

## コラム2 →本書23頁

### 強制処分をどのように規制していくのか？

最高裁大法廷は、GPS 端末を車両に装着して位置情報を取得する捜査手法について、広域にわたって車両で移動しながら組織的に行われた犯罪を検挙するために効果的な方法であることを認めつつも、現行法で規定されているどの強制処分にも該当しないため、立法を待たずに行うことはできないとした。まさに、捜査の基本原則である強制処分法定主義が貫かれた場面である。

さて、それでは刑訴法を改正して、このような捜査方法を正面から認めるとして、いったいどのような規定を設ければよいのだろうか。強制処分の適正さを保障するための規制方法といえば、まずは令状主義の適用を考えることになろう。本文で述べたとおり、伝統的な強制処分はいずれも令状主義によって規制されてきたからである。

しかし、GPS 端末によって取得可能な位置情報は、過去に行われた犯罪の証明に必要な範囲に限定されるものではない。また、実際にどの位置情報が取得されるかは、端末を装着した後、その車両がどのような場所を移動するかによる。したがって、司法による事前審査の時点で、許容すべき範囲をどのように特定するのかは、かなり難しい問題である。

また、伝統的な強制処分では、司法が発付した令状を対象者に示すことにより、適法に侵害される権利・利益の範囲を予め告知することが求められている。しかし、事前に捜査機関による GPS 端末の装着を告知されれば、対象者はその車両を犯罪に関して利用するはずがない。GPS 端末の装着は秘密裏に行うからこそ捜査の効果を上げることができるのであって、令状の呈示には馴染まないのである（これは、現行法が認めている通信傍受にも該当する。通信傍受法がこの問題をどのように解決しているかは、第7章を参照してほしい）。

さらに、GPS 端末によって収集した位置情報は、犯罪の証拠として利用されるだけでなく、個人の日常的な行動や、場合によっては思想・信条まで把握する材料となる危険がある。したがって、位置情報を取得することの適否だけでなく、取得した位置情報の管理や利用についても規制しなければならないだろう。

科学技術の進歩による捜査方法の変化によって、強制処分の概念だけでなく、その規制のあり方についても、新しい議論が必要とされている。

### コラム3 →本書30頁

#### 判例が法をつくる？

警職法2条1項をもう一度見てみよう。そこに書かれているのは、相手を「停止」させて「質問」することのみであって、所持品の「検査」を窺わせる文言はまったく見当たらない。しかし、本文で見たとおり、現在の実務では、最高裁が示した要件の下で、相手が同意していない場合であっても所持品の検査が日常的に行われている。それはまるで、最高裁判例によって、新しい処分が警職法に追加されたかのように見える。

最高裁による大胆な「解釈」による法創造は、この他にも強制採尿（→第7章）などの場面で見ることができる。だがそれは司法の本来の役割を超えるものであって、三権分立の原則に反することにならないだろうか。被疑者・被告人の人権を拡充する方向での法創造であれば、憲法を実現する役割を担う司法に期待される本来的な営みであって何ら問題はないだろう。しかし、ここで行われているのは警察の権限の拡張なのである。

他方で、最高裁が法の柔軟な解釈を拒むのであれば、時代の変化や現場における流動的なニーズに対応した警察活動は、その都度、国会による立法を待たなければ行うことができなくなる。立法府が機動的に動けばよいが、現実はそうでないこともある。実際、1958年には警職法の一部改正案が国会に提出され、所持品検査を認める規定の新設が試みられたが、審議未了で廃案となっている。このような場合には、司法が法律の明文規定や憲法から逸脱しない限度で法解釈を展開し、現実にはフィットした法規範を示すことにも合理性がある。

刑訴法における判例の大胆な展開を評価するとき、この2つの側面をどのように考えていけばよいのだろうか。刑事訴訟法の学習において、しばしば直面する難しい問題である。

#### コラム4 →本書38頁

##### 「任意だけれど違法」ってどういうこと？

第2章と本章の内容を復習してみよう。捜査機関が任意捜査として行った捜査活動の適法性を論じる場合、まず、①その捜査が任意処分といえるか、それとも強制処分に及んでいられるかを検討する。そして、任意処分に当たるとした場合にはさらに、②任意処分の枠内における適法性を比例原則によって検討しなければならない。「強制ではないが違法」という類型の存在をしっかりと理解してほしい。

さて、この2段階の判断枠組みは、任意であるからといってそれだけで適法とせずに、さらに重ねて比例原則による規制を及ぼすのであるから、国家による捜査活動を厳格に規制する立場だと言えるだろう。

しかし同時に、この立場によれば、強制か任意かの区別は、捜査が適法か違法かの結論を決める上で決定的な要素ではなくなる。そのため、ともすれば強制処分該当性の判断が緩やかな方向へ流れてしまい、任意処分とした上でその適法性を個別に論じれば足りるとする風潮を生みかねない。もしそうなってしまえば、任意捜査の領域が肥大化し、強制処分法定主義が目指す法律の明文規定による捜査の規制は後退してしまうことになる。本章で扱った様々な任意捜査のほか、第11章で詳しく述べる任意取調べにおいても、このことがしばしば指摘されている。法的規制のあり方には多様なメリットとデメリットがあり、なかなか一筋縄ではいかない。

コラム 5-1 →本書 41 頁

**捜査機関による捜索等の規定はどこにある？**

強制捜査に関する刑訴法の規定の構造はとてもわかりにくい。たとえば捜索等に関する規定を探してみると、まず刑訴法の「第一編 総則」の中に「第九章 押収及び捜索」がある。99 条以下の規定を見てみると「裁判所」が押収や捜索を行うことになっている。六法をめぐって後の条文を見ていくと「第二編第一審」の中の「第一章 捜査」にも押収や捜索に関する規定がある。第 1 章の 222 条をみれば、捜査機関が行う押収や捜索などの強制捜査について、第一編の規定を多く準用していることが分かる。

このような規定の構造は、現行刑訴法が旧刑訴法の編成を引き継いだことによるものである。職権主義的な手続構造をとっていた旧刑訴法では、強制処分を行う主体は主として裁判所・裁判官で、そのために「第一編 総則」にまとめて強制処分の規定がおかれていた。このような規定の編成が、主として捜査機関が捜査を行う現行刑訴法に引き継がれたために、捜査機関が行う強制捜査について、第一編の規定が準用されているのである。

したがって、捜査機関が行う強制捜査の条文を参照するときは、「捜査」の章を見るだけでなく、222 条によって準用される第一編の条文を確認する必要がある（なお、身体拘束の処分についても同じことがいえる。→第 8 章）。このとき、準用されている条文と、準用されていない条文とをしっかりと区別しなければならない。さらに、準用した第一編の条文について、「裁判所」を「検察官、検察事務官又は司法警察職員」と読み替え、「被告人」を「被疑者」と読み替えなければならない。混乱しそうだが、222 条が準用している条文に印を付けるなど工夫しながら、理解を深めていってほしい。

コラム 5-2 →本書 43 頁

**承諾による捜索**

捜査官が家の中を捜索させてほしいと頼んできた。嫌々ながらこれに承諾すると、家の中を徹底的に捜索された。このような捜査方法は許されるのだろうか。

任意に応じているならば、住居の捜索も令状なく行いうるように思えるかもしれない。たしかに、承諾による捜索の対象がカバンであればそうだろう。しかし、通説は承諾捜索の対象が住居のときには、話が違ふと考える。犯罪捜査規範 108 条も、人の住居等については、住居主等の「任意の承諾が得られると認められる場合においても、捜索許可状の発付を受けて捜索をしなければならない」と、承諾捜索を禁じる。住居の捜索については通常、有効な承諾を想定できないし、仮に承諾が有効であるとしても被処分者の負担や不利益が大きい。後に、真意に基づく承諾があったのかが争点となることを回避するためにも、政策的に令状を得て行うべきであるという考え方がこの背景にある。

コラム6 →本書53頁

緊急捜索・差押え

緊急に捜索・差押えをする必要があるときに、無令状でこれを行うことが認められるだろうか。いわば、現行犯逮捕や緊急逮捕の捜索・差押えバージョンは許されるか、という問題である。緊急捜索・差押え制度の提案は1950年代はじめの法制審議会で議論されたが、憲法上問題があるとの理由で実現しなかった。

現行法上、令状の緊急執行の規定は捜索・差押えについては存在せず（→逮捕については第8章71頁参照）、220条を除いて無令状の捜索・差押えを認めるという規定もない。そこで、通説は緊急捜索・差押えはできないと考える。犯罪捜査規範154条も、差押えに緊急を要するときに、直ちに対象物に対する差押許可状の発付を請求するべきであると規定している。緊急捜索・差押えが現行法上許されていないという通説の立場を支持する根拠になるだろう。

## コラム7 →本書 59 頁

### 人の身体からの証拠収集手段

被疑者などの身体から情報や証拠を収集する刑訴法上の手続には、①身体の搜索（身体搜索）、②検証の一種である身体検査、③学識経験者が行う鑑定に必要な処分として行う身体検査の3種類があるが、それぞれにおいて許される行為の態様は異なる。

①は、捜査機関が物の隠匿の有無を明らかにしたり証拠物を発見したりするための検査で、被処分者が着衣のまま行われる限度で許される。②は、捜査機関が身体の状態等を検査し情報を得るためのものであり、着衣を脱がせて身体の外表面について行う限度で許される。体内への侵襲は医学的知見がないのでできない。体腔（肛門など）の入り口付近などについても、外から観察できる場合については認められる。以上の①②については、直接強制が可能である。

これに対して③は鑑定受託者が行うものである。体内への侵襲を伴う場合や専門的知見を必要とするような安全面での配慮を要する場合にも、医師などの専門家であれば可能である。たとえば、胃に隠匿した違法薬物をレントゲンで確認したうえで、下剤を投与して確保するようなどきである（もっとも、対象者の身体や健康状態への悪影響や人格的法益への侵害が著しいので、必要性が高くないときは認めるべきではない）。③については、直接強制はできない。

## コラム8 →本書72頁

### 犯罪と犯人の明白性

現行犯逮捕には、犯罪と犯人の明白性が要求される。では、それは、事情を知らない第三者にとっても現場の状況から、特定の犯罪が被逮捕者によって粉われたことが明らかであるといえなければならないのだろうか。有力説は、そもそも犯罪と犯人の明白性は、逮捕者に要求される要件であるから、逮捕者が得た現場の客観的・外部的状況からだけでなく、事前に得た情報・資料に基づいて明らかであると判断できれば足り、事情を知らない第三者にとっても明白である必要はないとする。裁判例にも、内偵や張込みをしていた警察官からすれば、競馬の呑み行為であることが明らかであったとして、現行犯逮捕を適法としたものがある（東京高判昭和41・6・28判タ195号125頁）。

次に、現行犯逮捕は、私人によることが可能であるものの、実際には、通報を受けた警察官が急行して逮捕するケースが多い。その場合、警察官自身は、被逮捕者が現に罪を行い、または行い終わるのを現認していないこともある。では、現場に駆け付けた警察官は、被害者や目撃者の供述によって犯罪と犯人が明白であると判断することは許されるだろうか。裁判例には、被疑者が現行犯人であることが逮捕現場における客観的・外部的状況等から逮捕者自身においても直接明白に覚知しうる必要があるとあり、被害者の供述によること以外に逮捕者においてこれを覚知しうる状況にないという場合に現行犯逮捕は許されないとしたものがある（京都地決昭44・11・5判時629号103頁）。これによれば、犯罪と犯人が明白であるといえるためには、①現場における客観的・外部的状況から、②逮捕者自身においても直接明白に覚知し得る場合であることが要求され、被害者や目撃者の供述のみによって明白性を根拠づけることは許されないことになる。供述は、一般に、知覚→記憶→表現→叙述の各過程を辿ってなされるものであり、その各過程において、誤りが入り込む危険性がある（→第25章240頁）。そのような性質をもつ供述は、それ自体では犯罪と犯人の明白性を客観的に担保するものとはいえず、誤認逮捕の危険があるからである。供述は、あくまで現場における客観的・外部的状況に意味づけを与えるものに過ぎないと位置づけておくべきであろう。

なお、この場合でも、被害者や目撃者自身は、まさに犯行を現認した者として、現行犯逮捕をすることが許される。しかし、實際上、私人が逮捕行為にでることは容易ではないことから、警察官が逮捕権者の代わりに逮捕することができるとする見解もある（代行逮捕）。代行逮捕とする見解に対しては、技巧的過ぎるとの批判が向けられているところ、裁判例には、共同逮捕として適法としたとみることができるとしたものがある（東京高判平成17・11・16東高刑時報56巻1=12号85頁）。



## コラム 11 →本書 104 頁

### 取調べに弁護人が立ち会うことができるか？

録音・録画制度の導入によって、取調室での出来事を外部から事後的にチェックできるようになった。これは大きな進展である。

しかし、事後的なチェックによる抑制には限界がある。むしろ取調室が密室であること自体を改めて、違法な取調べをその場で第三者が抑制・阻止する方法を採り入れるほうが効果的ではなかろうか。そうしなければ、本当の意味での問題解決にはならないだろう。すなわち、被疑者の取調べに弁護人が同席して、捜査機関が不適切な方法で供述させることを阻止し、被疑者にその場で助言することを可能とすべきではないだろうか。

アメリカ合衆国では、1966年に連邦最高裁判所が出したいわゆるミランダ判決 (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 [1966]) において、身体拘束中の被疑者が取調べを受ける際には、弁護人の立ち会いを求める権利があることが明らかにされ、その根本部分は現在まで一貫して堅持されている。

日本の現行法は、弁護人の立会いを求める権利を明文で定めてはいない。このことから、実務上、捜査機関は弁護人の立会いを認めていない。もしも弁護人が取調べに立ち会えば、被疑者から自白を得ることが困難になるとの考えによるものであろう。また、長時間・長期間に及ぶ取調べに弁護人が終始同席するのは現実的でないと主張もある。

しかし、現行法には、取調べに弁護人が立ち会うことを禁止する規定もまた存在しない。国家公安委員会が定める犯罪捜査規範第180条2項には、弁護人が立ち会う場合があることを前提とした規定も置かれている。被疑者の弁護人依頼権 (憲法34条1項) や黙秘権 (憲法38条1項) の趣旨に鑑みれば、弁護人の立会いは、録音・録画制度に続く新たな改革の方向性として検討されるべきだろう。その際、長時間・長期間に及ぶ現在の取調べ実務の姿を議論の前提とする必然性はない。

コラム 12-1 →本書 112 頁

**当番弁護士制度**

2004年の刑訴法改正以前は、被疑者には私選弁護制度のみで、貧困等を理由に裁判所が弁護人を選任する国選弁護制度は認められていなかった。そうした状況下で、起訴前弁護の充実を図る中核的役割を果たしたのが各弁護士会による当番弁護士制度である。

当番弁護士制度とは、弁護人推薦名簿に登録されている弁護士を事前に担当日に割り当て（当番弁護士）、身体を拘束された被疑者等からの弁護士会への接見依頼に対して、速やかに当番弁護士が警察署等に出向いて被疑者と接見し（1回目の接見は無料）、助言・援助する制度である（大分と福岡弁護士会を皮切りに1992年から全国で実施）。

もっとも、当番弁護士制度は、公的制度ではないことから、その運用には限界があった。そこで、2004年の刑訴法改正によって一定範囲の事件について勾留段階の被疑者に対する国選弁護制度が導入され、続く2016年の刑訴法改正によって、その対象は、すべての刑事事件に拡大された。ただし、現状の被疑者国選弁護制度は、逮捕段階の被疑者には保障されていないことから、依然として当番弁護士制度の果たす意義は大きい。

コラム 12-2 →本書 114 頁

面会接見

本来、身体拘束中の被疑者には弁護人との秘密交通権が保障されるはずであるが（39 条 1 項）、それを保障しつつ、逃亡・罪証隠滅・戒護に支障のある物の授受の防止を図る適当な部屋（接見室）がない場合、弁護人接見自体を拒否できるか。

判例は、弁護人からの検察庁舎内での接見の申出に対し、検察官が、庁舎内に接見室がないことなどを理由に接見を拒否した事案において、弁護人接見にも被疑者の逃亡・罪証隠滅・戒護上の支障の防止の観点からの制約があり、対応可能な設備のある部屋がない場合に接見の申出を拒否しても違法ではないとした上で、弁護人が即時の接見を求め、その必要性が認められる場合には、「面会接見」（秘密交通権が保障されない接見）の機会を設ける配慮義務がある旨判示した（最判平成 17・4・19 民集 59 卷 3 号 563 頁）。

現在では、検察庁舎内に接見室が設けられているが、接見をめぐる基本的な考え方や異なる場面における同種の問題について、上記判例は今なお意義を有している。

コラム 15-1 →本書 136 頁

覚せい剤自己使用罪における訴因の特定

他の犯罪事実との区別に関して、覚せい剤自己使用罪における訴因の特定は、より一層困難な問題がある。覚せい剤自己使用罪の訴因は、日時・場所・方法等につき、ある程度幅のある記載がなされていたとしても、検察官が被告人が刑法に定められた犯罪を犯したとして審判を求めるために求められる、社会的事実を犯罪構成要件に当てはめて法律的に構成した具体的事実の記載はなされているといえる（第1のハードル）。また、覚せい剤自己使用罪は、被害者がおらず、目撃者もいない上、自白も得られないことが少なくなく、使用の日時・場所・方法等の詳細を明らかにする捜査および立証の困難性は一般的に認められるところであり、そうした事情が当該具体的事案においても認められる場合には、「特殊事情」の存在が肯定され得る（第3のハードル）。ここでの問題は、使用日時や場所等について幅のある記載による場合には、同じ構成要件に該当する他の使用行為との識別が果たしているかにある（第2のハードル）。

實際上、覚せい剤などの違法薬物については、起訴状記載の期間内に複数回使用した可能性が十分に考えられる場合が少なくない。とりわけ、常習者であれば、短期間に複数回の連続した使用行為が見込まれる。また、尿鑑定によっても使用回数までは特定できない上、使用した可能性のある「期間」は特定できても、使用「日時」までは特定できない。しかも、理論上は、連続した使用行為を包括一罪と評価することも可能であるが、複数の使用行為がある場合には、基本的には、それぞれの行為が独立して1つの自己使用罪を構成し、これらは併合罪（一罪ではなく数罪）として扱われるというのが確立した判例である。

このように複数回の使用の可能性があるのに幅のある記載がなされている場合には、裁判所は期間内にどの具体的な行為について審判すべきか、逆に、被告人はどの行為について防御すればよいのかといった問題が生じることになる。

具体的に期間内のどの行為を審判対象として設定するのかをさらに絞り込んで記載しなければ、「識別」の機能は果たされず、訴因が特定されたとはいえないはずである（第2のハードル）。実務では、手続法によって解決を図るべく、公判段階で検察官が起訴状についての「釈明」の形で補足的な説明をすることで対処している。その際、検察官からいかなる釈明がなされれば「識別」の要請を充たすといえるかについては、概ね3つの考え方がある。

第一に、逮捕の直近の（鑑定結果に対応する最終の直近）使用行為を起訴する趣旨であるとの釈明でよいとする見解があり、これが実務の立場である（最終行為説）。この見解に対しては、①最終行為と尿の検査結果とが常に対応しているとは限らない、②期間内に複数回の使用行為が存在したことが後に発覚した場合には直近ではない行為には一事不再理効は及ばないといった批判が向けられている。第二に、当該期間内に少なくとも1回は使用行為があることを前提に、そのうちの1回の行為を起訴するという趣旨の起訴であるとの釈明

があればよいとする見解がある（最低1回行為説）。この見解によれば、もともと期間内のどの行為かを特定しない起訴であるから、どの行為にも訴因変更が可能であったことになり、期間内のすべての行為に一事不再理効が及ぶことになる。しかし、最終行為説よりも一層「識別」に問題が残る。第三に、当該期間内においては、1回だけ使用行為があったものとし、それが起訴された事実であると積明する見解がある（唯1回行為説）。ただし、この見解は、比較的新しい注射痕が複数みられる事案のような場合の説明に窮する。

判例は、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間、広島県高田郡a町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェ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。」との公訴事実の記載について特定性が問題となった事案において、「日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはない」とした（最決昭和56・4・25刑集35巻3号116頁）。ただし、いずれの見解によるのかは明らかではない。

なお、本決定は、「特殊事情」という表現を用いず、白山丸事件判決を援用していないが、本件の記載でも訴因の機能たる識別が果たされていることを前提に、「日時・場所・方法等を詳らかにすることのできない」特殊事情が本件でも存在し（覚せい剤自己使用罪は、一般的に、被害者がおらず、使用行為の目撃者がいない場合が多く、被告人も黙秘ないし否認の場合や供述が得られても直ちには信用できない場合も少なくないため、捜査・立証が困難であるとされるところ、現に本件においても実際にそうした事情が認められること）、「できる限り」特定したといえるかの判断が示されていると考えられることから、基本的には白山丸事件の判断枠組みを踏襲したものといえよう。

コラム 15-2 →本書 136 頁

共謀共同正犯における共謀と訴因の特定

共謀共同正犯の事案では、実務上、起訴状には、「罪となるべき事実」として、「〇〇と共謀の上」とのみ記載されることが一般的である。しかし、謀議のみに参加した被告人にとっては、「何月何日何時ころ、どこで謀議が行われ、どのようなことが話し合われたのか」といったところまで特定されていなければ防御は極めて困難になるともいえる。そこで、「〇〇と共謀の上」との記載のみでは、訴因が特定できているとはいえないのではないかと指摘されている。

この点は、訴因の機能をめぐる基本的な考え方の相違が議論に影響を及ぼす。実務の運用を疑問視する見解は、①訴因は「防御の対象」を明示する機能が重要であり、共謀のみに関与したとされる被告人との関係では、まさに謀議の日時・場所・内容等の特定・明示が必須である、②「共謀」とは「謀議行為」を意味し、それが共謀共同正犯における「罪となるべき事実」を構成するのであるから、「謀議行為」として具体的な事実をできる限り特定しなければならないとする（客観説）。これに対し、識別機能を重視する見解は、①謀議の日時・場所等を示さなくても、審判対象として他の訴因との識別ができないわけではない、②「共謀」も「罪となるべき事実」を構成するが、それは、実行行為時における特定の主観的な意思状態（心理状態）を指すものであって、「謀議行為」を指すものではない（主観説）、③仮に共謀は客観的な謀議行為を指すものと解したとしても、「実行行為」ではなく、その予備的なものに過ぎない、④犯罪の実行があれば共謀者全員が共同正犯の罪責を負うことになるなどを理由に、実務の運用を支持する。

もっとも、上記議論について、いずれの立場に立つか（①共謀共同正犯における「共謀」自体の実体法上の位置づけについての態度決定および②訴因の機能をめぐる訴訟法上の位置づけについての態度決定）によって導かれるのは、あくまで「訴因の機能を果たしているか」という点の帰結のみであり、仮に識別機能を重視する見解に立ったとしても、起訴の段階においてそれ以上詳しく記載することができないことを正当化する「特殊事情」が認められないような場合には、「できる限り」の要請から、より詳細な記載が要求されることになるはずである（第3のハードル）。このことは、共謀共同正犯における「〇〇と共謀の上」という記載による訴因の特定の議論にも妥当し、客観説によれば、証拠上、謀議の日時・場所等を具体的に記載できるにもかかわらず、これを記載しないのは、「できる限り」の要請を充たさないという意味で、256条3項違反になろう。これに対して、主観説による場合は、「共謀」は実行行為時に存在すれば足り、「謀議行為」は実行行為時の共同遂行の合意を推認させる間接事実には過ぎないことになるため、「謀議行為」が行われた日時や場所等の具体的な記載が要求されるはずがないことになる。

コラム 16 →本書 141 頁

**検察審査会制度の変遷**

検察審査会は、公訴権の行使に民意を反映させ、その適正を図るために、米国で採用されている大陪審の制度（一般市民から選ばれた陪審員で構成され、起訴・不起訴を決定する機関）を参考に設けられた制度である。もともと、大陪審は、初めから当該事件の起訴・不起訴を判断する制度であるのに対し、検察審査会は、いったん検察官が不起訴処分にした事件に対し、主にその処分を不服とする告訴権者等から検察審査会へ審査の申立てがなされた場合に当該不起訴処分の当否を審査する点に違いがある。

従来の制度は、検察審査会の議決に拘束力がなかったため、制度の実効性を疑問視する向きもあった。そこで、2004年に検察審査会法が改正され、2度の起訴相当議決がなされた場合には、その判断に拘束力（強制起訴の効力）が認められることになったため、起訴独占主義の例外の1つになった。ただし、検察官が起訴義務を負うのではなく、裁判所に指定された指定弁護士が公訴の提起・維持にあたる。改正法の施行10年間で、強制起訴された9件のうち、2件に有罪判決が言い渡された。制度の評価は2件の有罪判決を評価するものと、9件中7件が結局無罪判決になった点に懸念を示すものとで二分された状態にある。

コラム 17 →本書 155 頁

訴訟条件の存否の判断と公訴事実の同一性

なぜ公訴事実の同一性の存否の判断が訴訟条件の存否の判断にかかわることになるのか。「確定判決を経たとき」は、判決で免訴を言い渡すことになるところ（337条1号）、通説によれば、「確定判決」とは、有罪・無罪・免訴判決を指す。また、判例・通説によれば、確定判決の対象となった事件と公訴事実の同一性の関係が認められる事実については一事不再理効が及ぶ。そうすると、刑訴法 337 条 1 号にいう「確定判決」は、現在訴追の対象となっている事実との間で公訴事実の同一性の関係が認められる事実についての有罪・無罪・免訴の「確定判決」でなければならない。したがって、337 条 1 号により免訴判決を下すべきか否かを判断するためには、現在訴追の対象となっている事実との間で公訴事実の同一性が認められる事実について、既に有罪・無罪または免訴の確定判決が下されているか否かを明らかにしなければならないことになる。そこで、公訴事実の同一性の有無の判断は、337 条 1 号に掲げられた訴訟条件の存否の判断の一部を構成しているといえるのである。



コラム 20 →本書 191 頁

### 簡易公判手続とアレイメント制度

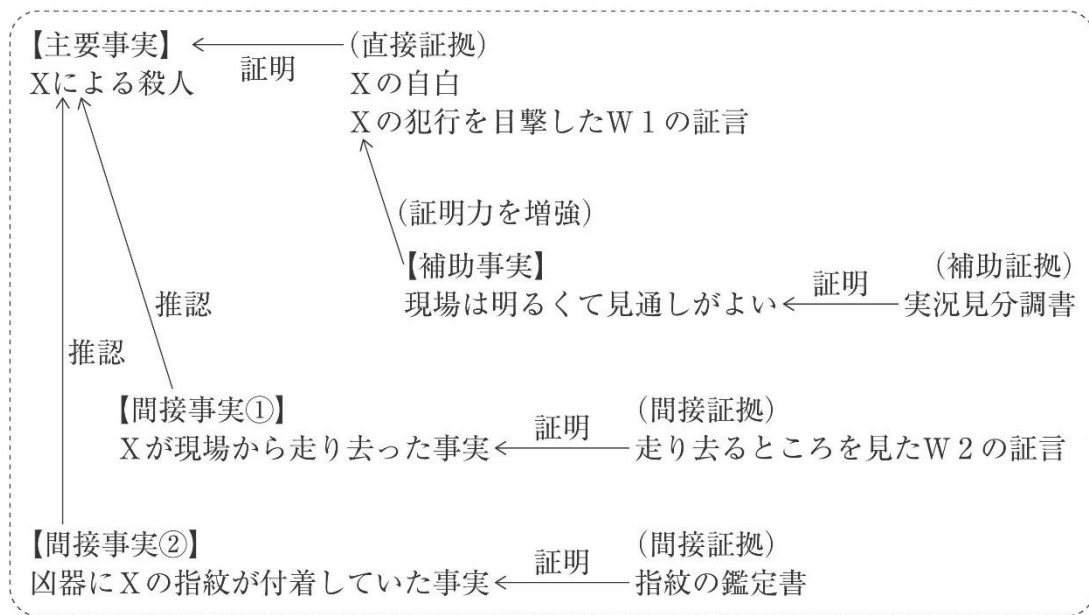
簡易公判手続は、英米法におけるアレイメント制度に代わるものとして1953年の刑訴法改正で導入された。アレイメント制度とは、被告人が「有罪の答弁」をすることで、その後の事実認定のための公判審理を省略し、量刑手続・判決宣告手続に直ちに入るというものである。簡易公判手続も、軽微な事件で被告人・弁護人が有罪であると陳述したときに証拠調べを簡略化し、より重大・複雑な事件に刑事司法の資源を集中させようという狙いで導入された。

しかし、一般の事件と比べて手続が大幅に簡易化されているわけでもなく、簡易公判手続の利用率は高くない。

コラム 22-1 →本書 207 頁

様々な証拠資料

本文で述べた証拠資料による分類を図に表してみた。刑事訴訟における主要事実（起訴状に訴因として記載された犯罪事実）は、以下のように、直接証拠、間接事実、間接証拠、補助事実、補助証拠を、複雑なパズルのように組み合わせることによって証明される。具体的な事案におけるこれらの事実や証拠の組み合わせのことを証拠構造と呼ぶことがある。



コラム 22-2 →本書 213 頁

DNA 型鑑定をめぐる状況

本文で紹介した DNA 型鑑定の証拠能力を認めた 2000（平成 12）年の最高裁決定は、1990（平成 2）年に発生した足利事件と呼ばれる殺人・死体遺棄事件の上告審決定である。警察は、当時開発されたばかりの技術だった MCR118 による DNA 型鑑定を行い、被疑者と犯人の DNA 型が一致した事実を被疑者に告げて自白を迫った。当時の新聞を見てみると、そこには「スゴ腕 DNA 鑑定・捜査の決め手」という見出しが躍っている。被告人は、公判で犯行を否認したが、前述の最高裁決定によって無期懲役の判決が確定した。

しかしその後、再審請求が行われ、新たに STR という別の方法による DNA 型鑑定の結果、同一人物の DNA である可能性が否定される。東京高裁は再審の開始を決定し（東京高決平成 21・6・23 判時 2057 号 168 頁）、再審公判では有罪判決の根拠の一つだった MCT118 による DNA 型鑑定の証拠能力が否定され、無罪が言い渡された（宇都宮地判平成 22・3・26 判時 2084 号 157 頁）。この事件をめぐる一連の経緯は、科学的証拠を事実認定に用いることの難しさを如実に表している。

近時ではさらに、捜査対象者からサンプルを取得する際に DNA 型鑑定に用いることを告げずに任意提出させることの問題や、警察が法的根拠なく DNA 型の情報をデータベース化して蓄積・保存していることの問題も指摘されている。立法も含めた検討が必要であろう。

他方、DNA 型鑑定は、被告人の無実を明らかにするための有力な証拠として活用される場合もある（たとえば、いわゆる東京電力女性社員殺害事件の再審開始決定。東京高決平成 24・6・9 高刑集 65 巻 2 号 4 頁）。アメリカでは、DNA 型鑑定によって無実を明らかにするイノセンス・プロジェクトの活動によって、多くの人の冤罪が晴らされている。

コラム 23 →本書 221 頁

判例による違法集証拠排除法則の展開

最高裁が昭和 53 年判決で違法収集証拠排除法則を宣言してから今日まで 40 年以上の年月が過ぎた。この判決で示された排除の基準はその後の裁判例によって一貫して引き継がれ、判例によって形成された事実上の「実定法」として定着した。判例法理を適用して証拠を排除した事案も下級審を中心に蓄積し、緩やかな広がりを見せている。

違法収集証拠であれば直ちに排除するのではなく、違法が重大な場合に限って排除を認めたと判例法理のことを、相対的排除論（あるいは限定的排除論）と呼ぶことがある。真相究明による処罰の確保と手続的な人権保障との調和という刑事訴訟法全体を貫く考え方がリアルに現れた場面と言えるだろう。また、将来における違法捜査の抑制は、その事件処理の範囲を超えて達成しようとする政策なのだから、幅広い事情を考慮して行うことになり、その判断基準が相対化するのには必然でもある。そして、もしも仮に違法性が少しでもあれば必ず排除しなければならないとするならば、裁判所は捜査を違法とすることに対して過度に慎重になってしまうかもしれない。相対的排除論には、このような事態を回避して裁判所が捜査の違法を指摘しやすくする現実的な効果があるという見方もできる。

しかしながら、これまでの判例の中には、たとえば証拠収集の手段が令状主義に違反していることまで認めながらも、違法は重大でないとして証拠排除を否定した例も存在する（最決平成 21・9・28 刑集 63 卷 7 号 868 頁）。相対的な排除の要件を厳格に捉え過ぎて、結論における証拠排除が減多に実現しないのであれば、違法収集証拠排除法則の機能は、結局のところ捜査の違法を宣言するだけのリップ・サービスに止まることにもなりかねない。だがそれは、違法収集証拠排除法則の本来あるべき姿ではないだろう。

コラム 26 →本書 225 頁

再伝聞

「Aさんが、現場から走って逃げていく被告人を見たといっていました」とBが話したのを聞いたCについて考えてみよう。A供述の内容の真実性が問題となっている公判において、Cが「『現場から走って逃げていく被告人を見た』とAさんがいっていたということを、Bさんから聞きました」と証言する場合、①AからBへの供述、②BからCへの供述というそれぞれの供述過程に誤りがあるか否かを、公判廷で吟味できない。このように、伝聞証拠の中にさらに伝聞証拠が含まれているものを、再伝聞証拠という。

BがAの供述内容を検察官に対して述べ、その供述内容を検察官が録取して作成した書面についても同様である。この場合には、①AからBへの供述、②Bから検察官への供述、③検察官による供述録取書の作成という3段階の供述過程があり、再々伝聞にあたるように見える。ただし、刑訴法は原供述者の署名・押印のある供述録取書については、単純な伝聞証拠であると扱う（→247 ページ）。つまり、③の過程でBの署名・押印があれば、この過程の伝聞性は除去されるため、このような場合も再伝聞にあたることになる。

再伝聞証拠については刑訴法に明文規定がない。したがって、再伝聞証拠には伝聞例外が認められないという考え方もある。しかし、通説は、それぞれの伝聞過程で伝聞例外を認める要件（321条から324条）があることを条件に、証拠能力を認める。

冒頭のCの公判廷での証言の場合であれば、①まず、Cの証言のB供述部分について考える。324条2項は「被告人以外の者の供述」をその内容とするものについて321条1項3号を準用すると規定するから、Bの供述部分が321条1項3号の要件を充たすかを判断する。②伝聞例外が認められれば、C証言のB供述部分は「公判期日における供述に代えて」証拠となる（320条1項）。つまり、Bが公判期日で供述したことと同じ扱いになる。③次に、「公判供述」とみなされるB供述中のAの供述部分の伝聞例外が認められるかを、先ほどと同様に考えていくことになる（324条2項・321条1項3号）。CやBの供述に出てくるのが被告人の供述であった場合には、324条1項・322条によって考える。

Bの検面調書の場合であれば、まず、①Bの検面調書が321条1項2号の要件を充たすかを判断する。②伝聞例外が認められれば、検面調書は「公判期日における供述に代えて」証拠となる（320条1項）。つまり、Bが公判期日で供述したのと同じ扱いになる。③そこで、次に「公判供述」とみなされるB供述中のAの供述部分に伝聞例外が認められるかが問題になる。この場合には、公判供述に関する324条により判断することになる。つまり、公判期日における被告人以外の者の伝聞供述に関する324条2項が要求する要件が充たされれば、伝聞例外にあたりとされる（最判昭和32・1・22刑集11巻1号103頁）。

B供述の中に出てくるのが被告人の供述であった場合には、同じ論理で324条1項・322条の要件が充たされれば、伝聞例外にあたることになる。

コラム 27 →本書 267 頁

有罪率の高さをどう読み解くか？

公判での審理が終わり、裁判所がついに判決を言い渡す。有罪か、それとも無罪か。刑事裁判を素材にした映画やテレビドラマであれば、おそらくこの瞬間に物語はクライマックスに達する。しかし実際はどうか。裁判を傍聴するために足繁く裁判所へ通っても「被告人は無罪」という裁判官の声を聞くことは極めて稀である。日本の刑事裁判では、起訴された全事件のうち 99%以上で有罪が言い渡されているからである。この極めて高い有罪率をどのように評価すべきだろうか。

日本の検察官は、徹底した捜査を行った上で、有罪判決を得られる高度な見込みある場合にのみ事件を起訴する傾向が強い。公訴権の慎重な行使によって、無実の者が被告人の地位に立たされることによって生じる手続上の負担や社会から受ける不利益を防ぐことができる。また、手続の「無駄」を省き、裁判所の資源を節約することにもなる。日本の刑事裁判における高い有罪率は、無罪となるべき者を事前に検察官が手続から取り除き、有罪とすべき者だけを「正しく」起訴していることの現れなのかもしれない。このような日本の刑事司法の特徴を指して「精密司法」と呼ぶことがある。

しかし、このようなあり方は、「有罪か無罪かは裁判によって決める」という刑事裁判の根本的な建前とはかけ離れていないだろうか。刑事裁判が検察官の判断を追認するだけの儀式のようでは見えなくなる。さらに、このような実態が「検察が起訴したのだからこの被告人もどうせ有罪なのだろう」という感覚に結び付き、無実を発見すべき裁判所の目を曇らせる可能性がある。また、高い有罪率が前提となれば、無罪は検察官の「失態」と評価されることになる。そのため、検察官は一旦起訴した以上、途中でその妥当性を省みることなく徹底的に有罪判決だけを追い求めてしまうことにもつながるだろう。このように見れば、高い有罪率は、刑事裁判の著しい形骸化と、無罪の発見を使命とする裁判所の機能不全を示すデータということになる。はたしていずれの見方が正しいのだろうか。

コラム 29 →本書 276 頁

検察官上訴の問題点

日本の刑訴法は無罪判決に対する検察官上訴を認めている。判例も、検察官上訴は憲法が保障する二重の危険を受けない権利を侵害しないという（最大判昭和 25・9・27 刑集 4 巻 9 号 1805 頁）。

しかし、被告人の法的地位の安定と再訴の危険からの被告人の保護の観点からすれば、検察官上訴を認めるべきではないという違憲説も根強い。上訴が被告人の救済のためにあること、被告人に防御活動の負担を強いるという結果になって迅速な裁判の保障にもとることなどがその理由である。比較法的にみても、たとえばアメリカでは二重の危険により、無罪判決に対する検察官上訴は認められていない。

いわゆる「甲山事件」では、二度の無罪判決にもかかわらず、なお検察官が控訴した。最終的に被告人とされた女性には無罪が言い渡されたが、無罪判決が確定するまでに起訴から実に 25 年もの月日が経過した。「名張毒ぶどう酒事件」では、一審の無罪判決に対して検察官が控訴し、高等裁判所が原判決を破棄自判して死刑判決が言い渡された。元被告人が亡くなった現在も同事件の再審請求は続いている。

無罪判決に対して検察官上訴が許されていることから、このような事態が生じてしまうのである。この現実と、どう向き合うべきだろうか。

コラム 30 →本書 290 頁

「再審法」の改正へ

白鳥決定と財田川決定によって 435 条 6 号の明白性判断のあり方に変化がもたらされ、それまで「開かずの扉」といわれていた再審に新たな流れが生まれた。

1970 年代後半からは、財田川事件、免田事件、松山事件、島田事件の 4 つの死刑事件と、弘前事件、加藤事件、米谷事件、滝事件などで再審開始決定が出され、その後いずれも再審で無罪が確定した。

しかし、1980 年代後半以降には、布川事件、名張毒ぶどう酒事件、狭山事件、袴田事件などの著名事件で相次いで再審請求が棄却され、「再審冬の時代」などといわれた。その後、ようやく「雪解け」が見られたのは、ようやく 2000 年代後半のことであった。

2007 年には氷見事件、2009 年には足利事件で再審が開始され、その後無罪判決が言い渡された。その後も布川事件（2011 年再審無罪）、東電女子社員殺人事件（2012 年再審無罪）、大阪強姦事件（2015 年再審無罪）、東住吉事件（2016 年再審無罪）、松橋事件（2019 年再審無罪）、湖東記念病院事件（2020 年再審無罪）でそれぞれ再審が開始され、無罪判決が確定した。しかし、再審無罪が言い渡されたのは、いずれの事件でも事件発生から数年ないし数十年が経過した後であった。

2000 年代以降に再審が開始された事件の多くでは、再審請求を受けた裁判所が「三者協議」とよばれる打ち合わせを開き、検察官に対して公判に提出していない証拠の開示を積極的に促した。これを受けて検察官から証拠が開示されて新たな事実が明らかになり、再審開始の決め手となった。

再審段階に関する刑訴法の規定は、わずか 19 条しかない（刑訴法 435 条から 453 条）。三者協議や証拠開示など、再審段階の手続に関する詳細な規定は存在せず、再審請求手続は公開されていないために外部からのチェックも働かない。「雑事件」に分類される再審事件の実務の運用は、事件が係属する裁判体の裁量に任されている。これらの理由から、事件ごとに三者協議や証拠開示、事実の取調べ（証人尋問）等などの手続運用が異なるという不公平な状況が生じており、「再審格差」と表現されている。

また、検察官による再審開始決定への不服申立てによって手続が長期化し、あるいは抗告審において開始決定が取り消されたり再審請求が棄却されたりすることへの強い批判もあり、検察官による不服申立てを禁止するべきではないかと主張されている。

かつては 435 条 6 号の明白性判断の要件をめぐる議論（→292 頁）が活発に闘わされてきたが、現在では、以上のように、刑訴法のうち「再審法」の手続規定そのものを改正すべきであるとの議論が活性化している。

近年の再審無罪事件で明らかになったのは、再審の手続自体に深刻な欠陥があることと、その欠陥が冤罪被害者の救済を妨げているという事実であった。無辜の救済のために、再審の手続を改正することが急務である。