

序説

第一章 刑事訴訟法とは何か

1 刑事訴訟法の目的

刑法の実現→執行の前段階、真に処罰されるべき者の確定

↓ 具体的には

- ・真に犯罪を犯した者のみ処罰されるべきである→**実体的真実の発見**の要請

積極的実体的真実主義→有罪の者は処罰されるべきである

消極的実体的真実主義→無辜（むこ）の者を一人も処罰しない

- ・**人権保障**の要請（以上憲法 31 条，1 条）

●二つの要請は矛盾する場合がある→調整の必要

- ・手続保障に関する原則「疑わしきは被告人の利益に」

→ 訴追側が有罪立証を尽くす（336 条「証明がないときは…無罪」）

∴ 検察官・司法警察員→捜査・訴追の強力な専門家集団との力関係，人権保障

2 手続のアウトライン

捜査→公訴提起(起訴)・公判手続→刑の執行

第二章 訴訟の主体

1 裁判所

「公平な裁判所」が刑事裁判をする（憲法 32 条，憲法 37 条）

＊事物管轄→簡易裁判所は罰金刑までしか科せない（裁判所法）

【論点】公平な裁判所の意義

(1) 公平な裁判所の意義

偏頗や不公平のおそれのない組織と構成を持った裁判所による裁判（判例）

∴適正手続，法の支配の実現

(2) 公平な裁判所を担保する制度

・除斥・忌避・回避の制度→裁判官の公平な判断の保障（20 条，21 条，規則 13 条）

＊忌避の要件

当該事件の審理過程に属さない要因による場合（判例）

訴訟手続における態度・方法は忌避事由にならない

・予断排除の原則

起訴状一本主義→書類の添付の禁止・書類の引用の禁止（256 条 6 項）

第 1 回公判期日前の勾留に関する処分

→受訴裁判所は行えない（280 条，規則 187 条 1 項）

検察官の冒頭陳述についての制約（296 条但書）

自白の証拠調べ請求時期の制限（301 条）

捜査記録の一部の証拠調べ請求の場合の分離（302 条）

2 検察官

権限 捜査(191条1項)、公訴提起(247条)、公判における原告、刑の執行の監督

【論点】検察官の性格

当事者主義における一方当事者（原告）

公益の代表者(検察庁法参照)→法と正義の実現、公平・公正たるべき

- ・有罪に追い込むことが役割でない
- ∴無罪証拠を集めるべき義務
- ∴被告人の利益のための上訴権が認められる

職務の独立

- ・法務大臣の指揮権への制約が加えられる→地位の担保

★捜査機関(発展)

- ・検察庁の組織

最高検察庁、高等検察庁、地方検察庁、区検察庁

検察官→検事総長、次長検事、検事長、検事、副検事

- ・司法警察職員

一般司法警察職員→司法警察員と司法巡査

特別司法警察職員→海上保安官、労働基準監督官、麻薬取締官、監獄職員など

3 被告人

公訴を提起された者で，検察官に対峙（対抗）する当事者

cf. 被疑者 … 公訴提起前に捜査機関から嫌疑をかけられた者

当事者能力

- ・一般的に訴訟において当事者となりうる能力，被告人にしか問題にならない
→およそ刑罰を受けうる者はすべて当事者能力がある
- ＊当事者適格は当事者能力と別には問題とならない

訴訟能力

- ・有効に訴訟行為をなし得る能力→意思能力があれば能力あり（28条）

【論点】現行法における訴訟追行の主導権

当事者（追行）主義→訴訟追行の主導権を当事者に委ねるとする建前
（両当事者が攻撃防御をつくす）

∴ 訴因制度の導入（256条3項）

∴ 被告人の反対尋問権（憲法37条2項，320条1項）

∴ 判断権者と調査権者の峻別，当事者による資料の収集

→ 真実発見に資する

裁判所→公平な第三者の立場に立つ（起訴状一本主義など）

cf. 職権主義→裁判所が主導権を持つ

限界 アレインメントの否定（319条3項），訴追裁量が全くの自由ではない

∴ 裁判所の監視による適正手続，国家刑罰権の問題

【論点】被告人の地位

当事者主義の採用→訴訟における一方当事者，主体的地位の獲得

∴ 黙秘権（憲法38条1項，311条1項），反対尋問権などの採用

被告人・被疑者の弁護人依頼権（憲法 34 条前段，憲法 37 条 3 項，30 条 1 項）

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。（憲法 37 条 3 項）

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 条）

弁護人の援助を受ける被告人・被疑者の権利

- ・被告人の防御能力は劣弱→実質的にも被告人の地位を対等化，当事者主義の実現
- ∴資格ある（＝能力がある）弁護人が代理人のみならず，保護者の役割を果たす

被告人の国選弁護人選任権（憲法 37 条 3 項後段，36 条，37 条，289 条 2 項）

…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。（憲法 37 条 3 項）

被告人が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは，裁判所は，その請求により，被告人のため弁護人を附しなければならない。但し，被告人以外の者が選任した弁護人がある場合は，この限りでない。（36 条）

∴被告人の多くは裕福とはいえない

私選弁護人の選任の機会のみしかない→弁護人依頼権保障の実質が損なわれる

*** 必要的弁護**

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。（289 条 1 項）

犯罪が重大な場合→弁護人なしには審理できない

弁護士

- ・被告人・被疑者の訴訟代理人，**保護者**

∴国家そのものに対抗する被疑者・被告人→専門家の強力な保護が必要

権限

- ・包括的代理権…黙示の意思に反しえる場合，明示の意思にも反し得る場合
- ・固有権…代理に親しまない権利 例 立会権，訴訟資料の閲覧謄写権など

任務 被告人の利益のために働く義務，真実義務

例 不利益な訴訟行為は許されない

本人が有罪の主張をするとき→無罪の心証を得たなら無罪の主張をすべき

- ・弁護士が暴言をはいた場合の退廷命令

「法定の秩序を維持するための相当な処分」（288条2項）

∴法定を秩序あるものに保ち，適正手続を維持するという趣旨→弁護士も対象になる

【論点】弁護人の真実義務

- 有罪を確信するとき、無罪弁論してよいか→弁護人は真実義務を負うか
消極的な妨害回避義務を負う
例 有罪の心証→証拠不十分による無罪の主張は可能
∴弁護人制度の目的は被告人の保護，真実の発見は，裁判官・検察官に任される
∴積極的な義務を負わせるのは，制度の自殺と言うべき
- 本人が身代わりを望む場合→無罪弁論をすべき
∴弁護人は被告人個人の利益のみを保護する者ではない

【論点】必要的弁護制度に関わる問題

- (1)冒頭手続も弁護人がいなければ開廷できないか
→できない
∴冒頭手続での審判対象を明らかにするための求釈明，形式裁判の主張
→法的知識に優れた弁護人でなければならない
- (2)弁護人不在廷のままの公判審理の可否
被告人が弁護人の出頭確保を妨げる事態を生ぜしめ，解消が困難な場合
→公判審理は可能（判例）
∴必要的弁護制度の趣旨は，弁護権の後見的保障，被告人の保護
→このような被告人は保護する必要ない
∴弁護人を出頭させても，実効ある弁護活動を期待できない

【論点】国選弁護権

●国選弁護の放棄は可能か

・ 事情を熟知して、明確に請求権を放棄したといえるような場合のみ可能（学説）

∴国選弁護権の重要性

＊弁護人選任権の告知（76条，77条，272条）

公訴提起後に請求を照会し，回答を求める手続が必要（規178条）

●弁護人請求権の告知がないことは憲法違反か

→告知は憲法上の義務ではなく，違憲ではない（判例）

【論点】国選弁護人の辞任

(1)選任の法的性質→裁判長の行う命令

∴国選弁護制度の保障を実効あらしめるため

∴自発的な辞任はできない，解任命令による

(2)解任命令→正当な理由あるとき発せられる

●正当な理由の内容→信頼関係の喪失は含まれない（判例）

∴弁護人の恣意や被告人による弁護人のえり好みを許すのは不当

・客観的信頼関係は必要→被告人による弁護人の侮辱・暴行があれば正当理由あり

＊請求法理（36条）の論点

第一編 捜査

第一章 捜査総説

1 捜査の特徴

- ・犯罪が発生したと考える（思料する）とき（189条2項）
捜査機関が犯人を発見・保全し、証拠を収集・確保する行為→公訴の提起・遂行のため
- ・公判と捜査は分断され、別個の段階、処分の集積→手続段階ではない

捜査の条件

捜査独自の**一般的要件はない**→個々の捜査処分の要件があるのみ

【論点】告訴がない親告罪の捜査の可否

＊親告罪 告訴を訴訟条件とする犯罪

- 犯罪事実の存在が公になることが被害者の意思に反する場合
→捜査は親告罪の趣旨に反しないか？
＊親告罪の趣旨→プライバシー保護、被害感情、法は家庭に立ち入らず
- 原則として捜査できる（判例）**
- ∴告訴は訴訟条件に過ぎない
 - ∴捜査機関は、犯罪があると「思料する」ときは捜査の権限を持つ
- ↓ ただし、
- ・親告罪の趣旨に反する場合→強制処分を行うことは慎重を期すべき
 - ・告訴権が消滅した場合→捜査自体が許されない

★告訴不可分の原則（発展）

- 一罪の一部についての告訴→効力は全部に及ぶ（客観的不可分の原則）
 - 共犯者の一人についてした告訴→全共犯者に及ぶ（主観的不可分の原則）
 - ∴告訴者の通常の意味、告訴者による事件の分割を許すべきでない
- 例外
- ・親告罪である1罪の各部分が被害者を異にする場合
 - ・一罪の一部が親告罪である場合
→非親告罪に限定してなされた告訴は親告罪の部分には及ばない
 - ・親族に関する特例→非身分者に対する告訴は身分者に及ばない

2 捜査機関

司法警察職員（司法警察員と司法巡査，39条3項）・検察官・検察事務官

権限

- ・通常逮捕状の請求（199条2項）
司法警察職員では，特定の司法警察職員のみ請求権がある
- ・緊急逮捕状の請求（210条）
- ・各種強制処分令状の請求（218条3項）
- ・事件の送致・送付（246条，242条，245条）
- ・取調べ（198条，223条）
- ・各種任意処分（197条1項本文）

検察官と司法警察職員の関係

検察官は，①必要と認めるときは，自ら犯罪を捜査することができる(191条)。
 検察官と都道府県公安委員会及び司法警察職員とは，②捜査に関し，互に協力しなければならない(192条)。

①司法警察職員が一次的捜査機関，検察官は二次的な捜査機関

∴当事者主義訴訟→捜査の主催者は検察官である必要がない

＊検察官の捜査権→必ずしも常に二次的ではない

検察官＝独立性が保障され，高度な法律的知識を有する

∴検察官が捜査するにふさわしい犯罪がある

例 経済犯罪・贈収賄罪など

②対等・協力の関係（192条）

検察官は，その管轄区域により，司法警察職員に対し，①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。(193条1項)

検察官は，その管轄区域により，司法警察職員に対し，②**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。(193条2項)

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**(193条4項)。

①指示権・指揮権（193条）

不備・欠陥を検察官が補正，捜査の行き過ぎや偏向を抑制

→検察官は司法警察職員の捜査に介入・コントロールを及ぼすべき

＊もっとも，伝統，捜査の糾問的傾向，法の規定→捜査は検察官の重要な職務

3 捜査の構造

糾問的捜査観 捜査機関が被疑者を取り調べるための手続→被疑者は取調べの対象

弾劾的捜査観 捜査機関が単独で行う準備活動→被疑者も同様の準備ができる

【論点】捜査構造論

●順に糾問的捜査観・弾劾的捜査観それぞれの帰結

- ・ 令状の必要性の判断＝捜査機関⇔裁判官
→現実には折衷的（逮捕について 199 条 2 項，判例）
- ・ 被疑者の取調べ受忍義務＝ある⇔ない
- ・ 弁護人との接見交通＝捜査の便宜に重点⇔防御の必要性（重要性）に重点を置く
- ・ 捜査の公判との関係＝捜査は終局的⇔準備的

●現行法の態度→いずれともはっきりしない

- ・ 強制処分の根拠を示す条文の主語は検察官・検察事務官・司法警察職員
→糾問的捜査観にそぐう

ただし令状主義→令状裁判官こそが権限の源と見ると弾劾的

- ・ 取調べの根拠条文（198 条）の解釈→糾問的とも，弾劾的にも解釈できる

第二章 捜査のはじまり

1 捜査の端緒

- ・端緒（たんしょ）→捜査のきっかけとなる事象

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。
（189 条 2 項）

- ・犯罪があると思料したときに捜査開始（189 条 2 項）
→捜査の開始時期が不明確，外部的事象に注目する

2 各説

行政警察活動と司法警察活動

＊司法警察活動 特定の犯罪の発生を前提とする警察の活動

行政警察活動 犯罪の発生予防を主たる目的とする警察の活動

例 職務質問，所持品検査，自動車検問

行政警察活動→捜査と同様の規制を受ける ∴適正手続の趣旨

∴任意処分たるべき（197 条 1 項但書反対解釈）

必要性・相当性を満たす必要（捜査比例の原則，197 条 1 項本文）

検視（229 条）

自首

告訴（230 条～ 238 条），**告発**（239 条），**請求**

- ・捜査機関に対して犯罪事実を申告しその訴追を求める意思表示
- ・告訴は犯罪の被害者その他一定の者による，告発はそれ以外の者による
cf. 被害届 犯罪事実の申告のみ

1 外国に対して侮辱を加える目的で，その国の国旗その他の国章を損壊し，除去し，又は汚損した者は，2 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金に処する。
2 前項の罪は，外国政府の請求がなければ公訴を提起することができない。（刑法 92 条）

職務質問（警察官職務執行法 2 条 1 項）

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**知っ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**。（警察官職務執行法 2 条 1 項）

前 2 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。（同法 2 条 3 項）

任意同行（同法 2 条 2 項）

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。（同法 2 条 2 項）

・行政警察活動の一形態→任意処分、捜査と同様の規制を受ける（∵憲法 31 条）

【論点】職務質問の際の有形力の行使（職務質問の法的性質）

(1) 警職法 2 条 1 項の「**停止させて**」の意義

「停止させて」→任意の停止をさす

∵任意処分の原則

(2) 任意→強制でないという意味、必要かつ相当な有形力の行使は可能

例 質問中の者が逃げ出したので追跡する

酒気帯び運転の疑い→車のエンジンを切る

∵犯罪の予防・鎮圧など現実の目的が達成できない

(3) **実力行使の要件→必要性・相当性**

*行政警察活動における司法警察活動原則の適否も前提として論ずる

所持品検査（明文規定がない）

- ・携帯品や身体への装着物に対して行う検査

【論点】所持品検査

(1)適法か違法か

- 明文の根拠がない，警職法 2 条 4 項→所持品検査は逮捕が条件
職務質問の付随行為（例「これは何？」）と位置づけ適法（判例）
∴口頭による質問と密接な関連がある，質問の実効性をあげるのに有効な方法

(2)承諾ないままの所持品検査の許容要件

要件（判例）

- ①搜索に至らない程度の行為であって，
- ②検査の必要性・緊急性が認められ，→緊急性を要求
- ③害される個人の法益と公共の利益を権衡し，
- ④具体的状況のもので相当と認められる限度で許容される→厳格な判断

＊判断要素→嫌疑の重大性，実力行使の態様・程度

∴非常例外的な処分

【判例】所持品検査に関する判例(発展)

事案

- ・銀行強盗事件発生 of 通報→緊急配備についた警官
靴の中身について問い、開披するよう再三説得したが被告人が頑なに拒む
承諾ないままのボーリングバックのチャックを開ける
アタッシュケースをドライバーでこじ開ける→中から大量の札束が出てくる

判旨

- ・所持品検査の緊急性・必要性は強い
チャックを開けて一瞥したに過ぎない点は適法
鍵をこじ開けたこと→搜索と目すべき行為

事案

- ・覚醒剤の使用ないし所持の容疑が認められる被疑者
外からポケットを触る→堅い物が入っている感じでふくらんでいた
提示の要求に対して黙っている
「出してみるぞ」といいつつ
不服な態度を示していた被疑者のポケット内に手を入れて覚醒剤を発見

判旨

- ・嫌疑がかなり濃厚に認められ、職務質問に妨害が入りかねない状況があった
必要性・緊急性はあり
行為→プライバシー侵害の程度の高い行為であり、態様において搜索に類する
∴所持品検査の許容限度を逸脱したもの

事案

- ・「車内に白い粉状の物がある」との報告→被告人立会いの上での車内検査
車内を細かく調べたところ、白い粉状の粉末の入ったビニール袋1個発見
検査中被告人は異議などは述べなかった

判旨

- ・所持品検査の限界を超え、違法、ただし諸般の状況から違法の程度は大きくない

【論点】自動車検問

(1)種類

- ・交通検問 交通違反の予防検挙を主たる目的とする
- ・緊急配備検問 特定の犯罪が発生した際、犯人の検挙と情報収集を目的として行う
- ・警戒検問 (不特定に行って) 一般犯罪の予防検挙を目的とする

(2)許容根拠

- ・緊急配備検問→司法警察活動, 197条で許容される
- ・特定車両に対する交通検問, 警戒検問
→道路交通法, 警職法の職務質問を根拠に許容される
- 無差別(一斉)の交通検問, 警戒検問の合法性
合法説(判例, 交通検問の場合)
∴警察法2条1項→交通の取締りを警察の職務としている
∴自動車利用者には取締りに協力する義務がある

(3)判例の要件

- ①交通違反が多発する地域において,
- ②相手方の任意の協力を求める形で行われ,
- ③これが短時分の停止にとどまり,
- ④自動車の移動の自由を不当に制約することにならない方法, 態様で行われる場合
＊実力の行使→より厳格な要件が必要と思われる(必要性・相当性と緊急性など)

【論点】将来捜査の可否(発展)

●将来発生する犯罪に向けられた捜査は許されるか

#「罪を犯した」(規則 156 条 1 項)→将来捜査を否定する趣旨か?

下級審判例 場合により将来捜査も適法

・要件 事前のビデオカメラによる録画の合法性

犯罪が発生する相当高度の蓋然性

あらかじめ証拠保全の手段を採っておく必要性・緊急性があること

捜査の方法が社会通念に照らして相当と認められる方法で行われること

・学説による理由づけ

∴規則は通常の場合を念頭に置いたに過ぎない

∴過去の犯罪であっても犯罪が行われたとの蓋然性に基づくものである

→まもなく特定の犯罪が行われると判断できる場合があり得る

#ビデオ撮影による捜査が許されるかの問題も含まれる

cf. 私人によるビデオ撮影(防犯カメラ)→適法

・私企業により被害防衛のために実施されるもの、推定的承諾の存在

第三章 任意捜査と強制捜査

1 任意捜査の原則

・捜査の主役，条文上の根拠→197条1項

捜査については，その目的を達するため必要な取調をすることができる。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，これを行うことができない。(197条1項)

例 参考人の取調べ，鑑定の囑託，実況検分，尾行，聞込み

【論点】近代的捜査手段と強制処分法定主義

●強制処分法定主義（197条1項但書）

→明文にない強制処分は一切許されないのか

一切認められないとする説

・強制処分→現行法上の何らかの制度による必要

cf. 令状主義の趣旨に反しないなら，明文にない強制処分も許されるとする説

＊197条の趣旨 司法的抑制による可及的な人権保障

∴197条→古典的な処分＝有体物に対する搜索・押収等を念頭に置いている

∴科学技術の発展に伴う新しい人権を侵害する処分は予定していない

→捜査方法として認める必要性と，強制捜査としての規制をする必要性の調和

2 任意捜査と強制捜査の区別

強制処分→直接強制が行われるか、少なくとも間接強制を伴う場合

＊任意捜査にも拘束を伴う場合がある→区別は流動的

【論点】任意捜査と強制捜査の区別

- 強制処分→令状主義，法定主義が適用される，強い規制
→任意捜査と強制捜査の区別が問題となる
- ∴個人の法益（特に人権）を強度に侵害するおそれがあるものは強制処分とすべき
- ∴強制処分を法定のものに限定する理由→捜査機関による人権侵害を防止

【論点】捜査に承諾ないし同意がある場合

- 捜査に承諾ないし同意がある場合→捜査の適法性
 - ・任意の放棄を訴追側が積極的に立証したときのみ適法
 - ∴個人的利益を放棄することは可能
 - ∴放棄が権利内容，効果について熟知してなされたか疑問（官権への屈服？）
安易な脱法行為を許す危険
- 場合によっては，およそ許されないとの説がある
例 承諾留置，家宅搜索，女子の身体検査

3 任意捜査の規制

任意捜査の許容限度の一般原則

- ・関係人の名誉を害しないように注意（196条），適正手続の要請
↓ しかし
- ・人権侵害に至らない程度の有形力の行使は禁ぜられない→明示的な受忍は不要
- ∴捜査による真実発見の目的が実現（1条）
- ・「必要な」限度を超えてはならない（197条1項）→**必要性と相当性**から判断

4 各種任意捜査

任意同行

被疑者の出頭確保のため，捜査官がその居宅等から警察署等へ同行させること

任意同行の種類

- ・職務質問を目的とするもの（警職法2条2項）
- ・任意捜査としての任意同行
- ＊概念的には区別せずに同様に論じてよい
- ∴現実には区別しがたいし，前者でも人権保護の必要がある

【論点】任意同行

(1) 司法警察活動における任意同行→●認める明文の規定がない？

→任意捜査の一環として合法（189条2項，197条1項）

(2) 引き続く取調べの限界～実質的逮捕との区別

●任意同行に続く取調べ→逮捕の持ち時間の制限を免れる機能を果たさないか

判断基準 諸般の事情を勘案して，社会通念上相当といえる態様によるか（判例）

→具体的事情（同行の方法・態様，必要性）の総合判断から決する

・事情＝強制手段の有無，事案の性質，被疑者に対する容疑の程度等

・自発的に進んでしたという必要はない

・渋々同行した場合も任意といえる場合がある

・捜査官の有形・無形の圧力

→事実上の強制下に応じざるを得なかった場合は違法捜査となる

拒絶しようとしたら拒絶できたか，帰ろうと思えば帰れる状況か

＊判例の要件

①任意同行の時間・場所

②同行の方法・態様

③同行の必要性，④取調べの時間・方法，⑤監視の状況

⑥被疑者の対応，⑦逮捕状準備の有無などを総合判断

→被疑者の意思が制約されていたかを判断する

●長時間の取調べの適法性

・徹夜の取調べは原則として違法となる

＊下級審判例が認めた例外が認められる要件

①積極的承諾がある

②自白強要のための取調べではない

③被告人の帰宅や，休養の申出が排斥されたわけではない場合

【判例】任意同行及び取調べに関する判例(発展)

事案 午前7時過ぎに同行を求められ翌午前0時頃まで断続的に取り調べ
→その後逮捕

- ・数回の休憩あり、取調べ室には捜査官と立会人1名がつく
休憩時や取調べ官が退出する際にも常に立会人が被疑者が監視
取調べ室は用便以外出することは許されず、用便にも立会人が同行
被疑者から帰宅ないし退出の明示の申し出がない

判旨

- ・特段の事情がない限り任意の取調べとは認められない
→少なくとも夕食時以降の取調べは実質的には違法逮捕

事案

- ・盗難車としての疑い
任意同行に対して被疑者が拒否を続けたため、4時間その場に止め置く
Aが載ったまま、レッカー車で署へ同行

判旨

- ・犯罪の嫌疑は濃厚、任意同行の必要性・緊急性は高い
・留置が長引いたこと→任意捜査が選択されたため

現行犯逮捕も可能であった

- ・レッカー移動に応じるよう説得する必要性が強く求められた
→留置時間について、なお許容される時間的限度内にあったというべき

おとり捜査

- ・捜査官などがおとりとなって人に犯罪をそそのかす
→犯行に出たところを逮捕する捜査方法

機会提供型のおとり捜査（既に犯意を有する者に犯行の機会を与える）の場合

- 任意捜査として許容される（犯人が自分の意思で行動を起こしている）

【論点】おとり捜査の適法性

●犯意誘発型の場合

- 国が犯罪を作り出したようなもの、捜査のやり方としてフェアといえない

違法だが、訴追・処罰に影響を与えないという立場（判例）

犯罪を犯したのは変わらない

- 手続の問題として、訴追・処罰を禁止するべきとする立場（学説）**

違法収集証拠排除、免訴説、公訴棄却説（公訴権濫用論）など

∴廉潔性を失い、適正手続（憲法 31 条）に反する→公訴条件を欠く場合

●機会提供型か犯意誘発型かの区別

主観説 被誘惑者に犯罪性向のある者か否かで分ける

客観説 犯意を誘発するような官憲の行為があるか否かで分ける

★コントロールデリバリー(監視付き移転)（発展）

捜査機関などが薬物などを認知した場合→監視の元に運搬を続行させる

取引に関与した者をつきとめて一網打尽に検挙する捜査方法

- ・任意捜査の一種→原則として適法

∴犯人に対して積極的働きかけをするものではない

- ・禁制品を荷物から抜き取る場合とそのままにしておく方法がある

第四章 証拠の収集

1 憲法と各種の強制処分

- ・ 侵入，搜索，押収に対する令状主義（憲法 35 条 1 項）→：私生活領域保護

2 搜索・押収

搜索 場所，物，人の身体について，物または人の発見を目的として行われる強制処分（102 条）

押収 物の占有を強制的に取得する処分（99 条）

- ・ **差押** 他人の占有を排除して物を取得する処分
→対象は，証拠物・没収すべき物（99 条 1 項）

＊押収拒絶権（103 ～ 105 条）

- ・ **領置**（221 条）

占有取得の際は任意の形態をとる→領置されると差押の効果が生じる

令状による搜索・差押

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，搜索又は検証**をすることができる。この場合において身体検査は，身体検査令状によらなければならない。（218 条 1 項）

身体拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し，身長若しくは体重を測定し，又は写真を撮影するには，被疑者を裸にしない限り，前項の令状によることを要しない。（218 条 2 項）

何人も，その住居，書類及び所持品について，侵入，搜索及び押収を受けることのない権利は，第 33 条の場合を除いては，正当な理由に基いて発せられ，且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ，侵されない。

搜索又は押収は，**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。（以上憲法 35 条）

- ・ 搜索・差押→**令状**が必要なのが原則（218 条 1 項）
記載事項 有効期間，搜索する場所，押収する物，罪名，等（219 条）
- ・ 要件 罪を犯したと思料されること（規則 156 条 1 項参照），証拠の存在の蓋然性など
- ・ 間接事実や情状に関するものも差押の対象となる

手続

- ・ 令状の請求権者，処分を行う者
検察官，検察事務官，司法警察員（218 条 1 項・3 項）
- ・ 処分を受ける者に令状を示す（110 条）→責任者の立会い（114 条）

【論点】 搜索・差押の許容条件

● 搜索・差押許可状の発布の際、処分の必要性を裁判所が判断すべきか

否定説

× 令状による司法的抑制の機能が無視される

肯定説（判例）

・ 逮捕についての 199 条 2 項但書の趣旨を解釈によって及ぼす

・ 犯罪の捜査をするについて必要があるとき（218 条 1 項）

→ 裁判所は、この必要性を判断できる

∴ 必要性について裁判官に判断される → 実質的抑制機能が働く

必要性の判断基準

・ 証拠物または没収すべき物と思料されるもの → 原則必要性あり

・ 犯罪の態様、差押物の証拠としての価値、重要性など諸般の事情

→ 明らかに差押の必要がないかどうかを判断

【論点】 搜索する場所・押収する物の明記

(1) 特定性要求の趣旨

∴ 強制処分である → 濫用防止、被執行者に受忍範囲を明示する

(2) 具体的検討

場所

・ 社会通念に照らして合理的に解釈して特定しうる程度の記載を要求（判例・通説）

・ 人の**住居権**（保護の対象）の個数を基準に特定明記すべき

押収する物

・ ある程度包括的な表示でも許される場合がある

→ 各記載事項があいまって令状の特定性の趣旨を満たせばよい

∴ 捜査の初期段階 → 差押物が捜査機関にも具体的に判明しない

∴ 捜査の困難 → 好ましくない捜査を誘発する（被疑者の早期逮捕、自白の強要など）

包括的記載が有効な要件 → 罪名の記載による限定、具体的な例示

【論点】緊急捜索・差押

- 窃盗罪により令状を得て差押を実施→麻薬の押収はできるか
 - ・原則として不可
 - ∴令状により、捜索の対象を限定、濫用を防ぐという趣旨が没却される
 - *ただし、プレイン・ビュー
 - ・現行犯逮捕（禁制品の場合）→その上で逮捕に伴う捜索・差押を行えばよい
 - ・任意提出+領置
 - ・令状を新たに得る+その間現場への出入りを禁止する（112条1項）

【論点】別件捜索・差押

- 別件捜索・差押＝別件の証拠収集のためことさら本件に名を借りた捜索・差押（別件逮捕とは、本件・別件の用語が逆に用いられているので注意）
例 A罪により令状を得て差押を実施→B罪の証拠固めをする行為は適法か
→**違法**というべき
 - ∴趣旨の没却、令状主義の潜脱となる
 - *物件の特定など、他の要件がそろっていても違法になるので注意

【論点】捜索・差押に伴う実力行使

- 公務執行妨害罪にいたらない実力によって妨害された場合
→執行者はこれを実力で排除できるか
 - ・必要かつ最小限の範囲であり、手段に相当性が認められる限り
 - 「必要な処分」（222条、111条）として、実力行使は許される（判例）
 - ∴捜索・差押には妨害が伴うことが通常予想される→執行を可能にする必要性
 - ∴令状にある程度の実力行使について裁判所の許可が含まれる

【論点】欺罔行為により扉を開けさせる場合（発展）

- 欺罔的行為→捜索・差押の際に「必要な処分」として適法か
適法説（判例）
 - ∴捜査官であることの告知→捜査の困難、証拠隠滅のおそれ（特に薬物事犯）
 - ∴錠前の破壊に比べて、執行を受ける者に対する不利益の度合いは小さい

【判例】令状による差押〜執行の範囲(発展)

事例 恐喝被疑事件→「暴力団を表章する状、バッチ、メモ等」との令状の記載

●賭博の計算関係を記載したメモを差し押さえることができるか

判旨

- ・「暴力団を表章する」物件→事件の組織的背景などを解明するために必要な証拠
 - ・メモ→常習的な賭博場開帳の様子が克明に記載→暴力団の性格を知る事ができる
- ∴適法

【論点】フロッピーディスクの差押(発展)

事例 犯罪を裏付ける情報が記録されている蓋然性が高いフロッピーディスク
→ 100 枚が発見された場合

●現場でその内容を確認することなく差し押さえることは許されるか

→包括的な差押の禁止にあたらないか

許されない?

∵被疑事実と無関係な情報が多数混入している→プライバシー侵害のおそれ

↓ しかし

包括的差押を一定の場合認めるべき

∵被疑事実と関連する物の選別には時間を要する

∵電磁的記録→罪証隠滅の危険が大きい

*対象情報がフロッピーディスクに含まれているとの合理的理由

選別が容易でないこと、証拠破壊のおそれなどを要件とする

【論点】令状による搜索差押と写真撮影(発展)

●写真撮影は検証→搜索差押の際の写真撮影は許されるか

許される場合がある

∵原則として令状主義の潜脱

∵搜索・差押の執行状況の記録、差押物の位置関係の記録→捜査のため必要な処分

∵プライバシーの侵害は搜索・差押に不可避免的に伴う→受忍限度内

●違法な写真撮影→準抗告は可能か

不可能とする説(判例)

∵撮影の性質は検証→「押収に関する処分」(430条2項)にあたらない

逮捕に伴う搜索・差押

検察官，検察事務官又は司法警察職員は，第 199 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 210 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。

- 1 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搜索をすること。
- 2 逮捕の現場で差押，搜索又は検証をすること。（220 条 1 項）

第 1 項の処分をするには，令状は，これを必要としない。（220 条 3 項）

- ・令状主義の例外（憲法 33 条，憲法 35 条，220 条），検証も同様に可能

【論点】逮捕に伴う搜索・差押が無令状で許される趣旨

(1) 許される趣旨

相当説（判例・実務）

- ・合理的な証拠収集手段（逮捕の現場→証拠の存在する蓋然性が高い）
- 必ずしも緊急事態である必要がない，許容範囲は一般原則による

緊急処分説

- ・逮捕の完遂のため
- 令状による余裕がない場合，対象は被逮捕者の直接支配下のものに限る

(2) 逮捕に伴う搜索・差押の限界

●時間的限界→「逮捕する場合」といえるか

後者は同時並行性をより要求する

＊逮捕には着手さえすればよいとするのが一般（少数ながら反対説あり）

- ・事前搜索 逮捕着手時の前後関係はこれを問わない（判例）
- ×被疑者の帰宅という偶然の事情で搜索の適否が左右される

●場所的限界→「逮捕の現場」といえるか

被疑者の直接支配下か，同一管理権の及ぶ場所か

→広く認めるのが実務の現状

・身体に対する搜索・差押

例 路上で現行犯逮捕→その後近くの派出所で搜索をした場合

身体という現場に実質的変更がなければ搜索・差押は可能

- ・移動距離，時間は必要最小限（速やかに，最寄りの場所）であること，現場での搜索が難しいこと（被疑者の名誉，抵抗，付近の交通の妨げ）などが必要

【論点】承諾の下になされる捜索・差押

●承諾があれば、令状は不要か

個人的利益→承諾による放棄は可能、任意捜査の一種として許容

↓ しかし

∴要件は厳格に解すべき

∴承諾の意味・効果を知らないでなされる場合が多い、濫用の危険性

①権限ある者による真意による承諾であること

②自由意思に基づき、積極的な承諾があること

③承諾の存在を捜査機関の側が立証すること

3 検証

令状による検証

- ・ 場所，物または人について，強制的にその形状を五官の作用で関知する処分
物の占有を取得できない場合→形状を感知し記録しておくため用いられる
- ・ 必要な処分→直接強制，間接強制ができる（129 条）

cf. 実況見分 同様の捜査を任意処分として行う場合

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（218 条 1 項後段）

4 鑑定

専門家への鑑定の嘱託（223 条 1 項）

身体への**直接強制の方法がない**（根拠条文なし）

＊ 225 条は 172 条を準用していない

＊ 225 条 4 項の準用する 168 条 6 項は 139 条を準用していない

第 223 条第 1 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 168 条第 1 項に規定する処分をすることができる。（225 条 1 項）

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。（225 条 3 項）。

第 168 条第 2 項乃至第 4 項及び第 6 項の規定は、前項の許可状についてこれを準用する。（225 条 4 項）

身体の検査を受ける者が、鑑定人の第 168 条第 1 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。（172 条 1 項）

前項の請求を受けた裁判官は、第 10 章の規定に準じ身体の検査をすることができる。（172 条 2 項）

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。（139 条）

第 131 条、第 137 条、第 138 条及び第 140 条の規定は、鑑定人の第 1 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。（168 条 6 項）

＊身体検査以外は直接強制可能

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。（168 条 1 項）

【論点】呼気採取

(1) **呼気の採取は強制処分か**→身体の外表を検査する以上のもの

∴ 真の同意ない場合は強制処分として原則令状によるべき

(2) **いかなる令状が必要か**→搜索・差押え令状

∴ 呼気は体内で恒常的に機能するものではない

(3) **令状によらない呼気採取**

厳格な要件下で無令状による場合も許される（判例）

∴ 人権侵害の度合いが低い

① 自然に排出された呼気の採取

② 意思の制圧，苦痛を与えてないこと

③ 必要性・緊急性が高いことなど

【論点】採血

(1) 採血は強制処分（∴ 身体への損傷，健康状態に障害の危険）

→ 真の同意ない場合は令状が必要

● **いかなる種類の令状が必要か**

鑑定処分許可状によるとする説

∴ 専門的知識と経験を必要とする→外表を見たり触れたりする検証に止まらない

∴ 血液は身体の一部であり，物ではない

↓ すると

鑑定処分許可状のみでは直接強制できない

→ 身体検査令状による身体検査も併用する（実務，有力説）

【論点】強制採尿

- 実際上の必要性に関わらず、身体に対する危険・被疑者に屈辱感を与える

(1) 処分の適法性→肯定説（判例）

- 人格侵害から強制処分としても許されないのではないか？
→身体検査でも同様の屈辱を受けることはあり得、採尿に限った話ではない
∴公益のために人格の尊厳をある程度犠牲にすることも法は予定している
- 身体へ危険はないか？
→医師による医学的方法によれば、ほとんど身体への危険はない

(2) 許容要件（判例）

- ① 事案の重大性、証拠の重要性と必要性（不可欠性）、嫌疑の存在
代替手段がないこと→先に任意の提出を求める
- ② 医師等がなすこと（生理的機能障害を引き起こすことを防ぐ）

(3) 令状の種類

- ・ 原則搜索・差押え令状による（判例）
- ・ 身体検査令状に関する刑訴法 218 条 5 項を準用する
医師をして医学的に相当と認められる方法によって行わせることが令状の記載要件
∴証拠となる有体物の発見・占有取得、尿は人体の一部ではない
∴人権侵害の危険→身体検査の場合と同様
＊身体検査令状と鑑定処分許可状を両者を取得している場合も適法
∴上記の要請を満たしうる

【論点】強制採尿～強制連行の可否（発展）

- 被疑者が逮捕されていない場合→被疑者を採尿のため強制連行できるか
肯定説（判例）
∴裁判官→連行の可否も含めて審査をしている
∴連行を認めないと、強制採尿令状の目的を達成できない
最寄りの場所への連行、有形力の行使は必要最小限度たるべき

【論点】写真撮影とビデオ録画

＊身柄拘束中の被疑者への写真撮影は無令状で可能（218条2項）

●それ以外の個人の容貌について写真撮影が認められるか？

(1) 写真撮影の法的性質

写真撮影は肖像権（憲法13条）を侵害する→強制処分というべき

＊但し、公道における場合

プライバシー保護の要請が減少→任意処分にとどまるというべき

(2) 適法要件

相当の人権侵害のおそれがある→厳格な基準を要求

①嫌疑の明白性、②証拠保全の必要性、③緊急性、④手段の相当性（判例）

＊判例は公道での写真撮影を強制とも任意とも明示していない

→強制処分とした上で明文にない強制処分の適法要件と考えるか

任意処分とした上で任意処分の適法要件として考えるかの両方がある

【論点】盗聴

(1) 電話盗聴→プライバシーないし人格権の侵害、通信の秘密（憲法21条）

∴強制処分的一种→222条の2、組織犯罪対策法による手当

・許容性→犯罪の密航性、捜査の必要性あり

許容基準（通信傍受法、下級審判例）

→写真撮影より厳格に（重大な権利侵害だから）

①犯罪の重大性②嫌疑の十分性③証拠方法としての重大性と必要性

④他の手段に出る困難性⑤以上から、真にやむを得ないと認められること

緊急事態ではない→令状が必要

＊室内盗聴も同じ問題が生じる→根拠条文なし

(2) 公開講座の録音

公開性→プライバシーの権利は放棄されている

∴任意捜査の一種

→必要な限度で相当な場合のみ認められるのは当然

(3) 会話の一方当事者の承諾があるときまたは秘密録音

許容基準

①具体的事情上他に漏れないことが合理的に期待されるべき会話かどうか

②捜査の必要性

∴プライバシー・人格権の侵害の可能性→全く自由ではない

＊脅迫電話の逆探知→正当防衛的な場合、適法

∴現行犯である

5 証拠の収集と被疑者の防御活動

- ・ 弁護人・被疑者に立会権はない（222 条 6 項，113 条→222 条 1 項で準用なし）
- ・ 押収目録(120 条)， 捜索証明書の交付（119 条）
→押収物の還付請求(123 条)， 準抗告（430 条）

第五章 被疑者の身柄確保

1 逮捕

- ・被疑者に対して最初に行われる強制的な短時間の身柄拘束処分
→逃亡や罪証隠滅を防止する

(1)通常逮捕→令状による逮捕

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。(199条1項)。

何人も、…権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。(憲法33条)

令状請求の手続

令状（憲法33条）→検察官・司法警察員が請求，裁判所が発する（199条2項）

裁判官は、①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、②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。(199条2項)

逮捕の要件→①嫌疑と②逮捕の必要性

【論点】逮捕の必要性

●「逮捕の必要」(199条2項但書)

逃亡または罪証隠滅のおそれある場合に限られるか(刑訴規則143条の3)

例 被疑者が正当な理由なく出頭を拒んだときはどうか

肯定説

∴刑訴規則は「等」としている

∴199条1項但書→住居不定・正当の理由がない不出頭も必要性として予定している

否定説

∴取調べ目的の逮捕→黙秘権の保障に反する(憲法38条, 199条2項, 311条)

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。(以上60条)

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(199条1項但書)。

【論点】捜査機関への不出頭と逮捕の必要性(発展)

●捜査機関の出頭要求を正当な理由なく拒んだ被疑者の逮捕は可能か

#「正当な理由なく…出頭の求めに応じない場合」逮捕できる(199条1項但書)

肯定説

∴条文の文言, 規則143条の3が逃亡・罪証隠滅のおそれがない「等」としている

*判例 被告人の行動が組織的な背景が存することが伺われることを併せて考慮

→5回の出頭要求に応じないことを理由とした逮捕を適法とした

cf. 否定説 ∴捜査に協力しないという権利行使を理由に不利益処分をすべきでない

*不出頭が重なることにより逮捕の必要性が推認されるとの説もある

逮捕の手續・効力

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。(201条1項)

- ・逮捕する際には、被疑者に逮捕状を示すのが原則（201条1項）
- ・強制処分→実力の行使が当然に許される、合理的に必要な限度に止まるべき

(2) 現行犯逮捕 (213条)

…現行犯として逮捕される場合を除いては、…令状によらなければ、逮捕されない。(憲法 33 条)。

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(213 条)。

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(212 条 1 項)。

- ・ 現行犯人→現に罪を行い、または現に罪を行い終わった者
 - ・ 何人でも = 誰でも 令状なしで逮捕できる
 - ∵ 犯罪の実行が明白で、誤認逮捕のおそれがない
 - ・ 犯人であることが、現場の状況等から明らかである必要
 - 逮捕は犯行現場及びその延長で行われなければならない
- 要件 ①明白性、②現場ないしその延長、③必要性(争い有)

【論点】現行犯逮捕の必要性

● 現行犯逮捕でも「逮捕の必要性」は要件か

否定説(判例)

- ∵ 要件を判断する暇がない、規定がない
- ∵ 犯罪を行ったことは極めて明白である

肯定説(通説)

- ∵ 現行犯逮捕だからといって通常の逮捕と別異に解するべきではない

準現行犯

趣旨 罪を行い終わってから間がない段階→時間的な近接の点を緩和
要件

③左の各号の一にあたる者が、罪を行い②終つてから間がないと①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。(以上 212 条 2 項)

- ①明白性、②やや緩和された時間的場所的近接性、③ 212 条 2 項各号の事由
- ④必要性(争い有)

【判例】現行犯人との認定資料(発展)

事案 被害者から、被疑者が犯人に間違いない旨の供述が得られた場合

判旨

- ・ 犯罪の証跡を残すなど、明白に犯人と認めうるような状況にはなかった
逃走しようとしておらず、被害者からの追跡、呼号を受けていたわけではない
- ・ 被害者の供述から被疑者を犯人と認め得たと過ぎない
→緊急逮捕をしようが、現行犯逮捕ができるとの要件はない

事案 傷害現場から4キロメートル離れた地点で被疑者を捕捉

- ・ 職務質問のための停止に対して逃げ出したので300メートル追跡して追いつく
小手を装着している事などを認めた場合
- ・ 泥で汚れた被疑者の発見
→髪が濡れ、顔に傷があり、血の混じったつばを吐いていた

判旨 罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる→準現行犯逮捕は適法

(3)緊急逮捕

- ・無令状逮捕

条件（210 条）一定の①重罪事件で，②高度の嫌疑があり，③緊急性が認められること

事後，直ちに逮捕状請求の手続をすることが必要である

- ・令状請求権者に限定はない

【論点】緊急逮捕の合憲性

憲法 33 条には反せず，合憲というべき（判例）

∴重大な犯罪について，犯罪の嫌疑が十分であって

急速を要して令状を求めることができない場合に限定される

∴社会治安上の必要性

逮捕後の手続

(1) 警察のルート

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ったときは、①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、②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 48 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。

(203 条 1 項)

第 1 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。(203 条 3 項)

検察官は、第 203 条の規定により送致された被疑者を受け取ったときは、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、③留置の必要があると思料するときは被疑者を受け取った時から④ 24 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。

前項の時間の制限は、被疑者が身体を拘束された時から⑤ 72 時間を超えることができない。

前 2 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。

第 1 項及び第 2 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。(以上 205 条)

①犯罪事実の要旨，弁護人選任権を告げ，弁解の機会を与える（203 条，211 条，216 条）

②留置の必要があると思料するとき→48 **時間以内**に検察官へ送致

③検察官→留置の必要があると思料するときは，一定時間内に勾留請求・公訴提起（205 条）

④被疑者を受け取ったときから 24 **時間以内**，⑤当初の拘束から 72 **時間以内**

(2) 検察のルート

犯罪事実の要旨，弁護人選任権を告げ，弁解の機会を与える

一定時間内に，勾留請求・公訴提起（204 条）

引致(202 条)されたとき，検察官自身が逮捕したときから 48 **時間以内**

＊留置の場所 警察の留置場が通常

2 勾留

- ・被疑者を拘束する裁判及びその執行→逮捕に引き続く次段の身柄拘束処分
逮捕と等質の処分→被告人の勾留に関する規定が被疑者に準用される（207条）

要件

裁判所は、①**被告人が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由**がある場合で、②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る相当な理由があるとき。（以上 60 条 1 項）

①被疑者が罪を犯したことを疑うに足る相当の理由があること（60条1項）

②勾留の「理由」（207条，60条）→必要性にあたる

住所不定，罪証隠滅のおそれ，逃亡のおそれのいずれかの事由（以上 60 条 1 項）

おそれ→相当の理由が必要（具体的事実裏付けられた蓋然性）

勾留の理由又は③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。（87条1項）

③勾留の「必要性」（87条1項参照）→相当性にあたる

→勾留の相当性（勾留が著しく苛酷ないし不当でないこと）が認められること

＊手続

検察官の請求（204条1項，205条1項）

勾留状を発して行われる（207条2項本文）

- ・不適法な勾留請求，理由がない場合→請求を却下，直ちに被疑者の釈放を命令
- ・必ず逮捕が先行しなければならない（逮捕前置主義・明文なし）

★勾留の場所（発展）

- ・勾留の場所→監獄(207条1項,64条1項)
監獄は拘置所が原則→警察留置場も許される（いわゆる代用監獄，監獄法）
- ・代用監獄のメリット
捜査の必要性から被疑者の身柄は捜査機関の近くにあった方がよい
→警察留置場の数は多い
- ・問題点
四六時中被疑者の身柄が捜査機関の下にあることになる
→自白強要，人権侵害のおそれ
- ・判例
代用監獄か拘置所か→移監命令を含め，裁判官が裁量で決定できる
起訴後の勾留→必要性・相当性を基礎づける特段の事情が必要

【論点】逮捕前置主義

(1) 根拠

- ∴ 条文→ 204 条～ 206 条は、勾留の際にすべて逮捕手続の履践を要求
- ∴ 二段階の審査→ 司法的抑制が厳重になる

(2) 趣旨

- ・ 裁判官に身柄拘束の可否を 2 度判断させる→ 身柄拘束への司法的抑圧
- ・ 二度の身柄拘束による長期化？
→ 勾留しない場合がありうるので、長期化防止になる

【論点】違法逮捕に続く勾留請求

● 許されないことで争わない

- ∴ 勾留は逮捕から始めて、身柄拘束をそのまま継続する処分である
- ∴ 逮捕が違法→ 拘束の法的根拠がない以上、被疑者は釈放すべき

勾留期間

- ・請求をした日から 10 日（208 条 1 項）
- ・やむを得ない事由があるとき→検察官の請求により裁判官はこの期間を延長できる
延長は、複数回にわたってよい、通じて 10 日は越えられない（208 条 2 項）
- ・勾留の理由・必要が消失→裁判所は勾留を取り消しうる（87 条）
勾留が不当に長くなったと判断される場合→取り消さなければならない（91 条）

【論点】10日よりも短期の勾留状を発行できるか

否定説（判例）

- ∴法は勾留状に期間を記載することすら予想していない→10 日が当然の限度

肯定説

- ∴不必要な勾留を認めるのは不合理である
- ∴勾留取消請求権が存在する

【論点】検察官の途中釈放は許されるか

肯定説（実務）

- ∴勾留の請求権者が不必要と判断した場合にまで拘束を継続するのは妥当でない
- ∴被疑者の利益処分である→208 条 1 項を準用できる

否定説

- ∴勾留は裁判所の命令である

勾留の場所

- ・「監獄」（64 条 1 項）→警察署に付属する「留置場」で代用できる
∴居住地に近いなど便利、捜査の効率をあげる
×施設の管理状態が劣悪であることがある、自白強要など人権侵害のおそれ

不服申立て

- ・準抗告による取消・変更請求（429条）
請求権者 検察官・被疑者
cf. 裁判所は職権で勾留を取り消すこともできる（91条1項）

【論点】釈放命令の執行停止を求めることができるか

- 検察官による準抗告→釈放命令の執行停止（432条、424条）を求めうるか
肯定説（実務）
 - ∴ 却下の裁判には被疑者の釈放命令が含まれる→この執行の停止を求める
 - ∴ 執行停止ができないと逃亡・罪証隠滅が避けられない**否定説**
 - a 裁判は拘束を継続してはならないというもの→釈放は裁判の執行ではない
 - b 勾留請求却下の裁判→身柄拘束の根拠が消滅する

3 身柄拘束に対する被疑者の防禦活動

逮捕と被疑者の防禦活動

- ・告知と聴聞の権利の保障の手続がある（前述）
- ・弁護人との接見交通権（39条）
- ・弁護人・親族による事実上の活動
例 釈放の申入れ、勾留請求回避のための活動、事実上の接見要求

勾留と被疑者の防禦活動

- ・**勾留理由開示**（憲法34条後段、82条）
裁判官が、公開の法廷で理由を開示する→準抗告、取消の前提
勾留にあたって勾留状の提示、事件の告知がある
本制度→十分な防御をさせ、その後の事情の変化に対応
- ・**勾留の取消（87条）、執行停止**
＊執行停止（95条）→仮に勾留の執行を解く方法
- ・**接見交通権（外部交通）** 弁護人その他の者との接見や書類・物の授受
弁護人との接見交通は原則自由（39条）
＊その他の者 法令の範囲内で許される（80条・81条）
→接見の禁止、物の検閲・授受の禁止・差押が許される
- ・準抗告（429条）

4 逮捕・勾留をめぐる問題

【論点】事件単位原則

- 逮捕・勾留はいかなる単位で行われるべきか

事件単位説 逮捕・勾留が事件ごとに行われること

- ・同一被疑者について、事件の数だけ勾留できる
 - ・事件ごとに、逮捕・勾留の手続を踏む必要がある
 - ・逮捕前置の判断は事件を基準とする
- 逮捕と勾留の根拠となる事件が別々になることは許されない

∴明文はない→嫌疑事実ごとに2度の司法判断を保障、逮捕前置の趣旨を徹底

∴条文も事件単位を基準にしたと思われる規定が存在する（200条等）

cf. 人単位説 一度勾留されれば他の事実による勾留はできないとするもの

∴勾留は身柄処分

×余罪を援用した勾留延長を許す→事件ごとの司法審査の機会が失われる

【論点】事件単位原則～被疑事実の同一性の判断基準

- 事件→公訴事実の同一性（312条）に準じた基準で判断される

- ・A罪で逮捕され、B罪で勾留請求すること→全く許されないわけではない
- ∴罪名の変化のたびに逮捕を繰り返すことは不当
- ・A罪とB罪が同一の事実によるといえる判断基準
- 公訴事実の同一性（312条1項）を援用する
- ∴類似の機能を営むものであるから
- ∴捜査も公判の準備段階に過ぎない

【論点】付加して行う勾留請求の可否

- A事実によって逮捕→B事実を付加して勾留することは可能か

肯定説

- ∴勾留されることには変わらない
- ∴別に逮捕・勾留されるよりも被疑者に有利
- *A事実の勾留の要件が欠けたとき→直ちに釈放すべき
- *後に、B事実で逮捕・勾留することは原則として許されない
- ∴再逮捕再勾留禁止の原則

一罪一逮捕一勾留の原則

- ・一罪を分割して複数の勾留を行うことはできない

【論点】一罪一逮捕一勾留の原則

(1) 根拠

明文はないが→逮捕・勾留の法定期間の潜脱を防ぐべき

(2) 基準→実体法上の罪数を基準とする

∴一罪とされるものに対して、刑罰権は1個しか発生しない

→訴訟上も同様に扱うべき（通説）

(3) 例外～常習一罪の特殊性

例 釈放後に同一犯罪の一部と見られる行為（常習行為）を行ったとき

→後の事実を根拠に勾留は可能

∴後の事実について、罪証隠滅・逃亡のおそれがある限り逮捕の必要性

∴前の事実と後の事実を同時処理することが不可能な場合

再逮捕・再勾留の禁止の原則

- 1 個の被疑事実に対して、時を異にして逮捕・勾留を繰り返すことはできない
- ∴ 訴訟行為の一回性の原則、留置・勾留の法定期間の潜脱を防ぐ

例外 再逮捕は許容される（199 条 3 項参照）

- ただし、不当な蒸し返しにならないよう要件は厳格に判断

許される場合

- ① 被疑者逃亡の場合
 - ・ 引致後の逃亡→新逮捕状による
 - ・ 勾留後の逃亡→勾留状によって、原状回復（逃走罪による逮捕もできる）
- ② 釈放後、新証拠から嫌疑や罪証隠滅・逃亡のおそれが復活した場合
 - 不当な蒸し返しでないことも検討

【論点】再勾留禁止の例外

例外は認められる

- ∴再逮捕が認められる→それに続く処分をも認められる
- ・ただし、厳格な要件→再逮捕とほぼ同様の要件が必要
- ∴明文ない、長期の身柄拘束処分

【論点】先行する逮捕が違法な場合

- 逮捕が違法なため、勾留請求が却下され釈放された場合→再逮捕が許されるか
軽微な形式的瑕疵に過ぎない場合は（緊急逮捕すべきところを現行犯逮捕したなど）
→再逮捕可能
- 被疑者の重大な権利侵害がある場合→再逮捕禁止
- ∴適正手続違反、将来の抑制

【論点】再逮捕が許容される場合（発展）

- 1)逮捕後、捜査機関が逮捕理由の消失を理由に被疑者を釈放した場合
再逮捕が認められる場合がある（下級審判例）
 - ・逮捕の不当な蒸し返しとはいえないとできる要件
新証拠や逃亡・罪証隠滅のおそれなど新事情の出現→再捜査の必要性
犯罪の重大性その他の事情→被疑者の利益と対比してやむを得ないといえること
- cf. 否定説 ∴捜査官の怠慢を被疑者の犠牲で補うことは許されない
- 2)勾留後、勾留理由・必要性が消滅したとして釈放された場合
 - 1)に比して厳格に解する
- 3)勾留期間満了により釈放された場合
 - 1)の要件に加え、きわめて重大な事件であること、重大な事情の変化を要件とする

別件逮捕・勾留

- ・別件逮捕の意義

本件について逮捕の要件が備わらないのに、

その取調べのため逮捕の形式的要件を具備している別件で逮捕すること

→余罪捜査の型に持ち込み、本件の取り調べをする点に眼目がある

【論点】別件逮捕の適否

(1) 別件逮捕の違法性

- ・別件について逮捕の要件が備わっていない場合→明白に違法
- 別件について逮捕の要件が備わっている場合→違法逮捕となるか

別件基準説（警察実務）

- ・別件について逮捕の要件が備わっていれば、すべて適法
- ×別件逮捕の脱法的本質を無視するのは妥当でない
- 別件逮捕をすべて適法とするのと同様の結果を導く

本件基準説（下級審判例） 実質上本件について取調べる目的の場合には違法

- ∴取調べ目的の逮捕は許されない→黙秘権侵害の危険性
- ∴令状主義，事件単位の原則無視
- ∴後の本件による逮捕→法定の拘束期間の潜脱にあたる

(2) 別件逮捕か否かの判断基準

- 本件基準説から、実質的に別件逮捕を違法と判断するための判断基準は？
- ・本来は捜査官の意思による→逮捕段階で別件逮捕か否かの判断が難しい
- #下級審判例…＊客観的事実を総合的に判断して、意思を推測すべき
- ＊事情
 - ①別件及び本件の軽重，②両者の関連性，③取調べの状況
 - ④捜査が当初から併行して行われていたか否か等

(3) 別件逮捕が違法とされた場合の本件による後の逮捕

- ・別件基準説 逮捕一般の問題となる
- ・本件基準説→逮捕の不当な蒸し返しとなり，再逮捕禁止の原則から逮捕は違法
- ∴違法な別件逮捕とは実質的な本件の逮捕である

＊別件勾留は，別件逮捕と平行的に考えれば足りる（区別して論じなくてよい）

別件逮捕が違法とされた場合の処理

- ・逮捕状請求が却下される→これに続く勾留請求も却下される
 - ・再逮捕，本件の取調べも違法とされる
 - ・取調べで得られた供述の証拠能力が排除される場合も有り
- ∴別件逮捕の効用を奪う必要

第六章 被疑者等の取調べ

1 自白

- ・ 自己の犯罪事実の全部または一部を認める被告人の供述
- ・ 主観的要件の立証に必要な、被害者のない犯罪には不可欠である

問題点 自白追及→人権（特に黙秘権）侵害，誤判惹起のおそれ

2 取調の実施

- ・ 任意の出頭要求・取調べ→出頭拒否・退出は自由（198条1項）

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。（198条1項本文）

但し，被疑者は…**出頭を拒み，又は出頭後，何時でも退去**することができる。（198条1項但書）

- ・ 供述→被疑者自身の口から詳細にわたって聴取する
- ∴適正な方法で信用性のある自白を得るため

被疑者の供述は，これを調書に録取することができる。（198条3項）

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。（198条4項）

- ・ 供述調書に録取，読み聞かせるなどして，間違いがないかどうかを尋ねる

被疑者が，調書に誤り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。（198条5項本文）

誤りがないことを認めたら，署名・押印を求めることができる（198条5項本文）

3 被疑者への取調べと法的制約

- ・黙秘権についての告知（198条2項）→黙秘権担保への重要な手段

前項の取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。（198条2項）

- ・自白の任意性の原則（319条1項）→排除されるような自白の採取を防止できる
- ・自白に対する補強証拠の要求（319条2項）→証拠の収集を怠らせない
- ・供述の採取過程に違法がある場合（黙秘権の告知がないなど）
→供述の証拠能力の否定（判例は反対）

【論点】黙秘権と自白法則の関係

(1) 被疑者に憲法上の黙秘権を認めうるか

否定説(判例)

- ・不利益な供述を強要されない（憲法38条）
→刑事訴訟法が拡張（198条2項、自己の意思に反して供述をする必要がない）
∴自白法則と黙秘権は、沿革・機能する場面が異なる

肯定説

- ∴いずれも供述強要を防ぐための手段である

(2) 黙秘に関する具体的問題

- ・被告人自身の氏名→包括的黙秘権から供述は強制されない
- ・交通事故の際の報告義務
行政目的を達成する上で必要な事項について報告義務を課すのは問題ない
刑事責任に関する事項→不利益な供述を強要するもの

4 身柄拘束中の取調べ

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。(198条1項但書)

【論点】取調受忍義務の有無

- 「逮捕又は勾留されている場合を除いては」(198条1項但書)の解釈

受忍義務肯定説(実務の大勢)

- ∴条文は逮捕又は勾留されている場合は、出頭を拒む・退去はできないと読める
- ∴現実の必要性・重要性、逮捕・勾留の効果として受忍義務を読み込みうる
- ×取調べの受忍→黙秘権の保障に反する

否定説(通説)

- ・任意に止まるべきであるとする説
- ・取調禁止説

【論点】余罪取調べの可否

- 余罪取調べの許容範囲

逮捕・勾留中の取調べは強制処分→しかし余罪取調べは限定されない(実務)

- ∴198条1項但書→特に限定はない
- ∴余罪捜査は捜査にとって有利である
- ∴逮捕勾留のくり返し→被疑者に不利

取調べは強制処分→余罪捜査は一定の制約に服するとするのが学説

- ∴勾留の基礎となる事件以外への取調べ→人権侵害のおそれ

事件単位説 原則として余罪の取調べを否定する説→例外を認めることになる

- ・被疑者に有利かつ権利侵害のおそれがない場合のみ余罪捜査が許される

例 逮捕の元になった事実の嫌疑が消滅→直ちに釈放すべき

取調べられた余罪による身柄拘束→制限されるべき

- ×逮捕が取調べのための処分でないことと矛盾しないか?

令状主義潜脱説 令状主義を潜脱することになる取調べのみが禁圧される

- ・別件逮捕における本件基準説
- 違法な別件逮捕の場合の取調べを禁止することと同じ

余罪取調べが強制処分か否か→取調べ受忍義務の有無から導かれるわけではない

例 取調受忍義務を否定しつつ、それが強制捜査であることを認めることができる

【論点】黙秘権の内容(発展)

- 被疑者の黙秘権→自己の氏名は「自己に不利益な」事項といえるか
 - # 発言強要は違法→ただ、憲法違反となるか
- 判例 否定→氏名は不利益な事実にあたらない
 - ∴ 自己が刑事責任を問われるおそれある事項にあたらない
- 氏名を黙秘したままの弁護人選任届→違法とするのが判例
 - ・ 発言強要に当たらないか？→あたらない（判例）
 - ∴ 選任の事実を明確にし、确实性を図る必要性→氏名の記載をさせる必要がある
- 刑事免責による発言強制→法律ないままの実施は違法
- 麻薬取扱者への記帳義務→違反行為発覚のきっかけになるのでは？
違法でないとする説（判例）
 - ∴ 免許を受けて特定の業務に就いた者→黙秘権を放棄したものと考えられる
- 黙秘権行使から犯罪事実の認定をすること→違法
 - 量刑上不利益な資料として考慮すること→適法
 - ∴ 黙秘の事実→被告人の反省・悔悟を強く示す手がかり
 - # 黙秘をしていることそれ自体をもって不利益事情として考慮することは違法

第七章 捜査における被疑者の防御

1 捜査に対する被疑者側の防御活動

・旧法からの沿革

捜査機関は不利な証拠も有利な証拠も集める→糾問的捜査，客観義務
被疑者 … 処罰される客体，証拠方法にすぎなかった

・新法→捜査の当事者主義化

∴訴追者は被疑者・被告人に有利な証拠を見逃すおそれ

2 証拠保全

・自己に有利な証拠の収集，保全活動

弁護士の関係者への事情徴収，弁護士会照会制度

・裁判官への証拠保全請求（179条），閲覧・謄写請求（180条）

＊被疑者の防禦権は，一行問題対策が必要

還付請求(P35)や勾留理由開示(P47)等をまとめておく

3 被疑者と弁護人との接見交通

接見交通権 立会人なしに接見でき、書類・物の授受は自由である（39条1項）

①身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、②弁護士…と**立会人なくして接見し**、又は③書類若しくは物の授受をすることができる。（39条1項）

＊憲法34条（弁護人依頼権）に由来

→これを実質化した権利とみることができる

接見交通権の趣旨

- ・身柄拘束、取調官の尋問を受ける被疑者＝攻撃防御の能力が低い→圧倒的劣位
∴実質的対等を図り、有効な弁護を受けるために必要不可欠な権利

↓

- ・弁護士が外界への窓口となりうる

訴訟の準備

適正手続の担保→違法な捜査がなされないかのチェック

身柄を拘束された被疑者の精神的な支えとなる

4 接見交通の指定

指定制度による制限

- ・起訴前に限り、捜査機関は接見の日時、場所・時間を指定できる(39条3項)

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、①捜査のため必要があるときは、②公訴の提起前に限り、第1項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、③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。(39条3項)

指定の要件

- ①捜査の必要性、③指定の不可欠性

【論点】「捜査のため必要があるとき」(39条3項本文)の内容

限定説（判例）

- ・事実上身柄に支障がある場合に限る

例 現に検証や実況見分に同行している場合など

∴接見交通権は憲法上の要請を実現化した極めて重要な権利である

∴接見交通権の重要性、接見は自由なのが原則である

∴罪証隠滅のおそれの判断は裁判所がなすべき(81条参照)

捜査官は一方当事者→罪証隠滅の虞の有無を判断させるべきではない

*「間近い時に確実な予定がある場合」を含めるべきか？

cf. 非限定説 広く捜査遂行上障害を予想される場合すべて

【論点】余罪捜査を理由とする接見指定

- A事件で被告人（被告人の接見指定はありえない）、B事件で被疑者

→B事件の捜査を理由に接見指定は可能か

余罪で逮捕・勾留されていれば、指定ができる（判例）

- ・ただし、被告事件における防御権への不当な制限にならない限りに限定される

∴逮捕・勾留がある場合→本来の接見指定の場合と区別する理由がない

*被告事件における防御権への不当な制限にわたる場合

A B事件の弁護人が同一人物である場合などがこれにあたる可能性

【判例】捜査の必要と接見交通との調整(発展)

事案

- ・逮捕直後初回の接見
→取調べ中であることを理由に接見日時を翌日 10 時以降と指定
- ・現実には捜査官の都合で取調べは行われていなかった

判例

- ・捜査機関→被疑者の防禦，できる限り速やかな接見等の日時を指定
被疑者が防禦の準備をすることができるような措置を執らなければならない
- ・初回の接見→速やかに行うことが特に重要
- ・即時・近接した接見
→捜査における顕著な支障が生じることを避けることができるかを検討すべき
- ・比較的短時間でも接見を認めるようにすべき

【論点】任意取調中の被疑者と弁護人との面会の自由(発展)

- 身柄拘束がない被疑者と弁護人との接見は自由か

39 条は身体拘束を受けている被疑者についての規定

肯定説（判例）→面会の自由がある

∴任意の取調べの必要と弁護人との接見の自由との調整

∴任意の取調べ→その開始・継続を被疑者の自由な意思に全面的に依存している
面会と取調べのいずれを優先させるかも被疑者の意思に委ねられているというべき

指定の方式

- ・ 一般的指定の制度

指定する旨の予告，弁護人から申し出があったときに具体的に指定

一般的指定書の合法性

●接見の一般的指定書

- ・ 接見の禁止が原則，指定要件を不問とするに等しいものは違法

＊違法な一般的指定→準抗告の対象になる

【論点】 具体的指定書の持参要求

＊具体的指定書 検事からの具体的指定書がない限り接見させないとの指示

(1) 処分の適法性

違法説

∵一般的指定をしたのと同様の効果が生じる

適法説

- ・ 内部的な事務連絡文書，弁護人・被告人に法的効力を与えないなら適法

∵指定内容に関して生ずる過誤を防止→接見手続を円滑に図る必要性

(2) 適法要件

- ・ 具体的指定までの待機時間→不当に長い場合は違法
- ・ 具体的指定書の持参要求→電話などの代替手段がないことが必要
- ・ 指定の内容→目的に応じた合理的な範囲で時間を確保できるよう配慮すべき

【論点】 弁護人の接見における記録の自由(発展)

●メモ・録音機の使用は自由か

→接見交通権の一つとして認められるべき

∵正確な記録保存のため必要

●法的規制を受けるか

肯定説 ∵「書類の授受」(39条)に準じる

否定説 ∵メモの検査・消去→秘密交通権を認めた趣旨に反する

5 違法捜査に対する救済

刑事手続内の救済

- ・ 準抗告の制度（429 条以下）、取消の制度（87 条など）
- ・ 自白の排除法則、違法収集証拠の排除法則など

刑事手続外の救済

- ・ 懲戒処分、刑事罰、国家賠償（国賠法 1 条）など

【論点】違法捜査に基づく公訴権濫用

違法収集証拠の排除法則ではまかなえない重大な違法がある場合
→そのような捜査に基づく公訴提起を無効とするもの（判例は、認めていない）

不当起訴における公訴権濫用論

★逮捕・勾留に対する被疑者の防禦(発展)

- ・ 逮捕に対する準抗告ができるか
- 429 条 1 項各号の準抗告の対象として「逮捕に関する裁判」が挙げられていない
否定説→準抗告による救済は認められない（判例）
∴逮捕は緊急処分であり、不服申し立てになじまない、技術的に不可能
∴逮捕に関する違法→一括して後の勾留請求段階でチェックすればたりる
cf. 肯定説 逮捕は勾留と等質の処分である、72 時間の身柄拘束がある
- ・ 勾留に対する被疑者の防禦
勾留理由開示請求→勾留の取消し請求、勾留の裁判に関する準抗告
接見交通権、勾留の執行停止

★取調べに対する被疑者の防禦(発展)

- ・ 黙秘権、出頭拒否・退出、供述調書作成の手続
- ・ 弁護人依頼権、接見交通権
- ・ 自白法則・補強法則、国家賠償・職権濫用罪の構成

★物的証拠の収集・保全と被疑者の防禦(発展)

- ・ 搜索差押令状の事前呈示、事実上の立合権
- ・ 押収物の目録の交付→仮還付請求、準抗告

【論点】外国人被疑者に対する捜査(発展)

- 逮捕状の呈示, 緊急逮捕における理由の告知→翻訳文の添付が必要か
 - ・条文はない→絶対に必要ではない
- #ある程度の告知は必要
 - 被疑者の理解できる言語により, 被疑事実の概要を知ることができる程度
- 被疑事実の要旨などの告知がないままの捜査の肯否
 - ・原則→被疑事実の要旨の告知, 黙秘権の告知は意味が分かるようにするべき
 - ↓ しかし
 - やむを得ない事情(被疑者の理解できる言語が特殊な場合など)
 - ・捜査の円滑のため, 通訳人による告知ができなくても適法とすべき場合あり
- #迅速に通訳人を確保し, 権利告知の手続を遅滞なく行うことは必要
- 例 当日は通訳人が確保できないので電話による逮捕事実の告知
 - 翌日改めて正式に通訳人を介して手続をした場合
- 供述調書の読み聞かせ及び署名・押印を求める方法
 - 口頭で翻訳して供述者に聴かせることでたりとする説(下級審判例)
 - ∴現実的な問題として, 翻訳文の作成を求めることはできない
 - ∴通訳人を証人として尋問すればその正確性のチェックはできる
- #後日の紛争に備え, 手続の状況を録音テープなどに記録するなどの配慮が必要
- 起訴状謄本の送達
 - ・翻訳文の添付→不要説=添付は好ましいというに止まる(下級審判例)
 - ∴裁判所の用語は日本語→法律的には起訴状は日本語で記載されているものを指す
 - ∴公判手続全体を通じて防禦の準備の機会を実質的に付与することができる

第八章 捜査のおわり

- ・捜査のおわり→事件は検察官の手元に集まる仕組みになっている

起訴後の捜査

公判維持のために捜査が必要なことがある

∴禁止規定はない，起訴後の捜査を前提とした条文がある（219条→被告人とある）

公判中心主義（43，282条），当事者主義との関係が問題となる

【論点】被告人の取調べ

(1) 被告事件での取調べ

●当事者主義との調和

任意処分である限り許される（判例）

∴公訴維持のため必要があるし，特に明文は禁止していない

→なるべく避けるべきであるとしつつも197条を根拠に認められる（197条）

原則否定すべきとの説

∴取調べは一種の強制処分（弁護人の立会権が排除される）である

純粹に任意（弁護人の立会，自発性・積極性）であれば，例外的に許容される

(2) 余罪の取調べ

・余罪での逮捕・勾留ない場合（在宅事件）→任意捜査の限度で許される

#被告人勾留を利用した不当な取調べに注意する必要（別件起訴の問題）

・余罪での逮捕・勾留ある場合（身柄事件）→余罪取調べの問題（P60）

#本件被告人としての地位が脅かされないような配慮が必要

例 被告事件について接見指定などの制限があってはならない

第二編 公訴

第一章 公訴提起の基本原則

1 国家訴追主義・起訴独占主義

公訴は**検察官**がこれを行う（247条）

犯罪は社会公共の関心事→国家機関による理性的処理をすべき

○集権的な組織体→公正公平な訴追が期待できる

×独善の危険

↓

＊告訴，告発，請求，検察審査会

→被害者その他の私人の意思を訴追に反映することを予定した制度

＊準起訴手続

公務員の職権濫用罪等について，検察官が不起訴処分をしたとき

→告訴人らが直接裁判所に審判を請求する制度（弁護士が検事役となる）

2 検察官処分主義

- ・ どの事実を犯罪を構成するものとして訴追できるかの選択権
被疑者について訴追の必要があるかの判断権→検察官に与えられる

検察官処分主義の現れ

- ・ 不告不理の原則(378条3号)→訴えなければ裁判なし, 起訴便宜主義
→起訴猶予(248条), 公訴取消権(257条)

起訴便宜主義 cf. 起訴法定主義

- ・ 検察官に起訴するか否かの判断権を与えるもの→起訴猶予か公訴提起か
 - ・ 捜査のあり方や検察官の性格＝捜査の糾問的色彩
→捜査の充実・事件選別の適格性があることから生まれたもの
- 不必要な起訴を減少させる, 被告人の手続の危険を軽減, 早期改善・個別処遇
→ 具体的妥当性・正義の重視
- × 刑事司法が恣意に流れる, 刑事手続の重点が捜査・訴追に傾く, 公判の役割の減弱化

* 弊害防止策

- ・ 告訴人, 告発人への不起訴処分の通知(260条, 261条)
- ・ 検察審査会制度, 準起訴手続(262条以下)
- ・ 公訴権濫用論 不当な検察官の起訴処分→形式裁判による司法的コントロール
→ 嫌疑なき起訴, 起訴猶予相当の起訴, 違法収集証拠に基づく起訴

【論点】起訴便宜主義の問題点

●**嫌疑なき起訴**→公訴権濫用ではなく、無罪という方向で処理すべき

∴予断排除の原則・256条6項に反する

∴一事不再理効の及ぶ方が被告人に有利

●**起訴猶予相当の場合にあえて起訴した場合**

原則として公訴棄却されない（判例）

∴検察官の広範な裁量権

↓ ただし

公訴権の濫用として公訴棄却もあり得る

∴検察官は公益の代表者である、濫用は許されない（1条、検察庁法4条）

→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る

【論点】一部起訴の可否

例 強盗を恐喝として訴える、住居侵入窃盗のうち窃盗だけで訴える

肯定説（判例・通説）

∴裁判所は訴因に拘束される

∴起訴猶予ができる→一部起訴も許されるというべき

例外→一部起訴を否定すべき場合

・実体的真実の要請に著しく反するような一部起訴は許されない

例 殺人を暴行罪として公訴提起

・親告罪の意味を失う濫用的起訴

例 強姦罪を暴行罪として公訴提起

∴告訴がないことにより訴えができないことを回避する意図は不当

第二章 公訴提起の手續

1 起訴状の提出

- ・ 公訴の提起の方式→検察官が裁判所に起訴状を提出する（256条1項）

公訴の提起は、**起訴状**を提出してこれをしなければならない。（256条1項）

- ・ 記載事項

起訴状には、左の事項を記載しなければならない。

- 一 ①被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項
- 二 ②公訴事実
- 三 罪名（256条2項）

③公訴事實は、**訴因を明示して**これを記載しなければならない。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實を特定してこれをしなければならない。（256条3項）

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。（256条4項）

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。（256条5項）

- ①被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項
 - ②公訴事実→③**訴因を明示**してなす（罪となるべき事實の特定・256条3項）
 - ④罪名及び罰条 公訴事実＝訴因の法律構成
- ＊罰条の記載の誤りは原則公訴提起の効力に影響がない
 →審判の対象は具体的事實の主張たる訴因
 ＊予備的・択一的記載→許される(256条5項)

公訴事實は、**訴因を明示して**これを記載しなければならない。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。(256条3項)

【論点】訴因の特定の程度

●「できる限り特定」しなければならない（誰が、いつ、どこで、何をしたか）

∴趣旨→審判対象を明確にし、被告の防御の範囲を示す

ただし、過度の特定の要求→自白の強要、公訴提起が困難になる

例外 犯罪の性質上、特殊事情がある場合

→趣旨に反しない限度である程度幅のある記載も許されるというべき

↓ ただし

求釈明により、直近の1回を起訴した趣旨であるとして、特定を補充すべき

＊判例で特定されているとされた例

・出入国関係の事件 犯罪の日時を6年余の期間内、場所を本邦とする

∴国交のない国への出国だったという特殊事情から合法

・覚せい剤使用罪 日時を8日の幅、場所を吉田町内及びその周辺→適法

∴行為の相手方、目撃者がいない

【論点】被告人の特定基準

(1) 実質的被告人の特定基準

cf. 形式的被告人

表示説 まずは起訴状の記載を基準とする（通説・判例）

∴氏名が起訴状に記載され、これが人定^{じんてい}質問で確認される

実質的表示説 検察官の意思、被告人としての挙動、手続の段階などを考慮

→合理的に誰が被告人かを定めるべき

(2) 氏名冒用の場合 例 被疑者Aが知人Bの氏名・住所を冒用した場合

冒用者について検察官の訴追意思が明確な場合

→Aが被告人になる、表示の訂正が必要になるのみ

∴氏名が冒用されたのみで実質的被告人と形式的被告人に齟齬はない。

(3) 身代わり被告の場合

人定質問で身代わりであることが判明→真の当事者を呼び出す

実質審理の結果、身代わりが判明→被告人になるわけではないが公訴棄却

∴手続が進行してしまう→終了の手続が必要

*有罪判決が下された場合→控訴、*再審（435条6号）による

*特別上告か再審か争いがある

★実質的表示説による被告違いの場合の処置(発展)

1) 検察官による捜査・取調べの対象となったA以外の者Bが公判期日に出頭した場合

・被告人は？→A

・冒頭手続で事実が明らかになった場合→単にBを排除すればたりる

証拠調べ段階で明らかになった場合

→Bを被告人とみなした上で、違法な起訴として公訴棄却（338条4項準用）

判決が下された場合

→確定前は上訴による取消し

確定後は非常上告による判決の取消し

∴無罪の場合ではなく、法令違反ある場合だから

2) 単に名前だけ騙っている場合（AがBという偽名を使っている場合）

・被告人は？→（Bこと）A

・冒頭手続で事実が明らかになった場合→起訴状の記載を訂正

証拠調べ段階で明らかになった場合→起訴状の記載を訂正（争いあり）

判決が下された場合

→確定前は表示の訂正（争いあり）

確定後は非常上告による判決の取消し（再審によるとの説もある）

【論点】略式手続における被告人特定の基準(発展)

形式的表示説（判例）

∴ 書面審査しかなされないという特殊性（人定質問すらない）

∴ 簡易迅速な手続との制度趣旨

2 起訴状一本主義

起訴状には、①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②添付し、又はその内容を引用してはならない。(256条6項)

- ・ 起訴状→裁判官に事件につき予断を生ぜしめるおそれのある書類その他の物添付、またはその内容の引用が禁止(256条6項)
→起訴に際しては起訴状だけを提出する
- ・ 白紙の状態で審理を始める→中立化した「公平な」裁判所の保障、当事者主義の実現
証拠は両当事者から公判廷に提出される→公判中心主義が取られる

【論点】いかなる程度の引用・余事記載を許すか

(1) 引用

- ・ 訴因の明示特定に必要である限りは256条6項に違反しない(判例)
- ∴ 必要性がある(文書の趣旨を判明させる限度)
- ∴ (その事案では)被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがない
- × 予断排除の趣旨を逸脱する

(2) 余事記載

- ・ 禁止の根拠→256条6項から
- ・ 被告人の前科・前歴→余事記載にあたる(判例)
- ∴ 裁判官に予断を生ぜしめるおそれ→性質上治癒しがたい違法性がある
- 例外 前科が構成要件要素となる場合・犯罪事実の内容になっている場合
- 例 恐喝罪で前科のある旨の発言を行ったなど

★刑事訴訟法上における予断排除の原則の現れ(発展)

- ・ 除斥・忌避・回避
- ・ 起訴状一本主義
勾留に関する処分→受訴裁判所以外の裁判所が行う
証拠保全の請求(179条)、証人尋問請求(226、227条)→第1回公判期日前に限る

冒頭手続

- 犯行の動機、犯罪の状況、経歴などについて詳細な質問をしてはならない
- ・ 冒頭陳述 無関係な事項の陳述を禁止(296条但書)
- ・ 自白→取調べは他の証拠の取調べ後(301)
捜査記録はできるだけ他の部分と切り離して証拠調べ請求をする(302)
伝聞証拠の証拠禁止(320条1項)

第三章 訴因と公訴事実

1 訴訟の対象～訴因制度の採用

訴因 起訴状に一個の犯罪ごとに事実を明示して記載したもの

- ・判決は訴因に対して下される
- ・趣旨→検察官の訴追意思の尊重，被告人の防御活動の便宜，裁判所の審判活動の指針
- ・訴因逸脱認定の効果

絶対的控訴理由にあたる

∴審判対象は訴因→訴因逸脱は，不告不理の原則違反（378条3号）

【論点】刑事訴訟における審判対象

(1) 審判対象は何か

訴因対象説（判例，通説）

∴不告不理の原則→当事者主義の採用，審判対象は検察官の主張

∴検察官の主張→起訴状に明示される具体的事実の主張たる訴因

cf. 旧法のもとでの見解 公訴事実対象説

(2) 訴因対象説からの帰結

・公訴事実は訴因変更の限界を画する機能概念に過ぎない（312条1項）

・判決効→訴因の範囲

ただし一事不再理効の範囲は公訴事実を同一にする範囲

∴訴因変更可能な範囲で，処罰の危険にさらされるから

→一事不再理効の根拠は被告人を二重の危険にさらさないという点にある

＊公訴時効の停止する範囲→公訴の存在の付随的效果，必ずしも一致しない

∴公訴事実の範囲で訴因変更は可能

→この範囲で「可罰性の減少，証拠の散逸」は停止する

2 訴因の変更

裁判所は、①**検察官の請求**があるときは、…②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。(312条1項)

訴因・罰条の追加・撤回・変更

- ・検察官の請求→裁判所の許可（もっとも裁判所に裁量はない）
- ∴別訴で再訴を繰り返す→検察官，被告人に負担，訴訟経済に反する
- ∴起訴の段階で，訴因の予備的，択一的記載が許される
- cf. 訂正・補正

- ・公訴事実の同一性を害しない限度で認められる(312条1項)
- ∴全く自由→被告人が不安定な立場に追い込まれる

手続 公訴提起に似た厳格な方式が要求される

→原則書面による，被告人・弁護人に陳述の機会が与えられる（312条3項，4項）

3 訴因変更の要否

【論点】訴因の同一性

事実説（判例）

- ・訴因対象説からの帰結→事実に変更があった場合には原則として訴因変更が必要
- ∴審判対象としての事実を問題にしなければ訴因制度の意義が没却される
- ×明快な基準が出にくい
- cf. 法律説→法律構成の同一性で判断する

基準 被告の防御の利益→被告人の不意打ちにならないこと

∴事実のずれ→わずかな変動については訴因変更をする必要はない

【論点】いかなる場合に防御上の不利益になるか

具体的防御説

- ・防禦上、具体的不利益が生じる場合に限り訴因変更手続を必要とする
- ×たまたま防御活動をしていれば、訴因変更の必要がなくなるのは不当

抽象的防御説

- ・訴因事実と、認定事実を対比→一般的に被告人の防御に不利益を及ぼすかで考える
- ∴訴因変更が不要な場合を一般的に防御活動が及びうる範囲に限定できる

事実について実質的な差異があるかどうかの判断例

- ・構成要件が変わる場合→通常必要
- 例 窃盗から盗品等譲受、殺人と過失致死、窃盗と住居侵入窃盗
- ・犯罪の日時・場所・方法などから判断
- ・罪となるべき事実の特徴を形成する行為または結果に違いが生じる場合
- 被害物件の数量・額、傷害の程度が増大した場合

cf. 不要な場合

- ・構成要件が変わる場合でも事実に変化がなければ不要
- 例 見張り行為について共同正犯の訴因に対し、幫助の事実を認定
- ・罪数の評価が食い違った場合（補正の話となる）
- ・縮小認定→訴因変更が不要となることがある
- ①大小関係②検察官の訴追予備的黙示的訴追意思
- ③被告人の防禦を不当に害しないこと

【論点】過失の態様

- 前方不注意の訴因→一時停止義務違反の事実と認定できるか
できない→訴因変更は必要
- ∴過失犯における過失の態様＝故意犯の場合の犯罪の方法に匹敵する部分
これに差異があれば法律的な意味が違ってくる
- ∴過失がいかなる態様のものか→被告の防御にとって大きな意味がある（判例）

【論点】縮小認定されるべき事実が親告罪の場合

- 縮小認定→原則として訴因変更は不要
↓ ただし
親告罪で、当初から告訴がない場合（強姦致傷→強姦罪）
→縮小認定できない
- ∴強姦罪について訴訟条件がない→検察官の予備的默示的訴追意思も認められない

【論点】 訴因と罪数～数罪が一罪と評価できる場合

例 併合罪が科刑上一罪と評価できる場合

●罪数の評価のみが食い違った場合→訴因の特定の要求に反しないか

適用法条が変わる場合と同様に扱う立場（判例）

∴事実の法的評価は裁判所の自由

＊一個の訴因と解釈できない場合→補正が必要になる（一罪一訴因一判決の原則）

×訴因が不明確→被告人の防御が十分にできないことになる

必ず訴因の補正を必要とする見解

∴不適法かつ無効な起訴状を補正によって有効にすべき

●事実変化を伴う場合

・訴因変更は事実変化があるから必要→訴因の補正も必要か

判例 訴因の補正は必ずしも必要ない→訴因変更だけでたりることがある

【論点】 訴因と罪数～一罪が数罪と評価できる場合

例 一罪→実体法上二罪たる併合罪であることが判明した場合

●数罪のすべてに検察官の訴追意思が認められるか（不告不理原則との関係）

起訴事実の中に数個の犯罪事実が含まれると認められる記載ある

→訴追意思あり

●訴因の特定の要求に反しないか→上の論点と同じに考える

4 訴因変更の限界

公訴事実の同一性

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…の…変更を許さなければならない。(312条1項)

- ・公訴事実→訴因変更が許される範囲を画する(312条1項)

例 窃盗ではなく、殺人を行っていた→同一性を欠く

＊ここでの公訴事実→同一性判断のための機能概念

公訴事実の単一性と同一性

- ・**単一性** ある時点で公訴事実が一個であるか→一罪といえるかの問題

例 窃盗と手段としての住居侵入→一個の起訴と見てよいか

→実体法上の罪数を基準として判断する。(判例)

- ・**同一性** 二つの罪＝事件・事実を同じ事実と扱ってよいかの問題

例 窃盗で起訴されたが、盗品等譲受が判明した場合→同じものと扱ってよいか

【論点】公訴事実の同一性の有無の判断方法

両訴因を比較→**社会的事実として、基本的事実の同一性**をもって判断する(判例)

#補助的に非両立性基準を判断している

・共通性基準→日時・場所・犯罪の客体が共通するかなど

・非両立性基準→処罰が択一関係になるかなど

∴機能概念→機能をよく果たしうるように定める

機能→訴訟経済、一事不再理効の効力の範囲、被告人の防御に不利益があるか

例 窃盗と盗品等に関する罪、窃盗と盗品の売却代金の着服

【論点】訴因変更の時間的限界

- 訴因変更の申立てに条文上制限がない

有罪判決を獲得するための訴訟の最終段階における訴因変更も許されるか？

→許されない

∴被告人側の立証の努力や負担が増加

→公平に反する、被告人の利益を著しく害することがある

要件 ①審理の期間②変更の時期③変更内容④変更する機会あったか等を総合判断

★公訴事実の同一性の有無に関する判例(発展)

公訴事実の同一性ありとなった場合

- ・ 10月14日頃の静岡県内における窃盗
10月1日頃の東京における盗品等有償処分あっせん
∴ 択一関係にある
- ・ 7月29日にした馬の売却代金の着服(業務上横領)
7月30日に馬を窃取(窃盗)
∴ 基本的事実の同一性がある
- ・ 詐欺の訴因と寄付募集に関する条例違反
基本的事実の同一性がある
- ・ 加重収賄罪(共犯)と贈賄罪 ∴ 両立しない関係にある
- ・ 覚せい剤事犯 本来複数の覚せい剤使用罪は併合罪
最終行為一回を起訴したとの釈明→日時異なる使用行為の変更が可能
cf. 本来日時の異なる複数の使用行為→併合罪で両立可能

公訴事実の同一性なしとなった場合

- ・ 窃盗幫助罪と盗品等有償譲受罪 ∴ 併合罪関係にある
- ・ 覚せい剤について8月29日に手渡した→8月下旬に手渡したという場合
1個の行為が複数の行為になるおそれ、訴因変更は不可能
訴因不特定の問題も生じる

【論点】 中間訴因が介在する場合(発展)

窃盗幫助と盗品等無償譲受罪→公訴事実の同一性なし

●窃盗幫助→窃盗→盗品等無償譲受罪との訴因変更は可能か

否定説 ∵訴因変更の範囲が際限なく広がるおそれ

∵被告人の地位の安定・防禦の範囲の告知の観点から直接的に許されない
→間接的なら許されるというのは不当

cf. 肯定説 ∵審理は流動的→やむを得ない事態

【論点】 変更後の訴因では無罪になる場合(発展)

●新訴因では無罪になる場合→裁判所は訴因変更を許可しなければならないか

否定説 裁判所には一定の場合訴因維持を勧告する義務がある

→起訴状の訴因が犯罪として重大、証拠上も明白な場合

∵無罪訴因への変更→検察官の見込み違いに対しては、補充的に職権主義が働く

*下級審判例→単純に許可すべきでない

原訴因維持を促したり、訴因維持を命じるべき

cf. 原訴因でも新訴因でも有罪になる場合

→訴因変更請求に対して裁判所は許可すべき

∵訴因の設定は検察官の権限

5 訴因変更命令

①裁判所は、②審理の経過に鑑み適当と認めるときは、③訴因…を追加又は変更すべきことを命ずることができる。（312条2項）

- ・裁判所による（312条2項）

【論点】裁判所による訴因変更命令の義務

- 訴因変更の必要性の判断が裁判所と検察官が食い違う場合
→原訴因では裁判所は無罪を言い渡す
（特に科刑上一罪の場合→一事不再理効から再起訴ができなくなる）
真実の発見の要請、検察官の意思に反するのではないか？

原則として否定する説（判例）

例外 ①相当重大な事件で、②証拠上犯罪の成立が明らかな場合

- ∴検察官の審判対象の設定・変更権限を尊重すべき
- ∴司法的正義の要請→例外を認める必要性がある

訴因変更命令の効果

- ・命令→検察官は従う義務がある

【論点】命令に形成力が認められるか（当然に訴因が変更されるか）

否定説（判例）

- ∴当事者主義に反する→命令は勧告的なものに過ぎない

肯定説

- ∴公訴事実対象説、制度の実効性

6 罰条変更命令

裁判所は、審理の経過に鑑み適当と認めるときは、…**罰条**を追加又は変更すべきことを命ずることができる。(312条2項)

- ・ 裁判所の義務
- ∴ 法令の適用は裁判所の職責である

【論点】 罰条の変更

- ・ 検察官がすすんで変更しない場合→裁判所は変更命令を発する
- ・ 変更命令は裁判所の義務→命令に形成力がある
- ∴ 法令の適用は裁判所の職責，適用法条も弁論の対象にすべき
 - ↓ ただし
 - 特に被告人の防御に実質的な不利益が生じない場合→罰条変更手続は不要
(312条4項反対解釈)

第四章 訴訟条件

1 訴訟条件の意義・機能

訴訟条件→実体判決のみならず，実体審理条件とされている

- ・ 公訴権の要件，起訴の要件
- ・ 被告人→訴訟条件がないことが妨訴抗弁権として働く

2 訴訟条件の種類

形式的訴訟条件

- ・ 手続上の事項を要件にしたもの
- 欠ける場合→純形式裁判（管轄違い・公訴棄却）

管轄違いの事由（329 条）

- ・ 事物管轄，（または）土地管轄，審級管轄等がない場合

公訴棄却の事由（338 条，339 条）

左の場合には，判決で**公訴を棄却**しなければならない。

- 一 被告人に対して裁判権を有しないとき。
- 二 第三百四十条の規定に違反して公訴が提起されたとき。
- 三 公訴の提起があつた事件について，更に同一裁判所に公訴が提起されたとき。
- 四 公訴提起の手続がその規定に違反したため無効であるとき。（以上 338 条）

左の場合には，決定で**公訴を棄却**しなければならない。

- 一 第二百七十一条第二項の規定により公訴の提起がその効力を失つたとき。
- 二 起訴状に記載された事実が真実であつても，何らの罪となるべき事実を包含していないとき。
- 三 公訴が取り消されたとき。
- 四 被告人が死亡し，又は被告人たる法人が存続しなくなつたとき。
- 五 第十条又は第十一条の規定により審判してはならないとき。（以上 339 条 1 項）

実体的訴訟条件

- ・ 公訴権が消滅する→およそ訴訟追行が許されない場合
事件の内容に関する事項を前提とする→事件に関係させて判断せざるを得ない
- ・ 欠ける場合→免訴

免訴の事由

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。(337 条)

*非類型的訴訟条件

- ・ 訴訟条件→明文に類型化されていないものがある
例 迅速な裁判の保障に反するとき、公訴提起がないのに訴訟係属が生じた場合

公訴時効

時効は、左の期間を経過することによつて完成する。

- 一 死刑にあたる罪については十五年
- 二 無期の懲役又は禁錮にあたる罪については十年
- 三 長期十年以上の懲役又は禁錮にあたる罪については七年
- 四 長期十年未満の懲役又は禁錮にあたる罪については五年
- 五 長期五年未満の懲役若しくは禁錮又は罰金にあたる罪については三年
- 六 拘留又は科料にあたる罪については一年（250条）

【論点】公訴時効の本質

新訴訟法説 公訴時効制度の目的・機能から考える

- ・一定期間訴追されていないという既成事実の尊重（時効一般のねらい）
- ・国家が訴追権を発動しない→被告人の地位の安定が得られる
- ∴ 刑の軽重によって時効期間が異なること、免訴の判決が下されることを説明できる
- cf. 実体法説→刑罰権の消滅を理由とする × 免訴ではなく無罪では？
- 訴訟法説→証拠の散逸による立証の困難に配慮
- × 罪により時効期間が異なることの説明ができない

★公訴時効の起算点→結果発生時を基準とする（発展）

- ∴ 結果発生＝既遂時に公訴提起権が発生する
- ・ 結果的加重犯の場合→加重結果発生時か基本結果発生時かで争いあり
- ・ 観念的競合→すべての行為を一体的に捉える（判例）
もっとも重い刑を基準とし、かつ最終結果発生時から起算
- ・ 牽連犯→原則として観念的競合と同じ
目的行為が手段行為の時効期間満了後に実行された場合
→例外的に個別的に判断する

【論点】公訴時効の停止

＊公訴時効の停止 一定の停止事由が消滅した後に残存期間が進行する制度

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。(254条1項)

(1) 訴因不特定により公訴棄却された場合→時効は停止するか

場合によって時効が停止するとする説(判例)(限定肯定説)

- ・場合→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場合
諸事情を総合考察
(起訴状の公訴事実に表示された犯罪の同一性、検察官の釈明内容など)
- cf. 公訴提起が不存在と見られる程度の瑕疵がある場合→停止しない

(2) 停止の範囲

客観的範囲 公訴事実が同一とみられる範囲

- ∴公訴事実の同一性の範囲＝同時処理の義務ある範囲で、一事不再理効が及ぶ
→バランス上、公訴時効の範囲も同一と言うべき
- ∴訴因変更が必要になった場合
→重大犯人でも公訴時効により処罰を免れる結果になるのは妥当でない

主観的範囲

- ・犯人でない者に対する公訴提起
→真犯人に対する時効の停止の効果は発生しない(学説)
- ∴公訴は人的に可分である
- ・身代わり犯人の場合
→身代わり犯人と真犯人との間には、事後共犯的關係がある
254条2項の準用によって、真犯人との関係でも時効は停止する

(3) 科刑上一罪の時効期間・起算点→判例の内容(時効連鎖説)

- ・観念的競合 もっとも重い刑を基準として、最終結果発生時から起算
- ・牽連犯 原則もっとも重い刑を基準に、最終行為のときから起算する
目的行為が手段行為の時効期間満了後に実行されたとき→個別的に
- ∴科刑上一罪は刑罰権が1つであることに対応させ、一体として扱う

- ・結果的加重犯の場合の時効の起算点→結果発生時とみるべき

3 訴訟条件の審査

審査方法

- ・ 裁判所の職権調査事項（例外 土地管轄）
- ・ 訴訟条件は、実体判断に先行すべきなのが原則

【論点】訴訟条件存否の判断基準(発展)

●事例

起訴状記載の訴因を基準とすれば訴訟条件を具備

裁判所の心証を基礎とすると訴訟条件を欠く場合→いずれを基準とすべきか
訴因を基準とする説

→変更された訴因を基準に形式裁判をなす、変更がなければ無罪となる

∴審判対象は検察官の主張たる訴因である

cf. 心証基準説→そのまま形式裁判をすることになる

●一般に縮小認定→訴因変更なく裁判所は認定できる

訴訟条件存否の判断の場合も縮小認定が許されるか？

肯定説（判例）

∴検察官の訴追意思は縮小認定されるべき事実にも認められる

→その範囲で裁判所が事実を認定できることは、訴訟条件の点も変わらない

時間的基準

- ・原則 起訴から判決まで訴訟の全過程を通じて存在する必要
- ・例外 被告人が住所を移した場合など

【論点】訴訟条件の追完～親告罪の告訴の追完

起訴時から、告訴は必要とする説（判例）

例外は認められるか→**原則否定**すべき

∴訴追側のミスは看過できないほど大きい

∴いったん公訴棄却されれば再起訴される前に示談が行われる余地がある

→訴訟経済に反しない

＊例外を認める説 被告人が追完に同意した場合、冒頭手続までに追完された場合

∴被告人に不利益はない、やり直しの強制は、被告人にとって不利益

【論点】訴因の追加・変更と追完（発展）

●起訴時は窃盗罪→後に器物損壊罪の追加

起訴時に告訴がなかったが、訴因追加の際に告訴があった場合

→実体裁判はできるか

下級審判例 実体裁判は可能である

∴訴因の追加・変更手続により親告罪として審判すべき事態に至ったとき

→その時点で初めて告訴が必要になったに過ぎない

事物的基準

- ・ 犯罪の種類や軽重によって訴訟条件の存否が影響を受ける場合
- ・ 審判対象が訴因である→訴因が標準となる（争いあり）

【論点】訴因変更による訴訟条件の追完

●時効完成した単純横領罪から、時効未完成的業務上横領罪への訴因変更は可能か 否定説

- ∴不適法起訴であり、免訴の判決が下されるべきものである
- ＊一事不再理効が発生→検察官は、公訴を取り消して、再訴

肯定説

- ∴否定→完璧な訴因を掲げるため捜査が糾問化するおそれ
- ∴訴因変更による追完→事の性質上、必要性を法が認めていると解される

【論点】違法訴因への変更

例1 時効未完成的業務上横領罪から、時効が完成した単純横領罪への変更

肯定すべき

- ∴審判対象の設定は検察官の専権、被告人にとって利益となる
- これ自体が不適法訴因への変更の問題（＊不適法訴因への変更も同様に考えられる）
- ただし、公訴棄却となる訴因への変更
- 無罪判決の回避だけを目的とする変更は許されない

例2 過失致死罪で簡易裁判所に起訴→審理の結果殺人罪と判明

●訴因変更は必要か→必要

- ∴審判対象は訴因が基準となる、故意と過失との間には決定的な違いがある（被告人の防禦に影響を及ぼす事実の変化が認められる）

●簡易裁判所に管轄権がない訴因変更は認められるか（不適法訴因への変更の可否）

- 可能、訴因変更によって、形式裁判
- ∴管轄違いという違法によって再起訴の可能性を奪うのは妥当でない
- ∴審判対象の設定は検察官の専権

★簡易な手続(発展)

簡易公判手続

- ・要件
被告人が有罪の陳述をなしたこと
短期1年以上の懲役・禁錮にあたる事件ではないことなど
- ・効果 伝聞法則の適用なし, 厳格な証明によらなくてよいなど

略式手続

- ・公判を開かず(非公開・書面審理だけで)小額の財産刑を科すもの
起訴状一本主義の適用がない

第三編 公判手続

第一章 迅速な裁判

すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。(憲法 37 条 1 項)

「迅速な裁判」の意義

- ・ 社会不安を除く、刑法の抑止力の十分な発揮、処罰の確保、人的物的資源の経済
- ・ 被告人の利益
被告人たる地位→物心両面において大きな負担（身柄拘束、被告人というラベル）からの早期解放→誤判の防止
- ・ 国家側の利益→証拠の散逸、真実発見が困難

迅速な裁判を担保するための各種の規定

- ・ 逮捕・勾留の期間制限（203 条以下）、告訴期間の制限（235 条）
公訴時効制度（250 条）
- ・ 起訴状謄本の遅滞なき送達(271 条 1 項)、訴因の特定(256 条 3 項)、訴因変更の制度(312 条 1 項)、集中審理の原則(規則 179 条の 2)
- ・ 事前準備、準備手続、証拠開示制度
- ・ 簡易公判手続（291 条の 2）、略式手続(第 6 編)、交通事件即決裁判手続
- ・ 上訴の提起期間制限(373 条, 414 条)、即時抗告・特別抗告の提起期間制限（422 条, 433 条 2 項）（上訴段階での迅速裁判実現の規定）

【論点】長期訴訟の打ち切り

●現に裁判が遅延した場合→どのように救済すべきか

- ・ 量刑について、未決通算する、国家賠償の請求
- ・ 端的に打ち切る→根拠は憲法 37 条 1 項
「審理の著しい遅延の結果、被告人の権利が害される異常事態が生じた場合」

具体的要件 ①遅延の期間、②遅延の理由、③被告人に生じた損害

手続 公訴時効期間以上の審理の中断があった場合

→時効完成の場合に準じて、**免訴判決**による（判例）

* 37 条 1 項の具体的権利性も確認しておく

*反対説

被告人側が積極的な審理促進の行動を取らない場合

→迅速な裁判を受ける権利を放棄したものとみなすべき（要求法理）

×被告人側に積極的な審理促進を期待することは困難

（無罪判決が確実に予想される場合でない限り）

第二章 公判の準備

1 被告人の出頭確保

- ・被告人その人がいなければ公判は始まらない

前3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。(286条)

召喚 裁判所等一定の場所に出頭を命ずる強制処分

公判期日には、被告人を①召喚しなければならない。(273条2項)

- ・公判、身体検査のために用いられる。証人、鑑定人に対しても行われる

勾引 被告人・証人・身体検査の被験者等を一定の場所に引致する強制処分
召喚の担保方法、召喚不応のおそれ、住所不定の場合など(58条, 68条)

勾留 (被疑者の勾留と基本的に同一)

- ・逃亡及び罪証隠滅を防止するために認められた身柄を拘束する裁判とその執行(処分)
長期にわたる→最初は2ヶ月, 1ヶ月ごとに延長される
 - ・勾留からの暫定的釈放…保釈
権利保釈(89条), 裁量保釈(90条), 義務的保釈(91条)
勾留を観念的には維持, 保証金を納付→不出頭の場合は没収する
- cf. 被疑者への勾留においては保釈は認められない

★被告人が心神喪失状態にある場合の措置(発展)

心神喪失の状態

→被告人としての重要な利害を分別し,

それに従って相当な防禦をすることのできる能力を欠く状態

措置→314条1項本文を根拠として、公判手続を停止すべき

2 証拠の収集保全

捜索・押収（検察官，被告人，弁護人の立会が可能，113条）

検証・鑑定・その他

＊公判廷で行うときは令状はいらない

【論点】裁判所が行う捜索・押収，検証

(1) **令状主義**→公判廷内であれば，令状は不要（106条参照）

∴公判廷外→現実には捜査機関による捜索・押収

cf. 捜査機関による場合→220条以外無令状の強制処分は不可

(2) **立会権**

裁判所が行う捜索・押収，検証→立会権の保障（113条）

∴裁判所の職務執行の公正

cf. 捜査機関による場合→立会権は認められない（113条の準用がない）

捜査遂行上の便宜から，被疑者を立ち会わせる場合があるに過ぎない（222条6項）

(3) **検証** 裁判所自身が行う（108条1項）→無令状でよい（128条）

3 公判準備の手続

事件の配付，起訴状謄本の送達，弁護人の選任

公判期日の指定・変更

公判の準備（事前準備，準備手続）

証拠開示（40条，99条2項，299条1項，300条はいずれも不十分）

【論点】証拠開示が認められるか

●必要性→検察官が提出する予定がない証拠を閲覧する根拠条文がない

(1) 証拠開示の可否

- ・裁判所が命令を発することができる（判例）
- ∴被告人と検察官の立場との実質的対等を図る
- ∴認めないこと→真実発見，人権保障のいずれの要請にも反する
- ・具体的手段・根拠→裁判所の訴訟指揮権による（294条）

(2) いかなる要件の下になしうるか（弁護側による証拠を閲覧の程度）

●弁護人の請求に応じて無条件に開示命令を出しうるか

→**個別開示命令にとどめるべき**（判例）

∴全面開示→被告人による証人威迫・罪証隠滅のおそれ，弁護活動の低調化

要件（判例）

- ・証拠調べに入った後（予断排除）
- ・具体的必要性を示す（濫用を防ぐ）
- ・事案の性質，審理の状況など諸般の事情に照らし，防御のために重要であり，罪証隠滅，証人威迫などの弊害のおそれがなく相当と認められるとき

第三章 公判手続の進行

1 公判廷の構成

- ・ 公判期日の手続→公判廷で行われる（282条1項）
裁判官，裁判所書記官が列席し，検察官，被告人が出席して開く（282条2項）
＊被告人は裁判長の許可がなければ退廷できない（288条1項）

2 公判期日の手続

冒頭手続(291条)

- ・ 人定^{じんてい}質問→起訴状の朗読→黙秘権等を告知
→被告事件について陳述する機会を与える（**罪状認否**）

証拠調べ手続(292条)

（最終）弁論手続…当事者の意見陳述

- ・ 論告（293条1項） 検察官→事実及び法律の適用について意見を述べる＊**求刑**
- ・ 弁論（293条2項） 被告人・弁護人の意見陳述（被告人の弁論を**最終陳述**と呼ぶ）

判決の宣告（342条）

3 公判調書

公判調書（48条1項）→公判期日の経過や内容を明らかにするもの

第四章 証拠法総説

1 証拠の意義と種類

証拠 訴訟上確認すべき事実を推認する根拠となる資料 ＊媒体を証拠資料と呼ぶ

直接証拠と間接証拠（情況証拠） 要証事実を直接証明する証拠かどうか

直接証拠の例 自白，目撃証言

供述証拠 人間の供述

補助証拠 証拠の証明力に向けられた証拠（cf. 実質証拠）

証拠能力・証明力の有無の判断の誤り

- ・ 証拠能力の有無の判断の誤り→法令違反
- ・ 証明力の有無の判断の誤り→事実誤認
- ＊論理則・経験則に反する判断の誤り→法令違反

2 証拠調べの手続

冒頭陳述 証拠により証明しようとする事実を明らかにすること

- ・ 訴訟指揮を容易にし，防御の用意をさせる
- ・ 検察官の冒頭陳述は必要的（296条本文）

証拠調べの請求

- ・ 当事者の請求（298条1項）
- ・ 裁判所の職権（同条2項）→明白な遺脱，被告人側の立証が不十分な場合

＊公判廷外の被告人の自白（301条）

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取調べ請求ができない

証拠決定 決定で請求の採否を認める（規則190条）

証拠調べの範囲・順序・方法の決定→裁判所がなす（297条）

証拠調べの実施

(1) **被告人質問(311条)** 包括的黙秘権→任意の供述を求めうるに過ぎない

(2) 証人尋問

・証人適格

証人となりうる資格→原則として何人でも証人としてこれを尋問できる（143条）

例外 当該事件の訴訟関係人

＝裁判官，検察官，弁護士，被告人

証人の義務→出頭義務，制裁（150，151条），勾引されることがある（152条）

宣誓義務（154条），証言義務（148条参照）

証言拒否が認められる場合

・自己負罪拒否の特権が認められる場合→後述

・一定の近親者が刑事訴追・有罪判決を受けるおそれがある場合

・一定の職にある者の職務上知り得た他人の秘密に関して（149条本文）

裁判所による尋問の制限（295条）不当な誘導尋問など

cf. 鑑定人 一般的学識に基づく報告→代替性がある（165条）

証人適格

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。(143条)

【論点】被告人の証人適格

- 被告人が進んで証人になることを求めたとき→証人適格を認めるべきか
→否定すべき
- ∴黙秘権(311条)→証人は原則として証言の義務があることに矛盾
- ∴すすんで証言をしない者→後ろめたいことがあるとの推認が働くおそれ
- ∴手続規定がない

【論点】共同被告人の証人適格

- 相被告人の犯罪事実についての証人適格→認められるか
- ∴黙秘権を有するのは同様
- ∴肯定→共同被告人の意思に反しても証人となしうるおそれがある、手続規定がない
- ＊手続を分離すれば、証人として喚問できるとするのが判例
- ∴自己負罪拒否の特権を有するのは同様
- ∴手続を分離した以上、訴外第三者に過ぎない
- ∴供述義務を課しても、自己に不利益な事実については証言拒否できる
- ×他方被告人の手続において自己の犯罪事実についての供述が強制されるおそれ
- cf. 否定説 ∴証言の拒否により有罪との推定が働くのではないか

【論点】共同被告人の被告人としての供述→後述

3 証拠裁判主義～証拠による立証

事実の認定は証拠による。(317条)

- ・事実の認定は証拠による(317条)→法定証拠主義の排斥, 厳格な証明の要求
- ∴刑事手続→適正手続の保障(304条～310条)
- 証拠能力に関する厳格な規定(319条～328条)
- ∴自白によって犯罪事実を認定するという方式の排除
- 「事実」→罪を断ずるためのもの→公訴犯罪事実を指す
- 「証拠」は適法なものを予定する→適式な手続を経た証拠能力ある証拠

【論点】厳格な証明の妥当範囲

＊厳格な証明 証拠能力があり, 適式な証拠調べを経た証拠による証明方式

原則 厳格な証明が必要

- ∴公平な裁判所の担保, 適正手続の保障
- ↓ ただし, すべて厳格な証明が必要なわけではない(∴訴訟遅延を避ける)
- ∴刑罰権の存否, 範囲の確定にかかる部分に関する事実まで広く厳格な証明が必要

●アリバイは, 厳格な証明の対象か

対象になる

- ∴有利な証拠も犯罪事実の「存否」と規定されている(321条1項3号)
- ∴被告人に有利な事実は, 証明度が低くてよい→過度の負担ではない

＊自由な証明の対象になる例

- ・情状事実 ∴重要性の質が異なる, 資料を限定しないため
- ・訴訟法上の事実 ∴犯罪事実と根本的に異なる
- ただし, 自白の任意性についての事実のみ例外
- ∴自白の任意性は犯罪事実の証明についての影響が大きい
- 被告人に十分な防禦の機会を与えることが求められる

【論点】訴訟条件と証明(発展)

●訴訟条件に関する事実が厳格な証明が必要か

通説は自由な証明でたりとする

∴実体法的事実ほどの重要性はない

自白の任意性を基礎づける事実はどうか→判例は自由な証明でたりとする

cf. 厳格な証明によるとする説

∴訴訟条件は刑罰権行使の前提条件→重要さとして処罰条件と異なる

●訴訟条件の挙証責任は誰が負うか

通説は検察官とする

∴有罪に向けての一つの要素である

∴公訴提起・遂行の適法性について、その任に当たる検察官は責任を持つべき

自白の任意性の挙証責任→検察官が負うが、きっかけとして被告人の主張が必要

4 証明の対象

- ・起訴状に記載された公訴事実＝訴因
証明が必要な事実→刑罰権の存否及び範囲を定めるすべての事実（前述）
 - ・構成要件該当事実，違法有責な事実，処罰条件，刑の加重減免事由…など

cf. 不要証事実

- ・弁論に現れない事実
例 犯罪阻却事由→被告人の主張・立証が証明の必要な範囲を左右する
- ・公知の事実
- ・法律上推定された事実

心証の程度

- ・歴史的証明で足りる→合理的な疑いを越える程度の確信（最高度の心証）
∴無罪推定の原則（憲法 31 条，336 条）

【論点】裁判所の事実認定が立法趣旨に拘束されるか(発展)

立証趣旨→証拠と証明すべき事実との関係

否定説

∴自由心証主義

∴証拠が反面において自己に不利に扱われる可能性があることは予期すべき

証拠を立証趣旨と異なる事実の認定に利用する場合→その旨の釈明は必要

5 自由心証主義

証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。(318条)

- ＊証明力 証拠の一般的信用性、要証事実の具体的な推認力
- ・証明力の評価を裁判官の自由な判断に委ねる(318条) cf. 法定証拠主義
経験則や論理法則にそった合理的心証である必要
- ∴法定証拠主義の弊害を防ぐ
→具体的妥当性を逸する、自白中心→拷問裁判に結びつく恐れ
- ∴人間の理性に信頼を置く

内容

- ・証拠能力の評価には及ばない(318条参照)
- ・証拠の信用性(証明力)の評価は自由

合理性担保の制度→＊自由心証主義の制約

- ・当事者主義→偏見に陥ることを防ぐ
- ・証拠能力の制限、判決書による担保(44条, 335条1項など)
例 自白には補強証拠が必要である、公判調書(52条)
- ・上訴制度
- ・鑑定の利用、証明科学の発達→＊科学的法則を無視できない
- ・裁判の公開、合議制、除斥・忌避・回避の制度

6 挙証責任と推定

実質的挙証責任

- ・ ある要証事実の存否が不明→真偽不明の場合、要件がないものと扱う
これによって不利益な判断を受ける当事者の負担
- ・ 検察官負担の原則→「疑わしきは被告人の利益に」
- ∴ 刑訴法→無辜の不処罰，人権保障
- ∴ 刑罰権の発動を求めるのは国家の代表者たる検察官である

cf. 形式的挙証責任

- ・ 実質的挙証責任を負う当事者に課される立証行為の負担（実質的挙証責任の投射）

被告人側への転換

- ・ 犯罪阻却事由 被告人は証拠提出の責任を負う（一応の証拠の提出）

【論点】実質的挙証責任を負う者

● 検察官が挙証責任を負うのが原則(336条)→**挙証責任を負う範囲?**

- ・ 構成要件該当事実・客観的処罰条件 ∴ 犯罪事実に関わるそのもの
- ・ 違法・責任阻却事由 ∴ 刑罰権の不存在に関わる事由
ただし、被告人が一応の証拠提出責任を負う
- ∴ すべてを積極的に立証する必要があるとすると検察官の加重負担、証拠提出責任は過重な負担とはいえない
- ・ 訴訟法上の事実、刑の量定の基礎となる情状
→ 有利な効果を主張する者が事実を立証

【論点】法律上の推定

検察官が前提事実を立証→推定事実不存在の挙証責任が被告人に転換されるもの
無罪推定の例外→合憲といえる要件

- ① 反証の方が容易かつ妥当である特別の事情
- ② 許容的推定
- ③ 前提事実から推定事実を推認することが合理的な場合
- ④ 被告人が立証する方が便宜

【論点】挙証責任の転換

適法要件→法律に明文があり、転換に強い合理的理由が必要

∴ 無罪の推定に対する例外

- ① 被告人の挙証事項が検察官の挙証するその他の部分から合理的に推認されること
- ② 被告人が挙証する方がむしろ便宜
- ③ その部分を除いても処罰が肯認されうる

(1) **名誉毀損罪における事実の真実性の証明**

名誉を侵害する危険のある表現行為は行われている

名誉権保護と表現の自由の利益との調和

→ 行為者に挙証責任を負わせても酷ではない

(ただし、証明の程度を低減させる→証拠の優越の制度)

(2) **同時傷害の特例**

因果関係の立証の困難性を救う必要性

暴行がある→犯罪として相当の可罰性がある

【論点】推定の効果(発展)

- ・ 挙証責任の転換か、証拠提出責任か→挙証責任の転換とするのが通説
- ・ 義務的推定か、許容的推定か
 - 義務的推定→被告人の証明がないと、推定事実の認定が義務づけられる場合
 - 許容的推定→推定事実の認定をしなくてもよいというもの
- 許容的推定とする説→証明がないことは一種の状況証拠
- 義務的推定とする説
- ×裁判官の確信に反してまで推定事実の認定を強制することは妥当でない

第五章 関連性

1 関連性の意義

- ・ 関連性 要証事実の存否の証明に役立ちうる性質→証明・認定をなす最低限の基盤
関連性のない証拠→証拠能力がない（明文はない→295条から推測）
特に、状況証拠（＝被告人の性格、機会性、類似事実の立証）について問題となる
- ・ 論理的関連性 事実の推認力を高めたり、低めたりする属性自体
法律的関連性 事実認定を誤らせるなど訴訟上不都合があるかの問題

証拠能力の判断方法

- ① 論理的関連性
- ② 法律的関連性→悪性格の立証、伝聞法則、不任意自白の排除
- ③ 証拠禁止→違法収集証拠排除法則

【論点】悪性格の立証

- 悪性格の立証（＝素行が悪い，前科があるなど）→証拠能力は認められるか
 - 原則として，否定される
- まったく異なる前科・余罪の場合→論理的関連性が否定される
- ∴犯罪との因果的結びつきが微弱である
- 同種の前科・余罪である場合
 - 論理的関連性は肯定されるが，法律的関連性は原則否定される
- ∴裁判官が不当な偏見を抱く可能性がある
- 但し，法律的関連性が認められる場合
 - ①犯罪の主観要素を立証②際立った手口がある場合の類似事実を立証する場合
- ∴法律的関連性は政策的規定であるから，弊害が少ない場合には緩和する運用も可能
- ＊善良な性格の立証は可能→無罪の推定力を高める
- この場合，検察側が悪性格を立証することは可能
- （とはいえ，起訴事実との関連がある必要がある）

2 写実的証拠

・写真、ビデオテープ、映画フィルム、コピー

【論点】写真の証拠能力

- (1) **現場写真** 犯行の現場を撮影したもの
 - ・証拠としての性質→非供述証拠というべき（判例）
 - ∴当該写真自体、またはその他の資料で事件との一般的関連性が認められればよい
 - 撮影者らを証人として喚問する必要はない
 - ∴写真の対象は物である→伝聞ではない
 - ∴偽造・修正などの危険性→他の証拠一般にいえることである
- (2) **説明写真** 供述内容を明らかにするために供述の一部として使われる写真
 - ・独立の証明力を持たず、供述と一体をなしていると考えられる
 - 書面の証拠能力が認められるかどうかの問題
- (3) **再現写真** 立会人が犯行状況を再現したところを撮影した写真
 - ・立会人の再現内容の真実性を立証するための証拠
 - ∴行動により供述していると考えられる
 - 供述証拠というべき（321条1項2号3号、322条1項）

3 科学的証拠

【論点】ポリグラフ検査

- (1) **捜査方法として適法か（黙秘権の侵害にならないか）**
 - 侵害にならないとする説（判例）
 - ∴採取されるものは生理的变化に過ぎない→性質は非供述証拠である
 - ∴被験者の答えは必ずしも必要でない
 - 侵害になるので、同意が必要とする説
 - ∴生理的变化は独立して証拠となるのではなく、問いとの対応で意味をもつ
- (2) **自然的関連性（関連性の）問題**
 - 検査結果が信頼性あることがうかがえる場合→証拠能力を肯定してよい
 - （検査者、器具の性能、経過・結果の忠実な記録）
- (3) **法律的関連性の問題→鑑定受託者作成の鑑定書の証拠能力→P124**

【論点】コピーの証拠能力(発展)

判例 写しを証拠として許容すべき基準

- ・ 原本の存在，写しが原本を忠実に再現したものであること
 - ・ 写しによっては再現できない＊原本の性状が立証事項とされていないこと
＊すかし，材質など
 - ・ 原本の提出が不可能または著しく困難であることは要件として不要
- ∴ 証拠能力の問題ではない（最良証拠の法則，写し提出の必要性の問題に過ぎない）

電磁的記録とコピー

原則は印刷された書面を原本とする，公正証書などは記録が原本

★科学的方法で導き出された情報の自然的関連性(発展)

例 犬の臭気選別，声紋鑑定，ポリグラフ検査，DNA 鑑定など，毛髪鑑定

- ・ 検査に関して正しい手続が採られたこと（例 強制でない，必要性・相当性）
- ・ 基礎にある科学的原理が確かなものであること
→かつ，用いられた技術がこの原理にかなったものであること
- ・ 検査の実施者・分析をした者が必要な資格を備えていること
供された器械が検査の時点で正しく作動していたこと

【論点】科学的捜査方法(発展)

- 自動速度取締装置→写真撮影の適法性（同乗者の容貌の撮影→肖像権の侵害）

判例 適法

- ∴ 現に犯罪が行われている場合になされる，緊急の証拠保全の必要性がある
- ∴ 方法も相当性がある

第六章 自己負罪拒否の特権

1 意義と根拠

何人も、自己に不利益な供述を強要されない。(憲法 38 条 1 項)
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。(146 条)

- ・供述の強要から保護される人の法的地位 (憲法 38 条 1 項)
プライバシーの保護, 自己弾劾の峻拒
- ・趣旨 苛烈な糾問によって人間の尊厳が抑圧されることを防ぐ
- ・それ以外の者 (証人など) の特権 (146 条)
被告人の権利→黙秘権 (291 条 2 項, 311 条)
＊特権の放棄は可能→供述義務を負う

2 拒否権の及ぶ事項・範囲

主観的範囲 第三者の場合に問題となる (被告人→包括的黙秘権がある)

客観的範囲 自己負罪の事実

- ・法的に刑事責任を負わせ, またはこれを加重するような事実に限る (146 条)
∴本特権の趣旨
- ・民事責任, 名誉低下, 公訴時効が完成している罪それぞれに関する罪は含まない
cf. 刑事責任を負う可能性があるなら, 民事手続などでも, 本特権は妥当

3 特権の効果

- ・供述義務を課すことの禁止
- ・証拠禁止 ∴違法な証拠の利用を許さない
- ・不利益推認の禁止 (×黙秘するとは後ろめたいのだろう)

第七章 自白

1 自白の意義

- ・ 自己の犯罪事実の全部または一部を認める被告人の供述
cf. 承認（322 条）＝不利益な供述すべて（自白は承認の一種）
自認（319 条 3 項）＝有罪である旨の陳述（291 条の 2）（有罪である主張を含むもの）
- ・ なされた時期，形式，公判廷の内外（319 条 2 項）を問わない

【論点】公判廷における有罪である旨の陳述

- かかる陳述は，補強証拠が必要な自白（憲法 38 条 3 項）にあたるか
文言上，公判廷の内外で区別がないが？
あたらないとする説（判例）
∴公判廷の陳述→拘束・陳述義務ない発言は証明力は高い
∴裁判所の被告人の態度・質問権行使→公正さが担保される
＊刑事訴訟法によって，補強証拠は必要とされる（319 条 2 項）

証拠上の規制

- ①証拠能力の制限（任意性の要求）②補強法則

2 証拠能力

①強制、拷問若しくは脅迫による自白又は②不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、③これを証拠とすることができない。(憲法 38 条 2 項)

強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白④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。(319 条 1 項)

①強制、拷問、脅迫による自白、②不当に長く抑留・拘禁された後の自白
→③証拠能力の否定(憲法 38 条 2 項、319 条 1 項)、④任意性を要求(319 条 1 項)

【論点】排除の根拠と基準

(1) 根拠

- ・虚偽排除説(判例)
強制による自白の内容は虚偽である蓋然性が類型的に高い
- ・人権保障説
自白の強制は供述の自由など人権を侵害するもの→禁止で人権保障を担保
×人権保障→黙秘権と自白法則を混同するものである
- ・任意性説 虚偽排除説+人権保障説
- ・違法排除説
自白は違法収集証拠排除法則の自白版
×319 条はその文言上、心理状態を問題にしていることは明らかである

(2) 基準→根拠から導く

- ・虚偽の自白のおそれがあるか(判例)
- ・人権保障説→人権を不当に圧迫する状況で採られた自白でないか
- ・任意性説→自白が任意でなくなされた状況があるか?

(3) 判例で問題となった事案(具体的問題)

施設下での自白

- ・反証のない限り、供述の任意性につき一応の疑いをさしはさむべき

例外的な事例

終始穏やかな雰囲気の中に取調べがすすめられた場合など
→反証があったものとされる(判例)

偽計による自白、約束による自白

- ・虚偽の自白を導くものでなければ、証拠能力あり(判例)
提示された利益の内容、提示者と利益の関係、利益提示の態様
→以上の内容を総合判断

【論点】 自白の証拠能力(発展)

- 黙秘権の告知がない場合
自白内容に虚偽の介入する余地がある限りで証拠能力否定
- 自白自体に任意性あり→先行する捜査手続に重大な違法があった場合
判例
 - ・ 違法の重大性の程度→証拠禁止の場合がある
違法収集証拠排除法則の応用
- 違法に収集された証拠物を示すことによって得られた自白
 - ・ 任意性説，虚偽排除説→自白の任意性判断の一資料として判断すべき
- 反復自白の証拠能力
 - ・ 任意性説，虚偽排除説→第二自白の証拠能力は独立して判断すべき
 - ∴ 自白法則と違法収集証拠排除法則は区別されるべきである

3 補強法則

補強法則とその理由

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。(憲法 38 条 3 項)

被告人は、①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。(319 条 2 項)

- ・ 唯一の不利益な証拠が自白の場合→有罪とされない（憲法 38 条 3 項， 319 条 2 項）
- ∴ 自白偏重の防止→万に一つの間違いを避ける

補強証拠の内容

- ・ 自白から独立したものである必要→被告人の供述は補強証拠にならない

【論点】被告人自身が記載した帳簿→補強証拠適格の問題

- 帳簿の補強証拠能力は認められるか→肯定される場合がある（判例）
 - ・犯罪の嫌疑を受ける前にそれと関係なく記載されていること
 - ・独立の証拠能力があること、証拠価値からみて極めて高度の信用性があること
 - 機械的に記載され、客観的事実に照応するもの（例 商業帳簿）
- ∴自白強要防止など補強法則の趣旨に反しない
- ∴右の証拠の証拠能力を否定→実体的真実に反し不当な結論を招く

【論点】補強を要する事実の範囲→補強証拠能力の問題

(1)いかなる範囲の事実につき補強が必要か

実質説（判例）

- ・自白の真実性を担保する証拠があればよい
 - 罪体の一部でも、どんな証拠でも足りる
- ∴罪体の一部についてたまたま補強証拠がないと無罪とならないようにすべき
- ∴処罰が偶然に左右されるおそれ
- ×自由心証主義の例外を自由心証で決することとなる

罪体説

- ・罪体＝犯罪事実の客観的側面の全部または重要な部分につき補強証拠が必要
- *罪体 犯罪事実を構成する事実
 - （行為者、行為・結果→少なくとも後者を補強する必要）
- *自白の真実性を担保する証拠
- ①何人かの犯罪によって結果が発生したとの事実について補強が必要である
- ②事実の存在を合理的に推認させるに足りればよい
- ∴補強法則の趣旨からすれば明確な基準によって判断すべき

【論点】補強証拠の証明力

相対説 自白と相まって犯罪事実の認定ができればよい（判例）

- ∴犯罪事実の認定に必要な心証の程度について、特に例外を考える必要なし
- cf. 絶対説…補強証拠のみで事実を立証し得る一応の証明力が必要
- ∴補強法則の趣旨の徹底
 - 自白の証明力とは別個に補強証拠による証明を必要とすべき

【論点】共犯者の自白（供述）と補強法則

＊本論点の前提として、共同被告人の供述を証拠としうるのが問題となる点に注意

(1) 補強証拠の要否

●供述は共犯者との関係で自白ではない→補強法則の拡張の必要性があるか

消極説（判例）

∴共犯者は第三者である

∴補強証拠は自由心証主義の例外→厳格に解すべきである

＊ただし、共犯者の供述の危険性、供述の重要性・必要性に配慮すべき

→裏付け証拠がない認定は不合理な認定であることが多い

他の証拠がないのに被告人の有罪の確信が得られるのはまれ

(2) 補強証拠能力

・被告人の自白の補強証拠たりうるか→たりうる

∴共犯者はあくまでも第三者である（消極説からの帰結）

共犯者の供述を相互に補強証拠として被告人を有罪とできるか→できる

第八章 伝聞証

公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真実性を立証するためのもの
例 他人の体験の間接的報告「AがXがやったのを見たと言っていました」

1 伝聞法則の意義

…①公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は②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。(320条1項)

伝聞証拠排斥の法理→間接的に保存された証拠を原則排斥する(320条1項)

2 伝聞証拠とは何か

伝聞排斥の根拠

- ・伝聞証拠には反対尋問権を行使することができない
→公判廷における証拠の吟味・確認の手段が十分に保障されない

刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を十分に与えられ…る権利を有する。(憲法37条2項)

- ・供述内容の真偽を確認できない
正しい事実認定のために政策的に採用しない(法的関連性がない)
- ×伝達過程で、言い違い・聞き違いがあり、証明力が低くなることは根拠ではない
(論理的関連性の問題ではない)
- ・伝聞の例 供述を内容とする書面
cf. 供述内容が、典型的に間違いのない場合は伝聞という必要はない

【論点】伝聞と非伝聞～伝聞法則の適用範囲

原供述を供述内容の真実性の立証に使う場合、伝聞と言える

→要証事実との関係で相対的に決せられる

・ことばの内容の真偽を尋問によって判定する必要がある場合→非伝聞である
非伝聞の例

・ことば自体が要証事実の場合

例 ことばが犯罪を構成する場合、不一致供述を弾劾証拠として使う場合

∴ことばの存在が確認できればたり、その真偽が問題となるわけではない

・行為の一部をなすことば

例 お金を渡す行為と「〇〇のお支払いをします」とのことば、自然的発言

・状況証拠であることば

例 「ブレーキが故障している」

∴供述の存在自体を他の事実を推認すべき前提事実（状況証拠）とするの場合

→発言自体が問題となり、供述の真偽は問題とはならない

【論点】精神状態の供述

●精神状態を直接述べるものは伝聞か

→知覚・記憶の過程がなく、伝聞ではない

∴自己の心情を偽っていないかのチェック、誠実性

→原供述がなされた状況、供述態度から推知できる

∴伝聞供述者を反対尋問すれば一般的な論理的関連性の話としてチェックは可能

【論点】伝聞か非伝聞か(発展)

共謀成立過程に作成されたメモ

・メモが犯行の謀議や意思連絡手段そのものである場合→非伝聞

例 犯行の方法を全員に伝えるための回覧状

・メモ作成者の精神状態を示すもの→非伝聞

他の共謀加担者の精神状態を示すもの→伝聞

【論点】写真の証拠能力→伝聞の問題、P109で説明

3 伝聞法則の例外

例外（321条以下）が認められる一般的要件

- ①伝聞証拠を証拠とすべき必要性
- ②反対尋問に代わる信用性の情況的保障が認められること

4 伝聞書面

被告人の供述→供述書、供述録取書（322条）

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、①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②**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、③被告人に不利益な事実の承認を内容とする書面は、その承認が自白でない場合においても、第三百十九条の規定に準じ、**任意にされたもの**でない疑があると認めるときは、これを証拠とすることができない。

要件 次のいずれかを満たせばよい

- ・不利益な事実の承認
但し、任意にされたものでない疑いがあると認めるときは証拠とすることができない
- ・特に信用すべき状況のもとにされた場合
- ・公判準備または公判期日における供述を録取した書面
任意にされたものであると認めるときに限り、証拠とすることができる

被告人以外の者の供述

(1)321条1項1号, 2号以外の供述書, 供述録取書 (321条1項3号)

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。

...

3 前2号に掲げる書面以外の書面については, 供述者が**死亡**, 精神若しくは身体の故障, 所在不明又は**国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず**, 且つ, その供述が犯罪事実の存否の証明に**欠くことができないものであるとき**。但しその供述が**特に信用すべき状況の下にされたものであるとき**に限る。(321条1項3号)

→伝聞例外の原則, 下の条件すべて必要

- ①供述不能 例 死亡, 海外滞在の場合
- ②証拠の不可欠性
- ③特信性→絶対的特信状況

【論点】321条1項要件の解釈

- 「供述することができないとき」の解釈
 - ・必要性和信頼性の要件を満たす場合
 - 死亡などの列挙は例示, 同程度の障害があればよい
 - ∴供述が不能となっているのは同様
- 記憶喪失・証言拒否の場合
 - 上記場合にあたるとする(判例)
 - ・記憶喚起のための手段を尽くしても功を奏しない場合に限る(必要性)
 - ・例示事由と等価→一時的事由でないことが必要

【判例】供述不能の認定～証人が国外にいる場合(発展)

- 事案 外国人である証人が強制退去処分を受ける
→その前に作成された検面調書の証拠能力
- 判旨 次の場合は証拠禁止される
- ・公判期日に参考人が出頭できない事情を殊更利用しようとした場合
 - ・裁判官・裁判所が証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還された場合
 - 検面調書の証拠請求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

(2) 検察官面前調書

検察官の面前における供述を録取した書面については、①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②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、③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。(321 条 1 項 2 号)

被疑者以外の者を取り調べた際に検察官によって作成された調書

- ・ 検察官は客観義務を負う・法律の専門家である→要件の緩和

要件 下記のいずれか

- ・ 供述不能の場合（特信性を要求すべきかは争いあり）
- ・ ①相反・実質的不一致
- ②特信性＝「前の供述」を信用すべき「特別の情況」の存すること

【論点】検面調書を巡る問題点

(1)より詳細な記述が「自己矛盾供述」にあたるか

肯定説（判例）

∵矛盾＝実質的に異なること→異なった結論を導くような供述

＊ただし、原供述者への反対尋問を履践しうることが条件とすべきという説あり

(2)特信情況について

●証拠能力の要件か、証明力の要件か

・証拠能力の要件というべき ∵伝聞の例外を認める 320 条の一環

・特信性の判断基準

相対的特信情況があればたりる→原則、外部的付随事情から判断する

ただし、判断資料として供述内容そのものを使用してよい

例 公判廷における供述内容が不自然である、しどろもどろである

(3)証人尋問後の検面調書

・有利な証言 A → 不利な証言 B について供述書作成 → 有利な証言 ＊ A がされたとき
「前の供述」（321 条 1 項 2 号）といえるか → いえる（判例）

∵ ＊ A との関係で、前である

↓ ただし

特信情況が認められにくい（作為の介入するおそれがある、具体的情況）

特別事情があって初めて特信状況あり

例 公判廷の証言に信用性が欠ける、弁護士の立会の下で調書作成されたなど

【論点】検面調書～「前の供述」の意義（発展）

事例 証人尋問後の取調べによって得られた検面調書

→その後証人が死亡した場合の検面調書の証拠能力

判例

・ 321 条 1 項 2 号後段の適用はできない

・ 前段の供述不能にあたる → 検面調書の証拠能力を肯定

前の供述でない → 内容に疑わしい点はないのか？

(3) 裁判官面前調書

裁判官の面前（第一百五十七条の四第一項に規定する方法による場合を含む。）における供述を録取した書面については、①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②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。（321 条 1 項 1 号）

裁判官→公平な立場にある，宣誓の存在，反対尋問が可能

・要件→供述不能 or 相反・実質的不一致で足りる

(4) 公判準備・公判期日の供述録取書（321 条 2 項前段）

(5) 裁判所・裁判官の検証調書（321 条 2 項後段）

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。（321 条 2 項）

(6) 捜査機関の検証調書，鑑定書

①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，②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。（321 条 3 項）

③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。（321 条 4 項）

一定の要件（321 条 3 項 4 項）のもとに，証拠能力を認められる

∴訓練を受けた専門家による文書で信頼性が高い，書面の方が正確を期しやすい

(7)特信文書 公務文書，業務文書，商業帳簿など（323 条）

前三条に掲げる書面以外の書面は，次に掲げるものに限り，これを証拠とすることができる。

- 一 戸籍謄本，公正証書謄本その他①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②業務の通常過程において作成された書面
- 三 前二号に掲げるものの外③特に信用すべき状況の下に作成された書面（以上 323 条）

【論点】 実況見分調書の証拠能力

- 捜査機関の検証調書（321 条 3 項）として、証拠能力を認められるか
認める（判例）
 - ∴検証と実況見分→強制処分か否かの違いがあるに過ぎない
 - 書面の方が正確を期しやすい、専門家による書面で信頼性がある
 - 緩やかに例外を認める趣旨は同様
- cf. 訓練を受けた専門家による見分書も同様に考えてよい（判例は反対）
- ×本条の主体は捜査機関に限られる、一般的な信頼性が劣る

【論点】 検証立会人の供述部分の証拠能力

- 検証に際して立会人の指示・説明は調書と一体として証拠能力が認められるか
→場合によって、認めるべき
- ∴検証の動機を示したものに過ぎない場合（現場指示）→非供述証拠といえる
- ＊指示説明の供述内容を証拠とする場合（現場供述）→供述証拠

【論点】 鑑定受託者作成の鑑定書の証拠能力

- 捜査機関の嘱託を受けた鑑定受託者が作成した鑑定書
→証拠能力を認めるための根拠条文が問題となる（321 条 1 項 3 号か？）
- 321 条 4 項の類推適用説（判例）
- ∴当事者の一方の嘱託による作成は、類推否定の理由にならない

【論点】 診断書の証拠能力

- 鑑定書が検証調書に準じて扱われる（321 条 4 項）→診断書に準用できるか
肯定説（判例）
 - ∴専門的知識・経験によって認知・判断した内容を記載
 - 広い意味で鑑定に含めてよい（緩やかな例外を認める趣旨は同様）
- ＊学説の反対は強い（作成の手續において厳格性に欠ける）

【論点】再伝聞の証拠能力

肯定説

- ・再伝聞は2つの伝聞の複合
 - それぞれ、伝聞例外の要件を充足するなら証拠能力を認める
- ∴法文上も、実質上も、排斥する理由はない

5 伝聞証人

- ・書面による伝聞例外の規定が準用される（324条）→書面が証人になるだけ

【論点】共同被告人の供述

- 黙秘権・反対尋問権を保障しながら、真実解明のための必要な供述を得る
 - ・被告人質問に答えて、共犯者の犯罪事実に関する供述をした場合

無条件に証拠能力を認める説（判例）

- ∴ 311条3項により反対質問の機会が与えられている
- ∴ 併合審理の場合→利害の対立がなく黙秘権の行使はあまりない

原則として証拠能力がないとする説（通説）

- ∴ 被告人の供述は任意→十分に反対尋問できない
 - 反対尋問権が十分保障されたとき（功を奏した場合）のみ、証拠能力を認めるべき

【論点】共同被告人の法廷外での供述

- 証拠能力を認める要件→321条によるか、322条によるか
321条説（判例）

- ∴ 共同被告人は、他の共同被告人からすれば第三者である
 - その供述録取書などは、通常の伝聞証拠である
- ∴ 反対尋問権を保障する必要がある
- # 競合説もある ∴ 被告人として、供述の任意性が担保されるべき
- × 319条の適用により任意性は担保される

6 関連問題

任意性の調査

裁判所は、第 321 条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。(325 条)

- ・ 伝聞例外の条件 他の者の供述が任意になされたものであるかどうかの調査が必要
- ・ 「あらかじめ」 → 証明力の評価の際に調査すれば要件を満たす

当事者の同意書面

検察官及び被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述は、その書面が作成され又は供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り、第 321 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。

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。(326 条)

∴ 反対尋問権の放棄→証拠とできる

＊擬制同意→被告人が出頭しない場合(326 条 2 項)

【論点】当事者の同意書面

●同意により証拠能力が付与される根拠

反対尋問権の放棄に求める説

証拠能力を積極的に付与する行為と見る説

●同意の効果

→同意した当事者が証明力を争うため原供述者の尋問を請求することはできるか
肯定説

∴ 放棄の対象は証拠の許容性のみである、弁護技術としてこの方法を認める必要性

＊反対尋問権の放棄とみなければ、肯定説を導きやすい

cf. 否定説 反対尋問権の放棄→禁反言

●被告人が退廷を命じられた場合→擬制同意の規定は適用されるか

＊擬制同意→被告人が出頭しないときは同意があつたものとみなされる

肯定説（判例）

∴ 退廷命令→訴訟の進行を妨害する者になされる

帰責性故に反対尋問権が放棄されたものとみることができる

cf. 否定説 退廷を命じられている間に書面を提出すればよいことになるのは不当

証明力を争う証拠（328条）

第321条乃至第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。（328条）

- ・供述の証明力を争う場合

＊このような証拠を事実認定のための実質証拠とすることは許されない

【論点】証明力を争う証拠

- 証拠とすることができない書面→弾劾証拠として使用できる

どの範囲の証拠を用いることができるか

自己矛盾の供述に限るとする説（多数説）

∴自己矛盾の供述→その供述の存在（それ）自体で証明力を争うことができる

∴それ以外の場合では、供述内容の真実性を判断する必要

→伝聞に反する範囲が広すぎる

cf. 非制限説 自己矛盾供述に限れば、328条は不要である。

【論点】証明力を争う証拠→証明力を回復する場合も含むのか

判例 肯定説

・条文上の制限はない、当事者対等・公平の原則、真実の究明→肯定すべき

cf. 増強する場合まで含むとする説→争うという文言に反する

×本来証拠能力のない証拠により裁判官に心証形成させることになる

減殺する場合に限定する説

∴回復証拠は実質的に増強証拠に他ならない

【論点】証明力を争う証拠の作成期間

- 「前の供述」である必要があるか

判例 否定説「後の供述」であっても証拠能力肯定

∴条文に制限がない、328条の解釈→そもそも伝聞ではない場合を指すというべき

【321 条，被告人以外の者の供述を内容とする書面・公判廷における証言】

	必要性	特信性
裁判官面前調書（1 項 1 号）	①喚問・供述不能 ②相反発言	①②とも，裁判官の面前であるから信頼性が高い，宣誓手続がある
検察官面前調書（1 項 2 号）	前段…喚問・供述不能 後段…相反発言により異なった結論が導かれる可能性がある	信用の情況的保障→不要∴検察官は真実義務を負う（争いあり） 明文で相対的特信性が要求される，書面への反対尋問の履践が条件
警察官による調書など 1 号，2 号以外の書面（1 項 3 号）	喚問・供述不能 & 証拠としての不可欠性	絶対的特信状況が明文で要求される
被告人以外の者の公判準備・または公判準備期日における供述（2 項前段）	弁論の更新，破棄差戻し，移送の場合などに，審理のやり直しをすることは無駄である	もともと公判廷における裁判官の面前における発言，反対尋問はされている

【322 条，被告人の供述を内容とする書面・公判廷における供述】

	必要性	特信性
不利益供述（1 項前段）	被告人の地位の保障（できる限り発言を取り上げる）	経験則上，不利益発言というだけで認められる。
利益供述（1 項後段）	被告人の地位の保障	特信状況が明文で要求される
被告人の公判準備・または公判準備期日における供述（2 項）	弁論の更新，破棄差戻し，移送の場合→審理のやり直しは無駄	もともと公判廷における裁判官の面前における発言

＊被告人の自身の発言は被告人による反対尋問の対象とする必要がない。被告人は伝聞の内容について公判廷で弁明をすればよいので，緩やかに伝聞例外が認められる。

【それ以外の書面】

	必要性	特信性
捜査機関による検証調書 (321条3項) ＊実況見分調書も同様	検証対象は可変的（失われやすい）→調書にして永久化する必要性、口頭による陳述よりも正確性が保てる	・供述者が証人として尋問され、真正であることの供述が要求される ・専門家による判断である
(裁判所による)鑑定書(321条4項) ＊捜査官から嘱託を受けた者の作成した鑑定書にも準用(判例)	・口頭による陳述よりも正確性が保てる	・作成者が証人として尋問→真正であることの供述が要求される ・専門家による判断 ・鑑定人は人選が公正、宣誓もある(裁判所によるもの)
裁判所または裁判官の検証調書(321条2項後段)	裁判所が必要性を判断している	当事者に立会権がある、公平な裁判所による検証
公務文書(323条)	公務員の喚問は公務執行に支障を来す	客観的資料に基づき、公務員が職務上内容を証明している
業務文書	多数人が関わって作成するので喚問が困難	業務上機械的に作成され、誤りが入り込みにくい

第九章 違法収集証拠の排除法則

1 排除法則の意義と論拠

意義

- ・証拠の収集手続が違法であった場合
→その証拠能力を否定し、事実認定の資料から排除する原則

【論点】違法収集証拠排除法則における証拠排除の基準

●違法収集証拠排除法則の根拠

- ・違法捜査を将来にわたって防圧するための手段とする説（判例）
∴憲法 35 条, 31 条の適正手続
- ×そのような効力の論証はない
- ・憲法の要求
- ×犯人の無罪放免ではなく、違法捜査を行った者を処罰すべきではないか
- ・司法の廉潔性
- ×証拠上明白な犯人を逃がす→国民の信頼からすればマイナスである

●証拠排除の要件

①違法の重大性

文字通り令状主義を没却する重大な違法が見られる場合
執行の際に重大な人権侵害があった場合

②排除の相当性→違法抑止の必要上排除が相当であること

排除相当＝排除が（違法抑止の観点から）必要であり有効であること

【論点】違法収集証拠排除法則の例外

(1) 善意の例外

∴合法的と信じて行動する捜査官に対して違法の抑止効は働かない
→法無視の態度がなく、偶発的性格が強い場合に限定して認める

(2) 毒樹の果実

●違法に収集された証拠によって発見できた他の証拠→排除法則は及ぶか
原則として排除→場合によって証拠能力を肯定

- a 別の独立の情報源から知れた→両証拠間の関連性がない場合
- b 両証拠間の因果関係が希薄になった場合

(3) 不可避的発見の例外

∴違法行為の必然的な結果とはいえない
→不可避発見の可能性が真に密着・高度である場合に限る

【論点】証拠とすることの同意・排除の申立て適格

被告人が違法収集証拠について証拠とすることに同意したとき
→手続違背が被告人の放棄可能な利益に関する場合は証拠能力肯定
∴利益侵害がないと見られるから
捜査の違法性を根拠とする場合→同意あっても排除され得ることに注意
＊第三者の権利・利益の侵害という意味で違法手続が行われたとき
→被告人に排除適格なし

【論点】実質証拠外の利用

例 弾劾証拠としての利用→否定すべき
∴違法収集証拠排除の法則に適合する

【論点】私人による収集

●私人による違法収集証拠→排除法則の適用はあるか

原則として適用なし→証拠能力あり

∴違法の抑止効とは無関係である

例外 捜査の一環と評価できる場合・違法の程度が高く、公正さを容認できない場合

第十章 公判の裁判

1 有罪判決

- ・ 犯罪の証明があったとき→事実認定と法規へのあてはめ
- ・ 刑の量定→刑の言渡し、刑の免除の言渡しが行われる、一部認定も許される
- ・ 理由→ 335 条所定の事実（罪となるべき事実、証拠の標目、法令の適用）を示す必要

【論点】択一的認定の可否

- A 事実または B 事実にあたるから有罪，という判決は許されるか
→ 許されない
- ∴ いずれの事実にあたるか不明→犯罪事実の証明があったとはいえない
↓ ただし
- 共謀共同正犯の実行者または単独犯のいずれかにあたるとする場合
（論理的択一関係にある場合）
→ 択一的認定を許してよい
- ∴ いずれにしても，犯罪事実の証明はあるから

【論点】余罪と量刑

- 判決において余罪を考慮することは可能か
判例
- ・ 余罪を実質的に処罰する趣旨の場合→許されない
- ∴ 不告不理の原則，証拠裁判主義，自白の補強法則，二重処罰の禁止に反する
- ・ 余罪を量刑の一資料とすること→これは可能
- ∴ 量刑の判断はすべての事情を考慮して裁判所が適当に決するもの
例 常習的なものか，反省の色があるか等の判断に利用できる
- 余罪が量刑において考慮された場合→一事不再理効は発生するか争いある
肯定説→同時捜査・同時立証の可能性のある限りで一事不再理効が発生

2 裁判の確定力

裁判の確定→確定力（確定判決の効力）の発生

確定力の理論

- ＊刑訴では様々な争いがある→学者によって概念の呼称が異なるので悩まないこと
- 受験上は民訴と同じと考えればよい
- ＊田宮説が民訴とよく似ている

実体裁判に認められる確定力

- ・形式的確定力 通常の上訴によって争うことができなくなった状態（手続的効力）
 - ・執行力、実質的確定力（＝既判力）、一事不再理効
- ＊一事不再理効
- 二重の危険が根拠→実体的確定力とは別の効力と考えるべき
- ∴必ずしも判決の範囲と同じである必要がない

形式裁判に認められる確定力

- ・形式的確定力、実質的確定力（＝既判力）、免訴のみ一事不再理効（争いあり）

【論点】既判力の及ぶ範囲（発展）

- 実体裁判の既判力→同一被告人の別事件に対する拘束力は認められるか
cf. 民事では認められる
刑事訴訟では否定説が通説
∴万一誤判がありうる→その効果を別事件に波及することを防止
- 形式裁判の既判力→いかなる事項に既判力が生じるか
判例 主文の直接の理由にだけ既判力が発生
例 訴因不特定の判断→前提としての公訴事実不特定の判断には既判力は及ばない
＊形式裁判の既判力→実体的判断に既判力が生じるか
例 強姦致傷の訴因→単純強姦と判明し、告訴がなく公訴棄却
→強姦致傷でないとの判断に既判力は及ぶか
上の判例の立場だと強姦致傷ではないとの判断に既判力は及ばないと解される
＊被告人が偽装工作を用いた場合→争いがある
否定説→偽装工作をした被告人には既判力を主張する資格がない

第十一章 二重の危険

1 一事不再理の原則

審判がすんだ以上、同じ事件は二度ととりあげないという原則（憲法 39 条）

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 ①**確定判決を経た**とき。（337 条）

何人も、…①既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、②同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。（憲法 39 条）

＊根拠について、確定力説・二重の危険説で争いあり

2 二重の危険の発生事由

実体裁判 一事不再理効が発生する

形式裁判 原則として一事不再理効は発生しない

→不適法なところを補正すれば出直しができる

例 管轄違い→管轄権ある裁判所へ起訴すれば受理される

【論点】免訴の一事不再理効の有無

●形式裁判には一事不再理効は発生しない

→免訴にも一事不再理効は発生しないのか？

(1)**免訴は実体裁判か形式裁判か**→形式裁判というべき

∵無罪判決に対して再起訴があった場合、免訴となる

→無罪判決後、一事不再理により実体審理を行うことはできない

(2)**免訴に一事不再理効は認められるか**→認められる

∵免訴は、公訴権の消滅ないし不存在を宣言する実体的判決（本案裁判）である

→事件処理をしているので、蒸し返しができなくなる効力を発生させるべき

3 二重の危険の範囲

事物的範囲 公訴事実を同一にする範囲すべてに及ぶ（通説）

時間的範囲 事実審理が法律上可能な最後の時→判決言渡し時

＊常習犯で問題となる

人的範囲 被告人にのみ及ぶ

【論点】一事不再理効の及ぶ範囲（時間的範囲）

例 常習（単純）窃盗の確定判決後、同種の窃盗事実が発覚した場合

→これらは常習一罪の関係

●発覚した窃盗事実について、起訴される→どのように取り扱うか

・確定判決前になされた窃盗については、一事不再理効を認める説（判例）

→起訴をしても、免訴となる

∴一罪を構成→公訴事実の同一性の範囲に一事不再理効が及ぶ原則通り

＊判例の理論からすれば、確定判決後になされた窃盗

→一事不再理効を発生させないこともできる

∴確定判決後になされた窃盗について同時捜査・同時審判の機会、可能性がない

【論点】一事不再理効が及ぶ範囲（発展）

原則→公訴事実を同一にする範囲

●併合罪関係の数罪はどうか

→相互に密接であり、社会観察上は一個の事象と見られる

同時捜査・同時立証が可能なき

既判力が及ぶという考え方がある

∴二重の危険の趣旨が妥当する

第四編 救済手続（以下、すべて発展事項）

第一章 上訴制度

1 上訴による救済

上訴の意義・機能

- ・未確定の裁判に対して上級裁判所に是正を求める不服申立て
判決 控訴・上告→それぞれ高等裁判所・最高裁判所がある
決定 抗告
cf. 命令・処分に対する準抗告、異議申し立てなど
- ・機能 原裁判の誤りの是正→被告人の具体的救済、法令の解釈・適用の統一

上訴制度の特色

- ・控訴審→事実・法律審、上告審→法律審

2 上訴の要件と効果

上訴権者と上訴の利益

- ・上訴権者 裁判を受けた者
- ・上訴の利益
検察官は公益の代表者→どんな場合も上訴できる
それ以外の場合

無罪判決→利益なし

有罪判決に対して、無罪またはより軽い罪ないし刑を求める→利益あり

刑の免除に対して、無罪を求めることができる

【論点】上訴の利益の判断

(1)被告人の上訴に上訴の利益が必要な理由（明文なし）

→不服申し立て制度であるから当然

(2)上訴の利益の判断基準

法律的・客観的基準によるべき

∴基準の明確性

(3)具体的検討

- ・軽い破廉恥罪に対し、重い非破廉恥罪を主張して上訴できるか
（利益は社会倫理的見地から判断すべきか）

∴法律的利益がない

- ・形式裁判に対して無罪を求めて上訴できるか

否定説（判例）

∴被告人は裁判手続きから迅速に解放されることが第一の利益である

審級管轄

- ・控訴→すべて高等裁判所が管轄する
- ・上告→すべて最高裁判所が管轄する

上訴権の発生・消滅

- ・裁判の告知によって発生
上訴提起期間の徒過、上訴の放棄・取下げによって消滅する
例 控訴・上告の提起期間→2週間

上訴の申立てとその効果

- ・裁判の確定・執行の停止
- ・訴訟係属が上訴審に移審する→全部が移審する
＊裁判の一部に対する上訴も認められる（一部上訴，357条）

【論点】 上訴の範囲

(1)原則 原裁判の全部

∵上訴が原裁判の当否を問題とするものだから

(2)被告人が科刑上一罪の有罪部分について上訴した場合

→移審する範囲をどのように考えるべきか

判例 原裁判の全部が審判対象

∵国家刑罰権は単一事件の全体について不可分的に発動すべき

(3)無罪部分に職権調査権（392条2項を及ぼしうるか

判例 否定

∵当事者主義に反する

【論点】 一部上訴の範囲

357条の妥当範囲→主文が複数ある場合に限る

∵公訴不可分の原則

許されない例 科刑上1罪

併合罪で全体として1個の刑が言い渡されたとき

cf. 複数の主文がある場合は、一部上訴ができる

3 不利益変更の禁止

- ・被告人自身の上訴、被告人のため上訴代理権者が上訴した場合
→原判決の刑より重い刑を言い渡すことはできない
∴被告人が安心して上訴できるようにとの政策的配慮
- ・検察官が上訴した場合は含まない（判例）
- ・不利益な事実の認定は妨げない

4 破棄判決の拘束力

- ・差戻し・移送判決→上級審の判断が、下級審を拘束する
法律点、事実点のいずれにも拘束力は生じる
新たな証拠の取調べ、法令変更があった場合→拘束力は消失する

【論点】上告審に対する拘束力

たとえば、控訴審が原判決を破棄して、事件を下級審に差戻す
→上告審がかかる判断に拘束されるか
控訴→下級審→再度の控訴→上告
否定説（判例）
∴裁判所法 4 条の文言
∴少なくとも合憲性判断は、最高裁の判断は何者にも拘束されない

【論点】事実判断の拘束力

●事実判断の拘束力の範囲
消極的判断についてのみ拘束力が生じるとする説（判例）
cf. 積極的肯定事由についても拘束力が発生するとの説
×積極的肯定事由についての判断→破棄の縁由に過ぎない

第二章 控訴

1 控訴の意義

- ・ 第1審の判決に対する高等裁判所への上訴
原判決の誤りの有無を点検するもの

2 控訴理由

- ・ 当事者主義→当事者に誤りを主張させる
必ず理由を指摘しなければならない（384条）
控訴審での審判の対象
- ・ 絶対的控訴理由 誤りの判決への影響が擬制される
377条～378条所定の手続き違反
相対的控訴理由 誤りの判決への影響が明らかな場合に限られる
例 法令適用の誤り（380条）、事実誤認（382条）など

3 控訴審の手続き

申立て

控訴申立書を第1審裁判所に差し出す（374条）

控訴趣意書を控訴裁判所に差し出す→審判の起訴をなす

審理手続き

控訴理由の調査・事実の取調べ

控訴審の裁判→控訴棄却、原判決破棄（差戻し、移送、自判）

4 控訴審の構造

控訴は事後審（原判決の当否を審査する方式）とされる

∴単純に審理を繰り返すのは不可能・不適當

cf. 覆審・続審→やり直し型・くり返し型

＊破棄自判の場合→例外的に続審になるとされる

事後審の内容

- ・時間的には原判決時を基準とする
資料的には、原審にあらわれた証拠によるのを原則とする
- ・現実には事実の取調べが緩やかに認められる
∴真実発見、被告人の具体的救済の要請
- ・記録で事実認定を批判すること→直接主義に反する
∴自判→事実の取調べが要求

【論点】控訴審において新証拠を取り調べることができるか

無制限説（判例）→裁量で新証拠の取調べが可能（393条1項）

∴事実誤認の審査→自ら事実認定をする必要，そのためには新証拠も必要

∴当初の裁判官の心証が読めず，見込みで立証した場合

不利益な判断に対してさらに多くの証拠を収集して立証に努めるのはやむを得ない

【論点】「情状」（393条2項）の意義

●「情状」に犯罪事実の変動による情状も含まれるか

例 傷害事件→第一審終了後，被害者が死亡した場合

肯定説（判例）

∴刑の量定の問題→犯罪事実そのものの認定に新事実を含めるわけではない

∴新証拠の取調べを肯定→傷害の悪化は取調べができる，ならば死亡も含めるべき

【論点】破棄自判

● 400条但書には何の限定もないが？→直接事実の取調べが必要か

必要というべき

∴直接主義に反する

∴事実はあるかないか→自らの心証を形成する必要

第三章 上告

1 上告の意義と機能

- ・判決に対する最高裁判所への上訴
高等裁判所が第1審として下した判決に対する上訴、跳躍上告もある

2 上告理由

- ・憲法違反、判例違反（405条）
違憲審査権の終審裁判所、法令解釈の統一
- ・解釈による上告理由→審理不尽，経験則違反

3 上告審の手続き

- ・控訴審の規定が準用される（414条）

第四章 抗告

1 抗告の意義

- ・ 決定・命令に対する上訴

2 一般抗告 いずれも高等裁判所に申し立てる

通常抗告

即時抗告 特に法律の規定がある場合→抗告の提起期間は3日

3 抗告に代わる異議

高等裁判所の決定→異議申し立て（最高裁判所の負担軽減）

4 準抗告

命令・検察官・司法警察職員への処分に対する不服申し立て

5 特別抗告

最高裁判所に申し立てるもの

第五章 非常救済手続

1 再審

誤判救済としての再審

- ・ 訴訟法的真実の不完全さ→裁判是正の方法、無辜（むこ）の救済
最終的・限定的救済（∴訴訟制度の否定を避ける）

再審理由 435 条列举事由（証拠の偽造、新証拠発見など）

- ・ 新証拠→証拠の新規性、証拠の明白性が必要

＊新規性の例

同一証人が供述を変更した場合、鑑定→内容的な差異が生じる必要

請求手続き

理由の有無の判断→再審開始決定

再審公判 審級に従いさらに審判する（449 条）

2 非常上告

- ・ 法令違反を理由とする非常救済手続→法令の解釈適用の統一を目的とするもの
- ・ 検事総長が最高裁判所に申し立てる

【論点】証拠の新規性の意義

- 誰にとって新たである必要があるか
(身代わり犯人である場合特に問題となる)
判例 請求人(身代わり犯人→新規性の要件を満たさない)
∴再審は有罪判決を受けた者の救済手続きである
→救済に値しない者の行う請求は否定すべき

【論点】証拠の明白性

- 新証拠の明白性はいかにして判断するのか
総合評価説(判例)
 - ・新証拠と旧証拠とを総合的に評価
 - ∴証拠というのは相互に有機的に関連し合って事実認定を支えるものである
- 明白性の程度はどの程度のものか
判断の際には利益原則の適用があるとする説(判例)
 - ・合理的な疑いをいだかせ、覆すに足る蓋然性のある証拠であればよい
 - ∴犯罪の存在について合理的疑いが排除できない
→裁判所は、それだけで無罪を言い渡すべきものである