

公判前整理手続を経たことによる 失権的な効力に関する一考察

早乙女 宜 宏

1. はじめに

(1) 平成16年5月21日「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」が成立し（平成16年法律第63号）、平成21年5月21日より裁判員制度が始まった。それに先立って、平成17年11月から公判前整理手続（刑事訴訟法316条の2以下）の運用が開始されている。公判前整理手続は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速におこなうため、公訴提起後、第1回公判前に事件の争点及び証拠の整理を行う手続である（刑事訴訟法316条の2第1項）。同手続は裁判員裁判対象事件であるか非対象事件であるかによる区別はされていないが、これは公判請求事件については裁判員裁判対象事件であると非対象事件であろうと、争点中心の充実した審理を迅速に行うことは訴訟事件に普遍的な要請だからである。⁽¹⁾

(2) 公判前整理手続が導入された当初は、公判前に付するかどうかは裁判所が必要であると認めるときはその裁量でできるとされ、裁判所の専権事項とされていたが、平成28年法律第54号による改正刑事訴訟法によって、当事者に公判前整理手続請求権が付与されるに至った（期日間整理手続も同様、刑事訴訟法316条の28第1項）。従前の実務においては、検察官や弁護人は、職権発動の促しとして公判前整理手続に付すように求めることができるにすぎなかったが、明文で請求権が定められたのである。不服申立

ての規定は設けられなかったため裁判官の裁量次第であるが、検察官、弁護人にも公判前整理手続に付する請求権が認められた意義は大きいものといえ、事件に応じて公判前整理手続に付すことのメリットとデメリットを検討していくことが必要となろう。

(3) 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ことが目的となるから、争点を明確化して立証対象事実を必要な範囲に絞り込み、これに対応して証拠を整理していくことが目標となる。争点整理としては、自白事件であるのか否認事件であるのかが一つの大きな分岐点となろう。また、公判前整理手続では、検察官の主張する基本的証拠構造も重要になってくる。すなわち、公判前整理手続では、検察官は被告人の有罪を導くために、柱となる事実を基礎として証拠構造を組み立て主張し、それに沿った証拠を提出する。そして、弁護人は検察官の提示した証拠構造を軸に主張と立証をし、裁判所が審理計画を策定する。このように公判前整理手続は検察官の組み立てた証拠構造がスタートとなるから、柱となる事実が崩れたときに、検察官に主張の組み換えを認め、これに基づく証拠調べを実施することが許されるかという問題が生じるため、証拠構造の基本的部分をどのように設定するかという点は、従来に比べてより慎重な判断を求められる事項となる。

(4) 公判前整理手続の期間と人数の統計を見ている

(1) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第7巻 §§ 316の2 - 328』4頁〔角田正紀〕（青林書院、第2版、2012）。

と、平成26年に地方裁判所で終局処理がされた通常第一審事件のうち、公判前整理手続に付された事件の人員は1428人であり、期日間整理手続に付された事件の人員は205人であった。平成26年に第一審で判決を受けた裁判員裁判対象事件（少年法55条による家裁移送決定があったものを含み、裁判員が参加する合議体で審理が行われずに公訴棄却判決があったものは含まない。）における公判前整理手続の期間（公判前整理手続に付された日から同手続終了日まで）の平均は6.8月であり、公判前整理手続期日の回数については、平均は5.3回であったが、6回以上が34.7%であった。また、平成26年に公判前整理手続に付された事件の地方裁判所における審理期間（新規受理から終局処理まで）の平均は9.5月であり、平均開廷回数は4.9回であった（司法統計年報による⁽²⁾）。このように、公判審理に入る前段階において十分な期間をかけて、裁判所、検察官、弁護人との間で準備が行われた後に公判に入ることになる。

(5) その結果、公判審理が、公判前整理手続での整理結果と異なって進行することは、全当事者としては望ましい事態ではない。とりわけ、裁判員裁判では、それぞれ事情を抱える国民が時間を割いて公判に臨むことになるから、計画審理が崩れると審理に参加できない裁判員が出るなど当該公判の進行の障害となるばかりか、裁判員裁判に対する国民の信頼をも揺らぎかねない根本的な問題となるため、公判前整理手続で緻密に審理計画を策定し、それに則って公判審理が進められることが望ましい。一方で、公判審理を犯罪事実と量刑上重要な事実という当該事件で核となる事実のみを立証命題として、「公判廷で見て、聞いた情報」だけで心証が形成できる公判中心主義を実現するために、公判前整理手続にお

ける準備を充実させればさせるほど、策定される審理計画は厳密になるため、公判前整理手続と矛盾する公判活動が制限される方向に働くという関係にある。本稿では、充実した公判前整理手続を行うことによる反射的な効果として、公判前整理手続を経た公判審理における当事者の訴訟活動が制限される場合を、いわば公判前整理手続を経たことによる失権的効力が働く場合として考察をする。

2. 主張に関する失権的効力

(1) 公判前整理手続においては、弁護人は予定主張を明らかにしなければならない（刑訴316条の17第1項）。後述するとおり、公判前整理手続を経た後に、新たな証拠調べ請求をすることは明文で否定されているものの、新たな主張についてはそれを制限する明文がない。

(2) 立法過程においては、被告人については主張制限の定めをおかず、検察官及び弁護人には主張制限の定めをおくことも検討された。しかし、証拠調べ請求の制限をかけておけば単に主張を述べるだけであるから、それほど手続きは遅延しない、主張する⁽³⁾だけなら自由に言ってよいなどの説明もあり、最終的には、被告人が公判で新たな供述をした場合、弁護人がこれに依拠した主張ができないとするのは、その立場との整合性に問題を生じることなどを踏まえて、主張制限の規定は盛り込まれなかった⁽⁴⁾。そのような経緯から、新たな主張については制限されないものという結論で決着がついたと解されている。このため、制度上は、立証は許されないが新たな主張は許されるという主張と立証が分断された枠組みとなっている。

(3) それでは、公判前整理手続後の新たな主張というのは一切自由であるといつてよいのだろうか。た

(2) 法務省、「平成27年版 犯罪白書 第2編/第3章/第2節/5」, http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/62/nfm/n62_2_2_3_2_5.html, (2017.10.21)。

(3) 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第28回会合配布資料座長ペーパー。

(4) 角田正紀「公判前整理手続で明示された主張内容を更に具体化する被告人質問等を制限することの可否」ジュリ1492号175頁（2016）。石田寿一「判例評釈」ジュリ1485号110頁（2015）。

しかに明文上は、公判前整理手続後の主張制限の規定は設けられず、証拠調べ請求に制限をかけておけば足りるかもしれない。しかし、公判前整理手続が法曹三者の協力の下に進められていくことを前提に制度設計されていることを考慮すると、証拠が出せなければいいとして、完全に自由な主張を許してよいとするのは疑問が残る。公判前整理手続が充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行えるよう主張明示義務（刑訴法316条の17）と証拠調べ請求義務（刑訴法316条の32）が当事者に課されていることから、なんらかの拘束力が認められるのではないかが問題となる。

(4) 公判前整理手続においては、被告人又は弁護人は公判期日においてする予定の事実上・法律上の主張があるときは、それを明示する義務が課された（刑訴法316条の17第1項）。同条については、憲法38条1項違反に違反するという説もあるが、判例（最一平成25年3月18日刑集67巻3号325頁）は、合憲と解している。

(5) 更に進んで、主張明示義務と証拠調べ請求義務（316条の17第1項、2項）があることとの関係で、法律上ないし観念的な義務として公判前手続終了後には主張変更が許されず、これを差し控えるべき義務があるかどうかについては見解が分かれていた。⁽⁸⁾

この点について、立案関係者の解説では、「主張制限の制度が採用されなかったのであるから、同手続終了後の主張の変更や新たな主張は自由にできると考えるべきであるとの見解が考えられる。」しかし、「十分な争点整理、証拠整理を行うという公判前整理手続の趣旨・目的や、その実効性担保のために主張明示義務、証拠調べ請求義務、さらには立証制限の制度が設けられたことにかんがみると、同手続終了後の主張の変更等は、本来許されないことであり、これを差し控えるべき義務があるが、ただ、その義務を担保するための主張制限の制度が設けられなかったにすぎないと考えられるべきである。」と説明されている。^{(9) (10)} また、仮に従前の経緯に反する主張をしても証拠制限にかかり、あるいは、時機に遅れ、信義則に反するとして、証拠に基づかない主張になったり、場合によっては不適法な主張になるであろうと説明するものもある。⁽¹¹⁾

(6) 一方、主張を差し控えるべき義務については、前記の通り刑訴法が証拠調べ請求についての公判前整理手続後は「やむを得ない事由」がなければ請求できないとしていることから、主張の変更を差し控えるべき義務があるとか、合理的理由のない限り主張の変更を認めないとの解釈については無理があると言わざるを得ないように思われ、新たな主張に

-
- (5) もっとも証拠がないことに意味がある主張として補強証拠不存在の主張がある。証拠を絞すぎたために補強証拠が不存在となった場合に、弁護人が新たな主張として補強証拠が不存在であるという主張をした場合は制限されないことになるが、補強証拠の有無は裁判所の自由心証を拘束するものであるから、仮に弁護人の主張がなくとも補強証拠がなければその自由にかかる事実は認定できない。これに対して検察官が追加で補強証拠たる証拠を請求することは証拠制限により否定されると解されるから、検察官としては補強証拠の有無についても配慮しつつ証拠を絞っていく必要がある。
- (6) 小坂井久「主張明示義務と黙秘権」刑弁41号77頁（2005）。
- (7) 渕野貴生「裁判員制度と刑事手続改革」法時76巻10号34頁（2004）。
- (8) 最決平成27年5月25日判例解説（LIC）。
- (9) 辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成16年法律第62号）について」曹時57巻8号113頁（2005）。
- (10) 広島高岡山支部判平成20年4月16日高刑速平成20年193頁は、「当事者は、同手続終了後、合理的な理由なく主張を追加・変更することを差し控えるべき義務を本来的に負っていることは明らかであり、弁護人が、同手続終了後に合理的な理由なく追加・変更した主張に関して被告人に供述を求めることは、公判前整理手続の規定を設けて上記のような充実した公判審理を実現しようとした法の趣旨を没却するものであって相当でないから、刑事訴訟法295条1項により、裁判長は、訴訟関係人の本質的な権利を害しない限り、このような被告人質問を制限し得るものと解すべきである。」としている。
- (11) 角田正紀ほか「裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方」司法研究報告書第60輯第1号98頁（司法研修所，2008）。

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、とするものもある。⁽¹²⁾

(7) 公判前整理手続終了後の主張制限に関して、被告人の供述を制限できるか問題となった事案が、最決平成27年5月25日刑集69巻4号636頁である。

ア. 本事案は、いわゆる当たり屋の詐欺被告事件(以下、「本件公訴事実」という。)である。被告人は、同種詐欺が2件あったことから、これらも公訴提起され、いずれも公判前整理手続に付された。

弁護人は、公判前整理手続において、本件公訴事実について、予定主張として、犯人性を否認し、「被告人は、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。」「被告人は、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。」旨のアリバイ主張をしたが、それ以上に具体的な主張は明示しなかった。第一審裁判所もその点について釈明を求めることはせず、本件公訴事実にかか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。

イ. 公判手続においては、冒頭手続まで、被告人及び弁護人は、上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、被告人が、「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。」と供述をし、弁護人がさらに詳しい供述を求め、被告人もこれに応じた供述をしようとした(以下、「本件質問等」という。)。そうしたところ、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。」として異議を申し立てた。これに対し、第一審裁判所は、異議を認め、本件質問等を制限した。なお、被告人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もしているが、第一審裁判所はこれを制限することはなかった。第一審裁判所は、本件公訴事実を含む3件すべてについて有罪認定をした。これに対して、被告人が控訴し、本件質問等の制限は違法であると主張したところ、原判決は、刑法295条1項に反するとまではいえず、仮に違法であったとしても判決に影響を及ぼすものではないとして控訴を棄却し、被告人が上告した。

これについて、最高裁は、次のように判示した。「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

(12) 前掲注(11)

容は被告人質問において明らかにする。」という限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うべきである。』。そして、本件質問等を同条項により制限することはできないとして、本件質問等を制限したことは違法であるとした。もっとも、判決に影響を及ぼすものではないとして、被告人の申告は棄却された。

小貫芳信裁判官の補足意見が付されており、それによれば、主張明示義務は、公判前整理手続の核心であるとして、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えるとし、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求はやむをえない事由がなければできないが、主張については制限規定がないことから、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とする。

ウ、本決定は、公判前整理手続終了後の公判期日において、刑訴法295条1項により被告人が新たな主張に沿った被告人の供述を制限できる場合があること⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾、その要件として、①予定主張の明示状況（求釈明に対する釈明状況含む）、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、主張明示義務に違反したものと認められ、かつ、②行為（質問）が、公判前整理手

続を行った意味を失わせる場合で、③新たな主張にかかわる事項の重要性等が考慮要素になるとした。本決定については、本件の訴訟経過等に即した具体的な事例判断⁽¹⁵⁾であるとするもの、法命題を述べたものであるから傍論ではなく、単なる事例判断ではないとするものがある⁽¹⁶⁾。いずれにしても、その背後には公判前整理手続の在り方にかかわる問題として、最高裁としての公判前整理手続の運用の枠組みを示そうとしたのではないかと思われる。

前述の通り、公判前整理手続終了後は主張を差し控える義務があると考える説もあるが、本決定は、同義務違反そのものの効果として主張が制限されるしたものではない。刑訴法295条1項は、重複尋問や事件に関係のない事項にわたるとき、その他相当でないときは、訴訟関係人のする尋問や陳述を制限することができる⁽¹⁷⁾と定めるところ、本決定は、公判前整理手続を経た後の被告人質問において、「相当でないとき」として制限できる具体的な要件をあげたものと考えられ、主張明示義務違反（裏返せば主張を差し控えるべき義務とも考えられる）はその一要件にすぎないと言える。

エ、本決定は、①主張明示義務に違反し、かつ、②公判前整理手続を行った意味を失わせる場合で、③新たな主張に係る事項の重要性等を踏まえて、制限できるとした。これら3要件の関係性をみてみると、①と②の要件を充足した場合であっても、③主張の重要性等によっては、制限されない場合があることが留保されており、公判前整理手続後の主張制限の規定が設けられなかったことに配慮して、その判断を裁判長の訴訟指揮権に委ねたといえる。この

(13) 本判決は、該当文言を明らかにしていないが補足意見は刑訴法295条1項の「相当でない」にあたるとする。

(14) 山崎学「公判前整理手続で明示された主張に関しその内容を更に具体化する被告人質問等を刑訴法295条1項により制限することはできないとされた事例」刑ジャ46巻145頁（2015）は、「事件に関係のない事項にわたる」に該当するとする。

(15) 角田正紀「公判前整理手続で明示された主張内容を更に具体化する被告人質問等を制限することの可否」ジュリ1492号175頁（2016）。石田寿一「判例評釈」ジュリ1485号110頁（2015）。

(16) 三好幹夫「公判前整理手続で明示された主張に関しその内容を更に具体化する被告人質問等を刑訴法295条1項により制限することはできないとされた事例」判時2286号180頁注6（2016）は、単なる事例判例ではないとする。

①②について、判示は、具体的な例として、「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。』」という場合が該当するとしている。このような弁護人の対応は、従来の公判手続では見られたところと思われる。しかし、公判前整理手続でこのような対応ではアリバイに関する争点や証拠整理ができないため、その後にアリバイに関する具体的な質問や供述を許すと、これに対応した検察官の主張・立証やさらなる被告人側の主張・立証につながってしまうことから⁽¹⁷⁾、主張明示義務を果たしたとはいえないという趣旨であろう。そして、それについて裁判所が求釈明をしたにもかかわらず、具体化されない場合は、公判前整理手続終了後に具体化した主張をしても同手続を行った意味を失わせるとして、制限されうることになる。ここで、判旨は、「公判前整理手続を行った意味を失わせる」と比較的緩やかな表現をしている。新たな主張がされることによって、審理計画が一日遅れる程度であれば、意味を失わせる程ではないだろうが、「没却する」などの強い表現をしていないことからすれば、証拠構造が大きく変わり、審理計画をイチから立て直す必要がある程の変更をもたらすまでの新たな主張である必要もないという趣旨と考えられる。最後に、③新たな主張に係る事項の重要性等を踏まえたときに、制限できることになるが、新たな主張そのものの重要性ではなく、新たな主張に関わる事項の重要性としている。公判前整理手続終了後の新たな主張は本来制限されていないことからすれば、主張そのものの重要性を制限の可否の要素にすることは妥当でなく、主張に関わる事項の重要性で判断するとしたものと思われる。ここでいう重要性等とは、立証

できる見込みを含むものではなく、立証されたとした場合に被告人の罪責にどの程度影響を及ぼす事項であるかどうかを重要性の基準とすべきである。

このように、公判前整理手続終了後に新たな主張を制限できる場合について限定された範囲ではあるが認められることがあり、これも失権的な効力の一場面ということができよう。もっとも、本条項による被告人質問等の制限が幅広く行われるという事態を想定したものではないと思われる⁽¹⁸⁾。もとより、刑法295条1項は相当でない場合について、陳述を制限することができるとしており、不適当よりも広く不相当でも制限され得ると解されていることからすれば、安易に制限されかねないが、公判前整理手続を経た後の主張制限があえて設けられなかったことに配慮して、相当でないとして主張が制限できる場合に絞りをかけていくべきと思われる。

(8) 上記判例は、被告人質問に関するものであるところ、被告人が公判廷において陳述をする機会というのは、冒頭陳述（刑法291条4項）、被告人質問（刑法311条）、最終意見陳述（刑法293条）等法定されている。冒頭手続における被告人の公訴事実を認める旨の陳述も、被告人の公判廷における自白として証拠になるとされるし、被告人質問における被告人の供述も任意になされるときは証拠となる⁽²⁰⁾。ただ、被告人質問は法定されているとはいっても、主張としての発言をさせるための尋問なのか、証拠になるいわば証言的なものを引き出すための尋問なのかが非常に曖昧な存在である⁽²¹⁾。

証拠調べに入ってから被告人質問は、証拠調べ中の行為ではあるものの、被告人質問をするにあたって、人定質問や宣誓の手続きが不要であることは言うまでもなく、証拠調べの請求やそれに対する

(17) 前掲注(14)

(18) 石田寿一「判例評釈」ジュリ1485号109頁（2015）。

(19) 最判昭和25年12月5日刑集4巻12号2486頁、最判昭和26年7月26日刑集5巻8号1652頁。

(20) 鴨良弼編『刑事訴訟法講義』168頁（青林書院新社、1971）。

(21) 岸盛一ほか「岐路に立つ刑事裁判－＜第七回＞－」判タ69巻43頁〔武田発言〕（1957）。

証拠決定というものがないことから、狭義の証拠調べには含まれない。⁽²²⁾ 公判前整理手続内でも、被告人質問の日程はおさえるが、決定という行為はない。順序についても、旧刑法下における被告人質問とはその建前を異にしており、主要な証拠調べが一応終了した段階でなされるのが通常である。⁽²³⁾ 最近では、被告人質問先行型といって、被告人質問を先に行ってから、書証等の取調べに入る方式が取られることも多い。もっとも、被告人の供述については、有利不利を問わず証拠となることから、広義の意味では人証ということができると、被告人は、当事者であると同時に証拠方法ということもできるのである。^{(24) (25)} このような主張及び証拠としての両性質を有する被告人質問であるが、公判前整理手続を経た後に新たな事項に関する「主張」がされた場合は、刑訴法295条1項との関係ではなく、主張明示義務及び証拠調べ請求制限との関連でも、制限され得るのだろうか。

この点、控訴審においては、被告人に弁論権がなく（刑訴法388条、390条参照）、被告人が出席している場合に、裁判所が必要と認めてなす質問に対し任意に供述できるととどまるため（最決昭和26年3月30日刑集5巻5号801頁）、全て陳述（証拠）として扱われることとなる。したがって、控訴審における被告人の陳述があった場合においては、公判前整理手続後の証拠調べ請求の制限（刑訴法316条の32）に準じて考えればよい。

一方で、第一審においては先の通り主張と証拠の両性質を有することになる。一つの考え方としては、被告人質問の両性質を考慮して、主張としては取らざるを得ないが、証拠としてはやむを得ない事由があるかどうかを判断するということになる。

この場合は、主張はあるが、証拠がないから認定できないという事態も生じることとなるが、取るに足りないような主張であればともかく、実体的真実に沿う「主張」であれば、裁判所として主張を取り上げる以上は、「証拠」としてのやむを得ない事由の存在についても認めることに事実上なろう。

また、別の考え方としては、裁判所や検察官、弁護人から質問された場合に陳述をする消極型と、被告人から話したいことがあると主張して自ら陳述した場合の積極型に分け、消極型での被告人の立場は、証拠としての陳述を提供するために発言する機会が与えられていることになるから、当事者としての活動は抑制され、⁽²⁶⁾ 証拠としての客体としての側面が表に出るため、証拠調べ請求の制限にかかり、他方、積極型の場合は、その陳述によって被告人に有利にも不利にも働くという証拠として取り扱われる側面があるにしても、そこでは被告人は証拠としての事実を述べたのではなく、積極的に自らの言い分を主張した当事者としての側面が表に出るため、新たな主張として原則として制限をすることはできないなどの考えもできるかもしれない（もっとも、被告人の陳述が果たして積極型なのか消極型なのかを現実に見極めることは難しく、両性質を有していると見るのが実態に合っており、その意味では主張としては取り上げ、証拠としては証拠制限を考えるという二段階の考え方の方が適切と思われる。）。

3. 公判前整理手続を経た後の訴因変更の限界

(1) 公判前整理手続終了後、公判に入ってから訴因変更が許されるであろうか。先に見たとおり、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求制限と異なり、

(22) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第6巻 §§ 282-316』380頁〔高橋省吾〕（青林書院、第2版、2012年）。

(23) 松尾浩也『刑事訴訟法（上）』268頁（弘文堂、昭和54年）。

(24) 田中輝和「被告人の地位」熊谷弘編『公判法体系Ⅱ第2編公判・裁判(1)』155頁（日本評論社、1975）。

(25) 安平政吉「刑事訴訟法－被告人質問の性格－」綜合法学5巻1号31頁（綜合法学刊行会、1962）。

(26) 前掲注(24)156頁。

主張制限の規定については見送られたということや、公判前整理手続導入に伴って、訴因変更の条文（刑訴法312条1項）には何ら手を加えられなかったことからすると、訴因変更は公判前整理手続終了後も自由にできるようにも思われる。刑訴法312条1項は公訴事実の同一性を害しない範囲であれば訴因変更ができると規定するのみで、その時的限界についても、公判前整理手続を経た場合の限界についても触れていない。しかし、訴因変更は、新たな主張以上に、被告人の防御や訴訟手続に与える影響が大きいことは論をまたない。

(2) 主張制限規定の導入が検討されていた段階では、訴因も検察官の主張だから、同規定が訴因変更の限界にも影響することが想定されていたものとも考えられる⁽²⁷⁾。しかし、最終的に主張制限規定については改正に盛り込まれなかったことから、訴因変更は公判前整理手続終了後にも可能かが問題となりうるのである。訴因変更は検察官の主張として捉え、これを主張制限の問題の枠組みで整理することも考えられる。しかし、刑事訴訟法が、公訴事実を訴因を明示して記載することを求めたのは（刑訴法256条3項）、第一に裁判所に対する審判の対象を画定するためであり、第二に被告人に対し防御の範囲を示すためで、ここで重視されているのは、検察官の主張という面ではなく、裁判所、被告人に対する機能面である。これらの機能によって支えられる訴因制度は、たんなる検察官の主張にとどまるものではなく、刑事裁判制度の基本構造にかかわるものであるから、主張制限とは別枠で捉えるべきであろう。

(3) 訴因変更がいつまで許されるかについては、公判前整理手続導入前から時的限界という議論が存在している。それは、結審間近の段階で訴因変更がな

されたような場合、既に時間が経過したため証拠が散逸していたり、証人の記憶が減退しているなどの状況が生じて、変更後の訴因に関する被告人の防御にとって著しく不利益となることがあり、また、訴因変更が認められれば更に審理が遅延することとなり、迅速な裁判の要請にも反することから、訴因変更が時期的に許されなくなる場合があるとするものである。裁判例においても、訴因の変更請求が訴訟の長期化を招く場合や訴訟の経過に照らして、検察官の権利濫用と評価される場合等には、裁判所は解釈上、訴因変更の請求を許可しないことができると解されてきた⁽²⁸⁾。その根拠として、検察官は訴因変更の権限（刑訴法312条1項）を誠実に行使すべきであり、これを濫用してはならない（刑訴規則1条2項）ことに求められるとし、検察官が変更しようとする訴因による訴追意思を、これまでの訴訟において既に実質的に放棄したと認められる段階での訴因変更は許されないとともに、被告人に対して著しく防御権を害することになる段階での訴因変更は許されないとすべきであるとする⁽²⁹⁾。

(4) もっとも、これまで議論されてきた問題は、公判前整理手続を経ない場合の公判廷において、いつまで訴因変更ができるかという意味での時的限界であった。しかし、公判前整理手続は証拠制限効まで設けることにより徹底した争点整理を通じて計画審理の実現を図っており、関係当事者の協力と信頼のもとに審理予定を作り上げていくところに制度の根幹がある。とすれば、同手続を経たことは、訴因変更の許否の判断に全く影響しないはずはない⁽³⁰⁾。これまで議論されてきた時的な限界という視点だけでなく、より複眼的な視点で考察する必要があると考えられる。

(5) 裁判例を見てみると、公判前整理手続終了後の

(27) 岡慎一「公判前整理手続後の訴因変更の許否」ジュリ1398号214頁（2010）。

(28) 福岡高那覇支部判昭和51年4月5日判タ345号321頁。

(29) 安富潔『刑事訴訟法』313頁（三省堂、第2版、2013）。

(30) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第6巻 §§282-316』21頁〔角田正紀〕（青林書林、第2版、2012）。

訴因変更に関する裁判例として、①東京高判平成20年11月18日判タ1301号307頁がある。同事案は、公判において目撃者の証人尋問結果から、公判前整理手続で整理した訴因とは異なる過失内容が判明したことから、公判において訴因変更を請求したところ、許可したという原審の判断を是認したものである。同判決は、「充実した争点整理や審理計画の策定がされた趣旨を没却するような訴因変更は許されないものと解される」とした上で、具体的事情に照らし、本件では追加証拠調べが生じないこと、審理計画の大幅な変更もないことから、同趣旨を没却するものではないとした。

その後の裁判例も、②名古屋高判平成28年11月8日LLI/DB判例番号L07120591は、平成25年2月14日に公判前整理手続に付され、平成27年10月27日に同手続が終了し、同年11月27日に原審裁判所からの促しを受けて訴因変更をし、期日間整理に付されることもなく、同年12月3日にこれを許可した原審の手続について、法律上訴因変更ができないという定めがないことの他に、絞頸状況は当初から争点化し、そこに至る経緯を含むその点に係る証拠調べは既に十分に行われていたから訴因変更の許可に違法はないとした。また、③名古屋地判平成28年11月2日LLI/DB判例番号L07150956も、公判前整理手続終了後の公判において予備的訴因変更を認めた事案である。弁護人は、訴因変更が許可されれば従前の弁護人の主張が不利益事実の承認のように働くことから不意打ちを与えるとして異議を述べたが、同判決は、刑事訴訟法が証拠調べ手続を経た後の訴因変更を禁止しない以上、被告人又は弁護人が、訴因外の犯罪事実との関係で被告人の不利益となる事実を承認し、又は積極的に争わなかった場合、そのような事実が変更後の訴因に取り込まれることは、想定され得る事態である。したがって、被告人及び弁護人と

しては、そのことも前提とした防御活動をせざるを得ないのであって、このような訴因変更を不意打ちということはできない、として訴因変更を許可した。

このように、公判前整理手続を経た後の訴因変更については、現時点では結論的に許可した事案しか見当たらないものの、①②の判決は公判前整理手続の趣旨を没却するような場合は訴因変更が制限される余地を認めており、時的な限界とは異なる視点から検討しているということが見てとれる。

(6) 公判前整理手続においては、弁護人の協力なしでは争点整理と証拠整理を実現することは困難である⁽³¹⁾。争点が明確化され、証拠も必要最小限の範囲で絞られることで、弁護側も、絞られた争点の中で、防御方針を決定し、立証方針を立てて公判に臨むことになる。弁護人の活動として、証拠に対する意見と予定主張、証拠開示請求、そして弁護人による証拠調べ請求がある。証拠意見について考えてみると、この訴因ならこの書証は同意するといったように特定された訴因を踏まえて証拠意見を表明することになるから、あとになって訴因変更されると証拠意見の前提が覆ることになってしまいかねない。当初の検察官の主張や立証予定を前提にして争点整理に応じたのに、証拠構造の変動により、それまで争っていなかった事実が突然重要な意義を持ち始めるということもありえることである。一旦同意して証拠調べ決定された証拠を不同意にすることもできないので、このような事態は避けるべきという要請が働くことになる。また、予定主張に関しても、この訴因であれば違法性阻却事由に関する主張はあえてしない場合など主張を控える場面があると考えられる。先に見たとおり、公判前整理手続では主張明示義務があり、これに反して公判において新たな主張をすることは制限されてしまう場合があり

(31) 神山啓史＝岡慎一「公判前整理手続における争点整理」刑弁92号77頁（2017）では、弁護人の中には争点整理は被告人側には負担を課すだけでメリットはないという味方が根強く存在していることが指摘されている。

得なくはないため、控えた主張が、改めて主張できなくなる可能性がある。予定主張は、主張関連証拠開示請求も見据えて検討するから、予定主張を控えたことで、開示請求すべき証拠の開示を受ける機会をも失うことになる。また、弁護人による証拠調べ請求についても、特定の訴因においては不要と思われたので提出しなかったが、変更後の訴因であったら提出しておくべきだった証拠というものも存在しよう。主張と異なり、証拠については、公判前整理手続中に提出しなかった証拠を提出することは原則として禁止されるから（刑訴法316条の32第2項）、被告人による有効な反証の機会を失わせる事態を生じかねないという問題がある。弁護人の主張は予定主張で明確になり、公判前整理手続や実務上行われている打合せ手続の中でも、証拠の内容にも触れた実質的な議論が行われ、弁護側の防御方針は明らかになる。弁護側が協力的であることによって、はじめに争点と証拠が整理されところに公判前整理手続の特徴があり、同手続における弁護人の主張、立証態度なども含めて、公判前整理手続を経た後の訴因変更が不意打ちとならないか検討すべきであろう。その意味でも先に紹介した③の事案は、公判前整理手続における弁護人の協力が消極的になりかねない解釈である。

(7) 次に、裁判所の視点から検討してみると、裁判員裁判対象事件と非対象事件かによっても異なると思われる。裁判員裁判対象事件では、裁判員に加重的負担をかけないということを重点的に考える必要が出てくる。そのため、例えば、主観的併合は争点を複雑化し、審理が長期に及ぶ傾向があるから、主観的併合は原則として避けるべきであるし、客観的併合についても、公判前整理手続終了後の追起訴分を基本的に併合しないこととすべきであるとされている（被告人の併合による利益は、絶対的なものではないから後退する⁽³²⁾）。

このように考えてみると、公判前整理手続後の訴因変更については、それによって審理計画が変更されることとなり裁判員の参加が難しくなるような場合かどうか、言い換えれば公判前整理手続で策定された審理計画の中で進められる範囲かどうか重要になる。一方で、非対象事件については、裁判員の負担という視点はないので、公判前整理手続を行った趣旨を失うかどうか、具体的には新たな証拠調べ手続が必要であるかとか、訴因変更請求の時期がいつであるか、訴因変更請求の経緯、被告人に防御に不利益がないかという後見的な観点も重要になってこよう。

(8) 最後に、検察官の視点から検討してみる。たしかに、裁判は生き物であるから、公判になってから想像もしなかったような証言が出てくるような場合があることは否定し得ないので、訴因変更請求するに至った経緯は重要な要素となろう。とはいえ、基本的には、十分な争点整理の上で構成した証拠構造と異なる主張を新たに行ったりすることは大きな問題があると言わざるをえないから、公判前整理手続を経ない公判の場合より厳しく判断すべきである。

(9) 他方、被告人が完全に黙秘している場合など、弁護人の主張が黙秘という以外明らかでなく、弁護側の主張により争点が絞られたのではなく、半ば見切り発車的に公判に突入した場合などにおいては、公判に入ってから訴因変更も比較的緩やかに認めても良いと思われる。公判前整理手続で実質的な争点整理ができなかったにも関わらず訴因変更請求できないとするのでは実体的真実発見を損なうことになるし、訴因変更を認めることによって公判前整理手続に協力することのメリットを弁護側に示すこともできよう。

(10) いずれにしても、訴因変更により最も影響を受け、利害関係を有するのは被告人である。安易に訴因変更を認めたのでは、公判前整理手続において、

(32) 角田正紀「裁判員裁判の対象事件について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集中巻699頁以下（成文堂、2007）。

弁護人に対し争点整理のための協力を求めることすらも困難になりかねない。検察官が主張、立証しようとする間接事実の意味・位置付けについて、当事者双方及び裁判所が共通認識を持つことが重要であり、これが容易に覆されるようでは、争点及び証拠の整理を実行的に進めることなどできるはずもないのである。⁽³³⁾したがって、公判前整理手続への弁護人の協力態度を度外視して訴因変更の許否を論じることができないものと解されるから、⁽³⁴⁾弁護人の協力が十分に得られて争点整理ができた事案については、証拠制限の及ぶ範囲は広がるし、訴因変更も制限されるといったように失権的な効力がより強く働くことになる。一方で、弁護人が具体的な主張をしないなどの理由から十分な争点整理ができないような事案では、失権的な効力は弱まっていくと考えられる。

4. 証拠調べ請求に関する失権的な効力

(1) 刑訴法316条の32は、やむを得ない事由によって公判前整理手続又は期日間整理手続において請求することができなかったものを除き、公判前整理手続又は期日間整理手続（以下、「公判前整理手続」で統一する。）が終わった後には、証拠調べを請求することができない、と証拠調べ請求の制限に関して規定する。

(2) 公判前整理手続の終了後においても新たな証拠調べ請求を無制限にすることができるとすると、同手続における争点整理、証拠整理の実効性が著しく損なわれることに加え、相手方の反証の準備のために公判審理を中断せざるをえなくなるなど、公判前整理手続において策定した審理計画に従った審理の実現が困難になる。特に裁判員対象事件では、その

審理計画に基づく審理予定期間を前提として、自らの従事する業務の予定等を調整した上で審理に臨んでいる裁判員の都合がつかなくなるなど、裁判員に過重な負担を強いることになり、裁判員制度自体が機能しなくなるおそれがある。そこで、本条は、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求を原則として制限したものである。⁽³⁵⁾もっとも、具体的状況に応じて主張や証拠構造が変化することもあるため、やむを得ない事由による証拠調べ請求を例外的に認めている。

(3) 証拠決定を留保する扱いに関して。

ア. 公判前整理手続中の証拠整理の段階では必要ではないが、公判審理に入ってから必要となるかもしれない証拠についての証拠調べ請求の扱いについては、留保して、公判になってから採否を決する取扱いをすることがある。例えば、直接証拠が被害者証言しかないような場合、同証言の信用性が否定された場合に備えて、被害者の検面調書（刑訴法321条1項2号）は証拠調べ請求されているのが実務の通例である。公判で被害者証言が崩れたときに備えて、捜査段階における被害者供述の信用性を立証するために被害者の供述状況を知る者の証人尋問請求をするような場合はどうであろうか。

公判で、ある証拠の信用性が害された場合に備えて（それ以外にも、違法収集証拠として特定の証拠が排除された場合に備えることも考えられる。）、周辺事実も証拠調べ請求をしていては、公判前整理手続に不必要に時間を要し、証拠が拡散し、証拠整理とは程遠い結果となってしまう。しかしながら、審理計画策定の見地からすると、これら特信情况等の周辺事実の審理が必要となる可能性があれば織り込んで審理計画を策定する必要があることも事実であ

(33) 前掲注(11)

(34) 角田正紀「公判前整理手続後の訴因変更」別冊ジュリ203号125頁（2011）。

(35) 落合義和＝辻裕教編『刑事訴訟法等の一部を改正する法律及び刑事訴訟法規則等の一部を改正する規則の解説』198頁（法曹会、2010）。

(36)
る。

そこで、検察官または弁護人は、可能性のある証拠について一応、証拠調べ請求をした上で、裁判所が採否を留保し、公判審理の中で見通しが立った段階で必要とあれば採用し、不要とあれば却下するという運用が行われている。このような扱いについて、裁判員裁判における公判前整理手続を前提とした議論ではあるが、裁判所が証拠調べの要否を判断する際、中間評議の中で、裁判員との間で実体に触れた議論をせざるを得ないが中間評議の枠を超えるものではないから許されるという肯定説や、採否の判断を示す段階で裁判体の心証を示す結果になることへの不安から許されないとする否定説がある。また、特に証人の場合については、証人の出頭確保のために採用された段階で日程調整をすることとならざるを得ないため、証人の出頭確保に困難をきたすのではないかという運用上の難点を指摘するものもある。(37)

イ. 公判前整理手続は、手続内で明確化された争点を中心に当事者が積極的な主張立証活動を行い、効率的かつ効果的な公判審理を実現する目的で行われるものである。仮に、公判前整理手続において明示的に主張しなかった争点や間接事実等について一切の追加的な立証を認めないこととすると、当事者が公判前整理手続でできる限り多くの立証をしておく傾向となり、間接事実等に関する証拠調べ等が五月雨式に増大して、証拠整理を著しく害することになってしまおう。一方で、やむを得ない事由を緩やかに解して追加証拠調べ請求を認めると、公判前整理手続における争点及び証拠の整理の実効性が損な

われ、策定した審理計画に従った審理の実現が困難になり、ひいては効率的かつ効果的な公判審理の実現という、公判前整理手続を設けた趣旨を損なう結果となりかねない。

そこで、争点と証拠整理を充実させつつ、生き物としての訴訟に臨機応変に対応できるためには、やむを得ない事由の判断に当たっては公判前整理手続における相手方の主張や証拠関係に照らして、当該間接事実等に関する証拠調べ請求をする必要がないと考えたことが合理的であって、かつ、公判における証拠関係や相手方の主張の変化に照らして、追加的に証拠調べをすることに十分な必要性があるか否かについて実質的に検討する必要があるものと解される。

いずれにしても、公判前整理手続の趣旨に鑑みれば、やむを得ない事由を緩やかに解するべきではなく、実務上行われている証拠決定を留保する扱いは、新たな証拠調べ請求に関する失権的効力があるが故の実務上の要請に基づく取扱となるだろう。

しかしながら、先の例で言えば、証人が供述を翻すことが予想できなかった場合には、検察官による特信状況に関する証拠と2号書面の請求は刑訴法316条の32のやむを得ない事由が認められるかを検討して判断すべきものと思われ、通常は、証拠調べ請求の制限にかからないというべきであるし、(38) このように、公判審理に入った後に必要となった追加証拠調べ請求については、やむを得ない事由の存在を実質的具体的に検討した上で許していくべきであって、証拠決定を留保する扱いは多用すべきものではないと考えられる。

(36) もっとも、通常行われる証人テストは、刑訴規則191条の3に基づく事前準備としての事実の確認であって、その目的は主として交互尋問が無駄なく効果的に行われることにあるから（石井一正『刑事実務証拠法』298頁（判例タイムズ社、第5版、2011））、公判前整理手続中に行われることは予定されていない。そのため、公判前整理手続中に証人の矛盾供述が出る可能性の有無は判断することは難しく、公判前整理手続中に特信状況の立証までも踏まえた主張立証を当事者に求めることは難しいものと思われる。

(37) 今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」判タ1255号11頁（2008）。もっとも、証人予定の者に対して、証人尋問の可能性があると念のため予定を確保させておけば、運用上の問題は生じないだろう。

(38) 長井秀典＝福島直之「2号書面の採否が問題となる事案の審理」判タ1412号116頁（2015）。

ウ。なお、控訴審においては、刑訴法393条の事実取調べをすることができるため、第一審で刑訴法316条の32による制限をしても結果として証拠調べが可能となる場合がある。刑訴法393条の裁量的取調べについて、最終昭和59年9月20日刑集38巻9号2810頁は、控訴裁判所は、第一審判決以前に存在した事実に関する限り、第一審で取調べないし取調べ請求されていない新たな証拠につき、刑訴法393条1項但書の要件を欠く場合であっても、第一審判決の当否を判断するため必要と認めるときは、同項本文に基づき、裁量によってその取調べをすることができる⁽³⁹⁾と判断しており、刑訴法382条の2における「やむを得ない事由」に当たらない場合であっても広く裁量的証拠調べが認められている実情がある。裁判員裁判の導入によってもこの判例の解釈自体の変更はないとされるが、裁判員制度のもとではより一層、一審への集中を図る必要が有ることを考慮すると、控訴審も裁量による事実の取調べについては、より慎重な姿勢で望むべきであり、事後審として一審の審理及び判決に瑕疵がないかを審査するという立場から、真に必要な場合に限ってこれを行うよう運用すべきであろう⁽⁴⁰⁾。

(4) 刑訴規則199条の10又は11による書面等の提示に関して。

ア。証人尋問においては、書面又は物に関しその成立、同一性その他これに準ずる事項について証人を尋問する場合において必要があるときや、記憶が明らかでない事項についてその記憶を喚起するため必要があるときは、裁判長の許可を受けて、書面又は物を示して尋問することができる（刑訴規則199条の10、11。以下、「刑訴規則199条の10等」とする。）

ところ、公判前整理手続中に証拠調べ請求していない書面等を、公判において、示して尋問することは許されるだろうか。

イ。まず考えられるのが、刑訴法316条の32を適用して、原則として示すことは許されないとする考えである。しかし、同条は証拠調べ請求の制限をしているのであって、ここでいう書面等の提示は、提示された書面等が証拠となるのではなく、提示されたことによって引き出された証人の証言が証拠となるものであるから、尋問中の書面等の提示そのものを同条により制限されとすることはできないと考えられる。また、同条の適用を肯定すると、公判前整理手続の段階で、証人の記憶喚起等に必要な書面等までも請求しなくてはならないことになる。公判前整理手続中において、すでに公判での記憶喚起が必要な事態が明らかであれば、そうならないように準備して公判に備えておくべきであるし、記憶喚起が必要な事態が生じるか否かわからなければ、そもそも事前に書面等を証拠調べ請求することも期待できない。その意味でも刑訴法316条の32の適用は否定されるべきである。

折衷的な考えとしては、例えば、当事者が公判前整理手続終了後に新たに証拠調べ請求をしたが「やむを得ない事由」がないとして請求を却下された場合、その代替手段として、刑訴規則199条の10等により証拠調べ請求をした書面等を証人に示して尋問するというケースが挙げられ、証拠制限規定を潜脱する意図で刑訴規則199条の10等の規定を用いる場合は、刑訴法316条の32を適用ないし類推適用して許されないとするものである⁽⁴¹⁾。しかし、この論拠は、証拠調べ請求ではない刑訴規則199条の10等に

(39) 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会つばさ会「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判タ1288号5頁（2009）。

(40) 河上和雄ほか編『大コメンタール刑事訴訟法第9巻』307頁〔原田國男〕（青林書院、第2版、2012）、石井一正『刑事控訴審の理論と実務』249頁（判例タイムズ社、2016）では、証拠調べ請求をしなかったことについての帰責性の有無に収斂して論じられる傾向が強まっているとされ、帰責性を厳格に考えていくべきこととなろう。

(41) 渡部一郎「尋問における書面等の提示と証拠制限規定（刑訴法316条の32）との関係」判タ1318号33頁（2010）。

よる書面等の提示について、刑訴法316条の32を適用ないし類推適用する点において、適用肯定説と同様の批判が当たろう。

書面等の提示は、あくまで証人の証言を引き出すための尋問方法の手段として書面等を提示するものにすぎないから、追加の証拠調べや争点が拡散するおそれもない。あくまでも公判前整理手続によって整理された争点について記憶喚起等のために書面を提示するものである。仮に争点以外の事項について書面を提示することになれば、それは当該尋問そのものが新たな証拠調べ請求にかかるものとして制限されることになる。そうすると、刑訴規則199条の10等による書面等の提示そのものは、公判前整理手続の趣旨を没却するような態様は考え難い。

そこで、適用を否定する説は、書面等を示して尋問することと、書面等を証拠として取り調べることは本質的に異なるとして、刑訴規則199条の10による場合には訴訟指揮権の行使によって、同規則199条の11による場合には裁判長の許可を与えないことによってそれぞれ対処すればよいとする⁽⁴²⁾。先に上げた証拠制限規定を潜脱する方法で書面等の提示をした場合については、「必要がある」か「不当な影響がなければ」という文言に公判前整理手続の趣旨を没却しないかどうかを読み込んで、裁判長の訴訟指揮権の行使に任せるのが妥当である。なお、示された書証等は、尋問調書に添付される扱いがされることがあるが、これも添付された書面等が証拠となるものではないから、同様に考えられる。

ウ. このように、公判前整理手続を経たことによって尋問の際に書面等を示すことは、直接的に公判前整理手続の規定が適用されるわけではないが、裁判長が訴訟指揮権を行使するにあたって、公判前整理

手続を踏まえた判断をする点において、一つの失権的な効力が生じる場合があるといえることができる。

これは、先に見た最高裁判例（2(7)参照）が刑訴法295条1項による被告人質問を制限した事例と通じるものであろう。

(5) 公判前整理手続中の捜査で得られた証拠と違法収集証拠排除法則に関して。

ア. 公判前整理手続終了後の証拠調べ請求は制限されるとしても、当然のことながら公判前整理手続中に捜査機関が証拠収集のための捜査をすることまでは禁じられるものではない。公判前整理手続は長期に渡ることもあり（平成26年度は平均6.8ヶ月）、その間に捜査機関が捜査をして証拠を収集することは実務上一般に行われているといっていよい。法律上も証拠一覧表の交付をした後、証拠を新たに保管するに至ったときは、その証拠一覧表を交付することを義務付けている（刑訴法316条の14第5項）。これは、すでに警察官が保管している証拠の送付を受けて検察官が新たに保管するに至った場合のみならず、捜査機関が新たに捜査をして得られた証拠を検察官が保管するに至った場合も除外するものではないだろうから、公判前整理手続開始後の捜査機関による証拠収集を認めているといえる。現に、証拠開示請求をすると、公判前整理手続開始後に作成された証拠が開示される事例は多く、争点と証拠の整理のための公判前整理手続が、捜査機関の証拠収集期間として利用されている側面が存在することは否めない。

一番の問題点は、弁護側の予定主張や証拠調べ請求を把握した検察官が、弁護人側の主張を反駁すべく証拠収集を行うことが可能となることである。公判前整理手続を経ない裁判であれば、Wという被

(42) 高野隆「証人尋問における書面や物の利用」日本弁護士連合会編『法廷弁護技術第2版』196頁（日本評論社、2009）は、「証人尋問中にそれまで登場しない証拠をいきなり証人に示して弾劾すること」は証拠制限規定に違反しないとするが、刑訴法316条の32が適用されないという趣旨であるのか、「やむを得ない事由」にあたるものとするのかは明らかでない。

(43) 前掲注(41)

(44) 最決平成23年9月14日ジュリ1442号80頁。

告人に有利な目撃証人がいても、それを検察官が知るのは公判の直前であるから、捜査機関がこれに反駁する証拠を収集することは容易ではなかった。しかし、公判前整理手続は長期に渡るため、弁護人側がWを申請した段階で（もっと早ければ予定主張で目撃者が判明した段階で）、捜査機関はWを弾効できる証拠を収集し、請求することが可能となる。極端な場合には、Wを証拠隠滅罪等の被疑事実で逮捕したり、逮捕しないまでも任意の取調べとして呼び出すという事態も想定される⁽⁴⁵⁾。

イ。本来、検察官は有罪立証できるだけ十分な捜査を行った上で起訴することが求められている。そして、公判前整理手続はあくまで争点と証拠の整理を主眼とするものである。そうだとすると、公判前整理手続中において、無制約に捜査を認め、証拠調べ請求を認めてよいのだろうか。証拠調べ請求そのものが認められるとしてもこれを排除するべきではないのだろうか。

そこで、公判前整理手続中の捜査で得られた証拠について、違法収集証拠として排除できるだろうか。違法収集証拠排除法則については、リーディングケースである最判昭53年9月7日刑集32巻6号1672頁が、「憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」としている。令状主義の精神を没却するとの点については、例示と解されており必ずしも令状主義には関係しない証拠収集手続の重大な違法がある場合にも該当すると解されている⁽⁴⁶⁾。そのため、果たして公判前整理手続中に証拠収集するという捜査手続が重大な違

法というかが中心的な問題となろう。

公判前整理手続中に収集された証拠だからといって、即、重大な違法を帯びるということではできない。なぜなら、公判前整理手続を経ない公判であっても、公判審理中に並行して証拠を収集してこれらを証拠調べ請求することは認められており、刑訴規則205条の4のような異議申立てが時機に後れた場合に却下できるといった類の一般的な規定が置かれていない。公判前整理手続終了後には新たな証拠調べ請求ができないという限度で、時期的な制限があるのみである。したがって、公判前整理手続中に収集された証拠であるからといって一律に排除されるべきということにはなるまい。

しかし、刑事手続は、起訴するまでに有罪立証可能なだけの証拠を収集していることが基本的な前提となっている。公判前整理手続は、起訴後の争点と証拠の整理のために設けられており、同手続中に証拠を収集しては、いつまでたっても証拠の整理がつかないことになり、同手続の本来の趣旨から外れるものといえるだろう。公判前整理手続の時間を利用して捜査機関が証拠収集を行うことは公判前整理手続に時間がかかることによる副作用に過ぎないのである。

そこで、追加の証拠収集が必要であることから殊更に公判前整理手続を引き伸ばして収集するなど、公判前整理手続を証拠収集の手段として利用するような公判前整理手続の趣旨、目的を没却する態様で収集された証拠については、重大な違法があるものとして、違法収集証拠排除法則により排除される余地があるとは考えられないだろうか。例えば、弁護側証人に対して取調べを行うことなどは、争点整理の域を超えており、これが許されるとすれば弁護側としても公判前整理手続への協力が消極的にならざ

(45) 筆者の体験でも、黙秘する被疑者の母親が証拠隠滅罪の疑いで任意取調べの呼出しを受け、出頭しなければ逮捕もありうると仄めかされたことがある。

(46) 三好幹夫「違法排除法則－裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続III』344頁（悠々社、2002）、宇藤崇ほか編『リーガルクエスト刑事訴訟法』392頁（有斐閣、2012）。

るをえないことから、許されないと言うべきである。仮にこの理を肯定できるとすれば、公判前整理手続を経たことによる失権的な効力の一つということができよう。

ウ、したがって、裁判所としても、検察官が補充捜査を行うことを理由として公判前整理手続を続行、延期することを求めるなど、公判前整理手続の趣旨、目的を没却することになりかねない場合には、訴訟指揮によりこれを制限して、審理計画を策定すべきである。

5. おわりに

以上見てきたように、公判前整理手続が導入され、争点整理と証拠整理がそこで十分に行われることが期待されている。その結果、公判審理においては公判前整理手続と異なる主張や立証をすることがどこまで許されるのかという問題が生じることとなった。見てきたように、公判前整理手続と矛盾する行為は差し控えられるべきといった、法的な義務ではないが、事実上の効力にすぎないというほど弱いものでもないため、失権的な効力として位置づけたものである。本稿では、主張や立証を中心としつつも、それだけでなく多少広がりをもって、公判審理で許されなくなる場面を失権的な効力という切り口で検討してみたものであるが、他にもまだ失権的な効力が生じる場面があろうし、立証責任を負っている検察官が基本的証拠構造を示し、それに則って弁護側の防御が進展することから、検察官側にのみ失権的な効力を認めればよいという片面的な考え方もありえよう。これまでの議論を一層深めていきたい。

以上