第０部 もくじ

最高裁 → 最

高裁 → 東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松

第０部　もくじ 1
第１部　刑事訴訟法 8
第１編　総則 8
第１章　総論 8
第１節　刑事訴訟法の基本原理 8
第１款　当事者主義 8
第２章　手続の関与者 8
第１節　裁判所 8
第１款　裁判所 8
第２款　迅速な裁判** 8
第３款　裁判員裁判 9
第２節　捜査機関 10
第１款　検察官 10
第２款　司法警察職員 11
第３款　検察官と司法警察職員 11
第３節　被疑者・被告人・弁護人 12
第１款　被疑者・被告人 12
第２款　弁護人 14
第３款　国選弁護人 16
第４節　その他の関係者 19
第１款　被害者** 19
第２款　補佐人（42 条） 19
第２編　捜査 20
第１章　総説 20
第１節　総説 20
第１款　捜査の概要 20
第２節　任意捜査と強制捜査 21
第１款　強制処分への制約と任意捜査の原則 21
第２款　強制捜査の適法性の判断 22
第３款　任意捜査の適法性の判断 22
第２章　捜査の端緒 23

第１節　捜査の端緒 23
第１款　意義と種類 23
第２款　検視（229 条） 23
第３款　告訴・告発・請求（230-244 条） 24
第４款　自首（245 条） 26
第５款　職務質問 27
第６款　所持品検査 29
第７款　自動車検問 32
第３章　逮捕と勾留 34
第１節　逮捕 34
第１款　身体拘束処分と令状主義 34
第２款　逮捕の種類 34
第３款　通常逮捕（199-201 条） 35
第４款　現行犯逮捕（212,213 条） 38
第５款　緊急逮捕（210 条） 40
第６款　逮捕後の手続 41
第７款　不服申立 43
第２節　勾留 44
第１款　意義 44
第２款　勾留の要件と手続 45
第３款　勾留の方法 46
第４款　不服申立等 48
第５款　起訴後の勾留 50
第３節　逮捕・勾留の諸問題 51
第１款　逮捕前置主義 51
第２款　身体拘束処分の効力の及ぶ範囲 53
第３款　一罪一逮捕一勾留の原則 55
第４款　別件逮捕・勾留の余罪の取調べ 57
第４章　被疑者等の取調べ 60
第１節　被疑者の取調べ 60
第１款　手続 60
第２款　任意同行 61
第３款　任意出頭・同行後の取調べ 62
第４款　逮捕・拘留中の取調べ受忍義務 65
第５款　余罪取調べの限界 66
第６款　起訴後の取調べ 68

第２節　第三者の取調べ 70
第１款　参考人の取調べ 70
第５章　捜索・押収・検証 71
第１節　捜索・押収 71
第１款　令状主義 71
第２款　捜索差押の対象 72
第３款　捜索差押の要件 74
第４款　捜索差押許可状の執行 76
第５款　捜索・差押えの範囲 78
第６款　令状によらない差押え 82
第７款　領置 84
第２節　検証 85
第１款　検証と令状 85
第２款　身体検査 86
第３節　鑑定 88
第１款　鑑定嘱託 88
第４節　体液の採取 90
第１款　強制採血 90
第２款　強制採尿 91
第５節　その他の証拠収集手段 93
第１款　写真撮影・ビデオ撮影 93
第２款　通信傍受 95
第３款　秘密録音 97
第４款　おとり捜査 98
第６章　被疑者の防御 99
第１節　被疑者の権利 99
第１款　黙秘権 99
第２款　ポリグラフ検査・麻酔分析 102
第２節　その他の防御権 103
第１款　接見交通権 103
第２款　証拠保全 107
第３款　違法捜査に対する救済 108
第７章　捜査の終結 110
第１節　捜査の終結 110
第１款　警察における処理 110
第２款　事件送致後の捜査 111

第３款　検察官の事件処理 111
第３編　公訴 112
第１章　総説 112
第１節　公訴提起の基本原則 112
第１款　国家訴追主義（247 条） 112
第２款　起訴便宜主義（248 条） 112
第３款　起訴処分に対する規制 112
第４款　不起訴処分に対する規制（259-269 条） 114
第５款　起訴状一本主義・予断排除の原則 116
第６款　不告不理の原則と公訴の対象（249 条） 118
第２章　公訴 120
第１節　公訴の提起 120
第１款　公訴提起の種類 120
第２款　略式手続（461-470 条） 120
第２節　訴訟条件 122
第１款　裁判権 122
第２款　訴訟条件 124
第３款　公訴時効 126
第４款　親告罪における告訴 129
第５款　訴訟条件を欠く場合の処理 129
第３節　起訴状 131
第１款　公訴提起の方式（256 条） 131
第２款　被告人の確定 132
第３款　公訴事実と訴因 133
第４款　一罪の一部起訴 136
第４編　公判 138
第１章　公判 138
第１節　公判の準備 138
第１款　公訴提起後の手続 138
第２款　裁判官の除斥・忌避・回避 140
第３款　被告人の出頭義務と起訴後の勾留 141
第４款　保釈・勾留執行停止（88-96 条） 144
第２節　公判前整理手続 147
第１款　意義 147
第２款　手続 147
第３款　証拠開示制度 149

第４款　公判手続との関係 152
第５款　期日間整理手続 152
第３節　訴因変更 154
第１款　訴因変更の要否 154
第２款　訴因変更の可否 160
第３款　訴因変更の許否 163
第４款　訴因変更命令 165
第５款　罰条変更 167
第６款　公訴提起の要件と訴因、不意打ち防止 167
第４節　公判手続 169
第１款　公判手続と訴訟指揮 169
第２款　公判期日の手続 173
第３款　弁論の分離・併合 176
第４款　公判手続の停止・更新 178
第５款　簡易公判手続及び即決裁判手続 180
第２章　証拠法 182
第１節　証拠法総論 182
第１款　証拠の意義と証拠裁判主義 182
第２款　証拠能力と証明力 184
第３款　証明 186
第４款　科学的証拠 189
第５款　挙証責任と推定 191
第２節　自白法則 193
第１款　自白法則の趣旨 193
第２款　自白の証拠能力 196
第３款　補強法則の趣旨 202
第４款　補強法則の内容 203
第３節　伝聞証拠 207
第１款　意義 207
第２款　伝聞例外―概説 209
第３款　伝聞例外―供述代用書面（321 条：被告人以外） 210
第４款　伝聞例外―供述代用書面（322 条：被告人） 216
第５款　伝聞例外―供述代用書面（323 条） 217
第６款　伝聞例外―伝聞供述、同意・合意書面 218
第７款　伝聞例外―証明力を争うための証拠 221
第８款　写真・録音テープ・ビデオテープ 222

第４節　違法収集証拠 224
第１款　違法収集証拠排除の根拠 224
第２款　証拠排除の基準 225
第３款　違法収集証拠の諸問題 227
第５節　証拠調べの手続 230
第１款　証拠調べの手続 230
第２款　証人尋問 233
第３款　証人の保護 239
第４款　被告人質問 239
第５款　鑑定 240
第５編　裁判 242
第１章　裁判 242
第１節　総論 242
第１款　裁判の意義と種類 242
第２款　裁判の成立 243
第２節　形式裁判 244
第１款　形式裁判の判決 244
第３節　実体裁判 245
第１款　有罪判決 245
第２款　量刑 247
第４節　裁判の効力 248
第１款　裁判の確定と効力 248
第６編　上訴・再審 250
第１章　上訴 250
第１節　上訴の基本原理 250
第１款　上訴の意義 250
第２款　上訴権 250
第３款　上訴の範囲 250
第４款　不利益変更の禁止 250
第５款　破棄判決の拘束力 250
第２節　控訴 250
第１款　控訴申立手続 250
第２款　控訴理由 250
第３款　控訴審の審理 250
第３節　上告 250
第１款　上告理由 250

第２款　上告審の審理 250
第４節　抗告等 250
第１款　意義 250
第２章　再審 251
第１節　再審 251
第１款　再審の意義 251
第２款　再審の手続 251
第３款　再審事由 251

第１部 刑事訴訟法

第１編　総則

第１章　　総論

第１節　　刑事訴訟法の基本原理

第１款　当事者主義

1. 刑事訴訟の目的：実体的真実主義、適正手続の要請(犯人必罰・人権保障の両面)
2. 当事者主義（当事者追行主義）：検察官と被告人・弁護人による主張・立証や意見陳述を公判手続きの基本とし、裁判所の職権的な活動を補充的なものにとどめること。
   →さらに当事者たる地位を認めて、適正な刑事手続きを実現するための権利保障を求めるもの
   - 刑事訴訟の当事者：検察官・被告人
   - 訴訟主体：検察官・被告人・裁判官
   - 訴訟関係人：検察官・被告人・弁護人・補佐人

第２章　　手続の関与者

第１節　　裁判所

第１款　裁判所

1. 刑事手続きにおける裁判所の役割
   - 捜査：強制処分の適否の審査・令状の発行
   - 公判：訴訟の合理的進行・適正な判断
2. 裁判所の意味
   - 国法上の意味における裁判所：司法行政上の単位となる裁判所
   - 訴訟法上の意味における裁判所：１人または数人で構成する裁判機関としての裁判所

第２款　迅速な裁判**

1. 迅速な裁判の意義及びこれを保障するための制度・方策について, 条文及び判例の立場をふまえて説明することができる

第３款　裁判員裁判

1. 対象事件（法 2-1）
   - １号：死刑・無期懲役・無期禁固にあたる罪
   - ２号：短期一年以上の懲役・禁錮にあたる罪（強盗・事後強盗・昏睡強盗・各同未遂、暴力行為等処罰法・盗犯等防止法の一部を除く）で故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪
2. 裁判体の構成（法 2-2,3）
   - 通常：裁判官３名＋裁判員６名（裁判長は裁判官のうち１名）
   - 公判前整理手続で公訴事実について争いがなく、事件の内容その他の事情を考慮して適当な場合：裁判官１名＋裁判員４名（裁判長は裁判官）※検察官、被告人・弁護人に異議がないこと
3. 裁判官と裁判員の権限
   - 裁判員は独立してその職権を行う（法 8）
   - 構成裁判官と裁判員の合議でするもの：事実の認定、法令の適用、刑の量定（法 6-1）
   - 構成裁判官のみの合議でするもの：法令解釈・訴訟手続の判断、その他（法 6-2）
4. 評決の方法
   - 構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による（法 67-1）
5. 裁判員の選任手続
   - 衆議院議員の選挙権を有する者の中から選任する（法 13）
   - 欠格事由：国家公務員法の欠格事由、義務教育未修了、禁錮刑以上の前科、心身故障（法 14）
   - 就職禁止事由：国会議員や行政機関の職員、裁判官など（法 15）
   - 辞退事由：高齢者、学生・生徒、疾病等で出頭困難、介護養育、事業の重要な用務等（法 16）
   - 具体的手続は法 20～40 条に規定がある
   - 裁判員の保護：労働者の不利益取り扱い禁止、個人情報保護、接触規制（法 100～102）
6. 裁判手続きでの特色
   - 公判前整理手続きが必須（法 49）、報告以外の鑑定を公判開始前に行える（法 50）、裁判官・検察官・弁護人の審理を迅速でわかりやすくする努力義務（法 51）

第２節　捜査機関

第１款 検察官

1. 捜査機関：司法警察職員と検察官・検察事務官をいう
2. 検察官の役割：訴追者（原告的地位）だが、検察の任務は「法の正当な適用を請求する」こと
   - 行政官である → 対外的には独任制の官庁、体内的には検察官同一体の原則

     例：公訴提起は、検察官が自己の名でするが、内部的には上司の決裁が必要

     ＊独任制の官庁：検察権の行使は個々の検察官の権限で、検事総長・検事長の補助機関でない

     ※行政機関は本来、その長の名で対外的に権限を行使すべきである

     ＊検察官同一体の原則：検察庁の長の指揮監督を受け、所属長は事務を引き取り・移転できる
   - 特別捜査部(東京・名古屋・大阪)、特別刑事部(札幌、千葉等 10 地検)が一部地検に設置される
3. 検察官の任務：必要と認めれば犯罪を自ら捜査できる（裁量的、司法警察職員は義務。§199-1）
   - 検察事務官：検察官の指揮を受け、捜査しなければならない(§191-2)

     §191-1 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

第２款　司法警察職員

1. 司法警察職員（§189-1）：警察官が犯罪捜査を行う場合の呼称（一般司法警察職員）
   ←司法警察員（原則、巡査部長以上）と司法巡査（それ以外の警察官）
   ※警察の階級：警視総監・警視監・警視長・警視正・警視・警部・警部補・巡査部長・巡査
   （警察法 62 条）→巡査長は職名であり巡査、警察庁長官は警察官だが別格
   §189-1 警察官は、それぞれ、他の法律又は国家公安委員会若しくは都道府県公安委員会の定めるところにより、司法警察職員として職務を行う
   ※司法警察員に限られる権限：逮捕状請求等(199-2[特に警部以上],203-1,211,216、緊急逮捕時の逮捕状請求は司法巡査も可能)、差押等令状請求(218-3)、鑑定留置・鑑定処分許可請求(224,225)、変死体の検視(229-2)、告訴等の受理(241-243,245)
   - 特別司法警察職員（§190）：森林管理局の署職員、労働基準監督官、海上保安官等
   §190 森林、鉄道その他特別の事項について司法警察職員として職務を行うべき者及びその職務の範囲は、別に法律でこれを定める
2. 司法警察職員の任務：犯罪があると思科するときは捜査するものとする(§189-2)
   §189-2 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

第３款　検察官と司法警察職員

1. それぞれ独立の捜査機関であるが、協力義務があり、検察官から司法警察職員への捜査に関する一般的指示・一般的指揮・具体的指示（補助）が可能。警察官は従う義務(§192,193)
   - 司法警察職員は第一次的捜査機関、検察官は第二次的 ∵捜査が義務か裁量かの違い
   §192 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
   §193-1 検察官は、その管轄区域により、司法警察職員に対し、その捜査に関し、必要な一般的指示をすることができる。この場合における指示は、捜査を適正にし、その他公訴の遂行を全うするために必要な事項に関する一般的な準則を定めることによつて行うものとする
   #2 検察官は、その管轄区域により、司法警察職員に対し、捜査の協力を求めるため必要な一般的指揮をすることができる
   #3 検察官は、自ら犯罪を捜査する場合において必要があるときは、司法警察職員を指揮して捜査の補助をさせることができる
   #4 前三項の場合において、司法警察職員は、検察官の指示又は指揮に従わなければならない
2. 検察は指示・指揮に従わない司法警察職員につき、懲戒・罷免の訴追ができる(§194)
   §194-1 検事総長、検事長又は検事正は、司法警察職員が正当な理由がなく検察官の指示又は指揮に従わない場合において必要と認めるときは、警察官たる司法警察職員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会に、警察官たる者以外の司法警察職員については、その者を懲戒し又は罷免する権限を有する者に、それぞれ懲戒又は罷免の訴追をすることができる
   §194-2 国家公安委員会、都道府県公安委員会又は警察官たる者以外の司法警察職員を懲戒し若しくは罷免する権限を有する者は、前項の訴追が理由のあるものと認めるときは、別に法律の定めるところにより、訴追を受けた者を懲戒し又は罷免しなければならない

第３節　被疑者・被告人・弁護人

第１款 被疑者・被告人

1. 呼び方のいろいろ
   - 被告人：公訴を提起された者
   - 被疑者：公訴提起前に犯罪の嫌疑により捜査の対象となっている者
   - 被告：民事訴訟で、訴訟を提起された者
   - 容疑者：刑訴法では用いない。出入国管理法の退去強制事由にあたると思われる外国人のこと。
   - 犯人：罪を犯した者のこと。189,248,255 条などで使われている。
2. 被告人の当事者能力
   - 一般的に、訴訟において当事者となりうる資格のこと
   - すべての自然人・法人＋法人格のない社団・財団・団体（339-1 反解、規 56-1）

     §339-1 左の場合には、決定で公訴を棄却しなければならない

     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

     規 56-1 …裁判を受ける者が法人（法人でない社団、財団又は団体を含む。以下同じ。）…
3. 被告人の訴訟能力：上訴審への明文の準用はないが、§404,414 で適用される

   §314-1 本文 被告人が心神喪失の状態に在るときは、検察官及び弁護人の意見を聴き、決定で、その状態の続いている間公判手続を停止しなければならない。

   【最決平 5.5.31】上告審における被告人の心神喪失[H3 あ 519:]

   「当裁判所は、被告人が心神喪失の状態にあるものと認め、検察官及び弁護人の意見を聴き、刑訴法§414,404,314-1 本文により」主文の通り決定する。主文：「本件公判手続を停止する」
   - 「被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って相当の防御をすることのできる能力」

     ←被告人も実質的な当事者ゆえ、相当の防御ができない場合は公判手続きを停止すべき

     ※但し、訴訟能力は弁護人・通訳の後見も含めた上で十分であれば足りる

     【最決平 7.2.28】岡山聴覚障害者窃盗事件[27921227]

     窃盗事件：一審：公訴棄却→検察控訴：破棄差戻し（公判を停止すべき）→被告人上告：上告棄却

     聴覚障害・言語障害の被告人が窃盗で捕まり、黙秘権等を告知されたか疑問としたもの。

     「刑訴法三一四条一項にいう「心神喪失の状態」とは、訴訟能力、すなわち、被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って相当な防御をすることのできる能力を欠く状態をいう」「被告人は、耳も聞こえず、言葉も話せず、手話も会得しておらず、文字もほとんど分からないため、通訳人の通訳を介しても、被告人に対して黙秘権を告知することは不可能……法廷で行われている各訴訟行為の内容を正確に伝達することも困難で、被告人自身、現在置かれている立場を理解しているかどうかも疑問……右事実関係によれば、被告人に訴訟能力があることには疑いがあるといわなければならない。そして、このような場合には、裁判所としては、同条四項により医師の意見を聴き、必要に応じ、更にろう（聾）教育の専門家の意見を聴くなどして、被告人の訴訟能力の有無について審理を尽くし、訴訟能力がないと認めるときは、原則として同条一項本文により、公判手続を停止すべき」

     （千種補足）回復しないようなら公判手続を打ち切ってもよい

     【最判平 10.3.12】京都聴覚障害者窃盗事件[H8 あ 204:刑集 52-2-17]

     常習累犯窃盗：一審：懲役２年→控訴：破棄差戻し（訴訟能力を欠く）→上告：破棄差戻し（訴訟能力あり）

     重度の聴覚障害とそれに伴う二次的精神遅滞があるが、捜査で供述を一部拒否するなど、弁護人・通訳の適切な援助と裁判所の後見的役割を受ければ訴訟能力を保持していると認めたもの。

第２款　弁護人

1.　弁護人依頼権と弁護人の資格

憲 34 前 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へられなければ、抑留又は拘禁されない

憲 37-3 刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。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

§30-1 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

§30-2 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

→選任：弁護人選任届を差し出すこと（依頼人と弁護人の連署によるもの）

【最大判昭 32.2.20】被告人が黙秘して氏名を記載しない弁護人選任届は無効[27610894]

「いわゆる黙秘権を規定した憲法三八条一項の……法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべき……氏名のごときは、原則としてここにいわゆる不利益な事項に該当するものではない……（本件では）ただその氏名を黙秘してなされた弁護人選任届が却下せられたためその選任の必要上その氏名を開示するに至つたというに止まり、その開示が強要されたものであることを認むべき証跡は記録上存在しない」

【最決昭 40.7.20】被告人の署名のない弁護人選任届は無効[24004513]

被告人氏名不詳者の署名のない上告申立は無効とした上で、「被告人の氏名について黙秘権がないこと、および被告人に氏名を記載することができない合理的な理由がないこと……法が弁護人の選任を前記のように要式行為としている理由および訴訟法上の権利を誠実に行使しなければならないこと」はいずれも前述で「被告人の署名のない前記弁護人選任届によつてした弁護人の選任は無効」ゆえ原審で弁護人はいないと認められる。

・弁護人の資格(§31)：弁護士でない特別弁護人も可能だが、年間数例しかない。

＊特別弁護人の対象事件：簡裁・他に弁護士弁護人がいる場合の地裁で、裁判所の許可必要

§31-1 弁護人は、弁護士の中からこれを選任しなければならない

§31-2 簡易裁判所又は地方裁判所においては、裁判所の許可を得たときは、弁護士でない者を弁護人に選任することができる。ただし、地方裁判所においては、他に弁護士の中から選任された弁護人がある場合に限る

【最決平 5.10.19】被疑者段階での特別弁護人の可否[H5 し 79:刑集 47-8-67]

§31-1,2、特に#2 但書の文言から「捜査中の事件については、右いずれの裁判所に公訴が提起されるかいまだ確定しているとはいえないから、簡易裁判所又は家庭裁判所が特別弁護人の選任を許可した後、地方裁判所に公訴が提起された場合を考えると、他に弁護士の中から選任された弁護人がいない限り，同項ただし書に抵触する事態を招く結果となることなどにかんがみると、特別弁護人の選任が許可されるのは、右各裁判所に公訴が提起された後に限られるものと解するのが相当」（特別弁護人選任不許可措置→抗告棄却→特別抗告棄却）

2.　私選弁護人

§31/2 弁護士会への弁護士選任の申出

§32-1 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

§32-2 公訴の提起後における弁護人の選任は、審級ごとにこれをしなければならない

→選任届を検察官又は司法警察員に差し出した場合に限る（規 17）

【福岡地決昭 47.6.27】公訴提起前でも被疑者の署名のない選任届は無効[27940493]

公訴提起前であつても、氏名を記載することのできない合理的な理由がある場合を除き、被疑者の署名のある弁護人選任届によつてその選任がなされていることを要し、そのような弁護人選任届によらない弁護人の選任は当

該訴訟手続において無効なものとして取り扱うほかはないのである

・いつでも、また事由のいかんを問わず、辞任または解任によりその地位を離れる

※訴訟遅延目的の権利濫用と認められると解任は無効（最高裁見解昭 62.2.3）

3. 弁護人の権限

・主任弁護人の定めとその権限（§33,34）、弁護人の数の制限（§35）、

・弁護人の固有権：弁護人自身が持つ権限として法定されているもの

→弁護人のみが持つもの

書類の閲覧・謄写（謄写は裁判長の許可が必要、§40）、上訴審での弁論（§388,414）

→被告人と重複して持つもの

証人等の尋問（§304-2）、第一審での弁論（§293-2）

・独立代理権：被告人の訴訟行為を弁護人が代理行使するものとして法定されているもの

§41 弁護人は、この法律に特別の定のある場合に限り、独立して訴訟行為をすることができる

→被告人の意思によらず行使できるもの

勾留理由開示請求（§82）、保釈の請求（§88）、証拠調べの請求（§298）、異議申立て（§309）

→被告人の明示の意思に反しては行使できないもの（黙示の意思は反してよい）

忌避の申立て（§21-2）、上訴の申立て（§355,356）

・包括的代理権：被告人・被疑者の訴訟行為のうち代理に親しむもの

→あくまで代理なので、被告人等の明示・黙示の意思に反して行うことができない

移送の請求（§19）、訴因変更請求の受通知（§312-3）、証拠とすることの同意（§326）

4. 弁護人の任務・義務

【最決平 17.11.29】栃木県鹿沼市職員殺害事件[H16 あ 2172:刑集 59-9-1847]

被告人が公判途中から公訴事実を全面的に否認したが、弁護人は有罪を基調とした最終弁論をしたもの。そのまま結審したのが被告人の防御権・弁護人選任権侵害と主張して上告（殺人等→懲役 17 年／棄却／棄却）

○被告人の主張と最終弁論には大きな隔たりがあるが、弁護人は本件での「証拠関係，審理経過を踏まえた上で，その中で被告人に最大限有利な認定がなされることを企図した主張をしたもの……弁護人は，被告人が供述を翻した後の第７回公判期日の供述も信用性の高い部分を含むものであって，十分検討してもらいたい旨を述べたり，被害者の死体が発見されていないという本件の証拠関係に由来する事実認定上の問題点を指摘するなどもしている。なお，被告人本人も，最終意見陳述の段階では，殺人，死体遺棄の公訴事実を否認する点について明確に述べないという態度を取っている上，本件最終弁論に対する不服を述べていない。以上によれば，第１審の訴訟手続に法令違反があるとは認められない」

（上田補足）弁護人の誠実義務・真実発見義務に照らし、本人が無罪をいうのに有罪を主張したり、刑事責任を重くする主張をすることは、「専ら被告人を糾弾する目的でされたとみられるなど，当事者主義の訴訟構造の下において検察官と対峙し被告人を防御すべき弁護人の基本的立場と相いれないような場合に限られる」

第３款　国選弁護人

1.　被告人の国選弁護人

①被告人が貧困その他の事由により弁護人を選任できないとき（§36：被告人の請求）

【最判昭 54.7.24】4.28 沖縄デー事件[27761108:刑集 33-5-416]

凶器準備集合・威力業務妨害・公務執行妨害事件

私選弁護人全員辞任後、国選弁護人選任請求があったので選任したが、途中で被告人の暴行により国選弁護人全員が辞任、再選任請求があったが、暴行についての弁明等の調査を拒否したため、再選任請求を却下したもの。

「被告人らは国選弁護人を通じて権利擁護のため正当な防禦活動を行う意思がないことを自らの行動によつて表明したものと評価すべきであり、そのため裁判所は、国選弁護人を解任せざるを得なかつたものであり、しかも、被告人らは、その後も一体となつて右のような状況を維持存続させたものであるというべきであるから、被告人らの本件各国選弁護人の再選任請求は、誠実な権利の行使とはほど遠いものというべきであり、このような場合には、形式的な国選弁護人選任請求があつても、裁判所としてはこれに応ずる義務を負わない」「訴訟法上の権利は誠実にこれを行使し濫用してはならないものであることは刑事訴訟規則一条二項の明定するところであり、被告人がその権利を濫用するときは、それが憲法に規定されている権利を行使する形をとるものであつても、その効力を認めないことができる」

②被告人が未成年者であるときなど（§37：裁判所は職権で付することができる）

※未成年者、70 歳以上、聾者・盲者、心神喪失・心神耗弱の疑、その他必要と認めるとき

③必要的弁護事件（§289）

※必要的弁護事件：死刑・無期・長期３年を超える懲役・禁錮にあたる事件

→必要的職権：弁護人が出頭しないとき・在廷しなくなったとき、弁護人がないとき

→裁量的職権：弁護人が出頭しないおそれがあるとき

§289-1 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あたる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない

#2 弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないとき若しくは在廷しなくなつたとき、又は弁護人がないときは、裁判長は、職権で弁護人を付さなければならない

#3 弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないおそれがあるときは、裁判所は、職権で弁護人を付することができる

【最決平 7.3.27】大津弁護人不出頭事件[H5 あ 946:刑集 49-3-525]

必要的弁護事件で徹底した訴訟遅延目的の妨害行為を繰り返し、国選弁護人にも解任を繰り返し、被告人の脅迫行為によって最後の２名が辞任したところで、被告人・弁護人不出頭のまま公判を開いたもの。

「裁判所が弁護人出頭確保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、当該公判期日については、刑訴法二八九条一項の適用がない……けだし、このような場合、被告人は、もはや必要的弁護制度による保護を受け得ないものというべきであるばかりでなく、実効ある弁護活動も期待できず、このような事態は、被告人の防御の利益の擁護のみならず、適正かつ迅速に公判審理を実現することをも目的とする刑訴法の本来想定しないところだからである」（暴力行為等処罰法違反→懲役 1.5 年→控訴：破棄差戻(必要的弁護事件違反)→差戻一審：懲役 1.5 年→控訴棄却→上告棄却）

④公判前整理手続関係：被告人に弁護人がないとき（§316/4-2、必要的職権）、期日に弁護人が出頭しない・在廷しなくなったとき（§316/8-1、必要的職権）、期日に弁護人が出頭しないおそれがあるとき（§316/8-2、裁量的職権）

⑤即決裁判手続:被疑者が即決裁判手続きに同意するか明らかにしようとする場合で弁護人がないとき（被告人の請求、§350/3）

2. 被疑者国選弁護（被告人の国選弁護制度とは別なので、必要的弁護相当事件という）

①必要的弁護相当事件で、勾留状が発せられるか勾留を請求された被疑者につき、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（§37/2）

§37/2-1 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も、これをすることができる

②必要的弁護相当事件で、勾留状が発せられ、弁護人がなく、精神上の障害その他の事由により弁護人を必要とするかどうかを判断することが困難である疑いがある被疑者：裁量的職権（§37/4）

§37/4 裁判官は、第三十七条の二第一項に規定する事件について被疑者に対して勾留状が発せられ、かつ、これに弁護人がない場合において、精神上の障害その他の事由により弁護人を必要とするかどうかを判断することが困難である疑いがある被疑者について必要があると認めるときは、職権で弁護人を付することができる。ただし、被疑者が釈放された場合は、この限りでない

③死刑・無期自由刑の事件：職権でさらに１人の国選弁護人を付することができる（§37/5）

§37/5 裁判官は、死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当たる事件について第三十七条の二第一項又は前条の規定により弁護人を付する場合又は付した場合において、特に必要があると認めるときは、職権で更に弁護人一人を付することができる。ただし、被疑者が釈放された場合は、この限りでない

3. 国選弁護人の選任

・選任手続：資力申告書の提出（§36/2、必要的弁護事件を除く）、資力が基準額以上なら予め弁護士会に申出た上、弁護人になろうとする者がいないか、拒んだときに限る（§36/3）

→被疑者国選弁護の場合も同様（§37/3）、資力申告書虚偽記載の罰則（§38/4）

§36/2 この法律により弁護人を要する場合を除いて、被告人が前条の請求をするには、資力申告書（その者に属する現金、預金その他政令で定めるこれらに準ずる資産の合計額（以下「資力」という。）及びその内訳を申告する書面をいう。以下同じ。）を提出しなければならない

§36/3-1 この法律により弁護人を要する場合を除いて、その資力が基準額（標準的な必要生計費を勘案して一般に弁護人の報酬及び費用を賄うに足りる額として政令で定める額をいう。以下同じ。）以上である被告人が第三十六条の請求をするには、あらかじめ、その請求をする裁判所の所在地を管轄する地方裁判所の管轄区域内に在る弁護士会に第三十一条の二第一項の申出をしていなければならない

§36/3-2 前項の規定により第三十一条の二第一項の申出を受けた弁護士会は、同条第三項の規定による通知をしたときは、前項の地方裁判所又は当該被告事件が係属する裁判所に対し、その旨を通知しなければならない

§38/4 裁判所又は裁判官の判断を誤らせる目的で、その資力について虚偽の記載のある資力申告書を提出した者は、十万円以下の過料に処する

＊一人の弁護人に複数の被告人の弁護をさせる場合：利害相反がない場合に限る(則 29-5)

【名古屋高判平 9.9.29】岐阜古美術商殺人事件(共同正犯、一審破棄)[高刑集 50-3-139]

・資格と報酬：国選弁護人は弁護士に限り、旅費、日当、宿泊料、報酬を請求できる（§38）

§38-1 この法律の規定に基づいて裁判所若しくは裁判長又は裁判官が付すべき弁護人は、弁護士の中からこれ

を選任しなければならない

§38-2 前項の規定により選任された弁護人は、旅費、日当、宿泊料及び報酬を請求することができる

4. 国選弁護人の解任（⇔私選弁護人の辞任は自由）

・解任は起訴前は裁判官、起訴後は裁判所が決定し、解任請求権や辞任の自由はない（§38/3）

＊解任事由：①私選弁護人の選任等、②利益相反、③心身故障、④弁護人の任務違背、⑤弁護人に対する暴行等により、職務継続が不相当・不可能・困難となる場合。

§38/3-1 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

一 第三十条の規定により弁護人が選任されたことその他の事由により弁護人を付する必要がなくなつたとき

二 被告人と弁護人との利益が相反する状況にあり弁護人にその職務を継続させることが相当でないとき

三 心身の故障その他の事由により、弁護人が職務を行うことができず、又は職務を行うことが困難となつたとき

四 弁護人がその任務に著しく反したことによりその職務を継続させることが相当でないとき

五 弁護人に対する暴行、脅迫その他の被告人の責めに帰すべき事由により弁護人にその職務を継続させることが相当でないとき

・§38/3-2 弁護人を解任するには、あらかじめ、その意見を聴かなければならない

・§38/3-3 弁護人を解任するに当たつては、被告人の権利を不当に制限することがないようにしなければならない

・§38/3-4 公訴の提起前は、裁判官が付した弁護人の解任は、裁判官がこれを行う。この場合においては、前三項の規定を準用する

【最判昭 54.7.24】裁判所が解任するまで弁護人はその地位を離れない[前掲 27761108]

解任事由法定前の判例「国選弁護人は、裁判所が解任しない限りその地位を失うものではなく、したがつて、国選弁護人が辞任の申出をした場合であつても、裁判所が辞任の申出について正当な理由があると認めて解任しない限り、弁護人の地位を失うものではない……辞任の申出を受けた裁判所は、国選弁護人を解任すべき事由の有無を判断するに必要な限度において、相当と認める方法により、事実の取調をすることができる」

・被疑者国選弁護人の効力終了：被疑者の釈放、ただし勾留の執行停止の場合は除く（§38/2）

§38/2 裁判官による弁護人の選任は、被疑者がその選任に係る事件について釈放されたときは、その効力を失う。ただし、その釈放が勾留の執行停止によるときは、この限りでない

第４節　その他の関係者

第１款 被害者**

1. 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
   - 公判手続きの傍聴（§2）、公判記録の閲覧・謄写（§3-4）、被害者参加弁護士の選定（§5-12）、民事上の争いについての刑事訴訟手続における和解（§13-16、執行文が付与される）、刑事訴訟手続に伴う犯罪被害者等の損害賠償請求に係る裁判手続（§17-34）を定める
   - 意見陳述制度の意義と内容について，条文に則して説明することができる
   - 被害者参加制度の意義と内容について，条文に則して説明することができる

第２款 補佐人（42 条）

1. 被告人の法定代理人等が、届出により就く訴訟上の地位。被告人の明示の意思に反しない限り、被告人のすることのできる訴訟行為をできる。

   §42-1 被告人の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹は、何時でも補佐人となることができる

   §42-2 補佐人となるには、審級ごとにその旨を届け出なければならない

   §42-3 補佐人は、被告人の明示した意思に反しない限り、被告人がすることのできる訴訟行為をすることができる。但し、この法律に特別の定のある場合は、この限りでない

第２編　捜査

第１章　　総説

第１節　　総説

第１款　捜査の概要

1. 捜査：警察などの捜査機関が、犯罪があると考えるときに、犯人と思われる者を特定・発見し、必要な場合にはその身柄を確保し、証拠を収集・保全する一連の手続きをいう。
2. 捜査の流れ

・捜査の端緒→捜査の実行（任意捜査・強制捜査）→捜査の終結

第２節　任意捜査と強制捜査

第１款 強制処分への制約と任意捜査の原則

1. 強制処分法定主義：強制の処分は刑訴法上の定めがないと実行できない（§197-1,憲 31）

   ∵対象者の重要な権利・利益への制約・侵害を伴うから、法定の厳格な要件・手続によるべき

   §197-1 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。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない

2. 任意捜査の原則：強制処分の性質上、強制処分が可能でもできるだけ任意捜査によるべき

   ←§197-1 は任意捜査の原則も含むと解される（犯罪捜査規範 99 条：任意捜査の原則）

   ※犯罪捜査規範：警察法 12 条による国家公安委員会規則。違反してもただちに違法ではない

3. 令状主義：強制処分の許否を裁判官による司法審査に委ねるもの（憲法 33,35 条）

   →逮捕(§33)・捜索・押収(§35)のみでなく、強制処分一般に趣旨が及ぶと解される

4. 強制処分と任意処分の区別の基準

   ・従来通説：物理的な実力・強制力を用い、あるいは相手方に義務を負わせる処分が強制処分

   ←有力：同意を得ずに個人の法益を侵犯する場合はすべて強制処分 ← 状況に応じて異なる

   →判例：個人の意思を抑圧し、身体・住居・財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段

   【最決昭 51.3.16】岐阜呼気検査拒否事件[後掲 S56 あ 146:刑集 30-2-187]

   任意捜査での有形力の行使に対する暴行が公執妨害罪にあたるか：一審無罪→控訴審・上告審有罪

   「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容され……ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」

   ・通信の傍受→通信の秘密を侵害し、個人のプライバシーを侵害するから強制処分

   ・捜査関係事項照会(§197-2)：報告義務はあるが直接強制の方法がないため、任意捜査となる

   §197-2 捜査については、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる

第２款　強制捜査の適法性の判断

1. 刑訴法規定の要件・手続に則っていることが求められるが、そうしても問題となる権利・利益が対象者の人間としての存在にとって本質的な場合は許されない（例：生命の危険の伴うもの）

第３款　任意捜査の適法性の判断

1. 捜査手法ごとに諸事情を総合して捜査としての相当性の有無を検討する
   - 捜査の利益侵害性の程度（有形力・プライバシー侵害の程度）
   - 犯罪の重大性と嫌疑の程度
   - その場で行う必要性・緊急性、それまでの被疑者の態度
   - 被疑者の意思の侵害の程度（積極的承諾・本人不知・消極的認容・拒否）

   【最決昭 51.3.16】岐阜呼気検査拒否事件[S56 あ 146:刑集 30-2-187]

   任意捜査での有形力の行使に対する暴行が公執妨害罪にあたるか：一審無罪→控訴審・上告審有罪

   「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容される……ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合がある……ただ、強制手段にあたらない有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性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」

第２章　捜査の端緒

第１節　捜査の端緒

第１款　意義と種類

1. 意義：捜査機関が犯罪があると思料するようになった原因＝捜査開始の手掛かり
2. 種類：通報（被害者等届出）、現行犯・職務質問・取調べ、告訴・告発・請求、自首、検視など

第２款　検視（229 条）

1. 人の死亡が犯罪によるものかどうか判定するため死体の状況を見分する処分（司法検視）
   範囲：外表検査、着衣・携帯品・遺留品の調査、凶器・毒物の有無確認、写真撮影、指紋採取等
   ※解剖や必要な限度を超えた検証・捜索は不可 → 司法解剖は鑑定処分許可状が必要
2. 対象：犯罪によらないことが明白な死体（自然死・明白な自殺・落雷死等）以外すべて
   ⇔行政検視：死体の届出・報告を受けた警察署長が公衆衛生等の行政目的で見分する手続
3. 権限：検察官の義務。実際は司法警察員が行う（代行検視）。医師の立会いを通例とする
   §229-1 変死者又は変死の疑のある死体があるときは、その所在地を管轄する地方検察庁又は区検察庁の検察官は、検視をしなければならない
   #2 検察官は、検察事務官又は司法警察員に前項の処分をさせることができる

第３款　告訴・告発・請求（230-244 条）

1. 捜査機関に犯罪事実・被害事実を申告し犯人の訴追・処罰を求める意思表示

※主体は犯人・捜査機関以外の者、単なる通報は犯罪事実の申告に止まり、効果が異なる

2. 告訴：被害者等の告訴権者が捜査機関に犯罪事実を申告し犯人の処罰を求める意思表示(§230)

・訴訟条件であるが、捜査自体は告訴の見込みがあれば開始してよい

・告訴権者

＊独立の告訴権者

・無条件：被害者(§230)、法定代理人(§231-1)

・被害者の法定代理人・配偶者・四親等内血族・三親等内姻族が被疑者：親族(§232)

・死者の名誉棄損：親族・子孫(§233-1)

＊条件付の告訴権者

・被害者死亡＋被害者の明示の意思に反しないこと：配偶者・直系親族・兄弟姉妹(§231-2)

※名誉棄損の特則：親族・子孫(§233-2)

・親告罪で告訴権者不在：利害関係人の申立てにより検察官が指定した者(§234)

§230 犯罪により害を被つた者は、告訴をすることができる

§231-1 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

§232 被害者の法定代理人が被疑者であるとき、被疑者の配偶者であるとき、又は被疑者の四親等内の血族若しくは三親等内の姻族であるときは、被害者の親族は、独立して告訴をすることができる

§233-1 死者の名誉を毀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 名誉を毀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

§234 親告罪について告訴をすることができる者がない場合には、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

＊期間制限

・親告罪における原則：犯人を知った日から６箇月

・例外：無期限（強制わいせつ・強姦・準強制わいせつ・準強姦・営利目的等拐取等・同未遂、外国君主・大統領・外国使節への名誉棄損・侮辱）

・その例外＝わいせつ・結婚目的拐取で婚姻した場合：婚姻無効・取消後６箇月

＊期間徒過の個別性(§236)：犯人を知った日が異なる場合があるから

§235-1 親告罪の告訴は、犯人を知つた日から六箇月を経過したときは、これをすることができない。ただし、次に掲げる告訴については、この限りでない

一 刑法第 176 条から第 178 条 まで、第 225 条若しくは第 227 条第 1 項（第 225 条の罪を犯した者を幇助する目的に係る部分に限る。）若しくは第 3 項の罪又はこれらの罪に係る未遂罪につき行う告訴

二 刑法第 232 条第 2 項 の規定により外国の代表者が行う告訴及び日本国に派遣された外国の使節に対する同法第 230 条又は第 231 条の罪につきその使節が行う告訴

#2 刑法第 229 条但書の場合における告訴は、婚姻の無効又は取消の裁判が確定した日から六箇月以内にこれ

をしなければ、その効力がない

§236 告訴をすることができる者が数人ある場合には、一人の期間の徒過は、他の者に対しその効力を及ぼさない

・告訴の方法と処理

＊告訴の取消し(§237)：公訴提起までは可能、再告訴は不可

§237-1 告訴は、公訴の提起があるまでこれを取り消すことができる

#2 告訴の取消をした者は、更に告訴をすることができない

#3 前二項の規定は、請求を待つて受理すべき事件についての請求についてこれを準用する

＊告訴不可分の原則(§238)：共犯の一部を告訴すると他の共犯にも有効（主観的不可分）

∵犯罪についてあって、特定の犯人を選別する趣旨ではなく、被疑者不詳でも告訴できるから

→犯人不詳で告訴したら親告罪だった（親族相盗例などの相対的親告罪）では不適用？

・なお、１個の犯罪事実の一部に対する告訴の効力はその全部に及ぶ（客観的不可分）

∵告訴者が犯罪の全体像を知らない場合が多く、一部しか処罰を求めない趣旨と解されない

→一部が親告罪で非親告罪部分のみ告訴すると親告罪部分に無効(住侵強姦で住侵のみ告訴)

→被害者を異にするが一部の被害者が告訴すると、他の被害者の部分は無効

（一通の文書で同時に３名の名誉を棄損したが１名しか告訴しない場合）

§238-1 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

#2 前項の規定は、告発又は請求を待つて受理すべき事件についての告発若しくは請求又はその取消についてこれを準用する

＊告訴の方法(§241)：書面又は口頭で検察官又は司法警察員に行う（口頭なら告訴調書作成）

→司法警察員は書類・証拠物を検察官に送付する(§242)、取消も同様(§243)

・告訴・取消とも、代理人可(§240)、外国元首の名誉棄損等は外務大臣へも可能(§244)

§240 告訴は、代理人によりこれをすることができる。告訴の取消についても、同様である

§241-1 告訴又は告発は、書面又は口頭で検察官又は司法警察員にこれをしなければならない

#2 検察官又は司法警察員は、口頭による告訴又は告発を受けたときは調書を作らなければならない

§242 司法警察員は、告訴又は告発を受けたときは、速やかにこれに関する書類及び証拠物を検察官に送付しなければならない

§243 前二条の規定は、告訴又は告発の取消についてこれを準用する

§244 刑法第二百三十二条第二項 の規定により外国の代表者が行う告訴又はその取消は、第二百四十一条及び前条の規定にかかわらず、外務大臣にこれをすることができる。日本国に派遣された外国の使節に対する刑法第二百三十条又は第二百三十一条の罪につきその使節が行う告訴又はその取消も、同様である

3. 告発：第三者が捜査機関に犯罪事実を申告し犯人の処罰を求める意思表示(§239)

・誰でもできるが(#1)、公務員は告発義務がある(#2)

§239-1 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

・告発が必要な罪：請求不可分の原則、告訴の方法・処理を準用

＊準用せず：取消制限・再告発禁止等(§237)、代理人による告訴(§240)、期間制限(§235)

例：独占禁止法違反(公取委)、公選法の偽証罪(選管)、関税法違反(税関長)、議院証言法違反(各議院等)

【最判平 4.9.18】告発に関する客観的不可分[刑集 46-6-355]

議院証言法に基づく告発に記載のなかった陳述部分も起訴したもの→適法

4. 請求：個別法で請求権を有する期間が捜査機関に犯罪事実を申告し訴追を求める意思表示

・請求が必要な罪：請求取消・再請求禁止、請求不可分の原則を準用

例：外国国章損壊罪(刑 92、外国政府)、公益事業における争議予告義務違反（労働調整 42、労働委員会）

第４款 自首（245 条）

1. 犯人が捜査機関に発覚する前に犯人が自ら進んで自己の犯罪事実を捜査機関に申し出ること

・告訴の方法・処理を準用 ∵刑法により刑の任意的減軽事由となるから

§245 第二百四十一条及び第二百四十二条の規定は、自首についてこれを準用する

第５款　職務質問

1. 警察官が挙動不審者等を発見した際にこれを停止させて質問すること(警職法 2)

・対象：犯人的立場を疑う相当の理由ある者／参考人的立場と認められる者

・効果：停止させて質問できる(#1)、同行要求可能(#2)、連行・答弁は強要できない(#3)

警職法§2-1 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りる相当な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つていると認めら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

2. 有形力の行使

・完全否定説：任意捜査である以上、物理的強制は一切許されない

←捜査の端緒としての職務質問の機能を軽視しすぎ・明文で「停止させて」とある

・実力説　①捜査の実質上の必要性から強制に渡らない程度の実力の行使はよい

②原則違法だが、緊急逮捕できそうだがなお慎重を期する場合には許される

←「実力」概念があいまいで、任意と強制の中間というが結局強制と同じではないか

・中間説：身柄拘束に至らない程度の一時的拘束は許される

←「身柄拘束に至らない程度の一時的拘束」はどの程度なのか

・実質的判断基準：任意捜査に同じ。必要性（犯罪の重大性,嫌疑の程度）、対象者の対応・状況（逃走の容易性）、実力行使の態様・程度、自由制限の程度（時間等）、周囲の状況（交通事故防止等）

【最決昭 29.7.15】背後から腕に手を掛けて停止させるのは正当な職務行為[昭 29 あ 101]

控訴審：「被告人の背後より「何うして逃げるのか」と言いながらその腕に手をかけたことも任意に停止をしない被告人を停止させるためにはこの程度の実力行為に出でることは真に止むを得ないことであつて正当な職務執行上の手段方法である」（傷害・公執妨害、一審無罪、控訴審有罪、上告棄却）

【最決昭 53.9.22】鯖江エンジンスイッチ切り事件 [昭 52 あ 1846]

公執妨害・傷害→一審：無罪→控訴：懲役８月→上告棄却（スイッチを切った後に被告人が暴れた）

巡査２名が「交通違反の取締りに従事中、被告人の運転する車両が赤色信号を無視して交差点に進入したのを現認し……被告人車両を停車させ、被告人に右違反事実を告げたところ、被告人は一応右違反事実を自認し、自動車運転免許証を提示したので、同巡査は、さらに事情聴取のためパトロールカーまで……任意同行に応ずるよう説得した結果、被告人は下車した……被告人が酒臭をさせており、被告人に酒気帯び運転の疑いが生じたため、同巡査が……酒気の検知をする旨告げたところ、被告人は、急激に反抗的態度を示して「うら酒なんて関係ないぞ。」と怒鳴りながら、同巡査が提示を受けて持つていた自動車運転免許証を奪い取り、エンジンのかかつている被告人車両の運転席に乗り込んで、ギア操作をして発進させようとしたので、大下巡査が、運転席の窓から手を差し入れ、エンジンキーを回転してスイツチを切り、被告人が運転するのを制止した……原判示の事実関係のもとでは、大下巡査が窓から手を差入れ、エンジンキーを回転してスイツチを切つた行為は、警察官職務執行法二条一項の規定に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法六七条三項の規定に基づき、自動車の運転者が酒気帯び運転をするおそれがあるときに、交通の危険を防止するためにとつた、必要な応急の措置にあたるから、刑法九五条一項にいう職務の執行として適法なもの」

【最決平 6.9.16】会津若松採尿事件[前掲 平 6 ア 187]

「職務質問を開始した当時、被告人には覚せい剤使用の嫌疑があったほか、幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ、かつ、道路が積雪により滑りやすい状態にあったのに、被告人が自動車を発進させるおそれがあったから、前記の被告人運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警察官職務執行法二条一項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法六七条三項に基づき交通の危険を防止するため採った必要な応急の措置に当たるということができる」

【最決平 15.5.26】ホテルの内ドアを押し開け閉められないようにした例[平 11 あ 1164]

「一般に，警察官が警察官職務執行法２条１項に基づき，ホテル客室内の宿泊客に対して職務質問を行うに当たっては，ホテル客室の性格に照らし，宿泊客の意思に反して同室の内部に立ち入ることは，原則として許されない」「被告人は……ホテル責任者に不審に思われ，料金不払，不退去，薬物使用の可能性を理由に１１０番通報され，警察官が臨場してホテルの責任者から被告人を退去させてほしい旨の要請を受ける事態に至っており，被告人は，もはや通常の宿泊客とはみられない状況になっていた。そして，警察官は，職務質問を実施するに当たり，客室入口において外ドアをたたいて声をかけたが，返事がなかったことから，無施錠の外ドアを開けて内玄関に入ったものであり，その直後に室内に向かって料金支払を督促する来意を告げている。これに対し，被告人は，何ら納得し得る説明をせず，制服姿の警察官に気付くと，いったん開けた内ドアを急に閉めて押さえるという不審な行動に出たものであった。このような状況の推移に照らせば，被告人の行動に接した警察官らが無銭宿泊や薬物使用の疑いを深めるのは，無理からぬところであって，質問を継続し得る状況を確保するため，内ドアを押し開け，内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れ，内ドアが閉められるのを防止したことは，警察官職務執行法２条１項に基づく職務質問に付随するものとして，適法な措置であった……その直後に警察官らが内ドアの内部にまで立ち入った事実があるが，この立入りは……被告人による突然の暴行を契機とするものであるから，上記結論を左右するものとは解されない」

第６款　所持品検査

1. 法律で許容される場合：逮捕された者(警職法 2-4)、銃刀類の携帯運搬の疑い(銃刀法 24/2-1)

   警職法§2-4 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

   銃刀法§24/2-1 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り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

2. 職務質問に際する所持品検査　※1958 年所持品検査規定を含む警職法改正案廃案

   ・否定説：本人の承諾がない限り所持品検査は一切許されない

   ・肯定説（警察法 2-1 説）：警察官の公共安全・秩序維持の任務から許される

   ・肯定説（警職法 2-1 説）：職務質問の実効性を高めるため相当なら所持品検査できる

   ※職務質問の際に警察官の安全を確保するため必要な範囲で許される、とする説もある

   警察法§2-1 警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもつてその責務とする

   ・判例：職務質問に付随する行為として許される場合もある

   ※必要性・緊急性・相当性の判断。緊急性を明記したのは慎重さ？

   【最判昭 53.6.20】米子銀行事件[憲掲 27682160:刑集 32-4-670]

   爆発物取締罰則・殺人未遂・強盗：一審懲役 17 年→双方控訴：棄却→上告棄却

   赤軍派メンバーが手製爆弾を製造し、未必的殺意で機動隊に投げつけて機動隊員 36 名を負傷させ（明治公園爆弾事件）、松江相互銀行米子支店に強盗したもの（米子銀行強盗事件）。強盗後に、職務質問や任意捜査にとどまるうちの所持品検査が違憲と主張された。

   「警職法は…（§2-1 に職務質問を規定するだけで）…所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、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であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合がある……所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則……しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある……もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について捜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、捜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつ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、許容されるもの」

   「重大な犯罪が発生し犯人の検挙が緊急の警察責務とされていた状況の下において、深夜に検問の現場を通りかかった……両名が……濃厚な容疑が存在し、かつ、兇器を所持している疑いもあつたのに、警察官の職務質問に対し黙秘したうえ再三にわたる所持品の開披要求を拒否するなどの不審な挙動をとり続けたため、右両名の容疑を確める緊急の必要上されたものであつて、所持品検査の緊急性、必要性が強かつた反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバツグの施錠されていないチヤツクを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるか

ら、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法二条一項の職務質問に附随する行為として許容される」

なお、アタッシュケースをこじあけたのは捜索で警職法違反とされたが、中身の帯封は証拠能力が認められた。

【大阪高判平 2.2.6】釜日労大浜公園事件(警察法 2-1 説を否定)[判タ 741-238]

3. 所持品検査の範囲

・職務質問の範囲内といえるもの（→適法）

＊所持品を外部から観察し、内容について質問する

＊任意提示を求め、任意に提示された所持品の内容を検査する

・許容されるか個別の判断が必要なもの

＊承諾なく着衣等の外部に手を触れて所持品を検査する

＊承諾なく実力を行使して所持品を取り出し内容の点検を行う

→犯罪の重大性・嫌疑の強さ・物件所持の疑いの強さ・物件の危険性等の必要性・緊急性を考慮し個人法益（侵害の程度、説得の態様、拒否の程度）と公共利益の権衡上相当な範囲

※捜索に至る程度であれば違法（但し、なかなか認められない）

・所持品検査が違法とされた例

【最判昭 53.9.7】大阪天王寺覚せい剤所持事件[昭 51 あ 865:刑集 32-6-1672]

覚せい剤取締法違反等→一審：覚せい剤取締法違反無罪→控訴：当該部分棄却→上告：破棄差戻し

「垣田巡査が被告人に対し、被告人の上衣左側内ポケツトの所持品の提示を要求した段階においては、被告人に覚せい剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められ、また、同巡査らの職務質問に妨害が入りかねない状況もあつたから、右所持品を検査する必要性ないし緊急性はこれを肯認しうるところであるが、被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケツトに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシイ侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したもの……右違法な所持品検査及びこれに続いて行われた試薬検査によつてはじめて覚せい剤所持の事実が明らかとなつた結果、被告人を覚せい剤取締法違反被疑事実で現行犯逮捕する要件が整つた本件事案においては、右逮捕に伴い行われた本件証拠物の差押手続は違法といわざるをえない」

しかし「所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて」令状主義を没却するほど重大な違法ではなく、「証拠物の証拠能力はこれを肯定すべき」として破棄差戻し

【最決昭 63.9.16】浅草覚せい剤使用事件[昭 62 あ 944:刑集 42-7-1051]

「浅草署への被告人の同行は被告人が渋々ながら手の力を抜いて後部座席に自ら乗車した点をいかに解しても、その前後の被告人の抵抗状況に徴すれば、同行について承諾があつたものとは認められない。次に、浅草署での本件所持品検査についても、被告人がふてくされた態度で上衣を脱いで投げ出したからといつて、被告人がその意思に反して警察署に連行されたことなどを考えれば、黙示の承諾があつたものとは認められない。本件所持品検査は、被告人の承諾なく、かつ、違法な連行の影響下でそれを直接利用してなされたものであり、しかもその態様が被告人の左足首付近の靴下の脹らんだ部分から当該物件を取り出したものであることからすれば、違法な所持品検査といわざるを得ない……採尿手続自体は、被告人の承諾があつたと認められるが、前記一連の違法な手続によりもたらされた状態を直接利用して、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びるものと評価せざるを得ない」「所持品検査及び採尿手続が違法であると認められる場合であつても、違法手続によつて得られた証拠の証拠能力が直ちに否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、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

ないと認められるときに、その証拠能力が否定される…（最判昭 53.9.7、本件では）…職務質問の要件が存在し、所持品検査の必要性と緊急性とが認められること、宮澤巡査部長は、その捜査経験から被告人が落とした紙包みの中味が覚せい剤であると判断したのであり、被告人のそれまでの行動、態度等の具体的な状況からすれば、実質的には、この時点で被告人を右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といえるのであるから、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つたものにすぎず、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえないこと、警察官らの有形力の行使には暴力的な点がなく、被告人の抵抗を排するためにやむを得ずとられた措置であること、警察官において令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があつたとはいえないこと、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づいて行われていることなどの事情が認められる。これらの点に徴すると、本件所持品検査及び採尿手続の違法は、未だ重大であるとはいえず、右手続により得られた証拠を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないと認められないから、右証拠の証拠能力を肯定することができる」

【最決平 7.5.30】第一京浜職務質問事件[平 6 あ 894:刑集 9-5-703]

床に散らばっている砂糖を調べてくださいと言ったので同意があるとして車内を徹底捜索したもの

「警察官が本件自動車内を調べた行為は、被告人の承諾がない限り、職務質問に付随して行う所持品検査として許容される限度を超えたものというべきところ、右行為に対し被告人の任意の承諾はなかった……から、右行為が違法であることは否定し難いが、警察官は、停止の求めを無視して自動車で逃走するなどの不審な挙動を示した被告人について、覚せい剤の所持又は使用の嫌疑があり、その所持品を検査する必要性、緊急性が認められる状況の下で、覚せい剤の存在する可能性の高い本件自動車内を調べたものであり、また、被告人は、これに対し明示的に異議を唱えるなどの言動を示していないのであって、これらの事情に徴すると、右違法の程度は大きいとはいえない」「本件採尿手続…（は違法な現行犯逮捕に続くものゆえ）…違法性を帯びるといわざるを得ないが、被告人は、その後の警察署への同行には任意に応じており、また、採尿手続自体も、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思による応諾に基づいて行われているのであって、前記のとおり、警察官が本件自動車内を調べた行為の違法の程度が大きいとはいえないことをも併せ勘案すると、右採尿手続の違法は、いまだ重大とはいえず、これによって得られた証拠を被告人の罪証に供することが違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないから、被告人の尿の鑑定書の証拠能力は、これを肯定することができる」

【最決平 15.5.26】財布の所持品検査[平 11 あ 1164:刑集 57-5-620]

「職務質問に付随して行う所持品検査は，所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが，捜索に至らない程度の行為は，強制にわたらない限り，たとえ所持人の承諾がなくても，所持品検査の必要性，緊急性，これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し，具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される場合がある（最判昭 53.9.7 参照）」検査までの経過から「覚せい剤がその場に存在することが強く疑われるとともに，直ちに保全策を講じなければ，これが散逸するおそれも高かった……眼前で行われる所持品検査について，被告人が明確に拒否の意思を示したことはなかった。他方，所持品検査の態様は，床に落ちていたのを拾ってテーブル上に置いておいた財布について，二つ折りの部分を開いた上ファスナーの開いていた小銭入れの部分からビニール袋入りの白色結晶を発見して抜き出したという限度にとどまる……本件における具体的な諸事情の下においては，上記所持品検査は，適法に行い得るものであった」

第７款　自動車検問

1. 意義：犯罪の予防・検挙のため、警察官が一定の場所で走行中の自動車を停止させて運転者等に必要な質問を行うことをいう。疑わしいかどうかによらず無差別に行われる。
   ←停止させる時点では職務質問の要件を満たすか不明なので、停止させてよいのか問題
2. 類型
   ①緊急配備活動：特定の犯罪の検挙・情報収集のため。任意捜査・警職法§2-1 により許される
   ②交通検問：交通違反の予防・検挙のため。道交法上の停止権限に基づく場合は許される
   　※道交法 63 条（整備不良）、61 条（危険防止に必要な場合）は停止させる権限がある
   ③一斉検問（警戒検問）：道交法違反・犯罪一般の予防・取締・検挙のため。
3. 警戒検問の適法性

・警察法 2-1 説：警察の責務の一環である ← 具体的な捜査の根拠としては抽象的すぎる
・警職法 2-1 説：歩行者だけでなく自動車運転者等も職務質問可能 ← 停止時点では要件不備
・判例：警察法 2-1＋自動車運転者の協力義務＋場所の合理性（交通違反多発箇所等）＋内容が事由の不当な制約でない（短時分の停止で任意の協力を求めるもの）

【最決昭 55.9.22】宮崎交通検問事件[昭 53 あ 1717:刑集 34-5-272]

「警察法二条一項が「交通の取締」を警察の責務として定めていることに照らすと、交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意手段による限り、一般的に許容されるべきものであるが、それが国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段によるからといつて無制限に許されるべきものでないことも同条二項及び警察官職務執行法一条などの趣旨にかんがみ明らかである。しかしながら、自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担として、合理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること、その他現時における交通違反、交通事故の状況などをも考慮すると、警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無にかかわりなく短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などをすることは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法」（酒気帯び運転）

【大阪高判昭 38.9.6】天王寺警戒感問事件[昭 37 う 929,930:高刑集 16-7-526]

「一般の歩行者であれば警察官はその挙動、態度を注視することによつて、同条の職務質問の要件の存否を判断することができるが、高速度で疾走する自動車に乗車している者に対しては停車しなければ職務質問の要件の存否の判断をすることはもとよりかりに自動車に乗車している者に職務質問の要件を具えた者がいたとしても職務質問を行うことは事実上不可能……文明の発達と共に自動車を利用する犯罪が激増する事態を招き、高速度交通機関を利用する者に対しても同条一項の要件をみたす限り警察官の職務質問の権限を認むべき実質的理由がある…（同条第一項の規定は）…職務質問の対象となる者について自動車を利用する者を除外するものでないことは文理上からも明らか……自動車を利用する者に対しても同条第一項は警察官に対し職務質問の権限を与えているものと解すべきであり、徐行しているオープンカーの如き場合を除き職務質問の要件の存否を確認するため自動車利用者に停車を求める権限をも合わせて与えたもの……さらに運転者や乗客に職務質問の前提要件の存否を確かめるため二、三の質問をすることも相手方の任意の応答を期待できる限度において許容されている」ただし無制限ではなく、「第一に…（職務質問は任意手段ゆえ）…自動車の停止を求める行為もまた任意の手段でなければならないから、道路に障碍物を置く等の物理的に停車を強制する方法によることは許されない」「第二に、犯罪を犯し、若しくは犯そうとしている者が自動車を利用しているという蓋然性のある場合でなければな

らない」この蓋然性は客観性が必要。「第三に、自動車の停止を求めることが公共の安全と秩序の維持のために自動車利用者の自由を制限しても已むを得ないものとして是認される場合でなければならない…（イ）自動車検問が許されるのは自動車を利用する重要犯罪に限られ…（ロ）自動車検問の必要性…（があり）…（ハ）自動車検問が犯罪の予防、検挙の手段として適切」であること。「自動車利用者の自由の制限は最小限度に止めなければならない。自動車の停止はできる限り短時間に止めなければならないし、一台の自動車を数回に亘つて停車させることも厳に慎しまなければならない。これらの諸点を考慮して公共の利益のために自動車利用者の自由を制限しても已むを得ないものと認められることを要するのである」（公執妨害）

【大阪地判昭 37.2.28】自動車一斉検問は違法[下刑集 4-1=2-170]

個々の自動車につき職質要件を満たさない限り違法。よって公執妨害不成立

第３章　逮捕と勾留

第１節　逮捕

第１款　身体拘束処分と令状主義

1. 被疑者の身体拘束のための強制処分：逮捕と勾留
   - 逮捕：被疑者の身柄を拘束し、引き続き短時間その拘束を続けるもの
   - 勾留：逮捕後なお比較的長時間の身柄拘束の必要があるときに被疑者の身柄を拘束するもの
   - 目的：ともに被疑者の逃亡・罪証隠滅の防止（取調べではない）
2. 憲法との関係

   33 条の逮捕→身体の拘束の着手（刑訴法の逮捕のほか、勾引、逮捕を前置しない勾留も含む）
   - 34 条の抑留・拘禁→一時的な拘束（刑訴法の逮捕後の留置）・継続的な拘束（勾留）

第２款　逮捕の種類

1. 通常逮捕、緊急逮捕、現行犯逮捕の３種がある

第３款　通常逮捕（199-201 条）

1. 裁判官から予め逮捕状の発布を受けて行われるもので、逮捕の最も原則的な形態
2. 逮捕状の発行（§199-2）
   - 請求権者：検察官・指定警察職員（公安委の指定する警部以上の者）
   - 要件：逮捕の理由と逮捕の必要がともに存すること

     ※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あると認めるとき

     ※逮捕の必要：明かに逮捕の必要がないと認めるときは逮捕状を発付しない

     ←逃亡・罪証隠滅のおそれがない場合は逮捕の必要が認められない（刑訴規則§143/3）
   - 逮捕状の記載事項：氏名・住居・被疑事実の要旨等、裁判官の記名押印（§200）
   - 逮捕の不当な蒸し返し等を防ぐため、再度の請求の際の通知義務がある(§199-3)
   - 逮捕状の発行：数通を発行可(規 146)、有効期間は原則７日だが長期間にもできる(規 300)

     §199-2 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（警察官たる司法警察員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者に限る。以下本条において同じ。）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

     #3 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つたときは、その旨を裁判所に通知しなければならない

     §200-1 逮捕状には、被疑者の氏名及び住居、罪名、被疑事実の要旨、引致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、これに記名押印しなければならない

     #2 第六十四条第二項及び第三項の規定は、逮捕状についてこれを準用する
3. 通常逮捕（§199-1）
   - 逮捕権者：検察官・検察事務官・司法警察職員
   - 要件：被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由と逮捕状があること
   - 例外：30 万円以下の罰金・拘留・科料にあたる罪は住居不定や不出頭の場合に限る

     ←逃亡のおそれが特に強い場合を挙げたもの。取調べの必要＝逮捕ＯＫではない
   - 逮捕状の提示（§201）：逮捕状を被疑者に示さなければならない(#1)

     ←緊急執行：急速を要するときは被疑事実の要旨と逮捕状が発付の告知で足りる(#2)

     §199-1 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（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、二万円）以下の罰金、拘留又は科料に当たる罪については、被疑者が定ま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

     §201-1 逮捕状により被疑者を逮捕するには、逮捕状を被疑者に示さなければならない

     #2 第七十三条第三項の規定は、逮捕状により被疑者を逮捕する場合にこれを準用する
   - 実力行使：逮捕の実効を確保するため、合理的に必要な実力の行使は許される

     ※武器の使用も認められる（警職法§7）、逮捕を妨げる第三者への実力行使も可能

     【最判昭 50.4.3】現行犯逮捕時の私人の実力行使[S48 あ 722:刑集 29-4-132]

     あわび密漁船を捕まえようとして密漁船の船員を竹竿で突いて傷害を負わせたもの。

「現行犯逮捕をしようとする場合において，現行犯人から抵抗を受けたときは、逮捕をしようとする者は、警察官であると私人であるとをとわず、その際の状況からみて社会通念上逮捕のために必要かつ相当であると認められる限度内の実力を行使することが許され、たとえその実力の行使が刑罰法令に触れることがあるとしても、刑法三五条により罰せられない」（傷害→罰金／棄却／破棄自判・無罪）

【東京高判昭 53.5.31】大菩薩峠事件[S49 う 2756:刑月 10-4~5-883]

爆発物取締罰則違反等→有罪／棄却／棄却

数名の逮捕状のみで山荘を包囲・メンバーを追い出して逮捕に伴う捜索・差押えを行い、その証拠により全員を凶器準備集合の現行犯で逮捕したが、その際逮捕状のないメンバーまで自由を拘束したことの是非。

「第三者によつて被疑者に対する逮捕状の執行が妨害されるおそれがあり、とくに、逮捕状の執行に従事する捜査官の生命・身体に危害が加えられるおそれがあつて、右の捜査官において右のおそれがあると判断するについて相当な理由がある場合には、緊急やむを得ない措置として、逮捕状の執行に必要かつ最少の限度において、相当と認める方法により一時的に右の第三者の自由を制限することができる……けだし、刑事訴訟法が逮捕状の執行という強制措置を認めている以上、これに対する妨害の予防ないし排除のために、右の程度の緊急措置は刑事訴訟法ないし警察官等の職務執行に関する法によつて当然に予定し、是認されているものと解すべきであり、このように解する以上、かかる強制手段の対象から第三者を除外すべきいわれはない」

【最判昭 59.2.13】130 名の集団を停止させた場合[S55 あ 1104:刑集 38-3-295]

在日韓国青年同盟 130 名の歩行集団中に、その一人で警察官を傷害した犯人が紛れたため、まもなく 6-7 分停止させて現行犯逮捕したもの。犯人が見つかりそうになって警察官を殴った公執妨害の成否が問題となった。

「犯人が路上の集団の中にまぎれ込んだ場合において、警察官が、その集団の中から犯人を探索してこれを検挙するため、その集団全体の移動を停止させるときは、これによつて犯罪にかかわりのない多数の第三者の自由をも制約することとなるのであるから、かかる停止が警察官の職務執行として軽々に許されるべきものでない……しかし、本件の場合…（外国大使館に抗議に来た集団の一人による警備中の警察官に対する公執妨害・傷害という発生した)…犯罪の内容は決して軽微といえないこと、犯行後犯人は右抗議集団の中にまぎれ込んだため直ちにこれを検挙することができなかつたが、犯罪が発生してから間がなく、右集団の動き等からみて犯人がいまだ右集団の中にいる蓋然性が高いと認められ、かつ、被害者の後藤巡査が犯行を現認して犯人の人相特徴を明確に記憶していたのであるから、同巡査において右集団の者を見分すれば、その集団の中から犯人を発見して検挙できる可能性がきわめて高い状況にあつたと認められること、集団が移動するままの状態において同巡査が犯人を発見することは、集団の規模、状況等に照らして困難な状態であり、しかも、右集団は抗議行動を終えて漸次四散する直前の状況にあつたから、犯人検挙の目的を実現するためには、直ちに右集団の移動を停止させてその四散を防止する緊急の必要があり、そのためには、前記のごとき停止の方法をとる以外に有効適切な方法がなかつたと認められること、右のとおり停止を求めた際に、警察官の身体や楯が集団の先頭部分にいた者の身体に接触する程度のことがあつたが、それ以上の実力行使はなされておらず、あらかじめ停止を求める発言があつたことなどと併せると、右行為は集団の者に対し停止を求めるための説得の手段の域にとどまるものと認めることができないわけではなく、また、停止させられた時間もせいぜい六、七分の短時間にすぎなかつたのであるから、本件警察官の措置によつて右集団の者が受けた不利益の内容程度もさして大きいものといえないこと、岡安巡査部長が被告人に対し停止を求めて肩に手をかけた行為も、前記集団に対する停止措置の一環としてとられたものであつて、その有形力行使の程度も説得の手段の域にとどまることなどの事情が認められるのであつて、これらの事情を総合勘案すると、本件の具体的状況のもとにおいては、岡安巡査部長が他の機動隊の警察官とともに行つた本件路上集団に対する前記の停止措置は、被告人に対する行為を含め、犯人検挙のための捜査活動として許容される限度を超えた行為とまではいうことができず、適法な職務執行にあたる」

- 通常逮捕の規定は、現行犯逮捕、緊急逮捕（逮捕状含む）にも準用される(§210-2,211,216)

  §210-2 第二百条の規定は、前項の逮捕状についてこれを準用する

§211 前条の規定により被疑者が逮捕された場合には、第百九十九条の規定により被疑者が逮捕された場合に関する規定を準用する

§216 現行犯人が逮捕された場合には、第百九十九条の規定により被疑者が逮捕された場合に関する規定を準用する

4. 逮捕状の記載事項・逮捕後の引渡しは通常逮捕に準じる（§210-2,211）

第４款　現行犯逮捕（212,213 条）

1. 現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者を逮捕状なく逮捕すること

∵誤認の恐れが小さく、令状発付を待っていると犯人の逃亡・罪証隠滅のおそれが強い

- 要件：犯罪の明白性（犯罪があったこと）・犯人の明白性（被逮捕者＝犯人）・逮捕の必要性
- 例外：30 万円以下の罰金・拘留・科料にあたる罪は住居不定や不出頭の場合に限る(§217)

§217 三十万円（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、二万円）以下の罰金、拘留又は科料に当たる罪の現行犯については、犯人の住居若しくは氏名が明らかでない場合又は犯人が逃亡するおそれがある場合に限り、第二百十三条から前条までの規定を適用する

2. 犯人の明白性の判断：現行犯の定義(§212。原則：#1 と経験則による準現行犯人：#2)

- 準現行犯の判断：明白性＋各号事由該当（相補的：該当数が多いと、明白性が低くてもよい）

§212 現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者を現行犯人とする

#2 左の各号の一にあたる者が、罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす

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兇器その他の物を所持しているとき／三　身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき／四　誰何されて逃走しようとするとき

【最決平 8.1.29】準現行犯人の判断（適法・和光大事件）[H5 あ 518:刑集 50-1-1]

内ゲバ事件発生・犯人逃走中等の無線情報を受けて警戒中・検索中の警察官が、犯行の約一時間後に「甲が通り掛かるのを見付け、その挙動や、小雨の中で傘もささずに着衣をぬらし靴も泥で汚れている様子を見て、職務質問のため停止するよう求めたところ、同被告人が逃げ出したので、約 300 メートル追跡して追い付き……同被告人が腕に籠手を装着しているのを認め」て逮捕し、乙・丙については約一時間四〇分を経過したころ「犯行現場から直線距離で約四キロメートル離れた路上で着衣等が泥で汚れた右両被告人を発見し、職務質問のため停止するよう求めたところ、同被告人らが小走りに逃げ出したので、数十メートル追跡して追い付き、その際、同被告人らの髪がべっとりぬれて靴は泥まみれであり、被告人丙は顔面に新しい傷跡があって、血の混じったつばを吐いているなどの事情があったため」逮捕したのは刑訴法 212-2 の 2,3,4 号で準現行犯人と認められ、適法（甲は 2,4 号、乙・丙は 3,4 号に該当した）

【最判昭 30.12.16】２号該当の判断(逮捕時の所持の必要性)[S28 あ 4790:刑集 9-14-2791]

司法巡査が贓物を所持時から尾行し、店に入って出てきたときに贓物を包んでいた風呂敷を捨てたため職務質問して窃盗で現行犯逮捕したもの。逮捕時に贓物を所持していなかった違法逮捕として上告。

「逮捕手続の違法をもつて上告の理由とすることができない……（最大判昭 23.12.1）。のみならず所論現行犯逮捕手続に対する原審の判断には誤りがない」（窃盗→懲役６月／棄却／棄却）

- 判断基準：時間的接着性と場所的近接性

【最決昭 31.10.25】現行犯逮捕が合法とされた例[S31 あ 479:刑集 10-10-1439]

（要旨）「某が飲酒酩酊の上甲特殊飲食店の玄関において、従業婦の胸に強打を加え、更に同家勝手口の硝子戸を故らに破損したため、同家主人が直ちに附近の巡査派出所の勤務巡査に届け出で、同巡査は現場に急行したところ右従業婦から某の暴状を訴えられ、某は今、乙特殊飲食店にいると告げられたので、破損箇所を検した上直ちに甲店より約２０米隔てた乙店に赴き、手を怪我して大声で叫びながら洗足している某を逮捕したもので、その逮捕までに右犯行後３、４０分を経過したに過ぎないものであるときは、刑訴第２１２条第１項にいう「現に罪を行い終つた者」にあたる現行犯人の逮捕ということができる」

【京都地決昭 44.11.5】西ノ京恐喝未遂事件（現行犯逮捕違法）[S44 む 259:判時 629-103]

逮捕手続違法のため勾留請求が却下され、それに対する準抗告が棄却されたもの（恐喝事件）

「犯行時よりわずか二〇数分後であり、その逮捕場所も犯行現場からわずか二〇数メートルしか離れていない地点であったのであるが、逮捕者である司法巡査とすれば犯行現場に居合わせて被疑者の本件犯行を目撃していたわけでなく、またその逮捕時において被疑者が犯罪に供した凶器等を所持しその身体、被服などに犯罪の証跡を残していて明白に犯人と認めうるような状況にあったというわけでもないのであって、被害者の供述に基づいてはじめて被疑者を本件被疑事実を犯した犯人と認めえたというにすぎない」職務質問に際して逃走しようとしておらず、被害者から追呼されていないから「司法巡査が被害者の供述に基づいて被疑者を「現行犯逮捕」した時点においては、被疑者について緊急逮捕をなしうる実体的要件は具備されていたとは認められるけれども、現行犯逮捕ないしは準現行犯逮捕をなしうるまでの実体的要件が具備されていたとは認められない」→逮捕自体は違法でないが「直ちに事後的措置として裁判官に対して緊急逮捕状の発布請求の手続をとり、右逮捕についての裁判官の司法審査を受けるべき……そのような手続をとらずに漫然と被疑者の逮捕を継続したという点において、本件逮捕手続には重大な違法がある」この場合、裁判官としては「仮に被疑者につき勾留の実体的要件が具備されていて将来同一事実に基づく再度の逮捕や勾留請求が予想されるという場合であっても、その時点において逮捕手続の違法を司法的に明確にするという意味において当該勾留請求を却下するほかなきものと解される」

【東京高判昭 41.6.28】現行犯逮捕が合法とされた例[27930408]

「競馬における呑み行為や又は賭博行為の如く隠密のうちに行われる犯罪の場合においては、事情の内偵、張り込み等によつて得た客観的資料に基づく知識を有しない通常人には現行犯であるということは認知できない場合であつても、警察官はそれらの資料に基づく知識によつて容易に現行犯の存在を認知し得る場合」があり、その資料を通常人に供給すれば通常人も現行犯と認める場合には、現行犯逮捕をしてよい（競馬法違反事件）

3. 逮捕の必要性の判断：逮捕の必要性不要説もあったが、必要説が定説・実務

【大阪高判昭 60.12.18】逮捕の必要性を欠くと現行犯逮捕は違法（国賠請求）[27803385]

損賠 220 万円請求→一審：12 万円（原告負担 19/20）→被告控訴：棄却

「現行犯逮捕においても逮捕の必要性（逃亡または罪証隠滅のおそれ）が要件となるか否かについて検討するに、刑事訴訟法及び同規則には、逮捕の必要性を現行犯逮捕の要件とする旨の明文の規定が存しないことは、控訴人主張のとおりであるが、現行犯逮捕も人の身体の自由を拘束する強制処分であるから、その要件はできる限り厳格に解すべきであって、通常逮捕の場合と同様、逮捕の必要性をその要件と解するのが相当」「比較的閑散な道路における取締りにおいて、違反者が逃亡や罪証を隠滅するなどの行為を何らなしておらず、単に警察官の指摘した違反事実を否認し、免許証の提示を拒否したことのみをもって、住所、氏名を質すこともなく、他に人定事項の確認手段をとらないまま、直ちに現行犯として逮捕することは、逮捕の必要性の要件を充たしていないといわざるを得ない」「本件現行犯逮捕においては、被控訴人の犯罪事実の明白性に極めて疑問があるほか、被控訴人には逃亡や罪証隠滅のおそれはなく、かつ、取締状況も即座に逮捕し処理しなければならないような状態ではなかったのであるから、未だ逮捕の必要性は存しなかったといわなければならない」

- 逮捕権者：何人でも逮捕できる(§213)

  §213 現行犯人は、何人でも、逮捕状なくしてこれを逮捕することができる

- 逮捕後の引渡し：一般人→検察官・司法警察職員、司法巡査が受け取った場合の特例(§214,215)

  §214 検察官、検察事務官及び司法警察職員以外の者は、現行犯人を逮捕したときは、直ちにこれを地方検察庁若しくは区検察庁の検察官又は司法警察職員に引き渡さなければならない

  §215-1 司法巡査は、現行犯人を受け取つたときは、速やかにこれを司法警察員に引致しなければならない

  #2 司法巡査は、犯人を受け取つた場合には、逮捕者の氏名、住居及び逮捕の事由を聴き取らなければならない。必要があるときは、逮捕者に対しともに官公署に行くことを求めることができる

第５款　緊急逮捕（210 条）

1. 一定以上の重大な罪の嫌疑が高く、逮捕状が間に合わない場合に先に逮捕できるもの

・合憲である　∵厳格な制約があり、対象も限定され、やむを得ない場合で事後審査もあるから

【最大判昭 30.12.14】緊急逮捕の合憲性[憲掲 S26 あ 3953:刑集 9-13-2760]

森林法違反・公務執行妨害・傷害：一審：懲役 10 月→控訴棄却→上告棄却

他人所有の棕梠皮を窃取した被告人が、巡査に緊急逮捕されそうになったため抵抗して怪我をさせたもの。

「かような厳格な制約の下に、罪状の重い一定の犯罪のみについて、緊急已むを得ない場合に限り、逮捕後直ちに裁判官の審査を受けて逮捕状の発行を求めることを条件とし、被疑者の逮捕を認めることは、憲法三三条規定の趣旨に反するものではない」

（斎藤補足）準現行犯逮捕・緊急逮捕は「現行犯として逮捕される場合」に含まれる

（小谷・池田補足）緊急逮捕は現行犯逮捕に準じるが、謙抑の態度から令状も要求するから違憲の理由はない

2. 緊急逮捕（§210-1）

・逮捕権者：検察官・検察事務官・司法警察職員

・緊急逮捕の要件：犯罪の重大性・嫌疑の充分性・逮捕の要急性　＋　逮捕の必要性

＊犯罪の重大性：死刑・無期若しくは長期３年以上の懲役もしくは禁錮にあたる罪

＊犯罪の嫌疑の充分性：対象の罪を犯したと疑うに足りる充分な理由（通常逮捕：相当な理由）

＊逮捕の要急性（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き

・手続要件：充分な理由と緊急性を告げること、逮捕後ただちに逮捕状を請求すること

←手続が急速を要するため、逮捕状の請求権者は検察官・司法警察員に限定されない

§210-1 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足り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をしなければならない。逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない

第６款　逮捕後の手続

1. 引致：逮捕後の検察事務官→検察官、司法巡査→司法警察員への引渡し義務(§202)

   §202 検察事務官又は司法巡査が逮捕状により被疑者を逮捕したときは、直ちに、検察事務官はこれを検察官に、司法巡査はこれを司法警察員に引致しなければならない

   ・勾留の規定の準用（§209 → §74,75:護送・引致のための刑事施設留置、§78 弁護人選任権）

   §209 第七十四条、第七十五条及び第七十八条の規定は、逮捕状による逮捕についてこれを準用する

2. 司法警察員が逮捕又は逮捕された被疑者を受け取った場合の手続(§203)

   ・犯罪事実の要旨・弁護人選任権・被疑者国選弁護人制度の告知、弁解の機会の付与(#1,3)

   ※弁護人の有無を尋ねてあった場合は弁護人選任権の告知は不要(#2)

   →留置不要と思料するとき：ただちに釈放(#1)

   →留置必要と思料するとき：48 時間以内に検察官に送致、超過すると釈放(#1,4)

   §203-1 司法警察員は、逮捕状により被疑者を逮捕したとき、又は逮捕状により逮捕された被疑者を受け取つたときは、直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げた上、弁解の機会を与え、留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者が身体を拘束された時から四十八時間以内に書類及び証拠物とともにこれを検察官に送致する手続をしなければならない

   #2 前項の場合において、被疑者に弁護人の有無を尋ね、弁護人があるときは、弁護人を選任することができる旨は、これを告げることを要しない

   #3 司法警察員は、第三十七条の二第一項に規定する事件について第一項の規定により弁護人を選任することができる旨を告げるに当たつては、被疑者に対し、引き続き勾留を請求された場合において貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは裁判官に対して弁護人の選任を請求することができる旨並びに裁判官に対して弁護人の選任を請求するには資力申告書を提出しなければならない旨及びその資力が基準額以上であるときは、あらかじめ、弁護士会（第三十七条の三第二項の規定により第三十一条の二第一項の申出をすべき弁護士会をいう。）に弁護人の選任の申出をしていなければならない旨を教示しなければならない

   #4 第一項の時間の制限内に送致の手続をしないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない

3. 検察官が逮捕又は逮捕された被疑者を最初に受け取った場合の手続(§204)

   ・犯罪事実の要旨・弁護人選任権・被疑者国選弁護人制度の告知、弁解の機会の付与(#1,2)

   ※弁護人の有無を尋ねてあった場合は弁護人選任権の告知は不要(#4)

   →留置不要と思料するとき：ただちに釈放(#1)

   →留置必要と思料するとき：48 時間以内に勾留請求/公訴提起、超過すると釈放(#1,3)

   §204-1 検察官は、逮捕状により被疑者を逮捕したとき、又は逮捕状により逮捕された被疑者（前条の規定により送致された被疑者を除く。）を受け取つたときは、直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げた上、弁解の機会を与え、留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者が身体を拘束された時から四十八時間以内に裁判官に被疑者の勾留を請求しなければならない。但し、その時間の制限内に公訴を提起したときは、勾留の請求をすることを要しない

   #2 検察官は、第三十七条の二第一項に規定する事件について前項の規定により弁護人を選任することができる旨を告げるに当たつては、被疑者に対し、引き続き勾留を請求された場合において貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは裁判官に対して弁護人の選任を請求することができる旨並びに裁判官に対して弁護人の選任を請求するには資力申告書を提出しなければならない旨及びその資力が基準額以上であるときは、あらかじめ、弁護士会（第三十七条の三第二項の規定により第三十一条の二第一項の申出をすべき弁護士会をいう。）に弁護人の選任の申出をしていなければならない旨を教示しなければならない

#3 第一項の時間の制限内に勾留の請求又は公訴の提起をしないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない

#4 前条第二項の規定は、第一項の場合にこれを準用する

4. 検察官が司法警察員から被疑者を受け取ったときの手続(§205)

・弁解の機会の付与(#1)、被疑者国選弁護の告知（罪名が変わった場合のみ、#5）

→留置不要と思料するとき：ただちに釈放(#1)

→留置必要と思料するとき：24 時間以内に勾留請求/公訴提起、超過すると釈放(#1,3,4)

※被疑者の身体拘束から 72 時間以内という条件も加わる(#2)

§205-1 検察官は、第二百三条の規定により送致された被疑者を受け取つたときは、弁解の機会を与え、留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者を受け取つた時から二十四時間以内に裁判官に被疑者の勾留を請求しなければならない

#2 前項の時間の制限は、被疑者が身体を拘束された時から七十二時間を超えることができない

#3 前二項の時間の制限内に公訴を提起したときは、勾留の請求をすることを要しない

#4 第一項及び第二項の時間の制限内に勾留の請求又は公訴の提起をしないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない

#5 前条第二項の規定は、検察官が、第三十七条の二第一項に規定する事件以外の事件について逮捕され、第二百三条の規定により同項に規定する事件について送致された被疑者に対し、第一項の規定により弁解の機会を与える場合についてこれを準用する。ただし、被疑者に弁護人があるときは、この限りでない

5. 時間制限を超えた場合、裁判官がやむを得ない正当な場合と認めれば勾留状発付可能(§206)

例）突発的な交通途絶など

§206-1 検察官又は司法警察員がやむを得ない事情によつて前三条の時間の制限に従うことができなかつたときは、検察官は、裁判官にその事由を疎明して、被疑者の勾留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、その遅延がやむを得ない事由に基く正当なものであると認める場合でなければ、勾留状を発することができない

第７款　不服申立

1.　逮捕への不服申立ての可否：できない(通説)

∵§429-1 列挙事由に逮捕がなく、勾留とはいえない

逮捕は短期間であり不服申立ての手続が認められなくても不利益が重大ではない

【最決昭 57.8.27】逮捕に関する裁判への準抗告は 429 条に規定がなく不適法[24005830]

第２節　勾留

第１款 意義

1. 被疑者の勾留の特徴（被告人の勾留と比較して）

・逮捕前置主義、検察官の請求によること、保釈はできないこと、勾留期間の制限

第２款　勾留の要件と手続

1. 勾留の要件(§207-1 → §60：被告人の勾留)：勾留の理由(①②)＋必要性

   ①罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由

   ②住所不定、罪証隠滅を疑う相当の理由、逃亡、逃亡を疑う相当の理由のいずれか

   ←30 万円以下罰金等軽微な犯罪の場合は、住所不定に限る

・勾留の必要を欠く場合 → 請求却下すべき（∵§87 勾留の理由・必要消滅時の必要的取消し）

例）住所不定だが、軽微な犯罪で確実な身元引受人があり、出頭が確保されている場合など

§60-1 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

#2 勾留の期間は、公訴の提起があつた日から二箇月とする。特に継続の必要がある場合においては、具体的にその理由を附した決定で、一箇月ごとにこれを更新することができる。但し、第八十九条第一号、第三号、第四号又は第六号にあたる場合を除いては、更新は、一回に限るものとする

#3 三十万円（刑法、暴力行為等処罰に関する法律（大正十五年法律第六十号）及び経済関係罰則の整備に関する法律（昭和十九年法律第四号）の罪以外の罪については、当分の間、二万円）以下の罰金、拘留又は科料に当たる事件については、被告人が定まつた住居を有しない場合に限り、第一項の規定を適用する

2. 勾留の手続(§207)

・検察官が請求(§204-206, 207-1)

→裁判官による被疑事実告知、陳述聴取、被疑者国選弁護告知の義務(#2,3,§61)

→裁判官による勾留状を発付する、理由・必要を欠くか理由のない遅延の場合は釈放命令(#4)

※被疑者の勾留は、保釈が認められない(§207-1 但書)

§61 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、これをすることができない。但し、被告人が逃亡した場合は、この限りでない

§207-1 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

#2 前項の裁判官は、第三十七条の二第一項に規定する事件について勾留を請求された被疑者に被疑事件を告げる際に、被疑者に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困その他の事由により自ら弁護人を選任することができないときは弁護人の選任を請求することができる旨を告げなければならない。ただし、被疑者に弁護人があるときは、この限りでない

#3 前項の規定により弁護人の選任を請求することができる旨を告げるに当たつては、弁護人の選任を請求するには資力申告書を提出しなければならない旨及びその資力が基準額以上であるときは、あらかじめ、弁護士会（第三十七条の三第二項の規定により第三十一条の二第一項の申出をすべき弁護士会をいう。）に弁護人の選任の申出をしていなければならない旨を教示しなければならない

#4 裁判官は、第一項の勾留の請求を受けたときは、速やかに勾留状を発しなければならない。ただし、勾留の理由がないと認めるとき、及び前条第二項の規定により勾留状を発することができないときは、勾留状を発しないで、直ちに被疑者の釈放を命じなければならない

第３款　勾留の方法

1. 勾留の期間：勾留請求から 10 日以内だが、+10 日まで延長可能(計 20 日、§208)

   例外）内乱・外患・国交に関する罪、騒乱の罪は更に+5 日まで延長可能(計 25 日、§208/2)

   ※期間計算の通則である初日不算入・末日の休日除外などは適用されない（通説・実務）

   →時効の計算に準じている(§55-1 但書,3 但書)

・10 日より短期の勾留状は発することができない(#1 の解釈)

・勾留延長は短期でも可能で、計 10 日以内なら 2 回以上に分けてもよい

【横浜地決昭 42.2.2】４日限りの勾留延長を認めた例

§208-1 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

#2 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

§208/2 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

2. 勾留の場所：勾留状に「勾留すべき刑事施設」が記載される(§64-1)

・刑事施設：刑事収容施設法 3 条規定の施設だが、警察の留置施設にも留置可能（刑収 15 条）

＊実務：警察段階は留置施設(←留置責任者は捜査担当官と分離)、検察官逮捕・起訴後は拘置所

・勾留場所の変更（移送）：検察官がする場合は裁判官の同意が必要（則 80,302）

→不服申立ては準抗告、裁判官の職権移送命令可能、被疑者の移送請求権はない

【最決昭 46.11.12】被疑者移監の同意の性質[S46 し 99:集刑 182-27]

被疑者移監→一審：同意の裁判→準抗告：棄却決定→特別抗告：棄却

「被疑者の移監に対する裁判官の同意は、刑訴法四二九条一項二号の裁判にあたる」→同意に準抗告可能

【最決平 7.4.12】裁判官の職権による移送命令 [H7 し 40:刑集 49-4-609]

勾留取消し請求→却下→準抗告：棄却→特別抗告：棄却

「勾留に関する処分を行う裁判官は職権により被疑者又は被告人の勾留場所を変更する旨の移監命令を発することができるものと解すべきところ、本件勾留取消し請求は、その請求の趣旨に照らし、実質は裁判官に右移監命令の職権発動を促すものであることが明らかであり、右請求を却下した原原裁判は右職権を発動しない趣旨でされたものと解されるから、本件勾留取消し請求却下の裁判に対する不服申立ては許されないというべきである」

3. 外部との交通

・接見交通の意義：防御の準備、拘禁に伴う苦痛の緩和

・弁護人との接見交通：原則として自由(§39)

・その他の者との接見交通：法令の範囲内で可能(§80,81)

←接見禁止決定(§81)：検察官の請求・裁判官の職権。逃亡・罪証隠滅を疑う相当の理由が必要

例外）糧食の授受・差押えは不可

§39-1 身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる

§80 勾留されている被告人は、第三十九条第一項に規定する者以外の者と、法令の範囲内で、接見し、又は書

類若しくは物の授受をすることができる。勾引状により刑事施設に留置されている被告人も、同様である

§81 裁判所は、逃亡し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるときは、検察官の請求により又は職権で、勾留されている被告人と第三十九条第一項に規定する者以外の者との接見を禁じ、又はこれと授受すべき書類その他の物を検閲し、その授受を禁じ、若しくはこれを差し押えることができる。但し、糧食の授受を禁じ、又はこれを差し押えることはできない

第４款　不服申立等

1. 勾留に関する裁判についての取消・変更請求：準抗告という(§429-1:2)

   →地方・家庭裁判所に請求し、裁判所は合議体で決定をする

   ・勾留に対する準抗告では「犯罪の嫌疑がないこと」は理由にできない(§429-2→420-3)

   ←(有力)本訴で明らかにすべき被告人と異なり、被疑者段階では可能【大阪地判昭 46.6.1】

   ・検察官の準抗告では、併せて釈放命令の執行停止請求が可能(§432→424:裁判所の執行停止権)

   ←(有力)釈放命令はただちに執行すべきであり、認められない

   §429-1 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

   二 勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する裁判

   #2 第四百二十条第三項の規定は、前項の請求についてこれを準用する

   #3 第一項の請求を受けた地方裁判所又は家庭裁判所は、合議体で決定をしなければならない

   §420-3 勾留に対しては、前項の規定にかかわらず、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

   §431 前二条の請求をするには、請求書を管轄裁判所に差し出さなければならない

   §432 §424,§426 及び§427 の規定は、§429 及び§430 の請求があつた場合にこれを準用する

   【大阪地判昭 46.6.1】§420-3 の被疑者勾留への準用[S46 む 198:判時 637-106]

   「§420-3 の規定は、公訴提起後においては、犯罪の嫌疑の存否に関する問題はもはや単に勾留だけの問題にとどまらず、本質的に本案審理にゆだねるべきであるから……これを派生的な手続において重複して審査することを認める結果となり適当でないという考慮に基くものと解されるので、§420-3 を§429-2 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」→被疑事実を侵したことを疑うに足りる相当の理由ありとして勾留の裁判への準抗告棄却

2. 勾留中の取消し

   ・理由・必要がなくなった場合、裁判官による必要的取消(請求又は職権、§87)

   →実務は検察官の判断で期間途中でも釈放している

   §87-1 勾留の理由又は勾留の必要がなくなつたときは、裁判所は、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

   #2 第八十二条第三項の規定は、前項の請求についてこれを準用する

3. 勾留の執行停止(§95)

   ・病気治療や近親者の葬儀などの場合。取消される場合がある(§96、保釈と同じ)

   §95 裁判所は、適当と認めるときは、決定で、勾留されている被告人を親族、保護団体その他の者に委託し、又は被告人の住居を制限して、勾留の執行を停止することができる

4. 勾留理由の開示(憲 34 条後段、§82～86)

   ・勾留時の被疑事実告知義務、勾留状への被疑事実の記載義務に加えて別途手続を規定している

   ・手続：被疑者・関係者の請求→公開法廷での理由告知→関係人の意見陳述(各 10 分以内)

   ※原則、被疑者・弁護人の出頭が必要(§83-3)

・目的：勾留の取消し請求の準備、裁判官の再考・職権取消しの促し、慎重な判断の担保

§82-1 勾留されている被告人は、裁判所に勾留の理由の開示を請求することができる

#2 勾留されている被告人の弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹その他利害関係人も、前項の請求をすることができる

#3 前二項の請求は、保釈、勾留の執行停止若しくは勾留の取消があつたとき、又は勾留状の効力が消滅したときは、その効力を失う

§83-1 勾留の理由の開示は、公開の法廷でこれをしなければならない

#2 法廷は、裁判官及び裁判所書記が列席してこれを開く

#3 被告人及びその弁護人が出頭しないときは、開廷することはできない。但し、被告人の出頭については、被告人が病気その他やむを得ない事由によつて出頭することができず且つ被告人に異議がないとき、弁護人の出頭については、被告人に異議がないときは、この限りでない

§84-1 法廷においては、裁判長は、勾留の理由を告げなければならない

#2 検察官又は被告人及び弁護人並びにこれらの者以外の請求者は、意見を述べることができる。但し、裁判長は、相当と認めるときは、意見の陳述に代え意見を記載した書面を差し出すべきことを命ずることができる

§85 勾留の理由の開示は、合議体の構成員にこれをさせることができる

§86 同一の勾留について第八十二条の請求が二以上ある場合には、勾留の理由の開示は、最初の請求についてこれを行う。その他の請求は、勾留の理由の開示が終つた後、決定でこれを却下しなければならない

則 85/3-1 法 84-2 本文に掲げる者が開示期日において意見を述べる時間は、各十分を超えることができない

#2 前項の者は、その意見の陳述に代え又はこれを補うため、書面を差し出すことができる

・勾留理由の開示そのものへの準抗告：認められない

【最決平 5.7.19】勾留理由開示への準抗告の可否[H5 し 64:刑集 47-7-3]

「勾留理由の開示は、公開の法廷で裁判官が勾留の理由を告げることであるから、その手続においてされる裁判官の行為は、刑訴法四二九条一項二号にいう勾留に関する裁判には当たらない……したがって、本件準抗告の申立ては不適法」（勾留理由開示→準抗告：棄却→特別抗告：棄却。開示に弁護人が不在廷だったとしたもの）

第５款　起訴後の勾留

1. 勾留中の公訴提起 → そのまま拘留される
2. 逮捕中の公訴提起 → 逮捕中求令状の表示により勾留の裁判を求める
3. 被疑者の勾留と被告人の勾留の異同
   - 逮捕前置主義がない、検察官は勾留請求できない(§60-1：裁判官の職権)
   - 勾留期間が起訴後２カ月、その後は１カ月更新(§60-2)
   - 保釈が認められる(§88,89)

第３節　逮捕・勾留の諸問題

第１款 逮捕前置主義

1. 逮捕前置主義：被疑者の勾留には逮捕が先行していなければならない、とするもの
   - 起訴前勾留の規定(§207-1)が逮捕後処理にかかる 204-206 条の請求を受けているから
     ∵逮捕、勾留の２段階に分け、先に短期間の逮捕をし、なお長期間の勾留が必要か
     慎重に検討するため、各段階での司法審査に服させる
     ←直接勾留した方が身柄の拘束期間は短縮されるのでは？
2. 別事件での勾留の扱い：別事件かどうかは、公訴事実の同一性とほぼ同じ基準で判断
   →逮捕事件と別事件で勾留することはできない
   →逮捕事件で勾留し、別事件も追加することはできる（逮捕事件で前置主義を満たす）
   例）コカイン不法所持で逮捕 → 分量、日時が違ってもＯＫだが、譲渡に切り替えるのはダメ
3. 逮捕が違法であった場合
   - 通説・判例：逮捕段階に重大な違法が存すると、それを前提とする勾留請求は却下すべき
     ∵現行犯逮捕では司法審査がない、逮捕自体への不服申し立てができない
     ＊重大な違法の判断：事案に応じて実質的に判断する
   - 逮捕が違法であったとして勾留請求を却下した例

     【京都地決昭 44.7.4】現行犯逮捕が違法として勾留請求を認めなかった例[27930679]

     勾留請求→却下の裁判→準抗告：棄却（軽犯罪法違反として逮捕したが、構成要件に該当しなかった事例）

     「各現行犯逮捕は、いずれも、司法警察職員において現行犯逮捕の要件が具備されていないのにこれあるものと誤認して行なつた違法な現行犯逮捕であつたといわなければならないところ、我現行刑事訴訟法が被疑者の勾留につき逮捕前置主義を採用している点、逮捕の手続を厳格に規制している点、逮捕自体については被疑者に何らの不服申立の方法を認めていない点などからして、右違法はそれに続く当該被疑者についての勾留請求を不適法ならしめる性質のものと解すべき」として棄却（勾留請求は凶器準備集合であった）。

     【大阪地決昭 35.12.5】緊急逮捕後逮捕状請求が「直ちに」でないとした例[27920744]

     窃盗の疑いで緊急逮捕。「午前一一時三五分過頃前記の如く被疑者両名を捕えて手錠をかけ逮捕した上浪速警察署へ連行して取調べ、午後四時に至つて始めて被疑事実の要旨及び急速を要し逮捕状を求めることができない旨を被疑者等に告げた（緊急逮捕手続書はこの時逮捕したとしている）もので、午後八時になつて漸く大阪簡易裁判所裁判官に逮捕状請求の手続をした……緊急逮捕は捜査の必要上已むなく認められた制度であり、その運用は特に厳格にされることを要するところ、右の違法は引きいて逮捕状が発せられたことによつて治癒し得ない重大な瑕疵であつて、これに続く本件勾留請求を違法ならしめるものである」

     【東京地決昭 39.10.15】逮捕状に裁判官の押印および契印が欠けていた例[27915271]

     ＊逮捕状未発付で行われた実質的逮捕：令状主義違反で勾留請求却下

     【富山地決昭 54.7.26】富山任意同行事件 [27921088]

     当初の同行は任意だったが、数回の休憩時間を除いて午前８時～翌午前零時まで、しかも「夕食時である午後七時ころからの取調は夜間にはいり、被疑者としては、通常は遅くとも夕食時には帰宅したいとの意向をもつと推察されるにもかかわらず、被疑者にその意思を確認したり、自由に退室したり外部に連絡をとったりする機会を与えたと認めるに足りる資料はない」「事実上の看視付きの長時間の深夜にまで及ぶ取調は、仮に被疑者から帰宅ないし退室について明示の申出がなされなかったとしても、任意の取調であるとする他の特段の事情の認められない限り、任意の取調とは認められない……少なくとも夕食時である午後七時以降の取調は実質的には逮捕状

によらない違法な逮捕であった……実質逮捕の時点から計算しても制限時間不遵守の問題は生じないけれども、約五時間にも及ぶ逮捕状によらない逮捕という令状主義違反の違法は、それ自体重大な瑕疵であって、制限時間遵守によりその違法性が治ゆされるものとは解されない、けだし、このようなことが容認されるとするならば、捜査側が令状なくして終日被疑者を事実上拘束状態におき，その罪証隠滅工作を防止しつつ、いわばフリーハンドで捜査を続行することが可能となり、令状主義の基本を害する結果となるからである」→勾留請求却下正当

【青森地決昭 52.8.15】勾留請求却下[判時 871-113]

【東京高判昭 54.8.14】飯山買物袋置引事件(適法)[刑月 11-7=8-787]

＊実質的逮捕～勾留請求が時間制限超過：制限時間超過で勾留請求却下

【神戸地決昭 43.7.9】制限時間超過で勾留請求却下[S43 む 664:下刑集 10-7-801]

【高松地決昭 43.11.20】制限時間超過で勾留請求却下[S43 む 315:下刑集 10-11-1159]

【飯塚簡決昭 48.5.14】制限時間超過で勾留請求却下[S48 る 283:判時 723-107]

第２款　身体拘束処分の効力の及ぶ範囲

1.　事件単位の原則

・逮捕も勾留も事件（被疑事実）ごとに行われるべきである

∵身体拘束処分の令状主義＋令状に被疑事実の明示を必要とする

・事件単位説：余罪で逮捕・勾留するには、余罪を理由にさらに逮捕・勾留する必要（通説・実務）

→勾留事実だけでは勾留延長は不要なのに、余罪を考慮して勾留延長するのは認められない

←余罪での逮捕・勾留を繰り返せば、身柄拘束期間が長期間になる

・人単位説：１人の人に対しては１つの身柄拘束しかありえない

→既に逮捕・勾留されているうえ、余罪でさらに逮捕・勾留するのは認められない

∵拘束時点で余罪も潜在的に根拠ゆえ、余罪を理由に勾留延長もできる

←手続上明示されていない理由によって身柄拘束が長くなってしまう

・事件単位説→接見交通の制限や保釈決定に、余罪を直接考慮・援用することは許されない

【最決昭 44.7.14】保釈の判断で、余罪は勾留事実の審理の一資料としてもよい[24004928]

保釈許可取消・保釈請求却下の決定に対する特別抗告

「被告人が甲、乙、丙の三個の公訴事実について起訴され、そのうち甲事実のみについて勾留状が発せられている場合において、裁判所は、甲事実が刑訴法八九条三号に該当し、従つて、権利保釈は認められないとしたうえ、なお、同法九〇条により保釈が適当であるかどうかを審査するにあたつては、甲事実の事案の内容や性質、あるいは被告人の経歴、行状、性格等の事情をも考察することが必要であり、そのための一資料として、勾留状の発せられていない乙、丙各事実をも考慮することを禁ずべき理由はない」

2.　逮捕・勾留の一回性の原則

・同一の事件について逮捕・勾留は１回しか許されるべきではない

⇔ 再度の逮捕を前提する規定(§199-3)があり、逮捕と勾留の密接な関連からして再勾留も可

例外）釈放後に新たに重要な証拠を発見したり、逃亡や罪証隠滅のおそれが生じた場合など

→著しい事情変更があり、被疑者の不利益と再逮捕・再勾留の必要性に合理的権衡があって、

逮捕・勾留の不当な蒸し返しにならないと認められる場合に限る

・逮捕が違法で勾留が許されない場合：捜査機関側のミス＋事情変化がないので不許？

←重大な違法で被疑者の基本的権利を侵害していれば、不可（時間超過、逮捕理由なしなど）

←逮捕の実体的要件があり、形式的瑕疵のみ場合は許容すべき（現行犯と緊急の誤りなど）

【東京地決昭 47.4.4】養育院前派出所爆弾事件[S47 むイ 211:刑月 4-4-891]

再勾留請求→却下→検察官準抗告：原裁判取消し。20 日間勾留して、２カ月後に再勾留を請求したもの。

同一被疑事件で逮捕勾留、勾留期間満了で釈放後「単なる事情変更を理由として再び逮捕・勾留することは、刑訴法が二〇三条以下において、逮捕勾留の期間について厳重な制約を設けた趣旨を無視することになり被疑者の人権保障の見地から許されない」「同法一九九条三項は再度の逮捕が許される場合のあることを前提にしていることが明らかであり，現行法上再度の勾留を禁止した規定はなく、また、逮捕と勾留は相互に密接不可分の関係にあることに鑑みると、法は例外的に同一被疑事実につき再度の勾留をすることも許している」「いかなる場合に再勾留が許されるかについては、前記の原則との関係上、先行の勾留期間の長短、その期間中の捜査経過、身柄釈放後の事情変更の内容、事案の軽重、検察官の意図その他の諸般の事情を考慮し、社会通念上捜査機関に強制捜査を断念させることが首肯し難く、また、身柄拘束の不当なむしかえしでないと認められる場合に限るとす

べきである」先に 20 日間勾留した場合も「その例外的場合をより一層限定的に解すべきではあるが、同様にあてはまる……かように慎重に判断した結果再度の勾留を許すべき事案だということになれば、その勾留期間は当初の勾留の場合と同様に解すべきであり、先の身柄拘束期間は後の勾留期間の延長、勾留の取消などの判断において重視されるにとどまるものとするのが相当」（爆発物取締規則違反）

第３款　一罪一逮捕一勾留の原則

1.　一罪一逮捕一勾留の原則（狭義）

・狭義（＝重複逮捕・重複勾留の禁止）＋再逮捕・再勾留の禁止＝広義の一罪一逮捕一勾留の原則

・同一の事件につき、これを分割して複数の逮捕・勾留をすることは許されない

・同一事件の判断：実体法上の一罪を構成するような範囲の被疑事実

※科刑上一罪も一罪として扱われる

∵逮捕勾留は適正な刑罰権行使のためであり、刑罰権行使は罪の個数の単位でなされる

・例外：包括一罪となる行為を釈放後にさらに行った場合…常習賭博・常習傷害など

＊同時処理が不可能な場合は新たな逮捕・勾留を認める（多数）

【松江高支決昭 46.5.22】勾留取消請求却下決定取消(常習一罪)[判時 650-100]

＊可能性の有無によらず実体法上一罪なら重複逮捕・重複勾留の禁止に反する(少数)

【岐阜地決昭 45.2.16】(再)勾留取消(包括一罪)[刑裁月報 2-2-189]

＊可能性の有無によらず各事実ごとに逮捕・勾留を認める(判例上有力)

【岐阜地決昭 45.9.30】(再)勾留取消(常習一罪:検察官が事由を示せば OK)[判時 611-103]

【福岡高決昭 42.3.24】北九州常習傷害事件[27930471:高刑集 20-2-114]

弁護人請求→勾留取消決定→検察官抗告：原決定取消。暴力行為等処罰法（常習傷害）で起訴、保釈後の傷害。

「勾留の対象は逮捕とともに現実に犯された個々の犯罪事実を対象とするもの……被告人或いは被疑者が或る犯罪事実についてすでに勾留されていたとしても、さらに他の犯罪事実について同一被告人或いは被疑者を勾留することが可能であつて、その場合に右各事実がそれぞれ事件の同一性を欠き刑法第四五条前段の併合罪の関係にあることを要しない。それらの各事実が包括的に一罪を構成するに止まる場合であつても、個々の事実自体の間に同一性が認められないときには、刑事訴訟法第六〇条所定の理由があるかぎり各事実毎に勾留することも許される」「けだし、勾留は主として被告人或いは被疑者の逃亡、罪証隠滅を防止するために行われるものであつて、その理由の存否は現実に犯された個々の犯罪事実毎に検討することが必要であるから」「同一被告人或いは被疑者に対し数個の犯罪事実ことに当初から判明している数個の犯罪事実についてことさらに順次勾留をくり返すことは不当に被告人或いは被疑者の権利を侵害するおそれがあり、その運用についてはとくに慎重を期さなければならない……本件においては……再度勾留にかかる傷害事犯は最初の勾留時は勿論起訴当時においても予測できなかつた新たな犯罪行為であるから、たとえそれが最初の勾留又は起訴にかかる傷害事犯とも包括して暴力行為等処罰に関する法律第一条の三の常習傷害罪の一罪を構成するに止まるとしても、これについて再び勾留する理由ないし必要性があるかぎり、本件再度の勾留は必ずしも不当とはいえない」

なお、後の傷害は公訴提起ではなく訴因の追加（変更）となったが、これも公訴提起と実質は同じだから、釈放命令の必要はない、とした。

・例外：釈放後に、包括一罪となる行為を逮捕前に行っていたことが判明した場合

＊可能性の有無によらず各事実ごとに逮捕・勾留を認める

＊可能性の有無によらず実体法上一罪なら重複逮捕・重複勾留の禁止に反する

＊同時処理の具体的可能性がない場合は新たな逮捕・勾留を認める

【福岡高決昭 49.10.31】具体的可能性で判断したもの[27930471]

勾留取消決定→検察官抗告：原決定取消（公印偽造、公文書偽造、同行使、詐欺等）

「包括一罪の関係にある個々の実行行為が長期に、かつ多数回に亘つて行われた場合（実体的には一罪でも）捜査を含む手続の諸断面は、単純一罪の場合と同一視することを許さないもののあることもまた否めないところ」

「一罪の一部について勾留が行われ、これについて既に保釈が許可された後、さらに余罪（実質的には一罪の他の部分）が発覚して強制捜査を行う必要がある場合は、逮捕、勾留も許される」「包括一罪の関係にあるか否かは、捜査を進めた後でなければ明確とならない場合もあり得る……捜査の結果既に勾留処分の行われている被告事件と一罪の関係にあることが判明した後においても一罪一勾留の原則から後の勾留が当然に違法となるものと解するのは相当ではない……蓋し第一の勾留状発付の当時は、第二の勾留の対象となつている事実は未だ全く予測されていなかつたのであり、予測の可能性がなかつた事実についてまで当然に勾留状の効力が及ぶと解することには、理論的にかなりの無理があり、他面かような場合においても一罪一勾留の原則の基本にある、不当な拘束から人権を擁護しようとする理念との調和をはかる上からは慎重な配慮と無理のない運営を必要とする……第一の勾留状発付の際、第二の勾留の対象となつている事実が未だ判明していなかつたため、これについて勾留の請求をなすことは不可能であり、かつ右事実が訴因変更の請求により審判の対象とされた後においても、なお罪証隠滅のおそれや、逃走のおそれがあり、これを予防するためなお身柄拘束の必要性が肯定される特段の事情がある場合は、第二の勾留を存続せしめる必要のあることは否み得ない……かような場合についてまで、一罪一勾留の原則を貫こうとすること……実体真実の発見ならびに国家刑罰権の適正迅速な実現の妨げともなりかねない……第二の勾留を違法ならしめる理由も早や存在しない」「「もつとも、第二の勾留を存続せしめることにより一罪につき第一の勾留と第二の勾留と二個の勾留が併存することとなるので、できるだけ一罪一勾留の原則との調和をはかる必要から、第一の勾留の必要性がさ程高いものでなく、第二の勾留により十分に目的を達し得るものと認められる場合は第一の勾留を取消すのが望ましいことはいうまでもないところであろう」

＊同時処理の抽象的可能性がない場合は新たな逮捕・勾留を認める(→通常不許)

【千葉地決昭 47.7.8】(再)勾留請求却下(観念的競合)[刑月 4-7-1425]

【仙台地決昭 49.5.16】宮城常習賭博事件(不許)[判タ 319-300]

第４款　別件逮捕・勾留の余罪の取調べ

1. 別件逮捕・勾留：捜査機関が、ある被疑事実（本件）について取り調べる目的で、別の被疑事実（別件）によって逮捕・勾留し、その身柄拘束期間を本件の取調べに利用する捜査手段

①重大な本件で逮捕・勾留の要件が欠ける場合に、無関係で軽微な別件での逮捕・勾留の可否
→事前判断で逮捕却下。但し、裁判官は別件資料しかないため、通常はわからない

②別件逮捕・勾留が現実に主に本件の取調べに利用されたときに、逮捕・勾留が違法になるか
→事後判断で勾留(延長)却下、本件逮捕・勾留却下、違法収集証拠

2. 判断基準

・本件基準説(実質説)：本件を基準に、別件逮捕・勾留が、実質的には本件について逮捕・勾留したものと言える場合に、当該逮捕・勾留自体を違法とする（多数、蛸島事件判決）
∵令状主義違反・時間制限潜脱・(身体拘束目的でなく)自白目的で刑訴法の精神に反する

・別件基準説(形式説)：別件について一応逮捕・勾留の理由と必要があれば、それ自体は違法でないとし、本件の取調べは余罪取調べの許される範囲の問題として扱うべき

・新しい別件基準説(実体喪失説)：別件基準説に立つが、結果的に別件についてほとんど取調べがなされなければ、そもそも別件に付いて逮捕・勾留の必要がなかったとし違法とするもの
※途中から本件の取調べばかりなら、途中から違法と扱う ← 混在したらどうするのか

3. 判例

・別件逮捕ではないとした例

【最大判昭 30.4.6】帝銀事件上告審判決（別件逮捕を否定）[277605616]

「検事がはじめから帝銀事件の取調に利用する目的または意図をもつてことさらに日本堂事件を起訴しかつ勾留を請求したと確認するに足る事実は認められず、かえつて検事は、帝銀事件の取調中たまたま日本堂事件を覚知し、後の事件について公訴を提起する条件が具わつたためこれを起訴し、かつ勾留を請求する必要を認めその手続をとつたに過ぎないことを認めるに十分であり、またこの勾留に違法も不当も認められないことは前記のとおりである。されば本件において、検事がまず日本堂事件につき起訴勾留の手続をとつた後、帝銀事件につきさらに被告人の取調をしたからといつて、これを違法違憲と解すべき理由はなく、また所論のように見込捜査、便法捜査と非難するは当らない」

【最決昭 52.8.9】狭山事件（傍論中、別件逮捕・勾留の定義）[27761076]

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

・本件基準説で別件逮捕・勾留が不適法とした例 → 証拠能力否定

【金沢地七尾支判昭 44.6.3】蛸島事件[27760872]

殺人・死体遺棄・窃盗→一審：無罪→確定
被害者にその記憶がまったくないため、自白以外の証拠がないとして窃盗は無罪。

「被疑者の逮捕・勾留中に、逮捕・勾留の基礎となつた被疑事実以外の事件について当該被疑者の取調べを行うこと自体は法の禁ずるところではないが、それはあくまでも逮捕・勾留の基礎となつた被疑事実の取調べに附随し、これと併行してなされる限度において許されるにとどまり、専ら適法に身柄を拘束するに足りるだけの証拠資料を収集し得ていない重大な本来の事件（本件）について被疑者を取調べ、被疑者自身から本件の証拠資料（自白）を得る目的で、たまたま証拠資料を収集し得た軽い別件に藉口して被疑者を逮捕・勾留し、結果的には別件を利用して本件で逮捕・勾留して取調べを行つたのと同様の実を挙げようとするが如き捜査方法は、いわゆる別件逮捕・勾留であつて、見込捜査の典型的なものというべく、かかる別件逮捕・勾留は、逮捕・勾留手続を自白獲得の手段視する点において刑事訴訟法の精神に悖るものであり（同法六〇条一項、刑事訴訟規則一四三条の三参照。）また別件による逮捕・勾留期間満了後に改めて本件によつて逮捕・勾留することが予め見込まれている点において、公訴提起前の身柄拘束につき細心の注意を払い、厳しい時間的制約を定めた刑事訴訟法二〇三条以下の規定を潜脱する違法・不当な捜査方法であるのみならず、別件による逮捕・勾留が専ら本件の捜査に向けられているにもかかわらず、逮捕状あるいは勾留状の請求を受けた裁判官は、別件が法定の要件を具備する限り、本件についてはなんらの司法的な事前審査をなし得ないまま令状を発付することになり、従つて、当該被疑者は本件につき実質的には裁判官が発しかつ逮捕・勾留の理由となつている犯罪事実を明示する令状によることなく身柄を拘束されるに至るものと言うべく、結局、かかる別件逮捕・勾留は令状主義の原則を定める憲法三三条並びに国民に拘禁に関する基本的人権の保障を定める憲法三四条に違反するものであると言わなければならない」殺人・死体遺棄の自供の証拠能力を否定し、無罪とした。

・ 取調べが違法であるとしたもの（余罪取調べの限界を超える）→ 証拠能力否定

【旭川地決昭 48.2.3】供述証拠の証拠調を却下した例[27760992]

傷害致死事件、検察官の供述調書等の証拠調請求→却下

別件の取調べは少しで、逮捕翌日からポリグラフなど本件の取調べをしたもの。

「本件の捜査方法は、間宮に対する殺人未遂事件での身柄拘束状態を利用して、いまだ適法に令状の発付を求めて身柄を拘束するにいたるだけの資料を収集し得ていない玉井殺害事件について、実質的に右事件について令状が発付されているのと同様な被告人の取調べを行ない、その自白を得ようとしたものと言わざるを得ず、右のような態様での被告人に対する取調べは違法、不当なものであり、それ故右勾留期間中に作成された被告人の司法警察員に対する供述調書はいずれも違法に収集された証拠であつて証拠能力を欠くものと言わざるをえない」

→それを証拠とした本件の逮捕・勾留も違法だから、そちらで得られた供述調書も違法で採用できない。

・ 別件逮捕・勾留自体違法で、かつ余罪取調べの限界も超えているとした例→ 証拠能力否定

【浦和地判平 2.10.12】三郷市外国人アパート放火事件[27760872:判時 1376-24]

出入国管理法違反（不法残留）・現住建造物放火、一審：懲役４月猶予２年、放火は無罪。

パキスタン人の被告人はウルドゥー語が母語で、日本語も英語も話せなかった。そして同じくパキスタン人の被害者ら（彼らも不法残留だが、逮捕されなかった）に暴行されて自白してから警察署に連行されたものであった。不法残留で逮捕・勾留し、最初の３日以外はもっぱら放火の取調べ、さらに被害者と対面させ、黙秘権告知等も言語の関係で不十分だった。

「捜査当局が、本件たる放火の事案につき、未だ身柄を拘束するに足りるだけの嫌疑が十分でないと考えたため、とりあえず嫌疑の十分な軽い不法残留罪により身柄を拘束し、右身柄拘束を利用して、主として本件たる放火につき被告人を取り調べようとする意図であったと認めるほかなく、このような意図による別件逮捕・勾留の適法性には問題がある」「当裁判所は、違法な別件逮捕・勾留として許されないのは、前記のような典型的な別件逮捕・勾留の場合だけでなく、これには「未だ重大な甲事件について被疑者を逮捕・勾留する理由と必要性が十分でないのに、主として右事件について取り調べる目的で、甲事件が存在しなければ通常立件されることがないと思われる軽微な乙事件につき被疑者を逮捕・勾留する場合」も含まれると解するものである」「本件における被告人の身柄拘束には、そもそもの出発点において、令状主義を潜脱する重大な違法があるので、右身柄拘束中及

びこれに引き続く本件による身柄拘束中に各作成された自白調書は、すべて証拠能力を欠く」

「本件において、被告人の取調べにあたった吉川警察署の警察官及び浦和地方検察庁のQ検事は、余罪取調べに関する前記のような限界を全く意に介することなく、別件逮捕・勾留中においても、本件たる放火の事実について、別件の不法残留に関する取調べの場合と同様、被告人に取調べ受忍義務があることを当然の前提として取調べを行ったことが明らかであって、当然のことながら、被告人に対し、前記のような意味において、本件たる放火の事実については取調べを受ける義務がない旨告知したことはなく、被告人自身も、かかる義務がないということを知る由もなかったと認められる（のみならず、右取調べの方法は、犯行を否認する被告人に対し、目撃者がいるといって自白を迫り、被告人が一旦マッチを投げて放火したと供述するや、その方法では火事にならないから他の方法だろうと執拗に供述を迫るなど、取調べ受忍義務がある場合として考えてみても、明らかに、妥当を欠くものであったと認められる。）。従って、本件第一次逮捕・勾留中になされた本件放火に関する取調べは、明らかに許される余罪取調べの限界を逸脱した違法なものであり、これによって作成された被告人の自白調書は、証拠能力を欠き、また、その後の第二次逮捕・勾留は、右証拠能力のない自白調書を資料として請求された逮捕状、勾留状に基づく身柄拘束であって、違法であり、従ってまた、その間に作成された自白調書も証拠能力を欠」

・ 令状主義の潜脱で違法収集証拠としたもの

【東京地判昭 45.2.26】東京麻布連続放火(東京ベッド)事件(無罪)[S42 合わ 74,刑月 2-2-137]

【大阪高判昭 59.4.19】神戸まつり事件(無罪)[高刑集 37-1-98]

【東京地決平 12.11.13】千駄木強盗致傷事件[H11 合わ 319,判タ 1067-283]

第４章　被疑者等の取調べ

第１節　被疑者の取調べ

第１款　手続

1. 取調べの意義：人の供述を求める捜査活動(§198,223)、捜査活動全般(§197-1)、証拠調べ(§296,299 等)、公判期日における審理手続全般(§282-1)
2. 被疑者取調べ(§198)

・被疑者の出頭を求め、取り調べることができる(#1)

→出頭を拒み、何時でも退去できる。逮捕勾留中は認められない(#1 但)

・被疑者供述調書：被疑者の供述を録取した調書(#3)

→被疑者に閲覧又は読み聞かせて誤りの有無を問い、増減変更の申立てがあれば記載する(#4)

→誤りがないと申し立てたときは署名押印を求めることができるが、拒絶可能(#5)

→署名押印があると条件を満たす限り公判廷で証拠として用いることが可能

§198-1 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

#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

3. 供述拒否権（黙秘権）の告知(§198-2)

・身柄拘束の有無に関わらず必要 → 怠ると違法だが、ただちに自白の証拠能力は失われない

・取調べの相当期間中断後の再開時、取調警察官交代時は再告知が必要(捜査規範 169-2)

§198-2 前項の取調に際しては、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

4. 取調べの適正化

・取調べ状況報告書の作成（平 16.4～、犯捜 182/2）

・被疑者取調べ監督制度（平 21.4～）

→捜査部門以外の警察官が捜査担当者の取調べ状況報告書や取調べそのものをチェックする

・取調べの録音・録画の実施

∵被疑者と捜査官しかおらず、自白の強要や冤罪のおそれがある

←被疑者が取調べに支障が生じる、プライバシー保護に欠けるなど

→検察庁による取調べの録画：供述の任意性を立証するためのもので性質が異なる

・取調べへの弁護士の立会 → 立会権はないが、立会は可能(犯捜 180-2 は弁護人立会を前提)

＊アメリカでは 1966 年の連邦最高裁判決で被疑者の権利と認める

第２款　任意同行

1. 任意同行：捜査官が被疑者の住居や職場に出向いて出頭を求め、同行する場合のこと

・任意出頭・取調べの１つだが、事実上強制に近づく可能性があるため、区別して呼ぶ

⇔警職法における任意同行：捜査の端緒で職務質問に際するもの

・任意同行の目的：逮捕要件不充足のため／逮捕状はあるが本人の名誉や誤認逮捕防止のため

・強制の実質が伴ったとされると、任意同行の時点で逮捕があったとみられる場合もある

←同行の時刻、方法（捜査官の人数・態度など）、被疑者の対応、同行後の取調べ状況など

【東京高判昭 54.8.14】飯山買物袋置引事件[S54 う 749:刑月 11-7=8-787]

窃盗で緊急手配→検問突破→山へ逃亡→20:05 頃国鉄駅付近で警察官２名二職質される→駅待合室へ任意同行し職務質問→20:30 最寄りの駐在所へ警官４名で任意同行→2 時間事情聴取→22:30 飯山署へ連行（勝手にしろと「どこへいってもよい」）→23:00 パトカーに両脇を固められ、警官５名で飯山署へ→取調べて 2:18 逮捕状執行（常習累犯窃盗・道交法違反で有罪）

「被告人を前記駅付近から同駅待合室へ、同所から更にＢ駐在所へ同行した一連の行為は、その経過・態様に照らし警察官職務執行法二条二項の任意同行に該当し何ら違法の点は認められないが、少なくとも同駐在所から飯山署に向かうべく被告人をいわゆる覆面パトカーに乗せてからの同行は、被告人が始めに「どこにでも行つてよい」旨述べたとはいえ、その場所・方法・態様・時刻・同行後の状況等からして、逮捕と同一視できる程度の強制力を加えられていたもので、実質的には逮捕行為にあたる違法なもの……当時警察官は緊急逮捕はできないと判断していたのではあるが、前記の諸事情……からすると、右実質的逮捕の時点において緊急逮捕の理由と必要性はあつたと認めるのが相当であり、他方、右実質的逮捕の約三時間後には逮捕令状による通常逮捕の手続がとられていること、右実質的逮捕の時から四八時間以内に検察官への送致手続がとられており、勾留請求の時期についても違法の点は認められないことを合わせ考えると、右実質的逮捕の違法性の程度はその後になされた勾留を違法ならしめるほど重大なものではない……他に右勾留を違法無効とするような事情は記録上何ら認められない。したがつて、逮捕の違法を理由として右勾留中に作成された被告人の供述調書（所論指摘の自白調書）を違法収集証拠であるとする所論は失当」

【最判昭 61.4.25】

第３款　任意出頭・同行後の取調べ

1.　取調べの限界

・実質的に逮捕に至る場合→違法

＊なぜ違法になるのか（法益侵害の内容）：心身の苦痛・疲労(判例)、法益侵害は想定できず任意捜査の枠組みから外す、国家の干渉を受けずに自己決定する自由、捜査の適正の侵害の各説

【最決昭 59.2.29】高輪グリーンマンション殺人事件[後掲 24005947:刑集 38-3-479]

「任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべき」

2.　任意同行後の留め置きの限界

【東京高判平 21.7.1】任意同行後、強制採尿のための留め置きの適法性[25462582]

シートベルト不着用の嫌疑で職質→覚せい剤使用の前科があり、スタンガン発見、軽犯罪法違反で任意同行を求めるとスタンガンを破壊し暴れる→体を抑えて制止→来援を受け所持品検査→任意同行を渋ったが背中を押されて促されて乗車→17:50 警察署着→採尿拒否→18:30 強制採尿令状請求準備→20:20 出発→20:45 請求→21:10 発付→21:28 令状提示、警察病院へ連行→23:04 採尿し検査し覚せい剤反応→23:15 緊急逮捕

任意同行「任意捜査として許容される範囲を逸脱した違法なものとはいえない」

留め置き：「本件留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては，本件留め置きが，純粋に任意捜査として行われている段階と，強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とからなっていることに留意する必要があり，両者を一括して判断するのは相当でない」→前半は滞留を拒否していないし有形力行使もなく適法

強制採尿令状の請求準備は医師の確保も必要なので時間がかかり、発付後時間内に連行する必要があるから、留め置き期間が長くなることもありえ、「強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については，強制採尿令状発付後，速やかに同令状が執行されなければ，捜査上著しい支障が生じることも予想され得ることといえるから，対象者の所在確保の必要性は高く，令状請求によって留め置きの必要性・緊急性が当然に失われることにはならない」→本件では著しく長いとは言えない

「留め置きの態様を見ると，警察官らは，令状請求準備開始後も並行して任意採尿を促したが，被告人は，言を左右にして任意採尿に応じようとしておらず，再三，退出しようとし，他方，警察官らが，被告人を本件取調室内に留め置くために行使した有形力は，退出を試みる被告人に対応して，その都度，被告人の前に立ち塞がったり，背中で被告人を押し返したり，被告人の身体を手で払う等といった受動的なものに留まり，積極的に，被告人の意思を抑圧するような行為等はされていない」「被告人の所在確保に向けた措置以外の点では，被告人の自由が相当程度確保されており，留め置きが対象者の所在確保のために必要最小限度のものにとどまっていた」「本件では，強制採尿令状請求に伴って被告人を留め置く必要性・緊急性は解消されていなかったのであり，他方，留め置いた時間も前記の程度にとどまっていた上，被告人を留め置くために警察官が行使した有形力の態様も前記の程度にとどまっていて，同時に，場所的な行動の自由が制約されている以外では，被告人の自由の制約は最小限度にとどまっていた……捜査官は令状主義に則った手続を履践すべく，令状請求をしていたのであって，もとより令状主義を潜脱する意図などなかった……そうすると，本件における強制手続への移行段階における留め置きも，強制採尿令状の執行に向けて対象者の所在確保を主たる目的として行われたものであって，いまだ任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとまでは見られないものであった」→適法、覚せい剤取締法違反有罪

【富山地決昭 54.7.26】任意同行後の取調べが実質的に逮捕といえる例[前掲 27921088]

当初の同行は任意だったが、数回の休憩時間を除いて午前８時～翌午前零時まで取調べたのは「少なくとも夕食時である午後七時以降の取調は実質的には逮捕状によらない違法な逮捕であった……約五時間にも及ぶ逮捕状によらない逮捕という令状主義違反の違法は、それ自体重大な瑕疵」→勾留請求却下に対する準抗告棄却

・徹夜の任意聴取

【最決平 1.7.4】平塚ウェートレス強盗殺人事件[27807166:刑集 43-7-581]

強盗致死・有印私文書偽造・同行使・詐欺：有罪

23 時過ぎ任意同行→23:30～本格的取調べ（本人も取調べ協力を約した）→翌日 9:30 すぎ自白（殺人・窃盗）→11 過ぎ上申書作成→警察官が強盗殺人を疑い追及→16:00 再度上申書作成→逮捕状請求→21:25 逮捕

「本件任意取調べは、被告人に一睡もさせずに徹夜で行われ、更に被告人が一応の自白をした後もほぼ半日にわたり継続してなされたものであつて、一般的に、このような長時間にわたる被疑者に対する取調べは、たとえ任意捜査としてなされるものであつても、被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与えるものであるから、特段の事情がない限り、容易にこれを是認できるものではなく、ことに本件においては、被告人が被害者を殺害したことを認める自白をした段階で速やかに必要な裏付け捜査をしたうえ逮捕手続をとつて取調べを中断するなど他にとりうる方途もあつたと考えられるのであるから、その適法性を肯認するには慎重を期さなければならない。そして、もし本件取調べが被告人の供述の任意性に疑いを生じさせるようなものであつたときには、その取調べを違法とし、その間になされた自白の証拠能力を否定すべき」→本人の承諾、9:30 には殺害を自白しており、残りは逮捕準備のためや時間制限潜脱目的ではない、取調べ拒否・帰宅申出はない「以上の事情に加え、本件事案の性質、重大性を総合勘案すると、本件取調べは、社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものであつたとまでは断ずることができず、その際になされた被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるようなものであつたとも認められない」

（坂上反対）殺人の自白をした時点で、最小限度の裏付け捜査を経て逮捕するとともに休息させるべきだった。

・宿泊を伴う任意聴取

【最決昭 59.2.29】高輪グリーンマンション・ホステス殺人事件[24005947: 刑集 38-3-479]

早朝任意同行→夜に犯行を認める→帰宅を望まないため近くの宿泊施設に泊まらせ、捜査員も同宿→４日間取調べ（毎日ホテル泊、費用は最終日のみ被疑者負担）→証拠不十分で母親に引渡し→証拠を固めて２月後逮捕（当初否認→自白）：殺人罪有罪

宿泊の是非：家が遠くなく深夜でも帰宅可能、捜査員が監視、往復は警察車両で捜査官同乗、費用警察負担、連日の長時間取調べ継続という「諸事情に徴すると、被告人は、捜査官の意向にそうように、右のような宿泊を伴う連日にわたる長時間の取調べに応じざるを得ない状況に置かれていたものとみられる一面もあり、その期間も長く、任意取調べの方法として必ずしも妥当なものであつたとはいい難い……他面、被告人は、右初日の宿泊については前記のような答申書を差出しており、また、記録上、右の間に被告人が取調べや宿泊を拒否し、調べ室あるいは宿泊施設から退去し帰宅することを申し出たり、そのような行動に出た証跡はなく、捜査官らが、取調べを強行し、被告人の退去、帰宅を拒絶したり制止したというような事実も窺われないのであつて、これらの諸事情を総合すると、右取調べにせよ宿泊にせよ、結局、被告人がその意思によりこれを容認し応じていた」取調べは「宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とはいい難いところがあるものの、被告人が任意に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があつたものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかつたものというべく、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであつたとまでは断じ難い」

（木下・大橋意見）「このような取調方法は、いかに被告人に対する容疑事実が重大で、容疑の程度も強く、捜査官としては速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取し、事案の真相に迫る必要性があつたとしても、また、これが被告人を実質的に逮捕し身柄を拘束した状態に置いてなされたものとまでは直ちにいい難いとしても、任意捜査としてその手段・方法が著しく不当で、許容限度を越える違法」だが逮捕後の自白で十分有罪

【東京高判平 14.9.4】ロザール事件（松戸市殺人事件）[判時 1808-144]

9 泊 10 日に及ぶ宿泊を伴う取調べを違法とした

第４款　逮捕・拘留中の取調べ受忍義務

1. 身柄拘束中は取調べを拒否できないか：取調べ受忍義務の有無

・肯定説：身柄拘束中は出頭拒否・退去ができない（§198-1 但反対）

§198-1 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

【最大判平 11.3.24】安藤・斎藤事件[28040615:民集 53-3-514]

接見交通権を妨害されたとする弁護士による国賠請求（請求棄却）

「憲法三八条一項が何人も自己に不利益な供述を強要されない旨を定めていることを根拠に、逮捕、勾留中の被疑者には捜査機関による取調べを受忍する義務はなく、刑訴法一九八条一項ただし書の規定は、それが逮捕、勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めているとすると違憲であって、被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならないから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならないという。しかし、身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らか」

・否定説：供述拒否権があっても、取調べ受忍義務があれば実質的に供述を強いるのと同じ(有力)

→§198-1 但に配慮し、出頭拒否・退去の自由はないが、取調べそのものを拒む自由を認める

§198-2 前項の取調に際しては、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

第５款　余罪取調べの限界

1. 逮捕・勾留そのものが違法な場合→余罪取調べも違法
2. 逮捕・勾留そのものは適法な場合

・取調べ受忍義務の問題 → 余罪についての取調べを受ける義務があるか

＊余罪の取調べ受忍義務肯定説(実務)

【東京高判昭 53.3.29】都立富士高校放火事件控訴審[S50 う 981:刑月 10-3-233]

「§198-1 但書は、取調を受ける被疑者が逮捕又は勾留されているという状態に着目して規定されたものであつて、特定の犯罪事実ごとに取調の限界を定めた規定と解するのは相当ではない。ちなみに、右但書は、§223 により、取調を受ける第三者にも準用されているが、第三者については、当該被疑事実について逮捕又は勾留されている場合は考えられないのであつて、これとの対比からも、被疑者について右但書の規定を、ことさら狭く解しなければならないとするのは不合理……もとより、そうだからといつて、余罪の取調を、取調受忍義務のある被疑者に対して無制限に行なつてよいということにはならないのであつて、別件の逮捕又は勾留に名を借りて、令状主義を潜脱する程度にまで至れば、余罪の取調が違法なものとなる」但し、任意性に疑いがあり調書は採用できない（現住建造物放火等→無罪／棄却）

＊余罪の取調べ受忍義務否定説：本罪は肯定、余罪は否定するもの

【東京地決昭 49.12.9】都立富士高校放火事件[S48 刑わ 172 等:刑月 6-12-1270]

「§198-1 によると、逮捕された被疑者は……いわゆる取調受忍義務がある……が、右は、原則として、被疑者が逮捕された事実について取調べを受ける場合に妥当する規定であると解すべきであり、被疑者が、右事実と関係のない別個の事実（いわゆる余罪）の取調べを受ける場合には、原則として右のような取調受忍義務はなく、在宅の被疑者の場合と同様、捜査官の出頭要求を拒み、あるいは出頭後何時でも退去して自己の居房に引上げることができる……右のことは、身柄の拘束の許否につき事実ごとの厳格な司法審査を経ることを必要としたわが刑訴法の各規定の趣旨から見て、当然」余罪の取調受忍義務を肯定するのは「いわゆる事件単位の原則に違反し、被疑者の防禦権を危うくするものであつて、是認できない。もつとも、右のような事件単位の原則からする、被疑者の余罪取調べに関する制約については、つぎのような例外を認めるべきである。すなわち、それは、余罪が逮捕勾留の基礎となつた事実と実体的に密接な関係があつたり、同種余罪である等、余罪についての捜査が逮捕勾留の基礎となつた事実についての捜査としても重要な意味を有する場合であり、かかる場合は、未だ余罪について令状を得ていない段階における被疑者の強制捜査としての取調べであつても、それが逮捕勾留の基礎となつた事実の捜査と併行し、これに付随して行なわれるに止まる限り、これを違法ということはできない」但し、暗黙の承諾で任意捜査として取調でき、本件では他の状況も含め証拠能力肯定（証拠調請求→一部採用・一部却下）

【浦和地判平 2.10.12】三郷市外国人アパート放火事件[前掲 27760872:判時 1376-24]

・事件単位の原則の問題 → 別件逮捕・勾留の問題として扱う

・余罪取調べが令状主義の潜脱にあたれば違法(∵身柄拘束と取調べは理論上は分離すべき：有力)

【大阪高判昭 59.4.19】神戸まつり事件(無罪)[高刑集 37-1-98]

【福岡高判昭 61.4.28】鹿児島の夫婦殺し事件[27761228]

殺人→一審：懲役 12 年→控訴棄却→上告：破棄差戻し→差戻し控訴：無罪

詐欺・準詐欺・銃刀法違反で逮捕・勾留し公判中（執行猶予付懲役）に取調べて自白を得たもの。当時逮捕できるだけの証拠はなく、その後の取調べ状況を踏まえて「自白に至るまで被告人の犯行をうかがわしめる新たな客観的証拠は加えられず、被告人の取調は専ら別件勾留を利用した本件の取調であり、その捜査の重点は極めて大きく被告人の自白を追求するものであつた」とした。

「一般に甲事実について逮捕・勾留した被疑者に対し、捜査官が甲事実のみでなく余罪である乙事実についても

取調を行うことは、これを禁止する訴訟法上の明文がなく、また逮捕・勾留を被疑事実ごとに繰返していたずらに被疑者の身柄拘束期間を長期化させる弊害を防止する利点もあり、一概にこれを禁止すべきではない」が憲法31,33,34 条と関連する刑訴法規定が「令状主義の原則を定めている趣旨に照らし」かつ逮捕・勾留中の被疑者の取調受忍義務の有無・その範囲の解釈に関わらず「外部から隔離され弁護人の立会もなく行われる逮捕・勾留中の被疑者の取調が、紛れもなく事実上の強制処分性をもつことを併せ考えると、逮捕・勾留中の被疑者に対する余罪の取調には一定の制約がある」例えば逮捕・勾留の資料の不足する本件で被疑者を取り調べる目的で、資料の揃った別件で逮捕状・勾留状の発付を受け、別件の逮捕・勾留・公判審理のための身柄拘束を利用し、別件「について逮捕・勾留して取り調べるのと同様の取調を捜査において許容される被疑者の逮捕・勾留期間内に、さらにはその期間制限を実質的に超過して本件の取調を行うような別件逮捕・勾留中の取調」は「別件による逮捕・勾留がその理由や必要性を欠いて違法であれば、本件についての取調も違法で許されないことはいうまでもない」「別件の逮捕・勾留についてその理由又は必要性が認められるときでも……本件の取調が具体的状況のもとにおいて憲法及び刑事訴訟法の保障する令状主義を実質的に潜脱するものであるときは、本件の取調は違法であるのみならず、それによつて得られた被疑者の自白・不利益事実の承認は違法収集証拠として証拠能力を有しない」「具体的状況のもとで令状主義の原則を実質的に潜脱するものであるか否かは、①甲事実と乙事実との罪質及び態様の相違、法定刑の軽重、並びに捜査当局の両事実に対する捜査上の重点の置き方の違いの程度②甲事実と乙事実との関連性の有無及び程度③取調時の甲事実についての身柄拘束の必要性の程度④乙事実についての取調方法（場所、身柄拘束状況、追求状況等）及び程度（時間、回数、期間等）並びに被疑者の態度、健康状態⑤乙事実について逮捕・勾留して取り調べたと同様の取調が捜査において許容される被疑者の逮捕・勾留期間を超えていないか⑥乙事実についての証拠、とくに客観的証拠の収集程度⑦乙事実に関する捜査の重点が被疑者の供述（自白）を追求する点にあつたか、物的資料や被疑者以外の者の供述を得る点にあつたか⑧取調担当者らの主観的意図はどうであつたか等の具体的状況を総合して判断するという方法をとるのが相当」

あてはめ：別件逮捕自体の理由・必要性は肯定、罪質の軽さ等から捜査官は殺人事件の解明に関心があった、別件・本件は関連性がなく密接な関係もない、起訴後・公判期日後の勾留の理由・必要性は漸減し極めて少なくなっていった、取調べは苛酷で受忍義務がないことも知らなかったこと、逮捕勾留期間は本来 23 日なのに計 100 日以上取り調べたこと、結局証拠が集まっていないこと、自白の追求に向けられていたこと、捜査官が別件逮捕を殺人事件の解明に使おうとしていたこと、を認め「任意捜査の限度を超え違法であるにとどまらず、憲法及び刑事訴訟法の保障する令状主義を実質的に潜脱するものであり、捜査官が事案の真相を究明すべく職務に精励したことを認めるにやぶさかでないが、かかる取調のもとで作成された右被告人の供述調書七通は司法の廉潔性の保持及び将来における同様の違法な取調の抑制という見地から違法収集証拠としてその証拠能力は否定される」

→逮捕後の供述調書は「別件逮捕・勾留中の取調の重大な違法性を承継具有する取調のもとで作成されたものと認められるので……違法収集証拠としてその証拠能力は否定される」

3. 争いなく適法な余罪取調べ

・余罪が身柄拘束の被疑事実と同種か密接に関連する場合は認められる

【最決昭 52.8.9】狭山事件（傍論中、別件逮捕・勾留の定義）[前掲 27761076]

「「別件」中の恐喝未遂と「本件」とは社会的事実として一連の密接な関連があり、「別件」の捜査として事件当時の被告人の行動状況について被告人を取調べることは、他面においては「本件」の捜査ともなるのであるから、第一次逮捕・勾留中に「別件」のみならず「本件」についても被告人を取調べているとしても、それは、専ら「本件」のためにする取調というべきではなく、「別件」について当然しなければならない取調をしたもの」

・被疑者が進んで余罪を自白した場合

・余罪が身柄拘束の被疑事実に比して相当軽微な場合

第６款　起訴後の取調べ

1. 公判中心主義（起訴後・特に第一回公判期日後）→被告人の当事者としての性格の強化

→ 起訴後の取調べはなるべく避けなければならない　＋198 条も被疑者と明記

← 公訴維持のため必要　※余罪取調べはなお被疑者だから原則として許される

＊任意捜査としてならば取調べも許される(多数)

【最決昭 36.11.21】秋田スリ事件[24004082:刑集 15-10-1764]

「刑訴一九七条は、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旨を規定しており、同条は捜査官の任意捜査について何ら制限をしていないから、同法一九八条の「被疑者」という文字にかかわりなく、起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調を行うことができるものといわなければならない。なるほど起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けなければならないところであるが、これによつて直ちにその取調を違法とし、その取調の上作成された供述調書の証拠能力を否定すべきいわれはなく、また、勾留中の取調べであるのゆえをもつて、直ちにその供述が強制されたものであるということもできない」（窃盗・同未遂）

【最決平 2.10.24】少年被疑事件送致後の捜査[H1 し 121:刑集 44-7-639]

「捜査機関は、少年の被疑事件を家庭裁判所に送致した後においても補充捜査をすることができ、家庭裁判所は、事実調査のため、捜査機関に対し、右捜査権限の発動を促し、又は少年法一六条の規定に基づいて補充捜査を求めることができる」（保護観察決定→抗告棄却→再抗告棄却）

2. 第一回公判期日以後は法廷で供述させればよいので、起訴後の取調べはその前に限る（有力）

【大阪高判昭 50.9.11】宮原操車場事件差戻控訴審[昭 41 う 2266]

汽車往来危険・爆発物取締罰則違反・器物損壊・暴力行為等処罰法違反→一審→控訴→上告：破棄差戻し（自白への疑い）→差戻し控訴（本件）：破棄自判・控訴棄却→上告（不明）

「被疑者も一たん起訴されるや、検察官と対立する当事者としての地位にも立つのであるから、起訴後も当該起訴事実について被告人を無制限に取り調べることができるものとするときは、その実質的防禦権を侵害するおそれのあることは十分考えられる……起訴後捜査官が当該事実について被告人を取り調べることは、できるかぎりこれを避けるべきはもとより……これによって直ちにその取調が違法であるというべきではなく、ただその場合の取調は被告人の防禦権を実質的に侵害しないよう必要最少限度にとどめるべきであり、ことに被告人が現実に検察官と対等の当事者としての活動を開始する第一回公判期日後は許されない……捜査官が、起訴後第一回公判期日前の間に、被告人についてその余罪を取調中に被告人自らの申出により起訴事実に関して取調をする場合や、起訴前に既に被告人が捜査官に対して供述している事項について、補充的に説明を求めたり、あるいは共犯者の面通しをするために被告人を取り調べるような場合は、被告人の防禦権を実質的に侵害するものとは解されない」

・原則として弁護人を立ち会わせなければならないとするもの

【東京地決昭 50.1.29】起訴後の供述調書の証拠能力を否定したもの[昭 47 刑わ 3053]

供述調書の取調請求→却下（凶器準備集合・公執妨害）

「当事者主義を基調としているところ、公訴の提起によつて、被告人は訴訟の当事者としての主体的な地位にたつのであつて、その変化に伴い、ことがらの性質上、刑訴法一九七条一項本文の認める捜査官の任意捜査の方法時期等も一定の制約をうけることは避けられない……被告人は、公判廷においては、当事者として弁護人の立会のもとで供述する権利があり、かつこの権利は当事者としての地位にとつて基本的なものというべく（憲法三七条三項参照）、したがつて、被告人である以上は被疑者段階とは異なり、右権利の保障は原則として公判廷外での捜査官による任意捜査についても及ぶものと解するのが相当である。すなわち、被告人が任意に取調に応ずる場合でも、本件のように、任意的弁護事件でいまだ弁護人が選任されていない場合は、捜査官が被告人に対して

弁護人選任権を告知したのみでは十分でなく、さらに、弁護人の選任を希望するならば弁護人の選任がなされた後その立会の下で取調を受ける権利があることをも告知する必要があり、そのうえで、被告人が弁護人の立会は必要でない旨を明示して取調に応じた場合等の特別の事情のない限り、捜査官が弁護人を立ち会わせることなく当該被告事件について取調をすることは、訴訟の当事者としての被告人の本質的権利である、弁護人の弁護を受ける権利を奪うことになり，被告人に対する任意捜査の方法として許されない」

第２節　第三者の取調べ

第１款 参考人の取調べ

1. 参考人・重要参考人（被害者・被害関係者・目撃者など）の取調べ(§223-1)

・供述拒否・退去の自由、供述調書の作成(§223-2→198-1 但,3~5)

・供述拒否権の告知は不要 → 途中で嫌疑が生じ被疑者の取調べとする時点で告知必要

§223-1 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、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻訳を嘱託することができる

#2 第百九十八条第一項但書及び第三項乃至第五項の規定は、前項の場合にこれを準用する

2. 証人尋問の請求(§226-228)：参考人の取調べに対して出頭拒否・供述拒否の場合

・対象①：犯罪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こと

＋任意の取調べに出頭又は供述を拒むこと(§226)

②：任意に供述したが公判期日で異なる供述をするおそれがあること

＋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こと(§227-1)

・時期：起訴前・起訴後の第一回公判期日の前に限る

・手続：検察官が裁判官に請求する

・効果：強制処分＝公判における証人尋問と同じ(§228-1 → §143~164)

※捜査に支障を生じるおそれがないと認めるとき：被告人・被疑者・弁護人の立会可能(#2)

→立会権はないものの、立会が認められれば尋問権は生じる

§226 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

§227-1 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

§228-1 前二条の請求を受けた裁判官は、証人の尋問に関し、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する

#2 裁判官は、捜査に支障を生ずる虞がないと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を前項の尋問に立ち会わせることができる

3. 通訳・翻訳の嘱託(§223-1)：特に外国人の場合など

§223-1 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、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻訳を嘱託することができる

4. 捜査関係事項照会(§197-2)：公務所等は報告義務を負うが、履行強制の方法はない

§197-2 捜査については、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる

第５章　捜索・押収・検証

第１節　捜索・押収

第１款　令状主義

1. 物的証拠の収集・保全

・捜索：物の発見を目的として、人の身体、物、住居その他の場所について調べるもの(§102)

※被疑者の捜索をすることもできる（§220-1:1）

・差押え：物の占有をその所有者や保管者から強制的に取得するもの

※押収：差押え(§99-1,218-1)、領置(§101,221)、公判裁判所の提出命令(§99-2)も含む

・検証：場所・物・人について、その存在・内容・状態・性質等を五官の作用で認識するもの

・公判裁判所のする捜索・差押え・検証の規定の多くを準用(§222-1)

§222-1 第九十九条第一項、第百条、第百二条から第百五条まで、第百十条から第百十二条まで、第百十四条、第百十五条及び第百十八条から第百二十四条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条、第二百二十条及び前条の規定によつてする押収又は捜索について、第百十条、第百十一条の二、第百十二条、第百十四条、第百十八条、第百二十九条、第百三十一条及び第百三十七条から第百四十条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条又は第二百二十条の規定によつてする検証についてこれを準用する。ただし、司法巡査は、第百二十二条から第百二十四条までに規定する処分をすることができない

#7 第一項の規定により、身体の検査を拒んだ者を過料に処し、又はこれに賠償を命ずべきときは、裁判所にその処分を請求しなければならない

2. 任意処分の場合：相手方の承諾が得られ、又は何人の承諾も必要としない場合

・承諾による捜索は令状不要（犯罪捜査規範 108：人の住居等は任意捜索禁止）

・任意処分による検証：実況見分と呼ばれる

3. 令状主義（憲 35・検証は「捜索」に含まれる→§218）

・捜索・差押え・検証には原則として裁判官の令状が必要（この「押収」は「差押え」の意味）

・例外：適法な逮捕に伴う場合は令状不要（§220、通常・現行犯・緊急逮捕のいずれも）

遺留物、任意提出物の占有を捜査機関が取得する場合（領置）も令状不要

憲 35-1 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

・令状は、各別でなければならない → 捜索場所・差押目的物の特定が要求される

∵17 世紀のイギリスで対象不特定の一般令状が濫用されたから

憲 35-2 捜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ

第２款　捜索差押の対象

1. 要件

・条件：犯罪の捜査をするについて必要があるとき(§218-1)

・差押えの対象：証拠物または没収すべき物(§222-1 → 99-1)

・捜索の対象：身体、物又は住居その他の場所(§221-1 → 102)

※被疑者以外の場合は「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が必要

∵一般的・類型的に被疑者の身体等には、その状況が存するから外されている

§99-1 裁判所は、必要があるときは、証拠物又は没収すべき物と思料するものを差し押えることができる。但し、特別の定のある場合は、この限りでない

§102-1 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、捜索をすることができる

#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りる状況のある場合に限り、捜索をすることができる

2. 差押えの対象

・占有可能な有体物に限られる。債権や情報その物は差押え不可能

・生きている人の身体やその一部も差押えの対象にならない（少なくとも、尿は例外）

・電子計算機の場合の特則（ネットワーク上の電磁的記録を複写してから差押え可能、§218-2）

§218-2 差し押さえるべき物が電子計算機であるときは、当該電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複写した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえることができる

§219-2 前条第二項の場合には、同条の令状に、前項に規定する事項のほか、差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、その電磁的記録を複写すべきものの範囲を記載しなければならない

・郵便物等の差押え（郵便局等の保管中・所持中は差押え可能、その他は関係がある場合のみ）

§100-1 裁判所は、被告人から発し、又は被告人に対して発した郵便物、信書便物又は電信に関する書類で法令の規定に基づき通信事務を取り扱う者が保管し、又は所持するものを差し押え、又は提出させることができる

#2 前項の規定に該当しない郵便物、信書便物又は電信に関する書類で法令の規定に基づき通信事務を取り扱う者が保管し、又は所持するものは、被告事件に関係があると認めるに足りる状況のあるものに限り、これを差し押え、又は提出させることができる

#3 前二項の規定による処分をしたときは、その旨を発信人又は受信人に通知しなければならない。但し、通知によつて審理が妨げられる虞がある場合は、この限りでない

・報道機関の取材フィルム等の差押え

【最大決昭 44.11.26】博多駅ＴＶフィルム事件（放送済み・裁判所の提出命令）[27760891]

昭 43.1.16 の博多駅頭事件（三派全学連 300 名を福岡県警機動隊が鎮圧したもの：公務執行妨害は無罪）での特別公務員暴行陵虐等付審判請求に関し、NHK ほか４局に取材フイルム全部の提出が命じられたもの

一審：提出命令→特別抗告：通常抗告すべきとして棄却→抗告棄却→特別抗告棄却

「公正な刑事裁判の実現を保障するために、報道機関の取材活動によつて得られたものが、証拠として必要と認められるような場合には、取材の自由がある程度の制約を蒙ることとなつてもやむを得ない・・・このような場

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

【最決平 1.1.30】日テレ・リクルート事件（マザーテープ・検察官の差押え）

衆議院議員楢崎弥之祐に対し、いわゆるリクルート疑惑に関する国政調査権の行使等に、手心を加えてもらいたいなどの趣旨で、三回にわたり多額の現金供与の申込をした現場（弁護士のアドバイスで楢崎が撮らせたもの。のち、楢崎が告発し大問題になる）を撮影したテープを差し押さえたもの。

東京簡裁差押許可状発行→東京地裁への準抗告棄却→特別抗告棄却

枠組は博多駅事件に同じ。「本件は、検察官の請求によつて発付された裁判官の差押許可状に基づき検察事務官が行つた差押処分に関する事案であるが、国家の基本的要請である公正な刑事裁判を実現するためには、適正迅速な捜査が不可欠の前提であり、報道の自由ないし取材の自由に対する制約の許否に関しては両者の間に本質的な差異がない」

（島谷反対）博多駅事件より差押えの必要性に乏しいから違法

【最決平 2.7.09】ＴＢＳギミア・ぶれいく事件（マザーテープ・警察官の差押え）

暴力団が債権取り立てのため暴行傷害・脅迫した事件で、その状況を録画したマザーテープを司法警察員が差し押さえたもの

東京簡裁差押許可状発行→東京地裁への準抗告棄却→特別抗告棄却

枠組は博多駅事件に同じ。「撮影は、暴力団組長を始め組員の協力を得て行われたものであって、右取材協力者は、本件ビデオテープが放映されることを了承していたのであるから、報道機関たる申立人が右取材協力者のためその身元を秘匿するなど擁護しなければならない利益は、ほとんど存在しない。さらに本件は、撮影開始後複数の組員により暴行が繰り返し行われていることを現認しながら、その撮影を続けたものであって、犯罪者の協力により犯行現場を撮影収録したものといえるが、そのような取材を報道のための取材の自由の一態様として保護しなければならない必要性は疑わしいといわざるを得ない」

（奥野反対）日本テレビ事件より差押えの必要性に乏しく、報道機関を保護すべき利益は大きいから違法

第３款　捜索差押の要件

1. 令状の請求

・請求権者：検察官、検察事務官、司法警察員(§218-4)

・手続要件：差押え対象物などを記載した令状請求書と疎明資料が必要（則 155,156）

→裁判官は捜索・差押えの理由・必要を判断する

§218-1 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、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証をすることができる。この場合において、身体の検査は、身体検査令状によらなければならない

#4 第一項の令状は、検察官、検察事務官又は司法警察員の請求により、これを発する

2. 令状の発付

・理由：被疑者が罪を犯したと思料するに足りるか(則 156-1)

＋郵便局等以外が保管・所持する郵便物は「関係があると認めるに足りる」か(則 156-2)

＋対象が被疑者以外の場合は「押収すべき物の存在を認めるに足りる」か(則 156-3)

・必要：解釈で必要がない場合は令状請求を却下できる

【最決昭 44.3.18】国学院大学映研フィルム事件[24004888:刑集 23-3-153]

司法警察職員のした差押処分を取り消す裁判→検察官特別抗告：棄却

「218 条 1 項によると、検察官…（等）…は「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」に差押をすることができるのであるから……不服の申立を受けた裁判所は、差押の必要性の有無についても審査することができる……差押は「証拠物または没収すべき物と思料するもの」について行なわれ……差押物が証拠物または没収すべき物と思料されるものである場合においては、差押の必要性が認められることが多いであろう。しかし、差押物が右のようなものである場合であつても、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、差押によつ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」

3. 令状の記載事項(§219)

・被疑者の氏名、罪名（被疑事実ほど特定される必要はない ∵第三者宛の場合もあるから)、捜索対象・差押え対象（∵一般令状の禁止)、身体検査の条件、有効期限等。

・有効期限は原則として７日間である（則 300）

・氏名不詳の場合の特定方法(§219-3 → 64-2：なお、被疑者不詳もありうる)

・通常、捜索・差押えは同一場所・同一機会に行うから、「捜索差押許可状」一通で行う

§219-1 前条の令状には、被疑者若しくは被告人の氏名、罪名、差し押さえるべき物、記録させ若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ若しくは印刷させるべき者、捜索すべき場所、身体若しくは物、検証すべき場所若しくは物又は検査すべき身体及び身体の検査に関する条件、有効期間及びその期間経過後は差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証に着手することができず令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない

#3 第六十四条第二項の規定は、前条の令状についてこれを準用する（※氏名が明らかでないとき）

・捜索対象の特定

＊場所の表示：管理権者と空間的位置等の明示（住所と被疑者方自宅など）によって他と区別できる程度に特定されればよい（記載内容に明白な誤記があっても特定に欠けない）

【最決昭 30.11.22】捜索場所の表示方法[S30 あ 1521:刑集 9-12-2484]

公文書毀棄・公執妨害等(令状破棄)→懲役 1.3 年／懲役 1 年／棄却

「刑訴法所定の差押令状又は捜索令状における押収又は捜索すべき場所の表示は、合理的に解釈してその場所を特定し得る程度に記載することを必要とするとともに、その程度の記載があれば足りる」本件捜索差押許可状の被疑者氏名は「不詳、年令三十才位の女」捜索すべき場所は身体又は物は「【住所の表示】通称大家こと矢尾秀之助方家屋内並附属建物全般」で「矢尾秀之助は被告人の実母金谷かよの内縁の夫であつて、秀之助夫婦は二階に、被告人夫婦は階下に居住し、いわゆる同居の関係にあつたこと、及び大家というのは、右矢尾秀之助の俗称であつて、前記場所によつて大家こと矢尾秀之助方家屋といえば,本件令状記載の家屋を指すこと明らかである。従つて被告人が本件家屋の世帯主であり、仮りに所論矢尾秀之助夫婦が、本件の捜索差押の日から一ケ月前に他に転居していたとしても、本件令状記載の差押又は捜索すべき場所は特定していると認める」

【佐賀地決昭 41.11.19】捜索場所の特定が足りない例[下刑集 8-11-1489]

捜索差押許可の裁判→準抗告：棄却

捜索すべき場所が「佐賀市松原町五八の三佐賀県教育会館内佐教組佐賀市支部事務局が使用している場所及び差押え物件が隠匿保管されていると思料される場所」、捜索したのは同所の「佐教組佐賀市支部事務局内」だったもの。「差押え物件が隠匿保管されていると思料される場所」が特定に欠けるとして準抗告。

場所の特定は立会権とあわせて人の場所の管理権の保障のためで、「令状の場所の表示は、令状請求者または発付者において明らかであるというのみならず、通常人が見ても、それが具体的にどの場所を指しているのか、容易に理解できる程度に特定されていなければならない……その特定は、ただ場所的範囲を明確にするというだけでなく、その範囲は、犯罪捜査に必要最少限度に限定すべきであることは当然であり、また、憲法第三五条第二項の趣旨からは、少なくとも管理（住居）権者を単位として特定しなければならない」建物内には他の団体の管理部分もあり、当該表示は「憲法の禁止する一般的探険的捜索差押を許す結果とならざるをえない。それを防止するためにこそ場所の特定が要求されているのであるから,「差押え物件が隠匿保管されていると思料される場所」があるというのならば、その場所が具体的にどこであるかを明示しなければならない……右のような場所の記載はその特定を欠く違憲、違法」但し、無効なのは当該表示部分のみで、「同一令状による執行は一回にかぎつて許されるところ、本件令状はすでに執行されており、その有効期間もすでに経過しているので、今後右無効な記載部分について不法な執行がなされるおそれはないものである。されば、本件令状による捜索差押許可の裁判は、捜索差押すべき場所の表示の一部に無効な部分を含んでいるが、すでに取消すべき実益がなくなつている」

＊対象物の表示：概括的表示も認められ、罪名記載に適用法条は不要

←刑法犯以外だと罪名のみでは特定できず、実務上は適用法条や被疑事実の概要も記載

【最大決昭 33.7.29】都教組事件[27760626]

準抗告：棄却→特別抗告。

例示のあとに「本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物件」としたのは対象物を特定するに足りるか。

「刑訴二一九条一項により右許可状に罪名を記載するに当つては、適用法条まで示す必要はない」

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

第４款　捜索差押許可状の執行

1. 令状の提示（§222-1→110）：原則として開始前に「処分を受ける者」に示す

∵処分の存在と内容を事前に示すことによって手続の適正・円滑な実施を図るため

・例外：証拠隠滅の防止等実効確保のため必要があるとき→短時分の室内立入り先行はＯＫ

§110 差押状、記録命令付差押状又は捜索状は、処分を受ける者にこれを示さなければならない

【最決平 14.10.4】京都五条警察署マスターキー使用捜索事件[28075700:刑集 56-8-507]

覚せい剤取締法違反（前科あり）

「警察官らは……被疑者が宿泊しているホテル客室に対する捜索差押許可状を被疑者在室時に執行することとした……動きを察知されれば……直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため，ホテルの支配人からマスターキーを借り受けた上，来意を告げることなく，施錠された上記客室のドアをマスターキーで開けて室内に入り，その後直ちに被疑者に捜索差押許可状を呈示して捜索及び差押えを実施した」「捜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は，捜索差押えの実効性を確保するために必要であり，社会通念上相当な態様で行われていると認められるから…(刑訴 111 の処分として)…許容される……捜索差押許可状の呈示は，手続の公正を担保するとともに，処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから，令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが，前記事情の下においては，警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく，捜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって，適法」

【東京地決昭 34.5.22】令状を筆写する権利はない[下刑集 1-5-22]

【東京高判昭 40.10.29】処分を受ける者が不在で呈示不能なら呈示不要[判時 430-33]

【東京地判昭 50.5.29】暴れて被呈示権を放棄したとみなされる場合は不要[判時 805-84]

2. 必要な処分(§221-1→111)：解錠、開封等の必要な処分をしてよい

・検証の場合(§221-1→129)：身体検査、死体解剖、墳墓発掘、物の破壊も可能

※当該捜索・差押・検証の目的達成のため、合理的に必要かつ相当な範囲・限度内

例：土地の掘起し、隠匿容器の破壊、電磁的記録の表示・印刷　←×合鍵があるのに扉を破壊

【最決平 14.10.4】マスターキーでの開錠(肯定)[前掲　刑集 56-8-507]

【東京高判昭 45.10.21】フィルムの現像(肯定) [高刑集 23-4-749]

【大阪高判平 6.4.20】宅配便配達を装い玄関扉を開けさせる(肯定・証拠隠滅が予測された事例)

【東京地判昭 44.12.16】鍵の提供を無視して錠を破壊(違法)[判時 579-29]

§111-1 差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行については、錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができる。公判廷で差押え、記録命令付差押え又は捜索をする場合も、同様である

#2 前項の処分は、押収物についても、これをすることができる

§129 検証については、身体の検査、死体の解剖、墳墓の発掘、物の破壊その他必要な処分をすることができる

3. 執行中の出入り禁止措置、一時中止中の閉鎖・看守等(§221-1→112,118)

§112-1 差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行中は、何人に対しても、許可を得ないでその場所に出入りすることを禁止することができる

#2 前項の禁止に従わない者は、これを退去させ、又は執行が終わるまでこれに看守者を付することができる

§118 差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行を中止する場合において必要があるときは、執行が終わるまでその場所を閉鎖し、又は看守者を置くことができる

4. 立会人の必要性：公務所の長、住居主、看守者又はその代理人など(§221-1→114)

←§113,222-6：被告人らの立会権は準用されず、被疑者を立ち合わせることができるだけ

※女子の身体の捜索：急速を要する場合を除き、成年の女子の立会人が必要(§115)

※被疑者の捜索の例外：公務所内を除き、急速を要する場合は立会人不要(§222-2)

§114-1 公務所内で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするときは、その長又はこれに代わるべき者に通知してその処分に立ち会わせなければならない

#2 前項の規定による場合を除いて、人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするときは、住居主若しくは看守者又はこれらの者に代わるべき者をこれに立ち会わせなければならない。これらの者を立ち会わせることができないときは、隣人又は地方公共団体の職員を立ち会わせなければならない

§115 女子の身体について捜索状の執行をする場合には、成年の女子をこれに立ち会わせなければならない。但し、急速を要する場合は、この限りでない

§222-2 第二百二十条の規定により被疑者を捜索する場合において急速を要するときは、第百十四条第二項の規定によることを要しない

§222-6 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第二百十八条の規定により差押、捜索又は検証をするについて必要があるときは、被疑者をこれに立ち会わせることができる

5. 日出前・日没後に住居等へ入って執行に着手するには、令状に記載が必要(§222-3→116)

§116-1 日出前、日没後には、令状に夜間でも執行することができる旨の記載がなければ、差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行のため、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ることはできない

#2 日没前に差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行に着手したときは、日没後でも、その処分を継続することができる

§117 次に掲げる場所で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするについては、前条第一項に規定する制限によることを要しない

一 賭博、富くじ又は風俗を害する行為に常用されるものと認められる場所

二 旅館、飲食店その他夜間でも公衆が出入りすることができる場所。ただし、公開した時間内に限る

§222-3 第百十六条及び第百十七条の規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条の規定によつてする差押え、記録命令付差押え又は捜索について、これを準用する

第５款　捜索・差押えの範囲

1. 捜索の対象：身体、物、場所を区別している

→場所の捜索の際に、そこにある物を捜索するのは令状に明示がなくても可能

∵そこに所在する物のプライバシーは、通常その場所のプライバシーに包摂されている

←捜索場所に現在する人の身体・たまたま居合わせた第三者の所持品は困難

∵その場所のプライバシーとは別個の利益であるから

←隠したと疑うに足りる状況なら、捜索に対する妨害の排除として許される

【最決平 6.9.8】大阪ボストンバッグ捜索事件[24006391:刑集 48-6-263]

「京都府中立売警察署の警察官は、被告人の内妻であった中村淳織に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、同女及び被告人が居住するマンションの居室を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受け、平成三年一月二三日、右許可状に基づき右居室の捜索を実施したが、その際、同室に居た被告人が携帯するボストンバッグの中を捜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記捜索差押許可状に基づき被告人が携帯する右ボストンバッグについても捜索できる」（覚せい剤取締法違反）

【最決平 19.2.8】弘前捜索中宅配便捜索事件[28135105:刑集 61-1-1]

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

【東京高判平 6.5.11】偶然居合わせた第三者の身体捜索の可否[H5 う 621:高刑集 47-2-237]

「場所に対する捜索差押許可状の効力は、当該捜索すべき場所に現在する者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の着衣・身体を捜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」（覚せい剤取締法違反）

2. 差押えの対象：令状記載の物件で、被疑事実と関連するもの（関連性）

→別件の証拠物を発見しても、本件に不関係かもっぱら別罪の証拠としての差押えは不可

【最判昭 42.6.8】賭博事件捜索中の麻雀パイ・計算棒の差押えは適法[判時 487-38]

捜索場所が麻雀荘、差押物が「本件に関係ありと資料される帳簿、メモ、書類等」であった。

【最判昭 51.11.18】大阪南賭博開張事件[27920891:判時 837-104]

賭博開張図利、賭博→一審有罪→控訴：破棄自判（無罪）→上告：破棄自判（控訴棄却）

恐喝事件で捜索した際に、賭博の客等のメモを押収したもの。控訴審は押収対象物でないとして無罪。

「捜索差押許可状には、前記恐喝被疑事件に関係のある「暴力団を標章する状、バッチ、メモ等」が、差し押えるべき物のひとつとして記載……本件メモ写しの原物であるメモ……右被疑事件の証拠となるもの……右メモは前記許可状記載の差押の目的物にあたる」「憲法三五条一項及びこれを受けた刑訴法二一八条一項、二一九条一項は、差押は差し押えるべき物を明示した令状によらなければすることができない旨を定めているが、その趣旨からすると、令状に明示されていない物の差押が禁止されるばかりでなく、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差押許可状に明示された物を差し押えることも禁止される」本件では「別罪である賭博被疑事件の直接の証拠となるものではあるが……同時に恐喝被疑事件の証拠となりうるものであり（その態様からして）捜査機関が専ら別罪である賭博被疑事件の証拠に利用する目的でこれを差し押えたとみるべき証跡は、存在しない」

【広島高判昭 56.11.26】呉給料紛失仮装事件[判時 1047-162]

社内ののみ行為に加わっていたため(既に主犯は有罪)、それを口実に捜索したもの（業務上横領→有罪／無罪）

「問題のモーターボート競走法違反被疑事件は、被告人に対する被疑事実の内容、被告人の関与の態様、程度、当時の捜査状況からみて、多数関係者のうち特に被告人方だけを捜索する必要性が果してあったものかどうか、記録を検討してみてもすこぶる疑問であるばかりでなく……捜索に際し、被告人が預金通帳三冊を所持しているのを発見したが、これが右被疑事件を立証する物とは認めなかった（したがって前記捜索差押調書の捜索差押の経過欄には、「室内を捜索したが、目的物を発見するに至らなかった。」旨記載されている。）のに、これをその場で被告人より提出させて領置していること、被告人は右被疑事件について逮捕、勾留されたが起訴されなかったことなどを併せ考えると、右被告人方の捜索は警察当局において、本件業務上横領事件の証拠を発見するため、ことさら被告人方を捜索する必要性に乏しい別件の軽微なモーターボート競走法違反事件を利用して、捜索差押令状を得て右捜索をしたもので、違法の疑いが強いといわざるを得」ないが、最終的には領置であり、違法ではない。結論は、かなり怪しいが疑いが残るため無罪。

【札幌高判平 1.5.9】別件捜索で違法(傷害事件目的で軽犯罪法違反が理由)[判時 1324-156]

・関連性：一般的には差押えようとする物件と被疑事実との関係性を確認すべき

→現場の状況次第では関連性の確認をせず差押えてもよい（妨害を受ける場合など）

【最決平 10.5.1】オウム真理教越谷アジト捜索事件[28035217:刑集 52-4-275]

捜索差押え許可の裁判・司法警察職員の処分への準抗告：棄却→特別抗告：棄却

PC1 台・FD108 枚に「本件の組織的背景及び組織的関与を裏付ける情報が記録されている蓋然性が高いと認められた上、申立人らが記録された情報を瞬時に消去するコンピュータソフトを開発しているとの情報もあったことから、捜索差押えの現場で内容を確認することなく差し押さえられた……令状により差し押さえようとするパソコン, フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許される」

・関連性・必要性があっても、無関係の多数の第三者のプライバシー保護の点で相当性を欠く場合

【東京地決平 10.2.7】428 名分の顧客データ入り FD1 枚の差押えは違法[28031590]

司法警察員の処分に対する準抗告：認容（取消し）

わいせつ物陳列罪（わいせつ HP 開設）の被疑事実で、プロバイダーの持つホームページ開設者 428 名分のデータの入った FD1 枚を差し押さえたもの。

「本件会社は、本件被疑事実の被疑者ではない上、利用者のプライバシー保護が強く要請される電気通信事業法上の特別第二種電気通信事業者であるから、本件会社に対する捜索差押の適法性を判断するにあたっては、捜索差押の必要性と並んで利用者のプライバシー保護を十分に考慮する必要がある」「具体的差押処分にあたっては、差押えの必要性を厳格に解する必要がある。本件顧客管理データは……ホームページ開設希望者四二八名の氏名、住所、電話番号等からなるデータであり……このうち……被疑者に関するものについては、本件被疑事実との関連性、差押えの必要性は明らかであるが、その余の会員に関するデータについては、アダルトホームページの開設希望者に限定したところで、本件被疑事実との関連性を認めがたく、差押えの必要性は認められない」

・捜索・差押えの際の写真撮影：手続の適法性・証拠物の証拠価値の確保のための撮影は、必要な範囲で認められるが、差押え対象外の物件まで撮影すると無令状の検証で違法

【東京地決平 2.1.11】【最決平 2.6.27】令状外写真撮影事件[24006194]

令状発付・差押処分への準抗告：棄却→特別抗告：棄却（無令状の検証で「押収に関する処分」ではないから、それについて準抗告を申し立てるのは不適法）

準抗告審「捜索差押の際に捜査機関が、証拠物の証拠価値を保存するために証拠物をその発見された場所、発見

された状態において写真撮影することや、捜索差押手続の適法性を担保するためその執行状況を写真撮影することは捜索差押に付随するものとして許される」が不適法ゆえ棄却。特別抗告審も不適法ゆえ棄却。

（藤島補足）準抗告審判示同旨。但し、メモや日記を逐一撮影するような場合は、準抗告の対象にできるかも

3. 押収拒絶権（§222-1→103～105）

・公務員（元公務員でもよい）が保管・所持する物

条件：本人又は当該公務所が職務上の秘密に関するものと申立てた場合

効力：監督官庁の承諾が必要だが、「国の重大な利益を害する場合」を除いて承諾義務がある

※国会議員の場合は所属する院、大臣は内閣が監督官庁となる

§103 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

§104-1 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務大臣又はその職に在つた者

#2 前項の場合において、衆議院、参議院又は内閣は、国の重大な利益を害する場合を除いては、承諾を拒むことができない

・守秘義務のある職業（医師・弁護士等）←対象は列挙された職に限られる（通説）

対象：業務上委託を受けて保管・所持する物で他人の秘密に関するもの

除外：本人（委託者）の承諾、押収拒絶が権利濫用（被告人のためのみにする場合）

∵業務者に対する社会的信頼を守るため

§105 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

【最大決昭 44.11.26】博多駅ＴＶフィルム事件(§105 は限定列挙)[刑集 23-11-1490]

4. 捜索・差押・検証後の手続

・捜索証明書の交付(§119)：捜索をしたが証拠物・没収対象物がなかった場合。請求による。

§119 捜索をした場合において証拠物又は没収すべきものがないときは、捜索を受けた者の請求により、その旨の証明書を交付しなければならない

・押収品目録の作成・交付(§120)：所有者・所持者・保管者等に交付する義務がある。

§120 押収をした場合には、その目録を作り、所有者、所持者若しくは保管者（第百十条の二の規定による処分を受けた者を含む。）又はこれらの者に代わるべき者に、これを交付しなければならない

・押収品の保管(§121,122)、還付(§123,124)の定め

§121-1 運搬又は保管に不便な押収物については、看守者を置き、又は所有者その他の者に、その承諾を得て、これを保管させることができる

#2 危険を生ずる虞がある押収物は、これを廃棄することができる

#3 前二項の処分は、裁判所が特別の指示をした場合を除いては、差押状の執行をした者も、これをすることができる

§122 没収することができる押収物で滅失若しくは破損の虞があるもの又は保管に不便なものについては、これを売却してその代価を保管することができる

§123 押収物で留置の必要がないものは、被告事件の終結を待たないで、決定でこれを還付しなければならない

#2 押収物は、所有者、所持者、保管者又は差出人の請求により、決定で仮にこれを還付することができる

#3 押収物が第百十条の二の規定により電磁的記録を移転し、又は移転させた上差し押さえた記録媒体で留置の必要がないものである場合において、差押えを受けた者と当該記録媒体の所有者、所持者又は保管者とが異なるときは、被告事件の終結を待たないで、決定で、当該差押えを受けた者に対し、当該記録媒体を交付し、又は当該電磁的記録の複写を許さなければならない

#4 前三項の決定をするについては、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない

§124-1 押収した贓物で留置の必要がないものは、被害者に還付すべき理由が明らかなときに限り、被告事件の終結を待たないで、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、決定でこれを被害者に還付しなければならない

#2 前項の規定は、民事訴訟の手続に従い、利害関係人がその権利を主張することを妨げない

【最決平 2.4.20】還付は原則として被押収者に対してすべき[刑集 44-3-283]

第６款　令状によらない差押え

1.　令状主義の例外：逮捕の際の捜索・差押・検証(§220)

・限界：逮捕理由の被疑事実に関する証拠に限定される（∵別件証拠存在の蓋然性はない）

→別件でも現行犯逮捕するか、別途差押許可状を得るか、任意提出を求めて領置する

※凶器や逃走用具は逮捕に対する妨害排除のために押収可能（220 条ではなく、逮捕の効力）

§220-1 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

#2 前項後段の場合において逮捕状が得られなかつたときは、差押物は、直ちにこれを還付しなければならない。第百二十三条第三項の規定は、この場合についてこれを準用する

#3 第一項の処分をするには、令状は、これを必要としない

#4 第一項第二号及び前項の規定は、検察事務官又は司法警察職員が勾引状又は勾留状を執行する場合にこれを準用する。被疑者に対して発せられた勾引状又は勾留状を執行する場合には、第一項第一号の規定をも準用する

【東京高判昭 46.3.8】酒気帯び運転の現行犯逮捕に伴う銃刀法違反の差押えは違法

・令状主義の例外が認められる理由とのその差異

①相当説：逮捕の現場には逮捕理由の被疑事実に関する証拠が存在する蓋然性が高いから、裁判官による事前の司法審査を経る必要がない → 令状を得る機会があっても令状不要

②緊急処分説：逮捕の際に被対処者によって関係証拠が隠滅されるのを防ぎ、保全する緊急の必要があるため、令状発付を待てない ← 逮捕現場に証拠がある蓋然性を前提にしている

＜時間的限界＞

①説→逮捕行為が開始されていれば、逮捕未着手・逮捕失敗でも、捜索・差押可能

②説→逮捕着手後、被疑者による証拠隠滅のおそれがなくなるまで（拘束・逃走後は不可）

＜場所的限界＞

①説→逮捕場所と同一の管理権が及ぶ範囲内の場所・そこに所在する物

∵令状を得ていたとすれば捜索が許されるであろう範囲内

②説→被逮捕者の身体およびその手の届く範囲内の場所・物（＝証拠隠滅しうる範囲）

・判例は時間的場所的限界の判断が緩やかで、相当説に近い

【最大判昭 36.6.7】大阪西成ヘロイン所持事件[27681118:刑集 15-6-915]

麻薬取締法違反→一審：有罪→控訴：一部無罪→上告：破棄差戻し

「憲法三五条が右の如く捜索、押収につき令状主義の例外を認めているのは、この場合には、令状によることなくその逮捕に関連して必要な捜索、押収等の強制処分を行なうことを認めても、人権の保障上格別の弊害もなく、且つ、捜査上の便益にも適なうことが考慮されたによるもの」「「逮捕する場合において」と「逮捕の現場で」の意義であるが、前者は、単なる時点よりも幅のある逮捕する際をいうのであり、後者は、場所的同一性を意味するにとどまるものと解するを相当とし、なお、前者の場合は、逮捕との時間的接着を必要とするけれども、逮捕着手時の前後関係は、これを問わないものと解すべきであつて、このことは、同条一項一号の規定の趣旨からも窺うことができるのである。従つて、例えば、緊急逮捕のため被疑者方に赴いたところ、被疑者がたまたま他出不在であつても、帰宅次第緊急逮捕する態勢の下に捜索、差押がなされ、且つ、これと時間的に接着して逮捕が

なされる限り、その捜索、差押は、なお、緊急逮捕する場合その現場でなされたとするのを妨げるものではない」
（池田補足、入江同調）緊急逮捕の合憲性
（垂水補足）逮捕の着手行為がなければ、内心緊急逮捕の意思だっただけではダメだろう
（横田意見）被疑者不在を勝手に捜索したのは 220 条の場合に当らず違法。ただ被告人が一審で証拠とするのに同意しているから、違法収集の瑕疵は治癒された。
（藤田・奥野意見）逮捕の直前~直後かつ被疑者が現場にいることが必要。ただ一審で同意しているから適法。
（小谷・河村反対）逮捕行為と時間的場所的接着を要し、被疑者が現在する必要がある。違憲な証拠収集を同意で治癒されるとはいえない。

【東京高判昭 44.6.20】ベトナム帰休兵大麻所持事件[27930671:高刑集 22-3-352]

大麻取締法違反→一審：無罪（違法収集証拠）→控訴：懲役 1 年猶予 3 年（確定）
ホテルの 5 階待合所で同泊者を大麻所持で現行犯逮捕し、7 階客室を捜索した際に被告人の大麻たばこ等を発見したもの。
「本件捜査の端緒、被告人とペレスとの関係、殊に二人が飛行機の中で知り合い、その後行動を共にし、且つ同室もしていたこと、右のような関係から同たばこについても或るいは二人の共同所持ではないかとの疑いもないわけではないこと、ペレスの逮捕と同たばこの捜索差押との間には時間的、場所的な距りがあるといつてもそれはさしたるものではなく、また逮捕後自ら司法警察員らを引続き自己と被告人の投宿している相部屋の右七一四号室に案内していること、同たばこの捜索差押後被告人も一時間二〇分ないし一時間四五分位のうちには同室に帰つて来て本件で緊急逮捕されていることおよび本件が検挙が困難で、罪質もよくない大麻取締法違反の事案であることなどからすると、この大麻たばこ七本の捜索差押をもつて、直ちに刑事訴訟法第二二〇条第一項第二号にいう「逮捕の現場」から時間的・場所的且つ合理的な範囲を超えた違法なものであると断定」できない

【福岡高判平 5.3.8】福岡覚せい剤営利目的所持事件[判タ 834-275]

覚せい剤取締法違反(有罪)：内妻の事実上の養女宅で職質して現行犯逮捕後、その家を捜索したもの。
「同条項にいう「逮捕の現場」は、逮捕した場所との同一性を意味する概念ではあるが、被疑者を逮捕した場所でありさえすれば、常に逮捕に伴う捜索等が許されると解することはできない。すなわち、住居に対する捜索等が生活の平穏やプライバシー等の侵害を伴うものである以上、逮捕に伴う捜索等においても、当然この点に関する配慮が必要であると考えられ、本件のように、職務質問を継続する必要から、被疑者以外の者の住居内に、その居住者の承諾を得た上で場所を移動し、同所で職務質問を実施した後被疑者を逮捕したような場合には、逮捕に基づき捜索できる場所も自ずと限定されると解さざるを得ないのであって、Ｋ子方に対する捜索を逮捕に基づく捜索として正当化することはできない……Ｋ子方に対して捜索がなされるに至った経過からすれば、同女方の捜索は、被告人が投げ捨てたペーパーバッグの中から発見された覚せい剤所持の被疑事実に関連する証拠の収集という観点から行われたものではなく、被告人が既に発見された覚せい剤以外にもＫ子方に覚せい剤を隠匿しているのではないかとの疑いから、専らその発見を目的として実施されていることが明らか……右二つの覚せい剤の所持が刑法的には一罪を構成するとしても、訴訟法的には別個の事実として考えるべきであって、一方の覚せい剤所持の被疑事実に基づく捜索を利用して、専ら他方の被疑事実の証拠の発見を目的とすることは、令状主義に反し許されない……Ｋ子方に対する捜索を現行犯逮捕に伴う捜索として正当化することもできない……寺崎警部らがＫ子方に対して行った捜索は、同女の承諾による捜索として適法なものとはいえない上……現行犯逮捕に伴う捜索としてその適法性を肯定することができないから、違法である」が、任意の承諾ではないが形式上Ｋ子の承諾があり、重大犯罪であって、令状主義を潜脱する意図もなかったとして証拠能力を肯定

【最決平 8.1.29】和光大内ゲバ事件[H5 あ 518:刑集 50-1-1]

逮捕に伴う捜索・差押えの「処分が逮捕した被疑者の身体又は所持品に対する捜索、差押えである場合においては、逮捕現場付近の状況に照らし、被疑者の名誉等を害し、被疑者らの抵抗による混乱を生じ、又は現場付近の交通を妨げるおそれがあるといった事情のため、その場で直ちに捜索、差押えを実施することが適当でないとき

には、速やかに被疑者を捜索、差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上、これらの処分を実施することも、同号にいう「逮捕の現場」における捜索、差押えと同視することができ、適法な処分と解する」

・ 偶然居合わせた第三者の身体の捜索：原則不可、隠匿などの事情があれば例外

【函館地決昭 55.1.9】逮捕に伴う第三者の身体の捜索[刑月 12-1=2-50]

「本件は、客観的には、ｃの現行犯逮捕（覚せい剤所持）に伴う捜索場所に居合わせた第三者（被告人）の身体に対する強制捜索である。右の如き強制捜索が被告人に対する令状なしに許されるのは、刑訴法 218,222,102-2 の趣旨にかんがみ、押収すべき物（ｃの逮捕事実と関連しているものでなければならないことはもちろんである。）を被告人が所持していると認めるに足りる状況が、客観的に存在している場合に限られる」（証拠調請求→採用）

第７款　領置

1. 領置：遺留物や任意提出物を返却せずに占有を捜査機関が取得すること(§221)

§221 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物は、これを領置することができる

【最決平 20.4.15】京都カード強取強盗殺人事件[刑集 62-5-1398]

「被告人及びその妻は，これら【ダウンベスト等】を入れたごみ袋を不要物として公道上のごみ集積所に排出し，その占有を放棄していたものであって，排出されたごみについては，通常，そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても，捜査の必要がある場合には，§221 により，これを遺留物として領置することができる」市区町村がごみ処理のために収集予定であっても「それは廃棄物の適正な処理のためのものであるから，これを遺留物として領置することが妨げられるものではない」

第２節　検証

第１款 検証と令状

1. 検証：場所・物・人について、その存在・内容・状態・性質等を五官の作用で認識するもの

・任意処分による検証：実況見分と呼ばれる

・必要な処分(§222-1→129)、日出前・日没後の検証(§222-4,5)

§129 検証については、身体の検査、死体の解剖、墳墓の発掘、物の破壊その他必要な処分をすることができる

§131-1 身体の検査については、これを受ける者の性別、健康状態その他の事情を考慮した上、特にその方法に注意し、その者の名誉を害しないように注意しなければならない

#2 女子の身体を検査する場合には、医師又は成年の女子をこれに立ち会わせなければならない

§222-4 日出前、日没後には、令状に夜間でも検証をすることができる旨の記載がなければ、検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第二百十八条の規定によつてする検証のため、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ることができない。但し、第百十七条に規定する場所については、この限りでない

#5 日没前検証に着手したときは、日没後でもその処分を継続することができる

【最判昭 35.9.8】実況見分調書の証拠能力(§321-3 の適用/準用で肯定)[刑集 14-11-1437]

【最決平 21.9.28】承諾・令状なきＸ線検査は違法[25441230]

覚せい剤の取引が疑われる荷物を、宅配便業者の承諾を得てＸ線検査したもの（麻薬特例法違反等）

「荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上，内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって，荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから，検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして，本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって，検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は，違法であるといわざるを得ない」ただし、配達された後、他の証拠と併せて発行された捜索差押許可状による覚せい剤の証拠能力は失われないため、上告棄却

第２款　身体検査

1. 身体検査：検証の対象が人の身体である場合

   → 身体検査令状が必要：理由・性別・健康状態等の記入必要、条件付加可能(§218-1,5,6)

   §218-1 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、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証をすることができる。この場合において、身体の検査は、身体検査令状によらなければならない

   #5 検察官、検察事務官又は司法警察員は、身体検査令状の請求をするには、身体の検査を必要とする理由及び身体の検査を受ける者の性別、健康状態その他裁判所の規則で定める事項を示さなければならない

   #6 裁判官は、身体の検査に関し、適当と認める条件を附することができる

   ・身体検査実施時の注意規定、女子の特則、拒否時の罰則・費用賠償(§222→131,137-140)

   →間接調整では効果がないと認めるときは直接強制可能(§222→139)

   §131-1 身体の検査については、これを受ける者の性別、健康状態その他の事情を考慮した上、特にその方法に注意し、その者の名誉を害しないように注意しなければならない

   #2 女子の身体を検査する場合には、医師又は成年の女子をこれに立ち会わせなければならない

   §137-1 被告人又は被告人以外の者が正当な理由がなく身体の検査を拒んだときは、決定で、十万円以下の過料に処し、かつ、その拒絶により生じた費用の賠償を命ずることができる

   #2 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる

   §138-1 正当な理由がなく身体の検査を拒んだ者は、十万円以下の罰金又は拘留に処する

   #2 前項の罪を犯した者には、情状により、罰金及び拘留を併科することができる

   §139 裁判所は、身体の検査を拒む者を過料に処し、又はこれに刑を科しても、その効果がないと認めるときは、そのまま、身体の検査を行うことができる

   §140 裁判所は、第百三十七条の規定により過料を科し、又は前条の規定により身体の検査をするにあたつては、あらかじめ、検察官の意見を聴き、且つ、身体の検査を受ける者の異議の理由を知るため適当な努力をしなければならない

2. 身体検査の範囲

   ・可能：身体の傷痕等の検査、肛門・陰部等体腔の検査、指紋・掌紋・足型の採取、身長・体重測定、写真撮影等、必要な場合に裸にすること

   ・不可能：体液の採取（血液・胃液等）、皮膚片など体の組織の一部の採取

   →医学上の知識・技術を要するから、鑑定による必要がある

3. 身体に関する捜索・検査

   ・身柄拘束：指紋・足型の採取、身長・体重の測定、写真撮影は裸にしない限り令状不要(§218-3)

   §218-3 身体の拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、第一項の令状によることを要しない

   ・身体の捜索：捜索（差押）許可状に基づいて行う捜索(§221-1 → 102)

   →検査ではなく捜索なので、可能な範囲が限られる…着衣のまま目的物を探すだけ

   ・身体検査：身体検査令状に基づいて行う検証(§218-1)…強制力があるが外表部のみ

   ・鑑定処分としての身体検査：令状に基づいて行う鑑定(§225 → 168-1,3)…身体内部も可能

4. 無令状での検証(§220)：逮捕時の検証

   ・身体検査は必要な範囲に限られる（→身体の捜索の範囲に限るとする説あり）

第３節　鑑定

第１款 鑑定嘱託

1. 鑑定:特別の学識経験者にその知識等に基づく一定の法則や具体的事実判断の報告を求めるもの

→そのための嘱託(§223-1)を鑑定嘱託という。応じるかどうかは任意

（捜査段階で応じると鑑定受託者、公判で応じると鑑定人となる）

§223-1 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、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻訳を嘱託することができる

・ 鑑定嘱託事項の例：法医学者への鑑定嘱託、医療行為の適不適、アルコール・薬物等の影響、薬物の品質、血液型、銃砲の性能、筆跡鑑定、火災原因など

・ 鑑定のための処分

→鑑定留置：病院その他の相当な場所に被告人を留置可能(§244→167,167/2)

※検察官・検察事務官・司法警察員による処分請求・裁判官の鑑定留置状発付が必要

§224-1 前条第一項の規定により鑑定を嘱託する場合において第百六十七条第一項に規定する処分を必要とするときは、検察官、検察事務官又は司法警察員は、裁判官にその処分を請求しなければならない

#2 裁判官は、前項の請求を相当と認めるときは、第百六十七条の場合に準じてその処分をしなければならない。この場合には、第百六十七条の二の規定を準用する

§167-1 被告人の心神又は身体に関する鑑定をさせるについて必要があるときは、裁判所は、期間を定め、病院その他の相当な場所に被告人を留置することができる

#2 前項の留置は、鑑定留置状を発してこれをしなければならない

#3 第一項の留置につき必要があるときは、裁判所は、被告人を収容すべき病院その他の場所の管理者の申出により、又は職権で、司法警察職員に被告人の看守を命ずることができる

#4 裁判所は、必要があるときは、留置の期間を延長し又は短縮することができる

#5 勾留に関する規定は、この法律に特別の定のある場合を除いては、第一項の留置についてこれを準用する。但し、保釈に関する規定は、この限りでない

#6 第一項の留置は、未決勾留日数の算入については、これを勾留とみなす

§167/2-1 勾留中の被告人に対し鑑定留置状が執行されたときは、被告人が留置されている間、勾留は、その執行を停止されたものとする

#2 前項の場合において、前条第一項の処分が取り消され又は留置の期間が満了したときは、第九十八条の規定を準用する

→鑑定受託者による住居等立ち入り、身体検査、死体解剖、墳墓発掘、物の破壊もできる

※検察官・検察事務官・司法警察員による処分請求・裁判官の鑑定処分許可状が必要

§225-1 第二百二十三条第一項の規定による鑑定の嘱託を受けた者は、裁判官の許可を受けて、第百六十八条第一項に規定する処分をすることができる

#2 前項の許可の請求は、検察官、検察事務官又は司法警察員からこれをしなければならない

#3 裁判官は、前項の請求を相当と認めるときは、許可状を発しなければならない

#4 第百六十八条第二項乃至第四項及び第六項の規定は、前項の許可状についてこれを準用する

§168-1 鑑定人は、鑑定について必要がある場合には、裁判所の許可を受けて、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り、身体を検査し、死体を解剖し、墳墓を発掘し、又は物を破壊することができる

#2 裁判所は、前項の許可をするには、被告人の氏名、罪名及び立ち入るべき場所、検査すべき身体、解剖すべ

き死体、発掘すべき墳墓又は破壊すべき物並びに鑑定人の氏名その他裁判所の規則で定める事項を記載した許可状を発して、これをしなければならない

#3 裁判所は、身体の検査に関し、適当と認める条件を附することができる

#4 鑑定人は、第一項の処分を受ける者に許可状を示さなければならない

#6 第百三十一条、第百三十七条、第百三十八条及び第百四十条の規定は、鑑定人の第一項の規定によつてする身体の検査についてこれを準用する

（§131：名誉保持規定・女子の特則、137・138・140：間接強制、直接強制(139)は準用せず）

2. 裁判所が命じる鑑定(§165～174)との差異

・鑑定人の宣誓が不要、検察官・弁護人の立会権なし(§166,170 を準用せず)

・鑑定人の請求による裁判所の身体検査の直接強制(§172)も準用されない

第４節　体液の採取

第１款 強制採血

1. 専門的知識・技術が必要 → 検証では不可能ゆえ、鑑定処分許可状を得て鑑定嘱託で行う
   - 但し、身体検査の直接強制(§139)は準用されないため、身体検査令状も得ておく（併用説）

     ∵拒否された場合、鑑定処分許可状だけでは強制採取ができない

     ←強制採尿は強制採尿令状（捜索差押令状の一種）で行うから、強制採血も同じかも

     【仙台高判昭 47.1.25】岩沼町救急病院採血事件[S46 う 281:刑月 4-1-4]

     酒酔い運転の救急患者を偶然担当した警察医が資料とする意図で失神中に採取した血液の証拠能力を否定。原審は身体検査令状も本人の承諾もないので違法とした（業過致死有罪、道交法違反無罪）

     「たとえ採血が治療の際に行われ僅か約五グラムすなわち二ミリリツトルという少量で身体の健康にどれほどの影響も及ぼさない程のものにすぎなかつたにしても捜査官としては任意の承諾のもとに血液の提出を受けえない以上医師芳賀次郎に対して刑事訴訟法§223 に基づく鑑定の嘱託をなし§225,168-1 による鑑定処分許可状を求める手続を践むべき場合であつた」「たとえ被告人が見聞認識しつつ何ら抗議しなかつたとしても、現に令状なき採血を拒みうることを告知されなかつた以上、異議なく承諾したものと解する余地は存しないのであつて、いかに本件採血が危険でも苦痛でもない通常の医学的処置に従つて一片の無理強いもなく（失神中）行われたにしても、なお承諾なき以上令状によることを必要とする場合であつたといわざるをえない」

     【最決平 17.7.19】医師が採尿し捜査機関に通報したのは適法[28105290]

     （覚せい剤取締法違反）治療上の判断のため本人の消極的同意の下麻酔後採尿し、言動が怪しいのでアンフェタミンの検査をしたら陽性だったもの。両親に告げて拒否されなかったため、警察に連絡、警察官は差押許可状によりこの尿を差し押さえた。

     「上記の事実関係の下では，同医師は，救急患者に対する治療の目的で，被告人から尿を採取し，採取した尿について薬物検査を行ったものであって，医療上の必要があったと認められるから，たとえ同医師がこれにつき被告人から承諾を得ていたと認められないとしても，同医師のした上記行為は，医療行為として違法であるとはいえない。また，医師が，必要な治療又は検査の過程で採取した患者の尿から違法な薬物の成分を検出した場合に，これを捜査機関に通報することは，正当行為として許容されるものであって，医師の守秘義務に違反しないというべきである。以上によると，警察官が被告人の尿を入手した過程に違法はない」

2. 体液採集等の諸問題
   - 精液の強制採取：人格の尊厳を著しく害するため許されない(学説)
   - 呼気検査：無令状で任意でなされるが、拒否すると罰せられる(道交法 118/2)のは合憲

     【最判平 9.1.30】堺呼気検査拒否事件[28025032]

     「道路交通法六七条二項の規定による警察官の呼気検査を拒んだ者を処罰する同法一二〇条一項一一号の規定が憲法三八条一項に違反するというものである。しかしながら、憲法三八条一項は、刑事上責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきところ、右検査は、酒気を帯びて車両等を運転することの防止を目的として運転者らから呼気を採取してアルコール保有の程度を調査するものであって、その供述を得ようとするものではないから、右検査を拒んだ者を処罰する右道路交通法の規定は、憲法三八条一項に違反するものではない」

     【福井地判昭 56.6.10】意識不明中の自然呼気採取は任意捜査で可能[刑月 13-6=7-461]

第２款　強制採尿

1.　強制採尿の許容性

【最決 55.10.23】江南警察署採尿事件[27682297]

「尿を任意に提出しない被疑者に対し、強制力を用いてその身体から尿を採取することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、右採尿につき通常用いられるカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法は、被採取者に対しある程度の肉体的不快感ないし抵抗感を与えるとはいえ、医師等これに習熟した技能者によつて適切に行われる限り、身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく、仮に障害を起こすことがあつても軽微なものにすぎないと考えられるし、また、右強制採尿が被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうるのであるから、被疑者に対する右のような方法による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はなく、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合に、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり、ただ、その実施にあたつては、被疑者の身体の安全とその人格の保護のため十分な配慮が施されるべき」「適切な法律上の手続について考えるのに、体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は捜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには捜索差押令状を必要とすると解すべきである。ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の捜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑訴法二一八条五項が右捜索差押令状に準用されるべきであつて、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠」

- 否定説：カテーテルを尿道に挿入するため、人間の尊厳を侵すもので許されない（精神面重視）

【名古屋高判昭 54.2.14】強引な強制採尿を違法としたもの[24005708]

最判 55.10.23 の原審。ただし、証拠能力は肯定し、覚せい剤取締法違反で有罪を維持。

「本件におけるように、尿の提出を拒否して抵抗する被疑者の身体を数人の警察官が実力をもつて押えつけ、カテーテルを用いてその陰茎から尿を採取するがごときことは、それが、裁判官の発する前記のような令状に基づき、直接的には医師の手によつて行われたものであつたとしても，被疑者の人格の尊厳を著しく害し、その令状の執行手続として許される限度を越え、違法であるといわざるを得ない。もとより、捜査機関において、かかる被疑者から尿を採取する捜査上の必要性の高いことは十分に理解できるが、人が排尿を人為的に拒否できる時間には、おのずから限度があることなどからすれば、採尿のための器具、設備等を工夫することにより、他の、より人格侵害の少ない方法で採尿の目的を達することが不可能ではないと思われるのであつて、採尿の必要性が強いことをもつて、本件のような採尿方法を正当化することはできない」

2.　実体的要件

- 「被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる」こと

  ←強制採尿が被採取者に精神的打撃を与え、また肉体的不快感ないし抵抗感を与えるから、できる限り任意による採尿、またカテーテルを用いない採尿を優先すべきだから

  ※覚せい剤事件では、採血では判明しないため、必要性が認められやすい

3.　令状の形式

- 従来の実務（併用説）：鑑定処分許可状＋身体検査令状
- 判例：「医師をして医学的に相当と認められる方法」で行わせる旨の条件付の捜索差押令状

  ＝強制採尿令状 ← 条件規定がなく、判例で新しい強制処分（令状）を創出したものでは？

4. 身体拘束されていない被疑者は、強制採尿令状により連行し必要最小限度の有形力を行使可能
∵令状の効力(判例) ←「必要な処分」に含む・逮捕状必要説

【最決平 6.9.16】会津若松採尿事件[27825712]

「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、その際、必要最小限度の有形力を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、そのように解しないと、強制採尿令状の目的を達することができないだけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の当否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるからである。その場合、右令状に、被疑者を採尿に適する最寄りの場所まで連行することを許可する旨を記載することができることはもとより、被疑者の所在場所が特定しているため、そこから最も近い特定の採尿場所を指定して、そこまで連行することを許可する旨を記載することができることも，明らかである」（覚せい剤取締法違反）

第５節　その他の証拠収集手段

第１款　写真撮影・ビデオ撮影

1. 身体拘束中の被疑者の写真は撮影できる(§218-2) → それ以外は任意捜査では不許か？
2. 任意捜査として許される場合もある

・有力：犯罪の嫌疑あるいは罪を犯したこと疑うに足りる相当の理由があればよい
＋証拠保全のための必要性・緊急性＋撮影方法の相当性（＋補充性）
∵公道上などではプライバシーを正当に期待できない（→盗撮は令状必要。検証になる？）

・(準)現行犯的状況＋証拠保全のための必要性・緊急性＋撮影が一般的に許容される限度内

【最大判昭 44.12.24】京都府学連事件[憲掲 27681653:刑集 23-12-1625]

公務執行妨害・傷害：一審：懲役１月猶予１年→控訴棄却→上告棄却

立命一部学友会の書記長が、デモを撮影した巡査を難詰し旗竿で突いて怪我をさせたもの。4 列縦隊で東端を行進すると条件を付したのに、先頭が 7,8 名で道路の中央を整然行進していたため。

「憲法一三条は……国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している……個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されない……犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうる」「その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑訴法二一八条二項のような場合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法一三条、三五条に違反しない」

・(準)現行犯的状況は不要、あくまで事案の判断の一つ

【東京高判昭 63.4.1】山谷テレビカメラ監視事件[判時 1278-152]

【東京地判平 1.3.15】上智大学内ゲバ事件[27807159]

「既に行なわれた犯罪の犯人特定のため容疑者の容ぼう等の写真を撮影することも、その事案が重大であって、被撮影者がその犯罪を行なったことを疑わせる相当な理由のある者に限定される場合で、写真撮影以外の方法では捜査の目的を達することができず、証拠保全の必要性、緊急性があり、かつ、その撮影が相当な方法をもって行なわれているときには、適法な捜査として許される」

【最決平 20.4.15】京都カード強取強盗殺人事件[H19 あ 839:刑集 62-5-1398]

最大判昭 44.12.24、最判昭 61.2.14「は，所論のいうように，警察官による人の容ぼう等の撮影が，現に犯罪が行われ又は行われた後間がないと認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したものではない」本件では「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ，かつ，前記各ビデオ撮影は，強盗殺人等事件の捜査に関し，防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう，体型等と被告人の容ぼう，体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため，これに必要な限度において，公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し，あるいは不特定多数の客が集まるパチ

ンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり，いずれも，通常，人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば，これらのビデオ撮影は，捜査目的を達成するため，必要な範囲において，かつ，相当な方法によって行われたものといえ，捜査活動として適法なものというべきである」（強殺等→無期懲役／棄却／棄却）

3. 自動速度監視装置による撮影

【最判昭 61.2.14】判例（固定式自動車速度監視装置による写真撮影[27803409]

「速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいつて緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法一三条に違反せず・・右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外できない状況にある同乗者の容ぼうを撮影することになつても、憲法一三条、二一条に違反しない」

第２款　通信傍受

1.　通信傍受の合憲性

・肯定：薬物の密売等では電話等の電気通信の傍受が摘発のため有効である

【最決平 11.12.16】旭川覚せい剤事件[28045259:刑集 53-9-1327]

覚せい剤取締法違反、詐欺、詐欺未遂

「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分であるが、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではない……重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには，法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許される」

・否定

＊通信の秘密・個人のプライバシーを侵害する ← 郵便物の押収を認めている(§222-1→100)

＊処分を受ける者に秘匿して行われる密行性を有するから、令状の事前呈示の原則に反する

＊対象特定が困難で、正当に保護すべき情報も入ってくる危険性がある

2.　法的性質

・任意捜査である → 許される ∵有形力の行使も物理的侵害も伴わないから

・強制処分にあたる（多数・判例）

→要件が加重された検証として、許される（最決平 11.12.16・実務）

←検証なら音声の質や種類の範囲にとどまるのではないか

→現行法上規定がなく、許されない

∵有形力行使・物理的侵害は伴わないが、人のプライバシー・通信の秘密を制約・侵害するから

【最決平 11.12.16】旭川覚せい剤事件[28045259:刑集 53-9-1327]

「(一）電話傍受は、通話内容を聴覚により認識し、それを記録するという点で、五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する検証としての性質をも有する……（二）裁判官は、捜査機関から提出される資料により、当該電話傍受が前記の要件を満たすか否かを事前に審査することが可能……（三）検証許可状の「検証すべき場所若しくは物」（刑訴法二一九条一項）の記載に当たり、傍受すべき通話、傍受の対象となる電話回線、傍受実施の方法及び場所、傍受ができる期間をできる限り限定することにより、傍受対象の特定という要請を相当程度満たすことができる（四）身体検査令状に関する同法二一八条五項は、その規定する条件の付加が強制処分の範囲、程度を減縮させる方向に作用する点において、身体検査令状以外の検証許可状にもその準用を肯定し得ると解されるから、裁判官は、電話傍受の実施に関し適当と認める条件、例えば、捜査機関以外の第三者を立ち会わせて、対象外と思料される通話内容の傍受を速やかに遮断する措置を採らせなければならない旨を検証の条件として付することができる（五）なお、捜査機関において、電話傍受の実施中、傍受すべき通話に該当するかどうかが明らかでない通話について、その判断に必要な限度で、当該通話の傍受をすることは、同法一二九条所定の「必要な処分」に含まれると解し得る。もっとも、検証許可状による場合、法律や規則上、通話当事者に対する事後通知の措置や通話当事者からの不服申立ては規定されておらず、その点に問題があることは否定し難いが、電話傍受は、これを行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合に限り、かつ、前述のような手続に従うことによって初めて実施され得ることなどを考慮すると、右の点を理由に検証許可状による電話傍受が許されなかったとまで解するのは相当でない」

（元原反対）選別的な聴取は犯罪に無関係で、検証の「必要な処分」に含みえず、検証許可状は事後通知も不服申し立ても許されない。したがって、検証による通信傍受は違法で令状主義の精神を没却するから違法収集証拠。

3. 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律

∵通信傍受につき、強制処分法定主義の見地から明定し、事前の令状審査を厳格に定めたもの

・対象通信：固定電話、携帯電話、ファックス、電子メール等の電気通信(§2-1)

・対象傍受：当事者のいずれの同意も得ないで通信を受けるもの(§2-2)

・傍受令状発付の要件

＊実体的要件(§3)

・犯罪の嫌疑：対象犯罪を疑うに足りる十分な理由＋数人の共謀を疑う足りる状況など

※対象犯罪(§3,別表)：薬物関連犯罪、集団密航、銃器関連犯罪、組織的な殺人の罪

・犯罪関連通信の蓋然性：当該犯罪実行関連事項が内容の通信が行われると疑うに足りる状況

・補充性：他の方法によっては、犯人特定等が著しく困難

＊請求：指定検事・指定司法警察員（警視以上）に限り、発付も地裁裁判官に限る(§4)

第３款　秘密録音

1. 同意傍受・秘密録音（一方当事者が同意した傍受、一方当事者による無断録音）

・任意処分 ∵プライバシーの主要要素たる通信・会話内容の秘密性を相手方は委ねられている

→合法説と原則違法説が対立：相当性の有無を実質的に判断すれば足りる

（通信傍受を肯定する最決平 11.12.16 の論理からは秘密録音も肯定される）

＊会話の内容・場所・状況等からプライバシー侵害の程度を判断

＊関連する犯罪の種類、他の証拠による嫌疑の程度、他の方法による証拠収集の容易性

【東京地判平 2.7.26】秘密録音は著しく不当な点の存否で判断する[27921184]

職務強要罪（中核派による千葉県収用委員会予備委員への辞職強要）。

「対話者の一方が相手方の同意を得ないでした会話の録音は、それにより録音に同意しなかった対話者の人格権がある程度侵害されるおそれを生じさせることは否定できないが、いわゆる盗聴の場合とは異なり、対話者は相手方に対する関係では自己の会話を聞かれることを認めており、会話の秘密性を放棄しその会話内容を相手方の支配下に委ねたものと見得るのであるから、右会話録音の適法性については、録音の目的、対象、手段方法、対象となる会話の内容、会話時の状況等の諸事情を総合し、その手続に著しく不当な点があるか否かを考慮してこれを決めるのが相当」中核派の拠点捜索時に、声紋鑑定を行うためにピンマイクで無断録音したもの。適法。

【千葉地判平 3.3.29】三里塚闘争会館事件[27921213:判時 1384-141]

職務強要罪（中核派による千葉県収用委員会委員への辞職強要）。

発話内容のプライバシーを相手方に委ねたとするのは記憶して話す場合であって、録音し証拠として利用する場合は拒否するかもしれず「その拒否の機会を与えずに秘密録音すること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侵害することは否定できず、いわんやこのような録音を刑事裁判の資料とすることは司法の廉潔性の観点からも慎重でなければならない。したがって、捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し，具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべき」容疑が濃厚で、警官と知っており、内密性のある内容でなく、発言させるために偽計等を用いていないから「被告人を含む中核派構成員らが本件犯行を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある上、本件録音の全過程に不当な点は認められず、また、被告人の法益を侵害する程度が低いのに比し、電話による脅迫という事件の特質から秘密録音……によらなければ有力証拠の収集が困難であるという公益上の必要性が高度であることなどにかんがみると、例外的に本件秘密録音を相当と認めて許容すべき」

2. 逆探知

・従来実務・学説：脅迫罪の現行犯人の逮捕への協力ゆえ正当

・近時有力：正当防衛・緊急避難的状況の存在、発信者にはプライバシーの利益がない

第４款　おとり捜査

1. おとり捜査の意義

・任意捜査とされる ∵それ自体は有形力を行使せず、相手方の重要な権利・自由を侵害しない

←おとり捜査の実施は対象者の意思に反しているのでは？

【最決平 16.7.12】大阪大麻所持おとり捜査事件[28095520]

「おとり捜査は，捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が，その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが，少なくとも，直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において，通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に，機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは，刑訴法１９７条１項に基づく任意捜査として許容される」「上記のとおり，麻薬取締官において，捜査協力者からの情報によっても，被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず，他の捜査手法によって証拠を収集し，被告人を検挙することが困難な状況にあり，一方，被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであるから，麻薬取締官が，取引の場所を準備し，被告人に対し大麻樹脂２ｋｇを買受ける意向を示し，被告人が取引の場に大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても，おとり捜査として適法」（大麻取締法違反）

2. 適否の基準

・二分説：機会提供型は適法であるが、犯意誘発型は違法である（判例・学説）

＊犯意誘発型：もともと犯意のなかった者に積極的に犯意を誘発させて犯罪に導く場合

＊機会提供型：もともと犯意を有していた者の犯意を強化・現実化の機会を提供したのみの場合

→機会提供型の場合の適法性判断基準：具体的な犯罪の嫌疑の存在、犯罪の重要性・犯人検挙の必要性、捜査方法の補充性、手段の相当性で判断（＋直接の被害者がいない薬剤事犯等？）

【東京高判昭 57.10.15】機会提供型で適法(覚せい剤取締法違反)[判時 1095-155]

【東京高判昭 62.12.16】機会提供型で適法(覚せい剤取締法違反)[判タ 667-269]

【横浜地判平 10.3.18】機会提供型で適法(拳銃・実包の密売)[判時 1646-171]

・相当性説：おとり捜査による法益侵害性と広義の必要性の権衡上、相当かで判断

（機会提供か犯意誘発かはその一基準にすぎない）

＊法益侵害は何か：犯罪創出の危険性(被害者)／人格的利益の侵害(対象者)

3. 違法の場合の訴訟法上の効果 ∵司法の廉潔性の保持、違法捜査抑止から放置はできない

・軽度な場合：違法収集証拠排除説(通説)。余罪があればそちらで罰することができる

・重度な場合（犯意誘発型のような違法性が顕著な場合 ← 実際にあるのか）

＊無罪説 ← 詐術によるにせよ、自らの意思で犯行に及んだから犯罪不成立とはいえない

＊公訴棄却説 ∵特に重大な違法があれば、違法捜査抑制の見地から公訴維持が相当でない

＊免訴説 ∵§337 類推

4. コントロールド・デリバリー(監視付移転)

・任意捜査で実施可能(権利侵害等がないから) ※麻薬特例法 3,4,11 条は明文規定あり

・ライブ・コントロールド・デリバリー：禁制品を押収せず、そのまま流通させる

・クリーン・コントロールド・デリバリー：捜索差押令状で押収、無害品に入れ替えて流通させる

第６章　被疑者の防御

第１節　被疑者の権利

第１款　黙秘権

1. 黙秘権：歴史的経験に則り、被疑者・被告人の供述の自由を保障するため

　∵自己負罪の拒否：有罪になる供述の義務付けは人格尊重の点から許されない

　　当事者主義では被告人は一方当事者であり、供述義務を課すと対等でなくなる

・憲法上の黙秘権(憲 38-1)：自己に不利益な供述を拒否できるにとどまる

・刑訴法上の供述拒否権(§198-2)：自己に有利か不利かによらず、一切の供述を拒否できる

←憲法の保障の拡張、憲法は被疑者・被告人には包括的黙秘権を保障、被疑者は捜査対象ゆえ本人の意思に反する限りすべて「不利益な供述」に含まれる

憲 38-1 何人も、自己に不利益な供述を強要されない

§198-2 前項の取調に際しては、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

2. 黙秘権の及ぶ範囲

・供述に限る

・黙秘権の対象＝「自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項」に限る

・住所・氏名など → 供述拒否権の対象だが（有力）、黙秘権の対象には含まれない（判例）

【最大判昭 32.2.20】京成電鉄事件[憲掲 27610894:刑集 11-2-802]

私鉄のレッドパージ反対のため応援に集まり、新聞記者や警察官に暴行したもの（威力業務妨害・公務執行妨害・傷害）。「その氏名を黙秘し、監房番号の自署、拇印等により自己を表示し弁護人が署名押印した弁護人選任届」を無効として却下したのを違憲と主張。国選弁護人が付されたため、氏名を開示して私選弁護人を付した。

実際には私選弁護人の立会でほぼすべての弁論が行われ、特別抗告も取下げられているから「その弁護権の行使を妨げられたとは認められない」し、38 条 1 項の「法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したもの……氏名のごときは、原則としてここにいわゆる不利益な事項に該当するものではない」また本件では私選弁護人を付すために開示したのであって、「その開示が強要されたものであることを認むべき証跡は記録上存在しない」とした。レッドパージの憲法判断は不要とした。

・刑事手続以外における黙秘権

＊黙秘権の対象：刑事責任追及のための資料取得収集に直接結び付く作用を持つ手続に及ぶ

・供述拒否権告知までは含まない ← 含まれると解すべき

【最判昭 25.11.21】【最判昭 27.3.27】供述拒否権告知まで憲法は要求せず

【最判昭 59.3.27】国税犯則取締法の質問調査手続へ 38 条 1 項は適用される[21080330]

「憲法三八条一項の規定によるいわゆる供述拒否権の保障は、純然たる刑事手続においてばかりでなく、それ以外の手続においても、対象となる者が自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を求めることになるもので、実質上刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続にはひとしく及ぶ」「国税犯則取締法上の質問調査の手続は・・憲法三八条一項の規定による供述拒否権の保障が及ぶ」「憲法三八条一項は供述拒否権の告知を義務づけるものではなく・・立法政策の問題と解されるところから・・告知をしなかったからといって、その質問手続が憲法三八条一項に違反することとなるものでない」

・医師法・道交法の届出義務などを広く肯定する

【最判平 16.4.13】広尾病院事件（医師法 21 条の届出義務）[憲掲 28095175:刑集 58-4-247]

「本件届出義務の性質，内容・程度及び医師という資格の特質と，本件届出義務に関する前記のような公益上の高度の必要性に照らすと，医師が，同義務の履行により，捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で，一定の不利益を負う可能性があっても，それは，医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるものというべきである」

【最大判昭 47.11.22】川崎民商事件（35,38 条適用だが合憲）[21040750]

所得税法違反：一審：罰金 1 万円猶予 2 年→双方控訴：罰金 1 万円→上告棄却

所得税法に基づく税務署の検査に対して帳簿等の提示を拒んだもの。

「憲法三八条一項・・による保障は、純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶ…（「当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない）が目的が徴税であり刑事訴追ではないこと、間接強制で程度も低いなどの諸点を総合して判断すれば）…右各規定そのものが憲法三八条一項にいう「自己に不利益な供述」を強要するものとすることはでき」ない

【最大判昭 37.5.2】板橋交通事故無届事件[27760728:刑集 61-5-495]

一審：禁錮 10 月→被告人控訴棄却→上告棄却

重過失致死・道路交通取締法違反（無免許・飲酒運転での死亡事故で救護・報告しなかったもの）

「警察官が交通事故に対する（被害者救護や交通安全確保の）処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであつて、それ以上、所論の如くに、刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中に含まれるものとは、解せられない。また、いわゆる黙秘権を規定した憲法三八条一項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべき・・前叙の報告を命ずることは、憲法三八条一項にいう自己に不利益な供述の強要に当らない」

（奥野補足）犯罪発覚の端緒を与えるが、公共の福祉の要請を考慮すればやむを得ない。

（山田補足）奥野賛同＋事故通報は行政経済上当然要求され、これに行政秩序罰程度を課すのはやむを得ない。

【最判昭 45.7.28】事故の内容→態様へ改正後の報告義務も合憲[刑集 24-7-569]

【最判昭 29.7.16】判例（麻薬取扱者の記帳義務）[27680574]

麻薬取締法違反（不正に入手した麻薬を病院長・病院薬剤長が使用させ、記帳しなかったもの））

一審：病院長無罪、薬剤長罰金 1 万円→検察控訴：棄却→検察上告：破棄差戻し（不正麻薬の記帳は捜査の端緒になるから、記帳義務を期待できない、として控訴審は病院長を無罪とした）

「麻薬取扱者たることを自ら申請して免許された者は、そのことによつて当然麻薬取締法規による厳重な監査を受け、その命ずる一切の制限または義務に服することを受諾しているものというべきである。されば、麻薬取扱者として麻薬を処理した以上、たとえその麻薬が取締法規に触れるものであつても、これを記帳せしめられることを避けることはできないのみならず、取締上の要請からいつても、かかる場合記帳の義務がないと解すべき理由は認められない。また麻薬取扱者はかかる場合、別に麻薬処理の点につき取締法規違反により処罰されるからといつて、その記帳義務違反の罪の成立を認める妨げとなるものではないことはいうまでもない」

3. 黙秘権の効果

- 取調前・公判の冒頭手続きにおける告知(§198-2,291-3)
- 供述義務賦課の禁止：供述につき、法律上の強制も事実上の強制も許されない
- 権利を侵害して得られた証拠の利用禁止：任意性を欠く疑いのある自白の排除（人権擁護説）
- 不利益推認の禁止：黙秘したことそれ自体を有罪の証拠にできない

  →量刑上も黙秘自体を直接は考慮できない。但し、反省していないとする資料としては考慮可

4. 刑事免責制度：刑事訴追を免除することを約して黙秘権を失わせる制度

→違憲ではないが、刑訴法上採用されておらず、これによって得られた証拠は証拠能力否定

※東京地検検事正は刑訴 248 条(起訴便宜主義)により起訴しないことを言明した

【最大判平 7.2.22】ロッキード事件丸紅ルート[27826571]

受託収賄、外国為替及び外国貿易管理法違反、贈賄、議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律違反

一審：田中角栄懲役 4 年・5 億円追徴、榎本敏夫（田中秘書）懲役 1 年猶予 3 年、檜山広（丸紅社長）懲役 2 年 6 月、伊藤宏（丸紅社長室長）懲役 2 年、大久保利春（丸紅航空機担当）懲役 2 年猶予 4 年→控訴：伊藤宏懲役 2 年猶予 4 年、他棄却→上告棄却

アメリカ在住者への証人尋問をアメリカの連邦地裁に依頼したが、「検事総長が改めてコーチャンらに対しては将来にわたり公訴を提起しないことを確約する旨の宣明をし、最高裁判所は検事総長の右確約が将来にわたり我が国の検察官によって遵守される旨の宣明をし」たために作成された嘱託尋問調書の有効性が争われた。

憲法上刑事免責付与は否定されていはいないが、「我が国の刑訴法は、刑事免責の制度を採用しておらず、刑事免責を付与して獲得された供述を事実認定の証拠とすることを許容していないものと解すべきである以上、本件嘱託証人尋問調書については、その証拠能力を否定すべき」としたが、その他の証拠で事実は認められるとした。

第２款　ポリグラフ検査・麻酔分析

1. ポリグラフ検査：被疑事実に関する質問に答えさせ、生理的反応を測定するもの

・非供述説：生理的な反応を証拠にするだけなので黙秘権の侵害に当たらない（多数）

＊但し強制は許されない ∵内心を探ろうとするため思想・良心の自由、個人の尊厳を侵す

→実務では被検査者の承諾を得て行う

【東京高決昭 41.6.30】ポリグラフ検査は合憲[高刑集 19-4-447]

・供述説：黙秘権の侵害にあたる ∵質問への応答も内心の表出ゆえ供述の一種

→承諾があれば可能／個々の質問への拒否ができないので許されない

2. 麻酔分析：アミタール・ペントタールなどを静脈注射し、半睡半覚の状態で質問するもの

・任意でも許されない(通説) ∵黙秘権・人格の尊厳を侵害するもの

第２節　その他の防御権

第１款 接見交通権

1. 接見交通権(憲 34,37-3,§39-1,2)

・意義：弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人の援助を受ける機会の実質的保障

・内容：立会人なしでの接見、書類・物の授受

←法令により、逃亡・罪証隠滅・戒護に支障ある物の授受の防止のため必要な措置が可能(#2)

§39-1 身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる

§39-2 前項の接見又は授受については、法令（裁判所の規則を含む。以下同じ。）で、被告人又は被疑者の逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要な措置を規定することができる

・性質：法文上は被疑者・被告人の権利であるが、弁護人の固有権でもある

→ 違法な接見指定には弁護人自身が準抗告・国賠請求できる

【最判昭 53.7.10】杉山事件（接見交通権は弁護人の固有権でもある）[民集 32-5-820]

「この弁護人等との接見交通権は、身体を拘束された被疑者が弁護人の授助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの一つであることはいうまでもない」

・弁護人以外の接見交通権：§80,81,207-1（裁判所の制限可）…勾留中のみで逮捕中は不可

2. 接見指定(§39-3)

・意義：逮捕・勾留に時間制限があるため取調べ等と接見交通を調整する例外的措置

・要件：捜査のため必要、公訴提起前である、被疑者の防御権を不当に制限しない

・効力：接見・授受の日時・場所・時間を指定できる（→全面拒否はできない）

→日時変更や時間短縮のみ。できる限り速やかな日時を指定すること（最大判平 11.3.24）

・「捜査のため必要があるとき」：取調べ中など顕著な支障を生ずる場合に限る

＊捜査全般説：供述拒否や罪証隠滅のおそれなど広く捜査遂行上の障害の予想 ← 広すぎる

＊物理的限定説：現に被疑者を取調べ中の場合など顕著な支障を生ずる場合

→他に現場検証・実況見分立会中なども含む(多数、杉山事件)

＊準限定説：面通し・取調べ等が確実・具体的に予定されている場合も加える(浅井事件)

【最判昭 53.7.10】杉山事件[S49 オ 1088:民集 32-5-820]

国賠請求→一部認容／棄却／破棄差戻し／控訴棄却(10 万円確定)

「身体を拘束された被疑者の取調べについては時間的制約があることからして、弁護人等と被疑者との接見交通権と捜査の必要との調整を図るため、刑訴法三九条三項は、捜査のため必要があるときは、右の接見等に関してその日時・場所・時間を指定することができると規定するが、弁護人等の接見交通権が前記のように憲法の保障に由来するものであることにかんがみれば、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は、あくまで必要やむをえない例外的措置であつて、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されるべきではない。(同項但書)。捜査機関は、弁護人等から被疑者との接見の申出があつたときは、原則として何時でも接見の機会を与えなければならないのであり、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には、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見のための日時等を指定し、被疑者が防禦のため弁護人等と打ち合せることのできるような措置をとるべき」

【最判平 3.5.10】浅井事件[S58 オ 379,381:民集 45-5-919]

国賠請求→一部認容→双方控訴：変更(減縮)→原告上告却下、被告上告棄却

「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」

【最大判平 11.3.24】安藤・斎藤事件 [28040615:民集 53-3-514]

国・県へ 200/100 万円請求：一審：国の 50/20 万円支払命令→双方控訴：請求棄却→

恐喝未遂事件の弁護人が、接見交通権を検察官の一般的指定で妨害されたとした国賠請求。

憲法 34 条前段は「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべき」

「被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る必要があるところ、（一）刑訴法三九条三項本文の予定している接見等の制限は、弁護人等からされた接見等の申出を全面的に拒むことを許すものではなく、単に接見等の日時を弁護人等の申出とは別の日時とするか、接見等の時間を申出より短縮させることができるものにすぎず、同項が接見交通権を制約する程度は低いというべきである。また、前記のとおり、（二）捜査機関において接見等の指定ができるのは、弁護人等から接見等の申出を受けた時に現に捜査機関において被疑者を取調べ中である場合などのように、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、しかも、（三）右要件を具備する場合には、捜査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならない」これらの点から、接見交通権への制限は違憲ではない。

・接見指定のための措置

＊一般的指定制度 → 基本的に面会禁止で、検察官から具体的指令書をもらって面会する

←原則面会禁止で刑訴法の本則に反し、指定要件を無にする、弁護人に不必要な負担を課す

←違法な接見指定処分として準抗告で取り消される

【最判昭 53.7.10】杉山事件[前掲 S49 オ 1088:民集 32-5-820]

「当時、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、しかも被上告人の接見要求に対して速やかに日時等の指定をしなかつた捜査本部の宮里の措置は違法といわざるをえない」

＊通知事件制度(1988～)：接見の申出後に必要があれば弁護人と協議して指定するもの

§39-3 検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない

【最判平 3.5.10】浅井事件[前掲 S58 オ 379,381:民集 45-5-919]

接見指定する「場合でも、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。そのため、弁護人等から接見等の申出を受けた捜査機関は、直ちに、当該被疑者について申出時において現に実施している取調べ等の状況又はそれに間近い時における取調べ等の予定の有無を確認して具体的指定要件の存否を判断し、右合理的な接見等の時間との関連で、弁護人等の申出の日時等を認めることができないときは、改めて接見等の日時等を指定してこれを弁護人等に告知する義務がある……捜査機関が右日時等を指定する際いかなる方法を採るかは、その合理的裁量にゆだねられているものと解すべきであるから、電話などの口頭による指定をすることはもちろん、弁護人等に対する書面（いわゆる接見指定書）の交付による方法も許されるものというべきであるが、その方法が著しく合

理性を欠き、弁護人等と被疑者との迅速かつ円滑な接見交通が害される結果になるようなときには、それは違法なものとして許されない」

【最判平 17.4.19】定者事件[28100788]

接見設備がない場合は接見を拒絶してもよいが「拒否が違法でないとしても，同条の趣旨が，接見交通権の行使と被疑者の取調べ等の捜査の必要との合理的な調整を図ろうとするものであること（前記大法廷判決参照）にかんがみると，検察官が上記の設備のある部屋等が存在しないことを理由として接見の申出を拒否したにもかかわらず，弁護人等がなお検察庁の庁舎内における即時の接見を求め，即時に接見をする必要性が認められる場合には，検察官は，例えば立会人の居る部屋での短時間の「接見」などのように，いわゆる秘密交通権が十分に保障されないような態様の短時間の「接見」（以下，便宜「面会接見」という。）であってもよいかどうかという点につき，弁護人等の意向を確かめ，弁護人等がそのような面会接見であっても差し支えないとの意向を示したときは，面会接見ができるように特別の配慮をすべき義務がある」が検察官に過失がなく国賠請求は棄却

【最判平 1.1.23】接見交通権の不当な侵害は直ちに自白の任意性に疑いを生じるものではない

・逮捕直後の初回接見：速やかに行うことが被疑者の防御上特に重要

→引致後直ちに行うべき手続等を終えた後、比較的短時間でも即時又は近接時点で認めるべき

【最判平 12.6.13】内田事件[民集 54-5-1635]

被疑者・弁護人各 100 万損賠請求→一審：被 10 万・弁 8 万認容→双方控訴：破棄自判（請求棄却）→上告：破棄自判（控訴棄却）：逮捕当日に被疑者に接見を申し入れた弁護士が翌日に接見指定されたもの

接見指定の最大判平 11.3.24 の(三)を述べた上で「とりわけ、弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と被疑者との逮捕直後の初回の接見は、身体を拘束された被疑者にとっては、弁護人の選任を目的とし、かつ、今後捜査機関の取調べを受けるに当たっての助言を得るための最初の機会であって、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから、これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要である。したがって、右のような接見の申出を受けた捜査機関としては、前記の接見指定の要件が具備された場合でも、その指定に当たっては、弁護人となろうとする者と協議して、即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうかを検討し、これが可能なときは、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、犯罪事実の要旨の告知等被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続く指紋採取、写真撮影等所要の手続を終えた後において、たとい比較的短時間であっても、時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであり、このような場合に、被疑者の取調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし、被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは、被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するものといわなければならない」

・起訴後の接見指定

＊起訴後は被疑者として逮捕・勾留されていない限り検察官らは接見指定できない(§39-3)

【最決昭 41.7.26】千葉大チフス事件（余罪につき勾留がなかった事案）[昭 41 し 39]

検察官・司法警察員の接見指定に関する準抗告→一審：棄却→特別抗告：取消・差戻し

「本件検察官および司法警察員は、被告人の弁護人であつても、余罪の関係では被疑者の弁護人であり、したがつて、刑訴法三九条一項の接見については、なお同条三項の指定権に基づく制約をなしうるものとの解釈のもとに、本件四名の接見を拒否した疑いが濃厚……公訴の提起後は、余罪について捜査の必要がある場合であつても、検察官等は、被告事件の弁護人または弁護人となろうとする者に対し、同三九条三項の指定権を行使しえない……検察官等がそのような権限があるものと誤解して、同条一項の接見等を拒否した場合、その処分に不服がある者は、同四三〇条により準抗告を申し立てうる）

＊別件で勾留中→被告事件での防御権を不当に制限しない限り、被疑事件を理由に接見指定可能

【最決昭 55.4.28】水戸収賄事件(本罪・余罪の弁護人が同一)[昭 55 し 39:刑集 34-3-178]

検察官の接見指定に関する準抗告→一審：棄却→特別抗告：棄却

「同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕、勾留とが競合している場合、検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑訴法三九条三項の接見等の指定権を行使することができる」（収賄事件の被告が、余罪として別の収賄事件で勾留中に余罪取調べを理由に接見指定したもの）

【最決平 13.2.7】筋弛緩剤殺人事件(本罪・余罪の弁護人が別でも可能)[判時 1737-148]

・任意取調べ中の弁護人との面会：原則として面会希望の確認を優先

【福岡高判平 5.11.16】福岡任意取調中接見拒否損害賠償訴訟[H3 ネ 921:判時 1480-82]

「被疑者の……弁護人等……は、当然のことながら、その弁護活動の一環として、何時でも自由に被疑者に面会することができる。その理は、被疑者が任意同行に引き続いて捜査機関から取調べを受けている場合においても、基本的に変わるところはない……弁護人等は、任意取調べ中の被疑者と直接連絡を取ることができないから、取調べに当たる捜査機関としては、弁護人等から右被疑者に対する面会の申出があった場合には、弁護人等と面会時間の調整が整うなど特段の事情がない限り、取調べを中断して、その旨を被疑者に伝え、被疑者が面会を希望するときは、その実現のための措置を執るべき……任意捜査の性格上、捜査機関が、社会通念上相当と認められる限度を超えて、被疑者に対する右伝達を遅らせ又は伝達後被疑者の行動の自由に制約を加えたときは、当該捜査機関の行為は、弁護人等の弁護活動を阻害するものとして違法と評され、国家賠償法一条一項の規定による損害賠償の対象となる」（国賠→一部認容／棄却(確定)）

第２款　証拠保全

1. 証拠保全(§179,180)：被疑者・被告人・弁護人が有利な証拠を強制的に保全できる制度
   - 意義：捜査機関は捜査段階でも強制的に証拠を収集・保全できるから、防御のため被疑者・被告人・弁護人の側にも同様の権限を認めるもの
   - 要件：予め証拠を保全しておかないとその証拠を使用することが困難な事情があること
   - 手続：第一回公判期日前に裁判官に押収・捜索・検証・証人尋問・鑑定処分を請求する

     §179-1 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、捜索、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

     §180 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

     【最決平 17.11.25】山科警察署証拠保全事件[H17 し 380:刑集 59-9-1831]

     「捜査機関が収集し保管している証拠については，特段の事情が存しない限り，刑訴法１７９条の証拠保全手続の対象にならない」（証拠保全における押収の裁判(押収)→準抗告：取消却下→特別抗告棄却）

第３款　違法捜査に対する救済

1. 準抗告(§429=裁判,430=捜査機関の処分)
   - 対象：裁判（勾留・保釈・押収・鑑定留置等）、捜査機関の処分（接見指定・押収・押収物還付）
     ←規定外（逮捕・検証時の対象外物件の写真撮影など）は対象外で、狭すぎるとの批判あり
   - 手続：当該裁判所（簡裁・捜査機関は所轄地裁）に取消・変更を請求する(各#1)
   - 特則：捜査機関の処分の場合も行政事件手続法が適用されない(§430-3)

     §429-1 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 身体の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

     #2 第四百二十条第三項の規定は、前項の請求についてこれを準用する

     #3 第一項の請求を受けた地方裁判所又は家庭裁判所は、合議体で決定をしなければならない

     #4 第一項第四号又は第五号の裁判の取消又は変更の請求は、その裁判のあつた日から三日以内にこれをしなければならない

     #5 前項の請求期間内及びその請求があつたときは、裁判の執行は、停止される

     §430-1 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

     【最決昭 57.8.27】逮捕に関する裁判への準抗告は不適法[前掲 24005830]

     【東京地決平 2.1.11】【最決平 2.6.27】対象外物件の撮影は準抗告の対象外[前掲 24006194]
2. 証拠排除：公判段階での救済＝不任意自白の排除原則・違法収集証拠の排除法則
3. 公訴棄却：判例は認めていない
   - 捜査手続に著しい適正手続違反があり、証拠排除では不十分な場合は公訴棄却すべきとする見解

     【最判昭 41.7.21】ウィップラッシュ傷害事件[昭 41 あ 491]

     道交法違反→一審：公訴棄却→控訴：破棄差戻し→上告棄却

     「本件逮捕の手続に所論の違法があつたとしても本件公訴提起の手続が憲法三一条に違反し無効となるものとはいえない」（12.1km/h の速度違反で現行犯逮捕する際に約二週間の入院加療とこれを含めて、一ケ月の休養をも要するワイツプラツシユ傷害（頸椎変形症の一種）を受けたもの。国賠請求は認容された）

     【最判昭 44.12.5】【最判昭 45.5.29】捜査遅延で成人し家裁送致の機会が失われても公訴有効
4. 懲戒処分(国公 82・地公 29)：当該捜査官に対する懲戒処分を請求する
5. 刑事罰(刑法 194,195=特別公務員職権濫用・暴行陵虐等)
6. 国家賠償(国賠 1)

7. 人身保護手続(人身保護法)

第７章　捜査の終結

第１節　捜査の終結

第１款　警察における処理

1. 事件の送致(§246)：速やかに書類・証拠物とともに事件を検察官に送致する

・例外（特別の定め）

＊告訴・告発・自首(§242,245)：速やかに書類・証拠物を検察官に送致

＊逮捕の時間制限(§203-1,211,216)：逮捕から 48 時間に検察官に身柄を送致

→ともに事件も送致される

＊少年法 41 条：検察ではなく家裁に送致する（罰金以下の犯罪の嫌疑又は審判事由あり）

∵少年は禁錮以上でないと刑事罰を科されないため、罰金以下は送致できない(少年 20)

＊道路交通法 125 条以下：反則金の納付があった交通反則事件は検察官送致されない

§246 司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、この法律に特別の定のある場合を除いては、速やかに書類及び証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならない。但し、検察官が指定した事件については、この限りでない

少年§41 司法警察員は、少年の被疑事件について捜査を遂げた結果、罰金以下の刑にあたる犯罪の嫌疑があるものと思料するときは、これを家庭裁判所に送致しなければならない。犯罪の嫌疑がない場合でも、家庭裁判所の審判に付すべき事由があると思料するときは、同様である

2. 検察官が指定した事件についての不送致(§246 但書)

・微罪処分：訓戒・監督者への注意・被害回復等を説諭し、検察官へは毎月一括報告する

→検事総長の通達に基づき、各地方検察庁検事正の一般的指示による(捜査規範 198)

→地方により異なる、軽微で再犯のおそれのない財産犯等。逮捕や告訴等がある事件は除外

・簡易送致：警察が訓戒・注意して簡易送致書のみが毎月一括して家裁送致、審判不開始となる

→検察官・家裁指定事件で、軽微・最判のおそれのない事件。微罪処分に準じる(捜査規範 214)

第２款　事件送致後の捜査

1. 検察官は自ら捜査できる(§191)
   - 検察官面前調書：被告人以外の者につき、警察官面前調書より証拠能力の要件が緩和
   - 補充捜査：公判維持のために検察事務官を指揮し、司法警察職員にも補助させて捜査する
2. 起訴後も公判維持のために捜査をすることは許される
   - 任意捜査：許容される
   - 強制捜査：証拠保全請求(§179)の時期、§219-1 で被告人に対する差押等を前提していることから、強制捜査は第一回公判期日前に限り、その後は裁判所の強制処分による

第３款　検察官の事件処理

1. 中間処分
   - 中止処分：犯人不明など長期間解消不能な障害があり捜査を一時的に中止すること
   - 移送処分：管轄裁判所に対応する検察庁の検察官に被疑事件を送致すること

     ※他の事件とまとめて処理する場合や土地管轄の関係で必要な場合も行われる
2. 終局処分：起訴処分（公訴提起）、狭義の不起訴処分（嫌疑不十分など公判が維持できないため起訴しないもの）、起訴猶予処分（§248 により起訴しないもの）、家庭裁判所送致

   §248 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

第３編　公訴

第１章　　総説

第１節　　公訴提起の基本原則

第１款　国家訴追主義（247 条）

1. 国家訴追主義：検察官という国家機関が訴追する原則 ∵近代国家では国家が刑罰権を独占
   ⇔私人（被害者／公衆）訴追主義：被害者等の私人が訴追するもの
   §247 公訴は、検察官がこれを行う
2. 起訴独占主義
   ・アメリカの大陪審制度（公衆訴追主義）、フランス・ドイツ刑訴法など私人訴追・私人の訴訟参加を例外的に認める法制に対し、現刑訴法は訴追は検察官に限っている

第２款　起訴便宜主義（248 条）

1. 起訴便宜主義（起訴裁量主義）：検察官の裁量で不起訴（起訴猶予）を認めること
   ⇔起訴法定主義：一定の要件を満たすと必ず起訴しなければならない（少年 45-5:逆送事件）
   ・意義：一般予防的（重い罪を起訴する）→特別予防（犯人の社会復帰重視）
   ・考慮基準：犯人（性格・年齢・境遇）、犯罪（犯罪の軽重・情状）、犯罪後の情況
   →現行刑訴法で「犯罪の軽重」を追加：一般予防的な面の重視？
   ・効果：確定力がないので、改めて起訴してもよい
   §248 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
2. 公訴取消の制度：第一審判決までの間、検察官が公訴を取り消せるもの
   ←起訴変更主義：起訴便宜主義から、起訴後も公訴を取り消して訴追しない状態に戻し得る（不変更主義←起訴法定主義の帰結）
   ・実際は長期間の被告人所在不明が大半、例外的に長期化防止（オウム麻原事件）
   ・効果：公訴棄却判決になり、新証拠がないと再起訴できなくなる
   §257 公訴は、第一審の判決があるまでこれを取り消すことができる
   §339-1 左の場合には、決定で公訴を棄却しなければならない
   三 公訴が取り消されたとき
   §340 公訴の取消による公訴棄却の決定が確定したときは、公訴の取消後犯罪事実につきあらたに重要な証拠を発見した場合に限り、同一事件について更に公訴を提起することができる

第３款　起訴処分に対する規制

1. 公訴提起と嫌疑の必要性
   ・必要な嫌疑：通常逮捕・相当、緊急逮捕・充分、有罪・確信 → 起訴は「確実」？
   ＊実務の表現：「的確な証拠によって有罪判決が得られる高度の見込み」
   ＊裁判所は実体審理に先立って嫌疑の有無を検討する必要があるか
   ・高度の嫌疑がなければ公訴を棄却すべき（現在では支持なし）
   ・嫌疑は訴訟条件ではなく、裁判で嫌疑の有無を審理して終局裁判をすれば足りる（通説）
   →なお、明かに嫌疑を欠く起訴（嫌疑なき起訴）は違法で国賠の対象となりうる

【最判昭 53.10.20】芦別事件国賠請求事件[昭 49 オ 419]

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりは適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」（棄却）

2. 公訴権濫用：不当な起訴に対する抑制理論（起訴猶予すべきなのに起訴すると公訴棄却できる）

→違法捜査による起訴を公訴権濫用と主張する有力説 ← 違法捜査を検察官が知らないなら？

・判例：職務犯罪になるような極限的な状況でないと認められない

＊起訴猶予相当の場合

【最判昭 55.12.17】水俣病自主交渉川本事件[昭 52 あ 1353:刑集 34-7-672]

傷害→一審：罰金 5 万猶予 1 年→控訴：破棄・公訴棄却→上告：棄却

「検察官は、現行法制の下では、公訴の提起をするかしないかについて広範な裁量権を認められているのであつて、公訴の提起が検察官の裁量権の逸脱によるものであつたからといつて直ちに無効となるものでないことは明らかである。たしかに、右裁量権の行使については種々の考慮事項が刑訴法に列挙されていること（刑訴法二四八条）、検察官は公益の代表者として公訴権を行使すべきものとされていること（検察庁法四条）、さらに、刑訴法上の権限は公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ誠実にこれを行使すべく濫用にわたつてはならないものとされていること（刑訴法一条、刑訴規則一条二項）などを総合して考えると、検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」

本件では、犯行の態様は軽微でなく「当然に検察官の本件公訴提起を不当とすることはできない。本件公訴提起の相当性について疑いをさしはさましめるのは、むしろ…（チッソと患者側の間の）…種々の違法行為につき、警察・検察当局による捜査権ないし公訴権の発動の状況に不公平があつたとされる点にあるであろう……すくなくとも公訴権の発動については、犯罪の軽重のみならず、犯人の一身上の事情、犯罪の情状及び犯罪後の情況等をも考慮しなければならないことは刑訴法二四八条の規定の示すとおりであつて、起訴又は不起訴処分の当不当は、犯罪事実の外面だけによつては断定することができない……このような見地からするとき、審判の対象とされていない他の被疑事件についての公訴権の発動の当否を軽々に論定することは許されないのであり、他の被疑事件についての公訴権の発動の状況との対比などを理由にして本件公訴提起が著しく不当であつたとする原審の認定判断は、ただちに肯認することができない。まして、本件の事態が公訴提起の無効を結果するような極限的な場合にあたるものとは……とうてい考えられない……本件公訴を棄却すべきものとした原審の判断は失当」

「本件については第一審が罰金五万円、一年間刑の執行猶予の判決を言い渡し、これに対して検察官からの控訴の申立はなく、被告人からの控訴に基づき原判決が公訴を棄却したものであるところ、記録に現われた本件のきわめて特異な背景事情に加えて、犯行から今日まですでに長期間が経過し、その間、被告人を含む患者らとチツソ株式会社との間に水俣病被害の補償について全面的な協定が成立して双方の間の紛争は終了し、本件の被害者らにおいても今なお処罰を求める意思を有しているとは思われないこと、また、被告人が右公害によつて父親を失い自らも健康を損なう結果を被つていることなどをかれこれ考え合わせると、原判決を破棄して第一審判決の執行猶予付きの罰金刑を復活させなければ著しく正義に反することになるとは考えられず、いまだ刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない」

（藤崎反対）とはいえ名目的な刑をもって被告人の責任を明らかにするべきで、破棄すべき

（本山反対）公訴権濫用の法理は現行法上規定がなく、一切認めるべきでない

＊違法捜査に基づく起訴

【最判昭 56.6.26】赤碕町長選挙違反事件[昭 55 あ 353]

公選法違反→一審：有罪→控訴：破棄・公訴棄却→上告：破棄・控訴棄却

饗応を受けた運動員が自首したのに、警察が町長に遠慮して自首した運動員だけ送検し起訴したもの。供応者は略式命令、町長は不起訴だった。原審は§338:4 類/準で控訴棄却説を採った(松江高支判昭 55.2.4 判時 963-3)

「被告人自身に対する警察の捜査が刑訴法にのつとり適正に行われており、被告人が、その思想、信条、社会的身分又は門地などを理由に、一般の場合に比べ捜査上不当に不利益に取り扱われたものでないときは、かりに、原判決の認定するように、当該被疑事実につき被告人と対向的な共犯関係に立つ疑いのある者の一部が、警察段階の捜査において不当に有利な取扱いを受け、事実上刑事訴追を免れるという事実があつたとしても、そのために、被告人自身に対する捜査手続が憲法一四条に違反することになるものでない……なお、原判決によると、本件公訴提起を含む検察段階の措置には、被告人に対する不当な差別や裁量権の逸脱等はなかつたというのであるから、これと対向的な共犯関係に立つ疑いのある者の一部が、警察段階の捜査において前記のような不当に有利な取扱いを受けたことがあつたとしても、被告人に対する公訴提起の効力が否定されるべきいわれはない」

第４款　不起訴処分に対する規制（259-269 条）

1. 不当不起訴抑止策＝検察審査会、付審判請求、上級検察庁の長への不服申立て（監督権発動）

・被疑者への告知(§259、不起訴で請求があった場合のみ)

・告訴・告発・請求者への通知(§260、起訴・不起訴・公訴取消・他の検察庁への事件送致)

→告訴者等への理由告知(§261、不起訴で請求があった場合のみ)：実務上は簡潔な理由のみ

§259 検察官は、事件につき公訴を提起しない処分をした場合において、被疑者の請求があるときは、速やかにその旨をこれに告げなければならない

§260 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

§261 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

2. 検察審査会（検察審査会法）

・構成：地裁・主要な地裁支部に置く、有権者からくじで選んだ検察審査員 11 名で構成(§1,4)

・権限：被害者・告訴人等の申立て・職権で、検察の公訴を提起しない処分の審査をする(§2)

・手続：検察官の資料提出・意見陳述、照会、尋問、審査補助員(弁護士)の委嘱等(§35-39/3)

・議決：1 号:起訴相当(8 人以上)、2 号:不起訴不当、3 号:不起訴相当(§39/5)

→上司の検事正・検察官適格審査会へ議決書送付、申立人に議決の要旨を通知(§40)

→1,2 号の場合、検察官は起訴するか検討し、結果を検察審査会に通知する(§41)

→起訴相当なのに不起訴なら審査義務(裁量の場合あり、審査補助員必須、§41/2-41/5)

→起訴議決(8 人以上、検察官の意見陳述権)、不起訴不当、不起訴相当(§41/6)

→起訴議決の場合、裁判所の指定した弁護士が公訴を提起する(§41/9-41/10)

・趣旨：もっぱら間接的に検察官の処分を制御するが、起訴独占主義の例外も規定される

【最決平 22.11.25】起訴議決に行政事件訴訟を提起して争うことはできない

3. 付審判請求（準起訴手続、262～269 条）

・請求(§262)：告訴者等への検察官の不起訴通知から 7 日以内に当該検察官宛に請求できる

＊対象犯罪：刑法 193(公務員職権濫用),194(特別公務員職権濫用),195(特別公務員暴行陵虐),196(同致死傷),破防法 45・団体規制法 42,43(公安調査官職権濫用,警察職員職権濫用)

・効果：検察官の再考(§264)→裁判所での審判(§262),取下げ可能・再請求不可(§263)

§262-1 刑法§193 から§196 まで又は破壊活動防止法§45 若しくは無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律§42 若しくは§43 の罪について告訴又は告発をした者は、検察官の公訴を提起しない処分に不服があるときは、その検察官所属の検察庁の所在地を管轄する地方裁判所に事件を裁判所の審判に付することを請求することができる

#2 前項の請求は、第二百六十条の通知を受けた日から七日以内に、請求書を公訴を提起しない処分をした検察官に差し出してこれをしなければならない

§263-1 前条第一項の請求は、§266 の決定があるまでこれを取り下げることができる

#2 前項の取下をした者は、その事件について更に前条第一項の請求をすることができない

§264 検察官は、§262-1 の請求を理由があるものと認めるときは、公訴を提起しなければならない

・審理手続：合議体で行い、決定で理由があれば地裁の審判に付し、その他は棄却(§265,266)

§265-1 第二百六十二条第一項の請求についての審理及び裁判は、合議体でこれをしなければならない

#2 裁判所は、必要があるときは、合議体の構成員に事実の取調をさせ、又は地方裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを嘱託することができる。この場合には、受命裁判官及び受託裁判官は、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する

§266 裁判所は、第二百六十二条第一項の請求を受けたときは、左の区別に従い、決定をしなければならない

一 請求が法令上の方式に違反し、若しくは請求権の消滅後にされたものであるとき、又は請求が理由のないときは、請求を棄却する

二 請求が理由のあるときは、事件を管轄地方裁判所の審判に付する

＊法的性格：捜査類似説(判例・請求人は関与不可)、訴訟類似説(学説・請求人関与可能)

【最決昭 49.3.13】捜査類似説を採用[刑集 28-2-1]

【最決昭 44.9.11】被疑者に裁判官の忌避申立権を認める[刑集 23-9-1100]

・効果：公訴の提起があったものとみなされ(§267)、指定弁護士が公訴の維持にあたる(§268)

§267 前条第二号の決定があつたときは、その事件について公訴の提起があつたものとみなす

§267/2 裁判所は、第二百六十六条第二号の決定をした場合において、同一の事件について、検察審査会法第二条第一項第一号に規定する審査を行う検察審査会又は同法第四十一条の六第一項の起訴議決をした検察審査会（同法第四十一条の九第一項の規定により公訴の提起及びその維持に当たる者が指定された後は、その者）があるときは、これに当該決定をした旨を通知しなければならない

§268-1 裁判所は、第二百六十六条第二号の規定により事件がその裁判所の審判に付されたときは、その事件について公訴の維持にあたる者を弁護士の中から指定しなければならない

#2 前項の指定を受けた弁護士は、事件について公訴を維持するため、裁判の確定に至るまで検察官の職務を行う。但し、検察事務官及び司法警察職員に対する捜査の指揮は、検察官に嘱託してこれをしなければならない

#3 前項の規定により検察官の職務を行う弁護士は、これを法令により公務に従事する職員とみなす

#4 裁判所は、第一項の指定を受けた弁護士がその職務を行うに適さないと認めるときその他特別の事情があるときは、何時でもその指定を取り消すことができる

#5 第一項の指定を受けた弁護士には、政令で定める額の手当を給する

§269 裁判所は、第二百六十二条第一項の請求を棄却する場合又はその請求の取下があつた場合には、決定で、請求者に、その請求に関する手続によつて生じた費用の全部又は一部の賠償を命ずることができる。この決定に対しては、即時抗告をすることができる

【最決昭 49.4.1】付審判決定後の訴因変更は可能(暴行罪に変更)[刑集 28-3-17]

【最決昭 33.5.27】公訴時効停止は付審判決定のとき[刑集 12-8-1665]

・趣旨：公務員の職務犯罪のため、特に不当な不起訴処分が行われるおそれがあり、裁判所の公平な審判によって検察の不当な起訴裁量を抑制するもの

第５款　起訴状一本主義・予断排除の原則

1. 起訴状一本主義:裁判所が公正中立な判断者であらしめるため、予断をもって審理をしないよう、検察官が起訴にあたって起訴状しか提出してはならないという原則(§256-6)

   →予断排除のため、書類の引用等も禁止（弁護人選任届等、予断を生じないものは提出可能）

   ＊軽度なら起訴状の訂正で足りるが、重大なら訂正できず公訴棄却となる

   §256-6 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

・戦前：慣行として起訴状と一緒に一件記録と証拠物を一括して提出し、公判前に裁判官が確認

→予め捜査機関の嫌疑同様の心証を形成して公判に臨むことになり、当事者の攻防にならない

・意義：審理を職権主義から当事者主義へ改める

2. 余事記載：前科は原則不可、脅迫文書や名誉棄損文書の引用などは可能な場合あり

   →予断を与えるかどうか、訴因の明示に必要かどうかから判断される

・無効説：訴因に証拠（の存在）を示すと余事記載は§256-6 違反で無効 ∵証拠調べにあたる

→公訴棄却(§338:4)とする(判例)

・有効説：起訴状は検察官の主張にすぎないから余事記載を削除させれば足りる

※256 条 2 項違反(限定列挙なのに余事記載)説と、3 項違反(訴因明示の要求に反する)説

・前科の記載

【最大判昭 27.3.5】起訴状同種前科記載事件[昭 25 あ 1089:刑集 6-3-351]

詐欺罪→一審：有罪→控訴：破棄・公訴棄却→上告棄却

詐欺罪の起訴状に「被告人は詐欺罪により既に二度処罰を受けたものであるが」と記載したもの。

「刑訴二五六条が、起訴状に記載すべき要件を定めるとともに、その六項に、「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」と定めているのは、裁判官が、あらかじめ事件についてなんらの先入的心証を抱くことなく、白紙の状態において、第一回の公判期日に臨み、その後の審理の進行に従い、証拠によつて事案の真相を明らかにし、もつて公正な判決に到達するという手続の段階を示したものであつて、直接審理主義及び公判中心主義の精神を実現するとともに裁判官の公正を訴訟手続上より確保し、よつて公平な裁判所の性格を客観的にも保障しようとする重要な目的をもつているのである。すなわち、公訴犯罪事実について、裁判官に予断を生ぜしめるおそれのある事項は、起訴状に記載することは許されないのであつて、かかる事項を起訴状に記載したときは、これによつてすでに生じた違法性は、その性質上もはや治癒することができない」再犯加重に必要との主張に対し、量刑の事情だから証拠調べで明らかにすれば足り違法。なお、「被告人の前科であつても、それが、公訴犯罪事実の構成要件となつている場合（例えば常習累犯窃盗）又は公訴犯罪事実の内容となつている場合（例えば前科の事実を手段方法として恐喝）等は、公訴犯罪事実を示すのに必要であつて、これを一般の前科と同様に解することはできないからこれを記載することはもとより適法」

（斎藤反対、沢田・谷村同調）刑訴 256 は起訴状以外に出してはならないというもので、起訴状の規定の定めでない。また職業裁判官がこの程度で影響されるいわれもなく、証拠調べの冒頭で前科は明らかにされる以上若

干違うだけ。一審で被告人・弁護人は起訴状に異議なく審理をしているから被告人の防御に不利益はない。

【甲府地判昭 43.9.3】常習傷害で暴行・傷害の前科を記載し一部公訴棄却とした例

【静岡地判昭 44.3.13】常習傷害で傷害の前科を記載し公訴棄却とした例

・文書引用

【最判昭 33.5.20】宇和島生糸恐喝事件[昭 28 あ 3906:刑集 12-7-1398]

「一般に、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付し、又はその内容を引用してはならないこと刑訴二五六条六項の明定するところであるから、本件起訴状において郵送脅迫書翰の記載内容を表示するには例えば第一審判決事実認定の部においてなされているように少しでもこれを要約して摘記すべき……起訴状には訴因を明示して公訴事実を記載すべく、訴因を明示するにはできる限り犯罪の方法をも特定して記載しなければならないことも刑訴二五六条の規定するところであり、そして起訴状における公訴事実の記載は具体的になすべく、恐喝罪においては、被告人が財物の交付を受ける意図をもつて他人に対し害を加えるべきことの通告をした事実は犯罪構成事実に属するから、具体的にこれを記載しなければならなこというまでもない。本件……郵送脅迫文書は加害の通告の主要な方法であるとみられるのに、その趣旨は婉曲暗示的であつて、被告人の右書状郵送が財産的利得の意図からの加害の通告に当るか或は単に平穏な社交的質問書に過ぎないかは主としてその書翰の記載内容の解釈によつて判定されるという微妙な関係のあることを窺うことができる。かような関係があつて、起訴状に脅迫文書の内容を具体的に真実に適合するように要約摘示しても相当詳細にわたるのでなければその文書の趣旨が判明し難いような場合には、起訴状に脅迫文書の全文と殆んど同様の記載をしたとしても、それは要約摘示と大差なく、被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞もなく、刑訴二五六条六項に従い「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の内容を引用し」たものとして起訴を無効ならしめるものと解すべきではない」→上告棄却

（垂水補足）犯罪成否の分かれ目で下手に要約できず多少の削除で要旨になるなら仕方ない。

（小林反対）本件ではまさに引用で規定の文言に反し、そもそも引用しなくても「受領畏怖せしめ」とでも書けば足り、さらに本件は原本の写しの域であるから起訴状の記載は違法

【最決昭 44.10.2】名誉棄損文書の引用が適法とした例[昭 43 あ 2800]

「本件起訴状における「外遊はもうかりまつせ、大阪府会滑稽譚」と題する文章原文の引用は、検察官が同文章のうち犯罪構成要件に該当すると思料する部分を抽出して記載し、もつて罪となるべき事実のうち犯罪の方法に関する部分をできるかぎり具体的に特定しようとしたものであつて、刑訴法二五六条三項に従つて本件訴因を明示するための方法として不当とは認められず、また、これをもつて同条六項にいう裁判官に事件につき予断を生ぜしめるおそれのある書類の内容を引用したものというにはあたらない」→上告棄却

【名古屋高判平 6.6.17】手紙の脅迫文言の全文引用は適法[判タ 881-295]

・経歴の記載、犯罪の動機の記載

【最判昭 26.12.18】被告人の経歴等が恐喝の手段方法の明示に必要とした例[昭 26 あ 2144]

「刑訴二五六条六項によれば、起訴状には事件につき予断を生ぜしめる虞のある内容のものを引用してはならないのであるから、起訴状を作成する場合にはこの点につき慎重に考慮しなければならぬことはいうまでもない。そして、一般の犯罪事実を起訴状に記載するに当り、犯罪事実と何ら関係がないのに拘らず被告人の悪性を強調する趣旨で被告人に前科数犯あることを掲げるごときは、前記規定の趣旨から避くべきであることも論がないところである。しかし、本件で起訴された恐喝罪の公訴事実のように、一般人を恐れさせるような被告人の経歴、素行、性格等に関する事実を相手方が知つているのに乗じて恐喝の罪を犯した場合には、これら経歴等に関する事実を相手方が知つていたことは恐喝の手段方法を明らかならしめるに必要な事実である。そして、起訴状に記載すべき公訴事実は訴因を明示しなければならないのであり、訴因を明示するにはできる限り日時、場所、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とも亦前記刑訴二五六条三項の規定するとこ

ろであるから、本訴起訴状に所論のような被告人の経歴、素行、性格等に関し近隣に知られていた事実の記載があるからとて違法であるということはできない」→上告棄却

【最判昭 27.6.12】必要があれば犯罪の動機を記載しても適法[昭 26 あ 1035]

「所論犯罪の経緯、動機を記載した起訴状は所論刑訴の規定に違反するものとは認められない」

【大阪高判昭 57.9.27】傷害事件で暴力団組員との記載は共犯関係明示で適法[判タ 481-146]

3. その他の予断排除の原則（第１回公判期日前）
   - 勾留に関する処分：受訴裁判所以外の裁判官が行う(§280)
   - 打合せ：予断を生じさせるおそれのある事項に及ぶことはできない(則 178/10-1)
   - 公判前整理手続きは両当事者が関与するため、同原則に反しない
4. 起訴状一本主義にとらわれない場合
   - 公判手続の更新、破棄差戻し後の一審の訴訟手続、略式手続

第６款　不告不理の原則と公訴の対象（249 条）

1. 裁判所に対して原告（検察官）が訴えなければ裁判所は事件を審理できない

   「訴える者がなければ審判人もいない」（ローマ法諺）
2. 刑訴法における不告不理の原則：公訴の効力の範囲→範囲外は控訴事由(§378:1)
   - 人的範囲：公訴された被告人のみ(§249)。共犯者でも審理できない
   - 物的範囲：訴因の範囲(§256-3)。犯罪事実と単一性・同一性がないと審理できない

   §249 公訴は、検察官の指定した被告人以外の者にその効力を及ぼさない

   §378 左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であつてその事由があることを信ずるに足りるものを援用しなければならない

   三　審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたこと

   【名古屋高判昭 62.9.7】致死でも業過致傷で起訴されればその範囲で審理すべき[昭 62 う 173]

   事実は業過致死なのに業過致傷→一審：無罪→控訴：業過致傷で有罪

   死亡しても業過致傷が成立しなくなるわけではなく、「専権的に訴追権限を有する検察官が、審判の直接的対象である訴因を構成・設定するにあたつて、被告人の業務上の過失行為と被害者の死亡との間の因果関係の立証の難易や訴訟経済等の諸般の事情を総合的に考慮して、合理的裁量に基づき、現に生じた法益侵害のいわば部分的結果である傷害の事実のみを摘出して、これを構成要件要素として訴因を構成して訴追し、その限度において審判を求めることも、なんら法の禁ずるところではないし、審判を求められた裁判所としては，検察官が設定し提起した訴因に拘束され、その訴因についてのみ審判すべき権限と義務を有するにすぎないのであるから、その審理の過程において、取り調べた証拠によつて訴因の範囲を越える被害者が死亡した事実および被告人の過失行為と被害者の死亡との間に因果関係の存することが判明するに至つたとしても、裁判所の訴因変更命令ないし勧告にもかかわらず、検察官において訴因変更の措置を講ぜず、なお従前からの業務上過失傷害の訴因を維持する以上、裁判所は、右訴因の範囲内において審判すべきは当然であつて、右訴因として提起された業務上過失傷害の公訴事実が証拠上肯認し得るのであるならば、違法性ないし有責性を阻却すべき事由があれば格別、しからざる限り、右公訴事実（訴因）につき被告人にその刑責を問うべき」

   【最大判平 15.4.23】西明寺業務上横領事件（二重の横領）[H13 あ 746:刑集 57-4-467]

   「所有権移転行為について横領罪が成立する以上，先行する抵当権設定行為について横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転による横領罪との罪数評価のいかんにかかわらず，検察官は，事案の軽重，立証の難易等諸般の事情を考慮し，先行の抵当権設定行為ではなく，後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起する

ことができる……そのような公訴の提起を受けた裁判所は，所有権移転の点だけを審判の対象とすべきであり，犯罪の成否を決するに当たり，売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない。このような場合に，被告人に対し，訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは，訴因外の犯罪事実をめぐって，被告人が犯罪成立の証明を，検察官が犯罪不成立の証明を志向するなど，当事者双方に不自然な訴訟活動を行わせることにもなりかねず，訴因制度を採る訴訟手続の本旨に沿わないものというべき」

＊余罪の審理：犯罪事実としての認定、実質的に処罰する趣旨の量刑は不可

【最大判昭 42.7.5】判例（余罪と量刑）[27760824]

郵便局員による郵便物からの窃盗：一審：懲役 1 年 2 月→控訴：懲役 10 月→上告棄却

「刑事裁判において、起訴された犯罪事実のほかに、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することが、不告不理の原則に反し、憲法三一条に違反するのみならず、自白に補強証拠を必要とする憲法三八条三項の制約を免れることとなるおそれがあつて、許されない」「量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところでない」として、余罪がある事実を「事件の性質上量刑にあたつて、この事実を考慮に入れない訳にはいかない」とした一審は違法だが、控訴審は量刑に参酌していないから、破棄する必要はないとした。

第２章　公訴

第１節　公訴の提起

第１款　公訴提起の種類

1. 公判請求
   - 検察官が起訴状を提出することによって公判請求される(§256-1)

     →即決裁判手続の申立・略式命令の請求・交通事件即決裁判の請求がないと通常の公判手続

     →公訴提起により事件が裁判所に係属する（訴訟係属）

     ＝裁判所は公訴事実の存否を審理し、有罪・無罪の判決をしなければならない（実体的審判）
2. 即決裁判手続の申立(§350/2)
3. 略式命令の請求(§461-470)
4. 交通事件即決裁判の請求(交通事件即決裁判手続法 4)
   - 道路交通法違反のみ。50 万円以下の罰金又は科料、執行猶予等可能
   - 略式手続に類似、1979 年以降請求例なし

第２款　略式手続（461-470 条）

1. 特徴：公判を開かず書面審査・非公開で軽微な犯罪について簡裁で行う(8 割以上)
2. 対象(§461)：簡裁のみ。公判前に略式命令で 100 万円以下の罰金・科料（猶予・没収等可能）

   §461 簡易裁判所は、検察官の請求により、その管轄に属する事件について、公判前、略式命令で、百万円以下の罰金又は科料を科することができる。この場合には、刑の執行猶予をし、没収を科し、その他付随の処分をすることができる
3. 要件(§461/2)：検察官の説明、被疑者が書面で異議がないことを明らかにしていること

   §461/2-1 検察官は、略式命令の請求に際し、被疑者に対し、あらかじめ、略式手続を理解させるために必要な事項を説明し、通常の規定に従い審判を受けることができる旨を告げた上、略式手続によることについて異議がないかどうかを確めなければならない

   #2 被疑者は、略式手続によることについて異議がないときは、書面でその旨を明らかにしなければならない
4. 略式命令請求(§462)：公訴提起と同時に書面で略式命令を請求する

   →不相当、不可、方式違背等の場合は正式裁判になる(§463)

   §462 略式命令の請求は、公訴の提起と同時に、書面でこれをしなければならない

   #2 前項の書面には、前条第二項の書面を添附しなければならない

   §463 前条の請求があつた場合において、その事件が略式命令をすることができないものであり、又はこれをすることが相当でないものであると思料するときは、通常の規定に従い、審判をしなければならない

   #2 検察官が、第四百六十一条の二に定める手続をせず、又は前条第二項に違反して略式命令を請求したときも、前項と同様である

   #3 裁判所は、前二項の規定により通常の規定に従い審判をするときは、直ちに検察官にその旨を通知しなければならない

   #4 第一項及び第二項の場合には、第二百七十一条の規定の適用があるものとする。但し、同条第二項に定める期間は、前項の通知があつた日から二箇月とする
5. 略式命令の告知と内容：不告知の場合の公訴提起失効(463/2)、略式命令(464)

   §463/2-1 前条の場合を除いて、略式命令の請求があつた日から四箇月以内に略式命令が被告人に告知されないときは、公訴の提起は、さかのぼつてその効力を失う

#2 前項の場合には、裁判所は、決定で、公訴を棄却しなければならない。略式命令が既に検察官に告知されているときは、略式命令を取り消した上、その決定をしなければならない

#3 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる

§464 略式命令には、罪となるべき事実、適用した法令、科すべき刑及び附随の処分並びに略式命令の告知があつた日から十四日以内に正式裁判の請求をすることができる旨を示さなければならない

6. 正式裁判の請求等(§465-470)：略式命令の告知日から 14 日以内→判決により略式命令執行

§465-1 略式命令を受けた者又は検察官は、その告知を受けた日から十四日以内に正式裁判の請求をすることができる

#2 正式裁判の請求は、略式命令をした裁判所に、書面でこれをしなければならない。正式裁判の請求があつたときは、裁判所は、速やかにその旨を検察官又は略式命令を受けた者に通知しなければならない

§466 正式裁判の請求は、第一審の判決があるまでこれを取り下げることができる

§467 第三百五十三条、第三百五十五条乃至第三百五十七条、第三百五十九条、第三百六十条及び第三百六十一条乃至第三百六十五条の規定は、正式裁判の請求又はその取下についてこれを準用する

§468-1 正式裁判の請求が法令上の方式に違反し、又は請求権の消滅後にされたものであるときは、決定でこれを棄却しなければならない。この決定に対しては、即時抗告をすることができる

#2 正式裁判の請求を適法とするときは、通常の規定に従い、審判をしなければならない

#3 前項の場合においては、略式命令に拘束されない

§469 正式裁判の請求により判決をしたときは、略式命令は、その効力を失う

§470 略式命令は、正式裁判の請求期間の経過又はその請求の取下により、確定判決と同一の効力を生ずる。正式裁判の請求を棄却する裁判が確定したときも、同様である

第２節　訴訟条件

第１款　裁判権

1. 裁判権の人的範囲：原則として、日本に所在する者（外国人含む）

例外：天皇・摂政(憲法)、外国元首・外交官等(国際取極)、アメリカ軍構成員(地位協定)

【最判昭 33.5.24】俘虜抑留中の逮捕監禁致死に日本の裁判権は及ぶ[昭 28 あ 1683]

「たとい俘虜としての身分を有する間の犯罪であつても、わが国はその国民に対し統治権の作用の一つである裁判権を有することは明らかである。ただ被告人が外国の俘虜である間は、日本の有する裁判権が事実上行使できないというだけのことで、その間になされた被告人の行為がすべて日本の国法上適法なものとなるわけではないから、日本が事実上裁判権を行使しうる状態となつたときにおいて、被告人の犯行を処罰するのは当然」

（千葉反対）モンゴルで与えられた俘虜隊長の職権を濫用したから、刑法４条の場合で、刑法の適用外。

2. 裁判管轄：裁判権の各裁判所への分配のこと

・事物管轄：事件の軽重による第一審管轄の分配

＊簡裁(裁 33-1)：罰金以下の刑にあたる罪、選択刑として罰金が定められている罪、
特定の罪（刑 186:常習賭博・賭博開張図利、252：単純横領罪、256：盗品関与罪）

・科刑範囲：罰金以下、３年以下の懲役は一部の特定の罪のみ(裁 33-2)

※懲役を科せる罪：刑 130:住居侵入・同未遂、186:常習賭博・賭博開張図利、235:窃盗・同未遂、252:単純横領、254:遺失物横領、256:盗品関与、古物営業法違反、質屋営業法違反、以上と科刑上一罪の罪

→禁錮以上が相当と認めれば、決定で地裁に移送する(§332,裁 33-3)

§332 簡易裁判所は、地方裁判所において審判するのを相当と認めるときは、決定で管轄地方裁判所にこれを移送しなければならない

＊地裁(裁 24-1)：高裁一審の罪と罰金以下にあたる罪以外の罪

＊高裁(裁 16:4,17)：内乱に関する罪(刑 77-79)と法定の罪

・土地管轄：事件の土地的関係による第一審管轄の分配

＊基準：犯罪地又は被告の住所・居所・現在地、船舶の特例、航空機の特例(§2)

§2-1 裁判所の土地管轄は、犯罪地又は被告人の住所、居所若しくは現在地による

#2 国外に在る日本船舶内で犯した罪については、前項に規定する地の外、その船舶の船籍の所在地又は犯罪後その船舶の寄泊した地による

#3 国外に在る日本航空機内で犯した罪については、第一項に規定する地の外、犯罪後その航空機の着陸（着水を含む。）した地による

【最決昭 32.4.30】「現在地」の意義[昭 29 あ 3965]

「刑訴二条一項にいわゆる「現在地」とは公訴提起の当時被告人が任意或は適法な強制処分によつて現在する地域を指称し、これに現在する事由の如何を問わない」（大阪在住・大阪での犯罪を任意出頭した横浜で起訴）

・審級管轄：上訴審の事件の管轄、控訴審は高裁、上告審は最高裁（高裁一審は即上告）

・関連事件：被告人の利益や訴訟経済の観点から管轄を修正する場合(§9)

→被告人が同じ、共同犯罪、通謀による各別犯罪、犯人蔵匿・贓物罪等とその本犯

§9-1 数個の事件は、左の場合に関連するものとする

一 一人が数罪を犯したとき

二 数人が共に同一又は別個の罪を犯したとき

三 数人が通謀して各別に罪を犯したとき

#2 犯人蔵匿の罪、証憑湮滅の罪、偽証の罪、虚偽の鑑定通訳の罪及び贓物に関する罪とその本犯の罪とは、共に犯したものとみなす

＊管轄：上級審(事物管轄)、管轄権ある裁判所(土地管轄)は関連事件も管轄できる(§3,6)

§3-1 事物管轄を異にする数個の事件が関連するときは、上級の裁判所は、併せてこれを管轄することができる

#2 高等裁判所の特別権限に属する事件と他の事件とが関連するときは、高等裁判所は、併せてこれを管轄することができる

§6 土地管轄を異にする数個の事件が関連するときは、一個の事件につき管轄権を有する裁判所は、併せて他の事件を管轄することができる。但し、他の法律の規定により特定の裁判所の管轄に属する事件は、これを管轄することができない

＊移送：併合審判が不要なら分割して移送できる(§4,7)

§4 事物管轄を異にする数個の関連事件が上級の裁判所に係属する場合において、併せて審判することを必要としないものがあるときは、上級の裁判所は、決定で管轄権を有する下級の裁判所にこれを移送することができる

§7 土地管轄を異にする数個の関連事件が同一裁判所に係属する場合において、併せて審判することを必要としないものがあるときは、その裁判所は、決定で管轄権を有する他の裁判所にこれを移送することができる

＊併合審判：既に係属したものを併合審判できる(§5,8)

§5-1 数個の関連事件が各別に上級の裁判所及び下級の裁判所に係属するときは、事物管轄にかかわらず、上級の裁判所は、決定で下級の裁判所の管轄に属する事件を併せて審判することができる

#2 高等裁判所の特別権限に属する事件が高等裁判所に係属し、これと関連する事件が下級の裁判所に係属するときは、高等裁判所は、決定で下級の裁判所の管轄に属する事件を併せて審判することができる

§8-1 数個の関連事件が各別に事物管轄を同じくする数個の裁判所に係属するときは、各裁判所は、検察官又は被告人の請求により、決定でこれを一の裁判所に併合することができる

#2 前項の場合において各裁判所の決定が一致しないときは、各裁判所に共通する直近上級の裁判所は、検察官又は被告人の請求により、決定で事件を一の裁判所に併合することができる

＊同一事件が数個の裁判所に係属：上級裁又は最初に公訴を受けた裁判所、変更可(§10,11)

§10-1 同一事件が事物管轄を異にする数個の裁判所に係属するときは、上級の裁判所が、これを審判する

#2 上級の裁判所は、検察官又は被告人の請求により、決定で管轄権を有する下級の裁判所にその事件を審判させることができる

§11-1 同一事件が事物管轄を同じくする数個の裁判所に係属するときは、最初に公訴を受けた裁判所が、これを審判する

#2 各裁判所に共通する直近上級の裁判所は、検察官又は被告人の請求により、決定で後に公訴を受けた裁判所にその事件を審判させることができる

＊管轄違いの効力：無効にならない(§13)、管轄区域外での職務・必要な処分(§12,14)

§12-1 裁判所は、事実発見のため必要があるときは、管轄区域外で職務を行うことができる

#2 前項の規定は、受命裁判官にこれを準用する

§13 訴訟手続は、管轄違の理由によつては、その効力を失わない

§14-1 裁判所は、管轄権を有しないときでも、急速を要する場合には、事実発見のため必要な処分をすることができる

#2 前項の規定は、受命裁判官にこれを準用する

＊管轄指定の請求：管轄不定・不存在(§15、共通直近上級裁判所)、管轄不明(§16、最高裁)

§15 検察官は、左の場合には、関係のある第一審裁判所に共通する直近上級の裁判所に管轄指定の請求をしなければならない

一 裁判所の管轄区域が明らかでないため管轄裁判所が定まらないとき

二 管轄違を言い渡した裁判が確定した事件について他に管轄裁判所がないとき

§16 法律による管轄裁判所がないとき、又はこれを知ることができないときは、検事総長は、最高裁判所に管轄指定の請求をしなければならない

＊管轄移転の請求：裁判権を行えない場合(§17:検察官→直近上級、§18:検事総長→最高裁)

§17-1 検察官は、左の場合には、直近上級の裁判所に管轄移転の請求をしなければならない

一 管轄裁判所が法律上の理由又は特別の事情により裁判権を行うことができないとき

二 地方の民心、訴訟の状況その他の事情により裁判の公平を維持することができない虞があるとき

#2 前項各号の場合には、被告人も管轄移転の請求をすることができる

§18 犯罪の性質、地方の民心その他の事情により管轄裁判所が審判をするときは公安を害する虞があると認める場合には、検事総長は、最高裁判所に管轄移転の請求をしなければならない

＊裁量移送：検察官・被告人の請求又は職権、証拠調前のみ、不服は即時抗告(§19)

§19 裁判所は、適当と認めるときは、検察官若しくは被告人の請求により又は職権で、決定を以て、その管轄に属する事件を事物管轄を同じくする他の管轄裁判所に移送することができる

#2 移送の決定は、被告事件につき証拠調を開始した後は、これをすることができない

#3 移送の決定又は移送の請求を却下する決定に対しては、その決定により著しく利益を害される場合に限り、その事由を疎明して、即時抗告をすることができる

＊検察段階での事件移送(§258)：対応する裁判所の管轄に属しないと思料するとき

§258 検察官は、事件がその所属検察庁の対応する裁判所の管轄に属しないものと思料するときは、書類及び証拠物とともにその事件を管轄裁判所に対応する検察庁の検察官に送致しなければならない

第２款 訴訟条件

1. 公訴提起の要件→訴訟条件（実体判決条件） ※訴訟障害：訴訟条件を欠く状態

・訴訟条件の審理：職権調査事項

・実体審判条件説（通説）：実体判決条件であると同時に実体審理のための条件でもある

※但し、土地管轄は起訴時にあればよい

∵国家が訴追者のため、応訴だけで大きな負担となるから、早めに解放すべき

・公訴条件説（有力）：訴訟条件を欠くと公訴提起自体違法

←公訴抑制機能は認めても、公訴条件の存否だけ冒頭手続で審理するのは実務にそぐわない

・形式的訴訟条件：管轄違い又は公訴棄却の裁判になるもの

＊管轄違の判決(§329)：事件が裁判所の管轄に属しないとき

・例外：付審判請求による場合(§266:2)、土地管轄で被告人が申立てない場合(§331)、
高裁一審事件として起訴されたが異なる場合(§330→地裁又は簡裁に移送決定)

§329 被告事件が裁判所の管轄に属しないときは、判決で管轄違の言渡をしなければならない。但し、第二百六十六条第二号の規定により地方裁判所の審判に付された事件については、管轄違の言渡をすることはできない

§330 高等裁判所は、その特別権限に属する事件として公訴の提起があつた場合において、その事件が下級の裁判所の管轄に属するものと認めるときは、前条の規定にかかわらず、決定で管轄裁判所にこれを移送しなければならない

§331-1 裁判所は、被告人の申立がなければ、土地管轄について、管轄違の言渡をすることができない

#2 管轄違の申立は、被告事件につき証拠調を開始した後は、これをすることができない

＊公訴棄却の判決(§338)

①被告人に対して裁判権を有しないとき

②公訴取消後、重要な証拠の発見がないのに再起訴したとき(§340)

③公訴の提起があった事件をさらに同一裁判所に公訴提起したとき

④公訴提起の手続が規定に違反し無効のとき

・例：告訴を欠く親告罪、訴因が特定されない起訴状、起訴状一本主義違反、少年に対し家裁を経由せず公訴を提起した場合(少 20,42,45-5)、道交法の反則行為で反則金納付通告をせず公訴提起した場合(道交法 130)、公訴提起がないのに誤って審判して訴訟係属が生じた場合

・このほか、非典型的訴訟条件（公訴権濫用や迅速裁判違反、訴訟能力欠如）も４号(類)による

§338 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 公訴提起の手続がその規定に違反したため無効であるとき

【最判昭 48.3.15】非反則行為として起訴し審理で反則行為と認定→公訴棄却[昭 47 あ 897]

40km/h 超過(非反則行為)として起訴されたが、控訴審が 20km/h 超過(反則行為)と認定したのに、罰金刑に処したもの。道交法 130 条を適用して破棄し公訴棄却とした。

【最判昭 25.10.24】検察官の起訴しない事実まで審理したが無罪になった場合[昭 25 れ 771]

起訴しない贓物故買につき、一審有罪→控訴：無罪→公訴棄却を求めて上告：棄却

「被告人の前記昭和二三年三月一五日頃の賍物故買の事実については検察官の公訴の提起がなかつたに拘らず第一審裁判所が事件の実体に触れて審判した結果、被告人の控訴申立により原審に事実上繋属するに至つたのであるから、原審は右事実にはついては適法な公訴の提起がなかつたものとして公訴棄却の裁判をしなければならなかつたわけであり、右事実の存否に触れて審判し無罪の言渡をしたのは、論旨の主張するように審判の請求を受けない事件につき判決をした違法あるものである。しかしながら、事実審たる原裁判所において被告人に対し前記事実について無罪の判決が言渡された以上, 被告人は今後再び同一の事実について公訴を提起される虞もなくなつたのであるから、公訴の提起がなかつたという理由で公訴棄却の裁判を受けるよりも被告人にとつてはむしろ有利なわけである。それゆえ、右判決を破棄して公訴棄却の裁判を求める論旨はその実益がないばかりでなく、結局被告人に不利益な主張に帰するから上告の適法な理由とならない」

＊公訴棄却の決定(§339)：検察官から即時抗告可能

【最決昭 53.10.31】公訴棄却の決定に被告人側は上訴できない[昭 53 し 57]

「公訴棄却の決定に対しては、被告人・弁護人からその違法・不当を主張して上訴することはできない」

（団藤意見）「被告人は自己に利益な実体的裁判（ことに無罪判決）を求める権利を有する」（憲 32）から被告人が生存しているのに、死亡しているとして公訴棄却となった場合などは上訴できる。しかし、本件は弁護人が被告人の死亡を認めつつ検察官と経緯が異なると主張するのみだから上訴できない。

①公訴提起から２箇月以内に起訴状の謄本が送達されないとき(§271-2)

②起訴事実が真実であっても、いかなる犯罪の構成要件にも該当しえないとき

③公訴が取り消されたとき

④被告人の死亡・被告人たる法人が存続しなくなったとき（→合併のみ、清算中は”存続”）

【最決昭 40.5.25】法人が合併で消滅すると§339:4 により公訴棄却[昭 38 あ 198]

【最決昭 29.11.18】清算決了の登記によらず事件係属中は清算法人が存続[昭 29 あ 1922]

⑤同一事件が数個の裁判所に係属したとき(§10,11 により 1 個の裁判所に絞られる)

§339-1 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

・実体的訴訟条件：免訴の裁判になるもの

＊免訴の判決(§337)：②③④は刑罰権が事後に消滅した場合

①一事不再理の原則違反（有罪・無罪・免訴の判決が確定している場合）

②犯罪後の法令により刑が廃止されたとき

③大赦があったとき(恩赦 3→大赦により公訴権が消滅する)

④時効完成

§337 左の場合には、判決で免訴の言渡をしなければならない

一 確定判決を経たとき

二 犯罪後の法令により刑が廃止されたとき

三 大赦があつたとき

四 時効が完成したとき

【最大判昭 23.5.26】大赦による免訴に対し被告人から上訴できない(不敬罪)[昭 22 れ 73]

大赦は公訴権を失わせるものであって、無罪を求めてももはやそれを審理する権限がない(上告棄却、補足 1 、意見 3 、反対（無罪 1 、破棄自判・自ら免訴すべき 2 ）

2. 訴訟条件の競合：より形式的な裁判（瑕疵の程度が重い事由）で処理すべき

・優先：公訴棄却決定 → 公訴棄却判決 → 管轄違い → 免訴

第 3 款 公訴時効

1. 公訴時効の意義：一定期間起訴されない状況が続いたという事実状態の尊重

＊訴訟法説：証拠散逸による真実発見の困難

＊実体法説：犯罪の社会的影響が弱まり、応報・改善等の刑罰の必要性が減少・消滅

＊競合説：訴訟法上・実体法上の理由をあわせて訴追を求める利益・必要がない

＊新訴訟法説：犯人が一定期間訴追されていない状態が訴追の利益に優先する

∵犯人の社会的安定と捜査・裁判の負担軽減

＊新実体法説：長期間訴追されない事実が処罰制限の根拠（時の経過で処罰の相当性が漸減）

2. 時効期間(§250)、併科・選択刑の場合は重い刑(§251)

・刑の加重減軽は不適用(§252)：従犯も含まれる→幇助犯も正犯と同じ公訴時効

§250-1 時効は、人を死亡させた罪であつて禁錮以上の刑に当たるもの（死刑に当たるものを除く。）については、次に掲げる期間を経過することによつて完成する

一 無期の懲役又は禁錮に当たる罪については三十年

二 長期二十年の懲役又は禁錮に当たる罪については二十年

三 前二号に掲げる罪以外の罪については十年

#2 時効は、人を死亡させた罪であつて禁錮以上の刑に当たるもの以外の罪については、次に掲げる期間を経過することによつて完成する

一 死刑に当たる罪については二十五年

二 無期の懲役又は禁錮に当たる罪については十五年

三 長期十五年以上の懲役又は禁錮に当たる罪については十年

四 長期十五年未満の懲役又は禁錮に当たる罪については七年

五 長期十年未満の懲役又は禁錮に当たる罪については五年

六 長期五年未満の懲役若しくは禁錮又は罰金に当たる罪については三年

七 拘留又は科料に当たる罪については一年

§251 二以上の主刑を併科し、又は二以上の主刑中その一を科すべき罪については、その重い刑に従つて、前条の規定を適用する

§252 刑法により刑を加重し、又は減軽すべき場合には、加重し、又は減軽しない刑に従つて、第二百五十条の規定を適用する

- 科刑上一罪の場合：最も重い罪の刑を基準とする（牽連犯で時効完成後の目的行為は別）

【最判昭 41.4.21】科刑上一罪は重い罪の時効に従う（観念的競合）[昭 40 あ 1318]

「観念的競合は、一個の行為が数個の罪名に触れる場合に、科刑上一罪として取り扱うものであるから、公訴の時効期間算定については、各別に論ずることなく、これを一体として観察し、その最も重い罪の刑につき定めた時効期間による」（公選法違反で事前運動が時効と主張）

【最判昭 47.5.30】牽連犯で同旨（公正証書原本不実記載と手段たる私文書偽造）[S44 オ 210]

「牽連犯において、目的行為がその手段行為についての時効期間の満了前に実行されたときは、両者の公訴時効は不可分的に最も重い刑を標準に最終行為の時より起算すべき」（但し民訴再審事件で再審事由の判断中）

- 両罰規定の場合：事業主と行使はそれぞれに応じて各別に算定する

【最大判昭 35.12.21】両罰規定の行為者と事業主の時効は各別に算定する[昭 29 あ 1303]

「事業主たる法人または人は、右四八条一項により行為者の刑事責任とは別個の刑事責任を負うものとされ、その法定刑は罰金刑とされているのである。しからば、これに対する公訴の時効については、刑訴法二五〇条五号により時効期間は三年であり、その起算点は、同法二五三条一項により、取引高税法四八条一項にいわゆる同法四一条ないし四四条の違反行為が終つた時と解するのが正当」「一個の違反行為を原因とする二つの刑事上の責任のうち、行為者に対しては懲役または罰金の刑を科し、事業主たる法人または人に対しては罰金刑を科するものとされている場合にあつては、公訴の時効につき、行為者に科すべき刑により時効期間を定める旨の特別の規定が設けられていれば格別、しからざる以上は、事業主たる法人または人に対する公訴の時効は、これに対する法定刑たる罰金刑につき定められた刑訴法二五〇条五号の規定によるほかはない。また、そのように解することが、憲法の採用した罪刑法定主義の要請にも適合する所以」（取引高税法違反、原審破棄・免訴）

（斎藤・池田・高橋反対）刑訴法の趣旨から共犯に準じて行為者の法定刑を基準に時効期間を定めるべき

（石坂反対）理由の一部を留保するが、斎藤・池田・高橋の反対意見に賛同

（高木反対）両罰規定は行為者の犯罪との関連による特種の処罰類型ゆえ行為者の時効が基準

- 刑の変更があった場合：犯罪事実に適用すべき罰条に応じる（刑の引き下げは適用）

【最決昭 42.5.19】刑の変更があった場合、公訴時効もそれに伴って変更される[昭 42 し 2]

免訴に対する検察官の特別抗告（変更後の法定刑によるべき：加重された事案）

「公訴の時効は、訴訟手続を規制する訴訟条件であるから、裁判時の手続法によるべきであるとしても、その時効期間が、犯罪に対する刑の軽重に応じて定められているのであるから、その手続法の内容をなす実体法（刑罰法規）をはなれて決定できるものではない……公訴の時訴が訴訟法上の制度であることを理由として、時効期間

について、すべて裁判時の法律を適用すべきであるとするのは相当でない……犯罪後の法律により刑の変更があつた場合における公訴時効の期間は、法律の規定により当該犯罪事実に適用すべき罰条の法定刑によつて定まる」

3. 公訴時効の起算点：犯罪行為が終わったとき(§253-1)

・犯罪行為：構成要件に該当する事実全体＝実行行為とその結果まで

∵時効の実体法上の理由より結果発生を起算点とするのが合理的

＊科刑上一罪で各犯罪の結果発生時期がかなり異なる場合：なお最後の結果発生時から

・観念的競合：全部の罪について最終の結果が発生したとき（水俣病公害事件）

・牽連犯：手段行為の時効完成後に目的行為が行われれば個別に扱う

＊包括一罪・営業犯・継続犯：最後の犯罪行為が終わったときから起算

＊共犯：最終の行為が終わったときからすべての共犯に対して起算する(§253-2)

→共犯は必要的共犯を含むが、犯人蔵匿・偽証・盗品関与等と本犯の関係は含まない

＊結果的加重犯：加重的結果発生時説(通説)、基本的結果発生時説、基本犯行為終了時説

§253-1 時効は、犯罪行為が終つた時から進行する

#2 共犯の場合には、最終の行為が終つた時から、すべての共犯に対して時効の期間を起算する

【最判平 18.12.13】競売入札妨害罪では妨害した競売手続が終わるまで公訴時効は進行しない

【最決昭 63.2.29】水俣病公害事件[昭 57 あ 1555]

「公訴時効の起算点に関する刑訴法二五三条一項にいう「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、上村耕作を被害者とする業務上過失致死罪の公訴時効は、当該犯罪の終了時である同人死亡の時点から進行を開始するのであつて……同人死亡の時点から起算して公訴時効期間が満了する前の昭和五一年五月四日に公訴が提起されている前記業務上過失致死罪につき、その公訴時効の完成を否定した原判断の結論は、正当」死亡の時が 10 年以上離れていても「観念的競合の関係にある各罪の公訴時効完成の有無を判定するに当たつては、その全部を一体として観察すべきものと解するのが相当であるから（最判昭 41.4.21 参照）、上村耕作の死亡時から起算して業務上過失致死罪の公訴時効期間が経過していない以上、本件各業務上過失致死傷罪の全体について、その公訴時効はいまだ完成していない」

【最判昭 31.8.3】包括一罪は最後の犯罪行為時から時効起算（麻薬使用）[昭 29 あ 180]

【最決昭 31.10.25】営業犯につき同旨（貸金業等の取締に関する法律違反）[昭 31 あ 813]

【最判昭 28.5.14】継続犯につき同旨（外国人登録令違反:登録不申請）[昭 27 あ 753]

4. 公訴時効の期間計算の特例（初日・末日の休日算入、§55）

§55-1 但書 但し、時効期間の初日は、時間を論じないで一日としてこれを計算する

#3 期間の末日が日曜日、土曜日、国民の祝日に関する法律 （昭和二十三年法律第百七十八号）に規定する休日、一月二日、一月三日又は十二月二十九日から十二月三十一日までの日に当たるときは、これを期間に算入しない。ただし、時効期間については、この限りでない

5. 公訴時効の停止

・公訴提起によって停止し、管轄違・公訴棄却の裁判が確定すると進行(§254-1)

→主観的範囲：共犯の１人にすると他の共犯にも停止し、裁判確定で進行(§254-2)

→客観的範囲：公訴事実の同一性が認められる全範囲に及ぶ

【最判昭 56.7.14】訴因の特定を欠く起訴状による起訴の効力[昭 55 あ 1499,1500]

＊少年事件では事件の家裁係属中は公訴時効の進行が停止する(少 47)

＊在任中の国務大臣も公訴時効の進行が停止する(憲 75 但書)、摂政も同じ(皇室典範 21)

§254-1 時効は、当該事件についてした公訴の提起によつてその進行を停止し、管轄違又は公訴棄却の裁判が確定した時からその進行を始める

#2 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

【最決平 18.11.20】久留米制限超過利息受領事件[刑集 60-9-696]

併合罪にあたる場合は追起訴すべきであるが、訴因変更請求書提出時点で停止を認めた。

【最決昭 55.5.12】起訴状謄本の２か月不到達で公訴棄却となる場合も時効が停止する

【最決昭 33.5.27】付審判請求では付審判の決定があったときに進行が停止する

・ 犯人が国外にいるか逃げ隠れて有効に送達・告知できない期間も停止(§255)

→則 166：証明の必要がある場合の検察官の資料提出義務と予断防止

§255-1 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つた場合には、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

#2 犯人が国外にいること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つたことの証明に必要な事項は、裁判所の規則でこれを定める

【最判昭 37.9.18】国外逃亡中は捜査官が犯罪発生・犯人の知不知を問わず時効停止

【最決平 21.10.20】一時的な国外旅行でも国外滞在中は時効停止

第４款　親告罪における告訴

1. 親告罪の実質的根拠
   - 犯罪の性質上、訴追により被害者の名誉を傷つけるおそれがある場合：強姦、名誉棄損等
   - 個人的法益に関する犯罪で被害が軽微なものも含まれうる場合：器物損壊、信書隠匿等
   - 特定の犯罪で犯人と被害者の間に一定の身分関係がある場合：親族相盗例等（相対的親告罪）
2. 告訴不可分の原則
   - 主観的不可分：告訴の効力は共犯者全員に及ぶ(§238)

     ※相対的親告罪：身分関係がない共犯者への告訴は身分関係のある他の共犯には及ばない
   - 客観的不可分：告訴の効力は一罪の全部に及ぶ

     ※科刑上一罪の一部告訴：（捜査機関は告訴者に確認し、不明確なら）原則として及ばない

     →各罪の被害者が同一か、告訴した罪が親告罪か否かを問わない（∵告訴者の合理的な意思）

     ←被害者が同一で、共に親告罪で重い罪を告訴しているなら不可分では？

第５款　訴訟条件を欠く場合の処理

1. 再訴の可能性
   - 管轄違い・公訴棄却の裁判：既判力を有さず、再訴を妨げない
   - 免訴の判決：既判力を有し、再起訴できない（しても免訴になる）

     ∵免訴は実体関係的な形式裁判で管轄違い・公訴棄却は形式的（従来有力）

     ∵実体的真実との関係が管轄違い・公訴棄却より近いので、立法政策で区別した（近時有力）
2. 公訴提起の要件の追完
   - 積極説：訴訟経済（どのみちあとから提訴されれば審判せざるをえない）

・中間説：手続初期の段階での追完・被告人の同意がある場合の追完のみ認める

・消極説：手続の確実性の要請から一般的には許されない

【名古屋高判昭 25.12.25】訴法条件の追完を否定(起訴後の告訴)[高判特 14-115]

・訴因変更と訴訟条件

＊訴因変更によって訴訟条件を満たす場合の訴因変更の可否

→ 公訴棄却にしても、結局再起訴できるから訴訟経済上認めてよい

【最決昭 29.8.8】適法な訴因変更で訴訟条件を満たせば実体判決しうる[昭 26 あ 4394]

起訴時の被害者が訴訟中に告訴なき親族であることが分かったが、に訴因変更で他人が被害者に変更されたもの。

「本件公訴にかかる窃盗の事実が、刑法二四四条一項後段の親告罪であるか否かは，最終的には、裁判所により事実審理の結果をまつて、判定さるべきものであり、必ずしも起訴状記載の訴因に拘束されるものではない。従つて、本件のように、事実審理の過程において起訴状に記載された訴因事実が前示の親告罪にあたることが明らかになつた場合にも、適法な告訴がないからといつて、所論のようにその起訴手続を直ちに無効であると断定すべきではない。尤も、かように訴因について訴訟条件を欠くことが明らかとなつたときは、裁判所は、もはや、この訴因について実体的訴訟関係を進展させることを得ないから、訴訟条件の欠缺が治癒または補正されない以上、その起訴手続は不適法、無効なものとして、公訴棄却の形式的裁判を以つて、その訴訟手続を終結せざるを得ないことはいうまでもない（刑訴三三八条四号）。しかし、本来の訴因が右の如く訴訟条件を欠くからといつて、現行法上、それだけで訴因の変更、追加を絶対に許さないとする理由は何ら存しない（親告罪と否とにより、直ちに控訴事実の同一性を失うものではない）。そして、本件においては、本来の訴因事実の一部について、訴因変更の手続が適法になされているのであつて、刑法二四四条の適用のない新しい訴因事実が裁判所により認定され、確定されたのであるから、その部分に関する限り本件被告事件は、本来、親告罪でなかつた訳であり、従つてこの点に関する本件起訴手続は、告訴がなくても、もともと有効であつて無効でなかつたことに帰する」

＊訴因変更によって訴訟条件を満たさなくなるが、変更前は無罪となる場合の訴因変更の可否

例：窃盗罪で起訴したが、器物損壊罪しか認められない場合で、告訴がないとき

・公訴事実対象説→器物損壊を認定し、公訴棄却判決とすべき

・訴因対象説→訴因変更があれば窃盗につき無罪判決、なければ公訴棄却判決とすべき

※訴因変更せず訴因の範囲内で認定できる場合（縮小認定）

例：強姦致傷罪で起訴したが、傷害が認められない場合で、告訴がないとき

→訴因対象説で訴因変更がなくても、強姦罪を基準に公訴棄却判決とすべき

【最判昭 31.4.12】名誉棄損で起訴したが侮辱罪にあたる場合→時効による免訴

※1 年 1 月後の起訴で、名誉棄損の公訴時効 3 年、侮辱罪の公訴時効は 1 年

【最判昭 48.3.15】非反則行為として起訴し審理で反則行為と認定→公訴棄却[昭 47 あ 897]

第３節　起訴状

第１款 公訴提起の方式（256 条）

1. 起訴状の提出により行う必要がある＝書面による要式行為(§256-1)

→弁護人選任書、逮捕状・勾留状も提出するなど(則 167)

§256-1 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

2. 起訴状の記載事項：被告人・公訴事実・罪名(§256-2)

→このほか作成年月日、検察官の署名押印、所属検察庁名、公訴提起裁判所名等

§256-2 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

・被告人の特定：氏名その他特定するに足りる事項(§256-2:1,則 164-1)

＊通常は、氏名、年齢、職業、住居、本籍。法人の場合は事務所・代表者／管理人の氏名・住居

→氏名黙秘時は「氏名不詳」として身体的特徴の記載と写真添付

＊一部に欠落・誤りがあっても特定できれば公訴提起は有効で起訴状の訂正で訂正・補充可

則 164-1 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。但し、被告人が法人であるときは、事務所並びに代表者又は管理人の氏名及び住居

二 被告人が逮捕又は勾留されているときは、その旨

・公訴事実(§256-2:2,3)：公訴提起の対象となった１個の具体的事実、訴因の明示による

＊訴因：検察官が審判を求める構成要件にあてはめて法律的に構成された具体的事実の主張

・裁判所の審判請求の範囲、被告人・弁護人の防御の範囲を特定するもの

・予備的記載・択一的記載：訴因変更の前倒しともいえ、公訴事実の同一性が前提となる

§256-3 公訴事実は、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

#5 数個の訴因及び罰条は、予備的に又は択一的にこれを記載することができる

・罪名(§256-2:3,4,5)：適用すべき罰条を示して記載する、実務は罪名・罰条併記

＊訴因の記載により罪名は明らかであるが、一層明確にするため記載する

→補助的なので被告人の防御に実質的な不利益を生ずる虞がない限り効力に影響なし

＊対応する訴因の記載があるのに罪名に誤り・欠落があれば起訴状の訂正で訂正・補充可

§256-4 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

【最決昭 34.10.26】住居侵入窃盗で公訴事実にある住居侵入の罰条の記載漏れ→有効

【最決昭 53.2.16】暴力行為等処罰法違反なのに暴行罪のみ罰条を記載[昭 52 あ 1431]

凶器準備集合・傷害・暴行・監禁・恐喝・外国人登録法違反→一審：左記より暴行罪遺脱で懲役 2.8 年→被告人控訴：量刑不当により破棄し懲役２年（暴力行為等処罰法１条違反を追加）→上告棄却

共同暴行の公訴事実が記され、暴力行為等処罰法１条（共同暴行）にあたる事実認定をした（傷害罪で傷害罪・暴行罪の罰条が示されたの「起訴状における罰条の記載は、訴因をより一層特定させて被告人の防禦に遺憾のないようにするため法律上要請されているものであり、裁判所による法令の適用をその範囲内に拘束するためのも

のではない……それ故、裁判所は、訴因により公訴事実が十分に明確にされていて被告人の防禦に実質的な不利益が生じない限りは、罰条変更の手続を経ないで、起訴状に記載されていない罰条であつてもこれを適用することができる」「本件の場合、暴力行為等処罰に関する法律一条の罪にあたる事実が訴因によつて十分に明示されているから、原審が、起訴状に記載された刑法二〇八条の罰条を変更させる手続を経ないで、右法律一条を適用したからといつて、被告人の防禦に実質的な不利益が生じたものとはいえない」

3. 起訴状と公訴事実・被告人の単複

・客観的併合起訴：同一人について２個以上の罪を同時に起訴する場合

→複数の訴因を１通の起訴状に記載する ※科刑上一罪は数訴因として扱う

・主観的併合起訴：２人以上の被告人を１通の起訴状で起訴する場合

→可能だが、則 165 により被告人の数だけの起訴状謄本が必要

第２款 被告人の確定

1. 被告人の確定の基準

・形式的表示説：起訴状に記載された者が被告人

・実質的表示説：起訴状の記載に検察官の意思、被告人の挙動等も考慮して合理的に判断(通,判)

2. 氏名冒用の場合

・起訴されているのは誰か：形式的には被冒用者が起訴されたことになる

←意思説：検察官が訴追しようと思ったものを被告人とすべき

←実質的表示説：「(被冒用者の名）こと（冒用者の名)」と起訴状の記載を訂正すればよい

※在宅起訴であれば、通常は人定質問で判明する

・裁判の言渡しを受けたのは誰か：形式的には被冒用者に及ぶ

←意思説：裁判所・検察官が言渡しの対象と思った者とすべき

←実質的表示説：冒用者が出頭し判決を受けていれば冒用者に及ぼすべき

※略式命令では被告人が出頭しないため、冒用者に及ぼしにくい

・在宅略式(通常の略式)：書面審査のみゆえ、形式的表示説が妥当

・(逮捕・勾留中)在庁略式：本人も出頭するため、本人が名宛人(三者即日処理方式など)

【最決昭 50.5.30】略式命令の効力は被冒用者に及び、冒用者に及ばない[昭 49 あ 2216]

酒気帯び運転で被冒用者の運転免許証を提示したが、略式命令（三者即日処理方式）確定後に無免許運転が発覚し、その正式裁判で酒気帯び運転と観念的競合にあたるとして免訴を主張した。

【大阪高決昭 60.8.20】大阪窃盗氏名詐称事件控訴審[S60 く 104:高刑集 38-2-117]

【最決昭 60.11.29】大阪窃盗氏名詐称事件上告審[昭 60 し 106:刑集 39-7-532]

刑の執行猶予言渡取消請求に関する特別抗告。窃盗で懲役刑→５年経過前に窃盗未遂で逮捕されたため、知人の名を冒用して執行猶予付懲役刑→再度窃盗等で逮捕され冒用が発覚し検察官から執行猶予取消請求。

(控訴審)「被告人の特定については、起訴状あるいは判決書の表示のみによつてではなく、公訴を提起した検察官の意思や、現実に審理の過程において被告人として行動し、取扱われた者が誰であるかをも併せ考えて決定すべきである」冒用事件では「起訴状あるいは判決の表示のみからすると、幡中ひさ美に対し公訴が提起され、同人に対し判決があつたかのような外観を呈しているものの……同事件において、現実に逮捕、勾留（その後保釈）され、審理、判決を受けたのは被請求人であることからすれば、右事件の被告人は被請求人以外の何者でもなく、従つて右判決の効力は当然被請求人に及ぶ……（なお、右幡中の氏名を詐称した旨の被告人の供述は、右発覚の

端緒であるに過ぎず、右供述のみによつて判決の名宛人を変更するものではない。）最決昭 50.5.30 決定は、非公開の書面審理を原則とし、手続の画一化、明確化の要請の強い略式（右事案では特命）手続に関するもので、事案を異にする本件には適切ではなく、所論は採用することができない」

(上告審)「本件取消請求の対象である執行猶予の判決の効力が申立人に及ぶ」とし執行猶予取消権を認める。

【大阪高決昭 52.3.17】生野区無免許運転者氏名詐称事件[刑裁月報 9-3=4-212]

逮捕中在庁略式方式で、被冒用者ではなく、身柄拘束中の本人が被告人とした。

3. 身代わりの場合（起訴状は本人なのに、別人が身代わりで出廷した場合）
   - 起訴対象：本人ゆえ身代わりと発覚すれば公訴棄却（→起訴状は本人、公訴棄却は別人宛）

   ←挙動説：被告人として行動した別人が公訴棄却の名宛人

   ←実質的表示説：「本人こと別人」に公訴棄却の裁判を言い渡したのだから別人が名宛人
4. 身代わりの場合（捜査段階から身代わり出頭で、起訴状も別人になっている場合）
   - 起訴対象：別人ゆえ犯罪の事実の証明はできず無罪
5. 人違いの場合：通常は人定質問で明らかになるはず
   - 起訴対象：本人ゆえ身代わりと発覚すれば別人には公訴棄却

第３款　公訴事実と訴因

1. 訴因と公訴事実の関係
   - 法律構成説：被告人の防御権を保障するため、公訴事実中攻撃防御の焦点を明確にするのが訴因
   - 具体的事実記載説：訴因は構成要件に該当する具体的犯罪事実そのもの

     ※ただし、公訴事実の範囲内なら訴因変更により審判対象に加え得る
   - 違いが問題となる場合：審判中にはあまり問題にならない

     ＊二重起訴・既判力・公訴提起による時効停止の効力の範囲、訴因変更の可否
2. 審判の対象は広義の公訴事実か訴因（狭義の公訴事実）か
   - 公訴事実対象説：旧法同様、起訴状明示部分の背後にある公訴事実全体が審判対象

     例：住居侵入窃盗で、窃盗のみ起訴されても一罪である住居侵入も審判できる

     窃盗で起訴されたが、盗品を買っただけと分かったら盗品等有償譲受け罪で有罪にできる

     →訴因につき審判しないと絶対的控訴事由(§378-3)だが、訴因外の同一の公訴事実内の事実を審判すると、相対的控訴事由(§379：訴因変更等をしなかった法令違反)

     ∵訴因は公訴事実の法律的評価を示すものである ← 法律構成説
   - 中間説：訴因も公訴事実も審判の対象。直接には訴因の範囲だが、公訴事実の範囲ないはいつでも訴因変更により現実の審判対象となりうるから（→審判対象と既判力の範囲が一致する）

     ∵訴因は防御権の保障のため、現実的な審判の対象を手続的に限定するもの
   - 訴因対象説(実務)：訴因が審判対象。広義の公訴事実は訴因を検討して知ることができるだけ

     →訴因につき審判せず、同一の公訴事実でも訴因外の事実を審判：絶対的控訴事由(§378-3)

     【最判昭 29.8.20】絶対的控訴理由にあたるとしたもの[昭 27 あ 4522]

     強制猥褻→一審：無罪→控訴：訴因変更なく公然わいせつで有罪→上告：破棄差戻し

     「審判の請求を受けない事件について判決をした違法があるものといわなければならない」
3. 訴因の明示・特定 ∵訴因は審判対象・被告人の防御の範囲を明らかにするものだから

§256-3 後段 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

【最判昭 56.7.14】訴因の特定を欠く起訴状による起訴の効力[昭 55 あ 1499,1500]

公正証書原本不実記載同行使→一審：公訴棄却(訴因不特定)→再起訴一審：免訴(旧訴の提起は重大な瑕疵があり公訴時効を停止しないため時効)→控訴：公訴事実の１つのみ破棄差戻し→被告人上告：棄却

「刑訴法二五四条が、公訴時効の停止を検察官の公訴提起にかからしめている趣旨は、これによつて、特定の罪となるべき事実に関する検察官の訴追意思が裁判所に明示されるのを重視した点にあると解されるから、起訴状の公訴事実の記載に不備があつて、実体審理を継続するのに十分な程度に訴因が特定していない場合であつても、それが特定の事実について検察官が訴追意思を表明したものと認められるときは、右事実と公訴事実を同一にする範囲において、公訴時効の進行を停止する効力を有する」「旧起訴状公訴事実中には、本件公訴事実第一を特定するうえで重要な「表示登記」という文言が一度も使用されておらず、かえつて、同第二を特定するうえで重要な「保存登記」という文言がくり返し使用されていて、そのいずれについてなされた公訴提起であるのか一見まぎらわしく、訴因の特定が十分でないことは否定することができないけれども、右起訴状公訴事実に記載された犯行の日時、場所、方法及び不実登記の対象となる建物は、すべて本件公訴事実第一のそれと同一であること、その結果としてなされた不実登記の内容も、建物の所有名義を偽るという点で両者は共通していること、さらに、旧起訴審において、検察官が、公訴事実中「保存登記」とあるのは「表示登記」の誤記であるとの釈明をし、その旨の訴因補正の申立をしていることなどを総合考察すると、旧起訴によつて検察官が本件公訴事実第一と同一性を有する事実につき公訴を提起する趣旨であつたと認めるに十分であるから、これにより右事実に関する公訴時効の進行が停止された」

（伊藤反対）被告人の地位を不安定とするから、公訴事実不特定の判断も既判力を認め時効完成を認めるべし。

・特定の程度：日時・場所・方法等は特定のための手段ゆえ、構成要件でない限り完全性は不要

→審判対象の特定・被告人の防御に実質的な支障を来さないようにすれば足りる

※防御への支障の有無・程度、犯罪の種類・性質、特定困難な特段の事情の有無を考慮

＊最終行為説：覚せい剤使用等で、一定の期間で表示すると複数回の犯罪行為がありうる場合

・裁判官に対して、このうち最後の使用を起訴するものであると釈明する

＊共謀の記載：共謀の目的等は記載不要で、実行行為を特定すれば「共謀して」の記載で足る

【最大判昭 37.11.28】白山丸事件[昭 34 あ 1678:刑集 16-11-1633]

「本件起訴状記載の公訴事実は、「被告人は、昭和二七年四月頃より同三三年六月下旬までの間に、有効な旅券に出国の証印を受けないで、本邦より本邦外の地域たる中国に出国したものである」というにあつて、犯罪の日時を表示するに六年余の期間内とし、場所を単に本邦よりとし、その方法につき具体的な表示をしていない……しかし、刑訴二五六条三項において、公訴事実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と規定する所以のものは、裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とするものと解されるところ、犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になつている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべきことを要請されているのであるから、犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さないかぎりの幅のある表示をしても，その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということはできない」

（奥野補足）出国が１回と思われるからこれでよい。

【最決昭 56.4.25】広島県吉田町(覚せい剤使用)事件[昭 55 あ 1593:刑集 35-3-116]

「「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和五四年九月二六日ころから同年一〇月三日までの間、広島県高

田郡吉田町内及びその周辺において、覚せい剤であるフエニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである。」との本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはない」

【最決平 14.7.18】前原遺体白骨化事件[平 13 あ 318:刑集 56-6-307]

傷害致死の訴因「被告人は，単独又はＡ及びＢと共謀の上，平成９年９月３０日午後８時３０分ころ，福岡市中央区所在のビジネス旅館あさひ２階７号室において，被害者に対し，その頭部等に手段不明の暴行を加え，頭蓋冠，頭蓋底骨折等の傷害を負わせ，よって，そのころ，同所において，頭蓋冠，頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させた。」は「原判決によれば，第１次予備的訴因が追加された当時の証拠関係に照らすと，被害者に致死的な暴行が加えられたことは明らかであるものの，暴行態様や傷害の内容，死因等については十分な供述等が得られず，不明瞭な領域が残っていたというのである。そうすると，第１次予備的訴因は，暴行態様，傷害の内容，死因等の表示が概括的なものであるにとどまるが，検察官において，当時の証拠に基づき，できる限り日時，場所，方法等をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから，訴因の特定に欠けるところはない」

【最決昭 61.10.28】包括的記載のされた常習賭博罪の訴因特定[昭 60 あ 1263]

「罪となるべき事実として、被告人が賭博遊技機を設置した遊技場の所在地、右遊技場の営業継続期間、遊技機の種類・台数、賭博の態様を摘示したうえ、被告人が、「中山和民と共謀のうえ、右期間中、常習として、鈴木正美ほか不特定多数の賭客を相手とし、多数回にわたり、右遊技機を使用して賭博をした」旨判示している。このように、多数の賭博遊技機を設置した遊技場を経営する者が、不特定多数の遊技客との賭博を反覆継続した場合につき、右遊技場の営業継続期間の全般にわたつて行われた各賭博行為を包括した一個の常習賭博罪と認定する際は、右の程度の判示で常習賭博罪の罪となるべき事実の具体的摘示として欠けるところはない」

【最決平 17.10.12】包括的記載のされた業としての薬物譲渡罪の訴因特定[平 17 あ 660]

麻薬特例法 5 条違反の「罪の罪質等に照らせば，４回の覚せい剤譲渡につき，譲渡年月日，譲渡場所，譲渡相手，譲渡量，譲渡代金を記載した別表を添付した上，「被告人は，平成１４年６月ころから平成１６年３月４日までの間，営利の目的で，みだりに，別表記載のとおり，４回にわたり，大阪市阿倍野区王子町２丁目５番１３号先路上に停車中の軽自動車内ほか４か所において、Ａほか２名に対し，覚せい剤である塩酸フエニルメチルアミノプロパンの結晶合計約０．５ｇを代金合計５万円で譲り渡すとともに，薬物犯罪を犯す意思をもって，多数回にわたり，同市内において，上記Ａほか氏名不詳の多数人に対し，覚せい剤様の結晶を覚せい剤として有償で譲り渡し，もって，覚せい剤を譲り渡す行為と薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡す行為を併せてすることを業としたものである。」旨を記載した本件公訴事実は，本罪の訴因の特定として欠けるところはない」

・訴因が特定しない場合

＊検察官に釈明を求め、検察官が訴因を補正して特定させれば有効とできる

・「補正」は無効な表示を有効な表示とし、「訂正」は有効な表示を少し変更することをいう

＊検察官が訴因を明確にしないときは公訴提起の手続が法令違反により無効として公訴棄却

→公訴時効完成前なら再起訴可能

【最判昭 33.1.23】訴因不特定の場合の措置[昭 28 あ 5569]

東京高裁は判例を変更して「訴因の記載が明確でない場合には、検察官の釈明を求め、もしこれを明確にしないときにこそ、訴因が特定しないものとして公訴を棄却すべきものであると判示する」が「刑訴二五六条の解釈としては、この後の判決の説明を当裁判所においても是認する」（暴行・地代統制令違反）

【最判平 21.7.16】時間外労働規制違反における予備的訴因による補正[平 19 あ 1951]

起訴状は月当たりの労基法違反（協定を超える時間外労働）だが、労基法には週あたりの労働時間規制しかないため、控訴審で検察が週単位の違反による予備的訴因を追加したが、不許可とし無罪判決→上告：破棄差戻し「労働基準法に月単位の時間外労働の規制違反の規定はないこと，起訴状には罰条として週単位の時間外労働を規制している労働基準法３２条１項が記載されていることを合理的に解釈すると，週単位の時間外労働の規制違反の事実を摘示しその処罰を求めようとした趣旨ではあったが，結果として，違反に係る週の特定に欠けるという不備が生じてしまったと解するのが相当である。したがって，本件は，訴因の特定が不十分でその記載に瑕疵がある場合に当たり，その瑕疵の内容にかんがみると，訴因変更と同様の手続を採って訴因を補正すべき場合である」→36 協定が月単位の場合、協定の月の最初の日から順次時間外労働の違法性が阻却され、協定の上限に達したのち、その協定月の末日までが違法となり、週の途中で次の協定月になってもその週は違法。ゆえに検察官の予備的訴因は不適正だが、「検察官の上記予備的訴因変更請求は，週を特定し，週単位の時間外労働の規制違反の罪を明示して瑕疵を補正しようとしたものと理解できるから，原審は，上記適正な訴因となるように措置した上，予備的訴因変更を許可すべきであった」

（金築意見）月単位なら月ごとに包括一罪になり、週あたりの平均超過時間を追加させれば本位的訴因でよい

4. 訴因の予備的記載・択一的記載(§256-5)

・予備的記載：主位的訴因が認められない場合に備えて予備的訴因を請求するもの

・択一的記載：訴因を複数記載し、いずれかが認められれば他は審判しないもの

§256-5 数個の訴因及び罰条は、予備的に又は択一的にこれを記載することができる

・いずれかの訴因が認められれば、他の訴因の判断は不要

※実務上、予備的訴因を認定した場合は主位的訴因を排斥した理由が記される

【最決昭 29.3.23】予備的訴因で有罪を認定した場合の主位的訴因[昭 27 あ 5538]

「主たる訴因と予備的訴因のある場合に、予備的訴因につき有罪を認定したときは、主文において主たる訴因につき無罪を言渡すべきものでないことは勿論、理由中においても、かならずしもこれに対する判断を明示することを要するものではない」（詐欺）

【最判昭 25.10.3】択一的訴因で有罪を認定した場合の他の訴因[昭 24 れ 45]

「被告人に対する訴因は（イ）の窃盗と（ロ）の贓物運搬の二つであつて、しかも右二つの訴因は択一的の関係にあることは明らかである。かような場合において、その何れかの一方の訴因について有罪と認めた場合には他の訴因は自ら排斥されたものであることは互に相容れざる二個の訴因が択一的の関係にあることによつて明らかであるから排斥された訴因について訴因排斥の理由をことさらに示さなくとも違法とは言い得ない。従つて第一審判決が被告人に対する窃盗の訴因について有罪と認め、贓物運搬の訴因を排斥しながらそれを排斥した理由を示さないからとて審判の請求を受けた事件について判決をしない違法があるとはいえない」

第４款　一罪の一部起訴

1. 検察官の訴追裁量権は広く、立証の難易等諸般の事情を考慮し、一罪の一部起訴も許される

・科刑上一罪の一部起訴：住居侵入窃盗で窃盗のみ起訴

・単純一罪の一部起訴：業過致死で業過致傷のみ起訴

【最決昭 59.1.27】公選法違反で供与罪もありうるが交付罪のみ起訴した例[昭 58 あ 909]

「選挙運動者たる乙に対し、甲が公職選挙法二二一条一項一号所定の目的をもつて金銭等を交付したと認められるときは、たとえ、甲乙間で右金銭等を第三者に供与することの共謀があり乙が右共謀の趣旨に従いこれを第三者に供与した疑いがあつたとしても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、甲を交付罪のみで起訴することが許されるのであつて、このような場合、裁判所としては、訴因の制約のもとにおいて、甲についての交付罪の成否を判断すれば足り、訴因として掲げられていない乙との共謀による供与罪の成否につき審理したり、

検察官に対し、右供与罪の訴因の追加・変更を促したりする義務はない」

【名古屋高判昭 62.9.7】業過致死で業過致傷のみ起訴した例[前掲昭 62 う 173]

事実は業過致死なのに業過致傷→一審：無罪→控訴：業過致傷で有罪

【最大判平 15.4.23】西明寺業務上横領事件（二重の横領）[前掲 H13 あ 746:刑集 57-4-467]

【最判平 15.10.7】八王子常習特殊窃盗事件（単純窃盗で起訴可能）[刑集 57-9-1002]

・親告罪の趣旨に反する場合は不可：強姦罪で告訴がないため強要や暴行罪で起訴はできない

＊住侵と強姦で住侵のみ起訴：争いあり…強姦の事実が明らかになると解するか否か

【最判昭 27.7.11】共同強姦で告訴取消のため共同暴行で起訴したもの[昭 27 れ 1732]

暴力行為等処罰法違反（共同暴行）→一審：公訴棄却→控訴：破棄・有罪→上告：破棄・公訴棄却

「強姦罪を親告罪とした理由は、被害者側の告訴のないのに（又は告訴の取消のあつたのに）之を起訴し、その結果被害の事実が公けになるときは、被害者の名誉を傷つけその他之に多大の不利益を与えるとの考慮に基いたものであつて、即ち被害者の意思感情名誉を尊重することの面に重点をおいたものであり、之に反し強姦致死傷罪は非親告罪となつているのであるが、この場合は死傷の結果の被害法益保護の面に重点をおいたものと解すべきである。立法の趣旨右の如くである以上、具体的事案においては両極端の事例として、たとえ軽微な傷害と雖もそれが強姦致傷の場合には非親告罪であり、之に反し単純強姦罪である限りはたとえその犯情最悪質のものであつても親告罪であるとの論結は之を堅持せざるを得ないのである。然らば当該具体的事案の犯情に拘泥し或は他に事由を捉え、もつて以上の区別を紛訌するが如き取扱に出でることは法の到底容認するところではないといわねばならない」「苟くも暴行又は脅迫と姦淫とが因果の関係によつて構成されたものである以上は右の両者は単に犯行の事実形態を異にするだけであつて、強姦罪としての構成態様を異にするものではない……従つて数人による共同暴行であつても、それが姦淫の手段であると認められる以上はたとえ暴行行為のみについて公訴が提起されても裁判所は当然強姦罪として審判すべき……しからば強姦罪において告訴なき以上は之より暴行行為のみを抽出して公訴を提起することの許されない理を窺うに十分……仮に強姦罪につき暴行の事実のみにつき提起された公訴が適法とし且つ裁判所は暴行の所為についてのみ審判権があるものと仮定するも、裁判所が当該事案を審判するにはその犯罪の動機原因手段目的被害の状況程度等、当該犯情の全般に亘り審判すべきものであるから、通例の場合強姦被害の事実は凡そ公けにせられるところとなり、その結果は前示強姦罪を親告罪とした法の目的、即ち強姦罪においては犯人を処罰するよりも被害者の意思感情名誉を尊重することを重しとした立法の趣旨は倒底之を達成すること不可能に帰するもの……即ちこの審判手続における面から見ても強姦罪の場合においてその手段行為である暴行又は脅迫行為のみを抽出してなされた公訴の不合理性、従つてその違法性を知るに足るものといわねばならない」

【東京地判昭 38.12.21】強姦罪を暴行で起訴するのは不可[下刑集 5-11=12-1184]

第４編　公判

第１章　　公判

第１節　　公判の準備

第１款　公訴提起後の手続

1. 起訴状謄本の送達(§271) ∵公訴事実を告知し防御の準備をさせるため

・裁判所は起訴状謄本を受け取ると直ちに送達（付郵便送達は不許：則 63-1 但）

→不奏功だと検察官に通知する(則 176)

∵検察官の所在調査で再送達できるかもしれないから

・２月以内に送達されないと公訴提起は遡及的に失効 → 控訴棄却決定(§339-1:1)

∵被告人の防御に実質的な不利益を及ぼすおそれが強いから

§271-1 裁判所は、公訴の提起があつたときは、遅滞なく起訴状の謄本を被告人に送達しなければならない

#2 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、さかのぼつてその効力を失う

・外国人被告人への起訴状謄本送達における翻訳文の要否（実務は主要外国語につき送付）

＊必要説：翻訳文がないと防御の機会を奪うことになり違法

＊不要説：刑訴法上規定なし、捜査や公判は通訳人があり防御権は実質的に保障される

【東京高判平 2.11.29 判時 1375-139】起訴状謄本における翻訳文の要否[H2 う 877]

刑訴 271 が「起訴状の謄本を被告人に送達しなければならないと定めているのは、たしかに所論指摘のように、被告人に公訴が提起されたこと及び公訴事実を知らせ、予め防御の準備の機会を与えるためのものであり、したがって、同条も憲法三一条で定める適正手続の保障を具体化した規定の一つ……そのような観点から起訴状の謄本の送達について考えると、被告人が日本語を理解できない者である場合、日本語で記載された起訴状の謄本が送達されたときは、それだけでは直ちにその内容を理解することができないのであるから、右のような刑訴法二七一条の趣旨を生かすという意味で、起訴状の謄本の送達に伴い被告人に起訴されたことを了知させる措置が取られたり、更には起訴状の謄本に被告人の理解できる言語で記載した訳文が添付されていたり、或いは謄本の送達後間もない時期に通訳人を介し起訴状の内容を知る機会が与えられたりすることが好ましい……もっとも、憲法三一条の趣旨に照らし、こうした訳文の添付等が直ちに同条の要請するところとは考えられない。すなわち、起訴状の謄本が送達された際には、被告人としては自分がいかなる事実について公訴を提起されたのか直ちには理解できていなかったとしても、公判手続全体を通じて、被告人が自己に対する訴追事実を明確に告げられ、これに対する防御の機会を与えられていると認められるならば、適正手続にいう「告知と聴問」の機会は十分に与えられているということができ、ひいては手続全体として憲法三一条には違反していないと考えることができる」

→ペルシャ語の通訳から内容を告げられており、手続全体の流れに照らし憲 31 違反ではない(窃盗等)

2. 弁護人選任権告知・選任(§272)

・弁護人がいない場合、弁護人選任権・国選弁護人制度・同選任手続を告知する(§272)

＊必要的弁護事件の告知(則 177)、弁護人選任の意思の確認(則 178)

§272-1 裁判所は、公訴の提起があつたときは、遅滞なく被告人に対し、弁護人を選任することができる旨及び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弁護人の選任を請求することができる旨を知らせなければならない。但し、被告人に弁護人があるときは、この限りでない

3. 第１回公判期日の指定等(§273)：裁判長が事前準備の状況を勘案して定める

→被告人の召喚、検察官・弁護人・補佐人への通知をする

※できるだけ連日開廷・継続審理(§281/6、但し訓示規定)

§273-1 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

§275 第一回の公判期日と被告人に対する召喚状の送達との間には、裁判所の規則で定める猶予期間を置かなければならない

第２款　裁判官の除斥・忌避・回避

1.　裁判官の除斥・忌避・回避について理解している。

第３款　被告人の出頭義務と起訴後の勾留

1. 被告人の公判への出頭が必要な理由と，その例外が認められる場合について理解している。

・被告人の公判出頭の理由：被告人は訴訟における不可決の当事者であるから

→§286：原則として出頭義務(不出頭だと開廷できない)

・公判期日への被告人の出頭：召喚・勾引(§57~79)

＊召喚：特定人に対して一定の日時に一定の場所に出頭を命じる裁判(§65 による)

・被告人(§273-2)のほか、証人等も対象となる

§273-2 公判期日には、被告人を召喚しなければならない

§274 裁判所の構内にいる被告人に対し公判期日を通知したときは、召喚状の送達があつた場合と同一の効力を有する

§278 公判期日に召喚を受けた者が病気その他の事由によつて出頭することができないときは、裁判所の規則の定めるところにより、医師の診断書その他の資料を提出しなければならない

§65-1 召喚状は、これを送達する

#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

＊勾引：特定の者を一定の場所に引致する裁判及びその執行(逮捕手続に近い、24 時間)

・住居不定、召喚不応、出頭命令・同行命令不応の場合(§58,68)

※出頭命令・同行命令：召喚に比べ簡便な手続。令状や猶予期間が不要となる

§57 裁判所は、裁判所の規則で定める相当の猶予期間を置いて、被告人を召喚することができる

【相当の猶予期間：則 67：出頭まで 12 時間、則 179：公判期日５日前、簡裁は３日前】

§58 裁判所は、次の場合には、被告人を勾引することができる

一 被告人が定まつた住居を有しないとき

二 被告人が、正当な理由がなく、召喚に応じないとき、又は応じないおそれがあるとき

§59 勾引した被告人は、裁判所に引致した時から二十四時間以内にこれを釈放しなければならない。但し、その時間内に勾留状が発せられたときは、この限りでない

§62 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

§63 召喚状には、被告人の氏名及び住居、罪名、出頭すべき年月日時及び場所並びに正当な理由がなく出頭しないときは勾引状を発することがある旨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

§70-1 勾引状又は勾留状は、検察官の指揮によつて、検察事務官又は司法警察職員がこれを執行する。但し、急速を要する場合には、裁判長、受命裁判官又は地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官は、その執行を指揮することができる

#2 刑事施設にいる被告人に対して発せられた勾留状は、検察官の指揮によつて、刑事施設職員がこれを執行する

2. 起訴後勾留

・意義：公判への出頭確保・証拠隠滅防止、判決後の失効確保

【最決昭 25.3.30】未決勾留の目的[S25 し 6:刑集 4-3-457]

刑訴 96-3 の規定「から、被告人が禁錮以上の刑の言渡を受け」、§343「により保釈の効力を失つても、勾留状の効力は消滅しないから保釈保証金は直ちに納付者にこれを返還すべきものではなく，同条末段、九八条の規定により被告人が収監された後又はその原判決確定後執行のため呼出を受け出頭した後でなければこれが返還請求権がない……蓋し「勾留」の目的は審判のためにのみ被告人の身柄を保全するものではなく、判決の効力すなわちその執行確保の目的をも有するものであるから、保釈保証金は勾留状を執行された被告人が禁錮以上の刑の言渡を受けた場合においては確実にその刑の執行に着手せらるべきことをも担保するもの……であるから」

・要件(§60-1)

＊勾留の理由：相当な嫌疑＋住所不定 or 罪証隠滅の疑い or 逃亡・逃亡の疑い

・軽微(罰金 30 万円より軽い罪)な犯罪は住所不定の場合に限る(#3)

＊勾留の必要性(相当性)：必要だが、特に自由刑なら普通ある(執行確保の目的があるから)

§60-1 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

・手続

＊勾留期間中の起訴 → 自動的に被告人勾留に切り替わる

＊起訴後の新規・再勾留 → すべて裁判官の職権による(検察官の請求の仕組みはない)

※逮捕中求令状は職権発動を促すのみ → 勾留しない場合は釈放命令となる(§280-2)

※在宅被疑者で逮捕を求める場合は、単に「求令状」とする

・被告事件を告げ陳述を聴く勾留質問が必要、被告人逃亡の場合は不要(§61)

・弁護人選任権の告知等が必要(§77-1)、被告人逃亡の場合は公訴事実の要旨も必要(§77-2)

＊勾留中被告人との接見交通：被疑者勾留と同じ(§39,80,81)

・勾留期間：公訴提起から２カ月、特に継続の必要があれば１月ごとに勾留更新(§60-2)

＊更新は原則１回限り(例外：重大犯罪,常習犯,罪証隠滅の疑い,氏名不詳・住居不明)

§60-2 勾留の期間は、公訴の提起があつた日から二箇月とする。特に継続の必要がある場合においては、具体的にその理由を附した決定で、一箇月ごとにこれを更新することができる。但し、第八十九条第一号、第三号、第四号又は第六号にあたる場合を除いては、更新は、一回に限るものとする

・処分権限の所在：原則は受訴裁判所にある

＊公訴提起後第一回公判期日前(§280-1)

→受訴裁判所を構成しない裁判官が勾留に関する処分を行う ∵予断排除

§280-1 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

3. 勾留の消滅

・勾留状による拘禁の効力の消滅：要件さえ満たせば義務的

＊勾留取消し：勾留の理由又は必要が消滅(§87-1)…請求又は職権、決定による

§87-1 勾留の理由又は勾留の必要がなくなつたときは、裁判所は、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

＊勾留による拘禁が不当に長くなったとき(§91-1)…保釈請求権者の請求又は職権、決定による

§91-1 勾留による拘禁が不当に長くなつたときは、裁判所は、第八十八条に規定する者の請求により、又は職権で、決定を以て勾留を取り消し、又は保釈を許さなければならない

・勾留状の失効

＊勾留期間の満了

＊無罪等身体拘束を必要としない裁判の告知があったとき(§345)

§345 無罪、免訴、刑の免除、刑の執行猶予、公訴棄却（§338:4【公訴提起の手続違反による無効】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

＊身体拘束を要する有罪の終局裁判が確定したとき → 刑の執行へ移行する

第４款　保釈・勾留執行停止（88-96 条）

1. 保釈(§88-94)

・意義：一定額の保証金の納付を条件に勾留の執行を停止し拘禁状態を解く制度

・手続の開始：請求による保釈(§88)・職権保釈(§90)

＊保釈の請求(§88-1)：被告人・弁護人・法定代理人・補佐人・配偶者・直系親族・兄弟姉妹

＊職権保釈(§90)：請求なく、裁判所の職権による保釈も可能

§88-1 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:保釈・勾留停止・勾留状失効等の場合の請求の失効】

・裁判所の保釈を許す／却下する決定(§92)：検察官に対する意見聴取義務あり

＊判断枠組

・権利保釈(必要的保釈)：原則として保釈請求すれば保釈が許される(§89 本文)

・裁量保釈(任意的保釈)：§89 各号該当の場合は裁判所の裁量による(根拠規定は§90)

※裁判員裁判で裁判員等への接触のおそれは 5 号該当

※各号該当の判断は、勾留の基礎となっている犯罪事実を基準に行う(事件単位)

・義務的保釈：勾留による拘禁が不当に長くなったとき（§91-1、勾留取消しでもよい)

§89 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

【最決昭 44.7.14 刑集 23-8-1057】大分保釈許可取消事件[前掲]

保釈許可取消・保釈請求却下の決定に対する特別抗告

「被告人が甲、乙、丙の三個の公訴事実について起訴され、そのうち甲事実のみについて勾留状が発せられている場合において、裁判所は、甲事実が刑訴法八九条三号に該当し、従つて、権利保釈は認められないとしたうえ、なお、同法九〇条により保釈が適当であるかどうかを審査するにあたつては、甲事実の事案の内容や性質、あるいは被告人の経歴、行状、性格等の事情をも考察することが必要であり、そのための一資料として、勾留状の発せられていない乙、丙各事実をも考慮することを禁ずべき理由はない」

＊保釈保証金(§93)：保釈を許す場合は保証金額を定めなければならない

・被告人の出頭を保証するに足りる金額(#2) ∵保釈金没収による被告人の出頭確保制度ゆえ

・条件付与も可能：旅行制限や接触禁止等。保釈の趣旨と関係のない事項はダメ(再犯禁止等)

※保釈条件は裁量ゆえ後から変更してもよいが、保釈保証金額は基本的要素ゆえ変更不可

§93-1 保釈を許す場合には、保証金額を定めなければならない

#2 保証金額は、犯罪の性質及び情状、証拠の証明力並びに被告人の性格及び資産を考慮して、被告人の出頭を保証するに足りる相当な金額でなければならない

#3 保釈を許す場合には、被告人の住居を制限しその他適当と認める条件を附することができる

【福岡高決昭 30.10.21 高裁特 2-20-1061】再犯禁止の条件付与(不可)

保釈決定に「被告人は保釈期間中他の犯罪を犯さぬよう謹慎していなければならない」のい条件を付したもの

【高松高決昭 39.10.28 下刑集 6-9=10-999】再犯時保釈取り消しの条件付与(不可)

保釈決定に「本件公訴事実と同種犯行を行なつたときは保釈を取り消すこと」の条件を付したもの

＊保釈許可決定の執行(§94)：保証金納付後に限る(#1)

・裁判所は保釈請求者以外の納付（#2)、有価証券や保証書等での代用(#3)も許しうる

2. 勾留の執行停止(§95)

・病気治療や近親者の葬儀などの場合

§95 裁判所は、適当と認めるときは、決定で、勾留されている被告人を親族、保護団体その他の者に委託し、又は被告人の住居を制限して、勾留の執行を停止することができる

・特徴

＊期間を定めることができる ∵§98 に「勾留の執行停止の期間が満了したとき」とあるから

＊保釈金制度はない

＊裁判官の職権のみ(実際は検察官・被告人側の申出による)、検察官の意見聴取(則 88)

【最判昭 24.2.17】勾留の執行停止の申請の法的意味[S23 れ 1468:刑集 3-2-184]

「勾留の執行停止は、裁判所が職権を以てなすものであり、被告人から裁判所に対し、それを要求する権利は訴訟法上認められてはいないのである。従つて，被告人から裁判所に対し執行停止の申請をなしても、それは唯、裁判所の職権発動を促す意味を有するに過ぎないのであつて、裁判所は必ずしもその申請について裁判をなし、これを告知する訴訟法上の義務はないのである」（窃盗・逃走）

3. 保釈・勾留の執行停止の取消し(§96)

・要件：§96-1 各号のいずれかに該当(不出頭・逃亡・罪証隠滅・被害者等接触・条件違反)

・手続：検察官請求又は職権 → 職権の場合は検察官意見聴取(§92-2) → 裁判所の決定

・保釈金の全部又は一部の没取：裁判所の決定による

＊裁量的(#2)：§96-1 各号該当による取消し

＊義務的(#3)：判決確定後の刑の執行のための呼び出しに不出頭・逃亡 ＋ 検察官の請求

§96-1 裁判所は、左の各号の一にあたる場合には、検察官の請求により、又は職権で、決定を以て保釈又は勾留の執行停止を取り消すことができる

一 被告人が、召喚を受け正当な理由がなく出頭しないとき

二 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

三 被告人が罪証を隠滅し又は罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき

四 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若しくは加えようとし、又はこれらの者を畏怖させる行為をしたとき

五 被告人が住居の制限その他裁判所の定めた条件に違反したとき

【東京高決昭 52.8.31】§96-2 の保釈金没取決定の時期[S52 く 165:高刑集 30-3-399]

「刑訴法九六条二項は、保釈の取消と保証金の没取とを関連づけ、したがつて両者の判断の対象となる事由も同一範囲内であるべきことを示しているとしても、進んで両者が同時になされなければならないと規定しているものと断定すべきではなく、むしろ右の点につき明文の規定がないことに加え、実務上、被告人の不出頭、逃亡等の所定の保釈条件の違反について保証金納付者の帰責事由の有無を調査するため事実調べをするのが相当と認められる場合等、保証金の没取を保釈の取消と別の機会に行なう必要性の高い事案のあることを考慮し、また刑

訴規則九一条一項二号により、没取されなかつた保証金は被告人が収監されるまでは還付されないことを併せ考えると、保釈中の被告人に対し、保釈取消決定後、被告人が収監されるまで、右取消決定前の事由に基づき、別に保証金の没取決定を行なうことができるものと解するのが相当」（保釈後、判決宣告期日の公判に出頭せず、次の公判期日も不出頭、制限住居から失踪したとの検察官の疎明により、逃亡の疑いで 7/11 保釈許可決定が職権取消しとなり、さらに次回の公判期日も不出頭したため 7/18 に保釈金全額没取決定をしたものへの抗告）

【最決平 22.12.20】判決確定前の一時逃亡と保釈金没取[H22 す 463:刑集 64-8-1356]

保釈保証金没取請求(一審懲役判決後保釈→控訴棄却判決→上告後の保釈請求が却下されたのに呼び出しに応じず、所在不明、４月後に身柄を確保されて収容されてから上告を取下げ→判決確定、刑執行開始)

「刑訴法９６条３項は，その文理及び趣旨に照らすと，禁錮以上の実刑判決が確定した後に逃亡等が行われることを保釈保証金没取の制裁の予告の下に防止し，刑の確実な執行を担保することを目的とする規定であるから，保釈された者が実刑判決を受け，その判決が確定するまでの間に逃亡等を行ったとしても，判決確定までにそれが解消され，判決確定後の時期において逃亡等の事実がない場合には，同項の適用ないし準用により保釈保証金を没取することはできない」

【最決平 21.12.9】判決確定後逃亡と収容後の保釈金没取[H21 し 443:刑集 63-11-2907]

保釈保障金一部没取決定→抗告棄却→特別抗告棄却(判決確定後逃亡、没取決定が刑の執行開始後となったもの)

「刑訴法９６条３項は，保釈された者について，禁錮以上の実刑判決が確定した後、逃亡等の所定の事由が生じた場合には，検察官の請求により，保証金の全部又は一部を没取しなければならない旨規定しているが，この規定は，保釈保証金没取の制裁の予告の下，これによって逃亡等を防止するとともに，保釈された者が逃亡等をした場合には，上記制裁を科することにより，刑の確実な執行を担保する趣旨のものである。このような制度の趣旨にかんがみると，保釈された者について，同項所定の事由が認められる場合には，刑事施設に収容され刑の執行が開始された後であっても，保釈保証金を没取することができる」

4. 保釈・勾留の執行停止の失効(§343)：禁錮以上の刑に処する判決の宣告があったとき

・判決宣告時点で失効する → 判決確定までは上訴審も含め裁量保釈が可能(権利保釈は不許)

§343 禁錮以上の刑に処する判決の宣告があつたときは、保釈又は勾留の執行停止は、その効力を失う。この場合には、あらたに保釈又は勾留の執行停止の決定がないときに限り、§98【収容の方法】の規定を準用する

第２節　公判前整理手続

第１款 意義

1. 事前準備：第１回公判期日前の訴訟関係人の準備のこと → 公判前整理手続など

   則 178/2 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

2. 従前の事前準備

   ・検察官・弁護人間で打ち合わせをして審理の見込み等を裁判所に通知する(則 178/6 など)

   ・裁判所は原則書記官を介するが、適当と認めれば出頭させて打合せできる(則 178/10)

   ＊予断を生じさせるおそれのある事項にわたることはできない

   【最決昭 42.11.28】事前準備と予断排除[S42 あ 297 刑集 21-9-1299]

   「所論一覧表の記載中所論指摘の部分は、犯罪構成要件にあたる事実でなく、また、これと密接不可分の事実でもないから、本件の起訴後、第一審における第一回公判期日前の公判進行についての打合せの際、検察官が右の部分を含む右一覧表を裁判官に提示したことは、刑訴法二五六条六項の趣旨に照らし妥当ではないが、所論指摘の程度の記載内容では、いまだ同項にいう裁判官に事件につき予断を生ぜしめるおそれのある書類にあたるものとは認めがたい」（公選法違反、受供与者が受領した金員をさらに交付・饗応に充てた旨の一覧表を第一回公判期日前の公判進行についてのい打合せで検察官が打合せの便宜のために呈示したもの）

3. 公判前整理手続：Ｈ16 改正で新設

   ∵争点を中心とする充実した審理を集中的・連日的に行うため、事前に争点を明らかにし、公判で取調べる証拠を決め、明確な審理計画を立てる → 刑事裁判の充実・迅速化を図る

   ・特徴：受訴裁判所が主宰する、公判期日の指定など明確な審理計画を策定する

第２款 手続

1. 手続の開始：受訴裁判所が検察官・被告人 or 弁護人の意見を聴取して決定で開始する

   ・予断排除の原則との関係：両当事者が関与するため、受訴裁判所の主宰を認めている

   §316/2 裁判所は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要があると認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いて、第一回公判期日前に、決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備として、事件を公判前整理手続に付することができる

   ・関与者：訴訟関係人の協力義務(§316/3)

   ＊弁護人がいないと手続を行えず、不在の場合は職権で弁護人を付ける(§316/4)

   ＊公判前整理手続期日には弁護人・検察官の双方在廷が必要(§316/7)

   ・不出頭の場合は職権で付与する(§316/8-1)、不出頭のおそれがあれば職権付与可能(#2)

   ＊被告人は出頭可能(§316/9-1)、裁判所は被告人を出頭させることができる(#2)

   ・出頭させる場合は最初の出頭時に供述拒否権の告知が必要(#3)

   ・方法：公判前整理手続期日に訴訟関係人を出頭させるか、書面を提出させる(§316/2,316/6)

   ＊受命裁判官による手続も可能(§316/11)だが、一部不可(§316/5:2,7,9,10,11 の決定)

   ＊書記官立会(§316/12-1)、公判前整理手続調書の作成(#2)

2. 内容(§316/5)：争点整理(3 号)、証拠整理(4-19 号)、証拠開示(10 号)、審理計画(12 号)等

   ・証拠採否決定のための事実の取調べ(§43-3)の範囲

   →公判外のため、証拠調べと区別できる範囲で、円滑な訴訟運営に資するものに限るべき

例：§321-1 の供述不能は可、§321-2:2 後段の特信性は不可

§316/5 公判前整理手続においては、次に掲げる事項を行うことができる

一 訴因又は罰条を明確にさせること

二 訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許すこと

三 公判期日においてすることを予定している主張を明らかにさせて事件の争点を整理すること

四 証拠調べの請求をさせること

五 前号の請求に係る証拠について、その立証趣旨、尋問事項等を明らかにさせること

六 証拠調べの請求に関する意見（証拠書類について第三百二十六条の同意をするかどうかの意見を含む。）を確かめること

七 証拠調べをする決定又は証拠調べの請求を却下する決定をすること

八 証拠調べをする決定をした証拠について、その取調べの順序及び方法を定めること

九 証拠調べに関する異議の申立てに対して決定をすること

十 第三目の定めるところにより証拠開示に関する裁定をすること

十一 §316/33-1 の規定による被告事件の手続への参加の申出に対する決定又は当該決定を取り消す決定をすること

十二 公判期日を定め、又は変更することその他公判手続の進行上必要な事項を定めること

・ 受訴裁判所が関与するが、原則は当事者追行主義で、裁判所の職権行使は補充的

【最判平 21.10.16】広島女児殺害事件(当事者追行主義)[H21 あ 191:刑集 63-8-937]

強制わいせつ致死等→無期懲役→双方控訴：破棄差戻し→上告：破棄差戻し→差戻し控訴：双方棄却

検察官請求に係る被告人の検察官調書の取調べ請求を却下した第１審の訴訟手続について，同調書が犯行場所の確定に必要であるとして，その任意性に関する主張立証を十分にさせなかった点に審理不尽があるとして破棄差戻しにした控訴審判決への被告人側上告

「刑事裁判においては，関係者，取り分け被告人の権利保護を全うしつつ，事案の真相を解明することが求められるが，平成１６年に刑訴法の一部改正が行われ，刑事裁判の充実・迅速化を図るべく，公判前整理手続等（刑訴法３１６条の２ないし３２），連日的開廷の原則（同法２８１条の６）が法定され，刑訴規則にも，証拠の厳選（刑訴規則１８９条の２）が定められて，合理的期間内に充実した審理を終えることもこれまで以上に強く求められている。したがって，審理の在り方としては，合理的な期間内に充実した審理を行って事案の真相を解明することができるよう，具体的な事件ごとに，争点，その解決に必要な事実の認定，そのための証拠の採否を考える必要がある。そして，その際には，重複する証拠その他必要性の乏しい証拠の取調べを避けるべきことは当然であるが，当事者主義（当事者追行主義）を前提とする以上，当事者が争点とし，あるいは主張，立証しようとする内容を踏まえて，事案の真相の解明に必要な立証が的確になされるようにする必要がある」

→検察官は犯行場所の証拠として提示せず、控訴趣旨も量刑不当ゆえ「本件検察官調書の取調べに関し，第１審裁判所に釈明義務を認め，検察官に対し，任意性立証の機会を与えなかったことが審理不尽であるとして第１審判決を破棄し，本件を第１審裁判所に差戻した原判決は，第１次的に第１審裁判所の合理的裁量にゆだねられた証拠の採否について，当事者からの主張もないのに，前記審理不尽の違法を認めた点において，刑訴法２９４条，３７９条，刑訴規則２０８条の解釈適用を誤った違法があり，これが判決に影響を及ぼすことは明らかであって，原判決を破棄しなければ著しく正義に反する」

3. 争点及び証拠の整理（証拠開示制度）

＊証人・被害者等が害されるおそれがある場合の措置(§299/2,299/3)の準用(§316/23)

4. 手続の終了：整理の結果の確認を行う(§316/24)

§316/24 裁判所は、公判前整理手続を終了するに当たり、検察官及び被告人又は弁護人との間で、事件の争点

及び証拠の整理の結果を確認しなければならない

第３款　証拠開示制度

1. 公判前整理手続に組み込まれている証拠開示制度について，従前の法制度及び判例と異なる点をふまえつつ，その趣旨・目的を理解している。
2. 請求証拠の開示，類型証拠の開示及び主張（争点）関連証拠の開示の要件，証拠開示に関する裁定手続について，条文に則し，また判例の立場をふまえて説明することができる。

・(検察側保有証拠の)証拠開示

＊裁判所にある書類・証拠物の閲覧・謄写(§40)

←旧法下では証拠が裁判所に送られているため意味があったが、

新法下では起訴状しか来ないため意味がない

＊証拠調べ請求される証拠の開示(§299) ← 請求されないと意味がない

＊事前準備での証拠開示(則 178/6) ← 検察側の任意なので、争いがある事件では開示拒否

＊有力：事前全面開示論(検察官は手持ち証拠を事前全面開示義務を負う) ←根拠がない

【最決昭 34.12.26 刑集 13-13-3372】事前全面開示義務を否定

・裁判所の訴訟指揮権の行使としての個別の証拠開示

【最決昭 44.4.25 刑集 23-4-248】大阪税務調査妨害事件[S43 し 109]

弁護人への証拠書類(検面調書)閲覧決定→検察異議棄却決定→特別抗告：取消

「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ない、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の段階に入つた後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられたい旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防禦のため特に重要であり、かつ、これにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるときは、その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させることを命ずることができる」→証人採用決定前であったから、要件を満たさないとして取消

3. 証拠開示制度（争点及び証拠の整理手続）

・検察官：公判期日で証明する予定の具体的事実を書面(証明予定事実記載書)で明らかにする

→必要な証拠の取調べ請求(§316/13)、証拠の被告人・弁護人への開示(§316/14)

§316/13-1 検察官は、事件が公判前整理手続に付されたときは、その証明予定事実（公判期日において証拠により証明しようとする事実をいう。以下同じ。）を記載した書面を、裁判所に提出し、及び被告人又は弁護人に送付しなければならない。この場合においては、当該書面には、証拠とすることができず、又は証拠としてその取調べを請求する意思のない資料に基づいて、裁判所に事件について偏見又は予断を生じさせるおそれのある事項を記載することができない

#2 検察官は、前項の証明予定事実を証明するために用いる証拠の取調べを請求しなければならない

§316/14 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【→１号：証拠書類・証拠物は閲覧、２号：証人等は氏名・住所を知る機会の付与と供述録取書の関係部分の閲覧。いずれも弁護人の場合は閲覧に加え謄写も可能】

・類型証拠開示請求：被告人側から。検察官は相当と認めると開示しなければならない(§316/15)

＊対象：被告人の防御に有用で、証拠隠滅の恐れの少ないものが列挙されている

＊開示の要否・方法につき争う被告人・弁護人は裁判所の裁定を請求可能(§316/26)

§316/15 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類型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

一 証拠物

二 §321-2 に規定する裁判所又は裁判官の検証の結果を記載した書面

三 §321-3 に規定する書面又はこれに準ずる書面

四 §321-4 に規定する書面又はこれに準ずる書面

五 次に掲げる者の供述録取書等【検察官が尋問請求した、又は§326 の不同意の場合に請求する証人】

六 前号に掲げるもののほか、被告人以外の者の供述録取書等であつて、検察官が特定の検察官請求証拠により直接証明しようとする事実の有無に関する供述を内容とするもの

七 被告人の供述録取書等

八 取調べ状況の記録に関する準則に基づき、検察官、検察事務官又は司法警察職員が職務上作成することを義務付けられている書面であつて、身体の拘束を受けている者の取調べに関し、その年月日、時間、場所その他の取調べの状況を記録したもの（被告人に係るものに限る。）

#2 被告人又は弁護人は、前項の開示の請求をするときは、次に掲げる事項を明らかにしなければならない

一 前項各号に掲げる証拠の類型及び開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項

二 事案の内容、特定の検察官請求証拠に対応する証明予定事実、開示の請求に係る証拠と当該検察官請求証拠との関係その他の事情に照らし、当該開示の請求に係る証拠が当該検察官請求証拠の証明力を判断するために重要であることその他の被告人の防御の準備のために当該開示が必要である理由

・被告人側の主張明示等

＊検察官請求証拠に対する証拠意見の明示(§316/16)

§316/16-1 被告人又は弁護人は、§316/13-1 の書面の送付を受け、かつ、§316/14 及び前条第一項の規定による開示をすべ　気証拠の開示を受けたときは、検察官請求証拠について、§326 の同意をするかどうか又はその取調べの請求に関し異議がないかどうかの意見を明らかにしなければならない【#2：裁判所の期限設定】

＊予定している事実上及び法律上の主張の明示義務(§316/17)、必要な証拠調べの請求(#2)

・事実上の主張の範囲：積極的反対事実の主張、検察官証明予定事実の否認する主張も含む

・但し、公判で黙秘し主張・立証する予定がない場合は、主張明示義務はない

∵あくまで公判ですることを予定している主張に限られるから

→ここで主張しなかった場合：立証制限を受ける(§316/32)が、主張自体は可能

∵主張まで制限すると自己負罪拒否特権への侵害になりうるから

§316/17-1 被告人又は弁護人は、§316/13-1 の書面の送付を受け、かつ、§316/14 及び§316/15-1 の規定による開示をすべき証拠の開示を受けた場合において、その証明予定事実その他の公判期日においてすることを予定している事実上及び法律上の主張があるときは、裁判所及び検察官に対し、これを明らかにしなければならない。この場合においては、§316/13-1 後段の規定を準用する

#2 被告人又は弁護人は、前項の証明予定事実があるときは、これを証明するために用いる証拠の取調べを請求しなければならない。この場合においては、§316/13-3【§299-1 適用除外】の規定を準用する【#3 期限設定】

＊検察官に対する証拠開示(§316/18)

§316/18 被告人又は弁護人は、前条第二項の規定により取調べを請求した証拠については、速やかに、検察官に対し、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【1 号：証拠書類又は証拠物、 2号証人等につき、氏名・住所を知る機会や資料の閲覧・謄写】

・検察官の被告人側請求証拠に対する証拠意見の明示(§316/19)

§316/19-1 検察官は、前条の規定による開示をすべき証拠の開示を受けたときは、§316/17-2 の規定により被告人又は弁護人が取調べを請求した証拠について、§326 の同意をするかどうか又はその取調べの請求に関し異議がないかどうかの意見を明らかにしなければならない【#2:期限設定】

・主張関連証拠の開示請求：被告人側主張に関連する検察官手持ち証拠の開示制度(§316-20)

§316/20-1 検察官は、§316/14 及び§316/15-1 の規定による開示をした証拠以外の証拠であつて、§316/17-1 の主張に関連す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、その関連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、§316/14-1 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【#2：請求時に明かにすべき事項】

・主張予定の追加・変更等：必要に応じて証明予定事実・主張の追加・変更をして整理を進める

＊検察官による追加・変更(§316/21)、被告人側による追加・変更(§316/22)

・いずれも、最初の主張・開示等の手続を準用。裁判所は期限を設定可能

・公判前整理手続に関する裁決

＊裁判所の決定による主張関連証拠についての時期・方法指定・条件付与(§316/25)

・本来そのまま開示すべきものが対象(§316/14,§316/18 による開示)

・相手方の意見聴取(#2)、不服申立は即時抗告(#3)

＊裁判所の決定による証拠開示命令(§316/26)

・開示すべきを開示しない場合(検察：§316/14,316/15-1,316/20,被告人側：316/18)

・相手方の請求による、条件付与等も可能(#1)。相手方の意見聴取(#2)、即時抗告(#3)

※証拠開示命令の対象：検察官手持ち証拠(立法時)＋公務員保有証拠も含む(判例)

【最決平 19.12.25 刑集 61-9-895】偽一万円札行使・取調べメモ事件[H19 し 424]

「公判前整理手続及び期日間整理手続における証拠開示制度は，争点整理と証拠調べを有効かつ効率的に行うためのものであり，このような証拠開示制度の趣旨にかんがみれば，刑訴法３１６条の２６第１項の証拠開示命令の対象となる証拠は，必ずしも検察官が現に保管している証拠に限られず，当該事件の捜査の過程で作成され，又は入手した書面等であって，公務員が職務上現に保管し，かつ，検察官において入手が容易なものを含む」「公務員がその職務の過程で作成するメモについては，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が……あり，これを証拠開示命令の対象とするのが相当でないことも所論のとおりである。しかしながら，犯罪捜査規範１３条は，「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。」と規定しており，警察官が被疑者の取調べを行った場合には，同条により備忘録を作成し，これを保管しておくべきものとしているのであるから，取調警察官が，同条に基づき作成した備忘録であって，取調べの経過その他参考となるべき事項が記録され，捜査機関において保管されている書面は，個人的メモの域を超え，捜査関係の公文書ということができる。これに該当する備忘録については，当該事件の公判審理において，当該取調べ状況に関する証拠調べが行われる場合には，証拠開示の対象となり得る」

（証拠開示命令請求：棄却決定→即時抗告：取消認容→特別抗告：棄却）

【最決平 20.6.25 刑集 62-6-1886】福岡天神覚せい剤捜査メモ事件(警察官の備忘録)

【最決平 20.9.30 刑集 62-8-2735】強盗致傷大学ノート事件(警察官私費購入のノート)

＊インカメラ審理(§316/27)：§316/25,§316/26 の審理で認められる

・検察官保管証拠のうち裁判所指定の標目一覧の提出命令もできる(#2)、抗告審に準用(#3)

第４款　公判手続との関係

1. 公判前整理手続に付された事件の公判審理に関する特例

・公判前(期日間)整理手続事件は、その後も弁護人が必要的となる(§316/29)

・公判前整理手続事件における最初の公判の手続（結果の顕出）

＊検察官の冒頭陳述に続き、被告人側の冒頭陳述を行う(§316/30) ※被告側冒陳も必要

→証拠により証明すべき事実その他の事実上及び法律上の主張を明示する

※§296 但書（証拠なく偏見・予断を生じさせる事項への言及禁止）を準用

＊裁判所が整理手続の結果を明示する(§316/31-1)

※期日間整理手続の場合は手続後の公判期日で明示する(#2)

2. 新たな証拠調べ請求の制限(§316/32)：公判前(期日間)整理手続事件の特例

・検察官・被告人側とも、新たな証拠調べの請求を禁止(#1)

←例外：やむを得ない事由により整理手続で請求できなかった場合、裁判所の職権証拠調べ(#2)

§316/32 公判前整理手続又は期日間整理手続に付された事件については、検察官及び被告人又は弁護人は、§298-1 の規定にかかわらず、やむを得ない事由によつて公判前整理手続又は期日間整理手続において請求することができなかつたものを除き、当該公判前整理手続又は期日間整理手続が終わつた後には、証拠調べを請求することができない

#2 前項の規定は、裁判所が、必要と認めるときに、職権で証拠調べをすることを妨げるものではない

＊やむを得ない事由：証拠は存在したが存在の不知がやむを得ない場合、証人の所在不明など証拠調べ請求が物理的に不可能、相手方の主張や証拠関係から証拠調べ請求不要と考えたことにつき十分な理由あり、情状事実は公判前整理手続後に発生など請求者に懈怠・責任なし

【金沢高支判平 20.6.5 判タ 1275-342】「やむを得ない事由」の具体例[H19 う 149]

「同法３２８条による弾劾証拠は，条文上「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」のものとされているから，証人尋問が終了しておらず，弾劾の対象となる公判供述が存在しない段階においては，同条の要件該当性を判断することはできないのであって，証人尋問終了以前の取調請求を当事者に要求することは相当ではない。そうすると，同条による弾劾証拠の取調請求については，同法３１６条の３２第１項の「やむを得ない事由」があるものと解すべき」（違法があったが、結論は同じゆえ控訴棄却）

第５款　期日間整理手続

1. 期日間整理手続の意義と趣旨について理解している。

・第１回公判期日(冒頭手続)後に行う事件の争点・証拠整理のための手続

→整理手続前の証拠調べ請求は整理手続でしたものとみなされるほか、公判前とほぼ同じ

∵途中で事件の争点・証拠整理の必要が生じた場合

§316/28-1 裁判所は、審理の経過にかんがみ必要と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いて、第一回公判期日後に、決定で、事件の争点及び証拠を整理するための公判準備として、事件を期日間整理手続に付することができる

#2 前段 期日間整理手続については、前款（§316/2-1 及び§316/9-3 を除く。）【§316/2～316/27。除外は公判前整理手続の定義規定、黙秘権告知】の規定を準用する

第３節　訴因変更

第１款 訴因変更の要否

1. 訴因変更(§312)

§312-1 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

・刑事訴訟の審判の対象

＊公訴事実対象説：審判対象は公訴事実であり、訴因は被告人の防御権を保障するために公訴事実の法律構成を示すもの → 訴因変更は許されて当然、当事者の不意打ち防止のため

＊訴因対象説(多数)：訴因こそが審判対象、訴訟経済のため対象変更を認めるのが訴因変更

・意義：同一の訴訟内で、検察官が訴因と異なる犯罪事実についての審判を求めるもの

＊訴因の追加：元の訴因を残したまま新しい訴因を追加するもの

【最判昭 26.6.28 刑集 5-7-1303】予備的・択一的な訴因追加も認められる

＊訴因の撤回：複数訴因の一部を取り除くもの(科刑上一罪の一部や予備的訴因など)

＊訴因の変更(狭義)：窃盗を盗品等有償譲り受けに変えるなど

・手続：起訴状に準じて書面でする(則 209-1)、例外的に被告人在廷公判廷では口頭も可(#5)

→被告人への通知(#3)、必要な場合は公判手続の停止(#4)

#3 裁判所は、訴因又は罰条の追加、撤回又は変更があつたときは、速やかに追加、撤回又は変更された部分を被告人に通知しなければならない

#4 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

2. 訴因変更の要否：どのような場合に訴因変更手続を要するか

・訴因事実と認定事実のわずかな齟齬であれば予測可能であり、訴因変更は不要

→では、どこまでなら許されるのか(訴因の同一性)

※被告人の防御に実質的な不利益が無ければ訴因変更は不要としてよいので、修正されうる

※任意的訴因変更：訴因変更は不要でも、念のため変更すること

・訴因の同一性はなにか

＊構成要件説(←訴因の法律構成説)：構成要件の同一性をいう

∵訴因は犯罪事実の法的評価を示す → 訴因の拘束力は不意打ち防止ゆえ、防御の機会を保障するために必要なら訴因変更を要する

＊法律構成説：法律的な構成の仕方が同じかでどうかで判断すべき

→同一構成要件内でも、作為犯と不作為犯、犯罪の特別構成要件と修正形式では変更必要

＊事実記載説(←訴因の事実記載説)：具体的事実をいう(通説・判例)

→具体的事実が変われば訴因変更が必要、法律構成が変わるだけなら不要

・具体的判断は、社会的・法律的意味合いを異にするだけの事実の変化があるかの検討

→審判対象の範囲の異同・被告人の防御権の保障の観点

→同一行為の法的評価が変わるだけなら不要(見張りを共同正犯→幇助など)

→構成要件が異なるような事実の変化なら必要だが、当初の訴因に包摂されれば不要

3. 訴因の同一性の具体的判断

・審判対象の範囲画定に不可欠なもの：被告人の防御に重要ゆえ変更手続が必要

＊訴因記載事項のわずかなずれは訴因変更が不要

【最判昭 30.7.5 刑集 9-9-1805】贈賄罪の相手方の職務内容の変更(不要)

【最判昭 32.1.24 刑集 11-1-252】収賄罪の被告人の職務内容・供与の趣旨の変更(不要)

【最決昭 35.2.11 刑集 14-2-126】詐欺罪の欺罔行為の日時・態様・金額の変更(不要)

【最決昭 35.8.12 刑集 14-10-1360】特別背任罪の背任の目的の変更(不要)

【最決昭 40.12.24 刑集 19-9-827】法人税法違反の逋脱所得の内容の変更(必要)

・範囲画定に本質的でないもの：犯行の動機や計画の経緯など → 釈明等で足りる

・具体的検討

＊共謀共同正犯か実行共同正犯か、共謀の日時・場所・内容

・防御権説：被告の防御権を重視すべき → 訴因変更必要

・識別説：訴因の記載は他の犯罪事実からの識別・特定で足りる → 訴因変更不要(実務)

→但し、防御に重要ゆえ、弁護側が釈明を求めると検察官は釈明すべき

→検察官が明示したら、審理上不意打ちにあたらない場合を除き、訴因変更すべき

【最決平 13.4.11 刑集 55-3-127】青森保険金目的放火・口封じ殺人事件[H11 あ 423]

殺人・死体遺棄等→有罪→棄却→棄却

「本件のうち殺人事件についてみると，その公訴事実は，当初，「被告人は，奈良光郎と共謀の上，昭和６３年７月２４日ころ，青森市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において，長谷川小太郎に対し，殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ，そのころ窒息死させて殺害した」というものであったが，被告人が奈良との共謀の存在と実行行為への関与を否定して，無罪を主張したことから，その点に関する証拠調べが実施されたところ，検察官が第１審係属中に訴因変更を請求したことにより，「被告人は，奈良と共謀の上，前同日午後８時ころから午後９時３０分ころまでの間，青森市安方２丁目所在の共済会館付近から前記最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において，殺意をもって，被告人が，長谷川の頸部を絞めつけるなどし，同所付近で窒息死させて殺害した」旨の事実に変更された。この事実につき，第１審裁判所は，審理の結果，「被告人は，奈良と共謀の上，前同日午後８時ころから翌２５日未明までの間に，青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において，奈良又は被告人あるいはその両名において，扼殺，絞殺又はこれに類する方法で長谷川を殺害した」旨の事実を認定し，罪となるべき事実としてその旨判示した」

①「上記判示は，殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか，実行行為者が「奈良又は被告人あるいはその両名」という択一的なものであるにとどまるが，その事件が被告人と奈良の２名の共謀による犯行であるというのであるから，この程度の判示であっても，殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を，それが構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものというべきであって，罪となるべき事実の判示として不十分とはいえない」

②「実行行為者につき第１審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。訴因と認定事実とを対比すると，前記のとおり，犯行の態様と結果に実質的な差異がない上，共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく，そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも，殺人罪の共同正犯の訴因としては，その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって，それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから，訴因に

おいて実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をするとしても，審判対象の画定という見地からは，訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ，実行行為者がだれであるかは，一般的に，被告人の防御にとって重要な事項であるから，当該訴因の成否について争いがある場合等においては，争点の明確化などのため，検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ，検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上，判決においてそれと実質的に異なる認定をするには，原則として，訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら，実行行為者の明示は，前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから，少なくとも，被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし，被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ，かつ，判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には，例外的に，訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではない」→一審で実行行為者について何度も審理しており、不意打ちではない

＊過失犯の場合（過失の態様についての訴因変更）

・過失の態様に基本的な変動をもたらす場合 → 訴因変更必要

・具体的状況の多少の変動にとどまる場合 → 訴因変更不要

【最判昭 46.6.22 刑集 25-4-588】鴨川町業過事件(訴因変更必要)[S44 あ 995]

訴因：「濡れた靴をよく拭かずに履いていたため、一時停止の状態から発進するにあたりアクセルとクラツチペダルを踏んだ際足を滑らせてクラツチペダルから左足を踏みはずした過失」

判決認定：「交差点前で一時停止中の他車の後に進行接近する際ブレーキをかけるのを遅れた」（業過致死傷）

【最決平 24.2.29 刑集 66-4-589】訴因変更を要する場合[H23 あ 775]

訴因はガス自殺のため充満させたガスにガスコンロの点火スイッチで点火、一審は頭部でスイッチを押しこんだと認定、控訴審は「何らかの方法により」ガスに引火，爆発させたと認定。検察官はスイッチによるとして予備的主張はせず、被告人側は火花など他の火源と主張（現住建造物放火→有罪→破棄自判・有罪→棄却

「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…（最決平 13.4.11 参照）」両当事者の主張、求釈明等をしていない「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」→違法だが、著しく正義に反するとまでいえないから、棄却（千葉反対：著しく正義に反し、破棄差戻しとすべき）

【最決昭 63.10.24 刑集 42-8-1079】訴因変更を要しない場合[S62 あ 1051]

訴因(当初)・控訴審認定「前方道路は付近の石灰工場の粉塵等が路面に凝固していたところへ、当時降雨のためこれが溶解して車輪が滑走しやすい状況にあつた」（のにスピードを落とさなかった）

訴因(変更後)「当時降雨中であつて、アスフアルト舗装の道路が湿潤し、滑走しやすい状況であつた」

「石灰の粉塵の路面への堆積凝固という事実は、前記のように、公訴事実中に一旦は記載され、その後訴因変更の手続を経て撤回されたものではあるが、そのことによつて右事実の認定が許されなくなるわけではない……本件においては……右事実を含む予備的訴因が原審において追加され、右事実の存否とそれに対する被告人の認識の有無等についての証拠調がされており、被告人の防禦権が侵害されたとは認められない。したがつて、原判決が、降雨による路面の湿潤という事実のみでなく、石灰の粉塵の路面への堆積凝固という事実をも併せ考慮したうえ、事実誤認を理由に第一審判決を破棄し有罪判決をしたことに違法はない」（業過致傷→無罪／有罪／棄却）

・縮小認定(大は小を兼ねるの原則)：訴因の同一性を失う程度に事実が変わっても、審判対象範囲の画定・被告人の防御権の保障の機能を害さない場合＝訴因事実中の一部の事実を認定する場合

＊訴因変更が不要な例（既遂→未遂、傷害→暴行など）

【最判昭 26.6.15 刑集 5-7-1277】 強盗→恐喝(訴因罰条変更不要)[S26 あ 78]

「公訴事実中強盗の点につき、訴因罰条の変更手続を経ることなく、恐喝の事実を認定していること所論の通りであるが、元来、訴因又は罰条の変更につき、一定の手続が要請される所以は、裁判所が勝手に、訴因又は罰条を異にした事実を認定することに因つて、被告人に不当な不意打を加え、その防禦権の行使を徒労に終らしめることを防止するに在るから、かかる虞れのない場合、例えば、強盗の起訴に対し恐喝を認定する場合の如く、裁判所がその態様及び限度において訴因たる事実よりもいわば縮少された事実を認定するについては、敢えて訴因罰条の変更手続を経る必要がない」（強盗→強盗で有罪→恐喝で有罪→棄却）

【最判昭 29.8.24 刑集 8-8-1392】殺人未遂→傷害

【最決昭 28.9.30 刑集 7-9-1868】殺人既遂→同意殺人

【名古屋高判昭 31.4.9 裁特 3-8-385】殺人→嘱託殺人

【仙台高判昭 26.6.12 判特 22-57】殺人既遂→傷害致死

【福岡高判昭 25.7.18 判特 12-112】窃盗既遂→窃盗未遂

【最決昭 30.10.19 刑集 9-11-2268】傷害→暴行

【最判昭 29.12.17 刑集 8-13-2147】強盗致死→傷害致死

【最決昭 55.3.4 刑集 34-3-89】酒酔い運転→酒気帯び運転

＊訴因変更が必要な例

【最判昭 29.8.20 刑集 8-8-1249】強制わいせつ→公然わいせつ

【最判昭 36.6.13 刑集 15-6-961】収賄→贈賄

【最決昭 43.11.26 刑集 22-12-1352】殺人→重過失致死

＊単独犯⇔共同正犯：被告人の犯行への関与の程度を軽くする方向なら縮小認定と同様

・訴因が単独犯：被告人が実行行為の全部を１人で行い、構成要件をすべて満たす場合→不要

【最決平 21.7.21 刑集 63-6-762】他の共謀共同正犯者の存否認定は不要[H21 あ 291]

「検察官において共謀共同正犯者の存在に言及することなく，被告人が当該犯罪を行ったとの訴因で公訴を提起した場合において，被告人１人の行為により犯罪構成要件のすべてが満たされたと認められるときは，他に共謀共同正犯者が存在するとしてもその犯罪の成否は左右されないから，裁判所は訴因どおりに犯罪事実を認定することが許される」（窃盗等→有罪→棄却→棄却）

・訴因が単独犯：他人が実行行為の一部を担い、被告人の関与を軽くする場合 → 不要

【最判昭 34.7.24 刑集 13-8-1150】訴因変更なく共同所持を認定してよい場合[S31 あ 2966]

「原判決は、被告人の単独犯による覚せい剤不法所持の訴因を肯定した第一審判決を事実を誤認したものとして破棄し、訴因変更の手続を経ることなく、君島マス子との共同正犯を認定したのであるが、原判決の認定は、被告人は君島マス子と共同して判示の日時、判示の場所において本件覚せい剤を不法に所持したというのであり、同一の覚せい剤所持の事実について被告人の単独所持を、共犯者との共同所持に変更したものに過ぎないことは原判決の説示するところによつて明らかであつて、そのことによつて被告人に不当な不意打を加え、その防禦権の行使に不利益を与えるおそれはない（被告人の刑事責任を増大させるわけでもなく、またその防禦方法を基本的に立て直す必要があるわけでもない）のであるから、本件の場合、訴因変更の手続を必要としない」

・訴因が単独犯：共謀共同正犯として認定するには訴因変更が必要

∵共同正犯者の行為に被告人の責任を認めることとなり、訴因にない共謀が不可欠

・訴因が共同正犯：実行行為や結果の範囲に変動がなく、訴因の一部認定なら不要

【最決昭 30.10.19 刑集 9-11-2268】傷害の共同正犯→暴行の単独犯(不要)[S28 あ 1026]

要旨「「被告人両名は共同して被害者某の足を蹴り顔面を殴打して同人に治療１週間を要する左眉毛部裂創並上下眼瞼皮下溢血腫張の傷害を与えた」との公訴事実に対し、訴因変更手続を経ることなく「被告人は被害者某の腰部を下駄ばきの足で蹴上げもつて暴行した」との事実を認定することは違法でない」（傷害罪を免れている）

・被告人の防御の利益の具体的判断：主に抽象的防御説により、補充的に具体的防御説による

・抽象的防御説(通説・判例)：具体的な訴訟経過ではなく、訴因事実と認定事実の比較で、訴因変更をしなくても抽象的・一般的に被告人の防御に不利益があるか

・具体的防御説：個々の事件での被告人の防御等の具体的な審理の経過を考慮して検討する

＊共同正犯→幇助：普通は訴因変更必要 → 被告が幇助を主張すると訴因変更なしで認定可

【最判昭 29.1.21 刑集 8-1-71】訴因変更なく共同正犯を幇助と認定してよい例[S26 あ 2987]

刑訴法 256,312 の趣旨を検討し、「法が訴因及びその変更手続を定めた趣旨は、原判決説示のごとく、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幇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幇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」（窃盗共同正犯→窃盗ほう助で有罪→棄却→棄却(盗んだ牛の場所を教えた)

・被告が主張していても構成要件が異なるから訴因変更を要する場合もある

【最判昭 36.6.13 刑集 15-6-961】収賄共同正犯→贈賄共同正犯(必要)[前掲 S32 あ 1919]

「本件公訴事実と原判決認定の事実とは、基本的事実関係においては、同一であると認められるけれども、もともと収賄と贈賄とは、犯罪構成要件を異にするばかりでなく、一方は賄賂の収受であり、他方は賄賂の供与であつて、行為の態様が全く相反する犯罪であるから、収賄の犯行に加功したという訴因に対し、訴因罰条の変更手続を履まずに、贈賄の犯行に加功したという事実を認定することは、被告人に不当な不意打を加え、その防禦に実質的な不利益を与える虞れがあるといわなければならない。従つて、本件の場合に、原審が訴因罰条の変更手続を履まずに、右のような判決をしたことは、その訴訟手続が違法であることを免れない」（破棄差戻し）

・幇助行為が当初の共同正犯の訴因に含まれていれば、抽象的検討で不要とする(縮小認定)

【最判昭 33.6.24 刑集 12-10-2269】強盗殺人共同正犯→殺人幇助(不要の例)

・幇助→共同正犯は訴因変更を要する

【最大判昭 40.4.28 刑集 19-3-270】公選法違反幇助→公選法違反共同正犯(必要)

4. 罪数判断の変化と訴因変更

・一罪⇔数罪の認定

＊事実関係に変わりなく、罪数の評価だけなら訴因変更は不要

∵罪数の判断は法律上の問題で、裁判所の専権事項

←但し、訴状の補正が必要 ← 実際は補正が不要になるように訴状を解釈する

・事後強盗致傷→窃盗＋傷害：縮小認定ゆえ訴因変更不要

・強盗＋傷害→強盗傷人：「強盗の機会」という新たな事実を認定するから訴因変更必要

【最決昭 29.3.2 刑集 8-3-217】包括一罪→併合罪(訴因変更不要)

物品税法違反：訴因は包括一罪→認定は月ごとに一罪で、それの併合罪とした

「起訴状には、別表として犯罪一覧表が添付され、これによつて、物品の各移出毎に日時、数量、価格等が明確となつており、原判決は、そのとおりの事実関係（ただし各月にまとめて）を認定したうえで、各月分毎に一罪が成立するものとしただけであるから、訴因変更がなくても、違法とはいえない」

【最決昭 35.11.15 刑集 14-13-1677】併合罪→一罪(訴因変更不要)

凶器準備集合に凶器準備結集を追起訴、検察官は併合罪と釈明→認定は単純一罪

「併合罪として追起訴された事実を前に起訴された事実と併合審理した結果、両者を単純一罪と認定して処断するには、公訴棄却の言渡や、訴因変更の手続を要しない」

＊事実関係の変更を伴う場合：事実関係の変更の点に、訴因変更が必要

【東京高判昭 55.12.20 高刑集 30-4-423】和歌山ワルサー32 口径事件(訴因変更必要)

【最判昭 32.10.8 刑集 11-10-2487】訴因変更不要

第２款　訴因変更の可否

1.　意義：訴因変更が可能な範囲はどこまでか＝公訴事実の同一性の判断基準

・公訴事実の同一性

＊積極面：訴因変更により審判対象となる危険があり、防御を要する可能性のある範囲

＊消極面：判決確定後は一事不再理効が及ぶ(既判力はある事件で審判対象となりえた範囲)

・公訴事実の単一性：公訴事実が１個であること＝実体法上の罪数判断

→窃盗罪に対して予備的に殺人罪を記載することはできない(併合罪だから)

→窃盗罪に対して住居侵入罪を追加することは許される(牽連犯で科刑上一罪だから)

【最判昭 33.2.21 刑集 12-2-288】窃盗幇助と贓物罪の公訴事実の同一性(否定、併合罪ゆえ)

⇔狭義の同一性：審理の過程で、訴因と異なる事実につき、どこまでなら変更が許されるか

2.　公訴事実の同一性の判断方法の理論

＊構成要件共通説：構成要件の同一性で判断（相当程度当てはまるか）

・審判対象＝公訴事実対象説、訴因＝法律構成説を採る

→基本的事実が同一でも、構成要件的に全く重なり合わないなら同一性を否定する

＊訴因共通説：訴因相互が重要部分においてどれだけ重なっているか

・審判対象＝訴因対象説、訴因＝(具体的)事実記載説を採る

→行為と結果のいずれかが共通であれば公訴事実は同一である

＊基本的事実同一説(判例)：社会的事実の重なりあいによって判断する

・訴因の理解は(具体的)事実記載説を採る

∵既判力の範囲・防御範囲の利益調整から、事実の共通性により具体的に判断するほかない

＊刑罰関心同一説：国家の刑罰関心が同一(両立しうるかで判断)なら公訴事実は同一

＊総合評価説：犯罪の具体的事実や被害法益等を総合的に評価し、対立利益を比較衡量

3.　具体的な判断方法

・Ａ訴因事実とＢ訴因事実の基本的な部分が同一　→　両訴因は公訴事実の同一性の範囲内

＊収賄の共同正犯→贈賄の共同正犯：収賄者・贈賄者が共通で、授受の日時等が近似すれば同一

【最判昭 36.6.13 刑集 15-6-961】収賄と贈賄の公訴事実の同一性[S32 あ 1919]

収賄(共同正犯)→有罪→破棄自判：贈賄(共同正犯)として有罪→破棄差戻し

「本件公訴事実と原判決認定の事実とは、基本的事実関係においては、同一であると認められるけれども、もともと収賄と贈賄とは、犯罪構成要件を異にするばかりでなく、一方は賄賂の収受であり、他方は賄賂の供与であつて、行為の態様が全く相反する犯罪であるから、収賄の犯行に加功したという訴因に対し、訴因罰条の変更手続を履まずに、贈賄の犯行に加功したという事実を認定することは、被告人に不当な不意打を加え、その防禦に実質的な不利益を与える虞れがあるといわなければならない。従つて、本件の場合に、原審が訴因罰条の変更手続を履まずに、右のような判決をしたことは、その訴訟手続が違法であることを免れない」

【最決昭 53.3.6 刑集 32-2-218】自動車運転免許試験汚職事件(加重収賄・贈賄)[S52 あ 1115]

「「被告人甲は、公務員乙と共謀のうえ、乙の職務上の不正行為に対する謝礼の趣旨で、丙から賄賂を収受した」という枉法収賄の訴因と、「被告人甲は、丙と共謀のうえ、右と同じ趣旨で、公務員乙に対して賄賂を供与した」という贈賄の訴因とは、収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つて、基本的事

実関係においては同一である」（団藤補足あり）

＊その他の判断

【最判昭 28.5.29 刑集 7-5-1158】詐欺・横領・占有離脱物横領の同一性[S26 あ 4626]

詐欺→(予備：横領追加)横領で有罪→占有離脱物横領で有罪→棄却

「右詐欺の基本事実は被告人が大垣信用組合において岩田吉次に支払うべき預金払戻金三万五千円を不法に領得したとの事実であり、これと原審が認定した占有離脱物横領の事実とは、犯罪の日時、場所において近接し、しかも同一財物、同一被害者に対するいずれも領得罪であつて、その基本事実関係において異なるところがない。それ故、第一審が訴因の変更手続を経て横領と認定し、原審がこれを占有離脱物横領と認定しても公訴事実の同一性に欠くるところはない……原判決は第一審判決を破棄して自ら判決をなすに当り、訴因、罰条の変更手続を経ることなく一審の横領の認定を変じて占有離脱物横領としたことは所論のとおりであるが、本件被害金員を被告人が占有する関係を前者は委託に基づくものと観るに対し、後者はこれを占有離脱物の占有と観るに外ならず、すなわち、同一事実に対する法律的評価を異にするに過ぎないもので固より両者訴因を異にするものというを得ない。かくして問題は罰条の記載の点であるが、一審における各罰条の記載と原審の適用した罰条とが違つていることが被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞があるか否かについて考えると、原審において弁護人は第一審判決がした横領の事実認定を非難し自ら占有離脱物横領と認定すべき旨主張していること並びに横領罪と占有離脱物横領罪との刑の軽重等を考慮すれば、右罰条の記載の誤りは被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞があつたものとは認められない（最判昭 26.6.15 参照）」

【最判昭 24.1.25 刑集 3-1-58】詐欺→盗品等無償譲受(肯定)

【最判昭 25.5.16 刑集 4-5-818】窃盗→盗品等運搬(肯定)

【最判昭 25.9.21 刑集 4-9-1728】恐喝→収賄(肯定)

【最判昭 29.9.7 刑集 8-9-1447】窃盗→盗品等保管(肯定)

【最判昭 47.7.25 刑集 26-6-366】小松市寄附募集事件(詐欺→寄附募集条例違反:肯定)

・基本的事実の重なりあいの判断：両訴因の非両立性 ∵重なり合うほど同時併存が不可能

←非両立でも認められない場合はある＝例：業過致死→同一事件の真犯人を匿う犯人隠避

＊Ａ訴因事実の存在 → Ｂ訴因事実は論理的に存在しえない

例：同一日時・場所で同一被害者の同一財物に対する窃盗罪と強盗罪の両立

【最判昭 29.5.14 刑集 8-5-676】窃盗と盗品有償処分あっせん[S27 あ 4155]

「二つの訴因の間に、基本的事実関係の同一性が認められるかどうかは、各具体的場合に於ける個別的判断によるべきものである。そして、本件においては起訴状記載の訴因及び罰条は「被告人は昭和二五年一〇月一四日頃、静岡県長岡温泉古奈ホテルに於て宿泊中の大川正義の所有にかかる紺色背広上下一着、身分証明書及び定期券一枚在中の豚皮定期入れ一個を窃取したものである」「刑法二三五条」というのであつて，第一審第八回公判廷において予備的に追加された訴因及び罰条は「被告人は賍物たるの情を知りながら、一〇月一九日頃東京都内において自称大川正義から紺色背広上下一着の処分方を依頼され、同日同都豊島区池袋二丁目一〇三四番地山田惣悟方に於て金四千円を借受け、その担保として右背広一着を質入れし、以つて賍物の牙保をなしたものである」「刑法二五六条二項」というのである。そして、右予備的訴因において被告人が牙保したという背広一着が、起訴状記載の訴因において被告人が窃取したという大川正義所有の背広一着と同一物件を指すものであることは、本件審理の経過に徴し、極めて明らかである。従つて、右二訴因はともに大川正義の窃取された同人所有の背広一着に関するものであつて、ただこれに関する被告人の所為が窃盗であるか、それとも事後における賍物牙保であるかという点に差異があるにすぎない。そして、両者は罪質上密接な関係があるばかりでなく、本件においては事柄の性質上両者間に犯罪の日時場所等について相異の生ずべきことは免れないけれども、その日時の先後及び場

所の地理的関係とその双方の近接性に鑑みれば、一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解するを相当とすべく、従つて公訴事実の同一性の範囲内に属するものといわなければならない」(贓物牙保で有罪／棄却)

【最判昭 34.12.11 刑集 13-13-3195】窃盗と(代価の)業務上横領[S29 あ 2526]

業務上横領(馬の売価の一部横領)→一審で訴因変更許可(その馬の窃盗)・窃盗で有罪→控訴：公訴事実の同一性がなく破棄移送、窃盗を別件として起訴→差戻一審：窃盗有罪・横領無罪→棄却→棄却

本件の業務上横領と窃盗は「前者が馬の売却代金の着服横領であるのに対し、後者は馬そのものの窃盗である点並びに犯行の場所や行為の態様において多少の差異はあるけれども、いずれも同一被害者に対する一定の物とその換価代金を中心とする不法領得行為であつて、一方が有罪となれば他方がその不可罰行為として不処罰となる関係にあり、その間基本的事実関係の同一を肯認することができるから、両者は公訴事実の同一性を有するものと解すべく、従つて第一次第二審の判決がその同一性を欠くものと判断したのは誤りであるといわなければならない。かように第一次の控訴審が第一審判決の法令解釈に誤りがあるとしてこれを破棄、差戻し、第二次の第一審及び控訴審がその判決に従つた場合において、上告審たる最高裁判所は右第一次の控訴審の法律判断に拘束され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（最大判昭 32.10.9)。しかして第二次第一審における窃盗の公訴提起は第一次第二審の差戻判決の判断に従つて行われたものであるとの経緯にかんがみれば、右判断にして誤りであること前示のごとくである以上、右公訴の提起は実質において訴因変更の趣旨と解することができるのであつて、従つて二重起訴ではないといわなければならない（そして第二次第一審が窃盗の訴因につき有罪を認定し業務上横領の訴因はその不可罰的事後行為と認めて無罪を言渡したのに対してなされた本件控訴の申立の効果は、右有罪部分と不可分の関係にある業務上横領にも及ぶものというべきであるから、すでに確定裁判を経たものとして免訴の裁判をなすべき場合にも当らない)。従つて原判決が窃盗の公訴を棄却すべしとの論旨を排斥して第一審判決を支持したのは結局正当」

＊論理的にはありうるが、事案の具体的事実を前提とすると両訴因は両立しえない

例：同一被害者から同一財物を窃取したが、日時が１カ月違うなど(通常考えられない)

【最決昭 63.10.25 刑集 42-8-1100】使用時刻・場所・方法が異なる覚せい剤使用[S61 あ 916]

覚せい剤使用等→一審：使用の点は無罪→控訴：破棄差戻し→上告棄却

「起訴状記載の訴因は、「被告人は、『Ａちゃん』ことＢ某と共謀の上、法定の除外事由がないのに、昭和六〇年一〇月二六日午後五時三〇分ころ、栃木県芳賀郡ａ町ｂ番地の被告人方において、右Ｂをして自己の左腕部に覚せい剤であるフエニルメチルアミノプロパン約〇・〇四グラムを含有する水溶液約〇・二五ミリリツトルを注射させ、もつて、覚せい剤を使用した」というものであり、また、検察官が第一審裁判所において変更を請求した訴因は、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和六〇年一〇月二六日午後六時三〇分ころ、茨城県下館市ａ番地のｂ所在スナツク『Ｃ』店舗内において、覚せい剤であるフエニルメチルアミノプロパン約〇・〇四グラムを含有する水溶液約〇・二五ミリリツトルを自己の左腕部に注射し、もつて、覚せい剤を使用した」というものである。そして、記録によれば、検察官は、昭和六〇年一〇月二八日に任意提出された被告人の尿中から覚せい剤が検出されたことと捜査段階での被告人の供述に基づき、前記起訴状記載の訴因のとおりに覚せい剤の使用日時、場所、方法等を特定して本件公訴を提起したが、その後被告人がその使用時間、場所、方法に関する供述を変更し、これが信用できると考えたことから、新供述にそつて訴因の変更を請求するに至つたというのである。そうすると、両訴因は、その間に覚せい剤の使用時間、場所、方法において多少の差異があるものの、いずれも被告人の尿中から検出された同一覚せい剤の使用行為に関するものであつて、事実上の共通性があり、両立しない関係にあると認められるから、基本的事実関係において同一であるということができる」

第３款　訴因変更の許否

1. 有罪の可能性：裁判所は考慮する必要がない ∵訴因変更は検察官の権限

・変更後の訴因は無罪が予想される場合に、訴因変更を促し・変更を命じるべきことはありうる

【最判昭 42.8.31 刑集 21-7-879】札幌「英ちゃん」売春事件[S42 あ 191]

起訴状は売春防止法違反(12 条：管理売春)→訴因変更(同法 6 条 1 項：売春の周旋)：有罪→破棄差戻(訴因変更を許可すべきでなかった)→破棄差戻(高裁へ)

「§312-1 は、「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない。」と規定しており、また、わが刑訴法が起訴便宜主義を採用し（§248)、検察官に公訴の取消を認めている（§257）ことにかんがみれば、仮に起訴状記載の訴因について有罪の判決が得られる場合であつても、第一審において検察官から、訴因、罰条の追加、撤回または変更の請求があれば、公訴事実の同一性を害しない限り、これを許可しなければならない」

【大阪高判昭 56.11.24 判タ 464-170】無罪になるなら訴因変更を単純に許可すべきでない

2. 訴因変更の時機的限界：例外的に訴因変更請求が許されない場合

・訴因変更により著しく訴訟を遅延させ、被告人の防御を困難にする場合

・既に攻防の対象から外れた争点を蒸し返すような場合

【那覇高支判昭 51.4.5 判タ 345-321】沖縄復帰要求デモ事件[S49 う 182]

§312-4 に「かんがみると、右検察官の権限【訴因変更】といえども、被告人の防禦に実質的な不利益を生ぜしめないこととの適正な釣合いの上に成り立つていることが明らかであつて、もし、被告人の右不利益を生ずるおそれが著しく、延いて当事者主義の基本原理であり、かつ、裁判の生命ともいうべき公平を損うおそれが顕著な場合には、裁判所は、公判手続の停止措置にとどまらず、検察官の請求そのものを許さないことが、例外として認められる……ここにいう被告人の防禦に実質的な不利益のなかには、憲法上の要請でもある迅速な裁判をうけ得ないことからくる被告人の不安定な地位の継続による精神的物質的な消耗をも考慮に入れるべき」

本件訴因変更は公訴事実の同一性は満たすが、「検察官が弁護人の求釈明によつて自ら明瞭に訴因から除外することを確認した事実をあらためて復活させるに等しく（本件においてはこの事実即ち前記足蹴り行為が訴因にのぼせられるにおいては、被告人にとつては、本件殺人の点につきあらたな防禦範囲の拡大を強いられるのみならず、暴行、傷害、傷害致死等の実行行為としても独立に評価され、処断される危険にさらされることに留意すべきである)、しかも約二年六箇月の攻防を経て一貫して維持してきた訴因、即ち本件問題の行為が殺害行為そのものであるとの事実の証明が成り立ち難い情勢となつた結審段階のことであつてみれば、そうしてまた、被告人としては、右足蹴り行為につき、それまで明確に審判の対象から外され、従つて防禦の範囲外の事実として何ら防禦活動らしい活動をしてこなかつたことの反面、右問題の行為が、殺害行為どころか救助行為としての消火行為であるとの一貫した主張がようやく成功したかにみえる段階であつたことをも考えあわせてみれば、それはまさに、不意打ちであるのみならず、誠実な訴訟上の権利の行使（刑訴規則一条二項）とは言い難いうえに、右事実をあらたに争点とするにおいては、たとえば、読売新聞掲載の写真の撮影者等の証人喚問、フイルムの提出命令等の事態が十分予想され、被告人としても、これらに対するあらたな防禦活動が必然的に要請され、裁判所もまた十分にその機会を与えなければならないから、訴訟はなお相当期間継続するものと考えられ、迅速裁判の趣旨（刑訴規則一条一項）に反して被告人をながく不安定な地位に置くことによつて、被告人の防禦に実質的な著しい不利益を生ぜしめ、延いて公平な裁判の保障を損うおそれが顕著であるといわなければならない」

→訴因変更を許さなかったことは相当である（殺人→傷害致死有罪→破棄・無罪）

3. 訴因の順次的変更：A→C は不可だが、A→B と B→C は可のときに、A→B→C と変えるもの

＊例：窃盗教唆→窃盗正犯→盗品等無償譲受

＊判例なし、肯定説は訴因同士を比較して可否を決するからやむなしとする

4. 公判前整理手続後の訴因変更

【東京高判平 20.11.18 高刑集 61-4-6】狛江タクシー業過事件[H20 う 1744]

「公判前整理手続は，当事者双方が公判においてする予定の主張を明らかにし，その証明に用いる証拠の取調べを請求し，証拠を開示し，必要に応じて主張を追加，変更するなどして，事件の争点を明らかにし，証拠を整理することによって，充実した公判の審理を継続的，計画的かつ迅速に行うことができるようにするための制度である。このような公判前整理手続の制度趣旨に照らすと，公判前整理手続を経た後の公判においては，充実した争点整理や審理計画の策定がされた趣旨を没却するような訴因変更請求は許されない」「本件は，公判前整理手続では争点とされていなかった事項に関し，公判で証人尋問等を行った結果明らかとなった事実関係に基づいて，訴因を変更する必要が生じたものであり，仮に検察官の訴因変更請求を許可したとしても，必要となる追加的証拠調べはかなり限定されていて，審理計画を大幅に変更しなければならなくなるようなものではなかったということができる。そうすると，本件の訴因変更請求は，公判前整理手続における充実した争点整理や審理計画の策定という趣旨を没却するようなものとはいえないし，権利濫用にも当たらない」

第４款　訴因変更命令

1. 訴因変更命令(§312-2)：訴因変更は検察官の権限だが、裁判所は変更を命じることができる
∵当事者主義を徹底すると検察官が訴因を変更しないときは真実と矛盾する裁判をせざるをえないから、実体的真実の発見の要請から、明かに不合理な場合に例外的に後見的介入を認める
・訴因変更を促すのを優先し(則 208-1 による)、固執するなら命令を発すべき　∵検察官の権限
§312-2 裁判所は、審理の経過に鑑み適当と認めるときは、訴因又は罰条を追加又は変更すべきことを命ずることができる
2. 訴因変更を促し、又は命じる義務
・義務が生じる場合
＊公訴事実対象説：公訴事実全体を審判する義務がある以上、訴因と異なる事実が判明すれば、訴因変更を命じるべき（→訴因変更義務を肯定しやすい）
＊訴因対象説：訴因の設定・維持は当事者たる検察官の責任で、義務はあくまで例外的
＊通説・判例：原則として義務はないが、証拠上明白で事案が重大な場合は義務を肯定
∵訴因変更をしないことにより著しい不正義が存在するから

【最判昭 33.5.20 刑集 12-7-1416】義務を否定した例[S30 あ 3376]

業務上横領等→一部無罪→一部破棄差戻し(義務性肯定)→被告上告棄却

「原審がかかる場合、第一審は検察官に対し訴因変更の手続を促し又はこれを命じて審理判断をなすべきであつたと判示した点について考えてみるに、本件のような場合でも、裁判所が自らすすんで検察官に対し右のような措置をとるべき責務があると解するのは相当でない。したがつて原判示のように裁判所に積極的な責務を認めたことは誤り」しかし、公訴事実の同一性があるから破棄差戻しについては問題ない。

【最決昭 43.11.26 刑集 22-12-1352】伊勢市暴力団猟銃発砲事件(肯定)[S42 あ 1192]

殺人→無罪→(予備的追加の)重過致死で有罪→棄却

「裁判所は、原則として、自らすすんで検察官に対し、訴因変更手続を促しまたはこれを命ずべき義務はないのである（最判昭 33.5.20 参照）が、本件のように、起訴状に記載された殺人の訴因についてはその犯意に関する証明が充分でないため無罪とするほかなくても、審理の経過にかんがみ、これを重過失致死の訴因に変更すれば有罪であることが証拠上明らかであり、しかも、その罪が重過失によつて人命を奪うという相当重大なものであるような場合には、例外的に、検察官に対し、訴因変更手続を促しまたはこれを命ずべき義務があるものと解するのが相当である。したがつて原判決が、本件のような事案のもとで、裁判所が検察官の意向を単に打診したにとどまり、積極的に訴因変更手続を促しまたはこれを命ずることなく、殺人の訴因のみについて審理し、ただちに被告人を無罪とした第一審判決には審理不尽の違法があるとしてこれを破棄し、あらためて、原審で予備的に追加された重過失致死の訴因について自判し、被告人を有罪としたことは、違法とはいえない」

【最判昭 58.9.6 刑集 37-7-930】日大闘争事件(否定)[S55 あ 629]

公執妨害・傷害・傷害致死→一部無罪、一部有罪→検察控訴：破棄差戻→被告上告：破棄差戻

傷害・傷害致死につき現場共謀として公訴提起し、「検察官は、第一審審理の冒頭において、右訴因が現場共謀による実行正犯の趣旨である旨及び乙事実は甲事実とは別個の犯罪である旨の釈明をし、その後約八年半に及ぶ審理の全過程を通じて右主張を維持したので、乙事実に関する第一審における当事者の攻撃防禦は、検察官の右主張を前提とし、その犯行の現場に被告人らがいたかどうかの事実問題を中心として行われた。第一審裁判所は、審理の最終段階において、被告人太田、同塙の両名については」犯行時間に犯行現場にいて「犯行に加担したと認めるに足る証拠がなく、また、その余の被告人らについては、同日午前五時四〇分以前に右現場にいて犯行に加担したと認めるに足る証拠がないとの心証に達し、前記訴因を前提とする限り被告人らを無罪又は一部無罪と

するほかないものの、乙事実の訴因を右現場共謀に先立つ事前共謀に基づく犯行の訴因に変更するならばこれらの点についても犯罪の成立を肯定する余地がありうると考えて、裁判長から検察官に対し、第五四回公判において、甲・乙両事実の関係及び乙事実の共謀の時期・場所に関する検察官の従前の主張を変更する意思はないかとの求釈明をしたところ、検察官がその意思はない旨明確かつ断定的な釈明をしたので、第一審裁判所は、それ以上進んで検察官に対し訴因変更を命じたり積極的にこれを促したりすることなく、現場共謀に基づく犯行の訴因の範囲内において被告人らの罪責を判断し、被告人太田、同塙に対しては乙事実について無罪の、その余の被告人らに対しては前記五時四〇分過ぎ以降に生じた傷害、公務執行妨害についてのみ有罪……の各言渡しをした」
→原判決は訴因変更を命じ、少なくとも積極的に促す義務があったとする。

「第一審裁判所には検察官に対し訴因変更を命ずる等の原判示の義務があつたか否かの点につき検討すると、第一審において右被告人らが無罪とされた乙事実又はその一部が警察官一名に対する傷害致死を含む重大な罪にかかるものであり、また、同事実に関する現場共謀の訴因を事前共謀の訴因に変更することにより右被告人らに対し右無罪とされた事実について共謀共同正犯としての罪責を問いうる余地のあることは原判示のとおりであるにしても、記録に現われた前示の経緯、とくに、本件においては、検察官は、約八年半に及ぶ第一審の審理の全過程を通じ一貫して乙事実はいわゆる現場共謀に基づく犯行であつて事前共謀に基づく甲事実の犯行とは別個のものであるとの主張をしていたのみならず、審理の最終段階における裁判長の求釈明に対しても従前の主張を変更する意思はない旨明確かつ断定的な釈明をしていたこと、第一審における右被告人らの防禦活動は右検察官の主張を前提としてなされたことなどのほか、本件においては、乙事実の犯行の現場にいたことの証拠がない者に対しては、甲事実における主謀者と目される者を含め、いずれも乙事実につき公訴を提起されておらず、右被告人らに対してのみ乙事実全部につき共謀共同正犯としての罪責を問うときは右被告人らと他の者との間で著しい処分上の不均衡が生ずることが明らかであること、本件事案の性質・内容及び右被告人らの本件犯行への関与の程度など記録上明らかな諸般の事情に照らして考察すると、第一審裁判所としては、検察官に対し前記のような求釈明によつて事実上訴因変更を促したことによりその訴訟法上の義務を尽くしたものというべきであり、さらに進んで、検察官に対し、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではない」

3. 訴因変更命令の効力（検察官が従わなかった場合）

- 公訴事実対象説：被告人の防御のためだから、形成力がある
- 訴因対象説：審判対象そのものは検察官が決めるから、形成力はない

【最大判昭 40.4.28 刑集 19-3-270】茨城 3 区衆院選事件(形成力否定)[S37 あ 3011]

公選法違反幇助→公選法違反共同正犯で有罪→一部破棄自判・一部棄却→一部破棄差戻し(一審へ)

「共同正犯を認めるためには、幇助の訴因には含まれていない共謀の事実を新たに認定しなければならず、また法定刑も重くなる場合であるから、被告人の防禦権に影響を及ぼすことは明らかであつて、当然訴因変更を要する」「第一審は、第五回公判期日において共同正犯に訴因を変更すべきことを命じ、検察官から訴因変更の請求がないのに、裁判所の命令により訴因が変更されたものとしてその後の手続を進めたことが認められる。しかし検察官が裁判所の訴因変更命令に従わないのに、裁判所の訴因変更命令により訴因が変更されたものとすることは、裁判所に直接訴因を動かす権限を認めることになり、かくては、訴因の変更を検察官の権限としている刑訴法の基本的構造に反するから、訴因変更命令に右のような効力を認めることは到底できない」

（石坂反対）訴因変更は不要だし、変更命令に形成的効力を認めるべき

第５款　罰条変更

1.　罰条変更の必要性

・原則：不要　∵法律上の判断で裁判所の専権だから

・例外：被告人の防御に実質的な不利益を生じる場合

←被告人に法令適用についての弁論の機会を与えるため、原則として必要とすべき

【最決昭 53.2.16 刑集 32-1-47】罰条変更の必要性[S52 あ 1431]

「起訴状における罰条の記載は、訴因をより一層特定させて被告人の防禦に遺憾のないようにするため法律上要請されているものであり、裁判所による法令の適用をその範囲内に拘束するためのものではない……それ故、裁判所は、訴因により公訴事実が十分に明確にされていて被告人の防禦に実質的な不利益が生じない限りは、罰条変更の手続を経ないで、起訴状に記載されていない罰条であつてもこれを適用することができる」（刑 208 の暴行罪→暴力行為等処罰法違反を認定）

（大塚意見）「もともと、認定された事実に対していかなる罰条をあてはめるかは、法令の適用の問題であるから、裁判所の専権に属し、検察官の主張に拘束されるものではない。しかしながら、それは、当事者特に被告人にとつて本質的に重要な意味を有することであるから、刑訴法の基本原則である口頭弁論主義にかんがみ、これについても当事者に意見を述べる機会を与える必要がある……刑訴法上、起訴状に罰条を記載することが必要とされるとともに（二五六条）、これを追加・撤回・変更する際の手続が厳格に定められていること（三一二条）、また、実際上も、被告人に起訴状に記載されていない罰条についてまで意見を述べて防禦することを期待しがたいことを考慮するときは、起訴状記載の罰条に包含される軽い罰条を適用する場合を除き、検察官に対して罰条の追加・撤回・変更を命じ、又は釈明をすることにより、罰条の適用について意見を述べる具体的な機会を被告人に与えない限り（いわゆる刑訴手続の後見的機能）、裁判所において新たな罰条を適用することは許されない」

第６款　公訴提起の要件と訴因、不意打ち防止

1.　訴因変更と訴訟条件

・起訴状記載の訴因では訴訟条件が備わる　→　認定事実を基準にすると欠けている

例：訴因が強姦致傷　→　審理すると致傷は認められず、強姦につき告訴を欠く

⇒認定事実は訴因の枠内なので、訴因変更を経ずに公訴棄却の裁判をしてよい

【最判昭 31.4.12 刑集 10-4-540】訴因変更を経ず免訴すべき

名誉棄損で起訴されたが、認定は侮辱罪で、公訴時効が完成していたもの

【最判昭 48.3.15 刑集 27-2-128】訴因変更をせず公訴棄却すべき

40km 超過で起訴されたが、認定は 20km 超過で交通反則手続を経ていないため訴訟条件を欠く

＊異説：縮小認定は有罪を確保するための理論ゆえ、元の訴因で無罪とすべき

・変更前訴因では訴訟条件を欠く　→　変更後の訴因では備わっている

⇒訴因変更を許して実体審理をすべき

←訴因変更は許されない(通説)　∵提訴時の違法を許すべきではない

【最決昭 29.9.8 刑集 8-9-1471】訴訟条件を欠く起訴後の訴因変更(可能)[S26 あ 4394]

「本件公訴にかかる窃盗の事実が、刑法 244-1 後段の親告罪であるか否かは，最終的には、裁判所により事実審理の結果をまつて、判定さるべきものであり、必ずしも起訴状記載の訴因に拘束されるものではない。従つて、本件のように、事実審理の過程において起訴状に記載された訴因事実が前示の親告罪にあたることが明らかになつた場合にも、適法な告訴がないからといつて、所論のようにその起訴手続を直ちに無効であると断定すべきで

はない。尤も、かように訴因について訴訟条件を欠くことが明らかとなつたときは、裁判所は、もはや、この訴因について実体的訴訟関係を進展させることを得ないから、訴訟条件の欠缺が治癒または補正されない以上、その起訴手続は不適法、無効なものとして、公訴棄却の形式的裁判を以つて、その訴訟手続を終結せざるを得ないことはいうまでもない（刑訴 338:4）。しかし、本来の訴因が右の如く訴訟条件を欠くからといつて、現行法上、それだけで訴因の変更、追加を絶対に許さないとする理由は何ら存しない（親告罪と否とにより、直ちに公訴事実の同一性を失うものではない）。そして、本件においては、本来の訴因事実の一部について、訴因変更の手続が適法になされているのであつて、刑法二四四条の適用のない新しい訴因事実が裁判所により認定され、確定されたのであるから、その部分に関する限り本件被告事件は、本来、親告罪でなかつた訳であり、従つてこの点に関する本件起訴手続は、告訴がなくても、もともと有効であつて無効でなかつたことに帰するのである」

＊訴因変更と公訴時効：変更後の訴因の法定刑を基準に計算するが、時効は起訴時に停止する

【最決昭 29.7.14 刑集 8-7-1100】訴因変更と公訴時効[S27 あ 680]

「訴因罰条の変更によつて起訴状記載の公訴事実の同一性に何等消長を来たすことのない本件においては、本件起訴の時を基準として公訴時効完成の有無を判断すべきであつて、所論の如く訴因罰条の変更の時を基準とすべきでない」（詐欺罪→横領罪に訴因変更、起訴は 5 年経過前だが、訴因変更時には 5 年経過後であった）

2. 不意打ち防止の措置

・同一訴因内の事実であっても被告人に不意打ちとなる場合は違法（釈明等をすべき）

【最判昭 58.12.13 刑集 37-10-1581】控訴審で争点外の日時の共謀を認定[S55 あ 1284]

よど号ハイジャック事件の共謀共同正犯(3/12-14 の謀議関与→一審は 13 夜の謀議関与を認定→控訴審が 13 夜のアリバイを認めつつ、12 夜の謀議の存否を争点として顕在化させることなくこれを認定した)

「三月一二日夜喫茶店「白鳥」及びホテル「愛川」において被告人が塩見、田宮らと顔を合わせた際に、これらの者の間で本件ハイジヤツクに関する謀議が行われたという事実は、第一審の検察官も最終的には主張せず、第一審判決によつても認定されていないのであり、右一二日の謀議が存在したか否かについては、前述のとおり、原審においても検察官が特段の主張・立証を行わず、その結果として被告人・弁護人も何らの防禦活動を行つていないのである。したがつて、前述のような基本的認識に立つ原審が、第一審判決の認めた一三日夜の第一次協議の存在に疑問をもち、右協議が現実には一二日夜に行われたとの事実を認定しようとするのであれば、少なくとも、一二日夜の謀議の存否の点を控訴審における争点として顕在化させたうえで十分の審理を遂げる必要があると解されるのであつて、このような措置をとることなく、一三日夜の第一次協議に関する被告人のアリバイの成立を認めながら、率然として、右第一次協議の日を一二日夜であると認めてこれに対する被告人の関与を肯定した原審の訴訟手続は、本件事案の性質、審理の経過等にかんがみると、被告人に対し不意打ちを与え、その防禦権を不当に侵害するものであつて違法である」→但し、謀議関与自体は認定できるから上告棄却

第４節　公判手続

第１款 公判手続と訴訟指揮

1. 公判手続

・広義：公訴提起により事件が裁判所に係属後、審理がされ裁判が確定するまでの手続全体

・狭義：公判期日に公判廷で行われる手続

＊公判期日：裁判所・当事者・その他訴訟関係人が公判廷で訴訟行為をするために定められた時

・公判期日は裁判長が決める(§273)、裁判所による期日の変更(§276,277)

→被告人の召喚、検察官・弁護人に出廷・在廷を命じることができる(§278/2)

§273-1 裁判長は、公判期日を定めなければならない

#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

§276-1 裁判所は、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、公判期日を変更することができる

#2 公判期日を変更するには、裁判所の規則の定めるところにより、あらかじめ、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない。但し、急速を要する場合は、この限りでない

#3 前項但書の場合には、変更後の公判期日において、まず、検察官及び被告人又は弁護人に対し、異議を申し立てる機会を与えなければならない

§277 裁判所がその権限を濫用して公判期日を変更したときは、訴訟関係人は、最高裁判所の規則又は訓令の定めるところにより、司法行政監督上の措置を求めることができる

§278/2-1 裁判所は、必要と認めるときは、検察官又は弁護人に対し、公判準備又は公判期日に出頭し、かつ、これらの手続が行われている間在席し又は在廷することを命ずることができる

＊公判廷：裁判所庁舎内の法廷が原則(§282)、一審ではでは被告人も原則出廷(§283-286)

§282-1 公判期日における取調は、公判廷でこれを行う

#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

§283 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る

§284 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

§285-1 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

§286 前三条に規定する場合の外、被告人が公判期日に出頭しないときは、開廷することはできない

・但し、出頭困難等の事情があれば不在廷でも公判期日を行える(§286/2,§341)

§286/2 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

§341 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

・公判廷での被告人：原則として身体拘束できない(§287) ∵防御活動の保障のため

←裁判長の許可なく退廷できない(§288)

§287-1 公判廷においては、被告人の身体を拘束してはならない。但し、被告人が暴力を振い又は逃亡を企てた場合は、この限りでない

#2 被告人の身体を拘束しない場合にも、これに看守者を附することができる

§288-1 被告人は、裁判長の許可がなければ、退廷することができない

・公判廷での弁護人

→必要的弁護事件(重罪:§289、公判前・期日間整理手続:§316/29、即決裁判手続:§350/9)

§289-1 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あたる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない

【最決昭 30.3.17 刑集 9-3-500】弁護人の在廷の必要性(人定質問：不要)

【最判昭 30.1.11 刑集 9-1-8】弁護人の在廷の必要性(判決宣告：不要)

2. 公判手続の基本原則

・公判中心主義：公判での手続で、事実の存否を確認する必要がある

・弁論：当事者双方の主張及び立証のこと

＊原則は当事者の弁論に基づいて判決 ←訴因変更命令や職権証拠調べが可能(§312-2,298-2)

∵民事訴訟より実体的真実発見の要請が強い

・公開主義(憲 37-1,82-1)

＊違反すると控訴審で破棄される(§377:3,397-1)

∵歴史的には権力者の恣意的な裁判を排除する目的、現代では公正な裁判の制度保障

【最大判平 1.3.8 民集 43-2-89】レペタ事件[S63 オ 436]

（四ツ谷意見）「憲法八二条一項の規定の趣旨は、裁判を一般に公開して裁判が公正に行われることを制度として保障し、ひいては裁判に対する国民の信頼を確保しようとすることにあって」

＊公開の範囲

【東京高判昭 32.7.20 東高時報 8-7-215】傍聴券による入廷制限は公開主義に反しない

＊公開主義の例外

憲 82-2 裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件の対審は、常にこれを公開しなければならない

・口頭主義

＊判決は原則として口頭弁論に基づいてこれをしなければならない(§43-1)

→公判期日における審理は原則として口頭による（→裁判官交代時は公判手続の更新が必要）

§43-1 判決は、この法律に特別の定のある場合を除いては、口頭弁論に基いてこれをしなければならない

・直接主義

＊裁判所は自ら取り調べた証拠に基づいてのみ判決することができる（憲 37-2）

3. 訴訟指揮

§294 公判期日における訴訟の指揮は、裁判長がこれを行う

・意義：争点に関する当事者の攻撃防御が合理的かつ円滑に行われ、真相究明につながるよう、

裁判所が訴訟の進行のため当事者に対し公正な立場で適正に制御をすること

・範囲：明文の法規、訴訟の基本構造に反しない限り、状況に応じて適切な処置ができる

・裁判長がするが、重要なものは裁判所がする(§297,313,314,312-4,312 等)

＊異議：証拠調べは法令違反・不相当、それ以外は法令違反がある場合のみ(§309,則 205)

・異議の対象：裁判所・裁判官だけでなく、訴訟関係人の発問等の行為も対象、不作為もよい

§309-1 検察官、被告人又は弁護人は、証拠調に関し異議を申し立てることができる

#2 検察官、被告人又は弁護人は、前項に規定する場合の外、裁判長の処分に対して異議を申し立てることができる

#3 裁判所は、前二項の申立について決定をしなければならない

則 205-1 法§309-1 の異議の申立は、法令の違反があること又は相当でないことを理由としてこれをすることができる。但し、証拠調に関する決定に対しては、相当でないことを理由としてこれをすることはできない

則 205-2 法§309-2 の異議の申立は、法令の違反があることを理由とする場合に限りこれをすることができる

・異議申立ての方式・時期、決定の時期(則 205/2,/3)、重ねての異議申立ての禁止(則 206)

則 205/2 異議の申立は、個々の行為、処分又は決定ごとに、簡潔にその理由を示して、直ちにしなければならない

則 205/3 異議の申立については、遅滞なく決定をしなければならない

＊応答は決定：却下(時機に後れるなど不適法:則 205/4)、棄却(理由がない:則 205/5)

・理由あり(則 205/6)：申立てに対応する決定、取調べた証拠なら排除決定(職権も可:則 207)

則 205/6-1 異議の申立を理由があると認めるときは、異議を申し立てられた行為の中止、撤回、取消又は変更を命ずる等その申立に対応する決定をしなければならない

#2 取り調べた証拠が証拠とすることができないものであることを理由とする異議の申立を理由があると認めるときは、その証拠の全部又は一部を排除する決定をしなければならない

・陳述の制限(§295)：裁判長は相当でない質問を制限できる

§295-1 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

#2 裁判長は、証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人を尋問する場合において、証人、鑑定人、通訳人若しくは翻訳人若しくはこれらの親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあり、これらの者の住居、勤務先その他その通常所在する場所が特定される事項が明らかにされたならば証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人が十分な供述をすることができないと認めるときは、当該事項についての尋問を制限することができる。ただし、検察官のする尋問を制限することにより犯罪の証明に重大な支障を生ずるおそれがあるとき、又は被告人若しくは弁護人のする尋問を制限することにより被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあるときは、この限りでない

#3 裁判長は、第二百九十条の二第一項又は第三項の決定があつた場合において、訴訟関係人のする尋問又は陳述が被害者特定事項にわたるときは、これを制限することにより、犯罪の証明に重大な支障を生ずるおそれがある場合又は被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがある場合を除き、当該尋問又は陳述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、同様とする

#4,#5 【検察官、弁護士の適当な処置の請求と応答義務】

【最大決昭 25.4.7 刑集 4-4-512】訊問を抑制することの可否[S23 つ 20]

判事忌避申立て→却下命令／抗告棄却／特別抗告棄却

「五月五日の公判廷で証人横田卓一に対し、抗告人（被告人）青木が「証人は果して良心的に高橋や瀬戸の取調

べに当つたか」と訊問したところ植村判所は、この問を制止し憲法が被告人に保障する証人訊問権を侵害したと主張するから按ずるに被告人の証人に対する正当な訊問を不当に抑制することは勿論右憲法の規定に反するものであるが、被告人のする如何なる訊問をも許さなければならないものではない。その事案の審理に必要ないか又は適切でないと認めえられる質問は裁判官において之を制止しても差支えはない。従つて植村判事が被告人の所論の如き質問を制限した事実があつたとしても、直ちに被告人の訊問権を不当に制限したものとはいえない」

【最大判昭 30.4.6 刑集 9-4-663】帝銀事件[S26 れ 2518]

「証人鈴木清取調の際裁判長は被告人に事件に関連性のない発問を許さなかつたことが認められるが、裁判長のこのような訴訟指揮権に基づく処置はなんら被告人の証人審問権を実質的に制限するものでないから、同じく前示憲法の規定に違反するものではない」（強盗殺人等→死刑／棄却）

・釈明等(則 208)：訴訟活動の矛盾を正したり、不備の補正、明確化をさせること

則 208-1 裁判長は、必要と認めるときは、訴訟関係人に対し、釈明を求め、又は立証を促すことができる

#2 陪席の裁判官は、裁判長に告げて、前項に規定する処置をすることができる

#3 訴訟関係人は、裁判長に対し、釈明のための発問を求めることができる

4. 法廷警察

・法廷秩序維持権限：開廷～閉廷まで。それに接着する前後の時間も可（入廷～退廷まで）

§288-2 裁判長は、被告人を在廷させるため、又は法廷の秩序を維持するため相当な処分をすることができる

裁判所 71-1 法廷における秩序の維持は、裁判長又は開廷をした一人の裁判官がこれを行う

#2 裁判長又は開廷をした一人の裁判官は、法廷における裁判所の職務の執行を妨げ、又は不当な行状をする者に対し、退廷を命じ、その他法廷における秩序を維持するのに必要な事項を命じ、又は処置を執ることができる

【最判昭 31.7.17 刑集 10-7-1127】法廷秩序維持権限の範囲[S29 あ 2084]

「退廷命令に基づき法廷外の何処まで退廷を執行し得るかは、法廷の秩序維持を必要とする具体的状況によつて異なる。本件の場合は、原判決の認定説示のような経過と事情の下に傍聴人全員に対し退廷命令が発せられたのであり、すなわち、傍聴人は多数であり、その上右退廷命令発令前既にこれらの傍聴人は静粛に退廷することを肯えんぜず喧騒を極め一部の者は警備員に対し反抗的態度にすら出ていたのである。かかる場合においては、本件建物内部の構造殊に本件法廷の位置およびその附近の状況（これらは当裁判所に顕著である）に照らし、所論の退去命令を用いることなく本件退廷命令に基づきその執行として、裁判官の指揮により右法廷の存する建物の外まですなわち右喧騒を聞知し得ない場所まで退去させることを得る」「裁判所法七一条の法廷秩序維持権を行使し得る場所的限界または範囲については，法廷の秩序を維持するに必要な限り、法廷の内外を問わず裁判官が妨害行為を直接目撃または聞知し得る場所まで及ぶ」「裁判所法七一条の法廷秩序維持権を行使し得る時間的範囲（始期と終期）は、法廷の開廷中およびこれに接着する前後の時間を含むと解するを相当とするから、たとえ所論のように判決の言渡し後であつてもこれを行使し得ることは明らか」（傷害公執妨害→有罪／棄却）

・傍聴制限：裁判所傍聴規則により制限される

【最大決昭 33.2.17 刑集 12-2-253】公判開始後の写真撮影禁止は合憲[27760603]

新聞社の写真班員が裁判長の制止にもかかわらず、壇上に登って写真を撮ったもの。

「憲法が裁判の対審及び判決を公開法廷で行うことを規定しているのは、手続を一般に公開してその審判が公正に行われることを保障する趣旨にほかならないのであるから、たとい公判廷の状況を一般に報道するための取材活動であつても、その活動が公判廷における審判の秩序を乱し被告人その他訴訟関係人の正当な利益を不当に害するがごときものは、もとより許されないところであるといわなければならない。ところで、公判廷における写真の撮影等は、その行われる時、場所等のいかんによつては、前記のような好ましくない結果を生ずる恐れがあるので、刑事訴訟規則二一五条は写真撮影の許可等を裁判所の裁量に委ね、その許可に従わないかぎりこれらの行為をすることができないことを明らかにしたのであつて、右規則は憲法に違反するものではない」

・妨害の排除：退廷命令

→従わないと法廷警備員等に退廷の執行を命じる、裁 73 審判妨害罪によって罰せられる

＊法廷等の秩序維持に関する法律：裁判所の決定で監置・過料・同併科ができる(同§2,4)

第２款　公判期日の手続

1. 冒頭手続(§291,則 196,197)

・人定質問(則 196)→起訴状の朗読→権利の告知→被告人の陳述

則 196 裁判長は、検察官の起訴状の朗読に先だち、被告人に対し、その人違でないことを確めるに足りる事項を問わなければならない

・起訴状朗読(§291-1)

＊起訴状の内容に不明な点がある場合：釈明を求めうる(則 208)

・対象：訴因の明示に必要な事項。被告人の防御に重要と思われる事項も含まれるル

§291-1 検察官は、まず、起訴状を朗読しなければならない

＊被害者特定事項の秘匿(§290/2,291-2,305-3)

§290/2-1 略 裁判所は、次に掲げる事件を取り扱う場合において、当該事件の被害者等若しくは当該被害者の法定代理人又はこれらの者から委託を受けた弁護士から申出があるときは、被告人又は弁護人の意見を聴き、相当と認めるときは、被害者特定事項を公開の法廷で明らかにしない旨の決定をすることができる

【1,2 号：わいせつ犯、3 号：被害者等の名誉又は社会生活の平穏が著しく害されるおそれ】

【2 項：被害者等の申出、3 項：裁判所の職権による秘匿】

§291-2 前条第一項又は第三項の決定があつたときは、前項の起訴状の朗読は、被害者特定事項を明らかにしない方法でこれを行うものとする。この場合においては、検察官は、被告人に起訴状を示さなければならない

【最決平 20.3.5 判タ 1266-149】被害者特定事項の秘匿は合憲

・証拠調べにあたっての相手方への配慮要求(§299/2,299/3)

§299/2 検察官又は弁護人は、前条第一項の規定により証人、鑑定人、通訳人若しくは翻訳人の氏名及び住居を知る機会を与え又は証拠書類若しくは証拠物を閲覧する機会を与えるに当たり、証人、鑑定人、通訳人若しくは翻訳人若しくは証拠書類若しくは証拠物にその氏名が記載されている者若しくはこれらの親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあると認めるときは、相手方に対し、その旨を告げ、これらの者の住居、勤務先その他その通常所在する場所が特定される事項が、犯罪の証明若しくは犯罪の捜査又は被告人の防御に関し必要がある場合を除き、関係者(被告人を含む。)に知られないようにすることその他これらの者の安全が脅かされることがないように配慮することを求めることができる

§299/3 検察官は、第二百九十九条第一項の規定により証人の氏名及び住居を知る機会を与え又は証拠書類若しくは証拠物を閲覧する機会を与えるに当たり、被害者特定事項が明らかにされることにより、被害者等の名誉若しくは社会生活の平穏が著しく害されるおそれがあると認めるとき、又は被害者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え若しくはこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあると認めるときは、弁護人に対し、その旨を告げ、被害者特定事項が、被告人の防御に関し必要がある場合を除き、被告人その他の者に知られないようにすることを求めることができる。ただし、被告人に知られないようにすることを求めることについては、被害者特定事項のうち起訴状に記載された事項以外のものに限る

・権利の告知(§291-3,則 197-1)

#3 裁判長は、起訴状の朗読が終つた後、被告人に対し、終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができる旨その他裁判所の規則で定める被告人の権利を保護するため必要な事項を告げた上、被告人及び弁護人に対し、被告事件について陳述する機会を与えなければならない

則 197-1 裁判長は、起訴状の朗読が終つた後、被告人に対し、終始沈黙し又個々の質問に対し陳述を拒むことができる旨の外、陳述をすることもできる旨及び陳述をすれば自己に不利益な証拠ともなり又利益な証拠ともなるべき旨を告げなければならない

・被告人・弁護人の陳述(§291-3)：公訴事実についての認否や抗弁を述べる

＊土地管轄の管轄違いの申立て(§331-2)・移送請求(§19)はここまでにしなければならない

【最大判昭 25.1.20 刑集 4-13-2870】被告人に供述を求める可否[S25 あ 35]

要旨「刑訴第２９１条による手続が終つた後、証拠調に入る前に裁判官が被告人に対し公訴事実について質問しても、必ずしも違法であるとはいえない」（公訴事実１は否認し、２について「別に述べることがない」と答えたのに対して、裁判長が被告人に質問して被告人が自白したもの、詐欺→有罪／棄却）

（栗山・藤田反対）公正な裁判といえないから破棄差戻しすべき

2. 公判の準備手続：公判前整理手続・期日間整理手続

・第１回公判期日後(＝冒頭手続終了後)の証拠調べ

＊公判期日外の証拠調べ：期日外での証人尋問等が可能(§303)、証人は制約あり

§303 公判準備においてした証人その他の者の尋問、検証、押収及び捜索の結果を記載した書面並びに押収した物については、裁判所は、公判期日において証拠書類又は証拠物としてこれを取り調べなければならない

＊公判期日外でも証拠調べの請求が可能、裁判所も公判期日会で許否を決定できる

3. 証拠調べ手続：冒頭手続後、公判前整理手続をしないなら証拠調べに進む(§292)

・検察官の冒頭陳述(§296)：証拠により証明すべき事実を明らかにすること

＊被告人又は弁護人の冒頭陳述(則 198)：裁量的だが、公判前整理手続後は必要的(§316/30)

＊偏見・予断を生じさせる事項の陳述禁止(§296 但書、則 198-2)

§292 証拠調べは、第二百九十一条の手続が終つた後、これを行う。ただし、次節第一款に定める公判前整理手続において争点及び証拠の整理のために行う手続については、この限りでない

§296 証拠調のはじめに、検察官は、証拠により証明すべき事実を明らかにしなければならない。但し、証拠とすることができず、又は証拠としてその取調を請求する意思のない資料に基いて、裁判所に事件について偏見又は予断を生ぜしめる虞のある事項を述べることはできない

則 198-1 裁判所は、検察官が証拠調のはじめに証拠により証明すべき事実を明らかにした後、被告人又は弁護人にも、証拠により証明すべき事実を明らかにすることを許すことができる

4. 論告・弁論(§293)：証拠調べのあとできる限り速やかに行う(則 211/2)

・論告：検察官がする、公訴事実及び量刑の基礎となる事実等について、証拠によってどの事実が認められるのかの意見と、その事実に対する実体法・手続法の具体的適用についての意見陳述

＊通常は科すべき具体的な刑の量定についての意見も述べる(求刑)

・許可された被害者参加人等の事実・法律の適用についての意見陳述(§316/38-1)

・弁論：被告人・弁護人がする意見陳述(通常は論告→弁護人の弁論→被告人の最終陳述:則 211)

§293-1 証拠調が終つた後、検察官は、事実及び法律の適用について意見を陳述しなければならない

#2 被告人及び弁護人は、意見を陳述することができる

＊論告・弁論の方法(則 211/3)

則 211/3 検察官、被告人又は弁護人は、証拠調べの後に意見を陳述するに当たり、争いのある事実については、その意見と証拠との関係を具体的に明示して行わなければならない

5. 弁論の終結(結審)：論告・弁論を終え、判決の宣告手続だけが残った状態

・主張・立証の不備が明かになったり、新たな事情が生じて裁判所が適当と認めると再開できる

§313-1 裁判所は、適当と認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、決定を以て、弁論を分離し若しくは併合し、又は終結した弁論を再開することができる

6. 判決の宣告：公判廷で裁判長がする(§342,則 35)、有罪だと上訴の方法を告知(則 220)

・その他：保護観察の趣旨等の説示(則 220/2)、判決宣告後の訓戒(則 221：説諭)

§342 判決は、公判廷において、宣告によりこれを告知する

則 35-1 裁判の宣告は、裁判長がこれを行う

#2 判決の宣告をするには、主文及び理由を朗読し、又は主文の朗読と同時に理由の要旨を告げなければならない

則 220 有罪の判決の宣告をする場合には、被告人に対し、上訴期間及び上訴申立書を差し出すべき裁判所を告知しなければならない

・判決書原本によらず宣告してもよいが、異なると宣告された内容が判決の効力を有する

【最判昭 25.11.17 刑集 4-11-2328】判決書作成前の判決宣告[S25 れ 456]

「裁判長は、判決の宣告をする旨を告げ、判決主文を朗読し、同時に理由の要旨を告げたことが明らかであるから、原判決の主文は、言渡の際に文書に記載せられていたものということができる。もとより判決は、その宣告するところと判決書に記載するところと異るようなことがないように、判決宣告の際に判決書の作成せられていることが望ましいことであり、殊に本件のように判決宣告後四〇日を経て判決書が作成せられるようなことは、妥当とはいえないが、それだからといつて直ちに右判決を違法であるということはできない」(物価統制令違反)

【最判昭 51.11.4 刑集 30-10-1887】判決書と宣告内容が異なる場合[S50 あ 2427]

「判決は、公判廷において宣告によりこれを告知し（刑訴法三四二条)、宣告によりその内容に対応した一定の効果が生ずるものと定められている（刑訴法三四二条ないし三四六条)。そうして、判決の宣告は、必ずしもあらかじめ判決書を作成したうえこれに基づいて行うべきものとは定められていない（最判昭 25.11.17、刑訴規則二一九条参照)。これらを考えあわせると、判決は、宣告により、宣告された内容どおりのものとして効力を生じ、たとい宣告された内容が判決書の内容と異なるときでも、上訴において、判決書の内容及び宣告された内容の双方を含む意味での判決の全体が法令違反として破棄されることがあるにとどまる」「決定については一定の限度で原裁判所の再度の考案による更正が認められているのに対し(刑訴法四二三条二項)、判決については、上告裁判所の判決に限り、一定の限度でその内容の訂正が認められているだけであつて（刑訴法四一五条)、第一審及び控訴審の裁判所の判決については、判決の訂正の制度が設けられていない。このことは、第一審及び控訴審の裁判所の判決は、その宣告により、もはや当の裁判所によつても内容そのものの変更が許されないものとなることを意味する」「判決の宣告は、裁判長（一人制の裁判所の場合には、これを構成する裁判官）が判決の主文及び理由を朗読し、又は主文の朗読と同時に理由の要旨を告げることによつて行うものであるが（刑訴規則三五条)、裁判長がいつたんこれらの行為をすれば直ちに宣告手続が終了し、以後は宣告をし直すことが一切許されなくなるものと解すべきではない。判決の宣告は、全体として一個の手続であつて、宣告のための公判期日が終了するまでは、完了するものではない。また、判決は、事件に対する裁判所の最終的な判断であつて、宣告のための公判期日が終了するまでは、終局的なものとはならない。そうしてみると、判決は、宣告のための公判期日が終了して初めて当の裁判所によつても変更することができない状態となるものであり、それまでの間は、判決書又はその原稿の朗読を誤つた場合にこれを訂正することはもとより（最判昭 47.6.15 参照)、本件のようにいつたん宣告した判決の内容を変更してあらためてこれを宣告することも、違法ではない……このように解することの妨げとなる法令の定めのないことはいうまでもなく、また、このように解することにより被告人その他の当事者に不当な不利益を与えたり、手続の明確性・安定性を害するものでもない」「本件についてみると、第一審裁判所の裁判官は、いつたん保護観察付き刑の執行猶予の判決を宣告した後、その内容を変更して実刑の判決を宣告したが、その変更は、判決宣告のための公判期日が終了する以前にこれを行つたことが明らかであるか

ら、変更後の判決が第一審裁判所の終局的な判断であつて、その内容どおりの判決が効力を生じたものというべきであり、かつ、変更後の判決内容にそつた判決書が作成されているのであるから、第一審判決及びこれを是認した原判決にはなんら法令の違反はない」
但し、一審は執行猶予つきにしてよいのに誤解から執行猶予なき量刑を言い渡し直したのであって、控訴審で量刑不当の主張をし損ねた、として一審の言い直し前の猶予付き懲役刑とした。

第３款　弁論の分離・併合

1. 弁論の分離・併合(§313-1)

・弁論：ここでは公判期日に当事者を関与させて行う審理のこと（１被告人１訴因ごとに１事件）

・客観的併合・分離：１人の被告人の複数の訴因を併合・分離すること

・主観的併合・分離：複数の被告人の事件を併合・分離すること

＊併合：数個の事件をまとめて審理する場合（併合罪や共犯など）

∵客：訴訟経済(立証の便宜、迅速審理)、被告人にとっての量刑上の有利(併合罪)

主：訴訟経済(重複立証回避)、共通事実の合一的確定、量刑のバランス

・併合起訴の場合 → 黙示の弁論併合決定があったとして扱われる

＊分離：併合審理が相当でないため、各別に審理する場合

∵客：複数事件の進行度合いが異なり、かえって円滑な進行が妨げられる

主：訴訟の遅延、訴訟指揮権に支障、防御方針の相反による被告人の権利保護の不十分

§313-1 裁判所は、適当と認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、決定を以て、弁論を分離し若しくは併合し、又は終結した弁論を再開することができる

・弁論の分離が必要な場合(§313-2,則 210)：防御相反等、被告人の権利保護のため必要なとき

§313-2 裁判所は、被告人の権利を保護するため必要があるときは、裁判所の規則の定めるところにより、決定を以て弁論を分離しなければならない

則 210 裁判所は、被告人の防禦が互に相反する等の事由があつて被告人の権利を保護するため必要があると認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、決定を以て、弁論を分離しなければならない

・国選弁護人は併合された事件も原則担当(§313/2)

2. 主観的併合の場合の証拠の取扱い

・訴訟手続は被告人ごとに別個に存在する（法律関係の個別性）

→ ある被告人との関係で取り調べた証拠が他の被告人との関係でも証拠になるわけではない

※被告人ごとに申請でき、被告人ごとに同意・不同意ができる

→ 併合前の証拠は、その被告人との関係で改めて取調べる必要がある

→ 併合後の証拠も、その被告人ないし検察官が請求するか職権で取調べる必要がある

【最判昭 45.11.5 判時 612-96】併合前に取り調べた証拠[S45 あ 675]

要旨「控訴裁判所が共同被告人の一人に対する一審判決判示の事実について事実誤認の有無を審査するにあたり、同被告人の関係では証拠調の手続を経ていない、他の共同被告人の関係で弁論併合前に取り調べた証拠をその資料に供することは、違法である」（贓物牙保）

・共同被告人：併合審理を受けている複数の被告人のこと（共犯とは別個の概念）

→ 共同正犯、教唆犯、幇助犯のほか、窃盗と盗品譲受、同一機会の薬物使用犯など

3. 審判の併合・分離(§5~8)

・審判の併合(§5,6,8)：裁判所の間で事件を移送し、ある裁判所でまとめて審理すること

・審判の分離(§7)：併合審判の事件を分離し、管轄の裁判所に移送して別に審理すること

第４款　公判手続の停止・更新

1.　公判手続を停止しなければならない場合

①被告人が心神喪失の状態にある間(§314-1)：検・弁の意見聴取後、決定で停止

←無罪、免訴、刑の免除、公訴棄却の裁判をすべきことが明かなら裁判をしてよい(但書)

【最決平 7.2.28 刑集 49-2-481】心神喪失の状態の意義[H3 あ 1048]

「刑訴法三一四条一項にいう「心神喪失の状態」とは、訴訟能力、すなわち、被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って相当な防御をすることのできる能力を欠く状態をいう……被告人は、耳も聞こえず、言葉も話せず、手話も会得しておらず、文字もほとんど分からないため、通訳人の通訳を介しても、被告人に対して黙秘権を告知することは不可能であり、また、法廷で行われている各訴訟行為の内容を正確に伝達することも困難で、被告人自身、現在置かれている立場を理解しているかどうかも疑問であるというのである。右事実関係によれば、被告人に訴訟能力があることには疑いがあるといわなければならない。そして、このような場合には、裁判所としては、同条四項により医師の意見を聴き、必要に応じ、更にろう（聾）教育の専門家の意見を聴くなどして、被告人の訴訟能力の有無について審理を尽くし、訴訟能力がないと認めるときは、原則として同条一項本文により、公判手続を停止すべきものと解するのが相当」（窃盗→控訴棄却／破棄差戻し(停止すべき)／棄却）

（千種補足）「仮に被告人に訴訟能力がないと認めて公判手続を停止した場合におけるその後の措置について付言すると、裁判所は、訴訟の主宰者として、被告人の訴訟能力の回復状況について、定期的に検察官に報告を求めるなどして、これを把握しておくべき……その後も訴訟能力が回復されないとき、裁判所としては、検察官の公訴取消しがない限りは公判手続を停止した状態を続けなければならないものではなく、被告人の状態等によっては、手続を最終的に打ち切ることができるものと考えられる。ただ、訴訟能力の回復可能性の判断は、時間をかけた経過観察が必要であるから、手続の最終的打切りについては、事柄の性質上も特に慎重を期すべきである」

【最判平 10.3.12 刑集 52-2-17】心神喪失の状態にないとしたもの[H8 あ 204]

常習累犯窃盗→有罪／破棄差戻し（停止すべきだった）／破棄差戻し：控訴審へ）

【最決平 18.9.15 判時 1956-3】訴訟能力を認めた例

②被告人が病気のため出頭できない間(§314-2)：同様

←軽微な罪で代理人を立てた場合(§284,285)を除く

③犯罪事実の存否の証明に不可欠の証人が病気のため公判期日に出頭不可の間(§314-3)

←公判期日外においてその取調べをするのを適当と認めればそれによる

④訴因・罰条の追加・変更により被告人の防御に実質的な不利益を報じるおそれ(§312-4)

§312-4 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

＊①～③は医師の意見を聴く必要あり(§314-4)

2.　公判手続を更新しなければならない場合

・裁判官交代等で口頭主義・直接主義が害される場合に、裁判所の心証を再構築するもの

①開廷後裁判官が変わったとき、判決宣告のみなら不要(§315)

②開廷後被告人の心神喪失により公判手続を停止した場合(則 213-1)

③開廷後長期間にわたり開廷しなかつた場合において必要があると認めるとき(則 213-2)

④簡易公判手続・即決裁判手続によって審判する旨の決定取消(§315/2,350/11-2)

←検察官及び弁護側に異議がなければ省略可(各但書)

・従前の手続の効力を維持した上、取調べた証拠のうち、証拠とすることができないと認めたものを除いて、職権で取調べる ※実際は則 213/2:4 により記録を公判廷外で精査して済ます

第５款　簡易公判手続及び即決裁判手続

1.　簡易公判手続

・意義：犯罪の成否に争いがなく、主に量刑が問題となる比較的軽微な事件の審理を合理化・迅速化するため、証拠調べ等を簡略化する手続

・要件：冒頭手続の陳述で起訴状記載の訴因につき有罪である旨の陳述があった訴因であること

（＝訴因事実の存在、違法性・責任阻却事由の不存在をいずれも認めること）

＋死刑・無期・短期１年以上の自由刑でないこと＋裁判所の決定

＊簡易公判手続によって審判をする旨の決定前の説明・確認義務(則 197/2)

§291/2 被告人が、前条第三項の手続【＝冒頭手続での被告・弁護人の陳述】に際し、起訴状に記載された訴因について有罪である旨を陳述したときは、裁判所は、検察官、被告人及び弁護人の意見を聴き、有罪である旨の陳述のあつた訴因に限り、簡易公判手続によつて審判をする旨の決定をすることができる。ただし、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事件については、この限りでない

則 197/2 被告人が法§291-2 の機会に公訴事実を認める旨の陳述をした場合には、裁判長は、被告人に対し簡易公判手続の趣旨を説明し、被告人の陳述がその自由な意思に基くかどうか及び法§291/2 に定める有罪の陳述にあたるかどうかを確めなければならない。但し、裁判所が簡易公判手続によることができず又はこれによることが相当でないと認める事件については、この限りでない

【最判昭 37.2.22 刑集 16-2-203】簡易公判手続は合憲(憲 37-2 等に反しない)

【最判昭 34.10.9 刑集 13-11-3034】有罪である旨の陳述の内容[S34 あ 1253]

「被告人は第一審第一回公判における被告事件に対する供述において、「事実はその通りです。尚有罪で処断されても異議はありません」と述べているから……刑訴二九一条の二にいう「有罪である旨の陳述」があつたものと認められる」（窃盗→有罪／棄却）

・内容

＊伝聞禁止の法則が適用されない(§320-2)：例外あり

§320-2 §291-2 の決定があつた事件の証拠については、前項の規定は、これを適用しない。但し、検察官、被告人又は弁護人が証拠とすることに異議を述べたものについては、この限りでない

＊証拠調べ手続に関する規定の不適用(§307/2)：公判期日に適当と認める方法で行える

§307/2 §291/2 の決定があつた事件については、§296、§297、§300 乃至§302 及び§304 乃至前条の規定は、これを適用せず、証拠調は、公判期日において、適当と認める方法でこれを行うことができる

・決定の取消し(§291/3)：簡易公判手続によることができないか、それが不相当な場合

§291/3 裁判所は、前条の決定があつた事件が簡易公判手続によることができないものであり、又はこれによることが相当でないものであると認めるときは、その決定を取り消さなければならない

2.　即決裁判手続

・意義：争いのない軽微な事件について手続の合理化・合理化・迅速化を図るもの

・手続

＊申立て(§350/2)：検察官が公訴提起と同時に書面で即決裁判手続の申立てをする(#1)

・要件：被疑者の同意(#2)＋軽微な罪(死・無期・短期１年以上自由刑以外)

§350/2-1 検察官は、公訴を提起しようとする事件について、事案が明白であり、かつ、軽微であること、証拠調べが速やかに終わると見込まれることその他の事情を考慮し、相当と認めるときは、公訴の提起と同時に、書面により即決裁判手続の申立てをすることができる。ただし、死刑又は無期若しくは短期一年以上の懲役若し

くは禁錮に当たる事件については、この限りでない

・弁護人の必要的関与(§350/4,350/9)、弁護人の同意がないと手続自体できない(§350/6)

＊手続の内容

・申立て後、検察・弁護側の意見聴取を経てできるだけ早い時期に公判期日を定める(§350/7)

・被告人が有罪陳述をすれば、原則的に即決裁判手続によって審判をする決定をする(§350/8)

§350/8 裁判所は、即決裁判手続の申立てがあつた事件について、§291-3 の手続に際し、被告人が起訴状に記載された訴因について有罪である旨の陳述をしたときは、次に掲げる場合を除き、即決裁判手続によつて審判をする旨の決定をしなければならない

【1 号：被告人・弁護人の同意の撤回、2 号：選任された弁護人の不同意・同意撤回、3 号：その他即決裁判手続によることができないものであると認めるとき、 4 号：即決裁判手続が相当でないと認めるとき】

・簡易な方法による証拠調べ(§350/10)、伝聞禁止法則の原則不適用(§350/12)

§350/10 §350/8 の決定のための審理及び即決裁判手続による審判については、§284、§285、§296、§297、§300 から§302 まで及び§304 から§307 までの規定は、これを適用しない

#2 即決裁判手続による証拠調べは、公判期日において、適当と認める方法でこれを行うことができる

§350/12 §350/8 の決定があつた事件の証拠については、§320-1 の規定は、これを適用しない。ただし、検察官、被告人又は弁護人が証拠とすることに異議を述べたものについては、この限りでない

・できる限り即日判決の言渡しをする(§350/13)

＊科刑制限：懲役・禁錮を言渡す場合は執行猶予の言渡しも必要的(§350/14)

＊上訴制限：事実誤認を理由とした控訴・上告の禁止(§403/2,413/2)

【最判平 21.7.14 刑集 63-6-623】即決裁判手続の上訴制限は合憲

・決定の取消し(§350/11)：刑の言い渡し前の被告人・弁護人の同意撤回、有罪の陳述撤回、即決裁判手続によることができない・相当でないと認めるとき

第２章　証拠法

第１節　証拠法総論

第１款　証拠の意義と証拠裁判主義

1. 証拠：犯罪事実の認定における合理的推論の根拠となる資料

・証拠法：事実認定に関する法則のこと(証拠の許容性・証拠調べ手続の定め＝自白・伝聞法則等)

・証拠資料：証言や証拠物の内容・形状など、推論の資料そのもの

・証拠方法：証人や証拠物など証拠資料の供給源

＊人証：証人・鑑定人・被告人、口頭で証拠を提出する証拠方法 → 尋問(§304)・質問(§311)

＊物証：凶器・現場などその物の存在・状態が証拠資料 → 展示(§306)・検証(§128)

＊書証：記載内容が証拠資料となる書面

→証拠書類は朗読(§305)、証拠物たる書面は朗読及び展示(§307)：代替性の有無

【最判昭 27.5.6 刑集 6-5-736】証拠書類と証拠物たる書面の区別[S25 あ 2962]

「証拠となつた書面が、証拠書類（刑訴三〇五条）であるか又は証拠物たる書面（三〇六条三〇七条）であるかの区別は、その書面の内容のみが証拠となるか（前者）、又は書面そのものの存在又は、状態等が証拠となるか（後者）によるのであつて、その書面の作成された人、場所又は手続等によるのではない」

2. 区別

・取得のための強制処分の差異(人的証拠は原則人証だが、傷跡などは物証となる)

＊人的証拠：証拠方法が自然人である場合 → 召喚・勾引による

＊物的証拠：証拠方法が自然人以外の場合 → 押収による

・証明対象による区別

＊直接証拠：犯罪事実(主要事実)を直接証明するのに用いられる証拠

→例：目撃者の証言、被害者の証言、被告人の自白、それらの供述調書

＊間接証拠(情況証拠)：一定の事実(間接事実)を証明し犯罪事実の証明に寄与する証拠

→例：犯行現場の指紋、凶器の存在を証明する証拠

※間接事実のことを情況証拠ということもある

・要証事実と証拠

＊本証：挙証責任を負う側の提出する証拠(通常は検察官)

＊反証：相手方が要証事実を否定し、疑いを生じさせるために提出する証拠

・証明の方向による区別

＊実質証拠：犯罪事実の存否の証明に向けられる証拠

＊補助証拠：実質証拠の証明力に影響を及ぼす事実を証明する証拠

→弾劾証拠(証明力を弱める)、増強証拠(証明力を強める)、回復証拠(弱められた証明力を回復)

・供述にあたるか否か：証拠物も検証し調書にすると供述証拠(検証者の評価が叙述されるから)

＊供述証拠：言語又はその代わりの動作で表現された供述(認識・判断の叙述)が証拠になる

←供述者が誤る危険性があるため、証拠にするためには反対尋問等を要する

・伝聞証拠：公判廷外の供述を内容とする証拠で、内容の真実性を立証しようとするもの

＊非供述証拠：物の存在・状態などを証明するためのそれ以外の証拠

←供述者の誤りの危険性がないため、犯罪事実との関連性があれば証拠にできる

3. 証拠裁判主義(§317)：事実の認定は証拠に基づくものでなければならないという原則

   →犯罪事実については厳格な証明を要するという趣旨も含む

   →民訴のように弁論の全趣旨による認定ができない

   ※自白偏重主義の反省＋神判のような証拠によらない裁判の排除・事実存否の合理的認定

   §317 事実の認定は、証拠による

- 「事実」：訴訟で問題となる一切の事実のうち、犯罪事実をいう
- 「証拠」：許容性のある証拠（＝証拠能力・証明力・適式の証拠調べを経ていること）をいう

第２款　証拠能力と証明力

1. 自由心証主義(§318)：証拠の証明力を裁判官の自由な判断に委ねるもの(⇔法定証拠主義)

　∵裁判官の理性と良心を信頼して自由心証主義にした方が実体的真実の発見に資する

　←恣意的判断は不可：裁判官による経験則に適合した合理的判断がされているか

　§318 証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる

・唯一の例外：自白だけでは有罪にできない(憲 38-3、§319-2)

・制約：証拠の範囲の制限(証拠能力)、挙証責任(疑わしきは被告人の利益に)

・立証趣旨の拘束力

　＊固有の意味での立証趣旨の拘束力(判例・多数)

　　→ 事実Ａの存在が立証趣旨の証拠から、Ａの不存在を認定：可能　∵自由心証主義

　＊証拠能力の相対性：証拠能力は立証趣旨との関係で相対性がある(有力)

　　→ 事実Ａの存在が立証趣旨の証拠から、Ｂの存在を認定：不可

2. 証明力(証拠価値)：証拠が事実についての心証を形成させる力（証拠の実質的価値）

　←一般に形式的・一義的には決定しえず、当事者間に対立が生じうる

・信用性：その証拠がどの程度信用できるのか

　→秘密の暴露や他の証拠・客観的証拠と符合するか否か

・狭義の証明力：証拠と事実との間の関連性の大きさ

　→「犯人の顔を目の前で見た」と「500m 先の犯人の顔を見た」の違い

3. 証拠能力：証拠として事実認定に用いることのできる適格性（証拠の形式的資格）

・狭義：厳格な証明の資料として公判廷で取り調べることのできる証拠の法律上の資格

　→証拠能力がないと、事実認定に用いることだけでなく、証拠調べ自体が許されない

　　∵証拠調べによって裁判官の心証形成に不当な影響を及ぼすおそれがあるから

　＊証拠能力がない場合の扱い：取調べ請求の却下、相手方は異議可能(§309)

　・取調後は職権による排除(則 207)、当事者の異議申立てで理由があるとして排除(§205/6-2)

・例：自白法則、伝聞法則など。他に証拠禁止(手続などの理由から証拠の資格を奪うもの)

　→任意性を欠く自白等(憲 38-2,§319-1,322-1)、違法収集証拠

4. 証明力・証拠能力とこれらを欠く証拠(関連性)

・自然的関連性：証拠の性質として実質的に証明力を欠く場合

　＊当該事件に関する意思表示文書：起訴状、弁護人の弁論記載書面、当事者の証拠説明書等

　　←告訴状・告発状等は犯罪事実の申告部分に限って証拠能力あり

・法律的関連性：事実認定を誤らせる危険性から証拠能力が制限される場合

　＊伝聞法則・自白法則など証拠能力を欠く場合

　＊うわさ・想像・意見を内容とする証拠、悪性格立証の禁止(証明力を欠く)

　・悪性格の立証(特に同種前科・同種余罪)は原則として許されない

　　∵不当な偏見を与え、事実認定を誤らせるおそれがあるから

　　←主観的要件(故意・知情)は同種前科・同種余罪で立証してよい

事実認定の資料とはせず、余罪を量刑資料の１つとして考慮することも可能

【最決昭 41.11.22 刑集 20-9-1035】主観的要素の同種前科による認定(肯定)[S41 あ 1409]

「犯罪の客観的要素が他の証拠によつて認められる本件事案の下において、被告人の詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を、被告人の同種前科の内容によつて認定した原判決に所論の違法は認められない」（詐欺）

【最判平 24.9.7 刑集 66.9.907】同旨(犯罪の手口など態様に際立った特徴がある場合)

・ 証拠禁止：違法収集証拠排除のこと

第３款　証明

1. 証明：証拠によって過去の事実の存在を推論させ、その事実につき一定の心証を抱かせること
2. 種類
   - 厳格な証明：証拠能力が認められ、かつ公判廷での適法な証拠調べを得た証拠による証明

     【最判昭 38.10.17 刑集 17-10-1795】厳格な証明の意義[S35 あ 1378]

     「「厳格な証明」とは、刑訴の規定により証拠能力が認められ、かつ、公判廷における適法な証拠調を経た証拠による証明を意味するものと解すべき」（爆発物取締罰則違反→有罪／棄却）
   - 自由な証明：手続的な事実等については厳格な証明ほど手続規制をしない

     ＊証明すべき事実に応じて要求される内容は異なるが、証拠能力の制限はない

     →任意性のない供述は用いることができないので、重要なのは伝聞法則の制約がない点

     ＊適正な証明：上訴の関係で、証拠の記録をし、反証のため証拠調べをするような場合

     →簡易公判手続の"適当と認める方法"(§307/2)など
   - 疎明：裁判官に確からしいという程度の心証(推測)を生じさせれば足りる

     ＊対象は訴訟手続上の事項に限られる(§206-1,227-2 等)、手続は緩やか
3. 心証の程度
   - 確信：合理的な疑いを生ずる余地のない程度に真実であるとの心証 → 厳格な証明
   - 証拠の優越：肯定証拠が否定証拠を上回る程度の心証 → 自由な証明(一部は確信を要する)
   - 推測：一応の蓋然性が認められるという心証 → 疎明

     【最判昭 23.8.5 刑集 2-9-1123】証明の程度(確信の意義)[S23 れ 441]

     「元来訴訟上の証明は、自然科学者の用ひるような実験に基くいわゆる論理的証明ではなくして、いわゆる歴史的証明である。論理的証明は「真実」そのものを目標とするに反し、歴史的証明は「真実の高度な蓋然性」をもつて満足する。言いかえれば、通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明ができたとするものである。だから論理的証明に対しては当時の科学の水準においては反証というものを容れる余地は存在し得ないが、歴史的証明である訴訟上の証明に対しては通常反証の余地が残されている」（被害者の財布を隠し持っていたのは、交際のきっかけを作るためとの窃盗の故意を否定する弁解を容れない理由として）

     【最決平 19.10.16 刑集 61-7-677】ＴＡＴＰ殺人未遂事件[H19 あ 398]

     「刑事裁判における有罪の認定に当たっては，合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要である。ここに合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは，反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく，抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして，その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には，有罪認定を可能とする趣旨である。そして，このことは，直接証拠によって事実認定をすべき場合と，情況証拠によって事実認定をすべき場合とで，何ら異なるところはないというべきである」（爆発物取締罰則違反・殺人未遂→有罪／棄却）

     【最判平 22.4.27 刑集 64-3-233】情況証拠による事実認定での証明の内容[H19 あ 80]

     「刑事裁判における有罪の認定に当たっては，合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要であるところ，情況証拠によって事実認定をすべき場合であっても，直接証拠によって事実認定をする場合と比べて立証の程度に差があるわけではないが（最判平 19.10.16 参照），直接証拠がないのであるから，情況証拠によって認められる間接事実中に，被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは，少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていることを要するものというべきである。ところが，本件において認定された間接事実は，以下のとおり，この点を満たすものとは認められず，第１審及び原審において十

分な審理が尽くされたとはいい難い」(殺人・現住建造物等放火→無期懲役／死刑／破棄差戻し(一審へ)／無罪)

4. 厳格な証明の対象：犯罪事実やこれに準ずる重要な事実

・刑罰権の存否に関わる事実

＊犯罪事実：構成要件に該当する違法・有責な事実をいう

・構成要件該当事実(故意・過失、実行行為・結果・因果関係)

・違法性・有責性の基礎となる事実、違法性阻却事由・責任阻却事由該当事実の不存在

【最大判昭 33.5.28 刑集 12-8-1718】共謀共同正犯における共謀は厳格な証明の対象

＊犯罪事実に準ずる重要な事実

・客観的処罰条件の存在(事前収賄罪での公務員就職、破産犯罪の破産手続開始決定確定など)

・処罰阻却事由の不存在(国会議員:憲 51、親族相盗例、親族相隠例など)

＊厳格な証明の対象となる事実を推測させる間接事実

・刑罰の量を定める事実

＊刑の加重事由(累犯前科:刑 56、併合罪成立を妨げる確定判決の存在:刑 45 後段)

【最判昭 23.3.30 刑集 2-3-277】累犯前科は自由な証明で足りる(下で変更)

【最大決昭 33.2.26 刑集 12-2-316】累犯前科は厳格な証明を要する

【最判昭 36.11.28 刑集 15-10-1774】刑 45 後段の確定判決の存在は厳格な証明を要する

＊刑の減免事由の不存在(未遂、従犯、心神耗弱、過剰防衛、過剰避難、自首)

5. 自由な証明の対象：量刑資料の情状証拠など(但し、犯情は厳格な証明)

・量刑資料(情状)：内容によって厳格な証明。自由な証明も少なくとも適正な証明が必要

＊犯罪事実に属する情状(犯情)：犯行動機・手段・方法・被害の程度など → 厳格な証明

＊犯罪事実に属さない情状：犯行後の反省・被害弁償・性格・環境など → 自由な証明

∵犯情は犯罪事実と不可分だが、それ以外は質的な差があり、非類型的で証明が大変になる

→実務上は厳格な証明による場合が多い(特に被害弁償) ∵実際は量刑が当事者の最大の関心事

【最判昭 24.2.22 刑集 3-2-221】執行猶予すべき情状の有無の判断[S23 れ 1414]

「刑の執行を猶予すべき情状の有無に関する理由は判決にその判断を示すことを要する事項ではなく、またその証拠理由を示す必要もないところであるが、刑の執行を猶予すべき情状の有無と雖も、必ず適法なる証拠にもとずいて、判断しなければならぬ……ただこの情状に属する事項の判断については、犯罪を構成する事実に関する判断と異り、必ずしも刑事訴訟法に定められた一定の法式に従い証拠調を経た証拠にのみよる必要はない。たとえば公判において旧刑事訴訟法第三四〇条の手続を履践しない上申書の類のごときものでも、これを採つて、或は被告人の素行性格等を認め、或は被害弁償の事実を認定して、これを、刑の執行を猶予すべき情状ありや否やの判断に資することは毫も差しつかえない」(食管法違反→猶予なし懲役４月／棄却)

・訴訟法上の事実

＊訴訟条件の有無(終局判決の基礎)、証拠能力に関する事実 → 訴訟上重要なので適正な証明

・実務上は親告罪の告訴・自白の任意性は厳格な証明による

＊期日変更決定・弁論併合決定・公判手続停止決定・控訴棄却決定等の基礎となる事実など

→自由な証明で足りる

【最決昭 58.12.19 刑集 37-10-1753】証人申請の採否判断資料(自由な証明)[S57 あ 1144]

「原審が刑訴法三二三条三号に該当する書面として取り調べた水海道電報電話局長作成にかかる取手警察署長宛昭 57.5.11 付回答書は、弁護人申請にかかる送付嘱託の対象物（守谷局〇三九三番の加入電話へ架電された電話についての逆探知資料）は存在しないという事実を立証趣旨とするものであつて、原審が右逆探知資料の送付嘱託を行うことの当否又は右逆探知に関する証人申請の採否等を判断するための資料にすぎないところ、右のような訴訟法的事実については、いわゆる自由な証明で足りるから、右回答書が刑訴法三二三条三号の書面に該当すると否とにかかわらず、これを取り調べた原審の措置に違法はない」(身代金目的拐取等→有罪／棄却)

6. 証明の必要のない事実

・法規や経験法則 ∵事実そのものではなく、準則であるから

＊例外：一部の外国法・慣習法・専門的な経験法則等、特別の知識・経験を要するもの

・公知の事実：通常の知識・経験を持つ人が疑いを持たない程度まで一般に知れている事実

→厳格な証明の対象であっても、証明の必要がない ∵誰もが真実と認めているから

＊「一般に知れている」の範囲：その地域で知られていれば足りる

＊例：歴史的事実、事実状態(新宿に高層ビルが多い)、一般的な情報(飲酒で判断力が低下)、概念の内容・記号の意味(MO,DVD の意味)など

【最決昭 41.6.10 刑集 20-5-365】公知の事実(自動車の速度規制)[S39 あ 2386]

「東京都内においては、東京都道路交通規則……六条により、原則として普通自動車の最高速度が四〇キロメートル毎時と定められており、右規制が東京都公安委員会の設置する道路標識によつて行われていることは、公知の事実ということができるから、その認定につき、必ずしも証拠を要しない」(道交法違反→有罪／棄却)

【最判昭 31.5.17 刑集 10-5-685】公知の事実(公職選挙の立候補・結果)[S28 あ 5266]

「「被告人は昭和二十七年五月二十五日施行の富山県高岡市長選挙に際し、同年五月五日立候補し、同選挙に当選したものである」旨の事実を認定し、この部分については特に証拠として挙示するものがないが……公職選挙法による選挙は、たといそれが地方公共団体に関するものであつても、常に公行せられ、立候補者および当選者は周知させられるわけであるから、第一審判決の判示冒頭における前記事実のごときは、いわゆる公知の事実に属し、その認定には必ずしも証拠によることを要しない」（公選法違反→有罪／棄却）

・裁判上顕著な事実：裁判所が職務上(事件の審理に際し)知った事実で両当事者も知っているもの

→証明の必要がない。但し、両当事者が知りうることが前提(当該裁判所が以前にした判決は×)

＊例：被告人は第１回公判前に保釈された、など

【最判昭 30.9.13 刑集 9-10-2059】顕著な事実(ヘロインの意味)[S28 あ 4683]

「通称ヘロインが塩酸ヂアセチルモルヒネを指すものであることについては、裁判所に顕著であつて必ずしも証拠による認定を要しない(最判昭 29.12.24)」←但し、最判昭 29.12.24 刑集 8-13-2348 は「塩酸ヘロインが麻薬取締法四条三号に該当するか否かは事実認定の問題ではなく法令解釈の問題である」とする。

第４款　科学的証拠

1. 科学的証拠の証明力：社会的評価が定まっていない場合、その評価が問題となる

・(自然的)関連性の判断基準：その科学技術が一般的に信頼できる

＋当該事案での用い方が相当　＋　方法や結果の当否を事後的に評価可能

2. 科学的証拠・各論

・血液型の鑑定：証拠としての関連性に争いなし(但し、これだけで同一性は断定不可)

→ ABO, MN, Q, E, Rh などを重ねて使用すると識別能力が高まる

・指紋の鑑定：証拠としての関連性に争いなし、同一性の識別能力も高い

＊遺留指紋と合致＋遺留指紋が当該事件の犯人のもの → これだけで犯人との同一性認定可能

・筆跡鑑定：脅迫文の筆跡と被告人の筆跡の同一性の判定をする場合など

＊判断手法によって信頼性が異なるため、証明力に限定はあるが、証拠たりうる

＊筆跡鑑定書の証拠能力：§321-4 で作成者が作成の真正を証言すれば証拠能力あり

【最決昭 41.2.21 判時 450-60】筆跡鑑定は証拠として用いうる(札幌脅迫ハガキ事件)

・声紋鑑定：音声を解析装置で紋様化して個人識別をするもの（電話の脅迫など）

＊証拠たりうるが、語調などで変動するため、証明力には限界あり

【東京高判昭 55.2.1 判時 960-8】声紋鑑定の証拠能力を肯定(検事総長二セ電話事件)

条件：検査実施者が必要な技術・経験を有する適格者＋使用した器具の性能・作動が正確

結果：検査の経過及び結果についての忠実な報告に証拠能力あり

・警察犬による臭気選別検査：現場遺留品の臭いをかがせて、同じ臭いの物件を選別させるもの

【最決昭 62.3.3 刑集 41-2-60】カール号事件(警察犬の臭気選別：肯定)[S61 あ 714]

原審が証拠として有罪認定に用いた「警察犬による本件各臭気選別……につき専門的な知識と経験を有する指導手が、臭気選別能力が優れ、選別時において体調等も良好でその能力がよく保持されている警察犬を使用して実施したものであるとともに、臭気の採取、保管の過程や臭気選別の方法に不適切な点のないことが認められるから、本件各臭気選別の結果を有罪認定の用に供しうる」（強姦致傷・道交法違反→有罪／棄却）

・ＤＮＡ鑑定：非常に高い確率で個人を識別できるが、100%ではない

＊鑑定資料の適正な保管、適格な検査者による正確な作業と解析が信頼性の前提

←再検査・追試の可能性があることを証拠能力を認める要件にすべき(足利事件の教訓)

←試料が微量の場合まで要求する必要はない

【最決平 12.7.17 刑集 54-6-550】MCT118DNA 鑑定の証拠能力(肯定)[H8 あ 831]

「本件で証拠の一つとして採用されたいわゆるＭＣＴ１１８ＤＮＡ型鑑定は、その科学的原理が理論的正確性を有し、具体的な実施の方法も、その技術を習得した者により、科学的に信頼される方法で行われたと認められる。したがって、右鑑定の証拠価値については、その後の科学技術の発展により新たに解明された事項等も加味して慎重に検討されるべきであるが、なお、これを証拠として用いることが許されるとした原判断は相当」（足利事件：わいせつ誘拐・殺人・死体遺棄、MCI118＋ABO 血液型＋ルイス式血液型で、出現頻度は 1.2 人/1000 人）

【東京高決平 21.6.23 判時 2057-168】足利事件再審開始決定[H20 く 94]

抗告審で実施した DNA 鑑定は、(Ｆ鑑定)常染色体及びＹ染色体の各ＳＴＲ検査→DNA は申立人と別人、(H 鑑定)MCT118 部位，Ｙ染色体のＳＴＲ検査及びミトコンドリア検査→DNA は申立人と別人、となった。「検察官は，Ｈ鑑定の信用性を争うものの，Ｆ鑑定については信用性を争わないという。Ｆ鑑定のみによっても，申立人

のＤＮＡと本件半袖下着から検出された男性ＤＮＡの型は一致していないこと，その男性ＤＮＡは，精液の付着が確認されている箇所に近い３か所の部分から抽出されていること，精液の付着が確認されていない部位からはＤＮＡが抽出されていないことが認められ，Ｆ鑑定が用いた精液のＤＮＡの抽出方法については検察官も適切なものであると認めていることなどを併せ考慮すると，上記の男性ＤＮＡが本件の犯人のものと思われる遺留精液から抽出された可能性が高く，その型は申立人の型と一致しないことが認められる。そうすると，Ｈ鑑定の信用性について判断するまでもなく，申立人は本件の犯人ではない可能性が高い」（取消自判・再審開始→宇都宮地判平 22.3.6 判時 2084-157 で無罪確定）

【福岡高判平 7.6.30 判時 1543-181】鑑定資料の保管、作業解析の不正確性から信用性否定

・ポリグラフ検査

＊弁護人の同意のあった事案

【最決昭 43.2.8 刑集 22-2-55】小平郵便貯金証書窃盗事件(検査結果回答書) [S42 あ 2188]

「ポリグラフの検査結果を、被検査者の供述の信用性の有無の判断資料に供することは慎重な考慮を要するけれども、原審が、刑訴法 326-1 の同意のあつた警視庁科学検査所長作成の昭 39.4.13 付ポリグラフ検査結果回答についてと題する書面……および警視庁科学検査所長作成の昭 39.4.14 付鑑定結果回答についてと題する書面……について、その作成されたときの情況等を考慮したうえ、相当と認めて、証拠能力を肯定したのは正当」

＊同意のない場合：一種の心理的鑑定として、§321-4 を適用するべき(作成者の証言)

・疫学に基づく統計的手法による証拠を因果関係の立証に使えるか

【最決昭 57.5.25 判時 1046-15】千葉大チフス菌事件(肯定)

第５款　挙証責任と推定

1. 挙証責任

・実質的(客観的)挙証責任：証明の必要がある事実について、取り調べられた証拠によって存否いずれとも判断できなかった場合に不利益な認定を受ける当事者の地位をいう

→ 訴訟経過によらず、刑事事件においては検察官にある

＝「疑わしきは被告人の利益に」「無罪の推定」(これらは同義。憲 31)

・形式的(主観的)挙証責任：具体的な訴訟手続で実際に証拠を提出しなければならない責任

＊自分に不利益な判断を避けるために、それを覆す責任のこと＝立証の負担、挙証(立証)の必要

→訴訟の進展に応じて変動する(検察官が一定の証拠を提出すれば、反論しないと有罪になる)

2. 挙証責任の分配

・証明を要する主要な事実の実質的挙証責任は検察官にある

＊構成要件該当事実、処罰要件たる事実、法律上刑の加重理由となる事実

＊違法性阻却事由、責任阻却事由、処罰阻却事由、法律上刑の減免理由たる事実の不存在も同じ

←当事者主義から阻却事由は被告人とする説もあったが、「疑わしきを罰する」ため少数

＊訴訟条件の存在も検察官 ∵有罪とする前提

・証拠提出責任・争点形成責任：被告人にある

＊被告人は違法性阻却事由を主張するなら、その存在を疑わせる程度の証拠の提出を要する

∵構成要件に該当すれば違法性阻却事由の不存在が事実上推定される

3. 推定：一定の事実(前提事実)が証明されると他の事実(推定事実)を認定しうる場合をいう

・みなし規定によるもの：推定が強制され、反対事実の立証は許されない

・法律上の推定：推定規定が法律に設けられている場合

＊効果：前提事実が証明されると推定事実の認定が強制されるが、反対事実の立証が可能

←証拠提出責任説：被告人に推定事実の不存在の証拠提出責任が課され、その不提出という事実から、推定事実を認定できる（推定事実を認めなくてもよい）

∵被告人に負担を強いる、裁判官の自由心証を制限し実体的真実主義と乖離する

＊例：公害法 5 条のほか、刑 230/2、刑 207、爆発物取締罰則 6、児童福祉法 60-4 など

・事実上の推定：法律に定めのない、論理則・経験則に基づき裁判官が事実上行う推定

＊根拠：自由心証の作用(裁判官の論理則、経験則に基づく心証形成)

＊効果：推定事実を認定しうるが、積極的に反対事実が証明されなくても、事実の(不)存在について疑わしい状況があれば、事実上の推定は働かず、積極的証明を要する

＊例：間接事実による主要事実の認定、構成要件該当事実の存在による違法性阻却事由・責任阻却事由の不存在の認定

4. 挙証責任の転換

・刑事事件で許されるか

＊肯定：当罰性が高いなど実質的な合理性が認められるのであれば許される

＊否定：「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反する

・挙証責任の転換の要件：被告人に挙証責任を負担させる実質的な合理性

＊考慮要素：主に、推定される事実の直接的立証の困難性

・当該事実の当罰性の高さ

・推定が社会通念上相当・被告人による立証が困難でないこと

・推定の前提として既に証明された事実だけで一定の当罰性を有すること

・推定された行為に予定される法定刑が相対的に軽いものであること　　など

→総合判断で推定が不当であれば、法文の形式によらず挙証責任の転換を否定すべき

・挙証責任の転換例

＊名誉棄損罪の真実性の証明(刑法 230/2-1)

・本来は摘示した事実の真偽によらず成立するが、表現の自由への配慮で設けられたもの

・個人の尊厳も憲法上保護されるから、その調整規定として合理性がある

刑法 230/2-1 前条第一項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない

【東京高判昭 28.2.21 高刑集 6-4-367】刑法 230/2-1 の意義[S27 う 2626]

「刑法第二百三十条ノ二によれば、刑法第二百三十条第一項の行為が公共の利害に関するものであり且専ら公益を図る目的に出たものと認められたときは裁判所は当該事実の真否の探究に入らなければならないのであつて、この場合においては、裁判所は一般原則に従いその真否の取調をなすべき……かかる取調の後その事実が真実であつたことが積極的に立証された場合に初めて被告人に対して無罪の言渡がなされるのであつて、取調の結果右事実が虚構又は不存在であることが認められた場合は勿論、真偽いずれも決定が得られないときは真実の証明はなかつたものとして、被告人は不利益な判断を受けるものである。かくして裁判所がこの点について諸般の証拠を取調べ、真相の究明に努力したにも拘わらず、事実の真否が確定されなかつたときは、被告人は不利益な判断を受けるという意味において被告人は事実の証明に関し挙証責任を負うものと言うを妨げない」

(上告審：最判昭 30.12.9 刑集 9-13-2633)「なお、原判決が刑法二三〇条ノ二所定の事実の真実性の立証責任について判示したところは、正当」(名誉棄損→有罪／棄却／棄却)

＊同時傷害の特例(刑 207)

＊事業主が違反の防止に必要な措置をしたこと(労基法 121-1 但書)

＊児童の年齢を知らなかったことにつき過失がないこと（児童福祉法 60-4）

＊児童の年齢の不知(児童買春処罰法 9)

＊爆発物取締罰則における非犯罪目的の証明（爆発物取締罰則 6）

・挙証責任の転換と推定の違い

＊推定(特に事実上の推定)は推定事実の存在を疑わせることができれば、推定は破れる

⇔挙証責任の転換では推定事実の不存在を立証しないと不利益を免れない

→この点は法律上の推定も同じだから、これと挙証責任の転換は連続的

第２節　自白法則

第１款 自白法則の趣旨

1. 自白の意義：自分の犯罪事実を認める被告人自身の供述

・承認：自分に不利益な事実を認める供述のこと

→犯罪事実の全部又は主要事実を認める供述を特に自白という

＊任意性は問題となるが(§322)、憲法の要請でなく、補強証拠は要しない

・自認：起訴された犯罪について有罪であることを認める陳述

→全面的に犯罪事実を認め、かつ有罪とされてもよいという主張を含む(自白の１種:§319-3)

§319-3 前二項の自白には、起訴された犯罪について有罪であることを自認する場合を含む

・有罪である旨の陳述

・自白の範囲

＊構成要件該当事実をすべて認めつつ、違法性・責任阻却事由を主張する場合

→自白か争いがあるが、補強証拠等の保護を求める方が望ましいので自白として扱うべき

＊時期・形式：いつでも、誰に対して、どのように(口頭/書面)するかは問わない

→被告人対する証拠としてその物の犯罪事実を認める供述を用いる場合はすべて自白

・自白の証拠調べ：被告人の自白は犯罪事実に関する他の証拠の取調後に限る(§301)

＊「犯罪事実に関する他の証拠」は補強証拠のこと：補強証拠→自白調書の順に取り調べる

【最決昭 26.6.1 刑集 5-7-1232】刑訴法 301 条の趣旨[S25 あ 865]

「刑訴 301 条は、被告人の自白を内容とした書面が証拠調の当初の段階において取り調べられると、裁判所をして事件に対し偏見予断を抱かしめる虞れがあるから、これを防止する趣旨の規定と解すべきである。されば単に右の書面が犯罪事実に関する他の証拠と同時に取調が請求されただけで、現実な証拠調の手続において、他の証拠を取り調べた後に右自白の書面が取調べられる以上は、毫も同条の趣意に反しない……次に同条に定める「犯罪事実に関する他の証拠が取り調べられた」後という意味についても、必ずしも犯罪事実に関する他のすべての証拠が取り調べられた後という意味ではなく、自白を補強しうる証拠が取り調べられた後であれば足りる」

・被告人の公判期日における供述の扱い

＊対象：冒頭手続の認否、被告人質問への答え、最終陳述など

・黙秘してもよいが、供述することもできる(認否や最終陳述も証拠となりうる)

→供述内容が自白であれば自白として取り扱う

【最判昭 26.7.26 刑集 5-8-1652】冒頭陳述の証拠能力[S25 あ 2490]

「刑訴規則一九七条一項によれば「裁判長は、起訴状の朗読が終つた後、被告人に対し、終始沈黙し又個々の質問に対し陳述を拒むことができる旨の外、陳述をすることもできる旨及び陳述をすれば自己に不利益な証拠ともなり又利益な証拠ともなるべき旨を告げなければならない」ものである。されば、被告人の冒頭陳述が事実認定の証拠となることは多言を要しないところである」(収賄)

・被告人の公判廷外の供述の扱い

→自白であれば自白法則適用、それ以外は伝聞法則の対象となる

・被告人以外の者の供述の扱い

→共犯者の被告人に不利な供述でも自白にあたらない(多数・判例)

←共犯者は自己の責任軽減のため被告人に責任転嫁の危険があるから、自白と同様に扱うべき

←反対尋問によって危険は除去可能、責任転嫁の危険を加味して信用性を判断すればよい

【最大判昭 33.5.28 刑集 12-8-1718】印藤巡査殺し事件[S29 あ 1056]

憲 38-2 は強制等による「自白の証拠能力を否定しているが、然らざる自白の証拠能力を肯定している……実体的真実でない架空な犯罪事実が時として被告人本人の自白のみによつて認定される危険と弊害とを防止するため、特に、同条三項は、何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられないと規定して、被告人本人の自白だけを唯一の証拠として犯罪事実全部を肯認することができる場合であつても、それだけで有罪とされ又は刑罰を科せられないものとし、かかる自白の証明力（すなわち証拠価値）に対する自由心証を制限し、もつて、被告人本人を処罰するには、さらに、その自白の証明力を補充し又は強化すべき他の証拠（いわゆる補強証拠）を要するものとしているのである。すなわち、憲法三八条三項の規定は、被告人本人の自白の証拠能力を否定又は制限したものではなく、また、その証明力が犯罪事実全部を肯認できない場合の規定でもなく、かえつて、証拠能力ある被告人本人の供述であつて、しかも、本来犯罪事実全部を肯認することのできる証明力を有するもの、換言すれば、いわゆる完全な自白のあることを前提とする規定と解するを相当とし、従つて、わが刑訴三一八条で採用している証拠の証明力に対する自由心証主義に対する例外規定としてこれを厳格に解釈すべきであつて、共犯者の自白をいわゆる「本人の自白」と同一視し又はこれに準ずるものとすることはできない。けだし共同審理を受けていない単なる共犯者は勿論、共同審理を受けている共犯者（共同被告人）であつても、被告人本人との関係においては、被告人以外の者であつて、被害者その他の純然たる証人とその本質を異にするものではないからである。されば、かかる共犯者又は共同被告人の犯罪事実に関する供述は、憲法三八条二項のごとき証拠能力を有しないものでない限り、自由心証に委かさるべき独立、完全な証明力を有するものといわざるを得ない」（傷害致死等→有罪／棄却）

＊共同被告人の供述を証拠に供する方法

・証人尋問 → 弁論分離を要する

【最決昭 29.6.3 刑集 8-6-802】弁論分離しての共同被告人の証人尋問[S28 あ 5177]

「共同被告人を分離して証人として尋問しても、同証人は自己に不利益な供述を拒みうるものでこれを強要されないものであるから、憲法三八条一項違反の前提を欠くものであるこというまでもない」

【最決昭 31.12.13 刑集 10-12-1629】弁論分離しての共同被告人の証人尋問[S28 あ 3280]

「共同被告人でも事件が分離された後他の共同被告事件の証人として証言することは差支えなく、また、他の事件の証人としての証言が自己の犯罪に対して証拠となることはいうまでもない」

【最判昭 35.9.9 刑集 14-11-1477】弁論分離しての共同被告人の証人尋問[S32 あ 2338]

「憲法三八条一項……が、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞れのある事項について供述を強要されないことを保障したものであることは最大判昭 32.2.20 に示されているとおりであるところ、共同被告人を分離して証人として尋問しても、同証人は自己に不利益な供述を拒むことができ、これを強要されるものでないこと（最決昭 29.6.3 参照）および共同被告人でも事件が分離された後、他の共同被告人の証人として証言することは差支えなく、また他の事件の証人としての証言が自己の犯罪に対しても証拠となること（最決昭 31.12.13 参照）もまた当裁判所の判例とするところである」

・被告人尋問 → 相被告人の反対尋問権をどう保障するか

→肯定説：証言義務はないが、質問できるのだから(§311-3)問題ない

※黙秘権を現実に行使した場合は、証拠価値を慎重に判断すればよい

→中間説：黙秘権を現実に行使すれば使えないが、そうでなければ問題ない

←弁論分離しても黙秘される可能性が高いので、それを踏まえて判断すれば足りる

→反対説：供述者に尋問に応ずべき法律上の義務がない以上、被告人尋問は使えない

【最判昭 28.10.27 刑集 7-10-1971】共同被告人の被告人尋問を証拠とする可否[S26 あ 3999]

「共犯者たる共同被告人の供述であるからといつて全く証拠能力を欠くものではない」「被告人及び弁護人は刑訴三一一条三項により共同被告人に対し任意の供述を求めうる機会が与えられているのであつて,所論は未だ共同被告人の公判廷における供述の証拠能力を当然に否定すべき事由となるものではない」

・供述調書 → 伝聞法則との関係

→判例：第三者の供述にあたるから、§321-1 でよい ∵刑事責任の有無は個別に考えるべき

→反対：被告人の供述にあたるから、§322-1 による

2. 自白法則の趣旨(憲 38-2・§319-1)

・目的：証拠の王として、自白を得るための強引な取調べが行われたことへの反省

・自白法則の意義：任意性を欠く疑いのある自白を排除する原則(憲 38-2 を§319-1 で拡張)

→その他任意性の疑いのある自白：憲 38-2 も当然に予定している(通説)

憲 38-2 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

§319-1 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

＊任意性のない自白の証拠能力：絶対的に認められない

→被告人の同意があってもダメ、自由な証明の証拠・証明力を争う証拠としても使えない

【東京高判昭 26.7.27 高刑集 4-13-1715】任意性のない自白の排除[S25 う 1709]

要旨①「自白の任意性の調査については、訴訟進行のすべての状況すなわち該書類の形式、内容はもちろん、被告人の弁解及び態度、検察官の釈明、該書類作成に関与した証人の証言等あらゆる面から裁判所において最も合理的な判断を下すべきである」

要旨②「刑訴第３２２条第１項但書により、ひいては同法第３１９条第１項により、任意にされたものでない疑があるものとして採用されなかつた証拠は、同法第３２８条により被告人又は証人その他の者の供述の証明力を争うためにも、証拠とすることはできない」

要旨③「刑訴 328 は、同法 321 ないし 324 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すべて無制限に証拠とすることができる趣旨であつて、法廷外においてその供述をしたその被告人、証人その他の者の公判準備又は公判期日における供述の証明力を争うためにのみ証拠とすることができるという意味ではない」(殺人・有罪)

3. 自白法則の実質的根拠

・虚偽排除説：任意性のない自白は虚偽内容を含む可能性が高く、信用性が低いから

＊「任意性がない」：虚偽の自白を誘因する情況の存在を意味する

＊真実であると考えられる場合は排除しない

・人権擁護説：供述の自由を中心とする被告人の人権を保障するため

＊「任意性がない」：被告人の供述の自由を侵す違法な圧迫の存在をいう

＊憲 38-2 は憲 36、38-1 の制度的保障のための規定となる

・違法排除説：自白採取の過程に違法がある場合はその自白を排除する趣旨を規定したもの

＊「任意性」から切り離された違法手段一般を問題とする ← 違法収集証拠排除でよい

・現在有力：虚偽排除説と人権擁護説の両者で説明し、補充的に違法排除説を用いる

→人権擁護説・違法排除説の立場からは、不任意自白の派生的証拠の証拠能力も否定しうる

第２款　自白の証拠能力

1.　自白の任意性の具体的判断

・任意性に疑いがあると認められる場合を類型化し、外形的事情で判断できるようにすべき

2.　強制行為によって得られた自白＝任意性のない典型例その１

＝強制・拷問・脅迫(§319)：肉体的又は精神的な苦痛を与える強制行為すべてを含む

＊強制行為と自白の因果関係が必要だが、実際は強制と自白の時間的近接性などから推認可能

＊これらによる自白は、真実であると判明しても証拠とすることができない

→虚偽排除説の人権擁護説による修正の例(人権侵害が重大だから)

・具体的判断

【最大判昭 23.7.14 刑集 2-8-856】強制による自白でない例[S22 れ 253]

「被告人は原審公判において、裁判長から司法警察官の第一回訊問調書中、キンに対する殺意のくだりを読み聞かされた際に「その時は警察官に叱られたので、左様に殺すつもりで殴つたと申上げましたが実際は殺す気がなかつたのであります」と述べ、また第一審公判においても、同様右調書について「係官がそうだらうそうだらうと申すのでとうとうそうだと申しておいたのでありましたが云々」と述べていることは記録上明らかであるけれども、これだけのことによつて、直ちに、右自白が強制にもとずくものであるということのできないのは勿論であるのみならず、この点に関して、原審でも、第一審でも、被告人からも、弁護人からも、右訊問の衝にあたつた栃木県警察署の大野警部補を証人として訊問の申請をした事実のないところからみても、被告人の右の供述も、強く右訊問の不公正を主張した趣旨ではなく、要するに、公判において、キンに対する殺意を否認したのに過ぎないと解するのほかなく、その他事件の全般を通じて右自白が強制にもとずくものであることを思はせる何等の根跡もない本件においては、弁護人の右の論旨は、とうてい採用することはできないのである」

（栗山反対）強制でないことの立証責任は検察官にあるから、被告人が強制をいうからには取り調べるべき（→取り調べた警察官を証人尋問するなどすべきだった）。ゆえに破棄差戻し

【最大判昭 23.11.5 刑集 2-12-1473】公判廷における自白[S23 れ 61]

「蓋し仮りに被告人の警察官に対する供述が強制によるものであり、且つ公判廷における自白の内容がそれと全然同じであつたとしても、後者は何等強制を加えられないで任意に為されたものであるから、これを間接の強制とは断言できない」（窃盗→有罪／棄却）

【最判昭 32.7.19 刑集 11-7-1882】警察の拷問と検事等への自白[S26 れ 1770]

八丈島警察署で令状によらず拘束されて拷問され、その恐怖から予審判事らにも罪を認める供述をしたもの

証拠より「八丈島警察署においての被告人小崎の自白は、暴力による肉体的苦痛を伴う取調の結果されたものであり、同被告人の任意に基くものとは到底認めることができないものというべく、さればこそ、被告人を有罪とした第一審判決及び原判決もこれを証拠として採用しなかつたもの」原判決は「同被告人に対する起訴前の強制処分による予審判事の訊問調書及び検事の聴取書を証拠としている。なるほど、同被告人が右予審判事及び検事の取調を受けたのは八丈島警察署ではなく、身柄が東京に移されてから後であり、かつ、警察の取調を受けおわつてから相当の日数を経過した後のことでもあり、同被告人もまた原審公判において、検事からも予審判事からも直接強制を加えられなかつたと供述していることでもあるから、警察における自白に任意性を認め得ないからといつて、直ちに右予審判事及び検事に対してなした自白までも任意性を欠いたものとすることは勿論できない……被告人は強制処分としての適法な勾留がなされる直前まで、相当長期間に亘り令状によらない警察留置を受けていたばかりでなく、その間に前叙の如く自白を強要されていたものである以上は、たとえ、予審判事及び検事において被告人の取調にあたり細心の注意を払つたものとしても、被告人が予審判事による勾留訊問の際になした自白及びその直後に検事に対しなした自白が、その直前まで継続していた警察の不法留置とその間の自白の

強要から何等の影響も受けずになされた任意の自白であると断定することは到底できないものというべく、その他、予審判事及び検事が取調をなした時期が終戦の翌年のことであつて、未だ刑訴応急措置法さえ制定されていなかつた昭和二一年九月当時のことであるという本件の特殊事情等をも併せ勘案するならば、その自白の任意性については、疑を懐かざるを得ない」本件での供述の変化から「本件においては、強い予断のもとに、八丈島警察署における被告人の取調が行われ、かつ、前示の如き自白の聴取書が作成されたと推認される以上、この警察における自白と殆んど同一内容の自白が予審判事及び検事に対してなされているのであるから、たとえ、その自白の任意性に疑がないものと仮定しても、なお、その信憑性において疑を存するものといわなければならない」もう１名も心神耗弱等から信用性がないとして「本件記録に表われた捜査の経過、被告人両名の自白、その他諸般の資料を仔細に検討するときは、前叙の如く、被告人両名の自白は或はその任意性に疑を懐かせるものであり、且つ、その信憑性に乏しいものであるから、これを以つて被告人等の本件公訴事実を認めることはできず、その他原判決の挙示する証拠を綜合するも右事実を認定するに足りない。してみれば、被告人両名に対する本件公訴にかかる事実は、犯罪の証明がないものと断ぜざるを得ない」（住侵強姦致死→有罪／破棄自判(無罪)）

【最判昭 27.3.7 刑集 6-3-387】警察の拷問と検事への自白[S24 れ 2780]

警察における被告人の自白は長時間に亘る肉体的苦痛を伴う訊問の結果なされたものと認め、この自白を証拠採用しなかったが、検事の尋問調書を採用した原審について、「右検事の訊問に対する自白は、果して任意になされたものということができるであろうか……右検事の訊問は一両日に亘る警察における取調の翌日、その警察署から直接前記検察庁支部に連行されて行われ、その訊問の内容も司法警察官作成の意見書記載の犯罪事実を読み聞かせた上為されたものである……しかも、その際護送の警察職員が附添つていて、自白を示唆したと被告人等が供述していることは前記のとおりである。されば、かような状況の下になされた検事に対する自白は特段の事情のない限り、同被告人等がその前日警察において長時間の肉体的苦痛を伴う訊問の結果した自白を反覆しているに過ぎないのではないかとの疑が極めて濃厚である。かかる疑を打ち消すべき特段の事情は本件記録上これを発見することはできない。若しそうとすれば、検事に対する右被告人の自白と警察における長時間の肉体的苦痛との間に因果関係がないとは言い切れない、すなわち、右検事に対する被告人の自白も多分に任意性を欠くの疑を包蔵するものと云わなければならない。しからば、原審としては右自白を証拠として被告人の犯罪を認定するに当つては、右自白と前示肉体的苦痛との間に因果関係がないかどうかについて十分に考慮をめぐらし諸般の事情を調査した上でこれを採証しなければならないと思われるにかかわらず、原審がこの点について審理を尽した形跡は本件においてこれを認めることはできない」窃盗等→有罪／破棄差戻し

3. 不当に長い拘留・拘禁の後の自白：任意性のない自白の典型例その２
   - 「不当に長い」の意義
     - 違法排除説：虚偽の自白をしてでも釈放を求めたいと思うほど苦痛を与えるほど長いこと
     - 人権擁護説：供述の自由を侵す程度に長いこと
     - 判断基準：犯罪の罪質・重大性・勾留の必要性、被疑者の年齢・性格・健康状態など
   - 具体的判断

【最大判昭 23.7.19 刑集 2-8-944】不当に長い拘留・拘禁後の自白(肯定例)

窃盗直後に現場付近で被害金品が所持品から出てきた事件で、逃亡のおそれもないのに 109 日間拘禁し、その後被告人が初めて自白したもの

【最大判昭 24.11.2 刑集 3-11-1732】不当に長い拘留・拘禁後の自白(肯定例)

単純な２個の窃盗事件で逮捕から６カ月 10 日間拘禁、拘禁後１月余で病気になり、拘置所内の病舎収容中、はじめて自白した控訴審の公判期日も病舎から出頭し、自白した上で身柄の釈放を求めていたもの

【最大判昭 27.5.14 刑集 6-5-769】不当に長い拘留・拘禁後の自白(肯定例)

満 16 歳に満たない少年を勾留の必要を認められないのに７月余交流し、その間に別罪の法科罪の取調べをした

場合で、その間の自白に一貫性がなく、途中でいったん犯行を否認した場合の、７月の勾留後の自白について

【最大判昭 23.2.6 刑集 2-2-17】不当に長い拘留・拘禁後の自白(否定例)

３個の窃盗行為に関する６カ月１６日の拘禁後の自白、被告人は当初から自白しており、当時の裁判所の処理能力を踏まえると必要な期間であったと認められる場合

【最判昭 25.8.9 刑集 4-8-1562】不当に長い拘留・拘禁後の自白(否定例)

要旨「原判決が証拠とした被告人甲、乙に対する検事の各聴取書中の自白が、被告人が拘禁されてから１６０日及び１７３日後になされたものであつても、事件が多数の者が敵味方に別れ相闘争したいわゆる博徒の喧嘩の事案で、被告人が５人あり関係人も多数存し、かつ、被告人甲、乙は、当初犯行は右両名のみの犯行であると主張し、親分たる被告人丙との共犯であることを秘匿しようとつとめていたような場合には、右自白は、必ずしも刑訴応急措置法第１０条第２項にいわゆる「不当に長い拘禁後の自白」であるとはいえない」

＊不当に長い拘束と自白の因果関係が認められない例

【最大判昭 23.6.23 刑集 2-7-715】自白との因果関係の考慮の要否[S22 れ 271]

「憲法第三八条第二項において「不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白はこれを証拠とすることができない」と規定している趣旨は、単に自白の時期が不当に長い抑留又は拘禁の後に行われた一切の場合を包含するというように形式的、機械的に解すべきものではなくして、自白と不当に長い抑留又は拘禁との間の因果関係を考慮に加えて妥当な解釈を下すべきものと考える。さればといつて、（一）不当に長い抑留又は拘禁による自白であることが明かな場合すなわち自白の原因が不当に長い抑留又は拘禁によること明かである場合を包含することは当然であるが、かかる場合のみに限ると解することは、被告人に対する保護としては余りに狭きに失する嫌がある。次に、（二）不当に長い抑留又は拘禁によるか否かが明かでない自白の場合すなわち自白の原因が不当に長い抑留又は拘禁であるか否かが不明である場合をも包含するものと解すべきである。なぜならば、かかる自白に証拠力がないとするために、被告人は常に因果関係の存在を立証することを要するものとすれば、それは被告人に難きを強ゆるものでむしろ酷に過ぎることとなり被告人の人権を保護するゆえんではないからである。それ故、かかる因果関係の不明な自白は、因果関係の存することが明白な自白と共に、おしなべて証拠力を有しないと解すべきである。しかしながら、（三）既に第一審公判廷においてした自白をそのまま第二審公判廷においても繰返している場合が往々存するのであるが、第一審公判廷における自白当時には未だ不当に長い抑留又は拘禁が存しなかつたときはその自白は前記条項に包含されないことは勿論、引続きその自白を繰返している第二審公判廷における自白当時には仮に不当に長い抑留又は拘禁が実存していたとしてもこの自白は、特別の事情がない限りその原因が不当に長い抑留又は拘禁によらないことが明かと認められるから、前記条項に包含されないものと解すべきである。言いかえれば、自白と不当に長い抑留又は拘禁との間に因果関係の存しないことが明かに認め得られる前記場合においては、かかる自白を証拠とすることができる」

【最大判昭 23.7.29 刑集 2-9-1076】釈放後相当日数経過後の自白(否定)[S23 れ 397]

「被告人は昭和二十二年九月二十六日保釈になつて居り、原審が証拠に採つた被告人の自白は同二十三年二月十四日の原審公判廷における自白であつて保釈後四カ月以上を経過した後のものである。かゝる自白は憲法第三十八条第二項等にいう「不当に長い拘禁後の自白」という中に入らない」

・抑留・拘禁自体に重大な違法がある場合 → 違法収集証拠として証拠能力を否定する

※任意性を疑わせる強制行為等がなくても否定される

4. その他任意性に疑いのある自白

・手錠をかけたままの取調べによる自白

＊通常は任意性を欠く

【最判昭 38.9.13 刑集 17-8-1703】山梨衆議院議員選挙事件[S37 あ 2206]

「すでに勾留されている被疑者が、捜査官から取り調べられるさいに、さらに手錠を施されたまゝであるときは、その心身になんらかの圧迫を受け、任意の供述は期待できないものと推定せられ、反証のない限りその供述の任意性につき一応の疑いをさしはさむべきである……本件においては、原判決は証拠に基づき、検察官は被告人らに手錠を施したまゝ取調を行つたけれども、終始おだやかな雰囲気のうちに取調を進め、被告人らの検察官に対する供述は、すべて任意になされたものであることが明らかであると認定しているのである。したがつて所論の被告人らの自白は、任意であることの反証が立証されているものというべく、所論違憲の主張は、その前提を欠き、その余は単なる法令違反の主張にすぎない」（公選法違反→有罪／棄却）

＊片手錠だと任意性が肯定される例が少なくない

【最決昭 52.8.9】狭山事件(片手錠で任意性肯定)

【大阪高判昭 50.9.11 判時 803-24】片手錠で任意性を肯定

【福岡高判昭 54.8.2 刑月 11-7=8-773】片手錠で任意性を肯定

・糧食の差入れが禁止されている間の自白

【最判昭 32.5.31 刑集 11-5-1579】糧食差入れ禁止中の自白[S28 あ 1516]

「本件のように勾留されている被疑者に対し、捜査の必要のため糧食の授受を禁じ、またはこれを差し押えることは法の明文をもつて禁止するところである（刑訴 81,207 参照）。そして、自白の証拠能力は、刑訴 319-1 前段の規定する強制、拷問、脅迫、長期拘禁等の事由によるものはもとより、更に同項後段の規定により任意になされたものでないことに合理的な疑のあるものについてもまた存しないのである。そして右合理的な疑の存否につき何れとも決し難いときはこれを被告人の不利益に判断すべきでない」（放火→有罪／破棄差戻し）

・(利益な取扱いの)約束による自白

＊自白すれば起訴猶予・釈放するなどを約し、その結果としてされた自白

→利益目当ての虚偽の自白の可能性が強いから、任意性に疑いが生じる

【最判昭 41.7.1 刑集 20-6-537】児島税務署収賄事件

検察官が起訴猶予にすると言っている、と聞いての自白につき、任意性の疑いを肯定

・偽計による自白

＊偽計による心理的強制から、虚偽の自白が誘発されるおそれが濃厚であるため

【最大判昭 45.11.25 刑集 24-12-1670】偽計による心理的強制後の自白 [27760926]

一審：懲役 6 月→控訴：棄却→上告：破棄差戻し→差戻控訴：無罪

自宅に拳銃と銃弾を所持したもの（銃刀法違反・火薬類取締法違反）夫妻ともが妻の一存と供述していたが、夫に対して妻が共謀したと自供したと言って夫に共謀を自供させ、次いで妻にそれを伝えて共謀を自供させ、さらに夫にそれを伝えて共謀を確認したもの。夫の裁判の上告審。

「捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑訴法一条所定の精神に則り、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正に行なわれるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない」として証拠能力を否定。

【東京地判昭 62.12.16 判時 1275-35】お茶の水女子大寮侵入事件(任意性否定)

現場遺留物の分泌物が被疑者と一致した等の嘘を述べて引き出した自白：許されざる偽計として任意性否定

・長時間又は徹夜の取調べによる自白

＊実際は任意捜査の限界とその違法性の問題となる

【最決昭 59.2.29 刑集 38-3-479】高輪グリーンマンション・ホステス殺人事件[24005947]

早朝任意同行→夜に犯行を認める→帰宅を望まないため近くの宿泊施設に泊まらせ、捜査員も同宿→４日間取調べ（毎日ホテル泊、費用は最終日のみ被疑者負担）→証拠不十分で母親に引渡し→証拠を固めて２月後逮捕（当初否認→自白）：殺人罪有罪　※任意捜査の限界の問題として処理

【最決平 1.7.4 刑集 43-7-581】平塚ウェートレス強盗殺人事件[27807166]

強盗致死・有印私文書偽造・同行使・詐欺：有罪

23 時過ぎ任意同行→23:30～本格的取調べ（本人も取調べ協力を約した）→翌日 9:30 すぎ自白（殺人・窃盗）→11 過ぎ上申書作成→警察官が強盗殺人を疑い追及→16:00 再度上申書作成→逮捕状請求→21:25 逮捕

「本件任意取調べは、被告人に一睡もさせずに徹夜で行われ、更に被告人が一応の自白をした後もほぼ半日にわたり継続してなされたものであつて、一般的に、このような長時間にわたる被疑者に対する取調べは、たとえ任意捜査としてなされるものであつても、被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与えるものであるから、特段の事情がない限り、容易にこれを是認できるものではなく、ことに本件においては、被告人が被害者を殺害したことを認める自白をした段階で速やかに必要な裏付け捜査をしたうえ逮捕手続をとつて取調べを中断するなど他にとりうる方途もあつたと考えられるのであるから、その適法性を肯認するには慎重を期さなければならない。そして、もし本件取調べが被告人の供述の任意性に疑いを生じさせるようなものであつたときには、その取調べを違法とし、その間になされた自白の証拠能力を否定すべき」→本人の承諾、9:30 には殺害を自白しており、残りは逮捕準備のためや時間制限潜脱目的ではない、取調べ拒否・帰宅申出はない「以上の事情に加え、本件事案の性質、重大性を総合勘案すると、本件取調べは、社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものであつたとまでは断ずることができず、その際になされた被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるようなものであつたとも認められない」

【東京高判昭 60.12.13 刑月 17-12-1209】日石・土田邸事件

取調官数名で連日夜間まで被疑者が犯人であると決めつけるに近い執拗な取調べによる自白

→人権擁護・虚偽排除の観点から任意性に疑いがあるとして排除

・その他、直ちに任意性に疑いを生じさせるものではないもの

【最大判昭 23.11.17 刑集 2-12-1565】追及的あるいは理詰めの取調べによる自白

【松江高支判昭 25.5.24 判特 7-138】誘導的な取調べによる自白(参照)

【最判昭 25.11.21 刑集 4-11-2359】黙秘権告知を欠いた取調べによる自白

【秋田高支判昭 25.10.30 判特 14-188】数人がかりでの取調べによる自白(参照)

【最判昭 25.7.11 刑集 4-7-1290】病気中の取調べの自白(参照)

【最判昭 28.7.10 刑集 7-7-1474】接見交通権の不当な侵害中の自白

【最判平 1.1.23 判時 1301-155】一部の弁護人との接見を不当に制限している間の自白

※但し、態様によっては任意性に疑いを生じる場合もありうる

【浦和地判平 3.3.25 判タ 760-261】黙秘権告知が取調べ中一度もなかった事情は考慮可

【大阪高判昭 35.5.26 下刑集 2-5=6-676】大阪西成贓物牙保事件

捜査機関が被疑者の弁護人選任申出の弁護人への通告懈怠→弁護人依頼権侵害等から自白の任意性否定

5. 任意性の立証

・実質的挙証責任の所在：検察官 ∵証拠能力を基礎づける事実の挙証責任は提出者にある

＊立証の必要性：常に必要なわけではない

・被告人が自白調書を証拠とすることに同意した場合 → 立証は不要

・被告人が不同意で任意性を争う場合 → 被告人側に具体的事実をまず主張立証させる

→それにより任意性に影響を及ぼすと考えられる場合は検察官に立証を促す

【最判昭 28.10.9 刑集 7-10-1904】任意性の立証の必要性[S26 あ 1295]

検察官が、被告人に対する検察官の第二回供述調書の取調べを請求し、被告人・弁護人は、検事の威嚇にもとずく供述調書で証拠能力がないとして異議を述べたが、裁判官は証拠調べを施行し、第一審判決は右供述調書を有罪事実認定の証拠としたが、その任意性について特段の証拠調をしなかったもの

「所論はかくのごとき場合、右供述の任意性について検事の立証を待たずして、その供述調書を証拠とすることは憲法三八条、刑訴三一九条に違反するというのであるが、右のごとき供述調書の任意性を被告人が争つたからといつて、必ず検察官をして、その供述の任意性について立証せしめなければならないものでなく、裁判所が適当の方法によつて、調査の結果その任意性について心証を得た以上これを証拠とすることは妨げないのであり、これが調査の方法についても格別の制限はなく、また、その調査の事実を必ず調書に記載しなければならないものではない。かつ、当該供述調書における供述者の署名、捺印のみならずその記載内容すなわちその供述調書にあらわれた供述の内容それ自体もまたこれが調査の一資料たるを失わない」原判決の「同供述調書の内容を検討しても何ら任意性を疑わしめるかどもなく、その他本件記録並に第一審において取調べた証拠に現われた事実関係からみても、右供述の任意性に疑念を挟むような点のないことを指摘し、第一審は右任意性について、適当な調査の結果、右供述調書に証拠能力ありとしてこれを証拠に採つたのであつて、特に検察官をして此点について立証せしめなかつたからといつて所論のような違法ありとすることはできないとの判断」は妥当

・ 立証方法

＊証明の種類：任意性に関する事実の立証は訴訟法上の事実の立証にあたる

→自由な証明で足りるが、事柄の重要性から、実務上は厳格な証明による場合が多い

6. 証拠能力のない自白に基づいて発見又は獲得された証拠（派生証拠）の証拠能力について，判例の立場及び主要な考え方をふまえたうえで，具体的事例に即して説明することができる。

第３款　補強法則の趣旨

1. 自白の証明力 → 以下の点を考慮して慎重に判断するが、補強法則による制限がある
   - 自白に至る経過や動機の検討
   - 内容の合理性
   - 秘密の暴露(犯行の主要部分における、犯人でなければ知りえないような事情を含むこと)
2. 補強法則(憲 38-3,§319-2)

   憲 38-3 何人も,自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には,有罪とされ,又は刑罰を科せられない

   §319-2 被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない

   - 任意性も信用性もある自白があっても、他の証拠(補強証拠)がないと有罪にできない

     →自由心証主義の唯一の例外
   - 根拠：自白の過大評価の危険、反対尋問の機会がない(第三者の供述なら可能→任意性等の検討)

     →虚偽排除(自白偏重回避による誤判防止)に加えて人権擁護(自白強要防止)が目的
   - 公判廷における自白での補強証拠の必要性：憲法 38-3 は明記なし、刑訴 319-2 は明記

     →憲 38-3 の自白に公判廷の自白を含むか

     ＊肯定説(通説) → 公判廷の自白のみで有罪とすると違憲(適法な上告理由)

     ＊否定説(判例) → 訴訟法違反(職権破棄事由)、アレインメント制度は合憲となる

     【最大判昭 23.7.29 刑集 2-9-1012】憲 38-3 の自白の意義[S23 れ 168]

     憲 38-3「の趣旨は、一般に自白が往々にして、強制、拷問、脅迫その他不当な干渉による恐怖と不安の下に、本人の真意と自由意思に反してなされる場合のあることを考慮した結果、被告人に不利益な証拠が本人の自白である場合には、他に適当なこれを裏書する補強証拠を必要とするものとし、若し自白が被告人に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪の認定を受けることはないとしたもの……かくて真に罪なき者が処罰せられる危険を排除し、自白偏重と自白強要の弊を防止し、基本的人権の保護を期せんとしたものである……公判廷における被告人の自白は、身体の拘束をうけず、又強制、拷問、脅迫その他不当な干渉を受けることなく、自由の状態において供述されるもので」憲 38-1 の供述拒否権もあるから「公判廷において被告人は、自己の真意に反してまで軽々しく自白し、真実にあらざる自己に不利益な供述をするようなことはないと見るのが相当」新憲法では弁護士選任権もあって「若し被告人が虚偽の自白をしたと認められる場合には、その弁護士は直ちに再訊問の方法によつてこれを訂正せしめることもできるであろう。なお、公判廷の自白は、裁判所の直接審理に基くものである。従つて、裁判所の面前でなされる自白は、被告人の発言、挙動、顔色、態度並びにこれらの変化等からも、その真実に合するか、否か、又、自発的な任意のものであるか、否かは、多くの場合において裁判所が他の証拠を待つまでもなく、自ら判断し得る……公判廷外の自白は、それ自身既に完結している自白であつて、果していかなる状態において、いかなる事情の下に、いかなる動機から、いかにして供述が形成されたかの経路は全く不明であるが、公判廷の自白は、裁判所の面前で親しくつぎつぎに供述が展開されて行くものであるから、現行法の下では裁判所はその心証が得られるまで種々の面と観点から被告人を根堀り葉堀り十分訊問することもできるのである……若し裁判所が心証を得なければ自白は固より証拠価値がなく、裁判所が心証を得たときに初めて自白は証拠として役立つのである。従つて、公判廷における被告人の自白が、裁判所の自由心証によつて真実に合するものと認められる場合には、公判廷外における被告人の自白とは異り、更に他の補強証拠を要せずして犯罪事実の認定ができる……すなわち、前記法条のいわゆる「本人の自白」には、公判廷における被告人の自白を含まない」さらに証拠価値論の見地、歴史的経過も検討している（食管法違反）

     （塚崎、沢田、井上、栗山、小谷各反対）憲 38-3 の自白は公判廷の自白を含む

【最判昭 42.12.21 刑集 21-10-1476】憲 38-3 の自白の意義[S42 あ 1362]

「判決裁判所の公判廷における被告人の自白が、同条項にいわゆる「本人の自白」に含まれないことは、当裁判所大法廷判決（最大判昭 23.7.29、昭 27.6.25）の明らかにするところであり、本件においては、第一審公判廷において被告人が自白しているのであるから、所論は理由がない」

第４款　補強法則の内容

1.　補強証拠適格

・原則：証拠能力のある証拠であれば、人証・物証・書証を問わず、直接／間接証拠を問わない

＊実質的に考察して、自白からの独立性が必要　∵補強証拠を要する趣旨

・被告人の自白を聞いた旨を伝えるだけの第三者の供述は補強証拠とならない

・共犯者等が被告人との共同犯行の状況を述べる供述は補強証拠となりうる

【最判昭 26.4.5 刑集 5-5-809】補強証拠は間接証拠でもよい

【最大判昭 25.7.12 刑集 4-7-1298】自白を自白の補強証拠とはできない(他の機会の自白)

【最決昭 32.11.2 刑集 11-12-3047】被告人の承認は補強証拠たりうる[S30 あ 865]

「所論未収金控帳は原判決説示の如く、被告人が犯罪の嫌疑を受ける前にこれと関係なく、自らその販売未収金関係を備忘のため、闇米と配給米とを問わず、その都度記入したものと認められ、その記載内容は被告人の自白と目すべきものではなく、右帳面はこれを刑訴三二三条二号の書面として証拠能力を有し、被告人の第一審公判廷の自白に対する補強証拠たりうるものと認めるべきである」（食管法違反）

【最大判昭 23.7.19 刑集 2-8-952】共犯者の供述は被告人本人の自白の補強証拠たりうる

2.　補強証拠が必要な範囲

・犯罪事実：補強証拠を要する

← すべての構成要件事実につき個別に必要なわけではない

＊主観的構成要件事実

→罪体説：補強証拠は、罪体(構成要件該当事実のうち客観的事実)についてのみ必要

＝主観的構成要件事実(故意・過失・目的など)については不要

∵主観面は補強証拠のない場合も多く、客観的事実に補強証拠があれば架空犯罪は防止可能

【最判昭 24.4.7 刑集 3-4-489】補強証拠を要する範囲(主観的な事実)[S23 れ 1851]

「被告人が盗品であることを知つていたこと、すなわち贓物である情を知つていたことを認定するについて、被告人に対する司法警察官代理の尋問調書中の供述記載及び被告人に対する検事の聴取書中の供述記載のみを証拠としているから、これは憲法第三八条第三項に違反し、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合に有罪とされたと主張する……しかしながら、原判決は、決して論旨主張のような認定の仕方をしているのではない。原判決が被告人の犯罪事実を認定するについては、原判決に列挙している諸々の証拠を総合して認め得るとしたのである。本件で問題となつている贓物故買罪の犯罪構成要件たる事実は、（一）取引の目的物が贓物であること、（二）贓物である情を知つて取引すること、（三）有償取引によつて取得することである。そして、各具体的の事件においては、被告人の自白と補強証拠と相待つて、犯罪構成要件たる事実を総体的に認定することができれば、それで十分事足るのである。犯罪構成要件たる各事実毎に、被告人の自白の外にその裏付として常に補強証拠を要するというものではない。そもそも、被告人の自白の外に補強証拠を要するとされる主なる趣旨は、ただ被告人の主観的な自白だけによつて、客観的には架空な、空中楼閣的な事実が犯罪としてでつち上けられる危険ー例えば、客観的にはどこにも殺人がなかつたのに被告人の自白だけで殺人犯が作られるたぐいーを防止す

るにあると考える。だから、自白以外の補強証拠によつて、すでに犯罪の客観的事実が認められ得る場合においては、なかんずく犯意とか知情とかいう犯罪の主観的部面については、自白が唯一の証拠であつても差支えないものと言い得るのである」（贓物故買→有罪／棄却）

【最判昭 22.12.16 刑集 1-88】共同正犯者間の意思の連絡(補強証拠不要)

【最大判昭 25.11.29 刑集 4-11-2402】贓物罪の盗品性の知情(補強証拠不要)

【最大判昭 26.1.31 刑集 5-1-129】同旨

＊被告人と犯人の同一性：不要(反対あり) ∵ない場合が多く、偶然性に左右されてしまう

【最大判昭 30.6.22 刑集 9-8-1189】三鷹事件(補強証拠不要)[S26 あ 1688]

「ただ右自白以外の証拠によつては、本件電車の発進が同被告人の作為に出でたものであるという点につき、これを直接証拠だてるもののないことは所論のとおりである。しかし同被告人の自白以外の証拠によれば、右事実の肯認を含めた同被告人の本件犯行の自白……については、その自白の真実性を裏付けるに足る補強証拠を認め得られるのであつて、従つて被告人が犯罪の実行者であると推断するに足る直接の補強証拠が欠けていても、その他の点について補強証拠が備わり、それと被告人の自白とを綜合して本件犯罪事実を認定するに足る以上、憲法三八条三項の違反があるものということはできない」（電車転覆致死等：主犯→無期懲役／死刑／棄却）

＊客観的構成要件事実：必要だがその範囲が問題

・ほぼすべてにつき必要(少数)

・重要部分についてあれば足りる ∵架空の犯罪による処罰を防止するのが目的

→自白にかかる事実の真実性を保障しうるものであれば足りる(判例)

→刑法上の構成要件の主要要素と解するべき

【最判昭 23.10.30 刑集 2-11-1427】補強証拠の必要な範囲[S23 れ 678]

「原判決は右事実を認定する証拠として、右被告人の自白の外、証人万谷喜美子の予審における被害顛末の供述調書を挙げているのであつて，同調書によれば、本件強盗の事実に照応する被害顛末を認定することができるのであるから、原審は、所論のように、被告人の自白を唯一の証拠として、右犯罪を認定したものではないのである。もつとも、右被害者の供述自体では被告人が本件強盗に参加した事実は認定できないけれども、自白を補強すべき証拠は、必ずしも自白にかゝる犯罪組成事実の全部に亘つて、もれなく、これを裏付けするものでなければならぬことはなく、自白にかゝる事実の真実性を保障し得るものであれば足るのであるから、右予審における万谷喜美子の供述によれば、当夜同人方に数人の犯人が押入つて、強盗の被害を受けた顛末が認められ、被告人の自白が架空の事実に関するものでないことは、あきらかであるから、右供述は被告人の自白の補強証拠としては十分であるといわなければならない」（強盗の共同正犯→有罪／棄却）

・具体的判断

→殺人罪：死体の存在だけでなく、犯罪行為による発生までが必要十分

→無免許運転：運転行為＋無免許である事実

【最判昭 42.12.21 刑集 21-10-1476】補強証拠の必要範囲(無免許運転)[前掲 S42 あ 1362]

「原判決は……いわゆる無免許運転の罪について……被告人が免許を受けていなかつた事実については、補強証拠を要しない旨の判断を示している……無免許運転の罪においては、運転行為のみならず、運転免許を受けていなかつたという事実についても、被告人の自白のほかに、補強証拠の存在することを要するものといわなければならない。そうすると、原判決が、前記のように、無免許の点については、弁護人の自白のみで認定しても差支えないとしたのは、刑訴法 319-2 の解釈をあやまつたものといわざるを得ない。ただ、本件においては、第一審判決が証拠として掲げた坂本光弘の司法巡査に対する供述調書に、同人が被告人と同じ職場の同僚として、被告人が運転免許を受けていなかつた事実を知つていたと思われる趣旨の供述が記載されており、この供述は、被

告人の公判廷における自白を補強するに足りるものと認められる」

→窃盗罪：盗難被害届から盗難被害が証明されれば十分

【最判昭 26.3.9 刑集 5-4-509】補強証拠の必要範囲(窃盗罪:窃盗の結果の発生で十分)

→盗品等有償譲受け：盗難被害届だけで足りる (重要部分は譲受行為との反対説あり)

【最決昭 26.1.26 刑集 5-1-101】補強証拠の必要範囲(贓物罪は盗難被害届で足りる)

【最決昭 29.5.4 刑集 8-5-627】同旨

→強盗傷人：傷害の部分だけで足りる

【最判昭 24.4.30 刑集 3-5-691】補強証拠の必要範囲(強盗傷人罪)[S23 れ 1861]

「右聴取書の記載は, 被告人が古橋時子に暴行を加え因つて同人に傷害を与えたという事実を証するだけであつて……強盗傷人罪の全部を証するものではない。しかし自白を補強すべき証拠は必ずしも自白にかかる犯罪構成事実の全部に亘つてもれなくこれを裏付けするものであることを要しないのであつて、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のである……前示聴取書の記載は本件犯罪構成事実の一部を証するものであつても、被告人の自白にかかる事実の真実性を十分に保障し得るものであるから、原判決は被告人の自白のみによつて判示事実を認定したものということはできない」（強盗傷人等→有罪／棄却）

- 犯罪事実以外の事実：補強証拠は不要 ∵補強証拠は架空の犯罪での処罰防止が目的

【最判昭 26.3.6 刑集 5-4-486】追徴の理由たる没収できなかった原因事実は補強証拠不要

【最決昭 29.12.24 刑集 8-13-2343】累犯加重事由たる前科の事実は自白のみで認定できる

【最大判昭 30.6.22 刑集 9-8-1189】三鷹事件(犯行の動機は補強証拠不要)[S26 あ 1688]

弁護側は原判決で「本件犯行の動機目的が、国鉄職員の全国的ストライキの口火を切ることにあつた点を重視しているが、この事実は同被告人の自白のみによつて認定されているのであつて、憲法三八条三項に違反すると主張する。しかし本件のごとき罪については、その犯行の動機目的は犯罪構成要件として示されていない事実に属するものであるから、その認定については証拠法上の厳格な制約を受けるものではないのであつて、これを被告人の自白のみによつて認めても、違憲違法ということはできない」

3. 補強証拠の証明力

- 自白と補強証拠があいまって犯罪事実を証明する程度で足りる(判例)

∵自白も証拠であるから、補強証拠は必要だが、合わせて証明できれば十分

[池田]細部の多少の相違はあっても、自白と補強証拠で事実が証明できれば足りる

- 補強証拠だけで事実について一応心証を抱かせる程度の証明力は必要(有力)

→補強証拠だけで合理的な疑いを生ずる余地がない程度に真実であると証明できる必要はない

∵虚偽排除・人権擁護の目的からして、補強証拠だけでもそれなりの証明力は必要

【最判昭 24.4.7 刑集 3-4-489】自白と補強証拠の関係[前掲 S23 れ 1851]

「各具体的の事件においては、被告人の自白と補強証拠と相待つて、犯罪構成要件たる事実を総体的に認定することができれば、それで十分事足るのである。犯罪構成要件たる各事実毎に、被告人の自白の外にその裏付として常に補強証拠を要するというものではない」

【最判昭 28.5.29 刑集 7-5-1132】自白と補強証拠の関係[S26 あ 1452]

要旨「被告人が業務上横領した物件の一部（単純一罪中の一部）にその横領年月日の点で被害届書の記載と被告人の自白が一致しない点があつても、その被害届書の記載と相まつて被告人の自白が架空のものでないと認められる以上、右被害届書を補強証拠とすることができる」（業務上横領・窃盗→有罪／棄却）

第３節　伝聞証拠

第１款 意義

1. 伝聞法則の趣旨(§320-1)

・伝聞証拠：反対尋問を経ていない供述証拠のこと

→公判期日における供述に代わる書面・公判期日外における他の者の供述を内容とする供述

・伝聞法則：伝聞証拠は原則として証拠になりえない

＝事実認定の基礎となる体験が、体験者の公判廷における供述によらず、他の間接的な方法で公判廷に報告される場合、体験者の供述内容の事実(要証事実)の認定に用いることができない

＊簡易公判手続では相手方の異議のない限り緩和(#2)

§320-1 §321 乃至§328 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

・供述証拠の性質と危険性

＊人がある出来事を五官を通じて知覚・記憶・表現することで裁判所に体験内容を報告するもの

・知覚・記憶・表現の各段階での誤りの危険 → 特に反対当事者による反対尋問が有効

・伝聞法則の根拠：憲法上の証人審問権と証拠法則の両面がある

＊被告人に不利な場合は憲法 37-2 前段（証人審問の機会保障＝被告人の反対尋問権）

＊虚偽混入の危険、反対尋問の欠缺、偽証罪の制裁がない、裁判所による態度観察ができない

←常に虚偽とは限らない、反対尋問は負担が大きい、証人の忘却・死亡など

→合理的な例外は認める必要がある＝伝聞例外

2. 伝聞法則の不適用：要証事実との関係で伝聞証拠にあたらない場合

・要証事実が、原供述の内容となる事実 → 伝聞証拠である

・要証事実が、原供述の存在そのもの　→ 伝聞証拠ではない(非伝聞)

【最判昭 38.1.17 刑集 17-10-1795】白鳥事件[S35 あ 1378]

「伝聞供述となるかどうかは、要証事実と当該供述者の知覚との関係により決せられる……被告人村上が、電産社宅で行われた幹部教育の席上「白鳥はもう殺してもいいやつだな」と言つた旨の志水尚史の検察官に対する供述調書における供述記載は、被告人村上が右のような内容の発言をしたこと自体を要証事実としているものと解せられるが、被告人村上が右のような内容の発言をしたことは、志水尚史の自ら直接知覚したところであり、伝聞供述であるとは言えず、同証拠は刑訴三二一条一項二号によつて証拠能力がある旨の原判示は是認できる……追平雍嘉が一月二二日佐藤博宅を訪問した際、佐藤博が白鳥課長を射殺したのは自分であると打ち明けた旨の証人追平雍嘉の第一審第三六回公判における供述は、佐藤博が白鳥課長を射殺したことを要証事実としているものと解せられ、この要証事実自体は供述者たる追平雍嘉において直接知覚していないところであるから、伝聞供述であると言うべきであり、原判決がこれを伝聞供述でないと判示したのは誤りであるが、右供述は刑訴三二四条二項、三二一条一項三号による要件を具備していることが記録上認められ、従つて右刑訴の規定により証拠能力を有することは明らか……証人高安知彦の第一審第三八回公判における供述中、円山の警察官射撃場における拳銃の射撃訓練に関する部分は、鶴田、宍戸らが円山の警察官射撃場で拳銃の射撃訓練をしたことを要証事実としているものと解せられるが、供述者高安知彦は、自ら体験せず鶴田倫也または宍戸均から聞知した事実を述べているのであるから伝聞供述であり、しかも原供述者が二者択一的であることは所論のとおりである。しかしながら、原供述者が二者択一的であつても、原供述者の範囲が特定の両者に限定されている以上、所在不明等の事由さえなければ証人として各これを尋問し、反対尋問を行なうことができるのであるから、伝聞供述の原供述者が

二者択一的であるというだけの理由で、その供述が証拠能力を有しないものとはいえない。しかして、右伝聞供述が刑訴三二四条二項、三二一条一項三号所定の要件を具備し、従つて証拠能力を有するものと認められる」

【最大判昭 44.6.25 刑集 23-7-975】夕刊和歌山事件 [S41 あ 2472]

「証人吉村貞康が同公訴事実の記事内容に関する情報を和歌山市役所の職員から聞きこみこれを被告人に提供した旨を証言した」のに一審で検察官は伝聞証拠として異議を申立て、裁判所はこれを排斥したが「吉村証人の立証趣旨は、被告人が本件記事内容を真実であると誤信したことにつき相当の理由があつたことをも含むもの」で「前記吉村の証言中第一審が証拠排除の決定をした前記部分は、本件記事内容が真実であるかどうかの点については伝聞証拠であるが、被告人が本件記事内容を真実であると誤信したことにつき相当の理由があつたかどうかの点については伝聞証拠とはいえないから、第一審は、伝聞証拠の意義に関する法令の解釈を誤り、排除してはならない証拠を排除した違法」がある → 破棄差戻し

- 要証事実が、発された言葉そのもの(恐喝や名誉棄損など)→ 伝聞証拠ではない(非伝聞)
- 行為の言語的部分：他人の背中を強くたたいたときに「この野郎」と言ったこと

  →言葉が傷害行為の一部 ∵「元気か」だったら暴行・傷害とはいえない
- 言葉を情況証拠とする場合：「被告人は『私はキリストの生まれ変わりだ』と言っていた」など

  →当該事実を証明するのではなく、被告人の責任欠如を推認させる情況証拠として用いる場合

  ＊ほかに、認識、意図、動機、謀議の成立の立証にも用いられる

  【最判昭 30.12.9 刑集 9-13-2699】強姦被害者の被告人にいやらしいことをされたとの発言

  被告人が犯人性を争っており、被告人が被害者にいやらしいことをした、ということが要証事実ゆえ、伝聞証拠にあたる（被害者の被告人に対する嫌悪の情なら伝聞証拠ではない・強姦致死）
- 現在の内心の状態を述べる供述

  ＊有力：表現の真摯さ(＝関連性)があれば要証事実が内容の真実性でも非伝聞

  ←内心の供述であっても、それが真実であるとは言い切れないから、情況証拠に含めば足りる
- 謀議メモ

  ＊謀議の内容を確認して作成したメモ：参加者の認識が要証事実でも非伝聞

  ＊共謀参加者から説明を受けた者が謀議に加わるため作成したメモ

  →作成者の認識・共謀参加意思、説明者の意図・計画の関係でいずれも非伝聞

  →説明者と他の共謀者との成立済みの謀議の内容が立証主題なら、伝聞証拠

第２款　伝聞例外―概説

1. 伝聞例外

・許容性判断：伝聞法則を排除する実質的根拠と伝聞証拠を使用する必要性の比較衡量

2. 伝聞例外の種類

・§321	被告人以外の書面	
#1:1	裁判官面前調書(供述録取書)	∵必要性＋信用性は認められる
#1:2	検察官面前調書(供述録取書)	∵必要性＋相対的特信状況
#1:3	他に該当しないすべての書面	∵必要性＋絶対的特信状況
#2 前段	公判準備・公判期日における供述録取書	∵実質的に反対尋問を経ている
#2 後段	裁判所・裁判官の検証調書	∵実質的に反対尋問を経ている
#3	検察官・警察官の検証調書	∵性質(書面の利点、危険性の低さ)
#4	鑑定書	∵性質(書面の利点、危険性の低さ)
・§321/2	ビデオリンク方式による証人尋問調書	∵反対尋問を行うから
・§322	被告人の供述書・供述録取書	
#1 前段	被告人に不利益なもの	∵反対尋問がそもそも不要
#1 後段	その他	∵信用性の情況的保障
#2	公判準備・公判期日における供述録取書	∵実質的に反対尋問を経ている
・§323	戸籍謄本・帳簿など特別の書面	∵性質上の高度の信用性＋必要性
・§324	伝聞の供述(書面以外)	∵原供述の性質
・§326	同意書面	∵当事者が反対尋問権を放棄
・§327	合意書面	∵当事者が反対尋問権を放棄
・§328	弾劾証拠	∵実質上非伝聞(限定説による)

第３款　伝聞例外―供述代用書面（321 条：被告人以外）

1.　供述代用書面（被告人以外の者の書面）

・被告人以外の者：証人、鑑定人、共犯者、共同被告人など

・供述書：供述者自身が作成した書面 → 被害届、上申書、答申書、捜査報告書、日記、メモ等

＊署名・押印：不要 ∵筆跡や供述内容等で作成者を特定しうるから

【最決昭 29.11.25 刑集 8-11-1888】署名押印は不要

・供述録取書：供述者の供述を第三者が記録した書面 → 証人尋問調書、供述調書等

＊署名・押印：録取の際に誤りが混入しうるため、供述者の認証で伝聞性を解消するもの

←公判調書では署名押印は不要 ∵書記官作成・裁判官認印など正確性が保障されている

【最決平 18.12.8 刑集 60-10-837】署名と同視できる場合[H18 あ 1038]

「供述録取書についての刑訴法３２１条１項にいう「署名」には，刑訴規則６１条の適用があり，代署の場合には，代署した者が代署の理由を記載する必要がある。しかし，本件検察官調書末尾の上記のような調書作成者による記載を見れば，代署の理由が分かり，また，代署した者は，そのような調書上の記載を見た上で，自己の署名押印をしたものと認められるから，本件検察官調書は，実質上，刑訴規則６１条の代署方式を履践したのに等しい……本件の代署をもって，刑訴法３２１条１項にいう供述者の「署名」があるのと同視することができる」
脳梗塞で入院後の検面調書で、末尾に体調不良で次男が代書した旨の調書作成者の記載があったもの。

2.　１項(裁判官面前調書等)

§321-1 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

一 裁判官の面前(§157/4-1 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

二 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

三 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情況の下にされたものであるときに限る

・対象

＊１号：裁判官面前調書(供述録取書)

・例：捜査段階・第１回公判期日前・証拠保全・付審判請求手続き証人尋問調書など

【最決昭 29.11.11 刑集 8-11-1834】他事件の証人としての供述録取書も含む

【最決昭 57.12.17 刑集 36-12-1022】他事件の被告人としての供述録取書も含む

＊２号：検察官面前調書(供述録取書)

＊３号：他に該当しないすべての書面

・例：検察事務官・司法警察職員・弁護人・麻薬取締官等の作成した供述調書、私人の被害届等

【最決平 15.11.26 刑集 57-10-1057】外国裁判官(韓国)の公判調書も３号にあたる

・要件

＊１号：供述の再現不能 or 供述の相反性(前と異なる)

＊２号：供述の再現不能 or「供述の相反性(前と相反する等)＋ 特信性」

←供述不能についても特信性を要求すべき(有力、判例は不要とする)

＊３号：供述の再現不能 ＋ 不可欠性 ＋ 特信性（厳格なので、通常は同意による）

＊供述の再現不能：死亡以外の事由は一定期間の継続が必要(期日変更等で対応できるから)

・但し、心身故障、所在不明等は例示ゆえ、それに準ずる事由で供述不能でもよい

→証人の宣誓拒絶・証言拒絶・相被告人の黙秘権行使、記憶喪失など

【最大判昭 27.4.9 刑集 6-4-584】証言拒絶(供述再現不能にあたる)[S26 あ 2357]

§321-1:2「にいわゆる「供述者が……供述することができないとき」としてその事由を掲記しているのは、もとよりその供述者を裁判所において証人として尋問することを妨ぐべき障碍事由を示したものに外ならないのであるから、これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において同条所定の書面に証拠能力を認めることを妨ぐるものではない。されば本件におけるが如く、山口久児子が第一審裁判所に証人として喚問されながらその証言を拒絶した場合にあつては、検察官の面前における同人の供述につき被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは右規定にいわゆる供述者の死亡した場合と何等選ぶところはないのであるから，原審が所論の山口久児子の検察官に対する供述調書の記載を、事実認定の資料に供した第一審判決を是認したからといつて、これを目して所論の如き違法があると即断することはできない。尤も証言拒絶の場合においては、一旦証言を拒絶しても爾後その決意を翻して任意証言をする場合が絶無とはいい得ないのであつて、この点においては供述者死亡の場合とは必ずしも事情を同じくするものではないが、現にその証言を拒絶している限りにおいては被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは全く同様であり、むしろ同条項にいわゆる供述者の国外にある場合に比すれば一層強き意味において、その供述を得ることができないものといわなければならない」

【最決昭 44.12.4 刑集 23-12-1546】証言拒絶(供述再現不能にあたる)[S44 あ 746]

【東京高判平 22.5.27 高刑集 63-1-8】一時的な証言拒絶(供述不能ではない)[H21 う 1722]

要旨「共犯者とされる証人が自らの刑事裁判が係属中であるなどの理由で証言を拒絶したが，他方で，被害者の遺族の立場を考えると証言したい気持ちがあると述べるなど，合理的な期間内に証言拒絶の理由が解消し，証言する見込みが高かったと認められる上，裁判所において公判前整理手続の時点で証言拒絶を想定し得たのに，検察官に対して証言拒絶が見込まれる理由につき求釈明するなどし，証言を拒絶する可能性が低い時期を見極めて，これに柔軟に対応できる審理予定を定めていなかったなどの経過の下において，重大事案であり，被告人が犯行を全面的に否認し，同証人が極めて重要な証人であることなどを考え併せると，その検察官調書を刑訴法 321-1:2 前段のいわゆる供述不能に当たるとして採用した訴訟手続には法令違反がある」（殺人等→破棄差戻し）

【最決昭 29.7.29 刑集 8-7-1217】証人が記憶喪失として証言拒絶(供述不能にあたる)

・証人の外国旅行中

【最判昭 36.3.9 刑集 15-3-500】証人外国旅行中(供述不能として憲 37-2 違反ではない)

・訴追側が供述不能の状態を不当に作出した場合：合理的努力があれば証人尋問なしでも許容

【最判平 7.6.20 刑集 49-6-741】退去強制と供述不能[H2 あ 72]

「同法三二一条一項二号前段は、検察官面前調書について、その供述者が国外にいるため公判準備又は公判期日に供述することができないときは、これを証拠とすることができると規定し、右規定に該当すれば、証拠能力を付与すべきものとしている。しかし、右規定が同法三二〇条の伝聞証拠禁止の例外を定めたものであり、憲法三七条二項が被告人に証人審問権を保障している趣旨にもかんがみると、検察官面前調書が作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいることになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができるとすることには疑問の余地がある。」「本

件の場合、供述者らが国外にいることになった事由は退去強制によるものであるところ、退去強制は、出入国の公正な管理という行政目的を達成するために、入国管理当局が出入国管理及び難民認定法に基づき一定の要件の下に外国人を強制的に国外に退去させる行政処分であるが、同じく国家機関である検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得るといわなければならない」→殊更利用しようとせず、証拠保全請求前に退去強制されているから許容される（売春防止法違反・管理売春のタイ人女性が強制退去となったもの→有罪／棄却、大野補足：立法・実務への期待）

＊相反性：検面調書では「前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述」

・前の供述と相反：検面調書の供述と公判期日等の供述が表現上明らかに矛盾している

・実質的に異なった：前後の供述などを含めれば異なった結論を導く可能性のある供述

・一部について要件を満たせば足りる → その部分と関連ある一定の範囲まで証拠となる

・証人尋問後の供述の検面調書：「前の」ではないので不可、再度証人尋問すれば該当

【最決昭 58.6.30 刑集 37-5-592】証言後の証人の検面調書[S57 あ 1777]

「すでに公判期日において証人として尋問された者に対し、捜査機関が、その作成する供述調書をのちの公判期日に提出することを予定して、同一事項につき取調を行うことは、現行刑訴法の趣旨とする公判中心主義の見地から好ましいことではなく、できるだけ避けるべきではあるが、右証人が、供述調書の作成されたのち、公判準備若しくは公判期日においてあらためて尋問を受け、供述調書の内容と相反するか実質的に異なつた供述をした以上、同人が右供述調書の作成される以前に同一事項について証言をしたことがあるからといつて、右供述調書が刑訴法三二一条一項二号にいう「前の供述」の要件を欠くことになるものではない…（ただし、その作成の経過にかんがみ、同号所定のいわゆる特信情況について慎重な吟味が要請されることは、いうまでもない。）。」

【最決昭 32.9.30 刑集 11-9-2403】相被告人の証言より詳細な内容の検面調書も相反性に該当

＊特信状況(２号)：反対尋問に代わる信用性の情況的保障があること

・基準：２号＝相対的に信用性があればよい、３号＝絶対的な特信状況が必要

←違憲説あり：２号も絶対的特信状況が必要とする

←事後の反対尋問があれば合憲(通説)

・判断基準：供述がなされた際の外部的な事情

【最判昭 30.1.11 刑集 9-1-14】特信状況[S29 あ 1164]

「刑訴三二一条一項二号は、伝聞証拠排斥に関する同三二〇条の例外規定の一つであつて、このような供述調書を証拠とする必要性とその証拠について反対尋問を経ないでも充分の信用性ある情況の存在をその理由とするものである。そして証人が検察官の面前調書と異つた供述をしたことによりその必要性は充たされるし、また必ずしも外部的な特別の事情でなくても、その供述の内容自体によつてそれが信用性ある情況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである」なお、証人尋問の後の期日に調書を取り調べても憲 37-2 に反しない

＊特信状況(３号)の肯定例：絶対的な特信状況が必要

【最決平 12.10.31 刑集 54-8-735】アメリカで作成された供述書[H11 あ 400]

「中島茂男の宣誓供述書は、日本国政府からアメリカ合衆国政府に対する捜査共助の要請に基づいて作成されたものであり、アメリカ合衆国に在住する中島が、黙秘権の告知を受け、同国の捜査官及び日本の検察官の質問に対して任意に供述し、公証人の面前において、偽証罪の制裁の下で、記載された供述内容が真実であることを言明する旨を記載して署名したものである。このようにして作成された右供述書が刑訴法三二一条一項三号にいう

特に信用すべき情況の下にされた供述に当たる」（麻薬向精神薬取締法違反等→有罪／棄却）

【最判平 23.10.20 刑集 65-7-999】中華人民共和国で作成された供述調書[H19 あ 836]

「中国の捜査官が同国において身柄を拘束されていた共犯者である王亮及び楊寧を取り調べ，その供述を録取した両名の供述調書等……は，国際捜査共助に基づいて作成されたものであり，前記（５）の犯罪事実の証明に欠くことができないものといえるところ，日本の捜査機関から中国の捜査機関に対し両名の取調べの方法等に関する要請があり，取調べに際しては，両名に対し黙秘権が実質的に告知され，また，取調べの間，両名に対して肉体的，精神的強制が加えられた形跡はないなどの……本件の具体的事実関係を前提とすれば，上記供述調書等を刑訴法３２１条１項３号により採用した第１審の措置を是認した原判断に誤りはない」（強殺等→有罪／棄却）

＊不可欠性：他の適法な証拠では同一の立証目的を達し得ない場合には限定されない

【東京高判昭 29.7.24 高刑集 7-7-1105】犯罪事実の証明に実質的に必要であるのが条件

・特則

＊２号後段該当証拠：検察官に取調請求義務がある ∵被告人に利益な調書を取調べさせるため

→できる限り、当該証人の証人尋問までに請求・開示し、証人尋問時に相反性等を尋問すべき

※但し、証人尋問の後の期日に取り調べても違憲ではない(最判昭 30.1.11 刑集 9-1-14)

3. ２項(実質的に反対尋問を経た供述調書等)

#2 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

・対象

＊前段：被告人以外の者の公判準備・公判期日における供述録取書

→公判期日外の証人尋問の尋問調書、公判手続の更新前の公判調書中の供述部分など

＊後段：裁判所・裁判官の検証調書

・要件：なし

・根拠：実質的に反対尋問を経ており、直接主義の要請より代用書面＝伝聞証拠に当たるだけ

→当事者の反対尋問権が保障されない他事件の書面は含まない(§321-1:1 に該当)

4. ３項(検察官・警察官の検証調書)

#3 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

・対象：捜査機関の検証調書

＊任意捜査たる実況見分調書：含む(判例) ← 任意捜査ゆえ除外(少数)

【最判昭 35.9.8 刑集 14-11-1437】検証調書には任意捜査たる実況見分調書を含む

【最判昭 47.6.2 刑集 26-5-317】酒酔い鑑識カード(#3 と#1:3 による)[S46 あ 2370]

要旨「本件「酒酔い鑑識カード」のうち「化学判定」欄および被疑者の言語、動作、酒臭、外貌、態度等の外部的状態に関する記載のある欄の各記載は、いずれも刑訴法３２１条３項の「司法警察職員の検証の結果を記載した書面」にあたり、被疑者との問答の記載のある欄ならびに「事故事件の場合」の題下の「飲酒日時」および「飲酒動機」の両欄の各記載は、いずれも刑訴法３２１条１項３号の書面にあたる」

【最決昭 62.3.3 刑集 41-2-60】警察犬による臭気選別の報告書を検証調書に含む

【最決平 20.8.27 刑集 62-7-2702】私人作成の報告書への準用(否定)[H19 あ 2207]

「本件の第１審公判において，本件非現住建造物等放火罪に係る火災の原因に関する「燃焼実験報告書」と題する書面の抄本…が，その作成者の証人尋問の後に、同法３２１条３項により採用されたところ，上記作成者は，私人であることが明らかである」「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……原判断には，この点において法令の解釈適用に誤りがあるといわざるを得ないが，上記証人尋問の結果によれば，上記作成者は，火災原因の調査，判定に関して特別の学識経験を有するものであり，本件報告書抄本は，同人が，かかる学識経験に基づいて燃焼実験を行い，その考察結果を報告したものであって，かつ，その作成の真正についても立証されていると認められるから，結局，本件報告書抄本は，同法３２１条４項の書面に準ずるものとして同項により証拠能力を有する」（非現住建造物放火等→有罪・棄却）

＊検証・実況見分に際する立会人の支持説明：検証結果と一体のものとして含まれる

←現場指示のうち必要な部分のみ。それを超えた現場供述は含まない

【最判昭 36.5.26 刑集 15-5-893】立会人の指示説明部分の証拠能力(検証調書と一体で肯定)

＊犯行再現実況見分調書：自白の性質もあるため、#3 に加え§322-1 の要件も要する

【最決平 17.9.27 刑集 59-7-753】犯行再現実況見分調書・写真撮影報告書[H17 あ 684]

「前記認定事実によれば，本件両書証は，捜査官が，被害者や被疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして，これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ，立証趣旨が「被害再現状況」，「犯行再現状況」とされていても，実質においては，再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になる……このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については，刑訴法３２６条の同意が得られない場合には，同法３２１条３項所定の要件を満たす必要があることはもとより，再現者の供述の録取部分及び写真については，再現者が被告人以外の者である場合には同法３２１条１項２号ないし３号所定の，被告人である場合には同法３２２条１項所定の要件を満たす必要がある……もっとも，写真については，撮影，現像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから前記各要件のうち再現者の署名押印は不要」(条例違反等→有罪／棄却：証拠採用は違法だが、他の証拠から有罪なので棄却)

・被害再現実況見分調書：同様に§321-1:3 の要件も必要(被害者の代用書面)

・ 要件：供述者の真正に作成されたものであることの供述

＝作成名義の真正＋記載内容の真正（自分が作った＋検証内容を正しく記載した）

→作成の真正についての反対尋問で、内容の正確性についても反対尋問できる

・ 根拠：検証調書の性質

＝検証が評価より五官の作用による認識を内容とするものであって、主観的要素の余地が少なく、結果を記憶によって保存することが困難で検証直後に作成された書面の方が正確さ・詳細さにおいて口頭より優れるから

5. ４項(鑑定書)

#4 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

・ 対象：鑑定人の作成した鑑定書

＊捜査段階での鑑定受託者の鑑定書(§223-1)：含む

【最判昭 28.10.15 刑集 7-10-1934】鑑定受託者の鑑定書にも本項を準用しうる

＊実質的に鑑定書といえればよい

【最決平 20.8.27 刑集 62-7-2702】燃焼実験報告書も鑑定書にあたる[H19 あ 2207]

「非現住建造物等放火罪に係る火災の原因に関する「燃焼実験報告書」と題する書面の抄本」につき「上記証人尋問の結果によれば，上記作成者は，火災原因の調査，判定に関して特別の学識経験を有するものであり，本件報告書抄本は，同人が，かかる学識経験に基づいて燃焼実験を行い，その考察結果を報告したものであって，か

つ，その作成の真正についても立証されていると認められるから，結局，本件報告書抄本は，同法３２１条４項の書面に準ずるものとして同項により証拠能力を有する」（非現住建造物放火等→有罪・棄却）

＊医師の診断書：刑 160 の制裁もあり、鑑定書に含む ← 結論しか書かないので除外すべき

【最判昭 32.7.25 刑集 11-7-2025】医師の診断書は鑑定書に含む

・医師の死体検案書：含む

・ 要件：供述者の真正に作成されたものであることの供述

・ 根拠：鑑定の性質＝専門性、内容(法則・事実の供述)、書面の方が正確、中立性

6. §321/2(ビデオリンク方式による証人尋問調書)

§321/2-1 被告事件の公判準備若しくは公判期日における手続以外の刑事手続又は他の事件の刑事手続において§157/4-1 に規定する方法によりされた証人の尋問及び供述並びにその状況を記録した記録媒体がその一部とされた調書は、前条第一項の規定にかかわらず、証拠とすることができる。この場合において、裁判所は、その調書を取り調べた後、訴訟関係人に対し、その供述者を証人として尋問する機会を与えなければならない

・ 対象：ビデオリンク方式による証人尋問調書

・ 要件：反対尋問権の保障(#1 但書)、記録媒体の再生(#2、内容告知は不可)、

・ 根拠：他事件でのビデオリンク方式証人尋問の記録＋反対尋問で済ませるもの

∵共犯の性犯罪事件で、同じ内容を繰り返し証言する負担を省くため

第４款　伝聞例外―供述代用書面（322 条：被告人）

1. 1 項前段(被告人の供述書・供述録取書：被告人に不利益なもの)

§322-1 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情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、§319 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

- 対象：被告人の供述書・供述録取書(署名・押印のあるもの＝録取の誤りの防止)

  ＊但し、供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの(自白も含む)

  【最判昭 27.3.27 刑集 6-3-520】(逮捕時の)弁解録取書も被告人の供述録取書にあたる
- 要件：§319(自白法則)に準じ、任意性に疑いがないこと
- 根拠：被告人に不利益なら反対尋問は不要で、直接主義の要請より伝聞証拠に当たるだけ

2. 1 項後段(被告人の供述書・供述録取書：その他)

- 対象：被告人の供述書・供述録取書(署名・押印あり)で前段該当のものを除く
- 要件：特信性（特に信用すべき情況の下にされたこと）→ §321-1:4 と同趣旨
- 根拠：被告人に利益なら検察官の反対尋問権があるが、特信性があれば省略する

3. 2 項(被告人の公判準備・公判期日における供述録取書)

#2 被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意にされたものであると認めるときに限り、これを証拠とすることができる

- 対象：被告人の公判準備・公判期日における供述録取書

  ＊例：公判手続の更新前、公判準備の検証現場での説明、公判準備の証人尋問での供述など
- 要件：任意性(供述が任意にされたものであると認めること)

  →§311-2(被告人質問)と同趣旨　∵自白法則(§319)を準用していない

  ＊公判廷での供述等であるから、通常は問題とならない
- 根拠：直接主義の要請で伝聞証拠にあたるだけだから

第５款　伝聞例外―供述代用書面（323 条）

1.　特に信用すべき情況下で作成された書面

§323 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の外特に信用すべき情況の下に作成された書面

・対象：１号、２号、３号該当文書

＊１号：公務員の証明文書。各種登記簿謄本、印鑑証明書、前科調書、身上照会回答書など

＊２号：業務文書。業務過程でその都度正確に記入される性質の書類・電磁的記録

・例：医師のカルテなど。捜査機関が捜査過程で作成する文書は§321-1:3 で判断される

【最判平 14.1.22 刑集 56-1-1】電磁的記録は商業帳簿にあたる(但し、破産法の事件)

・判断基準：書面の形状・内容、作成者の証言等から認められる書面の性質・作成状況等も考慮

【最決昭 61.3.3 刑集 40-2-175】２号該当性の判断[S58 あ 1458]

「本件ＱＲＹ受信用紙【＝本件受信記録】の謄本の証拠能力について検討すると……まず、本件受信記録の原本は、それ自体だけからでは刑訴法三二三条二号にいう「業務の通常の過程において作成された書面」であることが必ずしも明らかではないけれども、その作成者の証言等関係証拠をも併せて検討すると、「北海いかつり船団」所属の各漁船は、同船団の事前の取決めにより、洋上操業中、毎日定時に操業位置、操業状況、漁獲高等を暗号表等を用いて相互に無線電話で通信し合い、その通信内容を所定の受信用紙に記載することになつていたものであるところ、本件受信記録は、右船団所属の第二一福聚丸の乗組員が、右取決めに従い、洋上操業中の同船内において、通信業務担当者として、他船の乗組員が通常の業務として発する定時通信を受信した都度その内容を所定の受信用紙に機械的に記入したものであることが認められるから，本件受信記録自体は、船団所属の漁船の操業位置等を認定するための証拠として、「業務の通常の過程において作成された書面」に該当する」（いかつり漁業等の取締りに関する省令違反→有罪／棄却）

＊３号：その他特に信用すべき情況の下に作成された書面＝１・２号相当の高度の信用性

・例：統計表、スポーツの記録、株式の相場等。日記・手紙・メモは高度の信用性を個別判断

【最判昭 31.3.27 刑集 10-3-387】単にその心覚えのため取引を書き留めた手帳は不該当

【最判昭 29.12.2 刑集 8-12-1923】手紙[S27 あ 4481]

「各信書は……刑訴三二三条三号の書面と解するを相当とするばかりでなく、第一審判決は…(差出人・受取人の証言で)…一連の手紙としてその内容を検討し十分信を措くに足りるものと認めたものであつて、右両名の第一、二審における証言並びに右手紙の外観、内容等を検討すれば……その約四十通の手紙の一部に所論のごとき代筆のもの、封筒のないもの、刑務所の検閲印又は受附印のないもの、封筒と中味と喰いちがつたもの等があつても、服役者とその妻との間における一連の信書として特に信用すべき情況の下に作成された書面と認定した第一審の判断を正当として是認」できる（殺人未遂教唆等→有罪／棄却）

・要件：無条件、被告人が作成したものでもよい

【最決昭 32.11.2 刑集 11-12-3047】被告人に不利益な被告人作成のものも§323 の対象

被告人が備忘のため取引関係を記入した書面につき、§323:2 該当として無条件で証拠能力を認める

・根拠：性質上高度の信用性があり、伝聞証拠であっても証拠とする必要性が強いから

第６款　伝聞例外―伝聞供述、同意・合意書面

1. 伝聞供述＝内容が被告人の供述(§324-1)

   §324-1 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、§322 の規定を準用する

   ・対象：被告人以外の者の公判期日等での供述 ＋ 内容が被告人の供述

   ・要件：§322(被告人の供述代用書面)を準用 → 不利益なら任意性の疑いなし、他は特信性

2. 伝聞供述＝内容が被告人以外の者の供述(§324-2)

   #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、§321-1:3 の規定を準用する

   ・対象：被告人以外の者の公判期日等での供述 ＋ 内容が被告人以外の者の供述

   ・要件：§321-1:3 を準用＝供述の再現不能 ＋ 不可欠性 ＋ 特信性

   【最判昭 33.10.24 刑集 12-14-3368】肯定した例[S31 あ 740]

   被告人の自白調書の有力な補強証拠である証人の証言中に松本二郎の供述を内容とするいわゆる伝聞部分があるが「右証言に際し被告人側から異議の申立のあつた形跡はない。のみならず、同証言と被告人の司法警察員に対する第一回供述調書とを総合すれば右松本二郎と曹決守とは同一人であることが窺われ……証人曹決守の証言によれば、同人は既に本件犯行当時の記憶は全くこれを喪失していると認められ……しかも原審公判当時同人が既に所在不明となつていた……しからば、原判決が刑訴三二四条二項、三二一条一項三号の趣旨に則り、右証人金容の供述に証拠能力を認めたのは相当」（贓物運搬→有罪／棄却）

   【最判昭 38.10.17 刑集 17-10-1795】原供述者が択一不明確のみでは証拠能力は失われない

3. 伝聞供述＝被告人が伝聞供述者

   ・規定なし → 被告人に不利益なら§326 の同意、利益なら§321-1:3 準用とすべき

4. 再伝聞証拠：調書中の伝聞供述など、伝聞証拠中の伝聞供述のこと

   ・一次伝聞について供述調書の性質に応じた要件 ＋ 再伝聞部分につき§324 の要件が必要

   【最判昭 32.1.22 刑集 11-1-103】再伝聞証拠[S30 あ 1941]

   要旨「被告人甲の検察官に対する供述調書中に共同被告人乙からの伝聞の供述が含まれているときは、刑訴第３２１条第１項第２号同第３２４条によりこれを被告人乙に対する証拠とすることができる」「右のように伝聞の供述を含む供述調書を証拠とすることは憲法第３７条第２項によつて許されないものではない」（強殺未遂等）

   ・同意(§326-1)があった場合：供述調書の供述者・原供述者双方への反対尋問権の放棄とする

5. 任意性の調査(§325)

   §325 裁判所は、§321 から前条までの規定により証拠とすることができる書面又は供述であつても、あらかじめ、その書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となつた他の者の供述が任意にされたものかどうかを調査した後でなければ、これを証拠とすることができない

   ・意義：§325 としては証明力の評価のためであるから証拠調べ後でもよい

   ＊任意性が要件のもの(§322-1 前段,324-1)：要件充足判断のため、事前の調査が必要

   ＊特信情況が要件のもの(§322-1 後段,321-1:2,3,323-3,324)：特信情況判断の重要要素

   →特信情況判断のため、原則として事前の調査が必要

   ＊その他の書面：証明力の判断資料 → §325 による調査

   ＊検証調書・鑑定書・特信文書：任意性を論じる意味はない

【最決昭 54.10.16 刑集 33-6-633】任意性の調査の時期[S53 あ 1861]

「刑訴法三二五条の規定は、裁判所が、同法三二一条ないし三二四条の規定により証拠能力の認められる書面又は供述についても、さらにその書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となつた他の者の供述の任意性を適当と認める方法によつて調査することにより(最判昭 28.2.12、同 28.10.9 参照)、任意性の程度が低いため証明力が乏しいか若しくは任意性がないため証拠能力あるいは証明力を欠く書面又は供述を証拠として取り調べて不当な心証を形成することをできる限り防止しようとする趣旨のものと解される。したがつて、刑訴法三二五条にいう任意性の調査は、任意性が証拠能力にも関係することがあるところから、通常当該書面又は供述の証拠調べに先立つて同法三二一条ないし三二四条による証拠能力の要件を調査するに際しあわせて行われることが多いと考えられるが、必ずしも右の場合のようにその証拠調べの前にされなければならないわけのものではなく、裁判所が右書面又は供述の証拠調後にその証明力を評価するにあたつてその調査をしたとしても差し支えない」(公選法違反→有罪／棄却)

【最判昭 28.10.9 刑集 7-10-1904】調査は裁判所が適当と認める方法で行えば足りる

【最決昭 32.9.18 刑集 11-9-2324】特信性について裁判があった場合は別途の調査は不要

被告人以外の者の検面調書の証拠調べで、弁護人が特信性がない旨の異議申立てがあり、異議は理由ない旨の裁判があった場合 → その際に任意性の調査もあったと解する

6. 同意書面(§326-1)

§326-1 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情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

・対象：同意書面＝検察官及び被告人が証拠同意した書面・供述

＊同意の意義：①及び②の両方の意義があると解すべき

①原供述者に対する反対尋問権を放棄する意思表示(通説)

→証人尋問しても同じ供述しか得られそうにない場合など

②積極的に証拠に証拠能力を与える当事者の訴訟行為(実務)

→被告人の自白調書への同意はこちらの趣旨と解される

＊同意の方法＝裁判所に対してする

・同意権者：検察官、被告人。弁護人は被告人の明示の意思に反しない限り可能

・方法：明示が基本だが、黙示も可(裁判所は真意を確認するのが望ましい)

・同意の撤回・取消：原則認められない ← 証拠調べ前・やむを得ない錯誤ならいいのでは

【最決昭 30.1.25 刑集 9-1-74】同意の方法[S28 あ 1574]

要旨「検察官が書面について証拠調の請求をして立証趣旨を述べ、裁判所からその証拠調の請求について意見を求められたのに対し被告人から異議がない旨の陳述をし、さらに右証拠調実施後、裁判所から反証の取調の請求等により証拠の証明力を争うことができる旨を告げられたのに対しても、被告人において別にないと答えた場合においては、被告人はその書面を証拠とすることに同意したものと解すべき」(偽造有価証券行使等→有罪/棄却)

【最判昭 27.12.19 刑集 6-11-1329】被告人が事実を全面的に争っている場合[S25 あ 2438]

「被告人において全面的に公訴事実を否認し、弁護人のみがこれを認め、その主張を完全に異にしている場合において、弁護人に対してのみ検察官申請の書証の証拠調請求について意見を求め、被告人に対しては右証拠調請求に対する意見および書類を証拠とすることについての同意の有無を確めず、弁護人の証拠調請求に異議がないという旨の答弁だけでただちに右書証を取り調べた上、これを有罪認定の資料とすることは違法」(破棄差戻し)

【最決昭 59.2.29 刑集 38-3-479】伝聞証言と同意(高輪グリーンマンション事件)[S57 あ 301]

「渡部達郎警部は、第一審において、ポリグラフ検査の際、被告人に本件被害者の着用していたネグリジエの色等、本件の真犯人でなければ知り得ない事項についての言動があつた旨証言し、第一審判決及びこれを是認した原判決は、右証言を採用して右言動を認定し、これをもつて被告人を本件の真犯人と断定する一つの情況証拠としている……右証言は伝聞ないし再伝聞を内容とするものであるが、右証言の際、被告人及び弁護人らは、その機会がありながら異議の申立てをすることなく、右証人に対する反対尋問をし、証人尋問を終えていることが認められる。このように、いわゆる伝聞ないし再伝聞証言について、異議の申立てがされることなく当該証人に対する尋問が終了した場合には、直ちに異議の申立てができないなどの特段の事情がない限り、黙示の同意があつたものとしてその証拠能力を認めるのが相当である（最判昭 28.5.12、同 29.5.11、同 33.10.24 参照。これらの判決は、伝聞証言の証拠能力を認めるについて、異議の申立てがなかつたことのほか、証人に対し尋ねることはない旨述べられた場合であること等の要件を必要とするかのような判示をしているが、後者の点は当該事案に即して判示されたにすぎず、ことに右のような陳述の点は、その有無によつて、伝聞証言の証拠能力に特段の差異を来すものではないと解される。）。」（殺人→有罪／棄却）

- 要件：作成・供述の際の情況を考慮して相当

  ＊証拠収集手続に極めて重大な違法があり、当事者の放棄できない憲法上の権利侵害がある場合などは不相当であるから、同意書面であっても証拠能力は認められない(もっとも、まれ)

- 効力：§321-324 の要件該当性の確認が不要、§325 の調査も不要 → 実務では優先適用

  ←証拠能力は付与されるが、証明力まで付与するものではない

  【最決昭 26.6.7 刑集 5-7-1243】同意書面は任意性の調査(§325)も不要

  ＊主観的範囲：同意者とその相手方のみ。その他の当事者には及ばない

  ＊客観的範囲：１通の書面の一部についての同意も可能

  ＊同意した書面の証明力を争うための証人喚問

  ・不可能説：同意を反対尋問権放棄と解した場合

  ・可能説：同意を積極的証拠能力の付与と解した場合

7. 擬制同意(§326-2)

- 要件：被告人不出頭で証拠調べ可能 ＋ 被告人(＋代理人・弁護人)が不出頭の場合

  #2 被告人が出頭しないでも証拠調を行うことができる場合において、被告人が出頭しないときは、前項の同意があつたものとみなす。但し、代理人又は弁護人が出頭したときは、この限りでない

- 根拠：同意の有無を確かめられず、訴訟の進行が阻害されることを防ぐため

  →帰責性のある勾留被告人の出頭拒否(§286/2)、無断退廷・退廷命令(§341)の場合も含む

  ・但し、範囲については争いあり(少なくとも取調請求が予期されたものは含むべき)

  【最決昭 53.6.28 刑集 32-4-724】秩序維持のため退廷させられたときは擬制同意できる

8. 合意書面(§327)

   §327 裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人が合意の上、文書の内容又は公判期日に出頭すれば供述することが予想されるその供述の内容を書面に記載して提出したときは、その文書又は供述すべき者を取り調べないでも、その書面を証拠とすることができる。この場合においても、その書面の証明力を争うことを妨げない

- 対象：当事者合意の下で文書・供述内容を記載して提出した書面
- 効果：証拠能力の付与、ただし証明力は争いうる

第７款　伝聞例外―証明力を争うための証拠

1.　証明力を争う証拠(§328)

§328 §321 乃至§324 条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても、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

・証明力を争う証拠の範囲

＊弾劾証拠：証明力を減殺させる証拠 → 含まれる

【最決昭 28.2.17 刑集 7-2-237】弾劾証拠によって犯罪事実を認定してはならない

＊増強証拠：証明力を増強する証拠 → 含まれない

∵「争う」の文言に反する、増強証拠なしに犯罪事実を認定できるのでないなら、
増強証拠も犯罪事実認定に用いたといえる

【東京高判昭 31.4.4 高刑集 9-3-249】増強証拠も含む

＊回復証拠：減殺された証明力を回復する証拠 → 含む

∵減殺後なら供述等の信用性の判断にのみ用いるものと考えられるから

【東京高判昭 54.2.7 判時 940-138】回復証拠も含む

・弾劾証拠の範囲

＊対象供述者の相反する供述(自己矛盾の供述)に限られるか

・証人等が他の機会に矛盾した供述をしていたことこそが弾劾になる

＝X の「A の放火を見た」の弾劾証拠は X の「B の放火を見た」「放火者を知らない」に限る

←「B が放火した」「放火者を知らない」の真実性は問題とならないので、そもそも非伝聞

・証人等の供述の信用性一般を揺るがすものであれば足りる

＝X の「A の放火を見た」の弾劾証拠として Y の「B の放火を見た」を使ってよい

∵条文上自己矛盾の供述に限定する根拠はない

←Y の発言の真実性が前提となるが、このような場合まで伝聞例外を認めたとしてよいか
認めると実質証拠として用いている場合もありうるし、無限定に伝聞証拠が持ち込まれる

【最判平 18.11.7 刑集 60-9-561】弾劾証拠の範囲(自己矛盾の供述に限る)[H17 あ 378]

「刑訴法３２８条は，公判準備又は公判期日における被告人，証人その他の者の供述が，別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に，矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより，公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり，別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については，刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨である……そうすると，刑訴法３２８条により許容される証拠は，信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が，同人の供述書，供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。），同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。本件書証は，前記足立の供述を録取した書面であるが，同書面には同人の署名押印がないから上記の供述を録取した書面に当たらず，これと同視し得る事情もないから，刑訴法３２８条が許容する証拠には当たらない」（証人が消防司令補の聞きこみに異なる発言をしていたため、§328 による証拠採用を請求したもの、現住建造物放火等→有罪／棄却）

第８款　写真・録音テープ・ビデオテープ

1. 機械的記録の証拠能力

・供述証拠説：

2. 写真・映画：操作者である人間の誤りの危険性を重視するか、機械の科学的正確性を重視するか

・供述証拠説(検証調書類似説)：撮影者の反対尋問を要する

∵機械を操作する人間が、対象選定・撮影の位置・角度等で、実際と異なった画面を作成し、また修正することができる

・非供述証拠説：撮影者の反対尋問は不要(修正の可能性が主張されれば尋問する)

∵科学的記録では供述証拠のような誤りの混入の危険は著しく低く、意図的な撮影・修正の有無を慎重に吟味すれば足りる、反対尋問に限らず科学的解析で操作・修正を立証可能

【最決昭 59.12.21 刑集 38.12.3071】現場写真の性質(非供述証拠説)[S57 あ 1504]

「犯行の状況等を撮影したいわゆる現場写真は、非供述証拠に属し、当該写真自体又はその他の証拠により事件との関連性を認めうる限り証拠能力を具備するものであつて、これを証拠として採用するためには、必ずしも撮影者らに現場写真の作成過程ないし事件との関連性を証言させることを要するものではない」(騒擾罪等・有罪)

・検証調書・鑑定書添付の写真：独立に用いない限り、供述と一体で、独立の証明力をもたない

→本体たる書面と同一の証拠能力を持つ(§321-3,4：通説)

3. 録音テープの音声記録

・非供述証拠説(有力)：作為的操作・編集の有無を確かめれば足りる

←供述証拠説(検証調書類似説)もある

・供述録音：被疑者・参考人の供述を録音したもの ＝ 供述調書と同じ性質を持つ

→§321-1:2,3 に準じて判断すればよく、証拠調べは録音再生による

但し、科学的正確さにより現供述と録音内容の一致は担保されるので、署名押印は不要

4. 写し・コピー

・謄本：原本の内容の全部を同一の文字・符号によって転写した文書で、認証のあるもの

・抄本：原本の内容の一部を同一の文字・符号によって転写した文書で、認証のあるもの

・写し：原本の内容の全部を同一の文字・符号によって転写した文書で、認証のないもの

・要件：原本が証拠能力を有すること＋下の３点（但し、相手方が同意すれば証明不要）

＊原本が存在し、又は存在していたこと ← 謄本・抄本は認証で通常は認められる

＊原本の提出が不能又は困難であること ← 電子コピー普及で緩やかに認定される傾向

＊原本と同一内容であること ← 謄本・抄本は認証で通常は認められる

【最判昭 31.7.17 刑集 10-8-1193】供述調書の謄本[S30 あ 2629]

「現行刑事訴訟法によれば、いわゆる伝聞証拠は、それが人証であると書証であるとを問わず原則として証拠能力なく、ただ刑訴三二一条乃至三二八条に規定する要件を満たしたものに限り、例外として証拠能力を有する……刑訴 321-1:2 の検察官の面前における供述を録取した書面…には、要件の一つとして供述者の署名若しくは押印のあることが挙げられているのに、右書面の謄本はかかる要件を欠くのであるから、刑訴 321-1:2 の書面として証拠調を請求するには、供述調書の原本を提出することを要し、その謄本を原本に代えて提出することは原則として許されない…（このことは、証拠調を終つた証拠書類を裁判所に提出する場合に、裁判所の許可を得て原本に代えその謄本を提出することができると規定した刑訴三一〇条からも窺われる)。ただ本件において、

検察官が……供述調書の謄本を刑訴 321-1:2 に該当する書面として証拠調を請求したところ、弁護人は、右書面は供述調書の謄本であり刑訴 321-1:2 の書面ではないので、謄本そのものにより証拠調を請求することには異議があると述べると共にこの謄本についてその原本の存在並びにその成立は認めると述べたことも記録上明らか……謄本による証拠調の請求につき弁護人から異議のあつた以上, 原本によつて証拠調の請求をするのが原則であることは前段に説明したところから当然のことであるが、本件において弁護人は謄本につき原本の存在並びにその成立を認めると述べており、原本自体を法廷に顕出しなければ証拠調の目的を達し難い理由等についてはなんら陳述していないのであるから、かかる場合には謄本自体に原本に準ずる証拠能力を認めてこれについて証拠調の請求並びに証拠調をすることも法の許容するところと解する」(公選法違反→有罪／棄却)

【最判昭 35.3.24 刑集 14-4-447】供述調書の謄本[S34 あ 1958]

「記録によれば、第一審において弁護人は所論供述調書謄本を証拠とすることにつき、その内容に特信性がない旨を述べたに止まり、その余の点については異議のなかつたものと認められ」る（＋特信性は認められた）ので、供述調書謄本の証拠調べは適法（公選法違反→有罪／棄却）

- 証拠物の写しである写真（凶器や契約書の写真）：謄本等と同様に扱う

5. 犯行（被害）再現写真等の証拠能力

第４節　違法収集証拠

第１款　違法収集証拠排除の根拠

1.　違法収集証拠排除の原則

・意義：違法な手順によって収集されたものは裁判における証拠から排除されるべき

→司法の廉潔性、違法捜査抑止論、適正手続(憲 31)

・根拠

＊捜査段階における人権侵害をチェックするため、証拠法でも対応する

∵事前・事後の対応(令状主義や損賠、懲戒等)だけでは刑訴の適正確保には不十分

＊供述証拠については、憲 38-2、刑訴法 319-1 がある

＊憲 31,35 に反した違法捜査は起こりえ、違法収集証拠を認めるとそれを助長してしまう

→違法手続を禁圧するため、違法収集証拠の利用可能性を奪うのが有効

※明文の根拠はないが、拷問等による自白の証拠能力否定(§319-1)と同様に扱えばよい

・判断基準：下の２つの両方を要するという理解が多数

＊適正手続の保障や令状主義の精神をないがしろにする重大な違法があるか

∵採用した場合の適正手続違反・司法への国民の信頼低下と、真犯人を無罪とする不利益

＊排除することによって将来の違法捜査を抑止することが必要と認められるか

∵事後の救済措置(損賠や懲戒等)で十分ならそちらでよい

2.　判例による採用：司法の廉潔性＋違法捜査抑止とされる

【最判昭 24.12.13 集刑 15-349】違法収集証拠排除法則を採用せず[S24 れ 2366]

「たとえ押収手続に所論の様な違法があつたとしても押収物件につき公判迄において適法の証拠論が為されてある以上……これによつて事実の認定をした原審の措置を違法とすることは出来ない、押収物は押収手続が違法であつても物其自体の性質、形状に変異を来す筈がないから其形状等に関する証拠たる価値に変りはない、其故裁判所の自由心証によつて、これを罪証に供すると否とは其専権に属する」（強盗未遂等→有罪／棄却）

【最判昭 53.9.7 刑集 32-6-1672】大阪天王寺覚せい剤所持事件[S51 あ 865]

覚せい剤取締法違反等→一審：覚せい剤取締法違反無罪→控訴：当該部分棄却→上告：破棄差戻し

「逮捕に伴い行われた本件証拠物の差押手続は違法といわざるをえない」としつつ「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……ところ、刑訴法は、「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。」（同法一条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要する……刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に変りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でない……他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法三五条が、憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、捜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が捜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法三一条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所

期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定される」「被告人の承諾なくその上衣左側内ポケツトから本件証拠物を取り出した垣田巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性と緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである」

第２款　証拠排除の基準

1. 判断基準

・絶対的排除説：端的に手続の違法の有無のみを基準とすべき

・相対的排除説：違法性の程度や抑止効果を総合的に考慮し判断(有力・判例)

→令状主義の精神を没却する重大な違法＋将来における違法捜査抑制の見地から相当でない

←両者は実質的に重なるという理解、いずれか一方で足りるという説

＊具体的要素：手続違反の程度・状況・有意性・頻発性、手続違反と証拠獲得との因果性の程度、証拠の重要性、事件の重大性等

・具体的判断

＊違反した法規の重大性、違反の態様の悪辣性、被告人の利益を直接侵害した程度

＊捜査官の法軽視の態度の強弱、当該捜査方法が将来繰り返させる確率

＊当該事案の重大性とその証拠構造における当該証拠の重要性

＊手続の違法と証拠収集との因果性の程度

2. 令状主義の精神を没却する重大な違法の判断 ← 主に覚せい剤事犯

・手続は違法だが、重大な違法ではないとした例（証拠能力肯定）

∵緊急逮捕は可能、令状主義潜脱の意図なし、強制力が用いられていないなど

【最判昭 61.4.25 刑集 40-3-215】被告人宅への立入り・任意同行・採尿手続

【最決昭 63.9.16 刑集 42-7-1051】任意同行、所持品検査、差押え・採尿手続

【最決平 6.9.16 刑集 48-6-420】職務質問の現場に長時間留め置いた措置

【最決平 7.5.30 刑集 49-5-703】所持品検査、現行犯逮捕、採尿手続

【最決平 15.5.26 刑集 57-5-620】所持品検査

【最決平 21.9.28 刑集 63-7-868】宅配便荷物のＸ線検査(業者の承諾、対象限定の配慮など)

・令状主義を没却するような重大な違法が認められた例

【最判平 15.2.14 刑集 57-2-121】大津覚せい剤証拠排除事件[H13 あ 1678]

覚せい剤取締法違反・窃盗→有罪／破棄差戻し

逮捕状が発付されているのに、不所持で被告人の下に赴いて不呈示のまま緊急執行もせずに逮捕、警察署に連行後に逮捕状が提示されたのに、逮捕状を提示して逮捕したという記載を逮捕状・捜査報告書にしたもの。

「本件逮捕には，逮捕時に逮捕状の呈示がなく，逮捕状の緊急執行もされていない……という手続的な違法があ

るが，それにとどまらず，警察官は，その手続的な違法を糊塗するため，前記のとおり，逮捕状へ虚偽事項を記入し，内容虚偽の捜査報告書を作成し，更には，公判廷において事実と反する証言をしているのであって，本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば，本件逮捕手続の違法の程度は，令状主義の精神を潜脱し，没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして，このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは，将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから，その証拠能力を否定すべきである（最判昭 53.9.7 参照）」「本件採尿は，本件逮捕の当日にされたものであり，その尿は，上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また，その鑑定書も，同様な評価を与えられるべきものである」「本件覚せい剤は，被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし，被告人方を捜索すべき場所として発付された捜索差押許可状に基づいて行われた捜索により発見されて差し押さえられたものであるが，上記捜索差押許可状は【採尿検査】の鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから，証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである。しかし，本件覚せい剤の差押えは，司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること，逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど，本件の諸事情にかんがみると，本件覚せい剤の差押えと【採尿検査】の鑑定書との関連性は密接なものではない……本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については，その収集手続に重大な違法があるとまではいえず，その他，これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると，その証拠能力を否定することはできない」（覚せい剤使用・所持・窃盗→窃盗有罪、他無罪→覚せい剤所持・窃盗を破棄差戻し、使用は棄却）

3. 違法捜査の抑止
   - 捜査方法に重大な違法がある → 抑止の必要性が高い、捜査官の法軽視の態度が顕在的
     ←重大な違法でなくても、捜査手法が頻繁に行われていれば、抑止の必要性は高い
     ←捜査官の令状主義先達の意図が顕在化している場合も、抑止の必要性が高い
   - 捜査官が善意(意図せず許容限度を超えた場合)なら、抑止の必要性は低くなりやすい
4. 考慮される違法の範囲
   - 捜査対象とされた者の人権を侵害するおそれのある性質のものに限る

     【最決昭 63.3.17 刑集 42-3-403】パトカーの最高速度違反は証拠能力を否定しない

     速度違反車両追尾中に、パトカーが赤色警告灯をつけずに最高速度を超過したもの(速度測定結果の証拠能力)
   - 証拠が収集されたあとの違法：関係ない

     【最決平 8.10.29 刑集 50-9-683】捜索中の暴行以前に発見されていた覚せい剤[H6 あ 611]

     「警察官が捜索の過程において関係者に暴力を振るうことは許されないことであって、本件における右警察官らの行為は違法なものというほかはない。しかしながら、前記捜索の経緯に照らし本件覚せい剤の証拠能力について考えてみると、右警察官の違法行為は捜索の現場においてなされているが、その暴行の時点は証拠物発見の後であり、被告人の発言に触発されて行われたものであって、証拠物の発見を目的とし捜索に利用するために行われたものとは認められないから、右証拠物を警察官の違法行為の結果収集された証拠として、証拠能力を否定することはできない。なお、前記手帳についても、警察官がこれを入手するについて所定の手続を経ていないことは事実であるが、この手帳の押収手続に違法があるからといって、その違法が、右手帳の入手に先立ち、これと全く無関係に発見押収された本件覚せい剤の証拠能力にまで影響を及ぼすものということはできない」
   - 将来の適法な捜査により収集されていたと認められる場合

     【最決昭 63.9.16】浅草覚せい剤使用事件[昭 62 あ 944:刑集 42-7-1051]

     警察官が被告人をその意思に反して警察署に連行したうえ、その状況を直接利用して所持品検査及び採尿を行つたもの。「所持品検査及び採尿手続が違法であると認められる場合であつても、違法手続によつて得られた証拠

の証拠能力が直ちに否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、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ときに、その証拠能力が否定される…（最判昭 53.9.7、本件では）…職務質問の要件が存在し、所持品検査の必要性と緊急性とが認められること、宮澤巡査部長は、その捜査経験から被告人が落とした紙包みの中味が覚せい剤であると判断したのであり、被告人のそれまでの行動、態度等の具体的な状況からすれば、実質的には、この時点で被告人を右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といえるのであるから、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つたものにすぎず、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえないこと、警察官らの有形力の行使には暴力的な点がなく、被告人の抵抗を排するためにやむを得ずとられた措置であること、警察官において令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があつたとはいえないこと、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づいて行われていることなどの事情が認められる。これらの点に徴すると、本件所持品検査及び採尿手続の違法は、未だ重大であるとはいえず、右手続により得られた証拠を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないと認められないから、右証拠の証拠能力を肯定することができる」

第３款　違法収集証拠の諸問題

1. 派生証拠の証拠能力

＝違法収集証拠に基づいて収集された他の証拠(派生的証拠)の証拠能力

・毒樹の果実の理論：派生的証拠も排除されるべき

←当初の証拠収集方法の違法の程度と、両証拠間の関連性の強弱で判断すべき

・当初の違法性が重大 → 派生的証拠との関連性がそこまで強くなくても排除すべき

・当初の違法性が軽度 → 派生的証拠との関連性が強くても排除しなくてよい

＊介在事情の考慮 → 派生的証拠と原証拠の関連性を否定し、証拠能力を認める

・派生的証拠を得る際に被疑者の同意があった場合(採尿に同意したなど)

・原証拠・派生的証拠の間の、他の適法に得られた証拠の介在

・原証拠によらずとも同一内容を証明しうる他の適法な証拠の存在

・派生的証拠が当初の違法捜査と独立した捜査活動からも得られたであろう場合

【最判昭 58.7.12 刑集 37-6-791】毒樹の果実の理論

(伊藤補足)一次証拠収集の違法、二次証拠の重要さ、両証拠の関連性の程度を考慮し総合判断すべき

【最判平 15.2.14 刑集 57-2-121】大津覚せい剤証拠排除事件[前掲 H13 あ 1678]

令状発付で司法審査を経ていること、事前に発付されていた窃盗による捜索差押えとセットのことを考慮し、差押えられた覚せい剤の証拠能力を認めた

2. 先行手続の違法：検討対象となる

・後行手続が先行手続の違法を直接利用しているような場合：後行手続も違法性を帯びうる

＊例：違法な逮捕等に続く採尿手続など

→先行手続の違法の程度が重大でない場合や、直接利用したとはいえない場合は証拠能力肯定

→関連性の程度と違法性の程度で判断する

3. 違法収集証拠排除の申立て適格：違法捜査を受けて権利を侵害された者に限定すべきか

・無関係とすべき ∵違法捜査抑止の観点からは、誰か主張しても問題ない

・違法収集証拠の違法の重大性の判断で当該事件・当該被告人との関係を考慮すれば足りる

・権利を侵害された者に限定するべき(少なくとも判例は異なる)

【最大判平 7.2.22 刑集 49-2-1】ロッキード事件(刑事免責を受けた本人以外の違法主張を許容)

4. 当事者の同意

・違法収集証拠の取調べに当事者が同意した場合

＊同意自体は有効：反対尋問権の放棄＋積極的な証拠能力の付与であるから

←証拠収集手続にきわめて重大な違法があり、当事者の放棄できない憲法上の権利侵害があれば、同意が不相当として排除する場合がある ∵本人利益保護のみが目的ではない

【最決昭 26.6.7 刑集 5-7-1243】被告人の同意の効果[S25 あ 1333]

「所論被告人の供述調書については被告人がこれを証拠とすることに同意していることが記録上明らかであるから刑訴 326 によりいわゆる任意性調査に関する§325 の規定はその適用ないものといわなければならない」

5. 私人による違法収集証拠

・私人が違法に収集した証拠の利用：排除されない ← 捜査協力者なら排除しうるとすべき

∵捜査の適正手続に違反せず、違法捜査の抑止も期待できないから

【最決平 17.7.19 刑集 59-6-600】医師が採尿し捜査機関に通報したのは適法[28105290]

（覚せい剤取締法違反）治療上の判断のため本人の消極的同意の下麻酔後採尿し、言動が怪しいのでアンフェタミンの検査をしたら陽性だったもの。両親に告げて拒否されなかったため、警察に連絡、警察官は差押許可状によりこの尿を差し押さえた。医療行為目的で採尿しており、適法。

「医師が，必要な治療又は検査の過程で採取した患者の尿から違法な薬物の成分を検出した場合に，これを捜査機関に通報することは，正当行為として許容されるものであって，医師の守秘義務に違反しないというべきである。以上によると，警察官が被告人の尿を入手した過程に違法はない」

6. 供述証拠の収集手続の違法

・通常は任意性に疑いがあるとして証拠能力が否定される

・任意性には影響しないが、手続に違法がある場合

→違法の重大性と違法が供述に及ぼす影響の程度が問題となる

＊例：違法な身柄拘束中、黙秘権不告知、弁護人との接見交通権の制限によりえた供述など

※任意性に疑いがある場合は、条文上の根拠があるためこちらで判断するべき

【東京高判平 14.9.4 判時 1808-144】松戸市殺人事件(供述証拠の違法収集証拠排除)

9 泊 10 日の取調べを重大な違法とし、違法捜査抑制の見地からも証拠能力を否定（自白の任意性の判断に先行して、自白を内容とする供述証拠の違法収集証拠排除原則を検討し、適用）

【那覇高支判昭 49.5.13 刑月 6-5-533】コザ市ヘロイン所持事件(違法収集証拠の自白)

要件を備えない身柄拘束後の自白だが、重大な違法ではないとして許容

・違法な身柄拘束中の取調べ

＊令状主義違反のような重大な違法がある身体拘束中の供述の証拠能力は否定すべき

∵違法な身柄拘束は、その間の供述にも影響を及ぼすのが当然だから

【最判昭 27.11.25 刑集 6-10-1245】違法な身柄拘束中の供述調書[S26 あ 468]

「司法警察員に対する被告人の第一回乃至第三回に亘る各供述調書の証拠調については、弁護人から意見なく…被告人もまた争わない…ところであり、その任意性についての抗弁はないのである。だから該各供述調書が仮り

に所論のとおり不法逮捕拘禁中に作成されたものであるとしても、その一事をもつては直ちに所論の違法ありとはいえないから論旨は採るを得ない」

【最判昭 58.7.12 刑集 37-6-791】別件逮捕中の勾留質問・消防法の質問調査[S55 あ 790]

「勾留質問は、捜査官とは別個独立の機関である裁判官によつて行われ、しかも、右手続は、勾留の理由及び必要の有無の審査に慎重を期する目的で、被疑者に対し被疑事件を告げこれに対する自由な弁解の機会を与え、もつて被疑者の権利保護に資するものであるから、違法な別件逮捕中における自白を資料として本件について逮捕状が発付され、これによる逮捕中に本件についての勾留請求が行われるなど、勾留請求に先き立つ捜査手続に違法のある場合でも、被疑者に対する勾留質問を違法とすべき理由はなく、他に特段の事情のない限り、右質問に対する被疑者の陳述を録取した調書の証拠能力を否定すべきものではない」「また、消防法三二条一項による質問調査は、捜査官とは別個独立の機関である消防署長等によつて行われ、しかも消防に関する資料収集という犯罪捜査とは異なる目的で行われるものであるから、違法な別件逮捕中における自白を資料として本件について勾留状が発付され、これによる勾留中に被疑者に対し右質問調査が行われた場合でも、その質問を違法とすべき理由はなく、消防職員が捜査機関による捜査の違法を知つてこれに協力するなど特段の事情のない限り、右質問に対する被疑者の供述を録取した調書の証拠能力を否定すべきものではない」(現住建造物放火等)

・ 弁護人との接見交通権の制約

【最判平 1.1.23】接見交通権の不当な侵害は直ちに自白の任意性に疑いを生じるものではない

7. 手続的正義の観点からの証拠排除

・ 証拠収集手続について、実体法に反しないが、手続的正義に反すると認められる場合

【最大判平 7.2.22】ロッキード事件丸紅ルート[27826571]

受託収賄、外国為替及び外国貿易管理法違反、贈賄、議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律違反

一審：田中角栄懲役 4 年・5 億円追徴、榎本敏夫（田中秘書）懲役 1 年猶予 3 年、檜山広（丸紅社長）懲役 2 年 6 月、伊藤宏（丸紅社長室長）懲役 2 年、大久保利春（丸紅航空機担当）懲役 2 年猶予 4 年→控訴：伊藤宏懲役 2 年猶予 4 年、他棄却→上告棄却

アメリカ在住者への証人尋問をアメリカの連邦地裁に依頼したが、「検事総長が改めてコーチャンらに対しては将来にわたり公訴を提起しないことを確約する旨の宣明をし、最高裁判所は検事総長の右確約が将来にわたり我が国の検察官によって遵守される旨の宣明をし」たために作成された嘱託尋問調書の有効性が争われた。

憲法上刑事免責付与は否定されていはいないが、「我が国の刑訴法は、刑事免責の制度を採用しておらず、刑事免責を付与して獲得された供述を事実認定の証拠とすることを許容していないものと解すべきである以上、本件嘱託証人尋問調書については、その証拠能力を否定すべき」としたが、その他の証拠で事実は認められるとした。

・ 訴追側が不当に供述不能の状態を作出した場合の供述不能の要件(§312-1:2 前段)

→許容されない

第５節　証拠調べの手続

第１款 証拠調べの手続

1. 証拠調べの請求(§298)：原則は検察官・被告人・弁護人からの請求

・職権証拠調べは補充的で、検察官及び弁護側の意見聴取義務がある(§299-2)

・期日外でも請求可能だが、第一回公判期日前は予断排除のため禁止(則 188)

§298-1 検察官、被告人又は弁護人は、証拠調を請求することができる

#2 裁判所は、必要と認めるときは、職権で証拠調をすることができる

§299-2 裁判所が職権で証拠調の決定をするについては、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない

則 188 証拠調べの請求は、公判期日前にも、これをすることができる。ただし、公判前整理手続において行う場合を除き、第一回の公判期日前は、この限りでない

・請求すべき証拠：まず検察官が公訴事実の立証に必要と考える全証拠の取調べ請求(則 193-1)

＊犯罪事実に関する証拠、検察官面前調書の一部は必要的(§321-1:2 後段,300)

§300 §321-1:2 後段の規定により証拠とすることができる書面については、検察官は、必ずその取調を請求しなければならない

＊被告人の自白は犯罪事実に関する他の証拠の取調後に限る(§301)

§301 §322 及び§324-1 の規定により証拠とすることができる被告人の供述が自白である場合には、犯罪事実に関する他の証拠が取り調べられた後でなければ、その取調を請求することはできない

→被告人・弁護人は通常は検察官の後に必要な証拠の取調べを請求する(則 193-2)

・証拠調べの効率化：証拠の厳選(則 189/2)、争いのない事実の証拠調べ(則 198/2)

則 189/2 証拠調べの請求は、証明すべき事実の立証に必要な証拠を厳選して、これをしなければならない

則 198/2 訴訟関係人は、争いのない事実については、誘導尋問、法§326-1 の書面又は供述及び法§327 の書面の活用を検討するなどして、当該事実及び証拠の内容及び性質に応じた適切な証拠調べが行われるよう努めなければならない

・証拠の開示(§299-1) ∵証拠の内容を知らせて防御の準備をする機会を与えるため

§299-1 検察官、被告人又は弁護人が証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人の尋問を請求するについては、あらかじめ、相手方に対し、その氏名及び住居を知る機会を与えなければならない。証拠書類又は証拠物の取調を請求するについては、あらかじめ、相手方にこれを閲覧する機会を与えなければならない。但し、相手方に異議のないときは、この限りでない

・証拠調べの請求の方式(則 189-1)：立証趣旨の明示を要する ∵証拠採否・防御の判断基準

＊立証趣旨の拘束力：証拠の証明力は立証趣旨に限られるか → 限られない（拘束力はない）

・ダメ：弾劾証拠(§328)や訴訟条件・情状を立証するための伝聞証拠を犯罪事実の認定に用いる場合、一部の共同被告人の為に提出した証拠を他の共同被告人の為に用いること

則 189-1 証拠調の請求は、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示して、これをしなければならない

・請求の撤回：証拠調べ実施前はいつでも可能、採用決定後は取り消されない場合もある

→実施後の撤回は許されない

2. 証拠決定：請求を採用し証拠調べをする・請求却下する・職権で証拠調べをする旨の決定

則 190-1 証拠調又は証拠調の請求の却下は、決定でこれをしなければならない

#2 前項の決定をするについては、証拠調の請求に基く場合には、相手方又はその弁護人の意見を、職権による

場合には、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない

・証拠決定についての提示命令(則 192)：証拠を所持する訴訟関係人に提示を命じうる

＊但し、証拠決定のためのものであって、証拠調べそのものではない

則 192 証拠調の決定をするについて必要があると認めるときは、訴訟関係人に証拠書類又は証拠物の提示を命ずることができる

・証拠決定の基準：特に規定なし、当事者主義の原則を尊重しつつ、証拠価値の程度を考慮

＊このほか、迅速裁判や訴訟経済の要請も考慮 → 裁判所の合理的な裁量による

＊採用不可：証拠とできないもの（請求手続の違法・証拠能力がない場合）

＊却下可：関連性が乏しい(ねつ造等)、公知の事実、他の証拠と重複、価値に対して多大な労力

【最大判昭 23.7.29 刑集 2-9-1045】証人の採否と憲法 37-2[S23 れ 230]

「刑事裁判における証人の喚問は、被告人にとりても又検察官にとりても重要な関心事であることは言うを待たないが、さればといつて被告人又は弁護人からした証人申請に基きすべての証人を喚問し不必要と思われる証人までをも悉く訊問しなければならぬという訳のものではなく、裁判所は当該事件の裁判をなすに必要適切な証人を喚問すればそれでよい……いかなる証人が当該事件の裁判に必要適切であるか否か、従つて証人申請の採否は、各具体的事件の性格、環境、属性、その他諸般の事情を深く斟酌して、当該裁判所が決定すべき事柄である。しかし、裁判所は、証人申請の採否について自由裁量を許されていると言つても主観的な専制ないし独断に陥ることは固より許され難いところであり、実験則に反するに至ればここに不法を招来する……憲法第三七条第二項の趣旨もまた上述するところと相背馳するものではない。同条からして直ちに所論のように、不正不当の理由に基かざる限り弁護人の申請した証人はすべて裁判所が喚問すべき義務があると論定し去ることは、当を得たものと言うことができない。証人の採否はどこまでも前述のごとく事案に必要適切であるか否かの自由裁量によつて当該裁判所が決定すべき事柄である」→本件での証人申請却下は実験則に反しない。

（斎藤意見）公共の福祉により証人申請の権利の濫用は認められない

（沢田意見）経験則に反してはならないにせよ裁判所の自由裁量で、憲法も被告人にそれを委ねる趣旨ではない

・証拠調べの順序(§297)：当事者の意見を聴取して裁判所が定め、また変更できる

§297-1 裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、証拠調の範囲、順序及び方法を定めることができる【2 項：受命裁判官、3 項：変更】

・職権証拠調べの義務：通常は任意、例外的に必要的となる場合があるとされる

＊要件(学説)：証拠の存在が明らか ＋ 取調べが容易

＋ 取調べないと著しく正義に反する結果を招来するおそれがあること

【最判昭 33.2.13 刑集 12-2-218】職権証拠調べの義務[S28 あ 2324]

「わが刑事訴訟法上裁判所は、原則として、職権で証拠調をしなければならない義務又は検察官に対して立証を促がさなければならない義務があるものということはできない。しかし……本件のように被告事件と被告人の共犯者又は必要的共犯の関係に立つ他の共同被告人に対する事件とがしばしば併合又は分離されながら同一裁判所の審理を受けた上、他の事件につき有罪の判決を言い渡され、その有罪判決の証拠となつた判示多数の供述調書が他の被告事件の証拠として提出されたが、検察官の不注意によつて被告事件に対してはこれを証拠として提出することを遺脱したことが明白なような場合には、裁判所は少くとも検察官に対しその提出を促がす義務あるものと解する……従つて、被告事件につきかかる立証を促がすことなく、直ちに公訴事実を認めるに足る十分な証拠がないとして無罪を言い渡したときは、審理不尽に基く理由の不備又は事実の誤認があつて、その不備又は誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかである」（自転車競技法違反→無罪／破棄差戻し／棄却）

(真野反対)職権として証拠調べをしなければならない義務はない、無罪とすべき

＊職権で証拠調べをする義務がある場合：公判準備としての証拠調べの結果(§303)、
公判手続の更新(則 213/2:3)、破棄差戻し・移送後の公判における更新手続

・法定されているため、別途証拠取調べの決定は不要

3. 証明力を争う機会の付与(§308,則 204)

§308 裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人に対し、証拠の証明力を争うために必要とする適当な機会を与えなければならない

則 204 裁判長は、裁判所が適当と認める機会に検察官及び被告人又は弁護人に対し、反証の取調の請求その他の方法により証拠の証明力を争うことができる旨を告げなければならない

4. 証拠調べ各論

・人証

＊尋問(§304)：証人に対してする → 第２・３款

＊質問(§311)：被告人に対してする → 第４款

・物証

＊展示(§306)：原則として請求者に示させ、提出後(§310)、領置される

§306-1 検察官、被告人又は弁護人の請求により、証拠物の取調をするについては、裁判長は、請求をした者をしてこれを示させなければならない。但し、裁判長は、自らこれを示し、又は陪席の裁判官若しくは裁判所書記にこれを示させることができる【#2：職権の場合】

§310 証拠調を終つた証拠書類又は証拠物は、遅滞なくこれを裁判所に提出しなければならない。但し、裁判所の許可を得たときは、原本に代え、その謄本を提出することができる

＊検証(§128)：捜査段階での検証と同様だが、裁判所が行うので令状は不要

・書証

＊証拠書類：朗読(§305)だが、要旨の告知でよい(則 203/2)

＊証拠物たる書面：朗読・展示(§307 → §305,306)

§305-1 検察官、被告人又は弁護人の請求により、証拠書類の取調をするについては、裁判長は、その取調を請求した者にこれを朗読させなければならない。但し、裁判長は、自らこれを朗読し、又は陪席の裁判官若しくは裁判所書記にこれを朗読させることができる【#2：職権の場合、#3~5：被害者保護や記録媒体再生等】

§307 証拠物中書面の意義が証拠となるものの取調をするについては、前条の規定による外、§305 の規定による

【最決昭 35.3.24 刑集 14-4-462】録音テープの証拠調べの方式[S34 あ 2133]

要旨「本件のような本人不知の間に録音された証拠物たる録音テープの証拠調は、公判廷でこれを展示し、かつ、録音再生器により再生する方法によるべきである」

第２款　証人尋問

1.　証人と証言

・証人(証拠方法)：自ら体験した事実を報告する者

・証言(証拠資料)：証人の報告内容。体験した事実及びそれに基づく推測も可能(§156-1)

→鑑定に属するものでもよいが、事実に基づかない想像や価値判断は証言とはいえない

§156-1 証人には、その実験した事実により推測した事項を供述させることができる

#2 前項の供述は、鑑定に属するものでも、証言としての効力を妨げられない

・証人適格：原則として誰でもよい(§143)

§143 裁判所は、この法律に特別の定のある場合を除いては、何人でも証人としてこれを尋問することができる

＊証人適格がない場合

・公務員又は公務員であった者(§144)、国会議員・国務大臣(§145) ∵公務上の秘密保護

§144 公務員又は公務員であつた者が知り得た事実について、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証人としてこれを尋問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

・訴訟関与者

→担当する裁判官・裁判所書記官：証人適格なし(§20:4,26-1 で証人となると除斥)

→検察官：他に立会検察官がいれば証人になり、証言後に立会検察官に復帰できる

→弁護人：証人適格あり、但し、証人の地位になる間は弁護人の役割が果たせないので、他に必要な場合もある

・被告人：終始沈黙する権利があるから証人適格なし

→本人が供述義務を課されてよいといっても、ダメ(∵当事者と証人の立場は相いれない)

【大阪高判昭 27.7.18 高刑集 5-7-1170】鎌倉業過事件(共同被告人も証人適格なし)

・証言能力：体験した事実を記憶に基づいて供述する能力、個別的・具体的に判断

＝「事理を弁える能力」(判例)→証言能力がないと証拠能力がない(則 207 による排除)

【東京高判昭 46.10.20 判時 657-93】満 5 歳 9 月、5 歳で簡単な事項につき証言能力肯定

「証人Ｔは本件事故を目撃した当時満四才、証言時満五才の幼児であり、同Ｍは本件事故の当時において満五才に一五日満たず、検察官に対する供述時において満五才七か月、証言時において満五才九か月の幼児であることが認められるところ、かかる幼児の供述であっても供述事項によっては一概に証言能力を否定すべき理由はなく、簡単な事柄についてはかなりの程度の理解ならびに表現の能力があり、記憶力もあると解されるところ、証人Ｔは原判示の日時、場所において友達のＭら四人と一緒に遊んでいた際、Ｍが原判示場所で倒れて起きあがろうとしたとき、たまたま後退してきた被告人運転の米屋トミヤの車がバックしてきてＭにあたって同人がまた倒れたところを目撃した体験にもとづき、約半年後に現場付近において行なわれた裁判官の尋問に際し供述しているのであって、その証言能力に欠けるところはなく、また、Ｍの証言能力についても同様に解されるところ、原判決が証拠とした同人の検察官に対する供述調書によれば、同人は、原判示の日時、場所においてＴら四人の友達と遊んでいた際、駆けてきたところを友達に押されてうつむきに転んで起きあがったところへ前記の自動車が後退してきたので「止めて止めて」といったがそのまま車の煙の出るところ（マフラーのこと）がぶつかって上向きに倒れた旨供述しているのであるが、これに対し、同人の公判準備としての証言は、その内容に前後くいちがう供述部分などがあることからみると、幼児である同人がその場の雰囲気に影響されて十分な供述ができなかったような事情も窺われるから、直接同証人の供述を聴いた原裁判所が、検察官に対する供述を公判準備における供

述よりも信用すべき特別の情況があるとして採用したことも首肯することができる。それゆえ、原判決が右検察官に対する供述調書に証拠能力を認めたことも正当」

【最判昭 23.4.17 刑集 2-4-364】11 歳の児童の証言能力肯定

【最判昭 25.12.12 刑集 4-12-2543】15,16 歳のの児童の証言能力肯定

【最判昭 26.4.24 刑集 5-5-934】13 の児童の証言能力肯定

【最判昭 23.12.24 刑集 2-14-1883】精神病者の証言能力[S23 れ 1114]

「精神病者であつても症状によりその精神状態は時に普通人と異ならない場合もあるのであるから、その際における証言を採用することは何ら採証法則に反するものではなく、要は事実審の自由な判断によつてその採否を決すべきものである」（強盗→有罪／棄却）

・証言拒絶権：証人に一定の範囲で証言拒絶を認めるもの

＊裁判所の証言拒絶権の告知(則 121)：訴追のおそれは常に(#1)、業務上の秘密は必要時(#2)

＊証言の拒絶(則 122)：拒絶事由を示す必要があり、示さないと裁判所は証言を命じる

＊証言を拒絶できる場合

・自分が刑事訴追を受けるおそれ・有罪判決を受けるおそれ(§146,憲 38-1)

→刑事免責を付与して得られた証言は証拠能力がない(現行法下では)

§146 何人も、自己が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受ける虞のある証言を拒むことができる

【最決昭 28.10.23 刑集 7-10-1968】「刑事訴追を受けるおそれ」の意義[S28 し 19]

「刑事訴追を受ける虞れがあるということは、証言の内容自体に刑事訴追を受ける虞れのある事実を包含する場合をいうものであるから、証人が真実の証言をしようとする場合に偽証罪の訴追を受ける虞れありとして証言を拒否し得ないものであること、及びかかる刑訴法上の解釈が憲法三八条一項との関連において許されるものであることは既に当裁判所の判例…（最判昭 28.9.1 参照）」（証人の証言拒絶申立て→拒否／特別抗告棄却）

【最判平 7.2.22 刑集 49-2-1】ロッキード事件丸紅ルート(刑事免責付与による証言)

・近親者が刑事訴追を受けるおそれ・有罪判決を受けるおそれ(§147) ←共犯の場合(§148)

∵近親者との相互の人間関係を破壊してまで証言を強制すべきでない

§147 何人も、左に掲げる者が刑事訴追を受け、又は有罪判決を受ける虞のある証言を拒むことができる

一 自己の配偶者、三親等内の血族若しくは二親等内の姻族又は自己とこれらの親族関係があつた者

二 自己の後見人、後見監督人又は保佐人

三 自己を後見人、後見監督人又は保佐人とする者

§148 共犯又は共同被告人の一人又は数人に対し前条の関係がある者でも、他の共犯又は共同被告人のみに関する事項については、証言を拒むことはできない

・業務上の秘密を保護するため(§149)：職業は列挙であり、これ以外はダメ

§149 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知り得た事実で他人の秘密に関するものについては、証言を拒むことができる。但し、本人が承諾した場合、証言の拒絶が被告人のためのみにする権利の濫用と認められる場合(被告人が本人である場合を除く。)その他裁判所の規則で定める事由がある場合は、この限りでない

【最大判昭 27.8.6 刑集 6-8-974】石井記者事件

一審罰金 3,000 円→被告人控訴棄却→被告人上告棄却

21 条の「保障は、公の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせなければならないということである。未だいいたいことの内容も定まらず、これからその内容を作り出すための取材に関しその取材源について、公の福祉のため最も重大な司法権の公正な発動につき必要欠くべからざる証言の義務をも犠牲にして、証言拒絶の権利ま

でも保障したものとは到底解することができない。論旨では新聞記者の特種の使命、地位等について云為するけれども、憲法の右保障は一般国民に平等に認められたものであり，新聞記者に特別の権利を与えたものでないこと前記のとおりである。国民中の或種特定の人につき、その特種の使命、地位等を考慮して特別の保障権利を与うべきか否かは立法に任せられたところであつて、憲法二一条の問題ではない」

・証人の旅費・日当・宿泊料請求権(§164)：正当な理由なく宣誓・証言拒絶するともらえない

§164-1 証人は、旅費、日当及び宿泊料を請求することができる。但し、正当な理由がなく宣誓又は証言を拒んだ者は、この限りでない【2 項：事前支給し、正当な理由なく宣誓・証言拒絶した場合の返納】

・証人の義務：出頭・宣誓・証言の義務を負う

＊出頭：召喚されると出頭しなければならない、召喚に応じないと制裁・直接強制

→過料・費用賠償(§150)、罰金・勾留・同併科(§151)、召喚・勾引(§152,153,153/2)

・在廷証人は召喚を要せず尋問できる(則 113-2)

＊宣誓：原則として宣誓させる必要がある(§154)、宣誓を欠くと証拠能力なし

・例外：宣誓の趣旨を理解できない者(§155)

・宣誓の方式：人定尋問(則 115)のあと、証人尋問前に行う(則 117)、方式(則 118)

§154 証人には、この法律に特別の定のある場合を除いて、宣誓をさせなければならない

§155-1 宣誓の趣旨を理解することができない者は、宣誓をさせないで、これを尋問しなければならない

#2 前項に掲げる者が宣誓をしたときでも、その供述は、証言としての効力を妨げられない

＊証言：証言拒絶権がある場合以外は証言義務がある

・宣誓・証言を拒絶 → 過料・費用賠償(§160)、罰金・過料・同併科(§161)

・当事者の準備

＊証人等の出頭確保(則 191/2)、証人テスト(則 191/3、不当な働きかけは不可)

則 191/2 証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人を尋問する旨の決定があつたときは、その取調を請求した訴訟関係人は、これらの者を期日に出頭させるように努めなければならない

則 191/3 証人の尋問を請求した検察官又は弁護人は、証人その他の関係者に事実を確かめる等の方法によつて、適切な尋問をすることができるように準備しなければならない

2. 証人尋問の方式

・個別尋問(則 123、後の証人は退廷させる)、証人と他の証人・被告人の対質も可(則 124)

＊耳が聞こえない場合の書面尋問(則 125)

・訊問の順序(§304)：裁判長・陪席裁判官→請求側当事者→他方当事者、実務は当事者から

§304-1 証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人は、裁判長又は陪席の裁判官が、まず、これを尋問する

#2 検察官、被告人又は弁護人は、前項の尋問が終つた後、裁判長に告げて、その証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人を尋問することができる。この場合において、その証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人の取調が、検察官、被告人又は弁護人の請求にかかるものであるときは、請求をした者が、先に尋問する

#3 裁判所は、適当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、前二項の尋問の順序を変更することができる

＊交互尋問方式(則 199/2)：請求者の主尋問→相手方の反対尋問→請求者の再主尋問

・これまでは権利行使、再反対尋問以降も可能だが、裁判長の許可が必要(則 199/2-2)

＊主尋問(則 199/3)：立証事項とその関連事項がメインだが、証明力についても尋問可能

・誘導尋問は原則禁止(#3~5)、例外的に許される場合(#3) ∵通常、請求者と証人は友好関係

則 199/3-1 主尋問は、立証すべき事項及びこれに関連する事項について行う

#2 主尋問においては、証人の供述の証明力を争うために必要な事項についても尋問することができる

【最決昭 30.2.17 刑集 9-2-321】証人の記憶を喚起するため誘導尋問が許される場合

・供述の証明力を争うために必要な事項の尋問(§199/6)、みだりに名誉を害してはだめ

則 199/6 証人の供述の証明力を争うために必要な事項の尋問は、証人の観察、記憶又は表現の正確性等証言の信用性に関する事項及び証人の利害関係、偏見、予断等証人の信用性に関する事項について行う。ただし、みだりに証人の名誉を害する事項に及んではならない

＊反対尋問(則 199/4)：主尋問に現れた事項、関連事項、供述の証明力について尋問

・原則は主尋問終了後直ちにする(#2)、誘導尋問は必要ならやってよい(#3)

・新たな事項の質問は裁判長の許可必要(則 199/5-1)、やると主尋問扱い(#2)

則 199/4-1 反対尋問は、主尋問に現われた事項及びこれに関連する事項並びに証人の供述の証明力を争うために必要な事項について行う

則 199/5-1 証人の尋問を請求した者の相手方は、裁判長の許可を受けたときは、反対尋問の機会に、自己の主張を支持する新たな事項についても尋問することができる

＊再主尋問(則 199/7)：反対尋問事項と関連事項についての尋問、基本は主尋問の例による

・新たな事項の尋問は裁判長の許可を要する(#3→則 199/5)

＊誘導尋問：尋問者が希望・期待している答えを暗示するような尋問のこと

＊関連性の明示(則 199/14)：尋問の関連性が問題 →尋問や証人を退廷させての説明等をする

則 199/14-1 訴訟関係人は、立証すべき事項又は主尋問若しくは反対尋問に現れた事項に関連する事項について尋問する場合には、その関連性が明らかになるような尋問をすることその他の方法により、裁判所にその関連性を明らかにしなければならない

#2 証人の観察、記憶若しくは表現の正確性その他の証言の信用性に関連する事項又は証人の利害関係、偏見、予断その他の証人の信用性に関連する事項について尋問する場合も、前項と同様とする

・証人尋問の方法(則 199/13)：できる限り個別的かつ具体的で簡潔な尋問による(#1)

→禁止(#2)：威嚇的又は侮辱的、すでにした尋問と重複、意見・議論、証人が直接経験しなかった事実（威嚇的・侮辱的以外は、正当な理由があればＯＫ）

＊書面又は物の提示も可(則 199/10)、記憶喚起のための書面等の提示は裁判長の許可必要(則 199/11)、図面等の利用も裁判長の許可必要(則 199/12)

【最決平 23.9.14 刑集 65-6-949】尋問で示された図面等の扱い[H21 あ 1125]

被害者の証人尋問で被害再現写真を示し、その写しを調書の末尾に添付したもの。弁護人はそれを含む実況見分調書について不同意としていた。

「本件において，検察官は，証人（被害者）から被害状況等に関する具体的な供述が十分にされた後に，その供述を明確化するために証人が過去に被害状況等を再現した被害再現写真を示そうとしており，示す予定の被害再現写真の内容は既にされた供述と同趣旨のものであったと認められ，これらの事情によれば，被害再現写真を示すことは供述内容を視覚的に明確化するためであって，証人に不当な影響を与えるものであったとはいえないから，第１審裁判所が，刑訴規則１９９条の１２を根拠に被害再現写真を示して尋問することを許可したことに違法はない……本件証人は，供述の明確化のために被害再現写真を示されたところ，被害状況等に関し具体的に証言した内容がその被害再現写真のとおりである旨供述しており，その証言経過や証言内容によれば，証人に示した被害再現写真を参照することは，証人の証言内容を的確に把握するために資するところが大きいというべきであるから，第１審裁判所が，証言の経過，内容を明らかにするため，証人に示した写真を刑訴規則４９条に基づ

いて証人尋問調書に添付したことは適切な措置であったというべきである。この措置は，訴訟記録に添付された被害再現写真を独立した証拠として扱う趣旨のものではないから，この措置を決するに当たり，当事者の同意が必要であるとはいえない……本件において証人に示した被害再現写真は，独立した証拠として採用されたものではないから，証言内容を離れて写真自体から事実認定を行うことはできないが，本件証人は証人尋問中に示された被害再現写真の内容を実質的に引用しながら上記のとおり証言しているのであって，引用された限度において被害再現写真の内容は証言の一部となっていると認められるから、そのような証言全体を事実認定の用に供することができるというべきである。このことは，被害再現写真を独立した供述証拠として取り扱うものではないから，伝聞証拠に関する刑訴法の規定を潜脱するものではない」（強制わいせつ→有罪／棄却）

- 裁判長の介入権(則 201-1)： いつでも尋問を中止させ自ら尋問できる → 裁判長の責務

  則 201-1 裁判長は、必要と認めるときは、何時でも訴訟関係人の証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人に対する尋問を中止させ、自らその事項について尋問することができる

3. 公判期日外の証人尋問

- 証拠調べは公判期日外でもできるが、証人尋問は特に要件がある

  ＊期日外尋問(§281)：証人の都合など(被告人当日欠席だと、期日外尋問に切り替えて実施可)

  ＊裁判所外尋問(§158)：病気などの場合

- 要件(§158-1)：考慮事項、当事者の意見聴取の上必要と認めた場合

  §158-1 裁判所は、証人の重要性、年齢、職業、健康状態その他の事情と事案の軽重とを考慮した上、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、必要と認めるときは、裁判所外にこれを召喚し、又はその現在場所でこれを尋問することができる

- 手続(§157)：検察官・被告人弁護人は立会可能(#1)、立会うと尋問可能(#3)

  ＊立ち会わないと明示しない限り日時場所を事前通知(#2)

  §157-1 検察官、被告人又は弁護人は、証人の尋問に立ち会うことができる

  ＊当事者双方への事前に尋問事項を知る機会の付与(§158-2)、付加しての尋問請求(#3)

  §158-2 前項の場合には、裁判所は、あらかじめ、検察官、被告人及び弁護人に、尋問事項を知る機会を与えなければならない

  #3 検察官、被告人又は弁護人は、前項の尋問事項に附加して、必要な事項の尋問を請求することができる

  ＊立ち会わなかった当事者に供述内容を知る機会を付与(§159-1)

  ・予期し難い著しい不利益なものなら、弁護側のみ尋問請求可能だが却下もありうる(#2,3)

  §159-1 裁判所は、検察官、被告人又は弁護人が前条の証人尋問に立ち会わなかつたときは、立ち会わなかつた者に、証人の供述の内容を知る機会を与えなければならない

  #2 前項の証人の供述が被告人に予期しなかつた著しい不利益なものである場合には、被告人又は弁護人は、更に必要な事項の尋問を請求することができる

  #3 裁判所は、前項の請求を理由がないものと認めるときは、これを却下することができる

  ＊受命・受託裁判官による尋問(§163)：§158-2,§159 の手続は裁判所がする(#5)

  ＊公判期日における証拠書類・証拠物としての取調べ(§303)：検証・押収・捜索の場合も同じ

  §303 公判準備においてした証人その他の者の尋問、検証、押収及び捜索の結果を記載した書面並びに押収した物については、裁判所は、公判期日において証拠書類又は証拠物としてこれを取り調べなければならない

4. 証人尋問における異議申立て

- 通常は§309 の異議と扱い、違法・不相当があれば決定で採否を示す
- 発問の当否については裁判長の介入権(則 201-1)の発動を促す趣旨として扱ってもよい

→§309 の手続によらず直ちに発問制限が可能

第３款　証人の保護

1. 被告人の退廷(§304/2)、公判期日外における証人尋問における被告人の対席(§281/2)
   - 弁護人必要、供述後に被告人を入廷させ要旨を告知して尋問の機会を与える必要がある
   - 同様に、傍聴人を退廷させることもできる(則 202)

   §304/2 裁判所は、証人を尋問する場合において、証人が被告人の面前（第百五十七条の三第一項に規定する措置を採る場合及び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。）においては圧迫を受け充分な供述をすることができないと認めるときは、弁護人が出頭している場合に限り、検察官及び弁護人の意見を聴き、その証人の供述中被告人を退廷させることができる。この場合には、供述終了後被告人を入廷させ、これに証言の要旨を告知し、その証人を尋問する機会を与えなければならない
2. 付添人の付添(§157/2)、遮へいの措置等(§157/3)
3. ビデオリンク方式(§157/4) ← 性犯罪の被害者等一部に限られている

   【最判平 17.4.14 刑集 59-3-259】愛知筋違い意趣返し強姦事件(遮へい・ビデオリンク合憲)

第４款　被告人質問

1. 被告人質問(§311)：供述拒否権があるのが前提(#1)
   - 任意に供述すれば裁判長はいつでも供述を求めうる(#2)、陪席裁判官等も告知して可能(#3)
   - 手続：証人尋問の方式にならうが、証拠調べの請求・決定はなく、宣誓もさせられない

   §311-1 被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる

   #2 被告人が任意に供述をする場合には、裁判長は、何時でも必要とする事項につき被告人の供述を求めることができる

   #3 陪席の裁判官、検察官、弁護人、共同被告人又はその弁護人は、裁判長に告げて、前項の供述を求めることができる
2. 有利・不利に関わらず証拠とできる(§322-2) → 被告人質問の広義の証拠調べといいうる

   §322-2 被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意にされたものであると認めるときに限り、これを証拠とすることができる

第５款　鑑定

1.　鑑定

・広義の鑑定：特別の知識経験を持つ者だけが認識しうる法則・事実の供述をいう

・狭義の鑑定：裁判所が裁判上必要な知識経験の不足を補充する目的で、第三者に命じて新たに資料を調査させ、その結果を報告させるもの

・鑑定人：鑑定を命じられた者

＊代替性があるので勾引はできないが、他は証人尋問の規定を準用(§171)

§171 前章の規定は、勾引に関する規定を除いて、鑑定についてこれを準用する

【最判昭 28.2.19 刑集 7-2-305】鑑定の意義・鑑定人の知識経験の範囲[S27 あ 4113]

「鑑定は裁判所が裁判上必要な実験則等に関する知識経験の不足を補給する目的でその指示する事項につき第三者をして新たに調査をなさしめて法則そのもの又はこれを適用して得た具体的事実判断等を報告せしめるものである。人類の知識経験は人類の共有すべき資産である。他人の発見した自然法則と雖もその人の示教又は著書等によりこれを自己の知識とすることができる。鑑定人がいわゆる鑑定事項の調査をなすに際して特別な知識経験を必要とする場合その知識経験は必ずしも鑑定人その人が自らその直接経験により体得したもののみに限定すべきいわれはない。鑑定人は他人の著書等によるとその他如何なる方法によるとを問わず、必要な知識を会得した上、これを利用して鑑定をなすに何等の妨げもない。されば所論の確率論が本来小松勇作教授の調査になるものであつたとしても、本件において古畑鑑定人はその確率論を理解承認し自己の知識としてこれを応用し、所論両個の人血痕が、その血液型の同一なることその附着した時期の時間的に間隔を認る得ないこと等に徴し、確率上同一人の血液であると考えても差支ない旨鑑定したものであること明白であるから、原判決が所論の鑑定を事実認定の資料に供したとてこれを目して違法ということはできない」

・特別の知識経験が不要なこと、法令に関することは裁判所が判断する

＊鑑定人・鑑定書が証拠方法であって、証明力は裁判官の自由心証に委ねられる

＊精神鑑定は心神耗弱・心神喪失の判断の前提としての医学的知見を求めるもの

【最決昭 33.2.11 刑集 12-2-168】精神鑑定書の結論の不採用[S31 あ 721]

要旨「二つの精神鑑定書の各結論の部分に、いずれも、被告人が犯行当時心神喪失の情況にあつた旨の記載があつてもその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその他の情況証拠とを綜合して、心神耗弱の事実を認定することは、必ずしも経験則に反するとはいえない」（殺人→有罪／棄却）

【最決昭 58.9.13 判時 1100-156】心神喪失・心神耗弱の判断[S58 あ 753]

「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題である」（窃盗→有罪／棄却）

【最判平 20.4.25 刑集 62-5-1559】前提たる医学的知見についての認定[H18 あ 876]

「被告人の精神状態が刑法３９条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であって専ら裁判所にゆだねられるべき問題であることはもとより，その前提となる生物学的，心理学的要素についても，上記法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題である（最決昭 58.9.13）。しかしながら，生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については，その診断が臨床精神医学の本分であることにかんがみれば，専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には，鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり，鑑定の前提条件に問題があったりするなど，これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り，その意見を十分に尊重して認定すべきものというべきである」（傷害致死→心神耗弱で有罪→弁護側上告・破棄差戻し）

2. 鑑定の手続

・鑑定人適格：必要な学識経験を持ち、公正な判断をなしうる立場にある者から裁判所が選ぶ

§165 裁判所は、学識経験のある者に鑑定を命ずることができる

・鑑定留置(§167,167/2)：鑑定留置状でする(#2)、司法警察職員による看守(#3)

§167-1 被告人の心神又は身体に関する鑑定をさせるについて必要があるときは、裁判所は、期間を定め、病院その他の相当な場所に被告人を留置することができる

・住居に立入り、身体検査等ができる（§168)：裁判所の許可状が必要(#2,3)

＊身体検査は検証の一種としての身体検査の規定が準用（#6)、鑑定人の身体検査請求(§172)

§168-1 鑑定人は、鑑定について必要がある場合には、裁判所の許可を受けて、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り、身体を検査し、死体を解剖し、墳墓を発掘し、又は物を破壊することができる

§172-1 身体の検査を受ける者が、鑑定人の第百六十八条第一項の規定によつてする身体の検査を拒んだ場合には、鑑定人は、裁判官にその者の身体の検査を請求することができる【→裁判官は 10 章に準じ身体検査】

・鑑定のための閲覧等、被告人・証人への発問等(則 134)

則 134-1 鑑定人は、鑑定について必要がある場合には、裁判長の許可を受けて、書類及び証拠物を閲覧し、若しくは謄写し、又は被告人に対し質問する場合若しくは証人を尋問する場合にこれに立ち会うことができる

#3 鑑定人は、被告人に対する質問若しくは証人の尋問を求め、又は裁判長の許可を受けてこれらの者に対し直接に問を発することができる

・鑑定結果の報告(則 129)：鑑定書又は口頭による

→鑑定書の場合、一方が鑑定書の取調べを請求し、他方の同意/鑑定人証人尋問を経る(実務)

・雑則：宣誓義務(§166)、検察官・弁護人の立会権(§170)、費用等請求権(§173)

＊受命裁判官は鑑定留置の処分以外は可能(§169)

3. 鑑定証人(§174)：代替性がないため証人尋問の規定が適用される

§174 特別の知識によつて知り得た過去の事実に関する尋問については、この章の規定によらないで、前章の規定を適用する

4. 通訳・翻訳：鑑定の規定が準用される(§178,則 136)

§175 国語に通じない者に陳述をさせる場合には、通訳人に通訳をさせなければならない

§176 耳の聞えない者又は口のきけない者に陳述をさせる場合には、通訳人に通訳をさせることができる

§177 国語でない文字又は符号は、これを翻訳させることができる

§178 前章【鑑定】の規定は、通訳及び翻訳についてこれを準用する

【最判昭 30.2.15 刑集 9-2-282】判決の言渡しにおける通訳の要否(必要)[S28 あ 1731]

「刑訴一七五条は、国語に通じない者に陳述をさせる場合には、通訳人に通訳をさせなければならないと規定しており、公判廷で判決を宣告するには、被告人の陳述を必要とするものではないから、判決を宣告する場合には同条の適用がないかのごとき観があるけれども、同条の規定は、公判廷で被告人に供述を求め証人等を尋問する場合に適用されるほか、裁判等の趣旨を了解させるためにも通訳人を用いなければならない趣旨を含むものと解すべきであるから、いやしくも公判廷における取調に際して通訳人を必要とした被告人に対しては、その判決の宣告に際しても同条に従い通訳人を付していかなる判決の宣告があつたのかを被告人に了解させなければならないものというべきである」（但し、控訴審を経ているから上告理由とはならない、棄却）

第５編　裁判

第１章　　裁判

第１節　　総論

第１款　裁判の意義と種類

1. 訴訟法上の裁判

・意義：裁判所(長/官)の行う意思表示的な訴訟行為のこと

2. 裁判の種類

・終局裁判と非終局裁判

＊終局裁判：訴訟をその審級において終了させる効果を持つ裁判

＊非終局裁判：終局裁判前・後の付随的問題を処理する裁判

・終局裁判の区分

＊実体的裁判：被告事件の実体そのものを判断する裁判

・有罪判決：刑の言渡し(§333)、刑の免除(§334)

・無罪判決(§336)

＊形式的裁判：申立て自体の有効・無効を判断し、実体を判断せず訴訟手続を打ち切る

・管轄違いの判決(§329)

・免訴の判決(§337)

・公訴棄却の判決(§338)

・公訴棄却の決定(§339)

・非終局裁判の区分

＊終局前の裁判

・部分判決(裁判員裁判で用いる)

・勾留・保釈に関する裁判

・移送決定、証拠採用決定など

＊終局後の裁判

・訴訟費用執行免除の決定(§500,則 295/2)

・裁判の解釈の申立てに対する決定(§501)

・裁判の主体による分類

＊裁判所による裁判

＊裁判官による裁判：令状発付等、受託・受命裁判官の裁判、裁判長の処分(§288-2,294)

・裁判の形式による分類

＊判決：裁判所がする、必要的口頭弁論(§43-1)、理由必要(§44-1)、上訴は控訴・上告

＊決定：裁判所がする、任意的口頭弁論(§43-2)、上訴不許なら理由不要(§44-2)、抗告

＊命令：裁判官がする、任意的口頭弁論(§43-2)、上訴不許なら理由不要(§44-2)、準抗告

第２款　裁判の成立

1. 裁判の内部的成立：裁判所内部で客観的に形成され、外部に告知する手続を待つ状態
   - 内容の自由な変更が可能
   - 成立時：合議体の場合は合議終了時(裁 77)
2. 裁判の外部的成立：裁判の内容が裁判所外部に表示された状態
   - 成立時：告知＝公判廷では裁判長の宣告、廷外では裁判書の謄本の送達(則 34)
     ＊判決の特則：必ず公判廷で宣告によって告知する(§342)
     ・主文及び理由の朗読／主文の朗読に加えて理由の要旨を告げる(則 35-2)
       →宣告内容と判決書の内容が異なると、宣告内容通りの効力が生じる(＋上訴審破棄事由)
     【最判昭 25.11.17 刑集 4-11-2328】判決宣告時に判決原本が作成されている必要はない
     【最判昭 51.11.4 刑集 30-10-1887】公判期日終了までは宣告内容を変更して宣告できる
     ＊勾引又は勾留の裁判：勾引状又は勾留上を発したときに成立する
   - 成立後の裁判の変更・撤回：不可能（但し、更正決定は可能とされる）
3. 裁判書
   - 原則として裁判すると裁判書が必要(則 53)。裁判をした裁判官が作成して署名押印する
     ＊例外：地裁・簡裁で上訴申立てがない場合のみ調書判決ができる(則 219)
   - 記載事項(則 56)

第２節　形式裁判

第１款 形式裁判の判決

1. 管轄違いの裁判(§329)
   - 例外：付審判決定の場合(§329 但書)、高裁による移送(§330)、土地管轄の責問権喪失(§331)
2. 公訴棄却の判決(§330)：訴訟条件の欠如が比較的重大な場合
3. 公訴棄却の決定(§331)：即時抗告できる(§339-2)
4. 免訴判決(§337)：類推による免訴判決も許される(高田事件)
   - 法的性質：免訴判決は既判力を生じるため
     ＊実体裁判説
     ＊実体関係的形式裁判説：実体に関係した判断で手続を打ち切るもの[団藤]
     ＊形式裁判説：形式裁判だが、政策的に既判力を認めたもの(判例・多数)
     →形式裁判であれば、犯罪事実の不存在が明らかでも、無罪ではなく免訴を言渡すべき
     【最大判昭 23.5.26 刑集 2-6-529】同旨

第３節　実体裁判

第１款 有罪判決

1. 有罪判決

・要件：被告事件について犯罪の証明があったこと

・種類：刑の言渡し(§333)、刑の免除の言渡し(§334)

§333-1 被告事件について犯罪の証明があつたときは、§334 の場合を除いては、判決で刑の言渡をしなければならない

#2 刑の執行猶予は、刑の言渡しと同時に、判決でその言渡しをしなければならない。刑法 25/2-1 の規定により保護観察に付する場合も、同様である

§334 被告事件について刑を免除するときは、判決でその旨の言渡をしなければならない

・内容

＊主文：具体的な宣告刑(主刑)、刑の執行の減軽・免除(刑 5＝外国で刑の執行を受けたとき)、未決拘留日数の参入(刑 21)、労役場留置(刑 18-4)、刑の執行猶予・保護観察(§333-2)、没収・追徴(刑 19,19/2 等)、押収物の被害者還付(§347)、仮納付(§348),訴訟費用の負担(§181,182)、公民権の不停止・停止期間短縮(公選法 252)など

【最判昭 29.12.23 刑集 8-13-2288】刑の執行の減軽・免除は刑の言渡し時に主文で言渡す

・未決拘留日数の計算：勾留状執行日～判決言渡しの前日。釈放中を除く現実の拘禁日数

【最判昭 43.7.11 刑集 22-7-646】算入できるのは勾留状執行日～判決言渡しの前日

【最判昭 39.1.23 刑集 18-1-15】複数の刑を言渡す場合は勾留状に対応する刑に優先算入

【最大判昭 32.12.25 刑集 11-14-3377】刑の執行と重複する未決拘留は算入不可

【最判昭 40.7.9 刑集 19-5-508】他事件で本刑に算入した未決拘留はさらに算入不可

＊理由：罪となるべき事実、証拠の標目、法令の適用を示す(§335-1)

§335-1 有罪の言渡をするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない

・証拠の標目＝証拠を特定する標題・種目 ∵証拠裁判主義(§317)の要請

→その事件の他の証拠と区別できる程度に特定する必要がある

→範囲：罪となるべき事実について必要、実務は刑の加重減免事由たる事実も含む

←単なる情状に関する事実の場合は証拠の標目の表示を要しない

【最判昭 23.7.6 刑集 2-8-785】刑の加重減免事由は証拠の標目不要(心神耗弱)

【最判昭 39.5.23 刑集 18-4-166】刑の加重減免事由は証拠の標目不要(累犯前科)

・法令の適用＝処断刑を導きだすのに必要な限度で明示すれば足りる

＊犯罪成立を妨げる理由、刑の加重減免の理由についての判断(§335-2)＝主張時のみでよい

#2 法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免の理由となる事実が主張されたときは、これに対する判断を示さなければならない

・法律上犯罪の成立を妨げる理由＝構成要件該当性、違法性・責任阻却事由にあたる事実

→刑 185 但書(賭博の娯楽性)、230/2(名誉棄損の真実性)や以下を含む

【最判昭 33.3.27 刑集 12-4-658】児童福祉 60-4 但書(児童の年齢不知につき無過失)

【福岡高判昭 45.2.13 高刑集 23-1-112】両罰規定に関して監督上の過失がないとの主張

・刑の加重減免の理由：必要的加重減免に限る(任意的＝自主、過剰防衛等は除く)

2. 罪となるべき事実（記載方法）

・対象：客観的構成要件に該当する具体的事実、故意過失の存在、未遂及び共犯の事実、
処罰条件が問題となる場合はその存在など

【最大判昭 33.5.28 刑集 12-8-1718】共謀共同正犯の謀議日時・場所等の具体的判示は不要

【最大判昭 24.2.9 刑集 3-2-141】併合罪は個々の犯罪行為を明確に特定する必要がある

＊これに準じて、法律上刑の加重減免の理由となる事実も記載する

＊違法性・責任阻却事由の不存在、情状は罪となるべき事実ではない(§335-2 により要求)

・没収・追徴・還付等の理由は言渡す場合のみ法令の適用を示す程度で足りる

【最判昭 23.2.18 刑集 2-2-104】任意的減免事由(自首等)は減免をしたときのみ示せば足りる

【最判昭 24.11.10 刑集 3-11-1751】被告人が少年である事実は生年月日で明らかなら不要

・記載の具体性

＊他の行為から区別できる程度に特定する ∴既判力の範囲の確定

＊当該法令を適用する事実上の根拠を確認できる程度に明らかにされるべき

【最判昭 24.2.10 刑集 3-2-155】罪となるべき事実の記載の具体性[S23 れ 1171]

「罪となるべき事実とは、刑罰法令各本条における犯罪の構成要件に該当する具体的事実をいうものであるから、該事実を判決書に判示するには、その各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的に明白にし，かくしてその各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにするを以て足るものというべく、必ずしもそれ以上更にその構成要件の内容を一層精密に説示しなければならぬものではない」「刑法第一八五条所定の賭博罪並びに身分に因るその加重犯たる同法第一八六条第一項所定の常習賭博罪における各賭博の犯罪構成要件は「偶然の勝敗に関し財物を以て博戯又は賭事を為す」のであるから、これに該当する具体的事実を判示するには、当該所為が右構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的であり、従つて同条を適用する事実上の根拠を確認し得れば、差支えないものといわねばならぬ……「被告人等は外数名と共に花札を使用し、金銭を賭け俗にコイ々々又は後先と称する賭博を為したものである。」と判示したのであるから、その判示は、当該行為が同罪の構成要素たる「財物」に該当する金銭であること並びに他の構成要素たる「偶然の勝敗を決すべき博戯」に該当する俗にコイ々々又は後先と称する数名の当事者が花札を使用して勝敗を争う博戯であることを明白にしているものと言うべく、従つてその判示を以て前示法条を適用する事実上の根拠を確認せしめるに足るものとするに妨げない。されば、それ以上更に財物たる金銭の種類、数額若しくは所論のように、その博戯の手段方法等を一層精密に判示しなかつたからと言つて賭博の判示の理由に不備の違法はないものといわねばならぬ」

＊概括的認定：日時・場所・方法等に幅がある場合でも、他の犯罪事実と識別可能ならＯＫ

【最決昭 58.5.6 刑集 37-4-375】概括的認定[S57 あ 1807]

「第一審判決は、罪となるべき事実中の被告人の本件行為として、被告人が、未必の殺意をもつて、「被害者の身体を、有形力を行使して、被告人方屋上の高さ約〇・八メートルの転落防護壁の手摺り越しに約七・三メートル下方のコンクリート舗装の被告人方北側路上に落下させて、路面に激突させた」旨判示し、被告人がどのようにして被害者の身体を右屋上から道路に落下させたのか、その手段・方法については、単に「有形力を行使して」とするのみで、それ以上具体的に摘示していないことは、所論のとおりであるが、前記程度の判示であつても、被告人の犯罪行為としては具体的に特定しており、第一審判決の罪となるべき事実の判示は、被告人の本件犯行について、殺人未遂罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、右構成要件に該当するかどうかを判定するに足り

る程度に具体的に明白にしているものというべきであり、これと同旨の原判断は相当」

＊択一的認定

・択一関係の事実が同一構成要件内にある場合 → 概括的認定として許されうる

【最決平 13.4.11 刑集 55-3-127】共謀共同正犯で実行犯「X 又は Y あるいはその両名」は可

・構成要件を異にするが、包摂関係にある場合 → 縮小認定として許されうる

・構成要件を異にし、かつ包摂関係もない場合 → 許されない

3. 無罪判決(§336)

§336 被告事件が罪とならないとき、又は被告事件について犯罪の証明がないときは、判決で無罪の言渡をしなければならない

・要件

＊罪とならないとき

・訴因に掲げられた事実が立証されても犯罪を構成しない場合

→起訴状の記載のみからは不分明なときに限る(明らかなら、公訴棄却決定)

・構成要件に該当しても違法性・責任阻却事由があるため犯罪不成立の場合

＊犯罪の証明がないとき：合理性な疑いを超える程度の立証がなし、自白の補強証拠なし

・記載内容：有罪判決のような詳細な規定はないので、§44 に従う

【東京高判昭 27.1.23 高刑集 5-12-2165】§336 前段/後段のいずれにあたるか示せば足りる

第２款　量刑

1. 量刑の手続と手順（法定刑，処断刑，宣告刑）について理解している。
2. いかなる事情が量刑資料として考慮されるかについて理解している。
3. 被告人の余罪を量刑上考慮することができるかについて，判例の立場及び主要な考え方をふまえ，具体的事例に即して説明することができる。

第４節　裁判の効力

第１款　裁判の確定と効力

1.　終局的裁判の外部的成立によって生じる効力

・主たる効力

＊不可変更力：変更又は撤回できなくなる

＊上訴権の発生(上訴を許す裁判に限る)

・付随的効果

＊実刑判決の宣告

→保釈・勾留の執行停止の失効(§343)、勾留更新制限・必要的保釈の不適用(§344)

＊無罪・免訴・刑の免除・執行猶予・公訴棄却・罰金・科料の裁判の告知

→勾留状の失効(§345)

§344 禁錮以上の刑に処する判決の宣告があつた後は、§60-2 但書及び§89 の規定は、これを適用しない

・一審無罪後の勾留の可否

【最決平 12.6.27 刑集 54-5-461】一審無罪後の勾留[H12 し 94]

「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あって、刑訴法 60-1 各号に定める事由があり、かつ、その必要性があるときは、同条により、職権で被告人を勾留することができ、その時期には特段の制約がない。したがって、第一審裁判所が犯罪の証明がないことを理由として無罪の判決を言い渡した場合であっても、控訴審裁判所は、記録等の調査により、右無罪判決の理由の検討を経た上でもなお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、勾留の理由があり、かつ、控訴審における適正、迅速な審理のためにも勾留の必要性があると認める限り、その審理の段階を問わず、被告人を勾留することができ、所論のいうように新たな証拠の取調べを待たなければならないものではない。また、裁判所は、勾留の理由と必要性の有無の判断において、被告人に対し出入国管理及び難民認定法に基づく退去強制の手続が執られていることを考慮することができる」（勾留の裁判→異議申立て：棄却→特別抗告、反対あり、被告人は外国人）

【最決平 19.12.13 刑集 61-9-843】一審無罪後の勾留[H19 し 369]

「第１審裁判所において被告人が犯罪の証明がないことを理由として無罪判決を受けた場合であっても、控訴裁判所は，その審理の段階を問わず，職権により，その被告人を勾留することが許され，必ずしも新たな証拠の取調べを必要とするものではない…（最決平 12.6.27）…しかし，刑訴法３４５条は，無罪等の一定の裁判の告知があったときには勾留状が失効する旨規定しており，特に，無罪判決があったときには，本来，無罪推定を受けるべき被告人に対し，未確定とはいえ，無罪の判断が示されたという事実を尊重し，それ以上の被告人の拘束を許さないこととしたものと解されるから，被告人が無罪判決を受けた場合においては，同法６０条１項にいう「被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の有無の判断は，無罪判決の存在を十分に踏まえて慎重になされなければならず，嫌疑の程度としては，第１審段階におけるものよりも強いものが要求される……このように解しても，上記判例の趣旨を敷えんする範囲内のものであって，これと抵触するものではない……原決定は，記録により，本件無罪判決の存在を十分に踏まえて慎重に検討しても，被告人が，上記起訴に係る覚せい剤取締法違反等の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られるとして本件再勾留を是認したものと理解でき，その結論は，相当」（被告人は不法滞在外国人、職権再勾留→異議申立て棄却→特別抗告棄却）

【最決平 23.10.5 刑集 65-7-977】一審無罪後の勾留(まとめ)[H23 し 376]

「第１審裁判所が犯罪の証明がないことを理由として無罪の言渡しをした場合であっても，控訴審裁判所は，第１審裁判所の判決の内容，取り分け無罪とした理由及び関係証拠を検討した結果，なお罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があり，かつ，刑訴法３４５条の趣旨及び控訴審が事後審査審であることを考慮しても，勾留

の理由及び必要性が認められるときは，その審理の段階を問わず，被告人を勾留することができるというべきである（最決平 12.6.27、同平 19.12.13 参照）。」

2. 裁判の確定(形式的確定)

・意義：外部的に成立した裁判が、上訴等によって争うことができなくなった状態

・確定の時点

＊上訴を許さない裁判：告知と同時

＊上訴を許す裁判：上訴期間経過、上訴取り下げ、上訴棄却の裁判の確定など

・裁判の確定によって生じる効力

＊内容的確定力

＊既判力 ← 有罪・無罪・免訴の判決に限る

※既判力を伴う内容的確定力を、実体的確定力ともいう

3. 内容的確定：裁判の意思表示の内容が確定すること

・形式裁判の内容的確定力

【最決平 12.9.27 刑集 54-7-710】勾留への異議申立て棄却決定の確定力[H12 し 170]

「本件勾留の裁判自体が違法であるから本件勾留は取り消されるべきであると主張する部分があるが、右の所論と同一の論拠を主張してされた本件勾留の裁判に対する異議申立てが先に棄却され、右棄却決定がこれに対する特別抗告も棄却されて確定しているのであるから、再び右論拠に基づいて本件勾留を違法ということはできない」（東電ＯＬ殺人事件・勾留取消請求→却下→異議申立て：棄却→特別抗告棄却）

・当然無効の判決の内容的確定力：生じない

【最大判昭 27.11.19 刑集 6-10-1217】控訴取下げ後の控訴審判決につき同旨

【最判昭 28.12.18 刑集 7-12-2578】同一事件で二重の実体判決確定時の後の判決につき同旨

＊なお、形式的確定力が生じるため、上訴・非常上告で是正しうる

・執行力の発生(§471)：判決は内容的確定によって執行力を生ずる

←決定・命令は原則として告知による(§424,432,434)

§471 裁判は、この法律に特別の定のある場合を除いては、確定した後これを執行する

4. 既判力(一事不再理効)：刑訴では、既判力は一事不再理効(憲 39)のことをいう

・意義：有罪・無罪・免訴判決の形式的確定により、同一事件について再度の公訴提起が許されず、公訴提起があっても免訴判決がされるという効力(§337:1)

＊具体的規範説：確定裁判により当該事件について法(具体的規範)が形成される

＊訴訟法説：確定裁判の後の裁判への影響力のことで、不可変更力(拘束力)である

・免訴判決以外の形式的裁判は、不備を補正すれば再度公訴提起できる

【最大判昭 28.12.9 刑集 7-12-2415】同旨(§338:4=公訴提起手続違反の公訴棄却決定)

・既判力の範囲

＊人的範囲：判決を受けた被告人に限る

＊物的範囲：訴因に限らず、公訴事実の全体 ∵検察官は訴因変更で罪を問いえたから

＊時間的範囲：原則として、事実審理の可能性のある最後の時

第６編　上訴・再審

第１章　　上訴

第１節　　上訴の基本原理

第１款　上訴の意義

1. 上訴制度の意義と種類について理解している。

第２款　上訴権

1. 上訴の利益の有無について，具体的事例に即して説明することができる。
2. 無罪判決に対する検察官上訴の合憲性について,判例の立場及び主要な考え方をふまえて説明することができる。

第３款　上訴の範囲

1. 一部上訴の可否について理解している。
2. 攻防対象論について，判例の立場及び主要な考え方をふまえ，具体的事例に即して説明することができる。

第４款　不利益変更の禁止

1. 不利益変更の禁止について，具体的事例に即して説明することができる。

第５款　破棄判決の拘束力

1. 破棄判決の拘束力について説明することができる。

第２節　　控訴

第１款　控訴申立手続

1. 控訴申立の手続について，条文上の根拠を示したうえで説明することができる。

第２款　控訴理由

1. 控訴理由の種類について，条文上の根拠を示したうえで説明することができる。

第３款　控訴審の審理

1. 控訴審の基本構造について，旧法等と対比しながら説明することができる。
2. 控訴審の審理手続,事実の取調べについて,条文上の根拠を示したうえで説明することができる。
3. 控訴裁判所の行う裁判の種類について，条文上の根拠を示したうえで説明することができる。

第３節　　上告

第１款　上告理由

1. 上告理由の種類について，条文上の根拠を示したうえで説明することができる。

第２款　上告審の審理

1. 上告審の行う裁判の種類，職権破棄事由について，条文上の根拠を示したうえで説明することができる。

第４節　　抗告等

第１款　意義

1. 通常抗告，即時抗告，特別抗告等の意義及び手続について理解している。

第２章　再審

第１節　再審

第１款　再審の意義

1. 再審制度の意義について，非常上告との差異を含めて理解している。

第２款　再審の手続

1. 再審の手続について理解している。

第３款　再審事由

1. 再審事由の種類について，条文上の根拠を示したうえで説明することができる。
2. 証拠の新規性について，具体的事例に即して説明することができる。
3. 証拠の明白性の判断方法と程度について,判例の立場及び主要な考え方をふまえて説明することができる。
4.
5. あ
   ・A
6.

§1 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

第二章　裁判所職員の除斥及び忌避

第二十条 裁判官は、次に掲げる場合には、職務の執行から除斥される
一 裁判官が被害者であるとき
二 裁判官が被告人又は被害者の親族であるとき、又はあつたとき
三 裁判官が被告人又は被害者の法定代理人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき
四 裁判官が事件について証人又は鑑定人となつたとき
五 裁判官が事件について被告人の代理人、弁護人又は補佐人となつたとき
六 裁判官が事件について検察官又は司法警察員の職務を行つたとき
七 裁判官が事件について第二百六十六条第二号の決定、略式命令、前審の裁判、第三百九十八条乃至第四百条、第四百十二条若しくは第四百十三条の規定により差し戻し、若しくは移送された場合における原判決又はこれらの裁判の基礎となつた取調べに関与したとき。ただし、受託裁判官として関与した場合は、この限りでない

第二十一条 裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき、又は不公平な裁判をする虞があるときは、検察官又は被告人は、これを忌避することができる
○2 弁護人は、被告人のため忌避の申立をすることができる。但し、被告人の明示した意思に反することはできない

第二十二条 事件について請求又は陳述をした後には、不公平な裁判をする虞があることを理由として裁判官を忌避することはできない。但し、忌避の原因があることを知らなかつたとき、又は忌避の原因がその後に生じたときは、この限りでない

第二十三条　合議体の構成員である裁判官が忌避されたときは、その裁判官所属の裁判所が、決定をしなければならない。この場合において、その裁判所が地方裁判所であるときは、合議体で決定をしなければならない

○２　地方裁判所の一人の裁判官又は家庭裁判所の裁判官が忌避されたときはその裁判官所属の裁判所が、簡易裁判所の裁判官が忌避されたときは管轄地方裁判所が、合議体で決定をしなければならない。ただし、忌避された裁判官が忌避の申立てを理由があるものとするときは、その決定があつたものとみなす

○３　忌避された裁判官は、前二項の決定に関与することができない

○４　裁判所が忌避された裁判官の退去により決定をすることができないときは、直近上級の裁判所が、決定をしなければならない

第二十四条　訴訟を遅延させる目的のみでされたことの明らかな忌避の申立は、決定でこれを却下しなければならない。この場合には、前条第三項の規定を適用しない。第二十二条の規定に違反し、又は裁判所の規則で定める手続に違反してされた忌避の申立を却下する場合も、同様である

○２　前項の場合には、忌避された受命裁判官、地方裁判所の一人の裁判官又は家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官は、忌避の申立てを却下する裁判をすることができる

第二十五条　忌避の申立を却下する決定に対しては、即時抗告をすることができる

第二十六条　この章の規定は、第二十条第七号の規定を除いて、裁判所書記にこれを準用する

○２　決定は、裁判所書記所属の裁判所がこれをしなければならない。但し、第二十四条第一項の場合には、裁判所書記の附属する受命裁判官が、忌避の申立を却下する裁判をすることができる

第三章　訴訟能力

第二十七条　被告人又は被疑者が法人であるときは、その代表者が、訴訟行為についてこれを代表する

○２　数人が共同して法人を代表する場合にも、訴訟行為については、各自が、これを代表する

第二十八条　刑法　（明治四十年法律第四十五号）第三十九条　又は第四十一条　の規定を適用しない罪に当たる事件について、被告人又は被疑者が意思能力を有しないときは、その法定代理人（二人以上あるときは、各自。以下同じ。）が、訴訟行為についてこれを代理する

第二十九条　前二条の規定により被告人を代表し、又は代理する者がないときは、検察官の請求により又は職権で、特別代理人を選任しなければならない。

○２　前二条の規定により被疑者を代表し、又は代理する者がない場合において、検察官、司法警察員又は利害関係人の請求があつたときも、前項と同様である

○３　特別代理人は、被告人又は被疑者を代表し又は代理して訴訟行為をする者ができるまで、その任務を行う

第四章　弁護及び補佐

第五章　裁判

第四十三条　判決は、この法律に特別の定のある場合を除いては、口頭弁論に基いてこれをしなければならない

○２　決定又は命令は、口頭弁論に基いてこれをすることを要しない

○３　決定又は命令をするについて必要がある場合には、事実の取調をすることができる
○４　前項の取調は、合議体の構成員にこれをさせ、又は地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを嘱託することができる

第四十四条　裁判には、理由を附しなければならない
○２　上訴を許さない決定又は命令には、理由を附することを要しない。但し、第四百二十八条第二項の規定により異議の申立をすることができる決定については、この限りでない

第四十五条　判決以外の裁判は、判事補が一人でこれをすることができる

第四十六条　被告人その他訴訟関係人は、自己の費用で、裁判書又は裁判を記載した調書の謄本又は抄本の交付を請求することができる

第六章　書類及び送達

第四十七条　訴訟に関する書類は、公判の開廷前には、これを公にしてはならない。但し、公益上の必要その他の事由があつて、相当と認められる場合は、この限りでない

第四十八条　公判期日における訴訟手続については、公判調書を作成しなければならない
○２　公判調書には、裁判所の規則の定めるところにより、公判期日における審判に関する重要な事項を記載しなければならない
○３　公判調書は、各公判期日後速かに、遅くとも判決を宣告するまでにこれを整理しなければならない。ただし、判決を宣告する公判期日の調書は当該公判期日後七日以内に、公判期日から判決を宣告する日までの期間が十日に満たない場合における当該公判期日の調書は当該公判期日後十日以内（判決を宣告する日までの期間が三日に満たないときは、当該判決を宣告する公判期日後七日以内）に、整理すれば足りる

第四十九条　被告人に弁護人がないときは、公判調書は、裁判所の規則の定めるところにより、被告人も、これを閲覧することができる。被告人は、読むことができないとき、又は目の見えないときは、公判調書の朗読を求めることができる

第五十条　公判調書が次回の公判期日までに整理されなかつたときは、裁判所書記は、検察官、被告人又は弁護人の請求により、次回の公判期日において又はその期日までに、前回の公判期日における証人の供述の要旨を告げなければならない。この場合において、請求をした検察官、被告人又は弁護人が証人の供述の要旨の正確性につき異議を申し立てたときは、その旨を調書に記載しなければならない
○２　被告人及び弁護人の出頭なくして開廷した公判期日の公判調書が、次回の公判期日までに整理されなかつたときは、裁判所書記は、次回の公判期日において又はその期日までに、出頭した被告人又は弁護人に前回の公判期日における審理に関する重要な事項を告げなければならない

第五十一条　検察官、被告人又は弁護人は、公判調書の記載の正確性につき異議を申し立てることができる。異議の申立があつたときは、その旨を調書に記載しなければならない
○２　前項の異議の申立ては、遅くとも当該審級における最終の公判期日後十四日以内にこれをしなければならない。ただし、第四十八条第三項ただし書の規定により判決を宣告する公判期日後に整理された調書については、

整理ができた日から十四日以内にこれをすることができる

第五十二条　公判期日における訴訟手続で公判調書に記載されたものは、公判調書のみによつてこれを証明することができる

第五十三条　何人も、被告事件の終結後、訴訟記録を閲覧することができる。但し、訴訟記録の保存又は裁判所若しくは検察庁の事務に支障のあるときは、この限りでない

○２　弁論の公開を禁止した事件の訴訟記録又は一般の閲覧に適しないものとしてその閲覧が禁止された訴訟記録は、前項の規定にかかわらず、訴訟関係人又は閲覧につき正当な理由があつて特に訴訟記録の保管者の許可を受けた者でなければ、これを閲覧することができない

○３　日本国憲法第八十二条第二項　但書に掲げる事件については、閲覧を禁止することはできない

○４　訴訟記録の保管及びその閲覧の手数料については、別に法律でこれを定める

第五十三条の二　訴訟に関する書類及び押収物については、行政機関の保有する情報の公開に関する法律　（平成十一年法律第四十二号）及び独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律（平成十三年法律第百四十号）の規定は、適用しない

○２　訴訟に関する書類及び押収物に記録されている個人情報については、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律　（平成十五年法律第五十八号）第四章　及び独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律　（平成十五年法律第五十九号）第四章　の規定は、適用しない

○３　訴訟に関する書類については、公文書等の管理に関する法律　（平成二十一年法律第六十六号）第二章　の規定は、適用しない。この場合において、訴訟に関する書類についての同法第四章　の規定の適用については、同法第十四条第一項　中「国の機関（行政機関を除く。以下この条において同じ。）」とあり、及び同法第十六条第一項第三号　中「国の機関（行政機関を除く。）」とあるのは、「国の機関」とする

○４　押収物については、公文書等の管理に関する法律　の規定は、適用しない

第五十四条　書類の送達については、裁判所の規則に特別の定のある場合を除いては、民事訴訟に関する法令の規定（公示送達に関する規定を除く。）を準用する

第七章　期間

第五十五条　期間の計算については、時で計算するものは、即時からこれを起算し、日、月又は年で計算するものは、初日を算入しない。但し、時効期間の初日は、時間を論じないで一日としてこれを計算する

○２　月及び年は、暦に従つてこれを計算する

○３　期間の末日が日曜日、土曜日、国民の祝日に関する法律　（昭和二十三年法律第百七十八号）に規定する休日、一月二日、一月三日又は十二月二十九日から十二月三十一日までの日に当たるときは、これを期間に算入しない。ただし、時効期間については、この限りでない

第五十六条　法定の期間は、裁判所の規則の定めるところにより、訴訟行為をすべき者の住居又は事務所の所在地と裁判所又は検察庁の所在地との距離及び交通通信の便否に従い、これを延長することができる

○２　前項の規定は、宣告した裁判に対する上訴の提起期間には、これを適用しない

第八章　被告人の召喚、勾引及び勾留

第七十九条　被告人を勾留したときは、直ちに弁護人にその旨を通知しなければならない。被告人に弁護人がないときは、被告人の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹のうち被告人の指定する者一人にその旨を通知しなければならない

第九十七条　上訴の提起期間内の事件でまだ上訴の提起がないものについて、勾留の期間を更新し、勾留を取り消し、又は保釈若しくは勾留の執行停止をし、若しくはこれを取り消すべき場合には、原裁判所が、その決定をしなければならない

○２　上訴中の事件で訴訟記録が上訴裁判所に到達していないものについて前項の決定をすべき裁判所は、裁判所の規則の定めるところによる

○３　前二項の規定は、勾留の理由の開示をすべき場合にこれを準用する

第九十八条　保釈若しくは勾留の執行停止を取り消す決定があつたとき、又は勾留の執行停止の期間が満了したときは、検察事務官、司法警察職員又は刑事施設職員は、検察官の指揮により、勾留状の謄本及び保釈若しくは勾留の執行停止を取り消す決定の謄本又は期間を指定した勾留の執行停止の決定の謄本を被告人に示してこれを刑事施設に収容しなければならない

○２　前項の書面を所持しないためこれを示すことができない場合において、急速を要するときは、同項の規定にかかわらず、検察官の指揮により、被告人に対し保釈若しくは勾留の執行停止が取り消された旨又は勾留の執行停止の期間が満了した旨を告げて、これを刑事施設に収容することができる。ただし、その書面は、できる限り速やかにこれを示さなければならない

○３　第七十一条の規定は、前二項の規定による収容についてこれを準用する

第九章　押収及び捜索

第九十九条　裁判所は、必要があるときは、証拠物又は没収すべき物と思料するものを差し押えることができる。但し、特別の定のある場合は、この限りでない

○２　差し押さえるべき物が電子計算機であるときは、当該電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複写した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえることができる

○３　裁判所は、差し押えるべき物を指定し、所有者、所持者又は保管者にその物の提出を命ずることができる

第九十九条の二　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

第百条　裁判所は、被告人から発し、又は被告人に対して発した郵便物、信書便物又は電信に関する書類で法令

の規定に基づき通信事務を取り扱う者が保管し、又は所持するものを差し押え、又は提出させることができる
○２　前項の規定に該当しない郵便物、信書便物又は電信に関する書類で法令の規定に基づき通信事務を取り扱う者が保管し、又は所持するものは、被告事件に関係があると認めるに足りる状況のあるものに限り、これを差し押え、又は提出させることができる
○３　前二項の規定による処分をしたときは、その旨を発信人又は受信人に通知しなければならない。但し、通知によつて審理が妨げられる虞がある場合は、この限りでない

第百一条　被告人その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物は、これを領置することができる

第百二条　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、捜索をすることができる
○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りる状況のある場合に限り、捜索をすることができる

第百三条　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

第百四条　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務大臣又はその職に在つた者
○２　前項の場合において、衆議院、参議院又は内閣は、国の重大な利益を害する場合を除いては、承諾を拒むことができない

第百五条　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

第百六条　公判廷外における差押え、記録命令付差押え又は捜索は、差押状、記録命令付差押状又は捜索状を発してこれをしなければならない

第百七条　差押状、記録命令付差押状又は捜索状には、被告人の氏名、罪名、差し押さえるべき物、記録させ若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ若しくは印刷させるべき者又は捜索すべき場所、身体若しくは物、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、裁判長が、これに記名押印しなければならない
○２　第九十九条第二項の規定による処分をするときは、前項の差押状に、同項に規定する事項のほか、差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、その電磁的記録を複写すべきものの範囲を記載しなければならない

○３　第六十四条第二項の規定は、第一項の差押状、記録命令付差押状又は捜索状についてこれを準用する

第百八条　差押状、記録命令付差押状又は捜索状は、検察官の指揮によつて、検察事務官又は司法警察職員がこれを執行する。ただし、裁判所が被告人の保護のため必要があると認めるときは、裁判長は、裁判所書記官又は司法警察職員にその執行を命ずることができる
○２　裁判所は、差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行に関し、その執行をする者に対し書面で適当と認める指示をすることができる
○３　前項の指示は、合議体の構成員にこれをさせることができる
○４　第七十一条の規定は、差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行についてこれを準用する

第百九条　検察事務官又は裁判所書記官は、差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行について必要があるときは、司法警察職員に補助を求めることができる

第百十条　差押状、記録命令付差押状又は捜索状は、処分を受ける者にこれを示さなければならない

第百十条の二　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

第百十一条　差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行については、錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができる。公判廷で差押え、記録命令付差押え又は捜索をする場合も、同様である
○２　前項の処分は、押収物についても、これをすることができる

第百十一条の二　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、差押状又は捜索状の執行をする者は、処分を受ける者に対し、電子計算機の操作その他の必要な協力を求めることができる。公判廷で差押え又は捜索をする場合も、同様である

第百十二条　差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行中は、何人に対しても、許可を得ないでその場所に出入りすることを禁止することができる
○２　前項の禁止に従わない者は、これを退去させ、又は執行が終わるまでこれに看守者を付することができる

第百十三条　検察官、被告人又は弁護人は、差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行に立ち会うことができる。ただし、身体の拘束を受けている被告人は、この限りでない
○２　差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をする者は、あらかじめ、執行の日時及び場所を前項の規定により立ち会うことができる者に通知しなければならない。ただし、これらの者があらかじめ裁判所に立ち会わない意思を明示した場合及び急速を要する場合は、この限りでない
○３　裁判所は、差押状又は捜索状の執行について必要があるときは、被告人をこれに立ち会わせることができる

第百十四条 公務所内で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするときは、その長又はこれに代わるべき者に通知してその処分に立ち会わせなければならない

○２ 前項の規定による場合を除いて、人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするときは、住居主若しくは看守者又はこれらの者に代わるべき者をこれに立ち会わせなければならない。これらの者を立ち会わせることができないときは、隣人又は地方公共団体の職員を立ち会わせなければならない

第百十五条 女子の身体について捜索状の執行をする場合には、成年の女子をこれに立ち会わせなければならない。但し、急速を要する場合は、この限りでない

第百十六条 日出前、日没後には、令状に夜間でも執行することができる旨の記載がなければ、差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行のため、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ることはできない

○２ 日没前に差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行に着手したときは、日没後でも、その処分を継続することができる

第百十七条 次に掲げる場所で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするについては、前条第一項に規定する制限によることを要しない

一 賭博、富くじ又は風俗を害する行為に常用されるものと認められる場所

二 旅館、飲食店その他夜間でも公衆が出入りすることができる場所。ただし、公開した時間内に限る

§118 差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行を中止する場合において必要があるときは、執行が終わるまでその場所を閉鎖し、又は看守者を置くことができる

第百十九条 捜索をした場合において証拠物又は没収すべきものがないときは、捜索を受けた者の請求により、その旨の証明書を交付しなければならない

第百二十条 押収をした場合には、その目録を作り、所有者、所持者若しくは保管者（第百十条の二の規定による処分を受けた者を含む。）又はこれらの者に代わるべき者に、これを交付しなければならない

第百二十一条 運搬又は保管に不便な押収物については、看守者を置き、又は所有者その他の者に、その承諾を得て、これを保管させることができる

○２ 危険を生ずる虞がある押収物は、これを廃棄することができる

○３ 前二項の処分は、裁判所が特別の指示をした場合を除いては、差押状の執行をした者も、これをすることができる

第百二十二条 没収することができる押収物で滅失若しくは破損の虞があるもの又は保管に不便なものについては、これを売却してその代価を保管することができる

第百二十三条 押収物で留置の必要がないものは、被告事件の終結を待たないで、決定でこれを還付しなければならない

○２ 押収物は、所有者、所持者、保管者又は差出人の請求により、決定で仮にこれを還付することができる

○３　押収物が第百十条の二の規定により電磁的記録を移転し、又は移転させた上差し押さえた記録媒体で留置の必要がないものである場合において、差押えを受けた者と当該記録媒体の所有者、所持者又は保管者とが異なるときは、被告事件の終結を待たないで、決定で、当該差押えを受けた者に対し、当該記録媒体を交付し、又は当該電磁的記録の複写を許さなければならない
○４　前三項の決定をするについては、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなければならない

第百二十四条　押収した贓物で留置の必要がないものは、被害者に還付すべき理由が明らかなときに限り、被告事件の終結を待たないで、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、決定でこれを被害者に還付しなければならない
○２　前項の規定は、民事訴訟の手続に従い、利害関係人がその権利を主張することを妨げない

第百二十五条　押収又は捜索は、合議体の構成員にこれをさせ、又はこれをすべき地の地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを嘱託することができる
○２　受託裁判官は、受託の権限を有する他の地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所の裁判官に転嘱することができる
○３　受託裁判官は、受託事項について権限を有しないときは、受託の権限を有する他の地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所の裁判官に嘱託を移送することができる
○４　受命裁判官又は受託裁判官がする押収又は捜索については、裁判所がする押収又は捜索に関する規定を準用する。但し、第百条第三項の通知は、裁判所がこれをしなければならない

第百二十六条　検察事務官又は司法警察職員は、勾引状又は勾留状を執行する場合において必要があるときは、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、被告人の捜索をすることができる。この場合には、捜索状は、これを必要としない

第百二十七条　第百十一条、第百十二条、第百十四条及び第百十八条の規定は、前条の規定により検察事務官又は司法警察職員がする捜索についてこれを準用する。但し、急速を要する場合は、第百十四条第二項の規定によることを要しない

第十章　検証

第百二十八条　裁判所は、事実発見のため必要があるときは、検証することができる

第百二十九条　検証については、身体の検査、死体の解剖、墳墓の発掘、物の破壊その他必要な処分をすることができる

第百三十条　日出前、日没後には、住居主若しくは看守者又はこれらの者に代るべき者の承諾がなければ、検証のため、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ることはできない。但し、日出後では検証の目的を達することができない虞がある場合は、この限りでない
○２　日没前検証に着手したときは、日没後でもその処分を継続することができる
○３　第百十七条に規定する場所については、第一項に規定する制限によることを要しない

第百三十一条　身体の検査については、これを受ける者の性別、健康状態その他の事情を考慮した上、特にその

方法に注意し、その者の名誉を害しないように注意しなければならない
○２　女子の身体を検査する場合には、医師又は成年の女子をこれに立ち会わせなければならない

第百三十二条　裁判所は、身体の検査のため、被告人以外の者を裁判所又は指定の場所に召喚することができる

第百三十三条　前条の規定により召喚を受けた者が正当な理由がなく出頭しないときは、決定で、十万円以下の過料に処し、かつ、出頭しないために生じた費用の賠償を命ずることができる
○２　前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる

第百三十四条　第百三十二条の規定により召喚を受け正当な理由がなく出頭しない者は、十万円以下の罰金又は拘留に処する
○２　前項の罪を犯した者には、情状により、罰金及び拘留を併科することができる

第百三十五条　第百三十二条の規定による召喚に応じない者は、更にこれを召喚し、又はこれを勾引することができる

第百三十六条　第六十二条、第六十三条及び第六十五条の規定は、第百三十二条及び前条の規定による召喚について、第六十二条、第六十四条、第六十六条、第六十七条、第七十条、第七十一条及び第七十三条第一項の規定は、前条の規定による勾引についてこれを準用する

第百三十七条　被告人又は被告人以外の者が正当な理由がなく身体の検査を拒んだときは、決定で、十万円以下の過料に処し、かつ、その拒絶により生じた費用の賠償を命ずることができる
○２　前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる

第百三十八条　正当な理由がなく身体の検査を拒んだ者は、十万円以下の罰金又は拘留に処する
○２　前項の罪を犯した者には、情状により、罰金及び拘留を併科することができる

第百三十九条　裁判所は、身体の検査を拒む者を過料に処し、又はこれに刑を科しても、その効果がないと認めるときは、そのまま、身体の検査を行うことができる

第百四十条　裁判所は、第百三十七条の規定により過料を科し、又は前条の規定により身体の検査をするにあたつては、あらかじめ、検察官の意見を聴き、且つ、身体の検査を受ける者の異議の理由を知るため適当な努力をしなければならない

第百四十一条　検証をするについて必要があるときは、司法警察職員に補助をさせることができる

第百四十二条　第百十一条の二から第百十四条まで、第百十八条及び第百二十五条の規定は、検証についてこれを準用する

第十一章　証人尋問

第十二章　鑑定

第十三章　通訳及び翻訳

第十四章　証拠保全

第十五章　訴訟費用

第百八十一条 刑の言渡をしたときは、被告人に訴訟費用の全部又は一部を負担させなければならない。但し、被告人が貧困のため訴訟費用を納付することのできないことが明らかであるときは、この限りでない

○２ 被告人の責に帰すべき事由によつて生じた費用は、刑の言渡をしない場合にも、被告人にこれを負担させることができる

○３ 検察官のみが上訴を申し立てた場合において、上訴が棄却されたとき、又は上訴の取下げがあつたときは、上訴に関する訴訟費用は、これを被告人に負担させることができない。ただし、被告人の責めに帰すべき事由によつて生じた費用については、この限りでない

○４ 公訴が提起されなかつた場合において、被疑者の責めに帰すべき事由により生じた費用があるときは、被疑者にこれを負担させることができる

第百八十二条 共犯の訴訟費用は、共犯人に、連帯して、これを負担させることができる

第百八十三条 告訴、告発又は請求により公訴の提起があつた事件について被告人が無罪又は免訴の裁判を受けた場合において、告訴人、告発人又は請求人に故意又は重大な過失があつたときは、その者に訴訟費用を負担させることができる

○２ 告訴、告発又は請求があつた事件について公訴が提起されなかつた場合において、告訴人、告発人又は請求人に故意又は重大な過失があつたときも、前項と同様とする

第百八十四条 検察官以外の者が上訴又は再審若しくは正式裁判の請求を取り下げた場合には、その者に上訴、再審又は正式裁判に関する費用を負担させることができる

第百八十五条 裁判によつて訴訟手続が終了する場合において、被告人に訴訟費用を負担させるときは、職権でその裁判をしなければならない。この裁判に対しては、本案の裁判について上訴があつたときに限り、不服を申し立てることができる

第百八十六条 裁判によつて訴訟手続が終了する場合において、被告人以外の者に訴訟費用を負担させるときは、職権で別にその決定をしなければならない。この決定に対しては、即時抗告をすることができる

第百八十七条 裁判によらないで訴訟手続が終了する場合において、訴訟費用を負担させるときは、最終に事件の係属した裁判所が、職権でその決定をしなければならない。この決定に対しては、即時抗告をすることができる

第百八十七条の二 公訴が提起されなかつた場合において、訴訟費用を負担させるときは、検察官の請求により、裁判所が決定をもつてこれを行う。この決定に対しては、即時抗告をすることができる

第百八十八条 訴訟費用の負担を命ずる裁判にその額を表示しないときは、執行の指揮をすべき検察官が、これを算定する

第十六章　費用の補償

第百八十八条の二 無罪の判決が確定したときは、国は、当該事件の被告人であつた者に対し、その裁判に要した費用の補償をする。ただし、被告人であつた者の責めに帰すべき事由によつて生じた費用については、補償をしないことができる

○２ 被告人であつた者が、捜査又は審判を誤らせる目的で、虚偽の自白をし、又は他の有罪の証拠を作ることにより、公訴の提起を受けるに至つたものと認められるときは、前項の補償の全部又は一部をしないことができる

○３ 第百八十八条の五第一項の規定による補償の請求がされている場合には、第百八十八条の四の規定により補償される費用については、第一項の補償をしない

第百八十八条の三 前条第一項の補償は、被告人であつた者の請求により、無罪の判決をした裁判所が、決定をもつてこれを行う

○２ 前項の請求は、無罪の判決が確定した後六箇月以内にこれをしなければならない

○３ 補償に関する決定に対しては、即時抗告をすることができる

第百八十八条の四 検察官のみが上訴をした場合において、上訴が棄却され又は取り下げられて当該上訴に係る原裁判が確定したときは、これによつて無罪の判決が確定した場合を除き、国は、当該事件の被告人又は被告人であつた者に対し、上訴によりその審級において生じた費用の補償をする。ただし、被告人又は被告人であつた者の責めに帰すべき事由によつて生じた費用については、補償をしないことができる

第百八十八条の五 前条の補償は、被告人又は被告人であつた者の請求により、当該上訴裁判所であつた最高裁判所又は高等裁判所が、決定をもつてこれを行う

○２ 前項の請求は、当該上訴に係る原裁判が確定した後二箇月以内にこれをしなければならない

○３ 補償に関する決定で高等裁判所がしたものに対しては、第四百二十八条第二項の異議の申立てをすることができる。この場合には、即時抗告に関する規定をも準用する

第百八十八条の六 第百八十八条の二第一項又は第百八十八条の四の規定により補償される費用の範囲は、被告人若しくは被告人であつた者又はそれらの者の弁護人であつた者が公判準備及び公判期日に出頭するに要した旅費、日当及び宿泊料並びに弁護人であつた者に対する報酬に限るものとし、その額に関しては、刑事訴訟費用に関する法律の規定中、被告人又は被告人であつた者については証人、弁護人であつた者については弁護人に関する規定を準用する

○２ 裁判所は、公判準備又は公判期日に出頭した弁護人が二人以上あつたときは、事件の性質、審理の状況その他の事情を考慮して、前項の弁護人であつた者の旅費、日当及び宿泊料を主任弁護人その他一部の弁護人に係るものに限ることができる

第百八十八条の七 補償の請求その他補償に関する手続、補償と他の法律による損害賠償との関係、補償を受ける権利の譲渡又は差押え及び被告人又は被告人であつた者の相続人に対する補償については、この法律に特別の定めがある場合のほか、刑事補償法 （昭和二十五年法律第一号）第一条 に規定する補償の例による

第二編　第一審

第一章　捜査

第百九十五条 検察官及び検察事務官は、捜査のため必要があるときは、管轄区域外で職務を行うことができる

第百九十六条 検察官、検察事務官及び司法警察職員並びに弁護人その他職務上捜査に関係のある者は、被疑者その他の者の名誉を害しないように注意し、且つ、捜査の妨げとならないように注意しなければならない

第百九十七条 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。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない

○３ 検察官、検察事務官又は司法警察員は、差押え又は記録命令付差押えをするため必要があるときは、電気通信を行うための設備を他人の通信の用に供する事業を営む者又は自己の業務のために不特定若しくは多数の者の通信を媒介することのできる電気通信を行うための設備を設置している者に対し、その業務上記録している電気通信の送信元、送信先、通信日時その他の通信履歴の電磁的記録のうち必要なものを特定し、三十日を超えない期間を定めて、これを消去しないよう、書面で求めることができる。この場合において、当該電磁的記録について差押え又は記録命令付差押えをする必要がないと認めるに至つたときは、当該求めを取り消さなければならない

○４ 前項の規定により消去しないよう求める期間については、特に必要があるときは、三十日を超えない範囲内で延長することができる。ただし、消去しないよう求める期間は、通じて六十日を超えることができない

○５ 第二項又は第三項の規定による求めを行う場合において、必要があるときは、みだりにこれらに関する事項を漏らさないよう求めることができる

第二百二十二条 第九十九条第一項、第百条、第百二条から第百五条まで、第百十条から第百十二条まで、第百十四条、第百十五条及び第百十八条から第百二十四条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条、第二百二十条及び前条の規定によつてする押収又は捜索について、第百十条、第百十一条の二、第百十二条、第百十四条、第百十八条、第百二十九条、第百三十一条及び第百三十七条から第百四十条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条又は第二百二十条の規定によつてする検証についてこれを準用する。ただし、司法巡査は、第百二十二条から第百二十四条までに規定する処分をすることができない

○２ 第二百二十条の規定により被疑者を捜索する場合において急速を要するときは、第百十四条第二項の規定によることを要しない

○３ 第百十六条及び第百十七条の規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条の規定によつてする差押え、記録命令付差押え又は捜索について、これを準用する

○４ 日出前、日没後には、令状に夜間でも検証をすることができる旨の記載がなければ、検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第二百十八条の規定によつてする検証のため、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ることができない。但し、第百十七条に規定する場所については、この限りでない

○５　日没前検証に着手したときは、日没後でもその処分を継続することができる
○６　検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第二百十八条の規定により差押、捜索又は検証をするについて必要があるときは、被疑者をこれに立ち会わせることができる
○７　第一項の規定により、身体の検査を拒んだ者を過料に処し、又はこれに賠償を命ずべきときは、裁判所にその処分を請求しなければならない

第二百二十二条の二　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

第二章　公訴

§270-1　検察官は、公訴の提起後は、訴訟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
#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

第三章　公判

第一節　公判準備及び公判手続

第二百七十九条　裁判所は、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる

第二百八十一条　証人については、裁判所は、第百五十八条に掲げる事項を考慮した上、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き必要と認めるときに限り、公判期日外においてこれを尋問することができる

第二百八十一条の二　裁判所は、公判期日外における証人尋問に被告人が立ち会つた場合において、証人が被告人の面前（第百五十七条の三第一項に規定する措置を採る場合及び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。）においては圧迫を受け充分な供述をすることができないと認めるときは、弁護人が立ち会つている場合に限り、検察官及び弁護人の意見を聴き、その証人の供述中被告人を退席させることができる。この場合には、供述終了後被告人に証言の要旨を告知し、その証人を尋問する機会を与えなければならない

第二百八十一条の三　弁護人は、検察官において被告事件の審理の準備のために閲覧又は謄写の機会を与えた証拠に係る複製等（複製その他証拠の全部又は一部をそのまま記録した物及び書面をいう。以下同じ。）を適正に管理し、その保管をみだりに他人にゆだねてはならない

第二百八十一条の四　被告人若しくは弁護人（第四百四十条に規定する弁護人を含む。）又はこれらであつた者は、検察官において被告事件の審理の準備のために閲覧又は謄写の機会を与えた証拠に係る複製等を、次に掲げる手

続又はその準備に使用する目的以外の目的で、人に交付し、又は提示し、若しくは電気通信回線を通じて提供してはならない

一　当該被告事件の審理その他の当該被告事件に係る裁判のための審理

二　当該被告事件に関する次に掲げる手続

イ　第一編第十六章の規定による費用の補償の手続

ロ　第三百四十九条第一項の請求があつた場合の手続

ハ　第三百五十条の請求があつた場合の手続

ニ　上訴権回復の請求の手続

ホ　再審の請求の手続

ヘ　非常上告の手続

ト　第五百条第一項の申立ての手続

チ　第五百二条の申立ての手続

リ　刑事補償法 の規定による補償の請求の手続

○２　前項の規定に違反した場合の措置については、被告人の防御権を踏まえ、複製等の内容、行為の目的及び態様、関係人の名誉、その私生活又は業務の平穏を害されているかどうか、当該複製等に係る証拠が公判期日において取り調べられたものであるかどうか、その取調べの方法その他の事情を考慮するものとする

第二百八十一条の五　被告人又は被告人であつた者が、検察官において被告事件の審理の準備のために閲覧又は謄写の機会を与えた証拠に係る複製等を、前条第一項各号に掲げる手続又はその準備に使用する目的以外の目的で、人に交付し、又は提示し、若しくは電気通信回線を通じて提供したときは、一年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する

○２　弁護人（第四百四十条に規定する弁護人を含む。以下この項において同じ。）又は弁護人であつた者が、検察官において被告事件の審理の準備のために閲覧又は謄写の機会を与えた証拠に係る複製等を、対価として財産上の利益その他の利益を得る目的で、人に交付し、又は提示し、若しくは電気通信回線を通じて提供したときも、前項と同様とする

第二百八十一条の六　裁判所は、審理に二日以上を要する事件については、できる限り、連日開廷し、継続して審理を行わなければならない

○２　訴訟関係人は、期日を厳守し、審理に支障を来さないようにしなければならない

第二百八十九条　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あたる事件を審理する場合には、弁護人がなければ開廷することはできない

○２　弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないとき若しくは在廷しなくなつたとき、又は弁護人がないときは、裁判長は、職権で弁護人を付さなければならない

○３　弁護人がなければ開廷することができない場合において、弁護人が出頭しないおそれがあるときは、裁判所は、職権で弁護人を付することができる

第二百九十条　第三十七条各号の場合に弁護人が出頭しないときは、裁判所は、職権で弁護人を附することができる

第二百九十二条の二　裁判所は、被害者等又は当該被害者の法定代理人から、被害に関する心情その他の被告事件に関する意見の陳述の申出があるときは、公判期日において、その意見を陳述させるものとする

○２　前項の規定による意見の陳述の申出は、あらかじめ、検察官にしなければならない。この場合において、検察官は、意見を付して、これを裁判所に通知するものとする

○３　裁判長又は陪席の裁判官は、被害者等又は当該被害者の法定代理人が意見を陳述した後、その趣旨を明確にするため、これらの者に質問することができる

○４　訴訟関係人は、被害者等又は当該被害者の法定代理人が意見を陳述した後、その趣旨を明確にするため、裁判長に告げて、これらの者に質問することができる

○５　裁判長は、被害者等若しくは当該被害者の法定代理人の意見の陳述又は訴訟関係人の被害者等若しくは当該被害者の法定代理人に対する質問が既にした陳述若しくは質問と重複するとき、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、これを制限することができる

○６　第百五十七条の二、第百五十七条の三及び第百五十七条の四第一項の規定は、第一項の規定による意見の陳述について準用する

○７　裁判所は、審理の状況その他の事情を考慮して、相当でないと認めるときは、意見の陳述に代え意見を記載した書面を提出させ、又は意見の陳述をさせないことができる

○８　前項の規定により書面が提出された場合には、裁判長は、公判期日において、その旨を明らかにしなければならない。この場合において、裁判長は、相当と認めるときは、その書面を朗読し、又はその要旨を告げることができる

○９　第一項の規定による陳述又は第七項の規定による書面は、犯罪事実の認定のための証拠とすることができない

第三百十五条の二　第二百九十一条の二の決定が取り消されたときは、公判手続を更新しなければならない。但し、検察官及び被告人又は弁護人に異議がないときは、この限りでない

第三百十六条　地方裁判所において一人の裁判官のした訴訟手続は、被告事件が合議体で審判すべきものであつた場合にも、その効力を失わない

第二節　争点及び証拠の整理手続

第二款　期日間整理手続

第三節　被害者参加

第三百十六条の三十三 裁判所は、次に掲げる罪に係る被告事件の被害者等若しくは当該被害者の法定代理人又はこれらの者から委託を受けた弁護士から、被告事件の手続への参加の申出があるときは、被告人又は弁護人の意見を聴き、犯罪の性質、被告人との関係その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、決定で、当該被害者等又は当該被害者の法定代理人の被告事件の手続への参加を許すものとする

一 故意の犯罪行為により人を死傷させた罪

二 刑法第百七十六条 から第百七十八条 まで、第二百十一条、第二百二十条又は第二百二十四条から第二百二十七条までの罪

三 前号に掲げる罪のほか、その犯罪行為にこれらの罪の犯罪行為を含む罪（第一号に掲げる罪を除く。）

四 前三号に掲げる罪の未遂罪

○２ 前項の申出は、あらかじめ、検察官にしなければならない。この場合において、検察官は、意見を付して、これを裁判所に通知するものとする

○３ 裁判所は、第一項の規定により被告事件の手続への参加を許された者（以下「被害者参加人」という。）が当該被告事件の被害者等若しくは当該被害者の法定代理人に該当せず若しくは該当しなくなつたことが明らかになつたとき、又は第三百十二条の規定により罰条が撤回若しくは変更されたため当該被告事件が同項各号に掲げる罪に係るものに該当しなくなつたときは、決定で、同項の決定を取り消さなければならない。犯罪の性質、被告人との関係その他の事情を考慮して被告事件の手続への参加を認めることが相当でないと認めるに至つたときも、同様とする

第三百十六条の三十四 被害者参加人又はその委託を受けた弁護士は、公判期日に出席することができる

○２ 公判期日は、これを被害者参加人に通知しなければならない

○３ 裁判所は、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士が多数である場合において、必要があると認めるときは、これらの者の全員又はその一部に対し、その中から、公判期日に出席する代表者を選定するよう求めることができる

○４ 裁判所は、審理の状況、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士の数その他の事情を考慮して、相当でないと認めるときは、公判期日の全部又は一部への出席を許さないことができる

○５ 前各項の規定は、公判準備において証人の尋問又は検証が行われる場合について準用する

第三百十六条の三十五 被害者参加人又はその委託を受けた弁護士は、検察官に対し、当該被告事件についてのこの法律の規定による検察官の権限の行使に関し、意見を述べることができる。この場合において、検察官は、当該権限を行使し又は行使しないこととしたときは、必要に応じ、当該意見を述べた者に対し、その理由を説明しなければならない

第三百十六条の三十六 裁判所は、証人を尋問する場合において、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士から、その者がその証人を尋問することの申出があるときは、被告人又は弁護人の意見を聴き、審理の状況、申出に係る尋問事項の内容、申出をした者の数その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、情状に関する事項（犯

罪事実に関するものを除く。）についての証人の供述の証明力を争うために必要な事項について、申出をした者がその証人を尋問することを許すものとする
○２　前項の申出は、検察官の尋問が終わつた後（検察官の尋問がないときは、被告人又は弁護人の尋問が終わつた後）直ちに、尋問事項を明らかにして、検察官にしなければならない。この場合において、検察官は、当該事項について自ら尋問する場合を除き、意見を付して、これを裁判所に通知するものとする
○３　裁判長は、第二百九十五条第一項から第三項までに規定する場合のほか、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士のする尋問が第一項に規定する事項以外の事項にわたるときは、これを制限することができる

第三百十六条の三十七　裁判所は、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士から、その者が被告人に対して第三百十一条第二項の供述を求めるための質問を発することの申出があるときは、被告人又は弁護人の意見を聴き、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士が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であつて、審理の状況、申出に係る質問をする事項の内容、申出をした者の数その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、申出をした者が被告人に対してその質問を発することを許すものとする
○２　前項の申出は、あらかじめ、質問をする事項を明らかにして、検察官にしなければならない。この場合において、検察官は、当該事項について自ら供述を求める場合を除き、意見を付して、これを裁判所に通知するものとする
○３　裁判長は、第二百九十五条第一項及び第三項に規定する場合のほか、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士のする質問が第一項に規定する意見の陳述をするために必要がある事項に関係のない事項にわたるときは、これを制限することができる

第三百十六条の三十八　裁判所は、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士から、事実又は法律の適用について意見を陳述することの申出がある場合において、審理の状況、申出をした者の数その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、公判期日において、第二百九十三条第一項の規定による検察官の意見の陳述の後に、訴因として特定された事実の範囲内で、申出をした者がその意見を陳述することを許すものとする
○２　前項の申出は、あらかじめ、陳述する意見の要旨を明らかにして、検察官にしなければならない。この場合において、検察官は、意見を付して、これを裁判所に通知するものとする
○３　裁判長は、第二百九十五条第一項及び第三項に規定する場合のほか、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士の意見の陳述が第一項に規定する範囲を超えるときは、これを制限することができる
○４　第一項の規定による陳述は、証拠とはならないものとする

第三百十六条の三十九　裁判所は、被害者参加人が第三百十六条の三十四第一項（同条第五項において準用する場合を含む。第四項において同じ。）の規定により公判期日又は公判準備に出席する場合において、被害者参加人の年齢、心身の状態その他の事情を考慮し、被害者参加人が著しく不安又は緊張を覚えるおそれがあると認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、その不安又は緊張を緩和するのに適当であり、かつ、裁判官若しくは訴訟関係人の尋問若しくは被告人に対する供述を求める行為若しくは訴訟関係人がする陳述を妨げ、又はその陳述の内容に不当な影響を与えるおそれがないと認める者を、被害者参加人に付き添わせることができる
○２　前項の規定により被害者参加人に付き添うこととされた者は、裁判官若しくは訴訟関係人の尋問若しくは被告人に対する供述を求める行為若しくは訴訟関係人がする陳述を妨げ、又はその陳述の内容に不当な影響を与えるような言動をしてはならない
○３　裁判所は、第一項の規定により被害者参加人に付き添うこととされた者が、裁判官若しくは訴訟関係人の尋問若しくは被告人に対する供述を求める行為若しくは訴訟関係人がする陳述を妨げ、又はその陳述の内容に不

当な影響を与えるおそれがあると認めるに至つたときその他その者を被害者参加人に付き添わせることが相当でないと認めるに至つたときは、決定で、同項の決定を取り消すことができる

○４　裁判所は、被害者参加人が第三百十六条の三十四第一項の規定により公判期日又は公判準備に出席する場合において、犯罪の性質、被害者参加人の年齢、心身の状態、被告人との関係その他の事情により、被害者参加人が被告人の面前において在席、尋問、質問又は陳述をするときは圧迫を受け精神の平穏を著しく害されるおそれがあると認める場合であつて、相当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、弁護人が出頭している場合に限り、被告人とその被害者参加人との間で、被告人から被害者参加人の状態を認識することができないようにするための措置を採ることができる

○５　裁判所は、被害者参加人が第三百十六条の三十四第一項の規定により公判期日に出席する場合において、犯罪の性質、被害者参加人の年齢、心身の状態、名誉に対する影響その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、傍聴人とその被害者参加人との間で、相互に相手の状態を認識することができないようにするための措置を採ることができる

第四節　証拠

第五節　公判の裁判

第三百四十六条　押収した物について、没収の言渡がないときは、押収を解く言渡があつたものとする

第三百四十七条　押収した贓物で被害者に還付すべき理由が明らかなものは、これを被害者に還付する言渡をしなければならない

○２　贓物の対価として得た物について、被害者から交付の請求があつたときは、前項の例による

○３　仮に還付した物について、別段の言渡がないときは、還付の言渡があつたものとする

○４　前三項の規定は、民事訴訟の手続に従い、利害関係人がその権利を主張することを妨げない

第三百四十八条　裁判所は、罰金、科料又は追徴を言い渡す場合において、判決の確定を待つてはその執行をすることができず、又はその執行をするのに著しい困難を生ずる虞があると認めるときは、検察官の請求により又は職権で、被告人に対し、仮に罰金、科料又は追徴に相当する金額を納付すべきことを命ずることができる

○２　仮納付の裁判は、刑の言渡と同時に、判決でその言渡をしなければならない

○３　仮納付の裁判は、直ちにこれを執行することができる

第三百四十九条　刑の執行猶予の言渡を取り消すべき場合には、検察官は、刑の言渡を受けた者の現在地又は最

後の住所地を管轄する地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所に対しその請求をしなければならない
○２　刑法第二十六条の二第二号　の規定により刑の執行猶予の言渡しを取り消すべき場合には、前項の請求は、保護観察所の長の申出に基づいてこれをしなければならない

第三百四十九条の二　前条の請求があつたときは、裁判所は、猶予の言渡を受けた者又はその代理人の意見を聴いて決定をしなければならない
○２　前項の場合において、その請求が刑法第二十六条の二第二号　の規定による猶予の言渡しの取消しを求めるものであつて、猶予の言渡しを受けた者の請求があるときは、口頭弁論を経なければならない
○３　第一項の決定をするについて口頭弁論を経る場合には、猶予の言渡を受けた者は、弁護人を選任することができる
○４　第一項の決定をするについて口頭弁論を経る場合には、検察官は、裁判所の許可を得て、保護観察官に意見を述べさせることができる
○５　第一項の決定に対しては、即時抗告をすることができる

第三百五十条　刑法第五十二条　の規定により刑を定むべき場合には、検察官は、その犯罪事実について最終の判決をした裁判所にその請求をしなければならない。この場合には、前条第一項及び第五項の規定を準用する

第四章　即決裁判手続

第一節　即決裁判手続の申立て

第三編　上訴

第一章　通則

第三百五十一条　検察官又は被告人は、上訴をすることができる
○２　第二百六十六条第二号の規定により裁判所の審判に付された事件と他の事件とが併合して審判され、一個の裁判があつた場合には、第二百六十八条第二項の規定により検察官の職務を行う弁護士及び当該他の事件の検察官は、その裁判に対し各々独立して上訴をすることができる

第三百五十二条　検察官又は被告人以外の者で決定を受けたものは、抗告をすることができる

第三百五十三条　被告人の法定代理人又は保佐人は、被告人のため上訴をすることができる

第三百五十四条　勾留に対しては、勾留の理由の開示があつたときは、その開示の請求をした者も、被告人のため上訴をすることができる。その上訴を棄却する決定に対しても、同様である

第三百五十五条　原審における代理人又は弁護人は、被告人のため上訴をすることができる

第三百五十六条　前三条の上訴は、被告人の明示した意思に反してこれをすることができない

第三百五十七条　上訴は、裁判の一部に対してこれをすることができる。部分を限らないで上訴をしたときは、裁判の全部に対してしたものとみなす

第三百五十八条　上訴の提起期間は、裁判が告知された日から進行する

第三百五十九条　検察官、被告人又は第三百五十二条に規定する者は、上訴の放棄又は取下をすることができる

第三百六十条　第三百五十三条又は第三百五十四条に規定する者は、書面による被告人の同意を得て、上訴の放棄又は取下をすることができる

第三百六十条の二　死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に処する判決に対する上訴は、前二条の規定にかかわらず、これを放棄することができない
第三百六十条の三　上訴放棄の申立は、書面でこれをしなければならない

第三百六十一条　上訴の放棄又は取下をした者は、その事件について更に上訴をすることができない。上訴の放棄又は取下に同意をした被告人も、同様である

第三百六十二条　第三百五十一条乃至第三百五十五条の規定により上訴をすることができる者は、自己又は代人の責に帰することができない事由によつて上訴の提起期間内に上訴をすることができなかつたときは、原裁判所に上訴権回復の請求をすることができる

第三百六十三条　上訴権回復の請求は、事由が止んだ日から上訴の提起期間に相当する期間内にこれをしなければならない
○２　上訴権回復の請求をする者は、その請求と同時に上訴の申立をしなければならない

第三百六十四条　上訴権回復の請求についてした決定に対しては、即時抗告をすることができる

第三百六十五条　上訴権回復の請求があつたときは、原裁判所は、前条の決定をするまで裁判の執行を停止する決定をすることができる。この場合には、被告人に対し勾留状を発することができる
第三百六十六条　刑事施設にいる被告人が上訴の提起期間内に上訴の申立書を刑事施設の長又はその代理者に差し出したときは、上訴の提起期間内に上訴をしたものとみなす
○２　被告人が自ら申立書を作ることができないときは、刑事施設の長又はその代理者は、これを代書し、又は所属の職員にこれをさせなければならない

第三百六十七条　前条の規定は、刑事施設にいる被告人が上訴の放棄若しくは取下げ又は上訴権回復の請求をする場合にこれを準用する

第三百六十八条　削除

第三百六十九条　削除

第三百七十条　削除

第三百七十一条　削除

第二章　控訴

第三百七十二条 控訴は、地方裁判所又は簡易裁判所がした第一審の判決に対してこれをすることができる

第三百七十三条 控訴の提起期間は、十四日とする

第三百七十四条 控訴をするには、申立書を第一審裁判所に差し出さなければならない

第三百七十五条 控訴の申立が明らかに控訴権の消滅後にされたものであるときは、第一審裁判所は、決定でこれを棄却しなければならない。この決定に対しては、即時抗告をすることができる

第三百七十六条 控訴申立人は、裁判所の規則で定める期間内に控訴趣意書を控訴裁判所に差し出さなければならない
○2 控訴趣意書には、この法律又は裁判所の規則の定めるところにより、必要な疎明資料又は検察官若しくは弁護人の保証書を添附しなければならない

第三百七十七条 左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その事由があることの充分な証明をすることができる旨の検察官又は弁護人の保証書を添附しなければならない
一 法律に従つて判決裁判所を構成しなかつたこと
二 法令により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したこと
三 審判の公開に関する規定に違反したこと

第三百七十八条 左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であつてその事由があることを信ずるに足りるものを援用しなければならない
一 不法に管轄又は管轄違を認めたこと
二 不法に、公訴を受理し、又はこれを棄却したこと
三 審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたこと
四 判決に理由を附せず、又は理由にくいちがいがあること

第三百七十九条 前二条の場合を除いて、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であつて明らかに判決に影響を及ぼすべき法令の違反があることを信ずるに足りるものを援用しなければならない

第三百八十条 法令の適用に誤があつてその誤が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その誤及びその誤が明らかに判決に影響を及ぼすべきことを示さなければならない

第三百八十一条 刑の量定が不当であることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であつて刑の量定が不当であることを信ずるに足りるものを援用しなければならない

第三百八十二条　事実の誤認があつてその誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であつて明らかに判決に影響を及ぼすべき誤認があることを信ずるに足りるものを援用しなければならない

第三百八十二条の二　やむを得ない事由によつて第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかつた証拠によつて証明することのできる事実であつて前二条に規定する控訴申立の理由があることを信ずるに足りるものは、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実以外の事実であつても、控訴趣意書にこれを援用することができる
○２　第一審の弁論終結後判決前に生じた事実であつて前二条に規定する控訴申立の理由があることを信ずるに足りるものについても、前項と同様である
○３　前二項の場合には、控訴趣意書に、その事実を疎明する資料を添附しなければならない。第一項の場合には、やむを得ない事由によつてその証拠の取調を請求することができなかつた旨を疎明する資料をも添附しなければならない

第三百八十三条　左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その事由があることを疎明する資料を添附しなければならない
一　再審の請求をすることができる場合にあたる事由があること
二　判決があつた後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があつたこと

第三百八十四条　控訴の申立は、第三百七十七条乃至第三百八十二条及び前条に規定する事由があることを理由とするときに限り、これをすることができる

第三百八十五条　控訴の申立が法令上の方式に違反し、又は控訴権の消滅後にされたものであることが明らかなときは、控訴裁判所は、決定でこれを棄却しなければならない
○２　前項の決定に対しては、第四百二十八条第二項の異議の申立をすることができる。この場合には、即時抗告に関する規定をも準用する

第三百八十六条　左の場合には、控訴裁判所は、決定で控訴を棄却しなければならない
一　第三百七十六条第一項に定める期間内に控訴趣意書を差し出さないとき
二　控訴趣意書がこの法律若しくは裁判所の規則で定める方式に違反しているとき、又は控訴趣意書にこの法律若しくは裁判所の規則の定めるところに従い必要な疎明資料若しくは保証書を添附しないとき
三　控訴趣意書に記載された控訴の申立の理由が、明らかに第三百七十七条乃至第三百八十二条及び第三百八十三条に規定する事由に該当しないとき
○２　前条第二項の規定は、前項の決定についてこれを準用する

第三百八十七条　控訴審では、弁護士以外の者を弁護人に選任することはできない

第三百八十八条　控訴審では、被告人のためにする弁論は、弁護人でなければ、これをすることができない

第三百八十九条　公判期日には、検察官及び弁護人は、控訴趣意書に基いて弁論をしなければならない

第三百九十条　控訴審においては、被告人は、公判期日に出頭することを要しない。ただし、裁判所は、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）以下の罰金又は科料に当たる事件以外の事件について、被告人の出頭がその権利の保護のため重要であると認めるときは、被告人の出頭を命ずることができる

第三百九十一条 弁護人が出頭しないとき、又は弁護人の選任がないときは、この法律により弁護人を要する場合又は決定で弁護人を附した場合を除いては、検察官の陳述を聴いて判決をすることができる

第三百九十二条 控訴裁判所は、控訴趣意書に包含された事項は、これを調査しなければならない
○２ 控訴裁判所は、控訴趣意書に包含されない事項であつても、第三百七十七条乃至第三百八十二条及び第三百八十三条に規定する事由に関しては、職権で調査をすることができる

第三百九十三条 控訴裁判所は、前条の調査をするについて必要があるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で事実の取調をすることができる。但し、第三百八十二条の二の疎明があつたものについては、刑の量定の不当又は判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことのできない場合に限り、これを取り調べなければならない
○２ 控訴裁判所は、必要があると認めるときは、職権で、第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状につき取調をすることができる
○３ 前二項の取調は、合議体の構成員にこれをさせ、又は地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを嘱託することができる。この場合には、受命裁判官及び受託裁判官は、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する
○４ 第一項又は第二項の規定による取調をしたときは、検察官及び弁護人は、その結果に基いて弁論をすることができる
第三百九十四条 第一審において証拠とすることができた証拠は、控訴審においても、これを証拠とすることができる

第三百九十五条 控訴の申立が法令上の方式に違反し、又は控訴権の消滅後にされたものであるときは、判決で控訴を棄却しなければならない

第三百九十六条 第三百七十七条乃至第三百八十二条及び第三百八十三条に規定する事由がないときは、判決で控訴を棄却しなければならない

第三百九十七条 第三百七十七条乃至第三百八十二条及び第三百八十三条に規定する事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければならない
○２ 第三百九十三条第二項の規定による取調の結果、原判決を破棄しなければ明らかに正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる

第三百九十八条 不法に、管轄違を言い渡し、又は公訴を棄却したことを理由として原判決を破棄するときは、判決で事件を原裁判所に差し戻さなければならない

第三百九十九条 不法に管轄を認めたことを理由として原判決を破棄するときは、判決で事件を管轄第一審裁判所に移送しなければならない。但し、控訴裁判所は、その事件について第一審の管轄権を有するときは、第一審として審判をしなければならない

第四百条　前二条に規定する理由以外の理由によつて原判決を破棄するときは、判決で、事件を原裁判所に差し戻し、又は原裁判所と同等の他の裁判所に移送しなければならない。但し、控訴裁判所は、訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取り調べた証拠によつて、直ちに判決をすることができるものと認めるときは、被告事件について更に判決をすることができる

第四百一条　被告人の利益のため原判決を破棄する場合において、破棄の理由が控訴をした共同被告人に共通であるときは、その共同被告人のためにも原判決を破棄しなければならない

第四百二条　被告人が控訴をし、又は被告人のため控訴をした事件については、原判決の刑より重い刑を言い渡すことはできない

第四百三条　原裁判所が不法に公訴棄却の決定をしなかつたときは、決定で公訴を棄却しなければならない
○２　第三百八十五条第二項の規定は、前項の決定についてこれを準用する

第四百四条　第二編中公判に関する規定は、この法律に特別の定のある場合を除いては、控訴の審判についてこれを準用する

第三章　上告

第四百五条　高等裁判所がした第一審又は第二審の判決に対しては、左の事由があることを理由として上告の申立をすることができる
一　憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること
二　最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと
三　最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと

第四百六条　最高裁判所は、前条の規定により上告をすることができる場合以外の場合であつても、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件については、その判決確定前に限り、裁判所の規則の定めるところにより、自ら上告審としてその事件を受理することができる

第四百七条　上告趣意書には、裁判所の規則の定めるところにより、上告の申立の理由を明示しなければならない

第四百八条　上告裁判所は、上告趣意書その他の書類によつて、上告の申立の理由がないことが明らかであると認めるときは、弁論を経ないで、判決で上告を棄却することができる

第四百九条　上告審においては、公判期日に被告人を召喚することを要しない

第四百十条　上告裁判所は、第四百五条各号に規定する事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければならない。但し、判決に影響を及ぼさないことが明らかな場合は、この限りでない
○２　第四百五条第二号又は第三号に規定する事由のみがある場合において、上告裁判所がその判例を変更して

原判決を維持するのを相当とするときは、前項の規定は、これを適用しない

第四百十一条　上告裁判所は、第四百五条各号に規定する事由がない場合であつても、左の事由があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる

一　判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること

二　刑の量定が甚しく不当であること

三　判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること

四　再審の請求をすることができる場合にあたる事由があること

五　判決があつた後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があつたこと

第四百十二条　不法に管轄を認めたことを理由として原判決を破棄するときは、判決で事件を管轄控訴裁判所又は管轄第一審裁判所に移送しなければならない

第四百十三条　前条に規定する理由以外の理由によつて原判決を破棄するときは、判決で、事件を原裁判所若しくは第一審裁判所に差し戻し、又はこれらと同等の他の裁判所に移送しなければならない。但し、上告裁判所は、訴訟記録並びに原裁判所及び第一審裁判所において取り調べた証拠によつて、直ちに判決をすることができるものと認めるときは、被告事件について更に判決をすることができる

第四百十四条　前章の規定は、この法律に特別の定のある場合を除いては、上告の審判についてこれを準用する

第四百十五条　上告裁判所は、その判決の内容に誤のあることを発見したときは、検察官、被告人又は弁護人の申立により、判決でこれを訂正することができる

○2　前項の申立は、判決の宣告があつた日から十日以内にこれをしなければならない

○3　上告裁判所は、適当と認めるときは、第一項に規定する者の申立により、前項の期間を延長することができる

第四百十六条　訂正の判決は、弁論を経ないでもこれをすることができる

第四百十七条　上告裁判所は、訂正の判決をしないときは、速やかに決定で申立を棄却しなければならない

○2　訂正の判決に対しては、第四百十五条第一項の申立をすることはできない

第四百十八条　上告裁判所の判決は、宣告があつた日から第四百十五条の期間を経過したとき、又はその期間内に同条第一項の申立があつた場合には訂正の判決若しくは申立を棄却する決定があつたときに、確定する

第四章　抗告

第四百十九条　抗告は、特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合の外、裁判所のした決定に対してこれをすることができる。但し、この法律に特別の定のある場合は、この限りでない

第四百二十条　裁判所の管轄又は訴訟手続に関し判決前にした決定に対しては、この法律に特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合を除いては、抗告をすることはできない

○2　前項の規定は、勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する決定及び鑑定のためにする留置に関する決定

については、これを適用しない
○3　勾留に対しては、前項の規定にかかわらず、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

第四百二十一条　抗告は、即時抗告を除いては、何時でもこれをすることができる。但し、原決定を取り消しても実益がないようになつたときは、この限りでない

第四百二十二条　即時抗告の提起期間は、三日とする

第四百二十三条　抗告をするには、申立書を原裁判所に差し出さなければならない
○2　原裁判所は、抗告を理由があるものと認めるときは、決定を更正しなければならない。抗告の全部又は一部を理由がないと認めるときは、申立書を受け取つた日から三日以内に意見書を添えて、これを抗告裁判所に送付しなければならない

第四百二十四条　抗告は、即時抗告を除いては、裁判の執行を停止する効力を有しない。但し、原裁判所は、決定で、抗告の裁判があるまで執行を停止することができる
○2　抗告裁判所は、決定で裁判の執行を停止することができる

第四百二十五条　即時抗告の提起期間内及びその申立があつたときは、裁判の執行は、停止される

第四百二十六条　抗告の手続がその規定に違反したとき、又は抗告が理由のないときは、決定で抗告を棄却しなければならない
○2　抗告が理由のあるときは、決定で原決定を取り消し、必要がある場合には、更に裁判をしなければならない

第四百二十七条　抗告裁判所の決定に対しては、抗告をすることはできない

第四百二十八条　高等裁判所の決定に対しては、抗告をすることはできない
○2　即時抗告をすることができる旨の規定がある決定並びに第四百十九条及び第四百二十条の規定により抗告をすることができる決定で高等裁判所がしたものに対しては、その高等裁判所に異議の申立をすることができる
○3　前項の異議の申立に関しては、抗告に関する規定を準用する。即時抗告をすることができる旨の規定がある決定に対する異議の申立に関しては、即時抗告に関する規定をも準用する

第四百二十九条　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　身体の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
○2　第四百二十条第三項の規定は、前項の請求についてこれを準用する

○３　第一項の請求を受けた地方裁判所又は家庭裁判所は、合議体で決定をしなければならない
○４　第一項第四号又は第五号の裁判の取消又は変更の請求は、その裁判のあつた日から三日以内にこれをしなければならない
○５　前項の請求期間内及びその請求があつたときは、裁判の執行は、停止される
第四百三十条　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
第四百三十一条　前二条の請求をするには、請求書を管轄裁判所に差し出さなければならない

第四百三十二条　第四百二十四条、第四百二十六条及び第四百二十七条の規定は、第四百二十九条及び第四百三十条の請求があつた場合にこれを準用する

第四百三十三条　この法律により不服を申し立てることができない決定又は命令に対しては、第四百五条に規定する事由があることを理由とする場合に限り、最高裁判所に特に抗告をすることができる
○２　前項の抗告の提起期間は、五日とする

第四百三十四条　第四百二十三条、第四百二十四条及び第四百二十六条の規定は、この法律に特別の定のある場合を除いては、前条第一項の抗告についてこれを準用する

第四編　再審

第四百三十五条　再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これをすることができる
一　原判決の証拠となつた証拠書類又は証拠物が確定判決により偽造又は変造であつたことが証明されたとき
二　原判決の証拠となつた証言、鑑定、通訳又は翻訳が確定判決により虚偽であつたことが証明されたとき
三　有罪の言渡を受けた者を誣告した罪が確定判決により証明されたとき。但し、誣告により有罪の言渡を受けたときに限る
四　原判決の証拠となつた裁判が確定裁判により変更されたとき
五　特許権、実用新案権、意匠権又は商標権を害した罪により有罪の言渡をした事件について、その権利の無効の審決が確定したとき、又は無効の判決があつたとき
六　有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき
七　原判決に関与した裁判官、原判決の証拠となつた証拠書類の作成に関与した裁判官又は原判決の証拠となつた書面を作成し若しくは供述をした検察官、検察事務官若しくは司法警察職員が被告事件について職務に関する罪を犯したことが確定判決により証明されたとき。但し、原判決をする前に裁判官、検察官、検察事務官又は司法警察職員に対して公訴の提起があつた場合には、原判決をした裁判所がその事実を知らなかつたときに限る

第四百三十六条　再審の請求は、左の場合において、控訴又は上告を棄却した確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これをすることができる
一　前条第一号又は第二号に規定する事由があるとき

二 原判決又はその証拠となつた証拠書類の作成に関与した裁判官について前条第七号に規定する事由があるとき

○2 第一審の確定判決に対して再審の請求をした事件について再審の判決があつた後は、控訴棄却の判決に対しては、再審の請求をすることはできない

○3 第一審又は第二審の確定判決に対して再審の請求をした事件について再審の判決があつた後は、上告棄却の判決に対しては、再審の請求をすることはできない

第四百三十七条 前二条の規定に従い、確定判決により犯罪が証明されたことを再審の請求の理由とすべき場合において、その確定判決を得ることができないときは、その事実を証明して再審の請求をすることができる。但し、証拠がないという理由によつて確定判決を得ることができないときは、この限りでない

第四百三十八条 再審の請求は、原判決をした裁判所がこれを管轄する

第四百三十九条 再審の請求は、左の者がこれをすることができる

一 検察官

二 有罪の言渡を受けた者

三 有罪の言渡を受けた者の法定代理人及び保佐人

四 有罪の言渡を受けた者が死亡し、又は心神喪失の状態に在る場合には、その配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹

○2 第四百三十五条第七号又は第四百三十六条第一項第二号に規定する事由による再審の請求は、有罪の言渡を受けた者がその罪を犯させた場合には、検察官でなければこれをすることができない

第四百四十条 検察官以外の者は、再審の請求をする場合には、弁護人を選任することができる

○2 前項の規定による弁護人の選任は、再審の判決があるまでその効力を有する

第四百四十一条 再審の請求は、刑の執行が終り、又はその執行を受けることがないようになつたときでも、これをすることができる

第四百四十二条 再審の請求は、刑の執行を停止する効力を有しない。但し、管轄裁判所に対応する検察庁の検察官は、再審の請求についての裁判があるまで刑の執行を停止することができる

第四百四十三条 再審の請求は、これを取り下げることができる

○2 再審の請求を取り下げた者は、同一の理由によつては、更に再審の請求をすることができない

第四百四十四条 第三百六十六条の規定は、再審の請求及びその取下についてこれを準用する

第四百四十五条 再審の請求を受けた裁判所は、必要があるときは、合議体の構成員に再審の請求の理由について、事実の取調をさせ、又は地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを嘱託することができる。この場合には、受命裁判官及び受託裁判官は、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する

第四百四十六条 再審の請求が法令上の方式に違反し、又は請求権の消滅後にされたものであるときは、決定でこれを棄却しなければならない

第四百四十七条　再審の請求が理由のないときは、決定でこれを棄却しなければならない
○２　前項の決定があつたときは、何人も、同一の理由によつては、更に再審の請求をすることはできない

第四百四十八条　再審の請求が理由のあるときは、再審開始の決定をしなければならない
○２　再審開始の決定をしたときは、決定で刑の執行を停止することができる

第四百四十九条　控訴を棄却した確定判決とその判決によつて確定した第一審の判決とに対して再審の請求があつた場合において、第一審裁判所が再審の判決をしたときは、控訴裁判所は、決定で再審の請求を棄却しなければならない
○２　第一審又は第二審の判決に対する上告を棄却した判決とその判決によつて確定した第一審又は第二審の判決とに対して再審の請求があつた場合において、第一審裁判所又は控訴裁判所が再審の判決をしたときは、上告裁判所は、決定で再審の請求を棄却しなければならない

第四百五十条　第四百四十六条、第四百四十七条第一項、第四百四十八条第一項又は前条第一項の決定に対しては、即時抗告をすることができる

第四百五十一条　裁判所は、再審開始の決定が確定した事件については、第四百四十九条の場合を除いては、その審級に従い、更に審判をしなければならない
○２　左の場合には、第三百十四条第一項本文及び第三百三十九条第一項第四号の規定は、前項の審判にこれを適用しない
一　死亡者又は回復の見込がない心神喪失者のために再審の請求がされたとき
二　有罪の言渡を受けた者が、再審の判決がある前に、死亡し、又は心神喪失の状態に陥りその回復の見込がないとき
○３　前項の場合には、被告人の出頭がなくても、審判をすることができる。但し、弁護人が出頭しなければ開廷することはできない
○４　第二項の場合において、再審の請求をした者が弁護人を選任しないときは、裁判長は、職権で弁護人を附しなければならない

第四百五十二条　再審においては、原判決の刑より重い刑を言い渡すことはできない

第四百五十三条　再審において無罪の言渡をしたときは、官報及び新聞紙に掲載して、その判決を公示しなければならない

第五編　非常上告

第四百五十四条　検事総長は、判決が確定した後その事件の審判が法令に違反したことを発見したときは、最高裁判所に非常上告をすることができる

第四百五十五条　非常上告をするには、その理由を記載した申立書を最高裁判所に差し出さなければならない

第四百五十六条　公判期日には、検察官は、申立書に基いて陳述をしなければならない

第四百五十七条　非常上告が理由のないときは、判決でこれを棄却しなければならない

第四百五十八条 非常上告が理由のあるときは、左の区別に従い、判決をしなければならない
一 原判決が法令に違反したときは、その違反した部分を破棄する。但し、原判決が被告人のため不利益であるときは、これを破棄して、被告事件について更に判決をする
二 訴訟手続が法令に違反したときは、その違反した手続を破棄する

第四百五十九条 非常上告の判決は、前条第一号但書の規定によりされたものを除いては、その効力を被告人に及ぼさない

第四百六十条 裁判所は、申立書に包含された事項に限り、調査をしなければならない
○2 裁判所は、裁判所の管轄、公訴の受理及び訴訟手続に関しては、事実の取調をすることができる。この場合には、第三百九十三条第三項の規定を準用する

第六編　略式手続

第七編　裁判の執行

第四百七十二条 裁判の執行は、その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する。但し、第七十条第一項但書の場合、第百八条第一項但書の場合その他その性質上裁判所又は裁判官が指揮すべき場合は、この限りでない
○2 上訴の裁判又は上訴の取下により下級の裁判所の裁判を執行する場合には、上訴裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する。但し、訴訟記録が下級の裁判所又はその裁判所に対応する検察庁に在るときは、その裁判所に対応する検察庁の検察官が、これを指揮する

第四百七十三条 裁判の執行の指揮は、書面でこれをし、これに裁判書又は裁判を記載した調書の謄本又は抄本を添えなければならない。但し、刑の執行を指揮する場合を除いては、裁判書の原本、謄本若しくは抄本又は裁判を記載した調書の謄本若しくは抄本に認印して、これをすることができる
第四百七十四条 二以上の主刑の執行は、罰金及び科料を除いては、その重いものを先にする。但し、検察官は、重い刑の執行を停止して、他の刑の執行をさせることができる
第四百七十五条 死刑の執行は、法務大臣の命令による
○2 前項の命令は、判決確定の日から六箇月以内にこれをしなければならない。但し、上訴権回復若しくは再審の請求、非常上告又は恩赦の出願若しくは申出がされその手続が終了するまでの期間及び共同被告人であつた者に対する判決が確定するまでの期間は、これをその期間に算入しない
第四百七十六条 法務大臣が死刑の執行を命じたときは、五日以内にその執行をしなければならない

第四百七十七条 死刑は、検察官、検察事務官及び刑事施設の長又はその代理者の立会いの上、これを執行しなければならない
○2 検察官又は刑事施設の長の許可を受けた者でなければ、刑場に入ることはできない

第四百七十八条 死刑の執行に立ち会つた検察事務官は、執行始末書を作り、検察官及び刑事施設の長又はその代理者とともに、これに署名押印しなければならない

第四百七十九条 死刑の言渡を受けた者が心神喪失の状態に在るときは、法務大臣の命令によつて執行を停止する

○２ 死刑の言渡を受けた女子が懐胎しているときは、法務大臣の命令によつて執行を停止する

○３ 前二項の規定により死刑の執行を停止した場合には、心神喪失の状態が回復した後又は出産の後に法務大臣の命令がなければ、執行することはできない

○４ 第四百七十五条第二項の規定は、前項の命令についてこれを準用する。この場合において、判決確定の日とあるのは、心神喪失の状態が回復した日又は出産の日と読み替えるものとする

第四百八十条 懲役、禁錮又は拘留の言渡を受けた者が心神喪失の状態に在るときは、刑の言渡をした裁判所に対応する検察庁の検察官又は刑の言渡を受けた者の現在地を管轄する地方検察庁の検察官の指揮によつて、その状態が回復するまで執行を停止する

第四百八十一条 前条の規定により刑の執行を停止した場合には、検察官は、刑の言渡を受けた者を監護義務者又は地方公共団体の長に引き渡し、病院その他の適当な場所に入れさせなければならない

○２ 刑の執行を停止された者は、前項の処分があるまでこれを刑事施設に留置し、その期間を刑期に算入する

第四百八十二条 懲役、禁錮又は拘留の言渡を受けた者について左の事由があるときは、刑の言渡をした裁判所に対応する検察庁の検察官又は刑の言渡を受けた者の現在地を管轄する地方検察庁の検察官の指揮によつて執行を停止することができる

一 刑の執行によつて、著しく健康を害するとき、又は生命を保つことのできない虞があるとき

二 年齢七十年以上であるとき

三 受胎後百五十日以上であるとき

四 出産後六十日を経過しないとき

五 刑の執行によつて回復することのできない不利益を生ずる虞があるとき

六 祖父母又は父母が年齢七十年以上又は重病若しくは不具で、他にこれを保護する親族がないとき

七 子又は孫が幼年で、他にこれを保護する親族がないとき

八 その他重大な事由があるとき

第四百八十三条 第五百条に規定する申立の期間内及びその申立があつたときは、訴訟費用の負担を命ずる裁判の執行は、その申立についての裁判が確定するまで停止される

第四百八十四条 死刑、懲役、禁錮又は拘留の言渡しを受けた者が拘禁されていないときは、検察官は、執行のためこれを呼び出さなければならない。呼出しに応じないときは、収容状を発しなければならない

第四百八十五条 死刑、懲役、禁錮又は拘留の言渡しを受けた者が逃亡したとき、又は逃亡するおそれがあるときは、検察官は、直ちに収容状を発し、又は司法警察員にこれを発せしめることができる

第四百八十六条 死刑、懲役、禁錮又は拘留の言渡しを受けた者の現在地が分からないときは、検察官は、検事長にその者の刑事施設への収容を請求することができる

○２ 請求を受けた検事長は、その管内の検察官に収容状を発せしめなければならない

第四百八十七条 収容状には、刑の言渡しを受けた者の氏名、住居、年齢、刑名、刑期その他収容に必要な事項を記載し、検察官又は司法警察員が、これに記名押印しなければならない

第四百八十八条　収容状は、勾引状と同一の効力を有する

第四百八十九条　収容状の執行については、勾引状の執行に関する規定を準用する

第四百九十条　罰金、科料、没収、追徴、過料、没取、訴訟費用、費用賠償又は仮納付の裁判は、検察官の命令によつてこれを執行する。この命令は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する
○２　前項の裁判の執行は、民事執行法　（昭和五十四年法律第四号）その他強制執行の手続に関する法令の規定に従つてする。ただし、執行前に裁判の送達をすることを要しない

第四百九十一条　没収又は租税その他の公課若しくは専売に関する法令の規定により言い渡した罰金若しくは追徴は、刑の言渡を受けた者が判決の確定した後死亡した場合には、相続財産についてこれを執行することができる

第四百九十二条　法人に対して罰金、科料、没収又は追徴を言い渡した場合に、その法人が判決の確定した後合併によつて消滅したときは、合併の後存続する法人又は合併によつて設立された法人に対して執行することができる

第四百九十三条　第一審と第二審とにおいて、仮納付の裁判があつた場合に、第一審の仮納付の裁判について既に執行があつたときは、その執行は、これを第二審の仮納付の裁判で納付を命ぜられた金額の限度において、第二審の仮納付の裁判についての執行とみなす
○２　前項の場合において、第一審の仮納付の裁判の執行によつて得た金額が第二審の仮納付の裁判で納付を命ぜられた金額を超えるときは、その超過額は、これを還付しなければならない

第四百九十四条　仮納付の裁判の執行があつた後に、罰金、科料又は追徴の裁判が確定したときは、その金額の限度において刑の執行があつたものとみなす
○２　前項の場合において、仮納付の裁判の執行によつて得た金額が罰金、科料又は追徴の金額を超えるときは、その超過額は、これを還付しなければならない

第四百九十五条　上訴の提起期間中の未決勾留の日数は、上訴申立後の未決勾留の日数を除き、全部これを本刑に通算する
○２　上訴申立後の未決勾留の日数は、左の場合には、全部これを本刑に通算する
一　検察官が上訴を申し立てたとき
二　検察官以外の者が上訴を申し立てた場合においてその上訴審において原判決が破棄されたとき
○３　前二項の規定による通算については、未決勾留の一日を刑期の一日又は金額の四千円に折算する
○４　上訴裁判所が原判決を破棄した後の未決勾留は、上訴中の未決勾留日数に準じて、これを通算する

第四百九十六条　没収物は、検察官がこれを処分しなければならない

第四百九十七条　没収を執行した後三箇月以内に、権利を有する者が没収物の交付を請求したときは、検察官は、破壊し、又は廃棄すべき物を除いては、これを交付しなければならない
○２　没収物を処分した後前項の請求があつた場合には、検察官は、公売によつて得た代価を交付しなければな

らない

第四百九十八条　偽造し、又は変造された物を返還する場合には、偽造又は変造の部分をその物に表示しなければならない
○２　偽造し、又は変造された物が押収されていないときは、これを提出させて、前項に規定する手続をしなければならない。但し、その物が公務所に属するときは、偽造又は変造の部分を公務所に通知して相当な処分をさせなければならない

第四百九十八条の二　不正に作られた電磁的記録又は没収された電磁的記録に係る記録媒体を返還し、又は交付する場合には、当該電磁的記録を消去し、又は当該電磁的記録が不正に利用されないようにする処分をしなければならない
○２　不正に作られた電磁的記録に係る記録媒体が公務所に属する場合において、当該電磁的記録に係る記録媒体が押収されていないときは、不正に作られた部分を公務所に通知して相当な処分をさせなければならない

第四百九十九条　押収物の還付を受けるべき者の所在が判らないため、又はその他の事由によつて、その物を還付することができない場合には、検察官は、その旨を政令で定める方法によつて公告しなければならない
○２　第二百二十二条第一項において準用する第百二十三条第一項若しくは第百二十四条第一項の規定又は第二百二十条第二項の規定により押収物を還付しようとするときも、前項と同様とする。この場合において、同項中「検察官」とあるのは、「検察官又は司法警察員」とする
○３　前二項の規定による公告をした日から六箇月以内に還付の請求がないときは、その物は、国庫に帰属する
○４　前項の期間内でも、価値のない物は、これを廃棄し、保管に不便な物は、これを公売してその代価を保管することができる

第四百九十九条の二　前条第一項の規定は第百二十三条第三項の規定による交付又は複写について、前条第二項の規定は第二百二十条第二項及び第二百二十二条第一項において準用する第百二十三条第三項の規定による交付又は複写について、それぞれ準用する
○２　前項において準用する前条第一項又は第二項の規定による公告をした日から六箇月以内に前項の交付又は複写の請求がないときは、その交付をし、又は複写をさせることを要しない

第五百条　訴訟費用の負担を命ぜられた者は、貧困のためこれを完納することができないときは、裁判所の規則の定めるところにより、訴訟費用の全部又は一部について、その裁判の執行の免除の申立をすることができる
○２　前項の申立は、訴訟費用の負担を命ずる裁判が確定した後二十日以内にこれをしなければならない

第五百条の二　被告人又は被疑者は、検察官に訴訟費用の概算額の予納をすることができる

第五百条の三　検察官は、訴訟費用の裁判を執行する場合において、前条の規定による予納がされた金額があるときは、その予納がされた金額から当該訴訟費用の額に相当する金額を控除し、当該金額を当該訴訟費用の納付に充てる
○２　前項の規定により予納がされた金額から訴訟費用の額に相当する金額を控除して残余があるときは、その残余の額は、その予納をした者の請求により返還する

第五百条の四　次の各号のいずれかに該当する場合には、第五百条の二の規定による予納がされた金額は、その

予納をした者の請求により返還する
一　第三十八条の二の規定により弁護人の選任が効力を失つたとき
二　訴訟手続が終了する場合において、被告人に訴訟費用の負担を命ずる裁判がなされなかつたとき
三　訴訟費用の負担を命ぜられた者が、訴訟費用の全部について、その裁判の執行の免除を受けたとき

第五百一条　刑の言渡を受けた者は、裁判の解釈について疑があるときは、言渡をした裁判所に裁判の解釈を求める申立をすることができる

第五百二条　裁判の執行を受ける者又はその法定代理人若しくは保佐人は、執行に関し検察官のした処分を不当とするときは、言渡をした裁判所に異議の申立をすることができる

第五百三条　第五百条及び前二条の申立ては、決定があるまでこれを取り下げることができる
○２　第三百六十六条の規定は、第五百条及び前二条の申立て及びその取下げについてこれを準用する

第五百四条　第五百条、第五百一条及び第五百二条の申立てについてした決定に対しては、即時抗告をすることができる

第五百五条　罰金又は科料を完納することができない場合における労役場留置の執行については、刑の執行に関する規定を準用する

第五百六条　第四百九十条第一項の裁判の執行の費用は、執行を受ける者の負担とし、民事執行法　その他強制執行の手続に関する法令の規定に従い、執行と同時にこれを取り立てなければならない

第五百七条　検察官又は裁判所若しくは裁判官は、裁判の執行に関して必要があると認めるときは、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる
§500/3-1　検察官は、訴訟費用の裁判を執行する場合において、前条の規定による予納がされた金額があるときは、その予納がされた金額から当該訴訟費用の額に相当する金額を控除し、当該金額を当該訴訟費用の納付に充てる
§500/3-2　前項の規定により予納がされた金額から訴訟費用の額に相当する金額を控除して残余があるときは、その残余の額は、その予納をした者の請求により返還する
§500/4 次の各号のいずれかに該当する場合には、第五百条の二の規定による予納がされた金額は、その予納をした者の請求により返還する
一　第三十八条の二の規定により弁護人の選任が効力を失つたとき
二　訴訟手続が終了する場合において、被告人に訴訟費用の負担を命ずる裁判がなされなかつたとき
三　訴訟費用の負担を命ぜられた者が、訴訟費用の全部について、その裁判の執行の免除を受けたとき

7. あ