

三井 誠 編

『判例教材 刑事訴訟法〔第5版〕』

【サプルメント】

* 〔第5版〕以降の追加判例（◎＝基本判例〔5件〕，○＝参照判例〔25件〕）

.....

— 目 次 —

I 捜 査

「税関職員による郵便物検査と憲法35条」

○最（三小）判平成28・12・9刑集70・8・806；判時2383・118；判タ1452・67 …4頁

「職務質問に伴う所持品検査—承諾なきバッグの開披・写真撮影」

○東京高判平成30・3・2判時2393=2394・63；判タ1456・136 …5頁

「留め置き」

○札幌高判平成26・12・18高検速報（平成26）205；判タ1416・129 …6頁

「勾留の必要性」

○最（二小）判平成27・10・22裁判集刑318・11 …8頁

「差押え済みのパソコンを『検証すべき物』とする検証許可状によるリモートアクセスの許否」

○東京高判平成28・12・7〔高刑集69・2・5〕；東高刑時報67・1～12・177；高検速報（平成28）165；判時2367・107 …8頁

「DNAを含む唾液の採取」

○東京高判平成28・8・23〔高刑集69・1・16〕；東高刑時報67・1～12・124；判タ1441・77 …9頁

「GPS捜査」

◎最（大）判平成29年3月15日・刑集71巻3号13頁；判時2333号4頁；判タ1437号78頁（連続窃盗等GPS捜査事件） …10頁

II 公 訴

「逆送決定事件につき罰金以下の罪に認定替えして公訴提起することの許否」

○最（一小）判平成26・1・20刑集68・1・79；判時2215・136；判タ1399・91 …12頁

「公訴時効の規定の改正と遡及処罰の禁止」

○最（一小）判平成27・12・3刑集69・8・815；判タ1440・126 …12頁

「訴因変更を命じまたは促す義務」

○最（二小）判平成30・3・19刑集72・1・1 …12頁

Ⅲ 公 判

「訴訟能力の回復見込みがない場合と公訴棄却の可否」

- ◎最（一小）判平成 28 年 12 月 19 日・刑集 70 卷 8 号 865 頁；判時 2369 号 125 頁；判タ 1448 号 66 頁
（豊田市神社境内刺殺・公判手続停止事件） …13 頁

「職権保釈と抗告」

- 最（三小）決平成 27・4・15 裁判集刑 316・143；判時 2260・129；判タ 1414・152 …15 頁

「刑訴法 17 条 1 項 2 号にいう『裁判の公平を維持することができない虞があるとき』」

- 最（二小）決平成 28・8・1 刑集 70・6・581 …15 頁

「刑訴法 299 条の 4・299 条の 5 と憲法 37 条 2 項前段」

- 最（一小）決平成 30・7・3 刑集 72・3・299 …16 頁

「公判前整理手続における主張明示と被告人質問」

- ◎最（二小）決平成 27 年 5 月 25 日・刑集 69 卷 4 号 636 頁；判時 2268 号 142 頁；判タ 1416 号 68 頁
（和歌山偽装接触事故詐欺事件） …17 頁

Ⅳ 証 拠

「取調べ状況の録音・録画記録媒体（実質証拠としての使用）」

- 東京高判平成 28・8・10〔高刑集 69・1・4〕；東高刑時報 67・1～12・107；高検速報（平成 28）113；
判時 2329・98；判タ 1441・77 頁 …19 頁

「取調べ状況の録音・録画記録媒体（供述の信用性の補助証拠としての採用）」

- 東京高判平成 30・8・3 判時 2389・3；判タ 1456・75（今市事件） …20 頁

「査察官報告書の証拠能力」

- 広島高岡山支判平成 30・1・12 裁判所ウェブサイト …21 頁

「刑訴法 105 条の『他人の秘密に関するもの』に当たるか—押収拒絶権」

- 最（三小）決平成 27・11・19 刑集 69・7・797；判タ 1428・44 …22 頁

Ⅴ 裁 判

「過失注意義務違反の択一的認定」

- 東京高判平成 28・8・25 東高刑時報 67・1～12・136；高検速報（平成 28）126；判タ 1440・174 …
22 頁

「裁判員裁判における量刑評議・量刑判断の在り方」

- ◎最（一小）判平成 26 年 7 月 24 日・刑集 68 卷 6 号 925 頁；判時 2250 号 103 頁；判タ 1410 号 82 頁
（大阪三女虐待傷害致死事件） …23 頁

「死刑求刑事件における量刑評議」

- ◎最（二小）決平成 27 年 2 月 3 日・刑集 69 卷 1 号 1 頁；判時 2256 号 106 頁；判タ 1411 号 80 頁（南青
山三徳包丁刺突強盗殺人事件） …25 頁

「量刑傾向を下回る原判決が破棄された事例—裁判員裁判」

○東京高判平成 28・6・30 東高刑時報 67・1～12・77；高検速報（平 28）106；判時 2345・113；判タ 1438・124 …29 頁

「放火罪における人の死傷結果と量刑上の考慮」

○最（三小）決平成 29・12・19 刑集 71・10・606 …29 頁

「いわゆる余罪と量刑」

○東京高判平成 27・2・6 東高刑時報 66・1～12・4；高検速報（平成 27）66 …30 頁

「いわゆる余罪と量刑」

○東京高判平成 30・3・27 判タ 1454・107 …30 頁

VI 上 訴

「控訴審における事実誤認の審査—論理則・経験則」

○最（二小）判平成 30・7・13 刑集 72・3・324 …31 頁

「刑法規定（刑の一部執行猶予）の新設と刑訴法 411 条 5 号にいう『刑の変更』」

○最（一小）決平成 28・7・27 刑集 70・6・571；判時 2324・139；判タ 1432・74 …32 頁

VII 確定後救済手続

「刑訴法 435 条 1 号にいう『確定判決』の意義」

○最（一小）決平成 31・2・12 裁判所ウェブサイト …32 頁

「訴訟法上の事実の認定の瑕疵につながる新証拠と刑訴法 435 条 6 号の再審事由」

○札幌高決平成 28・10・26 判タ 1436・133 …32 頁

.....

— 判 例 索 引 —

○最（一小）判平成 26・1・20 刑集 68・1・79；判時 2215・136；判タ 1399・91 …12 頁

◎最（一小）判平成 26・7・24 刑集 68・6・925；判時 2250・103；判タ 1410・82 …23 頁

○札幌高判平成 26・12・18 高検速報（平成 26）205；判タ 1416・129 …6 頁

◎最（二小）決平成 27・2・3 刑集 69・1・1；判時 2256・106；判タ 1411・80 …25 頁

○東京高判平成 27・2・6 東高刑時報 66・1～12・4；高検速報（平成 27）66 …30 頁

○最（三小）決平成 27・4・15 裁判集刑 316・143；判時 2260・129；判タ 1414・152 …15 頁

◎最（二小）決平成 27・5・25 刑集 69・4・636；判時 2268・142；判タ 1416・68 …17 頁

○最（二小）判平成 27・10・22 裁判集刑 318・11 …8 頁

○最（三小）決平成 27・11・19 刑集 69・7・797；判タ 1428・44 …22 頁

○最（一小）判平成 27・12・3 刑集 69・8・815；判タ 1440・126 …12 頁

○東京高判平成 28・6・30 東高刑時報 67・1～12・77；高検速報（平 28）106；判時 2345・113；判タ 1438・124 …29 頁

○最（一小）決平成 28・7・27 刑集 70・6・571；判時 2324・139；判タ 1432・74 …32 頁

○最（二小）決平成 28・8・1 刑集 70・6・581 …15 頁

○東京高判平成 28・8・25 東高刑時報 67・1～12・136；高検速報（平成 28）126；判タ 1440・174 …22 頁

- 東京高判平成 30・8・3 判時 2389・3；判タ 1456・75 …20 頁
- 東京高判平成 28・8・10〔高刑集 69・1・4〕；東高刑時報 67・1～12・107；高検速報（平成 28）113；判時 2329・98；判タ 1441・77 頁 …19 頁
- 東京高判平成 28・8・23〔高刑集 69・1・16〕；東高刑時報 67・1～12・124；判タ 1441・77 …9 頁
- 札幌高決平成 28・10・26 判タ 1436・133 …32 頁
- 東京高判平成 28・12・7〔高刑集 69・2・5〕；東高刑時報 67・1～12・177；高検速報（平成 28）165；判時 2367・107 …8 頁
- 最（三小）判平成 28・12・9 刑集 70・8・806；判時 2383・118；判タ 1452・67 …4 頁
- ◎最（一小）判平成 28・12・19 刑集 70・8・865；判時 2369・125；判タ 1448・66 …13 頁
- ◎最（大）判平成 29・3・15・刑集 71・3・13；判時 2333・4；判タ 1437・78 …10 頁
- 最（三小）決平成 29・12・19 刑集 71・10・606 …29 頁
- 広島高岡山支判平成 30・1・12 裁判所ウェブサイト …21 頁
- 東京高判平成 30・3・2 判時 2393=2394・63；判タ 1456・136 …5 頁
- 最（二小）判平成 30・3・19 刑集 72・1・1 …12 頁
- 東京高判平成 30・3・27 判タ 1454・107 …30 頁
- 最（一小）決平成 30・7・3 刑集 72・3・299 …16 頁
- 最（二小）判平成 30・7・13 刑集 72・3・324 …31 頁
- 最（一小）決平成 31・2・12 裁判所ウェブサイト …32 頁

.....

— 判 例 紹 介 —

027 頁【参照判例】 「税関職員による郵便物検査と憲法 35 条」

○最（三小）判平成 28・12・9 刑集 70・8・806；判時 2383・118；判タ 1452・67（X（被告人）は、イラン国内から東京都内に居住する外国人に宛てて、営利目的で覚せい剤を郵送したところ、税関検査によって覚せい剤の在中が発覚したため検挙された。Xは、本件検査は、郵便物を破壊しその内容物を消費する行為であってプライバシー権および財産権を侵害する、捜査を目的として、本件郵便物の発送人または名宛人の同意を得ずに、裁判官の発する令状もなく行われたもので、関税法上許容されておらず、憲法 35 条が許容しない強制処分当たる、したがって本件検査によって取得された郵便物内の覚せい剤およびその鑑定書等の証拠能力は否定されるべきであるのに、これらの証拠能力を認めた第 1 審判決およびこれを是認した原判決の判断は、関税法、刑訴法の解釈を誤り、憲法 35 条に違反すると主張した。本判決は、「平成 24 年法律第 30 号による改正前の関税法 76 条は、郵便物の輸出入の簡易手続を定めるものであるが、同条 1 項ただし書において、税関長は、簡易手続の対象となる郵便物中にある信書以外の物について、税関職員に必要な検査をさせるものとする」と定め、同条 3 項において、郵便事業株式会社（現行法では日本郵便株式会社）は、当該郵便物を税関長に提示しなければならないと定めている。そして、平成 23 年法律第 7 号による改正前の関税法 105 条 1 項は、税関職員は、同法等の規定により職務を執行するため必要があるときは、その必要と認められる範囲内において、郵便物を含む外国貨物等について検査すること（同項 1 号）及び郵便物の輸出入の簡易手続における検査に際して見本を採取すること（同項 3 号）ができると定めている。……これらの規定（以下「本件各規定」という。）は、関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理という行政上の目的を、大量の郵便物について簡易、迅速に実現するための規定であると解される。そのためには、税関職員において、郵便物を開披し、その内容物を特定するためなどに必要とされる検査を適時に行うことが不可欠であって、本件各規定に基づく検査等の権限を税関職員が行使するに際して、裁判官の発する令状を要するものとはされておらず、また、郵便物の発送人又は名宛人の承諾も必要とされていないことは、関税法の文言上明らかである。……憲法 35 条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない。……しかしながら、本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない。また、国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行われており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、

検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる。また、税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行って輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査において、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な状況の下で、上記目的の実効性の確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されることは不合理といえない。……税関職員らは、輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物を開披し、その内容物を目視するなどしたが、輸入禁制品である疑いが更に強まったことから、内容物を特定するため、必要最小限度の見本を採取して、これを鑑定に付すなどしたものと認められ、本件郵便物検査は、前記のような行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であったといえる。このような事実関係の下では、裁判官の発する令状を得ずに、郵便物の発送人又は名宛人の承諾を得ることなく、本件郵便物検査を行うことは、本件各規定により許容されていると解される。このように解しても、憲法 35 条の法意に反しないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和……47 年 11 月 22 日大法廷判決・刑集 26 卷 6 号 554 頁，最高裁……平成 4 年 7 月 1 日大法廷判決・民集 46 卷 5 号 437 頁）の趣旨に徴して明らかである」とする。

035 頁〔・581 頁〕【参照判例】 「職務質問に伴う所持品検査—承諾なきバッグの開披・写真撮影」

○東京高判平成 30・3・2 判時 2393=2394・63；判タ 1456・136（営利目的覚せい剤所持の事実で起訴された X（被告人）は、職務質問中、P 警察官が、X が持っていた本件バッグを知人 A に渡そうとして投げたところ、地面に落ちた本件バッグについて、X の承諾なく開披し、本件覚せい剤を探し出し、写真を撮影するなどしたのは、違法な捜索であると主張した。本件覚せい剤等の証拠能力を肯定した原判決（千葉地判平成 29・9・22 判時 2393=2394・68）に対して、本判決は、「本件バッグは、ファスナーが閉まっており、外からでは中を見ることができない状態であったと認められ、被告人が、A に向かって本件バッグを投げた後も、その状態に変化はなかったことが、関係者の供述からうかがえる。被告人は、A を呼び出し、『預かっていてくれ』『B に渡してくれ』などと言いながら A に向かって本件バッグを投げたのであるから、被告人が本件バッグを B に渡そうとしていたこと、……被告人が本件バッグの占有を放棄する意思がなかったことはいずれも明らかであり、本件バッグが落ちたのが被告人から約 4 メートル先の地面であったこと、警察官が本件バッグを拾い上げるまでごく短時間であったことなどからすると、場所的・時間的接近性から、地面に落ちた後も、被告人の本件バッグに対する占有は継続していたとみるべきである。確かに、被告人は、『俺のじゃないけど』などと、本件バッグが自らの所有物ではない旨を述べながら、受取を承諾したわけでもない A に向かって、一方的に本件バッグを投げたのであるから、本件バッグについて、その占有を失っていないとしても、自ら直接管理しにくいだけでなく、A を通じて管理することもできない状況を、自らの行動によって作り出したと見る余地がないわけではない。しかしながら、被告人がそのような行動をとらざるを得なかったのは、少なくとも 5、6 人の警察官に取り囲まれて行動の自由が相当程度制約される状況下において、本件バッグを警察官の手に渡したくなかったからにはかならず、だからこそ被告人は A を呼び出し、A に向かって本件バッグを投げたのである。……そうすると、被告人が本件バッグを投げたことにより、警察官が拾い得る状況になったとはいえ、被告人と本件バッグとの場所的接近性、被告人が投げて地面に落下してから警察官が本件バッグを拾うまでの時間的接近性、さらには被告人が本件バッグを投げた後も、そこにそのまま留まっており、現場から離れようとするような態度を示した形跡がないことからすれば、被告人には、A が占有を取得しない限り、本件バッグの占有を継続する意思があり、仮に何者かが本件バッグを持ち去ろうとするようなことがあれば、それを止めることもできる状況にあり、自らの意思に基づいて本件バッグを管理し得る状態を失ったわけではないのであるから、本件バッグに対するプライバシー保護の必要性は低下していたとは評価できない。……所持品検査の必要性について見ると、〔X がドアロックをリモコンキーで解錠した〕本件車両は別の車両のナンバープレートが装着されていたのであるから、盗難車である可能性があるし、ナンバープレートからその所有者が判明されないようにされていたことからすると、何らかの犯罪行為に使用された可能性もあり、本件車両の使用者は、本件車両の窃盗や、本件車両を使用した何らかの別の犯罪と関わりがあることが強く推認されるところ、被告人は、本件車両のドアロックを解錠したのであるから、本件車両の使用者であると認められる。しかも、被告人は、警察官が声をかけようと接近すると、逃走したのであるから、窃盗その他、何らかの犯罪と関わりがある疑いは更に高まっていたといえる。さらに、被告人が人定事項の聴取や所持品検査を拒否していたことからすると、被告人が手に持っていた本件バッグに何らかの犯罪に関わる物品や禁制品が在中している疑いは相当高いものとなっていた。その上、被告人は、携帯電話で呼び出した A に向かって、『預かっていてくれ』などと言って本件バッグを投げたことからすれば、本件バッグには、何らかの犯罪に関わる物品や禁制品が在中している疑いは更に高まったと認められる。そうすると、本件バッグに対する所持品検査の必要性は高いものであったと認められる。……P 警察官らは、地域の警察官から、被告人に覚せい剤事犯の犯罪歴があることを聞いて把握していたものの、定かではなかったのである種の情報として捉えていたというにすぎず、被告人に覚せい剤取締法違反の前歴があることが判明したのは本件バッグ内

から白色結晶状粉末を取り出した後のことであり、P警察官自身、本件バッグ内に在中していると疑いを持っていたのは『何かしらの禁制品』というものにすぎない。したがって、当時警察官らは、より具体的に覚せい剤等の違法薬物など薬物事犯に関わる証拠物であるとの疑いまではもっていなかったものであり、本件バッグに対する所持品検査の必要性は、何らかの犯罪に関わる物品や禁制品が在中している疑いの限度で認められるにすぎない。……次に、所持品検査の緊急性について見ると、本件バッグは、Aの手前約1メートルの場所に落ちたのであるから、Aが本件バッグを手にして逃走すれば、本件バッグが持ち去られてしまう危険性があったことは否定できない。しかしながら、Aは、被告人の周囲にいた警察官から、被告人に近づかないよう説得を受け、実際にも被告人のそばには近づけない状態であった上、被告人から電話で『Aちゃん外に来て』と言われて被告人の側に近づいただけで、それ以外には説明を受けておらず、本件バッグの預かりを依頼されていたわけではない。実際、Aは、被告人から『預かっていてくれ』などと言われて、自分に向かって本件バッグを投げられたが、被告人に返答することも、本件バッグを拾いに行くこともなく、警察官が立会を求めるまで特段反応を示さず、警察官からAを立会人として本件バッグを開披したい旨求められても、状況のみみ込めていない様子で戸惑っていたというのであるから、Aは本件バッグの受取を承諾したわけではなかったものと認められる。したがって、Aが本件バッグを手にして持ち去ってしまう現実的な危険性は高いものではなかったと認められる。しかも、警察官らは、被告人が、本件バッグをAの方に投げた……わずか1分後……には、本件バッグを開披して内容物の確認を開始しており、この間、被告人に対して承諾を求めて更に説得を続けることもしていない。……そうすると、被告人の周囲に多くの警察官がいたことも含め、本件当時の現場の状況からすれば、被告人がAの方に向かって投げた本件バッグをAや第三者が持ち去る危険性はさほど高くなく、本件バッグの中身を至急確かめなければならないような緊急性があったとは認められない。また、当時の現場の状況において、被告人が、銃器や爆発物等の危険物を所持している可能性が高かったとは認められないから、その意味での緊急性も認められない。……前記のとおり、被告人は『預かっていてくれ』などと言いながらAに向かって本件バッグを投げたのであるから、Aが受取を承諾したわけではなかったとしても、被告人の意思としては本件バッグをAに渡すつもりであり、被告人の本件バッグに対する占有は継続していたと認められる。そして、その状況を見ていた周囲の警察官は、その点について十分認識できたと認められる。にもかかわらず、警察官らは、それまで所持品検査を頑なに拒否していた被告人が約4メートルしか離れていない場所にいるのに、被告人の承諾を得ようともせず本件バッグを開披しているのであり、しかも中を一べつするに留まらず、全ての内容物を一つ一つ取り出し、取り出した封筒の中に入っていた本件覚せい剤まで取り出して、その写真撮影までしているのである。したがって、この場合、本来令状なしに捜索をすることが許される場合でないことは、通常の警察官であれば容易に判断できたと認められる。にもかかわらず、被告人が本件バッグを投げた1分後に、Aの立会いを求めたとはいえ、本件バッグを開披して中を見たことは、警察官らの令状主義に関する諸制度を潜脱する意思があったことを強くうかがわせるものである。……以上検討したとおり、本件における一連の警察官らの行動は、本件バッグについて所持品検査をする緊急性までは認められない状況で、被告人が占有を継続していることが明らかな本件バッグを、被告人の承諾なく開披して、その内容物を取り出し、写真撮影するというプライバシー侵害の程度が大きい態様で行ったものである。また、本件証拠上、警察官らは、被告人が占有を放棄する意思ではないことが明確に認識できる状況で、令状もなく本件バッグを開披し、内容物を取り出し写真撮影をしているのであって、単に、強制捜査と任意捜査との区別、任意捜査として許される限界についての判断を誤ってしまったのではなく、令状主義に関する諸規定を遵守しようとする意識のなさが強くうかがえる。……したがって、本件における無令状捜索の違法の程度は重大であって、将来の違法捜査の抑制の見地からしても、本件覚せい剤等の証拠能力は否定されるべきものであり、本件覚せい剤に関する本件鑑定書も同様に証拠能力を欠くものである。なお、被告人は、本件バッグを投げた後、警察官らが本件バッグを開けて中を見ようとしている際に、積極的に異議を述べていないことが認められるが、これは、警察官らの行為を黙示に承諾したものととは到底認められないから、上記の証拠能力の判断には影響を与えない」とする)。

044頁【参照判例】 「留め置き」

○札幌高判平成26・12・18高検速報(平成26)205;判タ1416・129(警ら中のP警部補は、前に職務質問を行ったX(被告人)について覚せい剤取締法違反による逮捕歴があることが判明したことや、多弁であり運転免許証を探すのに時間を要するなど挙動に不審な様子が見られたことなどから、覚せい剤使用の可能性があると考へて、再度の職務質問を実施することとし、平成25年5月7日午前2時20分、走行中の被告人車両に停車を求めた。Xは、その指示に従って路上に車両を停車させた。Pらが手荷物を持って警察車両に移るよう求めたところ、Xはバッグを持って降車し、警察車両の運転席側後部座席に着席した。Xは、車内での職務質問と所持品検査には応じたものの、警察署への同行と尿の提出は拒んだ。Pらは、午前3時20分ころから強制採尿令状の請求の準備に着手するとともに、Xを現場に留め置いて、任意に採尿に応じるよう説得を続けた。午前7時18分、発付された令状を携えた警察官が現場に到着し、同令状に基づき採尿が実施された。この間、Xは、

午前3時30分ころと午前6時ころ、パトカーから降車しようとしたが、Pらにより制止された。

第1審は、Xをパトカー内で長時間留め置いたことについて、違法が重大であり、本件留め置きが証拠の収集において重要な役割を果たしたこと等を鑑みると、将来の違法捜査抑制の見地からして尿の鑑定書等の証拠を許容することは相当でないとして、その証拠能力を認めず、無罪を言い渡した(札幌地判平成26・8・25判タ1416・137)。これに対して、検察官が控訴した。

本判決は、「本件現場における職務質問が適法に開始されたことが明らかである上、被告人は、P警部補らの求めに応じ、自ら本件警察車両に乗車し、所持品検査を求められると、警察官に自己のバッグを差し出したり、注射痕の有無の確認を求められると、自ら上着の袖をまくり上げたりするなど、一定の限度で捜査に協力する姿勢を示していたものであり、このような被告人の対応から見て、少なくとも当初は、本件警察車両内に任意にとどまっていたものと認められる。そして、被告人について、覚せい剤取締法違反による逮捕歴のあることが判明していたことに加え、所持品検査の結果、そのバッグ内から比較的新しい血痕と思われるものが付着したティッシュ塊と注射器の包装袋が発見されたこと、被告人がそれらの物品を隠そうとしたこと、注射痕の有無の確認の際、手首付近の確認を拒否したことなどから、被告人に対する覚せい剤使用の嫌疑が濃厚となっていたことなどを踏まえると、採尿令状請求の準備が開始された後、それと並行して、本件現場に残ったP警部補らにおいて、被告人に対して任意採尿に向けた説得を続けるなどしたことが直ちに不当であるとはいえない。しかし、P警部補らは、被告人が、午前3時30分頃及び午前6時頃の2回にわたり、本件警察車両から降車しようとした際、有形力を行使してその行動を制止し、結果として、被告人が本件警察車両から降車する意思を明示した午前3時30分頃から本件採尿令状が執行された午前7時18分頃まで約3時間50分にわたり、上記2回の有形力の行使を交えつつ、被告人を本件警察車両内に留め置いたものであり、このようなP警部補らの措置は、長時間にわたり被告人の移動の自由を過度に制約したものであるとして、任意捜査の範囲を逸脱した違法なものであったと評価せざるを得ない。……所論は、本件のような留め置きの適法性を判断するに当たり、留め置きが純粹に任意捜査として行われている段階と、採尿令状の請求準備に取り掛かってから執行までの段階(以下『強制手続への移行段階』という。)とに分けた上、それぞれの段階に応じて適法性を検討すべきであり、強制手続への移行段階では、捜査機関において令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなっている状況にあり、令状の発付を受けた後、所定の時間内に強制採尿を行う医師の下に被疑者を連行する必要もあるため、被疑者の所在確保の必要性が非常に高まっており、相当な程度にわたり強く被疑者を留め置くことも許されると解されることを前提に、本件でも、……採尿令状の請求準備を開始した後は、採尿令状の発付に向けて被告人の所在を確保するため、被告人を留め置く必要性、緊急性が一層高まっていた旨指摘して、本件留め置きの適法性を基礎付ける主張の根拠としている。……しかし、犯罪の嫌疑の程度は、採尿令状の請求準備を開始するか否かという警察官の判断により直ちに左右されるものでない上、本件において、その段階で、嫌疑を深めるべき新たな証拠や事実が発見されてもいないから、上記のような警察官の判断時点を境界として、許容される留め置きの程度に有意な違いが生じるものと解することは、必ずしも説得力のある立論ではないというべきであり、所論のような判断枠組みによって留め置きの適法性を判断すべきであるとは考えられない。……しかも、被告人が本件警察車両からの降車を申し出た理由が、『外の空気を吸わせて欲しい。』などというものであり、本件現場から立ち去る意思を明示したことがなかったことなどを考慮すると、本件警察車両からの降車を許すことにより、直ちに被告人の所在確保が困難になる状況にあったとはいえない。もっとも、P警部補らは、被告人の降車を制止した理由が、被告人の所在確保のほか、被告人による覚せい剤の投棄等の罪証隠滅行為を防止することであったと述べており、実際にも、後に被告人が本件採尿令状の執行のために連行された病室内で、隠し持っていた覚せい剤等在中の封筒をベッドのフレーム付近に隠匿したことなどに照らすと、被告人が覚せい剤を投棄するなどの罪証隠滅行為に及ぶおそれがあったことは否定できない。しかし、被告人の降車を許したとしても、警察官が、被告人から離れることなく、その動静を厳重に監視することなどにより、罪証隠滅行為を防ぐことは可能であったと認められる。したがって、被告人の所在確保や罪証隠滅行為の防止の必要性を勘案しても、有形力を行使して、本件警察車両からの降車を許さなかった措置を正当化することはできないというべきである。……一方、……本件留め置きは違法なものであったというべきであるが、……違法収集証拠であり証拠能力を欠くとした原裁判所の判断は、是認することができない。……すなわち、上記のとおり、本件現場における職務質問が適法に開始された上、被告人は、当初、本件警察車両内に任意にとどまっていたものと認められる。また、被告人は、複数回にわたり本件警察車両の外に出たい旨の意思を表明し、2回にわたり実際に車外に出ようとする行動に出たことがあるものの、本件現場から立ち去る意思を明示したことはなかったこと、任意採尿に応じる意向を示したことはなかったとはいえ、P警部補らに降車を制止された後も、所持品検査に応じたり、本件留め置きの終盤段階でも、Q巡査長との雑談に応じたりしていたことなどに照らすと、被告人の捜査拒否及び退去の意思が明確で、Q巡査長やP警部補として、任意採尿に向けた説得や所持品検査等を継続することが相当でない状況に至っていたとはいえない。そして、午前3時30分頃の有形力の行使は、被告人から身体を押されたP部補が、踏ん張って動かなかったという受動的なものであり、午前6時頃の有形力の行使も、被告人の降車を制止するため、その肩や腕

をつかむなどしたというものであり、被告人の意思を制圧するような強度のものであったとはいえない。さらに、P警部補らが被告人に携帯電話の使用を禁じたことがなく、被告人は、午前4時13分頃以降、合計約40分間にわたり、外部にいる人物と通話している。その上、R巡査部長らは、本件現場における職務質問を開始した約50分後に、採尿令状を請求する方針を決定し、それに向けた準備を始めたことなどに照らすと、令状の発付と執行を待つ間に、被告人を本件現場に留め置いたP警部補らにおいて、令状主義を潜脱する意図があったものとは認められない。以上によれば、本件留め置きの違法性の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するほどに重大なものではないというべきである。……加えて、本件強制採尿が司法審査を経て発付された本件採尿令状によって適法に実施された上、同令状の請求手続にも違法はなかったこと、覚せい剤の差押えが司法審査を経て発付された差押許可状によって適法に行われている上、上記差押許可状が発付されるに至ったのは、被告人がその意思に基づき本件覚せい剤等を病室内のベッドに隠匿し、捜査機関の関係者でない看護師がそれを発見したという事情が介在しており、本件留め置きと密接な関連性がないことなどを踏まえると、上記各証拠を被告人の罪証に供することが将来における違法捜査抑制の見地から相当でないともいえない」とする。

070頁〔・713頁〕【参照判例】 「勾留の必要性」

○最(二小)判平成27・10・22裁判集刑318・11(X(被疑者)は「被疑者は、大阪家庭裁判所審判官によりAの成年後見人に選任され、同人名義の預金通帳等を保管し、同人の財産を管理する業務に従事していたものであるが、大阪府東大阪市内の郵便局に開設された同人名義の通常郵便貯金口座の貯金を同人のため預かり保管中、平成20年11月21日、同府八尾市内の郵便局において、同口座から現金300万円を払い戻し、同日、同府東大阪市において、これをBに対し、ほしいままに貸付横領した」との被疑事実で勾留請求されたが、原々審は、勾留の必要性がないとして請求を却下した。検察官からの準抗告を受け、原決定は、(1)本件事案の性質および内容、取り分け、被害者が成年被後見人であって現在死亡していることや被害額、被疑者の供述内容等に照らすと、被疑者が、本件の罪体等に関し、関係者に働きかけるなどして罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由が認められ、また、これらの事情に加え、被疑者の身上関係等を併せ考慮すると、被疑者が逃亡すると疑うに足りる相当な理由も認められる、(2)家庭裁判所からの告発が平成23年になされ、捜査が相当遅延しているものの、現時点においては、本件の公訴時効の完成が迫っており、起訴不起訴を決する最終段階に至っていることからすると、勾留の必要性がないとまではいえないとして、原々審の裁判を取り消した。

本決定は、「原々審が、勾留の理由があることを前提に勾留の必要性を否定したのは、罪証隠滅・逃亡の現実的可能性の程度が高いとはいえないと判断し、また、犯行が行われたとされている時点あるいは告発時からかなりの年月が経過しており、被疑者は警察からの任意の出頭要請には応じて一定程度の事実関係は認めるという態度をとっているなどの事情があること、さらに、原決定の前記(2)の説示に係る事情は勾留の必要性を大きく高める事情とはいえないこと等を考慮したものと考えられる。本件は、被害額300万円の業務上横領という相応の犯情の重さを有する事案ではあるものの、平成20年11月に起きた事件であり、平成23年6月に大阪家庭裁判所から大阪府警察本部に告発がされ、長期間にわたり身柄拘束のないまま捜査が続けられていること、本件前の相当額の余罪部分につき公訴時効の完成が迫っていたにもかかわらず、被疑者は警察からの任意の出頭要請に応じるなどしていたこと、被疑者の身上関係等からすると、本件が罪証隠滅・逃亡の現実的可能性の程度が高い事案であるとは認められない。原決定は、捜査の遅延により本件の公訴時効の完成が迫ったことなどを理由に、勾留の必要性がないとまではいえない旨説示した上、原々審の裁判を取り消したが、この説示を踏まえても、勾留の必要性を認めなかった原々審の判断が不合理であるとしてこれを覆すに足りる理由があるとはいえず、原決定の結論を是認することはできない。……原決定には、刑法60条1項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」として原決定を取り消し、勾留請求を却下した原々審の裁判に対する準抗告を棄却する)。

158頁【参照判例】 「差押え済みのパソコンを『検証すべき物』とする検証許可状によるリモートアクセスの許否」

○東京高判平成28・12・7[高刑集69・2・5];東高刑時報67・1~12・177;高検速報(平成28)165;判時2367・107
(Pら警察官は、平成24年9月18日、「携帯電話通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律」違反、偽造有印公文書行使幫助を被疑事実とする捜査差押許可状に基づき、被告人方等を捜索し、ノート型パソコン等を差し押さえた。本件捜査差押許可状には、「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「メールサーバの記録領域」等が具体的に記載されており、いわゆるリモートアクセスによる複製の処分が許可されていたが、Pらは、本件捜査差押えの時点では、本件パソコンにログインするパスワードが判明していなかったため、リモートアクセスによる複製の処分ができなかった。Pらは、本件パソコンを解析した結果、偽造文書を作成、販売するとしている「M」と称するインターネットサイトで、注文の連絡先とされて

いたメールアドレスのアカウントへのアクセス履歴の存在等が認められたことから、本件パソコンからインターネットに接続し、メールサーバにアクセスすることなどを企画し、検討の結果、メールサーバへのアクセスも検証のために必要な処分として許容されると考え、上記法律違反を被疑事実とする本件パソコンの検証許可状の発付を受けた。Pらは、本件パソコンを解析することによりMアカウントにログインするためのパスワードを把握した上、同年11月18日、上記検証許可状に基づき、本件パソコンの内容を複製したパソコンからインターネットに接続し、Mアカウントにログインし、Mメールアドレスに係る送受信メールを抽出してダウンロードし、保存するという本件検証を実施した。原判決（横浜地判平成28・3・17判時2367・115）は、本件検証許可状に基づく本件検証において、本件パソコン等からインターネットに接続し、メールサーバにアクセスすることは認められないのに、警察官らは、メールサーバ上のメール送受信履歴および内容を閲覧して保存するというメールサーバの管理者等の第三者の権利・利益を侵害する強制処分を必要な司法審査を経ずに行ったもので、本件検証は違法なものであり、本件検証に当たって、警察官らに令状主義を潜脱する意図があったとまでは認められないものの、本件検証は刑事法の基本的な枠組みに反して司法審査を経ずに第三者の権利・利益を侵害したというもので、本件検証の違法性の程度は重大であり、令状主義の精神を没却するとの評価を免れないとして、検証調書および捜査報告書の証拠能力を否定した。本判決は、「本件検証は、本件パソコンの内容を複製したパソコンからインターネットに接続してメールサーバにアクセスし、メール等を閲覧、保存したものであるが、本件検証許可状に基づいて行うことができない強制処分を行ったものである。しかも、そのサーバが外国にある可能性があったのであるから、捜査機関としては、国際捜査共助等の捜査方法を取るべきであったともいえる。そうすると、本件パソコンに対する検証許可状の発付は得ており、被告人に対する権利侵害の点については司法審査を経ていること、本件パソコンを差し押さえた本件捜査差押許可状には、本件検証で閲覧、保存したメール等について、リモートアクセスによる複製の処分が許可されていたことなどを考慮しても、本件検証の違法の程度は重大なものといえ、このことなどからすると、本件検証の結果である検証調書及び捜査報告書について、証拠能力を否定した原判決の判断は正当である」とする。

179頁【参照判例】 「DNAを含む唾液の採取」

○東京高判平成28・8・23〔高刑集69・1・16〕；東高刑時報67・1～12・124；判タ1441・77（警察官PおよびQらは、河川敷沿いの曝気施設付近にテントを張って生活していたX（被告人）のもとに赴き、Xから話を聞きたいと述べた上、河川事務所から入手した資料を見せるなどしながら、周辺のホームレスについての話をし、その際、持参した紙コップでXに温かいお茶を勧め、Xが飲んだ後、DNA採取目的を秘し、廃棄するとしてPがそのコップを回収するとともに、その様子をQが撮影した。その後、Xが使用した上記紙コップからDNAが採取され、その資料を基にXの逮捕状が発付された。X側は、警察官がDNA採取の目的を秘し、警察官であると名乗らず、同意のないままXの写真撮影をし、あたかも国交省によるホームレスの調査であるかのように装ってXにお茶を飲むよう勧め、Xが使用した紙コップを廃棄するかのようには伝えた上で回収し、そのコップに付着したXの唾液を鑑定したものをXの逮捕状請求における疎明資料としたことが違法であると主張した。原判決がX側の主張を排斥したのに対して、本判決は、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものであるが、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであると解される（最高裁判所昭和51年3月16日第3小法廷決定〔1〕）。……本件においては、Pらは、Pらが警察官であると認識していたとすれば、そもそもお茶を飲んだりしなかった被告人にお茶を飲ませ、使用した紙コップはAらによってそのまま廃棄されるものと思いついてと認められる被告人の錯誤に基づいて、紙コップを回収したことが明らかである。……強制処分であるか否かの基準となる個人の意思の制圧が、文字どおり、現実に相手方の反対意思を制圧することまで要求するものなのかどうかの問題となるが、当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当するというべきである（最高裁判所平成21年9月28日第3小法廷決定〔143〕参照）。したがって、本件警察官らの行為は、被告人の意思を制圧して行われたものと認めるのが相当である。……次に、本件では、警察官らが被告人の黙示の意思に反して占有を取得したのは、紙コップに付着した唾液である。原判決は、……本件警察官らの行為が任意処分の範疇にとどまることを前提とした上で、任意処分の要件を充足しているか否かを決する場合のメルクマールである、相手方の身体、住居、財産等に加える制約の程度に関して、『DNA採取目的を秘して被告人に使用したコップの管理を放棄させ、そこからDNAサンプル採取すること自体は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではない』と評価している。確かに、相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、法定の強制処分を要求する必要

があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分に該当するというべきであると解される。本件においては、警察官らが被告人から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれる DNA を入手し鑑定することによって被告人の DNA 型を明らかにし、これを、……DNA 型記録確認通知書に記載された、合計 11 件の窃盗被疑事件の遺留鑑定資料から検出された DNA 型と比較することにより、被告人がこれら窃盗被疑事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証拠を入手するためである。警察官らの捜査目的がこのような個人識別のための DNA の採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかったといっても、DNA を含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益であると解するのが相当である。……以上の検討によれば、前記のとおり強制処分のメルクマールに照らすと、本件警察官らの行為が任意処分の範疇にとどまるとした原判決の判断は是認することができず、本件捜査方法は、強制処分に当たるといふべきであり、令状によることなく身柄を拘束されていない被告人からその黙示の意思に反して唾液を取得した本件警察官らの行為は、違法といわざるを得ない」とする。

182 頁 基本判例 「GPS 捜査」

◎最（大）判平成 29 年 3 月 15 日・刑集 71 卷 3 号 13 頁；判時 2333 号 4 頁；判タ 1437 号 78 頁（連続窃盗等 GPS 捜査事件）

【事実】 X（被告人）が複数の共犯者と共に犯したと疑われていた窃盗事件に関し、組織性の有無、程度や組織内における X の役割を含む犯行の全容を解明するための捜査の一環として、平成 25 年 5 月 23 日ころから同年 12 月 4 日ころまでの約 6 か月半の間、X、共犯者のほか、X の知人女性も使用する蓋然性があった自動車等合計 19 台に、同人らの承諾なく、かつ、令状を取得することなく、GPS 端末を取り付けた上、その所在を検索して移動状況を把握するという方法により GPS 捜査（以下、「本件 GPS 捜査」という）が実施された。本件で使用された GPS システムは、顧客が携帯電話機を使用して検索し、位置情報を取得することによって、その携帯電話機の画面上に、対象 GPS 端末の所在位置のおおまかな住所、地図上の位置等を表示させることができるものであった。その測位精度は、電波の届かない場所では数百メートルまたはそれ以上の誤差が生じ、あるいは位置情報が取得できないことがある一方で、電波状況の良好な場所では十数メートル程度の誤差しか生じず、数十メートルの誤差にとどまることも多かった。取得された位置情報は、一定期間、データファイルとして保存されており、これをダウンロードして利用することもできた。被告人側は、本件 GPS 捜査がプライバシー権を侵害する「強制的処分」（刑訴法 197 条 1 項但書）に当たるにもかかわらず、現行法に「特別の定」（同）が存在せず、また仮に「検証」に当たるとしても無令状で行われており違法であると主張し、本件 GPS 捜査によって得られた証拠およびその派生的証拠の証拠能力を争った。

第 1 審裁判所は、本件 GPS 捜査は検証の性質を有する「強制的処分」に当たり、検証許可状を取得することなく行われた本件 GPS 捜査には重大な違法がある旨の判断を示した上、本件 GPS 捜査により直接得られた証拠（犯行現場の特定・状況等を立証趣旨とする写真撮影報告書、犯行使用車両を発見した状況等を立証趣旨とする捜査報告書謄本等）およびこれに密接に関連する証拠（被害品に係る捜索差押調書謄本、被害品に関する捜査報告書、還付請書等）の証拠能力を否定した（大阪地決平成 27・6・5 判時 2288・138；判タ 1424・319）が、その余の証拠に基づき X を有罪と認定した（大阪地決平成 27・7・10 判時 2288・144）。

これに対し、原判決（大阪高判平成 28・3・2 判タ 1429・148）は、本件 GPS 捜査により取得可能な情報は GPS 端末を取り付けた車両の所在位置に限られるなどプライバシーの侵害の程度は必ずしも大きいものではなかったといふべき事情があること、被告人らの行動確認を行っていく上で、尾行や張り込みと併せて本件 GPS 捜査を実施する必要性が認められる状況にあったこと、本件 GPS 捜査が強制的処分に当たり、無令状で行った点において違法と解する余地がないわけではないとしても、令状発付の実体的要件は満たしていたと考え得ること、本件 GPS 捜査が行われていたころまでに、これを強制的処分と解する司法判断が示されたり、定着したりしていたわけではなく、その実施に当たり、警察官らにおいて令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとまでは認め難いこと、また、GPS 捜査が強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないことなどを理由に、本件 GPS 捜査に重大な違法があったとはいえないと説示して、第 1 審判決が証拠能力を否定しなかったその余の証拠についてその証拠能力を否定せず、被告人の控訴を棄却した。被告人側上告。

【判示】 最高裁は、適法な上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、本件 GPS 捜査の適法性について、職権で以下のとおり判断した。

「(1) GPS 捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。

(2) 憲法 35 条は、『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』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる（最高裁昭和……51 年 3 月 16 日第三小法廷決定・刑集 30 卷 2 号 187 頁 [1] 参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。

(3) 原判決は、GPS 捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないと説示しているところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点についても検討する。

GPS 捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両に GPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて搜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS 捜査は、GPS 端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS 捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法 222 条 1 項、110 条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。

これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法 197 条 1 項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われたい限り是認できないような強制の処分を認めることは、『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』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。

以上のとおり、GPS 捜査について、刑訴法 197 条 1 項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。」

（岡部喜代子裁判官・大谷剛彦裁判官・池上政幸裁判官の補足意見＝「私たちは、GPS 捜査の特質に着目した立法的な措置が講じられることがあるべき姿であるとの法廷意見に示された立場に賛同するものであるが、今後立法が具体的に検討され

ることになったとしても、法制化されるまでには一定の時間を要することもあると推察される所、それまでの間、裁判官の審査を受けてGPS捜査を実施することが全く否定されるべきものではないと考える。……もとより、これを認めるとしても、本来的に求められるべきところとは異なった令状によるものとなる以上、刑訴法1条の精神を踏まえたすぐれて高度の司法判断として是認できるような場合に限定されよう。したがって、ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査のため、対象車両の使用者の行動の継続的、網羅的な把握が不可欠であるとの意味で、高度の必要性が要求される。さらに、この場合においても、令状の請求及び発付は、法廷意見に判示された各点について十分配慮した上で行われなければならないことはいうまでもない。このように、上記のような令状の発付が認められる余地があるとしても、そのためには、ごく限られた特別の事情の下での極めて慎重な判断が求められるといえよう。）」

272 頁【参照判例】 「逆送決定事件につき罰金以下の罪に認定替えして公訴提起することの許否」

○最（一小）判平成 26・1・20 刑集 68・1・79；判時 2215・136；判タ 1399・91（当時少年の X（被告人）について、家庭裁判所が無免許運転（①）および故意による通行禁止違反という道路交通法違反（②）の事件として検察官に送致をしたところ、検察官は、②を少年法 20 条 1 項による検察官送致が許されない過失による通行禁止違反の事実（③）に認定替えをし、①と併せて公訴提起および略式命令を請求をし、公訴事実どおり有罪認定されていたことが明らかとなったとして、非常上告が申し立てられた。②の法定刑は 3 月以下の懲役または 5 万円以下の罰金である（道交法 119 条 1 項 1 号の 2, 8 条 1 項）のに対し、③の法定刑は 10 万円以下の罰金であり（同法 119 条 2 項）、少年法 20 条 1 項による検察官送致の対象事件ではなかった。本判決は、「被告人は、……公訴提起当時少年であり、かつ、〔③〕の事実は、罰金以下の刑に当たる罪の事件であるから、少年法 20 条 1 項の趣旨に照らし、検察官が家庭裁判所から送致を受けた故意による通行禁止違反の事実〔②〕と同一性が認められるからといって、公訴を提起することは許されなかったものと解するほかはない。そうすると、略式命令の請求を受けた……簡易裁判所は、〔③〕の事実につき刑訴法 463 条 1 項、338 条 4 号により公訴棄却の判決をすべきであった」として原略式命令を破棄し、自判する（③につき公訴棄却、①につき罰金 20 万円）。

273 頁【参照判例】 「公訴時効の規定の改正と遡及処罰の禁止」

○最（一小）判平成 27・12・3 刑集 69・8・815；判タ 1440・126（平成 9 年 4 月 13 日に実行された強盗殺人事件について、行為時から 15 年以上経過した後の平成 25 年 2 月 22 日に公訴が提起された。本件犯罪行為時の刑訴法 250 条では、強盗殺人罪の公訴時効は 15 年とされていた。しかし、本件犯罪行為後の平成 22 年 4 月 27 日、強盗殺人罪等の公訴時効を廃止するなどした「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」（平成 22 年法律 26 号）が施行され、その附則 3 条 2 項は、本法施行の際その公訴時効が完成していないものについても、本法による改正後の刑訴法 250 条 1 項を適用するとしており、本件強盗殺人の公訴時効は、平成 22 年 4 月 27 日時点では完成していなかったため、本件には改正法が適用された。被告人側が上記附則 3 条 2 項について、遡及処罰を禁止した憲法 39 条および適正手続を保障した憲法 31 条に違反すると主張したのに対し、本判決は、「公訴時効制度の趣旨は、時の経過に応じて公訴権を制限する訴訟法規を通じて処罰の必要性和法的安定性の調和を図ることにある。本法は、その趣旨を実現するため、人を死亡させた罪であって、死刑に当たるものについて公訴時効を廃止し、懲役又は禁錮の刑に当たるものについて公訴時効期間を延長したにすぎず、行為時点における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 3 条 2 項は、本法施行の際公訴時効が完成していない罪について本法による改正後の刑訴法 250 条 1 項を適用するとしたものであるから、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、……同法施行前に犯した人を死亡させた罪であって禁錮以上の刑に当たるもので、本法施行の際その公訴時効が完成していないものについて、本法による改正後の刑訴法 250 条 1 項を適用するとした本法附則 3 条 2 項は、憲法 39 条、31 条に違反せず、それらの趣旨に反するとも認められない」とする。）

341 頁【参照判例】 「訴因変更を命じたは促す義務」

○最（二小）判平成 30・3・19 刑集 72・1・1（保護責任者遺棄致死被告事件の公判前整理手続の結果、争点は、①X（被告人）の妻子 A が十分な栄養を与えられなかったために低栄養に基づく衰弱により死亡したものであるか、②X において、A が生存に必要な保護として、より栄養を与えられるなどの保護を必要とする状態にあることを認識していたかの 2 つであると整理された。第 1 審は、①について、A が低栄養に基づく衰弱により死亡したことを認定した上で、②について、X において、A がより栄養を与えられるなどの保護を必要とする状態にあることを認識していたというには合理的な疑いが残るとして、無罪を言い渡した（大阪地判平成 27・11・30）。これに対し、検察官が控訴し、②に関して事実誤認があると主張するとともに、第 1 審裁判所が検察官に対し重過失致死罪に訴因を変更するよう促し、又はこれを命じることなく無罪判決を言い

渡した点で訴訟手続の法令違反があると主張した。原判決は、②に係る認識がXにあったと認定でき、第1審判決には事実誤認があるとして、訴訟手続の法令違反の点について判断することなく、これを破棄し、本件を大阪地方裁判所に差し戻した（大阪高判平成28・9・28）。本判決は、訴訟手続の法令違反の有無について、「検察官は、……第2回公判前整理手続期日において、……『本件について、重過失致死として処罰を求める予定はない。』と釈明し……、……第7回公判前整理手続期日において、『本件について、従前重過失致死として処罰を求める予定はないとしていたが、公判審理の進行を踏まえ、場合によっては予備的訴因として過失致死、重過失致死の追加を検討する可能性があり、その旨は弁護人にも既に伝えている。なお、裁判所に対して必要があれば勧告するよう求めるものではない。』と釈明し、……第4回公判期日において証拠調べが終了した後、第1審裁判所の裁判長は、検察官に対し、『念のため確認しますが、特に訴因について何か手当をする予定はないということによろしいんですか。』と尋ね、検察官は、『今のところございません。』と答え……第5回公判期日において論告、弁論、最終陳述が行われ、裁判員の参加する合議体により評議が行われた上で、……第1審裁判所は、無罪の判決を言い渡した。……以上のような訴訟経緯、本件事案の性質・内容等の記録上明らかな諸般の事情に照らしてみると、第1審裁判所としては、検察官に対して、上記のような求釈明によって事実上訴因変更を促したことによりその訴訟法上の義務を尽くしたものであるというべきであり、更に進んで、検察官に対し、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと解するのが相当である」とする。

362頁 **基本判例** 「訴訟能力の回復見込みがない場合と公訴棄却の可否」

◎最（一小）判平成28年12月19日・刑集70巻8号865頁；判時2369号125頁；判タ1448号66頁（豊田市神社境内刺殺・公判手続停止事件）

【事実】 X（被告人）は、「被告人は、平成7年5月3日、愛知県豊田市内の神社境内において、当時66歳と1歳の被害者2名を、いずれも殺意をもって文化包丁で刺殺し、その際、業務その他正当な理由による場合でないのに、上記文化包丁を携帯した」という殺人、銃砲刀剣類所持等取締法違反の事実により、平成7年9月25日に起訴された。同年11月20日の第1回公判期日において、人定質問、起訴状朗読が行われた後、弁護人により、Xが精神疾患に罹患していることを理由に公判手続の停止が申し立てられ、第2回公判期日以降、公判手続の停止に関する審理が行われた。第1審裁判所は、平成9年3月28日の第7回公判期日において、Xが心神喪失の状態にあると認め、刑法314条1項により、その状態の続いている間、公判手続を停止する旨決定した。その後、第1審裁判所は、Xの勾留の執行を停止する旨を決定し、Xは、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律に基づく措置入院を受けた。Xの入院治療はその後も続けられ、平成26年3月20日の第1審判決まで約17年間にわたり公判手続が停止された。

第1審は、Xについて、非可逆的な慢性化した統合失調症の症状に脳萎縮による認知機能の障害が重なっており、訴訟能力はなく、その回復の見込みがなく、裁判所による公訴の取消しの検討依頼等に対し、検察官が公訴を取り消さない旨繰り返し回答している本件においては、公訴提起後に重要な訴訟条件を欠き、後発的に「公訴提起の手続がその規定に違反したため無効」になったものとして、刑法338条4号を準用して、公訴棄却の判決を言い渡した（名古屋地岡崎支判平成26・3・20判時2222・130）。

これに対して、検察官が控訴し、第1審判決には不法に公訴を棄却した誤りがあると主張した。控訴審は、第1審判決がXについて、訴訟能力が欠けており、その回復の見込みがないとした判断には、誤りはない旨判示した。原判決は、刑法上、公判手続を停止した後、被告人に訴訟能力の回復の見込みがないのに検察官が公訴を取り消さない場合、裁判所がいかなる措置を講ずべきかについては規定がなく、訴追の権限を独占的に有している検察官が公訴を取り消さないのに、裁判所が訴訟手続を一方的に打ち切ることが基本的には認められておらず、検察官による公訴の取消しの合理的な運用が期待されているというのが自然な理解であり、当事者追行主義とも整合すると説示し、裁判所が訴訟手続を打ち切ることができるのは、公判手続を停止した後、訴訟能力の回復の見込みがないのに検察官が公訴を取り消さないことが明らかに不合理であると認められるような極限的な場合に限られる旨判示した。その上で、本件については、公訴を取り消さない判断をした検察官の裁量を合理的でないと断定することはできず、検察官が公訴を取り消さないことが明らかに不合理であると認められる極限的な場合に当たるとはいえないとし、本件公訴を棄却した第1審判決は、刑法338条4号の解釈適用を誤り、不法に公訴を棄却したものであって、破棄を免れないとして、審理を第1審裁判所に差し戻した（名古屋高判平成27・11・16高検速報（平27）245；判時2303・131）。被告人側上告。

【判示】 原判決破棄、控訴棄却。「(1)被告人は、非可逆的で慢性化した統合失調症の症状に加え、脳萎

縮による認知機能の障害が重なり、訴訟能力が欠けており、その回復の見込みがないとした原判断は、正当として是認することができる。

(2) 訴訟手続の主事者である裁判所において、被告人が心神喪失の状態にあると認めて刑訴法 314 条 1 項により公判手続を停止する旨決定した後、被告人に訴訟能力の回復の見込みがなく公判手続の再開の可能性がないと判断するに至った場合、事案の真相を解明して刑罰法令を適正迅速に適用実現するという刑訴法の目的（同法 1 条）に照らし、形式的に訴訟が係属しているにすぎない状態のまま公判手続の停止を続けることは同法の予定するところではなく、裁判所は、検察官が公訴を取り消すかどうかに関わりなく、訴訟手続を打ち切る裁判をすることができるものと解される。刑訴法はこうした場合における打ち切りの裁判の形式について規定を置いていないが、訴訟能力が後発的に失われてその回復可能性の判断が問題となっている場合であることに鑑み、判決による公訴棄却につき規定する同法 338 条 4 号と同様に、口頭弁論を経た判決によるのが相当である。

したがって、被告人に訴訟能力がないために公判手続が停止された後、訴訟能力の回復の見込みがなく公判手続の再開の可能性がないと判断される場合、裁判所は、刑訴法 338 条 4 号に準じて、判決で公訴を棄却することができるものと解するのが相当である。

(3) そうすると、これと異なる解釈に基づいて、公訴棄却を言い渡した第 1 審判決を破棄した原判決には、刑訴法 338 条 4 号の解釈適用を誤った違法があり、この違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」

（池上政幸裁判官の補足意見＝「1 裁判所は、被告人が、心神喪失の状態にあるとき、すなわち、被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って相当な防御をする能力（訴訟能力）を欠いていると認めるときは、公判手続を停止しなければならない（刑訴法 314 条 1 項本文、最高裁平成……7 年 2 月 28 日第三小法廷決定・刑集 49 卷 2 号 481 頁 [310] 参照）。この心神喪失の概念は、精神医学的知見等を基にした法的判断であるが、訴訟手続における問題であるので、弁護人が刑訴法によって与えられた権限を行使するなどして被告人を適切に援助し、裁判所が後見的役割を果たすことも考慮して判断すべきものと解される（最高裁平成……10 年 3 月 12 日第一小法廷判決・刑集 52 卷 2 号 17 頁 [311] 参照）。……したがって、裁判所は、公判手続停止決定をするに当たり、弁護人による防御の十全を図るための弁護活動や裁判所の後見的関与を考慮して、具体的に被告人の自己の立場の理解の程度、状況判断、供述や対応的確性などを見極め、担当医師や精神医学等の専門家に鑑定意見を求めるなどして、被告人に訴訟能力が欠如しているかどうかについて、慎重に審理を尽くすべきである。……2 公判手続停止決定は、被告人の訴訟能力が回復したときには公判手続を再開することを当然の前提としているものである。したがって、裁判所は、同決定後も、職権で、被告人の訴訟能力の回復状況について、定期的に、検察官及び弁護人の意見を聴き、担当医師の所見等を確認するなどの調査を行って被告人の病状を把握し、必要により、訴訟能力が回復したかどうかについての鑑定を実施するなどし、訴訟能力が回復したと認めるときは速やかに同決定を取り消すなどして公判手続を再開すべきである。……3 裁判所において、このような継続的な職権調査の結果によっても、訴訟能力の欠如が回復する見込みがなく、公判手続再開の可能性がないと判断した場合、この訴訟手続を打ち切ることができるかどうかについて刑訴法は明文の規定を置いていないが、同法の他の規定により考えられる方策としては、検察官に対し、第 1 審判決前における公訴を取り消す権限（同法 257 条）を行使するよう促す方法がある。これによると、裁判所は、訴訟指揮権の行使として、検察官に公訴を取り消すよう促すことができるのであるから、検察官がこれに応じて公訴を取消したときは、裁判所は決定で公訴を棄却する（同法 339 条 1 項 3 号）こととなる。こうした方法は、裁判所と検察官との間で訴訟能力の回復可能性について見解の食い違いがないときには、形骸化した状態となっている訴訟手続を速やかに打ち切るという観点から見て適切なものといえるが、その反面、検察官が、被告人の訴訟能力の回復可能性について見解を異にする場合には、公訴は取り消されず訴訟が係属したままとなることは避け難い。……4 刑訴法は、裁判所の主宰の下に、当事者による訴訟追行を基調として、事案の真相を解明し刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することを目的としている（同法 1 条）のであるから、当事者である被告人について、訴訟能力の欠如が回復する見込みがないときには、実質的に当事者の一方が存在しない状態となり、その基本的な訴訟構造が失われたということが出来る。このようにもはや形骸化したともいえる訴訟係属について、裁判所が訴訟手続を打ち切ることができないとすることは同法が予定するところではないと考えられ、裁判所は、検察官の公訴取消権の行使の問題とは関わりなく、訴訟手続を打ち切ることができると解される。その訴訟手続を打ち切るための裁判の在り方としては、被告人が実質的に欠けて基本的な訴訟構造が成り立たなくなったこと（同法 339 条 1 項 4 号参照）を理由とするので、公訴棄却の形式裁判によるべきであり、判断すべき内容や上訴の在り方などに鑑みると、判決で、その判断を示すのが相当である。……すなわち、訴訟能力の回復可能性についての判断は、医師等の専門家の意見を聴取するなどして時間をかけた経過観察が必要なものである上、実質的に訴訟手続の最終的な打ち切りにつながるものであるから、特に慎重に審理を尽くす

ことが求められ、被告人の出頭は要しない(刑訴法 314 条 1 項ただし書)ものの、口頭弁論を開き、これに基づいて判決することが必要であり(同法 43 条 1 項)、公訴棄却の判決に対する上訴の方法としては控訴の申立てを認めるのが相当である。また、実際には想定し難いが、検察官は、公訴棄却判決確定後、病状の改善等により訴訟能力が回復したと認めるときは、再び公訴を提起することもあり得よう。……刑訴法 338 条 4 号に準じて判決により公訴を棄却することができるものとした法廷意見は、このような点を踏まえたものであり、同法の趣旨・目的に沿うものであると考えられる。)

371 頁〔・713 頁〕【参照判例】 「職権保釈と抗告」

○最(三小) 決平成 27・4・15 裁判集刑 316・143；判時 2260・129；判タ 1414・152 (柔道整復師の資格を有し、予備校理事長の職にあった X (被告人) は、平成 25 年 12 月 30 日午後 4 時ころから同日午後 5 時 15 分ころまでの間、予備校 2 階にある接骨院内において、予備校生徒である当時 18 歳の女性 A に対し、A が X の学習指導を受ける立場で抗拒不能状態にあることに乗じ、施術を装い、その胸をもみ、臍内に指を挿入するなどのわいせつな行為をしたという公訴事実で起訴された。X は、第 1 回公判期日において、X と A が 2 人で犯行場所とされる部屋に入った事実はなく、公訴事実記載の行為は一切していないと述べて公訴事実を争った。第 2 回公判期日において実施された A の証人尋問において、A は、公訴事実に沿う証言をした。弁護人は、今後の審理予定として、被告人質問のほか、犯行現場の使用状況等に関し、被害者証言を弾劾する趣旨で、本件当時、本件予備校に通っていた元生徒 1 名の証人尋問を請求する方針を示していた。原々決定は、第 2 回公判期日後に、保証金額を 300 万円と定め、被害者、上記元生徒および本件予備校関係者らとの接触を禁止するなどの条件を付した上、X の保釈を許可した。これに対し、原決定は、弁護人が請求を予定している元生徒の証人尋問が未了であり、本件予備校理事長の職にあった X が、上記元生徒ら関係者に働き掛けるなどして罪証を隠滅することは容易で、その実効性も高いと指摘し、X の保釈を許可した原々決定を取り消した。本決定は、「原々審が原審に送付した意見書によれば、原々審は、既に検察官立証の中核となる被害者の証人尋問が終了していることに加え、受訴裁判所として、当該証人尋問を含む審理を現に担当した結果を踏まえて、被告人による罪証隠滅行為の可能性、実効性の程度を具体的に考慮した上で、現時点では、上記元生徒らとの通謀の点も含め、被告人による罪証隠滅のおそれはそれほど高度のものとはいえないと判断したものである。それに加えて、被告人を保釈する必要性や、被告人に前科がないこと、逃亡のおそれが高いとはいえないことなども勘案し、上記の条件を付した上で裁量保釈を許可した原々審の判断は不合理なものとはいえず、原決定は、原々審の判断が不合理であることを具体的に示していない。そうすると、原々決定を裁量の範囲を超えたものとして取り消し、保釈請求を却下した原決定には、刑訴法 90 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」として原決定を取り消し、原々決定に対する抗告を棄却する)。

403 頁【参照判例】 「刑訴法 17 条 1 項 2 号の意義」

○最(二小) 決平成 28・8・1 刑集 70・6・581 (米軍属である X (申立人) は、沖縄県内において、那覇地裁に起訴されている強姦致死、殺人、死体遺棄被告事件が大々的に報道され、また、広範な抗議活動が行われたことから、沖縄県民にあっては、X の自白内容、自白を補強する物証等の存在を知り、X が有罪との心証を有しているだけでなく、X を厳罰に処すべきとの予断を持つに至っており、そのような県民の中から裁判員を選任しなくてはならないこと等からすると、同地裁において公平な裁判を行うことは不可能であるなどとして、東京地裁への管轄の移転を請求した。本決定は、「そもそも裁判員制度は、国民の視点や感覚と法曹の専門性との交流によって、相互の理解を深めることを通じてより良い刑事裁判の実現を目指すものである。そして、裁判員裁判対象事件を取り扱う裁判体は、公平性、中立性を確保できるよう配慮された手続の下に選任された裁判員と、身分保障の下、独立して職権を行使することが保障された裁判官とによって構成され、裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務を負っている上、裁判長は、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならないとされていることなども考慮すると、公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が行われることが制度的に十分保障されているといえる(最高裁平成……23 年 11 月 16 日大法廷判決〔O351〕参照)。……このような裁判員制度の仕組みの下においては、所論が主張する点は、那覇地方裁判所において公平な裁判が行われることを期待し難い事情とはいえないから、本件は、刑訴法 17 条 1 項 2 号にいう『裁判の公平を維持することができない虞があるとき』に当たらない」として請求を棄却する。

(千葉勝美裁判官の補足意見＝「裁判員裁判において審理に参加する裁判員は、公判廷で、検察官、弁護人の双方から、本件公訴事実との関係で犯罪事実の認定や量刑に関する証拠、適用されるべき刑罰法規の内容とその解釈等について、被告人にとって有利、不利それぞれの観点から主張、立証が戦わされ、証拠調べや論告、最終弁論等が行われるなど、公平な審理が開かれる場に臨むのである。そして、法廷意見が指摘するように、裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務を負っており、裁判長は、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮すべきこととされており、実際もそのような

運用がされている。そうすると、裁判員とすれば、被告人に個人的な体験等に基づく強い憎悪感や逆に揺るぎない同情ないし好感情を抱いているような例外的な場合でない限り、裁判員としての基本的な義務を放棄し、公平な審理、判断を行う努力を怠るような態度に出ることは考え難いところである。そして、公判廷で現実に提出される証拠、証人尋問等の内容を吟味し、起訴された事実が合理的な疑いを入れる余地のない程度に立証されているかどうか審理することになり、そのようにして認定された犯罪事実等に向き合うのである。その認定事実は、具体性を帯び、マスコミによる報道内容や風評等から離れ、動かし難い圧倒的な重みを有したものであり、裁判官も裁判員も、それに正面から対峙することになる。そして、仮に有罪の場合には、量刑に関し、これまでの刑事裁判において積み上げられてきた考慮すべき諸事情を確認し、善良な市民感覚を踏まえつつ、裁判官と協働しながら強い責任感の下に判断していくことになる。そこは、事件の背景等についての証拠に基づかない裁判員の個人的な感情や予断等が入り込む余地のない厳粛な『裁きの場』なのであって、そのことは、国民全体の共通の認識でもある。……すなわち、裁判員裁判制度は、一般の健全な市民感覚を持った人達が刑事裁判に参加し、その民主的な基盤をより強固なものにすることを企図したものであり、裁判員には、証拠に基づかない私的な感情を排した冷静な審理への参加が求められており、各人がそのような自覚の下に、裁判員裁判の制度を裁判官と共に築き上げていく責務があり、また、これまで行われてきた裁判員裁判においても、その地道な努力が全体として例外なくしっかりと積み重ねられてきている。本件においても、沖縄県の特殊事情、県民の様々な思いがあったとしても、適正な手続で選任された裁判員としては、法と証拠に基づく公正な裁判の実現を目指すべきであり、また、目指すことは十分に信頼できるところであって、これこそが裁判員裁判の制度を支える基礎となるものであろう)。

424 頁【参照判例】 「刑訴法 299 条の 4・299 条の 5 と憲法 37 条 2 項前段」

○最 (一小) 決平成 30・7・3 刑集 72・3・299 (被告人側が、検察官が証人等の尋問を請求するに際し、相手方に対し、証人等の氏名および住居を知る機会を与えるべき場合において、証人等またはその親族に対する加害行為等のおそれがあるときには、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがある場合を除き、1 項において、弁護人にその証人等の氏名および住居を知る機会を与えた上でこれらを被告人に知らせはならない旨の条件を付す等の措置 (条件付与等措置) をとることができるとし、2 項において、条件付与等措置によっては加害行為等を防止できないおそれがあるときには、被告人および弁護人に対し、その証人等の氏名または住居を知る機会を与えず、証人等の氏名に代わる呼称、住居に代わる連絡先を知る機会を与える措置 (代替開示措置) をとることができることと規定する刑訴法 299 条の 4 と、1 項において、被告人または弁護人は、検察官の取った措置に不服があるとき、裁判所に対して裁定請求をすることができるとし、3 項において、裁判所は、裁定請求について決定をするとき、検察官の意見を聴かなければならないとし、4 項において、裁判所の決定に不服があるとき、即時抗告をすることができることと規定する刑訴法 299 条の 5 が憲法 37 条 2 項前段に違反すると主張したのに対して、本決定は、「条件付与等措置及び代替開示措置は、証人等又はその親族に対する加害行為等のおそれがある場合に、弁護人に対し証人等の氏名及び住居を知る機会を与えた上で一定の事項が被告人その他の者に知られないようにすることを求めることなどでは、証人等の安全を確保し、証人等が公判審理において供述する負担を軽減することが困難な場合があることから、加害行為等を防止するとともに、証人等の安全を確保し、証人等が公判審理において供述する負担を軽減し、より充実した公判審理の実現を図るために設けられた措置であると解される。このうち、代替開示措置については、検察官が、被告人及び弁護人に対し、証人等の氏名又は住居を知る機会を与えなかったとしても、それにより直ちに被告人の防御に不利益を生ずることとなるわけではなく、被告人及び弁護人は、代替的な呼称又は連絡先を知る機会を与えられることや、証人等の供述録取書の取調べ請求に際してその閲覧の機会が与えられることその他の措置により、証人等と被告人その他の関係者との利害関係の有無を確かめ、予想される証人等の供述の証明力を事前に検討することができる場合があり、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがないこととなる場合があるといえることができる。……しかしながら、検察官は、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあるときには、条件付与等措置も代替開示措置もとることができない。さらに、検察官は、条件付与等措置によっては加害行為等を防止できないおそれがあるときに限り代替開示措置をとることができる。裁判所は、検察官が条件付与等措置若しくは代替開示措置をとった場合において、加害行為等のおそれがないとき、被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがあるとき、又は検察官が代替開示措置をとった場合において、条件付与等措置によって加害行為等を防止できるときは、被告人又は弁護人の裁定請求により、決定で、検察官がとった措置の全部又は一部を取り消さなければならない。裁定請求があった場合には、検察官は、裁判所からの意見聴取において、刑訴法 299 条の 5 第 1 項各号に該当しないことを明らかにしなければならず、裁判所は、必要などときには、更に被告人又は弁護人の主張を聴くなどすることができる。そして、裁判所の決定に対しては、即時抗告をすることができる。これらに鑑みれば、刑訴法 299 条の 4、299 条の 5 は、被告人の証人審問権を侵害するものではなく、憲法 37 条 2 項前段に違反しないといふべきである。……以上のように解すべきことは、当裁判所の判例 (最高裁昭和……24 年 5 月 18 日大法廷判決・刑集 3 卷 6 号 789 頁 [○469])、

425頁 **基本判例** 「公判前整理手続における主張明示と被告人質問」

◎最（二小）決平成27年5月25日・刑集69巻4号636頁；判時2268号142頁；判タ1416号68頁（和歌山偽装接触事故詐欺事件）

【事実】 X（被告人）は、「平成24年4月25日午後5時50分頃，和歌山市内の路上において，真実は被害者が運転する普通乗用自動車に故意に被告人の身体を接触させたのに，被害者の過失により同車に接触されて右腕を負傷したように装い，その頃，同市内の駐車場において，同人に対し，治療費名目で金員を要求し，よって，同日午後5時55分頃，同人から現金5000円の交付を受けた」旨の詐欺の公訴事実（本件公訴事実）のほか，同年5月および7月の同種詐欺2件につき公訴を提起され，第1審裁判所（和歌山地裁）は，いずれも公判前整理手続に付した。

公判前整理手続中，本件公訴事実につき，弁護人は，公判期日とする予定の主張として，犯人性を否認し，「Xは，平成23年8月頃，和歌山県内へ行ったが，それ以来，平成24年7月18日まで同県内には来ていない」，「Xは，本件公訴事実記載の日時において，犯行場所にはおらず，大阪市西成区内の自宅ないしその付近に存在した」旨のアリバイの主張を明示したが，それ以上に具体的な主張は明示せず，第1審裁判所がその点につき釈明を求めることもなかった。以上を受け，第1審裁判所は，本件公訴事実に係る争点の整理結果を「争点は，被告人が本件詐欺行為を行った犯人であるか否かである」と確認した。

公判手続中，本件公訴事実につき，冒頭手続および弁護人の冒頭陳述において，Xおよび弁護人は，いずれも前記予定主張と同趣旨の陳述をするにとどまっていた。しかし，被告人質問において，Xが「その日時には，自宅でテレビを見ていた。知人夫婦と会う約束があったことから，午後4時30分頃，西成の同知人方に行った」と供述したことから，弁護人がさらに詳しい供述を求め，Xもこれに応じて供述しようとした（以下「本件質問等」という）。これに対し，検察官が「公判前整理手続における主張以外のことであって，本件の立証事項とは関連性がない」旨を述べて異議を申し立てるところ，第1審裁判所は，異議を容れ，本件質問等を制限した。その後，Xは，最終陳述において，「平成24年4月25日午後4時30分から，20分ないし25分の間に，福祉で世話になった知人夫婦と話をしており，私から梅干しか蜂蜜の品物を送ったりしたという事実がある。私にはそういう現場に存在できなかったという事実もある」旨の前記アリバイの主張の具体的な内容を陳述したが，第1審裁判所がこれを制限することはなかった。

被告人側は，本件質問等の制限について，刑訴法295条2項，316条の32第1項に違反しており，この訴訟手続の法令違反が判決に影響を及ぼすことは明らかであるなどとして控訴した。

原審は，訴訟手続の法令違反の主張について，「審理の最終段階として行われた被告人質問の途中で，いきなりアリバイ主張に沿う具体的な供述がなされ，あるいはそのような供述を求める質問がなされたのであって，このようなことが無制限に許されれば公判前整理手続を設けた趣旨が没却されることは明らかである。……原審裁判所としても，具体的なアリバイ主張が被告人質問の途中で初めてなされた理由，裏付け証拠の有無及びこれを被告人質問までに請求していない理由等をその場で確認することが可能であったから，それらのことをすることなく，関連性がないとする原審検察官の異議を直ちに認めて被告人質問を制限したことはいささか早計であったというべきであるが，……上記制限の措置が同法295条1項に反するとまではいえない」と判断した（大阪高判平成25・9・12）。

【判示】 「公判前整理手続は，充実した公判の審理を継続的，計画的かつ迅速に行うため，事件の争点及び証拠を整理する手続であり，訴訟関係人は，その実施に関して協力する義務を負う上，被告人又は弁護人は，刑訴法316条の17第1項所定の主張明示義務を負うのであるから，公判期日においてすることを予定している主張があるにもかかわらず，これを明示しないということは許されない。こうしてみると，公判前整理手続終了後の新たな主張を制限する規定はなく，公判期日で新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限できるとは解し得ないものの，公判前整理手続における被告人又は弁護人の予定主張の明示状況（裁判所の求釈明に対する釈明の状況を含む。），新たな主張がされるに至った経緯，新たな主張の内容等の諸般の事情を総合的に考慮し，前記主張明示義務に違反したものと認められ，かつ，公判前整理手続で明示されなかった主張に関して被告人の供述を求める行為（質問）やこれに応じた被告人の供述を許すことが，公判前整理手続を行った意味を失わせるものと認められる場合（例えば，公判前整理手続にお

いて、裁判所の求釈明にもかかわらず、『アリバイの主張をする予定である。具体的内容は被告人質問において明らかにする。』という程度でしか主張を明示しなかったような場合)には、新たな主張に係る事項の重要性等も踏まえた上で、公判期日でその具体的内容に関する質問や被告人の供述が、刑訴法 295 条 1 項により制限されることがあり得るといふべきである。

……本件質問等は、被告人が公判前整理手続において明示していた『本件公訴事実記載の日時において、大阪市西成区内の自宅ないしその付近にいた。』旨のアリバイの主張に関し、具体的な供述を求め、これに対する被告人の供述がされようとしたものにすぎないところ、本件質問等が刑訴法 295 条 1 項所定の『事件に関係のない事項にわたる』ものでないことは明らかである。また、前記……のような公判前整理手続の経過及び結果、並びに、被告人が公判期日で供述しようとした内容に照らすと、前記主張明示義務に違反したものと、本件質問等を許すことが公判前整理手続を行った意味を失わせるものとも認められず、本件質問等を同条項により制限することはできない。そうすると、検察官の異議申立てを容れて本件質問等を制限した第 1 審裁判所の措置は是認できず、原判決が同措置は同条項に反するとまではいえない旨判示した点は、同条項の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない。

もっとも、原判決は、本件質問等を制限した措置が違法であったとしても、被告人が、最終陳述において、前記アリバイの主張の具体的な内容を陳述しており、この陳述は制限されなかったことなどを指摘し、前記法令解釈の誤りは判決に影響を及ぼすものではない旨判示しており、その結論は相当であるから、原判決に、判決に影響を及ぼすべき違法があるとはいえない。」

(小貫芳信裁判官の補足意見＝「法廷意見に賛成であるが、公判前整理手続終了後の新たな主張について制限される場合のあることの根拠と本件の訴訟遂行に関し、以下のとおり、意見を補足しておきたい。……1 公判前整理手続の核心は、当事者に対し公判における主張・立証を予定している限り、それらを手の内に留めないことを求めることにあり、このことをなくしては公判前整理手続の存在理由はないといっても過言ではなく、主張明示義務は、主張についてこの核心を支えるものである。また、被告人は、弁解する権利を有するが、訴訟上の権利は誠実にこれを行行使し、濫用してはならない(刑訴規則 1 条 2 項)のであり、主張明示義務に意図的に反する権利行使はその濫用として許されない。したがって、法廷意見が例示するような、公判前整理手続の核心を害し、弁解権の濫用と認められる事例については、刑訴法 295 条 1 項の『その他相当でない』ものとして制限されることがあり得ると解すべきである。……なお、刑訴法が被告人の主張明示と証拠調べ請求の各義務を定め(刑訴法 316 条の 17)、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求については『やむを得ない事由によって』公判前整理手続において請求できなかったものに制限しているが、あえて主張については制限する規定を置いておらず、両者を区別していることが明らかである。このような刑訴法の規定によれば、新たな主張に沿った被告人の公判における供述について、公判前整理手続において主張しなかったことのみを理由として、証拠調べ請求と同様の制限を認めるのは困難であろう。……2 公判前整理手続は、特に裁判員裁判にとって極めて重要な意義を有し、その適正な運用のためには法曹三者の協力と力量が問われている。前記の法解釈を前提としつつ、このような観点から、本件の訴訟遂行に関し、在るべき審理について検討してみると、次のとおり指摘できよう。……(1) 被告人は、公判前整理手続において、『自宅ないしその付近にいた』旨アリバイを主張し、公判の被告人質問において、『その日時には、自宅でテレビを見ていた。知人夫婦と会う約束があったことから、午後 4 時 30 分頃、西成の同知人方に行った。』と供述し、弁護人が更に詳しい供述を求めたところ、検察官が『関連性がない』旨の異議を申し立て、第 1 審裁判所は、異議を認め、それ以上の質問等を制限したというのである。被告人は前記のとおり公判前整理手続においてアリバイを主張しているから、関連性がないとする異議は無理であろう。また、検察官は、公判における供述が公判前整理手続において予定されていなかった証人尋問等を要することから、公判前整理手続における主張とは別個の新たな主張と考えた可能性もあるが、公判における被告人の供述は公判前整理手続の主張をより具体化したにすぎず、主張の変更ないし新たな主張とまではいえないとの評価も十分あり得たところであり、仮に証拠調べ請求の問題が生じればこれには別途の対応をすべきこととなる。このように考えると、検察官としては、被告人の供述の信用性を吟味し、真偽確認に必要な反対質問をするのが相当であったと思われる。……他方、公判前整理手続終了後に主張内容に追加・変更があることは被告人質問に先立って判明することが多いであろうから、弁護人としては、それが判明したときは、刑訴法 295 条 1 項の相当性判断に意味を有することもあり得るので、速やかに主張内容の追加・変更があることを明らかにすることが期待される。……(2) 本件公判において、前記のような事態に至ったそもその原因の一つは、第 1 審裁判所が、公判前整理手続段階で被告人主張をあいまいなままにしておいたことにあると思われる。『自宅付近にいた』との主張については、釈明を求めて具体的内容を明らかにさせ、それが不可能であるというのであればその理由も含めて記録として残しておくべきであったものである。その上で、公判段階において、公判前整理手続段階で具体的な主張をしていなかったにもかかわらず、新たな主張に沿った供述を始めた理由を含め、当該供述の信用性を吟味することこそが重要であったと思われる。)

461 頁【参照判例】 「取調べ状況の録音・録画記録の媒体（実質証拠としての使用）」

○東京高判平成 28・8・10〔高刑集 69・1・4〕；東高刑時報 67・1～12・107；高検速報（平成 28）113；判時 2329・98；判タ 1441・77 頁（X（被告人）は、普通乗用自動車を窃取しようと考え、Y および Z と共謀の上、平成 25 年 2 月 22 日午前 6 時 54 分ころ、千葉県柏市内の駐車場において、同所に駐車していた A 所有の普通乗用自動車を窃取し、運転走行した際、これを発見して同車の前方に立ちふさがった A に対し、同車を取り返されることを防ぐとともに、逮捕を免れるため、殺意をもって、同車を前進させて同人に衝突させて A をボンネット上に乗り上げさせ、さらに、同車にしがみついていた A を転落させるため、そのころ、約 55 メートルを走行する間に、時速約 11 キロメートルから時速約 40 キロメートルまで急加速した後、急制動して急減速し、A をボンネット上から同車前方の路上に放出する暴行を加えてその後頭部等を路面に衝突させ、よって、同月 28 日午前 1 時ころ、甲病院において、A を頸髄損傷により死亡させて殺害したが、その際、Y および Z は、窃盗の犯意を有するにとどまっていたとして、強盗殺人等の公訴事実により起訴された。X は、勾留中、黙秘を続けたが、起訴から 2 か月余りが経過した平成 26 年 3 月 18 日、自ら申し出て検察官の取調べを受け、殺意を否認しつつ、X が本件車両を運転していたことを認める供述をし、この供述および供述状況が録音・録画された。ところが、X は、第 1 審の公判期日では否認に転じ、本件自白は虚偽であったと供述した。本件車両の運転者は X であったとする前記公訴事実に対し、弁護人は、X の上記公判供述に基づき、その運転者は Y であり、X は帯同車両の助手席に乗車していたにすぎないから、強盗殺人の刑責を負わないと主張した。第 1 審で検察官は、罪体に関する被告人質問の終了後に、刑法 322 条 1 項に基づき「3 月 18 日に被告人が供述した内容そのものを実質証拠として、かつ、その供述態度をみてもらうことにより、その供述の信用性を判断してもらうため」として、上記の録音・録画記録媒体の取調べを請求した。これに対して、第 1 審裁判所は、(1) 3 月 18 日の X の供述内容は、X の公判廷での供述から明らかになっている、(2) X が強盗殺人の犯人であるかどうかは、共犯者あるいは関係者の供述が検察官の立証の大きな柱になっており、それらがどこまで信用できるかという点が大きなポイントであり、自白の信用性が根本的な結論をもたらすのではない、(3) X が真実を話したか、虚偽を真実であるかのように話したかを、その供述態度だけを見て判断するのは容易ではないとして、検察官の請求を却下する決定を出した上で、「被告人が本件車両を運転していたということが常識的にみて間違いないと認められるほどの証明はなされていない」として、「被告人には強盗殺人罪は成立せず、窃盗罪の共同正犯が成立するに止まる」と判決した（千葉地判平成 27・7・9）。

上記の録音・録画記録媒体の取調べ請求を却下した第 1 審裁判所の判断には証拠の採否に関する裁量を逸脱した法令違反があるとする検察官控訴に対して、本判決は、「本件では、原裁判所に本件記録媒体を採用すべき法令上の義務は認められず、被告人質問により本件自白の存在及びその概要が立証されている中で、原裁判所が、さらに本件記録媒体により本件自白の内容を詳細に調べることや同記録媒体で再現される被告人の供述態度を見て供述の信用性を判断することの必要性、相当性は認め難いが、それらの点に加え、原審検察官が、取調べ状況の録音録画記録媒体を実質証拠として用いようとしたこと自体についても考慮すべき点がある。……すなわち、刑法は、起訴前の勾留期間を 10 日間と定め、やむを得ない事由があると認める場合に、検察官の請求により、その期間を最大 10 日間延長することができるとしており、その間、被疑者に対する取調べが重ねられるのが我が国の捜査の特徴である。我が国では、そのような取調べの結果を要約した供述録取書が作成され、刑法 322 条 1 項の書面として裁判で活用されてきたもので、そのことによって、捜査段階における供述の要点を公判に顕出することを可能としてきたものといえる。ただし、近時の裁判実務では、捜査段階における供述内容も被告人質問で公判に顕出するのが標準的になってきていることは既に判示したとおりである。……また、さきに成立した刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成 28 年法律第 54 号。以下「改正法」という。）は、裁判員の参加する裁判の対象となる事件等について、捜査機関に被疑者の取調べ状況の録音録画記録媒体を作成することを義務付けているが、それは、前記のような被疑者の取調べの実務の中で、被疑者に対する強制や圧迫等が生ずる弊害を防止するために導入されたものであることは、公知の事実であり、改正法の規定の構造からしても明らかである。すなわち、改正法では、刑法 322 条 1 項に基づき請求する書面の任意性に争いがあるときに、当該書面が作成された取調べの録音録画記録媒体の取調べを請求することが検察官に義務付けられている。……ところが、所論のように、改正法で定められた録音録画記録媒体の利用方法を超えて、供述内容とともに供述態度を見て信用性の判断ができるというような理由から、取調べ状況の録音録画記録媒体を実質証拠として一般的に用いた場合には、取調べ中の供述態度を見て信用性評価を行うことの困難性や危険性の問題を別としても、我が国の被疑者の取調べ制度やその運用の実情を前提とする限り、公判審理手続が、捜査機関の管理下において行われた長時間にわたる被疑者の取調べを、記録媒体の再生により視聴し、その適否を審査する手続と化すという懸念があり、そのような、直接主義の原則から大きく逸脱し、捜査から独立した手続とはいえない難い審理の仕組みを、適正な公判審理手続ということには疑問がある。また、取調べ中の被疑者の供述態度を見て信用性を判断するために、証拠調べ手続において、記録媒体の視聴に多大な時間と労力を費やすとすれば、客観的な証拠その他の本来重視されるべき証拠の取調べと対比して、審理の在り方が、量的、質的にバ

ランスを失したものとなる可能性も否定できず、改正法の背景にある社会的な要請、すなわち取調べや供述調書に過度に依存した捜査・公判から脱却すべきであるとの要請にもそぐわないように思われる。……したがって、被疑者の取調べ状況に関する録音録画記録媒体を実質証拠として用いることの許容性や仮にこれを許容とした場合の条件等については、適正な公判審理手続の在り方を見据えながら、慎重に検討する必要があるものと考えられる。なお、本件記録媒体は、起訴後における被告人の取調べに係るものであるが、直接主義の原則、公判手続の捜査からの独立性、取調べに対する過度の依存の回避などの点において本質的に異なるものではないし、その取扱いが被疑者の取調べの録音録画記録媒体の取扱いにも波及し得ることに照らせば、被疑者の取調べに準じて考えるのが相当である。……原審検察官が、証明予定事実記載書及び冒頭陳述で、争点である被告人の犯人性を共犯者及び関係者の供述により立証すると主張している本件事案において、上記共犯者等の証人尋問を経た後に、上記争点につき立証する趣旨で原審検察官から実質証拠として請求された被告人の自白を内容とする本件記録媒体について、これを原裁判所が採用すべき法令上の義務は認められず、その自白の概要が被告人質問により明らかになっていること、争点については共犯者等の供述の信用性が決め手であること、本件記録媒体で再生される被告人の供述態度を見て供述の信用性を判断するのが容易とはいえないことを指摘して、取調べの必要性がないとして請求を却下した本件証拠決定には合理性があり、取調べ状況の録音録画記録媒体を実質証拠として用いることには慎重な検討が必要であることに照らしても、〔第1審の〕証拠決定が、証拠の採否における裁判所の合理的な裁量を逸脱したものとは認められ……ない」とする。

※ 最高裁は、被告人側の上告申立てを棄却した（最（三小）決平成29・3・8（平成28年（あ）1355号））。

461頁【参照判例】 「取調べ状況の録音・録画記録の媒体（供述の信用性の補助証拠としての採用）」

○東京高判平成30・8・3判時2389・3；判タ1456・75（殺人，商標法違反，銃砲刀剣類所持等取締法違反（いわゆる今市事件）の事実で無期懲役の有罪判決を言い渡した第1審判決（宇都宮地判平成29・4・8）に対して、被告人側が供述の信用性の補助証拠として採用した録音・録画記録媒体を実質証拠として使用した違法があるなどとして控訴した事案において、本判決は、「被告人が殺害犯人であると認められるかどうかということ、自らが殺害犯人であることを認める被告人の供述が信用できるかということとの違いは紙一重であり、両者の境界は極めて曖昧である。しかも、取調べの録音録画記録媒体を証拠として取り調べるということは、被告人が供述する内容そのものを、その供述する姿、音声と共に視聴することにはかならない。そうすると、取調べの録音録画記録媒体について、これを実質証拠とせず、信用性の補助証拠に限定し、実体判断は供述調書によると法的に整理したとしても、実際の心証形成の過程や内容は、同記録媒体を実質証拠とした場合と実質的に異なるものとなる可能性があると考えられる。すなわち、原審におけるように、同記録媒体を視聴する証拠調べを行い、その後供述調書の朗読を聴く手続によれば、裁判体は、同記録媒体の視聴によって、自白供述がされた取調べにおける被告人の供述内容を認識し、同時に、その際の被告人の供述態度等から供述の信用性を判断することになり、現実の心証形成は、上記記録媒体の視聴により直接的に行われることになるものと思われる……。また、自白供述がされた取調べ以外の場面については、上記のような構造とはならないが、その場面における被告人の様子も供述態度の一環あるいは供述経過を示すものとして、自白供述をする際の様子と合わせ、被告人の犯人性に関する心証形成につながる可能性があり、場合によっては、黙秘する態度によって被告人に不利益な事実を推認することと類似した心証形成となる危険性もあると考えられる。……以上のとおり、取調べの録音録画記録媒体を信用性の補助証拠とした場合、それを実質証拠とするのと実際の心証形成は異なるものとなる可能性があり、また、採用する範囲をよく吟味しなければ、本来は判断材料とすることの相当性を慎重に考えるべき場面や事柄から心証形成が行われる危険性もあると考えられる。……そもそも、取調べの録音録画記録媒体は、被疑者の取調べ状況を映像と音声により機械的に記録したものであるから、これを証拠として取り調べることによって、暴行、脅迫その他の手段による供述の強要、偽計的な取調べ、過度に誘導的な取調べ等がされたかどうかということ、事後的に確認することができるものである。したがって、そのような不当な被疑者取調べが行われるのを防止することが期待できるし、供述の任意性に争いがある場合には、録音録画記録媒体を取り調べることによって、任意性に疑いを生じるような取調べがあったかどうかを明らかにすることができる。さきに行われた刑法訴訟の一部改正は、改正規定の内容や取調べの録音録画の制度化が検討された経緯に照らせば、上記のような仕組みにより、我が国における被疑者取調べの適正化を図るために行われたものと理解される。……他方、取調べの録音録画記録媒体により、被疑者取調べの外形的な状況が明らかになるとしても、被告人の内心が映像と音声により映し出されるわけでもないのに、同記録媒体により再現される取調べ中の被告人の様子を見て、自白供述の信用性を判断しようとするには強い疑問がある。すなわち、原判決の内容からもうかがわれるように、取調べの録音録画記録媒体で再現される取調べ状況等を見て行う信用性の判断は、被告人の自白供述が自発的なものと認められるかどうか、というような単純な観点から結論を導くことにつながる危険性があるものと思われる。この危険性は、特に、任意性と信用性を同時に審査する場合に高まる可能性があると考えられるが、自己に不利益な虚偽の供述を行う契

機としては様々なものが想定できるのであるから、取調べ状況をみて、取調官により強いられた供述か、それとも自発的な供述かといった二者択一的な判断をすることは、単純素朴に過ぎるものといえる。とりわけ、後に本件自白供述の信用性に関する箇所を判断するように、自発的であっても虚偽供述の可能性があることが、見落とされる危険性がある。……我が国における被疑者取調べの制度及び運用の下で、虚偽の自白がされる場合があることは、これまでの経験が示すところであるが、それにもかかわらず、捜査段階の自白供述は、その証明力が実際以上に強いものと評価される危険性があるものである。したがって、その信用性の判断に当たっては、供述が強いられたものでないことは当然の前提として、秘密の暴露の有無、客観的な事実や他の証拠との整合性等、第三者にも検証可能な判断指標を重視した上で、内容の合理性、自然性等と併せ多角的に検討し、自白供述から適切な距離を保って、冷静に熟慮することが肝要と思われる。ところが、被疑者取調べの録音録画記録媒体を見て行う供述の信用性の評価は、前記のように供述が自発的なものかどうかという観点を出ない判断となる可能性があるし、それ以上の検討が行われるとしても、身柄を拘束された状態での被疑者取調べという特殊な環境下でされる自白供述について、これに過度に密着した形で、映像と音声をもって再現される取調べ中の被告人の様子を視聴することにより、真実を述べているように見えるかどうかなどという、判断者の主観により左右される、印象に基づく直観的な判断となる可能性が否定できず、上記のような熟慮を行うことをむしろ阻害する影響があるのではないかの懸念が否定できない。……本件自白供述の信用性に関する原判決の判断には多くの問題が認められるが、本件各記録媒体を用いて実体的な判断を行ったことは、その誤りを生じた要因の一つと考えられる。……以上のように多くの考慮すべき事柄があるにもかかわらず、疑問のある手続経過によって、本件各記録媒体を供述の信用性の補助証拠として採用し、再現された被告人の供述態度等から直接的に被告人の犯人性に関する事実認定を行った原判決には刑法 317 条の違反が認められ、……原判決が信用性の補助証拠として採用した本件各記録媒体を犯罪事実の認定に用いたことの違法をいう弁護人の主張には理由がある」とする)。

561 頁【参照判例】 「査察官報告書の証拠能力」

○広島高岡山支判平成 30・1・12 裁判所ウェブサイト（法人税法違反犯則事件を調査していた A 査察官が、総勘定元帳や仕訳日記帳等の会計帳簿、金融機関が作成した同社の口座取引についての証明書、同社が取引に当たって顧客に交付した決算計算書、同社と顧客や他の業者との間の契約書、同社が発行し、あるいは受領した請求書、領収書等の書類等を収集し、その内容を分析して必要な情報を抽出し、犯則事件に関する一定の判断を形成してこれを記載した査察官報告書を、刑法 321 条 4 項の鑑定書面として証拠能力を認めた原審に対して、本判決は、「原審は、本件査察官報告書等は税法の解釈運用に関する知識に基づくものであるというが、捜査活動に当たって捜査官に法律の知識が必要であることは当然であり、これをもって特別の知識経験と評価することはできない。税法違反の犯則事件の調査に当たって査察官に税法の知識が必要であることも同様であり、査察官が税法の知識を踏まえて調査を行い、収集した資料を分析して必要な情報を抽出し、一定の判断を形成することは、通常の捜査活動と変わらない作業であって、これを鑑定と評価することはできない。……もともと、法律の解釈適用が争点となった場合には、当該法律の解釈適用に関する法律専門家の意見が記載された書面が鑑定書面となることがあり得るが、原審が本件査察官報告書等を税法の解釈適用に関する法律専門家の意見が記載された書面として採用したものとは解されない……。……次に、原審は、本件査察官報告書等は簿記会計及びその実務に関する知識に基づくものであるというが、記録を検討しても、本件査察官報告書等の作成に当たり、税法の知識及び会計帳簿に関する一般的な常識を超えて、鑑定と評価するに値する簿記会計に関する専門的知識経験が必要であったか否かは判然としない。むしろ、……少なくともその一部については簿記会計の専門的知識経験が必要とは考えられないものである。……〔本件の A 査察官による〕作業は、一般的な捜査活動における通常的事実認定の作業と大きく異なるところはない。もともと、上記の書類等から必要な情報を抽出するに当たっては、簿記会計の専門的知識経験が必要な場合も想定できない訳ではない（例えば、簿記会計の知識がなければ書類の記載内容を理解することが困難な場合等）が、原審検察官はそのような事情を主張していない。また、上記の書類等から得られた情報に基づき各勘定科目の金額を算定するなどの判断については、簿記会計の専門的知識経験が必要な場合があり得ると思われるが、どのような取引によるどのような収入が売上に当たり、これに関するどのような支出が損金に当たるのか、それぞれの収入や損金はどのような基準によって各事業年度に帰属するのかといったことは、基本的には税法の規定とその解釈によって定まるし、そのようにして定まったそれぞれの収入や損金の各勘定科目への仕訳についても、会計帳簿に関する一般的な常識によってある程度判断できるのであって、そのような判断に当たり常に簿記会計の専門的知識経験を要するとはいえない。そして、原審検察官は、本件査察官報告書等の作成に当たってどのような簿記会計の専門的知識経験を必要としたのかということについて、具体的に明らかにしていないし、原審において A 査察官は、自らの専門的知識についてある程度の証言をしているが、その内容は、実質的には税法に関するものや、会計帳簿に関する一般的な常識に類するものにとどまっている。したがって、本件査察官報告書等の作成に当たって簿記会計の専門的知識経験が必証されていないから、原審がこれら要であったことは立証されていないというべきである。……そうすると、本件査察官報告書等が鑑定書面に当た

ることは立を鑑定書面として採用して取り調べ、事実認定に用いたことは違法である」とする)。

602 頁【参照判例】 「刑訴法 105 条の『他人の秘密に関するもの』に当たるか—押収拒絶権」

○最 (三小) 決平成 27・11・19 刑集 69・7・797 ; 判タ 1428・44 (X (被告人) は、A に対する強姦未遂、B に対する強姦、C、D、E に対する各強制わいせつの公訴事実で起訴された。X の弁護人らは、X がこれらの犯行とされるものを撮影・録画したデジタルビデオカセット 4 点を保管していた。捜査段階において、主任弁護人は、本件デジタルビデオカセットのうち 1 点を警察に任意に提出し、複製 DVD が作成された後、還付を受けた。その他の 3 点については、主任弁護人が検察官に証拠開示の上、証拠調べを請求し、検察庁においてその複製 DVD が作成された後、返還された。また、本件デジタルビデオカセット全部の複製 DVD が検察官から証拠請求され、被告人や弁護人らの異議なく取り調べられた。検察官は、本件デジタルビデオカセットについて、没収相当との求刑をし、裁判所の職権により差押えをするよう申し立てた。これに対し、弁護人らは、複製 DVD では判明し得なかった会話が記録されている可能性があることから、本件デジタルビデオカセットが弁護人に押収拒絶権を認める刑訴法 105 条の「他人の秘密に関するもの」に当たり、押収を拒絶できるとして反対する意見を述べた。原々決定は、本件ビデオカセットの複製 DVD が取調べ済みであり、「被告人及び弁護人においてもその立証の必要があると判断し、これに沿って、それらの実質的な内容が既に公判廷で明らかにされていることから、客観的に秘密性(とりわけ非公知性)も失われていることが明白であるといえるのであって、このような事情の下においては、……刑訴法 105 条の『他人の秘密』に当たるとはいえない」として、弁護人らに対し、本件デジタルビデオカセットを裁判所に提出するよう命じ(宮崎地決平成 27・9・1)、原決定が「弁護人は、本件デジタルビデオカセットをいづれも、一旦、警察官又は検察官に提出して開示しており、本件デジタルビデオカセットについては、弁護人の上記開示行為によって、秘密性を喪失したといえ、刑訴法 105 条の『他人の秘密に関するもの』には当たらない」として抗告を棄却したため(福岡高宮崎支決平成 27・9・15)、弁護人らが特別抗告した。本決定は、「本件デジタルビデオカセットは、主任弁護人により警察官への任意提出や検察官への証拠開示、その一部についての証拠請求がされ、更にその全部の複製 DVD が公判期日で被告人及び弁護人らの異議なく取り調べられているから、被告人の意思に基づく訴訟活動の結果、本件デジタルビデオカセットに記録された情報の全ては、もはや『秘密』でなくなったことが明らかであって、本件デジタルビデオカセットは、刑訴法 105 条の『他人の秘密に関するもの』に当たらないというべきである。弁護人らに本件デジタルビデオカセットにつき押収拒絶権がないとした原決定は、正当である」として特別抗告を棄却する)。

639 頁【参照判例】 「過失注意義務違反の択一的認定」

○東京高判平成 28・8・25 東高刑時報 67・1~12・136 ; 高検速報(平成 28) 126 ; 判タ 1440・174 (X (被告人) は、大型トレーラーを運転中、信号機のある交差点において、青信号に従って横断歩道ないし自転車横断帯を通行中の被害者 A 運転の自転車に衝突させ、被害者を死亡させたという、改正前の刑法 211 条 2 項(自動車運転過失致死罪)の事実で起訴されたが、A が死角内から飛び出したため回避可能性がなかったとして争った。第 1 審の横浜地裁は、証拠調べの結果、X 車両が交差点を左折進行している間、A 自転車が X 車両の死角の範囲内と範囲外の境界線付近にいたことまでは証拠上認定できるが、そのいずれにいたかを確定することは困難であるとして、検察官に対し、死角内を走行した場合と死角外を走行した場合のそれぞれに対応する過失を択一的な訴因に変更させた上、その訴因どおりに択一的に過失を認定して有罪判決を言い渡した。

X は控訴し、原判決の認定した罪となるべき事実には、注意義務が発生する根拠となる具体的事実が特定されていない、原判決は、罪となるべき事実において、(1) 交差点左折方向出口には横断歩道・自転車横断帯が設けられていたのだから、目視およびサイドミラー等を注視するなどして、同横断歩道上・同自転車横断帯上を横断する自転車等の有無およびその安全を確認しつつ左折進行すべき自動車運転上の注意義務があるのにこれを怠り、十分目視せず、かつ、サイドミラー等を十分注視することもせず、同横断歩道上・同自転車横断帯上を横断する自転車等の有無およびその安全を十分確認しないまま漫然時速約 5 キロメートルで左折進行した過失、または(2) 交差点左折方向出口には横断歩道・自転車横断帯が設けられていた上、自車は左側方に死角を有するため、同横断歩道上・同自転車横断帯上を横断する自転車等が死角内に存在することがあり得たのだから、微発進と一時停止を繰り返すなどし、死角内の同横断歩道上・同自転車横断帯上を横断する自転車等の有無およびその安全を確認しつつ左折進行すべき自動車運転上の注意義務があるのにこれを怠り、微発進と一時停止を繰り返すなどせず、死角内の同横断歩道上・同自転車横断帯上を横断する自転車等の有無およびその安全を十分確認しないまま漫然時速約 5 キロメートルで左折進行した過失という 2 つの過失を択一的に認定しているが、このような認定は許されないと主張した。

本判決は、「過失を択一的に認定することは、過失の内容が特定されていないということにほかならず、罪となるべき事実

の記載として不十分といわざるを得ない。これをより実質的に考慮すると、過失犯の構成要件はいわゆる開かれた構成要件であり、その適用に当たっては、注意義務の前提となる具体的事実関係、その事実関係における具体的注意義務、その注意義務に違反した不作為を補充すべきものであるから、具体的な注意義務違反の内容が異なり、犯情的にも違いがあるのに、罪となるべき事実として、証拠調べを経てもなお確信に達しなかった犯情の重い過失を認定するのは『疑わしきは被告人の利益に』の原則に照らして許されないと解される。原判決は、これらの2つの過失について、被告人車両が左折進行している間、被害自転車は被告人車両の死角の範囲内と範囲外の境界線付近にいたことまでは証拠上認定できるが、そのいずれにいたかを確定することは困難であると説示しており、いずれの過失についても、確信に至っていないと解される。にもかかわらず、犯情の重い過失をも認定しているのであるから、原判決は前記原則に反して違法というほかない」として破棄自判した（予備的に追加された訴因を認定しXを禁錮1年6月・刑の執行猶予3年に処した）。

650頁・686頁 **基本判例** 「裁判員裁判における量刑評議・量刑判断の在り方」

◎最（一小）判平成26年7月24日・刑集68巻6号925頁；判時2250号103頁；判タ1410号82頁（大阪三女虐待傷害致死事件）

〔事実〕 裁判員の参加する合議体で審理された第1審の大阪地裁は、XおよびY（ともに被告人）が三女Aにそれぞれ継続的に暴行を加え、かつ、これを相互に認識しつつも制止することなく容認することなどにより共謀を遂げた上、平成22年1月27日午前0時ころ、大阪府内の当時の被告人両名の自宅において、XがAに対し、その顔面を含む頭部分を平手で1回強打して頭部分を床に打ち付けさせるなどの暴行を加え、その結果、急性硬膜下血腫などの傷害を負わせ、同年3月7日午後8時59分ころ、同府内の病院において、Aを急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させたという傷害致死の事実を認定し、検察官の求刑各懲役10年に対して、各懲役15年の有罪判決を言い渡した（大阪地判平成24・3・21）。その量刑理由の要旨は以下のとおりである。

量刑事情として、(1) 犯罪行為自体に係る情状（犯情）に関し、①親による児童虐待の傷害致死の行為責任は重大、②態様は甚だ危険で悪質、③結果は重大、④経緯には身勝手な動機による不保護を伴う常習的な児童虐待が存在、⑤被告人両名の責任に差異なしと評価でき、(2) 一般情状に関し、①墮落的な生活態度、②罪に向き合わない態度、③犯行以前の暴行に関し責任の一端を被害者の姉である次女（当時3歳）になすり付ける態度を指摘できる。

各懲役15年の量刑とした理由としては、(1) 検察官の求刑は、①犯行の背後事情として長期間にわたる不保護が存在することなどの本件児童虐待の悪質性、②責任を次女になすり付けるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられず、(2) 同種事犯の量刑傾向といっても、裁判所の量刑検索システムは、登録数が限られている上、量刑を決めるに当たって考慮した要素を全て把握することも困難であるから、各判断の妥当性を検証できないばかりでなく、本件事案との比較を正確に行うことも難しいと考えられ、そうであるなら、児童虐待を防止するための近時の法改正からもうかがえる児童の生命等尊重の要求の高まりを含む社会情勢に鑑み、本件のような行為責任が重大な児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科すことがそうした法改正や社会情勢に適合すると考えられることから、被告人両名に対しては傷害致死罪に定められた法定刑の上限に近い主文の刑が相当である。

原判決は、XおよびYの量刑不当の主張を排斥した（大阪高判平成25・4・11）。その理由の要旨は以下のとおりである。

第1審判決の犯情および一般情状に関する評価が誤っているとまではいえず、第1審判決が各懲役15年の量刑をするに際し、(1) 検察官の各懲役10年の求刑は、①本件児童虐待の悪質性および②責任の一端を被害者の姉になすり付けるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられない旨説示した点が誤っているというべき根拠は見当たらず、(2) 同種事犯の量刑傾向について説示した点は、量刑検索システムによる検索結果は、これまでの裁判結果を集積したもので、あくまで量刑判断をするに当たって参考となるものにすぎず、法律上も事実上も何らそれを拘束するものではないから、第1審の量刑判断が控訴趣意で主張された検索条件により表示された同種事犯の刑の分布よりも突出して重いものになっていることなどによって直ちに不当であるということとはできない。第1審判決の各懲役15年の量刑も、懲役3年以上20年以下という傷害致死罪の法定刑の広い幅の中に本件を位置付けるに当たって、なお選択の余地のある範囲内に収まっているというべきものであって、重過ぎて不当であるとはいえない。被告人側上告。

【判示】 最高裁は、被告人側の上告趣意は、いずれも憲法違反、判例違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であり、いずれも刑訴法 405 条の上告理由に当たらないとしつつも、「所論に鑑み、職権をもって調査すると、原判決及び第 1 審判決は、刑訴法 411 条 2 号により破棄を免れない」と判示した。

「1 第 1 審判決の犯情及び一般情状に関する評価について、これらが誤っているとまではいえないとした原判断は正当である。しかしながら、これを前提としても、被告人両名を各懲役 15 年とした第 1 審判決の量刑及びこれを維持した原判断は、是認できない。その理由は、以下のとおりである。

2 我が国の刑法は、一つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定めている。その上で、裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなるが、裁判例が集積されることによって、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示されることとなる。そうした先例の集積それ自体は直ちに法規範性を帯びるものではないが、量刑を決定するに当たって、その目安とされるという意義をもっている。量刑が裁判の判断としては是認されるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられるからである。

この点は、裁判員裁判においても等しく妥当するところである。裁判員制度は、刑事裁判に国民の視点を入れるために導入された。したがって、量刑に関しても、裁判員裁判導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていたとすることができる。その意味では、裁判員裁判において、それが導入される前の量刑傾向を厳密に調査・分析することは求められていないし、ましてや、これに従うことまで求められているわけではない。しかし、裁判員裁判といえども、他の裁判の結果との公平性が保持された適正なものでなければならないことはいまでもなく、評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められているというべきである。

3 こうした観点に立って、本件第 1 審判決をみると、『同種事犯のほか死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向を参照しつつ、この種事犯におけるあるべき量刑等について議論するなどして評議を尽くした』と判示されており、この表現だけを捉えると、おおまかな量刑の傾向を出発点とした上で評議を進めるという上記要請に沿って量刑が決定されたようにも理解されないわけではない。

しかし、第 1 審判決は、引き続き、検察官の求刑については、本件犯行の背後事情である本件幼児虐待の悪質性と被告人両名の態度の問題性を十分に評価していないとし、量刑検索システムで表示される量刑の傾向については、同システムの登録数が十分でなくその判断の妥当性も検証できないとした上で、本件のような行為責任が重大と考えられる児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科すことが法改正や社会情勢に適合するなど説示して、検察官の求刑を大幅に超過し、法定刑の上限に近い宣告刑を導いている。これによれば、第 1 審判決は、これまでの傾向に必ずしも同調せず、そこから踏み出した重い量刑が相当であると考えていることは明らかである。もとより、前記のとおり、これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではない。しかし、そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである。

4 これを本件についてみると、指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の懲役 10 年という求刑を大幅に超える懲役 15 年という量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいえない。その結果、本件第 1 審は、甚だしく不当な量刑判断に至ったものというほかない。同時に、法定刑の中において選択の余地のある範囲内に収まっているというのみで合理的な理由なく第 1 審判決の量刑を是認した原判決は、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と認められる。

よって、刑訴法 411 条 2 号により原判決及び第 1 審判決を破棄し、同法 413 条ただし書により各被告事件について更に判決することとし、第 1 審判決の認定した罪となるべき事実に法令を適用すると、被告人両名の各行為は、いずれも刑法 60 条、205 条に該当するので、各所定期限の範囲内で、被告人 X については、原判決が是認する第 1 審判決の量刑事情の評価に基づき検討を行って懲役 10 年に処し、さらに、被告人 Y については、実行行為に及んでいないことを踏まえ、犯罪行為にふさわしい刑を科すという観点から

懲役 8 年に処することとする。」

（白木勇裁判官の補足意見＝「1 量刑は裁判体の健全な裁量によって決められるものであるが、裁判体の直感によって決めればよいのではなく、客観的な合理性を有するものでなければならない。このことは、裁判員裁判であろうとなかろうと変わるところはない。裁判員裁判を担当する裁判官としては、量刑に関する判例や文献等を参考にしながら、量刑評議の在り方について日頃から研究し、考えを深めておく必要がある。評議に臨んでは、個別の事案に即して判断に必要な事項を裁判員にしていねいに説明し、その理解を得て量刑評議を進めていく必要がある。……2 量刑の先例やその集積である量刑の傾向は、それ自体としては拘束力を持つものではないし、社会情勢や国民意識の変化などに伴って徐々に変わり得るものである。しかし、処罰の公平性は裁判員裁判を含む刑事裁判全般における基本的な要請であり、同種事犯の量刑の傾向を考慮に入れて量刑を判断することの重要性は、裁判員裁判においても何ら異なるものではない。そうでなければ、量刑評議は合理的な指針もないまま直感による意見の交換となってしまうであろう。……こうして、量刑判断の客観的な合理性を確保するため、裁判官としては、評議において、当該事案の法定刑をベースにした上、参考となるおおまかな量刑の傾向を紹介し、裁判体全員の共通の認識とした上で評議を進めるべきであり、併せて、裁判員に対し、同種事案においてどのような要素を考慮して量刑判断が行われてきたか、あるいは、そうした量刑の傾向がなぜ、どのような意味で出発点となるべきなのかといった事情を適切に説明する必要がある。このようにして、量刑の傾向の意義や内容を十分理解してもらって初めて裁判員と裁判官との実質的な意見交換を実現することが可能になると考えられる。そうした過程を経て、裁判体が量刑の傾向と異なった判断をし、そうした裁判例が蓄積されて量刑の傾向が変わっていくのであれば、それこそ国民の感覚を反映した量刑判断であり、裁判員裁判の健全な運用というべきであろう。私は、かつて、覚せい剤取締法違反等被告事件に関する判決（最一小判平成 24 年 2 月 13 日刑集 66 卷 4 号 482 頁いわゆるチョコレート缶事件判決〔639〕）の補足意見において、『裁判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべき（である）』と述べたが、それは以上のような適切な評議が行われたことを前提としているのである。……3 本件では、裁判官と裁判員との量刑評議が必ずしも在るべき姿に沿った形で進められていないのではないかという疑問があり、それが本件第 1 審の量刑判断につながったのではないかと考えられる。裁判官としては、重要な事柄は十分に説明し、裁判員の正しい理解を得た上で評議を進めるべきであり、そうすることが裁判員と裁判官との実質的な協働につながると思われる。評議を適切に運営することは裁判官の重要な職責であり、裁判員裁判を担当する裁判官は、その点を改めて考えてみる必要があることを指摘しておきたい。）」

650 頁 基本判例 「死刑求刑事件における量刑評議」

◎最（二小）決平成 27 年 2 月 3 日・刑集 69 卷 1 号 1 頁；判時 2256 号 106 頁；判夕 1411 号 80 頁（南青山三徳包丁刺突強盗殺人事件）

【事実】 裁判員の参加する合議体で審理した第 1 審の東京地裁は、X（被告人）が、金品を強奪する目的で、東京都港区南青山のマンションの A 方居室に無施錠の玄関ドアから侵入し、室内にいた当時 74 歳の被害男性を発見し、同人を殺害して金品を強奪しようとしたと決意し、殺意をもって、その頸部をステンレス製三徳包丁で突き刺し、同人を頸部刺創に基づく左右総頸動脈損傷による失血により死亡させたという住居侵入および強盗殺人の事実を認定し、死刑の有罪判決を言い渡した（東京地判平成 23・3・15 判時 2197・143）。その量刑理由の要旨は以下のとおりである。

最（二小）判昭和 58・7・8 刑集 37・6・609；判時 1099・148；判夕 506・73 において示された死刑選択の際の考慮要素（「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許されるものといわなければならない」）やそれ以降の量刑傾向を踏まえ、被告人に対する刑を検討したが、とりわけ、殺意が強固で、強盗目的を遂げるため抵抗の余地のない被害者を一撃で殺害するなど、殺害の態様等が冷酷非情なものであること、その結果が極めて重大であること、2 人の生命を奪った殺人の罪等で懲役 20 年に処された前科がありながら、出所後半年で金品を強奪する目的で被害者の生命を奪ったことは、刑を決める上で特に重視すべきであり、被告人のために酌むべき事情がないかどうかを慎重に検討しても、死刑とするほかない。

これに対して、原判決は、第 1 審判決を破棄し、X を無期懲役に処した（東京高判平成 25・6・20〔高刑集 66・3・1〕；東高刑時報 64・1～12・138；高検速報（平成 25）80；判時 2197・136）。その理由の要旨は、以下のとおりである。

死刑は、窮極の峻厳な刑であり、慎重に適用すべきであることはいままでもない。死刑が相当かどうかは、昭和58年判決に示された考慮要素を検討した上で、過去の先例の集積からうかがわれる傾向を、事件の重大さの程度を評価する資料となり得るという意味で参考として判断すべきである。本件では、殺意が強固で殺害の態様等が冷酷非情であり、結果が極めて重大であることは第1審判決指摘のとおりであるが、被害者が1名であり、侵入時に殺意があったとは確定できず、殺害について事前に計画したり、当初から殺害の決意を持っていたとはいえないのであって、前科を除く諸般の情状を検討した場合、死刑を選択するのが相当とはいえない。そして、殺害された被害者が1名の強盗殺人罪のうち、前科が重視されて死刑が選択された事案の多くは、殺人罪・強盗殺人罪により無期懲役に処され仮釈放中の者が、再度、前科と類似性のある強盗殺人罪に及んだという事案、又は、無期懲役に準ずる相当長期の有期懲役に処された者であって、その前科の内容となる罪と新たに犯した強盗殺人罪との間に顕著な類似性が認められる事案である。本件では、被告人の前科は無期懲役に準ずる相当長期の有期懲役であり、その前科は利欲目的の本件強盗殺人とは社会的にみて類似性は認められず、また、もはや改善更生の可能性がないことが明らかとはいえず、実際にも、被告人が更生の意欲を持って努力したが、前科の存在が就職にも影響して何事もうまくいかず、自暴自棄になった末の犯行の面があることも否定できず、被告人の前科の評価に関しては、このような留意し酌量すべき点がある。したがって、前科を重視して死刑を選択することには疑問があり、第1審判決は、人の生命を奪った前科があることを過度に重視した結果、死刑を選択した誤りがある。被告人側、検察官上告。

【判示】 「2……刑罰権の行使は、国家統治権の作用により強制的に被告人の法益を剥奪するものであり、その中でも、死刑は、懲役、禁錮、罰金等の他の刑罰とは異なり被告人の生命そのものを永遠に奪い去るという点で、あらゆる刑罰のうちで最も冷酷で誠にやむを得ない場合に行われる究極の刑罰であるから、昭和58年判決で判示され、その後も当裁判所の同種の判示が重ねられているとおり、その適用は慎重に行われなければならない。また、元来、裁判の結果が何人にも公平であるべきであるということは、裁判の営みそのものに内在する本質的な要請であるところ、前記のように他の刑罰とは異なる究極の刑罰である死刑の適用に当たっては、公平性の確保にも十分に意を払わなければならないものである。もとより、量刑に当たり考慮すべき情状やその重みは事案ごとに異なるから、先例との詳細な事例比較を行うことは意味がないし、相当でもない。しかし、前記のとおり、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からすると、同様の観点で慎重な検討を行った結果である裁判例の集積から死刑の選択上考慮されるべき要素及び各要素に与えられた重みの程度・根拠を検討しておくこと、また、評議に際しては、その検討結果を裁判体の共通認識とし、それを出発点として議論することが不可欠である。このことは、裁判官のみで構成される合議体によって行われる裁判であろうと、裁判員の参加する合議体によって行われる裁判であろうと、変わるものではない。

そして、評議の中では、前記のような裁判例の集積から見いだされる考慮要素として、犯行の罪質、動機、計画性、態様殊に殺害の手段方法の執よう性・残虐性、結果の重大性殊に殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等が取上げられることとなろうが、結論を出すに当たっては、各要素に与えられた重みの程度・根拠を踏まえて、総合的な評価を行い、死刑を選択することが真にやむを得ないと認められるかどうかについて、前記の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も踏まえて議論を深める必要がある。

その上で、死刑の科刑が是認されるためには、死刑の選択をやむを得ないと認めた裁判体の判断の具体的、説得的な根拠が示される必要があり、控訴審は、第1審のこのような判断が合理的なものといえるか否かを審査すべきである。

3 このような観点から第1審判決をみると、第1審判決は、前記1と同旨の事情を挙げており、その認定自体に誤りがあるとはいえない。しかしながら、第1審判決が死刑の選択をやむを得ないと認めた判断の根拠については、次のような疑問がある。

まず、第1審判決は、刑を決める上で特に重視すべき事情として、『殺意が強固で殺害の態様等が冷酷非情であり、その結果が極めて重大であること』を指摘している。殺害された被害者が1名の事案においても、死刑を選択することがやむを得ないと認められる場合があることはいまでもなく、本件が重大かつ悪質な事案であることも前記1のとおりである。しかしながら、本件は、被害者方への侵入時に殺意があったとまでは確定できない事案であり、殺害について事前に計画し、又は当初から殺害の決意をもって犯

行に臨んだ事案とは区別せざるを得ない。早い段階から被害者の死亡を意欲して殺害を計画し、これに沿って準備を整えて実行した場合には、生命侵害の危険性がより高いとともに生命軽視の度合いがより大きく、行為に対する非難が高まるといえるのに対し、かかる計画性があったといえなければ、これらの観点からの非難が一定程度弱まるといわざるを得ないからである。

本件については、かかる計画性があったとはいえず、また、前科に関する情状を除くその他の要素を総合的に評価した場合、死刑を選択するのがやむを得ない事案であるとは言い難いところである。

第1審判決は、その他特に重視すべき事情として、『2人の生命を奪った殺人の罪等で懲役20年に処された前科がありながら、金品を強奪する目的で被害者の生命を奪ったこと』を挙げているところ、これは、被告人に殺人罪等による相当長期の有期懲役の前科があることの指摘にほかならない。しかしながら、人を殺害した罪で有期懲役に処された前科を有する者が、その刑を受け終わった後に1名を殺害する強盗殺人に及んだ事案については、死刑が選択された事案と、無期懲役が選択された事案が存在することからもうかがわれるとおり、有期懲役の前科があってその服役後に再度の犯行に及んだ場合の、再度の犯行に対する非難の程度については、前科と再度の犯行との関連、再度の犯行に至った経緯等を具体的に考察して、個別に判断せざるを得ないものというべきである。これを本件についてみると、本件強盗殺人という自己の利欲目的の犯行である点や犯行の経緯と、第1審判決が重視する前科の内容、すなわち、口論の上妻を殺害し、子の将来を悲観して道連れに無理心中しようとした犯行とは関連が薄い上、被告人は、刑の執行を受け終わり、更生の意欲をもって就職するも前科の存在が影響して職を維持できず、自暴自棄となった末に本件強盗殺人に及んだとみる余地があるのであって、本件強盗殺人の量刑に当たり、前記のような前科の存在を過度に重視するのは相当ではない。

以上のとおり、前科を除く諸般の情状からすると死刑の選択がやむを得ないとはいえない本件において、被告人に殺人罪等による相当長期の有期懲役の前科があることを過度に重視して死刑を言い渡した第1審判決は、死刑の選択をやむを得ないと認めた判断の具体的、説得的な根拠を示したものとは言い難い。第1審判決を破棄して無期懲役に処した原判決は、第1審判決の前記判断が合理的ではなく、本件では、被告人を死刑に処すべき具体的、説得的な根拠を見だし難いと判断したものと解されるのであって、その結論は当審も是認することができる。したがって、原判決の刑の量定が甚だしく不当であり、これを破棄しなければ著しく正義に反するということはできない。」

(千葉勝美裁判官の補足意見＝「1 まず、裁判員制度の趣旨と控訴審の役割について、次の点が指摘できよう。本件は、第1審の裁判員裁判で死刑が宣告されたが、控訴審でそれが破棄され無期懲役とされた事件であり、これについては、裁判員裁判は刑事裁判に国民の良識を反映させるという趣旨で導入されたはずであるのに、それが控訴審の職業裁判官の判断のみによって変更されるのであれば裁判員裁判導入の意味がないのではないかと批判もあり得るところである。……裁判員制度は、刑事裁判に国民が参加し、その良識を反映させることにより、裁判に対する国民の理解と信頼を深めることを目的とした制度である(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下「裁判員法」という。)第1条参照)。そして、死刑事件を裁判員制度の対象とすることに関しては、反対する意見も存するところであるが、死刑という究極の刑罰に対する国民の意見・感覚は多様であり、その適用が問題となる重大事件について国民の参加を得て判断することにより、国民の理解を深め、刑事司法の民主的基盤をより強固なものとするのであって、国民の司法参加の意味・価値が発揮される場面でもある。……ところで、裁判員法の制定に当たり、上訴制度については、事実認定についても量刑についても、従来の制度に全く変更は加えられておらず、裁判員が加わった裁判であっても職業裁判官のみで構成される控訴審の審査を受け、破棄されることのあるというのが、我が国が採用した刑事裁判における国民参加の形態である。すなわち、立法者は、裁判員が参加した裁判であっても、それを常に正当で誤りがないものとするとはせず、事実誤認や量刑不当があれば、職業裁判官のみで構成される上訴審においてこれを破棄することを認めるという制度を選択したのである。その点については、米国の陪審制度の多くは事実認定についての上訴を認めないという形での国民参加の形態を持っているが、これとは異なるものである。……もっとも、国民参加の趣旨に鑑みると、控訴審は、第1審の認定、判断の当否を審査する事後審としての役割をより徹底させ、破棄事由の審査基準は、事実誤認であれば論理則、経験則違反といったものに限定されるというべきであり、量刑不当については、国民の良識を反映させた裁判員裁判が職業裁判官の専門家としての感覚とは異なるとの理由から安易に変更されてはならないというべきである。……そうすると、裁判員制度は、このような形で、国民の視点や感覚と法曹の専門性とが交流することによって、相互の理解を深め、それぞれが刺激し合って、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判を目指すものであり(最高裁平成22年(あ)第1196号同23年11月16日大法廷判決・刑集65巻8号1285頁〔〇351〕参照)、私は、このような国民の司法参加を積み重ねることによって、長期的な視点から見て国民の良識を反映した実りある刑事裁判が実現

されていくと信じるものである。……2 次に、本件で争点となった死刑という量刑の選択の問題については、次のように考える。死刑は、あらゆる刑罰のうちで最も冷厳でやむを得ない場合に行われる究極の刑罰であるから、その適用は、慎重にかつ公平性の確保にも十分に意を払わなければならないのである。……法廷意見は、死刑の選択が問題となり得る事案においては、その適用に慎重さと公平性が求められるものであることを前提に、これまでの裁判例の集積から死刑の選択上考慮されるべき要素及び各要素に与えられた重みの程度・根拠を検討し、その検討結果を評議に当たっての裁判体の共通認識とし、それを出発点として議論することが不可欠であるとしている。その意味するところは次のようなことであろう。すなわち、殺人という犯罪行為の特質やそれに対する死刑という刑罰の本質を見ると、圧倒的に重要な保護法益である生命を奪う殺人という犯罪行為に対する量刑上の評価としては、まず被害者の数が注目されるべきであり、死刑の選択上考慮されるべき重要な要素であることは疑いない（もっとも被害者の数を死刑選択の絶対的な基準のように捉えることは適切ではなく、最終的には他の要素との総合考慮によるべきものであることには注意が必要であろう。）。そのほか、生命という保護法益侵害行為の目的（動機）は、一般に、行為に対する非難の程度に関わるものであり、犯行の計画性は、生命侵害の危険性の度合いに直結するものであり、侵害の態様（執拗性・残虐性）等も究極の刑罰の選択を余儀なくさせるか否かの要素となることは、いづれも、これまでの裁判例が示してきたところである。さらに、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等も取り上げられ得る要素である。これらの各要素をどの程度重要なものとして捉えるかは、殺人という犯罪行為の特質や死刑という刑罰の本質という刑事司法制度の根本に関係するすぐれて司法的な判断・考察と密接に関係するものであり、これまでの長年積み上げられてきた裁判例の集積の中から自ずとかがわれるところである。裁判官に求められるのは、従前の裁判官による先例から量刑傾向ないし裁判官の量刑相場的なものを念頭に置いて方程式を作り出し、これをそのまま当てはめて結論を導き出すことではなく、裁判例の集積の中からうかがわれるこれらの考慮要素に与えられた重みの程度・根拠についての検討結果を、具体的事件の量刑を決める際の前提となる共通認識とし、それを出発点として評議を進めるべきであるということである。このように、法廷意見は、死刑の選択が問題になった裁判例の集積の中に見いだされるいわば『量刑判断の本質』を、裁判体全体の共通認識とした上で評議を進めることを求めているのであって、決して従前の裁判例を墨守するべきであるとしているのではないのである。……このことは、裁判員が加わる合議体であっても裁判官のみで構成される裁判体であっても異なるところはない（それが控訴審であっても同じである。）。……そして、裁判員を含む裁判体は、これらの共通認識を基にした上で、具体的事件で認定された犯罪事実等における前記各考慮要素を検討し、それらの総合考慮により非難可能性の内容・程度を具体的に捉え、結論として死刑か否かを決定するのであり、そこでは正に裁判員の視点と良識、いわゆる健全な市民感覚が生かされる場面であると考えられる。……3 さらに、本件では、被告人の前科の評価が問題になった事案であるが、ここで留意されるべき点は、次のとおりである。（1）第1審が死刑を選択した理由においては、前科の存在に言及し、かつて2人の生命を奪ったという自己の罪を見つめ、生命の尊厳への思いを深めたはずであるにもかかわらず、再び人の生命を奪う本件犯行に及んでおり、人の生命を余りにも軽くみており、強い非難に値すると説示している。確かに、合計3名の殺害に至った経緯を見ると、前科に係る2名の殺害のみならず3人目の本件殺害も深刻な理由もなく短絡的に行っており、生命軽視のそしりを免れないとの評価も理解できないではないところである。……（2）一般に、前科が刑を重くする要素として扱われることがあるのは、前科による刑の感銘力と行刑による教化改善の結果を受け付けずに再犯に及んだという犯情面での非難が増大するという点に着目し、さらに、そのような短絡的な犯行に走る被告人の人命を軽視する危険な人格に着目するためであろう。しかしながら、前科については、前科の内容、再度の犯行との時間的な間隔の長さや犯行内容における関連性等が様々であり、それが刑を重くする要素になるか否か、どの程度重くする要素なのかは、これらの諸事情を慎重に検討する必要がある。特に死刑か否かの量刑判断に際しては、なおさらである。……（3）これまで、被害者1名を殺害した者について、過去の人を殺害した罪による前科を考慮して死刑の量刑が選択された事案としては、殺人を含む罪で無期懲役の刑を宣告されて服役し、仮釈放中に再度殺人を含む罪を犯した場合が見られる。これは、無期懲役の仮釈放中の者が、かつての重大犯罪についての刑事責任を果たし終わっておらず、服役を一時猶予し更生を期待されており、その点を深く自覚すべき状態にあって、当然のことながら再度の犯行に及んではならないという強い警告を現に受け続けている中で強盗殺人等を犯したという点で非難の程度が著しく、矯正、更生の余地も容易に認められないとして、特に重い刑事責任を科す要素とされたものと理解でき、刑事責任の観点からは当然である。このような事情が存する場合は別にして、同種類の前科があるということは、確かに死刑選択の考慮要素の一つではあるが、その重要性の評価に当たっては、前科と今回の犯行との関連性等、その内容を吟味する必要があるといわなければならない。……（4）本件に即して言えば、例えば、短絡的な理由で2名の殺害に至って服役したにもかかわらず、再び短絡的な理由で1名の殺害に及んだという点から、ひとくくりにして『生命軽視の傾向あり』と評価することも理解できないではない。しかし、前科と今回の犯行との関連等の吟味が不十分なままこの点を死刑選択の重要な考慮要素として過度に強調するとすれば、死刑の選択の場面では疑問がある。仮に、前科と今回の犯行との関連が薄いにもかかわらず、生命軽視の傾向という被告人の危険性ばかりを強調する文脈で前科を死刑の選択に

傾く重要な要素とするとすれば、犯罪行為それ自体に対する評価を中心に据えて死刑の是非を検討すべき場面において、行為者としての被告人の人格的な側面を過度に評価するものといわざるを得ず、これもまた疑問である。そもそも、本件前科は、夫婦間の感情的な対立や子供の将来を悲観しての犯行であり、そのきっかけ等をもみても、本件犯行が強盗殺人という自己の利欲目的のものである点やその経緯との関連が薄く、非難の程度、生命侵害の危険性の程度の点でも、死刑選択の際の重要な要素として強調するには限界があるといわざるを得ないのである。』)

650 頁【参照判例】 「量刑傾向を下回る原判決が破棄された事例—裁判員裁判」

○東京高判平成 28・6・30 東高刑時報 67・1～12・77；高検速報（平 28）106；判時 2345・113；判タ 1438・124（強盗致傷 2 件および強盗 1 件の事実で起訴され、検察官から懲役 9 年を求刑されていた X と、懲役 8 年を求刑されていた Y について、第 1 審は、懲役 3 年、執行猶予 5 年、付保護観察の有罪判決をそれぞれ言い渡した（さいたま地判平成 27・12・16 判時 2345・119）。量刑不当を理由とする検察官の控訴に対して、本判決は、「本件のような、共犯による連続的な強盗致傷の類型の量刑のおおまかな傾向をみると、その具体的な量刑分布は、量刑検索システムの検索条件をどのように設定するかなどによって多少異なるにせよ、その中心的量刑は懲役 4 年 6 月以上 8 年以下の範囲に収まっており、これがほぼ本件の量刑の大枠に相当するとみることができる。これに対し、原判決は、犯情に関する事実について、……重いと評価していないが、さりとて軽いとも評価しておらず、これらの事情を総合していかなる評価を下したかは明らかでない。原判決は、検察官の犯情に関する主張を排斥した後、唐突に『被告人兩名につき執行猶予を付すことがあり得ない事件と断ずることはできない。』と判示して、被告人兩名の一般情状の検討に移っているのであって、前記の量刑傾向を踏まえて、本件の犯情をどのように位置づけたかも、明らかにしていない。そもそも、強盗致傷の事件において刑の執行を猶予するという判断は、法定刑を酌量減輕した最下限である懲役 3 年に、更に執行猶予を付するというものであるから、当該事案が犯罪類型として極めて軽い部類に属すると判断することにほかならず、特に、事後強盗を除く強盗致傷を複数犯した事案の量刑傾向を前提とすると、そのような判断に至る事案は例外的な事案に限られるというべきである。そうすると、本件を執行猶予相当の事案と判断した原判決は、この種の類型の中で極めて軽い事案に属すると判断したと理解せざるを得ないが、そのような評価が是認できない。……これまでの量刑傾向を変容させる意図をもって量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではないが、そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑傾向を前提とすべきでない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示される必要があるところ（最高裁平成 26 年 7 月 24 日判決・刑集 68 巻 6 号 925 頁参照）、原判決がそのような意図をもって本件量刑を判断したとしても、その理由は何ら説明されておらず、このような観点から原判決の量刑を是認することもできないといわざるを得ない。……そもそも、裁判員裁判における量刑の評議において、行為責任の原則を踏まえた適切な評議が行われるためには、裁判員に対し、量刑判断の在り方について、十分説明をして、その理解を得よう努めるとともに、判断の前提となる情報が十分提供されている必要がある。原判決は、前記のとおり、本件をどのような類型の事案と捉え、その中で犯情をどの程度のものとして位置づけたのかについて説示しておらず、これらの点に関する原判決の判断は不明というほかないが、原判決の説示をみる限り、本件では、前記の量刑判断の枠組みに沿った検討が行われたとはいえず、ひるがえって、量刑の評議において、量刑判断の枠組みに関する十分な説明が行われず、評議の前提となる情報が裁判員を含めた裁判体全体で十分に共有されなかったのではないかと疑いがある。その結果、個々の量刑事情を総合した評価について、十分な検討が行われないうまま、執行猶予を付するかどうかという結論に関する議論が先行してしまい、これまでの量刑傾向から外れた、著しく軽い量刑判断となったのではないかと、あるいは、そのような量刑傾向から踏み出すにしても、その具体的な理由が検討されなかったのではないかと疑いが残る」として、原判決を破棄し、X を懲役 6 年 6 月、Y を懲役 6 年に処した。

652 頁【参照判例】 「放火罪における人の死傷結果と量刑上の考慮」

○最（三小）決平成 29・12・19 刑集 71・10・606（現住建造物等放火罪の訴因にも罪となるべき事実にも記載されていない、放火によって人が死亡したことを量刑上考慮したことは不告不理の原則に反すると被告人が主張したのに対して、本判決は、「放火罪は、火力によって不特定又は多数の者の生命、身体及び財産に対する危険を惹起することを内容とする罪であり、人の死傷結果は、それ自体犯罪の構成要件要素とはされていないものの、上記危険の内容として本来想定されている範囲に含まれるものである。とりわけ現住建造物等放火罪においては、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、自動車、電車、艦船又は鉱坑を客体とするものであるから、典型的に人が死傷する結果が発生する相当程度の蓋然性があるといえるところ、その法定刑が死刑を含む重いものとされており、上記危険が現実には人が死傷する結果として生じた場合について、他により重く処罰する特別な犯罪類型が設けられていないことからすれば、同罪の量刑において、かかる人の死傷結果を考慮することは、法律上当然に予定されているものと解される。したがって、現住建造物等放火罪に該当する行為により生じた人の

死傷結果を、その法定刑の枠内で、量刑上考慮することは許されるというべきである」とする)。

652 頁【参照判例】 「いわゆる余罪と量刑」

○東京高判平成 27・2・6 東高判時報 66・1～12・4；高検速報（平成 27）66（「起訴されていない犯罪事実については、これをいわゆる余罪として認定し、実質上処罰する趣旨で量刑資料に考慮し、このために被告人を重く処罰することは許されないが、被告人の性格、経歴、犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として考慮することは許されるものである。すなわち、起訴された犯罪との関係でその違法性や責任非難を高める事情であればその犯情として考慮され、そうでなければ、再犯可能性等の一般情状として斟酌できるにとどまるのである（それ自体は余罪には当たらない行為についても同様である）。また、処罰の対象となっておらず、前述した限度で考慮できる事情については、その点に関する証拠調べも自ずと限定され、起訴された事実と同等の証拠調べをすることは許されないというべきである。……原判決は、……本件投稿行為とその結果について、被告人に対する非難を高める事情として考慮する必要がある旨説示しているところ、確かに被告人も、捜査段階及び原審公判で、本件投稿行為を行った理由について、被害者を殺すだけでは飽き足らず、恨みがますます募ったため、被害者がこれまで築いたすべてを壊してやろうと思った、被害者の尊厳を傷付けたいと思った旨供述しているのであって、本件投稿行為は、被害者に対する恨みの感情などという本件殺人等と同じ動機に基づくもので、その恨み、憎しみの深さ、動機の強固さや犯行の計画性の高さを示しており、その限りでは殺人の犯情として考慮でき、また、殺害行為後に計画どおり投稿したことは、自己顕示欲や身勝手な正当性の主張を示すもので、被告人の共感性の乏しさ、自己中心性を表したものととして、一般情状としても非難の程度を強めるものであるといえる。また、何ものにも代え難い家族を奪われたばかりか、その社会的評価まで貶められた遺族の被害感情を高めるものでもあるといえる。そうすると、本件投稿行為も、あくまでもこのような被告人の情状を推知するための資料の限度であれば、量刑に当たって考慮することが許されることは当然である。……しかしながら、本件は、いわゆるリベンジポルノに関する殺人事件として世間から注目を浴びていた事案で、本件投稿行為が量刑上過大に影響しかねないおそれがあることが明らかであったにもかかわらず、……原裁判所は、公判前整理手続における争点確認で、本件投稿行為に関する検察官の主張について、単に『犯行後に被害者の裸体の画像をインターネット上に公開するなど犯行後の行動が悪質であること』とのみ整理し、この犯行後の事情が、量刑の中心となる人の生命を奪う犯罪である殺人との関係においてどのような量刑要素をどの程度推知させるものかについて検討していないばかりか、この点に関する適切な証拠調べの範囲、方法等についても検討した形跡は見当たらない。公判においても、やはりその点を明確にしないまま、検察官が冒頭陳述や論告で重い求刑を導く事情の一つとして主張するに任せている。その立証に関しても、……本件投稿行為の動機、目的、画像等のアップロードなどの具体的行為、その結果や影響など、起訴された犯罪と同様に、証拠書類及び証人による積極的かつ詳細な立証を許している。被害者の父親が娘の殺害に加え本件投稿行為によって受けた被害、影響について証言するのは当然許されることとしても、殺人に関する情状を推知するための資料とする趣旨で、本件投稿行為に関する証拠調べをするのであれば、その証言やアップロードに関する書証のみでも立証は足りるはずであるのに、原裁判所は、本件投稿行為の結果や影響を具体的に調査した警察官の証人を人証のトップに据え、その結果や影響の詳細を証言させるなどの立証を許しているのであって、このような立証は殺人の情状として許される立証の範囲を超えているといわざるを得ない。さらに、原判決が『量刑の理由』の項で説示しているところ……によれば、原判決は要するに、犯行態様や動機等の一般的な犯情とは別に、名誉棄損罪に該当する本件投稿行為について、被告人の刑事責任を無期懲役刑にまで導くほどのものではないが、同一の事件類型（男女関係のトラブルによる刃物を用いた被害者 1 名の殺人事件）における量刑の幅の上限付近にまで導く事情として考慮した旨を説示するものと理解するほかない。そうすると、こうした審理の経過及び内容、量刑理由に関する判文を総合すれば、原判決には、前記の限度を超え、起訴されていない余罪である名誉棄損罪に該当する事実を認定し、これをも実質上処罰する趣旨で量刑判断を行った疑いがあるといわざるを得ない)。

652 頁【参照判例】 「いわゆる余罪と量刑」

○東京高判平成 30・3・27 判タ 1454・107（覚せい剤および大麻を所持し、覚せい剤を使用したという事実で起訴され、第 1 審（静岡地浜松支判平成 29・11・8）で有罪を言い渡された X（被告人）は、X が違法薬物を密売していたことを立証趣旨とする A および B の証人としての採用および両名の検察官調書の証拠採用は、いずれも起訴されていない余罪の立証を許すものであって違法であり、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に当たるなどと主張して控訴した。本判決は、「原審検察官が、冒頭陳述において、被告人が違法薬物の密売をしていたことを主張し、この事実を立証趣旨とする両名〔A 及び B〕の検察官調書を証拠として請求したことは、これが営利目的所持罪等を構成したり、本件違法薬物所持の営利目的を推認させたりする事実であることからすれば、いわゆる余罪を情状事実として立証しようとしたものと解される。……そもそも、起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮することは許

されないが、単に被告人の性格、経歴、及び犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料としてこれを考慮することは許される。もっとも、余罪を考慮することが許される場合であっても、これを考慮する程度は、事案ごとに合理的に検討して必要な限度にとどめるべきであり、その点の証拠調べに当たっても、みだりに必要な限度を超えることのないよう注意しなければならない（昭和41年7月13日最高裁判所大法廷判決・刑集20巻6号609頁〔604〕参照）。……本件において、原審検察官は、被告人が違法薬物の密売をしていたという事実によって、何を立証しようとするのかを明らかにしていないが、……原審検察官の一連の主張及び求刑をみると、原審検察官は、余罪を実質上処罰する趣旨でこれらの立証をしようとした疑いがあり、原裁判所としては、原審検察官が兩名を証人請求するまでの時点で、原審検察官に対し、被告人の違法薬物の密売の事実から何を立証しようとするのかについて、釈明を求めべきであったといえる。もっとも、被告人が違法薬物の密売をしていたことは、違法薬物所持の常習性や違法薬物に対する親和性を推知させる事実であるから、原審検察官がこれらを情状として立証すること自体は許される。しかし、これらの常習性や親和性は、犯情に含まれない一般情状であるから、行為責任の見地からすれば、量刑上の有意性には限度があり、訴訟経済の観点からも、立証を合理的な限度にとどめるべきである。また、これらの常習性や親和性を認定するためには、違法薬物密売の日時、場所等を特定しない概括的なものにとどめるべきであって、その程度を超えて、個別具体的な違法薬物密売の事実の立証を許容することは、常習性や親和性という一般情状を超えて、余罪である営利目的による違法薬物の譲渡等の罪を実質上処罰する趣旨で立証することを許容しているとの疑いを生じさせるものである。……以上を踏まえて、原審検察官の兩名に対する証人請求等の手続についてみると、被告人が違法薬物の密売人であったことを否認し、原審弁護人もこれを争って兩名の検察官調書を不同意としている状況の下で、兩名の証人尋問を行うことは、常習性や親和性を立証しようするものであったとしても、これらが量刑上の有意性に乏しいものであって、訴訟経済に反するのみならず、常習性や親和性を認めるために必要な限度を超えて、具体性のある違法薬物の密売の事実を立証する可能性が高く、余罪を実質上処罰する趣旨で立証する疑いが強いものといえる。原審弁護人も、同様の趣旨から、兩名の証人尋問の請求に対して、強く異議を述べたものと解される。しかるに、原裁判所は、原審検察官に対して、立証趣旨について上記の観点から求釈明をすることなく、兩名の証人尋問を採用したのであって、訴訟経済に反するのみならず、余罪を実質上処罰する疑いの強い立証を許したものであるから、裁判所の公正さに疑いを生じさせたことからしても、著しく不相当というべきである。その後、原審弁護人が兩名の検察官調書に対する不同意の意見を撤回して同意したことにより、兩名の検察官調書が原審弁護人の同意の上で取り調べられ、兩名の証人尋問は請求が撤回され、採用が取り消されたため、結局実施されなかったが、原審弁護人が意見を変更したのは、裁判所が兩名の証人尋問を採用したことによるものであるから、原裁判所が兩名の検察官調書を採用したことも、著しく不相当であるとの評価を免れない。……さらに、原判決は、量刑の理由において、兩名の検察官調書に基づいて、被告人が違法薬物の密売をしていたとの事実を認定した上、……被告人を懲役1年10月の実刑に処したのであり、通常の前科前歴のない者に対する同種事案と比較して明らかに重い量刑をしたものである。そうすると、原審の手続を全体としてみると、原判決は、本件各公訴事実のほか、起訴されていない余罪である覚せい剤の営利目的による譲渡等の犯罪事実を認定し、これを実質上処罰する趣旨で被告人に対する刑を量定した疑いを免れず、違法であるといわざるを得ない」とする。

691頁【参照判例】 「控訴審における事実誤認の審査—論理則・経験則」

○最（二小）判平成30・7・13刑集72・3・324（X（被告人）は、平成21年9月29日午後9時40分ころ、本件ホテル新館2階事務所において、金品を物色するなどしていたところ、同ホテル支配人Aに発見されたことから、金品を強取しようと考え、同人に対し、殺意をもって、その頭部を壁面に衝突させ、頸部をひも様のもので絞め付けるなどしてその反抗を抑圧し、同所にあった同人管理の現金約43万2910円を強取し、その際、前記暴行により、同人に遷延性意識障害を伴う右側頭骨骨折、脳挫傷、硬膜下血腫等の傷害を負わせ、よって、平成27年9月29日、前記遷延性意識障害による敗血症に起因する多臓器不全により同人を入院中の病院で死亡させて殺害したという強盗殺人の公訴事実で起訴された。Xは犯人性を争ったが、第1審判決は、次の（1）～（4）の理由により、Xが本件の犯人であると判断した（鳥取地判平成28・7・20判時2370・126）。（1）本件の犯人は、本件事務所から少なくとも二百数十枚の千円札を含む約26万8000円の現金を奪取したと認められるところ、Xは、本件発生から約12時間後、ATMから自己名義の預金口座に230枚の千円札を入金している。日常生活において、このような大量の千円札を持ち合わせることは通常ないと考えられることも併せると、Xが、偶然に、本件とごく近接した時間帯にこれらの千円札を所持し、入金したとは考え難く、この事實は、特段の事情がない限り、被告人が本件の犯人であることを強く推認させる。（2）本件は、当日午後9時34分ころから午後10時12分ころの数分前までの間に発生したと認められるところ、Xは、午後8時ころ、本件ホテルの従業員であるBから電話で「客室のスロット機の売上回収方法を教えてほしい」旨依頼を受け、午後9時13分ころ、本件ホテル周辺に到着し、午後10時ころ、本件ホテルの従業員用出入口付近で本件ホテルの従業員であるCと出会ったと認められる。したがって、被告人には本件犯行に及ぶ機会があった。

(3) 本件事務所は、1階部分に客室専用駐車場が設けられていないほかは、建物の外側から見て他の客室と特段の違いはない上、その位置関係や本件ホテルの施錠状況等に照らし、本件ホテルの内部構造を知らない者にとっては、本件ホテルの建物内で最もアクセスしにくい場所であったといえるところ、本件ホテルの内部構造や施錠状況等に関する知識があったXは、これらの間接事実等から推認される犯人像に合致する。(4) 以上に加え、①Xが本件直後に県外へ移動し、妻や交際相手との音信を絶ち、警察官からの出頭要請を無視していたという一連の行動は、本件による検挙を恐れての逃走と評価でき、②X以外の本件ホテルの従業員が本件犯行を行った可能性は認められないという事実関係が同時に存在することについては、Xが犯人であると考えなければ合理的な説明がつかない。これに対して、原判決は、Xが犯人であることを示す事情は、Xに犯行の機会があったことしかなく、かかる事実のみからXが犯人であると推認することができないことは明らかであるとして、弁護人の控訴趣意を容れ、第1審判決を破棄し、無罪を言い渡した(広島高松江支判平成29・3・27判時2370・117)。

本判決は、「刑訴法382条の事実誤認とは、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当であり、控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要である(最高裁平成……24年2月13日第一小法廷判決・刑集66巻4号482頁〔639〕)」が、原判決は、第1審判決の事実認定について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価できない。……原判決は、全体として、第1審判決の説示を分断して個別に検討するのみで、状況証拠によって認められる一定の推認力を有する間接事実の総合評価という観点からの検討を欠いており、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを十分に示したものと評価することはできない。第1審判決に事実誤認があったとした原判断には刑訴法382条の解釈適用を誤った違法があり、この違法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ものと認められる」として原判決を破棄し、審理を差し戻した。

709頁【参照判例】 「刑法規定(刑の一部執行猶予)の新設と刑訴法411条5号にいう『刑の変更』

○最(一小)決平成28・7・27刑集70・6・571;判時2324・139;判タ1432・74(X(被告人)は、第1審判決において、覚せい剤の営利目的譲渡の事実で懲役4年6月および罰金50万円に処せられるとともに、52万円を追徴され、控訴も棄却された(京都地判平成27・11・4,大阪高判平成28・3・10)。その後、平成28年6月1日、刑の一部の執行猶予制度を新設する刑法等の一部を改正する法律(平成25年法律第49号)が施行されたことから、X側は、上告審において、刑訴法411条5号の「刑の変更」があったと主張した。本決定は、「刑法等の一部を改正する法律(平成25年法律第49号)による刑の一部の執行猶予に関する各規定(刑法27条の2ないし27条の7)の新設は、被告人の再犯防止と改善更生を図るため、宣告刑の一部についてその執行を猶予するという新たな選択肢を裁判所に与える趣旨と解され、特定の犯罪に対して科される刑の種類又は量を変更するものではない。そうすると、刑の一部の執行猶予に関する前記各規定の新設は、刑訴法411条5号にいう『刑の変更』に当たらないというべきである(最高裁昭和……23年11月10日大法廷判決・刑集2巻12号1660ノ1頁参照)」として上告を棄却する。

718頁【参照判例】 「刑訴法435条1号にいう『確定判決』の意義

○最(一小)決平成31・2・12裁判所ウェブサイト(「[刑訴法]435条1号にいう『確定判決』とは、刑事の確定判決をいうものと解すべきであり、民事の確定判決やこれと同一の効力を有する和解調書等は含まれない」とする)。

718頁【参照判例】 「訴訟法上の事実の認定の瑕疵につながる新証拠と刑訴法435条6号の再審事由

○札幌高決平成28・10・26判タ1436・133(X(再審請求人)は、平成9年11月13日にロシア連邦から北海道小樽市に来航し、翌14日、拳銃等を不法に所持した嫌疑で現行犯逮捕され、同年12月5日に拳銃加重所持罪の公訴事実で起訴された。確定審では、おとり捜査の適法性が争点となり、Xの検挙に直接関与するなどしたP警部補、Q警視およびR巡查部長や、拳銃と中古車の交換を持ち掛けたとXが主張するAらに対する証人尋問等が実施されるなどした結果、おとり捜査自体がなかったと認定され、有罪判決が言い渡された(札幌地判平成10・8・25)。その後、Pは、平成14年7月に覚せい剤取締法違反や銃刀法違反の嫌疑で検挙され、起訴されたほか、本件捜査における虚偽有印公文書作成および同行使や、本件確定審における偽証の嫌疑で取調べを受け、それらの取調べや平成15年2月の公判期日で、(1)Aが捜査協力者であったことや、(2)本件当日も同人と連絡を取るなどした上、同人がXを本件現場に誘導した後に、Xが逮捕される一方、Aをその場から逃がしたこと、(3)Q警視の指示の下で、事実に反し、Aがいなかったこととして、内容虚偽の捜査書類を作成した上、確定審で殊更に虚偽の証言に及んだこと等を供述した。平成25年9月25日、Xは、本件再審を請求した。原裁判所は、確定審で偽証に及んだとするPの新供述やPに対する証人尋問等の事実取調べの結果、本件捜査について犯罪捜査に値しない程の重大な違法があり、少なくとも本件逮捕の際に収集された本件拳銃等の証拠物やそれに関する鑑定書等が証拠から排除さ

れるべきである、そうすると、Xが本件拳銃等の不法所持の事実を自白したとはいえ、それを補強すべき証拠がなく、刑訴法 319 条 2 項により犯罪の証明がないこととなるから、請求人に対して無罪を言い渡すべきであって、本件が同法 435 条 6 号の場合に該当するとして再審の開始を決定した（札幌地決平成 28・3・3 判時 2319・136）。これに対して、検察官は、即時抗告審で原決定の取消しと再審請求の棄却を求め、証拠能力に関する証拠である P の新供述等が同号の証拠に当たらない上、本件の捜査に重大な違法はないなどと主張した。本決定は、「[刑訴法 435 条 6 号] にいう『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』とは、確定判決の事実認定に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をいい、上記の明らかな証拠であるか否かは、仮に当該証拠が確定審の審理中に提出された場合に、確定判決のような事実認定に到達したか否かという観点から、当該証拠と他の全証拠を総合的に評価して判断すべきであり、その判断に際し、再審開始のために確定判決の事実認定について合理的な疑いを生じさせれば足りるという意味で、『疑わしきは被告人の利益に』とされる刑事裁判における鉄則が適用されるが、刑訴法 435 条 6 号の運用は、同条 1 号や 7 号等との権衡を考慮して同条全体の総合的理解の上に行われるべきである（最高裁判所昭和……50 年 5 月 20 日第 1 小法廷決定・刑集 29 卷 5 号 177 頁 [657] 参照）。そして、同条各号の再審事由が設けられた趣旨やその沿革に加え、同条所定の 6 号以外の再審事由が原則として確定判決による証明の存在を要件とし、その証明がある以上、再審請求の許否の判断に当たって裁量の余地がないのに対し、同条 6 号の再審事由がそのような証明を要件とするものでないことなど、同号とその余の再審事由に関する規定が内容的に大きく相違することなどに鑑みると、同条 6 号の再審事由は、確定判決の形式的又は手続的な瑕疵を問題とするその余の再審事由と異なり、確定判決における犯罪事実の認定自体の実体的な瑕疵が問題になる場合が想定されているものと解される。換言すると、本件のように、新証拠によって不公正な捜査が行われた疑念が生じ、その結果として、確定判決の犯罪事実の認定に供された証拠の証拠能力の判断に影響が生じることが判明するなど、訴訟法上の事実の認定の瑕疵につながる新証拠が、同号所定の証拠として想定されていると解することは困難というべきである。……したがって、本件再審請求について、確定判決が認定に供した証拠が違法収集証拠であるか否かの判断の前提となる訴訟法上の事実の認定を問題にするものである限り、請求人から提出された新証拠が、同号所定の新規かつ明白な証拠に当たるとした原判断は、同号の解釈及び適用を誤ったものといわざるを得ない」とする（ただし、「再審を開始した原決定は、同法 435 条 6 号所定の再審事由を肯認した判断を是認することができないものの、同条 7 号及び 437 条の各本文に該当する再審事由があると認められるので」結論において正当として是認することができるとする）。