に矛盾を生じ、無罪の推定に反する評決を下す危険があるという。本件で問題となる正当防衛は、それを証明する証拠が犯罪の要件を反証する関係にある抗弁であり、極度の情緒的障害という抗弁の証明が謀殺罪の要件を反証する関係になかった Patterson 判決に準拠して説得責任の転換を認めることできないという。<sup>(59)</sup>

この判決に対しては、Mullaney、Patterson 両判決に対するのと同じ批判があげられることとなりそうであるが、<sup>(60)</sup>一連の連邦最高裁判決により、積極的抗弁に関する説得責任分配の差し当たってのガイドラインが出来上がる。連邦最高裁のセオリーによると、被告人を無罪にする、あるいは犯罪の等級を軽減する事実から成り立って、且つ単に犯罪の要件

に対し反証するものではない抗弁——Powell 判事によれば、正当防衛はこれにあたらぬが、多数意見はこれにあたるという——、これが真の積極的抗弁である。そして、この真の積極的抗弁のみが被告人に説得責任を分配するよう作用してよい、ということになる。

但し、この分析は説得責任の転換に関するものであって、Patterson 判決が示唆したように、被告人に証拠提出の責任を負わずのみの積極的抗弁に関しては裁判所は何も問題にしてこなかったのである。<sup>(61)</sup> 尤も、この場合も、もし争点事実が制裁を正当化するためには確証されなければならないものであるなら、被告人が証拠提出に失敗して、その争点について判断を受けないまま有罪判決を受けることは、本質的犯罪要件について合理的疑いを容れないまでに証明されていないことを意味し、Winship 判決に反するものとなろう、という Allen の指摘<sup>(62)</sup>に留意する必要がある。Allen によれば、証拠提出の責任の分配基準を便宜較量論によるのではなく、憲法がその争点事実が州により証明されるべきことを要求しているか否かの分析<sup>(63)</sup>によるが、その実行は困難であろうという。ただ、例えば Bailey 事件<sup>(64)</sup>で、検察側により死の本物の恐怖の欠如が証明される必要がある場合、被告人が他の収監者と異なる扱いを受けなかったこと、そして、保護拘禁がもし申し立てられたものなら彼らにとって有用なものであったことを証明すればよい。このように検察側にとって特別の証



明上の問題がないこと。また、「例外」たる免責事由の不存  
在はしばしば検察側が証明した情況により推認できるので、  
被告人は例外的な免責事由の証拠提出を余儀なくされるであ  
るうこと。以上の二点は、その困難さを顕著に鈍化させるこ  
う<sup>(65)</sup>。

- (39) McCormick, *supra* note 3, at 448; Klotter, *supra* note 20, at 39.
- (40) McCormick, *supra* note 3, at 480; Klotter, *supra* note 20, at 41.
- (41) *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952) 責任能力も犯罪の一要素であるから、これについて被告人に証明責任を負わすべきではないという反対意見も添えられている。
- (42) SENATE COMM. ON JUDICIARY, 98th CONG. 2D SESS. (1982), reprinted in 1984 U.S. CODE CONG. & ADMIN. NEWS 232.
- (43) Klotter, *supra* note 20, at 44.
- (44) *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983).
- (45) 例えば、合衆国控訴裁判所(第八巡回区)は、アリバイに関し被告人に州が説得責任を負わしたのは違憲であると判決した。アリバイは単に犯罪行為の加担の否定の形であって、真の積極的抗弁ではないとする (*Stump v. Bennett*, 398 F. 2d 111 (8th Cir. 1968))。また、New York 州裁判所は、アリバイについて被告人が争点として提起したならば、州はアリバイの抗弁に対し合理的疑いを容れないまでに反証する責任があり、また、アリバイの抗弁は、他の証拠を検討した際、有罪に合理的疑いを起すものでもよいとした (*People v. O'Neil*, 79 A.D. 2d 429, 437 N.Y.S. 2d 202 (1981))。 See

also, Wignmore, *supra* note 2, pp. 343-6.

- (46) *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975), at 686. 問題の法令は、ME. REV. STAT. ANN. tit. 17, § 2651 (1964) (current version at ME. REV. STAT. ANN. tit. 17A, § 201 (1983 & Supp. 1988)).
- (47) *In re Winship*, *supra* note 21, at 364.
- (48) Maine 州法では故殺罪も謀殺罪も同じ犯罪等級であるが、謀殺罪の評決の結果と故殺のそれとは、自由の喪失期間においても、有罪判決に付着する汚名においても異なることを指摘し、Winship ルールは犯罪等級が争点となる例にも適用するものとした (*Mullaney v. Wilbur*, *supra* note 46, pp. 697-8)。Winship 判決は、有罪判決に伴う個人の自由喪失の蓋然性および汚名の双方より生ずる、刑事被告人の無限に重要な利益に言及していたのである (*In re Winship*, *supra* note 21, pp. 363-4)。
- (49) McCormick, *supra* note 3, at 482-3; *Evans v. States*, 28 Md. App. 640, 349 A. 2d 300, 307 (1975), affirmed 278 Md. 197, 362 A. 2d 629.
- (50) *Rivera v. Delaware*, 429 U.S. 877 は、実質的な連邦問題がないとして、被告人が心神異常について説得責任を負わされていた場合の有罪判決に対する上告を棄却した。この判決について、後述の Patterson 事件で連邦最高裁は、Leland 判決の妥当性が持続してゐることを確認したものの、むしろ *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197, 204 (1977))。
- (51) *Patterson v. New York*, *id.*
- (52) *Id.* at 206.
- (53) *Id.* at 215.
- (54) J.C. Jeffries & P.B. Stephan, *Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in Criminal Law*, 88 YALE L.J. 1325 (1979),

pp. 1338-44, 1353-6.

- (15) R.J. Allen, *Structuring Jury Decisionmaking in Criminal Case: A Unified Constitutional Approach to Evidentiary Devices*, 94 HARV. L. REV. 321, 357 (1980); See also, R.J. Allen & L.A. DeGrazia, *The Constitutional Requirement of Proof Beyond Reasonable Doubt in Criminal Case: A Comment Upon Incipient Chaos in the Lower Courts*, 20 AM. CRIM. L. REV. 1, 16-30 (1982).
- (16) *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987).
- (17) 謀殺の定義について、OHIO REV. CODE ANN. § 2903. 01 (Anderson 1982); 被告人の証明責任について、*Id.* § 2903. 05 (A).
- (18) 480 U.S. at 234.
- (19) *Id.* pp. 237-42.
- (20) S.E. Sundby, *The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence*, 40 HANSTINGS L.J. 457, 471-4 (1989). 制限的手続主義への移行が明らかとなったという。
- (21) *Patterson v. New York*, *supra* note 50, at 230; Jeffries & Stephan, *supra* note 54, at 1334; Patterson 事件の後、連邦最高裁は *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394 (1980) において、強迫および緊急避難について被告人に証拠提出の責任のあることを認めたと。そして、正当防衛の不存在は特定の州では犯罪の要件と考えられているが、被告人は陪審の面前で争点として形成されるための、少なくとも正当防衛の何らかの証拠を提出することを要求されてよい、というのが通説である (McCormick, *supra* note 3, pp. 484-5)。但し、この「何らかの証拠」は「何でもよい」わけではなく、これは第一節で述べた通りである。
- (22) Allen, *supra* note 55, pp. 358-60.
- (23) *Id.* pp. 342-8.

(64) 註(61)参照——逃走罪の事案。

(65) Allen, *supra* note 55, at 360.

#### 第四節 推定の憲法的妥当性

##### 一 推定の分類及びその効果

「推定」は、その実のいところたる「証明責任」を除いて、法律用語の家族中最も纏み所のないメンバーであり、裁判所や学者は先の積極的抗弁との区別にもまた苦心するのである。<sup>(67)</sup>

推定とは、前提事実が充足されたとき、推定事実について何らかの法的効果を生むものと一応定義される。<sup>(68)</sup> 従って、「無罪の推定」は前提事実が推定されていない無条件のものであるので、本稿で論じる意味での狭義の推定ではない。<sup>(69)</sup>

狭義の推定は成分法規を基準として、事実上の推定 (presumptions of fact) と法律上の推定 (presumptions of law) に分類される。前者は、前提事実のもつ当然の証明力に基づくもので、経験則を用いた自由心証過程に過ぎない。<sup>(70)</sup>

次に、法律上の推定は、規定上反証の可否により、反証を許す推定 (rebuttable pre-sumption) と反証を許さない推定 (irrebuttable presumption) あるいは「終局的推定」 (conclusive presumption) とに分かれる。後者は、擬制であり、実体法規定立の一態様であるから立証過程の問題として格別の法律上の意味をもたない。<sup>(71)</sup>

そして、前提事実が充足されたとき、いかなる法的効果が発生するか、すなわち、相手方に転換される証明責任の内容は何であるか、事実認定者(陪審、裁判官)に対する効果はいかなるものか、という分類、また、これらのうちでどのような推定を認めてよいのか、これは議論のあるところである。

アメリカの通説的見解とされ、証拠法のモデル・コードに採用され、<sup>(72)</sup>また、連邦証拠規則にも一部取り入れられたのが、Thayer=Wigmore説である。<sup>(74)</sup>これは、推定規定を専ら訴訟手続上の規制法制に限定し、まず、前提事実について一応の証明(prima facie case)——証拠提出の責任を果たした——をなすと要証事実について一応の証明があったものものとして事件は陪審の審理を受ける(第一の効果——陪審審理の効果)。そこで、相手方が推定される事実に関する反証を挙げないならば、陪審は「推定事実の認定をしなければならぬ」と裁判官より説示される(第二の効果——強制的効果)。前提事実が他の主張事実と共に十分に立証されると原告有利の指図評決がなされるので、被告は推定事実について証拠を提出して、不利な評決を回避しなければならぬ(証拠提出の責任の転換)。被告がこの証拠提出の責任を果たしたなら、推定の効果は消滅するというものである<sup>(75)</sup>——その儂さ故、「Bursting Bubble Theory」と呼ばれる——。

これに対して、相手方が証拠提出の責任を果たせば推定の効果は消滅するのではなく、説得責任を果たすまで消滅しな

いものとしなければ推定規定の意味はないというMorganほかの批判<sup>(76)</sup>がある。ただし、裁判官を通過した証拠を陪審が信用しなくても推定は消滅し、前提事実のみでは陪審を説得できる証明力がないので、原告は敗訴し、しかも証拠提出の責任のみであれば果たすのは容易であるからである。また、刑事事件には、有罪判決評決禁止の原則<sup>(77)</sup>が存在するので、有罪の認定が強制されるのは許されないはずである。

そこで、Morganは、推定の効果につき、相手方が何らかの証拠も提出しなかったときに、「推定事実を認めなければならぬ」と場合と、「認めてよい」場合(許容的效果)とがあるとする。そして、相手方が証拠提出の責任を果たしたとしても、反駁証拠によって陪審が説得されない限り推定は消滅しないとした(説得責任の転換)。つまり、通説と異なり、推定の効果を訴訟手続上の規制法則に限定せず、陪審の心証形成の基準とし、陪審に対する証拠評価についての説示の内容としたのである。<sup>(78)</sup>

しかし、この説も、「証拠の優越」の程度による証明でよいとしても、刑事事件においては、被告人に説得責任を課すことが無罪の推定に反することとなる。<sup>(79)</sup>

以上の議論から、模範刑法典は、「犯罪成立要件にあたる事実に関して定める推定規定の効果」として、まず、陪審審理の効果を与えた(§1.12(a))。次に、前提事実の立証から起る推定事実の強制的効果は問題であるので、許容的效果

のみを与えた (§1.12(b))。そして、「裁判所は、推定される事実が、証拠の全てに基づいて合理的疑いを容れないまでに証明されなければならないが、法は陪審が推定の基となる事実を推定される事実の十分な証拠として見てよいと宣言していることを説示するべし」とした。これは、説得責任の転換では重過ぎるが、証拠提出の責任では軽すぎると考え、証拠を提出しただけでは「推定」が消失せず、推定のある旨の説示で陪審への教育的効果として残存させ、事実上の拘束を狙ったとされるのである<sup>(80)</sup>。

(66) McCormick, *supra* note 3, 449.

(67) *Id.* at 492. 証明責任を分配する方策として考察するならば、積極的抗弁と推定とは特に区別せず、かえって同一の機能面に着目しての統一的分析が可能である (Allen, *supra* note 55, at 326, 339-41)。そこで前節では、連邦最高裁判決の分析に基づき、「真の積極的抗弁」を明らかにしたので、本節ではまず推定の概念を明らかにしておくと思う。

なお、津村正孝「アメリカ刑事手続における推定と挙証責任の転換(一)」学習院大法学部研究年報二八号(一九九三年)一二三頁は、Allenのような立場からすると、少なくとも説得責任を転換する積極的抗弁を憲法上許容しうるとすれば、判例と異なり説得責任を転換する義務的推定は直ちに違憲とはいえず、証拠提出の責任を転換することも許されることとなるという。しかし、犯罪の憲法上必要な本質的要件についての説得責任の転換を許す手続主義を批判するのが実体主義の立場であり、連邦最高裁のいう「真の積極的抗弁」が全てこの立場からも憲法上許容されるとは思えない。See

Allen, *supra* note 55, pp. 342-8; Sundry, *supra* note 60, at 476.

(68) 推定の分類につき、松尾・前掲論文(註5)二五八頁以下、同「挙証責任および推定」刑事訴訟講座2(一九六四年)一一九頁以下、田宮「公害犯罪と証拠法」藤木編公害犯罪と企業責任(一九七五年)一四七頁以下参照。

(69) 松尾・前掲論文(註68)一一九頁、Wigmore, *supra* note 2, at 530; McCormick, *supra* note 3, 453; Klotter, *supra* note 20, at 99.

(70) 吉村「英米法における推定(その一)」九大法学二号下(一九五七年)二頁、Klotter, *supra* note 20, pp. 96-7.

(71) 田宮・刑事訴訟法入門(三訂版)(一九八一年)一八二頁、Wigmore, *supra* note 2, at 308; Klotter, *supra* note 20, pp. 97-8. 第一節で触れた、厳格責任のように、実体法上の問題はある。

(72) Model Code of Evidence Rule §704(a) (1942).

(73) Fed. R. Evid. §301; See also M.H. Graham, *Federal Rules of Evidence IN A NUT SHELL* 47 (3rd ed. 1992).

(74) Thayer, *supra* note 14, at 314, 336-40. 推定の特質効果は「これが不利に働く当事者に、証拠提出の責任を負わせることであり、推定事実を否定する当事者が、その「反対事実を蓋然的たらしめるに足る証拠」を提出しなければならないということだけである。それ以上に、陪審の心証に生ずべき確信の強さについての法則は実体法自体が定めるところ( at 336)。

なお、Thayer、Wigmore、Morganらは、しばしば「何らかの証拠」(some evidence)の語を用いるが、下線部の意味であることは明らかである。この点につき、第一章第一節参照。

(75) Thayer, *id.*; Wigmore, *supra* note 2, §2491a (at 305). Wigmore説は若干修正されたようである (§2498a (§21), (at 438))。

(6) E.M. Morgan & J.M. Maguire, *Looking Backward and*

*Forward at Evidence*, 50 HARV. L. REV. 909, 913 (1937);  
Morgan, *Basic Problems at Evidence*, Vol. I 30-41 (1957). See

Graham, *supra* note 73, at 48.

(7) Wigmore, *supra* note 2, at 401.

(8) McCormick もこの立場に賛成し、推定を許容的推定 (permissive presumption) と強制的 (命令的、義務的) 推定 (mandatory presumption) の二つを包含する概念として取り扱うのが最も優れて且つ実際のところとして (McCormick, *Evidence*, (1st ed. 1954), pp. 639-40, 649-50. See also Graham, *supra* note 73, § 301. 16 (pp. 65-7).) など Morgan は、推定の認められる根拠によって推定を分類し、証拠提出の責任だけを転換するか、説得責任までも転換する効果を認めるかを決定しようとした (Morgan, *Some Observations Concerning Presumptions*, 44 HARV. L. REV. 906, 924-32 (1931))。しかし、後に彼自身がこの分類法が非実際的であり、その分類によってその効果が画一化されるかどうかは問題であるとした (Morgan & Maguire, *supra* note 76, pp. 912-3)。

(9) 平野「刑事訴訟における推定」法協七四卷三号 (一九五七年) 五頁、八頁<sup>(14)</sup>。

Uniform Rules of Evidence, Rule 14(14) (1953) など Morgan 説を修正して、前提事実が推定事実に対し証明力のある場合にのみ、説得責任を転換した。

(10) 田宮・前掲書 (註71) 一八四頁、同・前掲論文 (註68) 一五〇頁、Am. L. Inst., *Model Penal Code and Commentaries* Part 1 202-7 (1962), §§ 1. 01 to 2. 13. など、Proposed Federal Rules of Evidence, Rule 303(b), (c) (1971); Revised Uniform Rule 303(b), (c) (1974) 等<sup>(15)</sup>。Revised Uniform Rule (1986) もほぼ同じ。

## 二 合理的関連性テストの問題点

推定の合憲性判断基準は、次の三つが従来より認められている。①前提事実の存在を蓋然的たらしめるかという「合理的関連性テスト」(rational connection test)<sup>(87)</sup> ②証明の便宜および認識の機会を比較衡量する「便宜較量論」(the test of comparative convenience of producing evidence of ultimate fact)<sup>(88)</sup> ③議会が、例えば、あらゆる場合に取締役に責任を負わず立法をするより大きな権限を有するならば、支払い不能を知りつつ預金の受入れを承認したことについての推定規定を立法する小さな権限をも併せ持つという「大は小を兼ねるの議論」(the greater includes the lesser argument)<sup>(89)</sup> である。

連邦最高裁は、「Tot事件」<sup>(84)</sup>において、①の合理的関連性のテストを適用して、「暴力犯罪の前科者が州際通商で搬入された銃砲を所持すること」を禁じ、「該当事者の銃砲所持は本法違反による所持と推定する」という連邦の銃火器法を違憲とした上、他の二つのテストにも言及した。前提事実つ推定事実との間に「一般的経験」における関連が欠けているならば、二つの事実の間には合理的関連がなく、推定規定は違憲であるという。また、検察側は②の便宜較量論による推定の妥当性をも主張したが、最高裁は、「便宜較量論」は合理的関連性テストを照査したことの当然の結果に過ぎず、推定が合理的関連性テストにより許容されるところでのみ是認でき

るものであるとした。そして、検察側が、議会が前科者の銃砲所持一切を禁ずる法を制定するより大きな権限は問題の推定を設けるより小さな権限を含むと主張したのに対し(83)、議会在州際通商を防ぐために銃器の一般的所持禁止を宣言しようとしていなかったことは、(本法が取得の推定としたのだから)明らかであるとした(85)。

本件では、二人の被告人が共に証言台に立ち、一方が本法施行前の銃器購入を、他の一方は拾得をそれぞれ証言して、何らかの証拠は提出されたにもかかわらず有罪とされたので、本法の推定が説得責任までも轉換していると解された。前提事実本来の証明力以上の証明力を与える推定は一切設けてはならないというわけではなく、説得責任を轉換する合理的関連性は、証拠提出の責任のみを轉換する合理的関連性よりも強度のものでなければならぬが、本件ではそれがなかったから推定は違憲であるとしたと、本判決を解釈できよう(86)。

推定規定の合憲性基準に関する具体的な進展は、一九六五年の密造酒に関する二つの連邦最高裁判決が、同じTot判決の合理的関連性テストを用いながら、異なった結論に至ったことを契機として起こった(87)。

Gainey事件(88)で、連邦最高裁は、現場に居合わせたことを、被告人が陪審の満足がいくようにこれを説明しない限り、密造酒蒸留事業を「経営する」罪で有罪とするに充分であると

する旨の法令に、Tot事件の合理的関連性テストを適用してその妥当性を支持した。この「経営」の罪は、蒸留酒製造所に関する考え得る限りの行為を網羅して、幫助や教唆として見る、極端に広いものであった。この判決では、自然な推認を基準化する議会の権限が確認されただけである(89)。

ところが、Romano事件(90)では、不法蒸留酒製造所の「占有」の共犯に関する同様の推定をTot判決の原則を適用して、こちらは違憲と判断した。現場に「居ること」のみでは、供給、譲渡等、占有に何ら関係のない役割ではなく、占有に関連する何か特定の役割を被告人が務めていたということ(91)を特定できないという。

ここで、推定の妥当性に関する問題が明らかになってきた。第一、合理的関連性テストの漠然性故に、それが適切さのテストなのか、証明上の十分さのテストなのか定かでない。適切さのテストならば、証明された事実が推定事実を証明する傾向があれば推定は妥当である。十分さのテストならば、推定事実の存在が「無いというよりは有りそうである」(more likely than not)ことを示されるか、合理的疑いを容れないまでにその存在が示されなければならない(92)。第二、Gainey事件で是認された推定は、法令なしでも十分になしうる推認を立法したものである。そこで、自然な推認に基づくのではなく、個々の事件で陪審に附託されたのではない、経験上のデータの議会による精査に基づく推定を最高裁は支

持したのであるか（註89参照）。第三、Gainey事件で、Black判事は、推定を用いることは、個々の事件でどのような証拠が有罪に必須の事実を証明するのに十分であるかの先決問題を通して、被告人が彼の事件に関する事実を議会の干渉無しに陪審に比較衡量させる権利を侵害するものであるという反対意見を述べた。<sup>(93)</sup> また、反証を強要することは被告人の黙秘権を侵害するとも述べている。<sup>(94)</sup> この観点を押し進めるならば、全ての法律上の推定は許されなくなる。

これらの問題のうち、合理的関連性の漠然性故の問題と黙秘権の問題は、わが国の推定論議にも参考となる。<sup>(95)</sup> 以降は、第一の問題を中心に議論を進める。なお、合理的関連性のテストが十分さのテストであるのなら、最低限の基準は、“more likely than not”となる。<sup>(96)</sup> これは、「証拠の優越による証明」のシノニムとみてよい。すると、刑事訴訟においてこの more likely than not の基準が採用されたのなら、推定規定は検察側の証明軽減としての意味を有する。しかし、合理的疑いを容れない証明力の基準であるのなら、通常の検察側立証の一態様を推定規定という形で法制化したに過ぎず、その存在意義は、転換される証明責任の内容如何に係ってくることとなる。

- (82) *Mobile, J. and K.C.R.R. v. Turnipseed*, 219 U.S. 35 (1910).
- (82) *Morrison v. California*, 291 U.S. 82 (1934).
- (83) *Ferry v. Ramsey*, 277 U.S. 88 (1928).

(84) *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943).

(85) *Id.* pp. 467-72.

(86) 平野・前掲論文（註79）九頁、吉村・前掲論文（註70）一一頁。

(87) *Tot* 判決の曖昧さは、判決直後に指摘されていた。Note, *Tot v. United States: Constitutional Restrictions on Statutory Presumptions*, 56 HARV. L. REV. 1324 (1943).

(88) *United States v. Gainey*, 380 U.S. 63 (1965).

(89) *Id.* at 67. 合理性の決定過程はその性質上高度に経験的なものであり、そして特殊化された裁判官の権能あるいは全く日常的な事の中にはない諸事において、重要な点は、現実の経験を蓄積して、そこから結論を選び出す議会の能力と一致するべきである。そして、議会は、密造酒の製造者が辺鄙な現場で何をしているのか、疑いもなく承知していると判示した。

吉村・前掲論文（註70）一八頁は、*Tot* 事件で合理的関連が、前提事実のもつ具体的な証明上の関連とされずに、一般経験上の関連性であるとされた（319 U.S. 463, at 467）のは、前提事実の証明力を評価する裁判官本来の権能が、法律によって、立法機関の一般的判断に委ねられたためであると述べている。

(90) *United States v. Romano*, 382 U.S. 136 (1965).

(91) *Id.* at 141. 「大は小をかねる」の検察側主張に対しても、議会は確かに密造酒蒸留現場に「居ること」を犯罪とする権限を有しているが、それを行使するつもりであるのかどうか明らかでないとして退けた。

(92) McCormick, *supra* note 3, 485.

(93) 380 U.S. 63, at 81.

(94) *Id.* pp. 87-8.

(95) 第二の問題も、推定が、本来事実認定者が個別に行う推認を、立法機関が経験上のデータに基づいて一般化したものであるから

(註89参照)、合理的関連性を裁判所が吟味する際は、立法機関のなした推認を問題にするという意味で、第一の問題の前提となる。

(96) Kaplan, *supra* note 27, at 1072; Bell, *supra* note 27, at 560.

### 三 判例の展開

Leary 事件<sup>(97)</sup>において、連邦最高裁は、第一の問題に答えた。マリファナの所持は被告人が陪審の納得のいくよう説明しなければ、不法輸入の知情と共に薬物の輸送および隠蔽により有罪とすることを正当と認めるのに十分な証拠であるという規定が問題となった。判決は、「Tot, Gainey, Romano 事件の結果、推定される事実が、それが依拠させられるところの証明される事実から出て来ないというよりは出て来そうである、という実質的保証をもって少なくとも言い得ないのなら、」「刑事法上の推定は……違憲と見做さなければならぬ<sup>(98)</sup>」として合理的関連性テストが十分さのテストであることを明らかにした。

次いで、最高裁は、立法史および政府内外の、法令が制定された一九五六年前後の発行である、議事録や文献の多方面に及ぶ調査を行った上で、先の基準により、「知情」の推定については違憲であるとしたのである<sup>(99)</sup>。

本判決では、経験則上の一般的な蓋然性を評価するのに有効な文献の入念な調査が、前提事実は存在しないというより

は実際に存在しそうであるに違いないと、明確に示すことを合理的関連性の基準とすることにより、第一、第二の問題に答えた。しかし、本件で問題となった推定は、この“more likely than not” rule により違憲とされたため、この基準に合格する推定が、被疑犯罪あるいは本質的要件の証明を推定の使用にたよる場合に、「合理的疑いを容れない証明」基準をも満たさなければならぬかどうかの問題には到達しないだろうとされた<sup>(100)</sup>。推定規定の立法に際しては、当然、経験則上の一般的な蓋然性の存在は考慮されるであろうから、立法関連文献を調査した上で「無いというよりは有りそうである」という方法は、法律上の推定が妥当であるという方向で答えが出そうである<sup>(101)</sup>。

連邦最高裁は、翌年の Turner 事件<sup>(102)</sup>でも、「推定事実は合理的疑いを容れないまでに存在することが示されることを要求する」というテストの採用を不必要であるとした。本件では、二つの推定規定が問題となり、うち一つはマリファナではなく、コカイン・ヘロインについてはあるが、Leary 事件で違憲とされた推定と同様のものである。もう一つは、被告人が所持していた催眠薬に収入印紙がないことが、元の印紙の張られたパッケージ以外から麻薬を購入または頒布していたことの「一応の証拠」であるという推定であった。最高裁は、再びこれらの法令に関する立法記録および関連文献の広い吟味を指揮した上、他の推定を含む麻薬事件を概観し



た。そして、不法輸入の知情の推定について、「圧倒的な証拠」が合衆国内で消費されるヘロインが違法に輸入されたものであることを示し、被告人はそれを知っていたに違いないと結論づけた。しかし、彼の所持していたコカインが外地より来たものか、あるいは彼がそれを知っていたに違いないとは、コカインが不法に輸入されるより遙に多く合衆国内で合法的に製造されているので、十分に確信し得ないとして、ヘロインについては推定を支持したが、コカインについてのそれは違憲とした。<sup>(108)</sup> 次いで、印紙に関する推定については、ヘロインに関してはこれを支持する一方、コカインについては、ヘロインを所持していた者が印紙のあるパッケージからコカインを購入しなかったという「合理的疑いは有り得ない」が、合法的経路よりのコカインの有用性故に、Turnerが印紙のあるパッケージよりそれを得たという「合理的蓋然性」は存在するとして、推定を違憲であるとした。<sup>(109)</sup>

被告人が所持していたコカインはごく少量で、かつ医薬品として合法的に製造されるため、自己使用との説明とも矛盾せず、所持から頒布を推認することの合理的関連性を否定されたが、高価なヘロインを二七五包も所持していたことは、頒布の為であることを疑わせ、また、登録された、麻薬を合法的に取り扱うことのできる者はヘロインは扱わないので、ヘロインのパッケージに適法な印紙が張ってあった可能性は著しく低い故、所持から頒布ないし購入を推認することの合

理的関連性を肯定されたものである。合理的関連性の判断に  
関し、本判決でも、“more likely than not”基準より厳しい  
“reasonable doubt”基準にしばしば言及していたことから、  
Winship事件の準則（本章第二節参照）が、推定の妥当性  
テストにも適用される可能性が出てきた。<sup>(110)</sup>

その後のBarnes事件<sup>(111)</sup>において、連邦最高裁は、有罪に必  
要な知情の点は説明されていない盗品の近接所持より導いて  
よいという、伝統的なコモン・ロー上の推定<sup>(112)</sup>に従って陪審が  
説示された、盗難財務省小切手による有罪を支持した。本件  
の推定につき、連邦最高裁は、“more likely than not”ある  
いは、“reasonable doubt”基準のいずれかの一方を採用す  
ることを控えた。ただ、いずれの基準によっても問題の推定  
は妥当であるとした上、Turner事件においてより簡単明瞭  
なテストにより、推定の妥当性テストとWinship準則とを  
結び付けた。「推認に頼ることが必要な証拠は、理性的な陪  
審員にとって推認事実を合理的疑いを容れないまでに認定す  
るのに十分である」<sup>(113)</sup>かどうか、というテストである。簡単明  
瞭なテストに拠ったのは、常識や共通の経験（common  
sense and experience）を基準として判断したことによる。<sup>(114)</sup>  
すなわち、盗品譲受等の罪の知情の推定が、法に深く定着し  
た伝統的なコモン・ロー上の推定であり、長年このような説  
示が合衆国の裁判において是認されつづけたことは、蓄積さ  
れた共通の経験を反映していること、さらに、知らない人が

受取人の盗難小切手の近接所持の事実、盗品の所持についての満足のゆく説明のないことから、常識や共通の経験からして、被告人が盗品であることないしその可能性を認識していたに違いなく、これらの証拠は合理的疑いを容れないまでに盗品譲受等の知情を認定するに十分であるとした。<sup>(10)</sup>

コモン・ロー上の推定についての理由付けが、制定法上の推定にも拡張されうるのは勿論のこと、本判決は“reasonable doubt”基準についてより明確に言及した点に意義がある。

(97) *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969).

(98) *Id.* at 36.

(99) *Id.* at 53. 自家消費用のマリファナの多くは外地から来るものであるが、所持者の多数派とちょうど同数の者がその出所を知っていると云ったのなら、それは憶説に過ぎないと結論した。

(100) *Id.* at 36 n. 64. “more likely than not” rule の採用を宣言しつつ、このような註を付した。

(101) ここで、合理的疑いを容れないまでの証明力を前提事実并要求するならば、*Gainey* 事件での *Black* 判事の疑問 (380 U.S. 63, at 81) に答えることができよう。ただ、本節一の終わりでも述べたように、次のような場合以外推定規定の意味は消失するであろう。A は被告人を有罪とするのに必要な事実であるが立証は容易ではない。立証の容易なBの存在は、Aの存在を合理的疑いを容れないまでに証明する、という場合である。

(102) *Turner v. United States*, 396 U.S. 398 (1970).

(103) *Id.* pp. 415-6, 419.

(104) *Id.* pp. 422-4.

(105) *Id.* at 416. 多数意見は“more likely than not”の基準によつてもより厳しい“reasonable doubt”の基準によつて判断されても、国内で所持されたヘロインが密輸入された麻薬であると陪審が推認することを許す限りでは、この推定は妥当である」と述べている(下線部筆者)。少なくとも、許容的推定ならば“more likely than not”基準でよいことになる。

(106) *Barnes v. United States*, 412 U.S. 837 (1973).

(107) *Wignore* によれば、コモン・ロー上の盗品の知情の推定が適用されるには、次の三つの条件を満たす必要がある。(a) 所持がいかなる善意の出所 (innocent origin) に拠つても説明がつかないこと。(b) 所持が全く近時のものであること。(c) 所持が排他的であること。

*Wignore*, *supra* note 2, § 2513, pp. 553-4.

(108) 412 U.S. 837, at 843.

(109) 津村・前掲論文一一七頁。

(110) 412 U.S. 837, at 845.

#### 四 強制的推定と許容的推定

Tot 事件以来展開してきた推定の合憲性基準に関する一連の判例で、はつきりしなかつたのが、推定の効果と要求される合理的関連性との関係である。<sup>(11)</sup> 一で述べたように、Tot 事件で、推定が違憲とされたのは、証拠提出の責任を転換する推定より強度の合理的関連性を要求されるからだと考えられていたためである。<sup>(12)</sup> として、Turner 事件と前後して、Winship 判決が出されると、説得責任を転換する推定は、

犯罪を構成する事実について、検察側の証明責任を緩和するものである以上、前提事実の存在が、有罪を合理的疑いを容れないままで示すものでなければ、デュー・プロセスに違反することになるのではないかと考えなくてはならなかった。<sup>(118)</sup> Winship 事件後の Barnes 事件で、最高裁が推定による有罪を支持したのは、その推定が許容的推定であったからである。<sup>(119)</sup>

一九七九年、二つの判決で、連邦最高裁のこの点に関する見解が明らかになった。

Utter 事件<sup>(120)</sup>は、三人の成人と一六歳の少女が、車の前で、開いていた少女のハンドバッグに二丁の大口径拳銃が有るのが発見されたことにより、銃器の不法所持の罪により一緒に審理された事案である。本件で、最高裁は、強制的推定と許容的推定とは異なって分析されるべきであるとした。いかなる証拠上の仕組み (evidentiary devices) の憲法的妥当性の根本的なテストも、事実審理における、検察側により提示された証拠に基づいて、根本的な事実を合理的疑いを容れないままでに認定するための事実認定者の責任の基礎を危うくするものではないからであるという。

強制的推定は、被告人の反証失敗の結果、推定のみに基づいて有罪とされる。それ故、前提事実が、そのみでもって、合理的疑いを容れないままでに有罪の推定を支えるのに十分でなければならない。<sup>(121)</sup> 一方で、許容的推定は、「前提事実

に基づいて有罪を認定してよいが、認定する必要はない (may but need not)」とのみ陪審は説示される。従って、妥当性のテストは、抽象的ではなく、むしろ事件の証拠一切に関して吟味されなければならない。「許容的推定は推定を信じるか拒否するかは事実認定者の自由に委ね、かつ証明責任 (説得責任) を転換しないので、立証事実の下で、推定により事実認定者が関連付け可能ならしめ得る理性的な方法がない場合にのみ、『合理的疑いを容れないまで』という基準に影響を及ぼす。というのは、かかる状況においてのみ陪審に対して許される推定の説明が、あるいは陪審によるその (推定) 使用が、仮定上は理性的な事実認定者に誤りのある実際の決定をさせる何らかの危険があるからである」<sup>(122)</sup> という。そして、本件の説示は許容的推定であって、強制的なそれではないと認定した。連邦最高裁は本件におけるすべての証拠を考慮して、有罪を合理的疑いを容れないままでに認定するための合理的根拠は認定したが、陪審が大人の被告人が上訴に際し提出した拳銃は一六歳の少女が単独で所持したものであるという示唆を合理的に拒絶しえたという根拠は認定していない。<sup>(123)</sup> こうして、連邦最高裁は、New York 州法は、銃器の発見された自動車に現在していても実際は銃器と関係のない多くの人々もいるという範囲の一切を一掃する故、一見して違憲であるとして、地方裁判所の人身保護令状を是認した連邦控訴裁判所 (第二巡回区) の判断<sup>(124)</sup> を覆した。

同様にして、説得責任の転換を伴う推定について、積極的抗弁に関する判例をも引用して連邦最高裁の判断が下ったのが、Sandstrom 事件<sup>(120)</sup>である。

Montana 州法は、「人は彼の自発的行為の通常の結果を意図するものと法は推定する」としており、これに従って陪審へ説示がなされた。そして、被告人は飲酒による心神耗弱として、犯罪等級の減少の抗弁を行っていた<sup>(121)</sup>。

連邦最高裁は Montana 州最高裁の有罪支持の判断を覆して、陪審はこの説示を被告人の故意に関する終局的推定ないし説得責任の転換のいずれにも解し得たのであり、このような犯罪要件に関する証明責任の転換は、Mullaney' Patter-son<sup>(122)</sup>として Uster の諸判決に反し、憲法上許されないと認定した<sup>(123)</sup>。説示が被告人に説得責任を課していると解釈できるかぎりには、陪審が説示を許容的推定ないし証拠提出の責任のみの転換いずれにも解釈し得たという事実は重要ではない。

その後、一九八五年の Franklin 事件<sup>(124)</sup>において、連邦最高裁は次のような説示を、Sandstrom 判決によって禁じられた強制的推定を創出するものとして、デュー・プロセス違反とし、説得責任を転換する強制的推定が許されないことを確認した<sup>(125)</sup>。問題の説示は、(1)健全な精神かつ思慮分別ある人の行為は人の意志の結果であると推定される、但し推定は反駁されてよい、(2)健全な精神かつ思慮分別ある人は彼の行為の自然かつ当然の結果を意図するものと推定される、但し推定は

反駁されてよい、というものである<sup>(126)</sup>、というものであった。

連邦最高裁は、Sandstrom ほかの諸判決は、犯罪の本質的要件全てについて合理的疑いを容れない証明をする州の説得責任を効果的に緩和する推定の使用をデュー・プロセス条項が禁じると判決したことに留意する。そして、最高裁は、可能性のある結論を示唆するがそれを導くことを要求しない許容的推定は、説得責任を転換せず、そして前提事実より論理的に結論が出てくる限りは許容できると説明する。しかし、強制的推定は、反証を許すものであっても、犯罪の本質的要件に関する州の説得責任を緩和するものであれば許されないとする<sup>(127)</sup>。

Franklin 事件においては、Sandstrom 事件の場合と異なり、陪審が推定は反証できると説示されたことは憲法上の瑕疵を治癒しないとされた。推定が反証を許すというまさしくその言明が、理性ある陪審員に一旦州が推定のもととなる基礎的な行為を証明したならば、被告人が積極的に説得責任を負うものと指示し得るからである。このように、説得責任を被告人に転換するものと解しうるかぎり、強制的推定は違憲であると本判決は判断したが、証拠提出の責任のみ転換する強制的推定については明言していない<sup>(128)</sup>。

以上の諸判例から、犯罪の本質的要件に関する強制的推定、あるいは説得責任を被告人に転換する場合は、「理性的な事実認定者が前提事実から合理的疑いを容れないまでに推

定事実を認定し得た」ことを要求するテストに従って、厳格に細かく調べられることとなる。そして許容的推定は、訴訟での証拠一切を考慮しつつ、事実認定者が推定によって示された推認をなし得る理性的な方法があるならば憲法上受諾できるとなる。以上が連邦最高裁の推定に関する基準であるといえよう。<sup>(125)</sup>

- (111) Turner 事件の多数意見は、許容的推定であることを前提に合理的関連性テストを検討したようである。註105参照。
- (112) 平野・前掲論文(註79)九頁、吉村・前掲論文(註70)一一頁。
- (113) Jeffries & Stephan, *supra* note 54, at 1333, 1387.
- (114) 陪審は「近接する時期にこの盗品の説明できない所持から有罪に必須の知情を導き出したよう」(may)と説示されたのであった(*Barnes v. United States*, *supra* note 106, pp. 839-40.)。
- (115) *County Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). 車中の銃器の存在は、乗物を保有する全ての人による不法所持の推定証拠であるとする New York の州法令 (New York Penal Law § 265.15(3) (Makimney 1967)) が問題となった。
- (116) *Id.* at 167.
- (117) *Id.* at 157.
- (118) *Id.* at 164.
- (119) *Allen v. County Court*, 568 F. 2d 998 (2d Cir. 1978).
- (120) *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510 (1979), *on remand* 184 Mont. 391, 603 P. 2d 244.
- (121) *Id.* at 513.
- (122) *Id.* at 524.
- (123) *Francis v. Franklin*, 471 U.S. 307 (1985).

- (124) *Id.* at 314.
- (125) 問題の Georgia 州の謀殺罪の規定は、次のようなものである。「明示、黙示いずれであっても、不法にかつ予謀を以て、他人の死を惹起したときは、人は謀殺を犯したものとす。……殺意 (Malice) は、考慮すべき挑発が見えず、且つ殺害の全ての状況が放棄され且つ悪意ある心を示すところに包含されるべきである。」  
Ga. Code Ann. § 26-1101(a) (1978).
- (126) 471 U.S. 307, pp. 314-5.
- (127) *Id.* at 314 n. 3.
- (128) McCormick, *supra* note 3, pp. 489-90. その後も、連邦最高裁は Franklin 判決の準則を確認している。 *Yates v. Arken*, 484 U.S. 211 (1988) 45' Franklin 判決の準則により、Franklin 判決が出る以前に出された South Carolina 州での有罪判決を覆している。最高裁は理由付けとして、Franklin 判決は、単に被告人の有罪より前に出た Sandstrom 判決の原則を適用したに過ぎないからとする。 *Carella v. California*, 491 U.S. 263 (1989) も、犯罪の本質的要件である故意を、借りた物を返し損ねたことから推認する California の推定を無効としている。また、*Rose v. Clark*, 478 U.S. 570 (1986) は、Sandstrom あるいは Franklin 準則によつて、被告人に説得責任を分配する説示は違憲であるとしたが、再審理した裁判所が、全ての記録に基づいて、憲法上の瑕疵が合理的疑いを容れないまづに無害 (harmless) であると自信をもつて言つてよいのなら、有罪判決を無効とするべきではないとした。説示の表現に不適切な部分のある瑕疵があつても、全体として考慮した際に、理性的な陪審が違憲な推定と誤解するようなものでない無害な瑕疵であれば、治癒し得るものと見、Franklin 判決でも認められていた (471 U.S. 307, at 315)。但し、陪審が誤解しない可能性が相当程度高度であること (津村・前掲論文(註7)一一八頁)、あるいは、推定され

る要件の他の証拠が圧倒的である」と (Klotter, *supra* note 20, at 109) が要求され、さもなければ、harmless error とは認定されな  
いだろう。

## 第五節 判例の考察

### 一 二筋の手続主義的アプローチと実体主義

連邦最高裁の判例のごとく、無罪の推定および合理的疑いの準則が、立法者の犯罪定義中にある全ての事実<sup>(129)</sup>に貼付することを前提とする立場を手続主義 (proceduralism) と<sup>(130)</sup>いう。手続主義の立場は、一旦事実が犯罪要件とされたなら、準則の手続上の保護が貼付すると単純に論じつつ、犯罪を構成する事実の定義は立法者に委ねる。従って、準則が憲法上適用される場合の決定において、裁判所はいかなる事実が犯罪の定義に含まれているかのみ検討し、犯罪性 (culpability) の定義におけるそれらの実体的な重要性は評価しない。Sundby によれば、この手続主義のアプローチには、立法体系内ではいかなる事実が実際の犯罪定義の部分であるのか、Winship 判決の言葉によれば、「犯罪を構成するに必須の」事実であるのか、をどう決定するかで、二系統の考え方が存在するという。拡張的手続主義 (expansive proceduralism) と制限的手続主義 (restrictive proceduralism) の二系統であり、合理的疑いを容れないまでの証明を要する事実が、積極的抗弁に關係する事実を含むの

か、立法者が犯罪の「要件」とラベルを貼った事実のみであるのか、これが基本的争点である。<sup>(131)</sup>

拡張的手続主義の立場によると、有罪というものは、一定の行為および精神状態が存在することを認定することのみでなく、その行動が抗弁でき得るような正当化ないし免責されないものであることを認定することで成立するという。このアプローチは、さもなければ非難すべき行為が法的に認知された酌量すべき事情の流れのなかで理解されなければならぬ<sup>(132)</sup>と考える犯罪行為の全体論的な見地を反映する。かくて、抗弁の欠如は刑事上の有罪認定の一部故、その欠如は合理的疑いを容れないまでに証明されなければならないという。そして、連邦最高裁が拡張的手続主義の見地に立ったのが、Mullaney 判決であるという。法定意見を執筆したのは、Powell 判事であり、彼は形式的問題としては激怒状態 (heat of passion) は犯罪の定義の一部ではないと認めつつ、刑法は「抽象的に有罪が無罪か」<sup>(133)</sup>だけではなく、犯罪性 (culpability) の等級にも関わるとした。多数意見は、犯罪の形式的定義を越えて、そして「適用され、そして執行されるものとしての法の運用および効果」<sup>(134)</sup>を考察することにより、犯罪行為の全体論の見地に立って、犯罪の形式的定義には含まれない——heat of passion のような——犯罪性のレベルに關係する事実<sup>(135)</sup>に適用されるものとして、合理的疑いの準則の形のデュー・プロセスの保障条項を見ているのである。

全ての事実合理的疑いの準則を貼付することにより、拡張的手続主義者は、立法者が合理的疑いの準則の拘束を無効にするために犯罪の形式的定義を巧みに取り扱うことを阻んだ。処罰に関係する事実全てが無罪の推定原理の保護の内にあるため、立法者は単純に事実を抗弁か処罰のための要素かに鑄直すことでは、合理的疑いの準則を回避できないのである。つまり、拡張的手続主義の目的は、無罪の推定ないし合理的疑いの準則を消極面をも含めて刑事罰に関係する全ての要件に適用することにより、誤判——誤って重い等級の罪で処罰される場合も包含する——を排除することにあつた。

しかし、拡張的手続主義者が、有罪および処罰に関連する事実全てに無罪の推定原理を拡張することには、憲法上の根拠を欠く故の批判がある。Mullaney 判決の憲法上の欠陥——つまり手続主義一般の欠陥——は、第一に州が憲法上証明を要求されていない事実(137)にまで、無罪の推定および合理的疑いの準則を拡張することである。さらに、拡張的手続主義者が有罪および処罰に影響する事実全てについての陪審の誤った決定の排除に非常に力を傾けたことが、その意図とは逆の結果を招いた。なるほど、Mullaney 判決は有罪および処罰に影響する事実について合理的疑いを容れないまでに証明されることを要求したが、法定意見は立法の枠組み一切から事実を排除することを禁止したわけではない。結局、特定の抗弁を合理的疑いを容れないまでに州が証明しなければなら

ないことに直面した立法者は、増大する有罪の者を無罪にしてしまう危険は正当化されず、抗弁を一切廃止すると決めてよいと、この判決は示唆したことになる。積極的抗弁は法執行上の用語としてあまりにもコストのかかるものと、立法者がみなし、結局、立法者は「合理的疑い」準則という値札が付いたことに伴う訴訟上の結果を回避するために、一定の事実を削除するであろうから、手続主義者の刑事法の実体を定義する立法者への敬意は、それ自体破滅のもととなつたといわれる。(138)

その後、連邦最高裁は、Patterson 判決において、手続主義のアプローチを維持したが、合理的疑いの準則の適用されるべき事実に対してごく小さいデュー・プロセスの範囲を導くことにより、準則の憲法上のリーチを非常に制限した。最高裁は、準則が適用されるか否か決定する際、事実の実体的性質を考察するテストに好都合な Mullaney 判決の準則を更したわけではない。Patterson 判決は、合理的疑い準則の手続上の保護を、州の形式的な犯罪定義の範囲内にある事実(139)に限定したのである。このような立場を制限的手続主義といひ、立法裁量を刑法の実体を支配することのみでなく、合理的疑いの準則の手続上の運用をも支配するものとするところにその特徴がある。州が注意深く事実「抗弁」あるいは「減輕事由」そして犯罪の「要件」でないとラベルを貼る限りは、実質的に証明責任の転換が自由になる。

連邦最高裁の制限的手続主義への移行は、Martin 事件で明らかになったとされる。多数意見は、州によって明確に定義された謀殺罪の明確な「要件」——事前の計画および意図をもって故意に殺害すること——を検察官が合理的疑いを容れないまでに証明したので、正当防衛について、被告人に説得責任を課すことを支持した<sup>(14)</sup>。多数意見は、本件の正当防衛の抗弁が犯罪の本質的要件に反証するものではないとしつつ、故意にはあるが、合法的に正当防衛で殺害することが被告人を有罪から放免することを、間接的に認識していたと指摘される<sup>(15)</sup>。「Martin 夫人 (被告人) は、……正当防衛……の証明により殺害を正当化しかつ自身で罪のないことを示す……機会を有していた<sup>(14)</sup>」とする。しかし、Ohio 州法の下では、不法な殺害行為は単に故意の殺害行為を示すことで、形式的に証明されるという州側の主張を最高裁は受け入れた<sup>(16)</sup>。

制限的手続主義の立場によれば、事実を「要件」か「抗弁」かに類別することは、基本的に州の権限であるが、一旦要件と類別された事實は、「証明ないし推定、いづれかなさねなければならない程重要であると州が思う<sup>(14)</sup>」事実となったのであるから、合理的疑いを容れないまでに証明されなければならぬという。この分析のもとでは、Maine 州は Mul-laney 事件において、州が heat of passion の欠如を含むものとして謀殺罪を定義し、かくてそれが合理的疑いを容れない

いまでに証明されなければならない程重要であると思つたのであるから、デュー・プロセスに違反したことになる。一方、Patterson 事件での New York 州および Martin 事件での Ohio 州は、予謀や正当防衛事由を犯罪の要件の問題における抗弁と考えず、被告人にいかなる同様の手続上の約束事も拡張しないのである<sup>(17)</sup>。

このような手続主義の形式主義のアプローチに対して、合理的疑い準則を適用する場合の決定のために憲法内での「無罪」を定義するべきであるという、実体主義 (substantism) のアプローチが登場した。この考え方によれば、事実が犯罪の定義に含まれるか、あるいは考えられる抗弁であるかは、事実が被疑犯罪を構成するのに「必須」の事実であることを意味しない。そのかわり、その事実の存在あるいは不存在が州が刑罰を課し得るのに先立って憲法上要求される場合にのみ、<sup>(18)</sup> 事實は準則の目的に「必須」であると強く主張する。言い換えるならば、犯罪定義中の一定の事實は、憲法的見地からよけいであるかもしれない——州が有罪判決の必要条件としてある事實を含めたが、憲法上はその事実の包摂なしに行<sup>(19)</sup> 為を処罰しえるとする。

Sundby によれば、<sup>(20)</sup> 手続主義に比して実体主義は次の二点で優れているという。実体主義の立場は、まず、憲法上の要請としての合理的疑い準則が、処罰に憲法上必要な事実についてのみ伸張するので、連邦主義の意義および権力分立を擁



護するものであるとされる。実体主義の見地からみた手続主義の欠点は、州がそう望ならば一切省略することを選べる事実に合理的疑いの準則が適用されるので、犯罪の定義に憲法上必須である以上の事実を包含するため、合理的疑い準則が不当に立法者を困らせることであるという。反対に、実体主義のアプローチは、合理的疑い準則を連邦憲法により権能を付与された事実に限定するので、連邦主義の関心と調和するとされる<sup>(131)</sup>。第二は、実体主義の考え方は、立法者に刑事法を改正する手段に融通性を与えることである。立法者は有罪ないし処罰に影響する事実毎に合理的疑い準則の値札を貼付せずともよいので、新しい抗弁の実験や先在するそれを修正することを厭わなくなるであろうとされる。無罪の推定原理を固有の憲法上の領域に見えるものに限定することで、長い目で見ればより進歩的な実体刑法を導くだろうとされる<sup>(132)</sup>。

問題は、有罪および無罪の憲法的な定義を展開することの困難さであろう。実体主義者も認めるように、そのような定義は一貫したあるいは包括的な形では目下存在しない<sup>(133)</sup>。彼らは、それでも、*mens rea*、*actus reus* の概念、そして刑罰権衡の原則を通じて、有罪の「憲法的基盤」が展開しうることを示唆するのである<sup>(134)</sup>。

(129) Sundby, *supra* note 60, at 463. 手続主義の急先鋒として、Dripps, *The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*, 75 CALIF. L. REV. 1593 (1987).

(130) *In re Winship*, *supra* note 21, at 364.

(131) Sundby, *supra* note 60, at 464.

(132) G.P. Fletcher, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, YALE L.J. 880, 892-3 (1968).

(133) *Mullaney v. Wilbur*, *supra* note 46, pp. 697-8.

(134) *Id.* at 699.

(135) Sundby, *supra* note 60, at 467.

(136) *Mullaney v. Wilbur*, *supra* note 46, pp. 703-4 にあって、Powell 判事は、有罪の人を自由にするより無事を有罪とする方がより悪いという古い格言にならって、「謀殺罪の犯人により軽い故殺罪を宣告するより、単なる故殺罪の人を謀殺犯として有罪を宣告する方がはるかに悪い」として述べた。Maine 州法では、謀殺罪は終身刑を定めるが、故殺罪は最高二〇年の刑にとどまる (ME. REV. STAT. ANN. tit. 17, § 2651 (1964); current version at ME. REV. ANN. tit. 17A, § 201 (1983 & Supp. 1988))。

(137) R.J. Allen, *Mullaney v. Wilbur, the Supreme Court, and the Substantive Criminal Law—An Examination of the Limits of Legitimate Intervention*, 55 TEX. L. REV. 269, 285-6 (1977); Jeffries & Stephan, *supra* note 54, at 1348; Sundby, *supra* note 60, at 468.

(138) Powell 判事は、後の Patterson 判決中、反対意見についてのコメントを述べている (*supra* note 50, at 228)。

(139) Jeffries & Stephan, *supra* note 54, at 1348; Sundby, *supra* note 60, pp. 1353-6; Sundby, *supra* note 60, at 469.

(140) Maine 州では、謀殺罪が「犯罪の要件として heat of passion の欠如を含む意味での予謀 (malice aforethought) の語で定義されてくるが、New York 州の第二級謀殺罪は故意に殺害するものの

み要求しているので、州は故意の殺害行為が heat of passion — New York では極度の感情的爆發 (extrem emotional disturbance) — の最中に行われなかったことまで証明する憲法上の義務はないとした (Patterson v. New York, *supra* note 50, pp. 212-16.)。

- (41) Sundby, *supra* note 60, at 471.
- (42) Martin v. Ohio, *supra* note 56, at 232.
- (43) Sundby, *supra* note 60, at 472; Powell 判事の反対意見も、謀殺罪の要件と正当防衛の要件が重なるため、抗弁が犯罪要件に反証するものとなることを指摘する (Martin v. Ohio, *supra* note 56, pp. 237-42)。
- (44) Martin v. Ohio, *supra* note 56, at 232.
- (45) *Id.* at 235.
- (46) Patterson v. New York, *supra* note 50, 215.
- (47) Sundby, *supra* note 60, at 473.
- (48) Jeffries & Stephan, *supra* note 54, pp. 1346-7; Allen, *supra* note 137, pp. 270-1.
- (49) Sundby, *supra* note 60, at 475.
- (50) *Id.* at 476.
- (51) Jeffries & Stephan, *supra* note 54, pp. 1365-6; Allen, *supra* note 137, pp. 295-301.
- (52) Jeffries & Stephan, *supra* note 54, pp. 1353-6.
- (53) *Id.* pp. 1366-70.
- (54) *Id.* pp. 1370-9; Allen, *supra* note 137, pp. 295-301; Allen, *The Restoration of In Re Winship: A Comment on Burden of Persuasion in Criminal Case After Patterson v. New York*, 76 MICH. L. REV. 30, 46-8 (1977); Allen, *supra* note 55, pp. 342-8.

## 二 統一的アプローチの試み

Holmes 判事は、Ramsey 事件<sup>(154)</sup>で、推定による説得責任の転換を、実体法上の積極的抗弁の創設と同視して、立法権の憲法上の限界を問題にした。つまり、「銀行の取締役が、その支払不能を知りながら、預金の受入れを承認したときは、その限りで取締役個人として責任を負う」、「預金受入れのとき支払不能だったことが、その知情と承認を推定する」との規定は、「支払不能後受け入れた預金は全て取締役の個人責任とする。但し、取締役が支払不能を知らず、預金受入れを承認しなかったことを立証すれば、責を免れる」と、憲法上許される立法権の範囲であれば、置き換えることができるという。

この仮説が正当であるか、わが国において、民事事件に関して検討し、「人の責任を問うために立証すべき、最小の要件は何か」というのが問題であって、これは、第一四修正(あるいは第五修正)、あるいは実体的デュー・プロセスの要求によって決まるといふ見解が存在した<sup>(156)</sup>。

第三節および本節一で述べたように、連邦最高裁が、手続主義の立場から、積極的抗弁の創設について憲法上の制限があることを示唆した<sup>(157)</sup>ことに対し、実体主義の見地から、連邦最高裁の一連の判例を「不毛の形式主義」と批判し、推定と積極的抗弁は、証明責任の転換という同一の機能を有する<sup>(158)</sup>以上、合憲性の基準も統一的に理解するべきであるというア

アプローチが登場した。<sup>(159)</sup>

州が合憲的に犯罪から要件を除去し得るなら、その要件に  
関して被告人が説得責任を負うことを要求し得る。例えば、  
A、B、Cの要件より成り立つ犯罪があつて、全ての要件は  
検察側が合理的疑いを容れないまでに証明しなければなら  
ないとする、立法者は法令をA、Bのみの要件になるよう注  
意深く法を修正して、被告人がCの不存在を証拠の優越程度  
まで証明すれば無罪にされてよいと規定するのである。この  
新法の制定について、犯罪を定義する立法者の自由裁量につ  
いて何らかの実体的制限がなければ、Winship原則は骨抜  
きにされるかもしれない<sup>(160)</sup>。なぜならば、先に本節一で述べた  
ように、連邦最高裁の採る手続主義の観点からは、Cの不存  
在について合理的疑い準則の手続上の保護は及ばないからで  
ある。このWinshipの“reasonable doubt”準則と犯罪を  
定義する州の権限を制限する実体理論との学理的架け橋とな  
るのが、第八修正の刑罰権衡の原則と実体的デュー・プロセ  
ス概念上の実質的公平原則であり、この見解は、特定の犯罪  
のために科され得る最大限の処罰と最小限の犯罪定義につ  
いての実体的な憲法上の制限を工夫しようと試みる<sup>(161)</sup>。つまり、  
州の犯罪行為の定義は、公明正大であつて、不釣り合いな刑  
を科してはいけないということである。そして、一切の証拠  
上の考案物 (evidentiary devices) は、積極的抗弁にせよ、  
推定にせよ、説得責任の分配に影響するが故に、機能的に同

一であるのであつて、統一のアプローチにより分析されなけ  
ればならないという<sup>(162)</sup>。

Sandstrom事件で、連邦最高裁は、故意に関する説得責  
任の転換は、Mullaney<sup>(163)</sup> Patterson判決に照らして許され  
ないとした。このセオリーの主唱者であるAllenによれば、  
故意を犯罪の要件から排除して、それを伝統的な積極的抗弁  
とするならば、推定としては許容されない同じ説得責任の転  
換であつても、Patterson判決の準則によつて肯定されてし  
まうことになるという<sup>(164)</sup>。つまり、証明責任を転換する証拠上  
の考案物は機能的に同一であるという観点と、第八修正と実  
体的デュー・プロセスに暗に含まれた権衡性考慮の観点とが  
足りなかつたというのである<sup>(165)</sup>。

従つて、ある要件について、説得責任を転換し得るか否か  
は、その要件が形式的に犯罪要件から除去されていようとな  
かろうと、また、その要件が推定事実であるならば、前提事  
実から推定事実を合理的疑いを容れないまでに認定できると  
いうだけではなく、その要件を除いた最小の犯罪定義が、実  
体的デュー・プロセスの観点、すなわち「刑罰権衡の原則」  
および「実質的公平原則」から、妥当であるといひ得るか否  
かによることになる。

ただ、このセオリーは、未だ判例に採用される<sup>(167)</sup>ところでは  
ない<sup>(166)</sup>。

<sup>(155)</sup> *Ferry v. Ramsey*, 277 U.S. 88 (1928).

(156) 吉村・前掲論文(註70)一六頁。「立法機関といえども、修正一案によつて、保障されている権利を制限する立法をしてはならぬ」とされるが、おそらく、第五修正ないし第一四修正のことと思われる。

(157) *Patterson v. New York*, *supra* note 50, at 210.

(158) *Allen*, *supra* note 55, pp. 326-39.

(159) *Id.* pp. 339-54.

(160) *Id.* at 342.

(161) *Id.* pp. 324-8; *Jeffries & Stephan*, *supra* note 54, pp. 1370-9.

(162) *Allen*, *Id.* pp. 326-39.

(163) *Sandstrom v. Montana*, *supra* note 120, at 524.

(164) *Allen*, *supra* note 55, at 357.

(165) *Id.* at 358.

(166) *Allen* は「合理的関連性テストは「陪審の合理性の単なる粗末な保証人」に過ぎないという (*Id.* at 353)。それ故、正確な裁判官コメントが、陪審の推認過程における実質の公平を担保する為に必要だと主張する (*Id.* pp. 348-54)。しかし、職業裁判官が事実認定をするのが国では、別途方策を考えなくてはならないであろう。

(167) *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980) で、連邦最高裁は、第八修正について厳格な解釈をとった。Texas州の常習犯規定により、一〇年間に起きた三つの事件で、合計二九ドル一セントの財貨を詐欺的に得た被告人が、終身刑を宣告された。刑期の長さは単純には第八修正違反とはならないとして、最高裁はこの有罪判決を肯定したのである (pp. 272-4)。この判決は、*Allen*らの主張するセオリーを字義通りに実施することの困難さのみでなく、非難すべき行為および適切な処罰を決定する基本的な責任が立法部門次第であることによる、連邦最高裁の気の進まなさを反映するものであるという指摘がある (C.R. Nesson, *Rationality, Presumptions, and*

*Judicial Comment: A Response to Professor Allen*, 94 HARV. L. REV. 1574, 1580 (1981)).

## 第六節 小 括

本章で取り上げたアメリカ合衆国における論議は、わが国の解釈論にとつても参考となる。そこで、本章の総括を兼ねて、わが国の解釈論への導入の道を探ろう。

第一章では、英米の議論を参考に、違法阻却事由や責任阻却事由、未必の故意等についての説得責任転換を主張する見解を取り上げた。しかし、わが国では積極的抗弁の伝統はなく、その後これらの見解が退けられたことも既に述べた。一方、合衆国においても、被告人に説得責任を負わず積極的抗弁に関しては憲法上の制限を判例が課している。従つて、手続主義の連邦最高裁の見解に立つても、犯罪要件に反証する形での説得責任の転換は許されず、ただ、原則に対する例外関係にある違法阻却事由等に関しては、証拠提出の責任が転換される場合があるのみ、と考えるべきことは、第一章においても述べた通りである。また、故意・過失や、主観的違法要素については、わが国における三分類説の体系は動かしがたく、これらを犯罪要件から排除することはまず考えられない。たとえ、これらの要件を形式的に犯罪要件から取り除いても、実体主義の観点からはなおのこと、手続主義に立つても、「犯罪に必須の要件」に反証させる積極的抗弁について、

説得責任までの転換は許されない。従つて、例えば、児童福祉法六〇条三項は、過失について但書の形をとつてはいるが、犯罪の本質的要件についての説得責任（客観的証明責任）の転換は許されないので、証拠提出の責任の転換のみと考えるのが妥当である。<sup>(168)</sup> 被告人は、児童の年齢を認識していなかつたことの過失について、児童の側で年齢を偽る策を勞していた等の証拠の提出責任を果たすのみでよい。また、この規定が仮に過失の推定を定めたものであると解しても、児童の使用と年齢に認識との間に、説得責任の転換を許す程の合理的関連性が存在するか疑問である。

説得責任の転換が許される場合として、犯罪の本質的要件以外について、証明責任を転換する場合が考えられる。連邦最高裁言うところの「真の積極的抗弁」（本章第三節参照）である。わが国の刑法二三〇条の二の事実の証明が、処罰阻却条件であるならば、<sup>(169)</sup> 被告人に説得責任を負わしうることとなる。つまり、摘示された事実が真実であつても、名誉棄損罪は成立しており、<sup>(170)</sup> 事実の証明は犯罪の要件に対し反証するものではなく、單純に処罰のみを阻却するものであると考える。但し、合理的根拠に基づく事実の摘示は、「許された危険」<sup>(171)</sup> ないし「優越的利益」の法理の適用により、一般の違法阻却事由と同様に、合理的根拠につき証拠提出の責任の転換を考へるのみである。この場合、証拠の提出はあくまで合理的根拠のあること、真摯な報道目的であること等であつ

て、摘示の事実が真実であることについてである必要はない。

他に、犯罪要件を強力に推定させる前提事実を有する推定規定の形をとるならば、説得責任転換の可能性を考へ得る。以下、推定について考へる。

英米法の推定論議をわが国に導入する際は、彼国では陪審制度を前提として議論が行われている点に留意する必要がある。第四節一で述べた、推定の陪審効果に関しては論ずる意味がなく、<sup>(172)</sup> また、職業的裁判官が事実認定をするわが国では、推認過程が合理的であつたか、説示の内容を問題にすることもない。<sup>(173)</sup>

強制的推定が許容されるのは、*Uster* 判決の準則によれば、前提事実より合理的疑いを容れないまでに推定事実を認定できる場合である。<sup>(174)</sup> また、許容的推定であつても、*Morgan* 説のように、説得責任を転換するならば、*Barnes* 判決<sup>(175)</sup> の準則に照らし、右と同じ合理的関連性が要求される。このような強度の合理的関連性を有する推定は、殆ど存在しないであろうから、推定規定の解釈としては、許容的推定であることを原則とし、訴訟に現れた証拠一切を考慮して、前提事実と推定事実とを推定によつて、合理的に関連付け得るならば、この推定は許容される。<sup>(176)</sup>

では、この許容的推定の反証をどう考へるか。わが国では、この推定を覆すには、証拠提出の責任よりは若干強度の

挙証が要求される、つまり、推定事実の不存在は証拠の優越の程度に立証されるまでの必要はないが、それを疑わせるだけの合理的な事実が示されなければならないという見解が存する。<sup>(17)</sup>

この許容的推定の反証に関して、参考になると思われるのは、Nessonの見解である。彼によれば、証拠提出の責任は、積極的抗弁に付随するものと、許容的推定に付随するものとがあり、後者を特に「説明責任」(burden of explanation)と定義できるといふ。前者を果たすのに被告人が失敗

すると、その積極的抗弁は争点として陪審に附されない<sup>(18)</sup>。つまり、前者を果たすには、第一章で述べた、第一の意味における prima facie case を果たす必要があるといふことであり、わが国でいえば、争点形成がなされなかったのであるから、その阻却事由の存在等は審理しなくてよいということである。これに対し、説明責任が問題となる、許容的推定が存在する場合、まず検察官が前提事実を証明するまで、被告人は何らの対応を要求されない<sup>(19)</sup>。検察官が前提事実を証明した後、被告人が何らの証拠提出をも果たせなくとも、つまり説明責任を果たせなくとも、陪審の考慮すべき事由として何も除去されない。被告人の証拠不提出は、推定事実の存在を「認定してよい」というだけである。むしろ、説明責任は、被告人が満足のいく説明をするのに失敗したなら、陪審に不利な推認をすることを許しつつ、被告人を「燻り出す」

(smoke out) ために機能するのみであって、決定的な争点について陪審に達する被告人の権利には何ら関係がないというのである<sup>(20)</sup>。これは、推定や証明責任の転換なしに、検察側が陪審に達するに十分な立証をした場合——第二の意味での prima facie case を果たした——と同様であって、この状態で被告人が何もしなければ有罪となり、この危険が被告人に証言する圧力をかけても、それは Winship 準則に反する責任とは言えない<sup>(21)</sup>という。

この説明責任が説得責任と異なる点は、通常、積極的抗弁に付随する被告人の証拠提出の責任が、第一の意味の prima facie case により果たされるのに対し、説明責任はこれよりやや高度の立証を要求されるものの、これを果たせば、検察官が推定事実の存在を合理的疑いを容れないまでに証明する必要が生じることである。被告人が説得責任を負っている場合、被告人の第二の意味での prima facie case により証明点が *P* を超えても、検察官は単に *P* を少し下回るよう反証するのみでよい(第一章図1参照)のと異なる。

わが国の場合について考えるならば、検察官が前提事実を証明して、被告人が何らの反証もしないと、裁判官は推定事実を認定してよいことになるが、不利益な認定を避けたい被告人は、積極的に反証し、この反証は何らかの証拠を提出するだけではならず、推定事実の存在を疑わせるだけの合理的な事実が示されなければならない。これにより、裁判官の

「満足のいく説明をした」つまり説明責任を果たした、と考  
える。

なお、Black 判事は、Gainey 判決の反対意見で、証拠提  
出の強要は黙秘権の侵害となるとしたが、これに對しては、  
先の Nesson の見解のほか、利益証拠は黙秘権の対象に含ま  
れないと考えればよい。<sup>(163)</sup>

問題は、この概念が、許容的推定に基づく説示による陪審  
への教育的効果が前提となっていることであつて、第一の意  
味での一応の証拠を提出したのみでは、なおも不利益な認定  
がなされる可能性が存在することの反映に過ぎないかもしれ  
ないことである。今後の検討を要しようが、第一章で定義し  
ようとした「一応の証明」の多義性に由来する、証拠提出の  
責任の一形態、つまり、説得責任に付随する証拠提出の責  
任、反証を争点にするための証拠提出の責任の他に、許容的  
推定に付随する証拠提出の責任が觀念されてもよいと考  
える。<sup>(164)</sup>

(168) 平野・刑事訴訟法（一九五八年）一八七頁、井上正治「拳証責  
任」法学セミナー八八号（一九六三年）五〇頁。

(169) 平野・前掲論文（註79）一七頁。

(170) 野村稔「名譽棄損罪における事実の証明」早稲田法学五三卷  
一一二号（一九七七年）一四八頁。

(171) 中野次雄「名譽棄損罪における違法阻却事由と処罰阻却事由」  
警察研究五一卷五号（一九八〇年）三頁以下。

(172) 田宮・前掲書（註71）一八四頁。前提事実を証明すれば、檢察

官は公訴権濫用の誹りを免れるという（同・前掲論文（註68）一五  
〇頁）。檢察官は証拠提出の責任のみ果たせばよいことを強調する  
ことにはなろう。

(173) 陪審制と専門的裁判官とで、いずれが事実認定の制度として優  
れているか、将来の検討課題として、evidentiary devices の用い  
られる場合も視野に入れるべきである。また、解釈論の域を超える  
が、英米の模範的説示の試み（e.g. Nesson, *supra* note 167, at 589）  
等に代わる裁判官の推認過程の合理性および均一性を担保する方策  
は、別途考慮されてよいであろう。

(174) *County Court of Ulster County v. Allen*, *supra* note 115, at  
167. この場合、前提事実のみの証明により被告人を有罪としても、  
要証事実を合理的疑いを容れないまでに証明する檢察官本来の説得  
責任は果たされたも同然であり、実体主義の見地に立つても  
デュー・プロセス違反の問題は生じないといえよう。

(175) *Barnes v. United States*, *supra* note 106, at 843.

(176) “under the facts of the case” (*County Court of Ulster  
County v. Allen*, *supra* note 115, at 157) というのは、訴訟に現れ  
た証拠のみで合理的関連性を認めることができる、すなわち、  
Leary 事件や Turner 事件のように、訴訟外の記録に頼る手法を用  
いずともよいということを意味するのではないだろうか。

(177) 田宮・前掲書（註71）一八四頁、同・前掲論文（註68）一五二  
頁。なお、前田宏ほか「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する  
法律」について「法曹時報」二三卷二号（一九七一年）三六頁は、  
「かなり高度」のものとする。

(178) Nesson, *supra* note 167, at 1585.

(179) *Id.*

(180) *Id.* at 1586.

(181) *Id.*

(182) *United States v. Guiney*, *supra* note 88, pp. 87-8; 吉村・前掲論文(註1)三二六頁。

(183) 平野・前掲論文(註79)八頁、岡部泰昌「挙証責任および推定」高田・田宮編演習刑事訴訟法(一九八四年) Morgan, *supra* note 76, at 140.

(184) 陪審制度の諸国においては、証明責任の分配をいかに説示するかが重要なキー・ポイントとなる。Sandstrom事件やFranklin事件も、説示の内容が、説得責任を被告人に転換したものと解し得た故、下級審の判断が覆されたのであった。Nessonの「説明責任」の概念も陪審にいかに関与させるかが鍵となるが、Allenは「この点の分析不足を指摘する(Allen, *More on Constitutional Process-of-Proof Problems in Criminal Cases*, 94 HARV. L. REV. 1795, 1795-8 (1981))」。

ただ、Allenらの主張するように、積極的抗弁も推定も同一の基準で合憲性を判断するにしても、真の積極的抗弁と異なり、推定は、一般に経験則により裁判官が自由心証によって推認しうることを法制化したものであり(See *Barnes v. United States*, *supra* note 108, at 845)、推定事実と前提事実とは合理的関連性により結び付いている以上、事実認定者との関係で、証明責任の内容も異なっており、然と考える。

## 結 語

「疑わしきは被告人の利益に」あるいは「無罪の推定」の原則が支配する刑事訴訟において、被告人に証明責任を負わせ得るとしたら、その限界はどう決定されるのか。本稿は、刑事訴訟が当事者主義化したことを契機に出現した、被告人

にも証明責任を負わせてよい場合があるという主張を手懸かりに、あるいはそれらの主張に対する反論を出発点として、さらに、現行法が個別に証明責任を転換したとされる規定の解釈の方法を探るために、かなり徹底した当事者主義を採る英米法の議論に範を求めた。

そして、合衆国連邦最高裁の判例が紆余曲折を経て、証明責任、とくに説得責任の転換に関する憲法上の制限を確立してきたこと、判例の準則のみでは十分でないとする、さらに精密化した憲法上の制限を考える主張の存在することを紹介してきた。連邦最高裁は手続主義の見地から、デュー・プロセスの要請による合理的疑いの準則ないし無罪の推定の原理の裁判上の適用によって、証明責任の転換の考えられる場合に、被告人の保護を図ろうとしたが、その意図するところに反し、犯罪の定義を決定する立法府の権限に対抗しえないことが判明した。このことは、第一章で述べたように、法の執行・運用は、裁判規範である証明責任規範と実体法との二重の解釈レベルにより行われるべきことを如実に示したのといえよう。その意味で実体主義のアプローチは正しいものを含んでいるが、実体法を形成するための憲法的基盤が抽象的なため、そのセオリーの字義通りの実施には困難が予想されることも述べた。ただ、わが国においても、国民の生命、自由を剝奪する法律に合理的な理由があるか否かの決定、および罪刑法定主義から派生する個々の諸原則、例えば、刑罰法規



の「漠然性の故に無効の原則」や、刑罰権衡の原則等が、国家の専断的な刑から市民を保護するために、憲法三一条の実体面での内容となるとされ、今後の研究次第ではより説得的なアプローチにすることができよう。

そこで、これまでに到達した一応の結論を、本論で言葉の足りなかった部分を補いつつ以下に列記する。

① ある要証事実について、被告人に説得責任（客観的証明責任）を負わせ得るか否かは、その要件を除いた犯罪定義が被告人を処罰するのに十分であると実体的デュー・プロセスの観点から言い得るか否かによる。形式上当該要件が犯罪要件の外にあるか否かはここでは重要ではない。

② 従って、違法阻却事由や責任阻却事由はそれらの不在が犯罪成立要件であり、また故意・過失や主観的違法要素は積極的な犯罪構成要素であり、説得責任の転換は許されない。

③ しかし、およそ犯罪要件に関する説得責任の転換が許されないわけではない。前提事実が推定事実を合理的疑いを容れないまでに推認させるだけの十分な証明力を有するのであれば、前提事実のみの証明によつて有罪判決が下されても、実体的デュー・プロセスの観点から処罰要件として十分ということになる。但し、この際、推定の効果は許容的推定である。逆に、このような強い合理的関連性が存在すれば、強制的推定も許されるが、被告人に転換されるのは証拠提出

の責任にとどまる。なぜなら、通常、推定によらない場合、検察官の合理的疑いを容れない証明に対し、被告人は合理的疑いを事実認定者に抱かせる証明でよいはずからである。

④ 右のような推定規定が現行法に存在するとは思えないので、推定の効果は許容的推定であることを原則としつつ、被告人は説明責任を負うにとどまると解すべきである。

本稿では、主に説得責任を転換する場合の憲法的制限を検討し、説得責任転換の許されない規定は、証拠提出の責任を被告人に負わずにとどまると解してきた。従って、証拠提出の責任の一般的な分配基準<sup>2)</sup>の検討は、本稿のやり残した、将来の検討課題であつて、第一章二節では、「原則に対する例外」という抽象的な基準のみ提示するにとどめたので、そこで述べた結論も今後検討を加えていくつもりである。

また、本稿の証明責任論においては、民事・刑事という目的の違いを考慮しつつ、民事訴訟の理論を参考にさせていた。同じ当事者主義の訴訟構造を有する以上、英米法が民・刑事共通の証拠法を有するように、わが国においてもある程度理論の共通化が計れると考えたからである。その際は、より活発かつ進歩した民事訴訟法の議論を、刑事訴訟法へ導入していこうとしたものの、民事訴訟の理論は必ずしも刑事法を念頭に置いて立論されたわけではないので、本稿は「違和感」を抱かせ、「こじつけ」との誹を受けるかもしれない。そのような批判は謙虚に受け止め、今後の新たな理

論展開の糧としたいので、一手御教示いただければ幸いです。

“*In dubio pro reo*” ないし「無罪の推定」の原理は、ダヴィデの手にあるスリング（投石器）であり、証明責任の転換はそのスリングをゴリアテの手に渡してしまうようなものである。従って、本稿において、証明責任の転換が許される場合を提示したのは、いわば「最大限」であって、刑事訴訟における例外として、消去できるものなら、消去すべきことを付言して、ひとまず論を閉じることにはしたい。

(1) 松元忠士「法定手続の保障」大須賀明編・憲法（一九八一年）

三〇七～九頁。

(2) 連邦最高裁の基準も明らかではない (Allen, *chap. II* note 55, at 360.)。