

自習教材

刑事訴訟法

[第 1 版]

大澤 裕教授

法学部第六学期専門科目

目次

0 序論

- 005…… 1 刑事訴訟法の意義
- 005…… (1) 刑事訴訟・刑事手続き
- 006…… (2) 刑事手続きを規律する法規範
- 007…… (3) 刑事手続きの概観

008…… 2 刑事訴訟法的基本的特色

- 008…… (1) 旧刑訴法
- 009…… (2) 現行刑訴法

I 捜査

A 総説

- 011…… 1 捜査機関
- 011…… (1) 捜査機関の種類
- 012…… (2) 司法警察職員と検察官

012…… 2 強制捜査と任意捜査

- 012…… (1) 刑訴法 197 条 1 項
- 013…… (2) 強制捜査の意義
- 015…… (3) 任意捜査の限界

B 捜査の端緒

015…… 1 総説

016…… 2 各説

- 016…… (1) 告訴
- 018…… (2) 告発・請求
- 019…… (3) 職務質問
- 021…… (4) 自動車検問
- 023…… (5) 所持品検査

C 被疑者の身柄拘束

026…… 1 身柄拘束の概観

027…… 2 逮捕

- 027…… (1) 総説
- 027…… (2) 通常逮捕
- 030…… (3) 現行犯逮捕
- 032…… (4) 緊急逮捕

034…… 3 勾留

- 034…… (1) 意義
- 034…… (2) 要件
- 035…… (3) 手続
- 037…… (4) 勾留の場所
- 039…… (5) 勾留の期間
- 040…… (6) 勾留からの解放

041…… 4 逮捕・勾留に伴う諸問題

- 041…… (1) 逮捕前置主義
- 044…… (2) 逮捕・勾留と余罪
- 045…… (3) 再逮捕・再勾留
- 047…… (4) 一罪一逮捕一勾留の原則
- 048…… (5) 別件逮捕・勾留

D 供述証拠の収集・保全

052…… 1 被疑者の供述

- 052…… (1) 総説
- 052…… (2) 在宅被疑者の取調べ
- 056…… (3) 身柄拘束中の被疑者の取調べ
- 059…… (4) 被疑者取調べの手続

061…… 2 被告人の取調べ

- 061…… (1) 問題の所在
- 061…… (2) 最高裁判例とその検討

062…… 3 参考人の取調べ

- 062…… (1) 参考人の取調べ

E 物的証拠の収集・保全

063…… 1 総説

063…… 2 搜索・差押え

- 063…… (1) 総説
- 063…… (2) 令状による搜索・差押え
- 073…… (3) 令状によらない搜索・差押え

076…… 3 身体からの採証

- 076…… (1) 身体を検査する強制処分

F 新しい捜査手法とその限界

077…… 1 体液の採取

- 077…… (1) 採尿
- 081…… (2) 採血

082…… 2 科学的証拠収集

- 082…… (1) 写真撮影
- 085…… (2) 通信傍受
- 088…… (3) 秘密録音等

089…… 3 おとり捜査

- 089…… (1) 意義
- 089…… (2) おとり捜査の許容性

G	被疑者の権利
092……	1 黙秘権
092……	(1) 総説
092……	(2) 黙秘権が及ぶ範囲
094……	(3) 行政上の報告義務と黙秘権
094……	(4) 黙秘権の告知
094……	2 弁護人の援助を受ける権利
094……	(1) 弁護人の選任
095……	(2) 接見交通権
101……	3 証拠保全の請求
101……	4 違法捜査に対する救済
101……	(1) 刑事手続外の方策
101……	(2) 刑事手続内の方策

II 公訴の提起

A	総説
103……	1 公訴提起の諸原則
103……	(1) 糺問主義と弾劾主義
103……	(2) 国家訴追主義・起訴独占主義
103……	(3) 起訴便宜主義
105……	(4) 検察官の起訴・不起訴の決定
106……	2 不当な不起訴の抑制
106……	(1) 告訴人等への通知
106……	(2) 検察審査会
107……	(3) 不審判請求手続
107……	3 不当な起訴の抑制—公訴権濫用論
107……	(1) 総説
107……	(2) 嫌疑無き起訴
108……	(3) 起訴猶予裁量を逸脱した起訴
109……	(4) 違法捜査に基づく起訴

B	公訴提起の要件—訴訟条件
109……	1 総説
111……	2 公訴時効
111……	(1) 意義
112……	(2) 公訴時効の算定
114……	(3) 公訴時効の停止

C	公訴提起の手続
115……	1 起訴状
115……	(1) 公訴提起の方式
115……	(2) 被告人
115……	(3) 公訴事実
119……	(4) 罪名
119……	(5) 訴因及び罰条の予備的・択一的記載

119……	2 起訴状—本主義
119……	(1) 意義
119……	(2) 予断排除

III 公判

A	公判廷の構成
120……	1 総説
120……	2 裁判所
120……	(1) 事件の配布と裁判所の構成
121……	(2) 公平な裁判所
121……	3 被告人
121……	(1) 訴訟能力
121……	(2) 被告人の出頭
122……	(3) 被告人の勾留
123……	(4) 保釈
124……	4 弁護人
124……	(1) 弁護人選任権
126……	(2) 弁護人不在の公判審理
127……	5 犯罪被害者
127……	(1) 被害者施策の展開
128……	(2) 公判手続きへの参加
B	公判の準備と証拠開示
129……	1 裁判の充実・迅速化
129……	(1) 迅速な裁判
130……	2 公判の準備
130……	(1) 事前準備
130……	(2) 公判前整理手続
131……	3 証拠開示
131……	(1) 問題の所在
132……	(2) 問題の展開
133……	(3) 公判前整理手続における証拠開示

C	審判の対象
136……	1 審判対象論
136……	(1) 論争の背景
137……	(2) 訴因対象説
139……	2 訴因の変更
139……	(1) 意義
139……	(2) 訴因変更の要否
143……	(3) 訴因変更の可否
147……	(4) 訴因変更の許否
148……	(5) 訴因変更命令

149……	3	公訴提起の要件と訴因
149……	(1)	公訴提起要件の判断基準

IV 証拠

A 総説

150……	1	証拠裁判主義
150……	(1)	意義
150……	(2)	厳格な証明と自由な証明
151……	(3)	証明の必要

152…… 2 自由心証主義

152……	(1)	意義
152……	(2)	限界

153…… 3 証明の程度

153…… 4 挙証責任

153……	(1)	意義
153……	(2)	挙証責任の転換

156…… 5 証拠種類

156……	(1)	直接証拠・間接証拠
156……	(2)	実質証拠・補助証拠
156……	(3)	証人・証拠書類・証拠物
157……	(4)	供述証拠と非供述証拠

B 証拠の関連性

157…… 1 意義

157…… 2 類似事実の立証

160…… 3 科学的証拠

160……	(1)	問題の所在
161……	(2)	科学的証拠の証拠能力
162……	(3)	警察犬の臭気選別試験

C 自白

163…… 1 意義

163…… 2 証拠能力

163……	(1)	自白法則
163……	(2)	排除の根拠と基準

167…… 3 証明力

167……	(1)	補強法則
168……	(2)	補強証拠に関する諸問題

169…… 4 共犯者の自白

169……	(1)	問題の所在
169……	(2)	本人の自白と共犯者の自白
170……	(3)	自由心証主義と共犯者の自白

D 伝聞証拠

171…… 1 意義

171……	(1)	伝聞法則
172……	(2)	伝聞と非伝聞

175…… 2 伝聞例外

175……	(1)	総説
175……	(2)	被告人以外の供述代用書面—一般
179……	(3)	被告人以外の供述代用書面—特殊
184……	(4)	被告人の供述代用書面
184……	(5)	特に信用すべき書面
185……	(6)	伝聞証人
187……	(7)	当事者が同意した書面・供述
187……	(8)	証明力を争うための証拠

E 違法収集証拠

189…… 1 問題の所在

189……	(1)	違法に収集された証拠物
189……	(2)	学説の展開

190…… 2 違法収集証拠排除法則

190……	(1)	最高裁判例
190……	(2)	証拠排除の根拠
190……	(3)	証拠排除の基準

191…… 3 排除法則の展開

191……	(1)	先行手続の違法
193……	(2)	違法の重大性の判断
194……	(3)	毒樹の果実

※注意

- ①趣味で作ったので間違っているかもしれません。
 ②このノートにおける「教材」は、『判例教材 刑事訴訟法[第四版]』（三井誠-[編]）になります。

授業のやり方について

1 講義の教材（必須）

これはあるものと思って授業中にも話すので、持っておいてねとのことであった。

三井誠（編）・判例教材刑事訴訟法〔第4版〕（東大出版会）

2 参考書

まあ指定はしない。とはいってもそれではあまり良くわからないのだろうと思い、ちょっと紹介。

井上＝大澤＝川出（編）・刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（有斐閣）

井上正仁＝酒巻匡（編）・刑事訴訟法の争点〔第4版〕（有斐閣）（近日刊行予定）

長沼＝酒巻＝田中＝大澤＝佐藤・演習刑事訴訟法（有斐閣）

3 入門書

寺崎嘉博＝長沼範良＝田中開・刑事訴訟法〔第3版〕（有斐閣）

三井誠＝酒巻匡・入門刑事手続法〔第4版〕（有斐閣）

4 その他の参考文献

三井誠・刑事手続法入門（第1回～第144回）・法学教室 127～270号

三井誠・刑事手続法（1）（新版）（有斐閣）（連載1～30の合冊）

三井誠・刑事手続法Ⅱ・Ⅲ（有斐閣）

酒巻匡・刑事手続法の諸問題（第1回～第19回）・法学教室 283～306号

酒巻匡・刑事手続法を学ぶ（第1回～第26回）・法学教室 355～394号

川出敏裕・演習（刑事訴訟法）・法学教室 379～390号

大澤裕＝長沼範良ほか・対話で学ぶ刑訴法判例（第1回～第18回）

・法学教室 307号～340号（308号以下隔月連載）

序論

1 刑事訴訟法の意義

（1）刑事訴訟・刑事手続

a. 刑罰法令の実現手続

さて、日本ではなんかやらかした奴には刑罰を課す必要があるが、そのための手続きとして一般的に**刑事訴訟**だとか、**刑事手続き**だとかという言葉が使われる。

一般的に学問では刑事訴訟というと、控訴から公判までの段階を指すことになる（ここで執行までの手続きを含むのはやや厳密さを欠く言い方）。この意味での刑事訴訟を規律するのが、当然ながら刑事訴訟法の役割となる。

対して、捜査や裁判の執行の段階も含めて全体を表すとき、それを刑事手続きと言う。意識的にこれを使い分けている学者も多いし、厳密な議論のためには分けるべきだろう。

とは言っても、現行の刑事訴訟法には裁判の執行など、広義の意味における「刑事手続き」の規定も含むので、そこまで含めて刑事訴訟だと言ってしまいうことに、全力で否定的になるべきということでもない。まあこの意味での（広い）「刑事訴訟」を規律するのが刑事訴訟法というのは、その通り。

b. 民事手続と比較した刑事手続

刑法と刑事訴訟法は、いわゆる実体法と手続法との関係にある。しかし、この関係においても、刑事手続きには民法と比した特色がある。何故なら**私的自治の世界では、民事訴訟法の手続きに從わずとも何か私人間で権利が実現されることもあるし、それが望ましいこともあるから**である。それに対して刑事訴訟法が規律する過程に從わない限り、刑法典の定めるあらゆる刑罰は課することができない。これはまさしく、お互いの納得が優先する私的自治の世界と、犯罪被害者と加害者だけでなく、「**国家**」が刑罰権をもって解決にあたるシステムが採用されている世界との差異に根差している。国家対私人との関係で用いられる刑罰は、個人の財産や自由、生命をも奪う手段であるのだから、強烈な害悪として私人の目には映る。この性質上、法定された厳格な手続きに從うことが、必須の要請となるのである。実際、憲法も31条でそのことを定めており、何人も法律の定める手続きによらなければ…と定めている。

(2) 刑事手続を規律する法規範

では実際に、刑事手続はどのような法規範によって規律されるのだろうか。

a. 実定法規

① 刑事訴訟法 (1948 年 7 月 10 日公布、1949 年 1 月 1 日施行)

もちろんこいつがメインである。刑事訴訟法の講義における刑事訴訟法は、NARUTO におけるナルトくらい大事である。立法から 65 年を経ており、その点では古いと言う感覚を持つかもしれない。しかし基本法典を見ると、第二次世界大戦後の立法で、唯一全面改正されたものでもある。立法や内容的特色については後述する。

② 憲法

忘れてはならないのが、刑事訴訟法の上に位置する憲法である。刑事訴訟は個人の権利と密接な関係をもち、この意味では明治憲法はわずかな保護しか与えていなかったが、日本国憲法は少なからぬ権利保障規定を置いているのはいうまでもない。具体的には第 31 条から第 40 条までが個人の権利に関わり、これは我が国の刑事手続の根幹となっている。これが立法の枠となるのは当然だし、法規範の解釈についても十分な注意が必要である。

③ 刑事訴訟規則

もう一つ重要なのが刑事訴訟規則である。

刑事手続は法律で定める必要があると言うのは憲法第 31 条の要請なのだが、細かい部分まですべて法律と言うのは無理だし、そこまでは憲法も要求していない。71 条で訴訟に関する手続について最高裁に規則を定める権限が与えられているのがその証左である。

これにより最高裁判所規則として定められるのが、刑事訴訟規則である。

現行刑訴法の施行と並行して規則も制定され、同時に施行された。こうした沿革のために法律自体が規則の定め委ねる形式をとるものも例えば 219 条など、多く存在する。規則には刑事手続の円滑な進行のための定めが多々置かれており、実務上多大なる重要性をもつものである。

④ その他

もちろんその他にもたくさんの関連する法律がある。以下に若干示すが、もちろんこれだけではない。

例…**裁判所法**、**検察庁法**、**弁護士法**、**少年法**など

最近の立法例としても、以下のものがあげられる。要するにどんどん増えている。これらについても必要に応じて授業の中で触れていこうと思う。

犯罪捜査のための通信傍受に関する法律

裁判員の参加する刑事裁判に関する法律

犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律

b. 判例の役割

我が国の実質的な刑事手続を規律するものとして無視できないのが、判例である。判例が重要なのはもちろん他の法律でもそうなのだが、刑事訴訟においてその重要性はさらに上がる。

① 新法の解釈

刑訴と刑法は全面的に改正されたため、刑事手続そのものが大きく変わることになった。つまり、**新しい法規範に関する解釈の問題は非常に大きかった**。判例はその意味内容を明らかにして定着させるために、歴史的に見ても大きな意味合いを持ったのだった。

② 立法の停滞

そしてその後の立法の停滞のなかで（これは基本法典のなかで新参だったと言うのもあるが）、国際化や科学技術の発展による犯罪状況と、その捜査や立証に関する変化に対応できない事態が生じていた。1990 年代に入るまで、つまり立法から 40 年立つまでほとんど動きが無かったのである。

個人の人權に関わり、価値観に影響されやすいという刑事法の性質上、特に在庁、在野の法律家の間に見解が厳しく対立したのがその停滞の原因であった。

このような**刑事法特有の立法の停滞の中で、法律と社会状況との間のギャップを埋めてきた**のが判例なのである。判例の中には、新しい問題に解決の枠組みを示し、実務を指導する役割を果たした法律と同等、それ以上の重要性をもったものが少なくないのである。

③ 法律専門家を担い手とする法律

以上のような状況に加え、刑事訴訟法と言うのは基本的に**専門家**が使う法律であるということを指摘しておきたい。そのために他の分野よりも判例が定着しやすく、実務への指導効果が発揮されやすいと言うのもある。まあこのような理由から、判例にも非常に着目して学習すべき分野なのである。

【参考文献】

□田宮裕「刑事訴訟法における判例と学説」法学教室 74 号

□大澤＝長沼＝岩瀬「刑訴法判例の読み方・学び方」法学教室 307 号

※立法の停滞というが、この事情は最近だとかなり変化が生じてきた。

平成 11 年改正（組織犯罪対策） 222 条の 2、 299 条の 2

平成 12 年改正（被害者保護）

平成 16 年改正（司法改革関連）

平成 19 年改正（被害者関連）

平成 22 年改正（公訴時効）

平成 23 年改正（情報処理高度化対応）

つい最近でも、検察がやらかしたりして問題になったし、以下のようなことが言われた。

【参照】法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（平成 25 年）
「時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため、取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直しや、被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入など、刑事の実体法及び手続法の整備の在り方」※ちなみに法務省ウェブページ http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00070.html

こういう風に立法がかなり動くと言うことになると、判例の限界と言うか、どのように役割分担をしていけばいいのかも問題になってくることになる。

(3) 刑事手続の概観

それじゃあ現行刑事手続きの定める基本的な刑事手続きとは…？と言うのを見ていきたいと思う。

a. 捜査

ここから始まります。これを担うのは、**司法警察職員**と**検察官**、**検察事務官**ということになる。

司法警察職員の中心となるのは警察官である。多くの事件はまず警察が調査し、その結果が検察に送致され、必要に応じて検察による補充的な捜査が行われると言うことになるが、検察官の独自捜査も存在する。

捜査は捜査機関が犯罪が行われたと言う嫌疑を抱いたとき、すなわち**捜査の端緒**があったときに行われる。これは警察活動から得られることもあるし、被害者や目撃者の通報というパターンもある。端緒をつかむと捜査を実行することになるが、捜査の中身は二つある。ちなみに、捜査の過程で犯人カモ？とされたものを**被疑者**という。

A 犯人の発見

B 証拠の収集・保全

また、捜査の方法には、以下の二つがある。

A 強制的な捜査(強制処分)

B 任意捜査

あくまで後者が原則とされる。強制的な捜査が許されるのは刑事訴訟法に特別の規定があるものに限られ、原則として裁判官の令状を必要とする。例えば身柄の確保のためには逮捕と勾留が規定されるし、証拠の収集や保全のためには電気通信の傍受などが可能とされている。

b. 起訴

調査が行われた後、刑事訴追の権限を基本的に持つ検察官が起訴と不起訴の権限を行使する。

検察が独占すると言うことで、**起訴独占主義**、国家が起訴すると言うことで**国家訴追主義**といったりする。

検察さんサイドの判断については、「犯罪の嫌疑が十分でない」ときや、「公訴提起の手続き的要件が満たされていない」とときには起訴しない。不起訴処分をすることになる。これは作為。起訴しないだけでなく、不起訴処分をする必要がある。対して、この逆は真ではなく、**犯罪の嫌疑が十分だろうが手続き要件が満ち足りていようが、起訴猶予をすることが可能である**。このような訴追裁量が認められる刑事訴訟の在り方を、**起訴便宜主義**という。

c. 公訴の提起

公訴の提起は裁判所に対して起訴状と言う書面を提出して行われる。起訴された被疑者は、以後**被告人**という。

このとき、起訴状以外の**証拠などを裁判所に提出することは許されず、起訴状一本主義**とか言ったりする。起訴状を受理した裁判所は、ルールに従い審議を判断する（通常は一名の単独体もしくは三名の合議体）裁判機関（訴訟法上の意味の裁判所：受訴裁判所）に事件を任せることになる。裁判員対象事件の場合、裁判員が選出された場合は三名の裁判官と六名の裁判員との合議体となる。起訴状は被告人に送達され、公判の準備がなされることになる。

d. 公判

第一回公判期日前には弁護士等と連絡をとりながら準備をするわけだが、必要がある時には事件の争点と証拠を整理するため、裁判所が主催する**公判前整理手続き**が行われることになる。

冒頭手続…人間違いでないか確かめたり、起訴状の読み上げや黙秘権の告知などが行われる。

証拠調べ…まずは冒頭に証明すべき事実が述べられ、検察官は証拠調べる請求をする。裁判官が認めたものについて証拠調べが行われ、次に同じことが被告人サイドで行われる。

ここでは請求に基づくやりかたがとられているのに注意。職権の証拠調べは原則認められない。

公判前整理手続きが行われると、そのときにこの証拠調べ請求と証拠決定が行われることになるので、この手続きは冒頭陳述ののちにその結果を述べておしまい。すぐ証拠調べになる。

最終弁論…検察側は課すべき罪と、通例だと量刑についても意見を述べる。

被告人サイドもその後に話し、ラストは被告人。

判決…有罪か無罪か決定する。証拠の評価は裁判所の自由な心象に委ねられており、起訴内容に関する合理的疑いを超えた証明があったと判断すれば有罪、違えば無罪と言う判断を下すことになる。

判決に不服がある時には被告側も検察側も控訴・上告ができる。

上訴がもうできない、もしくは認められないと刑が確定する。

●再審

やり直し。被告人の不利益のための再審は許されない。

●非常上告

検事総長が法令違反を裁判所に訴えて行う。

※実は刑事訴訟法の条文は以上に概観した順番には並んでいない。総則のあと、捜査から始まる各則の規定がおかれるわけだが、しばしば総則の準用や、総則を前提とした特別規定が存在するので注意しよう。

2 刑事訴訟法的基本的特色

刑事訴訟法は、日本国憲法のもとで唯一全面改正されたものであるから、旧法と比較しつつ見ていく。

(1) 旧刑訴法

a. 我が国における近代的刑事訴訟法

①1880（明治13）年「**治罪法**」

日本における最初の近代的な刑事訴訟法典は、治罪法である。知的財産法ではないチザイ法である。ボアソナードが起草したものであり、ゆえにもちろんフランス法をモデルとしている。

②1890（明治23）年「**刑事訴訟法**」（旧々刑訴法、明治刑訴法）

その後、明治憲法が制定されると、裁判所の構成が改められることになった。そのための**裁判所構成法**を定めるにあたり、改正＆改名がなされた刑事訴訟法が現れる。これを現在から二代前であることに着目して旧旧刑訴法と言ったり、明治刑訴法と言ったりする。まあ治罪法とあんまりかわらないのだけど。

③1922（大正11）年「**刑事訴訟法**」（旧刑訴法、大正刑訴法）

しかしながら、我が国の法制度は明治以降ドイツに傾倒することになる。すでに1907年には刑法もフランス法系からドイツ法系へのものへ全面改正されており、刑事訴訟法も間もなくの時期から全面改正作業が進んでいたのだった。結構時間がかかったが、1922年にはついに改正が実現し、新しい刑事訴訟法が出来上がった。これは旧刑訴とか、大正刑訴とか言われたりする。もちろんドイツ法の影響を強く受けたものである。これが現行法施行まで我が国の刑事訴訟を規律していたのである。

b. 旧刑訴法のもとでの手続

では旧刑訴法のもとではどのような感じだったのでしょうか！

①**捜査：強制処分は、原則として、裁判官（予審判事）の権限**

捜査機関には現行犯または要急事件の場合の例外を除いて強制処分の権限は与えられていなかった。しかしながら、それだと実際に捜査するには不都合が生じまくる。

ということで実際には、捜査機関による脱法的手段を用いた被疑者取調べが横行していたという。例えば当時は**違警罪即決例**というのがあり、軽微な犯罪について最大限29日の勾留が裁判所の手続きを介さず認められていた。

他にも、**行政執行法上の行政検束**というのがあり、行政執行法1条では「泥酔者、癲癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者」について、身柄を翌日の日没まで拘束することが可能であった。しかも被疑者には弁護士

選任権なし（弁護士選任は起訴後だから）という、なんかもうブラックさがとどまるところを知らない感じだったみたいである。こうした制度を利用して、人権蹂躪問題と言われるような形で捜査がされていた。

② 公訴：捜査において収集された証拠書類（一件記録）・証拠物一式を裁判所に提出

もう捜査の段階で裁判所に慣行的に証拠を提出していた。

③ 予審：検察官が請求した事件について、裁判官（予審判事）が公判前に審理

嫌疑が乏しいものにつき、早期に刑事手続きから解放するという意味合いもあったのだが、非公開手続きで証拠を収集すると言う意味もあった。まさに予審があったがゆえに、予審判事に行政上の権限が集中していたともいえる。

④ 公判：裁判所主導の証拠調べ

予めいろいろ承っている裁判所が主導する形で、裁判所の**職権証拠調べ**も行われていた。被告人や証人の尋問も裁判所が中心となっていた。検察官等が尋問をするには裁判長の許可が必要であった。

⑤ 裁判所の審判範囲

裁判所が判断できるのも起訴状記載の「犯罪事実」そのものには拘束されない。**事件（社会的歴史的な意味での事件）の同一性**の範囲で真相を探究することができる。たとえば起訴状に窃盗の事実が書かれており、調べてみたらこれは窃盗したものではなく、他の窃盗犯人から盗品と知って譲り受けたものだとか判明したとする。

ここで裁判所は、同一の事件と判断すれば、この証拠を認定として盗品譲受の罪で罰することができたし、またそうすべきであるとされていた。

c. 旧法の特徴

① 比較法的特色

ヨーロッパ大陸法（ドイツ法）の影響を受けている。

② 捜査と公判

捜査と公判は、一見記録の連絡によって連結されていた。事案の真相を解明し、刑罰を課するための一続きのものと解されていた。

③ 手続の構造

捜査と公判とが連絡されたもとの、その全体を通じ事案解明、刑罰を課するという目的を達成できるように国家権力バーサス被告人と言う二面的な構造をとっていた。職権主義的な手続も特色である。

※ 糺問主義と弾劾主義

よくこの言葉が使われるので説明。**糺問主義とは、刑を追及する者と裁判するものが分離していない、刑罰追及者対刑罰を課されるものと言う構図をとる手続きの在り方**をさす。

それに対して弾劾主義は、**捜査訴追を為す機関と裁判機関が分化され、追及者と刑を課されるものの攻撃防御を第三者が評価する三面的な構造の手続きの在り方**をさす。

旧法下では、形式的には訴追者と裁判機関は分離されていたが、実際のところ二面的な構造をとっており、どちらかというと糺問主義的な性格を帯びていたといっていよう。

(2) 現行刑訴法

a. 立法過程

特色は立法過程にも現れるので、簡単に振り返ろうと思う。

① 第1期：「**司法制度改革新論**」（予審の廃止と捜査機関への強制権限付与）の影響

とりあえずポツダム宣言を受けて刑事司法の自由主義的な改革が認められたのだが、実は改革論は戦前から存在していた。それがこの司法制度改革論である。旧法のうちでは**予審**が存在しており、そのために脱法的な捜査が行われているのが問題だとし、予審はまあやめちゃえよと指摘した。**捜査機関に正面から強制捜査権を与え、その内容をしっかり法律で規律する**のが大事なのだという議論であった。

② 第2期：**日本国憲法**の制定

戦後の改革もある程度この西方制度改革論の議論を踏まえたものとなり、予審の廃止と捜査機関への権限付与がメインテーマに据えられる。

しかしその動きも、日本国憲法の施行が近づくに伴い軌道修正を強いられることになる。というのも、英米法などでご承知の通りだが、アメリカ式の憲法の中には(まあアメリカだと修正憲法のほうだが)適正手続を定めたりする人権保護条項が多々あり、これに合わせる形での調整が必要となったのである。

そのせいでちょっと憲法施行に間に合わなくなったので、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急措置に関する法律」(**応急措置法**)を作って改正が継続することとなった。

③第3期：アメリカ側との協議会

日本側の最終案ができると、アメリカとの協議会が行われることになった。ここにおいてアメリカからいくつかの勧告がなされ、起訴状一本主義や訴因、伝聞法則など重要な議論が持ち込まれることにもなった。

b. 現行法の特徴

★**裁判所中心の場ではなく、より当事者の攻撃防御の場としての刑事司法の局面が想定されるようになった。**

①比較法的特色

英米法、とりわけアメリカ法の影響を強く受けた。ポツダムから協議会まで口出されたわけだし。

②捜査と公判

捜査と公判は切断された。その上で**公判中心**の刑事手続きを採用したことになる。これは起訴状一本主義の採用によって一見記録の引継ぎが禁止されたことに制度化される。同時に捜査に対しては厳しい制限がかかり、公判廷外でなされた口述は原則として証拠に採用できなくなるなどされた。

③手続（公判）の構造

公判が**当事者主義**化されたのが大きな特色である。

当事者主義化と言うのは、**当事者による攻撃防御、主張立証が中心となり、裁判所による補充的な活動でそれが補充されると言うスタンスがとられることとなった**ことを意味する。

裁判所は中立的な審判者であることを要求され、また事実として起訴状しかみていない裁判所が公判審理を主導することも難しくなる。職権証拠調べも例外とされたし、訴因制度が採用されたために起訴状に記載された犯罪事実に厳格に裁判所の判断可能な事項も制限されることになる。

④被疑者・被告人の地位

捜査・公判を通じてこいつらの権利保障は非常に強化された。令状主義の採用だとか、黙秘権の確認、弁護人の援助を受ける権利を拡充したことなどが具体的な制度化としてあげられる。

起訴されるまでも弁護人を選任できるようになったし、国選弁護人というのも新しい制度だったりする。

※**当事者主義**という用語

実は当事者主義の用語には二つの意味がある。

A 裁判所と当事者（検察官／被告人・弁護人）との関係での意味

裁判所と当事者との役割分担と言う意味で言われる。職権主義と対になる概念として使われることがある。

B 検察官と被告人（被疑者）・弁護人との関係での意味

当事者である検察官と被告人との間の対等性と言う意味で使われることもある。**検察は国家機関として強力な権力を有し、被告人に対して圧倒的に優位に立つので、対等的な関係を実質的に実現するために工夫すべきだ**と言う意味で使われる。この観点からは被疑者の段階からの十分な防御機会の確保などが要求されることになるだろう。

c. 刑事訴訟の理念・目的

こうした変化は理念や目的と関連付けられることもある。

【参照】刑事訴訟法第1条

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權の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする

刑訴法の1条には「**真相の解明**」と「**手続の適正**」と書かれている。

刑事訴訟は刑罰権の存否の確定が目的なのであり、罪あるものは処罰して罪なきものは処罰しないことが大事なのだというのは、確かにその通りである。しかし他方で、事案の真相を解明する際には、その過程で他の様々な個人の利益を侵害することになる。とりわけ被告人や被疑者の人權は軽視されがちである。そこで、そうした対立にも配慮した刑事手続きの適正までもが刑事訴訟の主導的な理念として要求されるという意見もなお説得力がある。

両者のどちらを重視するかにはなお議論があり、「**実体的真実主義**」として事案の真相解明が優先されると言う考え方をとる人もいるし（ここでは手続き適正は、事案解明のための「手段」となる）、「**適正手続主義**」として、人權その他、刑事手続きにおける真実発見の対立利益の保護を単なる「手段」以上の意味で図る論者もいる。

まあこの視点からすれば、相対的に見れば旧刑訴はより実体的真実主義、現行法は適正手続主義であり（第一条の文言からしてもそうであろう）、変化があったということはあるだろう。

※**実体的真実主義**

実体的「真実」主義といっても、①**犯人を絶対に捕まえる！**というのと、②**無実の人を絶対に処罰しない！**という二つの方向性が考えられる。もちろん理念的には、真実がちゃんとわかるのならばこれはどちらも同じ現象の表と裏に過ぎない。しかし刑事訴訟における真相解明にはやはり限界があり、この点でズレが出てくる。

つまり、犯人をとりこぼさないこと、犯人必罰が重視されれば**積極的眞実主義**が要求される（犯人発見が強調される）し、犯人でないものを絶対処罰しないというのが重視されれば**消極的眞実主義**（まちがった有罪判決がでないように頑張る。これは先の適正手続主義に近くなる）傾くことになるだろう。まあ実務的な視点では前者が優先されるのだけでも、適正手続の視点からくる消極的眞実主義の要請は無視していいものではないだろう。

基本的な特色についてはこんなもの。現行法への変化は英米法化、適正手続主義化として用語では一言でまとめられ、これは確かに有益な分類であるから説明した。だが、**注意すべきはあくまでもこの変化は相対的な方向性を示すものでしかなく、具体的な問題の解決は直接に導かれない**ということである。

適正手続だと言っても、真相解明による処罰の利益と、被告人の権利保障のバランスを求めるのであって、この均衡点は始めから明らかになっているわけではない。やはり大上段の議論では解決しない部分は多々あるし、そこがまさに重要なことから、その点にも注意して学習を進めてほしいとのことである。

I 捜査

A 総説

1 捜査機関

捜査機関とは、法律上捜査の権限を与えられている主体の事である。二種類存在している。

(1) 捜査機関の種類

a. 司法警察職員

★**司法警察職員には、一般特別の横の分類と、司法警察員と司法巡査との横の分類がある。**

【参照】刑事訴訟法第 189 条 2 項

司法警察職員は、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する
司法警察職員は、官名でもないのので一般的でないかもしれないが、刑訴上の言い方である。これにくられるなかで中心をなすのは、やはり**警察官**である。

189 条一項には、警察官が司法警察職員として職務を行うことが規定されている。警察官は犯罪捜査も行うが、犯罪の予防など広い公共の安全と秩序を守るために責務を果たしている。そのなかで犯罪捜査のための刑訴法上の機関として活動していくとき、**司法警察職員**として職務を行っているということになる。

◎一般司法警察職員（警察官）と特別司法警察職員

司法警察職員のうち、警察官は犯罪一般について捜査を行うから**一般司法警察職員**という。対して特別司法警察職員として、**犯罪捜査以外に本来の任務を有する公務員で、その職務に関連する特定の事項や地域に対して捜査権限が認められているもの**である。その職務などは特別の法律に規定される。たとえば**営林署営林局**の職員や**郵政監察官、麻薬取締官、海上保安官**など。まあ税関の職員など、よく犯罪に接触するが特別司法警察職員ではない人もいる。そういう人は警察に頼むしかなくなる。

◎司法警察員と司法巡査

タテの関係、権限の違いとしては、**司法警察員と司法巡査**とに区別される。司法警察員と司法警察「職」員とに刑訴上分かれて条文が規定されるのだが、これは司法警察員と司法巡査との区別を反映する。前者のほうが上級の位置に立つ司法警察職員で、捜査をとりまとめる。司法巡査はどちらかというと補助的に、事実的な行為を行う。両者が何をどうするかは、法律または公安委規則が定める。

司法警察員と司法巡査の区別は権限の差だというが、これは刑事訴訟法上の権限の違いに結びつく。たとえば 199 条の逮捕状の請求権者は、「司法警察員」とされている。241 条の告訴受理なども司法警察員の権限とされている。

b. 検察官・検察事務官

検察官については刑訴法 191 条に規定があり、必要ならば自分で捜査可能である。検察事務官は検察官の指示を受けて補助的に捜査することとなる。

公訴提起のところでも話すが、やはり日本の検察は非常に高いレベルでの心証形成のもとに公訴を提起するので、必然的に彼らの捜査もそれに見合うだけのものになるようである。日本では当事者からの直接の聴取を検察官が行うことが少なくない。

【参照】刑事訴訟法第 191 条

- 1 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
- 2 検察事務官は、検察官の指揮を受け、捜査をしなければならない

(2) 司法警察職員と検察官

a. 協力関係

★旧法と違い、警察が独立の機関として検察と協力しながらも第一義的な捜査にあたる。

司法警察職員と検察官の関係だが、この点で現行法は 192 条に規定しており、司法警察職員と検察官は、**独立の捜査機関として協力関係にある**ものとして位置づけられている。

【参照】刑事訴訟法第 192 条

検察官と都道府県公安委員会及び司法警察職員とは、捜査に関し、互に協力しなければならない
とはいえ、司法警察職員が第一次的な捜査機関であり、検察官は二次的なものと位置づけられる。
何せ捜査の章の冒頭にあるのが司法警察職員だし、**191 条の検察官の捜査の規定には「必要」があるときに「できる」という、限定的・消極的な規定がおかれている**ことが理由となる。これは旧法時代とはかなり変化した点であり、かつては、法律の建前上は検察官が調査の主催者で、警察はその補助者という位置づけになっていた。
もちろん現実の捜査活動は警察が主導せざるを得なかったが、まず検察が捜査すべし、検察官の補佐として司法警察管理がその指揮により捜査すべきと定められていたため、はっきりと上下関係が規定されていた。
現在は**当事者主義化**した公判のために、公判のほうに検察のエネルギーがさかれなくてはならなくなったので、検察の権限が強くなり過ぎないようにという思惑もあって警察が独立の捜査機関になったのである。

b. 検察官の指示・指揮権

★**検察官としてもある程度の指示と指揮を行わざるをえないところがあるので、刑事訴訟法は第 193 条で一定の権能を認めている。**

検察官も指示を出すことができ、193 条によると 3 種類のものがある。

① 一般的指示（1 項）

検察官が管轄区域の司法警察職員に対して、捜査を適正に行い、公訴を適切に提起するために一般的な指示として行うものである。たとえば捜査書類の書式を定めたり、警察が捜査を終結して検察官に事件を送致する際に、一定の軽微な犯罪についてとられる微罪処分に関する定めを一般的指示の形で出したりしている。

② 一般的指揮（2 項）

検察官が自ら捜査を行おうとするときに、司法警察職員一般に対して捜査の協力を求めるために行うもの。数個の警察署が関連する広域犯罪の捜査を行うときに、一貫性の確保のために捜査計画を定める場合がある。

③ 具体的指揮（3 項）

これが一番分かりやすいだろう。現に具体的に事件の捜査を行っているときに、個々特定の司法警察職員に対して指揮をすることができる。検察官には補佐官がいるが、それだけでは十分ではないことは事実で、そういった場合に捜査能力を充足させるために具体的な指示が認められている。

これらの指示と指揮には司法警察職員は従わねばならず、従わないときには公安委員会あるいは司法警察職員に対する懲戒罷免の権限を持っているものに対して、懲戒罷免の訴追を行うことができる。

c. 検察官と捜査

検察官の捜査については、現行法ができてからしばらくは検察官の「**公判専従論**」として、捜査に専念しなくていいから公判をしっかりと頑張るべきであるという議論が有力になっていた。しかしこれは実務を動かすまでには至らず、今日でも検察官捜査がかなりの数行われている。

◎ 検察官捜査の必要性

まあ警察だけでは不十分と言う言い分も分かる。専門的知識が必要な脱税や経済犯罪など警察として十分に捜査が来ないような場合も考えられるし、また、政財界の上層部が関連するような事件などについては、警察官に比べて検察官のほうが**身分保障**が強く干渉を受けにくいために捜査がしやすいとされる。

また、重要な背景を為す事情として、検察官には犯罪の嫌疑があり、公訴提起の要件がそろっているときでも、**訴追裁量権**を行使できる。おの適切な行使のためには、自ら直接に事件に触れる必要が出てくる。

こうした事情があって、検察官の捜査も広く行われているのであるが、比較法的にはこれは日本の特色である。

2 強制捜査と任意捜査

(1) 刑訴法 197 条 1 項

捜査の枠組みについて一番の大枠を定めるのが、刑事訴訟法第 197 条 1 項である。

【参照】刑事訴訟法第 197 条 1 項

捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。ただし、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

ここでの「強制の処分」を**強制捜査**、そうでないものを**任意捜査**と言う。

※強制の処分を用いる者を強制捜査というだけで、任意捜査は単に「非」強制捜査というだけであるから、とりたてて任意と言う言葉に意味があるわけではない。

◎任意捜査の一般的根拠規定

★**強制処分が法定されるべきと言う 197 条の裏返しから、任意捜査は根拠なくとも 197 条によってできる。**

まず、強制捜査は、「この法律」すなわち刑法に根拠規定があるときに限って、その要件に従って可能となる。よって、ここでは**強制処分法定主義**という立場が取られていることになる。

その裏返しとして、**任意捜査は刑事訴訟法上特別の根拠規定がなくとも行いうる**ということになる。これはもちろん何にも根拠がなくとも出来るということではない。あくまで「必要な取り調べができる」ことを定めるこの 197 条を根拠にする範囲で、出来るぜと言うことである。

最後に、この規定には**捜査はなるべく任意捜査の方法で行われるべきであり、強制捜査は任意捜査によつては目的を達しえないときにおいてのみ可能である**、という任意捜査の原則も含意されていると理解される。

これは規定の構造（本文では任意捜査、但し書きで強制捜査）や、対象者の権利利益に強制処分が与える大きな打撃を考えてのことである。ただし、ここで出てくる問題がある。強制捜査とは何かである。

(2) 強制捜査の意義

a. 問題の所在

旧来の考え方は、**物理的有形力**を及ぼす処分と、**法的義務**を負荷する処分であるとされており、これで格別の問題が生じることもなかった。逮捕・勾留・差押・鑑定・証人尋問などはいずれもこれらの定義に当てはまるからである。※法的義務を課すというのがわかりにくいかもしれないが、例えば証人尋問では「話さないと、あなたに制裁があるぞ」というプレッシャーがかかる。こういう感じ。

しかし、**プライバシー**のような無形な権利には配慮されない。科学技術が高度に発達してくると、通信や会話の傍受といった手法がなされるようになった。壁に高感度の集音マイクを設置して会話を盗聴するとき、ここでは物理的有形力もなく、法的な義務を課されていない。高倍率の望遠レンズで家の中を撮影するといった場合でも、物理的な強制力が働いていないし、法的義務もかされていない。が、個人の重要なプライバシーに制約を加えている。

こうしたものをなんとか法定していかなくていいのか？という問題が出てくるのである。

そして、立ち止まるように腕に手をかけるといったことを考えるに、これは有形力の行使である。有形力行使を厳密にとらえるとこれも強制処分だが、これって駄目なのだろうか。およそ有形力の存否で線引きはできないのではないかということになってくるのである。

b. 最高裁決定

★**個人の意思を制圧し、権利利益に制約を加えることが、第一義的な強制処分である。**

このような中で、裁判所が一般的な見解を明らかにしたのが、教材 1 事件である。

教材 1 事件(岐阜呼気検査拒否事件：最高裁)

飲酒運転の嫌疑があったので呼気の調査をしようとしたところ、逃げようとしたので手をつかんでとめた。このとき、静止行為が有形力の行使になるのではないかと争われた事案である。

最高裁はここで、一般論としてこう述べた。

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」、①「**個人の意思を制圧し**」、②「**身体、住居、財産等に制約を加えて**」、③「**強制的に捜査目的を実現する行為**」など、④「**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」を意味するとのことである。ここで強制処分のメルクマールとなるのは、①～④の要素である。が、③は、強制という言葉を繰り返しているのではほぼ無意味である。そして④についても、特別の定めを要する強制処分とは何かと言う問いへの答えではない。同語反復である。すると、**実質的な意味を持つのは、①個人の意思の制圧、②身体・住居・財産等に制約といったところ**である。

c. 検討

★**判例は旧来の「物理的有形力」「法的義務」だけでない現代的な権利利益の制約を強制処分の枠にとらえなおしただけであり、旧来の見解を否定してはいない。**

翻って特別の根拠規定が要求されるのは、このように要件手続をあらかじめ明記することで処分が濫用されないようにしておく必要がある処分だから、また、国民の代表である国会が民主的な授権で権限行使がなされるべきだからである。だとすれば、今言ったような処分として強制処分をとらえることには、まあ理由があるものである。その意味では、**国民の権利利益の制約**と言うのは重要な要件となるだろう。旧来の見解というのも、かつては人の権利利益を制圧するような処分と言うのは物理的強制力をもつものか法的強制力を持つものに限られていたから、これさえコントロールしておけば問題ないぜ！というものだったのだし、この最高裁決定はかつての見解を否定すると言うよりは、現代的に捉えなおしたと言うイメージになる。

そういう意味から見ていくと、典型的な権利利益を具体的に列挙したのが②であり、①については、権利利益の制約があると言えるためには、相手方が処分に対して承諾していないということが前提となる以上、そのことを表現したものと理解できそうである。

では、今見たような見方に立った時、何らかの権利利益の侵害があればもう強制処分なのだろうか。最高裁は教材1事件の警察官の有形力行使については、強制の手段にはあらず、結論としても適法としている。有形力の行使がある以上、権利利益に何らかの制約があるということ自体は否定できないわけであるから、ここでは**およそ全ての権利利益侵害が強制処分としての要件を満たすわけではない**ことが分かる。

厳密に権利利益の侵害の有無をもって判断をすべきだと言う学説もあるにはあるが、やはり権利義務の侵害には様々な様態の物があるし、強制捜査だとされた場合には、法的効果として特別の根拠規定がない限り許されないものと評価されることになるという重大な効果が生じる。しかも、刑事訴訟法に実際に規定されている処分を見るに、要件も手続きもかなり厳格なものであると言える。例えば以下の通信傍受とか、かなり厳格な手続きが通信傍受法で法定される。

【参照】刑事訴訟法第222条の2

通信の当事者のいずれの同意も得ないで電気通信の傍受を行う強制の処分については、別に法律で定めるところによる

とすれば、それにふさわしいものを保護するべきであって、重要な権利利益の制約がある場合に限られるのではないかと、と言える。

最高裁がこの事件で強制処分ではないとしたのも、それによって侵害される権利利益の質を考慮しての事であると思われる。今言ったように考えると、**強制捜査とは、相手方の承諾なく、その重要な権利利益を制約するような捜査方法**なのだ理解するのが、理論的にも妥当だし、判例もそうした視点から理解することが可能である。

もちろん真に有効な承諾があるかという点については、実現が難しいのだが、理論的には承諾はあるかないかしかないので、承諾がある場合には強制とは言えないと言う議論自体はできる。

承諾がない場合も、その侵害される権利義務の質を考える必要があることになり、強制処分とするに満たない場合には任意捜査と位置づけられることになる。

d. 被制約利益の重要性

★**一定の非制約利益は、侵害を通常は承諾するようなものではないことを理由に、その侵害を無条件に強制処分とみなそうという捜査上の規範がある。**

上の議論に関わらず、承諾していてもそれ自体がかなり重大で、問題になりやすい場合が存在する。実はそれに対応すべく捜査規範が設定されていることも述べておく。

【参照】犯罪捜査規範108条

人の住居または人の看守する邸宅、建造物もしくは船舶につき搜索をする必要があるときは、住居主または看守者の任意の承諾が得られると認められる場合においても、搜索許可状の発付を受けて搜索をしなければならないこれによると、人の住居に関する調査については、承諾があっても任意とは言えないことになる。

※**犯罪捜査規範**はあくまでも訓示的な性格の規定であり、ここで禁じられているかどうかは刑訴法上の違法適法とは直結しないことには注意。これは、有効な承諾があったかどうかが問題になりやすく、通常なら承諾が得られにくい処分につき、後で無用な紛議がないように法定しておいた方がいいよねと言う配慮である。

e. 補足

◎最高裁判例の読み方

★**「相手方の意思」を要件とすると、通信傍受とか「こっそり」やるような処分は強制処分でなくなりそうなので、それを要件ではないと理解する学説もある。**

上述の最高裁判例については、今の説明とは異なる理解の仕方も存在する。さて、上述の理解は素直には以下である。

④**「相手方の意思に反して」「重要な権利・利益を制約する処分」が要件だ**

これに対して、次の見解はどうか。

⑥「**相手方の権利・利益を制約し」「その行為の方法ないし態様が相手方の意思を制圧する程度のもの」はダメ**

さきの判例中の要件①「意思の制圧」の部分には程度的な意味をもたせ、権利利益の制約が意思を制圧する程度の強さのものであるときに強制捜査だとする理解がありうる。

このとき、先の事件が強制処分とならなかったのは、相手方の意思を制圧する程度には権利利益の侵害が無かったと判断されたからだと言うことになる。確かに最高裁も、「説得のためで、さほど強くない」ということを理由にして強制処分でないと評価しているので、「説得」目的と言うことを強調すれば、⑥の意思抑圧という議論に親和的になる。ただ、**強制処分には特別の根拠規定が要求されるわけだが、それと意思の制圧があるかないかは必ずしも直結しない**はずである。意思の制圧の有無が区別されるのは、そのこと自体に意味があるからと言うよりは、結局のところ結果として生じる権利利益の侵害に差があるからではなかろうか。

ようするに、意思の制圧の有無を重視する場合、意思の制圧は相手方に直接の働きかけのある場合しか考えられないから、例えば**通信傍受**のような処分が強制処分であることはうまく説明できなくなるのである。

教材 1 事件と言うのは、処分の相手方の身体に直接的な働きかけがあるような場合における強制処分のメルクマールであり、秘密裏の情報収集などに際しての基準を別に議論せざるをえないが、ここでわざわざそうする意味はと言われると困るし、⑥説は判例の要件を厳格にとらえずじやないか、という観点から理解をしてみたわけである。

(3) 任意捜査の限界

強制捜査が相手方の承諾なく権利利益を侵害することだとするなら、**任意捜査**はそれに対してなんなのだろうか。そして、法定する必要がないと言うことは、好き勝手やっていいぜということなのだろうか。

a. 問題の所在

任意捜査といっても、相手方の承諾なく行う場合は相手方の権利利益を害す可能性はある以上、そこに何らかの法的規制を加える必要はないだろうか。この点についても、教材 1 事件の最高裁決定は重要な意味を持っている。

b. 最高裁決定

教材 1 事件(前掲)

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はなく、**必要性・緊急性**なども考慮したうえ、**具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される**べきものと解すべきであるとした。

c. 任意捜査の相当性

任意捜査についても、強制捜査と平行に、具体的な状況において捜査の必要性和それによって制圧される権利利益を比較衡量して、相当と言えることが必要と言うべきである。これは、197 条 1 項の条文の文言に照らして言えば、「必要な取調」を必要最小限の取調べだと読んで理解することも可能である。

これらの枠組みは、捜査全体について非常に重要な考え方なので、しっかり頭に入れておくようにしよう。

【参考文献】

◎井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点〔第 3 版〕〔同『強制捜査と任意捜査』所収〕

◎大澤裕「強制処分と任意処分の限界」刑事訴訟法判例百選〔第 9 版〕

○川出敏裕「任意捜査の限界」小林充＝佐藤文哉古稀祝賀『刑事裁判論集（下）』

○後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室 245 号

特に井上先生の考え方が理解できれば、学部の時点では問題ないと思われる。

B 捜査の端緒

1 総説

【参照】犯罪捜査規範 59 条

警察官は、新聞紙その他の出版物の記事、匿名の申告、風説その他広く社会の事象に注意するとともに、警ら、職務質問等の励行により、進んで捜査の**端緒**を得ることに努めなければならない

捜査の嫌疑を抱くきっかけとなるものを、捜査の**端緒**と言う。これは上に引用した犯罪捜査規範のなかに出てくる表現である。もちろん犯罪捜査規範にこう書いてあるだけなので、内容について法定されているわけではない。そのため、かなりいろいろな種類が類型化されている。参考までに、具体的な数値を以下にあげておくことにする。

◎端緒別認知件数（2012 年）＊刑法犯は交通関係業過を除く一般刑法犯

	認知 総数	警察活動以外							
		告訴 告発	被害者等 届出	警 備 会 社届出	第 三 者 届出	常 人 逮 捕同行	119 番 転送	他 機 関 からの 引継ぎ	自首
刑法犯	1,382,121	6,729	1,243,803	8,759	17,445	1,207	790	139	546
殺人	1,030	7	568	2	177	1	111	4	59
窃盗	1,040,447	115	981,530	6,736	7,010	883	-	24	149
		警察活動							
		計		現認	犯跡 発見	職務 質問	聞込み	取調べ	その他
		102,703		5,989	726	58,525	748	28,243	8,472
		101		21	4	7	-	32	37
		44,000		1,347	479	19,423	390	19,475	2,886

警察庁『平成 24 年の犯罪』176 頁以下による

2 各説

捜査の端緒は、捜査機関の捜査以外の活動から得られる場合と、捜査機関以外からの何らかの通知によって得られるものとがある。以下ではそのなかからいくつかの重要なもの（告訴・告発・届出・職務質問）について述べていく。

(1) 告訴

a. 意義

犯罪被害者その他一定のものが捜査機関に対して捜査を要請し、また犯人の処罰を求めることが告訴である。これは端緒であるし、特別の法的効果が生れる。区別すべきものとして、犯罪事実を申告するにとどまり、処罰を求める意思表示を伴わない**被害届**があるので注意しよう。

b. 手続・効果

◎告訴権者

★**告訴ができるのは一定の告訴権者に限られるが、その人が告訴権を行使できないときは例外がある。**

告訴ができるのは、基本的には刑法 230 条以下に規定されるように犯罪によって害を負ったもの、つまり**被害者**である。しかし被害者が告訴権を行使できないときがあるので、231 条以下にその時の規定がある。

【参照】刑事訴訟法第 231 条

1 被害者の法定代理人は、独立して告訴をすることができる。

2 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は、告訴をすることができる。但し、被害者の明示した意思に反することはできない。

被害者が無能力者である場合、妥当な告訴権行使が期待できないので、**法定代理人**に告訴権が与えられる。このとき、本人の意思と無関係に告訴が可能である。

次に、被害者が死亡した場合、231 条の 2 項により、**配偶者、直系親族、兄弟姉妹**が「明示の意思に反しない」形で告訴できる。

また、死者の名誉を棄損する罪については、死者の親族、子孫は告訴が可能である。保護法益の理解によってこの罪は被害者の範囲が異なりやすいために、一定の告訴権者を法定しているのである。

【参照】刑事訴訟法第 233 条

1 死者の名誉を棄損した罪については、死者の親族又は子孫は、告訴をすることができる。

2 名誉を棄損した罪について被害者が告訴をしないで死亡したときも、前項と同様である。但し、被害者の明示した意思に反することはできない。

233 条の 2 項について、名誉棄損罪について被害者が死亡した場合についても、1 項と同じ範囲のものを告訴権者として良いことが決められている。生存中に名誉棄損が行われた場合と、死んだあとで名誉棄損があったときに告訴権者の範囲が異ならないように配慮しているということである。ただし、233 条の 2 項の罪の場合には、もともと被害者の有していたはずの告訴権を受け継ぐので、被害者が生前明示した意思には反することができない。

◎受理権者

対して告訴の受理権者にも規定があり、241 条以下にあるように受理権者は**検察官**又は**司法警察員**となっていて司法巡査とかは含まれない。告訴の受理は重要なので、上級の捜査機関にいくように決められていると言うことである。

◎方式

告訴は口頭又は書面で行う。口頭の場合は受理者によって**告訴調書**が作成される。

◎告訴の代理

代理も可能である。

◎効果

検察官が早い段階から捜査に関与するようになる。刑訴法 242 条にあるように、**捜査の終結を待つことなくこれらに関する証拠資料を警察に送付する**ことになっているからである。起訴先に関わらず、速攻で検察がでばってくる。

◎起訴・不起訴等の処分の通知と不起訴理由の告知

起訴、不起訴等の処分をしたときには、告訴人に通知をしなくてはならない。そして、不起訴の処分をしたときには、請求があれば不起訴の理由も告知する必要がある。これは刑訴法 260、261 条に定められているが、恣意を抑制して間接的に事件処理の適性を確保しようとしている。

◎その他

また、職権乱用罪のような、はっきり言って検察が嫌がるような事件の場合には、告訴したものは検察官が公訴を提起しない処分をとったことに文句があるとき、裁判所への**付審判の請求**を行うことができる(262 条以下)。

また、告訴により公訴提起が行われた場合で被告人が不起訴、無罪などになった場合、告訴人に重大な過失があれば、訴訟費用を負担しないといけなことがある(183 条)。虚偽の告訴に対しては刑法典に**虚偽告訴罪**がある。

c. 親告罪と告訴

告訴は捜査の端緒となるだけでなく、親告罪については公訴提起の要件（**訴訟条件**）となる。これにつき、公訴提起の手続きが規定違反で無効になると、公訴棄却で手続きが打ち切られることになる。

秘密漏示罪、強姦罪などは被害者の名誉・プライバシー保護のために親告罪とされるし、器物損壊などは被害の軽微性から親告罪とされるわけだが、これらは刑事手続き上重要な意味を持つ。

◎告訴権者の指定

親告罪について告訴権者が存在しないと、刑罰権の実現が不可能になるので、利害関係人の申立によって告訴権者を指定することができる。

【参照】刑訴法 234 条

親告罪について告訴をすることができる者がいない場合には、検察官は、利害関係人の申立により告訴をすることができる者を指定することができる

◎告訴期間の制限

親告罪の場合、告訴があるかないかは、公訴提起が許されるかという重大な効果と結びつく。よって、必要以上に被害者の意思にゆだねられて不安定な状況におかれることを防ぐため、告訴期間には制限が設けられる。具体的には刑訴法 235 条により、犯人を知った日から原則 6 カ月以内にしなければならない。

起算点を見ると、原則として「**犯人を知った日**」から「6 箇月」と書いてある。告訴と言うのは、犯罪事実を申告し、その犯人を処罰しようと求める意思表示だから、実は犯罪事実を知った時、「犯人を知らなくても」できるはずである。しかしながら**告訴の意思決定においては、犯人が誰なのかが重要な意味を持つケースは多い**ので、こうした規定となっているのである。

◎告訴期間の制限の例外

一定の性犯罪の告訴（平成 12 年改正）と、外国の代表者・外国の使節が行う告訴については告訴期間の制限がない。一定の性犯罪については、平成 12 年改正によって告訴期間が撤廃された。前者については、被害者のショックや犯人との特別の関係の為に短期間では意思決定が無理なことがあるので、配慮された。

後者については外交関係と言う公益上の理由に配慮したものとされる。また、略取誘拐されたものが犯人と婚姻した場合の特則があり、これについては刑法典との整合性が確保されている。

◎告訴の取消し

刑訴法 237 条には告訴の取り消しが（親告罪以外に適用することに条文上の制限はないが、主として親告罪のための規定）規定される。まあ権利である以上、**公訴提起**があるまでは取り消しが認められる。ただひとたび公訴提起がなされると、その被害者の一存で無効有効があってはならないので不可とされる。

また、取り消しにつき再告訴は許されない。被害者の恣意によって公訴提起の可否が不安定になることは認められないし、実務上、告訴をゆすりのネタとして損害賠償請求交渉をおこなうといったことを避けられるからである。

◎告訴の効力範囲（＝告訴不可分の原則）

★**被疑事実の同一性もしくは複数人の共犯性があるときは、告訴はそれにつきまると全体に行う必要がある。ただし、当事者が処罰を限定する意思を持つ期待が高い場合には一定の例外がある。**

親告罪の告訴の効力範囲については、告訴不可分の原則が妥当するとされている。説明するには、これをさらに区分して A **客観的不可分**の原則と、B **主観的不可分**の原則とに分けるのが有用である。

A 客観的不可分

客観的不可分の原則とは、明文の規定はないが、**一個の犯罪事実の一部についてなされた告訴またはその取消しの効力は、その他の部分についての告訴に妥当する**というものである。たとえば器物損壊罪の被害物品の一部についてなされた告訴は、全部の被害物品について及ぶことになる。処罰を求めて告訴する者は、通常は正確な事実をおさえているわけでもないし、さらには処罰を限定しようとする意思も特にないから告訴しているのであって、ならば同じ事実の妥当する範囲では告訴があったとみなそうということである。

※客観的不可分が妥当しない場合

逆に言えば、**処罰を限定しようという意思がありうる場合には客観的不可分は妥当しない可能性がある。**

①科刑上一罪を構成する犯罪の一部が親告罪、一部が非親告罪である場合において、非親告罪についてのみ告訴
例えば住居侵入して強姦を犯した場合、刑法上は科刑上一罪だが、ここでは非親告罪である住居侵入の事実のみを指摘して告訴がなされたとき、告訴は強姦には及ばないのだろうか。客観的不可分の原則からすれば強姦を分割することはできない。しかし、当然に親告罪部分にまで及ぶとするのなら、被害者の意思に刑罰権の発動を左右させようとした親告罪の意義が失われかねないため、親告罪の部分について処罰を求める意思があるのか確認される必要がある。

②科刑上一罪を構成する各親告罪の被害者が異なる場合において、被害者の一人だけが告訴
あとは、一つの文書で複数の人の名誉を棄損した場合、これだと刑法上は観念的競合となり、科刑上一罪となるだろう。親告罪である科刑上一罪となる事実から生じた被害者が複数である時、告訴者が複数被害者のうち一人だけだったとしても、残りの全体の名誉棄損にも告訴は及ぶのだろうか。これも客観的不可分からすればそうなるのだが、他の被害者の意思はここできみ取られないことにもなる。これは先ほどと同じで、被害者の意思に反する結果になり、妥当ではない。

B 主観的不可分（刑法 238 条 1 項）

こちらは条文に規定される。

【参照】刑事訴訟法第 238 条 1 項

親告罪について共犯の一人又は数人に対してした告訴又はその取消は、他の共犯に対しても、その効力を生ずる。
共犯である場合は、告訴はそのうちの一人に対してなされた場合でも、共犯者全員に対して効果を持つと言う原則である。告訴と言うのは、あくまで「**犯罪事実**」を申告し、その犯人を処罰することを希望するというものであるから、この告訴の性質からして相手を限定することはできないのである。

ただ、客観的不可分と同様に妥当しない場合もある。

例えば共犯による窃盗事件で被害者と共犯者の一部の間に親族関係がある場合において、親族関係のない共犯者に対してのみ告訴した場合、この告訴は親族関係のあるものに対しても及ぶのだろうか。

親族関係のないものに対しての告訴が当然に親族関係のあるものに及ぶとすると、親族相盗を親告罪とした主旨はやはり損なわれることになるだろう。そうすると、非親族に対しての告訴の効力は、親族へは当然には及ばないと解するべきであろう。積極的な処罰意思の表明が必要だと思われる。

なおこの原則は、告訴の取り消しにも適用される。

(2) 告発・請求

a. 告発

告発とは被害者・犯人・捜査機関以外の者（第三者）が犯罪事実を申告し、かつ犯人の処罰の意思表示を行うことである。239 条により、何人でも告発が出来ることが示されている。

【参照】刑事訴訟法第 239 条

1 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。

2 官吏又は公吏は、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。

なお**公務員**は職務上犯罪があると思料した場合は、告発義務がある。告発もこれがあると捜査の端緒となるし、いくつかの法律効果と結びつく。告発があると、検察官への速やかな証拠物の送検、起訴、不起訴理由（260 条と 261 条）の通知、訴訟費用の負担可能性（183 条）が生れたりする。

告発は一定の犯罪については公訴提起の要件になっている。

- ◎ **独占禁止法** (89～91 条) 違反 公正取引委員会の告発 (同法 96 条 1 項)
- ◎ **公職選挙法** (253 条 1 項) 違反 選挙管理委員会の告発 (同法同条 2 項)
- ◎ **関税犯則事件** 税関職員ないし税関長の告発 (関税法 140 条)
- ◎ **間接国税犯則事件** 収税官吏の告発 (国税犯則取締法)
- ◎ **議員証言法** 違反事件 議院、委員会等の告発 (同法 8 条)

手続・効果としては効力不可分などの告訴のルールがほぼそのまま妥当するのだが、**取消**などの規定は妥当しない。告訴の取り消しは、親告罪の関係で公訴提起の要件となる時に意味があったわけだが、告発が公訴提起の要件になる場合は、告発者はいずれも国の機関であり、告発義務を負っている。したがって、この場合に恣意的な告発の取り消しは行う必要もない。そのため、告訴期間についての定めや取消の規定は告発にはあてはまらないと理解されている。

b. 請求

請求とは**捜査機関に対して犯罪事実を申告し、かつ犯人の処罰を希望する意思表示を行うこと**だが、ここでは法律が特別に関係者に請求権を与えている。

そして、そういった者による請求は、公訴提起の要件にもなっている。

- ◎ **外国国章損壊罪** (刑法 92 条 1 項) 外国政府の請求 (同条 2 項)
- ◎ **労働関係調整法** (争議予告義務) 違反 労働委員会の請求 (同法 42 条)
- ◎ **義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保に関する臨時措置法** 違反

学長、教育委員会、都道府県知事の請求 (同法 5 条)

なお、260 条(処分の通知)、261 条(不起訴処分の理由の告知)、183 条(告訴人等の訴訟費用の負担)のルールは告訴の場合と同様に請求についても被ってくる。

請求の手続に関しては、効力の不可分には請求も含まれる。また、告発と異なって取消についても告訴の規定が準用されることになっている。ただし、方式と期間の制限の定めはない。基本的には告訴と性質を同じくしながら、特に請求と言う形で取り扱いを異にすることについては、申告の主体が異なるので、告訴ほどの厳格なスタイルをとらなくてもいいのではないかという考慮がなされているのではないかとされている。

(3) 職務質問

警察活動は、公共の安全や秩序維持を目的とした**行政警察活動**と、犯罪を訴追するために証拠を集めたり犯人を特定したりする**司法警察活動**に分かれる。これからやるものは主として犯罪の予防鎮圧や交通の安全を目的として行われるもので、どちらかといえば行政警察活動である。

a. 行政警察活動と司法警察活動

両者の位置付けとしては、行政警察活動のなかで**端緒**が見つかり、その**刑事訴追**に向けた捜査すなわち司法警察活動が開始される、と言う感じ。その意味で、職務質問その他はあくまで捜査の端緒と位置づけられるわけである。もっとも、行政警察活動なのか司法警察活動なのかは理屈では区別できても、実際の活動としては同じ警察官が行うものであるから区別することが難しいことも多々ある。ある活動が両者の性質を併せ持っていることもあるし、当初は行政警察活動だったのに、いつのまにか司法警察活動に移行するということも通常の事である。そこで**両者は連続したものとして、それに見合った整合性のある法的規制に服することが望ましい**ことになる。以下では今述べたような視点から、これらの活動が如何なる限度で許容されるのかを検討しようと思う。

なお、行政警察活動は従来「**未発**」の犯罪を予防するのに対し、司法警察活動は「**既発**」の犯罪を対象としたものなのだという説明がなされていた。確かに多くの場合、予防鎮圧活動は未発の犯罪を対象にするし、捜査などは当然既発の犯罪に行われることになるのだが、およそ未発の犯罪に対しての捜査が許されないのか(予想される将来の犯罪に対して、いずれ来る刑事訴追に対して刑事訴訟法を根拠に司法的な警察活動が許されないのか)はなお疑問である。実質的な理由としては、将来の犯罪の場合は、捜査の前提となる犯罪の嫌疑が曖昧ではないかと言う指摘がなされることもある。しかし既発のそれでも、常に確実な犯罪が前提となっているのではなく、様々な前提から判断して犯罪が行われたという嫌疑があるに過ぎない。これと、将来の犯罪が高度の見通しをもって認められる場合との相違は見出しにくい。

あとは、将来の犯罪可能性があるならば予防すべきで、犯罪を発生させなければ捜査も発生しないではないかと言われることもあった。しかし、犯罪が予想されるとき、つねに予防が優先されるかというと、犯罪の防止と言う観点からしても犯罪者を刑事訴追することが有効な場合もある。

こうして見るに、将来の犯罪の捜査が凡そ許されないとする理由はあまりないのではなかろうか。司法警察活動と行政警察活動の相違は犯罪の既発未発ではなく、その目的に際して見出されるべきであろう。

※現行法が規定している強制処分は未発の犯罪に対してなすことが許されるかは、また別に検討すべきである。

【参考文献】

□川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト 1148 号

□井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』141－167 頁

b. 職務質問の意義

警察官はいわゆる挙動不審者を発見した場合に、それをとめて質問することができる。警職法 2 条に根拠がある。

【参照】警察官職務執行法第 2 条

- 1 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る理由の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
- 2 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、その者に附近の警察署、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
- 3 前二項に規定する者は、刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない
- 4 警察官は、刑事訴訟に関する法律により逮捕されている者については、その身体について凶器を所持しているかどうかを調べることができる

停止させて**質問**することが 1 項で認められ、2 項では**同行**させて警察の施設に行って話を聞くことができる。

c. 停止行為の限界

★**停止行為にともなう一定程度の有形力行使は、判例通説により認められている。**

警職法 2 条 3 項は身体の拘束などを禁じているわけで、じゃあ停止を求めるといってもがんじがらめにするわけにはいかなさうである。ここで**停止行為の限界**はどこであるのかが問題になったわけである。

教材には二つの判例が出ているので、確認しておこう。

教材 4 事件(昭和 29 年 7 月 15 日：最高裁)

職務質問の最中に、突然道路に飛び出した被告人を追跡し、130 メートルくらい追いかけたところで「どうして逃げるのか」といって被告人の腕に手をかけたと言う事案。

最高裁「この程度の実力行為に出ることは真に止むを得ないことであって正当な職務執行の手段方法である」

教材 8 事件(鯖江エンジンスイッチ切り事件：最高裁)

車から降りてきた被告人に質問していたところ、酒臭いので呼気の検査をしようとしたところ、ダッシュで車に戻り発進しようとした。そのため警官が窓から手を入れてエンジンキーを回し、スイッチを切ったと言う事案。

最高裁は、これにつき「被告人の容疑の蓋然性並びに当時の事態に対処するための必要性、緊急性を考慮すると、Q 巡査の行為は、信号無視及び酒気帯び運転についての警察官職務執行法 2 条 1 項の規定に基づく職務質問並びに道路交通法 67 条 2 項、3 項、警察官職務執行法 5 条の規定に基づく呼気検査及び危険防止と犯罪の予防、静止のためになされた適法かつ妥当な職務執行行為と認めるのが相当である」という。

停止を求める際に、ある程度の有形力行使することは、判例も許容していることである。任意処分であるのに有形力行使が許されていいのかは問題かもしれない。しかし警職法 2 条 3 項がわざわざ連行、身柄の拘束、答弁の強要を禁止していることを考えると、これらにひっかからない限度のものでさえも一切許されないという理由はないだろう。その限りで職務質問の一貫だと言うことを妨げないと思われる。

補足：有形力行使に対する学説の状況

かつての学説においては、一定限度の有形力の行使は許されるという立場においても、それを停止行為の法的性格との関係でどう説明するかについてはいくつかの説があった。

強制説

警職法 2 条 1 項は、**停止に関する限りは一定の強制手段を認めている**のだという考え方。停止とは法的性格が異なることになる。

実力説

強制と任意の二つでは割り切れない、両者の中間に実力と言う範疇があり、強制に至らない実力の行使までは許されるという考え方。質問と言うのは任意手段だが、停止は法的性格が異なることになる。

任意説

一定限度の有形力行使は任意処分としても許されるという考え方。

この違いは、強制任意と言う言葉の使い方によるところが大きい。要するに、任意と言う言葉を純粹にとらえ、それ以外は全部強制だと言えば強制説になるし、強制と言う言葉を厳格に解して逮捕などのみを指す言葉なのだとすれば、任意説のような考え方になる。強制と任意をそれぞれ厳格に捉えると、厳格にそれぞれとらえられた強制処分と任意処分の真ん中に隙間ができるので、そこを實力と呼ぶ實力説が出てくることになる。

職務質問が任意と定められたことに鑑みれば、身柄拘束程度に至らないならばそれを任意処分とは全く別に捉える必要もないと思われる。また、教材 1 事件では任意捜査でも一定の有形力の行使が許されたこととパラレルに考えると、一定の有形力の行使はあくまで「任意」の範疇としても許されるのではないと思われる。

有形力行使の限界自体がどう定まるのかについては、まずは最低ラインとして**身柄拘束**（警職法 2 条 3 項）に至らないことが必要であろう。身柄の拘束は実質的な逮捕であるから、これは許されない。この点で、先ほど紹介した有形力の行使が適法とされた判例の事案は 4 事件と 8 事件だったが、対象者の立ち去りを阻止し消極的にその場にとどめるために有形力が行使された。その意味で行動の自由に対しての制約は限定的であり、身柄拘束には当たらないと判断されたと解される。

それに対して、積極的に場所を移動させて身柄を確保するということになると、行動の自由に対しての制約はさらに大きくなる。また時間が伸びても制約が増すので、こうした要素が強まると身柄拘束と判断されるおそれがある。実質的な身柄拘束は、逮捕の手続きを踏まないで許されないから、どんなに理由があっても身柄拘束に当たった瞬間、職務質問は違法ととらえてよい。

さらにもう一つ壁として判断すべきなのは、任意捜査の場合も処分の必要性和それによって制約される個人の権利利益とを比較考量して、相当と評価しうるものでないとならない**警察比例の原則**が、職務質問においても妥当するということである。根拠条文は警職法 1 条 2 項の「必要な最小の限度」の表記であるが、やはり停止行為を行う必要性和、それで制約される対象者の権利利益を比較衡量し、相当と考えうるものでないとならないだろう。

この点で教材の 3 事件を見てほしい。

教材 3 事件(東麻布職務質問事件：東京高裁)

深夜警邏中の警察官が X に遭遇。いくつか質問したら逃げたので「ちょ…待てよ！」と言って手首をつかんだ事例。これは適法と判断されたが、上記のような視点からは、具体的事情において必要かつ相当と言えないのであればやはり不適法と言えるのではないかという疑問も残る判例である。

d. 停止以外の実力行使

★「職務質問に不可欠な措置」として、一定の「停止」に準ずる措置も授權され適法だと解する余地があり、最高裁も一定の行為を適法としている。

条文上、「停止」させて質問できるのが警職法の規定であるが、職務質問にあたって停止させる以外に何か実力行使はできないのだろうか。

教材 19 事件

ホテルの宿泊客に職務質問を行ったところ、ドアをあけたが警察官に気付いた瞬間ドアガチャしようとしたので、警察官はドアを押し開け、若干足を踏みいれてドアが閉められるのを防いだ。この「ドア閉め防止措置」が適法かが問題になった。最高裁はこれにつき適法と示した。

考えてみると、停止と言うのは、それが無いと質問が出来ないので、質問に**不可欠の措置**と言える。そして教材 19 事件で問題となる、ドアが閉められるのを防止するという措置も、これが無いと室内にいるものに質問をすることができないと言う点では不可欠の措置となるだろう。この意味では停止と並ぶ措置である。

とはいえ、「停止させて」の部分の規定の趣旨が、**停止させる権限の創設的な効果を持つ**と解すならば、それ以外の警職法による授權のない措置をとるということには問題もあることになる。するとこの点についてどう考えるかであるが、「質問」することを警職法が認める以上、それに**不可欠な措置はそれに一体とした形で授權している**のではないだろうか。そのなかで最も代表的なものを確認的に規定したのが「停止」だと解せば、停止と同じく質問の不可欠の前提となるような措置は、3 項の禁止にかからない限りは許されると見るべきであろう。

ここからすれば、警職法に明示されていなくても一定の余地での行為が許されることになる。この点は後にやる職務質問に付随して所持品検査が許されるかという点についての説明にも関わる。

(4) 自動車検問

関連した話題に、特殊なケースとして質問の相手方が車に乗っている場合がある。

a. 問題の所在

★**外観上不審でもない車を一斉に検問と称してストップさせ質問とかをすることは、適法かが問題となる。**

自動車犯罪の際に使われることは少なくないし、自動車運転の際に交通ルールを違反することもまた然りである。したがって、走行中の車を相手取った行政的な警察活動も必要である。ここで、不審な外観の認められるならば、それを根拠に車の停止が求められるし、これは疑いが無い。

例えば蛇行運転をしていたり、同乗者が助けを求めているような場合には警職法 2 条 1 項を根拠に通常の職務質問で対応できる。

他にも道交法 61 条（乗車・積載・牽引の危険防止）／同 63 条（整備不良車両）／同 67 条（無免許、酒気帯、過労・病気・薬物影響等）などは、停止権を認める。

しかしながら、およそほとんどの場合、不審な外観が認められない車に対して質問をする。そこで、自動車に対して一定の場所を通過するものにつき無差別に停止させ質問を行うことが行われているが、この**一斉検問**の許容性が議論される。これに法的根拠はあるのだろうか。根拠があるのなら、どのような限度でそれが許されるのだろうか。

b. 学説の状況

大きく言えば二つの考え方がある。

◎警職法 2 条説

目的は職務質問なので、そこから警職法構成を行う。しかしこれは「挙動不審」な奴を停止させるぜと言う規定である。前提である要件が確認できないのに車を止めるのは、警職法の予定していた事態ではなさそうである。

これに対し、自動車で行中の者も職務質問の対象者としては想定されているのだろうし、要件充足を確かめるための停止も認められるだろうという理解がなされる。

教材 12 事件の大阪高裁の判決は今言ったような考え方で、警職法 2 条を根拠に自動車検問の適法性を認めている。しかし、停止権限があるか否かを判断するために停止する権限があると言うのはどう見ても論理矛盾があると言わざるを得ない。警職法が停止の対象者を限定している以上は、それが適用されるべきである。

◎警察法 2 条説

警察法を根拠にするという理解がなされることもある。警察法 2 条 1 項を警察官の権限の根拠規定にもなるものだとし、それゆえ検問も可能だとする考え方がある。しかしながら、これはあくまで**組織法**であり、組織に課せられた責務を実現するための具体的活動内容は警職法に任せている構造なのだし、直ちに手段としての一定の行為権限が導かれるのはおかしくねという批判がある。

c. 自動車検問の許容性

これにつき最高裁が判断を示したのが、教材 11 事件である。

教材 11 事件(宮崎交通検問事件：最高裁)

道路端で行っていた一斉検問の合憲性が問題になった。赤色のランプをともして合図し停車を求めるというやり方だったのだが、ここでは適法と判断。この判例をどう理解するのかは理解が分かれる。

A 警察法 2 条を根拠とする見方

確かに判決中に警察法 2 条が触れられる。警察の責務として犯罪の予防鎮圧などは規定されているのだから、そのために必要なこともできるという理解であったが、さっき言ったとおり理論的な問題がある。

B 自動車利用者の「**当然の負担**」としての受忍を根拠とする見方

判例は同時に、任意手段でも無制限には許されないぜと述べている。つまりここから、警察法があるからといって直ちに検問が許されているのではなく、**当然の負担として、合理的に必要な限度で取締りに協力する義務があるのだ**と言う部分に実質的な根拠があるのだととらえる。

つまり、道路利用者はその運転にあたりそもそも「一定の負担」付きで自動車を利用しているのであると理解するわけである。道路を運転すると言う利便は交通の安全無くして成り立たないものであるから、その利便の享受者は、その利便の成立に不可欠な措置については負担も受忍していると言えるのではないか。

ただしこの考え方に従えば、教材 11 事件は、あくまで**交通の安全の確保**についての検問に関しての判断となり、すべての検問に当然に妥当するのではなくなる。

たとえば、タクシー強盗が増えたために行われた警戒検問の許容性などは上の議論からは導けない。大阪高裁は教材 12 事件を警職法構成で合法としたが、教材 11 事件の考え方から「当然の負担」構成をとる限りで直接は導けないものである。

◎評価

★相手方の権利侵害を意識する限り、警察法を根拠にして正当化するのは無理がある。

やはり、警察法構成にすることには問題がある。これは自動車検問における停止が、警職法に根拠を必要とすべき程度に相手方の権利利益を侵害していると言う前提のもとであるわけだが、任意の手段であっても、一定の権利利益の

制約を伴うものはあくまで警職法によって創設された権限によって可能なものであり、警察法2条により当然に予定されているとは限らないからである。したがって、警察法とは別の根拠規定が必要だと思われる。

もちろん、相手の文字通りの任意の協力を求めて行う、そういう警察活動までもがすべて警職法上の根拠なくできないのかと言われると、それには反省の余地があるようにも思われる。

★**権利侵害をしている問題をクリアするために、道路利用による「当然の負担」論が言われるが、そもそも権利侵害があるのかどうかから検討する余地もあると言える。**

この点で道路利用と言う利便享受による当然の負担の受任だと言う考え方は、一種の権利放棄と言う考え方である。もちろんこれ自体は一つの筋の通ったやりかたではあるが、そもそも**場合によっては権利侵害がないと言う構成もできなくもない**。教材12事件は、自動車検問について停止に応じない車両があった場合直ちに追跡する場合でなく、盗難車だとかいう事情がある限りにおいて事後的に追跡するという、文字通りの相手方の協力によって行われていた事案だともいえなくもない。

今のような見方によれば、交通取り締まり以外のものであっても、その態様が文字通りの任意の協力によるものである限り、同様に許される余地がある。警戒検問であってもである。

※これにつき、道路利用の利益享受に伴う当然の負担と言う構成は、両立しうるものである。したがって道路交通安全に関しての検問についてはさらに厳しい態様でも許される余地があるといえる。

なお、自動車検問と言うのはその目的からして第三の類型として緊急配備検問というものもある。これは特定の犯罪が発生した時に犯人の追跡や情報収集のために行われるものである。

◎法的根拠

これについては**刑法 197 条**を規定にして、一定限度の一斉検問が許される余地が出てくる。その場合には強制に至らない範囲で任意手段を用いることが許されるが、もちろん身柄拘束になると NG だし、自由の制約と必要性とは比較して相当性が認められる必要があるが。

【参考文献】

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目7〔佐藤隆之〕

(5) 所持品検査

職務質問にともなってしばしば行われるのが、**所持品検査**である。これは非常に有効な手段ではあるが、プライバシー的にかなりあれだし、許されるかどうかのライン引きが必要になる。

a. 問題の所在

★**所持品検査は明文の一般規定がないためにむやみに認めることはできなさそうであるが、そもそも所持品検査といってもいろいろあるので、議論する前にその態様を場合分けしていく必要がある。**

この許容性がわが国で争われた理由として、やはり**法的根拠が明らかでない**と言うのがあ

さて、現行法では正面からこれについてさだめた規定があるかと思って探してみると、警職法2条4項が逮捕された者の所持品検査を可能とするし、銃砲刀剣類所持等取締法24条の2も一定の所持品検査を認めている。

【参照】銃砲刀剣類所持等取締法第24条の2(抜粋)

警察官は、銃砲刀剣類等を携帯し、又は運搬していると疑うに足る相当な理由のある者が、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがあると認められる場合においては、銃砲刀剣類等であると疑われる物を提示させ、又はそれが隠されていると疑われる物を開示させて調べることができる。(中略)…危害を防止するために必要であるときは、これを提出させて一時保管することができる

しかし、条文を見るといづれにせよ**限定された場合に凶器所持の有無を定めることができるとするのみ**である。

現行法ではそれ以外に一般的に所持品検査を規定したものはない。

というか歴史的に見て、以下の内容の警職法改正案(1958年国会提出)は不成立で終わっている。

【参照】警職法改正案(1958年)

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、又は犯そうとしていると疑うに足る相当な理由のある者が、凶器その他人の生命又は身体に危害を加えることのできる物件を所持しているときは、一時保管するためこれを提出させることができ、また、これを所持していると疑うに足る相当な理由があると認められるときは、その者が身につけ又は携えている所持品を提出させて調べることができる

これが成立しなかったわけであるし、提出された時点で現行法では「出来ない」ことを認めているようなものである気がする。じゃあ職務質問に際して凡そ行うことはできないのだろうかということになるが、そもそも所持品検査の態様もさまざまであるから整理が必要である。

というわけで、具体的にレベル分けすると、以下のような段階があると思われる。

- ①所持品を外部から観察する。
- ②所持品について質問する。
- ③所持品の開示を求める（任意の開示を受けて検査する）。
- ④衣服・携帯品の外表に手を触れ、異常の有無を確認する。
- ⑤衣服に手を差し入れる、携帯品を開披する等して、所持品を検査する。

ざっと並べてもこれだけあるのだし、この全部が認められないと言うのはいささか急すぎないだろうか。

少なくとも①が許されるのは当然のことである。外の人目の目にさらされているものに対して合理的なプライバシーの期待はないだろうし、②も職務質問の範囲内である。③も任意ならば職務質問の範囲内と言っていいだろう。問題となるのは、④と⑤であろう。こうしたものが許されるのか、そうだとすればいつ如何なる限度でか、が問題になる。

b. 所持品検査の許容性

★**搜索強制にあらず、①必要性②緊急性③非侵害法益との利益考量の結果相当な限度、という要件を満たすならば、最高裁は承諾なき所持品検査を認める。**

実務上は最高裁判例が決着をつけたのだった。

教材 17 事件(米子銀行強盗事件：最高裁)

銀行強盗した奴が逃走して、緊急配備が行われていた。なんか危なそうなやつがいたので、車から下車させて質問するとともに、ボーリングバッグのチャックをいろいろ言い合った末許可なく開けたと言う事案。

最高裁は、まず、この根拠を職務質問の規定(警職法2条1項)に求めた。そして、「搜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と解すべきである」とした。

そしてその限度は、やはり憲法35条が保障する人権がある以上いつでも許されはせず「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、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容される」とする。

これにつきこの事件では、こいつは相当不審な挙動を続けていたから緊急性や必要性についてはあつたし、バッグをあけて中身を一瞥しただけでそんなに法益侵害されていないよねとして適法とした。

教材 18 事件(大阪天王寺覚せい剤所持事件：最高裁)

天王寺の近くの路上で遊び人っぽいのがたむろしていて、警察が来た瞬間逃げた。怪しかったので追いかけて、乗っていた車を停車させて質問をするとともに、所持品の提出を要求した。ゴミとかを提出してきたが、さらになんかありそうだったので、ポケットを上から触らせてもらい、何かありそうな感触がしたのでそれも提出させようとしたが、断られたのでポケットに手を入れて取り出したら、覚せい剤でした☆

最高裁はさっきと同じ一般論を出しているのだが、ここでは事実認定について必要性緊急性はあっても、この行為がプライバシーを侵害する程度が高いとして、違法とした。

つまり、この判例を見るに、

①**警職法 2 条 1 項によって所持品検査も許される場合がある。**

②**承諾がなくても以下の要件をクリアすればよい。**

A **搜索強制**に至らない

B **必要性・緊急性、侵害される法益と保護される公益**などの比較からして相当とされる限度

このようなことが分かる。だが、この判例の考え方には一つ根本的な疑問がなくもない。警職法2条1項を根拠として、先の分類でいえば⑤の所持品検査を認めているわけである。搜索強制に至らずともこれは対象者の権利利益を侵害する者だから、法律の要件にのっとって行うべきである。

ところで警職法2条1項で許されるのは、あくまで本来的には所持品検査ではなく質問なのであるから、**質問を認めたということのなかに、所持品検査への承諾までであると出来るかはアヤシイ**ところである。最高裁は口頭による質問と密接に関連し、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為だから、職務質問に付随して行うことができるというが、質問を認めたことの中に含まれるとすれば、やはりそれは質問に不可欠な行為に限られるべきではないのだろうかと言う疑問はなくもない。

かつての学説上の有力説は、2条1項を根拠にできるとしても、「相手方が兇器・危険物を所持している蓋然性が高いので、警察官や近辺の者の身体的安全生命・身体を守るため、衣服や所持品につき外部から触手する類いの行為」(三井誠先生)だけである(つまり、④である)と理解する。質問と言うモノを認めているのだから、質問者の身体的安全くらいは認められているのであるが、それ以上は難しい、と言う塩梅である。

ただまあ判例によって実務上の決着はついていると言う状態であるから、より現実的な問題はこの基準そのものと言うより、これの適用が具体的にどうなるか、である。

c. 所持品検査の限界

搜索／強制にあたると、これはさっきの要件 A に引っかかるのでアウトである。

◎搜索について

★**施錠など、一瞥に留まらない中身の確認があると多くの場合搜索と認定されるのが判例である。**

ということでもず、「搜索に至らない程度」ということについて述べよう。

理論上の根拠は、以下である。

【参照】憲法第 35 条

1 何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない

2 搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する格別の令状により、これを行ふ

憲法 35 条にいうところの搜索にあたる行為は、所持品検査として無令状で行うことは許されないことになる。

【参照】警察官職務執行法第 2 条 3 項

前二項に規定する者は、刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない

職務質問において、刑訴上の強制処分のような手段は許されないと言うのが 2 条 3 項の主旨で、2 条 1 項に対応する限度でそれを許しているのだとすると、**刑訴法上の強制処分である搜索行為は許されないことになる。**

問題点としては、やはりさっきの分類であるうちの⑤の態様の所持品検査は「搜索」ではないのかという疑問が出るのが素直なところである。判例によると、ボーリングバッグの中身を一瞥する行為も、上着のポケットに手をつっ込む行為も、いずれも「搜索」とはされなかった。じゃあ一体、搜索となるのはどんな場合なのだろうか。

※後者は結論としては違法とは判断されたが、違法の原因は具体的な状況の下で相当でないからであって、搜索強制にはあたらないと判断されていることに注意しよう。

教材 17 事件（米子銀行強盗事件：最高裁）

事案は再掲しない。この事件では施錠されたアタッシュケースを開けたことについて、最高裁はその適法性自体は判断していないが、**証拠排除の主張に対しての判断の前提としては、緊急逮捕手続に先行して逮捕の現場で時間的に接着してされた搜索手続と同一視できるとして、証拠能力を否定しなかった。**

証拠能力は否定しなかったが、行為としてはやはり搜索手続として見ているようである。

教材 20 事件（第一京浜職務質問事件：最高裁）

自動車の車内捜検が問題になった。不信事由があつて停車させたやつが免許証不所持で、覚せい剤っぽい白色粉末があつたが、それは覚せい剤ではなかった。納得できなかった警察官は 4 人がかりでシートを動かしたりして覚せい剤を探したら、あつた。

原審の東京高裁は「まさに搜索に等しい」といった判断をし、最高裁もこれを是認した。

やはり、**施錠**を外したり、開封したものの中身の一瞥にとどまらず、丹念にこの中身を**確認**したりすれば、やはり搜索になりうることを示しているように思える。

※とはいえ、証拠能力の否定まではしていない。

◎強制について

搜索と強制とを書き分けた以上、これは別々に扱うべきだろう。

たとえば、施錠されていないバッグを開封して中身を一瞥することは、プライバシーの制約の程度として搜索にはいたっていないといえるのが教材 17 事件の判断である。しかし、相手方がバッグを抱きかかえているときに、その相手方を強度の有形力をもって排除したとき、どうだろうか。あるいは、相手方が拒んでいるときに、拳銃でもつけて無理矢理あけさせたのなら、あくまで「一瞥」しかしていないとしても、つまり搜索でなくても、許されるとは思えない。こういうモノは搜索にはあたらないものの強制にあたるとして違法と言えるのではなかろうかと解される。

◎所持品検査の必要性・緊急性と、所持品検査の態様と被制約利益

ボーリングバッグでは相当性があつたのに、天王寺事件では相当性なしと判断が分かれたわけであるが、**強盗**と言う事件で凶器所持の恐れが強かつた 17 事件と、**覚せい剤**の所持事件である 18 事件とでは、同じく必要性緊急性ありと言われていてもやはり 17 事件のほうがその程度は強いだろう。

そして、17 事件はあくまで「一瞥」だったが、18 事件では結構無茶している。つまり、法益侵害がより小さく必要性もおおかつた 17 事件では相当性あり、そうでない 18 事件では相当性なしとされたわけである。

まあ次のような態度にまとめられるだろう。すなわち、**容疑が重大で、凶器所持の疑いが強い場合には、所持品検査の態様として先の分類でいう④のケースはもとより、⑤のケースも許容される場合があるけれども、薬物所持のような場合で凶器所持の疑いまでもない場合は、少なくとも⑤のような場合での着衣の検査は違法とされることが多い。**

教材 551 事件（浅草覚せい剤使用事件：最高裁）

外部から見て左足の靴下がめっちゃ膨らんでたから中の中のものを取り出したら、違法となった。
ただ所持品検査については、消極の立場をとる下級審もあったものの最高裁が以下の判例を出した。

教材 19 事件（瑞穂町ラブホテル覚せい剤所持事件：最高裁）

ホテルにとまっている客がもめごとを起こしているのでやってきた警察が、通報時から「薬物絡みかも」と話をされていたので警戒していたら、案の定アヤシイ挙動で、殴りかかれたりするのを対処しているうち部屋に入ってみるとめっちゃ薬物があった。そのため二つ折りサイフの中身チェックしたのだが、これを適法とした。
あくまで凶器所持の可能性は絶対的な要件ではなく、必要性や緊急性如何では認められることもあるようで、あまり形式的に覚えるのはよろしくなさそうである。
とくに判決が「**以上のような本件の具体的な諸事情の下においては**」と言っている点に注意。

【参考文献】

- ◎長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 6〔大澤裕〕
- 大澤裕＝辻裕教「ホテルの客室における職務質問とそれに付随する所持品検査」法学教室 308 号

C 被疑者の身柄拘束

1 身柄拘束の概観

犯人拘束と証拠の収集が、捜査の主眼となるが、そのときに必要な場合には、被疑者の身柄拘束も認められている。
現行法では**逮捕**と**勾留**と言う、二段階に手続きが分かれる。
逮捕は現行法上、令状による**通常逮捕**、令状によらない**現行犯逮捕**、**緊急逮捕**とに分かれる。
逮捕等が実際にどれくらいおこなわれているのかについては、以下を参照しよう。

検察庁既済人員総数（2011 年） 386, 202					
逮捕され ない者 258, 849	逮捕された者 127, 353				
	警察で逮捕された者 127, 113		検察庁で逮捕された者 240		
	逮捕後 釈放 7, 324	身柄付送致 119, 789			
	検察庁における逮捕後の措置				
検 察 庁 で釈放 4, 928	勾留請求 111, 699		逮捕中起訴 1, 021		その他 2, 381
	請求却下 1, 326	勾留 110, 373	公判請求 103		
			略式命令 請求 918		

※自動車による過失致死傷及び道路交通法違反事件を除く
平成 23 年の検察実務の概況・法曹時報 64 巻 11 号より

わが国では、逮捕されるものは相当程度限られていることには注意しておこう。また、主体においても検察事務官によるものなどもある。
逮捕されたものにつき、もっと拘束しておくべきと言うときに勾留が行われる。これは検察官によるもので、司法警察職員は行わない。また、逮捕が前置されていることに注意。逮捕されると勾留までいくケースが多い。起訴後の被告人に対しても勾留は行われる。むしろ条文操作としては、60 条以下の被告人に対しての規定が被疑者の勾留にも準用されると言う形である。

2 逮捕

(1) 総説

逮捕は被疑者の身柄を拘束し、その行動を奪う重大な処分であるから、憲法 33 条により現行犯を除き令状によらなければ逮捕されないことになっている。この明文からわかるように、逮捕には令状による**通常逮捕**と、令状によらない**現行犯逮捕**にわかれることになる。刑訴はその点で第三の逮捕として**緊急逮捕**を定め、それぞれに要件を設けている。逮捕の種類ごとの数字を見ると、以下のような感じである。

一般刑法犯逮捕者総数 (2012 年) 83,356	通常逮捕	44,354
	現行犯逮捕	33,707
	緊急逮捕	5,295

警察庁・平成 24 年の犯罪より。結構現行犯逮捕が多い。そして緊急逮捕はあまり使われていない。

(2) 通常逮捕

逮捕の原則的な形態である。令状がいる。

a. 要件

★**刑訴法 199 条が定めるように、一般的に逮捕の理由と、逮捕の必要がともにそろっていることが要求される。**

【参照】刑事訴訟法第 199 条 1 項

検察官、検察事務官又は司法警察職員は、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、裁判官の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。ただし、三十万円以下の罰金、勾留又は科料に当たる罪については、被疑者が定まつ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

◎逮捕の理由

被疑者が「**罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由**」がいる。199 条 2 項には、そのような相当の理由があるときに裁判官は逮捕状を発行することを規定する。

また、罪名と被疑事実の要旨を記載することが予定されているので、その「罪」もかなり細かく特定が求められる。そして、「相当な理由」は主観的なものでは足りず、客観的合理的なものであることが要求される。

◎逮捕の必要 (199 条 2 項ただし書)

★**明文で認められる「罪証の隠滅」「逃亡」のおそれがある場合以外に必要性を認めることは消極に解すべきである。**
逮捕の理由が存在しても、必要が無ければする必要がない。この点で 199 条の 2 項のただし書きで、明らかに逮捕の必要がないときは、この限りではない(令状出さなくてもいい)とすることが根拠となる。

【参照】刑事訴訟法第 199 条 2 項

裁判官は、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認めるときは、検察官又は司法警察員の請求により、前項の逮捕状を発する。**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**
制定当初には、この但し書きに当る規定はなかった。そういう状況下で、必要性のような合目的性の強い判断と言うのは、自ら捜査に従事する捜査機関にしかできるものではなく、令状請求を受けた裁判官の判断には任せるべきではないともされた。だが改正で 199 条 2 項但し書きが付け足され、必要性が要件となるとともにそこに裁判官の審査が及ぶことが規定された。これを受け、規則の 143 条の 3 では被疑者の逃亡の恐れ、罪証隠滅の恐れ(規則 143 条の 3)が無いときには逮捕状の請求を却下しないといけない旨規定する。

この「明らかに逮捕する必要がない」という規定が但し書きであることから、これは常に判断されるべき本来的な判断事項と言うよりは、提供された資料から逮捕の必要がないことが判明した時に限って裁判官は逮捕しない措置をとるべきだということになりそうだが、**規則の 143 条を見るに、逮捕の必要を認めるべき資料の提出も求められているので、やはり本来的な審査事項とすべき**であろう。

【参照】刑事訴訟規則第 143 条の 3

逮捕状の請求を受けた裁判官は、逮捕の理由があると認める場合においても、被疑者の年齢及び境遇並びに犯罪の軽重及び態様その他諸般の事情に照らし、被疑者が逃亡する虞がなく、かつ、罪証を隠滅する虞がない**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

この審査をはさむことで、出来るだけ不当な逮捕を抑制しようという考え方である。ただ、逮捕というモノの持つ急速性というか、やはりいちいち判断している暇があるかどうかと言われると厳しいので、「明らかな」場合のみなんとかしてねという緩和がなされたと言う理解が適当だろう。

また、一定の軽微な犯罪については、捜査機関の出頭要求に正当な理由なく応じなかった場合か住所不定の場合かにしか逮捕は認められていない。これは逮捕の必要が要件になっているところの一つの(条件付きの)具体化の規定であると言える。

問題となるのは、じゃあ**逮捕の必要があるときは具体的にいつなのだろうか**ということである。

逃亡の恐れと罪証隠滅の恐れが逮捕の必要を明文上基礎づけるのは確かだが、これに逮捕の必要がある時は限られるのだろうか。たとえば、被疑者が捜査機関の取調べのための出頭要求（198 条 1 項）に応じなかった場合、そのことを理由に逮捕の必要性を認め、逮捕状を発付することが許されるだろうか。

◎肯定説

さっきみた 199 条 1 項ただし書は、捜査機関の取調べのための出頭要求に正当な理由なく応じないことを加重要件としている。規則 143 条の 3 は「…等」という表現をしているのだし、ここから他の場合にも必要性が認められることを示しているともいえる。

◎問題点

しかし、出頭要求に応じなかったというだけで逮捕の必要を認めるとすると、被疑者の取調べのための逮捕を認めることになる。これは刑訴法が 198 条 2 項で包括的な黙秘権を認めていることと整合するのか疑問がある。また、規則にある「等」の文字であるが、**逃亡の恐れが無くかつ罪証隠滅の恐れがないときは逮捕の恐れがないことを当然としたうえで、それ以外にも「逮捕の必要がない」場合を規定していた**のではなかろうか。むしろ逮捕の必要がある時でなく、ないときの規定であると読むのが素直であろう。

起訴前の被害者の勾留については、刑訴法 60 条で「逃亡又は罪障の消滅の虞」が明文で要件とされる。

やはり逮捕も目的は勾留と共通に解すべきであり、そうだとすると逃亡又は罪証隠滅の恐れがある場合に限って、その防止のために行われる処分であるべきであろう。他の事情のみから逮捕の必要性が肯定されることは、やはりないと言うべきではないだろうか。

ただし、軽微な犯罪につき「正当な理由なく出頭要求に応じない」場合を挙げていることが問題になるともいえる。だが、軽微な犯罪は一般に逮捕の必要がないことが多いことを前提に、要件を加重していると思われる。つまり、逃亡または証拠の隠滅の恐れがあっても、プラスアルファでこの要件が足されていると見るべきだろう。

確かに正当な理由なき出頭の拒否が重なれば逃亡の恐れや罪証の隠滅の恐れが推定できることもあるが、まさにそれはその恐れが認められるから逮捕できるのであって、出頭拒否からただちに逮捕が基礎づけられるとは思えない。

b. 手続

◎逮捕状の請求

A 請求権者

刑訴法 199 条 2 項により検察官又は司法警察員に限られる。しかも、警察官たる司法警察員については**警部**以上の者に限るとされる。この公安委員会が指定する警部以上のものを指定司法警察員といい、これは 1953 年の改正で加えられたものである。

警察内部ではさらに厳格な縛りがかかり、犯罪捜査規範の 119 条により指定司法警察員が、なるべく事前に警察本部長又は警察署長に言うように目標設定している。

B 請求の方式

逮捕状請求書による。規則 139 条が定める。その中身には規則 142 条の内容を書く必要があり、資料の提供をさっき言った「必要性」がわかるように行わないといけない。規則 143 条に定めがある。

また、刑訴法 199 条 3 項により、同一犯罪事実について、前に逮捕状の請求又は発付があったときには裁判官にそのことを言わなくてはならない。これは不当な蒸し返し防止である。

そして請求がなされた事実をも通知の対象とすることで、事情変更もないのに別の裁判官に対して逮捕状の請求を行うことを禁止する(**ジャッジショッピング**の禁止)ことも期待される。

さらに規則 142 条 1 項 8 号は、**現に捜索中である他の犯罪事実についても通知を要求する**。つまり、犯罪事実を小出しにして順次逮捕拘束を繰り返すと言ったセコ技をやめさせるためである。

C 逮捕状の発付

提供された資料に基づいて逮捕の必要性を裁判所は判断することになる。規則の 143 条の 2 により、さらに資料を求めることもできる。逮捕の必要性が認められたら逮捕状を出す。逮捕状の方式については刑訴法 200 条が定める。

【参照】刑事訴訟法第 200 条 1 項

逮捕状には、被疑者の指名及び住居、罪名、被疑事実の要旨、引渡すべき官公署その他の場所、有効期間及びその期間経過後は逮捕を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、記名押印しなければならない

また、必要性のないときには請求を却下することになる。請求者に資料の不備などを通知して、時として返還して終わらせることがあるようだが、理屈のうえではそれは許されない。やはり不当な逮捕の蒸し返しを阻止しようとした先の規定の主旨を埋没することになるからである。

なお、国会議員については国会法 33 条により「各議院の議員は、院外における現行犯罪の場合を除いては、会期中その院の許諾がなければ逮捕されない」とされている。憲法 50 条からの規定である。

D 逮捕状の執行

逮捕状が発付された場合、それによって**逮捕することができるのは請求者に限らない**。司法巡査なども含めて逮捕状を執行できる。

逮捕状に基づいて逮捕をするときは、原則として逮捕状を被疑者に提示しないといけない。刑訴法 201 条に書かれているが、この普通のやりかたを**通常執行**（1 項）という。

しかし、急を要する場合で逮捕状を保持していないということもありうる。このときは被疑事実と理由、そして逮捕状が発行されている旨を示してその場には逮捕状が無くても**緊急執行**（2 項）が許される。

この場合には事後出来るだけ速やかに令状を提示しないといけない。

※緊急執行はあくまで令状によって逮捕する通常逮捕のやり方の一つである。無令状の緊急逮捕とは名前は似ているが違う。

被疑者逮捕に必要な場合は、人の住居などに立ち入って被逮捕者の搜索（220 条 1 項 1 号）が可能で、この場合に別の令状は必要ない。令状に寄らない住居等の搜索押収を禁止するのが憲法 35 条だが、これは明文で 33 条の正当な現行犯逮捕の場合の例外を認めているので問題ない。

もちろん搜索の実質的な要件充足を必要とはすると言わなければならない。

E 逮捕後の手続

これについては二つの流れがある。

①司法警察職員による逮捕の場合

これは、私人が現行犯逮捕した被疑者を司法警察職員に引き渡した場合も含む。司法巡査が逮捕状を執行した場合、司法警察員の下へ直ちに引致する必要がある。司法警察員は自ら被疑者を逮捕した時、または司法巡査から受け取った場合には三つの事を行う必要がある(203 条)。

①逮捕の理由となった犯罪事実の告知

②弁護人が選任できる旨の告知(すでに選任されていれば不要)

③弁解の機会を与える

また、死刑または無期、長期三年を超える懲役または禁錮になるかもしれない国選弁護人の請求権を持つ事件については、勾留を請求された場合において貧困その他の理由で弁護人が選任できないときには、裁判官に弁護士を請求できるなどの 203 条所定の事実を教示する必要がある。

そして憲法第 34 条は、「**何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければならない、抑留又は拘禁されない**」ことを保障する。逮捕は抑留に当たるとされるので、理由を直ちに告げられ、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられないといけないというわけである。

弁解の機会を与えるということだが、実務上は弁解聴取の結果留置の必要がないときは被疑者を直ちに釈放する必要がある。必要があるというときは、48 時間以内に書類証拠物とともに検察官に送致する必要がある。送致されると、被疑者を受け取った検察官は改めて弁解の機会をあたえ、そのうえで留置の必要が無ければ釈放し、必要があったら受け取ってから 24 時間以内、逮捕から 72 時間以内に裁判官に勾留の請求をしないといけない。ただし、起訴した場合は必要はない。

このとき 280 条 2 項に従い、被告人としての勾留をするかどうかを裁判官が決することになるからである。

つまり、72 時間制限と、48+24 時間制限の二段階の規制がかせられていることになる。これは丁寧に条文を読むと意味が分かるのだが、最初の 48 時間は検察官に送致するまでの時間であり、205 条の 24 時間は、検察官が「受け取って」からの時間である。

つまり、**時として押送に手間取るなどして検察官の身柄受け取りのタイミングが 48 時間時点を超す可能性がある**のである。送致と受け取りのズレがあるということであるが、そういうときに被疑者の扱いが悪くならないように、こうした規定があるのである。

②検察官による逮捕の場合

検察事務官が逮捕した場合、直ちに検察官に引致する必要がある。

検察官は自ら逮捕したとき又は検察事務員から受け取ったときには、またさっきの司法警察職員から受け取った時と同じような処理をする。弁解聴取の結果留置の必要がないときは直ちに釈放し、有ると思ったら身柄拘束時から 48 時間以内に勾留請求する。やはり公訴の提起をしたときは、裁判官が職権で勾留するかどうかを決める(280 条 2 項)

(3) 現行犯逮捕

さて、ここからはドラマでおなじみ、現行犯逮捕の時間だああああ！

a. 意義

憲法は「**現行犯**」に対しては令状がいらない逮捕が認められることを規定する。これを受け、刑事訴訟法でも 212 条、213 条において「**現に犯罪を行い、又は現に罪を行い終わった者**」を現行犯人として、「**何人でも**」逮捕状無くして逮捕できるものとしている。

通常逮捕との相違点としては、**無令状**で可能であることのほか、何人でも出来る、と**私人**による逮捕の可能性を認めているところにある。

無令状逮捕が許される趣旨としては、やはり目の前で人を殴った奴が罪を犯したことは明白であるように、**時間的距離的な接着があるために高度の蓋然性を持って正当な逮捕が可能である**ところにある。

加えて、現行犯としてやらかした人間は普通なら逃げてしまうので、**悠長に構えている暇がなく、緊急の逮捕も認めざるを得ない**と言う事情による。もちろん私人が捕まえて庭に縛っておくとか言うのは意味がないので、後述するがすぐにしかるべき司法機関に引き渡すことになる。

【参照】刑事訴訟法第 212 条 1 項

現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者を現行犯人とする

【参照】刑事訴訟法第 213 条

現行犯人は、何人でも、逮捕状無くしてこれを逮捕することができる

b. 要件①現行犯人

※あくまで逮捕時点での時間的距離的段階を問題としている点に注意しよう。

★**現行犯性は、逮捕者の持つ情報を加味して判断してもよい。**

刑訴法 212 条 1 項は、「現に罪を行う者」／「現に罪を行い終わった者」というカテゴリを置いている。それとは別に、**準現行犯**というカテゴリが 2 項に法定されていることとのバランスを考えると、やはりこの両者ともに時間的には犯行とのかなりの接着を求められるといえる。

また、無令状で行う以上は、現行性が逮捕者にとって明白であり、そのことによって犯罪と犯人とが逮捕者に取り誤認がないこともまた明白でなくてはならないが、このことに関して、問題となる点がいくつかある。

まず、**現行犯人っぽい人がマジで現行犯人であることは、客観的に見て明白でないといけなかがどうか**が問題になる。私人による逮捕が許されることから、外見上明白でないとダメという見解もある。確かに犯罪と犯人の明白性と言うのは、通常人が逮捕者の立場に立てばそう判断するだろうと言う意味では客観的に判断されなくてはならない。しかし、現行犯逮捕が無令状で許されるのは、誤認を防ぐと言う趣旨からは「**逮捕者**」との**関係**で明白であるべきである以上、**逮捕者が持っている情報等を加味することも許されないことではない**。例えば賄賂の金銭授受や、規制薬物の密売、偽造文書の行使などは、外見上は犯罪実行中とは明白ではなくとも、内偵や張り込み等による資料を加味すればその行為が犯罪と認められる場合がある。このような場合にも、事前に得た資料から客観的に判断して現行犯と認めることができる限り、現行犯逮捕は許されていいだろう。

教材 38 事件（昭和 41 年 6 月 28 日：最高裁）

ある輩が競馬で賭博しているんじゃないかと疑った警察サイドは、馬券の購入歴などを入念に調査してこいつ賭博やってるぜということをつかみ、お馬さんを見ている輩を逮捕したという事案。上に述べたような議論がなされた。

◎現に罪を行い終わった者

★**逮捕者による犯罪現場の視認が無い場合があるので、逮捕者自身が客観的証拠を認める必要がある。**

「**現に罪を行い終わった者**」の認定もかなり問題になる。本来の現行犯人のうち、「現に罪を行う者」と言うのは、犯罪が目の前で行われ、その場で捕まえるパターンであるから、明白性において問題が生じることは少ないと言える。これに対して現に罪を行い終わったものにあたるのは、逮捕者が犯罪行為を現認したうえ、罪を行い終わったときに逮捕するのみならず、例えば犯罪の通報を受け、現場に臨場した警察官が逮捕を行うときのように、犯罪行為の現認はなく、現場の状況から現に罪を行い終わったと認めて逮捕がなされる場合も含まれるのである。

教材 34 事件（西ノ京恐喝未遂事件：京都地裁）

恐喝未遂事件があり、被害者からの通報で現場に駆け付けた警官が、被害者から聴取した特徴を手掛かりに現場付近の巡回にでたところ、犯行現場から約 20 メートル隔たったところに犯人とよく似たやつがいた。職務質問すると否定するが、被害者と対面させると被害者は間違いなくこの人ですというので、現行犯逮捕したという事案。この現行犯逮捕が問題になった。ここで京都地裁は、現行犯逮捕をなしうる要件は満たしていなかったと判断した。確かに被害者の言葉以外に犯人と示すものはなかったのである。

現行犯逮捕の多くの場合、通報に基づいて警察官が現場に急行する。この場合、**被害者や目撃者の情報は一つの資料にはなるが、やはりそれだけでは足りない**というべきである。先にも言ったが、やはり「逮捕者」自身がその場の状況から客観的根拠を認めなくてはならないからである。

教材 36 事件（昭和 31 年 10 月 25 日：最高裁）

酔っ払いが暴れてガラス割ったりしていると通報を受けてやってきた警官は、その場所で被害者っぽい人に「●●にいる××にやられた…」ということをいわれたので、その場に向かい、そいつを逮捕。これは現行犯逮捕と認められた。

このとき、実は「あいつはあそこにいる」と言われた場所は現場から 20 メートル程しか離れていなかったのはそうなの、それは 34 事件と同じだし、時間的接着も 34 事件のほうがあるという事案だった。

しかし 36 事件では、警察官が赴いたとき、犯人は手にけがをして大声で叫んでいると言うかなり異常な状態であった。犯人がガラスを割ったという情報を加味したとき（そしてガラスが割れているのも確認）、こいつがガラスを割ったということがかろうじてだが現認できている事案であろう。

時間的場所的接着性が決め手だと言われることも多いが、やはりこのような比較からわかるようにそれだけでは説明がつかないところがある。**現行犯が無令状で逮捕できるのは、現に罪を行いまたは罪を行い終わったという状況を逮捕者自身が確知することにより、犯人と犯罪につき誤認する恐れがないからであるから、そのような状況を、逮捕者自身が確知しているかどうかこそが決定的である**というべきである。もちろんその限りで、時間的場所的な接着性は一つの判断要素となるが、それにとどまる。

そしてもうひとつ、警察官が犯罪を現認していた私人に代わって逮捕行為を行うことは可能と言われるが、常にそうではない。例えば犯人が犯行現場にあり、犯行を現認した私人がその場で警察官に対して犯人を指示したというような場合、その私人にとっては犯行を終えたものとして犯人をとらえ、それを警察官がとらえることも正当化できるかもしれない。しかし、いくら現認があった被害者でも、いったん犯人と分かれ、その後改めて犯人を識別したというとき、被害者との関係でも「現に罪を行い終わった」とは言えない状況である。あくまで逮捕行為の段階で要件が満たされる必要があると言うのは、私人でも同じである。

【参考文献】

◎長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 11〔大澤裕〕

c. 要件②準現行犯人

刑訴法 212 条 2 項 1～4 号の事情にあたるものが「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、準現行犯人として現行犯と同様に扱われる。

- 一 犯人として**追呼**されているとき
- 二 **贓物**又は明らかに犯罪の用に供したと思われる**凶器**その他のものを所持しているとき
- 三 身体または被服に犯罪の**顕著な証拠**があるとき
- 四 **誰何**されて逃走しようとするとき

たとえば警笛や懐中電灯の照射に対して逃走する時も四号にあたる。

このとき、「罪を行い終わってから間もない」ことが要件であり、条件が現行犯逮捕よりも緩和される。しかし無令状でこれを行いうるのであるから、犯罪と犯人の関係が明白であると普通よりも言える必要がある。というわけで、明らかにアヤシイ場合を抜き出しているのである。こういうことなので、これについても**逮捕者自身が犯罪と犯人とを確知していること、その時間的基準は逮捕時であること**が求められる。

ただし、やはり 1 号から 4 号までの間にとても証拠としての差があるので、他の諸事情と総合判断して、犯罪事実を確知したと言えることが必要になってくる。

一般的にいつて 1 号の場合、追跡が継続している限り、特定の犯罪の犯人であるという推認はかなりあるので、時間的場所的近接性もそこまでいらない。しかし 2 号や 3 号の事情だとそれだけでは厳しいし、4 号はなおさらである。その分時間的場所的近接性など他の条件がより厳しく求められることになる。

教材 42 事件（和光大学内ゲバ事件：最高裁）

大学構内の内ゲバ事件の犯人とされた 3 人の、準現行犯逮捕の適法性が問題になった。

X は犯行終了から一時間経過した時点、直線距離で犯行現場から 4 キロ離れた地点で、警察官によって発見された。挙動や小雨の中傘も差さずびしょびしょという様子から職務質問のため停止を求めたところ X は逃げ出した。追いかけてみると籠手を装備しているので、これはあの事件の犯人の特徴だと逮捕。

※籠手は、剣道の道具である。ファッション感覚でつけるものではなく、明らかに内ゲバにおける装備品である。

YZ は 1 時間 40 分後、約 4 キロ地点で警察官によって発見。職務質問しようとしたら逃げたから追いかけてみると、もうめっちゃやらかしたあとで顔面にキズとかがあるため準現行犯逮捕した。

最高裁は結論として、いずれも準現行犯逮捕として適法性を是認したのであった。

時間的場所的な接着性はかなり薄れていたが、ここでは2号か3号、4号にあたるとして処理した。Xは2号と4号、YZは3号と4号と解される。

まあ4号事由はあるよね、逃げていたのだし。しかしながらさっきもいったようにこれだけでは犯人と犯罪を結びつけるには足りないところがある。本判決は単に逃走したと言うだけでなく、追いついたあとの「小手」、「顔面の傷、血まじりのつば」などが加味されて準現行犯が認められたのであろう。

ただ、逮捕時に直接見たものだけだと一般的なものが多いかもしれない。そもそも小手があるとか、顔面にキズがある、血がまじったつばをはくというの、それだけとってみれば2号、3号の事由とは即断しにくい部分もあるだろう。しかし、この場合でも逮捕者にとって明白性があるかどうかというのが大事であって、各号に該当する事由があるかどうか、罪が終わって間もないかどうか、やはりその立場から問題にされるべきであろう。したがって誰から見ても外見上そうであるということまでは必ずしも必要ではなく、逮捕者が既に得ている資料情報を加味することは、繰り返すが否定されない。この事案では無線での連絡を受けていた警察の立場、その認識を基準にして諸情報を総合判断したのだと解される。

【参考文献】

□大澤裕「準現行犯逮捕－和光大学事件」百選〔第7版〕

d. 要件③現行犯逮捕と逮捕の必要

★**現行犯逮捕には明文で必要性は要件となっていないが、そもそも無令状なのは身体確保の必要性が高いからだし、切迫した状況下で厳しくそれを判断できる余裕がないだけで、必要でないのに現行犯逮捕をすることはできない。**現行犯逮捕でなく通常逮捕の時は、規則143条の3により、逮捕にはその**必要性**がある。しかし現行犯逮捕にはそのような明文の規定はないし、私人による逮捕が認められる以上厳格に必要性を求めることができないという論者もいる。しかし、**身体に関する重要な権利を侵害するのが逮捕なのだし、必要もないのに逮捕するのはやはり許されない**と解される。

そもそも、無令状であるのは、速やかな身柄確保の必要性からである。逃亡の虞、罪証隠滅の虞がないときには身柄確保の基礎を欠くのではなかろうか。確かに現行犯逮捕というのは、令状逮捕という場合よりも一層の急速性を要するから、必要性の判断も難しい。また一般に、現に罪を行った直後と言うのは逃亡の虞が存在するともいえる。しかし明らかに逮捕の必要がない場合には、通常逮捕と同様に、やはり逮捕は許されないと言わなければならない。私人逮捕が認められているとはいえ、必要性の判断が必ずしも厳格にできないというだけで、じゃあそれを撤廃してなくしてしまおうということになるのは変な議論である。

教材 40 事件（国道 357 号線信号無視事件：東京高裁）※国賠訴訟

事案は省略されたが、現行犯逮捕も逮捕の一類型とし、必要性の要件を明示した判決。

なお、217 条を見ると、一定の軽微な犯罪（30 万円以下の罰金、科料勾留の罪）では現行犯逮捕にも逃亡の虞を要件としているから、逮捕の必要性が基礎になっていることが分かる。

e. 手続

手続として問題になるのは、**私人**による逮捕が認められる点である。私人が逮捕した場合だが、214 条により、被逮捕者を検察官、司法警察職員に引き渡す必要がある。それ以降は通常逮捕と同じように扱われる。

（4）緊急逮捕

憲法上にはないものの、刑事訴訟法は逮捕類型として、以下の「緊急逮捕」を定めている。

a. 意義

【参照】刑事訴訟法第 210 条 1 項

検察官、検察事務官又は司法警察職員は、死刑又は無期もしくは長期三年以上の懲役もしくは禁錮にあ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は、その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きをしなければならない。逮捕状が発せられないときには、直ちに被疑者を釈放しなければならない

刑事訴訟法は通常逮捕、現行犯逮捕のほかに「**緊急逮捕**」を定める。これは、死刑または無期、長期三年以上の一定の重大な犯罪を要件とし、その嫌疑が十分であり、急を有する場合には事前に令状がなくても、理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合、事後的にだが、直ちに令状を求める手続きを行わなくてはならないし、逮捕状が発せられない場合にはただちに釈放をしないといけない。

b. 合憲性

緊急逮捕は憲法上にはないが、これは違憲ではないのだろうか。

★**最高裁は合憲とする。理屈付けにはもろもろあるが、そもそも立法過程からして憲法の定める令状主義には一定の甘さがあり、現実における必要性を踏まえると違憲とは言い難い面がある。**

◎違憲説

あるにはあるが、少数にとどまる。

◎合憲説

A 令状逮捕の一種として説明する見解

事後的とはいえ、逮捕に接着した時期に逮捕状が発せられるのだし、全体として見れば逮捕状に基づくものとして手続きをみることができるという考え。立法担当の団藤さんとかの考え方。

しかし、憲法が規定を置いた意義は、理由のない逮捕を防ぐため、**事前**に裁判官の審査を受けさせるところにある。この意味では事前の令状が必要なのであって、これは意味がなくないかという批判がある。

B 現行犯逮捕（令状主義の明文の例外）の一種として説明する見解

現行犯逮捕は緊急性と嫌疑の明白性から令状審査を省いているわけだが、この主旨に実質的に当てはまる緊急逮捕も現行犯逮捕に含まれ、有効だと言う考え方。

しかし、時間的場所的接着性をなんら要求していない緊急逮捕を現行犯逮捕というのなんかアレである。実質的にも、犯罪と犯人との明白性の程度と言うのは現行犯逮捕と比べてかなり薄れている。

学説には、合衆国憲法修正4条の解釈を参照して、無令状逮捕でも合理的なものは憲法上容認されているとするものもある。しかし、この修正4条は、もともと不合理な搜索押収を禁止したものであり、日本のように令状を厳格に要求しているわけではないことに気を付けねばならない。

このように見ると、憲法との文言との関係で合憲性を説明するのはなかなかめんどくさいし、そこで端的に違憲と言う奴がいるのも理解できないでもない。しかし、事実的な話として、緊急逮捕という制度が出てきた事情を振り返ると、憲法制定の過程で、**当初は現在の33条の令状発付主体である司法官憲には司法警察員や検察も含まれると言う考え方がとられていたなかで、この考えが退けられる形で代わりに緊急逮捕が刑法のなかにでてきたのである。**よって憲法33条成立の背景には、そもそも緊急逮捕のところでは令状主義を除いて認めてやってもいいという意識があったのである。

また現実の作用からして、緊急逮捕がなくなればそれに代わるような実質上の逮捕が行われ、脱法的な手段の横行が認められるようになって言うのもありえなくはない。それなら法でのコントロールのうえで一定の縛りをかけるほうがいいというものもある。

このように理論的説明として問題もあったが、やはり憲法がおよそ令状主義の例外を認めない主旨かと言われると微妙なところがある。合理的であれば足りるとはいいいにくい、憲法自身が例外と言うモノを定めている以上、実質的に見て現行犯のようなときと同一視できる時には令状主義の例外があってもいいのではなかろうか。

一方で犯罪と犯人が明白で誤認の虞が無いと言う点では弱い、やはり**身柄確保の緊急性**はかなり大きい。この主旨を考えると、直ちに憲法違反とは言えないのではなかろうか。

また裁判所による事後の審査があることで、身柄拘束の是非はすぐ判断される。このような点をも考慮すると、緊急逮捕の合憲性を認めることも不可能ではない。そのような背景からか、教材46事件では210条の要件のすべてを指摘した上で、そのような緊急逮捕は合憲だとした。

c. 要件

① 犯罪の重大性

「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あたる罪」

現行犯逮捕の場合よりも、このように重い罪なら身柄確保の必要性は増すだろう？という訳である。まあ方向性は理解できるが、令状を要求すべきだという要請が現行犯逮捕のときほど小さいとは必ずしもいえないと思われる。そうしたところもあり、なおこれより要件を厳しくするとかいう人もいるし、逆に狭くするべきだとかも議論される。

② 嫌疑の充分性

通常逮捕は「相当な理由」だったが、ここでは「充分」として、一段高い嫌疑が必要になる。

③ 緊急性

急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないというのが要件。令状は普通は得られるけど、その手間が惜しいというようなときにこれができるということが分かる。なお判例は2時間程度時間があっても「緊急」とする。

④ 事後「ただちに」逮捕状請求

後述。

d. 手続

◎逮捕時の理由の告知

被疑事実の要旨と急速を要する必要、つまり A **犯罪の嫌疑**が充分であること B **急速を要する事情**があることを告知する必要がある。

◎事後の逮捕状請求

これは請求権者が部長以下の検察でも司法警察職員でもできる。すでに**逮捕がなされている以上は、逮捕状請求には慎重になるべきではなく、むしろ早くジャッジしてもらうべき**だからである。

また、令状請求は直ちになされる必要がある。これが合憲の要件になっているならばかなりしっかり意識される必要がある。逮捕状請求は条文上「ただちに」行う必要があるが、この意義については、教材 47 事件を参照。

教材 47 事件（竜野火災事件：大阪高裁）

現住建造物放火で緊急逮捕した。告知はしたが、その後令状を請求しないままに実況見分や供述調書作成などを行い、6 時間後に逮捕状を請求。原審、高裁ともに「ただちに」の要件が欠けているとして逮捕状請求手続きを違法だとした。逮捕状請求に不可欠な疎明資料や請求資料を準備する時間と言うのはもちろん法も認めているところであろう。しかし、それをこえて積極的な取り調べ等の証拠請求を行うというのは許されないと見るべきである。

◎緊急逮捕状

これは二つの性質を持つことになる。裁判所もそれに従い二段階の判断を行うことになる。

①過去の逮捕行為の適否

緊急逮捕の要件が充足されているだろうかと言うことを審査する。この場合には、逮捕時において逮捕者が認識していた具体的状況に基づいた判断が要求されるのはもういいはず。

②身柄拘束継続の適否

これは普通の逮捕としてどうかと言う判断である。

◎逮捕後の手続

緊急逮捕後、被疑者を釈放したりした場合にも逮捕状請求はあるだろうかというのが気になるが、一般的にはとらなければならないとしている。犯罪捜査規範でもそういっているとのこと。まあ結論としてはいいが、これを令状逮捕の一部として位置づける理解をしなければ、別に逮捕状請求をしなくてもいいと言う理解も出来なくもない。

※でもまあ不当にとりあえず緊急逮捕して、違ったら釈放～みたいなのもあったら困るし、妥当ではないか。

3 勾留

勾留は、逮捕された被疑者について、起訴前において引き続いて身柄拘束が必要な場合になされる措置である。

(1) 意義

被疑者の勾留については刑訴法 207 条を参照してほしい。一見してこの規定が意味不明であると評判である。

【参照】刑事訴訟法第 207 条第 1 項

前三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または裁判長と同一の権限を有する。但し、保釈については、この限りでない。

なんのこっちゃと言う感じで具体的にほとんど情報がないのだが、実は勾留には起訴された被告人の勾留と、逮捕後の勾留があり、60 条以下の被告人の勾留規定ではそのときの裁判長等の権限が設定されているのである。つまりこの規定はそもそも、被疑者について勾留の請求を受けた場合には、保釈に関するものを除き、被告人の勾留のときの裁判所または裁判長の持つ権限が「同様に」あるよということを示している規定なのである。簡単に言えば、**単に被告人の勾留の規定を準用する**と言うことである。

207 条以下の特別の定めを除くと、被疑者の勾留も 60 条以下の規定によって基本的には規定される。その際、60 条以下での被告人が被疑者、裁判所または裁判長が裁判官に置き換えられ、また保釈は認められないというだけである。

(2) 要件

勾留の理由と勾留の必要の二つが必要とされる。刑訴法の 87 条には、勾留の理由又は勾留の必要がなくなったときに取り消せよと書いてあるし。

◎勾留の理由

【参照】刑訴法 60 条 1 項

裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由がある場合で、左の各号の一にあたるときは、これを勾留することができる

- 一 被告人が定まった住所を有しないとき
- 二 被告人が罪証を隠滅すると疑うに足る相当な理由がある時
- 三 被告人が逃亡し又は逃亡すると疑うに足る相当な理由があるとき

刑訴法 60 条 1 項が明文で定めるところの要件を言う。相当の理由があることと、1 号から 3 号に定められた場合のいずれかに該当するときである。

★**基本的に要件の判断は、逮捕の時のそれよりも厳しく判断されることになる。**

① 相当な理由

この嫌疑の要件と言うのは、逮捕のときにいる理由についてと同様の文言が使われているわけだが、**逮捕に引き続いてより長期の身柄拘束を認めるためであるから、逮捕の場合よりも高度の嫌疑が必要**とされる。また、手続きとの関係でも、裁判官が勾留状を発付する場合には**被疑者の弁解**の手続きを経なくてはならず、こうした手続きのない逮捕の場合よりも当然に高度な資料が必要となるだろう。

② 1 号～3 号

1 号は、定まった住居を有しないこと、2 号は、罪証を隠滅すると疑うに足る相当な理由があること、3 号は逃亡又は逃走することを疑うに足る相当な理由があることである。

この基準は逮捕の場合はその「必要」の判断に際してのものであったが、言葉の問題として勾留の場合は「相当」という。逮捕の場合は明らかに必要ないかどうかのレベルでの審査で足りたが、こちらの場合は要件として明示的にかかげられているから、やはりこの条件が積極的に認められていることが必要になる。

住居不定と言うのは被疑者の居所が分からなくなる一例としての具体化と理解すればよい。

◎ 勾留の必要

必要もない場合にこのような拘束をすべきではない。

教材 48 事件（昭和 43 年 5 月 24 日：東京地裁）

電柱に管理者の許可なくポスターを張り現行犯逮捕したのだが、被疑者が指名住居を完全黙秘し、資料も全くなかったと言う事案である。しかしながら、身柄の引き受けについては受取先があり、起訴状謄本の送達や期日の出頭の確保に関しては確約が出ていた。

この事案には二つの問題が含まれる。

① 客観的には定まった住所があるものの、それが裁判所には分からない「不定」というより「不明」の場合は、定まった住所があると言えるのか

これは被疑者が所在不明になり、刑事訴追などが出来なくなると言う観点からは同じであるから、不明の場合も 1 号に該当すると言う見解が有力である。

② 勾留の実質的な必要性と身柄拘束による不利益との権衡

判決は、1 号に該当する事情自体は認めつつも、確実な身柄引受人があり、出頭の手だてが確保されているならば、勾留しなくてもいいんじゃないかといった裁判官の判断を尊重した。

勾留の実質的な必要性とそれによる不利益が考慮されることが分かる。やはり長期の拘束は被疑者に不利益を与えるのであって、そのバランスをとれるような必要性が要求されるのである。このような判断次第では必要性がないとして、勾留が認められないということもある。

起訴事実がきわめて軽微であるとか、健康状態に問題があるとかそういった場合が考えられる。

(3) 手続

a. 勾留の請求

① 検察官

必ず請求は検察官によって行われなければならない。司法警察員が勾留をするというわけではない。被告人に対してのものは裁判官が職権でやるので、そもそも請求とかいらない。

② 逮捕前置主義

また、逮捕前置主義として、必ず逮捕を先立たせる必要がある。

【参照】刑事訴訟法第 207 条 1 項

前三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。但し、保釈については、この限りでない

前 3 条、つまり **204～206 条は、いずれも逮捕した被疑者に対して検察官が弁解の機会を与え、そのうえで留置の必要がある時は裁判官に対して勾留の請求をするように定めたもの**である。

このようにして請求を受けた裁判官が勾留を決める以外に、刑事訴訟法上勾留は定められていない。

③時間制限

詳細には刑法 203～206 条に規定されるが、法の定める時間制限がある。司法警察職員に逮捕された場合、検察官が受け取ってから **24 時間**以内、かつ身柄の拘束から **72 時間**以内に勾留請求をするルールがあるのは前述した。また、これにつき最初から検察官が確保した場合は、身柄拘束から **48 時間**以内に勾留請求しなくてはならない。ただし、時間制限の間に公訴を提起する場合は、裁判官が職権で被告人として勾留するか決めるので特に問題がない。これを超えてされた勾留請求は、原則として不適法なものとして却下されるが、やむを得ない事情がある場合には、検察官は裁判官にその事由を陳明して、請求することができる。裁判官はそれを理由があると認めると、勾留する。これは例えば**天災**にともなう交通通信の混乱の場合などがあげられるが、事案が複雑だとかいうような捜査側の事情は基本的に含まれない。

④請求の方式

規則 139 条により書面が要求され、さらに 147 条の定めに従う。また、勾留の理由を認めるべき資料や、逮捕の日時等を明らかにするべき資料として、逮捕状請求状と逮捕状などを提供しないといけない(規則 148 条)。

【参照】刑事訴訟規則 147 条

- 1 被疑者の勾留の請求書には、次に掲げる事項を記載しなければならない
 - 一 被疑者の氏名、年齢、職業及び住居
 - 二 罪名、被疑事実の要旨及び被疑者が現行犯人として逮捕された者であるときは、罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由
 - 三 法第六十条第一項各号に定める事由
 - 四 検察官又は司法警察員がやむを得ない事情によつて法に定める時間の制限に従うことができなかつたときは、その事由
 - 五 被疑者に弁護人があるときは、その氏名
- 2 被疑者の年齢、職業若しくは住居、罪名又は被疑事実の要旨の記載については、これらの事項が逮捕状請求書の記載と同一であるときは、前項の規定にかかわらず、その旨を請求書に記載すれば足りる
- 3 第一項の場合には、第百四十二条第二項及び第三項の規定を準用する

※規則 142 条 2 項、3 項は、氏名が特定できないときには人相や体格で特定可能なくらい記載してね、とか職業や住居が不明の時はその旨記載しといてね、とかそういう規定。

b. 勾留質問

被疑事実を告げ、これに関する被疑者の陳述を聞いてからでないと、勾留することは出来ないという刑法 61 条の定めを受けることになるが、これによって行われる質問を**勾留質問**と言う。

【参照】刑事訴訟法第 61 条

被告人の勾留は、被告人に対し被告事件を告げこれに関する陳述を聴いた後でなければ、これを行うことができない。但し、被告人が逃亡した場合は、この限りでない

勾留質問は直接の裁判官への弁解の機会を与え、それにより不当あるいは不正な勾留を防ぐ意図がある。このためには被疑者が十分な弁解を行えるようにされねばならない。したがって被疑事実の告知は、十分な弁解が出来る程度には詳しく行われなくてはならない。

被疑事実に加えて、60 条 1～3 号に定める事実についても告知する必要があるかについては、実務上は告知しなくてもいいという運用がなされるが、学説上はむしろこの点も告げるべきではないかという意見が多い。

【参照】刑事訴訟法第 60 条 1 項

裁判所は、被告人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、左の各号の一にあたるときは、これを勾留することができる

- 一 被告人が定まつた住居を有しないとき
- 二 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
- 三 被告人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

また、勾留質問を行う場所については規定がなく、古い判例において**警察署**でのそれを合憲認定したものもある。しかし、現に身柄を留置されているような心理的圧迫のある場所は、あまり適当とは言えないように思える。**勾留は裁判の前提として行われるのだし、さらには心理的にも自由を確保するためにも、裁判所の庁舎内で行うべきだ**とされ、今日の実務もそのように運用される。この陳述は不利にも有利にも勾留の資料になるし、これについては**勾留質問調書**が作成される。これは勾留が認められた場合には検察官に送付される(規則 150 条)ため、のちに証拠とされる危険もある。取調べとは異なり、弁解調書の手続きであるところから、法律上は**黙秘権**は告知されなくてもよいとされるが、その実質からはやはり告知が必要だと思われるし、実務の運用もそうしている。

c. 勾留の裁判

裁判官は勾留請求の**適法性**と、それと勾留の**理由・必要**を判断することになる。提出資料や質問では分からないと言うときには、事実の取調べを行うこともできる。勾留請求が適法で、勾留の理由必要が認められるときには 64 条と規則の 70 条の規定に従い勾留状を出す。

【参照】刑事訴訟法第 64 条

- 1 勾引状又は勾留状には、被告人の氏名及び住居、罪名、公訴事実の要旨、引致すべき場所又は勾留すべき刑事施設、有効期間及びその期間経過後は執行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、裁判長又は受命裁判官が、これに記名押印しなければならない
- 2 被告人の氏名が明らかでないときは、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ができる
- 3 被告人の住居が明らかでないときは、これを記載することを要しない

【参照】刑事訴訟規則第 70 条

勾留状には、法第六十四条に規定する事項の外、**法第六十条第一項各号**に定める事由を記載しなければならない。地味にさっきの「60 条 1 項各号の告知」の必要性が重視されているあたりがイケメンである。

不適法だ、あるいは理由が必要ないとされると、勾留請求を却下し、被疑者の釈放を命じることになる。勾留状を発付するなどの裁判に不服がある時には、検察側も被疑者側も、その取消や変更を求めて所定の裁判所に対して 439 条に定める準抗告(後述)が可能である。

勾留状が出ると、その運用は**検察官の指揮**に従ってなされる(70 条)。被疑者に勾留状を提示した上で直接に勾留する場所に引致することになる。

(4) 勾留の場所

勾留の場所に関しては非常に大きな問題があった。これは被疑者に対しての我が国の刑事司法の在り方、そして監獄法改正と言う立法問題と絡んでいた。ただ、最近は監獄法も改正されたし取調べの在り方の規制としてもっと直接的に録画録音が言われるようになり、ちょっと議論が下火になっている。

a. 問題の所在

★**代用監獄として、特に起訴前の被疑者については警察留置所で勾留が行われる実務が定着しており、適正手続の観点からは非常に問題視されていた。**

さっき載せた刑事訴訟法第 64 条(前頁参照)には「勾留すべき刑事施設」という言葉が使われている。

ここから、勾留する場所は**刑事施設**であり、そしてどこに勾留するのかについては**裁判官**が令状において指定することになっていると分かる。では刑事施設とは何かということになるが、これについては刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律の 3 条が定めるように、基本的に**拘置所**が想定されている。

【参照】刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律第 3 条

刑事施設は、次に掲げる者を収容し、これらの者に対し必要な処遇を行う施設とする。

- 一 懲役、禁錮又は拘留の刑の執行のため拘置される者
- 二 刑事訴訟法の規定により、逮捕された者であって、留置されるもの
- 三 刑事訴訟法の規定により勾留される者
- 四 死刑の言渡しを受けて拘置される者
- 五 前各号に掲げる者のほか、法令の規定により刑事施設に収容すべきこととされる者及び収容することができることとされる者

しかし、同法の 15 条は、一定の重大犯罪者を除き、「刑事施設に収容することに代えて、**留置施設**に留置することができる」ということを定めている。**刑事訴訟法の規定により勾留されるものと言うのは、今言った代替収容の対象となるので、具体的には警察留置場が代用刑事施設として勾留に用いることができる**ことになる。

結局、警察の施設に収容することができてしまうのである。同じような制度が、かつての監獄法のもとでもとられていて、これが監獄法との関係で問題になった。

平成 17 年改正前の法律の規定では、刑訴法 64 条に拘引状・勾留状に記載する事項として「勾留すべき監獄」という規定がおかれ、これについて監獄法 1 条 3 項が「警察官署ニ附属スル留置場ハ之ヲ監獄ニ代用スルコトヲ得」と定めていたのである。まさにこれによって警察留置所は代用監獄と言われた。

勾留場所の運用の実情を見ると、被告人の拘留は拘置所で行われることが多かったものの、起訴前の被疑者の勾留には警察留置所がめっちゃつかわれていた。こいつを廃止しろだのなんだのという議論が盛んだったわけである。

b. 「代用監獄」をめぐる論議

◎ 廃止論・例外説

警察留置所を勾留場所として用いる場合、**被疑者は警察と言う捜査機関の手中に置かれ、自白強要や防御権の侵害が行われやすい**ということで、かなり強い反対があった。立法論として、代替監獄制度は速やかに廃止されるべきだとされ、被疑者についても原則は拘置所に勾留するべきで、警察留置所に勾留することができるのは例外的な場合に留まると言う主張がなされた。このように主張する彼らは、監獄法1条3項の「代用」といった文言は、解釈上「例外」的な場合にできるよ、ということを示したものだと言う主張をすることになる。

教材でも49事件などは、例外説に立ったと思われる判例である。

教材 49 事件(昭和 46 年 12 月 7 日：大阪地裁)

勾留について、「勾留場所は原則として拘置監たる監獄とすべきものであり、特段の事由が認められる場合に限って例外的に代用監獄たる警察署付属の留置所を指定しうると解すべき」としている。

◎ 存置論・非例外説

他方、捜査上の必要性に着目し、その重要性や効用をとく見解も非常に強く存在していた。警察留置所を用いることがなぜ必要かについては、**絶えず被疑者の主張に耳を傾け、またその説明を求めながら物的証拠や人的証拠を吟味していく作業が捜査上要求され、それを一定期間内で行うためには被疑者の勾留場所は捜査者の近いところがないといけない**といったり、捜査のために物的な設備が整っていること、実況見分などを行うにあたり、犯行現場に近接し十分な護送体制がとれることが指摘される。

また古い時代には拘置所の劣悪な環境が問題視されることもあった。

※が、環境については以前より改善されている。

警察官のなかの行政管理部門に移管をする措置がとられるようになり、管理も実は同じ奴がやるわけではなかったりする。このような形で例外的な形にせずとも裁判官が裁量で決めればいいじゃんという判例も出た。

教材 50 事件(昭和 47 年 12 月 1 日：東京地裁)

「…代用監獄たる留置場にするかは、検察官の意見を参酌し、拘置所の物的、人的施設能力、交通の便否のほか、捜査上の必要性、被疑者または被告人の利益等を比較衡量したうえ、**裁判官の裁量**によって決定すべき…」

◎ 監獄法改正作業

そんななかで法制審議会が1976年に諮問され、「監獄法改正の骨子となる要綱」が1980年に答申された。

【参照】監獄法改正の骨子となる要綱(抜粋)

108 刑事留置場

(1) 警視庁若しくは道府県警察本部又は警察署に附属する留置場は、被勾留者を収容するため、刑事施設に代えて用いることができること。

110 その他

改正法の実施に当たり、特に次に掲げる事項について配慮すること。

(1) [略]

(2) 関係当局は、将来、できる限り被勾留者の必要に応じることができるよう、刑事施設の増設及び収容能力の増強に努めて、被勾留者を刑事留置場に収容する例を漸次少なくすること。

これを受けて「刑事施設法案」が出来たのだが、代用監獄を減らそうという方向にはいかず、同時にでた「留置施設法案」が代用監獄を認める感じだったので批判されまくり成立しなかったのであった。

転機となったのは、名古屋で受刑者が起こした事件であり、2006年に**刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律**が立法され、懸案の監獄法が全面改正されたのである。しかし代替収容に対しては有識者会議を設置して検討し、さきに見たように現行法でも存続をさせるということになった。立法上のごたごたはいったん終結するが、その運用等、勾留の場所を廻った問題はそのまま残されることとなったのであった。

d. 若干の検討

★**設備的な実情を踏まえると、代用監獄の存在に頼らざるを得ない面がある。しかしあくまで勾留の目的が「逃亡・罪証隠滅」の防止にある点を没却するような、過度に捜査の必要性を強調する運用は避けねばならない。**

現状では拘置所の数は、決して十分ではない。現在拘置所はその名前のものが**8施設**、拘置支所と言う名称のものが**103施設**、ほかに刑務所の中の拘置部がある程度である。

対して警察留置所は全国に約**1200か所**ある。警察留置所はいろんなところにくまなくあるのに対し、拘置所は立地も悪い。これも前提にすると、存続の結論には一定の合理性があるのも否めない。**都市部に拘置するほうが、被疑者サイドの負担軽減にもつながる**のも事実である。しかし、代替監獄問題において、**捜査の必要性**を過度に強調するのはいただけない。やはり、何か**積極的に捜査の便宜を図るためではなく、逃亡防止と罪証隠滅のためにあるのがこの**

制度だからである。とりわけ、被疑者取調べの必要性だけを強調して、警察拘留所での拘束を認めようとする理論は、被疑者の**黙秘権**を保障する刑事訴訟法の立場と相いれるのか疑わしいところがある。

新しくできた法律は、留置施設について其の管理運営の適正さを確保するためのいくつかの措置を定める。具体的には国家公安委員会に質問出来たり、有識者からなる留置施設視察制度、意見普請制度を設けたりしている。さしあたりは警察留置施設に勾留することの問題点に対しては個別的な運営で対処しつつける必要があるだろう。

勾留の場所については拘留所と警察留置所の両者がともに考えられ、やはりどちらかが原則だとするのには無理がある。しかし、警察留置所を勾留場所とすることによる弊害が生じやすい具体的事情がある場合は確かにある。否認をし続け、証拠もあまりないようなときには配慮が必要であろう。

◎運用上の工夫

【参照】浦和地決平成3年8月27日・判タ784号270頁

「被疑者を身近な警察の留置場に勾留することは、被疑者の身柄を拘留所に置くよりも、接見・差入れ等の点で被疑者の利益になる場合が多いこと、その方が取調べにも便宜であること、拘留所の収用人員に限りがあることなどを考慮して、実務上多く行なわれているが、勾留場所として代用監獄を利用することは、……他方において、**種々の重大な人権侵害をもたらすおそれがあること等にかんがみ、特に、被疑者が、被疑事実を強く否認していたり、黙秘する態度を明らかにしている事案においては、慎重な対応が求められて然るべきである**」

「ところで、本件は、埼玉県議会議員候補者であった被疑者が、自己の講演会の支部長に対し、買収資金として金30万円を供与したという事案であるところ、本件においては、被疑者は、金員の趣旨について強く争い、捜査機関に対する**供述を拒否する態度**を明らかにしているのであって、このような被疑者の身柄を、全面的に捜査機関の管理下に置き、長時間の取調べを許容するときは、その**黙秘権**を侵害する**不当な取調べが行なわれる事態を防止することができず、相当でない**」

「……そうすると、被疑者の勾留場所を朝霞警察署留置場とした原裁判は、これを拘留所ないし拘留支所としなかった点で不当であり、取消しを免れない」

被疑者の様態について考慮がなされていることに注意しよう。

(5) 勾留の期間

勾留の期間については、刑訴法208条1項を参照しよう。

【参照】刑事訴訟法第208条1項

前条の規定により被疑者を勾留した事件につき、勾留の**請求**をした日から十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

勾留の請求をした日から**10日以内**に公訴を提起しない限りは、釈放しないといけなくと書いてある。この起算点に注意しよう。これは現実に勾留状が執行された日ではなく、「請求」した日である。これは初日を算入し、休日も算入するやさしい制度。

※だが、**これを実際にカレンダーとか見てやらせると間違える人続出**。是非確認しよう。

◎勾留期間の延長と再延長

刑訴法208条2項により、やむをえない事情のときに検察官の請求により期間を延長することができる。

延長は検察官の請求によること、そして延長には勾留の理由・必要が継続しているほかに、**やむを得ない事由**があることを認めてもらう必要があることなどに注意。

【参照】刑事訴訟法第208条2項

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、前項の期間を延長することができる。

この期間の延長は、通じて十日を超えることができない

止むを得ないと言えるためには、捜査継続をしないと、①**起訴不起訴の事件処理ができない**、②**10日の捜査では足りなかった**、③**拘留期間の延長により事件処理が可能になる**こと、の3つが必要であるとされる。これにつき、回数

の制限はないのだが、通算して**10日**を超えることはできない。3日ずつ刻んで行くことなどはありうる。また、刑訴法208条の2により、さらに一定の罪に関しては検察官の請求により10日の延長の後にさらに再延長が可能である。やむをえない事情がある場合にのみこれは許される。期間は通算して5日を超えることができない。

【参照】刑事訴訟法第208条の2

裁判官は、刑法第二編第二章 乃至第四章 又は第八章 の罪にあたる事件については、検察官の請求により、前条第二項の規定により延長された期間を更に延長することができる。この期間の延長は、通じて五日を超えることができない

◎勾留期間の短縮

勾留の期間について議論されるのは、**勾留期間を10日間より短く限定することはできるかどうかである**。

教材 52 事件(昭和 40 年 8 月 14 日 : 大阪地裁)

事案は省略されたが、まあ勾留期間に関係することくらいわかるだろうからいいだろう。

結論から言えば、「**短くすることはできない**」ということになった。実務も現在はそれに習う。

対して学説は、短い期間を定めた勾留もできてしかるべきだというのが、まあ現行法制では文言からすると否定的であるように思える。208 条 1 項は、一律に 10 日以内と言うことしか言っていないし、また、**勾留状の記載事項**(64 条)を見てみても、記載事項に勾留の期間が含まれない。ここからは、法が一律に定めた法定期間であるようにも見える。さらに、**裁判所が 10 日より短い勾留できないというのは、逆に言えば 10 日勾留するに足らない奴は勾留されないと言う自制的な役目も持つ**。

但し、勾留を取消すことはできるわけで、それとのバランスからは期間を短くすることができてもおかしくはない。これは**勾留取消権**の事前行使として可能なことではないだろうか。また 52 事件は、読みようによっては調査に関わってなかった裁判官が判断したのがおかしいとかそういうことを重視していただけないにも読めなくもない事案だったようで、実務慣行とは異なった扱い方も、理屈の上では十分に成り立ちうるように思えるとのこと。

(6) 勾留からの解放

ここからは、自由を得るための手段を少し見ていくことにしよう。

a. 勾留理由開示

当事者あるいは利害関係人は、刑訴法 82 条の規定により勾留理由を**開示**させることができる。これは憲法 34 条からくる規定であり、**何人も正当な理由が無ければ拘禁されないし、要求があれば公開の法廷で理由が示されなくてはならない**とされていることによる。被疑者の勾留は、拘禁に当たるということは以前述べた通りである。

勾留状発付においては必ず勾留質問があり、被疑事実を告知される。勾留状の執行の際には被疑事実を記載した勾留状が提示される。しかしそれだけでは不十分であるとされ、長い勾留機関における事情変更を考慮することも出来ないと困る。よって、長期の身柄拘束である拘禁には憲法 34 条が保護を与えており、82 条はそれを具体化するのである。

その際 83 条により**公開の法廷**で、84 条によりそこでは**理由を告げる必要**がある。請求者や被疑者弁護人は意見を述べることもできる。ただし、相当と認めるときには意見の陳述に代えて、書面を差し出すべきと伝える旨規定される。もちろんこれは釈放義務などにはつながらないが、裁判官の慎重な手続き運営にも向かうし、必要がないと思われるときには準抗告や取り消しを求めて訴えることもできるし、この点で勾留からの解放にリンクしている。

b. 勾留の取消し

①87 条による取消し

刑訴法 87 条にあるように、勾留期間の満期前でも、**必要があれば請求又は職権によって裁判官は勾留を取消す**。この時には、「**検察官**、勾留されている**被告人**若しくはその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹の請求により、又は職権で、決定を以て勾留を取り消さなければならない(87 条)」とされる。

②91 条による取消し

また、勾留期間が不当に長くなった場合には 91 条にあるように勾留取消請求権が認められるので、請求権者から取り消し請求があった場合には、裁判官は取り消し又は請求却下の判断をしないといけないことになる。この判断に対しては、準抗告によって不服の申し立てが可能である。この「不当に長い」というのはあくまで単なる時間的な概念ではなく、事案の性質や態様、審判の難易、被告人の健康状態など諸般の事情を考慮した上で総合的に判断されるものである。ちなみに、91 条が準用する 88 条は、「勾留されている**被告人**又はその**弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族**若しくは**兄弟姉妹**は、保釈の請求をすることができる」としている。

請求権を有する者として、87 条は検察官を含むが、91 条は含まない。これは立法ミスではないかとの指摘もなされている。ただ個人的には、勾留の理由などの判断は勾留に当り検察官も行っているわけで信頼がある以上検察官の指摘にも意義があるが、「不当に長い」かどうかはもっぱら検察の判断すべきことではないという意識が働いているのではないかと思ったりする。ごめん話きいてなかったここ。

c. 勾留の執行停止

刑訴法 95 条に規定があるように、裁判官が適当と認めるときは、被疑者を親族等に委託し又は住居制限等を課しながら、勾留を**執行停止**することが認められる。**執行停止は裁判官の裁量次第であり、被疑者等に請求権が与えられていない**。応答義務はない。

たとえば医療所の必要や近親者の葬儀、就職や卒業等の試験がある場合に、執行停止は用いられることになる。

d. 準抗告

準抗告は実は法律上の言葉ではなく講学上の言葉であり、大きく分けて二つの意味で使われる。

①刑訴法 429 条が定めるもの。

裁判官の裁判(命令)のうち一定の物に対して準抗告が許される。

②430 条が定める、**捜査機関が行った措置**につき、一定の範囲で変更や取り消しを求める準抗告。

このうち、①の意味での準抗告が可能である。

※不服の申し立て方法は裁判の形式によって異なる。裁判所がした裁判のうち、判決については控訴や上告が可能であり、決定に対しては、一定のものについて抗告ができることになっている。そして命令については準抗告が許されるのである。一応だが、決定は裁判所による裁判であるのに対して、命令は裁判長及び受命裁判官等、裁判官による裁判である。そして判決は、裁判所による裁判の中で特に口頭弁論を必要とするものである。

被疑者の勾留と言うのは、裁判官の令状発付等の裁判によって行われる。刑訴上 429 条は、その 1 項 2 号によって勾留に対する裁判を準抗告の範疇に入れている。まあ勾留状の裁判、勾留状を却下する裁判、拘留期間を延長する裁判、勾留取消請求の却下、勾留執行停止、勾留執行停止の取消などは**公益に係るので準抗告の対象となる**とされる。

※この点、**逮捕**は含まれない。この点については**教材 182 事件(昭和 57 年 8 月 27 日：最高裁)**が逮捕が準抗告の対象でないことを明示した。

申立先の裁判所は、簡易裁判所の裁判官の裁判に対する場合は管轄地方裁判所、その他の場合にはその裁判官が所属する裁判所となる。申立を受けると合議体となって決定をする。

◎犯罪の嫌疑についての準抗告

★**犯罪の嫌疑が無いことを理由とする準抗告は、起訴前の被告人の勾留については許されると見る余地がある。**

準抗告に関して問題になるのは、**犯罪の嫌疑**がないことを理由とする準抗告が許されるのかである。

抗告に関する 420 条の 3 項を見てみよう。

【参照】刑事訴訟法第 420 条 3 項

勾留の決定に対しては、前項の規定に関わらず、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。この条文は、勾留に関しては、**犯罪の嫌疑がないことを理由として抗告することを否定**する。そして 429 条の 2 項は、この条文が準抗告につき「準用される」ことが書かれている。

準抗告として「裁判官」のする命令に対しての文句を言う際に、抗告として「裁判所」のした決定に対して文句を言うときのルールを準用しろと言っているわけだが、単純に考えれば、被疑者段階の裁判官が出した勾留の命令に対しての準抗告と、起訴されて被告人となってからも第一回公判まで行われる裁判官の準抗告の命令への準抗告、この両者に準用はなされることになる。

※起訴後でも、予断排除の問題があるので、第一回の公判まではその事件の審理を担当する裁判所ではなく、裁判官が被告の勾留についても扱うことになるのだ(280 条)。

しかしながら、420 条 3 項は、なぜ準抗告を許さないのだろうか。その理由を考えてみるに、**起訴後の被告人**については、**犯罪の嫌疑**があるかどうかは、まさに有罪か無罪かと言う、**公判で決着をつけるべき問題であり、派生的な勾留の適否と言う手続きでこれを争うことは許されない**ということではないだろうか。

とするならば、この主旨から考えて、裁判官によって行われるものにつき、第一回口頭弁論などになったらもう争わないのは分かるにしても、**起訴前**の被疑者については一方で 10 ないし 20 日と言う拘束を認めながら、勾留の原因である犯罪嫌疑の有無を準抗告で争うことができないというのは、なにか腑に落ちないところがあるのではないか。やはり、裁判官と言っても**起訴後から第一回公判までの「裁判官」の行為についてのみ準用がなされ、原則起訴前には準抗告が出来ると解してもよさそう**である。その旨指摘する下級審判例もある。

【参照】大阪地決昭和 46 年 6 月 1 日・判例時報 637 号 106 頁

「同法 420 条 3 項を同法 429 条 2 項によって裁判官のした勾留の裁判について準用するということは規定の趣旨からみて**公訴提起後**においてなされる準抗告について準用するとの趣旨に解するのが相当であって、公訴提起前になされた準抗告については準用されないものと解される」

4 逮捕・勾留に伴う諸問題

(1) 逮捕前置主義

a. 意義

刑訴法 207 条はさっきもいったが、「前 3 条の規定による……」と逮捕された人間の事についてのみ定めるので、**逮捕前置主義**が導かれるのであった。

なんでこのようなやり方がとられるのかというと、身柄拘束の初期の段階では、捜査の進展とともに犯罪の嫌疑や身柄拘束について事情の変更が生じやすいからである。**いきなり長期の身柄拘束を認めるのではなく、被疑者の身柄拘束を二段階に分け、まずは短期間の身柄拘束を許容し、その間の捜査を踏まえてもまだ足りないぜと言うときにさらなる身柄拘束を認め、事情変更をくみ取るシステムが設計されている**のである。この原則との関連で問題になることがいくつかある。

b. 逮捕事実と勾留事実の同一性

捜査と言うのは流動的だから、新たな被疑事実が途中で判明し、被疑事実が変動することがある。では、

① A 事実で逮捕した被疑者を B 事実で勾留請求することができるか (A → B)

★**裁判実務は逮捕前置を要求しており認めていない。**

これがまず問題になる。被疑事実の入れ替わりというわけである。もちろん A と B は、併合罪として両立しうるものであることが前提である。A 窃盗、B 殺人みたいな感じ。

この場合に、B 事実での勾留を認める考え方もある。別個の事実であっても逮捕が先行していると言い切るわけであり、B 事実について勾留の要件があるのならば、**逮捕からやり直させるよりも勾留した方が身柄拘束が短くなって被疑者に利益がある**とするのである。

しかし、逮捕前置主義の主旨に照らせば、B 事実についてもまず短期間の身柄拘束で捜査をつくさせることが必要ではなからうか。これ次第では勾留まで至らない場合と言うのも考えられるし、そういったものを考慮に入れば、B 事実でただちに勾留を認めることは適当ではない。裁判実務もこのような請求は許さず、逮捕手続をとることを要求している。

※逮捕前置主義の主旨について、「逮捕と拘留の各段階で**二重の司法審査**を行うことで身柄拘束に慎重を期したものだ」と言われることがある。これによると、令状審査は被疑事実についてなされるから、逮捕事実と異なる事実による勾留は、二重の審査が出来ない以上許されないとされる。ある意味ですっきりとした説明だが、**二重の司法審査というのは、現行犯逮捕に続く勾留にはあてはまらないし、B 事実について勾留の要件が満たされていると言う場合に、それよりも要件がゆるやかな「逮捕」の司法審査、要件チェックがなされていないからといって何かかわるだろうか。**高い方のハードルをもうくぐっているんだし、意味なくね？と言う疑問がある。

② A 事実で逮捕した被疑者を A 事実及び B 事実で勾留請求することができるか (A → A + B)

★**一つの事実については問題なく逮捕を先行させているので、認められる。**

もう一つ問題になるのが、別の B 事実がでてきたときに、それらを合わせて勾留請求できるのかと言う問題である。逮捕が先行しているから、要件を満たす限り勾留が許されることは間違いない。これにより、B についても逮捕を要求することはいたずらに拘束を長めるだけなので、まあ認めていいんじゃないと言う感じで、裁判実務あるいは学説ではほぼ異論なく受け入れられている。

c. 違法な逮捕と勾留

★**令状主義を埋没させるような違法な先行逮捕が前置されている場合、逮捕前置主義のもとでは勾留請求が却下されることがある。**

先行する逮捕が違法な場合に、違法な逮捕に引き続く勾留の適法性が問われる。古い判例は、これらを別個独立だとして、先行逮捕の違法は、引き続く勾留の適法性とは無関係とするものもあった。勾留の適否と言うのはあくまで勾留自体の手続きが適法かどうかで判断すればいいと言う訳である。

しかし現行法は、先ほどいったような趣旨から、逮捕前置主義をとっている。それによれば**逮捕されていない在宅の被疑者などを直接勾留することはできない**ことになる。

逮捕が違法なら、やはりそれは逮捕されていないことになるだろう。また先ほど言ったが、逮捕に対する独立した不服申立て手段は欠如している。(教材 182 事件は、逮捕は準抗告の対象とならないことを示した)

逮捕が違法だと言う場合に救済をもとめることができないとき、続いた勾留の審査の中で逮捕についてもみてもらって、救済可能性をみてもらったほうがいいよねということになる。またこのとき勾留を許さないとすることは、将来における**違法逮捕の抑止**にもつながる。よって現在の学説、通説はそうのように考えているようです。

なお、刑訴法 207 条 4 項には、手続き的な違法として制限時間の不遵守しか上げていないが、ここからそれ以外の方法につき勾留請求却下を予定していないのではないと言われることがある。だが、この条文は**勾留請求を却下すべき手続き的瑕疵のうち、もっとも重要なものを例示した**とのみとらえれば、先の議論と整合的にとらえることもできるはずである。

では勾留請求が却下されるべき逮捕の違法とは何かということになるが、この点必ずしもつめた議論がなされていない。下級審の裁判例として、詳しくは紹介しないが少し事例を取り上げておく。

- ・逮捕状に裁判官の押印が欠けていた場合（**教材 56 事件**のケース）
単に押印がなかったのではなく、却下するつもりで返したら(ミスで)令状がくっついていたため、まあいいやとそれを使ってしまったぜと言う場合。
- ・逮捕状請求書に規則 148 条 1 項 8 号該当事実の記載が欠如していた場合
規則の 141 条につき、以前の逮捕状請求があった場合などについては(同じことで別の裁判官に請求を出すたりするせこいことをしないように)記載するべきだというのは覚えているはず。そのような必須記載事項を欠いていた。
- ・要件が具備していないのに現行犯逮捕がなされた場合（**教材 58 事件**の場合）
- ・緊急逮捕後の逮捕状請求手続が遅延した場合（**教材 47 事件**の場合）

これら全体を通覧してみると、おおむね**令状主義を埋没させるような違法があった時は勾留請求も却下されていると評価できる**だろう。

◎任意同行

もう一つ問題になるのが先行する任意同行が**実質的な逮捕**に当たる場合である。

しばしば、被疑者を任意同行してから逮捕手続をとることがあるが、逮捕ののちに勾留請求がなされたときで、任意同行およびそれに続く取調べがすでに実質的逮捕とみなされている場合に、勾留の適否が問題となる。

これはさらに二つに場合分けをすることができる。

①**実質的逮捕の時点で逮捕状がある**場合

★**実質的逮捕の時点から時間制限を起算したうえで、その他要件を満たせば適法とされる。**

逮捕状が出ていても、任意同行をまず求める場合がある。このような場合には下級審は一致して、**時間制限**（48 時間 + 24 時間/48 時間のやつ）の**起算点を実質的な逮捕があったと評価される時点に遡らせた**うえ、時間制限をクリアしていればまあ勾留請求も適法としており、クリアしていない場合に不適法として却下する立場を採っている。まあ令状があるのならば、時間的制約を守っていて実質上時間稼ぎにならない限り、**令状の提示**をしていなかっただけである。このような手続的瑕疵は、勾留請求の適法性を失わせるほどではないと評価されるということである。

②**実質的逮捕の時点で逮捕状がない**場合

★**実質的逮捕の時点で緊急逮捕の要件が備わっていたならば、時間制限をその時から起算したうえで、他の要件にひっかからない限りは勾留も認められている。**

対して、問題となった任意同行の時点でそもそも逮捕状の発付を受けていない場合が考えられる。これについて、勾留請求を違法とした判例と適法とした判例があるので、少しみてほしい。

教材 59 事件（昭和 54 年 7 月 26 日：富山地裁）

長い取調べを実質的には令状によらない逮捕と見て、その違法性は重大で期間制限をクリアするとしてもなお勾留請求を適法とできないとした。

教材 456 事件（飯山買物袋置引き事件：東京高裁）

実質的逮捕の時点で、緊急逮捕の要件が存在するのであれば、令状発付を待つことなく身柄拘束が許される以上、実質的逮捕の時点で令状を得ていた場合と同じように処理し、その時点から起算して時間制限をクリアすれば、勾留請求も適法とみなしてよいと判断した。

ここでは、実質的逮捕の時点で**緊急逮捕**の要件があるかないか、あるときにはそこから起算した時間制限をクリアしているかどうか、と言う審査がおこなわれている。

※緊急逮捕の場合、本来すぐに令状を請求しないといけな。その点 456 事件では、すぐ後ではあるが通常逮捕の手続きが行われている。令状請求がなくともまあ、その限度(つまり、令状の追認を厳密にしているわけではなくてもよい)での手続きの修正がなされれば許されるようである。

ただし、この点仮に緊急逮捕を事後の令状発付による令状逮捕の一種と見る考えに立てば疑問を入れる余地もあるように思える。というのも、たとえば実質的逮捕の時点から短時間のうちに通常逮捕の手続きに移ったとしても、それだけでは先行する身柄拘束が令状により追認を受けると言う訳ではないからである。**後から追認を受けることは令状主義との関係で重要だとすれば、やはりこの違法が残っていると言わざるをえない**のではないだろうか。しかし、緊急逮捕を令状逮捕としてではなく、普通の逮捕の一種として見るのであればまあこの教材の見方も成り立ちうるわけである。

両判例からわかる結論からして、仮にそこで逮捕していてもまあ許されたかどうか、が判断される。ここで 59 事件では緊急逮捕の基準は出ていないのに、456 事件ではそれが使われ、一見すると枠組みが違うのかと思われそう。でも 59 事件というのは**事案としては実質的逮捕の時点で、緊急逮捕するだけの要件が備わっていなかった事案**だと思われる。当該事案を前提に判断したものとすれば、これらも整合的に考えることができる。令状が無いときでも、実質的には(緊急)逮捕が行われてしかるべきであったときは、その時点逮捕時として時間制限をクリアする限りにおいて、適法な勾留請求とみなしてよい。

【参考文献】

□大澤裕「逮捕の違法と勾留」判例百選〔第6版〕12事件

関連して、違法な逮捕中に検察官が**公訴**を提起した場合、どうなるのだろうか。起訴後の勾留と言うのは第一回公判期日前は裁判官が、その後は被告事件の審理をする公判裁判所が、いずれも職権で行う。逮捕中に起訴があった場合、刑法 280 条 2 項によって、裁判官が職権で勾留質問を行い勾留するかどうか判断するのだった。

実務では逮捕中に起訴するという場合、検察官は身柄拘束の必要があると判断するときには、裁判官の職権発動を促す趣旨で、**求令状**というものを出す。

逮捕が違法であった場合、その逮捕中起訴された被告人としての勾留の適否はどうなるのだろうか。これについては、**教材 61 事件**が「**裁判官が職権でやるのだから、まあ逮捕が違法だろうが関係ないよね**」という判断をした。起訴後の勾留の場合には、そもそも**逮捕前置主義**の要請がないことに注意しなくてはならない。それゆえ、逮捕の違法が論理的に勾留を許さないと言う結果につながることはありえない。

しかしながら、違法な逮捕に引き続く被疑者勾留が許されない理由のうち「**逮捕に対する不服申し立て手続きがない**」ので勾留時点で判断してやるべきだという点、そして「**逮捕の違法を理由に勾留を許されないものとする**ことは、**将来の違法な逮捕を抑止する効果がある**」、という点から考えると、これは起訴後の被告人についても基本的にあてはまるのではないだろうか。これらの論点を重視すれば、理屈のうえでは違法な逮捕に続く起訴後の勾留が許されない場合も考えられるだろう。

(2) 逮捕・勾留と余罪

a. 問題の所在

捜査の段階で被疑者に複数の犯罪の嫌疑が認められると言うのは珍しくない。そのとき、格別に逮捕勾留をすることが許されるのか、それとも被疑者が 1 人ならば一つの逮捕勾留しか許されないのだろうか。

この問題は、理屈の上では逮捕から被告人の勾留まで問題になるが、実際は逮捕は期間が短く問題にならないので、勾留のほうで問題になる。よって説明も若干勾留よりになるが、許してくださいとのこと。

これについて、大別して二つの考え方がある。

A 事件単位説

ある勾留は、勾留状記載の犯罪事実にのみ及ぶ。A 事実で勾留する間に B 事実での勾留(**二重勾留**)を認める。

B 人単位説

勾留の単位は被疑者の立場から考えるべきで、二重勾留は許されないとする。

両説の差異は、二重勾留の可否に関し出てくるが、やはり人単位説のほうがこの**勾留があくまで「身柄を拘束」する処分である**点からは説得的である。身柄は一つしかないのだから、人単位説が常識にかなう。

また、実際的に見て、二重勾留を認めない人単位説のほうが、**身柄拘束の長期化を避け、被疑者の人権侵害を防ぐ**。勾留が一回行われればもうそれで終わりなのが人単位説だが、ここで事件単位説に立ち二重勾留を認めれば、別の事件の勾留を利用してさらなる追及の可能性があると見える。

ただし、人単位説では重ねての勾留ができないその裏腹として、**A 事実の勾留について、B 事実をしん酌することを認める**。A 事実についての勾留だったとしても、たとえば弁護人との接見の日時の指定や勾留の取消、延長と言う場面で、B 事実をも考慮に入れた判断をなしうるとするのである。「人」が単位であるが故、その人の犯罪事実全てがいっぺんに入ってくるのである。

これについては、裁判官による令状審査との関係でも、裁判官が個別具体的な理由を審査してはじめて逮捕や勾留を認めるのだという**令状主義**の主旨からして、当該被疑事実とされたものに限った効力が認められるべきではあるまいかということができる。

b. 事件単位の原則

★**現行法は、事件単位説を原則とし、事件単位の原則と言われたりする。**

このように説としては対立する者が存在しうるが、現行法では、逮捕状の発行には「罪を犯したに足る相当な理由」が要求されるし、被疑者に事実を告げ勾留質問をする手続きを設け、勾留状には犯罪事実の要旨と罪名を記載することが要求される。やはり勾留と言うのは**特定の犯罪事実**を基礎になされることが予定されているとみるべきである。人単位説だと令状に書いていないことが判断において考慮されることがあるわけで、それは現行法のつくりと整合しないとされる。

また人単位説は、**勾留に関する法律関係を極めて不安定にする**。また、勾留の延長にあたって別の犯罪事実がしん酌できるのならば、人単位説では勾留期間が長くならない、というメリットも多少なり失われてくる。

こう考えると事件単位説のほうが、現行法の令状審査の在り方に適合的である。ということで、学説も判例も、多くが事件単位説を前提(というより原則)にする。原則化している点に着目し、**事件単位原則**と言ったりする。

A 事実の勾留が、実質的に B 事実の身柄拘束としても用いられた場合の事後処理について、いくつか判例を。

教材 595 事件(昭和 30 年 12 月 26 日 : 最高裁)

A 事実についての勾留がなされていたが、A 事実については最終的には無罪。B 事実について勾留はされていなかったわけだが、事実上そこで追及がされていた。B 事実で有罪に。このとき、A 事実についての勾留もなお未決勾留日数に算入された。

※未決勾留日数は、なんのこっちゃと言う感じだがカウントされると刑事補償の時に金もらえる期間くらいの認識でいい。

教材 63 事件(横浜衆議院選挙事件 : 横浜地裁)

A 事実について勾留状がでていたが、これについては不起訴になった。しかしこの勾留が実質は B 事実についての勾留であった。B 事実は起訴されて無罪になったが、形式上 A 事実について行われた勾留も、B 事実についての刑事補償の対象とした。

処理自体が事件単位説とは離れているように見えるが、この処理は**現実に被告人がこうむった被害に対して救済を与えるもの**であるから、その趣旨に照らせば、ある事実に対する勾留が実質的に見て他の事実についての身柄拘束に当たると言う事実があればいいのであって、それが**勾留行為の本来的效果**かどうかは直ちには関係しない。

それゆえこれらの最高裁の判断は、事件単位原則とは違う次元の話である。衡平概念の実現的な。

(3) 再逮捕・再勾留

a. 許容性

★**逮捕の不当な蒸し返しになるか裁判官が判断する機会がある以上、一律に禁止される必要はない。**

逮捕・勾留が何らかの事由で終了した場合、その後同一の犯罪事実について逮捕勾留が許されるだろうか。この意味で**再逮捕・再勾留**の許容性が問題になる。

逮捕勾留には**一回性の原則**が存在し、割と厳しい。しかし、身柄拘束がなんらかの後に終了したが新たな証拠が出てきたり、新たに逃亡などの虞が出てくることもないではない。ひとたび逮捕勾留がなされた場合には、それがどのような理由で終結した場合でも、又いかなる事情変更があってもおよそ再逮捕再勾留が許されないとする、かえって望ましくない結果になることもある。例えば、いったん逮捕勾留がなされた場合に、捜査機関にとって身柄拘束期間の途中で必要性などが失われたとしても、ただちに被疑者が解放されずに、「事情の変化が起こるかもしれない」というだけでずるずると拘束が先延ばしになる可能性などもあるだろう。

この点、条文はどのように規律をしているだろうか。

◎逮捕について

【参照】刑訴法 199 条 3 項

検察官又は司法警察員は、第一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
再逮捕だよ☆みたいなことをちゃんという必要があるという規定で、逆に言えばこの条件下で許されるということになる。この条文の主旨は、**逮捕の不当な蒸し返しに当たるかどうかを裁判官の審査にゆだねる**ということだろう。だとすればまあいいのだろうかと言う感じ。

◎勾留について

再勾留については格別の規定が無いし、そこには疑問を入れる余地もある。身柄拘束が短い逮捕についての例外を予定した規定から、ただちにもっと期間が長い勾留での例外を認めるのは微妙なところである。

とはいえ、考えてみる事情はある。

まず、上の刑訴法 199 条などをより具体化した刑事訴訟規則 142 条 1 項 8 号には、提出する**逮捕状請求書**に、前に逮捕状の請求又は発付があった時は、裁判官にそのことが分かるようにして書くべきことが規定されている。これは裁判官がのちの逮捕が不当な蒸し返しでないことを審査する手がかりを与えようとする規定である。

これだけだと「え？これも逮捕の話でしょ」と言う感じだが、ここで被疑者の勾留については、**逮捕前置主義**がとられ、**勾留の前には必ず逮捕が存在する**。そのため、再勾留の場合にも再逮捕があるということになるのである。その勾留請求に際してはどんな資料がだされるかって、資料として規則 148 条 1 項に定めるように、**逮捕状請求書**やそれに代わる書類の添付が要求される。そして逮捕状請求書には、先に見た通り以前の逮捕状請求などについて書かれているのだから、被疑者に関して、同一の犯罪事実につき知る手掛かりは再勾留の際にも保障されている。このようなことまでしん酌すると、やはり**一概に再勾留を否定するまでの積極的事情は見受けられず、例外的にはそれが認められる場合があるというべき**ではないだろうか。そしてそれが今日の一般的な解釈となっている。

b. 要件

一般的には次の三つが考慮される必要がある。

①事情の変更がある

新たに重要な証拠が発見され、嫌疑が復活したこと、あるいは、逃亡・罪証隠滅の虞が復活したと言う事情変更が必要である。

②再度の逮捕・勾留の必要性が、被疑者の被ることになる不利益を上回る

これは、普通の逮捕勾留の場合にも考えられていることである。ただまあここでは、先行する身柄拘束に加えて、再度逮捕勾留することが問題となるので、被疑者のこうむる不利益としては、再度の逮捕勾留自体によるもののほかに、先行する勾留によるものの分も考慮されないといけない。

具体的には、被疑者の被る不利益として以下が例となる。

A 先行する拘束の期間

長ければ長い程、再び拘束できる余地がなくなってくる。

B これから行われるものが逮捕か勾留か

勾留はやはり期間が長いから、被疑者の受ける不利益は大きくなる。

C 被疑事実

これは逮捕・勾留の必要性に影響するのは言うまでもない。

D 新事実

調査できてなかった新しいことについて調査するんです！というからこそ、必要性があるわけである。

③逮捕・勾留の不当な蒸し返しにあたらないこと

仮に新しい事情が生じて事情変更が行われたとしても、その事情が本来の拘束期間に発見されてしかるべきであったような場合には、この逮捕は蒸し返しでしかなくなる。ただ、そんなのは事情変更のところで考えればいいといってわざわざここには書かない人もいるが。

再逮捕・再勾留の要件については教材 64 事件が参考になる。

教材 64 事件(養育院前派出所爆弾事件：東京地裁)

5件の爆発物取締法違反で逮捕勾留された犯人が、10 日の拘留延長期間の満了がされたので、とりあえず釈放された。しかしその後、共犯者が自白をしたので、よっしゃと再勾留を求めた検察官は、裁判官に却下されたので準抗告した。裁判所はここで、再勾留を認めたのだった。

「逮捕と拘留は密接不可分」であるとして、法は例外的には再勾留を許すことを指摘した。再度の逮捕が許されるならば、まあ再度の勾留も出来るんじゃないかと言う議論。

しかし、この事件では勾留は延長され、それが満了して釈放されたわけであり、前の処分では使える手段をフル活動しているわけである。法は、その予定する一回の手続きの中で証拠を収集することを予定している(そして命じている)のであって、この場合、満了したと言う場合は、新たな証拠が出てきたと言うだけで再度の変更を求められる立ち位置なのかが問題になる。普通は、どんな特殊な事情があっても勾留延長したらもうそれっきりなのだし。

理由や必要がどんなにあっても、「法律上許されない」と言う理由で終了した釈放に対して、理由、必要を述べても意味がないのではないかという批判がなされている。学説は極めて例外的な場合以外、このような満了パターンについては再勾留などを認めない。

※きわめて例外的な場合とはそれはそれで怪しい要件である。だが、共犯者の供述(教材 64 事件)があったくらいでそれが例外的となるかどうかは、もっと怪しいところである。

c. 先行する身柄拘束が違法であった場合

先行する身柄拘束が違法で、例えば逮捕の違法を理由とした勾留請求却下などがあった場合に、後から再逮捕することは許されるのだろうか。さっきの例は、少なくとも捜査機関の場合にミスがあると言う訳ではなく、また、逮捕を必要とする新たな事情、嫌疑が発生している場合であるのに対し、これははっきりいって、逮捕が違法で却下されたから…と言うパターンである。ここで**新たな逮捕が必要なのは捜査機関のミスに起因をしているわけで、新たな事情が生じているわけではない**のである。

やはり同一事情の下では一回の逮捕しかないという視点を貫けば、許容性はないとするのが筋であるような気がする。違法であるにせよ身柄拘束は事実として行われている以上、捜査機関のミスがあったがゆえに、逮捕のやりなおしが行われ、身柄拘束が長くなるというのは不合理な感じが強い。実際、今言ったような理由から、再逮捕は許されないという見解もかつてはそれなりに有力であった。裁判実務含めてである。

しかし、違法な逮捕に続く勾留が許されないのは、**将来の違法な逮捕**を防ぐためであるところ、この目的自体は勾留請求が適切におこなわれているかのチェックがいれば達成できる。というのもあって、近年は事案を見て判断する

ような場合が多くなっている。逮捕の違法が重大であれば勾留請求が却下されるだけでなく再逮捕も許されないが、緊急逮捕のところ現行犯逮捕してしまった…というような程度であれば、勾留請求を却下してもその後に再逮捕を認めてよさそうな感じ。ただ、違法な逮捕が無かった時と比べ、このような場合身柄拘束期間が長くなることがあるが、これはいいのだろうか。この点についてはいくつかの処理の仕方が挙げられる。

①最初の違法の逮捕から起算して、時間制限を判断する

ただし、違法な身柄拘束を適法な身柄拘束と全く同様として扱う点でおかしい気がする。最初の勾留請求から裁判官によって勾留請求が却下されるまでの時間は、捜査機関には左右できないし、次の勾留請求ができる可能性は其の長さ次第でなくなってしまう。再勾留の可否が捜査機関の左右できない形で変わることになる。

②10日よりも短縮した令状を出す

ただし、法定期間である10日を短縮することができないのではないかな。

③再逮捕まで許さないような重大な違法がある場合に限り、もともとの勾留請求を却下する

逆に言えば、再逮捕を許す場合には、そもそもの勾留請求を認めてしまうということである。

ただし、勾留請求却下が、将来の違法逮捕の抑制の観点からは重要だとは前に述べたが、その趣旨が失われるのではないかな。

まあ一長一短だが、このような点は結局運用上の工夫でなんとかされるようである。即日の勾留請求を逮捕状発付の際に促したり、勾留取消を途中で行うなどである。

(4) 一罪一逮捕一勾留の原則

a. 意義

事件単位の原則によると、犯罪事実毎に逮捕勾留が行われ、逮捕勾留の一回性と言うのも犯罪事実単位で判断される。同一の犯罪事実については、一個の逮捕勾留のみがゆるされるが、これを**一罪一逮捕一勾留の原則**と言う訳である。逆に同一の被疑者であっても、犯罪事実が異なれば複数個の逮捕勾留があってもいいことになる。

では、この原則に言う「**一罪**」とは何なのか。

この点では**実体法上の一罪**を単位とする考え方が支配的である。刑罰権の実現を刑事手続きは目的とするが、逮捕勾留も刑事手続きの一環としてその実現のために行われていることは間違いない。刑罰権の単位は、実体法上の罪数であり、一罪から一つの罪数が生じるので、逮捕勾留もこの罪数を基準としてなされるということである。つまり実体法上一罪である行為については、一回の逮捕勾留しか許されない。

一罪となる罪について同時に別々に逮捕することは許されないし、一罪の事実について逮捕勾留を繰り返すことも許されないことになる。

一つの行為から一つの結果が生じている場合にはそれは対して問題にならない。しかし、別々の構成要件を満たす行為群が、**包括一罪**や**科刑上一罪**となる場合には、少し問題が出てくる。たとえば複数回の賭博が常習賭博罪として問われる場合などである。

b. 包括一罪・科刑上一罪と一罪一逮捕一勾留の原則

このような場合には、個々の事実をそれぞれ逮捕勾留の対象としていいのだという**単位事実説**も唱えられる。

教材 69 事件(北九州常習傷害事件：福岡高裁)

一般論として単位事実説の考え方を述べている。

しかし、**一罪の範囲にある事実を小刻みに分割することを許すとすれば、実質的に身柄拘束の蒸し返しとなり、身柄拘束に関する期間制限を無意味にしかねない**という危険を持つ。

また、実体法上の罪数を離れて、逮捕勾留の単位を明確に画する基準があるかと言われると微妙すぎる。

そこで、さきほどいったように包括一罪や科刑上一罪のときにも、同じように一罪とする**実体法上一罪説**が支配的な考え方である。

これによれば、複数の窃盗の事実が常習窃盗の罪となる時、そのうちの一部の事実で逮捕勾留するうちに、他の事実で逮捕勾留することは許されないし、一部の事実で逮捕勾留した後に、他の事実で逮捕勾留することも許されない。

※この一罪一勾留原則と言う言葉は、一罪と言う言葉がその頭につくなか、その一罪が実体法上の一罪なのかどうかという極めて紛らわしい議論に巻き込まれているのである。

◎原則の例外

①一罪の一部をなす事実が、先行する身柄拘束の終了後に行われた場合

常習窃盗犯が、身柄拘束の後にまた窃盗したときなどが問題となる。実体法上は一罪であるのだが、この原則を貫くと、後の窃盗を理由として拘束することはできないことになりそうである。

しかし、身柄拘束のあとに終わった後に生じたことを理由にすることが許されないと言うのは現実的とはいえないところがある。理論的にもこの原則の背後にあるのは、一罪の事実については一個の刑罰権が及び、そういう事実については一回の手続きによる同時処理が求められると言う思想である。ただ、先ほどあげた例では先行する身柄拘束の時には、後の窃盗はそもそも発生していないのだから、およそ**同時処理の可能性**を欠いているわけである。可能性のないことを義務付けることはおよそできないから、そのようなときには原則の例外を認めざるを得ないと思われる。ということで、新たな逮捕も許されて良いと考えられることになる。

②一罪の一部をなす事実が、先行する身柄拘束の時点で未発覚であった場合

そうすると問題になるのは、今言ったような例外がどこまで広がるのかである。上の例では、先行する身柄拘束の時点で一罪の一部の事実がまだ発生していなかった場合であるが、そもそも発生はしていたものの、未発覚であった場合などが問題になる。

この場合でも同時処理の現実の可能性自体は存在していなかったのであるということも言える一方、捜査のやりかた次第では同時処理も可能であったともいえる。また、判明していたかどうかを基準にするならば、**捜査機関の内部の事情ゆえに判断の明確性を確保することが難しくなる**ということもある。

これ等の点を考慮すると、例外を認めるべきではないほうに傾き、こういうわけで議論が分かれることになる。良く似た問題は、確定判決の**一事不再理**の効力が及ぶ範囲についても発生してくるが、判例は一罪の一部が未判明であったに過ぎない場合にはこれは一事不再理の例外にはならないと厳しい評価をしているし、やはり未発生であった場合に限るのが適当であるように思える。

教材 67 事件（宮城常習賭博事件：仙台地裁）

Xさんは常習賭博で一回逮捕勾留されたが、保釈になったあとに、別の事件での捜査で得た証拠で、その常習賭博期間内にあったが追及されていなかった別の賭博の疑いが出た。そのために X を逮捕したのだが、その賭博は、一回もううち止めになった「常習賭博」のうちのひとつで、しかも調べれば別にそのとき分かった可能性があるのだから、調子に乗ってもう一度逮捕とかするんじゃないかという判断をした。

ただ、ここでもう一つ考えるべきことがある。同一の犯罪事実については一回性の要求が確かに働くわけだが、そういったものに対しても再逮捕・再勾留の可能性自体はなおありうるということである。

そもそも一回的処理の義務が及ぶ範囲について、さらに例外が認められることはありうる。具体的には**一罪の一部のちに判明したと言う場合も、そのような事実の判明が事情変更として再逮捕・再勾留の要件を満たす場合は、なお再逮捕・再勾留がなされる可能性は残る**のである。

(5) 別件逮捕・勾留

a. 意義

我が国は被疑者からの事情聴取などの調査がかなり重要だが、この**別件逮捕・勾留**の問題はそれと大きく関わる。ただし、この用語はあくまで講学上・あるいは実務上作られている言葉であるから、使う人によってその意味内容は異なることがある点に注意しよう。ここではさしあたり、**被疑事実 A によって被疑者を逮捕あるいは勾留するだけの要件が備わっていないときに、他の被疑事実 B について、被疑者を逮捕勾留し、それを利用して A 事実について取調べをはじめとする捜査を行う捜査方法**、と定義しておこう。

そうすると、逮捕勾留の表向きの理由となる被疑事実と、本命の被疑事実とが異なることになる。表向きの事実を**別件**といい、裏にある本当に気になることを**本件**という。

基本的には別件は軽微なもので、本件が重いことが多い。複数の被疑事実について嫌疑を受けている被疑者がある事実で逮捕勾留されている場合、その逮捕勾留の基礎とされている事実の事を**本罪**と良い、他の事実を**余罪**ということがあるので、それと紛らわしいことに注意。

※実務上あるいは学説上、逮捕勾留中の被疑者に対する余罪取調べの可否あるいは限界についてはそこにも議論がある。そうすると、ある被疑事実で身柄拘束がなされている被疑者について、それとは別の被疑事実による捜査が行われると言う点では別件逮捕勾留と余罪取調べとも共通する部分がある。

よって、しばしばこれらはひとまとめにして論じられることもあるのだが、両者は区別のある問題でもある。**余罪取調べの問題は、身柄拘束中の取調べの可否の問題であるのに対し、別件逮捕勾留は、そもそも取調べ以前の身柄拘束自体が許されるかどうかの問題**だからである。この点で両者は独自の問題なので、混同しないよう注意しよう。

b. 別件逮捕・勾留の適法性

では適法性は、どのように判断していくべきか。

①まず、別件について逮捕勾留の必要が備わっていない場合には、当然のことながら逮捕勾留が許されることはない。

ただ、これははっきりいって常識的に考えれば当然である。

②別件について、形式上要件が備わった逮捕勾留であるが、それが本件捜査の目的で行われている、あるいは本件捜査に利用されることで違法となることがあるか。

真の問題の所在はこちらである。先ほどの問題に戻るが、一つの考え方はこれを否定する。

A 別件基準説

ある被疑事実について、逮捕勾留が許されるかどうかは、当該被疑事実について逮捕勾留の理由及び必要があるかどうかという観点からなされるべきであるから、別件による逮捕勾留の適否も、あくまで別件について要件が備わっているかを基準に判断されるべきだし、それにつきるというわけである。この考え方によれば、別件による逮捕勾留を本件捜査に利用すること、あるいはそのような意図目的があることというのは、別件による逮捕勾留の適法性には影響を与えないという。この考え方を一般に、別件基準説と言う。

B 最高裁判例

★最高裁判例には、別件につき要件を満たしてもなお、逮捕勾留が違法となると読めるものがある。

最高裁はこの問題に正面から判断をしているわけではないが、いくつか興味深い判事をしている。

教材 74 事件（帝銀事件：最高裁）

帝銀事件として有名な強盗殺人事件の被疑者が、この帝銀事件を被疑事実として逮捕勾留されたものの、勾留期間満了日に、この期間中の取調べで発覚した日本堂事件という私文書偽造行使詐欺未遂の容疑で起訴された。その起訴後の被告人としての勾留期間に、さらに帝銀事件についての取調べをうけ、これについても自白するに至り、強盗殺人事件でも起訴されるにいたった。最高裁は適法性を認めたもののその前提として、検事がはじめてから帝銀事件の取調べに利用する目的でことさらに起訴するような意図は認められなかったぜということを言っている。

逆に言えば、はじめから本件取調べに利用する意図を以てことさらにこれを逮捕勾留などすれば、違法となる余地があるのではないかということも読みとれる。

教材 83 事件（狭山事件：最高裁）

被疑者は失踪した女子高校生の身代金を要求した恐喝未遂等の事実でまず逮捕勾留された。この逮捕勾留中に、女子高校生を被害者とする強盗強姦殺人及び死体遺棄の被疑事実で取り調べが行われ、その後改めてその罪により勾留し、その取調べ中に自白があった。

最高裁は適法性を認めたが、ここでもその前提として、第一次逮捕勾留はもっぱらいまだ証拠のそろっていない本件について、別件に名を借りて身柄を拘束し、効果をあげようとしたものとは言えないということを言っている。

最高裁は、別件について身柄拘束の必要性が整っている場合でも、本件取調べの意図次第では別件逮捕勾留自体が違法となる余地を残しているのではないかと思われる。

C 下級審判例と本件基準説

実際に違法判断をした例は、昭和 40 年代以降のいくつかの下級審判例にはあった。注目されるのが以下である。

教材 70 事件（蛸島事件：金沢地裁）

殺人死体遺棄の事実での調査の為、別件の CD 等の窃盗と不法侵入の罪で逮捕勾留し、ほぼすべての調査をその殺人死体遺棄の調査にあてたのであった。判決は、たまたま証拠資料を収集しえた軽い事実によって身柄を勾留し、もっぱら本件の調査の効果をあげようとしたことを別件逮捕と評価した。

①逮捕勾留手続きを自白獲得の手段視する点で刑訴法に則らない

②改めて本件によって逮捕勾留することが見込まれている点で、時間的制約を潜脱する

③別件による逮捕勾留が、もっぱら本件の捜査に向けられるにもかかわらず、裁判官は本権については何ら事前審査をすることなく令状を発付しうることになるから、実質的に令状のない逮捕となる

この 3 点が指摘された。実質的には本件による逮捕勾留にほかならないという立場で、本件を基準として逮捕勾留の適法性を判断する見方である。このような考え方は本件基準説と呼ばれ、学説上もかなり有力となった。

もっぱら本件取調べを目的として、別件に名を借りただけの逮捕勾留は、実質的には本件の逮捕勾留と言ってよいものなので、本件について令状主義を潜脱する違法があり、たとえ別件について要件が整っていようと許されないと**言う考え方**とまとめておく。

本件基準説の意味においては、注意を要する。人によっては「別件による逮捕勾留は、名目的なものであり、実質は本権についての逮捕勾留であるから、本件について逮捕勾留の要件が存在しているか否かを基準に身柄拘束の適法性を判断する」と言う言い方がとられることがあるが、これは本権基準説ではない。本件について、令状請求がなされていない以上、本件について逮捕勾留の要件が備わっているのかを判断する余地がないからである。たとえ要件が存在しているとしても、本件について令状審査を経ることなく身柄拘束が許されるわけがないというのが問題。

本権基準説は、本件について要件が具備されているかではなく、本件について、**令状請求がなされず、そのことによって令状審査が潜脱されているかどうか**について問題になるものである。

D 検討

★**捜査の必要性という観点を逮捕勾留に持ち込むことができるとすれば、別件基準説と本件基準説の対立は、物の見方、視点の問題として解消できる可能性がある。**

別件基準説と本件基準説が対置されることが多いが、これがいささか図式化され過ぎている点が反省され始めている。これはたとえば**教材 83 事件（狭山事件）**の理解の仕方にもあらわれる。

判決は、もっぱら本件を狙い撃ちしたものである別件逮捕勾留は違法となる余地を示唆するようにも見えるし、それなりに注目される。が、もっぱら証拠のそろっていない本件について、**別件を利用して勾留することが違法になるとすれば、それは別件基準説によるものか、本件基準説によるものかは、実はそれほど一様ではない。**

「証拠のそろっている別件」を利用するということに着目し、これが別件について逮捕勾留の要件が備わっている主旨だと理解すると、この場合に違法となるのは**本件基準説**によらないと無理ということになる。先ほどはそのような見方に立った。しかし、「もっぱら」本件について被告人を取り調べる目的とも言っている。つまりこれはそもそも**別件について取り調べる意思がないということ**なのであるとすれば、これは別件についての逮捕勾留をして取り調べる「**必要性**」を欠いていると評価することもできなくもない。ここをつきつめると、**別件基準説**にたっても違法という解釈自体はしうるのである。

本件基準説に立とうが、別件において逮捕勾留の理由必要が備わっていないときに違法であることは否定されない。その上で本件基準説は、別件について逮捕勾留の要件が備わっていない場合のみを違法とするのでは、違法となる範囲が狭すぎるから、もっとそれを広げようとしてきた。しかし、そのようなときに、別件について逮捕勾留が認められない場合の外延がどこか、についてはあまり議論されてこなかったことが、このように、実質的解釈で両説をつきつめようとする視点の欠如につながったと思われる。

考えてみると、おそらく本件基準説がいう「違法となる範囲が狭すぎる」という考え方の前提にあるのは、**別件基準説では違法な逮捕勾留になるパターンが、別件について犯罪の嫌疑が認められない場合、あるいは別件について逃亡・罪証の隠滅のおそれがない場合に限られる**ということのように思える。しかし、別件を基準にして逮捕勾留が認められないのは、そのような場合だけなのかは疑問である。

上に述べたように**取調べの必要性**と言うものを逮捕勾留の要件とする見方にたてば、別件基準的にとらえてもなお狭山事件を解釈できるのである。

もちろん、**現行法上での逮捕勾留は、あくまで取調べを目的とするものではなく、これは刑訴法上逮捕勾留についてしん酌される事由ではない**。そして、**包括的黙秘権**の保証の観点からもそれには疑問があるから、取調べの必要性を逮捕勾留の要件論に持ち込んでくることには、なお疑問が残る。しかし、犯罪の嫌疑と罪証の隠滅のおそれがある場合に、それだけで逮捕勾留が認められるものなのだろうかということもまた疑問である。

なぜならそれだけでは、**逮捕勾留が一定の期間を限って許されている**ことの説明がつかないからである。逮捕勾留が一定の期間を限って許されるというのは、その間に何か行わなければならないことが予定されているからであるし、それは何かと聞かれたら、被疑事実について起訴や不起訴の決定に向けた**捜査**を行うことであろう。

そうだとすると、**被疑事実について起訴不起訴の決定に向けた捜査を行う必要がないと思われるときには、犯罪の嫌疑があっても罪証の隠滅の恐れがあるときでも、逮捕勾留は必要ないのではないか。**

だから、別件に関しての捜査がおよそ行われないようなときには、これはなお違法性を認めていいのではないかと考えていくことも、なお可能なのである。

※なお、このような身柄拘束の必要性と言うのは、身柄拘束期間全体に一括して存在しないといけなからと言われると微妙。身柄拘束期間は**可分**だし、当初は別件についての逮捕勾留の必要性があったものの捜査によってその必要性が消滅した場合、以後はもっぱら本件捜査についての捜査にあてられていると見ざるを得ない場合もありうる。

このような場合、身柄拘束の途中から、別件による逮捕勾留を継続する要件を欠くものとして違法となるだろう。このように考えると、別件基準説に立っても、逮捕勾留の要件が備わっているかについての判断を利用して事例のかなりの部分はカバーすることができる。他方、本件基準説に立つ場合も、先に述べたように、具体的にどこまでが実質的な「本件」捜査にあたるのかの外延を特定していく作業が必要になる。

※本件基準説に対しては、それが理論的に成り立つものか疑問が呈されている。というのも、別件基準説は逮捕勾留の要件の有無を被疑事実ごとの調査と言う**事件単位原則**に適應するが、本件基準説では別件以外を考慮しようとするわけで、その原則に反するのではないかとということである。ただし、形式的に見たら確かにそうかもしれないが、別件による逮捕勾留が、本件によるものに他ならないと言う実質的観察に基づいて令状主義の潜脱になると指摘する本件基準説のほうが、実質的な意味での事件単位説にかなうのではないかととれる。**形式的観察（別件基準説）と実質的観察（本件基準説）のどちらを重視するか**ということである。

問題は、形式上別件によって行われる逮捕勾留が、実質的に本件についてのそれに他ならないというならば、それはいつか判断していくことである。

従来の本件基準説は、実質的判断の方法として**捜査機関の意図・目的**に着目し、それに終始してきた。しかし、実際の逮捕勾留が別件の捜査に充てられた場合も、意図目的があれば違法になるかと言われるとそうでもない気がする。じゃあ何が基準かということになるが、やはりここでも考慮すべきは逮捕勾留はいついかなる目的のために行われるのかということであろう。既に述べたが、**逮捕勾留が一定の期間を限って認められるのは、その間に被疑事実について起訴不起訴の決定を可能とするように捜査するため**だと考えられる。とすると、形式上別件のために行われた逮捕勾留を実質的に本件についてのそれだといえるためには、やはり**身柄拘束中の捜査が何のために行われたのか**、について判断されるべきである。これまでの議論では、捜査が何の為なのか、ということは捜査機関の意図・目的の判断の1ファクターにしかなくなっていた。だが、この観点からはむしろ実質的な基準と見てもよいことになる。

E 帰結

たとえば別件について起訴不起訴の捜査の必要性が失われた時に、それにもかかわらず本件捜査のために身柄拘束を続けたりする場合、これはもちろん実質的に本件についての逮捕勾留とみていいだろうし、別件基準説に立っても、別件について逮捕勾留の要件が欠けているともさっきの議論からは言える。

ここで、**本件基準説と別件基準説を、「捜査の必要性」「捜査の目的」といった観点に解消した上の議論を踏まえると、実はもはや二つの説を区分する意味があるのだろうか、という疑問が出てくる。**

今の議論では「**捜査の理由・必要性**」を重視した。別件基準説はそれを別件の逮捕勾留の要件として判断するし、本件基準説は実質的な本件逮捕にあたるかの判断に使っているわけで、結局同じことやっているだけじゃん。

※事実、別件基準に解消されてしまうのではないかと言う人もいるが、他方で、本学の川出教授は本件基準によるところもなお残るといふ。彼は例として、別件について平行捜査がなされるが、本件についての捜査が別件についての捜査になるような密接的な関連性もないのに本件のことを中心に捜査し、本件の事情聴取にとる時間が別件のそれを上回る場合などを挙げる。

まあなんにせよ、やはりそれぞれの考え方はどちらも見直すべき時期に来ているのではなかろうか。

形式上別件についての逮捕勾留が、実質上本件のそれとされるがゆえに違法となる場合があるという本件基準説の問題意識は正当だが、やはり捜査を行うために逮捕勾留している以上、捜査機関の意図や目的ではなく、どの被疑事実の捜査をしているのか、という身柄拘束の利用状況とを基準にして判断すべきである。そして、別件について逮捕勾留要件を具備しているかということを経験にすると、なお捜査の必要性の観点が取り入れられるべきであろう。

c. 第二次逮捕の適法性

あと、別件逮捕勾留が行われる場合、まずは別件について逮捕勾留をしたのちに、本件についての第二次の逮捕勾留をするという経過をたどるのが普通である。すると、**別件についての逮捕勾留が行われたのちの第二次逮捕勾留の適法性はどのように判断されるべきか。**

教材 70 事件（蛸島事件：金沢地裁）

事案は再掲しない。別件逮捕勾留中に得られた自白に証拠価値を認めず、第二次逮捕勾留の適法性を否定した。

本件による逮捕が、もっぱら先行する違法な別件逮捕勾留中の取調べにおける自白に基づいたものである場合、このような自白には証拠能力はなく、令状審査の疎明資料としての使用も許されないと考えるべきであるから、本件による逮捕は、その要件を裏付ける資料に欠いており、その点で許されないと考えることもできるだろう。

しかし、この考え方で行くと、本件についての嫌疑を裏付ける自白とは別の資料がある場合には、第二次逮捕は適法だと判断されることになる。それでよいのだろうかというのはなお問題である。

この点で、違った視点を示すのが以下の事件である。

教材 83 事件（狭山事件）

こちらは第二次逮捕勾留の適法性を認めているが、その際に問題になされていることは、**第二次逮捕勾留が第一次逮捕勾留の被疑事実と照らして実質的に再逮捕・再勾留をしたものではない**ことである。

第一次の逮捕が実質的に本件による身柄拘束であったと言う場合（別件基準だろうが本件基準だろうが）、これに引き続いて行われた第二次逮捕勾留を認めるとすれば、実質上は再逮捕再勾留であり、**身柄拘束の蒸し返し**を招くことになる。よって、第二次逮捕勾留はこの点から原則許されないと解すべきである。

このとき第一次逮捕勾留は違法と評価されるから、その違法は重大であり、それに続く再度の身柄拘束は違法の再発を防ぐ政策的態度からも厳格にみられることになる。

【参考文献】

◎後藤昭「別件逮捕・別件勾留」争点〔新版〕〔同『捜査法の理論』所収〕

◎佐藤隆之「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」百選〔第8版〕

□川出敏裕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」刑法雑誌 35 巻 1 号

□川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』

1 被疑者の供述

(1) 総説

犯罪の嫌疑を受け、捜査の対象となる被疑者は、犯人であるならばその事件についての最大の情報源であるから、その**自白**はしばしば決定的な証拠となる。

誤って犯罪の嫌疑をかけられると言う場合にも、早期にその弁解を聴取することは、捜査機関にとっても被疑者サイドにとっても重要であるから、その供述を獲得することは捜査上とても重要となる。

わがくにでは刑事司法全体における捜査の占める割合が大きく、さらに捜査の中でも被疑者に対してのそれがとても重視されており、捜査機関の側からは被疑者取調べの必要性あるいは重要性として以下が指摘される。

①**犯罪と犯人との結びつきあるいは犯人性を示す証拠は、証拠物その他の客観的証拠としてはなかなか存在しない**嫌疑を固めるにせよ、はらす方向にせよ、被疑者の供述を得て、他の証拠と照らしていくことが犯人性の認定には不可欠のものとなっている。

②**犯罪の主観的要素や共犯者間の役割分担その他行為者自身の供述をまたなければ、そもそも真相が把握できないケースがある**

汚職や選挙違反、脱税といった密室性の強い犯罪は、その性質上被疑者の取調べなしに真相把握ができない。

このように被疑者の取調べは重要性を持つが、他方その供述を重視すればするほど、被疑者の取調べは厳しいものとなり、被疑者の権利を侵害しかねない。時には誤った供述を引出し、誤った真相をつかむことになる。

この点で刑事訴訟法は被疑者の取調べについては198条に規定を置いている。

【参照】刑事訴訟法198条

1 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、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。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、何時でも退去することができる

2 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

3 被疑者の供述は、これを調書に録取することができる

4 前項の調書は、これを被疑者に閲覧させ、又は読み聞かせて、誤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

5 被疑者が、調書に誤のないことを申し立てたときは、これに署名押印することを求めることができる。但し、これを拒絶した場合は、この限りでない

これによると、身柄を拘束されていない、在宅の被疑者の場合、**出頭**を拒みあるいは取調べの場から**退去**する自由が保障されなければならない、また供述の自由として**黙秘権**が保障されなければならない。

他方、逮捕勾留と言う形で身柄を拘束されている被疑者の場合には、供述の自由と黙秘権が保障されなければならないことはもちろんであるが、第1項但し書きにより、出頭拒否、退去の自由については扱いを異にするようにも見える。よって、被疑者の取調べを身柄拘束 now の場合と、在宅の場合とに分けてそれぞれ検討していくことにしたい。

(2) 在宅被疑者の取調べ

a. 出頭拒否・退去の自由

在宅の被疑者を取り調べる場合、多くの場合は**警察署**に出頭を求める。出頭を求めたのち、出頭してきたら一定の場所に滞留させることになる。が、それでも出頭自由と退去の自由が保障されなければならない、すなわち任意のものを求めなくてはならない。仮に被疑者の意思なく出頭あるいは滞留させることで、**実質的な逮捕ともいうべき身体の制約ととれるものがあるならば、直ちに**出頭・滞留は違法となり、そのような状況の下での取り調べもまた違法とされることになる。****

◎問題の所在

ここで問題になるのは、出頭・滞留における**捜査機関の働きかけ**の限度である。捜査機関は被疑者の協力を求めるべき積極的な説得を行うのが通常であり、被疑者の承諾が求められるのは自発的な協力に限られない。

捜査機関が説得を受けて、出頭あるいは滞留に応じる場合も、まあオッケーである。

しかしそこで、被疑者の意思決定の自由が損なわれれば、仮に被疑者が出頭滞留の要請に従ったとしても、それは実質的には逮捕勾留と評価されざるを得ないことになる。出頭滞留を求める時間や場所、その方法や態様、出頭後滞留中の取調べや監視状況を考慮して、その場を離れようと思えばできたのか、それを基準に判断していく必要がある。

◎出頭

まず、**出頭**の場合を考えよう。その方法には、文書・口頭・電話等の方法で呼び出し、自らの出頭を待つ**任意出頭**と、警察が出向いて一緒に来てねとよびかける**任意同行**がある。任意出頭の場合には、出頭の任意性は保たれやすいのだが、任意同行の場合は、目の前にポリスマンがいるので、どうしても出頭確保のための有形無形の働きかけがあり、事実上それらは制約を受けやすい。

この点で、かつては任意同行が一律に許されないとする見解もあった。刑訴法 198 条 1 項が、出頭と言う言葉のみを用い、同行と言う言葉に言及していないのは、今述べたような任意出頭と任意同行との差異を考慮した結果で、捜査手段として任意出頭は許すが、任意同行は許されないことを示すのだという訳である。

しかし、同行と言う形態をとったとしても、真の同意を得ているパターンもありうるわけであり、一律に拒むのはおかしい。だから、一形態として同行を許されるというのが、今では通説となる。しかし当然、具体的なケースにおける出頭拒否の自由の制約や、実質的な逮捕の有無が慎重に検討される必要がある。

※なお、犯罪捜査のための任意同行には明文の規定がないという珍奇な見解が世の中の一部には流布している。しかし、今説明したように、198 条 1 項に「出頭要求」に同行を含まないというのは、まったく支持されない理解である。まして一部では、明文の規定がないから、刑訴法 197 条に根拠を求める…とか言う人もいるが、そこまでいくとつきあいきれない。刑訴法上の任意同行があることは、刑訴法のプロであれば疑わないことである。

※ただし、警職法上の職務質問のための任意同行との限界は曖昧であり、両者区別せずに判例では取り上げていく。

教材 456 事件(飯山買物袋置引き事件：東京高裁)

買い物袋の置き引き事件の犯人が、検問を突破して山林内に逃げた。すると、山林内から来ました的な奴が駅で発見されたので、駅待合室で質問をし、その後同意を得て事情聴取を駐在所で行った。その時点では緊急逮捕にはまだ無理なものこいつが犯人だと思われる心証を得たので、さらに覆面パトカーで飯山警察署へ同行させた。

裁判所は、これは逮捕と同一視できる強制力の下であり、実質的な逮捕にあたるという判断をした。この事案では、被疑者が駐在所から警察署への動向を求められた際に、なかば自棄的に「どこへでもいけ」的な事を言っており、格別拒絶の意思表示はなかった。しかし深夜 11 時に同行を求めており、外部から隔離されたところでの同行である。そして覆面パトカーの後部座席中央に被疑者をのっけて、五名の警察官が威圧的にそれを囲む形での移送であったし、午前2時くらいまでの調査、そして拒絶の意思を表明して立ち上がった被疑者を制止する一幕もあったことが考慮されたのであった。

教材 548 事件(大阪西成覚せい剤使用事件：大阪高裁)

パトカーで警邏中の警察官が覚せい剤売ってるっばいやつを発見して職務質問したところ、こいつが以前覚せい剤関連で職務質問したことのある奴であった。車に乗って話しようぜという拒否されたので、2名がかりで早く乗れと押し込もうとした。半分くらい体が入ったあとで「どけ入るわ!」と言って自分から入ったわけだが、これが問題となった。

逮捕行為に匹敵するものであり、違法性があることを認めた。やはり自分から入るわといっているが、警察官 2 名に押し込まれればもう拒否も出来ないし公務執行妨害とされるかもしれないから、これで諦めるのは当然であることが指摘された。

◎滞留

出頭が任意なのに、帰るのは任意でないというのもおかしい。任意の退去を認めない限り、被疑者は予期せぬ拘束にあい、結果として真実性に欠く捜査が行われる可能性がある。刑事訴訟法は、退去することもいつでも認める。ここで取調べの受忍義務はないからである。

教材 76 事件(富山任意同行事件：富山地裁)

朝の7時から翌日まで、数回の休憩をはさんで断続的な取り調べがなされたと言う事案。物理的な強制はなかったようであるが、常に立会人の監視のもと、便所に行く時以外外出は認められず、それにも立会人が同行した。しかし、夕食後にすら退室したいかどうか確認すらせず、外部との連絡も遮断して行われたこの取調べは、実質的には令状によらない逮捕でないかとして、違法と認定した。

やはり滞留が持つ、**事実上の拘束**としての力に鑑みるに、判断は適当である。また夜間と言う状況や、監視の厳しさ(用便以外の外出は認められず)をふまえるに、意思決定の抑圧があって実質的な逮捕状況にあったということは認めてよいだろう。さらに、任意同行後の取調べが一日で済まないと言う場合、被疑者を捜査機関で紹介したホテルなどに宿泊させるということがたまに行われる。このようなやりかたは意思決定の自由を抑圧する可能性が高く、一般的には許されるべきではない。

教材 79 事件(向島こんにやく商殺害事件)

殺人事件が起きて取り調べを行う中、任意同行の後に4日にわたる取調べがなされた。一日目は友人宅に宿泊したものの、その後は「お願い状」を被疑者に書かせたあと、捜査機関が指定したホテルに警察官とともに宿泊した。

被疑者が任意に立ち去ることもできないし、捜査機関までの移動も、食事も警察監視の状況におかれており、実質的な逮捕とみてよいとされた。捜査官との宿泊を承諾する「お願い書き」「宿泊の申し出」があるが、それでも被疑者の意思は諸事情からして制圧されているものだったということである。

b. 任意取調べの限界

★**任意捜査は、強制手段を用いた実質的逮捕であってははいけなし、さらに任意捜査だとしても社会通念上相当だと認められる方法や態様、限度で行われなくてはならない。**

やはり、**取り調べのための出頭や滞留は、実質的な意思を抑圧するものであってはならない。**

任意のものでなければ取調べも違法と判断され、逆にこれが任意であれば取調べも任意で適法と言う判断がなされてきたわけである。しかし最高裁判例は、その後「任意性」に加えて取調べそのものについても適法性判断が必要であることを明らかにしてきた。

教材 2 事件(高輪グリーンマンション殺人事件)

殺人事件の被疑者として任意同行したものを、会社附近の宿泊施設や捜査官の指定する宿泊施設に 4 夜にわたり宿泊させ、取調べを行った。その際、一日目には捜査官も同室し、一人は隣室に止まっていた。その後も被疑者が帰宅を希望しないので宿泊を続けさせたが、このときも捜査官は近くにずっと張り込んでいた。

このような状況下でなされた自白の証拠としての適法性が問われたと言う事案。

判例はここで、任意捜査の一環としての被疑者取調べの適法性の判断基準を示した。すなわち、以下である。

①「**強制手段**によることができない」

②「**社会通念上相当**と認められる方法ないし態様及び限度」でなくてはならない

この②については諸般の事情を考慮して判断する。②の観点から必ずしも妥当とは言えないところがあるとしながらも、違法なものと言えるまでではない、と適法判断。

実質的な逮捕と評価される場合には、そもそも①の基準に触れるために許されないわけである。そこに②として別の要件を付しているところから、**取調べそのもの**についての適法性判断を踏まえるべきだとしていることがわかる。

これによると、任意同行後の取調べは 3 つに分類することができるだろう。

a. 強制手段を用いた違法なもの（違法な強制捜査）

実質的な逮捕に当たる場合である。

b. 任意捜査として手段・方法の相当性を欠き違法なもの（違法な任意捜査）

強制手段を用いないものの、任意捜査としての社会通念上の相当性を欠くものである。

c. 任意捜査として適法なもの

いいやつ。

このような判断枠組みは、任意同行後の徹夜の長時間の取調べの適法性が問題となった 77 事件でも採用される。

教材 77 事件(平塚ウエイトレス殺し事件：最高裁)

自室で死体として発見された女性の同居人を任意捜査していたが、強制と思われる態様はなかったものの合計 22 時間の徹夜の取調べを行ったと言うものだが、この事件でも同じ判断枠組みで処理された。

結局は諸般の事情を考慮して判断したところ、社会通念上は相当ですよねーという判断。

◎判断基準の検討

これらの判例で採用された判断として、任意捜査においては、まず①**強制手段を用いることができない**というフレームにはめた後に、②**社会通念上の相当性を判断する**というフレームが適用されることとなる。

強制手段に当たるかの検討についてはしたと思うのでいいだろうが、では、**相当性**とはどのように判断されるのだろうか。まず思い出すべきは、任意捜査における**有形力行使**の限界の議論であろう。

教材 1 事件(岐阜呼気検査拒否事件：最高裁)では、任意捜査につき、**被制約利益と、捜査上の必要性の二者の比較考量による判断をすべき**だといっていた。教材 2 事件で被疑者の取調べに際して判断されるべき「社会通念上の相当性と」かいうものも、これと同じ性格だとすると、**取調べの対象となっている被疑者が当該処分によってその意思が制圧された程度と、そのような方法での取調べをする必要性の程度とを比較考量して、相当性を判断する**ということになる。実際にそついう見方をする論者もいる。

しかしながら有形力行使による場合には、強制手段に至らない程度であっても、**相手方の承諾**のない権利利益の制約が起きているのだし、それゆえにそのような権利利益の制約と、有形力を用いる捜査上の必要性とのバランスを求める必要がある。言い方を変えれば、強制手段を用いない程度でも生じる権利利益の侵害を正当化する議論だった。

これに対して、任意の出頭や滞留による被疑者の取調べの場合には、違法な強制捜査になることを免れるためには、そもそも出頭滞留に応じて取調べされることについて、被疑者の承諾が不可欠である。

だとすれば、ここで**相手方の承諾に基づくものである以上、そもそも「権利利益の侵害」が観念できないのではない**かということも言えなくもない。比較考量スタイルをここで貫徹することができるのだろうか。

そこで、社会通念上の相当性をどうとらえるかが問題になるのだが、この点一つの考え方は、任意取調べの一貫として行われる際の相当性判断は、あくまで捜査機関の行為態様に対する評価として、比較衡量スタイルを捨てることであらう。社会通念上相当と言う言い方も、捜査機関の態様に着目する理解が素直な理解であるように見える。

しかし、**凡そ権利利益の侵害が無いにもかかわらず、なぜ相当性が必要とされるのか**は明らかではない。
これに対して、それではやはりバランスの問題として考えて理由付けをしようと言う考え方もいくつかある。

①**承諾があったからといって、権利利益の制約が全て無視されうるわけではない**として、バランスが必要という自発的とは言えない承諾については、それによって被疑者が負うことになる負担や不利益(健康など)とのバランスと言うものは考慮されないといけなのではないかというわけである。ただ承諾があれば権利の処分が認められるとする理解自体は至極一般的であり、承諾があるにもかかわらずそれが不可能と言うのは、端的に承諾に瑕疵があり認められない状況とみるべきである。

②**超個人的な捜査の適正**を考える際に、バランスが必要だという。

とはいえこれも、個人を超える要求が「なぜ」あるのかはわからない。行為態様の相当性を要求するのと同じく理論的には明らかにはならないし、ある意味問題の言い換えに過ぎないのではないか。

まあ理論的には決着がついておらず、この点は議論がなされる必要がある。とはいえ判例上は相当性があるということとは定着しているところで、難しい問題を残しつつも運用はなされている。

まず、ここで着目すべきは、**強制手段によることができない(①のテスト)という基準は、②のテストとの独立性を保たないといけ**ないことである。理論上、①のテストを否定することはできないし、これは相当性のテストで代替できるものではないからである。

①のテストは、用いられた手段・方法・それ自体について一定の限界を超えた場合に、直ちに許されないものとするある意味**絶対的な判断**を下すものである。つまり、捜査上の必要性うんぬんでは変動しない。対して②のテストは、諸般の事情の勘案によってなされる総合的な判断であり、捜査上の必要性の大小によって結論が変動することが内在的に予定された**相対的な判断**である。任意捜査の一環としての被疑者取調べの段階では、いかに必要性があっても強制手段が許される余地はないから、①のテストは厳格に行われる必要がある。

教材 2 事件(前掲：高輪グリーンマンション殺人事件)でも**教材 77 事件(前掲：平塚ウエイトレス殺し事件)**でも、いずれも捜査自体は任意捜査だと位置づけられていた。結論として取調べを違法とする少数意見があるが、しかしこれが任意捜査である点是否定されていないのである。しかし、これに本当に被疑者が任意に応じていたかには疑問もあるような感じがする。とりわけ、**教材 79 事件(前掲：向島こんにやく商殺人事件)**では良く似た事案にもかかわらず違法な強制捜査と判断されていることと対比すると、教材 2 事件の判断はゆるふわに失っていないかという気がする。とはいえ 79 事件は客室の奥の部屋に被疑者を押し込めて出入り口を捜査官でふさいだし、意思決定の抑圧におけるこのような態様が問題視されたともいえる。

そして相当性の判断については適法判示をしたのが 2 事件と 77 事件だが、これについては反対意見があるほか、多数意見自体もかなり慎重な言い回しで、手放しで適法性を認めてはいない点に注意しておこう。

たとえば教材 2 事件では「**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いい難いところがあるものの**」などと留保しているし、現に類似の事件でも相当性を否定した事例がある。

大阪高判昭和 63 年 2 月 17 日・判タ 667 号 265 頁

午後 9 時 20 分頃に職務質問のうえ任意同行したのち、翌日午前 4 時頃に至るまで徹夜の取調べをおこなった。そして午前 5 時 30 分頃に緊急逮捕をしたが、嫌疑は、時価 3000 円相当のウイスキーの窃取であった。

ここでは、軽微な犯罪に対して徹夜はやりすぎとして違法と判断した。

また、重大事件であっても、被疑者の負担がより大きいような態様の取調べの場合には結論が変わってくることはありうる。

教材 78 事件(松戸市殺人事件：東京高裁)

同棲していた男性を殺害した嫌疑のあるフィリピン人事件の被疑者に対して、任意同行後、9 泊 10 日の連続取調べを行った。判旨として、社会通念に照らしてあまりにもいきすぎであり、任意捜査としての限界を超えた違法なものであることを示した。

このケースは被疑者が外国籍の女性であり、確実な身柄引き受け先が無く、同棲していた男性を殺害した嫌疑があったために、住んでいた場所＝犯行現場に帰すわけにはいかなかったと言う事情がある。そのため宿泊場所の確保の必要性自体はあったともいえるのだが、やはり宿泊の期間が余りにも長く、監視態様もかなり厳しかったことが相当性否定の判断につながったと思われる。

【参考文献】

◎芝原邦爾「宿泊を伴う取調べ」百選(第 5 版)

□佐藤隆之「被疑者の取調べ」法学教室 263 号

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 10〔大澤裕〕

□酒巻匡「任意取調べの限界について」神戸法学年報 7 号

□川出敏裕「任意捜査の限界」小林充＝佐藤文哉古稀祝賀・刑事裁判論集(下)

(3) 身柄拘束中の被疑者の取調べ

198 条により、被疑者は逮捕勾留されている場合を除き、出頭と退去の自由を保障されている。つまり、**出頭拒否や退去の自由は身柄拘束 now な連中には、少なくとも条文上は適用されない可能性がある**。そのあたりをみていこう。当然だが、色々な考え方が対立している。

a. 取調べ受忍義務論

【参照】刑事訴訟法第 198 条 1 項ただし書

ただし、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、何時でも退去することができる

◎ 受忍義務肯定説

この規定の理解を素直にすれば、逮捕勾留中の被疑者には出頭拒否や逮捕の自由は保障されず、出頭して滞留し、取調べを受ける義務があるとも言える。このような見方を**受忍義務肯定説**といったりする。

ただし書の反対解釈による運用は現行法でも続く。

教材 84 事件(三郷市外国人アパート放火事件：浦和地裁)

地裁だが、「刑事訴訟法 198 条 1 項の解釈として、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務があり、取調べに応ずるか否かについての自由はないと解するのが一般である」としている。

教材 86 事件(昭和 49 年 12 月 9 日：東京地裁)

もう判決の冒頭でいきなり 84 事件と同じ一般論を展開している。

◎ 受忍義務否定説(平野博士)

対して否定説は、**不利益供述強要禁止**(憲法 38 条 1 項)との整合性を検討する。このような包括的黙秘権を重視する理解からすると、確かに実務には問題があるともいえる。

否定説の先鋒に立った平野さんは、**現行解釈では事実上黙秘権を告知した意味がなくなる**ことを危惧した。

そこで彼は 198 条 1 項ただし書の解釈につき、「出頭拒否・退去を認めることが、逮捕または勾留の効力自体を否定するものではない趣旨を、注意的に明らかにしたにとどまる」という解釈を提示した。

この考え方は、黙秘権の実質的な保障という観点からの実務への鋭い問題提起であり、学説にも大きな影響を与えたのであった。しかし彼の考え方は、**198 条 1 項但し書きの解釈としてはかなりの無理を伴うものである**のも否めない。そこで、この但し書きの整合性をいかにして確保するかが課題となったわけだが、ここで説明の仕方は一様ではない。

◎ 198 条 1 項ただし書の解釈の努力

①鈴木茂嗣教授「法は、逮捕・勾留されている場合については明文をおかず、解釈にゆだねた趣旨に解すべきである」198 条 1 項は明文ではないのかよ…という疑問はめぐえないし、この規定が何も権利義務を設定していないとは思われないところである。

②田宮博士「在宅被疑者の捜査機関のもとへの出頭要求の規定である。…**逮捕・勾留されていれば、出頭要求はそもそも問題となりえない**ので、念のため除外規定が設けられたわけである」

被疑者が警察留置場において、その留置所を監視する人間によって取調べをするという場合には確かにこの人のいうこともわかるが、検察官が調査する時など、居場所が一致しないために移動が問題になることは少なくない。

※しかしながら田宮先生の教科書を見るに、別のアプローチもある。むしろ、黙秘権が**憲法**由来であることから、刑事訴訟法の規定する受忍義務があるとしても法的に否定されるという議論をしている。とはいえこれに納得するかは微妙だし、**検察官の取調べ権**自体を 198 条 1 項が保障することは否定できないだろうから、ではそれはなんなのかという答えに詰まる。

③三井誠教授「身柄拘束中の被疑者には、例外的に一定の根拠がある場合、出頭拒否・退去の自由が認められないことがある(要旨)」

原則としては身柄拘束された被疑者についても黙秘権由来の取調べ拒否権を認めたとうえで、一定の根拠があるときにはまあ拒否権までは認められないときがあるよ、という。**「除いては」というのは、「言うても普通は大丈夫だけど、もしかしたら自由が認められない場合もありうるで」的なマイルドな解釈をしてみよう**わけである。

◎ 「出頭滞留義務」と「取調べ受忍義務」の区別(松尾(上) 67 頁)

この点議論が錯綜する中で松尾先生は、「法律上の義務という点では、被疑者には、『**供述をする義務**』がないことはもちろん(198 条 2 項参照)、憲法 38 条 1 項が包括的な黙秘権を定めている趣旨に即して考える限り、**取調べに応ずる義務**も認められないというべきであろう(いわゆる取調べ受忍義務の否定)。……**身柄拘束中の被疑者には、出頭拒否および退去の自由はないので(198 条 1 項ただし書)、求められれば取調室へは出頭することになるが、そこで取調べを拒んだ場合、捜査機関の側で翻意させるための説得……を試みるとしても、それが長時間にわたることは許されない**」という興味深い議論をしている。

従来の受忍義務否定説は、取調べ受忍義務と出頭滞留義務とを区別せず、もっぱら出頭滞留義務に焦点をあてていたのだが、彼は両者を区別して考え、198条1項但し書きとの文言の抵触を生むことなく、取調べを受ける自由そのものを確保しようとしたのである。受忍義務論との関係はやはり黙秘権との兼ね合いにあるが、ここで出頭滞留義務を認めたことがただちに黙秘権侵害といえることは当然にはない。

黙秘権は供述の自由を確保するためのものであり、必要な取り調べを行うように必要な取り調べを行うことは、ある限度を超えると許されないことになる。だから、取調べを行うこと自体については区別することができ、これを身柄の問題である逮捕勾留の自由とは区別するのである。

ただ、黙秘していれば出頭滞留させることに必要性がなくなるのであるから、事実的な結論としては自由と言える。まあこのくらいが目下の見解の中で無理のないものだろうと言う感じだとのこと。もちろん、「中身は話さなくていいのに出頭は拒めない」というのはどういうことか、と言われると困るが。

※この点、個人的な感想としては、上の田宮先生の解釈が、結局のところ捜査側の「取調べ」権自体は否定しきらなかったところのその「取調べ権」とは何なのかを不十分ながら具体化しようとしたものにも見える。

教材 162 事件(安藤・斎藤事件：最高裁)

刑事訴訟法第39条は、身柄拘束中の被疑者と弁護人との接見について、捜査側に必要がある場合に日時の指定などの措置を許す。これが憲法38条に定める「不利益供述を強要されない権利」を侵害しているとする国賠訴訟が起きたのだった。

※他にも理由はあるが、ここでの問題はこれ。

訴える側の構成としては、身柄拘束中の被疑者に取調べ受忍義務を認めない限りは接見の日時等の指定は許されないはずであり、もし義務を認めるとすれば、それは憲法38条に違反するではないかというわけである。

ただ、仮に**出頭滞留義務が存在するとしてもこの措置は憲法違反ではない**と判例はしている。刑訴法198条1項の解釈から出頭滞留義務を導いたとしても、それが「出頭滞留義務」である限りは、「意思に反した供述」を拒否する権利がいまだ保障されており、それが残る限りではあくまで憲法38条の保証に反するものでないというのは是認できるところである。ここにあるのは、**「出頭勾留」と「発言」を峻別する松尾先生の議論のようにも見える**。

◎取調べ否定説

なお学説には**取調べ否定説**というものもある。

つまり、身柄拘束中の被疑者の拘束はそもそも現行法上許されていないと言うより徹底した考え方である。代表的なのは新潟大学におられた沢登佳人教授である。

彼は、刑訴法198条1項ただし書で逮捕勾留されている場合が除かれているのは、**法が身柄拘束中の取調べを予定していない**からだとしている。しかし、198条1項の本文は明らかに捜査機関に取調べ権限を付与しているのであって、この否定説は条文と整合しないくらいがある。

また、被疑者が真に黙秘権を放棄して取調べに応じる時に、なにゆえその取調べが否定されるのかは説明されない。捜査機関の取調べについては、その調整というものがなお試みられるべきかなと思うのだった。

【参考文献】

◎酒巻匡「逮捕勾留中の被疑者の取調べ受忍義務」争点（新版）

□後藤昭「取調べ受忍義務否定論の展開」平野古稀祝賀下巻

b. 余罪の取調べ

本罪についての取調べでなく、**余罪**についての取調べが行われる可能性はある。捜査は流動的であり、ある事実で身柄拘束中の被疑者にあらたな容疑がかかることはある。このようなときに被疑事実ごとにいちいち判断するのではなく、一定の時期にまとめて捜査した方が便利だともいえる。そこで、我が国ではこの余罪取調べは広く行われる。

ただ、これにつき余罪取調べに制約はあるかが問題となる。

前提として、**逮捕勾留と言うのは、実質的な余罪捜査のためと評価される場合には別件逮捕勾留として身柄拘束その物として違法になることもある**のだった。もし身柄拘束の際の別件逮捕が違法となると、それと同じように別件逮捕・勾留中の余罪（＝本件）取調べも違法となりそうな気がする。

◎令状主義潜脱説

教材 71 事件(神戸まつり事件：大阪高裁)

神戸まつりのときに暴徒化した人たちが、暴れて警察の輸送車をおしたために、死者がでるという事態になった。その犯人を捜す中で、暴徒化して暴れる様子が写真に収められていた人物が出てきた。その写真は警察の輸送車に何かしているものではなく、阪急タクシーを蹴っていると言う者だったが、この阪急タクシーへの破壊行為についての逮捕の中で、取調べはほとんどが死者の出た事件についてのみ行われ、最終的にこの人物が罪を認めた。ここで大阪高裁は、実質的に令状主義を潜脱するようなときは違法だとして、この自白についての証拠調べを認めなかった。

これは余罪取調べにおいてよく令状主義潜脱説と評価されるものである。

だが、これは取調べ受忍義務を否定する立場からすると理論的な正確さを欠いている。**否定説からは、逮捕勾留はそもそも取り調べのための処分ではない**からである。令状審査を受けるのはあくまでも逮捕勾留であり、取調べは逮捕勾留の効力とは無関係であると考えから、取調べ自体を令状主義に反するとか令状主義を潜脱するとか考えることがもともとできないことになる。

対して取調べ受忍義務を肯定する立場からは、その逮捕勾留の実態が本罪ではなく余罪についてのものと見ざるを得ない場合については、余罪については令状審査を経ていないから、逮捕勾留が令状主義を潜脱して違法なものともできる。そして、逮捕勾留が違法であれば、その間の余罪取調べも当然違法である。

◎実質的に別件逮捕勾留であることとは別の限界

では、違法な別件逮捕勾留にあたるとは評価されない場合に、なお限界はあるのだろうか。

この点で、かつては余罪取調べも本罪取調べと全く同じであり、特別な制約はないという理解が一般的であった。**身柄拘束中の被疑者に取調べ受忍義務を肯定する立場からは、余罪にも受忍義務が及ぶと理解され、実際にはそのような運用がなされていた**。余罪にも受忍義務が及ぶと言う考え方は**無制約説**と言うが、この根拠となるのは参考人の取調べにつき定める刑法 223 条 2 項が 198 条 1 項ただし書の準用をしていることである。

すなわち、参考人は参考人として取調べの対象となる事件につき、逮捕勾留されているということはある。にもかかわらずこの 198 条 1 項の但し書きを準用するのだから、この但し書きの「逮捕又は勾留されている状況を除き」、というところにも何とか意味をもたせるとすれば、**参考人として取り調べられている事実以外の事実を以て参考人が逮捕勾留されている場合だ**、ということになるわけである。

このときつまり、参考人として取り調べられる場合にも受忍義務があるという解釈が導かれ、もしそうであれば、まして余罪の被疑者として取調べを受けている場合には受忍義務を負うということとなる。

しかし、逮捕勾留中の被疑者に取調べ受忍義務を認めるならそれはやはり、**逮捕勾留**されているがゆえにその効力として認められるものというべきである。したがって逮捕勾留の効力につき事件単位の原則があてはまるならば、受忍義務が認められるのも本罪だけに限られるのではないかという気がする。

このとき、198 条但し書き準用の持つ意味がなくなるのではないかということにもなるが、これは参考人について、出頭拒否や退去の自由があることを示すだけであるとみればよい。このように見れば余罪取調べは、受忍義務肯定説の立場からも、任意のものとしてしか行えないものと考えうることになる。

そのような観点から余罪取調べを違法とした事件として、以下のものがある。下級審レベルだけれど。

教材 84 事件(三郷市外国人アパート放火事件：浦和地裁)

「…**事件単位の原則**を採用した趣旨からすれば、**被疑者が取調べ受忍義務を負担するのは、あくまで当該逮捕・勾留の基礎とされた事実についての場合に限られる**……」

教材 85 事件(大宰府刺殺事件：福岡地裁)

「…余罪についてもいわゆる取調べ受忍義務を課した取調べが許されるとする見解は、刑事訴訟法が、逮捕・勾留について、いわゆる事件単位の原則を貫くことにより、**被疑者の防御権**を手続的に保証しようとしていることに鑑み、採用できない…」

教材 86 事件(昭和 49 年 12 月 9 日：東京地裁)

「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べ受忍義務はなく…**」

対して、受忍義務自体を否定する人たちは、そもそも逮捕勾留と取調べは無関係だと言うのだから、ここからは事件単位説に立ったとしても、余罪の取調べとの間に区別は認めがたい。受忍義務否定説は、本罪の取調べ自体任意だと考えるからこれまでの説とは全然違う意味でだが、しかしその限りでは、**本罪の取調べと区別なく、余罪取調べも許されて何ら問題がない**ことになる。

最も、学説には身柄拘束中の被疑者の取調べ受忍義務を否定しつつ、余罪については取調べが許される範囲に限定を加えようとするものもある。京都大学の鈴木（茂）教授の見解はその一例である。

鈴木氏の考えは次のようなものである。

「取調べ受忍義務を否定し出頭拒否や退去の権利を認めたとしても、拘束中の被疑者の取調べを単純に『任意処分』として位置づけてよいかは、ひとつの問題である。……拘束中の被疑者の取調べにあたって認められるのは、強制ではなく合理的な説得にとどまる。しかし、説得といっても、適法な拘束状態にあること自体が事実上一定の強制的作用を営むことは否定できない。**外界と遮断され弁護人とも必ずしも自由に接触し得ない状態の下での『承諾による取調べ』は、それ自体一種の強制処分として把握すべき一面を有する**といえよう」

現実の取調べを前提に、そこに何らかの制限を加えようとする議論であることは確かであるが、理論的には精密ではない。鈴木説は簡単に言えば、身柄拘束中の取調べは事実上強制的なものであることを前提に、「強制的なことは逮

捕勾留の基礎となっていない事実にはできないよね」と、取調べの範囲に事件単位の原則による制限を課そうとするわけである。「拘束中の被疑者の取調べは、やはり事件単位の原則の下で考えるのが相当」(『刑事訴訟法の基本問題』71頁以下)という言葉がそれを裏付ける。

しかし、取調べ受忍義務否定説に立てば、先決問題はそもそも**強制的な取調べの排除**である。取調べが強制であることを認める受忍義務否定説があるというのは、おかしい。

このように考えると、受忍義務否定説からは限定を導くことは出来ないように思える。そして真に取調べが承諾されているのであれば、その範囲は必ずしも本罪に限定されることはないように思える。

◎川出教授の見解

ただ、少し別のアプローチから、肯定説と否定説を横断する形で余罪取調べを制限しようとする見解もある。

本学の川出さんの見解がそれだが、すなわち以下のような事を言う。

「起訴前の身柄拘束期間中は、原則として、その理由とされた被疑事実についての捜査を行い、その期間をできるだけ短期にとどめねばならない。その前提からすれば、**余罪についての取調べのために、身柄拘束の理由とされた被疑事実についての取調べが中断されている状況がある場合には、起訴前の身柄拘束期間の趣旨から逸脱した行為により、本来の被疑事実のみの取調べを行った場合よりも、結果的に身柄拘束期間が長期化するという不利益を被疑者に負わせることになる**。それゆえ、そのような余罪の取調べは、たとえそれが任意に行われたものであったとしても、原則として違法となると考えられる」(刑法雑誌 35 巻 1 号)

結局、逮捕勾留の基礎となった事実につき、起訴不起訴の判断をするために本来は拘束するわけであり、そのための重大な措置である拘束が許されるのは、必要最小限の範囲でなくてはならないというのである。したがって、逮捕勾留した場合には、その理由とした被疑事実につき出来る限り早急に判断を下し、起訴不起訴を決めなくてはならない。そうだとすると、逮捕勾留の理由とされている本罪の**捜査を中断**させ、その**遅延**をもたらすような余罪の取調べは、許されないのではないかと言う考え方である。これは受忍義務否定説からも、肯定説からも妥当する考え方ではなかろうか。いずれにせよ、本罪捜査の遅延をもたらす捜査は許されないことになる。

ここで松尾説に立ち、受忍義務は否定するが出頭滞留義務を認める場合、本罪については出頭滞留義務があるが、余罪については基本的に出頭滞留義務が課されない取調べのみが許されることになるだろう。余罪についての任意の取調べであっても、本罪の捜査を中断させ、それを遅延させるようなやりかたはなお許されないことになる。

【参考文献】

- ◎長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 18〔大澤裕〕
- ◎佐藤隆之「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」百選(第 8 版)
- 川出敏裕「別件逮捕・勾留と余罪取調べ」刑法雑誌 35 巻 1 号
- 後藤昭「余罪取調べ」井戸田編・総合研究被疑者取調べ
- 川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』(東大出版会)

(4) 被疑者取調べの手続

ここからは、被疑者の取調べがどのようにして行われるか、またその際のルールを見ていくことにする。

a. 黙秘権の告知

刑訴法 198 条 2 項には、取調べに関する若干の規定が置かれている。

【参照】刑事訴訟法第 198 条 2 項

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

ここでは、憲法が定める**不利益供述の禁止**のみならず、**自己の意思に反する供述の禁止**と、その**告知**をも認めている点に注意しよう。このとき、たとえば黙秘権の「不告知」があった場合、どうなるのだろうか。

教材 449 事件(昭和 25 年 11 月 21 日：最高裁)

黙秘権の告知は、法律が憲法を一步進めて規定したものであり、この告知を怠ったとしても違憲ではないものとしている。

また、刑訴法 319 条 1 項は、「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のある自白は、これを証拠とすることができない」としているが、ただちにこれにあたるような強制的な自白にはならないとした。

なににせよ、取調べの場が圧迫的であることは疑いがなく、その場で供述の自由を実質的に確保するためには非常に重要な手続きであると言える。したがって、上に言う一般論は正しいにしても、具体的な状況いかんでは強制にあたる可能性はあるといえよう。そして、告知しなかったということは**違憲**とはならずとも、**違法**ではあるから、**違法収集証拠の排除法則**による証拠排除を考える余地はまだありうるように思える。この点はまたやります。

b. 調書の作成

198 条は、3 項から 5 項で調書の作成につき規定している。

取調べの結果、被疑者の供述が得られた場合にはこれを **調書** に録取することができる。そして、調書に録取した場合には、録取した調書を被疑者に**閲覧**または**読み聞かせ**させ、誤りがないかどうか確かめないといけないとされる。もし被疑者が増減変更の申立をした場合には、その旨を調書に記載しなくてはならない。誤りがないと求めた場合には**署名押印**が求められるが、これはあくまで被疑者の任意である。署名押印があると、後の公判において、証拠とされる可能性が出てくる。

※刑事訴訟法 322 条は、供述書又は供述を録取した調書が「被告人に不利益な事実の承認」を内容とする時に、それに証拠能力を認める要件として「署名若しくは押印」のあるもの又は「特に信用すべき状況の下にされた」ものであることを定める。

c. 取調べの適正化

ただ、取調べに関するルールが適当ではないのではないかということが言われている。確かに現行法では、黙秘権の告知以外の具体的な取り調べ方法についてのルールがないため、裁判所による自由の証拠能力に関する事後的な判断を待たねばならない。もちろん、裁判所の判断が集積すればそれである程度のルール化がなされるが、それはある具体的な取り調べの際に捜査官に一義的に「自分には何ができるのか」を明察させるものではない。

◎制限

そのために、しばしば現場では**無理な取り調べが生じやすい**ということも事実である。この点については取調べの時刻や時間の制限等、より具体的な取調べ方法による規制を、法律あるいはそれに準じる形で整備する必要があるという問題提起がなされてきたところである。

そして近年いくつかの著名な無罪事件の反省から、「**警察捜査における取調べ適正化指針**」と「**被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則**」というものができ、捜査部門以外の部門による取調べに関する監督がなされるようになり、監督対象行為も類型化された。

取調べ時間等の管理の厳格化としては、①午後 10 時から翌日の午前 5 時までの間に取調べを行おうとする場合、②休憩時間を除き、1 日当たり 8 時間を超えて取調べを行おうとする場合について、警察本部長又は警察署長の事前の承認の要求を受けないときは監督対象となるルールが置かれている。

【参照】具体的に監督対象とされる行為

- ・やむを得ない場合を除き、身体に接触すること
- ・直接又は間接に有形力を行使すること
- ・殊更に不安を覚えさせ、又は困惑させるような言動をすること
- ・一定の姿勢又は動作をとるよう不当に要求すること
- ・便宜を供与し、又は供与することを申し出、若しくは約束すること
- ・人の尊厳を著しく害するような言動をすること

◎取調べの可視性

通常は取り調べのプロセスは、**調書**と言う形でしか明らかにならない。しかし調書作成の現状は、198 条に見たように、かなりが捜査官の裁量にゆだねられるものであり、実際の所必ずしも作成はされない。被疑者が黙秘している間は、調書が作成されていないこともあるし、まとめて一通の調書とかにすることもある。

また、調書は一問一答形式ではなく、捜査官が物語式にまとめた被疑者の言葉でつづられる。これは必ずしも被疑者の聴取の過程を十分に明らかにするものではないところである。

このように、**外部の目に取調べを明らかにする手段は十分ではなく、その不可視性や密室性は無理な捜査を助長させたり、事後的な取調べの適否を判断しにくくさせているのではと批判されてきた**のである。

この点ではその後、司法制度改革の一環として、取調べ状況記録制度が導入された。これは身柄拘束中の被疑者等を取り調べた場合、取調べの都度その担当者・時間・場所・調書作成の有無と数・他の特記事項をまとめた**取調べ状況報告書**を作成し、保存すると言うものである。警察については現在国家公安委員会規則である犯罪捜査規範 182 条の 2 に、検察については法務大臣訓令「取調べ状況の記録等に関する訓令」に基づいて、この記録制度が運用されている。

◎取調べの録画録音

まあ可視性向上のための提案としてより直接的なのは**ビデオ録画・テープ録音**の導入であるから、それについても少し述べておく。これにつき、従前は真相解明が困難になるという反対論も根強く存在していたのは確かである。**一言一句が録画されるもとでは、被疑者も捜査官も身構えた発言しかできず、取調べの前提となる相互の信頼関係の醸成に至りにくくなる**といわれたり、取調べにおいては、**記録しないことを条件に真相の供述を始められることも少なく**

ないが、録音録画のもとではそのような供述のきっかけが失われてしまうとして、**プライバシー**や**秘密保護**の必要などが指摘されることもある。

しかし、裁判員制度の導入準備の過程で、被疑者取調べの結果えられた自白についての無用の争いをなくするための必要性から、録音録画の必要性があらためて主張されるようになり、裁判員裁判対象事件について、部分的な録音録画が行われるようになり、その後裁判員裁判対象事件では全家庭の録音録画の試みも始められつつある。

またいわゆる郵政事件についての証拠隠滅事件を契機に、検察特捜部あるいは特別刑事部における被疑者取調べでも、録音録画が行われるようになりつつあり、そのような運用を経て、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会による「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」のなかで、以下のように言われた。

「被疑者取調べの録音・録画制度の導入については、以下の2つの制度案を念頭に置いて具体的な検討を行う。

○一定の例外事由を定めつつ、原則として、被疑者取調べの全過程について録音・録画を義務付ける。

○録音・録画の対象とする範囲は、取調官の一定の裁量に委ねるものとする。

※対象事件については、裁判員対象事件の身柄事件を念頭に置いて制度の枠組みに関する具体的検討を行い、その結果を踏まえ、更に当部会でその範囲の在り方についての検討を加えることとする」

※ちなみに、法制審議会における検討は以下のような諮問から始まった。

諮問第92号「近年の刑事手続をめぐる諸事情に鑑み、時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため、取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直しや、被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入など、刑事の実体法及び手続法の整備の在り方について、御意見を承りたい」

2 被告人の取調べ

(1) 問題の所在

198条は「被疑者」という言葉を使っているわけで、**被告人の取調べについての直接の法の定めは存在していない**。そのため、起訴されたやつなら好き勝手調査していいのだろうかと言う話が今度は出てくるわけである。

※被告人であっても、余罪について取り調べているときは、余罪との関係ではなお被疑者ならば198条の適用を受けることに特に問題はない。

この問題について、学説上は古くは、起訴後の被告人の取調べは許されないとする見解が有力であった。理由としては**当事者主義**の訴訟構造のもとでは、検察官と被告人は対等な訴訟の主体であり、一方の当事者である検察官が、被告人を証拠収集の対象とすることは適当ではないのではないかとか、あとは**刑訴法198条1項が被疑者についてのみ定めていて被告人に言及していない、と言うのは被告人の取り調べを許さない主旨**ではないかとも言われる。

(2) 最高裁判例とその検討

★**被告人の取調べは、判例上許されないわけではない。**

教材185事件(秋田スリ事件：最高裁)

スリ事件で起訴後、第一回公判期日前に、検察官による被告人の取調べが行われ、その供述調書が有罪判決の証拠として用いられたと言う事案。

上の議論に対して最高裁は、**起訴後の被告人の取調べが許される場合もある**ことをみとめた。刑訴法197条が捜査官の任意捜査を認めているし、それは法律上被告人との関係でとくに制限されていないのだから、確かに起訴後の被告人の取調べはなるべく避けるべきではあるが、被告の任意の承諾の下で許される場合があると示したのであった。考えてみると、起訴後の被告人の取調べの許容性については、かつての消極説は、被告の**当事者としての主体的地位**に理由をおいていた。しかし、これが被疑者と被告人の質的違いを前提としているならば、そこには疑問がある。被疑者についての捜査ができることは誰も疑わないわけだが、その**被疑者も包括的黙秘権を保障されるし、捜査機関と相対する主体としての地位を有する**といえる。そのような被疑者について、捜査機関による取調べが許されるということを考慮すれば、起訴後であろうと、当事者だからといって取調べが認められないと言う結論を導くのは疑問が残るところである。被告人の訴訟主体あるいは当事者の地位を考慮しても、被告人が任意に承諾している限りで、取調べを許すことも被告人の地位と相いれないものではないように思える。また、任意であれば、198条1項に包摂されずとも、任意捜査の規定である197条に根拠を求めることができるというのは185事件の言うとおりにかと思われる。もっとも、起訴後の被告人の取調べがまったく無制限に許されるかといわれると、それはやはり問題と言わざるを得ない。なるべく避ける、と185事件は言う訳だが、では具体的な要件が何かと言われると、はっきりとはしない。また本件が、被告人が自ら取調べをもとめた事案であったこと、起訴後第一回公判期日前であったということ、そして供述調書には証拠とする同意があった事案であったこと、というような具体的な事情も重なっている事案であったので、要件には議論があった。

このうちの下級審の裁判例の中には、被告人の取調べが許されるのは、①**自ら申し出た**、②**拒否できることを十分承知していた**時に限るとし、あるいは③原則として**弁護人の立会**を必要とする、としたものがある。取調べの任意性を重く見ている、ということである。起訴後の被告人の取調べは、法的観点からも、被告人の地位からしても、任意のものでなくてはならないし、その判断には慎重な吟味が必要と思われる。

そして、自発的である場合や弁護人の立ち合いがある場合には任意性には問題が少ないと言えるものの、取調べに**任意**に応じているかが最終的な問題であるとする、自発的な申し出によることや弁護人の立ち合いによることが不可欠と言われると議論の余地があるように思える。任意性の確保ということがまず必要だろうが、そこにさらに何らかの制約が必要と言われると、承諾がある以上、格別の制約を加える必要はないように思える(197 条さえ使えばいいのだし)。

だがなかには、**第一回公判期日前**に限るとする裁判例も下級審などではある。

やはり、被告人の当事者たる地位と並んで重要な観点として、起訴により**公判**と言う場が与えられた以上、真相解明は公判廷で行われるべきであるという公判中心主義からの要請がかかる。このような公判中心主義の見地からは、起訴後である以上、第一回公判期日の後であるかまえであるかで区別することはないように思えるが、参考人の**証人尋問**の請求や被告人・弁護人からの**証拠保全**の請求は、起訴後第一回公判期日前までしか許されないのである。これに照らすと、法が真相解明を公判廷での証拠調べ手続きにゆだねることを予定しているのは、あくまで第一回公判期日「後」であり、被告人の取調べも、その前後で許容性が異なると言う理解をすることもできるだろう。

ただ、これも考えてみると、**証人尋問や証拠保全は強制処分による証拠収集をしようとするものであるから、第一回公判期日前に限られるとしても、そこからただちに任意処分まで同じ扱いを受けるいわれはない**とも思える。

実際、185 事件の事案のように、被告人が自ら取調べを求めたような場合に、第一回公判期日後であるからダメというのもなんか変な話である。ただまあ、公判中心主義からは、第一回公判後の取調べは、公判廷での被告人質問が待てないようなやむを得ない事情がある場合で、公判の意味を損なわないような場合に限られることにはなると思う。

3 参考人の取調べ

(1) 参考人の取調べ

刑訴法 223 条は、被疑者以外の取調べを規定する。この被疑者以外の奴らを、**参考人**と言う。そしてこの参考人の取調べについては、被疑者に対してのその規定が多く準用される。たとえば、出頭・滞留の自由はとうぜん認められる。そして供述が得られた場合には調書を作成することができる。しかし、被疑者の取調べとの違いもある。

①供述拒否権の告知はいらない。

223 条 2 項の準用が、198 条 2 項を除くことの効果である。

②出頭又は供述を拒んだ場合、参考人の場合は裁判官に対して証人尋問の請求が許されることがある。

227 条などに規定がある。

参考人については、一定の要件のもと裁判官に対して証人尋問ができる。請求権者は**検察官**に限られ、出来るのも**第一回公判期日前**に限る。これが可能なのは、226 条所定の場合(犯罪捜査に欠くことの出来ない知識を有すると明らかに認められないものが出頭供述を拒む場合)、227 条の場合(任意の供述をしたものが、公判期日において違うことを言う可能性が認められ、且つこいつの発言が証明に必要な場合)である。証人尋問については、捜査機関によるものと異なり証人尋問の規定が適用されるので、**出頭義務**や**宣誓義務**、**証言義務**がある。ここでの偽証は処罰される。

【参照】刑事訴訟法第 226 条

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、第二百二十三条第一項の規定による取調べに対して、出頭又は供述を拒んだ場合には、第一回の公判期日前に限り、検察官は、裁判官にその者の証人尋問を請求することができる

【参照】刑事訴訟法第 227 条

1 第二百二十三条第一項の規定による検察官、検察事務官又は司法警察職員の取調べに際して任意の供述をした者が、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、かつ、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には、第一回の公判期日前に限り、検察官は、裁判官にその者の証人尋問を請求することができる

2 前項の請求をするには、検察官は、証人尋問を必要とする理由及びそれが犯罪の証明に欠くことができないものであることを疎明しなければならない。

※立会について

検察官には証人尋問の際の立会権が認められるが、被疑者・弁護人については裁判官が捜査の支障を生ずる虞がないと認めるときに、あくまで裁判官の裁量での立会が認められると言うだけになる。

1 総説

自白を偏重した捜査は、対象者の権利侵害を起こしやすく、誤判を起こす可能性も高い。そのために、人的な証拠よりも**物的な証拠**のほうが重視されることもあり、物証収集を前におく構成の教科書もある。

ただし、物的証拠は個人の権利利益を侵害しない場合や強制にあたらなるときは任意にできるとしても、基本的にそうでないときには**強制処分**を必要とすることもあるのはその通りである。刑事訴訟法は捜査における物的証拠の収集・保全と強制処分のために、いくつか規定を置いているが、大きく分けて二つにわかれる。

①捜査機関を主体とするもの

【物の占有を預かるためのもの】

以下に示すものを総称して、**搜索・押収**という。

搜索…証拠物等の占有取得の前提として、人の身体や住居等につき伴う、探索行為のこと。

領置…被疑者等が遺留したものや、所有者等が任意に提出したものの占有を取得し、それを保持する処分

差押え…一定のものの保全のため、そのものに対する所有者、所持者、保管者の占有を**強制的に排除して占有を取得し、それを保持する**処分。領置とは目的物が違うほか、領置と違い目的物の占有はく奪を強制する。

※とはいえ、領置の場合でもいったん預かった者は強制的に預かり続けることができる。領置は令状がいらないので任意処分とされることもあるが、学説としては預かり続けて返さない以上は強制だと言う感じ。

記録命令付き差押え…必要な電磁的記録を記録媒体等に記録させ、それを提出させる処分。

※押収は領置・差押え・記録命令付き差押えに刑訴上は分けられるということになる。ここで裁判所による「押収」は実は差押え・領置・記録命令付き差押え・提出の4つを含んだ概念であるところ、捜査機関は提出命令を出すことは出来ないため前三者を指して捜査機関の押収という。

【占有は奪わない】

検証…対象物の状態を五感を使って認識する。

※任意処分として行われるものはあくまで、実況見分である。個人の権利に格別の制約を伴わない場合には、この実況見分が広く行われている。

電気通信の傍受…当事者の許可なく電気通信を傍受する。これについては通信傍受法に規定がなされている。

②捜査機関以外を主体とするもの

鑑定受託者による鑑定処分…鑑定の嘱託をすることがあり、一般にそれを受けた専門家を鑑定受託者と呼ぶ。鑑定受託者は225条による168条1項の準用により鑑定に必要な処分を行うことができるとされる。

※225条を介してこれらの規定が捜査の段階に大幅に準用されるので、条文参照の際は注意しよう。

2 搜索・差押え

ここからは、大事な搜索と差押について見ていく。検証や鑑定については特に特筆すべき点が無いので飛ばすが、身体検査に関して若干の問題があるのでまとめて後で扱うことにする。昨今の新しい捜査手法についても、触れていく。

(1) 総説

憲法35条によって、何人もその住居や所持品について侵入及び搜索を受けるとすれば、逮捕による無令状の場合を除き令状によるものとされる。憲法における押収は、**ものの占有の強制的な取得**という意味であり、刑訴法上の搜索・差押えはこれに含まれる。搜索や差押は個人のプライバシーを侵害するので、権利保護の要請に見合うだけの正当な理由が認められる場所、物に対する場合にみに認められる。

憲法は、原則としてその判断を公平な第三者たる**裁判官の審査**に付して、捜査機関による一般探索的、無差別的な搜索押収を禁じようとしたということと思われる。但し例外的に、33条の場合が除かれているので、適法な逮捕が行われる場合には、無令状の搜索差し押えが認められるのである。

この憲法規定は刑訴法上で、以下の二つに具体化されているから。これらを順次見ていくことにする。

①令状による搜索・差押え（刑訴法218条）

②逮捕に伴う無令状の搜索・差押え（刑訴法220条）

(2) 令状による搜索・差押え

a. 要件

条文上の定める要件は、第一次的には「**正当な理由**」（憲法35条）であり、刑訴法では「犯罪の捜査をするについて**必要**があるとき」（刑訴法218条1項）である。

問題は、その中身である。一般には逮捕勾留の場合と同様、理由と必要と言う区分をして述べられるので、それに従って説明していく。

①理由

★**犯罪の嫌疑は、法益侵害性が低いぶん身体拘束の時のそれよりも低くて構わない。**

搜索差し押さえは、犯罪捜査のために行われるものである。したがって、**特定の犯罪の嫌疑が存在している**ということが必要になってくる。令状請求に関する規則 155 の条 1 項 4 号を見ると、令状請求書には罪名及び犯罪事実の要旨の記載が要求され、規則 161 条では資料までつけると言われる。

しかし、これは対象者に対してのものである必要はない。証拠が〇〇くんの部屋にあるっていうときに、〇〇くんが犯人でなくても搜索差し押さえできるのである。

ここで重要なのは**嫌疑の程度**だが、身柄拘束と比べれば侵害法益も小さいので嫌疑もそれよりは低くてよいし、下手に嫌疑を重大にする要件を課すと捜査側が「罪を盛る」可能性も否定できない。よって、身柄拘束よりもまあ低いくらいでいいということになる。

教材 88 事件(昭和 52 年 8 月 30 日：広島地裁)

逮捕状の請求の時に比べて嫌疑が低くていいよと明言。地裁だけだ。

「捜査はきわめて合目的要素が強く、発展的であつ迅速を要することや搜索差押が逮捕と異なり直接身体を拘束するものではなく人権侵害の程度が低いことからすれば、**搜索差押許可状の請求、発付に際して要求される犯罪の嫌疑の程度は、逮捕状の請求、発付に際して要求されるそれに比し、低くて足りる**」

◎目的物

A 差押

とりあえず、差押の目的物は**証拠物及び没収すべき物**（222 条による準用：99 条）ということにされている。まあ関係ないもの持ってかれてもかなわないし。ここでよく教科書に上がるのが、「証拠物存在の蓋然性」だが、それは搜索の要件であって、搜索が差押と同時に行われる場合の要件としては適当であるだけである。本来は搜索と差押は別個に議論されるべきで、差押固有の関係はこうなる。

そして、占有を奪う以上は「物」は**有体物**に限る。債権や「会話」「情報」を差押えることはできない。もちろんそれが何らかの媒体に記録されており、その媒体を差し押さえることは可能である。債権も証書化されている場合に証書を差押えることは可能である。

また、人の身体またはその一部はものではないので差押できない。

ただし、ここで差押の目的物の要件を満たすと、それがすなわち憲法上の「正当な理由」性の充足なのだということになると、郵便物及び電信書類の特例（222 条のより、100 条を準用）が問題となる。

このとき、100 条の規定により、1 項が被疑者が発信人又は受信人である場合について、2 項がそれ以外でも被疑事実に関係すると認めるに足る事情がある場合に、いずれもそれだけで通信事務を行う者から差押ができるとされるのである。

★**搜索の一種と位置づけることで、後の差押を予定した郵便物の開被点検が可能となる。**

郵便物は開被しないと証拠かどうかわからないので、没収すべきものと思料すべきという差押の要件を緩和している規定であるが、問題は、それでいいのか？ということである。とりわけ**要件が緩やかな一項については、正当な理由のないままの没収となって、違憲にはならないだろうか**。事実違憲論も存在する。しかしこの点では、一項の場合も含めて、開被してなかを点検した結果、犯罪と関連性のないことが分かれば直ちに還付しなければならないことを要件とする規定だと解する限り、合憲とするのが一般的な考え方である。

それでなんで合憲なんだよと言う話だが、刑法 100 条の差押を、憲法 34 条の言う押収と位置づけるとき、100 条の要件は明らかに不足している。しかし、押収ではなく、あくまで「**搜索**」と位置付けるとどうだろうか。搜索の要件は、その目的物の存在する蓋然性である。**蓋然性が認められる範囲では、押収目的物であるかどうか点検してみると言うことが認められる。**

証拠物にあたるかどうかの点検のための処分を認めた**搜索の一種**として位置づける限り、証拠物等に当る蓋然性があれば一定の処分が許されるというわけである。しかし同時にそのとき、搜索に必要な範囲でしか処分が出来ないので、要件として「還付」がでてくるわけである。

B 搜索の目的物

人の身体住居又はその他の場所につき、押収すべき物（刑法 102 条 2 項、119 条）を目的として行う。

【参照】刑事訴訟法 102 条

- 1 裁判所は、必要があるときは、被告人の身体、物又は住居その他の場所に就き、搜索することができる
- 2 被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所については、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、搜索をすることができる

まあこの条文からも押収物を探すための措置であることはわかる。よって、特定の犯罪の嫌疑があることのほか、募集すべき目的物存在の蓋然性が要件とされる。

この点で若干問題となるのは、102 条 1 項である。1 項は、文言通り読むと被告の身体・物・住居又はその他の場所を捜索する時のことを定めるが、2 項と違い、とくに蓋然性は要求されていないようにも読める。

これを見ると、被疑者の住居等については、蓋然性を問うことなく捜索を許すようにも見える。しかし、住居等については目的物が存在する蓋然性が一般的に高く、通常は押収すべきものがあると言う**推定**による規定である。

よって、押収目的物が存在する蓋然性がまるでない場合には、やはり捜索が許されないと見るべきであろう。

②必要性

以前は、裁判官による必要性についての判断は消極説も有力であった。

すなわち、捜査の発展性や流動性を鑑みると、①処分の必要性に関しての判断は機敏に対応できる捜査機関に委ねるべきであり、それへの干渉は**捜査の実効性**を妨げる、②逮捕状に関しての 199 条 2 項は 1953 年の改正を受け、その際に裁判官による必要性判断を明記したが、**搜索差押についてはその点の立法上の手だてが加えられなかった**、ということを経由して、裁判官が判断すべきでないというのである。実際、疎明資料だけでは裁判官が必要性の判断をすることは無理だろうと言う実質考慮もある。

しかし、令状発布があくまで裁判官の権限であり、さらには**実質的令状主義**に立つ今日の法解釈の主旨に照らすと、やはり必要性判断は必要であろうと思われるし、そのような見解で今日では一致しているところである。法律としても、現行の 199 条 2 項が、搜索差押についての規定にも趣旨として準用される理解は不可能でない。

必要性と言うのは、一般には犯罪との関連性があればそれによって認められることも多いが、ここにいる必要性はそれだけを意味しない。**捜査上の必要性和対象者が被る不利益との比較考量を経てなお「必要」だと言う意味で、相当性の判断を含んだもの**だと言われている。この利益考量の概念は究極的には、比例原則として憲法 13 条に由来するものである。

※憲法 35 条による「正当な理由」要件の一部と見ることもできるだろう。

ということで、ではどのように必要性は審査されるのかが問題となってくる。

教材 89 事件(国学院大学映研フィルム事件：最高裁)

公務執行妨害の現行犯として、革マル派とつながりのある学生が逮捕された時に「一か月前に公務執行妨害をしたときの映像フィルムが大学の映研にある」という趣旨の供述をしたのでそれを回収しようとしたところ、映研サイドの代表者が差押処分の取り消しを求めて準抗告した。

裁判官には先ほどの問題提起における必要性審査が可能であることを認めた上で、その審査基準・考慮事項についてのべた。すなわち、「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押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」とした。

◎電磁データ

記録媒体を押収しようとしたときや、データが大量に保管されていたり、可視性がないことや、加工が容易であることなどから問題が生じてくる。

①内容確認

被疑事実と関連性がないと差押がそもそもできないわけだが、これを目の前のメモリースティックを見ただけで判別することは難しい。確認のためのプリントアウトや、出力は任意の協力でも、捜査機関のそれでも 222 条 1 項における「必要な処分」として認められるが、それすら無理な場合がある。

判例は、内容確認の間に情報を損壊・消去するなどの高度の危険がある場合には内容確認無く押収してよいとしたが、たとえばデータが大量すぎる場合、特殊なプロテクトがかかっている場合などはどうなのか微妙なところである。

教材 112 事件(オウム真理教越谷アジト搜索事件：最高裁)

情報ぶっこわされる恐れがある時は内容確認しなくても押収していいよという判断がなされた。

②他人のデータ

被疑者と無関係な人のデータが同時に記録されていることは多々ある。このとき、全く押収できないと言うのもあれだが、かといって無制限にしてもカオスなことになり、バランスが大事になる。

教材 114 事件(平成 10 年 2 月 27 日：東京地裁)

とあるサーバでセクシーな画像を公開した被疑者を特定したかったが、アカウント名しかわかっていなかった。そのために、そのサーバコンピュータのある会社の事務所の、顧客管理データの記録されたフロッピーディスクを押収しようとした。

ここで裁判所は、そのアカウントを使っている人以外のデータについて、差押の必要性がないと判断した。会社自体は別に被疑者ではなかったことや、通信事業者が高度のプライバシー保護の要請を通信事業法上も負うことなどから、個人情報保護の必要性が強調される。

フロッピーディスク自体にはただちに関連性・必要性が認められると認定した判断には疑義もなくはないが、まあなんにせよ一人のデータのために他の人のデータを巻き込んでいいかと言われると問題だろう。

※あとは、その「他人」の人数自体も問題だったものと思われる。428 人のデータがあった事案で、結構巻き込まれる奴が多かった。

このような問題に対処するために、立法的な取り組みとして 2011 年に改正がなされたが、これについては後述する。

【参照】

□大澤裕「コンピュータと捜査・差押え・検証」法学教室 244 号

◎取材データ

★判例は結構甘めに、公正迅速な裁判の要請を盾に取材・報道の自由を制約してデータを差押・押収している。

事件の取材とかをしている人間は結構なデータを収集しているので、そいつから差押をしたいというときが、結構ある。しかしながらこのとき、捜査上当該目的物を差し押さえる必要性和比較考量されるべき反対利益として、報道機関の**報道の自由**、その前提となる**取材の自由**が出てくる。これらを害してまでも差押えが許されるのかが問題となる。この点で、法律としては 105 条が医師や歯科医、助産師、看護師、弁護士、弁理士、公証人、宗教の職にあるものに対して押収拒絶を認め、業務上委託を受けたため保管・所持するもので秘密に関連するものは、提出を拒めることを明文化しているのに、それに報道機関が入っていないことがまず指摘できる。

これは**報道機関の外延が不明瞭である**ことに起因するのだろうが、やはり取材の自由を一切認めないと言うのも変であり、この点で調整が試みられなくてはならない。

これについてはいくつかの最高裁判例があるので、確認しておこうと思う。

教材 98 事件(博多駅事件：最高裁)

博多駅での騒乱について、NHK などがビデオをとっていたのでそれを提出させようとしたら、それを報道・取材の自由の侵害だーといって拒否した。

最高裁は一般に報道機関が知る権利に資するものとして、報道の自由や取材の自由を保障されることの重要性を説くが、それは無制限ではなく、**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も受けなくてはならない**と示した。

この判断は日比野さんの大好きな具体的な比較衡量によってなされるべきであるが、これについては「もう放送済み」であったことや(そのために、将来における取材の自由への影響しかない)、刑事訴訟は実体的な真実発見を重視するものであることを理由に提出命令を適法とした。

教材 99 事件(日本テレビ事件：最高裁)

博多駅事件における説明を、裁判所の提出命令だけでなく、検察官の提出命令の事案にも適用できるものとした。**適正迅速な捜査の実現**のために、報道済のテープ提出を認めた。

若干の検討としては、比較衡量されるものが日本テレビ事件では若干変わっている点を指摘したい。

そもそもの博多駅事件での一般論は、諸般の事情の総合考慮を述べ、被制約利益の内容(取材の自由、報道の自由、将来の影響など)や、それに対しての犯罪の軽重、態様や証拠価値、公正な裁判の要請といった反対利益とを比べるように指摘する。そこでは「**公正な裁判**」という実体的な真実発見の要請に裏打ちされた枕詞が使われていたところ、日本テレビ事件ではしれっと「**迅速な裁判**」と言うものにかわっている。

こちらの立場が以後踏襲されるが、実際の所判断をかなり甘い基準におとしめたようにも読める。「公正な裁判」はまだわかるが、それと手続き的な問題である「迅速な裁判」は同格なのかと言われるとかなり微妙だろう。その点で、この比較考量論自体は受け入れられても、このようなものはなお類型的な比較衡量でしかないとして、より個別的な判断を要求する者もいる。

【参照】

□佐藤隆之「判批」ジュリスト 1099 号

b. 令状の発付

捜査差押令状は請求によって発布される。請求権者は 218 条 4 項によって、検察官、検察事務官、司法警察員とされている。司法警察員については、犯罪捜査規範 137 条により、内部的には**指定司法警察員**が請求するとされる。

◎請求の方式

規則 155 条、156 条に規定があり、前条が必要的記載事項を、後条が資料の添付を規定する。裁判官は必要性、正当な理由の判断をして、認めれば令状を発布する。同一機会に行われる捜査差し押さえについては両令状を合して、一通で発してもよいとされる。

◎令状の方式

これについては 219 条が規定する。長くて細かいので省略。勝手に見てろ！ただ裁判官の記名押印がいるのは当然。

c. 場所・物の特定

①ものの特定

憲法 35 条は「格別」の令状を求める。つまり、一般令状としてそれっぽいのを全部持ってきていいよということではなくて、**搜索する場所及びものについての特定の要請がかかる**のである。

憲法は、**個人のプライバシーと捜査の必要性**の調和を図るため、搜索押収はあくまで犯罪に係る特定の場所、特定のものに限って許されるものとしたし、それを裁判官の審査に付して令状に明示することを要求した。

この趣旨から考えると、第一に搜索すべき場所、差し押さえるべきものは、裁判官が要件が認められると判断した場所やものでなければならない。場所や物が余りに抽象的であれば要件の判断は不可能になってしまうから、許されないだろう。裁判官の審査可能性、必要性が認められなくてはならない。第二に、搜索すべき場所、ものは、捜査機関に対して**権限の範囲**と、受忍される**負担の範囲**を明らかにし、捜査機関が裁判所に許可された権限を乱用したりすることがないようにするため、許可された場所、ものを他から識別できるように、具体的特定の記載が望ましいことになる。

◎概括的記載の不可避性

とはいっても、帳簿やメモなど、証拠となるものに独自の外形があるとは言えない場合もある。仮に個別的な特徴があっても、そこまでは判明していないことが多く、どうしても予測に頼らざるを得ない。そのため、厳格な要求には無理がある。ここで過度に厳格な特定を求めると、**目的物の所在や内容を明らかにするために供述証拠の取得を先行させることになりかねず、捜査の在り方をゆがめる**ことにもなる。よって、ある程度は概括的な記載が許されることになるだろう。

問題は、ではどこまで許されるのか？である。結局、差押物が何か、どこにあるかについて裁判官が審査していくことは、予測可能性を担保して、捜査機関の権限を示すことになり、それは搜索の在り方にも関わる。だからこそ、これがどこまでの特定を必要とするかは大きな問題になるのである。

※搜索の態様は、差し押さえ目的物が何かというのでかなり定まってくる点は指摘しておく。指定された範囲内でも、差し押さえ目的物が何かによって、捜査の仕方は変わるからである。例えば覚せい剤の差押さえならば財布の中を見ると言うこともあるだろうが、バズーカを探しているのに財布を見るわけがない。このように、**あるアイテムの存在の蓋然性、判断の指針として特定は働いてくる**。

教材 91 事件(都教組事件)

「会議議事録、闘争日誌、指令、通達類、連絡文書、報告書、メモ」と言う例示のみで、「本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物権」というなかなかクレイジーな特定を認めた。しかも本件が、「地方公務員法違反」である。

これは実際には、どこを搜索したらいいのか、何を差し押さえてよいのかが捜査機関現場の判断にゆだねられると言う結果になるわけだが、**例示**が付加されていることを理由に特定を認めた。

曰く、押収できるものは**例示に準じるものに限定され、そして本件に関連するものにも制限されるから、それによって明示は満たされる**としたのである。まあこれは執行に際してどこを搜索してよいかを限定する効果も持ちうるだろうとは思いますが、なににせよ明示された物自体具体的に示しているのではなく、一定の類型のものを示しているにすぎない。すなわち一定の類型に当たるものが最終的に差し押さえ目的物に当たるかどうかは、本件に関係すると思料されるかどうかであり、それは捜査機関の現場の判断にゆだねられることになるのである。

確かにこれは令状審査を裁判官に行わせ、その結果を令状に記載することにより、差し押さえについて**捜査機関の恣意的判断**を排除しようとした要請に反するようにも見える。しかし他方で、このような記載が捜査機関の現場での判断を入れるがゆえにおよそ許されないとすると、**差し押さえ目的物は、常にその独自の外形の特徴を明示しなければいけない**ことになる。それは現実的でないことは先に述べた。そうすると、やはりこのような記載を排除すると言うことはできない。差し押さえが単独の許可状できちつとなされる場合はちゃんと明示されていることが必要だが、搜索と同時に行われる場合には、事件と関係のあるものと言う形で限定することは搜索の一環として認められると考えられる。

搜索と差し押さえの同時執行を認める以上、**一定の物件の種類の範囲は十分に限定されているし、事件との関連性の判断が捜査機関によっても、それが恣意的ではなく十分合理的に判断される限り、許される**のではないのか。

②罪の特定

しかし合理性確保という点で、問題とすべき点はある。それは、「本件に関係あり」というときの本件の内容である。基本的には被疑事実の**罪名**を記載することになっているが、実務では刑法犯の場合は殺人などの犯罪の通称を記載するものの、特別法の場合には通称はもとより、具体的な罪状を明示せず、～法違反と言った記載しかないことが多い。しかし本件と言われるものの内容が全く不明確であれば、捜査機関による判断の恣意性の排除からは問題なしとしない。学説からは少なくとも本件の内容を具体化すること、すなわち特別法犯の場合には罰条まで記載、刑法犯の場合も含めて、被疑事実の要旨を記載することが必要となる場合があるのではないかとされている。令状請求書に

は記載することにはなっているので、必要に応じて令状にも記載すべきではないか。こうした問題提起から、このような特定のための工夫はその後の実務でも次第になされてきている。

東京高判昭和 47 年 10 月 13 日・判例時報 703 号 108 頁

罪名として「公職選挙法違反」、差押えるべきものとして「本件犯行に係する文書、図画、メモ類等一切」と記載された搜索差押許可状が問題となった。ここで判決は、「『本件に係るを有する』という限定的文言があるとはいっても、被疑事実を記載したものが添付されているわけではないから、右の文言も必ずしも限定的効果のあるものとはいえず、具体的な物件を特定することあるいはその一部を例示することまたはより詳細な説明的限定的文言を付すること等をしていない点において、余りにも概括的」であるとした。

刑訴法で要求される罪名だけでなく、被疑事実の記載を促す一つの例と言えよう。逮捕状の場合には令状そのものの記載事項とされているが、搜索差押許可状の記載事項とはされていない。**搜索差押は捜査の初期の段階に行われるから、記載できるほど被疑事実が固まっていなかったことが多い**からである。しかし令状請求書については被疑事実の要旨を記載することとされているから、それが決定的な理由とは言えないようである。

では違いは何かという話になるが、重要な点は搜索差し押さえというのは**第三者**について行われることもあることである。逮捕はその人のみであり、この点ですなわち関係者の**プライバシー、名誉の保護**の要請が働くものと思われる。同様のことは、差押目的物との関係でも求められることもある(あるものを持っていると言うだけで秘密の暴露になることもあるだろう)が、それについての配慮が必要かどうかは今の点も含めて検討されるべきである。なお、通信傍受令状では目的物の特定が困難なので被疑事実の要旨を記載することになっている。(のちに扱う)

【参考文献】

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 22〔大澤裕〕

③「搜索すべき場所」の特定

通常はこれが予測に依存することは少なく、場所そのものを示す特徴があるので特定の困難はそうない。対象者のプライバシーを保護しようとしたものなので、プライバシーの存在に従い、**住居権、管理権**を根拠に特定をされる。なお、自動車など移動するものや身体が対象になるときは、そもそも空間的位置の表示は無理であるので、その時は氏名などで特定をすることになる。一個の建造物でも管理権が複数ならそれぞれについて令状が必要である。

教材 92 事件(佐賀教祖事件：佐賀地裁)

佐賀県教育会館内の、①佐教祖佐賀市支部事務局が使用している場所、②差押物権が隠匿保管されていると思料される場所と言う二つの記載の特定性が問題となった。前者については、管理権による区別も可能であるところ、後者は教育会館内には複数の団体の事務所があることからしても、管理権を根拠に記載されているとは解しがたいとして、特定を欠いて違法だとした。

教材 95 事件(昭和 50 年 11 月 7 日：東京地裁)

ホテルの客室の搜索についての事案。

ホテル全体を対象とする場合、搜索すべき場所としてホテル名を記載した令状は許されるし、経営者の管理権は客室にも及ぶはずである。しかし、宿泊客のいる客室についてはこれは適当ではないとした。すなわち、宿泊客にはプライバシーがある以上、主たる管理権は客にあるというのである。これは教材の 19 事件が、ホテル管理者の依頼があっても、宿泊客の意思に反して室内に反することは原則として許されないということとも通じる。というわけで、管理権が客にあるとすればホテル甲内という記載では許されないとした。但し、宿泊客からの同意を得ていると認められ、捜査の違法は認められなかった。

d. 搜索・差押えの実行

◎搜索・差押えの手の概観

- ①**令状の提示** (222 条、110 条) 処分を受けるものに令状を呈示しなければならない。
- ②**必要な処分** (222 条、111 条) 錠を外し、封を外すなど必要な処分ができる。
- ③**執行中の出入り禁止** (222 条、112 条) 反した者は退去させたりすることもできる。
- ④**住居主等の立会い** (222 条、114 条) 公務所内で令状を執行するときにはこれが必要になる。できないときは隣人、地方公共団体の職員に頼む。だいたいは消防署の人になる。
- ⑤**被疑者の立会い** (222 条 6 項) 当事者の立ち合いを定める 113 条は捜査段階では準用されていないので、立会権はない。しかし捜査上必要がある時、捜査機関が被疑者を立ち会わせることはできる。
- ⑥**夜間執行の禁止** (222 条、116 条、117 条) 普通は日没後には令状の記載がない限り執行のために邸宅などに入ることはできない。ただ、日没前に執行を始めた場合や、夜間でも公開され出入りのある場所などは除かれる。
- ⑦**執行の中止** と必要な処分 (222 条、118 条) 執行を中止する必要がある時は、執行が再開して終わるまでその場所を閉鎖して、看守者を置くことができる。

個別に問題になりそうなものを逐一見ていくことにする。

◎令状の提示・搜索場所への立入り

★**原則は令状提示を事前に行うべきだが、必要な場合には事後提示でも可能な余地がある。**

教材 102 事件(京都五条警察署マスターキー使用搜索事件)

ホテルの部屋に立ち入る時に、令状はあったのだが、令状を提示して任意にドアを開けさせることをせず、いきなりマスターキーでドアをあけたために文句を言われた。

錠を外す措置は「必要な措置」なので、それ自体が許されない措置とは言えないが、しかしマスターキーであけるとときに令状の提示がなされていないというもの。

一般的に言って、令状を提示することは、**権限の正当性を示して無用な混乱を防ぎ、さらには無権限の行為をしないという手続きの担保までもする**効果がある以上、原則として執行の前に提示を行うべきである。この事前提示の原則は判決でも確認されている。とするとやはり、開錠等の必要な処分も令状の一環として許される以上、その前に提示しなければいけないのではないかという気もする。「必要」というのは刑訴では基本的には**必要最低限度**のものであるし、いきなりあけることは不意を突くことで、**プライバシー**を侵害すると言う意味では問題があろう。

これを貫徹して、令状の事前提示は憲法 35 条の定める令状主義そのものを表していると言う立場に立てば、執行は許されないことになる。

しかしながら、搜索差押えを捜査機関の判断ではなく、あくまで**裁判官**の許可にかからしめることに令状主義の意味があるとすれば、令状呈示を前置させるというのは、**令状により処分を執行できることを前提にして、被処分者の権利利益を守りつつ執行をおこなうための一つの手段にすぎない**とすることができる。こう見ると、令状を呈示したのでは本来の目的を達せられない、と言うのであれば、令状提示を劣後させてもいいことになる。

この判例では、目的物として破棄隠匿が容易な覚せい剤が含まれ、実際にその危険性がある事案であった。令状提示に先立って、破棄隠匿を防ぐ措置をとることが許されてよいと思われる。来意を告げずドアを開けることも、同じく差押えにとって必要であったと言える(はい今出ます～着替えるからまって～といって、覚せい剤を捨ててから出ればいい)。施錠されたドアを開ける方法としては破壊することもあり得なくはないところ、マスターキーを得たので破壊しなかったわけで、この方法も他者を害するものではなく、必要最低限のものとして必要性が認められてよからう。

◎令状提示と欺罔

教材 101 事件(宅急便配達仮装搜索事件：大阪高裁)

もう名前通りです。宅急便だよ～☆嘘だよ～♪警察やッ切符でとんじゃあ！という事案。

立ち入りに欺罔を用いることはできるかが問題なわけだが、必要な処分だとして適法とした。**財産的損害**がなく、穏当な措置として相当性を認めうる余地があるように思う一方、令状執行の方法として相手方に消極的な受任だけでなく、それを超えて積極的な協力を求めることができるかという観点からは問題がある。欺罔により、あくまで**相手の意思に反した作為をさせている**点は、積極的な協力をさせることができないと言う立場からは検討が必要であらう。

◎搜索・差押えの範囲に係る諸問題

①搜索の範囲

記載が不特定だと令状が無効になり、それに基づく搜索は違法となる。令状が有効な場合、いかなる範囲で搜索差し押えが許されるかが問題になる。先ほどの議論に従えば、管理権、住居権を範囲として、特定した記載が必要であるし、その範囲において搜索できる。物理的に区分できる場合にはその一部のみを搜索すべき場所とする令状も発付可能であるし、その場合には同じ管理権の下にある場所でも、記載場所以外の搜索は許されない。

②「場所」に対する令状による「物」の搜索

ある場所に対しての令状があるときに、その場所にあるもの、身体の搜索が許されるかは問題である。

これについての基本的なスタンスは、「**裁判官がある場所の搜索を許可する際には、通常はその場所において管理ないし利用されることが想定されるものについても、当然搜索の対象になることを予定している**」ということである。だから、住居や事務所の場所を記載した令状がある場合には、そこにある机やロッカー等の不動・設備的なものの搜索はできると解されるし、カバンなどの可動物についても、その物が場所と一体として利用に供されるものであると想定される限りにおいては、同じである。

ただ、その場においても**第三者の管理権**に属することが明らかなものについては疑義がある。あくまでこのような諸制度が**プライバシー**の保護を目的としていることを踏まえると、たとえ搜索場所にあったとしても、そこを管理する者のプライバシーとは別のプライバシーに属するものについては、別個の令状によるべきというのが筋であらう。

とはいえ、搜索場所の管理権者にその管理が全くゆだねられている場合は(車に乗ってよいと鍵が預けられているなど)、搜索の必要性が高い割に搜索場所の管理権と独立に保護すべきプライバシーは大きくないとされ、別個の令状によらずに搜索は許されてよい。

対して施錠された車（鍵は持ち主）など、管理が第三者に行われているものについては、差し押さえるべきものが紛れ込むことも少ないし、別個の令状によることが必要であろう。

もう一つの問題として、**搜索場所に居合わせた人の搜索は許されるか**がある。

しかし、場所には通常身体、着衣は含まれないし、場所の管理権が人に及ぶことはないはずである。身体着衣には、独立に保護されるべきプライバシーが存在し、場所に対するものよりも重要性が高い。そうすると搜索はできないと言うべきで、**別個の令状**が必要である。その場の管理権者であろうが、居合わせた第三者であろうがこれは同じである。

③ 搜索開始後に「場所」に搬入された「物」の搜索

搜索場所にある物も搜索できるということは今述べたが、ものは動くことがある以上、いつの時点で存在したものが一つ問題になる。この点で、教材 108 事件が参考になる。

教材 108 事件(弘前搜索中宅配便搜索事件：最高裁)

名前通り。搜索してたらやってきた宅配便をボツシュートできるかが問題になった。搜索場所の管理権者である被疑者が、その管理する居室で受領したものである点で、もともと場所にあったものとプライバシーの観点から区別する理由はないように思える。しかし弁護人は、令状提示後に搬入されたモノには令状の効力が及ばないと主張した。

令状は蓋然性審査のもとで発付されるわけだが、その時あくまで「審査をくぐって指示された場所と一体をなすもの」についての搜索が許可されるのだと言う点に着目すると、令状の審査は場所だけでなく時間的にも及んでいるとして、令状提示後のモノには令状の効力が及ばないという弁護人の言い分も理解できる。

しかし、令状には一定の期間がある(原則 7 日)し、その有効期間内のなかでいつ執行するかどうかは、捜査機関の裁量にゆだねられている。原則 7 日の幅があるのだから、**変動しうる令状提示の「時間」を基準にして蓋然性を審査することは、そもそも不可能であるし、していないと見るべきである。**

結局、有効期間中に搜索場所に差押目的物が存在する蓋然性を審査し、有効期間内の任意の執行時における搜索場所とそこに存在する者について搜索を許可したものだと言わざるを得ない。

もとより令状は、一回の処分を許したものであるから、有効期間内であっても、一回処分をおこなってそれが終了した後は、再度の処分を行うことは許されない。しかし、処分が終了する、それによってプライバシーが回復するまでは、事態の変動に対応した処分を行うことが禁じられるべき理由はないように思える。

令状提示と言うのは、前回見た判例でも説明されたが、被処分者に**裁判の内容**を知らせる機会を与え、**手続きの明確性**と**公正さ**を担保し、裁判に対する**不服申し立ての機会**を与えるという趣旨を持つ。これに照らした場合にも、令状提示後に生じた事態への対応を許さないものではないと解される。

④ 「場所」に対する令状による人の「身体」の搜索

教材 107 事件(大阪ボストンバッグ搜索事件：最高裁)

室内に対しての搜索差押令状によって、その室内にいた者が手に持っていたバッグをも搜索することの可否が争われた。

もちろん、任意にバッグが提出されたというわけではない。

この判例は、このような搜索を適法だと判断したが、理由については必ずしも明らかにされていない。一つの理解は、このバッグがもともと搜索場所にあった(**搜索対象の「場所」に包摂されていた**)から許されたのだという理解である。ここからは、対象となった人物が場所の管理権者であるかどうかは重要性を有しない。人の身体には特別なプライバシーが認められるとすれば、この判例を正当化するには以上のような見方が必要だと思われる。もう一つの見方は、**管理権者が所持するバッグだから許された**のだと言う見方である。こうすると、「搜索場所の居住者である X が所有していた」と言うのが重要である。このとき、場所への令状から身体への搜索を認めていることになり、身体に特別なプライバシーが認められないと言う割り切った考え方に立っていることになる。

教材 109 事件(平成 6 年 5 月 11 日：東京高裁)

身体への搜索が可能となる条件について、「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押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」と述べた。

搜索対象の「場所」に包摂されると言う理解ができないときであっても、搜索差押に「必要な処分」としての身体への搜索の可能性は残されている。しかし、そのような身体への搜索が可能となる条件として上記判例で裁判所が提示するのは、このように搜索時における**目的物所持の疑い**とされている。この判例の理解に対しては、事案の関係では搜索の開始とは無関係に所持していたものであっても搜索対象になりかねず、批判もある。

【参考文献】

◎川出敏裕「搜索の範囲 (1)」百選 (第 7 版)

□井上正仁「場所に対する搜索令状と人の身体・所持品の搜索」松尾古稀 (下)

◎差押えの範囲

★記載されている類型との一致、そして事件との関連性の両者が要求されるべきだが、判例はそのどちらか片方が充足されているだけでも適法としている。

令状には、差押える範囲とものと特定して記載する必要がある。そして令状が有効に発布されれば、記載された差押えるべきものにあてはまるもののみが差押え可能とされる。この点では教材の111事件が参考になる。

教材 111 事件(昭和42年6月8日：最高裁)

賭博の捜査について、「差押えるべき物、本件に関係ありと思料される帳簿、メモ、書類等」という令状で、その場にあった麻雀牌や計算棒まで差押えたが、これまで差押してよいかどうか問題となった。最高裁は「オッケー」と判断。

「等」という記載があったのは確かだが、これになんでも含まれると解されるならば、特定と言う要請は満たされないことになるだろう。したがって、この「等」という表記は、**先行する例示に準じるもののみを含むとして限定的に解される必要がある**。とすると、令状によって差押が許される範囲と言うのは、帳簿、書類、メモという令状の記載に限定されたものになるはずである。

この111事件の事案では、麻雀牌などは、被疑事実である賭博事件に明らかに関連性をもつ物であり、差押える必要性は大きかっただろう。しかし、令状の効力は、令状に記載された差押え目的物にしか及ばない。すると、麻雀牌や計算棒と言うのは、例示に準じる目的物として処理することは、できないのではないかと思われる。

この点で判断にはいささか緩やかに失した感が否めない。

教材 110 事件(昭和51年11月18日：最高裁)

県会議員に拳銃を突きつけ現金を脅し取った恐喝事件において、差押えるべきものとして、暴力団を表彰する状、メモ、バッジ等と書いてある令状のもとで、連合名入りの腕章や法被、賭博の計算書類200枚弱を差押えた。

問題となった賭博の計算書類の差押について、適法と判断された。

本件で差押えられたメモは、暴力団を表彰するものというような令状記載の類型には合致する。しかし、被疑事実は**恐喝事件**であるから、それとの関係性はかなり薄いと言わざるを得ない。

111事件では、類型には該当するかに問題が、110事件では被疑事件との関連性に問題があるといえる。判例は上記のような立場をとるものの、やはり、**類型性と関連性の両方が充足される必要がある**と思われる。

※とはいうものの、110事件に関しては、やはり暴力団が関わっていた、というのが恐喝事件の捜査に関しても重大な意味をもつのであるから、賭博(つまり、暴力団と関係している)のメモにも一定の事件との関係性を認めてよいのではないかと、とは思われる。

◎電磁的記録媒体の差押え

これは近年出てきた問題である。

電磁的記録媒体は、媒体自体ではなく、そこに記録されたデータに証拠価値があるのが通常であるが、そのままでは**可視性が無く、関連性の判断ができないことが多い**。もちろんラベル等の外観から関連性があるかわかることもあるが、そうでないことも多い。

協力が得られる場合には、その協力の下に、記録媒体の内容を記録媒体等に表示することで確認をし、関連性の認められる媒体を選別するのが通常だが、相手方が被疑者自身である場合など、相手方の協力が得られないときには、その場で関連性ある内容を記録しているものか選別することが技術的に困難であったり、膨大な時間を要するなど、適当とは言えない場合も少なくない。さらには、電磁的記録は破壊が容易であるが、場合によっては相手方からの妨害を受けるおそれもある。とすると、その場で選別できないようなときにどうするかという問題が生じるのである。このことは先ほども確認したが、結局のところそのまま持っていけるかと言われると無理なケースがあったりするので、そのときどうするか、これについての立法上の対処がなされようとしている。

◎記録媒体の差押えの執行方法

①用紙や記録媒体に複写して差押える

この場合、令状の差押え目的物としてサーバコンピュータだけでなく、必要なデータをプリントアウトしたものなどを含んでいれば、これに被処分者の用紙や記録媒体などを用いる限り問題はないと言える。

しかし、捜査機関が持参した捜査機関の用紙や記録媒体を用いる場合には、被処分者の協力による場合も、捜査機関が自ら行う場合も、その用紙や記録媒体に複写を作ったとしても、それがもともと捜査機関の用紙だとすると、**占有が移転する有体物がないことになるから、差押そのものとは言い難い**。むしろ処分といえば**検証**に近いことになり、そのような処分を、搜索差押許可状でなしうるかについては問題が残されていた。また、被処分者の協力が得られないと言う場合に、捜査機関が自ら被処分者の用紙や記録媒体を用いてプリントアウトやコピーを作成して押収することも考えられるが、これについては占有は移転するから差押にはあたるものの、プリントアウトやコピーを捜査機関が作成してよい根拠が明らかでなく、それを行いうるかについては疑問も少なくはなかった。なんか、それについて根拠なくできるといいはる本が多かったらしい。

この問題については、2011 年刑訴法改正によって、いくつかの立法上の措置が施された。

【参照】刑事訴訟法第 110 条の 2

差し押さえるべき物が電磁的記録に係る記録媒体であるときは、差押状の執行をする者は、その差押えに代えて次に掲げる処分をすることができる。公判廷で差押えをする場合も、同様である

一 差し押さえるべき記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写し、印刷し、又は移転した上、当該他の記録媒体を差し押さえること

二 差押えを受ける者に差し押さえるべき記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写させ、印刷させ、又は移転させた上、当該他の記録媒体を差し押さえること

他の記録媒体に複製したり、印刷したり、移転したりすることをして、当該他の記録媒体の差押をすることを明文で許した。先ほど言ったように、捜査機関が持参した記録媒体や用紙を用いた場合には理論的には検証である。検証なのだが、110 条の 2 は、複写印刷移転先の記録媒体や用紙については被処分者のものとか捜査機関のものとか言っていないので、どちらも合わせて**差押代替処分**として処理してよいこととなった。

②記録命令付差押

事件によっては、プロバイダと契約を結んだ利用者の情報が知りたいということがある。このとき、そもそもプロバイダに照会してもらい、必要なデータの提供を受けることも考えられそうである。

この時、刑訴法 197 条第 2 項により、**捜査関係事項照会**ができるので、利用者の情報を提供してくれよとお願いすることができる。しかし、その相手方は照会事項について回答する義務を負うと理解されているものの、相手方が応じなかったと言う場合に、履行の強制の方法があるわけではない。とくに、相手方が一定の秘密保持義務を負っているような場合、例えば電気通信事業者には通信の秘密保持の義務があるわけだが、**司法審査を経たものではない捜査関係事項紹介にしたがった場合に免責されるか微妙なところで、協力が得られない部分が多かった。**

ここで設定されたのが、**記録命令付差押**である。

【参照】刑事訴訟法第 99 条の 2

裁判所は、必要があるときは、記録命令付差押え（電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえることをいう。以下同じ。）をすることができる

電磁的記録等を保管するものに命じて、それを印刷させたり他のデバイスに保存させたりして、提出させることができるというもので、捜査段階での提出命令を定めたものである。

これは 110 条の 2 と類似している部分もあるが、いくつか違う点がある。

①記録媒体に対する差し押さえ令状による処分が 110 条の 2 のそれであるが、記録命令付差押では**独自の記録命令付き差押令状が作られ、必要なデータさえ特定すれば、記録されている媒体の特定が不要になる**など特別措置が施される。

②被処分者が捜査に協力的な場合でないと 110 条の 2 の話は実際には機能しない(もともとがブツに対する差押だから、必ずしも協力してもらえとは限らない)。

③110 条の 2 では「移転」が可能と言うが、記録命令付差押ではそれができなくなっている。データ提供をしてくれる第三者に対しての規律の側面が強いから、まあ移転までさせてしまう必要はないと思われる。

◎押収拒絶権

有効な令状が発布されている場合でも、処分を受ける者につき、押収を拒絶する権利を認めている場合がある。222 条が準用する 103 条と 104 条の規定により、一定の公務上の秘密につき、押収拒絶権が与えられる。

このとき、監督官庁の承諾がなければ押収できないとされている。ただし、国の重大な利益を脅かす恐れがない限りは承諾しないといけないことになっている。

【参照】刑事訴訟法第 103 条

公務員又は公務員であつた者が保管し、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し立てたときは、当該監督官庁の承諾がなければ、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

【参照】刑事訴訟法第 104 条

左に掲げる者が前条の申立をしたときは、第一号に掲げる者についてはその院、第二号に掲げる者については内閣の承諾がなければ、押収をすることはできない。

一 衆議院若しくは参議院の議員又はその職に在つた者

二 内閣総理大臣その他の国务大臣又はその職に在つた者

もう一つ、一定の職にある者は、業務上の秘密（222 条、105 条）について押収拒絶権がある。ただし本人の承諾がある場合や被告人のためのみにする権利の濫用とされる場合はこの限りでない。

【参照】刑事訴訟法第 105 条

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、宗教の職に在る者又はこれらの職に在つた者は、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

事案の真相の解明のために必要ならば、押収を認めるのが望ましいともいえる。しかし、**刑事訴訟上、社会的利益として真相解明よりも優先されるものはある**。103、104 条では国の重大な利益、105 条では社会生活上不可欠の業務への社会的信頼と言う観点から、刑訴法上一定の制約が加えられることになる。

(3) 令状によらない捜索・差押

a.根拠

【参照】憲法第 35 条

1 何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない

2 捜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する格別の令状により、これを行ふ

憲法第 33 条には、「現行犯として逮捕される場合を除いては」という 35 条と結構似ている文言があるので、35 条がいうところの「33 条の場合」が「現行犯逮捕の場合」と思われそうだが、あくまでこれが指すのは「33 条全体の場合」であるから、**適法な逮捕が行われる場合**の事である。

この規定を受け、刑訴法第 220 条 1 項 2 号によって、被疑者を逮捕する場合において、逮捕の現場で令状によることなく捜索差押ができる旨を定めている。

【参照】刑事訴訟法第 220 条 1 項

検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第百九十九条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要があるときは、左の処分をすることができる。第二百十条の規定により被疑者を逮捕する場合において必要があるときも、同様である

- 一 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の捜索をすること。
- 二 逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること

このような、**令状によらない捜索差押が許されることは何故なのか**が問題となる。

◎学説

この点をいかに理解するかは、令状によらない差押がいついかなる場合に許されるかという実質的な解釈問題を考える上での出発点となる。これについては、大きく二つの考え方がある。

A 令状を得なくてもよい事情に着目する考え方

A-1 相当説(蓋然性説/合理性説)

逮捕が行われる場合には、特定の犯罪の嫌疑があることは明らかであり、**逮捕の現場であることによって、証拠物が存在する蓋然性が高くなるとすれば、通常の捜索差押の要件を充足していると解することができる**。

そうだとすると、令状審査でわざわざ要件充足を確認せずとも、無令状で捜索差押が許される、という考え方。この考え方によれば、逮捕に伴う捜索差押によって許される処分の内容は、令状によるそれのときとおおよそ代わることがないと言う帰結になる。

A-2 緊急処分説

これに対して、第二の考え方は、非逮捕者の抵抗を抑圧し、闘争を防止して逮捕を円滑に行うということを重視して、**証拠隠滅に対抗するために必要だから許される**という考え方もある。

逮捕の反作用として、逃亡や証拠破壊の虞が生じるが、そのためには令状審査をまつことができない、という緊急の必要性を理由にして、無令状でも捜索差押が可能とする。この考え方によると、無令状の捜索差押が許されるのは緊急の必要がある範囲となり、基本的には被疑者の**直接的な支配**が及んでいる領域に限られるということになる。それではいずれの理解が適切かということになるが、これについては前者のように、一般の捜索差押と同じことができてしまうとするのは不適切かと思われる。一般には裁判官の審査の下に、理由と必要性が認められるときのみ、捜索差押が認められるわけである。個別具体的な要件充足を、令状審査は担保する。

これに対して逮捕が行われる場合、捜索差押を正当化するだけの犯罪の嫌疑が存在していることはその通りであるが、証拠物が存在する**蓋然性**と言うのを考えると、それ以外の場所と比べればそれは一般的には蓋然性は高いとしても、

逮捕が行われる場所と言うのは様々に考えられるわけで、第三者の管理する場所で行われる場合もあるから、必ずしもそうだとは言えない。

常に要件が存在していると言いきれないならば、蓋然性説のように無条件な搜索差押の範囲を認めるのは少し疑問であろう。また、搜索差押については「逮捕する場合」という時間的な限定が課されるわけだが、逮捕の現場に証拠物が存在する蓋然性が高いのならば、逮捕後時間が経過してもそれは変わらないこととの整合性が問題となる。

B 付随処分説

もっとも、逮捕が行われる場合に令状審査の必要性が失われる場合として、さらに次のような考え方もありうる。というのも、**逮捕という重大な権利利益の制約が許される以上、これよりも被疑者の権利を侵害することの少ない搜索差押も、付随する処分として捜査に必要な範囲で許される**とする考え方である。しかし、逮捕は第三者の管理する場所で行われることもあるわけで、そのようなときに被疑者の身体及び管理する場所に限られない捜査ができるとすれば、大は小を兼ねるというだけでは説明が付きにくいし、「大」と「小」には質的な違いがあるようにも思える。

確かに逮捕に際しては、被疑者以外の第三者が管理する場所を含めて逮捕場所への立ち入り、そこでの被疑者の搜索と言うのが正当化されるから、そうである以上、逮捕と同時に許される被疑者の搜索等と合わせた、付随するものとして搜索差押を認めても、新たな権利侵害は無視しうる程度だともいえる。

しかし、このようなものを含めて考えるとしてもこの場合の立ち入り搜索は、被疑者を逮捕するために必要がある限りで認められるのであり、逮捕に関して被疑者の搜索とは別に、証拠物の搜索差押を許すということになれば、**制約されるプライバシーの範囲程度は、被疑者の逮捕に必要な限度を超えて拡大することになり、これを無視するのは無理がある**のではないと思われる。

このように見ると、蓋然性説や付随処分説をとって、無令状の搜索差押を正当化することには無理があるように思える。むしろ、逮捕にともなう生じる、搜索差押の緊急の必要性のために認められた、やむをえない処分として緊急処分説に立つべきであり、学説ではこれが多数説である。

この点、判例がどのように考えているのかは明らかではないが、捜査の実務は蓋然性説的な広い解釈が行われているようである。

※ただし、このような学説の対立は二者択一というようなものではない。むしろ、**逮捕の現場には、証拠物がある蓋然性が高く、令状審査の必要性がある程度低減していることを前提に、それだけで無令状の搜索差押は説明できるのか、プラスアルファとして緊急処分説的な考え方も必要とするのか**、と言う対立ともとらえられる。以下、実際の解釈問題を見ていく。

b. 時間的限界 「逮捕する場合」

条文で言うと「逮捕する場合において」とあるところの解釈問題である。基本的に逮捕と同時並行的であることを要することになるが、そこにはある程度の幅を認めざるを得ないわけで、問題はその外延である。

115 事件(大阪西成ヘロイン所持事件：最高裁)

麻薬取締官が、ヘロインを譲渡した嫌疑のある X を緊急逮捕すべく自宅へ向かったが、いなかったため逮捕には至らなかった。が、搜索してヘロイン等を差押えた。その終わりごろに X が帰宅したので、緊急逮捕した。

逮捕先行の無令状の搜索差押が、逮捕にともなうものとして正当化されるかが問題となった。最高裁の多数意見は、逮捕する場合に一定の時間的な幅があることを前提に、逮捕との時間的接着を必要とするものの、逮捕との**前後関係**はどうでもいいとして、緊急逮捕のために被疑者宅に赴いて、帰宅次第逮捕する構えで搜索差押を行うことが許されるところとした。

逮捕に伴う無令状の搜索差押が許されるという点につき**緊急処分説**に立つならば、無令状でも構わないのは逮捕の反作用として生じる切迫した状況ゆえであり、これを防止する緊急性が認められるときであるから、現実に行われた逮捕勾留中である、または直後直前であることが必要とされるように思える。

しかしながらこの事案については、あくまで被疑者が不在で、逮捕行為が現実に行われる必要があるような切迫した危険が認められるとは言えない事案だった。

また、**蓋然性説**にたった場合、一般的にいつて、時間的な限界は緊急処分説に比べて広がりといういいが、やはりこの立場に立ったとしても被疑者が現場にすらいなかったこの事案での適法判断は疑義もある。

さらには被疑者の所在と無関係に蓋然性を認めた場合、つまりは「被疑者宅だから」蓋然性が認められるのであり、被疑者宅の搜索を安易に認めることにもなる。付随処分説からも搜索差押に接着しておこなわれることが必要になるわけだが、どの考え方に立っても正当化することは難しい判例と言える。

また本件の場合、被疑者が帰宅しなかったら逮捕できなかったわけで、そのような状況で搜索に着手することを認めると、**偶発の事情で搜索の適否が左右される**ことにもなる。これは横田裁判官少数意見が指摘する所である。

これは大法廷判決だが、学説はほぼ一致して批判的である。

やはり以上の議論からすると、時間的なものとしては、少なくとも被疑者がその場にいる必要があると言うべきである。なお逮捕に伴う無令状の搜索差押は、逮捕「した」という結果に伴い許されるものではなく、逮捕行為にともない許されるものである。したがって、適法な逮捕行為が開始され、それが継続中ならば、結果としてそれができなくとも適法な搜索差押である。

c. 場所的限界「逮捕の現場」

逮捕の現場でないとダメといえる。

緊急処分説に立つとすると、被疑者の逃亡などを防止する緊急の必要性が生じないといけない。そのような必要性が認められる場所的範囲は、被疑者の身体及び手の届く範囲として、**直接の支配**が及ぶ領域と言うことになる。

蓋然性説に立つとすると、通常の令状による搜索の場合と範囲を異にする必要がないから、令状請求すればその発布が得られた場所と言う意味で逮捕が行われた場所と**同一管理権**がある範囲と言うことになる。

その場合にも逮捕に伴う搜索差押に刑法 102 条が準用されるから、必要性あるいは押収すべきものの存在を認めるに足りる状況があるところでないといけない。

捜査実務は蓋然性説に立つから、広く場所的限界を捉える傾向にある。

教材 117 事件(ベトナム帰休兵大麻所持事件：東京高裁)

大麻タバコの所持で現行犯逮捕したが、35 分後、被疑者が他の一名と宿泊していたホテルにいてそこを搜索した。その結果同室者の持ち物にタバコを発見したので、帰ってきた同室者を緊急逮捕した。

現行犯逮捕がホテルの5階待合所だったのに対し、部屋自体は7階にあるのだった。

第一審は、逮捕の現場の要件を欠くとして搜索差押を違法だとしたが、東京高裁は適法性を肯定する判断をした。

ただ、緊急避難説からは、ここで逮捕が完了しているのであれば、7 階の宿泊部屋にまで切迫していた状況があるかと言われると微妙であるし、蓋然性説からしても、5 階と7 階では管理権が異なるわけで、さらには新たな権利侵害となる点で付随処分説からも問題がある。

まあ今回は、被疑者から申し出て部屋に戻り、そのときに「じゃあ部屋も調べるぞ」といってもなお申し出をやめず部屋に戻っているから、**搜索の承諾**があったともみうる事案であった。また共犯者の疑いのある事案であり、その証拠隠滅の危険があったともいえる。

東京高裁の理由付けはあまりはっきりとしないのだが、背景にはこのような特殊事情があると思われる。

※タバコの搜索差押後、一時間 20 分ないし 45 分後に同室者が戻ってきて逮捕されていることを逮捕の適法性の一つの理由に挙げている。これは逮捕に先行して行われた搜索差押の適法性を説明しようとする意図なのかもしれないが、時間の隔たりが 115 事件とは大きく異なるし、教材の 115 事件の場合には、搜索に着手した時点で被疑者の逮捕は可能である場合だった。117 事件では大麻タバコの発見で初めて逮捕が可能になったわけで、115 事件が(批判が多いが)前提となるとしても、なお困難な理由付けであるような気がする。

◎被疑者の身体・所持品の搜索差押

★**必要かつ最小限度の移動については、判例はそれをしてもなお「逮捕の現場」と同視して搜索差押を認める。**

被疑者の逮捕に関しては、被疑者は場所そのものとは異なり移動が可能である一方、その場でただちに調べることが困難であったり、適当でなかったりすることもある。仮に、移動して逮捕が行われた場所を離れたとしても、身体や所持品については証拠の存在の蓋然性からも、罪証隠滅や逃亡などの観点からも、実質的な無令状の捜査が可能となる理由は損なわれない。

そこで、逮捕した場所を離れてもなお、無令状での搜索が許される場合があるのではないかと問題になる。

教材 118 事件(和光大学内ゲバ事件)

内ゲバ事件の際に現行犯逮捕した奴を、警察署まで連行して所持品の差押を行ったところ、その適法性が問題となった事案。最高裁は、被疑者の名誉等を害するとかいった事情があつてその場での搜索差押ができないとき、すぐに最寄りのそれが可能な場所に連れて行って実行しても、適法だと言う一般論を示した。

こうした理由付けの元、逮捕の現場における身体の搜索と同視して処理した。

逮捕というのは人の身体に対しての直接の拘束行為の時点で終わりではなく、身柄確保のための一連の行為を指すのだという理解(A 説)もあり、移動後も広く逮捕にともなう無令状の搜索差押を被疑者の所持品や身体につき認めるものもある。他方それとは違い、非逮捕者の身体は、それ自体が**逮捕の現場**とみて、場所を移動してもなお逮捕の現場であるとして、移動後の搜索差押を認める考え(B 説)もある。

最高裁は上記二者のような解釈はとらず、連行後の処分をその場で直ちに搜索差押をすることが適当でないことから、実施に適する最寄りの場所で行われる処分を逮捕時のそれと同視できるとしたのである。

これは、同じようなことが問題となったそれまでのいくつかの下級審の裁判例と結論において一致する立場である。

教材 119 事件(昭和 49 年 11 月 5 日 : 大阪高裁)

安保反対運動として火炎瓶とか持って公園でヒッツハーしてたやつを、1キロくらい離れた警察署に連れて行って、被疑者から爆竹を差押した。この事件では裁判所は、一方で公園はカオスな状態であり、被疑者が奪還されるおそれなどからその場で搜索差押ができなかったことを認めるが、かといって少し歩かせたところで十分喧騒から離れた状況が確保できており、そこからさらに警察署に連れて行ったとしても、それは逮捕の現場における搜索差押とは同視できないとした。

『逮捕の現場』における搜索、差押えと同視することができるかを、判断している点で上の議論と同じである。

◎「同視する」

ここで判例が「最寄りの場所」を「逮捕の現場」だとは言い切らず、あくまで「同視」としたのは何故か考えてみたい。まず、「最寄りの場所」を逮捕の現場とする(B説)ことの不都合については、逮捕の現場であるならば、その場所の搜索が可能となってしまう点があげられる。

そして、逮捕自体の概念を拡張して引致されて身柄の確保がなされるまでを「逮捕」とする(A説)と、逮捕した場所での搜索差押にはとくに支障がない場合でも、引致先での搜索差押が適法とされかねない。

ただし、だからといって「最寄りの場所」は「逮捕の現場」でないとすると、逮捕の現場以外での搜索差押が許容されるという意味で、**強制処分法定主義**に反するのではないかと言う問題が生じる。

それはそうなのだが、令状による搜索差押の場合であっても、公道上などの場合には付近の適当な場所まで引致してその執行を行うことは許容されているわけで、およそ**搜索差押という強制処分の性質からして、処分を有効足らしめるために必要な範囲では、一定の実力行使が認められている**ということができる。

その観点からは、やはり、最寄りの場所は「現場」ではなく、あくまで「同視」出来る者として処理した判例の立場には、合理性があると言える。

【参考文献】

◎大澤裕「時の判例」法学教室 192 号

◎川出敏裕「逮捕に伴う差押え・搜索・検証」法学教室 197 号

d. 差し押さえるべき物

逮捕の理由となった被疑事実との関連性がないものを発見すべく搜索を行うことは許されないとみるべきである。

蓋然性説からは、被疑事実に関係するものが存在する蓋然性ゆえに逮捕に伴う無令状の搜索差押が認められるのだからこれは当然のことと言えるが、他方で**緊急処分説**に立っても、逮捕に伴う逃亡・証拠隠滅などの切迫した危険は、まさにその被疑事実との関係で生じるものであるのだから、等しく妥当するといえる。

※もちろん、被疑事実と関係するが、同時に別罪の証拠にもなる、という場合には差押えが否定されない。

たまたま別罪にのみ関係するものが発見されたとしても、その差押はできず、任意提出だとか、別罪の現行犯逮捕を行い、それに伴う処分として差押えるかなどしなくてはならないとされる。

これとは別に、逮捕自体の確保のための、凶器や逃走道具の搜索差押は、処分を有効足らしめるための最小限度の措置として認められる(銃をこちらによこせ!とか)。

3 身体からの探証

(1) 身体を検査する強制処分

令状にもとづいた人の身体の検査方法については、法文上三つの方法が予定されている。すなわち、以下である。条文などは下にまとめたものを見るのが手っ取り早いので、説明文中には載せていないものもある。

① 身体の搜索

搜索の一種として、人の身体において差押の対象物を発見すべく、探索行為が行われる。搜索令状が必要である。

② 検証としての身体検査

身体検査については特別の令状が必要であり、身体検査令状というものによる必要がある。下の表に記載するように、令状請求においては理由と対象者の性別・健康状態を示す必要があり、裁判官は令状に意思立会いなどの条件を付することが可能である。実施に当たっては対象者の性別や健康状態を考慮した上で、方法に注意して名誉を害さないようにしなくてはならない。女子の身体検査には医師または成年女子を立ち合わせる必要がある(131条)。

③ 鑑定処分としての身体検査

鑑定受託者は、裁判官の許可をうけ、鑑定に必要な処分をすることができる。このとき、その一環として身体検査も可能であるとされている。ここでは当然ながら女子への配慮などは検証と同じようにかかるが、あくまで専門家としての行為なので、身体内の検査までも広く行うことができる。ただし、直接強制はできないとするのが通説である。次ページに表にしてみたので、確認しておくように。

	令 状	手続的配慮	主 体	直接強制
身体 の 搜索	搜索令状	・ 女子：115 条準用	捜査機関	可
検証 としての 身体検査	身体検査令状	・ 特別の令状：218 条 1 項後段 ・ 令状請求：218 条 5 項 ・ 令状の条件：218 条 6 項 ・ 注意事項：131 条準用	捜査機関	可 * 222 条(139 条準用)
鑑定処分 としての 身体検査	鑑定処分許可 状	・ 168 条準用 →令状の条件 ・ 注意事項：131 条	鑑定受託者	不可 * 225 条 (168 条 6 項 →139 条の準用なし) * 225 条(172 条の準用 なし)

※131 条…名誉をキズつけたらダメ、女子への配慮

139 条…身体検査における直接強制

172 条…裁判所の鑑定における直接強制

(2) 三者の関係

◎学説

①においては、**着衣のまま**行うことのできる程度の搜索に限られるが、②では着衣を脱がせて**裸にして行う態様**までは許されると言われる。③においては**体内に及ぶ行為**までもゆるされるとされている。

身体の搜索は、今まで確認してきたように、**捜査機関が証拠物等の発見を目的として行う**ものであるが、検証や鑑定処分の場合、そうではなく**身体自体の情報を得る**ものである。

搜索・検証においては捜査機関が行うものであるために、**直接強制**が認められている(139 条の準用)。対して、鑑定処分はあくまで専門家の力を借りる、というもので(それゆえ、高い信頼性、安全性が保たれることなどから体内の検査も許されることになる)、捜査段階では直接強制ができない(139 条の準用なし)。

※裁判所の鑑定命令による鑑定のための身体検査については、裁判官による直接強制は可能である(172 条)。

ただし、このような区分に厳密にこだわると、整合的に把握できない事態が出てくる。

例えば、隠匿された薬物を発見するために、胃の内容物を検査することを考える。

このとき、一般的には、検証ないし鑑定処分としてそれが可能だとするが、**ここで行われているのは、身体検査ではなく、目的物の押収であり、その意味では①の差押の手続きを踏むべきではないか**、ということもできる。しかしながら、①は着衣のままの程度の搜索しかできないのでは…？というわけで、こんがらがる。

この点、刑事訴訟法 218 条 1 項後段の、「身体検査は、身体検査令状によらなければならない」という文言を、搜索でも検証でも、その処分が身体に影響を及ぼす限りは身体検査令状によるものと理解し、さらに鑑定についても、より広く専門家の知識や技術を利用する手段全般を指すと解し、カテゴリをもっと広くとらえる学説もある。

このような事態の典型例が、**採尿**の事例であり、これについては後述する。

教材 126 事件(江南警察署採尿事件：最高裁)

採尿についての判例。後述。

F 新しい捜査手法とその限界

1 体液の採取

(1) 採尿

a. 問題の所在

捜査手段としての尿採取は、覚せい剤自己使用罪の取締りにおいて体内の薬物成分を検査するために行われる。なかでも覚せい剤の自己使用罪については、使用者の体内にある覚せい剤成分の検出は、使用罪の立証において不可欠の鍵となることがしばしばある。これにつき、基本的に任意提出されたものを利用することには問題がない。それは領置として 221 条が認めるところである。ところが、現在の実務においてはそれを拒む被疑者に対して、カテーテル

を用いた**尿の強制採取**が行われることがある。これについては、確かにまあうまい人がやれば、身体的苦痛・身体の安全の観点からはほとんど問題がないと言える。しかし、人の下腹部を露出させ、局部に器具を挿入して行われるのだから、**対象者に屈辱感を与え、人格を侵害する側面があることは否定できない**。そこで、そのような方法を用いた強制採尿が犯罪捜査上許されるのかが問題となったのである。これが許されるかをめぐっては、当初は学説はもとより下級審の結論も分かれていた。

b. 最高裁決定

実務上は最高裁決定により解決した。

①そもそもこういうことを強制することが犯罪捜査のための手段として使えると言えるのか

★**犯罪捜査のための手段としては許されるが、最終手段でありむやみに使えるものではない。**

教材 126 事件(江南検察署採尿事件：最高裁)

この点で最高裁は、捜査手続き上の強制処分として絶対許されないとする理由はない、といった。そして、被疑事実の重大性や証拠の重要性、代替手段の有無などから真にやむを得ないと認められるときに、最終手段として許されるものとしたのだった。

しかしながら学説には批判もある。最高裁による正当化の理由は、大きく二つである。

A **ある程度の肉体的不快感抵抗感を与えるが、習熟した技能者によって行われる限りは格別の身体上健康上の被害はないし、あっても軽微なものに留まる**

B **被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、検証としての身体検査においても同程度のものがありうる**

身体の安全の観点からの指摘は一般に認められることといっていよう。しかし、人格の尊厳に関する指摘には疑問も呈されている。

ここで最高裁が言う趣旨は、検証としての身体検査でひんむいて下腹部を検査することもできるのだから、その屈辱感についてはそれを理由におよそ許されない処分だと言う程度のものではないということである。

しかし、強制採尿の場合、単に下腹部の露出にとどまらず、さらに器具の挿入のもと排尿と言う基本的生命現象を人為的に操作されているわけである。それによる屈辱感等の精神的打撃は、検証の場合と比べてはるかに大きいとも言えるのではなからうか。このように侵害を重く見る立場からは、強制採尿は捜査上可能な処分の範囲を超えているのではないとも言われる。

とはいえ判例では決着がついているので、それを踏まえて許容性を認めるとしても、制約される利益が基本的かつ重要なものであるだけに、それに見合うだけの**高度の犯罪捜査上の必要**があるときでないと許されないというべきである。このことは最高裁も「**最終的手段**」という非常に慎重な表現を用いていることに注意すべきである。実務においてもまずは任意提出を十分に説得し、それに応じないと言う場合がある場合に、その点を疎明して令状請求がなされる運用になっている。

②強制採尿について、捜査手段として許される範囲内だとしても、身体内部に侵入し作用を加える直接強制が、現行法に定められた強制処分としてできるのか、できるならいずれの処分としてか

すなわち刑事訴訟法上の強制処分としての法形式が気になる。

◎従来の見解

★**身体検査令状と鑑定処分許可状を併用するのがかつての実務のやりかただった。**

A 身体検査令状説

身体検査令状による検査としてあつかう。身体を外部から検査することが限度じゃないか？という批判がある。専門的技術的な処分につき、法律上捜査機関が主体となる法律構成となり不自然と言う人も。

B 鑑定処分許可状説

専門家が行うことと、最終的に鑑定されることを踏まえると、処分に適合的にも見える。が、これだと直接強制ができないのではないかと言う問題がある。

C 併用説

というわけで、併用してみた。かつての実務の大勢はこれであった。鑑定処分許可状で目的を達しえないときは身体検査令状で直接強制し、これに鑑定受諾者を立ち合わせればいいとする。

しかしながら、ここで鑑定処分許可状の存在理由は、身体検査令状ではできることを超えているからである。その鑑定で出来ないことを、身体検査令状によって可能にすることができると言うのは意味不明である。**個々では出来ないことが合体技で出来る論理性は乏しい**。ドラゴンボールで言うとかボタラか何かかということになる。

このため、およそ現行法の強制処分としてはできず、新たな立法が必要と言う見解も見られた。

◎最高裁

★**最高裁は搜索差押令状で強制採尿を認めるが、令状には医師条件を付ける必要がある。**

教材 126 事件では、搜索差押の性質をもつものとして、**搜索差押令状**（医師条件付き）を必要とする立場に立った。はっきりいって、まったく新たな考え方をとった。その上で、強制採尿は人権侵害に及ぶ恐れがあるから、検証の方法としての身体検査とも同一の性質を持ち、身体検査令状についての旧 218 条 5 項の規定(医師条件付き)が準用される必要があるとしたのである。

※旧 218 条 5 項は、今の 218 条 6 項である。すなわち、裁判官が、身体検査に関して適当と認める条件を付すことができる。

採尿は証拠の収集とその占有取得を目的とするから、搜索差押としてその直接強制が許されると言うのは、ある意味で相当すっきりとした考え方だけである。

しかし、この最高裁決定が出されるまで、採尿が搜索差押であると言う考え方は全く存在しなかった。

理論上次のような問題があったからである。

①**生存している人の身体は、物ではないし、身体から切り離された一部は別として差押の対象とならない。**

体内貯留中の体液が物であるといえないといけなくなってしまう。

②**医師等の専門家によって実施されないといけない処分を、捜査機関を主体とし、必ずしも手続きも厳格ではない搜索差押として行うことが、予定されているのか**

①については、まあ老廃物だし、いずれ排出されるのだから生体とは区別された「物」と解する余地もあり得なくはないように思えるが、②の点はなかなか問題である。この点身体検査令状に条件を付すことができるという旧 218 条を準用し、医師をして**医学的に相当**とされる方法で行われると言う条件を付すことで、問題をクリアできるという。身体検査令状にはそのような条件を付すことはできる。そして身体検査令状に基づく身体検査については、特別の令状が設けられていると言う点でも、請求手続き、執行手続きについて特別な手続きが取られている点においても、処分が人の身体に対する者で、重要な利益を侵害することに備えた配慮がなされていると言える。

しかし搜索差押は、身体検査令状による場合のような特別の配慮をほとんどしていない。それは**搜索差押として人の身体に対して身体検査令状による場合のような処分が加えられることを、法が予定していなかったからではなかろうか**。もしそうだとすれば、人の身体の搜索は許されるとしても、予定されているものはかなり限られているものであり、人の身体内部に侵入するような処分は搜索差押として許されたモノではないと言わなければならないような気がする。

搜索差押であっても条件を付せば身体への侵襲の度合いが強い処分も許されるように最高裁は考えているように見える。旧 218 条の 5 項は確かに人権侵害を縮小するだろうし、他の令状に準用されてもよいように思えるが、しかし搜索差押の令状には条件を付しう旨の規定はない。それは、条件を付してコントロールすることを要するような、人の身体への侵襲度の大きい処分が捜査法上予定されていないことの現れと見ることも可能である。

そのような見方に立てば、身体検査令状に予定された条件を付しうとする理解自体が現行法に適合しないということになる。特別の条件を付し、裁判官が許可すれば身体への侵襲度の高い処分も許されることは、裁判官が直接には現行法に定められていない処分を解釈で作り出すに等しく、**強制処分法定主義**との抵触を免れないと言わざるを得ないだろう。

まあ実務上の結論は出ているし、尿に関する限り搜索すべき場所として被疑者の身体、搜索すべきものとして被疑者の尿として令状を申請し、医師条件を付した搜索差押許可状(俗に**採尿令状**)のもとに採尿は行われるのが実態である。

c. 「採尿令状」による連行

◎問題の所在

強制採尿にはふさわしい環境が必要なので、対象者が在宅被疑者である場合、ただちに採尿することはできず、前提として適した場所への移動が必要となる。ところが被疑者が同行の求めに任意に応じる場合はまだしも、応じない場合にはそのままでは採尿を実施することができなくなってしまう。

そこで、**強制採尿を許した搜索差押令状をもとに、被疑者に意思に反しても採尿場所へ連行することが許されないか**が問題となる。強制採尿が最初に問題となった 126 事件は、逮捕中の被疑者に対しての事案だったのでとくに問題にはならなかった。しかし、自己使用罪については採尿の結果クロと決まってから逮捕するので、より深刻な問題として立ち現われてくる。

下級審には肯定する者が散見されたが、これにつき学説からは強い批判がなされた。搜索差押の許可状で強制が許されるのは、尿を採取する行為についてであり、それと身柄連行では**制約利益**が全く異なるから、採尿令状では許可されないし、執行に必要な処分ともいえないのではないかというのである。

また、採尿令状には医師により医学的に相当な方法で行わせることと言う条件が付されていて、それを満たすためには連行が必要だが、この**条件は「制限」のためのものなのに、これによって処分の幅が広がるのはおかしい**というのである。

もし連行しない限り条件を満たしえないと言うのであれば、そうである以上採尿が認められないと言うのが筋にも見える。結局採尿場所への連行は、採尿令状を用いて許される処分の範囲を超えていて、それを許すなら**実質上の逮捕**にあたる人身上の自由の制約を、裁判官の裁量で許すことになる。

◎最高裁判例

★**令状には採尿が出来る場所への同行まで組み込まれているので連行してよいが、最小限の移動に限る。**

これに決着をつけたのが、平成6年の最高裁判例である。

教材 129 事件(会津若松採尿事件：最高裁)

事案は省略。まあ当然だが連行が可能かが問題となった。判例はここで、事実上任意の移行が不可能であるとき、**最寄り**のところまでなら連れて行って採尿することが許されるし、必要最小限度の**有形力**も使えるとした。理由付けは下の二点である。

①**移行できなかつたらそもそも令状出した意味がない**

②**連行の可否まで裁判官は審査していると思えるべき**

まあここで問われる連行は(適切な)採尿の絶対的な条件だから、任意の同行を拒んだだけで令状の執行が不可能になれば、そもそもの目的を達することができない。そのことを前提に、在宅被疑者に対して令状を出す**裁判官は、被疑者が動向を拒んだ場合の同行の可否を含めて審査しており、その結果発布された令状には同行まで許可されている**と言ひ、これは裁判官の意思を問題とすれば不可能ではない。少なくとも裁判官の審査自体は許される。

この点最高裁はさらに進んで、連行を許可する記載まで可能であるということも言ったから、まあ争いは解消されるようにも見える。しかし問題は、採尿令状を発布する裁判官が許可しているかということだけではないはずである。裁判官の令状審査は、「法律上許された処分権限について、その要件が備わっているか」と言う審査である。**搜索差押の根拠となる法律があろうと、そもそも裁判官が「連行」を審査し、それを許すことができるのかそれ自体が問題**である。連行が法律上許されるかは、なお検討されねばならないのである。

この点に関係して、学説には、129 事件の最高裁決定について、連行が許されるためには、裁判官が連行の可否につき**疎明資料**に基づき具体的に審査することが必要で、そのような許可がある限りで連行が許されるとする見解もある。以下の引用はそのような見解に立つ。

【参照】最判解刑事篇平成6年度〔中谷〕

「被疑者を拘束して採尿場所まで連行することは、拘束の時間や連行の距離によっては、人身の自由に対する重大な侵害ともなりうるものであるから、憲法 33 条の趣旨に照らして、連行の可否について、事前の司法審査、すなわち令状を交付する際における裁判官の事前審査を必要とするものと解される」

ここでは具体的審査があつてはじめて許されることになり、たとえば搜索令状で対象者を最寄りの施設に移送する場合や、いわゆる「必要な処分」が行われるときなど、**付随的な処分**とは別のレベルに連行が位置づけられることになる。つまり、それ自体**別個独立の処分**であることが前提に、裁判官の具体的審査が求められるのである。

しかしこの前提に立てば、裁判官は強制採尿の権限を付与することはできても、連行については権限を与える根拠に欠けることになる(根拠だった「搜索差押」と別個独立のものとして切り離されてしまった!)。すると、今度は**強制処分法定主義**に逸脱するということにもなる。

ただ、126 事件を前提に、別個独立の処分であると言わざるを得ないかについては今少し考える余地もある。この点で、これまでの連行が許されない立場は、**搜索差押に当たるのが尿の採集であり、身柄の拘束とは性質が異なるから包摂されない**という考えを前提としてきたと言える。

しかし、医師以外による強制採尿はおよそありえないのだから、「医師により医学的に相当な方法でなされる採尿」というのが、単に権利利益の侵害を最小とする意味を持つ「手段」と言う意味だけでなく、**強制採尿の内容そのもの**であると見る余地もある。この場合には、「医師により医学的に相当な方法により行われる」ことまでが授權された処分の「内容」になるから、そのための対象者の移行までも処分の内容として包摂することができるのである。

ただし、今の考えに対しては、裁判所が行う身体検査の規定からは問題もある。

身体検査についての規定をみると、出頭確保の措置が 132 条から 135 条に規定されている。ここでは**条文上明確に区別された別々の処分となっているから、採尿の場合にも身体からの採尿とそのための連行はやはり処分として区別すべき**で、身柄に対する処分を採尿のための強制処分に含められないとも見える。

しかし、搜索差押を邪魔する奴を排除するなんて言うことは、搜索差押の範囲内で許されるということに通常は異論を見ないのである。公道上にいるものが身体捜査の対象である場合に、最寄りの搜索に適当な場所に移動させることも、搜索として強制が許された処分の一環として許されることは一般に認められる。

そうだとすると、強制的な最小処分の一環として、人の身柄に対しての処分が一切できないわけではないだろう。そして裁判所が行う身体検査についての規定が、必ずしも今言ったような解釈を妨げるものではないと理解することもできる。すなわち、裁判所は身柄を確保すると言ってもそのための実力をもたない。

そこで、実力を用いて身柄を確保する処分は、勾引として検察官の指揮によって実施されるものとされている。身体検査の場合にも、裁判所が対象者を強制的に出頭させる実力を持っていないので、そのための処分は勾引として別に定めるほかなかったともとれる。そうであるなら、裁判所が行う身体検査についての規定ぶりは、身体検査の強制の中に身柄拘束がおよそ含まれないとする理解だけでない解釈も可能となるだろう。

このような見地からは、教材 129 事件を正当化する余地もあるだろう。

しかし、その場合の連行は意思をして医学的に正当な方法での強制採尿を許す以上当然に許されるものとして、あくまでその限度であるから、具体的な審査が必ずしも必須とはいえないことになってしまう。

【参考文献】

□井上正仁「刑事手続における体液の強制採取」法学協会百周年記念論文集 2 巻

□井上正仁「強制採尿令状による採尿場所への強制連行」香川古稀祝賀

〔いずれも井上正仁『強制捜査と任意捜査』所収〕

□大澤裕＝原田國男「強制採尿と強制採尿令状による採尿場所への連行」法学教室 316 号

(2) 採血

a. 問題の所在

体液の採集のうち、最初から問題となっていたのが、**採血**である。具体的には交通事件で血中のアルコール濃度を測定する時に、問題となっていた。前提として、対象者が任意に承諾した場合は、それは承諾が真摯になされている限り問題ない。しかし、承諾がない場合は、採血は**身体を傷つける点、健康に害を与えるおそれがある点で、重要な権利利益を侵害する可能性のあるものといえ、令状なきままに行われることは許されない**だろう。

教材 132 事件(岩沼町救急病院採血事件：仙台高裁)

意識のない対象者からの無断の血液採取には異議のない承諾を解する余地はないものとして、ゆるされないものとした。なお、黙示の承諾の推定ができるという言い分がなされたが、家宅捜索で任意の承諾がある場合すら令状が必要とする犯罪捜査規範を引き合いに、令状主義の潜脱になるような暗黙の承諾を認めるには、それなりの根拠が必要であるが、それはないとして否定した。

b. 強制採血の可否

◎許容性

★令状による採血は刑訴上の許容性を持つ。

採血は身体に若干の傷を与えるが、その程度は比較的軽微といえる。採取される血液も、通常は少量である。よって**身体的苦痛も安全性も**、問題性は比較的少ないと言える。さらに通常の採血は、いつかの下腹部露出のような**精神的な打撃**を与えるようなものでもない。以上より、医師等の専門家によって医学的に相当な方法で行われる限り、令状による採決は捜査手法として許容性を持つと言える。

◎令状の形式

★鑑定許可状と身体検査令状の併用により実務は動く。

令状の形式については、採尿に関する最高裁決定（教材 126 事件）の存在を前提として、裁量と同じく搜索差押令状によるべきということになるのか、ということが問題となる。

占有物の取得と言う点に注目すると、まあ採血も同じ性質を有するし、搜索差押令状によるべきという理解も可能である。しかしながら、**一般に生きている人の身体、その一部は、差押の対象物とならない**と解されている。この点で採尿が許されたのは、これを体内での**老廃物**として扱う点で問題を解消していたわけで、この点で「血液」という、老廃物ではない、恒常的な人の一部として生命維持に不可欠なものを採取することと同視していいかは微妙である。実際のところ、捜査実務も採血を採尿と区別していて、**鑑定許可状と身体検査令状**との併用説による運用がなされているところである。ようするに併用説によるわけだが、これには採尿の所で見たような「非論理的」だと言う批判(どちらか片方だけではできないことが、二つ合わさったというだけでできるというのはおかしい)がある。

ただ、検証としての身体検査においても、医師等の立ち合いを条件とする時には鑑定処分としての身体検査と同程度のことまでできるのだ、と解すれば、従来されてきた批判は別にあたらない。

そして、裁判所が命じた身体検査を相手方が拒んだという場合、鑑定人は裁判官に身体検査を請求し、裁判官が代替する処分として、鑑定人立会いの下、検証としての身体検査を行うと言う構造になる。

そのことに照らすと、捜査機関が囑託した鑑定受託者の身体検査を相手方が拒んだ場合、捜査機関が鑑定受託者の鑑定処分に代替するものとして、受託者立会いのもとに検証としての身体検査をできるとしても、問題はないようにみえる。

◎体腔内のものについての搜索差押え

★**身体捜査令状は、体腔内の証拠物発見の際に必要なではない**

なお、身体からの採証のところで、体腔内の証拠物の発見、占有確保には処分の性質として証拠物の占有は取得されているのだから搜索差押令状が必要であるところ、伝統的には身体の搜索として許される限度を超えるために、さらに**身体検査令状**を併用する必要があると考えられていた。

しかし、教材 126 事件の考えによれば、処分の性質が証拠物の発見占有取得にある以上、搜索差押許可状で足り、必要に応じて適当と認める条件を付するということになる。なお、今話したような体腔内隠匿物の場合、血液とは異なり、身体の遺物であるから、差押の対象である「物」にあたることは疑いがない。

【参考文献】

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 29〔大澤裕〕

2 科学的証拠収集

(1) 写真撮影

a. 問題の所在

捜査においては証拠保全のために撮影が行われることがある。写真等によって人の容貌が撮影される場合、対象者のプライバシーに制約が生じる。しかし、検証の手段として検証令状の発布を受け、その手続きに従って執行がなされるときには、令状提示されることになり、これが可能なことについては異論の余地はない。検証と言うのは、五感の作用でもものの存在や状態を認識することがらを記録するところまで含むとされているからである。

問題となるのは無令状で承諾なしに行う写真撮影が許されるかどうかである。

★**逮捕に伴う検証における写真撮影と、身体拘束中の被疑者の写真撮影は明文で認められる。**

写真撮影は**検証**の一環として可能なので、逮捕に伴う検証（220 条 1 項 2 号）での撮影は無令状でも許される場合がある。

また、刑訴法の 218 条 3 項は、身体拘束を受けている被疑者の写真撮影は、被疑者を裸にしない限り令状がいらないことが定められている。身柄拘束されている**被疑者の同一性**を確認するための必要性があるし、身柄拘束に付随する限り独自の利益制約は少ないことがこの根拠とされる。

これらの場合以外に、無令状無承諾の写真撮影が許されることがあるだろうかというのが問題である。

b. 最高裁判例

★**憲法 13 条はみだりに要望を撮影されない自由を保障するが、それでも一定の場合には撮影が許される。**

教材 142 事件(京都府学連事件：最高裁)

違法なデモにおいて、巡査がその状況を撮影して記録したところ、移された奴が写真撮影は違法だと主張した。

最高裁は、個人の私生活上の自由として、みだりにその容貌を撮影されない自由を有し、これを肖像権と言うかは別として、**警察官が正当な理由もなく撮影するのは憲法 13 条に反し許されない**とした。ただ、このような自由も犯罪捜査上制限は受けるとし、次のような場合には無令状で承諾なしに写真撮影が許されるとした。

①**現行犯**または準現行犯的状况

②証拠保全の**必要性・緊急性**

③方法の**相当性**

学説は、このような場合に撮影が許されるという結論自体にはおおむね同意する。問題があるのは、その理論構成である。写真撮影の要件・効果をどうとらえるかは、理論構成次第でまた変わってくる。

c. 理論構成

第一の問題は、これが**強制処分**か**任意処分**かである。この点には最高裁は明言していない。

さて、強制処分とは物理的な有形力ないし強制力を行使すること、または人に法的義務を課することとかつては認識されていたものの、近年は対象者の承諾なくその権利利益を侵害する行為を一般に強制処分と言うことが多くなっている。この点、みだりに容貌を撮影されない自由を侵害されていると判例も言っているのだし、これは強制処分なのではないかという感じがする。最高裁も、明言はしないものの撮影を強制処分としてとらえたうえで論じているようにも見える。

しかし、強制処分であるとする、**強制処分法定主義**との関係で、刑訴法上の明文規定がない限り許されないのではないかということになる。この点では、強制処分と写真撮影を解する立場からいくつかの説明がなされる。

なかでも論じておく必要があるのは、田宮裕博士らによってとなえられた「新しい強制処分説」である。

◎考え方1：新しい強制処分説

★強制処分法定主義に例外を設ける説だが、現在あまり支持されない。

田宮裕博士の見解(あとは渥美さんとか)

刑訴法 197 条 1 項ただし書にいう「強制の処分」とは、同条が予定していたつまり現に刑訴法に規定のある逮捕・勾留・搜索・差押・検証等の伝統的な強制処分を指す。**同条が予定していなかった新しい強制処分については、ただし書は適用されない。**しかし、新しい強制処分も、憲法の令状主義の支配は受けるから、その解釈から導かれる要件を満たす必要はあるが、それが実質的に充足されている限り、刑訴法に明示の根拠規定がなくても許される。写真撮影が、立法時予定されていなかった新しい処分とすれば、法律の根拠規定の要求というのはかかってこないことになる。そこで、令状主義の精神に沿ったデュープロセスの要求に従いさえすれば、それが許されるというのである。最高裁の掲げた三つの基準は、この立場からはまさにその**適正手続性の判断枠組み**とすることになる。これは形式的な「法定」よりも、法定されるべき実質を重視する考え方であり、仮に法定されれば、そこに定められたであろう要件を満たす形で行われていればよいという理解である。新たな問題に、刑事立法が十分対応しきれなかったわが国で、人権保障に一定の配慮をしつつ、新たな技術の導入にも積極的に対応しようとする点で実践的な考え方と言える。

しかしこれは解釈論上あるいは実践上、重大な問題を抱える。

①197 条 1 項ただし書きの存在が無意味になる

この但し書きは、強制の処分は刑訴法に根拠規定がある場合でなければできないと言っているものの、強制の処分とは刑訴法に根拠規定があるものばかりであるということになる。この点でマジ空気の条文になる。田宮先生は、刑訴法の規定がある処分は、そこに定められた要件を充足させるべきだという理解をすればいいというが、それって当然のことであって改めて規定することではない。

②「法定」の意味に注意が払われていない

こっちが重大。憲法 31 条は、重要な権利利益の侵害を許すときは、国民がその代表たる国会に意識的明示的に決断させることを要求する。197 条 1 項但し書きは、国民の権利利益を侵害するようなことを国会が制定した法律で定めるべきだと言う憲法 31 条の具体化規定としての側面をもち、法定と言うこと自体が、**民主的正当化**の視点からは重要な意味を有するのである。

③判例による問題解決が志向される

結局法律がなくてもいいことになり、判例を通じて問題が解決されることになる。が、ここ強制処分の妥当性において判例を期待することは適当ではないとも思える。

新たな強制処分の可否は、**基本的な価値判断**を伴うことが多く、他の問題に波及することもある。そしてそれが許される場合、その要件や手続きは明確に示される必要がある。あくまで「個別」事案の解決を目指す判例がこのような点に尽くすのは限界があるのではないかというわけである。

このような批判から、まあ最近では支持されなくなっている。

◎考え方2：逮捕が可能な状況では写真撮影が許容されるとする考え方

★逮捕できそうならもう逮捕したときの規定を準用していいとする、冷静に頭のおかしい理論

もう一つ、刑訴法 220 条が逮捕にともなう無令状検証を許し、218 条 3 項が身柄拘束者の無令状の写真撮影を許していることと対比して、逮捕が可能であるような場合にはこれらの規定に準じて写真撮影が許されて良いとする。この立場からは、基準のうち「現行犯ないし準現行犯」であることが撮影の必須の要件となる。

最高裁の判例は、まさにそのような場合だったから無令状の写真撮影を許可したのだとする。

しかし、218 条の 3 項と言うのは、**現に**身柄拘束がされている場合の規定だし、220 条も逮捕行為に**着手**する時の話である。これらを理由に、逮捕が可能そうな状況なら許されると言いきるには飛躍があるし、各規定の主旨からも離れているように思える。

また確かに、逮捕という大きな不利益を伴う処分が許される状況がある以上、不利益性の小さい写真撮影が許されてもいいという「大は小を兼ねる」という考え方も実質論的にはあるが、それは強制処分法定主義を満足させる法律上の根拠を与えるものではない。

しかも 142 事件では、現行犯ないし準現行犯の状況にある犯人だけではなく、周辺の第三者についても写真撮影を可能としているのである。これについて、逮捕状況に過度に着目した理解は難しい。

◎写真撮影は強制処分か

★写真撮影は、あくまで任意処分と理解すべきで、最高裁が示したのも任意処分としての基準である。

ここまでくると、強制処分としては許容性を否定されているとするのが筋である。というか冷静に、写真撮影をすべて強制処分と位置づけるべきかは検討すべきである。

確かに、住居内とか通常は通常外部から見えないところにいる人を撮影する場合は、対象者は自分の姿や行動を**他人から秘する正当な期待**を持っているわけであるから、これの外部からの秘密裏の撮影は重要な権利利益の侵害を起すものとして強制処分とするほかない。住居の搜索みたいなもん。

だがこれに対して、教材 142 事件のように、**街頭で公然と行動する人を撮影する場合、対象者は自らを他人の目にさらしているというべきである**。したがって、自分の姿や行動を他人の目から秘すると言う意味でのプライバシーの期待はそもそも存在しないというべきである。もちろん、人の行動を単に他人が視覚的に見ると言う場合に比べて、写真に撮影して機械的正確性を以て記録する時、個人の情報が包括的に記録され行動を萎縮させる効果を持つことも事実であり、外を公然と歩く人も、写真撮影まで受忍しているとは言い難い。

その意味で、街頭で行動する人にも写真撮影の利益はなお存在している。しかし、この**写真撮影に対して保護されるべきプライバシーの利益の質・程度については、住居内にあるもののそれに比べ相当程度ランクが落ちる**ことは否定できないと思われる。

最高裁判例はみだりに撮影されない自由を認めたものの、これがあくまでプライバシーの質や程度に相関して限定される利益だとすれば、写真撮影がそれを制約するものとしても、直ちに強制処分として刑訴法上の根拠規定を要求するほどの厳格な扱いをしなければならないというわけではないだろう。教材 1 事件でも権利侵害の重要性の度合いから、**任意処分**としての理解可能性をうたっていたし、写真撮影についても任意処分と理解することが可能に思える。とすると、街頭を公然と行動する人の写真撮影についてはあくまで任意処分として扱い、それでも無限定に許されるわけではないから、制約される権利利益に見合うだけの写真撮影を行う**捜査上の必要性**が要求されると解するのが、もっとも無理のない理解だと思われる。最高裁の示した 3 つの基準は、自らを人目にさらしている人の写真撮影について、任意捜査の相当性がどうすれば認められるのか、それを示したものであると理解される。

◎写真撮影（ビデオ撮影）の許容性

★**自らを他人の目から秘する正当な期待を有するようところで撮影がなされたかどうか許容性の基準となる。**

それではこのような理解に立った時、無令状無承諾の写真撮影の限界はどこになるだろうか。

まず、任意処分として扱うとすれば、対象者が自らを他人の目にさらしているからに他ならない。自らを他人の目から秘することに正当な期待がある場合は、扱いを異にするとしなければならない。

教材 149 事件（昭和 61 年 2 月 14 日：最高裁）

走行中の自動車内を撮影したところ、最高裁は 142 事件の基準に照らして合憲的法と判断した。公道上を走行している車内は、室内と同レベルのプライバシーが期待できる場所とはいえず、142 事件と同様の扱いも許されるだろう。個人的にはスモークとか貼りまくってる車だったりすればまた変わるのかなとか思うが。

教材 147 事件（京都カード強取強盗殺人事件）

パチンコ店内で遊戯中の人物の容貌を、無承諾無令状でビデオ撮影することの適法性が問われた。

室内の撮影ではある物の、重要なのは室内か室外かではなく、人が他人から容貌を観察されることを受忍すべき場所かどうかである。この観点からは、142 事件と同じ扱いも許されるだろう。

教材 144 事件（平成 2 年 10 月 3 日：京都地裁）

ややきわどくなってくる。過激派の抗争事件で負傷し、病院に搬送された二人の人物につき、病院の廊下及び病院の治療室においてその容貌や治療状況を写真撮影した。いずれの写真撮影も適法とした。ここでも病院の廊下や治療室が他人から観察される場所であるかどうか問題となるところ、144 事件は廊下と言うのが一般人立ち入り可能であることから、そこにいる人との関係で秘する期待が認められないと言っている。治療室は誰もが立ち入れる場所ではないが、患者が私的な生活を営む場所でもなく医師の管理権に属する場所である。そうだとすると、医師の許可を得て立ち入った人との関係ではなお他人の目から自分の容貌を見られない期待は薄く、任意処分としての相当性を認めてもよからう。

◎任意捜査としての要件

★**任意捜査と写真撮影を理解する時、京都府学連事件の 3 要件は必ずしも充足しなくてはならないわけではない。判例はとくに現行犯性は厳密に要求せず、過去あるいは差し迫った犯罪捜査に利用することを認める。**

以上のような場合を前提とするとき、教材 142 事件(京都府学連事件)の 3 基準、①(準)現行犯性、②必要性緊急性、③手段相当性を満たさない場合には、任意捜査として認められないことはないのだろうかということが問題となる。具体的には**現行犯性**が欠ける場合である。

教材 143 事件（平成元年 3 月 15 日：東京地裁）

すでに行われた犯罪の犯人特定の為、屋外で被疑者の容貌を撮影した事案において、3つの基準が満たされる場合に必ずしも適法な範囲は限られないとして合法とした。

教材 145 事件（山谷テレビカメラ監視事件：東京高裁）

犯罪の発生が予想される現場に設置されたテレビカメラで、犯罪発生前から継続的に撮影をした事案で、やはり現行犯性を重く見ず「相当程度の蓋然性」が認められる場合にはこのようなビデオ撮影も許されるとした。

教材 147 事件(京都カード強取強盗殺人事件：最高裁)

再掲。判旨において、142 事件をさして、これは現に犯罪が行われ又は行われて間が無いというとき以外は撮影が許されないという趣旨ではないとし、既に行われた事件の犯人の捜査のために行うビデオ撮影を適法判断した。

写真撮影を任意捜査と位置付ければ、結局一般論に従って(教材 1 事件は覚えているだろうか!) **相当性が認められるのは、捜査上の必要性和非侵害利益とのバランスが認められる場合** ということになる。そのとき 142 事件における三つの基準と言うのは、あくまで具体的事案に即してそのような相当性が認められる一つの場合に過ぎないと理解されることになるから、相当性が認められる場合がそれに限られるということとはなくなる。現行犯、準現行犯の状況と言うのは、写真撮影の重要性を基礎づける一つの事情と言えるが、それに匹敵する事情が別に認められる場合には、なお相当性が認められることになるだろう。

※なお、写真撮影の記録が断片的であるのに対して、ビデオ撮影については記録が連続性を有する。しかし、被制約利益が異なるということではない。だから、ビデオ撮影についても、写真撮影についても基本的に同じような判断枠組みで判断していい。

もちろん記録が連続的だから、被侵害利益が量的に増大することになるという点では若干厳しめの判断をすべきということはある。

◎宅配便のエックス線検査

★**宅配便をエックス線検査することは、強制処分である。**

若干話がそれるが、ここくらいしか話すところがないので紹介しておく。

教材 152 事件(大阪宅配便エックス線検査事件：最高裁)

エックス線検査をすると、射影によって内容物の形状や材質をうかがい知ることができ、内容物によっては品目の具体的特定もかなりの精度で可能であるから、これは検証としての性質を有する強制処分であると判断した。実は第一審は本件 X 検査について、荷物を開封した時と比べ格段の差があるとして任意捜査と位置づけたが、そこでは内容物が具体的に特定されることはないだろうという甘い見通しがあった。

荷物にも中身を見られたくないと言うプライバシーが働くのであるから、それで内容をうかがい知ることができるのであれば、強制処分と位置づけた判断は正当といえる。

【参考文献】

◎井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」争点〔第 3 版〕

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 34〔大澤裕〕

(2) 通信傍受

a. 議論の経緯と問題の所在

比較的最近大激論の末に立法がなされたのが、**通信傍受**の制度である。いちおう、秘密裏に電話の通話内容を聴取するなど、通信当事者のいずれの同意も得ることなく通信内容を得ることが通信傍受である。

まず、会話の聴取の事案を見よう。

教材 136 事件(十日町事件：東京高裁)

共産党幹部の所在捜査が行われていたところ、内偵で関係者が間借りしているところを突き詰め、家主に頼んでマイクロフォンを設置してもらい会話内容を得た。

①一つには聴取期の取り付けなどについては家主の承諾を受けていること

②聴取期は居住区の外側に付けられているから、居室内の利用形態には何ら影響がないこと

これ等を理由に会話聴取を適法とした。

住居に対する**物理的侵入**、利用の**物理的阻害**が無いことを理由に適法、しかも強制処分でもない(事実上)したのである。しかし、会話の聴取や通信の傍受によつての侵害利益は、今日では物理的なものに限らないと共通理解を得ている。そんななかで、果たしてこのような形での通信傍受は許されるのか、許されるとしても、どのような規律に服するのが問題となる。さらにこれについては刑訴法 222 条の 2 による、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」(通信傍受法)の適用がなされるようになったという動きもあるので、そのあたりを含め論じていくことにする。

電話検証の実施例

東京高判平成 4・10・15 高刑集 45 巻 3 号 85 頁

b. 論点

◎憲法上、捜査手段として用いることが許されるか

★**通信傍受は、憲法上およそ許されないというような手法ではないが、適正手続の観点から厳しい制約にかかる。**

憲法 13 条に係る**プライバシーの利益**が存在し、通信の秘密に関わる場合には憲法 21 条の**通信の秘密**も制約されている。

とはいえ、**搜索差押は許されており、通信の秘密を制約する処分であっても、通信官署等が保管するものの差押も認められることはある**。これに照らせばただちに憲法上およそ許されない処分であることは言えないように思われる。しかし、通信傍受は刑事手続き上の処分である以上、憲法 31 条の規制を受けるべきであるし、さらに憲法 35 条の主旨が捜査の必要性和個人のプライバシーとのバランスを図る点にあるとすれば、会話と言う無体物にも規制が及ぶと解することが可能であり、したがって通信傍受は**令状主義**に服することになる。

また、仮に憲法 35 条の保障が直接に及ばないとしても、プライバシー保護の実質に着目するとすれば、令状主義と同様の規制は、憲法 31 条の解釈としてやはり受けるべきだと言うことになるだろう。

ところが、通信傍受は伝統的な搜索押収とは異なるものとして存在していて、憲法の要請というものを満たすことができるのかどうかについては疑問もある。

◎通信傍受の捜査手法としての特色

★**将来の通話の確保のために無差別・長期に電話を傍受することは、令状主義に沿わない一般的な探索となる**。

問題となるのは、いわゆる**特定性**の要件を満たせるかどうかである。

通信傍受は、第一に対象となる通話が**将来**に現れるし、将来のいつ現れるかもわからないから一定期間処分が継続される必要がある。

第二に、通話には外形的な特徴が無く、個別の通話を特定することが困難である。ある電番に着電される本件に関係ある通話とかそんな定義しかできない。

そして、無関係な通話が混在することもあるのに、その内容は通話を確認しないと分からないのである。

このような理由から、かかってきた電話をとりあえず全部聞いておかないといけないということになる。このような**無差別・継続性から電話等による通信傍受は一般的な探索としての性格を帯び、憲法の要請を満たしえないのではない**かが問われているのである。

また、これは**令状の事前提示とまったく沿わない**ことである。搜索差押については令状提示が法定されているが、冷静に「これから傍受するよ～」とかいうアホなことがあっていいわけがない。これでは目的は達成できません。

仮に令状の事前提示が、令状主義の要請だとした場合には、通信傍受は令状提示が出来ない点でも憲法 35 条の要請を満たすことがないとなってしまう。

◎検証としての傍受

★**検証令状で通信傍受を行っていたが、検証令状に条件を付す必要があるがそれは難しいことと、処分を争う手段が欠如してしまうことが批判されていた**。

このように議論がある中で、1992 年に立法されたのがいわゆる**通信傍受法**である。この前には麻薬の捜査とかで通信傍受を検証令状でやってたりしたのだが、やはり批判があった。

検証は確かにもっとも通信傍受に近いと言える。対象の存在状態性質を五感の作用で認識するわけで、会話を聞くとするのはまさにそれっぽい。

※搜索差押は無形のものには使えないのでアウト。

しかし、通常の場合の通話傍受は、**関連性ある通話を「選別」するための傍受も含む**。これが現行法上の検証として許されるかには問題もあったわけである。

また、通話傍受を検証として行った事案では、無関係通話が無制限に聴取されることに歯止めをかけるため、令状に条件が付されており、それを適法と認めた下級審の裁判例も、令状に一定の条件がふされていたことを考慮に入れた適法性を認めた。

しかし、現行法では**通常の検証令状に条件を付しうる規定はない**。この点は条件を付さなければ許せないような処分は、そもそも立法者が検証として許すことを予定していなかったと解することもできる。そのような考え方に立つと、果たして検証としていいのかが問題となる。

加えて、傍受を検証として行った場合に、事後に準抗告と言う形で不服申し立てが許されるかどうかには疑問がある。430 条の準抗告の対象として、検証はない。

また郵便物の押収のような場合の**事後的な通知**も要求されていない。秘密裏に行うのが傍受なわけだが、これを秘密のままにしておいていいのかというのも問題となる。郵便物の差押については、100 条が被処分者への事後的な通知を定める。しかし検証とすると、事後的な通知もすることなくして許されることとなる。

このようにして、通信傍受を検証におしこめることにはかなりの無理があった。

c. 「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」

そのようななかでできたのがこの**通信傍受法**である。

◎概要

A 要件 (3 条)

- ① **対象犯罪** 別表に掲げる罪（薬物関連犯罪、銃器関連犯罪、集団密航に関する罪、組織的な殺人）+ 数人の共謀によるものであると疑うに足りる状況
- ② **犯罪の嫌疑** 別表犯罪が犯されたと疑うに足りる「十分な理由」または犯されると疑うに足りる「十分な理由」
- ③ **傍受の対象** 当該犯罪の実行に関連する事項を内容とする通信
- ④ **補充性** 他の方法では犯罪の内容を明らかにすることなどが著しく困難である

B 令状請求・発付

- ⑤ 令状請求権者・発付権者（第 4 条） 請求権者は、検察官（検事総長が指定する検事に限る）または司法警察員（警察官については、公安委員会が指定する警視以上の警察官）、発付権者は、地方裁判所の裁判官
- ⑥ 傍受令状の記載事項（第 6 条） 被疑事実の要旨、傍受の実施に関する条件

C 傍受の実施

- ⑦ 傍受ができる期間 傍受令状において裁判官が定める 10 日以内の期間（第 5 条）。ただし、10 日以内の期間を定めて延長、通じて 30 日を越えること不可（第 7 条）
- ⑧ 通信事業者等の立会い（第 12 条）
- ⑨ 該当性判断のための傍受（第 13 条） 傍受すべき通信に該当するかどうか不明な通信は、該当性判断のため、必要最小限度の範囲で傍受可能
- ⑩ 他の犯罪の実行を内容とする通信の傍受（第 14 条） 傍受の実施中に、傍受令状記載の被疑事実以外の犯罪で、死刑、無期若しくは短期 1 年以上の懲役禁固にあたる罪について、その実行関連通信と明らかに認められる通信が行われた場合、当該通信の傍受を許容。ただし裁判官の事後審査が必要（第 21 条 2 項）※一種の緊急傍受
- ⑪ 傍受した通信の記録 傍受をした通信すべての記録媒体への記録（第 19 条） 原記録の封印と裁判官への提出（第 20 条） 刑事手続において使用するための記録（傍受記録）の作成（捜査機関が、原記録から、無関係な通信を消去して作成）（第 21 条）

D 事後手続

- ⑫ 事後の通知 傍受記録に記録された通信の当事者に対し、原則として傍受実施終了後 30 日以内に、傍受に関し所定の事項を書面で通知（第 23 条）
- ⑬ 不服申立て手続の整備（第 26 条）
- ⑭ 国会への報告（第 29 条）

◎通信傍受の合憲性

★**結局のところ、憲法上の議論は同じように妥当するし、刑訴法上出来ることにはなったものの事前の令状提示を重く見る立場からは依然として批判される。**

確かに、刑訴法での位置づけははっきりとした。

つまり、該当性判断のための傍受として、通信傍受法は、検証ではできないかもと議論のあった、「関係があるかわからない」ことをとりあえず最小限度で傍受して、該当性判断をすることができるし、令状については傍受令状を創設して、これを管理者またはそれに代わるものに事前に示すことを約束する。

そして、欠けていた事後手続として告知と聴聞を規定し、通信当事者には 30 日以内に書面で傍受記録をとった旨通知される。通知を受けた当事者は傍受記録のうちの当該通信に関わる部分を聴取閲覧して、複製を作成することもできるほか、傍受記録の正確性を疑う正当な理由があるときには裁判官に請求してもとの記録を見せてもらえる。そして、処分につき不服申し立てもできるようになった。

だが、**令状主義**を要請する憲法 35 条の要請は、なお残る。

ここで通信傍受法は、対象となる罪自体や、その対象となる通信手段にかなりの限定をかけるし、そして令状には被疑事実の要旨、傍受すべき通信、対象となる通信手段、傍受の実施の方法・場所・期間の記載を要求するが、これで令状主義の要請が認められるのだろうか。結局、不明確な部分は残るし、さらにはなお**当事者に事前に令状を提示することに適正手続きから大きな意味を見出す立場からは、「管理者に見せる」に留まる規定は不十分に映る。**

◎新法が規定する通信傍受

★**将来の犯罪のための通信傍受と、他の犯罪の実行を内容とする通信の傍受が法定されたが、疑義もある。**

将来の犯罪捜査のために通信傍受が使われることを認めているが、これはおとり捜査のところで後述するように「将来の犯罪」の捜査を許すかという価値判断に係る。

また、より差し迫った問題として、他の犯罪の実行を内容とする通信の傍受（14 条）が可能であるとされるが、これは非常に意味不明であることが指摘できる。憲法 33 条の適法な逮捕の場合を除いて、搜索押収には令状を要求するわけだが、このような**無令状の傍受**が憲法上許されるかということについては憲法上の疑義が当然にある。

しかし、憲法に規定がないから直ちに違憲と言えるのであれば、**緊急逮捕**だってそれを許す憲法条文はないし違憲と言うことになるだろう。緊急逮捕が、令状主義の例外である現行犯逮捕に準じる者としてなおその合憲性を肯定しうるとするならば、憲法 35 条の令状主義にも例外を認める余地はないとはいえない。

そこで考えると、**令状主義に例外があるのは、犯罪と犯人が明白で誤認の虞が無い事と、身柄確保の緊急の必要性があることによる**のだった。犯罪関連性が明白である場合、会話等は保全しないと霧消してしまうのだから、傍受して保全することも令状主義の例外として許されないものではないと思われる。

緊急逮捕の場合には、犯罪を一定の重大なものに限定し、事後の令状審査を要求しており、通信傍受法もこれにならって犯罪を一定の重大なものに限り事後的な裁判官の審査に付している。

上記をふまれば、**令状主義の例外として合憲性を肯定することは不可能ではない**ように思われる。なお最高裁は、教材 137 事件において通信傍受法立法前の検証令状による通信傍受の適法性を肯定している。

だがこの判例を前提としたときにも、通信当事者のいずれの同意なく傍受を行う処分が、いまや立法された以上、もはやその要件を満たす場合にしか行いえないということは疑いない。

◎通信以外の傍受

★**通信傍受法の傍受は当然通信のそれに限るので、会話などは教材 137 事件を前提に検証令状による傍受が許される可能性はなおある。**

通信傍受は通信傍受法では一定の犯罪にその可能性を限るが、それ以外の犯罪について検証令状から傍受ができるだとかそういうことにはならない。しかし、通信傍受法が直接規律する電気通信ではなく、室内の会話を当事者の同意なく聴取するかそういうのがどうなるのかは問題である。

室内の会話の場合、電気通信の場合以上に保護すべきプライバシーの利益は大きいような気もするが、137 事件を前提にすると検証令状によって聴取が許される可能性は絶無ではない。しかしそれを許すと、検証としての通信傍受に関しての前述した問題がそのままではまることになるということで、微妙なところ。

なお通信傍受法による通信傍受については、その合理化効率化が立法論的に検討される。

公正審議会の新時代の刑事司法特別部会には、対象犯罪の拡大とか、通信事業者による立会手続の合理化、該当性判断の傍受の方法として、同時進行的に該当性判断をするのではなく、いったん記録はしておいて後から該当性判断をする新しいやり方の整備などが検討される。また、会話の傍受も限定的な形で可能としようとしているようである。

【参考文献】

□井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』

□酒巻匡「組織的犯罪対策に関する刑事手続立法について（上・下）」

現代刑事法 1 巻 7 号、2 巻 1 号

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 37〔佐藤隆之〕

(3) 秘密録音等

a. 問題の所在

★**自分で話しているのだから録音しようが勝手でしょという議論がかつての大勢だったが、冷静にそれだと窮屈な生き方を迫られるので、なにが限定すべきではという議論が出てきた。**

一方当事者が同意する場合、あるいは一方当事者が秘密裏に相手方の声などを録音することはどうなのだろうか。

従来はこれを適法とする見解が多かった。

平野博士はこういった。「電話の場合も、会話の場合も、一方が同意すれば、相手の同意がなくとも、これを盗聴することは違法ではない。そして、**聞くことを認めた以上、これを録音することはさしつかえない**。したがって、会話が、相手方の知らないうちに録音しても、モラルの問題は別として、違法とはいえない」

これは会話は会話の内容を**会話の相手方の支配**に委ねているのであるから、相手方がこれを処分したり秘密性を放棄したりする場合には、そのことは受忍せざるを得ないという考えに基づくものである。つまり、保護されるべき権利利益の制約が存在しないから一般的に許される、というのである。

しかし、このような見解には問題があるように思われる。

確かに相手方が会話の内容を記憶にとどめ、それを他に漏らすと言う場合は、平野先生のいうように受忍せざるを得ないのはその通りである。しかし、会話をそっくりそのままコピーして再現し聞かせると言う場合には、事情が異なるのではないだろうか。

一定の会話は、他人がそれを聞いていたり、相手方が録音していたりすることはないという前提でなされ、それによって自由な会話が可能となるわけである。秘密録音は、そのような会話の自由とでも言うような**プライバシーの合理的な期待**を損なうおそれがある。

そうであれば、単純に一般的に許されると言いきってしまうことには問題があるのではないだろうか。会話と言うのはその場の状況に応じて意識的な選択をしながら行われるものである。その会話がもともとの状況を超えて、物理的存在そのものとして外部に伝わったり、記録再生されたりすることについては、それはきっと会話者が受忍している状況ではないはずである。逆にそのような危険を一般的に想定しなければならないとすると、会話と言うのは非常に窮屈なものとなる。

b. 問題の検討

★録音は強制処分ではないが、任意処分としての利益考量の枠組みのクリアを必要とするのが判例の立場である。

教材 138 事件(三里塚闘争会館事件：千葉地裁)

電話による脅迫事件であるが、中核派の活動拠点に対しての令状による搜索差押に関して、警察官が立会人と会話をしながらそれを秘密裏に録音して、これを声紋鑑定して犯人を特定した。千葉地裁は秘密録音が相手方のプライバシーないし人格権を多かれ少なかれ否定することを認めた。そして秘密録音について明文の根拠規定がないことを前提として、捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を記録することは原則違法であるものの、侵害される法益と保護される利益の権衡などを判断し、具体的状況下で認められる場合もあるとした。ということでここでは適法判断。強制処分ということにして強制処分法定主義に違反すると構成することもできそうだったのに、そうしなかった。たしかにここでは通信傍受に比べて侵害される法益が相当程度少ないのも確かである。当事者の間の会話内容の秘密性は、別に害されていないからである。一方当事者が同意又は録音しているとき、その秘密性は当然問題とならない。そこからは、まあ強制処分ではないとする理解も不可能ではない。

まあそのように理解しても、権利利益に対しての制約があることは否定できないから無制限には許されず、一方で秘密録音等を行う必要性和、他方でそれによって侵害される権利利益を考量して相当と言えることが必要となるのである。千葉地裁が述べているところも、そのような意味での任意処分としての相当性を要求するものといえるだろう。

【参考文献】

□井上正仁「秘密録音の適法性・証拠能力」ジュリスト 768 号

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 38〔佐藤隆之〕

3 おとり捜査

(1) 意義

捜査機関又はその依頼を受けた協力者が、その身分や意図を比して犯罪を実行するように働きかけ、それに応じて相手方が犯罪の実行に出たときにそれを現行犯逮捕することを、おとり捜査と言う。

戦後、占領軍のもとで当時流行した麻薬犯罪の取締りによく利用された。また 1970 年代以降には覚せい剤等の麻薬以外の薬物犯罪の取り締まりに用いられたり、銃器犯罪の取り締まりに用いられるようになり、今日まで至る。もっとも、おとり捜査に対しては、主として犯罪を防止すべき国家が自ら犯罪を作りだし処罰することへの矛盾や、捜査対象者を欺罔にかけて犯罪に導く不公正さから許容性に疑問も呈され、それが許されるとするならばいつかには議論があった。

(2) おとり捜査の許容性

a. 最高裁判例

★一定の場合におとり捜査が適法である旨示した。平成 16 年の判決であった。

教材 24 事件(大阪大麻所持おとり捜査事件：最高裁)

被告人はイラン人である。被告人がかつて刑務所で服役中に知り合った知人に大麻樹脂取引を依頼したところ、それが麻薬取締官の捜査協力者であり、その情報が麻薬取締官に提供された。ということで、取締官が自ら出向いて被告人と取引者のふりをして持参を働きかけた。

翌日、被告人がホテルの部屋にのこのこ大麻を持ち込んできたので、逮捕。

このようなおとり捜査の許容性が争われたので、最高裁は一定の場合に任意捜査として許容されることを告げた。

判旨の中ではおとり捜査の定義も述べられる。①少なくとも直接の被害者がいない薬物犯罪では、②通常の捜査方法のみでは検挙が困難であるときに、③機会があれば犯罪を実行する者に対しておとり捜査をすることは任意捜査として認められるとした。

この事案では他の証拠収集は困難であったということ、被告人はもう麻薬を持っていたことなどを指摘して適法判断。

◎古い判例

★**おとり捜査の許容性をめぐっては、24 事件以前にも古い判例があったが、立場がはっきりしていなかった。**

教材 25 事件(昭和 28 年 3 月 5 日：最高裁)

最高裁「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によつては麻薬取締法五三条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一私人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとするのでないこと多言を要しない」

一見するとおとり捜査の許容性と言うのはこれですでに解決しているようにも見えなくもない。しかし、**捜査の適法違法**と、その**法的効果の有無内容**とは、別個のものである。たとえば、捜査は違法であっても、証拠排除という法的効果が生じないことはある。それゆえ、25 事件の判示と言うのは判決文通りに理解しても、被告人が公訴棄却、免訴にはならないことを示したにすぎず、**これがすでに適法であると示されていない**のである。

おとり捜査の適法性で言えば、おとりの行為が教唆犯または従犯として刑事法上違法と評価されうるとしているわけで、これが訴訟法上も違法と評価される可能性は示唆されている。

またこの事件の被告人は、おとりのはたらきかけの前に既に犯意を有していたのだから、犯意を生じたものに関して述べている判断は傍論とも取れる余地があった。その後の判例には、おとりによって被告人が犯意を生じた事件につき、それだけでは無罪とはならない旨しめしたものがあるが、訴訟法上の救済措置はないと見るべきかどうかは明らかではない判断であった。

最判昭和 29・11・5 刑集 8 巻 11 号 1715 頁

「いわゆる囹捜査は、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、すでに当裁判所の判例とするところである〔教材 25 事件のこと〕」

このように、おとり捜査については両判例は適法性を認めたものか曖昧なものであり、違法収集証拠排除の主張などと結びつきながらもしばしば争われてきた。

そのなかで、ついに一定の場合におとり捜査の適法性を正面から確認した教材 24 事件が重要なのである。

b. 任意捜査としてのおとり捜査

◎任意捜査性はあるか

★**おとり捜査は、意思の自由を制約しないので任意捜査としてよい。**

この事件では、まず注目されるのは**一定の場合のおとり捜査が任意捜査とされている**ことである。これは強制の処分を用いないのであるから、197 条を根拠に行うことができる。

今日では教材 1 事件の判示に従い、対象者の意思に反した重要な権利利益の処分を伴う処分が強制処分だが、おとり捜査はこのような処分ではないことになる。この点でおとり捜査について従来から問題として指摘されたものを確認すると、以下になる。

①**犯罪を防止すべき国家が自ら犯罪を作りだし処罰する矛盾**

②**対象者を欺罔に欠け犯罪に導く不公正さ**

これにくわえて、新たな権利利益侵害に着目すると、以下が加わる。

③**国家が犯罪を創出することにより、国民一般に対し刑事実体法が保護していた法益が失われる可能性がある**

④**捜査対象者の人格的な利益や権利が損なわれる**

このうち①と②、③については、捜査対象者に対しての権利利益の侵害は直接問題にされていない。対して④はそれを問題にするが、この場合もおとりの働きかけは、対象者の意思決定の自由そのものを奪うものではないことを前提にしている。なぜなら、仮に意思決定の自由が失われれば、それによって犯罪に陥っても責任が取れず、おとり捜査の意味がなくなるからである。そうすると、人格的な権利利益が侵害されるとしても、それは意思決定の自由そのものではないということになる。

そこで制約される権利利益は、みだりに**国家の干渉を受けない自由**とでもいうべきであり、それにとどまるのである。そうだとすると、まあこれらの点はいずれも既に述べたような強制処分の定義を見るに、任意捜査と位置づけることが可能であるように思える。

c. 任意捜査としての適法性

おとり捜査が任意捜査だとしても、やはり無制約とはいかない。教材 24 事件は、薬物犯罪では通常のやりかたでは摘発困難であることを強調する。

◎二分説(主観説)とbalancing説(客観説)

★**おとり捜査は特殊なので二分説と言う任意捜査一般の枠組みとは離れた判断基準が提示されていたが、やっぱりなんやかんやでbalancingしていくべきじゃないかというのが最近の議論となっている。**

従来の有力な考え方は、ここでアメリカ法理(毆の理論)をうけ、おとり捜査についても、既に犯意あるものへの「**機会提供型**」と、そうでない「**犯意誘発型**」を区別する理解(二分説)をとった。

で、前者は許されるとして、下級審にも二分論信者っぽいのがちょこちょこあった。

近時は、二分説が捜査対象者の主観に着目していた点を反省して、適法性はその捜査の**必要性**と客観的態様の**相当性**に注目して判断されるべきだとする考え方(客観説)もとかれている。

教材 24 事件の決定は、直接の被害者がいない薬物犯罪であり、通常の方法では摘発困難で犯意は既にあるというが、これを「必要性」に着目していたと見ることもできる。そういう人に対しては働きかけることも一定程度許されるし、行為態様も判例中に詳細に示される。

これまでふまえると、必要性和客観的相当性との総合判断と見ることもできなくはない。最高裁は、**任意捜査における有形力行使につき、必要性緊急性を比較衡量して、具体的状況で相当とされる限度でやれ**よと教材 1 事件で示していたわけで、任意捜査というのはこの枠組みに従うのが基本であるから、やはり教材 1 事件の枠組みに従い、必要性和それによって制約される権利利益とを比較考量し、具体的な状況で必要と認められる場合にしようぜというのが適当にも思えるし、判例のやっていることをそう見ることもできるだろう。

まあ二分説、balancingという二つの論を示したが、機会提供型と範囲誘発型をの区別の理由がそもそもわけわからんともいえる。国家が犯罪を作り出すことを問題視したわけだが、おとりの働きかけと実行行為に因果関係があるのだから、国家が犯罪を創出したことには疑いが無いし。

また、必要性和態様の相当性とで総合考慮するやり方は方法の**不相当性**を重視しているようだが、その「不相当性」の実態は必ずしも明らかではないし、これをポイントとして判断をすることが出来るのかという余地がある。

◎判断基準の検討

★**教材 24 事件において示されたおとり捜査の3基準は、教材 1 事件において示された任意捜査の判断枠組みとは異なるが、実はこれはおとり捜査独自のポイントを指摘しているのであって、客観説の理解からも矛盾しない。**

では、比較衡量していくんだ！というときに、この判決があげた3つの場合はどのような効果を持つのだろうか。

- ①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、
- ②通常の見つけ方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合
- ③機会があれば犯罪を行う意思があると疑われるものを対象

議論していくが、ここでは「**少なくとも**」この時には認められるという言い方がされている。よって、**これらの条件がすべて完備されなくてはならないわけではない**。しかし個別に見ていくと、二番目のほか三番目の事情は、捜査手法としての特殊性から必要とされる事例と言えるのである。

②…一種の補充性と言う**特別の必要性**を付与している。

捜査の公正さや廉潔性に反すると多少なり言えるわけで、他の捜査手法にはない特別の弊害がある点から導かれる。24 事件の決定は、2 番目の事情を1 番目の事情とは別に掲げているから、一番上の事情から導かれる一般的な捜査の必要性に比べ、具体的事情をも要求する主旨と見る事ができる。

実際、②の事情の存在を認めるにあたって、麻薬取締官において、これじゃないともう無理だったんですからということを超絶丁寧に認定している。

③…これは、二分説からは**機会提供型**であることを言い換えたようにも見えるが、将来の犯罪に向けられたおとり捜査と言う点に注目すると、**犯罪発生**の蓋然性と言う要件にもとれる。このような事情に欠けばそもそも蓋然性がなく、ゆえに捜査も認められないわけである。

ということで、②と③は欠けるアウトな、おとり捜査に特殊な判断ポイントとして理解できる。

※おとり捜査はどの犯罪を捜査対象としているのかが既に問題である。将来の犯罪の捜査は行えないと言う立場をとれば、すでに行われあるいは現在行われている犯罪の証拠収集ということになる。

たとえば現に薬物を所持していると思われる被疑者につき、その場所特定が容易でないとき、その人に麻薬売買を持ちかけるというのは、発生あるいは継続しているものの捜査である。

そして捜査中の犯罪の被疑者に、新たな犯罪を行わせることにより、過去の同種犯罪について推認が出来る場合もあるから、過去の犯罪の捜査ともいえるが、やはり起訴されるのは普通おとりにかかった将来の犯罪なのである。

やはりおとり捜査については将来の新たな犯罪に向けられていると言う方が、おそらく実態に即している。

d. おとり捜査の法的効果

違法だったらどのような効果があるのだろうか。

★判例は依然処罰対象とするが、違法性や責任阻却あるいは公訴棄却を主張する学説も強い。

かつての下級審の裁判例には、このような場合には国家に処罰権が無い事や社会的な危険がないことを理由に無罪とするものがあった。が、このような考え方は否定されるのは従前の判例を参照。

やはりこれも、**違法収集証拠の排除法則**によって扱っていくのが妥当だろう。教材 24 事件については、あくまで「おとり捜査として適法」したがって、「証拠能力を肯定した原判断は、正当」とされているので、もし違法な捜査だった場合には、違法なおとり捜査によって集められた証拠は違法収集証拠の排除原則にかかると思われる。

ただし、公訴が棄却されるという見解もそれなりに有力である。捜査の違法を理由に公訴棄却とまですべき場合は多くはないが、このおとり捜査の場合捜査の違法と公訴提起が密接であるといえるからである。やはり証拠がほぼすべてこれに委任するような場合、公訴棄却してしまうのもなしではないと思われる。とくに二分説をとる論者のなかには、範囲誘発型のおとり捜査については公訴棄却を強く求める者もいる。

【参考文献】

◎大澤裕「おとり捜査の許容性」ジュリスト 1291 号（平成 16 年度重判解説）

□佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室 296 号

□酒巻匡「おとり捜査」法学教室 260 号

G 被疑者の権利

1 黙秘権

これまでは捜査機関の捜査権限と言う観点から捜査を見てきたが、捜査と言うのは他方で被疑者側の防御活動の展開される場でもある。現行法は捜査段階における被疑者の地位の改善に努力し、権利保障に意を凝らそうとしている。ここでは被疑者の防御にとって重要なことを見ていくことにする。まずは、ご存知の**黙秘権**から。

(1) 総説

★**憲法の不利益陳述の禁止の原則を刑訴法は具体化し、被疑者にはより広い包括的な黙秘権が与えられている。**

憲法 38 条 1 項は、何人も自己に不利益な供述をする必要なしとする。そこで 198 条 2 項は、被疑者に対してあらかじめ自己の意思に反して供述する必要がないことを告知する必要があるとそれを具体化する。

【参照】憲法第 38 条 1 項

何人も、自己に不利益な供述を強要されない

【参照】刑事訴訟法第 198 条 2 項

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

ちなみに、起訴された後の被告人についても 311 条で、「終始沈黙し、又は個々の質問に対して供述を拒む」ことができるものとされている。

黙秘権について議論の前提となるのは、今言った憲法上の保障と刑訴法上の保障との関係である。

刑事訴訟法上は、**被疑者は自己の意思に反して供述する必要がないから、その供述内容の利益や不利益を無視して包括的な黙秘権が認められる。**

対して憲法は、保障されるのは「何人も」とする一方、禁止対象は「**自己に不利益な供述**」としている。刑訴はこの点で、**被疑者**以外には自己の刑事訴追とかがなければ言えよという感じにしている。

では、この差異があってもなお、198 条は憲法の具体化といえるのだろうか。それとも、よりアドバンスなものとみるべきなのだろうか。

学説上は包括的黙秘権をそれ自体不利益な供述に含んでいいとする意見もある。確かに憲法の保障と刑訴法の保障には字面ほどのズレはないが、それでも意思に反する供述と不利益な供述が重なると言うのはやはり言い過ぎだろう。その限りで包括的な黙秘権は憲法の保障そのものではなく、立法政策で一歩進めたものといえるだろう。

(2) 黙秘権が及ぶ範囲

a. 身体からの採証

問題となるのは、憲法によっても刑訴法によっても、強要が禁じられるのはあくまで「供述」とされている点である。被疑者から証拠収集する処分であっても、**指紋採取や身体検査、体液の採取**ということについては、黙秘権についての保護は及ばないということになる。

たとえば強制採尿についてはかつて見た教材 126 事件（強制採尿）において、「憲法 38 条 1 項違反をいう点は、尿の採取は供述を求めるものではないから、所論は前提を欠く」としてとくに憲法違反ではないと示している。

他にもある。

教材 156 事件（呼気検査の間接強制）

呼気検査を拒んだものを処罰するという間接強制が認められている道交法の規定が、憲法 38 条1項違反だとする主張に対して、それは供述を得ようとするものではないので、拒んだから処罰するという規定も、別に憲法 38 条1項に違反するものではないとする。

まあ今上げたような例に対して供述の強要に当たるのか検討がいるのは、**麻酔分析**と**ポリグラフ検査**である。

b. 麻酔分析

★**麻酔分析は、黙秘権は包括放棄になじまない点や、人格の自律性そのものを奪う点から、同意があったとしても使うことは許されないと言うのが実務を含めた大勢である。**

麻酔分析はその名の通り、麻酔によってふわふわした状態で供述させる方法。精神科の診断治療に用いられる。やはりこのような手段が犯罪捜査や立証のために供述獲得方法として用いることになると、黙秘権の侵害として許されないと言わざるを得ない。この点で**対象者の同意**がある場合には、自ら権利放棄しているのでこれは許されていいのではないと言われることもある。確かに、黙秘権も自己負罪拒否特権も放棄することは可能であるが、同意による麻酔分析にも学説は否定的で、現実にも用いられていない。

理屈としては、麻酔分析はひとたび麻酔状態に陥ると、もはや自制がはたらなくなってしまうわけで、**黙秘権には放棄するとしても、供述の都度放棄される性格のものであり、事前の包括的な放棄にはなじまない**というべきではないかという指摘がなされる。あるいは**麻酔分析は人格の自律性そのものを奪うことになるが、これは単なる黙秘権と異なり、同意によっても放棄することができない**のではないかという指摘がなされることがある。

そういうことを言われるわけだが、このうち包括的放棄が許されるかというのは、違う局面の問題にも関わる。これは立法論として被告人が黙秘権、自己負罪拒否特権を放棄して証言台に立つことができるかということにもつながる。いったん証言台に立てば、不利な供述も拒否できないという制度が認められるならば、上の議論も妥当するだろうが、なんにせよ整合性が必要である。

c. ポリグラフ検査

★**ポリグラフ検査を供述を求めるものだとしても、そうでないものとしても、結局同意がある限りで出来ると理解されるのが一般的である。**

人間が嘘をつくときには、生理的变化を伴う情動の混乱を生じる。そこで、質問に応答する被験者の呼吸、血圧、脈拍、皮膚電気反応等を同時に記録する装置を用いて、その変化から応答の真偽を見分けるポリグラフ検査が考案されている。うそ発見器とかいわれることもある。これについては、学説の扱いは分かれる。

① 非供述説

供述ではなく、その生理的变化に過ぎないから、これには黙秘権との直接の関係がないとする考え方。教材 135 事件などは、このような考え方にたっている。

② 供述説

生理的变化は発問との対比においてはじめて意味を持つものだから、やはり供述的な性格を持ち、黙秘権の侵害に当たるとする考え方。確かにポリグラフにおいて検査されるのは生理的变化と言っても、単なる身体検査ではない心理の検査であり、その狙いは被験者の内心の意識内容を推論することにある。しかし、検査によって引き出されるのは供述そのものと言われるとやはりそうはいえず、この点では非供述説を正当としなくてはならないように思われる。

表現行為や伝達行為をさせることと、生理的变化を記録することは、やはり異なる。

しかし、非供述説に立っても、内心に係るのだから意思に反して強制することは許されないと考えられ、供述説にたっても、被験者の同意があって黙秘権が放棄されてはじめて許されるものと考えられていたので、**同意による検査のみが許される**ということについては合意がある。

実務においても、必ず承諾書をとったうえで行われるのが一般である。

※ただし、ポリグラフ検査が黙秘権を侵害するという供述説の立場に立ちつつも、同意がある場合に許されるとする場合には、つまりは黙秘権の包括的な放棄を許していることになる。よって、以上のような見方は、黙秘権の包括的な放棄はこれを許さないという立場に立つのであれば一貫しないものとなるので注意しよう。

d. 氏名

★**氏名は不利益陳述にあたらないというのが通説である。**

憲法上の保障に関して、それが及ぶ供述は自己に不利益な供述である。不利益と言うことが要求されるわけだが、ここで**氏名**は「自己に不利益な供述」か。

教材 155 事件

事故が刑事の責任を負うおそれがあるところそれにつながる供述を防ぐとしたわけだが、氏名は不利益な事項に該当するものではないとした。

ただ、氏名が明らかになると、犯人との同一性が明らかになったり、前科が明らかになって刑事責任が加重されたり、証拠収集の手掛かりとなることもあるわけで、氏名はおよそ不利益な事項でなく憲法の保障の範囲にならないと言い切るのは若干批判もあるところである。

(3) 行政上の報告義務と黙秘権

参考文献に委ねるとして授業では扱われなかったが、例えば以下のような例を考えると良い。

【事例】あなたは、ようやくとった運転免許にわくわくするあまり、運転に集中できず事故を起こしてしまった。教習所で習った通り、行政上の義務として事故があったことを報告しないといけないことを思い出し携帯電話に手をかけたところで、あなたは刑事訴訟法の授業を思い出してこうつぶやいた。「これって、俺の刑事責任につながるから、黙秘権の規定からして報告しなくてもよくね？」見上げたクソ法学徒である。

行政上の報告義務は、実はこのように自己の刑事責任追及と結びつくために、黙秘権との関係で大きな問題を生じることになる。このような道路交通取締令は、違憲ではないのだろうか。

◎合憲説

①免許の取得などの先行行為が、黙秘権の放棄までも含むので合憲である

無免許でも報告義務があるので、ちょっと妥当ではない。

②報告義務の対象は、あくまで刑事責任につながらないものに限定されているから合憲である

現行の道交法の報告義務は、あくまで事故発生の日時、場所、死傷者、負傷者の負傷の程度、損怪物と損壊の程度、事故に関して講じた措置に及ぶのであり、これだけでは刑事責任には即結しないと言う。確かにそうかもしれないが、端緒をあたえるのではないかとは思われる。

③行政義務が課されるような高度の危険性からくる公共の福祉による制約が働くので、合憲である

公共の福祉によるやむをえない制限だとする考え方である。ただ、この事例での自動車とか、かなり一般的になっているものにまでこのような理屈を与えると、広く人権が制限されかねない。

批判も書いている通りだが、最高裁は故意犯の場合にも報告義務を認めるなどしており、ここで行政目的に黙秘権が劣後している感じは否めないところがあったりする。

【参考文献】

□笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室 265 号

□川出敏裕「医師法 21 条の届出義務と憲法 38 条 1 項」法学教室 290 号

(4) 黙秘権の告知

取調べの所で話したので、繰り返さない。まあなんにせよ、知らなかったら意味がないのでちゃんと告知されねばならないのだった。条文としては刑訴法 198 条 2 項（被疑者）／刑訴法 291 条 2 項（被告人）を参照。

2 弁護人の援助を受ける権利

被疑者は基本的に刑法の知識がないことが多いので、そのままでは何をすればいいのか、何を証明すればいいのかもわからないことが多い。そのために、弁護人の存在は非常に重要であることはいうまでもない。

(1) 弁護人の選任

a. 被疑者の弁護人選任権

被疑者は知識に乏しく、また心理的にも社会的にも弱い位置に置かれる。そして身体拘束がなされることもあり、そこで有効な防御活動をするには独力では不可能なことが多く、**弁護人の援助**は不可欠である。弁護人の選任は旧法下では起訴後被告人となっはじめて認められたわけだが、現行法は、37 条 3 項で被告人の弁護人選任権を規定するほか、憲法 34 条で抑留拘禁された者すべて、つまり逮捕あるいは勾留された被疑者にも弁護人選任権を保障している。そして、刑訴法 30 条 1 項はその憲法上の保障をさらに進め、被疑者についても身柄拘束されているかを問わず弁護人選任権を認めている。

◎選任権者

刑訴法 30 条によると、被疑者や被告人に限られない。被疑者被告人以外の一定のものにも、独立して弁護人を選任する権利が認められている。

【参照】刑事訴訟法第 30 条 2 項

被告人又は被疑者の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹は、独立して弁護人を選任することができる

被疑者の弁護人は 31 条 1 項で**弁護士**の中から選任することが求められる。31 条 2 項によると、簡易裁判所又は地方裁判所では、許可を受けて弁護士でないものを**特別弁護人**として選任することが許されているが、最高裁判例は、この特別弁護人の選任は、各裁判所に公訴が提起されたのちに限られるとしている(161 事件)。よって被疑者の場合は弁護士オンリー。

選任の方式(刑訴法 32 条)の定めについては、被疑者又は弁護人の選任権者が弁護人と連署した書面を作成して提出しておくのが最も確実な方法となる。この場合、第一審までこいつが弁護人となる。法 32 条と規則 17 条参照。

【参照】刑事訴訟法第 32 条

公訴の提起前にした弁護人の選任は、第一審においてもその効力を有する

【参照】刑事訴訟規則第 17 条

公訴の提起前にした弁護人の選任は、弁護人と連署した書面を当該被疑事件を取り扱う検察官又は司法警察員に差し出した場合に限り、第一審においてもその効力を有する

規則 17 条では、第一審でも効力を持たせるためには**連署した署名**が必要となっている。起訴後の弁護人の選任には弁護人と連署した署名が必要なので、それとの関係で捜査段階でも連署した署名を求めると言うこと。

◎弁護人の数の制限(刑訴法 35 条)

起訴前の場合、規則 27 条の 1 項により、原則として**3 人**を超えることができないとされる。起訴後の被告人については制限なし。特別の事情がある場合に 3 人までに制限されるというだけである。

b. 被疑者の国選弁護人

憲法 37 条 3 項は、刑事被告人に弁護人を依頼する権利に加え、被告人が自らこれを依頼できないときは国でこれを付する旨定める。つまり、**国選弁護人の選任請求権**がある。

これに対し、被疑者については憲法上そのような規定がない。学説にはこの憲法条文の刑事被告人に被疑者をも含めるべきだと言うものもあるし言い分も分かるが、しかし 37 条 3 項の文言ははっきりしているし、いずれも起訴後の被告人の権利を定めるのが憲法規定である。とすると、やはり起訴前の被疑者を含めるのは難しい。162 事件において、最高裁も憲法 37 条 3 項を被告人に限っている。このような理解から従前、刑訴法が国選弁護の制度を求めたのは起訴後の被告人に限られていた。最も、被疑者にも国選弁護を認めるべきだとする立法論は古くから有力に存在し、司法制度改革に伴う刑訴法改正では、被疑者段階でも一定の場合には国選弁護の仕組みが導入された。ただこれは憲法上の保障ではなく、立法政策上の者と言う位置づけではあるが。

【参照】刑訴法 37 条の 2

1 死刑又は無期若しくは長期三年を超える懲役若しくは禁錮に当たる事件について被疑者に対して勾留状が発せられている場合において、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。ただし、被疑者以外の者が選任した弁護人がある場合又は被疑者が釈放された場合は、この限りでない

2 前項の請求は、同項に規定する事件について勾留を請求された被疑者についても、これを行うことができる対象事件を一定の重大犯罪に限り、また、選任請求権者を被疑者一般ではなく、勾留されまたは勾留請求された被疑者に限りつつ、国選弁護人選任請求権を認めることとなった。ちなみにこの犯罪の範囲は、刑訴法上の 289 条で、弁護人がないと公判審議が許されないとされている範囲、**必要的弁護事件**の範囲内である。

この権利は逮捕手続の際、対象となる事件の被疑者に検察官又は司法警察員より教示されることとなっている。また、対象となる事件について勾留請求を受けた裁判官は、被疑者に被疑事件を告げる勾留質問の際にこの権利告知をしなければならないとされている。

また 37 条の 4 で、これにつき職権による弁護人の請求も定められる。

選任請求ができる事件において、被疑者に弁護人が無い場合で、精神上の障害その他の理由で弁護人を必要とするかどうかの判断が困難である疑いがある場合において、職権で選任することができるというものである。

(2) 接見交通権

a. 問題の所在

弁護活動において基本となるのは、相手と面接して事情を聴き、助言をすることである。これは在宅被疑者については難しい事ではないが、被疑者が勾留されていると別である。このとき、被疑者の所在を確かめて刑事施設に赴き、

法令の範囲内で面接しないといけなから不便が伴うし、刑訴法 39 条はまず**弁護人または弁護人となろうとするものと被疑者が立会人なしに接見し、あるいは書類物の授受をする権利を定める**が、それと同時に**捜査機関に対して接見等について捜査の必要がある時には日時・場所・時間を指定する権利を与えている**。前者を**自由交通権・秘密交通権**（1 項）、後者を**接見指定権**（3 項）という。

捜査機関にとっては限られた期間で捜査して起訴や不起訴を決めないといけなから、接見に対してどうしても制限的になりやすい。そのような利害対立から、刑訴法の解釈運用については激しい論争が交わされた。

※家族等の接見については、勾留されている場合は 207 条により被疑者にも 80 条の規定が準用され、法令の範囲内で弁護人以外のものとも接見することが認められる。しかしその場合、刑事収容施設・被収容者処遇法 116 条などの規定により、秘密交通権は認められず録画されたり立会人がいたりする。

また、81 条の制限もかかり、逃亡や罪証隠滅のおそれがある場合裁判官の命令によって弁護人以外との**接見禁止**の措置がとれる。

逮捕されている被疑者については条文が無く、議論の余地があるが、接見の権利自体はないと解される。捜査機関の裁量で許される、ということである。被逮捕者は条文上では「面会が許されない場合」にあたるものと整理されるため、裁量による許可がある場合にのみ許されるのである。

	弁護人等	弁護人等以外
条文	刑訴法 39 条	刑訴法 207、80、81 条
立会	不可	可 (刑事収容施設・被収容者処遇法 116、218 条等)
制限	捜査官による接見指定	裁判官による接見禁止

b. 接見指定の要件

接見指定は「**捜査のため必要があるとき**」許されるとされる。問題の一つは、この捜査のために必要がある時の解釈である。これについては、大きく二つの考え方がある。

① 限定説

被疑者を現実に取り調べているとか、実況見分に出ているとか捜査に被疑者の身柄を用いる必要がある場合に限るとするもの。

② 非限定説

捜査のため身柄を用いる必要がある場合に限らず、接見により被疑者から供述をとりにくくなるなど、広く捜査上の支障がある場合に限るとする。**捜査全般説**とか言われる。実務は当然こっちであるが、学説からは非限定説に対する批判がなされている。

まず、接見交通権は憲法 34 条前段で保障された権利の具体化であり、これを制約する接見指定権の行使は例外的な場合にとどまるのではないかと指摘される。憲法 34 前段の文言は弁護人に依頼する権利となるが、**単に形式的に依頼できるとするだけでは意味がないから、実質的に弁護人の援助を受ける権利だと解することも可能である**。とすると援助を受ける上でとても重要だから、それを制約するのは限定された場合に限られるとするのである。

そして、罪証隠滅の恐れがある場合などには禁止する権限が「裁判官のみ」に認められるわけで、それと対比すると対立当事者である捜査機関であるところと与えられる接見指定権は限定的な形で行使されるべきであるとする。

ということで、下級審においても次第に限定説的な解釈が広まった。

◎ 最高裁判例の展開

★ **最高裁は、微妙な表現を使いながらも、限定説に立っているとするのが一般的である。**

杉山事件（教材 167 事件）をきっかけに、いくつかの判断が積み重ねられ、これらの集大成として教材 162 事件がある。

教材 167 事件(昭和 53 年 7 月 10 日：最高裁)

「現に被疑者を取調中であるとか、実況見分、検証等に立ち会わせる必要がある等捜査の中断による支障が顕著な場合」

教材 163 事件(浅井事件：最高裁)（＝若松事件〔教材 168 事件〕も同じ）

「捜査機関は、弁護人等から被疑者との接見等の申出があったときは、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、これを認めると捜査の中断による支障が顕著な場合には、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御の準備をすることができるような措置を採るべきである」

「捜査の中断による支障が顕著な場合には、捜査機関が、弁護人等の接見等の申出を受けた時に、現に被疑者を取調べ中であるとか、実況見分、検証等に立ち会わせているというような場合だけでなく、間近い時に右取調べ等をする**確実**

な予定」があって、弁護人等の必要とする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も含む」

教材 162 事件(安藤・斎藤事件：最高裁)

「『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」「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、検証等に立ち会わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって、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」

刑訴法 39 条 3 項の合憲性を認めたが、理由の中で注目すべき判示をした。

憲法 34 条における弁護人に依頼する権利は、**単に弁護士選任を指すのではなく、それから援護を受ける権利を実質的に保証している**とした。形式的な先任権ではなく、実質的な援助を受ける権利として学説の議論を確認し、接見交通権との関係では刑訴法 39 条 1 項は身体の拘束を受ける被疑者が助言を受ける機会を確保するために設けられているから、この規定は憲法の保障に由来するものとした。

趣旨にのっとり、とか、由来するとかややぼかした言い方をしたことには議論もあるが、ここでは深入りはしない。なお、法学教室 320 号での対談が参考になる。

そして大事なのが、接見指定権の解説である。あくまでこれを**必要止むを得ない措置**とし、申出があったならば原則としていつでもそれを許可すべきで、接見をすると捜査に顕著な支障が出る時以外は認めるべきだとするのである。ということで上の引用のような一般論を指摘し、それでもなお接見指定自体は必要だとして規定は合憲とした。

◎最高裁判例の理解

①杉山事件判決と浅井事件判決の異同

解釈について、一連の判決の一番最初では、捜査危険は接見の指定がある場合、現に被疑者を取調べ中だとか、実況見分に立ち合わせるとか中断によって捜査に顕著な支障がでるときに接見指定できるとして、限定説の提示した例示をそのままあげている。

その次に出てくるのが浅井事件である。浅井事件判決では、杉山事件判決を引用した上で、接見指定が許されるのは、捜査の中断による支障が顕著な場合である場合だとしつつ、そのような場合には接見等の申し出を受けたとき、間近に取調べをする**確実な予定**がある場合なども含むとした。

この理解については見解の相違がある。

167 事件は限定説の例示その物を挙げており、163 事件でも現に身柄を利用している場合には限らないものの、身柄を必要とする場合をあくまで例示しているように思える。時間的接着性を基礎に具体的に画しているわけで、最高裁は現に身柄を利用している場合に限ると言う厳格な限定説はとらずとも、やはりそれを重視するのだと理解する者もいる。一方で、これらはあくまで具体的事案に即した例示に過ぎず、例示の場合にのみ接見指定が許されるものではないとするような違う見方もあった。

ただ、これらの判例は、例示部分においては具体的事案に即しているということではできても、接見指定が許されるものとして、**捜査の中断による支障が顕著である場合**と言う一般的例示までなしていた。ここで中断される捜査とは何かと考えてみると、別に接見していようが大体の事はできるわけで、**被疑者の身柄を利用した捜査以外は、別に被疑者はいない**のである。とすれば判例は「一般的に」という意味まで含めて、基本的には**限定説**的な理解に立っているとするのが素直であろう。

②浅井事件判決と大法廷判決の異同

これに対して 162 事件の大法廷判決は一見すると同じ事を言っているような気もするが、微妙に文言が異なる。大法廷判決は取調べの中断「等」により、捜査に顕著な支障が生じる場合としたのである。杉山事件や浅井事件と言うのは、まさに「中断により」と言っていたところ、「中断等」によりとして、中断があくまで例示になってしまった。柱はあくまで「捜査に顕著な支障が生ずる場合」ということになる。

このような表現の変化をどう読むかが問題となる。一つには、**接見指定が捜査のため被疑者の身柄を利用する必要がある場合に限らず可能だと言う趣旨を明らかにするために文言の変化が行われた**と言う理解である。

身柄利用の必要がある場合に限らない趣旨を明らかにしたという捉え方からすると、「事件の内容、捜査の進展状況、弁護活動の態様など諸般の事情を総合的に勘案し、弁護人等と被疑者との接見が無制約に行われるならば、捜査機関が現に実施し、又は今後実施すべき捜査手段との関連で、事案の真相解明を目的とする捜査の遂行に支障が生じるおそれが顕著と認められる場合」を含むということになる。

たとえば被疑者の証拠物の押収をする場合、被疑者の証言を外部に漏らすとその隠匿が図られるようなことがある。これから行われようとする捜査との関係で、罪証の隠滅の可能性が認められるような場合には、身柄利用との関係はなくとも必要性があるだろう、というわけである。

しかし、大法廷が表現を改めたのは、浅井事件で加えられた「間近なところで…」というものを含みうるような適切な表現を探したと言うだけとも考えられる。やはりこのような場合に捜査の中断による支障と言うのもなんか変なので、こういういいかたをしたと言う訳である。そして大法廷判決の取調べの中断等により顕著な支障が出る場合の例示としては、浅井事件の判例を踏襲し、やはり身柄が必要な場合と言うのをあけているわけである。

ここで接見指定権が認められている趣旨は、ここでは被疑者の身体拘束を最大でも 23 日に限っていると言う時間的制約にもとめている。とすると指定が許されるのは、接見によってそれを行う時間が奪われるような場合であるはずである。**接見によってそれを行う時間が限られる捜査と言うのは、被疑者の身柄を必要とするわけで、最高裁の理解もやはり限定説的なものを前提にしている**ようである。

※捜査の支障は、判例の文言上「顕著である」必要がある。中断等による支障が顕著といえない場合には、接見指定が許される場合もあるだろう。浅井事件判決における坂上裁判官補足意見が述べるところが傾聴されるべきである。

【参照】教材 163 事件 坂上裁判官補足意見(抜粋)

「捜査機関が、弁護人などの接見申出を受けた時に、現に被疑者を取調べ中であっても、その日の取調べを終了するで続けることなく一段落した時点で右接見を認めても、捜査の中断による支障が顕著なものにならない場合がないとは言えないと思われるし、また、間近いときに取調べをする確実な予定をしているときであっても、その予定開始時刻を若干遅らせることが常に捜査の中断による支障が顕著な場合に結びつくとは限らないものと考え。したがって、捜査機関は、接見等の日時等を指定する要件の存否を判断する際には、単に被疑者の取調べ状況から形式的に判断することなく、右のような措置が可能かどうかについて十分検討を加える必要があり、その指定権の行使は条理に適ったものでなければならない」

c. 接見指定の方式

非限定説、捜査全般説に立つ実務では、かつての捜査実務から**一般指定書**と**具体的指定書**を併用していた。

接見指定権者である検察官は、接見指定が必要だと判断される事件(通常は刑訴法 81 条で弁護人等以外のものとの接見禁止規定がおかれる事件)においては、あらかじめ別に発すべき指定書において指定するとして**一般的指定書**をだし、接見指定を被疑者の収容される刑事施設の長に予告する。まあこんな感じ。

「捜査のため必要があるので、右の者と、弁護人……との接見……に関し、その日時、場所及び時間を別に発すべき指定書の通り指定する」

弁護人等から接見を要求された場合はそれと別に**具体的指定書**をだし、接見の日時、時間、場所を指定する。結局は一般的指定書は一律の接見指定権行使を通知しているのみで、具体的指定書なしの接見は不可とされる。

が、これはつまり、**捜査の状況に関わりなく一律に日時等の指定をなされることになるから、弁護人はそのような日時等の指定を受け、具体的指定書を持参しない限り被疑者と接見できない**ことになる。

ということで、接見交通を一般的に禁止して、具体的指定として例外的に解除するという原則例外の逆転した運用に厳しい批判がなされている。またこの運用の元では、接見申し出の時点での捜査とは無関係に接見指定ができることになるが、これは接見指定の要件を満たしているのかがまた問題となる。

最高裁判例は、これについて一般的指定とそれに伴う措置を全体として見て接見禁止状態が生じているかを確かめるにとどまり、この仕組み自体を否定することはしていなかった。

杉山事件(教材 167 事件)では、教材に引用されていない部分で、「被疑者と弁護人等との接見をあらかじめ一般的に禁止して許可にかからしめ、しかも A の接見要求に対して速やかに日時等の指定をしなかった捜査本部の Q の措置は違法といわざるをえない」と述べているが、**結局それは全体として見て接見指定になっているかどうか問題にされている**のであって、第一若松事件(教材 168 事件)でいうように一般指定は「**内部的事務連絡文書**」であると解しており、この内部運用による遅れも、それが合理的な範囲に留まる限りは違法ではないものとしていた。

b. 現在の捜査実務

そんなやり方が続いていたが、その後接見指定の公式について、批判を受けて実務が変わった。

①一般的指定書の廃止(1988 年「事件事務規程」改正)

代わりに、「接見等の指定に関する通知書」という書面が贈られることとなった。これは、「捜査のため必要があるときは、その日時、時間及び場所を指定することがあるので通知する」というようなものである。この通知書の文言に現れるように、**通知書が出されても一律に指定がなされるということではなく、接見の申し出の時点でいちいちの要件充足の確認がなされ、それが認められる場合にのみ指定がなされる**ということになった。

②具体的指定書を持参しない場合の措置

第二に、その通知が出されている場合において、弁護人が直接接見に来たとき、具体的指定書がなくてもそれを理由に接見が拒まれる余地はなくなった。

さっさと接見指定者に確認され、場合によっては口頭やファクシミリでの接見指定も行われることとなる。このようにして、勝手に一般的に指定されるといような危機は、制度上ほぼ問題は解決している。

指定の場合には柔軟な方式でなされることが必要となるが、このような形での指定自体は、合理的な限り認められるべきであろう。

まず通知書が出されていれば、接見の申し出がある時点で、指定権者に確認され、その間弁護人は待機させられることとなる。が、これはただちに不合理とはいえないだろう。そして、接見指定の要件について、厳格な限定説をとらなければ、接見指定においては取調べの予定等を頭においたものが必要であり、これを権限ある者に任せるというのも不合理ではなかろう。

教材 168 事件(第一若松事件：最高裁)

通知書になる前の事案だが、弁護人等から接見等の申し出があった時は、権限のある捜査機関等に連絡して指示を仰ぐ必要があるし、それで待つことになったとしても、合理的な時間的な範囲にとどまるならそれは許されるとした。もちろんそれを超えれば違法となると思われるが。

教材 166 事件(第二若松事件：最高裁)

上とほぼ同じ言い回しを繰り返して、新法下での妥当性の確認をしている。さらに、合理的時間の範囲内で対応するために社会通念上相当な措置をとったと言えるときは、違法とは言えないと言った。

また指定権者である検察官についても、「上記通知書を発した検察官は(中略) 合理的時間内に解答すべき義務」があるとして、この義務に違反した場合は接見交通権を違法に侵害しているというべきだとした。

※「いや一上の人に聞きますんで」といった人についての合法性と、そもそも通知を出したやつの合法性がともに問われているということに注意。

◎ 指定の方法

教材 163 事件(浅井事件：最高裁)

捜査機関が右日時等を指定する際にいかなる方法をとるかは、その合理的裁量に委ねられ、口頭の指定でも書面での交付でも許されるが、著しく合理性を欠き、円滑な接見交通が害される場合は違法とした。まあ行政裁量の違法の判断と同じくらいか。

で、2時間かけて取りにこいという嫌がらせのようなやり口が違法とされた。

一般的指定書の廃止後の通知書の運用によって、方式の問題はほぼ解決され、指定内容と指定要件に問題は絞られただろう。要件はかつてのような抽象的な形での全般的な指定を認める運用からは決別しているが、限定説的な考え方のみに結びつくわけではない。これから始まる捜査において**具体的な危惧**がある場合には、接見指定を認めているわけだし。

d. 指定の内容

かつては接見指定がなされる場合、一回の指定で**2～3回**、一回あたりは**15～20分**と言うのが相場とされ、不満が弁護人からは出ていた。内容の在り方については一定の近時の判例が注意を促している。

教材 163 事件(浅井事件：最高裁)

「弁護人等ができるだけ速やかに接見等を開始することができ、かつ、その目的に応じた合理的な範囲内の時間を確保することができるように配慮すべきである」と判示。

◎ 初回接見の重要性

教材 165 事件(内田事件：最高裁)

東京都公安条例違反で現行犯逮捕された被疑者の弁護人となろうとする弁護士が、被疑者の逮捕直後に接見を願い出たところ、接見指定が翌日にまわされた事案。

最高裁は、初回の接見について、これは**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助言をうる最初の機会であり、憲法上の保障の出発点であるから、これはできるだけ早く認められるべき**であり、初回の接見指定については指定の要件具備があるとしても、弁護士とも協議して、即時又は近接した時間での接見をさせればいならば**特段の事情がない限りは直ちに行うべきで、所要の手続きを置いたうえで短時間でも認めるべき**であるとした。

まあファーストコンタクトはとにかくにも重要なので、その点よく考えてやれよ、ということである。

【参考文献】

◎井上正仁「被疑者と弁護人の接見交通」百選（第6版）

◎田中開＝成瀬剛「接見交通（1）」百選（第9版）

□長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目46〔大澤裕〕

□大澤裕＝岡慎一「逮捕直後の初回の接見と接見指定」法学教室 320号

e. 面会接見

参考文献に譲るとされたが、**面会接見**とは、検察官による立会など、「**秘密交通権が十分に保障されない**」ような**態様での(多くの場合短時間の)接見**のことである。

実務的な運用として確立されるが、このようなものが認められるのは、非常に例外的なケースに留まる。

教材 174 事件(平成 17 年 4 月 19 日 : 最高裁)

立会人なしの接見を求めても、それに対して被疑者の逃亡や罪証隠滅、戒護上の支障発生を防止できるような設備のある部屋などが存在しない場合に、検察官が接見を拒否することは違法ではないとした。しかしその際には特別の配慮義務が生じ、妥協案としてだが、不十分な秘密交通権の保障の下での接見でもいいなら望むかを確かめ、異存なければそれを認める義務があるものとした。

やはり、身体拘束の意義が失われるような場合には接見交通権が一定の制約を受ける、という理解がこの判決の背景にあるようだが、この面会接見の法的根拠、具体的運用の基準は示されず、疑義が残る。

【参考文献】

□川出敏裕「刑事裁判例批評」刑事法ジャーナル 1 号

f. 起訴後の余罪捜査と接見指定

◎問題の所在

刑訴法 39 条 3 項は、接見指定を「**公訴の提起前**に限り」可能としているので、起訴後勾留中の被告人については、基本的には当該被告事件の捜査上の理由を以て日時等の指定をすることは、できない。

しかしながら**起訴後の被告人について余罪がある時に、余罪の捜査上の必要をもって、接見指定をすることができるのか**が問題となる。

教材 173 事件(昭和 41 年 7 月 26 日 : 最高裁)

捜査上の余罪についての逮捕勾留がなく、起訴された事件についてのみ勾留されている場合は、接見指定が許されないものとした。

余罪についての拘束が無かった場合の判例のこの結論は、ほぼ異論なく認められている。

接見指定は身体拘束を前提とするから、この帰結はある種当然だともいえる。問題は、余罪について被疑者として勾留されている場合である。

①余罪＝接見指定可／起訴事実＝接見指定不可とする考え方

余罪については、それ単体では本来接見指定が可能だったわけである。そこで、接見指定はできるが、余罪についてのみ可能とすることで、バランスをとろうとする理解が現れた。

岐阜地決昭和 38 年 5 月 22 日下刑集 5 巻 6 号 635 頁

上記のような立場をとった判例である。ここでは、弁護人は言ってみれば「被告事件について接見するぜ」といえばもう接見指定をされないわけだが、このとき被告事件を理由に接見を申しでるものの被疑事件についての弁護活動を行う危険がある。これについては、「弁護人の良心」に任せるほかないとした。しかしながら、実際問題そのような良心に任せたところで、無理に決まっている。

②接見指定はできないとする考え方

刑訴法 39 条 3 項における「公訴の提起前に限り」の趣旨を、被告人は**防御権**などが被疑者の段階よりもより保障されるべき存在であることに求める見解からは、余罪の被疑者であろうが接見指定は出来ないという見方が出来る。

③接見指定できるとする見解

他方で、**時間的制約**の中で捜査していく必要性に接見指定と言う制度の意義を見出す見解からは、余罪について身柄拘束がされているのであれば、起訴後であろうが結局時間との闘いであることは変わらないのであるから、接見指定は許される余地が出てくることになる。もちろん防御権的な地位保障が被告人の場合はより厚くなるのだから、その認められる余地は被疑者段階よりも低減することにはなる。最高裁判例は、この立場と言える。

教材 171 事件(水戸収賄事件 : 最高裁)

被告事件についての防御権の不当な制限とならない限りは、接見指定は許されるとした。

なお、弁護人が被告事件についてのみ選任された弁護人の場合、被疑事件とは何にも関わりが無いのであるからはつきりいってとばかりであり、不当な帰結にも思えるが、これは上記①～③の考え方のうち③に立ったうえ、被疑事件について身体を利用した捜査の必要性が残っていることを理由に、そのための身柄利用を行うための指定が許されると理解すれば、結論を肯定する余地がある(肯定する最高裁判例に、**教材 172 事件**)。

【参考文献】

◎井上正仁「起訴後の余罪捜査と接見指定」研修 450 号

□大澤裕「被告事件・被疑事件の勾留競合と接見指定」ジュリスト 1224 号

3 証拠保全の請求

【参照】刑事訴訟法第 179 条

- 1 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、第一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の処分を請求することができる
- 2 前項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

【参照】刑事訴訟法第 180 条

- 1 検察官及び弁護人は、裁判所において、前条第一項の処分に関する書類及び証拠物を閲覧し、且つ謄写することができる。但し、弁護人が証拠物の謄写をするについては、裁判官の許可を受けなければならない
- 2 前項の規定にかかわらず、第百五十七条の四第三項に規定する記録媒体は、謄写することができない
- 3 被告人又は被疑者は、裁判官の許可を受け、裁判所において、第一項の書類及び証拠物を閲覧することができる。ただし、被告人又は被疑者に弁護人があるときは、この限りでない

被疑者や被告人も自らの主張を通すためには証拠収集や保全を行う必要がある。しかしながら、こうしたものには強制処分の権限がないのであるから、捜査機関と対比すると**当事者主義**の観点からして均衡に欠くところがある。そこで、現行法は**証拠保全請求**と言う手続きを用意することになった。ただし被告人については、第一回公判以降は公判を通じて真実を明らかにすべきという要請が強いので、「第一回公判期日前」ということが条文上予定されている。179 条にあるように押収・搜索・検証・証人尋問・鑑定の処分が可能だが、この処理としては、これらの処分によって得られた書類や証拠物はまず裁判所にもっていかれることとなり、検察官・弁護人、もしくは弁護人がいないときの被疑者・被告人が閲覧可能となる。なお細かいが、検察官・弁護人のみ「裁判所の許可」なく閲覧でき、彼らは謄写についても許可を得てすることができる。他方で当事者は閲覧しかできないことになっている。

4 違法捜査に対する救済

捜査手続きに違法や瑕疵があった場合、それに対しては様々な対応が考えられる。さりとて。

(1) 刑事手続外の方策

a. 懲戒・刑事制裁

捜査機関は国家公務員又は地方公務員にあたるため、国家公務員法(82 条)や地方公務員法(29 条)により**懲戒処分**の対象となる。すなわち、これらの法律には「**職務上の義務に違反し、又は職務を怠った場合**」に懲戒処分が可能な旨書かれているところ、捜査機関の行為を法律違反や職務上の義務違反、職務懈怠とする構成が考えられる。また、違法捜査行為が職権乱用罪(刑法 193 条等)その他の**刑罰法規**に触れる場合には、当該捜査官を刑事処罰することができる場合がある。

b. 国家賠償

【参照】国家賠償法第 1 条 1 項

国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる
行政法で習っている通り、国家賠償法は、公権力の作用の中で生じた損害について、賠償責任を国、公共団体に発生させることにしている。
違法捜査はまさに公権力の行使の場面で生じうるものであるから、このような場合には、被害を受けた者は国または地方公共団体に対して損害賠償請求権を有する場合がある。

(2) 刑事手続内の方策

a. 準抗告

起訴前段階でなされる裁判や処分についても、一定の物については「それはおかしい」として取消または変更を求めて裁判所に不服申し立てが可能となっている。このように**抗告の対象とならないような裁判官の裁判や捜査機関の処分に対して不服を申し立てることを、準抗告**という。具体的には裁判官の勾留や押収などについての裁判、捜査機関のした接見指定の処分などについて不服がある場合、取り消しや変更を裁判所に請求できる。
条文としては、429 条に裁判官のする裁判に対しての準抗告の規定が、430 条の捜査機関の処分に対しての準抗告の規定がある。

【参照】刑事訴訟法第 429 条 1 項

裁判官が左の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又は変更を請求することができる

- 一 忌避の申立を却下する裁判
- 二 勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する裁判
- 三 鑑定のため留置を命ずる裁判
- 四 証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人に対して過料又は費用の賠償を命ずる裁判
- 五 身体検査を受ける者に対して過料又は費用の賠償を命ずる裁判

【参照】刑事訴訟法第 430 条

- 1 検察官又は検察事務官のした第三十九条第三項の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、その検察官又は検察事務官が所属する検察庁の対応する裁判所にその処分の取消又は変更を請求することができる
- 2 司法警察職員のした前項の処分に不服がある者は、司法警察職員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又は変更を請求することができる
- 3 前二項の請求については、行政事件訴訟に関する法令の規定は、これを適用しない

◎逮捕と準抗告

★逮捕について準抗告は許されていないとするのが判例である。

以上の条文を見ると、429 条 1 項 2 号には、「勾留」の処分について準抗告が許されていることが示されるものの、逮捕については何も記されていない。ここで逮捕については、準抗告することはできないのだろうか。

教材 182 事件(昭和 57 年 8 月 27 日：最高裁)

逮捕について準抗告は認められないとした。

この理由は、おそらく逮捕の即時性、そして身柄的な拘束時間の限定性に求められると思われる。

※そして、立法者意思としてもそうであろう。「逮捕」をすっかり入れ忘れた、ということはあるまいと思われる。しかしながら、事実として最大 72 時間の身柄拘束が認められるのだし、それが捜査のために現状では最大限利用されていることを考えると、被逮捕者の利益保護の観点からはそのように割り切つてよいのか疑問である。その点、不服申し立て手段を用意すべきではないかという学説もある。

◎検証と準抗告

条文上、「押収」としてそれに含まれる差押え、領置、記録命令の差押え、提出命令は準抗告対象となる。他方で、これまた重要な「検証」は準抗告の文言には含まれていない。ということはやはり…？

教材 183 事件(令状外写真撮影事件：最高裁)

事案における写真撮影を(当該事案においてはと言う意味で)検証の処分として扱ったうえで、検証は、準抗告の対象ではないと判断した。

さて、法廷意見は、本件における写真撮影を検証としてとらえた。検証はご存知の通り、視覚、聴覚等の五感の作用によって対象を認識する作用であり、検証令状を得て行われるべき処分である。しかしながら、検証は残念なことに逮捕同様準抗告の対象となっていない。判例はそれに忠実に処理をしたわけである。

おそらく、このような検証はふつつ財産権を侵害せず、被制約利益が限定的だと考えられたから準抗告対象から外されたのだと思われる。それ自体はそうかもしれないが、なお検証としての性質を持つとしても、それでただちに準抗告の対象にはならないと言っているのかには疑問もある。

すなわち、プライバシーや情報などの無形の価値が重視されるようになった現代では、検証にあたる処分が、今までよりもより大きな権利侵害を伴う可能性がある。この点で藤島裁判官補足意見が指摘するように、写真撮影が例えばノートなどに対して行われた場合には「写真撮影と言う手段によって実質的に」差押えられたものと観念して、「押収(429 条 1 項 2 号)」にあてはめ、準抗告の対象とする余地は、なお具体的事案としては検討されてしかるべきだと思われる。一応、藤島裁判官はそのような具体的検討から、今回は写真撮影が押収にはあたらないことを指摘したうえで、検証だと判断し処理している。また、同様に電磁的記録の複写などについても、差し押さえに当たるかということが言えるだろう。これは将来の判断を待つほかないが、可能性はありうる。

b. 証拠排除

違法収集証拠は証拠能力が否定されることがある。根拠規定には欠けるが、適正手続きの確保、司法の廉潔性、将来の違法捜査の抑止と言ったことを理由に学説では強く証拠排除が主張された経緯があり、最高裁判例もそれを採用した(教材 545 事件)。収集の過程に重大な違法がある場合は、証拠が排除される。これはもっと後に説明する。

c. 公訴棄却

捜査の過程に特に重大な違法があるような場合には、そもそも公訴がなされた時にそれを棄却して打ち切ることができないかが議論され、実際に下級審では打ち切った例も見られる。

最高裁ではまだ公訴棄却を認めた例はなく、上述の判例は最高裁で破棄されているものの、これは、公訴棄却で手続きを打ち切る余地をすべて排除しているということではないと解されており、違法収集証拠の排除だけでは対応できない程の違法、瑕疵があるときには、やはり公訴を棄却して打ち切るべきだと言うことは今なお有力に説かれている。例としては、非常に悪質なおとり捜査のような場合である。

※公訴棄却を認めた下級審裁判例（いずれも最高裁で破棄）

- ①逮捕の際の暴行傷害（教材 200 事件の原々審）
- ②差別的捜査（教材 201 事件の原審）
- ③少年事件送致の遅延（教材 202 事件の原々審、原審）

II 公訴の提起

A 総説

1 公訴提起の諸原則

(1) 糺問主義と弾劾主義

古くは犯罪が行われた疑いがあると、裁判機関自らが捜査し、そして裁判するということが行われていた。絶対王政下や、日本の奉行所など。そのようなもとでは犯罪の捜査訴追を行う機関と、裁判機関が未分化であったわけだが、このような一つの機関に捜査から裁判までのすべてを任すやりかたを、**糺問主義**と呼ぶ。

ここでは捜査訴追裁判を一体として担う機関と、嫌疑をかけられた被疑者とが対峙する二極構造が生れることになる。当然だがこのようなものでは国家機関が優位に立ち、有罪とする方向での追及を行うということになりやすく、被疑者・被告人は劣悪な立場におかれることが多かった。このような惨状への反省から、市民革命を経て誕生した近代国家では、捜査訴追機関と裁判機関が分化するようになった。

このよう**捜査訴追機関と裁判機関を分離させるやりかた**を、**弾劾主義**と呼ぶ。ここで想定されるのは、捜査訴追機関が被告人の犯罪を主張し、それに対して被告人が防御し、その結果を第三者である裁判所が判断すると言う三極構造である。ここでは裁判の公正性、恣意の強化が図られることになるが、機関の分離の結果、まず訴追機関の訴えがない限り裁判を行うことはないことになる。不告不理の原則というが、このとき、**処罰を求めて訴えを提起すると言う刑事訴追の権限を誰が持つのか**という問題が生じる。

(2) 国家訴追主義・起訴独占主義

日本では、上に述べた訴追は、原則検察官がこれを行うこととなっている(247 条)。

よって、わずかな例外を除いて基本的に検察官が起訴したものについて審理することになる。国家機関である検察官が訴追権限を持つので、これをもって**国家訴追主義**といい、さらに国家機関の中でも検察官のみが権限を持つことをもって、**起訴独占主義**と言い表すことができる。

もちろん、このような制度を採用することは絶対の要請であったわけではなく、時代によりさまざまな仕組みが用意されていた。

①イギリス

たとえば、ヨーロッパで弾劾主義をいち早く導入したイギリスでは**私人訴追**であった。ただし、それだと私人が弁護士に頼んで訴追することとなり、現実問題としてあまり訴追されないことになるから、そのうち、実際には警察官が弁護士を雇って訴追するという事になった。しかしそこでも、警察による訴追を受け継いで(私人のカテゴリの弁護士が)不適切な訴追を打ち切る、として私人訴追の原則を受け継いでいる。

②フランス

ここでも検察官の訴追と並ぶ私人訴追がある。私訴は民事裁判を前提としているが、私訴によって検察官の意思と関わりなく刑事裁判が始まるということにもなっている。

このように被害者による私人訴追が認められている国もある中で、現行法制度が国家訴追主義、起訴独占主義をとることは、わが国の刑事訴追制度の特色と言ってよい。

(3) 起訴便宜主義

検察官が捜査が行われた事件について起訴不起訴の判断をし、捜査過程で収集された証拠から十分な嫌疑が認められない場合には当然起訴することは認められない。他方、嫌疑が認められても、公訴提起の要件が認められない場合

(親告罪において、公訴時効が完成など)にも起訴することは許されない。そのような時は不起訴の処分をしなければいけないことになる。これを、**狭義の不起訴**と呼ぶ。しかし嫌疑が認められ、公訴の要件がそろっている場合には必ず起訴しなければいけないかというと、そうでもない。

a. 意義

【参照】刑事訴訟法第 248 条

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

起訴に際して、検察官はその裁量をもってそれをしないことができる。

大正時代の旧刑事訴訟法はドイツ法の影響を受けていたが、現在の 248 条の前身にあたる**起訴便宜主義**の明文の規定をもっていった。これに若干の文言の修正を加えたのが、現在の刑訴法であり、この考え方は我が国の刑事司法に深く根を下す。なお、これに対して一定の公訴の要件を満たす場合に直ちに起訴しなくてはならないという立場を、**起訴法定主義**という。

b. 一罪の一部起訴 (選択的起訴)

◎一部の事実のみを起訴することができるか

併合罪の一部を起訴することは当然できるわけだが、**一罪を構成する犯罪事実の一部を選んで起訴することはできるだろうか**。住居侵入の犯人を窃盗で起訴するとか、強盗の犯人を窃盗で起訴するとかそういうことである。検察官には訴追裁量権があることを考慮すると、単純にいけば一部起訴も許されてよいということになる。もちろん、犯罪事実をまったく不起訴にすることと、本来の犯罪と異なることは異なり、後者は**実体的真実主義に反する**と言う疑問もありえなくはない。しかしながら、一つの犯罪を全体として不起訴と出来る以上は、一部を不起訴とし、裏腹に一部を起訴することも許されるだろうと思われる。

実際問題として、**人間のいとなみである刑事手続きで事案の真相が完璧に明らかになることはないから、実体的真実主義を貫徹しようとこだわりすぎるとむしろ起訴ができなくなることがある**。そのような要請もあって、判例も一罪の一部起訴を認めている。

教材 192 事件(昭和 57 年 1 月 27 日 : 最高裁)

公職選挙法は、当選を得る等の目的をもって選挙人等に対し金銭等を供与し買収することを禁止している(**供与罪**)。また、供与の前段階的・準備的行為である、供与の目的で選挙運動者に対し金銭等を交付することも禁止している(**交付罪**)。そして、供与を共謀した者の間で、買収資金が授受された場合、その段階で交付罪が成立するが、共謀にかかる供与が行われたときは、新たに供与罪が成立し、**交付罪は供与罪に吸収される**とされている。被告人は選挙運動者に対し、選挙のための買収試験を交付したとして起訴されたが、交付された現金はその買収のために供与されており、供与についての共謀も存在したと言う事案。

このとき、上記の通り交付罪は供与罪に吸収されるということになっているわけだが、供与罪の成立が認められるにもかかわらず、あくまで交付罪で起訴をした。これが許されるかが問題となった。

最高裁は「**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」ものとした。そして**裁判所には、それ以外の訴因での判断をする必要もないし、訴因を変えさせる義務もない**とした。吸収された犯罪事実による一部起訴を認めた判断ということになる。ここからは、交付が供与に「吸収」といっても、それはあくまで処罰における吸収であり、その犯罪事実自体が霧消しているということではないのだということも分かる。

教材 190 事件(西明寺業務上横領事件 : 最高裁)

宗教法人の土地を業務上管理する者が、不動産の抵当権設定による横領と売却による横領を行った。

かつては抵当権設定行為につき横領が成立し、その後の売買には横領は成立しないと判事していたのが昭和 31 年のことであるところ、ここではのちに行われた所有権移転に着目した起訴が出来るか問題となった。最高裁によると、「売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定することができるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である」ともとされた。罪数の判断とはまた別に、検察官の訴追裁量が認められるということである。そしてその前提として、横領行為自体は所有権の移転につき存在しているということになる。

なお、一部起訴が許される場合には、**裁判所は起訴された事実の範囲でのみ審判すれば足り、起訴されなかったところまで審判することは許されない**。これは弾劾主義というものを採用し、裁判所の公平を確保すると言う要請をどこまで確保するかという問題である。訴追機関と裁判機関は旧法下でも区別され、裁判所は起訴されない事件を審判することはできなかった。しかし旧法の下では、一罪は不可分のものとされていて、たとえば検察官がその一部しか起訴状に掲げていない場合でも、全体として一罪が起訴され、その全体を裁判所が判断できた。**(公訴不可分の原則)**

対して訴因制度を採用した現行法では、検察官が起訴状で設定した訴因のみが裁判所の審判の範囲となり、一罪の一部のみを訴因として起訴状が書かれた場合は、裁判所はそれのみ判断する。

これはより**公平性**を確保しようとする動きと見ることができる。裁判所が背後にある広い犯罪を勝手に詮索し始めると、裁判所の公平性は損なわれやすくなってしまう。そのようなことを排除して、起訴された事実のみを判断するやりかたが現行法では徹底される。

◎適法性に争いがある場合

一罪の一部起訴は許されるとしても、ではその限界があるのではないかということが問題となる。たとえば、強姦事件について告訴がない場合の暴行罪（強姦の**手段**にすぎない！）による起訴が許されるだろうか。

やはり、そのようなことを許すと、**強姦罪を親告罪とした主旨が損なわれる**こととなる。強姦全体が明らかにされるおそれはなおあるから、やはりこのようなことは許されないという理解が一般である。

ただ、では実際に強姦を暴行として起訴されたとして、ここには裁量権の逸脱があるから起訴は違法無効として、刑法 338 条 4 号によって公訴棄却されるということになるのだろうか。

一見それでいいとも思えるしそれが一般的なのだが、それで本当に被害者保護になるか問われると微妙なところでもある。**裁判所が公訴棄却するとすれば、当該事実が強姦罪であることを認定しなければならない**からである。それでは強姦罪を親告罪とした趣旨にかえて反することにならないだろうか。

また、このような一部起訴が許されないとなると、暴行での起訴がなされた場合、公訴棄却を求め被告人側から強姦の主張をすることも許されることになるが、それは適当だろうか。このような問題が払拭できないとすると、仮に起訴されてしまえば裁判所としては淡々と審理判決するしかないのではないかとはいえる。

【参考文献】

- 杉田宗久「訴因と裁判所の審判範囲」刑事訴訟法判例百選〔第 8 版〕
- 川出敏裕「訴因による裁判所の審判範囲の限定について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』
- 大澤裕＝今崎幸彦「検察官の訴因設定権と裁判所の審判範囲」法学教室 336 号

(4) 検察官の起訴・不起訴の決定

a. 事件処理の実態

平成 23 年（2011 年）の検察庁終局処理人員

	総数	起訴		不起訴		家裁送致
		公判請求	略式命令請求	起訴猶予	その他	
全犯罪	1,487,266	102,755	372,370	810,344	69,943	132,854
刑法犯	965,404	66,980	79,056	652,499	58,911	107,958
一般刑法犯	290,646	61,110	24,476	74,323	44,479	86,258

※**一般刑法犯**：刑法犯から自動車運転過失致死傷等を除いたもの

※**家裁送致**：満 20 歳に満たない未成年者は、犯罪の証拠が十分に存在する場合でも直ちに起訴することは許されず、少年審判に付すべきとして家裁に送致される。家裁審判で起訴相当と言うときは、検察官に再び送致される。これを検察官逆送という。故意により被害者を死亡させた場合は、少年が犯行時 16 歳以上の場合、検察官送致が原則となる。検察官はそのようなものは基本的には刑事事件として起訴していくが、いきなり刑事裁判にはならない。

※**略式命令**：非公開の書面審理により、100 万円以下の罰金または料金を課する簡易裁判所の裁判。略式命令の請求は、被疑者に異議がない場合に起訴と同時にされる。

◎事件処理の特色

起訴猶予の多用

わが国では**起訴猶予**と言うものが広く使われる、起訴猶予の人員は起訴可能な数字ととらえることができるから、起訴可能人員を母数とみていくと、現実不起訴されたのは起訴可能人員の 53 パーセントということになり、結構な割合が起訴猶予されている。

また表からは直接読み取れないが、起訴される犯罪の嫌疑については極めて厳格な態度がとられていることは指摘しておく。起訴のために必要な犯罪の嫌疑については、イギリスなどでは「51%基準」とかと言われる水準であるのに対し、わが国では的確な証拠に基づき、「**有罪判決が得られる高度の見込みがある場合に限って起訴する**」（検察講義案）ということにされる。基本的には有罪判決における合理的な疑いと同程度の見込みが求められ、「**99%基準**」とでも

いうべき高い基準である。わが国の検察官は、起訴すべき事件を厳しく選別しているのである。そのためには捜査による証拠収集が必要となり、この作業は、情状に係る点まで詳細に行われる。

また、検察官は起訴につきその責任を負うことから、直接自ら事情を聴取したり積極的な役割を果たすことになる。刑事訴追実務の大きな特徴であるし、刑事手続き全体の在り方にも大きな影響を及ぼしていると言える。

b. 意義と問題点

★**検察がでしゃばりすぎな気もするが、この厳格な判断を経た起訴が実際面で役に立っているのは否定できない。**

この実務をどのように評価するか、というのが問題となる。

わが国では起訴されるともうかなりの社会的な悪影響を受けたりするし、このように区別してやることは線引きとしては早く開放してやることにつながり、そして必要ない制裁を課すといういやな影響を排することにつながるのは確かである。そして有罪率がとても高いと言うのも、その意味で犯罪の嫌疑が高度であり、情状を考慮しても起訴せざるを得ないもののみ起訴すると言うことで、**手続きに関わるものの負担を軽減し、効率的な刑事司法の実現に多大な貢献をしている**のも確かである。

しかし、物事には表もあれば裏もあるわけで、わが国の場合、刑事司法の最終的な判断者は誰だよと考えると少し疑問符も付く。検察の段階でほぼ決めてしまおうとするならば、**刑事手続き全体の場における検察の役割はどんどんと大きくなる一方で、公判の比重と裁判所の役割とは相対的に軽くならざるを得ない**のも確かである。

それが行き過ぎになっていないかどうかということは、反省が必要ではないかと思われる。

2 不当な不起訴の抑制

(1) 告訴人等への通知

検察官による不起訴や起訴の決定は、裁量も働くしそれが重要な効果を持つ以上、適正な形で行われることが担保されねばならない。そこで検察内部では起訴不起訴の決定にあたっては、上席のものの決済を経ることとし、個々の判断に慎重を期すとともに、判断の全体的な統一を図っている。さらに、不起訴処分については外部からその適正さを確保し、あるいは不当な処分に対してその是正をはかるためのいくつかの制度が用意されている。

その一つが、**告訴人などへの通知**である。

【参照】刑事訴訟法第 260 条

検察官は、告訴、告発又は請求のあつた事件について、公訴を提起し、又はこれを提起しない処分をしたときは、速やかにその旨を告訴人、告発人又は請求人に通知しなければならない。公訴を取り消し、又は事件を他の検察庁の検察官に送致したときも、同様である

【参照】刑事訴訟法第 261 条

検察官は、告訴、告発又は請求のあつた事件について公訴を提起しない処分をした場合において、告訴人、告発人又は請求人の請求があるときは、速やかに告訴人、告発人又は請求人にその理由を告げなければならない
告訴等のあつた事件について、検察官が起訴不起訴の処分をした時は、速やかに告訴人等に通知せねばならないし、不起訴の処分をした場合で告訴人等から請求があった場合は速やかに理由も告知しないといけない。

これは、間接的な形ではあるが、不当な不起訴の抑制に働く制度といえる。ようするに、不起訴の処分をした時は通知をし、請求があれば理由を示す以上、**説明に窮する恣意的な処分を自制させることが期待される**のである。

また、告訴人等に対し次に言うような直接的な是正方法をとるきっかけをあたえるということにもなる。なお、刑訴法が定めるのは告訴人等に対する告知通知のみであるが、現在の検察庁内部の運用では、告訴人以外の犯罪被害者などにも通知がなされる。

(2) 検察審査会

a. 現行制度の概要

検察審査会は、一般国民(衆議院選挙権者)から抽選で選ばれた 11 人の検察審査員が、検察官の行った不起訴処分の当否を審査する制度の事である。審査は職権でも可能である。

審査の結果**不起訴不当**と言う議決(単純多数決)、**起訴相当**(11 名のうち 8 名の賛成)の議決がなされた場合には、議決書の送付を受けた検事正が議決を参考に処分の再考を義務付けられる。

b. 制度改革

★**かつては拘束力がなかったが、平成 16 年改正で一定の場合に、起訴独占主義を排して強制的に起訴可能となった。**

①従前の制度

旧来は、「起訴相当」(8人以上の多数)または「不起訴不相当」の議決がなされた場合には、検事正は、議決を参考に事件の処理を再考しなければならないが、議決に拘束力はないものとされていた。

別に言うことを聴かないことも許されたわけである。批判されるだろうし、まあ本当にいざとなればだが。

しかし、司法制度改革審議会意見書は「検察審査会の一定の議決に対し法的拘束力を付与する制度を導入すべきである」ということを提言し、それを受けて平成16年に改正がなされた。

②平成16年改正(平成21年5月施行)

検察審査会による起訴相当の議決の後、検察官が再度不起訴の処分をし、これに対し**検察審査会が改めて起訴議決をした場合、裁判所が指定した弁護士が公訴の提起、維持を行う**。つまり、検察官の起訴が不要なので、**起訴独占主義**の例外となる。

(3) 付審判請求手続(裁判上の準起訴手続)

公務員の職権乱用罪(刑法193~196条)、**破壊活動防止法**45条の罪、**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条・43条の罪につき、告訴人又は告発人は、検察官の不起訴処分に不服がある時は、裁判所に対して、事件を裁判所の審判に付するように請求(**付審判請求**)をすることができる。

刑訴法262条以下のルールである。そのような請求があり、裁判所が付審判の決定をすると、起訴があったものとみなされ、公判手続が開始される。その場合、裁判所が指定した弁護士が公訴の提起や維持を行う。これも起訴独占主義の例外であることは言うまでもない。

これは、**公務員とりわけ警察官の職権乱用は、不起訴処分の公正さが疑われそうなので、その点で公正を担保するため**にこのような制度が設けられているのである。

時間的制限として、不起訴の通知から**7日以内**に、公訴の提起をしない処分をした検察官に請求書を差し出す形で行われなければならない。

3 不当な起訴の抑制—公訴権濫用論

(1) 総説

現行法は以上に話したように、不当な不起訴処分をチェックする制度には一定のものを準備している。が、不当な起訴を抑制するものは少ない。そこで主張されたのが、**公訴権濫用論**である。著しく不当な公訴の効果を否定し、形式裁判で手続を打ち切るべきであるという主張がなされたのである。

著しく不当な公訴提起にはいろいろあるが、大きく分けて「**嫌疑無き起訴**」「**起訴猶予裁量を逸脱した起訴**」「**違法捜査に基づく起訴**」というものがある。それぞれ概観していくことにしよう。

(2) 嫌疑なき起訴

★**嫌疑のない公訴の提起によっては手続は打ち切られないとするのが通説である。打ち切ると判断するまで手続をするなら端的に本案で審理して無罪判決にすればいいからである。**

◎問題の所在

公訴提起には**犯罪の嫌疑**が必要であり、それ自体は異論ない。嫌疑無き起訴は**懲戒**や**国家賠償**の対象となる。

教材 208 事件(昭和53年10月20日:最高裁)

無罪判決確定後の国家賠償請求事件において、公訴提起の適法性が問われた事件。この事件では、起訴時あるいは公訴提起時の検察官の心証について、裁判官の合理的な疑いという心証とは異なるが、証拠を総合勘案した合理的な判断過程において有罪と認められるくらいの嫌疑は必要であるといった。

問題は、嫌疑の存在を公訴提起の要件として、嫌疑のない公訴がでたときに、当該訴訟における手続打ち切りを認めるかどうかである。学説は手続を打ち切ることは消極的だが、一部有力な反対論がある。

◎積極説

公訴提起の要件として「**有罪判決が得られる見込み**」がいるのであり、これを欠けば**公訴棄却されるべきだ**と高田先生などが言っているし、田宮先生もそのような考え方に従う。これは検察官による恣意的な訴追を抑制し、公判の継続によって受けるもろもろの負担から被告人をできるだけ速やかに開放することを狙って言われたものと見える。

◎積極説の問題点

犯罪の嫌疑を公訴提起の要件とするということは、冒頭手続において公訴が適法かその存在を確認するということとなり、そうとするならば、その後の**実体審理と重複して二重の手間にならないか**という問題がある。もしこの批判を回避しようとするならば、犯罪の嫌疑は公訴提起の要件であるとしても、その存否については冒頭手続で独立に

審査することなく、有罪無罪の実体審理に入ったうえで、これと並行して審査する方法をとることになる。実際にも一見して明白に嫌疑が無い起訴はまず存在しないから、今言ったような審査方法をとらざるをえないことになる。しかしそうだとすると、実体審議をして犯罪の嫌疑が無いことがわかったのであれば端的に**無罪判決**を出せばよく、そのほうが被告人の利益ではなからうか。そして公訴提起の時点で確実な嫌疑を要求すれば、その反面で捜査の強化拡大を招くということも指摘されている。**嫌疑の有無の判断は刑事裁判本来の機能、実体審理がになう機能であるから、これを公訴提起の要件として審査することはやはり必要でも適切でもない**ように思われる。

【参照】

□田宮裕「公訴の提起と犯罪の嫌疑」争点（新版）

(3) 起訴猶予裁量を逸脱した起訴

◎問題の所在

起訴価値のとばしいものや、差別的な起訴、不法な意図による起訴が問題となる。嫌疑無き起訴の場合には、無罪判決と言う形での救済が可能であるが、公訴要件は満たすものの、**起訴猶予すべきであったのに起訴したと言うにとどまる場合には、犯罪が成立をし、証拠がある以上、裁判所としては有罪判決をせざるをえない**ことになる。そこで、この類型においては、**公訴権濫用**を認め、検察官の恣意を抑制する実際上の意義が大きいと言える。

かつては検察官の起訴猶予裁量が文字通りの自由裁量と解され、その適否は裁判所の審査にはなじまないとされてきた。だが、刑訴法 248 条の存在のもとでは、訴追裁量権にも一定の枠があり、裁量を逸脱すれば違法となることは否定できず、また訴訟における当事者の訴訟活動である以上、その適否について裁判所の審査が及ぶと解することにも格別の支障がない。

そこで、この**起訴猶予裁量を逸脱した起訴については、公訴権濫用を認める考え方、つまり起訴猶予裁量を著しく逸脱した起訴は違法であり、その場合手続きは形式裁判で打ち切られる**と言う考えが、学説上支配的となった。

もっとも、このタイプの公訴権濫用のチェックも、実際の運用には難しい問題が伴う。とりわけ訴追裁量の判断の適否のために、各要素について立ち入った事実の立証が必要とされれば実体審理との重複がやはり問題となるし、差別的起訴が問題となるとすると、他事件との比較が必要になるが、これに立ち入ると有罪無罪の判断に本来必要とするよりも複雑な事象の立証が訴訟に持ち込まれることにもつながる。

この点では嫌疑無き起訴の類型と同様の、あるいはより深刻な問題を含むとも言える。この起訴猶予裁量を逸脱したもののについての判例上の解決は、以下で示されている。

◎最高裁判例

★**最高裁は起訴裁量の逸脱について公訴無効がありうるとしたが、そのような場合をかなり狭く限定した。**

教材 198 事件(チッソ水俣病被害補償傷害事件：最高裁)

水俣病患者である被告人が、自主交渉のためにチッソに乗り込んだところ、それを阻止しようとしたチッソ側ともめて社員に傷害を負わせ、起訴された。しかしながら、一連の交渉の別の機会には、会社側従業員からこいつが暴行を受け負傷することもあったのだが、こっちは不起訴だったのである。ふ…不平等すぎる…。

第一審では被告人に対して罰金 5 万執行猶予 1 年という極めて軽い有罪判決を与えたが、控訴審では水俣病に関する加害企業の刑事責任追及の虞や、会社側の被告人に対する暴行傷害事件の不起訴を指摘し、はじめて公訴権濫用の主張を認め、公訴を打ち切った。それにたいしての上告審。

最高裁は判旨で言うように、刑訴法 248 条や検察庁法 4 条、刑訴法 1 条や規則 1 条 2 項などを踏まえて、**起訴猶予裁量を逸脱した類型について公訴無効となる場合があることを理論的に承認**した。

【参照】検察庁法第 4 条

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、また、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、又、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

【参照】刑事訴訟法第 1 条

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、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする

【参照】刑事訴訟規則第 1 条 2 項

訴訟上の権利は、誠実にこれを行行使し、濫用してはならない

ただ、このような公訴権濫用に当たる場合として、公訴の提起自体が犯罪類型に該当するような**極限的な場合**に限るとして、結論としても公訴棄却の原審判断を失当とした。

もちろん、最高裁の判例が理論的に公訴が無効となる場合を承認した意義は確かに小さなものではない。しかし本決定は公訴権濫用が認められるのは極限的な場合に限るとして、きわめて限定的にとらえているのである。

本件のあてはめにおいては「犯行そのものの態様は必ずしも軽微なものとはいえない」だとか「他の被疑事件についての公訴権の発動の状況との対比を理由にして本件公訴提起が著しく不当であったとする原審の認定判断は、直ちに肯認することができない」だとかしている。

これをふまえて見てみると、**犯行態様が軽微ではないだとか、他事件との対比を理由とする場合**に公訴権濫用**が認められる余地は極めて小さくなった**ということになる。

もちろん、起訴猶予裁量の客観性を強調すると捜査の拡大を招くこともある。この点で公訴権濫用にあたるのはかなり限定された場合に限るとすることには理由もある。

とはいえ、これではあまりにやりすぎで、その後の理論展開の余地をなくしていると言う批判がある。この事件後、学説でも急速に公訴権濫用論は下火となった。

※考えると、そもそもこの議論が出てきたのは、**犯罪の成立は間違いないが、処罰は相当でないと言う場合に、立法上適切な対応手段がない**ことが原因となる。そこでの問題は実体法的な性格も濃厚にもっているわけで、だとすればそれに即した立法論的な議論をするほうがより現実的な気もする。そうした観点からは、判決の宣告猶予や刑の免除制度、事案の軽微性を理由とした手続きの打ち切りなども視野に入れたい。

※もうひとつ補足的に、起訴猶予裁量の逸脱における議論は、刑事弁護の実践から生まれてきた話であり、それゆえ理論的な検討がなされてこなかったともいえる。

ここで、公訴権濫用と言う構成をとっての議論は、主として刑訴法 248 条に違反する悪意の起訴を問題としてきたが、むしろ憲法 14 条違反の起訴の効力を問題とする方が、問題の所在も要件も明確であったような気がする。平等原則も重要な原則なのだが、起訴裁量の問題と言うのが必ずしもこれと関連付けて整理されてこなかったといえる。

※さらに、198 事件で示された「極限的な場合」でも、無効ではなく「違法」と処理がされることがある。起訴が違法となる例として、告訴のない強姦事件を暴行事件で起訴するものがあるが、これは 338 条 4 号により**公訴棄却**とする見解が多い。これはその理論的根拠を詰めていけばやはり公訴権濫用に行きつかざるを得ないのであるが、これと教材 198 事件の示した「無効」となる場合との関係をどう整理するのかは必ずしも明らかではない。

(4) 違法捜査に基づく起訴

違法捜査に対する救済として、捜査に著しい違法が存在し、それに基づいて公訴提起がなされた場合に、手続きの一切を打ち切れと説く学説は少なくない。この場合の手続き打ち切りは、公訴権濫用によるものと整理されることも多い。違法捜査を看過した点に違法があるから、手続きを打ち切れと言うのである。

実際に、違法捜査に対しての公訴棄却を言う判例もある。

【参照】違法捜査として手続き打ち切りを言った下級審判例

- ①逮捕の際の暴行（教材 200 事件第 1 審）
- ②差別的捜査（教材 201 事件第 2 審）
- ③少年事件の送致遅延（教材 202 事件第 1 審・第 2 審）

この説明は一見巧みだが、次のような問題がある。すなわち、捜査が違法だからと言って公訴提起が当然に無効になるとはいえず説明が必要なわけだが、この見解は違法捜査があった場合に訴追を差し控える**検察官の客観義務**があるとし、この義務を介在させることによって公訴提起は検察官の権限を逸脱しているから違法無効であると説明する。しかし、違法捜査があった場合に、なぜ訴追を差し控えなければならないのかについては、検察官の客観義務とか、適正手続きとか言うだけで、実質的な説明がなされないのである。これでは結論を言い換えたに等しい。

捜査に著しい違法がある場合に手続き打ち切りを認めるとすれば、捜査における重大な違法と密接不可分の関係にある公訴がなされる場合に、**公訴の維持が適正手続に反すること、司法の廉潔性をのために必要かつ有効であると言うもの**と言える。

そうだとすれば、はじめからそのように説明すれば足りるし、それが主張の実質に即する。わざわざ検察官の義務に違反するという媒介項を置く必要はないだろう。だから、違法捜査にももともと起訴が許されず手続き打ち切りを認める場合があるとしても、それをあえて公訴権濫用と位置づける必要はないだろう。

B 公訴提起の要件—訴訟条件

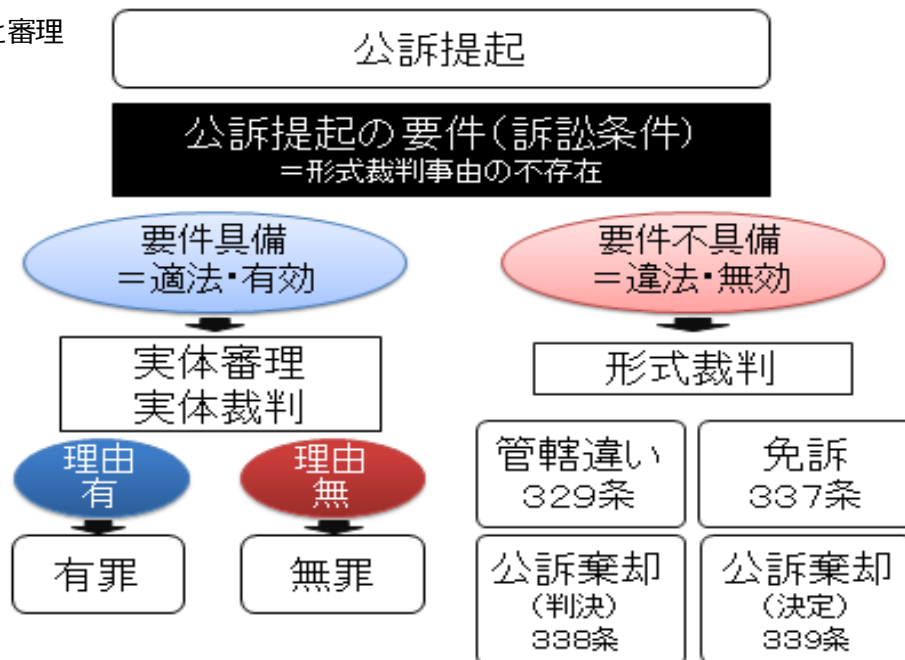
1 総説

公訴提起にもいくつか要件があり、それが満たされない場合には手続きは形式裁判で打ち切られることになる。

すなわち公訴が形式的な意味で不適法であれば、その時点で実体審理には入らずに、手続きを打ち切る。

形式裁判としては、管轄違いの判決や、公訴棄却の判決及び決定、免訴がある。

さて、それでは公訴提起の要件、すなわち**訴訟条件**とは何なのかが問題となる。



◎公訴提起の要件

典型的なもの

形式裁判事由として、このような場合には形式裁判で打ち切られるべき、という状況が刑事訴訟法に列挙されている。これらにあたる事由がないことが、公訴提起の要件となる。

A 管轄違い(329条)

被告事件が裁判所の管轄に属しないときは、基本的に判決で管轄違いの言渡しをしなければならない。

B 免訴(337条)

①**確定判決**を経たとき、②犯罪後の法令により**刑が廃止**されたとき、③**大赦**があつたとき、④**時効**が完成したときには、判決で免訴の言い渡しを受ける。

C 公訴棄却の判決(338条)

【参照】刑事訴訟法第 338 条

左の場合には、判決で公訴を棄却しなければならない

- 一 被告人に対して裁判権を有しないとき
- 二 第三百四十条の規定に違反して公訴が提起されたとき
- 三 公訴の提起があつた事件について、更に同一裁判所に公訴が提起されたとき
- 四 公訴提起の手續がその規定に違反したため無効であるとき

とくに、338 条 4 号事由に該当する例は、かなり広い。これにあたる例としては①告訴を欠いた親告罪の起訴、②反則金通告手續を経ない反則行為（道交法）の起訴、③家裁送致を経ない少年事件の起訴、④起訴状における訴因不特定の起訴、⑤予断排除原則に反する起訴などがある。

D 公訴棄却の決定(339条)

【参照】刑事訴訟法第 339 条

左の場合には、決定で公訴を棄却しなければならない

- 一 第二百七十一条第二項の規定により公訴の提起がその効力を失つたとき
 - 二 起訴状に記載された事実が真実であつても、何らの罪となるべき事実を包含していないとき
 - 三 公訴が取り消されたとき
 - 四 被告人が死亡し、又は被告人たる法人が存続しなくなつたとき
 - 五 第十条又は第十一条の規定により審判してはならないとき
- 2 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる

非典型的なもの

また、形式裁判事由として条文上典型的に列挙されるもののほかに、非典型的な要件がある。**公訴権濫用論**とかはまさにその一つであり、訴追裁量が著しく濫用的でないことが条件となる。一応、忘れているなら参照してほしいのは前掲の**教材 198 事件**(チッソ水俣病被害補償傷害事件：最高裁)である。

あとは、**時間的な制約**もある。

教材 373 事件(高田事件：最高裁)

訴訟が著しく遅延し(この場合は、15 年以上にも及んだ)、迅速な裁判を受ける権利が侵害されたとと言える場合に、免訴判決による手続きの打ち切りが認められた。

※訴訟条件と言うネーミングについて

形式裁判事由は、それが無いことが事件の実体審理のための要件になるという意味で、一般に訴訟条件と言う風と呼ばれてきた。しかし、当事者主義化された現行法のもとでは、裁判所の役割と言うのは受動的なものであるはずだから、**形式裁判事由の不存在は裁判所が実体審理をする条件と言うより、そもそも公訴提起の条件として検察官の目線で判断するものではないか**ということになる。このような理由から、訴訟条件と呼ばずに**公訴提起の要件**と言う言い方がある程度一般化してきたと言えるだろう。

2 公訴時効

(1) 意義

刑訴法 337 条 4 号には、免訴事由として「時効が完成したとき」という条件が挙げられる。ここに言う時効と言うのは、犯罪後の時間経過による**公訴時効**である。刑訴法の 250 条から 255 条に、期間や期間を定める刑、起算点、停止、計算方法の定めがある。

※刑法の「刑の時効」とは異なる。こちらは刑の言い渡しを受けた後の一定時間の経過を理由として、刑の執行を免除する制度である。刑法 31 条以下参照。

ではなぜこんなものが別にあるのだろうか。

これをめぐり古くから言われてきたのは、大きくわけて二つの考え方である。

◎旧来の考え方

A 実体法説

時間の経過により社会的影響が希薄化し、「刑罰権」が消滅するという考え方。

B 訴訟法説

時間の経過によって証拠が散逸し、真実の発見・公正な裁判の実現が困難になるから「公訴権」が消滅するという考え方。

この二つの考え方のハイブリッドとして、競合説がある。

C 競合説

可罰性の現象と証拠の散逸によって、訴訟の追行が不当となる。

ドイツでは、この立場のいずれかに立つかで結論が変わることがあり、重要な争点だった。が、その問題は立法時の日本ではあまり重要ではなかったためか、現に規定される公訴権制度はいずれの説でも説明しつくせない所があった。まず、実体法説でいこうとすると**公訴時効の完成の場合に言い渡される判決がなぜ無罪ではないのか**という話になる。他方、訴訟法説でいこうとすると、**時効期間が法定刑の軽重によって定められていること、犯人が国外にいる間時効停止を認める**こととの整合性がとれない。法定刑の差異と、証拠の散逸や犯人の所在というのはそこまで関係ない。そこで我が国では旧来実体法説や訴訟法説の両方が認められ、両者があいまって正当化根拠となるのだと言う競合説が支配的であったが、結局のところ両説の批判を受けるだけである。ザコが集まってもザコである。

そんななかで新しい考え方として、一定期間継続した状態を尊重するという新訴訟法説が言われるようになった。

D 事実状態の尊重（新訴訟法説）

犯人が一定期間訴追されないでいる事実状態を尊重し、国家の訴追権行使を時間の面で合理的に限定して個人を保護するのが公訴時効制度であるとする。

旧来の見解と言うのは、公訴時効の存在事由を国家の刑罰権それ自体について説明しようとしてきたといえる。実体法説は刑罰権その物が消滅するという考え方をとっていたし、訴訟法説的にいうとしても、結局は証拠とかがなくなり「正しく刑罰権が行使できない」ということなのである。これに対して新訴訟法説と言う考えは、公訴時効を刑罰権の実現ではなく、その刑罰権実現に対する反対利益への考慮から説明しようとしているといえる。

◎反対利益の具体的内容

①犯人の地位の安定

②被疑者被告人となりうる国民を**捜査訴追の可能性**から守る

③捜査機関あるいは裁判所の負担軽減

新訴訟法説も、事実状態の尊重を通じて確保される利益の具体的な内容については一致を見ていない。ただまあ挙げてみれば反対利益と言うのはこんなところであろう。これらのうち、犯人そのものの地位の安定に着目する考え方には、これが本当に法的に保護に値するのには疑問も提起されるところである。

このように様々な理論が説かれるが、刑事手続きと言うものが、刑罰権実現の要請とそれによって犠牲にされる他の諸利益のとのバランスにあるということを前提とすると、この公訴もやはり比較衡量に基礎を置いた制度であることは間違いないだろう。

一方で時間の経過によって旧来の見解が説いたように刑罰権実現の利益は低減し、他方で犯人そのものの地位の確保を重視するかは別として、継続してきた事実状態、社会の安定を実現し、捜査機関の負担を減らす必要性は増してくる。公訴時効の存在はそのような利益状況の存在の結果、ある種の政策的判断として形成されてきたバランスーと言えるのであって、そのような諸事情の総合としてとらえれば、ここでは足りるし、また適当だろう。

(2) 公訴時効の算定

ではどうやって算定するのか。起算点と期間が問題となる。

a. 起算点

★**犯罪行為の結果時を基準とする結果時説が判例通説である。**

起算点は「犯罪行為が終わった時」とされる。(刑訴法 253 条 1 項)

だが、具体的にそれがいつかが問題となる。

① 結果犯の場合

ここで基準とするのは行為時なのか(**行為時説**)それとも結果発生時なのか(**結果時説**)が問題となるが、これは結果発生時とするのがほぼ一致した通説である。

実はこの点は少し経緯がある。旧旧刑事訴訟法では公訴時効の起算点は「犯罪の日」だったが、旧刑訴法においてこれが「犯罪行為の終わりの時」に改められた。

このとき「行為」の文言からこの改正は結果発生時説を封じ、行為時説をとろうとする趣旨があったものだとする見解もあった(というか、立法者意思はそうだったようである)。だが、犯罪行為と言う文言があっても、これは広い意味では結果を含むものと解することもできるし、時効制度の主旨からしても、結果の発生によって社会にその影響が出てくるのだから、(公訴時効に広く社会への影響もふまえた根拠づけをしている以上)結果発生説のほうが妥当ではないかということになる。そして行為時説をとると、**未遂**に留まっている間は結果が発生しないところ、この場合処罰可能性のないままに公訴時効が完成することもありうる。ということで、214 事件では結果説を明言。

教材 214 事件(チッソ水俣病刑事事件：最高裁)

最高裁によって、「公訴時効の起算点に関する刑事法 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趣旨と解するのが相当であるから」として、結果説が明示された。

② 結果的加重犯の場合

結果にも基本犯の結果と**加重結果**があるが、後者の結果発生時を基準時とするのが(結果説からの)通説である。**後者の結果があるから結果的加重犯が成立するし、社会的な影響も加重結果によって変化する**から妥当である。

※行為時説をとった場合、基本行為の終了時と解さざるを得ないだろう。

b. 時効期間

これについては刑訴法 250 条に規定がある。なお、**期間の長短は処断刑ではなく法定刑で決まる。**

◎人を死亡させた場合 (1 項)

人を死亡させた罪で禁錮以上の刑に当たるもの

無期懲役・禁錮に当るもの…30 年

長期 20 年の懲役・禁錮に当るもの…20 年

それ以外…10 年

※人を死亡させた罪で死刑に当たるものについては、公訴時効が廃止されている(平成 22 年改正)

◎それ以外の罪に当たるもの (2 項)

死刑にあたるもの…25 年

無期の懲役・禁錮に当るもの…15 年

長期 15 年以上の懲役・禁錮に当るもの…10 年

長期 15 年未満の懲役・禁錮に当るもの…7 年

長期 10 年未満の懲役・禁錮に当るもの…5 年

長期 5 年未満の懲役・禁錮に当るもの…3 年

拘留または科料に当るもの…1 年

と言う区分で段階的な期間の定めがなされている。時効期間についてはもっとシンプルな定めだったのだが、**人を死亡させた罪で禁固以上の刑に当る者の期間は改正され、死刑にあたるものについて時効廃止がなされた**のだった。

まあ公訴事件の期間は人を死亡させた場合について H22 改正でかなり伸びた。議論もあったが、時間の経過による社会的安定確保と犯罪者の処罰確保というモノのバランスによる立法政策の所産だから、容易にその社会的安定

確保の利益が衰退しないというものもあり得ないではないし、そのようなものにつき公訴時効を廃止することも必ずしも不合理ではない。そこで、人の生命と言う至高の法益を害し、極刑を定めるようなものにつきそうだと判断された、ということである。

c. 科刑上一罪の公訴時効の算定

起算点と期間があっても難しい問題がある。**科刑上一罪**(刑 54 条)の場合である。実体法上はあくまで一括して処罰されるものであるから、手続き的にも一体のものとして取り扱われるべきだとすれば、科刑上一罪を構成する最終の犯罪の終了時から、そして最も重い法定刑を基準として一括して公訴時効を起算するというのが素直な理解で、これは**一体説**と言われた。

が、学説では本来数罪と言うべきものを科刑上一罪としているだけであるのだから、個別の犯罪ごとに公訴時効を判断すべきだと言う**個別化説**が有力である。

◎判例

★**科刑上一罪の場合は、牽連犯の場合は時効連鎖説で、観念的競合の場合は一体説で処理するのが判例である。**

判例は基本的に一体説と思われたが、その修正が**牽連犯**における**時効連鎖論**と言う形で図られる。

教材 216 事件(昭和 47 年 5 月 20 日：最高裁)

目的行為が手段行為の時効期間の終了内に行われた時には一体説をとるものとした。

重要なのは、これはつまり、**目的行為が手段行為の時効終了後に行われた場合は一体にならない**ということである。

牽連犯は科刑上一罪の行為が目的と手段の關係に当る場合に認められる。手段行為の時効期間と言う「ひっかかり」の間に目的行為がなされた場合には、そのひっかかりのなかで一体として、目的行為の時効を基準としていいのである(**引っ掛かり論**ともいう)。

※一体説は、一罪の不可分性を根拠とする。そうだとすると理論的には時効連鎖と言う修正を入れる余地はない。それが余儀なくされる時点で一体説の限界を示すのではないとも言われている。

科刑上一罪のもう一つの類型が**観念的競合**であるが、その場合においては一体説がストレートに適用される。

教材 214 事件(チッソ水俣病刑事事件：最高裁)

有機水銀を含む工場廃液の排出と言う過失行為により複数の水俣病患者を生み傷害あるいは死亡させたわけだが、これはかなり時効の計算の上での問題を含んでいた。

問題①結果犯の公訴時効の起算点

結果発生時説に立つことは明言。(立たないと、時効が成立する)

問題②業務上過失致死の公訴時効の起算点

工場排出で汚染された魚介類を食べた住民が死し、そしてやがて死亡することとなったわけだが、個々の人間について業務上過失致死を見ていくと、まず発生時には業務上過失傷害が生じ、死亡時点で業務上過失致死が成立する。結果的加重犯の類似の事態(そのものではないが)なので、公訴時効の起算点が基本結果の傷害発生時か、加重結果相当の死亡時なのかが問題となる。加重結果相当時点とするのが通説だが、本件の場合には傷害結果発生から死亡発生までにおよそ今までない時間がかかっており、死亡時に時効が開始されるとすれば、**死亡の前に時効が一度終わることすらありうる**(昭和 33 発症→46 死亡などもある。当時のこの罪の公訴時効は 3 年だから、基本結果時点からスタートしている業務上「過失傷害」罪のほうの時効が終わってしまう)。こういう時にまで従来の議論そのままがいいのかが問題となる。本件弁護人は、**加重結果発生時(死亡時)から本来はカウントすべきだった業務上過失「致死」罪についても、ここでは傷害結果の発生時点から時効をカウントすべきだ**と主張し、三井誠先生などから支持があった。

だが、最高裁はこれについて、業務上過失致死の判断についてはあくまで**死亡時**を起算点とするものとした。本件の場合、いったん時効が成立したのだから、いわば死んだはずの(過失傷害についての)公訴権が「致死によってよみがえった」ともとれなくもない。この場合に起訴を許すと過度に被告人の地位が不安定になるとも言える。

しかしながら、**傷害で起訴できるのに、時効が完成するまで起訴しなかったことによって失われる公訴権は傷害についてのものであり、致死による訴追の可能性は致死までそもそもなかった**のだから、それが妨げられることはない(存在しないものは、失われない)といえよう。

問題③観念的競合の場合の公訴時効の算定

一つの過失行為から複数の傷害・死亡結果が生じたというとき、これらは観念的競合の關係にある。これをどうするかが問題となるが、第一審や第二審は、本件においてもいわゆる**時効連鎖論**を採用した。つまり、一部連鎖しなかった部分について公訴時効の完成を認めたのである。

時効連鎖論の理論的な正当性には疑問を入れる余地もあるが、牽連犯において判例がその考えを採用しているのだから、このような解決方法も決して考えられないものではない。

これに対して、最高裁は**観念的競合の場合にはその前後を一体として観察すべき**として、時効連鎖論を適用せずストレートな一体説をとった。非常にすっきりした立場ではあるが、最高裁が牽連犯と観念的競合とで扱いを区別した理由は明らかにされていない。

牽連犯の場合手段行為と目的行為は独立の行為・結果を持つ完結した犯罪であるが、観念的競合では行為が一つであるから、最終の結果発生まで完結しないと言う考えなのかもしれない。

確かに観念的競合は牽連犯に比べると一体性が強いと言えるかもしれない。一体説を適用すること、これを踏まえると否定できない所もある。しかしそもそも観念的競合も、個別に成立し可罰性を獲得した犯罪の処理について、行為者の利益も考慮して一体的な取り扱いをするものであるから、時効の成立と言う可罰性そのものが問題となる時にまで、一体的な扱い(行為者に不利益！)を命じることには疑問もある。こういった議論から、そもそも科刑上一罪については、一体化した扱いをする余地がなく、個別化して処理することが筋であるようにもみえる。学説上はそのような批判がなされているが、前述したとおり判例は上述の立場をとる。

(3) 公訴時効の停止

a. 停止と中断

【参照】旧刑事訴訟法第 286 条

時効は中断の事由終了した時より更に進行す

かつて規定されていた**時効の中断**は、中断事由の発生によってその時まで進行した時効の効力をすべてなくし、中断後に新たな時効をスタートさせると言う、いわばリセットボタンである。対して**時効の停止**は、一時的にある事実の継続する期間だけ進行を停止して、その後事実が終わればそこから再開するというセーブ機能である。

現行法では中断は認めておらず、あくまで停止のみが規定される。すなわちこれは、中断を繰り返すと永久に時効が完成せず時効制度の主旨が損なわれること、中断によってそれまでに進行した期間を無にするのは、犯人にとって不利益であるし、さらには事務手続きが煩雑になることが理由とされる。

b. 公訴の提起による時効停止

【参照】刑事訴訟法第 254 条 1 項

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ときからその進行を始める

現行法では、公訴の提起により時効が中断する。すなわち公判中には時効は成立しないことになる。

◎公訴提起の要件を欠く公訴の提起

素直に解すと、管轄違いなど、訴訟要件を欠くような**無効な公訴提起であっても公訴時効は停止する**ことになる。これは妥当だろうかとも思われるが、最高裁は公訴時効の停止を認めている。

教材 218 事件(大阪不実登録簿不実記載事件：最高裁)

訴因不特定による公訴の提起によっても、公訴時効が停止することが示されたのだった。

◎起訴状謄本不送達の場合 (271 条 2 項、339 条 1 項 1 号))

公訴提起があった日から、二か月以内に裁判所が被告人に対して起訴状謄本を送達しない場合、公訴提起はその効力を失い、339 条により決定で公訴棄却がなされる。この場合、271 条を見ると**公訴提起は遡ってその効力を失うことにされているので、公訴時効停止の効果も失われるのではないか**と言う問題が生じるのである。

【参照】刑事訴訟法第 271 条 2 項

公訴の提起があつた日から二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う

この場合、効果も失われると言う見解も松尾先生などはじめ有力だが、判例は以下の立場である。

教材 349 事件

公訴時効停止の効果は、この場合もやはりそのままであり、公訴棄却の決定があつたときから再び進行するとした。

◎公訴時効停止の効果の範囲

物的範囲…訴因と**公訴事実の同一性**(後述)が認められる範囲で認められる。

人的範囲…刑法 254 条 2 項により、共犯者一人への公訴提起により、他の共犯者についても時効が停止する。共犯者間の平等の為である。

【参照】刑事訴訟法第 254 条 2 項

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する。この場合において、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

c. その他の停止事由

刑訴法 255 条により、犯人が国外にいる場合や、逃げ隠れていて有効に起訴状謄本の送達が出来なかった場合にも時効は停止する。事実上の理由により困難だと言う類型である。

【参照】刑事訴訟法第 255 条 1 項

犯人が国外にいる場合又は犯人が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
他に、在任中の国務大臣は内閣総理大臣の同意がなくして(憲法 75 条)、また在任中の摂政には在任中訴追が許されない(皇室典範 21 条)。なお両法規の「但し、これがため、訴追の権利は害されない」と言う文言は、公訴時効が停止はするということと解されている。

【参考文献】

- 松本一郎「公訴権濫用論」争点〔新版〕
- 田宮裕「公訴権の濫用」百選〔第 5 版〕
- 鈴木茂嗣「公訴権の濫用」百選〔第 6 版〕

C 公訴提起の手続

1 起訴状

(1) 公訴提起の方式

【参照】刑事訴訟法第 256 条 1 項

公訴の提起は、起訴状を提出してこれをしなければならない

刑訴法 256 条 1 項により、起訴状という書面を用いた要式行為と定められる。電話や電報では許されない。

◎起訴状の記載事項

【参照】刑事訴訟法第 256 条 2 項

起訴状には、左の事項を記載しなければならない

- 一 被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項
- 二 公訴事実
- 三 罪名

刑訴法 256 条 2 項により、被告人を特定するに足りる事項、公訴事実、罪名の 3 つを欠くことが要求される。公訴は検察官が指定したもの相手以外には効力を有さないし、審判の請求を受けない事件についてはそれを審理判決することは許されない(**不告不理の原則**)。

そのために、誰が被告人であり、何が公訴事実であるかが明らかにされないといけないのである。

(2) 被告人

被告人の情報については、256 条 1 項により**被告人を特定するに足りる事項**が要求される。氏名のみでは特定に足りないこともあるから、規則 164 条では年齢・職業・住居及び本籍の記載が必要とされている。ただしこれらはわからないこともあるので、同 2 項にこれらが明らかではないときには不詳と記載すれば足りると規定されている。

【参照】刑事訴訟規則第 164 条

- 1 起訴状には、法第二百五十六条に規定する事項の外、次に掲げる事項を記載しなければならない
 - 一 被告人の年齢、職業、住居及び本籍
 - 二 被告人が逮捕又は勾留されているときは、その旨
- 2 前項第一号に掲げる事項が明らかでないときは、その旨を記載すれば足りる

氏名の記載も、被告人の特定が目的であるから絶対的要請ではない。あくまで手段であり、判明しないときには人相や体格等で特定するほか、氏名が不詳の場合通常は勾留されるから、留置番号や指紋・写真を添付して特定を図る。

(3) 公訴事実

a. 公訴事実と訴因

訴追し犯罪の審判を求めるものを**公訴事実**と言う。

【参照】刑事訴訟法第 256 条 3 項

公訴事実とは、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以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

これについては刑訴法 256 条 3 項にあるように、**訴因**を明示して特定されなければならない。そして、訴因の明示には場所日時方法をもって、罪となるべき事実を特定してそれをなすように書かれている。ここでは後に述べる刑訴法 312 条 1 項と同様に、「公訴事実」と「訴因」と言う二つの言葉を使用している。

この両者の意味と相互関係については、後述するように戦後の刑訴法学において大論争があった。しかし、素直に読む限り**訴因とは日時場所方法により特定され、刑罰法規の構成要件に当てはめて記載された具体的事実であり、公訴事実とは訴因を明示して記載された公訴対象事実であるから、基本的に同じものとして理解できる**ように思われる。このような理解で不都合はないだろうと思われるし、今はそのような前提で話していくことにする。

b. 訴因の特定

問題は、訴因の特定の程度である。

刑訴法 256 条 3 項は、「できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定して」と述べている。これによれば、第一に訴因は罪となるべき事実であるから、**刑罰法令の構成要件に該当する一個の犯罪事実を構成要件に当てはめる形で示すことが必要となる**はずである。

そして第二に、日時場所及び方法を以て具体的な犯罪事実を示すことが必要となるはずである。

このうち後者がしばしば問題とされてきた。法が要求する特定が完全に可能なことはあまりないし、事実は無限の具体性を持っている以上、完全に具体的な特定はそもそも観念しえない。ということで、どこかで線引きをすることが要求されるわけだが、これは結局、起訴状に訴因を記載する主旨にさかのぼって考えるほかなくなる。

訴因と言うのは、検察官が訴追し、審判を求める犯罪事実である。

教材 232 事件(白山丸事件：最高裁)

判旨において、訴因明示の趣旨を①裁判所に対し**審判の対象**を明らかにする、②被告人に対し**防御の対象**を明らかにするということに求めた。

ということで、この審判対象の明示、防御対象の明示という実質的な基準にのっとって判断するほかないと言える。なおこの点で、裁判所に対する審判範囲の確定明示と言う要請と、被告人への防御範囲の明示の関係には、いくつか異なった理解が想定しうるとされている。

① 識別説

裁判所に対して審判の範囲を明らかにする観点からは、最小限一個の犯罪事実が他の犯罪事実と識別可能な形で記載されていなくてはならない。それにより二重起訴の禁止、訴因の変更に係る公訴事実の同一性の確保、一事不再理における不再理の範囲などが手続的にカバーできることになる。そこで、一つの考え方として、このように**一個の犯罪事実として他の犯罪事実と識別可能な程度に特定されていれば、これによって被告人の防御の範囲も明示されるから、訴因の特定としてたりる**という考え方が生まれた。この考え方はしばしば識別説と言われる。これは、訴因明示の主旨①と②を、①が保障されれば②も保障されるものとして表裏一体にとらえている。

② 防御説

しかし、**識別の要請を超えて防御に重要な事実もあり、それについては訴因に明示しなくては特定といえない**、という防御説と言う考え方もある。こちらは、防御権保障に独立の意味を求めるわけである。もっともこの考えが念頭におく共謀共同正犯の訴因の特定以外の場面での具体的な理論的帰結が明らかでないうえ、後述するように識別か防御かという対立とは別のところに共謀共同正犯の問題の根本もあったように思える。ということで、この防御説とかは、少し理論的な有効性に疑いがあるかもしれない。

そもそも起訴時点の証拠に依存して書けることが決まるわけだが、特定説の特定にたる事実が証拠により証明可能な場合には、たとえそれ以上に通常であれば防御上重要である事実を示す証拠がない場合であっても、刑罰権の実現が妨げられる理由はないはずである。その場合でも防御に重要な事実が示されない限り公訴が提起できないと言うのは**手続法が実体法を過度の制限することにもつながる**おそれがある。

この点では、やはり識別説を基本とせざるを得ないと思われる。

◎ 日時・場所・方法の記載

じゃあどのくらい特定されればいいのだろうか。

教材 232 事件(白山丸事件：最高裁)

中国からの引き上げ船に乗って、違法に出ていった奴らがたくさん帰ってきた。いずれの奴についても出国の具体的な場所や日時は確認できない。本件被告人は昭和 27 年4月ごろまで水俣市に居住していたが、その後所在不明となり、昭和 33 年に白山丸に乗って帰国した。そこで公訴事実として、日時には 6 年余の幅をおき、場所は「本邦より」としたうえで、さらには方法には具体的記載なしというかなりアレな起訴状を出した。

これで訴因が特定されていると言えるのだろうかということになる。最高裁は、訴因の特定が要求される趣旨について裁判所の審判の対象を限定するとともに、被告人に防御の範囲を示すことを目的といったうえで、犯罪の日時場所

方法については、これらの事実が犯罪の公正事実となる場合以外は、「特定のため」に書くということであり、**犯罪類型による特別な事情がある場合は、幅のある表示があるとしてもそれだけで特定がないとはできない**とし、この起訴状の訴因を欠けるところなしとした。もちろん訴因特定の目的を害す程度まで行くといけないのはその通りで、判例も明示しているところ。

まあ奥野裁判官の言うように、昭和 33 年の帰国に対応する出国の事実は一回しかないのであって、それによって他の犯罪事実との識別は可能だし、日時場所方法などに幅があっても、裁判所に対しての審判対象の確定と被告人への防御対象の明示は可能な事案であったから、この点で判決は正当だと言える。

なお本件では帰国と言う事態がある以上、それに対応した出国があるのは確実であり、犯罪の成否を論ずるうえで日時や場所などはかならずしも重要とはいえない事案であった。ということで記載に幅があっても別に具体的な支障が生じることはなかったと思われる。

◎覚せい剤自己使用罪の訴因

覚せい剤自己使用罪においては被害者が存在せず、秘密裏なので目撃者も存在しないことが多い。すると自白が無い限りは使用日時、場所、方法の特定が困難である。が、尿検査により使用の確実な推認が可能であるのも確かである。そこで実務は↔️適当な柔軟な形で訴状の記載をしている。

①犯行日は、採尿の日または逮捕の日から遡って数日～2 週間程度の幅をもった期間

②犯行場所は、その間に被告人が行動した地域を、市町村単位あるいは市町村とその周辺という程度の範囲

③使用方法是、「(注射または服用して) 施用し」と記載

こんな感じであるが、これって特定されているの？という素朴な疑問があるのだった。

◎最高裁判例

教材 233 事件(広島吉田町覚せい剤使用事件：最高裁)

尿から検査すればまあ犯罪があることは分かる。すると尿から検出された覚せい剤に対応する使用行為として上の白山丸事件と同じように特定できるかが問題となるが、出国と帰国は対応するものの、覚せい剤使用罪は 1 回の使用が 1 罪とは限らない。つまり、尿から検出される覚せい剤に対応する少なくとも一回の犯罪事実があるだけであるが、それを審判対象とすることができるかが問題となる。判例はとくに理由を良く示さず、上に例示したような特定で足りるものとした。

この点での一つの考え方は、訴因特定の説明について、最後の一回だけは特定したものとしていいだろうとする**最終一行為説**であり、昔は検察官はそのように釈明していた。もっとも、尿から検出された覚せい剤が、直近の「一回だけ」の使用行為に対応すると断言できるかと言うとぶっちゃけ微妙なところではある。そこで今一つ説かれているのは、期間中に少なくとも一回の起訴をしたと言う趣旨で特定できると言う**最低一行為説**である。この考えの言う所ははっきりしないところもあるのだが、これを文字通りに解して一回以上の「複数回をも含む」とするならば、一個の犯罪事実を要求するとはいえない。

とはいえ、**期間中、「ただ一回」は使用したと言う趣旨であるならばその限りで最低一行為説は妥当する**といえる。これについては、複数回の可能性もあるのに一回しか認めないと言うのは実体的真実と妥当しないと言う批判があるが、これはあくまで検察官がいう「主張」であり、事実と対応すべきだが対応しないことを批判すべきではないし、訴追の裁量が検察官にあるのもまたその通りだからである。検察官が一回として割り切って起訴する時、それは権限内の訴因設定だし、検察官の主張として他から識別可能なものとなっているならばそれで妥当すると言える。

訴因の特定があれば、それが証明されるかどうかは公判審理では問題となるが、期間中一回少なくとも使用したと言う事実があるのだから、訴因の事実は証明されると言うだろう。233 事件の理論的説明については必ずしも落着いているわけではないが、説明するならこの議論が一つの可能性であろう。

なお、日時場所方法に幅のある訴因に対しては、**被告人の防御**に支障があると言う批判がある。

確かに通常の犯罪では日時場所方法が明らかにならなければ犯罪の証明が困難であり、日時場所方法は犯罪を立証するうえで重要であるから防御にも重要だと言える。だが、これに対して覚せい剤自己使用罪のような場合には、尿から覚せい剤が検出されれば、**体内残留期間内に覚せい剤を摂取したことは確実に推認されるわけで、日時場所などは犯罪の立証に重要とは言えず、さらには防御にも重要ではない**はずである。尿検査の結果から確実に推認できる場合にはアリバイの主張にもあまり意味はないので、その可能性をもって批判をすることには説得力はない。

【参考文献】

◎後藤昭「訴因の特定・明示」百選〔第 8 版〕

◎**共謀共同正犯**の訴因における共謀の記載

異なる問題として近時改めて議論されているのが、訴因の特定について古くから議論があり、識別説と防御説の対立の元となった共謀共同正犯の訴因における共謀の記載である。

共謀にのみ関与した被告人については、実行行為者との共謀については「被告人は、A と共謀の上、……」という記載だけで訴因の特定があると言ってよいか問題となっていた。

これをめぐっては、従来は識別説に立てば実行行為者による実行行為が日時場所方法等により明示される限り、共謀自体の日時場所内容は示されなくても一つの犯罪行為は他の犯罪行為と識別可能な形で示されていると言えるから、共謀の上と言う記載だけでも訴因の確定に欠けるところがないとされた一方、防御説からは、共謀共同正犯者にとって自らの刑事責任が問われる犯罪事実は共謀の点にしかない以上、共謀は実行行為に匹敵する重要な事実であり、その日時場所内容を記載せず、「共謀」と言うことだけ書いた起訴状は重要な事実を欠き、訴因の特定に足りないということにされていた。

判例・実務は識別説に立つとされ、**教材 239 事件**、**教材 240 事件**はまさに識別説から説かれるような議論をしている。この点最高裁が直接に述べたものがないが、教材 598 事件(練馬事件)に示唆がある。

教材 598 事件(練馬事件：最高裁)

有罪判決の「罪となるべき事実」についてだが、これは謀議の日時や方法、場所など具体的に判示する必要はないとしている。基本的にここの議論は訴因と対応するから、判示だけ見ると識別説と整合的である。

◎ 共謀とはそもそもなにか

上記対立で議論がされていたが、実はここには、実体法上の問題が存在している。すなわち、共謀共同正犯の**共謀**とは何か。練馬事件は、「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、共同意思のもとに一体となって互い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」としている。

① **謀議行為**とする見解

共謀を謀議行為と見れば、日時やら場所やらが特定される必要が出てくると言える。

② 犯罪の共同実行意思という**心理状態**とする見解

心理状態ならばそれそのものに日時等の属性はないし、その表示は「共謀のうえ」としか書けない。

注意してほしいが、①の見解は日時の特定制を求めるから防御説、②は求めないから識別説、というわけではない。

すなわち、心理状態は謀議行為の結果形成されるものだから、心理状態こそが共謀＝構成要件該当事実であるとすれば、謀議行為はあくまで証拠としての間接事実にとどまるため、防御説の考えに立とうがその具体的な記載が求められないのである。

すなわち、**謀議行為を構成要件事実ととらえることで、日時場所方法の記載が要求されうる**し、真に関係あるのは、防御説か識別説かではなくこの点である。そういうことだとすると、訴訟法説に**識別説が適切であるとしても、これは実体法上の理解の仕方次第では共謀の記載も「共謀のうえ」では足りないことがありうる**ことになるのである。とくに近時の学説のように、共同正犯には正犯性を基礎づけるだけの結果への寄与が要求されるのであれば、そのような寄与を示さず「共謀」の一言で片づけることにはやはり無理が出てくる。

そしてさらにいえば、今は「構成要件」を書けば識別できるかのような言い方をしたが、そもそもある事実が構成要件にあたるということが識別性につながるのかということ自体、なお議論の余地があるのかもしれない。そのような、最近の学説からは従来の特定では足りないのではないかという視点から、かなり議論が錯綜しているとは言える。

◎ その他の参照判例

教材 235 事件(前原遺体白骨化事件：最高裁)

検察官がそのときそのときの状況で出来る限りを尽くしていれば、ちょっと雑でも訴因特定を認めてよいとした。

教材 237 事件(阿倍野区麻薬特例法違反事件：最高裁)

係属的に行われる薬物犯罪の取り締まり目的ということを考慮して、起訴状添付の別表に譲渡年月日・譲渡場所・譲渡相手・譲渡数量・代金を記載したことで訴因の特定としてよいとした。

【参照】

□佐藤隆之「傷害致死罪における訴因の特定」ジュリスト 1246 号(平成 14 年度重要判例解説)

□大澤裕「麻薬特例法 5 条違反の罪の訴因の特定」ジュリスト 1358 号

◎ 訴因の特定を欠く場合

訴因の特定を欠く起訴状は無効であり、最終的には刑法 338 条 4 号により**公訴棄却**とされ、手続きは打ち切りである。ただ、判例上は直ちにそれが行われるのではなく、**検察官の釈明**を求め、それをもって補正がなされないときに初めて公訴棄却がなされるものとなっている。**教材 242 事件**も同主旨である。

公訴を棄却しても、**訴因の記載を改めて再度起訴することは妨げられないので、補正を認め一回の手続きで処理したほうが訴訟経済に適う**からだといわれている。ということで、裁判所は検察に義務として求釈明を要求されていることになる。そしてその求釈明にこたえて検察官が釈明した場合、その内容は不特定の訴因を補正するものとして訴因の一部となる。対して、訴因が不特定とは言えない場合であっても、争点を明確にして訴訟の円滑な進行を図る目的で、訴因について検察官に釈明を求めることができる。これは任意的な求釈明で、裁判所の裁量にまかされるし、これに対しての検察官の回答が訴因の一部とはなるわけではない。

※補正は、違法な訴因を適法な訴因に改めることを指し、「変更」とは異なる。

(4) 罪名

起訴状に刑訴上記載が要求されるのは、罪名である。これについては刑訴法 256 条 1 項 3 号、同条 4 項により適用すべき罰条を示して記載することが求められる。

【参照】刑事訴訟法第 256 条 4 項

罪名は、適用すべき罰条を示してこれを記載しなければならない。但し、罰条の記載の誤は、被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞がない限り、公訴提起の効力に影響を及ぼさない

4 項の但し書きも注意。**罰条記載の誤りは、被告人の防禦に実質的な影響をあたえない限り、公訴提起の効力に影響しない。**罰条を書かせるのは、あくまで訴因の主旨を明確にし被告人の防禦の便宜を図るためだからである。

(5) 訴因及び罰条の予備的・択一的記載

256 条は数個の訴因の予備罰条について、予備的または択一的に記載することが許されるとしている。

予備的記載…「A」しからざれば「B」と言う形で、順序が付される。

択一的記載…「A」または「B」と言う形で、順序は付されない。

厳格な手続きを採用している現行法では、起訴時点では厳格な訴因の設定が要求できず(起訴が困難になる)、緩やかな設定を許した。だが起訴の時点で予備的択一的な記載がなされることはあまりなく、予備的択一的訴因の記載が行われるのは多くの場合証拠調べの段階である。予備的択一的記載が認められている以上、**予備的な追加も許される**とされるのである。

2 起訴状一本主義

(1) 意義

【参照】刑事訴訟法第 256 条 6 項

起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し、又はその内容を引用してはならない

起訴状には裁判官につき、事件に予断を生じさせるような書類などを付して送ることが許されないとされ、この原則が**起訴状一本主義**と言われる。ただしまったく起訴状以外のものが送れないということはない。規則 167 条などを見れば分かるように、勾留状などは送られている。ただこれは身柄に係るから送られるというだけであり、公判裁判所の目には第一回公判期日まで触れないようである。あとは弁護人選任届も提出される(規則 162 条)

かつては、検察官は 公訴提起と同時に、裁判所に一切の捜査書類(「**一件記録**」)・証拠物を裁判所に引き継ぐ運用がなされていた。裁判所は事件の内容をしっかりと把握したうえで公判に望んでいたのである。**担い手は異なるものの真実発見のための一個の連続的なものとして、捜査と公判がとらえられていた**のである。

これに対し今では「起訴状一本主義」の採用によって、捜査と公判が分断されるとともに二つの理念が充実された。

① 裁判所の予断排除

旧法時代の運用では、検察官の心証を引き継ぐ形で、有罪の予断を抱いて裁判所は公判審理を行った。だとすると、ありのままに被告人を見ることはできなくなるから、それはよくないとされた。

② 訴訟構造の転換

裁判所は公判当初から検察官と同じ知識をもって訴訟をひっぱっていくことができたが、起訴状一本主義ではそれが不可能にされる。このような制度の採用は、裁判所が真相解明者から公平な審判者に退くことを意味する。

そして実際にも当事者主義的な方向に訴訟システムを動かした。

(2) 予断排除

a. 脅迫文書や名誉毀損文書の引用

脅迫文書や**名誉毀損文書**の内容を引用して起訴状に書くことは、証拠の存在を起訴状において示すに等しく、予断排除の観点からは問題である。しかし他方で、犯罪の手段であるこのような構成要件該当事実の一部をなすものにつき、犯罪の方法の特定と言う観点からはその具体的な記載が望ましいともいえる。

この問題につき、最高裁が一つ判断したのが、以下の事件である。

教材 246 事件(宇和島生糸恐喝事件：最高裁)

恐喝事件の起訴状に被告人が被害者に対し内容証明郵便で送りつけた脅迫文書をほとんどそのまま乗っけて書いた。最高裁は、要約適示で足りるのならばそうすべきだが、訴因の明示の為でならばほぼそのままのついても 256 条に違反しないといった。この事件の場合、文書の主旨が婉曲暗示的で要約が難しいことを理由に適法判断した。

教材 247 事件(昭和 44 年 10 月 2 日 : 最高裁)

名誉棄損文書を 3500 字にわたって記載したが、これにつき訴因の明示として不当とは認めなかった。これなんかもうちょっと何とかなったんじゃないのと言う気もするし、最高裁の判例は、要約可能性の有無を厳格には要求していないような感じもする(明らかではないが)。

b. 余事記載

予断の排除の観点からは、明文に許された証拠等以外の情報の添付の是非が問題となる。具体的には、**前科**や**暴力団構成員**である旨の事実の記載などはどうだろうか。

教材 249 事件(起訴状同種前科記載事件 : 最高裁)

詐欺罪で二回処罰を受けているということが書かれていた起訴状の適法性が争われた。最高裁は、詐欺の公訴において詐欺の事実を記載することは、公訴について予断を生じせしめる恐れのある事項にあるとして、公訴棄却をした原審の判断を是認した。

やはり予断形成のおそれがあるものは、明文の規定がなくてもやはり一定の制約を受ける。ただ、前科記載が許される場合として、訴因の特定・明示に必要な場合、公訴犯罪事実の構成要件になっている場合(参照 : **教材 250 事件**)などがあり、公訴事実を明示するためにはこのような事実を記載することも許される。

256 条 6 項の主旨は予断の排除にあるから、書類その他の物の添付や内容引用だけでなく、公訴事実について予断を生じさせるようなことを起訴状に記載することも許されない。しかし、**訴因を明示して公訴事実を記載する必要があるから、犯罪の方法なども記載することが要求されるので、一定の記載は認めている**ということでもある。よって、余事記載が常に 256 条違反にはならないとされる。

なお、違反があった場合は、一度生じた予断が打ち消せないとすれば、249 事件がまさにそうだったように公訴棄却するほかない。しかし、余事記載と言うのは、回復不能な予断を形成させるものだけしかないとは限らない。

「詐欺の公判について、詐欺の記載は」というのが 249 事件の場合であって、同種の事件であることが厳格な判断を求めたのであろう。単に争点が混乱するだけという場合など、削除して補正すれば足りる余事記載もあるというべきで、このような場合には削除補正で足りるだろう。

Ⅲ 公判

A 公判廷の構成

1 総説

【参照】刑事訴訟法第 282 条

- 1 公判期日における取調は、公判廷で行う
- 2 公判廷は、裁判官及び裁判所書記が列席し、且つ検察官が出席してこれを開く

公判廷は、公判裁判所を構成する**裁判官・裁判所書記官**の列席の元、**検察官**が出席して行われるわけだが、もちろん**被告人**や**弁護士**も出席する。被告人が出席しないときは原則として開廷できず、そのために被告人は召喚されるし、通知も必要であるとされる。以下公判廷の構成につき、その登場人物の話をしていくことにしたい。

2 裁判所

(1) 事件の配付と裁判所の構成

起訴状の提出先は、管轄権を持つ国法上の意味における官署としての裁判所である。この裁判所では複数の裁判官がそれぞれ複数の裁判機関を構成するのであり、審理を担当する裁判体に事件を配布(配点)する必要がある。これについては恣意などを介在させることはあってはならず、年度ごとに事務分配規定を定め、事件受理の順序に従い機械的に順次事件を配布するのが原則である。

◎第一審における単独制と合議制

- ① **高等裁判所** (裁判所法 18 条) …内乱罪の場合、**5 名**の合議体で裁判をする。内乱罪の刑事第一審の特別の定め。
- ② **簡易裁判所** (裁判所法 35 条) …常に **1 名**の裁判官が単独で事件を扱う。
- ③ **地方裁判所** (裁判所法 26 条) …原則は **1 名**であるが、次の二つの場合には **3 名**。

A **法定合議事件**…死刑無期または短期 1 年以上の懲役・禁錮になる事件は法定で合議制になる。このうちの一定の重大なモノについては、裁判員法 2 条により裁判員を加えた合議体となる。3 名の裁判官と 6 名の裁判員により合議体が構成される。

B **裁定合議事件**…合議体として扱うことが適切な場合がある。まずは一人の裁判官に事件が割り振られるが、その後その人の申し出により合議体となる。

(2) 公平な裁判所

本年度省略部分。裁判所が公平に裁判を行うために、裁判官には強い身分保障がなされるというのみならず、裁判の公平性を当該事件とのかかわりで害す恐れがある場合に備えて、除斥・忌避・回避という制度を設けている。

除斥…当該事件および関係者と一定の人的なつながりを有する場合や、予断を抱いていると典型的に認められる場合に当然に当該裁判官を職務執行から排除する。

忌避…除斥事由があるとか、不公平な裁判をする恐れがある場合に、当事者・弁護人の申立てで裁判官を排除する。ただ、単に態度が悪いとかでは認められないし、一度請求や陳述をした場合は原則忌避は不可能となる。

回避…裁判官が忌避される事情があると自分で思った場合に、自分から職務執行を辞退する。

3 被告人

(1) 訴訟能力

本年度省略部分。当事者も、防御権の行使主体として刑事訴訟に参加するわけだから、訴訟行為を有効に行うために、訴訟を進行して適切な防御をうるだけの能力が必要である。この力を**訴訟能力**と言う。

自己の手続き上の地位や権利内容を理解し、意思を相手に伝える能力が必要とされる。ただし、この判断は弁護人の援助を踏まえて行ってよいし、そもそも「訴訟が」できるかということだから、刑法上の責任能力とは異なる。

(2) 被告人の出頭

被告人の出頭が無い場合には、原則として公判廷を開くことはできない。出頭と言うのは、**被告人の権利保護**の要請と、**裁判の公正確保**の要請の双方から必要とされるものであり、権利としての側面だけでなく義務の側面もある。具体的には刑事訴訟法 273 条 2 項の決めるように、公判期日には**召喚**されることとなる。これは日時場所を指定して出頭を命じる裁判で、原則として召喚状を送達して行われる。送達については 62 条などを参照。方式についてはいくつかの例外があり、65 条の 2 項や 3 項などには例外がある。

【参照】刑事訴訟法第 273 条

- 1 裁判長は、公判期日を定めなければならない
- 2 公判期日には、被告人を召喚しなければならない
- 3 公判期日は、これを検察官、弁護人及び補佐人に通知しなければならない

【参照】刑事訴訟法第 62 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発してこれをしなければならない

【参照】刑事訴訟法第 65 条

- 1 召喚状は、これを送達する。※**原本送達**である。一般に謄本送達で良いことに比べると特殊である。
- 2 被告人から期日に出頭する旨を記載した書面を差し出し、又は出頭した被告人に対し口頭で次回の出頭を命じたときは、召喚状を送達した場合と同一の効力を有する。口頭で出頭を命じた場合には、その旨を調書に記載しなければならない
- 3 裁判所に近接する刑事施設にいる被告人に対しては、刑事施設職員（刑事施設の長又はその指名する刑事施設の職員をいう。以下同じ。）に通知してこれを召喚することができる。この場合には、被告人が刑事施設職員から通知を受けた時に召喚状の送達があつたものとみなす

これは出頭の機会を保障するものであり、あとから述べるように**出頭義務を負わない場合にも召喚を必要とする**が、同時に多くの場合は出頭を義務付けるものである。正当な理由なく召喚に応じないまたは応じない恐れがあるときは、被告人を**勾引**することができる。勾引と言うのは特定の者を特定の場所に引致する強制処分である。

またいったん出頭した被告人は裁判庁の許可なく退廷できない。刑訴法 288 条（在廷義務）

◎出頭義務の免除

一定の場合には免除される。

【参照】刑事訴訟法第 284 条

五十万円（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、五万円）以下の罰金又は科料に当たる事件については、被告人は、公判期日に出頭することを要しない。ただし、被告人は、代理人を出頭させることができる

【参照】刑事訴訟法第 285 条

- 1 拘留にあたる事件の被告人は、判決の宣告をする場合には、公判期日に出頭しなければならない。その他の場合には、裁判所は、被告人の出頭がその権利の保護のため重要でないと認めるときは、被告人に対し公判期日に出頭しないことを許すことができる

2 長期三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円（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、五万円）を超える罰金に当たる事件の被告人は、第二百九十一条の手続をする場合及び判決の宣告をする場合には、公判期日に出頭しなければならない。その他の場合には、前項後段の例による

事件の軽微性などを考慮して段階的な定めが置かれている。

また、被告人が法人である場合には、代理人を出頭させることができ、代表者の出頭は義務付けられていない(283条)。そして、被告人の出頭無くして開廷できないのが原則だが、「被告人が出頭しなければ開廷することが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**」(刑訴法 286 条の 2)は出頭が無くとも公判期日を続行できるし、そして「**被告人が陳述をせず、許可を受けないで退廷し、又は秩序維持のため裁判長から退廷を命ぜられたとき**」は、その陳述を聴かないで判決をすることができる」(341 条)ことになっているから例外である。刑訴法 304 条の 2 の場合も証人に配慮して、一定の条件のもとに被告人を退廷させて証人尋問を行うことができるものとしている。

(3) 被告人の勾留

a. 公訴提起と被告人の身柄

被告人も、**逃亡**あるいは**罪証隠滅**の虞がある場合には**勾留**される。そしてその要件・手続きは被疑者の勾留について述べたことがおおむね当てはまると言うか、そもそも被告人の規定が準用されていたのだった。

起訴の時点における被疑者の身柄の状態には、①被疑者として勾留している、②逮捕中だが勾留はされていない、③身柄が拘束されていない、の三つの可能性がある。以下、順次検討していくことにする。

①勾留中の場合

公訴の提起によって、**被疑者としての勾留は自動的に被告人としての勾留に引き継がれ、公訴提起の日から被告人としての勾留の期間が進行すること**となっている。208 条 1 項は、10 日以内に公訴の提起をしないときは、釈放と言う構造の規定なので、反対に公訴提起すれば釈放しなくて良いことになる。刑訴法 60 条 2 項は、勾留の期間について、勾留の期間は公訴の提起があった日から **2 か月**ということにしている。

※ちなみに、身柄拘束中だった被告人が起訴後途中から勾留された場合には、そのときから勾留期間がはじまる。

②逮捕中の場合

この場合については、被疑者の身柄拘束の時に話したが、裁判官が速やかに被告事件の告知とこれに関する聴取を行い(**勾留質問**)、勾留するか釈放するかを決める。280 条 2 項に条文がある。検察官が逮捕の期間中に公訴を提起し、裁判官の職権発動を求める手続きは、**逮捕中求令状(求令状起訴)**と呼ばれる。

③身柄不拘束の場合

在宅の場合でも、裁判所に職権発動を促し、所定の手続きを踏んで勾留することは可能である。

※なお、検察官は、被告人に関しては勾留請求権が認められていないので、裁判官が職権で勾留を行うと言う法構造は大前提である。あくまで実務上の慣行として、検察官は起訴状に勾留の必要があると思われる場合に、「勾留中求令状/逮捕中求令状/在宅求令状」と付して、職権発動を促すにとどまる。

b. 勾留の裁判

処分は、基本的には事件の公判審理を担当する裁判所(公判もしくは**受訴裁判所**)が行うのだが、起訴後第一回公判期日までは、公判裁判所を**構成しない**裁判官が行うこととされている。280 条、規則 187 条参照。このようにされるのは、予断形成を防止する主旨である。

【参照】刑事訴訟法第 280 条 1 項

公訴の提起があつた後第一回の公判期日までは、勾留に関する処分は、裁判官がこれを行う

【参照】刑事訴訟規則第 187 条 1 項

公訴の提起があつた後第一回の公判期日までの勾留に関する処分は、公訴の提起を受けた裁判所の裁判官がこれを行わなければならない。但し、事件の審判に関与すべき裁判官は、その処分をすることができない

c. 被疑者の勾留と被告人の勾留

被疑者の勾留といくつか異なるところがある。

①**逮捕前置主義が必要ない**。在宅の被告人を所定の手続きのもとでいきなり勾留できる。

②**職権**で行われる。検察官の請求は必要ない。あくまで公判審理の必要性から行われるのだから、職権事項である。

③勾留期間が **2 か月**であり、具体的に理由を付した決定で一か月ごとに更新することができる。

※期間を延ばすのは**更新**と言い、被疑者の場合の「延長」と違う点に注意。

原則として一回に限られるが、89 条の 1 号 3 号 4 号 6 号の理由に該当する理由がある場合、更新回数の制限はなくなる。罪証隠滅がこれに含まれる。

【参照】刑事訴訟法第 89 条

保釈の請求があつたときは、次の場合を除いては、これを許さなければならない

- 一 被告人が死刑又は無期若しくは短期一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
- 二 被告人が前に死刑又は無期若しくは長期十年を超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
- 三 被告人が常習として長期三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
- 四 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
- 五 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行為をすると疑うに足りる相当な理由があるとき
- 六 被告人の氏名又は住居が分からないとき

④**保釈**が認められる。後述。

(4) 保釈

a. 意義

保釈と言うのは、保証金の納付を条件に、勾留の執行を停止し、被告人を現実の身柄拘束から暫定的に開放する制度である。被告人は、有罪が確定したというわけではなく、むしろ無罪の推定を受ける立場にあることから、身柄拘束と言う重大な自由の制約を課すことは必ずしも好ましくなく、他のより権利制約が少ない方法で同様の目的が達成できるのであれば、それによるべきとされる。

保釈は、不出頭に対して保証金を没収すると言う威嚇を置くことで身柄拘束をさけつつ、出頭確保を果たそうとする制度である。保釈が許される場合は、現行法上 3 つある。

b. 要件

①**権利保釈**（必要的保釈）（刑訴法 89 条）

第一に、保釈の請求があつたときは、**法定の除外事由に当らない限り、保釈を原則として許さないといけないもの**とされる(89 条)。これを権利保釈または必要的保釈という。請求は本人・弁護人、その他 88 条 1 項所定の者にも認められる。除外事由は 89 条に 1 号から 6 号(前述)まで規定され、これに当らない限りはまず保釈しないといけないものとされる。

【参照】刑事訴訟法第 88 条 1 項

勾留されている被告人又はその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹は、保釈の請求をすることができる

②**裁量保釈**

第二に、保釈の請求がない場合、権利保釈が認められない場合にも、裁判所が適当と認めるときはなお職権で保釈を認めることができる(90 条)。これを任意的保釈または裁量保釈という。

③**義務的保釈**

第三に、勾留による拘禁が不当に長くなった場合、裁判所は請求又は職権により保釈を許さなければならない。(91 条)これを、義務的保釈という。

c. 手続・裁判

①裁判所・裁判官は、保釈に関する決定(却下：許可)には、検察官の意見を聴かないといけないこととされる(92 条 1 項)。検察官の意見は裁判官に到達すれば閲覧謄写の対象となるらしいので、準抗告する場合には重要。実際のところは、検察官の意見がほぼ通る形で実務は動いているようである。なお、結論としては「相当」「しかるべく」「不相当」の 3 つらしい。しかるべく、は裁判所がご自由に、という感じ。

②保釈を許す場合には必ず**保証金額**を定める必要がある(93 条)。保証金額を定めない保釈は、わがくににはない。保証金額は 93 条 2 項にあるように、「犯罪の性質あるいは情状、証拠の証明力並びに被告の性格及び資産」を考慮して、**被告人の出頭の保証に足る相当な金額を指定する必要がある**。

③保証金のほか、93 条 3 項にあるように、**住居制限**等適当と認める条件を付することもできる。

④保釈を許す決定と言うのは、**保証金の納付**があつた後でないと執行できない。(94 条 1 項)

⑤保釈が行われても、被告が償還を受けたのに正当な理由なく出頭しない等所定の事由がある場合、検察官の請求又は職権により保釈を取消することができる。この場合には、決定で保証金の全部または一部を没収することができる(96条2項)。

⑥保釈された被告人に、**禁固以上の実刑**に処する判決があった場合、保釈は効力を失い、新たな保釈の決定が無い場合は収容される。執行猶予の場合が気になるが、これは345条が解消する。すなわち、「無罪、免訴、刑の免除、刑の執行猶予、公訴棄却(第三百三十八条第四号による場合を除く。)、罰金又は科料の裁判の告知があつたときは、勾留状は、その効力を失う」。

d. 保釈と余罪

★**事件単位の原則の範囲内で、勾留事実についての判断の一要素となる限りで余罪は考慮されると判例はする。**

勾留の理由とされた犯罪事実以外の犯罪事実(余罪)を保釈を許すか否かの判断に際して考慮していいだろうか。勾留の効力について、その理由となった勾留事実のみに勾留の効力は及ぶと言う**事件単位の原則**が妥当するということはすでに被疑者の勾留の際に話しているところである。このことは被告人の勾留にもそのまま当てはまる。したがって保釈が許されるかどうか、保釈を妨げる理由があるかどうかはそれも勾留事実について判断されると言うのが筋である。もっとも、権利保釈の除外事由として、刑事訴訟法第89条2号には「**前科**」がある。

【参照】刑事訴訟法第89条(再掲)

保釈の請求があつたときは、次の場合を除いては、これを許さなければならない

- 一 被告人が死刑又は無期若しくは短期一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
- 二 被告人が**前**に死刑又は無期若しくは長期十年を超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
- 三 被告人が常習として長期三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
- 四 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
- 五 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行為をすると疑うに足りる相当な理由があるとき

前科というのは基本的に勾留事実**以外**の事実なのであるが、他にも勾留事実以外のものを考慮できるのかと考えたとき、89条1号、3号については勾留事実に限らない余罪の考慮が許されるとする見解がある。

これらは逃亡の恐れが非常に大きく、保証金ではなかなか出頭確保が難しい状況を述べているところ、勾留事実以外にも同じようなおそれをいだかせる余罪があるのであれば、**いかなる理由であれ逃亡されれば審判は阻害されるのだし、余罪を考慮していい**と言うのである。逃亡されたら何を理由としても審判が害される特殊性があると言うのは、その通りだと思う。しかしながら、相当な理由と言うのが普通は起訴事実については確認されているところ、この審査を経ていない余罪を考慮して以上のような結論を出していいかは、問題である。

教材 329 事件(大分保釈許可取消事件：最高裁)

暴力行為等ノ処罰ニ関スル法律1条違反で勾留・起訴された被告人が、保釈を請求し認められたところ、抗告がなされて高裁に取り消された。この理由が、別の恐喝事件について度外視するわけにはいかない、というものであり、事件単位の原則が妥当すべきと述べた判例(教材330事件)を持ち出して上告した。

判旨において、余罪について、**勾留事実について判断する際の一資料としての考慮がなされるということは禁じられていない**と言われた。保釈が許されるかどうかはあくまで起訴事実において判断すると言う枠組みは崩していないことに注意しよう。

4 弁護士

今度は、実際に訴訟を追行してくれる弁護士について。ちなみに弁護士というのは刑訴の言葉づかいで、民訴では訴訟代理人です。理由はよくわからない。まあ保護者的な意味合いもあるから弁護なの？とか言っている人もいた。

(1) 弁護士選任権

a. 弁護士選任権

★**憲法が保障する弁護士選任権は、刑事訴訟法において相当拡張されている。**

被告人は自ら防御活動を行うこともできるが、訴訟当事者として検察官を相手取るためには、専門的知識が必要であるところ、それを持ち合わせているものは少ない。そこで、憲法37条3項は、「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護士を依頼することができる。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」として、**弁護士依頼権**と**国選弁度制度**を用意している。

これを具体化した刑事訴訟法は、私選・国選の弁護人について定めている。

◎私選弁護人

【参照】刑事訴訟法第 30 条

- 1 被告人又は被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる
- 2 被告人又は被疑者の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹は、独立して弁護人を選任することができる

憲法の規定を具体化する際に、刑事訴訟法はその範囲を被疑者段階にも広げたことはかつて述べた。

◎国選弁護人

【参照】刑事訴訟法第 36 条

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。但し、被告人以外の者が選任した弁護人がある場合は、この限りでない
刑訴法 36 条も弁護を受ける権利を法定した憲法の具体化である。

しかしながら、さらに国選弁護人を得ることができる外延は広がっている。すなわち、36 条の「請求」による場合以外にも、**職権**による国選弁護人選任が以下のように用意されている。

①刑訴法 289 条は、一定の重大な事件を**必要的弁護事件**としており、この場合には弁護人がいなければ公判期日を開くことが出来ず、選任がなされていない場合、あるいは出頭しない場合は職権で弁護人を付さなくてはならない。

②刑訴法 37 条所定の事由がある場合には、裁判所は職権により弁護人を付すことができる。

【参照】刑事訴訟法第 37 条

左の場合に被告人に弁護人がないときは、裁判所は、職権で弁護人を附することができる

- 一 被告人が未成年者であるとき
- 二 被告人が年齢七十年以上の者であるとき
- 三 被告人が耳の聞えない者又は口のきけない者であるとき
- 四 被告人が心神喪失者又は心神耗弱者である疑があるとき
- 五 その他必要と認めるとき

また 37 条所定の事由がある場合で、すでに選任されていた弁護人が出頭しない場合にも、弁護人を職権で付すことが可能である。290 条。

③このほか、公判前あるいは期日間整理手続きで弁護人が在籍しないときにも、職権で弁護人を付す。316 条の 4、8 の規定が 316 条の 28 によって準用される。

④350 条の 4 により、即決裁判の申立があった場合で被告人に弁護人がないときも、裁判所は職権で弁護人を付す。

b. 手続

◎起訴前の弁護人選任の効力

弁護人を起訴前に私選し、弁護人と連署した書面を検察官又は司法警察員に提出しているという場合(規則 17 条)、起訴前に国選弁護人が選任されている場合(刑訴法 32 条 1 項)は**第一審にも選任の効力が及ぶ**。この際、規則 165 条 2 項、3 項により、起訴時に弁護人選任届が裁判所に分かるよう提出あるいは通知される。

◎弁護人がない場合

裁判所は、公訴の提起の後に遅滞なく弁護人の選任に関する権利(弁護人選任権・国選弁護人の選任請求権・必要的弁護事件)を**通知**する必要がある。(刑訴法 272 条・規則 177 条)

また、規則 178 条にあるように、必要的弁護事件においては弁護人を選任するかそれとも国選弁護人を請求するか、その他の事件では弁護人の選任を請求するかどうかを確かめないといけない。

◎国選弁護人の選任

選任の資格は、刑訴法 38 条 1 項にあるように弁護士の中からで、選任は裁判長の命令による。

選任行為の性質には、裁判説と契約説とで議論があった。

裁判説…選任の効力は弁護士の応諾なしに生じ、離任するには解任の裁判がいることになる。

契約説…選任の効力は弁護士の応諾によってはじめて生じ、離任は弁護士の辞任の申し出のみでよくなる。

教材 338 事件(4・28 沖縄デー事件：最高裁)

契約説を退ける判示をしており、**実務も基本的に裁判説に立った運用**をしている。

今日では 38 条の 3 が置かれているが、この規定も裁判所を主体としており、裁判説を前提とした規定だと言える。

【参照】刑事訴訟法第 38 条 3 項本文

裁判所は、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、裁判所若しくは裁判長又は裁判官が付した弁護人を解任することができる

(2) 弁護人不在の公判審理

a. 問題の所在

必要的弁護事件で弁護人が不在のまま審議を行うことができるだろうか。289条によると、死刑又は長期3年以上の禁固または懲役刑が法定される事件は、弁護人なしに開廷できず、その出頭がないときなどは職権で弁護人を付さなければならないとされているから、法律の文言を見る限り、そのまま審理をすることは許されず、国選弁護人を必要とするように思われる。

しかし、被告人が必要的弁護制度を逆手にとって、公判審理の妨害を図るような場合、簡単にはいかない。

教材 339 事件(大津弁護人不出頭事件：最高裁)

この事件では、非常に異例な審理経過をたどることになった。第一次第一審においては、被告人は弁護人に不出頭を命じて国選弁護人の再任を繰り返していた。そこで裁判所は被告人弁護人の立ち合いがないままに審理をし、有罪判決を認めたのである。だが、第一次控訴審はこの手続きを違法として破棄差し戻した。

第二次第一審では、今度は被告人の意向を組んだ私選弁護人が、こなかったり途中で帰ったりして、これに対して出頭確保のためにおいた国選弁護人も、被告やその家族が暴行などを加えて退場してしまった。このため事実上公判審理が不可能という事態に立ち至り、再び立会いのないまま結審し、有罪判決を出したのだった。こわすぎる。

今度はさすがに第二次控訴審もこの帰結を是認して、被告人側は上告した。

最高裁は、弁護人不在の公判審理を認めるとした。結論としては当然 of 当然なのだが、問題は理屈である。

b. 従来の考え方

① 権利放棄

本件のような場合にとる一つの考えは、**被告人の権利放棄**ととらえる見方である。弁護人選任権は、特に手厚くだが「保障」されたものだと思えば、それを放棄する余地もある。在廷しないことについて**重大な帰責事由があり、被告人自ら弁護人在廷で審理を受ける権利を放棄したと見ることができる場合には、権利放棄としてそのまま審理することもできる**、という見方が提唱されたのである。

しかし、刑訴法 289 条の主旨と言うのは、被告人の利益を擁護することにつきず、公判審理の適性を期し、国家刑罰権の公正な行使を確保すると言う、いわば**公共の利益**を図るところにもあると理解され、まさにそうだからこそ**被告人の意思とは無関係に弁護人を置く**のである。そうだとすると、自ら権利放棄したとしても、ただちに不在廷審理を認めることには無理があるような気がする。

② 被告人不在廷審理の類推

今一つ説かれた考えは、被告人が不在廷の場合に審理を行う規定である、刑訴法 286 条の 2、そして 341 条を類推適用する考え方である。

【参照】刑事訴訟法第 286 条の 2

被告人が出頭しなければ開廷することが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

【参照】刑事訴訟法第 341 条

被告人が陳述をせず、許可を受けずに退廷し、又は秩序維持のため裁判長から退廷を命ぜられたときは、その陳述を聴かないで判決をすることができる

これらの考えは、公判期日の被告人の出頭が、公判審理の適性を図るために原則開廷の要件とされているというものであるところ、これに例外を認める規定であるから。これらの条文にあてはまるような場合には弁護人についても不在廷の審理が許されて良いとする。

しかし被告人に関しての規定をただちに弁護人に準用すると言うことは、代替性の有無や性質の違いとして批判を免れないように思われる。

c. 最高裁判例

これに対して最高裁の判断は、「裁判所が弁護人出頭のための方策を尽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、**当該公判期日においては、刑訴法 289 条 1 項の適用がないもの**」とした。

必要的弁護が要求される要素のうち、弁護人の為、という部分は、確かに今回はもう否定されてもよさそうである。この点で問題となるのは、残る要路、公判審理の公正確保である。この点最高裁は、「刑訴法の本来想定しない所」という理由を使うとともに、公判審理の適正をも目的とする必要的弁護制度は、憲法が直接に要求するものでなく、

立法政策上設けられたものであるとした。そして、刑訴法上の適性を確保するための制度は、刑事訴訟制度を存立することを前提としているはずであり、それによって**刑事訴訟の実現その物が否定されれば背理**だと言わざるを得ず、今回のような事態までも刑訴法 289 条が予定する所ではなく、そのために適用されないとしたのである。ただし、このような考えによるとすると、弁護士不在廷の審理が許されるのは、かなり例外的な場合となる。この点では本件が、私選弁護士が被告人と意を通じて不出頭・退廷に及んだと言うばかりでなく、裁判所によって出頭確保のため選任された国選弁護士までも**暴行脅迫**をもって不出頭に至らせたことが指摘されるべきである。法が予定した手段を尽くしたうえで、もはやそのような手段では解決の余地がない事案だったと言えるが、そのような場合であって初めて、法を「適用しない」ことが許されると見るべきであろう。

そのような意味では、単に弁護士と意を通じて不出頭とただで審理が許される趣旨ではないように思える。

【参考文献】

□大澤裕「時の判例」法学教室 180 号

5 犯罪被害者

(1) 被害者施策の展開

犯罪被害者と言うのは、刑事手続きの当事者ではない。それは刑事手続きによって実現される刑罰が私的復讐ではなく、あくまで公的な性格を持つことの帰結であると言える。そのような制度のもとで犯罪被害者は、従前は刑事手続きに関与するにしても捜査の端緒を提供することや、捜査段階に参考人あるいは公判の証人として必要な情報を提供するにとどまった。それを指して**被害者は「証拠方法」の一つに過ぎなかった**と言われたりもする。

しかし最近 15 年くらいの間に、状態は激変した。

被害者は、刑事手続きの当事者ではなくとも事件の当事者であることは疑いが無いわけで、刑事手続きにおける帰趨にも強い関心を持つし、刑事手続きの関与を通じて二次的な被害を受けることも指摘され、諸外国の立法も参考にし、刑事手続きにおける被害者の参加・保護が説かれたのである。

具体的には以下のようなものがある。

①**犯罪被害者保護二法**（2000 年）

①-1 **刑事訴訟法及び検察審査会法の一部を改正する法律**

刑訴法上でも主として犯罪被害者が証人となることを念頭に、証人尋問の際の負担軽減措置がとられた。具体的には A 付添い（157 条の 2）、B 遮蔽措置（157 条の 3）、C ビデオリンク方式（157 条の 4）などがある。また、被害者等による心情を中心とする意見陳述制度（292 条の 2）が設けられた。

①-2 **犯罪被害者等の権利保護を図るための刑事手続きに付随する措置に関する法律**

そして犯罪被害者保護法が作られ、A 被害者等の優先傍聴、B 被害者等の公判記録の閲覧謄写、C 刑事手続き内で民事における和解を（執行含め）可能とする制度が設けられた。

②**犯罪被害者等基本法**（2004 年）

その後、議員立法で、基本理念を定める形で被害者をどう扱っていくかが定められた。まあ以下の引用だけでも問題意識は伝わると思われる。

「すべて犯罪被害者等は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有する」（3 条）
「犯罪被害者等の行う……損害賠償の請求についてその被害に係る刑事に関する手続との有機的な連携を図るための制度の拡充」（12 条）

「犯罪被害者等に係る情報の適切な取扱いの確保」（15 条）

「犯罪被害者等がその被害に係る刑事に関する手続に適切に関与することができるようにするため、刑事に関する手続の進捗状況等に関する情報の提供、刑事に関する手続への参加の機会を拡充するための制度の整備」（18 条）

③**犯罪被害者等基本計画**（2005 年）

あとは、内閣によっても犯罪被害者の扱いについて閣議決定された。実施者の施策の基本方針は、①尊厳にふさわしい処遇を権利として保障すること、②個々の事情に応じて適切に行われること、③途切れることなく行われること、④国民の総意を形成しながら展開されること、である。

④**刑事訴訟法等改正**（2007 年）

- ・被害者の参加制度が新設された。
- ・損害賠償について、刑事手続きの成果を利用する損害賠償命令制度が設けられた。
- ・犯罪被害者等の氏名等の情報を保護するための制度が作られた。

まあこのようにだんだんと、被害者の立場が向上してきたのである。全部あげたらきりがないので、有名どころだけ説明することにする。

(2) 公判手続への参加

a. 心情等の意見陳述

刑訴法 292 条の 2 に規定がある。これによると、裁判所は、被害者等から被害に関する被告事件についての意見の陳述の申し出がある場合には、公判期日において被害者にその陳述をさせるものとされる。

従前でも**証人**として被害状況や処罰の希望などを言うことはあったが、これはとくに検察の請求により行われるものにとどまっていたし、証人として聞かれたことに応えるのみであって、自由に何か意見を言うことは難しいということになる。

そこで、主体的に意見を言えるように整備されたのがこの意見陳述である。証人尋問と比較して、まず①**被害者の意思により申し出られる**(原則許される)、②**自ら述べたいところを述べることができる**と言う点が特徴的である。

反対尋問を経たものではないから、仮に陳述のなかに犯罪事実に関することが含まれている場合であっても、それを犯罪事実認定のための証拠とすることはできない。ただし、明文で禁じられるのは犯罪事実認定に使うことだから、**量刑資料**とすることは禁じられていないということになる。

手続として、被害者による意見陳述の申出は検察官に対して行われ、検察官の意見を添えて裁判所に提出される。被害者を別に証人として尋問する必要がある場合があるので、検察官の立証計画とのバランスをとっている。

意見陳述はさせるのが原則だが、裁判所は相当でないと認めるときに例外的に意見を記載した書面に変える、あるいは陳述をさせないことができる。

b. 被害者参加制度

犯罪被害者等基本法の 18 条が、犯罪被害者はその被害に関する刑事の手続きに適切に関与できるようにするため、参加を拡充させるように指摘していたところから、平成 19 年の改正によって刑訴法 316 条の 33 以下に設けられた制度が、**被害者参加制度**である。

一定の犯罪の被害者等から裁判所に対して被告事件の手続きへの参加の申し出があった場合、犯罪の性質や被告にとの関係等を考慮し、相当と認めるときは被害者の被告事件への手続きへの参加が認められる。

◎対象犯罪

基本的には、個人の生命・身体・自由を害する罪すなわち被害者の個人の尊厳にかかわる罪である。

A 故意の犯罪行為により人を死傷させた罪（殺人、傷害、傷害致死、危険運転致死傷）

B 強制わいせつ及び強姦

C 業務上過失致死傷及び自動車運転過失致死傷

D 逮捕及び監禁、略取、誘拐及び人身売買

◎参加の内容

具体的に何ができるかと言うと、以下である。

①**公判期日への出席**（316 条の 34）

出席とは、傍聴席でなく、法廷のバーのなかに着席し参加するという意味である。

②**証人尋問**（316 条の 36）

情状に関する事項（犯罪事実に関するものを除く）につき、証人の供述の証明力を争うために必要な事項を、被害者参加人が尋問することができる。

③**被告人質問**（316 条の 37）

この法律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る場合に許される。

④**事実及び法律の適用に関する意見陳述**（316 条の 38）

訴因として特定された事実の範囲内に限る。事実又は法律の適用に関する意見陳述も、被害者参加人に自ら訴因を設定する必要がないことと平行に、範囲が制限される。

事案の真相を明らかにし、刑罰法令を迅速適当に執行する刑事裁判の目的と、犯罪被害者等基本法が基礎とする被害者の尊重をきめ細かく突き合せ、刑事裁判の目的・構造を保持しつつも被害者参加は制度として整備されてきた。

実は立法段階では**訴因設定権・証拠調べ請求権・上訴権等**まで含んだ参加制度が提唱されたが、被害者参加制度は結局これらは否定している。刑罰は私的な復讐ではなく公的な制裁であり、公訴権は検察官に委ねられている。仮に**被害者が訴因設定権や上訴権をもってこれに加わると、国家訴追の制度を修正し、刑罰の性格に変容をもたらす**おそれもあるからである。

また、事案を明らかにし、刑罰法令を迅速に適用することが刑事裁判の目的だが、そのために検察官が主張立証し、被告が防御し、公平中立な第三者が判断をすると言う当事者主義をとっている。ここで異なる訴因設定、立証のための証拠調べ請求権を以て被害者が加わってくると、**異なる訴因が提示されたりして審判の適正・迅速さが損なわれる**

可能性もある。そして異なる訴因設定権を認めるならば証拠調べ請求権が不可欠となるところ、独自の証拠調べを認めてしまうと立証に当り矛盾した証拠が出てくることがある（実体的真実の一つしかないとはいえず）あるから、こうした問題点を考慮して、現行法はこれらの権利を被害者には与えなかったのである。

他方で証人尋問・被告人質問・事実及び法律の意見陳述と言う者についても刑事裁判の目的を害しないかと言う問題が全く生じないわけではない。特に証人尋問については検察官の主張する事実と矛盾する事実が(ウソかホントかは別として)言われれば混乱するし、出頭義務を受忍する被告人は、果たして被害者の尋問を受ける必要があるのか？が問題となる。そこでこれについては、**可能な陳述・尋問の範囲を絞る**形でなんとかバランスをとったわけである。意見の要旨はあらかじめ明らかにされ、裁判所が相当と認めるときに限り許されるということになっているし、基本的には情状に関して、証人の供述の証明力を争うのに必要な事項に限っての陳述が許されている。証人がすでに行った発言を弾劾するもののみに行い、かつ犯罪事実についてではなく情状に限ることで、むやみな混乱を避けている。※ここでは、検察官とのコミュニケーションが重視されている。

いずれも**検察官への申出**ののち行われるし、他にも検察官への意見申述と検察官による説明（316 条の 35）というプロセスが予定されている。検察官との間の理解を深めることで、**当事者主義**という刑事裁判の枠組みの中で被害者参加制度の円滑な運用を図っていると言える。

※犯罪被害者が被害者参加人として適切かつ効果的に刑事裁判に参加するために、必要に応じて**弁護士**に頼めることが重要だから、必要に応じて弁護士に委託することができる。資力の乏しい被害者参加人が援助を断念せざるを得ないとすれば、個人の尊厳にふさわしい処遇の一環としての被害者参加の主旨を損なうので、被害者参加の**国選弁護士**が法定される。犯罪被害者法 5 条参照。

※被害者参加制度が出来たことにより、**292 条の 2 に定める「心情等」の意見陳述と、316 条の 38 に定める「事実」についての意見制度が並立することとなった**。これらはまあ微妙に違うので、併存に理由がないわけではない。

①299 条の 2 の意見陳述は、犯罪被害者であれば申し出ることが可能だが、316 条の 38 の意見陳述は一定の限定された犯罪について、被告事件の参加が認められた被害者参加人にのみ認められたことである。

②299 条の 2 の意見陳述は被害に関する心情が中心だが、316 条の 38 は検察同様事実と法解釈についての主張が可能である。

③299 条の 2 の意見陳述は量刑資料として考慮されるが、316 条の 38 は、論告と同じで主張であるから、証拠としての意味はもたない。

B 公判の準備と証拠開示

1 裁判の充実・迅速化

(1) 迅速な裁判

裁判が迅速に行われることは、様々な意味で重要である。この意味で憲法 37 条 1 項は、**公平・迅速・公開の裁判**を受ける権利を定め、そして刑訴法 1 条は**適正迅速な刑罰法規の運用**を誓う。

まず、裁判が遅延すると被告人に不利益が生じる。出頭しないといけないうし、勾留と言う形で身柄拘束を受けることもあるから、刑事手続き上の負担にたえなければならぬのである。また、被告にとり立つ立場にあることが精神的苦痛をとらなくことはもちろん、社会的にも不利益につながる。

そして時間が経過すると証人の記憶があいまいになり、証拠も散逸するから十分な防御活動ができなくなる。被告人の権利としてこのような配慮から、迅速な裁判を受ける権利が法定される。

だが、この裁判の遅延による被告人の不利益があったとき、具体的にはどのようなことになるのか、明文では定かではない。

教材 373 事件(高田事件：最高裁)

起訴後2回あるいは4回の期日があつたのち、15 年以上の中断があつたが、第一審は迅速な裁判を受ける権利が著しく侵害を受けたからといって免訴。高裁は法解釈をこえていって破棄したが、最高裁は基本的な人権を保障する者として、個々の刑事事件において明らかに保障がなされていない事情がある時は、具体的な適用法令がなくとも非常手段としての解釈が許されるものとした。

そして今回は、第一審の免訴の解決を指示した。高田事件判決は、迅速な裁判を受ける権利が損なわれた時には免訴の道があることを示したのだった。ただしこれが具体的に認められたのは、この事件が最初で最後である。判例はこのような迅速な裁判を受ける権利の侵害があつたかどうかは諸般の事情を考慮して決めるべきだとしており、事件の複雑性などを考慮しつつ、非常に慎重な態度を保っている。

もちろん迅速な裁判は、被告人のためだけでなく、国家社会的な法益にもつながる。迅速さを欠いたことによる証拠の散逸などが防御権の保障を減らす事については上に述べた通りだが、**同時に事案の真相を明らかにして、罪なき者を罰せず罪ある者を逸せず、刑罰法令を迅速に適正に運用し実現することは、刑事司法の理念でもある**からである。

◎裁判の現状

通常第1審における終局処理人員の審理期間（地方裁判所／平成23年）は、以下である。

表：受理から終局まで

3月以内	76.4%	平均審理期間	3.0月
6月以内	92.1%	平均開廷回数	2.6回
2年超	0.2%	平均開廷間隔	1.1月

意外に早いのか？というイメージの値になっている。だが、通常の事件はそうであるが、表でいう「0.2%」に、実際には国民が注目するような事件の多くが含まれていることに注意を要する。

このような問題意識から、司法制度改革審議会による意見書は、「刑事裁判の実情を見ると、通常の事件についてはおおむね迅速に審理がなされているものの、**国民が注目する特異重大な事件にあっては、第1審の審理だけでも相当の長期間を要するものが珍しくなく、こうした刑事裁判の遅延は国民の刑事司法全体に対する信頼を傷つける一因ともなっている**ことから、刑事裁判の充実・迅速化を図るための方策を検討する必要がある」と指摘していた。

◎公判前整理手続の新設

そこで、「第1回公判期日の前から、十分な争点整理を行い、明確な審理の計画を立てられるよう、裁判所の主宰による新たな準備手続を創設すべきである」との指摘を受けて設置されたのが、以下に説明するような事前の準備の手続きを拡充させた、**公判前整理手続**がある。

2 公判の準備

(1) 事前準備

【参照】刑事訴訟規則第178条の2

訴訟関係人は、第一回の公判期日前に、できる限り証拠の収集及び整理をし、審理が迅速に行われるように準備しなければならない

予断排除原則の下では、第一回公判期日前に裁判所がやっていいことの範囲は従来、とても限られるものと理解されていた。準備は当事者が自主的に行う者とされ、裁判所の関与は当事者の準備を促し、あるいはそれを調製する、そういう程度にとどめられていた。

しかも、裁判所が関与する場合も多くは**書記官**を通じたものであった。このような従前の事前準備は、起訴事実に争いのない事件では当事者間で十分に行われることが多く、そのような場合には第一回の公判期日から実質的な審議が行われていたが、争いがある事件では十分な実効性を発揮することができなかった。

このような事前準備手続きの反省から、**公判前整理手続**という新たな整理手続きが生れたのだった。

(2) 公判前整理手続

a. 意義

刑訴法316条の2以下に規定される。

公判前整理手続は、充実した公判の審理を継続的かつ迅速に行う必要がある時に、裁判所が**決定**で行う。裁判員裁判では(裁判員法49条)必置である。

◎内容

316条の5に内容が書いてある。多いので全部は言わないが、訴因罰条の明確化(一号)や、訴因罰条の変更等の許可(二号)、公判期日においてすることが予定される主張を明らかにさせ事件の争点を整理すること(三号)、証拠調べ請求(四号)、証拠調べに関する決定(七号)、証拠開示に関する裁定(八号)などが定められる。

b. 事前準備との比較

公判裁判所が主宰して争点と証拠の整理を行い、**事件の内容や証拠に立ち入る**ので、今までのやりかたと一線を画している。その点では、これを公判裁判所がやってしまうことには予断排除原則との関係で疑問もある。実際、そのことを懸念して制度設計の過程では、公判前整理手続を公判裁判所とは別の裁判所あるいは裁判官によって行わせるべきだと言う意見もあった。

しかし、**起訴状一本主義**などの予断排除原則の核心は、裁判所が検察官から一方的な説得を(証拠引継ぎなどで)受けること、その外観を排することにあつたと思われる。だとすれば、当事者が対等に参加する手続きで、裁判所が証拠

の整理などに必要な範囲で事件の中身に立ち入って手続き上の判断をすることも、ただちに許されないことではないように思われる。

もちろん一方的な説得でなくとも、裁判所が正規の証拠調べの前に証拠に触れることで事実上心証を得てしまうことがあるとすればこれはまた問題である。しかしこの点は、従来も少なくとも第一回の公判期日後であれば正規の証拠調べとは別に手続き上の事項の判断のために証拠の内容に裁判所が触れることはあったし、それがただちに心証形成につながるとは考えられていなかった。そのことを前提とすれば、手続き上の目的があることが明らかな公判前整理手続きで、その範囲で証拠の内容に触れるとしても、事件の実態に係る心証形成とは区別できるというべきである。

3 証拠開示

(1) 問題の所在

a. 意義

公判前整理手続きで極めて重要な役割を果たすのが**証拠開示**である。証拠開示は**起訴状一本主義**の登場と裏腹の問題として現れ、議論が絶えなかったが、公判前整理手続きの一環として新たなルールが示された。以下問題の背景と開示を利用した争点整理の仕組みについて概観していく。

◎背景

証拠開示とは**訴訟の一方当事者が、相手方に対して証拠(証拠以前の資料)を閲覧謄写させるなどし、その内容を明らかにさせる事**を言う。概念としては、いずれの当事者からの開示も含みうる言葉だが、検察官と被告人・弁護人との間で証拠収集能力に厳然たる差異が存在する刑訴では、実際には検察官の手持ち証拠の被告人側への開示が問題となる。※証拠調べしない証拠を「**手持ち証拠**」という。なおこの問題は無罪推定を受ける被告人との法的地位とも関連する。被告人側から検察官手持ち証拠の被告人・弁護人側への開示は防御にとって非常に重要である。

①**受動的防御**のための開示…弾劾等への防御の準備をするために開示する。

②**能動的防御**のための開示…被告人側に有利な証拠・資料の内容を明らかにし、それを利用した反証を可能にする。

b. 現行法のもとにおける問題

◎旧刑訴

手持ち証拠の開示問題は、旧刑訴のもとでは意識されることがあまりなかった。**検察実務の慣行として、起訴に対して捜査過程で収集した証拠を裁判所に提出する扱いが慣行となっていた**からである。

弁護人には裁判所に於いて訴訟に関する証拠物を閲覧謄写する権利が認められた(旧刑訴 44 条)から、以上の慣行のもと、弁護人は裁判所におもむけば提出された証拠資料を事前に閲覧謄写できたのである。

◎現行法

起訴状一本主義の採用で事情は変わった。起訴時の書類等の引継ぎがなくなったから、裁判所のものを見ることができて不十分になってしまったのである。(40 条で、見ること自体はできた)

すると防御準備上訴追側が収集した証拠の内容を知るためには、検察官からその開示を受ける必要が出来たのである。もちろん、このような事態に対して現行刑訴法はなんら手当をしていないと言う訳ではない。

刑訴法 299 条 1 項が新設され、起訴後も証拠物を保持することになった検察官等に対して、証人の尋問をする場合予め証人のことを教えること、そして証拠物については一定の範囲で閲覧機会の付与を義務付けた。

これによって訴追側の攻撃証拠については一定の範囲で被告人側に対する事前告知の仕組みが整うことになった。なおこの条文は検察官についてのみ定めるのではなく、被告人側にも同じ義務が課されるので注意。

しかしながらこの規定によって被告人側に開示される証拠は、旧法時代に得られたものと比べると著しく限定されているのに加え、証拠調べの一般的な目的に照らしても防御側からは不満が残るものであった。具体的には、**検察官の証拠調べしない証拠は開示対象となっていなかった**ために被告人有利な証拠が集まらなかったし、証人等の尋問があった場合の**供述調書は開示対象となっていなかった**から事前告知性も甘かった。

これは伝聞証拠の話をしていないとあれだが、人の供述を証拠としようとする場合、普通はまず供述調書の取調を請求し、被告人側の同意(326 条)があれば請求されるし、なければ改めて証人尋問を請求する。今のような手順が踏まれると、供述調書も事前開示される対象となる。しかし供述調書の取調べ請求が無くはじめて証人尋問をした場合、開示対象とならず、証人が何を供述したのか被告人側にあらかじめ明らかにならない。

まあ検察側から裁量で開示する分にはよいのでそれで紛議は解決されたのだが、一部の労働争議等物証が乏しい事件で法定の型通りの開示しかされないケースが増えると、開示を巡り深刻な争いが生じることとなったのである。この問題を巡っては厳しい見解の対立が生れた。

(2) 問題の展開

a. 消極説と積極説

理論的に分かれ目となったのは当事者主義のとらえかたと開示の法的根拠の理解である。

A 証拠開示消極説

当事者主義の元では独立対等な当事者がそれぞれ自らの責任で攻撃防御手段を講じるべきだとすると、相手方の手のうちを探るこの手続きは、当事者主義に沿わない。そのような観点から、299条1項を、取調べ請求証拠について不意打ち防止の観点から特に開示を定めたものととらえるならば、299条1項の範囲を超えた手持ち証拠の開示は法律に定めが無い以上消極に解することになる。

開示を広く認めると証拠隠滅等の懸念があることも理由にあげつつ、検察実務家を中心にこのようなことが言われた。当初の最高裁もこのような消極説と軌を一にするものが見られた。

教材 366 事件（昭和 34 年 12 月 26 日：最高裁）

昭和 34 年の決定。第一審裁判所が公判冒頭手続きの人定質問が終わった後、起訴状朗読に入る前に検察官に対して手持ち証拠の全部を閲覧させる証拠開示命令を出した事案において、検察官が所持の証拠あるいは証拠物について、あらかじめこれを被告人弁護人に開示することを命ずる規定は存じえないとして開示命令を取り消した。

教材 367 事件（昭和 35 年 2 月 9 日：最高裁）

昭和 35 年の決定。検察官がいまだ取調べをすることを決定する前にあらかじめ被告人弁護人に閲覧させる規定はなく、請求権もないとした。

B 証拠開示積極説

以上のような見方に対し、自力での証拠収集能力に劣っている事実を踏まえ、当事者の実質的対等を重視すれば、被告人側への開示はその実現に資するものであるというものも現れた。このような論者は、証拠隠滅の危険は刑法典に定められる対応に委ねることでカバーできるとする。そんななかで、事前全面開示を目指すべきだと言う理解もなされたが、なににせよ開示を認めるには理論構成が必要である。

そこで言われたのが、**訴訟指揮権**である。訴訟は当事者主義の妥当する場ではあるが、やはり公正・適正な運営は望まれるわけで、その範囲で、合目的的進行を図る範囲から訴訟指揮による開示が行われるのだという主張がなされた。

b. 最高裁判例

教材 368 事件（大阪税務署調査妨害事件）

公務執行妨害の事件について、弁護人が第一回公判期日から目撃者ら5名の証人尋問調書を含む検察官手持ち資料の開示を求めた事案。

先例(教材 366 事件・教材 367 事件)の射程距離を限定する形で、「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、具体的手必要性を示して、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禦のためとくに重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の障害を将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**」とした。

なお、訴訟指揮権に基づく証拠開示命令は認められたが、これは第一回公判期日前の証拠開示(事前全面開示)までは認めたものではないことに注意しよう。

◎ 訴訟指揮権に基づく証拠開示の限界

ただ、訴訟指揮権で構成するとどうしても限界がある。

① 証拠開示命令を発しない措置に対する救済

そもそもこれは裁量だから、発動についてはまだ争えるものの、不発動については争う余地がなくなってしまう可能性がある。ようするに開示請求権として構成されていないので、検察官側の義務性(や、裁判官に対しての職権発動義務)は一般には承認できないのである。

また、判例はあくまで第1回公判期日前の証拠開示は認めなかったために、その点時間的な制約もあるのだった。このような状況下で、司法制度改革審議会が意見書をだし、「充実した争点整理が行われるためには、証拠開示の拡充が必要である。そのために、証拠開示の時期・範囲等に関するルールを法令により明確化するとともに、新たな準備手続の中で、必要に応じて、裁判所が開示の要否につき裁定することが可能となるような仕組みを整備すべきである」とした。このようななかで**公判前整理手続き**は、証拠開示に一定の道筋を提示した。

a. 制度の概要

① 検察官請求証拠の開示（刑訴法 316 条の 14）

【参照】刑事訴訟法第 316 条の 14

検察官は、前条第二項の規定により取調べを請求した証拠（以下「検察官請求証拠」という。）については、速やかに、被告人又は弁護人に対し、次の各号に掲げる証拠の区分に応じ、当該各号に定める方法による開示をしなければならない

一 証拠書類又は証拠物 当該証拠書類又は証拠物を閲覧する機会（弁護人に対しては、閲覧し、かつ、謄写する機会）を与えること

二 証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人 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つ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にあつては、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）を与えること

証拠書類又は証拠物については、閲覧の機会（弁護人に対しては閲覧かつ謄写の機会）を与え、証人等については氏名及び住居を知る機会、供述調書等を閲覧する機会（弁護人に対しては閲覧かつ謄写の機会）を与えるということである。供述録取書がなかったり、その閲覧を指せることが適当でなければ、要旨を記載したものを渡す。これが 299 条 1 項と比べて重要なのは、**証人等の取調べについて、単に証人についてだけでなく、その者の発言内容にまで開示が及ぶ**ところである。これによって、従前刑訴法 299 条 1 項について被告人側の防御準備から問題視されていた点が改められることとなった。

② 類型証拠の開示（刑訴法 316 条の 15）

【参照】刑事訴訟法 316 条の 15 本文

検察官は、前条の規定による開示をした証拠以外の証拠であつて、次の各号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開示の請求があつた場合において、その**重要性**の程度その他の被告人の防御の準備のために当該開示をすることの**必要性**の程度並びに当該開示によつ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、同条第一号に定め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。

検察官に対し、法定の類型に該当するもので、特定の検察官請求証拠の**証明力**の判断に重要であると認められるものについて開示の請求をすることができ、相当と認めるときには検察官はその証拠を開示しないといけない。

類型は 1 号から 8 号まで記載されている。

◎ 開示証拠の類型

証拠物（1 号）

裁判所・裁判官の検証調書（2 号）

捜査機関の検証調書・実況見分調書等（3 号）

鑑定書等（4 号）

証人・証人予定者の供述録取書等（5 号）

参考人の供述録取書等（6 号）

※ 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

被告人の供述録取書等（7 号）

取調べ状況記録書面（8 号）

1 号から 4 号は**客観的証拠**であり、証明力判断にとってこれらの証拠との矛盾や齟齬の有無を検討することが重要だし、検察官との証拠収集能力の差異が出やすいところだから、共通に開示させる要請が働く。

5 号、7 号は供述の証明力判断にとって供述録取書の全体をもとに、供述変遷の有無や経過を検討することが重要であることから認められたものである。

8 号も客観的なもので、自白等の信用性判断に重要だから開示される。

6 号については、これは検察官において証人尋問を請求する予定のない参考人の録取書であり、開示による必要性が常にあるとはいいいくいが、証拠の証明力の判断において他の証拠との矛盾などを検討することは重要とされるので、直接証明しようとする事実の有無と言う限定を附し、開示の必要性の高いもののみ開示対象となっている。

◎重要性の意義

類型にあたるものであり、さらに**重要**なものでないといけなことが条文で予定されている。**特定の検察官請求証拠により証明しようとする事実と、齟齬あるいは矛盾する証拠である**ことが重要性の基本的な意義とされている。

それ以外に重要な場合としては、証人の利害関係や予断など、**信用性**にかかわる証拠があげられる。これが重要な証拠に当るかにはなお議論があるところだが、消極に考えないといけな理由はないのではないと思われる。

316条の15の中に上げられる事態についても、8号などはこれが検察官請求の供述調書の証明力判断に影響するのは、証明しようとする事実の矛盾や齟齬を指摘することによってではなく、あくまで補助事実として証明力に係る供述の状況を示すことによってのはずである。

だとすれば、齟齬や両立性にこだわる必要はそこまでないと思われる。

◎相当と認めるとき

重要なもので**相当**と認められたとき開示されるわけだが、これは重要性等被告人の防御準備のための開示の必要性和弊害の内容・程度の比較衡量で判断される。弊害の内容としては、罪証の隠滅や報復、嫌がらせ、名誉侵害、国民一般の捜査協力への確保の困難化などが想定されるところである。

③主張関連証拠の開示（刑訴法316条の20）

検察官による証明予定事項記載書面だとかの開示を受けた被告人は、請求証拠に対する証拠意見を明らかにするとともに、316条の17の1項の主張として、公判期日においてすることを予定する事実上法律上の主張がある時はそれを明らかにし、証明予定事実がある時はそれに対する証拠の取調べを請求するものとされる。

※同時に316条の18は、被告側にも証拠の取調べを請求した証拠に関して、一定の範囲で証拠開示を求める。

ここで、これまでの①の範囲に無くとも、316条の17の1項の主張に関連すると認められるものについて、316条の20によって開示することができるとされる。検察官は、同じように相当と認めるときは開示する。これにより争点整理の一層の進展と充実が図られるとされる。

◎相当と認めるとき

類型証拠と同じように、関連性等被告人の防御準備のための開示の必要性和弊害の内容・程度を考量する。

④裁判所の裁定（316条の26）

裁判所は検察官が開示すべき証拠を開示していないと言うときは、被告人側の請求によりそれを開示させないといけな。逆もまた同じ。この裁判所の決定に不服がある場合、**即時抗告**が可能とされている（316条の26第3項）。また裁判所は証拠開示の裁定のために必要なときは証拠の提示命令や、証拠の標目（一覧表のこと）の提示命令（316条の27）が可能だとされている。

先ほど言った訴訟指揮権に基づく証拠開示命令はあくまで裁量によるものであり、異議の申し立ても可能だったが、職権の不発動については不服申し立てができるか意見が分かれていた。

この点で新たな公判前整理手続きにおいては当事者の権利義務について要件を定め、争いについては裁判所に最低の請求ができるものとされ、さらにこれには応答義務があるという点で異なっている。即時抗告も可能だと言うことで、これは開示命令請求を棄却するものについても可能である。

b. 制度設計のあり方

設計の基本的な視点は、「事件の争点及び証拠を整理する」と言う公判前整理手続きの目的である。これに加え、被告人の防御準備の充実と開示の弊害防止とが考慮されることも疑いが無い。

たとえば防御準備と開示による弊害が考慮されることは、さきほどの開示について被告人の防御のための必要性和弊害との比較考量を必要としていた点に現れている。

◎事前全面開示説

さて、**争点整理のためには被告人の主張が明らかにされねばならず、そのためには事前に訴追側の集めた証拠をすべて被告人サイドに明らかにすべきだ**と言う考え方も、ありうる。いわゆる事前全面開示論である。

しかしこの考え方は、証拠開示において指摘される様々な弊害について無防備だし、当事者主義の元での争点主張の明示の在り方としては問題がある。

とりわけ問題とされたのは、検察側の持つ証拠の限界を見て（つまり、足元を見て）**虚偽の主張**がなされることである。

※おそらく、「検察官はここまでの情報しか知らないのか…じゃあこの辺りのことは嘘ついてもらえな」と言う感じの事が起きたらいやだなあとされているのだろう。

また、将来の公判における弁解や主張に備えて、それを弾劾するための**つるし証拠**も収集するのが一般的と言われるわけだが（探偵「あなた、今…〇〇とおっしゃいましたよね？」）、その将来言うかもしれない主張というのは無数にあるわけで、逐一それを潰していくことは不可能である。どのような弁解を想定し、どのような弾劾証拠を用意するかは当事者の訴追努力に委ねられており、この意味での工夫をまったく潰してしまうのは少し変な気もする。

他方で裁判を受ける権利や適正手続きからの**憲法論**としての事前全面開示を説く見解もあったが、これは被告人に対しての十分な防御の準備を保障するとしても、事前全面開示と言う具体的な要請まで憲法から直接に示されると言うのはいささか早急な感じがする。やはり事前全面開示が憲法上必須で、適正手続にとって But for の関係とは言い難いだろう。とすると、やはり憲法から直接に導かれるわけではなく、立法政策の問題という余地があると思われる。

◎段階的証拠開示

以上から、一定の段階での証拠の開示を認め、そこからさらに主張される点に関連する証拠をさらに開示して議論を進化させていくような、段階的なやりかたが求められることになるのである。

しかしながら、この段階でもまだ、適切な防御準備を経て防御方針を定められるべきであるところ、検察官による証明予定事実の送付と、それに対しての被告の証明予定する事実に関連する証拠を開示すればもう十分で、被告人側の防御方針を決められないはずがないという理解もあった。

しかし、公判前整理手続きは**類型的証拠開示**の制度を設け、一般的に被告人側にとって開示の重要性が高く、弊害も小さい一定の類型につき、個別具体的な開示の必要性和弊害の程度等を考慮しつつ開示するという仕組みを採用した。**防御方針策定に向け、防御準備充実の要請と弊害防止の要請とのきめ細かな要請を試みた**と言える。

c. 証拠開示の対象

公判前・期日間整理手続き全体に関わる問題として、**開示対象となる証拠の範囲**がある。検察官が現に保管する証拠に限られるのか、捜査過程で作成した取調べメモなどが開示の対象となるだろうか。

裁判所が提示を命じることができる証拠の標目の一覧表は、その対象を検察官の保管するものしているから、確かにその限りで限定はされそうである。下級審はこのような理解を示す時期もあった。だが、規定がすべてのパターンを網羅しているとは思われないし、検察官に作成可能な範囲について、全体像を把握することが必要な場合に標目を示させるのだと解することもできる。その限りでこの規定が検察官が保管するもの以外に広がることが許されないわけではないだろう。この点で最高裁は 351 事件で注目すべき判断を示した。

教材 351 事件(偽一万円札行使・取調べメモ事件：最高裁)

取調べメモが開示対象になるかが争いになった。

証拠開示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(類型①)**を含む」ものとしたのだった。

他方、公務員が職務の過程で作成するメモであっても「**専ら自己が使用するために作成したもので、他に見せたり提出することを全く想定していないもの**」(「個人的メモ：類型②」)は証拠開示命令の対象とならないものとしたが、犯罪捜査規範には 13 条に、「警察官は、捜査を行うに当り、当該事件の公判の審理に証人として出頭する場合を考慮し、および将来の捜査に資するため、その経過その他参考となるべき事項を明細に記録しておかなければならない」と規定しているので、**犯罪捜査規範 13 条に基づく忘備録(類型③)**は個人的メモの範疇を超え、捜査関係の公文書となるから開示対象になりうるものとした。

※ただし、「取調べに関して、その経過など参考になる事項が記載され、捜査機関において保管されている書面は」という限定がついているので、その限りで犯罪捜査規範 13 条に該当するすべてのパターンを概括的に述べているわけではない。取調べ限定。

教材 352 事件(福岡天神覚せい剤・捜査メモ事件)

またメモ。今度は、被告人サイドに開示すべきか分からんから、判断するため裁判所にいったんよこせという提示命令を出したが、これに検察が従わなかったので、被告人側への開示を認めてしまったと言う事案。

「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〔類型①に当たるか②に当たるか〕の判断は、裁判所が行うべき」であり、「**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**」ものとして、検察官が保管していないメモも、提示命令の対象となるものとした。また、犯罪捜査規範 13 条に基づき作成された「取調べ」メモだけでなく、同条に基づき作成された他の捜査メモは、いずれも証拠開示の対象となるという一般化した判示がなされた。

教材 353 事件(強盗致傷・大学ノート事件)

検察官が私費で買ったノートに取調べについて記載していたため、その部分の開示を求めた。

「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」メモは、「公的な性質」を有し「職務上保管しているもの」といえるから、**類型①の書面に当たるとして、犯罪捜査規範 13 条のメモ(類型③)該当性には触れることなく、証拠開示の対象となるとした**。これは、検察官がその職務の過程で作成するメモが個人的メモかどうかについても、351 事件が、「検察官が保管していない」ものが開示対象となるかの基準として述べた「職務執行に際して職務執行の為」つくったという基準と別個独立に判断されるわけではないことを示したと言える。

そうだとすると、公務員が職務の過程で作成するメモが開示対象となるかどうかは、検察官の場合は捜査の過程で作成されたことは満たしているので、開示対象に当たらない場合というのは、単に「**公務員が職務上現に保管するか**」で決まってくることになる。

また 353 事件では、犯罪捜査機関 13 条備忘録該当性に触れなかった。すなわちこの該当性は基準とはならず、あくまで警察官としの職務執行の際に作成したメモかどうか問題となる。

一連の最高裁判例により、争点整理と証拠調べを迅速に行えるように柔軟な扱いが可能となったと言える。

ただその反面、外延は不明確であるのは否めないから、今後新たな問題が出てくる可能性は否定できない。たとえば、**行政機関**が収集保管する資料や、**他事件**の捜査資料の扱いである。この点、証拠開示は検察官に新たな証拠収集を求めるものではなく、被告人の証拠収集に代替するものでもないと言う制度の出発点に立ち返って考えると、基本的には消極に傾くものと思われる。

このとき、「検察官において入手が容易なもの」という限定が判例 351 事件によって付されている点も見過ごせず、それにのっとった判断がなされるべきだろう。今問題となるのは、検察官の法的関係を示したメモ等の扱いである。職務作成にもあたる気もするが、これについては**ワークプロダクト論**とか言われる除外論がある。

すなわち、当事者主義の元での知的活動として作られた所産は、開示請求の対象とすべきではないと言うのである。ただこれってそのままでは証明力にもならないものだから、もともと個々の証拠開示の枠組みに入れてみると開示対象とならないのではないかということもできそうである。

d. 立法上の検討課題

最近の立法論的な検討について述べる。すでに何度か言っているが、現在の法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会では、取調べや供述調書への依存から脱却した新たな捜査のありかたが議論された。そのなかで証拠開示のありかたも問題とされ、二つの方策につき、検討されている。

『時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想』

①「適正な証拠開示の運用に資するよう、争点及び証拠の整理と関連付けられた現行証拠開示制度の枠組みを前提としつつ、公判前整理手続における被告人側からの請求により、**検察官が保管する証拠の標目等を記載した一覧表を交付する仕組みを設ける**ことについて、指摘される懸念をも踏まえ、その採否も含めた具体的な検討を行う」

現在の開示制度、公判前整理手続に組み込まれたものを前提にして、請求を円滑迅速にすることを目的としてヒントを与えようとしている。

ただ、いくつか難しい問題がある。一覧表のなかに何を書くということだが、形式的な記載しかしない一覧表ではそもそも開示してもあまり意味がない。対して要旨まで記載してしまつてはもはや全面開示である。一覧表を作成する負担と言うのもあるし、一覧表の記載の性格性をめぐって周辺の紛議が起きる恐れも指摘されている。

②「検察官及び被告人又は弁護人に**公判前整理手続に付する請求権**を与えることについて、同手続の運用状況等をも踏まえ、その採否も含めた具体的な検討を行う」

公判前手続があるかどうかで手続に大きな差が出てきていることのギャップを解決するために、公判前整理手続きの請求権を付与するということである。

【参考文献】

◎大澤裕「証拠開示」刑事訴訟法の争点〔第 4 版〕近刊

□秋吉淳一郎・刑訴法判例百選〔第 9 版〕

□川出敏裕「公判前整理手続における証拠開示の動向」刑事法ジャーナル 21 号

C 審判の対象

1 審判対象論

(1) 論争の背景

【参照】刑事訴訟法第 256 条 3 項

公訴事実とは、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以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

起訴状には、**訴因**を明示しなくてはならず、そして出来る限り日時場所を以て罪となるべき事実を特定せねばならない。ここから訴因と言うのは日時・場所・方法によって特定され、刑罰法規の構成要件にあてはめて記載された具体的犯罪事実とされるのだった。然しながら、気になるのは訴因のほかに「**公訴事実**」という言葉が使われることである。公訴事実と訴因と言う二つの概念が用いられていることは、原稿刑訴法の基本的正確をどのように理解するのかという理解と結びつき、審判の対象が訴因か公訴事実かという一大論争を生んだ。

【参照】刑事訴訟法第 312 条 1 項

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。

ここから議論することになる訴因の変更等に係る問題は、この論争を理解していないとわからないところもあるので、考え方の筋道を整理しておく。

◎旧法時代

★旧法下では裁判所の真実発見が重視され、そのような書面に記載された内容の背後に隠され明らかにされるべき事実をもって、公訴事実と読んでいた。

旧刑事訴訟法のもとでも、公訴の提起は、検察官が原則として書面（公判請求書・予審請求書）で行うことになっていた。そこには犯罪事実が記載された。

近代の刑事手続きにおいては、弾劾主義の原則がとられ、裁判所は訴追機関からの訴えがないかぎりには裁判を行わない（不告不理）。もとよりこの点については旧刑事訴訟法も例外ではなく、裁判所が審判の請求を受けざる事件について審判をなすことは、許されていなかった。しかし、旧刑法においては、刑事手続きの目的として事案の真相解明が重視され、その主導者は裁判所と考えられていたことから、公訴提起を受けた裁判所は、起訴状の犯罪事実の記載を手掛かりにしながらも、それに拘束されずに、事件の同一性が認められる範囲では自ら真実を探究し、それに基づいて裁判を行うものとされていたのである。

たとえば窃盗の罪で公訴が提起されたとしても、その財物を窃盗犯人から買い受けたものと明らかになった時、裁判所はこの窃盗と盗品関与との事実が事件として同一だと判断できれば、そのまま盗品関与罪を認定して被告人を有罪とすることができるのである。あるいは、証拠調べをすると牽連犯として一罪の住居侵入があった場合にも、そのまま住居侵入窃盗を認定することができた。

このように旧法の下では、審判の対象は、起訴状の犯罪事実の記載そのものではなく、それが指し示そうとする事件、自然的歴史的な事件だと考えられ、起訴状の指し示そうとしている事実の事を、公訴事実と読んでいたのである。

起訴状の犯罪事実	証拠調べの結果
被告人は特定の財物を窃取した（窃盗）	被告人は同じ財物を窃盗犯人から盗品と知りつつ買い受けた（盗品関与） →直ちに盗品関与の事実を認定して有罪判決
	被告人は窃盗の際、住居に侵入した（住居侵入窃盗＝牽連犯） →直ちに住居侵入窃盗の事実を認定して有罪判決

◎現行法

現行法は、旧法以来の「公訴事実」の概念と英米法に由来する「訴因」の概念をとともに取り入れるとともに、「訴因」は「公訴事実の同一性」が認められる範囲で変更可能であるものとした。

このような現行法を旧法と連続したものとして理解するのか、それとも旧法との関係を断ち切って新しい視点から理解するのか、立場の違いが審判の対象を訴因とするか公訴事実とするのか論争につながったのである。

ということで、論争の中身に入っていく。

(2) 訴因対象説

a. 公訴事実対象説と訴因対象説

◎公訴事実対象説

審判の対象は、伝統的な意味の公訴事実であるとする。起訴状に具体的に記載された訴因と言うのは、これは被告人に十分な防御の機会を与えるために、公訴事実の法律的構成を示してやったものとする。これは、旧法時代と同じく、裁判所による事案の解決を求める理解で、根本にあるのは職権主義的な理解である。

ただし、もとよりこの考え方に立っても、現行法の公訴事実とは、実は旧法時代と完全に同じ意味における審判の対象ではありえない。公訴事実の同一性の範囲で訴因の変更が許されているわけであるが、こういう制度が導入されたと言うことは、裏返せばたとえ公訴事実の同一性の範囲内でも、起訴状の訴因の範囲外の実事を認定することは、原則として訴因の変更をしない限り許されないと言うことを意味するはずだからである。しかし公訴事実対象説は、訴因の明示とその変更が必要だとしても、それは被告人の防御のための手続き的なものにつぎず、検察官の起訴によって訴因の背後にある公訴事実そのものが訴訟に係属するという事態が生じていると考える。裁判所はそのような公訴事実の全体について審判の権限と責務を持つと考えられたわけである。

※折衷説

ちなみに団藤先生は、訴因は**現実的・顕在的審判対象**であり、公訴事実**観念的・潜在的審判対象**であると説かれた。この見解は、しばしば折衷説と呼ばれるが、公訴事実対象説を現行法に即してより正確に記載したものにとらえたほうがいい。訴因の明示とその変更が採用された現行法では、公訴事実対象説と言っても、旧法時代のように純粋な形で公訴事実をとらえることができず、訴因の範囲を超える事実を認定する時には訴因変更を要すると言う意味では、公訴事実**潜在的な審判対象**にとどまる。彼はその点を正確に指摘した、と言うことである。

◎訴因対象説

今話したように、現行法のもとでは訴因の範囲外の実事実を認定するには、あらかじめ訴因を変更する手続きが必要となるが、そうであるならば、むしろ**端的に検察官が起訴状に明示した、あるいは変更した訴因こそが審判の対象であり、裁判所は訴因についてのみ審判の権限と責務を持つ**と考えることも、十分に可能である。民事訴訟の裁判所は、基本的に当事者の主張にのみ理由の有無を判断し、主張しない点まであれこれ詮索して裁判をすることは基本的にない。訴因対象説は、刑事訴訟においても、訴因を検察官による刑罰権の根拠である主張にとらえ、主張に理由があるかどうかを判断することに裁判所の役目はつきるといっているのである。

結局、刑事訴訟における裁判所の果たす役割において理解が異なるわけである。裁判所に刑罰権の正しい行使、事案の解明と言う積極的な役割を果たしてほしいと言う場合、公訴事実と言う背後の概念を想定し、それを解明させる手続きとして審判をとらえることになるが、刑罰権の正しい実現の役目を検察官にゆだね、裁判官の第三者としての審判者としてのありかたを前提とするならば、訴因をもとにすべきとなる。

現行法は起訴状一本主義を採用し、資料をあらかじめ得ることもできなくなったわけであるし、ここにある訴訟の当事者主義化、裁判所のより中立化した立場からは、訴因対象説のほうが適合することは間違いない。ということで、現行ではかなり議論は収束している。

b. 公訴事実の概念

問題として残るのは、「では公訴事実とは何か」である。

◎旧法以来の理解

自然的・歴史的事実であるとする。ただし、同時に訴訟上形成されていく実体である。

※真実は一つしかないはずだから訴訟を通じて形成されると言うのも変だが、過去の真実は神のみぞ知るもので、人間は残された痕跡から過去の事実を再構成することしかできない。そのような試みである訴訟の過程では、事実の見え方も変動を繰り返しつつ、訴訟の終わりに至ってはじめて一つの像を結ぶのである。公訴事実と言うのはその意味で、起訴状の背後の歴史的自然的事実であると同時に、訴訟上形成されていくものでもある。

訴因対象説でも、このような理解は前提とされていた。むしろ旧法的な公訴事実の理解にのっとって、それと訴因を対置させることで議論が成立したわけである。

◎問題点

しかし、**訴因の吟味を超えた裁判所による事案の真相究明活動を抑制しようとする狙いをもった訴因対象説にとって、公訴事実を伝統的な理解そのままにとらえる必要性はない。**

訴因を超えた真相究明活動を正当化しようとするからこそ、背後の「自然的歴史的概念」が出てくるのである。訴因対象説が、ここにのっかる理由はない。

また、自然的歴史的事実の存否は訴訟の結果はじめて明らかになるのであり、事実が認められず無罪となることもある。そのような事実の存在をはじめから前提とし、それに訴訟行為の基準としての意味を持たせることが、訴訟法の理論からして適当かということにも疑問があった。ということで、意味内容の再検討が必要とされた。

A 実体のない機能概念

徹底した考え方として、ただ訴因変更の限界という機能を持たせた概念としてとらえる。公訴事実と言う概念それ自体に意味はあまりなく、別の名前でもよかったことになる。だとすれば、紛らわしいので立法論としては排除すべきだとかいうことにもなる。

しかし現行法文上に存在する概念であるから、解釈内容として無内容化してしまうのはどうかということになる。

B 当事者主義的再構成

そこで唱えられたのは、公訴事実と言う概念を当事者主義的に再構成すると言うものである。なんのこっちゃと言う感じだが、そもそも訴因と公訴事実を区分していた前の考えを排して、基本的には同一としてしまうのである。この考え方からすると、審判の対象は公訴事実=訴因となる。まあそれでもいいんじゃない？という感じもする。

【参考文献】

◎椎橋隆幸編『ブリッジブック刑事裁判法』第10章〔大澤裕〕

□大澤裕「訴因及びその変更」法学教室197号

2 訴因の変更

(1) 意義

刑訴法 312 条 1 項は、公訴事実の同一性を害しない程度で、訴因の追加・撤回・変更を許している。

◎訴因変更制度の存在理由

訴訟は流動的であり、その進行に伴って、証拠から認定される事実と訴因との間に食い違いが生じることがありうる。このときあくまで当初の訴因についての審判を貫徹させると言う制度設計もあるにはあるが、そうすると当初の訴因については無罪、新たな事実については改めて起訴して審判をやりなおすことになる。

しかし、**別訴で審判やりなおしを認めるとするより、審判の途中で審判対象の修正を許したうえ、それまでの証拠を無駄にせず利用していった方が、普通に合理的だともいえる**。このような政策的判断から、審判対象の修正を認めたのである。

※刑訴法 312 条 1 項は、このような修正として、**追加・撤回・変更**を許す。

理論上、実体法上の一罪は、一個の刑罰権の対象であり、手続法上も一個の審判対象を構成する。いいかえると、審判対象は訴因だから、実体法上の一罪が、一個の訴因を構成するということになる。(一罪一訴因の原則)

この原則に忠実に従うと、例えば窃盗の訴因にこれと牽連犯となる住居侵入の事実を付け加え、住居侵入窃盗の訴因とする場合、前後で訴因の数に変更はないから、訴因の**変更**と呼ぶべきである。

このような考え方に従えば、訴因の追加撤回は、訴因の数の増減をとまなうはずだとなり、**撤回**とは予備的択一的に記載された訴因の撤回となり、**追加**は予備的択一的な追加となる。

もっとも、実務では科刑上一罪のような場合、個別の行為ごとに一つの訴因と考え、その一部の追加撤回を、そのまま追加撤回と読んでしまっている。こちらのほうが一般化している呼ばれ方である。変更であろうが、追加撤回であろうが、基本的に要件に差はないから樋口さんとか大嫌いな議論だが、まあ覚えておこう。

※手続き

原則として**書面**を提示して行う。(規則 209 条)

公訴提起に準じた厳格な手続きが要求されるが、209 条 5 項では、被告人が在廷して行う公判廷では、口頭で行うことも許される。例外なく起訴状と言う書面を使う起訴の場面よりはこの意味では手続きが緩和されている。

(2) 訴因変更の要否

a. 問題の所在

訴因の変更と言う制度が作られるとともに、訴因の範囲外の事実認定は、訴因変更がないと認められないこととなった。しかしながら、一言一句違いのない事実の認定以外は常に訴因の変更を伴う必要があると言うのは、煩瑣に絶えず実益にも乏しい。そこで、**訴因と証拠から認められる事実との間に、どのような(あるいはどの程度の)ずれが生じた場合に訴因変更が必要か**ということが議論される。これが訴因変更の要否と言われる問題である。

b. 従前の議論

◎審判対象論と訴因変更の要否

旧来、**審判対象論**と結びつけて議論された。公訴事実対象説からは、被告人の防御のために犯罪事実を法律にあてはめて書いたものが訴因であると言われたから、法的評価が異なるかどうか基準となとした。これを**法律説**という。ただ一枚岩ではなく、内部ではいくつかに分かれ、**罰条**が異なる時に、訴因変更が必要となる罰条同一説や、あるいは罰条が同じでも、法律的な構成(作為と不作為)が異なる時にも訴因変更が必要だとされる法律構成説がある。これに対して訴因対象説からは、刑罰権の根拠として記載される重要な具体的事実が訴因であり、そのような重要な事実が変更されたときには訴因変更が必要だという。これを**事実記載説**という。

もちろん、事実記載説が訴因対象説とともに有力化された。

法律を見ても、起訴状には、罪名(罰条の記載)、その変更の手続きも訴因とあわせて記載されているところ、訴因において重要なのが法的評価を示すことなのであれば、罪名と罰条の記載で足りてしまう。訴因に、罰条や罪名とは異なる意味を見出すとすれば、この点でも事実記載説が支持される。

◎事実記載説における要否の基準

が、法律説からは比較的明確な基準が生れる一方で、**事実の重要な変化**とは何かという、重要な問題がでてくる。

A 具体的防御説

従来判例は、被告人の防御に不利益を与えるか否かを基準とし、これを訴訟の具体的な経過を考慮して判断するという立場をとっていた。これを、具体的防御説という。

【参照】最判昭和 29・1・21 刑集 8 巻 1 号 71 頁

「法が訴因及びその変更手続を定めた趣旨は、……、審理の対象、範囲を明確にして、被告人の防禦に不利益を与えないためであると認められるから、裁判所は、**審理の経過に鑑み被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞れがないものと認めるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、訴因変更手続をしないで、訴因と異なる事実を認定しても差支えないものと解する**のを相当とする。本件において被告人は、第一審公判廷で、窃盗共同正犯の訴因に対し、これを否認し、第一審判決認定の窃盗幫助の事実を以て弁解しており、本件公訴事実の範囲内に属するものと認められる窃盗幫助の防禦に実質的な不利益を生ずる虞れはないのである」

しかし、具体的防御説は、訴因変更の要否を不明確にしてしまい、徹底すれば訴因変更が不要な場合が際限なく広がる恐れが指摘された。

B 抽象的防御説

教材 253 事件(昭和 36 年：最高裁)

収賄の共同正犯の事実に対し、贈賄の共同正犯の事実を認定するには、訴因変更が必要とした。ここでは訴訟の経過には触れることなく、両訴因の犯罪事実の類型的な差異を強調して結論が導かれている。この事件を一つの境にして、判例は被告人の防禦に不利益を与えるか否かを言う基準を維持しつつも、それを**審理の経過とは無関係に、訴因と認定事実との比較から抽象的類型的に考える方向に変化を見せた**。この新しい考え方を**抽象的防御説**と言う。

この抽象的防御説と言うのが、従来議論の到達点であり、学説もおおむねこれを指示していた。

c. 最高裁平成 13 年決定

だが、それに疑問を投げかけたのが次の判例である。

教材 275 事件(青森保険金目的放火・口封じ殺人事件)

殺人の共同正犯の事案。
訴因では、「被告人は、Y と共謀の上、被告人が[Aを]殺害した」とか言っているのに対し、認定事実として「被告人は、Y と共謀の上、Y 又は被告人あるいはその両名において[Aを]殺害した」ということにした。
ここでは、実行行為者が誰かは不可欠な記載事項ではないものの、一般的に被告人の防禦に重要であるとして、争いがある場合には実行行為者を明示した方が望ましいし、それが訴因に明示されている場合は、実質的に異なるなら訴因変更をすべきだとした。しかし、被告人にふいうちをあたえるものであったり、認定される事実が被告人に不利益といえない場合には、例外的にそのような訴因変更なくとも認定が適法とされたとした。

具体的な事案の判断であるが、ここには訴因変更の要否に関しての 2 段階の判断基準を読み取れる。

① 訴因の記載として不可欠な事項の審査

これについては、訴因の記載と異なる認定をする場合には、**審判対象の確定の見地から訴因変更が必要**である。
注目されるのは、**審判対象の確定**と言う見地を取り入れたことである。確かにここでの解釈については、訴因の機能や役割から変更の限界をもってくるしかないが、従来は「防御上の不利益の有無」ということが言われていた。これも確かに訴因の役割から持ち出された基準であるが、被告人に対して防御対象を明示する以外にも裁判所に審判対象を確定させる効果もあると言うのはその通りであるし、さらには**当事者主義の徹底をねらう訴因対象説からは、裁判所の審判の範囲が画されると言う点にこそもっとも重要な機能がある**と言える。そうだとすると、従来の判例が、もっぱら被告人の防禦に焦点を当ててきたところには、理論的にみて反省すべきところがあったように思える。判示は正当な指摘をしたといえる。

では審判対象画定の見地から訴因変更が必要とされる場合はいつかと言う話だが、これについてはその**記載を欠けば、罪となるべき事実の特定に欠く、訴因の特定に不可欠な事項について訴因の記載と異なる認定をする場合**だと言う。訴因に記載されるのは、訴因の特定に不可欠なものに限られないから、たとえば実行行為者の記載はここでは「必ずしも必要ない」とされたわけである。

ここで、一定の(不可欠でなくとも)重要な事項については、ひとたび記載された以上、訴因の変更には不可欠な事項と同じように、検察官が訴追範囲を画したものとして例外なく訴因変更が必要とする理解もあるが、その点は判例は排除した。

それでは例外なく訴因変更が必要となる場合をいささか狭く限定しすぎているかというのも気になるが、**仮に訴因変更が必要な場合を訴因特定に不可欠な事項を超えてあまり広くとると、検察官としては訴因に必要最小限の記載しかしない、という運用に傾くことも十分に予想される**。

被告人の防禦上重要な事項は、訴因特定に不可欠ではないが、記載が争点特定のために「望ましい」のだとすれば、そのような運用を確保するうえでは、275 事件のような線引きには、決して理由がないとは言えない。それはまた、訴因変更の要否の明確化に資する点もある。

②訴因の記載として不可欠ではないが一般的に防御に重要な事項の審査

原則として訴因変更が必要だが、具体的な審理の経過を考慮して、ふいうちとか不利益にならないならば例外的に変更がなくとも許されると言う。こちらについては、**審議の経過**の考慮を入れていることが注目されるが、これはかつて批判され、克服された**具体的防御説**の復活であるようにも思える。

確かに、検察官の訴追の範囲を画するような事実について訴因の記載と違う認定をする場合には、そういう場合に審理の経過を考慮して訴因変更の要否について考えると言うのには大いに疑問があったわけだが、ここで述べている場合というのは、良く考えると「審判対象確定」の見地からは審理の経過とは無関係に訴因変更を考えるべきだと言うことに過ぎない(抽象的防御説)。

ここで言われているのはあくまでそれとは異なる場合であって、第二の基準に当たる場合に訴因変更が必要なのは、検察官の訴追の範囲を超えて審判対象を修正する必要があるからではなく、**訴追の範囲内であっても防御上重要な事項について訴因の記載と異なる事実をいきなり認定すると、被告人にとって不意打ちとなるから**であろう。そうであれば争点を明確にし、ふいうちが防がれる限りは訴因変更をかならず必要とする必要はないように思われる。

審判対象確定の見地からの訴因変更とは一線を画すので、このような例外を認めても、ただちに不当とは言い難い。第二の基準に当てはまる場合、従来の抽象的防御説とは異なる具体的な結果が得られる一方で、第一の基準が当てはまる場合は例外なく訴因変更が必要となるので、抽象的である。この意味で具体的防御説と抽象的防御説を組み合わせたものと言える。以上の判例の到達点は、支持できるものであると思われる。

◎基準の適用

追加裁判例(平成 24 年 2 月 29 日 : 最高裁)※教材未掲載

現住建造物等放火罪の放火の方法である「ガスに引火、爆発させた方法」を、「ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し」との訴因に対して、訴因変更手続きをとることなく、「何らかの方法により」と変更した。

これは「一般的に被告人の防御にとって重要な事項」とした点として、原則として訴因変更が必要としたが、具体的な審理の進行に照らして「被告人に不意打ちを与え」るかどうかの判断次第では例外的に訴因変更手続きを必要としないとして、と言って上の判例を引用した。

※裏返せば、審判対象確定の見地から訴因変更に必要なものとは理解しなかったと言うことでもある。

本件現住建造物等放火におけるガスに引火させた具体的方法は、構成要件のあてはめにはかからないし、その点に特定した記載を欠いても、犯行の日時場所目的物、生じた結果が特定される以上は他の犯罪事実との区別には支障ないと言える。しかしその具体的な運用としては、ガスに引火爆発させた認定につきは、**審理の経過からして、無限定な認定の点で被告人に不意打ちをあたえた点で違法がある**とした。

この判断で注目されるのは、審理の経過として何が重視されたかという点である。この判決文には、検察官がガスコンロのスイッチを作動させた方法以外における場合の予備的主張をしておらず、裁判所もその場合の被告人の責任等について求釈明をするなどして明らかにしていない点が指摘されている。

他方で被告人は、「これは冷蔵庫からの火花や～」といていたのだが、これについては「破棄しなければ著しく正義に反する」かどうかの判断においては、確かに「被告人の防御は相当程度共通し、上記訴因の下で現実に行われた防御と著しく異なってくることはないものと認められるから、原判決の認定が被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえない」として、なんと違法だとしても破棄を認めないのである。

これをふまえると不意打ちを与えるかどうかの判断においては、**被告人において生じた実質的な不利益よりも、裁判所あるいは検察官が本来取るべき争点明確化の措置をとったかどうか、というある種行為義務が果たされたかが重視されている**ようであり、この点は今後の運用に示唆的である。

ここからは、争点明確化がはかられ、ふいうちがはかられないような運用がなされれば、結局は訴因変更に限られない運用が割と(もちろん、訴因の特定に必要なものは無理そうだが)できそうだと言うことも言える。

【参考文献】

◎大澤裕「訴因の機能と訴因変更の要否」法学教室 256 号

【参照】追加裁判例の詳細

最決平成 24 年 2 月 29 日刑集 66 巻 4 号 589 頁

本件公訴事実、要旨、「被告人は、借金苦等からガス自殺をしようとして、平成 20 年 12 月 27 日午後 6 時 10 分頃から同日午後 7 時 30 分頃までの間、長崎市内に所在するAらが現に住居に使用する木造スレート葺 2 階建ての当時の被告人方……1 階台所において、戸を閉めて同台所を密閉させた上、同台所に設置されたガス元栓とグリル付ガステーブル(以下「本件ガスコンロ」という。)を接続しているガスホースを取り外し、同元栓を開栓して可燃性混合気体である P13A 都市ガスを流出させて同台所に同ガスを充満させたが、同ガスに一酸化炭素が含まれておらず自殺できなかったため、同台所に充満した同ガスに引火、爆発させて爆死しようと企て、同日午後 7 時 30 分頃、同ガスに引火させれば爆発し、同被告人方が焼損するとともにその周辺の居宅に延焼し得ることを認識しながら、本件ガスコンロの点火スイッチを

作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放ち、よって、上記Aらが現に住居に使用する同被告人方を全焼させて焼損させるとともに、Bらが現に住居として使用する木造スレート葺 2 階建て居宅……の軒桁等約 8.6 平方メートル等を焼損させたものである」というものであった。第1審判決は、放火の方法について、訴因の範囲内で、被告人が「〔本件〕ガスコンロの点火スイッチを頭部で押し込み、作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放ち」と認定したが、原判決は、このような被告人の行為を認定することはできないとして第1審判決を破棄し、訴因変更手続を経ることなく、被告人が「何らかの方法により、……同ガスに引火、爆発させ、……火を放ち」と認定した。被告人側上告。

最高裁は、次のように判示して、原判決が訴因変更手続を経ることなく上記のような認定をしたことは違法であるとした。「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因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が、例外的に、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、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、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為を認定することも違法ではないと解される（最高裁平成……13 年 4 月 11 日第三小法廷決定・刑集 55 卷 3 号 127 頁〔教材 275 事件〕参照）。

……本件が上記の例外的に訴因と異なる実行行為を認定し得る場合であるか否かについて検討する。第1審及び原審において、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が本件ガスコンロの点火スイッチの作動による点火にあるとした上で、被告人が同スイッチを作動させて点火し、上記ガスに引火、爆発させたと主張し、これに対して被告人は、故意に同スイッチを作動させて点火したことはなく、また、上記ガスに引火、爆発した原因は、上記台所に置かれていた冷蔵庫の部品から出る火花その他の火源にある可能性があるとして主張していた。そして、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が同スイッチを作動させた行為以外の行為であるとした場合の被告人の刑事責任に関する予備的な主張は行っており、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等はしていなかったものである。このような審理の経過に照らせば、原判決が、同スイッチを作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等について何ら審理することなく『何らかの方法により』引火、爆発させたと認定したことは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を越えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない。そうすると、原判決が訴因変更手続を経ずに上記認定をしたことには違法があるものといわざるを得ない。」「ただし、次の事情を挙げ、「いまだ原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（「原判決を破棄し、原審に差し戻すべきである」とする千葉勝美裁判官の反対意見がある）。「引火、爆発させた方法が、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火する方法である場合とそれをも含め具体的に想定し得る『何らかの方法』である場合とで、被告人の防御は相当程度共通し、上記訴因の下で現実に行われた防御と著しく異なってくることはないものと認められるから、原判決の認定が被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえない。のみならず、原判決は被告人が意図的な行為により引火、爆発させたと認定している一方、本件ガスコンロの点火スイッチの作動以外の着火原因の存在を特にうかがわせるような証拠は見当たらないことからすれば、訴因の範囲内で実行行為を認定することも可能であったと認められるから、原審において更に審理を尽くさせる必要性が高いともいえない。また、原判決の刑の量定も是認することができる。』」

d. 縮小認定

訴因の一部を認定する場合には訴因変更を必要としないのが通説で、これを**縮小認定**と言う。

教材 261 事件(伊万里焼酎強取事件：最高裁)

強盗の訴因に対し、態様が相手の反抗を抑圧するほどのものではなかったとして恐喝で事実認定するに際して、訴因の変更がいらないものとした。

ここで冷静に、構成要件が異なるのだから、「訴因の記載として不可欠な事項」が変動していないかが問題となる。しかしながら、審判対象画定の見地からの訴因変更というのは、訴追した範囲内の事実か、それとも訴追の範囲外かという、言ってみれば**訴追意思が及んでいる範囲内か範囲外か**によって判断されるわけである。このとき、強盗と言う訴因のなかに含まれた恐喝や窃盗についても、訴追意思としては審判の対象に含まれていると言えるだろう。そうすると、訴因変更がただちに必要とされるとはいえないということになる一方で、逆パターンとしてここで恐喝から強盗を認めることは基本的にはできないということになる。

もっとも、そういう事実であっても防御のための**争点明確化・不意打ち防止**のための配慮が必要だと言う考え方自体は学んだところである。そうであれば、縮小認定の場合にも同じような配慮が全く不要とは言えないだろう。当初の訴因に包含された事実であれば一般に防御上問題ないわけだが、縮小的な事実の黙示の主張だけでは主張として不十分で被告人の防御がままならない場合は、それはなお考慮されて良いものと思われる。

【参考文献】

□岩瀬徹「訴因変更の要否」百選（第6版）

e. 訴因逸脱認定の効果

訴因の変更が必要であるにもかかわらず、訴因外の事実の認定した場合、どうなるのだろうか。

より具体的には、378条3号があげるところの、審判の請求をうけない事件について判決されたとして、不告不理原則の違反すなわち絶対的控訴理由（刑訴法378条3号）が言えるだろうか。

それとも訴訟手続きの法令違反として相対的な控訴理由(379条。判決に明らかな影響が出る場合にのみ破棄)に留まるのかが問題となる。

従前の議論

◎ 公訴事実対象説から

公訴事実が同一ならば、審判の対象にはなっていると言えるのだから、そのような事実を認定しても、不告不理原則には違反せず、訴訟手続きの法令違反にとどまるという考え方となる。

公訴事実すら違う事実を認定した場合に不告不理原則違反となる。

◎ 訴因対象説から

訴因外の事実を認定すれば、公訴事実の同一性があつたとしても、なお不告不理原則違反となる。然しこの点も、教材275事件の考え方を前提とするともう少し緻密な議論が必要となる。

訴因の記載として不可欠な事項について訴因の記載と異なる事実を認定した場合、審判対象確定の見地からして訴因変更が求められる以上、不告不理原則違反だろう。それ以外の一般的に防御に重要な事項に関する場合には、訴因変更が必要であるとしてもそれは、争点を明確化し、被告人の防御に遺漏無きを期するためであり、訴因変更を書くとしてもそれは訴訟手続きの法令違反となろうかと思われる。275事件の二段階の基準に応じて違法の内容も異なるものとなるのである。

(3) 訴因変更の可否

a. 問題の所在

ある限度までは、訴因と事実にズレがあつても、そのままの訴因で事実を認定することができるだろうというのが、訴因変更の可否の問題であった。

しかし、そのままの訴因では認定できないようなズレが生じたからと言って、常に訴因変更すれば大丈夫なのか、ということを考えてもそうでもない。

ある限度を超えたズレに対しては、**そもそも当初の訴因について判決し、証拠から新たに判明した事実を別訴で処理するしかない場合がありうる**。これが、訴因変更の「可否」の問題である。

【参照】刑事訴訟法312条1項

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

可否の限界は、「**公訴事実の同一性**」である。そこで、この意味が問題となる。

※公訴事実の同一性の機能

この概念は、訴因変更の可否の概念を隠すが、他にも重要な機能がある。

① 二重起訴禁止の範囲

第一に、A訴因で起訴されている被告人が、さらにB訴因で起訴されている場合、公訴事実の同一性がある限りで二重起訴となる。339条5項

② 確定判決の一事不再理効による再訴遮断の範囲

確定判決を得た場合、同じ公訴事実の範囲では、別の訴因でも起訴できない。

337条1項免訴の判決の対象となる。

③ 公訴提起による公訴時効停止の範囲

公訴事実を同一とする範囲で公訴時効はすべて停止する。

このように、わりと多機能で重要な概念なのだが、判断基準を巡る議論は錯綜していたと言える。

◎ 単一性と（狭義の）同一性

旧来の通説は、公訴事実の同一性を「広義の同一性」とし、これを「単一性」と「狭義の同一性」とに分析する。

単一性は、一個の事件として不可分に取り扱われる問題の範囲であり、いわば空間的な統一性を指す。対して、**同一性**は、手続きの前後における事件の連続性の問題であり、いわば時間的自己同一性を指すとされる。なんのこっちゃと言う感じだろうから、それぞれ概説する。

① 単一性

訴因と訴因の不可分性なり一体性に基づいて、公訴事実の同一性が認められる場合である。

さて、一罪に対応するのが一つの刑罰権であり、その一つの刑罰権に対応するのが一つの刑事手続きであるから、実体法上の一罪に対しては、訴訟法上も一つの手続きが要求されることになる。

ここで、別訴で一罪の関係にある事実がばらばらに判断されてしまうと、一罪の事実につき二つ以上の有罪判決がなされることになり、実体法と矛盾した帰結を生ずる虞があるのである。そこで、**一罪には一つの手続きが要求されるだけでなく、一つの手続きで処理「されねば」ならない。**

この原理からは、一個の手続きの対象である一個の訴因は一罪の範囲に限定されることになるが、これを一罪一起訴の原則という。同時に一罪の事実が別個の訴因と構成されて別の手続きで処理されることも禁じられることになる。言い換えれば、**2つの訴因が実体法上一罪の関係にある場合には、訴因の変更や追加という処理が許される。**

具体例で言うと、窃盗を調べているところ、それと牽連犯の関係にある住居侵入の事実が判明したので、一緒に審判したいと言う場合、住居侵入と窃盗を別々に審判してしまいともに有罪となれば、科刑上一罪に対して二つの刑罰が発生し、実体法と相反することになる。そこで、実体法上一罪のものについては一つの手続きで処理がなされるべき、ということになり、牽連犯の関係にある住居侵入についても、訴因の変更ないし追加という処理を認めるべきだ、すなわち、公訴事実の同一性の範囲内だと言ってやるべきだということになるのである。

②(狭義の)同一性

狭義の同一性は、**訴因と訴因の付合、重なり合いに基づいて公訴事実の同一性が認められる場合**である。これは、起訴状に記載された訴因と、証拠から認定される事実との間に食い違いが生じた場合に、どこまで一回の手続きで処理してやるか、どこからは手続きをやり直すかという問題である。

当初の訴因と、証拠から認定される事実に沿う訴因との付合の程度が大きいのであれば、訴因変更を認めて、一回的に処理すべき(公訴事実の同一性、アリ)であるし、付合の程度が小さいのであれば、訴因変更は認めずに、手続きをやり直す(公訴事実の同一性、なし)ということに傾くことになる。

b. 同一性(狭義)の基準

基本的には単一性は**刑罰権の一個性**の要求からきているもの、と理解されていて、かなり一致した見解を得ていたのだが、対して同一性の基準をどこに定めるべきかという議論はかなり錯綜していた。

伝統的な考え方は職権探知主義から派生して、訴因の背後にある社会的事実、真実たる「公訴事実」を強く観念するとは前述したが、そのために同一性判断も、「公訴事実」への帰属・包摂関係を考えて行われることになる。

旧訴因と新訴因が、訴因の背後にある同じ公訴事実へに帰属している限りにおいて、公訴事実の同一性が認められる。ただし、その判断も一枚岩ではない。

◎事実か法的評価か

これにつき、判例が取る基本的な立場は、いわゆる「**基本的事実同一説**」である。この説は、**犯罪を構成する具体的な事実関係の基本部分において、社会通念上密接な関係があるかどうか**を同一性の判断基準とする。

すなわち、犯罪の日時や場所の近接性、行為の方法、態様、被害者、結果などの共通性を基準として社会的な事実の重なり合いを考えるのである。

※ただし、判例は狭義の同一性と、単一性の問題を区別してはいないことに注意を要する。あくまで「公訴事実の同一性」の判断をしている。

教材 277 事件(小松市寄附募集事件：最高裁)

嘘ついて「戦没者の法要なんで寄付を」といってお金を集めた奴の事案。

詐欺罪での9年以上の審理ののちに、まさかの訴因変更。変更先は、許可や届け出無くして募金を募ったと言う条例違反である。確かに上のだまし取りを問題にしている以上、被告人の受領した金銭や交付者、態様は同じものであって、その点で基本たる事実関係が同じである。そのことを理由に、公訴事実の同一性を認めた。

だが、他方でそこに**法的観点**を加味して考える必要があるのではないかと、という認識が主張される。

この事件には田中二郎先生の反対意見が付されており、そこでは被告人の防御に実質的な不利益が生じるのに、十分な防御の機会が保証されていないことが指摘されている。(たしかに、9年くらい詐欺で争っていて、その間条例違反は指摘されていなかったのである) すなわち、このような見解は、公訴事実といってもその実は、裸の社会的事実ではなく法的評価を経たものである以上、従って罪名あるいは罪質に制約された限界があるというのである。

法的観点①罪質同一説

代表的な論者は小野清一郎さんなどである。すなわち、公訴事実単なる社会的自然的事実ではなく、一定の罪名すなわち構成要件の類型的本質の観念に関係を持つから、公訴事実の同一性を維持するには、**公訴において予定された罪名によって限定される犯罪の本質、罪質を変更することはできない**というのである。この観点からは、恐喝と収賄、暴行と強盗には、同一性がなくなる。旧法時代には、公訴事実の同一性が認められる範囲では、裁判所が自由に真実探究を行った。だから、このような観点から絞りをかけることには、実践的な意義があったともいえる。

法的観点②構成要件共通説

団藤先生など。すなわち、罪質同一性は同一性の範囲を厳格にとらえすぎなので、**構成要件が相当程度共通する限りにおいて、同一性を肯定する**考え方である。たとえばはじめのA事実が甲構成要件にあたる、としていたが、のちにB事実と判明しそれが乙構成要件にあたるときに、B事実が甲構成要件にも相当程度該当する限りで、同一性を認める。たとえば団藤先生はこれにより収賄と贈賄の同一性を是認した(ただし、後述の訴因共通説にも近い理解である)。

しかし、現行法のもとでは、訴因とその変更と言う制度が導入されている。よって、公訴事実の同一性の範囲内であっても起訴状の記載と異なる事実認定には基本的に訴因の変更が必要となり、いきなりとんでもない事実認定がなされるということは、今や基本的にない。だから、**不意打ちの防止のために公訴事実の同一性が認められる範囲に法的漂白を加えて限定する必要は、あまりなくなっている**といえる。むしろ公訴事実の同一性を認めた方が、一回的な処理がなされるし、一事不再理の恩恵を受けられると言う点でも被告人の法的地位の安定に資すると事があると言えるだろう。そのような観点から、法的な評価を取り入れる学説は、現在では基本的に姿を消している。

◎伝統的な考え方の問題点

以上のように、「公訴事実」に基づいて同一性を考えて議論がされていたわけだが、そもそもこれには問題点もある。

A 訴訟法的考察

良く考えてみると、犯罪事実の存否というのは訴訟の結果として定まるものであって、事後的な発見しかできないものである。上の判断枠組みは、訴因変更時点で、訴訟の結果定まる(公訴)事実を前提としてはいないだろうか。

B 当事者主義

これも前述したが、訴因の背後に公訴事実を措定することの意味は訴因対象説が普及した今や、薄れている。公訴事実とは、訴因の吟味を超えた裁判所が解明すべき対象であり、起訴状一本主義を採用し、裁判所には公平中立な第三者としての役割を求める**現行法の理念からは、訴因の変更を、その背後にある社会的事実＝公訴事実の範疇で一致する限り認めますよ、という枠組み自体が適格的でない**といえる。

C 判断方法の実際性

そして、実際問題裁判所が訴因変更を判断する時に第一義的に見るのは、訴因である。実際にできることは、訴因と訴因を比較すること以外に、あまりないと見える。

◎平野博士の「訴因共通説」

ここで、両訴因の奥に実体的な何かを観念せず、公訴事実の同一性の有無を端的に訴因と訴因を比較して得るべきだと言う考えが出てきた。代表的なものが、平野博士の唱える「**訴因共通説**」である。

これによれば、訴因が、検察官による具体的な事実の主張である以上、**主張された事実と事実を対比して、基本的部分が共通であれば、同一性は認められる**とする。訴訟法的なモノの見方には即しているし、当事者主義の徹底と言う点では、現行法にも即した考え方といえるかもしれない。

ただし、訴因共通説的理解からの同一性判断は、それをとらえた平野先生によれば、行為又は結果の共通性を基準として判断すべきだと言うものの、その理由は明かされなかった。

この点では、狭義の同一性は、一回的な処理の合理性があるから認められる、という多分に政策的な判断であるのだから、絶対的な基準があるとは言えず、公訴事実の同一性が認められるかどうか、その範囲の広さ次第で変わってくる様々な利害得失を総合的に考慮して、一種の比較衡量によって決するほかない、ということもできる。

同一性の範囲が広いと、被告人の防御上は不利となり、検察官の刑罰権追及は楽になるが、他方で一事不再理などの効果は被告人に有利に発生する。このような利益考量について述べているのが、松尾先生である。

【参照】松尾浩也『刑事訴訟法・上〔新版〕』265頁

「訴因は、罪となるべき事実を特定して示したものであり、その要素としては、犯罪の主体としての被告人のほか、犯罪の日時、犯罪の場所、犯罪の方法ないし行為の態様、被害法益の内容、その主体としての被害者、共犯関係などが考えられる。これらのうち、いずれか1個だけの変動にとどまる場合は、かなりの程度まで『同一性』を肯定できよう。逆に、2個以上が変動する場合は、各要素間に、一致、類似、近似、包含等の関係を求める必要が増大する。**同一性の判断は、これらの要素間の関係を総合的に評価し、検察官と被告人との間の対立利益を比較考量して決定される**」。

訴因と訴因とを比べる時、もはやそれは「事実の問題」であって、このような考慮方法になるのは、ある意味当然でもある。以上は松尾先生の議論であるが、ここにおける訴因対象説からの議論をよく表していると言える。

c. 非両立性（択一関係）

狭義の同一性と言うのが政策的な判断であるとしても、もう少し明確な基準がないのか、については検討の余地があるように思われる。この点、判例には「基本的事実関係の同一」という、公訴事実の同一性の判断の定式化で使われてきた要素の判断において、両訴因の両立性を問題とするものがある。

その最初が、教材 280 事件であり、このような択一関係を問題とする理論を、**択一関係説**と言う

具体的には、甲事実と乙事実とに公訴事実の同一性を肯定するには、日時・場所・犯行態様からすれば甲が認められるときには乙が成立しえないとの関係が必要だとするものである。

判例はあくまで、基本的事実の同一性を判断していると言ったが、その枠組み自体は否定することなく、同一性を認めるにあたって、**一方の犯罪が認められると、他方の犯罪が認められない関係にあるとき、公訴事実の同一性が肯定できる**という。

教材 280 事件(昭和 29 年 5 月 14 日：最高裁)

窃盗正犯と贓物関与罪(盗品関与罪)とについて、物件の同一性、罪質上の密接な関係、日時や場所の近接性に鑑みると、「一方の犯罪が認められるときには他方の犯罪の成立を認め得ない関係にある」として、両訴因が基本的事実関係を同じくするとした。

あくまで「基本的事実関係」という言葉が使われており、ここでは従来の枠組みが否定されていない。以降も、このような枠組みでの判断を見せる判例群が登場していた。

教材 279 事件(昭和 34 年 12 月 11 日：最高裁)

馬2頭の売却代金についての業務上横領と、馬2頭の窃盗の訴因について、「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様態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物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になる関係にあり、その間基本的事実関係の同一を是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」とした。

教材 282 事件(自動車運転免許試験汚職事件：最高裁)

枉法収賄と贈賄について、「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」とする。

教材 283 事件(昭和 63 年 10 月 25 日：最高裁)

共謀して、共謀者をして自己に覚せい剤の使用とさせた、という訴因から、自分で打ちましたと言う訴因にかえることも、「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者であって、事実上の共通性があり、両立しない関係にある」とする。

この判例群を今までの、重要な事実の共通性を判断する判例と整合的にとらえれば、まず明白に事実の重要部分に共通性が認められる場合、択一関係を論じるまでもなく公訴事実の同一性を肯定し、**日時や場所、態様などに共通性が必ずしも明白でない部分がある時は、補完的に択一的関係を持ち込んでいる**ようである。しかしながら、良く考えると、事実の重要な部分が共通する場合には、そもそも択一関係を問うまでもなく、それを別訴にかけても両立しない、二重処罰になってしまう場合だとも思える。そのような理解からは、結局この基準を非両立性に解消することができなくもない。

◎理論的基礎

公訴事実の同一性が認められる範囲では一つの手続きで処理し、認められなければ別訴で別々に処理することになるが、そこを分かつのが公訴事実の同一性である。別訴で審理することにより、実体法と整合しない二重処罰の実質を持つような処分が下されるような場合には、そのような事態を避けるために一回的な処理をすることが合理的であるのだった。

そのような意味では、「両立しない」訴因について、これを別訴に付せば、本来両立しない二つの訴因がそれぞれ有罪とされたとき、まさに片方は本来「両立しない」から起こり得なかったのに、どちらも処罰を受けると言うことになり、実体法では起こりえないはずの形態で処罰がなされることとなる。その意味では、これを公訴事実の同一性の判断基準として用いることにも合理性があるというべきであろう。こうすると、狭義の同一性も単一性も、どちらも二重処罰を防止するための枠組みとしては同じ考え方に基づいているといえる。

※非両立性

「非両立」という言葉は、結構曖昧である。

平野先生は、訴因が非両立の場合には、「同一性」の問題で、事実共通性があれば同一性がある一方、訴因が両立する場合には、「単一性」の問題で処理され、一罪の関係になれば単一性があり、併合罪の関係になれば単一性が欠けるといふ新しい枠組みをもって、前述したように旧法下の理論的なバックボーンを失った単一性と同一性を整理していた。平野先生はこのような立場から、非両立性のみで狭義の同一性を認める判例を批判もされたわけである。

平野先生の見解は一つの優れた整理だが、そこにいう非両立というのは、今日の非両立とは少し違っている。平野先生がいうところの両立論は事実的・論理的なそれであるが、今日の議論がいうものは、**二重処罰の実質**を持つがゆえに許されないと言う意味でのそれである。

たとえば同一の日時に東京で行われた窃盗の事実と、京都での殺人の事実は、同じ被告人がやったと言う場合事実としては非両立である。しかし、このような事実は事実として非両立だからといって、公訴事実の同一性があるとはいえない。平野説によれば今のような場合、訴因が非両立の関係にあるから同一性の問題となるが、事実の間に共通性が乏しいので同一性が乏しいと言う説明になろう。

近時の有力説によれば、今の例の場合、ともに有罪となることはもちろん論理的にはない。だが二重処罰の実質があるかと言われるとそうでもないから、非両立性には欠くとして処理することとなる。

【参考文献】

○田口守一「公訴事実の同一性」刑訴法判例百選〔第6版〕

□大澤裕「公訴事実の同一性と単一性（上）（下）」法学教室 270・272号

□佐藤文哉「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」河上和雄先生古稀祝賀論文集

(4) 訴因変更の許否

刑訴法 312 条 1 項によれば、検察官による訴因の変更は、公訴事実の同一性を害しない限度においてこれを裁判所が許す必要がある。しかし、許される要件と言うのは、果たして公訴事実の同一性が認められると言う所だけだろうか。可否とは別に、許否できないかが、**訴因変更の許否**の問題である。

◎訴因変更の時期的限界

訴因変更到时期的限界がないだろうか。

教材 277 事件(小松市寄附募集事件：最高裁)

行使事実の同一性判断に、法的評価を入れるよと言う問題提起となったさっきの判例(と反対意見)。やはり、まさかの9年後の変更とかマジでできんの？という問題提起となった。

下級審にもそういう問題意識があらわれてくる。

教材 294 事件(沖縄復帰要求デモ事件：福岡高裁)

18 回目の公判で初めて言い出した訴因の変更について、「不意打ち」「誠実な訴訟上の権利の行使とは言い難い」などといい、被告人の防御に著しい不利益を生ぜしめたとして、高裁ながら無罪にした。

学説でも、著しく時期に後れた訴因変更が許されないと言う考え方が支配的となった。

◎理論的問題

ではいかなる理由で、いかなる場合に訴因変更が許されないかである。

公訴事実の同一性が認められる範囲で訴因を変更し、有罪判決を追及することは、法が検察官に認めた権限である。その裏腹として、**通常の訴因変更にもなる被告人の防御上の不利益は、法も認めている**といわざるをえない。また法は、訴因変更について定めた 312 条を見るに、その第 4 項で、訴因変更が被告人の防御に実質的不利益を生じる場合には、十分な防御をさせるために必要な期間、公判を停止させることを定める。

よって、不利益を伴う訴因変更自体は、法が予定するものといえる。だから、単に被告人に防御と言う事を言うだけでは、説得力に欠く。

しかし判例上、公訴権の行使が**濫用**とされる場合があることに鑑みると、公訴権行使の一環である訴因変更についても、検察官の著しい権利濫用と言われる場合があることはあると思われる。

【参照】刑事訴訟法第 312 条 4 項

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禦に実質的な不利益を生ずる虞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、被告人に充分な防禦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

このように**停止**自体は想定されるところだが、**公判手続きの停止ではまかないきれいなような、著しい不利益が想定される場合は、法が想定しなかった場合として訴因変更が許されない**と言うのは十分に考えられる。

たとえば、公判手続きを停止しても、新たな訴因に対する防御が困難となる場合、旧訴因に対する被告人の防御を逆手に取った新訴因への変更や、公判手続きを停止すれば新たな訴因への防御は可能だとしても、新たな防御の負担を受忍させるのが適当でない場合(たとえば、変更の機会が十分にあったのに、結審間近で全く新たな訴因に変更する場合)などが考えられるところである。

検察官の権限濫用と言う考え方からは、さらに、時期に後れた訴因変更の違法性を、一種の**禁反言**に求める考えもある。これによると、訴因変更の機会が十分あったにも関わらずそれをしなかったことによって、訴因について不訴追の処分をしたとみうる場合、そのような場合には新訴因への変更は許されないと考えられることとなるかと思われる。このような考え方も一部では有力に説かれるところだが、検察官の不起訴処分と言うものに、**一事不再理効**と言うようなものが認められていない(再起訴が可能)こととの関係では、不訴追と見られたからと言って訴因変更ができないかと言うとちょっと疑問もある。

(5) 訴因変更命令

a. 意義

刑訴法 312 条 2 項には、裁判所は審理の経過に鑑み、適当と認めるときに、**訴因又は罰条を追加または変更することを命じることができる**ことが規定されている。

これは、かつての**公訴事実対象説**からはある意味当然の制度というべきものである。訴因の背後にある公訴事実が審判対象であり、裁判所は公訴事実の真相を解明すべきであるとされる一方、訴因制度の採用により、検察官が設定した訴因の範囲を超える事実は、検察官による訴因変更がない限り認定できない。裁判所は公訴事実の真相を解明したいのに、検察官が訴因変更しないとそれができないとき、そのずれを是正する不可欠の前提として、**訴因変更命令**が位置づけられる。この立場を純粋に貫くと、公訴事実の真相解明の権限と同時に、義務を負うことにもなるから、訴因と証拠から認定される事実が食い違う場合で、検察官が自ら訴因変更しない場合、訴因変更命令を発する義務があることとなり、訴因変更命令が出されれば、当然に訴因変更が生じる(**形成力**がある)ことになる。検察官の訴因変更をまたねばならないとすると、検察官が命令に従わない場合に真相究明を断念することになるので、訴因変更には形成力が付与されることとなるのである。

これに対して**訴因対象説**からは、訴因変更制度には問題がないわけではない。訴因対象説からは検察官が設定した訴因が審判対象であり、検察官の訴えに理由があるかどうかだけを公平な立場から裁判所は考えればいいはずだからである。このような立場の**裁判所は、訴因を自ら動かす権限を持たないと言うのがその本来のあり方**というべきである。そうだとすると、裁判所は訴因変更命令権を持つことは、今言ったような考えとは整合しないということとなる。もっとも、当事者の訴訟活動を円滑にし、それが十分なものになるよう必要な措置をとることは、当事者主義のもとでの裁判所の在り方とただちに、矛盾しない。

裁判所の心証の動きは検察官には分からないことも多い。心証が齟齬するがゆえに訴因の変更がなされず、その結果裁判所が実態に反した裁判を強いられることは、そもそも検察官自身の意思に反することもあるし、本来有罪である者が無罪とされることとなり、著しく正義に反することもある。

そのような事態に備えた裁判所の公権的な役割を認める余地は全くないわけではないし、その一環として訴因変更の命令権を持つということも、考え得ないことではない。そういうものとして見るしかないということであるが、しかしそれは、あくまで例外的な措置であるということとなる。

b. 訴因変更命令の義務性

解釈上の問題の一つは、裁判所に訴因変更命令を発する**義務**が生じる場合があるかである。つまり変更命令を発しないことにより審理不尽として破棄されることはあるかということである。

教材 303 事件(伊勢市暴力団猟銃発砲事件：最高裁)

例外的に、訴因変更を促し又はこれを命ずべき義務を認めた。**訴因変更すれば有罪である**ことが証拠上明らかであり、さらに**罪が相当重大である**場合の例外的な判断。

旧訴因の審理を通じ、訴因変更さえすれば有罪判決が明らかである場合、裁判所が検察官に訴因変更を命じても、すでに明らかなものに変更を命じるのみで、格別探索的な裁判所の活動は想定されない。そのような場合で有罪であることが明らかな罪が相当重大なものに限って、訴因変更を促し又は命じることは、義務となる。

なお、促すだけでは足りず、命令までしないといけないことがある主旨なのかは必ずしも明らかではないが、その命ずる義務に言及している以上、命令する義務があることを前提とする判示と見る余地もある。ただ訴因設定の権限は検察官にあるから、裁判所に対してそこに命令として介入すべき義務まで認めることには、やはり疑問も残る。

裁判所の心証の動きを検察官に示してやる場合と言うのは考えられるが、それは釈明を求め、あるいは訴因変更を強く促すと言う形でも可能である。そのような働きかけに対して、検察官の判断として訴因変更をしない場合には、訴因の設定は検察官の権限である以上、検察官の判断を尊重して元の訴因で判断しても、審理不尽にはならないとするのが、本来の筋であるような気がする。

教材 304 事件(日大闘争事件：最高裁)

検察官が8年半と言う審理の全過程を通じて、当初の訴因に固執し、審理最終段階での裁判所の求釈明に対してもその訴因を変更する気が無かった事案。

ここでは検察官に対しての義務は尽くされたと判事された。この事件も、訴因変更した場合に有罪となるのは傷害致死をふくむそれなりに重大なものであった。しかし長期の審理を通じて、現場共謀の訴追意思は強固に示されており、裁判所の心証がわからないがゆえに適切な判断ができていないというようなことはなく、さきほど想定した事態とはかなり異なる事案であった。**明確に示された訴追意思を尊重し、訴因変更を促しまたは積極的に命じる義務が否定されている**のは、理論的に見て適切な判断ではないだろうか。

c. 訴因変更命令の形成力

形成力があるかどうか問題となる。訴因変更命令が出た場合もちろん検察官はそれに従う義務があるが、命令に反して検察官が訴因変更をしない場合、訴因変更命令の効力として当然に訴因変更の効果が生じることが、形成力の問題である。形成力を認めるとすると(とくに公訴事実対象説)、**裁判所の審判対象の設定権限を認めることとなる**。これが検察官に属するという原則に忠実であるならば、形成力は否定されるべきである。

教材 306 事件(茨城3区衆議院選挙事件：最高裁)

形成力を否定した。

◎有罪の心証が得られている訴因からの訴因変更

変更命令と裏腹の事柄として、**有罪の心証があるにもかかわらず、検察官が訴因変更を申し出てきた場合に、裁判官はそれを受け入れるべきだろうか。**

教材 291 事件(札幌「英ちゃん」買春事件：最高裁)

許可する義務があるとした。

有罪の心証が得られていることを理由に訴因変更を許さないとするができることとすると、裁判所に自らの心証に合致する訴因設定の権限を認めるに等しいこととなり、そうすると訴因変更命令に形成力を認めなかった先ほどの判例と整合しない。

ただ、この事案では、変更後の訴因についても有罪と為し得る事案であった。仮に変更後の訴因では無罪となるならば、更に考えるべき点があるかと思われる。すなわち、最高裁が、一定の場合について訴因変更を**促し又は命ずべき義務**を有すわけで、このような義務がある場合に相当するケースでは(重大な犯罪を内容とする旧訴因について、有罪が得られるにもかかわらず無罪となる新訴因に変更する場合)、やはり直ちに許可するのではなく、求釈明等によって裁判所の心証を示し、あるいはもとの訴因を維持するよう促すことが必要となるのではないか。なおそのうえで検察官が訴因変更をしようとする場合、訴因変更命令に形成力がないことと対比して、許可を拒むことができないとすればよいだろう。

3 公訴提起の要件と訴因

(1) 公訴提起要件の判断基準

a. 問題の所在

公訴提起の要件の中には、それが備わっているかが犯罪事実との関係で定まるものがある。その場合、何を基準に公訴提起の要件を判断すればいいかという問題が生じる。

たとえば起訴状記載の訴因には要件が具備されているが、裁判所が証拠から得た心証が訴因と異なり(しかし公訴事実の同一性はあり)、この心証を得た事実を基準にすると、公訴提起の要件が具備されていない場合にどうするか、ということである。

典型例は、告訴がないまま強姦致傷(非親告罪)の訴因で起訴されたが、心証としては致傷の事実が証明されず、裁判所の心証は強姦(親告罪)である場合などである。

b. 検討

訴因の背後にある公訴事実が審判の対象であり、審判における裁判所の責務を公訴事実の解明とする**公訴事実対象説**からは、強姦を基準に公訴棄却すべきだということになる。この場合、心証を基準としたとしても、有罪判決をする場合とは異なり、被告人に不意打ちの不利益をあたえるものではないから、防御の手段である訴因を変更する必要はない。

対して検察官の主張する訴因を審判対象とし、裁判所の責務を訴因の当否の吟味に尽きるとする**訴因対象説**からは、裁判所の裁判は訴因に対してなされねばならず、検察官が強姦の事実に変更した場合には変更後の訴因について公訴棄却し、訴因変更しない場合には、当初の強姦致傷の事実について証拠がないから無罪とすることとなる。これは平野博士の考えかたである。

このとき、強姦致傷罪で無罪判決を出してしまうと、公訴事実の同一性の範囲で**一事不再理効**が生じるので、単純強姦罪での再起訴はできない。他方、形式裁判である強姦の公訴棄却判決には一時不再理効がないので、将来告訴を得たうえで改めて公訴を提起する余地がある。

一方、訴因対象説の中でも、強姦への訴因変更を許していいかに疑問を提起する見解もある。これは、**不適法な訴因への変更であり、許されないのではないか**、ということである。許されるべきでないことの意味は、変更の許可請求を裁判所が許可すべきでないということである。

しかし訴因の設定変更は検察官の権限であり、不適法な訴因に対して予定されている裁判所からの応答のありかたというのは、形式裁判による手続き打ち切りである。

そうであれば、**形式裁判以前に訴因変更それ自体を門前払いするのは、現行法の構造からするとかえって疑問がある。**むしろ問題となるのは、訴因対象説を前提とすると、検察官からの訴因変更がなされないかぎり、もともとの訴因で無罪判決を出さなければならないのかである。

教材 308 事件(昭和 31 年 4 月 12 日：最高裁)

犯罪→(1 年 2 ヵ月)→起訴(名誉毀損)→心証(侮辱罪)

時効期間 3 年 時効期間 1 年

犯罪時から約 1 年 2 ヵ月後に名誉棄損で起訴された。時効 3 年なのでまあセーフ。証拠調べの結果、侮辱罪の事実が認められた。侮辱は公訴時効 1 年なので、もうアウト。

このとき、ただちに侮辱罪の事実について免訴の判決をすることを許している。

教材 307 事件(墨田区速度違反事件：最高裁)

40km/h の超過(非反則行為)→20km/h の超過(反則行為)

道路交通法上の反則者には反則金の納付を明示、所定の期間にそれがないときに公訴が提起される。通告手続きがないままに公訴提起がなされると、公訴棄却の判決がなされる。

この 307 事件では、制限速度を 40 キロ毎時超過した(非反則行為。反則金納付の手続きを踏まず起訴できる)と思われる。ところ、審議の結果超過は 20 キロとなり、反則行為でしたとする。この場合にもただちに公訴棄却を命じている。

訴因変更なしに、形式裁判を裁判所の心証に従って行っているわけで、一見すると公訴事実対象説に親和的にも見える。が、実際は**縮小認定**と言える。訴因の一部の縮小認定には、原則として訴因変更が必要とされないことは、訴因対象説からも同意を得ているところであって、これらの場合にも形式裁判を行ったところで、訴因対象説とただちに矛盾することはない。

【参照】新しい問題提起として

後藤昭「予備的訴因と訴訟条件」松尾古稀祝賀論文集

IV 証拠

A 総説

1 証拠裁判主義

公判手続きと言うのは、検察官が起訴した事実がそこで証明された証拠によって認定できるかどうかを判断する場となる。刑事訴訟法は「公判」の章を置いているが、そこではまず証拠調べについて規定されるとともに、証拠による事実認定の在り方が規定されている。条文で言えば 317 条付近だが、そのあたりを見ていきます。

まず証拠裁判主義から。

(1) 意義

刑訴法 317 条によると、**事実の認定は証拠による**ことになっている。これが**証拠裁判主義**である。

これは当たり前にみえるが、決して意味のない規定ではない。

第一に、歴史的な意義を持つ。明治新政府が 1873 年に定めた改定律令では、被告人を有罪とするには自白が必要とするとされた(「凡ソ罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」)が、それと同時に、自白が必要であることの反面として一定の要件のもとに拷問が許されたのである。

1876 年には「証」によるもの(「凡ソ罪ヲ断スルハ証ニ依ル」断罪依証律による)と改められ、1879 年位は拷問が廃されたが、その系譜を引くこの条文には、**「自白以外のもので罪を認めてもいいよ」という意味での歴史的な意義、そしてそのための拷問廃止の前提がある**のである。

証拠裁判主義には、拷問と結びついた前近代的な**自白裁判からの決別**という意味が含まれるということである。

第二に、現行法にあるこの規定にはより積極的な意義が存在するとされる。現行刑訴法は、証拠能力、及び証拠調べの手続きについて様々な規定を置いている。そのような現行法のなかにおかれた 317 条が、ことさらに証拠によると定める以上、ここにいう**証拠とは、刑訴法の定める法規制に従った証拠を指す**と解される。つまり、刑事裁判において事実を認定するには、証拠能力があって、かつ**適式な証拠調べ**の手続きに従った証拠によらなければならないとするのである。用語としてこれによる証明を、**厳格な証明**という。それ以外のものを、**自由な証明**という。

(2) 厳格な証明と自由な証明

刑訴法 317 条は、刑事裁判における事実認定に、厳格な証明が必要だと明らかにしたと言える。もっとも、あらゆる刑事裁判上の事実認定に厳格な証明を要求することは実際的ではない。

そこで、317条の「事実」とは何かが問題となってくるのである。

この点であるが、317条と言うのはもとをたどれば罪を断ずる事実についての規定だから、このような規定として一般に**刑罰権の存否及び範囲を定める事実**が、厳格な証明の対象となるものと解されている。具体的には、以下である。

- ◎ 構成要件該当事実
- ◎ 違法性・有責性を基礎づける事実
- ◎ 法律上の刑の加重減免事由
- ◎ 罪数判断に関する事実
- ◎ 没収・追徴の要件

逆に、それ以外の事実について、たとえば量刑に係る**情状事実**、**訴訟法上の事実**については厳格な証明が必要でないとされる。ただし自由な証明といっても極めて多様な事実が文字通り自由に証明できるという意味ではない。厳格な証明まではいらないよということではなく、証明すべき事柄の重要性に応じた扱いが考えられる必要がある。

たとえば、訴訟条件や証拠能力に係る事実は、もちろん訴訟法上の事実だから一般に自由な証明で足りるとされるが、そのなかでも重要度は高い。とりわけ**公訴提起の要件のうち、判決の対象となるものについては、刑訴法 43 条 1 項によって口頭弁論を経て判断される必要がある**。そこで、このような公訴提起の要件に係る事実については、厳格な証明を必要とする見解も少なくない。

少なくとも口頭弁論を必要とする以上、証拠調べの手続きに乗っける必要はあるだろう。

他にも、証拠能力の要件の中でも憲法上の要件である**自白の任意性**には、厳格な証明が必要とするという考えもある。実務も、事実上厳格な証明を(保険的に)行うのが普通である。

あとは、**情状事実**の中で、犯罪事実の一部をなす態様や結果、目的などは、当然犯罪事実の一部として厳格な証明の対象となるが、ただの性格・年齢・境遇については自由な証明で足りるとされる。このような事実には、**多様性のあ
る豊富な資料から総合判断をするほうが良いとされ、その意味では証拠方法に制限をかけないほうが良い**ということとなる。しかし当事者にとっては重要であることは確かだから、真偽を吟味する機会は与えるべきで、証拠調べの手続き自体は出来る限り厳格に履践する必要があるだろう。

(3) 証明の必要

刑事訴訟では原則として証拠による証明を必要とし、民事訴訟では自白した事実や争いのない事実について証拠調べをする必要がないというような証明不要ルールが適用されない。

しかしながら、刑事訴訟においても例外的に認定の対象とはならない、証明を要しない場合が存在する。

① 公知の事実

社会生活上通常人が疑いを持たない事実は、証明を要しない。証拠による証明を経なくても、裁判の公正さを失わせることがないことがその理由である。司法資源を有効活用する見地からしても、限られた時間と人員で認定する事実の中にこのような事実を取り入れるべきではないだろう。

しかしながら、公知性とは何かについては、少し議論する必要がある。

教材 422 事件(昭和 31 年 5 月 17 日：最高裁)

昭和 27 年 5 月 25 日施行の富山県高岡市市長選挙に関して、5 月 5 日に立候補して当選したことについて、証明がないことが弁護人から主張されたのだった。

これについて、「所在地である富山県高岡市及びその周辺に於ては、斯の如き事実は普く一般人に知れ亘った事柄であつて、所謂公知の事実に属し、敢て証拠の証明力に俟つ迄もなく、裁判所に於いて直ちに該事柄の存在を肯定し得るところである」とした。

教材 423 事件(昭和 41 年 6 月 10 日：最高裁)

東京都内において、東京都道路交通規則によって普通自動車の最高速度は 40 キロ毎時と定められており、この規則が東京都公安委員会の設置する道路標識によって行われていることが、公知の事実であるとした。

もちろん限られた人間しか知らないと言うのでは駄目であろうが、公知性は広く国民に知れ渡っている必要があるという意味ではなく、訴訟の行われる**当該地方**の一般人の大多数を基準に判断され、かつそれで足りると解釈されている。

そして、一般人なら知っていると言われる歴史的事実や事物の状態のほか、一般人が確実な資料で容易に確かめることができる事実もこれに含められる。これがあくまで裁判の公正を損なわない事実認定、という見地からの線引きであることに鑑みれば、まあ妥当性のあるラインかと思われる。

② 裁判所に顕著な事実

民事訴訟の場合は、裁判所において「顕著な事実」については証明は要しないものとされている(民訴法 179 条)。ここにいう裁判所に顕著な事実とは、**裁判所が職務上知っている事実**ということと解される。

刑事訴訟法にはそのような条文はないが、判例上、裁判所が職務上知っている事実についても証明することを要しないものとしている。

教材 424 事件(昭和 30 年 9 月 13 日 : 最高裁)

通称ヘロインが、麻薬取締法にいう塩酸ジアセチルモルヒネにあたることは、裁判所において顕著であって証明を要しないものとした。

同じく訴訟法である民事訴訟法のルールがここにも用いられているわけだが、刑事訴訟には、民事訴訟以上に、刑罰により重要な権利を制約する可能性があることに由来する強い「公正な裁判」への要請がある。そのことに鑑みると、顕著な事実であるからとて、直ちに証明が不要とすることには異論もあろう。

2 自由心証主義

(1) 意義

刑訴法 318 条は、「**証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる**」ものとする。

すなわち、刑事訴訟では証拠裁判主義により証拠による事実認定を行う訳だが、そこでは証拠について、これが信用に足ると言うような評価判断をする必要がある。とくに矛盾する証拠があるときなどは顕著である。

その場合に、刑事訴訟法の理念は、この判断を裁判官と言う評価者の自由に委ねるのである。この立場を、**自由心証主義**という。

※法定証拠主義

内外の法制度を見ると、自由心証主義とは異なる規律が妥当することもあった。すなわち証拠の評価方法をあらかじめ法定しておく立場で、これを**法定証拠主義**と呼ぶ。

これには、一定の証拠があれば必ず一定の事実を認定しなければならないという意味での積極的法定証拠主義と、一定の事実を認定するには必ず一定の証拠がなければならないという意味での消極的法定証拠主義とがある。

法定証拠主義は、画一的な判断に終始し事案における具体的妥当性を欠く結論を導くことも疑問視された。また、なによりこれが妥当したのは、証拠の種類が制限されていたためでもあるが、具体的にたとえば「自白」による事実認定が求められていたとき、そこに生まれるのは自白獲得のための拷問などへのインセンティブである。

こうした問題点に鑑み、近代の刑事訴訟法は、まず証拠裁判主義により、証拠の種類の制限を排した。そしてそれにとともに、証拠の証明力の評価を裁判官に委ねる(法律によって拘束しない)自由心証主義を採用したのである。

◎証明力

証拠の持つ、一定の事実を推認させる力ないし価値を**証明力**と言う。具体的には以下のように類型化されるのが一般的である。

①証拠の信用性

証明しようとする事実との関係を捨象して、ひとまずその証拠の信頼性そのものを指す。たとえば監視カメラの映像などは、何が映っているかが(犯行と関係なからうが)ひとまず信用性は高いだろう。

②証拠が要事実を推認させる力(証拠価値)

証拠からそれによって証明しようとする事実への推認力、事実とのつながりの強さの事である。犯行を直接目撃した、というような証言は、信用性は別として証拠価値が高い。

判断は裁判官の自由な評価に委ねられるが、①が高いが②が低い証拠などもある。たとえば、被告人を犯行現場の近くのコンビニで見たというコンビニ店員の証言は、①信用性は高いかもしれないが、犯行そのものにはそこまでつながらないので②証拠価値は低い。

(2) 限界

◎内在的制約

自由心証主義といっても、それには内在的制約として、**経験則**や**論理則**による拘束が及ぶ。

判決には理由が要求されること、そして上訴があった場合に、事実認定を審査できることと言う形で、刑事訴訟法上もその担保が図られている。

◎外在的制約(例外)

また、自由心証主義には、法律上一つの例外がある。すなわち、**自白の補強法則**である。

刑訴法 319 条 2 項に規定があるが、**自白を唯一の証拠として被告を有罪とすることは、許されていない**。裁判所が自白の信用性を評価して、それだけで有罪の心証を得たとしても、自白以外の補強証拠がない場合には有罪認定はできないということになる。

3 証明の程度

自由心証主義は、証拠の評価の仕方の問題であって、事実の認定のために必要とされる証明の程度までも裁判官に委ねているものではない。それでは犯罪事実を認定するために、どの程度の証明が必要なのかが問題となる。

刑事訴訟における犯罪事実の証明というのは、過去 1 回限りの事件を限られた証拠によって判断するものであるから、そもそも絶対的确实性を要求することは不可能である。しかし、刑事訴訟では刑罰を課すと言う、非常に重大な人権にかかわる問題が扱われるため、犯罪事実の認定には高度の証明が必要とされている。

例えば、アメリカでは民事訴訟について、「証拠の優越」(preponderance of evidence)として、ある事実の存在を肯定する証拠の証明力が、否定する証拠の証明力を上回る程度であれば足りると解されるが、刑事訴訟での犯罪事実の認定のためには、「**合理的疑いを超える証明**」(proof beyond a reasonable doubt)が必要だとされる。

日本でも、民事裁判における証明度のとらえ方は別として、刑事の証明程度としては、今言ったアメリカのものと同じような高度の証明が必要とされるとされる。

日本については、「通常人なら誰でも疑を差し挟まない程度に真実らしいとの確信」という言い方をしたり、教材 416 事件では、**合理的疑いをさしはさむ余地のない程度の立証**と言うような言い方がなされる。

※ドイツでは「确实性に接着する蓋然性」とか言われたりする。

ただし、絶対的确实性が要求されるわけではない。416 事件では、反対事実が存在する疑いをまったく残さない場合を言うのではなく、抽象的な可能性としては存在しても、健全な社会常識に照らして疑いがさしはさめないのであれば犯罪事実を認定してよいとする。

4 挙証責任

(1) 意義

a. 実質的・客観的挙証責任

証拠調べを終了しても、証明すべき事実について存在するとも存在しないとも確信を得られない場合(**真偽不明**)がある。このような場合にも裁判所は、適法な公訴提起を受けている限り裁判をしないで済ませるわけにはいかず、有罪か無罪の判断をすることが求められる。

そのときのルールが、**挙証責任**とか**立証責任**とかいうものである。

真偽不明の場合、挙証責任を負う当事者が不利益な判断を受けることとなり、この意味での挙証責任を、**実質的(客観的)挙証責任**と言う。これが誰に帰するかは、要証事実につきあらかじめ決まっている。疑わしきは被告人の利益にという利益原則、無罪推定の原則を採用する日本においては、**被告人の刑事責任を基礎づける事情については、原則として検察官が今言った意味の挙証責任を負う**ものと解されている。そしてこれは、憲法 31 条の法律の定める適正手続の内容と解されている。

これらの事情について、合理的疑いを超える証明がなされない限り、被告人は無罪とされねばならない。この点は挙証責任の当事者間の分配が問題となる民事訴訟とは様相が異なる。

b. 形式的・主観的挙証責任

ところで、挙証責任と言われるものの、客観的実質的挙証責任と言われるところの本質は、裁判所の裁判の有無であり、これを当時者の立場から表現したに過ぎない。

これに対し挙証責任、立証責任という言葉は、**当時者の行為負担**を指して用いられることもある。この意味の挙証責任を、形式的挙証責任と言う。これは不利益な認定を受ける当事者が、それを免れるために負う行為負担を意味する。

◎ 2 通りの用い方

細かく見ると、以下に分類できる。

① 実質的挙証責任の反映として当事者が負う立証行為の負担

この意味での形式的挙証責任の所在は実質的客観的挙証責任の所在と一致するため、不変である。

② 訴訟の個別の局面において、不利益を受ける側の当事者が行うべき立証行為の負担

この意味の形式的挙証責任は、最初は実質的なそれとの所在と一致するが、訴訟の進行のなかで当事者間を移動することもある。この意味で、**主観的挙証責任**とも言うことができる。

(2) 挙証責任の転換

挙証責任は、その検察官の負担が原則だが、なかには被告人にそれが転換していることもある。この検察官負担の原則が憲法 31 条由来とすると、転換の許容性については慎重に判断することが求められる。

a. 違法阻却事由・責任阻却事由

この点で、具体的に問題となる例として、現行法施行当初には刑事訴訟が当事者主義化したことを理由に、解釈論として**阻却事由**についての挙証責任の所在を被告人に負わせるべきではないかといわれることがあった。考えてみると、確かに犯罪の成立を阻却する自由は多種多様であり、有罪認定の前提として、検察官がそのすべてについて蓄一不存在を立証することは實際上無理といえる。

しかし、挙証責任を転換することとすると、**被告人側が挙証事実を証明できない限り、たとえその疑いが残るにしても有罪の認定がなされる**ということになる。

構成要件の充足性だけで犯罪が成立するのではなく、違法性有責性が備わってはじめて成立するのであるから、違法性有責性を阻却する事由が存在する疑いがあるにもかかわらず有罪とするのは、疑わしきを被告人の不利益に扱うこととなり、訴訟のやりかたのまずさゆえに被告人が有罪となる恐れがある点で許されないというべきである。

そこで、このような阻却事由についての挙証責任転換の主張は、今日では姿を消している。

ただし、それでは**逐一不存在を証明することになるのか？**という問題が残る。この点では、当事者主義がとられることを踏まえ、**被告人側が具体的な阻却事由の主張をし争点形成することで、検察官による阻却事由不存在の立証がなされる必要性が生じる**という枠組みを提示するのが一般的である。

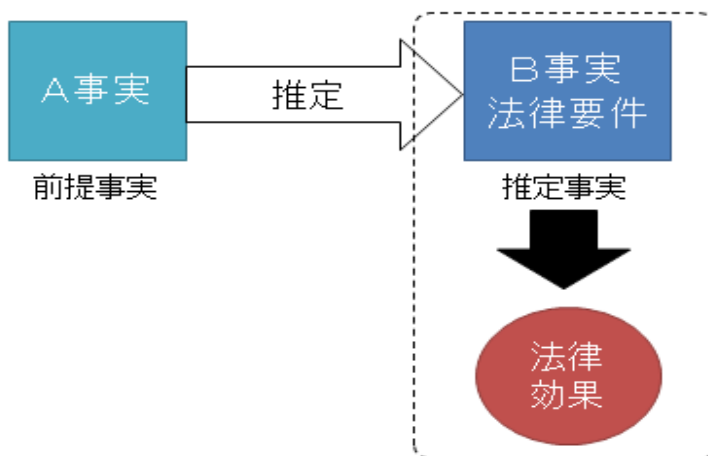
ただし、争点形成のためにどの程度のことが求められるかについては考えが分かれており、主張で足りるという見解から、主張に加え一定の証拠提出が求められるというものまで幅がある。

いずれにせよ、被告人側から争点とされない限り、その不存在の立証が求められることはない。

しかし、挙証責任自体は検察官が負うのだから、争点とされた場合にはその不存在を合理的疑いを超える程度にまで証明することが求められ、それが無ければ無罪とすべきこととなる。

b. 法律上の推定

実定法上犯罪事実についての一部の挙証責任が被告人に転換されていると見るべき例がいくつか存在する。その一つが、**法律上の推定規定**が置かれている場合である。



法律上、B という事実が要件事実として法律効果と結び付けられている場合、その B 事実について、検察官は合理的な疑いを超える程度の証明をすべきである。しかし、A 事実の証明がなされた場合に、B 事実の存在を推定するという規定がおかれると、検察官は本来の要件事実ではなく、A 事実の存在を証明しさえすれば、所定の法律効果を得ることができるということになる。

仮に A 事実の証明がなされた場合、法律効果を免れるためには、B 事実の不存在の立証を被告人側において行う必要が出てくる。

このような推定は、立証困難な要件事実を証明するために設けられることが多い。

例①**収賄罪の職務関連性**（刑法改正作業の過程で検討されたもの）

「公務員が、その職務の執行につき、密接な利害関係を有する者から、通常の社交の程度を超える財物その他の財産上の利益を収受し、要求し、又は約束したときは、……職務に関し賄賂を収受し、要求し、又は約束したものと推定する」

実際にはこのようなものにはならなかったが、実定法としても以下のような物がある。

例②**公害罪法 5 条**

「工場又は事業場における事業活動に伴い、当該排出のみによっても公衆の生命又は身体に危険が生じうる程度に人の健康を害する物質を排出した者がある場合において、その排出によりそのような危険が生じうる地域内に同種の物質による公衆の生命又は身体に危険が生じているときは、その危険は、その者の排出した物質によって生じたものと推定する」

例③麻薬特例法の推定規定

薬物犯罪収益の推定規定(14条)

「第5条の罪に係る薬物犯罪収益については、同条各号に掲げる行為を業とした期間内に犯人が取得した財産であつてその価額が当該期間内における犯人の稼働の状況又は法令に基づく給付の受給の状況に照らし不相当に高額であると認められるものは、当該罪に係る薬物犯罪収益と推定する」

薬物犯罪収益と言うためには、犯罪行為により得たこと、もしくはその報酬であることを証明する必要があるが、この認定については麻薬特例法14条において、推定規定が置かれているのである。そして薬物犯罪収益は、11条にもあるように、必要的没収の対象である。

ここでは証明すべき事実が、①5条各号行為、②期間内の取得、③価額が前期期間内の犯人の稼働の状況に照らして不相当に高額というものに転換され、これが証明された場合に被告人が薬物犯罪収益でないことを証明しなくてはならない。

◎許容性の検討

前提事実があるような場合には、薬物犯罪を業として得られた薬物犯罪収益であることは、かなり高度の蓋然性をもって推認できるとは言える。しかし、つねに合理的疑いを超える推認ができるかといえ、そうではない。という仮に常に推認できるとすれば、推定規定を置いても意味がない。

そのことを前提に、**前提事実が証明されれば必ず推認事実を認定する規定と解してしまうと、まさしく検察官が本来負うべき挙証責任を被告人に転換することとなり、これは許されない**と言わざるを得ない。この場合、要証事実が存在するがゆえにではなく、訴訟のやりかたがまずかったがゆえに不利益な事実認定を受けかねない。

また、仮に義務的推定ではなく「認定してもいい」という許容的推定であるとしても、それで認定していいという理由には欠けることとなる。

許されるとすれば、推認が不当であれば被告としてその**推認を破らないし推定事実がないことを示す証拠提出が困難でない**ことが必要であるように思われる。なぜならば、そのような**反証の容易性**があるにもかかわらず被告人が証拠を提出しないとすれば、そのような事実自体推認事実の存在を推定させると見ることができからである。

反証が容易にもかかわらず証拠の提出がなされないことを加味して、合理的疑いを超える心証がある場合、その認定を許す趣旨とすれば、**被告人の利益原則**との抵触を回避させることも出来るかと思われる。

この場合の推定事実の認定は、証拠不提出を状況証拠の一つとしつつ、裁判所の自由な心証による自由な証拠評価の結果として行われるものであって、被告人側が推定事実の不存在を立証しなかったからという手続き的なものであるわけではないから、挙証責任の転換ではないことになる。

この場合、**合理的疑いの有無が問題であるから、推定事実の存在について合理的疑いを生じさせる程度の証拠を提出させるだけで、(証明せずともグレーにするだけで)無罪となる**。

このように、反証が容易であることに対して許容的推定を許す余地はあると解されると思われる。

c. 挙証責任の転換規定

これに対して、推定と言う形ではなく、**端的に一定の事実について端的に被告人に挙証責任を転換している**と思われるものもある。刑法207条(同時傷害)、230条の2(名誉棄損の真実性)、児童福祉法60条3項等などである。

①被告人側が挙証責任を負う部分が、検察官のそれから合理的に推認できる

②被告人が挙証責任を負う部分についての証拠が、通常被告人側にあり反証が容易である

③被告人側が挙証責任を負う部分を除いたとしても処罰が合理的である

ときには許されるというような考えが学説上は有力であるが、何故そのような場合に許されるのかについては必ずしも明らかではない。

①と②については、先ほどの法律上の推定の許容の要件と共通する事情である。ただし推定規定の場合、許容的推定だと解することで、利益原則との抵触を回避した説明が可能であったところ、挙証責任転換規定の場合、被告人側が挙証責任を負う部分につき、証明ができなければ被告人に不利な認定が強制されると言え、この点で推定規定とパレルなものではない。まさにそうだからこそ、③の要件が足されているのであろう。だが、被告側が挙証責任を負う部分も、その証明に成功すれば不利益認定を免れるのだから、その疑いを残しつつ不利益な認定を認められるのかという問題がある。この意味で、一つ未解決な問題が残っていると言える。

【参考文献】

◎川出敏裕「挙証責任と推定」争点(第3版)

□『演習刑事訴訟法』項目63〔大澤裕〕

□井上正仁「麻薬新法と推定規定」研修523号

□三井誠『刑事手続法Ⅲ』58～84頁

5 証拠の種類

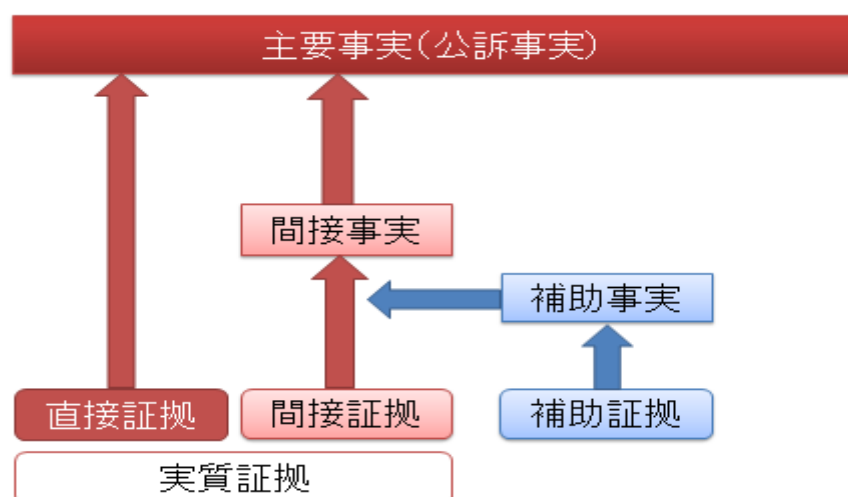
(1) 直接証拠・間接証拠

訴訟において、最終的に証明すべき事実を一般に**主要事実**と言う。あるいは証明を要する事実の中のもっとも重要なものという意味で、**要証事実**ともいう。こいつらが証拠により証明されるかどうか問題であり、これらが**公訴事実**となる。これを直接に証明する証拠を、**直接証拠**と言い、例としては目撃証言や自白がある。

また、主要事実である公訴事実とは、直接証拠から直接認定できる場合だけではなく、別の事実を間に介在してそれをもとに認定される場合が多いともいえる。このような存否の推認に役立つ事実を**間接事実**と良い、それを証明するための証拠を**間接証拠**と言う。

※状況証拠

この間接証拠は、**状況証拠**と呼ばれることもある。もっとも、間接証拠自体よりもそれにより証明される間接事実じたいのほうが、状況と呼ぶにはふさわしい。間接事実も、検察官が起訴した公訴事実を推認させる点では証拠と似た働きをする。そこで、間接証拠だけでなく間接事実も含めて、状況証拠という言葉を使うこともある。



(2) 実質証拠・補助証拠

主要事実の証明のために用いられるものを**実質証拠**というが、訴訟上証明されるもののなかには、実質証拠の証明力に影響を与えるものもある。証言という実質証拠の証明力は、証人の予断などに影響されるわけで、そのような事実を**補助事実**という。補助事実の証明のために用いられる証拠を、**補助証拠**と言う。補助証拠は、その働きでさらに分類される。補助証拠のうち、実質証拠の証明力を減少させる事実の証明に用いられるものを**弾劾証拠**といい、証明力を増大させる事実の証明に用いられるものを**増強証拠**という。

また、現ぜられた証明力を回復させ事実の証明に使われるものを**回復証拠**という。

(3) 証人・証拠書類・証拠物

取調べ方法による分類である。

①証人（刑訴法 304 条）

取調べ方法は、**尋問**である。鑑定人、翻訳人なども取調べ方法については同じである。

※被告人は証人として扱えない。黙秘権がある以上は宣誓義務のあるような尋問はできず、取調べ方法は**質問**となる。証人尋問の順序は、最初の裁判官の尋問の後は**交互尋問**（刑訴法 304 条 3 項、規則 199 条の 2）となっており、請求したもの(主尋問)→その相手方(反対尋問)→請求したもの(再主尋問)の順となっている。もちろん事情により裁判所が順番を入れ替えることは否定されない。

②証拠書類（刑訴法 305 条）

証拠書面と言うのは記載内容が事実を推認させるものである。取調べ方法は、刑訴法 305 条により**朗読**とされる。規則 203 条の 2 により、要旨を告げる方法も許される場合がある。

③証拠物（刑訴法 306 条）

展示、すなわち裁判所及び訴訟関係人に目で見て分かるように示して取り調べる。

④証拠物たる書面（刑訴法 307 条）

タイプが二つ重なる場合には、**展示 + 朗読**の双方が必要とされる。

この証拠書類と証拠物たる書面との区別は議論もあったが、その存在や状態が合わせて証拠となる場合に証拠物の性質も持ち合わせることでされると教材 570 事件で示された。証拠物たる書面とされるものは具体的には、文書偽造事件における偽造文書や、名誉棄損文書における名誉棄損文書などである。これらは、単に内容が朗読させられればいいというわけではなく、その存在・態様自体に証拠としての価値があるといえるだろう。

(4) 供述証拠と非供述証拠

人の言葉の内容からある事実が推認される場合、その言葉のことを**供述証拠**と言う。公判廷における証人の証言が、その証言の内容となる事実の推認に用いられる限りでは供述証拠の例となる。

公判廷外であっても、そこで発せられた人の言葉の内容が事実認定に供されることもあり、それももちろん供述証拠となる。この場合には、伝聞法則という特殊なルールがかかってくることになるので、改めて扱う。供述証拠でないものを**非供述証拠**というが、伝聞法則のところではこの区別をしていく必要が出てくる。

B 証拠の関連性

1 意義

証拠が要証事実の存否の証明に役立ちうる性質を有していることが必要である。

証拠に関連性が必要であることは、直接定めた規定が存在するわけではない。しかし、例えば刑訴法 295 条などには示唆がある。

【参照】刑事訴訟法第 295 条 1 項

裁判長は、訴訟関係人のする尋問又は陳述が既にした尋問若しくは陳述と重複するとき、又は事件に関係のない事項にわたるときその他相当でないときは、訴訟関係人の本質的な権利を害しない限り、これを制限することができる。訴訟関係人の被告人に対する供述を求める行為についても同様である

【参照】刑事訴訟規則第 189 条 1 項

証拠調べの請求は、証拠と証明すべき事実との関連性を具体的に明示して、これをしなければならない間接的ながら、これらは関連性の必要性を示す。

教材 539 事件(10・21 新宿騒乱事件：最高裁)

所謂現場写真の証拠能力が問題となった。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る限り、証拠能力を具備するとした。

◎関連性の要素

たとえば、米国連邦証拠規則 401 条は『「関連性ある証拠」とは、その証拠が存在することによって、訴訟に関する判断を行うのに重要な事実が存在する蓋然性が増減する証拠をいう」とする。このように、もう少し関連性とはなんなのかをつきつめていきたい。まず、関連性には、それが問題となる二つの段階があることが分かる。

①**証拠によって直接証明される事実と、訴訟において最終的に証明される要証事実の間での関連性**

すなわち、証拠から直接証明しようとする事実が、訴訟に関する判断を行うのに意味のある重要な事実であることが必要である。

②**特定の証拠と当該証拠から直接証明しようとする事実との間の関連性**

すなわち、証拠がそれによって直接証明しようとする事実を推認させる力を有することが必要である。

いずれが欠けても関連性は認められない。

関連性の内容についても、わが国では一般に、自然的（論理的）関連性と法律的関連性という二つの区別をしている。

①**自然的関連性**

証明しようとする事実について、最小限度の事実を推認させる力(証明力)があるか。

たとえば単なる人のうわさとか意見には、最小限度の証明力もないから自然的関連性に欠けるとされる。

②**法律的関連性**

最小限度の証明力はある証拠について、偏見や争点の混乱等を通じ、事実認定を誤らせるなどの訴訟上の不都合がないか。証明力があっても、それにもまして不都合がある場合は、法律的関連性に欠け、証拠として採用されないということになる。

このようなものが問題となる具体例としては、伝聞法則や自白法則(どちらも後述)が挙げられるが、これらはそれぞれの法規定が定めるところに従うだけともいえるので、微妙である。

明文ではないが、**類似事実の立証**、すなわち同種前科、同種余罪を被告人の起訴に係る犯罪事実の立証に用いることが許されるかという問題が法律的関連性の問題としてはより適切と思われる。

2 類似事実の立証

◎従前の議論

★**類似事実の立証は許されないのが原則だが、それは弊害と利益を考量した結果なので、例外はある。**

確かに類似事実の立証は効果があるが、一般には許されないとされていた。同種前科や同種余罪等の類似事実の存在から、被告人の犯罪事実を立証しようとする場合、通常行われるのは、類似事実の存在から被告人の悪性格なり犯罪性格を推認し、そこから今回の犯罪事実をも推認させることである。

このような悪性格を介した推認は確実性が高いとは言えないし、裁判所に予断や偏見等の不当な影響を与えたりするし、あるいは類似事実自体が争われて争点が拡散することもありうる。

そこで**法律的関連性**を欠くとされていたのである。

しかしそれは、悪性格を介した推認に事実を推認させる力と弊害をもたらす効果を比較衡量してもたらされた結論であるから、証明しようとする犯罪事実とそのために用いられる事実の具体的内容いかんによって、より**確実な推認**が可能である場合には例外的な扱いも許されてよいということでもある。

そこで、類似事実の立証は許されないことを原則としても、その例外が問題となった。

◎特殊な手段・方法による犯罪

この点で具体的に挙げられたのが、**同一ないし類似の犯罪事実**の立証によって被告の犯人性を立証することである。類似性共通性に基づいて、特殊性を加味した判断をするときは、悪性格を考えているわけではないので、許されることがあるとされてきた。

教材 391 事件(和歌山カレー毒物混入事件：大阪高裁)

過去においての毒物の飲食物への混入が、同じく毒物混入における犯人性を推認させるとした。

◎近時の最高裁判例

以上のようなことが主として学説で議論されたが、近時参考となる裁判例が現れた。

追加裁判例(最判平成 24 年 9 月 7 日・刑集 66 巻 9 号 907 頁)

住居侵入と現住建造物放火で起訴された被告人は、放火については否認した。そこで、この被告人の、17 年前の住居侵入現住建造物放火についての取調べの許容性が問題となった。一審は関連性を否定。控訴審はかつての放火と今回の放火について、**行動傾向が固着**していると認められるような犯行に至る契機(窃盗しようとして、ほしいものがないといらついて放火)、手段の同一性を認め関連性を是認した。ここで、最高裁は次のように述べた。

「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値(自然的関連性)を有している。反面、前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。したがって、前科証拠は、単に証拠としての価値があるかどうか、言い換えれば自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決せられるものではなく、前科証拠によって証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである。本件のように、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、前科に係る犯罪事実が**顕著な特徴**を有し、かつ、それが**起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなもの**であって、初めて証拠として採用できるものというべきである」

このような一般例を述べたが、しかし今回はそこまで特徴的ではない(放火の理由としても、そして放火の手段も。放火の手段は、あくまで寝室に石油をばらまいて火をつけるもの)として、ここでは前科というものは人格的なことを言うに終始する効果しかないので、この意味で関連性は認められないとした。

このとき、前科証拠の持つ自然的関連性は認めつつも、**被告人の実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定をするにしても争点拡散などの弊害が大きく、許容性には厳格な制限が求められる**として、言葉は使っていないが類似事実の認定についての法律的関連性の問題を一般に確認したといっているだろう。

そして、被告人と犯人の同一性の立証に用いるためには、「特徴前科に係る犯罪事実が**顕著な特徴**を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなもの」であるべきということを述べた。

例外的には許されると言うのは一般に言われたが、これを定式としたものと言える。

もちろん基準のなかにも幅のある表現があるが、平成 24 年判決が具体的事案で前科事実の採用を拒否したと言う時点で、ある程度の実効力のある基準である。

追加裁判例(最決平成 25 年 2 月 20 日・刑集 67 巻 2 号 1 頁)

20 件の住居侵入窃盗で起訴された犯人が、10 件は認めたが、残りの 10 件については争った。このとき、同種前科のほか、被告人が自認している犯罪事実を用いることが許されるかが問題となったが、以下のように述べて否定した。

「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明の対象である犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるところ(最高裁平成 24 年9月7日第二小法廷判決参照)、このことは、**前科以外の被告人の他の犯罪事実の証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようする場合にも同様に当てはまる**と解すべきである。そうすると、前科に係る犯罪事実や被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人の同一

性の間接事実とすることは、これらの犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明対象の犯罪事実と相当程度類似していない限りは、被告人に対してこれらの犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることに等しく、許されないというべきである」

平成 24 年度裁判例の示した基準は、より一般化されて、被告人の人格的評価をもとにする推認を避けるほうに運用される。

◎検討されるべき問題

①被告人と犯人の同一性の証明に用いることが許容される場合

第一に、**顕著な特徴**ということが重要な要件だが、この顕著な特徴というモノの判断は、犯罪事実自体の特殊性におけるものか、それ以外の事実の考慮によって変わることがある概念なのだろうか。

教材 392 事件(昭和 40 年 4 月 22 日：静岡地裁)

列車の 7 号車と 9 号車で起きたスリ事件の間での関連性が問われた。

第二の窃盗未遂の事実が証明された場合、第一の窃盗を推認させるものとして、関連性があるし高い証明価値があると言っている。

本件と併合審理している類似事実を、間接事実として第一窃盗の認定に使うことを認めたわけである。しかしここで、スリの犯行の態様とかには際立った特徴はない。だからおかしいとかいってしまえばそれまでだが、なお是認されるなら、時間的場所的な近接、隔絶性を以て、当該窃盗における共通する特殊性や顕著性の度合いが減じてもよいと判断されているのではないだろうか。

②「固着化」

さらに検討すべきは、追加裁判例(平成 24 年)のなかの、以下の判示である。

「原判決は、上記のとおり、窃盗から放火の犯行に至る契機の点及び放火の態様の点について、前刑放火における行動傾向が固着化していると判示している。固着化しているという認定がいかなる事態を指しているのか必ずしも明らかではないが、単に前刑放火と本件放火との間に強い類似性があるということにとどまらず、他に選択の余地がないほどに強固に習慣化していること、あるいは被告人の性格の中に根付いていることを指したのではないかと解され、その結果前刑放火と本件放火がともに被告人によるものと推認できると述べるもののようである。しかし、単に反復累行しているという事実をもってそのように認定することができないことは明らかであり、以下に述べる事実に照らしても、被告人がこのような強固な犯罪傾向を有していると認めることはできず、実証的根拠の乏しい人格評価による認定というほかない。

行動傾向の「固着化」について、原判決は、前件放火と本件放火について、「固着化」を犯行の契機・手段に特徴的な類似性があるとして認めているわけである。それを受けて平成 24 年の最高裁判決は、固着化を「**他に選択の余地がないほどに強固に習慣化していること**」「**被告人の性格の中に根付いていること**」と定義し、今回の場合は「被告人がこのような強固な犯罪傾向を有していると認めることはできず、実証的根拠の乏しい人格評価による認定というほかない」として、人格的な評価に過ぎないと言う見方から原判決を退けたのである。

ここでわざわざ「習慣化されていないからダメですよ」と強調すると言うことは、仮に平成 24 年判決の事案の被告人が、窃盗を試みて欲する金品を得られなかったという状況で腹立ちの解消のため室内に灯油をまいて放火することが、「他に選択の余地がないほどに強固に習慣化している」と認められるとした場合、証拠としての採用可能性がまた出てくると言えないだろうか。**習慣は強固であっても被告人の行動傾向であり、ある種の「犯罪傾向」「人格評価」を介した推認であることは否めないのに、である。**

ここで確かに、平成 24 年判決からすればそもそもこのような推認には許容性がないようにも思える。しかしもともとの問題は、推認力と事実認定をあやまらせる虞との**比較衡量**であることを忘れてはならない。だから、単なる実証的根拠の乏しい人格評価を超え、特定の状況下にある被告人が一定の行動をすることについて、他に選択の余地がない程の強固な習慣化があれば、その習慣化を示す証拠の証拠価値は高まるわけで、そのことで弊害を凌駕する者として証拠価値が認められると言うのも、ありえないではない。

というわけで、このような場合の扱いも、今後の検討課題であると言える。

③習慣の立証の程度判断

このような**習慣の立証の許容性が認められる場合、これは平成 24 年判決がいうところの「顕著な特徴」が「相当程度類似」しているという基準の一つの場合とされるのか、それとも別の基準で判断されるべき場合なのか、**ということも問題となる。平成 24 年判決を見ると、強固な習慣化により強固な犯罪傾向が認められる場合と言うのは、前科等の事実の顕著な特徴が認められる一つの場合として証拠価値が認められるとのようにも読める。しかし良く考えると、この場合証明しようとする対象となる犯罪事実たる本件放火について、欲する金品を得られなかった窃盗犯人が行ったものだとならなくなっているわけではないケースであったことがひっかかる。本件放火についての犯行の動機

や経緯はまだわからないわけで、ここでいう「習慣」については、前科事実の類似という基準で判断する余地は本来ないというべきであるからである(つまり、類似性ではない別の基準を使うべきじゃね?ってこと)。

また、顕著な特徴の相当程度類似と言う基準は、それ自体で、つまり犯罪傾向を介在しないで犯人であるかを推認させる基準とされるわけで、強固であるにせよ犯罪傾向をふまえた証拠の評価に使うべきなのかという問題がある。

参考までに、平成 25 年決定の金築補足意見は、人格的評価を介した推認も一定の場合に許される可能性を示唆しつつ、それも顕著な特徴の相当程度類似というものの基準を充足する一つの場合と位置づけていると読める。この方向で行くかどうかは、前述したとおり議論の余地がある。

◎犯罪の主観的要素

具体的基準は以上の判例で示されたが、そこで明らかにされたのは、類似事実を被告人と犯人との同一性の立証の用いる場合であった。しかし、他にもこれまでしばしば、**犯罪の客観的要素が立証されている場合に、主観的要素を立証するには使えるとしてこの類似事実は使われてきた。**

教材 393 事件(昭和 41 年 11 月 22 日 : 最高裁)

被告人が老人福祉の為と誤信させ、寄付金の公布を受けてこれを騙取したという詐欺事件で、詐欺の犯意があったかどうかが問題となった。原審は同じような手段を用いた詐欺罪の前科から、犯意なしとは言えないと示したが、原告は前科の考慮はおかしいとして上告した。最高裁はここで、客観的な要素が他によって集められる場合に、主観的要素について前科を考慮した原審の判断を適法であると判断した。

ここでは、犯罪の主観的要素について、客観的な要素が充足されれば類似事実を考慮してよいと言う一般ルールを示したようにも見える。

が、前に故意でやっているから今度も故意だという推認は、**悪性格**を介した推認といえないだろうか。実証的根拠に乏しい人格評価に他ならず、被告人と犯人の同一性の立証と同様に、それを許すには問題があるように思える。

この点、教材 393 事件は、事案に立ち入って見てみる必要がある。

被告人側の弁解は、欺罔手段とされる「福祉促進趣意書」の中では、金員を求める趣旨が自己の祈念に対する賛助を受ける趣旨であることを明らかにしていたから、何ら欺罔をしていない(欺罔の認識もない)というものであった。

※この人は宗教家であった。

だが、以前にも同じような手段で寄付金を受け取り詐欺罪で処罰されたことから、被告人が用いた手段が相手方を錯誤に陥らせる性質であること(そのような手段を使えば、相手方は通常社会福祉事業を実施するものと考えらるだろうということ)は認識できたことと言えるから、**実はこれは「前に故意でやったからこれも故意にきまっている」というにとどまらず、「この方法が詐欺罪にあたることを、あなたは知っているではないか」という意味で、被告人の主観的要素の論理的な推認に用いることが可能と言える事案であった。**このような立証することを介して欺罔のなかったという弁解に反論するとき、これは悪性格とは無関係ではなからうか。

※「前に故意でやったからこれも故意」というのはたとえば、「お前去年もわざとツボ壊してただろ! だから今回もわざと壊したに決まってる」というケースとか。これは悪性格を加味した判断である。

このような立証の方法によれば、悪性格は考慮していないので許されると言うのが、事案にあった理解と言える。そうすると、前に故意に同種の犯罪をしたから今回も故意だろうという悪性格を介した推認はなお許されていないと理解できるし、そうすべきである。

例えば、同じく詐欺の犯意が争点となった場合でも、事後的に他目的利用の意図が生じて着服したというような横領型の弁解をしているときに、前科を持ち出して主観要素を立証しようとするような事案だと、「前もやっているから今回も故意」という推認にならざるをえず、そのようなことが認められるとは言えないのではなからうか。

【参考文献】

○佐藤隆之「前科証拠による犯人性の立証」平成 24 年度重要判例解説(ジュリス 1453 号)

○同「起訴されていない類似事実の立証」平成 18 年度重要判例解説(ジュリスト 1332 号)

3 科学的証拠

(1) 問題の所在

★**科学的証拠の特殊性をどう取り扱うかが問題となる。**

近時、様々な科学的知見や捜査方法が事案解決のために用いられ、そのような結果得られた証拠が用いられることも多くなっている。このような証拠は通常一般人には得られないもので、巧妙化する犯罪に対処する事実認定の精度向上の利点は著しい。

また、供述証拠への過度の依存を回避すると言う点においても有用と言える。しかし、**他方で精密な検査分析であるがゆえに、過程のわずかな誤りが証拠価値に致命的な欠陥を与える恐れがある。**

また、一般人になじみのうすい知見に依存するから**証拠の価値判断には困難が伴うし、ともすれば過信される**こともある。ということで、扱いには慎重さが求められる。

では、科学的証拠を刑事裁判に事実認定の証拠として用いることができるのはどのような場合になるのだろうか。

(2) 科学的証拠の証拠能力

a. 資（試）料についての関連性・真正性

通常は、資料を科学的技術知見を用いて調査して、それによって得られた結果が内容となる。そこでまず、**検査分析の対象となる資料自体が適正なものでなくてはならない**。資料の取り違えや混交、汚染があると、最小限度の証拠価値も失われると言わざるを得ない。

これは別に証拠物一般にあてはまることではあるが、科学的証拠の場合は検査分析に供される資料が微小であることや、通常の五感の作用のみでは固有の特徴が識別できないことが少なくない。そのため取り違えや試料汚染の危険は決して少なくない。仮に取り違えや試料汚染があった場合、資料の同一性、真正性がかけるものとして関連性に欠き、最小限度の証明力もないものとされる。

この点では、資料の**採集・保管の適切性**が関連性を認める前提として充分吟味される必要がある。

b. 科学的検査・分析の適切性

では、分析自体はどうだろうか。この点で、従来の我が国の裁判例を見てみる。

教材 401 事件(検事総長にせ電話事件：東京高裁)

声紋鑑定の証拠能力が問題となった。声紋による識別方法は、その結果の確実性について証明されたとまでは言えないから、証拠能力を認めるには慎重になるべきとしつつ、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あるものと認められるときは、その検査の過程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、証拠能力が認められるとした。

教材 395 事件の原審(小平郵便貯金証書窃盗事件：東京高裁)

ポリグラフ検査について、401 事件とほぼ同じ枠組みで判断した。適格者だとか、器具の性能や操作技術といった似た言葉が並ぶ。

教材 398 事件(平成 12 年 7 月 17 日：最高裁)

MCT118DNA 型鑑定の証拠能力が問題となった。ここで、DNA 検査は科学的原理が理論的正確性を有し、その実施方法も科学的に信頼される方法で行われたとして、証拠能力が認められた。

これらの裁判例を対比すると、従来の裁判例が、具体的な検査実施方法の適切性、具体的には検査者の適格と、使用機器及びそれをもちいた手続きの適切性に着目していたのに対して、**398 事件は、そのような点に加えて科学的な原理の理論的正確性についても確認した上で証拠能力を認めた**のが注目される。通常の証拠の場合、一般的な論理則、経験則による評価が可能であるのに対して、こうした検査は科学的原理の理論的正確性なくして判断できず、科学的原理の理論的正確性に欠けばその価値は失われる。そうであればそのような性格の証拠については関連性の内容として原理の理論的正確性が要求されて良いと思われる。

従来から学説はこの点に関するアメリカの判例にもならいつつ、理論的正確性(理論自体の正確性と、それを応用した検査分析方法の科学的正確性)を証拠能力要件とすべきというものが多かった。398 事件は基本的にそれに沿うものだとみてよい。

※アメリカでの要件の加重

米国の議論では、かつては専門家証言などが許容されるためには、専門家証言の基礎となる科学的原理について、その分野の専門家による一般的承認を要求していた(**フライ原則**)。その後、ドーバート判決においてフライ原則は改められたが、そこでも科学的証言・証拠について、関連性ととともに「信頼性」が要求され、その信頼性のためには基礎となる原理の科学的有効性を言う必要があるものとしていた(**ドーバート原則**)。フライ原則における専門家の一般的承認は、信頼性の一要素と見ることができる。

専門家による一般的受容がフライ原則の基準だが、ドーバート原則ではこれを一要素としつつ裁判官がその信頼性を自分で判断する。これにより基準は実質化され柔軟化されたと言えるが、証拠能力のレベルで科学的正確性を要求する立場がアメリカでは一貫してとられていることにはかわりがない。

ところで、従来の我が国の裁判性も、理論的正確性を全く考慮していなかったわけではない。401 事件が、「証明力の判断は別として」と断るように、**証明力の判断においては科学的な正当性を考慮した慎重な判断をしようとしていた**。そうだとすると、従前のように**証明力判断**の要素として扱う場合と、**証拠能力**要件として使う場合とで何か差があるのかが問われねばならない。

この点で、まず一つ注意が必要なのは、従前の日本と学説が参考にしていたアメリカとの事情の違いである。

陪審制がとられるアメリカの場合、証拠能力を判断するのは裁判官だが、証拠の証明力を評価し、事実を認定するのは陪審である。このように判断主体が異なるゆえ、理論的正確性を証拠能力要件に位置づけることは、陪審による証明力の評価以前に一定の証拠をふるいにかけるという意味も持つ。

これに対して日本の場合、このような判断主体は異なることが無く、いずれも同じ裁判官である。そうだとすると複雑な問題であるがゆえに証拠能力の問題として切り出さずとも、最終的な証明力の判断にゆだねればいいだろうという考えがでてきやすかったのである。

しかし、このような日米の差異を踏まえたうえで、なおわが国でも証拠能力要件として扱う余地がないだろうか、という点にはなお検討を要する。

この点で証明力の判断は、**他の証拠もふまえた総合判断になりやすく、そこに投げ込んでしまうと本来科学的原理の正確性がなければ価値がないはずの証拠が、他の証拠と一致するからとかそういう理由で証明力があると判断されてしまうおそれもある。**

そこで、証拠価値の有無を決する科学的原理の正確性をそれ自体厳密に審理することを担保するために、証拠能力の問題とすることが適切と言えるのではないか。加えて現在のわが国では**裁判員制度**が導入され、証明力の判断に一般国民から選ばれた裁判員が加わるという事情がある。証拠能力の判断もより厳格に見直されてもよいのではないか。このように見るならば、科学的検査分析の適切性の問題としては、教材 398 事件の判示に現れるように、第一に科学的原理の理論的正確性が、証拠能力のレベルで要求されるべきであろう。それとともに、具体的検査方法の適切性(使用機器等の正常性、手順の正確性、実施者の適格性など)が関連性の内容として必要とされるのである。

教材 397 事件(足利事件：最高裁再審)

いわゆる足利事件の再審判決である。同事件の確定判決で証拠とされた DNA 鑑定について、新たな関係証拠も含めると、具体的な実施の方法もその技術を習得したものにより科学的に信頼されるやり方で行われたとは言い難く、証拠能力が認められないとした。具体的な実施方法の瑕疵が証拠能力を否定することを示した。

【参考文献】

□井上正仁「科学的証拠の証拠能力」研修 560 号、562 号

□長沼範良「科学的証拠の許容性」法学教室 271 号

(3) 警察犬の臭気選別試験

遺留品と被告人の結びつきを、犬の鋭敏な臭覚により判断する方法が、ドラマなどでも有名である。

犯人の遺留品のおい覚えさせた警察犬に、同じにおいがするものを持ってこさせると言うやり方である。

教材 404 事件(カール号事件：最高裁)

下級審の臭気選別試験に対しての態度にはいろいろあったが、最高裁が証拠能力を認めた。

専門的な知識と経験を有する指導手が、臭気選別能力に優れ、選別時において体調等も良好でその能力が良く保持されている警察犬を使用した実施したものであり、さらには臭気の採取や保管の過程、臭気選別の方法に不適切な点が無かったことから、証拠能力を認めた。

◎科学的証拠としての問題点

★**科学的捜査方法としては疑問もあるが、経験則に取り込んで理解する余地も十分ある。**

人の体臭には科学的な証明がなされていないし、犬の臭気選別のメカニズムも科学的に未解明である。とすると、科学的証拠に必要な**理論的正確性**の裏付けを欠いているということにもなる。

まさにこの点で、証拠能力に疑問を呈する見解は多数ある。もっとも、臭気選別試験については、それがそもそも DNA 型鑑定と同じ規制に服すべき科学的証拠と見なくてはならないかが問題とされる余地もある。

犬の嗅覚が人間よりよく、訓練された警察犬が人間の体臭を識別できることは、一般人にとって経験的に明らかな事実である。もしそうであるなら、臭気選別試験は一種の経験的知識に基礎をおいたやり方であるともいえる。

論理則、経験則による裁判所の事実認定に、これが用いられないとはいえないだろう。もとよりさまざまな条件を満たさないと証拠能力は付与されず、そのような条件を述べたものとして 404 事件をとらえるなら、これにも一定の合理性がある。

※そもそも科学的正当性は、経験則ワールドを超えた事態に立ち向かうためのものであった。

つまり、経験的事実に依拠しているといえるためには、人・犬・方法などちゃんと確認してはじめてのことだ、というわけである。ただし、証明力には相応の限度があることには注意を要する。

【参考文献】

○長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』項目 61〔大澤裕〕

C 自白

1 意義

自白とは、**自己の犯罪事実の全部または主要部分を認める被疑者・被告人本人の供述**をいう。ここで被告人本人というのは、あくまで被告人となっている人がこれまでに言ったらいいということであり、被疑者段階で言ったことでも自白だし、そもそも犯罪捜査の以前に述べたことでも自白である。

むろん、「述べたこと」には「書いたこと」なども入る。

◎類似概念

①有罪であることの自認（319条3項）

②有罪である旨の陳述（291条の2、350条の8）

これらは、自白よりも狭い概念、つまり自白の一種である。**すなわち自白にあたるのは、有罪に当ることを認めるに限らない**というのが一般的理解である。たとえば構成要件該当事実を認めつつ、違法あるいは責任阻却を求める供述も、自白である。

③被告人に不利益な事実の承認（322条）

こちらは自白より広い概念である。犯罪事実そのものに限らず、不利益な事実を認めればそれで不利益事実の証人である。**間接事実**の承認とかがこれに含まれる。

2 証拠能力

(1) 自白法則

やはり自白は決定的な証拠となるのだが、それゆえに獲得には無理が生じやすく、過大評価もされやすい。そこで、証拠能力と証明力の双方に制限がかかる。

まずは証拠能力についての制限として、**自白法則**を見ていく。

【参照】憲法 38 条 2 項

強制・拷問若しくは脅迫による自白又は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

【参照】刑事訴訟法 319 条 1 項

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のある自白は、これを証拠とすることができない

ここに規定される証拠能力の制限を、自白法則と言う。ところで、この規定を比較すると、刑訴法には「その他任意にされたものでない疑のある自白」が付け加わっている。

この理解が問題となり、ここで憲法の要請を刑事訴訟法が拡張しているようにも見える。しかし、憲法に書かれているのはあくまで「典型例」であるとして、**全体としては不任意の自白を排しているのだと評価することも不可能ではない**だろう。

教材 444 事件(旧軍用拳銃不法所持事件：最高裁)

偽計による自白については憲法には直接書かれていないが、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法 319 条 1 項に違反するだけでなく、ひいては憲法 38 条 2 項にも違反するといった。

判例は憲法と刑訴法の規定は同じだと理解しているようであるし、そのような理解も可能であると思われる。

(2) 排除の根拠と基準

一定の自白の証拠能力を排除する、といっても、その基準だけでなく、何故排除がなされるのかも議論があった。

a. 虚偽排除説と人権擁護説

①虚偽排除説

古くから言われてきた考え方。自白法則の排除するような**不任意自白は、典型的に虚偽のおそれがあり、信用性が高くないので排除する**と言う。正しい事実認定のためのものとして自白法則をみる。

ここからは、任意性について、自白が**虚偽自白を誘発するおそれが典型的に大きい状態でなされたかどうか**が問題となる。

しかし、これには問題点がある。

端的に、任意性に疑いのある状況で得られたとしても、真実性の裏付けのある自白がありうるだろう。言われた通りに探したらナイフが見つかった、的な。このような自白も、法律の文言に従う限り、強制にあたれば排除せざるを得ないわけだが、ではそのことを虚偽排除説から説明できるかと言われると難しいのである。

また、この考え方によると、自白の証拠能力を制限した意義が損なわれやすいのではないとも言われる。虚偽自白をするような状況であるかどうかをそれ自体判断するには困難があるので、ともすれば自白が真実かどうかを検討し、自白が真実であれば(虚偽自白をするような状況ではなかったのだとして)任意性を肯定するような判断の仕方になりやすいのではないか、それでは**証拠能力の判断を証明力の判断に従属させるに等しく、任意性を証拠能力として求めた意味がなくなる**というのである。

※ただ、虚偽排除といっても、自白が本当に正しいかという証拠価値の問題とは区別され、それとは別に判断されるべきなのが証拠能力の問題だから、あくまで類型的な判断としての議論がなされるべきで、個別具体的に内容が虚偽かどうかは問題とならないということ是可以する。外形的類型的に虚偽自白を誘発しやすい状況かどうかは問題となり、そのような状況下でなされた自白を排除するのである。

②人権擁護説

もう一つ説かれてきたのが人権擁護説である。規定の位置からして、38条1項が保証する黙秘権の担保のために自白原則があるとする理解である。これによれば任意性の判断と言うのは、**供述者の供述の自由、供述に対しての意思決定の自由が損なわれていたかどうか**が基準となり判断されることとなる。

だが、これにも問題がある。すなわち黙秘権が保障されなかったから証拠能力が失われる、というとき、それは単に黙秘権侵害の効果であって、自白原則を引くまでもないのではないか。もちろんこれも自白原則の一部を成すということもできなくもないが、範囲を重ねる意義に乏しい。

また、黙秘権と言うのは、黙秘したからって制裁はないよという法廷での立ち振る舞いの規律の側面をもつのに対し、自白における強制と言うのは、事実的な強制、拷問や脅迫に対しての規律である。

だから黙秘権を担保といってもちょっと厳しいところがあるように思える。

また、不任意自白の典型例こと、**利益供与**をうけての自白を人権擁護説からは説明できない。

利益によって自白を誘導されたとしても、通常それは供述者の動機に影響するだけで、供述しない他行為の選択性が損なわれてはいない。そうだとすると、意思決定の自由が奪われたとはいえない。これを不任意自白だとは言わないとか言ってしまえばそれまでだが、それはやはり不当だろう。

※むしろこのような場合の自白から証拠能力を奪うことに、上に述べた自白原則と黙秘権が「重ならない部分」として固有の意義が見出せるともいえる。

◎折衷説

このように虚偽排除説と人権擁護説は単独では難点があるので、かつての我が国は、この二つの根拠を並列的にあげていた。

b. 違法排除説とその検討

そんななか、アメリカにおける判例展開にも刺激を受けつつ、新たな考えとして**違法排除説**がでてきた。

これによると、獲得の手続きが違法だから、自白は排除されるとする。すなわち、適法性担保のための**違法収集証拠の排除原則**が、自白にも適用されるとするのである。

学説にも強い影響を与え、人によっては通説と言うやつもいる。ただそのように言い切っているかには問題もある。

◎違法排除説の狙いとその検討

狙い①判断基準の客観化による自白法則の活性化

従来の考え方はもっぱら供述者の心理状態に注目していたが、これからはそこから離脱し自白獲得手段に着目することになる。すると、**自白獲得手段に着目することで判断基準が客観化され、機能をしやすくなる**というのである。しかし、違法排除説に立つことが直ちに自白排除基準の客観化明確化をもたらすかは疑義のあるところである。

わが国では**黙秘権の告知**を除き、取調べ方法に関しての具体的な法規定が存在しないので、取調べの適法判断は供述者の権利に対しての侵害の度合いをよりどころにするほかない。そして侵害されるところがまさに**供述の自由**にあるとすれば、自白獲得手段の違法性にいくら着目してもなお供述者の内心を問題とせざるをえない。

違法排除説の提唱者である田宮先生は、侵害されるものまで新たに持ち出し「**礼譲・正義**」に求めることで適法違法の判断基準を客観化しようとしたが、なにゆえそれを持ってきたんですか？というのはまだある問題だし、当事者の主観をはなれると正義・礼譲にたどりつくってどういうことと言う感じ。

田宮さんは、形式的にすれば違法排除が活性化すると言うが、それはもともと無理があったようにも見える。

なお、田宮博士のとく違法排除説は、当時の我が国の判例と対比するとかなり明確化する。

教材 440 事件(山梨衆議院議員選挙事件：最高裁)

両手錠を施したままの自白の効果が争われた。確かに普通に考えれば圧迫された状態での自白は、任意性をかくかもしれないが、ここでは「終始おだやかな雰囲気」のうちに取調べが進み、被告人の検察官らに対しての供述が任意であると反証されているとしたのである。

この考えを進めると、**一定の不当な手段が用いられた場合、反証の有無をとうことなく自白の証拠能力が否定**されるところまで行く。田宮博士が狙ったのはまさにそれであり、より具体的には上の判例に対しての「おだやかな雰囲気ってなんだよ！」というツツコミであろう。

そこまで行くと、自白排除の理由は伝統的な任意性には求められず、自白獲得手段そのものに対する批判になってくる。よって、国家機関の行為規範違反に求めるしかなく、そのような方法での理論化の方法を示し、そのような方法での判例のいっそうの展開を期待したのが田宮さんと言える。

しかし、そうであれば刑事裁判の本来の価値である**虚偽自白の排除**という観点を捨て去ることなく類型化をすべきではなかったか、というのはなお指摘できる。

まず一つ目の狙いは、このように自白法則の活性化であったが、いささか無理があったのではないかと思われる。

②違法に得られた自白一般の証拠排除

明文で与えられた場合を超えて、違法収集証拠排除法則を自白へ適用する目的もあった。

憲法・そして刑訴法の規定は、違法に得られた自白の典型的な場合に関する確認的規定であるから、これらの場合以外にも、獲得手段の違法を理由に自白を排除すべき場合はあるという解釈論が説かれる。そして、強制等による自白は違法に得られたから排除されるのだとすれば、それを条文上包括している「その他任意にされたものでない疑がある」場合も、単に任意でない可能性があるだけでなく、実は「**適正かつ任意にされたものでない疑いのある自白**」の意となる。

だとすれば、**強制による等列挙された類型にあらずとも、違法に得られた自白は、刑訴法 319 条 1 項の包括文言に読み込まれて排除される**ということになる。この意味で新たな適用可能性がひらけるわけである。

この点については、違法収集証拠排除原則は証拠物だけでなく自白にもあてはまるはずである。

しかし問題は、不任意自白の排除をわざわざ違法排除で説明することの必要性である。

やはりこの問題は、**任意性**から切り離すには解釈として無理があるが、**任意性に疑いのある自白の違法をすべて獲得方法の違法で説明するにも無理がある**。

不任意自白の多くは確かに違法に獲得されたものかもしれないが、全てそうだとは言い切れない。

約束等の誘因による自白については、たとえば田宮先生は国家機関は正義・礼譲を守る必要があるとして違法排除説がよりよく説明できると指摘する。論者によっては、約束による自白に関しては約束内容の違法性、そして自白獲得の手段として一定内容の約束をすることの違法性が問われねばならないうえ、約束の不履行があればそれ自体の違法性があるのだとかいう。

しかし、自白獲得方法の「不当性」は説明できても、なぜ「違法」とまで評価できるのか。誘因のような場合、そもそも供述の自由が全面的に失われているとも言えなさそうである。

歴史的に見ると、違法排除説が提唱された当時は、違法収集証拠排除法則は学説の主張に過ぎず、実定法上の手掛かりが不可欠であったから、**319 条を違法排除の観点から解釈することで、それを足掛かりとして違法に得られた自白の排除をしようとした**とも評価することができる。

だがこの点で、教材 545 事件が証拠物について**違法収集証拠の排除原則**を作ってしまい定着しているのだから、自白について同じ原則を妥当させるのに自白原則を導入させる必要は乏しいのかもしれない。

だとすると、自白原則の主旨を違法排除の視点のみから説明する必要はないといっていいたいだろう。違法排除説が自白法則を違法排除で説明することによって達成しようとした狙いの第一には無理があり、第二は狙いとしては正当だが、自白原則から説明する必要は必ずしもない。

そして法律の文言に忠実である限り、憲法に規定された自白原則は、やはり不任意自白を拒否するものというべきである。不任意自白の排除については折衷説が説かれていたが、別に違法排除というのもそれと相反ではないし、3つの視点が複合していると解しておけば足りるように思える。

※違法の観点から見ると、供述の自由の侵害が「違法」と言うことになる。

もっとも、自白の排除を明文の規定がある場合に限らねばならない理由もない。明文にない類型でも、一般原則の適用はあるべきであるから、無理に統合的に見なくても、自白原則とは別に、違法収集証拠排除がかかる、という二段階の理解をするのがさしあたりわかりやすいのではないかと思われる。

※このような二段階の枠組みを最高裁が明示的に認めた例はないものの、下級審判例として、東京高裁平成 14 年 9 月 4 日判時 1808 号 144 頁がある。**100 選(第9版)77 事件**。

c. 自白の証拠能力

ここまでは、判断枠組みの話をしてきた。自白の証拠能力については、任意性に疑いにあたるもののほか、違法収集証拠排除の法則の枠組みにもひっかけることで、対処できる、というものであった。

①**任意性に疑いのある自白**（憲法 38 条 2 項、刑訴法 319 条 1 項）

若干補足的に話していくが、二段階の理解枠組みを採用した場合は、まず明文の規定による排除として、強制拷問脅迫、不当に長く拘禁されたもののほか、任意でないものが排除される。

任意性があるかどうかは、自白が廃除される趣旨に鑑み、**供述に関する自由な意思決定を妨げ、あるいは虚偽自白である可能性が典型的に高いもの**が、それにあたることになる。

「任意にされたものでない」と言う文言から、それに着目すると素直なのは、供述の自由を侵害するような場合であるが、制度趣旨の説明の際に話したようにそれだけではなく、虚偽排除の観点から、虚偽自白を誘発する恐れが典型的に高い場合がふくまれるのであった。

教材 441 事件(児島税務署収賄事件：最高裁)

収賄事件の被疑者に対して、検察官が、贈賄側の被疑者と面会した際に、素直に自供したら、金品をそのまま返還するから起訴猶予も十分にあり、共犯者の弁護人 Y に、自供させろと言う指令を出した。それに従い自白。

被疑者が起訴不起訴の決定権をもつときに、自白すれば起訴猶予だという状況でそれを期待して行った自白が任意性に欠くものとして、証拠能力をみとめなかった。

通常は、約束ゆえに供述の自由が侵害されたとは言い難い。然し、虚偽自白が誘発される恐れ、という観点からは、任意性を排する合理性は十分にあると言える。

しかし、判決の結論自体は実は上告棄却であり、自白内容に沿った第一審の認定事実を、自白以外の証拠で認定することができた、ということで、自白内容を真実と認めていることに注意。

そうすると、判例の立つ虚偽排除という観点からこのような排除が説明できるのか問題にする余地もないではない。端的に言って、「虚偽じゃねーから排除しなくていいじゃん」という批判があるかもしれないということである。

この点は前回話してしまったが、**自白の任意性と言うのは、証明力とは区別され、それに先行して判断されなければならない証拠能力の問題である**わけで、虚偽排除といっても、自白の状況についての典型的な判断をするものであるから、個別具体的に内容が虚偽かどうか問題となるものではなく、**外形的典型的**に虚偽自白を誘発しやすい状況においてなされたかどうか問題となり、そのような状況下でなされたものを排除するという物である。

そうだとすればたとえ真実性の裏付けがあるからといって、虚偽排除の考え方とただちには矛盾しないといえるだろう。

◎虚偽排除説からの任意性判断

★**虚偽排除の視点に立った場合、約束や利益誘導によって行われた自白に任意性があるかどうかは、利益誘導や約束の持つ、供述者に対する誘因力の大きさで判断される。**

この裁判では、起訴不起訴の決定権のある検察官の、自白をすれば起訴猶予になることを信じ、それを期待して行った自白であることが重視されるが、これがまさに誘因力の大きさを示す判示であると言える。

起訴猶予と言う利益、検察官と言う主体、これらを踏まえ、一定の誘因力があると判断されたことから、任意性に疑いがあるものと判断されたわけである。ちなみに、誘因力の大きさに関しては、約束誘導の**主体**、それから**利益の内容**、その他に利益の**提示方法**等が判断要素になってくると思われる。

1 主体

主題については、一般的に言えば利益を与える権限を有している場合のほうが、そうでない場合よりも誘因力が大きいと言えるだろう。ただし、問題となるのは、具体的な供述者に対する誘因力の大きさであるから、客観的な権限の有無だけでなく、供述者からの見え方に着目する必要があるといえる。

2 利益の内容

利益の内容としては、供述者自身の利益か、他人の利益か、自白をした当該事件に関しての利益か、他の事件に関しての利益か、刑事上の処分に関する利益か、それ以外の利益かといった観点に関わってくると思われる。

一般的には前者の方が大きいと言えるが、具体的事案しだいである。

3 方法

提示の方法としては、利益の提示のされ方、それから自白との対価関係の明確性が問題となる。

最高裁が任意性に疑いある自白を認定した例に、他にも以下のものがある。

教材 444 事件(旧軍用拳銃不法所持事件：最高裁)

共謀して拳銃を不法所持していたと言う事案。X が、妻 Y との共謀を否認していたところ、Y が共謀を認めたという虚偽の事実を告げて取調べ、その語 X の自白を入手。それをもとに、Y にも自白を入手。

そして、その Y の自白を用いて、再び同主旨の X の自白を入手した。それを用いて、X の罪を認定しようとした。もしも偽計によって被疑者が心理的強制を受け、其の結果虚偽の自白が誘発される恐れがある場合、その自白には任意性に疑いがあるとして証拠能力を排除すべき一般論を立てた。そしてこの本件については、検察官が偽計を用いたうえ、もし被告人が共謀を認めれば、妻が処罰を免れるかもしれないと暗示した疑いがあるとして、そのような本件において、心理的強制を受け、虚偽の自白がなされる可能性が高いとして、任意性を認めなかった。

最高裁は、言うまでもないものとして、偽計による自白は望まれないと示す。そこから、偽計を用いた方法をそもそも「違法」として、違法収集証拠排除の原則としてこれを処理する理解もある。

しかし、直接どこから証拠排除を導いているかといえばやはり**心理的強制**と言う部分であるだろうし、基本にあるのは虚偽排除の視点から任意性に疑いがあるところであろう。

心理的強制という言葉から、供述の自由の侵害があったと言う理解をすることもありえないではないが、供述するかどうかについておよそ選択可能性がなかったかというところはいいないだろう。そして、この場合に供述の自由の侵害があったという理解を前提としても、心理的圧迫の程度だけ考えると、共犯者が自白したと言う事実を告げて捜査する時、それが真実だろうが虚偽(ホントは自白してない、という意味の虚偽)だろうが、心理的圧迫の程度にそこまで差があるとは思えない。

そして、**真実として共犯者が自白した場合にも、心理的圧迫があるのだから、それを利用して取り調べることができるのだろうか**ということになる。やはりここでこの判例は虚偽自白の可能性に着目しており、利益誘導的な暗示をも認めて、任意性を否定したというのが妥当であろう。

②違法収集証拠排除法則の適用

任意性に疑いが無くとも、第二段階として自白獲得の過程に違法があれば、違法収集証拠として排除される恐れがある。違法な身柄拘束中の自白であるとか、弁護人の援助を受ける権利を侵害して得られた自白などは、たとえ任意性そのものを疑わせる事情が無かったとしても、獲得手続きの違法アリとして、違法排除原則の観点から問題となる。個々の事案には授業では立ち入らないが、具体的事案としては教材 449 事件から 456 事件くらいまでが参照すべきところとなる。

【参考文献】

◎大澤裕「自白の任意性とその立証」争点〔第三版〕

□同「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」研修 694 号

□大澤裕＝朝山芳史「約束による自白の証拠能力」法学教室 340 号

3 証明力

(1) 補強法則

【参照】憲法 38 条 3 項

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、又は刑罰を課せられないこの規定を受けて、刑訴法上の手当てがなされている。

【参照】刑訴法 319 条 2 項

被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己の不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない

現行法では、本人の自白がある場合にも、それ以外の他の証拠がない限り、被告人を有罪とすることは許されていない。この、自白以外に要求される証拠の事を補強証拠と良い、自白に補強証拠を要求するこの両既定の原則を、**補強法則**と言う。

◎趣旨

自白に補強証拠が必要なのは、以下の二点におおむねよる。

①**自白は任意になされても虚偽を含む場合がある一方で、性質上過大評価されやすい。**

そこで、補強証拠を要求することで、自白の証明力の慎重な審議を担保し、誤判を防ぐ。

②**自白の強要を防止し、自白以外の証拠収集を促進する。**

自白偏重の防止とも言う。

補強証拠の要求は、刑訴法上は 319 条に明文で規定される通り、公判廷の自白であるか、公判廷外の自白であるかを問わずかる。

ただし、憲法上もそうであるのかについては争いがある。この点については、以下の事件を見よう。

教材 462 事件(昭和 23 年 7 月 29 日：最高裁)

憲法 38 条の保障は、公判廷「外」には及ぶが、公判廷における自白には及ばないとした。理由付けとしては、公判廷内の自白では、手続き的に疑義ある自白を追及することができるという点が強調された。

◎最高裁判例の意味

もちろん学説上はこの判例上の結論に対して批判も多い。ただし、刑訴法上は公判廷外かどうかを区別していない以上実益のない議論にみえるこのお話には、一応意味がある。この問題は、アメリカにあるような、いわゆる**有罪答弁**の制度と関係する。被告人が公判廷で有罪を認めれば、有罪の証明があったものとして扱うことが、将来的に導入可

能かどうかに係るのである。憲法が、公判廷の自白であっても補強証拠を要求するとすれば、有罪答弁の制度を立法したとしても、違憲無効となる可能性がある。

ようするに判例は、有罪答弁制度を導入する余地を残した憲法解釈を行っているということになるのである。

ただし、正確に言うために付け加えると、一定の形式を踏まえて行われる有罪の答弁は、証拠ではなく訴訟行為の一種であり、審判対象を処分する「行為」であるという見方もある。

このような価値観に立てば、本人の自白に証拠としての公判廷の自白を含むとしても、なお憲法に違反しないと見る余地もある。だが一応、現在の最高裁判例の立場は、有罪答弁を証拠として見た場合にもなお合憲性が認められるような解釈をしている、ということである。

(2) 補強証拠に関する諸問題

a. 補強証拠の適格

補強証拠も、犯罪事実の認定に供される証拠となるから、**証拠能力**が必要である。さらに、自白以外の、自白から独立した証拠であるということが必要である。

この点に関係して、以下の判例が問題となる。

教材 465 事件(昭和 32 年 11 月 2 日：最高裁)

闇米を譲り渡したと言う食糧管理法違反事例において、自白以外には、被告人が犯罪の嫌疑を受ける前から未収金関係の忘備のためにみにつけていた「未収金控帳」しかなかった。この記載は被告人本人が書いていたわけで、供述としての性格を有するから、自白の補強証拠となるのが問題となった。

最高裁はここで、未収金控帳について、自ら犯罪と関係なくつけていたものと認められ、その記載内容は自白とみなすべきでなく、証拠能力があるものとした。

指摘されるように、犯罪の嫌疑を受ける前から犯罪捜査と無関係にあったという場合、補強証拠を要する主旨に対して、**自白偏重**の防止にはなるかもしれない。自白獲得以外の証拠獲得手段を講じさせると言う意味合いはもっているからである。

だが、証明力の担保の観点からはまだ問題がある。この控帳が供述の性格をもつことを考えると、同じ人の意識内容を重ねることで内容の**信用性の担保**が得られるかということ、そうでもないような感じがする。

ただし、これも判決文で指摘されるが、**機械的に記載された没個性的な書面である**とすれば、供述としての性質、意識内容の記載としての性質は乏しく、補強法則の主旨に反しないということは、ギリギリだがいえるかもしれない。

b. 補強の範囲

補強の範囲については、判例は以下のように述べる。

①判例の**実質説**

「必ずしも自白にかかる犯罪事実の全部に亘ってもなくこれを裏付けするものであることを要しない」「自白にかかる事実の真実性を保障し得るものであれば足る」(最判昭和 24 年 4 月 30 日)

このような、**自白に係る事実の真実性を保障するものであれば足りる**という考え方を、一般に実質説という。これに対して学説上は違った考え方が有力である。

②**罪体説**

犯罪を構成する事実、客観的な要件事実、主観的な要件事実、犯罪と犯人との結びつき(主体的側面)に区別できるが、この点で客観的な要件事実を「**罪体**」と呼ぶことがある。

このような**犯罪の客観的要件事実(罪体)の全部または少なくとも主要部分について、補強証拠を要する**というのが、罪体説の考え方である。

実質説をとる判例はもちろん、罪体説をとる学説も、主観的な要件事実や、犯人性については補強証拠を要求しない。何故かと言うと、主観的要件事実や犯人性については、自白とは独立した証拠がない場合も少なくないことを考慮したからだと思われる。

ただし、そうすると疑問もでてくるかもしれない。**誤判防止の観点から見ると、とりわけ犯罪と犯人の結びつきの観点にこそ補強証拠を要求すべきではないか**、ともいえるからである。確かに犯人性については自白なくして合理的心証が得られないこともある。そうであれば、それを補う者として補強証拠を要求することは合理的であるようにも見える。

しかし、自白のみでは合理的な心証が得られない場合に、自白以外の証拠なしには犯人性の認定が認められないのは、自由心証による証拠評価の問題としては、補強法則が無くとも当然のことである。すなわちこれは、補強法則がその固有の働きをする場面ではないと言える。補強心証は自由心証の証拠評価の結果、自白のみで合理的な心証が得られ、

有罪認定がでるときもなおかかるもの、自由心証主義の例外である。そのような固有の働きとして補強法則が要求される範囲を考えると、あくまで自白によって心証形成なされている場合にまで、客観的証拠が存在しにくい犯人性のところへ一律に補強証拠を要求するのは、かならずしも合理的とはいえないだろう。主観的証拠も同様である。

◎両説の異同

客観的要件事実の一部にのみ補強証拠があるときに、問題が出てくる。

たとえば盗品等有償譲受罪の自白事件において、補強証拠として目的物の盗難被害届がある場合、これで補強証拠はで足りるか。

盗品等有償譲受罪の客観的要件事実は、①**財物の有償譲受け**、そして②**財物の盗品性**である。

盗難被害届と言うのは、このうちで②のみを裏付ける。このとき、実質説からはそのような盗難被害届であっても自白の真実性を担保できれば、補強証拠としてたりるとされることになる。罪体説からは、客観的構成要件事実の主要な部分をカバーしつくしていないから、補強証拠としては不十分と言うことになる。

いずれが適切かということだが、補強証拠は今述べたように、自白だけで有罪の認定をするに足りる証拠がある場合にも、なお要求されるものである。すなわち、**補強証拠は自白の証明力とは直接の関わりなく必要とされる**ということであり、これに鑑みると自白の真実性が担保できればいいという実質説には問題があるように思える。

ここからは、自白の真実説とは別に一定の範囲を画する罪体説のほうが、制度主旨に適っていると言うべきであろう。ちなみに判例のなかにも、補強の範囲についてかなり厳格な立場をとったとみられるものがある。

教材 470 事件(鳥栖無免許運転事件：最高裁)※鳥栖＝とす

無免許運転罪の自白に対する補強の範囲について、運転免許を受けていなかった事実(身分の不存在)に関する自白についても、補強証拠が必要とした。

身分だし、信用性の高い供述を受ける可能性が乏しいと言う事情、免許の取り消しを防ぐ為にその自白がなされる可能性が高いということから、自白だけでは真実性が担保されず、それゆえに補強証拠が必要といえ、これはなお実質説からの説明もできるように思われる。

しかしこの判例については、自動車の運転はそれ自体では**無色透明な社会的事実**であり、無免許の事実がそれが犯罪の鍵となる事実であるとして、だから補強が必要だと言う理解もなされており、一定の支持がされる。

このような見方が正しいとすると、補強の範囲を定型的に考える罪体説に接近している余地もあると言える。

c. 補強の程度

補強の範囲と連動する。実質説に立てば、補強証拠の証明力は**自白との相関関係において、自白と相まって犯罪事実の認定ができればたりる**ことになる(相対説)。

これに対して罪体説に立てば、補強証拠自体に独立に一定の証明力が要求されることになる。(絶対説)

やはり自白の証明力とかわりなく補強証拠が必要とする罪体説の問題意識を正当とすれば、これも後者を採用すべきであろう。

犯罪の客観的要件についてのいちおうの証明が、そこでは必要となるだろう。

4 共犯者の自白

(1) 問題の所在

共犯者の自白についても、補強証拠はいらないのだろうか。たとえば、Xの共犯者とされるYが「Xと一緒にやった」と犯行を認める供述をしたとする。このような共犯者の供述だけで、Xを有罪とすることができるのだろうか。それとも、本人の自白の場合と同じく、たとえ十分な証明力が認められるとしても、補強証拠がない限りは有罪とすることが許されないのか、が問題となる。

(2) 本人の自白と共犯者の自白

最高裁判例は以下である。

教材 473 事件(練馬事件：最高裁)

補強証拠を要するかどうかにつき、**消極説**に立った。憲法 38 条 3 項というのは、**証拠の証明力に対しての自由心証主義の例外としてこれを厳格に解すべき**であり、共犯者の自白を本人のそれと同視して、補強証拠を要求させることはできないとした。

以後も、一貫して最高裁は消極説をとる。475 事件、476 事件はその趣旨を示す。

もっとも、これらの判例には、共犯者の自白にも補強証拠が必要とする少数意見が付されており、学説も積極説が優勢である。

◎積極説

積極説の代表が、団藤博士（教材 475 事件の団藤裁判官反対意見参照）の考え方である。彼は積極説を支えるいくつかの理由をあげている。

①補強法則の主旨

自白偏重を避け誤判を防止すると言う趣旨は、共犯者の自白に対してもそのままあてはまるだろう。

②結論の妥当性

いっぽうが自白し、いっぽうが否認していて、他に証拠がない場合、どうなるか。消極説によると、自白をしているほうは無罪である。（本人の自白しかない）そして、否認している側は、共犯者の自白が信用できる限りで有罪となりうることになる。**自白側が無罪で、否認側が有罪と言うのは、はっきり言って非常識である。**

そして当事者間の法律関係がばらばらとなり、画一的な扱いができないということも指摘された。

◎積極説の問題点

一見説得的だが、これには問題もある。

自白が強要され偏重される危険、証明力の評価を誤る点では、本人の自白の危険と共犯者の自白の危険の違いはないともいえる。しかし、**証明力**に関する問題の中身は、かなり性質の違うものであることは否定できない。

本人の自白は、一般には証明力が高いものの、安易に過信されるから問題なのである。

対して、**共犯者の自白は、他人を巻き込んだり、責任転嫁をしたりすることになりやすいと言う点で一般的にかなり信用性が乏しく、そこに問題がある。**

このような違いを考慮して、積極説に疑問を提起したのが、平野先生である。彼は以下のような主張をした。

①**本人の自白は安易に信用されるが、共犯者の自白は警戒されるのが通常である。**

②共犯者の自白を本人と同じく扱って補強証拠を要求しても、**補強証拠はせいぜい罪体についてしか要求されないのだとすると、引っ張り込みの危険には有効に対処できない。**誰が犯人か、でぐだぐだとするわけだが、前述したとおり、誰が犯人か、は補強証拠の対象外だと言うのが通説であった。

③**被告人は反対尋問で信用性を確かめることができる。**現行法は、反対尋問による信用性のチェックと、自由心証による慎重な証明力評価を予定するという。

このような点から、補強法則を当てはまることに對して慎重な評価をした。

確かに、性格の異なる共犯者の自白に、本人の自白の議論をそのままあてはまることには解釈論上の無理があることは否めない。また、本人の自白に関する補強証拠を共犯者自白にあてはめても、巻き込みの危険の解決には有効とはいえない。

もっとも、**反対尋問**による吟味については、果たしてどれだけ有効かについて疑問も提起されていた。公判廷外においてなされた共犯者の自白が供述調書として証拠となる場合、原則として証拠能力が否定されるものの、321条の伝聞例外をくぐれば証拠能力を得るわけである。

このとき、反対尋問によるチェックは及ばない。また、共犯者が公判廷で供述し、反対尋問が可能と言う場合にも、犯罪事実を熟知する者によって、おおむね真実に合致する供述の中に意図的に巻き込み的な証言が混ぜられた場合、それを反対尋問で処理することは難しい。

そこから新たな理由づけをする積極説も現れる。

(3) 自由心証主義と共犯者の自白

すなわち、**自由心証主義**の内在的制約としての**経験則**を根拠として、犯罪と被告人との結びつきにも補強証拠を要求するのである。

この見解からは、共犯者の自白の証明力は、**犯人と被告人との結びつきの点に典型的に虚偽を含むから、罪体のみならず主体性の部分にも補強証拠が必要だ**とする。

この考え方は一般的に信用性に疑いのある共犯者の自白の問題を正面から見つめた素直な考え方といえるかもしれない。多くの場合、共犯者の自白だけでは、犯人性について合理的疑いのあった証明があるとはいえない。このことは、平野先生も指摘する所である。

平野博士「通常は、被告人が犯人であることについて共犯者の自白を裏づける他の証拠がない限り、その認定は、自由心証主義に反する不合理なものといわなければならない」

しかし、これが例外なく常にそうかといえば、やはり問題が残る。補強証拠がない限り、およそ例外なく有罪の心証が得られないと割り切るとすれば、それは過度の一般化であり、裁判官に委ねられた具体的な証拠評価について合理的な扱いを要求する自由心証主義とは性格を異にしていると言わざるを得ないような気がする。このように見ると、依然として消極説に与せざるを得ないように思える。しかしこれは、つねに形式的に補強証拠が必要なわけではないと言っているだけであり、共犯者の自白の危険性などはいくら評価してもしつたりないというべきである。

1 意義

(1) 伝聞法則

a. 意義

【参照】刑事訴訟法第 320 条 1 項

第三百二十一条乃至第三百二十八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
一部の例外を除いて、公判期日における供述に代えて書面を証拠としたり、または公判期日外においての他人の供述を証拠としたりできないと定めるが、なんのこっちゃと言う感じなので具体例をみていこう。

【事例】犯罪の目撃者Aの供述「X が放火した」を証拠とする方法を考える。

まあ、三つくらい方法があると言える。

① A を証人として公判廷で尋問する

呼び出す。まあ素直。

② A の供述を記載した書面を証拠として取り調べる

X が放火したという証言を記載した書面を作る。

③ A の供述を聞いた B を証人として公判廷で尋問する

あの人がこう言ってたんですよ～と言ってもらう。

これを踏まえて条文を読むと、②と③が、原則として許されないということになる。英米法に由来する、伝聞証拠排除の法則、略して**伝聞法則**と言う。

b. 伝聞証拠排除の根拠

それでは、なぜこのような排除がなされるのだろうか。

事故を直接体験した事実(放火)について述べる人の供述には、その事実を推認させる力がある。しかし、そのような人の供述は、人が**知覚**して**記憶**、し、それを**叙述**するという心理過程(**供述過程**)を経るから、そのいずれの段階にも誤りの入り込む危険性がある。これにより、事実の推認を誤導する虞があるわけである。

①の場合のように公判廷に呼び出すときは、真実を言うべき**宣誓義務**と、**偽証罪**というサンクション、不利益を受ける当事者の**反対尋問**、そして供述の態様が直接に観察できるという**手続き上の信用性の吟味・確認・担保過程**がある。

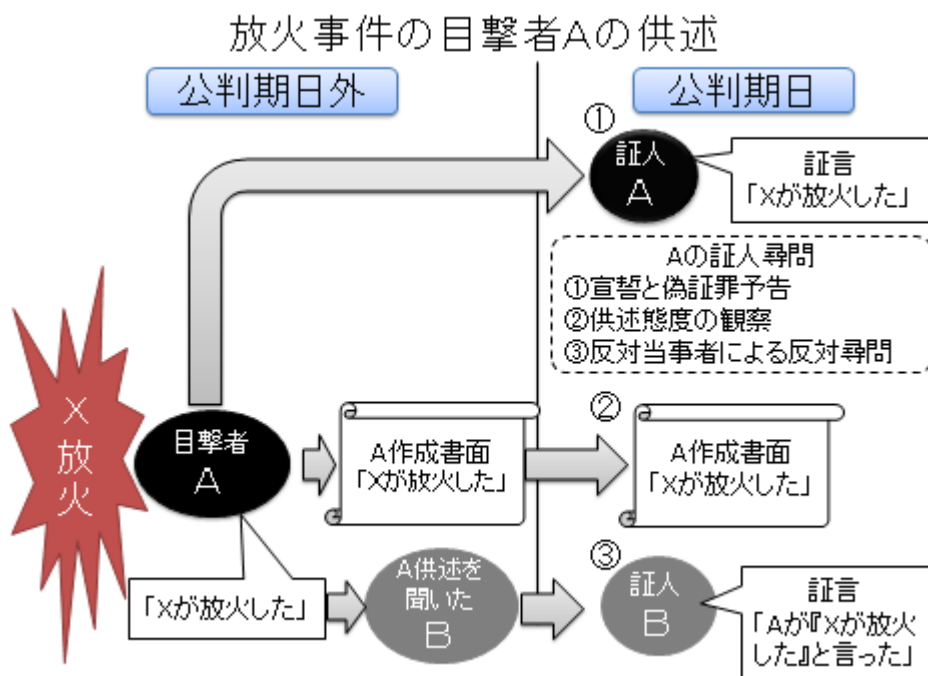
これに対して、②③の場合はどうだろうか。

このとき、原供述者の供述過程の吟味確認担保過程は、保障されない。そこで、このような信用性のテストに欠くものを事実認定の基礎から除くため、伝聞証拠としてこのようなものを排除することとしたわけである。

上の例で言うと、「X が放火した」、という A を呼び出せば、そいつがどれくらいの信用性を供述をしているのか、テストすることができる。対して、書面だとか、他人の又聞きだとかを利用する場合、A の知覚記憶叙述のテストを、A に対して行うことができない。

そこで、A の供述内容通りの事実が存在するとは、言えないというのが、伝聞法則の根拠である。

※疑問に思うかもしれないが、「伝聞」というものの、320 条の言う文言には、「A 自身の記載した書面」も含まれ、証拠と出来ないこととされている。これは、伝聞証拠ということばかりすると又聞きのないものまで排除しており違和感があるかもしれない。しかし、供述が人から人への伝達をするなかでぶれる危険が上で議論されていたので



はなく、**体験、記憶、叙述という、個人のなかの心理過程での誤りをテストする機会が保障されるかどうか、まさにいままで問題とされていたこと**なのであるから、又聞き過程を必ずしも含まずともよい。

では、伝達過程の危険がどう扱われるか、であるが、これはすなわち B さんの知覚記憶叙述の正確性の問題であるから、B の証人尋問を通じてチェックできる。これゆえ、扱いが同レベルであっても問題ない。

c. 証人審問権と伝聞法則

憲法 37 条 2 項は、被告人の**証人審問権**を保障している。これと伝聞法則との関係が問題となる。

従来の最高裁判例は、憲法 37 条 2 項前段における「証人」を形式的に理解し、これは裁判所に証人として喚問された者に対してのみ働く規定だと解釈していた、

こうすると、憲法上の証人審問権は、公判廷外の証言とは関係なくなる。

【参照】最大判昭和 24・5・18 刑集 3 巻 6 号 789 頁

「憲法第 37 条 2 項に、刑事被告人はすべての証人に対し審問の機会を充分に与えられると規定しているのは、裁判所の職権により、又は当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を充分に与えなければならないと言うのであって、被告人に反対尋問の機会を与えない証人その他の者(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言う意味を含むものではない」

◎学説の見解

しかし、そんな当たり前のことをわざわざ憲法的一条文を使ってまで言うだろうか。そこで学説は、ここにいう証人概念を、およそ供述証拠を供する者とより広く理解する。このような理解を前提とすると、**被告人の反対尋問を経ていない公判廷外の供述を排除する**という側面において、**憲法 37 条 2 項前段の保障を具体化している**と見ることもできる。

刑訴法が「検察官の」反対尋問を経ていない供述をも排除する規定をしているのは、この観点からは立法上の配慮だとする。

(2) 伝聞と非伝聞

a. 要証事実との関係

◎人の発言を証拠として用いる場合と証人尋問の必要

公判廷外の証言を内容とする証言あるいは書面が排除されねばならないのは、原証言者に対し、証人尋問によるテストが必要なのにそれができないからであったが、逆に言えばテストがいらない使い方だって場合によってはある。

すなわち、**原供述者に対しての証人尋問の必要があるかどうかは、今までの議論とはまた別の問題であるし、証人尋問を必要としないような場合もありうる**のである。

【事例】「A が『……』というのを聞いた」という証人 B の証言を利用するときを考える。

① A が一定内容の**発言を行ったこと自体**の証明に用いる場合

この場合、供述内容が正確であるかどうかは問題ではなく、このとき A に対しての証人尋問は必要ない。伝達の正確性は、B へのテストにより確認すればよいだけなので、伝聞証拠として扱う必要はない。

② A が発言した**内容通りの事実**が存在したことの証明に用いる場合

このとき、A が体験した事実の存否が問題だから、そのテストは A に行うべきであり、伝聞排除がかかるのはこのような場合である。

【事例】「A が『X は放火犯人だ』というのを聞いた」という証人 B の証言を利用する時を考える。

① A による名誉毀損を証明する証拠として用いる場合

このとき、A が発言をしたこと自体が証明されるべきことであるから、B の証言は伝聞証拠に当たらない。聞き間違えたんじゃないかとか言う判断は、B に対しての手続きの中で判断すればよい。

② X による放火の事実を証明する証拠として用いる場合

この場合には、A の供述内容自体が証明されるべき事態であり、A の供述過程が問題となるから、B の証言は伝聞法則によって排除される。

このように、**排除されるか否かは要証事実の関係で相対的に定まるものである**ことに注意すべきである。原供述者の供述通りの内容の事実の存在(**供述内容の真実性**)を証明する時に、伝聞法則がかかる。

伝聞証拠とは、公判廷外でなされた供述(原供述)を内容とする書面・証言で、原供述の内容通りの事実の存在(供述内容の真実性)を証明するものということができる。

そして伝聞証拠にあたるかどうかは、証明されるべき事実との関係で相対的に定まる。

b. 非伝聞の例

発言がなされたこと自体が要証事実となる場合、すなわち非供述的用法で供述が用いられる場合には伝聞証拠に当たらない。発言の存在自体が意味を持つケースは、以下にいくつか挙げておく。

●供述の存在自体が犯罪事実（その一部）を構成する場合

A が X が放火したと言うのを聞いたという B の証言を、A の名誉棄損の立証に用いる場合がこれにあたる。同じようなケースとして、脅迫文言を立証する場合などがあげられる。

●供述の存在自体を状況証拠として供述内容とは無関係の事実を推認する場合

代表的なケースとして、ある供述を知覚した、供述の受け手の感情や精神状態を推察する基礎として用いる場合がある。

例えば、傷害事件の被害者が加害者に述べた「お前はばかだ」という発言から、加害者の犯行の動機を推論する場合がこれにあたる。

大阪高判昭和 30・7・15 高裁特報 2 巻 15 号 782 頁

新聞記事について「その日付当時新聞紙上において、近く国会解散が行なわれると予想されていたこと、M が一般人から立候補を予想される人としてその氏名が発表されたこと自体を証明し、これを間接証拠として、被告人等及び同人等から賛応を受けた関係者の認識を推理しようとした」と判断している。

ここでは、内容自体が証明されようとすれば伝聞法則に当るが、その存在から、どのような感情が生れたかなどを考える時に、内容は問題とはならない。

※先の例で言えば、「お前はばかだ」というからといって、バカかどうかはどうでもいい。結局、言われていることがマジなのかどうか問題となる時以外は本人に確かめる必要がないのである。

●供述内容と無関係な供述者の精神状態を推論する場合

例：「自分は神である」という発言から、供述者の精神の異常を推認する場合

●事実と一致する供述から事実の認識を推論する場合

例えば、ブレーキ故障による事故を起こした車の運転手が事故前に述べた「この車はブレーキの調子が悪い」という発言には、運転手が故障を知っていた事実を推認させる効果がある。これも、このような供述がなされたこと自体が問題となるのであって、非伝聞的な用法となる。

c. 心理状態の供述

関連して、心理状態の供述が伝聞か非伝聞かも問題となる。

◎問題の所在

これは、伝聞証拠の定義そのものにはあてはまるように見えても、なお伝聞か非伝聞かに争いがある。**現在の心理状態**(内心の意思や計画、感情)というものを述べた供述を、供述者が供述の当時において、その内容通りの心理状態を有していたことの証明に用いる場合の問題である。

例：「A が『X は恐ろしい人だ』というのを聞いた」という B の証言

これを、A が X に対し恐怖感を抱いていたという事実の証明に用いる場合が、心理状態の供述にあたる。

この場合、X は恐ろしい人だと言う供述が、供述内容通りの状態が存在していることの証明のために使われている。そうだとすると、実際に恐ろしいと思っていたかどうか問題となるケースだとして伝聞証拠の定義にあてはまることになりそうであるが、典型的な伝聞証拠とは異なる点もある。

典型的な伝聞証拠の例として、「A が『X が放火した』というのを聞いた」という B の証言を、X が放火犯人であることの証明に用いる場合を考える。この場合、外界の状況について述べられた供述は、A の知覚・記憶・叙述と言う全ての段階を経て行われ、そのような原供述をその内容通りの事実があったことの証明に用いるためには、その知覚過程全てが問題となり、そのための吟味確認ができないから又聞き証言が排除されるのであった。

これに対して、心理状態の供述の場合はどうだろうか。X は恐ろしい人だと言う A の内心の心理状態について述べた供述は、**内心の状態を叙述することのみにおいて行われ、知覚・記憶という過程は問題とならない。**

※まあ、知覚や記憶の過程で間違いがあろうが、その時点において恐れているのかどうかには関係がない。勘違いだろうがなんだろうが恐れている奴は恐れているのだし、その意味で供述には知覚や記憶の過程が欠ける。

したがって、A の言葉をその内容通りの心理状態があったことの証明に用いる場合も、知覚や記憶の正確性は問題とならず、**叙述の真摯性・正確性**のみが問題となる。

その正確性を証人尋問で確認すべきとされるような、供述までの心理過程には類型的な差異があり、それゆえ心理状態の供述と言うものを典型的な伝聞証拠の場合と同じく扱うかが問題となるのである。もちろん、知覚・記憶の過程が欠けるとはいえ、叙述の過程があることは間違いなから、叙述の誤りの危険等、それを証人尋問の手続きで吟味する必要性を強調すれば、伝聞証拠としてあつかう(排除する)ことも可能ではある。

しかし、先の言葉の非供述的用法の場合にも、叙述の正確性、真摯性の問題は含まれていると言える。「私は神である」という発言から、発言者の精神の異常を推論するときも、叙述の正確性・真摯性は問われているが、そのときそこまで重要視されてはいないだろう。

そして、**叙述の正確性は、供述者の証人尋問によらずとも、伝聞証人を尋問してその証言がなされた状況を明らかにすれば推認することが可能**である。

Bの証言の場合、AによりXは恐ろしい人だという供述がなされた状況と言うのは、Bが直接体験している以上Bに確認できるし、心理状態が書面に記載されている場合も、そこからある程度の判断がつくといえる。

さらに、ある時点における人の心理状態については、**当人の供述が最良の証拠である**ことも否めない。そうだとすると、伝聞証拠としてそれを排除することには、少し考えるべきところもあるのではないだろうか。このような事情を踏まえれば、非伝聞として扱うことにも理由がある。下級審にも、非伝聞として扱うことが出来る旨示すものがある。

教材 479 事件(東京飯場経営者恐喝事件：最高裁)

「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」

このように述べ、心理状態の供述について非伝聞説のとり立場に近い。なお、このような立場からも叙述の正確性、真摯性は欠ければ要証事実を推認させる力に欠くので証拠能力の要件とされる。しかしこれは伝聞法則が適用される問題、証人尋問の手続きで確認される問題としてではなく、一般的な証拠の関連性の一要素として確認されれば足る。

◎若干の具体例の検討

以上を踏まえて若干の検討をしておくことにする。

教材 477 事件(米子強姦致死事件：最高裁)

強姦致死事件の被害者 A が、被告人について事件前に語った「『あの人(X)すかんわ、いやらしいことばかりするんだ』と云っておりました」という、証人Cの証言が伝聞証拠に当るかが問題となった。

原審は、同証言は A が同女に対する被告人の野心にもとづく異常な言動に対し、嫌悪の感情を有す旨を告白した事実に関するものであり、これを伝聞証拠とするのはあたらないと判断したが、最高裁は結論としてこの証言を伝聞証拠にあたるとした。

この事案では、被告人の犯人性が争われていた上に、強姦そのものが既遂に達していたかが証拠上明らかではなく、弁論の中で、強姦致死罪の成否が強姦の犯意があったかどうかにかかっていたと言う状況だった。

そんななかで最高裁は、この発言を、**被告人の強姦の犯意を推論するためのもの**だととらえている。Cの証言による立証事項を、Xの従前の行動、端的に「いやらしいこと」としていたことだとして、その**間接事実**をもとに、上記意思を推認しようとしたと言える。この場合は、この内容の真実性が問題となるから、Cの証言は伝聞証拠となる。

他方で、原審は「嫌悪の感情」に注目している。Aの同意の有無が争われた場合において、これを否定するためにAがかねてから持っていたXに対しての**嫌悪の感情を証明しようということを考えてみれば、このとき供述は心理状態についての供述となる**から、着目すべきは「いやらしいこと」ではなく「あの人すかんわ」と言う部分であり、この限りにおいて心理状態の供述として伝聞証拠に当たらない可能性もないではない。

このように、ある発言が伝聞証拠になるかどうか、心理状態の供述か否かは非常に難しい区別が必要な問題であり、具体的な主張立証のなかでの発言の効果を踏まえる必要がある。この場合であれば、やはり犯意の有無が重大な問題であった以上、その関係では間接事実として扱うのが適当だったとも思える。

教材 478 事件(白鳥事件：最高裁)

①「Xが『白鳥はもう殺してもいいやつだな』と言った」というAの供述

②「Xが『白鳥課長に対する攻撃は拳銃をもってやるが、相手が警察官であるだけに慎重に計画をし、まず白鳥課長の行動を出勤退庁の時間とか乗物だとかを調査し慎重に計画を立てチャンスをねらう』と言った」という証人Bの証言

③「Xが『共産党を名乗って堂々と白鳥を襲撃しようか』と述べた」という証人Cの証言

について、被告人が右のような証言をしたこと自体を要証事実としているから伝聞証拠ではないとした。

すなわち、これらの発言は、被告人の**心理状態**を述べたものであるから、被告人の敵意や殺害の意図を推論する場合であれば、現在の心理状態の供述にあたり、非伝聞となる余地がある。他方、共謀成立の過程でなされたこれらの発言は、被告人と他の共謀関与者との謀議行為そのものでもあるといえよう。そのように踏まえると、発言自体が犯罪事実の一部となり、その証明のためにこのような証言を用いることは、**非供述的な用法**としても非伝聞証拠とされる可能性がある。このように、二通りの見方が可能な判例である。

【参考文献】

◎大澤裕「伝聞証拠の意義」刑事訴訟法の争点〔第3版〕

2 伝聞例外

(1) 総説

伝聞証拠に当たる場合は、原則として排除されてしまうが、およそ例外なく排除されると言う訳ではない。伝聞証拠排除の理由は、誤りの危険性があるところ、それが**証人尋問による確認を経ておらず、事実認定を誤らせるおそれが大きいから**である。

だから、何か別の方法で真実性が担保されているときにまで一律にそれを排除する必要はない。

もちろん、供述者の証人尋問を通じればいい場合には証人尋問によるべきだが、それが不可能であったり、正しい事実認定の為、供述者が証人尋問で述べたこととは別に伝聞証拠を確保する必要もあるかもしれない。

そこで、

①信用性の情況的保障

②伝聞証拠の必要性

を要件として、伝聞証拠の排除には一定の例外が認められていいとされている。この点で刑訴法は、伝聞証拠に、321条以下に例外を定めている。そこで、それらについて順次検討していく。大きく分けると、供述代用証拠に関する規律と、又聞きの人に関する規律とに分かれる。

さらにそれぞれ、原供述者が被告人の場合と、それ以外の場合とで区別されている。

(2) 被告人以外の者の供述代用書面 一般

まずは、被告人以外のものの、供述代用書面の規律について述べる。

a. 供述書と供述録取書

【参照】刑事訴訟法第 321 条 1 項

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で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる

供述書と言うのは、供述者が自ら書いた書面で、**供述録取書**は、他の者が供述者の言っていることを聞き書きしたものである。供述を録取したものについては柱書にあるように、**供述者の署名若しくは押印があること**が要件とされる。

供述録取書は、供述者がのべたことを録取者が知覚・記憶・叙述したものであるから、形式的に見れば二重の伝聞になっている。供述者自身と録取者の供述過程と言う二段階。

しかし、供述者が録取書の記載が自分の供述通りであること、録取者の知覚記憶叙述の過程に誤りがないことを確認した場合であれば、録取者の供述過程は無視することが可能である。いわば代筆と言う関係になる。

そこで、そのような場合に限って、供述書と同じく扱う趣旨で、供述者の署名若しくは押印が必要となっているのである。良く間違うのは、**供述書には署名押印が要求されていない**ということである。

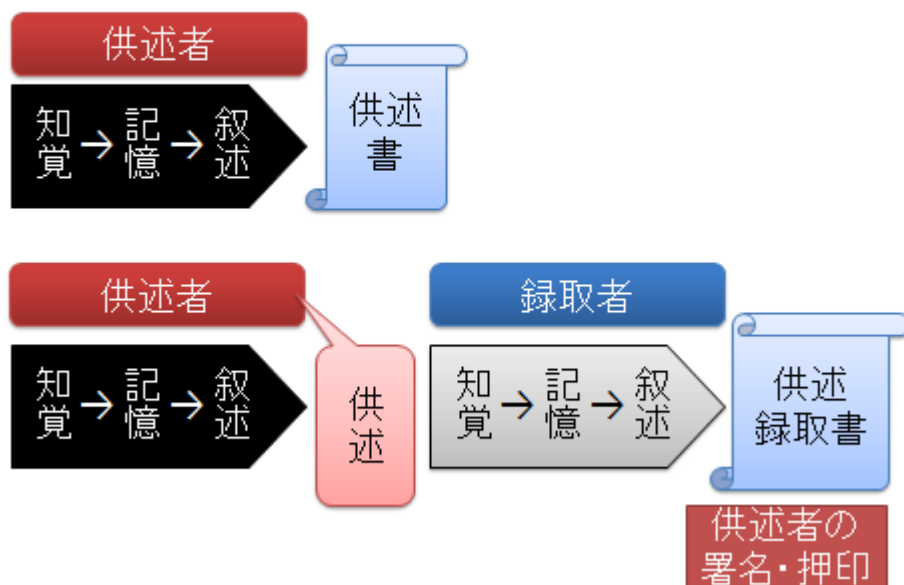
作成者がその意思で作成したことが必要ではあるものの、321条1項あるいは322条(こちらは被告人の供述書関連)で要求される署名押印は、署名の作成者が誰であることを示すものではなく、あくまで録取過程の正確性を担保するためのものである。

b. 三号書面

被告人以外の者の供述書、供述録取書は、321条1項1号～3号の要件をクリアした場合に証拠として認められる。

1号2号は録取者の特殊性から要件が緩和された特別形なので、基本形である3号からみていくことにする。

供述書と供述録取書



【参照】刑事訴訟法第 321 条 1 項 3 号

前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は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ず、且つ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき。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

◎要件

必要性

- ①供述者が死亡、精神もしくは身体の故障、所在不明または国外にいるために公判準備または公判期日において供述することができない（**供述不能の要件**）
- ②その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない（**証拠の不可欠性の要件**）
信用性の情況的保障
- ③その供述が特に信用すべき状況のもとにされた（**特信性の要件**）

条文には、以上の三要件が示される。そこで順番にみていこう。

①供述不能の要件（1号、2号にも共通）

条文には死亡だとかが挙げられるが、列挙された事由が限定列挙なのか、それとも例示なのかが問題となる。なお供述不能の要件は、1号、2号の前段でも使われており、各号共通の要件である。

教材 491 事件(昭和 27 年 4 月 9 日)

2号の事例だが、前号共通の解釈なので大丈夫。ここでは、法律列挙の自由を例示とした。

具体的には、供述不能にあたる場合として証人が証言拒絶権を行使した場合に供述不能を認めた。

他に判例は、供述者が記憶喪失の場合に供述不能を認めた。（最決昭和 29・7・29 刑集 8 巻 7 号 1217 頁）

これは伝聞証拠の必要性に係る要件だが、伝聞証拠が「必要」なのは公判廷において供述を獲得できない場合であり、これは列挙された場合に限られない。したがって、供述不能要件においてこれを限定列挙とする必要はないといえ、学説も例示説が一般的である。

なお、この要件の当てはめについてはいくつか注意すべきところがある。

A 供述不能の要件は必要性に係るので、列挙の自由にあたらうがあたるまいが、本来であれば排除すべき伝聞証拠を採用せねばならない確実な程度、かつ継続性のある供述不能が必要とされる。

この点で、「国外にいる」場合でも、すぐに帰国し供述が可能となるような場合には、公判準備または公判期日において供述することができないという場合には当たらないと解すべきである。同じことは、「精神若しくは身体の故障」という要件についてもあてはまると言える。

また、列挙の事由ではないが、下級審の裁判例の中には、証人が事実上証言をしないと言う場合にも、供述不能の要件を満たすとしたものがある。だが、この場合もやはり供述不能の確実性継続性という観点からは慎重な判断が必要だと言える。

東京高判平成 22・5・27 高刑集 63 巻 1 号 8 頁

「〔刑訴法 321 条 1 項 2 号〕前段の供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、**一時的な供述不能では足りず、その状態が相当程度継続して存続しなければなら**ない」と解される。証人が証言を拒絶した場合についてみると、その証言拒絶の決意が固く、期日を改めたり、尋問場所や方法を配慮したりしても、翻意して証言する見通しが少ないときに、供述不能の要件を満たすといえる。もちろん、期日を改め、期間を置けば証言が得られる見込みがあるとしても、他方で迅速な裁判の要請も考慮する必要があり、事案の内容、証人の重要性、審理計画に与える影響、証言拒絶の理由及び態度等を総合考慮して、供述不能といえるかを判断するべきである」

供述不能にあたるかどうかにつき**総合考慮**を持ち出して結構いろいろなファクターを持ち出したことに注意。殺人において共犯者とされたものが自らの裁判途中であるとして証言を拒絶した場合において、証人の重要性などを考慮して、供述不能の要件をみたさないとした。

B 立証者の作為によって供述不能が作り出された場合に、伝聞証拠を許容してよいか。

とりわけ訴追側がこのようなことを行った場合、被告人に憲法で認められた**証人審問権**を犯すという意味で問題があると言える。法的構成には二つある。

作為がなかったとしたら供述できたので、供述不能要件を満たさないとする説明と、証人審問権の侵害として許されないという説明である。なににせよ単純に伝聞証拠を許容してよいかは問題となる。

教材 489 事件(タイ人女性管理売春事件：最高裁)

入管法の規定により退去強制となった外国人の供述調書の証拠能力が争われた。入国管理当局も同じ国家機関としてその当該外国人を退去させたから供述不能が生じているわけで、このような場合に国外にいるからといって検察官立証に伝聞証拠を用いていいかが問われた。

これについて、国外退去になることを知っていて利用していた場合はもちろん、「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」とした。とはいったが、証拠能力は認めている。

この判例は、第一に調書の証拠能力が否定される場合の根拠基準について、**手続的正義の観点から公正さを欠く場合**という視点を提示した。問題となる場合について、供述不能要件の解釈とは異なる議論をしつつ、証拠能力が否定される場合があるとしたのである。

このような公正さを欠く場合として、この判決は事例をいくつか提示した。一つは、ことさら利用した場合。これは説明の仕方は別として、学説上ほぼ異論なく証拠能力が否定されていたものである。二つ、裁判所または裁判官が証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制退去が行われた場合。他方これについては議論がある。証人尋問の決定があったとしても、強制送還の手続きはそれとは別にすすめられ、証人尋問を妨げる効果があるわけではないから、これだけで調書の証拠能力を否定してよいのかは謎であり、その後の下級審の裁判例でも否定するものがある。

教材 493 事件(昭和 63 年 11 月 10 日 : 東京高裁)

裁判所が外国人について証人尋問の決定をしたにも関わらず強制送還が行われた場合であった。だが、それでもまあ尽力はしていたから、証拠能力を否定しないとした。

宣誓拒否・黙秘した証人の供述調書の証拠能力を認めたが、前提として「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爲的に行なわれたことを疑わせる事情がない以上」としている。

②証拠の不可欠性

これは、**他の適法な証拠を以て同一目的を達しえない場合**を言うと解される。具体的には、伝聞証拠を許容するかによって、事実の認定に著しい差異を生じさせ、**有罪無罪の結論**あるいは**量刑**に差異が生ずるような場合と言われる。

③特信性

供述自体の特信性ではなく、**供述状況の特信性**をさす。仮に前者を問題とするなら、供述の証明力の判断をすることとなり、わざわざ証拠能力を証明力と別に判断している意味がない。これはたとえば供述の動機とか獲得手続きを判断して行われることになる。

教材 508 事件(昭和 28 年 8 月 21 日 : 福岡高裁)

自動車事故により死に瀕している者の事故に関する発言(「やられたやられた、小森小森」)を内容とする証人の証言についてのケースであるが(書面の問題でない)、この場合には 324 条 2 項により 321 条 1 項 3 号が準用され、その要件が問題となっている。

特信性を認めたが、事件直後の供述であることや、瀕死と言う状況から供述の動機に虚偽である可能性が少ないと言う点が考慮されたのだと思われる。

教材 504 事件

捜査共助要請に基づいてアメリカ合衆国で作成された A の宣誓供述書に特信性が認められた。質問者のなかに日本の検察官が含まれていたことが特信性を支える。

※2号により検察官面前の供述には、一般的に一定の信用性が認められている。

そのほかに、この宣誓供述書は黙秘権の告知を受け、公証人の前で偽証罪のサンクションを前に真実であることを告げてなされたものであることも踏まえられたと思われる。

※なお、**供述の内容**についても、他の諸般の事情と合わせて考慮すると、信用性の高い供述状況があったことを推認する一資料となることはある。

c. 一号書面

被告人以外の者の供述録取書については、録取者が誰であるかによって信用性に差があることがある。そこで、録取者による信用性担保を前提として、321 条 1 項 3 号より緩和された要件のもとに伝聞例外が認められる場合がある。それが同条 1 号と 2 号だが、前者から説明する。

【参照】刑事訴訟法第 321 条 1 項 1 号

裁判官の面前(第百五十七条の四第一項に規定する方法による場合を含む。)における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、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、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異つた供述をしたとき

1 号は、**裁判官面前調書**(裁面調書、もしくは 1 号書面とも)の証拠能力について定める。当該事件の公判準備もしくは公判期日の証言については、これは裁判官の面前のものであるが 322 条でカバーされるので、検察官の請求による第一回公判期日前の証人尋問(刑訴法 226 条以下)の調書や、被告人等の請求による第一回公判期日前の証拠保全のための証人尋問(刑訴法 179 条)の調書、あるいは他事件の公判調書といったものが 1 号書面の例となる。

◎要件

この1号、見てやると、先の3号書面で言う必要性の要件のみしかない。すなわち、前段の供述不能が後段の前の供述と異なった供述をした場合とのどちらかが認められれば、それだけで伝聞例外が認められるのである。

やはり**裁判官の面前における供述は、公平中立な裁判官の前であるし、証人尋問の手続きを経ているし、反対尋問、裁判官のチェックの手続きがある**から、高度の信用性の情況的保障が存在するのである。まとめると以下が理由。

- ①公平中立な裁判官
- ②原則として宣誓（偽証罪の制裁）
- ③当事者が立ち会った場合には、反対尋問
- ④裁判官が職権で公平な立場から信用性のチェック

※ただし、検察官請求の証人尋問はこの理由をすべては満たさない。捜査に支障がない場合に被告人弁護人の立ち合いを認めると言うだけで、③の要件が認められるとはいいいにくいからである。

このような形で高度の信用性が状況的に保障されることを理由に、3号書面から大幅に緩和された要件のもとに証拠能力が認められるのである。

なお、1号書面の特殊類型として、321条2項前段の書面(**当該事件の公判期日・公判準備における供述を録取した書面**)がある。当該事件の公判期日における供述は、本来ならば供述その物が証拠となるのであって、調書が証拠となるのではない。それゆえ、この規定により調書が取り調べられることがあるのは、裁判官が交替して公判手続きの**更新**があった場合など特殊な場合になる。

この場合には当事者の**立会権**や**反対尋問権**があるために、これに無条件に証拠能力を認めている。

d. 二号書面

伝聞例外の中でもっとも問題が多いのは、**検察官面前調書**（略して検面調書、もしくは2号書面とも）である。3号書面よりも要件が緩和されるのは、**検察官が公益代表者かつ法律のプロとして、公正な立場から録取書を作成している**からだと言われる。

【参照】刑事訴訟法第321条1項2号

検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、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、又は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つた供述をしたとき。但し、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る

◎前段の要件

規定の文言に従う限り**供述不能の要件をみたせば、それだけで1号書面と同じく証拠能力が認められる**ことになるが、これに対しては学説上強い批判がある。検察官は法律の専門家であり公益の代表者であるが、訴訟上は被告人と対立する**一方当事者**であり、裁判官のような中立的な第三者ではない。この点で検察官面前調書は1号書面に比べて信用性の状況的保障について明らかに劣り、同じ要件のもとに証拠能力を認めるのは合理性に欠くのではないかと、と言われるのである。

被告人には憲法上の**証人審問権**があり、それが刑訴法で具体化されているのだとすれば、そもそも合理性を欠く形で伝聞例外を認めるとすると違憲ではないか、ということにもなる。

端的に違憲とする見解や、解釈上特信性の要件がかかる合憲限定解釈を主張する学説もあるものの、最高裁は一貫してその合憲性を認めている。とはいえ下級審の中には、信用性の状況的保障を別途要件として要求する者もわずかなが散見される。

※なお、供述者の意思に基づいて供述しない場合は、前段の「供述できない」ときに入るかで議論するのが一般的だが、これについて後段の問題だとする見解もある。解釈上の根拠としては、前段が供述することが出来ないときと言う文言を用いていることを挙げる。供述できるのに自らしないときは、「できない」とはいえないというのである。この意味は、特信性を要求する合憲限定解釈説と類似する。

供述者が検察官の面前では供述しながら、被告人がいる公判廷では自らの意思で供述しないと言う場合、前の供述の信用性は疑わしい。そこで、そのような場合には明文で**特信性**が要求される後段の規定によろうというわけである。ただ、前段にあたる事が明らかな列挙された事由のなかにも供述者の意図が働く場合はある。また、後段であるとした場合、前の供述と比較すべき公判供述はないから、後段の特信性をあてはめるべき公判供述がなくなる。このような点に鑑みると、問題もある見解である。

※特信性を要求する下級審裁判例(扱わず)

大阪高判昭和42年9月28日・高刑集20巻5号611頁

大阪高判昭和52年3月9日・判時869号111頁

◎後段の要件

- ①**公判準備もしくは公判期日において前の供述と相反するか実質的に異なった供述**（相反性）
- ②**公判準備もしくは公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情况**（相対的特信性）

①相反性

類似の要件は1号後段にも見られるが、2号後段の「相反するか実質的に異なった」、というのは、1号後段のいう「単に異なった」よりも程度が大きいものと解される。1号後段の場合、前の供述の方が詳細であると言ったような違いでも足りるが、2号後段の場合それでも足りず、**実質的に異なる事実認定を導く程度であることが要求される**と解される。

②特信性

これは、3号が要求する絶対的な特信状況とは異なり、前の供述と後の供述を比べて得られる**相対的特信情况**である。その意味では伝聞例外の許容要件として緩やかに失っていないかという理解もある。

が、2号後段の場合、公判廷に出てきて供述をした場合なので、**調書に記載された前の供述の内容についても供述者に尋問することが可能**である。この尋問と言うのは、前の供述の直後に行われたものではないから本来の反対尋問とは異なるが、前の供述について尋問の機会があることは否定できない。そこで、このことを条件にする限り、前段の場合のように違憲だとまで言う必要はないのではなかろうか。

この供述状況の特信性は証拠能力の要件であるから、供述内容についてもものではないというのは3号と同じである。供述内容の信用性、すなわち証明力を比較したら、それに先立ち証拠能力を要求した理由がなくなる。

もちろんこれも同様に、供述内容から供述状況が推論できることもあり、その状況判断の資料とする限りは供述内容を考慮することも許されるというのが、一般的な理解である。

教材 496 事件(昭和 30 年 1 月 11 日：最高裁)

必ずしも外部的な特別の事情でなくても、その供述の内容自体によってそれが信用すべき状態でなされたものとみなせるとか言っている。供述の内容を推認資料として使うことは許されていると示している。

◎特信性の判断

どのような場合に特信状況が認められるかについては、これは相対的な特信状況であるから、検面調書に記載された前の供述について、これが信用できる状況であるだけでなく、公判での供述が信用できない場合も合わせて問題となる。前者については、具体的に説得力ある状況を示すことは容易ではなく、実際には公判における供述が信用できない状況と言うのが特信性判断のキモとなる。傍聴席の状況や、当事者との関係、被告人からの働きかけとか、時間の経過による記憶の低下などが問題となるだろう。

【参考文献】

○田中康郎「公判手続の実務と刑事訴訟法」法学教室 280 号

(3) 被告人以外の者の供述代用書面 特殊

さらに特別の規定がある。321 条 2 項前段(公判準備・公判期日における供述を録取した書面。公判における吟味が予定されているから例外となるのだった)については述べたので、他。

a. 検証調書

検証とは既に話したが、場所や者、人の身体の状態等を人の五感の作用で認識すると言う処分である。検証には 128 条以下に規定があるような、公判裁判所が証拠調べの一環として行う場合のほか、179 条の規定があるように証拠保全として裁判官が行う場合、捜査段階で捜査機関が原則として裁判官の令状を得て行う場合、などがある。検証の結果得られた検証調書の記載と言うのは、検証をした裁判官あるいは検察官がその五感の作用により得られたものを記載しているのであるから、伝聞証拠に当る。

もっとも、これは**処分の性質上複雑だったり緻密な事柄に及ぶことが多く、書面に記載して書面で報告するに適す**。この点、伝聞証拠を許容する必要がある大きいのである。また、客観的・意識的な観察が意識的に記録されるということで、一般的な**正確性**がある。そこで、伝聞例外の規定が行われるが、主体による差異が設けられている。

①裁判所・裁判官による検証調書（321 条 2 項後段）

主体が裁判所裁判官であり公平中立であることに加え、142 条により 113 条が準用されることによる当事者の立会権が与えられ、立会によって検証の過程における吟味の機会があると言える。このような点から高度の信用性の保障があるから、321 条 2 項後段が、無条件の証拠能力を認めている。

【参照】刑事訴訟法第 321 条 2 項

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、前項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる

※裁判所・裁判官による検証

公判裁判所の採証活動（128条以下）

受命裁判官・受託裁判官による検証（142条、125条）

証拠保全としての裁判官による検証（179条）

※他事件の者も含むと言うのがかつては一般的だったが、当該事件の当事者に立ち会いの機会が保証されない。そこで、信用性の状況的な保障として、当事者の立ち会いを重視すると、他事件の検証調書は2項後段には含まれないと言う考え方が出てくる。なお争いがあるが、今日では後者の見解も有力である。

②**捜査機関**による検証調書（321条3項）

主体が一方当事者であるし、被疑者弁護人に立会いの機会が保障されていない（222条6項参照）ことから、より厳しい規律に服することになる。そこで要件として、**供述者が公判期日において証人として尋問を受け、調書が真正に作成されたものであることを供述する**こととなっている。

【参照】刑事訴訟法第321条3項

検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、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は、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる

この真正作成供述の意味は文言上必ずしも明らかではない。真正は作成名義の真正の意味に用いられることが多いから、そのような趣旨にとれなくもないが、それだけのこのために証人尋問を要求したとは思えない。実質的に考えてみると、3項の書面は検証の過程で当事者による正確性の吟味の機会が欠けていると言う点で、2項後段の書面との間に決定的な差異がある。

そこでそれを踏まえて考えると、作成名義が真正であるということだけでなく、検証が正確な観察により、**記載が正確**に行われたことを主尋問により確認し、**内容の正確性**を含め反対尋問の対象としたと理解するのが一般的である。

◎**実況見分調書**

ここで、実況見分調書が3項書面となるかが問題となる。3項は令状形式をとるもので、観察記述を意識的に行い正確性を担保するものを取り上げたのだとして消極に解す学説もあるが、通説判例は積極に解す。

教材 510 事件(昭和 35 年 9 月 8 日：最高裁)

任意処分の結果を記載した実況見分調書も3項書面に入るとした。

被処分者の権利利益に配慮した規定だから、検証と実況見分では処分の性質が共通するうえ、書面による記録報告の必要性も、意識的な観察が行われると言う点での一般的な性格性も共通する。

仮に3項の書面に当たるとしても**改めて証人を尋問することになるから格別の問題が生じず、判例の結論自体は支持される**ものと思われる。このような見解に立てば、実況見分のようなことは捜査機関以外にもなされることがあるが、そのときこれらから得られた記録を3項書面と解す余地が出てくる。私的な調査は弁護士など、捜査機関以外の主体が行うことも考えられるから、321条3項による証拠能力付与の拡大の外延を探る必要が出てくる。

◎**私人作成の燃焼実験報告書**

教材 514 事件(大川市火災保険詐欺未遂事件：最高裁)

家裁原因の調査、判定について特別の学識経験を有する私人(元消防局員らしい)が燃焼実験の客観的結果を記述した報告書抄本(実況見分調書に類似した内容)が、321条3項の対象となるかが問題となった。内容的には実況見分調書に類似するし、第一審は証拠採用したし原審も同じく(といっても準用)採用。

ところが最高裁は、結論としては、結局321条4項により証拠能力を有するとしたが、「同項所定の書面の作成主体は『検察官、検察事務官又は司法警察職員』とされているのであり、かかる規定の文言及びその趣旨に照らすならば、本件報告書抄本のような私人作成の書面に同項を準用することはできない」として証拠として3項該当性を否定。

この判断は、**私人作成の書面**に対する判断であることを指摘したから、やはりこの条文の適用には検察官や検察事務官、司法警察職員が主体であることが一つ大きな要素となるものの、それをゆるく認定すれば、公務員性が大事ということであるから、消防吏員のような公務員が職務上行った見分結果についてはなお321条の適用があると解す余地も残されていると言える。

主体が、後述321条4項の類推を可能とするような専門家である場合には、この514事件がまさに解決策として取ったように、4項によることができるが、そうでなければ被告人以外の者の供述書の原則に従うほかないことになる。

◎**指示説明**

検証調書あるいは実況見分調書には、被疑者や被害者、目撃者などの立会人の**指示説明**が記載されることとなるが、この扱いが問題となる。指示説明ってというのは「立会人の説明よれば、甲地点において、車両が横滑りしていた。その時、被害者は乙地点にいた。甲地点と乙地点を測定すると、……であった」とかこんなの。ようするに、これってそこにいた奴の供述調書ではないのか？という話。

教材 512 事件(昭和 36 年 5 月 26 日 : 最高裁)

立会人の指示説明を求めるのは実況見分の一つ的手段に過ぎない事を理由に、これを実況見分調書に記載した場合は実況見分の内容として処理していくべきだとした。すなわち 321 条 3 項の書面として扱うことになる。

立会人の指示説明については、立会人の署名押印がなく、立会人を尋問しなくても 321 条 3 項の書面として証拠採用できるとしたのである。

この場合に、立会人の指示説明を、そこに述べられている内容のように、甲地点で車両が横滑りしていた事実、乙地点に被害者がいた事実を証明するのに用いる場合、これは許されないはずである。このような証明に用いる場合、立会人の供述は、その内容自体を証明するために使われるものとなるから、立会人の供述過程と、それを聞いて調書の記載する捜査官の供述過程を含む二重の伝聞となってしまう。それは捜査官の供述書というよりも、**立会人の供述録取書**としての実質を有することになる。それゆえ、たとえ実況見分調書が捜査官の供述書として伝聞例外にあたるとしても、立会人の知覚記憶叙述と言う過程の正確性などは吟味されないままに残り、伝聞証拠排除の原則に触れることとならざるを得ない。

対して、この指示説明を、捜査機関が、甲地点と乙地点をなぜ選んだのかという**見分の動機**を示す趣旨で用いる場合(立会人がこういうから、ここを調べたよ)は、立会人がそのように発言した事実のみが問題となる。最高裁が教材 512 事件で許容したのは、今言ったような趣旨で用いる限りにおいてのことと理解される。この場合には、**立会人が言ったからそこを調べたということしか明らかにならない**から、その発言の内容自体は別途立会人を証明尋問することによって証明されなくてはならない。それと実況見分調書とを合わせることで、車両の位置や被害者との距離などが明らかにされていくことになるだろう。

※「現場指示」と「現場供述」

立会人の指示説明を、そこで述べられている内容通りの証明に用いる場合を**現場供述**、指示説明がなされたことを見分の動機や手段を示す趣旨で用いる場合を**現場指示**と違って区別することがある。512 事件は、立会人の指示説明を現場指示として用いる限度で、実況見分調書と一体のものとして証拠能力が認められるとしたに過ぎない。

ひとこと注意すると、この両者は指示説明の使われ方の問題であって、両者の区別は形式的に指示説明の記載のされ方で定まるものではない。たとえば、甲地点で車が横滑りした、と言うよりも、車が横滑りしたのが甲地点であると言う記載のほうが現場指示にはふさわしい記載であるが、たとえそのような形で記載されていたとしても、そこで述べられていた内容通り、そこで本当に車が横転している事実を証明するのに使われてしまえば現場供述として用いられているというべきであり、そのような場合は 321 条 3 項の要件だけでは証拠として採用するには不十分である。

◎写真の証拠能力

これも問題となる。証拠として写真が用いられる場合には、様々な場合がある。

①検証調書や実況見分調書に、見聞した結果を記録した写真が添付される場合

添付された写真と言うのは、捜査官の供述「…の状況は、別紙写真のとおり、……である」たる記載が調書本体になされていて、別紙の形で写真がくっついているとかそういうこと。その場合、写真の通り何々である、という形で、それと一体となって用いられる、供述の説明手段として用いられる場合であるから、基本的に調書本体の証拠能力に従うこととなる。供述の一部と言うことで、供述本体と運命をともにするということである。

②独立証拠としての写真(犯行現場を撮影した現場写真など)

問題となるのは、たとえば犯罪の犯行状況に移した写真(現場写真)が、調書の一部としてではなく、独立の証拠として証拠調べ請求される場合どうなるか、である。この場合、写真固有の性質を考慮しつつこれを供述証拠の一種として扱う見解と、非供述証拠として扱う見解との間に対立があり、下級審も立場が分かれていた。

教材 539 事件(10・21 新宿騒乱事件 : 最高裁)

これはいわゆる現場写真(新宿僧正事件の犯行状況を写した写真)の扱いが問題となった。まあこれは報道機関関係者が撮ったものである。最高裁は、ここで現場写真を非供述証拠として、その他の証拠との関連性次第では証拠能力を付与してよく、必ずしも作成過程ないし事件との関連性を証言させる必要はないと解した。

◎供述証拠説と非供述証拠説

写真と言うのは、事物の状況を**記録伝達**するものである。他方、作成過程として、撮影・現像・焼き付け(今は違うかもしれないが)と言う過程において人の関与があり、**人為的な改変**の危険がある。この二つの点において供述と類似しているから、写真も伝聞法則に服するという見解がある。このような**供述証拠説**は、具体的には、事物の状況を客観的に記録伝達する点で検証結果の報告と等しい機能を営むことから、これに準じて 326 条の同意がない場合には、刑法 321 条 3 項を準用ないし類推し、作成者を尋問して真正の作成を言わせたのちに証拠能力を認定すべきとする。これは撮影者に対する証人尋問の機会を確保することで、写真について十分な防御を可能とするという、ある種実践的な狙いを背景にもっている。

しかし、理由としてあげられた写真と供述の類似点は、これは他の非供述証拠にも多かれ少なかれ認められる特徴だと言わねばならない。**供述証拠が伝聞法則に服するのは、人の知覚・記憶・叙述と言う心理過程に潜む誤りを重く見たから**であろう。だとすれば、人の心理過程とは無関係な供述との類似性を持って、ただちに写真を供述証拠と同視することは、やはり理論的に見て無理が残ると言わざるを得ないだろう。この点で、**非供述証拠説**に立った 539 事件は、支持されてよいのではなかろうか。

なお、供述証拠説と非供述証拠説とでは、何か結論が非常に大きく変わるかのようないいぶりをしたが、非供述証拠説に立っても証拠能力が認められるためには、539 事件がいうように、事件との関連性が認められる必要がある。そして、供述証拠説が問題とする作成過程の人為的改変の有無と言うことについても、改変が加えられた写真からそこに映像された内容通りの事物の存在を推論することはできないから、**真正性の問題として結局吟味される**ことになる。

関連性の立証においては、通常撮影者に「いつどこで何を」撮影したものかなどについて証言をしてもらうというのが最良だから、そのような形で撮影者の証人尋問が励行される限り、供述証拠説との間の実際上の差異はそれほど大きなものとはならないだろう。

ただし、非供述証拠説からは、この関連性は、**当該写真自体又はその他の証拠により認められれば足りる**から、撮影者の証人尋問が不可能な場合であっても、写真自体に写された内容や、他の供述者の証言などから関連性が確認できればそれで証拠性が肯定されることはある。この点では供述証拠説と異なるとは言える。ギリギリだが。

※録音テープ

なお、写真について話したこの対立は、録音テープについても同じように議論される。これについても同じように、伝聞法則を適用すべきという考え方と、人の心理とは無関係な機械的過程であることに照らして非供述証拠として扱うべきだという見解とがあった。まあ同じように、後者に分があると思われる。

◎再現実況見分調書

今の二者の複合的な問題と言える。

教材 509 事件(犯行被害再現実況見分調書事件：最高裁)

痴漢事件について、写真付きの二つの犯行再現文書の証拠能力が問題となった。

①被害者の実況見分調書

写真には説明文が付され、被害者の被害状況について述べた説明文が録取されていた。説明文は例えば、「被害者が、『私が携帯電話でメールをしている時に、左隣に座っていた男の右手の小指を私の左太股に当ててきました』と供述したことから、その状況を撮影」とかそういう感じである。

②被告人の写真撮影報告書

今度は被告人が警察署においておこなった派能状況の再現を検察官が記録したものもあり、これにも写真が付され、被告人が犯行状況について述べた説明文が録取されていた。

このような実況見分調書と写真撮影報告書(名前は違えど実質は両者同じである)の証拠能力が問題となった。

検察官は、立証主旨を「犯行再現状況」「被害再現状況」として証拠調べを請求し、第一審は写真と説明文を含め、321 条3項の書面として作成者(検察官)を証人尋問した上で証拠として採用した。

最高裁は、立証主旨を「犯行状況」「被害状況」だとし、実質においては再現通りの犯罪事実の立証が目的とした。

そして、このようなものの証拠能力については、326 条の同意(後述)が無い場合は、**321 条 3 項所定の要件を満たす必要があることはもちろん、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ときは 321 条 1 項 2 号ないし 3 号所定の、被告人である場合には 322 条1項所定の要件を満たす必要があるべき**とした。写真については機械的捜査によってなされるから、再現者の署名押印は必要ではないとしたが、その上で両書証について、刑訴法 321 条 3 項所定の要件は満たすものの、再現者の供述録取部分についてはいずれも再現者の署名押印を欠くとして証拠採用しなかった。

検討①証拠の要証事実

証拠調べの請求に際して請求者が明らかにする立証主旨のことである。(規則 189 条で要求される)

この立証主旨に即して判断されるのが原則だが、ただ、請求者が挙げた立証主旨による立証に意味が乏しい場合には、証拠能力の判断者である裁判所は要証事実を何と見るべきか実質に立ち入った判断をすることも許されて良い。

本件で最高裁は、書証の要証事実を、検察官が挙げた被害再現状況あるいは犯行再現状況(被告人・被害者が、再現という動きをしてくれましたよというだけ)ではなく、再現状況として再現通りの犯罪事実の立証だとしたのは、このような趣旨である。

検討②供述部分

仮に、検察官が示した通りの被害再現状況、犯行再現状況を要証事実とするなら、説明文中の立会人の供述は、そのような再現を行い、それを見分した動機(被告人あるいは被害者がこういったから、このような見分をしました)とし

て扱う余地もあったと思われる。その場合、写真も再現の状況を捜査官が見分した結果の記録であり、見聞者の見分結果を供述するものとして供述書と一体のものとして 321 条 3 項により証拠能力を認められる余地があったと言える。

しかし最高裁は、被害状況、犯行状況を要証事実と見ているから、ここからは被害状況、犯行状況を言葉で述べた説明文中の供述はもとより、写真に映像されている内容も、**立会人の体験事実である被害状況、犯行状況の身体的動作による表現説明としてそれ自体供述の性格を帯び、いずれもその内容通りの事実の証明に用いられる**ことになる。

本決定が供述録取部分及び写真について、再現者が被害者の場合 321 条 1 項 2 号又 3 号、被告人の場合 322 条 1 項の要件を満たす必要があるとしたのは、被害者または被告人の供述を録取したに等しい実質を有していたからだといえる。そしてそのもとで本決定は、供述録取部分には、供述者の署名押印が必要であり、これを欠くから証拠能力がないとする一方、写真には供述者の署名押印は不要としつつ、被告人の再現を記録した写真は任意性から証拠能力を認めたが、被害者のほうの実況見分調書は署名以外の供述不能等の要件を満たさないため証拠能力を認めなかった。

検討③署名押印

要求される署名押印は、録取者による記録が、録取者の供述過程としての性格をもつことから、その正確性を担保し、供述録取書を、供述者自身が書いたものと等しく扱うことが出来るようにするためのものであった。そうすると、本件の場合に説明文中の供述録取部分というのは、被害者あるいは被告人の供述を、見聞者である検察官が録取したものに他ならないから、供述録取書としての実質に従えば、録取の正確性の担保のため署名押印が必要だと解された。写真の方は、身体的動作による供述である(これも体験事実についての叙述ではある)が、これは機械的であるから捜査官の心理過程を経ない。写真による伝達の過程が供述的正確をもたないとすれば、署名による正確性の担保をする必要はないし、本決定もそのようにしている。その意味では 539 事件の考え方を反映したものと言える。

b. 鑑定書

【参照】刑事訴訟法第 321 条 4 項

鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについても、前項と同様である

これは、書面の作成主体が鑑定人とされているので、直接に規定するのは裁判所が命じた鑑定(165 条以下)及び、証拠保全として裁判官が命じた鑑定の結果を記載した書面と言うことになる。

鑑定書は、専門化による意識的な観察・判断を記載したと言う所から一般的な正確性を有する点でも、専門的で複雑な内容にわたるから書面による記録・報告の必要性が高いと言う点でも、検証調書と共通の性質を持つ。

また、裁判官が命じる鑑定人が行う場合、**宣誓**の存在、**虚偽鑑定**への刑法上の制裁(171 条による証人尋問の規定の準用)、刑訴法 170 条による**当事者立会権**の保障言う点で、信用性の状況的保障が認められる。そこで法は、3 項と同じ要件で、つまり鑑定人が公判期日において証人として尋問を受け、鑑定書が真正に作成されたものであることを供述することを要件に、伝聞例外を認めた。検証調書類似であり、裁判所裁判官以外が作成したものなので、4 項に位置づけられる。真正の意味は 3 項と同じである。

このとき、捜査機関の鑑定の嘱託を受けた**鑑定受託者**の鑑定書の扱いが問題となる。(この場合鑑定人とは言わない)今言ったように、これは同じく鑑定書であっても、鑑定人の鑑定書に関する 4 項が直接に規定する所ではないことになる。この点鑑定人の鑑定と、鑑定受託者の鑑定には差異があり、①宣誓と虚偽鑑定への制裁の有無、②当事者立会権の有無といった点の差異を強調すると、信用性にも差が出るから、鑑定受託者の鑑定には 4 項による証拠能力付与が出来ないという理解もありうる。(この場合、321 条 1 項 3 号によることになる)

教材 515 事件(昭和 28 年 10 月 15 日 : 最高裁)

鑑定受託者の鑑定書にも、4 項を準用すべきものとした。

しかし、鑑定と言う処分の性質に由来する、観察・判断の意識性や、書面による記録、公告の必要性は、鑑定の主体が鑑定受託者であろうが変わらない。そして 4 項の場合、「捜査機関による」検証調書には 3 項により証拠能力が認められるところ、それと同様の要件で鑑定書を証拠として認める規定なのだから、捜査機関の嘱託を受けたものがつくる鑑定書にも証拠能力を認めてもよさそうである。また、起訴前に専門家による鑑定の必要性がある場合、被告人側が、請求により鑑定人の鑑定を受けうる可能性がある(179 条)が、捜査機関はこのような証拠保全の請求ができないので、223 条の嘱託鑑定によるほかない。仮に**鑑定人の鑑定書と鑑定受託者の鑑定書の間で証拠能力に差異が設けられると、このような場合に被疑者と捜査機関との間で鑑定による証拠確保能力の点で不均衡が生じかねない**。これらの点から、鑑定受託者の鑑定にも 321 条 4 項準用を認めた判決の帰結は、支持できる。

◎医師の診断書

今の判例が主体を鑑定受託者にも広げたが、さらにそこから外延を伸ばして、以下のような判例も出ている。

教材 516 事件(昭和 32 年 7 月 25 日 : 最高裁)

医師の診断書にも 321 条 4 項により証拠能力を認めた。

通常は、診断書には診断の結果が記載されているのみで、専門家の意識的な観察・判断の経過を記載した書面とは言いにくい。この点で、516 事件の結論には疑問を呈する余地もある。ただまあ、専門化の意識的な観察・判断の結果だけでも記載された書面ならば典型的に信用性が高いと言うことと、いずれにせよ作成者を尋問する機会はあると言うことを考慮した判断として理解することができる。

(4) 被告人の供述代用書面

被告人の供述書または被告人の供述録取書で、被告人の署名押印があるものについては、刑訴法 322 条 1 項に記載がある。なお、被告人の供述代用書面については、被告人が自分自身について反対尋問することはありえないため、被告人の反対尋問権が制約されることは考えずにルールが組まれている。

【参照】刑事訴訟法第 322 条 1 項

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、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき、又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、これを証拠とすることができる。但し、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、第三百十九条の規定に準じ、任意にされたものでない疑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

第一に、被告人に**不利益な内容の供述**は、任意性に疑いが無い場合には証拠能力が認められる。

不利益、というのは自白よりも広く、犯罪事実そのものを認める場合だけでなく、間接事実を認める場合等も含めるのだった。あるいはそれ自体では中立的に見えるような事実(犯行現場にいた)であっても、他の事実と総合すると不利益になる者はこれに含まれる。

任意性に疑いのある自白は、319 条 1 項による排除を受けるが、被告人の公判外供述が不利益事実の承認である場合には、この 322 条により、自白に準じた扱いがなされることになる。

この場合に、伝聞例外が認められるのは、**不利益な事実の承認を内容とする供述は、それが任意にされる限り一般的に言って信用性が高い**ことを基礎とする。加えて、このような被告人の不利益事実の承認を内容とする供述調書が持ち込まれるような場合は、被告人は公判廷で黙秘していることが多い。そのような被告人が黙秘あるいは否認する場合と言うのは、**不利益事実の承認を内容とする公判外事実について、供述不能の場合に実質当たるか、相反供述をしている場合に当るから、必要性も認められる**。これらから、例外として認められる。

※**反対尋問権**に着目する見解

ただし、不利益な事実を内容とする書面については、基本的には検察官から証拠調べ請求されるのが通常である。その場合、検察官は反対尋問の利益を持たない。そこで、伝聞法則と言うものの主眼が反対尋問権の保障にあると見るならば、この不利益事実の承認の場合、いずれの反対尋問権も保障する必要がない(被告人については先に述べた通り、必要ない)状態なので、伝聞不適用として証拠能力を認めることもできるのではないかとされている。伝聞証拠排除については、教官は宣誓と偽証罪、供述態度の直接観察、反対尋問、すべてを総合して議論していたが、そうではなく反対尋問を重視すれば以上の帰結を導くことも可能となる。が、結局今言ったようにいろいろと要素はあるので、そう考えるとやっぱり伝聞に当ることは否定できないと思われる。

◎それ以外の供述を内容とする場合

特に信用すべき状況のもとでされたものである場合には、証拠能力が認められる。この場合、不利益事実を内容とする場合のような典型的な真実性もないし、検察官の反対尋問権も十分働く余地があるから、特に信用すべき状況というものを要件とする。

※ちなみに被告人の供述書あるいは供述を録取した書面というのは、その書面が証拠として用いられる事件の被告人とされている人が作成した供述書あるいは供述録取書であれば足りる。その人がどのような立場で述べたかは構わないから、別に被告人となる前にいったことでもいい。参考人として述べた供述であってもいい。

(5) 特に信用すべき書面

書面の中には、その**客観的な性格から高度の状況的信用性が認められ、作成者を尋問せずとも書面自体を証拠として認めて構わない**ようなものがある。そうしたものに無条件で証拠能力を与えるのが、刑事訴訟法 323 条である。

【参照】刑事訴訟法第 323 条

前三条に掲げる書面以外の書面は、次に掲げるものに限り、これを証拠とすることができる

- 一 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その公務員の作成した書面
- 二 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
- 三 前二号に掲げるものの外特に信用すべき状況の下に作成された書面

1号：公務文書

高度の信用性の状況的保障が認められるとともに、書面の記載内容からして作成者を証人として尋問するよりも書面を用いる方が有益であるという点で必要性もある。

2号：業務文書

業務遂行の過程で機械的継続的に記入が行われ、そのことにより虚偽の虞が小さいから、無条件で証拠能力が認められている。医師のカルテなどはこの主旨を満たすものとして2号の書面にあたるとされる。

3号：その他特に信用すべき状況において作成された書面

議論があるが、特に信用すべき状況の下に作成されたと言うことが公判廷で立証されれば、個別具体的に書面自体は典型的なものである必要はないという見解がある一方、典型的な状況的保障を要求する見解もある。

信用すべき状況と言うのは、321条1項3号でも要件とされているが、**無条件で証拠能力が認められる323条にいう特に信用すべき状況が、321条のそれと同じでいいのだろうかと言われるとやはりまずい**わけで、典型的な信用性の高度な状況的保障が必要と解するのが筋と言える。

教材 521 事件(昭和 25 年 9 月 30 日：最高裁)

前二号の書面、戸籍謄本商業帳簿等に類似するもの、という点を強調したので、後者の立場に近い。
やはり、個別具体的パターンは321条1項3号でと言う感じかと思われる。

(6) 伝聞証人

【参照】刑事訴訟法第 324 条

1 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするものについては、第三百二十二条の規定を準用する

2 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で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、第三百二十一条第一項第三号の規定を準用する

公判廷外においてなされる証言が持ち込まれる場合には、書面による場合のほか、公判外供述を聴いた他人が公判廷で証人となる場合があるが、その場合について324条が定める。

これは基本的に、書面の場合の応用である。

要するに、**原供述者について証人尋問によるチェックができないことが伝聞証拠が排除される理由だったので、書面同様にそのような恐れが克服できるときには伝聞例外も認められて良い**。そこで、原供述者が被告人以外の者である場合には、被告人以外の者の供述書あるいは供述録取書に関する一般規定、321条1項3号が準用されている。被告人の場合、同じように322条1項が準用される。ここでは、供述ゆえ**署名押印の要件は無視される**。

◎伝聞証人の伝聞供述に対する異議

教材 485 事件(昭和 59 年 2 月 29 日：最高裁)

伝聞証人による伝聞供述がなされた場合に異議の申し立てがなされることなく尋問が終了した場合、ただちに異議申し立てが出来ない事情があったとか言う場合でなければ黙示の同意により証拠能力が付与されるとした。

伝聞供述に異議の申し立てが無ければ、326条1項の同意(後述)が黙示にあったものとみなされ、証拠能力が肯定されるものとされた。そのため、伝聞供述に異議申し立てをしない限り324条は直接に問題とならない。

◎再伝聞

324条が規定するのは、伝聞供述が公判廷で行われる場合であるが、関連して、伝聞供述が公判廷外で行われ、これがさらに伝聞供述の形で持ち込まれた場合が問題となる。

例えば、『Xが放火するのを見た』とAが言うのを聞いた」というBの公判外供述が問題となる。これをBが公判外でいい、これを聞いた証人Cの証言の中に今の発言が出てくる場合、もしくはBの供述を記載した供述書・供述録取書が公判廷で証拠調べされる場合が問題となる。

教材 544 事件(福原村放火未遂事件：最高裁)

Xを被告とする、火炎瓶投擲による放火未遂事件。共犯者Yの検察官調書の証拠能力が問題となった。すなわち、「翌日の朝、Xから『X、Z1、Z2、Z3の4人でA方に火炎瓶を投げつけてきた』という話を聞いた」という。最高裁は、刑訴321条1項2号及び324条により証拠能力を認めた。**再伝聞において、伝聞の各過程がそれぞれ伝聞例外を満たせば証拠能力を認めてよいとする考え方**をとったのであるが、これが学説上も通説と言える。

すなわち、伝聞証拠の排除を定める320条1項は、公判期日における供述に代えて伝聞証拠を出すことを禁止するが、その例外として伝聞証拠が認められる場合、公判期日における供述に代わるものとして処理される。そうであれば、公判期日における供述とイコールの扱いを受けることになるのだから、検察官調書の中にさらに被告人の公判外の証言が含まれる場合も、324条1項を準用して、322条1項の要件がさらに認められれば、それで証拠能力が認められるとするのである。

◎学説上の問題提起

以上が通説だが、再伝聞の危険を重視する立場からは異論もある。

①再伝聞は**原供述者の署名押印**のある供述録取書のみ許容する趣旨に解する見解

供述録取書の扱い（321条1項、322条1項）を手掛かりとする議論といえる。これらの条文は、再伝聞である供述録取書に、原供述者の署名押印による確認を求め、二重の伝聞が単純な伝聞になった場合に伝聞例外として証拠能力を認める。そこで、再伝聞のうち、とくに一定の要件を満たした供述録取書にのみ証拠能力を付与する主旨でこの条文がおかれたのだとして、その他の再伝聞を認めない。

②署名押印に準じ、**原供述者の「肯定確認」**がある場合にのみ許容する見解

署名押印に準じる場合として、原供述者自身による供述を行ったことの確認を求める。

③刑訴法 324 条の趣旨

324条は、公判外の原供述の存在について、伝聞証人の証人尋問を通じた吟味確認が出来る場合の規定である。その324条を準用しようとするのだから、そのためには原供述の存在を伝える者について十分な吟味確認ができなくてはならない。すなわち544事件で言えば原供述の存在を伝えるYに対する吟味・確認が必要だとする。

◎検討

まず③については、これは原供述の存在を伝える544事件で言う「Yの供述」に虚偽が含まれる危険を重視している。だが、Yについて伝聞例外要件が満たされれば、この危険についてはとりあえず担保されると言うのが刑訴法の考え方のはずである。

そもそもYについて、**321条1項の要件が満たされれば、Y供述は少なくとも一定内容のX供述の存在、Xがそのような供述をしたと言うこと自体の証明には用いることが許される**はずである。仮にXが一定内容の供述をしたこと自体の証明に用いる場合を考えると、そこから先のXの知覚を問題とする必要はなくなるが、そのような場合であればYについて321条1項の要件を満たすことで、X供述の存在の証明のため、Y調書の証拠能力が認められることには異論がない。そうすると、X供述のそこに述べられた通りの事実の証明に用いると言う場合も、その場合の証明の構造について考えれば、まずXの公判外供述自体の存在自体の証明が問題となり、次にそこからXの知覚記憶叙述過程をたどって、その発言の内容の真否を判断すると言うものになる。

★再伝聞による事実認定の構造

Yの検察官調書「Xから、『……』という話を聞いた」

→①「……」というX供述の存在

→②……という事実の存在（Xの知覚・記憶・叙述を遡って推認）

この構造によるなら、ここで「再伝聞」という②のレベルについての(この時の問題は、Xの供述過程でありYのそれではない！)問題があるからといって、①についての判断のための証拠能力のルールが変更されるいわれはない。ということで、Yについて十分な尋問が必要だと言うのは、少しおかしい。

※**真に受けなくてもいい議論**：批判①と②について

むしろ問題となるのは、供述録取書との証拠能力の関連である。この点で、**原供述者の署名押印に欠ける供述録取書について、刑訴法はおよそ証拠能力を認めない主旨なのか**ということは、一つ問題である。仮に、署名押印に欠ける供述録取書についても、伝聞の各過程がそれぞれ伝聞例外を満たすならば、許容の余地があるのだとすれば、321条1項・322条1項(署名の規定)に手掛かりをもつ学説の問題提起も、意味を失うことになるからである。これらの批判は、上記の署名押印が、絶対的な要件となることを前提とする。

教材 509 事件(犯行被害再現実況見分調書事件：最高裁)

再掲。ここでは痴漢事件についての写真撮影報告書中の立会人の写真+録取書の性質を有する実況見分調書・写真撮影報告書の録取書部分について、321条1項または322条1項の要件を必要とし、立会人の署名押印がなかったからアウトだと判断したのであった。ただ、良く考えるとここで起きている事態は、再伝聞に他ならない。

このとき、検証調書として321条3項により証拠能力を認められるのであるとすれば、伝聞例外として、「供述」として扱われるのだから324条1項が適用され、(伝聞「供述」ゆえ)署名押印なくとも証拠能力を認める余地が、なおあったように思える。にもかかわらず、最高裁はそのような扱いをすることなく、供述者の署名押印を求めた。これは、供述録取書の部分についてはその実質を有するからであり、供述録取書については署名押印がない限り証拠能力を有しないのだと考えていたからだと思われる。この見方が正しいければ、**再伝聞でも、供述録取書の実質を持つものについては、544事件の考え方は、あてはまらないこととなる**のではなからうか。

この問題はほとんど正面から論じられていないが、仮に正しいとすれば、544事件の考え方がストレートにあてはまるものそうでないものの境目を考えていく必要があると思われる。

(7) 当事者が同意した書面・供述

刑訴法は、例外にもかかわらず証拠能力が認められるケースを定めている。それが、刑訴法 326 条に定められる当事者が証拠とすることに同意した書面・供述である。その書面が作成されまたは供述されたときの状況を考慮して相当と認める場合に限り、このような書面には証拠能力が認められる。

【参照】刑事訴訟法第 326 条

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のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り、第三百二十一条乃至前条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる同意があると何故証拠として認められるのかには、議論がある。

① 反対尋問権放棄説

同意は、相手方の反対尋問権の放棄であるという考え方。伝聞証拠は、原供述について証人尋問、とりわけ相手方当事者による反対尋問による信用性の吟味を経ていないがゆえに排除される。そうだとすれば、**伝聞証拠の証拠調べ請求に対し、相手方当事者が反対尋問の権利を放棄する場合には、伝聞証拠排除の理由が基本的に失われる**と言えるから、証拠能力が認められるということになるはずである。なお、証拠調べをした請求当事者は、自ら証拠調べを請求している以上、供述者の証人尋問には利益をもたないとされる。なので「相手方」と言う言い方がされる。ただ 326 条は、反対尋問権が問題とならないような、検察官請求の 322 条 1 項の書面(被告人の供述調書)にも適用があるから、反対尋問だけでは説明できない所がある。

② 証拠能力付与行為説

そこで、**証拠に対する当事者の処分権に基づき、瑕疵ある証拠に証拠能力を付与する**訴訟行為だとする理解もある。326 条の規定は、わが国の刑事訴訟法の実際においては非常に重大な役割を果たす。

わが国で公判審理される刑事事件は、ほとんど 90% くらいが自白事件である。すると、捜査段階で作成された証拠となる書面が証拠調べ請求され、それに被告人側が同意することで証拠能力が認められることが多く、ここで同意書面と言う形で迅速処理が可能となっている面があるのである。アメリカのように有罪答弁とかもないので、その分効果は大きいと言える。

ちなみに伝聞証拠が排除されることを原則とすると、人の供述が証拠になる場合は、まず証人の取調べが請求されそうである。しかし実際の訴訟では、圧倒的に多くの場合、検察官がまず伝聞証拠たる供述調書を証拠調べ請求する所からはじまり、これに被告人が同意すれば 326 条により証拠採用されて取調べされる。

これに不同意とした場合にはじめて、原則に戻って供述者の証人尋問が請求されるのが一般的である。そして供述者が利用不能だったり、調書と相反する供述をするような場合、そこであらためて 321 条以下の伝聞例外が問題となるという形になる。320 条が原則、321 条以下が例外の基本形、326 条が例外のなかの例外、という順序であるにもかかわらず、実際の訴訟における証拠の出方の基準はその順番通りではないのである。

【参考文献】

□『演習刑事訴訟法』項目 72〔大澤裕〕

□大澤裕「刑訴法 326 条の同意について」法曹時報 56 巻 11 号

(8) 証明力を争うための証拠

328 条は、伝聞例外にあたらないとして証拠とすることができない書面又は供述でも、**証人その他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**としている。

【参照】刑事訴訟法第 328 条

第三百二十一条乃至第三百二十四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つても、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以前、証拠の種類として話したが、犯罪事実の存否を争うための証拠を**実質証拠**といい、その証明力に影響を及ぼす事実を**補助事実**、そのための証拠を補助証拠と言う。つまり、**実質証拠として用いることが許されない伝聞証拠も、補助証拠としては用いることができる**ということになる。

もっとも、328 条の規定の解釈、この規定で許容される証拠の範囲については見解の対立がある、

① 非限定説

法律の文言としては、328 条は別に証明力を争うため、ということ以外に格別の限定を置いていない。そこで、公判定でなされた供述に対し、そこで述べられた内容と相反する事実を立証すれば、公判廷の供述の証明力が減殺されることは間違いなから、そういうことを立証する補助事実が広く認められて良いと言う。

この説によると、たとえば A の公判廷の供述「放火事件の現場で X を見た」に対して、その証明力を争う限りでは、A の供述と内容的に相反する別人 B の公判外の供述「放火事件の現場には X はいなかった」を内容とする供述証拠などを証拠として用いることができることになる。

しかし、今例に挙げたような場合に、**Aの供述の証明力が減殺されるとすれば、それはBの供述の信用性が認められることを前提とせざるを得ない**。だから、そのような証明力の争いは、B供述を内容とする伝聞証拠によって、要証事実についての**心証**を形成するということを前提とすることになる。すると証明力を争うと言いながら、それが実質証拠として用いられることとほぼ変わらないことになり、伝聞証拠が空文化されることになる。

②限定説：自己矛盾供述に限る

そこで、学説上は自己矛盾供述に限ると言う考え方が有力となる。**Aの公判廷の供述の証明力を争うために使っているのは、A自身が公判廷外で行った自己矛盾の供述を内容とするような証拠に限る**と言うのである。

同じ人の供述の場合には、異なる機会に矛盾した供述をしているという事実自体によって、その人の信用性に疑いを生じさせることができる。どちらが正しいと言うことをいわずとも、**前後矛盾しているということ自体が信用性を毀損するのである**。この説は、328条が許容するのは、このような形で証明力を争うことに限られうるとする。

もっともそうだとすると、この場合に公判外の供述を内容とする証拠は、公判外供述の内容として述べられた通りの事実、内容の真実性を証明するために用いられているのではないから、そのような供述がなされたという事実を証明するためだけに用いられていることになる。これはそもそも、**非伝聞用法**であるから、ことさらに328条の規定がなくとも許されるのではないかという疑問が出てくる。

そこで限定説に対しては、328条の独自の意味を失わせる、行き過ぎた解釈だと言う批判がなされてきた。

③限定説をさらに広げた見解

ということで、自己矛盾供述に加えて、一定の事実として、**証人の信用性に関する証拠については伝聞証拠を認める**という考え方が主張されている。このような事実を**純粹補助事実**といい、証人の性格、能力、利害関係、偏見等、専らその信用性に関わる事実を指す。犯罪事実そのものに関わらない事実について証拠として認めることで、①説、②説の欠点を埋めようと言う試みである。

※補助事実の証明との関係

この見解を評価する上では、補助事実と言われるものについて、**厳格な証明**を要するか**自由な証明**で足りるかを問題とする必要がある。

補助事実は、それ自体として見れば刑罰権の範囲及び存否を定めるものではないから、その証明は自由な証明で足りるという見解も有力である。しかし、仮にそのような見解に立つとすると、純粹補助事実はそもそも伝聞法則による証拠能力の制限を受けないことになるので、これについて328条を介す必要性がなくなってしまふ。

これに対して、**犯罪事実を認めるかどうかは実質事実の証明力にかかると、その証明力にかかるとも十分に可能**であり、そのような見解も有力である。上の③説も、補助事実について厳格な証明が必要だとする見解を前提としてはじめて、証人の信用性を争う証拠について328条の独自の意義を見出すことができるのである。

しかしそうだとすると、補助事実は犯罪事実の証明に重要だから、厳格な証明を要し証拠能力が必要だとしつつ、そのような補助事実を証明する場合について広く伝聞例外を認めることになる。伝聞例外を認める範囲を、このように証拠能力を厳格に認められるべきカテゴリの枠をほとんど埋めるような形で設定することには疑問がある。

学説及び判例は限定説に立ちつつあるが、なお議論はある。そのような中、最高裁判例は以下のような立場をとる。

教材 533 事件(東住吉区自恃保険金殺人事件：最高裁)

328条は、被告人証人その他の者の供述が、自己矛盾したものである場合に適用されるとして限定説に立った。

さらに、**自己矛盾供述の存在自体について、厳格な証明を要求する**ことを述べ、自己矛盾の原供述の供述録取書に、原供述者の署名押印がない場合は、328条の証拠として許容されないとした点が注目される。

署名押印がある場合、録取書とはいえ供述書と同格となるから、その存在自体が自己矛盾供述の存在を示す。

これに対して署名押印がない場合、原供述の存在は録取者の供述過程を経て記されているから、原供述の存在を証明するにあたって伝聞証拠にあたることになる。この判例は、自己矛盾供述の存在の立証にあたって、このような伝聞証拠を許容しなかった。これは、従来十分な議論が無かった新しい判断であり、この部分の持つ意味については議論がある。

自己矛盾供述の存在は、証人の信用性に係る補助事実であるから、一つの見方としては、この決定が、従来厳格な証明が必要かに争いがあつた**補助事実について、厳格な証明が必要だとする学説上の有力説に従った**とすることができる。

これに対して、調査官解説のように、「純粹補助事実についての自由な証明説は排斥されていないことになる」という理解もある。もし調査官解説のような見解に立つと、**自己矛盾供述の存在を補助事実とみなないか、補助事実のなかでもとくに厳格な証明が必要なものとして他の補助事実と区分する必要がある**と思われる。

確かに形式論からすれば、自己矛盾供述に厳格な証明がいるとしかいわれていないのであるが、これと他の補助事実との間に、実質的な線引きが可能かと言われると、これは疑問もある。

◎時間的限界

さらに、若干の問題がある。まず、証明力を争う証拠を自己矛盾供述に限るとすると、この**自己矛盾供述は、証人として証言する前の供述に限られるだろうか。**

教材 535 事件(昭和 43 年 10 月 25 日 : 最高裁)

証言の後の供述だろうが 328 条により許容されるとした。

まあ自己矛盾と言うのに、同じ人が前後矛盾していれば足りるから、その点で先後を問う必要はないともいえる。弾効の目的との関係では、証言前のものに限るいわれはない。

ただし、公判廷で証言をし、必要な尋問を繰り返したのち、あらためて公判廷外で取り調べをしたら異なる供述が得られたと言う場合、その調書を弾効目的にせよ無制限に利用できるとすれば、**公判における証人尋問の意義を失わせることになる**。だからまあ、凡そ許されないとは言わないが、慎重な認定が必要かと思われる。

◎証明力の回復

また、証明力の弾効のための証拠を念頭に議論してきたが、それに限られず、いったん**減殺された証明力を回復するための証拠も 328 条の対象となる**のが一般的である。ただし、その場合に許容されるのは、限定説からは、供述内容の真実性によらず信用性の回復が可能で**一致供述**に限ることになる。

教材 536 事件(スナック経営者強姦致傷事件 : 東京高裁)

自己矛盾供述による弾効に対し、一致供述による回復を許容した。

確かに、公判廷外における供述が脅迫や買収等の利害関係、偏見の存在というようなことを理由に弾効をされた場合に、そのような脅迫や買収行為の以前から同じ供述を一貫してしていたというようなことを示す場合を考えると、一致供述の存在自体によって証明力の回復が図られるというのはよくわかる。

だが、536 事件のように、単に自己矛盾供述に対して一致供述があるだけで、信用性が回復されるかは疑問である。矛盾供述も一致供述もあるよ、といわれても、ますます意見がブレブレというだけなのではないだろうか。その意味で、ほんとうに証明力が回復するのかは議論が必要である。

◎証明力を争う対象

条文としては「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」と書いてあるが、ここから伝聞例外として証拠能力が認められた供述書・供述録取書が除かれる理由はない。その意味で、伝聞例外として証拠能力が認められたものについて証明力を争うことについても、328 条は機能するとされる。

【参考文献】

□後藤昭「供述の証明力を争うための証拠」三井誠先生古稀祝賀論文集

E 違法収集証拠

1 問題の所在

(1) 違法に収集された証拠物

違法に収集された証拠物は、それを採用すべきだろうか。自白については、それが違法な形で獲得された場合に対応する規定があったが、単なる証拠についてはその規定がない。自白については憲法にして保護される**自白法則**があるのに対し、刑訴法上は違法収集証拠一般を拾うルールが規定されているわけではない。

そして、自白の場合、違法な手続きで獲得されればそれだけで虚偽性が高まるから証拠価値が減るとされているが、**普通の証拠を違法にあつめたからといって、ただちに証拠としての価値が下がるとは言えない**(たとえば無理矢理にひたたくて麻薬の注射針を手に入れたとしたとき、この注射針が二セモノの可能性が上がるとかそんなわけではない)。この差異が明文に現れているのだとすると、証拠物の場合は違法に収集されたとしても、証拠能力には影響がないと言える。かつては判例も、そのような立場であった。

【参照】最判昭和 24 年 12 月 13 日・裁判集刑事 15 号 349 頁

「押収物は押収手続が違法であっても物其自体の性質、形状に変異を来す筈がないから……証拠たる価値に変わりはない、其故裁判所の自由の心証によって、これを罪証に供すると否とは其専権に属する」

(2) 学説の展開

しかし学説においては、次第に違法収集証拠を排除しようという理解が広まった。

理由①適正手続の確保

適正手続の保障といってもいろいろあるが、以下に述べる理由 2、3 と違う独自の意味として述べると、違法に収集された証拠を用いて処罰すると、憲法上の**適正手続の要請**に反することがあり、その場合には適正手続の要請に従い証拠能力が否定される。憲法 31 条、35 条由来の価値の保護ということ。

理由②将来の違法捜査の抑止

違法な捜査による捜査からは証拠が得られないとすれば、**将来の違法捜査を抑止することができる。**

理由③司法の廉潔性（無瑕性）の保持

違法に収集された証拠を裁判所が使用すると、裁判所が違法を追認あるいは違法に加担したに等しく、**司法に対する国民の信頼を損ねることになる。**

2 違法収集証拠排除法則

このように学説に浸透した違法収集証拠排除の議論は下級審に浸透し、ついに最高裁も認めるところとなった。

(1) 最高裁判例

教材 545 事件(大阪天王寺覚せい剤所持事件：最高裁)

教材 18 事件と同じ。所持品検査の適法性が問われた。内ポケットからものを取り出すことが違法とされ、其の結果発見された注射針と覚せい剤粉末の証拠能力が問題となり、ここで最高裁は違法収集証拠についての一般論を述べたのである。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止の観点から相当でないと認められる場合において、その証拠能力を否定した。ただし、具体的事案の解決についてはいくつかの事情を認めたうえで、違法がそこまで重大ではないからとして証拠能力を認めた。

この判例を以て、わが国の学説実務に定着したといえよう。上の判例の立場をベースに、以下その議論を追っていく。

(2) 証拠排除の根拠

a. 憲法と刑事訴訟法

最高裁の立場は、条文が無いから刑訴法の解釈に委ねられるというものである。すなわち、「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当である」という。

逆に言えば、「**刑訴法**」の解釈に委ねられるのだから、**適正手続に違反する場合には、憲法 35 条、憲法 31 自体によって証拠能力が否定されると言うような理解はとられなかった**ということである。

もっともこの点は、あくまで本件の具体的事案に即した場合であるから、憲法上の証拠排除と言う物を完全に排除したわけではない、という理解もできなくはない。

この憲法の解釈か、刑訴法の解釈か、という問題は、適法な上告理由に当たるかに係る。判例によれば、証拠排除の適否は刑訴法の解釈問題だから、証拠排除に関する判断の誤りを理由に上告がなされても、それは「憲法違反」と言う上告理由（刑訴法 405 条）ではなく、応答の義務が生じないことになるのである。

b. 実質的根拠

最高裁は証拠排除の基準として、将来における**違法な捜査の抑止**の見地からして相当でない場合、と言うのを挙げているから、これを一つの理由としているようである。

さらにはこれに加えて、**司法の廉潔性**の保持というのも考慮されているとするのが一般的な理解である。別に判決中に直接の言及はないが、その基準として違法の重大性が要求されているから、司法の廉潔性の観点と親和的だと言われている。排除による抑止の必要と言う観点だけならば重大な違法には限られず、他の手段で抑制できない違法ならば排除が要請されると言っているはずであるから、重大な違法に限るといっているのは、そのような場合にこそ司法の廉潔性が強く求められるからであるとされるのである。そして、司法に関する国民の信頼確保の最終的責任が裁判所(とりわけ最高裁)にあるのであれば、裁判所が判例で証拠排除を認めるに際して、司法の廉潔性について考慮されなかったわけがない、ということでもある。

(3) 証拠排除の基準

a. 違法の重大性と排除相当性

基準については、545 事件でみたように、違法の重大性と、排除相当性が指摘される。

教材 545 事件(大阪天王寺覚せい剤所持事件：最高裁)

再掲。「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と認められる場合」という言葉が使われている。

ここからは、①**違法の重大性**、②**排除相当性**と言う要件が導かれる。

◎違法の重大性と排除相当性との関係

①重畳・加重関係（①かつ②）

判例の文言を素直に読めば、重畳的にどっちも必要だということになる。現在の一般的な理解である。実際の裁判例では、違法が重大であれば、抑制の見地からの排除相当性が認められるのが通常であるとして、事実上は違法が重大かどうか分水嶺となっている。ただ、重畳加重の関係と見る場合、たとえば重大な違法はあるが、排除相当性に欠けるから証拠排除しないというような場合があることになる。

例としては、将来の再発がほとんど考えられない非常に稀な形の違法とでも言う場合であろう。将来ほぼ起きないのであれば抑止の必要に欠けるから、排除相当性がなくなるのではないと言われる。

②並列関係（①または②）

学説の中には、並列的な要件としてどちらかあればいいんじゃないかと言うものもある。

ここでは司法の廉潔性の保持と将来の違法捜査の抑止とはそれぞれ独自に証拠排除を基礎づけるとされる。

また、判例の具体的当てはめを見ると、一方の要件を充足しないということだけで結論を導かず、違法が重大でないこと、許容が相当かということの両者を判断していることも、彼らの議論を基礎づける。

だとすれば、重大な違法はないが、違法捜査抑制の見地から排除が認められる場合もありうる。

たとえば違法は必ずしも重大ではないが、違法がきわめて頻発し、他に有効な手段がない場合には排除してもいいかもしれない。

とはいえ一般的な理解は、加重重畳的な関係にあると言う物である。

b. 相対的排除

◎排除基準の適用：2段階のテスト

実際の裁判では第一段階として①証拠収集手続の**違法・適法**がテストされ、それが違法だとされれば②違法の**重大性**と抑止効から見た**排除相当性**がテストされると言う、二段階のテストが行われている。

ここからは、**違法ではあるが排除はされない場合がある**ことになり、「違法」即「排除」（**絶対的・画一的排除**）というやりかたは否定されているということになる。（＝**相対的・個別的排除**）

これについては、違法のやり得となる場合があるから証拠排除の目的に反しないかと言う議論もある。しかし、証拠排除はしばしば決定的な証拠の利用を禁じ、明らかな犯罪者の無罪放免を基礎づけることになる。このように重大な対価を伴うことを踏まえると、違法捜査の抑止、司法の廉潔性と言う観点からただちに絶対的な違法収集証拠の排除を認めて良いかは疑問である。

理論的理由

①将来の違法捜査抑制の見地

結局、**証拠排除以外にも違法捜査の抑止は懲戒だとか国家賠償だとか他の手段をもって可能**であるから、あえて証拠排除を選ぶには、それだけの理由が必要と言える。

②司法の廉潔性保持の観点

司法に関する国民の信頼確保の点からは、**軽微な違法を以て重大な犯罪の犯人と明らかに認定できたものをそう扱わないのは、かえって司法の廉潔性を損なう**恐れがある。

実際的理由

③証拠収集手続に対する厳格な適法性判断の確保

また、違法則排除ということにすると、証拠排除という重大な効果を避けるため、**本来違法と判断されるものについて「適法」と判断され、かえって厳格な適法性判断を不可能にせしめる**こともありうる。

3 排除法則の展開

最高裁自身、550 事件、551、552、553、554、152 事件などで結論としては証拠能力を認めつつもこの法則を適用したし、546 事件では証拠排除もしているところである。そのような現状の中で、以下さらに具体的な問題を述べていく。

(1) 先行手続の違法

a. 問題の所在

証拠収集手続それ自体としてみると違法とは言えないものの、それに先行して一連の手続があり、そのなかに違法がある場合というのが少なくない。このような場合に証拠の証拠能力はどのように判断されるだろうか。

b. 最高裁判例

最初に判断を示したのは以下の事例である。違法の承継について問われた。

教材 550 事件（奈良生駒覚せい剤使用事件：最高裁）

承諾のないままXの家の屋内に立ち入り、ベッドで横になっていたXを起こして警察署に連れて行ったあげく、退去の要請を認めず、採尿をした。この証拠能力が問題となった。

最高裁は、「被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署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況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」

としたうえ、そのような判断のうえ、採尿手続きが違法と認められたときには、それをもってただちに採尿された尿の証拠能力が否定されるのではなく、違法の重大性と、排除の相当性が認められるかを判断するべきだとした。そして、排除法則を適用して判断したものの、結論としては違法の程度が重大ではなく、違法捜査の抑止からも排除には相当性がないとして証拠能力を認めた。

ここでは触れないが、553、554 事件などでも同じように判断されている。

教材 546 事件（大津違法逮捕事件：最高裁）

逮捕の同日に任意に提出された尿の証拠能力が問われた。

最高裁は、「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」、「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」として証拠能力を否定した。

これは否定例。**証拠収集手続きに先行する違法についても、一定の場合には排除がみとめられる。**

c. 判断枠組みの検討

ただ、排除されるとはわかったものの、その場合の証拠能力の判断枠組みについては、550 事件と 546 事件とでは多少異なるようにも思える。

◎両者の差異

重大な違法（排除要件）の判断対象が異なる。

①教材 550 事件：**証拠収集手続**（先行手続から違法を承継）について判断。

②教材 546 事件：**先行手続**（もともとの違法の所在）について判断。

重大性の要件は、もともとの先行手続自体に判断されている。その後、それが密接に関連するかどうかで処理。

◎両者の共通点

ただし、共通点もある。

教材 550 事件は、証拠収集手続が帯有

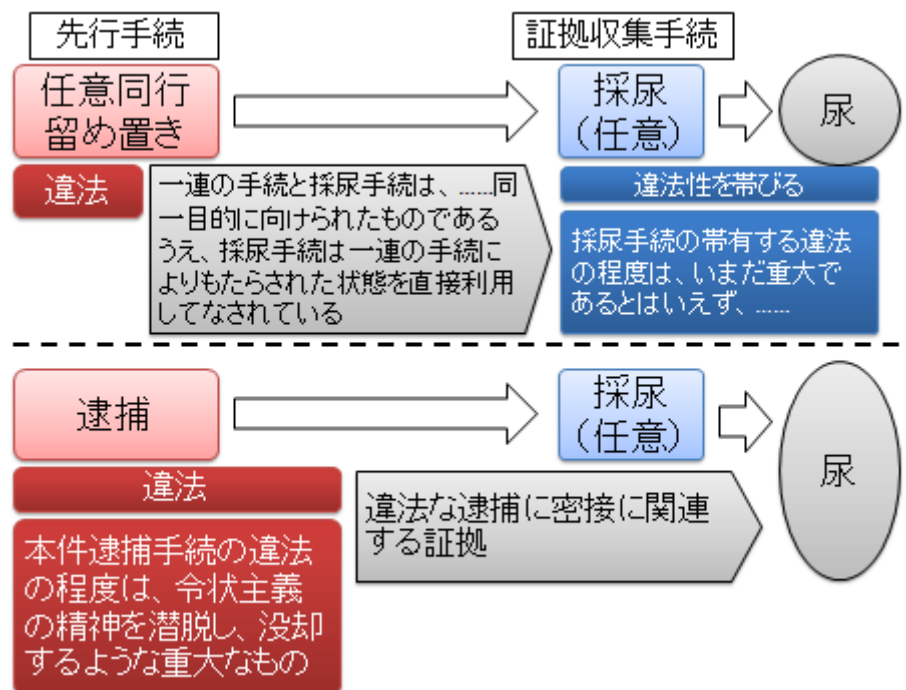
する違法の重大性を考えるに際して以下のような事情を考慮した。

- ①被告人宅立ち入りに際し、当初から無断で入る意図はなかった
- ②任意同行に際し、有形力の行使はなく、被告人は異議を述べず同行に応じた
- ③留め置きに際し、被告人の申出に応答しなかったが、強要的言動はなかった
- ④採尿手続自体は、なんらの強制なく、被告人の自由な意思での応諾により行われた

④については、これは先行手続きと証拠収集手続きとの間にある**関連性・因果性**に係る要素であるから、結局のところは、**先行手続きの違法性と、違法と証拠の関連性が問われている**といえる。

他方で教材 546 事件でも、先行手続の違法の重大性と、その違法と証拠との密接関連性とが問われているのである。だとすると、見た目の判断対象は異なるものの、実質的には判断されていることは同じで、枠組みとしての両者の違いを過度に強調する必要はないのかもしれない。

まあなんにせよ、このような一定の場合に、先行手続きに内在する瑕疵を理由に証拠排除を認める理解は、基本的に承認されているところではある。



(2) 違法の重大性の判断

違法の重大性の有無は、どのように判断すべきだろうか。

a. 令状主義の精神の没却

545 事件では、「**令状主義の精神を没却するような重大な違法**」という基準が示されていた。これは単に令状主義に「反する」と言うよりも高い程度の違法を指す趣旨だと理解されている。

具体的には、**実質的に強制処分と言うべき処分が令状なしに行われた**、というような事案が多い。典型例としては 550 事件など、任意同行が行われ、その後採尿がされた場合、明示的な拒絶にもかかわらず有形力を用いて警察署等への同行が行われると、実質的逮捕と評価されるべき同行が行われていると言え、その後の身柄拘束を用いて採尿が行われたとか言う場合には重大な違法が認められることが多い。

b. 法規からの逸脱の程度

上のような場合でも、任意同行の時点で**現行犯逮捕**や**緊急逮捕**が可能だと言っているだけの事情があったような場合には、違法の実質は本来履践すべき手続きを行わなかった手続選択のミスにあるだけで、逮捕できないのに逮捕した、とかいうような場合と比べると違法は限定的だと見る余地がある。このような場合は違法の重大性は否定されることになるだろう。違法の重大性の判断においては、制約される利益の重大性が重要となるが、それとともに、利益制約のある処分も一定の手続きのもとで許されることもあるから、**法規に定められた適法行為からどれほど逸脱している**かも問題となるのである。

教材 551 事件(浅草覚せい剤使用事件：最高裁)

職務質問ののちのパトカー乗車を自動車の乗降口に手をつっぱねて拒むXを説得し、渋々パトカーの後部座席に乗車させたが、その後暴れるXに対し、両側から手首を握るなどして制止する状態で警察署に同行したと言う事案。同行後の所持品検査によって発見された覚せい剤や注射、現行犯逮捕後の任意提出させた尿について証拠能力が問題となった。最高裁はこれについて、法規からの逸脱が実質的に大きいとはいえないとした。

具体的には、「実質的には、この時点で被告人を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕するか、少なくとも緊急逮捕することが許された」、「警察官において、法の執行方法の選択ないし捜査の手順を誤ったものにすぎず、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえない」という。

承諾が無かったから、承諾のない相手方の抵抗を有形力を用いて静止しつつ同行させた点で、この時点で**実質的な逮捕**状態があったといえる。そのような状態を利用して行われた手続きの違法は重大だったと言う余地は十分にあった。しかし違法の程度が重大ではないとされたのは、その時点で中身が覚せい剤だと判断される紙包みが路上におとされていることが現認されていて、**実質的にこの時点で被告人を覚せい剤所持の現行犯逮捕もしくは緊急逮捕が可能であった**から、法の執行方法の選択乃至捜査の手順をあやまったものにすぎず、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえないとされたのである。

c. 令状主義潜脱の意図

一つ興味深いのがまたまた 546 事件である。

教材 546 事件(大津違法逮捕事件：最高裁)

窃盗の被疑事実で逮捕状が発布されていた被告人宅に、逮捕状を携行しないでやってきた捜査官。途中で偶然被告人に会って任意同行を求めたが逃げられた。その後、逃げられたので捜索していると、路上にいやがったので、そこで捕まえて同行させたが、そのときはじめて逮捕状提示のだった。この時点で最初にあったときから結構時間がたったのだが、3時間くらいさばを読んで逮捕状に令状提示時刻の記載をし、ちゃんと最初から令状を提示してたよ～★ということにできてしまっていた。

最高裁は、ここでは手続き的な違法をごまかすために内容虚偽の捜査報告書を作成し、公判廷において事実と反する供述を行っており、このような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」だとしたのである。

この事案にある客観的な違法性自体は、緊急執行の手続きをしなかったとか令状提示をしなかったとかその程度のもので、逮捕はできたがそのためのカードの切り方をミスったというのに過ぎないから、その意味で違法性はあまりない。にもかかわらず違法が重大とされたのは、逮捕後に違法を事後的に糊塗する行為を行ったからである。**逮捕「後」の事情がなにゆえ既に完了した逮捕の違法に関わるのだろうか**。本来的には後から生じた事情は関係がないはずで、ここでは事後の事情から事前の事情が推認され、その事情のゆえに逮捕の違法の重大だとしていると理解することとなる。なんとか理屈付ければ、本件の場合、事後の行為は検察官の**違法性の意識**を示しているとする余地がある。そこから、もともとの逮捕も法無視の態度から行われたものなどと説明することも、まあできなくはないかもしれない。

◎違法の有意性（捜査官の令状主義潜脱意図）は「重大な違法」の必要条件か

★**必要条件ではない。**

ところで最高裁が重大な違法と認めなかった事案では、捜査官に令状潜脱の意図が無かった、というものが少なくない。

最高裁判例では、教材 545 事件、551 事件、19 事件、152 事件などで重大な違法を否定する。

有意性ありとした教材 546 事件では重大な違法を肯定したから、これをみると、**違法の重大性が認められる上では、違法の有意性というものが不可欠の要素とされているようにも思える。**

ただ、545 事件の所持品検査は相当性に欠くとはされたが、搜索強制があったとはされておらず、それじたいでも令状主義を潜脱するとはいいにくいものであったから、そのような場合に令状主義の潜脱意図がないことも追加的にあげたというだけと理解することもできる。

むしろ違法が客観的に見て重大でなくても、意図をふまえれば重大とされることがあるということを前提に、それに今回の具体的事案が当たらないとただけと言う理解も可能であるし、そのほうが適当と思われる。

546 事件はまさに、捜査機関の違法の有為性を考慮して重大性を認めたというだけで、これらの判例を根拠に、違法の有為性を不可欠の要素とすることは出来ないと言うべきだと思われる。

別に有意性が無くとも、客観的に見て重大な違法があれば、それでも排除を認めてよいと思われる。

(3) 毒樹の果実

a. 意義

違法収集証拠として排除される第 1 次証拠に基づいて得られた第 2 次証拠を、**毒樹の果実**という。

◎毒樹の果実の証拠能力

教材 546 事件(大津違法逮捕事件：最高裁)

違法収集証拠として証拠能力が否定された尿鑑定書を疎明資料として発付された搜索差押許可状によって被告人宅を搜索し、その結果発見されて差し押さえられた覚せい剤とその鑑定書の証拠能力が問題となった。

これについて、最高裁は「証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠」だとしつつも、「関連性は密接なものではない」として、証拠能力を肯定した。

これについてはすでに教材 459 事件の伊藤補足意見において、以下のように指摘されていた。

【参照】教材 459 事件の伊藤補足意見

「単に違法に収集された第 1 次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということのみをもって一律に排除すべきでなく、第 1 次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第 2 次的証拠の重要さの程度、第 1 次的証拠と第 2 次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべきものである」

546 事件も毒樹の果実について、排除の可能性を認める一方で、**証拠能力のない証拠との関連性を有するからといって一律に証拠として排除されるのではなく、柔軟な判断をすべき**という立場をとった。

違法収集証拠の排除の理由は司法の廉潔性維持や将来の違法捜査の抑止である。このような観点から、第二次証拠が排除されねば問題が解決されない場合には排除もやむをえないと思われるが、その対価も考慮しつつ相対的に排除する考え方に立てば、第二次証拠についても個別具体的判断がなされるべきであろう。そのような観点から見たとき、第一次証拠の収集手続きの違法の程度、それと第二次証拠がその違法の影響をどれだけ受けるか(関連性・因果性の程度)を踏まえ、判断されるべきであり、判例の立場は基本的に支持できると言える。

b. 関連性の程度の判断要素

具体的な判断について、関連性の程度はどう判断すべきか。

まず、違法収集証拠とその鑑定書とか、それを撮影したとか言う不可分一体の場合には、第二次証拠も第一次証拠と同様に扱っていいだろう。

対してその違法証拠を基に手続きが進み、そのなかで得られた二次証拠については関連性の判断が必要となる。

教材 546 事件(大津違法逮捕事件：最高裁)

この事案では、関連性を低減させる介在事情を示していた。

①司法審査による令状発付の介在

②適法な窃盗事件についての搜索差押許可状とあわせて執行

このうち②については、適法な捜査で別途的に押収する可能性があったと考えられると言う趣旨と思われる。これは、違法が無かったとしてもと言う仮定の判断であるが、その場合に適法に押収されていたといえるだけの事情があるのならば、たしかに関連性を下げる要素として判断してよいと思われる。

※**不可避的発見の法理**（アメリカ）

捜査官が違法な手続きにより証拠を収集したことは確かであるが、仮にその違法な証拠収集行為がなかったとしても、当該証拠は他の合法的な手段によって確実に発見されえたと言う場合に、当該証拠の証拠能力を認めてよいとするアメリカの法理。まあ上の議論と同じである。

対して①の事情については、因果性を弱めるかには議論がある。

排除の主旨は令状審査の段階にも当てはまり、**搜索差押許可状も本来は発布されるべきでなかったのだとすると、仮に令状審査があったとしても関連性を希釈しえない**のではないかと、とも思われるからである。

教材 152 事件(大阪宅配便エックス線検査事件：最高裁)

「本件覚せい剤等は、**司法審査**を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれる」
このように判例上は確立している判断要素だが、学説には疑問を提示するものもある。

【参考文献】

- 秋吉淳一郎「違法収集証拠」刑事訴訟法の争点〔第4版〕
- 椎橋隆幸「証拠排除の要件」刑訴法判例百選〔第9版〕
- 佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室 275号
- 大澤裕＝杉田宗久「違法収集証拠の排除」法学教室 303号
- 川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」松尾古稀（下）
- 大澤裕「違法収集証拠の排除(3)」刑訴法判例百選〔第8版〕

講義内容は以上

※3年間のブランクと、レジメの直前性により裁判については扱われなかった。まさか最後の最後にブランクがあるからとかしょうもない言い訳をしてくるとは思っていなかったが、ブランクがなくてもまったく終わらない憲法よりはましである。

※試験について

基本的に、扱っていたところから出題するとのことである。冷静に当たり前である。ただし、当然知っているべき知識や、考えれば今までに扱ってきた事柄から推察できることについては、試験内容に含まれる可能性もあるとのことであった。しかしまあ、口ぶりからして裁判のところから丸っと出すとかそういうことはないと思われる。