

判例刑事手続法 [補訂版]

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/34271

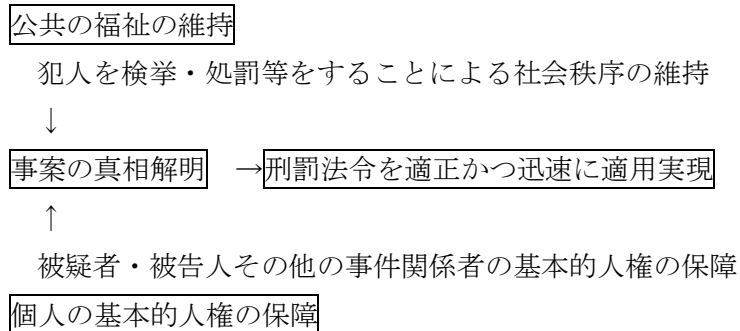
第 I 章 総 論

第 1 刑事訴訟法の目的

「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することを目的とする」(刑事訴訟法 1 条)

刑事訴訟法(以下「法」という) 1 条は、法の解釈運用の指針となる基本法条であって、その目的は、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現すること」にあり、その目的を達するに当たっては、「公共の福祉の維持」と「基本的人権の保障」を全うしつつ刑事手続を遂行すべきことを明示したものである。

ここにいう「公共の福祉の維持」とは、犯人を検挙し、適切な刑事処分を科することによる社会秩序の維持であり、「個人の基本的人権の保障」とは、被疑者・被告人その他の刑事手続に関わる者の基本的人権の保障である。この関係を以下に図示する。



更にいえば、刑事手続は、法令による行為として違法性が阻却される逮捕・勾留は勿論のこと、職務質問、任意捜査においても、強弱の差はあれ基本的人権ないし利益侵害を伴うものであって、基本的人権等を全く侵害しないで犯人を検挙し処罰することはあり得ない。それ故、法は、刑事手続を遂行するに当たっては、犯人を検挙し刑事処分を科すために最低限必要とされる限度において、かつ、相当な方法によるものとして、これを実現させるための諸制度を規定し、もって、公共の福祉の維持と基本的人権の保障を全うしようとするものである。

1 実体的真実主義

法の実体面の目的は、事案の真相を解明することであり、その意味で真実主義に立つものである。この点、私人による権利処分を容認する民事訴訟手続とは、本質的に異なる。

同じ真実主義にも、次の二つの側面がある。

積極的真実主義－罪ある者を逸せず

犯人を検挙し、適切な刑事処分を科することによって社会秩序の維持を優先する考え方をいう。

消極的真実主義－罪なき者を罰せず

犯人を検挙することよりも、冤罪等の発生を防止し、基本的人権の擁護を優先する考え方をいう。

積極的真実主義は、犯人を必ず処罰しようとする余り、冤罪を生む危険性があり、消極的真実主義は、人権保障を全うしようとする余り、肝心の真犯人を逸し、処罰を免れさせる余地を生ずる。

法は、その両面の要請を全うしようとするものであって、積極的真実主義に傾けば、法を軽視することになり、消極的真実主義に傾けば、法が規制対象とする刑事手続をないがしろにすることになる。

2 適正手続

法の手続面の目的の大半は、適正手続の保障にある。憲法は、31条において、その旨を宣言するとともに、刑事手続における人権侵害の歴史に鑑み、同条以下、実に10箇条もの具体的な適正手続保障規定を置いている。その主な条項は、次の通りである。

- (1) 令状主義（憲33、35）
- (2) 弁護人依頼権（憲34、37・Ⅲ）
- (3) 拘禁理由開示請求権（憲34）
- (4) 公平な裁判所の公開裁判を受ける権利（憲37・Ⅰ）
- (5) 証人審問権（憲37・Ⅱ）
- (6) 自己負罪拒否特権（憲38・Ⅰ）
- (7) 自白法則（憲38・ⅡⅢ）
- (8) 刑罰法規の不遡及、一事不再理（憲39）

法は、これらを具体化し進展させた詳細な規定を置いており、憲法の適

用法と言われる所以である。

3 迅速な裁判

法の手続面のもう一つの重要な目的は、迅速な裁判の実現にあり、憲法 37 条 1 項は、その旨を宣言している。

その趣旨は、裁判が長期に亘れば証拠の散逸を来たし、真相を解明して刑罰権を実現する目的が達せられず、刑罰を課する意義も薄れるうえ、迅速な裁判は訴訟経済に資するものであり、被告人としての不安定な地位が長く継続すれば通常不利益となることにある。

憲法 37 条に反するとして免訴判決をいい渡した 最大判 S 47. 12. 20「高田事件」判時 687-18 も、次のとおり、その趣旨を明らかにしている。

「刑事事件について審理が著しく遅延するときは、被告人としては長期間罪責の有無未定のまま放置されることにより、ひとり有形無形の社会的不利益を受けるばかりでなく、当該手続においても、被告人または証人の記憶の減退・喪失、関係人の死亡、証拠物の滅失などをきたし、ために被告人の防禦権の行使に種々の障害を生ずることをまぬがれず、ひいては、刑事司法の理念である、事案の真相を明らかにし、罪なき者を罰せず罪ある者を逸せず、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現するという目的を達することができないことともなるのである。上記憲法の迅速な裁判の保障条項は、かかる弊害発生の防止をその趣旨とするものにほかならない。」

迅速な裁判を実現するため、法及び刑事訴訟法規則（以下「規則」という）等に次のような規定が置かれている。

- (1) 検察官又は弁護人に対する出頭及び在席・在廷命令と、これに従わない場合の過料制裁・費用の賠償命令及び監督権限者又は所属弁護士会等に対する処置請求（法 278 の 2）
- (2) 審理に 2 日以上要する場合の連日開廷・継続審理（法 281 の 6 ー旧規 179 の 2 を法規定に格上げしたもの）
- (3) 被告人が正当な理由なく出頭を拒否し、刑事施設職員による引致を著しく困難にした場合の公判手続の遂行（法 286 の 2）
- (4) 検察官及び弁護人が法又は規則に違反して訴訟遅延行為をした場合の理由説明要求と監督権限者又は所属弁護士会等に対する処置請求（規 303）

(5) 第一審訴訟手続の2年以内終結目標設定（裁判迅速化法2・I）

(6) 百日裁判規定（公選法253の2）

なお、最大判S47. 12. 20「高田事件」判時687-18は、迅速な裁判を受ける権利が侵害された場合には、憲法37条1項に基づき、非常救済手段として、免訴判決（法337）をいい渡し、その審理をうち切るべきことを認めている（注）。但し、これが唯一の適用例である。

（注）「当裁判所は、憲法37条1項の保障する迅速な裁判をうける権利は、憲法の保障する基本的な人権の一つであり、右条項は、単に迅速な裁判を一般的に保障するために必要な立法上および司法行政上の措置をとるべきことを要請することとどまらず、さらに個々の刑事事件について、現実に右の保障に明らかに反し、審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判をうける被告人の権利が害せられたと認められる異常な事態が生じた場合には、これに対処すべき具体的規定がなくとも、もはや当該被告人に対する手続の続行を許さず、その審理を打ち切るという非常救済手段がとられるべきことをも認めている趣旨の規定であると解する。」

「具体的刑事事件における審理の遅延が右の保障条項に反する事態に至っているか否かは、遅延の期間のみによって一律に判断されるべきではなく、遅延の原因と理由などを勘案して、それ遅延がやむをえないものと認められないかどうか、これにより右の保障条項が守ろうとしている諸利益がどの程度実際に害せられているかなど諸般の状況を総合的に判断して決せられなければならないのであつて、たとえば、事件の複雑なために、結果として審理に長年月を要した場合などはこれに該当しないこともろんであり、さらに被告人の逃亡、出廷拒否または審理引延しなど遅延の主たる原因が被告人側にあった場合には、被告人が迅速な裁判をうける権利を自ら放棄したものと認めるべきであつて、たとえその審理に長年月を要したとしても、迅速な裁判をうける被告人の権利が侵害されたということとはできない。」

第2 刑事手続の当事者

刑事手続を遂行する当事者は、裁判所・裁判官、裁判員、検察官、司法警察職員、被疑者・被告人、弁護人である。ここにいう当事者とは、当事者主義にいう当事者の意義より広く、刑事手続に主体的に関与する権限を有する者をいう。

現行法上、この外に訴訟関係人（法53・II）として、裁判所書記官、検察事務官、法定代理人（法28）、特別代理人（法29）及び補佐人（法42）が規定されている。この内、裁判所書記官は、裁判官の命令の下に、裁判所の事件に関する記録その他の書類の作成及び保管、その他法律に定める事務を掌る者であり（裁判所法60）、検察事務官は、上官の命を受けて検察庁の事務を掌り、検察官を補佐し又はその指揮命令を受けて捜査を行う者であって（検察庁法27）、いずれも裁判官あるいは検察官の補助者であるから、ここにいう当事者とはいえない。その余の法定代理人、特別代理人及び補佐人は、被疑者・被告人の代理人として例外的に関与するに過ぎないという意味において、ここにいう当事者から除くことにする。

なお、犯罪の被害者は、現行法上、事件の当事者ではあっても、刑事手続の当事者ではない。但し、近年の被害者の権利意識の向上等により、被害者を刑事手続に参画させようとする動向が見られるので、被害者の刑事手続上の地位とこれに参画させることの是非についても触れる。

以下、刑事手続の当事者に関する要点を解説する。但し、裁判員については、第VII章「裁判員制度」に譲る。

1 裁判所・裁判官

裁判所は、刑事に関する裁判を行う主体である。裁判所の意義には、裁判所法上の司法行政事務を行う組織体をいう場合もあり、単に建物を指す場合もある。

裁判官は、裁判所の構成員であり、各種命令を発する裁判主体でもある

(1) 職務権限

裁判所は、裁判所の種類に応じ、裁判所法7、16、24、31の3、33条に規定する裁判権の外、司法行政事務及びその他の法律において特に定める権限を有する。

裁判官は、裁判所の構成員であり、地方・家庭裁判所においては、原則として1人の裁判官が裁判所を構成し、簡易裁判所は、全て1人の裁判官で構成される（裁判所法26、31の4、35）。

（2）種類

裁判所は、最高裁判所と下級裁判所に分かれ、下級裁判所には、高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所及び簡易裁判所があり、各裁判所の構成、権限等については、裁判所法に規定されている（裁判所法1、2等）。

最高裁判所の裁判官は、その長たる裁判官を最高裁判所長官といい、その他の裁判官を最高裁判所判事という（裁判所法5・I）。

下級裁判所の裁判官は、高等裁判所の長たる裁判官を高等裁判所長官といい、その他の裁判官を判事、判事補、簡易裁判所判事という（同法5・II）。

最高裁判所長官と高等裁判所長官は、認証官であり、司法行政上の組織体である最高裁判所および全国8高等裁判所の高等裁判所の長たる職を兼ねる（同法20）。その意味で、裁判官の種類である官名と司法行政組織の長としての職名が一致する。一方、地方裁判所長及び家庭裁判所長は、裁判官の種類ではなく、司法行政組織体の長としての職名であり、判事が任命される（同法29）。

（3）裁判官の身分保障

裁判所法第48、49条は、憲法78条、79条2、3項を受け、裁判官の身分を保障している。その趣旨は、裁判官の職務に対する内外の圧力、干渉から裁判官を擁護し、司法権の独立を保障しようとするところにある。

- ① 裁判官は、公の弾劾又は国民の審査に関する法律による場合及び別に法律で定めるところにより心身の故障のために職務をとることができないと裁判された場合を除いては、その意思に反して、免官、転官、転所、職務の停止又は報酬の減額をされることはない（裁判所法48）。

「公の弾劾」とは、憲法第64条、国会法125乃至129条及び裁判官弾劾法に基づく弾劾裁判所の弾劾裁判により罷免される場合をいい、「国民の審査に関する法律による場合」とは、最高裁判所裁判官国民審査法に基づく国民審査により罷免される場合をいう。

② 裁判官は、職務上の義務に違反し、若しくは職務を怠り、又は品位を辱める行状があったときは、別に法律で定めるところにより裁判によって懲戒される（裁判所法49）。

なお、①、②の別に定める法律として、裁判官分限法が制定されている。

(4) 裁判官の除斥・忌避・回避

法は、憲法第37条1項が保障する公平な裁判所による裁判を実現するため、裁判官の除斥・忌避制度を定め、規則において回避制度を定めている。

除斥事由があり、あるいは、忌避の申立てを理由があるとする決定があった裁判官が判決に関与したときは、絶対的控訴理由（法377・II）となり、訴訟手続に関与した場合は、相対的控訴理由（法379）となる。また、その裁判官が判決に関与した場合は、憲法37条1項違反として、上告理由（法405・I）にもなると解する。

① 除斥

除斥とは、当該事件について不公平な裁判をするおそれがあるものとして、法20条1号から7号までに規定されている一定の事由がある場合、当然に当該事件の裁判の職務の執行に関与できないものとする制度である。

問題となるのは、法20条本文の除斥されるべき「職務の執行」の意義、同条7号中の「前審の裁判に関与したとき」及び「裁判の基礎となった取調べに関与したとき」の意義である。

除斥されるべき「職務の執行」とは、当該事件に関する実質的な審理に関与することをいい、実質的な審理に関与しないため公平な裁判を害するおそれのない判決の宣告や公判期日の延期決定、事件の移送決定などは該当しない（注1）。

「前審の裁判に関与したとき」とは、審級制度を前提として当該裁判所の下級審の裁判に実質的に関与した場合をいい、保釈請求却下決定や再審請求にかかる確定判決に関与した場合、あるいは前審の判決宣告のみに関与した場合などは該当しない（注2）。

「裁判の基礎となった取調べに関与したとき」とは、不審判の決定（法266・II）、略式命令、前審の裁判、上訴審で破棄差戻し若しくは移

送されるべき原判決（法398～400，412，413）の認定の用に供された証拠の取調べに関与した場合をいう。例えば、第二審裁判所の裁判官が第一審裁判所の裁判官として公判期日に取調べた証拠が第一審判決の罪となるべき事実の認定に供されたときは、その裁判官は除斥されるが（注3）、法227条による起訴前の証人尋問をした場合や、共犯者の公判審理中の証拠調べあるいは被告人尋問により、被告人に対する公判審理前に被告事件の内容に関し知識を有していた場合などは該当しないとされている（注4）。

（注1）最二決S28. 11. 27刑集7-11-2294（判決宣告）

最三判S27. 1. 29判タ18-53（公判期日延期決定）

最一判S36. 2. 23刑集15-2-396（移送決定）

（注2）最大判S25. 4. 12刑集4-4-535

（保釈請求却下決定に関与）

最一決S34. 2. 19刑集13-2-178

（再審にかかる確定判決に関与）

（注3）最大判S41. 7. 20刑集20-6-677（原審証拠調べ）

（注4）最二判S30. 3. 25刑集9-3-519（起訴前証人調べ）

最三判S28. 10. 6刑集7-10-1888

（分離後の共犯者の公判審理）

最二判S30. 10. 14刑集9-11-2213

（被告人を他事件の公判で尋問）

② 忌避

忌避とは、裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき、又は不公平な裁判をするおそれがあるときは、検察官又は被告人の申立てにより当該裁判官を職務の執行から除外する制度である（法21・I）。弁護人も、被告人の意思に反しない限り、被告人のために忌避の申立てができる（法21・II）。但し、事件について請求又は陳述をした後には、不公平な裁判をするおそれのあることを理由として忌避することはできない（法22本文）。事件について請求又は陳述をした場合には、その裁判官が審理に関与することを承諾したものと認められるので、その後忌避の申立てを許すのは権利の濫用に当たるからである。したがって、その請求又は陳述をしても、忌避の原因があることを知らなかったとき、又は忌避の原因がその後に生じたときは、この限りでない（法22但書）。

忌避の申立て及び決定手続については、規則9～12条、法23,24条を参照されたい。

なお、訴訟手続内における審理の方法、態度に対する不服を理由とする忌避申立てについては、これを受け入れる可能性は全くないとした下記最高裁決定(裁判官忌避申立却下決定に係る即時抗告決定に対する特別抗告事件)もあって、不公平な裁判をするおそれがあるとして忌避の申立てを認容した例は見当たらない。

「裁判官の忌避の制度は、裁判官がその担当する事件の当事者と特別な関係にあるとか、訴訟手続外においてすでに事件につき一定の判断を形成しているとかの、当該事件の手続外の要因により、当該裁判官によっては、その事件について公平で客観性のある審判を期待することができない場合に、当該裁判官をその事件の審判から排除し、裁判の公正および信頼を確保することを目的とするものであつて、その手続内における審理の方法、態度などは、それだけでは直ちに忌避の理由となしえないものであり、これらに対しては異議、上訴などの不服申立方法によって救済を求めるべきであるといわなければならない。したがつて、訴訟手続内における審理の方法、態度に対する不服を理由とする忌避申立は、しよせん受け容れられる可能性は全くないものであつて、それによつてもたらされる結果は、訴訟の遅延と裁判の權威の失墜以外にはありえず、これらのことは法曹一般に周知のことがらである。」

—最一決S48. 10. 8判時715-32

③ 回避

裁判官は、忌避されるべき原因があるときは、当該事件の職務の執行から退くことを所属裁判所に書面で申立てなければならない(規13)。これを回避という。

2 検察官

検察官は、刑事について、公訴を行い、裁判所に法の正当な適用を請求し、且つ、裁判の執行を監督し、裁判所の権限に属するその他の事項についても職務上必要と認めるときは、裁判所に通知を求め又は意見を述べ、また、公益の代表者として他の法令がその権限に属させた事務を行う国家機関である(検察庁法4)。

(1) 職務権限

公訴官としての職務権限については、法247条の起訴独占権、法248条の起訴裁量権として規定され、公判手続の当事者としての職務権

限については、法第三章等に規定されている。公益の代表者として他の法令がその権限に属させた事務は多岐に亘り、例えば、父又は母が死亡した場合の認知の訴えの被告となる（人事訴訟法42・I）などである。

また、検察官は、いかなる犯罪についても捜査をすることができる（検察庁法6・I）。但し、その捜査権限は、法191条に「検察官は、必要と認めるときは、自ら犯罪を捜査することができる。」と規定され、一方、司法警察職員の捜査権限については、「犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」と義務的に規定されていることとの対比からも、例外的、補充的なものとされている。実際にも、司法警察職員による捜査が一般的であり、検察官による捜査は、司法警察職員では捜査をすることが困難な特殊重大事件や検察官直受事件について、例外的に行われたり、司法警察員送致事件について、補充的に行われている。

検察官は、個々の検察官の名において、独立して以上の検察権を行使する。この点が各行政省庁に属する国家公務員と異なり、独任制官庁と言われる所以である。

（2）種類

検察官には、検事総長、次長検事、検事長、検事及び副検事の5種がある（検察庁法3）。検事総長は、最高検察庁の長であり、次長検事は、検事総長を補佐するものであり（同法7）。検事長は、高等検察庁の長である（同法8）。

検事総長、次長検事、検事長は、認証官であって、検察官の種類としての官名と最高検察庁ないし全国8高等検察庁の長としての職名が一致する。

検事正は、検察官の種類たる官名ではなく、各地方検察庁の長としての職名であり、1級の検事をもって充てられる（同法9）。

検事は、各検察庁の検察官に補され、副検事は、区検察庁の検察官の職にのみ補される（同法16）。

（3）検察官同一体の原則

検察官は、独任制官庁ではあるが、その権限の行使が個々の検察官ごとに異なっている場合は、公益の代表者としての職責を全うできないので、

検察権の行使を全国的に統一する必要がある。そこで、検事総長、検事長、検事正は、その配下にある検察官を指揮監督し（検察庁法 8, 9）、その指揮監督する検察官の事務を自ら取り扱い又はその指揮監督する他の検察官に取り扱わせることができることとした（同法 1 2、事務引取・移転権）。この事務移転・引取権により、検察官が交代しても、引き続き同じ検察官が検察権を行使するものとみなされるので、これをもって、検察官同一体の原則という。その法律的效果として、例えば、公判途中で検察官が交代しても、裁判官のそのように訴訟手続を更新する必要はない。

もっとも、検察官の退職、異動に伴う事務移転は別として、検察官の事務遂行中に事務移転・引取権が行使されることはほとんどなく、検察官と上司と意見が相違すれば互いに討議し、それで一致しなければ、更にその上の上司も入れて討議するなどして解決しているのが実態である。

なお、法務大臣は、検察庁を所管し、検察権の行使に関し国会に対し責任を負う立場にあるので、検察官に対する指揮監督権を有することは否定できないが、検察権の行使は、行政権から独立すべき司法権と密接に関わるものであるから、具体的事件の捜査、公訴、公判に対する介入はできる限り排除しなければならない。そこで、検察庁法は、法務大臣の指揮監督権について、検察官を一般に指揮監督することはできるが、個々の事件の取調べまたは処分については、検事総長のみを指揮することができるものとした（同法 1 4）。この法務大臣の検事総長に対する指揮権の行使は、「指揮権の発動」と称され、昭和 2 9 年の所謂造船疑獄事件の捜査中、一度発動されたのみで、しかも、当該法務大臣は辞任せざるを得なかったほどに重いものである。

（4）身分保障

検察官は、その準司法官的職務と責任に鑑み、定年により退官する場合、検察官適格審査会の罷免の議決があつて、法務大臣がその議決を相当と認めた場合、検事長、検事又は副検事が検察庁の廃止その他の事由により剰員となった場合、懲戒処分による場合を除いては、その意に反して、その官を失い、職務を停止され、又は俸給を減額されることはな

い（検察庁法22～25）。

3 司法警察職員

司法警察職員とは、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査する職責を有する者の刑事訴訟法上の名称である（法189・II）。

司法警察職員として職務を行うのは、一般的には警察官であるが（法189・I）、別に法律で定める森林、鉄道その他特別の事項について司法警察職員としての職務を行うべき者もいる（法190）。前者の警察官を一般司法警察職員といい、後者の別に法律で定められる者を特別司法警察職員という。

司法警察職員にも、司法警察員と司法巡査の二種がある。警察官の場合は、他の法律又は国家公安委員会若しくは都道府県公安委員会の定めるところによるとされているところ（法189・I）、国家公安委員会規則によれば、警察庁及び管区警察局に勤務する警察官のうち、巡査部長以上の階級にある警察官は司法警察員とし、巡査の階級にある警察官は司法巡査とされており、特に必要があるときは、同巡査の階級にある警察官を司法警察員に指定することができる（注1）。各都道府県警察の警察官についても、同様のようである。

（注1）刑事訴訟法第189条1項および199条第2項の規定に基づく司法警察員等の指定に関する規則（国家公安委員会規則第5号）1条

以下、司法警察職員の大半を占める警察官の権限等について述べる。

（1）警察官の権限

警察法2条1項は、警察の責務として、「個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たることをもって責務とする」と規定すると共に、同条2項において、「警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるものであって、その責務の遂行に当たっては、・・・（中略）・・・その権限を濫用することがあってはならない。」と規定し、同法63条は、警察官の職務について、「上官の指揮を受け、警察の事務を執行する。」と規定している。即ち、警察法2条1項に規定する警察の責務内容は、即ち、警察官の職務内容である。

警察の職務内容のうち、「個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の

予防、鎮圧、公共の安全と秩序の維持」については、警察官職務執行法（以下「警職法」という）がその手続を規定し、「捜査、被疑者の逮捕」については、法が司法警察職員の権限として規定しているが、その余の職務である「交通の取締」に関する手続法規は、特に制定されていない。

警察官の司法警察職員としての捜査権限については、前記のとおり、「犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」とされ（法198・II）、第一次捜査機関として位置づけられている。

（2）警察官の種類

警察官の階級は、警視総監、警視監、警視長、警視正、警視、警部、警部補、巡査部長及び巡査である（警察法62）。

警視総監は、東京都警察の本部である警視庁の長としての職名と一致する。警視監は、主要な道府県警察本部の長等に、警視長はその余の県警察本部長等に、警視正は主要な警察署長等に、警視はその余の警察署長等に、警部は警察署の課長等に、警部補は警察署の係長等に充てられている。

刑事訴訟法上意味を持つのは、原則として、巡査部長以上が司法警察員として各種令状の請求権者等とされており、その中でも、警部以上が逮捕状の請求権者とされていることである。

4 検察官と司法警察職員の関係

旧刑事訴訟法（大正11年法律第75号・同11.5.4公布—以下「旧法」という）下においては、捜査の主宰者は検事であり、司法警察員は、検事の補佐としてその指揮を受け犯罪を捜査すべきものとされていたが（注1）、戦後の改正により、現行法においては、司法警察職員を独立した捜査主体として、これを第一次捜査機関とし、検察官を第二次捜査機関として、捜査に関しては、双方を協力関係にあるものとした（法193）。その理由は、元々、検事の捜査権限が強大であったうえ、予審制度の廃止により、検察官が名実共に公訴権を独占するなど、ますます検察官の権限が強大になったので、権限を分散する必要があったこと（注2）、現行法が基本的に当事者主義構造を採ったことにより、検察官の公判遂行職務の比重が重くなったことにあるとされている。

しかしながら、捜査は、公訴提起の要否を決し、公訴を維持するための

証拠収集を目的とするものであるから、検察官の公訴権の行使を全うするためには、検察官が司法警察職員の捜査を監督指揮する必要がある。そのため、法は、検察官に一般的指示権、一般的指揮権及び具体的指揮権を付与した。

これを担保するため、検事総長、検事長又は検事正は、司法警察職員が正当な理由がなく検察官の指示又は指揮に従わない場合において、必要があるときは、その懲戒又は罷免の訴追をすることができ、国家公安委員会等の懲戒・罷免権者は、その訴追が理由のあるものと認めるときは、訴追を受けたものを懲戒または罷免しなければならないものとした（法194）。

(1) 一般的指示権（法193・I）

捜査を適正にし、その他公訴の遂行を全うするために必要な事項に関する準則を定めることによつて行われる。

(2) 一般的指揮権（法193・II）

広く一般的に犯罪捜査計画方針を立て、これに協力を求めるためのものであつて、検察官が自ら犯罪を捜査している場合であると否とを問わない（注3）。

(3) 具体的指揮権（法193・III）

検察官は、自ら特定の犯罪捜査をする場合において、司法警察職員を直接その指揮下に入れて捜査の補助をさせることができる（注3）。

（注1）旧法246条 検事犯罪あると思料するときは、犯人及び証拠を捜査すべし。

旧法247条 警視總監、地方長官及び憲兵司令官は、その管轄区域内において司法警察員として犯罪を捜査するにつき、地方裁判所検事と同一の権を有す。但し、東京府知事はこの限りにあらず。

旧法248条 左に掲げる者は、検事の補佐としてその指揮を受け司法警察員として犯罪を捜査すべし。

①庁府県の警察官 ②憲兵の将校、准士官及び下士

旧法249条 左に掲げるものは検事又は司法警察員の命令を受け、司法警察吏として捜査の補助を為すべし

①巡査 ②憲兵卒

旧法250条 前3条に規定する者の外、勅令をもって司法警察員吏を定めることを得

旧法251条 森林、鉄道その他特別の事項につき司法警察員吏の職務を行うべき者及びその職務の範囲は勅令をもってこれを定む。

(注2) 予審は被告事件を公判に付すべきか否かを決するため必要な事項を取調べることをもってその目的とされ(旧法295条)、予審判事は、公判に付するに足るべき犯罪の嫌疑あるときは、公判に付する言渡しを為すべしとされていたが(旧法312条)、現行法において、その権限が検察官の公訴権に吸収されたほか、予審判事の権限であった被疑者の取調べその他の証拠集権限も、令状による抑制の下で検察官及び司法警察職員の捜査権限に移された。

(注3) 第2回国会における刑事訴訟法を改正する法律案に関する検務長官の提案説明

5 被疑者・被告人

被疑者とは、犯罪の嫌疑を受けて、捜査の対象となっている者をいい、被告人とは、公訴を提起され、その公訴に対する裁判が確定するまでの者をいう。

(1) 訴訟能力

訴訟能力とは、一定の訴訟行為をするに当たり、その行為の意義を理解し、自己の権利を守る能力をいう(注1)。

① 被疑者または被告人が法人であるときは、その代表者が訴訟行為を代表し、数人が共同して法人を代表する場合にも、各自が訴訟行為を代表する(法27・IⅡ)。

法人そのものは意思を表示できないので、法人の代表者にこれを行わせることにしたものである。

法人の代表者は、法律的行為と事実的行為の別を問わず、全ての訴訟行為を代表する。但し、法人に身柄拘束は考えられないので、法人の代表者が身柄を拘束されることはない。

なお、公判期日には、法人の代表者自ら出頭することを要せず、代理人を出頭させることができる(法283)。

② 刑法39条または41条(刑事責任能力)の規定を適用しない罪に当たる事件について、被疑者または被告人が意思能力を有しないときは、その法定代理人(親権者が2人ある時は、各自)がその訴訟行為を代理

する（法28）。ここにいう「意思能力」とは、訴訟能力と同義である。

犯行時を基準にして判断される刑事責任能力と訴訟行為時を基準に判断される訴訟能力は別であるが、一般には、刑事責任能力がない者は、訴訟能力を有しないことが多いので、代理規定を置いたものである。したがって、刑事責任能力規定の適用のない罪については、法314条1項による公判手続の停止をする必要がないことになる。

- ③ 法27、28条の規定により、被告人を代表し又は代理する者がいないときは、検察官の請求により又は職権で、特別代理人を選任しなければならない（法29・I）。その選任は、公判裁判所が行う。

被疑者を代表し、又は代理する者がいない場合において、検察官、司法警察員または利害関係人の請求があったときは、管轄裁判所が特別代理人を選任する（法29・II、規16）。

特別代理人は、被疑者又は被告人を代表し又は代理して訴訟行為をすることができるまで、その任務を行う（法29・III）。その権限は、代表者又は法定代理人と同じである。

（注1）最二決S29、7、30刑集8-7-1231は、同趣旨の意義を示したうえ「刑法上の責任能力とは異なるから、第一審において精神分裂病のため心神耗弱と認定されたとしても、その控訴取下げは訴訟能力のないものの無効な行為であるとはいえない。」と判示した。

（2）刑事手続上の地位

被疑者・被告人とも、供述拒否権ないし黙秘権、弁護人選任権、各種の上訴権をもって、検察官と対峙する刑事手続上の当事者であるが、同時に、被疑者は取調べの対象となり、被告人は証拠方法の一つとなる。

① 被疑者

被疑者は、捜査機関から出頭を求められ、取調べを受けるべき立場にある（法198・I）。その意味において、被疑者は、取調べの対象である。但し、捜査機関に出頭を求められても、逮捕又は勾留されている場合を除いて、出頭を拒み、又は出頭後いつでも退去することができる（同項但書）。

この「逮捕又は勾留されている場合を除いて」の意義に関し、逮捕勾留中の出頭拒否・退去権の有無（いわゆる取調べ受忍義務の有無）について、弾劾的捜査観（学説）と糾問的捜査観（実務）が対立している。

② 被告人

被告人は、証拠調べの対象ではなく、証人適格を有しない。被告人が任意に供述をする場合には、裁判長は、いつでも必要とする事項につき被告人の供述を求めることができ、陪席の裁判官、検察官、弁護士、共同被告人又はその弁護士は、裁判長に告げて、被告人の供述を求めることができるのみである（法311・IIIII）。

もともと、公判廷における被告人の供述は、自己に不利益な証拠ともなり、利益な証拠ともなるので（規197・I）、被告人も証拠方法の一つではある。

被告人は、刑事裁判の当事者として公判期日に出頭する権利を有し、裁判所は、公判期日に被告人を召喚しなければならない（法273・II）。

また、法284、285条に規定されている場合を除き、被告人は、公判期日への出頭及び在廷義務を有し（法288）、被告人が公判期日に出頭しないときは、開廷することはできない（法286）。

ただし、被告人が出頭しなければ開廷できない場合において、勾留されている被告人が、公判期日に召喚を受け、正当な理由がなく出頭を拒否し、刑事施設職員による引致を著しく困難にしたときは、裁判所は、被告人が出頭しないでも、その期日の公判手続を行うことができる（法286の2）。被告人の公判期日への出頭は、被告人の防御権を保障するためのものであるから、被告人自らその保障を放棄する行動に出た場合は、被告人を在廷させないまま公判手続を進行させ、迅速な裁判の実現を優先させることにしたものである。

6 弁護士

弁護士は、被疑者、被告人の正当な権利を擁護するために憲法上選任を保障された被疑者、被告人の代理人である。

(1) 資格

弁護士は、被疑者又は被告人の正当な権利を擁護する重大な職責に鑑み、弁護士の中から選任されるのが原則である（法31・I）。例外として、簡易裁判所、家庭裁判所又は地方裁判所においては、裁判所の許可を得たときは、弁護士でないものを弁護士に選任することができるが、地方裁判所においては、他に弁護士の中から選任された弁護士がある場

合に限る（法 3 1・II）。したがって、高等裁判所、最高裁判所においては、弁護人は弁護士に限られる。

（2）権限

弁護人は、被疑者又は被告人を代理してその権利を行使する包括代理権と法の特別の定めによる独立行為権を有する。

① 包括代理権

弁護人は、弁護人としての地位から生ずる当然の権限として、被疑者又は被告人の個別の委任を要することなく、その意思に反しない限りは、被疑者又は被告人が行い得る全ての訴訟行為を代理して行使することができるものと解される。これを包括代理権という。

例えば、被疑者に対する不起訴処分告知の請求（法 2 5 9）、管轄移転・事件移送の請求（法 1 7・II、1 9・I）、伝聞証拠を証拠とすることに同意すること（法 3 2 6）、略式命令に対する正式裁判の請求（法 4 6 5・I）などである。

② 独立行為権

弁護人は、法に特別の定めがある場合に限り、被疑者または被告人の意思に関わりなく、独立して訴訟行為をすることができる（法 4 1）。これを独立行為権という。

独立行為権にも、被疑者又は被告人がすることができるものとして規定されている訴訟行為で、弁護人も独立してその訴訟行為を行使することができる独立代理権と、条文上「被告人又は弁護人は・・・」と規定されていても、代理ではなく被疑者又は被告人と弁護人に重複して認められる訴訟行為や弁護人だけが権利を有する固有権がある。

独立代理権は、本人の意思に反しても行使できるのが原則であるが、条文上「被告人の明示した意思に反することはできない」と明記された忌避の申立て（法 2 1・II）や原審弁護人の上訴（法 3 5 5、3 5 6）などは、被告人の明示した意思に反して行うことはできない。その他の独立代理権の例としては、勾留理由開示請求（法 8 2・II）、勾留の取消し請求（法 8 7・I）、保釈請求（法 8 8・I）、証拠保全請求（1 7 9・I）、公判期日の変更請求（2 7 6・I）、証拠調べの請求（2 9 8・I）などがある。

固有権のうち、重複して認められる訴訟行為の例としては、捜索・差押え、検証の立会い（113・I，142）、証人尋問の立会い・尋問（法157・IⅢ，304・II）、最終弁論（293・II）などがあり、弁護人だけに認められた権利の例としては、証拠書類の閲覧・謄写権（法40・I）、被疑者又は被告人が勾留されたことや公判期日等の通知を受ける権利（法79，207，273・III）、鑑定・通訳・翻訳の立会い（法170，178）、証人尋問の際の被告人退廷措置に関する意見陳述（法281の2，304の2）、公判手続停止の際の意見陳述（法314・IⅡ）、上訴審における弁論（法388，414）などがある。

但し、固有権も被疑者又は被告人の権利を擁護するためのものであり、その権利行使の効果は被疑者又は被告人に帰属するので、本質的には代理権である。

7 被害者等

「被害者等」とは、「被害者又は被害者が死亡した場合若しくはその心身に重大な故障がある場合におけるその配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹」をいう（法290の2・I）。

（1）被害者訴訟参加制度の概要

被害者等が刑事手続に関与する最初の制度として、平成12年の法改正により、検察官を通じて裁判所に申出ることにより、裁判所が審理の状況その他の事情を考慮して相当でないときを除き、被害に関する心情その他の被告事件に関する意見の陳述をすることができるようになった（法292の2）。

加えて、平成19年6月20日、第166回国会において、「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」が成立し（H19.6.27公布、H20.12.1施行）、その中に被害者等又はその法定代理人が刑事裁判に参加する制度が盛り込まれた。

その制度の概要は、故意の犯罪行為により人を死傷させた罪など、特に被害者等の心情に配慮して被害者等の手続参加の必要性が認められる一定の犯罪につき、被害者等若しくは当該被害者の法定代理人又はこれらのものから委託を受けた弁護士から、被告事件の手続への参加の申

出がある場合において、相当と認めるときは、当該被害者等又はその法定代理人の参加を許すものとされ（法 316 の 33）、その参加を許された者（以下「被害者参加人」という）又はその委託を受けた弁護士は、公判期日に出席できる外、次の手続に参加することができるようにするというものである。

- ① 当該被告事件についての法の規程による検察官の権限の行使に関し、検察官に対し意見を述べることができる（法 316 の 35）。
- ② 情状に関する事項についての証人の供述の証明力を争うために必要な事項について、裁判所が相当と認めるときは、その証人を尋問することが許される（法 316 の 36）。
- ③ 法の規定による意見の陳述をするために必要があると認められる場合であって、裁判所が相当と認める場合は、被告人に対してその質問を発することが許される（法 316 の 37）。
- ④ 裁判所が相当と認めるときは、検察官の意見陳述の後に、訴因として特定された事実の範囲内で、事実又は法律の適用について意見を陳述することが許される（法 316 の 38）。

以上の改正法によっても、被害者等が刑事手続に参加する範囲が限定されているうえ、権利として認められているとは解せられないので、「参加人」の用語が示すとおり、被害者等は、未だ刑事手続の当事者とはいえない。

この外、被害者等には、捜査の端緒となる告訴権、検察審査会法による検察官の不起訴処分に対する不服審査申立て権（同法 30）及び付審判請求権（法 262）が付与されているが、被害者等だけの特権ではなく、一般の告発権者にも同様の権利が付与されている。もっとも、親告罪については、告訴が訴訟条件となっているので、消極的な意味で、被害者等を刑事手続に関与させているといえることができる。

なお、被害者等の保護を図るための制度としては、犯罪被害者等保護法による公判手続の優先傍聴（同法 2）、公判記録の閲覧及び謄写（同法 3）及び刑事訴訟手続における民事上の和解（同法 4）や、法による証人としての保護措置（法 157 の 2～4 等）、公開の法廷における被害者特定事項の秘匿等がある。

(2) 被害者の刑事手続参加の是非論

① 被害者等の刑事手続参加を是とする論拠の要旨は、次の通りである(注1)。

ア 被害者等は、長年刑事手続の埒外に置かれていて、刑事司法に対する不満を抱いており、国民の刑事司法に対する信頼を確保するためにも、被害者等を刑事手続に参加させる必要がある。

イ 被害者等の刑事手続参加を認めることにより、真相の解明、名誉の回復を図ることができる。

ウ 刑事司法をどのように構築するかは、刑事政策の問題であり、被害者等の刑事手続参加を認めても刑事司法の目的を変容させるものではない。

② 被害者等の刑事手続参加を非とする論拠の要旨は、次の通りである(注1)。

ア 被告人が為すべき主張を心理的に抑制され、当事者対等の原則が後退し、被告人の権利が実質的に侵害される。

イ 被害者の訴訟参加を認めると、被害事実が証明される前に被害の存在を前提とすることになり、無罪推定の原則に反する。

ウ 国家刑罰権を確立した現行刑事司法の目的と矛盾し、刑事司法が変質する。

③ 被害者の刑事手続参加の是非

歴史的に見ると、刑事手続が被害者の私訴に始まり、現在も西欧諸国に私訴制度が残存しているところからしても、被害者等を刑事手続に参加させる制度自体を否定すべき立法政策上の理由はない。しかしながら、被害者等の刑事手続参加は、検察官制度を介在させることによって、刑事手続が復讐の場と化す弊害を避け、刑罰権の行使を国家に委ねた歴史に逆行するものであって、刑事手続が有罪を前提とした復讐の場に変容する危険性を否めず、争点を増加・複雑にして被告人の防御権の行使を困難にするおそれがあり、真相の究明と被疑者・被告人の人権を擁護する刑事手続の目的が達せられなくなるおそれがある。さりとて、検察官制度の確立に伴って、刑事手続が被害者等のためにもあることが軽視されてきたことも事実であるから、その反省の上に立ち、検察官と被疑

者・被告人との二当事者対立構造による当事者主義の枠内において、被害者の意思を刑事手続に反映させる方策を取り入れる必要がある。その点では、平成19年改正法による参加制度の方向性は、妥当なものと評価できるものである。

問題は、具体的にどの程度どのような方法で被害者等の意思を刑事手続に取り入れるかであるが、是非両論の理由に鑑みれば、平成12年法改正による意見陳述制度の運用の成果を見るべきであり、それ以上に平成19年改正法による参加制度を導入するにしても、平成21年から発足する裁判員制度の運用状況を検証した後に再検討するべきであったと思われるが、成立したからには、否定論が懸念する弊害が生じないよう運用上配慮すべきである（注2）。

現時点で、あえて平成19年改正法による参加制度について言及すれば、被告人質問（改正法316の37）と最終意見陳述（改正法316の38）は、早晚廃止されるべきものと思料する。その理由は、次の通りである。まず、被告人質問については、被害者が被告人と直接対峙することによって、被告人を過度に萎縮させて防御権の行使を困難にさせる一方、被告人対応如何によっては、被害者に二次被害をもたらす、あるいは裁判を感情的にするおそれがある。次に、最終意見陳述については、検察官の冷静な証拠判断に基づく事実認定と法律の適用に関する意見を重ねて、更に被害者に意見を陳述させる必要性に乏しく、特に、情状事実と量刑意見については、本来意見陳述の対象となるべき証拠方法である被害者に意見を陳述させることになって、それ自体矛盾をはらみ、その意見陳述を要求する被害者の目的は、法292の2による意見陳述によって、十分満たされると思われるからである。

（注1） 2005年3月3日付け日弁連の犯罪被害者の刑事訴訟手続参加に関する協議会作成の報告書を要約した。

（注2） 改正法は、以上の批判を考慮して、その附則に「政府は、この法律の施行後3年を経過した場合において、この法律による改正後の規定の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」旨規定している。

第3 刑事手続の概要

刑事手続は、公訴を含む捜査手続と公判準備を含む公判手続に分かれる。

民事手続にも、民事訴訟法総則に「訴えの提起前における証拠収集の処分等」の規定が定められている外、実際にも、当事者及び代理人弁護士は、弁護士会を通じた照会手続等により証拠収集をして、訴を提起しているので、公訴提起前の手続を無視することはできないが、真相の解明は、主として裁判所における口頭弁論手続において行われ、訴え提起前の証拠収集に直接の強制力はなく、人権侵害のおそれもない。また、訴えの利益は必要とするが、その提起権者に制限はなく、訴えを提起しないことによって公共の福祉を害することもない。したがって、その手続を規制する必要もないので、民事手続を規定する民事訴訟法は、文字通り「訴訟法」である。

しかしながら、刑事手続における公訴提起前の捜査手続は、捜査機関によって組織的に行われ、犯人の発見はもとより、犯罪立証のための大半の証拠を収集して真相を解明するものであり、その反面、被疑者等の人権侵害の危険性を内包するものであって、刑事手続の死命を制すべき独自の地位を占める。また、起訴・不起訴の権限を検察官が独占しているため、不当な起訴・不起訴処分を是正する手続が必要となる。したがって、捜査手続を含む刑事手続を規定する刑事訴訟法は、「訴訟法」というよりは、「手続法」として汎称する方が正確である。

1 強制捜査の概要

法197条は、任意捜査を原則とするが、以下、一般的な司法警察員送致事件について、手続上の規制が多い強制捜査の流れを概観する。

(1) 捜査の開始から逮捕まで

捜査は、捜査の端緒の把握から始まる。捜査の端緒は、捜査機関が犯罪の嫌疑を抱き捜査を開始する一切の事由をいい、現行犯人の発見（法212）、変死体の検視（法229）、告訴（法230）、告発（法239）、請求（刑92、労調法4二義務教育中立法5）、自首（法245、刑42）、職務質問（警職法2）の外、被害者又は第三者の申告、新聞・雑誌等の記事、投書、密告、風評、取調べ中の余罪発覚等がある。

捜査の端緒を掴むと捜査が開始され、現行犯人の発見のように、直

ちに、逮捕する場合もあるが、多くは、目撃者等の参考人及び被疑者の任意取調べの外、聞き込み、実況見分、証拠の領置等の任意捜査を行い、場合によっては、逮捕に先立つ捜索・差押えにより物的証拠を収集するなどして、嫌疑を固めた後に逮捕する。

その任意捜査あるいはそれに先立つ職務質問の過程において、捜索と同様の所持品検査や実質上の逮捕状態に置いた取調べなどの違法捜査が行われることがあり、その限界事例を巡って、その適法性と収集した証拠の証拠能力の有無が問題となる。

(2) 逮捕から捜査終了まで

司法警察職員が被疑者を逮捕してから被疑者と一件記録及び証拠物を検察官に送致するまでの間は、専ら司法警察職員において捜査するのが通常であるが、重大・複雑な事件等については、逮捕前から検察官が事実上関与する場合があります、逆に、検察官送致後においても、検察官に捜査が全面的に委ねられるわけではなく、司法警察職員において、引き続き検察官の指揮の下に捜査を行うのが通常である。

この過程において、逮捕・勾留要件の不備に関する問題の外、違法な任意捜査に引き続く逮捕の適法性や、逮捕が被疑者1人について事件ごとに行われるところから、再逮捕、別件逮捕等の適法性が問題となり、更には、違法逮捕に引き続く勾留の適法性等が問題となり、これらの違法捜査の過程で収集された証拠の証拠能力が問題となる。

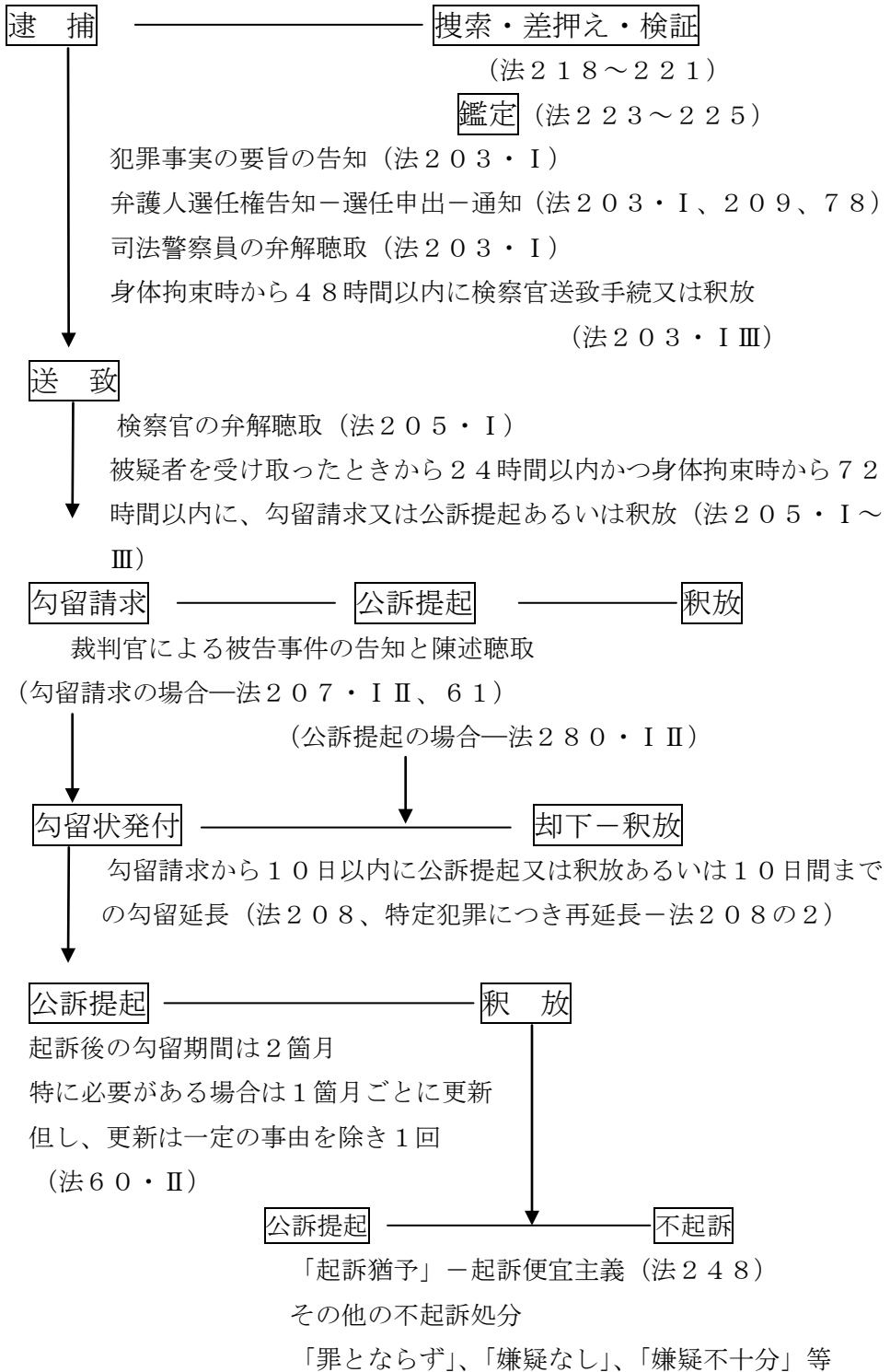
また、被疑者の取調べに関しては、捜査観が先鋭的に対立するいわゆる取調べ受忍義務の存否や、取調べの必要性和弁護人の接見交通権の相克等が問題となる。

(3) 起訴・不起訴処分

捜査が終了した後は、検察官が起訴状を裁判所に提出する方法によって公訴を提起し、あるいは、起訴猶予等の不起訴処分をする。

起訴・不起訴処分を巡って、不当不起訴の是正制度論、公訴権濫用論が生じ、公訴の有効性に関し、公訴時効等の訴訟条件の存否が問題となり、起訴状に関し、訴因の特定、起訴状一本主義の内容が問題となる。

(4) 以上の強制捜査の流れを次頁に図示する。



2 公判手続の概要

公判手続は、形式裁判においても行われるが、ここでは、公判期日において犯罪の成否が審理される実体裁判のうち、公判前整理手続に付されない一般刑事事件の公判手続の流れを概観する。

(1) 第1回公判期日までの準備手続

第1回公判期日までは、裁判所は、起訴状を受け取っているだけなので、被告人に対する起訴状謄本送達及び弁護人選任照会通知(法271、272、規176～178)、第1回公判期日の指定通知及び被告人の召喚(法273～275、規178の4、5)の外、重大複雑事件について、訴訟の進行に関する事前打ち合わせ(規178の10)を行うことがある程度で、主として、当事者間の検察官請求証拠の開示手続(法299・I、規178の6～7)、裁判官による被告人の保釈手続(法280、88～99)が問題となる。

公判前整理手続に付された事件については、検察官手持ち証拠の開示が相当拡大され、長年弁護士会側から「人質司法」として非難されてきた権利保釈の形骸化も、第1回公判期日までの保釈事例が増加して是正されつつあるように感じられるが、公判前整理手続に付されない事件にも、その影響を及ぼすことが今後の課題となる。

(2) 公判手続

第1回公判期日の人定質問に続く起訴状朗読等の冒頭手続を経て、証拠調べが開始され、検察官立証から被告人・弁護人立証に続き、被告人質問、弁論手続を行って審理を終結する。

検察官立証の過程において、捜査段階において収集された伝聞証拠、自白調書の証拠能力及び違法収集証拠の証拠能力が争点となる。

(3) 判決の言渡し

弁論手続が終結し、合理的な疑いを入れない程度に犯罪事実が証明されれば、有罪の判決が言渡され、その証明がなければ、無罪の判決が言渡される。

判決については、特に一事不再理効等の確定判決の効力が問題となる。

(4) 以上の概要のうち、公判手続を経て判決に至るまでの流れを次頁に図示する。

冒頭手続

- 人定質問（規則 196）
- 起訴状朗読（法 291・I）
- 黙秘権等の告知（法 291・II前、規 197）
- 被告人・弁護人の被告事件に関する陳述（法 291・II後）

証拠調べ手続

- 検察官の冒頭陳述（法 296）－被告人・弁護人の冒頭陳述（規 198）
（検察官立証）（被告人・弁護人立証）
- 証拠調べ請求（法 298、規 189等）
- 被告人・弁護人の意見（法 326、規 190・II）
- 証拠決定（規則 190・I）
- 証拠調べ
 - 証拠物（法 306）
 - 証拠書類（法 305）
 - 証人等（法 304）
- 証拠書類等の提出（法 310）
- 被告人調書等の取調べ（法 301）

同様手続

被告人質問

訴訟関係者は、何時でも必要とする事項につき、被告人の任意の供述を
求めることができる（法 311・II III）

弁論手続

- 論告・求刑（法 293・I）
- 被告人・弁護人の弁論（法 293・II）
- 被告人の最終陳述（規 211）

判決宣告（法 342）

有罪判決（法 335）、無罪判決（法 336）

第Ⅱ章 捜査

第1 捜査の構造

1 捜査の意義

捜査とは、捜査機関（検察官、検察事務官又は司法警察職員）による犯人及び証拠の発見、収集、確保手続をいい、その目的は、犯罪の嫌疑の有無を明らかにして、公訴提起の要否を決し、公訴を提起する場合の準備をすることにある。

捜査の構造については、糾問的捜査観（実務）と弾劾的捜査観（学説）が対立している（注）。もともと、いずれも法解釈の指針となる基本的な立場であって、糾問的捜査観に立つ論者も、捜査への裁判所の関与や被疑者の防御権を認めないのではなく、弾劾的捜査観に立つ論者も、捜査機関独自の強制処分権限や被疑者の取調べを全く認めない訳ではない。

なお、両論とも捜査機関が訴えを待たずに捜査を開始、遂行することについて争いはないので、用語としては、職権主義的捜査観及び当事者主義的捜査観と呼称するのが、それぞれの主張内容に添うように思う。

糾問的捜査観

捜査は、犯罪の真相を解明し公訴の要否を決するための独自の手続であって、被疑者を取調べの対象とし、強制捜査も本来的には捜査機関の権限であるとの考え方

弾劾的捜査観

捜査は、一方の当事者が行う公判準備活動であり、被疑者は対等の当事者として取調べ対象とならず、強制処分も裁判所が行うものであるとの考え方

（注）この対立の契機となったのは、平野龍一教授が昭和33年12月10日に発行された「刑事訴訟法」（有斐閣・法律学全集43巻）において、従来の通説的見解でもあった実務の運用を糾問的捜査観と呼称し、これに対するあるべき捜査構造論として、弾劾的捜査観を提唱したことによるものである。もともと、同教授も、法が両論の接近した捜査構造をとっていることを認め、基本的にどちらの捜査観を前提とするかによって、個々の規定の解釈に大きな差異が生まれるとされている（同著84頁）。

2 捜査構造の要点

法が如何なる捜査構造を採っているかについては、以下の諸制度等を検討することによって、自ずから明らかとなる。

結論としていえば、公判手続については、当事者主義を基本としているが、捜査手続については、公訴の要否を決するための事案の真相究明を旨として、職権主義を採り、被疑者も取調べの対象としているものと観るべきである。

① 令状主義（法199・207・210・218・225）

逮捕状については、裁判官は、捜査機関の請求により令状を発し、その執行の要否の判断には関与しない。

また、裁判官による逮捕の必要性の判断は、「明らかに逮捕の必要性がないと認められるときは、この限りではない。」（法199・II但書）と規定されているに止まり、積極的要件とはされていない。

勾留状については、被告人に係る勾留規定が準用され（法207）、逮捕状に比べて裁判官の関与の程度は強いが、検察官の請求により令状が発せられ（法204・I, 205・I）、検察官の判断により釈放することができる（法208・I）。

② 起訴便宜主義（法248）

検察官は、犯罪が成立する場合にも公訴を提起しないことができる権限を有し、その権限を適正に行使するためには、捜査段階において、犯罪の存否ばかりではなく、犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況を取調べ、事案の真相を解明する必要がある。

（第7「被疑者の取調べ」において詳述する）。

③ 捜査機関の被疑者に対する取調べ権限と被疑者の取調べ受忍義務

「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者の出頭を求め、これを取調べることが出来る。但し、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、出頭後何時でも退去することができる。」（法198・I）との規定の解釈に関し、特に身柄拘束被疑者のいわゆる取調べ受忍義務の有無について、争いがある。

（第7「被疑者の取調べ」において詳述する）。

④ 軽微事件の逮捕要件の意義

法199条1項但書に規定する軽微事件の逮捕は、「被疑者が定まった住

居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による出頭の求めに応じない場合」(法199・I但書)に限られているところ、「出頭の求めに応じない場合」の意義について、争いがある。

(第7「被疑者の取調べ」において詳述する)。

⑤ 供述拒否権との関係

法は、憲法38条1項を受け、被疑者に供述拒否権を認めているが、その規定は、法198条2項に「前項の取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。」と規定されているのみであって、被疑者の取調べを前提として、被疑者の取調べ規定中に供述拒否権の告知義務を置いているに止まる。

一方、被告人については、冒頭手続において、裁判長に黙秘権、供述拒否権の告知義務を課したうえ(法291・III)、法311条1項に「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる。」と規定し、いわゆる黙秘権・供述拒否権を正面から明記している。

⑥ 接見交通権と接見指定権

被疑者・被告人には、弁護人との秘密接見交通権が保障されているが、被疑者については、捜査の必要があるときに限り、捜査機関による日時等の指定権が認められているところ(法39)、「捜査の必要があるとき」の意義について、争いがある。

(第10「被疑者の防御権」において詳述する)。

⑦ 被疑者に保釈制度なし(法207・I但書)(法88)

被疑者の勾留理由は、被告人と同様、「定まった住居を有しないとき」、「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき」、「逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき」のいずれかに該当するときである(法207・I本文)。一方、一審被告人は、一定の除外事由がない限り、保釈が許されるところ、その除外事由には、勾留要件のうち、「逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき」は含まれず、保釈保証金の納付によって出頭を担保する制度となっている。したがって、被疑者に保釈制度が設けられていないということは、罪証隠滅の恐れ等がなく、逃亡のおそれがある場合のみであっても、取調べのために被疑者の身柄を確保する趣旨と解する余地がある。

⑧ 弾劾的捜査構造をとる英米諸制度との比較

我が国の犯罪構成要件は、弾劾的捜査構造をとる英米の刑法と比較して、被疑者の取調べにより立証を要する主観的構成要件が多い。また、我が国の刑事訴訟手続では、英米において認められているような、刑を減免することを約束する司法取引や共犯者に刑事免責を与えることによって自白を得る制度が認められていない。

(第7「被疑者の取調べ」において詳述する)。

第2 捜査の原則—任意捜査の原則

1 任意捜査の原則の意義と根拠

強制処分を伴う捜査を強制捜査といい、強制処分を伴わない捜査を任意捜査という。強制処分は、法律の定めがある場合に限定されているうえ、人権侵害を伴うものであるから、例外的に行使されなければならない。よって、捜査は、任意捜査を原則とする。

任意捜査の原則の根拠となるべき法則は、強制処分法定主義と令状主義であって、強制処分法定主義は、立法による法律上の抑制により、令状主義は、司法による手続上の抑制により、それぞれ強制捜査の適法性を担保するものである。

(1) 強制処分法定主義

法197条1項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。」と規定し、その本文において、捜査機関の捜査権限を確認するとともに、その但書において、捜査における強制処分は、法律に特別の定めがなければ行使できない旨の強制処分法定主義を明記している。

強制処分法定主義は、憲法31条に由来する。即ち、強制処分は、人の自由を奪い、その他の基本的人権を侵害するものであるから、これを行うに当たっては、憲法31条により、法律の定める手続によらなければならないのである。

(2) 令状主義

令状主義は、憲法33、35条に由来するものであって、逮捕時の捜索・差押え等の例外を除き、強制捜査には司法官憲（裁判官）の発する令状を要する原則をいう。

現行法上、令状主義は、法199条以下の逮捕・勾留に関する規定、法218条以下の捜索・差押え・検証に関する規定、224条の鑑定留置、及び225条の鑑定処分の規定に見ることができる。

2 任意捜査の方法

捜査は、「その目的を達するため必要な取調べをすることができる」（法197・I本文）のであって、任意捜査の方法に制限はなく、法に規定さ

れていない実況見分等の捜査方法が広く行われている。

任意捜査の方法として、法に規定されているものは、以下のとおりである。

- (1) 捜査照会（法197・II）
- (2) 被疑者に対する出頭要求・取調べ（法198・I）
- (3) 領置（法221）
－強制処分である差押えと合わせて「押収」という。
- (4) 第三者に対する出頭要求・取調べ（法223・I前段）
- (5) 鑑定、通訳若しくは翻訳の嘱託（法223・I後段）

3 任意捜査の適法性基準

任意捜査の適法性の判断基準について、学説は、処分者側の有形力の行使の有無を基準とする有形力行使説と被処分者の法益侵害の有無を基準とする法益侵害説に分かれ、更に後者は、法益侵害の程度を限定しない説と重要な法益侵害の有無を基準とする説に分かれる。有形力行使説は、居室における秘密録音など重要な法益を侵害する捜査を抑制できない点において難があり、法益侵害説は、法益侵害の評価に偏りすぎて処分の態様に触れない点に難があり、特に侵害の程度を限定しない法益侵害説は、任意捜査であっても何らかの法益侵害を伴う捜査の本質から目をそむけるものであって、採り得ない。

結局、下記注の判例（最三 決S51. 3. 16 判時809-29）が明示した、次の両基準を総合考慮して判断するのが相当である。

- (1) 強制処分に当たらないこと（法197・I但書）

強制処分とは、単に有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為をいう。

有形力の行使があったと認められる場合であっても、その対象者の意思を制圧するに至らない程度のもものは、強制処分には当たらず、説得の範囲内にある任意捜査の方法として許される場合があり、逆に、有形力の行使が無くても、居室内における写真撮影など、その対象者の意思を制圧し、プライバシー権等の基本的人権を侵害する場合には、強制処分に当たり、任意捜査の方法として許されないという趣旨である。

(2) 嫌疑の程度の応じた必要性、相当性を要する一捜査比例の原則

強制処分に当たらない任意捜査であっても、何らかの法益侵害を伴うものであるから、常に許容されるものではなく、捜査の必要性・相当性を備える必要がある。その必要性・相当性の程度は、犯罪の嫌疑の程度との相関関係により判断される。

(注) 最三決S51. 3. 16 判時809-29

(酒酔い運転の被疑者を警察署に任意同行して呼気検査に応じるよう説得中、急に立ち上がって出入り口のほうに行きかけた同被疑者の左手首を両手で掴んで制した行為の適法性を認めるにあたり、上記の任意捜査の適法性の判断基準を明らかにした。)

「ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段に当たらない有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害する恐れがあるのであるから、状況の如何を問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性等をも考慮したうえ、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」

4 任意捜査の限界

任意捜査は、犯人の発見、人に対する取調べ、証拠物の収集とその他の証拠収集に分かれるが、それぞれ、犯人を発見・確保する際の第三者に対する有形力の行使、被疑者の取調べの適法性、所持品検査の適法性、及び写真撮影、秘密録音、おとり捜査等の適法性が問題となる。

(1) 第三者規制

捜査の際の第三者に対する有形力の行使についても、その強制処分的性は、対象者の意思を制圧する程度に至っているか否かにより決められ、強制処分に当たらないとしても、捜査比例の原則に則り、必要性・相当性を勘案して、その適法性を判断することになる。

下記判例は、公務執行妨害・傷害被疑者が集団に紛れ込んだ場合に、その検挙のため集団を停止させて第三者規制を行う場合について、その適法性の判断基準を示したものである。

「警察官である後藤巡査に対し暴行を加えてその職務の執行を妨害するととも

に加療約10日間を要する傷害を与えるという犯罪が発生したのであって、その犯罪の内容は決して軽微といえないこと…犯罪が発生してから間もなく、右集団の動き等からみて犯人がいまだ右集団の中にいる蓋然性が高いと認められ、かつ、…同巡査において右集団の者を見分すれば、その集団の中から犯人を発見して検挙できる可能性がきわめて高い状況にあったと認められること、集団が移動するままの状態において同巡査が犯人を発見することは、集団の規模、状況等に照らして困難な状態であり、しかも、右集団は抗議行動を終えて漸次四散する直前の状況にあったから、犯人検挙の目的を実現するためには、直ちに右集団の移動を停止させてその四散を防止する緊急の必要があり、そのためには、前記のごとき停止の方法をとる以外に有効適切な方法がなかったと認められること、右のとおり停止を求めた際に、警察官の身体や楯が集団の先頭部分にいた者の身体に接触する程度のことがあったが、それ以上の実行行使はなされておらず、あらかじめ停止を求める発言があったことなどと併せると、右行為は集団の者に対し停止を求めるための説得の手段の域にとどまるものと認めることができないわけではなく、また、停止させられた時間もせいぜい6、7分の短時間にすぎなかったのであるから、本件警察官の措置によって右集団の者が受けた不利益の内容程度もさして大きいものといえないこと、岡安巡査部長が被告人に対し停止を求めて肩に手をかけた行為も、前記集団に対する停止措置の一環としてとられたものであって、その有形力行使の程度も説得の手段の域にとどまることなどの事情が認められるのであって、これらの事情を総合勘案すると、本件の具体的状況の下においては、岡安巡査部長が外の機動隊の警察官とともに行った本件路上集団に対する前記の停止措置は、被告人に対する行為を含め、犯人検挙のための捜査活動として許容される限度を超えた行為とまではいうことができず、適法な職務執行にあたりと認めるのが相当である。」—最二決S59. 2. 13 判時1121-144

(2) 被疑者・参考人の取調べ

逮捕・勾留されていない在宅被疑者及び参考人の取調べは、それぞれ法198条1項及び法223条1項により、任意捜査の一環として許容され、いわゆる取調べ受忍義務がないことについては争いが無い。しかしながら、取調べをするための任意同行あるいは取調べ状況が実質上の逮捕・勾留に亘る場合があるので、任意取調べの限界が問題となる。

その適法性は、時刻、場所、方法・態様、被疑者の対応状況、同行後の取調べ状況、事案の性質、嫌疑の程度等により、強制処分性を検討したうえ、捜査比例の原則を適用して、必要性・相当性を総合考慮して判

断される。

適法性を容認した事案として、5泊に亘り被疑者をホテルに宿泊させて取調べたいいわゆる「高輪グリーンマンション事件」の 最二決S59. 2. 29判時1112-31（注1）が有名であり、その後違法性を認めた事案として、9泊に亘りホテル等に宿泊させて取調べたいいわゆる「ロザール事件」の 東京高判H14. 9. 4判時1808-144（注2）がある。

（注1）「任意捜査においては、強制手段、即ち、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」（最三決S51. 3. 16）を用いることが許されないことはいうまでもないが、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、強制手段によることができないというだけでなく、更に、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである。」としたうえ、
「これを本件についてみるに、まず、被告人に対する当初の任意同行については、捜査の進展状況からみて被告人に対する容疑が強まっており（被告人のアリバイ主張が虚偽であることが判明した一筆者注）、事案の性質、重大性等にもかんがみると、その段階で直接被告人から事情を聴き弁解を徴する必要性があつたことは明らかであり、任意同行の手段・方法等の点において相当性を欠くところがあつたものとは認め難く、また、右任意同行に引き続くその後の被告人に対する取調べ自体については、その際に暴行、脅迫等被告人の供述の任意性に影響を及ぼすべき事跡があつたものとは認め難い。

しかし、被告人を4夜にわたり捜査官の手配した宿泊施設に宿泊させた上、前後5日間に亘って被疑者としての取調べを続行した点については、原判示のように、右の間被告人が単に「警察の庇護ないしはゆるやかな監視のもとに置かれていたものとみることができる」というような状況にあつたにすぎないものといえるか、疑問の余地がある。しかしながら、他面、被告人は、右初日の宿泊については前記のような答申書（犯行を自白した後、「今日は私としても寮に帰るのはいやなので、どこかの旅館に泊めていただきたいと思います」旨の答申書提出一筆者注）を差出しており、また、記録上、右の間に被告人が取調べや宿泊を拒否し、調べ室あるいは宿泊施設から退去し帰宅することを申出たり、そのような行動に出た証拠はなく、捜査官らが、取調べを強行し、被告人の退去、帰宅を拒絶したり制止した

というような事実も窺われないのであつて、これらの諸事情を総合すると、右取調べにせよ宿泊にせよ、結局、被告人がその意思によりこれを容認し応じていたものと認められるのである。

被告人に対する右のような取調べは、宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とはいひ難いところがあるものの、被告人が任意に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があつたものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかつたものというべく、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであつたとまでは断じ難いというべきである。」と判示した。

一最二決S59. 2. 29「高輪グリーンマンション事件」判時1112-31

(但し、2名の裁判官が、任意捜査としてその手段方法が著しく不当で許容限度を超え、違法捜査抑制の見地からも任意性に疑いがあるものとして証拠能力を否定すべきものとした。)

(注2)「以上のように、本件においては、被告人は、参考人として警察署に任意同行されて以来、警察の影響下から一度も解放されることなく連続して9泊もの宿泊を余儀なくされた上、10日間にもわたり警察官から嚴重に監視され、ほぼ外界と隔絶された状態で1日の休みもなく連日長時間の取調べに応じざるを得ない状況に置かれたのであつて、事実上の身柄拘束に近い状況にあつたこと、そのため被告人は、心身に多大の苦痛を受けたこと、被告人は、上申書を書いた理由について、ずっと取調べを受けていて精神的にまいってしまった、朝から夜まで取調べが続き、殺したんだろうといひ続けられ、耐えられなかった、自分の家に帰してもらえず、電話などすべて駄目で、これ以上何もできないと思つたなどと供述していること、被告人は、当初は捜査に協力する気持ちもあり、取調べに応じていたものと思われるが、このような長期間の宿泊を伴う取調べは予想外のことであつて、被告人には宿泊できる可能性のある友人もいたから、被告人は少なくとも3日目以降の宿泊については自ら望んだものではないこと、また、宿泊場所については、警察は被告人に宿泊できる可能性のある友人がいることを把握したのに、真摯な検討を怠り、警察側の用意した宿泊先を指示した事情があること、嚴重な監視については、捜査側は被告人に自殺のおそれがあつたと説明するが、仮にそのおそれがあつたとしても、任意捜査における取調べにおいて本件の程度まで徹底して自由を制約する必要性があるかは疑問であること等の事情を指摘することができるのであつて、他方、本件は殺人という重大事件であり、前記のように重要参考人として被告人

から事情を緊急、詳細に聴取する必要性が極めて強く、また、通訳を介しての取調べであったため時間を要したこと、被告人は自宅に帰れない事情があったことなどの点を考慮するとしても、本件の捜査方法は社会通念に照らしてあまりにも行き過ぎであり、任意捜査の方法としてやむを得なかったものとはいえず、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであるというべきである。」

東京高判H14. 9. 4「ロザール事件」判時1808-144

(なお、本判決は、自白の証拠能力も否定した。―後記第V章第5「違法収集証拠排除法則」参照)

(3) 証拠物の収集

任意の証拠物の収集の適法性についても、強制処分性と必要性・相当性を総合考慮して判断することになるが、実務上問題となるのは、所持品検査に伴う証拠物の収集である。

所持品検査につき、適法性の判断基準を明らかにした判例として、最三判決S 53. 6. 20「米子銀行強盗事件」判時896-14があり、承諾なくバッグを開け、その中に大量の紙幣が入っているのが見えたので、ケースの鍵もドライバーでこじ開けた事案について、その適法性を是認した(注1)。

所持品検査の適法性についても、強制処分性を検討したうえ、捜査比例の原則を適用し、その必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と公共の利益との権衡を考慮し、具体的な状況の下で相当と認められる限度において許容されることになる。

その後、初めて違法収集証拠排除法則を明示した 最一判S 53. 9. 7「大阪覚せい剤事件」判時901-15が、承諾なくその上衣左側内ポケットから覚せい剤を取り出した事案について、最三決H 7. 5. 30判時1537-178が承諾なく自動車内を検索した行為について、それぞれ違法性を認定するなどの判例が出ている(後記第V章第5「違法収集証拠排除法則」参照)。

また、証拠収集手続に先行する違法捜査の波及効についても、後記第V章第5「違法収集証拠排除法則」を参照されたい。

(注1)「所持品検査は、任意手段である職務質問の付随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則で

ある。しかしながら、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正に処理すべき警察の責務に鑑みるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある。もっとも、捜索に至らない行為であってもこれを受けるものの権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきではなく、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度においてのみ許容される。」としたうえ、

「所論の赤沢巡査長の行為は、猟銃及び登山ナイフを使用しての銀行強盗という重大な犯罪が発生し、犯人の検挙が緊急の警察責務とされていた状況の下において、深夜に検問の現場を通りかかった近藤及び被告人の両名が、右犯人としての濃厚な容疑が存在し、かつ、兇器を所持している疑いもあったのに、警察官の職務質問に対し黙秘した上、再三にわたる所持品の開披要求を拒否するなどの不審な挙動をとり続けたため、右両名の容疑を確かめる緊急の必要上されたものであって、所持品検査の緊急性、必要性が強かった反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバックの施錠されていないチャックを開披し内部を一瞥したにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法2条1項の職務質問に附随する行為として許容されたとした原判決の判断は正当である。」と判示した。

一最三判決S53. 6. 20 「米子銀行強盗事件」判時896-14

(本件は、原審の認定を踏襲して、職務質問に伴う所持品検査として論じているが、実質は、特定の銀行強盗事件の捜査として行われている。)

(4) その他の証拠収集

(ア) 写真撮影・録画

写真撮影・録画は、プライバシー権を侵害するものであるが、公道場等の下記判例④にいう「他人から容ぼう等を観察されることを受忍せざるを得ない場所における」それは、個人の意思を制圧してプライバシー権等を侵害するものともいい難いので、強制処分には当たらない。その適法性判断については、更に捜査比例の原則を適用し、犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合や下記判例④にいう「犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在している」場合で、あら

かじめ証拠保全をしておく必要性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法により行われるときは、その結果第三者が撮影・録画されることになっても、許容されるものと解する。

なお、隠しカメラによる写真撮影・録画については、被撮影者がそれを意識することはないので、個人の自由意思が制圧されることはないという見方もあるが、判例のいう「個人の意思を制圧する」という強制処分性の要件は、行為の違法性要件であるから、実際に個人の意思が制圧されるかどうかではなく、個人の意思を制圧するような行為態様をいうものと解すべきである。そうすると、隠しカメラによる撮影であっても、最もプライバシー権が尊重されるべき個人の住居内における撮影は、無断で撮影されることを受忍すべき理由は全くないので、個人の自由意思を制圧する強制処分であると評価されるし、公道上等における撮影は、下記判例④にいう「他人から容ぼう等を観察されることを受忍せざるを得ない」ものであるから、個人の自由意思を制圧する強制処分として評価されることになる。

① 任意捜査としての公道上における写真撮影の許容限度

「犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法2条1項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容貌等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。」「即ち、現に犯罪が行われ若しくは行われたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性及び緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行われるときである。このような場合に行われる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容貌等のほか、犯人の身近または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容貌等を含むことになっても、憲法13条、35条に違反しないものと解すべきである。」

—最大判S44. 12. 24「京都府学連デモ事件」判時577-18

② 自動速度監視装置による写真撮影の適否

(最大判S44. 12. 24を引用して、認容した事例)

—最二判S61. 2. 14判時1186-149

③ 派出所前電柱に設置したビデオ撮影の適否

「最大判昭 44.12.24 は、その具体的事案に即して警察官の写真撮影が許容されるための要件を判示したものにすぎず、この要件を具備しないかぎり、いかなる場合においても、犯罪捜査のための写真撮影が許容されないとする趣旨まで包含するものではないと解するのが相当であって、当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許されると解すべきであり、・・・」

—東京高判S 6 3. 4. 1 「山谷暴動事件」判時1278-152

④ 公道上及びパチンコ店内における嫌疑者のビデオ撮影の適否

「上告趣意のうち、判例違反をいう点は、所論引用の各判例（最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁，最高裁昭和59年（あ）第1025号同61年2月14日第二小法廷判決・刑集40巻1号48頁）は、所論のいうように、警察官による人の容ぼう等の撮影が、現に犯罪が行われ又は行われた後間がないと認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したものではないから、前提を欠き、・・・」

「前記事実関係及び記録によれば、捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである。

—最二決H 2 0. 4. 15判時2006-159

(イ) 秘密録音

相手方の知らないうちにその会話を録音する秘密録音もプライバシー権を侵害するものであるから、原則として違法であるが、それが公にされることが想定される場合は、個人の意思を制圧し基本的人権

を制約する強制処分には当たらず、その必要性、相当性が認められる場合は許容される。その場合の「個人の自由意思の制圧」の意義については、写真撮影の項において述べたとおりである。

① 捜査機関による録音

「捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべきである。」(捜索時)

—千葉地判H3. 3. 29「中核派成田闘争事件」判時1384-141

② 新聞記者による録音

「録音テープはいずれも被告人の同意を得ないで録音されたものではあるが、前者の録音テープは、被告人が新聞紙による報道を目的として新聞記者に聞かせた偽電話テープの再生音と再生前に同テープに関して被告人と同記者との間で交わされた会話を、同記者において取材の結果を正確に記録しておくために録音したものであり、後者の録音テープ(被告人の家人との対話部分を除く)は、未必的にではあるが録音されることを認容していた被告人と新聞記者との間で上記の偽電話に関連して交わされた電話による会話を、同記者において同様の目的のもとに録音したものであると認められる。このように、対話者の一方が右のような事情のもとに会話やその場の状況を録音することは、たとえそれが相手方の同意を得ないで行われたものであっても、違法でないと解すべきである。」

—最三決S56. 11. 20「にせ電話事件」判時1024-128

(ウ) おとり捜査

おとり捜査とは、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する捜査手法をいう。

おとり捜査を開始する時点では、そこに犯罪はないのであるから、正確な意味における捜査ではないが、その結果犯罪が行われ、犯人を検挙し証拠を収集する手続に直結するものであるから、捜査法の規制に服すべきものである。

おとり捜査は、被疑者となるべき者の意思を制圧するものではない

ので、強制処分には当たらない。その適法性については、特に相当性が問題となるところ、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者のみを対象にして（機会提供型）、直接の被害者がいない薬物犯罪など、通常の捜査方法では当該犯罪の摘発が困難である場合に限り許容されるものと解すべきである。

犯罪を行う意思を有しない者に対しその意思を誘発するような手段を用いること（犯罪誘発型）は、国家が犯罪者を創り出すものであって相当性を欠き、許容されないものと解する。

犯罪を誘発したか否かは、捜査手段の違法性の判断基準であるから、対象者が犯意を誘発されたか否か（主観説）ではなく、犯意を誘発するに足る手段を用いたか否か（客観説）によって判断されるべきである。

おとり捜査が違法とされた場合の効果については、これにより得られた証拠について、違法収集排除法則を適用すれば足りるものと解する。それ以上に、控訴を棄却すべしとする説や、免訴とすべしとする説もあるが、実定法上の根拠を欠くうえ、おとり捜査についてのみ、そのような法的効果を付与する必要性もない。

① おとり捜査により実行された犯罪の成立

「いわゆる囮捜査は、これによって犯意を誘発された者の犯罪構成要件該当性、責任性若しくは違法性を阻却するものでないことは、既に当裁判所の判例とするところである。」—最二判S 29. 11. 5 判時39-15

② おとり捜査の意義と適法性の要件

「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して

買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示し、被告人が取引の場到大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。」 最一決 H16. 7. 12 判例1869-133

第3 捜査の端緒

捜査の端緒とは、捜査機関が犯罪の嫌疑を抱いて捜査を開始する一切の事由をいう。以下、捜査の端緒のうち、法に規定されている職務質問、自動車検問、検視、告訴・告発について解説し、現行犯人の発見については、第4の逮捕の項に譲る。

1 職務質問

(1) 職務質問の意義

職務質問は、警察官が警察法に規定する個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に執行するため、警職法に定められた必要な手段の一つである（警職法1・I）。

警職法2条は、その手段として、何らかの犯罪を犯し又は犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由がある者や、その犯罪について知っていると思われる者について、一定の要件の下に、停止又は警察署等に同行して質問する行為を規定している。

① 停止行為

警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して、何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由がある者、又は、既に行われた犯罪について若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っていると思われる者を停止させて質問することができる（警職法2・I）。

② 任意同行

その場で前項の質問をすることが本人に対して不利であり、又は交通の妨害になると認められる場合においては、質問するため、その者に付近の警察署、派出所又は駐在所に同行することを求めることができる（警職法2・II）。

(2) 職務質問と任意捜査の関係

職務質問は、これを開始する時点までは、犯罪を特定できないのが通常であり、犯罪の予防をもその目的としているので、何らかの犯罪について、これを犯したと疑うに足りる相当な理由のある者及び既に行われた犯罪について知っていると思われる者の外、犯罪を犯そうとしてい

ると疑うに足りる相当な理由のある者及び犯罪が行われようとしていることについて知っていると思われる者をも対象としているが、捜査は、任意であっても、特定の犯罪について、これを犯したと疑うに足りる相当な理由がある者（法198・I—被疑者の取調べ）及びこれを知っていると認められる者（法223・I—第三者の取調べ）を対象にして行われる点異なる。もっとも、捜査自体は、被疑者不明であっても、特定の犯罪が認知された時点で開始される。

また、職務質問は、主として警察法の目的を達するための手段であるため、その主体も警察官とされているが、任意捜査は、刑事訴訟法上の手続であるため、その主体は、司法警察職員の外、検察官及び検察事務官とされている。警察官は、法189条により「司法警察職員としての職務を行う」とされているので、その限りにおいては、「警察官」と「司法警察職員」は、前者が警察法上の警察職員の名称であり（警察法34・I、55・I）、後者が刑事訴訟法上の官名の違いに過ぎない。

職務質問と任意捜査には、以上の相違点があるが、職務質問直後に、特定の犯罪の被疑者であることが判明して、実質的には捜査に移行することは珍しいことではないし、職務質問をする時点において、既に特定の犯罪の被疑者として認識し、職務質問はその確認をするために過ぎない場合もあるので、両者は表裏一体の関係にある。

(3) 職務質問の限界

職務質問は、捜査そのものではないが、これに直結する警察官の任意の活動であるから、その限界を画するに当たっては、任意捜査の適法性基準が妥当する。即ち、職務質問として許容されるのは、強制手段に当たらず、かつ、必要性和相当性のある行為であり、ここにいう強制手段とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に職務質問の目的を実現する行為であって、有形力の行使もこの程度に至らなければ許容される場合がある。

以下、職務質問に伴う停止行為、任意同行、所持品検査及び抑止行為の適法性に関する問題点を摘記し、関係判例を引用する。

(ア) 停止行為

警職法2条1項に規定されている行為である。

① 身体の停止

最一決S29. 7. 15 (刑集8-7-1137) は、職務質問をして駐在所に任意同行し、所持品等につき質問中、隙を見て逃げ出した者を更に職務質問を続行すべく追跡して、背後から腕に手をかけて停止させる行為について、適法性を認めた。

② 車両の停止

下記判例は、赤信号無視の車両を停止させた際、運転手から酒臭がして酒気帯び運転の疑いが生じたため、酒気検知を求めたところ、同車両を発進させようとしたので、運転席の窓から手を差し入れてエンジンキーを回してスイッチを切った行為について、適法性を認めた。

「右のような原判示の事実関係のもとでは、大下巡査が窓から手を差し入れ、エンジンキーを回転してスイッチを切った行為は、警察官職務執行法2条1項の規定に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法67条3項の規定に基づき、自動車の運転者が酒気帯び運転をするおそれがあるときに、交通の危険を防止するためにとった必要な応急の措置にあたるから、刑法95条1項にいう職務の執行として適法なものであるというべきである。」

—最一決S53. 9. 22 判時903-104

(イ) 任意同行

警職法2条2項に規定されている行為である。

下記判例は、パトカーで警ら中、細い路地から出てきた一見暴力団風の男が覚せい剤常用者特有の顔付きをしていたことから、職務質問をすべく声をかけたところ、逃げ出したため追跡して、取り押さえ、多くの野次馬が集まってきたため、その場で職務質問を続けるのは適当でないと判断し、最寄りの警察署への同行を求めたが、男がパトカーの屋根上に手を突っ張るような状態で乗車を拒むので、説得したところ、男が渋々ながら手の力を抜いて後部座席に自ら乗車したものの、乗車後も肩をゆすり、腕を振るなどして暴れたため、男の手首を縛るなどして制止した状態のまま警察署に同行した行為について、違法性を認定した (証拠能力は肯定)

「浅草署への被告人の同行は、被告人が渋々ながら手の力を抜いて後部座

席に自ら乗車した点をいかに解しても、その前後の被告人の抵抗状況に徴すれば、同行について承諾があったものとは認められない。」

—最二決S63. 9. 16 刑集42-7-1051

(ウ) 所持品検査

所持品の検査は、職務質問と密接に関連し、その効果を上げるうえで、必要性、有効性が認められる行為であるから、職務質問に付随する任意手段として、捜索に至らない程度の行為について、捜査比例の原則の下に行うことができる。

その適法性基準を明示した判例が、任意捜査の項に引用した 最三判 S53. 6. 20「米子銀行強盗事件」判時896-14である。

(エ) 抑止行為

抑止行為は、職務質問に伴う危害防止あるいは罪証隠滅防止のため、職務質問に付随する任意手段として行うことができる。

下記判例は、凶器や覚せい剤不法所持の疑いのある不審者の職務質問中、まともに応答しようせず、立ち去る際に右手をズボンのポケットに突っ込んで何かを取り出そうとしたため、とっさにこれを制止し、その手を掴み相手の体を押さえつけるなどした上、投棄した小銭入れを拾い上げてチャックを開披した行為について、適法性を認めた。

「仮にこの動作が、被告人のいうとおり自転車の鍵を取り出そうとしたに過ぎなかったとしても、当時の状況にかんがみると、警察官らが、これを危険な凶器を取り出すか、あるいは覚せい剤などを投棄しようとする準備動作と判断して、とっさにこれを制止し、取り出そうとした物を確保しようとしてその手をつかみ抵抗する被告人の身体を押さえつけた一連の行動は、職務質問に伴う危害防止ないし犯跡隠滅行為の防止のため警察官に許容される範囲内の行為であったといえることができる。」

—東京高判H6. 6. 14 速報3002

2 自動車検問

ここでいう自動車検問とは、不特定の自動車の停止を求め、質問等を行うことをいい、交通検問、警戒検問、緊急配備検問の三種がある。

緊急配備検問は、特定の犯罪にかかる捜査活動であるから、任意捜査の規制にしたがって行われることになる。

交通検問及び警戒検問については、特に警戒検問について、その活動の法的根拠を警職法2条1項に求めるか、警察法2条1項に求めるか、

あるいは、憲法31条に求めるかについて争いがある。

なお、上位の憲法に自動車検問の法的根拠を求める見解もあるが、組織法である警察法に根拠を求める見解より更に無理がある。

(1) 交通検問

交通検問とは、交通違反の予防、検挙のため、自動車の停止を求め質問等を行うことをいう。

交通検問については、「交通の取締」に関する直接の手續規定が見当たらないので、警察法2条1項の警察官の責務規定を根拠とする外はない。一般的には、警察法は組織法であって手續法ではないので、合理的な理由のない限り、これを手續の直接の根拠とするのは相当ではないが、同項が「犯罪の予防」と「交通の取締」を警察の責務として定めていることから、そのための警察活動については、任意手段である限り、一般的に許容されるべきであるうえ、特に、交通違反の予防、検挙のための交通検問については、自動車運転者が公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担として協力すべきであること等を考慮し、交通違反が多発する地域であること等を要件として許容されると解する。

判例も、警察法第2条1項の一般的な警察の責務に加えて、自動車運転者の交通取締りに協力すべき義務を根拠として、許容されるものと解している（注）。

（注）「警察法2条1項が『交通の取締』を警察の責務として定めていることに照らすと、交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意手段による限り、一般的に許容されるべきものであるが、それが国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段によるからといって無制限に許されるべきものでないことも同条2項及び警察官職務執行法1条などの趣旨に鑑みあきらかである。しかしながら、自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担として、合理的に必要な限度で行われる交通の取締りに協力すべきものであること、その他現時における交通違反、交通事故の状況などをも考慮すると、警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無

にかかわりなく短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などを行うことは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法なものと解すべきである。」

—最三決S55, 9, 22 刑集34-5-272

(2) 警戒検問

警戒検問とは、犯罪の予防・検挙のため、自動車の停止を求め質問等を行うことをいう。

その問題点は、自動車の停止を求める時点において、警職法第2条1項に規定されている職務質問の要件の有無が明らかでないことが多い点にある。そこで、警戒検問の適法性について、その法的根拠を警職法2条1項に求めるか、警察法2条1項に求めるか、あるいは、憲法31条に求めるかについて争いがある。

警戒検問については、対象とする「犯罪の予防」に関する手続法として警職法が制定されているので、その法的根拠を組織法である警察法2条1項に求めることは避けるべきである。一方では、警職法2条1項のみを根拠とするのは、犯罪を犯し若しくは犯そうとしている者が自動車を利用している蓋然性が高いとは必ずしもいえないし、自動車検問をしなければ犯罪の予防、検挙が困難であること等を根拠として、職務質問の要件の有無を確認するための停止を求める権限を含むと解するのは、同項の文理解釈として難があることは否めない。

そこで、警職法第2条1項だけを根拠とすることに難があることは否定し得ないものの、その要件に加え、下記判例が摘示する「犯罪を犯し若しくは犯そうとしている者が自動車を利用しているという蓋然性のあるとき」等の要件を具備することにより、同項の適用が許容されるものと解するのが相当である。

「自動車を利用する者に対しても警職法第2条第1項は警察官に対し職務質問の権限を与えているものと解すべきであり、徐行しているオープンカーの如き場合を除き職務質問の要件の存否を確認するため自動車利用者に停車を求める権限をも合わせて与えたものといわなければならない。さらに運転者や乗客に職務質問の前提要件の存否を確かめるため2、3の質問をすることも相手方の任意の応答を期待できる限度において許容されていると解するの

が妥当である。しかしながら自動車の停車を求める権限が無制限のものとは到底考えられない。

第1に同条の職務質問が強制力を伴わない任意の手段であることを考えると、その前提として認められる自動車の停止を求める行為もまた任意の手段でなければならないから、道路に障害物を置く等の物理的に停車を強制する方法によることは許されない。

第2に、…職務質問の前提として自動車の停止を求める場合は、人権擁護の見地から職務質問の要件に準じ、犯罪を犯し若しくは犯そうとしている者が自動車を利用しているという蓋然性のあるときに限定するのが相当である。

第3に、…自動車検問によって得られる公共の安全と秩序の維持という利益のために、職務質問を受ける対象者に該当しない者の自由を制限しても已むを得ないと認される場合でなければならない。…これを詳説すれば、(イ)自動車検問が許されるのは自動車を利用する重要犯罪に限られる。(ロ)自動車検問をしなければ犯罪の予防、検挙が困難であると認められる場合であることを必要とする。(ハ)自動車検問が犯罪の予防、検挙の手段として適切なものでなければならない。(ニ)自動車利用者の自由の制限は最小限度に止めなければならない。」—大阪高判S38. 9. 6 高集16-7-526

3 検視

検視とは、人の死が犯罪に起因するものか否かを判断するため、五官の作用により、死体の状況を検分する検察官の処分であり、常に緊急を要するので、変死体が存在する場所に令状無くして立ち入り、変死体を検査し、所持品を調査することができるものと解されている。

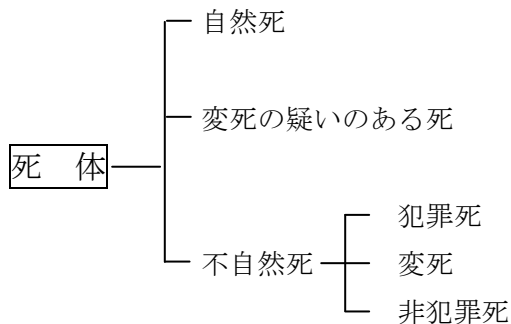
変死者又は変死の疑いのある死体があるときは、その所在地を管轄する地方検察庁又は区検察庁の検察官は、検視をしなければならない。但し、検察官は、検察事務官または司法警察員に検視をさせることができる。(法229・IⅡ)。これを「代行検視」といい、司法警察員による代行検視は、広く行われている。

変死者とは、その死亡が犯罪に起因する疑いのある死体であり、変死の疑いのある死体とは、犯罪に起因する疑いがあるか否かも不明な死体のことである。両者を区別する実益はなく、自然死又は非犯罪死と断定できない死体が検視の対象となる。

なお、理論上は、犯罪死は検視の対象とならないことになるが、検視をしないで犯罪死であることを断定することはできないので、実務上は、非

犯罪死と断定できない限り検視をすることになる。

次に、自然死、変死の疑いのある死、変死を含む不自然死の関係を図示する。



4 告訴

告訴とは、犯罪の被害者その他の告訴権者が、捜査機関に対し、犯罪事実を申告して処罰を求める意思表示をいう。したがって、被告訴人を特定する必要はない。

告訴自体は、捜査の端緒としての意味を持つに過ぎないが、親告罪については、告訴は訴訟条件であって、告訴がなければ公訴を提起することができない。訴訟条件としての告訴の問題点については、告訴不可分の原則も含め、第三章「公訴」において解説する。

(1) 告訴権者

被害者—犯罪により害を被った者（法230）。

被害者の法定代理人（法231・I）。但し、被害者の法定代理人が被疑者であるとき、被疑者の配偶者であるとき、又は被疑者の4親等内の血族若しくは3親等内の姻族であるときは、被害者の親族は、独立して告訴をすることができる（法232）。

被害者が死亡したときは、その配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹（法231・II本文）。但し、被害者の明示した意思に反することはできない（法231・II）

死者の名誉を毀損した罪については、その親族又は子孫（法233・I）。名誉毀損罪について被害者が告訴をしないで死亡したときも同様であるが、被害者の明示した意思に反することはできない（法233・II）。

告訴権者に関する問題点は、次のとおりである。

① 未成年者は独立して告訴することができるか

未成年者であっても、告訴の意味内容が理解できる能力があれば足りる。

「被害者が昭和16年10月30日生まれで（告訴当時13歳11月）、中学2年生であったとしても告訴の訴訟能力を有していたものと認めるのが相当である。」—最二決S32. 9. 26 刑集11-9-2376

② 妻を強姦された夫は告訴権を有するか

夫は、精神的損害を受けた者ではあっても、強姦罪の保護法益である性的自由を侵害された者ではないので、消極に解する。

③ 建物の賃借人は、その建物の窓ガラス等を損壊された場合、告訴権を有するか

賃借人は、賃借権に基づく使用収益権を有するので、所有権とは別に、独自の法益を有するものとして保護されるべきであり、その法意は、刑法262条において、所有者が賃貸した物を損壊した場合の器物損壊罪を規定しているところにも現れている。

「同罪（器物損壊）の被害法益は財物の利用価値ないし効用の保護にあること、及び、賃借人は賃貸人から引渡をうけた賃貸借の目的物件について排他的に使用収益をなす権利を有するものであることに照らすと、賃借人が右の目的物件について有する使用収益権に基づく利益も、その物の所有者の権利とは別個独立に保護されるべきものといわなければならない。刑法262条において、その物の賃借人の利益が独立して保護され、賃借人が被害者として告訴権を有することを規定しているのは右の法意を明らかにした趣旨と解される。」—仙台高判S39. 3. 19 高判集17-2-206

④ 外国に単身赴任中の夫所有の建物に居住している妻は、同建物の塀等を損壊された場合、告訴権を有するか

当該妻は、所有者たる夫に代わって留守宅を管理する権限を有し、その使用収益権限は、所有者のそれと同等のものであるから、賃借権以上の独自の法益として保護されるべきである。

「刑訴法230条は、『犯罪により害を被った者は、告訴をすることができる。』と規定しているのであるから、大審院判決（明治45年5月27日刑録18-676）がこれを毀棄された物の所有者に限るとしたのは、狭きに失するものといわなければならない。そして、（告訴人は、）右塀によって居住の平穏等を維持していたものであるというのであって、本件づ

ロック塀の損壊により害を被った者として、告訴権を有するものと解するのが相当である。」—最三判S 4 5. 1 2. 2 2 刑集24-13-1862

(但し、同判例は、原審 高松高判 S44.6.30刑集24-13-1869の下記判示を受けてのものであり、器物損壊罪の保護法益との関係から、居住の平穩をいう前に「正当な権原に基き右塀を占有使用し、」を加えて理解すべきものである。)

「本件の場合、松本シズエは本件土地家屋やブロック塀の所有者の妻として、正当な権原に基き右物件を占有使用し、本件ブロック塀によつて他人の侵入を防止し、境界を明白にし、平穩な家庭生活を維持するという効用を適法に享受している者であり、殊にその占有使用は、単なる契約による賃貸借や恩恵的な使用貸借に基くものではなく、妻が所有者たる夫に代つてその留守宅を管理するという高度の占有権原に基くものであり、社会通念上所有権者自体の占有使用と等質の内容を有するものである。したがって、同人の享受する使用利益は、所有権者のそれに比肩すべきものであるから、単なる契約による賃借人等の使用利益に比し、刑法上より厚い保護に価するものといわねばならない。」

(2) 告訴期間

親告罪の告訴期間は、原則として、犯人を知った日から6ヶ月である(法235・I)。親告罪について告訴期間を設けた趣旨は、国家の公訴権の行使を私人である告訴権者の意思に無限定にかからしめるのは相当でなく、公訴提起の可否をいつまでも不安定な状態に置かないようにするためとされている。

公訴権の行使を告訴人の意思にかからしめるというのは、告訴がなければ公訴を提起できないということの外、付随的に、司法警察員は、告訴を受けたときは速やかに検察官に送致しなければならず(法242)、検察官は、告訴のあった事件について起訴不起訴の処分をしたうえ、その処分を告訴人に通知し(法260)、不起訴処分をした場合において告訴人の請求があるときはその理由を告げなければならないということの意味するが(法261)、告訴があれば公訴を提起しなければならないということではない。

非親告罪については、告訴期間の制限はないとされている。しかしながら、公訴権の行使を告訴人の意思にかからしめることについては、非親告罪の告訴についても、それがなくても公訴を提起できるということの外は、親告罪の告訴と同様であるから、告訴期間について別異の取り扱いをする理由に乏しいと思われる。

なお、(準)強制わいせつ罪、(準)強姦、わいせつ目的等略取及び誘拐とその幫助(刑法176~178、225、227・IⅢ)、又はこれらの罪にかかる未遂については、その精神的被害の深刻さから告訴期間内に告訴の意思を決することが困難であることに配慮して、平成12年の改正により、告訴期間が撤廃された(法235・I①)。また、従前から、刑法第232条2項の規定により外国の代表者が行う告訴、及び日本国に派遣された外国の使節に対する名誉毀損または侮辱の罪(刑法230、231)にかかるその使節が行う告訴についても、外交関係に配慮して告訴期間を設けていない(法235・I②)。

「犯人を知った」の意義

犯人が何人であるかを特定しうる程度、即ち、他の者と弁別しうる程度に認識することを要する 一最三決S39.11.10 刑集18-9-547

「犯人を知った日」の意義

犯罪行為終了後の日を指し、告訴権者が犯罪継続中に犯人を知ったとしても、その日を親告罪の告訴期間の起算日とすることはできない。

告訴期間の独立

告訴権者の1人の告訴期間の徒過は、他の告訴権者に対し、その効力を及ぼさない(法236)。

(3) 告訴手続

告訴は、書面又は口頭で、検察官又は司法警察員にしなければならない(法241・I)。検察官又は司法警察員は、口頭による告訴を受けたときは調書を作らなければならない(法241・II)。司法警察員は、告訴を受けたときは、速やかにこれに関する書類および証拠物を検察官に送付しなければならない(法242)。

告訴を受理した、しないの報道がなされることがあるが、法は、告訴を被害者の権利として規定しており、検察官又は司法警察員に告訴受理に関する裁量権を与えていないので、告訴の受理を拒否することはできない。

(4) 告訴の取消し

告訴は、公訴の提起があるまで、取り消すことができる(法237・I)。告訴の取消しをした者は、更に告訴をすることができない(法23

7・II)。

法が公訴の提起後の取消しを許さないのは、訴訟条件としての告訴の効力を告訴権者の意思にかからしめるべきではないからであり、再告訴を許さないのは、恣意的な告訴権の行使を許さない趣旨である。

告訴取消しに関する問題点は、次のとおりである。

- ① 法定代理人は、未成年者のした告訴を取り消すことができるか
未成年者も、独立した告訴権を有するので、法定代理人の判断で取り消すことはできない。
- ② 本人が告訴を取消した後、法定代理人が告訴をすることができるか。
法定代理人も独立した告訴権を有するので、本人の告訴取消しの影響を受けず、告訴期間内である限り告訴できる(法231・I、236)。

(5) 告訴人の権利

- ① 処分結果の通知を受ける権利(法260)
- ② 不起訴理由の告知を受ける権利(法261)
- ③ 付審判請求権(法262以下)
- ④ 検察審査会に対する審査申立権(検察審査会法)

5 告発

告発とは、犯人又は告訴権者以外の第三者が、捜査機関に対し、犯罪事実を申告して犯人の処罰を求める意思表示をいう。

何人でも、犯罪があると思料するときは、告発をすることができる(法239・I)。

告発権者、告発期間に制限はなく、再告発の制限がない外、告発・同取消しの方式、告発を受けた司法警察員の手続は告訴と同様である(法241、242、243)。

告発義務

官吏又は公吏(公務員)は、その職務を行うことにより犯罪があると思料するときは、告発をしなければならない(法239・II)

第4 逮捕

逮捕とは、勾留の要否を判断するための、被疑者の一次強制身柄拘束処分である（注）。比較的長期の身柄拘束処分である勾留の要否を判断するための短期拘束処分として、勾留に前置される。

（注）平成20年版犯罪白書によれば、検察庁既済事件総数に占める逮捕率は29.4%であり、刑法犯で最も高い逮捕率は強盗73.1%、同じく最も低い逮捕率は窃盗21.1%である。ちなみに、殺人罪のそれは57.8%である。

逮捕には、通常逮捕、緊急逮捕、現行犯逮捕の三種がある。

次に、その実体及び手続要件の概要を一覧する。

	実体要件	手続要件
通常逮捕 法199、 201 規143の3	① 罪を犯したことを疑うに足りる 相当な理由 (但し、軽微犯に付加事由あり) なお、消極的必要要件として、「逃亡 するおそれがなく、かつ、罪証を隠滅 するおそれがない等、明らかに逮捕の 必要がないときを除く」	① 逮捕状請求権者 検察官又は司法警察員 (警察官は警部以上) ② 逮捕権者—捜査機関 ③ あらかじめ逮捕状の発付を受 けて、これを被疑者に示さなけ ればならない。
現行犯逮捕 法212 ～214	(現行犯) 現に罪を行い、又は現に罪 を行い終わったこと (準現行犯) 法212・II所定の事由にあたる者 が、罪を行い終わってから間がない と明らかに認められるとき (但し、軽微犯に付加事由あり)	① 逮捕状なくして逮捕できる。 ② 逮捕権者—何人でも可 ③ 捜査機関以外のものが逮捕し たときは、直ちに検察官又は司 法警察職員に引き渡さなければ ならない。
緊急逮捕 法210、 211	① 死刑又は無期若しくは長期3年 以上の懲役若しくは禁固に当たる 罪を犯したことを疑うに足りる充 分な理由 ② 急速を要し、裁判官の逮捕状を求 めることができないとき	① 緊急逮捕の理由を告げ、逮捕 状なくして逮捕できる。 ② 逮捕状請求・逮捕権者共 —捜査機関 ③ 逮捕後直ちに逮捕状を求める 手続をしたうえ、これを被疑者に 示さなければならない。

逮捕の際の第三者規制

逮捕は、被疑者に向けられたものであるが、第三者により逮捕の執行が妨害されるおそれがある場合には、逮捕の実効性を確保し、逮捕執行者の生命身体の安全を保全するため、逮捕の執行に伴う効力として、第三者に対しても、必要最小限の相当な方法による強制手段を用いることが予定されているものと解される（注）。

（注）「通常逮捕状を執行するに際し、同逮捕状の効力として、被疑者以外の者即ち第三者の身柄拘束が許されることを法律上直接明示した規定は見当たらない。しかし、第三者によって被疑者に対する逮捕状の執行が妨害されるおそれがあり、とくに、逮捕状の執行に従事する捜査官の生命・身体に危害を加えられるおそれがある、右の捜査官において右のおそれがあると判断するについて相当な理由がある場合には、緊急やむを得ない措置として、逮捕状の執行に必要なかつ最少の限度において、相当と認める方法により一時的に右の第三者の自由を制限することができる」と解するのが相当である。ただし、刑事訴訟法が逮捕状の執行という強制措置を認めている以上、これに対する妨害の予防ないし排除のために、右の程度の緊急措置は刑事訴訟法ないし警察官等の職務執行に関する法律によって当然に予定し、是認されているものと解すべきであり、このように解する以上、かかる強制手段の対象から第三者を除外すべきいわれはないからである。」

—東京高判S 53. 5. 31「大菩薩峠事件」刑裁月報10-4. 5-883

1 通常逮捕

通常逮捕は、憲法 33 条の令状主義に基づく原則的な逮捕形態であり、事前に逮捕状の発付を受けることにより、司法審査を受けているため、逮捕要件としては、対象犯罪を限定せず、嫌疑の程度も「疑うに足りる相当な理由」に止まる。これに対し、事前の司法審査を受けない緊急逮捕及び現行犯逮捕には、後記のとおり、より厳格な要件が求められている。

(1) 要件

検察官、検察事務官または司法警察職員は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官があらかじめ発する逮捕状により、これを逮捕することができる（法 199・I 本文）。

但し、30万円（例外あり）以下の罰金、拘留又は科料に当たる罪については、被疑者が定まった住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定（法 198・I）による出頭の求めに応じない場合に限る（法 199・I 但書）。

なお、逮捕の必要性は、積極的な要件とはされていないが、次に述べる逮捕状発付の際の消極的要件として規定されている。

逮捕状の法的性格

法199条1項が逮捕の主体を捜査機関として、逮捕状を逮捕の条件とし、同条2項が逮捕状の発付を捜査機関の請求のみにかからしめ、法203条1項、204条1項が「留置の必要がないと料するときは直ちにこれを釈放し」と規定しているところから、逮捕状は、裁判官の命令状ではなく、許可状と解される。けだし、命令状であれば、逮捕権者は裁判官でなければならず、釈放も裁判官の命令によらなければならないはずだからである。

(2) 逮捕状発付

裁判官は、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があると認めるときは、検察官又は司法警察員（警察官たる司法警察員については、警部以上の者に限る）の請求により、前項（法199・I）の逮捕状を発する。但し、明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、この限りでない（法199・II）。

法制定当初の本項は、「前項の逮捕状は、検察官又は司法警察員の請求により、これを発する。」とのみ規定されていたところ、昭和28、29年の改正により、逮捕状の濫発を防止するため、請求権者を警部以上の者に限定すると共に、裁判官がその発付について実質的な審査権を有することを条文上明確にしたものである（注）。

逮捕の必要性事由については、規則143条の3に「逮捕状の請求を受けた裁判官は、…被疑者が逃亡するおそれがなく、かつ、罪証を隠滅するおそれがない等明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、逮捕状の請求を却下しなければならない」と規定されている。「等」とは、例示されている逃亡のおそれ及び罪証隠滅のおそれがあっても、逮捕するまでもない場合があることを想定したものである。

（注）昭和28年7月25日第16回国会参議院法務委員会における法務省刑事局長岡原昌男の修正案趣旨説明、及び同年7月30日同国会参議院本会議における参議院法務委員会委員長郡祐一の委員会審議報告

逮捕状請求権者と逮捕権者の相違

逮捕状請求には慎重を期す必要があるので、その権限者を限定して、

「検察官又は司法警察員（警察官たる司法警察員については、警部以上の者に限る）」としたが、逮捕状が発付された後の執行についてはその必要がないので、その権限者を限定せず、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」としている。

取調べの必要性と逮捕の必要性

逮捕を前置する勾留の要件を規定した法60条に取調べの必要性が含まれていないことからしても、取調べの必要性があっても、その余の必要性がない場合は、逮捕状は却下されるべきものと解せられる。ただし、取調べの必要性があるだけでは、勾留はできないのにかかわらず、勾留の要否を審査すべき逮捕はできるというのは、それ自体矛盾するからである。

逮捕の必要性に関しては、次の判例があり、正当な理由がなく出頭しないことを必要性の一事由として指摘しているが、逃亡のおそれ及び罪証隠滅のおそれの補完事由として考慮しているものと思われ、そのことのみで逮捕の必要性を肯定しているとまでは解せられない。

「そこで、逮捕の必要について検討するに、本件における事実関係によれば、被上告人の生活は安定したものであったことがうかがわれ、また、桂警察署においては本件逮捕状の請求をした時まで、既に被上告人が指紋押なつをしなかったことに関する証拠を相当程度有しており、被上告人もこの点については自ら認めていたのであるから、被上告人について、逃亡のおそれ及び指紋押なつをしなかったとの事実に関する罪証隠滅のおそれが強いものであったということとはできないが、被上告人は、徳永巡査部長らから5回にわたって任意出頭するように求められながら、正当な理由がなく出頭せず、また、被上告人の行動には組織的な背景が存することがうかがわれたこと等にかんがみると、本件においては、明らかに逮捕の必要がなかったということとはできず、逮捕状の請求及びその発付は、刑訴法及び刑訴規則の定める要件を満たす適法なものであったといえることができる。」

—最二判H10. 9. 7(破棄自判)判時1661-70

(3) 逮捕状の呈示

逮捕状により被疑者を逮捕するには、逮捕状を被疑者に示さなければならない（法201・I）

逮捕状を示すことの意義は、被疑者に逮捕の理由を知らしめ、人権保障を全うすることにある。

逮捕状の呈示に伴う問題点は、次のとおりである。

- ① 逮捕状を破棄されるおそれのある場合は、逮捕状を示されることによる権利保障を自ら放棄しようとするものであるから、その権利を保障する必要はなく、逮捕状を示さないで、被疑事実の要旨及び令状が発せられている旨を告げれば足りる。
- ② 被疑者が逃走しようとする場合は、被疑者の責めに帰すべき事由により呈示できない場合であるから、逮捕後呈示できる状況になり次第、直ちに呈示すれば足りる。逮捕状の呈示は、逮捕に伴う被疑者の権利を保全するものであって、逮捕を不能にするのは本末転倒である。

事例としては、逮捕しようとした被疑者が抵抗して逃走しようとしたため、その場で取り押さえて手錠をかけ、直ちに10メートル離れたパトカー内に連行した後、逮捕状を示した事案について、逮捕の適法性を認めた判例がある（東京高判S60・3・19刑裁月報17-3・4-57）。

(4) 緊急執行

逮捕状を所持しないためこれを示すことができない場合において、急速を要するときは、被疑者に対し、被疑事実の要旨及び令状が発せられている旨を告げて、その執行をすることができる。但し、令状は、できる限り速やかにこれを示さなければならない（法201・Ⅱ、73・Ⅲ）。

急速を要する事例として、司法巡查5名が工場付近各所で被疑者を待ち伏せ、その内2名が工場から出てきた被疑者を発見して逮捕しようとしたが、逮捕状を所持している他の巡查と連絡してこれを被疑者に示す余裕がなかったため、逮捕状が発せられている旨を告げて逮捕した行為の適法性を認めた判例がある（最二決S31・3・9刑集10-3-303）

2 緊急逮捕

緊急逮捕は、現行犯逮捕のように嫌疑が明白ではなくとも、嫌疑の程度が高い一定の重大な犯罪については、逮捕状なくして逮捕する必要があるところから規定されたものである。それ故、対象犯罪を重大犯罪に限定すると共に、嫌疑の程度について「疑うに足りる充分な理由」を求め、それでもなお、令状主義の例外とするには足りないため、逮捕後直ちに逮捕状の請求をすることを要件としたものである。

緊急逮捕の規定は、法制定過程において、政府の臨時法制調査会が、憲

法第33条にいう「司法官憲」に検事とその補助者である司法警察員が含まれるとの解釈の下に、検事に逮捕権限等を与える内容の刑事訴訟法改正要綱案を連合軍総司令部に提出したところ（注1）、同総司令部担当官作成のメモランダムの中で、逮捕令状を発する「司法官憲」は裁判官に限られるとしたうえ、緊急逮捕制度が勧告されたことにより（注2）、これが政府改正案に取り入れられ、対象犯罪が拡大されて制定されたものである。

（注1）「刑事訴訟法制定過程」法学協会雑誌91-1384頁以下

（注2）同93-402頁以下, 95-1386, 1536, 1546, 1562頁以下

同総司令部担当官（オプラー及びブレイクモア）作成メモの該当部分

「我々は、憲法で明確に例外とされている現行犯逮捕とは別に、1年以上の懲役・禁錮に当たる罪というように明確にされた重大な犯罪を犯した疑いがある場合に、事前の令状発行無しに逮捕することが許されることを勧告する。しかし、事前の判事の令状発行なしに行われる逮捕は24時間以内に判事によって抑制されなければならない。彼は、事件の重大性と逮捕の形式的有効性を審査する。そして、逮捕が形式上及び実質上有効であったという結論に達したならば逮捕状を出すことによってそれを承認する。逮捕に陸続する判事の令状発行は、新憲法30条（現行憲法33条に該当—筆者注）の目的と一致しているし、何人も司法官憲の令状なくして逮捕されないという語句によって表現されている要求にも合致すると信じられている。」

(1) 要件

死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪を犯したことを疑うに足る充分な理由がある場合で、急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないとき（法210・I前段）。

(2) 逮捕手続

検察官、検察事務官または司法警察職員は、上記理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合には、直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない。逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない（法210・I後段）。

逮捕状請求権者は、通常逮捕とは異なり、請求に慎重を期する必要はなく、むしろ速やかに裁判官の適法性審査を受ける必要があるので、司法巡査でもできるものとされた。

被疑者に告知すべき緊急逮捕の理由は、嫌疑の充分性と逮捕の緊急性の双方を要するものと解されている。

なお、緊急逮捕状は、緊急逮捕時の適法性が認められた場合に発付されるものであるが、同時に逮捕の継続を許可するものであるから、緊急逮捕後人違いであることが発覚するなどして、通常逮捕の要件を充足しないことが判明した場合は、緊急逮捕状の請求を却下すべきことになる。この場合は、緊急逮捕の適法性の有無を付記するのが相当である。

緊急逮捕については、次のような問題点がある。

① 緊急逮捕の合憲性

憲法第33条は、逮捕に令状を要しない場合を現行犯逮捕のみとしたので、緊急逮捕規定の合憲性が問題となる。

違憲説は、憲法第33条が令状主義の例外を文理上明らかに現行犯逮捕のみとしていることを根拠とする。

合憲説には、令状逮捕の一種とする説、現行犯に準じ令状を要しない合理性があるとする説、両説の理由が競合して合憲とする説等がある。

令状逮捕の一種とする説は、事後に令状が発付されないこともあり得るので、根拠として十分ではなく、令状を要しない合理性があるとする説は、嫌疑充分の重大犯罪について緊急の必要性がある場合であっても、現行犯に比べれば令状を要しないといえるほどの合理性に欠けることは否めない。結局、上記立法過程にも鑑み、両者の根拠を合わせて合憲とする競合説が相当である。

判例は、次のとおり合憲とし、実務的には定着している。

「かような厳格な制約の下に、罪状の重い一定の犯罪のみについて、緊急やむを得ない場合に限り、逮捕後直ちに裁判官の審査を受けて逮捕状の発行を求めることを条件とし、被疑者の逮捕を認めることは、憲法33条の規定の趣旨に反するものではない」

—最大判S30. 12. 14 刑集9-13-2760

② 「急速を要した」の意義

「急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないとき」とは、被疑者が逃走し罪証を隠滅するおそれがあるため、逮捕状を請求する暇がない場合をいうが、緊急逮捕に着手するための準備、検討に要する時間を経過しても、急速を要したと評価することを妨げな

い。

その事例として、集団暴行犯人が、多数の者と共に団体結成大会を開き、逮捕に備え石等を用意して体制を整えている場合に、警察当局がその動向を探知し、応援警察官を手配するため、即日逮捕する旨の決定をするまでに2時間余を要した場合はやむをえないとして、「急速を要した」と認めた判例がある（注）。

（注）「そこで外の多数と混在し結成大会を開いていたというのであるから、司法警察職員が同日逮捕状を得て逮捕するにしても緊急逮捕をするにしても、右大会の現場に赴き被疑者に接近対面してこれが逮捕を全うするには、周囲を警戒し妨害を排除し平穏裡に職務を執行し得るだけの多数の警察職員の応援を要すると考えられ、そのためには事前に右会場における被疑者その他の多数の動向を探知し、応援警察職員を手配し、その状況に応じて逮捕は後日逮捕状を得てなすべきか或は即日逮捕の方法によるべきかを協議検討しなければならず、このためには宇部市警察当局が右犯行を知った後即日逮捕を決定するまでに2時間余を要したとしてもやむを得ないところといわなければならない。」

—最三判S32. 5. 28 刑11-5-1548

③ 「直ちに」の意義

裁判官の逮捕状を求める手続を「直ちに」しなければならないとは、文字通り、時を移さず逮捕状を請求しなければならないとの趣旨である。

もっとも、その前提として、裁判所が緊急逮捕の要件を判断するに足りる必要最小限度の疎明資料を準備する必要があるため、これに要する時間の経過は容認される（注1）。しかし、その疎明資料は、緊急逮捕の適法性を審査するためのものであるから、新たな証拠収集をするための時間は容認されない（注2）。

（注1）（内ゲバによる傷害事件において、疎明資料の整理に時間を要し、緊急逮捕後約6時間を経た事案について）

「本件においては、被告人3名はもとより、被害者も捜査に協力していないのであるから、被疑事実の内容、犯人特定のための前記目撃者らの供述証拠の作成など、裁判所が緊急の要件の存否を判断するのに必要な最小限度の疎明資料を収集し整理するために時間を要したと見られるのであって、これを考慮するときは、前記6時間の経過も本件においては必要かつ

やむを得ないものというべく、本件の令状請求が『直ちに』なされなかったとして違法とみることはできない。」

—広島高判S58. 2. 1 判時1093-151

(注2) (非現住建造物放火事件において、緊急逮捕後、被疑者を立ち会わせて実況見分を行ったり、被疑者を取調べたため、約6時間40分後を経た事案について)

「本件においては、前記したところによれば時間的關係等においてすでにこの『直ちに』の要件が欠けていることが明らかであるから、警察官は現行犯人でない被告人を逮捕状によらずして逮捕し拘禁したことになり、その違法性は重大である。」—大阪高判S50. 11. 19 判時813-102

④ 緊急逮捕後釈放した場合の逮捕状請求の要否

逮捕状請求の趣旨は、緊急逮捕の適法性の審査を受けることにあるから、釈放した場合にも逮捕状の請求を要する。

⑤ 緊急逮捕後収集した資料を逮捕状請求資料とすることの可否

緊急逮捕時の適法性を審査する趣旨であるから、その後に収集された資料をその審査資料とすることはできない。

⑥ 傷害で緊急逮捕後に被害者が死亡した場合の逮捕状請求罪名
同様の趣旨により、緊急逮捕時の罪名（傷害）とする。

3 現行犯逮捕

現行犯逮捕は、目前の犯罪を逮捕せずに見逃すことは正義に反するので、憲法33条の令状主義の例外とされたものであり、それ故に、現行犯であって嫌疑が明白であることが唯一の要件とされ、捜査機関に限らず、私人においても逮捕することができるものとされた。

(1) 要件

現行犯逮捕の要件は、無令状逮捕が許される趣旨に照らし、逮捕者が犯罪及びその犯人を現認し（犯罪及び犯人の明白性）、かつ、逮捕時において犯罪が行われているか、その直後であること（犯罪の現行性）であるが、その具体的な指標としては、犯罪と逮捕の時間的接着性と場所的近接性を必要とする。要するに、犯罪が燃え上がっている状態において、犯人を逮捕することが現行犯逮捕である。

現行犯逮捕については、その必要性が要件となるか否かについて、次の通り見解が分かれている。實際上、逮捕の必要性の有無を問題に

する余地は少ないと思われるが、必要性がない事案が生ずることも考えられる以上、これを不要とする理由はないと思われる。

積極説

「逮捕の必要性を現行犯逮捕の要件とする旨の規定は存しないが、現行犯逮捕も人の身体の自由を拘束する強制処分であるから、その要件はできる限り厳格に解すべきであって、通常逮捕の場合と同様、逮捕の必要性をその要件と解するのが相当である」－大阪高判S 60. 12. 18 判時1201-93

消極説

「原判決は現行犯人の逮捕にも刑事訴訟法規則第143条の3の準用があるものとし、本件逮捕は必要性を欠いていると非難しているが、現行犯人の逮捕については特にその必要性に関する規定がなく、また現行犯人は、犯罪を行ったことが極めて明白なところから、特に令状がなくても、これを逮捕できるとしたものであり、そのため刑事訴訟法第213条も、「現行犯人は、何人でも逮捕状なくしてこれを逮捕することができる」と規定して、私人もこれを逮捕することができる」と共に、同法第217条が『500円以下の罰金、拘留又は科料にあたる現行犯については、犯人の住居若しくは氏名が明らかでない場合又は犯人が逃亡するおそれがある場合に限り第213条乃至前条の規定を適用する」と規定して極めて軽微な事件についても、一定の場合にはこれを逮捕することができる」としていることに倣すれば、現行犯人の逮捕については、逮捕の必要性の有無を問題にする余地はないものと考えられる」－東京高判S 41. 1. 27 判時439-16

現行犯人

「現に罪を行っている者」及び「現に罪を行い終った者」を現行犯人とする（法212・I）。

「現に罪を行っている者」について、その該当生が問題になる余地はないが、「現に罪を行い終った者」の該当性については、次の事例判例がある。

- ① 暴行、器物毀棄事件の通報を受けた警察官が、被害者から、犯人が犯行現場から約20メートル隔てた別の飲食店にいると聞き、犯行の30ないし40分後に、同店内において、手に怪我をして大声で叫んでいる被疑者を発見した場合

－最一決S 31. 10. 25（肯定）刑集10-10-1439

- ② 警察が住居侵入の直後、急報に接して現場に急行し、現場から

約30メートル離れた路上にいた被疑者を逮捕した場合

「住居侵入の現場から約30米は離れた所で逮捕したものではあるが、時間的には、住居侵入の直後、急報に接し、浜本巡査が自転車で現場にかけつけ、右の地点において逮捕したものであるから、刑訴212条1項にいう「現に罪を行い終つた者」にあたる現行犯人の逮捕と認むべきである。」

—最二決S33.6.4 刑集12-9-1971

- ③ 映画館における公然わいせつの被害者が、一旦帰宅して夫と相談後、再度映画館に引き返し、被疑者が未だ館内に居ることを確かめた上、警察官に通報し、警察官が犯行の約1時間5分後に映画館から出てきた被疑者を被害者の指示により逮捕した場合

—大阪高判S40.11.8 (否定) 下刑集7-11-1947

準現行犯人

次の各号の1に当たる者が、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」は、これを現行犯人とみなす（法212・II）。

「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」の該当性については、次の事例判例がある。

（内ゲバ事件発生の通報を受け、犯行現場から約4キロメートル離れた派出所で警戒中の警察官が、犯行の約1時間経過後に、Aが小雨の中で傘も差さず、靴も泥で汚れている様子を見て、職務質問のため停止を求めたところ、Aが逃走したので追跡して追いつき、Aが腕に籠手を装着しているなどの状況が認められた事案について、）「以上のような本件の事実関係の下では、・・・刑訴法212条2項2号ないし4号に当たる者が罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるときにされたものということができ」—最三決H8.1.29「和光大学内ゲバ事件」判時1557-145

- ① 犯人として追呼されているとき（1号）

追呼とは、追いかけて呼びかけるの意であるが、犯人であることの徴表として付加要件とされたものであるから、声を出すことに意味はないので、声を出して呼びかけられている必要はないし（注）、声だけで追いかけている場合でもよい。

（注）通信指令により傷害犯人が運転するタクシーを警戒中の警察官が、指令内容と同一の車種及び登録番号のタクシーを発見して停車を求め、運転手に職務質問をして同事件の犯人であることを確認するとともに、後方から追跡してきた車両の運転手から、『この車が乗車拒否をし、客を引きず

り怪我をさせた車でこの運転手はその時この車を運転していた人に間違いありません。私はその場所からこの車を追跡してきた』旨の説明を受けた事案について、本号に当たるとした（東京高判S 46. 10. 27判時656-101）。

② 贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる凶器その他の物を所持しているとき（2号）

犯行供用物件を所持していることが犯人であることの徴表とされたものであるから、逮捕者において罪を行い終わって間がないと認めたとときに、被逮捕者が当該物件を所持していれば足り、逮捕時に所持している必要はない（注）。

（注）白色模様付きの風呂敷包を重そうに抱えていたので追跡され、光栄電機店の前に行きその風呂敷包をほどいてモーター1台を出し、その店員とモーターの試験をした後、家の中に入り現金を受取り、右手に風呂敷を丸めて持って、来た道を早足にて行くので、これをなおも追跡して職務質問した結果、窃盗犯人であることを自白した事案について、逮捕の瞬間に同号掲記の物件を所持している必要はないとして、本号に当たるとした（最二判S 30. 12. 16刑集9-14-2791）

③ 身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき（3号）

犯罪の痕跡が残存していることが犯人であることの徴表とされたものであるから、犯行時に現認できなくても、逮捕時において犯行時にその証跡があったことが明らかになれば足りる（注）。

（注）無免許、酒気帯び運転の際に引き起こした交通事故のため、自らも頭部にけがを負い、とりあえず救急車で所論指摘の平野総合病院に運ばれた被疑者につき、交通事故の指令により右病院に駆け付けた警察官が、被告人から酒臭を感じたため、飲酒検知器により被告人の呼気を測定した結果、呼気1リットルにつき0・35ミリグラムのアルコール量を検出し、更に、酒酔い鑑識カードに基づき被告人に対して質問等をした末、右無免許、酒気帯び運転から約5分経過した時点で、酒気帯び運転で現行犯逮捕した事案について、本号に当たるとした（H元. 1. 18名古屋高判判例タイムズ696-229）。

④ 誰何されて逃走しようとするとき（4号）

誰何とは、「誰か」と問い正すの意であるが、犯人であることの徴表として付加要件とされたものであるから、声を出して「誰か」と問

うことは必ずしも必要ではなく、呼びとがめる行動に反応して逃走しようとするれば足りる（注）。

（注）最決 S42. 9. 13 「枚方事件」判時498-75は、犯罪発生直後現場に急行した警察官が引き続き犯人を捜索中、犯行後35分ないし1時間を経過したころ、犯人と思われる者を懐中電灯で照らし警笛を鳴らしたところ、相手方がこれによって警察官と知って逃走しようとした場合、「誰か」と問わないでも本号に当たるとした。

(2) 逮捕手続

何人でも、逮捕状なくして、これを逮捕することができる（法213）。但し、軽微犯については、住居若しくは氏名が明らかでない場合又は逃亡するおそれがある場合に限る（法217）。

私人の逮捕を許す理由は、犯罪と犯人が逮捕者にとって明らかで、不当な身柄拘束による人権侵害の恐れがないうえ、現行犯人の逃走を見過ごすのは正義に反し、後日の検挙を困難にするからである。

第5 勾留

勾留とは、被疑者を一定期間拘禁する裁判及びその執行をいう。

勾留には、被疑者の勾留（起訴前）と被告人の勾留（起訴後）があり、法は、被告人の勾留の要件を総則（法60～62、64、69～73、77～87、91、95、97）に規定し、被疑者の勾留については、第一審「捜査」の章において、原則として被告人の勾留に関する規定を準用したうえ（法207）、被疑者の勾留に特有の規定を置いている。

以下、被疑者の勾留を念頭に置いて解説することとし、被告人の勾留については、次の一覧表により、被疑者の勾留との相違点を摘示するに止める。

	被疑者の勾留	被告人の勾留
請求権者	検察官（法207、204、205）	裁判所の職権（法60）
逮捕前置	必要（法207、204、205）	不要（法60）
勾留期間	10日+10日+5日（法208、209）	2箇月+1箇月更新（法60）
保釈制度	無し（法207・I但書）	有り（法88～94、96、98）

被疑者の勾留の目的は、罪証湮滅を防止しながら、検察官が起訴不起訴の決定をするに足る捜査を遂げると共に、将来の公判期日への出頭を確保することにある。

勾留状の法的性格

被疑者の勾留請求を受けた裁判官は、法207条1項により、保釈を除き、裁判所による被告人の勾留権限（法60以下）と同一の権限を有するとされているところ、被告人の勾留主体は裁判所であり（法60・I）、捜査機関は勾留状の執行機関として規定されているので（法70・I）、被疑者の勾留状は命令状であると解される。但し、被疑者の勾留請求権者は、検察官に限られ（法204・I、205・II）、法208条1項は、検察官が勾留期間内に公訴を提起しないで被疑者を釈放し、事後在宅で公訴を提起することを許しているため、この点は、命令上の性格が捜査の都合により変容している。

なお、被疑者の勾留期間中に公訴が提起された場合は、法207条1項により、法61条に基づく被疑者の勾留質問がなされていることにな

るので、勾留事実と起訴にかかる訴因の間に公訴事実の同一性が認められる限り、改めて法61条の勾留質問を経ることなく、被疑者の勾留の効力が維持され、公訴提起のときから2箇月間（法60・II）の被告人勾留として継続される。このことから、被疑者の勾留は、被告人の勾留と継続性を持って、将来の公判期日への出頭を確保する側面を有するものである。

勾留期間中の被疑者の取調べ

捜査の一環として、被疑者の取調べを否定すべき理由はない。

弾劾的捜査観に立つ学説は、捜査を被疑者の勾留の目的とすることに否定的であるが、被疑者の勾留が検察官の請求にかかり（法204・I、205・I、208・II、208の2）、被疑者の勾留には保釈制度が無く、勾留期間中の釈放は検察官の裁量に委ねられ、勾留期間中の弁護士と被疑者の接見交通が捜査の必要により制限されること（法39・III）などから、被疑者の勾留の主たる目的が捜査にあることは明らかである。

ただ、被疑者は捜査機関の取調べのための出頭要求に対し、逮捕・勾留されている場合を除いては、出頭拒否・退去権を有するので（法198・I）、被疑者の取調べのみを理由として逮捕・勾留することはできないことになっているに止まる。

1 逮捕前置主義

違法な勾留を防ぐため、逮捕手続を先行させて二段階審査をすることを原則とする制度である。したがって、甲罪で逮捕して乙罪で勾留することはできない。

その根拠規定は、法第207条1項の「前3条の規定による勾留の請求を受けた裁判官は、その処分に関し、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する」との規定にある。即ち、「前3条」とは、逮捕した被疑者について勾留請求することを定めた法第204ないし206条を指し、在宅被疑者について、逮捕を前置することなく直接勾留請求することを定めた規定がないのである。

逮捕前置主義の適用事例として、甲事実で逮捕後、乙事実も発覚した場合、次のような問題がある。

① 甲・乙両事実について勾留請求できるか

甲事実に勾留理由が有れば、実質上逮捕前置の趣旨に反するものではなく、逮捕・勾留のくり返しを避けることにもなるので、可とする。

② 乙事実のみについて勾留請求できるか

逮捕前置主義の本旨に戻り、逮捕手続を経て勾留要件の存否を審査する必要がある。

2 勾留質問

被疑者の勾留は、被疑者に対し被疑事件を告げこれに関する陳述を聞いた後でなければ、これを行うことができない（法61、207・I）。

これを勾留質問という。勾留質問は、憲法34条前段「何人も、理由を直ちに告げられ、かつ、直ちに弁護人を依頼する権利を与えられなければ、拘禁されない」旨の規定に由来する手続である。

勾留質問の趣旨は、被疑事実の内容を告げ、これに関する被疑者の認否及び弁解を聞くことにより、勾留の要件の有無及び必要性を判断することにある。

その際、被疑者の弁解録取書が作成され、将来の公判手続において、証拠となり得るので（法322・I）、明文の規定はないが、黙秘権の告知をしておくべきであり、実務においても黙秘権の告知がなされている。

弁護人選任権の告知については、被疑者の勾留の場合は、これに先立つ逮捕の時点で告知されているので（法203、204）、勾留質問の際に告知する必要はないが（法207、77）、実務上は、被疑者の防御権を保障するため、勾留質問の際にも告知されている。なお、被疑者国選弁護制度の発足に伴い、裁判官は、同制度対象事件について勾留請求された被疑者に被疑事件を告げる際、弁護人選任権を告知するとともに、貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは、弁護人の選任を請求することができる旨を告げなければならないこととされた（法207・II）。

3 勾留の要件

被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、次の各号の一に当たるとき。但し、軽微犯については、被疑者が定まった住居を有しない場合に限る（法207・I、60・IⅢ）。

加えて、勾留より短期身柄拘束の逮捕に必要性を要し（法199・II）、

勾留の必要がない場合には取消しができることから（法87・I）、勾留についても必要性を要する。

(1) 被疑者が定まった住居を有しないとき

住居不定を勾留要件としたのは、将来の公判期日への出頭を確保するためであるから、裁判所がその住居を認知できるか否かが判断基準となる。

したがって、氏名、住居を黙秘するため、裁判所において、住居を認知できない場合も本号に当たる（注）。

なお、逮捕勾留されていない被疑者には取調べ受忍義務がないので、捜査機関の下への出頭を確保するための要件とは認め難い。

（注）「弁護士に対する受命裁判官の事情聴取の結果によれば被疑者らは定まった住居を有するものようであるが、右身柄引受書および事情聴取の結果によるも、被疑者らの氏名、住居は具体的には明らかにされていない。このように被疑者らにおいて氏名、住居を黙秘するため、裁判所、検察官においてその住居を認知しえない場合には、たとえ客観的には被疑者らに定まった住居があるとしても、刑事訴訟法60条1項1号にいう『被疑者に定まった住居を有しないとき』に該るものと解するのが相当である」（但し、本号に該当すると認められる場合であっても、確実な身柄引受人があつて、被疑者の出頭確保のためのでだてが講じられているときには、必ずしも被疑者を勾留する必要はないとしたうえ、本件事実については、勾留の必要性を否定した。）

—東京地決S43. 5. 24 判タ222-242

(2) 被疑者が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき

「罪証」は、犯罪構成要件事実に限らず、刑罰権の範囲を画すべき量刑事情に及ぶ。けだし、刑罰権を適正に実現するためには、犯罪事実の存否に限らず、量刑事情についても、証拠の隠滅を防止して真相を明らかにする必要があるからである。

(3) 被疑者が逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき

逃亡のおそれを勾留要件としたのも、住居不定要件と同様、将来の公判期日への出頭を確保するためである。したがって、被疑者に住居があつても、これを転々と変えているため、召喚、勾引による公判期日への出頭確保が困難と認められる場合も本号に当たる（注）。

（注）「刑事訴訟法601条1項3号にいう『逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる

相当な理由があるとき』とは、勾留がそもそも公判期日への被告人の出頭を確保するための制度であることに鑑みると、被告人が刑事訴追を免れる意思で裁判所にとって所在不明となるおそれがある場合をいい、被告人が居所を転々と変え、勾引状による公判期日への被告人の出頭確保が困難となるおそれがあることが相当な蓋然性をもって肯定される場合を含むと解するのが相当である」

—広島高岡山支決S48. 4. 9 判時702-116

4 勾留状の発付

勾留の請求を受けた裁判官は、勾留質問（法207・I、61）を経たうえ、速やかに勾留状を発しなければならない。但し、勾留の理由がないと認めるとき、及び法203ないし205条の時間制限に従うことができなかつたことについて、やむを得ない正当な事由が認められない場合は、勾留状を発しないで、直ちに被疑者の釈放を命じなければならない（法207・IV、206・II）。

法定の制限時間内に検察官から勾留請求がなされ、勾留状が発せられるまでの間にその制限時間を超えても、勾留審査に要する合理的時間内であれば許容されるものと解する。

5 勾留期間とその延長

法207条により被疑者を勾留した事件につき、勾留の請求をした日から10日以内に公訴を提起しないときは、検察官は、直ちに被疑者を釈放しなければならない（法208・I）。

裁判官は、やむを得ない事由があると認めるときは、検察官の請求により、前項の期間（10日）を延長することができる。この期間の延長は、通じて10日を超えることができない（法208・II）

勾留請求に係る勾留期間10日は、法64条の勾留状の記載事項に勾留期間が入っておらず、釈放の必要性は検察官の判断に委ねられているものと解されるので、裁判官の判断により短縮することはできないが、勾留延長は、法208条2項に「この期間の延長は、通じて10日を超えることはできない」と明記されているので、延長請求を受けた裁判官において、延長期間を決定することができる。

「やむを得ない事由」の意義

事件の複雑困難（被疑者若しくは被疑事実多数のほか、計算複雑、被疑者関係人らの供述またはその他の証拠のくい違い少なからず、あるいは

は取調べを必要と見込まれる関係人証拠物等多数の場合等)あるいは証拠収集の遅延若しくは困難(重要と思料される参考人の病気、旅行、所在不明若しくは鑑定等に多くの日時を要することなど)等により、勾留期間を延長して更に取調べをするのでなければ、起訴不起訴の決定をすることが困難な場合をいう(最三判S37.7.3判時312-20参照)。

余罪捜査の必要性についても、余罪を捜査しなければ、起訴不起訴の決定をすることが困難な場合、あるいは、余罪捜査が勾留事実の解明のために必要な場合は、延長理由となり得る。

6 勾留の取消し

勾留の理由又は勾留の必要がなくなったときは、裁判所(裁判官)は、検察官、被告人又は被疑者若しくはその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系親族若しくはその兄弟姉妹の請求により、又は職権で、決定をもって勾留を取り消さなければならない(法207・I、87・I)。

憲法34条後段「何人も、正当な理由がなければ拘禁されない」旨の規定に由来する制度であり、その趣旨は、当事者の請求又は職権により、いつでも勾留の理由と必要性について再検討を促すことにある。

7 勾留の執行停止

裁判官は、適当と認めるときは、被疑者を親族、保護団体その他の者に委託し、又は被疑者の住居を制限して、勾留の執行を停止することができる。(法207・I、95)

「適当と認めるとき」とは、入院治療等やむを得ない場合をいう。

第6 逮捕・勾留をめぐる諸問題

1 事件単位の原則

逮捕・勾留は、その根拠を明確にするため、事件（被疑事実）ごとに行われることを事件単位の原則という。

その趣旨は、逮捕・勾留の根拠を明確にすることにあり、法は、逮捕状、勾留状に被疑事実の要旨の記載を求め、事件単位の原則を採っている（法200・207・64）。

これに対し、逮捕・勾留の繰り返しを避けるため、被疑者ごとに1回の逮捕・勾留を認める人単位説も一部に主張されているが、逮捕状、勾留状に被疑事実の要旨の記載を求める現行法の逮捕・勾留手続と相容れないうえ、逮捕・勾留の根拠が不明確となるので、採り得ない。

事件単位の原則に関しては、被告人も含め、次のような問題点がある。

- ① A事件で勾留されている被疑者について、B事件の捜査のため必要があることを理由に勾留を延長することの可否

勾留は、A事実について行われているのであるから、原則として、勾留されていないB事件の捜査のため必要があることを理由に延長することはできない。但し、A事件とB事件が科刑上一罪の関係にある場合は、B事実によっても勾留されていると評価され、原則として再逮捕・勾留はできない（分割禁止の原則）、実質的にもB事件の捜査はA事件の捜査にとっても必要であるから、延長できるものと解する（注）。

また、両事件が併合罪の関係にあっても、B事件の捜査をしなければ、A事件の起訴不起訴の決定をすることが困難な場合は、B事件の捜査の必要性がA事件の勾留延長の理由になり得る。

（注）包括一罪について

「右前日の犯行は、本件勾留被疑事実中には掲示されていない別の事実であるけれど、これは、特別の例外事情ない限りいわゆる包括一罪の関係にあるので、この点の捜査につき典型的な別件余罪と同一視して考察すべきものではなく、むしろこの点は、相当程度勾留被疑事実に関する勾留延長可否の判断資料に供されるものと解するを相当とする。」

—横浜地決S42. 2. 2 下刑集9-2-161

- ② A事件で勾留されている被告人の裁量保釈の適否を判断するに当たって、B事件を考慮することの可否

A事件の裁量保釈の適否を判断するための一資料として、B事件を考慮することはできる（注）。

（注）「法90により保釈が適当であるかどうかを審査するに当たっては、甲事実の事案の内容や性質、あるいは被告人の経歴、行状、性格等の事情をも考察することが必要であり、そのための一資料として、勾留状の発せられていない乙丙各事実をも考慮することを禁ずべき理由はない。」

—最三決S44. 7. 14 判時561-82

- ③ AB事件を併合審理し、B在宅事件について有罪となった場合、無罪となったA勾留事件の未決勾留日数をB事件の刑に算入することの可否。A事件の勾留期間がB事件の審理に利用され、実質的にB事件により勾留されたのと同様の状態にあったのであるから、A事件の未決勾留日数をB事件の刑に算入することができるものと解する（注）。

（注）「このような場合、数個の公訴事実について併合審理をするかぎり、一つの公訴事実による適法な勾留の効果が、被告人の身柄につき他の公訴事実についても及ぶことは当然であるから、裁判所が同一被告人に対する数個の公訴事実を併合して審理する場合には、無罪とした公訴事実による適法な勾留日数は他の有罪とした公訴事実の勾留日数として計算できるものと解するのを相当とする。」—最三判30. 12. 26 判タ57-41

- ④ B在宅事件について無罪となった場合、B事件についても捜査されたA勾留事件の勾留期間は刑事補償の対象となりうるか。

③と同様、実質的にA事件の勾留期間がB事件の捜査に利用されたと認められる場合は、その勾留期間がB事件の刑事補償の対象となるものと解する（注）。

（注）「その無罪となった事実についての取調が、不起訴となった事実に対する逮捕・勾留を利用してなされたものと認められる場合においては、これを実質的に考察するときは、各事実につき各別に逮捕・勾留して取調べた場合と何ら区別すべき理由がないものといわなければならない。

そうだとすると、憲法40条にいう「抑留又は拘禁」中には、無罪となった公訴事実に基づく抑留または拘禁はもとより、たとえ不起訴となった事実に基づく抑留または拘禁であっても、そのうちに実質上は、無罪となった事実についての抑留または拘禁であると認められるものがあるときは、その部分の抑留及び拘禁もまたこれを包含するものと解するのを相当とする。」

—最大決S31. 12. 24 判時99-25

2 逮捕・勾留一回性の原則

法が被疑者の身柄拘束期間について、厳格な制限を規定していることから、逮捕勾留は、原則として一罪につき1回に限られる。この原則には二つの側面がある。一つは、一罪を分割し何回にも分けて逮捕・勾留することを許さない分割禁止の原則であり、一つは、一罪について再逮捕・勾留を許さない再逮捕・勾留禁止の原則である。

(1) 分断禁止の原則

常習一罪、包括一罪、あるいは科刑上一罪については、一罪として処断すべき罪であるから、これを構成する個々の犯罪行為ごとに分断して逮捕・勾留することを許さない原則である。

しかしながら、公訴事実が単一であるか否かは事後的な評価の結果であり、捜査の当初においてはもちろんのこと、起訴時においても判明しない場合があるうえ、公訴事実が単一であっても、これを構成する個々の犯罪行為は、本来単独で捜査の対象となるべき事実であり（例えば、常習累犯窃盗における個々の窃盗行為）、他の構成犯罪との間に事実の同一性は認められないのであるから、当初から一罪であることが判明している場合は別として、個々の犯罪行為により逮捕・勾留する余地を認めざるを得ない。

下級審裁判例も、次のとおり、逮捕・勾留の当初において、一罪であることが判明していない場合には、分断逮捕・勾留を認めている。

① 常習一罪

「勾留の対象は逮捕とともに現実に犯された個々の犯罪事実を対象とするものと解するのが相当である。したがって…それらの各事実が包括的に一罪を構成するに止まる場合であっても、個々の事実自体の間に同一性が認められないときには、刑事訴訟法第60条所定の理由があるかぎり各事実ごとに勾留することも許されると解するのが相当である。けだし、勾留は主として被告人あるいは被疑者の逃亡、罪証隠滅を防止するために行われるものであって、その理由の存否は現実に犯された個々の犯罪事実ごとに検討することが必要であるからである（刑事訴訟法第60条第1項参照）。もっとも、同一被告人あるいは被疑者に対し数個の犯罪事実ごとに当初から判明している数個の犯罪事実について、ことさらに順次勾留をくり返すことは不当に被告人あるいは被疑者の権利を侵害するおそれがあり、その運用についてはとくに慎重をきさなければならない

ことはいうまでもない。しかし本件においては、…再度勾留にかかる傷害事犯は最初の勾留時は勿論、起訴当時においても予測できなかった新たな犯罪行為であるから、たとえそれが最初の勾留又は起訴にかかる傷害事犯とも包括して暴力行為等処罰に関する法律第1条の3の常習傷害罪の一罪を構成するに止まるとしても、これについて再び勾留する理由ないし必要性があるかぎり、本件再度の勾留は必ずしも不当とはいえない。」

—福岡高決 S4 2. 3. 24 判時483-79

② 包括一罪

「一罪の一部について勾留が行われ、これについて既に保釈が許可された後、さらに余罪（実質的には一罪の他の部分）が発覚して強制捜査を行う必要がある場合は、逮捕・勾留も許されるものと解するのが相当であり、包括一罪の関係にあるか否かは、捜査を進めた後でなければ明確とされない場合もあり得るのであって（本件第2の勾留はまさにかような場合に該当するものと考えられる。）、捜査の結果既に勾留処分の行われている被告事件と一罪の関係にあることが判明した後においても一罪1勾留の原則から後の勾留が当然に違法となるものと解するのは相当ではない。」

「第1の勾留状発付の際、第2の勾留の対象となっている事実が未だ判明していなかったため、これについて勾留の請求をなすことは不可能であり、かつ右事実が訴因変更の請求により審判の対象とされた後においても、なお罪証隠滅のおそれや、逃走のおそれがあり、これを予防するためなお身柄拘束の必要性が肯定される特段の事情がある場合には、第2の勾留を存続せしめる必要のあることは否み得ないところであって、かような場合についてまで、一罪1勾留の原則を貫こうとすることは、かえって不当な結果を招来することとなり、ひいては実体真実の発見ならびに国家刑罰権の適正迅速な実現の妨げともなりかねないので、かような場合には第2の勾留を存続せしめても、不当な拘束となるものではないというべきであって、・・・」

—福岡高決 S4 9. 10. 31 判時771-107

③ 科刑上一罪

「検察官が本件において勾留を請求した私文書偽造同行使の被疑事実と科刑上の一罪の関係に立つ公文書偽造同行使詐欺の被疑事実について勾留状が発布されその執行があったとしても、この一事では検察官の勾留請求が直ちにその理由がないとは断定し難く、かような多数の者が関与する事件で、重要な関係人が逃走等のため先の勾留期間中に十分な証拠蒐集が不能に帰し、釈放せざるを得なくなった場合において、その後相当の月日を経過してから、重要な証拠が新たに発見されたときには、再び逮捕及び勾留を請求することは、逮捕・勾留

の不当なくりかえしを目的とするものとはいいい難く、したがって同一事実についての再勾留の請求であるということのみをもって、本件請求を却下することは相当ではない、といわなければならない。」

—東京地決S33. 2. 22—審判集1-2-331

(2) 再逮捕・勾留禁止の原則

同一の事実について、重ねて逮捕・勾留することを許さない原則である。

但し、法199条3項は、「検察官又は司法警察員は、第1項の逮捕状を請求する場合において、同一の犯罪事実についてその被疑者に対し前に逮捕状の請求又はその発付があったときは、その旨を裁判所に通知しなければならない。」と規定して、再逮捕が許される場合のあることを前提にしており、再逮捕が許されれば、再逮捕を前置手続とする再勾留も許される場合があるものと解される。その再逮捕・勾留が許される場合とは、逮捕・勾留期間に厳格な制約を設けた法の趣旨に鑑み、事案が重大であって、事情変更がある等の合理的理由があり、逮捕・勾留の不当な蒸し返しにならない場合をいうものと解すべきである。

再逮捕・勾留の許容範囲に関する判例は、次のとおりである。

① 事情変更

次の(ア)の判例は、事情変更による再逮捕が許される場合を一般的に述べたものとして引用したものであり、(イ)の判例は、捜査主体の変更があり、一次逮捕後の捜査の進展により、被疑事実の変更や新たな捜査の必要性が生じたことなどの事情変更を理由として、再逮捕の適法性を認めた事例として引用したものである。

(ア)「同一被疑事件について先に逮捕・勾留され、その勾留期間満了により釈放された被疑者を単なる事情変更を理由として再び逮捕・勾留することは、刑訴法が203条以下において、逮捕・勾留の期間について厳重な制約を設けた趣旨を無視することになり、被疑者の人権保障の見地から許されないものといわざるをえない。しかしながら同法199条3項は再度の逮捕が許される場合のあることを前提にしていることが明らかであり、現行法上再度の勾留を禁止した規定はなく、また、逮捕と勾留は相互に密接不可分の関係にあることに鑑みると、法は例外的に同一被疑事実につき再度の勾留をすることも許しているものと解するのが相当である。そしていかなる場合に再勾留が許されるかについては、前記の原則との関係上、先行の

勾留期間の長短、その期間中の捜査経過、身柄釈放後の事情変更の内容、事案の軽重、検察官の意図その他の諸般の事情を考慮し、社会通念上捜査機関に強制捜査を断念させることが首肯し難く、また、身柄拘束の不当な蒸し返してないと認められる場合に限るとすべきである。」東京地決S47. 4. 4 判665-103

- (イ)「第一次逮捕は大阪府警察本部の捜査官によってなされたものであり、被告人は、右逮捕に引続き10日間の勾留をうけ、その間取調をうけ被疑事実を認めていたのであったが、覚せい剤の流れた先についての捜査が未了であったことから、起訴、不起訴の処分が保留されたまま釈放になったこと、そして第二次逮捕は東京の警視庁碑文谷警察署の捜査官によってなされたものであり、同署は大阪府警とは別個に被告人をめぐる覚せい剤授受の件につき捜査を開始し、大阪府警の捜査とは重複しないように配慮しながら捜査を進め、覚せい剤授受の日時や数量などにつき第一次逮捕の際の被疑事実とは異なる事実の認められる疑いがあり、覚せい剤の流れた先が暴力団関係者であって、被告人がこれらの者と親交があつて逃走、罪証隠滅をはかる疑いもあつたので、逮捕を必要と考え、裁判官から逮捕状の発布を得て第二次逮捕をするに至ったこと、以上の諸事実が認められる。右の事実関係によって検討すれば、被告人に対する二度の逮捕が同一の被疑事実によるものであるとしても、捜査主体の変更、新たな捜査主体と被告人の居住地との地理関係、第一次逮捕後の日時の経過、捜査の進展に伴う被疑事実の部分的変更、逮捕の必要性等の諸点からして、再逮捕をするにつき相当の理由がある場合に該当すると認められ、本件再逮捕は違法ではないと解される。」—東京高判S48. 10. 16 判727-102
- ② 現行犯の要件を欠くため勾留請求を却下された後、改めて緊急逮捕の上、勾留請求することができるか。

緊急逮捕をするだけの十分な嫌疑と緊急性があつたのに、現行犯逮捕手続きを採つたため、嫌疑の明白性を欠くとして勾留請求が却下された場合は、形式的要件を欠いたに過ぎないので、現行犯逮捕時から逮捕制限時間内に改めて緊急逮捕手続をしたうえ、勾留請求をするのであれば、実質上逮捕の蒸し返しを許すことにはならず、被疑者に特段の不利益を及ぼすこともないので、可とする（注）。

(注)「先の逮捕手続について認められる違法というのは、犯罪の嫌疑など逮捕の実体的要件も存しないのに被疑者を逮捕したというような違法ではなく、逮捕の実体的要件はあつたが緊急逮捕が許される場合のそれにすぎなかつ

た故事後的に裁判官に対し緊急逮捕状発布請求の手段をとるべきであったのに、それをとらずに現行犯逮捕手続のまま被疑者の逮捕を継続したという違法であるところ、右違法は、先の勾留請求が却下された捜査官としては結局被疑者の身柄を一旦釈放せざるをえなかったということによって十分に明確にされ、それに対する司法的抑制という目的もすでに達せされていると認めうること、他方、爾後の緊急逮捕手続については、それ自体の手続に誤りなく実体的要件も具備されていたと認められ緊急逮捕状も発布されていること、被疑者は前科7犯を有し前刑の仮出獄中京都感化保護院に寄寓している身でありながら本件を犯したものでありその勾留理由としての逃走のおそれの程度は決して軽視しえない程度のものであること、本件事案の性質等諸般の事情を総合的に考えあわせたときに認められる被疑者を勾留しなければならない必要性というものも相当強度なものと認められること、このほか、本件勾留請求は最初の「現行犯逮捕」の時点からしても72時間の制限時間内に行われており、本件請求を認容しても被疑者の逮捕段階における身柄拘束時間が本来の制限時間以上に長くなるという不都合な結果も生じないこと、等の事情を指摘することができるのであり、これらの事情を総合的に判断してみるときは、再度の勾留請求であってもこれを認容すべき事例であると認められる。」

—京都地決S44. 11. 5 判時629-103

- ③ 緊急逮捕に基づく逮捕状請求が「直ちに」の要件を欠くとして却下された場合、改めて通常逮捕することができるか。

「直ちに」とは認められない違法の程度が軽微で、他の緊急逮捕の実体的要件が具備されている限り、緊急逮捕時から逮捕制限時間内に通常逮捕手続がなされれば、実質上逮捕の蒸し返しを許すことにはならず、被疑者に特段の不利益を及ぼすこともないので、可とする（注）

（注）「緊急逮捕に基づく逮捕状の請求が『直ちに』の要件を欠くものとして却下されたものの、なお逮捕の理由と必要性の存する場合には『直ちに』といえらる合理的な時間を超過した時間が比較的僅少であり、しかも右の時間超過に相当の合理的理由が存し、しかも事案が重大であって治安上社会に及ぼす影響が大きいと考えられる限り、右逮捕状請求が、却下された後、特別の事情変更が存しなくとも、なお前記した再逮捕を許すべき合理的な理由が存するというべく、通常逮捕状に基づく再逮捕が許されるものといわなければならない。」

（本件は、最初の緊急逮捕から72時間の制限時間内に勾留請求がなされ

た事案で、通常逮捕状に基づく再逮捕自体は適法と判断されたが、緊急逮捕に基づく逮捕状の請求が却下された後直ちに釈放しなかった違法があるとして、勾留請求却下に対する準抗告は認容されなかった。）

—浦和地決S48. 4. 21刑裁月報5-4-874

3 違法逮捕と勾留

逮捕手続に違法があれば、勾留請求は却下される。その根拠は、逮捕が違法であれば、そもそも逮捕できなかったはずであるから、逮捕前置の要件を満たさないうえ、逮捕に準抗告が認められていないのは、勾留裁判によりその違法を是正することが予定されていると解されるからである。仮に、裁判官が逮捕の違法性を看過して勾留すれば、その勾留は違法であるから、準抗告（法429・I②）の対象となる。但し、その違法が形式的なものに止まり、実質的に逮捕前置主義に反しない場合は、この限りではない。

また、逮捕手続自体に違法性がない場合であっても、それに先立つ任意捜査に違法があり、その違法状態を直接利用して逮捕手続が行われた場合は、任意捜査の違法性が逮捕手続に波及して逮捕手続も違法性を帯び、勾留請求が逮捕前置主義に反して違法となる。更に、逮捕に先立つ任意捜査の違法性が逮捕手続に波及しないと認められる場合にも、その任意捜査が被疑者を実質上逮捕したものと評価できる場合には、再逮捕禁止の原則との関係を検討する必要がある。

違法逮捕後の勾留状発付の可否に関する問題点は、次のとおりである。

① 逮捕状に裁判官の押印が欠けていた場合

逮捕状の発付者たる裁判官の押印は、形式といえども、その成立の真正を証する重要なものであり、これを事後に補正することを許せば、裁判の確実性を害することになるので、裁判官の押印のない逮捕状は無効であり、適法な逮捕を前置しないので、勾留状の発付は不可と解する(注)。

(注)「方式の違反が逮捕状の効力を無効ならしめるか否かは、個々の方式違反の各場合について、逮捕状の本質に照らし、その方式の要求される趣旨、重要度等を考慮して決すべきである。そこで、裁判官の押印を欠いた場合について考えるに、逮捕状にその発付責任者たる裁判官の押印がないというのであれば、当該逮捕状がはたして裁判官の真正に発したものであるか否か到底知ることができず、もしかかる逮捕状をもって有効とせんか、私人の権利保護

に欠けるのみならず、裁判の確実性を害するものというべきである。そしてこのことは、例えば裁判官の記名と裁判所の庁印があったところで変わるものではない。」—東京地決 S39. 10. 15 下集6-9, 10-1185

- ② 逮捕の要件が備わっていないのに、実質上の逮捕に当たる違法な任意同行をし、その5時間後に通常逮捕したが、拘束後勾留請求までの制限時間を遵守した場合

実質上の逮捕に当たる任意同行時に適法な逮捕をなしうる状況になく、その違法な任意同行を継続している間に通常逮捕の要件を具備する資料を収集して通常逮捕をしたときは、違法な任意同行を直接利用して通常逮捕をしたことになるので、違法性の波及効により通常逮捕も違法となる。また、例えば実質上の逮捕の時点から起算して制限時間内に検察官送致・勾留請求手続が為されたとしても、これを許して勾留を有効とすれば、その間に逮捕状なくして拘束したうえ、逮捕の要件を具備するに足る証拠収集することを許す結果となり、令状主義を没却することになるということもできる。よって、勾留請求は却下されるべきであり、仮に勾留状が発付されれば、その勾留は違法となる（注）。

（注）「本件において逮捕状執行から勾留請求までの手続は速やかになされており、実質逮捕の時点から計算しても制限時間不遵守の問題は生じないけれども、約5時間にも及び逮捕状によらない逮捕という令状主義違反の違法は、それ自体重大な瑕疵であって、制限時間遵守によりその違法性が治癒されるものとは解さない、けだし、このようなことが容認されるとするならば、捜査側が令状無くして終日被疑者を事実上拘束状態におき、その罪証隠滅工作を防止しつつ、いわばフリーハンドで捜査を続行することが可能となり、令状主義の基本を害する結果となるからである。」

—富山地決 S54. 7. 26 判時946-137

- ③ 実質上の逮捕に当たる違法な任意同行の3時間後に通常逮捕したが、任意同行時に緊急逮捕の要件が備わっており、制限時間内に検察官送致の手続がとられた場合

任意同行の時点で緊急逮捕をなし得る状況下において、任意同行をしたところ、事後に実質上の逮捕に当たると判断された場合は、形式上の捜査方法を誤ったに過ぎず、任意同行中に通常逮捕の要件を具備する資料を得るなど、その違法な任意同行を通常逮捕手続に直接利用するよう

な密接な関係にはないので、任意同行の違法性は通常逮捕手続に及ばず、通常逮捕手続自体に不備がなければ、逮捕前置主義の趣旨にもとるところはない。また、再逮捕禁止の原則の観点から見ても、緊急逮捕手続に形式上の不備があって、これを補正するため再逮捕すべき正当な理由があったとも評価できる事案であるから、実質逮捕の時点から計算して制限時間内に検察官送致及び勾留請求手続がとられていれば、実質的には同原則に反するものではない(注)。よって、勾留請求は認容されてしかるべきであり、その後になされた勾留は適法と解される。

(注)「当時警察官は、緊急逮捕はできないと判断していたのではあるが、前記の諸事情からすると、右実質的逮捕の時点において緊急逮捕の理由と必要性があったと認めるのが相当であり、他方、右実質的逮捕の約3時間後には逮捕令状による通常逮捕の手続がとられていること、右実質的逮捕の時から48時間以内に検察官への送致手続がとられており、勾留請求の時期についても違法の点は認められないことを合わせ考えると、右実質的逮捕の違法性の程度はその後になされた勾留を違法ならしめるほど重大なものではないと考えられる。」—東京高判S54. 8. 14 判時973-130

4 別件逮捕・勾留

問題となる別件逮捕・勾留とは、未だ逮捕・勾留要件が備わっていない本件につき、被疑者を取調べることを目的として、逮捕・勾留要件が備わっている別件により逮捕・勾留し、これを本件の被疑者取調べに利用する捜査手法をいう。

別件逮捕・勾留の適法性については、基本的に本件基準説と別件基準説が対立しているので、以下、両説の根拠と各説に添うと見られる裁判例を挙げたうえ、その是非とあるべき適法性の判断基準を検討する。

(1) 本件基準説

別件の逮捕・勾留要件が備わっていても、実質的に本件の取調べを目的とする逮捕・勾留と認められるか否かにより、その適法性を判断する。

その論拠は、次のとおりである。

ア 本件について取調べることを目的として別件の逮捕・勾留手続を利用することは、逮捕・勾留の要件を定めた法60条1項、規則143条の3に違反する。

イ 別件による逮捕・勾留期間の満了後に改めて本件により逮捕・勾留することが予め見込まれている点において、厳しい時間的制限を定めた法203条以下の規定を潜脱する。

ウ 本件について、逮捕・勾留状によることなく身柄を拘束するものであって、事件単位の原則に反し、ひいては令状主義（憲法31、33、34、法199、200、207、60、64）を没却する。

本件基準説に添うと見られる裁判例

- ① 「被疑者の逮捕・勾留中に、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実以外の事件について当該被疑者の取調べを行うこと自体は法の禁ずるところではないが、それはあくまでも逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調べに付随し、これと併行してなされる限度において許されるにとどまり、専ら適法に身柄を拘束するに足りるだけの証拠資料を収集し得ていない重大な本来の事件（本件）について被疑者を取調べ、被疑者自身から本件の証拠資料（自白）を得る目的で、たまたま証拠資料を収集し得た軽い別件に藉口して被疑者を逮捕・勾留し、結果的には別件を利用して本件で逮捕・勾留して取調べを行ったのと同様の実を挙げようとするが如き捜査方法は、いわゆる別件逮捕・勾留であって、見込み捜査の典型的なものといえるべく、かかる別件逮捕・勾留は、逮捕・勾留手続を自白獲得の手段視する点において刑事訴訟法の精神に悖るものであり（同法60条1項、刑事訴訟法規則143条の3参照。）また別件による逮捕・勾留期間満了後に改めて本件によって逮捕・勾留することが予め見込まれている点において、公訴提起前の身柄拘束につき細心の注意を払い、厳しい時間的制約を定めた刑事訴訟法203条以下の規定を潜脱する違法・不当な捜査方法であるのみならず、別件による逮捕・勾留が専ら本件の捜査に向けられているにもかかわらず、逮捕状あるいは拘留場の請求を受けた裁判官は、別件が法定の要件を具備する限り、本件についてなんらの司法的な事前審査をなし得ないまま令状を発付することになり、したがって、当該被疑者は本件につき実質的には裁判官が発しかつ逮捕・勾留の理由となっている犯罪事実を明示する令状によることなく身柄を拘束されるに至るものといえるべく、結局、かかる別件逮捕・勾留は令状主義の原則を定める憲法33条並びに国民の拘禁に関する基本的人権の保障を定める憲法34条に違反するものであると言わなければならない。」

—金沢地七尾支判S44. 6. 3「蛸島事件」判時563-14

② 「いわゆる別件逮捕・勾留による捜査、いかえれば、ある重要犯罪について、証拠関係が不十分なため直ちに逮捕・勾留の令状の発付を求め得ないのに、捜査機関が当初より右の重要事件の捜査に利用する目的で、その事件とは直接関連性もなく事案も軽微で、それ自体では任意捜査でもこと足りるような被疑事実を捉えて、まず、これによって逮捕・勾留の令状を求めて身柄を拘束し、その拘束期間のほとんど全部を、本来のねらいとする事件についての取調べに流用するような捜査方法は、当初より令状による司法的事前抑制を回避しようとの意図があり、また他罪の令状による強制処分を利用して本命としている犯罪の捜査を実行し、被疑者から自白を獲得したうえこれに基づいて本命たる被疑事実についての逮捕・勾留の令状を得ようという見込み捜査の内容を含んでおり、被疑者の身柄拘束は、形式的には他事実に原因しているけれども、実質的にはその身柄拘束はもっぱら本命たる被疑事実の捜査に向けられているのであって、かような捜査方法は、不当な見込み捜査であって、逮捕の理由となった犯罪を明示する令状を保障した憲法33条、抑留・拘禁に関する保障を定めた同法34条の各規定をかいくぐるものであり、また憲法および刑事訴訟法において認められた捜査権行使の方法・手段の犯意を逸脱するものとして許されないものとする。」

— 東京地判S45. 2. 26「東京麻布連続放火事件」判時591-30

別件基準説

本件による取調べ目的の有無に関わらず、別件の逮捕・勾留要件が備わっていれば適法とする。その論拠は、次のとおりである。

- ア 別件逮捕・勾留要件が備わっている以上、これを違法とすべき理由はなく、本件取調べ目的があっても、逮捕・勾留の要件には反しない。
- イ 被疑者の取調べ自体は任意処分であるから、別件逮捕・勾留中に余罪である本件取調べをすること自体に違法性はなく、その取調べの違法性の有無は余罪取調べの許容範囲の問題として考えるべきである。
- ウ 事件単位の原則あるいは令状主義を厳格に解し、逮捕・勾留事実に関する取調べの外は許されないとするのは、逮捕・勾留のくり返しを招くなど、却って被疑者の利益に反し、本件を余罪取調べとして許容することは実質的な令状主義に反しない。

別件基準説に添うと見られる裁判例

- ① 「本件についての捜査の意図を伴った別件による被疑者の身柄拘束の許否

の問題に限定して考える限り、右のような身柄拘束の許否は、当然のことながら、別件について逮捕・勾留の要件があるか否かによって決せられるべきである。したがって、別件による逮捕・勾留の実質的要件が満たされていない場合は、そもそも被疑者をこれにより逮捕・勾留することのできないことは当然であるが、右要件が満たされる限り、右身柄拘束の期間内に、捜査官が併せて本件についての捜査をする意図を有するからといって、そのことだけで別件による逮捕・勾留が許されなくなるということはない。もっとも、別件について、形式的には一応逮捕・勾留の要件があるように見える場合でも、捜査官が、これをもつばら本件の捜査に利用する意図であって、ただ別件に藉口したに過ぎないような場合には、ひるがえって、別件による逮捕・勾留の必要性ないし相当性が否定され、結局、右のような理由による身柄拘束それ自体が許されないこととなる。」

—東京地決 S49. 12. 9 「都立富士高校放火事件」判時763-16

- ②「ある事実（別件）について逮捕・勾留中の被疑者を当該被疑事実と別の事実について取調べることは、一般的に禁止されているものではなく、また、その取調べに当たって、その都度裁判官の令状あるいは許可を受けなければならないものではない。しかしながら、別件逮捕・勾留が、専ら、いまだ証拠の揃っていない本件について被疑者を取調べる目的でなされ、証拠の揃っている別件の逮捕・勾留に名を借り、別件については身柄拘束の理由と必要性がないのに、その身柄拘束を利用して、本件について取調べるのと同様な効果を得ることを狙いとした場合など、日本国憲法および刑事訴訟法の定める令状主義を実質的に潜脱することとなる場合には、その捜査手続は違法のそしりを免れず、その捜査手続によって得られた被疑者の自白は、証拠能力を有しないものといわなければならない」

「原決定は、捜査当局が窃盗事件による逮捕・勾留の当初から、同事件による身柄拘束を利用して放火事件の取調べを行う意図であったことをもって、放火事件の取調べを違法なものとする理由の1に挙げている。しかしながら、前記のとおり、捜査当局は、窃盗事件の逮捕・勾留中に同事件の取調べを行う意図を持ち、右取調べと平行して放火事件の取調べを併せ持っていたに過ぎないというのであるから、専ら放火事件の取調べをするために、窃盗事件の逮捕・勾留に名を借りたとまではいうことができず、この点から放火事件の取調べが直ちに違法であるとはいえない。」

—東京高判 S53. 3. 29（「都立富士高校放火事件」の控訴審判決）

判時892-29

両説の検討と解説

- (1) 本件基準説が主張する論拠(ア)は、被疑者の取調べを目的とする点が規則143条の3、法60条1項に違反するというのであるが、同法条は、逮捕の必要性及び勾留要件に関する規定であって、同規定の要件を備えた別件逮捕・勾留中に被疑者の取調べをすることを否定すべき理由はない。また、同論拠(イ)は、別件逮捕・勾留が違法であることを前提として成り立つ論理であって、別件逮捕・勾留が適法であれば、別件による逮捕・勾留期間の満了後に本件により逮捕・勾留することを否定すべき理由はない。同論拠(ウ)については、別件逮捕・勾留が実質的に別件の捜査に利用されている場合には、事件単位の原則ないしは令状主義にもとるところはなく、ただ、別件逮捕・勾留に名を借り、実質は本件の捜査に利用されている場合は理由がある。もっとも、このような限定的な場合には、別件逮捕・勾留の必要性が否定され、別件逮捕・勾留自体が違法と評価されるべきものである。

結局、本件基準説は、別件逮捕・勾留の要件が備わっている場合にもこれを違法とする根拠が薄弱であり、本件がなければ適法とされるべき別件逮捕・勾留を違法とする点に難がある。

一方、別件基準説が主張する論拠は、いずれも一般論理的にはその通りであるが、別件逮捕に名を借りて本件の取調べを目的とする別件逮捕・勾留の実態から目をそらし、その違法性の有無に正面から答えず、余罪取調べ問題にすり替えている嫌いがある。

- (2) もっとも、本件基準説に立っているとみられる裁判例を検討すると、「専ら…本件について被疑者を取調べる目的で、…軽い別件に藉口して被疑者を逮捕・勾留し、」(前記金沢七尾支判S44.6.3)、「その事件とは直接関連性もなく事案も軽微で、それ自体では任意捜査でもこと足りるような被疑事実を捉えて…、身柄を拘束し」(前記東京地判S45.2.26)などと判示して、本件の取調べ目的の有無だけではなく、もともと別件逮捕・勾留自体に必要性がなく、実質上違法である場合を前提として論じている。

一方、別件基準説に立っているとみられる裁判例についても、別件

について一応逮捕・勾留の要件がある場合にも、「もっぱら本件捜査に利用する意図であって、ただ別件に藉口したに過ぎないような場合には、翻って別件による逮捕・勾留の必要性ないし相当性が否認され」（前記東京地決 S49.12.9）、「別件逮捕・勾留が、専ら、いまだ証拠の揃っていない本件について被疑者を取調べる目的でなされ、証拠の揃っている別件の逮捕・勾留に名を借り、別件については身柄拘束の理由と必要性がないのに、その身柄拘束を利用して、本件について取調べるのと同様な効果を得ることを狙いとした場合など、・・・その捜査手続は違法のそしりを免れず」（前記東京高判 S53.3.29）などと判示して一応別件逮捕・勾留の要件が備わっている場合にも、翻って違法となる場合があることを認めている。

したがって、両説は立脚点を異にするが、その適用場面においては、実質的に大きな差異はないように思われる。

なお、最二決 S52.8.9 狭山事件決定（判時 864-22-注 1）は、別件基準説に立ちつつも、別件（窃盗、暴行、恐喝未遂）の逮捕の勾留について、「専ら、未だ証拠の揃っていない本件（強盗強姦殺人、死体遺棄）について被疑者を取調べる目的で、証拠の揃っている別件の逮捕・勾留に名を借り、その身柄の拘束を利用して、本件について逮捕・勾留して取調べるのと同様の効果を得ることを狙いとしたものである、とすることはできない。」と判示しているところから、弁護人の主張を排斥したに止まる判示ではあるものの、別件について逮捕・勾留の要件を具備していても違法となる場合があることを示唆しているものと解する余地がある。

- (3) そこで、改めて別件逮捕・勾留の適法性を判断する基準について考えるに、本件の取調べを目的とする逮捕・勾留であるか否かは、捜査機関がその目的を認めなければ、逮捕・勾留後の実際の取調べ状況により認定されることになるであろうし、仮に捜査機関が本件の取調べ目的であることを認めたとところで、実際に本件の取調べが行われていなければ、別件逮捕・勾留の要件が実質的に充足している以上、これを違法とする理由はなく、逆に、当初は本件の取調べ目的がなくとも、別件逮捕・勾留中に本件が発覚し、実質的に本件の

取調べのために別件逮捕・勾留を利用した場合は、別件逮捕・勾留
が違法となる余地があることになる。従って、結局のところは、実
質的に別件逮捕・勾留要件を満たす場合は、本件取り調べ目的の有
無に関わらず、これを適法としたうえで、本件を余罪として取り調
べる可否、及びその許容限度の問題として判断するのが合理的であ
り、実務的でもある。

しかしながら、特に逮捕の必要性については「明らかに逮捕の必要
がないと認めるときは、逮捕状の請求を却下しなければならない。」
(法199・II但書、規143の3)旨規定されているに止まり、
勾留についても「勾留の必要性がないと認めるとき・・・は、勾留状
を発しないで、直ちに被疑者の釈放を命じなければならない。」(法2
07・IV)として、逮捕・勾留の必要性を積極的な認定要件としてい
ないので、本件を取調べる目的がなければ逮捕されないような、実
質的には必要性がない逮捕・勾留請求が認容される余地があり、こ
のような事案を別件として逮捕・勾留することを許容すべき理由は
ない(注2参照)。

よって、基本的には別件基準説に立ち、別件逮捕・勾留については、
逮捕・勾留の請求資料だけでは、逮捕・勾留の必要性がないとは認
められないが、主として本件を取調べる目的をもって、その目的が
なければ通常は逮捕しないような事案を別件として逮捕・勾留した
場合を違法とするのが相当である。

(注1) 最二決S52.8.9 狭山事件決定 (判時 864-22) の前提となる認定事実
及び前後の判示は次のとおりである。

「以上の捜査経過でも明らかのように、事件発生以来行われてきた捜査
は、強盗強姦殺人、死体遺棄、恐喝未遂という一連の被疑事実について
の総合的な捜査であつて、第一次逮捕の時点においても、既に捜査官が
被告人に対し強盗強姦殺人、死体遺棄の嫌疑を抱き捜査を進めていたこ
とは、否定しえないのであるが、右の証拠収集の経過からみると、脅迫
状の筆跡と被告人の筆跡とが同一又は類似すると判明した時点において、
恐喝未遂の事実・・・(略)・・・に竹内賢に対する暴行及び高橋良平所
有の作業衣1着の窃盗の各事実を併せ、これらを被疑事実として逮捕状
を請求し、その発付を受けて被告人を逮捕したのが第一次逮捕である。

また、捜査官は、第一次逮捕・勾留中被告人から唾液の任意提出をさせて血液型を検査したことや、ポリグラフ検査及び供述調書の内容から、「本件」についても、被告人を取調べたことが窺えるが、その間「別件」の捜査と並行して「本件」に関する客観的証拠の収集、整理により事実を解明し、その結果、スコップ、被告人の血液型、筆跡、足跡、被害者の所持品、タオル及び手拭に関する捜査結果等を資料として「本件」について逮捕状を請求し、その発付を受けて被告人を逮捕したのが第二次逮捕である。

してみると、第一次逮捕・勾留は、その基礎となつた被疑事実について逮捕・勾留の理由と必要性があつたことは明らかである。そして、「別件」中の恐喝未遂と「本件」とは社会的事実として一連の密接な関連があり、「別件」の捜査として事件当時の被告人の行動状況について被告人を取調べることは、他面においては「本件」の捜査ともなるのであるから、第一次逮捕・勾留中に「別件」のみならず「本件」についても被告人を取調べているとしても、それは、専ら「本件」のためにする取調といふべきではなく、「別件」について当然しなければならない取調をしたものにはかならない。それ故、第一次逮捕・勾留は、専ら、いまだ証拠の揃っていない「本件」について被告人を取調べる目的で、証拠の揃っている「別件」の逮捕・勾留に名を借り、その身柄の拘束を利用して、「本件」について逮捕・勾留して取調べるのと同様な効果を得ることをねらいとしたものである、とすることはできない。

更に、「別件」中の恐喝未遂と「本件」とは、社会的事実として一連の密接な関連があるとはいえ、両者は併合罪の関係にあり、各事件ごとに身柄拘束の理由と必要性について司法審査を受けるべきものであるから、一般に各別の事件として逮捕・勾留の請求が許されるのである。しかも、第一次逮捕・勾留当時「本件」について逮捕・勾留するだけの証拠が揃っておらず、その後に発見、収集した証拠を併せて事実を解明することによつて、初めて「本件」について逮捕・勾留の理由と必要性を明らかにして、第二次逮捕・勾留を請求することができるに至つたものと認められるのであるから、「別件」と「本件」とについて同時に逮捕・勾留して捜査することができるのに、専ら、逮捕・勾留の期間の制限を免れるため罪名を小出しにして逮捕・勾留を繰り返す意図のもとに、各別に請求したものとすることはできない。また、「別件」についての第一次逮捕・勾留中の捜査が、専ら「本件」の被疑事実を利用されたものでないことはすでに述べたとおりであるから、第二次逮捕・勾留が第一次逮捕・勾

留の被疑事実と実質的に同一の被疑事実について再逮捕・再勾留をしたものではないことは明らかである。」

(注2)「いわゆる別件逮捕・勾留に関する人権侵害の多くは、もし本件に関する取調べの目的がないとすれば、身柄拘束をしてまで取調べることが通常考えられないような軽微な別件について、主として本件の取調べの目的で被疑者の身柄を拘束し、本件についての取調べを行うことから生じていることが明らかである。そして、このような場合であっても、捜査機関が、未だ身柄拘束をするに足りるだけの嫌疑の十分でない本件について、被疑者の身柄を拘束した上で取調べることが可能になるという点では、典型的な別件逮捕・勾留の場合と異なるところがないのであるから、このような本件についての取調べを主たる目的として行う別件逮捕・勾留が何らの規制に服さないと考えるのは不合理である。しかし、他方、それ自体で逮捕・勾留理由も必要性も十分にある別件についての身柄拘束が、たまたま被疑者に重大な罪（本件）の嫌疑があるが故に許されなくなるというのも不当な結論である。

即ち、当裁判所は、違法な別件逮捕・勾留として許されないのは、前記のような典型的な別件逮捕・勾留の場合だけでなく、これには「未だ重大な甲事件について被疑者を逮捕・勾留する理由と必要性が十分でないのに、主として右事件について取調べる目的で、甲事件が存在しなければ通常立件されることがないと思われる軽微な乙事件につき被疑者を逮捕・勾留する場合」も含まれると解するものである。このような場合の被疑者の逮捕・勾留は、形式的には乙事実に基づくものであるが、実質的には甲事実に基づくものといってよいのであって、未だ逮捕・勾留の理由と必要性の認められない甲事実に対する取調べを主たる目的として、かかる乙事実の嫌疑を持ち出して被疑者を逮捕・勾留することは、令状主義を実質的に潜脱し、一種の逮捕権の濫用にあたると解される。

— 浦和地判H2. 10. 12「三郷市外国人アパート放火事件」判時1376-24

第7 被疑者の取調べ

1 被疑者取調べの意義と弊害

(1) 刑事訴訟法上の意義

被疑者取調べの刑事訴訟法上の意義が、証拠収集の一環として、被疑者の供述を得るための捜査方法であることまでは争いが無い。しかしながら、何のために被疑者の供述を得るかという被疑者取調べ自体の意義については諸説様々であって、大きく分けると、被疑者の弁解・主張を聞く手続を本旨とするもの（弁解聴取型取調べ）、被疑者の供述自体の矛盾やその供述と他の証拠との矛盾を確認することを本旨とするもの（矛盾確認型取調べ）、捜査官の知らない真相を自白させることを本旨とするもの（自白追求型取調べ）の三類型になるとと思われる。

もとより、矛盾確認型取調べを本旨とする見解は、弁解聴取型取調べを包含し、自白追求型取調べを本旨とする見解は、他の二類型の取調べを包含する。また、この取調べ類型は、あくまでも観念的な分類であって、実際の取調べにおいては、混合して発現することがあるのは勿論である。

各類型に係る被疑者取調べの意義内容は、次のとおりであるが、法は、弁解録取手続とは別に捜査方法としての取調べを規定し（法198・I）、その取調べの成果として、被疑者の弁解・主張ばかりではなく、自白を含む不利益な事実の承認を内容とする供述録取書の作成を予定し（法198・III、322・I）、憲法第38条及び法319条が取調べによる自白獲得があることを前提として自白法則を定めているので、被疑者の取調べを弁解聴取型に限定していないことは勿論のこと、矛盾確認型取調べにも限定せず、自白追求型取調べを認容しているものと解せられる。

① 弁解聴取型取調べを本旨とする説

これは、いわゆる弾劾的捜査観を純粹に貫く論者から主張されているものである。その論者からすれば、被疑者は捜査手続上も当事者であって、取調べの対象ではないから、被疑者の取調べは、捜査機関が被疑者の弁解・主張を聞くべき手続であって、むしろ被疑者の権利として位置づけられる。現行法上、論者のいう弁解聴取型取調べは、捜査機関による弁解録取手続として規定されている（法203～205）。

② 矛盾確認型取調べを本旨とする説

これは、論者によっては弾劾的取調べと称され、被疑者の供述自体の矛盾やその供述と他の証拠との矛盾を確認する取調べのことであって、現在行われている被告人質問（法311・IIⅢ）と同様のものである。

この取調べによって得られるものは、基本的にそれまでに得られた証拠により認められる事実の域を出ない。なぜならば、被疑者の供述の矛盾を確認し、その信用性を否定できても、新たな事実が解明されるわけではないからである。

③ 自白追求型取調べを本旨とする説

これは、被疑者の供述自体やその供述と他の証拠との矛盾を追及するに止まらず、真相を自白させるための、いわば無から有を生ぜしめる取調べである。

この意味の取調べが事案の真相解明に資するものであることは疑いが無い。如何に科学的捜査が進歩しても、その資料となる物的証拠が得られる場合は限られているし、幸いにして、指紋、血液、凶器等の物的証拠が発見されても、せいぜい当該被疑者が犯人であることを裏付け、犯意・犯行態様の概要を推測し得るに過ぎず、犯行の経緯、動機、目的及び共謀あるいは犯意並びに犯行態様の詳細は、自白を得ずして解明し得ない。また、贈収賄事犯のように痕跡を残さない犯罪においては、およそ物的証拠など期待できず、金銭の流れと被疑者の職務権限は判明しても、賄賂の認識や犯意等の主観的要件はもとより、実行行為でさえも、当事者の自白を待たなければ解明し得ないのが通常である。

(2) 刑事政策上の意義

被疑者取調べの刑事政策上の意義は、自己の犯行を否認したままでは更生を期待できないので、被疑者の取調べを通じて真実を告白させ、反省悔悟を促すことにより、再犯を防止しようというところにある。

この面の被疑者取調べの意義は、検察官による起訴猶予制度と密接にかかわっており、起訴猶予制度は、旧法により法制化される以前の明治18年から運用され始めたと言われている（注1）。それ以前は、法制上も運用上も起訴法定主義であったから、検察官としては、警察が送致し

てきた記録を検討して有罪と思料すれば起訴すればよかつたし、一定の事件については、予審に付し、有罪無罪の判断を含め予審判事の取調べに委ねることで事足りた。ところが、起訴猶予制度の下では、起訴不起訴を決するに当たって、単に有罪を立証するための証拠収集だけではなく、生い立ち、動機、目的、犯行の経緯、犯行態様等の詳細について取調べる必要があるため、その詳細を知る被疑者の取調べも必然的に詳細なものとなり、精密司法と呼ばれる日本独特の取調べが行われる一因となったものと思われる。換言すれば、少なくとも法制上は、捜査官による被疑者の取調べは、刑事政策上の意義を持つものとして開始されたのである。

ちなみに、旧法においては、区裁判所の管轄事件を除き（注2）、検察官を含む捜査官が作成する供述調書には、原則として証拠能力が認められていなかったため、その供述調書は、地方裁判所の管轄事件については、原則として刑罰権を実現するための証拠としては使用されず、起訴不起訴の判断資料として使用され、あるいは予審判事による取調べの資料となるに過ぎなかった（注3）。

（注1）三井誠「検察官の起訴猶予裁量（1）」法学協会雑誌87-913頁

明治18年の参議兼司法卿山田顕義による国家財政を立て直すための微罪不検挙・戒諭放免政策の推進訓令が事実上の起訴便宜主義の発端とされていると紹介されつつも、それ以前から検察官による微罪処分的運用がなされていたと指摘されている。

（注2）旧法343条2項により、「区裁判所の事件については、前項に規定する制限に依ることを要せず」とされていた。もっとも、当時の区裁判所の管轄事件は、裁判所構成法17条により、予審経由事件を除き、拘留又は科料に係る事件の外、「短期1年以上の懲役又は禁錮に係る罪を除く外有期の懲役若しくは禁錮又は罰金に係る罪」、即ち、概ね現行法の法定合議事件以外の罪に該当していたので、その管轄事件は相当に広く、大多数の事件において、聴取書と呼称されていた捜査官作成の供述調書が無制限に証拠として使用されていたといえる。

（注3）旧法343条1項は、「被告人その他の者の供述を録取したる書類にして法令により作成したる尋問調書にあらざるものは左の場合に限りこれを証拠とすることを得。①供述者死亡したるとき ②疾病その他の事由により供述者を尋問すること能わざるとき ③訴訟関係人異議なきとき」としていたところ、本文中の「法令により作成したる尋問調書」に該当する捜査官の作成調書としては、

旧法第127、129条の司法警察員及び検事による逮捕直後及び送致直後の尋問調書（現行法の弁解録取書に相当）を指すものとされていた。

(3) 被疑者取調べの弊害

被疑者の取調べ、特に自白追求型取調べには、積極的な意義が認められる反面、憲法38条2項に例示されるような、強制、拷問若しくは脅迫などの人権侵害にわたり、ひいては冤罪を生ぜしめるような場合がある。

そのような弊害が生ずるのは、捜査官がありのままの事実を写す機械ではなく、自らの経験を下に、知り得た事実や印象等に基づいて証拠に基づかない事実を推測する人間だからである。即ち、捜査官は、状況証拠が出揃うにつれ、目撃者の供述等の直接証拠が発見されればなおさらのこと、当該被疑者が犯行に及んだとの心証を形成し、重要な事件であって、起訴しなければならない事件であればあるほど、その心証を確実に裏付けるために自白を得ようとするからである。

そして、その心証が当たれば、被疑者の虚偽の主張を突き崩し、自白という有力な証拠を収集するとともに、被疑者に反省を迫ることになる反面、聞く耳持たない苛烈な取調べにつながり、虚偽の自白や黙秘権等の基本的権利を侵害する弊害を生ずることとなるのである。

2 被疑者取調べの根拠とその許容限度

(1) 法第198条第1項本文と但書の関係

被疑者取調べの法的根拠は、法198条1項本文の「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについては必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取調べることができる。」との規定にある。

捜査機関は、被疑者の出頭を求めて、取調べることができるのであるから、その限りにおいて、被疑者には、捜査機関の下に出頭して、取調べの間その場に滞留すべき義務、即ち、取調べ受忍義務があることになる。そうでなければ、出頭を求め取調べを行う権限を実効性あらしめることにならないからである。

取調べ受忍義務は、同項但書によって、逮捕・勾留されている被疑者に認められるか否かの解釈問題として論じられることが多いが、同項但書は、逮捕・勾留されていない被疑者から取調べ受忍義務を外したもの

であって、本来は、同項本文の解釈問題として論じられるべきものである。

このことは、同条の制定過程を見ると自ずと明らかである。即ち、旧法下においては、予審判事が公判に付す前の被告人（現行法の「被疑者」に当たる）の取調べを担い、被告人を召喚して訊問することができることになっていたところ、政府の法改正作業の中で予審制度が廃止されるに伴って、予審判事の取調べ権限が捜査機関に移され、当初は、ほぼ予審判事を捜査機関に入れ替えた改正案になっていた（注1）。その後、検事が憲法上の「司法官憲」に当たらないことや、憲法の基本的人権尊重の精神に配慮して、「召喚」と「訊問」あるいは「尋問」が「呼び出し」と「取調べることができる」に代えられたものの、連合国総司令部に提出された第9次政府案までは、法第198条第1項但書がなく、単に「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者を呼び出し、且つこれを取調べることができる。」と規定されていて、捜査機関が被疑者を呼び出して取調べる権限を有し、反面、被疑者が捜査機関の下に出頭して取調べに応ずべき義務を負うことは当然のこととされていたのである（注2）。

ところが、法改正が論議された連合国軍総司令部政治部（GS）主催の委員会において、GSから第9次政府案に対するプロブレムシートが配布され、その中で同条については、「検察官又は警察官は、犯罪捜査中、被告人、被疑者又は事件の知識を有すると信じられる者に対し、訊問に答えるよう要求することができる。すべての被訊問者は答を拒絶する権利を有し、若し逮捕されていない場合には、何時でも退去することができる。」と改めるべきものとされたため、法198条1項に「但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去できる。」との但書が追加されたのである（注3）。

このGSによる勧告の経過、内容からしても、同条1項但書は、同項本文の取調べ受忍義務を前提として、逮捕・勾留されていない被疑者から取調べ受忍義務を外したものと解される。つまり、全ての被疑者が受忍義務を負わないことが先にあって、新たに「逮捕又は勾留されている場合」に限り取調べ受忍義務を負わせたのではなく、元々全ての被疑者

に取調べ受忍義務があると考えられていたところ、身柄不拘束被疑者についてのみ、その対象から外すことにしたものと考えられるのである。

結局、法198条1項本文の捜査機関の出頭要求と取調べ権限を定めた規定は、逮捕又は勾留されていない被疑者に関しては、同項但書により出頭拒否・退去権が認められたので、観念的な捜査協力義務を残すだけの規定になったものである(注4)。ただ、観念的な捜査協力義務がある点において、法197条による任意捜査との違いはあると思う。

(注1) 第6次政府案(S22.3)

256条 検察官、検察事務官又は司法警察員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者を召喚し且つこれを尋問することができる。この場合には、第91条、第96条、第101条及び103条の規定を準用する。

(第91条) 召喚によって出頭した被告人は、速やかに之を訊問しなければならない。

(第96条) 被告人の召喚、勾引又は勾留は、召喚状、勾引状又は勾留状を發してこれをしなければならない。

(法学協会雑誌93、95、96巻所収の「刑事訴訟法の制定過程」による。)

(注2) もっとも、旧法86条には、「被告人再度の召喚を受け故なく出頭せざるときは之を勾引することを得」とされ、不出頭が単独の勾引要件となっていて、これが、法改正作業の中で捜査機関の権限として引き継がれていたが、第6次政府案から削除されて現行法に至るので、出頭義務を直接強制する規定はなかったが、捜査機関の下に出頭して取調べに必ずべき義務があることは当然のこととされ、さればこそ、次に述べるGSの勧告がでてきたものと思われる。

ちなみに、法制定当時の林頼三郎校閲「逐条注釈新刑事訴訟法」S23.7.15良書普及会編輯室によれば、法198条但書が加わった後においても、「被疑者が出頭を拒み、又は退去するのは正当な理由に基づく場合に限ること勿論である。」と注釈されており、当時の取調べ受忍義務に対する認識を垣間見ることができる。

(注3) 最高裁事務総局刑事局「新刑事訴訟法制定資料」(S27.7)71頁以下
松尾浩也「刑事訴訟法・上」新版(1999・弘文堂)64頁

(注4) 但し、法第199条但書により、30万円以下の罰金等に当たる軽微犯については、正当な理由のない不出頭が逮捕要件として規定され、その余の一般犯罪についても、正当な理由のない不出頭が逃亡の恐れを表として認定

できる場合があるものとして解釈運用されているので、間接的に強制されることはある。

(2) 取調べ受忍義務否定論（注1）について

取調べ受忍義務否定論者は、法198条1項但書の「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。」との規定について、

- ① 出頭拒否・退去権を認めることが逮捕・勾留の効力を失わせるものではない趣旨を注意的に明らかにしたに止まる
- ② 法198条1項は在宅被疑者の捜査機関の下への出頭要求の規定であり、捜査のために出頭要求ができることと、それが任意の処分であることを明らかにした規定であり、そうであれば、既に捜査機関に身柄を拘束されている逮捕・勾留の場合のことではないので、その旨が付言されている
- ③ 法は、逮捕・勾留されている場合については明文をおかず、解釈に委ねた趣旨に解すべきである
- ④ 本文で任意捜査としての被疑者取調べを規定し、但書で取調べのための身柄拘束の禁止を規定したものである

等と説明している。

しかしながら、①については、取調室への出頭や取調室からの退去を認めても、逮捕・勾留の効力に何ら影響しないのは当然のことであるから、注意的に明らかにするまでもないことであり、②については、身柄拘束被疑者についても居房から取調室への出頭要求があるので、在宅被疑者の場合に限定する理由がないうえ、身柄拘束被疑者について、法198条2項以下の供述拒否権の規定等が適用されないことになり、③については、「逮捕又は勾留されている場合を除いては」と規定されているのに、何故解釈に委ねたことになるのか不明であり、④については、②と同様、法第198条1項が在宅被疑者の取調べを規定したという趣旨であれば、同条2項以下の供述拒否権の告知規定等が適用されないことになり、法197条1項但書により、強制処分は法に特別の規定がなければできないことが明記されているのであるから、特に取調べのための身柄拘束禁止を規定する必要はないのであって、いずれも文理に

反する無理な解釈といわざるを得ない。

それにもかかわらず、取調べ受忍義務否定論者があえて無理な文理解釈を試みるのは、主として黙秘権を実質的に保障しようとするところにある。即ち、取調べ受忍義務を肯定すれば、実質上自白を強要することに繋がり、黙秘権を保障した法の理念に反するというのである。

取調べ受忍義務を肯定すれば、法が許容する受忍限度を超えて、事実上自白を強要する事態が生じ得ることは所論のとおりである。しかしながら、それは事実上の問題であって、法律上、取調べ受忍義務を肯定したからといって、供述義務を課すものではないから、黙秘権を侵害することにはならないし、直ちに自白を強要することに繋がるものでもない（注2）。もし、法が許容する限度を超えて、必要もないのに多数回かつ長時間の出頭・滞留を強いる事態に至れば、自白法則に則って証拠能力を否定する等の措置をとるべきであって、自白を強要するおそれがあるからといって、取調べ受忍義務そのものを否定するのは本末転倒である。また、その事実上の弊害を解決するために、法律上の取調べ受忍義務を否定するのは本来筋違いであって、事実上の弊害については、取調べの可視化など事実上の弊害除去方策により防止すべき筋合である。取調べの可視化が実現すれば、取調べ受忍義務を認めることによる事実上の黙秘権の侵害のおそれも相当程度解消され、取調べ受忍義務を否定する論拠は自ずから失われるものと思われる。

加えて、取調べ受忍義務否定論者は、その根拠として、被疑者が取調べの客体ではなく、逮捕・勾留の目的に被疑者の取調べは含まれないと主張している。

逮捕・勾留の要件として、犯罪の嫌疑の外に、住居不定・罪証隠滅・逃走のおそれが規定され（法207・I、60・I、規143の3―但し「等」とある）、被疑者の取調べが入っていないことは、所論のとおりである。しかしながら、被疑者の取調べが逮捕・勾留の要件に入っていないことは、取調べ目的だけでは逮捕・勾留することができないということは言えても、被疑者の取調べがその逮捕・勾留目的の一つであることを否定する理由にはならない。え、逮捕・勾留が捜査機関の請求にかかり、起訴前の相当な期間、逮捕・勾留が認められていて、その期間

中の保釈が認められていないことなどから、逮捕・勾留が被疑者の取調べを含む捜査を目的としていることは明らかである（注3）。また、仮に被疑者の取調べが逮捕・勾留の目的に入らないとしても、在宅被疑者の取調べが許されて、逮捕・勾留中の被疑者の取調べが許されなくなるというわけではないので、取調べ受忍義務の有無は別個に考えるべきことになるはずである。

（注1）平野龍一教授が前掲「刑事訴訟法」（1958有斐閣・法律学全集43巻）において提唱されたもので、それまでは、受忍義務肯定論が通説とされていた。ちなみに、同著に先立って発行されていた同教授著「刑事訴訟法」（1954弘文堂・法律学講座叢書）118頁によれば、198条1項但書については、「逮捕・勾留されているときは、出頭拒否・退去ができない。これは逮捕・勾留の効果として、身体の移動の自由が許されないためであって、尋問のための強制を認めたものではない。」と解釈されている。

（注2）「所論は、憲法38条1項が何人も自己に不利益な供述を強要されない旨を定めていることを根拠に、逮捕・勾留中の被疑者には捜査機関による取調べを受忍する義務はなく、刑訴法198条1項但書の規定は、それが逮捕・勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めているとすると違憲であって、被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならないから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならないという。しかし、身体の拘束を受けている被疑者に、取調べのために出頭し滞留する義務があると解することが、直ちに、被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかである。」—最大判H11.3.24「安藤・斎藤事件」判例時報1680-72

（注3）前掲最高裁大法廷判決平成11.3.24「安藤・斎藤事件」判時1680-72頁以下が、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない理由として、「捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではない」旨判示しているのも同趣旨と思われる。

（3）取調べ受忍義務の根拠

以下、取調べ受忍義務否定論を念頭に置きながら、法が身柄拘束被疑者の取調べ受忍義務を肯定する根拠を述べる。

① 法198条1項但書の制定過程

法198条1項但書の制定過程は、前記（1）において述べたとおりであって、要するに、全ての被疑者が取調べ受忍義務を負うことを

前提として、逮捕・勾留されていない被疑者については取調べ受忍義務を免除し、同条第1項本文の捜査機関による出頭要求に応じるか否かは任意であり、出頭後何時でも退去できることを明らかにしたものと解される。その意味で、逮捕・勾留されていない被疑者を同条第1項本文の取調べ受忍義務の対象から外したものである。そして、逮捕・勾留されている被疑者については、出頭拒否・退去権を認めなくとも新たな身体的自由を侵害することはないので、真相解明のための取調べの必要性に鑑み、取調べ受忍義務を負うことを確認したものと解される。このように解してこそ、同条第1項但書の文理に最も適合するものである。

- ② 法199条1項但書の軽微事件の逮捕要件「定まった住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による出頭の求めに応じない場合に限る」の意義

この規定の沿革を辿ると、旧法87条にも軽微犯の勾引について特別規定がおかれていたが、旧法86条により、全ての犯罪について再度の召喚を受け故なく出頭しないことが単独の勾引要件になっていた関係から、その勾引要件は住居不定に限られていた(注1)。旧法86、87条の規定は、政府の改正作業の過程で、予審判事の取調べ権限が捜査機関に移されたあとも継承されていたが、再度の召喚を受け故なく出頭しないことのみを逮捕要件とする規定が削除されるに伴い、第6次改正案(S22.3)において、軽微犯の逮捕要件に「召喚に応じない場合」が追加され、それが第9次改正案を経て現行法に引き継がれたものである。その経緯からして、出頭拒否は、単独の逮捕要件にはならないものの、軽微犯については、一般の逮捕要件が備わっていても、取調べのための出頭要請に応じていれば逮捕できないが、一般の逮捕要件が備わっていて、かつ、出頭要請に応じなければ逮捕できる旨を規定したものと解される。そうだとすると、この規定は、被疑者に取調べ受忍義務があることを前提として、これが顕在化したものである。

多数の学説は、この規定の「出頭の求めに応じない場合」を逃亡のおそれの一つの徴表として規定したものと解しているようである。しかしながら、旧法には勾引の要件として、86条の不出頭のほかに逃

亡のおそれ等が別に規定されていた沿革や、例えば対権力闘争の立場から、逃げ隠れはしないし公判には積極的に出廷するが、捜査機関の下には出頭しないということもあるから、不出頭が逃亡のおそれに包含されると解するには無理がある。

③ 法39条3項の接見指定要件「捜査の必要」の意義

「捜査のため必要があるとき」の意義について、最高裁判例のいう「接見を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られる」とするいわゆる制限説を採る限り、接見の日時、場所、時間を指定する必要があるのは、被疑者の身柄が必要な捜査の場合ということになり、被疑者の身柄が必要な捜査とは、実況見分時の説明を含め被疑者の取調べのため以外には考えられないので、取調べ受忍義務を前提とした規定と解する外はない。ただし、被疑者の取調べ受忍義務がないのであれば、取調べが予定されていても出頭を拒否し、取調べ中であっても退去すればよいのであるから、接見指定をする余地がないことになるからである。

なお、取調べ受忍義務否定論者の多くが、この規定の意義について、いわゆる制限説を基本的に支持しているのは、受忍義務がない取調べを理由に接見が制限される余地を認める点において、大きな矛盾である。

(注1) 旧法87条「左の場合においては直ちに被告人を勾引することを得

- 1 被告人定まりたる住居を有せざるとき
- 2 被告人罪証を湮滅するおそれあるとき
- 3 被告人逃亡したるとき又は逃亡するおそれあるとき

500円以下の罰金勾留または科料にかかる事件については前項第1号の場合を除くほか被告人を勾引することを得ず 但し前条及び第106条の規定の適用を妨げず」

(4) 取調べ受忍義務の範囲

取調べ受忍義務が肯定されるとして、その範囲につき、原則として逮捕・勾留事実に関する取調べに限定する見解（限定説）と、逮捕・勾留事実には限定されず余罪にも及ぶとする見解（無限定説）が対立している。

① 限定説

限定説は、法198条1項但書について事件単位の原則を適用し、原則として、被疑者が逮捕・勾留された事実について取調べを受ける場合に妥当する規定であるとし、被疑者が右事実と関係のない余罪の取調べを受ける場合には、原則として右のような取調受忍義務はなく、在宅の被疑者の場合と同様、捜査官の出頭要求を拒み、あるいは出頭後何時でも退去して自己の居房に引き上げることができるものと解するものである（注）。

（注）「刑訴法198条1項によると、逮捕された被疑者は、捜査官の出頭要求や取調べに対し、これを拒んだり、出頭後自己の意思により退去したりすることが許されない（即ち、いわゆる取調受忍義務がある）とされているが、右は、原則として、被疑者が逮捕された事実について取調べを受ける場合に妥当する規定であると解すべきであり、被疑者が、右事実と関係のない別個の事実（いわゆる余罪）の取調べを受ける場合には、原則として右のような取調受忍義務はなく、在宅の被疑者の場合と同様、捜査官の出頭要求を拒み、あるいは出頭後何時でも退去して自己の居房に引き上げることができるものと解される。右のことは、身柄の拘束の許否につき事実ごとの厳格な司法審査を経ることを必要としたわが刑訴法の各規定の趣旨から見て、当然のことと解されるのであって、そうではなく、ひとたびある事実について逮捕・勾留された以上、被疑者が、いかなる種類の余罪についても、逮捕・勾留された事実についてと同様の取調を受忍しなければならないこととなる、というような見解は、いわゆる事件単位の原則に違反し、被疑者の禦御権を危うくするものであって、是認できない。」

—東京地決S49.12.9（都立富士高校放火事件証拠決定）判763-16

② 無限定説

無限定説は、法198条1項但書について、逮捕・勾留されている状態に着目して規定されたものであり、法223条により当該被疑事実とは関係なく逮捕・勾留されている第三者の取調べにも準用されていることとの対比からも、特定の犯罪事実ごとに取調べの限界を定めた規定とは解せられないとするものである（注）。

（注）「刑事訴訟法198条1項但書は、取調を受ける被疑者が逮捕又は勾留されているという状態に着目して規定されたものであって、特定の犯罪事実ごとに取調べの限界を定めた規定と解するのは相当ではない。ちなみに、右但書は、同法223条により、取調を受ける第三者にも準用されているが、第三者に

については、当該被疑事実について逮捕又は勾留されている場合は考えられないのであって、これとの対比からも、被疑者について右但書の規定を、ことさら狭く解しなければならないとするのは不合理である。」

—東京高判S 53. 3. 29「都立富士高校放火事件」判時892-29

解説

限定説については、その根拠とする事件単位の原則が当該事件にかかる嫌疑の存在と逃亡・罪証隠滅の防止等を要件とする逮捕・勾留の効力に関する原則であって、逮捕・勾留の効力は被疑者取調べの必要性を要件としないから、被疑者の取調べを事件単位の原則と結び付けて論じることには根本的な矛盾がある。

一方、無限定説については、連合国軍総司令部政治部（GS）の第9次政府案に対するプロブレムシートの中の「検察官又は警察官は、犯罪捜査中、被告人、被疑者又は事件の知識を有すると信じられる者に対し、訊問に答えるよう要求することができる。すべての被訊問者は答を拒絶する権利を有し、若し逮捕されていない場合には、何時でも退去することができる。」との勧告が第三者も対象としており、それを受けて、身柄拘束中の第三者の取調べについても、法198条但書が準用されるに至ったと考えられることや（法223・II）、逮捕・勾留中の者について、被疑者、第三者の区別なく、取調べ受任義務を課しても新たな自由の侵害はないので、逮捕・勾留事実に限定することなく取調べ受忍義務を認めたものと解することには十分な理由がある。

また、無限定説を採っても、次項に述べるとおり、違法な別件逮捕・勾留中の余罪（本件）取調べや、逮捕・勾留中に発覚した余罪であっても、その余罪の取調べがその後の逮捕・勾留を違法ならしめるような場合は、令状主義を潜脱するものとして許容されないことになるので、文字通り無制限にいかなる余罪についても際限なく取調べることができるということにはならない。

しかしながら、無限定説を採ると、如何に逮捕・勾留中であるとはいえ、令状主義を潜脱しない限りは、相当広い範囲の余罪取調べを受ける精神的苦痛を甘受せざるを得なくなり、法39条3項の接見指定をなし得る範囲についても在宅被疑者との均衡を失することになる。まして、第三者については、たまたま自己に対する被疑事実により逮

捕・勾留されていたからといって、自己とは関係のない他人の犯罪について取調べを受けることを甘受すべき実質的理由に乏しいと思われる。

そこで考えるに、法が逮捕・勾留中の被疑者に取調べ受忍義務を課したのは、新たな自由の侵害がないという理由だけではなく、新たな自由の侵害はなくとも、取調べを受忍することには相当の精神的苦痛を伴うものであるから、罪を犯したと疑うに足りる相当な理由と必要性について司法審査を受け、特定の被疑事実について身柄を拘束された場合につき、それに付随して、取調べ受忍義務を課す必要性と相当性を認めたものとも解されるので、事件単位の原則をそのまま適用するものではないが、事件単位ごとの逮捕・勾留に付随する効果として、限定説を採るべきではないかと思う。このように考えると、第三者の取調べ規定である法223条2項によって準用される法198条1項但書のうち、「逮捕又は勾留されている場合を除いては」の部分については、第三者が取調べの対象となる犯罪事実により逮捕・勾留されることはあり得ないので、準用される余地がないことになる。

(5) 余罪取調べの許容範囲

逮捕・勾留中の被疑者の余罪の取調べの可否及びその範囲については、事件単位説と令状主義潜脱説に分かれる。

① 事件単位説

事件単位の原則が拠って立つ令状主義に照らし、取調べ受忍義務を負う被疑者の取調べは逮捕・勾留事実に限るのを原則とするが、余罪取調べを一律に禁じたのでは被疑事実ごとに逮捕・勾留を繰り返すことになって、却って身柄拘束期間を長くする弊があるので、例外的に、逮捕・勾留事実と密接な関係がある余罪、同種余罪、軽微余罪等の逮捕・勾留事実の解明やその処分を決するために必要な余罪取調べについては許容されるとする見解である。

この見解は、取調べ受忍義務の範囲に関する限定説(注)の外、取調べ受忍義務否定説からも主張されているが、逮捕・勾留中の取調べ受忍義務を否定するのであれば、被疑者取調べと逮捕・勾留は関係がないはずであるから、両者を関連付けて論ずること自体に矛盾がある。

(注)「事件単位の原則からする、被疑者の余罪取調べに関する制約については、つぎのような例外を認めるべきである。即ち、それは、余罪が逮捕・勾留の基礎となった事実と実体的に密接な関係があり、同種余罪である等、余罪についての捜査が逮捕・勾留の基礎となった事実についての捜査としても重要な意味を有する場合であり、かかる場合は、未だ余罪について令状を得ていない段階における被疑者の強制捜査として取調べであっても、それが逮捕・勾留の基礎となった事実の捜査と併行し、これに付随して行われるに止まる限り、これを違法ということとはできない。

しかし、このことは、右にいう例外の場合以外、被疑者の余罪取調べが一切許されない、ということの意味しない。右の制約は、別件で逮捕・勾留中の被疑者を、未だ令状の発付のない余罪（本件）について、すでに令状の発付のあった事実についてと同様の方法で取調べをすることができるか、という観点からのものであり、余罪（本件）について、純粹の任意捜査としての取調べをするのであれば、これを禁止する理由はなく、無用な身柄拘束の長期化を防止する見地からも、むしろそれが望ましいと言えよう。」

—東京地決S 49. 12. 9「都立富士高校放火事件」判時763-16

② 令状主義潜脱説

余罪の取調べが具体的状況の下において令状主義を潜脱する程度に至れば違法となるとする見解である。

余罪の取調べが令状主義を潜脱する程度に至っているか否かは、逮捕・勾留事実と余罪の関連性及び両事実の罪質、態様（同種余罪であるか否か等）、逮捕・勾留の必要性の程度、捜査の重点が余罪にあったか否か等を検討して判断することになる。

この見解は、取調べ受忍義務の範囲に関する無限定説（注1）と取調べ受忍義務否定説の双方から主張される外、取調べ受忍義務の有無にかかわらず、逮捕・勾留中の被疑者の取調べが事実上の強制処分性を有することに着目する立場（注2）からも主張されている。

(注1)「もとより、(刑訴法198条1項但書が逮捕・勾留事実ごとに取調べ受忍義務を課したものではないからといって)、余罪の取調べ、取調べ受忍義務のある被疑者に対して無制限に行つてよいということにはならないのであって、別件の逮捕又は勾留に名を借りて、令状主義を潜脱する程度にまで至れば、余罪の取調べが違法なものとなるものと解すべきである」

—東京高判S 53. 3. 29「都立富士高校放火事件」判時829-29

(注2)「いわゆる令状主義の原則を定めている趣旨に照らし、かつ、刑事訴訟法

198条1項が逮捕・勾留中の被疑者についていわゆる取調受忍義務を認めたものであるか否か、受忍義務はどの範囲の取調べに及ぶか等に関する同条項の解釈如何にかかわらず、外部から隔離された弁護人の立会もなく行われる逮捕・勾留中の被疑者の取調べが、紛れもなく事実上の強制処分性をもつことを併せ考えると、逮捕・勾留中の被疑者に対する余罪の取調べには一定の制約があることを認められなければならない。とくに、…いわゆる別件逮捕・勾留の場合、別件による逮捕・勾留がその理由が必要性を欠いて違法であれば、本件についての取調べも違法で許容されないことはいうまでもないが、別件の逮捕・勾留についてその理由又は必要性が欠けているとまではいえないときでも、右のような本件の取調べが具体的状況のもとにおいて実質的に令状主義を潜脱するものであるときは、本件の取調べは違法であって許容されないといわなければならない。

そして別件による逮捕・勾留中の本件についての取調べが、右のような目的のもとで、別件の逮捕・勾留に名を借りてその身柄拘束を利用して本件について取調べを行うものであって、実質的に令状主義の原則を潜脱するものであるか否かは、①別件と本件との罪質及び態様の相違、法定刑の軽重、並びに捜査当局の両事実に対する捜査上の重点の置き方の違いの程度、②本件についての証拠とくに客観的な証拠がどの程度揃っていたか、③別件についての身柄拘束の必要性の程度、④別件と本件との関連性の有無及び程度、ことに別件について取調べることが他面において本件についても取調べることとなるような密接な関連性が両事実の間にあるか否か、⑤乙事実に関する捜査の重点が被疑者の供述（自白）を追求する点にあったか、客観的物的資料や被疑者以外の者の供述を得る点にあったか、⑥取調担当者の主観的意図がどうであったか等を含め、具体的状況を総合して判断するという方法をとるほかない。」—大阪高判S 59. 4. 19「神戸まつり事件」判タ534-225

3 被疑者取調べの時期・方法

(1) いわゆる黙秘権の告知

被疑者の取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述する必要がない旨を告げなければならない(法198・II)

これは、憲法38条1項の自己負罪拒否特権に由来する供述拒否権を被疑者に告知すべきことを定めたものである。この被疑者の供述拒否権についても、「黙秘権」と称されているので、本書においても「黙秘権」と称することとするが、正確には、供述を強要されない法的地位といふべきものである。

法は、被疑者の黙秘権を正面から規定せず、捜査機関に告知義務を課すことによって、これを手続的に保障している。即ち、黙秘権を告知することにより、供述を強要されることのないよう、取調べによる心理的圧迫から被疑者を解放すると共に、取調べ官をして被疑者に供述を強要しないように自制させるものである。

その告知の内容については、法制定当初、「あらかじめ、供述を拒むことができる旨を告げなければならない。」と規定されていたが、捜査機関側から、供述を求めながら、供述を拒むことができる旨を告知しなければならないのは矛盾であるとの異論が出て、昭和28年に現行規定に改正されたものである（注1）。

いわゆる黙秘権の告知時期・方法については、取調べの前に、その取調べに対し、自己の意思に反して供述をする必要がないことを理解し得る方法で告知する必要がある。但し、1回目の取調べの前に告知した後、同一取調べ官による同一事件の取調べが続くなど、被疑者が供述を拒否できることを理解していると認められる場合は、毎回の取調べごとに告知しなくとも許容される場合がある（注2）

（注1）第16回国会（S28）に提出された同条の当初改正法案は、憲法38条1項と同様の「あらかじめ自己に不利益な供述を強要されることがない旨を告げなければならない」との内容であったが、被疑者本人に何が不利益であるのか判断がつかない場合がある等の異論が出て、現行規定に修正されたものである。

同改正案の内容に関する政府委員（法務省刑事局長岡原昌男）の同国会衆議院法務委員会における説明（参議院法務委員会においても同様）は、次のとおりである。

「ところであらかじめ供述を拒むことができる旨を告げるという制度の運用の実績を見ますと、被疑者たちは犯罪事実の内容、そのものの供述をしないのはともかく、犯罪事実と全然関係ない氏名、住居、年齢等のいわゆる人別事項、人定事項の供述すら拒否しておる、結局何も一言も発しない、これを一種の独立した権利であるかのように考える風潮がかなり広まっているのでございます。これは決して正しい傾向ではないと考えますので、この風潮をこの条文でただちに直すということはもちろんできないことではございますが、少なくとも告知の内容について、憲法第38条の1項の規定と同じ程度に告げればよいということにいたしたいのでございます。憲法第38条第1項におきましては「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」か

ようにあるのみでございます。つまり無理に言わされるものではない、憲法にこういう規定があるので、そのことを取調べに先だちまして本人に告げる、かようなこととなりますれば、一方において権利としてあるのではないということが、言葉の上からうすぼんやりとわかつて来るでありましょう。また何よりも捜査機関が、お前は供述拒否権があるのだ、何もしやべらなくてもいいのだという、舌の根のかわかぬ先から、ときに聞くがといつて、まるでしやべらぬでもいい、ときに聞くがというような、何か矛盾したことを前後にいつておるようで、非常に心理的な矛盾を感じず、そういう矛盾もなくなるだろう、そういうふうな趣旨も入れまして、この程度に告げることにいたしましたわけでございます。もつともこの改正をいたしたからといつて、被疑者の立場というものは法律上はちつともかわつて来ないわけでございます。のみならず憲法上保障されておる地位というものは、もとより微動だにしないものでございます。何も答えないからといつて特に不利益が来る、かような趣旨ではございません。」

(注2)「第1回供述調書には、検事が同女を取調べるにあたり、あらかじめ刑訴198条2項にしたがって供述を拒むことができる旨告げたという記載がある。第2回の取調べは、それから8日の後になされたのであるが、同一の犯罪につき、同一の検事によってなされた取調べであるから、同女はこのときには供述を拒み得ることを既に充分知っていたものと認められる。このような場合には、あらためて検事から供述拒否権のあることを告知しないでも、刑訴198条2項に違反するものとはいえない。」

— 最三判S28. 4. 14刑集7-4-841

(2) 供述調書の作成

被疑者の供述は、これを調書に録取することができる(法198・Ⅲ)。この調書は、被疑者に閲覧させ、又は読み聞かせて、誤りがないかどうかを問い、被疑者が増減変更の申立をしたときは、その供述を調書に記載しなければならない(法198・Ⅳ)。被疑者が調書に誤りがないことを申立てたときは、これに署名押印することを求めることができる。これらは、捜査機関に被疑者の取調べ権限を規定したことに伴い、供述録取書(単に「供述調書」ともいう)の作成権限と手続を定めたものである。

供述録取書の作成方法は、捜査機関の裁量に任されていて、取調べをしても供述録取書を作成しない場合もあるし、数日間に亘って取調べた後、その間にまとまった供述内容を1本の供述録取書として作成する場

合もあるが、取調状況及びその結果を明らかにするためには、特に必要がないと認められる場合を除き、取調べを行ったときは、その都度作成するのが相当である（注1）。

また、被疑者の供述内容は、そのほとんどが取調官の質問あるいは追求に応じてなされたものであるにもかかわらず、被疑者が自ら語る事件の物語形式（1人称独白型）により記載されている。これは、旧法以前の「聴取書」の伝統を引き継いだもので（注2）、事件の経緯が時系列に整理され、事項毎に供述内容がまとめられているので、供述内容を効率的に理解するには有効なものであるが、供述経過が不明確になることは否めず、取調べの可視化を必要とする一要因になっている。

（注1）犯罪捜査規範177条1項にも、「取調べを行ったときは、特に必要がないと認められる場合を除き、被疑者供述調書又は参考人供述調書を作成しなければならない。」とある。

（注2）旧法以前において、非現行犯については捜査機関に訊問権がなく、訊問に基づいて作成された「訊問調書」の証拠能力は否定されていたので、実際は訊問に対して答えた内容であるにもかかわらず、記載の体裁上、問いを除いた被疑者の答弁内容だけを記載した「聴取書」なるものが作成され、旧法343条1項の「法令により作成したる訊問調書」ではない「供述を録取したる書類」として、例外的に証拠能力を付与されていた（「聴取書」の歴史については、明治36年8月30日発行「法律新聞」第156号4頁所収の花井卓蔵「教科書の獄を論して其法律上裁判上の疑義に及ぶ（3）」参照）。

（3）起訴後の取調べ

学説の中には、当事者としての被告人の地位及び公判中心主義に反するとして、これを全否定する見解がある。しかしながら、公判において証拠調べが行われる第1回公判期日後の被告人の取調べは公判中心主義に反するものとして否定されるべきであるが、その前の取調べについては、未だ公判が開始されていない段階であるから、法197条の基づく任意捜査として、特段の必要性と弁護人の同意を得るなど真に任意であることが担保される限りにおいて許容されるべきである。但し、被疑者ではないから、法198条に基づく出頭要求はできない。

判例（後記④最三決S36. 11. 21等参照）は、法197条による任意捜査としての起訴後の取調べを容認する

起訴後の取調べの可否及び時期・方法と証拠能力に関する諸問題は、次のとおりである。

① 第1回公判期日前の取調べの可否

法198条による出頭要求はできないが、特段の必要性があつて、被告人が自主的に応じる場合は、法197条による任意捜査として行うことができる。

下記判例も同旨であるが、その供述調書を証拠とすることに同意している事例であることに留意する必要がある。

「なお、刑訴197条は、捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる旨を規定しており、同条は捜査官の任意捜査について何ら制限をしていないから、同法198条の「被疑者」という文字にかかわりなく、起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調べを行うことができるものといわなければならない。なるほど起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取調べることはなるべく避けなければならないところであるが、これによって直ちにその取調べを違法とし、その取調べの上作成された供述調書の証拠能力を否定すべきいわれはなく、また、勾留中の取調べであるのゆえをもって、直ちにその供述が強制されたものであるということもできない。本件において、第一審判決が証拠に採用している所論被告人の検察官に対する昭和35年9月6日供述調書は、起訴後同年9月7日の第1回公判期日前に取調べがなされて作成されたものであり、しかも、右供述調書は、第一審公判において、被告人およびその弁護人がこれを証拠とすることに同意している。したがつて、原判決には所論のような違法は認められない。」

—最三決S36. 11. 21 判時281-30

② 起訴後の取調べ方法（弁護人立ち会い）

下記裁判例は、憲法37条3項により被告人に弁護人選任権が保障されていることに鑑み、被告人が弁護人の立合は必要でない旨を明示して取調べに応じた場合等の特別の事情のない限り、弁護人が立ち会わない起訴後の取調べは許されないとしているが、これを必須条件とするまでには、一般化されていない。弁護人の立合は、被告人が自主的に取調べに応じることを担保する意味で考慮されるべきものである。

「被告人は訴訟の当事者としての主体的な地位にたつのであつて、その変化

に伴い、ことからの性質上、刑訴法197条1項本文の認める捜査官の任意捜査の方法時期等も一定の制約をうけることは避けられないというべきである。

そこで、その方法について検討すると、被告人は、公判廷においては、当事者として弁護人の立会のもとで供述する権利があり、かつこの権利は当事者としての地位にとって基本的なものというべく（憲法37条3項参照）、したがって、被告人である以上は被疑者段階とは異なり、右権利の保障は原則として公判廷外での捜査官による任意捜査についても及ぶものと解するのが相当である。即ち、被告人が任意に取調に応ずる場合でも、本件のように、任意的弁護事件でいまだ弁護人が選任されていない場合は、捜査官が被告人に対して弁護人選任権を告知したのみでは十分でなく、さらに、弁護人の選任を希望するならば弁護人の選任がなされた後その立会の下で取調を受けることをも告知する必要がある、そのうえで、被告人が弁護人の立会が必要でない旨を明示して取調に応じた場合等の特別の事情のない限り、捜査官が弁護人を立ち会わせることなく当該被告事件について取調べをすることは、訴訟の当事者としての被告人の本質的権利を奪うことになり、被告人に対する任意捜査の方法として許されない。」

—東京地決S50. 1. 29 判時766-25

③ 第1回公判期日後の取調べ

第1回公判期日後は、公判期日における被告人質問が可能であるから、これとは別に、捜査機関による取調べを容認する必要性はなく、憲法37条1項の公開裁判を受ける権利を害するものでもあるから、許されない。

下記判決は、被告人質問後に作成された検察官調書の証拠能力を否定した例である。

「本件検察官調査書は、公判における被告人質問の後に、被告人質問によって更に明白になった捜査の不備を補充するために、弁護人の援助を受ける権利を与えることなく作成されたものであることが明らかである。このような検察官の取調べは、被告人の防御権を奪い、憲法37条1項、3項の精神を没却し、被告人の当事者としての地位を侵害するものであるのみならず、従前公判期日で行われた被告人質問を全く無意味ならしめ、刑事訴訟法の当事者主義や公判中心主義にも反するものであることが明らかであると言わなければならない。このような取調べの結果作成された本件警察官調書には証拠能力は認められない。」—福岡地判H15. 6. 24 判時1845-158

4 取調べ可視化論

ここにいう取調べの可視化とは、被疑者の取調べ過程を録音録画して、その取調べ状況を客観的に明らかにすることである。

刑事裁判において自白の任意性が争われた場合、その取調べが密室で行われるため、任意性の有無の立証に困難をきたし、裁判の長期化させる原因となっていたところ、裁判員裁判の施行に伴い、近年取調べの可視化が強く叫ばれるようになった。

取調べ可視化論は、本来は、自白追求型取調べを容認し、かつ、取調べ受忍義務を肯定する論者にとって、被疑者取調べに伴う弊害を除去するため、解決を迫られるべき問題であるが、現実には、自白追求型取調べや取調べ受忍義務を否定する論者から取調べの可視化が主張され、逆に、これらを肯定する検察関係者らが難色を示している観があって、これが議論を複雑にし、すれ違いを生じさせているように思われる。

以下、取調べ可視化にかかる肯定・否定両論の根拠を整理したうえ、取調べ可視化の是非を論じる。

(1) 取調べの可視化肯定論について

取調べの可視化肯定論の根拠は、次のとおりである。

- ① 密室における被疑者の取調べは、捜査官による自白強要を誘発し、虚偽の自白による冤罪の温床となるうえ、その任意性の存否が客観的に明らかではないため、その審理のために長期間を要し、裁判の迅速化の要請に反するところ、取調べの可視化を実現すれば、取調べの経過が客観的に明らかとなるので、違法な取調べが減少するうえ、任意性の立証が容易になって、裁判を迅速化させる。
- ② 特に裁判員制度の下においては、一般市民である裁判員が、客観的な資料もないまま、水掛け論に等しい捜査官側と被疑者の供述の対比により自白の任意性の有無を判断するのは困難であるから、録音・録画による取調べの可視化により自白の任意性の判断を客観的に明瞭なものにしたうえ、本来の犯罪事実の存否のための審理に集中できるようにする必要がある。
- ③ 取調べの可視化は世界の潮流であって、イギリス、オーストラリア、イタリア、フランス、アメリカの欧米諸国や、アジアにおいても、香

港、台湾において取調べの可視化が実現されており、カナダ、韓国においても取調べの可視化が進められていて、弁護人の立会もなく、取調べ室を完全な密室にしているのは、先進国では日本だけといってもよい状況である。また、国連の国際人権規約委員会も、1998年に日本の被疑者取調べが電磁的手段により記録されるべきことを勧告している。

(2) 取調べの可視化否定論について

取調べの可視化否定論の根拠は、次のとおりである。

- ① 捜査機関は、刑事事件の真相解明を十全ならしめるため、被疑者との信頼関係を築いた上、極めて詳細な取調べを行っている実情にあり、このような実情の下で取調べ状況の録音録画を義務付けた場合、取調べ状況の全てが記録されることから、被疑者との信頼関係を築くことが困難になるとともに、被疑者に供述をためらわせる要因となり、その結果、真相を十分解明しえなくなるおそれがある。
- ② 供述調書は、その内容を供述者に対して読み聞かせ又は閲読させ、補充訂正の申立てがあればそれを加筆し、内容が間違いないことを確認した上で供述者が署名押印するという手続によって作成されるものである上、公判廷においてその供述の任意性、信用性が争われれば、検察官においてその存在を立証する責任を負い、その存否の判断は裁判所に委ねられているのであるから、供述の任意性、信用性の担保措置は十分に講ぜられている。加えて、平成16年4月1日から、書面による記録の作成、保存を義務づける取調べ過程・状況の記録制度を導入して、被疑者の取調べの適正を図っている。
- ③ 取調べ状況の録音・録画等被疑者の取調べのあり方については、広く我が国刑事法全体の枠組みの中で慎重に検討すべき事柄であり、刑事実体法や刑事訴訟制度が異なる諸外国と我が国とを単純に比較することは適当ではない。我が国の犯罪構成要件は、犯意、目的、共謀等の主観的要素が多く、犯行の態様や犯意の発生時期いかんにより、異なる構成要件に該当する場合があり、法定刑の幅が広いため、犯行に至る経緯、犯行の動機、犯行後の状況等の情状に関する事実を立証しなければ適正な量刑を得る事ができない上、他の国の捜査手法が我が国

では許されていない場合も多々あり、起訴猶予制度の適正な運用や真実を告白して反省悔悟することによる更生を図るためにも、被疑者の取調べにより真実の自白を求める重要性が高い。

(3) 取調べ可視化の是非

取調べ可視化肯定論の根拠のうち、①の密室における自白強要等の弊害の除去と任意性立証を客観化することによる裁判の迅速化の確保をいう点、及び②の裁判員制度の下における可視化の必要性を強調する点には理由があり、取調べ可視化否定論の根拠のうち、①の公開された取調べの場においては、被疑者との信頼関係に基づく真相の告白は得られないという点には理由がある（詳細は、拙稿「被疑者取調べの意義・根拠と可視化の是非」金沢法学48巻2号参照）。

そして、いずれの論拠も対立するものではなく、可視化肯定論は非公開の取調べに伴う影の部分強調し、可視化否定論はその光の部分強調しているのである。したがって、取調べの可視化の是非は、それぞれの論拠に理由があるか否かによって決すべきものではなく、いずれの論拠を重視すべきかにかかることになる。換言すれば、非公開の取調べによる真相の解明を重視して、その弊害の除去は取調べの積極的な意義を損なわない範囲で対策を講じるか、真相の解明を犠牲にしても、弊害の除去と裁判の迅速化を優先するかという問題である。

而して、以下の理由により、取調べの可視化を是とする。

① 取調べを可視化することによって、捜査官も被疑者も言葉を選び、両者間の信頼関係の上に立ち、腹を割ったやり取りの中で真相を告白させるような取調べができなくなる懸念はあるが、よくよく考えてみると、そのような取調べができなければ真相が解明できないような事件は、案外限られているのではないかと思う。

即ち、否認する要因には被疑者自身の利害にかかるものと第三者に不利益が及ぶものに大別されるが、前者の場合は、矛盾確認型取調べを主とする取調べにより、否認しても無駄であることを自覚させて自白に至らせることができる場合がほとんどであって、取調べの経過を秘密にしておかなければならないような場面は想定し難い。後者の場合は、矛盾の追及だけでは自白しない場合が多く、信頼関係の上に立

って個人的な経験も交えながら情理を尽くした取調べを必要とする場面が多くなるので、可視化すれば、捜査官をひるませ、被疑者に供述をためらわす場面が生じうると思われる。しかしながら、後者の否認類型の取調べ経過にしても、その大半は絶対に秘密にしなければならないようなものではなく、多分に気分的なもので、可視化肯定論者が指摘するように録音録画が制度として定着することによる慣れが解決する部分が多いように思われる。ただ、その中で自白すれば被疑者自身や第三者が組織の報復を受けるようなおそれのある事件については、やはり取調べの可視化が真相の解明を阻むことは否定できない。

このように取調べの可視化により、真相の解明が阻害されることは否定し難いが、それも一部の事件に限られるとすれば、取調べの弊害の方を重視せざるを得ない。また、信頼関係の上に立った取調べの伝統も、我が国のお上意識を基盤にしていることは否みがたく、その基盤が崩れつつある現在、情に重きを置いた取調べよりも、理に重きを置いた可視化に耐え得る取調べ方法を指向すべきではないかと思う。

② 加えて、供述調書をワープロにより作成する方法が一般化している現状においては、取調べを可視化する必要性は更に増大する。

即ち、ワープロ調書になると、調書を作成して読み聞かせた後、被疑者が異議を述べても、その場で容易に書き換えることができるので、被疑者を面前に置いて作成する必要がなくなり、被疑者がいないところで黙々と供述内容を基に物語を作成できることになる。そうなると、被疑者は、供述調書の作成過程に立ち会ってその内容を確認することができなくなり、被疑者の供述内容と乖離する危険性が生ずることは否めない。もとより、調書作成後、それを読み聞かせられあるいは閲覧する機会は与えられるが、手書き調書の作成手続と比較して確認が不十分となることは否めない。また、あってはならないことであるが、警察官調書もワープロで作成される場合は、それを検察官のワープロに取り入れて訂正し、検察官調書にすることも容易になるし、供述調書に被疑者が割り印をしないで作成される現状では、被疑者が署名した末尾の頁を除いて自在に改ざんすることもできることになる。このような弊害は、昭和60年代にワープロ調書が出始めたころから懸念

されていたのであるが、遺憾ながら、近年その懸念が現実のものとなりつつあるようである。このようにワープロ調書は手書き調書に比較してその作成過程を更に暗くすることは否めず、これを可視化する必要性も増大していると認めざるを得ない。

- ③ 更に、自白の任意性が争われれば、いずれが真実かはともかくとしても、その認定のための証拠調べに長時間を要し、その認定に当たって客観的な資料がないがゆえに困難を伴っていることはまぎれもない事実であるから、一般人が裁判員として参加し、分かりやすく迅速な審理が要請される裁判員制度の下においては、取調べの可視化は必須である。

よって、可及的速やかに、とりあえずは裁判員裁判の対象事件についてだけでも、取調べの可視化を実施すべきである（注）。

（注）最高検察庁は、平成18年5月9日、取調べ可視化に関し、下記の次長検事コメントを発表した。

「今後、裁判員裁判において、検察官が、自白の任意性に関し、事案や証拠関係等に依り、刑事裁判になじみの薄い裁判員にも分かりやすく、迅速かつ確かな立証を遂げるための具体的方策について多角的な検討を深め、公訴維持に遺漏なきを期そうと考えているところですが、今般、そのような立証方策の検討の一環として、裁判員裁判対象事件に関し、立証責任を有する検察官の判断と責任において、任意性の効果的・効率的な立証のため必要性が認められる事件について、取調べの機能を損なわない範囲内で、検察官による被疑者の取調べのうち相当と認められる部分の録音・録画を行うことについて、試行することとしました。」

次いで、最高検察庁は、平成20年3月28日「取調べの録音録画の本格的試行指針」を示し、原則として、裁判員裁判対象事件であって、自白調書を証拠調べ請求することが見込まれる事件において取調べの録音録画を実施するものとした。ただし、同指針による取調べの録音録画は、被疑者が録音録画を拒否した場合の外、次の場合は実施しないものとし、録音録画をする取調べの内容についても、全過程を録音録画するものではなく、被疑者が自白をした後に行う自白であって、自白調書の任意性の立証を目的とする取調べの場面を録音録画するものとされている。

- (1) 組織犯罪等、録音録画を行うことにより、取調べの真相解明機能が害されたり、関係者の保護や協力確保に支障が生じるおそれ等がある場合
- (2) 外国人事件で通訳人の協力が得られない場合、録音録画を実施することが時間的又は物理的に困難である場合等、録音録画の実施に支障がある場合

第8 第三者の取調べ等

1 取調べ、又は鑑定・通訳・翻訳の嘱託

検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取調べ、又は、これに鑑定、通訳若しくは翻訳を嘱託することができる（法223・I）

法198条1項但書、3乃至5項の規定は、前項の第三者の取調べに準用される（法223・II）。同条1項但書のうち、「逮捕又は勾留されている場合を除いては、」の部分が第三者の取調べにも準用されるか否か、即ち、第三者が自己の被疑事実により逮捕・勾留されている場合にも他人の被疑事実に関する取調べを受忍する義務があるか否かについては、争いがあるが、前述したとおり、疑問を留保しつつも、その第三者は当該被疑事実について逮捕・勾留されているわけではないので、準用の余地はないと解する。

2 第1回公判期日前の証人調べ請求

(1) 目的と要件

検察官は、捜査の一環として、証拠保全のため、次の場合に第1回公判期日前に限り、裁判官に対し、証人尋問を請求することができる。

- ① 犯罪の捜査に欠くことのできない知識を有すると明らかに認められる者が、取調べに対し、出頭又は供述を拒んだ場合（法226）
- ② 取調べに際して任意の供述をしたものが、公判期日においては前にした供述と異なる供述をするおそれがあり、且つ、その者の供述が犯罪の証明に欠くことができないと認められる場合（法227）

上記①②の検察官による第1回公判期日前の証人調べ請求は、ほとんど活用されていない。その理由は、①の場合、通常、出頭や供述を拒む者から検察官に有利な証言を得る見込みはないので、あらかじめ証言を保全しておく必要性がなく、②の場合、平成16年法改正（H17.11.1施行）前は、「公判期日においては」の後に「圧迫を受け」の要件が付加されていたことなど、必要性の要件が厳しかったこと等によるものと思われる。

(2) 公判期日外の証人尋問との相違点

検察官による第1回公判期日前の証人調べ請求は、捜査手続であるから、検察官の請求によって裁判官が行い（法226、227、228・I）、

被疑者、弁護人に立会権はなく、裁判官が捜査に支障を生ずるおそれがないと認めるときに立ち合わせることができるのみである(法228・II)。

一方、公判期日外の証人尋問は、第1回公判期日後の裁判所の証拠調べ手続であるから、裁判所の職権により行われ(法143、158、281)、被告人、弁護人には立会権・尋問権がある(法157)。

公判期日外の証人尋問には、裁判所外における証人尋問(法158)と公判期日外の証人尋問(法281)の二種がある。公判期日における取調べは、公判廷において行うことになっているので(法282・I)、法158条の裁判所外における証人尋問も公判期日外の証人尋問である。したがって、法281条の公判期日外の証人尋問は、裁判所内における証人尋問を指すことになる。

第9 搜索・差押え・検証・鑑定

搜索（法222、102）

証拠物を発見するため、人の身体、物又は一定の場所を調べる強制処分

差押え（法222、99）

証拠物又は没収すべき物の占有を取得する強制処分

検証（法222、129）

場所、物又は人の存在、内容、状態、性質等を五官（眼、耳、鼻、舌、皮膚）の作用で認識する強制処分

なお、電気通信傍受の特例（法222の2－通信傍受法）がある。

鑑定（法223、224）

学識・経験に基づく判断の表明

1 令状による搜索・差押え・検証

捜査機関は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押、搜索又は検証をすることができる（法218・I）。

この規定は、憲法35条2項の「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する令状により、これを行う」との令状主義を受けたものであり、検証についても、憲法35条1項が保障する「住居…について…侵入を受けることのない権利」を侵害する行為であるから、搜索・差押えと同様、令状主義に服させることにしたものである。

(1) 理由

法は、搜索・差押え、検証の理由として、正面から被疑事実の要否を規定していないが、法219条に令状記載事項として「罪名」が明記されており、規156条1項には令状請求に際し、「罪を犯したと思料されるべき資料」の提供が定められているので、特定の犯罪を犯したと思料されることが当然の前提要件とされている。

但し、犯罪の嫌疑の程度は、逮捕の場合より低くても足りる。その理由は、搜索・差押え、検証は、逮捕の資料を得るために行われることが想定され、逮捕に比べて人権侵害の程度が弱く、令状請求の際に求められる資料も、逮捕の場合は、「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」（法199）を認めるべき資料を提供しなければならないのに対し（規143）、

搜索・差押えの場合は、「罪を犯したと思料されるべき資料」（規156・I）の提供で足りるとされているからである。

なお、次のとおり、第三者に関わる場合には、要件が加重されている。その理由は、被疑者の身体等については、一般に押収すべき物の存在を認めるに足りる状況が認められ、被疑者に係る郵便物等については、一般に被疑事件に関係があると認められる状況があるのに対し、第三者には犯罪の嫌疑がないので、一般にはそれらの状況が認められないからである。

- ① 被疑者以外の者の身体、物又は住居その他の場所の搜索については、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限る（法222・I、102・II、規156・III）。
- ② 被疑者から発し又は被疑者に対して発したのではない郵便物又は電信に関する書類で、通信事務を取り扱う官署その他のものが保管し又は所持するものは、被疑事件に関係があると認めるに足りる状況のあるものに限る（法222・I、100・II、規156・II）。

別件搜索・差押えの適法性

搜索・差押えにも事件単位の原則が適用され、被疑事実ごとに行われるから、その適法性は、別件逮捕・勾留におけるそれと同様の法理により判断される（注）。

（注）「右被告人方の搜索は、警察当局において、本件業務上横領事件の証拠を発見するため、ことさら被告人方を搜索する必要性に乏しい別件の軽微なモーターボート競争法違反事件を利用して、搜索差押令状を得て右搜索をしたもので、違法の疑いが強いといわざるを得ず、」（但し、当該搜索の際の任意提出物件の証拠能力は肯定）—広島高判S56. 11. 26 判時1047-162

余罪の証拠物差押えの適法性

搜索差押許可状は、本件の犯罪事実に関する証拠の搜索・差押えを許可したものであるから、令状に明示された物であっても、専ら余罪の証拠物の発見を目的に搜索をしたり、余罪の証拠物として利用する目的で差し押さえることは許されない。もっとも、その証拠物が同時に本件の被疑事実に関するものである場合は許容される（注）。

したがって、本件の搜索の過程で、たまたま余罪の証拠物が発見された場合は、その証拠物を所持することが犯罪になる場合は現行犯として逮捕し、そうでない場合は、改めて搜索・差押令状を請求するか、

任意提出を受けることになる。

(注)「憲法35条1項及びこれを受けた刑訴法218条1項、219条1項は、差押は差し押えるべき物を明示した令状によらなければすることができない旨を定めているが、その趣旨からすると、令状に明示されていない物の差押が禁止されるばかりでなく、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差押許可状に明示された物を差し押えることも禁止されるものというべきである。そこで、さらに、この点から本件メモの差押の適法性を検討すると、それは、別罪である賭博被疑事件の直接の証拠となるものではあるが、前記のとおり、同時に恐喝被疑事件の証拠となりうるものであり、…捜査機関が専ら別罪である賭博被疑事件の証拠に利用する目的でこれを差し押さえたとみるべき証拠は存在しない。」

—最一判S51. 11. 18 判時837-104

(2) 必要性

捜索・差押え、検証に必要性を要することについては、法218条1項に明記されているが、逮捕の資料を得るために行われることが想定されるので、逮捕のそれより緩やかに解釈運用されている。

① 裁判官は、捜索等の必要性について審査することができるか

捜索・差押え、検証については、逮捕に関する法199条2項但書と同様の必要性審査に関する規定がないが、明らかに捜索・差押え、検証の必要性がないと認められる場合にまで、令状を発付しなければならない理由はない(注)。

(注)「犯行の態様・軽重、差押え物の証拠としての価値・重要性、差押え物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押えによって受ける被差押え者の不利益の程度、その他諸般の事情に照らし、明らかに差押の必要がないと認められるときにまで、差押を是認しなければならない理由はない。」

—最三決S44. 3. 18「国学院大学映研フィルム差押事件」判時548-22

② 取材フィルムの捜索・差押えの可否及び考慮すべき事項

取材の自由は、表現の自由を実効ならしめるものであるから、表現の自由に準じ、憲法21条の趣旨に照らして尊重すべきものであるが、公正な裁判の実現も憲法上の要請であるから、取材フィルムの捜索・差押えも許される場合がある。但し、その可否を決するに当たっては、犯罪の軽重、及び公平な裁判の実現と報道の自由に及ぼす影響を比較考慮した必要性判断により決せられ、これを可とする場合にも、報道

機関が受ける不利益が必要最小限となるように配慮しなければならない（下記判例参照）。要するに、本問題も捜査比例の原則の適用問題である。

（ア）（裁判所による取材フィルム提出命令について）「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の「知る権利」に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない。しかし、取材の自由といっても、もとより何らの制約を受けないものではなく、たとえば公正な裁判の実現というような憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受けることのあることも否定することができない。」

「しかしながら、このような場合においても、一面において、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重および取材したものの証拠としての価値、ひいては、公正な刑事裁判を実現するにあたっての必要性の有無を考慮するとともに、他面において、取材したものを証拠として提出させられることによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり、これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても、それによって受ける報道機関の不利益が必要な限度を越えないように配慮されなければならない。」

—最大決S44. 11. 26「博多駅事件」判時574-11

（イ）（捜査機関の取材フィルム差押えについて）「博多駅事件決定の趣旨からすると、公正な刑事裁判を実現するために不可欠である適正迅速な捜査の遂行という要請がある場合にも、同様に、取材の自由がある程度の制約を受ける場合があること、また、このような要請から報道期間の取材結果に対して差押をする場合において、差押の可否を決するに当たっては、捜査の対象である犯罪の性質、内容、軽重等及び差し押さえるべき取材結果の証拠としての価値、ひいては適正迅速な捜査を遂げるための必要性と、取材結果を証拠として押収されることによって報道機関の報道の自由が妨げられる程度及び将来の取材の自由が受ける影響その他諸般の事情を比較衡量すべきであることは、明らかである」

—最二決H2. 7. 9「TBSビデオテープ差押処分事件」判時1357-34

(3) 令状記載事項（法219、規155）

憲法35条の「搜索する場所及び押収する物を明示する令状」を要する旨の規定を受け、捜査機関の権限の範囲と被差押え者の受忍範囲を明らかにしている。

令状には、被疑者若しくは被告人の氏名、罪名、差し押さえるべき物、搜索すべき場所、身体若しくは物、検証すべき場所若しくは物又は検証すべき身体及び身体の検査に関する条件、有効期間及びその期間経過後は、差押、搜索又は検証に着手することができず、令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない（法219・1）。

令状記載事項に関する問題点は、次のとおりである。

①□ 搜索場所の特定の程度

搜索場所の特定は、憲法35条1項が住居不可侵を目的とする趣旨に鑑み、一人が管理するの住居の各部屋ごとに特定する必要まではないが、その住居等の場所の管理権限者ごとに特定する必要がある（注）。

（注）「令状上、搜索または差押すべき場所を明確に特定しておくことにより、捜査機関の搜索、差押の権限の行使を場所的に制限し、いやしくも強制力による搜索が濫用にわたることなきを期しているのである。しかして、その特定は、ただ場所的範囲を明確にするというだけでなく、その範囲は、犯罪捜査に必要最小限度に限定すべきであることは当然であり、また、憲法第35条第2項の趣旨からは、少なくとも管理（住居）権者を単位として特定しなければならないものである。」

—佐賀地決S41. 11. 19 判時470-64

- ② 差し押さえるべき物として特定物を列挙した後、「その他本件に係りありと思料せられる一切の物件」と記載した搜索差押令状の適法性
- 搜索は、差し押さえるべき物を発見するための処分であるから、搜索する前に、全ての差し押さえるべき物を他から識別できるように特定することは、不能を強いるものである。したがって、例示物件が明示され、これに準じる物件を指すものと解される場合は、このような特定の方法も許容される（注1、2）。

(注1) 「本件許可状に記載された『本件に関係有りと思料せられる一切の文書及び物件』とは、『会議事録、闘争日誌、指令、通達類、連絡文書、報告書、メモ』と記載された具体的な例示に附加されたものであって、同許可状に記載された地方公務員法違反被疑事件に関係があり、且つ右例示の物件に準じられるような闘争関係の文書、物件を指すことが明らかであるから、同許可状が物の明示に欠くところがあるということもできない。」

—最大決S33. 7. 29 判時156-6

(注2) 「(法の趣旨が) 差し押さえるべき物及び搜索すべき場所の記載と被疑者の氏名及び罪名の記載と相俟って、特定の被疑事件について捜査機関に賦与すべき搜索及び差押の権限の範囲を明確にすることにより、被疑者を捜査機関の不当な権利侵害から守ろうとするにあることはいうまでもない。

以上の趣旨から、差し押さえるべき物の記載についていえば、差し押さえるべき物を限定的に列挙し、その各個について、いちいちその名称、形状、作成者、日附、番号等を明示し、他の同種の物から識別しえられる程度に記載されることをもって、法の目的に、もっとも合致するものというべきである。しかしながら、実際問題として、捜査の段階において、他人の占有に属する物に対して行われる差押について以上のような記載を要求することは、不能を強いることとなり、そうでないとしても捜査の遂行をきわめて困難にする場合が少なくないから、差押の目的を指示するのに、あるいは類型の表示をもってし、あるいは例示による概括的表示をもってする等の記載方法が実際一般に行われるところであるが、かような記載方法も捜査の性質上、法の根本趣旨を没却しない限り、是認させられるものといわなければならない。換言すれば、差押令状における差し押さえるべき物の記載は、これを合理的に解釈して差し押さえるべき物を特定し、かつこれをもって足りるものと解すべきである。」

—東京高判S40. 10. 29 判時430-33

(4) 令状の発付

検察官、検察事務官又は司法警察員の請求により発する(法218Ⅲ)。逮捕状請求権者は、より慎重を期すため昭和28年法改正により警部以上の者に限られたが、搜索・差押令状については、改正されなかった。

なお、令状請求書記載事項(規155)には、「罪名」の外「犯罪事実の要旨」が入っているが、令状記載事項(法219)には、「罪名」のみが記載され、「犯罪事実の要旨」の記載を要しない。搜索・差押えは、初期の捜査活動であるから、犯罪事実を十分特定できない場合があるので、

捜査状況を外部に漏らさないようにするため、令状審査のため被疑事実の要旨の記載を求めるに止め、令状には罪名を記載するだけで足りるとしたものと思われる。

(5) 令状の執行方法

搜索・差押・検証令状の執行方法については、法222条1項により、原則として裁判所による搜索・差押・検証規定が準用される。但し、捜査の密行性に鑑み、法113条1項の被疑者、弁護人の立会権に関する規定は準用されていない。法222条6項により、捜査機関にとって必要があるときに、被疑者を立ち合わせることができるのみである。

令状の呈示（法222・I、110）

差押令状又は搜索令状あるいは検証令状は、処分を受ける者に示さなければならない。処分を受ける者とは、対象物又は場所を直接管理する者である。その趣旨は、手続の公正を担保し、処分を受ける者の人権を保障することにある。

搜索令状等は、逮捕令状とは違って、処分を受ける者が処分を受けるときに不在の場合が想定されるので、その場合には、令状の呈示なくして執行することができる（下記事例①参照）。即ち、法110条は、処分を受ける者が搜索・差押場所に存在する場合の規定である。

また、処分を受ける者が存在していても、事前に令状を呈示していても搜索の目的を達せられない場合や（下記事例②参照）、処分を受ける者が令状の呈示を受ける権利を放棄していると認められる場合には（下記事例③参照）、令状を提示することなく執行することができる。但し、これらの場合にも、令状を提示できない事由がなくなり次第、速やかに令状を提示する必要がある。

判例に現われた問題事例は、次のとおりである。

① 搜索・差押処分を受ける者が不在の場合の令状呈示の要否

搜索・差押えは、処分を受けるものが不在の場合に行われることが想定されるところ、処分を受ける者の存否次第で搜索・差押えを不能とするのは本末を転倒した論であり、搜索・差押えの実効性を確保するため、処分を受ける者が不在の場合は、令状を呈示することなく執行できる。なお、その場合も、法114条の立会いをもつ

て手続の公正を担保する必要がある。

「搜索令状又は差押令状を執行するには、執行着手前右令状を処分を受ける者に示すことを要し、右の処分を受ける者とは、搜索すべき場所又は差し押さえるべき物件の直接の支配者を指称し、処分を受ける者が不在のときは、令状を示すことが不可能であるから示さないで執行しても違法ではない。」—東京高判S40.10.29 判時430-33

② 搜索・差押令状の呈示に先立って、搜索場所の部屋のドアを開けて入室することの可否

令状の呈示は、事前の提示が本則であるが、搜索の目的が達成されることを前提とするので、事前に呈示することにより、証拠を隠滅されるおそれなどがあって、搜索・差押えの目的を達し得ない場合は、搜索・差押えの着手後直ちに呈示することをもって足りる。

「搜索差押許可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテルの支配人からマスターキーを借り受けた上、来意を告げることなく、施錠された上記客室のドアをマスターキーで開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に搜索差押許可状を呈示して搜索及び差押えを実施したことが認められる。…同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受けるものの人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索・差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」

—最一決H14.10.4 判時1802-158

③ 処分を受ける者が搜索・差押令状の呈示を拒否した場合の令状呈示の要否

令状の呈示は、処分を受ける者のために、手続の公正を担保し、その人権を保障するものであるから、当該本人がその権利を放棄する態度に出た場合は、令状を呈示しないまま搜索・差押えに着手することができる。

「原告は同被告が本件搜索差押の内容を了知せしめるため本件令状を見るように差し示したにもかかわらず、なおも搜索差押自体に抗議すること

のみに急で、令状の閲読は自ら拒絶する態度をとったものであるから、原告が本件搜索差押前において本件令状を読みえなかったとしても、それは読もうとしなかった原告の態度によるものというべく、このことを目して、違法な手続として被告鈴木にその責を問うことは許されないものというべきである。」—東京地判S50. 5. 29 判時805-84

④ 搜索中に被疑者宛に配達された荷物を搜索することの可否

搜索場所について令状が提示されていれば、搜索中はその効力が継続しているので、令状呈示後、その搜索場所に配達されたものについても、搜索場所にあるものとして搜索することができる。

「原判決の認定によれば、警察官が、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、搜索場所を被告人方居室等、差し押さえるべき物を覚せい剤等とする搜索差押許可状に基づき、被告人立会いの下に上記居室を搜索中、宅配便の配達員によって被告人あてに配達され、被告人が受領した荷物について、警察官において、これを開封したところ、中から覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤所持罪で現行犯逮捕し、逮捕の現場で上記覚せい剤を差し押さえたというのである。所論は、上記許可状の効力は令状呈示後に搬入された物品には及ばない旨主張するが、警察官は、このような荷物についても上記許可状に基づき搜索できるものと解するのが相当であるから、この点に関する原判断は結論において正当である。」

最一決H19. 2. 8 判時1980-161

執行の範囲

搜索、検証令状の執行の範囲は、令状に記載されている「場所、身体若しくは物」であるが、特に搜索の場合は、令状に記載されている「場所」に令状に記載されていない「身体若しくは物」が存在していることがままあり、「場所」の令状により「身体若しくは物」を搜索できるか否かが問題となることがある。もとより、「場所」と「身体若しくは物」は別個の搜索対象であるから、できないのが原則であるが、「場所」にあるはずの差し押さえるべき物が「身体若しくは物」にあると推認できる場合は、「場所」の令状により搜索することができる場合がある（下記①②の事例参照）。

また、差押令状の執行の範囲は、令状に記載されている「差し押さえるべき物」であるが、その物である蓋然性はあるものの、その物であることを直接確認できないやむをえない事情がある場合は、差し押

さえることができる場合がある（下記③の事例参照）。

判例に現われた問題事例は、次のようなものである。

① 搜索場所である居室居住者の携帯物の搜索の可否

搜索場所の居室居住者の携帯物については、本来搜索場所にあるべき物をたまたま携帯しているに過ぎないものとして、搜索場所にあるものと評価できるので、可とする。

「被告人の内妻に対する覚せい剤取締法違反事件につき、同女及び被告人が居住する居室を搜索場所とする搜索差押許可状に基づき搜索を実施したが、その際、同室にいた被告人が携帯するボストンバックの中についても搜索できるものと解するのが相当である。」（要旨）

—最一決H6. 9. 8 刑集48-6-263

② 搜索場所に現在する者の着衣・身体の搜索の可否

その場所に現在する者が着衣・身体にその場所で差し押さえるべきものを隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、差押えの目的を達するために搜索する必要が認められる場合には、場所に対する搜索差押許可状の効力は、その者の着衣・身体にも及ぶ。

「場所に対する搜索差押許可状の効力は、当該搜索すべき場所に現在する者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の着衣・身体を搜索する必要が認められる具体的な状況の下においては、その者の着衣・身体にも及ぶものと解するのが相当である（もとより「搜索」許可状である以上、着衣・身体の搜索に限られ、身体の検査にまで及ばないことはいうまでもない）」

—東京高判H6. 5. 11 判タ861-299

③ フロッピーディスクの差押方法

被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性があり、被疑事実との関連性をその場で確認していたのでは、記録された情報を損壊される危険がある場合は、その内容を確認することなく差し押さえることができる。

「令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記載されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに

右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。」—最二決H10. 5. 1 刑集52-4-275

執行に必要な処分（法222・I、111、129）

搜索・差押状の執行については、次の処分をすることができる。

搜索・差押え（法222・I、111）

—錠をはずし、封を開き、その他必要な処分

検証（法222・I、129）

—身体の検査、死体の解剖、墳墓の発掘、物の破壊、その他必要な処分

いずれも、その必要性があっても、相当な方法で行うべきであって、例えば、施錠された金庫の錠を外す場合は、できるだけ破壊することは避けて、鍵の専門家に解錠させるなどの方法を採用すべきであるし、実務もそのように運用されている。

判例に現われた執行に必要な処分に関する問題事例は、次のようなものである。

① 搜索・差押えの現場における写真撮影の可否と限界

搜索・差押え手続の適法性を担保するために、その執行状況を撮影することは、搜索・差押えの付随処分として許容されるが、搜索差押令状に明示されていない物件を撮影したり、令状に明示されている物件であっても、専ら別件捜査に利用する目的で撮影することは許されない。

「搜索差押手続の適法性を担保するためその執行状況を写真に撮影し、あるいは、差押物件の証拠価値を保存するため発見された場所、状態においてその物を写真に撮影することが、捜査の実務上一般的に行われている。このような撮影もまた検証と解されるべきものであるが、搜索差押に付随するため、搜索差押許可状により許容されている行為であると考えられる。

これに対して、本件のように、搜索差押許可状に明記されている物件以外の物を撮影した場合には、搜索差押手続に付随した検証行為とはいえないので、本来は検証許可状を必要とするものであり、その令状なしに写真撮影したことは違法な検証行為といわざるを得ないが、検証について刑法430条の準抗告の規定の適用がないことは条文上明らかであって、この点に関する準抗告は現行刑法上認められていないものと解するほかない。

もつとも、物の外形のみの写真撮影に止まらず、例えば、捜索差押が行われている現場で捜索差押許可状に明記された物件以外の日記帳の内容を逐一撮影し、収賄先献金先等を記載したメモを撮影するなど、捜査の帰すうに重大な影響を及ぼす可能性のある、あるいは重大事件の捜査の端緒となるような文書の内容等について、検証許可状なくして写真撮影が行われたような場合を考えると、検証には刑法430条の準抗告の規定の適用がないということでこのような行為を容認してしまうことは、適正な刑事手続を確保するという観点から問題があるように思われる。」

—最二決H2. 6. 27の藤島裁判官の補足意見 判時1354-160

② 強制採尿令状による強制連行の可否

強制採尿令状により、被疑者を採尿場所まで強制連行できるか否かについては、逮捕と同様の身体の拘束を認めるべき根拠はないとする見解もあるが、採尿場所まで連行できなければ、強制採尿の目的は達せられないのであるから、強制採尿令状に内在する効力として、許容されるものと解する(注)。

(注)「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、その際、必要最小限度の有形力を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、そのように解しないと、強制採尿令状の目的を達することができないだけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の当否を含めて審査し、右令状を発付する裁判官は、連行の当否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるからである。」

—最三決H6. 9. 16 判時1510-154

(6) 公務上・職務上の秘密に関与する者の押収拒絶権 (法103～105)

① 公務員、衆議院若しくは参議院の議員、内閣総理大臣その他の国務大臣、又はそれらの職にあった者が保管し又は所持する物について、本人又は当該公務所から職務上の秘密に関するものであることを申立てたときは、それぞれ、当該監督官庁、衆議院、参議院あるいは内閣の承諾がなければ、押収をすることはできない。但し、当該監督官庁、衆議院、参議院又は内閣は、国の重大な利益を害する場合を除いては、承諾を拒むことができない。(法222・I、103、104)

② 医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士(外国法事務弁護士を含む)、

弁理士、公証人、宗教の職にある者又はこれらの職にあった者は、業務上委託を受けたため保管し又は所持する物で、他人の秘密に関するものについては、押収を拒むことができる。但し、本人が承諾した場合、押収の拒絶が被疑者のためにのみにする権利の濫用と認められる場合(被疑者が本人である場合を除く)その他裁判所の規則で定める事由がある場合はこの限りでない(法222・I、105)。本人とは秘密の主体をいう。本条は、人の秘密を扱う業務に対する信頼を保護するためのものである。

2 令状によらない捜索・差押え・検証

捜査機関は、被疑者を逮捕する場合(通常逮捕、現行犯逮捕、緊急逮捕)あるいは被疑者に対する勾引状・勾留状を執行する場合において、必要があるときは、令状なくして、人の住居等に入って被疑者を捜索し、逮捕の現場で捜索・差押え・検証をすることができる(法220・I)。

(1) 根拠

被疑者を逮捕する場合の捜索・差押え・検証に令状を要しないことは、憲法35条1項においても容認されているところであるが、その根拠について、相当説(実務)と緊急処分説(学説)が対立している。

相当説 逮捕現場には証拠が存在する蓋然性が高いことを根拠とし、緊急性を不要とする。

緊急処分説 逮捕の際には、被疑者の逃亡と証拠隠滅を防止しこれを保全すべき緊急の必要があることを根拠とする。

法220条1項1号の被疑者の捜索の場合は、他人の住居等の平穩を害する場合であるから、緊急性を要するが、同項2号の逮捕の現場における差押え等の場合は、被疑事実に関する証拠が存在する蓋然性が高く、捜索・差押令状が発布される要件が備わっている場合であり、通常は新たに逮捕現場の平穩ないしプライバシーを侵害することもないので、緊急性を要件とする必要はない。よって、同項1号の被疑者の捜索については、緊急処分説が妥当であり、同項2号の逮捕現場の捜索・差押え・検証は、相当説が妥当である。

(2) 「逮捕する場合」の意義

緊急処分説によれば、逮捕着手後に限られることになるが、相当説で

は、証拠が存在する蓋然性があれば、単なる時点よりも幅のある逮捕する際をいい、逮捕との時間的接着性を要するけれども、逮捕着手の前後関係を問わないとの立場になり得る。

しかしながら、相当説に立っても、逮捕着手前、殊に被疑者が現在せず、逮捕を予定しているに過ぎない場合は、事後の逮捕の有無如何により、捜索・差押え・検証の違法性が左右されることになって不合理であるから、「逮捕する場合」とは認め難い。

判例は、下記の通り、逮捕との時間的接着性を要するけれども、逮捕着手の前後関係を問わないとしている。

「前者の場合(逮捕する場合)は、逮捕との時間的接着を必要とするけれども、逮捕着手時の前後関係は、これを問わないものと解すべきであって、このことは、同条1項1号の規定の趣旨からも窺うことができるのである。したがって、例えば、緊急逮捕のため被疑者方に赴いたところ、被疑者がたまたま他出不在であっても、帰宅次第緊急逮捕する体勢の下に捜索、差押がなされ、且つ、これと時間的に接着して逮捕がなされる限り、その捜索、差押は、なお、緊急逮捕する場合その現場でなされたとするのを防げるものではない。」

—最大判S36.6.7「大阪麻薬事件」判時261-5(但し、裁判官6名の反対意見有り)

(3) 「逮捕の現場」の意義

緊急処分説によれば、被疑者の身辺に限られることになるが、相当説によれば、証拠が存在する蓋然性の高い被疑者の管理の及ぶ範囲ということになる。

① ホテル待合室で逮捕した被疑者の客室における捜索の適否

現にホテルの客室に宿泊中の被疑者が、たまたま待合室にいて逮捕されたという場合は、その客室も証拠が存在する蓋然性が高い「逮捕の現場」と認めることができる(注)。

(注)「刑事訴訟法第220条第1項第2号が、被疑者を逮捕する場合、その現場でなら、令状によらないで、捜索差押をすることができるとしているのは、逮捕の場所には、被疑事実と関連する証拠物が存在する蓋然性が極めて強く、その捜索差押が適法な逮捕に随伴するものである限り、捜索押収令状が発付される要件を殆ど充足しているばかりでなく、逮捕者らの身体の安全を図り、証拠の散逸や破壊を防ぐ急速の必要があるからである。」

これを大麻たばこ7本に関する捜索押収についてみる・と、…シルクホ

テル5階のなかば公開的な待合所と、同ホテル7階の宿泊客にとっては個人の城塞ともいうべき714号室との差異のほかに若干の隔りもあり、…同たばこに対する搜索押収が果たして適法であったか否かについては疑いの余地が全くないわけではないけれども、…ペレスの逮捕と同たばこの搜索差押との間には時間的、場所的な距りがあるといってもそれはさしたるものではなく、また逮捕後自ら司法警察員らを引続き自己と被告人の投宿している相部屋の右714号室に案内していること、…本件の検挙が困難で、罪質もよくない大麻取締法違反の事案でもあることなどからすると、この大麻たばこ7本の搜索差押をもって、直ちに刑事訴訟法第220条第1項第2号にいう『逮捕の現場』から時間的・場所的且つ合理的な範囲を超えた違法なものであると断定し去ることはできない。」

—東京高判S44. 6. 20 高判集22-3-352

- ② 被疑者を逮捕現場から最寄りの警察署に連行し、同警察署において、被疑者の身体、所持品に対する搜索・差押えをすることの適否

警職法2条2項に定める事情があつて、逮捕現場で逮捕に付随する手続が行えない場合には、連行場所において搜索・差押えをすることも法の予定するところであつて、証拠が存在する蓋然性が高い状況にも変わりがないので、可とする（注）。

（注）「刑訴法220条1項2号によれば、捜査官は被疑者を逮捕する場合において必要があるときは逮捕の現場で搜索・差押え等の処分をすることができる、右の処分が逮捕した被疑者の身体又は所持品に対する搜索・差押えである場合においては、逮捕現場付近の状況に照らし、被疑者の名誉等を害し、被疑者らの抵抗による混乱を生じ、又は現場付近の交通を妨げるおそれがあるといった事情のため、その場で直ちに搜索・差押えを実施することが適当でないときには、速やかに被疑者を搜索・差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上、これらの処分を実施することも、同号にいう『逮捕の現場』における搜索・差押えと同視することができ、適法な処分と解するのが相当である。」

—最三決H8. 1. 29 「和光大学内ゲバ事件」 判時1557-145

- ③ 職務質問を継続するため、第三者の住居内に場所を移動し、同所において被疑者を現行犯逮捕した場合、同所を搜索することの適否

この場合は、第三者の住居内に証拠が存在する蓋然性は認められないので、「逮捕の現場」における無令状搜索・差押えを認めた趣旨に照らし、許されない（注）。

(注)『逮捕の現場』は、逮捕した場所との同一性を意味する概念ではあるが、被疑者を逮捕した場所でありさえすれば、常に逮捕に伴う搜索等が許されると解することはできない。即ち、住居に対する搜索等が生活の平穏やプライバシー等の侵害を伴うものである以上、逮捕に伴う搜索等においても、当然この点に関する配慮が必要であると考えられ、本件のように、職務質問を継続する必要から、被疑者以外の者の住居内に、その居住者の承諾を得た上で場所を移動し、同所で職務質問を実施した後被疑者を逮捕したような場合には、逮捕に基づき搜索できる場所も自ずと限定されると解さざるを得ないものであって、」—福岡高判H5. 3. 8 判タ834-275

(4) 搜索・差押えの範囲

逮捕の現場における無令状による搜索・差押えは、逮捕事実に関する証拠について認められるものであるから、別件の証拠の発見を目的として搜索をすることは許されないし、専ら別件の証拠として使用することを目的として差し押さえることも許されない。

① 道路交通法違反で逮捕した被疑者が所持していた匕首の押収

「刑事訴訟法第220条第1項第2号で逮捕に付随して令状なしに搜索し、差し押さえることのできるものは右犯罪の証拠物等に限られるから、付随的な強制処分として全く別個の犯罪である銃砲刀剣類所持等取締法違反の証拠物の搜索、差押をすることは許されないものといわなければならない。」(但し、法221の領置は可) —東京高判S46. 3. 8 判タ264-343

② 別件証拠収集のための搜索・差押え

「警察官らは右暴行事件による被告人の逮捕の機会を利用し、右暴行事件の逮捕、捜査に必要な範囲を越え、余罪、特に被告人又はA子による覚せい剤の所持、使用等の嫌疑を裏付ける証拠の発見、収集を意図していたものと認められる。

ところで、刑事訴訟法220条1項2号は、司法警察職員が被疑者を逮捕する場合において必要があるときは、逮捕の現場で搜索、差押をすることができる旨定めているが、その搜索、差押は、逮捕の原由たる被疑事実に関する証拠物の発見、収集、及びその場の状況からみて逮捕者の身体に危険を及ぼす可能性のある凶器等の発見、保全などに必要な範囲内で行われなければならないこと、この範囲を越え、余罪の証拠の発見、収集などのために行うことが許されないことは多言を要しないところであるから、前述のとおり、警察官らが右覚せい剤粉末を発見した後、被告人を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕し、かつ、右被疑事件に関する証拠物として覚せい剤粉末を差押さえたとしても、それは違

法な搜索の過程中に発見、収集された証拠物であるとの評価を受けることを免れないといわなければならない。」

(但し、右覚せい剤粉末の証拠能力については、形式的には前記暴行被疑事実による逮捕に伴う強制処分として適法に開始されたものであること、警察官らにおいて右暴行被疑事実により被告人を逮捕する際、これに伴う必要最小限の強制処分として被告人の身体にごく近接する範囲内を一通り搜索ただけで容易に発見することができたものであることなどから、右覚せい剤粉末の発見、収集手続上の瑕疵は実質的に重大なものではないとして、証拠能力は肯定した。) 一札幌高判S58. 12. 26 判時1111-143

3 鑑定等

任意捜査の一環として、被疑者以外の者に鑑定を嘱託するに際し、次の強制処分を行うことができる(法223)

鑑定留置

被疑者の心神または身体に関する鑑定をさせるについては必要があるときは、裁判所は、捜査機関の請求により、期間を定め、病院その他適当な場所に被疑者を留置することができる(法224、167)。

鑑定処分

鑑定人は、鑑定について必要があるときは、裁判所の許可を受けて、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り、身体を検査し、死体を解剖し、墳墓を発掘し、又は物を破壊することができる(法225、165)。

4 身体検査

(1) 搜索としての身体検査

(法218・I前、220・I、222・I、102・I)

搜索としての身体検査は、身体そのものを検査するものではなく、証拠物の搜索に付随するものであるうえ、搜索差押令状の記載事項の中に「搜索すべき場所、身体」と記載されていて、別途身体検査令状を要する旨の規定がなく、第三者の身体についてさえ、搜索の要件を「押収すべき物の存在を認めるに足る状況のある場合に限り」として、厳格にしているに止まっているので、搜索としての身体検査には身体検査令状を要しない(法219・I、222・I、102・II参照)。

(2) 検証としての身体検査

(法218・I後、222・I、129、131～140)

検証としての身体検査は、身体検査令状によらなければならない(法218・I後)。

身体拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、令状によることを要しない(法218・II)。

(3) 鑑定処分としての身体検査(法225、168)

裁判所の鑑定受命者による身体検査は、法172、139条の準用により、身体検査を拒む者を過料に処し、又はこれに刑を科してもその効果がないと認めるときは、直接強制することができるが、捜査機関の鑑定受託者による身体検査については、同条の準用がないため、直接強制ができない。

立法論としては、裁判所の鑑定受命者と捜査機関の鑑定受託者に資格の差異はなく、いずれも裁判所の許可を得て身体検査を行うものであるから、捜査機関の鑑定受託者による身体検査についても、法172、139条を準用すべきである。

鑑定処分としての身体検査に関する問題点は、次のとおりである。

① カテーテルによる強制採尿の可否及びその法的手続

かつては、強制採尿は、鑑定処分としての身体検査であるとの解釈の下に、直接強制の目的を達するため、鑑定処分許可状に加え、検証としての身体検査令状を併用していたが、下記最高裁判例(注)が出て以降は、搜索差押許可状に「医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない」旨の条件を付す手続によって行われている。

(注)「尿を任意に提出しない被疑者に対し、強制力を用いてその身体から尿を採尿することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、右採尿につき通常用いられるカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法は、被採取者に対しある程度の肉体的不快感ないし抵抗感を与えるとはいえ、医師等これに習熟した技能者によって適切に行われる限り、身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく、仮に障害を起こすことがあっても軽微なものにすぎないと考えられるし、また右強制採尿が被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、

検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうるのであるから、被疑者に対する右のような方法による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はなく、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合には、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり、ただ、その実施にあたっては、被疑者の身体の安全とその人格の保護のため十分な配慮が施されるべきものと解するのが相当である。

そこで、右の適切な法律上の手続について考えるのに、体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とすると解すべきである。但し、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑法218条5項が右搜索差押令状に準用されるべきであって、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解さなければならない。」

—最一決S55. 10. 23 判時980-17

② 血液等の体液や皮膚等の身体組織の一部を強制採取することの可否及びその法的手続

身体組織は、尿のような排泄物ではないから搜索・差押えの対象物とは認め難いので、鑑定処分許可状を要し、その直接強制については、検証における身体検査令状の規定を準用する外はない。

第10 被疑者の防御権

1 黙秘権

- (1) 憲法38条1項「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」は、アメリカ合衆国憲法修正第5条の「何人も・・・刑事事件において自己に対する不利益な証人となることを強要されない」旨の自己負罪拒否特権規定に由来するものであって、ここにいう「不利益な供述」とは、自己負罪拒否特権が国家の刑罰権行使のための供述を求める権利の例外として確立された沿革からして、刑事上の責任を問われるおそれのある事項に関する供述を意味する。したがって、氏名などは不利益な事項ではなく、アルコール検知のための呼気検査は、不利益な事項を求めるものではあるが、供述を求めるものではないので（下記(3)の掲載判例参照）、いずれも憲法38条1項にいう「不利益な供述」に該当しない。
- (2) 法は、憲法38条1項の保障を拡大し、被疑者については、自己に不利益な供述か否かに関わらず、捜査機関の取調べに対し、供述を強要されない法的地位を保障し、被告人については、終始黙秘しあるいは一切の供述を拒む権利、即ち、黙秘権として保障している。なお、被疑者の自己の意思に反して供述する必要がないことを内容とする供述拒否権も、黙秘権と称されている。

被疑者と被告人の黙秘権保障規定の相違点は、次のとおりである。

- ① 被疑者については、被告人に関する法311条1項に対比される権利保障規定がなく、法198条2項に「取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。」との捜査機関の告知義務規定をおいているのみである。
- ② 被告人については、法311条1項に「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」と規定されているうえ、法291条3項には、公判の冒頭において、裁判長が被告人に対しその旨を告知しなければならない旨規定されている。
- (3) いわゆる黙秘権の内容に関する諸問題
- ① 氏名の黙秘権—署名を欠いた弁護人選任届の効力(規17・18)
氏名は、刑事上の責任を問われるおそれのある事項ではないので、

憲法 38 条 1 項にいう「不利益な事項」には当たらない (注)。

(注)「いわゆる黙秘権を規定した憲法 38 条 1 項の法文では、単に「何人も自己に不利益な供述を強要されない。」とあるに過ぎないけれど、その法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われるおそれある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきであることは、この制度発達の沿革に徴して明らかである。されば、氏名のごときは、原則としてここにいわゆる不利益な事項に該当するものではない。」

—最大判 S 32. 2. 20 判時 103-9

② 道路交通法による事故報告義務 (道交法 119・I、72・I 後) の合憲性

道交法 72 条 2 項により報告すべき事項は、「当該交通事故が発生した日時及び場所、当該事故における死傷者の数及び負傷者の負傷の程度並びに損壊した物及びその損壊の程度、当該交通事故に係る車両等の積載物並びに当該交通事故について講じた措置」であって、それ自体は刑事上の責任を問われるおそれのある事項ではないので、憲法 38 条 1 項にいう「不利益な事項」には当たらない (注)。

(注)「報告すべき『事故の内容』とは、その発生した日時、場所、死傷者の数及び負傷の程度並びに物の損壊及びその程度等、交通事故の態様に関する事項を指すものと解すべきである。したがって、右操縦者、乗務員その他の従業者は、警察官が交通事故に対する処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであって、それ以上に、刑事責任を問われるおそれのある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中に含まれるものとは、解せられない。いわゆる黙秘権を規定した憲法 38 条 1 項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われるおそれある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきことは、既に当裁判所の判例 (昭和 32 年 2 月 20 日、大法廷判決、集 11 卷 2 号 802 頁) とするところである。したがって、前叙の報告を命ずることは、憲法 38 条 1 項にいう自己に不利益な供述の強要に当たらない。」

—最大判 S 37. 5. 2 判時 302-4

③ 呼気検査拒否罪 (道交法 120・I、67・II) の合憲性

呼気検査は、供述を求めるものではないので、憲法 38 条 1 項に違反しない (注)。

(注)「憲法 38 条 1 項は、刑事上責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきところ、右検査は、酒気を帯びて車両等を運転することの防止を目的として運転者らから呼気を採

取してアルコール保有の程度を調査するものであって、その供述を得ようとするものではないから、右検査を拒んだ者を処罰する右道路交通法の規定は、憲法38条1項に違反するものではない。」

—最一判H9. 1. 30 判時1592-142

④ 黙秘を量刑上不利な資料として考慮することができるか

黙秘権を行使したことをもって、不利な量刑資料とすることは許されない(注)。但し、自白して反省の情を示したことが有利な量刑資料となることと対比して、量刑上の差異が生じることは当然である。

(注)「被告人等において、いわゆる黙秘権を行使したからといって、量刑上被告人等のため不利益に考慮すべき資料たり得ない」

—東京高判S28. 12. 14 高判39-221

2 弁護人選任権

弁護人選任権は、憲法34条前段「何人も、・・・直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ、抑留又は拘禁されない。」との規定及び憲法37条3項後段「刑事被告人は、いかなる場合にも資格を有する弁護人を依頼することができる。」との規定を根拠とする被疑者・被告人の重要な防御権であって、その内容は、単に弁護人を選任することに止まらず、弁護人から接見・助言などの実質的な援助を受けることを保障するものである(注)。そうでなければ、防御権としての意味はない。刑訴法上は、拘束の有無を問わず、被疑者の権利としても確立されている。

被告人及び被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる(法30・I)。また、被告人又は被疑者の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹は、独立して弁護人を選任することができる(法30・II)。

弁護人選任権行使の実効性を担保するため、被疑者・被告人の裁判所(裁判官)、監獄の長若しくはその代理者、捜査機関に対する弁護人選任の申出権と、その申出を受けた裁判所(裁判官)、監獄の長若しくはその代理者及び捜査機関の弁護士、弁護士法人又は弁護士会に対する通知義務が定められている(法207・I、209、211、216、209、78)。

(注)「(憲法34条前段の一筆者注) 弁護人に依頼する権利は、身体の拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由

を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするものである。したがって、右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。」

—前掲 最大判H11. 3. 24「安藤・斎藤事件」判時1680-72

3 公的（国選）弁護制度

従来、国選弁護人については、憲法37条3項後段の「被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する」との規定を受け、被告人についてのみ、法36条に「被告人が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判所は、その請求により、被告人のため弁護人を附しなければならない。」と定められ、被疑者の国選弁護制度は、設けられていなかったが、H16法改正により、被疑者についても国選弁護制度が創設され、合わせて、被告人の国選弁護制度が改正された。

(1) 被疑者にかかる国選弁護制度の創設（H18.10.2 施行）

短期1年以上の懲役・禁錮に当たる事件（必要的保釈除外犯及び必要的合議事件と同じ）につき、原則として一定の資力以下の被疑者を対象にして、国選弁護制度が創設された。なお、平成21年5月21日から長期3年を超える懲役・禁錮に当たる事件（被告人にかかる必要的弁護事件と同じ）に拡充された。

- ① 死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる事件について、被疑者に対し勾留請求され、あるいは勾留状が発せられた場合において、被疑者が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判官はその請求により、被疑者のため弁護人を付さなければならない（法37の2）。
- ② 被疑者が国選弁護人の請求をするには、資力申告書を提出しなければならない（法37の3・I）。

（資力申告書 — 現金、預金その他政令で定めるこれらに準じる資産の合計額（資力）及びその内訳を申告する書面）

その資力が基準額以上である被疑者が同請求をするには、あらかじめ弁護士会に私選弁護人の選任の申出をしていなければならない（法37

の 3・II)。

(基準額 — 標準的な必要生計費を勘案して一般に弁護人の報酬及び費用を賄うに足りる額として政令で定める額— 50万円)

私選弁護人選任の申出を受けた弁護士会は、紹介すべき弁護人となろうとする者がいないとき、又は、紹介した弁護士が弁護人選任の申出を拒んだときは、当該被疑者に対し、速やかにその旨を通知するとともに、裁判所に対し、その旨を通知しなければならない(法 31 の 2・II III、37 の 3・III)。

(2) 被告人にかかる国選弁護制度の整備 (H18.10.2 施行)

必要的弁護事件以外の事件について、被疑者にかかる国選弁護と同様の資力要件と私選弁護人選任申出手続が定められた。

- ① 必要的弁護事件(死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮にあたる事件)以外の事件では、被告人が国選弁護人の選任を請求するには、資力報告書を提出しなければならない(法 36 の 2)。
- ② 必要的弁護事件以外の事件では、その資力が基準額以上である被告人が国選弁護人の選任を請求するには、あらかじめ、弁護士会に私選弁護人選任の申出をしなければならない(法 36 の 3・I)。
- ③ 私選弁護人の選任の申出を受けた弁護士会の措置について、被疑者の国選弁護と同様の規定が設けられている(法 31 の 2・II III、36 の 3・II)。

(3) 弁護人解任事由の法定化(法 38 の 3)

- ① 裁判所は、次の場合には国選弁護人を解任することができる。

- ア 私選弁護人選任等により、国選弁護人を付する必要がなくなったとき
- イ 被告人と弁護人の利益相反状況により、弁護を継続させることが相当でないとき
- ウ 心身の故障その他の事由により、弁護人が職務を行うことが困難となったとき
- エ 弁護人が任務に著しく違反したことにより、職務を継続させることが相当でないとき
- オ 弁護人に対する暴行・脅迫その他の被告人の帰責事由により、弁護

を継続させることが相当でないとき

- ② 国選弁護人を解任するには、あらかじめ弁護人の意見を聴かなければならない。
- ③ 国選弁護人を解任するに当たっては、被告人の権利を不当に制限してはならない。
- ④ 公訴の提起前に裁判官が付した弁護人の解任については、①から③が準用される。

4 必要的弁護制度

死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮に当たる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない(法289・I)。これを必要的弁護制度という。

必要的弁護制度を憲法が保障する弁護人選任権の延長線上の権利として位置付ける見解もあるが、必要的弁護制度は、弁護人選任権のように被告人の選任意思に関わらないものであるから、法定刑の重い事件について、被告人の防御権を保障し、公判審理の適正を期するために法が設けた制度として理解すべきである。

必要的弁護事件の審理において、弁護人が出頭しないとき若しくは在廷しなくなったとき、又は弁護人がないときは、裁判長は職権で弁護人を付さなければならず、弁護人が出頭しないおそれがあるときは、職権で弁護人を付することができる(法289・IIIII)。

被告人の責めに帰すべき事由により、弁護人が在廷する公判審理ができない事態が生じ、裁判所が法289条2、3項を活用するなどして弁護人の出頭確保のための方策を尽くしたにもかかわらず、その事態を解消することが極めて困難な場合には、弁護人が在廷できないこと自体が法の想定せざるところであるうえ、被告人自ら必要的弁護制度による防御権の保障を放棄したものであるから、法289条1項の適用はなく、弁護人抜きで公判審理を行うことができるものと解される(注)。

(注)「裁判所が弁護人出頭確保のための方策を尽くしたにもかかわらず、被告人が、弁護人の公判期日への出頭を妨げるなど、弁護人が在廷しての公判審理ができない事態を生じさせ、かつ、その事態を解消することが極めて困難な場合には、当該公判期日については、刑訴法289条1項の適用がないものと解するのが相当である。ただし、このような場合、被告人は、もはや必要的弁護制度によ

る保護を受け得ないものというべきであるばかりでなく、実効ある弁護活動も期待できず、このような事態は、被告人の防御の利益の擁護のみならず、適正かつ迅速に公判審理を実現することを目的とする刑法の本来想定しないところだからである。」—最二決H7. 3. 27判1527-51

5 一般人との接見交通権

(1) 原則

勾留されている被告人又は被疑者は、法39条1項に規定する者（弁護人等）以外の者と、法令の範囲内で接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる（法207・I, 80）。

法209条は、法80条を準用していないので、逮捕中の被疑者は、家族ら一般人との接見等をする権利はないと解する。但書類若しくは物の授受については、取調べに障害になることは少ないので、通常は許されている。

(2) 制限

裁判官は、逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるときは、検察官の請求又は職権で、第39条第2項に規定する者（弁護人等）以外の者との接見を禁じ、又はこれと授受すべき書類その他のものを検閲し、その授受を禁じ、若しくはこれを差し押さえることができる。但し、糧食の授受を禁じ、又はこれを差し押さえることはできない（法207・I, 81）。

勾留状は、裁判官の命令状と解され、これに付随する接見禁止についても、捜査機関に裁量権はないので、捜査機関の裁量により、接見等を禁止された被疑者と家族等の接見をさせることはできない。必要がある場合は、接見禁止の一部解除決定を求めなければならない。

(3) 弁護人等との接見（法39）との関係

	制限の範囲	制限事由	制限権限者	時期
一般接見 (法207,81)	接見を禁じ、授受すべき書類等を検閲し、その授受を禁じ若しくは、差し押さえること（但し糧食の授受を除く）	逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき	裁判官 裁判所	限定なし
弁護人接見 (法39Ⅲ)	接見または授受の日時、場所及び時間の指定のみ（但し、被疑者の防御の準備をする権利を不当に制限するものであってはならない。）	捜査のため必要があるとき	検察官 検察事務官 司法警察職員	公訴提起前に限る

6 弁護人との接見交通権

身柄の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる（法39・I）。

この弁護人との接見交通権は、憲法が保障する弁護人選任権に由来し、弁護活動を実効あらしめるための最も重要な権利である（注）

（注）「被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法34条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑事訴訟法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということが出来る」－前掲 最大判H11. 3. 24「安藤・斎藤事件」判時1680-72
弁護人との接見交通権には、以下の制限がある。

（1）法令上の制限

法令で、逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のあるものの授受を防ぐため、必要な措置を規定することができる（法39・II、規30、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律145、117、138等）。

（2）捜査の必要上の制限

捜査機関は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、法39条1項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するようなものであってはならない（法39・III）。

この規定は、身体の拘束を受けている被疑者を取調べる事が認められていること（法198・I）、被疑者の身体の拘束については最長でも23日間（内乱罪等に当たる事件については28日間）という厳格な時間的制約があることなどに鑑み、被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使と調整を図る趣旨で置かれたものである。但し、捜査機関による接見等の日時等の指定は、あくまで必要やむを得ない例外的措置であって、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限することは許されない。

「捜査のため必要があるとき」の意義と要件

弁護人の接見交通権は、憲法34条の弁護人選任権に由来する権利であるが、接見指定権も弁護人選任権等の刑事手続規定がその前提とする国家刑罰権を実現するための捜査権に基づくものであるから、一

方が他方に対し絶対的に優先する関係にはない（注1前段）。

したがって、接見指定は、被疑者の身柄を必要とする場合の捜査権の行使と弁護権の行使の衝突を調整する制度として理解すべきものである。そうすると、接見の日時等を指定する必要があるのは、被疑者の取調べ等のための被疑者の身柄の必要性と被疑者が弁護人と接見する必要性が相容れない場合ということになり、法39条3項の「捜査のため必要があるとき」とは、弁護人の接見交通権を原則的に保障している法の趣旨に照らし、「取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合」をいうものと解すべきである（制限説）。

制限説が、判例（注1後段）、通説とされている。

そして、「捜査に顕著な支障が生ずる場合」に該当するのは、一般的には、現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち会わせている場合の外、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合であるが（緩やかな制限説—注1後段）、逮捕直後など、その指定が被疑者の防御権を不当に制限するような場合には（法39・Ⅲ但書）、取調べ中であっても接見を許すべき場合がある（下記「接見指定に関する諸問題」掲示判例参照）。

弁護人等から逮捕・勾留中の被疑者との接見指定の申し出があつた場合の措置について、最高検察庁は、平成20年5月1日、判例の立場を更に一步進め、取調べ中に被疑者から弁護人等と接見したい旨の申し出があつた場合には、当該申し出を弁護人等に連絡するとともに、弁護人等から接見の申し出があつた時点において、現に取調べ中でない場合には、直ちに接見の機会を与えるように配慮し、現に取調べ中であっても、できる限り早期に接見の機会を与えるようにして、遅くとも、直近の食事又は休憩の際に接見の機会を与えるように配慮することとされたい旨の通達を發した（注2）。次いで、警察庁も、法務省刑事局と協議の上、同年5月8日、この最高検察庁通達と同様の内容の通達を發した（注3）。これにより、接見指定に関する実務の運用方針は、名実ともに法に添ったものとなり、かつて、一般指定書を發し、接見指定をすることが原則であるかのような運用がなされてい

たことを省みると、隔世の感がある。

なお、「捜査のため必要があるとき」の意義については、接見要求があれば、取調べを中断して接見させなければならず、例外的に、頻繁な接見要求が取調べ自体を不可能にするような場合は指定権を行使できるとする厳格な制限説もあるが、取調べ自体を不可能にするような場合とはどのような場合か明確ではなく、必要な取調べも許さない趣旨であれば、捜査権を軽んずるものであって不当である。

また、取調べ受忍義務を否定する立場から、接見指定が可能な場合は、一つは、取調べや実況見分より接見を優先させようとしても、拘禁施設に弁護士が出向いたが、被疑者が捜査のため連れ出されていて、帰ってくるまで一定の時間がかかる場合など、現実的にそれが不可能な場合であり、もう一つは、申出どおりに接見をさせると、法律上要求された被逮捕者に対する告知や逮捕後の手続の時間制限が守れなくなる場合であるとする見解もあるが、前者の場合は、物理的に不可能な場合であって、接見指定の可否の問題ではなく、後者の場合は、法律上の義務を果たすため、やむを得ない場合であるから法39条3項がなくとも接見を制限できるものと思われるので、捜査官が接見指定をする余地がないことになり、解釈論としては無理がある。

また、接見交通権の絶対性、重要性を根拠にして、取調中であっても接見を認めるべきであるとする見解もあるが、接見指定自体を否定するものであって、解釈論としては採りえないし、前述のとおり、接見交通権が憲法上保障される弁護士選任権に由来する権利であるとしても、その弁護士選任権も国家の刑罰権を前提とするものであるから、刑罰権を実現するための捜査権の行使に優先するものとはいえない。

逆に、被疑者と接見させること自体に支障はない場合でも、罪証を隠滅するおそれを含む捜査全般の必要性がある場合に接見指定を認める見解（非制限説）も唱えられているが、弁護士選任権を軽視し、捜査権を優位に置くものであって、賛同し難い。

（注1）「憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護士等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査

権に絶対的に優先するような性質のものということとはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法34条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではないというべきである。」

「この規定（法39条3項本文―筆者注）は、刑訴法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることが認められていること（198条1項）、被疑者の身体の拘束については刑訴法上最大でも23日間（内乱罪等に当たる事件については28日間）という厳格な時間的制約があること（203条から205条まで、208条、208条の2参照）などにかんがみ、被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る趣旨で置かれたものである。そして、刑訴法39条3項ただし書は、「但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない。」と規定し、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は飽くまで必要やむを得ない例外的措置であつて、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されない旨を明らかにしている。このような刑訴法39条の立法趣旨、内容に照らすと、捜査機関は、弁護人等から被疑者との接見等の申出があつたときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり、同条3項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防禦の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護人等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べをする確実な予定があつて、弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである」―前掲 最大判H11. 3. 24「安藤・斎藤事件」判時1680-72

(注2) 平成20年5月1日最高検察庁通達「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等との間の接見に関する一層の配慮について」

(注3) 平成20年5月8日警察庁通達「取調べの適正を確保するための逮捕・勾留中の被疑者と弁護人等との間の接見に対する一層の配慮について」

接見指定に関する諸問題

- ① 逮捕直後の接見申出に対し、間近に取調べ予定であることを理由に、その日時を指定することの可否

取調べ中である場合など捜査の必要がある場合であっても、接見指定が被疑者の防御権を不当に制限する場合は接見を認めなければならない。逮捕直後が正にその場合であって、被疑者が防御の準備をするために真っ先に弁護人の援助を必要とする場面であり、憲法34条が「直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ、抑留又は拘禁されない。」と規定する所以である。そもそも、逮捕中は、取調べ中あるいは間近に取調べを予定していることがほとんどであって、これを理由に取調べ後の接見指定を許したのでは、弁護人接見の余地はないことに帰するので、逮捕直後に行われるべき逮捕事実の告知、弁解聴取手続(法203・I, 204・I)及び指紋の採取、身体検査、写真撮影(法218・II)が終了次第、速やかに防御の準備のために必要な時間を指定して接見を許さなければならない(注)。

(注)「とりわけ、弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と被疑者との逮捕直後の初回の接見は、身体を拘束された被疑者にとっては、弁護人の選任を目的として、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるに当たっての助言を得るための最初の機会であって、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから、これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要である。したがって、右のような接見の申出を受けた捜査機関としては、前記の接見指定の要件が具備された場合でも、その指定に当たっては、弁護人となろうとする者と協議して、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうかを検討し、これが可能なき場合は、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、犯罪事実の要旨の告知等被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続き指紋採取、写真撮影等所要の手続を終えた後において、たとい比較的短時間であっても、時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであり、このような場合に、被疑者の取

調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし、被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するものといわなければならない。」

—最三判H12.6.13「内田事件」判時1721-60

- ② 検察官の「接見等に関する通知書」が発せられている場合、検察官に連絡する等の措置をとらずに接見を開始させた後の接見中断の可否
弁護人接見は捜査機関の許可を得て為されるものではないから、接見が開始された以上、直ちに取調べを開始する必要があったことが確認された等の捜査の必要性が生じない限り、接見を中断させるべき理由はない。

下記判例（注）は、「捜査の必要」以外の理由である捜査機関側内部の連絡不備により、原則的に許されるべき弁護人接見を制限しようとするものであって、不当である。

（注）「弁護人等から接見の申出を受けた留置係官が、「接見等の指定に関する通知書」が発せられているため、検察官に対して接見の申出があったことを連絡する等の手続を採る必要があったのに、これを失念し、同手続を採ることなく接見を開始させた後、これに気付いて、同手続を採るために接見を中断させる措置を採ることも、それが接見開始直後にされたものであるなど、社会通念上、相当と認められるときは、当該措置を採ったことを違法ということとはできないと解すべきである。」

—最三判H16.9.7判時1878-88（濱田邦夫裁判官の反対意見参照）

- ③ 接見の場所がないことを理由として接見の申出を拒否したにもかかわらず、弁護人が立会人付きの即時の接見を求めた場合の検察官がとるべき措置

立会人なしの秘密交通権は、被疑者、被告人側の権利であるから、弁護人がこれを放棄している以上、検察官において秘密交通ができる部屋がないことを理由に接見を拒否できる理由はなく、法39条3項に規定する「捜査の必要」がない限り、接見させるようにするべきである（注）。

（注）「検察官が上記の接見の設備のある部屋等が存在しないことを理由として接見の申出を拒否したにもかかわらず、弁護人等がなお検察庁の庁舎内における即時の接見を求め、即時に接見をする必要性が認められる場合には、検察官は、例えば立会人の居る部屋での短時間の「接見」などのように、いわ

ゆる秘密交通権が十分に保障されないような態様の短時間の「接見」（以下、便宜「面会接見」という。）であつてもよいかどうかという点につき、弁護人等の意向を確かめ、弁護人等がそのような面会接見であつても差し支えないとの意向を示したときは、面会接見ができるように特別の配慮をすべき義務があると解するのが相当である。そうすると、検察官が現に被疑者を取調べ中である場合や、間近い時に取調べをする確実な予定があつて弁護人等の申出に沿った接見を認めたのでは取調べが予定どおり開始できなくなるおそれがある場合など、捜査に顕著な支障が生ずる場合は格別、そのような場合ではないのに、検察官が、上記のような即時に接見をする必要性の認められる接見の申出に対し、上記のような特別の配慮をすることを怠り、何らの措置を執らなかつたときは、検察官の当該不作為は違法になると解すべきである。」—最三判H17. 4. 19 判時1896-92

④ 任意取調べ中の被疑者について、弁護人の接見申出に対し執るべき措置ないし接見指定権の有無

任意取調べ中の被疑者はいつでも取調べの場から退去できるので（法198・I但書）、捜査機関が弁護人との接見日時等を指定する余地はなく、いつでも弁護人と接見することができる。

その際、取調べを受けている被疑者と接見しようとする弁護人が互いに直接連絡を取る術はないので、弁護人接見を実効性あるものとするためには、捜査機関において、被疑者に弁護人が接見を申出ていることを伝え、接見ができるように措置すべき義務がある（注）。

（注）「被疑者の弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（以下「弁護人等」という。）は、当然のことながら、その弁護活動の一環として、何時でも自由に被疑者に面会することができる。その理は、被疑者が任意同行に引き続いて捜査機関から取調べを受けている場合においても、基本的に変わるところはないと解するのが相当であるが、弁護人等は、任意取調べ中の被疑者と直接連絡を取ることができないから、取調べに当たる捜査機関としては、弁護人等から右被疑者に対する面会の申出があつた場合には、弁護人等と面会時間の調整が整うなど特段の事情がない限り、取調べを中断して、その旨を被疑者に伝え、被疑者が面会を希望するときは、その実現のための措置を執るべきである。」

—福岡高判H5. 11. 16 判時1480-82

⑤ 被告人が余罪被疑事件についても勾留されている場合、その余罪捜査のための接見指定権の有無

被疑者として勾留されているからには、法39条3項による捜査機関の接見指定権を否定すべき理由はないが、同時に弁護人接見を制限されない被告人でもあるから、被告人としての防御権を侵害しない限りにおいて行使しなければならない（注）。

（注）「同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕・勾留とが競合している場合、検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑訴法39条3項の接見等の指定権を行使することができるものと解すべきである。」—最一決S55. 4. 28 刑集34-3-178

⑥ 勾留中の被告人に逮捕・勾留されていない余罪がある場合、その余罪捜査のための接見指定権の有無

被告人は、余罪の被疑者として身体を拘束されていないのであるから、法39条3項の適用はなく、捜査機関に接見指定権はない（注）。

（注）「およそ、公訴の提起後は、余罪について捜査の必要がある場合であっても、検察官等は、被告事件の弁護人または弁護人になろうとする者に対し、同39条3項の指定権を行使しえないものと解すべきであり、検察官等がそのような権限があるものと誤解して、同条1項の接見等を拒否した場合、その処分不服がある者は、同430条により準抗告を申立てうるものと解するのを相当とする。」—最三決S41. 7. 26 判時453-3

7 証拠保全請求権

被告人、被疑者又は弁護人は、あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情があるときは、第1回の公判期日前に限り、裁判官に押収、搜索、検証、証人の尋問又は鑑定処分を請求することができる（法179・I）。

8 勾留理由の開示請求権

憲法34条後段「要求があれば、その（拘禁）理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法定で示されなければならない」との規定に由来する制度であり、その趣旨は、勾留を抑制し、裁判所（裁判官）をして勾留の理由の有無を再検討させることにある。

もともと、この制度は法廷闘争や取調べを牽制する手段として利用されることが多く、その開示内容も、単に「逃亡の恐れがある」、「罪証を隠滅する恐れがある」ことのみ告知するに止まるので、制度本来の機能を果たしているとはいえない。

なお、法86の趣旨に照らし、同一の勾留について、再度の理由開示請求は許されない（注）。

（注）「勾留理由開示の請求は、同一勾留については勾留の開始された当該裁判所において1回に限り許されるものと解すべきである。」—最三決S29. 9. 7 刑集8-9-1459

- (1) 勾留されている被告人又は被疑者及びその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹、その他利害関係人は、裁判所（裁判官）に勾留の理由の開示を請求することができる（法207・I、82・IⅡ）。
- (2) 勾留の理由の開示は、公開の法廷でしなければならない（法207・I、83・I）。
- (3) 法廷においては、裁判長（裁判官）は、勾留の理由を告げなければならない（法207・I、84・I）。
- (4) 検察官又は被告人、被疑者及び弁護人並びにこれらの者以外の請求者は、意見を述べることができる。

但し、裁判長（裁判官）は、相当と認められるときは、意見の陳述に代え、意見を記載した書面を差し出すべきことを命ずることができる（法207・I、84・Ⅱ）。

第三章 公 訴

第1 公訴権

公訴とは、国家機関が裁判所に対し、特定の刑事事件につき、実体判決（有罪判決又は無罪判決）を請求することであり、公訴権とは、公訴を提起し遂行する権利である（実体判決請求権説一判例・通説）。

公訴権の意義が実体判決請求権であるとして、公訴提起時に犯罪の嫌疑を要するか否かについては、見解が分かれる。これを不要とする見解は、弾劾的捜査観を純粹に貫こうとする立場から主張されるものであって（「弾劾的訴追観」と称される）、真相の解明を公判のみに委ねようとするものである。しかしながら、少なくとも現行法上は、捜査機関に最長23日間に亘る逮捕・勾留と捜索・差押え等による強制証拠収集権限を付与して、検察官に起訴・不起訴の決定を委ね、捜査段階において起訴・不起訴を決するに足る嫌疑の有無を解明することが予定されているのであるから、不起訴処分に付することなく公訴を提起するには、有罪判決を得られる見込みがある程度の嫌疑を要するものと解すべきである。

したがって、公訴権が実体判決請求権であることは、少なくとも公訴提起時においては、有罪判決又は無罪判決のいずれかを求める権利ではなく、有罪判決を求める権利である。その意味では、公訴権の意義に関する有罪判決請求権説の方が正鵠を得ているが、その後の公訴追行の過程で有罪判決を得る見込みがなくなれば無罪判決を求めることもあるので、理論的には、公訴提起時に犯罪の嫌疑の存在を前提とする修正された実体判決請求権説を是とする。

わが国の検察官による公訴提起も、公訴提起時に有罪判決を得る見込みのある程度の嫌疑の存在を前提とする実体判決請求権説の考え方にしたがって運用されており、起訴便宜主義の運用とも相まって、その有罪率の高さから、公判の形骸化など行き過ぎの感すらある（注）。

（注）平成21年版犯罪白書によれば、地方裁判所における平成20年の全犯罪有罪率は、99.9%（刑法犯99.8%、特別法犯99.999%）である。

1 国家訴追主義・起訴独占主義

「公訴は、検察官がこれを行う。」（法247）

(1) 国家機関である検察官が行うという意味で、国家訴追主義である。

これに対するは、私人訴追主義である。私人訴追主義は、英国に例を見る。英国においては、何人でも刑事手続を開始できることを基本原則とし、警察等多様な機関とともに、私人による訴追が許されているが、大多数の訴追が警察によってなされ、種々の法的な制約や費用の負担等の事実上の制約により、実際に私人訴追が行われることは多くないという(注1)。

なお、英国では、1985年犯罪訴追法により検察制度が創設され、警察等の訴追権を制限するとともに、その追行権を引き継ぐことになったが、私人による訴追、追行の余地は残されているということである(注1)。

また、私人訴追主義の一形態である公衆訴追主義は、米国における大陪審制度(起訴陪審)に例を見る。大陪審員(ニューヨーク州の場合16～23名)は、一般民衆の中から裁判所が選任し、検察官の協力の下に、証人尋問等の証拠収集を行い、正式起訴の決定をする(注2)。

(注1) 小山雅亀「イギリスの訴追制度」1995・成文堂16～19、109～116頁

(注2) 香城敏磨訳「1970年ニューヨーク刑事訴訟法」法務資料428号

(2) 検察官のみが行うという意味で、起訴独占主義である。

例外として、準起訴手続(法262以下)及び起訴議決に基づく公訴の提起(改正検察審査会法41の9以下—H21.5.21施行)がある。

不告不理の原則—公訴の提起なくして審判なし

法249条の公訴の効力の人的範囲「公訴は、検察官の指定した被告人以外の者にその効力を及ぼさない」及び法378条3号後段の絶対的控訴理由「審判の請求を受けない事件について判決をしたこと」(注1)は、不告不理の原則の現われである。

審判の対象を訴因とする訴因対象説の下では、不告不理の原則は訴因の拘束力として現れ、裁判所は、訴因の同一性の範囲外の事実を認定することはできないことになる。

判例に現れた事例としては、交付罪の訴因につき、これを吸収する関係にある供与罪の成否について審理することの可否が争われたが、判例

は、供与罪の成立が疑われる場合であっても、検察官が起訴した交付罪の成否を審理すべきものとした（注2）。

（注1）訴因を審判の対象とする訴因対象説による（判例・通説）。公訴事実を審判の対象とする説によれば、法379条の相対的控訴理由である訴訟手続の法令違反に当たることになる。

（注2）「なお、選挙運動者たる乙に対し、甲が公職選挙法221条1項1号所定の目的をもって金銭等を交付したと認められるときは、たとえ、甲乙間で右金銭等を第三者に供与することの共謀があり乙が右共謀の趣旨に従いこれを第三者に供与した疑いがあったとしても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、甲を交付罪のみで起訴することが許されるのであって、このような場合、裁判所としては、訴因の制約のもとにおいて、甲についての交付罪の成否を判断すれば足り、訴因として掲げられていない乙との共謀による供与罪の成否につき審理したり、検察官に対し右供与罪の起因の追加・変更を促したりする義務はないというべきである。」

—最一決S59. 1. 27 判1105-32

2 起訴便宜主義

法248条は、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」と規定して、起訴便宜主義を採用している。起訴裁量主義ともいう。

起訴便宜主義とは、犯罪の嫌疑と訴訟条件が備わっていて起訴できる場合にも、刑事政策的、訴訟経済的観点から、裁量により起訴を猶予することができる刑事法制である。

起訴便宜主義の意義は、被疑者の個別の事情に応じ、前科者にすることなく、早期に社会内更生を図ることができること等の刑事政策的機能と、起訴して有罪にしても刑事政策的効果が得られないような軽微犯罪等に国家財政を費やすことを避け、社会的影響や被害が大きい重大な犯罪などに司法組織を活用することができる等の訴訟経済的機能にある。

起訴便宜主義に対するは、起訴法定主義である。起訴法定主義は、全ての犯罪について刑罰権を実現しようとするものであって、刑罰権の行使から検察官の恣意を排し、公訴権の行使に対する行政権力の介入を排する点において優れているが、反面、起訴便宜主義における刑事政策的観点と訴訟経済的観点に欠けるところがある。

我が国において、起訴便宜主義が法制化されたのは、旧法からであるが、それ以前の明治18年から、国家財政を立て直すことが発端となって事実上の運用が始まり、次第に刑事政策的機能が強調されて、現在まで検察官の重要な権限として十二分に行使されている（注）。

（注）平成21年度版犯罪白書によれば、平成20年の起訴率・起訴猶予率（家裁送致を除く）は、次のとおりである。

	全事件	一般刑法犯 (自動車運転過失致死傷等を除く)	特別法犯 (道交法違反を除く)
起訴率	37.8%	44.4%	57.2%
猶予率	60.2%	42.1%	39.8%

法248条は、起訴便宜主義を明示するとともに、起訴猶予処分に付する際に考慮すべき事由を例示している。その例示のうち「犯罪の軽重及び情状」は、社会秩序の維持を重視したものであって、原則として軽罪について起訴を猶予することを予定したものである。その他の事由は、犯罪後の示談等の被害者との関係も含め、被疑者本人にかかる事情を重視したものである。

もっとも、殺人罪についても、起訴猶予処分にも付することもあり、具体的妥当性を旨として、総合的考慮の下に運用されている（注1）。

なお、「犯罪の軽重」は、旧法にはなく、現行法制定の際に追加されたものである（注2）。

（注1）平成21年度版犯罪白書によれば、平成20年の殺人罪の起訴率は48.9%、同猶予率は4.2%である。

（注2）旧法279条「犯人の性格、年齢及び境遇ならびに犯罪の情状及び犯罪後の状況により訴追を必要とせざるときは公訴を提起せざることを得」

起訴変更主義

起訴便宜主義の延長線上にあるのが、公訴の取消し制度であり、起訴変更主義と称されている。

公訴は、第一審の判決があるまで取消することができる（法257条）。

公訴の取消しは、公訴棄却決定事由となる所（法339・I③）、公訴棄却決定は形式裁判であるから、一事不再理効は生じないが、検察官の恣意的な公訴権の行使を制限するため、公訴の取消し後犯罪事実につき新たに重要な証拠を発見した場合に限り、同一事件について更に公訴を提起することができることとしている（法340）。

3 不起訴処分の是正制度

検察官の不当な不起訴処分を是正する制度として、検察審査会法による審査手続と法による準起訴手続が設けられている。特に、前者の検察審査会は、裁判員制度に先立つ国民の司法参加制度であり、平成16年の改正によって、起訴を強制する起訴議決制度が定められ、その権限が強化された。

(1) 検察審査会の議決

① 審査手続と議決

検察審査会は、衆議院議員の選挙権を有する者の中からくじで選任された11人の検察審査員で構成され、告訴・告発をした者、請求を待って受理すべき事件について請求をした者、被害者(死亡した場合は、その配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹)の申立て、又は職権により、検察官の公訴を提起しない処分の当否を審査する(検察審査会法2、4)。

検察審査会は、検察官の公訴を提起しない処分の当否に関し、「起訴を相当とする議決」(起訴相当)、「公訴を提起しない処分を不当とする議決」(不起訴不当)又は「公訴を提起しない処分を相当とする議決」(不起訴相当)をするものとし(同法39の5・I)、その議事は過半数で決するが(同法27)、起訴相当議決をするには、検察審査員8人以上の多数によらなければならない(同法39の5・II)。

検察審査会は、検察官の不起訴処分の当否等を議決したときは、その議決書の謄本を当該検察官の指揮監督者である検事正等に送付しなければならない(同法40)。

② 議決に対する検察官の処分義務

検察審査会が起訴相当の議決又は不起訴不当の議決をした場合において、その議決書の謄本の送付があったときは、検察官は、速やかに、当該議決を参考にして、公訴を提起すべきか否かを検討したうえ、当該議決に係る事件について公訴を提起し、又はこれを提起しない処分をし、その処分をしたときは、直ちに同検察審査会にその旨を通知しなければならない(同法41)。

③ 検察審査会の再審査と起訴議決(H16改正、H21.5.21施行)

起訴相当の議決をした検察審査会は、検察官から公訴を提起しない処分をした旨の通知を受けたときは、当該処分の可否の審査を行わなければならない(同法41の2・I本文)。その審査を行うに当たっては、審査補助員を委嘱し、法律に関する専門的な知見をも踏まえつつ、その審査を行わなければならない(法41の4)。

検察審査会は、その審査を行った場合において、起訴を相当と認めるときは、8人以上の多数により起訴をすべき旨の議決(起訴議決)をするものとする(法41の6・I)。ただし、起訴議決をするときは、あらかじめ、検察官に対し、検察審査会議に出席して意見を述べる機会を与えなければならない(法41の6・II)。

検察審査会は、起訴議決をしたときは、議決書に認定した犯罪事実を記載しなければならない(同法41の7・I本文)。その場合においては、できる限り日時、場所及び方法をもって犯罪を構成する事実を特定し、審査補助員にその議決書の作成を補助させなければならない(同法41の7・I但書、II)。

検察審査会は、その議決書を作成したときは、その議決書の謄本を管轄地方裁判所に送付しなければならない(同法41の7・III)。

④ 起訴議決に基づく公訴の提起

起訴議決書の送付を受けた裁判所は、当該事件について公訴の提起及びその維持に当たる者を弁護士の中から指定しなければならない(同法41の9・I)。

指定弁護士は、起訴議決に係る事件について、速やかに公訴を提起しなければならない(同法41の10・I本文)、公訴を提起し維持するため、検察官の職務を行う(同法41の9・III本文)。

(2) 準起訴(付審判)手続

- ① 刑法193条から196条まで(公務員職権濫用罪、特別公務員職権濫用・暴行陵虐及び致死傷罪)、又は破壊活動防止法45条(公安調査官の職権濫用罪)若しくは無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律42、43条(公安調査官及び警察職員の職権濫用罪)の罪について、告訴告発をしたものは、検察官の不起訴処分に不服があるときは、所轄地方裁判所に事件を裁判所の審判に付することを請求することができる(法2

62・I)。この請求は、不起訴処分のお知らせを受けた日から7日以内に、公訴を提起しない処分をした検察官に請求書を差し出してこれをしなければならない(法262・II)。

- ② 検察官は、付審判請求を理由があると認めるときは、公訴を提起しなければならない(法264)。

検察官が法264条による公訴の提起をしない場合、裁判所は、付審判請求が理由のあるときは、事件を管轄地方裁判所の審判に付する決定をし、指定弁護士をして、当該事件の公訴の維持に当たらしめる(法266、268)。付審判の決定があったときは、その事件について公訴の提起があったものとみなされる(法267)。

4 公訴権濫用論

検察官の権限濫用により提起された公訴は無効であるから、公訴棄却又は免訴判決により訴訟手続を打切るべきであるとする論である。

その濫用の態様として、以下の嫌疑なき起訴、違法捜査による起訴及び起訴裁量権の逸脱による起訴が論じられている。

(1) 嫌疑なき起訴

公訴権が犯罪の嫌疑を前提要件とする実体判決請求権であるから、犯罪の嫌疑がないのに公訴を提起すれば、公訴権濫用の余地が生ずる。ただし、公訴提起時に犯罪の嫌疑を必要としない弾劾的訴追観の下では、嫌疑なき起訴も適法となるはずである。

公訴の提起時に必要とされる嫌疑の程度は、既に述べたとおり、公訴提起時において、有罪判決を得る見込みがある程度であって、判決時の裁判所の心証とは異なるものであるから、結果的に無罪になったからといって、公訴の提起が違法となるものではない。また、ある証拠が公訴の提起前に発見されていれば、有罪を得る見込みがなかったと認められる場合であっても、通常の捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかつたと認められる場合は、公訴提起の違法を問うことはできない。

判例は、以下のとおり、嫌疑なき起訴による公訴棄却または免訴の余地を否定しないものの、これを認めた例は未だない。

- ① 「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮

捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。ただし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当である」

—最二判S 53. 10. 20 民集32-7-1367

- ② 「公訴の提起時において、検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば、右公訴の提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。したがって、公訴の提起後その追行時に公判廷に初めて現れた証拠資料であって、通常の見つけを遂行しても公訴の提起前に収集することができなかつたと認める証拠資料をもって公訴提起の違法性の有無を判断する資料とすることは許されないものというべきである。」

—最一判H元. 6. 29 民集43-6-664

(2) 違法捜査による起訴

公訴権の意義を、犯罪の嫌疑を前提とする実体判決請求権と解する限りは、違法捜査があったからといって直ちに犯罪の嫌疑の濃淡に影響するわけではないので、違法捜査と公訴の効力との間に直接の関連性はない。もっとも、違法捜査によって収集された証拠の証拠能力が否定されるべき場合において、その証拠がなければ、有罪を得る見込みがないと認められる場合は、嫌疑なき起訴として問擬されることになる。

判例は、以下のとおり、違法捜査は公訴手続の効力に影響を及ぼさない旨を明示している。

「本件逮捕の手続に所論の違法があったとしても本件公訴提起の手続が憲法31条に違反し無効となるものとはいえないことは、当裁判所の判例（昭和23年6月9日大法廷判決刑集2巻7号658頁、昭和23年12月1日大法廷判決刑集2巻13号1679頁）の趣旨に徴し明らかである。」

—最一判S 41. 7. 21 「大森傷害事件」 判452-62

(3) 起訴裁量権の逸脱による起訴

本来、有罪判決が得られる見込みがある程度の嫌疑があれば、公訴権の行使に違法はなく、起訴便宜主義は、検察官に起訴猶予の権限を付与

したものであって、その権限を行使する義務を課したのではない。したがって、起訴しないことに裁量権の逸脱があれば、これを是正する措置を講じる必要はあるが、起訴することについては、起訴猶予権限を行使しなかっただけのことであるから、起訴猶予権限を濫用したものとして、これを無効とする理由はない。但し、検察官は、公益の代表者として（検察庁法4）、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ（法1）、公訴権を誠実に行使し、濫用してはならないのであるから（規1・II）、その程度によっては公訴の提起を無効ならしめる場合がないとはいえないが、それは、単に起訴裁量権を逸脱する場合ではなく、公訴の提起が職権濫用罪に当たるなど、公訴提起を仮装した極限的な場合に限られる。

判例は、下記のとおり、極限的な起訴裁量権の逸脱が控訴を無効ならしめる余地を認めつつも、単なる起訴裁量権の逸脱は、公訴提起の効力に影響を及ぼさない旨判示している。

（原審東京高裁が「どちらの側にも理由のある行為によつて生じた事件で双方に負傷者が出ているのに、片方は全然訴追されていないという事実は、もう一方の訴追にあつて当然考慮さるべき事情であり」、「被告人に対する訴追はいかにも偏頗、不公平であり、これを是認することは法的正義に著しく反するというべきである。」として、起訴裁量権を逸脱した公訴権濫用を理由として、控訴棄却の判決をいい渡したのに対し、）

「検察官は、現行法制の下では、公訴の提起をするかしないかについて広範な裁量権を認められているのであって、公訴の提起が検察官の裁量権の逸脱によるものであったからといって直ちに無効となるものでないことは明らかである。たしかに、右裁量権の行使については種々の考慮事項が刑訴法に列挙されていること（刑訴法248条）、検察官は公益の代表者として公訴権を行使すべきものとされていること（検察庁法4条）、さらに、刑訴法上の権限は公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ誠実にこれを行行使すべく濫用にわたってはならないものとされていること（刑訴法1条、刑訴規則1条）などを総合して考えると検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるものというべきである。」

「すくなくとも公訴権の発動については、犯罪の軽重のみならず、犯人の1

身上の事情、犯罪の情状及び犯罪後の状況等をも考慮しなければならないことは刑法248条の規定の示すとおりであって、起訴又は不起訴処分の不当を犯罪事実の外側だけによっては断定することができないのである。このような見地からするとき、審判の対象とされていない他の被疑事件についての公訴権の発動の当否を軽々に論定することは許されないものであり、他の被疑事件についての公訴権の発動の状況との対比などを理由にして本件公訴提起が著しく不当であつたとする原審の認定判断は、ただちに肯認することができない。」—最一決S55. 12. 17「チソ水俣病補償請求関連傷害事件」判時984-37

第2 訴訟条件

訴訟条件とは、実体判決の条件にとどまらず、公訴を有効ならしめ、実体審理を進めるための条件である（注）。

訴訟条件を欠いた公訴の提起は、判決で免訴若しくは公訴棄却が言い渡され又は決定で公訴を棄却される（法337～339）。

法定の訴訟条件は、法337条乃至339条に規定されている事由であるが、訴訟条件は、それだけではなく、憲法37条1項の迅速裁判の保障違反や公訴権濫用が訴訟条件となることもある。

以下、訴訟条件のうち、問題点の多い公訴時効と告訴について解説する。

（注）但し、土地管轄だけは、被告人に異議がなければ公訴を遂行する障害とはならないので、被告人の申立てがなければ管轄違いの言い渡しをすることができないうえ、その申立ても、訴訟経済上の観点から、証拠調べを開始した後は、これを行うことができない。

1 公訴時効

公訴時効とは、犯罪後、法定の期間が経過すれば、公訴の提起を許さなくする制度である。

公訴時効制度の根拠については、以下の従前の三説に加え、新訴訟法説が唱えられている。

実体法説 — 犯罪後の期間の経過により、犯罪の社会的影響や被害感情が希薄化し、刑罰権が消滅する。

訴訟法説 — 犯罪後の期間の経過により、証拠が散逸して証明が困難になり、適正な裁判を実現できない。

競合説 — 実体法説と訴訟法説双方の根拠を総合する。

新訴訟法説— 一定の期間起訴されていない事実状態を尊重して、犯人を保護する。

実体法説に対しては、刑罰権が消滅するのであれば無罪のはずであるとの批判があり、訴訟法説に対しては、犯罪の軽重に応じて時効期間に差異を設けている理由が説明できないとの批判がある。そこで考えるに、実体法説が説くところは可罰性の減少事由としては十分な理由があり、これに訴訟法説が説く事由を合わせれば、犯罪の軽重に応じた一定期間の経過により、公訴の提起を許さないとする公訴時効制度を根拠付けるに足るものである。よって、競合説を是とする。

なお、新訴訟法説は、一定期間経過後の犯人の事実状態を法的に保護しようとするものであるが、一定期間の経過が訴追の怠慢によるものとは限らず、むしろ罪を免れようとする犯人の対応によることが多いように思われるので、国家の訴追権に優先して犯人の地位を保護すべき充分な理由はない。

(1) 時効期間

時効期間は、平成16年法改正（同年1月1日施行）により、重罪について延長され、死刑に当たる罪については25年（改正前15年）、無期の懲役又は禁錮に当たる罪については15年（改正前10年）、長期15年以上の懲役又は禁錮の当たる罪については10年（改正前7年）となり、それより軽い罪については、従前どおり、長期15年未満の懲役又は禁錮に当たる罪は7年、長期10年未満の懲役又は禁錮に当たる罪は5年、長期5年未満の懲役若しくは禁錮又は罰金に当たる罪は3年、拘留又は科料に当たる罪は1年のままとされた（法250）。

重罪について時効期間が延長された理由は、国民の平均寿命が延び、被害者等の被害感情が簡単に希薄化せず、科学技術の進歩により証拠保全の能力が上がってきたことにあるとされている（政府の改正趣旨説明）。

2以上の主刑を併科し又は2以上の主刑中その1を科すべき罪については、その重い刑に従い、刑を加重し又は減刑すべき場合には、加重・減刑しない前の刑にしたがって、法250条を適用する（法251、252）。

なお、平成16年法改正後も被害者団体を中心として凶悪重大犯罪の公訴時効の廃止や時効期間の延長を求める世論が高まり、平成22年2月24日、法制審議会が法務大臣に対し、人を死亡させた罪について、公訴時効を廃止ないし時効期間を延長する旨の答申をした（注1）。

その根拠は、殺人等の凶悪・重大犯罪について、時間の経過によって犯人が処罰されなくなるのは不当であり、被害者を含めた社会の処罰要求が薄くなることはなく、被害者の置かれた状態を思えば、殺人犯について事実状態を尊重する必要はないということにある（注2）。しかしながら、殺人等の凶悪・重大犯罪について社会の処罰感情が希薄化す

ることではないという認識が正しいとすれば、実体法説のいう根拠は消滅することになるが、証人になるべき者の死亡等の証拠が散逸して、アリバイ等の立証が困難になったり、伝聞法則の例外要件（供述不能）の適用が拡大するおそれがあることに変わりはなく、捜査体制にも少なからず影響することでもあるので、なお慎重な検討が必要である。

（注1）凶悪・重大犯罪の公訴時効の在り方等に関する要綱（骨子）

第1 人を死亡させた罪の公訴時効の改正

- 1 人を死亡させた罪のうち死刑に当たるものについては、公訴時効制度の対象となる犯罪としないものとする。
- 2 人を死亡させた罪のうち次に掲げるものの時効は、次に掲げる期間を経過することによって完成するものとする。
 - ① 無期の懲役又は禁錮に当たる罪については、30年
 - ② 20年の有期の懲役又は禁錮に当たる罪については、20年
 - ③ ①②に掲げる罪以外の懲役又は禁錮に当たる罪については、10年

第2 第1の適用範囲

第1に係る規定は、その施行前に犯した罪であって、その施行の際時効が完成していないものについても適用するものとする。

（注2）平成22年1月28日の法制審議会第6回会議録

（2）時効の起算点

時効は犯罪行為が終った時から進行し（法253・I）、共犯の場合には、最終の行為が終った時から、すべての共犯に対して時効の期間を開始する（法253・II）。

「犯罪行為が終った時」とは、公訴時効の制度趣旨に鑑み、法益侵害が終了した時をいい、必ずしも犯罪の既遂時とは一致しない。例えば、既成犯とされている放火罪では、独立燃焼開始により既遂に達すると解されるが、鎮火するまで公訴時効は進行しないと解すべきである。

科刑上一罪の時効の時効期間及び起算点について、観念的競合については、最も重い刑の時効期間によることに争いはないが、牽連犯については、手段行為の時効期間内に目的行為が行われた場合について、その目的行為が行われたときから起算する見解（一体説一判例）と、個々の犯罪行為ごとに起算する見解（個別説一通説とされている）が対立している。

科刑上一罪は、二罪以上で構成される場合であっても、社会事象と

しては一体として評価すべきものとして一罪とされたものであり、個別の犯罪ごとに可罰性が減少するものではないので、一体説を是とする。

以下に関連判例を掲示する。

① 「犯罪行為が終ったとき」の意義

「刑訴法253条1項にいう「犯罪行為」とは、刑法各本条所定の結果をも含む」—最三決S63. 2. 29「熊本水俣病事件」判時1266-3

② 観念的競合の時効期間

「観念的競合は科刑上一罪であるから、公訴時効期間算定については、各別に論ずることなく、これを一体として観察し、その最も重い罪の刑につき定めた時効期間による」—最一判S41. 4. 21判時447-95

③ 牽連犯の時効起算点

「牽連犯において、目的行為がその手段行為についての時効期間の満了前に実施されたときは、両者の公訴時効は不可分的に最も重い刑を標準に最終行為の時より起算すべきものと解するのが相当である」

—最三判S47. 5. 30民集26-4-826

(3) 時効の停止

時効は、公訴の提起によってその進行を停止し、管轄違又は公訴棄却の裁判が確定したときからその進行を始める(法254・I)。公訴の提起があった日から2箇月以内に起訴状の謄本が送達されないときは、公訴の提起はさかのぼってその効力を失い(法271・II)、決定で公訴が棄却される(法339・I①)。犯人が国外にいる場合又は逃げ隠れているため有効に起訴状の謄本の送達若しくは略式命令の告知ができなかった場合には、時効は、その国外にいる期間又は逃げ隠れている期間、その進行を停止する(法255・I)。

公訴提起を時効停止事由としたのは、これによって訴追意思が明確にされるからであり、犯人が国外にいる場合又は逃げ隠れしている場合を時効停止事由としたのは、その責めに帰すべき事由によって有効な起訴をなし得なかった当該犯人に時効の利益を享受させる理由はないからである。

時効の停止は、中断ではないから、時効の停止事由が消滅した後、残存期間について時効が進行する。

なお、共犯の一人に対してした公訴の提起による時効の停止は、他の

共犯に対してその効力を有し、停止した時効は、当該事件についてした裁判が確定した時からその進行を始める（法254・II）。

以下、主として公訴時効の停止効及び始期に関する問題点を掲示する。

① 訴因不特定により公訴を棄却された場合の時効停止効

訴因不特定の場合は、当該事件の特定もできず、したがって、時効停止の対象も特定できないとして、停止効を否定する見解もあるが、法338条4号により公訴を棄却される法256条違反の訴因不特定は、審判の対象を限定すると共に被告人の防御の範囲を示すためのものであるから、被告人の防御の範囲を示すに足りない場合でも、特定の犯罪について訴追の意思が示されている場合は、停止効を有する（注）。

（注）「刑訴法254条が、公訴時効の停止を検察官の公訴提起にかからしめている趣旨は、これによって、特定の罪となるべき事実に関する検察官の訴追意思が裁判所に明示されるのを重視した点にあると解されるから、起訴状の公訴事実の記載に不備があつて、実体審理を継続するのに十分な程度に訴因が特定していない場合であっても、それが特定の事実について検察官が訴追意思を表明したものと認められるときは、右事実と公訴事実を同一にする範囲において、公訴時効の進行を停止する効力を有すると解するのが相当である。本件についてこれをみると、旧起訴状公訴事実中には、本件公訴事実第1を特定するうえで重要な「表示登記」という文言が一度も使用されておらず、かえつて、同第2を特定するうえで重要な「保存登記」という文言がくり返し使用されていて、そのいずれについてなされた公訴提起であるのか一見まぎらわしく、訴因の特定が十分でないことは否定することができないけれども、右起訴状公訴事実に記載された犯行の日時、場所、方法及び不実登記の対象となる建物は、すべて本件公訴事実第1のそれと同一であること、その結果としてなされた不実登記の内容も、建物の所有名義を偽るという点で両者は共通していること、さらに、旧起訴審において、検察官が、公訴事実中「保存登記」とあるのは「表示登記」の誤記であるとの釈明をし、その旨の訴因補正の申立をしていることなどを総合考察すると、旧起訴によつて検察官が本件公訴事実第1と同一性を有する事実につき公訴を提起する趣旨であつたと認めるに十分であるから、これにより右事実に関する公訴時効の進行が停止されたとする原審の判断は、正当である。」

—最三決S56. 7. 14 刑集35-5-497

② 併合罪関係にある事実間の訴因変更請求と時効停止効

併合罪関係にある事実については、公訴事実を異にするので、訴因変更請求は本来無効であるが、その請求にかかる事実について訴追意思を表明したことに変わりはないので、その訴因変更許可の取消決定があるまで公訴時効は停止する。

「本件出資法5条2項違反の各行為は、個々の制限超過利息受領行為ごとに一罪が成立し、併合罪として処断すべきものであるから、検察官としては、前記訴因変更請求に係る事実を訴追するには、訴因変更請求ではなく追起訴の手續によるべきであった。しかし、検察官において、訴因変更請求書を裁判所に提出することにより、その請求に係る特定の事実に対する訴追意思を表明したものとみられるから、その時点で刑訴法254条1項に準じて公訴時効の進行が停止すると解するのが相当である。」—最三決H18.11.20判時1954-158

③ 起訴状謄本不送達の場合の時効停止効

法271条2項に「公訴の提起があった日から2ヶ月以内に起訴状の謄本が送達されないときは、公訴の提起は、さかのぼってその効力を失う」と規定されていることとの関連で、時効の停止効の有無が問題となる。

否定説は、停止効を否定しなければ、この規定に意味がなくなることと、逃亡しているわけではない被告人不知の間に公訴時効が停止することは不合理であることを理由とする。しかしながら、昭和28年法改正前には、時効の停止を規定した法254条1項に「但し、第271条第2項の規定により公訴の提起がその効力を失ったときは、この限りでない」との但書が規定されていたところ、同法改正により、法271条2項により公訴の提起が効力を失ったときを公訴棄却の事由として追加した際、法254条1項同但書も削除された経過に加え、公訴時効の停止効は、被害者の保護よりも検察官の訴追意思の表明に重きを置いたものであることから、肯定説を是とする（注）。

(注)「昭和28年法律172号による刑訴法の一部改正前には、同法254条1項は、「公訴の時効は、当該事件についてした公訴の提起によってその進行を停止し、管轄違又は公訴棄却の裁判が確定した時からその進行

を始める。但し、第271条第2項の規定により公訴の提起がその効力を失ったときは、この限りでない。」と規定されていたため、公訴の提起があった日から2ヶ月以内に起訴状の謄本が送達されないときは同法271条2項によりそのまま公訴の提起は効力を失って何らの裁判を要せず裁判所の係属を離れ、時効停止の効力も失われるとされていた。しかし、果たして起訴状の謄本が期間内に送達されなかったかどうかについて疑が生ずる場合があるので、この点に関する裁判所の見解を公訴棄却の決定によって明らかにするため昭和28年法律172号による刑法の一部改正により同法339条1項1号を追加し、それに伴い、公訴時効については同法254条1項の原則に戻ることとし、但書を削除したのである。右のような改正（殊に但書の削除）の経緯からみて、起訴状謄本不送達による公訴棄却決定の場合にも時効停止の効力を認めるよう解釈されるべきことは明らかである。このように解釈した場合、同法271条2項の規定による公訴の提起がさかのぼってその効力を失うことの効果が意味を失うきらいのあることは所論のとおりであるが、そうだからといって、右改正の経緯を無視して所論のような解釈をとるべきであるとはいえない。」—東京高判S54. 2. 14 判時921-135

—最二決S55. 5. 12判時967-132（上記原審判示を是認）

④ 犯人が逃げ隠れている場合の時効停止効の始期

逃走している限り時効が停止するのであれば、公訴時効の完成はなきに等しいとして、起訴状謄本の送達のと時から時効が停止するという少数説もあるが、犯人の逃走という自己の責めに帰すべき事由がある場合を時効停止事由としたものであって、それ以外の所在不明の場合は時効が進行するので、逃走開始時を始期として、その事由が継続する間時効が停止すると解するのが相当である。

その適用例として、次の事例判決がある

（最初の公訴提起日である昭和54年11月5日の前から逃走していた事例につき、「被告人の本件公訴事実についての公訴時効の進行は、刑事訴訟法255条1項により、被告人が逃げ隠れていた期間、即ち逃亡した日の翌日である昭和51年12月17日から福島地方検察庁に出頭した日の前日である昭和59年10月10日までの間停止していたことになる。」—仙台高判S60. 12. 16判時1195-153

2 親告罪の告訴

(1) 意義

親告罪とは、告訴がなければ公訴を提起することができない犯罪をいい、その趣旨は、公訴権の行使を被害者の処罰意思の有無にかからしめるところにある(刑135、180・I、209・II、229、232、244・II、251、255、264の外、特別法)。

以下、親告罪の告訴の意義に関する問題点と関係判例を摘記する。

① 親告罪において、告訴なくして捜査することの適否

親告罪における告訴は、訴訟条件であって捜査条件ではないから、告訴がないからといって捜査ができない理由はないが、捜査が公訴提起の準備活動であることからすれば、告訴の見込みがない場合や告訴前に捜査を開始する必要のない事犯については、捜査を認めるべきではない。換言すれば、告訴が見込まれるものの、告訴を待っている、犯人を逃がし、証拠を隠滅されるような事案については、告訴なくして捜査することができるものと解すべきであり、重大事犯でその必要性が高いときには、強制捜査が許される場合もある。

告訴事案ではないが、告発が訴訟条件となっている国税犯則事件について、強制捜査を許した下記判例がある。

「告発は単に該違反事件に対する訴追条件に過ぎないと同時に、司法警察員は犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとせられ、そのためには、法律の定めに従い強制の処分をすることもできるのであるから、告発前においても、被疑者を逮捕・勾留し、取調べることができる」

—最三決S35. 12. 23 判時252-33

② 告訴なくして起訴された親告罪につき、告訴追完の適否

公訴提起後に告訴を許せば、告訴のない公訴の提起を許さない親告罪の趣旨を没却することになるうえ、公訴提起の瑕疵を糊塗するため告訴を強要する等の弊害を生ぜしめるおそれもあるので、許されない。

③ 非親告罪として起訴された後、親告罪として審理すべき公訴事実を同一にする事実関係が判明した場合、告訴を追完して訴因変更することの適否

この場合は、告訴がないのに公訴を提起した場合とは異なり、公訴提起後に告訴が必要になったものであるから、その時点で告訴を許しても親告罪の趣旨を没却することはなく、公訴提起の瑕疵を糊塗するため告訴を強要する等の弊害を生ぜしめるおそれもないので、

是とする（注）。

（注）「非親告罪として起訴された後にこれが親告罪と判明した場合について起訴の時点では告訴がなかった点をどう考えるべきかについて付言するに、当初から検察官が告訴がないにもかかわらず敢えてあるいはそれを見過ごして親告罪の訴因で起訴したのとは全く異なり、本件のように、訴訟の進展に伴い訴因変更の手續等によって親告罪として審判すべき事態に至ったときは、その時点で初めて告訴が必要となったにすぎないのであるから、現行法下の訴因制度のもとでは、右時点において有効な告訴があれば訴訟条件の具備につきなんら問題はなく実体裁判をすることができると解する。」—東京地判S 58. 9. 30 判時1091-159

- ④ 検察官が強姦罪で起訴した前日、司法警察員に対しその告訴の取消手續がなされていた場合、同起訴は有効か

告訴の取消しは、検察官又は司法警察員にこれをするだけで足り（法243、241・I）、司法警察員に対する告訴の取消しが有効である以上、そのことを検察官が知らなくとも、当該起訴は無効である。実質的にも、告訴取消しの効果が、捜査機関内部の事情により左右されることは、告訴の取消しを被害者の意思にかからしめた趣旨に反するものである。

- （2）告訴の主観的不可分の原則

「親告罪について共犯の1人又は数人に対してした告訴又はその取消しは、他の共犯に対しても、その効力を生ずる」（法238・I）。

その根拠は、告訴は犯罪事実を申告してその犯人の処罰を求めるものであって、告訴人に処罰すべき犯人の選択権を与えたものではないことにある。

但し、親族相盗例（刑法244、251、255）のような相対的親告罪については、被害者と犯人との特殊な人的関係に鑑み、その犯人の処罰を被害者の告訴にかからしめたものであるから、その人的関係のない犯人を特定した告訴の効力は、人的関係のある犯人には及ばない。

- （3）告訴の客観的不可分の原則

一罪の一部についてなされた告訴又はその取消しの効力は、一罪の全部に及ぶことをいう。

法に明文はないが、通説・判例（包括一罪について東京高判S33.5.31高刑集11-5-275、科刑上一罪について東京高判S45.12.3刑月2-12-1257）の認めるところである。その根拠は、通常告訴権者に処罰の範囲を限定する意思はないとされているが、加えて、告訴は、実体法に定められている犯罪について行われるべきものであって、告訴権者にその一部のみの告訴を許し、刑罰権の行使を制限する権利を認められたものではないというべきである。

その効力の及ぶ範囲は、公訴事実の同一性及び単一性の範囲である。但し、公訴事実が単一である科刑上一罪については、本来独立の数罪であるから、その内の一部が親告罪である場合は、非親告罪についての告訴は親告罪に及ばない。例えば、住居侵入罪についてなされた告訴の効力は、これと牽連関係にある強姦罪には及ばない。

関連判例は、次のとおりである。

① 強姦罪について告訴がないのに、その手段たる暴行のみを起訴することの適否

告訴なくして強姦罪の手段たる暴行のみの起訴を許せば、審理を通じて強姦の事実も明らかとなり、これを刑事裁判において明らかにするか否かを被害者の意思に委ねた親告罪の趣旨を没却することになるので、違法と解すべきである（注）。

（注）「強姦罪または強制わいせつ罪を構成する事実の一部分が非親告罪である暴行罪に該当するものとして、この暴行の事実について審理判決をすることになると、被告人の刑事責任の量と質を確定するため、その暴行の動機・目的・態様・結果など行為の個性を明らかにせざるを得ないこととなる。そのために、右暴行と不可分の関係にある被告人の強姦または強制わいせつの意思ないし行為を、したがって被害者のこれら被害の事実をも、公判廷において究明し、これを判決に置いて公表することになるのが通常である。そうなると、強姦罪または強制わいせつ罪の被害者の意思、感情、名誉などを尊重してこれを親告罪とした法の趣旨をほとんど没却することになって、明らかに不当であるといわなければならない。このことは、刑法第108条第1項が強姦罪や強制わいせつ罪の未遂罪、即ち、強姦または強制わいせつの意図をもって暴行または脅迫をただけの場合をも、親告罪としていることに照らしても明らかであるといえよう。」東京地判S38.12.21下刑集5-11.12-1184

② 強姦罪について告訴がないのに、その手段たる兇器を示してする暴行を暴力行為等処罰に関する法律違反として起訴できるか

兇器を示してする暴行は、強姦罪の構成要件に内包されている単純暴行ではなく、暴行罪の特別加重犯として暴力行為等処罰に関する法律に規定されている犯罪であるから、それが強姦の手段として行われ、審理の過程においてやむを得ず強姦の事実が明らかになるおそれがあるとしても、処罰の必要性が被害者の意思を優越するものとして、起訴できるものと解される。その趣旨は集団強姦等（刑法178の2、180）が親告罪とされていないと同様である。

但し、実態が強姦であっても、暴力行為等処罰に関する法律違反罪として起訴されている以上、必要もないのに、姦淫事実を審理し、判決に摘示する等のことは許されない。

以下、昭和33年に明文で集団強姦等が非親告罪として規定される契機となった集団強姦に関する判例を掲示する。

（注）「暴力行為等処罰に関する法律第1条の違反行為は、同条所定の構成要件を充足するによって成立する非親告罪であって、その内容が数人共同して暴行をした場合でも必ずしも刑法177条前段の強姦罪の構成要素ではなく、まして、これと不可分の一体を為すものではない。したがって、検察官が、同法律第1条違反の公訴事実のみを、何等姦淫の点に触れずに、同条違反の罪として起訴した以上、裁判所は、その公訴事実の範囲を逸脱して、職権で親告罪である強姦罪の被害者が姦淫された点にまで審理を為し、その暴行行為は、起訴されていない該強姦罪の1構成要素であると認定し、しかも、当該強姦罪については告訴がないか又は告訴が取消された理由をも明示して、公訴を棄却する旨の判決を為し、これを公表するがごときことの許されないことというまでもない。」

—最大判S28. 12. 16 判時17-25

- (4) なお、被害者が複数の場合はそれぞれに侵害された法益を異にするので、ある被害者の告訴は、他の被害者にかかる犯罪事実には及ばない。例えば、同一文書で数人の名誉を毀損した場合、被害者1人の告訴の効力は、他の被害者に係る名誉毀損罪には及ばない。

第3 公訴手続

公訴手続は、以下に述べるとおり、法256条に規定されている。

1 起訴状の提出と記載事項

公訴の提起は、起訴状を提出してしなければならない(法256・I)。

審判を開始し、その対象となる公訴手続を明確にするため、口頭主義の例外として、口頭による公訴の提起は許されず、書面である起訴状の提出を要する。

起訴状には下記の事項を記載しなければならない(法256・II)。

- ① 被告人の氏名その他被告人を特定するに足る事項
- ② 公訴事実
- ③ 罪名

(1) 被告人の特定

被告人の特定は、被告人の氏名の外、年齢、職業、住居及び本籍(法人の場合は、事務所及び代表者又は管理人の住居、氏名)を記載し、被告人が逮捕・勾留されているときは、その旨を記載する(規164・I)。これらの事項(氏名を除く)が明らかでないときは、その旨を記載すれば足りるが(規164・II)、被告人が氏名を黙秘した場合など、氏名が明らかでない場合は、人相、体格その他被告人を特定するに足りる事項で被告人を指示することになる(法64・II参照)。

被告人の特定について問題となるのは、犯人が他人の氏名等を冒用し、他人になりすまして審理・判決を受けた場合に、いかなる基準をもって、被告人と認定するかである。

被告人を特定する基準については、次の各説がある。

- ① 表示説 起訴状に記載された者を被告人とする
- ② 意思説 検察官が起訴しようとした者を被告人とする
- ③ 行動説 実際に被告人として行動した者を被告人とする
- ④ 実質的表示説

表示説を基本としながら、検察官の釈明(意思)や被告人の行動を参考にする

犯人が勾留されていない場合は、検察官において審理を受けている者が被告人である旨明示した場合など特段の場合を除いては、表示説に従

う外はなく、犯人が勾留されている場合は、起訴状の記載に関わらず、検察官が勾留されている者を起訴していることが明らかであり、犯人も被告人として行動しているのであるから、意思説ないし行動説に従うのを是とする。実質的表示説は、両方の場合を統一的に説明しようとするものであるが、両方の場合を各別に判断すれば足りるので、不要と思料する。

- (2) 公訴事實は、訴因を明示して記載する（法256・Ⅲ）。数個の訴因及び罰条は、予備的又は択一的にこれを記載することができる（法256・Ⅴ）。

訴因制度及び訴因の明示方法については、次項「訴因の特定」の解説に譲る。

- (3) 罪名は、適用すべき罰条を示して記載しなければならない（法256・Ⅳ本文）。実務上は、罪名と罰条を共に記載している。

公訴事實に罰条を適用するのは、本来裁判所の専権に属することであるから、罰条の記載の誤りは、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがない限り、公訴の提起の効力に影響を及ぼさない（法256・Ⅳ但書）。

2 訴因の特定

- (1) 訴因制度及び訴因の意義

法256条3項前段は、「公訴事實は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。」と規定して、訴因制度を採ることを明らかにした(注)。

ここで訴因と公訴事實の意義、及びその両者の関係が問題となる。つまり、訴因と公訴事實のいずれが審判の対象であるかによって、訴因制度及び訴因の意義も異なってくる。

- ① 公訴事實対象説

訴因として法律的に構成された事実の背後にある生の社会的事実が審判の対象であるとする

- ② 訴因対象説

訴因として記載された事実が審判の対象であるとする

公訴事實対象説によれば、訴因は公訴事實を法律的に構成したものであり（法律構成説）、訴因制度は、当面の審判の対象を特定することによ

り被告人の防御権を保障することに意義がある。したがって、裁判所の権限により、公訴事実の同一性を害しない範囲内において、訴因変更の手續をすることできることになる。

訴因対象説によれば、訴因は審判の対象である犯罪事実そのものであり（事実記載説）、訴因制度は、裁判所に対しては審判の対象を特定し、被告人に対しては防御の範囲を特定することに意義がある。したがって、検察官が訴因の変更を請求しない限り、裁判所は訴因に拘束され、訴因と異なる事実を認定することはできないことになる（訴因の拘束力）。

そこで、公訴事実を訴因として記載する手續を考えると、検察官は、捜査の結果判明した被疑事実を訴因として明示し、これを「公訴事実」として起訴状に記載するのであって、検察官にとって、公訴提起時において訴因と異なる事実など存在しない。ただ、審理の結果新たな証拠の出現等により、当初の訴因と異なる事実の認定を要する場合に訴因変更を請求することになるが、その訴因変更の範囲を画する判断基準として、「公訴事実」という概念を使用しているに過ぎないのである。したがって、起訴状に記載される「公訴事実」とは、訴因そのものである。

また、裁判所において、検察官が罪となるべき事実を特定して明示した訴因と異なる事実を認定することは、検察官の公訴権を侵害し、裁判所が判断者の立場から逸脱して、職権で自ら事実を追い求めることになり、法が検察官に公訴権を独占させ、公判手續については、原則として当事者主義構造を採っている趣旨にも反する。

よって、訴因対象説を是とする（判例・通説）。

なお、訴因制度の意義が、審判の対象を特定するに止まらず、被告人の防御の範囲を限定することにあることは、法256条4項の「罰条の記載の誤りについて、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがない限り、公訴提起の効力に影響を及ぼさない。」との規定や、法312条4項の「訴因又は罰条の追加又は変更により、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあると認めるときは、・・・被告人に十分な防御の準備をさせるため必要な期間公判手續を停止しなければならない」旨の規定からも窺えるところである。

（注）昭和27年7月最高裁判所事務総局刑事局作成の「新刑事訴訟法制定資料」

によれば、連合国総司令部に提出した新刑事訴訟法の政府案（第9次案）262条につき、同司令部GS作成のプロブレムシートにおいて、同条1項の有罪答弁制度に対する反対勧告がなされるとともに、同条2項を削除して下記の規定を置くべしとの勧告がなされ、これが契機となって訴因制度が定められ、法256、312条が規定されたとのことである。

（政府案262条）

- 1 被告人が有罪の答弁をした場合において、裁判所は、その答弁が被告事件を理解したうえ自由な意思に基づいてされたものと認め、かつ、他の資料をも考慮してその答弁が真実に合するものと認めるときは、被告事件について有罪の証明があった旨の決定をすることができる。但し、死刑事件については、この限りでない。
- 2 被告人が公訴事実の同一性を害しない限度においてこれと相違する事実につき有罪の答弁をした場合も、前項と同様である。但し、検察官の同意がある場合に限る。

（勧告規定）

公判手続中、被告人が起訴された罪と異なる罪を犯したことを認めた場合、又は提出された証拠により被告人が起訴された罪と異なる罪を犯したと思われる場合には、裁判所は検察官に起訴訴状を訂正することを許容しなければならない。裁判所は、被告人に彼が別の罪により処罰されるかもしれぬことを告げなければならない。又その訂正が実質的に被告人の防御力を害する場合には、被告人がその防御をするのに十分な時間公判を延期しなければならない。

（2）訴因の特定方法

法256条3項後段は、「訴因を明示するには、できる限り、日時、場所及び方法をもって、罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」と規定して、罪となるべき事実を構成する犯罪の行為、客体、結果ばかりではなく、できる限り、日時、場所及び方法をもって、罪となるべき事実を特定することを求めた。

「罪となるべき事実」とは、検察官が判決を求めるべき犯罪事実を意味する。

「できる限り」とは、犯行を否認する等の事情により、日時、場所及び方法を詳細に記載できない場合があり、あえてその正確な記載を求めれば、自白強要を招く等の弊害を生ずるおそれもあるので、罪となるべき事実が特定されている限りは、検察官が手持ち証拠を隠すことなく、知れる限りの記載をすることをもって足りる趣旨である。

なお、起訴状には、予備的又は択一的に数個の訴因及び罰条を記載することができる（法256・V）。

以下、訴因の特定に関する問題事例を摘記する。

- ① 「昭和27年4月ころから同33年6月下旬までの間に、密出国した」旨の訴因の特定性

犯罪の日時・場所・方法は、犯罪事実そのものではなく（方法が犯罪構成要件になっている場合を除く）、訴因を特定する手段に過ぎないので、できる限り明示すれば足りる（注）。

（注）「刑訴256条3項は、…裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とするものと解されるどころ、犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になっている場合を除き、本来は罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべき事を要請されているのであるから、犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さないかぎりの幅のある表示をしても、その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということとはできない。」

—最大判S37. 11. 28「白山丸事件」判時322-2

- ② 「昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間」、「T町内又はその周辺において」、「覚せい剤を自己の身体に注射又は服用して施用した」旨の訴因の特定性

前記①の事例と同様、日時・場所・方法が不明確であっても、犯罪事実が特定されていれば、訴因は特定されている（注）。

（注）「日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである。」

—最一決S56. 4. 25「広島吉田町覚せい剤使用事件」判時1000-128

- ③ 「被害者の頭部等に手段不明の暴行を加え、頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させた」旨の訴因の特定性

暴行により傷害が生じ、それが死因であることをできるだけ記載し、他の犯罪事実と区別して特定されていれば、訴因の特定に欠けるものではない（注）。但し、暴行の方法、傷害の内容及び死因を明確にできないことが犯罪事実の認定に影響することがあるのは別論である。

（注）「原判決によれば、第一次予備的素因が追加された当時の証拠関係に照ら

すと、被害者に致死的な暴行が加えられたことは明らかであるものの、暴行態様や傷害の内容、死因等については十分な供述等が得られず、不明瞭な領域が残っていたというのである。そうすると、第一次予備的訴因は、暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なものであるにとどまるが、検察官において、当時の証拠に基づき、できる限り日時、場所、方法等をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである。」

—最一決H14. 7. 18 判時1800-155

3 起訴状一本主義

法256条6項は、「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめるおそれのある書類その他の物を添付し、又はその内容を引用してはならない。」と規定して、いわゆる起訴状一本主義を採っている。

起訴状一本主義は、裁判所の予断を排除し、公判中心主義の精神を実現して、憲37条1項に規定する公平な裁判所の裁判を受ける権利を保障することにあり、公判手続全体を貫く予断排除の原則の一環をなすものである。そのため、起訴するに当たっては、起訴状だけを提出することとし、予断を生ぜしめるおそれのある書類その他の物の添付、引用を禁止したものである。

起訴状一本主義に反した場合は、公訴提起の手続が無効となり、判決で公訴を棄却される（法338④）。一度裁判官に予断を生ぜしめた違法は、治癒されることがないからである（注）。

（注）「（刑訴256条6項は）、裁判官が、あらかじめ事件についてなんらの先入的心証を抱くことなく、白紙の状態において、第1回の公判期日に臨み、その後の審理の進行に従い、証拠によって事案の真相を明らかにし、もって公正な判決に到達するという手続の段階を示したものであって、直接審理主義及び公判中心主義の精神を実現するとともに、裁判官の公正を訴訟手続上より確保し、よつて、公平な裁判所の性格を客観的にも保障しようとする重要な目的をもっているのである。即ち、公訴犯罪事実について、裁判官に予断を生ぜしめるおそれのある事項は、起訴状に記載することは許されないものであって、かかる事項を起訴状に記載したときは、これによつてすでに生じた違法性は、その性質上もはや治癒することができないものと解するを相当とする。」

—最大判S27. 3. 5 判タ19-64

問題となるのは、書類の引用と余事記載である。

(1) 書類の引用

書類の内容が犯罪を構成するような場合は、訴因を特定する限度において、その内容が引用されるのはやむをえない。

① 恐喝罪の訴因に脅迫文書全文と同様の記載をした場合

「起訴状に脅迫文書の内容を具体的に真実に適合するように要約適示しても相当詳細にわたるのでなければその文書の趣旨が判明し難いような場合には、起訴状に脅迫文書の全文と殆んど同様の記載をしたとしても、それは要約適示と大差はなく、被告人の防禦に実質的な不利益を生ずるおそれもなく、刑訴256条6項に従い『裁判官に事件につき予断を生ぜしめるおそれのある書類その他の物の内容を引用し』たものとして起訴を無効ならしめるものと解すべきではない。」—最三判S33. 5. 20 判時154-34

② 名誉毀損罪の訴因に文書の名誉毀損部分を抽出引用した場合

「『外遊はもうかりませ、大阪府会滑稽譚』と題する文章原文の引用は、検察官が同文章のうち犯罪構成要件に該当すると思料する部分を抽出して記載し、もって罪となるべき事実のうち犯罪構成要件に該当すると思料する部分を抽出して記載し、罪となるべき事実のうち犯罪の方法に関する部分をできるかぎり具体的に特定しようとしたものであって、刑訴法256条3項にしたがって本件訴因を明示するための方法として不当とは認められず、また、これをもって同条6項にいう裁判官に事件につき予断を生ぜしめるおそれのある書類の内容を引用したものであるというにはあたらない。」

—最一決S44. 10. 2 判時573-92

(2) 余事記載

法256条6項には明記されていないが、起訴状一本主義の趣旨に照らし、裁判官に予断を生ぜしめるおそれのある事項の記載も許されない。

但し、その事項が犯罪構成要件となっている場合や、犯行・共謀態様等の犯行の方法となっている場合は、訴因を特定するための記載として許される。

① 詐欺罪の訴因に詐欺の前科を記載することの適否

「詐欺の公訴について、詐欺の前科を記載することは、両者の関係からいって、公訴犯罪事実につき、裁判官に予断を生ぜしめるおそれのある事項にあたりと解しなければならない。」「もっとも被告人の前科であっても、それが、公訴犯罪事実の構成要件となっている場合（例えば常習累犯窃盗）又は公訴犯罪事実の内容となっている場合（例えば前科の事実を手段方法として恐喝）等は、公訴犯罪事実を示すのに必要であって、これを一般の前科と同様に解

することはできないからこれを記載することはもとより適法である。」

—最大判S 27. 3. 5 判時103-4

② 被告人暴力団組員であることを記載することの適否

「本件は被告人を含む共犯者3名が1通の起訴状で一括して公訴を提起せられた傷害被告事件であって、被告人が単独で本件傷害事件を惹起したとされる案件ではない。このような案件の場合には、起訴状の中になされた所論のような記載は、被告人と共犯者の関係を明らかにすることによって共謀の態様を明示し、公訴事実を特定するためのものであるとも解せられ、いまだ刑事訴訟法256条6項の規定に違反するものとはみられない。」

—大阪高判S 57. 9. 27 判夕481-146

第IV章 公判

第1 公判の原則

公判とは、公訴を提起された事件の訴訟手続（狭義では公判期日における訴訟手続）をいう。

1 公判中心主義

公判中心主義とは、刑事事件の審理及び判決は、公判期日において行われなければならないとする大原則である。公判期日における取調べは、公判廷で行い、判決は公判廷において宣告により告知することになっているので（憲82・I、法282・I、342）、公判廷中心主義ともいえる。

公判中心主義を支え、実質ならしめる原則として、公開主義、口頭主義、直接主義等がある。

(1) 公開主義

公開主義とは、裁判の対審（検察官と被告人・弁護人の対立当事者が主張・立証して行う審理）および判決を、訴訟関係者に限らず、不特定の一般大衆に公開する原則であり、その趣旨は、裁判を一般大衆の監視下に置くことによって、被告人の公正な裁判を受ける権利を保障することにある。

公開主義は、憲法37条「すべて刑事事件においては、被告人は、・・・公開裁判を受ける権利を有する。」との規定により、被告人の基本的人権として保障され、憲法82条1項「裁判の対審および判決は、公開法廷でこれを行う。」により、国の義務とされており、法53条の公開された事件の訴訟記録の閲覧請求権にも、その趣旨が現れている。

裁判の公開に関する規定に違反すれば、法377条3号により絶対的控訴理由となる。

判決の公開原則に例外はないが、対審については、憲法82条2項により、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがあると決した場合は、公開しないで行うことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又は憲法第三章で保障する国民の権利が問題となっている事件の対審は、常に公開しなければならない。実務上は、性犯罪において、性的描写を内容とする証拠調べの公開が禁止されることがあるに止まる。

公開主義は、傍聴の自由や裁判報道の自由の保障に繋がる。但し、法廷の秩序維持の必要がある場合や、裁判の本旨である真相解明を害するおそれがある場合には、制限されることがある。

(2) 口頭主義

口頭主義とは、公判期日における訴訟当事者の主張、申立て及び証拠の取調べ等の手続及び判決を口頭で行う原則であり、その趣旨は、密室審理を避け、一般民衆に証拠の内容を知らしめて公開裁判を実効性のあるものにし、裁判所をして公開法廷で心証を形成させることにあり、副次的には、効率的な証拠調べを実現することにある。

口頭主義は、弁論主義と合わせ、法43条1項に口頭弁論主義として規定され、具体的には、次の規定に現れている。

- ① 当事者の主張、申立てに関しては、起訴状の朗読（法291）、事実及び法律の適用に関する意見の陳述（法293）、冒頭陳述（法296、規198）、証拠調べ請求（法298）等
- ② 証拠調べに関しては、証人等の人的証拠は尋問により、証拠書類は朗読によるとの規定（法304、305、307）等
- ③ 判決は宣告により告知される（法342、規35・II）。

但し、公訴の提起は、起訴状を提出してしなければならないことになっており（法256・I）、証拠調べ請求については、証人等の氏名及び住居、証拠書類その他の書面の標目を記載した書面を差し出さなければならないことになっている外、裁判所が必要と認めるときは、証拠と証明すべき事実との関係等を明らかにする書面の提出を命じることができる（規188の2、189）。いずれも、手続を明確にするためである。

また、証拠書類の朗読は、要旨の告知に代えることが許されており（規203の2）、特に自白事件については、相当簡略な要旨の告知をもって代えられているのが実状である。

なお、簡易公判手続（法291の2）及び即決裁判手続（法350の2以下）は、口頭主義の例外である。

(3) 直接主義

直接主義とは、裁判所が公判廷で直接取調べた証拠を事実認定の資料

として判決をする原則である。

直接主義には、次の二義がある。

① 直接証拠主義（実質的直接主義）

犯罪事実に対して直接的な原資料を取調べることを意味する証拠法則である。例えば、犯行を目撃した第三者の供述を証拠とする場合、直接証拠主義によれば、その第三者を裁判所が公判廷で直接取調べなければならず、その第三者の供述書を取調べることは、直接証拠主義に反することになる。

直接証拠主義は、伝聞証拠を排除することにつながるもので、伝聞法則の根拠ともなり得る。もっとも、学説は、直接主義が裁判所との関係を規制する職権主義的原則であるところから、伝聞法則の根拠を憲法37条2項の反対尋問権の保障のみに求める。

② 直接審理主義（形式的直接主義）

公判裁判所が公判廷で証拠を直接取調べることを意味する審理法則である。例えば、犯行を目撃した第三者の供述を証拠とする場合、裁判所が公判廷でその第三者の供述書を取調べることは、直接証拠主義には反するが、直接審理主義には反しないことになる。

直接審理主義は、法315条の公判手続の更新規定に現れており、例外として、公判期日外の証人尋問（法158、281）、受命・受託裁判官による証人尋問（法163）等がある。

2 当事者主義

当事者主義とは、訴訟における主張・立証活動の権限と責任を当事者である検察官と被告人・弁護人に委ね、裁判所は判断者の立場に止まる審理方式をいう。対するは、裁判所が訴訟追行の権限と責任を負う職権主義である。

当事者主義と表裏一体の関係にあるのが弁論主義であり、弁論主義とは、当事者の主張立証に基づいて審理、判決を行うべしとする法則であって、口頭主義と合わせ、口頭弁論主義という（法43・I）。

法は、原則として当事者主義・弁論主義を採る。そのことは、検察官に公訴権を独占させて、起訴状の提出による刑事訴訟手続の開始と訴因制度によって審判の対象を特定する権限を委ねたうえ（法247、256、3

12・I)、当事者の冒頭陳述により証明すべき事実を明らかにさせて、その請求により証拠調べを行い（法296、298・I、規198）、証拠調べが終わった後は、当事者に事実及び法律の適用について意見を陳述させること（法293）などに現れている。しかしながら、法は、実体的真実を重視すべき刑事訴訟の本質に鑑み、補完的に職権主義を残している。そのことは、職権証拠調べ（法298・II）や訴因変更命令権限（法312・II）などに現れている。

第2 公判準備

1 保釈

保釈とは、勾留の効力を存続させながら、保釈保証金の納付を条件として、被告人の身柄を解放する裁判とその執行をいう。

(1) 権利(必要的)保釈

保釈は、次の場合を除いて、これを許さなければならない(法89)。

ア 保釈保証金により逃亡を防止できないと認められる場合

- ① 被告人が死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪を犯したものであるとき(1号)
- ② 被告人が前に死刑又は無期若しくは長期10年を越える懲役若しくは禁錮に当たる罪につき有罪の宣告を受けたことがあるとき(2号)
- ③ 被告人が常習として長期3年以上の懲役又は禁錮に当たる罪を犯したものであるとき(3号)

イ 罪証隠滅等のおそれがある場合

- ④ 被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき(4号)
- ⑤ 被告人が、被害者その他事件の審判に必要な知識を有すると認められる者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え、又はこれらの者を畏怖させると疑うに足りる相当な理由があるとき(5号)

ウ 氏名又は住居不明の場合

- ⑥ 被告人の氏名又は住居が分からないとき(6号)

実務上は、「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」(4号)の意義を相当緩やかに解釈して運用されている感があり、特に社会的影響が大きい事件等で否認している場合には、執行猶予つき判決が見込まれる事件であっても、検察官の主たる立証が終了するまで保釈されない状況が一般化している。そのため、保釈されたいがため、第1回公判期日において、検察官提出書証に同意せざるを得ない状況に追い込まれる弊害が生じ、弁護人側から、いわゆる「人質司法」として非難されている。

犯罪白書を見ても、保釈率の低下傾向は、顕著である(注1)。但し、平成17年11月1日の公判前整理手続施行後は、保釈率の上昇傾向を

見ることができる。その原因は、同手続による争点整理の結果、罪証隠滅のおそれの認定が制限されて第1回公判期日前の早期保釈につながり、その傾向が公判前整理手続に付されない事件にも及んでいるのではないかと推認され、今後の更なる保釈率の改善が期待される（注2）。

（注1）平成18年版犯罪白書によれば、公判前整理手続が施行される直前の平成17年における地方裁判所の公判事件の終局総人員79,203名に対する勾留率は82.3%、勾留総人員65,202名に対する保釈率は13.4%であり、勾留期間別の割合は、1月以内10.3%、2月以内64.3%、3月超25.3%となっている。なお、平成16年も同様の数値を示している。

ちなみに、筆者が検事を退官した昭和62年版犯罪白書によれば、昭和58年における同終局総人員64,769名に対する勾留率は73.7%、勾留総人員47,724名に対する保釈率は31.3%であり、勾留期間別の割合は、1月以内27.8%、2月以内55.5%、3月超16.7%であった。

（注2）平成21年版犯罪白書によれば、平成20年における地方裁判所の公判事件の終局総人員67,644名に対する勾留率は80.5%、勾留総人員54,460名に対する保釈率は15.9%で、勾留期間別の割合は、1月以内19.4%、2月以内58.2%、3月超22.4%となっており、保釈率が平成17年より向上しているのは、特に1月以内の勾留期間の割合が増加（早期保釈割合が増加していることを意味する）していること等の状況から見て、平成17年11月1日に施行された公判前整理手続の影響が大きいものと推認される。

（2）裁量（職権又は任意的）保釈

裁判所は、権利保釈除外事由が認められる場合であっても、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる（法90）。

裁量保釈については、保釈が適当であるか否かを審査するに当たって、余罪を考慮することの可否が問題となるが、被告人の経歴、行状等の認定資料として考慮することは許されるにしても、実質上余罪で勾留するようなことがあってはならない（注）。

（注）「同法90条により保釈が適当であるかどうかを審査するにあたっては、甲事実の事案の内容や性質、あるいは被告人の経歴、行状、性格等の事情をも考察することが必要であり、そのための一資料として、勾留状の発せられていない乙、丙各事実をも考慮することを禁ずべき理由はない。」

—最三S44. 7. 14 判時561-82

(3) 義務的保釈

勾留による拘禁が不当に長くなったときは、裁判所は、被告人等の請求又は職権により、勾留を取消し又は保釈を許さなければならない(法91)

2 準備手続

平成16年法改正による公判前整理手続が施行(H17.11.1)される前の公判準備の概要は次のとおりである。このうち、第1回公判期日後の準備手続規定は、公判前整理手続の施行に伴い削除されたが、その他の証拠開示を含む準備手続規定は、存続されている。

(1) 準備手続の概要

① 第1回公判期日前の事前打合せ

裁判所は、適当と認めるときは、第1回の公判期日前に、検察官及び弁護人を出席させた上、公判期日の指定その他訴訟の進行に関し必要な事項について打ち合せを行うことができる(規178の10本文)。但し、事件につき予断を生じさせるおそれのある事項にわたることはできない(規178の10但書)とされ、第1回公判期日前の準備手続は、規定されていなかった。

② 第1回公判期日後の準備手続

裁判所は、複雑な事件について、公判の審理を迅速かつ継続的に行うため、事件の争点及び証拠を整理することを目的として、必要と認めるときは、公判期日前、何時でも準備手続をすることができるものとされ(旧規194・I本文及びII)、準備手続の方法及び内容等が規定されていた(旧規194の2～7、195)。但し、第1回公判期日前の準備手続はできないものとされていた(旧規194・I但書)。

この準備手続規定は、公判前整理手続の施行に伴い削除されたが、その内容(旧規194の3)は、公判前準備手続に引き継がれている(法316の5)。

(2) 証拠開示

① 法の明文による証拠開示規定 — 取調べ請求予定証拠の開示のみ

検察官、被告人又は弁護人が証人、鑑定人、通訳人または翻訳人の尋問を請求するについては、あらかじめ、相手方に対し、その氏名及

び住居を知る機会を与えなければならない（法299・I本文前段）。証拠書類又は証拠物の取調べを請求するについては、あらかじめ、相手方にこれを閲覧する機会を与えなければならない（法299・I本文後段）。但し、相手方に異議のないときは、この限りでない（法299・I但書）。

法299条の証拠開示の規定は、公判における検察官の冒頭陳述に続く証拠調べ手続として規定されているが、検察官、被告人又は弁護人において開示すべき証拠があるときは、第1回公判期日前に開示すべきものとされ（規178の6、7）、特に証拠書類又は証拠物については、第1回公判期日前に開示されるのが通例である。

なお、平成11年法改正により、証人等の身体財産への加害行為等を防止するため、検察官又は弁護人は、法299条1項により開示される証拠に氏名が記載されている者若しくはこれらの親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあると認めるときは、相手方に対し、その旨を告げ、犯罪の証明若しくは犯罪の捜査又は被告人の防御に関し必要がある場合を除き、これらのものの住居、勤務先その他通常所在する場所が特定される事項が関係者（被告人を含む）に知られないようにすること、その他これらのものの安全が脅かされることの内容に配慮することを求めることができることとされた（法299の2）。

また、平成19年法改正により、被害者保護の一環として、検察官は、法299条1項によって証拠を開示するに当たり、被害者特定事項が明らかにされることにより、被害者等の名誉若しくは社会生活の平穩が著しく害されるおそれがあると認めるとき、又は被害者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあると認めるときは、弁護人に対し、その旨を告げ、被告人の防御に関し必要がある場合を除き、被害者特定事項が被告人その他の者に知られないようにすることを求めることができることとされた（法299の3本文）。但し、被告人に知られないようにすることを求めることについては、当然のことながら、被害者特定事項のうち起訴状に記載された事項以外のものに

限られる（法299の3但書）。

更に、開示された証拠が週刊誌に流されるなどの不詳事案が発生したことを受けて、平成16年法改正により、目的外利用が規制され、開示された証拠の複製等（コピーその他証拠の全部または一部をそのまま記録したもの）について、弁護人に対し、適正管理義務を課すると共に（法281の3）、被告人若しくは弁護人又はこれらであった者に対し、当該被告事件の審理その他の当該被告事件に係る裁判のための審理若しくは当該被告事件に関する一定の手續又はこれらの手續の準備に使用する目的以外の目的で、人に交付し、又は提示し、若しくは電気通信回線を通じて提供することを禁じ（法281の4）、これに違反したときは、被告人又は被告人であった者については、1年以下の懲役又は50万円の罰金に処し、弁護人又は弁護人であった者については、対価として財産上の利益その他の利益を得る目的でした場合に限り、同様の刑罰に処するものとされた（法281の5）。

② 判例による証拠開示の拡充

判例は、取調べ請求をしない検察官手持証拠について、訴訟指揮権に基づく開示命令を認めた（注）。但し、訴訟指揮権は、第1回公判期日前には発動されず、裁判所は、証拠調べに入らなければ、証拠開示の必要性判断をなし得ないので、第1回公判期日後証拠調べに入った段階のことになる。

（注）「裁判所は、その訴訟上の地位にかんがみ、法規の明文ないし訴訟の基本構造に違背しないかぎり、適切な裁量により公正な訴訟指揮を行い、訴訟の合目的的進行をはかるべき権限と職責を有するものであるから、本件のように証拠調べの段階に入った後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられたい旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防御のため特に重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるときは、その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができると解すべきである。」—最二決S44. 4. 25 判時554-3

3 公判前整理手続

(1) 意義・目的

公判前整理手続とは、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため、第1回公判期日前に、事件の争点及び証拠を整理する公判準備手続である（法316の2・I）。但し、裁判所は、審理の経過に鑑み必要と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聞いて、第1回公判期日後に、決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備として、事件を期日間整理手続に付することができる（法316の28）。

法は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うことができるよう、裁判所に対しては、公判前整理手続において十分な準備が行われるようにするとともに、できる限り早期にこれを終結させるように努めるべき義務を課し、訴訟関係人に対しては、公判前整理手続において相互に協力するとともに、その実施に関し、裁判所に進んで協力すべき義務を課している（法316の3）。

充実した審理を継続的、計画的かつ迅速に行うことは、あらゆる裁判に共通した究極の目標であるが、とりわけ裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下「裁判員法」という）による一般国民が裁判員として参加する刑事裁判（以下「裁判員裁判」という）においては、裁判員が出廷する限られた日程の中で充実した証拠調べを集中して行わなければならない。そのためには公判期日前に事件の争点及び証拠を整理しておくことが必須となるので、平成16年5月28日の法改正により、裁判員裁判の創設に伴って、公判前整理手続が創設されたものである。したがって、裁判員裁判の対象事件については、公判前整理手続に付すことが義務づけられており（裁判員法49）、その他の事件については、裁判所の裁量により付することができることになっている（法316の2）。

この手続の目的は、充実した公判審理を継続的、計画的かつ迅速に行うことにある。したがって、迅速な審理を優先させ、充実した審理を損なうようなことがあってはならない。

(2) 方法

公判前整理手続は、裁判所が検察官及び被告人又は弁護人の意見を聞いて

て、第1回公判期日前に決定し、訴訟関係人を出頭させて陳述させ、又は訴訟関係人に書面を提出させる方法により行う（法316の2）。

公判前整理手続においては、被告人に弁護人がなければ、その手続を行うことができず、弁護人がないときは、裁判長は、職権で弁護人を付さなければならない（法316の4）。その理由は、公判前整理手続に付される事件は、必要的弁護事件（法289－死刑又は無期若しくは長期3年を越える懲役若しくは禁錮に当たる事件）以上の重大事件となることが予想されるうえ、その手続の遂行には弁護士の法的知見を要するからである。また、被告人自身に直接争点整理等に当たらせることは、第1回公判期日前に非公開による事実上の被告人質問を行うことになりかねないので、この点においても弁護人を付する必要性がある。

公判前整理手続期日に検察官又は弁護人が出頭しないときは、その期日の手続を行うことができない（法316の7）。弁護人が公判整理手続期日に出頭しないとき、又は在席しなくなったときは、裁判長は、職権で弁護人を付さなければならず、出頭しないおそれがあるときは、裁判所は、職権で弁護人を付することができる（法316の8）。

被告人は、公判前整理手続期日に出頭することができるし、裁判所は、必要と認めるときは、被告人に対し、公判前整理手続期日に出頭することを求めることができる（法316の9・IⅡ）。公判前整理手続期日への出頭は、被告人の権利ではあるが、義務ではない。事実審理の場ではないので、弁護人の陳述又は提出書面が被告人の意思に合致することを確認する必要がある場合を除いて（法316の10）、その必要があることは少ないであろうし、却って、準備なく事実上の被告人質問にさらされることも有り得るので、通常は被告人不出頭のまま行われることになるものと予想される。

裁判長は、被告人を出頭させて公判前整理手続をする場合には、被告人が出頭する最初の公判前整理手続期日において、まず、被告人に対し、終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる旨を告知しなければならない（法316の9・Ⅲ）。争点整理の場とはいえ、質問に答えれば、裁判所の心証に事実上影響を与えるので、黙秘権を告知することにしたものである。

(3) 内容

公判前整理手続の内容は、法316条の5の1ないし11号に規定されているとおりであるが、その項目を内容別に大別すると、

- ① 訴因又は罰条の明確化とその追加、撤回又は変更の許可（1、2号）
- ② 公判期日における予定主張の明確化と事件の争点整理（3号）
- ③ 証拠調べ請求とその立証趣旨、尋問事項の明示、これに対する意見の確認と証拠決定（4～7号）
- ④ 証拠調べ決定をした証拠の取調べ順序及び方法の決定（8号）
- ⑤ 証拠調べに関する異議申立てに対する決定（9号）
- ⑥ 証拠開示に関する裁定（10号）
- ⑦ 被害者訴訟参加手続への参加の申出に対する決定又はその取消決定（11号）
- ⑧ 公判期日の決定等、公判手続の進行上必要な事項の決定（12号）

ということになる。

これらの内容のうち、①～⑤（1～9号）は、法改正前においては、準備手続の内容として規則194条の3に規定され、その準備手続は第1回公判期日後に行うものとされていたものである（旧規194・I但書）。

⑥⑦（10、11号）は、新設されたものである。

⑧（12号）は、従前から第1回公判期日前における任意の事前打ち合わせ事項として規則178条の10に規定されているものであるが、これを公判前整理手続においても定めることができる事項としたものである。したがって、公判期日等の公判手続の進行上必要な事項については、公判前整理手続に付された事件については法316条の5の決定により、その他の事件については、適当と認められる場合に限り、従前通り規則178条の10により打ち合わせを行うことになる。

ここでの問題は、予断排除の原則との関係、及び証拠能力に関する調査としての証人尋問のあり方である。

予断排除の原則との関係

公判前整理手続においては、第1回公判期日の前に、前記①ないし⑤の準備手続の中で、検察官が証明予定事実記載書面を裁判所に提出し（法316の13・I）、それを証明するために用いる証拠について立

証趣旨等を明示し（法316の5・⑤）、裁判所が証拠開示の裁定あるいは証拠決定をするに当たり、必要があると認めるときは当該請求にかかる証拠の提示を命じて内覧することができるので（法316の27・I）、これらの手続を通じて裁判所に予断を抱かせ、公平な裁判所の裁判を受ける権利を保障する憲法37条1項に違反するのではないかという問題である。

前記①ないし⑤の準備手続、なかんずく証拠の内覧については、多少なりとも裁判所に予断を抱かせる余地無しとしない。だからこそ、公判前整理手続が新設される前の旧規則194条1項は、第1回公判期日前に準備手続をすることはできない旨規定していたものと解されるのである。しかしながら、前記①ないし⑤の準備手続は、当事者の主張に基づく争点と証拠の整理をするものであって、証拠調べそのものを行うものではないし、証拠の内覧についても、証拠能力のない証拠を裁判所の目に触れさせることになる弊害は、公判期日後に行っても生じ得ることであって（法298、規190、規192）、証拠の採否等を決定するための手続であることを明確にすれば、公判前整理手続による適正迅速な裁判の実現という要請を前にして、公平な裁判の保障に反するとまではいえないであろう。

証拠能力に関する調査としての証人尋問の方法

法321条1項2号の検察官調書の特信性、同条3項の検証調書及び同条4項の鑑定調書の作成の真正、並びに自白の任意性の立証のための証人尋問は、その限りにおいては、証拠能力を判断するための調査であって、事実認定の資料となるものではないので、公判前整理手続において行うことができると解される余地がある。しかしながら、いずれの証人尋問も、当該検察官調書等の書証の信用性判断に直結し、事実認定の資料となるものであるから、公判期日における事実の立証方法としての証人尋問（例外として公判期日外の証人尋問）として行うべきであって、公判前整理手続で行うことは、公開主義、口頭・直接主義に反し許されない。

特に裁判員裁判にあっては、裁判員は、訴訟手続に関する公判前整理手続には立ち会えないのであるから（裁判員法6）、同手続の中でそれ

らの証人尋問を行えば、裁判官と裁判員の心証に齟齬を来すことになって不当である。

その際、特信性等の立証は相反供述等をした当該証人尋問の際に行うことになるが、自白の任意性立証は改めてそのための証人尋問を行うことになるところ、これを裁判員が出頭する公判期日に行えば、裁判員に加重的負担を課すことになって、裁判員制度の存続を危うくするので、構成裁判官のみにより行うべきであるなどという論理は、本末転倒であって、そのようなことにならないよう、取調べ経過を可視化して、自白の任意性立証を客観化し、裁判員をして事実認定のための審理に専念させる制度を構築することこそ肝要である。

なお、検察当局も、任意性立証が信用性立証と密接に関連するケースが多いため、通常は、任意性を立証するための取調べ状況に関する取調べも裁判員が出席する公判廷において行われることになるであろうことを認めている（注）。

（注）平成21年2月付け最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針」38，39頁

（4）争点及び証拠の整理

ア 検察官の証明予定事実記載書面の提出・送付と証拠調べ請求

検察官は、事件が公判前整理手続に付されたときは、その証明予定事実を記載した書面を裁判所に提出すると共に被告人又は弁護人に送付しなければならない（法316の13・I前段）。

証明予定事実とは、公判期日において証拠により証明しようとする事実をいう。その意味で、証明予定事実記載書面は、法296条の公判期日における検察官の冒頭陳述書と同様の性格を持つが、争点及び証拠の整理のためのものであるから、冒頭陳述が証明予定事実の焼き直しとならないよう、争点及び証拠の整理に必要な事項に絞った形式内容のものとする必要がある。

証明予定事実には、冒頭陳述と同様、証拠とすることができず、又は証拠としてその取調べを請求する意思のない資料に基づいて、裁判所に事件について偏見又は予断を生じさせるおそれのある事項を記載してはならない（法316の13・I後段）。

検察官は、証明予定事実を証明するために用いる証拠の取調べを請求しなければならない（法316の13・Ⅱ）。

イ 検察官請求証拠の開示

従前からも、法299条1項により、検察官が証人調べ等の尋問あるいは証拠書類又は証拠物の取調べを請求するについては、あらかじめ、被告人又は弁護人に対し、証拠書類又は証拠物を閲覧する機会を与え、あるいは証人等の氏名及び住居を知る機会を与えなければならないことになっていたが、公判前整理手続においては、従前の五月雨的な証拠開示の弊害を排除して、公判における集中審理を実現するため、新たに法316条の14を設け、法299条1項の証拠開示義務内容を拡充したものである。そのため、公判前整理手続においては、同条を適用しないこととされた（法316の13・Ⅲ）。

追加拡充された内容は、次のとおりである。

- ① 証拠書類又は証拠物について、弁護人に対しては、閲覧の外、謄写する機会を与えたこと（法316の14・① 但し、従前から事実上謄写も許されていた）
- ② 証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人について、その氏名及び住居を知る機会を与え、かつ、その者の供述録取書等（供述書、供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるもの又は映像若しくは音声を記録することができる記録媒体であって供述を記録したものをいう。以下同じ）のうち、その者が公判期日において供述すると思料する内容が明らかになるもの（当該供述録取書等が存在しないとき、又はこれを閲覧させることが相当でないと認めるときは、その者が公判期日において供述すると思料する内容の要旨を記載した書面）を閲覧する機会（弁護人に対しては、閲覧し、かつ、謄写する機会）を与えたこと（法316の14・②）

ウ 特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要な類型証拠の開示

類型証拠とは、検察官請求証拠の開示に引き続き、検察官請求証拠に対する被告人・弁護人の意見の明示に先立って、検察官請求証拠の証明力を判断するため、一般的な必要性和弊害を考慮して、開

示することが適当であるものを類型化したものである。

- ① 検察官は、前記イにより開示した証拠以外の証拠であって、次に掲げる証拠の種類のいずれかに該当し、かつ、特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要であると認められるものについて、被告人又は弁護人から請求があった場合は、その重要性の程度その他の被告人の防御準備のための必要性の程度並びに当該開示によって生じるおそれのある弊害の内容及び程度を考慮し、相当と認めるときは、速やかに、閲覧（弁護人に対しては、閲覧しかつ謄写）する機会を与える方法による開示をしなければならない。この場合において、必要と認めるときは、開示の時期、方法を指定し、又は条件を付することができる（法 316 の 15・I）。
 - (i) 証拠物
 - (ii) 法 321 条 2 項に規定する裁判所又は裁判官の検証の結果を記載した書面
 - (iii) 法 321 条 3 項書面（捜査機関作成の検証調書）又はこれに準じる書面
 - (iv) 法 321 条 4 項書面（鑑定人作成の鑑定書）又はこれに準じる書面
 - (v) 次に掲げる者の供述録取書等
検察官が証人として尋問を請求した者
検察官が取調べを請求した供述録取書等の供述者であって、その供述録取書について法 326 条の同意がされない場合には、検察官が証人尋問請求を予定している者
 - (vi) 前号（v）に掲げるものの外、被告人以外の者の供述録取書等であって、検察官が特定の検察官請求証拠により直接証明しようとする事実の有無に関する供述を内容とするもの
 - (vii) 被告人の供述録取書等
 - (viii) 取調べ状況の記録に関する準則に基づき、捜査機関が職務上作成することを義務づけられている書面であって、身体の拘束を受けていた被告人の取調べに関し、その年月日、時間、場所、その他の取調べ状況を記録したもの

② 被告人又は弁護人は、類型証拠の開示請求をするときは、次の事項を明らかにしなければならない（法 316 の 15・II）。

(i) 証拠の類型及び開示請求に係る証拠を識別するに足りる事項

(ii) 事案の内容、特定の検察官請求証拠に対応する証明予定事実、開示請求に係る証拠と当該検察官請求証拠との関係その他の事情に照らし、開示請求にかかる証拠が検察官請求証拠の証明力を判断するために重要であること、その他の被告人の防御の準備のために開示が必要である理由

③ 類型証拠は、検察官が証拠調べ請求をしない証拠について開示請求を受けるものであるから、開示の必要性、相当性の第一次判断者を検察官としたが、検察官の自由裁量を許したのではなく、最終判断者は、裁判所である（法 316 の 26 参照）。

類型証拠の開示に関する問題点は、次のとおりである。

開示の必要性と弊害の内容及び程度

開示の必要性については、単に特定の検察官請求証拠の「証明力を判断するため」だけでは足りず、その事由を示す必要があり、開示の弊害とその程度については、当該事件において不開示を相当とする具体的事情を示さなければならない（注一上記Ⅷ取調べ状況報告書中の不開示希望調書欄の開示請求事案）。

(注)「各不開示希望調書欄（被疑者等がその存在及び内容の開示を希望しない旨の意思を表明した被疑者供述調書等の有無及び通数欄―筆者注）について、被告人の防御の準備のために当該証拠を開示することの必要性の程度〔1〕並びに当該開示によって生じるおそれのある弊害の内容及び程度〔2〕を考慮し、開示が相当と認められるか否かについて検討すると、〔1〕については、弁護人は、被告人の各検察官調書の証明力を判断するため、身柄拘束中の被告人に係る取調べの客観的状況（日時、場所、調書作成の有無、通数等）を知る必要があり、不開示希望調書欄を含め、開示がなければ、作成された調書の通数その他その取調べの外形的全体像を確認点検できないのであるから、防御の準備のため開示を受ける必要性が認められる。不開示希望調書の有無及び通数は、弁護人が被告人に質せば把握できる可能性が高いことなど、検察官が指摘し、原決定も承認する事情を考慮しても、開示の必要性が失われるものではない。また、検察官は、弁護人の必要性に関する主張は抽象的可能性を

述べるのみで、開示の必要性を裏づける具体的主張ではないというが、弁護人は、被告人の特定の供述調書の信用性等を争い、その信用性等判断のために身柄拘束中の被告人に係る取調べの客観的状況を知る必要があると主張しているのであるから、本条（いわゆる典型的証拠開示）の必要性の主張としては十分である。〔2〕について、検察官は、組織犯罪等では不開示希望をした供述者の保護をはかる必要性は大きく、これが保障できないと、場合によっては供述者の生命、身体に危険が及ぶ深刻な事態も生じかねないが、不開示希望調書がある場合にのみ不開示の扱いをするとすれば、不開示としたことにより不開示希望調書の存在が推認されるから、結局、不開示希望をした供述者の保護を十分にはかることができない、したがって、不開示希望調書制度を維持するためには、原則として、一律に不開示希望調書欄は不開示とすべきであり、これを開示することによる弊害は大きい、と主張する。しかしながら、不開示希望調書制度を維持するためであるとして、本件で検察官が主張する開示による弊害は、事件の具体的事情にかかわらず一般的、抽象的に生じるものである。刑訴法316条の15第1項8号は、取調べ状況の記録に関する準則に基づき作成された取調べ状況報告書（不開示希望調書欄を含む。）について、同条1項の他の証拠と同様に、具体的事案において個別的に開示の相当性を判断すべきものと定めているのであるから、このような弊害をもって、一律に前記法条規定の相当性を失わせる事情と解するのは相当ではない。検察官としては、あくまで具体的事件における不開示を相当とする具体的事情を主張しなければならないというべきであるが、本件においては、これがなされていない。原決定が、開示の対象は法文上被告人に係る取調べ状況報告書に限定されていること、本件において、不開示希望調書制度の直接の保護の対象であるとして検察官の主張する被告人自身が開示を求める意思を有していること、弁護人が被告人の真意によらず開示請求しているとする形跡は全くないこと等に徴して、一般的にも、あるいは本件具体的事案においても、本件証拠開示を認めることの弊害は少ないと説示するところも、おおむね相当として是認できる。』大阪高決H18.9.22判時1947-167

（本決定に対する検察官の特別抗告棄却）

最三決H18.11.14判時1947-167

開示請求証拠を識別するに足りる事項

開示請求にかかる証拠は検察官の手元にあるから、被告人又は弁護人の知らない証拠物の形状や供述録取書の作成日付まで要求され

るものではなく、証明力を判断すべき検察官請求証拠の立証趣旨と関連性のある範囲を概括的に特定すれば足りる。例えば、検察官が殺害行為の目撃者を証人として尋問を請求した場合は、「当該証人の本件殺害行為に関する目撃状況を記載した検察官又は警察官作成の供述録取書全部」（法316の15・I⑤イ）、「当該証人と同時間帯に当該現場に居た者の本件殺害行為に関する目撃状況を記載した検察官又は警察官作成の供述録取書全部」（法316の15・I⑥）といった程度で足りる。

捜査報告書の類型証拠該当性

類型証拠は、検察官請求証拠の証明力の判断をするために重要と認められる証拠を類型化したものであるから、法316の15条1項6号の「供述録取書等」についても、信用性の判断に供せられる供述が供述者の署名又は押印によって正確性が担保されるものに限られている。したがって、同号にいう「事実の有無に関する供述」とは、その事実の有無について直接体験した供述者の供述（原供述）を意味し、供述録取書等に係る供述人の原供述以外の供述（その意味で「伝聞供述」）は含まれないと解されるどころ、捜査報告書は、捜査官の供述書であるから、その内容が捜査官の直接体験事実を記載したものであれば、同号に該当するが、捜査官が聴取した第三者の供述を内容とするものであれば、伝聞供述を内容とするものであるから、同号には該当しない（注）。但し、伝聞供述を内容とする捜査報告書であっても、法316条の20の争点関連証拠として、開示の対象となり得る。

（注）「警察官が捜査の過程で作成する捜査報告書は、警察官の「供述書」と解することができる。しかしながら、刑訴法316条の15は、特定の検察官請求証拠の証明力を被告人側が適切に判断できるようにするために、その証明力の判断に重要であると認められる一定類型の証拠の開示を認めようとするものである（この点、被告人側が明らかにした主張に関連する証拠の開示についての刑訴法316条の20に証拠の類型による限定がないとは異なる。）。そして、「供述録取書等」が上記のとおり供述者の署名若しくは押印により内容の正確性が担保されているか、機械的正確さによって録取内容の正確性が保障されているものに限られ

ていることをも併せ考慮すると、刑訴法316条の15第1項6号の「検察官が特定の検察官請求証拠により直接証明しようとする事実の有無に関する供述」を内容とする供述書、供述録取書又は上記記録媒体は、供述者が直接体験した事実を記載したものあるいはその供述を録取・記録したものに限られ、同号にいう「供述」には伝聞供述は含まれないと解するのが相当である。このように解することが、後記の「検察官が証人として尋問を請求した者」の供述を警察官が聞き取ったことを内容とする捜査報告書が同項5号の「供述録取書等」に該当しないとす解釈と整合するものとする。そうすると、警察官の作成した捜査報告書は、上記のとおり警察官の「供述書」ではあるが、警察官が聞き取った第三者の供述を内容とする捜査報告書は、実質的には第三者の供述を録取した書面であるから、第三者の署名若しくは押印がない以上、同項6号の「供述」を内容とするものとはいえず、同号に該当する証拠と認めることはできない。」—東京高決H18.10.16判時1945-166

(—大阪高決H18.10.6判時1945-166も同旨)

エ 被告人・弁護人による検察官請求証拠に対する意見の明示と証明予定事実等の明示、及びその証明のために用いる証拠の取調べ請求と開示、並びにその証拠に対する検察官の意見の明示

被告人又は弁護人は、検察官から証明予定事実記載書面の送付を受け、検察官請求証拠及び類型証拠の開示を受けたときは、検察官請求証拠について、法326条の同意をするか否か、又はその取調べ請求に異議がないか否かの意見を明らかにし、証明予定事実その他公判期日においてすることを予定している事実上及び法律上の主張があるときは、これを明らかにしなければならない(法316の16・I、316の17・I)。

被告人又は弁護人がする「証明予定事実その他公判期日においてすることを予定している事実上及び法律上の主張」の内容は、証拠調べ請求をして証明しようとする事実、検察官の証明予定事実を否認する主張、及び犯罪阻却事由の存在などの争点を提示するものである。

被告人又は弁護人は、証明予定事実があるときは、これを証明するための証拠の取調べを請求し、その証拠については、検察官の弁護人に対する開示と同様の方法による開示をしなければならない(法316の17・II、316の18)。

検察官は、弁護人から証拠の開示を受けたときは、前同様、同意するか否か等の意見を明らかにしなければならない（法316の19・I）。

証明予定事実等の明示と黙秘権の関係

被告人又は弁護人の証明予定事実等の明示は、証明予定事実等の主張を公判期日で予定している場合は義務となるので、いわゆる黙秘権との関係が問題となるが、その主張をすることを予定していなければ明示義務はないし、その主張を予定している場合には、その限度において黙秘権の行使を放棄しているといえるので、黙秘権を侵害するものとはいえない。

オ 被告人・弁護人の主張関連証拠の開示請求とその開示

主張関連証拠とは、検察官請求証拠及び類型証拠以外の証拠であって、被告人又は弁護人の主張に関連すると認められるものである。

検察官は、被告人又は弁護人から主張関連証拠の開示請求があった場合は、その関連性の程度その他被告人の防御の準備のために開示をすることの必要性の程度並びに開示によって生じるおそれのある弊害の内容及び程度を考慮し、相当と認めるときは、速やかに、閲覧（弁護人に対しては、閲覧しかつ謄写）する機会を与える方法による開示をしなければならない。この場合において、検察官は、必要と認めるときは、開示の時期若しくは方法を指定し、又は条件を付することができる（法316の20・I）。

被告人又は弁護人は、主張関連証拠の開示を請求するときは、次に掲げる事項を明らかにしなければならない（法316の20・II）

（i）開示請求にかかる証拠を識別するに足りる事項

（ii）被告人又は弁護人の主張と開示請求にかかる証拠との関連性、

その他の被告人の防御の準備のために開示が必要である理由
主張関連証拠の開示の必要性、相当性の判断権者、開示請求にかかる証拠の識別に関する問題点については、類型証拠の項において述べたとおりである。

（5） 証拠開示に関する裁定手続

ア 当事者の請求証拠の開示の時期・方法の指定等

裁判所は、証拠開示の必要性の程度並びに証拠開示によって生じるおそれのある弊害の内容及びその程度その他の事情を考慮して、必要と認めるときは、検察官請求証拠については、検察官の請求により、被告人又は弁護人請求証拠については、被告人又は弁護人の請求により、決定で、当該証拠の開示の時期若しくは方法を指定し、又は条件を付することができる（法316の25・I）。

当事者の請求証拠については、無条件に開示すべきものとしたので、必要がある場合は、裁判所の裁定で時期、方法を指定し、条件を付することができることにしたものである。

イ 証拠開示命令

裁判所は、当事者が開示すべき証拠を開示していないと認めるときは、その相手方の請求により、決定で、当該証拠の開示を命じなければならない。この場合において、裁判所は、開示の時期若しくは方法を指定し、又は条件を付することができる（法316の26・I）。

証拠開示命令の対象となる証拠の範囲

公判前整理手続等における証拠開示制度は、争点と証拠を整理し、公判における証拠調べを効率的かつ集中して行うためのものであるから、証拠開示の対象となる証拠の範囲は、検察官が現に保管している証拠に限定する理由はなく、当該事件の捜査の過程で収集・作成された証拠であって、捜査機関が職務上現に保管し、かつ、検察官が入手し得るものに及ぶ（注1）。

また、上記要件に該当する以上は、私費で購入して使用していたノートに記載されたものであっても、証拠開示の対象となる（注2）。

（注1）「公判前整理手続及び期日間整理手続における証拠開示制度は、争点整理と証拠調べを有効かつ効率的に行うためのものであり、このような証拠開示制度の趣旨にかんがみれば、刑訴法316条の26第1項の証拠開示命令の対象となる証拠は、必ずしも検察官が現に保管している証拠に限られず、当該事件の捜査の過程で作成され、又は入手した書面等であって、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が容易なものを含むと解するのが相当である。」と判示した上、取調警察官が犯罪捜査規範13条に基づいて作成した取調メモについて、「取調警察官が、同条（犯罪捜査規範13条―筆者注）に基づき作成した備忘録であ

って、取調べの経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、個人的メモの域を超え、捜査関係の公文書ということが出来る。これに該当する備忘録については、当該事件の公判審理において、当該取調べ状況に関する証拠調べが行われる場合には、証拠開示の対象となり得るものと解するのが相当である。」として、原審東京高裁H19.11.8決定を認容した。

—最三決H19.12.25判時1996-157

(注2)「弁護人は、この新規供述に関する検察官調書あるいはAの予定証言の信用性を争う旨の主張をし、その主張に関連する証拠として、「B警察官が、Aの取調べについて、その供述内容等を記録し、捜査機関において保管中の大学ノートのうち、Aの取調べに関する記載部分」(以下「本件メモ」という。)の証拠開示命令を請求した。本件大学ノートは、B警察官が私費で購入して仕事に利用していたもので、B警察官は、自己が担当ないし関与した事件に関する取調べの経過その他の参考事項をその都度メモとしてこれに記載しており、勤務していた新宿警察署の当番編成表をもこれにちょう付するなどしていた。本件メモは、B警察官がAの取調べを行う前ないしは取調べの際に作成したものであり、B警察官は、記憶喚起のために本件メモを使用して、Aの警察官調書を作成した。なお、B警察官は、本件大学ノートを新宿警察署の自己の机の引き出し内に保管し、練馬警察署に転勤した後は自宅に持ち帰っていたが、本件事件に関連して検察官から問合せがあったことから、これを練馬警察署に持って行き、自己の机の引き出しの中に入れて保管していた。

以上の経過からすると、本件メモは、B警察官が、警察官としての職務を執行するに際して、その職務の執行のために作成したものであり、その意味で公的な性質を有するものであって、職務上保管しているものというべきである。したがって、本件メモは、本件犯行の捜査の過程で作成され、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が容易なものに該当する。」として、原審東京高裁H20.8.19決定を認容した。—最一決H20.9.30判時2036-143

ウ 証拠提示命令等

裁判所は、証拠開示の時期、方法の指定等を決定し、証拠開示命令を出すに当たり、必要があるときは、当事者に対し当該請求にかかる証拠の提示を命じることができる(法316の27・I前段)。

また、被告人又は弁護人がする証拠開示請求について決定するに当

たり、必要があると認めるときは、検察官に対し、その保管する証拠であって、裁判所の指定する範囲に属するものの標目を記載した一覧表の提示を命ずることができる（法316の27・II前段）。

いずれの場合も、裁判所は、何人にも、提示させた証拠あるいは証拠の一覧表の閲覧又は謄写をさせることができない（法316の27・I、IIの各後段）。証拠調べではなく、証拠開示等の決定のために内覧するのであるから、閲覧等ができないことは当然であり、むしろ秘密にすべきものである。

証拠提示命令の対象となる証拠の範囲

証拠提示命令は、裁判所において証拠開示を命じるか否かを決定するために行うものであるから、証拠開示請求の対象となる証拠に限らず、その決定をするために必要があると認められる範囲であり、かつ、その必要性の判断は、当然のことながら裁判所が行う（注）。

（注）「所論は、原々決定が開示を命じた「本件保護状況ないし採尿状況に関する記載のある警察官A作成のメモ」（以下「本件メモ」という。）は、同警察官が私費で購入してだからも指示されることなく心覚えのために使用しているノートに記載されたものであって、個人的メモであり、最高裁平成19年（し）第424号同年12月25日第三小法廷決定・刑集61巻9号895頁にいう証拠開示の対象となる備忘録には当たらないから、その開示を命じた原々決定を是認した原決定は違法であると主張する。

しかしながら、犯罪捜査に当たった警察官が犯罪捜査規範13条に基づき作成した備忘録であって、捜査の経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、当該事件の公判審理において、当該捜査状況に関する証拠調べが行われる場合、証拠開示の対象となり得るものと解するのが相当である（前記第三小法廷決定参照）。そして、警察官が捜査の過程で作成し保管するメモが証拠開示命令の対象となるものであるか否かの判断は、裁判所が行うべきものであるから、裁判所は、その判断をするために必要があると認めるときは、検察官に対し、同メモの提示を命ずることができるというべきである。これを本件について見るに、本件メモは、本件捜査等の過程で作成されたもので警察官によって保管されているというのであるから、証拠開示命令の対象となる備忘録に該当する可能性があることは否定することができないのであり、原々審が検察官に対し本件メモの提示を命じたことは

相当である。検察官がこの提示命令に応じなかった本件事実関係の下においては、本件メモの開示を命じた原々決定は、違法ということはできない。したがって、本件メモの開示を命じた原々決定を是認した原決定は結論において相当である。」—最三決H20.6.25判時2014-155

(6) 公判手続の特例

ア 必要的弁護

公判前整理手続又は期日間整理手続に付された事件を審理する場合には、法289条に規定する必要的弁護事件（死刑又は無期若しくは長期3年を越える懲役又は禁錮に当たる事件）に該当しない事件であっても、弁護人がなければ開廷することはできない（法316の29）。

公判前整理手続において決定された証拠調べ等の訴訟手続を公判手続において遂行するには、引き続き弁護人の法的知見が必要とされたものである。

イ 被告人等の冒頭陳述義務

公判前整理手続に付された事件については、被告人又は弁護人は、証拠により証明しようとする事実その他の事実上及び法律上の主張があるときは、法296条の手続（検察官の冒頭陳述）に引き続き、これを明らかにしなければならない（法316の30）。

充実した審理を継続的、計画的かつ迅速に行うために公判前整理手続に付した趣旨を貫徹するため、被告人側にも、冒頭陳述義務を課したものである。もっとも、被告人が事実上法律上の主張をしない場合には、冒頭陳述義務はない。したがって、黙秘権を侵害するものでもない。

なお、公判前整理手続に付されない事件については、従前どおり、規則198条1項により、裁判所の裁量により、被告人又は弁護人にも、証拠により証明すべき事実を明らかにすることを許すことができるに止まる。

ウ 公判前整理手続等の結果の明示義務

裁判所は、裁判所の規則の定めるところにより、公判期日において、公判前整理手続又は期日間整理手続の結果を明らかにしなければならない（法316の31）。規則217条の29に公判前整理手続等

の調書の朗読又は要旨の告知等の手続が定められている。

公判前整理手続又は期日間整理手続は、非公開の場で行われるものであるから、その結果を公判期日において明らかにすることにより、公開主義の要請を満たそうとするものである。

また、前述したとおり、公判前整理手続等においては、裁判所が争点整理や証拠決定手続を通じて事実上実体面の心証を抱いて公判期日に臨む危険があるので、同手続の結果を公判手続において明示することにより、それ以外の心証を遮断し、これが実体形成の出発点であることを明確にされることが期待される。特に、裁判員制度の下では、公判前整理手続等に関与する裁判官と、これに関与しない裁判員の間において、審理が開始されるに当たり、既に心証に齟齬を来たしているようなことはあってはならないことである。

更に、公判前整理手続等の結果の明示は、通常同手続等に出頭しないであろう被告人にとっても、どのような審理がなされることになったのか、正式に認識し得る手続になるものである。

エ 証拠調べ請求の制限

公判前整理手続又は期日前整理手続に付された事件については、当事者は、法298条1項の規定に関わらず、やむを得ない事由によって当該手続において請求できなかったものを除き、当該手続が終わった後には、証拠調べを請求することができない（法316の32）。

その制限の趣旨は、公判前整理手続又は期日前整理手続において争点及び証拠を整理し、公判期日における集中審理を実現しようとしたにもかかわらず、その公判期日に新たな証拠調べを許せば、同手続が形骸化し、その目的を達せられなくなることにある。但し、新たな主張自体は制限されない。

ここにいう「やむを得ない事由」とは、証拠未発見や証人の所在不明等により公判前整理手続において証拠調べ請求ができなかった場合の外、証人調べ後にその証言の信用性を弾劾する必要がある証拠等、公判前整理手続の段階で証拠調べ請求をしないことに合理性が認められるものが考えられる。

第3 訴因変更

裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない（法312・I）。

訴因又は罰条の追加、撤回又は変更は、公訴の提起と同様の法的効果を生ずるものであるから、手続を明確にするため、書面を提出する外、起訴状と同様の送達手続を要する（法312・III、規209）。

裁判所は、訴因又は罰条の追加又は変更により、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあると認めるときは、被告人又は弁護人の請求により、決定で、被告人に十分な防御の準備をさせるため必要な期間公判手続を停止しなければならない（法312・IV）。

審判対象論との関係

訴因変更論は、審判の対象論と関連する。

公訴事実対象説によれば、訴因は被告人の当面の防御の対象を明確にするためのものに過ぎないから、公訴事実の範囲内において、訴因を変更することができるのは当然のこととなる。

一方、訴因対象説によれば、訴因は審判の対象そのものであるから、本来、訴因を認定することができなければ無罪判決を言い渡すことになるだけのことであって、訴因変更を認める必然性はない。しかしながら、それでは検察官の新訴因による再訴を許すことになって、基本的事実関係が同じで証拠関係も重複する事案については、被告人に無用の再審理の負担を負わせ、訴訟経済上も不利益である。そこで、同一手続内で審理するのを相当とする範囲内で、訴因変更を許すことにし、その範囲を画する概念として「公訴事実の同一性」を用いることにしたものである。

審判対象論の立場の相違は、訴因変更の要否、可否の判断基準に関する理論的根拠に影響を与えるし、検察官の訴因変更請求に対する許可義務及び訴因変更命令義務とその形成力の有無に影響を及ぼす。また、訴因変更が必要な罪となるべき事実を認定した場合の控訴理由については、公訴事実対象説によれば、法379条の訴訟手続の法令違反として相対的控訴理由となるに過ぎないのに対し、訴因対象説によれば、法378条3号の後段の審判の請求を受けない事件について判決をした絶対的控

訴理由となる。

公訴事実の同一性概念の機能

公訴事実の同一性概念は、訴因変更の範囲を画する機能を有するばかりではなく、前に起訴された事件（以下「前訴事件」という）とその後起訴された事件（以下「後訴事件」という）が公訴事実を同一にするときは、前訴事件の訴因に後訴事件の訴因を追加又は変更して同一裁判所で審理をすることができ、前訴事件の審理を受けることにより後訴事件についても刑事責任を問われる危険を負うことになるので、前訴事件の確定前に後訴事件を起訴することは再訴として禁止され（法 3 3 8 ③）、前訴事件が確定したときは後訴事件に一事不再理効が及ぶ（法 3 3 7 ①）。また、検察官の公訴提起の意思は、起訴事実と公訴事実を同一にする範囲の事件について処罰を求めることにあると解されるので、公訴時効の停止効（法 2 5 4 ・ I）もその範囲に及ぶ。

1 訴因変更の要否－訴因の同一性

- (1) 訴因の同一性の判断基準については、審判の対象に関する公訴事実対象説と訴因対象説に連動して、訴因の意義に関する法律構成説と事実記載説が対立しているが、訴因対象説を相当とする限り、事実記載説に従うことになる。

法律構成説によれば、審判の対象は公訴事実であって、訴因は公訴事実を法律的に構成したものであるから、訴因の法律構成が変わった場合に訴因の変更を要することになる。そうすると、理念的には、法律構成が変わらなければ、訴因を変更する必要はないことになるが、同説による訴因制度の意義は、当面の審判の対象を特定することにより被告人の防御権を保障することにあるので、事実関係の変化により被告人の防御に不利益を及ぼすおそれがある場合にも、訴因変更を要することになると思われる（注）。

一方、事実記載説によれば、訴因は審判の対象である犯罪事実そのものであるから、事実が変われば訴因変更を要することになる。そうすると、理念的には、事実関係が変われば、訴因を変更する必要があることになるが、同説による訴因制度の意義は、裁判所に対し審判の対象を特定するとともに、被告人の防御の範囲を特定することにあるので、審判

の対象としての特定性を害しない限り、事実関係に変化があっても、被告人の防御に不利益を及ぼさない場合は、訴因変更を要しないと解せられ、逆に、事実関係に変化がない場合であっても、法律構成の変化により被告人の防御に不利益を及ぼすおそれがある場合には、訴因変更を要することになる。

(注) 団藤重光「新刑事訴訟法綱要」7訂版(創文社)202頁

法律構成説に立ったうえ、「訴因の拘束力についても、被告人の実質的な防御の保障という見地から、目的論的にその限界が画されるべきで、かような実質的な防御を害するおそれがない限り、・・・訴因と一致しない事実を認定し、又は起訴状の罰状と異なる法令を適用しても差し支えない」とされる。但し、同書に訴因と一致しない事実を認定した事例として挙げられているのは、いずれも法律的评价を異にする事例である。

(2) したがって、法律構成説又は事実記載説のいずれの見解に立っても、被告人の防御に不利益を及ぼすおそれがある場合は、訴因変更を要することになるが、その具体的な判断基準について、次の三説がある。

具体的防御説 被告人の防御活動に照らし、防御に具体的な不利益が生じる場合

抽象的防御説 被告人の防御活動如何に関わらず、訴因と新たに認定証とする事実の比較により、一般的・抽象的に防御に不利益が生じるおそれがあると認められる場合

二段階防御説 一般的には被告人の防御に不利益が生じなくとも、具体的な攻撃防御の状況如何により、被告人の防御に不利益が生じる事案がないとはいえないので、抽象的防御説と具体的防御説の双方を段階的に適用する

具体的防御説は、基準として不明確であり、裁判所の訴因逸脱認定を救済することに使われやすいとして、抽象的防御説が通説とされている。しかしながら、抽象的には、被告人の防御に不利益を及ぼす場合であっても、被告人の防御活動に照らし、具体的には被告人の防御に実質的な不利益を及ぼしていない場合には、訴因逸脱を理由に判決を破棄して審理をやり直しても、被告人の利益になるとは考えられず、訴訟経済上も益することはないので、被告人の防御面から考察する限り、訴因変更の必要性は認められない。よって、具体的防御説を是とする。

具体的防御説に従って訴因の同一性を判断する場合に留意しなければならないのは、訴因の拘束力により、従前の訴因が維持されている限り、新たな事実を認められても有罪にはならないと考えるのが通常なので、被告人が訴因とは異なる事実を認めているとか、あるいは、他の証拠によりその事実が認められるというだけで、訴因を変更することなくその事実について有罪とするのは、不意打ちとなるおそれがあるので許されないということである。そのことは、訴因制度が生まれた立法経緯からも明らかである（第Ⅲ章第3の2の訴因制度の解説に引用したGSのプログラムシート参照）。したがって、具体的に被告人の防御に不利益を及ぼさないと認められるためには、訴因と異なる事実の有無が争点として主張され、その事実が認められれば有罪となることを前提とした防御が尽くされている場合など、そのように認定することが不意打ちにならないような場合に限られるべきである。その観点からいえば、認定しようとする訴因と異なる事実が訴因より法定刑の重い事実であったり（下記(3)の事例②イ参照）、量刑が重くなるような事実である場合には、被告人も訴因が変更されない限りその事実で処罰されることはないと考えるのが通常であるから、訴因変更をすることなくその事実を認定することはできないことになる。

このように解すると、具体的防御説を採っても、抽象的防御説と変わらないのではないかという批判を受けそうであるが、問題の所在は、具体的な事案において、被告人の防御に不利益を及ぼすか否かであって、通常、同じ結論になるのは当然のことであり、事案によっては、下記(3)の事例④⑤⑥のように判断に違いが出る場合もある。

ところで、事実記載説を採る限り、訴因の同一性の基準として、被告人の防御面に着目するだけでは十分ではなく、審判の対象の特定機能を損なうか否かの観点の考慮しなければならない。すなわち、裁判所は、被告人の防御活動如何に関わらず、公訴権を独占する検察官の訴追意思を明示した訴因と相違する事実を認定することは許されないのであるから、認定しようとする事実が訴追意思と相容れないような実質的かつ重要な点において相違する場合は、訴因を変更する必要がある。そして、新たに認定しようとする事実が訴因に明示された訴追意思と相容れない

か否かは、訴追意思が訴因として客観的に明示すべき性格のものであるから、抽象的、客観的に判断されるべきものである。また、訴追意思と相容れない実質的かつ重要な点において相違する場合とは、認定しようとする訴因と異なる事実が訴因と構成要件を異にしたり（下記(3)の事例①、②イ参照）、両訴因の構成要件が同じであっても重要な行為態様を異にしたり（下記(3)の事例③参照）、認定しようとする訴因と異なる事実が訴因に含まれる場合であっても、法益を異にする別類型の犯罪である場合（例えば、強姦を暴行に認定する場合）などである。

以上のとおり、訴因の同一性は、検察官の客観的な訴追意思と被告人の防御面の両面から判断すべきものとする（注）。

（注）三井誠「刑事手続法Ⅱ」（2003・有斐閣）199頁によれば、

「多くの学説は、訴因は検察官が主張する特定の実事であり、第一次的に審判の対象であるから、重要な・実質的な面に違いが出れば別個の審判対象が現れたとみるべきであり、同時に訴因には事前告知として被告人の不意打ちを避ける機能があるから、審判の対象の特定化と相即の関係に立つものとして一般的・抽象的に防御の見地が必要となる、このように考えるのであろう。」とされたうえ、訴因はむしろ第一義的には防御の対象であると捉えて、抽象的防御説の立場を支持され、加えて、一般的・抽象的視点からは防御に支障をもたらすおそれがない場合でも、具体的な防御の観点から訴因の変更を必要とするケースがあるとして、二段階防御説を唱えられている。

しかしながら、審判の対象の特定化と一般的・抽象的な防御の見地が相即の関係にあるとはいえないし（下記(3)の事例④⑤⑥参照）、訴因制度を当事者主義構造の一環として認める以上は、検察官の訴追意思を訴因の同一性判断の基準から疎外する理由はないと思われる。

もともと、三井教授は、いわゆる縮小理論について、「たとえば、縮小認定事実が典型的に軽微なときは、・・・縮小部分について検察官が予備的に主張していたとは解されないときもあろう。」（同著200頁）とされているので、検察官の訴追意思も考慮されているようである。

- (3) 判例は、具体的事案についての判断基準を示しているに過ぎないので、抽象的防御説の立場に立つか、具体的防御説の立場に立つかは、必ずしも明らかではない。抽象的防御説の立場から、下記判例①の存在を根拠に、判例は抽象的防御説に立つと見る向きもあるが、同判例事案は、行為態様を異にするので、被告人が贈賄の共同正犯であることを認めてい

ても、贈賄について有罪判決を受けることを前提に具体的な防御活動をしていない場合は、改めて訴因を変更して防御の機会を与えなければ不意打ちとなるため、具体的にも被疑者の防御に実質的な不利益を及ぼすおそれがあると判断したものと見る余地がある。一方、下記判例④⑤のように、明らかに具体的防御説に立つと見られる事例もあるので、判例は、むしろ具体的防御説に立つと見るべきである。

また、いずれの見解に立っても、訴因に包含される事実であって、その法益も訴因と同じである場合は、新たな事実を認定する場合ではないので、大は小を兼ね（縮小理論）、訴因変更をすることなくその事実を認定しても被告人の防御に不利益を及ぼさないので、訴因変更の要はない（下記判例②ア）。

なお、罪数評価は、事実認定の問題ではなく、法令の解釈適用問題であって、裁判所の専権に属するので、訴因の罪数評価を変更するについて訴因変更をする必要はない（下記判例⑦）。

訴因変更の要否に関する問題事例と判例は、次のとおりである。

- ① [Yと共謀の上、Zから賄賂金100万円を収受した] との訴因に対し、[Zと共謀の上、Yに対し賄賂金100万円を供与した] との事実を認定することの可否

賄賂を収受したか供与したかの点は、行為態様を異にするものであるから、一般的に被告人に不利益を及ぼすおそれがある。また、被告人が供与事実を認めていても、その事実で有罪になることを前提に防御活動を尽くしたなどの事情が認められなければ、具体的にも被告人に不利益を及ぼすおそれがあり、仮に被告人に具体的な不利益を及ぼすおそれがなくとも、訴因に明示された検察官の訴追意思と相反するので、いずれにしても不可である。

（被告人が法定刑の軽い贈賄の共同正犯であることは認めた事例について、）

「もともと収賄と贈賄とは、犯罪構成要件を異にするばかりでなく、一方は賄賂の授受であり、他方は賄賂の供与であって、行為の態様が全く相反する犯罪であるから、収賄の犯行に加功したという訴因に対し、訴因罰条の変更手続を履まずに、贈賄の犯行に加功したという事実を認定することは、被告人に不当な不意打を加え、その防禦に実質的な不利益を与えるおそれがあるといわなければならない。したがって、本件の場合に、原審が訴因罰条の変更手続を履まずに、右のような判決をしたことは、その訴訟手続が違法であ

ることを免れない。」(否定) - 最三判S 36. 6. 13 判時268-28

② 共同正犯の訴因に対し幫助を認定し、あるいは、幫助の訴因に対し共同正犯を認定することの可否

前者の場合は、外形的な事実自体が同一であれば、これに対する加功の程度に関する評価が相違するだけであるから、抽象的にも具体的に被告人の防御に不利益を及ぼすことはなく、検察官の訴追意思に反することもないので、いわゆる縮小認定として許される。

後者の場合は、訴因に明示されていない被告人に不利な共謀事実を認定することになるので、抽象的にも具体的に被告人の防御に不利益を及ぼし、訴因に含まれていない新たな共謀事実について訴追意思が認められる余地もない。

(ア)「訴因は審判の対象を明確にして被告人の防御に不利益を与えないためであるから、被告人が幫助の主張をしているようなときに共同正犯の訴因で幫助を認定するのは妨げない旨判示しており、また共同正犯の訴因で幫助を認めても妨げない旨の判示(昭和28年3月5日第一小法廷決定、刑集7巻3号457頁)もあるのであるから、所論高等裁判所の判例は、このような当裁判所の判例によって変更されたものである。されば原判決には判例違反はない。」「本件犯罪の外形的事実全く同一であって、これについてどの程度の範囲があつたと認定するかによつて、強盗殺人の共同正犯ともなり、殺人の幫助ともなる事案である。そして原審(殺人幫助)は訴因よりも遙かに被告人に有利でありその防御を害したものと認められないのであるから所論は採るをえない。」(肯定) - 最三判S 33. 6. 24 刑集12-10-2269

(イ)「共同正犯を認めるためには、幫助の訴因には含まれていない共謀の事実を新たに認定しなければならず、また法定刑も重くなる場合であるから、被告人の防御権に影響を及ぼすことは明らかであつて、当然訴因変更を要するものといわなければならない。」(否定) - 最大判S 40. 4. 28 判時406-20

③ 追突による業務上過失傷害について、「クラッチペダルから足を滑らせた過失」との訴因に対し、「ブレーキをかけ遅れた過失」を認定することの可否

両訴因は、過失態様を異にするので、一般的に被告人に不利益を及ぼすおそれがある。また、被告人が訴因に記載されていない過失態様を認めていても、その事実で有罪になることを前提に防御活動を尽くしたなどの事情が認められなければ、具体的に被告人に不利益を及ぼすおそ

れがあり、仮に被告人に具体的な不利益を及ぼすおそれがなくとも、訴因に明示された検察官の訴追意思と相反するので、いずれにしても不可である。

「訴因として明示された被告人の過失は、濡れた靴をよく拭かずに履いたため、1時停止の状態から発進するにあたりアクセルとクラッチペダルを踏んだ際足を滑らせてクラッチペダルから左足を踏みはずした過失であるとされているのに対し、第一審判決に判示された被告人の過失は、交差点前で1時停止中の他車の後ろに進行接近する際ブレーキをかけるのを遅れた過失であるとされているのであって、両者は明らかに過失の態様を異にしており、このように、起訴状に訴因として明示された態様の過失を認めず、それとは別の態様の過失を認定するには、被告人に防禦の機会を与えるため訴因の変更手続を要するものといわなければならない」（否定）

—最三判S 46. 6. 22 判時638-50

④ 酒酔い運転の訴因に対し、酒気帯び運転を認定することの可否

両訴因は、行為態様は同様であるが、前者は「酒に酔った状態にあったもの」が追加要件となっており、後者は「身体に政令で定める以上にアルコールを保有する状態にあったもの」が追加要件となっていて、両者の訴因にはずれがあり、縮小認定はできない関係にある。したがって、抽象的防禦説によれば、訴因変更をすることなく「身体に政令で定める以上にアルコールを保有する状態にあったもの」と認定するのは、被告人の防禦に不利益を及ぼすので、不可となるはずである。しかし、具体的防禦説によれば、アルコール保有量について審理が尽くされていれば、法定刑の低い後者を認定しても何ら被告人の防禦に不利益を及ぼすことはないので、可となる。また、検察官の訴追意思も、社会的な犯罪類型としては、酒酔い運転は酒気帯び運転を包含するので、前者が認められなければ後者について訴追する意思を優に認めることができる。

「道路交通法117条の2第1号の酒酔い運転も同法119条1項7号の2の酒気帯び運転も基本的には同法65条1項違反の行為である点で共通し、前者に対する被告人の防禦は通常の場合後者のそれを包含し、もとよりその法定刑も後者は前者より軽く、しかも本件に置いては運転開始前の飲酒量、飲酒の状況等ひいては運転当時の身体内アルコール保有量の点につき被告人の防禦は尽されていることが記録上明らかであるから、前者の訴因に対し原判決が訴因変更の手続を経ずに後者の罪を認定したからとあって、これにより被告人の実質的防禦権を不当に制限したものと認められず、原判決には所論のような違法はない。」（否定）—最三決S 55. 3. 4 判時956-134

- ⑤ 共同正犯の訴因に被告人が実行行為者として明示された場合に、訴因変更手続を経ることなく、実行行為者を共犯者又は被告人あるいはその両名と認定することの可否

共同正犯において、実行行為者は罪となるべき事実そのものではないので、訴因として特定する必要はないが、日時・場所・方法と同様、特定した以上、これと異なる認定をすることが被告人の防御に不利益を及ぼす場合は訴因変更を要するところ、抽象的防御説によれば、訴因に記載された実行行為者と異なる実行行為者を認定するのは、不可となるはずである。しかし、具体的防御説によれば、実行行為者について防御が尽くされていれば、当該事案において実行行為者を被告人以外の者に認定されることが何ら不利益になるものではないのであれば、可となる。また、検察官においても、もともと共同正犯であることが認定されれば訴追の目的を達するので、訴追意思に添うものである。

「実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因に置いてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人の不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。」(肯定)

—最三決H13. 4. 11 判時1748-175

- ⑥ 業務上過失傷害について、「進路前方を注視せず、進路の安全を確認しなかった」との訴因に対し、「前方を注視せず、ハンドルを右方向に転把して進行した」との事実を認定することの可否

後者の過失態様は、前者の過失内容に含まれるものではあるが、前者の訴因に記載された過失の結果として採られた行為態様を補充追加する関係にある。したがって、抽象的危険説によれば、訴因変更を行うことなく追加された過失態様を認定することは、被告人の防御に不利益を及ぼすことになるので、不可となるはずである。しかし、具体的防御

説によれば、追加された過失態様について審理が尽くされていれば、これを認定しても何ら被告人の防御に不利益を及ぼすことはないので、可となる。また、後者の過失態様は、訴因に記載された過失内容を具体化して補充追加したものに過ぎないので、検察官の訴追意思を優に認めることができる。

「原判決が認定した過失は、被告人が『進路前方を注視せず、ハンドルを右方向に転把して進行した』というものであるが、これは、被告人が『進路前方を注視せず、進路の安全を確認しなかった』という検察官の当初の訴因における過失の態様を補充訂正したにとどまるものであって、これを認定するために必ずしも訴因変更の手続を経ることを要するものではないというべきである。」(肯定) 一最二決H15. 2. 20 判時1820-149

⑦ 一罪とされた訴因に対し数罪を認定し、あるいは、数罪とされた訴因を一罪と認定することの可否

いずれも、訴因とは別の事実を認定する場合ではなく、事実に対する罪数評価を異にするに過ぎず、罪数評価は裁判所の専権であるから、訴因変更を要しない。

(ア) 「起訴状には、別表として犯罪一覧表が添付され、これによって、物品の各移出ごとに日時、数量、価格等が明確となっており、原判決は、そのとおりの事実関係(但し各月まとめて)を認定したうえで、各月分ごとに一罪が成立するものとしただけであるから訴因変更がなくても、違法とはいえない。」(肯定) 一最三判S29. 3. 2 刑集8-3-217

(イ) 「併合罪として追起訴された事実を前に起訴された事実と併合審理した結果、両者を単統一罪と認定して処断するには、公訴棄却の言渡や、訴因変更の手続を要しない。」(肯定) 一最三決S35. 11. 15 判時250-27

2 訴因変更の可否—公訴事実の同一性

変更前の訴因に記載された事実と変更予定の訴因に記載された事実が公訴事実の同一性の範囲内であれば訴因変更を可とし、そうでなければ不可とする。

公訴事実の同一性の概念についても、審判の対象論と連動する。公訴事実対象説によれば、公訴事実の同一性は、訴因の背後にある審判の対象たる社会的事実の同一性そのものであり、訴因対象説によれば、公訴事実の同一性とは、その可能範囲を画する基準である。従って、訴因変更の可否についても、公訴事実対象説によれば、公訴事実の同一性の範囲内において訴因変更をなし得るのは当然のこととなるが、訴因対象説によれば、訴

因変更は当然のことではなく、被告人の再訴を避ける利益と訴訟経済上の観点から、変更後の訴因を変更前の訴因と同一手続内で審判することを妥当とするか否かの問題である。

公訴事実の同一性は、学説上、公訴事実の単一性と、狭義の公訴事実の同一性に分けて論じられている。しかしながら、公訴事実の単一性とは、要するに、両事実は一罪か数罪かの実体法上の罪数論そのものであって、狭義の公訴事実の同一性を論じる前提となり、単一性のない事実について同一性は認められないという意味では、訴因変更論と関連するが、それ以上のものではない。要するに、両訴因を比較しただけで併合罪の関係があれば、公訴事実の単一性はなく、訴因変更の前提を欠くことになる。

よって、以下、狭義の公訴事実の同一性を単に「公訴事実の同一性」と呼称して解説する。

公訴事実の同一性を画する基準は、訴因対象説によれば、変更後の訴因を変更前の訴因と同一手続内で審判することが妥当か否かの問題であるから、両訴因の基本的な事実関係に共通性がなければ、同一手続により審判をする必要はなく、訴因制度の本旨に戻り、再訴して審判をやり直せばいいことになる。即ち、下記のとおり、訴因対象説による公訴事実の同一性を画する基準は、基本的事実関係の共通性の有無にあり、これを補完する基準として、両訴因の非両立性がある（判例）。

なお、公訴事実対象説によれば、公訴事実の同一性を画する基準は、訴因の背後にある社会的事実内にあるか否かによることになるが、それだけでは、問を持って問に答えるに等しいことになるので、結局のところ、以下に述べる判例基準と同様のものになると思われる。

(1) 基本的事実関係の共通性

基本的事実関係を共通にするか否かは、訴訟経済上同一手続内で審判することが相当であるか否か、換言すれば、再訴を避けることが被告人の利益となるか否かの観点から判断する。具体的には、訴因に記載された罪となるべき事実を構成する実行行為、その行為対象、結果の外、日時、場所の近接性等を検討することになる。

(2) 両事実の非両立性（択一関係）

基本的事実関係の共通性基準は、同一手続内で審判することを根拠

付ける基準として本質を突くものではあるが、基準自体があいまいで、どこまでの範囲をもって事実を共通とするのか、必ずしも明確ではない。そこで判例は、基本的事実の共通性を補完し、裏付ける基準として、非両立性基準を採用した。即ち、両訴因が互いに両立関係にあれば、科刑上一罪を除いては、併合罪となるから、公訴事実の同一性はないので、非両立性基準は、基本的事実を共通にする範囲を画し、かつ、その共通性を確認する機能を有するものである。

(3) 基本的事実関係の共通性と非両立性の関係

両訴因の非両立性が認められれば、通常は、基本的事実の共通性も認められるであろうが、必ずしもそうとは限らない。例えば、被告人が変更前の訴因にかかる犯罪事実の身代わり犯人であることが判明したため、犯人隠避の訴因に変更しようとする場合や、同一日時に別の場所において、全く異なる物品の窃取事実の訴因に変更しようとする場合は、両訴因は両立しない。しかしながら、前者は、犯人が相違したため事実自体は別にあつて、被告人にとって共通にすべき事実関係は存在しないことになり、真犯人について変更前の訴因を改めて審理する必要があるので、犯人隠避の訴因を変更前の訴因と同一手続内で審理すべき理由はない。また、後者は、共通性を有する事実関係がなく、同一手続内で審理すべき理由も必要性もない。

逆に、基本的事実が共通していれば、通常は非両立関係にあつて、公訴事実を同一にするが、必ずしもそうとは限らない。例えば、同一日時場所における無免許運転と酒酔い運転、あるいは酒酔い運転と業務上過失致死は、いずれも同一日時場所における運転行為によるという点で、基本的事実を共通にしている。ところが、前者は、科刑上一罪である観念的競合とされているため、公訴事実を同一にするが、事実自体は両立し、後者は、併合罪とされているので、両立関係にあつて、かつ、公訴事実の同一性もないことになる（両者の罪数関係については、最大判S49. 5. 29判時739-38参照）。

以上の基準の外、学説には、基本的事実関係が共通し、両訴因の非両立性が認められても、法律的、規範的な評価が大きく違う場合は同一性を否定する見解があり、下記判例③を批判している。傾聴すべき見解であり、筆

者も下記判例③の事案については、検察官は訴因変更請求をすべきではなかったと考えるが、それは是非論であって、可否についていえば、やはり、訴因変更請求権は、公訴の提起と同様の訴追権に基づく検察官の権限であるから、その行使が濫用にわたり公訴を棄却すべき場合の外は、裁判所としては訴因変更を許可しなければならないものと思料する。

以下、公訴事実の同一性に関する判例と問題点を摘示する。

① 窃盗事実を盗品の有償処分斡旋事実等に変更することの可否

両事実は、被告人が同一の盗品に関わったものであるから、非両立性が認められ、その限りにおいて事実関係を共通にするが、行為態様を全く異にするので、日時場所が余りに相違すれば、訴因変更の本旨に照らし、同一手続内で審理すべき理由がない。したがって、日時場所の近接性が認められる場合に、同一手続内で審理するのを相当とすべき基本的事実関係の共通性を認めるべきである。

(ア) (同一の背広1着にかかる静岡県内の窃盗と東京都内における有償処分の斡旋との関係について)「右2訴因はともに大川正義の窃取された同人所有の背広1着に関するものであって、ただこれに関する被告人の所為が窃取であるか、それとも事後における赃物牙保であるかという点に差異があるにすぎない。そして、両者は罪質上密接な関係があるばかりでなく本件においては事柄の性質上両者間に犯罪の日時場所等について相違の生ずべきことは免れないけれども、その日時の先後及び場所の地理的關係とその双方の近接性に鑑みれば、一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解するを相当とすべく、したがって公訴事実の同一性の範囲内に属するものといわなければならない。」

—最二判S29. 5. 14 刑集8-5-676

(イ)「リヤカー1台(時価1万円位)を窃取した」という事実と、追加された予備的訴因である『リヤカー1台(時価1万円位)を預かりもって赃物の寄蔵をなした』という事実との間には、日時の同一、場所的關係の近接性及び不法に領得された高木太郎所有のリヤカー1台に被告人が関与したという事実には変わりはないから、右両訴因の間の基本的事実関係は、その同一性を失うものでないと解するを相当とする。」—最三判S29. 9. 7 刑集8-9-1447

② 窃盗事実を同窃盗に係る物品の売却代金の横領事実に変更することの可否

両事実は、同一被害者の物品あるいはその売却代金に係る犯罪事実であるという点において、事実関係を共通にし、そのことは、一方が成立すれば他方が不成立となる非両立関係により確認することができるが、前記①の事例と同様、行為態様を全く異にするので、日時場所の近接性が認められる場合に、同一手続内で審理するのを相当とすべき基本的事実関係の共通性を認めるべきである。

「前者が馬の売却代金の着服横領であるのに対し、後者は馬そのものの窃盗である点並びに犯行の場所や行為の態様において多少の差異はあるけれども、いずれも同一被害者に対する一定のものとその換価代金を中心とする不法領得行為であって、一方が有罪となれば他方がその不可罰行為として不処罰となる関係にあり、その間基本的事実関係の同一を肯認することができるから、両者は公訴事実の同一性を有する。」—最二判S 3 4. 1 2. 1 1 判時214-6

- ③ 寄付金名目で金銭を騙取したとの詐欺事実を、許可又は届出なくして寄付金募集をしたとの条例違反に変更することの可否

訴因変更の相当性は別として、金銭の交付事実という基本的事実関係を共通にし、かつ、両事実は非両立関係にあるので、訴因変更を可とする。

「本件起訴状記載の詐欺の各事実と、予備的訴因追加申立書掲記の金沢市金銭物品等の寄付金品取締条例違反の各事実との間には、それぞれ、公訴事実の同一性があるとの原審の判断は正当である。」

最三決S 4 7. 7. 2 5 判時679-3

(田中二郎裁判官の反対意見)

「いずれも、結果的に財物を取得するという点において、両者には共通するところがあるとはいえるけれども、単に財物を取得するというだけでは犯罪を構成する事実とはいえ、前者は、『人ヲ欺罔シテ』財物を『騙取』するところに犯罪性が認められるものであるのに対し、後者は、『許可又は届けでなくして』『寄附募集』という形式で財物を取得するところに各条例違反が成立するのであって、両者は、その罪名・罪質を全く異にするのみならず、構成要件的事実の共通性又は類似性を全く欠くものといわなければならない。」

- ④ 被告人は、丙から乙の不正職務行為請託の仲介を依頼されて現金を受け取り、その後その内の一部現金を乙に渡した事案について、「乙と共謀の上、丙から賄賂を収受した」との加重収賄の訴因を、「丙と共謀の上、乙に対し賄賂を供与した」との贈賄の訴因に変更することの可否

収受した賄賂と供与した賄賂の現金が同一であり、共謀の相手方は相違するものの、事件関係者自体に変わりはないので、基本的事実関

係を共通にし、かつ、両事実は両立しないので、訴因変更をすることができる。

「枉法収賄の訴因と贈賄の訴因とは、收受したとされる賄賂と供与したとされる賄賂との間に事実上の共通性がある場合には、両立しない関係にあり、かつ、一連の同一事象に対する法的評価を異にするに過ぎないものであって、基本的事実関係においては同一であるということが出来る。したがって、右の二つの訴因の間に公訴事実の同一性を認めた原判断は、正当である。」—最一決S53. 3. 6 判時882-117

⑤ 覚せい剤使用の日時、場所、方法を変更することの可否

検察官の訴追意思が被告人の体内から検出された覚せい剤の使用であることに変わりがない限り、構成要件事実のすべてを共通にしており、日時、場所、方法は、その犯罪事実を特定するためのものに過ぎないので、これらを変更することは、何ら差し支えない。

「両訴因は、その間に覚せい剤の使用時間、場所、方法において多少の差異があるものの、いずれも被告人の尿中から検出された同一覚せい剤の使用行為に関するものであつて、事実上の共通性があり、両立しない関係にあると認められるから、基本的事実関係において同一であるということが出来る。」—最三決S63. 10. 25 刑集42-8-1100

⑥ 検察官は、「8月29日ころ、喫茶店カルダンにおいて、被告人がAに対しAの尿から検出された覚せい剤0.27グラムを譲渡した」旨の訴因により、被告人を起訴したが、証拠調べの結果、8月下旬には、カルダン等における被告人のAに対する覚せい剤の譲渡が複数あったことが窺え、いずれもその日時場所を特定できない状況の下で、訴因の譲渡日だけを「8月下旬」に変更することの可否

訴因は検察官の有罪判決を求める事実の主張であるから、新旧の両訴因を比較して基本的事実関係の共通性が認められるか否かにより判断すべきものであるところ、両訴因は、譲渡日を除いて事実関係を共通にし、譲渡日についても近接して、同一の手續により審理すべき基本的事実関係を共通にしているので、訴因変更を可とすべきである。

下記判決は、「変更後の訴因が複数存在する可能性のある譲渡の事実のいずれを指すのか特定を欠くのみならず、当初の訴因とは併合罪の関係にある公訴事実の同一性を欠いた事実をも含む訴因に変更することとなる」ことを理由に、その訴因変更を不可とした。しかしながら、8月下旬に複数回の同様の譲渡が行われたか否かは、事

実認定の問題であって、もしそのような事実が認められ、新訴因では犯罪事実を特定できないというのであれば、訴因不特定による訴訟手続の法令違反により、公訴棄却の判決をいい渡すか、新訴因によっては、覚せい剤であることを証明する証拠との関連性が認められないというのであれば、無罪の言渡しをすべきものであって、訴因変更を不可とする理由にはならないと思料する。

「原審での証拠調べの結果によれば、8月下旬ころには、カルダンでの被告人からAに対する覚せい剤の譲渡の事実は、複数存在する可能性があったのであり、しかもそれら事実は併合罪の関係にある別個の事実を成すものであったのであるから、当初の8月29日ころのカルダンでの覚せい剤の譲渡の事実を、8月下旬ころのカルダンでの覚せい剤の譲渡の事実に訴因を変更することは、その変更後の訴因が複数存在する可能性のある譲渡の事実のいずれを指すのか特定を欠くのみならず、当初の訴因とは併合罪の関係にある公訴事実の同一性を欠いた事実をも含む訴因に変更することとなるので、それは許されないことといわねばならない。」

—大阪高判H元. 3. 7 判タ704-284

3 訴因変更の許否

訴因変更の許否とは、公訴事実の同一性を害しない訴因変更請求についても不許可とすべき場合があるか否かの問題である。訴因変更請求は、公訴の提起と同様の検察官が独占する公訴権の発動であるから、公訴事実の同一性を害しないかぎり、裁判所は、これを許可しなければならないが(法312・I)、公訴権の濫用と認められる場合は、例外的に不許可とすべきである。

訴因変更の許否に関する判例と問題点は、次の通りである。

- ① 裁判所が当初の訴因について有罪の心証を得た場合、訴因変更請求を許可しないことができるか

訴因変更請求は、検察官が独占する公訴権の行使であり、検察官は当初の訴因に係る公訴を取消することもできるのであるから(法257)、これを不許可として当初の訴因により有罪とすることは、検察官の公訴権を侵害するものであって許されない。

「刑訴法312条1項は、『裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない』と規定しており、また、わが刑訴法が起訴便宜主義を採用し(刑訴法248条)、検察官に公訴の取消を認めて

いる（同257条）ことにかんがみれば、仮に起訴状記載の訴因について有罪の判決が得られる場合であっても、第一審において検察官から、訴因、罰条の追加、撤回または変更の請求があれば、公訴事実の同一性を害しない限り、これを許可しなければならないと解すべきである。」

最一判S42.8.31 判時497-77

② 時機に遅れた訴因変更の許否

時機に遅れた訴因変更が憲法37条の公平迅速な裁判の要請から権利の濫用と認めるべき場合には、不許可とすることができる。

「検察官の訴因変更の請求は、成程公訴事実の同一性を害しない限度ではあるが、検察官が弁護人の求釈明によって自ら明瞭に訴因から除外することを確認した事実をあらためて復活させるに等しく、しかも、約2年6箇月の攻防を経て一貫して維持してきた訴因、即ち本件問題の行為が殺害行為そのものであるとの事実の証明が成り立ち難い情勢となった結審段階のことであれば、そうしてまた、被告人としては、右足蹴り行為につき、それまで明確に審判の対象から外され、したがって防禦の範囲外の実事として何ら防禦活動らしい活動をしてこなかったことの反面、右問題の行為が、殺害行為どころか救助行為としての消火行為であるとの一貫した主張がようやく成功したかにみえる段階であったことをも考えあわせてみれば、それはまさに、不意打ちであるのみならず、誠実な訴訟上の権利の行使（刑訴規則1条2項）とはいいい難いうえに、右事実をあらたに争点とするにおいては、たとえば、読売新聞掲載の写真の撮影者等の証人喚問、フィルム提出命令等の事態が十分予想され、被告人としても、これらに対するあらたな防禦活動が必然的に要請され、裁判所もまた十分にその機会をあたえなければならないから、訴訟はなお相当期間継続するものと考えられ、迅速裁判の趣旨（刑訴規則1条1項）に反して被告人をながく不安定な地位に置くことによって、被告人の防禦に実質的な著しい不利益を生ぜしめ、ひいて公平な裁判所の保障を損うおそれが顕著であるといわなければならない。」

—福岡高裁那覇支判S51.4.5「沖縄ゼネスト事件」判タ345-321

4 訴因変更命令

裁判所は、審理の経過に鑑み適当と認めるときは、訴因又は罰条を追加又は変更すべきことを命ずることができる（法312・II）

(1) 意義

公訴権は検察官に属し、その対象を設定・変更する権限も検察官に属するが、訴因を変更すれば有罪であることが明らかであるのに、検察官

の懈怠等により訴因変更請求がなされないため処罰を免れさせるのは、真実主義に反し不当であるから、裁判所に補完的権限を持たせたものである。

(2) 訴因変更命令義務の有無

証拠の明白性と犯罪の重大性に加え、審理の経過における検察官の主張・釈明状況等を勘案して判断される。

訴因変更を命ずべき義務の有無に関する判例は、下記の通りである。

- ① 「本件のように、起訴状に記載された殺人の訴因についてはその範囲に関する証明が充分でないため無罪とするほかなくとも、審理の経過にかんがみ、これを重過失致死の訴因に変更すれば有罪であることが証拠上明らかであり、しかも、その罪が重過失によって人命を奪うという相当重大なものであるような場合には、例外的に、検察官に対し、訴因変更手続を促しまたはこれを命ずべき義務があるものと解するのが相当である。」

—最三決S43. 11. 26 (肯定) 判時540-23

- ② 「本件においては、検察官は、約8年半に及ぶ第一審の審理の全過程を通じ一貫して、乙事実はいわゆる現場共謀に基づく犯行であって事前共謀に基づく甲事実の犯行とは別個のものであるとの主張をしていたのみならず、審理の最終段階における裁判長の求釈明に対しても従前の主張を変更する意思はない旨明確かつ断定的な釈明をしていたこと、第一審における右被告人らの防御活動は右検察官の主張を前提として成されたことなどの他、本件においては、乙事実の犯行の現場にいたことの証拠がない者に対しては、甲事実における主謀者と目される者を含め、いずれも乙事実につき公訴を提起されておらず、右被告人らに対してのみ乙事実全部につき共謀共同正犯としての罪責を問うときは右被告人らと他の者との間で著しい処分上の不均衡が生ずることが明らかであること、本件事案の性質・内容及び右被告人らの本件犯行の関与の程度など記録上明らかな諸般の事情に照らして考察すると、第一審裁判所としては、検察官に対し前記のような求釈明によって事実上訴因変更を促したことによりその訴訟法上の義務を尽くしたものであるべきであり、さらに進んで、検察官に対し、訴因変更を明示又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと解するのが相当である。」

—最三判S58. 9. 6 「日大闘争事件」(否定) 判時1097-11

(3) 訴因変更命令の形成力の有無

審判の対象について公訴事実対象説に立てば、裁判所は、訴因に限定されることなく、公訴事実について審理する権限と義務を有することに

なるから、訴因変更命令にも形成力を認めるべきことになる。しかしながら、法は、当事者主義に立ち、検察官に公訴権を独占させているので、公訴と同様の法的性格を有する訴因変更についても検察官の裁量に委ねているのものと解される。よって、訴因変更命令に形成力を認めることはできない（注）。

（注）「しかし検察官が裁判所の訴因変更命令に従わないのに、裁判所の訴因変更命令により訴因が変更されたものとするのは、裁判所に直接訴因を動かす権限を認めることになり、かくては、訴因の変更を検察官の権限としている刑訴法の基本的構造に反するから、訴因変更命令に右のような効力を認めることは到底できないものといわなければならない」

—最大判S40. 4. 28 判時406-20

第4 証拠調べ

検察官、被告人又は弁護人は、証拠調べを請求することができる（法298・I）。当事者主義の下において、当事者（検察官、被告人及び弁護人）による証拠調べ請求を本則とし、これを当事者の権利としたものである。但し、前述のとおり、公判前整理手続に付された事件については、当事者の公判における証拠調べ請求権は制限されている（法316の32・I）。

裁判所は、必要と認めるときは、職権で証拠調べをすることができる（法298・II）。真相解明のため、裁判所に補充的な証拠調べ権限を付与したものである。但し、法は、裁判所が職権で証拠調べをするについては、当事者の意見を聞かなければならないものとした（法299・II）。なお、公判前整理手続に付された事件の公判においても、必要と認めるときに職権による証拠調べをすることは、制限されない（法316の32・II）。

以下、主として当事者の請求による証拠調べを念頭に置いて解説する。

1 冒頭陳述

証拠調べのはじめに、検察官は、証拠により証明すべき事実を明らかにしなければならない（法296・I本文）。但し、証拠とすることができず、又は証拠として取調べを請求する意思のない資料に基づいて、裁判所に事件について偏見又は予断を生ぜしめるおそれのある事項を述べることはできない（法296）。

冒頭陳述は、証拠調べの冒頭に行われ、検察官が立証しようとする事件の全体像を明らかにし、もって、裁判所に対しては、証拠調べの範囲等の審理方針を立てるための対象を明示し、被告人に対しては、具体的な防御の対象を明示するものである。

法296条1項但書は、裁判所に根拠のない予断を抱かせないための規定であって、「証拠とすることができない資料」とは、証拠能力がないことが確定した証拠、検察官において証拠能力がないと判断している証拠をいう。したがって、証人により得られる見込みの証言内容や、伝聞証拠であっても、その例外要件を備えていると検察官が信じていたり、法326条の同意が得られる見込みの供述証拠に基づいて冒頭陳述をすることは差し支えない。

被告人又は弁護人に冒頭陳述義務はないが、裁判所は、検察官が証拠調べのはじめに証拠により証明すべき事実を明らかにした後、被告人又は弁護人にも、証拠により証明すべき事実を明らかにすることを許すことができる（規198・I）。

2 証拠調べ請求

当事者が、証人等の尋問を請求するときは、あらかじめ、相手方に対し、その氏名住居を知る機会を与え、証拠書類又は証拠物の取調べを請求するについては、あらかじめ、相手方に閲覧する機会を与えなければならない。但し、相手方に異議のないときはこの限りではない（法299・I）。

(1) 請求の時期

証拠調べの請求は公判期日前にもこれを行うことができる。但し、公判前整理手続において行う場合を除き、第1回公判期日前は、この限りではない（規188）。

第1回公判期日前に証拠調べ請求ができないこととしたのは、予断排除の要請による。但し、公判前整理手続において行う場合は除くとされた。公判前整理手続の項において解説したとおり、集中審理による迅速な裁判の要請により、予断排除の原則を後退させたものである。

(2) 証拠調べを請求する場合の書面の提出等

証人等の尋問を請求するときは、その氏名及び住居を記載した書面を差し出し、証拠書類その他の書類の取調べを請求するときは、その標目を記載した書面を差し出さなければならない（規188の2）。

証人等の尋問を請求するとき、あるいはその決定があったときは、当事者は尋問に要する見込み時間を申出なければならない（規188の3）。

(3) 請求の方式

証拠調べの請求は、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示し、証拠書類その他の書面の一部の取調べ請求をするにはその部分を明確にしなければならない（規189・I II）。裁判所は、これらの事項を明らかにする書面の提出を命じることができる（規189・III）。

これらの請求の方式に違反したされた証拠調べの請求は、これを却下することができる（規189・IV）。

(4) 証拠調べ請求の順序

犯罪事実の挙証責任を負う検察官が、まず、事件の審判に必要と認めるすべての証拠の取調べをしなければならないのが原則であり、被告人又は弁護人は、その請求が終った後、証拠調べ請求をすることができる定められている（規193）。

(5) 証拠調べ請求の義務

法321条1項2号により証拠とすることができる書面（検察官調書）については、検察官は、必ずその取調べを請求しなければならない（法300）。

この規定は、真相解明に資するため、検察官に証拠能力のある検察官調書の証拠調べ請求義務を課したものであるが、実際の機能としては、検察官が挙証責任を果たすために有利な検察官調書の証拠調べ請求をしないことは考えられないので、被告人に有利な検察官調書を提出させることに意義がある。

3 証拠調べの範囲等

裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、証拠調べの範囲、順序及び方法を定めることができる（法297・I）。この手続規定は、冒頭陳述の後に置かれているが、当事者主義の下において、裁判所は、当事者の証拠調べ請求を待たないと証拠調べの範囲を定めることはできないし、証拠決定を前提として証拠調べの順序、方法を定めることにならざるを得ないので、実務上、証拠調べ請求後、証拠決定手続と一体となって進められている。

証拠調べの範囲とは、検察官及び被告人又は弁護人が冒頭陳述において明らかにした立証しようとする事実について、取調べる必要がある証拠の範囲をいう。証拠調べは、争点を中心として計画的かつ迅速に行うべきものであるから、冒頭陳述において明らかにされた事実に関する全ての証拠を取調べるのではなく、裁判所においてその範囲を定めることができるものとしたのである。

証拠調べの順序は、まず、検察官が取調べを請求した証拠で事件の審判に必要と認めるすべての証拠を取調べるのが原則で、これが終わった後、被告人又は弁護人が取調べを請求した証拠で事件の審判に必要と認めるすべての証拠を取調べるものとする定められているが（規193）、検

察官の単独申請証人と検察官及び弁護人双方の申請証人の取調べ順序が問題となる場合があるし、検察官又は弁護人のそれぞれの申請証拠の取調べ順序を定める必要が生じる場合もある。

証拠調べの方法とは、証拠決定された証拠の取調べ方法をいい、例えば、検察官及び弁護人双方申請証人の尋問順序を定めることなどである。もつとも、公判中心主義に基づいて法定されている証拠調べの方法(法304, 305, 306)を変更することはできない。

4 証拠決定

証拠調べ又は証拠調べの請求の却下は、決定でこれをしなければならない(規190)。例外として、公判準備及び更新前の公判期日において収集された証拠については、証拠決定をすることなく、証拠調べをしなければならない。

(1) 証拠決定の際の当事者の意見聴取

証拠決定をするについては、証拠調べの請求に基づく場合には、相手方又はその弁護人の意見を、職権による場合には、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない(規190・II)。但し、被告人が出頭しないでも証拠調べを行うことができる公判期日に被告人及び弁護人が出頭していないときは、これらの者の意見を聞かないで証拠決定をすることができる(規190・III)。被告人が出頭しないでも証拠調べを行うことができる場合とは、法284条(軽微事件)及び285条(拘留に当たる事件、及び長期3年以下の懲役若しくは禁固又は軽微事件以外の罰金に当たる事件)に規定する場合をいう。これらの場合には、出頭しないで証拠調べを行うことができるのであるから、証拠調べ手続の一部である意見聴取をすることなく証拠決定ができることは当然に予定されているというべきである。

(2) 証拠提示命令

証拠調べの決定をするについて必要があると認めるときは、訴訟関係人に証拠書類又は証拠物の提示を命ずることができる(規192)。証拠の内覧と称される手続で、証拠能力のない証拠に接することになり、予断排除の原則との関係が問題となるが、証拠決定をするために必要がある場合にはやむを得ない手続である。

(3) 法定された証拠調べ

公判準備においてした証人その他の者の尋問、検証、押収及び捜索の結果を記載した書面並びに押収した物については、裁判所は、公判期日において、証拠書類又は証拠物として取調べなければならない（法303）。

公判手続更新前の公判期日における、被告人若しくは被告人以外の者の供述を録取した書面、検証の結果を録取した書面及び取調べた書面又は物については、職権で証拠書類又は証拠物として取調べなければならない（規213の2・3号本文）。

いずれも、公判中心主義の要請を満たすための手続であって、伝聞法則の適用を受ける供述録取書及び検証調書については、法321条2項、322条2項により、証拠能力が付与されている。

但し、公判手続更新するに際し、裁判所は、証拠とすることができないと認める書面又は物、及び証拠とするのを相当でないと認め且つ訴訟関係人が取調べないことに異議のない書面又は物については、これを取調べない旨の決定をしなければならない（規213の2・3号但書）。その趣旨は、公判準備手続において収集された証拠についても同様に解すべきべきであって、裁判所が改めて証拠能力を否定する判断をした場合にまで取調べ義務を課す理由はないので、その場合は、更新の場合と同様に取調べない旨の決定をすることになる。

5 証人・鑑定人・通訳人・翻訳人尋問

証人とは、自己の体験によって知り得た過去の事実を供述する者をいう。

但し、証人には、その実験した事実により推測した事項を供述させることができる（法156）。

鑑定人とは、専門的な学識経験に基づく判断を表明する者をいう。裁判所は、学識経験のあるものに鑑定を命ずることができる（法165）。

鑑定人尋問については、勾引に関する規定を除いて、証人尋問の規定（法143～164）が準用される（法171）。勾引に関する規定の準用が除外されるのは、証人とは違って、代替性があるからである。

裁判所では、日本語を用いるので（裁判所法74）、通訳人とは、陳述者の言葉を日本語に訳す者をいい、翻訳人とは、文書の内容を日本語に訳

す者をいう。

日本語に通じない者に陳述させる場合には、通訳人に通訳をさせなければならない（法175）。また、耳の聞えない者又は口のきけない者に陳述をさせる場合には、通訳人に通訳をさせることができる（法176）。日本語でない文字又は符号は、翻訳させることができる（法176）。

通訳人・翻訳人尋問についても、鑑定証人尋問と同様の性格を有するので、勾引に関する規定を除いて、証人尋問の規定（法143～164）が準用される（法178，171）。

（1）証人適格

裁判所は、この法律に定めのある場合を除いては、何人でも証人として尋問することができる（法143）

法律に定めがあるのは、法144、145条に定める、公務員等が公務上の秘密に関するものであることを申立てた場合である。

被告人については、いわゆる黙秘権があるので、証言義務を課すことはできないが、証人適格を認めること自体は、立法論としてありえないことではない。そもそも、憲法38条1項の自己負罪拒否特権の源流たるアメリカ合衆国憲法修正5条は、自己に対する不利益な証人となることを強制されない旨を規定し、被告人が望めば証人になることができるということを意味するものである。しかしながら、法は、311条に被告人質問の規定を置き、被告人を証人とするための手続や、証言義務に関する規定を置いていないので、証人適格を否定しているものと解される。

共同被告人については、被告人ではなく、被告人にとっては第三者であるから、証人適格を有する（注）。

（注）「共同被告人を分離して証人として尋問しても、同証人は自己に不利益な供述を拒むことができ、これを強要されるものでないこと、及び、共同被告人でも事件が分離された後、他の共同被告人の証人として証言することは差支えなく、他の事件の証人としての証言が自己の犯罪に対しても証拠となることもまた当裁判所の判例とするところである。」

—最二判S35. 9. 9刑集14-11-1477

（2）証言拒絶権

① 何人も、自己が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれのある

証言を拒むことができる（法146）。これは、憲法38条1項の自己負罪拒否特権に基づく権利である。証人となった共犯者も、この規定によって、権利を保護される。

- ② 何人も、自己の一定範囲の親族又は後見人等が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受けるおそれのある証言を拒むことができる（法147）。

これは、憲法上の権利ではなく、近親者間の情愛を尊重したものである。共犯又は共同被告人の1人又は数人について、この関係がある場合でも、他の共犯又は共同被告人のみに関する事項については、証言を拒むことはできない（法148）。

- ③ 医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士（外国法弁護士を含む）弁理士、公証人、宗教の職にあるもの又はこれらの職に在った者は、業務上委託を受けたため知り得た事実で他人の秘密に関するものについては、証言を拒むことができる。但し、本人が承諾した場合、証言の拒絶が被告人のためのみにする権利の濫用と認められる場合（被告人が本人である場合を除く）、その他裁判所の規則で定める事由がある場合は、この限りでない（法149）。「本人」とは秘密の主体をいう。

本条は、押収拒絶権（法105）と同趣旨の規定であって、人の秘密を扱う業務に対する信頼を保護するためのものである。

判例は、本条規定の職種は限定列举と解し、新聞記者の証言拒絶権を否定した（注）。

（注）「憲法の右規定（21条）は一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであって、新聞記者に特種の保障与えたものではない。それゆえ、もし論旨の理論に従うならば、一般人が論文ないし随筆等の起草をなすに当たってもその取材の自由は憲法21条によって保障され、その結果その取材源については証言を拒絶する権利を有することとなるであろう。憲法の右規定の保障は、公の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせなければならないということである。未だいいたいことの内容も定まらず、これからその内容を作り出すための取材に関しその取材源について、公の福祉のため最も重大な司法権の公正な発動につき必要欠くべからざる証言の義務をも犠牲にして、証言拒絶の権利までも保障したものとは到底解することができない。」

—最大判S27. 8. 6「石井記者事件」刑集6-8-974

（3）証人尋問の方法

① 尋問前の手続

人定質問をして人違いでないかどうかを取調べ（規115）、宣誓をさせ（法154、155、規116～118）、偽証罪の告知をしなければならない（規120）。

② 尋問順序

法304条1、2項は、証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人について、旧法と同様、裁判長又は裁判官が先に尋問するのを原則とし、同条3項は、裁判長又は裁判官の尋問が終った後、当事者が交互尋問をすることができるものとしている。しかしながら、当事者主義構造をとる現行法の下では、裁判官が証人尋問前に当該証人の捜査機関に対する供述録取書等を閲読することもないので、尋問は尋問すべき事項を知る当事者の交互尋問を先にし、裁判官は補充尋問をすることが実務の実態となった。そのため、昭和32年の刑訴規則の改正により、交互尋問に関する諸規定が設けられた（規199の2以下）。

(4) 証人の保護

① 証人への付き添い（法157の2）

裁判所は、証人の年齢、心身の状態その他の事情を考慮し、証人が著しく不安又は緊張を覚えるおそれがあると認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、その不安又は緊張を緩和するのに適当であり、かつ、裁判官若しくは訴訟関係人の尋問若しくは証人の供述を妨げ、又はその供述の内容に不当な影響を与えるおそれがないと認めるものを、その証人の供述中、証人に付き添わせることができる。

② 証人の遮蔽措置（法157の3）

裁判所は、犯罪の性質、証人の年齢、心身の状態、被告人との関係その他の事情により、証人が被告人の面前において供述するときは圧迫を受け精神の平穩を著しく害されるおそれがあると認める場合であって、相当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、被告人とその証人との間で、一方から又は相互に相手の状態を認識することができないようにするための措置をとることができる。但し、被告人から証人の状態を認識することができないようにするための措置については、弁護人が出頭している場合に限る。

裁判所は、犯罪の性質、証人の年齢、心身の状態、名誉に対する影響その他の事情を考慮し、傍聴人と証人との間で、前同様の措置をとるこ

とができる。

③ ビデオリンク方式による証人尋問（法157の4）

性犯罪等一定の犯罪の被害者の外、犯罪の性質、証人の年齢、心身の状態、被告人との関係その他の事情により、裁判官及び訴訟関係人が証人を尋問するために在席する場所において供述するときは、圧迫を受け精神の平穩を著しく害されるおそれがあると認められるものを証人として尋問する場合において、相当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、裁判官及び訴訟関係人が証人を尋問するために在席する場所以外の場所（同一の構内に限る）にその証人を在席させ、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法によって、尋問することができる。

④ 被告人の退席（法281の2公判期日外、法304の2公判期日）

裁判所は、証人が被告人の面前においては圧迫を受け十分な供述をすることができないと認めるときは、弁護人が立ち会っている場合に限り、検察官及び弁護人の意見を聴き、その証人の供述中、被告人を退席させることができる。この場合には、供述終了後、被告人に証言の要旨を告知し、その証人を尋問する機会を与えなければならない。

6 証拠書類・証拠物

法は証拠調べ方法の違いによって、証拠書類、証拠物及び証拠物たる書面を区別している。その証拠調べ方法によって定義すれば、証拠書類とは、その記載内容を事実認定の資料とする証拠であり、証拠物とは、その存在、形状を事実認定の資料とする証拠であり、証拠物たる書面とは、その存在、形状及び記載内容を事実認定の資料とする証拠である。さればこそ、証拠物の取調べは呈示により、証拠書類の取調べは朗読により、証拠物たる書面は双方の取調べ方法によるのである。

(1) 証拠書類

証拠書類の取調べをするについては、口頭主義に基づき、朗読を原則とする。即ち、検察官、被告人又は弁護人の請求による場合は、裁判長は、その取調べを請求した者にこれを朗読させなければならない（法305・I本文）。但し、裁判長は、自らこれを朗読し、又は陪席裁判官若しくは裁判所書記官に朗読させることができる（法305・I但書）。裁判所が職権で取調べる場合は、裁判長が自ら朗読し、又は陪席裁判官若

しくは裁判所書記官に朗読させなければならない（法305・II）。

但し、いずれも、朗読に代えて、要旨の告知をすることができる（規203の2）。実務上は、要旨の告知が通例となっている。

なお、法290条の2の1、3項による被害者特定事項の秘匿の決定があったときは、証拠書類の朗読は、被害者特定事項を明らかにしない方法で行うものとする外（法305・III）、法157の4のビデオリンク方式による証人尋問の記録媒体がその一部とされた調書の取調べについては、当該記録媒体の再生を原則とする特則がある（法305・IV）。

（2）証拠物

証拠物の取調べをするについては、直接主義により、訴訟関係人に呈示する方法による。即ち、検察官、被告人又は弁護人の請求により、取調べを請求した者をして訴訟関係人に示させなければならない（法306・I本文）。但し、裁判長は、自らこれを示し、又は陪席裁判官若しくは裁判所書記官に示させることができる（法306・I但書）。

裁判所が職権で取調べる場合は、裁判長が自らこれを訴訟関係人に示し、又は陪席裁判官若しくは裁判所書記官に示させなければならない（法306・II）。

（3）証拠物たる書面

証拠書類と証拠物双方の性格を有するので、双方の証拠調べの方法を定めた法305、306の規定により取調べる

7 被害者等の意見陳述

裁判所は、被害者等（被害者又はその法定代理人、被害者が死亡した場合は、その配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹）から、被害に関する心情その他の被告事件に関する意見陳述の申出があるときは、公判期日において、その意見を陳述させるものとする（法292の2・I）。但し、裁判所は、相当でないと認めるときは、意見の陳述に代えて意見を記載した書面を提出させ、又は意見の陳述をさせないことができる（法292の2・VII）。

被害者等の意見陳述又は意見を記載した書面は、犯罪事実の認定のための証拠とすることができない（法292の2・IX）。

法292条の2の被害者等の意見陳述規定は、法157条の2～4の証人保護規定とともに、平成12年に新設されたものであり、同証人保護規

定は、被害者等の意見陳述にも準用される（法292の2・VI）。

8 被告人質問

被告人が任意に供述する場合には、裁判長は、いつでも必要とする事項につき、被告人の供述を求めることができ、陪席の裁判官、検察官、弁護人、共同被告人又はその弁護人は、裁判長に告げて、被告人の供述を求めることができる（法311・IIⅢ）。

公判手続が原則として当事者主義を採り、被告人を証人として取調べる規定はなく、証拠調べ規定の後に被告人質問規定を置いて、被告人が任意に供述する場合に随時必要とする供述を求めることとされていることなどから、被告人は証拠調べの対象ではなく、したがって、証拠調べ規定の適用もない。

第V章 証 拠

第1 証拠裁判主義

事実の認定は、証拠による（法317）。これを証拠裁判主義という。

証拠裁判主義は、宗教的・迷信的裁判を排し、裁判における恣意、独断と決別して、罪刑法定主義を手続的に保障するため、犯罪事実の認定は、証拠能力があつて、法定の証拠調べを経た証拠によらなければならないこと（厳格な証明）を明らかにしたものである。

ここにいう事実とは、犯罪事実を意味し、犯罪事実とは、犯罪構成要件事実の外、違法性阻却事実、責任阻却事実、刑の加重減免事実など、罪責の存否・範囲を認定する根拠となるべき事実である。

証拠とは、犯罪事実認定の資料である。法は、証拠調べ方法の違いに応じ、人証（法304人的証拠）、書証（法305証拠書類）、物証（法306証拠物）、証拠物たる書面（法307）に区分している。また、証拠方法の違いにより、人又は物に区分し、それから得られた内容の違いにより、供述証拠と非供述証拠に区分することもできる。

1 証拠能力

証拠としての許容性、即ち、公判期日において取調べる証拠としての適格性をいう。証拠能力の有無は、公判期日における証拠調べの対象にすることができるか否かの問題であつて、証拠の価値ないし証明力とは無関係である。

証拠能力の要件としては、法1条の目的に即していえば、積極的要件として、事案の真相解明の観点から、犯罪事実との関連性と類型的信用性を要し、消極的要件として、適正手続あるいは基本的人権を保障する観点から、証拠禁止事由に該当しないことを要する。

(1) 関連性（自然的関連性ともいう）

関連性とは、証明しようとする事実と当該証拠との関係であり、それがなければ、最小限の証明力もないことになる。

例えば、詐欺の前科内容を記載した判決謄本は、前科と同種態様の詐欺の故意を立証するための証拠としては関連性を有するが、殺人の故意を立証するための証拠としては通常関連性はない（下記判例①参照）。

(2) 類型的信用性（法律的関連性）

類型的信用性とは、その証拠自体の信用性が類型的あるいは一般的に認知されていることである。換言すれば、類型的に証明力に疑いのある証拠は、その評価を誤らせるおそれがあるので、証拠として排除される。

現行法上、この要件が欠けるものとして、明文で証拠能力が排除されているのは、いわゆる虚偽排除説による任意性のない自白（法319・I）及び伝聞証拠（法320・I－但し、例外あり）である。

この要件の存否が問題となるのは、いわゆる科学的証拠である（下記判例②～⑦）。

(3) 証拠禁止

この要件は、黙秘権等の基本的人権の保障や、証拠収集に関する適正手続の保障を全うする必要がある場合に、当該証拠の証明力になんら影響するところがなくとも、その証拠能力を排除するものである。いわば、人権保障又は適正手続の保障が事案の真相の解明に譲歩を迫る場面である。

現行法上、この要件により証拠能力が排除されるのは、いわゆる人権擁護説又は違法排除説による任意性のない自白（法319・I）であり、判例上は、違法収集証拠排除法則が確立されている。

また、判例は、刑事免責を付与された米国における証言の証拠能力を否定している（下記判例⑧）。

なお、下記判例③の麻酔による供述は、特信状況の有無により類型的信用性が否定されることがある外、黙秘権を侵害し、あるいは適正手続に反すれば、その程度如何によっては、証拠禁止の要件により排除されることがある。

以下、主として科学的証拠の証拠能力に関する判例の要旨を摘記する。なお、自白法則、伝聞法則、違法収集証拠排除法則に関する判例は、各法則の項において引用する。

① 前科の内容

「犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる本件事案の下において、被告人の詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を、被告人の同種前科の内容によって認定した原判決に所論の違法は認められない」

—最三S41. 11. 22 判時467-65

② ポリグラフ検査

「ポリグラフの検査結果を、被検査者の供述の信用性の有無の判断資料に供することは慎重な考慮を要するけれども、原審がその作成されたときの状況等を考

慮したうえ、相当と認めて証拠能力を肯定したのは正当である。」

—最一決S43. 2. 8 判時509-19

「ポリグラフ検査書は、ポリグラフ検査を実施した者がその検査の経過及び結果を記載して作成した書面であって、被検者の供述を録取した書面でないことは明白であるから、該検査書の証拠能力の有無を判定するに当って、被験者とされた被告人に対し検査状況につき本人質問を行い、その供述の任意性の有無を確かめることは全く筋違いであり、むしろ当該検査がそれに使用された器具の性能、操作技術等の諸点からみて信頼度の高いものと認められること、当該検査者が検査に必要な技術と経験とを有する適格者であること、被検者が当該検査を受けることに同意したこと、当該検査書は検査者が自ら実施した検査の経過及び結果を忠実に記載して作成したものであること等の諸点を証拠によって確かめたうえ、叙上の諸要件を備えていると認められたときは、刑事訴訟法第321条第4項に則りこれに証拠能力を付与しても取えて違法ではないと解すべきである。」

—東京高決S41. 6. 30 判時458-64

③ 麻酔による供述

「精神鑑定書中のいわゆるアマタールインタビューによる検査の結果、被告人が鑑定人に対してした供述部分を犯罪事実認定の証拠として採用するためには、特にこの点について訴訟関係人の意見を聞き、これを犯罪事実認定の証拠とすることに同意するか否かを問い、若しその同意の得られない場合は、その鑑定人を公判廷において証人として尋問しその他適当な手段を尽し右鑑定書中の被告人の供述部分が特に信用すべき状況の下になされかつ任意性のあるものであるかどうかを調査すべきである。」—東京高判S27. 9. 4 高刑集5-12-2049

④ 筆跡鑑定

「いわゆる伝統的筆跡鑑定方法は、多分に鑑定人の経験と感に頼るところがあり、ことの性質上、その証明力には自ら限界があるとしても、そのことから直ちに、この鑑定方法が非科学的で、不合理であるということはできないのであって、筆跡鑑定におけるこれまでの経験と集積と、その経験によって裏付けられた判断は、鑑定人の単なる主観にすぎないものといえないことはもちろんである。したがって、事実審裁判所の自由心証によって、これを罪証に供すると否とは、その専権に属する事柄であるといわなければならない。」

—最二決S41. 2. 21 判時450-60

⑤ 声紋鑑定

「音声を高周波分析や解析装置によって紋様化し画像にしてその個人認識を行う声紋による識別方法は、その結果の確実性について未だ科学的に承認されたまではいえないから、これに証拠能力を認めることは慎重でなければならないが、

他面陪審制を採らず、個別的具体的な判断に親しむ我が国の制度の下では、各種機器の発達及び声紋識別技術の向上に伴い、検定件数も成績も上昇していることにかんがみれば、一概にその証拠能力を否定し去るのも相当ではなく、その検査の実施者が必要な技術と経験を有する適格者であり、使用した器具の性能、作動も正確でその検定結果は信頼性のあるものと認められるときは、その検査の経過及び結果についての忠実な報告にはその証明力の程度は別として、証拠能力を認めることを妨げない」—東京高判S 5 5. 2. 1「ニセ電話事件」判時960-8

⑥ 警察犬による臭気選別

「右の各臭気選別は、右選別につき専門的な知識と経験を有する指導手が、臭気選別能力が優れ、選別時において体調等も良好でその能力がよく保持されている警察犬を使用して実施したものであるとともに、臭気の採取、保管の過程や臭気選別の方法に不適切な点のないことが認められるから、本件各臭気選別の結果を有罪認定の用に供しうるとした原判断は正当である」

—最一決S 6 2. 3. 3判時1232-153

⑦ DNA鑑定

「いわゆるMCT118DNA型鑑定は、その科学的原理が理論的正確性を有し、具体的な実施の方法も、その技術を修得した者により、科学的に信頼される方法で行われたと認められる。したがって、右鑑定の証拠価値については、その後の科学技術の発展により新たに解明された事項等も加味して慎重に検討されるべきであるが、なお、これを証拠として用いることが許されるとした原判断は相当である。」—最二決H 1 2. 7. 1 7「足利幼女誘拐事件」判時1726-177

⑧ 刑事免責を付与された米国における証言

「刑事免責の制度は、自己負罪拒否特権に基づく証言拒否の行使により犯罪事実の立証に必要な供述を獲得することができないという事態に対処するため、共犯等の関係にある者のうちの一部に対して刑事免責を付与することによって自己負罪拒否特権を失わせて供述を強制し、その供述を他の者の有罪を立証する証拠としようとする制度であって、本件証人尋問が囑託されたアメリカ合衆国においては、一定の許容範囲、手続要件の下に採用され、制定法上確立した制度として機能しているものである。

我が国の憲法が、その刑事手続等に関する諸規定に照らし、このような制度の導入を否定しているものとまでは解されないが、刑訴法は、この制度に関する規定を置いていない。この制度は、前記のような合目的な制度として機能する反面、犯罪に関係のある者の利害に直接関係し、刑事手続上重要な事項に影響を及ぼす制度であるところからすれば、これを採用するかどうかは、これを必要とする事情の有無、公正な刑事手続の観点からの当否、国民の法感情からみて公正

感に合致するかどうかなどの事情を慎重に考慮して決定されるべきものであり、これを採用するのであれば、その対象範囲、手続要件、効果等を明文をもって規定すべきものと解される。しかし、我が国の刑訴法は、この制度に関する規定を置いていないのであるから、結局、この制度を採用していないものというべきであり、刑事免責を付与して得られた供述を事実認定の証拠とすることは、許容されないものといわざるを得ない。」

—最大判H7. 2. 22「ロッキード事件丸紅ルート」判時1527-3

2 厳格な証明と自由な証明

(1) 厳格な証明

厳格な証明とは、証拠能力を備え、法定の証拠調べを経た証拠による証明をいう。

厳格な証明を要する事実（要証事実）は、前記のとおり、犯罪構成要件事実の外、違法性阻却事実、責任阻却事実、刑の加重減免事実など、犯罪構成要件に準じ罪責を画すべき事実である（下記判例①②参照）。

また、アリバイなど犯罪事実を否定する事実の証明についても、法が「犯罪事実の存否」を証明事実とし（法314・Ⅲ、321・I③）、被告人に有利な供述についても「特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、」証拠とすることができる（法322・I）と規定しているところから、厳格な証明を要するものと解される（通説）。

これに対して、

ア 犯罪事実を否定する証拠は弾劾証拠（法328）に類似し、証拠能力がないばかりに有罪になるのは正義に反すること

イ 無罪判決には証拠の標目が要求されていないこと

ウ 被告人の証拠収集能力、全面証拠開示の現実的な困難性に鑑み、実質的な当事者主義を実現する必要があること

を根拠として、自由な証明で足りるとする見解がある。しかしながら、

ア 弾劾証拠は、自己矛盾の供述の信用性を弾劾するものに過ぎず、その証拠自体により事実を証明するものではないのであって、典型的信用性にかける証拠により真相が歪められることこそ正義に反する。

イ 無罪判決に証拠の標目が要求されていないのは、有罪を認めるに足る証拠がないからに過ぎない。

ウ 実質的な当事者主義の実現は、その実現を阻む障害を除去することによってなすべきであって、事実を被告人の有利な方向に歪めることでなすべきものではない。

エ そもそも、証拠能力のない証拠により合理的でない疑いを生じさせることは、法1条が目的とする事案の真相解明をないがしろにするものである。

よって、犯罪事実を否定する事実の証明について自由な証明で足りるとする見解には、理由がない。

以下、厳格な証明の要否に関する判例を摘記する。

① 共謀共同正犯における共謀事実

「共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。」「ここにいう『共謀』または『謀議』は共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことはいうまでもない。」

—最大判S33. 5. 28「印藤巡查殺し事件」判時150-6

② 累犯前科

「累犯加重の理由となる前科は、刑訴335条にいわゆる「罪となるべき事実」ではないが、かかる前科の事実は、刑の法定加重理由となる事実であって、実質において犯罪構成事実に準ずるものであるから、これを認定するには、証拠によらなければならないことは、勿論、これが証拠書類は、刑訴305条による取調をなすことを要するものと解すべきである。」

—最大決S33. 2. 26判時142-9

(2) 自由な証明

自由な証明とは、証拠能力や証拠調べ方法による制約の無い、自由裁量による証明をいう。

自由な証明による認定が許される事実は、訴訟能力の認定を含めた訴訟手続上の事実(下記判例①②参照)の外、情状事実(下記判例③参照)も含まれるとされている。しかしながら、情状事実は、犯罪構成要件の周辺事実とはいえ、刑罰の軽重の判断に影響を及ぼす事実であるから、全て自由な証明で足りると解するには疑問が残る。実務上も、示談成立事実などは厳格な証明対象事実としている。

① 自白の任意性

「(被告人の検察官に対する) 供述調書の任意性を被告人が争ったからといって、必ず検察官をして、その供述の任意性について立証せしめなければならないものでなく、裁判所が適当の方法によって、調査の結果その任意性について心証を得た以上これを証拠とすることは妨げないのであり、これが調査の方法についても格別の制限はなく、また、その調査の事実を必ず調書に記載しなければならないものでない。」

—最二判S 28. 10. 9 刑集7-10-1904

② 証拠調べ請求の採否の判断資料など訴訟手続上の事実

「原審が刑訴法323条3号に該当する書面として取調べた水海道電報電話局長作成にかかる取手警察署長宛昭和57年5月11日付回答書は、弁護人申請にかかる送付嘱託の対象物は存在しないという事実を立証趣旨とするものであって、原審が右逆探知資料の送付嘱託を行うことの当否又は右逆探知に関する承認申請の採否等を判断するための資料にすぎないところ、右のような訴訟法的事実については、いわゆる自由な証明で足りる」

—最一決S 58. 12. 19 判時1102-147

③ 刑の執行を猶予すべき情状の有無に関する事実

「刑の執行を猶予すべき情状の有無といえども、必ず適法なる証拠にもとづいて、判断しなければならぬことは所論のとおりである。ただ、この情状に属する事項の判断については、犯罪を構成する事項に関する判断と異なり、必ずしも刑事訴訟法に定められた一定の方式に従い證據調を経た證據にのみよる必要はない。」—最二決S 24. 2. 22 刑集3-2-221

(3) 証明の不要事由

罪責を画すべき事実については、原則として厳格な証明をする必要があるが、次の事実については証明を要しない。明文はないが、事の性質上当然の理とされている。

① 公知の事実—一般人に共通して認識されている事実

判例に現れた公知の事実の例としては、被告人が当該裁判所所在地の市長選挙に当選した事実(注)等がある。

(注)「公職選挙法による選挙は、たとえそれが地方公共団体に関するものであっても、常に公表せられ、立候補者および当選者は周知させられるわけであるから、第一審判決の判示冒頭における『被告人は昭和27年5月25日施行の富山県高岡市長選挙に際し、同年5月5日立候補し、同選挙に当選したものである。』旨の如き事実は、いわゆる公知の事実に属し、その認定には必ずしも証

拠によることを要しないものということができる。」

—最一判S31. 5. 17 判タ60-54

② 裁判所に顕著な事実

判例に現れた裁判所に顕著な事実の例としては、「ヘロイン」が「塩酸ジアセチルモルヒネ」を指すこと（注1）などがある。

この場合の「裁判所」とは、当該事件を審理している裁判所を指す。

その「裁判所」において審理中の事実が「顕著な事実」に該当しないことは勿論である（注2）。

なお、参考として、民事訴訟法179条は、「裁判所において当事者が自白した事実および顕著な事実は、証明することを要しない。」と規定している。

（注1）「通称ヘロインが塩酸ジアセチルモルヒネを指すものであることについては、裁判所に顕著であって必ずしも証拠による認定を要しないものということができる。」—最三判S30. 9. 13 刑集9-10-2059

（注2）「右各事件が起訴されたこと自体を除くその余の事実（起訴された態様の暴行行為が存在したこと等の事実）は、いまだなんら証明を要しない程公知となっているものとは認め難いうえ、これが原裁判所に顕著であるとしてなんらの証明を要しないと解することは、被告人の防禦や上訴審による審査に支障をきたすことに照らして、相当でなく、結局、これらの事実は本件審理手続において証拠により証明される必要のある事実であると認められる。」—東京高判S62. 1. 28 判時1228-136

3 挙証責任

挙証責任とは、要証事実が存否不明の場合、不利益を受ける当事者の法的地位をいう。

挙証責任は、証拠裁判主義に則り、原則として公訴を提起した検察官が全てを負う。換言すれば、犯罪事実が全て証明され、有罪判決が確定するまでの被告人の地位は、無罪の推定を受ける。これを「無罪推定の原則」という。

例外的に、各種両罰規定における法人等の過失推定規定や人の健康にかかる公害犯罪の処罰に関する法律（公害罪法）5条の因果関係推定規定、刑法207条の同時傷害における共犯推定規定、及び刑法230条の2の名誉毀損事実の真実性の証明等において挙証責任が転換されている。

挙証責任転換規定については、検察官の立証無くして有罪を認定できることになるので、その規定が憲法31条に違反しないと認められるには、検察官の立証事実により被告人が挙証責任を負う事由が合理的に推認されること、あるいは、被告人が挙証責任を負う事実を除いても犯罪としての可罰性が認められること等の合理的理由を要する。

以下に挙証責任転換規定に関する判例を摘示する。

① 法律上の推定規定—両罰規定（未成年者飲酒禁止法）

「未成年者飲酒禁止法4条2項は営業者に違反行為者の選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽さなかった過失の存在を推定した規定であるから、右過失の存在は検察官において主張及び立証をすることを要せず、営業者である被告人において過失の不存在を主張及び立証して、右推定をくつがえさないかぎり、被告人はその刑責を免れないものというべく、したがって有罪判決中に、被告人に過失のあることを明示することを要しないものと解する。」（なお、無過失責任を主張する少数意見参照）

—最大判 S 32. 11. 27 判時134-12

② 特例規定—名誉毀損事実の真実性の証明（刑230の2）

「刑法第230条第1項の行為が公共の利害に関するものであり且専ら公益を図る目的に出たものと認められたときは、裁判所は当該事実の真否の探究に入らなければならないのであって、この場合においては、裁判所は一般原則に従いその真否の取調をなすべきである。そしてかかる取調の後その事実が真実であったことが積極的に立証された場合に初めて被告人に対して無罪の言渡がなされるのであって、取調の結果右事実が虚構又は不存在であることが認められた場合は勿論、真偽いずれとも決定が得られないときは真実の証明はなかったものとして、被告人は不利益な判断を受けるものである。かくして裁判所がこの点について諸般の証拠を取調べ、真相の究明に努力したにも拘わらず、事実の真否が確定されなかったときは、被告人は不利益な判断を受けるという意味において、被告人は事実の証明に関し挙証責任を負うものと云うを妨げない。」—東京高判 S 28. 2. 21 高隲66-3-367

第2 自由心証主義

証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねられる（法318）。

自由心証主義と対立するのは証拠法定主義である。証拠法定主義は、具体的妥当性を欠くおそれがある上、自白至上主義に陥った歴史的経緯を踏まえ、法は自由心証主義を採り、裁判官の理性を信頼して、その合理的判断に委ねることにしたものである。

1 例外

自由心証主義の例外として、自白の証明力の制限—補強法則（法319・IIIII）、上級審の裁判所の裁判における判断の下級審裁判所に対する拘束力（裁4）及び公判調書の証明力（法52）が法定されている。

この外、立証趣旨や鑑定結果あるいは疫学的証明の拘束力が問題となるが、次のとおり、いずれも裁判所の心証形成を拘束するものではない。

① 立証趣旨（規189）の拘束力

例えば、弁護人が被告人の情状を立証趣旨として書証の証拠調べ請求をして、これが取調べられた場合、当事者主義を貫徹すれば、立証趣旨に含まれない犯罪事実の認定証拠として使用することは許されないことになる。しかしながら、法がそのような極端な当事者主義を採っていないことは、被告人質問の結果を被告人の不利益な証拠としても使用できる旨規定していることから窺えるところであり（規197・I）、その書証が犯罪事実の認定証拠ともなる場合に、これを無視することは、事案の真相解明を目的とする法の目的をないがしろにすることになるので、立証趣旨の拘束力を認めるのは相当ではなく、立証趣旨は、裁判所の証拠決定の判断に資するために明示を求められているに過ぎないものと解すべきである（注）。

（注）「論旨は立証趣旨（被告人の情状）という点からしても右の証拠を罪となるべき事実認定の資料に供することは許されないと主張する。極端な当事者主義の原則を貫くならばあるいは論旨の結論を正当なりとしなければならないかもしれないが、わが刑事訴訟法は周知のごとく当事者主義をかなり強く採り入れてはいるものの、なお職権による証拠調の制度を認めていること等からしても当事者主義のみに徹底しているものとは考えられない。そのような点を併せ考えると、刑事訴訟規則第189条が証拠調の請求にあたり証拠と証明すべき事実との関係（立証趣旨）を明らかにすることを要求しているのは、さしあたり裁判所がその請求の採否の決定をするについてはその参

考とするためであると解すべきであって、立証趣旨なるものにそれ以上の強い効力を認めることは、法の精神とするところではないと解するのを妥当とする。いいかえれば、ある証拠調を請求したものは、その証拠が立証趣旨にしたがって自己の側に有利に判断されることのある反面、いやしくもこれが採用された限り自己の不利益にも使用されることのあるのを予期すべきものであって、この解釈は、あたかも被告人の公判廷における任意の供述が自己の不利益な証拠ともなりうること（刑事訴訟規則第197条第1項参照）とも照応するのである。」—東京高判S27. 11. 15 高判集5-12-2201

② 鑑定結果の拘束力

鑑定は、裁判所が事実の認定に供する証拠の一つに過ぎないので（注3 21・IV）、その結論に裁判所が拘束されるいわれはなく（注1）、精神鑑定について言えば、当該鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判断されるべきものである（注2）。ただし、生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については、その診断が臨床精神医学の本分であることに鑑みれば、これを採用し得ない合理的な事情が認められない限り、その意見を十分に尊重すべきである（注3）。

（注1）「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題であるところ、記録によれば、本件犯行当時被告人がその述べているような幻聴に襲われたということは甚だ疑わしいとしてその刑事責任能力を肯定した原審の判断は、正当として是認することができる。」

—最三決S58. 9. 13 判時1100-156

（注2）「原判決が、所論精神鑑定書（鑑定人に対する証人尋問調書を含む。）の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあつた旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して、被告人が本件犯行当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあつたと認定したのは、正当として是認することができる。」—最三決S59. 7. 3判時1128-38

（注3）「最三決S58. 9. 13判時1100-156の判示を踏まえつつ）しかし

ながら、生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については、その診断が臨床精神医学の本身であることにかんがみれば、専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべきものというべきである。」—最二判H20. 4. 25判時2013-156

③ 疫学的証明の拘束力

因果関係の存否が疫学的に証明された場合でも、直ちに裁判上の証明があったとされるものではなく、他の証拠関係を総合考慮して、裁判所の自由心証により認定される（注）。

（注）「原判決は、疫学的証明があれば即ち裁判上の証明があったとしているのではなく、『疫学的証明ないし因果関係が、刑事裁判上の種々の客観的事実ないし証拠又は情況証拠によって裏付けられ、経験側に照らし合理的であると認むべき場合においては、刑事裁判上の証明があったものとして法的因果関係が成立する』と判示し、本件各事実の因果関係の成立の認定にあたっては、右立場を貫き、疫学的な証明のほかに病理学的な証明などを用いることによって合理的な疑いをこえる確実なものとして事実を認定していることが認められるので、原判決の事実認定の方法に誤りはないというべきである。」—最一決S57. 5. 25「千葉大チフス菌事件」判時1046-15

2 心証（証明）の程度

（1）「疑わしきは被告人の利益に」の原則

「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、刑事裁判における鉄則であり、検察官が犯罪事実の挙証責任を負う現行法の下においては、当然のことである。

その意味内容は、何らかの疑いが残れば犯罪事実を証明できないということではなく、合理的な疑いが残る場合は有罪に処することができないという意味である。そうでなければ、過去の犯罪事実を状況証拠のみによって証明することは不能に帰する。即ち、有罪の心証に達するには、「合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要であり、ここに合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは、反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に

照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である」(最一決H19.10.16判時1988-159)。換言すれば、犯罪事実を証明する心証の程度は、合理的な疑いを入れない程度をいい、その程度の高度の蓋然性が認定できる場合に犯罪の証明があったといえることができる。

なお、当然のことながら、その証明の程度は、直接証拠によって事実認定をすべき場合と、状況証拠(間接証拠)によって事実認定をすべき場合とで、何ら異なるところはない(最一決H19.10.16判時1988-159)。ただし、状況証拠によって事実認定をすべき場合は、直接証拠がないのであるから、状況証拠によって認められる間接事実中に、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない(あるいは、少なくとも説明が極めて困難である)事実関係が含まれていることを要する(最三判H22.4.27判時2080-135)。この認定基準は、(一つの状況証拠によってではなく)状況証拠を総合して、そのような事実関係が含まれていることを要するというのであるから、証明の程度を変更するものではないが、状況証拠による事実認定が安易に流れないようにするためのものとして有効であろう。

その他、「疑わしきは被告人の利益に」の原則の意味内容に関しては、下記判例を参照されたい。

- ① 「元来訴訟上の証明は、自然科学者の用ひるような実験に基くいわゆる論理的証明ではなくして、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のに反し、歴史的証明は「真実の高度な蓋然性」をもつて満足する。いいかえれば、通常人なら誰でも疑いを差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ものである。だから論理的証明に対しては当時の科学の水準においては反証というものを容れる余地は存在し得ないが、歴史的証明である訴訟上の証明に対しては通常反証の余地が残されている。」—最一判S23.8.5刑集2-9-1123
- ② 「『疑わしきは被告人の利益に』という原則は、刑事裁判における鉄則であることはいままでもないが、事実認定の困難な問題の解決について、決断力を欠き安易な懐疑に逃避するようなことがあれば、それは、この原則の濫用であるといわなければならない。そして、このことは、状況証拠によって要証事実を推断する場合でも、なんら異なるところがない。けだし、状況証拠によって要証事実を推断する場合に、いささか疑惑が残るとして犯罪の証明

がないとするならば、情況証拠による犯罪事実の認定は、およそ、不可能といわなければならないからである。ところで、裁判上の事実認定は、自然科学の世界におけるそれとは異なり、相対的な歴史的眞実を探求する作業なのであるから、刑事裁判において『犯罪の証明がある』ということは『高度の蓋然性』が認められる場合をいうものと解される。しかし、『蓋然性』は、反対事実の存在の可能性を否定するものではないのであるから、思考上の単なる蓋然性に安住するならば、思わぬ誤判におちいる危険のあることに戒心しなければならない。したがって、右にいう『高度の蓋然性』とは、反対事実の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に基づくものでなければならない

—最一判S48. 12. 13 判時725-104

(2) 心証（証明）の程度に関する諸問題

証明の程度に関し、問題となるのは、挙証責任轉換事実の証明の程度である。

このうち、両罰規定における法人等の過失推定規定や公害罪法5条による法律上の推定規定による推定事実を覆すためには、その推定事実の存在について合理的な疑いを生じさせる程度の証明をする必要があり、かつ、それをもって足りる。

一方、刑法207条の同時傷害の共犯推定規定は、「それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、又はその傷害を生じさせたものを知ることができないときは、」共犯として処罰することにしたものであるから、合理的な疑いを入れない程度に、それぞれの暴行による傷害の軽重や傷害を生じさせた者を証明しない限り、同条の適用を受けることになる。

また、刑法230条の2の名誉毀損事実の眞実性の証明については、優越の証明で足りるとする説もあるが、そうすると、その名誉毀損に係る事実が犯罪である場合には、合理的な疑いを入れない程度の立証もできないのに、犯罪人としての烙印を押し、社会的に葬り去ることを許すことになって不当であるから、刑事裁判の証明原則に従い、合理的な疑いを入れない程度に立証する必要があるものと解する（注）。

（注）「人の名誉を毀損する事実の中でも、本件で適示されているような犯罪にあたる人の非行事実についていえば、本来それは国がその存否を確定し処罰すべき性質のものであるが、その場合にはいうまでもなく合理的な疑いをい

れない程度にその事実の存在が証明されることを必要とする。しかるに、もし私人が、それほどの十分な証明をすることができず、たかだか『証拠の優越』と呼ばれる程度の証明しかすることのできないようなこの種の事実を一般に公表・流布しても、それが許されるとすれば、結果において、国の裁判によっては犯罪者と断定することのできない者に対しても事実上犯罪者としての烙印を押し、その事項の性質上その者を社会的に葬り去って、あたかも刑罰を科せられたのに似た状態に置くことも可能となるであろう。この場合、その者が真に犯罪者であればまだしもであるが、証明の程度が右のような比較的弱くても足りるとすると、犯罪者でない者が犯罪者とされる危険性もおのずから相当程度存在するわけで、かくては不当に名誉を侵害された者がそのまま泣き寝入りをしなければならない場合をある程度認めることとなり、名誉の保護の観点からいえばいちじるしく不完全となるといわざるをえない。もとより強制捜査の権限をもたない私人の側で合理的な疑いをいれない程度にそれを証明することがかなり困難であることは所論のとおりだといえよう。しかし、特に摘示事実が他人の犯罪行為である場合には、その名誉侵害の度のきわめて高いことにかんがみ、証明の困難を理由として証明の程度が比較的低くてもよいとするにはやはり重大な疑問があるとしなければならない。」—東京高判S41. 9. 30 判時473-60

3 心証形成の合理性担保

自由心証主義における「自由な判断」とは、恣意的な判断にあらずして、論理と経験則に基づく合理的な心証を意味する。

法は、その合理的な心証形成を担保するため、次の諸制度を設けている。

(1) 予断排除のための諸制度

除斥、忌避（法20、21）

起訴状一本主義（法256・VI）

自白の取調べ請求時期（法301）

捜査記録の一部の取調べ方法（法302）

(2) 厳格な証明手続

法定の証拠調べ（法303～307）

証拠能力の規制（法319～328）

(3) 主観的判断の抑制・是正

有罪判決における証拠の標目・理由の記載（法335）

上級審の事後審査（法382、411）

第3 自白法則

自白法則とは、広義では、憲法38条2項・法319条1項による自白の証拠能力の規制及び憲法38条3項・法319条2項による証明力の規制をいい、狭義では、証拠能力の規制のみを指す。

自白とは、自己が犯罪を犯したことを認める供述をいうが、起訴された犯罪について有罪であることを自認する場合も広義の自白法則に服する（法319・Ⅲ）。

1 証拠能力の規制

「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑いのある自白は、これを証拠とすることができない」（法319・Ⅰ）

法319条1項は、憲法38条2項に「その他任意にされたものでない疑いのある自白」の文言を加えたものである。そこで、法は憲法の規定内容を拡大したものか、あるいは、趣旨は同じで、憲法に規定する強制等による自白は任意性のない自白の例示に過ぎないと解するかの対立が生じているが、憲法は、自白を排除すべき歴史上の典型例を示したに過ぎず、その他の態様による自白排除例を否定する趣旨とは考えられないので、法と憲法の趣旨は同一であると解する。

なお、被告人に不利益な事実の承認を内容とする書面は、その承認が自白でない場合においても、第319条の規定に準じ、任意にされたものでない疑いがあると認めるときは、これを証拠とすることができない（法322・Ⅰ但書）

(1) 自白の任意性の根拠及び判断基準

自白の証拠能力を規制する任意性の根拠及び判断基準については、下記の虚偽排除説、人権擁護説及び違法排除説が唱えられている。虚偽排除説及び人権擁護説は、いずれも供述の意思ないし心理を対象としているので、合わせて「任意性説」とも称されている。

虚偽排除説

強制、拷問等により得られた自白は虚偽である可能性があることを証拠能力排除の根拠とし、その目的は、虚偽自白の排除にある。

したがって、自白の任意性は、虚偽自白を誘発する事情の有無によ

り判断されることになる。

人権擁護説

虚偽自白を誘発するおそれがなくとも、強制拷問等により供述の自由意思が侵害され、ひいては被疑者の黙秘権やこれに関する弁護人選任権等の基本的人権（以下、「黙秘権等」という）が侵害されることを証拠能力排除の根拠とし、その目的は、黙秘権等の保障にある。

したがって、自白の任意性は、取調べ時における供述の自由意思の侵害の有無・程度により判断されることになる。

違法排除説

取調べにより虚偽自白を誘発するおそれが生じ、あるいは、供述の自由意思を侵害されるようなことがなくとも、違法逮捕・勾留中の取調べ等、自白の取得手続に違法があること自体を証拠能力排除の根拠とし、その目的は、取調べにおける適正手続の保障にある。

したがって、自白の任意性は、供述者の意思とは関わりなく、取調べ手続の違法性の有無・程度により判断されることになる。

(2) 各説の検討

虚偽排除説について

虚偽排除説は、虚偽の自白を誘発するおそれがある場合に自白の証拠能力を排除するものであるから、証拠能力の一般的要件のうち、事案の真相解明の観点から導かれる類型的信用性の有無により、自白の証拠能力の有無を判断しようとするものであって、本来的な証拠能力の根拠・基準として正当なものである。

もっとも、虚偽排除説に対しては、虚偽の自白を誘発するおそれが生じたか否かの判断基準が不明確で、例えば、如何に拷問等が加えられようともその自白により死体が発見された等の秘密の暴露があつて、結果的に虚偽自白でないことが判明すれば、任意性を認める傾向にならざるを得ないとの批判がある。

人権擁護説について

人権擁護説は、自白の類型的信用性の有無に関わらず、供述の自由意思を侵害した取調べにより得られた自白の証拠能力を排除することにより、取調べに対する基本的な防御権である黙秘権等を保障しよ

うとするものであるから、証拠能力の一般的要件のうち、基本的人権の保障の観点から導かれる証拠禁止により、自白の証拠能力を排除しようとするものである。

人権擁護説については、供述の自由意思の侵害の有無にかかわらず、単に黙秘権等の侵害を根拠とする見解もあるが、その権利侵害が虚偽の自白を誘発するおそれがある程度に至っているような場合は別として、その程度にまで至らない人権侵害が類型的信用性の有る自白の証拠能力まで排除することになる理由が不明である。例えば、黙秘権や弁護人選任権の告知をしていなくても、被疑者の方から自発的に自白した場合など、その告知がないことによって若干の供述の自由意思が侵害されたといえるとしても、そのような場合にまで自白の証拠能力を否定するのは、法の一方の目的である事案の真相究明の観点から相当でない。

そうすると、黙秘権等の基本的人権の侵害を理由に自白の証拠能力が排除されることがあるのは、違法収集証拠排除法則の判断基準や任意捜査の適法性基準と軌を一にして、その人権侵害により供述の自由意思が制圧されるまでの重大な黙秘権等の侵害があり、その結果得られた自白を許容することが将来の違法な取調べの抑制の見地から相当でないと認められる場合と解されるべきものである。人権擁護説は、その限りにおいて、正当である。

もっとも、供述の自由意思の制圧をもたらすような違法な取調べがあれば、そのこと自体が重大な違法であり、かつ、その結果得られた自白を許容することは、将来の違法な取調べ抑制の見地から相当ではないと判断されるので、この説による任意性の判断基準としては、供述の自由意思が制圧されたか否かによって判断すれば足りるものと思われる。

違法排除説について

違法排除説は、自白の類型的信用性の有無に関わらず、自白の取得過程の手續違反を根拠に自白の証拠能力を排除するものであるから、適正手續の保障の観点から導かれる証拠禁止により、その証拠能力を排除しようとするものである。

違法排除説は、自白の任意性概念の発展過程で生まれたものであるが、翻って考えてみると、適正手続違反を理由に自白の証拠能力を排除しようとするものであるから、その証拠能力排除の根拠は、物的証拠収集の適正手続違反による証拠能力排除法則として生成した違法収集証拠排除法則と軌を一にするものである（注）。

また、その判断基準についても、自白の取得過程における単純な違法を根拠にして、真実の自白の証拠能力を排除するのは、法の一方の目的である真相の解明を阻害することになるので、違法収集証拠排除法則と同様に、自白の取得手続に令状主義を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法捜査の抑制の見地からして相当でない場合に証拠能力を否定すべきものである。

そうすると、自白又は証拠物の収集手続違反を根拠として証拠能力を排除するに際し、別個の法則を適用する理由はない。そもそも、自白の証拠能力排除の根拠となる法319条1項に規定された「任意性」の語意は、自白の取得手続を対象とするものではなく、自白した者の意思を対象としているものと考えられるので、違法排除説は、自白法則から切り離し、違法収集証拠排除法則に吸収されるべきものである。したがって、自白の取得手続の違法性を問う場合は、違法収集証拠排除法則を適用し、自白者の意思内容を問う場合は、虚偽排除説若しくは人権擁護説のいずれかを適用して、証拠能力の有無を判断するのが相当である。

（注）田宮裕「刑事訴訟法」新版（1996・有斐閣）349、351頁によれば、違法排除説は、同教授が1963年に提唱されたものであるところ、その背景事情には、米国において違法収集証拠の排除法則の思想が自白の領域にも押し寄せていたことに示唆を得たことと、日本において自白法則が一向に動き出そうとせず、捜査の適正化もいまだしの感が否めなかったことがあり、そこで、自白法則が進展しないのは自白の虚偽性や被告人の意思の抑圧という詳細な事実認定にこだわっているからではないかと考え、その基準を客観化することによって活性化をはかるとともに、その根拠を捜査の適正に求めたものである旨述べられたうえ、違法排除説は、いわば違法収集証拠排除法則の自白版だということができることとされている。

(3) 判例の検討

最高裁判例は、自白の任意性を判断する根拠・基準を明示していないものが大部分であるが（下記判例①、②のア、④、⑤）、基本的に虚偽排除説に立っていると見られる（明示しているものとして下記判例②のイ、⑥）。人権擁護説あるいは違法排除説に立つことを明示して任意性を判断している例は見当たらないが、これを否定しているとも解せられない。また、違法収集証拠排除法則を認容した法理からすると、これを自白に適用することを否定するものではないと思われる。

下級審判決例中には、人権擁護説に基礎を置き、重大な黙秘権等の侵害が認められる場合に自白の任意性を否定している例があり（下記判決例③、⑦のイ～⑨）、任意性の判断とは別に、違法収集証拠排除法則を適用して自白の証拠能力を判断している例もある（後記第5「違法収集証拠排除法則」3項（4）の各判例参照）。

① 強制、拷問による自白

強制、拷問による自白の証拠能力を否定した判例としては、次の例があるが、いずれも任意性がないと判示しているのみで、根拠は明示していない。

最二判S332. 7. 19「八丈島事件」（破棄自判・無罪）判時118-1参照

最二判S33. 6. 13「小島事件」（破棄差戻）判時153-9参照

② 不当に長い拘禁後の自白

下記（ア）の判例は、不当に長く抑留若しくは拘禁されたことと自白との因果関係を考慮に入れて証拠能力の有無を判断するというのであるから、違法排除説に立つものではないといえるものの、虚偽排除説か人権擁護説のいずれかに立つものかは不明である。下記（イ）の判例は、虚偽の自白であるか否かを判断要素としているので、虚偽排除説に立つものと思われる。

（ア）「憲法第38条第2項において『不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白はこれを証拠とすることができない』と規定している趣旨は、単に自白の時期が不当に長い抑留又は拘禁の後に行われた一切の場合を包含するというような形式的、機械的に解すべきものではなくして、自白と不当に長い抑留又は拘禁との間の因果関係を考慮に加えて妥当な解釈を下すべきものとする。さればといつて、不当に長い抑留又は拘禁による自白であること

が明かな場合即ち自白の原因が不当に長い抑留又は拘禁によること明かである場合を包含することは当然であるが、かかる場合のみに限ると解することは、被告人に対する保護としては余りに狭きに失する嫌がある。次に、不当に長い抑留又は拘禁によるか否かが明らかでない自白の場合即ち自白の原因が不当に長い抑留又は拘禁であるか否かが不明である場合をも包含するものと解すべきである。なぜならば、かかる自白に証拠能力がないとするために、被告人は常に因果関係の存在を立証することを要するものとするれば、それは被告人に難きを強ゆるものでむしろ酷に過ぎることとなり、被告人の人権を保護するゆえんではないからである。それ故、かかる因果関係の不明な自白は、因果関係の存することが明白な自白と共に、おしなべて証拠能力を有しないと解すべきである。(任意性肯定)

—最大判S 23. 6. 23 刑集2-7-715

(イ)「本件につきこれを見ると、成程、起訴事實は二つで、それも自転車はいずれも他人から買ったものであると弁解しており、被告人の第二審第3回公判における自白が逮捕・勾留約9ヶ月後の自白であることは所論のとおりであるが、右自白は公判廷における弁護人質問の際になされたものであるのみならず、記録によると、原判示第1の窃盗の事實は、贓品が転々とした結果、関係人の数が多く、検挙以来の被告人の右否認には不自然なところがあって、有罪の証拠は揃っており、現に第一審でも被告人は有罪となっているのであって、原審第3回公判における自白が所論のような事情の下になされた虚偽の自白であるとは到底認められないところである。しからば、同自白が憲法38条2項にいう『不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白』にあたらぬことは、前記諸判例の趣旨に徴し明らかであるというべく所論違憲の主張は理由がない。」(任意性肯定) —最三判S 35. 11. 29 判時252-34

(ウ) その他の判例

長期勾留の必要のない単純な2個の窃盗について、6ヶ月10日の拘禁後、第二審において自白 (任意性否定)

—最大判S 24. 11. 2 刑集3-11-1732

満16歳に満たない少年に対し、長期勾留の必要が認められない恐喝について約7ヶ月余の勾留後、余罪の放火罪を自白 (任意性否定)

—最大判S 27. 5. 14 刑集6-5-769

3個の窃盗について、警察官の任意取調べに対し自白し、その後の6ヶ月16日の拘禁中も自白を維持した後、第二審においても自白 (任意性肯定)

—最大判S 23. 2. 6 刑集2-2-17

③ 連日長時間に亘る取調べによる自白

下記東京高裁判例は、45日間に及ぶ二事件の逮捕勾留に引き続き、6日間に亘り連日夜間に及ぶ執拗な取調べによる自白について、黙秘権を侵害する違法があると共に、虚偽の供述を誘発するおそれがあるとして、その自白の任意性を否定した。

「(45日間に亘る2事件の逮捕・勾留・起訴の繰り返し後、)警察官は3月7日から12日までの間、取調補助者を含め常に数名が在室する状況で、増淵が日石土田邸事件の犯人であることの確実な証拠がないにもかかわらず、同人に対しこれがある旨告げるとともに、その弁解を聴こうとせず、同人が犯人である旨きめつけるに近い取調を、連日夜間に及ぶまでの長時間執拗に行い自白を迫ったものというほかなく、その結果増淵は、同月12日夜には自白せざるを得ない心理状態に追い込まれて前記誓約書を記載したものと推認できる。

そして、右のような取調は、増淵の人権、なかんずく黙秘権を侵害する違法なものであるとともに、同人が右3月7日から12日までの取調にいたる前に約45日間身柄を拘束され、連日夜間に及ぶ相当長時間の厳しい取調を受けて肉体的にも精神的にも相当疲労していたと認められることや、右3月7日から12日までの間弁護人から助言を得る機会がなかったことなども併せ考えると、虚偽の供述を誘発するおそれをも持つものといわざるを得ない。」—東京高判S60.12.13「日石・土田邸事件」判時1183-3

④ 手錠を施したままの取調べによる自白

下記(ア)の判例は、被告人に手錠をはめたまま取調べを行った事情に加えて、午前2時頃まで警察官が4人がかりで被告人を取調べ、警察官の1人が被告人を殴った事情を総合して、強制、拷問に当たると認定したものであり、下記(イ)の判例は、手錠を施されたまま取調べを受けたことは、心身に何らかの圧迫を受け、任意の供述は期待できないと推定され、任意性に一応の疑いを差し挟むべきものとしながら、取調べの具体的状況に鑑み、任意性を肯定したものである。

結局、判例は、手錠を施したまま取調べをしたことは、任意性を疑わせる事情にはなるものの、そのことのみで任意性が否定されるのではなく、取調べの具体的状況を総合考慮して認定しているものと解される。

(ア)「以上のように、本件記録中には、被告人の警察署における供述が強制若しくは拷問による自白であることを推認させるような幾多の証人の供述が存在するのである。殊に、直接、取調の衝に当たった警察官自身が被告人の

取調は被告人に手錠をはめたままで行われたこと、午前2時頃まで取調べたこと、警察官が4人がかりで被告人を取調べたこと、警察官の1人が被告人を殴ったことのあることを認めていることは前述のとおりである。」 「特段の事情の斟酌すべきものもなく、以上各証人の供述するようなことが真実行われたものとするならば、かかる状況の下になされた被告人の警察における供述は、強制、拷問によるものであることを思わせる十分の理由があるものといわなければならない。」(任意性否定)

—最大判S26. 8. 1 刑集5-9-1684

(イ)「すでに勾留されている被疑者が、捜査官から取調べられる際に、更に手錠を施されたままであるときは、その心身になんらかの圧迫を受け、任意の供述は期待できないものと推定せられ、反証のない限りその供述の任意性につき一応の疑いをさしはさむべきであると解するのが相当である。しかし、本件においては、原判決は証拠に基づき、検察官は被告人らに手錠を施したまま取調べを行ったけれども、終始おだやかな雰囲気のうちにとり調べを進め、被告人らの検察官に対する供述は、すべて任意になされたものであることが明らかであると認定していたのである。」(任意性肯定)

—最二判S38. 9. 13 判時352-80

⑤ 約束による自白

自白をすれば起訴猶予にする等の約束による自白については、それが虚偽の約束であれば、次項⑥の偽計による自白の一態様として違法となるが、その約束が検察官の真意によるものであれば、米国における司法取引と同様、立法論としては適法とされる余地がある。

約束による自白は、虚偽の自白を誘発するおそれがあるので、虚偽排除説によれば、自白の任意性が否定されることになるが、供述の自由意思を侵害するものではないので、人権擁護説では説明できないという考え方もあるが、約束による利益を期待してするものであるから、心理的に供述の自由意思を制圧するものとして、人権擁護説によっても説明することができるものとする。

下記判例は、検察官の真意に基づく約束による自白の任意性を否定したが、人権擁護説に立つものか虚偽排除説に立つものかは明示されていない。もっとも、次項の偽計による自白にかかる判例が、虚偽排除説に立っているところからすると、これと軌を同一にするものと思われる。

「被告人に賄賂を贈った国富祺一郎の弁護人である弁護士岡崎耕三が、昭和36年8月28日岡山地方検察庁において本件の担当検察官である三笠検

事に面談した際、被告人のため陳弁したところ、同検事より、被告人が見えすいた虚構の弁解をやめて素直に金品收受の犯意を自供して改悛の情を示せば、検挙前金品をそのまま返還しているとのことであるから起訴猶予処分も十分考えられる案件である旨内意を打ち明けられ、且つ被告人に対し無益な否認をやめ卒直に真相を自供するよう勧告したらどうかという趣旨の示唆を受けたので、被告人の弁護人である弁護士楠朝男を伴つて児島警察署へ赴き留置中の被告人に面接し、『検事は君が見えすいた嘘をいっていると思つているが、改悛の情を示せば起訴猶予にしてやるといっているから、真実貰つたものなら正直に述べたがよい。馬鹿なことをいって身体を損ねるより、早くいうて楽にした方がよからう。』と勧告したところ、被告人は、同弁護士の言を信じ起訴猶予になることを期待した結果、その後の取調べ即ち同日第2回目の取調べから順次金品を貰い受ける意図のあつたことおよび金銭の用途等について自白するに至つたものである。」旨の原審事実認定の下に、「被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨の言葉を信じ、起訴猶予になることを期待した自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である。」(任意性否定) — 最二判S 41. 7. 1 判時457-63

(なお、原審広島高裁岡山支部判決S 40. 7. 8は、「自白の動機が右のような原因によるものとしても、捜査官の取調べそれ自体に違法が認められない本件においては、前記各供述調書の任意性を否定することはできない。」と判示して、任意性を肯定した。)

⑥ 偽計による自白

偽計による取調べは、被疑者を欺罔して錯誤に陥れることにより自白を得るものであるから、供述の自由意思を制圧するものと評価され、それにより得られた自白は、人権擁護説によつても任意性を否定し得るものであるが、下記判例は、偽計による取調べ方法を非難しつつも、任意性を否定する根拠を虚偽自白の排除に求めている。

「思うに、捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑訴法1条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正におこなわれるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳にさけるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を

証拠に採用することは、刑訴法319条1項の規定に違反し、ひいては憲法38条2項にも違反するものといわなければならない。

これを本件についてみると、原判決が認定した前記事実のほか、増田検察官が、被告人の取調にあたり、「奥さんは自供している。誰がみても奥さんが独断で買わん。参考人の供述もある。こんな事で2人共処罰される事はない。男らしく云うたらどうか。」と説得した事実のあることも記録上うかがわれ、すでに妻が自己の単独犯行であると述べている本件被疑事実につき、同検察官は被告人に対し、前示のような偽計を用いたうえ、もし被告人が共謀の点を認めれば被告人のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示した疑いがある。要するに、本件においては前記のような偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下に作成された司法警察員に対する自白調書は、いずれも任意性に疑いがあるものといわなければならない。」(任意性否定)

—最大判S45. 11. 25「切り違え尋問事件」判時613-18

⑦ 黙秘権の不告知等による自白

取調べに際してのいわゆる黙秘権の告知は、黙秘権の保障を手続面から担保するものであるところ、その告知を怠ったからといって、直ちに供述の自由意思を制圧したとはいえないが、他の事情も合わせて、供述の自由意思を制圧したと評価される場合は、人権擁護説に従って、任意性が否定されであろうし、そのような場合は、手続違反も重大であり、かつ、将来の違法捜査抑制の必要性もあるので、違法排除説ないしは違法収集証拠排除法則によつても、証拠能力が排除されるものと思われる。

下記判例(ア)は、憲法38条が黙秘権の告知手続を規定したものであることを確認したうえ、黙秘権の不告知が直ちに自白の任意性を否定するものではないことを判示したものであるが、どのような場合に黙秘権の不告知が任意性の判断に影響を及ぼすかについては、明らかにされていない。

下記判決例(イ)は、黙秘権の告知の意義を明らかにしたうえ、黙秘権の告知が一度もなされなかったと疑われること等から、取調べ警察官に黙秘権を尊重しようとする基本的態度が認められないうえ、被疑者の心理的圧迫からの解放がなかったことが推認されるとして、次項⑧の弁護人選任権不告知の事情と合わせ、自白の任意性を否定した

ものであり、その判示から、人権擁護説に立つものと思われる。

(ア)「憲法第38条は、裁判所が被告人を訊問するに当たり予め被告人にいわゆる黙秘の権利あることを告知理解させなければならない手続上の義務を規定したのではなく、したがってかような手続をとらないで訊問したからとて、その手続は違憲とはいえず、刑訴応急措置法第10条に違反するものでないことについては、当裁判所の判例とするところである。そして、この理は捜査官の聴取書作成についても異なるところのないことは右判例の趣旨から窺われる。されば、原審並びに検察事務官がその取調に際し被告人に黙秘権のあることを告知しなかったからとて所論のような違法はなく、またこれらの取調に基づく被告人の供述が任意性を欠くものと即断することもできない。」(任意性肯定) 一最三判S 25. 11. 21 刑集4-11-2359

(イ)「黙秘権の告知がなかったからといって、そのことから直ちに、その後の被疑者の供述の全ての任意性が否定されることにはならないが、被疑者の黙秘権は、憲法38条1項に由来する刑事訴訟法上の基本的、かつ、重要な権利でもあるから(同法198条2項)、これを無視するような取調べが許されないことも当然である。そして、刑訴法は、捜査官による被疑者の取調べの必要と被疑者の権利の保障の調和を図るため(即ち、取調べによる心理的圧迫から被疑者を解放するとともに、取調官に対しても、これによって、取調べが行きすぎないように自省・自戒させるため)、黙秘権告知を取調官に義務づけたのであって、一般に、右告知が取調べの機会を異にするごとに必要であると解されているのは、そのためである。したがって、本件におけるように、警察官による黙秘権告知が、取調べ期間中一度もされなかったと疑われる事案においては、右黙秘権不告知の事実は、取調べにあたる警察官に、被疑者の黙秘権を尊重しようとする基本的態度がなかったことを象徴するものとして、また、黙秘権告知を受けることによる被疑者の心理的圧迫の解放がなかったことを推認させる事情として、供述の任意性判断に重大な影響を及ぼすものといわなければならない。右のような観点からすれば、本件において、被告人が、検察官や裁判官からは黙秘権の告知を受けていることとか、これまでに刑事裁判を受けた経験があり黙秘権の存在を知っていたと認められることなどは、右の結論にさして重大な影響を与えないというべきである。」一浦和地判H 3. 3. 25 判タ760-261

⑧ 弁護人選任権の告知等による自白

弁護人選任権の告知は、前項⑦の黙秘権の告知と同様、弁護人選任権の保障を手続面から担保するものであるところ、その告知を怠ったからといって、直ちに弁護人選任権を侵害したとはいえないが、他の

事情も合わせて、供述の自由意思を制圧したと評価される場合は、人権擁護説に従って、任意性が否定されであろうし、そのような場合は、手続違反も重大であり、かつ、将来の違法捜査抑制の必要性もあるので、違法排除説ないしは違法収集証拠排除法則によっても、証拠能力が排除されるものと思われる。

下記下級審判決例は、弁護人選任権の告知の意義を明らかにしたうえ、実質的な弁護人選任権の告知がなされなかったこと等から、取調べ警察官に弁護人選任権を尊重しようとする基本的態度が認められないとして、前項⑦の黙秘権不告知の事情と合わせ、自白の任意性を否定したものである。

「被疑者の弁護人選任権は、刑訴法30条に基づく、やはり基本的、かつ、極めて重要な権利であるが、特に、身柄拘束中の被疑者のそれは、憲法34条によって保障された憲法上の権利であって、最大限に尊重されなければならない。そして、刑訴法は、身柄拘束中の被疑者の弁護人選任権の右のような重要性にかんがみ、捜査官が被疑者を逮捕したり逮捕した被疑者を受け取ったときなどには、その都度必ず被疑者に弁護人選任権がある旨を告知させることとし（203条1項、204条1項）、更に特定の弁護士を知らない被疑者に対しては、弁護士会を指定して弁護人の選任の申出をすることも認めるとともに、右申出を受けた捜査機関に対し、弁護士会への通知義務をも定めるなどして（209条、78条）、被疑者の右権利行使に万一の支障の生じないように配慮しているのである。したがって、右権利の告知は、当然のことながら、明確に、かつ、分かり易い表現でされなければならない、いやしくも、被疑者に右権利行使を躊躇させるようなニュアンスを感じさせるものであってはならない。そのような観点からみる限り、警察官が被告人に告げたとされる『弁護士は必要ないな。』『いらぬいな。』などという言葉が、弁護人選任権告知の意味を持ち得ないことは明らかであろう。また、捜査官による右権利の不告知は、黙秘権不告知の場合と同様、当該捜査官に被疑者の弁護人選任権を尊重しようという気持がなかったことを推認させる。このようにみても、被告人に対し、検察官や裁判官からは弁護人選任権の告知があったこと及び被告人が右権利の存在を現に知っていたことを考慮しても、Hら警察官の右権利不告知及びその後の言動は、被告人の警察官に対する供述の任意性を疑わせる重大な事由であるというべきである。」

—浦和地判H3. 3. 25 判タ760-261

⑨ 弁護人選任通知の妨害による自白

弁護人選任通知の妨害は、弁護人選任権を直接侵害する違法があり、

その結果供述の自由意思を制圧するものであるから、人権擁護説又は違法排除説あるいは違法収集証拠排除法則に立ち、自白の任意性を否定する余地がある。

下記判例は、弁護人選任通知を妨害したことにより、「その取調の過程において被告人が不当に心理的な影響を受けるおそれのあつたことが十分に推察される」と判示して、任意性を否定しているところから、人権擁護説に立っているものと思われる。

「被告人が捜査主任宮下実¹に弁護士の依頼を申出たときに大和高田市の白井弁護士といったであろうことはおよそ明らかであつて、右宮下が高田警察署に電話した際に仮に誤つて弁護士の氏名をシラスカと伝えたとしても、高田警察署から前記のごとき連絡があつた後に被告人にその旨を伝えたことすれば、被告人はその際白井弁護士と答えたであろうこともまた明らかであり、右申出により宮下において再度高田警察署に連絡したならばそれ程弁護士の数の多くない高田市のことであるから、警察署は容易に同弁護士に伝達することができたはずであるが同人はその連絡をしていないのである。そうだとすると、右宮下が被告人の依頼を受けて高田警察署に電話連絡をしたことについてはいささか疑問があり、少くとも再度の連絡をしなかつた点においては同人に重大な過失があつたものと認めざるをえない。

そもそも憲法第34条によって保障される弁護人に依頼することのできる権利は、刑事訴訟法第203条第1項、第204条第1項、第209条、第78条により、逮捕の場合においては司法警察員又は検察官が被疑者の指定した弁護士にその選任の通知をすることによって確保せられるものであるところ、前記の経緯から判断して、本件の場合この点において被告人の権利は全く無視されたものといつても過言ではない。

右のごとく前記供述調書は、被告人の憲法により保障された権利を侵害し、かつ被告人の自白を得ることを唯一の目的とする身体の拘束の下に作成されたものであつて、その取調の過程において被告人が不当に心理的な影響を受けるおそれのあつたことが十分に推察されるのであり右供述調書の任意性については疑いを抱かざるをえないのである。したがつて、右供述調書に対してはその証拠能力を認めることができない。」

—大阪高判S35. 5. 26 判時228-34

2 証明力の規制（補強法則）

被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない（法319・II）。これを自白の補強法則という。

自白に証拠能力があり、自白のみで有罪の心証を得ることができる場合であっても、自白偏重による誤判を防止するため、自由心証主義の例外として、補強証拠を要求し、自白の証明力を制限したものである（判例・通説）。

(1) 補強証拠を要する事実の範囲

補強証拠を要する事実の範囲については、罪体説（形式説）と実質説が対立している。

罪体説 罪体、即ち、犯罪事実の客観的要素について補強証拠を要するとする説である。形式説ともいう。

その補強証拠を要する罪体の範囲について、①法益侵害があったこと、②法益侵害が犯罪行為によること、③犯罪行為による法益侵害が被告人の行為によること（被告人と犯人の同一性）の三説がある。

通説は、②の法益侵害が犯罪行為によることについて補強証拠を要するとし、③の被告人と犯人の同一性については、証拠収集の困難性を理由にして、補強証拠を求めない。

この通説に対しては、実質説の立場から、③の被告人と犯人の同一性について補強証拠を求めなければ、誤判防止の趣旨を徹底できないとの批判がある。

実質説 自白にかかる事実の真実性を担保しうる範囲の補強証拠を要するとする説である。

判例は、犯罪の主観的要件と犯人との同一性について補強証拠を不要としつつ（下記判例①②）、無免許運転について、運転行為のみならず、無免許であることについても補強証拠を求めているので（下記判例③）、この限りでは、通説と同様の結果となっている。しかしながら、その判断をするに当たっては「自白の真実性を裏付けるに足る補強証拠を認め得られる」（下記判例②）か否かを判断基準としているので、考え方としては、実質説に立っているものと思われる。

罪体説は、補強証拠を要求する憲法38条3項の趣旨を徹底するものであるが、同条項は、「自己に不利益な唯一の証拠が自白である場合」に

は有罪とされない旨規定しているのみで、罪体について補強証拠を要求しているとは解されないし、捜査上の実際問題として、犯人との同一性を除いても、罪体全てに補強証拠の収集を強いるのは無理があり、法の目的である真相の解明を阻害するおそれがある。特に、通説が採る罪体説と後述の補強証拠の証明力に関する絶対説が結びつくときは、補強証拠だけで罪体を証明しなければならないことになり、自白のみを証拠として有罪とするには補強証拠を要するとした憲法38条3項の趣旨を逸脱することになると思われる。

一方、実質説は、自白のみで架空の犯罪の犯人として処罰されることを防止するため、その自白の真实性を担保する趣旨のものとするもので（下記判例①②）、憲法38条3項の文理に添うものであり、捜査の実状を理解する見解である。もっとも、実質説は、補強証拠となるべき自白の信用性を担保する証拠の範囲が画されていないため、際限なく自白のみで犯罪事実が認定される危険性を内包するが、その点は、判例の集積により自ずから具体的な基準が形成されるであろうし、現に判例の現状は通説が説くところと大差ないものである。よって、実質説を是とする。

なお、以上に引用した判例は、以下のとおりである。

① 犯罪の主観的要件について

「各具体的の事件においては、被告人の自白と補強証拠と相待つて、犯罪構成要件たる事実を総体的に認定することができれば、それで十分事足るのである。犯罪構成要件たる各事実ごとに、被告人の自白の外にその裏付として常に補強証拠を要するというものではない。そもそも、被告人の自白の外に補強証拠を要するとされる主なる趣旨は、ただ被告人の主観的な自白だけによつて、客観的には架空な、空中楼阁的な事実が犯罪としてでつち上げられる危険—例えば、客観的にはどこにも殺人がなかつたのに被告人の自白だけで殺人犯が作られるたぐいを防止するにあると考える。だから、自白以外の補強証拠によつて、すでに犯罪の客観的事実が認められ得る場合においては、なかんずく犯意とか知情とかいう犯罪の主観的部面については、自白が唯一の証拠であつても差支えないものといひ得るのである。」

—最一判S24. 4. 7刑集3-4-489

② 犯人と被告人の同一性について

「自白以外の証拠によつては、本件電車の発進が同被告人の作為に出たものであるという点につき、これを直接証拠だてるものはないことは所論のとおりで

ある。しかし同被告人の自白以外の証拠によれば、右事実の肯認を含めた同被告人の本件犯行の自白については、その自白の真実性を裏付けるに足る補強証拠を認め得られるのであって、したがって被告人が犯罪の実行者であると推断するに足る直接の補強証拠が欠けていても、その他の点について補強証拠が備わり、それと被告人の自白とを総合して本件犯罪事実を認定するに足る以上、憲法38条3項の違反があるものということとはできない。」

—最大判S30. 6. 22「三鷹事件」判時52-1

③ 犯罪行為について

「無免許運転の罪においては、運転行為のみならず、運転免許を受けていなかったという事実についても、被告人の自白のほか、補強証拠の存在することを要するものといわなければならない。

—最一判S42. 12. 21判時505-19

(2) 補強証拠による証明の程度

補強証拠を要する事実の範囲に関する罪体説と実質説に対応して、絶対説と相対説が対立している。判例は相対説に立つ（補強証拠の範囲に関して引用した前記判例①②）。

絶対説—補強証拠自体に罪体の証明力を要する。

相対説—自白と相まって犯罪事実を証明しうることを要する。

絶対説によれば、補強証拠だけで罪体を証明しなければならないことになり、自白を証拠として有罪とするには補強証拠を要するとした憲法38条3項の趣旨を逸脱することになり、同条項は、相対説の限度で補強証拠の証明力を求めているものと思われる。

(3) 補強証拠適格

自白以外の証拠であって、かつ、証拠能力を有する証拠でなければならない。

補強証拠適格が問題となった判例は、次の通りである。

① 被告人の自白を内容とする第三者供述

（原審仙台高裁は、補強証拠適格を否定したところ、これを判例違反とした上告理由に対し、直接答えることなく、単に判例違反に当たらないとした。）

—最二判S30. 6. 17判時55-24

② 被告人が犯罪嫌疑を受ける前に記入した備忘のための未収金控帳

「所論未収金控帳は原判決説示の如く、被告人が犯罪の嫌疑を受ける前にこれと関係なく、自らその販売未収金関係を備忘のため、闇米と配給米とを問わず、そ

の都度記入したものと認められ、その記載内容は被告人の自白と目すべきものではなく、右帳面はこれを刑訴323条2号の書面として証拠能力を有し、被告人の第一審公判廷の自白に対する補強証拠たりうるものと認めるべきである。」

—最二決S32. 11. 2 刑集11-12-3047

(4) 共犯者の自白

共犯者の自白に補強証拠を要するか否かの問題は、共犯者の自白を本人の有罪の証拠とするに際し、補強証拠を要するか否かの問題であって、共犯者自身の犯罪事実の証拠とする際の問題ではない。したがって、正確に言えば、自白の補強証拠の問題ではなく、共犯者の本人の罪責に関する供述に自白の補強法則を準用すべきかどうかの問題である。

判例は、消極説を採る（下記判例アの判例要旨）。

積極説は、①自白強要のおそれという見地からみて、共犯者と本人の間に差異がないばかりでなく、②共犯者が本人に責任を転嫁することによる誤判の危険という観点からすれば、共犯者の自白を唯一の証拠として本人を処罰することは、本人の自白を唯一の証拠としてこれを処罰することと比較して、むしろ、その危険は勝るとも劣らないこと、③そればかりではなく、共犯者が自白し本人が否認していて、他に補強証拠がないという事案を想定すると、消極説によれば、自白をした共犯者は無罪となり、否認をした本人は有罪となり、法がなるべく法律関係の合一的確定を図っている共犯関係について非常識な結果となることを根拠とする（下記判例イの団藤裁判官の反対意見参照）。

しかしながら、共犯者の自白について、①の自白強要のおそれがあるのは、共犯者自身の罪責に関する事実であって、本人の罪責に関する事実については、むしろ、強要がなくとも本人に罪責を転嫁するおそれがあり、②の本人に罪責を転嫁する誤判の危険性は、共犯者に限らず被害者の供述についても同様である。

③の共犯者が自白し本人が否認していて、他に補強証拠がない場合、自白している共犯者が無罪となり、否認している本人が有罪となるとの点は、共犯者の自白の内容を本人の罪責を認める供述と共犯者自身の罪責を認める供述に分けて検討する必要がある。そうしてみると、本人の罪責を認める供述については、目撃者、被害者等の第三者の供述と本質的に変わりがないので、本人を有罪とするのに、その供述の外に補強証

拠を要しないのは何ら非常識ではない。もっとも、本人が否認しているのに、共犯者の供述のみで本人を有罪と認定できるか否かは別論であって、共犯者の供述に高度の信用性がなければ、通常その供述のみで有罪とは認定し得ないと思われる。また、共犯者自身の罪責を認める供述については、共犯者にとっての本来の自白であるから、補強法則の適用があるので、本人が共犯者の罪責をも否定する供述をする場合に共犯者を有罪とするには、当然他に補強証拠を要するのは当然のことである。

これを逆説的に例えると、共犯者の自白の内容が、共犯者自身の罪責を認める供述をする一方で、本人の罪責を否定するものであり、本人の否認の内容が、自己の罪責を否定する一方で、共犯者の罪責を認める内容であれば、前記③の指摘とは逆に、自白している共犯者が有罪となり、否認している本人が無罪となり得るのである。

結局、共犯者の本人の罪責に関する供述は、自己の罪責に関する自白とは異なり、むしろ、被害者等の供述と同質のものであって、その信用性について慎重な検討を要するにしても、自己の罪責に関する自白と同様の補強証拠を要求する実質的な根拠に乏しいと思われる。

そもそも、自白に補強証拠を要するのは、自白の証明力が高いと過信され、架空の犯罪が作り出される危険性に根拠を置いているからであるところ、本人の罪責に関する事実の認定に供される共犯者の供述は、被害者等の供述と同様に反対尋問を経ているので、本人の自白とは性格を異にし、自由心証主義の例外として認められている補強法則を共犯者の自白に拡大する根拠も必要性もない。

また、米国ニューヨーク州刑事訴訟法には、共犯者の自白に補強証拠を要する旨の規定があり、積極説は、この規定の精神を憲法38条3項の解釈に取り入れようとするものであるが、同規定の趣旨は、共犯者が他人を犯人として巻き込む危険を防止する趣旨のものであって、被告人と犯人の同一性の認定に補強証拠を要するとされている（下記注及び判例③の団藤裁判官の補足意見参照）。ところで、共犯者の本人の罪責に関する供述は、正に他人を犯人として巻き込むところに危険性があるが、前記の通り、わが国の自白の補強法則に関する通説・判例は、犯人との同一性についてまで補強証拠を求めないので、この点からしても、共犯

者の自白に補強法則を準用することに意味はない。

(注) ニューヨーク州刑事訴訟法60節22条1項「共犯の証言が被告人と犯罪とを結びつける補強証拠を伴う場合を除き、被告人は、その証言に基づき、有罪の言渡しを受けることはない。」(昭和51年3月法務資料428号、香城敏磨訳)

ア 判例要旨

「実体的真実でない架空な犯罪事実が時として被告人本人の自白のみによって認定される危険と弊害とを防止するため、特に、憲法38条3項は、何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられないと規定して、被告人本人の自白だけを唯一の証拠として犯罪事実全部を肯認することができる場合であっても、それだけで有罪とされ又は刑罰を科せられないものとし、かかる自白の証明力(即ち証拠価値)に対する自由心証を制限し、もって、被告人本人を処罰するには、さらに、その自白の証明力を補充し又は強化すべき他の証拠(いわゆる補強証拠)を要するものとしているのである。即ち、憲法38条3項の規定は、被告人本人の自白の証拠能力を否定又は制限したものではなく、また、その証明力が犯罪事実全部を肯認できない場合の規定でもなく、かえって、証拠能力のある被告人本人の供述であって、しかも、本来犯罪事実全部を肯認することのできる証明力を有するもの、換言すれば、いわゆる完全な自白のあることを前提とする規定と解するを相当として、したがって、わが刑訴318条(旧刑訴337条)で採用している証拠の証明力に対する自由心証主義に対する例外規定としてこれを厳格に解釈すべきであって、共犯者の自白をいわゆる「本人の自白」と同一視し又はこれに準ずるものとすることはできない。ただし共同審理を受けていない単なる共犯者はもちろん共同審理を受けている共犯者(共同被告人)であっても、被告人本人との関係においては、被告人以外の者であって、被害者その他の純然たる証人とその本質を異にするものではないからである。されば、かかる共犯者又は共同被告人の犯罪事実に関する供述は、憲法38条2項のごとき証拠能力を有しないものでない限り、自由心証に委かざるべき独立、完全な証明力を有するものといわざるを得ない。」

—最大判S33. 5. 28「印藤巡查殺し事件」判時150-6

イ 上記判例を踏襲し、共犯者の自白に補強証拠を要しないとした 最一判S51. 2. 19 (判時807-101)における団藤裁判官の反対意見

「この規定(憲法38条3項—筆者注)が、自白の偏重を避けて誤判を防止する趣旨である以上、本人の自白と共犯者(必要的共犯者を含む。以下、同じ。)の自白とのあいだに区別はないはずである。自白強要のおそれという見地からみて共犯者の全員について差異がないばかりでなく、誤判の危険という観点からすれば、共犯者甲の自白を唯一の証拠として共犯者乙を処罰することは、本

人の自白を唯一の証拠としてこれを処罰することと比較して、むしろ、その危険はまさるともおとらない。共犯者は、動機はともあれ、ややもすれば当局者の意をむかえるために、自分の相棒に不利な事実を誇張し有利な事実を隠蔽しようとする積極的意図のみとめられる場合がかならずしも稀ではないといわれる。共犯者の自白を唯一の証拠として処罰することを許すのは、憲法38条3項の趣旨を没却するものといわなければならない。

そればかりではない。共犯者中の1人が自白をし他の1人が否認をしていて、しかも、他に補強証拠がないという事案を想定するときは、反対説においては、自白をした者は自分の自白しかないから無罪となり、否認をした者は共犯者の自白があるから有罪となるという結果になる。自白をしたものが有罪、否認をしたものが無罪というのならばまだしも、自白をした者が無罪、否認をした者が有罪というのは、はなはだしく非常識な結論である。

しかも、共犯者は、もともと、なるべく合一的に法律関係が確定されるべき性質のものである。たとえば告訴不可分（刑訴法238条）や公訴時効の停止（同法254条2項）に関する規定はこれを端的に示すものであるが、関連事件の管轄（同法9条1項2号）、訴訟費用の連帯負担（同法182条）などに関する規定にも、その趣旨がうかがわれる。なお、共同被告人に関する種々の規定—上告審における判決の破棄（同法401条、414条）、死刑執行期間（同法475条2項但書）など—も、間接には同様の趣旨によるものと考えてよい。かように、法がなるべく法律関係の合一的確定をはかっているところの共犯について、ちぐはぐな解決、しかも非常識ともいえるような形での解決をみちびくような解釈をとることは、とうてい正当とはおもわれない。かようにして、わたくしは、憲法38条3項の「本人の自白」の中には、当然に共犯者の自白をも含むものと解するのである。「本人の」という字句に拘泥する形式的な文理解釈論は、この際、論外といわなければならない。

多数意見のいうとおり、当裁判所の昭和33年5月28日大法廷判決・刑集12巻8号1718頁の多数意見は、右のような私見とは反対の結論を採用している。その判示するところによれば、「憲法38条3項の規定は（中略）自由心証主義に対する例外規定としてこれを厳格に解釈すべきであつて、共犯者の自白をいわゆる『本人の自白』と同一視し又はこれに準ずるものとすることはできない」とされているが、基本的人権に関する憲法の規定が刑事訴訟法上の原則である自由心証主義の「例外規定」だからという理由で厳格に解釈されなければならないというのは、事柄の軽重をあやまるものというべきではあるまいか。のみならず、刑事訴訟法における自由心証主義はもともと事実認定を合理的ならしめるためにみとめられているものであり、これをさらに合理的なも

のにするために設けられたのが憲法38条3項（なお、刑訴法319条2項、3項）の規定なのである。後者を制限的に解釈しなければならない理由は、どこにもない。」

ウ 上記判例を踏襲し、共犯者3名の自白に補強証拠を要しないとした最一判S51. 10. 28（判時836-122）における団藤裁判官の補足意見

「思うに、1人の被告人のばあいには、その者の自白がいくつあつても、それらが相互に補強証拠となりうるものでないことは、あまりにも当然である。これに反して、共犯者の自白は、いうまでもなく、各別の主体による別個・独立のものである。2人以上の者の自白が一致するときは、たといそれが共犯者のものであろうとも、誤判の危険はうすらぐことになるから、相互に補強証拠となりうるものといわなければならない。ことに、本人も共犯者ともに自白しているようなばあいには、共犯者の自白が本人の自白を補強するものと考えて、本人を有罪とすることができるものというべきである。ただ、本件のように、本人の自白がないばあいに、共犯者2人以上の自白だけで本人の有罪をみとめてよいかどうかについては、右の見地以外に、さらに他の観点からも考察を加えなければならない。けだし、共犯者の自白に補強証拠を必要とすることは、アメリカ合衆国の諸州の法制にみられるところであるが（たとえば、1970年ニューヨーク州刑訴法60・22条1項参照）、そこでは、2人の共犯者の証言があつても、なお、補強証拠を要するものと解されているからである。しかし、こうした法制の背景には、イギリスにおける同様の実務慣行以来の歴史的な沿革があるのであつて、その主眼は、共犯者による誤つた他人の巻きこみを防止することに置かれている。だから、このばあいに補強証拠が必要とされるのは、一般のばあいのように罪体についてではなく、被告人と犯罪との結びつきの点についてなのである。このような法制は、それなりに合理性をもつものというべきであらうが、こうした沿革をもたないわが国の法制において、憲法38条3項の解釈としてそのままの結論を導くことは困難だといわなければならない。わたくしが、共犯者の自白も「本人の自白」に含まれ補強証拠を必要とするものと解するのは、英米法制を参照しながら、可能なかぎり、これに近い取扱いをわが憲法38条3項の解釈論にも持ちこもうとする意図をもつものであるが、そこには一定の限界がある。わたくしは、2人以上の共犯者の自白は相互に補強し合うものであつて、否認している本人をこれによつて有罪とすることは、憲法38条3項に反するものではないと解するのである。」

第4 伝聞法則

法320条1項は、「第321条乃至第328条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」（法320・I）と規定して、原則として、いわゆる伝聞証拠の証拠能力を排除した。伝聞証拠の証拠能力を排除する原則を伝聞法則という。

伝聞法則の根拠

その根拠は、公判期日における反対尋問による検証を受けていない供述証拠は、知覚、記憶、表現・叙述の過程に誤りが生ずるおそれがあることと、判決をする裁判所が供述状況を直接観察して心証を形成することができないことにある。

その根拠のうち、前者は憲法37条2項の証人審問権（実質的には反対尋問権—注1）の保障に由来するものであり、後者は直接主義の内の直接証拠主義によるものである。

証人審問（法にいう「尋問」と同義）権を根拠とすることに争いはないが、直接証拠主義を根拠とすることについては、職権主義に基盤をおく証拠法則であるところから、消極に解する見解が多い。しかしながら、法320条1項の規定の文言自体が直接証拠主義を念頭に置いたものといえるうえ、法321条2項の当該事件の公判期日外の証人尋問調書については、反対尋問権が保障されているにもかかわらず、伝聞法則の例外として規定されており、被告人の供述書及び供述録取書については、もともと被告人を証人として尋問する方途はなく、被告人質問に対しても反対尋問権が保障されていないにもかかわらず、伝聞法則の例外とされている。もし、反対尋問権の保障のみを根拠とするのであれば、これらの書面は、初めから伝聞法則の対象外とされていて然るべきであるから、伝聞法則は、裁判所がこれらの書面に記載された供述状況を直接観察していないこと、すなわち、直接証拠主義をも根拠にしているものと解される（注2）。

（注1）「憲法第37条第2項に、刑事被告人はすべての証人に対し審問の機会を十分に與えられると規定しているのは、裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を十分に與なければなら

らないというのであって、被告人に反対尋問の機会を與えない証人其他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類は、絶対に証拠とすることは許されないという意味をふくむものではない。」

—最大判S 24. 5. 18 刑集3-6-789

（注2）第2回国会衆議院司法委員会において、木内政府委員は、伝聞証拠を禁止する根拠について、「それは、本人を喚問する方が最も直接的であり、被告人もまた十分に反対尋問をする機会を与えられることになるからであります。」と説明している。

伝聞証拠と伝聞性の意義

伝聞証拠とは、公判期日外の供述を内容とする書面又は供述であって、その供述内容の真実性を立証するためのものであり、手続的には、証明を要する事実（要証事実）の知覚、記憶、表現・叙述の過程につき、反対尋問を経ていない供述である。

したがって、その伝聞性については、要証事実との関連において決せられる。

伝聞性の有無が問題となった判例は、下記の通りである。

- ① 被告人XらによるA殺害の共謀事実を立証趣旨とする、Bの検察官に対する供述録取書中の「Xが幹部教育の席上、『Aはもう殺してもいいやつだな』と言った」旨の供述記載部分

同供述録取書の証明の対象は、Xの「Aはもう殺してもいいやつだな」との供述記載部分であるから、その供述を聞いたBの供述の伝聞性とBの供述内容となっているXの供述の伝聞性を分けて検討する必要がある。

Bの供述は、公判期日外の供述であり、Xがそのような内容の供述をした旨のBの供述内容の真実性を立証するためには、Bの供述過程を検証するための反対尋問を要するから、伝聞証拠となる。

問題は、Bの供述録取書が法321条1項2号の要件を満たし、公判供述と同等の証拠能力が認められた場合のXの供述の伝聞性にある。

「Aが殺してもいいやつであること」が要証事実になり得るのであれば、Xの「Aはもう殺してもいいやつだな」との供述は、その真実性を立証するためのものであって、その供述過程を検証する必要があることになるが、Aが殺してもいいやつか否かは、殺人罪の構成要件で

はなく、罪責を画すべき事実でもないので、要証事実とはなり得ないし、そもそも殺していい人間などいないので、立証をすること自体許されない。しかし、Xがそのような供述をしたと自体は、殺意ないし共謀事実を推認し得る感情の表現として要証事実となり得る。そして、Xがそのような供述をしたこと自体は、その供述内容の真実性を立証するものではなく、Bが直接認識できる事項であるから、Xの供述過程の検証を要しないものである。よって、Xの供述自体を要証事実としているものと解せられる場合は、Xの供述に伝聞性は認められない。

下記判例もその趣旨を判示している。

「伝聞供述となるかどうかは、要証事実と当該供述者の知覚との関係により決せられるものと解すべきである。被告人Xが、電産社宅で行われた幹部教育の席上「白鳥はもう殺してもいいやつだな」と言った旨のBの検察官に対する供述調書における供述記載は、被告人Xが右のような内容の発言をしたこと自体を要証事実としているものと解せられる、被告人Xが右のような内容の発言をしたことは、Bの自ら直接知覚したところであり、伝聞供述であるとは言えず、」—最一判S38, 10, 17 (白鳥事件) 判時349-2

- ② 共犯者YがAを殺害したことを立証趣旨とする、Cの公判期日における「Yが『Aを射殺したのは自分である』と打ち明けた」旨の供述
Cの公判供述の伝聞性については、公判期日外のYの供述を内容とするものであって、YがAに対する本件殺人の実行行為者であることを要証事実として、Yの供述の真実性を立証しようとするものであり、Yの供述過程を反対尋問により検証する必要があるため、伝聞供述となる。

下記判例は、その趣旨を判示している。

「Cが1月22日Y宅を訪問した際、Yが白鳥課長を射殺したのは自分であると打ち明けた旨の証人Cの第一審第36回公判における供述は、Yが白鳥課長を射殺したことを要証事実としているものと解せられ、この要証事実は供述者たるCにおいて直接知覚していないところであるから、伝聞供述であるというべきであり、」—上同最一判 (白鳥事件)

- ③ 恐喝の犯行計画を立証趣旨とする、Aが被告人らによる会議の結果を出席者から聞いて「確認点—しゃ罪といしゃ料」と記載したメモ
計画メモについては、そのような計画の真実性ではなく、Aが計画を意図していたことを要証事実とするものであれば、知覚、記憶の正

確性を検証する必要はないので、伝聞法則適用外の非供述証拠となる。但し、証明し得る事実、共謀の成立を前提とした犯行計画の内容に過ぎないので、共謀の成立事実が確認される必要がある。

下記判例は、その趣旨を判示したものと思われる。但し、下記判例の事例は、共謀にかかる会議が行われた日の2日後に、Aが会議の場に居た第三者から聞き取った内容をメモしたものであって、本来は伝聞供述となるべきところ、弁護人が当該メモの取調べに異議を述べなかったため、反対尋問権を放棄したもののみなされた事案であることに留意する必要がある。

「人の意思、計画を記載したメモについては、その意思、計画を立証するためには、伝聞禁止の法則の適用はないと解することが可能である。それは、知覚、記憶、表現、叙述を前提とする供述証拠と異なり、知覚、記憶を欠落するのであるから、その作成が真摯になされたことが証明されれば、必ずしも原供述者を証人として尋問し、反対尋問によりその信用性をテストする必要はないと解されるからである。そしてこの点は、個人の単独犯行についてはもとより、数人共謀の共犯事案についても、その共謀に関する犯行計画を記載したメモについては同様に考えることができる。」「ただ、この場合においてはその犯行計画を記載したメモについては、それが最終的に共犯者全員共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提とならなければならないのである。」

—東京高判S58. 1. 27 判時1097-146

伝聞法則の例外

法321～324条により反対尋問に代わる信用性の情況的保障と証拠とする必要性の強弱に応じた要件を備えた場合や、同意書面(法326)、合意書面(法327)及び証明力を争うための書面等(法328)については、伝聞法則の例外として証拠能力が認められている。

伝聞証拠に証拠能力を付与することが憲法37条2項の証人審問権の保障規定に反しないことについては、前掲 最大判S24. 5. 18 (刑集3-6-789)を参照されたい。

1 法321条1項書面

法321条1項は、被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面(供述録取書)で供述者の署名若しくは押印のあるものは、1号ないし3号に掲げるものについて、それぞれ各号の要件を満たす場合に限り、証拠能力を付与している。

供述者の署名若しくは押印は、自己の供述内容であることを確認するためであるから、被告人以外の者の供述を捜査機関等が聞き取って録取した供述録取書には必要とされるが、当該供述者本人が作成する供述書には不要である。例えば、本人が自筆した上申書などは、本人の署名又は押印がなくとも本条の供述書に該当する。もっとも、本人がその供述書を作成したことを証明する必要があるから、事実上は、署名又は押印されるのが通常である。

321条1項書面の概要は、次表のとおりである（要件の軽重順）。

書面の種類	例外要件
裁判官面前調書（1号書面）	供述不能 or 異なった供述
検察官面前調書（2号書面）	供述不能、or 相反供述等＋相対的特信状況
その他の書面（3号書面）	供述不能＋必要不可欠＋絶対的特信状況

（1）裁判官面前調書（1号書面）

裁判官の面前（法157の4条1項のビデオリンク方式による証人尋問を含む）における供述を録取した書面（裁判官面前調書）は、公判準備若しくは公判期日において供述不能（前段）により供述することができないとき、又は前と異なった供述をしたとき（後段）に証拠とすることができる。供述不能の意義については、後述する。

我が国の裁判官の面前における供述であれば制限はない。法に規定された例としては、第1回公判期日前における当事者の証拠保全のための証人尋問（法179、226、227）が該当し、他事件の被告人としての供述を録取した公判調書もこれに該当する（注）。

（注）「刑訴法321条1項1号の『裁判官の面前における供述を録取した書面』には、被告人以外の者に対する事件の公判調書中、同人の被告人としての供述を録取した部分を含むと解するのが相当である。」

—最三判S57.12.17 判時1065-194

（2）検察官面前調書（2号書面）

検察官の面前における供述を録取した書面（検察官面前調書—検察官調書あるいは検面調書ともいう）は、公判準備若しくは公判期日において供述不能により供述できないとき（本文前段）、又は前の供述と相反するか実質的に異なった供述をしたときに証拠とすることができる（本文

後段)。「実質的に異なった供述」とは、「相反する供述」に準じる程度に異なる内容の供述をいう。

但し、公判準備又は公判期日における供述(以下「公判供述」という)よりも前の供述を信用すべき特別の状況の存するときに限る(相対的特信状況)。「前の供述」とは、検察官の面前における供述である。相対的特信状況は、検察官面前調書に証拠能力を付与するための要件であって、公判供述と検察官面前調書記載供述の信用性を対比して判断すべきものではない。したがって、相対的特信状況の存否は、各供述内容ではなく、各供述がなされた時期、場所、各供述時における取調状況、供述者が置かれていた立場、供述者の心理状況等の、供述を取り巻く外部的事実により判断されるべきものである。

実務上、大半の事件において、証人調べを行うことなく、検察官面前調書が同意書面として取調べられ、不同意とされて証人尋問が行われた場合にも、検察官面前調書が2号書面として採用され取調べられることが多い。いわゆる「調書裁判」と化している原因は、この2号書面の安易な採用にある。

2号書面の問題点と判例は、以下のとおりである。

① 但書(相対的特信状況)の趣旨は本文前段(供述不能)に及ぶか。

供述不能の場合は、2号書面と対比すべき供述がないので、少なくとも文理上は、但書の相対的特信状況規定が本文前段に適用される余地はない。しかし、反対尋問に代わる信用性の情況的保障のない検察官面前調書に証拠能力を付与することは、憲法37条2項の証人審問権の保障の趣旨に反するので、次項の3号書面が供述不能の場合に絶対的特信状況の存在を要件としていることとの対比上からも、但書(相対的特信状況)を供述不能による場合にも準用すべきである。準用説が有力説とされている。

判例(注1, 2)は、但書を供述不能の場合に適用することを否定しつつも、証拠能力一般の類型的信用性の判断の問題として、法325条の任意性の調査と相まって判断すべきものとしている。

(注1)「刑法321条1項2号前段の書面については、その供述を信用すべき特別の状況が存することがこれを証拠とするための積極的な要件とされていないことは条文上明らかである。したがって、証人の検察官の面前に

おける供述情况及びその供述内容の真実性につき慎重な配慮を要することは当然として、前示のような証人の宣誓等の拒否を刑法321条1項2号前段の供述不能の事由に当たるとしても、Yの検面調査には信用性の情况的保障がないから証拠能力を付与しえないとの所論は採用できない。」

—東京高判S63. 11. 10 判時1324-144

(注2)「信用性の情況保障に関しては、321条1項2号が、その後段の「公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか、若しくは実質的に異なった供述をしたとき」には、同号但書に規定する「特に信用すべき情況」の存在を必要としているけれども、その前段の場合には、右但書の規定の適用がないことにしている。したがって、同号前段の書面に関する信用性の情況保障については、証拠法の一般的標準から考えて、その調書の形式、内容ならびに刑事訴訟法325条による任意性の調査と相まち、不信用の危険のないものであるかどうかを判定することになるのである。」

—大阪高判S42. 9. 28 判時221-177

② 検察官調書の供述記載のほうの詳細である場合は「実質的に異なった供述」といえるか。

2号書面は、検察官の質問に対する供述者の供述をそのまま記載するものではなく、検察官がその内容を検討し、更に不明部分を取り調べたうえ、検察官がその供述内容を取りまとめて記載するものであるから、詳細な内容になるのは、検察官側の事情によるところが大きいの。したがって、詳細であることのみを取り上げて「実質的に異なった供述」と評価するのは誤りであり、あくまでもその内容の異同の有無により判断されるべきものである。下記判例も、その趣旨において理解すべきものである。

「相被告人の供述調書は、公判廷における夫々の供述と大綱においては一致しているが、供述調書の方が詳細であって、全く実質的に異ならないものとはいえないのであるから、同321条1項2号の要件をも満たしているといえることができる」—最二決S32. 9. 30 刑集11-9-2403

③ 供述内容自体により相対的特信情況を判断することができるか。

上記の通り、相対的特信情況は、供述の外的状況により判断されるべきであるから、供述の内容自体により判断するのは誤りであるが、供述の内容により特信情況を認めるべき外部的事実が推知することができる場合は別論である。下記判例も、その趣旨において理解すべきものである。

「刑訴法321条1項2号は、伝聞証拠排斥に関する同320条の例外規定の一つであって、このような供述調書を証拠とする必要性とその証拠について反対尋問を経ないでも充分の信用性ある状況の存在をその理由とするものである。そして証人が検察官の面前調書と異なった供述をしたことによりその必要性は充たされるし、また必ずしも外部的な特別の事情でなくとも、その供述の内容自体によってそれが信用性ある状況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである。」

—最三判S30. 1. 11 刑集9-1-14

- ④ 証言後に同一事項について検察官調書を作成し、再証人尋問において同調書の供述記載と異なる証言をした場合、同調書の供述記載は「前の供述」に当たるか

理論的には、法321条1項2号の要件を満たす限り、これを否定すべき理由はないが、そのような取調べは、公判中心主義に反する不公正なものであるから、その必要性を厳しく制約し、相対的特信状況を厳格に解釈して対処されなければならない。下記判例は、その趣旨を明らかにしている。

「すでに公判期日において証人として尋問されたものに対し、捜査機関が、その作成する供述調書をのちの公判期日に提出することを予定して、同一事項につき取調べを行うことは、現行刑訴法の趣旨とする公判中心主義の見地から好ましいことではなく、できるだけ避けるべきではあるが、右証人が、供述調書の作成されたのち、公判準備若しくは公判期日においてあらためて訊問を受け、供述調書の内容と相反するか実質的に異なった供述をした以上、同人が右供述調書の作成される以前に同一事項について証言をしたことがあるからといって、右供述調書が刑訴法321条1項2号にいう「前の供述」の要件を欠くことになるものではないと解するのが相当である（但し、その作成の経過にかんがみ、同号所定のいわゆる特信状況について慎重な吟味が要請されることはいうまでもない。）」

—最二決S58. 6. 30 判時1081-159

- (3) その他の供述書又は供述録取書（3号書面）

前1、2号以外の書面については、公判準備若しくは公判期日において供述不能により供述できず、かつ、犯罪事実の存否の証明に欠くことができないときに証拠とすることができる。但し、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限る（絶対的特信状況）。

3号書面は、2号書面と比較しても証拠としての許容性が厳しく制約され、伝聞法則の例外として許容されるのは、供述不能の場合だけであり、しかも証拠としての不可欠性が要件として加わり、更に絶対的特信情報の存在が必要とされている。2号書面との要件の差異は、検察官が公益の代表者であり、準司法官として位置付けられていることに由来するものである（検察庁法4）。

3号書面の典型例は、警察官の面前における供述録取書であるが、同書面該当性が問題となった書面とそれに関する判例は、下記のとおりである。

いずれも、供述の自由意思が手続的に保障されているか否か等の特信情報を検討したうえ、3号書面としての証拠能力を付与している。

① 大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における証言を録取した同国の公判調書

「本件公判調書は、日本国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができないAの供述を録取したものであり、かつ、本件覚せい剤密輸入の謀議の内容等を証明するのに不可欠な証拠であるところ、同人の上記供述は、自らの意思で任意に供述できるような手続的保障がされている大韓民国の法令にのっとり、同国の裁判官、検察官及び弁護人が在廷する公開の法廷において、質問に対し陳述を拒否することができる旨告げられた上でされたというものである。このようにして作成された本件公判調書は、特に信用すべき状況の下にされた供述を録取したものであることが、優に認められるから、刑訴法321条1項3号により本件公判調書の証拠能力を認めた原判決の判断は正当として是認することができる。」

—最一決H15. 11. 26 判時1842-158

② 国際司法共助に基づく米国捜査官の面前における供述録取書

「Dの宣誓供述書は、日本国政府からアメリカ合衆国政府に対する捜査共助の要請に基づいて作成されたものであり、アメリカ合衆国に在住するDが、黙秘権の告知を受け、同国の捜査官及び日本の検察官の質問に対して任意に供述し、公証人の面前において、偽証罪の制裁の下で、記載された供述内容が真実であることを言明する旨を記載して署名したものである。このようにして作成された右供述が刑訴法321条1項3号にいう特に信用すべき状況の下にされた供述に当たるとした原判断は、正当として是認することができる。」—最二決H12. 10. 31 判時1730-160

③ 米国の大陪審証言調書

「本件証言調書の形式及び記載内容等によると、シャッテンバーグは1977年（昭和52年）1月18日、米連邦コロンビア特別区地方裁判所に設置された大陪審において、ロッキード・エアクラフト社及びその子会社等を被害者とする連邦法典18編1341条等違反の嫌疑について、召喚令状により証人として召喚され、陪審員の面前において宣誓したうえ、虚偽の陳述をすれば偽証の制裁があることを知悉しつつ、また法廷外に自己の弁護人が待機していて、相談したいときはいつでもこれと相談できることを許された状況のもとで、連邦司法省刑事局検事の行った訊問に対し本件証言をしたものであり、訊問と証言は一問一答式ですべて公認速記者により正確に録取されたものであることが認められるほか、本件20万ドルの授受に関連する同額の小切手請求書及び小切手の写し等、関係証拠物を示されて記憶を喚起しつつ証言した経過も窺われるのであって、かような証人尋問手続の状況からすると、一般的に虚偽の供述がなされる危険性は極めて少なく、誠実な証言を期待できる外部的一般的状況が確保されていたということができかかる状況のもとに行われた証人尋問手続における本件証言調書の供述は、『その供述が特に信用すべき状況の下にされたもの』に該当するということができる。」

—東京高決S58. 10. 28 判時1107-42

④ 国際司法共助に基づき、黙秘権が認められていない中国における警察官の供述録取書

「本件調書等の特信状況についてみると、本件取調べは、取調官が、B及びCに対して供述拒否権を告げた上で、日本の捜査官があらかじめ作成した質問事項に基づいて行ったもので、特に追及的な質問や誘導的な質問はなかったと認められることからすれば、本件取調べにおいてB及びCは、供述の自由を保障された状況の下で任意に取調べに応じ、供述したと認めることができる。また、本件調書等は、すべて一問一答の問答形式の体裁で作成されている上、本件取調べ後、B及びCは、本件調書等を閲読してその内容が間違いないことを確認した上で、「私が話したことと同じ内容です」と述べて各頁に署名及び指印をしていること（但し、甲229の図面にはBの署名のみがある。）などからして、本件調書等にはB及びCのいい分がそのまま記載されていると認めることができる。加えて、本件取調べには、坂田吉郎検事及び篠原日出彦副検事をはじめ、複数の日本の捜査官が立ち会い、B及びCに対する本件取調べ及び本件調書等の作成がいずれも適正かつ正確に行われたことを確認していることが認められる。このような事情に加え、本件調書等において、B及びCは、被告人と共に判示第5の犯行に及んだことを認めるとともに、犯行に至った経過や

犯行状況等について、具体的かつ詳細に述べていることをも併せ考えると、本件調書等は、「その供述が特に信用すべき状況の下に作成されたものである」と認めるのが相当である。」

福岡地判H17. 5. 19「福岡一家殺人事件」判時1903-3

(4) 法321条1項の各号前段（供述不能）の意義

法321条1項の各号前段に記載されている「死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき」を供述不能事由と称し、その掲記事由は、供述不能事由の例示と解されている。

供述不能事由該当性が問題となった判例は、下記のとおりである。

① 退去強制手続中の外国人について検察官調書を録取した後、同外国人が本国に強制送還された場合

法321条1項各号に供述不能事由の例示として規定されている「国外にいる」場合に該当するので、原則的には、当該検察官調書の証拠能力が認められることになる。しかしながら、証人審問権は憲法37条2項に保障された基本権であるから、検察官と同じ国家機関による強制送還手続が行われた場合に、いかなる事情があっても同条項が適用されると解するのは相当ではなく、強制送還の経過や当該検察官調書の作成経過に鑑みて、その証拠調べ請求手続が不公正なものであるときは、証拠禁止の観点から証拠能力が否定される場合がある。

下記判例はその趣旨を明らかにしたものと解される。もっとも、事案としては、そのような不公正な手続は認められないとして、証拠能力が認められた。

「右規定が同法320条の伝聞証拠禁止の例外を定めたものであり、憲法37条2項が被告人に証人審問権を保障している趣旨にもかんがみると、検察官面前調書が作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいたことになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができることに疑いの余地がある。

本件の場合、供述者らが国外にいたことになった事由は退去強制によるものであるところ、退去強制は、出入国の公正な管理という行政目的を達成するために、入国管理当局が出入国管理及び難民認定法に基づき一定の要件の下に外国人を強制的に国外に退去させる行政処分であるが、同じく国家機関である検察官において、当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又

は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら、殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得るといわなければならない。」

—最三判H7. 6. 20 判時1544-128

② 証言拒否

証言拒否も、その証人の供述を求めることができない事情は、法321条1項各号に例示されている事由と変わるところがないので、供述不能として、同条項が適用される。但し、供述拒否の場合は、その理由によっては翻意して供述を得られることもあるので、翻意する見込みがない場合に限られるべきである。また、その証言拒否が同条項該当書面の証拠調べを請求する側の作為により行われたと認められる場合は、手続的正義に反するものとして、証拠能力が否定される場合もあると解せられる。

「証人として喚問されながらその証言を拒絶した場合にあっては、検察官の面前における同人の供述につき被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは右規定にいわゆる供述者の死亡した場合と同等選ぶところはないのであるから、これを目して所論の如き違法があると即断することはできない。尤も、証言拒絶の場合においては、一旦証言を拒絶しても爾後その決意を翻して任意証言をする場合が絶対ないとはいえないのであって、この点においては供述者死亡の場合とは必ずしも事情を同じくするものではないが、現にその証言を拒絶している限りにおいては被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは全く同様であり、むしろ同条項にいわゆる供述者の国外にある場合に比べれば一層強き意味において、その供述を得ることができないものといわなければならない。」—最大判S27. 4. 9 刑集6-4-584

③ 証人の記憶喪失

死亡による供述不能の場合に類似し、証言拒否より更に供述を得難い事由であるから、供述不能に該当する。

(肯定—最大判S27.4.9引用)—最一決S29. 7. 29 刑集8-7-1217

④ 証人の黙秘

前記②の証言拒否の場合と同様の理由により、供述不能に当たる。

「また、刑訴法321条1項2号前段に「供述者の死亡、精神若しくは身体

の故障、所在不明若しくは国外にいるため」というのは証人として尋問することができない事由を例示したもので、右の供述不能の事由が供述者の意思にかかわらない場合に限定すべきいわれはなく、現にやむを得ない事由があって、その供述者を裁判所において訊問することが妨げられる場合には、これがために被告人に反対尋問の機会を与え得ないとしてもなおその供述者の検面調書に証拠能力が付与されるものと解され、事実上の証言拒否にあっても、その供述拒否の決意が堅く、翻意して尋問に応ずることはないものと判断される場合には、当該の供述拒否が立証者側の証人との通謀或は証人に対する教唆等により作為的に行われたことを疑わせる事情がない以上、証拠能力を付与するに妨げないというべきである。」

—東京高判S63. 11. 10 判時1324-144

- ⑤ 証言後に同一事項について検察官調書を作成し、再証人尋問の前に証人が死亡した場合、前段（供述不能）に当たるか

再証人尋問において証人尋問後に作成された検察官調書の供述記載と異なる証言をした場合と同様、理論的には、法321条1項2号の要件を満たす限り、これを否定すべき理由はないが、そのような取調べは、公判中心主義に反する不公正なものであるから、その必要性を厳しく制約して対処されなければならない。

下記判例は、供述不能に当たるとして、証拠能力を認めている。

「右の各検察官調書は、証人の原審第2回公判期日における証言との関係では、同証言よりも後にした供述を内容とするものであるから、刑訴法321条1項2号後段を適用することはできない。しかし、原審第7回公判期日に行う予定であった証人尋問との関係では、前に一度公判期日に証人として供述しているとはいえ、原審第7回公判期日にはこれと異なる内容の供述即ち新たな内容の供述を行うことが予定されていたのであるから、供述者が死亡したため公判期日において供述することができないときに当たるものということができ、したがって、右各検察官調書に同号前段を適用することができるものと解される。」

—東京高判H5. 10. 21 判タ846-294

2 その他の供述書面

(1) 当該事件の証人尋問調書・裁判所（官）の検証調書

被告人以外の者の公判準備若しくは公判期日における供述を録取した書面（証人尋問調書）又は裁判所若しくは裁判官の検証の結果を記載した書面は、無条件に証拠能力が認められている（法321・II）。

本項の証人尋問調書に該当するのは、当該事件の公判期日外の証人尋問（法158、281）及び公判手続更新前の証人尋問（法315）等における供述録取書である。本項の証人尋問調書に無条件の証拠能力が付与されているのは、いずれも、当事者の反対尋問権が保障されているためである（法157）。

なお、公判期日において判決裁判所の前でなされた被告人以外の者の供述は、その供述そのものが証拠となり、そもそも伝聞証拠に該当しないので（法320・I）、その供述を記載した公判調書は、本条に該当しない。

検証調書について無条件に証拠能力が付与されている根拠は、認識した結果をそのまま記載するので、知覚、記憶、表現・叙述の過程に誤りが生ずるおそれが少ない検証調書の特質によるものであり、加えて、公平な裁判所により行われ、当事者の立会い権も認められていることにある。

これに対し、立会い権が保障されているので（法142、113・I本文）、実質上の反対尋問権が保障されていることを根拠とする見解もあるが、立ち会うことにより正確性を担保することにはなっても、検証に関与する権利が保障されているわけではないし、身体を拘束されている被告人には立会い権が保障されていないので（法142、113・I但書）、その根拠としては不十分である。

したがって、検証調書の特質と実施主体が裁判所（官）であることを重く見て、当該事件に限らず、他事件の裁判所（官）の検証調書も本項による証拠能力を有するものと解する。

（2）捜査機関の検証調書

捜査機関の検証の結果を記載した書面は、一方当事者が作成したものであるところから、2項の裁判所の検証調書より要件を加重し、「その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したとき」に証拠能力を付与される（法321・III）。

任意捜査として行われる実況見分調書も、知覚、記憶、表現・叙述の過程に誤りが生ずるおそれが少ない点において、強制処分としての検証

と同じ性格のものであるから、本項には、実況見分調書も含まれる。

検証調書（実況見分調書）の証拠能力に関する問題点とこれに関する判例は、以下のとおりである。

① 任意処分としての実況見分調書の証拠能力

上記のとおり、任意処分としての実況見分調書は、令状を要するか否かの点に違いが有るだけで、作成主体や証拠としての性格は同じであるから、法321条3項書面としての証拠能力を有する。

「刑訴321条3項所定の書面には捜査機関が任意処分として行う検証の結果を記載したいわゆる実況見分調書も包含するものと解するを相当とし、」—最二判S35.9.8判時249-12

② 酒酔い鑑識カードの証拠能力

酒酔い鑑識カードは、その中に異なる種類の伝聞証拠を内包するものであるが、科学的判定欄や、言語、歩行能力等の外部的状態の判定欄の記載は、検査、観察による結果を記載したものであるから、法321条3項の検証書面に該当する。

「本件「鑑識カード」を見るに、まず、被疑者の氏名、年令欄に本件被告人の氏名、年令の記載があり、その下の「化学判定」欄は、赤羽警察署巡査神戸賢三が被疑者の呼気を通した飲酒検知管の着色度を観察して比色表と対照した検査結果を検知管の示度として記入したものであり、また被疑者の外部的状態に関する記載のある欄は、同巡査が被疑者の言語、動作、酒臭、外貌、態度等の外部的状態に関する所定の項目につき観察した結果を所定の評語に印をつける方法によって記入したものであって、本件「鑑識カード」のうち以上の部分は、同巡査が、被疑者の酒酔いの程度を判断するための資料として、被疑者の状態につき右のような検査、観察により認識した結果を記載したものであるから、紙面下段の調査の日時の記載、同巡査の記名押印と相まって、刑訴法321条3項にいう「検証の結果を記載した書面」にあたるものと解するのが相当である。つぎに、本件「鑑識カード」のうち「外観による判定」欄の記載も、同巡査が被疑者の外部的状態を観察した結果を記載したものであるから、右と同様に検証の結果を記載したものと認められる（もともと、同欄には、本来は「酒酔い」、「酒気帯び」その他の判定自体が記載されるべきものであろう。もしその趣旨における記載がなされた場合には、その証拠能力は、別に論ぜられなければならない。）しかし、本件「鑑識カード」のうち被疑者との問答の記載のある欄は、同巡査が所定の項目につき質問をしてこれに対する被疑者の応答を簡単に記載したものであり、必

ずしも検証の結果を記載したものということとはできず、また、紙面最下段の「事故事件の場合」の題下の「飲酒日時」および「飲酒動機」の両欄の記載は、以上の調査の際に同巡査が聴取した事項の報告であって、検証の結果の記載ではなく、以上の部分は、いずれも同巡査作成の捜査報告書たる性質のものとして、刑訴法321条1項3号の書面にあたるものと解するのが相当である。」—最二判S47. 6. 2 判時668-129

③ 実況見分調書中の立会人の指示説明記載部分の証拠能力

同指示説明に基づいて見分したこと自体を要証事実とする場合は、実況見分調書の一部としての証拠能力を有するが、同指示説明内容の真实性を要証事実として、その指示説明部分を証拠とする場合は、法321条1項2又は3号書面としての要件を備える必要がある。

「たとえ立会人として被疑者又は被疑者以外の者の指示説明を聴き、その供述を記載した実況見分調書を一体として、即ち右供述部分をも含めて証拠に引用する場合においても、右は該指示説明に基づく見分の結果を記載した実況見分調書を刑訴321条3項所定の書面として採証するに外ならず、立会人たる被疑者又は被疑者以外の者の供述記載自体を採証するわけではないから、改めてこれらの立会人を証人として公判期日に喚問し、被告人に尋問の機会を与えることを必要としないと解すべきものである。」

—最二判S36. 5. 26 判時266-31

④ 犯行再現実況見分調書の証拠能力

犯行再現実況見分調書とは、犯行現場や犯罪の痕跡を見分するものではなく、被疑者に犯行当時の状況を説明させると共にその状況を動作で再現させ、捜査官がその説明内容を記載すると共にその再現状況を写真撮影して、その結果を証拠書類にしたものである。したがって、犯行再現実況見分調書は、犯行状況そのものが要証事実となるものであるから、その説明部分は、撮影された写真の内容と一体となって、法322条1項の要件を満たさなければ証拠能力を付与されない。なお、その前提として、写真撮影の結果を編集して書面にした部分については、法321条3項の適用を受け、その作成の真正を立証する必要がある。

「本件両書証は、捜査官が、被害者や被疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして、これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ、立証趣旨が「被害再現状況」、「犯行再現状況」とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものと解される。このような内容の実況見分調書や写真撮影報告

書等の証拠能力については、刑訴法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである。もっとも、写真については、撮影、現像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから前記各要件のうち再現者の署名押印は不要と解される。」

—最二決H17. 9. 27判時1910-154

(3) 鑑定人作成の鑑定書

鑑定書についても、実施主体が公平を担保される裁判所ではないので、命令又は囑託主体が裁判所、捜査機関の別なく、捜査機関の検証調書と同様の要件を備えたときに証拠とすることができる(法321・IV)。

鑑定書に関する判例は、以下のとおりである

① 捜査機関又は弁護士等の囑託による鑑定書の証拠能力

下記判例は、法321条4項を「準用」するとしているが、同条項は、鑑定をの主体を区別していないし、鑑定をの証拠としての性格が鑑定主体により異なることはないので、正確には「適用」されるというべきである。

「捜査機関の囑託に基づく鑑定書(刑訴223条)には、裁判所が命じた鑑定人の作成した書面に関する刑訴321条4項を準用すべきものである。」

—最一判S28. 10. 15 刑集7-10-1934

② 診断書の証拠能力

現行法上、鑑定は、裁判所が命じ又は捜査機関が囑託するものに限られているが(法165、223・I)、証拠としての性格は、医師が作成する診断書も鑑定書と同様であるから、法321条4項が準用される。

「医師の作成した診断書には、正規の鑑定人の作成した書面に関する刑訴法321条第4項が準用されるものと解するを相当とする。」

—最一判S32. 7. 25 刑集11-7-2025

(4) ビデオリンクによる証人尋問を記録した調書

ビデオリンクによる証人尋問の録画再生は、形式的には直接主義の要請を満たすものではないが、公判期日における供述と同様の状況が裁判所の面前で展開されるのであるから、次のとおり、公判期日における供

述と同様の手続上の効果が付与されている。

- ① 被告事件の公判準備若しくは公判期日における手続以外（即ち、起訴前及び第1回公判期日前）の刑事手続又は他事件の刑事手続における法157の4第1項に規定する方法による証人尋問及び供述並びにその状況を記録した記録媒体がその一部とされた調書（実質は証人尋問の録画部分）は、法321条1項にかかわらず、証拠とすることができる。但し、その調書を取調べた（録画の再生）後、訴訟関係人に対し、その供述者を証人として尋問する機会を与えなければならない（法321の2・I）。この場合、録画の再生に代えて供述内容を告知することはできない（法321の2・II）
- ② 再生された録画による証人の供述は、その公判期日における証人の供述とみなされ、重複尋問が制限されるとともに、法321条1項の1, 2号の適用により、相反供述又実質的に異なる供述と認められるときは、その証人の前にした供述の録取書面を証拠とすることができる（法321の2・III）。

(5) 被告人の供述書・供述録取書

被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、次の場合、証拠とすることができる

- ① 不利益な事実の承認を内容とするものであるときは、任意性に疑いがある場合を除いて、証拠能力が認められる（法322・I前段、但書）。

自己に不利益な供述は、任意にされたものであれば、通常信用性が高いとの経験則を根拠とするものである。

- ② 不利益な事実の承認を内容としないものであるときは、特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り（絶対的特信情況）、証拠能力が認められる（法322・I後段）。

被疑者、被告人は黙秘権を有し、法制度上反対尋問を受ける義務がないので、絶対的特信情況を要件としたものである。

(6) 被告人の公判供述調書

被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意にされたものであると認めるときに限り、証拠とすることができる

できる（法322・II）。裁判所（官）の面前における被告人の供述には、絶対的特信状況があるとされたものである。

被告人の公判準備における供述を録取した書面には、公判期日外の証人尋問に立ち会った際の証人との対質（規124）時の被告人の供述を録取した書面などが該当し、公判期日における供述を録取した書面には、当該事件の更新前の公判調書等に限らず、他事件の証人としての被告人の供述を録取した公判調書もこれに該当する。反対尋問を経ていない他事件の公判調書まで含まれるのは、被告人に対する反対尋問が保障されていないからである。

なお、公判期日において判決裁判所の前でなされた被告人の供述は、その供述そのものが証拠となり、そもそも伝聞証拠に該当しないので（法320・I）、その供述を記載した公判調書は、本条に該当しない。

（6）特信文書

法323条は、典型的に高度の信用性と必要性を有するものとして、次の書面に限り、無条件で証拠能力を認めている。

- I 戸籍謄本、公正証書謄本、その他公務員（外国の公務員を含む）がその職務上証明することができる事実について作成した書面
 - II 商業帳簿、航海日誌、その他業務の通常の過程において作成された書面
 - III I、IIに掲げる外、特に信用すべき状況の下に作成された書面
- 特信文書該当性が問題となった判例は、下記のとおりである。

- ① 毎日定時に操業状況等の通信内容を記入していた漁船団の受信記録について、法323条2号の「業務の通常の過程において作成された書面」に該当するとされた。

「本件受信記録の原本は、それ自体だけからでは刑訴法323条2号にいう「業務の通常の過程において作成された書面」であることが必ずしも明らかではないけれども、その作成者の証言等関係証拠をも併せて検討すると、「北海いかつり船団」所属の各漁船は、同船団の事前の取決めにより、洋上操業中、毎日定時に操業位置、操業状況、漁獲得高を暗号表等を用いて相互に無線電話で通信し合い、その通信内容を所定の受信用紙に記載することになっていたものであるところ、本件受信記録は、右船団所属の第21福寿丸の乗組員が右取決めに従い、洋上操業中の同船内において、

通信業務担当者として、他船の乗組員が通常の業務として発する定時通信を受信した都度その内容を所定の受信用紙に機械的に記入したものであることが認められるから、本件受信記録自体は、船団所属の漁船の操業位置を認定するための証拠として、「業務の通常過程において作成された書面」に該当すると認めるのが相当である。」

—最一決S61. 3. 3 判時1191-145

- ② 密造煙草の買受日、本数、金額を心覚えのため書き留めた手帳メモについて、法323条1, 2号の書面に準ずる特特性がないとして、同条3号該当性が否定され、法321条1項3号に係る書面であるとされた。

「証拠物であっても書面の意義が証拠となる場合は、書証に準じて証拠能力があるかどうかを判断すべきものであることはいうまでもない。原審は、右メモを刑訴323条3号の書面に当たる者として証拠能力を認めたのであるが、同号の書面は、前2号の書面即ち戸籍謄本、商業帳簿等に準ずる書面を意味するのであるから、これらの書面と同程度にその作成並びに内容の正確性について信頼できる書面をさすものであることは疑いないこと明らかであるから、右の趣旨によるも刑訴323条3号の書面と認めることはできない。してみれば、本件メモに証拠能力があるか否かは、刑訴321条1項3号に定める要件を満たすかによって決するものといわなければならない。」

—最三判S31. 3. 27 判時75-23

3 伝聞供述

伝聞供述とは、被告人の供述あるいは被告人以外の者の供述を内容とする、被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述をいう。

伝聞供述については、供述書または供述録取書と同等に評価して、次のとおり、法322条又は法321条1項3号が準用される（法324）。

- (1) 被告人の供述をその内容とするものについては、法322条を準用する。
- (2) 被告人以外の者の供述をその内容とするものについては、法321条1項3号を準用する。

伝聞供述の排除手続

伝聞供述は、当事者が証拠調べに関する異議を申立て（法309・I、規205・I本文）、これを受けて、裁判所が証拠の排除決定をする（規205の6・II）。特段の事情がないのに、直ちに異議の申立てをしな

いで証人尋問が終了したときは、同意したものと看做されて、証拠能力が認められる（注）。

（注）「いわゆる伝聞ないし再伝聞証言について、直ちに異議の申立てがされることがなく当該証人に対する尋問が終了した場合には、直ちに異議の申立てができないなどの特段の事情がない限り、黙示の同意があったものとしてその証拠能力を認めるのが相当である。」

—最二決S59. 2. 29「高輪グリーンマンション事件」判時1112-31

4 任意性の調査

法321～324条の規定により証拠とすることができる書面又は供述であっても、あらかじめ、その書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となった他の者の供述が任意にされたものかどうかを調査した後でなければ、証拠とすることができない(法325)。

この規定は、証拠能力のない証拠により心証を形成することのないようにするため、個別の例外要件に重ねて、伝聞証拠全般に亘り任意性の調査義務を課したものである。被告人の供述については、任意性が証拠能力要件として明記されているので(法319、322)、この規定による調査の結果、任意性のない証拠として排除され得るのは、実際上は、被告人以外の者の供述である。

任意性調査の趣旨

「刑訴法325条の規定は、裁判所が、同法321条ないし324条の規定により証拠能力の認められる書面又は供述についても、さらにその書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となった他の者の供述の任意性を適当と認める方法によつて調査することにより、任意性の程度が低いため証明力が乏しいか若しくは任意性がないため証拠能力あるいは証明力を欠く書面又は供述を証拠として取調べて不当な心証を形成することをできる限り防止しようとする趣旨のものとして解される。」—最三決S54. 10. 16判時945-133)

任意性調査の時期、方法

「刑訴法325条にいう任意性の調査は、任意性が証拠能力にも関係することがあるところから、通常当該書面又は供述の証拠調べに先立って同法321条ないし324条による証拠能力の要件を調査するに際しあわせて行われることが多いと考えられるが、必ずしも右の場合のようにその証拠調べの前にされなければならないわけのものではなく、裁判所が右書面又は供述の証拠調べ後にその証明力を評価するにあたってその調査をしたとしても差し支えないものと解すべきである。」

5 同意書面

(1) 同意書面の証拠能力

検察官及び被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述は、その書面が作成され又は供述がなされたときの状況を考慮し、相当と認めるときに限り、これを証拠とすることができる（法326・I）。

実務上、自白事件のほとんどは、この同意書面によって事実認定がなされ、否認事件についても、早期に保釈許可を得るため、検察官請求書面を証拠とすることに同意したうえ、争いのある部分について証人調べが為されることがある。

同意の法的性質

反対尋問権の放棄と解する見解（通説）と証拠能力を付与する訴訟行為と解する見解（実務）がある。

前者によれば、同意をすれば、その供述者を証人として尋問を請求することができないことになるが、供述調書に同意したうえで証人として尋問した方が効果的な場合もあるので、後者を是とする。

弁護人の同意の効力

本条は、検察官と被告人のみに同意権限を付与しているが、弁護人は、包括代理権を有するので、被告人を代理して本条の同意をすることができる。実務においては、裁判所が弁護人の意見を問い、弁護人が同意不同意の意見を表明するのが通例である。但し、弁護人の同意が被告人の明示の意思に反し、あるいは、被告人が公訴事実を否認しているのにこれを肯定する内容の書面に同意するなど、被告人の不利益になる場合は、その効力を有しない。

弁護人の同意に関する判例は、以下の通りである。

- ① 「被告人において全面的に公訴事実を否認し、弁護人のみがこれを認め、その主張を完全に異にしている場合においては、弁護人の前記答弁のみをもって、被告人が書証を証拠とすることに同意したもとはいえないのであるから、裁判所は弁護人とは別に被告人に対し、証拠調請求に対する意見及び書類を証拠とすることについての同意の有無を確かめなければならないものと解しなければならない。」—最二判S27. 12. 19 刑集6-11-1329
- ② 「被告人が公訴事実の否認をしている場合には、検察官請求証拠につき弁護人

が関係証拠に同意しても被告人の否認の陳述の趣旨を無意味に帰せしめるような内容の証拠については、弁護人の同意の意見のみにより被告人がこれら証拠に同意したことになるものではないと解される。」

—大阪高判H8. 11. 27 判時1603-151

- ③ 「刑事訴訟法326条1項は「被告人が証拠とすることに同意した書面」については伝聞証拠であっても証拠とすることができる旨を規定しているところ、右の同意は弁護人がその包括代理権に基づき被告人を代理してこれを行うことができるものであり、それが被告人の明示した意思に反する等の特段の事情が認められない限り、弁護人の同意をもって被告人の同意とみなして妨げないものと解するのが相当である。」—福岡高判H10. 2. 5 判時1642-157

(2) 同意の擬制

被告人が出頭しないでも証拠調べを行うことができる場合において、被告人が出頭しないときは、前項の同意があったものとみなす（法326・II本文）。但し代理人又は弁護人が出頭したときはこの限りではない（同条II但書）。

同意を擬制した趣旨については、次の両説がある。

消極説—同意の意思が推定される場合に限るとする説

積極説—訴訟進行の障害防止のため同意を擬制したものとする説

この規定は、被告人が出頭しないでも証拠調べを行うことができる場合において、被告人が出頭しないため、同意の意思を確かめるに由ない場合に対処するために設けられたものであって、「被告人が出頭しないとき」を同意の意思が推定される場合に限定する理由はない。よって、積極説を是とする。

訴訟進行の障害防止のため同意を擬制したものであるから、法284ないし286条の証拠調べ期日に出頭を要しない場合ばかりではなく、勾留中の被告人が出廷を拒否し（法286の2）、無断退廷しあるいは秩序維持のため退廷を命ぜられた場合（法341）も含まれる（注）。

（注）「刑訴法326条2項は、必ずしも被告人の同条1項の同意の意思が推定されることを根拠にこれを擬制しようというのではなく、被告人が出頭しないでも証拠調べを行うことができる場合において、被告人及び弁護人又は代理人も出頭しないときは、裁判所は、その同意の有無を確かめるに由なく、訴訟の進行が著しく阻害されるので、これを防止するため、被告人の真意の如何にかかわらず、特にその同意があったものとみなす趣旨に出た規定と解すべ

きであり、同法341条が、被告人において秩序維持のため退廷させられたときは、被告人自らの責において反対尋問権を喪失し、この場合、被告人不在のまま当然判決の前提となるべき証拠調を含む審理を迫行することができるとして、公判手続の円滑な進行を図ろうとしている法意を勘案すると、同法326条2項は、被告人が秩序維持のため退廷を命ぜられ同法341条により審理を進める場合においても適用されると解すべきである。」

—最一決S53. 6. 28「東大安田講堂事件」判時890-73

6 合意書面

裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人が合意の上、文書の内容又は公判期日に出頭すれば供述することが予想されるその供述の内容を書面に記載して提出したときは、その書面を証拠とすることができる。この場合にも、その書面の証明力を争うことを妨げない（法327）。

従前、合意書面が利用されたのは、税法事件等において、計数関係等の客観的事実を分かり易くする場合等に限られていたが、裁判員裁判においては、効率的かつ分かり易い審理の実現のため、利用されることが多くなるものと予想される。

7 証明力を争うための証拠

法321ないし324条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であっても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる（法328）。

供述の証明力を争うための証拠を弾劾証拠という。弾劾証拠となる供述書面又は供述は、その内容の真実性を立証するものではないので、正確には、伝聞法則の例外とはいえないものである。

(1) 証拠の範囲

証明力を争うための証拠の範囲について、自己矛盾の供述（証明力を争おうとする供述をした者の当該供述と矛盾する供述又はこれを記載した書面）に限られるとする限定説と、自己矛盾の供述の外、第三者の供述及びこれを記載した書面も含まれるとする非限定説が対立しているが、非限定説によれば、証明力を争おうとする者の供述内容と第三者の供述内容のいずれが信用できるかの判断をすることになって、結局のところ、第三者の伝聞証拠をその供述内容の真実性を立証するための証

拠として使用することになり、不当である。よって、証明力を争おうとする供述をした者が、その供述と矛盾した供述をしたこと自体をもって、その供述の信用性を弾劾する趣旨の規定であるとする限定説を是とする（判例・通説）。

「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。

そうすると、刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。」—最三判H18. 11. 7判時1957-167

（2）「証明力を争う」の意義

証明力を減殺する場合をいうことについては争いがなく、その外に、証明力を回復する場合、更には、証明力を増強する場合を含むか否かについて、見解が分かれている。

供述の証明力を減殺した自己矛盾の供述について、それが証明力を減殺させるものではない旨の反証を許す意味において、証明力を回復する場合を含むと解すべきであるが、増強する場合は、法328条が規定する「争う」という文理に反するばかりか、結局のところは、元の供述の信用性を争うのではなく、証拠能力のない増強証拠により内容の真実性を付加することになるので、含まれないと解する。

「証明力を争う」の意義に関する判例は、以下のとおりである。

① 証明力を回復するための証拠の許容性

「刑訴法328条の弾劾証拠とは、供述証拠の証明力を減殺するためのもののみでなく、弾劾証拠により減殺された供述証拠の証明力を回復するためのものも含むものと解するのが相当である。けだし、同法328条には「…証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。」とあり、規定の文言上証明力回復のための証拠を除外すべき根拠に乏しいばかりでなく、右のように解することが即ち攻撃防御に関する当事者対等・公平という刑訴法

の原則、さらに真実の究明という同法の理念にもよく適合するからである。」

—東京高判S 54. 2. 7 判時940-138

② 証明力を増強するための証拠の許容性

「法第328条にいう証明力を争うためとは証明力を減殺するためばかりでなくこれを増強するためであっても妨げないものと解すべきである」

—東京高判S 36. 7. 18 (肯定) 判時293-28

「法328は、所謂弾劾証拠に関する規定であって、反対にその信憑性を増強するために右証人の供述調書の証拠調請求をなし得ない。」

—福岡高判S 30. 2. 28 (否定) 高判2-6-141

8 関連問題

(1) 再伝聞証拠の証拠能力

再伝聞証拠とは、伝聞供述を内容とする公判期日外の供述を内容とする公判供述又は伝聞供述を内容とする書面(例えば検察官調書)である。

その関係を、第1伝聞供述者が被告人(X)の場合と被告人以外の者(C)の場合に分けて図示する。

① 第1伝聞供述者が被告人の場合

Aの公判供述

↑————→ Bの検察官調書—法321・I②

第2伝聞—法324・II、321・I③

「Xから下記供述を聞いた」旨のB供述

↑

第1伝聞—法324・I、322・I

「甲を殺害した」旨のX供述

② 第1伝聞供述者が被告人以外の者の場合

Aの公判供述

↑————→ Bの検察官調書—法321・I②

第2伝聞—法324・II、321・I③

「Cから下記供述を聞いた」旨のB供述

↑

第1伝聞—法324・II、321・I③

「Xの殺害行為を目撃した」旨のC供述

再伝聞証拠は、まず、第2伝聞証拠に法324条2項(法321・I

③準用)又は法321条1項2号(上記図の場合)を適用し、同条の要件を具備すれば、そのことにより第2伝聞証拠に公判供述と同等の証拠能力が認められことになるので、次に、第1伝聞証拠に法324条1、2項を類推適用し、被告人の供述は法322条1項の準用により、被告人以外の者の供述は321条1項3号の準用により、証拠能力の有無を検討することになる(注1、2)。

これに対しては、伝聞が重なれば関連性が薄くなり、証明力も弱くなるとして、再伝聞証拠の証拠能力を否定する見解もあるが、その指摘される点は自由心証の問題であって、現実問題として、法321条1項3号の「供述不能」が際限なく重なることはないし、証拠として採用する必要性が生じることもあると思われるので、一律に禁止するよりも、伝聞例外規定を厳格に適用し、法325条の任意性の調査等を活用して具体的妥当性を図るべきものと思料する。

(注1)「供述者本人が死亡とか行方不明その他刑事訴訟法第321条第1項各号所定の事由があるとき、その供述調書に証拠能力を認めたのは、公判準備又は公判期日に於ける供述にかえて書類を証拠とすることを許したものに外ならないから、刑事訴訟法第321条第1項第2号により証拠能力を認むべき供述調書中の伝聞に亘る供述は公判準備又は公判期日における供述と同等の証拠能力を有するものと解するのが相当である。換言すれば、検察官供述調書中の伝聞でない供述は刑事訴訟法第321条第1項第2号のみによってその証拠能力が決められるに反し、伝聞の部分については同条の外同法第324条が類推適用され、したがって同条により更に同法第222条又は第321条第1項第3号が準用されて証拠能力の有無を判断すべきであり、伝聞を内容とする供述はそうでない供述よりも証拠能力が一層厳重な制約を受けるわけであるが、検察官に対する供述調書中の伝聞に亘る供述なるが故に証拠能力が絶対無いとはいえない。」

—東京高判S30.4.2 高判集8-4-449

(注2)「所論は被告人伊藤の検察官に対する供述調書中の『被告人山畑から同人数3名が関口直之助方に火焰瓶を投げつけて来たということ聞いた』との被告人伊藤の供述は、伝聞の供述であるから刑訴321条1項2号により証拠とすることはできず、又公判期日において反対尋問を経たものでないから、同324条によっても証拠とすることはできないというに帰する。しかし、原審が…刑訴321条1項2号及び同324条により右供述

調書中の所論の部分についての証拠能力を認めたことは正当である。」

「右伝聞の供述の原供述者に対する反対尋問権について考えるに、この場合反対尋問をなすべき地位にある者は被告人山畑であり、反対尋問をされるべき地位にある原供述者もまた被告人山畑であるから、結局被告人山畑には憲法37条2項の規定による原供述者に対する反対尋問権はないわけである。したがってその権利の侵害ということもありえないことは明白である（被告人山畑は、欲すれば、任意の供述によってその自白とされる供述について否定も弁明なりすることができるから、それによって自ら反対尋問すると同一の効果をあげることができるのである。）」

—最三判S32. 1. 22（上記東京高判S30. 4. 2の上告審）刑集11-1-103

(2) 写しの証拠能力

写しについては、原本が存在し、その原本を忠実に再現したものであって、その形状が立証事項とされていない場合は、類型的信用性に欠けるところはないので、証拠とすることができる（注）。

（注）「写し一般を許容すべき基準としては、①原本が存在すること（さらに厳格に言えば、写しを作成し、原本と相違のないことを確認する時点で存在すれば足り、写しを証拠として申請する時点まで存在することは不可欠の要件ではない。テレビ映像の如きは、放映とともに消滅する。）②写しが原本を忠実に再現したものであること（原本の完全な複製である必要はなく、立証事項との関連において、その必要な性状が忠実に再現されていれば足りる。）」、③写しによっては再現し得ない原本の性状（たとえば、材質、凹凸、透し紋様の有無、重量など）が立証事項とされていないことを挙げることができる。以上に反し、④原本の提出が不可能又は著しく困難であることを、写しの許容性の基準に数える必要はない。蓋し、それは、最良証拠の法則ないしは写し提出の必要性の問題であるに過ぎないからである。」

—東京高判S58. 7. 13 副集36-2-86

(3) 現場写真・録音・ビデオテープの証拠能力

現場写真等は、非供述証拠であって、類型的信用性が問題となる余地はないので、関連性が認められる限り、証拠とすることができる（注）。

但し、特に録音、ビデオテープについては、編集の余地があるので、関連性の認定には慎重を要する。

なお、録音された供述内容を証拠とする場合は、供述証拠であるから、その証拠能力は、伝聞法則にしたがって判断される。

（注）「犯行の状況等を撮影したいわゆる現場写真は、非供述証拠に属し、当該写

真自体又はその他の証拠により事件との関連性を認めうる限り証拠能力を具備するものであって、これを証拠として採用するためには、必ずしも撮影者らに現場写真の作成過程ないし事件との関連性を証言させることを要するものではない。」—最二決S 5 9. 1 2. 2 1 判時1141-62

第5 違法収集証拠排除法則

1 違法収集証拠排除法則の意義と判例法理

証拠物については、その収集手続が違法であっても、その形状性質に何ら影響を及ぼさず、その証拠価値に変わりはない。それ故、かつては、その違法捜査が国家賠償の対象となり、捜査官が職権濫用罪等により処罰されることは別論として、違法捜査とこれにより収集された証拠物の証拠能力の有無とは何の関係もないとされてきた（注）。

（注）「押収物は押収手続が違法であっても、物其自体の性質、形状に変異を来たす筈がないから、其形状に関する証拠たる価値に変わりはない。其故裁判所の自由心証によって、これを罪証に供すると否とは、其専権に属する。

論旨では、訊問調書作成手続が違法の場合は其調書の証拠能力なしとする理論を援用して、押収手続に違法ある場合の押収物件の証拠能力を否定しようとするけれども、それとこれとは事柄の性質が違う。尋問調書は供述を記載するのであり、供述は訊問手続によって導き出されるものであるから、訊問手続の違法は供述の内容に影響を及ぼすおそれがあり、調書作成手続の如何により記載された内容の真偽についての疑惑を生ずるおそれがないでもない。しかし、押収物の場合は、押収手続に所論のような違法があったとしても、それにより物自体の形状性質等になんら影響を及ぼすおそれはないからである。」—最三判S 24. 12. 13裁集刑15-349

しかしながら、国家賠償や刑罰のみをもってしては、違法捜査による証拠収集を防止するには十分でなく、令状主義等の適正手続を没却することになりかねないので、昭和30年代に入って重大な違法捜査により収集された証拠物の証拠能力を否定する裁判例が現れるようになり（後記3項（5）掲示の最大判S 36. 6. 7「大阪麻薬事件」の原審大阪高判S 31. 6. 19）、昭和53年9月7日に至って、最高裁判所も、下記のとおり、違法収集証拠排除法則を明示した。

最高裁判所は、違法収集証拠排除法則を明示して以降も、具体的事案については、証拠能力を肯定する時期が続いていたが、平成15年2月14日、覚せい剤取締法違反事件につき、ようやく違法収集証拠排除法則を適用して、違法逮捕中の採尿による尿鑑定書の証拠能力を否定するに至った（後記3項（1）の②及び（2）の③最二判H15. 2. 14「大津覚せい剤事件」）。

最高裁判所が明示する違法収集証拠排除法則（最一判S 53. 9. 7

「大阪覚せい剤事件」判時901-15)は、次のとおりである。

「刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質、形状に変質をきたすことなく、その存在・形状等に関する価値の変わりのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでなされなければならないものであり、ことに憲法35条が、憲法33条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解するべきである。」(注)

(注) 但し、本件事案については、次のとおり判示して、証拠能力を肯定した。

(被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した垣田巡査の行為は、一般的にプライバシー侵害の程度が高い行為であり、搜索に類するものであるから、違法であるとしたうえ)「職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白でなかった被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でない認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきであ

る。」—最一判S 53. 9. 7 「大阪覚せい剤事件」判901-15

以上のとおり、判例が明示する違法収集証拠の排除要件は、令状主義の精神を没却するような「重大な違法」と将来における「違法捜査の抑制」の見地から排除する必要がある場合である。両要件は、どちらかを満たせばよいというのではなく、共に満たす必要がある。

両基準の問題点については、後記3項の諸問題の項に譲る。

2 違法収集証拠排除法則に関する学説とその検討

(1) 違法収集証拠の証拠能力を排除する根拠については、以下の三説があるといわれている。

憲法保障説（規範説）—憲法の適正手続の保障は、これに違反して収集された証拠の排除を予定している。

司法廉潔性説—違法収集証拠により犯罪事実を認定することは、廉潔であるべき司法に対する国民の信頼に反する。

抑止効説—将来の違法捜査を抑制するため、違法に収集された証拠を排除すべきである。

以上三説のうち、憲法保障説と司法廉潔性説は、いずれも根拠の一つとなり得るものではあるが、適正手続に違反することや司法の廉潔性を害することだけでは、直ちにその証拠能力を否定する理由とはならないし、そのことだけを理由に有罪となるべきものを逃すことになれば、逆に司法に対する信頼を失わせることになりかねない。

抑止効説は、違法収集証拠排除法則生成の歴史を反映したものであって、違法収集証拠の証拠能力を排除すべき根拠ないし理由をよく説明しており、判例も同法則の一方の要件としているところである。

抑止効説に関しては、その例外として、「不可避的発見の例外」と「善意の例外」と称されるものがある。「不可避的発見の例外」とは、違法捜査手続きによる証拠収集はあったが、その違法捜査がなくてもその証拠が発見される関係にある場合であって、要するに、違法捜査との密接な関連性が否定される場合であり、「善意の例外」とは、捜査官に違法捜査の意図がない場合である。いずれも、将来の違法捜査を抑制する見地からは証拠を排除するまでの必要性がない場合であり、証拠能力排除の範囲が広がり過ぎないようにするための例外とされている。

(2) 違法収集証拠の証拠能力を排除する基準については、単純な手続の違

法の有無により判断する絶対的排除説と違法性の程度等の諸事情を勘案して判断する相対的排除説がある。

本来、違法捜査に対しては、国家賠償や刑罰による制裁手段により対処すべきものであって、収集手続に単純な違法性があることだけで証拠能力を排除するのは、証拠価値に何ら影響しない証拠物の証拠能力を排除する理由としては不十分であり、適正手続の保障の面のみを見て、刑事訴訟の目的である事案の真相解明を軽視することとなる。よって、絶対的排除説は採り得ないものであり、国家賠償や刑罰による制裁手段のみをもってしては違法捜査による証拠収集を防止し得ないことから違法収集排除法則が生成された歴史に鑑みれば、相対的排除説の考え方に立つべきである。

最高裁判例は、重大な違法性と将来の違法捜査抑制の必要性を判断基準としているので、相対的排除説に添うものである。

- (3) よって、違法収集証拠の証拠能力を排除する根拠は、以上の三説を総合し、その基準については、最高裁判例が説くところの、証拠収集手続に令状主義を含めた適正手続の保障を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法捜査を抑制する見地から相当でないと認められることに求めるべきである。

3 違法収集証拠排除法則の諸問題

(1) 「重大な違法」と「違法捜査の抑制」の関係

判例は、違法性の程度を判断するに当たっては、当該捜査手続の強制処分性、必要性、相当性の客観的側面の外、捜査官の態度、意図など主観的要素を重視している。即ち、捜査手続の客観的側面については、強制処分性が認められても、強制処分性自体の違法性が重大ではない場合（例えば、前記違法収集排除法則を明示した「大阪覚せい剤事件」判決）の外、他の法益侵害を防止する必要があった場合とか（例えば、下記①）、現行犯逮捕等の適法な強制処分を為し得た場合には（例えば、下記③）、重大な違法があったとは認めない傾向にあるが、逆に、客観的には単純な手続違反に止まる場合であっても、捜査官の態度、意図を重く見て重大な違法があると認める場合があり、特に下記②の判例は、違法捜査手続そのものは、逮捕状の緊急執行手続を怠ったというに過ぎないもので

あって、捜査官による事後の違法捜査糊塗行為がなければ、排除法則は適用されない事案であったと思われる。

捜査官の態度、意図を「重大な違法」の程度の判断要素に入れるということは、もう一方の排除法則の判断基準である「違法捜査の抑制」の見地からも「重大な違法」の程度を判断していることになり、両基準は、重疊的というよりは総合的に判断されているといえることができる。

また、捜査官の態度、意図など主観的要素を重視するということは、「善意の例外」理論を認めるということでもある。

以下に関連判例を掲げる。

① 違法な職務質問の事例

(被告人の身体に対する搜索差押許可状が発付されるまでの間、警察官が被告人による運転を阻止し、約6時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置を違法と認定したうえ)、「右職務質問の過程において、警察官が行使した有形力は、エンジンキーを取り上げてこれを返還せず、あるいは、エンジンキーを持った被告人が車に乗り込むのを阻止した程度であって、さほど強いものでなく、被告人に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また、路面が積雪により滑りやすく、被告人自身、覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに、被告人があくまでも磐越自動車道で宮城方面に向かおうとしていたのであるから、任意捜査の面だけでなく、交通危険の防止という交通警察の面からも、被告人の運転を阻止する必要性が高かったというべきである。しかも被告人が、自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行をかたくなに拒否するという態度をとり続けたことを考慮すると、結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるといえることができ、右のような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。これら諸般の事情を総合してみると、前記の通り、警察官が、早期に令状を請求することなく(職務質問開始の約4時間16分後—筆者注)、長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが、その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。」(本件搜索差押許可状に基づいて採取された尿に関する鑑定書の証拠網力を肯定) — 最三決H6. 9. 16 刑集48-6-420

② 違法逮捕の事例

「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていないという手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状への虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜

査報告書を作成し、さらには、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである。」(本件逮捕当日に採取された尿の証拠能力を否定)

—最二判H15. 2. 14「大津覚せい剤事件」判時1819-19

③ 所持品検査の事例

(所持品検査自体は適法に行い得るものであったと認定したうえ、その際の職務質問に付随する行為について)、「警察官らが約30分間にわたり全裸の被告人をソファーに座らせて押さえ続け、その間衣服を着用させる措置も採らなかった行為は、職務質問に付随するものとしては、許容限度を超えており、そのような状況の下で実施された上記所持品検査の適否にも影響するところがあると考えられる。しかし、前記の事実経過に照らせば、被告人がB巡査に殴りかかった点は公務執行妨害を構成する疑いがあり、警察官らは、更に同様の行動に及ぼうとする被告人を警察官職務執行法第5条等に基づき制止していたものとみる余地もあるほか、被告人を同罪の現行犯人として逮捕することも考えられる状況にあったといえることができる。また、B巡査らは、暴れる被告人に対応するうち、結果として前記のような抑圧行為を継続することとなったものであって、同巡査らに令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があった証拠はない。したがって、上記行為が職務質問に付随するものとしては許容限度を超えていたとの点は、いずれにしても、財布に係る所持品検査によって発見された証拠を違法収集証拠として排除することに結び付くものではないというべきである。」(所持品検査によって発見した覚せい剤の証拠能力を肯定) —最一決H15. 5. 26 判時1829-154

(2) 違法捜査の波及効

先行する違法捜査手続がこれに続く当該証拠収集手続と同一目的に向けられ、あるいは、先行する違法捜査手続によりもたらされた状態を当該証拠収集手続に直接利用されるなど、密接に関連する場合は、当該証拠収集手続も違法性を帯びる。下記の通り、判例もこの理を認めるが、証拠能力を排除した例は、下記③の平成15年2月14日最高裁第二小法廷判決(大津覚せい剤事件)のみである。

① 違法な任意同行後の任意採尿

「本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察官への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査と

いう同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。」

「以上の見地から本件をみると、採尿手続前に行われた前記一連の手続には、被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、被告人宅から任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、被告人の退去の申出に応ぜず警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない。しかし、被告人宅への立ち入りに際し警察官は当初から無断で入る意図はなく、玄関先で声をかけるなど被告人の承諾を求める行為に出ていること、任意同行に際して警察官により何ら有形力は行使されておらず、途中で警察官と気付いた後も被告人は異議を述べることなく同行に応じていること、警察官において被告人の受験の申出に回答しなかったことはあるものの、それ以上に警察署に留まることを強要するような言動はしていないこと、さらに、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づき行われていることなどの事情が認められるのであって、これらの点に徴すると、本件採尿手続の帯有する違法の程度は、いまだ重大であるとはいえず、本件尿の鑑定書を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないから、本件尿鑑定書の証拠能力は否定されるべきではない。」—最二判S 6 1. 4. 2 5判時1194-45（島谷裁判官の反対意見参照）

② 違法な車両検索による所持品検査により発見された覚せい剤の所持による現行犯逮捕後の任意採尿

「本件採尿手続についてみると、右のとおり、警察官が本件自動車内を調べた行為が違法である以上、右行為に基づき発見された覚せい剤の所持を被疑事実とする本件現行犯逮捕手続は違法であり、更に、本件採尿手続も、右一連の違法な手続によりもたらされた状態を直接利用し、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びるといわざるを得ないが、被告人は、その後の警察署への同行には任意に応じており、また、採尿手続自体も、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思による応諾に基づいて行われているのであって、前記のとおり、警察官が本件自動車内を調べた行為の違法の程度が大きいとはいえないことを併せ勘案すると、右採尿手続の違法は、いまだ重大とはいえず、これによって得られた証拠を被告人の罪証に供することが違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないから、被告人の尿の鑑定書の証拠能力は、これを肯定することができるかと解するのが相当であり、」（なお、

覚せい剤所持は起訴されていない。) 一最三決H7. 5. 30 判時1537-178

③ 違法逮捕後の任意採尿

(前記本項(1)②の判示に続き)「本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えるべきものである。」(積極)

一最二判H15. 2. 14「大津覚せい剤事件」判時1819-19

(3) 毒樹の果実とその例外

排除されるべき違法収集証拠に基づいて発見収集された証拠(派生的証拠)も排除されるべきとする法理を毒樹の果実理論という。派生的証拠も排除しなければ、違法収集証拠排除法則は、その実効性を失うからである。

毒樹の果実理論の例外として、「希釈化の法理」、「独立入手源の法理」と称されるものがある。「希釈化の法理」とは、違法収集証拠と派生的証拠との関連性が薄い場合をいう。要するに、別個の手続の介在等により関連性が薄れたため、派生的証拠として排除するだけの違法性を帯びない場合をいうのである。「独立入手源の法理」とは、派生的証拠が独立した適正な捜査手続によって入手できた場合をいう。要するに違法収集証拠との密接な関連性のない場合をいうのであって、不可避的発見の例外と同様の法理によるものである。

前記最二判H15. 2. 14「大津覚せい剤事件」は、違法収集証拠として排除された尿の鑑定書を疎明資料として発付された覚せい剤使用を被疑事実とする捜索差押許可状により差押えられた覚せい剤につき、違法収集証拠との関連性は密接なものではないとして、証拠能力を認めた(注)。

同判決事例に、上記の例外法理の適用関係を検討すると、捜索差押許可状が司法審査を経て発付されたことにより、証拠能力のない鑑定書との関連性が希釈化されたといえる(希釈化の法理)、覚せい剤使用事実は別の窃盗罪を被疑事実とする適法な捜索差押許可状が同時に執行されていたので、その独立した適正な捜索差押手続により本件覚せい剤が発見されていたはずであるから、証拠能力のない鑑定書との関連性が切れていたともいえる(独立入手源の法理)。

(注)「本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし、被告人方を捜索すべき場所として発付された捜索差押許可状に基づいて行われた捜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記捜索差押許可状は上記の鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである。しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情に鑑みると本件覚せい剤の差押えと上記の鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。」

—最二判 H1 5. 2. 1 4 「大津覚せい剤事件」判時1819-19

(4) 自白に対する違法収集証拠排除法則の適用関係

下記判例①は、自白について、自白法則の適用に先立ち、違法収集証拠排除法則を適用すべきものとした。すなわち、適正手続違反による自白の証拠能力排除については、違法排除説によるのではなく、先ず違法収集排除法則を適用すべきであり、その適用により証拠能力が排除されない場合には、次に任意性説による自白法則を適用すべきことを明示したものであって、理論的にも明快かつ妥当である。

なお、下記②の判例も、同様の立場に立つものと思われる。

① 9泊10日の宿泊を伴う任意取調べによって得られた証拠

「自白を内容とする供述証拠についても、証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除法則を採用できない理由はないから、手続の違法が重大であり、これを証拠とすることが違法捜査抑制の見地から相当でない場合には、証拠能力を否定すべきであると考ええる。また、本件においては、憲法38条2項、刑訴法319条1項にいう自白法則の適用の問題（任意性の判断）もあるが、本件のように手続過程の違法が問題とされる場合には、強制、拷問の有無等の取調方法自体における違法の有無、程度等を個別、具体的に判断（相当な困難を伴う）するのに先行して、違法収集証拠排除法則の適法の可否を検討し、違法の有無・程度、排除の是非を考える方が、判断基準として明確で妥当であると思われる。本件自白は違法な捜査手続により獲得された証拠であるところ、本件がいかにか殺人という重大事件であって被告人から詳細に事情聴取する必要性が高かったにしても、上記指摘の事情からすれば、事実上の身柄拘束にも近い9泊の宿泊を伴った連続10日間の取調べは明らかに行きすぎであって、違法は重大であり、違法捜査抑制の見地からしても証拠能力を付与するのは相当ではない。本件証拠の証拠能力は否定されるべきであり、収集手続に違法を認めながら重大でないとし

て証拠能力を認めた原判決は、証拠能力の判断を誤ったものであるといわざるを得ない。」—東京高判H14.9.4「ロザール事件」判時1808-144

② 違法な現行犯逮捕による身柄拘束中の自白

「捜査官が違法な身柄の拘束を意図的に利用したと認められるとき、身柄拘束の要件がないことが一見明白であるときのように身柄の拘束の違法性が著しく、右の憲法およびこれを承けた刑事訴訟法上の規定の精神を全く没却するに至るほどに重大であると認められる場合には、その身柄拘束中の供述がたとえ任意になされたとしても、その供述の証拠としての許容性を否定すべきものと解するのが相当であるが、その違法が右の程度に至らない瑕疵に止まる場合においては、その供述の証拠としての許容性は違法拘束中になされたことの一事をもって直ちに否定されるものではないと解するのが相当である。」

—福岡高裁那覇支判S49.5.13判時763-110

(5) 法326条により同意された違法収集証拠

下記最高裁大法廷判決は、緊急逮捕着手前の無令状による搜索差押え手続きを適法であるとしたうえ、それが違法であっても、その搜索差押えにより得られた麻薬及び鑑定書について、証拠とすることに同意があった場合は、証拠能力を有する旨を付言したものである。

本判決に関与した裁判官のうち6名は、緊急逮捕着手前の搜索差押えは違法であるとしたうえ、憲法35条に違反するような重大な違法がある場合は、それにより得られた証拠は排除すべしとした。そして、その裁判官6名の内1名は、事後に逮捕令状を得ていることを理由にして本件に重大な違法は認められないとし、内5名は、憲法35条に違反する重大な違法があるとして、本件麻薬及び鑑定書を証拠から排除すべき違法収集証拠と認め、その5名の裁判官の内3名は、証拠としていることに同意されているので証拠能力を認めることができるとして、結論としては、多数意見に同調し、その余の裁判官小谷勝重、同河村大助の2名は、同意があっても証拠能力は認められないとした。

同意の効力に関する肯定・否定両論の根拠は、下記に引用した、横田喜三郎裁判官の補足意見と小谷・河村裁判官の少数意見に尽くされているので、参照されたい。

私見としては、違法収集証拠を排除する根拠が将来の違法捜査の抑制にあることに鑑みると、被告人・弁護人の意思如何により証拠能力の有無が決められるべきではないと思料するので、否定論を是とする。

なお、本判決は、上記 最三判S24.12.13 (最高裁裁判集刑事編15-349) とは違い、証拠物の押収集手続が違法である場合の証

拠能力について、必ずしも肯定していない点において、過渡期の最高裁判所の姿勢を窺うことができる。

「被告人の自白の補強証拠に供した麻薬取締官作成の捜索差押調書及び右麻薬を鑑定した鑑定書は、第一審第1回公判廷において、いずれも被告人及び弁護人がこれを証拠とすることに同意し、異議無く適法な証拠調を経たものであることは、右公判調書の記載によって明らかであるから、右各書面は、捜索、差押手続の違法であったかどうかにかかわらず証拠能力を有するものであって、この点から見ても、これを証拠に採用した第一審判決には、何ら違法を認めることができない。」—最大判S36. 6. 7「大阪麻薬事件」 判時261-5

「本件捜索差押は刑事訴訟法第220条の規定に適合せず且つ令状によらない違法の捜索差押であるから憲法第35条に違反するものといわなければならない。したがってかかる違法の手続によつて押収された本件麻薬、その捜索差押調書等は証拠としてこれを利用することは禁止せられるものと解する。もし、違法に押収せられた物件も適法な証拠調を経たときは証拠として利用できると解するならば憲法の保障は有名無実になってしまうであろう。」—原審大阪高判S31. 6. 19判時79-7

(横田裁判官の補足意見)

「権利または法律上の保障は、別段の規定がないかぎり、それを享有する者が放棄することができる。刑事手続における被告人の権利を保障した憲法の諸規定を見るに、第38条は、強制、拷問または脅迫による自白と、不当に長い抑留または拘禁の後の自白について、これを証拠とすることを禁止している。このような自白については、被告人は憲法上の保障を放棄することができないわけで、かりに被告人がこれを証拠とすることに同意したとしても、裁判所は証拠とすることができない。これに反して、憲法第35条は、その規定に違反して捜索押収した物について、証拠とすることを禁止していない。そのことは、この規定に基く保障については、被告人が放棄することができることを意味するといわなければならない。

実質的に見ても、これは十分に理由のあることである。社会の秩序を維持するために、不法な行為をした者を罰することは、法の使命であつて、真実に不法な行為をした者は、これを罰することを法は要求する。これについて重要なことは、真実に不法な行為をしたかどうかを発見することである。この発見に役立つものは、本来証拠とすべきものであり、それによつてはじめて、真実が発見され、真実に不法な行為をした者が罰せられ、引いては社会の秩序が維持される。それにもかかわらず、違法な手続によつて収集された証拠について、証拠能力を否定することがあるのは、違法な手続による被告人の不利益と苦痛に対して特別な考慮を払うためである。それだけに、被告人がみずから証拠とすることに同意したならば、それをさまたげる理由はない。」

(小谷、河村両裁判官の少数意見)

「検察官又は被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述につき証拠能力が認められるのは、刑訴326条の場合に限られるのであつて、同条は当事者の同意があれば敢えて伝聞証拠禁止の原則を固執する必要なく証拠能力を認めて差支えないとの趣旨に出でた規定であり、しかも当事者の同意があつた場合においても、その書面が作成され、または供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り、証拠とすることができるものとされているのである。したがって、同条を汎く伝聞以外の理由により証拠能力を欠く証拠全般に及ぼし得ざることは明らかであつて、特に本件捜索差押調書等の如く憲法35条に違反する捜索押収及びこれにより収集された押収物に関し作成された証拠書類については、たとえ被告人側の同意があつたとしても、これを証拠とすることは許されないものと解すべきである。また本件のような違法な証拠の証拠能力を否定することは、国家権力の公正な発動を担保するためにも重要な意味をもつものであつて、憲法に違反する証拠取収の弊害を防止することも考慮するの要あることは勿論である。」

第VI章 裁 判

第1 裁判の種類

裁判とは、裁判所又は裁判官の意思表示を内容とする訴訟行為である。

裁判は、以下のように分類することができる。なお、特に断らない限り、以下の解説は、第一審における裁判を対象とする。

1 判決・決定・命令

法が、明文で規定している種類である。

判決とは、口頭弁論に基づき（法に特別の定めがある場合を除く）、公判廷において告知する裁判所による裁判である（法43・I、342）。

判決を要するのは、有罪又は無罪の実体裁判（法333、334、336）、免訴（法337）、法338条に規定する場合の公訴棄却の裁判等である。法の特別規定により口頭弁論を要しない場合とは、被告人が心神喪失の状態にあるときで、公判を停止するまでもなく、無罪等の判決をすべきことが明らかな場合（法314・I）、上告の申立ての理由がないことが明らかである場合の上告棄却判決（法408）、上告裁判所による訂正判決（法416）等がこれに該当する。第一審判決に対する上訴手続は、控訴又は上告である。

決定及び命令は、いずれも、口頭弁論に基づかないで、原則として公判廷における宣告又は裁判書の送達により告知される裁判である（法43・II、規33、34）。決定と命令の相違点は、前者が裁判所による裁判で、後者が裁判官による裁判であり、前者の上訴手続が抗告、即時抗告、特別抗告（法419、433）で、後者のそれが準抗告（法429）である。

命令及びこれに対する準抗告の例としては、第1回公判期日前の地方裁判所裁判官による勾留裁判とその裁判官所属裁判所に対する準抗告等がある（法60、429・I②）。

決定及びこれに対する抗告の例としては、第1回公判期日後の裁判所の保釈許可決定と高等裁判所に対する抗告（法89～91、419、420・II）、即時抗告の例としては、裁判所の忌避決定とこれに対する即時抗告（法23・I、25）等がある。なお、特別抗告は、不服を申立てることができない決定又は命令に対し、憲法違反又は判例違反がある場合に限り、最高裁判所に特に抗告をすることができる上訴手続である（法433）。

判決、決定及び命令の要件と相違点の概要は、次表のとおりである。

	判決	決定	命令
主 体	裁判所	裁判所	裁判官
口頭弁論	原則として要	不要	不要
告知方法	公判廷宣告	裁判書謄本送達等	裁判書謄本送達等
上訴手続	控訴・上告	抗告(法419)	準抗告(法429)

2 終局裁判・非終局裁判

事件を当該審級から離脱させる効果の有無による区別である。

終局裁判の例としては、管轄違いの判決(法329)、有罪・無罪の判決(法333、334、336)、免訴の判決(法337)、公訴棄却判決・決定(法338、339・I)がある。判決に対しては、控訴をすることができる(法372)。公訴棄却の決定に対しては、即時抗告をすることはできるものの(法339・II)、控訴をすることはできない。

非終局裁判の例としては、訴訟進行中に行われる勾留(法60)等の強制処分に係る裁判、証拠決定(法298、規190)等がある。

3 実体裁判・形式裁判

申立て理由の有無について判断する裁判を実体裁判といい、申立て理由の有無の審理に入らず、申立ての効力について判断する裁判を形式裁判という。

公訴提起に対する実体判決と形式判決の区別が理論上も実務上も重要である。有罪判決と無罪判決が実体判決であり、その余の判決が形式判決である。免訴判決の性格については争いがあるが、起訴事実の存否を審理することは許されないので、形式判決である。ただ、いずれの免訴事由も、再訴を許さない点で他の形式判決と相違するが、その点に関する効力については、個別に判断すれば足りると思う。

なお、免訴の性格を示す明文の規定として、法183条(告訴人等の費用負担)や法435条6号(再審事由一新規、明白証拠)は、免訴判決を無罪判決と同列に規定している。一方、刑事補償法25条は、免訴又は公訴棄却の裁判を受けた者が、その事由がなかったならば無罪判決を受けべき場合の補償について規定し、免訴判決を公訴棄却判決と同様の形式判決と位置付けている。

第2 裁判の内容

裁判には、理由を付しなければならない（法44・I）

但し、上訴を許さない決定又は命令には、法428条2項により異議申立てができる高等裁判所の決定を除き、理由を付することを要しない（法44・II）

裁判に理由を付する趣旨は、裁判所（官）の恣意を防止し、被告人等に対する説得に資することもあるが、主として、上訴審の審査に資するためである。したがって、上訴を許さない裁判には、理由を付することを要しないとされたものである。

以下、実体判決（有罪判決と無罪判決）及び形式判決の内容について解説する。

1 有罪判決

（1）事実認定

有罪判決は、被告事件について犯罪の証明があったときに言渡される（法333・I）。

犯罪の証明（事実の認定）に関しては、いかなる範囲まで訴因と異なる事実を認定できるかという問題と、択一的認定の可否の問題がある。

前者は、既に述べた訴因変更の要否と表裏一体をなす問題であるから、解説を省略し、以下、択一的認定の問題について述べる。

択一的認定とは、訴因A及びBが択一的に明示された場合において、そのいずれかであるかを特定できない場合、A又はB（明示的択一認定）と認定し、あるいは、訴因として明示された構成要件事実他に他の法定刑の軽い構成要件事実が包摂されている場合に（例えば、殺人と傷害致死、重失火と単純失火、業務上横領と単純横領など）その内の軽い罪を認定（黙示的択一認定）することをいう。

検察官が訴因を択一的に記載して審理を求めることは、法256条5項によって許されているが、裁判所が刑を言い渡すに際し、択一的認定を許せば、特定できない犯罪事実に基づいて刑を科すことになって、「疑わしきは被告人の利益」の原則に反し、実質的に罪刑法定主義に反するのではないかという問題が生ずる。

明示的択一認定のうち、同一構成要件事実内の択一的認定については、

いずれにしる同一の構成要件を充足する事実が証明されていることに変わりはなく、罪刑法定主義に反することはないので、これを許してよい。

但し、修正構成要件である共同正犯と単独犯の択一的認定については問題があるので、下記①において述べる。なお、開かれた構成要件である過失犯における過失態様の択一的認定については、これを否定する見解もあるが、当該被告人について刑罰を科すべき構成要件事実が証明されていることに変わりはなく、対応する択一的訴因が設定されている限りは、被告人に防御上の不利益をもたらすこともないので、認めてよいと考える。

また、黙示的択一認定についても、認定される軽い犯罪について、構成要件を充足する事実が証明されているので許される。

しかしながら、異なる構成要件事実の明示的択一認定については、いずれかの構成要件事実を合理的な疑いを入れられない程度まで認定できないにもかかわらず、有罪とすることになるので、原則として許されない。

異なる構成要件事実の明示的択一的認定に関する問題点については、下記②③において述べる。

以下、択一的認定に関する問題点を検討し、関係判例を摘示する。

① 単独犯と共同正犯を択一的に認定できるか。

共犯者が共同正犯となるか否かの点について合理的な疑いを入れられない程度にまで証明できないときは、共犯者の行為を被告人の行為と見ることが処罰の根拠とする刑法60条の修正構成要件が証明されていないことになるので、共同正犯であることを択一的に認定することは許されない（下記判例（ア）参照）。したがって、被告人の実行行為のみで犯罪構成要件を充足する場合は、単独犯として認定するべきであり、そうでない場合は、無罪とすべきである。

下記判例（イ）は、共同正犯の方が量刑上被告人に有利となる場合、単独犯と共同正犯の択一的認定を容認し、共同正犯である疑いがあるのに単独犯のみを認定するのは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反するというが、同原則は、犯罪事実の認定に適用されるべきものであるうえ、単独犯と認定しても、共同正犯か否かはともかくとして、共犯者とされた者との関係において被告人に有利な事情を斟酌することは可能である。要するに、同判例が指摘する量刑上の問題は、共同正犯の疑いがあるのに単独犯として起訴された場合と異ならないとこ

る、この場合に有罪認定が許されない理由はない。

(ア) (単独犯から単独犯又は共同正犯の択一的訴因に変更された事案について)

「原判決は、被告人が自ら本件覚せい剤を所持した点は明白であり、しかも、単独でこれを所持した疑いが濃い、他方カルロスと共謀して本件覚せい剤を所持した旨の被告人の供述を完全に排斥することができないとの判断に立ち、被告人が単独で又はカルロスとの共謀の上本件覚せい剤を所持したとの択一的な事実を認定したものと解される。しかしながら、被告人がカルロスと共謀の上これを所持したという事実が証明されていないのにこれを択一的にせよ認定することは、証明されていない事実を認定することに帰して許されないというべきである。これに対し、被告人が本件覚せい剤を所持したことは証拠上明白であって、カルロスと共謀の上これを所持した疑いがあったとしても、そう認定することに問題はなく、択一的に認定する必要はなかったのである。のみならず、罪となるべき事実の要件事実を単一では認定することができず、他の要件事実と択一的にのみ認定することができる場合においても、二つの要件事実のいずれかという択一的な形で認定することは、証明されていない要件事実を認定することに帰して原則として許されず、外形上二つの要件事実があってもこれらを包含する上位の要件事実が存在していると認められるような特殊な関係があるため、択一的な形で上位の一つの要件事実が証明されていることになる場合に限り許されるものというべきである。そうすると、原判決には事実誤認があることになるが、本件においては被告人自身が覚せい剤を所持していたことは明白であり、ただ被告人が共謀による所持であると主張していたため共謀の点が念のため付加されたにとどまると解することができるので、右の誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであるとはいえない。」—東京高判H10・6・8判987-301

(イ) (共同正犯により公訴を提起された事案について、)

「本件強盗は、被告人がFと共謀の上実行したか(共同正犯)、単独で実行したか(単独犯)のいずれかであって、第3の可能性は存在しないと認められる上、両者は、互いに両立し得ない択一関係にあり、訴訟法上は同一の公訴事実に属する。しかも、本件強盗の共同正犯と単独犯とを比較すると、被告人が実行行為を全て単独で行ったことに変わりはなく、単に、被告人が右犯行についてFと共謀を遂げていたかどうかの違いがあるにすぎないのである。そして、法的評価の上でも、両者は、基本形式か修正形式かの違いはあるにせよ、同一の犯罪構成要件に該当するものであり、法定刑及び処断刑を異にする余地もない。このような事案について、強盗の共同正犯と単独犯を択一的に認定することができるものとしても、その量刑が、犯情が軽く、

被告人に利益と認められる共同正犯の事実を基礎に行われる限り、共同正犯又は単独犯のいずれかの事実を一義的に認定して被告人を処罰する場合と比べ、実体法の適用上、被告人に不利益を及ぼす余地は全くない。次に、このような認定を許容することにより、被告人に訴訟手続上の不利益を及ぼすことがないかどうかについて考えると、右択一的認定が許されるとすれば、訴訟手続上、被告人は、強盗の共同正犯と単独犯の双方の事実について防御しなければならないとなり、その分だけ負担が増すことは事実であるが、右負担の増加は、公訴事実を同一にする事実の範囲内において、予備的又は択一的訴因が掲げられた場合と異なるところはなく、刑訴法上当然に予想されたものというべきであって、これをもって、被告人に過大な負担を課すものとはいえない。」

「本件においては、被告人が自ら強盗の実行行為の全てを行った証拠は十分であり、ファルキンと右強盗を共謀した証拠は十分でないことからすると、証拠によって認定することができる限度で、強盗の単独犯を認定すべきではないかとも考えられるが、前記のとおり、本件の場合には、強盗の共同正犯の方が単独犯に比べて犯情が軽く、被告人に利益であると認められるのであるから、共同正犯であるかもしれないという合理的疑いがあるにもかかわらず、被告人に不利益な単独犯の事実を認定し、これを基礎に量刑をして被告人を処罰するのは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反するといわざるを得ないであろう。」—東京高判H4. 10. 14 高判集45-3-66

- ② 被害者の死亡時期が不明であるため、死体遺棄罪（刑190—懲役3年以下）又は保護責任者遺棄致死罪（刑219—懲役3月～15年）、あるいは、死体遺棄罪又は重過失致死罪（刑211・I—懲役若しくは禁錮5年以下）のいずれが成立するか不明の場合、両事実を択一的に認定し、あるいは、法定刑の低い死体遺棄事実を認定できるか。

保護責任者遺棄致死罪あるいは重過失致死罪と死体遺棄罪は、罪質に違いがあるので、単純に包摂関係にあるとはいえない面があるが、構成要件事実としては、遺棄行為は共通していて、客体が死亡しているか否かの違いがあるに過ぎず、その意味で大は小を兼ねる包摂関係にあり、生存事実が認められなければ死亡したものと認めてよいと考える。

（ア）消極判例

（生後1ヶ月余の子に暴行を加え、遺棄した事案について、傷害致死罪が成立する外、遺棄時に生存していたものと認識していた場合の死体遺棄又

は保護責任者遺棄致死の成否)

「右各訴因の犯罪時における同兇の生死は不明ということにならざるを得ないが、このような場合、右両訴因につきいずれも証明が十分でないものとして無罪の言渡をすべきものか、それとも、二者のうちいずれか一方の訴因が成立することは間違いないものとして択一的にあるいは被告人に有利な訴因につき有罪の認定をなすべきかは困難な問題であるが、現行刑事訴訟法上の挙証責任の法則に忠実である限り、後者のような認定は許されないものと解すべきである。」—大阪地判S46. 9. 9 判時662-101

(イ) 積極判例

(自ら惹起した不慮の事故により雪中に埋没させた妻を掘り出しながら、死亡したものと認識して遺棄した場合の事案につき、)「(被害者は、)生きていたか死んでいたかのいずれか以外にはないところ、重い罪(重過失致死)にあたる生存事実が確定できないのであるから、軽い罪である死体遺棄罪の成否を判断するに際し、死亡事実が存在するものと見ることも合理的な事実認定として許されてよいものと思われる」

—札幌高判S61. 3. 24 高判集39-1-8

- ③ 業務上過失行為により傷害を負わせた後、故意に暴行を加えて死に至らしめたが、死因がいずれの行為によるか不明の場合、業務上過失致死と傷害致死の択一的認定、あるいは、法定刑の低い業務上過失致死を認定できるか。

この場合は、構成要件の異なる犯罪行為が競合したものであって、包摂関係にはなく、各犯罪構成要件行為と死亡との因果関係が立証できない以上、同時傷害の特例規定(刑法207)のような特別規定がない限り、業務上過失傷害及び傷害罪の併合罪として認定する外はない。もっとも、量刑上、死亡事実を考慮できることはいうまでもないので、必ずしも、判決の主文が具体的正義に反する結果となるということはない。

「被告人の最初の発進時からバス停留所到着時までの間の行為は、業務上過失傷害罪を、同所の発進時から振り落とし行為終了時までの間の行為は傷害罪をそれぞれ構成し、両罪は併合罪の関係にあるものというべきであるから、原判決が両者をひっくるめて1個の業務上過失致死罪としたのは、事実を誤認したか、法令の解釈を誤りひいて事実を誤認したものであるというほかはなく、右誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかである。」

—東京高判S63. 5. 31 判時1277-166

(2) 量刑

有罪判決の場合は、刑を免除する場合を除き、刑の言渡しをしなければならない(法333・I)。

有罪判決をする場合は、量刑(刑の量定)をして、言渡さなくてはならない。量刑とは、法定刑から刑の加重減軽をして、当該事件に科することができる刑罰の範囲である処断刑を導いたうえ、量刑事情を考慮し、被告人に言渡す刑罰である宣告刑を決定することである。

量刑上、余罪を考慮することの可否と限度が問題となる。起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料とする場合(下記①)は、起訴されていない事実について実質上の有罪判決を言い渡すことになって、不告不理の原則に反し、ひいては、法律に定める手続によらずに刑罰を科すことになるので、憲法31条に反し、許されない。一方、起訴されている事実について刑の量定をするに当たり、そのための一情状として余罪を考慮すること(下記②)を禁じる理由はないが、実質上処罰する場合との境界線は曖昧で、判決文の言い回し如何により判別される危険性があるので、情状として認定される余罪については、被告人が認める限りにおいて、一般情状として必要最小限に考慮されるべきである。

① 実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料とする場合

(ア)「起訴された犯罪事実のほかに、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することは許されないものと解すべきである。けだし、右のいわゆる余罪は、公訴事実として起訴されていない犯罪事実であるにかかわらず、右の趣旨でこれを認定考慮することは、刑事訴訟法の基本原理である不告不理の原則に反し、憲法31条にいう、法律に定める手続によらずして刑罰を科することになるのみならず、刑訴法317条に定める証拠裁判主義に反し、かつ、自白と補強証拠に関する憲法38条3項、刑訴法319条2項、3項の制約を免れることとなるおそれがあり、さらにその余罪が後日起訴されないという保障は法律上ないのであるから、若しその余罪について起訴され有罪の判決を受けた場合は、既に量刑上責任を問われた事実について再び刑事上の責任を問われることになり、憲法39条にも反することになるからである。」

—最大判S41. 7. 13 判時451-24

(イ)「第一審判決は、『被告人が郵政監察官及び検察官に対し供述するところに

よれば、被告人は本件と同様宿直勤務の機会を利用して既に昭和37年5月ごろから130回ぐらいに約3千通の郵便物を窃取し、そのうち現金の封入してあったものが約1千4百通でその金額は合計約66万円に、郵便切手の封入してあったものが約1千通でその金額は合計約23万円に達しているというのである。被告人は、当公判廷においては、犯行の始期は昭和37年5月ごろではなく昭和38年5月ごろからであり、窃取した現金は合計20万円ぐらい、郵便切手は合計4、5万円ぐらいのものであると弁解しているのであるが、『被告人の前記弁解は借信し難く、むしろ、『郵政監察官及び検察官に対し供述したところが真実に略々近いものである』とし、『これによれば、被告人の犯行は、その期間、回数、被害数額等のいずれの点よりしても、この種の犯行としては他に余り例を見ない程度のものであったことは否定できないことであり、事件の性質上量刑にあたって、この事実を考慮に入れない訳にはいかない』と判断しているのであって、この判示は、本件公訴事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、これをも実質上処罰する趣旨のもとに、被告人に重い刑を科したと認めざるを得ない。」

—最大判S42. 7. 5 判時485-15

② 量刑のための一情状として余罪を考慮する場合

「量刑は、被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものであるから、その量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない（もとより、これを考慮する程度は、個々の事案ごとに合理的に検討して必要な限度にとどめるべきであり、したがってその点の証拠調べにあっても、みだりに必要な限度を越えることのないよう注意しなければならない。）」最大判S41. 7. 13 判時451-24

(3) 理由の明示

有罪の言渡しをするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない（法335・I）。

法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免の理由となる事実が主張されたときは、これに対する判断を示さなければならない（法335・II）。

以下に判示すべき罪となるべき事実の範囲、判断すべき減免事由に関する判例を摘記する。

① 共謀共同正犯における共謀の日時、場所、方法の判示の要否

「共謀」の事実が厳格な証明によって認められ、その証拠が判決に挙示されて

いる以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、即ち実行の方法、確認の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」

—最大判S33. 5. 28「印藤巡查殺し事件」判時150-6

② 自首（刑42）等の任意的減免事由の主張に対する判断の要否

「裁判所は自首減輕の必要がないと認めたときは、たとえ自首の事があったとしても、特にその理由を判示する必要はない。また自首があったとの主張は旧刑訴360条2項の主張に該当しないことしばしば当裁判所の判示に示されたとおりであって、その理は新刑訴335条2項についても同様である。」

—最三判S28. 8. 18 刑集7-8-1737

2 無罪判決

被告事件が罪とならないとき、又は被告事件について犯罪の証明がないときは、判決で無罪の言渡しをしなければならない（法336）。

「被告事件が罪とならないとき」とは、実体審理の結果、適用されるべき罰則が憲法に違反すると判断された場合など、訴因が犯罪を構成しないことが明らかになったときである。

訴因として起訴状に記載された事実が真実であっても、何ら犯罪を構成しないときは、無罪判決の言渡しではなく、公訴棄却の決定をする（法339・I②）。

「犯罪の証明がないとき」とは、検察官が合理的な疑いを入れない程度にまで犯罪事実を立証できなかつた場合である。なお、違法性阻却事由、責任阻却事由の存在が合理的に疑われる場合は、それらの事由がないことも検察官が挙証責任を負うので、とりもなおさず、犯罪の証明がないことに帰する。

3 形式判決

形式判決には、管轄違いの判決（法329）、免訴の判決（法337）、公訴棄却の判決（法338）がある。

(1) 管轄違いの判決

被告事件が裁判所の管轄に属しないときは、判決で管轄違いの言渡しをしなければならない（法329本文）。

但し、土地管轄は、被告人の便宜を考慮したものであるから、被告人

の申立てがなければ、管轄違いの言渡しをすることはできない（法 3 3 1・I）。

また、土地管轄を含め、管轄は、当事者の審理の便宜上定められた面があるので、被告事件について証拠調べを開始した後は、当事者から管轄違いの申立てをすることはできない（法 3 3 1・II）。

（2）免訴の判決

下記のいずれかの場合には、判決で免訴をいい渡さなければならない（法 3 3 7）。

- ① 確定判決を経たとき
- ② 犯罪後に刑が廃止されたとき
- ③ 大赦があったとき
- ④ 時効が完成したとき

これらの事由は、いずれも、実体審理を進めるための条件に止まらず、実体審理をすること自体を許さないものであるから、実体的訴訟条件と称される。

（3）公訴棄却の判決

下記のいずれかの場合には、判決で公訴を棄却しなければならない（法 3 3 8）。

- ① 被告人に対し裁判権を有しないとき
- ② 法 3 4 0 条の公訴取消後の再起訴の規定に反して公訴が提起されたとき
- ③ 公訴の提起があった事件について、更に同一の裁判所に公訴が提起されたとき
- ④ 公訴提起の手続がその規定に違反したため無効であるとき

これらの事由は、いずれも重大で、かつ、その認定に争いを生じる余地があるので、口頭弁論を経て判決により公訴を棄却すべきものとされたものである。

なお、下記の場合は、訴訟条件を欠くことが明らかであるとして、口頭弁論を経ずして、決定により公訴を棄却すべきものとされている（法 3 3 9・I）。

- ① 起訴状謄本不送達により公訴の提起がその効力を失ったとき

- ② 公訴事実が真実であっても、何らの罪となるべき事実を包含していないとき
- ③ 公訴が取消されたとき
- ④ 被告人が死亡し、又は被告人たる法人が存続しなくなったとき
- ⑤ 同一事件が数個の裁判所に係属したとき

第3 裁判の効力

1 裁判の成立

(1) 内部的成立

裁判は、裁判書の作成又は評決により、内部的に成立する。

裁判が内部的に成立することは、判決の宣告をする場合、裁判官の交替があっても、公判手続を更新する必要がないことに現れている（法315但書）。

(2) 外部的成立

裁判は、告知（公判廷における宣告又は裁判書謄本の送達等）により外部的に成立する（法342、規34）。

裁判の外部的成立により、裁判所（官）は、告知内容に拘束され、自ら、撤回、取消し、変更をすることができなくなる（羈束力）。

判決の外部的成立の時期について、判例は、下記のとおり、宣告時ではなく、判決を宣告するための公判期日終了時としている。

- ①「原審の裁判長は、被告人兩名およびその弁護人の在廷する法廷において原判決主文の宣告にあたり、『被告人和田武を懲役1年6月に処する。』と朗読すべきところを、誤って「被告人和田武を懲役1年2月に処する。」と朗読し、次いで判決の理由の要旨を告げ、上訴期間等の告知を行い、席を立ちかけたところ、弁護人から所論のような質問（「和田武は懲役1年2月ですね」と問い質した一筆者注）があったので、同裁判長は、即座にその場で同被告人の刑は懲役1年6月である旨および今一度主文を朗読する旨を告げ、直ちに主文を朗読し直したことが明らかであるから、同被告人に対する宣告刑は懲役1年6月としてその効力を生じたものと解すべきである。」

—最一判S47. 6. 15 判時674-112

- ②（一旦懲役1年6月、5年間の保護観察付き刑の執行猶予とする旨の主文を朗読した後、列席の裁判所書記官から、被告人の犯行が前刑の保護観察期間中のものである旨指摘されたこともあつて、被告人を在廷させたまま記録を検討し、約5分後に、先に宣告した主文は間違いであつたのでいい直すと告げて改めて懲役1年6月の実刑を宣告した事案について）

「判決は、宣告のための公判期日が終了して初めて当の裁判所によっても変更することができない状態となるものであり、それまでの間は、判決書又はその原稿の朗読を誤った場合にこれを訂正することはもとより（昭和47年6月15日第一小法廷判決・刑集26巻5号341頁参照）、本件のようにいったん宣

告した判決の内容を変更してあらためてこれを宣告することも、違法ではないと解するのが相当である。このように解することの妨げとなる法令の定めのないことはいうまでもなく、また、このように解することにより被告人その他の当事者に不当な不利益を与えたり、手続の明確性・安定性を害するものでもない。」—最一判S 51. 11. 4 判時833-19

(但し、第一審判決宣告前に前刑の保護観察付き執行猶予期間が経過し、その刑の言渡しが効力を失っていたため、結局、破棄自判により懲役1年6月、5年間の保護観察付き刑の執行猶予に処せられた。)

裁判の外部的成立に伴う付随的効果

- ① 禁錮以上の刑の宣告があったときは、保釈又は勾留執行停止は、その効力を失い、新たに保釈又は勾留執行停止の決定がないときに限り、刑事施設に収容される(法343)。
- ② 禁錮以上の刑の宣告があった後は、勾留更新制限(法60・II但書)及び権利保釈(法89)の規定は、適用されない(法344)。
- ③ 無罪等の刑事施設への収容を執行内容としない裁判の宣告があったときは、勾留状は、その効力を失う(法345)。
- ④ 押収物の没収の言渡しがなくときは、押収を解く言渡しがあったものとみなされる(法346)。

2 裁判の確定(法373、414、418、361)

不服申立てを許さない裁判については、原則として告知と同時に、不服申立てができる裁判については、不服申立て期間の徒過、放棄、取り下げ、上訴棄却裁判の確定により確定する。裁判が確定することにより、形式的確定力と内容的確定力が生じる。

(1) 形式的確定力

再審請求等の非常救済手続を除き、通常不服申立て方法によっては、争えなくなる効力をいう。

(2) 内容的確定力

対外的には裁判の判断内容が当該被告人に係る後訴に対する判断を拘束する拘束力が生じ、対内的には、執行力を生じる(法471)。執行力は、刑の言渡しがあった場合など実体裁判に生じるのが通常であるが、形式裁判においても、訴訟費用の負担を命じる裁判などにおいて執行力が生じる場合がある(法181・II、183、490)。

以下、判決の拘束力について解説する。

判決の拘束力の本質

判決の拘束力の本質については、次の三説がある。

- 実体法説 実体法そのものを確認し、又は変更する裁判の効力
- 具体的規範説 当該事件につき具体的規範を形成する裁判の効力
- 訴訟法説 後訴との判断の抵触を回避するため、裁判に付与された手続上の効力

実体法説は、内容的確定力が訴訟の当事者間にしか及ばないことを説明し得ないので支持されず、具体的規範説と訴訟法説が対立している。具体的規範説は、確定裁判に拘束力が生ずる所以をよく説明できるものの、そもそも裁判が具体的規範となることの根拠が明らかでないとの批判がある。訴訟法説は、争いを終局的に解決し、被告人の法的地位を安定させるという裁判制度自体の要請から、裁判に後訴への拘束力を付与したものと解するもので、拘束力が生じる根拠を端的に訴訟制度自体に置く点で簡明ではあるが、本質論からは距離を置く感を否めない。但し、この争いは、理論的なものに過ぎず、いずれにしても、訴訟上の効力に差異は生じないとされている。

判決の拘束力が及ぶ範囲

実体判決の拘束力が及ぶ範囲については、公訴事実が審判の対象であることに争いがなかった旧法時代は、公訴事実の同一性の範囲に及んでいたので、一事不再理効が及ぶ範囲と同じ範囲となり、これを既判力と呼称していた。しかし、訴因制度が採られ、訴因が審判の対象とされたので、拘束力が及ぶ範囲は訴因の同一性の範囲で認定された罪となるべき事実に止まり、拘束力によっては一事不再理効を説明できなくなった。而して、後記3項において述べるとおり、一事不再理効については、憲法39条に基づく二重の危険法理により根拠付けられることになり、その結果、実体判決の拘束力の大半は実際の意義を失ったといえる。

形式判決の内容的確定力の拘束力が及ぶ範囲は、その形式判決がなされた直接の根拠となる法337ないし339条に掲げる事由である。

判決の拘束力の効力と範囲に関する問題点と判例は、次のとおりである。

- ① 一審の有罪判決後、控訴審において死亡診断書を偽造して、公訴棄却の決定を受けた被告人に対し、同一事実について公訴を提起できるか。

当該事件の公訴棄却決定の事由は、法339条1項4号に規定する「被告人が死亡したとき」であるから、死亡した事実について拘束力が生じ、控訴裁判所がこれと異なる事実を認定することはできないはずである。しかしながら、それが被告人による死亡偽装行為による場合には正義に反する結果となることは否めない。そこで、そのような偽装行為をした被告人については、被告人の法的地位を安定させるための公訴棄却決定の拘束力による訴訟上の利益を得る資格がないものとして例外を認めるべきである。

下記判決は、公訴棄却決定に拘束力を認めないかのごとき判示をしている点は不当であるが、実質は、「まして、被告人死亡の事実認定が内容虚偽の証拠に基づくものであったこと」を重視したものと思われる。

「公訴棄却の決定は、いわゆる形式裁判であるから、その裁判が確定しても再起訴は原則として妨げられないと解すべきであり、このことは法340条が例外的に公訴取消による公訴棄却決定が確定したときに再起訴が妨げられる旨規定していることに照らしても明らかである。このことは、被告人死亡を理由とする公訴棄却決定が確定しているときも同様であり、まして、被告人死亡の事実認定が内容虚偽の証拠に基づくものであったことが、新たに発見された証拠によって明白になったような場合にまで、なおも、この公訴棄却決定の示した判断が拘束性を保有して、後の再起訴を妨げるものとは、とうてい解することはできない。」

—大阪地判S49. 5. 2 刑裁月報6-5-583

- ② 形式判決の拘束力が及ぶ範囲

形式判決の拘束力は、主文の直接の理由となる事実のみ及ぶ。

下記の判例でいえば、確定判決は、法256条3項が求める訴因の特定を欠くことが法338条4号の公訴提起手続違反に該当するとして公訴を棄却したものであるから、その拘束力は、訴因が不特定であることについてのみ生じ、訴因が不特定であることの根拠として認定された事実についてまでは及ばない。

「前記確定判決の理由中、本件の受訴裁判所を拘束するのは、旧起訴は実体審理を継続するのに十分な程度に訴因が特定されていないという判断のみであり、右判断を導くための根拠とした、併合罪関係に立つ建物の表示登記と保存登記に関する各公正証書原本不実記載・同行使罪のいずれについて起訴されたのか明らかでないとの趣旨に解しうる部分は、本件の受訴裁判所を拘束しない」—最三決S56. 7. 14 判時1013-3

- ③ 業務上過失致死傷罪で身代わり犯人として有罪の確定判決を受けた者につき、拘束力との関係で、同罪の犯人隠避罪で起訴できるか。

本事例の場合、当該確定判決の拘束力により、犯人を被告人とする業務上過失致死傷事実が後訴を拘束することになるのであるが、訴因対象説によれば、拘束力は、審判の対象となり判決により認容された罪となるべき事実について生じるに過ぎないので、審判の対象となっていない犯人隠避の起訴事実には及ばない。そうすると、業務上過失致死傷事実の犯人と同事実に係る犯人隠避事実の犯人であることは両立しないので、一見矛盾するように見えるが、それは、業務上過失致死傷事実に係る当該確定判決の一事不再理効が同事実の犯人隠避事実には及ぶか否かの問題であって、拘束力が及ぶ範囲の問題ではない。そして、前記第IV章第3「訴因変更」において解説したとおり、両事実は両立しないが、基本的事実の共通性はなく、公訴事実の同一性は認められないので、業務上過失致死傷罪に係る当該確定判決の一事不再理効は、後訴の犯人隠避罪には及ばないのである。

そもそも、一事不再理効よりその効力の及ぶ範囲が狭い拘束力を根拠にして、再訴を阻止するのは背理である。また、身代わり犯人となって裁判所を騙した被告人には、被告人の法的地位を安定させるための拘束力による訴訟上の利益を得る資格もない。

もっとも、矛盾した判決の並存を除去するため、業務上過失致死傷罪の有罪判決については、速やかに再審手続を採る必要があることは別論である。

下記判例は、以上の趣旨を明らかにしたものと解する。

「確定裁判といえども決して無制限の対外的効力を有するものでないことはここに改めていうまでもないところである。それは主観的には被告人の同一により、客観的には所謂公訴事実の同一性によってそれぞれ限定さ

れた領域において一定の所謂外部的効力（既判力）を有するに過ぎないのである（なお確定裁判の所謂内容的確定力の対外的効果として、確定裁判においてなされた事実認定に規準性を附与し、これを当該被告人に対する他の訴訟にまで広く及ぼそうとする見解の存することは所論の指摘するとおりであるが、俄かに賛同し難い。）」

—東京高判S40. 7. 8 判時438-62

3 一事不再理効

(1) 意義と根拠

一事不再理効とは、同一事件について再訴を許さないということであり、憲法39条にいう、無罪とされた行為や、同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問われないことをいう。

一事不再理効が生じる根拠については、大きく分けて、内容的効力説と手続的効力説がある。

内容的効力説 —実体判決の内容的確定力の外部的効力（拘束力）を根拠とするものである。既判力説ともいう。

手続的効力説 —訴因制度を検察官側から見た公訴権消滅説と被告人側から見た二重の危険説がある。

公訴権消滅説 は、確定判決により検察官の訴追権が消滅したことを根拠とする。

二重の危険説 は、被告人に再訴を受ける危険を負わせることはできないことを根拠とする。

内容的効力説は、公訴事実を審判の対象とする立場から提唱されるものである。訴因を審判の対象とする立場に立って内容的効力説を採ると、内容的確定力は訴因（有罪の場合は「罪となるべき事実」）についてのみ生じ、公訴事実を同一にする事実には及ばないことになるので、再訴を許す範囲が広がり、被告人にとっても訴訟経済上も不利益となる。したがって、訴因対象説からは内容的効力説を採ることはできない。

一方、手続的効力説は、検察官は訴因変更により公訴事実の同一性の範囲内において公訴権を行使することができ、被告人はその範囲内の事実について訴追を受ける危険を負担したことになるので、公訴事実を同一にする範囲の事実一事不再理効を及ぼし得ることになり、訴因対象説と整合する。

手続的効力説の内、公訴権消滅説は、実定法上の明文の根拠を欠き、実質は被告人の側から見た二重の危険の裏返しである。一方、二重の危険説は、米国の二重の危険の原則に由来する憲法39条を直接の根拠とし、一事不再理効が被告人の利益のための原則であることを明確にする点において妥当である。二重の危険説が判例であり（注）、通説とされている。

なお、内容的効力説と公訴権消滅説は、確定判決があることを前提とするが、二重の危険説は、被告人が一度刑事手続にさらされた危険を二度と負わせないことを根拠とするので、確定判決を前提とする必然性はないことになる。しかしながら、一事不再理効が二重の危険の法理を根拠にするとしても、その効力の発生は、画一的判断の要請から、裁判が確定したときに発生すると解すべきである。そのことは、法337条1号が、確定判決を経たときに免訴判決の言渡しをしなければならないと規定しているところからも明らかである。

（注）「元来一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという、根本思想に基くことはいうをまたぬ。そして、その危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである。したがって同じ事件においては、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険（ダブル、ジエバーデイ）ないし二度危険（トワイス、ジエバーデイ）というものは存在しない。それ故に、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が上訴をなし有罪又はより重き刑の判決を求めることは、被告人を二重の危険に曝すものでもなく、したがってまた憲法39条に違反して重ねて刑事上の責任を問うものでもないと言わなければならぬ。」

—最大判S25. 9. 27刑集4-9-1805

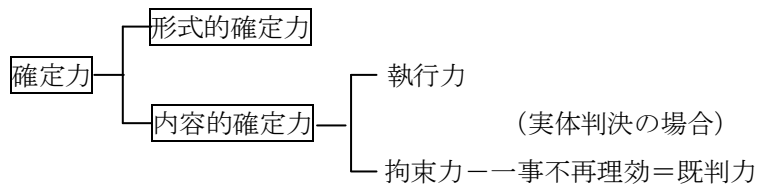
（2）判決の効力と一事不再理効の関係

次に、一事不再理効に関する内容的効力説（下記図①）及び二重の危険説（下記図②）のそれぞれの立場から、判決の効力と一事不再理効との関係を図示する。

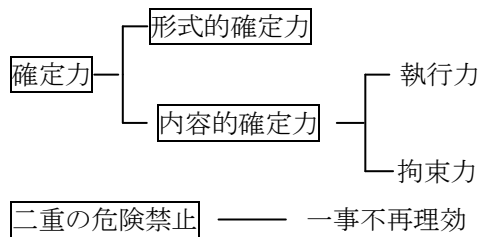
なお、同じ二重の危険説に立っても、一事不再理効の位置付けは様々であつて、判決の内容的確定力に関する具体的規範説に立って、一事不

再理効を判決自体の効力としない見解の外、形式的確定力とともに、判決の存在的効力の一つとして位置づける見解もあるし、判決の内容的確定力に関する訴訟法説の立場から、二重の危険が判断事項以外にも及ぶことから、内容的確定力とは別に位置づける見解の外、拘束力と並べて内容的確定力の一つとする見解もある。ここでは、内容的確定力の本質に関する立場の如何に関わらず、一事不再理効を判決自体の効力とは見ない見解（下記図②）に立って、分かり易く図示するに止める。

① 内容的効力（既判力）説



② 二重の危険（手続的効力）説



(3) 発生事由

一事不再理効は、内容的効力説によっても、二重の危険説によっても、実体判決に伴って発生し、形式判決には生じない。実体判決では有罪か無罪かの実体審理が行われ、実体関係について判断がなされるからであり、形式判決では、実体審理を行うことができないからである。

問題は、免訴判決と審判不開始決定の一事不再理効の有無である。

① 免訴判決

免訴事由があれば、実体審理をすることは許されないから、免訴判決は、形式裁判であるが、免訴事由（法337）は、いずれも訴追を許さない事由であるから、その意味において、一事不再理効が発生す

るといえる。

② 審判不開始決定

少年事件の審判不開始決定は、刑罰権の存否の認定をするものではなく、刑罰を科される危険を負ったとはいえないので、一事不再理効は生じない（注）。

（注）「この処分（審判不開始決定）が行われるについては、対象とされた非行事実の不存在、犯罪の不成立、要保護性の不存在等事案の実体に関する事実上又は法律上の判断がなされうること、同条の法意からみて当然である。しかしながら、この場合になされる事実上又は法律上の判断は、他の少年法上の処分が行われる場合と同様に、終局において、少年法の所期する少年審判の目的達成のためになされるものであって、刑事法の所期する刑事裁判の目的達成のためになされるものではない。したがって、同じく事実又は法律に関する判断であっても、刑事訴訟において対審公開の原則の下に、当事者が攻撃防御を尽くし、厳格な証拠調べを経た上で、刑罰権の存否を決定するためになされる事実認定又は法律判断とは、その手続を異にする。それ故、本件の如く、審判不開始の決定が事案の罪とならないことを理由とするものであっても、これを刑事訴訟における無罪の判決と同視すべきではなく、これに対する不服申立の方法がないからといって、その判断に刑事訴訟におけるいわゆる既判力が生ずることはないものといわなければならない。」

—最大判S40. 4. 28 判時406-15

（4）効力が及ぶ範囲

一事不再理効の根拠の項において述べたとおり、その効力が及ぶ事実の範囲は、被告人が刑事訴追の危険を負うべき公訴事実を同一にする範囲の事実である。

また、一事不再理効がどの時点までの犯罪事実にあつたかの時間的範囲は、第一審判決言渡し時までの事実と、例外的に控訴審の破棄自判時までの事実である。ただし、その時点まで事実の審理をすることが可能だからである。

以下、一事不再理効の範囲に関する問題点と関係判例を摘示する。

① 科刑上一罪の一事不再理効は、事実上訴追することができなかったその一部の犯罪にあつたか

例えば、科刑上一罪を構成する一部の犯罪が親告罪で、告訴がないため訴追できない場合にも、それは訴追側の都合であつて、被告人に

としては訴追の危険にさらされたのであるから、その親告罪にも一事不再理効が及ぶ。

- ② 傷害罪で有罪の確定判決を受けたあと、その被害者が死亡した場合、改めて傷害致死罪により起訴できるか。

この場合は、確定前に傷害致死罪に訴因の追加変更をすることは不可能であったが、その行為についてはすでに審理され処罰されているので、再度訴追の負担を負わせるのは二重の危険の原則に反し、許されない。その意味では、二重の危険は抽象的危険をもって足りる。

- ③ 併合罪の関係にある犯罪に一事不再理効は及ぶか。

例えば、交通事故（業務上過失致死傷）により有罪の確定判決を受けたあと、その事故に伴う救護・報告義務違反により起訴できるかという問題である。

学説には、同時立証が可能な場合等には、一事不再理効が及ぶとする見解があるが、同時立証が可能か否かという基準では、画一的に判断すべき裁判の効力範囲を画する基準として妥当ではない。公訴事実を同一にしない併合罪に一事不再理効が及ぶと解するのは、訴因変更の可能性があることを二重の危険の根拠とした理念とも整合しないので、消極に解する。

- ④ 実質上余罪を処罰する趣旨で量刑に考慮されたと認められる場合、その余罪に一事不再理効は及ぶか。

確定判決のあった本件の量刑について、単に余罪が本件の情状資料とされたに止まらず、余罪についても処罰されたと認められる場合は、実質上訴追され、審理処罰される負担を負ったと認められるから、積極に解する（注）。

（注）「大阪地方裁判所に起訴されなかった前後8回の不法投棄の事実が、量刑のための一情状として考慮されたというよりは、むしろ概括的であるにせよ実質上これを処罰する趣旨で認定され量刑の資料として考慮され、特に執行を猶予すべからざる事情として参酌されて重い刑を科されたというほかなく、かかる場合には右大阪地方裁判所の確定判決の既判力はともかくとして、被告人のための二重の危険の禁止としての一事不再理の効力は廃棄物不法投棄の事実にも及ぶと解するのが相当である。」

—大阪高判S50. 8. 27 判タ333-339

- ⑤ 単純窃盗罪により懲役刑に処した判決確定後、その確定判決前の余罪である窃盗行為について単純窃盗罪により起訴されたが、確定判決を受けた窃盗と余罪窃盗が常習特殊窃盗一罪に該当すると認められる場合、同確定判決の一事不再理効は、同余罪窃盗に及ぶか。

一事不再理効とは、憲法第39条後段に基づき、確定判決を受けた犯罪事実と同一の事件については再訴を許さない効力であり、訴因を審判の対象とする立場からは、判決の拘束力に基づく効力ではなく、被告人に同一事件について訴追を受ける危険を負わせることを禁止する二重の危険法理を根拠とするので、公訴事実を同一にする事件として認定できることが前提である。

問題は、後訴の単純窃盗にかかる訴因の拘束力との関係であって、その訴因に拘束されずに常習特殊窃盗一罪を認定することができるか否かにある。できるとする積極説によれば、同一事件について再訴されたことになって、法337条1号の「確定判決を経たとき」に当たるので、免訴の判決を言渡すべきことになり、できないとする消極説によれば、訴因とされている単純窃盗を罪となるべき事実として、法333条により有罪判決を言渡すべきことになる。

積極説の論拠は、訴因制度の趣旨について、裁判所が訴因を越えて事実を認定し有罪判決をすることは、被告人の防御権を侵害するので許されないが、免訴や控訴棄却の形式裁判をする場合には、訴訟条件の存否は職権調査事項であるうえ、被告人の防御権を侵害するおそれはないので、訴因には拘束されないとして、証拠により確定判決にかかる犯罪とその判決前の犯罪が一罪であると認定できる場合は確定判決の一事不再理効が及び、免訴判決を言い渡すことができるというものである。しかしながら、訴因制度は被告人の防御権を保障するためだけにあるのではなく、検察官は一罪を構成する行為の一部を起訴することもできる訴因構成の裁量権を有し、その訴因が審判の対象となるのであって、裁判所は訴因に明示された事実について訴訟条件の存否を判断すれば足り、その範囲外の事実を職権により認定することは不告不理の原則に反し許されない。したがって、確定判決の罪となるべき事実とされた訴因と確定判決後に起訴された訴因の間の公訴事実

の同一性など訴訟条件の存否も、両訴因の比較対照により判断すべきものであるところ、本問の場合は、両訴因が共に単純窃盗であって、常習性を考慮する余地はない。よって、消極説を是とする。

詳細は、積極説に立つ下記(ア)の判決、及び消極説に立つ下記(イ)の判決とその上告審である(ウ)の最高裁判例を参照されたい。なお、(ア)の判決は、(ウ)の最高裁判決により判例変更された。

また、単純窃盗による有罪判決確定後、その判決確定前の余罪窃盗事件を常習累犯窃盗により起訴した場合や、常習痴漢による有罪判決確定後、その判決確定前の余罪痴漢行為を単純痴漢により起訴した場合は、両訴因を比較検討しただけで、下記(ウ)の最高裁判例がいう常習性を認定すべき契機が存在するので、いずれも常習一罪を認定することができれば、確定判決を経た同一事件について起訴されたものとして、免訴の判決を言渡すことになる(前者について 最二判S43.3.29判時515-84、後者について 最二判H15.6.2判時1829-162)。確定判決により認定された訴因(罪となるべき事実)と後訴の訴因を比較することにより公訴事実の同一性があるとの疑いが生じた場合は、公訴権に基づく訴因の拘束力より実体的真実主義を優先して正義を実現すべきであるとの趣旨であろう。

なお、確定判決の拘束力との関係では、審判の対象となった訴因について確定した罪となるべき事実以外の事実を認定することはできないというに止まり、審判の対象になっていない余罪窃盗事実を認定することに何ら支障はない。また、拘束力が生じるのは、罪となるべき事実であって、その事実が単純窃盗に当たるか否かの法律の適用関係ではないから、確定判決が単純窃盗であっても、その窃盗事実を後訴の余罪窃盗と合わせて、常習特殊窃盗一罪として再認定することにも支障はない。

(ア)「被告人には昭和56年10月22日言渡の確定判決が存し、右確定判決には本件起訴の窃盗行為とともに常習特殊窃盗の一罪を構成する窃盗行為がふくまれており、しかも本件起訴の窃盗行為はいずれも確定判決前の行為である。そうすると、本件起訴事実については、一罪の一部につき既に確定判決を経ていることになるから、免訴されるべき筋合である。もっとも、この結論に対しては、検察官の主張の如く二つの問題がある。一つは、確定判

決が単純窃盗であるという点である。まず、確定判決で単純窃盗と認定されたものを後訴において常習特殊窃盗と認定するのは確定判決の拘束力を無視するのではないかということについていえば、後に起訴された事件について確定判決を経ているか否かということは、その事件の公訴事実の全部又は一部について既に判決がなされているかどうかの問題であって、判決の罪名等その判断内容とは関係がなく、したがって確定判決の拘束力を問題とする余地はない。これを本件についていえば、1個の常習特殊窃盗の罪の一部について、確定判決では単純窃盗と認定されてはいるが、ともかく有罪の判決がなされている以上、確定判決を経ていることになるのである。次に、本件の確定判決における単純窃盗の審理において常習特殊窃盗として審判を求めることはできなかったのであり、追訴が事実上不能であった場合にも、同じ一罪の一部についての確定判決の効力を及ぼすことは不当であるとの主張についてみると・・・(中略)・・・その例外的規準を具体的に定立すること自体が甚だ困難である上、仮に規準が設けられても、それを具体的に適用するにあたって一層の困難を将来せざるを得ない。即ち、当該犯行及びそれと被告人とを結び付ける証拠が捜査官側にどの程度判明していたか、又知り得る可能性があったかを中心に被告人の前科、生活歴、事件に対する供述の程度、共犯者の有無及びその役割、被害の裏付の程度、時期、犯行の場所、捜査の態勢等幾多の事情を探究し総合し、右規準に適合するか否かを判断しなければならないのであって、かくては既判力制度の画一性を害し、被告人の立場を不安定ならしめることになる。」

「検察官は、裁判所は右の訴因に拘束され、重い常習特殊窃盗の罪を認定することができないと主張するが、訴因制度の趣旨、目的に照らすと、裁判所は訴因を越えて事実を認定し有罪判決をすることは許されないが、免訴や公訴棄却といった形式的裁判をする場合には訴因に拘束されないと解すべきである。即ち、訴因は有罪を求めて検察官により提示された審判の対象であり、訴因を超えて有罪判決をすることは、被告人の防御の権利を侵害するから許されないが、これに対し、確定判決の有無という訴訟条件の存否は職権調査事項であるうえ、その結果免訴判決がなされても、被告人の防御権を侵害するおそれは全くないから、訴因に拘束力を認める理由も必要性も存しないのである。このように解さなければ、実体に併せて訴因が変更されれば免訴となるが、そうでなければ有罪判決になるということになり、検察官の選択によって両極端の結果を生じさせるのは、不合理であって、とうてい容認できず、かかる実際的な観点からも、検察官の主張は採り得ない。」

—高松高判S 59, 1, 24 判時1136-158

(イ)「訴因制度を採用している現行法上、検察官は訴因の設定構成に関する訴追裁量権を有しているから、起訴が可能な犯罪事実の全部を訴因に含めて起訴する必要は必ずしもないのであり、また、裁判所も検察官が設定した訴因の範囲内で審判を行うことになる。したがって、被疑者が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成する複数の窃盗行為（未遂を含む。）を犯した場合であっても、検察官は立証の難易、当該被疑者の犯罪傾向等、諸般の事情を考慮して、併合罪関係にある単純窃盗として訴因を構成して起訴することもできるのであり、その場合、公判裁判所もその訴因に拘束され、併合罪関係にある単純窃盗として審判することになる。」

「この場合、併合罪関係にある数個の事実のうちの一部の事実に関する確定判決の一事不再理効は、公訴事実の同一性の範囲を超える他の事実には及ばないから、単純窃盗の訴因に係る確定判決の一事不再理効は、これと併合罪関係にある単純窃盗の訴因で起訴がなされた後訴には及ばないのである。」

「前記裁判例（高松高裁判決）のように解すると、単純窃盗の訴因で有罪となった確定判決が存在し、それが後訴において、常習特殊窃盗罪の一部についてなされた有罪判決であると判断された場合、前記確定判決以前に敢行した同様の方法によるすべての窃盗行為に一事不再理効が及び、そのような窃盗の余罪が後になって発覚し、それらを起訴すると、単純窃盗として処罰された確定判決は本来は常習特殊窃盗罪の一部についてなされた確定判決であったとして、免訴の裁判を受けることになり、結局、前記余罪については起訴できないことになるが、このことは、盗犯等防止法2条各号所定の方法という危険な方法による窃盗行為を反復留行した犯人を重く処罰しようとする法の趣旨を著しく没却し、不合理な結果となるばかりでなく、前記のように、盗犯等防止法2条各号所定の方法による単純窃盗罪により確定判決を受けた被告人が、それ以前の同種の方法による犯行について、単純窃盗罪として起訴された場合、後訴裁判所としては、両訴因の比較という観点を起訴として検討するだけでは足りず、訴訟条件に関する免訴事由存否の判断のために、常に両訴因に掲げられた窃盗行為が一つの常習特殊窃盗罪を構成するものであるか否か検討しなければならない場合によっては、この点を解明するために証拠調べを重ねなければならないことも考えられるのであって、およそ実務処理上も妥当とはいえない帰結に至ることが明らかである。」

—東京高判H14. 3. 15 判時1817-162

(ウ)「訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の

性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを規準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因がともに単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。」

「なお、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強くうかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるが（最高裁昭和42年（あ）第2279号同43年3月29日第二小法廷判決・刑集22巻3号153頁参照）、本件は、これと異なり、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪の場合であるから、前記のとおり、常習性の点につき実体に立ち入って判断するのは相当ではないというべきである。」—最三判H15. 10. 7 判時1843-3

第Ⅶ章 裁判員制度

第1 総則

1 制度趣旨

「裁判員制度」とは、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下「裁判員法」という）に基づく裁判制度の略称であり、裁判員法に基づく裁判を「裁判員裁判」ともいう。

裁判員法は、国民の中から選任された裁判員が裁判官とともに刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することに鑑み、裁判員裁判に関し、裁判所法及び刑事訴訟法の特則その他の必要な事項を定める特別法である（裁判員法1）。

既存の裁判官のみによる裁判制度に裁判員制度を加えた趣旨については、既存の裁判制度に対する不信感を根底に置き、国民の常識を裁判に反映させることにより裁判制度を改革するものであるという見方と、基本的には既存の裁判制度が国民の信頼を得ていることを前提として、国民の常識を裁判の内容に反映させることにより裁判制度を改善するものであるという見方があり、立法当局者は、後者の見解を採っている（注1）。いずれにしても、裁判員制度により、司法に対する国民の理解が一層深まり、司法がより強固な国民的基盤を得ることができるようになることが期待されている。

また、裁判員制度は、長年に亘り刑事手続上の懸案とされてきた実質的な口頭弁論主義、直接主義を実現せざるを得ない制度であって、一般刑事裁判にも影響するところ大なるものがあると予想される。即ち、従前の裁判手続においては、所謂精密司法を指向し、裁判官は、公判廷における証言や証拠書類の朗読により心証を採るよりも、裁判官室において、詳細にわたる証言調書や証拠書類を読み込んで心証を形成していたため、口頭弁論主義、直接主義は形骸化していた。ところが、裁判員裁判においては、裁判員が裁判実務に精通していない一般国民から選任されるので、詳細な証拠書類、中でも供述調書を読み込んで心証を採ることは困難であり、裁判員の時間的、経済的な負担を軽減するためには、短期間の集中審理を実現する必要があるので、公判廷における争点を絞った証

言や簡にして要を得た証拠書類の朗読から直接心証を採る、所謂核心司法を指向せざるを得ないことになる。かくして、裁判員制度は、必然的に実質的な口頭主義、直接主義を実現させるものとなるのである。

国民参加の裁判制度としては、我が国においても、戦前の昭和3年に陪審法が施行されたが、昭和18年4月に陪審法の停止に関する法律により施行が停止されている。その停止の理由は、陪審の評議に付される事件が減少し、昭和13年以降は毎年1件ないし4件にすぎない状態になったことと、戦時下のもと、緊迫した状況の中で、各市町村による陪審員資格者名簿等の作成作業や、陪審員の出頭の負担が少なくないこと等の諸事情が考慮されたものと考えられている。なお、陪審の評議に付される件数が少なくなった制度上の問題として、必要陪審の対象事件である死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に係る重大事件について被告人に辞退権を与え、請求陪審の対象事件である長期3年以上の懲役又は禁錮に係る事件については、被告人に陪審の請求権と取下権が与えられていたこと（陪審法2、3、6）、裁判所は、陪審の答申に拘束されず、何度でも陪審を更新するということできたこと（同法95）、その陪審の答申を採択して事実の判断を行った判決に対しては控訴が認められなかったこと（同法101）などから、陪審を選択しない被告人が多かったのではないかといわれている。（注2）

（注1） 第159国会平成16年4月9日衆議院法務委員会における野沢太三法務大臣、実川幸夫副法務大臣及び山崎潮政府参考人の答弁（会議録10、18頁等）

（注2） 同衆議院法務委員会における実川幸夫副法務大臣及び山崎潮政府参考人の答弁（会議録10頁）

2 対象事件

（1）裁判員裁判においては、地方裁判所に係属する次の事件を取り扱う（裁判員法2・I）。

- ① 死刑又は無期の懲役若しくは禁固に当たる罪に係る事件
- ② 短期1年以上の懲役若しくは禁固に当たる罪であって、故意により被害者を死亡させた事件

国民の司法参加を実現し、国民の常識を司法に反映させる観点からは、対象事件に制限を加えず、あるいは、むしろ軽微な事件から始める

ことも考えられるところであるが、裁判員制度の円滑な導入のためには対象事件をある程度限定する必要があるうえ、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい事件とすることが相当であると考えられ、最も重い法定刑である死刑または無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪の事件をまず対象とすると同時に、特に国民の関心が高いものとして、法定合議事件であって故意の犯罪行為により被害者を死亡させた事件を対象としたものである（注1）。故意の犯罪行為により被害者を死亡させた事件とは、殺意は認められないが、犯罪自体は故意により行われた犯罪を指し、例えば、傷害致死罪などがこれに該当する。

- (2) 但し、裁判所は、対象事件について、①被告人の言動、被告人がその構成員である団体の主張、当該団体の他の構成員の言動、現に裁判員候補者又は裁判員に対する加害若しくはその告知が行われたこと等の事情により、②裁判員候補者、裁判員若しくは裁判員であった者、これらの親族若しくはこれに準ずる者の生命、身体若しくは財産に危害が加えられるおそれ又は生活の平穏が著しく侵害されるおそれがあり、③そのため裁判員候補者又は裁判員が畏怖し、裁判員候補者の出頭を確保することが困難な状況にあり、又は裁判員の職務の遂行ができずこれに代わる裁判員の選任も困難であると認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、これを対象事件から除外し、裁判官の合議体で取り扱う決定をしなければならない（裁判員法3）。

被告人側の違法行為により裁判員裁判が左右されることなど、あってはならないことであり、本来は、その違法行為を排除し、裁判員らの不安を除去して、裁判員裁判を遂行するのが本筋である。しかしながら、裁判員を確保し、裁判員裁判を軌道に乗せるためには、裁判員法3条に規定するような事態が生じ、裁判員等に過大な精神的負担が生じた場合には、例外中の例外として対象事件から外すことができるようにしたものである（注2）。したがって、単に不安を抱いている程度では、これに該当せず、その不安の除去は、警備上の措置により排除されるべきことになる。

- (3) 対象事件以外の事件であっても、対象事件の弁論と併合することが適当と認められるときは、裁判員の参加する合議体で取り扱うことができ

る（裁判員法4・I）。また、裁判員の参加する合議体で取り扱っている事件の全部又は一部について、訴因の変更に伴い罰条が撤回又は変更されたため対象事件に該当しなくなったときであっても、当該合議体で取り扱うのを原則とするが、審理の状況その他の事情を考慮して適当と認めるときは、裁判所法26条（1人制と合議制）の定めにより、従前の裁判官のみで構成される裁判所で取り扱うことができる（裁判員法5）。いずれも、訴訟経済上の観点や量刑上一体として判断する必要性が考慮されたものである。したがって、前者は、併合罪処理をすることによる被告人の量刑上の利益に加え、併合すべき事件との関連性と裁判員の負担との関係において、後者は、訴因変更後に予定される審理内容と裁判員の負担との関係において、判断されることになる。

（注1）第159国会平成16年4月9日衆議院法務委員会における野沢太三法務大臣答弁（会議録9、10頁）

（注2）同法務委員会における政府参考人山崎潮答弁（同会議録11頁）

3 合議体の構成

裁判員裁判は、裁判員の参加する合議体で行われ（裁判員法2・I）、原則として、裁判官3名、裁判員6名により構成されて、裁判官のうちの1人が裁判長となる（同法2・II）。

但し、対象事件のうち、公判前整理手続による争点及び証拠の整理において公訴事実と争いがないと認められ、事件の内容その他の事情を考慮して適当と認められるものについては、裁判所は、裁判官1人及び裁判員4人から成る合議体を構成して審理及び裁判をする旨の決定をすることができる（裁判員法2・III）。なお、この例外的合議体の構成は、犯罪事実と争いが無い場合でも、犯情について重大な争いがある場合などには、適当とは認められないことになると思われる。

裁判所は、この例外的合議体の構成を決定するには、公判前整理手続において、検察官、被告人及び弁護人に異議のないことを確認しなければならない（裁判員法2・IV）。したがって、当事者に異議がある場合は、この決定をすることはできないことになる。この決定は、裁判員法27条1項に規定する裁判員等選任手続の期日までにしなければならない（裁判員法2・V）。但し、裁判所は被告人の主張、審理の状況その他

の事情を考慮して、事件を裁判官1人、裁判員4人の合議体で取り扱うことが適当でないとしたときは、この決定を取消することができる（裁判員法2・VII）。

裁判員裁判の合議体の構成については、制度設計の当初から、従前の裁判官による裁判制度に対する批判的な観点から、国民による裁判を実現するため、裁判員9人以上に裁判官1、2人を加える日本弁護士連合会を中心とする主張と、従前の裁判官による裁判が正常に機能しているという認識の上に立ち、これに国民の声をを入れて更により良くするため、裁判官3人に裁判員3～4人を加える主張が対立していたが、結局、両者の主張を折衷して現行法の構成に落ち着いたものである（注1）。

（注1）第159国会平成16年4月9日衆議院法務委員会において、野沢三三法務大臣は、裁判官・裁判員の構成を3対6とした理由について、次の通り答弁している（同会議録9、10頁）

「やはり評議の実効性を確保する、それから、それぞれの裁判員の方が責任感と集中力を持って裁判に主体的、実質的に関与する、それから、発言の回数も、やはり自分の思っていることを十分にいい尽くすためには余り数が多いとまた難しいなということもあって、まずは、合議体全体の規模は十人に至らないというところの枠の方を固めまして、その上で、裁判員の対象とする事件が法定合議事件でも重大なものということであるからには、これまでの実績等を考えまして、現行の法定合議事件と同様に裁判官3人というのが慎重な裁判を行う上には必要であるなど、その中で、さらに裁判員がなるべく多くということから、相当程度の数をということで6人が決まってきた。」

4 裁判官及び裁判員の職務権限

実体判決（有罪の場合の刑の言渡し及び刑の免除並びに無罪）若しくは少年法55条による家庭裁判所への移送決定に係る裁判所の判断のうち、事実の認定、法令の適用、刑の量定の判断（以下「裁判員の関与する判断」という）及びそのための審理については、合議体の構成員である裁判官（以下「構成裁判官」という）及び裁判員の合議で行い、法令の解釈、訴訟手続、その他の裁判員の関与する判断以外の判断及びそのための審理は構成裁判官の合議で行う（裁判員法6）。

事実の認定とは、証拠により犯罪事実を認定することであり、その証拠の証明力は、それぞれの裁判官及び裁判員の自由な判断に委ねられる（裁

判員法62条)。つまり、裁判員裁判においても自由心証主義が採られ、裁判員も裁判官と同等の立場で自らの心証にしたがって証拠の証明力を判断し、その判断の過程で、社会常識が反映されるものと期待される。

事実認定に関しては、裁判員裁判が迅速かつ分かり易い裁判を掲げ、いわゆる核心司法を指向せざるを得ない反面、判断の対象となる証拠が薄くなるおそれがあり、従来の精密な自白の獲得過程から生じる誤判とは違った意味で、誤判を生む懸念がある外、評議にかかる時間の制約等から判決理由を簡素化せざるを得ない等の問題がある。

法令の適用とは、認定した事実に刑罰法令を適用することであって、例えば殺人の故意（殺意）についていえば、当該事件の被告人の意識ないし認識内容が殺意の意義ないし要件に該当するか否かを判断することであり、殺人の故意の意義ないし要件を明らかにすること自体は、構成裁判官が合議により判断する法令の解釈に当たる。裁判員は、法令の解釈はしないが、法令を認定事実に適用するに当たっては、その前提として法令の解釈内容を理解する必要があるので、裁判長による解釈内容の説明が重要となり、その説明を理解させるためには、裁判員にも理解できる法令解釈及びその認定基準の簡素化等が課題となる。

裁判員の関与する判断は、事実認定ばかりではなく、量刑にまで及ぶものであり、理念としては、量刑にも社会常識を反映させようとするものであるが、法定刑の幅が広い我が国の刑法にあって、刑事裁判の経験がない裁判員が量刑を判断するのは相当に困難であろうと思われる。その判断の公平性を保つためには、裁判官により構成された裁判所の過去の判決結果を集計した量刑資料に頼らざるを得ず、反面、このような量刑資料に頼りすぎるとは、裁判員に量刑を判断させることにした趣旨にもとることになる等の問題がある。

構成裁判官の合議で判断するとされた事項は、いずれも法律の専門知識を要するものであり、国民の常識を入れるべき事実認定等には直接関係しないので、法律の専門家である裁判官の専権事項とされたものである。

訴訟手続に関する判断が裁判官の専権とされていることについては、自白の任意性及び第三者の供述録取書の特信状況の判断に関して問題となるが、この点は、「公判前整理手続」の項において解説したとおりである。

第2 裁判員等（裁判員及び補充裁判員）

1 地位

裁判員は、裁判員裁判を行う裁判所の構成員であり（裁判員法2）、裁判員の関与する判断に関しては、裁判官と同等の地位にあるから、裁判官と同様、独立してその職務を行う（裁判員法8）。

裁判員法は、裁判官と同様の独立した職務の遂行を担保するため、裁判員に対し、以下の義務を課している。

裁判所は、審判の期間その他の事情を考慮して必要があると認めるときは、補充裁判員を置くことができる（裁判員法10・I本文）。補充裁判員は、合議体を構成する裁判員の員数に不足が生じた場合に備えるため、あらかじめ選任されるものである。したがって、裁判員に選任される場合に備え、裁判員の関与する判断をするための審理に立会い、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧することができ、以下の裁判員法9条による裁判員義務規定が準用される（裁判員法10・II～IV）。

(1) 公平誠実義務等

法令に従い公平誠実にその職務を行い（同法9・I）、裁判の公正さに対する信頼を損なうおそれのある行為やその品位を害するような行為をしてはならない（同法9・IIIIV）。

(2) 守秘義務

裁判員は、評議の経過並びにそれぞれの裁判官及び裁判員の意見並びにその多少の数（以下、「評議の秘密」という）その他の職務上知り得た秘密を漏らしてはならない（裁判員法9・II、70・I）。

(3) 裁判長の説明と裁判員等の宣誓義務

裁判長は、裁判員等に対し、規則で定めるところにより、その権限、義務その他必要な事項を説明し、裁判員等は、同規則で定めるところにより、法令に従い公平誠実にその職務を行うことを誓う旨の宣誓をしなければならない（裁判員法39）。正当な理由がない宣誓拒否は、10万円以下の過料に処せられる（裁判員法112③）。

裁判員法39条の裁判長の説明義務規定を受けて、裁判員の参加する刑事裁判に関する規則（以下「裁判員規則」という）34条は、「裁判長は、裁判員及び補充裁判員に対し、その権限及び義務のほか、事実

の認定は証拠によること、被告事件について犯罪の証明をすべき者及び事実の認定に必要な証明の程度について説明する。」と規定している(注1)。

(注1) この説明は、第V章第2の2項「心証(証明)の程度」の項に引用した最一決H19.10.16等の判示に添った説明がなされるものと思われる。

2 選任

(1) 選任資格及び不選任事由

裁判員等は衆議院の選挙権を有する者の中から選任される(裁判員法13、19)。但し、一定の欠格事由、就職禁止事由、辞退事由、事件に関連する不適格事由及び裁判所が不公平な裁判をするおそれがあると認めた場合の不適格事由が定められている(裁判員法14～19)。

- ① 欠格事由(裁判員法14)は、裁判の内容についての基本的理解能力に欠ける者や心身の故障のため裁判員の職務の遂行に著しい支障のある者の外、人を裁くにはふさわしくない者として、国家公務員としての欠格事由のある者及び禁固以上の刑に処せられた者が列記されている。
- ② 就職禁止事由(裁判員法15)は、三権分立の観点から除くのが相当とされた立法府や行政府の中枢にいる者(各省の審議官、局長以上等)、裁判員制度が一般人の社会常識を反映させることに意義があるという観点から除くのが相当とされた法曹経験者、司法関係者又は法律専門職に従事する者、職務上緊急事態に対応する必要がある自衛官の外、禁固以上の刑に当たる罪で起訴され、あるいは逮捕勾留されていて、裁判員として職務に従事することが困難と認められる者が列記されている。
- ③ 辞退事由(裁判員法16)は、同条1～7号に裁判員としての職務を義務とするには負担が大きすぎると思われるものを列記したうえ、8号にやむをえない事由があつて裁判員等選任手続の期日に出頭することが困難な者について、想定される典型事例を列举し、その他のやむをえない事由については、政令で定めることになっている。

辞退事由の中で、国民の関心が高いと思われる8号(ハ)「その従

事する事業における重要な用務であって、自らがこれを処理しなければ当該事業に著しい損害が生じるおそれがあるものであること」については、用務の重大性、非代替性及び著しい損害が生じるおそれの有無が判断の指標となる。

また、政令で定められるやむを得ない事由として、思想、信条の自由に基づく辞退事由が検討されたようであるが、それ自体を理由とする辞退事由は、政令に規定されるには至らなかった(注)。思想、信条を理由として裁判員としての職務を行うべき義務を免れるのは公共の福祉に反するのではないかと思われるうえ、実際問題として、この辞退事由を認めると、単なる好き嫌いとの一線を画するのは相当に困難であろうと思われる。

- ④ 事件に関連する不適格事由(裁判員法17)は、不公平な裁判をするおそれのある場合を列挙したものであって、法20条の裁判官の除斥原因と同様の趣旨の規定であり、その他不公平な裁判をするおそれのある場合を不適格事由(裁判員法18)としたのも、法21条の忌避原因と同様の趣旨によるものである。

(注)「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第16条第8号に規定するやむを得ない事由を定める政令(平成20年1月17日政令3号)

なお、同政令は1号から5号に個別のやむを得ない事由を規定したうえ、同6号に「前各号に掲げるもののほか、裁判員の職務を行い、又は裁判員候補者として第27条第1項に規定する裁判員選任手続の期日に出頭することにより、自己又は第三者に身体上、精神上又は経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由があること」との一般規定を置いており、思想、信条上の理由のみによる辞退は認められないものの、思想、信条に反して裁判員の職務を強いられることにより精神上の重大な不利益が生ずると認められる至れば、同号に該当する余地はあるものと思われる。

- (2) 選任手続は、次の手順により行われる。

- ① 地方裁判所は、対象事件の取扱状況その他の事項を勘案して、毎年9月1日までに、次年度に必要な裁判員候補者の員数をその管轄区域内の市町村に割り当て、これを各市町村の選挙管理委員会に通知する(裁判員法20・I)。

- ② 市町村の管理委員会は、選挙人名簿に登録されている者の中から、裁判員候補者の予定者として①の通知に係る員数の者をくじで選定し、選挙人名簿に記載されている氏名、住所及び生年月日の記載をした裁判員候補者予定者名簿を調製したうえ、①の通知を受けた年の10月15日までに当該地方裁判所に送付する（裁判員法21、22）。
- ③ 地方裁判所は、②により送付を受けた裁判員候補者予定者名簿に基づき、裁判員候補者の氏名、住所及び生年月日の記載をした裁判員候補者名簿を調製し、裁判員候補者について、死亡したことを知ったとき、選任資格がないと認めたとき、欠格事由および就職禁止事由があると認めたときは、裁判員候補者名簿から削除する（裁判員法23・I～III）。
- ④ 地方裁判所は、裁判員候補者名簿を調製したときは、当該裁判員候補者名簿に記載された者にその旨を通知する（裁判員法25）。
- ⑤ 裁判所は、対象事件につき第1回の公判期日が定まったときは、必要な補充裁判員を置くか否かの決定をし、審判に要すると見込まれる期間その他の事情を考慮して、呼び出すべき裁判員候補者の員数を定め、検察官及び弁護人に立ち会う機会を与えたうえ、くじで選定する（裁判員法26）。
- ⑥ 裁判所は、裁判員及び補充裁判員の選任のための手続（以下「裁判員等選任手続」という）を行う期日を定め、出頭日時、場所及び裁判員等選任手続を行う期日から裁判員の職務が終了すると見込まれる日までの期間（以下「職務従事予定期間」という）等を記載した呼出状を送達し、その送達の日から裁判員等選任手続期日との間に2週間以上の猶予期間において、⑤により選定された裁判員候補者を呼び出す（裁判員法27・I本文～IV、裁判員規則17、18、20）。

呼び出しを受けた裁判員候補者は、裁判員等選任手続の期日に出頭しなければならない（裁判員法29・I）。裁判員等選任手続期日への不出頭は、10万円以下の過料に処せられる（裁判員法112①）。

但し、職務従事予定期間において、選任資格がないこと、欠格事由、就職禁止事由及び辞退事由があると認められる裁判員候補者については、呼び出しをせず、呼び出し後その事由が判明したときは、その呼び出し

を取り消す（裁判員法27・I但書、VVI）。

- ⑦ 裁判所は、裁判員等選任手続に先立ち、裁判員候補者が職務従事予定期間において、選任資格、欠格事由、就職禁止事由、事件に関連する不適格事由及び辞退事由の有無ならびに不公平な裁判をするおそれがないかどうかの判断に必要な質問をするため、質問票を用いることができる（裁判員法30・I）。

裁判員候補者が、この質問票に虚偽の記載をして裁判所に提出したときは、50万円以下の罰金に処せられる外、この質問票に虚偽の記載をしたときは、30万円以下の過料に処せられる（裁判員法110、111）。

裁判員候補者は、質問票の送付を受けたときは、裁判所の指定に従い、当該質問票を返送し又は持参しなければならない（裁判員法30・II）。

- ⑧ 裁判長は、検察官及び弁護人に対し、裁判員等選任手続の2日前までに、呼び出した裁判員候補者の氏名を記載した名簿を送付し、裁判員等選任手続の期日に、その手続に先立ち、裁判員候補者が提出した質問票の写しを閲覧させなければならない（裁判員法31）。

- ⑨ 裁判員等選任手続きは、裁判官及び裁判所書記官が列席し、かつ、検察官及び弁護人が出席して行い、非公開により、裁判長の指揮の下に行う（裁判員法32・I、33・IⅡ）。裁判所は、必要と認めるときは、裁判員等選任手続に被告人を出席させることができる（裁判員法32・II）。

- ⑩ 裁判長は、裁判員等選任手続において、裁判員候補者に対し、⑦に掲げる事由の有無を判断するために必要な質問をすることができ、陪席の裁判官、検察官、被告人又は弁護人は、その判断をするために必要と思料する質問をすることを裁判長に求めることができる（裁判員法34・IⅡ）。

裁判員候補者が、この質問に対して虚偽の陳述をしたときは、50万円以下の罰金に処せられる外、この質問に対して正当な理由がなく陳述を拒み、若しくは虚偽の陳述をしたときは、30万円以下の過料に処せられる（裁判員法110、111）。

- ⑪ 裁判所は、職務従事予定期間において、裁判員候補者に選任資格の不存在、欠格、就職禁止及び不適格事由が存在すると認めたときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、不選任の決定をする（裁判員法 34・IV）。検察官、被告人若しくは弁護人の不選任請求を却下する決定に対しては、その請求者から異議の申立てをすることができる（裁判員法 34・VI、35・I）。

また、裁判所は、裁判員法 16 条の辞退の申立てがあった裁判員候補者についても、同条各号に掲げる者に該当すると認めたときは、不選任の決定をする（裁判員法 34・VII）。なお、辞退の申立てを却下する手続きは規定されていないので、辞退の申立てが容れられなかった場合の異議申立て方法はない。

- ⑫ 検察官及び被告人は、裁判員候補者について、それぞれ 4 人（裁判員法 2・III の決定があった場合は 3 人）を限度として、理由を示さずに不選任の決定の請求（以下「理由を示さない不選任の請求」という）をすることができ、補充裁判員を置くときは、その員数に応じて、1 ないし 3 人を加えた員数について、理由を示さない不選任の請求をすることができる（裁判員法 36・I II）。

裁判所は、理由を示さない不選任の請求があったときは、当該裁判員候補者について不選任の決定をする（裁判員法 36・III）。

理由を示さない不選任請求は、不公平な裁判をするおそれがあることまでは認められなくとも、当事者にその疑いがある者を排除することを許すことにより、裁判の公平性を更に確保することにしたものである。

なお、弁護人も、被告人のため理由を示さない不選任の請求をすることができるが、被告人の明示した意思に反することはできない（裁判員法 36・IV、法 21・II）。

- ⑬ 裁判所は、くじで、裁判員等選任手続の期日に出頭した裁判員候補者で不選任の決定がなされなかった者から合議体を構成する員数の裁判員を選任する決定をすると共に、補充裁判員を置くときは、同様の方法により、あらかじめ決定した員数の補充裁判員を裁判員に選任されるべき順序を定めて選任する決定をし、その余の裁判員候補者につ

いては不選任の決定をする（裁判員法 37、裁判員規則 33）。

加えて、裁判員候補者の補充措置（裁判員法 24）、裁判員候補者の追加呼び出し措置（同法 28）、裁判員が不足する場合の措置（同法 38）、裁判員、補充裁判員の追加選任措置（同法 46，47）が定められている。

なお、裁判員及び補充裁判員の選任数については、平成14年10月1日時点の20歳から69歳までの人口と同年の対象事件数を元に、一事件につき裁判員6名と補充裁判員3名が選任されると仮定した場合、年間で2万5000人余、3350人に1人の割合と推計されている（注）。

（注）第159国会平成16年4月9日衆議院法務委員会における政府参考人山崎潮答弁（同会議録2頁）

3 解任

(1) 解任請求

検察官、被告人又は弁護人は、裁判所に対し、次の各号のいずれかに該当することを理由として、裁判員又は補充裁判員の解任を請求することができる（裁判員法 41・I 本文）。

但し、不公平な裁判をするおそれがあるとき（7号）を理由とする請求は、当該裁判員又は補充裁判員が選任された後に知り、又はその後生じた原因を理由とするものに限る（裁判員法 41・I 但書）。裁判員選任手続において不公平な裁判をするおそれがあることを理由に不選任の請求をすることができたにもかかわらず、選任後にその理由を持ち出して解任の請求をすることは、手続の安定性を害するとされたものである。

- ① 裁判員又は補充裁判員が裁判員法 39 条 2 項の宣誓をしないとき（1号）
- ② 同法が定める各種義務に違反し、引き続き職務を行わせることが適当でないとき（2～5号）
- ③ 選任資格がないとき、欠格事由又は就職禁止事由若しくは事件に関連する不適格事由があるとき（6号）
- ④ 不公平な裁判をするおそれがあるとき（7号）
- ⑤ 裁判員候補者であったときに、質問票に虚偽の記載をし、又は裁判員等選任手続における質問に対して正当な理由なく陳述を拒み、若し

くは虚偽の陳述をしていたことが明らかとなり、引き続きその職務を行わせることが適当でないとき（8号）

- ⑥ 公判廷において、裁判長が命じた事項に従わず又は暴言その他の不穏当な言動をすることによって公判手続の進行を妨げたとき（9号）

（2）解任手続

検察官、被告人又は弁護人から解任の請求を受けた裁判所は、解任の請求に理由がないことが明らかなきとき、又は裁判員法41条1項但書の規定に反してなされたものであるときは、当該解任請求を却下し、同項1～3、6、9号に該当する場合は、当該裁判員又は補充裁判員を解任する決定をし、同項4、5、7、8号に該当する場合には、構成裁判官の所属する地方裁判所に当該請求にかかる事件を送付する（裁判員法41・II）。

また、裁判所は、裁判員法41条1項1～3、6、9号に該当すると認めるときは、職権で、当該裁判員又は補充裁判員を解任する決定をし、同項4、5、7、8号に該当すると疑うに足りる相当な理由があると思料するときは、その所属する地方裁判所に対し、理由を付してその旨を通知する（裁判員法43・I II）。

同項4、5、7、8号に該当する場合に、地方裁判所に送付あるいは通知することとしたのは、客観的に明白とはいえない解任事由について、当該裁判員と同じ合議体を構成する裁判官が解任の是非を判断するのは公平性を担保するうえで相当ではないとされたものである。しかし、そうだとすれば、公判廷における裁判長の命令に対する違反行為等（9号）は、合議体内の対立事由であるから、当該合議体の裁判官で構成される裁判所による解任決定事由とするのは相当ではなく、地方裁判所への送付事件とすべきではなかったかと思われる。

解任請求にかかる事件の送付あるいは解任すべき旨の通知を受けた地方裁判所は、当該解任事由のいずれかに該当すると認めるときは、当該請求を受けた裁判所の構成裁判官を除く合議体により、当該裁判員又は補充裁判員を解任する決定をする（裁判員法41・IIIIV、43・IIIIV）。

解任請求にかかる決定あるいは職権による解任決定をするには、あらかじめ検察官および被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない

(裁判員法 4 1・V、4 3・V)。また、解任する決定をするには、当該裁判員又は補充裁判員に陳述の機会を与えなければならない(裁判員法 4 1・VI本文、4 3・V)。但し、宣誓義務違反(1号)、公判期日等への出頭義務違反(2, 3号)及び公判廷における裁判長の命令に対する違反行為等(9号)については、陳述を聴くまでもない事由とされている(裁判員法 4 1・VI但書、4 3・V)。

裁判員又は補充裁判員は、裁判所に対し、その選任後に生じた裁判員法 1 6 条 8 号に規定するやむを得ない事由により職務を行うことが困難であることを理由として、辞任の申立てをすることができる(裁判員法 4 4・I)。裁判所は、その理由があると認めるときは、当該裁判員又は補充裁判員を解任する決定をしなければならない(裁判員法 4 4・II)。

4 任務の終了

裁判員及び補充裁判員の任務は、終局裁判を告知したとき、又は裁判員の参加する合議体を取り扱っている事件の全てを1人の裁判官又は裁判官の合議体で取り扱うこととなったときに終了する(裁判員法 4 8)。

第3 裁判手続の特例

1 公判前整理手続前置主義

裁判員裁判対象事件については、第1回公判期日前に公判前整理手続（法316の2～32）に付さなければならない（裁判員法49）。

そもそも、公判前整理手続は、裁判員制度の制定に伴い、裁判員裁判の審理を迅速で分かりやすいものとするため、従前の五月雨式審理と決別して、第1回公判前に争点と証拠を整理するために生み出されたものであるから、裁判員裁判において必ず前置すべきものとされたのは、当然の帰結である。

2 冒頭陳述に当たっての義務

検察官、被告人又は弁護人は、法296条、316条の30の規定による冒頭陳述をするに当たっては、公判前整理手続における争点及び証拠の整理の結果に基づき、証拠との関係を具体的に明示しなければならない（裁判員法55）。

従前の冒頭陳述は、証拠との関係を具体的に明示するものではなかったところ、裁判員裁判においては、公判前整理手続の成果を生かし、証拠により証明しようとする事実とその証拠との対応関係を明示して、迅速で分かりやすい裁判の実現を期したものである。

その他、裁判員裁判における冒頭陳述については、裁判員に予断を与えないため、特に犯罪の成否に争いがある事件については、犯罪事実と情状事実を明確に区別し、事実関係の審理終了後に情状関係の冒頭陳述を行うなどの措置をとる必要がある。

3 第1回公判期日前の鑑定

裁判所は、裁判員裁判対象事件につき、公判前整理手続において鑑定を行うことを決定した場合において、当該鑑定の結果の報告がなされるまでに相当の期間を要すると認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求又は職権で、公判前整理手続において鑑定の手続（鑑定の経過及び結果の報告を除く）を行う旨の決定をすることができる（裁判員法50）。

鑑定は、鑑定手続を開始するに当たって、鑑定人に宣誓をさせ（法166、規128）、その後鑑定の結果が出るまで数ヶ月を要するのが通例で

あるところ、裁判開始後に鑑定手続を始めると審理が中断し、裁判員に負担をかけることにもなるので、鑑定の経過及び結果の報告を除き、それに至る鑑定手続については、公判前整理手続において行うことができるようにして、裁判員裁判における集中審理を担保し、迅速裁判の実現を期したものである。

公判前整理手続において鑑定手続を行う場合、鑑定人に提供すべき鑑定資料と事実認定に供される証拠との間に齟齬が生じる点が問題となる。即ち、公判前整理手続において鑑定手続を行う場合、鑑定人に供される鑑定資料は、主として検察官請求証拠にならざるを得ないが、その証拠について当事者が同意しなければ、鑑定人は、事実認定に供されない証拠を鑑定資料として鑑定することになり、鑑定結果の信用性に疑問が生じることとなるからである。さりとて、鑑定資料を厳格な証明手続を経て事実認定に供される証拠のみに限定すれば、本条は無意味となり、公判期日における証拠調べを終了した後に鑑定手続を開始しなければならないことになって、裁判員に過重な負担を負わせ、迅速な裁判も実現できないことになる。そこで、この矛盾を解消するためには、鑑定人に公判廷における証拠調べを傍聴して貰うなどの措置を採ったうえ、鑑定結果が提出された後、鑑定人を証人として尋問する際に、鑑定資料と事実認定に供されるべき証拠との齟齬を明らかにし、その鑑定結果に及ぼす影響を確認する方策が考えられる。

4 裁判員等の権限と義務

まず、裁判員法は、裁判員制度が通常他に職を有する一般国民に対し、裁判官、検察官及び弁護人と同様の職責を課すものであるところから、これを専ら職責とする裁判官、検察官及び弁護人は、裁判員の負担が過重なものとならないようにしつつ、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう、審理を迅速で分かりやすいものとする努力義務を課し（裁判員法51）、その上で、以下に述べる裁判員等の権限と義務及びその行使に伴う手続を規定した。

(1) 公判期日等への出頭義務

裁判員及び補充裁判員は、裁判員の関与する判断をするための審理及び裁判員法6条に掲げる判決等の宣告をすべき公判期日、並びに公判

準備において裁判所がする証人その他の者の尋問及び検証の日時、場所への出頭義務が課せられる（裁判員法52、63）。これらの期日への不出頭については、10万円以下の過料に処せられる（裁判員法112④⑤）。

その公判期日等は、あらかじめ裁判員及び補充裁判員に通知されなければならない（裁判員法53）。裁判員の関与する判断をするための審理をすべき公判期日等への出頭は、裁判員等の義務であると共に、権限でもある（裁判員法6）。

（2）審理への列席（立会）

裁判員の関与する判断をするための審理をすべき公判期日においては、従来の列席者（法282・II）に加えて、裁判員も列席して公判廷を開き（裁判員法54・I）、それ以外の審理についても、裁判所は、裁判員及び補充裁判員の立会いを許すことができる（同法60）。

裁判員の関与する判断をするための審理をすべき公判期日への出頭は、裁判員の権限であり義務でもあるから、その公判期日における審理を行うべき公判廷（法282・I）に裁判員が列席するのは当然のことであるが、それ以外の構成裁判官のみで行われる訴訟手続に関する判断等をするための審理についても、裁判員において了知しておくことが相当と思料される場合には、裁判所の裁量により、立会いを許すことにしたものである。

（3）尋問（質問）権

裁判員は、裁判所が証人尋問等をする場合や、裁判所外で構成裁判官に証人尋問等をさせる場合において、これに立ち会ったときは、裁判長あるいは構成裁判官に告げて、裁判員の関与する判断に必要な事項について尋問することができる（裁判員法56、57・I）。

また、裁判員は、被告人が法311条の規定により被告人が任意に供述する場合には、前同様、裁判長に告げて、被告人の供述を求めることができる（裁判員法59）。

更に、法292条の2の規定に基づき、被害者等が被害に関する心情その他の被告事件に関する意見を陳述したときは、裁判員は、その陳述の後に、その趣旨を明確にするため、当該被害者等に質問することがで

きる（裁判員法58）。

5 公判手続の更新

公判手続が開始された後、新たに裁判員の参加する合議体に加わった裁判員があるときは、公判手続を更新しなければならない（裁判員法61・I）。その更新手続は、新たに加わった裁判員が争点及び取り調べた証拠を理解することができ、かつ、その負担が過重にならないようなものとしなければならない（裁判員法61・II）。

従来のような形式的な更新手続ではなく、新たな裁判員に過重な負担を負わせることなく、公判廷において、争点及び証拠を理解することができるような方策を採らなければならないということである。

なお、ここにいう「新たに加わった裁判員」とは、裁判員法10条に基づき、当初から審理に立ち会っている補充裁判員を除く趣旨である。なぜなら、補充裁判員は、当初から審理に立ち会い、争点及び証拠を理解しているはずなので、更新手続を行う必要はないし、そもそも補充裁判員制度自体が公判手続の継続性を担保するための制度だからである。

6 区分審理・部分判決

併合事件が多数係属して、その全てを長期にわたり同一の合議体で審理することは、従前の刑事裁判においても、迅速裁判実現の観点から問題となっていたところであるが、裁判員裁判においては、短期集中審理を実現することにより裁判員の負担を軽減する観点から、その対策が求められていたところ、平成19年の裁判員法改正により、同法71～99条に区分審理決定がされた場合の審理及び裁判の特例等が定められた

その要点は、次のとおりである。

- (1) 裁判所は、併合事件を一括して審判する場合に要する期間その他の裁判員の負担に関する事情を考慮し、その円滑な選任又は職務の遂行を確保するために特に必要があると認められるときは、併合事件の一部を1又は2以上の被告事件ごとに区分し、これを順次審理する旨の区分審理決定をすることができる（区分審理決定・裁判員法71・I本文）。

但し、犯罪の証明に支障を生ずるおそれがあるとき、被告人の防御に不利益を生ずるおそれがあるとき、その他相当でないと認められる

ときは、この限りでない（裁判員法 71・I 但書）。

- (2) 区分事件に含まれる被告事件について犯罪の証明があったときは、部分判決で、有罪の言渡しをしなければならない（裁判員法 78・I）。刑の言渡しはしない。また、無罪の判決、管轄違い、免訴、公訴棄却の各判決をすべき事由があるときは、部分判決で、その旨の言渡しをしなければならない（裁判員法 79）
- (3) 裁判所は、全ての区分事件審判が終わった後、併合事件の全体についての裁判をしなければならない（併合事件審判・裁判員法 86・I）。この場合において、裁判所は、部分判決で示された事項については、法 377、378 条各号（絶対的控訴事由）及び法 383 条各号（再審事由等）に該当する場合を除き、部分判決によるものとする（裁判員法 86・II III）。
- (4) 裁判員及び補充裁判員は、区分事件ごとに選任され、当該区分事件について部分判決の宣告等をしたときは、その任務を終了する（裁判員法 84）。

そのため、裁判所は、裁判員等選任手続において、区分事件の任務終了後に他の区分事件審判又は併合事件審判に係る職務を行う裁判員又は補充裁判員をあらかじめ選任することができる（選任予定裁判員・裁判員法 90・1）。

7 法の適用に関する特例

裁判員法は、法の特別法であるから、裁判員裁判は、特例の規定がない限り法の適用を受けるが、合議体による裁判所に裁判員が参加する関係上、次の通り、法の規定を読み替えたり、要件を付加することとした（裁判員法 64）。

- (1) 法が「合議体の構成員」としている規定は、裁判官を指しているところ、裁判員裁判においても裁判官の権限ないし義務とすべきものについては「合議体の構成員である裁判官」とし、法が「裁判官」、「裁判長又は陪席の裁判官」、「裁判所又は裁判官」、「裁判所若しくは裁判官」としている規定について、裁判員も裁判官と同様の立場にあるものとして扱うべきものについては、「裁判員」を加えた。
- (2) 法 81 条の接見交通制限事由、法 89 条 5 号の保釈除外事由に「裁判

員若しくは補充裁判員に、面会、文書の送付その他の方法により接触すると疑うに足りる相当な理由があるとき」を加え、法96条1項4号の保釈取消し事由に「裁判員若しくは補充裁判員に、面会、文書の送付その他の方法により接触したとき」を加えた。

この付加事由は、法89条4号、96条1項3号の罪証隠滅事由に付加されず、法89条5号、96条1項4号に付加されているところからすると、法は、裁判員に害を加え又は畏怖させる行為として捉えているようである。そうすると、逃亡と罪証隠滅事由に限られていた法81条の接見交通制限事由に性格の異なる事由を加えたことになり、なお検討を要するところである。

- (3) 裁判員法2条により、同法対象事件については裁判員も合議体の構成員となるので、同法が参加を許容する裁判員を参加させないで判決裁判所を構成したときは、法377条1号の絶対的控訴理由となるところ、裁判員の構成のみに違法がある場合であって、判決が裁判員の関与する判断を含まないものであるときとその裁判員が裁判員法15条の就職禁止事由に該当するときに同控訴理由から除外した。

前者の判決が裁判員の関与する判断を含まない場合は、そもそも、その裁判員が参加することによって判決の結果に影響を及ぼすことはないので、除外するのは当然であり、後者の裁判員法15条の就職禁止事由は、裁判の公正を疑わせる事由としてではなく、職務に従事することが政策的に不適當又は事実上困難な事由に過ぎないからである。

- (4) なお、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律に関しても、「合議体の構成員」を「合議体の構成員である裁判官」とする規定がある（裁判員法64・II）。

第4 評議

従前の裁判官のみにより構成される合議体の評議については、裁判所法第三章に規定されているところであるが、裁判員法には、裁判員が参加することに伴う特別規定を置いている。

1 評議手続

裁判員の関与する判断のための評議は、構成裁判官及び裁判員が行い、裁判員は、評議に出席し、意見を述べなければならない（裁判員法66・I II）。

裁判長は、必要と認めるときは、評議において、裁判員に対し、構成裁判官の合議による法令の解釈にかかる判断及び訴訟手続に関する判断を示し、裁判員は、これにしたがってその職務を行わなければならない（裁判員法66・III IV）。

裁判長は、評議において、裁判員に対して必要な法令に関する説明を丁寧に行うと共に、評議を裁判員に分かりやすいものとなるように整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならない（裁判員法66・V）。

裁判員裁判に国民の常識を取り入れ、所期の目的を達成する鍵は、裁判手続全体を通じて、裁判長の役割にあると思われるが、殊に評議においては、裁判長の説明、助言、進行整理が生死を決するといっても過言ではない。裁判長が裁判員の関与する事実認定、法令の適用及び量刑判断について、裁判員に先んじて、自ら意見を述べたりあるいは構成裁判官をして意見を述べることを許せば、裁判員はその職業裁判官の論理的な意見に引きずられて自らの意見を述べられなくなるであろうし、裁判長が評議に必要な法令の説明を裁判員に分かりやすく行わなかったり、評議の整理を怠ったりすれば、評議はまとまりがつかなくなるであろうことは容易に想像される場所である。而して、裁判員法66条5項は、裁判長に対し、明文をもって、裁判員の関与する判断については一歩退き、評議に必要な法令に関する丁寧な説明と評議を分かりやすくするための整理をし、裁判員が発言する機会を十分に与えるなどして、裁判員としての職責を十分に発揮することができるよう配慮すべき義務を課したものである。

構成裁判官の合議によるべき裁判員法6条2項各号に掲げる判断のための評議は、構成裁判官のみが行うが、構成裁判官は、その合議により、裁判員に評議の傍聴を許し、その判断について裁判員の意見を聞くことができる（裁判員法68）。

なお、補充裁判員は、構成裁判官及び裁判員が行う評議並びに構成裁判官のみが行う評議であって裁判員の傍聴が許されたものを傍聴することができる、構成裁判官は、その合議により、補充裁判員の意見を聞くことができる（裁判員法69）。

2 評決方法

評議における裁判員の関与する判断は、裁判所法77条の規定（単純過半数）にかかわらず、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による（裁判員法67・I）。

ここにいう「裁判員の関与する判断」とは、裁判員法67条2項に刑の量定に関する評決方法が規定されている関係上、事実の認定と法令の適用、即ち、有罪か否かの判断を指すことになる。

また、「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」とは、有罪の評決をするには、合議体を構成する裁判官及び裁判員の合計数の過半数では足りず、その過半数の中に双方の意見が含まれていなければならないという意味である。例えば、過半数を占める裁判員6名全員が有罪の意見であっても、その中に裁判官の意見が含まれていないので、有罪とすることはできないことになる。

有罪とすることができなければ、即ち、無罪である。この点に関し、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見がまとまらなければ、有罪とも無罪とも決せられないかのように解する意見もあるようであるが、これは刑事裁判の大原則を理解しない俗説である。即ち、「疑わしきは罰せず」を大原則とする刑事裁判においては、有罪の評決がなされなければ無罪であって、無罪の評決をする必要はないのである。

刑の量定について意見が分かれた場合の評決方法については、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見になるまで、被告人に最も不利な意見の数を順次利益な意見の数に加え、その中

で最も利益な意見による（裁判員法67・II）。

3 評議の秘密

構成裁判官及び裁判員が行う評議並びに裁判員の傍聴が許された構成裁判官のみが行う評議の経過並びにそれぞれの裁判官及び裁判員の意見とその多少の数（以下「評議の秘密」という）については、これを漏らしてはならない（裁判員法70・I）。

評議の経過とは、評議における検討の内容、順序を意味し、例えば、法廷でのやりとりや判決の内容など誰もが傍聴しその内容を知ることができる裁判内容を他に漏らすことは禁じられていないし、未公開の評議の場におけるやり取りであっても、評決に至るための検討内容とは認められないもの、例えば、裁判員制度一般に関する提言があったこと等を話すことは禁じられていない（注1）。

裁判員又は補充裁判員が、評議の秘密その他の職務上知り得た秘密を漏らしたときは、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられる（裁判員法108・I）。

また、裁判員又は補充裁判員の職にあった者が、次の各号のいずれかに該当する場合も、同様の刑に処せられ（裁判員法108・II）、次の各号のいずれにも該当しない評議の秘密、即ち、財産上の利益又はその他の利益を得る目的以外の理由により評議の経過を漏らしたときは、50万円以下の罰金のみで処せられる（同法108・III）。

- ① 職務上知り得た秘密（評議の秘密を除く）を漏らしたとき
- ② 評議の秘密の内、裁判官若しくは裁判員の意見又はその多少の数を漏らしたとき
- ③ 財産上の利益又はその他の利益を得る目的で、評議の秘密の内の評議の経過を漏らしたとき

更に、裁判員又は補充裁判員が、構成裁判官又はその被告事件の他の裁判員若しくは補充裁判員以外の者に対し、当該被告事件において認定すべきであるとする事実若しくは量定すべきであるとする刑、又は当該被告事件において裁判所により認定されると考える事実若しくは量定されると考える刑を述べたとき、あるいは、裁判員又は補充裁判員の職にあった者が、構成裁判官又はその被告事件の他の裁判員若しくは補充

裁判員であった者以外の者に対し、当該被告事件の裁判所による事実の認定又は刑の量定の当否を述べたときも、裁判員法108条1項の場合と同様、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられる（裁判員法108・VVI）。

裁判員等に対し職務上知り得た秘密の漏えいを禁じ、これに刑罰を科する立法理由は、評議における裁判員の自由な意見表明を保障し、裁判の公正とこれに対する国民の信頼を確保するとともに、事件関係者のプライバシーを保護し、裁判員自身の安全を保護することにあるが、反面、特に裁判が終結して裁判員等としての任務が終了した後も刑罰を科すことについては、裁判員等の職にあった者に対し重い精神的負担を課すものであるうえ、表現の自由を侵害して裁判員の経験を広く共有することが妨げられるとして、刑罰を軽減し、あるいは、裁判員制度の調査研究機関を設置して、裁判員等の職にあった者がその調査に応じる場合には守秘義務を免除する等の対策が日弁連において検討されている。

裁判員等の職にあった者の精神的負担を軽減するとともに、裁判員制度の発展を期するため、最高裁判所が裁判員裁判の運用に関する調査研究機関を設置して、裁判員等の職にあった者がその調査に応じて職務上知り得た秘密を告知した場合には守秘義務を免除し、その代わりにその調査担当者に同等の守秘義務と刑罰を科する方策は、積極的に推進すべきである。しかしながら、刑罰そのものに関しては、裁判員等は裁判所の構成員として、事実認定及び法令の適用に関し、裁判官と同様の権限を行使するのであるから、評議における自由な意見表明を担保して公平な裁判の実現を期するためには、医師等の秘密漏示罪（刑法134条）と同等の刑罰を科せられるのはやむを得ないところであろう。

なお、裁判官については、裁判所法75条において、評議の経過並びに各裁判官の意見及びその多少の数について守秘義務が課せられているが、同法にはこれに対する罰則規定が設けられていない。また、構成裁判官による裁判員法108条5、6項に係る行為についても罰則規定は見当たらない。（注2）

（注1） 第159回国会衆議院法務委員会における政府参考人山崎潮の答弁（会議録4頁）

なお、山崎政府参考人は、諸外国の評議の秘密等に対する刑罰規定の実情について、次のとおり答弁している。

「まずイギリスでございますけれども、これは陪審員でございますけれども、陪審員が評議内容を開示する行為と、それから陪審員に対し評議内容を尋ねる行為、これはいずれも法廷侮辱罪に当たるということでございます。・・・(中略)・・・上限2年の自由刑と、それから罰金刑、これを科すことができるというふうにされております。それから、フランスでもこれはやはり刑罰の対象になっておまして、1年間の拘禁刑及び1万5千ユーロの罰金ということになっております。それからイタリアでございますけれども、イタリアでは6カ月以上3年以下の懲役ということになっております。

アメリカについては、必ずしも全部の州というわけではございませんけれども、公判終了後について一般的な規制はございませんけれども、一部の州では、報酬を受けての取材等を処罰する規定があるというふうに承知をしております。例えば、カリフォルニア州でございますと、陪審員の任務解除前及び任務解除後90日間の間に、訴訟に関する情報と引きかえに報酬の支払いを申し込み、またはそのような支払いを受ける行為を罰するというので、6カ月以下の拘禁若しくは千ドル以下の罰金という刑を設けている、こういう状況でございます。」

(注2) 第159回国会衆議院法務委員会において、政府参考人山崎潮は、裁判官による評議の秘密の守秘義務違反に罰則規定が設けられておらず、裁判員等にはのみその罰則規定が設けられている理由について次のとおり答弁している(同会議録5頁)。

「裁判官につきましては、高度の職業倫理に基づき行動ができる、そういう期待ができるということ、あるいは、それを担保するものとして、弾劾裁判あるいは分限裁判というような手続が設けられておまして、これらによってそのような義務違反を抑止することが十分に可能であるということ、刑罰が設けられていないというふうに承知をしております。

それから、裁判員の方に何でこれを設けるのかということでございますが、やはり、事件ごとに選任されるわけでございますので、他に担保措置がこれは考えられないということになるわけでございますので、その点を刑罰で担保をする、こういう発想ででき上がっているということでございます。」

第5 保護措置

裁判員等は、一般国民から選任され、裁判員等としての職務が終了すれば、元の市民生活に戻る立場にあって、裁判官のような身分保障はないので、裁判員としての職務に従事するについての障害を除去し、職務の自由と独立性を保護するため、裁判員等について、次のような措置が講じられている。なお、区分審理決定をした場合に選定される選任予定裁判員（裁判員法90・I）についても、同様の保護措置が講じられているが、ここでは、裁判員等について述べる。

1 不利益取扱いの禁止

労働者が裁判員の職務を行うために休暇を取得したこと、その他裁判員、補充裁判員若しくは裁判員候補者であること又はこれらの者であったことを理由として、解雇その他不利益な取扱いをしてはならない（裁判員法100）。

裁判員制度を定着させるには、まずもって、多くは労働者として雇用されている国民が、雇用関係において不利益を被ることなく裁判員として選任される社会環境を整備することが肝要とされたものである。

2 裁判員等を特定するに足りる情報の取扱い

何人も、裁判員等又は裁判員候補者若しくはその予定者の氏名、住所その他の個人を特定するに足りる情報を公にしてはならない（裁判員法101前段）。これらであった者の氏名、住所その他の個人を特定するに足りる情報についても、本人がこれを公にしていることに同意している場合を除き、同様である（裁判員法101後段）。

裁判員等に対する請託、威迫、その他の接触行為を防止し、裁判員の自由にして独立した職務の遂行を保障するため、その元となる裁判員等の氏名等の個人を特定するに足りる情報の漏洩を防止しようとするものである。

この氏名等の公表違反自体に罰則規定はないが、検察官、弁護士又は被告人若しくはこれらであった者が、正当な理由がなく、被告事件の裁判員候補者の氏名、裁判員候補者が裁判員法30条に規定する質問票に記載した内容又は裁判員等選任手続における裁判員候補者の陳述の内容を漏らしたときは、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処せられる

(裁判員法109)。裁判員等の特定情報をよく知る検察官等の当事者については、刑罰を科してその流出を防止しようとするものである。

3 裁判員等に対する接触の規制

何人も、被告事件に関し、裁判員等に接触してはならず、裁判員等の職にあった者に対しても、これらの者が職務上知り得た秘密を知る目的で接触してはならない(裁判員法102)。

裁判員等を特定するに足りる情報の漏洩を防止することに加え、被告事件に関してはその理由の如何を問わず、裁判員又は補充裁判員との接触を禁止し、それらの職にあったものに対しては、職務上知り得た秘密を知る目的に限定して、接触を禁止したものである。

裁判員等に対する接触を禁止した趣旨は、裁判の公正あるいは裁判に対する信頼を確保し、更には裁判員の生活の平穩を保護することにある。特に、裁判係属中に接触されると、裁判員の精神的負担が大きく、公正さも疑われることになるので、裁判員等に対する接触を全面的に禁止し、裁判終了後は、目的を限定して、接触禁止を緩和したものである(注)。

この接触禁止違反自体に罰則規定はないが、下記のとおり、請託、威迫等に至れば刑罰に処せられる。

(1) 裁判員等に対し、法令に定める手続により行う場合を除き、その職務に関し請託をした者、あるいは、被告事件の審判に影響を及ぼす目的で裁判員の関与する判断について意見を述べ又はこれについての情報を提供した者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処せられる(裁判員法106・IⅡ)。

(2) 裁判員等・裁判員候補者若しくは裁判員等の職にあった者又はその親族に対し、威迫の行為をした者については、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処せられる(裁判員法107)。

なお、裁判員等に対する接触禁止は、報道の自由との関係で問題となることが予想される。

(注) 第159回国会衆議院法務委員会における政府参考人山崎潮の答弁(会議録6頁)

第Ⅷ章 救済手続

第1 上 訴

上訴とは、未確定の裁判について、上級裁判所に救済を求める手続である。従って、再審請求や非常上告は、確定判決に対する非常救済手続であるから、上訴には当たらない。

上訴には、第一審判決に対する控訴、控訴審判決に対する上告、裁判所の決定に対する抗告、裁判官の命令に対する準抗告及び高等裁判所の決定に対する異議申立てがある。

このうち、裁判官の命令に対する準抗告及び高等裁判所の決定に対する異議申立ては、上級裁判所に対する不服申立てとはいえない面があるので、上訴から除外する場合もあるが、法は、第3篇「上訴」の中に両手続を入れているうえ、前者は同じ裁判所に対する異議申立てとは異なるし、後者は抗告に代わる救済手続きであるから、法の構成に従い、抗告の項において解説する。

1 通則

(1) 上訴権者

被告人又は検察官は、上訴をすることができる（法351・I）。決定を受けた者は、検察官又は被告人以外の者でも抗告をすることができる（法352）。

検察官または被告人以外の者で決定を受けた者とは、例えば、保釈保証金若しくはこれに代わる有価証券を納付し、又は保証書を差し出した者である（最大決S43・6・12刑集23-6-462）。

被告人の法定代理人又は保佐人、及び原審における代理人又は弁護人は、被告人のために上訴をすることができる（法353、355）。本来、弁護人は、審級ごとに選任されるものであるが（法32・II）、原審の審理に関与した弁護人は、上訴をするか否かを判断する適任者であるから、被告人の上訴権を担保するため、原審弁護人に上訴権を付与したものである。

また、勾留に対しては、勾留理由の開示請求をした者も、勾留理由開示後、被告人のために上訴をすることができる（法354前段）。そ

れが裁判官による勾留裁判に対する準抗告であった場合は、これを棄却する決定に対しても同様である（法354後段）。

法353ないし355条の上訴は、被告人の代理人として行うものであるから、被告人の明示した意思に反してすることができない（法356）。

上訴権に関する問題点は、次のとおりである。

- ① 検察官による上訴と憲法39条による一事不再理の原則との関係
憲法39条に規定する一事不再理の原則は、同一犯罪について重ねて裁判を受ける危険を負わせない趣旨であるところ、その危険とは、裁判が確定するまでの裁判手続の係属状態を意味し、第一審、控訴審、上告審の各手続は、継続する一つの危険の部分に過ぎないので、検察官が上訴することは憲法39条に反しない（最大判S25.9.27刑集4-9-27）。

- ② 上訴の利益

上訴するには、上訴権者に上訴をするだけの利益がなければならぬ。無益な上訴は、訴訟経済に反し、特に被告人のための上訴の本質は、不利益な裁判に対する救済を本質とするからである。

不利益か否かは、主文により客観的に定められ、裁判の理由及び被告人の事情等は考慮されない（大決大13.11.27刑集3-804）。

従って、被告人は、無罪の判決に対しては、理由の如何を問わず、上訴権を有せず（最三決S37.9.18判時318-34）、公訴棄却の決定に対しては、その違法不当を主張して上訴することはできない（最一決S53.10.31判時907-123）。

また、検察官の上訴に関しては、裁判所の命令によらないで、検察官が任意に予備的訴因を追加請求した場合において、裁判所が本位的訴因を排斥し予備的訴因を認定したときの上訴権の有無について、高裁判例が対立しているようであるが（注）、検察官の厳格な公訴権の運用を促す意味において、消極に解すべきである。

（注）東京高判S40.6.3判時427-53（積極）

東京高判S43.4.9判時523-87（消極）

但し、上記積極判例は、「本件の訴因及び罰条の予備的追加は必ずしも検察官の自発的請求に基づくものではなく、検察官は物価統制令違反の訴因を主張していたに拘らず、裁判所が同令違反の罪の成否に疑を抱き、釈明権の行使によって訴因及び罪条の追加ないし変更を検察官に促したため、検察官がこの勧告ないし示唆に応じて申立てた消息が窺われ、訴訟手続上の形式は兎もあれ、実質的には裁判所の命令に基づくものであると認められないこともないから、かかる場合検察官は、やはり当初から主張している物価統制令違反の本位的訴因について有罪の認定を求めため上訴を申立てる利益があることは明白である。」と判示しているので、全く任意な予備的訴因の追加請求事案ではないことに留意する必要がある。

③ 被告人のために上訴をする権限を有しない弁護人選任権者によって選任された弁護人の上訴権

本来、弁護人は、被告人のなし得る訴訟行為について、その性質上代理することが許されない事項を除いては、個別の授権がなくても、被告人の意思に反しない限り、これを代理して行うことができるのであって、この理は、弁護人選任権者が上訴権を有するか否かに関わらない（注）。

（注）「およそ弁護人は、被告人のなし得る訴訟行為について、その性質上許されないものを除いては、個別的な特別の授権がなくても、被告人の意思に反しない限り、これを代理して行うことができるのであり、このことは、その選任者が被告人本人であるか刑法30条2項所定の被告人以外の選任権者であるかによって、何ら変わりはないというべきであり、上訴の申立をその例外としなければならない理由も認められないから、原判決後被告人のために上訴をする権限を有しない選任権者によって選任された弁護人も、同法351条1項による被告人の上訴申立を代理して行うことができると解するのが相当である。」

—最大判S63. 2. 17判時1267-16

(2) 上訴手続

ア 一部上訴

上訴は、裁判の一部に対してこれを行うことができ、部分を限らないで上訴をしたときは、裁判の全部に対してしたものとみなされる（法357）。一部上訴とは、例えば、併合罪のうち、一部の有罪又は無罪部分について、上訴する場合をいう。一部無罪部分につ

いて検察官から控訴の申立てがあった場合、控訴されなかった有罪部分について審理し、併合罪として一つの刑を言い渡すことはできない（最二判S 28. 9. 25刑集7-9-1832）。

イ 上訴の放棄・取下げ

検察官、被告人又はそれ以外の者で決定を受けた者は、上訴の放棄又は取下げをすることができる（法359）。

また、法353条に規定する被告人の法定代理人、保佐人又は法354条に規定する勾留理由の開示請求者も、書面による被告人の同意を得て、上訴の放棄又は取下げをすることができる（法360）。

なお、原審弁護士は、被告人の上訴権を担保する適任者として上訴権のみを付与された者であり（法355）、上訴の取下げ手続きを厳格にしている法360条の趣旨に照らし、上訴を取り下げることは許されない（注1）。

上訴放棄の申立ては、手続の確実性を期するため、書面でしなければならないことになっている（法360の3）。

死刑又は無期懲役若しくは禁錮判決に対する上訴は、これを放棄することができない（法360の2）。刑の重大さに鑑み、慎重な考慮を求めて放棄を禁止したものである。

放棄をすれば上訴権は消滅し、取下げによって上訴手続は終了して、回復、撤回は認められない。

被告人の責めに帰することのできない錯誤による取下げは無効であり（注2）、自己の権利を守る能力を著しく制限された状況下の取下げは無効となる（注3）。

上訴の放棄又は取下げをした者、あるいは上訴の放棄又は取下げに同意をした被告人は、その事件について更に上訴することができない（法361）。

（注1）最一決S 25. 7. 13刑集4-8-1356

（注2）最二決S 44. 5. 31判時558-92

「そのいうところは、示談や債務調停等の話合いが一部の被害者との間でしかできないと思って上告を取下げたところ、他の被害者との間でも話合いができそうなので、上告審議を続けてほしいというのである。しかし、仮に所論のような錯誤があつたとしても、そ

の錯誤が被告人の責に帰することのできない事由に基づくものとは認められないから、右取下を無効ということはできない。また、本件上告は、右取下によってすでに終了しているのであるから、もはや取下の撤回は認められない。」

(注3) 最二決H7. 6. 28判時1534-139

「死刑判決に対する上訴取下げは、上訴による不服申立ての道を自ら閉ざして死刑判決を確定させるという重大な法律効果を伴うものであるから、死刑判決の言渡しを受けた被告人が、その判決に不服があるのに、死刑判決宣告の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神的苦痛によって拘禁反応等の精神障害を生じ、その影響下において、その苦痛から逃れることを目的として上訴を取り下げた場合には、その上訴取下げは無効と解するのが相当である。けだし、被告人の上訴取下げが有効であるためには、被告人において上訴取下げの意義を理解し、自己の権利を守る能力を有することが必要であると解すべきところ、右のような状況の下で上訴を取り下げた場合、被告人は、自己の権利を守る能力を著しく制限されていたものというべきだからである」

ウ 上訴権の回復

上訴権者は、自己又は代人の責めに帰することができない事由によって、上訴の提起期間内に上訴をすることができなかつたときは、原裁判所に上訴権回復の請求をすることができる（法362）。

「代人」とは、上訴権者を補助して、事実行為としての上訴手続を代行する者である。

本条にいう「責めに帰することのできない事由」とは、上訴不能の事由が上訴権者又はその代人の故意又は過失に基づかないことをいう（注）。

上訴権回復の請求は、その事由が止んだ日から上訴の提起期間に相当する期間内に、上訴の申立てと同時にしなければならない（法363）。上訴権回復の請求があつたときは、原裁判所は、その請求について決定をするまで裁判の執行を停止することができる（法365）。

(注) 最二決S31. 7. 4判タ62-60

「刑訴362条にいわゆる『責に帰することができない事由』とは、

上訴不能の事由が上訴権者又はその代人の故意又は過失に基かないことをいうのであつて、被告人が前記控訴棄却決定の送達を受けた当時病床にあり、医師より絶対安静を命ぜられていたために不服の申立をすることは不可能であるというがごときは、これに該当する事由にならないことが明らかである。」

エ 刑事施設にいる被告人に関する特則

刑事施設にいる被告人が上訴の提起期間内に上訴の申立書を刑事施設の長又はその代理者に差し出したときは、上訴の提起期間内に上訴をしたものとみなされる（法366・I）。

また、被告人が自ら申立書を作ることができないときは、刑事施設の長又はその代理者は、これを代書し、又は所属の職員にこれをさせなければならない（法366・II）。

法366条の特例は、刑事施設にいる被告人が上訴の放棄若しくは取下げ又は上訴権回復の請求をする場合にも準用される（法367）。

これらの特例は、刑事施設にいて、裁判所に対し直接上訴に関する権利行使をすることが困難な被告人のため、その権利行使の確実性を担保する趣旨のものである。

(3) 裁判の拘束力

上訴審の裁判において、裁判の効力が問題となるのは、破棄判決の拘束力である。その判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する（裁判所法4）。

破棄判決の効力は、破棄の直接の理由となった原判決に対する消極的否定的判断についてのみ生じ、その判断を裏付ける判断には拘束力を生じない（注1）。

また、事実誤認、訴訟手続の法令違反を理由として、控訴審が第一審の無罪判決を破棄差し戻した場合、差し戻しを受けた第一審裁判所は、第一審判決に事実誤認、訴訟手続の法令違反があり、その誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかであるとの控訴審の判断の範囲内において、更に審理をなすべき拘束を受けるに止まり、必ず有罪の判決をしなければならないものではない（注2）。

（注1）最二判S43. 10. 25（八海事件第三次上告審）判時533-14

「破棄判決の拘束力は、破棄の直接の理由、すなわち原判決に対する消極的否定的判断についてのみ生ずるものであり、その消極的否定的判断を裏付ける積極的肯定的事由についての判断は、破棄の理由に対しては

縁由的な関係に立つにとどまりなんらの拘束力を生ずるものではないから、本件において、二次上告審判決の事実判断の拘束力は、吉岡の供述及び被告人らの警察自白の信用性を否定した二次控訴審判決の認定を否定する範囲内に限定されるものであり、二次上告審判決が、さらに右吉岡の供述及び被告人らの警察自白の信用性を積極的に肯定すべき事由としてあげるところは、破棄の理由に対し縁由的事由にすぎないものであるから、拘束力を有していないものと解すべきである。従って、三次控訴審は、さらにこの点につき証拠調をした上であれば、二次上告審判決に示されたものとは異なる縁由的事由を認定し、もつて右供述ないし自白の信用性を否定する自由が残されていたものであるといわなければならない。そして、三次控訴審は、差戻後あらたに吉岡をはじめ山崎博、木下六子、樋口豊の各証人をみずから尋問し、あるいは検証を行なう等、殆んどあらゆる証拠調をやり直していることが記録上明らかであるから、これらの証拠調の結果を基礎とするならば、あたらしく事実認定をする裁量権を広範囲に有していたものである。従って、もはや当審においては、二次上告審判決の事実判断の拘束力を考慮する必要はないものと解するのである。」

(注2) 最一決S32. 12. 5刑集11-13-3167

「所論引用の原判決の『有罪の宣告をすべきにかかわらず、無罪を宣告しているのであるから右誤りは判決に影響を及ぼすことは明らかであるといわなければならない云々』の文言は、第一審判決が無罪の理由としたところに事実誤認、訴訟法違反があつて、その誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかである旨を判示する趣旨を出でないものというべきである。従って、差戻しを受けた第一審裁判所は、第一審判決に事実誤認、訴訟法違反があり、その誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかであるとの原審の判断の範囲内において更に審理をなすべき拘束を受けるに止まり、本件につき必ず有罪の宣告をしなければならないというごとき拘束を受けるものではないと解するを相当とする。」

2 控訴

控訴とは、地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所がした第一審の判決に対する不服申立手続である（法372）。

旧法においては、控訴審は事件を最初から審理し直す覆審であつたが（注1）、現行法は、伝聞法則を採用し公判中心主義に基づく第一審の審理を重視したことや、裁判の迅速化の要請により、第一審判決の当否を

判断する事後審とした（注2）。

従って、控訴審における新たな証拠調べは原則として行われず、第一審の判決が不当と判断された場合は、原則として破棄差戻しの判決を言い渡すことになる。

（注1）旧法401条「控訴裁判所は、前条（公訴手続違反及び公訴権消滅後の控訴棄却）及び第402条（第一審裁判所が不法に管轄違いを言渡し又は公訴を棄却した場合の差戻し）の場合を除く外、被告事件につき更に判決をなすべし」

（注2）連合国軍司令部政治部（GHQ、GS）主催の委員会において最高裁判所側委員会が提出した昭和23年5月5日付け説明書、及び同年5月28日第2回国会衆議院司法委員会における鈴木法務総裁の改正刑事訴訟法提案理由説明参照

第一審の公判に関する規定は、法に特別の定めのある場合を除いては、控訴の審判に準用される（法404）。

（1）控訴手続

ア 控訴提起の方式と期間

控訴の提起は、判決の日の翌日から14日以内に、控訴申立書を第一審裁判所に差し出してしなければならない（法373、55、374）。

第一審裁判所又は第一審裁判所から訴訟記録の送付を受けた控訴裁判所は、控訴の申立てが明らかに控訴権の消滅後にされたものであるときは、決定で控訴を棄却しなければならない（法375前段、385・I）。

イ 控訴趣意書の提出

控訴申立人は裁判所の規則で定める期間内に控訴趣意書を控訴裁判所に差し出さなければならない（法376・I）。

控訴趣意書を差し出すべき最終日は、通知書により控訴申立人に通知して、その通知書が送達された日の翌日から起算して21日目以降の日を指定しなければならない（規236）。

控訴趣意書を指定された期間内に差し出さないときは、決定により控訴を棄却される（法386・I①）。

控訴趣意書には、法又は規則の定めるところにより必要な疎明資料

又は検察官若しくは弁護人の保証書を添付しなければならない（法376・II）。

控訴裁判所は、第一審とは違い、控訴趣意書と第一審の記録を精査して第1回公判期日に臨むので、控訴趣旨書が控訴の成否の大半を決するといっても過言ではない。

（2）控訴の理由

控訴の申立ては、下記アからキまでの（法377～382、383）の事由があることを理由とするときに限り、これを行うことができる（法384）。

法は、以下のとおり、控訴理由毎に控訴趣意書の方式を定めている。

ア 絶対的控訴理由 I

下記の事由があることを理由として控訴の申立てをした場合には、控訴趣意書に、その事由があることの十分な証明をすることができる旨の検察官又は弁護人の保証書を添付しなければならない（法377）。

- ① 法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと
- ② 法令により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したとき
- ③ 審判の公開に関する規定に違反したとき

イ 絶対的控訴理由 II

下記の事由があることを理由として控訴の申立てをした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であって、その事由があると信じるに足りるものを援用しなければならない（法378）。

- ① 不法に管轄又は管轄権を認めたこと
- ② 不法に公訴を受理し、又はこれを棄却したこと
- ③ 審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたこと
- ④ 判決に理由を附せず、又は理由に食い違いがあること

上記の理由のうち、③については、訴因論において詳述したとおりであり、④の理由とは、有罪判決の場合は、法335条1項に規定

する罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を指す。実務上、「理由を附せず」は「理由不備」と称され、「理由に食い違いがあること」は「理由齟齬」と称されている。

ウ 訴訟手続の法令違反

絶対的控訴理由を除き、訴訟手続に法令の違反があつて、判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立てをした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であつて、明らかに判決に影響を及ぼすべき法令の違反があることを信じるに足りるものを援用しなければならない（法379）。

絶対的控訴理由は、その事由が存在するだけで判決に影響を及ぼすとされたのであるが、それ以外の訴訟手続の法令違反については、「判決に影響を及ぼすことが明らかであること」が要件とされた。

従つて、絶対的控訴理由との対比からも、「判決に影響を及ぼすことが明らかであること」とは、判決に影響を及ぼすべき可能性があるというだけでは足りず、現になされている判決とは異なる判決がなされたであろう蓋然性を要する（注）。

（注）「刑訴379条の場合は、訴訟手続の法令違反が判決に影響を及ぼすべき可能性があるというだけでは、控訴理由とすることはできないのであつて、その法令違反がなかつたならば現になされている判決とは異なる判決がなされたであろうという蓋然性がある場合でなければ、同条の法令違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであるということとはできないのである。そして・・・、絶対的控訴理由（377条、378条）に当る場合は常に相当因果関係があるものと訴訟法上みなされているものと解すべきであるが、379条の場合には、裁判所が当該事件について具体的に諸般の状況を検討して判断すべき問題であつて、或る訴訟手続の法令違反は当然に判決に影響あるものと解し、或はその影響の可能性があれば足ると解するがごときは、同条の法意に反するものといわなければならない。」

—最大判S30. 6. 22（三鷹事件）判時52-1

エ 法令適用の誤り

法令の適用に誤りがあつて、その誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立てをした場合には、控訴趣

意書に、その誤り及びその誤りが明らかに判決に影響を及ぼすことを示さなければならない（法380）。

例えば、二罪の関係を観念的競合として処断すべきところ、併合罪として処断するのは、処断刑が重くなるので、その法令の適用の誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかである。しかし、併合罪の刑を加重するに当たり、刑法14条（加重の限度）を適用しない違法があっても、その宣告刑が正当な処断刑の範囲内にあり、かつ、その宣告刑が情状に照らし重きに過ぎるものと認められないときは、判決に影響を及ぼすことが明らかであるということとはできない（注1）。

（注1）「所論引用の 名古屋高等裁判所昭和25年12月11日判決（高裁判集3巻4号770頁）は、詐欺罪につき累犯による刑の加重をしたうえさらに併合罪の刑の加重をする場合に刑法14条を掲記しなかつた第一審判決に対し、同条を適用しない違法があり、かつ、この違法は判決に影響を及ぼしえないとはなしえないと判示して、第一審判決を破棄したものであるから、所論のとおり、原判決は、右判例と相反する判断をしたものといわなければならない。

しかし、第一審判決には、同判示にかかる被告人の各罪につき累犯の加重をしたうえ、併合罪の加重をするにあたり刑法14条を適用しなかつた違法があるが、被告人に対するその宣告刑（懲役6月および罰金2万円）は正当な処断刑の範囲内にあるものであり、かつ、被告人の本件犯罪事実の内容その他記録上うかがわれる情状に徴すれば、右宣告刑が重きに過ぎるものとは認められないから、右違法が判決に影響を及ぼすこと明らかであるということとはできず、第一審判決を維持した原判決は結論において正当である。」（判例変更）
—最二判S48. 2. 16判時692-105

オ 刑の量定不当

刑の量定が不当であることを理由として控訴の申立てをした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であって、刑の量定が不当であることを信じるに足りるものを援用しなければならない（法381）。

但し、やむを得ない事由によって、第一審の弁論終結前に取調べを請求することができなかった証拠によって証明することのできる事

実及び第一審の弁論終結後判決前に生じた事実であって、刑の量定が不当であることを信じるに足りるものは、控訴趣意書に援用することができ、その場合には、その事実を疎明する資料と前者のやむを得ない事由によってその証拠の取調べを請求することができなかった旨を疎明する資料を添付しなければならない（法382の2）。

ここにいう「やむを得ない事由」とは、第一審に証拠調べを集中し、控訴審を事後審とした構造上、物理的に請求しようとしても請求できなかった場合の外、それと同程度のやむをえない事情によりその証拠の存在を知らなかった場合をいうものと解される（注1）。

刑の量定には、刑法9条、10条にいう刑だけではなく、選挙権・被選挙権の停止・不停止、罰金不納付の場合の換刑処分、未決勾留日数の本刑算入等も含まれる（注2）

（注1）「同条第1項にいう『やむを得ない事由によって取調べを請求することができなかった』とは、請求しようとしてもできなかったという物理的不能の場合のほか、当該証拠の存在を知らなかったために取調べを請求することが不可能であったときもこれに含まれるものと解するのを相当とするところ、（中略）被告人は昭和46年7月8日富士区検察庁検察事務取扱検察事務官の取調べを受けた際、前科は無免許や酒酔い運転で2回罰金に処せられているだけである旨供述し、無免許運転で懲役刑に処せられ、刑の執行猶予の言渡を受けた事実についてはこれを秘匿していたことが認められる一方、（中略）被告人の前科の有無のごとき重要な事項は、捜査官としては極力調査すべきであり、前科調書の作成、提出にあたっては、記載洩れなどが存しないように慎重に処理すべきであって、右前科はその事務処理の実際にあたる検察事務官が正確な前科調書を作成しておれば、原審で容易に証明しえた筈であるが、近時交通事犯の激増に伴い、カード等を用いて簡便にこれを処理せざるを得ないような実情に立ちいたっており、その事務処理の実際にあたる検察事務官において時に本件のような記載洩れの如き手落ちを犯すこともまたやむをえないといわざるを得ないところ、本件においては、（中略）昭和46年6月9日付前科調書は、同月10日交通切符即日処理日に、道路交通法違反被疑事件（無免許運転および酒酔い運転）で被告人の出頭が予定されていたので、富士区検察庁検察事務官において静岡地方検察庁犯歴係に電話照会し、該電話回答に基いて作成したため、道路交通法違反罪の罰金前科2犯のみの記載がなされたのであるが、原判決言渡し後、富士

区検察庁検察事務官が被告人に対する別件の道路交通法違反罪による刑の執行猶予の前科の存在を偶々記憶していたため、再度右犯歴係に照会し、前科調書を同係で作成した結果、前記執行猶予付懲役前科の存在を確認し得たことが認められる。このような事情のもとにおいては、前記執行猶予付懲役刑のあることを知らなかつた検察官が、原審弁論終結前に刑法第25条第1項による刑の執行猶予言渡しの障害となるべき被告人の前科に関する証拠の取調べを請求することができなかつたことは、前記「やむを得ない事由」によるものと解するのが相当である。」

一東京高判S47. 6. 14判タ285-313

(上告審 最二判S48. 2. 16判時700-132も同旨)

(注2)「選挙権の停止、不停止は刑法9、10条にいう刑ではないこと所論のとおりであるが、刑訴381条にいう刑の量定は広義であって、罰金の換刑処分、未決の通算、刑の執行猶予等を含む概念であることは累次の判例であって、選挙権の停止不停止もこれに含まれるから法令違反も存しない。」一最二決S29. 6. 2判集8-6-794

カ 事実誤認

事実の誤認があつて、その誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立てをした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れた事実であつて明らかに判決に影響を及ぼすべき誤認があることを信ずるに足りるものを援用しなければならない(法382)。

但し、やむを得ない事由によって、第一審の弁論終結前に取調べを請求することができなかつた証拠によって証明することのできる事実及び第一審の弁論終結後判決前に生じた事実であつて、明らかに判決に影響を及ぼすべき事実の誤認があることを信じるに足りるものは、控訴趣意書に援用することができ、その場合には、その事実を疎明する資料と前者のやむを得ない事由によってその証拠の取調べを請求することができなかつた旨を疎明する資料を添付しなければならない(法382の2)。

証拠の取調べを請求することができなかつた「やむを得ない事由」の意義については、量刑不当の項において述べたとおりであつて、被告人が量刑上有利に参酌して貰った方が得策であると考えて事実を争わなかつた場合など、その証拠の存在を知らながら心理的な理由に

より取調べ請求をしなかった場合などは該当しない（注1）。

なお、犯行態様、殺意の内容等に事実誤認があっても、犯情にさほどの差異が認められない場合は、判決に影響を及ぼさない（注2、3）。

（注1）最二決S62.10.30判時1254-131

（注2）大阪高判H10.9.1判タ1004-289

「被害者が路上に転倒して負傷したのは、本位的訴因のとおり、被告人の自動二輪車が被害者に衝突したからであって、予備的訴因である被害者が驚くしたことによるものではないと認めるのが相当である。しかるに、原審は、本位的訴因によらず、予備的訴因を認定したのであるから、この点について原判決には事実誤認があるといわなければならない。

しかし、本位的訴因も予備的訴因も、被告人が前方注視不十分で走行した過失により、被害者に気付くのが遅れ、急制動措置をとったため自転車の安定を失い、車両もろとも路上に転倒、滑走したところまでは、過失の内容も因果の経過も同一であるが、最後の被告人車が被害者に衝突して転倒させたのか（本位的訴因）、衝突はせず、被害者を驚くさせて転倒させたのか（予備的訴因）について違いがあるだけである。そして、もとより、いずれの訴因をとっても成立する犯罪に違いが出てくるわけではなく、犯情についてもさほどの相異があるとも認められない。したがって、原判決の右事実誤認は判決に影響を及ぼすことが明らかであるとはいえない。」

（注3）東京高判S53.2.23刑裁月報10-1、2-75

「本件の場合、未必的殺意と確定的殺意のどちらを認定するかは、犯行態様等を含む諸情況の評価の差に過ぎず、紙一重であって、犯情にさして差が生ぜず、その構成要件の評価に影響が生ずるとも思われない。それ故、原判決が確定的殺意を認定した点をもって、原判決に控訴理由としてのいわゆる重大な誤認があるとまで断定できない。」

キ 再審事由その他

以下の事由があることを理由として控訴の申立てをした場合には、控訴趣意書にその事由があることを疎明する資料を添付しなければならない。

- ① 再審の請求をすることができる場合に当たる事由があること
- ② 判決があった後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があったこと

いずれも、第一審判決後に判明しあるいは発生した事由であって、判決確定前にその事由があることが判明した場合には、事後審の例外として、控訴審で審理するのが具体的正義にかなうとされたものである。

(3) 審理の方式と内容

ア 弁論の範囲と被告人の出頭義務

事後審としての性格上、控訴審の公判期日には、検察官及び弁護人が控訴趣意書に基づいて弁論を行い（法389）、原則として事実の取調べは行われないので、被告人は公判期日に出頭することを要しない（法390本文）。

但し、裁判所は、50万円（刑法、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、5万円）以下の罰金または科料に当たる事件以外の事件について、被告人の出頭がその権利の保護のため重要であると認めるときは、被告人の出頭を命ずることができる（法390但書）。軽微犯以外の犯罪について、例外的に事実の取調べが行われる場合や、検察官の主張に反論の機会を与える必要がある場合等、被告人の防御権の行使のため重要と認めた場合に、裁判所が後見的に出頭を命ずる余地を残したものである。

もっとも、実務上は、反権力闘争の一環として出廷を拒否する等の特殊事例を除いては、裁判所の出頭命令を待つまでもなく、被告人も控訴審に出頭しているのが通例である。

なお、本条（法390）は、原則として被告人に出頭義務がないことを規定したに止まり、出頭する権利を否定するものではないから、公判期日には被告人を召喚することを要し（法404、273・II）、控訴審において、被告人に公判期日の通知をすることなく、被告人が出頭しないまま公判を開廷することはできない（注）。

（注）「被告人は公判期日に出頭する権利を有するものであるから、控訴審における被告人に対する公判期日の召喚は、結局、公判期日を被告人に通知し、出頭を欲する被告人に出頭する機会を与えることを意味するものと解すべきである。そして、控訴審において公判期日を被告人に知らせることなく開廷し、実質的な審理を進めることは、被告人の防禦権の行使に支障

を与える場合もあり、また、それが判決宣告期日の場合には、民事訴訟事件のように、判決の送達日から上訴提起期間が進行する（民訴法366条1項、396条参照）のと異なり、判決宣告の日から右期間は進行し、しかも、控訴審においては判決のあつた事実を被告人に通知することは必要とされていないから、被告人に上訴する機会を失わせるおそれがある。従って、控訴審において被告人に公判期日の通知をすることなく、被告人が出頭しないまま公判を開廷することは刑訴法273条2項に違反し、例えば、それが判決宣告期日の場合であつても、同様であると解すべきである。」

—最大決S44. 10. 1判例時報569-20

イ 調査の範囲

控訴裁判所は、控訴趣意書に包含された事項は、これを調査しなければならない（法392・I）。控訴趣意書に包含されない事項であっても、法377条乃至382条及び383条に規定する控訴事由に関しては、職権で調査をすることができる（法392・II）。

法377条は、1項において当事者主義を原則としつつ、2項において補充的・後見的に職権主義を採用し、具体的正義の実現に資することにしたものである。

従って、同条2項は、裁判所が職権で調査することができることを定めたに過ぎず、控訴趣意書に包含されない事項について職務上の調査義務を定めたものではない（注1）。しかしながら、第一審判決を一読すれば直ちに発見し得るような瑕疵がある場合には、当然職権をもって同判決を破棄しなければならない（注2）。

また、当事者が申立てた控訴趣意書を中心として、第一審判決に対し事後的審査を加える現行控訴審の性格上、補充的・後見的な職権調査には自ずから限界があり、例えば、科刑上一罪についてその一部を有罪としその余の部分理由中で無罪とした第一審判決に対し、被告人だけが控訴を申立てた場合は、無罪とされた部分は当事者の攻防から外されたと見る事が出来るので、それが理論上控訴審に係属しているからといって、控訴審が職権調査により有罪の自判をすることはできないし（注3）、第一審判決が起訴された事実につき犯罪の証明がないとしたうえ、その事実中包含されている事実（起訴事実と併合罪の関係にある事実）を認定して有罪とし、それに対して被告人のみが

控訴した場合、控訴裁判所が法378条3号前段、後段に違反する違法があるとして破棄するにあたり、第一審判決の理由中で無罪とされた起訴事実について、有罪とする余地があるとして差し戻すことは、職権発動の限界を超えるものである（注4）。

（注1）「刑訴392条2項および411条の規定は、裁判所が職権として調査することができる旨を定めたに過ぎないものであつて、控訴または上告の趣意書に包含されない事項についても職務として調査しなければならない旨を定めたものと解することはできない」「そして本件のごとく第一審が法定刑を超えた刑を科した場合においても、控訴審および上告審に所論のような職務としての調査義務があるとするとはできない。」

—最一判S30. 9. 29判時60-3

（但し、注2の判示に照らし、本件具体的事案について調査義務がないとした点については、疑問が残る。）

（注2）「第一審判決は、その認定した犯罪事実について、これが内容をなすべき個々の具体的行為の判示を別紙に譲りながら、当該別紙を判決書に付さなかったもので、かかる判示は、判決書における事実摘示として完全性を欠くというほかなく、同判決には理由を付さなかった違法がある。そして、右のごとき第一審判決の瑕疵は、なんら特段の調査をするまでもなく、同判決を一読すればただちに発見しうるところであるから、原審は、当然職権をもって刑訴法397条1項、378条4号により同判決を破棄しなければならなかったのであるが、原判決はこの点につきなんら触れるところがないのであって、原審のこの措置には、第一審判決の右瑕疵を看過した違法があり、かつ、その違法が判決に影響を及ぼすこと多言を要しない。」（但し、「該判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない」として、上告を棄却した）

—最三決S47. 1. 18判時655-85

（注3）「第一審判決がその理由中において無罪の判断を示した点は、牽連犯ないし包括一罪として起訴された事実の一部なのであるから、右第一審判決に対する控訴提起の効力は、それが被告人からだけの控訴であっても、公訴事実の全部に及び、右の無罪部分を含めたそのすべてが控訴審に移審係属すると解すべきである。そうとすれば、控訴裁判所は右起訴事実の全部の範囲にわたって職権調査を加えることが可能であるとみられないでもない。しかしながら、（中略）いうまでもなく、現行刑訴法においては、いわゆる当事者主義が基本原則とされ、職権主義はその補充的、後見的なものとされているのである。当事者主義の現われとして、

現行法は訴因制度をとり、検察官が公訴を提起するには、公訴事実を記載した起訴状を裁判所に提出しなければならないが、公訴事實は訴因を明示してこれを記載しなければならないこととし、この訴因につき、当事者の攻撃防禦をなさしめるものとしている。裁判所は、右の訴因が実体にそぐわないとみられる場合であっても、原則としては訴因変更を促がしあるいはこれを命ずべき義務を負うものではなく、反面、検察官が訴因変更を請求した場合には、従来の訴因について有罪の言渡をなし得る場合であっても、その訴因変更を許さなければならないが、また、訴因変更を要する場合にこれを變更しないで訴因と異なる事実を認定し有罪とすることはできないのである。このように、審判の対象設定を原則として当事者の手に委ね、被告人に対する不意打を防止し、当事者の公正な訴訟活動を期待した第一審の訴訟構造のうえに立って、刑訴法はさらに控訴審の性格を原則として事後審たるべきものとしている。すなわち、控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、前記のような当事者の訴訟活動を基礎として形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものなのである。そして、その事後審査も当事者の申立てた控訴趣意を中心としてこれをなすのが建前であつて、職権調査はあくまで補充的なものとして理解されなければならない。けだし、前記の第一審における当事者主義と職権主義との関係は、控訴審においても同様に考えられるべきだからである。

これを本件についてみるに、本件公訴事実中第一審判決において有罪とされた部分と無罪とされた部分とは牽連犯ないし包括一罪を構成するものであるにしても、その各部分は、それぞれ1個の犯罪構成要件を充足し得るものであり、訴因としても独立し得たものなのである。そして、右のうち無罪とされた部分については、被告人から不服を申立てる利益がなく、検察官からの控訴申立もないのであるから、当事者間においては攻防の対象からはずされたものとみることができる。このような部分について、それが理論上は控訴審に移審係属しているからといつて、事後審たる控訴審が職権により調査を加え有罪の自判をすることは、被告人控訴だけの場合刑訴法402条により第一審判決の刑より重い刑を言い渡されないことが被告人に保障されているとはいつても、被告人に対し不意打を与えることであるから、前記のような現行刑事訴訟の基本構造、ことに現行控訴審の性格にかんがみるときは、職権の発動として許される限度をこえたものであつて、違法なものといわなければならない。」(但し、第一審判決が被告人らに言渡した刑と原判決が被告人らに

言渡した刑とは全く同一であることから、原判決の違法は、未だもつてこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められないとして、上告を棄却した。)

—最大決S46. 3. 24 (新島ミサイル事件) 判時627-6
(注4) (ナイフを示して脅迫した旨の暴力行為等処罰に関する法律違反事件一件《以下「本件公訴事実」という》につき、同ナイフ1本を携帯した旨の銃砲刀剣類所持等取締法違反の事実《以下「本件犯罪事実」という》を認定した事案について、)「第一審判決は、罪数に関する法解釈を誤ったことが原因であるとはいえ、絶対的控訴理由である同号(法378③—筆者注)前段及び後段の違法を犯していたのであるが、検察官は控訴せず、被告人のみが控訴して、第一審判決には同号後段の違法がある旨主張していたものである。被告人は、本件公訴事実については、第一審判決の理由中において無罪とされており、不服を申立てる利益がなかったことから、第一審判決中の有罪部分である本件犯罪事実についてのみ控訴を申立てたが、本件公訴事実、被告人の控訴申立てに伴い、法律上当然に原審に移審係属するところとなったのである。このような訴訟の経過にかんがみると、被告人の控訴申立てを契機として、原審裁判所が、職権により本件公訴事実について調査を加え、同号前段の違法がある旨指摘して第一審判決を破棄するにとどまらず、本件公訴事実を有罪とする余地があるものとして第一審裁判所に差し戻し、あるいは自ら有罪の判決をすることは、職権の発動の限界を超えるものであって許されないというべきである。そうすると、本件公訴事実については、第一審判決の無罪の結論に従うほかないのであるから、原審裁判所としては、本件を第一審裁判所に差し戻すのではなく、自判して被告人に対し無罪を言い渡すべきであったといわねばならない。

また、本件犯罪事実は、公訴提起がなかったにもかかわらず、第一審裁判所がこれを認定して有罪の判決をしたため、上記控訴申立てに伴い事実上原審に係属するに至ったものであるから、本件犯罪事実については、公訴提起の手續がその規定に違反したため無効である場合に準じて、公訴棄却を言い渡すべきであったと解される」

—最二判H16. 2. 16判時1855-168

ウ 事実の取調べ

控訴裁判所は、法392条の調査をするについて必要があるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で事実の取調べをすることができる(法393・I本文)。

但し、法382条の2の疎明があったものについては、刑の量定の不当又は判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことができない場合に限り、これを取調べなければならぬ(法393・I但書)。

ここにいう事実の取調べは、事後審たる性格に鑑み、当事者が主張し又は職権で調査すべき第一審判決の破棄事由の有無の審査に限られ、旧法の覆審の場合のように新たな事実の認定や量刑を目的として自ら証拠を取調べるべきものではない(最三判S25.12.24刑集4-12-2621)。それ故、「証拠調べ」ではなく、「事実の取調べ」というのである。

第一審の訴訟記録および取調べ済みの証拠に現われている事実は、改めて取調べる必要がないから、法393条1項本文の趣旨は、第一審判決以前に存在した事実に関し、第一審で取調べないし取調べ請求されていない新しい証拠について、法382の2の疎明がない場合であっても、控訴裁判所が第一審判決の当否を判断するにつき必要と認めるときは、その裁量によって取調べをすることができる旨を規定したものであり(最一決S59.9.20判時1133-155)、法393条1項但書は、法382の2の疎明があったものについて、法393条1項但書の要件を満たす場合に限り、控訴裁判所に取調べ義務を課したものである。

以上の取調べは、いずれも第一審判決前に存在した事実の取調べであることを前提としており、控訴審が事後審である以上当然のことであるが、控訴審係属中に刑の量定に影響を及ぼすべき情状事実が発生した場合、これを無視するのは具体的正義に反する。そこで、法は、控訴審裁判所において、必要があると認めるときは、職権で、第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状について取調べることができるものとした(法393・II)。

法393条2項は例外規定であるが、実務上は多用されている規定であって、第一審判決後の示談成立事実を証明するための示談契約書などは同条項によって多く採用され、「第一審判決の量刑は、その判決時においては相当であったが、現時点においては重きに失する」な

どと判示されることが多い。もつとも、同条項には、単に被害の弁償、示談成立等の一般情状ばかりではなく、傷害被告事件において第一審判決後に被害者がその傷害により死亡した事実のように、犯罪事実の変化に伴う情状も含まれる（仙台高判S 39. 2. 7判時366-50）。

（4）裁判の内容

ア 控訴棄却の判決

控訴の申立てが法令上の方式に違反し、又は控訴権の消滅後にされたものであるとき、あるいは、法377条乃至383条に規定する控訴事由がないときは、判決で控訴を棄却しなければならない（法395, 396）。

前述のとおり、控訴の申立てが法令上の方式に違反し又は控訴権の消滅後にされたものであることが明らかなきときは、決定により控訴を棄却されるが（法385）、それ以外の場合は、口頭弁論に基づき、判決で控訴を棄却する趣旨である。

イ 原判決破棄の判決

法377条乃至383条に規定する控訴事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければならない（法397・I）。

また、法393条2項の規定（職権による第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状の取調べ）による取調べの結果、原判決を破棄しなければ明らかに正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる（法397・II）。

不法に管轄違いを言渡し又は公訴を棄却したことを理由として原判決を破棄したときは、判決で事件を原裁判所に差し戻さなければならず（法398－破棄差戻し）、不法に管轄を認めたことを理由として原判決を破棄するときは、控訴裁判所がその事件について第一審の管轄権を有するときを除き、判決で事件を管轄第一審裁判所に移送しなければならない（法399・I－破棄移送）。いずれも、第一審が形式判決をして、実体審理をしていない場合であるから、差戻しあるいは移送して、第一審裁判所をして審理をさせることにしたものである。

控訴審は、事後審であるから、法398、399条に規定する理

由（管轄違い、公訴棄却）以外の理由によって原判決を破棄するときでも、判決で事件を原裁判所に差戻し又は原裁判所と同等の他の裁判所に移送するのが原則である（法４００本文）。

但し、訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取調べた証拠によって、直ちに判決をすることができるものと認めるときは、被告人の手續上の負担を軽減し、訴訟経済に資するため、控訴裁判所が控訴事件について更に判決をすることができるものとした（法４００但書）。これを「自判」という。

また、形式判決であっても、例えば、第一審判決が、時速３０キロメートルを超える最高速度違反の公訴事実について、証拠調べの結果反則行為に当たるに過ぎないことが判明したと認定し、反則金納付手續を経ずして行われた公訴提起手續に違法があるとして、公訴棄却の判決を言渡した場合などは、事実審理を行っているので、法４００条但書を類推適用して、第一審の事実審理の結果に基づき、公訴事実どおりの最高速度違反事実が認められるとして第一審判決を破棄したうえ、法３９８条を適用しないで、自判することができるものと解する（注１）。

なお、控訴審が第一審の無罪判決を破棄し、あるいは、重い犯罪事実を認定する場合には、憲法３１、３７条により、公開の法廷において、法の定める証拠調べ、意見陳述手續をする機会が与えられなければならない（注２）。

（注１）「本件の公訴事實は、被告人が、道路標識によりその最高速度が５０ｋｍ毎時と指定されている道路（高速自動車国道又は自動車専用道路以外のもの）において、その最高速度を３０ｋｍ毎時超える８０ｋｍ毎時の速度で普通乗用自動車を運転して進行したというものであるところ、第一審判決が、証拠調べの結果、被告人運転車両の速度が８０ｋｍ毎時以上であったことの証明はなく、本件は反則者の反則行為に当たるから、反則金納付通告の手續を経ることなく行われた本件公訴提起の手續は違法であるとして、公訴を棄却したのに対し、公訴事実どおりの最高速度違反の事実が認められるとして第一審判決を破棄した原判決が、刑法法３９８条を適用せず、自判できるとした判断は正当である。」

—最一決H19. 3. 19判時1964-161

(注2)「刑訴400条但書は、この原則(差し戻し又は移送の判決—筆者注)に対し、右調査の結果、第一審判決に破棄事由があると思料した場合でも、訴訟記録並びに第一審裁判所において取り調べた証拠のみにより、又は、これと、前記破棄事由が存するか否かを調査するため控訴裁判所が事実の取調べをしたときは、その取り調べた証拠と相俟って、被告事件について判決をするに熟している場合は例外として控訴裁判所自ら被告事件について判決をすることを許した規定と解すべきである。しかるに本件においては、第一審判決は被告人等がそれぞれ判示船舶を輸出しようとしてたとの公訴事實は、確定していないのであり、且つ被告人等には右旧関税法76条の罪の罪責なしと判決しているのであるから、右判決に対し検察官から控訴の申立があり、事件が控訴審に係属しても被告人等は、憲法31条、37条の保障する権利は有しており、その審判は第一審の場合と同様の公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則の適用を受けるものといわなければならない。従って被告人等は公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調の手続が行われ、被告人等がこれに対する意見弁解を述べる機会を与えられた上でなければ、犯罪事實を確定され有罪の判決を言渡されることのない権利を保有するものといわなければならない。それゆえ本件の如く第一審判決が被告人の犯罪事實の存在を確定せず無罪を言渡した場合に、控訴裁判所が第一審判決を破棄し、訴訟記録並びに第一審裁判所において取り調べた証拠のみによって、直ちに被告事件について犯罪事實の存在を確定し有罪の判決をすることは、被告人の前記憲法上の権利を害し、直接審理主義、口頭弁論主義の原則を害することになるから、かかる場合には刑訴400条但書の規定によることは許されないものと解さなければならない。」(但し、4人の裁判官の反対意見がある)

—最大判S31. 7. 18判時82-3

破棄判決の対象、範囲に関する問題点は、次のとおりである。

① 控訴審において変更された訴因に対する判決

控訴審は、第一審判決の当否を判断する事後審であるから、控訴裁判所が控訴審において変更された訴因、罰条について審理することができるのは、第一審当時の訴因、罰条からみて、第一審判決に破棄すべき事由がある場合でなければならない(注)。

(注)「一審判決に、事実誤認ないし法令の違反があつて、これが破棄されることが予想される場合に、控訴審裁判所が、検察官の訴因、罰条の追加変更を許すことは違法とはいえないのであるが、控訴審裁判所が右追

加変更された訴因、罰条について審理判決することのできるのは、あくまでも、一審判決に事実誤認ないし法令違反があることを理由に控訴審でこれが破棄されることが前提とならねばならず、破棄が相当とされた場合に初めてこれに審理判決することができるものと解すべきである。一審当時の訴因、罰条からみて、一審判決になんら誤りが見出されないのに、新たに訴因、罰条が追加変更されたことを理由にその新しい訴因について一審判決がその存在を認めず罰条を適用しなかったことが結局に置いて一審判決の事実誤認ないし法令違反になるとして、これを破棄することは許されない。なんとなれば、現行刑訴法上の控訴審は、刑訴法393条2項等の場合を除き、本来その性質は、第一審判決になんらかの過誤があるか否かを審査するいわゆる事後審査をする裁判所であるからである。」—最一判S42. 5. 25 判時486-75

② 第一審判決後の刑の変更

本条（法397）により破棄すべき「刑の変更」とは、量刑に影響を及ぼすべき場合をいうのであって、従前の法定刑による事案の処理に影響を与える趣旨の変更ではなく、例えば、従前の懲役刑のみの法定刑による処罰の対象外とされてきた軽微事案について、罰金刑を科することを可能にする趣旨でその法定刑に罰金刑を加えたような場合は、これには当たらない（注）。

（注）「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律（平成18年法律第36号）により窃盗罪の法定刑は「10年以下の懲役」から「10年以下の懲役又は50万円以下の罰金」に変更され、同法は本件の第一審判決後で原判決前である平成18年5月28日から施行されたが、同法は上記改正部分につき経過規定を置いていない。

そうすると、上記各事実のうち窃盗罪については、原判決の時点で、刑訴法383条2号所定の「刑の変更」があったとみられる。そして、同法397条1項は同法383条所定の事由があるときは、第一審判決を破棄すべきものと定めている。

しかしながら、上記法改正の内容をみると、懲役刑の刑期には変更が加えられておらず、選択刑として50万円以下の罰金刑が追加されたにとどまるところ、その改正の趣旨は、従来、法定刑が懲役刑に限られていた窃盗罪について、罰金刑の選択を可能として、比較的軽微な事案に対しても適正な科刑の実現を図ることにあり、これまで懲役刑が科されてきた事案の処理に広く影響を与えることを意図するものとは解され

ない。このような法改正の内容、趣旨にかんがみると、当該窃盗罪の犯情、第一審判決が併せて認定した刑の変更のない他の犯罪の有無及びその内容等に照らし、上記法改正との関係からは第一審判決の量刑を再検討する余地のないことが明らかである場合には、刑訴法397条1項により破棄すべき「刑の変更」には当たらず、第一審判決を破棄する必要はないと解するのが相当である。」

—最三決S18. 10. 10判時1052-175

③ 破棄の範囲

破棄の範囲は、破棄すべき理由がある範囲ということになるが、第一審判決が併合罪の一方の罪に対し無罪の判決を言渡し、検察官が有罪部分を含めた併合罪の関係にある全部の罪について控訴を申立てた場合において、併合罪につき刑法47条を適用して1個の有期懲役あるいは禁固刑に処すべき時は、当該の有罪部分に破棄の理由がない場合でも、全部を破棄すべきものである（注）。

（注）「一つの判決において、認定にかかる被告人の窃盗と現住建造物放火未遂とが刑法45条前段の併合罪の関係に立ち、そのそれぞれにつき被告人を有期懲役に処すべきものとする場合には、同法47条を適用し、よって定まった刑期範囲内において、被告人に対し1個の有期懲役を言渡すべきものであつて、その各罪につきそれぞれの刑法各本条所定の刑期範囲内で各別の懲役刑を言渡すが如きは許されないところである。本件において、被告人に対し第一審は窃盗につき懲役10月、放火未遂につき無罪を言渡したところ、被告人は第一審判決中有罪言渡部分についてのみ控訴し、検察官は第一審判決（無罪及び有罪の言渡）全部に対して控訴を申立てる旨の控訴申立書を提出した（これによって右放火未遂と窃盗との両事実につき事件は原審に係属した）が、原判決は、窃盗については事実誤認等なしとして控訴を棄却し、放火未遂についてはその事実を認定して第一審判決の無罪言渡部分を破棄しこれにつき懲役3年を言渡した。しかしながら、原判決の認めたところによれば、原判決の窃盗と放火未遂とは刑法45条前段の併合罪の関係に立つものであり、かつ、原審は、そのそれぞれにつき有期懲役に処すべきものとするのであるから、原審としては、第一審判決中無罪部分を破棄して被告人の放火未遂罪につき懲役3年を言渡す一方、窃盗有罪の部分についての控訴を棄却するが如きことはなすべきでなく、すべからず第一審判決全部を破棄した上、原審の認めた放火未遂と窃盗との両罪につき刑法45条、47条を適用して、併合罪の加重をした刑期範囲内で被告人を1個

の有期徒刑に処すべきであつた。」

—最三判S38. 11. 12判時353-47

ウ 共同被告人のための破棄

被告人の利益のため原判決を破棄する場合において、破棄の理由が控訴をした共同被告人に共通であるときは、その共同被告人のためにも原判決を破棄しなければならない（法401）。

控訴をしている共同被告人について、被告人と共通する控訴理由が認められるときは、共同被告人がその控訴理由により控訴をしていない場合でも、処分の公平を期するため、破棄すべきものとしたのである。

エ 不利益変更の禁止

被告人が控訴をし、又は被告人のため控訴をした事件については、原判決の刑より重い刑を言い渡すことはできない（法402）。

被告人及びその他の控訴権者が、控訴審において更に重い刑に処せられることを恐れて、控訴することを躊躇することのないようにし、もって、自由な控訴権の行使を保障しようとする趣旨である。

オ 公訴棄却の決定

原裁判所が不法に公訴棄却の決定をしなかったときは、決定で公訴を棄却しなければならない（法403）。

3 上告

上告とは、高等裁判所が第一審又は第二審として言渡した判決に対する不服申立手続である（法405本文）。

旧法においては、上告審は、現行法の控訴審と同様の事後審であったが（注1）、現行法は、第一審の審理を重視して控訴審を事後審とした思想の上に立ち、司法行政事務も行う最高裁判所の負担軽減をも考慮して、上告の理由を憲法違反又は判例違反に限定し、例外的に法律審、事実審としての性格も残した（注2）。

なお、控訴の章の規定は、法に特別の定めがある場合を除いて、上告の審判に準用される（法414）ので、以下においては、上告審特有の規定と問題点を解説する。

（注1）旧法409～415条に現行法の控訴理由と同様の上告理由が規定され、上告趣意書の方式、調査の範囲に関しては、次のとおり規定している。

旧法425条「第412条及び第414条の場合（量刑不当及び事実誤認—筆者注）においては、訴訟記録及び原裁判所において取調べた

る証拠に現れざる事実を援用することを得ず」

旧法434条「上告裁判所は、上告趣意書に包含せられたる事項に限り調査をなすべし」「第二審に対する上告事件については、第412乃至414条に規定する事由（量刑不当、再審事由、事実誤認—筆者注）につき、職権をもって調査を為すことを得」

（注2）昭和23年5月1日の連合国軍司令部政治部（GHQ、GS）主催の委員会における最高裁判所側委員の提案説明及び同年5月28日第2回国会衆議院司法委員会における鈴木法務総裁の改正刑事訴訟法提案理由説明

（1）上告手続と審理方式

ア 上告の提起については、控訴の規定が準用されるので、判決の日の翌日から14日以内に、上告の申立書を控訴裁判所に差し出してしなければならない。

イ 上告申立人は、控訴趣意書の提出と同様、通知書により指定された最終日まで上告趣意書を差し出さなければならないが、その最終日は、控訴趣意書より長く、その指定通知書が上告申立人に送達された日の翌日から起算して28日以後の日でなければならない（規252）。

ウ 上告趣意書には、規則の定めるところにより、上告申立ての理由を明示しなければならない（法407）。規則には、判例と相反する判断をしたことを理由として上告の申立てをした場合には、上告趣意書にその判例を具体的に示さなければならないとしているほか、控訴趣意書に関する規定を準用している（規253、266、240）。

エ 上告審においては、原則として事実の取調べをすることはないので、控訴審と同様に公判期日への出頭義務がないうえに、公判期日に被告人を召喚することも要しない（法409）。

（2）上告理由

上告の申立て理由は、次の憲法違反と判例違反に限定されている（法405）。

ア 憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤りがあること（1号）。

「憲法の違反があること」とは、高等裁判所がした判決を含む訴訟手続が憲法に違反したことをいい、「憲法の解釈に誤りがあること」とは、違憲の法令を適用することを含め、判決理由中の憲法判断に誤りがあることをいう。

憲法違反を理由としているか否かは、その主張内容の実質如何によ

り判断され、憲法違反を主張していても、その実質が単なる訴訟法違反の主張にすぎない場合は、適法な上告理由に当たらない。

上告は、不服申立て手続きであるから、原判決において主張・判断を経なかった事項に関し、新たに違憲をいう主張は、適法な上告理由にならない（注1）。

また、上告も具体的事件の解決を目的とするものであるから、原判示自体において原判決の結論に影響のないことが明らかな憲法解釈を非難する違憲の主張は、適法な上告理由にならない（注2）。

（注1）「所論は、刑法198条の規定は憲法29条1項に違反する旨主張する。しかしながら、記録に徴すれば、本件第一審判決は右刑法の条項を適用して被告人を有罪としたのに対し、被告人は控訴趣意書において右刑罰規定自体の合憲性を争う主張を全くせず、従つて原判決もこの点になんら触れるところなく、右控訴を棄却したものであることが明らかである。このように原審で主張判断を経なかった事項に関し、当審において新たに違憲をいう主張は、適法な上告理由に当たらないものといわなければならない。けだし、元来、上告は、控訴審の判決に対する上訴であるから、控訴審で審判の対象とならなかつた事項を上告理由として主張することは許されないものと解すべきであり、また控訴審では、控訴趣意書に包含されている事項を調査すれば足り、これに包含されていない事項については、たとえそれが第一審判決の適用法条の合憲性の有無に関するものであつても、職権調査の義務を当然には負うものではなく、この点に関し判断をしなかつたからといって、上告を以て攻撃されるべき違法とは言い難いからである。」

—最大決S39. 11. 18判時395-49

（注2）「原判決が、憲法19条、21条について、これらの規定は、公共の福祉に反しない限り、立法その他官憲の国務に関する行為により、国民の思想、集会、結社、言論、その他表現の自由等の抑圧、制限、禁止等をなし得ない趣旨を定めたものであつて、一私人の行為による右自由権の侵害に対する保障を含むものではない旨の解釈を示すとともに、中島輝子の本件行為は、一私人としての立場において非公開の帰国者大会を傍聴したに過ぎない旨の事実を認定していることは、所論のとおりである。しかし、原判決は、さらに中島輝子が本件当時舞鶴引揚援護局非常勤職員という公務員たる身分を有していたが故に、同女の本件行為が、仮に官憲の国務に関する行為として帰国者等の右のような憲法上の自

由権を侵害したものであるとしても、なおその侵害の程度は、被告人等が同女に加えた身体の自由の侵害の程度に比して軽微なものと認められるから被告人等の本件行為の違法性を阻却する事由とはならない旨判示しているのである。従って、原判決の前記憲法解釈の正否は、原判決によれば本件の違法性に関する原判決の結論に影響しないことが判示自体において明らかであつて、所論違憲の主張は原判決の結論に影響のない憲法解釈を非難するものであるから適法な上告理由とならない。」
—最二決S 39. 12. 3判時394-8

イ 最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと（2号）。最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと（3号）。

ここにいう判例とは、原判決の宣告前に出され、先例として他の事案に適用すべき法律の見解を含む最高裁判所の裁判又はこれがない場合の高等裁判所等の裁判である。従って、当該事案における量刑理由を示しただけで、他の事案に適用すべき法律判断を含んでいない裁判や（注1）、最高裁判所により破棄された高裁判決（注2）は、判例に当たらない。

また、判例違反というためには、原判決に判例と反する法律判断が示されていなければならない（注3）、判例違反があつても、原判決の結論に影響を及ぼさない場合は、適法な上告理由に当たらない（注4）。

（注1）最一決S 28. 2. 12刑集7-2-211

（注2）最一決S 51. 9. 14判時827-122

（注3）最一判S 38. 9. 12「松川事件」判時346-6

「所論において挙示する最高裁判所判例は、（中略—筆者注）いずれも有罪判決に関するものばかりであるところ、原判決は前記の如く、本件公訴事実の存在を認めるに足る証明は遂に得られなかつたとした無罪判決であつて、なんら犯罪事実または有罪に関する事実を積極的に認定したものではないのであるから、挙示の判例はすべて本件に適切でなく、所論はその前提を欠くものといわざるをえない。のみならず、刑訴405条にいう「判例と相反する判断をした」というためには、その判例と相反する法律判断が原判決に示されているのでなければな

らないのであるが、原判決は有罪の認定をしているのでないから、黙示的にも挙示の判例と相反する法律判断を示したものは認められず、したがって、原判決には刑訴405条2号または3号に規定する事由があるとはいえないのである。」

(注4) 最三決S54. 4. 24判時925-49

「所論の指摘する原判決の判示部分が憲法の解釈を誤り、又は所論指摘の当裁判所の判決・決定の見解と相反するものを含むとしても、右判示部分は余論であって、被告人らの行為に対し同条を適用し有罪とした原判決の結論に影響を及ぼすものでないことが明らかである。所論は、原判決の結論に影響のない事項に関し憲法の解釈の誤及び判例違反をいうものであって、刑訴法405条の上告理由にあたらぬ。」

(3) 事件受理事由

最高裁判所は、法405条の規定により上告をすることができる場合以外の場合であっても、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件については、その判決確定前に限り、規則の定めるところにより、自ら上告審としてその事件を受理することができる(法406)。

最高裁判所は、法406条により上告審として事件を受理し、申立てに理由があると認めた場合は、法411条1号(判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、破棄しなければ著しく正義に反すると認めるとき)によって、原判決を破棄する。

(4) 裁判の種類と内容

ア 必要的破棄判決

上告裁判所は、法405条に規定する上告理由があるときは、判決に影響を及ぼさないことが明らかな場合を除き、判決で原判決を破棄しなければならない(法410・I)。

但し、判例違反のみがある場合において、上告裁判所がその判例を変更して原判決を維持するのを相当とするときは、この限りではない(法410・II)。上告申立て後、上告裁判所ではない他の最高裁判所の判決によって判例が変更されているときも、本条2項の趣旨に従い、その上告は棄却される。

イ 職権破棄判決

上告裁判所は、法405条に規定する上告理由がない場合であっても、下記の事由があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる(法411)。具体的正義を実現するため、憲法違反及び判例違反の上告理由以外による破棄の余地を残したものである。

なお、第一審裁判所が即決裁判手続によって判決をした事件については、下記③の事由があることを理由として、原判決を破棄することができない(法413)。

- ① 判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること
- ② 刑の量定が著しく不当であること
- ③ 判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること
- ④ 再審の請求をすることができる場合に当たる事由があること
- ⑤ 判決後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があつたこと

ウ 破棄する際の移送・破棄差戻し・自判

不法に管轄を認めたことを理由として原判決を破棄するときは、判決で事件を管轄控訴裁判所又は管轄第一審裁判所に移送しなければならない(法412)。

それ以外の理由により原判決を破棄するときは、事件を原裁判所若しくは第一審裁判所に差し戻し、又はこれらと同等の裁判所に移送しなければならない(法413本文)。

但し、上告裁判所は、訴訟記録並びに原裁判所及び第一審裁判所において取調べた証拠によって、直ちに判決ができるものと認めるときは、被告事件について更に判決をすることができる(自判—法413但書)。

エ 上告棄却判決・決定

上告裁判所は、上告趣意書その他の書類によって、上告申立ての理由がないことが明らかであると認めるときは、弁論を経ないで、判決で上告を棄却することができる(法408)。

その他の場合については、控訴の規定が準用されるので(法414)、法385、386、395、396条の規定事由に応じて、上告棄却判決・決定がなされる。

オ 訂正判決

上告裁判所は、その判決の内容に誤りがあることを発見したときは、検察官、被告人または弁護人の申立てにより、判決でこれを訂正することができる（法４１５・Ⅰ）。訂正の判決に対しては、訂正の申立てをすることはできない（法４１７・Ⅱ）。

この申立ては、判決の宣告があった時から１０日以内にしなければならない。上告裁判所が適当と認めるときは、訂正申立者の申立てにより、この期間を延長することができる（法４１５・ⅡⅢ）。

訂正の判決は、弁論を経ないでもすることができる（法４１６）。

上告裁判所は、訂正の判決をしないときは、速やかに決定で申立てを棄却しなければならない（法４１７・Ⅰ）。

(5) 裁判の確定

上告裁判所の裁判には、上訴の途がないので、本来裁判の宣告又は送達と同時に確定するが、訂正の申立てが許される判決については、宣告があった日から訂正の申立て期間（原則１０日）を経過したとき、又はその期間内に訂正の申立てがあった場合には、訂正の判決若しくは申立てを棄却する決定があったときに確定する（法４１８）。

4 抗告

抗告は、裁判所の決定について、上級裁判所に対してする不服申立手続である。抗告には、通常抗告、即時抗告及び特別抗告の３種がある。

抗告をするには、申立書を原裁判所に差し出さなければならない（法４２３・Ⅰ）。原裁判所は、抗告を理由があると認めるときは、決定を更正し、抗告の全部又は一部を理由がないと認めるときは、申立書を受け取った日から３日以内に、意見書を添えて抗告裁判所に送付しなければならない（法４２３・Ⅱ）。

抗告は、即時抗告を除いては、裁判の執行を停止する効力を有しないが、原裁判所又は抗告裁判所は、決定で抗告の裁判があるまで執行を停止することができる（法４２４）。この執行停止は、裁判所の職権であり、当事者には請求権がなく、裁判所の職権発動を促すことができるのみである。

抗告裁判所は、抗告の手続がその規定に違反したとき、又は抗告が理由のないときは、決定で抗告を棄却しなければならない（法４２６・Ⅰ）。

抗告が理由のあるときは、決定で原決定を取り消し、必要がある場合には、更に裁判をしなければならない（法４２６・Ⅱ）。

（１）通常抗告

通常抗告は、特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合の外、裁判所のした決定に対してすることができる（４１９本文）。但し、この法律に特別の定めがある場合は、この限りではない（法４１９但書）。

通常抗告は、即時抗告を除いては、何時でもこれを行うことができる（法４２１前段）。但し、当然のことながら、原判決を取り消しても実益がないようになったときは、この限りではない（法４２１後段）。

法４１９条但書の「この法律に特別の定めがある場合」とは、次の場合である。

ア 判決前の決定に対する抗告

裁判所の管轄又は訴訟手続に関し、判決前にした決定に対しては、この法律に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合を除いては、抗告をすることができない（法４２０・Ⅰ）。

本規定は、裁判所の管轄又は訴訟手続に関する決定については、判決に至る手続上の問題に過ぎず、その都度の抗告を許すのは手続を煩雑にするばかりであるから、原則としてこれを許さず、判決に対する上訴により救済することにしたものである。しかしながら、勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する決定及び鑑定のためにする留置に関する決定については、直接に基本的人権を侵害するものであって、その都度救済の途を残す必要があるので、本規定を適用しないこととした（法４２０・Ⅱ）。但し、勾留に対しては、犯罪の嫌疑がないことを理由として抗告をすることはできない（法４２０・Ⅲ）。けだし、公訴提起後の犯罪の成否は判決によって決すべきであり、判決前に犯罪の嫌疑の有無について判断することを許せば、審理の重複を強いることになるからである。

イ 抗告裁判所の決定

抗告裁判所の決定に対しては、抗告をすることはできない（法４２７）。

再抗告を許せば、最高裁判所が判断することになるところ、上告理

由を制限したことと軌を一にして、最高裁判所の負担を軽減するため、これを禁止したものである。

ウ 高等裁判所の決定に対する抗告

高等裁判所の決定に対しては、抗告をすることはできない（法428・I）。その趣旨は、再抗告を禁止した趣旨と同様である。その代わりとして、その高等裁判所に対し異議の申立てをすることができる（法428・II）。

(2) 即時抗告

即時抗告は、速やかに確定させる必要がある決定について、法に規定されている場合にのみ認められる抗告である。

即時抗告ができる決定は、速やかに確定させる必要があるため、その提起期間が3日の短期間とされ（法422）、その反面、その提起期間内及びその申立てがあったときは、裁判の執行が停止される（法425）。

(3) 特別抗告

特別抗告は、最高裁判所の法令審査権（憲81条）に基づき、法により不服を申立てることができない決定又は命令に対し、法第405条に規定する事由（憲法違反、判例違反）があることを理由とする場合に限り、最高裁判所に対してすることができる抗告である（法433・I）。

「法により不服を申立てることができない決定又は命令」とは、法420条の判決前の決定、法427条の抗告裁判所の決定、法428条の高等裁判所の決定及び法429条の準抗告の対象とならない裁判官の命令である。

特別抗告の提起期間は、5日とされている（法433・II）。

5 準抗告

準抗告は、裁判官の命令又は検察官等の捜査機関の処分に対する不服申立手続である。

裁判官が勾留、押収等に関する裁判をした場合において、不服がある者は、簡易裁判所の裁判官がした裁判に対しては管轄地方裁判所に、その他の裁判官がした裁判に対してはその裁判官所属の裁判所に、その裁判の

取消し又は変更を請求することができる（法429・I）。

検察官、検察事務官又は司法警察職員のした法39条3項の接見禁止処分又は押収若しくは押収物の還付に関する処分に不服がある者は、検察官又は検察事務官にかかる場合はその所属する検察庁に対応する裁判所に、司法警察職員にかかる場合はその職務執行地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所に、その処分の取消し又は変更を請求することができる（法430・IⅡ）。

準抗告には、抗告に関する法424条（執行停止）、法426条（抗告に対する決定）、法427条（再抗告の禁止）が準用される（法432）。

準抗告に関しては、次のような問題点がある。

① 逮捕、検証に対する準抗告の可否

逮捕、検証について準抗告を許す規定がないうえ、次の理由により、否とせざるを得ない。

逮捕については、勾留の要否を判断するための短期拘束処分と観念されているので、その適否は勾留裁判においてなされるべきものとされ（注1）、検証については、五官の作用により認識したものを取消しあるいは変更することはできないので（注2）、いずれも準抗告の対象から外されたものと思われる。

（注1）—最一決S57. 8. 27 判時1051-158（逮捕につき消極）

（注2）—最二決H2. 6. 27 判時1354-160

（搜索・差押えの際の写真撮影につき消極）

② 捜査機関の押収処分を受けた者の還付請求権の有無

法430条は、検察官等の押収物の還付に関する処分の取消し又は変更を認めるに止まっているが、その処分が取消変更されても、還付を受けられなければ意味をなさないので、その処分を受けた者は還付請求権を有し、裁判所は還付命令を発することができるものと解すべきである（注）。

（注）（法430条2項は、押収処分の取消変更を認めているにすぎず、それ以上に還付の裁判を求めることはできないとして、還付請求に対する却下処分の取消しのみを認め、その余の申立てを棄却した原決定に対する特別抗告審）

「しかしながら、捜査機関による押収処分を受けた者は、同法222条1項において準用する123条1項にいう「留置の必要がない」場合に当た

ることを理由として、当該捜査機関に対して押収物の還付を請求することができるというべきである。そして、上記押収処分を受けた者から、還付請求を却下した処分の取消しと自己への還付を求めて同法430条2項の準抗告が申立てられた場合において、押収物について留置の必要がないときは、同法222条1項において準用する124条1項による被害者への還付等、申立人以外の者に還付することが相当である場合や、捜査機関に更に事実を調査させるなどして新たな処分をさせることが相当である場合を除き、準抗告裁判所は、原処分を取り消すとともに、捜査機関に対して、押収物を申立人に還付するよう命ずる裁判をすべきものである。

—最一決H15. 6. 30 (積極) 判時1833-160

③ 犯罪の嫌疑がないことを理由とする、被疑者の勾留に対する準抗告の可否

法429条2項は、法420条3項の「勾留に対しては、・・・犯罪の嫌疑がないことを理由として抗告をすることはできない」との被告人に関する規定を準用しているが、被告人の勾留は、公判審理のためのものであるから、勾留要件としての嫌疑の有無は判決において決すべきものとしても、被疑者の勾留は、捜査のためのものであって、判決によって嫌疑の有無が判断されるとは限らないので、犯罪の嫌疑がないことを理由とする不服申立ての途を閉ざすのは不当である。

④ 被告人の配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹が請求した保釈請求を却下した裁判に対する同人らの準抗告申立権の有無

いずれも、保釈請求権を付与されている者であるから、その請求を却下されたからには、法352条にいう「決定を受けた者」、あるいは、法429条1項にいう「不服がある者」に外ならないので、準抗告を許すべき者である(注)。

(注)「勾留された被告人の配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹は、刑訴法88条1項により保釈の請求をすることができるのであるから、それらの者が自ら申立てたその保釈の請求を却下する裁判があったときは、同法352条にいう『決定を受けたもの』又は同法429条1項にいう『不服がある者』として抗告又は準抗告を申立てることができるものと解するのが相当である。」

—最三決H17. 3. 25 判時1893-158

⑤ 勾留(延長)請求却下裁判の執行停止決定がなされるまでの身柄拘束の適否

執行停止の職権発動を求めている間の身柄拘束の適否については、次の両説が対立しているが、これを否とすれば、釈放後行方不明になるなどして、執行停止決定を得てもこれを無意味ならしめることになるので、裁判所が執行停止の許否を判断するのに必要な合理的時間内の身柄拘束は許容されるものと解する。

適法説

検察官が準抗告及び執行停止の申立てをし、準抗告裁判所が執行停止の許否について一応の判断をするのに必要とされる合理的時間内は釈放を要しない。

違法説

勾留請求却下の裁判によって、身柄拘束の根拠は失われるので、執行停止の余地はなく、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

第2 非常救済手続

国家の刑罰権は、判決の確定により実現する。刑罰権の行使により社会の秩序を維持し、その法的安定性を担保するためには、確定判決を覆し得ないとするのが原則である。

しかしながら、法は、判決確定後の非常救済手続として、誤って有罪判決を受けた者を救済して具体的正義を実現するための再審制度と法令の解釈適用を統一するための非常上告制度を設けた。

1 再審

再審とは、有罪判決確定後において、これを覆すべき一定の事由が発生した場合、その有罪判決を受けた者の利益のために実体審理をやり直す非常救済手続である。

(1) 再審事由

法435条は、1号から7号において、有罪の確定判決を受けた者の利益のために再審の請求を許すべき事由を定めているが、1～5号、7号は、確定判決等により一定の事由が証明されることが要件となっているので、解釈上問題となる余地は比較的少ない。

問題となるのは、6号の「有罪の言渡しを受けた者に対して無罪若しくは免訴を言渡し、刑の言渡しを受けた者に対して刑の免除を言渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき」の意義に関する、証拠の新規性と明白性である。

なお、「原判決において認めた罪より軽い罪」とは、再審が厳格な要件の下に許されるべき非常救済手続であることに鑑み、原判決が認めた犯罪よりもその法定刑の軽い他の犯罪をいうものと解すべきであって、個々の具体的事情によって量刑に異動を来すような犯罪の情状を標準とすべきものではない（最大決S25.4.21刑集4-4-666）。

ア 証拠の新規性

「証拠を新たに発見したとき」とは、証拠の発見の新たなことをいい、その存在が原判決の以前より継続するか、あるいは原判決以後新たに発生したかを問わないが（注1）、その証拠が確定判決の判断の対象となっていないことを要する。従って、上告趣意書等に添付して提出された証拠であっても、確定上告審において、当該証拠について明確な判断がなされず、職権調査の対象となったか否か明らかでない場合には、証拠の新規性を失わない（注2）。しかし、禁反言の原則等に照らし、確定判決の審理において、殊更、その証拠があることを知りながら、これを提出しないで、再審の請求をするに際してこれを主張することは許され

ない（注3）。

（注1）「刑事訴訟法第435条第6号に所謂「証拠をあらたに発見したとき」とは、証拠の発見のあらたなることを謂い、その存在が原判決の以前より継続すると、原判決以後新に発生したとを問わないものと解すべきを相当とする。然るに原判決によれば、右は原判決言渡前にその存在を知らず又は提出不可能であつた証拠を該判決言渡後新に発見し又は提出可能となった場合を謂うものと解し、従つて本件再審請求人提出にかかる中根勝次より西ヶ谷弁護士宛書面が請求人に対する第一審判決言渡後作成せられたものであるから同条に所謂あらたに発見した証拠に該当しないとの理由に基き、本件再審請求を理由なしとして棄却したのは、前記法条の解釈を誤つた違法あるものであって、弁護人の此の点の主張は一応その理由があると言ふことができる。」（但し、結論としては、証拠の明白性が認められないとして、即時抗告を棄却した。）

東京高決S27. 7. 17 刑集5-7-1163

（注2）上告趣意書等に添付された証拠は、一般には上告趣意の内容を理解させ、あるいはこれを敷衍するという以上の意味を持つものでないことは、原決定説示のとおりであり、これに対し証拠調べがなされず、職権調査の対象となったかも明らかでない場合は、いわゆる新規性を失わないと解すべきであるところ、本件については、確定上告審は、前記引用した判文上、期限内に提出された上告趣意書で主張された「松本正一メモ」については判断を示したものの、右上告趣意書提出から約1年半後の昭和59年11月27日付け弁護人の上告趣意書（補充）（9）の1ではじめて主張され、提出された所論指摘の星子聴取書及び辛の星子宛書簡については明確な判断を加えていないことが明らかであり、特に59・12・24付け星子聴取書は、上告趣意補充書でも触れられないまま上告審決定に至つたのであって、結局所論指摘の聴取書及び書簡については、上告審が職権調査をし、その証拠価値について判断を加えたとは認めがたく、新規性を有するといふべきである（所論引用の高裁決定（筆者注—東京高決S55. 2. 5判時957-3）にかかる原上告審の最高裁昭和52年8月9日決定・刑集31巻5号821頁は、判文上、上告趣意にある争点ごとに克明な審査がなされたことが明らかであり、本件とは事案を異にする。）

福岡高決H12. 2. 29 判タ1061-272

（注3）「本件再審請求書添附の各書面はその内容自体必ずしも明白ではないので「明らかな証拠」といえないばかりでなく、原審の確定した事実によれば、抗告人はその援用にかかる証拠があることを知りながら且つこれを提

出すことができたのに、他人の罪を背負うためことさらこれを提出しないで判決確定後再審の請求をするに際し始めてこれを主張し提出したのであるから、本件の場合「証拠をあらたに発見したとき」に該当するものでないこと原決定の説明するとおりである。」

—最三決S29. 10. 19刑集8-10-1610

イ 証拠の明白性

かつて、判例は、「明らかな証拠」とは、その証拠のみによって、有罪の言渡しを受けた者に対して無罪若しくは免訴を言渡し、刑の言渡しを受けた者に対して刑の免除を言渡し、又は原判決において認めた罪より軽い刑を認めるに足る証明力を要求していたが（注1）、白鳥事件の昭和50年5月20日最高裁決定において、当該証拠と他の全証拠を総合的に評価して、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと判示し、再審開始決定においても、「疑わしいときは被告人の利益に」という刑事裁判における鉄則が適用されることを明らかにした（注2）。

白鳥決定は、再審の扉をより広く開けたものとして評価されたが、当該事案については、再審の開始を認めるに至らず、その理念を適用して最初に死刑判決を再審に至らしめたのは、財田川事件の昭和51年10月12日最高裁取消・差戻決定であった（注3）。

白鳥事件決定が示した、当該証拠と合わせて総合的に評価すべき「他の証拠」の意義については、確定判決が挙示した証拠のみならず、本件再審請求の理由の存否に関連して提出されたすべての証拠及び従前の再審請求において提出された新証拠（注4）、確定判決が挙示していない証拠であっても、その審理中に提出されていた証拠、更には再審請求後の審理において新たに得られた他の証拠をも検討の対象にすることができるものと解される（注6）。

また、合理的な疑いを抱かせるべき事実とは、罪となるべき事実をいうのであって、当該証拠によりある特定の証拠の証明力が大幅に減殺されたとしても、これのみにより直ちに確定判決の有罪認定に合理的な疑いが生ずるものではないし（注5）、犯行の態様について当該証拠により事実誤認のあることが判明したとしても、そのことにより更に進んで罪となるべき事実の存在そのものに合理的な疑いを生じさせるに至らない限り、再審事由に該当するということはできない（注6）。

（注1）「再審は確定判決の効果を動かすものであるから、法は厳格な要件の下においてのみその開始を許すのである。刑訴435条6号にいう「明らか

な証拠」というのは証拠能力もあり、証明力も高度のものを指称すると解すべきであって、被告人の弁護人宛の事件を否認する書信の如きは証拠能力の点からいつても、また証明力の点からいつても到底「明らかな証拠」ということはできない。」—最三決S33年5月27日刑集12-8-1683

(注2)「同法435条6号にいう「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」とは、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであるが、右の明らかな証拠であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべきであり、この判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、「疑わしいときは被告人の利益に」という刑事裁判における鉄則が適用されるものと解すべきである。」(但し、結論としては、証拠の明白性が認められないとして、特別抗告を棄却した。)

最一決S50. 5. 20 (白鳥事件) 判時776-24

(注3) (前記注2の白鳥事件決定を引用したうえ)「そして、この原則を具体的に適用するに当たって、確定判決が認定した犯罪事実の不存在が確実であるとの心証を得ることを必要とするものではなく、確定判決における事実認定の正当性についての疑いが合理的な理由に基づくものであることを必要とし、かつ、これをもつて足りると解すべきであるから、犯罪の証明が十分でないことが明らかになった場合にも右の原則があてはまるのである。そのことは、単なる思考上の推理による可能性にとどまることをもつて足りるとするものでもなく、また、再審請求をうけた裁判所が、特段の事情もないのにみだりに判決裁判所の心証形成に介入することを是とするものでもないことは勿論である。」と判示し、「・・・右のように、申立人の自白の内容に前記のようないくつかの重大な、しかも、たやすく強盗殺人の事実を認定するにつき妨げとなるような疑点があるとすれば、新証拠である高村鑑定を既存の全証拠と総合的に評価するときは、確定判決の証拠判断の当否に影響を及ぼすことは明らかであり、・・・審理を尽すならば、再審請求の事由の存在を認めることとなり、確定判決の事実認定を動揺させる蓋然性もありえたものと思われる。」として、審理不尽の違法を理由として原決定及び原原決定を取り消し、原原審に差し戻した。

最一決S51. 10・12 (財田川事件) 判時828-23

(差戻し後、高松高決S56. 3. 14判時995-3は、高松地裁の再審

開始決定に対する即時抗告を棄却した。)

(注4) (前記注2の白鳥事件決定を引用したうえ)「したがって、本件再審請求は熊本地方裁判所八代支部がなした原第一審判決に対するものであるから、まず、原第一審判決の有罪判断の基礎となった認定事実と挙示の証拠を検討し、あわせて弁護人らによって新証拠として提出された証拠のみならず、本件再審請求の理由の存否に関連して、原審及び当審に提出されたすべての証拠を検討しつつ、原決定の説示の当否を判断すべきである。なお、右証拠に関し、再審請求が数次に及ぶような場合において、新たに発見された証拠が数度に亘る場合とそうでない場合と対比して著しい不均衡を生ぜしめるようなことは相当でなく、刑事訴訟法435条6号の明白性の判断は総合的なものであるから、原確定裁判の全訴訟資料のほか、従前の再審請求において新証拠として提出された資料もその証拠価値の肯認されるようなものである限り、新証拠との関係で再度全体的心証形成の素材として右判断の資料となしうるものと解するのが相当であり、」

福岡高決S54. 9. 27 (免田事件) 高集32-2-186

(なお、最一決S55. 12. 11判時984-41は、「請求人提出にかかる証拠の新規性及び明白性を認めて本件再審請求を認容すべきものとした原決定の判断は、正当として是認することができる。」として、検察官の本決定に対する特別抗告を棄却した。)

(注5) 本件替栓の表面の傷痕に関し、確定判決の言い渡された第二審において取り調べられた3鑑定を含む各証拠に、再審請求後に提出された各証拠を総合して検討すると、3鑑定は、右傷痕が申立人の歯牙によって生じたものと特定するに足りるだけの証明力を失ったという意味において、いずれもその証明力が大幅に減殺されたことが明らかである。しかし、本件替栓の表面の傷痕に関する新旧全証拠を総合しても、本件替栓上の傷痕が人の歯痕であるか、あるいは人の歯痕である可能性が強く、また、それが申立人の歯牙によって印象されたとしても矛盾は生じないとした原決定の認定は、正当として是認することができる。したがって、3鑑定の証明力が右のとおり大幅に減殺されたからといって、これのみにより直ちに確定判決における有罪認定につき合理的な疑いが生ずるものではないし、確定判決の有罪認定の根拠とされた(中略)各証拠群の証明力が否定されるという関係に立つともいえない。そうすると、問題は、本件替栓の表面の傷痕に関する証拠の証明力の評価を右の範囲にとどめ、再審請求後に提出された新証拠と確定判決の言い渡された第二審で取り調べられたその余の全証拠とを総合的に評価した結果として、確定判決の有罪認定につき合理的な疑

いを生じさせ得るか否かに帰着するといえることができる」

本件替栓の表面の傷痕に関する3鑑定は、再審請求後に提出された証拠によって、その証明力が大幅に減殺されたとはいえ、新旧全証拠を総合して検討すると、犯行の機会に関する状況証拠から、申立人が本件犯行を犯したと認めることができ、これに信用性が高いと認められる申立人の自白を総合すれば、確定判決の有罪認定に合理的な疑いを生ずる余地はないといふべきであるから、所論引用の各証拠が刑法435条6号にいう証拠の明白性を欠くとして本件再審請求を棄却すべきものとした原決定の判断は、これを是認することができる。」(特別抗告棄却)

最三決H9. 1. 28 (名張ぶどう酒事件) 判時1592-40
(注6)「所論は、確定判決の判示した放火の具体的方法が実行可能であることについて合理的な疑いを生ずるに至ったのであるから、再審事由に該当すると主張している。しかし、放火の方法のような犯行の態様に関し、詳しく認定判示されたところの一部について新たな証拠等により事実誤認のことが判明したとしても、そのことにより更に進んで罪となるべき事実の存在そのものに合理的な疑いを生じさせるに至らない限り、刑法435条6号の再審事由に該当するということとはできないと解される。本件においては、確定判決が詳しく認定判示した放火の方法の一部に誤認があるとしても、そのことにより申立人の現住建造物放火の犯行について合理的な疑いを生じさせるものでないことは明らかであるから、所論は採用することができない。」

「所論は、確定判決に標目が挙示されなかった証拠や再審請求後に提出された証拠を考慮して再審請求を棄却することは許されないと主張する。しかし、刑法435条6号の再審事由の存否を判断するに際しては、大隈誠作成の前記書面等の新証拠とその立証命題に関連する他の全証拠とを総合的に評価し、新証拠が確定判決における事実認定について合理的な疑いをいだけせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠であるか否かを判断すべきであり、その総合的評価をするに当たっては、再審請求時に添付された新証拠及び確定判決が挙示した証拠のほか、たとえ確定判決が挙示しなかったとしても、その審理中に提出されていた証拠、更には再審請求後の審理において新たに得られた他の証拠をもその検討の対象にすることができるものと解するのが相当である。」(特別抗告棄却)

最三決H10. 10. 27 (マルヨ無線強盗殺人放火事件) 判時1657-38

(2) 再審請求手続

ア 再審の対象裁判

再審請求は、有罪の言渡しをした確定判決の外、法435条掲記事由の内の一部事由については、控訴又は上告を棄却した確定判決に対してもすることができ（法435、436）、当該原判決をした裁判所が管轄する（法438）。

イ 再審請求権者

再審請求は、検察官又は有罪の言渡しを受けた者の外、有罪の言渡しを受けた者の法定代理人及び保佐人、有罪の言渡しを受けた者が死亡し又は心神喪失の状態にある場合には、その配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹もすることができる（法439）。

ウ 再審請求の時期

再審請求は、刑の執行が終わり、又はその執行を受けないようになったときでもすることができる（法441）。再審請求の目的は、無罪であるべき者の拘束を解くことだけではなく、当該有罪判決の誤りを正して具体的正義を実現し、誤って有罪判決を受けた者の名誉を回復することにあるからである。

エ 再審請求の効力

再審請求は、刑の執行を停止する効力を有しない（法442）。但し、検察官は、再審の請求についての裁判があるまで刑の執行を停止することができる（法442）。死刑は一度執行すれば回復不能であるから、原則として執行を停止すべきであろうし、他の刑の執行中であっても、真犯人が検挙された場合などには、再審の審判を待つまでもなく釈放すべき場合が生じ得るからである。

(3) 再審請求についての裁判

ア 事実の取調べ等

再審の請求を受けた裁判所は、必要があるときは、合議体の構成員に再審請求の理由について事実の取調べをさせ、又は地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを囑託することができる（法445）。

再審請求について決定をする場合には、請求をした者及びその相手方の意見を聴かなければならない（規286前段）。法定代理人又は保佐人が請求した場合には、有罪の言渡しを受けた者の意見をも聴かなければならない（規286後段）。

イ 裁判の方式及び内容

再審の請求が法令上の方式に違反し、又は請求権の消滅後にされたものであるとき、あるいは、理由がないときは、決定でこれを棄却し

なければならない（法４４６、４４７・Ⅰ）。再審の請求が理由のあるときは、再審開始の決定をしなければならない（法４４８・Ⅰ）。

再審開始の決定をしたときは、決定で刑の執行を停止することができる（法４４８・Ⅱ）。再審開始の決定は、再審の審判をするための前提に過ぎないが、既に無罪等の判決を言渡すべき明らかな証拠があることを認定しているので、刑の執行を停止すべき場合が多いと思われる。

再審請求に対する決定に対しては、即時抗告をすることができる（法４５０）。

（４）再審手続

ア 審判手続

裁判所は、再審開始の決定が確定した事件については、原則として、再審開始決定に係る原判決の審級に従い、更に審判をしなければならない（法４５１・Ⅰ）。

再審の審判は、原判決の当否を判断するものではなく、「更に審判をする」、即ち、第一審あるいは控訴審の訴訟手続規定を適用し、改めて審理したうえ判決を言渡すものである。

もっとも、再審は、既に有罪判決を受けた者を救済することを目的とするので、再審請求の前後を問わず、その者が死亡し、あるいは、心神喪失の状態に陥り回復の見込みがないときでも、審理をすべきであるから、被告人が心神喪失状態に陥った場合の公判手続の停止規定（法３１４・Ⅰ本文）及び被告人が死亡した場合の公訴棄却の決定規定（法３３９・Ⅰ④）は適用されない（法４５１・Ⅱ）。但し、その場合は、弁護人が出頭しなければ開廷することができないし、再審請求した者が弁護人を選任しないときは、裁判所は、職権で弁護人を附しなければならない（法４５１・Ⅲ）。

イ 不利益変更の禁止

再審においては、原確定判決より重い刑を言い渡すことはできない（法４５２）。上訴と同様、再審の審判結果が不利益となることを恐れて再審請求権の行使を躊躇することのないよう、再審においても不利益変更を禁止したものである。

ウ 無罪判決の公示

再審において無罪の言渡しをしたときは、官報及び新聞紙に掲載して、その判決を公示しなければならない（法４５３）。再審の目的である名誉回復の措置を更に進めたものである。

2 非常上告

非常上告とは、確定判決の訴訟手続及び判決が法令に違反した場合において、その誤りを正して法令の解釈適用を統一するための非常救済手続である。

(1) 手続

検事総長は、判決が確定した後、その事件の審判が法令に違反したことを発見したときは、最高裁判所に非常上告をすることができる(法454)。非常上告は、確定判決の誤りを正して具体的正義を実現することを目的とするものではないので、申立権者を検事総長に限り、その行使を検事総長の裁量に委ねたものである。

公判期日には、検察官は、申立書に基づいて陳述をしなければならない(法456)。公判手続における手続は、これをもって終了し、被告人等の出頭や訴訟行為は必要ない。

裁判所は、申立書に包含された事項に限り、調査をしなければならない(法460・I)。

裁判所は、裁判所の管轄、公訴の受理及び訴訟手続に関しては、事実の取調べをすることができる(法460・II)。非常上告は、法令の解釈適用の統一を目的とするものであるから、法令を解釈適用する前提事実について取調べる必要はないが、訴訟手続については、その手続自体を構成する事実行為を取調べる余地があるので、この規定を設けたものと思われる。

(2) 裁判の方式及び内容

非常上告が理由のないときは、判決でこれを棄却し(法457)、理由のあるときは、次の区別に従って、判決をしなければならない(法458)。

① 原判決が法令に違反したときは、その違反した部分を破棄する(法458①本文)。但し、原判決が被告人に不利益であるときは、これを破棄して、被告事件について更に判決をする(法458①但書)。この但書は、非常上告に付随して、被告人の救済機能を持たせたものである。

② 訴訟手続が法令に違反したときは、その違反した手続を破棄する(法458②)。

(3) 裁判の効力

非常上告の判決は、法458条1号但書の規定によりされたものを除いては、その効力を被告人に及ぼさない(法459)。非常上告は、

法令違反を正すことを目的とし、被告人の救済は、その付随的効果に過ぎないとされているからである。