

In dubio pro reo 原則の本質

—西ドイツの議論を中心として—

内山安夫

I. 問題の所在

一定の法律要件に対して一定の法律効果を結び付けるのが法規範の通常の形式である。このような法規範は、第一次的には実体関係に着眼している⁽¹⁾ので、実体関係規範と呼ぶことにする。実体関係規範が専ら実体関係にのみ着眼し、一定の法律要件に一定の法律効果を結び付けているものだとすれば、法規範の前提部分たる法律要件の存否が、それと結び付いた法律効果の発生および不発生を帰結することになる。

このことが訴訟上の証明と結び付くと事態は複雑化する。すなわち、証明の結果について、法規範の前提部分たる法律要件の存在の証明がある場合、その不存在の証明がある場合、いずれの証明もない場合の三様の状態が起こりうる。第一の場合には法律効果の発生が、第二の場合には法律効果の不発生が帰結されることは問題はない。しかし、第三の場合には法規範と証明の結果の間に空隙が生じているのであり、論理必然的に何らかの帰結を導き出すことは不可能である。

このことを自由心証主義の証明体系を前提として考えると、証明の結果、法規範の前提部分たる法律要件の存在についての心証が得られた場合には法律効果の発生が、その不存在についての心証が得られた場合には法律効果の不発生が帰結されるが、いずれの心証も得られなかった場合、すなわち疑いがある場合には、裁判官はいかなる判断をも下しえないことになる。しかし、この第三の場合であっても、裁判官は判断を留保することは許されない。かくして、この場合をいかに解決すべきかという問題が生じるのである。

この問題を解決するためには、一定のルールを確立することが必要である。In dubio pro reo原則（以下 i.d.p.r. 原則と略称）は、刑事訴訟において、と

りわけ実体刑法規範について確立された問題解決のためのルールだと一般に把握⁽⁴⁾されている。

ところで、上述のような論理は、実体関係規範が専ら実体関係のみに着眼して一定の法律要件に一定の法律効果を結び付けるものだという理解を前提としている。この前提の故にこそ、法規範と証明の結果との間に空隙が生じるのであり、この空隙を埋めるためのルールが必然的に必要となってくるのである。とすれば、この前提自体を覆せば、特別なルールは不必要なものとなるはずである。すなわち、実体関係規範が自らの中に訴訟上の証明問題を内包しているとすれば、証明の結果との間に空隙は生じえないのであり、証明の結果がいかなるものであろうとも、特別なルールを確立するまでもなく何らかの結論は得られることになるはずなのである。一定の法体系が、何らかの訴訟制度を前提とする限り、そこには必然的に証明の問題が関わってくるのであるから、実体関係規範自体が証明問題をも内包していると考えerることには十分な理由があると考えられる。とりわけ実体刑法規範については、刑罰という法律効果は一定の手続を踏まずには実現されえないのであるから、この理は一層明白になろう。

本稿は、西ドイツにおける i.d.p.r. 原則の本質をめぐる議論を分析・検討することによって、上述の問題に一定の回答を与えようとするものである。その意味ではきわめて基礎的な考察である。しかし、こうした基礎的考察が絶対的に必要なのは、i.d.p.r. 原則という全く一般的なルールを前提とし、このルールの適用によって問題を解決しようという支配的見解が、実はより重要な個々の規範の解釈問題を隠蔽するものでしかないのではないかと思われるからである。

西ドイツにおいて、始めて i.d.p.r. 原則の本質の問題を正面から取り上げ、その機能的側面について詳細に分析・検討を行ったのはフリッシュ⁽⁵⁾である。フリッシュは「周知のように、裁判官の判断は全体として一体的なもの (monolithisches Ganzes) ではなく、大前提の形成 (Bildung des Obersatzes)、事実認定 (Tatsachenfeststellung)、当て嵌め (Subsumtion) に区分される過程である」として、「i.d.p.r. 原則がこれらの段階の内の一つの段階で作用するものならば、そのことからその本質が正確に示されうるのではないか」を問題にしている。⁽⁶⁾ i.d.p.r. 原則をその機能的側面に着眼して分析・検討する場合には、フリッシュの問題設定は有用なものであろう。したがって、ここではまずフリッシュに従って各見解を分類することにする。その後、i.d.p.r. 原則の独立し

た意義を否定する見解を分析・検討する。

この分析・検討にあたっては、第一に実体刑法規範における法律要件について疑いがある場合が問題とされなければならないし、またそれだけで十分である。なぜなら、この場合がi.d.p.r. 原則の中核的適用領域として考えられてきた⁽⁷⁾からである。

モンテンブルックは、実体刑法規範における法律要件について疑いがある場合を次の四つの事例類型に分類している⁽⁸⁾。

- 1) 刑罰を基礎づける事実について疑いがある場合
- 2) 刑罰を阻却する事実について疑いがある場合
- 3) 刑罰を加重する事実について疑いがある場合
- 4) 刑罰を減輕する事実について疑いがある場合

実体刑法規範における法律要件について疑いがある場合には、結論において「疑いがあるときは被告人に有利に」判断されるべきことは例外なく承認されているのであるから、第一類型および第二類型に属する事例については無罪判決が下され、第三類型および第四類型に属する事例についてはより軽い刑罰の有罪判決が下されることになる。以下では、この分類に基づいて、各見解が分析・検討される。

- (1) 実体関係規範という概念を用いたのは全く便宜的なものにすぎない。本文に述べたところからも明らかなように、この概念は実体法規範よりも広い概念であり、一定の法律要件に一定の法律効果を結び付けている法規範の全てを含む。
- (2) 厳格な証明と自由な証明の区別はここでは問題とならない。それは証明方法の問題であって、ここでの問題はいかなる証明方法によるかと、最終的な証明結果が法律要件の存否不明にとどまる場合の解決方法を問題にするものだからである。
- (3) いかなる場合に心証が得られたと言いつけるのかは、それ自体として独立の検討を要する問題である。この問題につき注目すべき研究として、太田勝造「裁判における証明論の基礎」(1982)がある。
- (4) 我が国においてi.d.p.r. 原則が「実質的举证責任の原則的檢察官負担」を意味するものとして把握されているということは、この原則が実質的举证責任を分配する独立のルールとして把握されていることを意味する。
- (5) Frisch, Zum Wesen des Grundsatzes "in dubio pro reo", Festschrift für Henkel, 1974, S.273 ff.
- (6) Frisch, a.a.o.(5), S.274.
- (7) 刑事訴訟法規範についてi.d.p.r. 原則の適用があるかどうか、およびどの程

度適用があるかについては争いがある。この問題は独立した研究に値するきわめて重要な問題であるが、i.d.p.r. 原則の本質を明らかにするという本稿の目的からすれば、むしろ結論において「疑いがあるときは被告人に有利に」判断されるべきことが例外なく承認されている領域に関して、問題を分析・検討すべきであろう。但し、i.d.p.r. 原則の本質を明らかにすることは、刑事訴訟法規範についてその法律要件に疑いがある場合にいかなる判断が下されるべきかという問題について、正しい問題解決の視座を提供するものである。

(8) Montenbruck, In dubio pro reo, 1985, S.33.

II. ペータースの見解

一証明形成規範としての In dubio pro reo 原則

まず第一に、i.d.p.r. 原則を事実認定の段階に作用させる見解が問題とされなければならないであろう。ここではペータースの見解を取り上げることにはしたい。

ペータースは、「可能な事実関係が、相互に、一個の段階的關係における重・軽の關係 (Verhältnis des Mehr und Weniger in einem Stufenverhältnis) にある場合には、i.d.p.r. の基本原則が介入する。この原則は、事実の点で疑いがある場合には裁判官は被告人に有利な事実を認定しなければならない、ということを行っている。…i.d.p.r. の基本原則によって、裁判所は事実に疑わしい事態に際して、明確で確実な判決の基礎を見出す。」⁽⁹⁾と述べている。⁽¹⁰⁾

この見解の特徴はi.d.p.r. 原則に証明形成機能を認める点である。⁽¹¹⁾すなわち、事実に疑いがある場合には、i.d.p.r. 原則によって被告人に有利な事実が証明されたものとみなされ、そのような事実が認定されなければならないというのである。

「明確で確実な判決の基礎」を形成するという点で、この見解には魅力がある。しかし、その「明確で確実な判決の基礎」は事実の擬制の上に成り立っているということを忘れてはならない。真の事実のみが認定されるべきだということもまた重要な要請である。裁判所の実事認定は、事実に観点からの現実についての表明なのであり、それは一定の蓋然性の上に積上げられたものでなければならないはずである。しかし、事実の存否不明から被告人に有利な事実を導く蓋然性など認められるはずもない。したがって、この見解によれば、i.d.p.r. 原則は、裁判所が現実について誤った表明をする危険性を引き起こすものとなってしまうのである。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

更に、i.d.p.r. 原則を被告人に有利な事実の認定を要求するものとして把握すると、この原則の数回にわたる適用によって、同一の事実が、訴訟において、一方では存在するものとして、他方では存在しないものとして認定されなければならないという事態が生じる。これは、事実認定が現実についての表明であるという点からすれば、きわめて不合理なものである。その上、この見解の希求する「明確で確実な判決の基礎」もまた失われていくことになってしま^{(14) (15)}う。

そこでペータースは、「統一的な事象経過の内部での数回にわたる i.d.p.r. 原則の適用」を否定している⁽¹⁶⁾。しかし、その場合には、統一的な事象がどこで終わるのか、数個の適用可能性の内どれを選択すべきなのかという問題が解決されなければならないが、この解答はペータースによっては与えられていない⁽¹⁷⁾。

次に法規定の文言との関連が問題とされなければならない。上述の分析類型における第一類型と第三類型に属する事例の場合には一定の事実が存否いづれとも決しかねる場合にその不存在が擬制されるにすぎないから、法規定の文言との関連ではそれほど大きな問題は生じない。法規定の文言との関連では、一定の事実の存在（その場合に法律効果を発生させること）のみが重要なのであって、その在否が不明であろうとその不存在が明らかであろうと、それは重要ではないからである。しかし、第二類型と第四類型に属する事例においては、一定の事実の存在が擬制されるのであって、法規定の文言との関連ではきわめて重要である。ここでは法規定の文言が一定の事実の存在に一定の法律効果の発生を結び付けているにもかかわらず、一定の事実が存否不明の場合にも一定の法律効果を発生させなければならないのであり、法規定の文言と証明によって形成された事実の状態とが一致していないのである。その不一致を解決するために、擬制という手法を用いて事実を法規定にあわせて操作してゆくことの不当性は明らかであろう。裁判所が事実を創造して法規定を適用してゆくのでは、とりわけ第四類型に属する事例では、裁判所の創造した事実に基づいて刑罰が科されることになるのであるから、法に対する市民の信頼を期待することは不可⁽¹⁸⁾能である。

- (9) ペータースは一つの段階的關係における重・軽の關係について次のように述べている。「關係の重・軽は、二つあるいはそれ以上の可能な事實を被疑者に有利なあるいは不利な法律狀態 (Rechtslage) に関して比較することによっ

で決定される。比較すべき法律状態は互いに対立して、すなわち有罪—無罪（手続の中止）、より厳しい対応—より寛大な対応といったように対立して存在する。法律状態の相違は、法的に重要な行為がそれ自体連続していること（予備—未遂—既遂）、より軽くあるいはより重く整流された構成要件が問題となること（使用窃盗—窃盗—加重窃盗）、あるいは法規定が段階的關係において価値に応じて存在するが事実的には互いに両立しえない行為態様を含んでいることから生じる。」最後の例としてペータースは幫助犯と正犯あるいは教唆犯、過失と故意等を挙げている。Peters, *Strafprozeß*, 3. Aufl., 1981, S.272f.

- (10) Peters, a.a.O.(9), S.272.
- (11) i.d.p.r.原則を証明規則（Beweisregel）あるいは証明原則（Beweisgrundsatz）と特徴づける見解（Z.B.RGSt52, 319;65, 250, 255;RGJW1931, 1578 Nr.36;BGHSt18, 274, 276;Seibert, DRZ1948, 372;Baumann, NJW1958, 453;Wolter, Alternative und ein deutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S.44;Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 19. Aufl., 1985, S.81.）は、一般にこの証明形成機能を認めるものだとえよう。更に判例によく現れる、有利な事実関係を「基礎に置かなければならない（zugrunde legen）」（Z.B.RGSt70, 1, 3; BGHSt10, 208; BGHNStZ1984, 408.）「仮定しなければならない（unterstellen）」（Z.B.RGSt 48, 308.）有利な事実関係から「出発しなければならない（ausgehen）」（Z.B.BGHGA1984, 287.）といった表現もまたこの証明形成機能を認めるものといえる。
- (12) 無罪の推定は、規範的価値的なものであって、蓋然性に基づく事実的な推定ではない。いかなる事実が認定されるべきかというのは事実判断の問題であり、事実認定が不可能なときにいかなる判断を下すべきかというのが価値判断の問題である。Volk, *In dubio pro reo und Alibibeweis*, BGHSt25, 285, JuS1975, 27;Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, 1966, S.131.
- (13) Frisch, a.a.O. (5), S.275f;Volk, a.a.O.(12), S.27.
- (14) Frisch, a.a.O. (5), S.276;Volk, a.a.O.(12), S.27.
- (15) こうした事態が生じた現実の判例としてBGHNJW 1957, 1643.その評釈としてPeters, *Mehrere Schüsse bei einer Tötung*, GA1958, 97ff.
- (16) Peters, a.a.O. (9), S.272.
- (17) Volk, a.a.O.(12), S.27.
- (18) Montenbruck, a.a.O. (8), S.34f.

Ⅲ. フォルクの見解

—証明責任規範としてのIn dubio pro reo原則

第二に、i.d.p.r.原則を当て嵌めの段階に作用させる見解を検討しよう。この見解に属するものとしては、この原則を証明責任規範（Beweislastnorm）と

して把握するフォルクの見解と法適用規範（Rechtsanwendungsnorm）として把握するフリッシュの見解とがあげられるが、まず前者を問題にしよう。

フォルクによれば、証明責任規則として把握されたi.d.p.r.原則は「事実認定とは無関係に、直接に判決の内容を確定する」ものであり、「不確実な事実的基礎から被告人に不利益な法律効果が導かれること（のみ）を妨げるもの」⁽²¹⁾である。

この見解の特徴は、i.d.p.r.原則によって、事実認定の不可能を契機として（すなわち、事実を認定せずに）、直接に法律効果の発生ないし不発生を導く点にある。法律要件の存否不明の場合には事実認定を行わないのだから、i.d.p.r.原則を事実認定の段階に作用させる見解とは異なって、確かに擬制という問題のある手法を用いる必要はない。その意味ではきわめて正当な指摘を含んでいる。しかし、詳細に検討してゆくと、この見解もまた採用しえないものであることがわかる。

第一類型に属する事例では、確かにこの見解によっても無罪判決が下されなければならないことが帰結されるが、フォルク自身にはそこに至る過程の規範構造的説明がない。したがって、民事訴訟法学者の見解を参照する必要がある。⁽²²⁾

ライポルドは、実体法規範が専ら実体関係にのみ着眼して一定の法律要件に一定の法律効果を結び付けるものだという理解を前提とし、実体法規範からは法律要件の存否不明の場合の判断は導かれえないことを帰結している。それ故、この判断を可能にする特別な規範が必要とされるのであり、それが証明責任規範⁽²³⁾であるという。この証明責任規範は、それを根拠として事実認定をすることによって、実体法規範の積極的適用（法律効果の発生）ないし消極的適用（法律効果の不発生）を可能にするというものではない。更に、それは独自の実体的法律効果を指示するものではないのであって、実体法規範の予定する法律効果の発生ないし不発生を指示するにすぎないものであり、法律要件の存否不明に基づく実体法規範の適用不能による判断不能をこの規範の適用によって回避するものにすぎないのである。この意味で証明責任規範は判決規範⁽²⁴⁾（Entscheidungsnorm）として特徴づけられることになる。

証明責任規範についてライポルドの見解を採用するならば、i.d.p.r.原則は、刑事訴訟法における判決規範であることになる。しかし、判決規範としての特徴づけは、実体的には有罪判決と無罪判決とが同ランクであることを前提とし

ている。このことに対しては、有罪について疑いのある場合のみならず、無罪について疑いがある場合にも、i.d.p.r.原則によって判断されることになるという問題がある。すなわち、証明の結果、無罪たることについてある程度の蓋然性が認められたが、無罪たることの心証が得られなかった場合には、被告人には有罪の疑いがあるがi.d.p.r.原則により無罪とするという判断が裁判所によってなされうることになるのである。ここではi.d.r.原則によって、裁判所の積極的疑いが表明されることになるのであり、嫌疑の汚名が引き起こされることになるのである。⁽²⁵⁾

第二類型に属する事例についてもまた問題がある。たとえば正当防衛の存在について疑いがある場合に、この見解では、証明責任という基準だけで無罪判決を導こうとする。しかし、正当防衛を定める法規定の文言は、積極的に正当防衛状況の存在に違法阻却という法律効果を結び付けているのであって、こうした法律効果の発生を認めながら、その前提となる事実が存否不明でもよいということ、こうした法律効果の発生は国家の証明責任の結果にすぎないのだということ⁽²⁶⁾を、市民に納得させるのは非常に困難であろう。

ライポルドは、権利根拠的事実 (rechtsbegründende Tatsache) と権利滅却的事実 (rechtsvernichtende Tatsache) を区別するが、権利滅却的事実は権利根拠的前提の欠缺と同じ作用をすることを認めている⁽²⁷⁾。このことを刑法に置き換えて考えてみると、刑法学者にとっては不法(ないし責任)の根拠づけが問題であり、したがって、不法阻却的前提の欠缺が不法根拠的事実と同じ作用をすることを認めなければならない。しかしそのためには、たとえば正当防衛を定める法規定の文言の解釈を消極的構成要件要素の意味に変更することが必要であり、少なくとも刑法においては、そうすることによって実体法的解決が導かれうる。しかしそれは証明責任の理論の関心事ではありえないし、ライポルドのアプローチはそれに何ら資するものではない⁽²⁸⁾。

ムジラクは、法律要件の存否不明の場合に結論へと至る道を擬制の中に見ている。すなわち、証明責任規範は、解明されずにとどまっている法律要件のメルクマール (Tatbestandmerkmale) が存在するないし存在しないという裁判官の認定を擬制するもの⁽²⁹⁾だというのである。しかし、証明責任規範をこのように理解すると、裁判所による事実の擬制との距離は大きなものではなくてくる。それでも「事実認定の擬制」と「事実の擬制」とは決して同一のもの

ではない。ムジークによれば、証明責任規範の擬制的性質は、事実認定における間隙を克服し、実体判決に至るために必要な限りで、法律要件のメルクマールの事実的前提が解明されえないという法律要件が実体法規の法律要件と同等のもの⁽³⁰⁾とされるところに示されるのであって、ここでは法律要件のメルクマールと証明責任規範が非分離的に結び付けられているのである。したがって、事実が操作されるのではなく、法律要件のメルクマール⁽³¹⁾が変更されるのである。更にムジークは、証明責任規範によって擬制されるのは、全く具体的な事実の認定ではなく、詳細には記述されない何か或る事実の認定であるということ⁽³²⁾を明言している。すなわち、刑法においては、たとえば「被害者が被告人をナイフで脅かしていた」という事実の認定を擬制するのではなく、「被告人が正当防衛の状態で行為した」という事実の認定を擬制することになる。したがって、裁判所は表面的には全く具体的な事実を述べる必要はない。しかし、こうした一般的な事実の認定の擬制は、同時に全く具体的な事実の認定の擬制でもある。したがって、こうした専門的技巧は、裁判所が証明しえない事情を判決の基礎に置くという具合の悪さを隠蔽するものでしかない⁽³³⁾のである。

第三類型に属する事例については、より重い刑罰を定める法規の構成要件が存否不明であるのだから、i.d.p.r.原則という証明責任規範によりこの刑罰の不発生が帰結され、より軽い刑罰を定める法規の構成要件は証明されているのであるからこの刑罰の発生が帰結される。考慮される規範相互の関係、したがって、ここでは段階的関係は考慮されない。それは実体法の問題⁽³⁴⁾であって証拠法の問題ではない。

第四類型に属する事例の場合には、この見解の問題性がより明らかになる。なぜなら、ここではより重い刑罰を定める法規の構成要件が証明されているからである。この法規については証明責任の問題は起こりえない。それにもかかわらず、より軽い刑罰を定める法規によってこの刑罰の発生を認めようとする者は、実体法規を相応に変形しなければならぬ⁽³⁵⁾が、それはすでに証明責任の理論の問題ではありえない。

(19) "Beweislast"は、民事法上は「証明責任」と訳されるのが一般になってきているようである。フォルクは民事法上の概念を借りて議論を立てているので、この用語を用いることにする。

(20) 職権審理主義の妥当する西ドイツ刑事訴訟法においては、証明責任は存在し

- えないとするが一般の理解 (Z.B.Henkel, Strafverfahrensrecht, 2.Aufl., 1968, S.103;Eb.Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2.Aufl., 1964, S.204ff;Sax, Zur Anwendbarkeit des Satzes "in dubio pro reo", im strafprozessualen Bereich, Festschrift für Ulrich Stock, 1966, S.164.) だが, ここではi.d.p.r.原則の機能的側面に着眼した本質論において, 同様の機能的側面を有する証明責任規則の概念を借用しているにすぎないのであって, フォルク自身の主張も刑事訴訟において証明責任を認めるべきだという主張を含んでいるわけではない。Vgl.Volk, a.a.O.(12), S.26, Fußn.11.
- (21) Volk, a.a.O.(12), S.27f.
- (22) 証明責任を論じた民事訴訟法学者としてまず第一に想起されるのはローゼンベルクであろう。しかし, 証明責任をあくまで法規不適用の結果として把握し, かの有名な公式「自己の訴訟上の要求がある一定の法規の適用をまって初めて達せられるところの当事者は, その法規の諸要件が実際に生じたことに対する主張責任および証明責任を負う」(Rosenberg, Die Beweislast, 5.Aufl., 1965, S.98.本書の日本語訳として倉田卓次訳「証明責任論(全訂版)」(1987)があり, 訳はこれによった)を維持する限りは, 少なくともそのままではi.d.p.r.原則とは一致しない。
- (23) Leipold, a.a.O.(12), S.29f.
- (24) Leipold, a.a.O.(12), S.59ff.判決規範としての把握は, 後述のフリッシュの他, Eb.Schmidt, a.a.O.(20), S.209f.にも見られる。
- (25) Montenbruck, a.a.O.(8), S.35.
- (26) Montenbruck, a.a.O.(8), S.35f.
- (27) Leipold, a.a.O.(12), S.45ff., insbes.S.50.
- (28) Montenbruck, a.a.O.(8), S.36.
- (29) Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S.22.
- (30) Musielak, a.a.O.(29), S.22.
- (31) ムジーラクは, 「それ故証明責任規範は裁判所の判決に作用するのである。証明責任規範のこの目的の方向の故に, 証明責任規範は正当に判決規範として特徴づけられるのである。」という。Musiellak, a.a.O.(29), S.22f.
- (32) Musielak, a.a.O.(29), S.23.
- (33) Montenbruck, a.a.O.(8), S.37.
- (34) Montenbruck, a.a.O.(8), S.37.
- (35) Montenbruck, a.a.O.(8), S.37.

IV. フリッシュの見解

—法適用規範としての In dubio pro reo 原則

フリッシュの見解は, 基本的に, i.d.p.r.原則を証明責任規則=判決規則として把握しているライポルドと同一の方向を志向するものである。確かにフリッ

シュはこの原則を証明責任規則としては把握していないが、法律要件の存否不明の場合にいかなる判断が下されるべきかは実体法規範からは導かれえないとしている点、i.d.p.r.原則をこの場合の判断を可能にする特別の規範として把握している点でライポルドに一致するのである。

フリッシュは、たとえば殺人が問題となっている場合で被告人が犯行を行ったことが不明である場合には、StGB第212条の規定の要件についての証明が欠けているが故に、この規定の適用できないことは確実であるとするが、このことから直接に被告人に無罪の判決を下す結論を軽率なものだという。その理由をフリッシュは次のように言う。「こうした結論は、刑罰を指示しないことすなわち無罪判決もまた、裁判所の実体的判断として実体法の規範から導かれなければならないということを見落としている。すなわち、一定の実体的法律効果を言い渡すことを拒絶することは、決して、その法律効果を指示する規範への当て嵌めが不可能であることからの短絡的な結論を表すにすぎないものではないのである。むしろその背後には…一定の法律効果（ここでは刑罰）を予定している全ての構成要件が存在しない場合にはこの法律効果を発生させてはならないという大前提への当て嵌めが隠されているのである。」⁽³⁶⁾ 実体法規範の背後にあるこの意味の規範を、フリッシュは消極的補充規範（negative Ergänzungsnorm）⁽³⁷⁾と特徴づけ、裁判所が、被告人が殺人を行わなかったと認定した場合にはこの消極的補充規範が適用され無罪判決が下されることになるが、この事実が不明である場合にはこの規範は全く適用不可能になるとする。かくしてフリッシュによれば、法律要件の存否不明の場合には、一定の法律効果を指示する規範の適用不可能の問題とその規範に対応する消極的補充規範の適用不可能の問題の両方が存在していることになり、これらの規範からだけでは裁判官は実体的判断を下すことはできないというのである。⁽³⁸⁾

かくしてフリッシュは、法律要件の存否不明の場合の裁判官の実体的判断を可能にするために補助的規範（zusätzliche Norm）が必要になるという。そしてこの補助的規範の役割は、「法律効果を指示する規範およびその消極的補充規範がそれ自体としては適用不可能であるにもかかわらず、これらを適用可能だと表明すること、すなわち法律効果の前提が認定不可能であるにもかかわらず、その法律効果を言い渡すことを可能にすること」だというのである。ここからフリッシュはi.d.p.r.原則の本質について次のように結論する。「この原則

は、法律要件の存否不明の場合に介入する原則、法律効果を指示する規範あるいは消極的補充規範をその前提が疑わしいにもかかわらず適用することを可能にする原則としての本性を現すのである。(法律効果の形式的側面) もちろんその際には、この原則は裁判官を自由にさせるものではなく、裁判官に被告人にとって有利な規範を適用するように指示する一すなわち、被告人に有利な法律効果にとって本来要求される前提が認定不可能であるにもかかわらず、被告人に有利な法律効果を言い渡すことを指示する一のである。(法律効果の内容的側面)⁽³⁹⁾」

したがって、フリッシュによれば、i.d.p.r. 原則は法適用規範 (Rechtsanwendungsnorm) に含まれること、その中でも判決規範の範疇に位置づけられることになるのである。

フリッシュの見解によれば、第一類型に属する事例においてすでに複雑な構造が問題となる。この場合に無罪判決を下そうとする場合にも、消極的補充規範の適用を問題にしなければならないからである。のみならず、i.d.p.r. 原則を判決規範として把握する限り、この原則を証明責任規範として把握する見解の有する問題性がここでも同じように当てはまるのである。

第二類型に属する事例については、まずその適用が問題となる規範の性格が問題となる。たとえば正当防衛について定める規範は、正当防衛状況の存在という法律要件に違法阻却という法律効果を結び付けていると考えられるが、この規範の性格をこのように解する限り、消極的補充規範としては、正当防衛状況の不存在という法律要件に違法という法律効果を結び付ける規範が考えられることになる。しかしフリッシュはこのようには理解していないようである。フリッシュは、ライポルド流の理解を前提とし、たとえば殺人が問題となっている場合には、正当防衛状況の存在は殺人の欠缺と同様に作用すること、すなわち殺人を定める規範の消極的補充規範の適用が問題となるというように理解しているようなのである。しかし、このような理解の前提としては、実体法的には正当防衛を定める規範の文言の解釈を消極的構成要件要素の意味に変更することが必要となる。

更に、正当防衛状況が存否不明の場合に、i.d.p.r. 原則の適用による消極的補充規範の適用の媒介として正当防衛を定める規範の適用を肯定するとき、i.d.p.r. 原則を証明責任規範として把握する見解に対するのと同様の問題が存在す

る。つまり、正当防衛状況の存在と違法阻却とを積極的に結び付けている法規定の文言にもかかわらずこの前提が存否不明でもよいということを市民に納得させるのは非常に困難である。⁽⁴¹⁾

第三類型および第四類型に属する事例については、基本規範（第三類型の場合にはより軽い刑罰を定める規範、第四類型の場合にはより重い刑罰を定める規範）の構成要件が証明されているのであるから、基本規範の単純な適用に至るのであってi.d.p.r.原則による規範の適用の二者択一は問題とはならないはずである。しかし、とりわけ第四類型に属する事例については、基本規範の単純な適用は、「疑いがあるときは被告人の不利益に」という結論を帰結することになる。それ故、ここでは基本規範と加重規範ないし減輕規範との実体法的関係が変更されなければならないのである。この規範関係の変更＝規範の変形とは、基本規範を制限的要素によって補充することである。すなわち「同時に他の規定の前提を満たす者は、基本規範によっては（その前提が存在しているのにもかかわらず）⁽⁴²⁾ 処罰されない。」この規範関係の変更によってはじめて基本規範の適用と加重規範ないし減輕規範の適用との二者択一が問題となるのであり、この二者択一を解決するための法適用規範としてi.d.p.r.原則が有効に機能することになるのである。したがって、フリッシュの立場は実体法的な規範関係の変更なしには機能しえないものなのである。⁽⁴³⁾

以上の分析から明らかなように、フリッシュの見解は、消極的補充規範の形成を問題とする点ですでに実体法規範の変形の契機を含んでいるが、法律要件の存否不明は実体法規範によっては解決されえないことを前提とし、i.d.p.r.原則をこの場合を解決するためのメタ規範として把握している点で、ライポルド流の証明責任論の実体法的な変種にすぎないといえよう。

(36) Frisch, a.a.O.(5), S.280.

(37) フリッシュは、刑法においては、この消極的補充規範の基礎づけはそれほど困難ではないという。すなわち「消極的補充命題はここでは直接にStGB第2条1項および基本法第103条2項から生じる。なぜなら、これらの規定が『行為は、その可罰性が…法律に規定されている場合にのみ、これを処罰することができる。』と規定する場合に、それは一変形されてはいるが一まさに次のことを意味するに他ならないからである。『T₁でなく、かつT₂でなく、かつ…でないならば処罰されない！』」Frisch, a.a.O.(5), S.280.

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

- (39) Frisch, a.a.O.(5), S.281.
- (40) Frisch, a.a.O.(5), S.280, 284.
- (41) Montenbruck, a.a.O.(8), S.38.
- (42) Montenbruck, a.a.O.(8), S.39.
- (43) Montenbruck, a.a.O.(8), S.39.

V. ザールシュテットの見解

一構成要件の構成要素としての In dubio pro reo 原則

次にi.d.p.r.原則を大前提の形成の段階に作用させる見解＝構成要件の構成要素として把握する見解を見てみよう。この見解の代表的主張者としてはザールシュテット⁽⁴⁴⁾をあげることができる。ザールシュテットは、i.d.p.r.原則はすでにStGBの全ての各則規定の中に含まれているという。「人を故意に殺した者」—これは、人を殺したことが疑わしい被告人には最初から当てはまらない。当然のことながら、ここでは「人を殺したことが疑わしい者」ではなく「人を殺したことが確実である者」が考えられているというのである。

裁判官が全ての構成要件要素が疑いなく証明されたと考えていない場合に、それにもかかわらず被告人に有罪判決を下すならば、裁判官は刑法の領域における単純な当て嵌めの誤りを犯していることになる。その場合にはまさに三段論法の小前提が欠けているからである。

三段論法とは次のようなものである。

人を殺した者は処罰される。 (大前提)

Aは人を殺した。 (小前提)

Aは処罰される。 (結論)

「Aは人を殺した」という小前提が確実でないとき、それにもかかわらずこれを確実であるとして結論を導くことは論理に対する違反だというのである。この見解によれば、刑法各則における各規定の構成要件の存否が不明である場合にいかなる判断を下すべきかという問題の解答は、すでにこれらの規定自体によって与えられていることになる。

こうした立場は、第一類型および第三類型に属する事例については、きわめて説得的な説明モデルを提示する。しかし、第二類型および第四類型に属する事例については、その機能を発揮しない。

第二類型に属する事例では、主として刑法総則における各規定の適用が問題

となる。たとえば正当防衛を定める規定を例にとると、法規定の文言からすれば、ここではまず次のような三段論法が考えられる。

正当防衛状況において行為した者は処罰されない。

Aは正当防衛状況において行為した。

Aは処罰されない。

「Aは正当防衛状況において行為した」という小前提が確実でないときに、それにもかかわらずこれを確実なものとして結論を導くことが論理に対する違反であるとすれば、ここでは「疑いがあるときは被告人の不利益に」という結論を帰結することになる。この結論を回避するためには法規定を消極的に読むことが必要になろう。

i.d.p.r.原則を刑法各則における構成要件の構成要素として把握することに固執するときには、たとえば正当防衛という違法性阻却事由を消極的構成要件要素の意味に解釈しなければならないことになる。たとえば、次の三段論法が成り立つ。

正当防衛状況にないにもかかわらず人を殺した者は処罰される。

Aは正当防衛状況にないにもかかわらず人を殺した。

Aは処罰される。

ここでは「正当防衛状況になかったこと」および「Aが人を殺したこと」の両方が確実であるときにのみ結論を導くことが許されるのであって、いずれか一方でも疑わしければ、それにもかかわらず結論を導くことは論理に対する違反であることになる。確かにこのようにすれば妥当な解決が得られるが、違法性阻却事由のみならばまだしも、責任阻却事由、刑罰免除事由までも消極的構成要件要素として把握することは、構成要件の観念をすっかりぼやけたものにしてしまうことになろう。

第四類型に属する事例では、基本規範の構成要件が証明されているのであるから、この規範の単純な適用は何ら論理に対する違反ではないはずである。ここでは、減輕規範に付加された特別な構成要件要素（減刑的要素）を基本規範の消極的な構成要件要素として解釈することが必要であり、そうすることによって始めて基本規範の単純な適用が論理に対する違反となるのである。たとえば殺人罪を定める規範＝基本規範と要求による殺人罪を定める規範＝減輕規範を例にとると、基本規範について次の三段論法が成り立つ。

要求がないにもかかわらず人を殺した者は殺人罪の刑で処罰する。

Aは要求がないにもかかわらず人を殺した。

Aは殺人罪の刑で処罰される。

ここでは「要求がなかったこと」および「Aが人を殺したこと」の両方が確実であるときにのみ結論を導くことが許されるのであり、いずれか一方でも疑わしい場合に、それにもかかわらず結論を導くことは論理に対する違反となる。次に減輕規範について次の三段論法が成り立つ。

人を殺した者は要求による殺人罪の刑で処罰される。

Aは人を殺した。

Aは要求による殺人罪の刑で処罰される。

ここでは「Aが人を殺したこと」が確実であれば結論を導くことが許される。このようにして基本規範の適用の論理違反と減輕規範の適用の論理適合性が帰結されることになる。

以上の分析から明らかなように、この見解もまた実体法的規範関係の変更＝規範の変形なしには理解されえないものなのである。

(44) Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, 4.Aufl., 1962, S.240ff;vgl. auch Stree, In dubio pro reo, 1962, S.18f;Meyer, Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23. Aufl., 1978, § 337, 13;Krey, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, Einführung (1.Teil), JA1983, 237.

(45) Sarstedt, a.a.O.(44), S.240f.

VI. ザックスの見解

—In dubio pro reo 原則の独立した意義の否定

上述したところから明らかなように、ペータース、フォルク、フリッシュの見解ではi.d.p.r.原則は一定の独立したルールとして（すなわち、独立した法規範として）把握されるが、ザールシュテットの見解では、i.d.p.r.原則は実体法規範の内容として把握されるのであってそれは何ら独立したルールを表すものではない⁽⁴⁶⁾。しかし、i.d.p.r.原則が妥当するから実体法規範がかような内容を有するのだとすれば、少なくともこの原則の独立した意義は肯定されることになる。ここにおいて検討されなければならないのはザックスの見解である。ザックスは、まさにi.d.p.r.原則の独立した意義を否定しているからで

ある。

ザックスは、法的に重要な事実が存否不明である場合には、その存在が疑いなく確定されていないが故に存在していないとするところから出発するか、あるいは反対に、その不存在もまた同様に確定されていないが故に存在しているということから出発するかの二つの判断の可能性が存在するとし、この二つの可能性の内いずれが法的に採用されるべきであるかは、その都度その適用可能性が問題となる法（Recht）自体の中に見い出されなければならないという。なぜなら、現実の世界に関係づけられた当為の規則（wirklichkeitsbezogene Sollensregelung）としての法は、その適用のために必要な事実的基礎が解明されえない場合の判断を一法律にはっきりと表明されていようといまいと一含んでいなければならないからだ⁽⁴⁷⁾というのである。

ザックスの見解は、i.d.p.r.原則を長い歴史的伝統を有する独立の法規範＝慣習法⁽⁴⁸⁾として把握する支配的見解に真っ向から対立するものである。なぜなら、慣習法としての把握が実定法の外部に問題の解決を求めるものであるのに対して、ザックスはまさに実定法の内部に問題の解決を求めているからである。つまり、法がその内容として有している考慮（rechtsinhaltliche Erwägungen）—とりわけ憲法において選択されている価値（正義、法的安定性、法治国家性（Rechtsstaatlichkeit））に包括されうるものが重要である—が問題だとする⁽⁴⁹⁾のである。

ザックスは、上述の二つの判断の可能性の内いずれを選択すべきかにしたがって、二つの事例群を分類している。すなわち、1）法律要件の存在が確実であるときのみ法律効果が発生する場合と、2）法律要件の不存在が確実であるときのみ法律効果が発生しない場合⁽⁵⁰⁾である。

実体刑法においては、刑罰という法律効果が該当者の人格および基本権にきわめて深く干渉するものであることから、憲法的価値に従って、疑いのない有罪の証明のみが国家の処罰権限（Straflegitimation）を基礎づけることができるとし、刑罰を基礎づける事実（第一類型）および刑罰を加重する事実（第三類型）は前者に属し、刑罰を阻却する事実（第二類型）および刑罰を減輕する事実（第四類型）は後者に属することを帰結している⁽⁵¹⁾。

法律要件の存否不明の場合の解決原理を実定法の内部に、とりわけ直接に憲法的価値に求めている点で、ザックスの見解は正当なもの⁽⁵²⁾を含んでいる。しかし、

ザックスの解決は証拠法の領域での解決であり、そこには実体法的観点は存在しない。第二類型および第四類型に属する事例については、法律要件が存在する可能性さえあれば法律効果の発生が認められるとすれば、それは法規定の文言に矛盾している。実体法規定は、法律要件の存在に対してのみその法律効果の発生を予定しているからである。ザックスには、⁽⁵³⁾なぜ法規定がその文言とは異なって適用されるのかについては何の説明もない。

- (46) このことは、Meyer, a.a.O.(44), Rdnr.13.に端的に示されている。
- (47) Sax, a.a.O.(20), S.162.
- (48) i.d.p.r.原則が慣習法であると明言するものとして、Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 1978, S.113ff; Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8 Aufl., 1977, S.160ff; Moser, in dubio pro reo, 1933, S.78, 95f; Reinicke, Zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone über die Anwendbarkeit des Grundsatzes in dubio pro reo bei Strafausschließungsgründen, MDR 1950, 78; Schünemann, Das strafprozessuale Wiederaufnahmeverfahren propter nova und der Grundsatz "in dubio pro reo" ZStW Bd.84, 1972, 870; Roxin, a.a.O.(11), S.82.
- (49) Sax, a.a.O.(20), S.162,164f,167f.確かにi.d.p.r.原則を憲法的価値によって基礎づけることは一般に行われていることである。この原則の妥当根拠をめぐる議論では、多かれ少なかれ憲法的価値が引き合いに出されている。(Z.B. Stree, a.a.O.(44), S.14ff.)しかし、ザックスの問題意識は、憲法的価値によってi.d.p.r.原則を一般的解決原理として基礎づけながら、個別的には同じ憲法的価値によって(とりわけ訴訟法上の事実について)制限されるとする矛盾(i.d.p.r.原則が正義、法的安定性等の憲法的価値によって基礎づけられるものであれば、正義、法的安定性等の憲法的価値が認められねばならないところでは常に妥当しなければならないのであって、それによって制限されるというのは明らかな矛盾であろう)を、矛盾として認識することが必要だという点にある。(S.144, 167f.)ザックスによれば、憲法的価値を基準として帰結される結論がi.d.p.r.である場合もあればそうでない場合もあるという意味で、i.d.p.r.は結果にすぎないものであり、決して原因とはなりえないものだということになる。(S.145, 165.)
- (50) Sax, a.a.O.(20), S.169.但しザックスは、訴訟法上の事実について疑いのある場合を中心に問題としているので、この分類も訴訟法上の事実についてのものであるが、実体法上の事実についても同じことが言いうるであろう。
- (51) Sax, a.a.O.(20), S.164f.
- (52) Vgl.Frisch, a.a.O.(5), S.285.
- (53) Montenbruck, a.a.O.(8), S.41.

Ⅶ．モンテンブルックによる規範論的考察

これまでi.d.p.r.原則の本質をいかに理解すべきかについて、いくつかの見解を紹介し、検討・分析してきた。ペータースのように証明形成規範としてこの原則を把握することの問題性は明らかである。i.d.p.r.原則は事実の存否を判断するための原則ではない。それは証拠によって行われるべきものであり、事実の認定は証拠によらなければならない。(証拠裁判主義) i.d.p.r.原則が解決すべきだとされている問題は、事実の認定が不可能であることを前提として、その場合にいかなる法的判断がなされるべきであるかという規範的問題なのである。この規範的解決の方向は大きく二つの方向に分けられる。すなわち、訴訟法的証拠法的解決の方向と実体法的解決の方向である。フォルク、フリッシュ、ザックスの見解は前者に属し、ザールシュテットの見解は後者に属する。これらの見解に一貫している問題性は、第二類型および第四類型に属する事例について、なぜ法規定がその文言と異なって適用されるのかについて十分に説明していないという点にある。正当防衛であるかどうかが不明であるにもかかわらず、なぜ正当防衛を定める規定が適用されるのか。要求が存在していたかどうか不明であるにもかかわらず、なぜ要求による殺人の規定が適用されるのか。

モンテンブルックは、この点について詳細な規範論的分析を行っている。以下ではその概略を説明したいと思う。

モンテンブルックは、まず法規定の機能を問題とする。法規定が少なくとも二つの機能を果たしているということは一般に承認されている。意思決定規範(Bestimmungsnorm)としての機能と評価規範(Bewertungsnorm)としての機能である。モンテンブルックはこれら二つの機能に加えて、第三の機能を認める。それは国家の行動を計算可能にする機能である。行為の可罰性があらかじめ法律によって明らかにされていなければならないことは罪刑法定主義からの帰結であるが、この背後には国家の行動が計算可能でなければならないという要請があるのであって、それ故行為の可罰性は、単にあらかじめ法律に規定されているだけでは足りず、「明確に」規定されていなければならないのである。法規定の文言が一定の事実在一定の法律効果を結び付けるという形式をとり、直接的には「命令」それ自体および命令に対する違反の評価それ自体を表明していないのは、法規定の文言が国家の行動を計算可能にするという第三の

機能に支配されているからなのである。⁽⁵⁴⁾

次にモンテンブルックは、規範の名宛人 (Adressaten) を問題にする。法規範が少なくとも二つの名宛人グループ (すなわち国家機関—刑法においては刑事訴追機関 (Strafverfolgungsorgane) —と法共同体の個々の構成員 (einzelne Rechtsgenossen)) を持つことには現在では異論はなからう。法律の直接的・一般予防的作用を考慮する場合には、その他の名宛人として公共 (Allgemeinheit) が考えられるとモンテンブルックは言う。この公共というのは超個人的な法形象 (überindividuelle Rechtsfigur) であり、その個人との関係は代表民主制における議会 (したがって立法者) と個々の市民との関係と同じようなものであると説明されているが、むしろ端的に法共同体=社会そのものだと考えてよいように思う。法は、法共同体に一定の法秩序を確立し、個々の構成員が法を信頼して行動しうることを (法違反に対して国家がいかなる行動に出るかを明らかにすることによって) 保障しようとしているのであり、その意味で直接的・一般予防的作用を有していると考えられるからである。

モンテンブルックは、以上のように法規定が三つの機能を有し、三つの名宛人に向けられていることを前提とし、更に法規定の理解の仕方について分析する。

第一に、法規定の文言が国家の行動を計算可能にするという第三の機能に支配されるということから、立法が並列的性質および断片的性質を有することを帰結する。並列的性質というのは、刑法各則の規定が一定の事実 (行為態様) に一定の刑罰という法律効果を結び付けている一方で、たとえば正当防衛のような、いわばこうした規定の例外を、再び一定の事実に関連させて、違法阻却というような法律効果に結び付けているように、個々の規定が、たとえその内的関連が明白であっても、並列的に存在していることを意味する。刑法典の立法者は、一方でいつ処罰されなければならないのかについて述べ、他方でいつ処罰されてはならないのかについて述べているが、立法者の任務は、本来、可罰的な行為を規定することであって、不可罰領域を設定することではない。規定が必要であるのは、市民の自由領域ではなく、市民の自由領域への干渉なのである。それにもかかわらず、立法者が、ここから逸脱して処罰されない行為態様を積極的に規定すること、したがって可罰的行為と並列的に規定することは、国家の行動を計算可能にするために要求される法規定の明確性の原理から正当

なものとされる。積極的な記述は消極的な記述よりも明確なものとなるからだとモンテンブルックは言う。⁽⁵⁷⁾

断片的性質とは、刑法典の立法において一般条項 (Generalklauseln) や例外規定 (Ausnahmeregelungen) を置くことが許されないということからくる性質である。立法者は、あらかじめ全てを規定することはできないので、類型的事実を規定し、基準線を与えるのであるが、一般条項や例外規定はこの基準線を緩和し、曖昧なものにするが故に許されず、立法は断片的性質を有することになるとモンテンブルックは言う。⁽⁵⁸⁾

第二に、モンテンブルックは、国家の行動の計算可能性の原理に支配された法規定は、直接には個々の市民にも刑事訴追機関にも向けられておらず、直接の名宛人は公共のみであるという。個々の市民は、「…の行為をした者は…の刑に処せられる」という文言から、当為命題を引き出さなければならないのであり、可罰性を追及するという任務を有する刑事訴追機関は、確かに可罰的行為を規定する各則規定については直接の名宛人と感じられるかもしれないが、不可罰 (たとえば正当防衛) を規定する総則規定については直接の名宛人たりえない。たとえば正当防衛の状況で行為したことが確実であれば刑事訴追は必要でないからである。国家の行動の計算可能性の原理に支配された法規定の直接の名宛人は公共のみなのである。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

以上の分析に基づいて、モンテンブルックは、第一類型および第三類型に属する事例 ((より重大な) 可罰性の前提に疑いがある場合) については、刑法規定の断片的性質から、「疑いがある場合」が罪刑法定主義の要請する反対解釈ないし拡張解釈によって解決されうること、第二類型および第四類型に属する事例については、刑事訴追機関の任務が行為の可罰性を認定することのみであることから、罪刑法定主義を抛り所として、刑事訴追機関の観点からは可罰性という基準によって法規定を読みなおさなければならないのであり、そうすることによって全ての事情が等価的な可罰性の前提と見られることになることを帰結している。以下ではこのモンテンブルックの帰結を簡単に説明することにする。

刑法規定は、その断片的性質の故に、解釈によって埋められるべき空隙 (Lücken) を含んでいる。たとえば刑法典には (§ 248b StGBの自動車等の無権限使用を除いては) 使用窃盗 (Gebrauchsanmaßung) は規定されていない。

そのような場合には、罪刑法定主義の要請する反対解釈 (Gegenschluß) によって、その不可罰性が帰結される。「疑いのある場合」もまた規定されていない。ここで問題とされなければならないのは、いかなる事実が正確に (明白に) 認定されなければならないかということである。たとえ疑いを持っている者であっても、「行為者が犯行を行った可能性がある」ということは明白に認定可能である。しかし、この場合には、こうした認定で十分である規定が存在していない限り、罪刑法定主義の要請する反対解釈によって、その不可罰を導き出すことができる。この限りで、ザールシュテットの見解は支持されうる。⁽⁶¹⁾

しかし、たとえば「殺人の可能性と過失致死の可能性が択一的に存在している場合」あるいは「共同正犯の可能性と幫助犯の可能性が択一的に存在している場合」には、過失致死、幫助犯で処罰するためには、こうした可能性の認定で十分であるとモンテンブルックは言う。その限りでは、過失致死および幫助犯を定める規定が拡張解釈されることになるのである。⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾

第一類型および第三類型に属する事例については、以上のようにして「疑いがある場合」の解決が可能であるが、第二類型および第四類型に属する事例については、こうした解決はさしあたって不可能である。ここでは規範の名宛人が問題になる。

規範の直接の名宛人は公共であり、個々の市民および刑事訴追機関は間接の名宛人にすぎない。したがって、間接的名宛人が、規範をどのように把握すべきかが問題となる。個々の市民が規範から当為命題を導き出さなければならないことは、すでに指摘されたところであるが、更に市民にとって重要なのは、刑事訴追機関がいかなる基準で規範を把握しなければならないかということである。

国家の処罰要求 (Strafanspruch) を実行しなければならない刑事訴追機関にとっては、どのような場合に処罰されなければならないかということのみが決定的である。それ故、どのような場合にどのように処罰されなければならないかという問題に向けて、法律をアレンジしていかななければならない。このアレンジ=法規定の変形を命ずる法律上の根拠は罪刑法定主義に求められる。刑法典は、行為態様によって可罰性を規定し、制限するものだからである。それ故、不可罰性を認定することは決して刑事訴追機関の任務ではない。刑事訴追機関の任務は行為の可罰性を認定することのみであって、それ故、法律に規定

されている事実を可罰性という基準に従って変形しなければならないのである。⁽⁶⁴⁾

行為の可罰性を認定することのみが刑事訴追機関の任務であることから、モンテンブルックは二つの帰結を導いている。第一に、全ての刑罰を阻却する事実および減輕する事実は鏡像的に (spiegelbildlich) に読まれなければならないこと、第二に、構成要件要素であろうが、違法性阻却事由であろうが、人的な刑罰免除事由であろうが、刑罰に目を向ければ全ての事情は等価的な条件であることである。このような理解によって、消極的構成要件要素の理論の意味においてではなく、これらの事情を消極的要素として把握できるようになるというのである。⁽⁶⁵⁾

刑事訴追機関が可罰性という基準に従って個々の法規定を変形しなければならないとすれば、一体どのように変形すべきなのだろうか。刑罰を基礎づける事情および加重する事情が問題である場合には、立法者が可罰性の前提自体を挙げているのだから、変形の必要はない。ただ刑事訴追機関にとっては、可罰性という基準の下では、構成要件、違法性、責任の間の区別をする必要がないということとどまる。こうした要素の一つでも欠けていれば可罰性は消失する。

問題となるのは刑罰を阻却する事情および減輕する事情を規定する法規定である。前者については比較的簡単に変形が可能である。問題となる事情を単純に消極的に把握すればよい。たとえば正当防衛状況の不存在が可罰性の前提であり、これが明白に認定されなければ可罰性は消失する。ここでの法規定の文言との乖離は、法規定が直接には刑事訴追機関に向けられていないことからの必然的帰結であると説明されうる。後者については若干複雑な規範的考慮が必要である。モンテンブルックは要求による殺人 (§ 216 StGB) を例にあげて次のように説明する。この規定は被害者の要求に基づいて殺人を行った者は(より軽く)処罰される旨規定しており、その意味では可罰性の前提をはっきりと規定しているように見える(それ故可罰性という基準に従った変形は不可能であるように見える)が、実はそうではない。「殺人が要求に基づいていること」は、それが規定されている構成要件 (§ 216 StGB) の可罰性の前提ではなく、故殺の構成要件 (§ 212 StGB) の消極的な可罰性の前提として把握されるべきものなのである。故殺によって処罰されるのは、被害者の真摯な要求に基づかないで殺人を行った者のみである。更に実質的観点から要求による殺人の可罰性を問題にすればこのことはなお一層明らかになる。すなわち、行

為が要求に基づいて行われたことが処罰されるのではなく、まさに殺人を行ったという理由でのみ処罰されるのである。⁽⁶⁶⁾

ここで述べられたことは、全ての刑罰を減輕する事情について当てはまる。すなわち、全ての減輕規定における刑罰を減輕する事情はそれに対応する基本規定の定める（より高い）法定刑のための消極的前提として把握されなければならないのである。減輕規定の文言が積極的なものであるのは、法規定の明確性の要請に他ならない。⁽⁶⁷⁾

(54) Montenbruck, a.a.O.(8), S.43ff.

(55) 職権審理主義を採用する西ドイツでは、裁判所と検察官とが刑事訴追機関の概念に包摂される。

(56) Montenbruck, a.a.O.(8), S.46.

(57) Montenbruck, a.a.O.(8), S.48.

(58) Montenbruck, a.a.O.(8), S.48.

(59) Montenbruck, a.a.O.(8), S.49.

(60) 国家の行動の計算可能性が公共のレベルで保障されるとすれば、個々の市民が法律を読み、理解していなければならないということにはならない。もちろん刑法の中核領域では、個々の市民は素人の領域における並行評価（Parallelwertung in der Laiensphäre）で自己の行為の価値無価値を推し量ることができなければならないが、限界事例では間接的な計算可能性が問題になるにすぎないのである。Montenbruck, a.a.O.(8), S.46f.

(61) Montenbruck, a.a.O.(8), S.49f.

(62) Montenbruck, a.a.O.(8), 50.これは択一的認定にかかわる問題であり、i.d.p.r.原則との関連では一つの大きな問題であるが、この問題については後の研究に委ねたいと思う。モンテンブルックの言うように、択一的認定が許されるかどうかは、規定の拡張解釈が許されるかどうかの問題だという点は支持されうるように思う。問題はこの拡張解釈の限界を定める基準であろう。

(63) StGBの中に存在する「可能性の認定」で十分である規定としては§ 323aStGBがあげられるが、こうした立法形式はきわめて例外的なものにすぎない。Vgl. Montenbruck, a.a.O.(8), S.51.

(64) Montenbruck, a.a.O.(8), S.52.

(65) Montenbruck, a.a.O.(8), S.53.

(66) Montenbruck, a.a.O.(8), S.56f.

(67) Montenbruck, a.a.O.(8), S.58.

VIII. 結語

i.d.p.r.原則は、法律要件の存否不明の場合にいかなる判断を下すべきかを規制する独立のルールたりうるか。これが本稿が答えるべき問題であった。西

ドイツにおける議論の大勢はこの問いに肯定的に答えている。しかし、有力な反論も存在しているのである。そして、この問いに否定的な回答を与えている少数説に、私見としては、積極的な評価を与えてよいと考えている。

i.d.p.r.原則は、独立したルールとしては決して長い歴史的伝統を有するものではないことはすでに証明されている⁽⁶⁸⁾。「疑いがあるときは被告人に有利に」という判断は、憲法的価値の選択によって、実定法に内包された判断に他ならない。したがって、この原則を慣習法として把握することが妥当でないことは明らかである。

実体法規範が、専ら実体関係のみに着眼して、一定の法律要件に一定の法律効果を結び付けているという前提に立てば、確かに訴訟上の独立のルールとしてi.d.p.r.原則を認める必要はある。しかし、このように把握する見解は、上述したように、いずれも難点を含んでいるように思われる。ザールシュテットにより指摘され、モンテンブルックの詳細な規範論的分析によって明らかにされたように、個々の実体法規範自体が「疑いがあるときは被告人に有利に」という判断を内包しているという主張、否むしろ、憲法的価値を背景として個々の実体法規範の内包する判断が結果として「疑いがあるときは被告人に有利に」を帰納するという主張はきわめて魅力的である。重要なのはi.d.p.r.原則そのものなのではない。憲法的価値を背景として、個々の規範の内包する判断を解釈によって明らかにしてゆくことなのである。この出発点は何といても正当である。しかし、それはモンテンブルックの規範論的分析を無批判に受け入れることを意味するものではない。(したがって、その詳細な検討・分析が必要であることは認めるが、ここでは紙数の関係上不可能であった。この点は後に明らかにしたいと思う。)

i.d.p.r.原則をめぐるのは、その帰属、妥当根拠、妥当範囲について争いがある。ここで明らかにされた出発点からはこの原則の帰属など全く問題にならないことは明らかである。一定の妥当根拠を挙げ、それによって妥当範囲を確定するという思考もまた無意味である。妥当範囲をめぐる議論が、とりわけ訴訟法規定の法律要件が存否不明である場合にどの範囲でi.d.p.r.原則が妥当するかを問うものであってみれば、その回答は、憲法的価値を背景として、その都度考慮される特殊手続法的原理を考慮しつつ、問題となっている規定の内包する判断を解釈によって明らかにすることによってのみ与えられるものである。

一般的ルールの確立は無用であるばかりか、おそらく不可能であろう。

(68) Sax, a.a.O.(20). はこれを証明している。資料上の制約はあるが後の機会にザックスの証明を検証したいと考えている。

(筆者の住所 〒186 国立市西1-5-20 パルファイン205号)