

**ESRI Discussion Paper Series No.159**

独禁法・証取法等行政処分の重罰化と  
立証責任・証明度のあり方について

by

白石 賢・山下篤史

February 2006



内閣府経済社会総合研究所  
Economic and Social Research Institute  
Cabinet Office  
Tokyo, Japan

ESRI ディスカッション・ペーパー・シリーズは、内閣府経済社会総合研究所の研究者および外部研究者によって行われた研究成果をとりまとめたものです。学界、研究機関等の関係する方々から幅広くコメントを頂き、今後の研究に役立てることを意図して発表しております。

論文は、すべて研究者個人の責任で執筆されており、内閣府経済社会総合研究所の見解を示すものではありません。

## 独禁法・証取法等行政処分の重罰化と立証責任・証明度のあり方について\*

白石 賢†

(内閣府経済社会総合研究所)

山下 篤史‡

(内閣府経済社会総合研究所)

---

\* 本稿作成にあたって、法政大学法科大学院今井猛嘉教授から有益なコメントを頂いた。さらに、内閣府経済社会総合研究所のセミナーにおいて、黒田昌裕所長をはじめとする方々から有益なコメントを頂いた。記して感謝したい。

† 連絡先: 〒100-8970 東京都千代田区霞が関 3-1-1 内閣府経済社会総合研究所、e-mail: ken.shiraishi@cao.go.jp

‡ 連絡先: 〒100-8970 東京都千代田区霞が関 3-1-1 内閣府経済社会総合研究所、e-mail: atsushi.yamashita@cao.go.jp

(要旨)

2006年1月から改正独占禁止法が施行され、課徴金の引き上げ等がなされるが、これはある意味では行政処分の重罰化が進むということである。しかし、課徴金賦課手続は行政審判であり、刑事訴訟手続ほど厳格な手続保障はなされていない。手続保障の違いから生ずる最大の問題点は行政審判と刑事裁判での立証水準の違いである。行政審判の立証水準は一般には民事裁判と同等のものとされる。そして、実際の運用上でも、その立証水準が刑事裁判のものより低い場合には、その低い立証水準で実質的な処罰が課されてしまうことになる。このため、行政審判においても立証水準を高くすべきという問題提起がなされる。他方、企業犯罪については、犯罪行為者側に多くの証拠が存在する事件が多くみられる。そのような場合に、高い立証水準が求められると処罰が不可能となるとの問題提起もなされている。

このような立証水準に対する相反する考え方に対しては、犯罪の軽重等に関する抽象的な議論からは、望ましい立証水準や手続規定を導き出すことはできない。犯罪抑止に向けた「効果」「効率性」という観点から、証明度・立証責任を一体としてコントロールしながら、被告側の権利と犯罪立証のバランスをとることが望まれる。このような考え方は、段階的証明度が使われている米国で、企業犯罪に対する方法として、刑事・民事・行政的制裁が一体的・並行的に使われている中でもみられる。

わが国でも、審判手続が立法裁量的に定められ・運用されている行政処分においては、このような考え方をすることも可能であり、そのためには、犯罪抑止のための「効果」「効率性」を実証する研究等が必要である。

(Abstract)

## Harder administrative sanction and the preferable way to “the burden of proof” and “the standard of proof”

The enforcement of the revised Antimonopoly Law in January, 2006 leads to the upward revision of surcharges. Since the surcharge is levied under an administrative procedure, the due process is different from that of the criminal case. The largest difference in the procedural due process is in the difference of the standard of proof. If the standard of proof for the administrative trials is lower than that of the criminal one, sanctions could be imposed easily. Therefore, there is an argument that the level of proof standard should be raised for an administrative trial. On the other hand, the accusation is usually very difficult in many corporate crime cases because a lot of evidences are occupied by offenders' side. So, lower standard of proof is needed to punish offenders.

A preferable proof level and the procedure cannot be derived from an abstract discussion about the seriousness of the crime. The preferable way is balancing the levels of due process and verification from the viewpoint of the "effect" and "efficiency". Such an idea is observed in the United States.

## 目次

はじめに.....	1
1．行政処分手続の立法裁量性と処分結果.....	1
2．行政審判手続と処分結果.....	2
3．刑事訴訟手続・民事訴訟手続における証明度.....	4
4．証明度と立証責任の一体化とスペクトラム的思考.....	6
5．行政訴訟・行政処分手続における証明度・証明責任に関する学説.....	7
6．行政処分取消訴訟・行政審判の証明度・立証責任の運用.....	8
7．証明度に関する新たな議論.....	10
8．行政審判での証明度・立証水準はいかにあるべきか.....	11
9．犯罪の軽重と証明度.....	13
10．米国を中心とする法域での議論.....	13
10 - 1．犯罪の軽重と証明度	
10 - 2．犯罪立証の困難さと証明度	
10 - 3．刑事・民事没収手続改革 - 立証責任の逆転換と証明度	
10 - 4．米国法の動きとわが国法への示唆	
11．制裁システム上の効果・効率性.....	20
12．「効果」「効率性」に基づく手続論.....	21
おわりに.....	24
（補論1）「法と経済学」と証明度との関係について.....	25
（補論2）犯罪捜査のための人的・能力的なエンフォースメント強化について.....	27

はじめに

2006年1月から改正独占禁止法が施行された。これにより、違反企業に対して今まで以上に高額な課徴金が課されることになる。さらに、犯則手続が導入されたことで、公正取引委員会に強い執行権が与えられることになる。これらのことは、以前に拙稿で示したように行政処分の重罰化が進むということである<sup>1</sup>。しかし、課徴金賦課手続は行政審判という行政手続とされているため、準司法手続とされるものの被審人に対しては刑事訴訟手続ほど厳格な手続保障はなされていない。このため、行政処分の重罰化による二重処罰論等が主張されるとともに、審判と刑事裁判との手続の違いが、デュー・プロセス上問題があるという指摘がなされていた<sup>2</sup>。手続保障の違いから生ずる最大の問題点は行政審判と刑事裁判で立証水準の違いである。審判での立証基準が刑事裁判のものより低い場合には、その低い立証基準で重罰化しつつある行政処分、つまり、実質的な処罰が課されることになってしまうからである。これが特に問題となりうるのは、その後の裁判の事実認定を拘束しうる実質的証拠法則が適用される場合である。

本稿では、重罰化が進む行政処分の中での、企業犯罪に対する立証基準の問題について検討を加えるものである。

## 1. 行政処分手続の立法裁量性と処分結果

行政処分手続と刑事手続との一般的な関係についてのリーディング・ケースとしては成田新法事件があげられる<sup>3</sup>。本判決では、「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当でない。...しかしながら、一般に、行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものである。」とされ、行政処分における手続保障については基本的には立法裁量的で良いことが示されている。

また、刑事罰である罰金と同様の金銭的制裁である行政処分(過料)についても<sup>4</sup>、「(これを受ける者に対して)なんら告知、弁明、防禦の機会を与えることなく、その(権利)を奪うことは、...憲法の容認しないところ」であるとしつつも<sup>5</sup>、その具体的な方法については、最近の下級審判決において、「弁明の機会の付与」については、その趣旨に反しない限り、

<sup>1</sup> 白石賢「証券取引法への課徴金導入はわが国の法体系を変えるか—証券取引法・独占禁止法の課徴金を巡る法人処罰に関する意義と問題点—ESRI Discussion Paper Series No.149(2005)

<sup>2</sup> 日本経済団体連合会 経済法規委員会「独占禁止法研究会報告」に対する意見(2003年11月28日)

<sup>3</sup> 最判平成4年7月1日判時1425号45頁

<sup>4</sup> 最大決昭和41年12月27日民集20巻10号2279頁において、過料処分は「科せられるべき者の意思に反して財産上の不利益を課する...一種の行政処分としての性質を有するもの」とされている。

<sup>5</sup> 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁

口頭陳述によるか書面陳述によるか、あるいは対席手続によるか糾問手続によるかなど、その具体的態様の選択は、...長の合理的な裁量に委ねられていると考えられる...。」<sup>6</sup>と判示し刑事手続と異なる手続の立法裁量性を認めている。

さらに、行政処分手続と民事訴訟手続との一般的関係についても、例えば、公務員の公平審理に関して「民事訴訟法的厳格性」を求めることは相当でない、「裁判手続きのような厳格性を要求することは...かえって審査の硬直化を招く」、「民事訴訟におけるように、...厳格な口頭審理方式を貫徹することは、かえって、行政救済手続の特質を阻害する...」といった評価がなされている<sup>7</sup>。

以上のように、行政処分手続は行政手続法の枠外にある場合は、行政の実情に応じて立法裁量的に定められて良く、その手続は刑事手続あるいは民事訴訟手続に比べて必ずしも厳格でなくてもよいとの判断が定着しているといえる。このように、行政処分手続が刑事訴訟手続や民事訴訟手続と異なる形で規定されることで、手続がそれらで規定された場合とは処分結果に差が生ずることは十分ありうる。例えば、手続上、反対尋問権が採用されるか否かにより、伝聞証拠の採否が決定されることになり、そのことから、裁判に提出される証拠の量に違いが出てくることになる。このようなことは民事訴訟のように処分に当たって「口頭弁論の全趣旨を考慮する場合」にも妥当するし、刑事訴訟のように提出された証拠のみに基づいて処分がなされる場合にも妥当する。なぜなら、自由心証主義による真実発見を制度的に保障・促進しようとする民事訴訟の諸原則には、公開主義・口頭主義・直接主義があるとされているし<sup>8</sup>、刑事訴訟の自由心証主義も裁判官の恣意を許すものではなく、合理的心証であることが必要であり、それを担保する制度として、証拠能力制度や当事者主義の諸制度が必須であるとされるからである<sup>9</sup>。

## 2. 行政審判手続と処分結果

行政審判は行政処分手続のひとつであるが、一般的行政処分とは異なる点があるとされる。その特徴としては、(1)公開の口頭審理の機会保障、(2)手続に現れた証拠のみによる事実認定、(3)職能分離などの特徴を備えた準司法的手続などがあげられるが、その内容が一義的に定まっているわけではない<sup>10</sup>。例えば、行政手続法第3章の規定が適用されない公安審査委員会という準司法機関が決定する観察処分手続に関する最近の下級審判決でも、一般論として成田新法事件最高裁判決を引用しつつ、さらに、「行政手続に憲法31条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、直ちに原告の主張するような証拠調べや対審的事実審査を行うことまでもが憲法上要請されると解すべき根拠はなく、本法の規制措置によ

<sup>6</sup> 名古屋地判平成16年9月22日、平成15年(行ウ)第58号事件

<sup>7</sup> 和田英夫「行政委員会の準司法的機能—行政手続と司法手続の間」雄川一郎編集代表『公法の理論(中) 田中二郎先生古希記念』970頁 有斐閣(1976年)

<sup>8</sup> 小林秀之『新証拠法』47頁 弘文堂(1998年)では、弁論が口頭でなされることは、裁判所は新鮮な印象を得てまたすぐに口頭で釈明・質問できるから真意の把握にも適しているとされる。

<sup>9</sup> 田口守一『刑事訴訟法(第4版)』345頁 弘文堂(2005年)

<sup>10</sup> 塩野宏『行政法II(第4版)』42頁 有斐閣(2005年)

り保護しようとする公益の内容，規制措置が求められる緊急性，本法による規制措置により団体あるいはその構成員が受ける制限の内容・程度，本法の手續保障は行政手続法と比べても団体の手續保障に厚いものとなっていることなどからすると、本法が規制措置の事前手続として原告の主張するような証拠調べや対審の事実審査を定めていないからといって、憲法 31 条の要請を満たしていないと解することはできない。… 本法の規定する觀察処分によって保護しようとする利益が，国民の生命・身体の安全をはじめとする国民生活の平穩を含む公共の安全であって、両サリン事件のような無差別大量殺人行為が立て続けに発生し、このような危険から一般市民を保護し，公共の安全を確保すべき喫緊の必要性が存在すること、上記のような公共の安全を確保するためには、本法の定める觀察処分によるのでなければその目的を達成することが困難である…。したがって、… 総合的に判断すれば、本法の定める事前手続は，団体の権利・利益を手續的に保障するための措置として不十分であるということではできないから、本法が憲法 31 条ないしその法意に反するということではできない。」と判示し刑事手続と異なる手續の立法裁量性を認めている<sup>11</sup>。さらに、独占禁止法や証券取引法の課徴金賦課手続は、被審人に十分な主張立証の機会を与え手續の公正を確保するための対審構造型の手續が採用され、証拠調べ手續は基本的には民事訴訟手続に準じたものされている（独占禁止法 47 条、ただし、参考人審尋・鑑定手續については刑事訴訟法を準用（独占禁止法 62 条）証券取引法 185 条 2 項、185 条の 4 第 3 項など）ものの<sup>12</sup> <sup>13</sup>、やはり、刑事訴訟法や民事訴訟法とは別の手續が定められている。

審判手續が立法裁量的に規定され刑事訴訟手続でもなく民事訴訟手続ではない「準」司法手続とされ、厳格さにおいて一段低いものとされると通常の行政処分手続と同様、その影響が証拠認定等を通じて審判結果に現れることになる。

特に、独占禁止法審判の場合、実質的証拠法則が認められていることから（独占禁止法 80 条 1 項）審判での事実認定が審判の取消訴訟を争うための上級裁判所の実事認定を拘束することになるため、審判手續が民事手續類似のものであるか刑事手續類似のものであるかは大きな違いを生む。上級裁判所での実質的証拠法則の審査は、証拠採用の段階、証拠と基礎的事実の結び付きの検証段階、推論過程段階においてそれぞれなされる。そこで、証拠採用の段階では、例えば「日本の民事訴訟法はアメリカ法と違って伝聞証拠を排除しないので、実質的証拠法則に特有な問題はほとんどない。」と言われることがあるが<sup>14</sup>、これは審判手續が民事訴訟手續類似のものであることが前提の議論である。また、証拠と基礎的事実の結び付きの段階でも、例えば「行政委員会の審判においても、通常の民事裁判

<sup>11</sup> 東京地判平成 16 年 10 月 29 日 平成 15 年(行ウ)第 235 号事件

<sup>12</sup> 民事訴訟における証拠調べの方法としては、(1)証人尋問、(2)当事者尋問、(3)鑑定、(4)証書、(5)検証の 5 種類があるが、審判手續における証拠調べでは、(1)参考人審問、(2)被審人審問、(3)鑑定、(4)書類または物の取調べ、(5)立入検査が規定されている。

<sup>13</sup> それと異なる点として、職権証拠調べが行うことが認められる。これは行政手続においては公共の利害にかかわることから真実究明のための要請が強いため職権主義（公正取引委員会の審査及び審判に関する規則 60 条 2 項、証券取引法 185 条 1 項、185 条の 2 など）が妥当するためであるからとされる。

<sup>14</sup> 大浜啓吉「実質的証拠法則」芝池義一、小早川光郎、宇賀克也編『行政法の争点（第 3 版）ジュリスト増刊』121 頁有斐閣（2004 年）

と同様の認定とならざるを得ないし、そうでないとすれば、裁判所で実質的証拠なしと判示されるものと考えられる。」と言われることがあるが<sup>15</sup>、これも、審判手続が民事手続類似であることが前提となった議論である。

もともと、この実質的証拠法則が認められるのは、司法積極主義や消極主義との関係で、「行政委員会の行政手続が厳格な場合には司法審査は緩くなり、逆に行政手続が粗略になれば司法審査が厳格化する」というバランス関係の上に立っているのであり<sup>16</sup>、行政審判手続の厳格さがどの程度であるかが実質的証拠法則を認めるための重要な基準となるのである。そして、その場合の厳格さは、一般的には、準司法手続という言葉で表現され裁判手続類似であればよいと解されているようであるが<sup>17</sup>、独占禁止法の課徴金のように行政処分が重罰化しつつある局面では、行政審判の手続の厳格さの程度は、民事手続類似か刑事手続類似かといった質や深さの議論がなされなければならないと思われる。この点について、例えば、独占禁止法違反事件の審判開始決定書における事実認定の記載は、本来、具体的かつ明白にすべきであると考えられるが、「...行政手続であって、民事若しくは刑事の訴訟手続とは性格を異にするから、その審判の対象の特定に関して訴訟手続におけると同様に厳格な手続的規制が要求されるものではない。このことと、審判手続については被審人の防禦権を保障し、...対審構造がとられていることを合わせて考えると...」民事若しくは刑事の訴訟手続訴因のような厳格さは要求されないとの考えや<sup>18</sup>、さらに、独占禁止法等の行政審判手続やそれに対する取消訴訟手続について、一般論として民事訴訟類似を前提とした議論がなされていることは疑問である<sup>19</sup>。

### 3. 刑事訴訟手続・民事訴訟手続における証明度

行政審判手続での厳格さの質や深さを考え、刑事訴訟手続類似か民事訴訟手続類似のどちらにウエイトを置いたものとするかを判断するにあたり重要なことは、どちらにウエイトを置くかで結果として何が異なってくるかということである。それは刑事手続と民事手続で異なる証明度・立証責任の配分であると思われる。

刑事訴訟における証明度に関しては、刑事訴訟法 318 条が「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。」とされ自由心証主義を規定している。そして、裁判官による証明はいかなる要件が充足されれば達成されればよいのか、つまり、「証明度」ないし「証明の基準」がどの程度必要かについては、判例では「高度の蓋然性」<sup>20</sup>、あるいは、「反対事実の

<sup>15</sup> 諏訪園貞明、西岡繁靖、渡辺淳司、岸本広之「我が国の審決取消訴訟における実質的証拠法則について」『公正取引』618号 37頁（2002年）

<sup>16</sup> 前掲注 14 121頁 有斐閣（2004年）

<sup>17</sup> 例えば、南博方『行政手続と行政処分』24頁 弘文堂（1980年）では、「およそ行政手続について準司法手続を導入する以上は、行政庁の事実認定にある程度の拘束力を認め、あるいは、不服申立制の省略化をはかるのでなければ、これを導入するだけの積極的意義に乏しいばかりか、むしろいたずらに審級を重ね、審理の遅滞と費用の増大を招くだけにおわることになりはしないであろうか。」として、実質的証拠法則の積極的意義を認めつつも、その際の審理の厳格さについては「準司法的」という言葉にとどまっている。

<sup>18</sup> 最判昭和 50 年 7 月 10 日、昭和 46 年(行ツ)第 82 号事件(和光堂粉ミルク事件)

<sup>19</sup> 行政処分手続・行政訴訟手続での立証責任・証明度についての詳しい議論は後述する。

<sup>20</sup> 最判昭 23 年 8 月 5 日刑集 2 巻 9 号 1123 頁

存在の可能性を許さないほどの確実性を志向したうえでの『犯罪の証明は十分』であるという確信的な判断」であるとされている<sup>21</sup>。一方、民事訴訟における証明度に関しても、民事訴訟法 247 条が「裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、…判断する」と自由心証主義を規定し、そして、証明度自体については、判例では、「訴訟上の因果関係の立証は、一定の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちえるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」としている<sup>22</sup>。

このように、刑事訴訟法、民事訴訟法ともに自由心証主義を規定し、証明の程度は、「高度の蓋然性」とされ、その内容は、通常人が疑いを差し挟まない程度の真実性の確信とされている。しかし、刑事訴訟では、「疑わしきは被告人の利益に」という原則が働くため、検察官は、犯罪事実及びそれに準ずる事項についてについては、その存在を「合理的な疑いを容れない程度」までに証明する必要がある。その結果、客観的挙証責任をすべて検察官が負うことになる。つまり、刑事訴訟では、検察官が 90%～100%の証明度ですべての挙証責任を負うことが必要とされ、他方で、被告人はゼロの立(挙)証責任しか負わないことになるのである<sup>23</sup>。ただ、「合理的な疑いを容れない程度」についても、一応 90%～100%としたが、その内容は必ずしも明らかではない<sup>24</sup>。そのため、「審理の結果証拠上の重要な疑問が解消されなければ、たとえ形式的な有罪証拠があっても無罪とすべきで、間違っても、証拠の不足を推測や想像で補ってはいけ(ない)。」とか「真犯人を取り逃がす不正義」と「無辜を処罰することの不正義」とは同じ不正義でもけっして同列に論ずることはできない。」といった木谷・石井論争のような「合理的な疑いを容れない程度」についての考え方の違いが実務上は生じているのである<sup>25 26</sup>。

また、民事訴訟でも、「高度の蓋然性」は「社会の一般人が日常の生活において安んじてこれに頼って生活する程度(とされ、)その程度は、刑事訴訟のそれを 90 パーセント以上とすれば、実務的には 70 パーセントないし 80 パーセントであるといわれる」が<sup>27</sup>、民事訴訟の証明責任や証明度の基礎には、刑事訴訟の「疑わしきは被告人の利益に」という原則のかわりに、当事者の公平、あるいは当事者の法的安定性の考慮という原則がある。そのため、近時の公害訴訟とか医療過誤訴訟などの現代型訴訟においては、弱者救済的な観点か

<sup>21</sup> 最判昭和 48 年 12 月 13 日判時 725 号 194 頁

<sup>22</sup> 最判昭和 50 年 10 月 2 4 日民集 29 卷 9 号 1417 頁(東大ルンパール事件判決)

<sup>23</sup> もちろん、構成要件該当事実の立証がなされた場合に、検察官は違法性阻却事由の不存在までを積極的に立証する必要はない。その点の証拠提出責任は被告人側にある。ただし、違法性阻却事由などの存在することが疑われる場合には、その点についての審理を経ずに有罪認定してはならないことは、また、当然ではある。

<sup>24</sup> 増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と事実発見』117 頁 勁草書房 (2004 年)

<sup>25</sup> 木谷明『事実認定の適正化』6 頁 法律文化社 (2005 年)

<sup>26</sup> 木谷・石井論争については、『法律時報—特集 変革期の刑事裁判と事実認定』2005 年 77 卷 11 号(2005 年 10 月号) 日本評論社 (2005 年)が詳しい。

<sup>27</sup> 原田国男『量刑判断の実際』32 頁 現代法律出版 (2003 年)

ら証明度を緩和するという議論や実務的対応が出ているのである<sup>28</sup>。このように、実務上は刑事訴訟・民事訴訟ともに証明度について、一定の範囲内ではあるが幅をもった運用がなされているのである。

#### 4．証明度と立証責任の一体化とスペクトラム的思考

ここまで、証明度と立証責任については別のものとして議論してきた。このような考え方が、今までの我が国の一般的な考え方であった。これは我が国の証明責任論がドイツ法の影響を大きく受けてきたことと関係しているとされる<sup>29</sup>。しかしながら、米国法に類似するスウェーデン法では、「証明責任の問題は、証明責任の分配の問題と証明度の決定の両者を包含していること。より正確には証明度は証明責任の具体化である。」とされているように<sup>30</sup>、証明度と証明責任は一体で議論がなされてもよいと考えられる。なぜなら、証明度と立証責任は一体で事実的基礎が不明確な場合に、「どちら」に「どの程度」の危険を配分すべきかを決定する機能を持つからである。

このような考え方は、民事訴訟の立証責任の所在について利益衡量説をとる場合には十分可能な議論である。民事訴訟での立証責任の分配については、通説・判例は、法律要件分類説であるとされるが<sup>31</sup>、これに対して、利益衡量説は、公平・立証の難易、証拠との距離や立法趣旨などを総合的に考慮して利益衡量によって証明責任の所在を決定するしかないと考えるものである。この考え方を利用し、ここでも公害訴訟や医療過誤訴訟において、弱者救済的な観点等から立証責任の分配を修正しようとしているのである。このような考慮は、前述したように証明度の緩和からも可能であった。つまり、当事者にどの程度の「考慮」を与えるか、つまり優位さや対等さを与えるかは、「証明度」「立証責任」の両方から可能であるし、また、両者の組合せでも考えられるはずである。さらに言うと、組合せで考えなければ、証明度が高度の蓋然性など両当事者に 50%、50%でなく一方に高く設定されていればいるほど、客観的立証責任を負う側(立証できなければ負けてしまう側)の主観的立証責任の負担は重いものになってしまうということが生じてしまう。例えば、70%の証明度で立証できなければ敗訴してしまうとするのは立証側に相当厳しい立場を強いるものとなるが、逆に、30%の証明度で立証をできなければ敗訴してしまうとすれば、立証側は立証責任は果たさなければならないかもしれないが、その負担自体はかなり楽なものとなるのである。

さらに、証明度・立証責任を一体的・組合せとして、その両方で当事者の考慮や対等を考えるということになると、刑事訴訟の証明度は 90%以上民事訴訟の証明度は 70%程度と

<sup>28</sup> 小林秀之、安富潔『クロスオーバー民事訴訟法・刑事訴訟法(第2版)』261頁 法学書院(2002年)

<sup>29</sup> 萩原金美『訴訟における主張・証明の法理—スウェーデン法と日本法を中心に—』216頁 信山社(2002年)

<sup>30</sup> 前掲注 29 216頁 信山社(2002年)

<sup>31</sup> 法律要件分類説は、法文の表現を重視し、証明対象事実を、権利根拠事実・権利障害事実・権利滅失事実に分け、権利の主張者は権利根拠事実について、権利を争う者は後二者について証明すべきであるとされる。しかしこの説に対しては、権利根拠事実と権利障害事実の区別が不明確であるなどの批判がなされている。このため、利益衡量説、修正法律要件分類説などが現れている。修正法律要件分類説は、3分類は維持しつつも、権利根拠事実と権利障害事実の区別がつかない場合には解釈による修正を認めるという、中間的な立場である。

いった固定的数値で証明度を捉える必要はなくなるはずである。これは、米国の段階的証明度の考え方の応用でもある。米国では、刑事訴訟と民事訴訟では陪審が事実認定するために要求される証明度が異なっており<sup>32</sup>、刑事訴訟では、有罪を認定するためには、95%以上の証明度とされる合理的な疑いを容れない証明が必要であるとされる。そして、通常の民事訴訟事件では、51%の確信があればよいとされる証拠の優越(preponderance of evidence)が適用され、詐欺・不当威圧、滅失証書の内容、口頭契約の特定履行、書面による契約の変更の証明に対しては、70~80%の確信が要求される明白かつ説得的な証明(clear and convincing proof)が適用される。この段階的証明度によって、当事者間の危険の振り分けを行っているのである。このようなスペクトラム的な証明度と立証責任の組み合わせをとることで、当事者間で柔軟な危険の配分ができるはずである。もちろん刑事訴訟もこのスペクトラム的な証明度・立証責任の振り分けで考えることは可能である。しかし、現行刑事訴訟の場合には、「疑わしきは被告人の利益に」という原則から、証明度がスペクトラムの極端な位置に存在するため、挙証責任自体も問題とならないことになっているのである(下図)。

現行・刑事訴訟と民事訴訟の証明度・立証(挙証)責任の関係

刑事訴訟		検察官		被告人
		絶対不利		「疑わしきは被告人の利益に」=絶対優位
	証明度	100%		0%
	挙証責任	証明する必要		証明する必要なし
民事訴訟		原告		被告
		権利主張側=相当不利		権利防衛側=相当有利
	証明度	70%		0%
	立証責任	証明する必要		反証する必要

スペクトラム方式での証明度・立証責任の関係

刑事訴訟 民事訴訟		原告・検察官		被告・被告人		
		絶対不利	やや不利	対等	やや有利	絶対有利
	証明度	100%	70%	51%	30%	0%
	立証責任	証明する必要	反証	争う	反証	証明する必要なし

## 5. 行政訴訟・行政処分手続における証明度・証明責任に関する学説

手続が民事訴訟的とされるも必ずしも十分に明文化されていない行政訴訟(取消訴訟)や立法裁量的であるとされる行政審判では、証明度・証明責任の問題はどのように扱われているのであろうか。取消訴訟に関する立証責任については、通説は未だ存在していないとされる。ただし、有力な考え方として「(当事者の公平、事案の性質、事物に関する立証の難易等によって個別具体的に判断すべきものと)の立場によりつつも、...取消訴訟における

<sup>32</sup> 米国の証明度については、Certainty=100%, reasonable doubt=95%, clear and convincing=80%, preponderance of evidence=51%, probable cause=40-50%, reasonable suspicion=20% hunch=5%のように分類されている。

利益状況を考慮した一般化が必要であって、その際には、(国民に義務を課する行政行為の取消訴訟においては、常に行政庁が立証責任を負(う))」という立場が主張されている<sup>33</sup>。このような考え方は、行政処分手続においても原則適用できるものと考えられる<sup>34</sup>。

行政訴訟についての証明度については、民事訴訟より実体的真実解明の必要性が強いことから、「通常の民事訴訟の場合より以上に、…証明度を高く設定すべきとの見解もあるが、他方で、市民の権利保護の要請から逆に証明度を通常より低く設定すべき場合などが多いと思われる。」といわれるように<sup>35</sup>、ここでも通説は存在していないとされる。

つまり、行政訴訟・行政処分手続に関しての証明責任・証明度は、刑事手続ほど厳格ではないが、さりとて、民事訴訟とまったく同一でもよいということでもなく、紛争類型ごとに立法裁量的あるいは裁量的運用で決定されているのが現状である。これは、前述のように行政処分手続自体が、立法裁量的に規定されていることから来る問題でもある。しかし、このことは、逆に、行政処分手続が刑事手続でないことから証明度・立証責任に関してスペクトラム的な適用をなし得る可能性があるということでもある。

## 6. 行政処分取消訴訟・行政審判の証明度・立証責任の運用

それでは、実際の行政処分に関する取消訴訟・行政審判での証明度・証明責任の運用はどのようになされているのであろうか。

行政訴訟実務において証明度・立証責任が問題とされてきた案件の多くは課税処分取消訴訟である。課税処分取消訴訟における証明度・立証責任の分配に関しては、実額課税の場合と推計課税の場合とで異なる議論が見られる。実額課税の場合には、立証責任の分配の問題が議論されており、被告(課税庁)帰属説と原被告分配説に大別できるとする<sup>36</sup>。前者は、課税庁の有する調査権限・調査能力、租税法律主義、行政行為の公定力、「疑わしきは納税者の利益に」あるいは国民に義務を課す行政行為類似の取消訴訟性といった観点から、原則、課税(行政)庁側が立証責任を負うべきとされる<sup>37</sup>。そして、例外的に、原告側に立証責任が生じる場合としては、「通常の経済取引では予測しえず行政庁においても調査しえないような事由によって税額の減少を主張するとき」などがあげられている。後者は、課税処分取消訴訟の内容が債務不存在確認訴訟に類似することを理由として、民事訴訟における立証責任配分原則を適用しようとするものである。この場合には、民事訴訟の通説である法律要件分類説からは、権利発生事実については課税庁が、権利障害・消滅事実については納税者が立証責任を負担することになる。一方、利益較量説からは、当事者の公平等を考慮して、具体的事案に応じて個別に立証責任の分配を決すべきであることになるが、

<sup>33</sup> 前掲注 10 145 頁

<sup>34</sup> 小早川光郎「調査・処分・証明—取消訴訟における証明責任問題の一考察」『雄川一郎先生献呈論集 行政法の諸問題(中)』266 頁 有斐閣 (1990 年)では、「国家機関の側で行われるべき調査検討が不十分であることの結果を相手方に負担させてはならない」としている。

<sup>35</sup> 前掲注 29 222 頁

<sup>36</sup> 岩崎政明「立証責任」小川英明、松沢智、今村隆編『新・裁判実務体系 租税争訟』205 頁 青林書院 (2005 年)。

<sup>37</sup> 前掲注 36 206 頁

その一つの有力な考えとして、原則として課税庁が立証責任を負うが、課税要件事実に関する証拠との距離等を考慮した修正を加えることが必要とされる<sup>38</sup> <sup>39</sup>。そして修正を加え原告が例外的に立証責任を負う場合として、「行政庁の認定額をこえる多額の必要経費の存在を主張しながら、その内容を具体的に指摘せず、行政庁がその存否および金額について検証の手段を有しない場合」が例示されている<sup>40</sup>。

推計課税については、推計の合理性について課税庁が立証責任を負うがその証明度が議論されている。その際に、課税庁の行う推計の合理性の立証は、一応の(prima facie)立証で足りるとされる。その理由は、納税は単なる憲法上の義務であって、「人は犯罪を犯してはならない」という刑罰の前提たる義務とは本質を異にするから、刑事訴訟におけると同程度の証明を必要としないというものである<sup>41</sup>。他方で、課税庁がなした推計に対して納税者が実額反証をする場合には、納税者は合理的疑いを容れない程度の立証が必要であるとするのが多数の判例である。その理由をよく表している判決は以下のように述べている。「申告納税制度のもとにおける納税者は、…申告をする義務を負うとともに、その申告を確認するための税務調査に対しては、所得金額の計算の基となる経済取引の実態を最もよく知っている者として、その所得金額を算定するに足りる直接資料を提示し、その申告の内容が正しいことを税務職員に説明する義務を負うものといわなければならないのであつて、申告納税義務に違反して直接資料を提出せず、調査に協力しないために、やむを得ず課税庁をして推計課税を余儀なくさせた納税者が実額反証を許される結果、申告納税義務を遵守する誠実な納税者よりも利益を得るような事態を生ぜしめるべきでないことは当然であるばかりでなく、納税者の実額反証後に実施される課税庁の反面調査、証拠の収集は、確認すべき個々の経済取引がなされてから相当の年月を経過してなされるため、関係資料の保存期間の経過や取引関係者の転出、所在不明などによつて限界があり、著しく困難であるのに反し、実額反証を主張する納税者は、もともと経済取引の当事者であつて、自己に有利な証拠を提出するのは容易であり、対等な立場にないからであつて、かかる納税者に右のような立証責任を負担させても酷であるとはいえない。」<sup>42</sup>、ここで注目されるのが、課税庁側の立証の困難さに対して納税者側が自己に対する有利な証拠の提出が容易であることを立証責任の転換についての合理性の理由としていることである。

行政審判の一つである公正取引委員会の審判の証明度については、学説上、行政処分であるから民事訴訟と同様の立証水準で足りるとされているが<sup>43</sup>、実際には、「要件事実を推

<sup>38</sup> 金子宏『租税法(第8版)』723頁 弘文堂(2001年)

<sup>39</sup> 下級審の裁判例で納税者が立証責任を負うと認定されたものとしては、貸倒損失の存在及び金額(仙台地判平6.829)、行政庁の認定額を超える多額の必要経費の存在を主張しながらその内容を指摘しない場合(福岡高判昭60.8.29)、更正時に存在しない資料に基づく経費を主張する場合(東京地判平6.6.24)確定申告書記載の課税要件事実をその申告者が争う場合(最判昭39.2.7)、簿外経費(高松高判昭57.3.18、東京地判昭52.7.27)、過少申告加算税の免除要件である「正当な理由」(東京高判昭53.12.19)、租税優遇措置の適用要件の存在(大阪地判昭50.2.5、横浜地判平3.4.24)が挙げられる。これらにおいては、通常不存在が推定されることや、課税減免規定であることが主な理由とされている。

<sup>40</sup> 金子宏『租税法(第9版増補版)』709頁 弘文堂(2004年)

<sup>41</sup> 松沢智『租税争訟法』373-374頁 中央経済社(1977年)

<sup>42</sup> 大阪高判昭和62年9月30日 昭和56年(行コ)第28号事件

<sup>43</sup> 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄『独占禁止法』429頁 弘文堂(2004年)

認するための間接事実(状況証拠)の立証負担が重い...実務的に刑事立証水準に近づけて運用がなされているように見える(特にカルテル事件の場合。）」とされていたり<sup>44</sup> <sup>45</sup>、判決でも「行政手続としての制約があるとしても、実際上の効果の重大性を軽視できないから、被告(公正取引委員会)の主張するような単なる証拠の優越性だけでは足りず...」とされるなど<sup>46</sup>、証明度は、「証拠の優越性」から「明白かつ説得的な証明」という民事立証基準よりやや高めの水準、さらには、刑事訴訟の「合理的疑いに近い」水準までがスペクトラム的に使われている。

## 7. 証明度に関する新たな議論

民事訴訟の分野では立証責任の分配に関して利益衡量説が提案されていることは前述したが、さらに証明度についても新しい考え方が提案されている。そこでは、証明責任と証明度の関係が一体として問題とされている。つまり、「立証責任、証明責任を負う側の証明負担、すなわち本証と、それを負わない側の証明負担、すなわち反証との間に大きな懸隔が存在すること(が)、...背景となっている。」とし<sup>47</sup>、そのような場合に、証明度の基準を高度の蓋然性から証拠の優越性に引き下げることで、「証明責任の負担が相対化され」攻撃防御の差が小さくなるとの主張である<sup>48</sup>。この説を主張している伊藤教授は、特に、その必要性が高い事案として、過失(民法 709 条など)、正当事由(借地借家法 6 条など)、欠陥(製造物責任法 2 条 2 項など)を挙げている。それは、この説において、証明度を引き上げる必要性があるのは、「関連証拠が相手方当事者や第三者によって所持され、あるいは、間接事実を証明し、間接事実にもとづいて主要事実を推認させるという過程をとらざるをえないような訴訟類型(証拠偏在または事実の性質上証明責任の負担が過重と感ぜられる事案)を想定している。」<sup>49</sup>のであり、伝統的な証明度・立証責任理論は、関連証拠の多くを証明責任を負担する側が所持し、かつ直接証拠によって証明されうるような場合を想定しているからだとする。

また、税務訴訟の分野でも、「申告水準の維持向上を図り、適正・公平な課税を実現していくためには、税務訴訟における立証責任のあり方...についても、...検討していく必要がある...立証責任については、...申告納税制度のもとにおいては、納税者が...自ら証明する責務を負っているとの考え方があります。また、納税者の方が税務当局よりも所得に関する情報と証拠を十分に有していることや、課税処分は大量・反復的に行われるものであることを考慮し、主要諸外国のように(脚注表)<sup>49</sup>、一般的に納税者に立証責任を課すこと...を

<sup>44</sup> 越知保見『日米欧 独占禁止法』1041 頁 商事法務 (2005 年)

<sup>45</sup> ただ、民事訴訟の立証基準は、欧米では、証拠の優越であるが、我が国では、明白かつ説得的な証明に近く、刑事訴訟に近い水準がもともと要求されている。これに対して、前掲注の越知は、公害訴訟、医療過誤訴訟などの例をあげ、民事では、やはり証拠の優越程度の水準での判断がなされており、刑事訴訟と民事訴訟では大きな立証水準の開きがあるとしている。しかし、公害訴訟等は、被害者側を優位に扱おうとしている例であり、例外的なものである。

<sup>46</sup> 東京地判平 14 年 12 月 26 日判時 1822 号 75 頁

<sup>47</sup> 伊藤眞「証明、証明度および証明責任」『法学教室』254 号 39 頁 有斐閣 (2001 年)

<sup>48</sup> 前掲注 47 40 頁

<sup>49</sup> 税制調査会「わが国税制の現状と課題—21 世紀に向けた国民の参加と選択—」(平成 12 年 7 月) 379 頁 (資料 6) 諸外国の所得税の課税方式と立証責任の所在(未定稿)より。

制度化してはどうかという意見があります。」<sup>50</sup>といった議論や、「わが国の税務訴訟における税務訴訟における立証責任は一般的に課税庁が負うものとされている。しかし、近年の税務訴訟においては、納税者に立証を求めるべき場合においては、納税者に一定の立証を求める裁判例が判例として定着しつつある。…今後、納税者が自ら説明責任を果たすことが相応しいと思われる項目について、個別に制度的枠組みを整えていくことが望ましい。」<sup>51</sup>、といった議論がなされており、税制調査会の議論でも、立証責任の一部を納税者に負担させることの制度化についての検討がなされているのである。

## 8. 行政審判での証明度・立証水準はいかにあるべきか

前述のように、行政審判手続は、立法裁量的であるため、手続のあり方は刑事訴訟、民事訴訟と比べ曖昧な位置づけとなっている。そのため、証明度・証明責任についても、行政訴訟の証明度・立証基準である民事訴訟のそれが基準とされつつも、審判的な性質から、刑事訴訟の証明度・立証基準に近い運用もなされるなど、幅をもった運用がなされている。一方、特に企業犯罪では、多数の物証、必要な情報を持っている多数の関係者がいることにより、捜査が容易であるという反面、その膨大な物証・関係者が会社内に存在するため、証拠隠滅や口裏あわせなどが生じやすいこと、経済活動の実情が捜査機関にわかりにくいなど捜査の困難性があるといわれる<sup>52</sup>。そのため、訴訟・行政処分手続における証明度を低く設定すべきという議論が捜査側からは出やすい。このような状況の下、独占禁止法や証券取引法にあるような専ら企業を対象とした課徴金賦課などの行政処分・行政審判手続に

区分	日本	アメリカ	イギリス	ドイツ	フランス
税額確定の方法	納税申告方式	納税申告方式	納税申告方式又は賦課課税方式の選択制	賦課課税方式	賦課課税方式
立証責任	一般的に税務当局にある。	一般的に、行政庁の処分については、正当性の推定 (presumption of correctness) が判例で打ち立てられており、税については、立証責任 (Burden of proof) は納税者にありとされている。	一般的に納税者にある。	一般的に納税者の収入については、税務当局に経費や税務上の特典については、納税者に立証責任がある。	一般的に税務当局にある。

(注)アメリカについては、1998年(平成10年)IRS改革法により、納税者が「内国歳入庁(IRS)の税務調査(資料提出等)」に十分な協力を行うことなど一定の条件を満たしている場合に限り、事実認定に関する立証責任が納税者から税務当局に移ることとなった。

<sup>50</sup> 税制調査会「わが国税制の現状と課題—21世紀に向けた国民の参加と選択—」(平成12年7月) 379頁

<sup>51</sup> 税制調査会基礎問題小委員会「個人所得課税に関する論点整理」(平成17年6月)16頁。ここでの問題意識は、個人所得課税に関して、いわゆる所得(特に事業所得)捕捉の適正化を主眼としているようである。例えば、税制調査会第29回総会(平17年5月24日)では、事務局から「いわゆる間接経費、家事関連経費といったもの・・・例えばファミリーレストランに行ったときに、事業者が「上様」の領収書をあえてもらっているシーンを見るとか、こういったことを間接経費の世界で垣間見してしまう、これがどうしてもモヤモヤ感につながるということにもなるのかなと思います。」「売上げがたとえわかったとしても、どこまでが家事費なのか・・・税務当局側が、いや、それは商売上のものではないということを立てない限り、経費性が認められてしまう」「例えば、長年記帳がない、ないしは正確な記帳がない。そういう中で経費の差引きをしたいという場合、それはできないというふうに法律で書いてしまう。引くならこういうことを立証してこいというふうに、納税者サイドに立証責任を移すことも考えられるのではないか。」といった説明がされている。

<sup>52</sup> 岩村修二「会社犯罪捜査の特質」藤永幸治編集代表『シリーズ捜査実務全書4 会社犯罪』40-43頁 東京法令出版(2004年)

おける証明度・立証責任の立法あるいは運用は、課徴金が行政処分でありながら重罰化しつつあるという点を踏まえるとどのようにあるべきだろうか。

単純に考えれば、行政処分であっても、刑事罰類似のものが課されるのであれば、慎重な手続によるべきであると考えられ、証明度・立証責任も刑事訴訟と同程度にすべきということになるだろう。特に、実質的証拠法則が認められる場合には、そのことが一層強く要求されると考えられる<sup>53</sup>。確かに、刑事訴訟の「疑わしきは被告人の利益に」の原則の実質的根拠が、第一次的には、刑罰の賦課という重大な不利益を被告人に負わせるものである点に求められる場合にはそのようなことが妥当するように思われる。しかし、当該原則の二次的根拠として、国家機関たる検察官と一個人に過ぎない被告人との証拠収集上の力の差異を前提とした場合には、そのような負担を検察官に負わせても不当でないという点にあるとする見解があり、この二次的根拠にウエイトを置く場合には、上記のような単純な結論にはならない可能性がある。この点に関して、先の民事訴訟の証明度についての新たな議論を展開する伊藤教授は、「刑事訴訟における証明度は、…民事訴訟におけるそれよりは一段高いものとされている。これは、刑事訴訟の本質が国家の刑罰権の発動である以上、その要件を厳格に設定しなければならないとの考慮による…。しかし、証明度が高く設定されている場合に、犯罪構成要件事実について証明責任を負う検察官がその負担を果たす手段を与えられていなければ、刑事訴訟は機能不全に陥らざるをえない。その手段として認められているのが、司法警察職員や検察官の捜査権である。…刑事訴訟において証明度について要求される高度の蓋然性は、このような強力な証拠収集手段によって担保されているとよい…。」と述べている。これは、二次的根拠にウエイトを置いた場合には刑事訴訟においても証明度修正が考えられなくはないと言っているのである。

さらに、学説上挙証責任の転換規定が認められる場合、あるいは、法律上の推定を認める場合として、(1)検察官にとっての立証が困難であること、(2)検察官が証明する事実から、被告人が挙証責任を負担する事実への推認が合理性を持つこと(合理的関連性)、(3)その事実を証明する資料が、通常被告人側にあり、推定事実が存在しないことを示す証拠を提出するのが困難でないこと(反証の容易性)、(4)被告人が挙証責任を負担する部分を除いても、なお犯罪としての相当の可罰性があること、等があげられ<sup>54</sup>、それら要件が満たされ法律上の推定を認める場合には、被告人側に要求される証明度は証拠の優越で足りるとされている<sup>55</sup>。<sup>56</sup>

<sup>53</sup> 前掲注 44 1041 頁では、「実質的証拠法則が公取委の事実認定の方法論と結びつけ、(審判手続における)公取委(審判官)の慎重な事実認定を導く議論が行われることがある。しかし、実質的証拠なし又は新証拠を取り調べる必要ありと判断して差戻されれば、公取委(審判機関)は事実認定や証拠調べをやり直さなければならないわけであるから、行為規範性を強調することは審理を遅滞させるだけのようと思われる。」として、「裁判官が本原則の射程を過大に考えすぎないように運用すること…」として、実質的証拠法則の存在により審判官が慎重な事実認定を行わなければならないような行為規範としての機能性は認められるべきでないとしている。

<sup>54</sup> 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』307頁 有斐閣(1996年)

<sup>55</sup> 川出敏裕「挙証責任と推定」松尾浩也、井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第3版)』161頁 有斐閣(2002年)

<sup>56</sup> 前掲注 29 234 頁では、単に検察官の証拠収集の負担加重の観点からだけでなく、捜査機関による、当該犯罪との不均衡な身柄拘束、強制捜査、自白の強要の恐れなど人権保障の観点からも、証明度の軽減の必要性について述べている。

このように、検察官・行政庁側の立証の困難さにより証明度を修正すること、あるいは挙(立)証責任を転換することは、刑事訴訟でも理論上は十分ありうるのである。

さらに、行政審判の場合には、刑事手続と異なり手続の立法裁量性があることから、一層証明度を軽減するあるいは立証責任を転換させるということが可能となりうるであり、特に、企業犯罪の場合、立証の困難性等を理由とした証明度の軽減・立証責任の転換の必要性は高いといえるのである。

## 9. 犯罪の軽重と証明度

しかし、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の第一次的根拠となっている「重大な不利益を被告人に負わせる」ということについてはどのように考えるべきだろうか。これに関しては、「重大な不利益」と「被告人」の2つの視点がありうる。前者は、重大な不利益が犯罪の大きさに比例していると考えるのであれば(比例原則)、犯罪の軽重に応じて異なった証明度を認めても良いかということであり、後者は、課徴金や罰金を人ではなく企業に課す際には、人とは異なった証明度を認めても良いかということである。前者については米国法圏における民事・刑事の区別で、また、後者については、誤判があった場合に人と企業で受ける不利益がどのように異なるかの問題であり、それは後述の「効果」「効率性」に関する議論で取り上げることとする。以下では、前者に関して、実務において言われていることについて簡単に触れるにとどめる。

行政刑罰という法定犯が自然犯より犯罪として軽いものであると考えられている場合には、行政刑罰についての証明度は自然犯より証明度は低くてよいのではないかと、さらには、行政罰化しつつあるといっても行政処分では、刑罰よりいっそう低い証明度でよいのではないかとということについては、抽象的な議論では、学説・判例を問わず証明度は犯罪の軽重にかかわらず同一だとされる。しかし、実際の裁判の局面では、「我々は日常経験の世界において、意思決定を行うにあたってその事実的基礎を判断する場合、ことの軽重に応じて危険の引受けの程度を異にしている。...このことは、裁判官の事実認定における証明度の決定にあたっても不可避免的に影響するのではあるまいか。」ということが言われている<sup>57</sup>。つまり、実務上の運用局面では軽い罪と考えられるもの、被告人に重大な不利益を与えないと考えられる罪に対しては、犯罪の証明度は低くされている可能性があるということなのである。課徴金は罰金より高額となっているという事実はあるが、行政処分は倫理的なスティグマが刑罰に比べ少ないと考えられるならば、その証明度は低くあっても良いとされる余地は十分ありうるのである。

## 10. 米国を中心とする法域での議論

犯罪立証の困難性や犯罪の軽重により立証責任や証明度を修正するという議論は、企業犯罪に対処する方法として刑事制裁(criminal sanction)と民事・行政制裁

---

<sup>57</sup> 前掲注 29 244-245 頁

(civil/administrative sanction)が並行的・一体的に使われ、かつ、段階的証明度を採用している米国法圏での動きが参考となる。以下では米国法圏での証明度・立証責任に関する議論をみていくこととする。

#### 10 - 1 . 犯罪の軽重と証明度

米国法圏では、ある反社会的行為に対して、刑事・民事(行政)の両方による制裁ができる仕組みとなっている。そして実際にも犯罪とされるような行為に対しても、民事(行政)的制裁が使われているのであるが、その際、どのような行為に対して民事(行政)の対応をし、どのような行為に対して刑事での対応をしようとしているのか、あるいは両方で並存的な対応をしようとしているのか、といった振り分けの基準が分かれば、段階的証明度をとる米国での犯罪の軽重と証明度の関係がある程度明らかとなるはずである。

米国における、刑事制裁手続・民事(行政)制裁手続のどちらが取られているかの区別についての判例の歴史的な推移を見てみると、1960年代には、裁判所は、立法府が賠償的(remedial)であるとして民事手続を規定した処分に対して実質的な判断を行い、その処分が懲罰的(punitive)内容であるとして刑事手続をとるべきという判断を行ったこともあった。たとえば、Kennedy v. Mendoza-Martinez では、立法上民事手続とされていたものを刑事手続として取り扱う場合についての7つの基準を提示している<sup>58</sup>。その基準は、(1)sanction が積極的禁止(affirmative disability)や抑制(restraint)を含んでいるか、(2)sanction が歴史的にpunishment とみなされているか、(3)sanction が故意(scienter)の認定にのみに基づいて課されているか、(4)sanction の実施が伝統的なpunishmentの目的である応報(retribution)と抑止(deterrence)を促進するか、(5)sanction が適用される行為が既に犯罪とされているか、(6)sanction に合理的に関連する代替的な目的が指定しうるか、(7)sanction が想定される代替的な目的に照らして過剰ではないか、というものである。つまり、この7つの基準に当てはまれば、その制裁・処分は重いものであり、民事(行政)制裁・処分ではなく刑事「的」制裁・処分であるとされるのである。しかし、この7つの基準に基づく裁判所の積極判断は長くは続かなかった。1970年代後半からは、立法府が民事とラベル付けをしたものについては、そのまま裁判所は民事手続とするという方針に転向した<sup>59</sup> <sup>60</sup>。その後、再び、1989～1994年の間には、懲罰的・非懲罰的(non - punitive) sanctionの区別を引こうとの動きや、民事(行政)手続の中に刑事手続の要素を取り入れようとの動きが現れた<sup>61</sup>。例えば、Halper v. United States は民事訴訟の中で課される懲罰的 sanctionの中で刑事手続保護の要素を全てでないがいくつか適用をすることを認めている。この際の民事手続と刑事手続

<sup>58</sup> Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144 (1963) この訴訟では、民事訴訟で市民権の取消について刑事のトライアルが要求された。

<sup>59</sup> Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979)、United States v. Ward, 448 U.S. 242 (1980)、Vance v. Terraza, 444 U.S. 252 (1980)など。

<sup>60</sup> ただし、被告が、手続が目的、効果において States の意思を否定する明白な証拠を提出できれば、立法意思は否定された。

<sup>61</sup> United States v. Halper 490 U.S. 435 (1989)、Austin v. United States 509 U.S. 602 (1993)、United States v. Kurth 511 U.S. 767 (1993)

の区別の基準は「賠償的な目的を提供するだけでなく、むしろ応報的・抑止的目的を提供ものとして説明できる民事 sanction は punishment(刑罰)である。」というものである。しかし、その後、1996年～1998年にかけての判決では、改めて、このような動きが放棄され、刑事手続と民事手続は二分法的(all or nothing)なものになり<sup>62</sup>、裁判所は punishment を定義することやどのような刑事手続が民事訴訟の懲罰的 sanction に適用されるべきかについても決定することをやめ、立法にフリーハンドを与えるようになっている<sup>63</sup>。

このように司法は最終的には立法の判断を信頼することとしたのである。これは、立法による民事手続か刑事手続かのラベリングが、モラルのとがめの有無といった社会的判断を適切に反映したものとなっていると認めていることである。そうすると、立法のラベリングのための基準は何か、つまり、社会がモラルのとがめ等の存否を決める基準は何か、次に問題とされなければならない。その基準がないと、結局、なぜ憲法が刑事被告人に民事手続と違う手続的保護を与えているかが不明確となり、単に立証のしやすさ等の理由から重大と思われる行為までも民事(行政)制裁手続で処罰を行うことになり、手続保障が実質的に弱められてしまうからである。

そのような基準の一つとして Steiker の提示した基準がある<sup>64</sup>。これは、裁判所による立法のフリーハンドが認められた後すぐに提案がなされたものである。それは4つの基準と3つの小基準(sub-test)により punishment を定義しようとするものである。4つの基準は、(1)国が、他の目的に付随的ではなく、個人に対して非効用(unpleasantness)を引き起こすことを意図しているか、(2)sanction が過去の犯罪に対するものであるか、(3)sanction が国によってなされているか、(4)sanction がコミュニティによる非難を表現するものであるか、である。そして4番目の基準である「非難を表現する」場合とは、(1)社会が悪しき行為に対して憤るとき、(2)sanction が違反者をして自らが誤った行為をしたと反省させるようにデザインされているとき、(3)犠牲者や社会が自らが正しいと感じられたとき、であるとされる。また、同じころに出されたカナダの法改革委員会の基準では<sup>65</sup>、「真の犯罪」は、(1)行為が他人に対して重大(serious)な法益侵害を与えているか、(2)行為がわれわれにとっての基本的な価値(our fundamental value)を、社会に対して重大なほど害しているか、(3)行為に対する刑事罰の適用自体が、われわれにとっての基本的な価値の重大な違反とならないか、(4)(1)～(3)が認められれば、刑事罰の適用がその問題の解決に重要な寄与をすることについて、われわれは十分な満足を得られるか、というものである。しかし、これらの基準も、コミュニティによる非難の有無、重大かどうか、あるいは、基本的価値かどうかなど価値中立的なものとはなっていない。その結局、Kennedy v. Mendoza-Martinez のような市民権の喪失、Kansas v. Hendricks のような自由の喪失といった重大な sanction

<sup>62</sup> United States v. Ursery 518 U.S. 267 (1996)、Bennis v. Michigan 516 U.S. 442 (1996)、Kansas v. Hendricks 521 U.S. 346 (1997)、Hudson v. United States 522 U.S. 93 (1997)、United States v. Bajakajian 524 U.S. 321 (1998)

<sup>63</sup> 例えば、Browning-Ferris Indus. v. Kelco Disposal, 492 U.S. 257 (1989)では、8条修正(過剰な罰金の禁止)は tort における punitive damage に対しては適用されないとされた。

<sup>64</sup> Steiker, C., Forward: Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal Civil procedural Divide, 85 George Town Law Journal 775(1997)

<sup>65</sup> Law Reform Commission of Canada, Our Criminal Law, 4 (1976), Information Canada, Ottawa, 33.

対しては厳格な手続的保障が必要であるといった基準とならないような基準に逆戻りする  
ことになっているのである<sup>66</sup>。

さらに、これに追い討ちをかけるように、民事でもなく刑事でもない、いわゆる混合的  
訴訟(hybrid action)<sup>67</sup>が登場することにより、犯罪的行為の区別は一層不可能となってきた  
<sup>68</sup>。このため、混合的訴訟といったものを前提とした区別も提示されている。その一つが、  
Rolfe によるカナダの犯罪分類である<sup>69</sup>。それによると、真の犯罪(true crime)以外に、(1)  
規制犯罪(regulatory offence)、(2)裁量的行政犯罪(discretionary administrative offence)、  
(3)自動的行政犯罪(automatic administrative offence)が存在するとされている。(1)の規制  
犯罪は、処罰ではなく法令遵守促進が目的(いわゆる行政犯)であり、犯罪意思が不要な厳格  
責任(strict liability)である。そして手続は刑事手続であり、証明度は合理的疑いを超える  
証明が必要とされる。(2)の裁量的行政犯罪は、所得税違反などが該当するとされ、完全責  
任(absolute liability)であり、手続は行政的公正さ(administrative fairness)の権利とされる。  
行政処分であるため、証明度は balance of probability でよいとされる。(3)の自動的行政犯  
罪は、ある一定基準を超えるとそれに応じて行政制裁金が自動的に賦課されるというもの  
である。政府は継続的なモニタリングシステムを作りさえすればよく、このモニタリング  
システムの公平さが、いわば手続であるといえる。完全責任であり、証明度はモニタリン  
グの公平性(monitoring fairness)ということになる。この自動的行政犯罪は、企業に対する  
憲法上の保護を取り去っているとの批判がある一方で、軽微な犯罪に対しては有効な抑止  
手段となっているとされる。このため、この方法に対しては、抑止と憲法上の保護との比  
較考量が図られるべきであるとされる。そして「十人の犯人を逃しても、一人の無辜を生  
み出さない」という法諺が妥当するのは、懲役・禁固の可能性がある場合にのみ妥当し、  
さらに、自動的行政犯罪は単なる金銭的処罰で倫理的スティグマ(moral stigma)はほとんど  
ないため、自動的行政犯罪と通常の犯罪は区別されるべきであり、合理的疑いを超える証  
明は不要だとされている。ただ、この基準でも倫理的スティグマが区別の基準とされてお  
り、犯罪を具体的に区別する基準を示しているわけではない。

このように、一般的に、刑事と民事(行政)の区別としては、モラルのとがめの有無、ステ  
ィグマの有無といったことが挙げられるだけであることが多く<sup>70</sup>、犯罪的行為の軽重と刑

<sup>66</sup> Klein, S. R., Redrawing the Criminal Civil Boundary, Buffalo Criminal Law Review vol.2:681 (1999)

<sup>67</sup> Mann, K., Punitive Civil Sanction: The Middle ground Between Criminal and Civil Law, 101 Yale Law Journal 1795 (1992)

<sup>68</sup> 前掲注 66

<sup>69</sup> Rolfe C., Administrative Monetary Penalties: A Tool for Ensuring Compliance, Paper presented to the Canadian Council of Ministers of Environment Workshop on Economic Instruments, January 24, 1997 (1997)

<sup>70</sup> これらとは異なる、法と経済学的説明として、米国刑事法の権威といわれる Coffee は、民事と刑事の区別は、sanction が望ましくない行為の price(価格)を目指しているのが民事であり、prohibit(禁止)を目指しているのが刑事であるとして  
いる。Coffee, J. C., Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models And What Can Be Done  
About It, 101 Yale Law Journal 1875 (1992) では、「法システムは、行為者の行為からの利益を否定するだけでなく、  
行為者にその行為の社会的コストを内部化させるということを強制もする。そのような場合、行為の最適水準はゼロと判断されるこ  
とになる。なぜなら、行為が社会的な効用をまったく欠いていると考えられるからである(もちろん、行為者に対しては効用を生み出  
す可能性はある)。例えば、民事法では、公害企業に排出抑制のために、生産の停止ではなく課税を行う。他方、刑事法は、窃盗  
レイプ、殺人およびいくつかの形式の環境汚染といった行為を完全に禁止することを望む。この刑事的アプローチ(完全抑制)は、  
被告が社会に対するより大きな効用があるにもかかわらず、犠牲者には、被告の行為から自由であるという倫理的な権利があると

事・民事(行政)手続との関係における客観的基準というものは見出せない<sup>71</sup> <sup>72</sup>。それ故、犯罪の軽重と証明度の関係についても、概ね、重いものについては厳格に、軽いものについてはそうでなくても良いといったこと以上の基準を見出すことは困難である。

## 10 - 2 . 犯罪立証の困難さと証明度

どのような犯罪的行為に対し刑事制裁と民事(行政)制裁をとるべきかの基準は、前述のように見出すことは困難であるが、実務上は民事(行政)制裁を使った犯罪対策が多くとられている。例えば、米国の証券市場での犯罪的行為に関して、証券発行の報告要求やブローカー・ディーラーの登録のような投資家保護に関する問題は民事的問題、詐欺(fraud)、相場操縦(manipulation)、インサイダー・トレーディングは刑事的問題だと考えられており、そのうち詐欺のような刑事的問題に対しての刑事告発は十分になされていないとされる。その理由は、事件の多くが複雑なものであり起訴のための証拠が異常に高い立証基準によって十分でなくなるためであるとされている。このため、立証が困難なケースに対しては、賠償的方法による抑止、つまり民事的制裁がとられているとされている<sup>73</sup>。同様に、米国司法省の反トラスト法違反捜査では、刑事手続・民事手続の違いでその負担する証明責任には大きな違いがあるとされる。一般に民事訴訟では、反トラスト局が「証拠の優越」で立証すればよいのに対して、刑事訴訟の場合には、「合理的疑いを容れない程度」での立証が必要となり、反トラスト局の負担は、はるかに大きなものとなるとされる<sup>74</sup>。また、学説上も、警察・検察が民事的な手段を使うのは、反社会的な行為に対して合理的疑いの証明、陪審裁判、弁護人の選任など刑事裁判に関する憲法的保護に妨害されないスピーディーな解決ができるためであるとの主張がなされている<sup>75</sup>。

また、犯罪立証の困難さに関しては、オーストラリアにおいてインサイダー・トレーディング(insider trading)についての起訴が少ないことが問題とされ、その分析と対策についての議論がなされている<sup>76</sup>。起訴が少ない要因としては、(1)ブローカーがクライアントのイ

---

みているのである。」としている。

<sup>71</sup> ノーベル経済学賞を受賞者であるアマルティア・センは、「<人権>の宣言は本質的には倫理上の表明であって、何よりも、一般に考えられているような法的な主張ではない。」と述べている。これは、人権保障のための手続は実は倫理の問題であり、法的には解決できないことを端的に述べている。アマルティア・セン『人間の安全保障』139頁 集英社(2006年)

<sup>72</sup> 米国合衆国憲法修正5条では、「甚だしく過大な処罰」が禁じられているが、この規定に違反しないが懲罰的賠償で争われるケースがある。しかし、どの程度の重さの賠償であれば違憲かのラインは明確には引けないとされる。ただし、BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559(1996)では以下の三基準から甚だしく過大な処罰であると判断がなされている。(1)当該行為の非難可能性の程度(degree of reprehensible)、(2)原告の受けた損害もしくは潜在的損害と懲罰的賠償額との不均衡(disparity)、(3)懲罰的賠償額と同種の事案に課せられる罰金額との差。岩橋健定「米国における違反抑止制度」 独占禁止法基本問題懇談会 2005年11月18日資料。しかし、ここでも基準(1)(2)は、基準のようであっても明確な基準ではないと言える。

<sup>73</sup> Newkirk, T. C. and Brandriss, I. L., Speech by SEC Staff: The Advantages of a Dual System: Parallel Streams of Civil and Criminal Enforcement of the U.S. Securities Laws, 16<sup>th</sup> International Symposium on Economic Crime, Jesus College, Cambridge, England, September 19, 1998 (1998)

<sup>74</sup> 佐藤宏「アメリカ反トラスト法における刑罰の適用」『ジュリスト』1026号 110頁 有斐閣(1993年)

<sup>75</sup> Cheh, M. M., Constitutional Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction, 42 Hastings Law Journal 1325 (1991)

<sup>76</sup> Tomasic, R and Pentomy, B., The Prosecution of Insider Trading: Obstacles to Enforcement, Australia and New Zealand Journal of Criminology vol.22 no.2 (1989), Tomasic, R., The Prosecution of insider-trading: obstacle to enforcement, in Casino capitalism? Insider trading in Australia, Australian Institute of Criminology pp115-126

ンサイダー・トレーディング行為について、気づいたとしても、クライアントがブローカー離れをしてしまうことをおそれて証拠を提出しないこと、(2)ブローカー同士ではインサイダー・トレーディングの存在に対して黙認しあっているため証拠が少ないこと、(3)インサイダー・トレーディングの認定は、別途、市場の取引パターンでも認定されなければならないこと、(4)無罪の推定などの問題があること、(5)インサイダー・トレーディング行為自体の定義が曖昧であること、(6)証拠発見のためのコストがかかりすぎること、が挙げられている。特に、積極的な方法での犯罪立証が困難であることが問題であると指摘されている。そして証拠が少なく立証のためのコストがかかりすぎるといった問題に対しては、立証水準を引き下げることや挙証責任を被告人側に転換するといった提案がなされている<sup>77</sup>。

このように米国法圏では、立証の困難さを回避するため、証明度の軽減あるいは立証責任の転換といった議論がなされたり、さらには、実際に刑事処罰より証明度が低くて済む民事処罰手続が実際上多くのケースで使われているのである。

### 10—3 . 刑事・民事没収手続改革 - 立証責任の逆転換と証明度

犯罪行為を民事手続で制裁・処分することが多くなるに従い、その反動が立証責任・証明度の議論において現れてきた。それが、民事・刑事の没収(forfeiture)についての区別と証明度の問題である。つまり、伝統的には、刑事は犯罪者を処罰し犯罪を抑止するものであり、民事は損壊を受けたものに対する賠償を行うものであったが、近年になってから、懲罰的な目的を持った民事損害賠償制度(規制官庁が行う民事的・行政的没収(civil and administrative forfeiture))の発展が見られるようになり<sup>78</sup>、この発展が、刑事・民事の区別についての学問的関心を一層引き起こし、特に手続的問題についての関心を高めたのである<sup>79</sup>。

没収代表部 (The Executive Office for Asset Forfeiture) の定義によると、刑事没収は、対人(in personam)没収であり、合理的疑いを超えた (beyond a reasonable doubt) 証明に基づく有罪判決を得た上、懲罰の一部として科されるものであるとされる。このため、一般には、没収の際の証明度は高くなる。ただし、犯罪ではなく「没収」自体の証明度については、米国では州ごとに異なっており、少し古い資料ではあるが、カルフォルニア州の

(1991)

<sup>77</sup> 証明のためのレベルを下げてでも証拠が必要であることには変わらないことや、民事の立証レベルにすることによって逆に犯罪者に対するサンクションが懲役でなくなるなどの問題を行政が恐れているとの問題もある(これは、行政は、最大の抑止策は犯罪者の存在を排除することであると考えているためである)。そこで、立証のレベルを下げるよりも立証責任を転換するほうが現実的な解決方法であるとの主張がなされている。これはインサイダー・トレーディングの情報に限られた人々の排他的な知識の中に限定的にあるという特殊性の由来するためである。このような、立証責任の転換については、オーストラリアでは、Income Tax Assessment Act 1936 や Proceed of Crime Act 1987 に存在し、かつ、捜査側には賛成するものが多いが、一般には反対意見が多いとされる。この立証責任の転換も含めた手続き改革の問題は、上院法令審査常任委員会のガイドラインの中で問題とされることになっており、そのガイドラインでは、このような立証責任の転換が認められるのは、(1)被告人の防御を通じて生じる問題が、被告人の知識の中にあり、(2)防御を否定するのが非常に困難でかつ、コストがかかる場合にのみ認めるべきであるとされている。

<sup>78</sup> Civil forfeiture が現代になって本格的に使われだしたのは 1970 年の Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970 からである。その後、Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989、Insider Trading Sanctions Act of 1984 などに導入されている。

<sup>79</sup> Lynch, G. E. The role of criminal law in policing corporate misconduct, <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>.

ように、州側がすべての事項について、合理的疑いを超える証明が求められ、かつ、jury trialが必要とされている州から、証拠の優越(preponderance)で証明すれば足りるとされている州まで—それが多数であるが - ある<sup>80</sup>。他方、民事没収は、対物(in rem)没収であり<sup>81</sup>、疑いのある法令違反行為とそれに使われた財産の間に一定の関係があれば、有罪との決定なしにその財産を没収、また、違反者から違法な利益を剥奪するものである。その際の証明水準は刑事没収より低いものでよいとされている。米国の行政機関は、刑事・民事の没収を併用した違法行為対策を行っており、司法省の財産没収プログラムにおいては、「没収の目的は公共の安全保障を高めるものであり...財産没収は、特定人物を有罪にしたり懲役にしたりしただけでは潰れない犯罪組織を崩壊させる力を持つ。」と記載されているが<sup>82</sup>、上述のように、民事没収が低い立証水準で処罰を行うものとなっているため、この没収手続が懲罰的であれば、憲法で認められている刑事的手続保護と同様のものが認められるべきでないかが問題とされるようになり、さらには、民事没収を対物没収としているのも単なる法的フィクションであるとの批判がなされているのである<sup>83</sup>。

このため民事没収の手続保障の弱さについて F.E.A.R.( Forfeiture Endangers American Rights Foundation ) などの民間団体が危惧を表明している。それらの団体が問題としているのは、民事没収では、(1)国選弁護などの法的援助が欠如していること、(2)陪審による審判の権利がないこと、そして、(3)証明力の水準が刑事より低いことである<sup>84 85</sup>。

民事没収が懲罰的に使われることが多くなったことによる批判に応え、民事没収手続については米国連邦レベルでは 2000 年に、Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 として大きな改定がなされた。そのもっとも大きな変更内容は批判の大きかった立証責任を政府側へシフトしたことである。この改正法の前には、政府側は probable cause 水準で財産が没収されるべきものであることを証明すればよく、それを覆すのは没収される側であるとされていた<sup>86</sup>。それが改正法により証拠の優越(preponderance of evidence)により、政府側が没収できることを証明しなければならないと立証責任が転換されたのである<sup>87</sup>。ただし、当初の法案(1999 年バージョン)では、政府に求められた証明度は、より高い clear and convincing evidence であった。このため、最終結果は、議会での妥協の産物といえ、改革

<sup>80</sup> O'Tuel, J. Forfeitures: Burden of Proof—A State Survey, <http://www.law.emory.edu/CRIMPRO/reading/ch14/forf1.html>

<sup>81</sup> 「犯罪を犯した財産」(guilty property)というフィクションに基づいて課されるとされる。

<sup>82</sup> <http://www.usdoj.gov/jmd/afp/index.html>

<sup>83</sup> Loughlin, P. J., Does the Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 Bring a Modicum of Sanity to the Federal Civil Forfeiture System? (2002)

<sup>84</sup> F.E.A.R., A Study of Asset Forfeiture in the USA, <http://www.fear.org/owendiss.htm>

<sup>85</sup> ただし、民事没収についても、まったく刑事的な要素が排除されているわけではない。米国合衆国憲法修正 8 条(過剰な罰金を科してはならない)については、民事没収についても適用されるとしたし(Austin v. United States, 113 S. Ct. 2801 (1993)。 § 881(a)(4)と(a)(7)に関して。ただし、これは civil forfeiture が刑事的手続でなければならないということは意味せず、offence に対して比例的であるべきということを意味する。)、没収裁判は準刑事手続であるため、米国合衆国憲法 4 条修正と 5 条修正が適用されるとされている(Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886))。

<sup>86</sup> 19 U.S.C. § 1615, incorporated by reference in 18 U.S.C. § 981(d) and other major civil forfeiture statutes

<sup>87</sup> その他、CAFRA では、civil forfeiture が利用できる場合でも、criminal forfeiture が利用できることを明らかにした、また、8 条修正に反して犯罪に比して forfeiture が重い場合には、被告は裁判所に対して forfeiture を減額するように求めることができることを明らかにしたなどの各種の内容が盛り込まれている。Kessler, S. L., The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000, <http://www.kessleronforfeiture.com/act2000.html>

への正しい方向ではあるものの低い水準の証明度が採用されたことは、民事没収の濫用に対しては不十分だとの評価もある<sup>88</sup>。

#### 10 - 4 . 米国法の動きとわが国法への示唆

上述のように、米国等では民事制裁と刑事制裁を、犯罪内容・程度から区別したり、制裁が懲罰的・賠償的かをラベリングする基準の設定も難しく、結局は倫理的スティグマなどに頼らざるを得なかったのである。しかしながら、複雑かつ重大な経済犯罪について刑事システムの負担が限界に来ており、証明度が低くて済む民事(行政)手続で制裁を行うことが実際上必要となっており、それが経済犯罪制裁への主流となってきたのである<sup>89</sup>。しかし、このような行き過ぎた動きに対しては、人権保障の観点から民事没収の立証責任を行政側負担させる方向での改革が生じてきたのである。ただ、その立証責任の逆転換の動きの中でも証明度をコントロールすることで、行政側と被告人側との調整が図られるということがなされているのである。つまり、米国法では、犯罪に対して刑事・民事(行政)の制裁が一体的に使えるという特徴、別の言葉で言えば、段階的証明度を使えるという特徴を最大限活かして、立証責任と証明度をコントロールし、犯罪抑止と人権保障のバランスをとりながら犯罪に対して「効果的」「効率的」な対応をしようとしているといえるのである。

#### 11 . 制裁システム上の効果・効率性

なぜ、米国法圏でビジネス犯罪に対して民事(行政)の懲罰的 sanction が主流となっているのであろうか。これについて、Lynch は、(1)ビジネス犯罪は粗暴犯などではなく懲役などが大きな効果がなく企業に対する金銭的 sanction が適切であること、(2)ビジネス犯罪は被害者が多数いるので犯罪被害を被害者に補填すべきである、(3)エンフォースメントの機関が専門性を持って行うのが効率的で望ましいことをあげている<sup>90</sup>。また、Steiker は、(1)軽い民事的制裁を行うことで、社会に対してより大きな害悪のある行為を抑止することは正当化されること、(2)より高い事実認定や誤審に対する安全性を要請される刑事制裁は規制当局に対してより高いコストとなり負担であること、(3)それ故、民事的エンフォースメントが規制当局の効率性の観点からはより選好されることになることと主張している<sup>91</sup>。このような抑止に対する「効果」「効率性」の発想が米国にはあるのである。そして、このような制裁システムについての「効果」「効率性」に関しては、抽象的な議論だけではなく、実際の司法の場でも議論されている。効率性の議論が司法手続上なされたのは米国では古く1976年の *Mathews v. Eldridge* での手続決定のバランス基準からである<sup>92</sup>。それは不利益処分の前にヒアリングが必要かについて3つの基準を立てたものであり、(1)行政によって

<sup>88</sup> Hadaway, B. Executive Privateers: A Discussion on Why the Civil Asset Forfeiture Reform Act Will Not Significantly Reform the Practice of Forfeiture, *University of Miami Law Review* vol.55 no.1 (2000)

<sup>89</sup> 前掲注 67

<sup>90</sup> 前掲注 79

<sup>91</sup> 前掲注 64

<sup>92</sup> *Mathews v. Eldridge* 424 U.S. 319 (1976)

影響を受ける個人の利益が大きければ手続も慎重になされるべき、(2)事実発見の正確さを増加させるための追加的な手続の能力の高さがどうか、(3)手続負担が大きくなりコストが大きくなるのであれば、行政の効率性の観点から手続は厳格でなくてよい、というものである。そして、この 3 つのバランス基準に対して裁判所は大きな裁量権を持つとされた。その結果、行政府の手続制度設計に大きな自由度が与えられたと評価されている<sup>93</sup>。

このような効率性の議論をさらに進め、具体的手続に当てはめようとの試みが Khanna の主張である<sup>94</sup>。その主張は、手続の二分法について再考を求めようという点では Lynch と同様のものであるが、その内容はより詳細・具体的であり、法と経済学的な発想に基づいている。つまり、個人が刑事手続で誤って有罪とされると刑務所維持費用、自由剥奪の機会費用、スティグマの回復などにかかる費用が大きい。このため、手続を厳格にする合理性があり、合理的疑いを超える証明を刑事手続で採用することが正当化される。個人の民事処罰では、誤った有罪とされても金銭処罰であり人にかかわる sanction コストがないのでコストは小さい。また、誤った有罪と誤った無罪では当事者間の金銭移転のコストの問題だけなので、大まかに言ってコストは同じだとする。このため手続は、刑事より厳格なものとする必要はなく、かつ、当事者間でバランスしたものでよい。つまり、証拠の優越で良いとする。一方、企業では、刑事・民事ともに、基本的には金銭処罰である<sup>95</sup>。そして、誤った有罪で評判を失うことは刑事・民事で同じコストであるとする<sup>96</sup>。それゆえ、企業に対しては、刑事であっても民事より厳格な手続は不要ということになる。さらに、企業と個人の誤った有罪のコストを比較すると、刑務所維持費用、自由剥奪等の費用がないため、企業の場合の方が小さい。その結果、企業に対しては個人より手厚い手続保障は不要であるとされる。ただし、sanction がライセンスの取消あるいは懲罰的賠償のように大きく上昇する場合には、それに応じた手続的保障の上昇が必要であるとされる。このような制裁の場合に対しては、民事手続より手厚い手続保障が必要となるが、それでも合理的疑いを超える証明までは不要であるとする。その結果、手続保障(証明度)の程度は、企業・個人、そして、刑事・民事で下図のような関係になるべきだとする。

Khannaあるべき手続保護の強さ

	刑事	民事
企業	preponderance	preponderance
個人	reasonable doubt	preponderance

\*ただし、企業処罰でライセンス取消などの場合には、金銭処罰より重くなるので手続保障は強くすべき(clear-and-convincing)

## 12. 「効果」「効率性」に基づく手続論

わが国、米国法圏ともに、犯罪、特に企業犯罪抑止のために、民事的手続を利用するか、

<sup>93</sup> Chemerinsky, E. Procedural Due Process Claims, *Touro Law Review* 871(1999-2000)

<sup>94</sup> Khanna, V. S. Corporate Defendants and the Protections of Criminal Procedure: An Economic Analysis, *The John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series* 29, University of Michigan Law School(2004)

<sup>95</sup> ただし、ライセンスを失うという処罰等もある。

<sup>96</sup> 企業の場合には、刑事のスティグマ効果とは異なると考えていることになる。

つまり、証明度を引き下げるか、あるいは、立証責任を転換させるかについては、抽象的な犯罪の軽重や倫理性などでは判断できず、基準となりうるものは、抑止のための起訴のしやすさという「効果」や「効率性」と手続的保護のバランスで判断せざるを得なくなってきたおり、そのための議論や実証的な研究が必要となってきたのではないかと思われる。

しかし、わが国では、刑事法学者側からは、行政調査と犯罪捜査における証拠・資料の収集の厳格な分離が大きな障害となることを認識しつつも、「適法行為との限界が不明確な経済犯罪では、検察官の立証責任を緩和するべく、実質的な侵害行為にいたる以前の段階で抽象的法益を設定して処罰しようとする態度には<sup>97</sup>、理論上も問題あろう。そこでは、刑事手続上の理由から実体法の基本原則を修正するだけでなく、経済犯罪の取締りをもっぱら行政罰の領域に放逐する点でも、現代社会で多発する犯罪現象に対して正面から応えるものとはいいがたいからである。」<sup>98</sup>、あるいは「「疑わしきは被告人の利益に」の原則の適用をはずすことは、「最近では、とりわけ犯罪収益剥奪の場面において、この手法がとられている場合がすくなくない。しかし、これについては、刑罰にはそのスティグマ効果による特別な不利益が伴うことは確かだとしても、それを除けば同じ効果を有する措置について、それを、法形式上刑罰以外の処分と規定するだけで、果たして証明基準が緩和しうるのかという疑問がある。」といった理論面からの否定的な見解が多い<sup>99</sup>。また、民法学者からも、民事訴訟の証明度を刑事的に使うことについては違和感が唱えられている。たとえば、懲罰的賠償に関して「懲罰的賠償は、刑事訴訟の目的を持っておきながら、民事訴訟に当たるために、より低い証明度で争われることになる。これは、裁判の前提にかかわる問題なのではないか。…これが日本に導入されると、民事訴訟と刑事訴訟との証明度の格差が、犯罪の大量生産に繋がるのではないか。」との見解がある<sup>100</sup>。さらに、税制調査会において立法論を議論する局面でも、「わが国のように税務訴訟を通常の裁判所が管轄しており、民事訴訟法や行政事件訴訟法においても立証責任について特別の規定がないという状況の下で、行政訴訟の中で税務訴訟にのみ立証責任に関する明文の規定を設けることが適当かどうかという問題があります。また、所得の存在が不明のときに納税者に不利益を追わせることには慎重でなければなりません。」との慎重論が唱えられている。

しかし、このような考え方は、実際に経済犯罪が捜査の困難さ等から刑事罰として処罰し切れず、独占禁止法、証券取引法などに課徴金という行政処分が導入されてきているという現実に正面から応えるものとなっていないのではないかと思われる。また、慎重であることは必要であるが、理論的枠組みに捉われ過ぎているのではないかとも思われ、「効果」「効率性」を実証分析に基づき考える必要があるのではないかと考える。先にあげた伊藤教授は「証明度とは、裁判官の心証がその水準に到達しない限り、証明がなされた

<sup>97</sup> 前掲注 55 161 頁では、証明の困難さを解消しようとする試みとしては、実体法の構成要件自体を変更する方法で、刑法の構成要件の客観化、処罰の対象行為を早めるという方法があるとされる。

<sup>98</sup> 佐久間修『最先端法領域の刑事規制—医療・経済・IT 社会と刑法』279 頁 現代法律出版（2003 年）

<sup>99</sup> 前掲注 55 161 頁

<sup>100</sup> 道垣内正人「懲罰的損害賠償の我が国への受容可能性」<http://user.ecc.u-tokyo.ac.jp/~j40470/kangaeru.html>

ものとして扱ってはならないという規範的概念であり、したがって、証明の困難が予想されるような訴訟類型を想定して設定することが合理的と考えられる....」としている<sup>101</sup>。このような考え方に立てば、刑事処罰と行政罰・重罰化してきた行政処分との間での明確な区別自体が機能を失いつつある中、刑事処分と行政処分という処分の性格から二分法的に手続やそれに応じた証明度・立証責任を設定していくのではなく<sup>102</sup>、「効果」「効率性」を基準として証明度・立証責任を先に設定し、そこから演繹的に犯罪を区別する(あるいは、企業を金銭的に制裁するだけなら、区別をしなくてもよいのかもしれない)ということも考えてもよいのではないだろうか。

その際の手続設定(証明度・立証責任設定)基準を、ある程度犯罪・訴訟類型ごとに立法的に規定すべきか、それとも証明度や立証責任転換などは裁判・審判上の運用に任せるべきかは問題となりうる。犯罪・訴訟類型ごとに手続的保護を変えるべきか、裁判所がケース・バイ・ケースで臨むべきかについては、本来的に手続的保護規定は明確に定められないといけないので立法規定すべきとの見解と、手続的保護は手続的公平性の原則的なもので立法が手続保護の「程度」に関与しすぎるのは望ましくないとの見解がありうるだろう<sup>103</sup>。しかし、結局のところ、どこまで、証明度を低めるか、どこまで手続的保護を強めるかなどは、犯罪を区別するのと同様困難なことである。特に、「効果」「効率性」基準でスペクトラム的に証明度を設定しようとするれば、証明度自体を立法で規定しきれない<sup>104</sup>。また、証明度と立証責任を一体として手続的保護を考えるのであれば、立証責任の転換だけを立法で規定するとの対応もすべきではない<sup>105</sup> <sup>106</sup>。具体的妥当性を求め、「効果」「効率性」基準に基づき証明度をスペクトラム的に動かすのが望ましいと考えれば、推計課税の規定(所得税法 156 条、法人税法 131 条)のように、立法段階では具体的・明確な基準が規定せず、もっぱら、裁判所の運用により、証明度・立証責任を一体としてコントロールするというやり方が望ましいと考えられる。そして、課税関係、カルテル、インサイダー・取引など、犯罪証拠が行為者側に多く存在するといわれる企業犯罪で、一旦犯罪が生ずると社会的コストが大きくなると考えられるようなものについて<sup>107</sup>、実証的に証拠の存在の有無が確認され、かつ、犯罪捜査のための人的・能力的なエンフォースメント強化努力を

<sup>101</sup> 前掲注 46 42 頁

<sup>102</sup> 前掲注 79 は同様に二分法的発想を否定している。

<sup>103</sup> Yeung, K., Submission CAP 20,9 Oct. 2002

<sup>104</sup> 本稿では立証の困難なケースとして、インサイダー取引、カルテルなどを取り上げたが、同じ法律の中でも立証が困難なものもそうでないものがありうる。例えば、ライブドア事件で取り上げられている虚偽情報開示の立証は困難であるが、粉飾決算、有価証券報告書関連の違反であれば立証は比較的容易であるといわれる(日本経済新聞 2006 年 1 月 24 日 朝刊 河井聡・弁護士コメント)。このように同じ立法内でも証拠収集の困難さが異なりうるのであれば、立証の水準を立法で定型化することは容易でなくなる。

<sup>105</sup> わが国で、個別法令で立証責任が明確に転換されている例としては、出入国管理及び難民認定法 7 条 2 項がある。

<sup>106</sup> この関係で、オーストラリアの最近の法改革委員会報告書も、「民事制裁を課す場合にも、明確な基準ができない場合には、通常の方法でなされるべき」ということを、最終的にはリコメンドをすることになった。オーストラリアでは、実際上も、関税の「起訴の実行」(excise prosecutions)のコンテキストにおいては、「裁判所の認定において」刑事事件と同様の証明度が使われているので、刑事と民事の違いはないと述べられている。Australia Law Reform Commission of Australia Government, Customs and Excise vol.2, ALRC 60, para14.11 (1992)、Australia Law Reform Commission of Australia Government, Principled Regulation: Federal Civil & Administrative Penalties in Australia(ALRC95) p120 (2003)

<sup>107</sup> 補論 1 参照。

一定の財政制約の下で行った上でも不十分であれば<sup>108</sup>、ある程度典型的に証明度を引き下げられるような運用が裁判上・審判上継続的になされ、確立されるべきであろう<sup>109</sup>。

おわりに

本稿では、証明度・立証責任という手続的保障に関する問題を「効果」「効率性」から見直してみるものであった。そして犯罪抑止の「効果」「効率性」を重視するならば、明確な基準は得られないものの、概ね国民的な合意が得られる意味において、「重大でない犯罪」「重大な不利益を被告人に与えない犯罪」に対しては、証明度・立証責任を一体として行政・検察側に有利に裁判上運用するということが考えられるのではないかと、そのためには、抑止力や立証コストについての「効果」「効率性」についての実証的検討が必要であるとの結論を得た。しかし、企業犯罪の場合でも、Khanna が主張するように、「重大でない犯罪」「重大な不利益を被告人に与えない犯罪」が、企業に対する制裁同士でも、金銭的処罰の場合とライセンスの取り消しでは異なるし、また、金銭的制裁どうしても、被告人が企業と人でスティグマ機能があるかないかが異なる可能性がある、といったことには注意が必要である。特に、企業と人では手続保障が異なるべきかについては、米国では、「人(=person)」は自然人も企業も同一であるとされているし、わが国では、課徴金などの行政処分を除けば、企業処罰も専ら個人処罰を前提とした両罰規定が前提とされているので、単純な結論は得られないかもしれない。そのためには一層の理論面での積み上げも必要である。さらに、個人責任と企業責任の問題は、法人処罰のそもそも論や処罰感情の問題があり、これらも、また、依然残された課題である<sup>110</sup>。

---

<sup>108</sup> 補論 2 参照。

<sup>109</sup> ただし、運用により、民事的な手続が多用され、その弊害が多いということが実証的に明らかになれば、処分の重さの調整や手続的保護での規定を立法上変える必要がでてくることにはなる。

<sup>110</sup> 著者の考え方を示すものとして、今井猛嘉、甲斐克則、田口守一、白石賢編著『企業犯罪とコンプライアンス・プログラム』白石賢「企業の意思決定過程における企業体質・企業文化と企業責任」商事法務研究会(2006年)近刊、「企業文化とコンプライアンス制度設計」『コーポレート・コンプライアンス』第6号 126-134頁 桐蔭横浜大学コンプライアンス研究センター(2005年)を参照。

(補論1)「法と経済学」と証明度との関係について

法と経済学の観点から証明度というものを論じるとすれば、経済犯罪がどの程度の反社会的行為かと判断する尺度が先行しなければならない。その尺度があって初めて、その尺度のあいまいさの許容度である証明度を緩めるべきか否かといった議論が出てくると考えられる。

経済学では、例えば、殺人と経済犯罪のコストというもので比較可能であると考えられるかもしれないが、伝統的なわが国法学では、殺人と経済犯罪のコストは比較することは不可能とする。そこでは、証明度に先行する社会的コストを測る尺度は存在しないことになる。それでは、本論で論じたような証取法違反等の経済犯罪なら社会的コストを測ることは可能であり、証明度に先行する尺度を正確に定義づけ、それに基づいて望ましい抑止力に必要な証明度ということを実論上は考えることが可能かもしれない<sup>111</sup>。

しかし、現実の事件になると、経済的利益・不利益の認定さえ困難であることが多いと見られる。例えば、石油カルテル事件に際して提起された、民法 709 条に基づく「鶴岡灯油訴訟」の最高裁判決では<sup>112 113</sup>、消費者の損害発生の有無の認定については、現実の小売価格よりも安い小売価格が形成されていたことの立証が必要であるとし、「一般的には、価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件、市場構造その他の経済的要因等に変動がない限り、当該価格協定の実施直前の小売価格をもって想定購入価格と推認するのが相当であるといえることができるが、協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に小売価格の形成に影響を及ぼす顕著な経済的要因等の変動があるときは、もはや、右のような事実上の推定を働かせる前提を欠くことになるから、直前価格のみから想定購入価格を推認することは許されない」とし、「(本件では)元売段階における経済条件、市場構造等にかなりの変動があつたものであり、...経済的要因に顕著な変動があつたというべき」だとして、損害発生立証がないとされているのである。

このような市場の構造変化による価格変化等の動的な動きに対しても、経済学では消費者の損失を計算することが可能であろうが、実際の裁判・審判ではこのような考え方は受け入れられない可能性が高いと思われる<sup>114</sup>。

さらに、上記事件では、原告側の請求の根拠は、公正取引委員会の勧告審決であった。そして、判決では、勧告審決とその応諾は、排除措置を応諾したことのみを意味すること

<sup>111</sup> 理論上というのは、例えば、犯罪の発見確率などは過去の事例に基づき想定せざるを得ないが、それは、法規定の変化、行政側の執行体制の変化、犯罪行為の直前までの執行状態等により、行政側の行動、犯罪行為者側の行動が絶えず変化することになるので完全な想定は不可能である。

<sup>112</sup> 最判平成元年 12 月 8 日民集 43 卷 11 号 1259 頁。

<sup>113</sup> 同趣旨の訴訟と判決が、独占禁止法 25 条に基づく「東京灯油訴訟」としてなされている。最判昭和 56 年 7 月 17 日行裁例判集 32 卷 7 号 1099 頁。

<sup>114</sup> ただし、現行民事訴訟法 248 条では「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。」として、損害額の立証ができなくても、裁判所の裁量により損害額の認定はできるとしている。

及び独禁法 80 条 1 項(実質的証拠法則)のような規定を欠くことから、勧告審決記載の違法行為の存在は裁判所を拘束するものでないが、損害賠償に係る訴訟においては、「違反行為の存在を推認するについての一つの資料となり得(る)」とされた。つまり、審判などとは異なり違法行為の認定を前提としないので「いわゆる事実上の推定が働く」に過ぎないものとされたのである<sup>115</sup>。

勧告審決でも、建前上、違法性の認定が前提とされていなければならないはずである。しかし、勧告へ応諾をしても企業側はカルテルを排除すれば良いだけで、それ以上なんらの不利益は生じない。そうであれば、企業側は勧告を受け入れることは容易くなるし、逆に公正取引委員会の違法の事実認定の水準は低くなっている可能性がある。そのような状況では、勧告審決における事実認定水準(証明度)は、民事訴訟で要求される事実認定の水準(証明度)とは乖離が出てくることになる可能性がある<sup>116</sup>。つまり、経済的不利益の認定をどの基準で行うかが、つまり証明度の基準が、経済的不利益の尺度以前に問題となる可能性が、法の世界では存在するのである。

このように、実際の事件を法的問題として解決する場合には、社会的コスト等の計算方法が経済学の尺度と異なりうることがあり得え、また、社会的コストと認定するための基準・証明度がコストを測る尺度以前に定められなければならないといったこともありうるのである。このような事例を考えると、特に、経済犯罪といった社会的コスト等がかかわる問題については、法学者と経済学者の一層の対話が必要であるし、執行・立法に携わる者に経済学を理解する者が必要であることがわかる。

---

<sup>115</sup> 鈴木深雪「カルテルと一般消費者の損害賠償請求」厚谷襄児、稗貫俊文編『独禁法審決・判例百選(第6版)』有斐閣(2002年)

<sup>116</sup> 郷原信郎『独占禁止法の日本的構造』57頁 清文社(2004年)

## (補論2) 犯罪捜査のための人的・能力的なエンフォースメント強化について

犯罪捜査のための人的・能力的なエンフォースメント強化については、行政調査権限と犯則調査権限の問題がからんでいる。

たとえば、各税法上の調査は、租税納付の適正化等のために質問・検査を行う行政手続であるのに対して、国税犯則取締法上の調査は、犯則者及び証拠を発見・収集する実質的刑事手続である。このため、前者は任意調査が原則であり、検査拒否に対する間接強制しか認められていないのに対して、後者は令状主義に基づく強制捜査が可能とされている。このため、国税庁内では、両権限行使は行政調査部門と犯則調査部門で峻別されており、犯罪捜査目的での行政手続での質問・検査は禁止され(法人税法 156 条等)、限られた人員が分断されることになってしまう<sup>117</sup>。

しかし、実際上は、行政調査から犯則調査に移行すること(質問検査の過程で犯則事実が探知された場合には、それを端緒として犯則調査に移行すること)は許され<sup>118</sup>、さらに、「質問又は検査の権限の行使及びそれから派生する手続により取得収集された証拠資料」を罪証に供すること、そしてそれについて証拠能力があることも判例上肯定されており<sup>119</sup>、実務上も、それを前提とした、課税部門から査察部門への情報提供がなされているとされる<sup>120</sup>。

ただ、行政調査権限と犯則調査権限が相互に流用されうるということになるとすると、新たな課題も出てくる。例えば、防禦側が「強制にわたる調査を行うのであれば、犯則調査権限によって捜査すべき」との主張を行うと、捜査側が比較的自由に行えた従来型行政調査とその手続に乗った課徴金などの処分がしにくくなるという問題である<sup>121</sup>。

一方で、上記のような権限の相互の流用に対しては、行政調査から犯則調査への移行に際しては犯則嫌疑者にその旨を告知すべき<sup>122</sup>、証拠の流用自体許されるべきでない、あるいは、証拠の流用の範囲について制限をすべきとの見解も多くあり<sup>123</sup>、抑制的な運用がなされざるを得ないかもしれない。この理由は、憲法 38 条の供述拒絶権(自己負罪拒否特権)の問題である。行政調査権は任意調査とされているため供述強制がされないことから、証言拒絶権はないのであるが、他方で、検査拒絶(供述拒絶)に対しては、刑罰による間接強制が許されている(犯則調査では供述拒否権が認められている<sup>124</sup>)。ここで、もし脱税証拠が行

<sup>117</sup> 同様の問題は、証券等取引委員会と金融庁、公正取引委員会内部でも問題となりうる。上村達男早稲田大学教授はライブドアの事件を巡り、証券等取引委員会の執行力の弱さ、独立性の低さを問題としている。日本経済新聞 2006 年 1 月 24 日、26 日朝刊。

<sup>118</sup> 最判昭和 51 年 7 月 9 日税資 93 号 1173 頁

<sup>119</sup> 最決平成 16 年 1 月 20 日『租税判例百選(第 4 版)』248 頁。なお、学説上は証拠資料の流用を一切否定する見解もある。

<sup>120</sup> 松沢智『租税処罰法』126 頁 有斐閣(1999 年)

<sup>121</sup> 郷原信郎「独占禁止法の制裁・措置の見直しについて」独占禁止法基本問題懇談会 2005 年 10 月 4 日資料。このようなことを避けるために、刑事罰の適用を個人中心とするのか法人事業者を中心とするのかの方針や告発対象事件の選別についての基準を示すべきとしている。

<sup>122</sup> 白井滋夫『国税犯則取締法』103 頁 信山社(1990 年)

<sup>123</sup> 笹倉宏紀「質問検査で取得収集した証拠資料の犯則事件での利用」水野忠恒、中里実、佐藤英明、増井良啓編『租税判例百選(第 4 版)』249 頁 有斐閣(2005 年)

<sup>124</sup> 岸秀光「犯罪嫌疑者に対する質問調査手続と憲法 38 条 1 項」水野忠恒、中里実、佐藤英明、増井良啓編『租税判例百選(第 4 版)』247 頁 有斐閣(2005 年)

為者の供述に基づかざるをえないとする。そして、嫌疑者に対して、行政手続による質問・調査がなされ、嫌疑者が供述拒否をした場合、どうなるかという、検査拒否(秩序犯)による刑罰が科されることになる<sup>125</sup>。一方、供述を拒否しなければ、犯則事件(ほ脱犯)として刑罰が科されることになり、供述を拒否しようがしまいが(軽重は違うにしても)刑罰を科されることになる。このような制度の下では、行政調査により得た供述(証拠)を犯則調査として流用できるとすれば、犯則調査における供述拒否権という憲法上の権利が実質的にないがしろにされるということになってしまう可能性があるのである<sup>126</sup>。

この行政調査(税務調査)と供述拒否権との関係については、判例上、「(間接強制の)刑罰が行政上の義務違反に対する制裁として必ずしも軽微なものとはいえないにしても、その作用する度合いは、それが検査の相手方の自由な意思をいちじるしく拘束して、実質上、直接的物理的な強制と同視すべき程度まで達しているものとは、いまだ認めがたい。」「右の程度の強制は、実効性確保の手段として、あながち不均衡、不合理なものとはいえない。」

「(旧所得税法 70 条は 10 号等の規定は)刑事責任追及を目的とする手続ではなく、また、そのための資料収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもない...」と、比例原則の問題とされている<sup>127</sup>。これは、刑罰の軽重は抽象的には比較できず、「効果」「効率性」の観点から実効性のある手続を取るべきという主張とは整合的であるといえる<sup>128</sup>。また、米国でも、刑事と民事制裁の振り分けは、例えば、SEC 内での裁量・協議にまかされており<sup>129</sup>、これも、ある意味、米国での「効果」「効率性」基準の現れであるといえよう。

<sup>125</sup> ただし、税務では、実際に検査拒否(所得税法 242 条 8 項など)により立件され刑事罰が科された案件は極めて少なく、昭和 40 年代に発生した 6 例(いずれも個人事業者、罰金刑)が見られる程度である(加藤恒二「申告納税制度の下における制裁等 - 納税者のコンプライアンス向上の観点から - 」税大論叢 44 号 195 頁(2004 年))。これについては、検査拒否などの違法行為が形式的に認識されたとしても、「行為の社会的不相当性とそれによる法益侵害性とを総合的に考察して刑罰を科すのにふさわしいものであるかどうかを実質的に判断しなければならない」といった説明がされているが、同時に、検査拒否等に対する量刑の上限の 1 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金(法人税法、所得税法の場合)が「悪質かつ重大なケースには必ずしも見合ったものではない」と指摘もされている(藤巻一男「クロスボーダー取引の拡大・変容と質問検査権の行使等に関する研究」税大論叢 46 号 48 頁(2004 年))。他の法令においては、企業の検査拒否に対して、銀行法、証取法、道路運送車両法の 2 億円など高額な罰金を定めているものが多数あり、そこでは実質上の制裁の機能が果たされる余地は大きい。なお、ほ脱犯以外の場合でも、検査拒否のために直接資料を入手できない場合に推計課税の必要性を満たすことが多く推計課税がなされることも多いと思われる。しかし、推計課税は、実額により所得金額を把握できない場合に補完的に認められる手段と解され、課税の公平を保つ目的から課税庁に認められるものであるから、租税の賦課という不利益処分であり、納税者にとって近似値による課税をされることによるリスクを負わせる面があるとしても、推計課税それ自体は制裁としての機能を有するものではない。このことから、上記加藤論文は、「罰則適用の前の行政段階に、納税者の義務履行を強制する法的な仕組みをおくことが必要」(252 頁)と指摘している。

<sup>126</sup> また、行政調査(民事手続)と犯則調査(刑事手続)が同時並行になされた場合には(parallel proceedings)、供述拒否権の問題を避けるために、米国では、刑事手続を先行させることがなされている。これにより、被告側が行政調査(民事手続)で供述拒否をするか否かの判断をしなくて済むことになるからである。

<sup>127</sup> 石川健治「質問検査権(2)」水野忠恒、中里実、佐藤英明、増井良啓編『租税判例百選(第 4 版)』209 頁有斐閣(2005 年)

<sup>128</sup> 米国でも、民事・行政上の開示手続・調査によって収集された証拠は、その開示手続・調査に誠実な民事上の根拠がある場合には、検察官と共有できるとされている。岩橋健定「米国における違反抑止制度」独占禁止法基本問題懇談会 2005 年 11 月 18 日資料。

<sup>129</sup> 白石賢「米国 white collar crime・企業犯罪の動向」『季刊 企業と法創造』3 号 179 頁 早稲田大学 21 世紀 COE 《企業法制と法創造》総合研究所(2004 年)。前掲注 128。