

## 刑事訴訟における法適用原理としての In dubio pro reo 原則の意義

### I 問題の所在

訴訟において法の適用の可否を決する際の裁判官の判断過程は、①適用を求められている法規の法律要件の意味内容の確定、②主張されている事実に関する事実認定、③認定事実の法律要件該当性の判断という三つの段階に区分することができる。<sup>(1)</sup> 法は、通常、一定の実体的事実の存在を法律要件として、それに一定の法律効果の発生を結び付けるという形式を採っているので、第二段の段階において、ある一定の実体的事実の存在が確実なものとして認定される場合（積極的認定）またはその不存在が確実なものとして認定される場合（消極的認定）には、

内 山 安 夫

第三の段階における判断が可能となるが、第二段の段階において、ある一定の実体的事実が存否いずれとも決しかねる場合（真偽不明—non liquetの状況）には、第三の段階における判断は不可能となる。すなわち、法の適用・不適用を決することはできないのである。

この判断不能を解決する方法には二つのものが考えられる。第一の方法は、新たな証拠の発見などによって積極的認定または消極的認定が可能となるまで判断を留保しておく方法である。第二の方法は、この真偽不明に対応する法の適用・不適用を予め法的に決定しておき、これに従って法の適用・不適用の判断を下して訴訟を終結させる方法である。

刑事訴訟において、第一の方法を採用した制度は、歴史の中に見出すことができる。假放免 (*absolutio ad instantia*) の制度である。<sup>(2)</sup>これに対して、現代の制度は、第二の方法を採用している。すなわち、真偽不明に対応する法の適用・不適用は予め法的に決定されていなければならぬのである。我が国においては、これは客観的証明責任 (*Objective Beweislast*)<sup>(3)</sup>の所在という形で表されるとされている。この客観的証明責任とは、ある法規の法律要件に該当する事実が真偽不明である場合に当該法規における法律効果の発生 (法の適用) または不発生 (法の不適用) が認められないことになる当事者一方の危険または不利益と定義することができる。<sup>(4)</sup>つまり、客観的証明責任は、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定の、当事者に対する結果として把握されるものなのである。したがって、客観的証明責任の所在を決定するためには、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を直接に問題とせざるをえない。

刑事訴訟上、真偽不明に対応する法の適用・不適用は「疑いがあるときは被告人に有利に」の原則—*in dubio pro reo* (以下 *i. d. p. r.* と略称) 原則に従って決定さ

れるとされている。しかし、このことの意味は、必ずしも明らかではない。それは、何よりも *i. d. p. r.* 原則自体の曖昧さに起因するところが大きい。「刑事法の基本原則の内では、*i. d. p. r.* 原則ほど、その核心においては異口同音の承認を受けながら、その個々の点においては争いのあるものはない」という西ドイツにおける議論の状況からも窺われるように、刑事訴訟における *i. d. p. r.* 原則の意義をどのように捉えるべきかは、必ずしも明確にはされていないのである。

本稿が課題としている刑事訴訟における法適用原理は、最終的な証明結果に対応して、法の適用・不適用がどのように決定されるべきかを問題にするものである。これにより、客観的証明責任の所在の問題に先行する問題であり、その意味では、刑事訴訟における客観的証明責任の概念を原則的に認めていない西ドイツの議論とも同一平面に立つ。以下では、西ドイツの議論を参考としつつ、刑事訴訟における *i. d. p. r.* 原則の意義をまず明らかにし、そこで得られた結論から、刑事訴訟における法適用原理の問題に一つの考察を加えたいと思う。

(1) もちろんこれは、裁判の論理としての段階的区分であ

って、現実の裁判における裁判官の判断過程は、必ずしもこのように段階的に区分できるものではない。田中成明『現代法理論』(一九八四)二三五頁以下参照

(2) 西ドイツにおける仮放免の制度に i. d. p. r. 原則の生成との関係についての歴史的研究については Holtappels, Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes in dubio pro reo, 1965; Sax, Zur Anwendbarkeit des Satzes „in dubio pro reo“, im strafprozessualen Bereich, Festschrift für Stock, 1966. 光藤景皎「刑事訴訟法における i. d. p. r. 原則の生成素描—ドイツにおける仮放免の廃止を中心として—」平場安治博士還暦祝賀、現代の刑事法学(一)(一九七七)八八頁以下がある。

(3) 刑事訴訟法上は、通常、結果責任の意味で客観的挙証責任(実質的挙証責任)という用語が用いられている。しかし、この挙証責任という用語は、結果責任というよりもむしろ行為責任を連想させるものであって、一方当事者に法的に立証の責任が課され、それが果たされなかったためにその当事者が不利益を受けるといふ誤った理解を生じさせる危険を有している。したがって、民事訴訟法上一般に用いられている証明責任の用語を使用するほうが適切であるように思われる。

(4) この結果責任の意味での客観的証明責任の概念を歴史上初めて主張したのは刑事訴訟法学者グララーザー(Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883,

S. 85 ff.)であるといわれている。この客観的証明責任の概念は、西ドイツにおいては、民事訴訟法上は定着したが、刑事訴訟法上は現在では一般には認められていない(Vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., 1968, S. 103; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozedurordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1, 2. Aufl., 1964, S. 204 ff.)とされている。これは西ドイツ刑事訴訟法における職権主義が妥協しているからである。

(5) Frisch, zum Wesen des Grundsatzes „in dubio pro reo“, Festschrift für Henkel, 1974, S. 273.

## II 刑事訴訟における in dubio pro reo 原則の意義

一 i. d. p. r. 原則の意義を明らかにするためには、その法的性質を明らかにしておく必要がある。i. d. p. r. 原則の主たる妥当領域とされてきた実体刑法の領域についてみれば、この法的性質についての西ドイツの議論は二つの見解に大別することができる。i. d. p. r. 原則を、<sup>(6)</sup>実体刑法の構成要素として把握する見解と実体刑法とは別個の独立した規範として把握する見解である。この対立は、民事訴訟法上の証明責任論におけるローゼンベル

クとライボルドの法適用原理に関する対立にほぼ対応するものだと考えてよいだろう。そこで、まずローゼンベルクとライボルドの見解を取り上げ、それぞれの見解を前提とした場合の刑事訴訟における「F.P.C.」原則の法的性質を探ってみよう。

ローゼンベルクの法適用原理は法規不適用の原則によって表される。すなわち、裁判官がある法規を適用するのは、その法律要件に該当する事実について裁判官が積極的心証を抱いたときに限るのであって、その不存在の心証を抱いたときだけでなく、その存否が不明である場合にも、法規は適用されないことになるというのである。<sup>(9)</sup>

ローゼンベルクの見解では、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定は、形式的には、個々の実体法規の規定形式から導かれるものであるが、実質的には、個々の実体法規の構成要素として把握されることになる。それ故、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を明らかにする形で、立法者が、個々の実体法規の規定形式を決定していることを前提とせざるをえない。

しかし、この前提は実体刑法規定には妥当しない。こ

の事実とは、証明責任概念の創始者たるグラウザーによって既に認識されていた事実<sup>(9)</sup>であり、最近モンテンブルクが、その規範論的分析から明らかにした事実である。

モンテンブルクによれば、実体刑法規定の規定形式は、国家の行動の予測可能性を保障するための明確性の原理の要請に従って決定されるのであって、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を明らかにする形で決定されるのではないのである。<sup>(10)</sup> それ故、実体刑法規定の規定形式から、直接に、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を導くことはできない。だからといって、これを個々の実体刑法規定の構成要素として把握することが直ちに否定されるわけではない。個々の実体刑法規定の解釈を通じて明らかにすることができれば、それで足りるからである。

このような基本認識を前提とした場合、「F.P.C.」原則の独立規範としての意義は否定されることになる。実体刑法規定自体が、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を内包している以上、特別な規範の介入する余地はないからである。つまり、「F.P.C.」原則それ自体は、実体刑法規定自体の内包する判断を集約的に表

現するものにすぎないことになるのである。

二 実体法は、法に支配されている者 (Rechtsunterworfenen) の行為を直接規制するものとして把握されなければならず、それ故、実体法を訴訟關係的のみ理解することはその意味に一致しないとして、ライポルドはローゼンベルクの見解を批判する。つまり、実体法は、法律要件に該当する実体的事実が存在する場合に法律効果が発生し、その不存在の場合に法律効果が発生しないことを定めているにすぎず、訴訟上の真偽不明の状況を規制するものではありえないといっているのである。しかし、真偽不明に対応する法の適用・不適用の判断も法的に規制されなければならぬものである。そこで、実体法とは別個の特別な規範の存在とその独自性が肯定されることになるのである。<sup>(11)</sup>

このような理解を前提とした場合、i. d. p. r. 原則を、真偽不明に対応する法の適用・不適用の判断を法的に規制する、実体法とは別個の独立規範だとする素朴な認識に至ることは不思議ではない。とりわけ、実体刑法規定の規定形式が真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を明らかにする形で決定されているのではないと

いう事実は、こうした認識に結び付き易い。<sup>(12)</sup>

確かに i. d. p. r. 原則は、in dubio (疑いがあるとき) という法律要件に pro reo (被告人に有利に) という法律効果を結び付ける仮言命題の形式をとっており、通常の法規範の命題形式に一致している。しかし、この原則が独立規範であるためには、形式的に法規範の命題形式をとっているだけでは足りず、実質的にもその法律要件・法律効果のそれぞれの内容が一義的に確定されなければならぬ。実体刑法の領域ではさしあたってこの一義的な確定は可能かもしれない。in dubio とは、一定の事実の存否が確定でないことを意味し、pro reo とは、刑罰 (又はより重い刑罰) という法律効果の不発生を意味するものとして確定できるかもしれないからである。<sup>(13)</sup>

しかし、実体刑法の領域を越えて刑事訴訟法の領域まで視野を広げた場合、そこでもなお i. d. p. r. 原則の適用を問題にするならば、i. p. r. 原則は多義的なものにならざるをえない。刑事訴訟法規定においては、一定の事実の存否の蓋然性が法律要件とされている場合もあり、何よりも刑罰が法律効果とされているのではない

からである。

「P. P. C.」原則の多義性は、確かにそれ自体を独立規範として把握することを不可能にするが、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定が実体法とは別個の特別な規範によってなされると把握することまで不可能にするものではない。個々の法規定の解釈により、それぞれの特別規範を定立することができれば、それで足りるからである。実体刑法が刑罰とその前提要件を規定するものであることから、「その前提要件の存否が確定でないときには、刑罰（又はより重い刑罰）は科されない」という内容を持った特別規範が導かれるとすれば、同様に、刑事訴訟法規定についてもその解釈を通じて被告人（又は被疑者等）の保護をその内容とする特別な規範が導かれうる。つまり、被告人の保護という点では一致しながら、様々な内容を持った特別規範が個々の法規定について定立されるのであり、「P. P. C.」原則は、このようにして定立された様々な特別規範を集約的に表現するものにすぎない。<sup>(15)</sup>

三 「P. P. C.」原則を、実体刑法の構成要素として把握するにせよ、実体刑法とは別個の特別な規範として把握

するにせよ、その内容は、個々の法規定の解釈を通じて明らかにされるものである。したがって、現実的重要問題は、この解釈の規準を確定しておくことであるが、この問題は次章において明らかにすることとして、ここでは、上述の二つの見解のいずれに妥当性があるかを検討しておきたい。

問題は、ローゼンベルクに対するライポルドの批判が、実体刑法について適切なものであるかということである。実体刑法についてライポルド流の理解を貫徹しているのはフリッシュである。フリッシュは、ある者が実体法に従って可罰的であるのはいかなる場合かという問題と、国家がこの刑罰を実現してもよいのはいかなる場合かという二つの問題を明確に区別しなければならぬ<sup>(16)</sup>とし、実体刑法は前者の問題を規定しているにすぎず、後者の問題については、実体刑法とは別個の独立規範たる「P. P. C.」原則によって規制されるとする。このような解釈を探らないと、自らの犯行を実に巧妙に隠蔽する術を心得ているために、裁判所がその犯行について確信を得られない者、それどころかその犯行が一度も発覚したことのない者は、すでに実体刑法に従って刑罰に値しないと

いう不合理を甘受しなければならなくなるというのである<sup>(17)</sup>。

フリッシュュの見解は、実体刑法をまず行為規範として捉え、裁判規範としての機能もこの行為規範としての機能に対応する形でしか認めないものである。すなわち、犯罪事実の存在が認定されれば実体法的に有罪判決が下され、その不存在が認定されれば実体法的に無罪判決が下されるが、存否いずれとも認定できない場合には、実体法的にはいかなる判断も下しえないことになり、この判断不能を解決するための特別な規範——*In dubio pro reo* 原則の存在と独自性が肯定されることになるのである<sup>(18)</sup>。

このような理解の決定的な問題性は無罪判決を二義的に捉えざるをえなくなるといふ点である。すなわち、犯罪事実の不存在が認定された場合の実体法的な無罪判決と存否いずれとも認定できない場合の *In dubio pro reo* 原則の適用による無罪判決である。この区別が判決理由に現れるとすれば、*In dubio pro reo* 原則の適用による無罪判決は、被告人に対する裁判所の嫌疑を積極的に表明する結果になる<sup>(19)</sup>。

フリッシュュの見解の根本的問題性は、実体刑法の機能

を一面的にしか捉えていないという点にある。最近、モンテンブルクが明らかにしたように、実体刑法は、公共 (Allgemeinheit)、市民、刑事訴追機関 (法適用機関) をその名宛人として有しており、それぞれに対応して、一般予防機能、行為規範としての機能、裁判規範としての機能を有しているのであって、人権保障機能としての裁判規範としての機能を実質化するためには、これを行為規範の反映として捉えるだけでは足りず、訴訟上の証明問題までも包含する形で捉えなければならない<sup>(20)</sup>。フリッシュュの指摘する不合理も、この裁判規範としての機能に着眼するとき、決して不合理なものではなくなる。実体刑法が国家の刑罰権の発動を規制するものである以上、裁判において犯罪事実の存在が明らかにされない限り、実体刑法に従って刑罰に値しないのである。無罪判決は、実体法的に、犯罪の証明がないという意味での一義的なものである。

ローゼンベルクに対するライポルドの批判は、実体刑法については適切なものでない。真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定——*In dubio pro reo* 原則は、実体刑法の構成要素として把握されるべきものであり、それは、

実体刑法の裁判規範としての機能の中に正当に位置づけられるべきものである。

刑事訴訟法の領域においても、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定は、刑事訴訟法規定の構成要素として把握されうる。刑事訴訟法規定について、実体刑法とは異なる特別な構成を採る必要性は認められない。ただ、刑事訴訟法の領域における真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定のすべてが、i. d. p. r. 原則によって集約的に表現されうるかどうかは必ずしも明らかではない。

刑事訴訟において、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定が i. d. p. r. 原則によって集約的に表現されるのは、この原則が近代刑事司法の基本精神を端的に表しているからである。その意味では、i. d. p. r. 原則は、本来、国家権力と市民とが對抗するときには広く妥当すべきものである。しかし、i. d. p. r. 原則がそのようなものであれば、問題の中心に据えられるのは、i. d. p. r. 原則そのものではなく、個々の法規定の内容と機能である。i. d. p. r. 原則によって端的に表される近代刑事司法の基本精神が、憲法的価値選択の下で個々

の法規定にどのように具体化されていなければならないかが直接に問題とされなければならない。

(9) Z. B. Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., 1962, S. 240 ff.; Sax, a. a. O. (2), S. 163 ff.; Montenbruck, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrenrechtlicher Sicht, 1985. (各見解の詳細については、拙稿「In dubio pro reo 原則の本質」一橋研究第一三巻四号一一八頁以下参照)

(7) i. d. p. r. 原則が独立規範であるという点では一致しつつもそれがどのような性格を有する規範なのかについては対立が見られる。証明形成規範として理解するものと、Z. B. Peters, Strafprozess, 4. Aufl., 1985, S. 287 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 21. Aufl., 1989, S. 85. 証明責任規範として理解するものについては Z. B. Fritsch, a. a. O. (5), S. 279 ff. (各見解の詳細については前掲拙稿 (6) 一〇八頁以下参照)

(8) Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 11 ff. (倉田卓次訳『証明責任論(全訂版)』(一九八七)二二頁以下) ローゼンベルクの見解によれば、客観的証明責任とは、法規不適用の結果当事者に生ずる不利益のことであり、実体法不適用と同義であることになる。

(6) Glaser, a. a. O. (4), S. 97.

(10) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 43 ff.

(11) Leibold, Beweisregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten, 1966, S. 17 ff. ライボルトの見解によれば、客観的証明責任とは、実体法とは別個の特別な規範—証明責任規範によって真偽不明に対応する実体法の適用・不適用が決められる結果当事者に生ずる不利益であることとなる。

(12) 小林秀之『証拠法』(一九八九)一四二頁以下および一五七頁以下参照

(13) Peters, a. a. O. (7), S. 291. 註<sup>14</sup> i. d. p. r. 原則が適用されるのは明白な事実関係が要件とされてくる場合のみであり、嫌疑や蓋然性で十分な場合には適用の余地はない。Sulanke, Die Entscheidung bei Zweifeln über das Vorhandensein von Prozessvoraussetzungen und Prozezhindernissen im Strafverfahren, 1974, S. 77; Lehmann, Die Behandlung des zweifelhaften Verfahrensverstosses im Strafprozess, 1983, S. 88. 註<sup>14</sup> i. d. p. r. 原則を実体的責任主義の訴訟上の裏側だとして、有責な構成要件実現の事実的基礎について疑いのある場合にのみ適用があるとする。

(14) 確かに、この多義的な i. d. p. r. 原則それ自体をなお独立規範として把握した上で、個々の法規定との関連で、

その内容を一義的に確定してゆくという方法も不可能ではな。しかし、その場合でも i. d. p. r. 原則の解釈とる形式を採りながら、実は個々の法規定の解釈を行っているのである。その意味では i. d. p. r. 原則が個々の法規定の解釈の帰結であることに変わりはない。

(15) Frisch, a. a. O. (5), S. 284 f.

(16) Vgl. H. Kaufmann, Strafanspruch Strafklagerecht, 1968, S. 133 ff. 但し、これは、実体刑法と刑事訴訟法の概念的境界線を適切に引くかに関する規準として述べられてゐる。

(17) Frisch, a. a. O. (5), S. 278 f.

(18) Frisch, a. a. O. (5), S. 280 f.

(19) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 61 f.

(20) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 43 ff.

(21) 庭山英雄「再審事由と上記の証拠の明白性—白鳥事件—」刑事訴訟法判例百選(第三版)二六一頁

### III 刑事訴訟における法適用原理

一 真偽不明に対応する法の適用・不適用は予め法的に決定されていなければならないが、まず最初に、このこの意味をもう少し正確に確定しておく必要がある。法律要件において、まず第一に問題となるのは一定の実体

的事実であるが、証拠調べの結果、この実体的事実の存在否について下される評価は様々なものである。その存在ないし不存在が確実であると評価される場合もあれば、その存在の蓋然性は高いが、不存在の可能性も排除できないという場合又はその反対の場合もある。後者の場合には、蓋然性と可能性とか言っても、それには程度の差もある。つまり、この評価は連続的性質を持っている。真偽不明に対応する法の適用・不適用が予め法的に決定されているということは、この連続性のどこかに、その法の適用・不適用を決定する境界線が引かれていることを意味しているのである。

しかし、これは個々の法規定の文言から形式的に導かれるものではない。個々の法規定の解釈を通じて明らかにしなければならないものなのである。但し、この解釈は個々の法規定の実体的内容を確定する解釈とは別の次元の解釈であり、両者は明確に区別されなければならない。<sup>(22)</sup> しかもこの解釈は、西ドイツにおける *Präzedenzfälle* 原則の妥当根拠をめぐる議論の中で、憲法的レベルに立つことが明らかにされてきている。

以下では、この憲法的レベルに立つ解釈の規準を明ら

かにすることによって、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を個々の法規定について明らかにするための方法を示そうと思う。

二 西ドイツにおいて、*Präzedenzfälle* 原則の総合的な憲法的基礎づけ(法治国的基礎づけ)は、まずシュトレイによってなされた。シュトレイは *Präzedenzfälle* 原則の法治国的根拠として、正義、責任主義、適法行為の推定 (*Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen*)、<sup>(23)</sup> 法的安定性、法定原理 (*Gesetzmäßigkeit*) を挙げている。<sup>(24)</sup> 既に我が国において紹介されているところと重複するが、シュトレイの主張を紹介した上で検討の素材としたい。シュトレイは、*Präzedenzfälle* 原則は法治国内に在する正義の要請から導かれるものであるという。犯罪行為の存否が不確実である場合に、有罪判決を下すことには無実の者を処罰する危険性があり、無罪判決を下すことは犯罪者を相応の刑罰から逃れさせる危険性がある。正義の理念からすれば、犯罪者を相応の刑罰から逃れさせることよりも無実の者を処罰することのほうがより大きな害悪であり、それ故、*Präzedenzfälle* 原則は正義の要請であるとされるのである。<sup>(25)</sup>

しかし、何故、正義の理念からすれば、前者よりも後者のほうがより大きな害悪とされるのであろうか。無実の者に有罪判決を下すことが不正義であるのと同様に、犯罪者に無罪判決を下すことも不正義であるはずである。前者の不正義が後者の不正義よりも重大な不正義である根拠を、ライポルドは刑罰という法律効果の特殊性に求めている。刑罰の本質的内容は、害悪の付加（法益の侵害）であると同時に行為に対する道徳的否認（*sittliche Mäßigung*）（無価値判断）であり、それ故、その諸要件が満たされていないにも関わらず処罰することは、被告人の私的領域（*Persönlichkeitsphäre*）および人間の尊厳に対する重大な侵害となるのである<sup>(25)</sup>。無実の者を処罰することは、人間の尊厳を至上の価値と認める憲法的価値選択（ドイツ連邦共和国基本法第一条）の下で、絶対に許されない不正義として理解されるのである。

責任主義による *i. d. P. R.* 原則の基礎づけもまた同様の考慮を基礎としている。シュトレーによれば、刑罰が道徳的否認を伴うものであるが故に、過ち（*Fehlverhalten*）について答責的である者、すなわちその行為について主観的に非難可能な者にしか科されてはならないのであって、これは基本法第一条の人間の尊厳の不可侵性からの必然的な帰結であるとされる。責任のない者を処罰することは、人間の尊厳に対する重大な侵害であって、絶対に許されてはならないことなのである<sup>(27)</sup>。

適法行為の推定も、その出発点は人間の尊厳である。人間の尊厳の不可侵性は、国民を、法秩序に適った行動をとる精神的道徳的存在として措定することを前提としているとシュトレーは言う。それ故、この措定が破られたときに始めて国民の私的領域に対する国家の干渉が許されるのであり、刑法について言えば、犯罪行為と責任が完全に証明されたときにのみ処罰が許されるのである<sup>(28)</sup>。

人間の尊厳を至上の価値と認める憲法は、国民が国家の恣意に晒されることのないように、国家の行動を法律によって規制する。国家の恣意から個人を保護するための法的安定性の要請として、実体法的には罪刑法定主義（基本法第一〇三条第二項）が導かれ、訴訟法的には「犯罪の証明なければ刑罰なし」という原則が導かれる。シュトレーによれば、法律上の警告がなければ後から処罰されることを恐れる必要がないのと全く同様に、単なる嫌疑に基づいて有罪判決を下されることを恐れる必要の

ないことを国民に保障する憲法原理が法的安定性なのである。<sup>(29)</sup>

法的安定性が特に国民の自由の保障に着眼しているのに対して、法定原理は、国家による干渉の基礎に着眼するものである。国民の私的領域に対する国家による干渉は、明白な法律上の基礎を必要とし、法律がこれに権限を与えているときにのみ、権限を与えている限りで適法であるとされる。実体刑法は、可罰的行為を行ったことが確実であることを要件として、そのような干渉(刑罰)を許しているにすぎない。<sup>(30)</sup>

以上のように、シュトレイは、F.P.C.H.原則を五つの憲法的論拠によって基礎づけている。しかし、その実質的内容を見れば、人間の尊厳の不可侵性とそれを保障するための手段としての罪刑法定主義ないし法定原理がF.P.C.H.原則を基礎づけていると考えることができる。無実の者の処罰は人間の尊厳に対する重大な侵害であり、憲法的に絶対に許されないものである。それ故、国民の自由を保障するための罪刑法定主義ないし国家の干渉権を制約するための法定原理における法律の内容は、無実の者の処罰を完全に排除するものでなければならない。

この場合、例外は一切認められない。実体刑法は、可罰性が確実であることを要件として刑罰を科すこと許容しているにすぎず、可罰性に疑いある場合すなわち可罰性がない可能性が存在する限り、刑罰を科すことを禁止しているのである。<sup>(31)</sup>

憲法第一三条においてすべての国民の個人としての尊重とその権利の最大の尊重を宣言し、第三一条において適正手続を保障している我が国において、全く同じことが妥当するのはいうまでもない。

三 実体刑法は、憲法的に上述のような内容を持ったものでなければならず、それ故、裁判規範として国家の干渉権限を制約する形で機能するのであるが、その文言自体はこれを明確に表現していない。すでに述べたように、実体刑法規定の文言は国家の行動の予測可能性を保障するための明確性の原理の要請に従って決定されるものである。つまり、国民が、ある行動をとろうとする場合に、その行動が国家による刑罰的干渉を基礎づけるものであるか否かを明確に認識しうるように、実体刑法規定の文言は決定されているのである。<sup>(32)</sup>

実体刑法規定の文言がそのようなものである以上、裁

判規範としての実体刑法規範は、個々の実体刑法規定の解釈を通して導かれなければならないが、実体刑法規定の内容が上述のようなものである以上、解釈の方法は自ずと明らかになる。すなわち、全ての実体刑法規定は、裁判規範として、可罰性の要件を定めるものであり、その存在が確実である場合にのみ処罰を許容しているものとして解釈されなければならない。

基本犯罪類型および加重犯罪類型を定める各論規定等のように可罰性の要件そのものを掲げている規定の場合、その文言は裁判規範としての機能に一致している。したがって、ここでは、ザールシュテットが主張したように、その法律要件に該当する事実が確実に存在していることが処罰の要件であると解釈すれば足りる。<sup>(33)</sup> 犯罪の成立を妨げる事由（違法阻却事由、責任阻却事由）および刑罰の阻却ないし免除事由を定める規定の場合には、その文言は不可罰の要件を定めるもので、可罰性の要件として消極的に読まれなければならないことになる。つまりそれらの事由の不存在が確実であることが処罰の要件である。<sup>(34)</sup>

ここで注意しなければならないのは、個々の法規定の

法律要件が幾つかの要素の集合として把握されるものだということである。基本犯罪類型および加重犯罪類型を定める各論規定等の法律要件に該当する事実が確実に存在するということは、その全ての要素に該当する事実が確実に存在することを意味するが、犯罪の成立を妨げる事由および刑罰の阻却ないし免除事由を定める規定の法律要件に該当する事実の不存在が確実であるということは、その一つの要素に該当する事実の不存在が確実であれば足りるのである。たとえば、緊急避難において補充性の要件が満たされないことが確実であれば、それだけで緊急避難に該当する事実の不存在は確実である。このように、法律要件に該当する事実の存否は、まず第一に個々の法律要件要素に該当する事実の存否の問題として把握される。

法律要件に該当する事実の存否が、まず第一に個々の法律要件要素に該当する事実の存否の問題として把握されることから、法規定相互の段階的關係が明らかになるのであり、基本犯罪類型に対する減軽犯罪類型を定める各論規定の意味も明らかになるのである。<sup>(35)</sup> 程度を含む可罰性の要件を明らかにしようとする場合、減軽犯罪類型

を定める各論規定における減輕要素はその規定の法律要件要素ではなく、基本犯罪類型を定める各論規定の消極的要素として把握されなければならないことになる。たとえば、被害者の囑託ないし承諾が承諾殺人罪の要素なのではなく、その不存在が殺人罪の要素なのである。したがって、人を殺したことが確実であっても、被害者の囑託ないし承諾の不存在が確実でない限り、承諾殺人罪は成立するが、殺人罪は成立しない<sup>(36)</sup>。

以上のような実体刑法の諸規定によって並列的に確定される可罰性の要件は、刑罰という刑事訴訟における最終的な法律効果に対して、全てが等価的な条件として把握される。それ故、判決三段論法における大前提は、実体刑法諸規定の適用および不適用の複合として構成されることになる。殺人罪を例にとれば、「違法阻却事由、責任阻却事由、刑罰の阻却ないし免除事由および減輕事由の不存在が確実であって、人を殺したことが確実である者は、死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処される」という大前提が導かれるのである<sup>(37)</sup>。減輕事由の不存在が確実でないだけならば減輕された刑罰が科される可能性は残されるが、それ以外の諸条件のいずれか一つで

も満たされない場合には、実体刑法規定の正当な適用ないし不適用によって、処罰は禁止される<sup>(38)</sup>。

四 実体刑法を実現する手続を定める刑事訴訟法もまた、国民を個人として尊重し、その権利を最大限に尊重するものでなければならぬし、そのために適正な手続を保障しているものでなければならぬことは言うまでもない。したがって、刑事訴訟法規定の法律要件が真偽不明にとどまる場合の法の適用・不適用の法的決定も、この観点から明らかにされなければならない。しかし、ある一定の行為の可罰性(程度を含む)を明らかにし、それに対する刑罰を定めることが実体刑法の任務であったのに対して、刑事訴訟法諸規定は、手続の種類・段階に応じて多様な任務を有するものであり、それ故考察の対象は、上述の憲法的価値選択の下での個々の刑事訴訟法規定の意味と目的の解明に移行する。すなわち、刑事訴訟法の領域における真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定の解明は、必然的に個別的思考を要求するのである。

しかし、ここでは、問題となる個々の刑事訴訟法規定の全てについて考察を加える余裕はない。したがって、

個別的考察の際の方法論を指摘するにとどめざるをえない<sup>(39)</sup>。

刑事手続は実体刑法を実現する手続である。刑事訴訟法は、どのような場合に、どのような方法で、この刑事手続が実行されるべきかを明らかにしている。換言すれば、国家刑罰権を実現する権限がいかなる場合に認められ、それはどのように行使されなければならないかについて定めているのである。したがって、全ての刑事訴訟法規定は、まず第一に「国家刑罰権の実現可能性」という規準に従って読まれなければならない<sup>(40)</sup>。たとえば刑事訴訟法第三三七条(免訴判決)、第三三八条(公訴棄却判決)、第三三九条(公訴棄却決定)の各規定は、各判決・決定の要件を積極的に記述しているが、これらの判決・決定は国家刑罰権を実現する権限の不在の確認であり、それ故、そこに掲げられている要件の不在が国家刑罰権を実現する権限の存在の要件として読まれなければならない。

罪刑法定主義が妥当するために厳格解釈が要求される実体刑法規定に対して、刑事訴訟法規定にはある程度広い解釈の余地があるので、「国家刑罰権の実現可能性」

という規準に従って法規定を読み直しただけでは、真偽不明に対応する法の適用・不適用の法的決定を明らかにすることはできない。つまり、手続の種類・段階に応じて、国家刑罰権実現の要件とされている一定の事実が確実に存在しなければならぬのか、その存在の蓋然性で足りるのかについては、なお解釈の余地が存在するのである。それ故、最終的な決定は個々の法規定の解釈によって明らかにされなければならないことになる。但し、適正な手続の保障という憲法的観点から、解釈の限界は導き出すことができる。それは法定原理である。国民の私的領域への不利益を伴う国家による干渉は明確に法的基礎を有していなければならない<sup>(41)</sup>、これが存在しないときには、国家は国民の不利益になる行動をしてはならない<sup>(42)</sup>。この解釈の限界が憲法的観点から設定されること、それ故、この解釈問題が憲法的レベルに立つことの認識は重要である。

個々の刑事訴訟法規定をまず「国家刑罰権の実現可能性」の観点から読み直し、法定原理を解釈限界として、それぞれの規定の意味と目的に従って真偽不明に対応する法の適用・不適用を明らかにしようとした場合、刑事

訴訟法規定は三つの類型に分類されうるとモンテンブルックは言う。三つの類型とは、「一般的かつ例外のない規定」、「例外を伴う一般的規定」、「個別的規定」である。<sup>(45)</sup>

「一般的かつ例外のない規定」とは、ある事情を一般的かつ例外なく捉えている規定である。たとえば、一事不再理の場合のように、刑事訴権が既に尽くされているときには、一般的かつ例外なく手続は打ち切られなければならない。それ故、刑事訴権が既に尽くされている可能性があれば十分であることになる。このように、「一般的かつ例外のない規定」の場合には、ある事情の可能性が認定できれば法の適用・不適用の判断が可能になる。

「例外を伴う一般的規定」とは、ある事情を一般的に捉えているが、例外も許容している規定である。このような規定として第一に挙げられるのは、危険、嫌疑、おそれ等を法律要件要素としている規定である。危険、嫌疑、おそれ等の概念は、ある一定の事実それ自体を示すものではなく、その蓋然性を示すものである。たとえば、危険は結果発生の蓋然性として捉えられる。それ故、ここでは蓋然的に把握される事情が問題になる。つまり、「例外を伴う一般的規定」の場合には、ある事情の蓋然

性が認定できれば法の適用・不適用の判断が可能になる。但し、どの程度の蓋然性が必要であるかは、個々の法規定の解釈によって導かれなければならないものである。

上述の二類型の場合には、ある事情が一般的に捉えられているので、その事情の存否は職権調査の対象になる。それに対して、ある者が訴訟主体としての積極的役割を演じる場合には、その者が主張し、証明（疎明を含む広義の証明であり、要求される証明の程度は個々の法規定に従う）した事情のみを基礎として、その適用・不適用を決することのできる法規定も存在する。これが「個別的規定」である。

モンテンブルックは、憲法上の法定原理の観点から「一般的かつ例外のない規定」の優越を説くが、この規定の類型化自体、その内容から明らかのように、職権主義の訴訟構造の下で始めて積極的意義を有するものである。「一般的規定」は、問題となる事実に関する職権調査を前提とせざるをえないからである。当事者主義の訴訟構造を採用し、ある程度まで当事者の処分権を認める場合には、むしろ「個別的規定」として捉えられる範囲が拡大する。その意味では、「個別的規定」の枠組みの

中で、「一般的かつ例外のない規定」の優越の原理、すなわち「国家刑罰権実現の基礎は確実に存在していなければならぬ」ことが原則であることを、積極的に考慮していく必要がある。

この問題は、刑事訴訟における当事者主義概念をどう捉えるべきかという問題にも関連する。<sup>(4)</sup> 刑事訴訟法諸規定の意味と目的を解明するためには、その採用する訴訟構造に対する考慮が不可欠であることは言うまでもなからう。それ故、ここでは、我が国における刑事訴訟法規定の類型化については、一つの視点を提供するにとどめるをえなう。

(22) 小林前掲(12)一四四頁では、証明責任規範の存在と独自性を認める論拠の一つとして、この解釈次元の相違が掲げられている。しかし、同一規範が多面的機能を有する以上、それぞれについて異なった次元の解釈が必要であることは当然であって、そのことから直ちに証明責任規範の存在と独自性を認めるべきことにはならないように思われる。

(23) Stree, *In dubio pro reo*, 1962, S. 14 ff.

(24) 福井厚「保安処分と *In dubio pro reo*」法学会雑誌第二〇巻二号一二六頁以下、田淵浩二「訴訟法上の事実の

証明における „*in dubio pro reo*” 原則の適用可能性について—西ドイツの理論状況の紹介—(二)法学雑誌第三六巻二号二九二頁以下

(25) Stree, a. a. O. (23), S. 14 ff. 犯罪者に不相応の刑罰を科すことも同様である。

(26) Leipold, a. a. O. (11), S. 133 ff.; Frisch, a. a. O. (5), S. 284 ff.

(27) Stree, a. a. O. (23), S. 15 ff. 不法の実現は「責任非難の基礎であり、責任の本質的前提であるが故に、その不在の場合の処罰も絶対に許されなものである。Auch Henkel, a. a. O. (4), S. 352 FuDn. 12; Roxin, a. a. O. (7), S. 85.

(28) Stree, a. a. O. (23), S. 17.

(29) Stree, a. a. O. (23), S. 17 f.

(30) Stree, a. a. O. (23), S. 18 f.; Sarstedt, a. a. O. (6), S. 240 f.

(31) Vgl. Sax, a. a. O. (2), S. 164 f.

(32) このことは、全ての国民が法律を読み、理解していなければならぬということの意味するものではない。確かに、実体刑法の中核領域においては、素人の並行評価 (Parallelwertung in der Laiensphäre) や、自己の行動が可罰的であるか否かを推し量ることができなければならぬが、限界領域においては弁護士のような法律の専門家を利用すればよい。Montenbruck, a. a. O. (6), S. 46 f.

- (33) Sarstedt, a. a. O. (6), S. 240 f.; Montenbruck, a. a. O. (6), S. 49 ff.
- (34) Stree, a. a. O. (23), S. 20 f.; Montenbruck, a. a. O. (6), S. 55 f.
- (35) 段階的関係の単純な場合は、基本犯罪類型を定める各論規定のある要素の欠如が減輕犯罪類型を定める各論規定を構成する場合である。たとえば、未遂罪は、未遂罪に特有の主観的要素を認める場合は別として、既遂罪の構成要件から結果の発生ないし結果に対する相当因果関係という要素を取り除いたものとして把握される。
- (36) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 56 ff.
- (37) Vgl. Englisch, Logische Studien zur Gesetzanwendung, 3. Aufl., 1963, S. 14.
- (38) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 53.
- (39) 刑事訴訟法規定における i. d. p. r. 原則の妥当性をめぐる西ドイツの議論については、田淵前掲(24)に詳細な紹介があるのでこれに譲り、以下では、この問題に一つの視点を与えるものと思われるモンテンブルックの見解を素材とする。
- (40) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 79 ff.
- (41) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 81 f.
- (42) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 87 ff.
- (43) Montenbruck, a. a. O. (6), S. 94 f. 個々の刑事訴訟法規定を、「国家刑罰権の実現可能性」という観点から読

み直し、そのようにして形成された規範を原則として「一般的かつ例外のない規定」と把握することは、簡単に言えば、「国家刑罰権実現の要件は原則として確実に存在しなければならないなら」ということである。Michael, Der Grundsatz in dubio pro reo im Strafverfahrensrecht, 1981, は、未だ i. d. p. r. 原則に対する素朴な認識から脱却していないとはいえず、既にこのような視点に到達している。ミヒャエルは、実体刑法と刑事訴訟法の関係に着眼し、刑事訴訟法もまた処罰の要件を定めるものであるが故に、ここでも i. d. p. r. 原則は広く適用されなければならないという結論を導いている。

(44) 刑事訴訟における当事者主義概念は、現在でも、必ずしも明確にされてはいない。井戸田侃「刑事訴訟における当事者主義概念」立命館法学一九八八年五・六号二二七頁以下参照

#### IV 結語

刑事訴訟における法適用原理は、確かに i. d. p. r. 原則によって表されるものである。しかし、i. d. p. r. 原則それ自体は、何か特別な規範を表すものではないし、それ自体として何か特別な機能を有するものでもない。憲法的価値選択の下で、その下位規範たる実体刑法およ

び刑事訴訟法が持っていない内容を集約的に表現するものにすぎないのである。このように考えるとき、*In dubio pro reo* 原則は、刑事訴訟におけるそれぞれで、多様な内容を持ったものとして把握することができる。

国民は、無実の可能性がある場合や刑罰に値しない可能性がある場合には、刑罰という国家による干渉を受けない憲法的権利を有しており、実体刑法もまたこの権利を保障するものでなければならぬ。国民は、法律的根拠が明確でなければ、不利益を伴う国家による干渉を受けない憲法的権利を有しており、刑事訴訟法もまたこの権利を保障するものでなければならぬ。*In dubio pro reo* 原則は、このような憲法を最高法規とする実定法秩序の採択した原理を表明するものであって、それ以外の何か特別なものではない。

「疑わしきは被告人の利益に」というような嫌疑を要件とするかのような訳語が一般に用いられたり、「*In dubio pro reo* 原則の適用」という思考形式がしばしば現れたりすることは、このような基本認識が十分であるかどうかを疑わしくさせる。前者について言えば、*In dubio pro reo* 原

則は、嫌疑があるにすぎないから処罰しないという国家の寛大さ表明するものでは決してない。それは、無実の可能性があるが故に無罪判決を下される権利を被告人が有していることの表明である。後者について言えば、*In dubio pro reo* 原則はそもそも適用が問題となるものではなく、実定法の採択した憲法原理であり、*In dubio pro reo* 原則に反する規定は違憲であるという形で問題となるものである。もっとも、これらの表現も不用意に用いられたにすぎないものかもしれない。我が国における学説の大勢は、実体的真実主義から適正手続保障への移行、それに対応して、実体刑法の行為規範としての側面よりも裁判規範としての側面を重視することを承認している。それ故、ドイツにおけるのは異なって、我が国においては、本稿におけるような認識に対する違和感はそれほど存在しないのではないだろうか。

(一橋大学大学院博士課程)