

三井 誠 編

『判例教材 刑事訴訟法〔第5版〕』

【サプリメント 2】

* 〔第5版〕以降の追加判例

サプリメント1 ◎＝基本判例〔5件〕，○＝参照判例〔25件〕

サプリメント2 ◎＝基本判例〔3件〕，○＝参照判例〔23件〕

.....

— 目 次 —

I 捜 査

「身柄拘束の分割禁止の及ぶ範囲－同時処理義務」

○ 最（二小）決平成30・10・31裁判集刑324・1；判時2406・70 …3頁

「任意同行・宿泊を伴う取調べと実質的逮捕」

○ 富山地決令和2・5・30LEX/DB25566313 → 特別抗告棄却 …4頁

「リモートアクセスによる証拠収集」

◎ 最（二小）決令和3年2月1日・刑集75巻2号123頁（わいせつ画像データ・リモートアクセス事件）
…5頁

「ゴミステーションのゴミ袋中の紙片等領置」

○ 東京高判平成30・9・5〔高刑集71・2・1〕；判時2424・131；判タ1466・103 …6頁

「接見指定の要件・方法・内容等」（国賠訴訟）

○ 最（一小）判平成30・10・25民集72・5・940；判時2399・13；判タ1456・57 …7頁

「任意の取調べと弁護人との接見」（国賠訴訟）

○ 東京高判令和3・6・16判時2501・104；判タ1490・99 …8頁

「ビデオテープ再生を伴う接見」（国賠訴訟）

○ 広島高判平成31・3・28裁判所ウェブサイト〔平成30（ネ）203〕 …9頁

「弁護人との接見内容の聴取」（国賠訴訟）

○ 福岡高判令和3・9・3LEX/DB25590657 …9頁

「接見等禁止の可否判断－罪証隠滅に及ぶ現実的なおそれ」

○ 最（三小）決平成31・3・13裁判集刑325・83；判時2423・111；判タ1462・33 …10頁

II 公 訴

「強制わいせつ罪等の非親告罪化と憲法39条」

○ 最（三小）判令和2・3・10刑集74・3・303 …10頁

「訴因外の事実（共同正犯）の認定」

- 最（一小）決平成30・2・26裁判所ウェブサイト〔平成28（あ）1869〕 …10頁

Ⅲ 公判

「協議・合意関係文書の類型証拠該当性」

- 東京高決令和1・12・13〔高刑集72・2・1〕；東高刑時報70・1～12・134；高検速報（令1）354；判時2483・113；判タ1484・140 …10頁

「刑の執行猶予の言渡し取消し決定の謄本の送達を受けるべき者は誰か」

- 最（二小）決平成29・1・16刑集71・1・1；判時2329・96；判タ1435・107 …11頁

Ⅳ 証拠

「DNA型鑑定の信用性」

- 最（一小）判平成30・5・10刑集72・2・141；判時2403・122；判タ1458・120 …11頁

「麻薬特例法14条の合憲性」

- 最（一小）決令和2・6・23LEX/DB25566439 …12頁

「刑法207条（同時傷害）の特例規定による挙証責任の転換と被告人側立証の程度」

- 名古屋地判平成30・11・26裁判所ウェブサイト〔平成28（わ）793〕 …12頁

「321条1項2号後段－被害児童に対する司法面接の録音録画記録等の証拠採否」

- 大阪高判令和1・7・25判タ1475・84 …13頁

「違法収集証拠－収集手続の違法判断」

- ◎ 最（三小）判令和3年7月30日・刑集75巻7号930頁（足立区覚醒剤使用事件） …13頁

Ⅴ 裁判

「常習特殊窃盗罪における一事不再理効」

- 最（一小）決令和3・6・28刑集76・7・909 …15頁

「単独犯と共同正犯の択一的認定の可否」

- 東京高判平成30・11・15判時2455・84；判タ1477・140 …15頁

「量刑資料の適切性－量刑検索システム」

- 東京高判平成31・4・19東高刑時報70・1～12・32；判タ147・73 …16頁

Ⅵ 上訴

「控訴審における破棄自判に必要な事実の取調べ」

- ◎ 最（一小）判令和2年1月23日・刑集74巻1号1頁（浦安クレジットカード詐欺事件） …17頁
- 最（一小）決令和3・5・12刑集75・6・583 …18頁

「裁判員裁判による死刑判決と控訴審による量刑不当判断」

- 最（一小）決令和1・7・1裁判集刑326・63 …18頁

「原判決破棄に当たり弁論を経ることを要しないとされた事例」

○ 最（三小）判令和2・1・31刑集74・1・257 …18頁

VII 確定後救済手続

「新証拠の明白性判断（いわゆる大崎事件）」

○ 最（一小）決令和1・6・25 裁判集刑326・1；判時2422・108；判夕1462・25 …18頁

.....

— 判 例 索 引 —

- 最（二小）決平成29・1・16刑集71・1・1；判時2329・96；判夕1435・107 …11頁
- 最（一小）決平成30・2・26裁判所ウェブサイト〔平成28（あ）1869〕 …10頁
- 最（一小）判平成30・5・10刑集72・2・141；判時2403・122；判夕1458・120 …11頁
- 東京高判平成30・9・5〔高刑集71・2・1〕；判時2424・131；判夕1466・103 …6頁
- 最（一小）判平成30・10・25民集72・5・940；判時2399・13；判夕1456・57 …7頁
- 最（二小）決平成30・10・31裁判集刑324・1；判時2406・70 …3頁
- 東京高判平成30・11・15判時2455・84；判夕1477・140 …15頁
- 名古屋地判平成30・11・26裁判所ウェブサイト〔平成28（わ）793〕 …12頁
- 最（三小）決平成31・3・13裁判集刑325・83；判時2423・111；判夕1462・33 …10頁
- 広島高判平成31・3・28裁判所ウェブサイト〔平成30（ネ）203〕 …9頁
- 東京高判平成31・4・19東高刑時報70・1～12・32；判夕1473・73 …16頁
- 最（一小）決令和1・6・25裁判集刑326・1；判時2422・108；判夕1462・25 …18頁
- 最（一小）決令和1・7・1裁判集刑326・63 …18頁
- 大阪高判令和1・7・25判夕1475・84 …13頁
- 東京高決令和1・12・13〔高刑集72・2・1〕；東高刑時報70・1～12・134；高検速報（令1）354；判時2483・113；判夕1484・140 …10頁
- ◎ 最（一小）判令和2年1月23日・刑集74巻1号1頁 …17頁
- 最（三小）判令和2・1・31刑集74・1・257 …18頁
- 最（三小）判令和2・3・10刑集74・3・303 …10頁
- 富山地決令和2・5・30LEX/DB25566313 …4頁
- 最（一小）決令和2・6・23LEX/DB25566439 …12頁
- ◎ 最（二小）決令和3年2月1日・刑集75巻2号123頁 …5頁
- 最（一小）決令和3・5・12刑集75・6・583 …18頁
- 東京高判令和3・6・16判時2501・104；判夕1490・99 …8頁
- 最（一小）決令和3・6・28刑集76・7・909 …15頁
- ◎ 最（三小）判令和3年7月30日・刑集75巻7号930頁 …13頁
- 福岡高判令和3・9・3LEX/DB25590657 …9頁

.....

— 判 例 紹 介 —

081頁【参照判例】「身柄拘束の分割禁止の及ぶ範囲—同時処理義務」

○最（二小）決平成30・10・31裁判集刑324・1；判時2406・70（X（被疑者）は、本件勾留請求に先立ち、平成30年9月21日、Yらと共謀の上、薬物犯罪を犯す意思をもって、大麻として取得した物品を所持したという、国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律違反の被疑事実（規制薬物としての所持）により勾留されていた。他方、本件勾留請求にかかる被疑事実の要旨は、被疑者がYらと共謀の上、営利の目的で、みだりに、大麻を隠匿した航空貨物をアメリカ合衆国から発送し、本邦に陸揚げさせ、もって大麻を本邦に輸入したという内容である。前回勾留にかかる被疑事実においてXらが所持したとされる物品は、本件勾留請求にかかる被疑事実においてXらが輸入したとされる大麻が、いわゆるクリーン・コントロールド・デリバリー捜査により代替物と差し換えられたものである。当該航空貨物の配送先は、京都市内のA〇〇〇号室であり、Xは、平成30年9月19日午後6時6分過ぎ頃、前記Aにおいて、配送職員に扮した捜査員から、在中の大麻を代替物と差し換えられた同貨物を受け取ると、同建物北側路上に停車していたY運転にかかる自動車のトランクに同貨物を載せようとしたところ、同日午後6時21分、捜査員から声をかけられ、そのまま前回勾留にかかる被疑事実により現行犯逮捕され、同月21日には同事実により勾留された。その後、

Xは、同年10月10日、本件勾留請求にかかる被疑事実により再逮捕され、同月12日、同事実により本件勾留請求された。これに対して、X側は、本件勾留請求は、実質的には前回勾留にかかる被疑事実と同一事実にかかる違法な再勾留請求であるから、勾留を認めた原裁判を取消し、本件勾留請求を却下するとの裁判を求めて準抗告を申し立てた。

原決定は、「一般に、大麻の密輸入者が、密輸入した大麻を所持した場合の両者の罪数関係は、その所持が輸入行為に伴う必然的結果として一時的になされるにすぎないと認められるときは、密輸入の罪に吸収されて所持の別罪を構成しないが、その所持が輸入行為の必然的結果を離れて社会通念上別個独立の行為として評価し得る場合には別罪を構成し、両者は併合罪の関係に立つと解される。……本件では、被疑者が貨物を受け取った時点と、現行犯逮捕された時点とでは、日時・場所が近接しており、受け取った貨物についても、未だ開封もせず、車のトランクに乗せたのみではあるが、被疑者が配送先で貨物を受け取ったのみならず、これを持ち運んで、共犯者が乗車し、かつ移動性の高い車のトランクに積み込もうとしたことを重視すれば、その時点における所持は、輸入行為に伴う必然的結果ではなく、社会通念上別個独立の行為と評価する余地もないわけではない。……しかし、仮にそのように評価して、両事実は一罪関係にはないと解したとしても、前回勾留にかかる被疑事実と、本件勾留にかかる被疑事実とは、社会的事実としては、一連一体の事実であって、関係者も同一であり、必要とされる捜査の内容も、その大半が共通すると考えられる。このような両事実の実質的な同一性や、両事実が一罪関係に立つ場合との均衡等を考慮すると、捜査機関は、前回勾留中に、本件勾留請求にかかる被疑事実の捜査についても、同時に処理することが義務付けられていたと解するのが相当であり、これに反して再度の勾留請求を認めることは、勾留の期間を厳格に制限した法の趣旨を逸脱するものとして、許されないというべきである。……したがって、本件勾留請求は、勾留の不当な蒸し返しとして却下すべきであり、これを認めた原裁判の判断には誤りがある」とした（大阪地決平成30・10・15LEX/DB25563268）。この決定に対して、検察官が特別抗告を申し立てた。

本決定は、「所論に鑑み職権により調査すると、原決定が、本件勾留の被疑事実である大麻の営利目的輸入と、本件勾留請求に先立つ勾留の被疑事実である規制薬物として取得した大麻の代替物の所持との実質的同一性や、両事実が一罪関係に立つ場合との均衡等のみから、前件の勾留中に本件勾留の被疑事実に関する捜査の同時処理が義務付けられていた旨説示した点は是認できないが、いまだ同法411条を準用すべきものとまでは認められない」とする。

なお、三浦守裁判官の「本件の被疑事実と前件の被疑事実とは、一連のものであって密接に関連するが、社会通念上別個独立の行為であるから、併合罪の関係にあるものと解されるところ、両事実の捜査に重なり合う部分があるといっても、本件の被疑事実の罪体や重要な情状事実については、前件の被疑事実の場合より相当幅広い捜査を行う必要があるものと考えられる。……したがって、原決定が、両事実の実質的同一性や、両事実が一罪関係に立つ場合との均衡等のみから、捜査機関が、前件の被疑事実による勾留の期間中に、本件の被疑事実の捜査についても、同時に処理することが義務付けられていた旨の説示をした点は、刑訴法60条1項、426条の解釈適用を誤ったものというほかない。……しかし、本件の証拠関係、捜査状況のほか、被疑者が原決定により釈放され、既に相当の日数が経過していること等も考え合わせると、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められるとすることについては、わずかながら躊躇を覚えるところであり、同法411条を準用すべきものとまでは認められない」という補足意見がある。

107頁【参照判例】「任意同行・宿泊を伴う取調べと実質的逮捕」

○富山地決令和2・5・30LEX/DB25566313（X（被疑者）と被害者Aが同居していたアパートの周囲からAの遺体が発見されたことから、Xは、令和2年5月5日午後4時頃、X宅において捜査官から同行を求められ、捜査官の運転する自動車に同乗して、同日午後5時34分頃、富山中央警察署に到着した。同日、取調室において、Xに対する事情聴取が行われた。Xに対する聴取後、捜査官は、X宅が本件事件の現場である可能性が高く、捜査の必要があったことから、Xに対して、Pらの用意したホテルに宿泊することを提案した。Xは、捜査官に連れられて同ホテルに行き、宿泊した。同月5日午前2時10分から午後5時5分までの間、中断を挟みながらX宅の検証が行われた。Xは、同月6日から同月10日までの5日間、連日、捜査官に促され、ホテルから捜査官の付き添いの下で同署に向かい、同月6日は午前9時34分から午後7時15分まで、同月7日は午前10時5分から午後9時20分まで、同月8日は午前9時55分から午後8時25分まで、同月9日は午前10時10分から午後10時5分まで、同月10日は午前10時3分から午後7時5分までいずれも休憩を挟んで取調べを受け、いずれの日も取調べ後は、捜査官に付き添われてホテルまで送られ、同ホテルに宿泊した。取調べの間の食事等の休憩時間においては、Xのいた取調室の出入口ドアは開放状態にされていたもの、捜査官が同取調室の室外廊下において待機していた。Xが取調室近くのトイレを使用していた際に、しばらく物音がしない等の長時間が経過した際には、捜査官がトイレ出入口ドアの高窓から覗いて様子を見たこともあった。同月9日にXの宿泊費が不足したことから、出金等をするために出かける際にも2名の捜査官が同行した。捜査官は、Xがホテルに宿泊した同月5日から同月10日までの間、Xによる証拠隠滅や逃走等を防止する目的で、常にXの宿泊する客室の前付近の廊下で警戒を続けていた。この間に作成された同月7日付けの司法警察員に対する供述調書には、XがAの死体を捨てたことについては間違いない旨述べたという内容の記載があるとともに、Xは、上記期間中の取調べにおいて死体遺棄の被疑事実につき明確に否認したことはなかった。この間の取調べに際し作成された取調べ状況報告書の「逮捕・勾留の有無及び罪名」欄には、いずれも「殺人」と記載されていた上、この間に作成された合計10通の被疑者供述調書のうち、同月10日に録取された供述調書の被疑事実は「殺人」とされ、本件被疑事実についての犯行態様などが詳細に録取されていた。

Xは、同月11日午前8時35分頃、ホテルから捜査官の付き添いで同署へ行き、午後3時59分から取調べを受け、午後5時55分に死体遺棄の被疑事実で通常逮捕された。同月13日に死体遺棄の被疑事実で勾留が請求され、Xは、同日から勾留され、同月22日から勾留期間が延長された。これに対して、Xの弁護人により勾留及び勾留期間延長の裁判の取消し等を求める準抗告が申し立てられ、同月26日、準抗告審は、上記勾留及び勾留期間延長の裁判を取消し、検察官の勾留及び勾留期間延長の請求をいずれも却下したことから、Xは、同月27日に釈放された。しかし、Xは、同日午前3時36分、「令和2年4月初旬頃、X宅で同居するAを殺害しようとして決意し、同所において、包丁で同人の左頸部を突き刺し、よって同人を失血させて殺害した」という殺人の被疑事実で通常逮捕された。これに続く勾留請求に対して、富山簡易裁判所の裁判官は、これを却下する裁判をした。そこで、検察官が準抗告を申し立てた。

本決定は、「被疑者は6夜にわたり、捜査官の手配したホテルに宿泊したところ、捜査官は、被疑者が宿泊するホテルの客室の前に張り込んで被疑者の動静を監視しており、警察署との往復には、捜査官による付き添いがなされている。また、こ

の間、連日にわたりおおむね午前中から夜間に至るまでの長時間にわたって取調べが続けられた。このような取調べ状況等からすれば、ホテルでの宿泊について、被疑者宅の検証及び捜査差押えのため被疑者を自宅に帰宅させることが困難な事情があったことや、取調べの間、適宜休憩を挟んでいたこと、ホテル宿泊や取調べについて外形的には被疑者の承諾を得る形で行われていたことなどを考慮しても、前述のとおり、連日、捜査官に監視されている状態でホテルに宿泊し、そのホテルに捜査官が迎えに来て警察署に連れていかれ、長時間取調べを受け、休憩時間も常に捜査官が付近にいた上、またホテルに戻っても監視されるという環境に置かれていた被疑者において、任意同行を拒もうと思えば拒むことができ、取調べの途中から帰ろうと思えば帰ることができた状況にあったとは到底いえず、かかる状況は実質的に逮捕と同視し得る。……本件被疑者事実は、殺人であり、同一客体の死体遺棄の被疑事実と密接に関連するところ、被害者と被疑者の関係性や、被害者は、被疑者らが同居していたアパートに近接した場所で発見されたことなどからすれば、同月5日の任意同行の時点において、被疑者が本件被疑者事実に強く関係していることが疑われていたといえる。……同月6日から同月10日までの取調べ状況報告書の罪名が『殺人』とされていたことや、同月7日の時点で死体遺棄について認める内容の供述調書が作成された後も、連日、長時間にわたる取調べが行われたこと、同月10日には、本件被疑者事実に係る犯行態様等を詳細に録取した調書が作成されていることからすれば、上記期間中における取調べは、専ら死体遺棄の被疑者事実に係る行われたとはいえず、同月5日の実質的な逮捕の被疑者事実に、本件被疑者事である殺人も含まれていたと評価するのが相当である。……そうすると、遅くとも、同月5日の聴取後にホテルで被疑者の監視を始めた時点から、実質的には逮捕状によらない違法な逮捕がされたということができ、実質的な逮捕の時点から計算して勾留請求までにおける制限時間不遵守の違法が認められる。……本件においては、……5月27日に本件被疑者事実に係る逮捕状による逮捕がされているが、同逮捕状の請求手続自体に制限時間不遵守等の瑕疵は認められず、……死体遺棄の事実により逮捕勾留がされたことにより、殺人の被疑者事実に係る実質的な逮捕の状態が一旦解消されたという見方もできなくはない。……しかしながら、前記……のとおり、先行する手続の違法性が重大であることからすれば、司法の廉潔性や違法捜査抑止の観点に照らして、本件被疑者事実に係る逮捕は違法な再逮捕として許されないと いわざるを得ない。……以上によれば、本件勾留請求には制限時間不遵守の重大な違法があるから、本件勾留請求は却下すべきであ……る」とする)。

※ 最高裁は、検察官からの特別抗告を棄却した(最(二小)決令和2・6・8 LEX/DB25566315)。

158頁 **基本判例** 「リモートアクセスによる証拠収集」

◎最(二小)決令和3年2月1日・刑集75巻2号123頁(わいせつ画像データ・リモートアクセス事件)

【事実】 1 警察官は、平成26年9月30日、インターネットサイト「A」の運営管理会社である株式会社Bの業務全般を共同で統括管理するC及びX(被告人)並びにBの代表取締役であるY(被告人)らが共謀の上、同サイトにおいて公然わいせつ幫助、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律違反の各犯行に及んだことを被疑者事実とする捜査差押許可状に基づき、B事務所及び付属設備において、捜索及び差押えを開始した。この捜査差押許可状は、「差し押さえるべき物」として、「パーソナルコンピュータ」等が記載されているほか、「差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、その電磁的記録を複製すべきものの範囲」として、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ(中略)からの接続可能なファイル保管用のサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者に使用されているもの」、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ……からの接続可能なメールサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者のメールアドレスに係る送受信メール、その他の電磁的記録を保管するために使用されているもの」が記載された、リモートアクセスによる電磁的記録の複製の処分(刑訴法218条2項)を許可した令状であった。

警察官は、上記の捜索及び差押えの実施に先立ち、Bではアメリカ合衆国に本社があるA社の提供するメールサービス等が使用されている疑いがあり、令状に基づきメールサーバ等にアクセスすることは外国の主権を侵害するおそれがあると考えられたことから、日本国外に設置されたメールサーバ等にメール等の電磁的記録が蔵置されている可能性があることが判明した場合には、令状の執行としてのリモートアクセス等を控え、リモートアクセス等を行う場合には、当該パソコンの使用者の承諾を得て行う旨事前に協議していた。

警察官は、上記の方針に基づき、被告人兩名を含むBの役員や従業員らに対し、メールサーバ等にリモートアクセスをしてメール等をダウンロードすること等について承諾するよう求め、アカウント及びパスワードの開示を受けるなどしてリモートアクセスを行い、メール等の電磁的記録の複製を行ったパソコンについては、Yから任意提出を受ける手続をとった(「手続①」)。しかし、警察官は、B関係者に対し、上記リモートアクセス等は任意の承諾を得て行う捜査である旨の明確な説明をしたことはなかった。

上記捜索等が開始された同日以降、B事務所において、メール等を使用者のパソコンに複製する作業等が続いたが、なお相当の時間を要すると見込まれ、終了のめどが立っていない状況において、Bは、警察官に対し、よりBの業務に支障が少ない方法として、警察のパソコンでメールサーバ等にアクセスできるアカウントを付与するなどしてB事務所以外の場所でダウンロード等ができるようにする旨提案した。その範囲や方法等について、Bの幹部と警察官との間で、Bの顧問弁護士も交えて協議が行われ、最終的に被告人Yが同年10月3日付けで承諾書を作成した。警察官は、これに基づき、B事務所外の適宜の機器からリモートアクセスを実施し、電磁的記録を複製した(手続②)。

手続①・②の各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定でき

ないものであった。

2 検察官請求証拠のうちメール等の電磁的記録に関する証拠には、その収集過程に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、将来における違法な捜査の抑制の見地からも相当でないから、違法収集証拠として証拠排除されるべきであるというX側の主張に対して、第1審は、手続①・②により収集された証拠はいずれもXらの任意の承諾により収集されたものであるからその収集過程に違法はないと判断した（京都地判平成29・3・24刑集75・2・203）。

X及びYの控訴に対して、原審は、第1審が手続①について「B関係者の任意の承諾があったと認定した点は、是認することができない」と判断しつつ、手続①が「実質的には、我が国の刑訴法に則って発付された本件各令状に基づいて実施された強制捜査の一環として行われたとみられるのであるから、たとえサーバ所在国の主権侵害や海外のサーバ管理者の権利侵害があったとしても、そのことによる捜査機関によるリモートアクセス等の違法は、証拠能力を失わせるほどの重大な違法には当たらない」と判断するとともに、手続②については、B側の「承諾の効力を否定すべき理由はない」と判断して、控訴を棄却した（大阪高判平成30・9・11高検速報（平成30）344）。被告人兩名上告。

【判示】 上告棄却。「所論は、日本国外に所在するサーバへのリモートアクセスによる電磁的記録の取得行為は、現行刑訴法によっては行うことができず、あくまで国際捜査共助によるべきものであるところ、警察官が、これらの点を認識した上、国際捜査共助を回避し、令状による統制を潜脱する意図の下に手続①、②を実施した行為は、サーバ存置国の主権を侵害するものであり、重大な違法があるから、各手続によって収集された証拠は違法収集証拠として排除すべきである旨主張する。

しかしながら、刑訴法99条2項、218条2項の文言や、これらの規定がサイバー犯罪に関する条約（平成24年条約第7号）を締結するための手続法の整備の一環として制定されたことなどの立法の経緯、同条約32条の規定内容等に照らすと、刑訴法が、上記各規定に基づく日本国内にある記録媒体を対象とするリモートアクセス等のみを想定しているとは解されず、電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許されると解すべきである。

その上で、まず、手続①により収集された証拠の証拠能力について検討すると、手続①は、B関係者の任意の承諾に基づくものとは認められないから、任意捜査として適法であるとはいえず、上記条約32条が規定する場合に該当するともいえない。しかし、原判決が説示するとおり、手続①は、実質的には、司法審査を経て発付された前記捜索差押許可状に基づく手続ということができ、警察官は、同許可状の執行と同様の手続により、同許可状において差押え等の対象とされていた証拠を収集したものであって、同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行ったものとは認められない。また、本件の事実関係の下においては、警察官が、国際捜査共助によらずにB関係者の任意の承諾を得てリモートアクセス等を行うという方針を採ったこと自体が不当であるということとはできず、警察官が任意の承諾に基づく捜査である旨の明確な説明を欠いたこと以外にB関係者の承諾を強要するような言動をしたとか、警察官に令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとも認められない。以上によれば、手続①について重大な違法があるということとはできない。

なお、所論は、令状主義の統制の下、被疑事実と関連性の認められる物に限って差押えが許されるのが原則であり、警察官は、被疑事実との関連性を問わず包括的に電磁的記録を取得した違法があるとも主張する。しかし、前記の事実関係に照らすと、前記捜索差押許可状による複写の処分の対象となる電磁的記録には前記被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められるところ、原判決が指摘するような差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、本件において、同許可状の執行に当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許されると解される。所論は採用することができない。

また、……手続②についてのY関係者の承諾の効力を否定すべき理由はないとした原判断が不合理であるとはいえず、上記で説示したところにも照らすと、手続②について重大な違法があるということとはできない。

以上によれば、警察官が手続①、②により収集した証拠の証拠能力は、いずれも肯定することができ、これと同旨の原判決の結論は正当である。」

171頁【参照判例】「ゴミステーションのゴミ袋中の紙片等領置」

○東京高判平成30・9・5〔高刑集71・2・1〕；東高判時報69・1～12・85；高検速報（平30）211；判時2424・131；判タ1466・103（平成26年に中野警察署管内で発生した侵入窃盗事件について、手口から被疑者としてXが浮上し、Xの出すごみの捜査をすることになった。警察は、Xの居住する本件マンションの管理会社の指示を受けて、本件マンションにおける同社の管理責任者や上記清掃会社のごみ回収責任者とやり方を協議し、Xの住戸のあるE階のごみについては、他の階のごみと混ざらないように専用のバケツに入れて地下1階のごみ置場に下ろし、警察官が管理員のいる警備室を通してそのごみ置場に行き、上記ごみ回収責任者等が立ち会ってそのごみの確認をするという方法で、平成28年4月8日頃からごみの捜査を行

っていた。5月16日も、警察官らが警備室で管理員の了解を得て地下1階のごみ置場に行き、E階から回収されたごみのうち、外観からXの出したごみの可能性のあるごみ4袋について、マンション管理会社の管理員が立ち会って、1袋ずつ開封していき、そのうちの1袋から本件紙片等が発見されたため、立ち会っていた管理員からそのごみ1袋の任意提出を受けて領置した上、そのごみ1袋をその管理員にいったん還付し、改めてその管理員から本件紙片等のみの任意提出を受けて領置した。

本判決は、「本件マンションには、各階にゴミステーションがあり、地下1階にごみ置場が設けられており、そのごみ処理は管理組合の業務とされ、管理組合はマンション管理会社に対しごみの回収・搬出等の清掃業務を含む本件マンションの管理業務を委託し、そのうち清掃業務については、そのマンション管理会社から委託を受けた清掃会社が行っていたこと、本件マンションでは、居住者が各階のゴミステーションにごみを捨て、これを上記清掃会社の清掃員が各階から集めて地下1階のごみ置場に下ろすなどして、ごみの回収・搬出作業を行っていたことが認められる。このような本件マンションにおけるごみの取扱いからすると、居住者等は、回収・搬出してもらうために不要物としてごみを各階のゴミステーションに捨てているのであり、当該ごみの占有は、遅くとも清掃会社が各階のゴミステーションから回収した時点で、ごみを捨てた者から、本件マンションのごみ処理を業務内容としている管理組合、その委託を受けたマンション管理会社及び更にその委託を受けた清掃会社に移転し、重疊的に占有しているものと解される。……本件紙片等の入っていたごみ1袋を含むごみ4袋は、上記マンション管理会社や清掃会社が占有するに至っていたものであり、本件紙片等を領置するに至ったごみの捜査は、本件マンションの管理業務の委託を受けている上記マンション管理会社が、法律に基づいた権限により行われている公益性の高い犯罪捜査に協力している状況で、更にごみの捜査にも協力することにし、同社の従業員や同社から委託を受けてごみの回収・搬出を行っている上記清掃会社の従業員と協議して行われたものであるから、本件紙片等の入っていたごみ1袋を含むごみ4袋は、その所持者が任意に提出した物を警察が領置したものであり、警察がそのごみ4袋を開封しその内容物を確認した行為は、領置した物の占有の継続の要否を判断するために必要な処分として行われたものであるといえる。……このようなごみの捜査を行う必要性について見ると、……被告人は、平成25年10月頃から警視庁管内で会社事務所等を狙った侵入窃盗事件が多発し始めていた状況の中、中野警察署管内で発生した侵入窃盗事件の手口からその容疑者と目され、行動確認のための捜査が行われたが、本件マンションには出入口が多数あって被告人が本件マンションを出るのを把握することが遅れて追尾できなかつたり、被害発生現場付近まで追尾できるようになってもその付近における被告人の行動から失尾してしまったりするなどの状況から、被告人に対し学校、会社事務所等を狙って多発していた侵入窃盗事件の嫌疑が高まっていたものであり、上記のようなごみの捜査を行う必要性は高かったといえる。また、被告人の捨てたごみの中には、被告人に対する嫌疑がある侵入窃盗事件の被害品の一部や犯行時に犯行現場付近に存在したことを示すような証拠等が混ざっている可能性があるから、上記のようなごみの捜査を行う合理性もあつたといえる。……さらに、上記のようなごみの捜査の相当性について見ても、……上記のようなごみの捜査は、本件紙片を領置した日だけでなく、4月8日頃から被告人逮捕の前日である8月1日頃まで行われていたことが認められるが、上記のとおり、被告人が警察に検挙されないようにする行動を取っていると推測される状況があつたことからすると、上記のような証拠になり得る物がごみとして出されるのをとらえるために、ある程度の期間にわたって上記のようなごみの捜査をすることもやむを得なかつたといえる。しかも、上記のとおり、警察は、被告人の住戸のあるE階のごみの中から、外観から被告人が出したごみの可能性のあるごみ袋に絞り込んでおり、領置して開封するごみ袋を極力少なくする配慮をしていたのである。これらのことからすると、上記のようなごみの捜査は、相当な方法で行われていたといえる。……本件マンションの居住者等は、ゴミステーションに捨てたごみが清掃会社によりそのまま回収・搬出され、みだりに他人にその内容を見られることはないという期待を有しているものといえるが、このことを踏まえても、本件紙片を領置するに至った捜査は、上記のような必要性があり、その方法も相当なものであつたのであるから、警察がその所持者から本件紙片等の入っていたごみ1袋を含むごみ4袋の任意提出を受けて領置した上、それらのごみ袋を開封してその内容物を確認し、証拠となり得る物と判断した本件紙片等について、改めて任意提出を受けて領置した捜査手続は適法なものといえる」とする)。

234頁【参照判例】「接見指定の要件・方法・内容等」

○最(一小)判平成30・10・25民集72・5・940；判時2399・13；判タ1456・57(国賠訴訟)(拘留所に被告人として勾留されていたX(被告人)は、平成21年7月23日、福岡拘留所において、「獄中者に対する暴行を謝罪せよ」などと大声を発し、同拘留所の職員から再三にわたり制止を受けたが、これに従わず、同様の発言を繰り返して大声を発し続けたため、刑事収容施設法79条1項2号イに該当するとして保護室に収容された。Xの弁護人A(被告人)は、平成21年7月27日、福岡拘留所を訪れ、Xとの面会の申出をした。Xは、同月23日以降も連日大声を発し、継続して保護室に収容されており、同月27日も、本件申出の前後にわたり、「獄中者に対する暴行を謝罪しろ」などと大声を発していた。同拘留所の職員は、Xに対して本件申出があつた事実を告げないまま、Aに対してXが保護室に収容中であるために面会は認められない旨を告げ、XとAとの面会を許さなかつた。X及びAが接見交通権を侵害されたなどとして、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料及び遅延損害金の支払を求めたが、第1審も控訴審もXらの請求を容れなかつた。本判決は、「刑訴法39条1項によって被告人又は被疑者に保障される接見交通権は、身体の拘束を受けている被告人又は被疑者が弁護人又は弁護人となろうとする者(以下『弁護人等』という。)の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護人等からいえばその固有権の最も重要なものの一つである(最高裁昭和……53年7月10日第一小法廷判決・民集32巻5号820頁〔○157〕参照)。そして、刑事収容施設法31条も、未決拘禁者の処遇に当たっては、未決の者としての地位を考慮し、その防御権の尊重に特に留意しなければならないものとし、また、刑事収容施設法115条は、刑事施設の長は、未決拘禁者(受刑者又は死刑確定者としての地位を有する者を除く。)に対し、弁護人等を含む他の者から面会の申出があつたときは、同条所定の場合を除き、これを許すものとしている。これらに照らすと、刑事施設の長は、未決拘禁者の弁護人等から面会の申出があつた場合には、直ちに未決拘禁者にその申出があつた事実を告げ、未決拘禁者から面会に応ずる意思が示されれば、弁護人等との面会を許すのが原則となるというべきである。……もっとも、刑事施設においては、その施設の目的や性格に照らし、未決拘禁者を含む被収容者の収容を確保し、その処遇のための適切な環境及び安全かつ平穏な共同生活を維持する必要があるため、規律及び秩序が適正に維持されなければならない(刑事収容施設法1条、73条参照)。そして、刑事収容施設法79条1項2号は、被収容者が同号イからハまでのいずれかに該当する場合において、刑事施設の規律及び秩序を維持する

ため特に必要があるときには、被收容者を保護室に收容することができるものとしており、同条3項及び4項は、その收容の期間を制限した上、收容の必要がなくなったときは直ちにその收容を中止させなければならないものとしている。その一方で、刑事收容施設法は、保護室に收容されている未決拘禁者と弁護士等との面会については特に定めを置いていない。これは、保護室に收容されている未決拘禁者との面会の申出が弁護士等からあったとしても、その許否を判断する時点において未決拘禁者が同条1項2号に該当する場合には、刑事施設の長が、刑事施設の規律及び秩序を維持するため、面会を許さない措置をとることができることを前提としているものと解される。上記時点において未決拘禁者が同号に該当するか否かは、未決拘禁者に係る具体的な状況を踏まえて判断されるべきものであるが、その判断に当たっては、未決拘禁者が、刑務官の制止に従わず大声又は騒音を発するなど同号に該当するとして保護室に收容されている場合であっても、面会の申出が弁護士等からあった事実を告げられれば、面会するために大声又は騒音を発することをやめるなどして同号に該当しないこととなる可能性もあることが考慮されるべきである。……上記……の刑訴法及び刑事收容施設法の趣旨等に鑑みると、刑事施設の長は、未決拘禁者が刑事收容施設法79条1項2号に該当するとして保護室に收容されている場合において面会の申出が弁護士等からあったときは、未決拘禁者が極度の興奮による錯乱状態にある場合のように、精神的に著しく不安定であることなどにより上記申出があった事実を告げられても依然として同号に該当することとなることが明らかな場合を除き、直ちに未決拘禁者に同事実を告げなければならず、これに対する未決拘禁者の反応等を確認した上で、それでもなお未決拘禁者が同号に該当するか否かを判断し、同号に該当しない場合には、同条4項により直ちに保護室への收容を中止させて刑事收容施設法115条等により未決拘禁者と弁護士等との面会を許さなければならないというべきである。……そうすると、刑事收容施設法79条1項2号に該当するとして保護室に收容されている未決拘禁者との面会の申出が弁護士等からあった場合に、その申出があった事実を未決拘禁者に告げないまま、保護室に收容中であることを理由として面会を許さない刑事施設の長の措置は、未決拘禁者が精神的に著しく不安定であることなどにより同事実を告げられても依然として同号に該当することとなることが明らかであるといえる特段の事情がない限り、未決拘禁者及び弁護士等の接見交通権を侵害するものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となると解するのが相当である。……これを本件についてみると、……福岡拘置所において刑事收容施設法79条1項2号イに該当するとして保護室に收容されていた被告人であるXとの面会を求める本件申出が、その弁護士である上告人Aからあったのに対し、同拘置所の職員は、本件申出があった事実を上告人Xに告げないまま、保護室に收容中であることを理由として面会を許さなかったものである。上告人Xは、本件申出の前後にわたり保護室において大声を発していたが、当時精神的にどの程度不安定な状態にあったかは明らかではなく、意図的に抗議行動として大声を発していたとみる余地もあるところ、本件申出があった事実を告げられれば、上告人Aと面会するために大声を発するのをやめる可能性があったことを直ちに否定することはできず、前記……の上告人Xの言動に係る事情のみをもって、前記特段の事情があったものというとはできない」として、原審に差し戻した。

なお、池上政幸裁判官の「刑事收容施設法73条2項は、刑事施設の規律及び秩序の維持という目的を達成するために執られる措置は必要な限度を超えてはならないとする比例原則を規定したものと解され、刑事收容施設法における刑事施設の規律及び秩序を維持するための措置についての他の規定も、必要な限度を超える措置が許されないものであることを踏まえて設けられたものと考えられる。……保護室への收容（刑事收容施設法79条）は、こうした措置の一つであり、同条1項2号は、被收容者が同号イからハマまでのいずれかに該当する場合において、刑事施設の規律及び秩序を維持するため特に必要があるときに、被收容者を保護室に收容することができる旨を規定している。この『特に必要があるとき』という要件は、保護室への收容が、特殊な收容形態であり、被收容者の心身に重大な影響を与えるおそれもあることから、それに見合った高度の必要性がある場合に限り趣旨で規定されたものと解される。このような規定の文理や趣旨等に照らすと、『特に必要があるとき』とは、被收容者が著しく不安定な精神状態にある場合に限られるものではなく、被收容者が意図的に抗議行動として大声等を発するなどしており、状況に応じてその行動を自制することができる場合であっても、現に同号イからハマまでのいずれかに該当し、刑事施設の規律及び秩序を維持するため上記高度の必要性があるときは、保護室に收容する措置を執ることができるものと解するのが相当である。……他方、未決拘禁者が刑事收容施設法79条1項2号に該当するとして保護室に收容されている場合であっても、面会の申出が弁護士等からあったときは、刑事施設の長は、保護室收容中の未決拘禁者の中には、上記1のように弁護士等と面会するためであれば大声等を発するなどの行動を自制することが可能な状態にある者も含まれることをも考慮に入れて面会の許否を判断しなければならない。そのため、刑事施設の長は、未決拘禁者が、上記申出があった事実を告げられても依然として同号に該当することとなることが明らかであるといえる特段の事情がある場合を除き、直ちに未決拘禁者に上記申出があった事実を告げなければならないと考えられる（なお、付言すると、『特段の事情』は、精神状態に起因するものに限らないが、法廷意見が例示する『未決拘禁者が極度の興奮による錯乱状態にある場合』のように、未決拘禁者が、上記申出があった事実を告げられても、その告知内容を理解すること又はこれに的確な対応をすることが著しく困難な状況にあるために、上記告知をすることが実質的に意味を持たないような場合をいうものと解される。そこで、刑事施設の長としては、上記申出を受けた後、直ちに、室内監視カメラのモニターで未決拘禁者の動静を確認することとどまらず保護室に赴いてその状況を現認し、上記特段の事情がない限り、まずは未決拘禁者に上記告知をし、これに対する未決拘禁者の反応等を確認することが求められ、その上で、確認した未決拘禁者に係る具体的な状況を踏まえて、当該時点において未決拘禁者が依然として同号に該当するか否かを判断し、面会の許否を決する必要があるといえよう」という補足意見がある）。

※ 差し戻し後の控訴審は、Xらの請求を一部認容した（福岡高判令和1・5・15裁判所ウェブサイト〔平成30（ネ）760〕）。

242頁【参照判例】「任意の取調べと弁護人との接見」

○東京高判令和3・6・16判時2501・104 判タ1490・99（国賠訴訟）（被疑者Xの妻からの依頼によりXの弁護人となろうとする者となった弁護士A（原告・被控訴人）が、検察庁において任意の取調べを受けていた本件被疑者との接見を求めたにもかかわらず、これを速やかに許さなかった検察官の違法な措置により精神的苦痛を被ったとして、国（被告・控訴人）に対して国家賠償法1条1項に基づき損害の賠償を求めた。本判決は、「刑訴法30条1項は、被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる旨規定しているところ、被疑者が刑事手続において十分な防御をするためには、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要があるから、被疑者は、身体の拘束を受けていない段階にあっても、接見交通権に準じて、立会人なく接見する利益（以下、上記段階における当該利益を、単に「接見の利益」と

いう。)を有するものである。……また、接見の利益が保護されることは、接見の相手方である弁護士又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護士となろうとする者(以下「弁護士等」という。)にとってもその十分な活動を保障するために不可欠なものであって、被疑者の弁護士等による弁護権の行使においても重要なものである。のみならず、刑事訴訟法39条1項によって被告人又は被疑者に保障される接見交通権が、弁護士等にとってはその固有権の重要なものの一つであるとされていることに鑑みれば(最高裁……53年7月10日第一小法廷判決・民集32巻5号820頁〔〇157〕参照)、接見の利益も、上記のような刑事訴訟法30条1項の趣旨に照らし、弁護士等からいえばその固有の利益であると解するのが相当である。……上記のとおり、接見の利益は、被疑者のみならず、弁護士等にとっても重要なものであることからすれば、捜査機関は、刑事訴訟法198条1項に基づき、被疑者の任意の出頭を求め、これを取り調べるに当たり、被疑者と弁護士等との接見の利益をも十分に尊重しなければならないというべきである。……したがって、身体拘束を受けていない被疑者の弁護士等が、任意の取調べを受けている被疑者との間で立会人のない接見の申出をした場合には、速やかにその申出があった事実を被疑者に告げて弁護士等と接見するか任意の取調べを継続するかを捜査機関において確認すべきであって、その事実を告げないまま任意の取調べを継続する捜査機関の措置は、弁護士等であることの実事確認のために必要な時間を要するなど特段の事情がない限り、被疑者の接見の利益を侵害するだけでなく、その弁護士等の固有の接見の利益も侵害するものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となると解するのが相当である」とした上、「本件取調べを継続させた本件検察官の措置は、被控訴人の接見の利益を侵害するものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となるものと認めるのが相当である」と認めた)。

242頁【参照判例】「ビデオテープ再生を伴う接見」

○**広島高判平成31・3・28**裁判所ウェブサイト〔平成30(ネ)203〕(国賠訴訟)(広島拘置所に勾留中のXの弁護士A(原告)は、Xと接見の際、検察官が被告事件において証拠調べを請求したDVDにつき、同請求に対する証拠意見を明らかにするとともに、XとDVDの内容を検討し、被告事件の弁護方針を立てるため、持ち込んだパソコンを使用してDVDの音声を再生した。法務省矯正局成人矯正課長通知によると、弁護士等からビデオテープ等を再生しながら接見したいとの申出があった場合、「接見時に再生するビデオテープ等の内容に関する申告書」を記載させるとともに、必要に応じて記載内容の確認を口頭で行うこととされていたが、Aはこの申告をしていなかった。面会室から通常の会話の音声とは異なる異質な音声が聞こえてきたこと等からパソコンを使用した音声の再生に気付いた副看守長Pは、Aに対し、申告書の記載を求めたが、Aはこれを拒否した。その後、Pから報告を受けた上席統括矯正処遇官Qは、Aに音声再生の中断を求めた。本判決は、「被告人等が弁護士等から有効かつ適切な援助を受けるためには、弁護事件に関する証拠資料等の情報が記載された書類等を閲覧しながら打合せをすることが必要不可欠であるから、接見交通権には、口頭での打合せだけでなく、弁護士等が、上記の書類等を閲覧しながら被告人等と打合せをすることも含まれると解すべきである。また、その打合わせにおいて萎縮することなく自由な意思疎通をし、弁護士等から有効かつ適切な援助を受けるためには、上記の書類等の内容が秘密の対象として保護される必要がある上、事案によっては、証拠資料を提示しながら打ち合わせを行うこと自体を秘密にする必要がある場合も考えられるから、証拠資料を提示しながら打合わせをしたこと自体も、秘密の対象として保護される必要がある。……弁護事件に関する証拠資料等の情報が電磁的記録として保存されている場合、被告人等が弁護士等から有効かつ適切な援助を受けるためには、弁護士等が、上記電磁的記録を、被告人等との接見時にこれを再生するパソコン等の電子機器とともに持ち込み、これを再生しながら打ち合わせることが必要不可欠であるから、この打合せを上記の書類等を閲覧しながらの打合せと区別すべき理由はなく、上記電磁的記録を上記電子機器により再生しながらの打合せは、秘密交通権として保障される行為に含まれるものと解される」として、接見交通権の侵害を理由とするAからの国家賠償請求の一部を認容した)。

244頁【参照判例】「弁護士との接見内容の聴取」

○**福岡高判令和3・9・3**LEX/DB25590657(国賠訴訟)(逮捕・勾留中の取調べの際に警察官が黙秘権を告知しなかったほか、黙秘権侵害となる発言をし、弁護士との接見内容に関する質問を行ったこと等により被疑者X(原告)の黙秘権及び弁護士との接見交通権が侵害されたと主張して、Xが国家賠償法1条1項に基づき損害の賠償を求めた。本判決は、「取調べにおいて、捜査官が被疑者に対し、黙秘をすることによって不利益を受けることを意味する発言をした場合、その発言の内容や回数、事前の黙秘権又は供述拒否権の告知の有無、取調べの状況、身柄拘束の有無及び期間、被疑者の年齢、精神状態等の具体的な事情に照らし、被疑者が黙秘すること又は任意の供述をすることを困難とするおそれがあると認められる場合には、当該取調べは黙秘権を侵害するものであって、国家賠償法1条1項の適用上違法となる」と判断するとともに、「憲法34条前段は、何人も直ちに弁護士に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されることがない旨規定し、刑事訴訟法39条1項は、憲法34条前段の趣旨にのっとり、身体拘束を受けている被疑者又は被告人が、弁護士又は弁護人になろうとする者と立会人なしに接見することができる」と規定しており、この弁護士との接見交通権は、身体拘束を受けた被疑者等が弁護人の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的権利に属するものであるとともに、弁護士からいえばその固有権の最も重要なものの一つである(最高裁昭和53年7月10日第一小法廷判決・民集32巻5号820頁〔〇157〕、最高裁平成30年10月25日第一小法廷判決・民集72巻5号940頁参照)。……身体拘束を受けている被疑者等が弁護士と立会人なくして接見することができることとされているのは、被疑者等と弁護士とが捜査機関等の第三者に内容を知られず、意思疎通や情報交換、助言などを行うことを保障することが、被疑者等が弁護士等から有効かつ適切な援助を受ける上で必要であることによるものと考えられる。……上記の趣旨からすれば、被疑者等と弁護士との接見交通の後に、捜査機関が取調べに際し、当該接見交通においてされた会話や情報交換等、接見の具体的内容を尋ねて聞き出そうとすることは、当該接見交通につき、捜査妨害的行為であるなど接見交通権の保護に値しない特段の事情のない限り許されず、当該被疑者等の接見交通権を侵害したものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法となる」と判断した)。

247頁【参照判例】「接見等禁止の可否判断—罪証隠滅に及ぶ現実的なおそれ」

○**最(三小)決平成31・3・13**裁判集刑325・83;判時2423・111;判タ1462・33(X(被告人)は、自宅において、父親の背

部を包丁で2回突き刺すなどの暴行を加えて、胸背部刺創等の傷害を負わせ、よって、Aを胸背部刺創に基づく胸腔内臓器損傷による出血性ショックにより死亡させたという傷害致死の被疑事実で現行犯逮捕され、勾留、鑑定留置を経て、平成30年4月20日に起訴された。原々審は、同日、検察官の請求により、第1回公判期日が終了する日までの間、Xと弁護人又は弁護人となる者以外の者との接見等を禁止する旨の決定をした。公判前整理手続において、主な争点は責任能力の有無、程度に絞られた。検察官は、完全責任能力を主張するのに対し、弁護人は、飲酒と服用した薬の影響により、Xに急性の意識障害が生じて、心神喪失又は心神耗弱の状態にあったと主張した。弁護人は、責任能力の鑑定を依頼したA医師及び情状に関してXの妹Bの証人尋問を請求するとしている。弁護人は、平成31年2月7日、A及びBについて、罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由はなく、公判における防御の準備のため接見等を行う必要が高いとして、接見等禁止の一部解除を申請したが、職権発動がされなかったことから、同月18日、主的に原々裁判を取り消して接見等禁止請求を却下し、予備的にA及びBを接見等禁止の対象から除外することを求める準抗告を申し立てた。原決定は、弁護人の予定主張から予想される立証対象及びこれに係る証拠構造に照らすと、現時点でXに自由な接見等を認めれば、Xが関係者に対して直接又は第三者を介して働き掛けるなどして、責任能力や重要な情状に関する事実について罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があり、原々裁判時よりもより原決定時においてもなお、Xを勾留することのみによってはこの罪証隠滅のおそれを防止することは困難であり、Aについても、無限定に接見等を認めるときには同様であるから、A及びBも含めて接見等を禁止する必要がある、弁護人が防御等の必要性として主張するところを考慮しても、前記判断を左右しないと、本件準抗告を棄却した（和歌山地決平成31・2・19LEX/DB25562811）。これに対し、弁護人が特別抗告を申し立てた。本決定は、「原々裁判が、公判前整理手続に付される本件について、接見等禁止の終期を第1回公判期日が終了する日までの間と定めたことは、公判前整理手続における争点及び証拠の整理等により、罪証隠滅の対象や具体的なおそれの有無、程度が変動し得るにもかかわらず、接見等禁止を長期間にわたり継続させかねないものである。このような原々裁判について、平成31年2月に至り、接見等禁止の一部解除の申請について職権が発動されず、原決定が公判前整理手続の経過等を考慮した上で本件準抗告を棄却したという経緯を踏まえると、当審においても、前記公判前整理手続の経過等原々裁判後の事情をも考慮して原決定の当否を判断するのが相当である。……本件では、公判前整理手続において、弁護人の予定主張が明示され、主な争点が責任能力の有無、程度に絞られたこと、争点に関する証人として、起訴前鑑定をした医師とA医師のほか、犯行を目撃した被害者の妻らが予定されていること、A医師については、接見等禁止の一部解除の申請に対する検察官の意見書において、接見等を行う必要性がないとしているだけで、接見等による罪証隠滅のおそれに関する事情は主張されていないことが指摘できる。以上によれば、少なくとも、A医師については、特段の事情がない限り、被告人が接見等により実効的な罪証隠滅に及ぶ現実的なおそれがあるとはいえず、また、連日的な集中審理の公判に向けた準備を行う必要が高いといえる。さらに、Bら他の関係者についても、勾留に加えて接見等を禁止すべき程度の罪証隠滅のおそれの有無に関し、原決定が具体的に検討した形跡は見当たらない。……以上のとおり、原決定には、刑法81条、426条の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる」とする）。

258頁【参照判例】「強制わいせつ罪等の非親告罪化と憲法39条」

○最（三小）判令和2・3・10刑集74・3・303（平成29年法律第72号は強制わいせつ罪等を非親告罪とするとともに、同法律附則2条2項は、法施行前にした行為について原則非親告罪とする旨規定している。被告人側は、この経過措置が遡及処罰を禁止した憲法39条前段に違反し無効であるため、法施行前に実行された本件について、告訴がないのに公訴を棄却することなく、附則2条2項により非親告罪として有罪判決をしたことには判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反及び法令適用の誤りがあると主張した。本判決は、「親告罪は、一定の犯罪について、犯人の訴追・処罰に関する被害者意思の尊重の観点から、告訴を公訴提起の要件としたものであり、親告罪であった犯罪を非親告罪とする本法は、行為時点における当該行為の違法性の評価や責任の重さを遡って変更するものではない。そして、本法附則2条2項は、本法の施行の際既に法律上告訴がされることがなくなっているものを除き、本法の施行前の行為についても非親告罪として扱うこととしたものであり、被疑者・被告人となり得る者につき既に生じていた法律上の地位を著しく不安定にするようなものでもない。……したがって、刑法を改正して強制わいせつ罪等を非親告罪とした本法の経過措置として、本法により非親告罪とされた罪であって本法の施行前に犯したものについて、本法の施行の際既に法律上告訴がされることがなくなっているものを除き、本法の施行後は、告訴がなくても公訴を提起することができるとした本法附則2条2項は、憲法39条に違反せず、その趣旨に反するとも認められない」とする）。

294頁【参照判例】「訴因外の事実（共同正犯）の認定」

○最（一小）決平成30・2・26裁判所ウェブサイト〔平成28（あ）1869〕（「なお、原判決が、理由中において、訴因外の被告人の妻との傷害致死の共同正犯が成立するとしたことは、原審では当事者双方ともこのような共同正犯の成立を主張せず、被告人に対する不意打ちを防止するための措置も何ら採られていないなどの本件事案の下においては是認できないが、記録によれば、訴因どおりに傷害致死の単独犯を認定して被告人を懲役9年に処した第1審判決は相当と認められるから、これに対する控訴を棄却した原判決の結論に誤りはない。」）。

395頁【参照判例】「協議・合意関係文書の類型証拠該当性」

○東京高決令和1・12・13〔高刑集72・2・1〕；東高刑時報70・1～12・134；高検速報（令1）354；判時2483・113；判タ1484・140（協議・合意に関して作成された一切の文書について、弁護人が刑法316条の15第1項5号ロ又は6号に該当するとしてその開示を求めた。本決定は、「刑法316条の15は、特定の検察官請求証拠の証明力の判断のために重要と認められる一定の類型に該当する証拠について、被告人側から開示の請求があった場合、一定の要件の下で、検察官が被告人側にその証拠の開示をすべき旨を定めている。……この類型証拠開示請求の可否を判断するに当たっては、特定の検察官証拠により検

検察官が証明しようとする事実と開示を求める証拠との関係を正しく把握する必要がある。……本件において、弁護人は、検察官が証拠請求したAやBの合意内容書面の証明力判断のために、AやBの協議・合意関係文書の開示を求めているが、合意内容書面の立証趣旨や他の証拠請求の状況等によれば、合意内容書面の証拠請求は、犯罪事実を積極的に立証するためではなく、刑訴法350条の8前段の証拠請求義務を果たすためのものと認められる。……刑訴法が合意内容書面の証拠請求義務を定めているのは、……合意に基づく供述が、他人を巻き込んだ虚偽の供述であるおそれがあるため、その供述の信用性に関連し得る合意の存在及び内容を関係者に明らかにするためのものと解される。その趣旨に鑑みると、合意に基づく供述の信用性を判断する受訴裁判所も、合意の存在や内容を把握する必要があるということができるとは、合意内容書面で明らかとなるのは、単に刑訴法350条の2に規定する合意の存在及び内容に過ぎない上、合意の存在や内容が具体的に明らかになっても、それによって合意に基づく供述の信用性が肯定されるというわけでもないことを考慮すると、合意内容書面は、受訴裁判所を含む訴訟関係者に合意の存在や内容を明らかにして、その点も踏まえて正しく供述の信用性を吟味するよう注意喚起を促す趣旨で証拠請求が義務付けられているものと解される。そうすると、合意内容書面が不同意になった場合でも、その合意に基づく供述の信用性立証の過程で、合意に基づく供述を行った者に対する尋問などにより、合意の存在や内容の立証を行うことでも足りるというべきであり、合意の存在や内容を踏まえた供述の信用性立証が実質的に行われる限り、合意の存在や内容それ自体についての詳細な立証が求められることはないというべきである。確かに、事案によっては、合意の経緯等が、供述の信用性判断に影響する場合がないとはいえないが、それは被告人側の具体的な主張等を踏まえて検討されるべき問題である。……これらによれば、合意内容書面は、その内容の信用性判断が当然に予定されている証拠とはいえないから、協議・合意関係文書は、合意内容書面の信用性判断のために重要な証拠とはいえず、刑訴法316条の15第1項柱書の『特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要な証拠』に該当しない。類型証拠開示制度によって、合意内容書面の証明力判断のために、協議・合意関係文書の開示を求めることはできないというべきである」とする)。

425頁【参照判例】「刑の執行猶予言渡し取消し決定の謄本の送達を受けるべき者」

○最(二小)決平成29・1・16刑集71・1・1；判時2329・96；判タ1435・107(刑訴規則34条は、「裁判の告知は、公判廷においては、宣告によつてこれをし、その他の場合には、裁判書の謄本を送達してこれをしなければならない。但し、特別の定のある場合は、この限りでない。」と規定している。本決定は、「刑の執行猶予の言渡し取消し請求において、同条により刑の執行猶予の言渡し取消し決定(刑訴法349条の2第1項)の謄本の送達を受けるべき者は、検察官及び猶予の言渡しを受けた者(被請求人)であり、また、同謄本が、被請求人の選任した弁護人に対して送達されたからといって、被請求人に対する送達が行われたものと同じ法的な効果は生じないと解するのが相当である。そうすると、本件において、原々審は、各原々決定の謄本を、本件各刑の執行猶予の言渡し取消し請求の被請求人であった申立人の選任した弁護人に対して送達することとなり、申立人に対して送達していないから、各原々決定の告知の手に刑訴規則34条の解釈適用を誤った違法があり、これらを是正せずに各即時抗告を棄却した各原決定も同様の違法があるものといわざるを得ず、これらの誤りは、各原決定に影響を及ぼし、各原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる」とする)。

446頁【参照判例】「DNA型鑑定信用性」

○最(一小)判平成30・5・10刑集72・2・141；判時2403・122；判タ1438・120(X(被告人)は、「正当な理由がないのに、平成27年2月22日午後9時41分頃、堺市内の他人が看守するマンションに、1階オートロック式の出入口から住人に追従して侵入し、その頃、1階通路において、不特定多数の者が容易に認識し得る状態で、自己の陰茎を露出して手淫し、引き続き、2階通路において、同様の状態で、自己の陰茎を露出して手淫した上、射精し、もって公然とわいせつな行為をした」という公訴事実で起訴された。本件で犯人は、帰宅した住人に追従して、オートロック式の出入口から本件マンションに侵入し、自己の陰茎を露出して手淫しながら、1階通路から階段で2階通路に上がり、上記住人の方の玄関前まで後を追った。上記住人は、手淫している犯人に気が付き、玄関ドアを閉めて、110番通報した。間もなく臨場した警察官が現場の実況見分を実施したところ、上記住人の方の玄関ドア下の通路に液状の精液様のたまりを発見し、専用綿棒を使って本件資料を採取した。捜査段階で、大阪府警察本部刑事部科学捜査研究所が実施した鑑定では、本件資料が付着した綿球部分から1か所を切り取り、精液検査により、多数の精子を認めた一方、精子以外の特異な細胞が見当たらず、また、STR型検査等により検出された15座位のSTR型とアメロゲン型が被告人の口腔内細胞のものと一致した。他方、原審段階で実施されたA医師による鑑定では、本件の現場で採取された精液様の遺留物が付着した綿球部分から2か所を切り取り、科捜研鑑定とは別のキットを使って抽出した3つのDNA試料液について、STR型検査等が実施され、それぞれ14座位のSTR型とアメロゲン型が科捜研鑑定と一致したものの、1座位で、上記科捜研鑑定と合致する2つのSTR型に加え、これと異なる3つ目のSTR型が検出された。これについて、A医師の鑑定は、15座位のSTR型の検出状況等から、本件資料は1人分のDNAに由来し、XのDNA型と一致する、上記1座位で検出された3つ目のSTR型は、男性生殖細胞の突然変異に起因すると考えられ、他者のDNAの混在ではないとした。Xは犯人との同一性を争ったが、第1審判決は、このA医師によるDNA型鑑定を踏まえ、Xを犯人と認めて、公訴事実どおりの犯罪事実を認定し、被告人を懲役1年に処した。これに対して、原判決は、本件資料が混合資料である疑いを払拭することができず、A鑑定の信用性には疑問があり、Xと犯人との同一性については合理的疑いが残るとして、事実誤認を理由に第1審判決を破棄し、無罪を言い渡した。本判決は、「原判決は、一般には、資料が1人分のDNAに由来すれば、1座位に3種類以上のSTR型が出現することはないのに、A鑑定で、上記1座位において、3種類のSTR型を検出し、かつ、本件資料がマンションの通路という他者のDNAの混合があり得る場所で採取されたことから、2人以上のDNAが混入している疑いが生ずる、A鑑定が本件資料に他人のDNAが混合した疑いがないとしたのは、刑事裁判の事実認定に用いるためのものとしては十分な説明がされていない、とする。……しかしながら、A鑑定は、本件資料から抽出した3つのDNA試料液の分析結果に基づいて、15座位で、それぞれ1本又は2本のSTR型のピークが明瞭に現れ、かつ、そのピークの高さが1人分のDNAと認められるバランスを示している」と説明するところ、1座位で3つ目のSTR型が検出された点に関する上記説明を含め、その内容は専門的知見に裏付けられた合理的なもの認められる。……これに対し、原判決は、本件資料が混合資料であるとすれば、混合したSTR型の種類や量によっては、外観上多くの座位で1人分のDNAに由来するように見える形で、もととなる型とは異なるSTR型が出現する可能性がある、と

いうが、A鑑定人が原審の証人尋問でその可能性を否定しているのに対し、原判決の根拠となる専門的知見は示されていない。そして、原判決は、A鑑定で被告人のSTR型と完全に一致したのは14座位であったことの推認力に限界があると指摘する一方、A鑑定が、上記15座位で現れたSTR型のピークと高さを分析した結果に基づいて、本件資料が1人分のDNAに由来すると説明した点については、特に検討していない。…さらに、原判決は、科捜研鑑定についても、混合資料の一部が当初のオリジナルなSTR型以外の形式で再現されたものである可能性が否定できない、A鑑定と科捜研鑑定の結果が食い違っているから、本件資料が精子であるとの前提が確実に成り立つかどうかとも疑問である、という。しかしながら、本件資料が採取された経緯、その保管及び各鑑定の実施方法には問題がないこと、上記のとおり、科捜研鑑定の精液検査で精子が確認され、A鑑定と科捜研鑑定の結果がほとんど一致していることを踏まえると、本件資料に犯人の精子以外の第三者のDNAが混入した可能性は認め難い。結局、原判決は、A鑑定が本件資料を1人分のDNAに由来するとした理由の重要な点を見落とした上、科学的根拠を欠いた推測によって、その信用性の判断を誤ったというべきである。……以上によれば、原判決が、本件資料は1人分のDNAに由来し、被告人のDNA型と一致する旨のA鑑定の信用性には疑問があるとして、被告人と犯人との同一性を否定したのは、証拠の評価を誤り、ひいては重大な事実の誤認をしたというべきであり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認められる」とする)。

480頁【参照判例】「麻薬特例法14条の合憲性」

○最(一小) 決令和2・6・23LEX/DB25566439 (営利の目的でみだりに大麻を栽培する行為を業としたとして起訴され、第1審で有罪判決を受けたX(被告人)は、検察官が追徴という刑罰を科す要件となる事実を証明しなくても刑罰を科すことを許容する点で、麻薬特例法14条が適正な内容でない手続を定めたものとして憲法31条に反し無効であるなどと主張して控訴した。これに対して、原審の広島高裁岡山支部は、「麻薬特例法14条は、同法5条の罪に係る不法収益の認定について、法律上の推定規定を設け、その要件を定めるものであるところ、刑事法であるとの一事をもって法律上の推定規定を設けることができないと解すべきものではないし、同条の罪に係る不法収益の場合、一定の期間薬物犯罪を業としていたことにより犯人が相当の不法収益を得ていたことは明らかであるものの、その収支が隠匿されるのが通例であって、どの財産が不法収益に当たるのか立証に困難を来すことが多く、推定規定を設ける必要性が強く認められる一方で、犯人が稼働状況等に照らして不相当に高額な財産を当該期間中に取得していれば、その財産は、薬物犯罪を業としたことにより得られたものであるとの高度の推定が働くものといえる上、他に当該財産の取得原因があればこれを犯人が反証することは容易である。そして、麻薬特例法14条の適用に当たっては、検察官は、被告人が同法5条の罪を犯したことを、被告人が同条各号に掲げる行為を業とした期間内に特定の財産を取得したこと、当該財産の価額が上記期間内の被告人の稼働の状況又は法令に基づく受給の状況に照らし不相当に高額であることを立証しなければならないし、これらの立証がされた場合に的確な反証がなければ、それが同法5条の罪に係る不法収益であることに合理的な疑いはないといえる」として、X側の主張を退けた。X側の上告に対して、本判決は、麻薬特例法14条は「取得財産が薬物犯罪収益でないことについて被告人に対し実質的に挙証責任を負わせているとして憲法31条違反をいう点は、被告人が所論のこのような薬物犯罪収益以外の収入を得ていた場合に、その取得原因を反証することが不可能を強いるものとはいえないから、これと異なる前提に立脚する所論は前提を欠く」とする)。

480頁【参照判例】「刑法207条(同時傷害)の特例規定による挙証責任の転換と被告人側立証の程度」

○名古屋地判平成30・11・26裁判所ウェブサイト[平成28(わ)793](X・Y(ともに被告人)は、分離前の相被告人Zとともに、Aを被害者とする刑法207条の適用のある傷害致死の公訴事実により起訴された。差戻前第1審は、「仮に先行する被告人兩名共謀による暴行(以下「第1暴行」)で既に被害者に死因である急性硬膜下血腫の傷害が発生していたとしても、後行のZによる暴行(以下「第2暴行」)は同傷害を更に悪化させたと推認できるから、第2暴行はいずれにしても被害者の死亡との間に因果関係が認められ、死亡させた結果に責任を負うべき者がいなくなる不都合を回避するための特例である刑法207条を適用する前提が欠ける」と説示し、X・Yに対し、第1暴行による傷害罪により懲役3年、保護観察付き執行猶予5年の判決を言い渡した(名古屋地判平成26・9・19刑集70・3・26)。これに対し、検察官が控訴し、差戻前控訴審は、第1審判決には刑法207条の解釈適用を誤った法令適用の誤りと、第1暴行と第2暴行の機会の同一性の判断に関する事実誤認があるなどと説示してこれを破棄し、事件を第1審に差し戻した(名古屋高判平成27・4・16[高刑集68・1・1];高検速報(平成27)208)。これに対し、X・Yが上告し、差戻前上告審は、「刑法207条の適用の前提として、検察官は、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであることの証明を要し、その証明がされた場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れない」旨説示して、上告を棄却した(最決平成28・3・24刑集70・3・1;判時2312・131;判タ1428・40)。差戻後の第1審は、被告人兩名がすべき立証の程度につき、「弁護人らは証拠の優越程度で足りると主張し、検察官は合理的な疑いを容れない程度の証明が必要であると主張するところ、当裁判所は、以下のとおり、いわゆる証拠の優越の程度で足りるものと判断した。……刑法207条は、複数人が同一の機会に傷害が発生する危険のある暴行をそれぞれ加え、被害者に当該傷害を生じさせた場合においては、当該傷害の原因となった暴行を合理的な疑いを超えて特定することが困難であることに鑑み、上記の事項を検察官が証明したことを前提に、『疑わしきは被告人の利益に』の原則(利益原則)の例外として、挙証責任を被告人側に転換した規定であると解される。また、挙証責任が転換される場合に、被告人側が直ちに検察官と同程度の立証責任を負うと解する論理必然性はないといえる。したがって、被告人側がなすべき立証の程度については、当該傷害を生じさせた暴行を特定することが困難な場合における適正な処罰の必要性と立証の難易度の調和の観点から実質的に判断すべきである。そして、検察官が前記の同時傷害の特例の前提となる事実関係について証明したとしても、被告人側において、本質的な命題、すなわち自己の関与した暴行と当該傷害との間の因果関係の不存在を立証することの困難性に変わりはないこと、また、刑法207条の規定が前記利益原則の重大な例外をなすものであり、本条の運用の在り方としては、あくまでも他の規定や法律構成に基づく検察官の適正な訴追活動を補充する位置付けにとどめられるべきことにも照らし、前記調和の観点から、当裁判所は、被告人側による立証の程度としては、合理的な疑いを容れない程度の証明ではなく、証拠の優越の程度の立証をもって足り

ると解するものである。……なお、被告人側による立証の程度として、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないという合理的な疑いを抱かせる程度で足りるものと解すると、前記刑法207条の趣旨は実質的に無意味に帰するから、このような解釈は採り得ない。……最高裁決定が示した『自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないこと』とは、自己の関与した暴行の当該傷害に対する寄与の有無・程度を明らかにすることを通じ、その因果関係の不存在を立証することを意味するのであり、これを本件事実関係に即して言えば、死因となった傷害について、第1暴行のみによって生じさせた可能性のみならず、第1暴行と第2暴行が不可分・不特定に相まって生じさせた可能性も否定されなければならない」とした上、本件傷害が第1暴行のみによって生じた場合と、第2暴行のみによって生じた場合と、第1暴行と第2暴行が相まって生じた場合の3通りが想定される本件では、X・Yがその責任を免れるためには、第2暴行のみによって本件傷害が生じた可能性が他の可能性に優越するとの心証に達することを要するが、その程度の立証はされておらず、刑法207条の適用によりX・Yに傷害致死罪が成立するとして、両名を懲役10年に処した。その後、被告人両名が控訴し、第2次控訴審は、「原判決は、被告人ら側に立証責任が転換された際の立証の程度につき、証拠の優越で足りるという見解を採用しているが、同見解を採用するか、合理的な疑いを超える程度を要するという検察官の主張する見解を採用するかで……結論は変わらない」とし（名古屋高判令和1・11・29高検速報（令和1）510）、第2次上告審は、X・Yの上告を棄却した（最決令和2・7・22LEX/DB25566932）。

548頁【参照判例】「321条1項2号後段—被害児童に対する司法面接の録音録画記録等の証拠採否」

○大阪高判令和1・7・25判タ1475・84（共同住宅の10階の通路において被害女児Aの着衣の上からその上半身を触ったとして暴行罪で起訴されたX（被告人）は、検察官によるAの司法面接の録音録画を内容とするDVD添付の捜査報告書を刑訴法321条1項2号後段に基づいて証拠採用した原審の訴訟手続を争った。本判決は、同報告書のAの供述は「本件の発生から3日後、検察官のもとを訪れた被害女児に対し、女性検察官が個室で2人きりで応対し、集中力が保たれる限度内と考えられる約1時間20分の時間枠で得られた供述であり、録音録画により記録化されている。担当検察官は、被害女児との応対に当たり、冒頭で学校生活や家族関係の様子に係るやり取りをし、女児の最近の興味に関する会話を交えて緊張を解く工夫をし、その一方で、部屋の構造の説明や録音録画の説明等を網羅し、要点となる事柄については、すぐ近くのボードに貼り付けた白紙に平仮名で書き込み、話題にする事柄が視覚においても立体的、構造的に認識できるようにしながら応対している。そして、事件に関する聴取に当たっては、『今日はここに何をしに来てくれたかな』などという限定的でない問い掛けで始まるやり取りに努めており、被害の模様に係る説明は、女児本人に自発的に述べてもらう姿勢を貫いている。女児が言葉を発せずにいると、覚えていないことはそう言うてくれればよい、何か話をしてくれても、皆で支える用意があるなどと伝えて安堵させようとしている。また、不安に思うことはあるかと問い掛け、女児が答えた事柄をよく把握しようとする。そのようにして会話に現れた不審者の存在に差し当たり言及しつつ、不審者と会う前には何をしていたのか、学校からの帰りはどこを歩いていたのかなどと導入的な問い掛けをし、女児が説明を始めるとボード上の白紙にその内容を書き込み、あるいは女児自身に書き込みをさせて能動的な説明が現れるように取り計らい、それらの記載を見ながら説明する女児が、説明する事柄の位置付けを明確に理解できるように取り計らっている。そのようにして被害の模様等に係る核心部分の、供述がはばかれる事柄について能動的な説明を得ているが、他方で、女児の上半身を触ったという犯人の手の動きについて、身振り手振りによる説明のほか、人形を用いた説明を交えてみても、女児の供述が細部において具体的なものにならないでいると、時間枠の終盤に差し掛かっていた折柄、担当検察官はそれ以上に供述の具体化を迫るやり取りを試みないで聴取を終えている。この点は、犯人の行為が強制わいせつ罪に該当するか、あるいは暴行罪にとどまるかの分岐点に関わる重要な事柄であったが、担当検察官は、より重い罪名に見合う供述に発展させようと固執することのないやり取りにとどめたと認められる。そして、以上の聴取に先立ち、事件発生の通報を受けて現場に臨場した者らを含む初動捜査の担当警察官らは、検察官との事前の協議に基づき、被害女児に対する聴取を差し控え、3日後の司法面接の実施に至るまでの間、聴取を通じて女児の供述を誘導したり暗示を与えたりするおそれの排除を徹底しており、この点は、通報をしてきた女児の母親に対しても、被害の模様を尋ねることは差し控えるよう伝達し、家族間でも同様に徹底されていたと認められる。このような条件整備を経て得られた司法面接報告書の供述は、被害女児の記憶が鮮明に残る中、信用性の情況的保障を備えつつ得られたものと認められる。……他方で、被害女児の原審証言は、司法面接の実施後も引き続き、共同住宅に設置の防犯カメラの映像を見せられるなどの情報の開示に触れることはないまま、出廷して述べられた証言であると認められる。また、司法面接の実施後も、母親ら家族は、捜査機関の助言に従い、被害女児に被害の模様等を尋ねることはしないように努め、そのようにして被害女児は原審証言の場面を迎えたと認められる。そして、事件発生から約半年後の原審証言において、被害女児は、……1階と10階で同一の男性に遭遇したと述べつつ、頭髪の色以外の特徴を尋ねられても、覚えていない、忘れてしまったなどと答え、当時の自身及び当該男性の行動状況や周囲の状況の細部を尋ねる質問に対しては、大半において同様に記憶がない旨の答えを繰り返しており、この点は、再主尋問において、検察官が、記憶喚起のため、司法面接報告書の供述内容の要点を提示してそのような供述をしなかったかどうかを尋ねる尋問をしても同様であったと認められる。このような原審証言における供述内容は、被害女児の年齢、事件発生からの時の経過、そして捜査機関及び家族ら周囲の者が被害女児に対する事件関連の接触ないし情報の伝達を極力避けるように努めたことなどに由来して、被害女児の記憶が刺激を受けることなく薄れていったことを反映しており、まさに記憶の減退を示すものといえる」ことから「刑訴法321条1項2号後段にいう特別の状況があると認められる」などとして、「司法面接報告書を証拠として採用する決定をした原審の手続は、刑訴法321条1項2号後段の要件を具備して行われたものであり、法令に違反するところはない」とした）。

596頁 **基本判例** 「違法収集証拠——収集手続の違法判断」

◎最（三小）判令和3年7月30日・刑集75巻7号930頁（足立区覚醒剤使用事件）

【事実】 1 平成30年3月30日午後4時41分頃、警察官は、職務質問を行うため、本件車両を運転中のX（被告人）に対して停止を求めた。これに対して、本件車両は、道路左端に停止した。警察官は、本件車

両の運転席ドアを開け、Xに対し、運転免許証の提示に応じるよう説得した。警察官は、同日午後4時48分頃、本件車両の運転席ドアポケットに、中身の入っていないチャック付きビニール袋の束があるとXに告げた。その後、運転免許証の提示に応じたXに覚醒剤取締法違反の犯罪歴が多数あることなどが判明し、Xが任意の採尿や所持品検査に応じなかったことから、警察官は、同日午後5時8分頃、令状請求の準備に取り掛かることとした。

2 警察官は、同日午後7時頃、覚醒剤の所持及び自己使用の各被疑事実により、本件車両等に対する搜索差押許可状及びXの尿を採取するための搜索差押許可状（強制採尿令状）を請求した。その際の疎明資料には、本件車両の運転席ドアポケットにビニール袋の束（本件ビニール袋）が入っていることを確認した旨記載された取扱状況報告書、同ドアポケットにビニール袋の束がある状況を撮影した写真が添付された写真撮影報告書が含まれていた。警察官は、同日午後11時4分頃、上記各令状の発付を受け、本件現場に向かった。

一方、本件現場では、警察官が本件車両を取り囲み、引き続きXに所持品検査等に応じるよう説得していた。Xは、再三にわたり、警察官に対して帰りたいとの意思やそのために本件車両のドアや窓を閉めさせてほしいことを伝え、その後、弁護士の助言を求めて電話をかけたり、帰りたい旨述べて本件現場を立ち去ろうとしたりした。しかし、警察官は、Xを取り囲み、Xの動きに応じてその身体に接触するなどして立ち去りを制止した。

3 警察官は、同日午後11時25分頃、本件車両等に対する搜索差押許可状に基づき搜索及び差押えに着手し、覚醒剤を発見してXを覚醒剤所持の現行犯人として逮捕するとともに、逮捕に伴う搜索及び差押えも実施し、これらの手続により本件車両から発見した本件薬物を差し押さえた。

Xは、警察署に引致され、同月31日午前4時42分頃まで断続的に取調べを受ける中で、警察官から、強制採尿令状が出ている旨を告げられて、同日午前4時48分頃、自ら採取した尿を任意提出した。

4 第1審は、本件ビニール袋が本件車両内にはもともとなかったものであるとの疑いは払拭できないから、警察官が、本件ビニール袋が本件車両内にもともとなかったにもかかわらず、これがあることが確認された旨の疎明資料を作成して本件車両に対する搜索差押許可状及び強制採尿令状を請求した事実（以下、「本件事実」という）があったというべきであり、本件薬物並びに本件薬物及びXの尿に関する各鑑定書の収集手続には重大な違法がある旨の判断を示して、本件各証拠の証拠能力を否定した（東京地判令和2・3・17LEX/DB25590469）。

5 検察官の控訴に対して、原審は、本件ビニール袋が「もともと本件車両内にはなかったものであったとの疑いを拭き去ることはできないが、その疑いはそれほど濃厚ではないところ、その程度にとどまる事情だけを根拠に薬物等の証拠能力を否定しても、将来における違法行為抑止の実効性を担保し得るかどうかには疑問があり、したがって、この事情をもってしても、薬物等の証拠能力を許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないとはまではいえないというべきである」、「本件許可状による搜索差押えが、違法な本件留め置きの結果を利用したものであることを理由として、……薬物及びその鑑定書の証拠能力を否定すべきとはまではいえない」と判断して原判決を破棄した（東京高判令和2・11・12高検速報（令2）261）。被告人側上告。

【判示】 破棄差戻し。「証拠物の押収等の手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである（最高裁昭和……53年9月7日第一小法廷判決・刑集32巻6号1672頁〔539〕参照）。

前記……の事実経過の下においては、本件各証拠の証拠能力を判断するためには、本件事実の存否を確定し、これを前提に本件各証拠の収集手続に重大な違法があるかどうかを判断する必要があるというべきである。しかるに、原判決は、本件ビニール袋がもともと本件車両内にはなかった疑いは残るとしつつ、その疑いがそれほど濃厚ではないなどと判示するのみであって、本件事実の存否を確定し、これを前提に本件各証拠の収集手続に重大な違法があるかどうかを判断したものと解することはできない。本件各証拠の証拠能力の判断において本件事実の持つ重要性に鑑みると、原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の解釈適用の誤りがあり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。」

（戸倉三郎裁判官の補足意見＝「1 検察官請求に係る証拠の収集手続の違法を理由にその証拠能力が争われた場合、裁判所は、収集手続の違法事由に関する弁護人の主張を踏まえ、当該証拠の収集に至る具体的状況を認定し、これを前提として収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があるかどうかを判断し（以下、このような判断を「収集手続の違法判断」という。）、その際、収集手続の違法の重大性を基礎付ける事実の存否に争いがあれば、検察官が当該事実の不在の立証責任を負い、その立証に失敗すれば、当該事実があったものとして収集手続の違法判断がされる。

2 原判決は、法廷意見が引用する最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決の示した証拠能力に関する判断枠組みについて、『その他の面では証拠能力を有する又は有し得る証拠について、将来における違法な捜査の抑制といういわば法政策的な見地に立って排除することが要請されるような状況』（以下、原判決の説示に即して「排除要請状況」という。）が認められることが必要であると……して、本件各証拠の証拠能力を認めた（本件の証拠関係の下では、本件ビニール袋が本件車両内にもともとなかったのであれば、法廷意見でいう『本件事実』が認められるから、以下、両者を区別することなく『本件事実』

という。)

3 原判決は、本件事実の存否を前提とした本件各証拠の収集手続の違法判断を明示することなく、本件事実があった疑いは拭い去ることができないがその疑いはそれほど濃厚ではないことを指摘し、その程度にとどまる事情だけでは排除要請状況は認められないと判示している。法廷意見が判示するとおり、原判決は、本件各証拠の収集手続の違法判断の分水嶺となり得る本件事実について、立証責任に従ってその存否を確定することなく、本件事実があった疑いの程度を考慮して本件各証拠の証拠能力について判断したものであるというほかなく、法令の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない。

原判決のように、本件事実があった疑いの程度を考慮して排除要請状況の有無が判断されるということになると、当事者にとって立証命題が明確であるとはいえず、審理が複雑で不安定なものになる危険がある。さらに、仮に裁判所の心証が立証責任に従えば本件事実があったと確定すべきものであった場合、これを前提に本件各証拠の収集手続の違法判断がされるべきであるのに、本件事実があった疑いの程度によっては排除要請状況が認められないとして本件各証拠の証拠能力を肯定することは、実質的に、検察官が本件事実の不存在の立証に成功したのと同じ効果をもたらすものであり、立証責任の原則にも反する結果となろう。)

625頁【参照判例】「常習特殊窃盗罪における一事不再理効」

○最(一小)決令和3・6・28刑集76・7・909(X(被告人)は、住居侵入、窃盗につき有罪の第1審判決の宣告を受け、控訴及び上告が棄却されて同判決は確定した。この前訴第1審判決後、その確定前に、Xは、新たに住居侵入及び窃盗に及んだとして起訴された。本決定は、「前訴で住居侵入、窃盗の訴因につき有罪の第1審判決が確定した場合において、後訴の訴因である常習特殊窃盗を構成する住居侵入、窃盗の各行為が前訴の第1審判決後にされたものであるときは、前訴の訴因が常習性の発露として行われたか否かについて検討するまでもなく、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴に及ばない。したがって、本件について〔刑事訴訟〕法337条1号により判決で免訴の言渡しをしなかった第1審判決に誤りはないとした原判決の結論は正当として是認できる」とする)。

639頁【参照判例】「単独犯と共同正犯の択一的認定の可否」

○東京高判平成30・11・15判時2455・84;判タ1477・140(X(被告人)は、A方において、Aに対しその頭部、顔面等を多数回殴ったり蹴ったりするなどの暴行を加え、筋挫滅による急性腎不全等の傷害を負わせてAを死亡させたとして起訴された。公判段階において、当初の訴因(主位的訴因)である単独犯による傷害致死の事実につき、予備的訴因として、「単独で又はYと共謀の上」との文言が付加された。Xは、Aが死亡していたとみられる時刻ころ、交際相手であったYと共にA方にいたことは認めたものの、Aに暴行を加えた事実はなく、またその場にいたYが暴行を加えていたとしても、Yと共謀していないとして無罪を主張した。一方、Yは、自らはAに軽い暴行を加えたのみである、XがAに暴行を加えた様子は見ていない、Xとの共謀はなかった旨、主張した。原審の新潟地裁は、予備的に追加された訴因を認定して、単独犯と共同正犯の択一的認定による傷害致死罪の成立を認め、被告人を懲役5年に処した。Xは、暴行も共謀の事実もないとして控訴した。本判決は、「単独犯と共同正犯に関する択一的認定をめぐっては、〔1〕被告人がすべての実行行為を行ったことは明らかであるが、それについて他者との間に共謀が存在したのかどうかには疑いがあり、単独犯か共同正犯か真偽不明である場合には、被告人を単独犯として認定すれば足り(最高裁平成21年7月21日決定刑集63巻6号762頁〔□182〕参照)、〔2〕被告人とYとの間に共謀が成立していることは明らかであるが、実行行為者が被告人単独であるか、Y単独であるか、両名であるか真偽不明の場合には、「被告人又はYあるいは両名」を実行行為者として択一的に認定することが許される(最高裁平成13年4月11日決定刑集55巻3号127頁〔□586〕参照)。原判決は、〔3〕被告人がすべての実行行為を行ったか、被告人とYが共謀の上、実行行為を共同で行ったかが真偽不明の場合には、〔1〕及び〔2〕に関する上記各判例の射程外であって、単独犯と共同正犯の択一的認定が許されると解したものである。本件に即してみれば、原判決は、……被害者に対して主な暴行を加えたのは被告人であると認められるものの、Yが被害者に対して原判示の暴行の一部を加えた可能性が否定できないとして、単独犯の主位的訴因を排斥している。この認定は、「被害者に対して主な暴行を加えたのは被告人であると認められる」と説示した点が適切でないものの……、その結論は、論理則、経験則等に照らして不合理ではなく、当裁判所も是認することができる。しかしながら、このように、被告人が単独で暴行を加えたとの事実の証明がされていないのに、択一的にせよ同事実を認定するのは、証明されていない事実を認定することに帰するのであって、許されないというべきである。原判決には、この点において、事実の誤認があるといわざるを得ない。もっとも、原判決は、……被害者に対する暴行について、被告人とYとの間に共謀が成立していたと認定しており、原判決は、端的に共同正犯の事実を認定、摘示すべきところを、誤って、単独犯の事実を択一的に付加したに過ぎないとみることもできるから、共謀の事実が認定できるのであれば、上記の事実誤認は、判決に影響を及ぼさないと解する余地もある。……そこで、共謀の成否に係る論旨について引き続き検討すると、原判決が、被害者に対する暴行について、被告人とYとの間に共謀が成立していたと認めた点は、論理則、経験則等に照らして不合理であり、是認することができない。以下、補足して説明する(略)。……以上によれば、原判決の事実認定には、単独犯の事実が証明されていないのに単独犯と共同正犯の択一的認定をした点にとどまらず、被害者に対する暴行について被告人とYとの間で共謀が成立していたと認めた点においても事実の誤認があり、これらの事実誤認は、判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決は破棄を免れない」とした上で、「被告人について、傷害致死罪の単独犯及び共同正犯がいずれも認められないことは前記のとおりであるが、記録に照らすと、被告人の暴行がYの暴行と同一の機会に行われたが、被害者の致命傷となる筋挫滅による急性腎不全等の傷害がいずれの暴行により生じたか知ることができないとして、同時傷害の特例である刑法207条の適用により、傷害致死罪が成立する可能性がある。しかしながら、この点に関する検察官と弁護人の攻撃防御は尽くされていない。そこで、本件を第一審に差し戻し、裁判員の参加する合議体において、同条の適用の可否を含めて事実関係について更に審理、評議を尽くし、その結論を前提として、刑の量定についても、改めて適切な評議を経るのが相当である」として原判決を破棄し、本件を新潟地裁に差し戻した(差し戻し第1審において、同時傷害致死の事実へ交換的に訴因が変更され、同地裁は訴因通りの事実を認定してXを懲役4年6月に処した。確定)。

650頁【参照判例】「量刑資料の適切性——量刑検索システム」

○東京高判平成31・4・19東高刑時報70・1～12・32；判タ1473・73（原判決は、住居侵入、殺人及び死体遺棄の罪となるべき事実を認定し、検察官が死刑を求刑したのに対して、被告人に懲役23年の有罪判決を言い渡した。その量刑の理由について、原判決は、「殺人の被害者が2名であること、強固な殺意に基づいた犯行であることからすれば、本件の犯情は甚だ悪いといわざるを得ない。……しかしながら、犯行態様について、頸部圧迫という殺害の方法は、刃物等の凶器を用いる場合に比して生命侵害に対する危険性が質的に異なることなどの事情が認められる。また、犯行の計画性については、被告人が当初からAの殺害や死体遺棄まで計画していたとまでは認められないこと、Bの殺害については計画性が認められるものの、巧妙で綿密であったとはいえないこと等の事情がある。……このような犯行態様の危険性や犯行の計画性の有無及び程度は、過去の裁判例においても、死刑や無期懲役刑と有期懲役刑との分水嶺として重要な意味を持つ犯情であったと解される上、単独犯による被害者複数名の殺人罪の裁判員裁判において、凶器が使用されていない事案は、さほど件数はないものの、死刑のみならず無期懲役刑に処せられた事案は見受けられない。そうすると、先に述べたような犯行態様、犯行の計画性しか認められない本件においては、殺人後の事情とはいえ両名の死体を遺棄している点などを勘案しても、死刑を選択することが真にやむを得ないとは到底いえない上、無期懲役刑を選択することも困難であるといわざるを得ない。二人の子を一度に失った遺族が被告人の極刑を望む心情は察するに余りあるものがあるが、このような遺族の処罰感情を死刑や無期懲役刑を選択する際の決定的要素にすることまではできない。また、被告人が否認して不合理的な弁解に終始し反省の態度を全く示していないことについても、死刑や無期懲役刑を選択する決め手とすることはできない」と説示した（横浜地判平成30・7・20LEX/DB25561664）。本判決は、「原判決の説示からすると、評議では、裁判員量刑検索システムの検索条件を、『殺人』『単独犯』『処断罪と同一又は同種の罪の件数2～4件』『凶器等なし』として検索した量刑資料を用いたものと考えられる。そして、評議の際に用いられた量刑資料を正確に把握することはできないが、上記の検索条件で検索した量刑資料……によれば、2名を殺害した事案の裁判例は、わずか数件であり、いずれも有期懲役刑となっているが、すべて親族間の事例（心中など）である。親族間の事例は、継続的あるいは濃密な人間関係の中で犯行が行われることが多く、他の類型と比べると、犯行の経緯や動機に酌むべき事情があることも多いといえるから、本件殺人とは全く異なる類型であることが明らかである。そうすると、本件事案において、上記のような量刑資料を用いることは、甚だ不相当である。……また、原判決は、本件殺人の犯行態様は、刃物等の凶器を用いる場合と比べると、生命侵害に対する危険性の点で質的に異なる面があることは否定できない……としており、そのため、『凶器等なし』を検索条件としたものと解されるが、上記のような犯行態様の評価も相当ではない。すなわち、凶器を用いなくても、相当な力で、少なくとも5分程度、頸部を圧迫するという行為態様自体、生命侵害に対する危険性が高いといえる……上、それぞれの被害者は、助けを求めることができないマンション居室の中で、不意に襲われたと推認されるのであり、被告人との体力差等も考慮すると、本件の具体的状況の下においては、原判決がいうように、凶器を用いる場合と比べると、生命侵害に対する危険性の点で質的に異なる面があるとはいえない（実際に、被害者両名は殺害されている。）。そうすると、『凶器等なし』という検索条件で絞り込むこと自体が相当ではないといえる。……さらに、原判決は、犯行の計画性も、死刑や無期懲役刑と有期懲役刑との分水嶺として重要な意味を持つ犯情であるとしているところ、B殺害については、その程度はともかく、計画性が認められると認定しながら……、『計画的』という検索条件で量刑資料を検索した様子はいかぬのであり、結局、『凶器等なし』という犯行態様を分水嶺として、被害者2名の殺人の量刑傾向を把握する結果となっている。……このように原判決は、犯行態様の評価を誤ったことなどに起因して、不適切な量刑資料を用いたことが明らかである。そして、上記……の検索条件のうち、『凶器等なし』を外し、さらに、本件事案を踏まえて、『処断罪名と異なる主要な罪の有無』『減輕事由』をいずれも『なし』として検索すると、2名を殺害した事案の裁判例は数十件あり、そのうちの約半数が死刑又は無期懲役刑となっており、有期懲役刑となったものは、すべて親族間の事例である。そうすると、原判決は、不適切な量刑資料を用いたため、量刑傾向の把握を誤ったものといわざるを得ない。……本件殺人は被害者2名が殺害され、検察官が死刑を求刑している事案である。このような事案においては、裁判例の集積の中から、考慮すべき量刑事情及びそれぞれの重みの程度・根拠を検討し、その結果を裁判体の共通認識として議論するとともに、公平性の観点から、議論を深める必要がある。このような観点から、原判決の量刑理由の説示をみると、以下のとおり、量刑事情の認定・評価が甚だ不十分、不相当であるといわざるを得ない。……犯行態様については、……生命侵害の危険性という観点からの原判決の評価は相当ではなく、また、特別に残酷な態様であるとはいえないという評価の前提となっている部分の説示にも疑問がある。……犯行の動機について、原判決は、Bを殺害したのが発覚するのを防ぐために、Aに対する殺意を生じたとするれば、自然かつ合理的であるとしているところ、このような動機であったとすれば、自己の犯行の発覚を免れるという不法な目的のために、Aの生命を奪う意思決定をしたという点で、非難の度合いは相当強いといえる。しかし、原判決は、被告人が否認しているため、それ以上に具体的な動機を認定することはできず、動機面で、刑を重くする事情があるともいえないとしており、『事実認定の補足説明』でも、上記のような動機を想定することも困難であるとはいえないと説示するとともに照らすと、結局、原判決は、犯行の動機を認定することはできないとして、上記のような評価をしたに等しいとみるほかない。しかし、被告人が否認しているにもかかわらず、情況証拠から、A殺害の動機（少なくとも主たる動機）を認定することは可能であると考えられるから、上記のような原判決の検討は、不十分かつ不相当である。……原判決は、被告人が、当初からAの殺害を計画していたとまでは認められないとしている……が、他方で、被告人が結果的にAの帰宅時間を把握していたことや、その直前に黒色マスクを着用の上、自分がどのように見えるか携帯電話で確認していることからすれば、その時点では明確な殺意を抱いていたと推認できるとしている。そうであれば、Aの殺害は、予想外の事態に直面して、とっさに犯行に及んだ場合とは犯情を異にするといふべきであるが、原判決は、Aの殺害には計画性が認められないとするだけで、上記の点をどのように評価したのかが明らかではない。……このような原判決の量刑事情の認定・評価の問題点を踏まえ、原判決の量刑理由の説示をみると、Bの殺害の動機、本件死体遺棄の犯情等についても、十分な検討がされたのかという疑問を入れる余地があるといわざるを得ない。……以上のように、量刑事情に関する原判決の検討は、全体として甚だ不十分、不相当であるといふべきであるが、このような検討になった原因としては、上記……のとおり、不適切な量刑資料を用いて量刑傾向の把握を誤ったことが、大きく影響していると考えざるを得ない。……以上のとおり、原判決は、不適切な量刑資料を用いたために、量刑傾向の把握を誤り、また、そのような量刑傾向を前提としたため、量刑事情の認定・評価が甚だ不十分、不相当なものになったと考えられるなど、量刑判断の過程に大

きな問題があり、その結果、不合理な量刑判断をしたといわざるを得ない。検察官の量刑不当の論旨は、以上の判断に沿う限度で理由がある。……原判決の量刑判断の過程に大きな問題があることのほか、本件事案の重大性や、量刑事情の認定・評価及び量刑判断を裁判員の参加する合議体で行うこととした裁判員制度の趣旨に照らすと、訴訟経済の見地を考慮しても、改めて裁判員の参加する合議体によって、適切な量刑資料を基にして、量刑事情に関する評議を尽くした上で、量刑判断を行うことが相当である」とする）。

691頁 **基本判例** 「控訴審における破棄自判に必要な事実の取調べ」

◎ 最（一小）判令和2年1月23日・刑集74巻1号1頁 【浦安クレジットカード詐欺事件】

【事実】 X（被告人）は、千葉県浦安市内におけるクレジットカード等を巡る（1）窃取1件、詐欺1件、詐欺未遂3件、（2）詐欺3件につき起訴され、第1審の千葉地裁は（1）につき有罪、（2）につき無罪を言い渡した（千葉地判平成29・3・13刑集74・1・64）。これに対し、X及び検察官双方が事実誤認を理由に控訴した。

原審は、事実の取調べをすることなく、（2）につき、第1審判決は、Xの犯人性を推認させ、またはその推認力を補強する間接事実の推認力や関係証拠の証明力の評価を誤って、これらを分断的に評価し、適切な総合評価を行わなかった結果、犯人であることに合理的な疑いが残るとの結論を導いたもので、この認定、判断は、論理則、経験則等に照らして不合理であるとして、事実誤認を理由に原判決を破棄した。その上で、自判の可否について、第1審判決が起訴にかかる公訴事実の存在を認めるに足りる証明がないとして無罪を言い渡した場合に、控訴審において自ら何ら事実の取調べをすることなく、訴訟記録及び第1審裁判所において取り調べた証拠のみによって、直ちに公訴事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、刑訴法400条但書の許さないところとするのが最高裁判所の判例（最大判昭和31年7月18日・刑集10巻7号1147頁〔642〕、最大判同年9月26日・刑集10巻9号1391頁……）であるが、この判例の解釈は現在ではその正当性に疑問があると述べ、その理由として、刑訴法の仕組み及び運用が大きく変わり、第1審において厳選された証拠に基づく審理が行われ、控訴審において第1審判決の認定が論理則、経験則等に照らしてその不合理性が具体的に指摘できる場合に限り事実誤認で破棄されること、起訴前国選弁護制度や取調べの録音録画の実施により被告人が黙秘権を行使することも多くなっていること、本件判例に抵触しないために検察官から請求された証拠を調べるとすると、取調べの必要性も第1審の弁論終結前に取調べを請求できなかったやむを得ない事由も認められない証拠を採用することになること等を挙げ、本件においては控訴審で一切事実の取調べをしていないが、直ちに判決をすることができるとの判断を示して自判し、Xを（2）の公訴事実についても有罪として、（1）と併せて懲役2年6月に処した（東京高判平成29・11・17刑集74・1・76）。X、検察官双方が判例違反を理由に上告申立て。

【判示】 破棄差戻し。「上記昭和31年7月18日大法廷判決〔642〕は、事件が控訴審に係属しても被告人は、憲法31条、37条等の保障する権利は有しており、公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則の適用を受けるのであって、被告人は公開の法廷において、その面前で適法な証拠調べの手續が行われ、被告人がこれに対する意見弁解を述べる機会を与えられなければ、犯罪事実を確定され有罪の判決を言い渡されることのない権利を保有するとして、『本件の如く、第1審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言渡した場合に、控訴裁判所が第1審判決を破棄し、訴訟記録並びに第1審裁判所において取り調べた証拠のみによって、直ちに被告事件について犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、被告人の前記憲法上の権利を害し、直接審理主義、口頭弁論主義の原則を害することになるから、かかる場合には刑訴400条但書の規定によることは許されないものと解さなければならない。』として原判決を破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した。そして、上記昭和31年9月26日大法廷判決も同旨の判断をした。その後、本件判例に従った最高裁判例が積み重ねられ、憲法31条及び37条の精神並びに直接主義及び口頭主義の趣旨を踏まえた刑訴法400条ただし書の解釈として、第1審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言い渡した場合に、控訴審が第1審判決を破棄し、犯罪事実を認定するときには、事実の取調べを要するとの実務が確立し、被告人の権利、利益の保護が図られてきた。

……原判決が挙げる刑訴法の制度及び運用の変化は、裁判員制度の導入等を契機として、より適正な刑事裁判を実現するため、殊に第1審において、犯罪事実の存否及び量刑を決する上で必要な範囲で充実した審理・判断を行い、公判中心主義の理念に基づき、刑事裁判の基本原則である直接主義・口頭主義を実質化しようとするものであって、同じく直接主義・口頭主義の理念から導かれる本件判例の正当性を失わせるものとはいえない。そうすると、本件判例は、原判決の挙げる上記の諸事情を踏まえても、いまなおこれを変更すべきものとは認められない。

原審は、本件公訴事実の存在を確定せず無罪を言い渡した第1審判決を事実誤認で破棄し、およそ何らの事実の取調べもしないまま本件公訴事実を認定して有罪の自判をしたのであって、原判決は、本件判例と相反する判断をしたものであるから、破棄を免れない。」

691頁【参照判例】「控訴審における破棄自判に必要な事実の取調べ」

○最（一小）決令和3・5・12刑集75・6・583（X（被告人）は、飲食店において、Aが飲酒酩酊のため抗拒不能であるのに乗じ、同人と性交したという公訴事実で起訴された。第1審は、公判前整理手続において、本件の争点は、Aが抗拒不能であったか、Xにその認識があったかの2点であると確認し、Aを含む上記飲食店にいた8名の証人尋問及び被告人質問を実施した上で、Aが抗拒不能であったことは認めたものの、本件認識がなかった旨を述べるXの公判供述の信用性は否定できないから、Xに本件認識があったことには合理的な疑いが残るとして、無罪を言い渡した。これに対し、検察官が控訴し、本件認識についての事実誤認を主張し、事実の取調べとして被告人質問のみを請求する見込みであるとした。原審は、公判期日前の打合せで、検察官及び弁護人に対し、Xにおいて、Aが抗拒不能状態にないと誤信するような事情や、Aが性交に同意したと誤信するような事情がなかったかについて質問する必要があるとの、職権による被告人質問を実施する見込みであると述べて質問順序や質問時間を告げ、検察官及び弁護人はこれを異議なく了承した。第1回公判期日には、Xが出頭し、職権による被告人質問が実施されたが、弁護人は質問を行わず、検察官及び裁判官の質問に対して、Xは黙秘した。原審は、他に事実の取調べを行わず、結審し、訴訟記録及び第1審において取り調べた証拠に基づき、XはAが飲酒酩酊のため眠り込んでいる状態を直接見て、これに乗じてAと性交したから、本件認識があったことは明らかであり、第1審判決が、本件認識がなかった旨を述べるXの公判供述の信用性は否定できないとしたのは論理則、経験則に反し、同供述は、本件認識があったことに合理的な疑いを生じさせるものとはいえないとして、事実誤認により第1審判決を破棄し、Xを有罪として懲役4年に処した。本決定は、「このような事情の下では、原審は、争点の核心部分について事実の取調べをしたということができ、その結果が第1審で取り調べた証拠以上に出なくとも、被告事件について判決をするのに熟していたといえるから、第1審が無罪とした公訴事実を認定して直ちに自ら有罪の判決をしても、刑訴法400条ただし書に違反しないというべきである」とする）。

698頁【参照判例】「裁判員裁判における死刑判決と控訴審による量刑不当判断」

○最（一小）決令和1・7・1裁判集刑326・63（「本件は、被告人が、わいせつ目的で当時6歳の被害者を自宅に誘い入れて誘拐した上、被害者の頸部にビニールロープを巻き付けて締め付け、意識を失った被害者の後頸部を包丁で複数回突き刺して殺害し、遺体を切断するなどして損壊し遺棄したという事案である。殺人の犯行は、誘拐の犯行の発覚を免れるとともに遺体にわいせつな行為をしたいと考えて、突発的に強固な殺意が生じたもので、その動機、経緯は余りにも身勝手であり、複数の凶器を使用して確実に被害者を殺害した態様は冷酷かつ残忍である。鋭利な包丁で遺体を切り刻むなどした死体損壊、死体遺棄の態様は凄惨である。被害者の遺族の処罰感情が極めて厳しいのも十分理解できる。被告人の刑事責任は誠に重い。

原判決は、上記の諸事情を踏まえつつも、本件において、殺害の計画性が認められないことは相応に重くみるべき要素であり、また、殺害の動機の身勝手さ及び犯行態様の残虐性に関する第1審判決の評価は過大で是認できず、これを前提とした被告人の刑事責任の重大性に関する第1審判決の総合評価も過大であり、犯行全体からうかがわれる生命軽視の姿勢が甚だしく顕著であるとまではいえないとした。そして、原判決は、性的な目的や動機により1名の被害者が殺害された同種事案において、殺害の計画性が認められず、性的被害も伴わない場合には、同種の重大な前科のない者に対し死刑が選択されてはいないという近時の裁判例の傾向に照らし、本件で公平の観点から死刑の選択が許容されるとはいえないとしている。

これに対し、所論は、本件の罪質、動機、殺害及び死体損壊、死体遺棄の犯行態様、結果の重大性等を考慮すれば、殺害の計画性の有無にかかわらず、犯行全体として被告人の生命軽視の姿勢が甚だしく顕著であり、死刑の選択が許されるべき事情が認められるという。しかしながら、これらの諸事情を踏まえても、殺害の計画性が認められず、被告人による生命侵害は前科を含めても本件の1回のみにとどまることなどを考え合わせると、犯行全体からうかがわれる被告人の生命軽視の姿勢は明らかではあるが、甚だしく顕著であるとまでいうことはできない。そうすると、本件においては、死刑が究極の刑罰であり、その適用は慎重に行われなければならないという観点及び公平性の確保の観点を踏まえ、上記量刑要素を総合的に評価すると、被告人の刑事責任は誠に重大であるものの、死刑を選択することが真にやむを得ないとまではいい難い。したがって、第1審の死刑判決を破棄し、被告人を無期懲役に処した原判決が、刑の量定において甚だしく不当であってこれを破棄しなければ著しく正義に反するものというとはできない」とする）。

700頁【参照判例】「原判決破棄に当たり弁論を経ることを要しないとされた事例」

○最（三小）判令和2・1・31刑集74・1・257（X（被告人）は、他人の飼い犬の管理につき警邏中の巡査Pに苦情を申し立てた際、Pの胸を突き飛ばすなどして公務の執行を妨害したとして起訴され、罰金30万円の略式命令を経て、正式裁判を請求した。暴行の態様を争った公判における無罪の主張が斥けられ、罰金20万円の判決が言い渡されたことから、Xがこれを不服として控訴を申し立てたところ、原判決は、すべての論旨を排斥して控訴を棄却したが、その判決書には、公判審理に関与していない裁判官が署名押印するという過誤があった。本判決は、「これは判決に影響を及ぼすべき法令の違反であって、かつ、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められるから、当事者双方の意見を聴いた上、刑訴法411条1号、413条本文により、原判決を破棄し、本件を原裁判所に差し戻すのが相当である。なお、上記のような原判決を破棄すべき事由の性質、本件被告事件の内容、審理経過等に鑑みると、本件について、上告裁判所が原判決を破棄して事件を原裁判所に差し戻す旨の判決をするに当たり、刑訴法408条の趣旨に照らし、必ずしも口頭弁論を経ることを要しないというべきである」とする）。

716頁【参照判例】「新証拠の明白性判断（いわゆる大崎事件）」

○最（一小）決令和1・6・25裁判集刑326・1；判時2422・108；判タ1462・25（大崎事件）（1979年10月、鹿児島県曾於郡大崎町で農業を営む男性Aの変死体が発見され、Xが義弟Aを殺害したとして殺人、死体遺棄の罪で懲役10年に処せられた（確定）。2015年7月、Xは、第3次再審請求を行った。主たる新証拠は、本件は絞殺ではなく事故死の可能性が高いとする法医鑑定（吉

田鑑定)とXがBと死体遺棄を共謀するのを目撃したとされるBの妻の供述は体験記憶に基づかない情報が含まれている可能性が高いとする心理学鑑定(大橋・高木新鑑定)であった。請求審は、いずれの鑑定についても旧証拠の減殺力を認め、総合評価を踏まえて新証拠の明白性を肯定した再審開始を決定した(鹿児島地決平成29・6・28判時2343・23)。抗告審もこの結論を維持したが、その理由は請求審とは異なり、心理学鑑定の証明力を否定する一方、吉田鑑定の証明力を重視するものであった(福岡高宮崎支判平成30・3・12判時2382・77)。検察官の特別抗告の申立てに対し、本決定は、次のように判示して、刑訴法411条1号を準用して原決定及び原々決定を取り消し、再審請求を棄却した。「吉田鑑定は、条件が制約された中で工夫を重ねて専門的知見に基づく判断を示しており、Aの死因に関して、科学的推論に基づく一つの仮説的見解を示すものとして尊重すべきである。しかし、……同人の死因又は死亡時期に関する認定に決定的な証明力を有するものとまではいえないため、これが無罪を言い渡すべき明らかな証拠といえるか否かは、その立証命題に関連する他の証拠それぞれの証明力を踏まえ、これらと対比しながら検討すべきものである。」「……原決定が、……吉田鑑定を根拠として〔事件当日、泥酔して道路わきの溝に転落していたAをトラックの荷台に載せてAの自宅に運び、前後不覚のAを土間に放置した等述べる者らの〕各供述が信用し難いとし、〔共犯者らの〕各自白の信用性に重大な疑義が生ずることになるなどとした点は、吉田鑑定の問題点やそれに起因する証明力の限界を十分に考慮しないまま、確定判決を支える証拠の証明力について吟味することなく、吉田鑑定を決定的な意味を持つ証拠であると過大に評価し、実質的な総合評価を行わずに結論を導いたもので、不合理であるといわざるを得ない。吉田鑑定は、確定判決の事実認定について合理的な疑いを抱かせ、その認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠とはいえない。」「……以上の検討を踏まえると、吉田鑑定に大橋・高木新鑑定を含むその余の新証拠を併せ考慮してみても、確定判決の事実認定に合理的な疑いを抱かせるに足りるものとはいえない。したがって、吉田鑑定が無罪を言い渡すべき明らかな証拠に当たるとした原決定の判断には刑訴法435条6号の解釈適用を誤った違法があり、吉田鑑定及び大橋・高木新鑑定がそのような証拠に当たるとした原々決定の判断にも同様の違法があるといわざるを得ず、これらの違法が決定に影響を及ぼすことは明らかであり、これらを取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」)。