

刑事訴訟法における挙証の責任と挙証の必要

井上, 正治
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1436>

出版情報：法政研究. 29 (1/3), pp.113-134, 1963-02-28. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



刑事訴訟法における挙証の責任と挙証の必要

井 上 正 治

は し が き

挙証責任とはこれをどう理解しておくことが正しいか。さしあたり、兼子教授の説明をきこう。いわく、「挙証責任とは、訴訟上一定の事実の存否が確定されない場合に、不利な法律判断を受けるように定められている当事者の一方の危険又は不利益をいう。この場合その当事者がその事実の存在（又は不存在）について挙証責任を負うと称する」（兼子・立証責任「民事訴訟法講座二巻」五六五頁）と。これは、挙証責任を自由心証のつきるところにのみ働く結果責任として理解することにはならないが、それをまさに訴訟の過程において、当事者の追行行為として理解する必要はないものか。ところがそういう意味でのいわゆる主観的挙証責任については余り好意的ではない。こういわれる。「それでも、弁論主義では当事者は証拠申出によって、自己の主張事実を証明しなければ当然に敗訴するから、単なる結果責任でなく行為責任があるとの見地から、客観的挙証責任と並んで主観的挙証責任を認める見解が有力である」が、証明の対象だからといって必ずしも証明の必要があるわけではなく（たとえば、公知の事実や裁判所に顕著な事実などは、当然）、それに証拠共通の原則が存する以上（いづれの当事者の挙証活動によって証明されたかを問う必要がないので）、行為責任としての主観的挙証責任も一体どれほど積極的な意義があるものか疑わしく、「したがって、主観的挙証責任は、客観的挙証責任の反対面をいうだけで、独立の観念として区別する必要は存しないと考える」（兼子・前掲五六七頁）と否定的であった。

論 説

ところが同じく民法学者ではあっても三ヶ月教授の所説は、兼子教授の見解とは異なり、むしろ主観的挙証責任にも訴訟における積極的な意義を承認される。『「挙証責任は民事訴訟の背椎である」という言葉は単に真偽不明の場合にその不利益を何れに負担せしめるかを定めておくということが重要であるという事を意味するに止まらず、その原則が行為責任に反映し、請求原因と抗弁事由の区別とか本証と反証の区別とかに現われて、訴訟を一貫して（即ち自由心証の途が尽きたときだけでなく）貫かれているということをも意味すると解してはじめて背椎たる所以が理解されるのである』（三カ月・民事訴訟）と主張されている。ローゼンベルグも、一まず、挙証責任の問題につき、訴訟においては「結果だけが重要であり、その結果は挙証責任を負う当事者によってもたらされたものである必要はない」ことを認めつつも、他面、「だからといって、主観的挙証責任という概念を完全に除きうると信じることは、浴水とともに赤児をも流すことに他ならぬ」（Rosenberg, Die Beweislast, 3. Aufl. 1953, S. 21）という。とりわけ、三ヶ月教授も指摘されたごとく、弁論主義の下における行為責任の役割に着目すれば、結果責任として理解しておけば足りるはずの挙証責任もまた現実の訴訟の中に行為責任という型をとって現われて来ざるをえないことを否定できない。だからこそ実務において、否認と抗弁、反証と本証とが嚴重に区別されながら、複雑にからみ合って訴訟が進行するはずではなかったか。このように、否認と抗弁、反証と本証との差異は、まさに、挙証責任の原則が行為責任に反映して訴訟に現われたものであるうが、だからといって客観的挙証責任の反射面たるにすぎないと無視できようか。それでは、訴訟の進行過程は完全に姿を没し、弁論主義とはいいいながら、どこが職権主義と異なることになるうか。

一 行為責任としての挙証責任

一 現に、否認と抗弁、反証と本証の区別をとりちがえることが訴訟の運命を全く転倒させてしまいかねない。参

考までに、一つの判例を引用しておくが、この判例から、われわれは、弁論主義を採る訴訟においては、行為責任として、主張責任や挙証責任を考えることの重要性を今更のごとく教えられるのであった。「所有権の主張と挙証責任」という昭和十一年十月六日の判例である（民集一五卷一七七頁）。判旨とされるところのものを十分に理解しようとするれば、事実の概要を述べておく必要があるもので、いささか繁にすぎる嫌いもなくもないが、兼子教授の「判例民事訴訟法」より事実の概要を借りて引用する（七一事一件参照）。

X（原告・控訴人・上告人）は、その先代BがAから買得した本件不動産を相続により取得したが、Bの実弟CはBの生前その実印を預っていたのを奇貨とし、これを不正に使用しB名義の不動産売渡証書及び登記の委任状を作成し、B死亡の直前自己名義に本件不動産につき移転登記をし且つこれを占有したが、その後Cは破産宣告を受け、Y（被告・被控訴人・被上告人）がその破産管財人となったので、これに対し取戻権の行使として所有権の確認、登記抹消及び引渡を請求すると主張して本訴を提起した。これに対しYは、本件不動産は実はCが自らAから買得したものであるが、Bの多額納税者たる資格取得のためその依頼により登記簿上の所有名義を貸したに過ぎないもので、その後Bと協議して売買名義で自己に移転登記を了したので、従って本件不動産は嘗てBの所有には属しなかったものであり、仮にBがAから真に買得したものであるとしても、その後B・C間に財産関係上の争があり、これを解決するため和解契約によりBから譲渡を受けたものであると主張して請求棄却を申立てた。第一審で原告敗訴し、控訴審でも、本件不動産はBがAから買得し従って一旦Bの所有に属したが、Bは生前財産を兄弟に分与する意思に基き、本件不動産をCに贈与したものと認定して、Yのその余の主張に触れず、Xの控訴を棄却した。

これに対しXは上告して、本訴においてYはCがBより本件不動産の贈与を受けたとの事実を嘗て主張しないところであって、これを理由としてXの請求を排斥した原判決は、当事者の主張しない事実に基づき判断した違法があると

主張した。判示していわく――、

本訴ニ於テ上告人Xハ本件ノ所有權ヲ主張スルモノナルガ故ニ、被告ニシテ原告ノ請求ヲ認諾セザル限り原告ハ如何ニシテ所有權ヲ取得スルニ至リシヤノ事由ヲ主張セザルベカラズ。這ハ原告ノ主張責任ニ属スル事項ナルヲ以テ、苟モ訴訟資料ニシテ此ノ主張ヲ肯定スルニ足ルモノ無キ以上、若ハ此ノ主張ヲ否定スルニ足ル訴訟資料アル以上、原告ハ則チ敗訴ヲ免ルベカラズ。偶々被告ニ於テ原告ノ当該主張ト相容レザル云々ノ事実ヲ主張シタレバトテ、Xハ固ヨリ原告ノ主張ヲ自白スルニハ非ズ、唯單純ナル否認ヨリ一步ヲ進メ其ノ否認ノ理由ヲ具陳シタルニ外ナラズ。而モ此ノ理由ノ具陳ハ固ヨリ抗弁權ノ提出ニモ非ズ、又、偶々理由ヲ具陳シタル為、主張責任ハ俄ニ原告ヨリ被告ニ転稼セラルベキ道理ナキニ於テ、裁判所ガ或ハ原告ノ主張自体ヲ肯定スルニ足ル訴訟資料無シトシ、若ハ訴訟資料ニ基キ原告ノ主張ヲ否定スルダケノ或事実ヲ積極的ニ認メタルトキハ、被告ノ当該主張ガ認メラレタレバトテ認メラレザレバトテ、又裁判所ノ積極的ニ認メタル事実が被告主張ノソレト一致スレバトテセザレバトテ、Xハ固ヨリ以テ間フトコロニ非ズ。本件ニ於テ上告人Xハ所有權取得ノ事由トシテ先代ヨリノ家督相続ヲ主張スルニ対シ、被上告人Yニ於テ本件不動産ハY自ラ他ヨリ買入レタルモノニシテ未ダ曾テBノ所有ニ属セザリシ旨抗争セラルハ、取りモ直サズXノ主張ニ係ル家督相続ニ因ル取得ヲ否認スル理由ニ過ギズ。原判決ガ之ト異ル判示事実ヲ証拠ニ基キテ肯定スルトコロアリ、以テ本件訴訟物タル上告人ノ所有權ヲ否定シタルハ、何等ノ違法アルコトナシ。

この判例にたいする兼子教授の批判は、否認と抗弁の正確なる區別が訴訟において果す役割を理解する上に興味のないものがある。こういわれる、「判旨は本件事案に関して、主張責任及び举证責任の分配を誤りひいて否認と抗弁との錯倒に陥っている」「自己の所有權を訴訟上主張する者は、その請求が否認されたからといって直ちにそれを理由あらしめるが為にあらゆる事実についてこの責任があるわけではなく、……自己又は前主がその取得後これを

喪失したる事由が絶対にならないという点まで、この責任を負わされているものではない……。相手方がその中間時期において、自己又は第三者が所有権を取得したことを事由に請求を否認する場合は、新たな法律効果を主張する抗弁の提出であり、したがって寧ろ相手方にその取得原因について主張及び挙証の責任があることになるのである」
 (兼子・前掲 二〇八頁)と。

二 このように、当事者の一定の主張と相手方のそれにたいする否認または抗弁、あるいは本証と反証が複雑に交錯して、訴訟は進行していく。だから、訴訟の追行過程には主張責任の分配の問題が登場し、またそれとコロラリーして挙証責任の分配が顧みられなくてはならないはずである。挙証責任は、自由心証の終るところにのみはじめてクローズ・アップされるものではなく、すでに訴訟のプロセスにおいて大きな機能を示す。

のみならずローゼンベルクの説くところによれば、グラスラーの一八八三年の著作までは、挙証責任とはむしろ主観的挙証責任のことと解されていたらしい(Rosenberg, *op. cit.*, S. 18)。わが国でも、かつてはそう理解することが支配的であったが、現在でも中島教授の「挙証責任の研究」は、挙証責任として専ら主観的挙証責任が強調されているのであった。しかし、もちろん主観的挙証責任を挙証責任のすべてと解することは本末を転倒するものではあろう。だが、客観的挙証責任を強調するの余り、主観的挙証責任をたんにその反射にすぎないと投げ捨ててしまうことは、弁論主義の意義を見失うことになり、その意味では却って弁論主義という訴訟の構造に忠実な理解ではない。

主観的挙証責任を強調した古い二つの判例をここで参照してみよう。一つは、「不法行為における故意過失の挙証責任」(大判大正九年四月八日 民録二六輯四八二頁)であった。いわく――、

上告論旨第四点ハ原判決ハ其理由ニ於テ「(上略)然レハ則チ控訴人ハ何等ノ利害關係ナキ被控訴人所有の樹木ヲ恣ニ伐採シタルモノナレハ反証ナキ本件ニ於テハ右伐採行為ハ故意若クハ過失ニ出タルモノト推定スヘク(下

略)「ト判示セラレタリ按スルニ民法第七百九条ニ所謂不法行為タルニハ故意若クハ過失ニ依リ他人ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ要シ之レカ賠償ヲ要求スル者ハ客觀的要件ノ外主觀的要件タル故意過失ノ存在ヲ立証セサルヘカラス然ルニ原判決ハ此立証責任ヲ転倒シ上告人ニ反証ノ責任ヲ嫁シ其挙証ナキヲ理由ニ故意過失ニ出タルモノトノ推定ヲ下シタルハ全ク挙証責任ノ法理ヲ謬用シタル違法アルモノト信スト云フニ在リ

然レトモ原裁判所ハ被上告人ノ立証ニ依リ何等ノ利害關係ナキ上告人カ被上告人所有ノ樹木ヲ恣ニ伐採シタル事實ヲ認メ此事實ヨリ上告人カ其樹木ヲ伐採スルニ付キ故意若クハ過失アリタル事實ヲ推断シ得ヘキモノト認メ以テ上告人ニ不法行為ニ基ク損害賠償ノ義務アリト判断シタルモノニシテ故意又ハ過失ニ関スル立証責任ヲ被告タル上告人ニ負担セシメタルモノニアラス故意又ハ過失ハ一般不法行為ノ構成要件ナレハ賠償請求者タル原告ハ其存在ヲ証明スル責任ヲ負担スヘキモノナレトモ故意又ハ過失ヲ推断シ得ヘキ事實ヲ証明シタルトキハ其立証責任ヲ尽シタルモノト謂ヒ得ヘキヲ以テ被告ニ於テ其不存在ノ反証ヲ提出セサル限り其故意若クハ過失ヲ認定スルハ不法ニアラス故ニ之ト同一ニ出テタル原判決ハ相当ニシテ上告論旨ハ理由ナシ。

と。この判例が挙証責任を専ら行為責任として理解していることに注目する必要がある。今からみれば珍らしい判例であつた。次の「挙証責任の移転」(大判明三八年二月二三日 民録二二輯一六七五頁)は、もっと古い判例であつただけに、こういう傾向は更にはつきり出てくる。いわく――、

上告論旨ノ第一点ハ証拠ハ争又ハ疑アル事實ニ付裁判官ヲシテ其事實ノ真否ヲ確信セシムルヲ目的トシ裁判官ハ係争事實ノ真否ヲ判断スルニハ必ス当事者ノ提出スル証拠材料ヲ基礎トセサル可カラス爰ニ於テ挙証ノ責任カ何レノ当事者ニ存スルヤノ問題ヲ生ス吾國ニ於テハ挙証ノ責任ニ関スル法則ナキカ故ニ理論ニ依テ之ヲ定メサルヘカラス理論上ヨリスレハ挙証ノ責任ハ主張者ニアリテ其主張ヲ否認スルモノハ挙証ノ責任ナシト云ハサル可ラス何トナ

レハ主張者ハ自己ノ主張カ真正ナルコトヲ裁判官ニ確信セシムルニ非ラサレハ自己カ訴訟ニ於テ達セントスル目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ之レ學說竝ニ判例ノ一致スル所ナリ然ルニ原審決理由ニハ「其書面ノ内容ヲ形成セル文字ハ果シテ其當時記載セラレタルヤ疑ハシキヲ以テ否認スト云ヘリ然リト雖モ請求人ハ之ニ付何等ノ反証ヲ提出スルコトナク云々」トシテ上告人（請求人）ニ立証ノ責任アルモノナリトシ上告人ノ請求ヲ排斥シタルモノニシテ挙証責任ニ関スル法則ノ適用ヲ誤リタル不当ノ裁判ナリト云フニ在リ

然レトモ或事實ヲ主張スル者ニ其事實挙証ノ責任アル場合ニ於テ其挙証ニ依リ一応其主張ヲ眞実ナリト推定スルヲ当然トスルトキハ其主張ノ事實ハ既ニ立証セラレタルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ挙証ノ責任ハ反対ノ事實ヲ主張スル相手方ニ移轉シ其相手方ニ於テ反証ヲ挙クル責ニ任セサルヘカラス原審決書ヲ閱スルニ特許局ハ中川津平ヨリ出願人ニ宛テタル明治三十三年二月四日附ノ書面ニ依リ被上告人ノ主張事實ヲ眞実ナリト推認シタル力故ニ其推認ニ反スル事實ヲ主張スル上告人ニ反証ノ挙示ヲ責メタルコトハ原審決ノ理由全体ニ徴シ自ラ明白ナリ而シテ右書面カ其日附ノ當時郵便局ヲ經テ送付セラレタルモノナルコトハ上告人カ原審ニ於テ認メタル所ナルヲ以テ反証ナキ限りハ其書面ノ内容ヲ構成スル文字モ其日附ノ當時記載セラレタルモノト一応推定ス可キハ当然ノ事ナリトス故ニ特許局カ該書面ニ依リ被上告人ノ主張事實ヲ眞実ナリト推認シ右一応ノ推定ニ反スル事實ノ主張即チ該書面ノ内容ヲ構成スル文字ノ成立時期ヲ論争スル上告人ニ其立証ヲ責メタルハ正當ニシテ本論旨ニ於テ主張スルカ如キ違法アルコトナシ

もちろん、最高裁判所の挙証責任にたいする理解としては、學說の最近の傾向に應じて、客觀的挙証責任の意義に解する態度が顯著にあらわれている（たとえば、最判昭三一年九月一三日民集一〇卷一一三頁（五頁、同昭三二年六月二一日民集一一卷一一二五頁））。それはそれとして、さきの明治三十八年の判例が行為責任としての挙証責任を強調する余りにか、訴訟の進行につ

れいいかえれば訴訟の具体的事情によって、挙証責任が相手方に移転するがごとく理解し、「反証」を挙げることで挙証責任というカテゴリーに含ましめようとすることは、却って行きすぎてしまう。

二 挙証の必要と挙証の責任

一 もちろん、訴訟の状況に応じては、当事者が「反証」を挙げれば、それにより訴訟の運命につきなんらかの利益をうるであろうことは否定できない。しかし、理論的には、こうした挙証の必要は、訴訟法において挙証責任といわれるものとは異なる。もっとも、現在の学説においても中島教授は、恒常的な挙証責任のほかに二次的派生的な移動する挙証責任なるものを承認される。だがこれは批判を免れない（兼子・五六九頁以下、三カ月・四一一頁以下）。蓋し、挙証責任は、訴訟の具体的発展とは切り放されて、抽象的にはじめから実体法によって定められているものであって、裁判所の心証形成の度合に応じて当事者の間を移転するというものではない。その意味では、挙証責任の分配とは、あらかじめ実体法により規整されている点において、すぐれて法的な概念である。訴訟の実際においては、相手方の証明があれば、反対の当事者としては放っておけず、これにたいし何らかの反証を挙げなければ敗訴するかもしれないという心理的な負目のあることも事実である。そういう勝訴判決にたいする見込、あるいは敗訴判決を免れようとする負担の全体が、訴訟を浮動な訴訟状態とするのであった。この心理的な負担から免れようとすれば、当然反証を挙げなくてはならないであろうが、それはたんに裁判所の「確信を動揺させて少くとも挙証責任の働く状態へ持込む努力の必要を意味するだけである」（兼子・前掲）。そこで、挙証の必要とは、事実的な状況の発展に応じた当事者間の緊張関係にとどまり法的に規整されたものではないという意味において、法的概念としての挙証責任とは、厳重に区別されなくてはならない。もともと概念として異なるものを「挙証」という表現に似かよったものがあるからといって、それにまどわさ

れて、あるいは二次的派生的な挙証「責任」として把えることは正確さを失い大いに反省を要する。

ここまでは有力な民訴法学者により、正しくも指摘されたところであり、むしろそれはそれとして正しい。ところが、挙証の必要が、このような意味でのたんなる事実的な緊張関係にとどまらず、更にそれ以上に、法的概念としての働きを示すと考えべきはある。それを今から考察しよう。

二 問題は刑事裁判に関連する。児童福祉法第六〇条第三項但書を巡って議論を展開することが便宜であろう。

（本法については、多くの教科書に引用されている）。同条は、児童福祉法の禁止行為に違反したばあいの罰則を設けたものであるが、その第三

項は、「児童を使用する者は、児童の年齢を知らないことを理由として、前二項の規定による処罰を免かれることができない。但し、過失のないときは、この限りでない」と規定する。この法律で児童とは満十八歳に満たないものということとは周知のところであろう。そして、この但書をどのように理論づけるべきかにつき考察を加える必要があった。

一体、本条の禁止規定違反罪は、構成要件として、児童を使用する者が児童に淫行させる行為だけを予定し、その年齢についての主観的認識の有無を問題とせず一種の客観的処罰条件として規定したものであろうか。あるいは、児童の年齢について故意または過失のあるばあいだけを処罰するつもりであり、過失のないばあいを処罰しないという意味であるが、ただ本法の特徴として、過失のないという点に関する「証明」を被告人に負担させたものか。もしそうだととしても、ここにいわゆる無過失の「証明」とは、これまで論じて来た挙証責任の分配という意味における立証の責任を被告人に負担させるものか。そう理解することは条文の体裁にかなり素直な態度とみえなくもないし、またこれまでの刑事訴訟法学者の見解の中にも、あきらかに挙証責任の転換を認めたものと解する所説が存在した。そういう見解は、もともと刑事訴訟においても挙証責任の転換を承認することに「刑事」訴訟だからといってなんら抵抗を感じないものであった。そしてまた事実、これまでもあるいは同時傷害（刑二〇七条）とか名誉毀損における事実の証明

(刑二三〇) 条ノ二) などにつき、いとも簡単に挙証責任を檢察官から被告人に轉換したものだという考え方が支配的であった。

しかし、果して刑事訴訟において挙証責任の轉換を肯定する考え方がなんらの批判もなく支持できるであろうか。児童福祉法第六〇条第三項但書を考えるにおいても、実は根本的に、刑事訴訟における挙証責任の轉換につき反省を加えてみる必要があるのであった。

三 われわれは、ここで、証拠提出の責任といわれる制度に思を致してみることもむだではなからう。この証拠提出の責任とは、いふまでもなくアメリカ法の制度であった(Morgan and Maguire, Cases and Materials on Evidence. 1951, p. 42 ff.)。

この証拠提出の責任とは、アメリカの訴訟形態、とりわけ民事訴訟という構造とその特徴とする陪審裁判という機構を念頭においてはじめて理解できる。原告は、立証段階に入るや、その主張につき「一応の立証」(Prima facie evidence)を果さなくてはならない。もし、原告が「一応の立証」をさえ尽さなかったならば、裁判官は、陪審にたいし、被告勝訴の指示評決をする(directed verdict)。そこで、事件は陪審の判断をうけない。逆にいえば、原告が「一応の立証」を尽したときのみ、陪審の判断をうける。だから、この段階までは、原告が証拠提出の責任を負うことになる。さて、次に、原告の「一応の立証」にたいし、被告としては、ただちになんらかの反証をあげて原告の立証を争うであろう。だが、もし、原告の「一応の立証」にたいし、被告がなんらの証拠をも挙げなかったならば、そのまま事件は陪審の判断に委ねられる。多くのばあい、原告の「一応の立証」だけで、陪審は説得されて原告勝訴の評決を受ける可能性は多かるうが、つねにそうとは限らない。原告の立証が「一応の立証」にとどまったために、原告敗訴の評決をうけることもなくはない。蓋し、「一応の立証」の程度では、陪審が説得されないばあいだってありうるから。原告としては、もし勝訴の指示評決をえようと思えば、「一応の立証」をこえて「十分の立証」を果す

必要がある。もし原告が「十分の立証」を果したならば、被告は「何らかの証拠」を提出しなければ、陪審の判断をうけることはできない。そこでこの段階においては、被告が証拠提出の責任を負う。

このような証拠提出の責任 (Burden of Producing any Evidence) とか陪審説得の責任 (Burden of Persuading Jury) とかいわれるもの以外、アメリカ法においては大陸法にいう挙証責任のごとき制度がないとすれば、むしろそれは具体的訴訟に応じて変化する挙証の必要とよんで来たものに似たものがある。現に、平野教授は、形式的挙証責任と証拠提出の責任とを区別して考うべきものと指摘されている (平野・刑事訴訟法一八四頁)。だが三ヶ月教授には、「客観的挙証責任・実質的挙証責任・確定責任 (何れも同じものを指す) に対立する主観的挙証責任・形式的挙証責任・挙証実施責任 (何れも同じものを指す) を認める」 (三ヶ月・前掲四〇七頁) として、形式的挙証責任と証拠提出の責任とを同一視しようとする考え方がはっきり現われている。証拠提出の責任は、いうまでもなく、立証の段階における行為責任を端的に把えたものであろう。だが、行為責任という面では共通のものがあっても、挙証責任を行為責任に反映したばあいの主観的挙証責任 (または形式的挙証責任) とは同じではない。

刑事訴訟においては、これまで挙証責任の転換といわれて来たところにおいて、実はこの証拠提出の責任 (しかも挙証の意味) が大いなる役割を果しているものではなかったか。

児童福祉法第六〇条第三項但書に関する昭和三〇年三月二七日の最高裁判所判例を資料として、若干の検討を加えてみよう。

三 挙 証 責 任 の 転 換

一 この小稿では、ひきつづき、「挙証の必要」ということが、刑事訴訟においては、厳密に言えば刑事訴訟にお

いてこそ民事訴訟のばあいとは違って、実体法上の一つの制度として役割を果たすことがありはしないかを考えてみようというのであった。ここで、「一つの制度として」とは、それぞれの具体的訴訟の経過において当事者が立証しないで放っておけばあるいは不利益を蒙るかも知れないという単なる緊張関係以上に、「挙証の必要」が挙証責任といわれるばあいと同じく、法によって予定されていることを意味する。いいかえれば、抽象的・一義的に、「挙証の必要」が実体法の中で規定されているばあいのことであつた。そういう実例は、民事訴訟にはないといつてもよからうが、刑事訴訟には存在する。

もっとも、民事裁判の中でも、行政事件においては、法が証拠提出責任の問題として「挙証の必要」を例外的に考えているばあいが無いわけではない。その一つとして、国税徴収法第三一条の四第七項をみよう。いわく、「第二項ノ訴ニ於テハ裁判所ガ相手方当事者タル国税庁長官、国税局長、税関長若ハ税務署長又ハ其ノ他ノ行政機関ノ長ノ主張ヲ合理的トナリト認メタルトキハ当該訴訟ヲ提起シタル者ニ於テ先ゾ証拠ノ申出ヲ為シ其ノ後ニ於テ相手方当事者之ヲ為スベキモノトス」と規定する。同種の規定は、所得税法第五二条、法人税法第三八条にもある。これらは、納税者による税債務不存在の確認を求める消極的確認訴訟の形を規定したものである。消極的確認訴訟における挙証責任は何人が負うものか。もともと、挙証責任は、訴訟上權利を主張する者とこれを争う者との間に分配され、自己に有利な法律効果の発生を主張するものはその法律要件につき挙証責任を負わなくてはならない。だから、債務不存在確認の訴のごとき消極的確認訴訟においても、債権の存在を主張する当事者すなわち被告が、權利を主張するものとして、右の原則により、挙証責任を負担することになるわけである。原告か被告かという関係によって形式的に分配されるのではない。ところが、さきに引用した国税徴収法（所得税法、法人税法において同じ）によれば、この明らかな原則にたいし例外を規定したかにみえる。果して挙証責任を転換し、税金返還訴訟においては、ふつうの消極的確認訴訟のばあいと

は異り、原告に挙証責任を負担させようとするものであったろうか。いわゆるシャープ勧告にもとづき、GHQが大蔵省に立案を促してきた当初は、挙証責任を原告に転換するつもりであったらしいが、当時の法務府や最高裁判所事務局の強い反対にあって、現行法の規定のように落ちついたといわれている（その詳細は「行政事件訴訟特例法逐条研究」〔ジュリスト七五頁以下を参照されたい〕）。すなわち、これらの条文は、挙証責任を原告に転換したのではなく、せいぜい原告に証拠提出の責任を課したにとどまる。いいかえれば、「挙証の必要」を法規の上で制度化した一つの例であった。

このように証拠提出責任を本来挙証責任を分担しないものに負わせることにより、法は一体なにを意図するものであろうか。これを考えるには、予めいわゆる挙証責任の転換について若干検討を加えこれを正確に理解しておく必要ではない。

二 挙証責任の「転換」とは、さきにも述べたごとく、訴訟の具体的経過においてその見通しの有利不利に応じ挙証責任が一方から他方へ移ることをいうのではない。原則として一定の法則にもとづき予め当事者間に分配されているものであるが、ときにこれが例外として修正されているばあいがある。これが挙証責任の転換といわれるものである。だから、挙証責任の転換といっても、訴訟の具体的経過のまにまに一方から他方へ移動するものではなく、予め一義的・抽象的に実体法の中で規定されているという点においては、挙証責任の分配を考えるばあいと本質を同じくする。たとえば、一般規定によれば原告が挙証責任を負担することになっているものが、特別の規定があるため被告が挙証責任を負担させられるばあいのごとき関係であった。

そもそも、すでに述べたごとく、自己に有利な法律効果を主張するものは、その法律効果を定める法条の法律要件につき挙証責任を負うことが原則である。いわゆる法律要件分類説は、このように、挙証責任を分配する。そこで、一つの条項が本文と但書によって構成されているばあいには、多くのばあい、本文にかかげられた事実が法律適用の

前提要件をなし、但書はその障碍たるべき前提要件をなす。だから、「本文」の法律効果を主張するものがその前提要件につき挙証責任を負担し、それを否定する相手方が、「但書」の前提要件につき挙証責任を負うこととなる。各条項における「本文」と「但書」とは、挙証責任の面からみれば、通常こう理解しておいて誤りない。

それでは、児童福祉法第六〇条第三項も、本文と但書という構成をとるところから、無過失の挙証責任を被告人に負担させようとしたものであったろうか。蓋し、同項は、「児童を使用する者は、児童の年齢を知らないことを理由として、前二項の規定による処罰を免かれることができない。但し、過失のないときはこの限りでない」と規定することにより、まさに、挙証責任の転換を考えるばあいの本文と但書の関係と同じ体裁をとるからである。しかし、結論的にいえば、挙証責任の転換を規定したものと思うべきでないことは、すでにくり返えし示唆して来たところであった。その理由は、おいおい明らかにするとして、刑事訴訟においては、原則として、挙証責任が転換することはありえないということからも、挙証責任の転換の規定かどうかはまず疑ってみなくてはならない。

三 もっとも、刑事訴訟だからといって、挙証責任の転換するばあいが皆無ではない、通説によれば、刑法における同時暴行罪の規定や名誉毀損罪における「事実の証明」の規定は、挙証責任を被告人に転換したものといわれている。しかし、これとて、簡単にそういう切れるものではない。平野教授も指摘されるごとく、同時暴行罪を暴行罪の加重規定と考え、あるいは名誉毀損罪においては、事実の真否を問わず、名誉毀損罪の成立することを前提としてのみ挙証責任の転換を肯定しうることであって、通説のごとくそこまで考えない理論構成のもとにおいて、挙証責任の転換を考えることは、実は犯罪でないものを立証に失敗したからといって処罰することとなり、憲法上も疑問が残る（平野・刑事訴訟法一九〇頁）。通説のごとき理論構成の下においては、せいぜい「挙証の必要」を規定したとみるほかない。

刑事訴訟においても、人は無意識のうちに実は挙証責任の転換を考えているばあいがある。一つ例をあげよう。

刑法第三十八條第一項但書ニ所謂特別ノ規定アル場合トハ必スシモ明文ヲ以テ犯意ノ有無ニ拘ハラス処罰スル旨ヲ規定シタル場合ノミヲ謂フニアラス苟モ法令ノ規定ニシテ其趣旨ヲ窺フニ足ル以上ハ特別ノ規定ある場合タルニ外ナラサルモノトス而シテ飲食物用器取締規則ヲ見ルニ前文ノ如キ明文ナシト雖モ諸規則ハ公衆衛生ニ対スル危害ヲ予防スルノ目的ニ出テタルモノニシテ該規則ニ触ルル行為ハ犯意ナキ場合ト雖モ之ヲ処罰スルニアラサレハ其目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ以テ……

（大判大二年一月五日
刑錄一九輯一一二頁）

いわゆる行政刑罰法規についても、刑法第八條により、特別の規定のないかぎり、刑法総則が適用されることになつてゐるから、行政刑罰法規の違反を過失犯として処罰するためにも、過失犯として処罰できる旨の明文がなければならぬはずである。蓋し、刑法第三十八條第一項によれば、故意犯だけを処罰するのが原則であり、過失犯が罰せられるのは、「法律に特別の規定のある場合」に限られるからである。ところが、刑法学者も、行政刑罰法規については、余りこの点にこだわつて解釈しようとはしない。そこで、かりに、過失犯を処罰する旨の明文がないばあいでも、それぞれの法規を個別的に解釈し、過失犯を処罰すべき意向が認められれば、故意を認定しがたいばあいを過失犯として処罰してもかまわないといわれている。さきの飲食物用器取締規則違反事件もそういう考え方に裏打ちされた判例であつた（ただしこの判例は後）^{（一）}。同じ趣旨の判例は、大判昭和十二年三月三十一日（刑集一六卷四四七頁）^{（二）}にもあつて、要塞地帯法は過失犯を処罰する趣旨であると解釈された。最近では、外国人登録証明書不携帯罪につき、「外国人登録令第一三條で処罰する同令第一〇條の規定に違反して登録証明書を携帯しない者とは、故意に右証明書を携帯しない者ばかりでなく、過失によりこれを携帯しない者をも包含する趣旨に解するのが相当である」^{（三）}（最決昭二八年三月五日）と判示してこの趣旨を肯定している。しかし、明文がないにもかかわらず、過失犯として処罰する理由は行政的な取締目的をかかげただけでは説明を尽しえない。蓋し、過失を処罰するという明文がないばあいを過失犯として処罰する

ことは、結局、罪刑法定主義をふみにじることになる。たんに行政的目的だけを強調しても、説得力に乏しい。

しかし、このように実体法の領域にこだわって説明しようとししないで、訴訟法的に挙証責任の問題として検討すれば、こうした矛盾をさけて同じ結果をあげることになる。そう主張する学説もある。すなわち、これらの条項は、本来、故意犯だけを処罰するつもりであるが（その限り罪刑法定主義）、過失にすぎなかったという挙証責任を被告人に転換したと考えることはできないか。そう考えることができれば、これまでの通説の主張して来た行政上の取締目的にも十分そいえる。

しかし、いかなるばあいも立法者の都合次第で故意の挙証責任を被告人に負わせることができるわけではない。故意のなかったものが、立証に失敗したため故意犯として処罰される不都合は残るから。だから、故意の挙証責任を転換しようとすれば、当然のこととして、第一に、故意犯のみならず過失犯をも処罰するのに十分理由のあること、第二に、故意犯の刑と過失犯の刑との間にそう大きな不均合のないばあいたること。こういう前提のあるばあいにだけ、

故意の挙証責任を被告人に転換させてもさしつかえない（平野・刑事訴訟における推定）。ホームズの「大は小を

かねる」という理論がこれである。アメリカでは、Public Welfare Offence とよばれる犯罪においては、嚴格責任（strict liability）が要求され、故意のあるなしにかかわらず犯罪が成立する（Jerome Hall, General Principles of Criminal Law, 1947, P. 279 ff.）。

これも、ちょうどわが国の行政犯において主張されているごとく、故意の挙証責任を被告人に転換しても同じ意図を達することになるのではないか。しかし、過失にすぎなかったという立証はふつう容易なため、この考え方は被告人に通辞の機会を与えるだけであって、この挙証責任の転換の理論も實際的ではない（井上・食品衛生法違反罪と過失犯・判例評論五二号五頁以下）。

のみならず、刑事裁判において、挙証責任を転換しようとすれば、よほど慎重にその前提条件を検討しなくてはならない。そうでないかぎり、無過失のものをさえ故意犯として処罰することになるからである。だから立法の体裁は、

いかにも本文と但書の関係から、挙証責任を被告に転換させたかのようにみえても、実はそうでなく、精々被告人に「挙証の必要」を要求したにとどまる。児童福祉法第六〇条第三項がまさにそれであった。

四 児童福祉法第六〇条第三項

一 こういう前提に立って、児童福祉法第六〇条第三項を検討してみよう。本項は、挙証責任を転換したものではない。たんに、被告人に「挙証の必要」を要求したにすぎない。どうしてそう考えるべきかを検討する前に、昭和三十三年三月二十七日の第一小法廷の判決をみよう。

二 被告人は、第一審判決にたいし、児童福祉法第六〇条第三項を適用していない点を攻撃した。控訴審は、児童の年齢はいわゆる「罪となるべき事実」ではないと判断して原審を支持した。いわく――、

案ずるに、児童福祉法第六〇条第三項の規定は児童を使用する者は、その児童の年令を知らないことを理由として児童の使用に関する禁止行為違反の罰則の適用を免れ得ないものとし、ただ児童の年令を知らないことについて、過失のないときには、違反行為者にその無過失の立証責任を負担させ、たんなる免責事由としたにすぎないものであって、児童を使用する者につき、特に過失犯の類型を規定したものではないと解するのが相当である。そうすると、児童を使用するものが、児童に淫行をさせる行為をしたという客観的事実が存する以上、児童を使用する者においてした、立証による児童の年令を知らないことに過失がなかったとの証明が得られない限り、その主観的認識あるものとして処罰を免かれ得ないものであることが明らかであるから、児童を使用する者が、児童の年令を知らなかったことに過失のあることは、児童の使用に関する禁止違反行為の「罪となるべき事実」ではないものといわねばならぬ。

「違反行為者にその無過失の立証責任を負担させ…」となして、あたかも挙証責任を被告人に転換するとき口吻の見えるのは、大いに問題のあるところであり、まさに本稿の批判しようとするところであった。この点は、余りにも安易な理論構成であった。

これにたいし、上告論旨は、児童福祉法第六〇条第一項は故意犯の規定であり、同条第三項が過失犯の規定であるから、もし過失犯と認定するものであれば、同条第三項を適用すべきである、と主張した。最高裁判所は、同条第三項但書は、児童の年齢を知らないことにつき過失がないことは、刑訴法第三三五条第二項にいう犯罪成立阻却事由となる旨を定めたものと珍らしい解釈を示した。いわく――、

児童福祉法三四条一項六号は、何人も、児童すなわち満一八歳に満たない者に淫行をさせる行為をしてはならない、との禁止規定を設け、同六〇条一項は、右禁止規定に違反した者に対する罰則を定めている。そして、同条三項は「児童を使用する者は、児童の年齢を知らないことを理由として、前二項の規定による処罰を免れることができる。但し、過失のないときは、この限りでない」と定めている。これらの規定を対照し総合して理論的に考えると、児童を使用する者の本件犯罪について、前記六〇条三項本文は、児童の年齢を知らないことは、刑訴三三五条二項にいう「法律上犯罪の成立を妨げる理由……となる事実」とならない旨を定めると共に、前記六〇条三項但書は、児童の年齢を知らないことにつき過失がないことは、右犯罪成立阻却事由となる旨を定めたものと解するのを相当とする。それゆえ、これと趣旨を同じくする原判決は結局正当である。

三 同法第六〇条第三項の正しい意味を知るには、まず、同条第一項ないし第二項は何を規定したものであるかを考えておく必要がある。あるいは、これらの条項は、行政取締法規であり、しかも罰金刑をも科しうるところから、故意犯のみならず過失犯をも併わせ規定したものであるまいか、というように解釈されなくもない。しかし、こう

いう見解は余程の理由のない限り賛成しがたい（井上・前掲参照）。古い大審院判例にも、こういったものがあるいわく。――

刑法第三十八条第一項ニ於ケル犯罪ノ成立ニ故意ヲ必要トスル趣旨ノ規定ハ同法第八条ニ依リテ諸般ノ特別刑罰法規ニ適用セラルヘキヲ以テ同条項但書ニ所謂特別ノ規定アリトスルニハ特別刑罰法規ニ依リ処罰スル犯罪ノ成立ニ付テハ故意ヲ要セサル旨ノ一般的明文存スルカ若クハ各犯罪ニ対スル規定中ニ其趣旨ヲ確認シ得ヘキモノナカルヘカラス。単タ特別刑罰法規ノ目的ヨリ推論シテ該法規ニ於テ処罰スル犯罪ノ成立ニ故意ヲ必要トスルニ於テハ到底法規ノ要求スル目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ特別刑罰法規ニハ当然刑法第三十八条第一項但書ノ特別規定ヲ含ムト解スルハ其当ヲ得ス（大判大七年五月一七日刑録二四輯五九三頁）。

こうみてくると、同条第一項ないし、第二項は、故意犯だけを規定したものであり、それと同時に過失犯をも処罰するつもりならば別に規定すべきことが普通である。それでは、同条第三項が過失犯を規定したもののか、あるいは、本項を解して、児童の年齢の点について、その挙証責任を被告人に負わせたものであって、もし被告人がその点につき、過失のなかったことを立証しなければ故意犯として犯罰されることを規定したものであると考えることもできる。児童の年齢につき違反者に認識があったかどうかを立証することは困難であるため、本項が挙証責任の転換を意図したものと考えることも理由のないことではない。現に伊達教授は、こういう考え方に賛成し、同条第三項により処罰するばあいも、過失犯として処罰するものではなく、第一項の故意犯に該当するものと説明される（法曹時報八卷一一号八六頁）。もっともこういう考え方に立てば、児童の年齢の点につき過失のあったばあいでも故意犯として処罰されてしまうという欠点はあるが、挙証責任の転換を考える以上やむをえないということだろうか。

判例は、そうは考えないで、第六〇条第三項をもって過失犯の規定と解しているといつてよからう。いわく――、児童福祉法六〇条三項の規定に従えば、同法第三四条一項六号違反の罪につき、児童を使用する者は児童の年令

を過失によって知らなかった場合でも、これを知っていた場合と同様の法定刑を科せられる。論旨はこれを以て基
本的人權の侵害であり、憲法第一条に違反する規定であると主張する。

しかし児童に淫行をさせる犯罪の実情から観れば、右のように過失犯を故意犯同様に処罰することは、児童福祉
の保障を徹底させるために必要なことと認められる……（最判昭三一年九月一日）（刑集一〇卷一三三頁）。

この判例は、同法第六〇条第三項を過失犯と考えたであろうことは十分うかがえるが、また、最判昭和三〇年一
月八日（刑集九卷二三八二頁）も原審が過失犯とした見解を是認した結果になっている。

第三項但書は無過失の証明に失敗したばかりでも処罰するつもりであるし、伊達教授によれば故意犯として処罰さ
れることになる。無過失の証明に失敗したからといって故意犯として処罰されることは、余りにも論理が飛躍しすぎ
るという批判もないわけではない（高田調査官はそう非難される。法曹時報一〇卷六号一二〇頁参照）。だから第三項は、故意犯として処罰することを規
定したのではない。第一項、第二項が故意犯を規定しているのに対し、第三項は過失犯の構成要件を規定としたも
のと解すべきである。

ところで、第三項が過失犯を規定したとしても但書は挙証責任を転換したものであるか。同法に違反した故意犯
にたいしては、なにも第三項但書のごとき特別の規定は附加されてはいない。だから、故意犯においては、挙証責任
は原則どおり検察官が負担すべきである。それでは過失犯については、とくに挙証責任を転換するだけの理由があっ
たであろうか。その理由はない。現実には無過失なものを立証に失敗したため過失犯として処罰することは、余程の
理由のない限り刑法の根本原則に反することとなる。そうなると、無過失の点につき被告人の証拠提出の責任を要求
するため、この但書のごとき特別の規定をしたと解すべきである。結局、児童の年齢の立証はかなり困難なため、法
は過失犯につき工夫をこらして証拠提出の責任を被告人に課し、次いで過失犯と同じく処罰しようとしたのではない

か。ここに、「挙証の必要」が実体法上予定されていることを知る。

む す ひ

法を解釈する上に、いかなるばあい「挙証の責任」を規定したものであるか、また「挙証の必要」を規定したにすぎないものであるかは相当慎重に検討しなくてはならない。たんに、例外的規定であるとか但書だからといって、ただちに挙証責任の転換であると速断してしまうことは危い。案外に、これまで大陸法の余り知らなかった証拠提出の責任ということが、「挙証の必要」として大きな役割を果すことが少なくない。

「挙証の必要」という制度につき、早くから着目されていたのは、齊藤潤一郎氏であった（齊藤・事実認定論二六）。わたくしも、かつては強くこう主張したことがあった。齊藤氏の文章をかりよう。「常に検察官が立証責任を負う。被告人には立証責任はないのであるが、被告人も、不利益な裁判を避けるために利益な証拠の取調を請求するのが適當である。この意味において、刑事訴訟法上も被告人に立証利益は存するのであるが、これは決して立証責任ではない。従って、例えば刑法第二三〇条ノ二の規定のような場合にも、単に被告人は、私のいう提証責任を負担するだけであると解する説で、井上教授（原論二二八頁）の説かれるところである」（二七頁）とかなり好意的である。提証責任とは証拠提出の責任のことであった。齊藤氏はこういう見解によりつつ、法律上の推定についても、「推定事実の存在は、相手方からその不存在を証明するための証拠の提出されない限り且つその提出のある時までに限って、仮定されなければならないものであるに、すぎないものとする。」Thayer 理論を採用されるのであった。

本稿はこれ以上問題に深入りする余裕はない。ただ、挙証責任といわれるものの概念が明らかとなり、それとは性質の異なる「挙証の必要」が、現実の訴訟における緊張関係にとどまらず、ばあいによっては、実体法上の制度とし

論 説

て一つの機能を果たすことを理解されれば足りる。そして、刑事裁判においては案外にその働きは大きい。逆にいえば、刑事裁判においては、挙証責任の転換するばあいはほとんどないということになる。