

Title	量刑事実の証明責任
Sub Title	Burden of proof in sentencing
Author	原田, 國男(Harada, Kunio)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.31 (2015. 2) ,p.1- 19
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150227-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

量刑事実の証明責任

原 田 國 男

- 第1 はじめに
- 第2 前提問題
- 第3 犯情に関する不確実な事実の量刑判断の在り方
- 第4 一般情状に対する利益法則の適用
- 第5 おわりに

第1 はじめに

筆者は、「量刑事実の立証」という題で、木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』（成文堂、平成20年、初版）に論考を掲載した¹⁾。その後、杉田宗久「量刑事実の証明と量刑審査—裁判員裁判における量刑審査を中心に（上）（下）」²⁾が公表された。この論文は、タイトルが示すように、この問題に関する本格的かつ網羅的な論考であった。その中で、杉田元判事は、量刑事実の証明責任の問題を証明方法と証明水準の大前提として論じるべきであるとして、その趣旨に沿って、量刑事実の証明責任の問題を最初に正面から詳細に論じている。これに対して、筆者は、上記の木谷明編著の第2版（平成22年）においては、「これまで、量刑事実の証明責任の問題があまり意識的に論じられてこなかったのは、論者も原則的に支持されるように、量刑事実については、証明責任を観念し得ないというのが実務の普通の考え方であったからであろう。証明方法、

1) 木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』（成文堂、平成20年）325頁以下。

2) 判タ1309号47頁以下、判タ1313号47頁以下。

証明水準そして証明責任という順序で論ずるのが、実際の立証の自然な流れであると思われるので、本稿では、そのうちの証明方法について論じたものである。証明水準と証明責任の問題ももとより重要な問題であるから、別の機会に扱ってみたい。」と書いた³⁾。これは、非常に大きな問題であり、杉田元判事の優れた論考の前にたじろき、先送りにしたにすぎない。このことを気にしていたところ、杉田元判事が、上記の論文を同著『裁判員裁判の理論と実践』（成文堂、平成24年、初版）に採録された際に、私がいまだ論じていないことに言及された⁴⁾。おそらく、ご不満であったのだろう。そうしたところ、杉田元判事が平成25年12月に逝去されてしまい、その残された宿題を果たすことなく、今日に至ってしまった。幸い、この度、安富潔先生の退職記念論文集に投稿する機会を与えられたので、その責めを少しでも果たそうと思う。とはいえ、基本的な問題なので、私の感想的なメモの域を出ない本稿に、杉田元判事が天国で「もっとちゃんと論じてくださいよ」といつものように口を尖らして言っているのが目に浮かぶようだ。

第2 前提問題

量刑事実（量刑判断の対象となる事実）は、犯情と一般情状とに分けられる⁵⁾。犯情については、検察官に証明責任があり、真偽不明の場合は、検察官が証明責任を果たしたとはいえ、その事実がないと認めることになる。犯罪事実も犯罪阻却事実等も同じである。後者については、阻却事実がないことを検察官が証明しなければならないから、真偽不明の場合には、阻却事実があると認定しなければならない。この点は、争いがない。そこで、問題は、一般情状についての証明責任である。筆者は、これを「情状事実」と述べ、その証明方法に

3) 木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第2版〕』（成文堂、平成22年）156頁。

4) 杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践』（成文堂、平成24年）298頁。

5) 両者の区別については、拙著『裁判員裁判と量刑法』（成文堂、平成23年）115頁注(3)参照。

ついて、厳格な証明か自由な証明かを論じた⁶⁾。

杉田論文では、犯情のうちでも「罪となるべき事実」及びこれに準じる実体法的事実に関しては証明責任・証明水準・証明方法のいずれも現在では議論の余地のないところであるとするから、これに準じる実体法的事実とは、上記の阻却事実等を指すのであろう。そして、この両者を除く犯情と情状事実（一般情状）とを併せて量刑事実（狭義の量刑事実）と称して⁷⁾、その証明責任を論じている。そうすると、「罪となるべき事実」及びこれに準じる実体法的事実を除く犯情とは何を指すのか一応疑問となるが、他の箇所の記事によれば、「犯情の中でも、犯罪の種類（罪名）・罪質（犯罪類型）は量刑判断の出発点となる重要因子であり、これにより量刑の大枠が定まった後、この大枠の中で、その余の犯情、すなわち犯行の動機・目的、計画性、犯行の態様、犯行の結果、共犯事件であれば、共犯者との関係、加功の程度等の事情が考慮されて、大枠の中で更に量刑の枠が絞られる。」としているから⁸⁾、証明責任の検討の対象となっているのは、「犯行の動機・目的、計画性、犯行の態様、犯行の結果、共犯事件であれば、共犯者との関係、加功の程度等の事情」と情状事実（一般情状）ということになる。前者が犯情に含まれる点は、杉田論文と筆者の考え方で違いはない。ただ、筆者は、「罪となるべき事実」という概念を用いず、犯罪の種類、罪質、犯行の動機、態様・手段、被害結果の大小・程度・数量等を犯情と定義し、一般情状を簡略に情状と述べて、情状事実について、厳格な証明か自由な証明かを論じた⁹⁾。そうすると、証明責任の対象となる事実について、杉田論文と筆者では、用法に相違があることになる。この点を踏まえて、以下、論じていきたい。

6) 前注3) 404頁以下。

7) 杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』296頁（成文堂、平成25年）。

8) 前注7) 304頁。

9) 前注3) 404頁。

第3 犯情に関する不確実な事実の量刑判断の在り方

1 拙稿の再検討

ここで再検討の対象となる論考は、杉田論文も引用する「量刑判断と犯罪事実認定上の不確実性」である¹⁰⁾。元は、平成12年に司法研修所論集に書いたものであって、当時は、杉田論文引用の久岡論文¹¹⁾以外には、この問題については、あまり論じられておらず、手探りで書いた記憶がある。独断に及ぶ点多々あり、あまり自信がないのに、その後、度々引用されたが、いつかきちんとしたものを書くべきであると思いつつ、これまた、今日に至っている。この機会に再検討することにした。

そこで、論じたことをまとめてみると、

(1) 共謀共同正犯者の存否と択一的認定について、実行行為をすべて行った被告人の背後に共謀共同正犯者が存在することが証拠上認定できない場合に、どのような量刑を行うべきかという問題に直面するとして、3つの高裁判例を紹介した。①札幌高判平成5年10月26日¹²⁾は、共謀を認定すべきであるとし、②東京高判平成4年10月14日は¹³⁾、単独又は共謀による犯行との択一的認定が許されるとし、量刑は、被告人に有利な共犯の事実を基礎として行うべきであるとし、③東京高判平成10年6月8日¹⁴⁾は、択一的認定を否定した。これに対して、私見は、③の判例を支持した上で、他の第三者の指示があった蓋然性が認められるのであれば、その程度のものとして量刑上扱うほかないとして、他の第三者の指示による場合と他の第三者の指示がない場合とで、犯情として、前者の方が後者よりも軽いといえるケースを想定すれば、結局、前者より重く、後者より軽い範囲内で、一般情状を含

10) 拙著『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房、平成20年）101頁以下。

11) 久岡康成「量刑事情の実質的挙証責任について」立命館法学129=130号（昭和53年）590頁以下。

12) 判タ865号291頁。

13) 判タ811号243頁。

14) 判タ987号301頁。

む諸般の情状を総合して量刑を行えばよいと結論付けた。共謀の有無は、証明できないのであるから、その限度でしか、量刑の絞りとしては働かないとしたのである。

(2) 犯罪の動機等と択一的認定について、④東京地判昭和60年3月13日¹⁵⁾は、殺人の動機について認定判示はしていないが、量刑に当たっては、利益原則に則り、被告人に最も有利な動機（男色関係のもつれによる憤激）によるとした。これに対して、私見は、(1)の場合と同様に、証拠上絞ることのできる動機のうち、最も犯情の重いもの及び最も犯情の軽いもののいずれもが認定できないのであるから、前者に基づく重い量刑と後者に基づく軽い量刑の間で諸般の情状を考慮して量刑を行えば足りるとした。犯罪の手段・方法についても、択一的認定の余地があれば、同様に解すべきであるとしたのである。

2 最決平成21年7月21日¹⁶⁾の登場

その後、上記最決が登場した。その決定要旨によれば、「検察官において共謀共同正犯者の存在に言及することなく、被告人が当該犯罪を行ったとの訴因で公訴を提起した場合において、被告人1人の行為により犯罪構成要件のすべてが満たされたと認められるときは、他に共謀共同正犯者が存在するとしても、裁判所は訴因どおりに犯罪事実を認定することが許される。」というのである。

この判例の原判決は、私が裁判長のときのものである。ひたたくり窃盗の事案で、被告人が窃取の実行行為を担当し、友達のAが直前までバイクに被告人を乗せ、犯行直後に先行してバイクに再び被告人を乗せて一緒に逃走するという犯行を繰り返した。被告人は、単独犯として起訴されたが、彼が言いたいことは、事実も全部認め、第1審の判決の量刑にも不満はないが、自分だけの単独犯とされたことが公平でないという点であった。Aは、本件を除く余罪により、執行猶予になっている。記録上、Aとの共謀共同正犯は明らかに認めら

15) 判時1154号3頁。

16) 最決平成21年7月21日刑集63巻6号762頁。

れ、何ら新たな事実調べをすることなく、共同正犯の適用が可能であった。訴因変更をせずに、共同正犯を認定することも許されるケースであった。第1審がそうしなかった点をとがめるべきか大いに悩んだが、控訴を棄却した。まさか、これが最高裁判例になるとは思わず、ひどく驚いた記憶がある。その判例と優れた岩崎解説を読み、得心したのである。共謀共同正犯の存在が証拠上認定できない場合について、上記の拙稿のとおり、被告人1人の行為により犯罪構成要件のすべてが満たされたと認められるのだから、その限度で認定すればよいとしたが（これを実行犯と表現した。）、それを前提に、共謀共同正犯の存在が証拠上認定できる場合について、訴訟法上の処理を考えたものである。

そして、その場合の量刑の在り方について、岩崎解説は、伶俐な分析を示している。

ア 他に共謀共同正犯者の存在が認められる場合

上記最決によれば、なお単独犯を認定することができるが、この場合、単独犯の認定は、他に共謀共同正犯者が存在しないという認定を伴うものではないから、他の共謀共同正犯者の存在を量刑事情として考慮することは当然許される。裁判所としては、量刑事情としての重要性に応じて、合理的に審理内容を決め、心証を形成することができる¹⁷⁾。

イ 他に共謀共同正犯者の存在がうかがわれるにとどまる場合

この場合、共謀が認定できない以上、共同正犯を認定することができず、他方、単独犯の成立要件を満たすから、単独犯を認定することになり、択一的認定の余地は存在しなくなる。量刑については、拙稿の上記の幅のある判断（量刑上、絞りがきかないとする判断）を引用するにとどめている¹⁸⁾。

上記アについては、ほぼ異論はないであろう。問題は、上記イの場合の量刑の在り方である。

この点については、次の3説が考えられる。

17) 岩崎邦生・最高裁判所判例解説刑事篇平成21年度330頁。

18) 前注17) 331頁。

① 単独犯として量刑する説

量刑も事実認定と同じく単独犯を前提に行えばよいという考え方である。共同正犯の存在が被告人に有利か不利かを問わず、共同正犯が認められない以上、事実認定でも量刑判断でも単独犯を前提とすべきであるというのである。

② 共同正犯として量刑する考え方

これは、共謀共同正犯者の存在が被告人に有利である場合には、量刑判断においても利益法則を適用してその存在を前提として量刑を行うべきであるというものである。小池論文は、この見解であると思われる¹⁹⁾。事実認定は、単独犯と認定し、量刑は、第三者の指示による犯行と扱って量刑すべきであるとするからである。

③ 上記の幅のある判断により量刑する考え方

これは、拙稿の考え方である。他の第三者の指示があった蓋然性があれば、それが認定できなくとも、犯行に至る過程の一情状として量刑判断の対象として、考慮すれば足りるとするものである。

3 各説の検討

罪となるべき事実について、共謀共同正犯者の存在がうかがわれるにとどまる場合については、単独犯として認定し、①や②の高裁判例のように、被告人に有利に共謀共同正犯として認定することも、択一的認定をすることも認められないとすれば、その点を蓋然性があるからとして、量刑で考慮する必要はないという①の考え方もありうる。実行行為の全部を行ったということがこの場合の量刑判断の中心になるもので、その存在がうかがわれるにとどまる第三者の指示について、量刑判断で考慮する必要はないとするのである。

②説については、「罪となるべき事実では単独犯としながら、共犯者の存在を前提に量刑することに何ら矛盾はない」²⁰⁾ というのが、アの場合であれば、当然、是認できる考え方である。イの場合には、事実認定と量刑とで判断が異

19) 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について」法学研究 82 卷 1 号 612 頁以下。

20) 前注 19) 651 頁。

なる点をどう考えるべきかという疑問はあるだろう。両者は一体に扱うべきではないかという点である。量刑について利益法則を認めるならば、事実認定でも同様に利益法則を適用して、上記①の札幌高判のように、被告人に有利な共同正犯を認めればよいというのである。しかし、この点は、①の判例に対する批判にもあるように、事実認定が確定して、それを前提に量刑判断を加えるべきであるから、量刑において被告人に有利に判断したからといって、振り返って、事実認定も量刑判断に合わせて被告人に有利に変更するというのは、論理的な順序が逆になってしまうといえるであろう²¹⁾。有利不利は、量刑事情を総合してみないと判断できないからである。もっとも、最終段階で有利不利が確定すれば、論理的順序にとらわれず、事実認定にもその利益法則を適用して被告人に有利に事実を認定することを妨げる理由はないようにも思われる。この点の疑問は、留保したい。

むしろ、問題は、共謀共同正犯者が起訴された場合、合理的疑いがあるとして無罪となる可能性が高く、そうなると、単独犯と認定された被告人の関係では、共謀共同正犯が存在することを前提に量刑を行うのは、矛盾であるという批判である²²⁾。

そして、検察官も共謀共同正犯者を特定して立件できない以上は、実行正犯者の訴因にそれを含ませることはしないのが普通である。そのようなことをすれば、共謀共同正犯者から名誉毀損で国家賠償を起こされかねない。裁判所としても、罪となるべき事実で認定できないような共謀共同正犯者を量刑の場面とはいえ、名指しでこれを認定することは避けるであろう。起訴されていない者を十分な根拠もなく、その弁解も聞かずに、嫌疑だけで国家機関が犯罪者と認定することには、慎重であるべきである。もちろん、共犯者が既に死亡して

21) 関正晴「判批」現代刑事法10号83頁、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」岩瀬徹等編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開〔上巻〕』（信山社、平成26年）284頁。

22) 木口信之「共謀の存否が不確定な事案の処理をめぐる問題について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻第1編 理論編・少年法編〕』（立花書房、平成23年）93頁以下、照沼・前注21）285頁。

おり、その弁解を聞くことができないが、その関与が証拠上明らかに認められる場合などには、その者との共謀を認定することは許されるが、その疑いのみでその事実を量刑上認定することは、躊躇される。

さらに、量刑の場面において、被告人に有利か否かにより、共謀共同正犯者の存否を確定するといういわば直線的な手法だと、有利か不利かあいまいな場合には、どうすべきか疑問が残る。というのは、共謀共同正犯の存否が被告人に有利か否かは、その存在を巡る種々の事情の総合によるから、一概には言い切れない場合がある。黒幕の存在がかえって被告人に不利になることもありえる²³⁾。有利か不利か自体どちらともいえない場合に利益法則は適用できないはずである。このような場合も、後述するように、犯行に至る経過の一情状として量刑評価の方が実体に沿っており、ふさわしいのである。

③説についてであるが、上記の幅のある判断とは、量刑上、絞りがきかないとする判断をいうもので、量刑上被告人に不利な事情を前提に量刑することも被告人に有利な事情を前提に量刑することも、いずれも、当該事情が確実なものとして認定できない以上、許されないから、両者の中で他の一般情状等を総合して量刑するほかないとした²⁴⁾。

これに対しては、有利な下限と不利な上限の間で、下限を上回って量刑することを許すのであれば、その部分が嫌疑刑になるという批判がある²⁵⁾。例えば、共謀共同正犯者の存在が被告人に有利な場合に、その量刑が懲役4年でその不存在（単独犯）の場合は懲役5年と仮定して、真ん中の懲役4年6月でよいというのは、上記の嫌疑刑の点から許されないという批判である。この③説はもともと、第三者による指示の蓋然性を量刑上どう扱うべきかという問題意識から、その蓋然性をそのまま量刑で考慮すればよいという発想によるものである。そして、罪となるべき事実で単独犯と認定できるなら、第三者の指示の

23) 前注10) 119頁、木山暢郎「共犯事件と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 量刑総論1』380頁（判例タイムズ社、平成23年）。

24) 前注10) 119頁。

25) 前注19) 615頁。

蓋然性があっても、認定はできないのであるから、その程度のもの、犯行に至る過程の一情状と解すれば足りると考えたのである。アの場合のように積極的に共謀共同正犯者の存在が明確に認められるわけではないのだから、その程度のものとして考慮すればよいという発想である。

より正確にいうと、上記の当初の記述にもあるように、量刑を絞る働きはなく、量刑判断の対象から除外されるというだけの意味であり、上限下限を画するものではないといってもよい。この点、筆者の説明が十分でなかったため、下限と上限の間で合理的疑いの程度ないし嫌疑の程度に応じて量刑すべきだという理解が生じ、上記のように懲役4年6月も可能という説明も生じたようであるが、懲役4年6月というのは、他の情状を考慮してそうなるという趣旨であって、共謀共同正犯存在の嫌疑の程度に応じて考慮するというものではない。もっといえば、嫌疑刑を上積みできるというわけではなく、②説のように下限で量刑することも、まして、上限で量刑することもできない、すなわち、共謀共同正犯者の存否はそれ自体量刑要素にならないというだけの意味なのである。

そして、上記のように、共謀共同正犯の存在の蓋然性が認められる場合については、その存否を利益法則で確定せずに、犯行に至る経過の一情状として量刑判断の対象とすれば足りるという趣旨である。この点は、後述する反省や被害者の宥恕の有無について、量刑判断を行う場合と同じなのである。

例えば、暴力団員による犯行について、暴力団組長ないしその配下の指示があった疑いが濃厚であるが、誰がいつどこでどのような指示をしたか必ずしも明らかでない場合は、検察官もその者を起訴することはできないし、裁判所も、「暴力団組織を背景にした犯行」とか「組織的犯行がうかがわれる」として、被告人に不利な一情状としてそれなりの評価をすれば足り、あえて、利益法則を適用して、共謀共同正犯者、例えば、組長との共謀を量刑で認定することはしないであろう。そして、上記の評価も、それなりのもので、大して被告人を不利に扱うものでもない。まさに、犯行に至る経過の一情状にすぎないのである。そして、そのような評価が全体的にバランスがとれて相当なのである²⁶⁾。

動機については、単独犯か共謀共同正犯かは、理論的には、いずれかであり、

択一的な関係にあるのとは異なり、種々の動機がありうる。仮に、捜査段階の自白における動機と公判廷において被告人が主張する動機が異なるとしても、事実上のものにすぎない。いずれか、特定できない場合、被告人に有利に考えるまでもなく、当該動機が証拠上認められないとすれば足りるのであろう。被告人に不利な他の動機も認められなければ、動機が不明ということで量刑すれば足り、真偽不明で判断不能になるわけではない。動機が必ずしも明らかでない事例は、まま存在し、それはそれとして、他の犯情、ことに被告人が実際に行った行為と結果で量刑することが十分可能なのである。動機が量刑の決め手になるとは限らないのである。小池論文では、拙稿において、被告人が動機を否認している場合に、被告人に最も有利な動機を探し出して、利益法則を適用して、それを認定するのはおかしい旨論じている点について、被告人側に証拠提出ないし争点形成の責任を課せばよいとするが²⁷⁾、動機はこのようなものだと主張し、例えば、被告人質問でその旨主張さえすれば、被告人に有利にそう認定をすべきだというならば、やはり、疑問である。それだけで、真偽不明になるわけではなく、そもそも被告人の弁解が信用できないだけのことではあるまいか。

第4 一般情状に対する利益法則の適用

1 各説

量刑事実の証明責任について、杉田論文は、3つの考え方を想定しうるとする。①量刑事実についても、有利・不利を問わず、検察官が一律に証明責任を負うとする考え方、②被告人に不利な量刑事実については検察官が、被告人に

26) 照沼・前注21) 287頁以下は、「共犯者の存在する可能性」が検討対象とされること自体は、ただちに否定されるべきではないとした上で、むしろ嫌疑刑の疑いを生じさせないためにも明示的に考慮の対象に含めて刑量の確定を行うべきであるとする。この見解は、嫌疑刑ではなく、犯行に至る一情状と位置付ける筆者の上記の考え方に沿うものと解される。

27) 前注19) 616頁。

有利な量刑事実については被告人がそれぞれ証明責任を負うとする考え方、③量刑事実については、証明責任を観念しえないという考え方の3つである²⁸⁾。それぞれについて、詳細に文献を引用して論じている。

ここで論じたいのは、③の考え方である。これについて、同論文は、「明示的に本説を主張している論考は見当たらず、かなりドラスチックな考え方であるようだが、原田國男判事の後掲論文「量刑判断と犯罪事実認定上の不確実性」等には本説との共通の基盤が認められるように解されるし、実務的にも、この考え方に立った量刑審査を行っている裁判実務家は少なくないようである。」としている²⁹⁾。杉田論文は、③説のような考え方の基本的な発想そのものについては、研究会の場でも特段の異論はなかったとして、支持する一方、例外的に「疑わしきは被告人の利益に」原則（利益原則）を適用すべき場合があるとして、以下の例を示している。被告人が100万円の被害弁償をしたと主張するのに対し、被害者が20万円しか受け取っていないと主張し、証拠上もいずれの供述が正しいのか決しかねる場合、原田説によれば、20万円被害弁償をした場合の刑と100万円被害弁償をした場合の刑との間で諸般の情状を総合して量刑判断を行うほかないということになるが、これでよいのか、これではあまりに不安定な量刑となり、量刑の理由も書きようもないのではないかという意見を紹介し、その上で、この場合には、上記の大原則に立ち返って、100万円の被害弁償があったものとして量刑せざるをえないというのが、筆者自身も含めた多くの裁判官の同感するところではないかと思われるとする³⁰⁾。この限度では、原田説の適用を前提とする前記見解には修正を加えざるをえないとするのである。

筆者は、証明責任を観念しえないというのが実務の普通の考え方ではないかというショートコメントをしたにすぎないから、これを原田説として扱われことは、いささか気になるところであるが、それはそれとして、あらためて、こ

28) 前注7) 298頁以下。

29) 前注7) 302頁。

30) 前注7) 310頁。

の問題を考えると、なかなか難しいものがあるのも事実であろう。

2 杉田論文と堀江コメントにおける論争

この点を巡って、③説に立つ杉田論文と①説に立つ堀江コメントで論争が行われている。杉田論文は、上記のように例外的に利益原則を適用すべき場合（示談等）があるとしつつ、原則として③説が妥当だとする。その根拠として、3点を挙げる³¹⁾。

(1) 量刑要素には、性格の異なるさまざまなものが含まれており、裁判所としては、独自の裁量性を働かせて量刑の幅の絞り込みを行っていかねばならず、最終的には、当事者が主張していない事実であっても、証拠上明らかな事実については量刑資料とすることが可能であり、常に当事者の主張・立証に応えるというような審理構造にはなっていない。

(2) いわゆる要件事実の観念が存在しない帰結として、裁判所は、特定の量刑要素の存否を必ず認定判断しなければならないとか、それが欠けるとただちに一定の結論を出さなければならないといった拘束は受けない。

(3) 量刑要素の中には被告人に不利なのか有利なのかが一義的には決められない要素があり、その結果、被告人に不利になるか有利になるかを問わず、裁判所が、いわば職権裁量に近い形である種の量刑事実を取り調べる必要さえ存在する場合がある。

これに対して、堀江コメントは、次のように反論する³²⁾。

(4) 上記(1)の審理構造の点について、基本的には、証明責任を観念しうるか否かとは無関係なのではなかろうかとし、証明責任概念の本質は、裁判所のための「判定のルール」であり、当事者主義型であろうと、職権主義型であろうと、およそ裁判所（判断権者）が一義的に法的判断を下すことが予定されている限り、判定のルールは必要である。

31) 前注7) 304頁。

32) 堀江慎司・コメント『量刑実務大系第4巻 刑の選択・量刑手続』（判例タイムズ社、平成23年）245頁以下。

(5) 上記(2)の要件事実を観念できないとする点について、具体的な宣告刑は結局当該不確定な量刑要素をいかに判断するかにかかってくる場合（それが決め手となる場合）にその量刑事実が定まらないときには、判定のルールすなわち証明責任概念の適用で決するほかないであろうし、被告人に最も不利なA事実と最も有利なB事実との間で絞り込みをするというのも、B事実に想定される刑を超える刑を科しようとする点では、利益原則に反する。

(6) 上記(3)の一義性の点については、有利性・不利性の如何は、証明責任が機能する最終段階では、明らかになるし、そうでない場合は、他の量刑要素によって、刑量を一点に絞り込むことができたからにすぎず、「量刑分野には証明責任の観点はそもそも馴染まない」とする十分な理由にはならない。この堀江コメントに対して、杉田論文は、再反論を加えている³³⁾。

すなわち、上記(4)及び(6)の点は、一応説得的ではあるが、実質的証明責任と形式的証明責任とは表裏の関係にあるから、最後まで実質的証明責任の在処が決定できないのであれば、形式的証明責任、すなわち立証の必要を果たす上で難渋を生じることにならないかとして、当事者も、量刑立証に関しては、実質的証明責任による最終的な割り切りを意識することなく、専らそれぞれに有利と考える事実の提示に努めているのではないかとする。

上記(5)の点については、堀江コメント中の「他の量刑要素による絞り込みによって刑量が一点に定まりうる場合」等の表現は、量刑実務では、ほぼありえないといってよく、大半の事件では最後まで量刑の幅は残るのであり、だからこそ、原則的に証明責任による割り切りは不要だし、馴染まないとする。

3 若干の感想

ここでは、③説について、なぜ、証明責任を観念しえないという考え方が実務では採られているように見えるのかという点について述べてみたい。

まず、一般情状である再犯の可能性の判断の前提となる諸事情について見て

33) 前注7) 340頁。

みよう。例えば、暴力団員であることは、再犯可能性を裏付ける一事実である³⁴⁾。その点が真偽不明である場合、暴力団員でないと認定せざるをえないが、例えば、正式の組員かどうかの確定は重要ではなく、組事務所の電話番号をしていたとか、組長の車の運転手をしていたという実質的な活動内容が認定できれば、それで十分な場合が多い³⁵⁾。堀江コメントが示唆するように、要証事実である犯罪事実の認定において間接事実についても利益法則が適用されるかという問題があり、少なくとも、犯罪事実を直接根拠付ける第一次間接事実については、利益法則は適用されると一般的に解されている³⁶⁾。そして、第一次間接事実利益法則が適用され、その事実が認められない場合でも、それより立証程度の低い事実に変更すれば、当初の要証事実が認められなくとも、それなりの証拠価値を肯定することができる。例えば、第一次間接事実の要証事実が犯行現場付近で目撃した人物が被告人と同一であるということであれば、合理的疑いを超える証明がなされたとはいえない場合でも、被告人に似ている人物であるとすれば、その程度の間接事実は認められることになる。この程度の間接事実でも、目撃した人物が被告人ではないという証言に比べれば、被告人が犯人であるという認定と矛盾しないものとして意味がある³⁷⁾。量刑事情の立証についても、同様なことがいえるのである。再犯可能性を裏付ける他の諸事情（生活環境、精神状況、経済状態等）についても全く同様である。これらの事実について、真偽不明なら被告人に有利に認定するという考え方は実務では採られていないと思われる。

34) ただし、暴力団員であることのみで量刑上重く評価してよいかは別問題である。当該犯行との結び付き等が必要であろう。昔、高裁の左陪席をしていたとき、量刑不当の判断の中で、被告人が暴力団員であることを被告人に不利な情状として挙げたところ、裁判長から、憲法14条に違反しないかと注意されたことがある。現在の社会情勢からすれば、暴力団員であることだけで刑を重くするのは当たり前であるという意見も多いかもしれない。この点については、前注10) 10頁参照。

35) 前注10) 33頁。

36) 拙稿「合理的疑いを超える証明」井上正仁、酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、平成25年）147頁。

37) 前注36) 147頁。

さらに、一般情状については、杉田論文が指摘するように、犯罪事実と同じ過去の事実だけではなく、現在進行形の実事（例えば、被告人の反省状況等）や将来展望的な事実（情状証人による今後の監督可能性等）が含まれるから³⁸⁾、事実の確定ができず、その可能性の程度を認定して量刑判断するほかない場合であろう。ことに、将来展望的な事実については、常に、被告人に有利に考えるべき必然性はない。将来のことは、所詮分らないのに、真偽不明として利益法則を適用して、被告人に有利に再犯可能性がないと考えるというのも現実的でない。再犯の可能性についても、それがあかないか真偽不明であるという場面は想定しがたい。将来のことで不確定であることを前提にどの程度再犯の可能性があかないかを推認するしかないであろう。もちろん、事件によっては、再犯の可能性がない場合もありうる。介護疲れによる殺人事件などでは、介護対象者がいなくなれば、再犯の可能性は否定される。これに対して、多くの事件では、再犯の可能性はあるがその程度がどの程度なのかははっきりしない。高いにしろ低いにしろある程度の可能性のあることを前提に量刑を考えることになる。再犯の可能性について、真偽不明なのではなく、ある程度の可能性の限度では、認定できるから、証明責任を持ち出して、再犯の可能性がないと認定しなければ、判断不能の状態に陥るということはないのである。

反省についても、杉田論文も指摘するように³⁹⁾、さまざまな程度の反省がある。真に反省しているから、一応反省している、それなりに反省している、反省の言葉を口にしてはいる、反省していないとはいえない、全く反省していないなどいろいろなニュアンスがある。その程度のものとして量刑上扱えば足り、また、証明責任で存否を確定しなければ困るということもない。反省の存否について真偽不明という場面は考えづらいのである。

被害者の宥恕についても、全く同様である。その程度はさまざまで、また、時期により変動することもある。宥恕の存否につき真偽不明という場面が考えづらいのである。

38) 前注 7) 339 頁。

39) 前注 7) 307 頁。

最後に、示談であるが、これは、民事訴訟の場合には、損害弁償をしたというなら、その方に証明責任があるから⁴⁰⁾、真偽不明であれば、100万円の弁償がなされていないと認定される。刑事では、検察官に被告人有利な情状の不在の証明責任があるから、真偽不明であれば、被告人に有利に100万円を弁償したことを認定すべきことになる。ところで、被告人が領収書を貰い忘れたという弁解について、検察官に証明責任があるとして、検察官は、どのような立証活動をすべきなのであろうか。100万円の弁償がなかったことの証明ができなければ、あったことになるなら、それを打ち破るためには、100万円の弁償がなかったことを立証しなければならず、これは、まさに、悪魔の立証を検察官に課するものである。被害者にしても、100万円貰っていないものは貰っていないというほかないであろう。被告人が弁償したというなら、被害者から領収書を貰っておくべきであってそれをしなかった負担を民事でも刑事でも被告人に負わせてもそう正義に反するものではないという反論も可能であろう。そもそも、検察官の示談に関する立証活動は、示談書が取り交わされた場合に、被害者にその成立の真否等を確認する程度であって、犯罪事実に直接関係しないから、それ以上の捜査活動を期待することはできそうもない。そうなると、検察官は、実際には、証明責任を果たすことができなくとも、被告人に有利な情状について真偽不明にまで持ち込めば、その存在を認定できることになり、その点で、証明不能な事実についても証明責任を負わせるという絶対的な証明責任を検察官に課すべきであるということになるであろう。刑事裁判における証明責任はそういうものだというなら、それまでのことであるが、若干の疑問が残る。ただ、被告人が100万円支払ったといくら主張しても、それを具体的に裏付ける証拠を示せない場合は、その弁解は、信用できないとすることは、十分可能であろう。

40) 金銭債務の弁済について、「債務者にその主張立証責任があることについて全く異論がない」とされる(司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実〔第1巻〕〕〔法曹会、昭和61年〕253頁)。

第5 おわりに

以上、要するに、要件事実とならないような事実については、証明責任を論じる必要はないという結論になるのではあるまいか。すなわち、犯罪構成要件事実や犯罪阻却事実のように当該要件の充足が特定の法的効果に結びつく場合には、その点が真偽不明であり、判断不能であるとなると、結論自体を出すことができないことになってしまう（裁判の拒否）。これを回避するために証明責任を検察官に課して、真偽不明であれば、被告人に有利に事実を認定することにしたのである。ところが、量刑事実については、要件事実に相当する事実はなく、当該事実について真偽不明であれば、その点を除外して他の情状から総合して量刑することができるし、さらに、グレードを下げた事実を認定することで、判断不能を回避することができる。杉田論文が犯情のうちでも「罪となるべき事実」及びこれに準じる実体法的事実に関しては証明責任・証明水準・証明方法のいずれも現在では議論の余地のないところであるとし、この両者を除く犯情と情状事実（一般情状）とを併せて量刑事実（狭義の量刑事実）として、その証明責任を論じているのは、その意味で正当であろう。動機とか計画性とか犯行の態様などは、殺意とか過失とか正当防衛などのような要件事実ではない。いずれも、真偽不明であれば、不明として他の量刑要素を総合して量刑すれば足りるのである。これに対して、堀江コメントでは、当該量刑事実が量刑の決め手になる場合は、要件事実として観念できるとするが、その点が真偽不明であるような場合には、量刑の決め手にならないだけのことである。また、当該情状事実が決め手になるかどうかは、事案ごとに情状事実を総合しないと最終的に分からないことになり、あまりにケースバイケースであって不明確である。証明責任を論じる対象としての要件事実は、法律に根拠がある法律構成要件事実に限定すべきであろう。

翻ってみれば、上記第3で論じた共謀共同正犯の存在や動機といった犯情は、杉田論文が指摘するように「罪となるべき事実」でもこれに準ずる実体法的事実でもないから、法律要件事実としての証明責任の対象ではなく、その事実が

不確定であるからといって、被告人に有利に認定する必要はなく、量刑判断の対象から除外する（動機不明等）かグレードを下げて認定する（「組織的犯行がうかがわれる。」等）ことで対処すれば、十分であるといえよう。

そうすると、結局、示談の点については上記のように疑問を留保することになるが、その他の点では、杉田論文が支持できるということになる。

[追記]

安富先生には、慶應のロースクールで、日々、種々の面で御教授を頂き、心から感謝している。先生とは、実は、だいぶ昔に私が高裁の陪席をしていた当時、ある事件で大変お世話になった。その事件は、私選弁護人が付かれ非常に苦勞して頂いたが、うまくいかなかったので、国選弁護人として安富先生に入って頂いた。私選弁護人と国選弁護人とが併存する事件は、それだけでも難しいのに、その後、スムーズに進行して審理を遂げることができたのは、先生の弁護人としての御力量とお人柄による被告人の説得があったからだと思う。

また、私がコンピュータ犯罪について他に参照すべき文献も乏しい中で書いた拙いものが、その後の先生の一連の著作により、大きな分野に育ち、しかも、先生がこの分野での研究者・実務家として最先端を進まれていることには、心から敬意を払いたい。

今後とも研究者として実務家として御活躍されることを心から祈念している。