九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

無罪の推定と有罪の推定

吉村，徳重
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/1354

出版情報：法政研究. 25 (2/4), pp.309-328, 1959-03-05. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

無罪の推定と有罪の推定

吉村徳重

目　次

一、はしがき
二、無罪の推定の成立と存在理由
三、有罪の推定による制約
四、有罪の推定の限界

一、はしがき

すべての有罪の前提事実が立証されない限りは、被告人は処罰されない。無罪の推定あるいは in dubio pro reo の原則は、このような内容をもつ実体的挙証責任を定めた規定だといわれる。(一) ところが最近、最高裁判所は両罰規定について、二つの判例を出した。

昭和三二年一一月二七日、大法廷判決〔刑集一一巻一二号三一一頁、評釈 法曹時報一〇巻一号二八頁（吉田）、判例評論一二号一頁（八木）警察研究二九巻七号三頁、九号三一頁（高橋）〕は、旧入場税法（一七条の三）違反事件について、いわゆる両罰規定を次のように解釈した。この規定は、事業主が、その従業者の入場税逋脱行為に対して、「事業主として右行為者らの選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽さなかった過失の存在を推定した規定と解すべく、したがって事業主において右に関する注意を尽したことの証明がなされない限り、事業主もまた刑責を免れ得ないとする法意と解するを相当とする」。こうして無過失責任を認めた規定だから違憲だ、との主張を退けた。

更に昭和三十三年二月七日、第二小法廷判決〔刑集一二巻二号一一七頁／法曹時報一〇巻四号九九頁〕も、中型機船底曳網漁業取締規則（八条）違反事件において全く同趣旨の判決をした。

この判決はいうまでもなく、従来争われてきた両罰規定の本質について、(二) 先ず事業主自身の選任、監督上の過失責任を定め、これを推定したものだとした。有罪の推定（Presumption of Guilt. Schuldvermutung）といわれるものである。ここでは、明らかに、被告人の過失の存在についての無罪の推定が排除されている。近年特に特別法の中に、この種の有罪の推定規定が多く見られるようになった。(三) これを単に挙証責任原則の例外とするだけでは充分でない。果してこのような規定が許されるのか、許されるとすればどの限度で可能だろうか、という問題を探ってみる必要がある。(四) それは他方無罪の推定の根拠についての再検討を要求する。本稿の目的もそこにある。

（一）　無罪の推定につき、Wigmore, Evidence, 2ed. (1923) V. § 2511 ; Underhill, Criminal Evidence (1935) § 41 p. 51; Kenny, Outline of Criminal Law, 19 ed (1952) p. 366 ; Stefani. Quelques Aspects de L'autonomie du Droit Pénal (1956) p. 22 ; in dubio pro reo について、Beling, Deutsches Strafprozessrechts (1928) S. 320 f. ; Kern. Strafverfahrensrecht, 2 Aufl. (1951) S. 54 ; 本稿では特に区別しない限り、無罪の推定の語は、in dubio pro reo をも含めて用いる。もちろん、無罪の推定には、判決言渡し前の被告人や被疑者の地位の改善につき、種々の点で作用すべき面がある。cf. William, The Proof of Guilt, 2 ed. (1958) pp. 151/2. また、in dubio pro reo については、法規の解釈規則としても作用し法規に疑問があれば、被告人の有利に解釈すべしとの見解もある。Gerland, Der Deutsche Strafprozess (1927) S. 37 ; ablehnend Beling, a. a. O. S. 22, dazu Vgl. Rosenberg, Beweislast, 4 Aufl. (1956) SS. 8/11. しかし、本稿では、本文の意味に限定して論ずる。

なお、特に用語の点については、松尾「刑事訴訟法における挙証責任」一上智法学論集一―二三六頁以下に詳細な研究がある。ここでは特にその点の吟味には立ち入らない。

（二）八木「業務主体処罰規定の研究」（昭三〇）五二頁以下。

（三）特に両罰規定は満州事変以後、統制経済のための取締法規として現われた。（高橋、前掲論文、警察研究二九・七・二〇―二三）。現在では、無過失の証明を免責事由とする但書のあるもの、覚せい剤取締法（昭二六）四四条一項、労働基準法（昭二二）一二一条一項など、および本文判例の法規と同様、この但書のないもの麻薬取締法（昭二八）七四条など多数である。この点につき、詳細には、八木、前掲書、一三―三八頁、二二二―二三八頁。両罰規定の外にも、特別法で、爆発物取締法（明一七）六条、児童福祉法（昭二三）六〇条三項は年令の不知についての無過失の証明を被告人に負わせている。有罪の推定を設ける傾向は外国でも同様である。cf. (Current legislation), Statutory Presumptions as Devices to Facilitate the Proof of Crime, 28 Col. L. Rev. (1928) 489 ; Vgl. Löwe-Rosenberg, StPO. 19 Aufl. (1934) S. 760.

（四）近年、特に、この点の研究が多い。平野「刑事訴訟における推定」七四、法協二三五頁、斉藤「事実認定論」（昭二九）七一頁以下、長島、自由心証主義と挙証責任の諸問題、法律実務講座、九巻二一五九頁以下、田村「証拠法における推定の法則」福岡大学法学論叢二巻二号一頁以下、松尾、前掲論文、二九二頁以下。なお、法律による推定でなく解釈論により挙証責任の分配を問題にするものに、江家「刑事証拠法の基礎理論」（昭三〇）一六―二一頁。小野「新刑訴における証拠の理論」五・刑法雑誌三七一―三八〇頁、井上「刑法における主観的要素の証明」現代刑学の課題（下）四五一頁以下。

二、無罪の推定の成立と存在理由

既にローマ法[一]および教会法[二]にも見られた無罪の推定あるいは in dubio pro reo を意味する原則は、一三世紀以降、イタリヤ註釈学派を通じて確立された仮放免、嫌疑罰の制度によってその姿を消すに至った[三]。この制度は、一七世紀のドイツ普通法の糺問手続に継受され[四][五]、類似の制度はフランスにも成立した[六]。こうして無罪判決は、完全な無罪立証のあるときに限られ、疑わしいときには、被告人は何らかの不利益を受けたのである。

一八世紀の大陸の自由主義、啓蒙主義思想にとって、この制度は耐え難いものであった。[七] 批判の声は欧洲全土を満した。[八] この市民階級の要求は市民革命によって初めて実現された。[九] この大陸の改革の手本となったイギリスで、無罪の推定がいつ確立したかは明らかでない。既にブラクトンやコークにも見られる。[一〇] ともあれ、明瞭に証明されねばならぬとの原則は一八世紀以来のイギリスで一般に承認されていた。[一一]

「一人の無罪者を罰するよりも、一〇人の有罪者を逃した方が良い」という格言が無罪の推定の根拠をなした。[一二] in dubio pro reo の用語を初めて用いたといわれるスチューベルは言う。[一三] 「国家に対して留保した個人の権利は、国家の緊急権に優る。証拠不充分の場合は、単に国家の刑罰権がありうるというにすぎぬ。法的には無罪に等しい」[一四] と。こうして、証拠不充分の場合の嫌疑罰は、裁判官が事実状態の判断につき何ら責任を負えないのに加えられる刑罰であり、いつでも再起訴を許す仮放免は、無罪者をたえず精神的圧迫の下におく不当な制度である、と考えられた。[一五] 明かに啓蒙主義の自然権思想に由来するこれらの主張は、糾問手続と共に、この制度を個人抑圧のための国家恣意の手段であり、個人の価値の侵害だとしたのである。[一六]

こうして現在、殆んどの国において認められている無罪の推定に対し、何ら批判がなかったわけではない。[一七] それは概して、社会公共の利益、経験則上の蓋然性および科学の進歩に反するという理由に基いていた。[一八]

先ず一九世紀に、功利主義者ベンサムは、先駆的にこう批判した。一人でも犯罪者を逃すことは公共の安全に対する脅威であり、無罪者たる一般人を保護することにはならぬ。[一九] だから、告訴の成立を容易にする必要がある。そのためにも、原告の主張はすべての訴訟で殆んど経験的に見て根拠あるものだから、告訴の正当性を推定して、被告にこの推定を破らせるべきだという。[二〇] その他の多くの批判も、主に有罪者を逃すことから生ずる社会的な危険性と弊害の強調に基いていた。[二一]

実証学派フェリーも、その刑事学的犯罪者類型に従い、無罪の推定を制限すべきだとした。すなわち、社会的に危険な改善不能な生来犯や常犯習においては、疑わしいときにも無罪でなしに「真偽不明」の評決あるいは裁判を認めるべきだと提案した。(二二)

無罪の推定の批判は、ナチス・ファシズムの時代に最も一般化し具体化した。個人を国家社会に包括する民族共同体の理論により、(二三)刑事訴訟を嫌疑をはらす名誉裁判手続だと考える。(二四)無罪を立証した者と嫌疑者とを区別するのはその民族固有の法感情であり、(二五)疑わしいのを無罪にするのはこれに反する。こうして、ドイツにおいては、事実広い管轄権ある特別裁判所では、in dubio contra reus が妥当したが、通常の刑事司法で無罪の推定を完全に否定するに至らなかった。(二六)イタリヤ・ファシズムは更に徹底して無罪の推定を不合理なものとして完全に否定するに至った。(二七)

このように無罪の推定の否認論は、伝統的な肯定論が資本主義上昇期の初期近代社会を地盤とし、個人主義、自由主義の法体系に属したのに対し、独占段階に入つた後期近代社会を地盤として生れた。矛盾の増加と共に個人と社会の調和が破れると、すべての法分野でその彌縫策がとられる。社会の安全のためには多少とも個人の人格を侵害せざるを得ない。だが、この彌縫策も、自から、許せる分野と許せない分野があろう。殊に刑事裁判のこの分野で、社会の安全の本質が何を意味し、いかに危険であるかは、ファシズムの経験が教えてくれた。他方、無罪の推定が本来無実な一般市民のためのものであり、誤判事件の存在がその主張の主な原因の一であったことを考えれば、(二八)被起訴事件の有罪の蓋然性が大だからとの否認論は根拠を失なう。刑事学的分類はむしろ保安処分上の問題であり、刑事司法とは別だと考えるべきである。(二九)こうして戦後、欧洲各国では無罪の推定は再びその主流をなすに至った。

だが、一九四九年三月五日、英地区最高裁判所（OGH Brit. Z.Bd I S. 338）は、この原則を一部超法規的人的刑罰阻却事由について適用しないと判決した。事件はヒトラーの命による精神病患者の大量殺害に関与した医師に関す

るものであつた。内心的葛藤について被告人の態度の明確性に疑いがあれば、被告人の不利になるとの原則が定立された。次いで七月二三日同裁判所（OGH Brit. Z. Bd. II S. 126）は、「法規上の刑罰阻却、免除事由もまた本来、その存在が職権審理によって、疑いなく確証された場合にだけ適用される」という見解を示した。かくて、OGH は何ら in dubio pro reo に違反したのではないとして、従来の全判例、通説に反する見解をとつた。(三〇) もっとも、一九世紀には、責任とは無関係の刑罰阻却事情について、被告人に実体的挙証責任を認めた学説もあつたが、(三一) 既に早くから克服された。(三二) まして本件がヴェルツェルのいうように、本来緊急避難や期待不可能の違法・責任阻却事由たるべきものであれば、これは嫌疑罰の偽装に他ならない。(三三) 学説がこぞって反対する所以である。

英米法に倣って当事者主義化したわが国の刑事訴訟法においても同様のことがいえる。(三四) 従って、責任・違法阻却事由につき被告人の実体的挙証責任を認める一部の学説には賛成できない。(三五) 蓋し、当事者主義の影響は訴訟の追行過程に限り、(三六) 実体的な有罪事実の心証面に及ぼすべきでないと解するからである。のみならず、わが国の様に個人の権利意識の薄い所では、特に無罪の推定の原則が個人の自然権として強調さるべきである。その啓蒙的意義は軽視できない。ひるがえって、社会主義の諸国家もまた、この原則を刑事訴訟の根本原則として維持し、更に強化しようとしていることを考慮すべきであろう。(三七) 科学的な方法による実体真実発見方法の充実こそがその矛盾の解決となる様に思われる。

（一）Vgl. Geib, Der Römische Kriminalprozess (1842) SS. 327 f. 367.

（二）Henkel, Strafverfahrensrecht (1953) SS. 405, 23 f.; Weng, In dubio pro reo, (1942) S, 23 ff. bes. S 28 f.（以の Weng の未公刊の論文を読めたのは松尾助教授の御好意による）。

（三）Westhoff, Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts

(1955), S. 81 ; Weng, a. a. O. S. 34 f.

(四)　一五三二年のカロリナ法典には、嫌疑罰や仮放免がまだ継受されず、ある程度 in dubio pro reo の原則が妥当していた。Westhoff, a. a. O. S. 84 ; dazu Vgl. Weng. a. a. O. S. 38.

(五)　一六三五年のカルプツォフの理論により確立された。Westhoff, S. 88 f. Henkel, S. 405.

(六)　Esmein, Histoire de la Procédure Criminelle en France (1882) pp. 244/5, 281 ; Westhoff, S. 110 ; L'Ordonnance de 1670. における "La mise hors du cours et de pròces" およびフランスの仮放免 "plus amplement informe" がそれである。

(七)　Esmein, op. cit., pp. 348-370. 特にニコラスとヴォルテールによる曖昧な証拠による処罰に対する烈しい非難は興味深い。(sp. pp. 355/6, 368/9)。Vgl. Westhott, S. 110 f.

(八)　Esmein, op. cit., pp. 386/396.

(九)　フラスでは一七八九年の人権宣言（九条）で無罪の推定を宣言（Henkel, S. 405）、ドイツでは一八四八年の諸立法の中で古い制度が廃止された（Westhoff, S. 114 ff. Weng, SS. 44/52）。

(一〇)　cf. Thayer, Presumption of Innocence in Criminal Cases, in his, A. Preliminary Treatise on Evidence (1898) pp. 553, 558/9 ;

(一一)　Thayer, op. cit., pp. 554, 559/60, アメリカでも、一六五七年、Record ot Massachusetts iii 434/5. にこの原則が見られる（Thayer, op. cit., pp, 553/4）

(一二)　Blackstone, Commentaries on the Law of England, Book 4, p. 358 ; このコンメンタールの翻訳は、フランス革命前の啓蒙主義者たちの愛読者であった（Esmein, op. cit., p. 364）。

(一三)　Kern, Strafverfahresrechts (1951) S. 54, Henkel, 405.

(一四) Stübbel, Das Criminalverfahrens i. d. deutschen Gerichten (1811) Bd. 3 § 4. 1154, 1221, 1222, 1235, gezitiert bei Weng, S. 45 f.

(一五) Beling, Reichsstrafprozessrecht (1928) S. 239 f; Weng, S. 40.

(一六) Vgl. Dahm, Das freisprechende Urteil im Strafverfahren (1935) SS. 11/31.

(一七) 一九四八年一〇月一二日の世界人権宣言一一条一項、一九四六年のフランス第四共和国前文・五八年第五共和国前文による人権宣言（九条）の確認、イタリヤ憲法二七条。ニューヨーク刑法典三八九条など。法律になっていなくても英仏独で学説判例が認める。

(一八) Stefani, Quelques Aspects de L'autonomie du Droit Pénal (1956) p. 19 et seq., William, The Proof of Guilt, 2 d. ed. (1958) pp. 155/8.

(一九) Bentham, Works (Bowring) Vol. 1. p. 558 cited by Radinowicz, History of English Criminal Law (1948) p. 368, n. 34.

(二〇) Bentham, Traité des preuves judiciaires, traduction Dumont, t. 2 pp. 11/14. citépar Stefani, op. cit., p. 19; cf. Thayer, op. cit., p. 544.

(二一) cf. William, op. cit., pp. 156/8. ベンサムの外にも、パリー、スティブン、アレンなどがこれを批判する。ウィリアムも、この原則強調の弊害として、第一、警察官の士気をそぐか、有罪をうるのに不法な手段をとらせる。第二、法の軽視と有罪者の過酷な刑罰の請求に導く。第三、累犯の危険性ある犯人を釈放する危険などをあげている。

(二二) Ferri, Griminal Sociology, transl. by Kelly and Lisle. (1917) pp. 444/6；グリュックも批判している。Glück, Crime and Justice (1945) p. 95.

(二三) Fincke, Liberalismus und Strafverfahrensrecht (1936) S. 20.

(二四) Dahm, a. a. O. SS. 3/4.

(二五) Dahm, a. a. O. SS. 13/14.

(二六) Weng, SS. 70/72.

(二七) Fincke, a. a. O. S. 106 ; cf. Stefani, op. cit., p. 19.

(二八) Vgl. Weng, SS. 56/57 ; cf. William, Criminal Law (1953) p. 691. n. 4.

(二九) Stefani, op. cit., p. 20.

(三〇) Vgl. Reinicke, Zur Rechtsprechung des OGH brit. Z. über die Anwendbarkeit des Grundsatzes in dubio pro reo bei Strafausschliessungsgrunden, MDR Jahrg 4. Heft. 2. S. 77 ff. ; E. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I. (1952) S. 156 amm. 41.

(三一) J. Glaser. Handbuch. I (1883) S. 365 ; v. Kries, Lehrbuch (1892) S. 342. E. Ulmann, Lehrbuch (1893) S. 333,

(三二) Beling, a. a. O. S. 240 ; Rosenfeld, Reichsstrafprozess (1909) S. 136 f. ; Kern, a. a. O. (1951) S. 54 ; Henkel, S. 406 ; E. Schmidt, a. a. O. S. 156 ; Peters, Strafprozess (19521) SS. 239/40 ; Rosenberg, Beweislast, 4 A. (1956) S. 37.

(三三) Welzel, Notstandsproblem, 63 ZStW (1951) S. 47 ff. bes. 56.

(三四) 英米法、特にイギリスでは、コモンロー上の抗弁事実として無罪の推定が及ばぬのは、精神異常だけである。William, Criminal Law, pp. 352/7, 702/3. 719：アメリカでは更に、正当防衛や強制などにも、被告人の説得責任（証拠の優越）を認める州がある。cf. Michael and Wechsler, Criminal Law and its Administration, (1940) pp. 38/41, Wharton, Criminal Evidence (1935), vol. 1 pp. 236/252.

(三五) 小野、犯罪構成要件の理論（昭二九）一七一頁、同「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌五巻三七一―三八〇頁。不破・井上、刑法誌論二〇頁、井上「刑事訴訟法の論点」上（昭二九）一二三―一二七頁。

(三六) 拙稿「刑事訴訟法における形式的挙証責任の意義」法政研究、二四・二二七頁。

（三七）　ストロゴウィッチ「ソヴエト刑事訴訟における実体的真実と法廷証拠」（一九五五年）一八三頁―二二七頁（中山助教授の翻訳原稿による）、なお、法学論叢、六二巻五号、九七―一一八頁特に一〇五―一〇七頁参照。Vgl. Josef Streit, Das Prinzip der Präsumtion der Unschuld konsequent verwirklichen ! Neue Justiz (1956) S. 563.

三、有罪の推定による制約

無罪の推定をその内在的解釈論的な制約によって制限しようとする見解の外に、法律によって制限しようとする傾向がある。有罪推定の規定がそれである。(一)　挙証責任を被告人に負わせるとする規定との関係で問題もあるが(二)、有罪の推定においても何らかの意味で、挙証責任が被告人に負わされる点で同様である。挙証責任に二義あるように、有罪推定についても、実体的挙証責任を転換するもの(三)と、形式的挙証責任あるいは反証行為責任を被告人に負わせるとするもの(四)とがあつた。

だが、民事法と異り刑事法には抗弁事実は認めえないといわれる。(五)　刑事事件では、無罪の推定により、すべての有罪事実の立証あることが有罪判決の当然の前提とされる。いいかえれば、刑事実体法上の要件事実は有罪事実の面からのみ規定されている。とすれば、先づ、実体的挙証責任を転換する有罪の推定はどういう意味をもつものだろうか。

第一に、右の原則の例外であって、前提事実の立証を条件に（無前提の推定のばあいは無条件に）、被告人に無罪事実の挙証責任を負わせた、つまり抗弁事実を認めた実体法規定である。(六)　したがって、この抗弁事実が疑わしいときは有罪判決が下される。これは明かにビンディングが熱烈に批判した現代の嫌疑罰に外ならぬ。(七)　有罪事実の証明がないのに罰されるという批判を免れない。刑事事件では実体的な有罪事実の証明を不可欠のものとして、その例外は認めえないとされたのである。

第二に、そこで抗弁事実を認めず、常に有罪事実が実体法上の要件事実になっており、これは証明されねばならぬ、との前提に立つ必要がある。有罪の推定は、前提事実の立証を条件に、反対事実の立証なき限り有罪事実（推定事実）の認定を強制する法則となる。この場合は明かに事実認定の訴訟規則であり、法定証拠主義の残滓といわれる所以である。(八) 法律上の推定が自由心証主義に反し、実体真実主義に反する、として強い批判を受けたのはこのためである。(九)(一〇)

第三は、以上の批判を免れるための考えである。つまり、有罪の推定は実体法上一種の擬制規定を含み、前提事実の立証あれば有罪である。推定事実は有罪の要件事実から除外される。(一一) ただ、被告人が一定事実を立証するのを条件に、恩恵的に処罰を免除する規定である。かりにこういう解釈が可能だとすれば、一定の免除理由を留保するとはいえ、前提事実を有罪事実にした新しい犯罪の設定に等しい。多くの場合厳格責任（Formal Delikt）を認めたことになり、責任なければ刑罰なしとの原則に反する、との批判がなされよう。(一二)

こういう圧倒的な学説の反対にも拘らず特別法は多くの有罪の推定をもつ。批判は学説に止まり、ただ、判例立法に対する警告となっているにすぎない。わが国においても事情は似通っている。何故だろうか。理由の一半は、種々の批判と矛盾しない具体的な解決策への努力がなされなかった点にあると思われる。だが、有罪の推定は何らかの意味で立証行為責任（Beweisführungslast）を被告人に負わせるとの考えも、前述の、特に第二の批判を免れなかった。(一三) のみならず、こういう考え方自体が、裁判所の職権証拠調義務の強調によって、その後発展を示さず、否定されるに至った。(一四)

ところが、当事者主義訴訟の英米法では、推定はこの面で特に発展を示した。(一五) 周知のようにアメリカの通説は推定の効果を証拠提出責任の転換に限るとした。(一六) それによれば、有罪推定のばあいには、被告人が何らかの証拠を提出し

ない限り、有罪事実につき何ら証明力なき前提事実に基いても有罪の指示評決をうけることになろう。そこで、検察官の立証を容易にするために設けられた多くの有罪の推定規定の有効性（合憲性）が問題になつた。(一七)第一、陪審裁判をうける権利を奪う。第二、適正条項（Due Process of Law）に反する。第三、自己負罪強要禁止に反する。アメリカの大多数の州は有罪の指示評決を許さず、(一八)また一応認めるところでも指示に反する陪審の評決を破棄できぬとする。(一九)したがって第一の陪審裁判の権利を侵害することはなく、(二〇)いわゆる「強制的推定」の存する余地もない。こうして一部の判例・学説は、被告人の反証のない有罪の推定を以て、事件を陪審に進め、陪審が推定事実を認定できる、という効果のみを認める「許容的推定」と解してきたのである。(二一)しかしそれにしても、陪審は果して何ら証明力なき前提事実からでも有罪事実を認定する権限をもつのか。また、なぜ被告人の反証なきとき不利な推論を許すことができるのか。Due Process of Law および Self-incrimination の問題は解決されていない。

アメリカの連邦最高裁判所の支配的判例によれば、推定規定が Due Process of Law に反しないためには、前提事実と推定事実との間に「合理的関連」のあることを要求する。(二二)すなわち、前提事実に具体的に充分な証明力のあることを要求するわけではないが、経験則上の一般的な蓋然性を要求している。(二三)そうでなくとも、当事者間の「証明の便宜と認識の機会に明かな相違がある」ときには、推定規定を合憲とする判例もある。(二四)しかし、この便宜衡量説が合憲の基準とされたのは、それほど容易に立証できるのに、有利な証拠を提出しないことからなされる不利な推論が「合理的関連」を充すとされた点にあろう。(二五)(二六)そこで、この点では、自己負罪強要禁止違反が争われる。

黙秘権(二七)が、ウイグモアのいう被告人の「唇から有罪認諾の証拠をとる」ことの禁止に由来し、証人たることを強要されぬことに限られるのか、(二八)一般に不利な証拠を提出しない特権をも含むのかは争いがある。(二九)ウイグモアは後説を否定した上で、証拠提出責任は被告人が証人台に立つことでなく、証拠を提出することを要求するのだから、黙秘権に

反しない。だから、証拠不提出についての説示を禁ずるのは不当だという。[三〇] だが、これは明かに一部の判例・制定法に反している。[三一]

もっとも最近の傾向はウイグモアの理論に傾いているといわれる。[三二] これを認めるとすれば、証拠不提出からする不利な推論は黙秘権に反するといえないことになる。だが、不提出から不利な推論を認めるにはそれだけの根拠が必要であろう。被告人によっては供述以外に自己に有利な証拠をもたない場合もあろう。被告人の黙秘権はいかなる種類の供述をも強要されぬ点で特徴的である。[三三] したがって、無実の被告人であれば、供述以外に証拠をもっていることがはっきりしているか、少くともその高度の蓋然性あるとき（例・無免許犯における許可証の提出など）に限り、不利な推論を認めうる。そうでなければ依然として供述の強要になるおそれは残る。だから右の場合に初めてこの「潜在的推論」[三四] による許容的推定は黙秘権に反せず、且つ他方において「合理的関連」をも充すことになろう。

ところで、更に、推定規定は説得責任をも転換する、とする判例・学説がある。[三五] この場合には大陸法の推定に対すると同様の問題が生ずる。その合憲性について、連邦最高裁判所の「合理的関連」も、証拠提出責任だけを転換する推定に比して、より高度の蓋然性を要求している。[三六] 他方、ラムゼイ事件におけるホームズ判事の「大は小をかねる」という基準を刑事事件のこの種の推定にも適用しようという主張がある。[三七] 英米法では公益犯 (Public welfare offence) については必ずしもメンス・レアを要件としない。[三八] だから、これを要件とした上で、推定する法規は厳格責任よりも「小さい」から合憲だ、というにある。大陸法と異り公益犯には厳格責任が認められるにしても、実体法上メンス・レアが犯罪の要件になっている限りは、この点についての説得なき限り、被告人を処罰できないのではあるまいか。[三九]

(一) Vgl. Binding, Normen II 2 (1916) S. 1206 ff.; Birkmeyr, Deutsches Strafprozessrecht (1893) S. 91 ff.; Rosenberg, Beweislast 4 A. (1956) S. 37 ff. ここでの有罪の推定は、擬制および事実上の推定とは区別される反証を許す法

律上の推定である。Rosenberg. S. 210/214.

(二) ローゼンベルクは、一般に有罪の推定とされているものもすべて、個有の推定ではない。要件事実の一部から他の一部を推定する規定や、前提事実のない推定は、挙証責任規定である。個有の推定は、要件事実を要件以外の事実から推定し、証明主題を変更するもので、挙証責任規則と区別されるという。Vgl. Rosenberg, SS. 37 ff. 199 ff. 216 f.

(三) Beling. Deutsches Reichsstrafprozessrecht (1928) S. 288 f. : Kern, Strafverfahrensrecht (1951) S. 85 ; da zu Vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht (1953) S. 406 f.

(四) Vgl. Birkmeyer, S. 91 ff. Ulmann, Lehrbuch (1892) SS, 326 f., 333 ; Binding, S. 1208 f. ; da zu Vgl. Rosenfeld, Der Reichsstrafprozess (909) S. 49 f.

(五) Beling, S. 240.

(六) Vgl. Rosenberg, SS. 216 f. 224.

(七) Binding, S. 1188 ff.

(八) Birkmeyer, S. 84 f. ; Vgl. Hellwig. System (1912) S. 682.

(九) Birkmeyer, S. 84 f. 91 ff. ; v. Kries, Lehrbuch (1892) SS. 339. 266. Ulmann, S. 326 f. ; Rosenfeld, S. 49 f. ; Gerland, Der Deutsche Strafprozess (1927) S. 169 f.

(一〇) Vgl. Rosenberg, S. 219 f. 「推定事実が判決の基礎にならぬのは、立証の問題ではなく法律適用の問題である」として自由心証主義に反するとの主張を反駁する。だが、「法が推定事実の証明を不要にしたのだ」としても、刑事事件では、依然証明なき事実を有罪判決の基礎たらしめる法規に対する批判は免れぬ。Vgl. Glaser, Handbuch I (1883) S, 359.

(一一) Vgl. Rosenberg, S. 39 f.

(一二) Binding, S. 1181 ff.

(一三) 註(四)、(九)引用文献参照。

(一四) Schönke, Kommentar [8] zu SGB § 186 III ; Löwe-Rosnberg, StPO, [20] S. 676 ; Henkel, S. 406 f.

(一五) この点につき、平野「刑事訴訟における推定」法協、七四・二三五頁。拙稿「英米法における推定」九大法学二号一頁以下参照。ここでの説明はこの論稿を前提にする。

(一六) Thayer, Evidence (1889) pp. 314, 336 et. seq. ; Wigmore, Evidence (1923) § § 2490～2493 ; Laughlin, 52 Mich. L. Rev. 209 (1953).

(一七) Chamberlein, Presumption as first Aid to the District Attorney 14 Am. B. Ass. J. 287 (1928) ; Stauffacher, Statutory Presumptions of Guilt, 15 St. Louis L. Rev. 181 (1930) ; O' Toole, Artificial Presumptions in Criminal Law, 11 St. John's L. Rev. 167 (1930) ; Martin, Burden of Proof as Affected by Stattutory Presumptions of Guilt, 17 Can. Bar. Rev. 37 (1939) ; 一般に Keeton, 10 Tex. L. Rev. 34 (1931) ; Morgan, in Harvard Legal Essays 323 (1934) ; Note, 55 Col. L. Rev. 527 (1955).

(一八) Wigmore, Evidence (1923) § 2495.

(一九) 55 Col. L. Rev. 529, esp. n. 16 ; and so William, Criminal Law (1953) p. 226.

(二〇) McCormick. Evidence (1954) p. 662.

(二一) McCormick, Evidence, pp. 639/640, 649/50, 662 ; 13 Wash. L. Rev. 186/190 ; Note, 48 Harv. L. Rev. 103 ; Chamberlein, op. cit., 287.

(二二) Mobile, J. and K. C. R. R. v. Turnipseed. 219 U. S. 35 (1910).

(二三) Opinion of J. Roberts in Tot v. U. S., U. S. v. Della, 319 U. S. 35 (1943),

(二四) Opinion of J. Cardozo in Morrison v. California. 291 U. S. 82 (1934).

(二五) cf. Wigmore, §. 285 (二六) cf. Opinion of J. Robert in Tot Case.

(二七) 平野「黙秘権」刑法雑誌二・三九頁、井上「黙秘権」判例学説刑事訴訟法（昭三三）一七頁。

(二八) Wigmore, Evidence, § 2263 (二九) cf. Morgan, Basic Problems of Evidence, (1957) vol.I p. 141.

(三〇) Wigmore, Evidence. §. 2272 (三一) Note, 55 Col. L. Rev. 547. n. 120.

(三二) Morgan, Basic Problems of Evidence, vol.I p. 142.

(三三) Wigmore, Evidence §. 2268 ; McCormick, Evidence 257/259 ; Morgan, op. cit., p. 139.

(三四) cf. Laughlin, 52 Mich. L. Rev. 220/221.

(三五) Pennsylvania rule としてペンシルバニヤ裁判所の古い判例で確立したものでコネチカットやアイオアでも見られる。学説では、Bohlen, Studies in the Law of Torts (1926) p. 636 ; Morgan, 44 Harv. L. Rev. 906 (1936), 12 Wash. L. Rev. 255 (1937), 24 Iowa L. Rev. 413 (1933), 25 Rocky Mt. L. Rev. 34 (1952) ; McCormick, 13 Wash. L. Rev. 191 (1939), Evidence (1954) 639 ; Reuagh, 36 Ill. L. Rev. 703. 813. (1942).

(三六) Western and Atl. R. R. v. Henderson, 279 U. S. 639 (1929).

(三七) Ferry v. Ramsey 277 U. S. 88 (1928) ; cf. 55 Col. L. Rev. 534.

(三八) McCoimick, Evidence, 658 ; Note, 55 Col. L. Rev. 544/545.

(三九) Sayre, Public Welfare Offences, 33 Col. L. Rev. 55. 73, 85/6 (1933).

(四〇) cf. Dissent Opinion of J. Sutherland in Ramsey Case, supra n. (三七).

四、有罪の推定の限界

以上により、有罪の推定といえども無罪の推定に反しない限りで、つまり有罪事実が疑わしいのに処罰されることにならぬ限りでしか妥当性をもちえないということが判った。わが国においても、その根拠は憲法第三一条の適正条項の保障に求め得る。

そこで、有罪の推定について第一に言えることは、推定の効果の如何を問わず、ビンディングのいわゆる一般的推定(二)は認めえないということである。すなわち、一般に構成要件事実の立証あれば、違法・責任阻却事由の不存在を推

定するとしたり　或は一般的に違法性の認識を推定するとの規定を設けるとしても、これは無効と解すべきである。けだし、有罪の推定の妥当性は、前提事実の持つ具体的に充分な証明力ではないにしても、経験則上類型的に把握された相当の蓋然性に求められる。かなり個別化された類型性を要求する。一般的推定によってはこの様な個別化された類型的蓋然性の把握は不可能である。例えば、労働争議行為などでは、一応暴行や業務妨害の構成要件に該当していても、むしろ正当行為たる場合が多い。

従って、有罪の推定は、先ず個個の犯罪について個別的な事情を把えた特別推定でなければならぬ。だが、類型的蓋然性を持った特別推定でも、その効果が実体的挙証責任までも被告人に負わせるとなると問題が残る。この場合、有罪事実は類型的に蓋然性を持つにすぎず、必ずしも具体的に合理的な疑を容れぬ確信を生ずるとは限らぬ。ために有罪事実に疑が残っても処罰が強制されることになるからである。まさに嫌疑罰となり、無罪の推定に反する。

だから、有罪の推定は、被告人に証拠提出責任だけを負わせ、証拠が提出されねば、有罪事実を認定できるとの効果を持つに止めるとの主張がある。(二)平野教授は、この種の許容的推定の意味をこう説明される。第一は裁判官に対する教育的効果である。経験則たる事実上の推定を法文化することにより、事実の推論に臆病な裁判官を教育する。第二は、第一審の自由心証主義の徹底であって、上級審はこの点を審査しない。第三に、被告人に容易な証拠の提出を要求して、その不提出を以て、単なる蓋然性から、具体的に合理的疑いを容れぬ確信に達するための証拠にすることを認める。第一は、推定の事前的規範的機能であり、有益であろう。第二は、英米法における許容的推定が、実体面では陪審の権限の拡大と裁判官による事実認定の規制の制限を意味するのに対応する。他方追行面では、ここで訴訟を打ち切られても審理不尽を主張できぬことになる。かくて、従来やや曖昧であった事実誤認や審理不尽の限界を法規的に明かにした点で意味がある。

しかし、第三の意味については問題が残る。先ず、有罪の推定が常に被告人は証拠提出が容易だということ（便宜衡量）を根拠にしているとは限らない。一般的に刑事被告人は自己の行為の弁明が容易だから、不利な推論ができるという考えは、危険なだけでなく、[四] 黙秘権との関連で問題があることは前述した。平野教授は、黙秘権は不利益な証拠に限られるので、[五] 有利な証拠提出の要求はこの侵害にならぬとされる。しかし、そのためには、供述以外に有利な証拠を持っているとの蓋然性が大である必要がある。更に教授によれば、構成要件事実から阻却事実の不存在を推定する法規により、前者に何ら証明力なきときにも、被告人の証拠不提出を証拠にして後者を認定できる。だが、これが認定できず、且被告人の主張あれば、裁判所は証拠調義務を負う、とされる。[六] しかし、ここではむしろ、証拠の不提出の場合に予定される不利な推論が合理的関連を充さぬ限り、まずこの許容的推定規定自体を無効と解すべきではあるまいか。この潜在的推論か或は前提事実の証明力かの何れによっても「合理的関連」を充さぬのに、構成要件事実による阻却事実不存在の推定を特に他の場合と区別する必要はない。何故なら、阻却事実の不存在は、本来の有罪事実であり、その類型的蓋然性すらない場合（例えば労働争議事件）には、検察官の側でこれをいちいち立証するのがむしろ当然だと解するからである。

最後に、現行法において有罪推定の最も多い行政犯の一つとして前述した両罰規定に関する判例に立ち帰らねばならぬ。従来の大審院の判例は、これを事業主の無過失責任を規定した法規だと解してきた。[七] だが、これは行政犯といえども、近代刑法の原則たる個別責任主義に反すべきでないとの理由で強い批判を受けた。[八] そこで最高裁判所は、初めて両罰規定を以て業務主体の過失責任を定め、これを推定した規定だとしたのである。[九] だが問題はこれで解決されたわけではない。無過失責任についての問題が過失推定規定のそれに移し換えられたにすぎぬ。

いずれにしろ、厳格責任を認め得ぬとすれば、その妥当性を前提とする「大は小をかねる」との理論にこの過失推

定の合理性を求めることはできない。だから、これは、便宜衡量をもそのコロラリーとする合理的関連に求めねばならぬ。(一〇) 判例はこの推定により実体的挙証責任をも被告人に負わせている様である。これが維持できぬことは前述の通りである。しかし、例えこの過失推定が我々の許容的推定だとしても、この違反行為と、これを防止するための事業主の必要な注意の懈怠との間に「合理的関連」があるのであろうか。或は証拠の不提出がこれを満すのであろうか。最高裁判所の見解は、この点につき未だ留保されている。だが、この過失推定に経験則上の類型的蓋然性が認められるとは思えない。この点が争点になって居れば、憲法第三一条に違反する有罪の推定だとして過失推定の部分についてのみは無効とすべきであった。この様な経験則上の蓋然性もない被告人が、ただ証拠を提出しなかったとの理由で過失ありとして処罰されるのは、法的には無実な者が処罰されるに等しい。無実者の処罰を避けることが法治国家の裁判制度信頼の基礎となる。(一一)

(一) Binding. Die Normen II 2 (1914) S. 1209 ff. ビンディングは、現代の嫌疑罰だとして、責任推定規定を攻撃するとき、一般的推定と特別推定を区別して論ずる。

(二) 平野「刑事訴訟における推定」法協・七四・二三五頁以下。

(三) cf. Smith, The Power of the Judge to direct a Verdict, 24 Col. L. Rev. 111 (1924).

(四) cf. Opinion of. J. Robert in Tot v. U. S. (1942).

(五) Morgan, Basic Problems of Evidence, (1957) Vol. 1 p. 140.

(六) 平野、前掲論文、二四九―二五〇頁。しかし① 一方で推定事実と認定できるという効果を認め、他方職権証拠調義務ありとするのは自己矛盾である。②そうでなくても、同じ抽象的法規の効果を具体的な心証により二分するのは問題がある（陪審裁判においては認定機関が別なために意味があるにすぎぬ）。③またもし、被告人の主張により、許容的推定が消滅し、更に、裁判所の証拠調義務が生ずるとしても、後者は推定の効果とは別のものであろう。

（七）例えば、国家総動員法四八条違反事件について、昭一六・一二・一八・第二刑事部判決、集二〇・七〇九、昭一七・九・一六第三刑事部制決、集二一・四一七、昭一七・七・二四・第四刑事部判決、集二一・三一九などがそうである。

（八）草野、刑事判例研究、巻五、四四頁、八木胖、業務主体処罰規定の研究（昭三〇）六八頁以下。飯塚「従業員の価格違反と事業主の責任」日本法学、九巻、五六頁以下。

（九）もっとも、田中、斉藤、下飯坂判事の補定意見は、無過失責任を主張する。

（一〇）この点につき、大谷英一「両罰規定に関する一考案」法と政治一巻三・四号五九頁。

（一一）Vgl. Binding, S. 1178 ff. 彼はここで無罪者の処罰を論じ、最後にこう結ぶ。「すべての国家の三つの名誉は、市民の間にできるだけ責任ある者が少いこと、正当の処罰ができるだけ多いこと、そして無実者の処罰ができるだけ少いことだ」（S. 1232）

（三三・一一・二九）