



□ 関係法規について □

エムティー法務研究会 新屋 博明

1. はじめに

会報 JAMT 8 月号に掲載された佐藤乙一先生の御投稿「臨床検査技師の行う採血行為とその条件」は、要を得た解説だと思えますが、刑法や刑事訴訟法、民事訴訟法に関する記述を拝見しますと、内容に疑義がございますので、この場をお借りして述べてみたいと思えます。

2. 疑問点

◆ 罪刑法定主義について

佐藤先生は、「罪と罰は**特別の場合を除き**法律の中でなければ定められないこととされており、これを罪刑法定主義という」と御説明されていますが、罪刑法定主義というのは、**特別の場合**に“留保”を余儀なくされてしまうものなのではないでしょうか。ちなみに、著名な刑法学者が執筆した刑法の解説書 5 冊^{1) 2) 3) 4) 5)}に目を通して見たのですが、罪刑法定主義に“特別の場合を除き”というような留保を付している刑法学者は一人もいませんでした。また、日本を代表する法学者で最高裁判所の判事も務められた団藤重光博士の著書「法学の基礎」(有斐閣)にも目を通して見たのですが、罪刑法定主義が特別の場合に留保するということは書いてありませんでした。

もっとも、罪刑法定主義に抵触するのでは?と思われる刑罰法規も現に存在するので、佐藤先生が“特別の場合を除き”という説明をされた気持ちも理解できます。しかし、罪刑法定主義は、近代刑法学の父と尊称されているドイツの Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) が「Nullum crimen, nulla poena sine lege. (法律がなければ犯罪なし、法律がなければ刑罰なし)」⁴⁾と明快に述べたように、「どのような行為が犯罪となり、どのような刑罰が科せられるかは、あらかじめ法律で定めておかなければならないという原則」⁵⁾ですので、この原則に“特別の場合を除き”という文言を勝手な解釈で加えてしまうと、近代刑法の骨格をなす罪刑法定主義が“骨抜き”になってしまう。

◆ 民事訴訟について

佐藤先生は「民事責任は**蓋然性**(多分そうであろうとする裁判官の心証)で決まる」と述べられていますが、団藤博士は「**証拠**の優越によって決める」⁷⁾と述べています。民事訴訟法が自由心証主義を採用しているからといって、裁判官が好き勝手に判断してよいというわけではなく、あくまでも「口頭弁論の全趣旨及び**証拠**調べの結果を斟酌して」(民事訴訟法第 247 条)判断しなければならないので、結局、**証拠**の優越で決まることとなります。

◆ 刑事訴訟について

佐藤先生は、「刑事責任は **100%**そのことによって発生した事案であることが条件となる」と述べられていますが、判例(最高裁判所昭和 23 年 8 月 5 日第一小法廷判決)は、「元来訴訟上の証明は自然科学者の用いるような実験に基づくいわゆる論理的証明ではなく、いわゆる歴史的証明である。論理的証明は真実そのものを目標とするに対し、歴史的証明は真実の高度な蓋然性をもって満足する。言い換えれば**通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明ができたとする**」²⁾と判示しています。つまり、訴訟上の証明は、自然科学における証明(反論する余地のない **100%**の証明)とは異なるということです。刑事訴訟法第 318 条は「**証拠**の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる」と謳っているので、裁判官は**証拠**や経験則に基づいて自由に心証を形成することができます。なお、念のために付け加えておくと、「自由心証主義における自由な判断とは、決して裁判官の恣意や自由裁量を意味しているのではなく」⁶⁾、あくまでも、**証拠**や経験則に基づく**合理的な判断**でなければなりません。また、刑事裁判には「疑わしきは被告人の利益に **In dubio pro reo.**」⁷⁾という原則があるので、検察官が合理的な疑いを超える証明をすることができなければ、被告人は“無罪”(刑事訴訟法第 336 条)ということになります。我々は神ならぬ人間の身ですので、その人間に対して、裁判で **100%**の完璧な証明を求めるというのは、民法でいうところの「悪魔の証明」⁸⁾に等しいのではないのでしょうか。

注) 引用した判決の原文は旧漢字で書かれていますので、新漢字に改めました。また、この判決文の一部の漢字には送り仮名が付いていないので、送り仮名を付けました。

◆ 文 献

- 1) 板倉宏：罪刑法定主義，刑法（第 4 版），36-38，有斐閣，2003
- 2) 前田雅英：罪刑法定主義，刑法の基礎（総論），31，有斐閣，1993
- 3) 斎藤信治：罪刑法定主義，刑法総論（第 4 版），29，有斐閣，2002
- 4) 大塚仁：罪刑法定主義，刑法入門（第 4 版），10-11，有斐閣，2003
- 5) 大塚裕史：犯罪論の基礎，刑法総論の思考方法，11，早稲田経営出版，2000
- 6) 渡辺直行：自由心証主義，刑事訴訟法講義，179，成文堂，2003
- 7) 団藤重光：事実の認定と法令の適用，法学の基礎，214，有斐閣，1996
- 8) 内田貴：占有権，民法 I（総則・物権総論），339，東京大学出版会，2003

法律の文章表現は難しく、両者の投稿文の違いは“論文形式”と“解りやすく解説した文”の違いにあると考えます。前号の文と比較し、両者の表現の違いを理解して下さい。【編集部】