

第 1 部 捜査

第 1 章 強制捜査と任意捜査 p1～5

第 1 節. 「強制の処分」 p1～2

[論点 1] 意思制圧説 (最決 S51.3.16・百 1)

[論点 2] 重要権利利益実質的侵害説

[図解] 「重要な権利・利益の実質的な制約」

[例 1] 宅配便荷物のエックス線検査 (最決 H21.9.28・百 29)

[例 2] GPS 捜査 (最大判 H29.3.15・百 30)

[論点 3] 平成 29 年大法院判決

第 2 節. 任意捜査の限界 p3～5

1. 捜査比例の原則 p3

[論点 1] 任意捜査の限界 (最決 S51.3.16・百 1)

2. 検討の流れ p3～4

3. 重要判例 P4～5

[判例 1] 写真撮影 (京都府学連事件・最大判 S44.12.24)

[判例 2] ビデオ撮影 (最決 H20.4.15・百 8)

[判例 3] 会話の秘密録音 (千葉地判 H3.3.29・百 9)

[判例 4] おとり捜査 (最決 H16.7.12・百 10)

[当てはめ]

第 2 章 捜査の端緒 p6

1. 職務質問と捜査

2. 職務質問

[論点 1] 職務質問のための有形力の行使

3. 所持品検査

[論点 2] 所持品検査の可否・限界 (米子銀行強盗事件・最判 S53.6.20・百 4)

第 3 章 被疑者の逮捕・勾留 p7～18

第 1 節. 逮捕 p7～10

1. 通常逮捕 p7

2. 現行犯逮捕 p7～8

[論点 1] 現行犯逮捕の要件

3. 準現行犯逮捕 p8～10

[論点 2] 準現行犯逮捕の要件

4. 緊急逮捕 p10

第 2 節. 被疑者勾留 p10～12

1. 概要 p10

2. 勾留の理由 p10～12

第 3 節. 逮捕・勾留に関する論点 p13～18

1. 事件単位原則 p13

[論点 1] 事件単位原則

2. 一罪一逮捕一勾留の原則 p13～15

[論点 2] 重複逮捕・重複勾留の禁止の原則

- ・ 重複逮捕・重複勾留禁止の原則が適用される範囲
- ・ 重複逮捕・重複勾留禁止の原則の例外

[論点 3] 再逮捕・再勾留禁止の原則

- ・ 再逮捕・再勾留禁止の原則が適用される範囲
- ・ 再逮捕・再勾留禁止の原則の例外

[論点 4] 違法逮捕後の再逮捕

3. 別件逮捕・勾留 p15～16

[論点 5] 別件逮捕・勾留の可否

[論点 6] 逮捕・勾留中の余罪（本件）取調べの可否・限界

[論点 7] 別件逮捕・勾留終了後における本件を被疑事実とする逮捕・勾留

4. 違法逮捕に基づく勾留請求 p17～18

[論点 8] 違法逮捕に引き続く勾留請求

[過去問] 司法試験プレテスト設問 1

第4章 取調べ等 p19～21

1. 取調べの適法性 p19～20

[論点 1] 任意同行とその後の取調べの適法性（高輪グリーン・マンション事件・最決 S59.2.29・百 6）

- ・ 「強制の処分」
- ・ 任意捜査としての限界

[論点 2] 黙秘権告知をしないままでの任意取調べ（最大判 S23.7.14）

2. 任意同行と実質的逮捕の区別 p20

[論点 3] 任意同行と実質的逮捕との区別

3. 取調受忍義務 p20～21

[論点 4] 取調受忍義務

4. 起訴後勾留中の被告人の取調べ p21

[論点 5] 起訴後勾留中の被告人の取調べ（最決 S36.11.21・百 A16）

第5章 証拠の収集 p22～37

第1節 令状搜索 p22～24

1. 令状において搜索対象が特定されていること p22

[論点 1] 「搜索すべき場所、身体若しくは物」の特定（東京地決 H2.4.10）

2. 搜索対象に令状の効力が及んでいること p22～23

[論点 2] 管理権を異にする同一空間内における搜索の可否

[論点 3] 「場所」に対する搜索差押許可状に基づき搜索場所にある物を搜索することの可否

[論点 4] 「場所」に対する搜索差押許可状に基づき搜索場所に居合わせた者（被処分者、被疑者、第三者）の身体を搜索することの可否

[論点 5] 搜索実行中に搜索場所に搬入された物を搜索することの可否（最決 H19.2.8・百 20）

3. 差押目的物が存在する蓋然性 p23～24

4. 関連論点 p24～25

〔論点 6〕 強制採尿

- ・ 強制採尿の「強制の処分」該当性（最決 S55.10.23・百 27）
- ・ カテーテル挿入による強制採尿の可否（最決 S55.10.23・百 28）
- ・ 強制採尿令状（最決 S55.10.23・百 27）
- ・ 強制採尿令状による採尿場所への強制連行（最決 H6.9.16・百 28）

第 2 節. 令状に基づく差押え p26～28

1. 令状の有効性 p26

〔論点 1〕「罪名」の記載（最大決 S33.7.29・百 A5）

〔論点 2〕「差し押さえるべき物」の概括的記載（最大決 S33.7.29・百 A5）

2. 当該物が令状記載の「差し押さえるべき物」に該当すること p26～27

〔論点 3〕 令状記載の「差し押さえるべき物」への該当性（最判 S51.11.18・百 21）

〔論点 4〕 電磁的記録媒体の差押え（内容を確認しないで差し押さえることの可否）（最決 H10.5.1・百 22）

〔論点 5〕 関連性の判断基準時

3. 別件差押え p28

〔論点 6〕 別件差押え（最判 S51.11.18・百 21）

4. 差押えの必要性 p28

〔論点 7〕 差押えの必要性（最決 S44.3.18・百 A3）

第 3 節. 搜索・差押えに「必要な処分」 p29～30

〔論点 1〕「必要な処分」の限界（最決 H14.10.4・百 A6）

〔論点 2〕 令状呈示前の立入り（最決 H14.10.4・百 A6）

〔論点 3〕 押収した携帯電話のデータ復元（平成 22 年司法試験設問 1）

〔論点 4〕 搜索・差押え時に行われる写真撮影（平成 21 年司法試験設問 1、最決 H2.6.27・百 32）

第 4 節. 逮捕に伴う搜索・差押え p31～37

1. 逮捕に伴う無令状搜索・差押えの根拠 p31

〔相当説〕

〔緊急処分説〕

〔いずれの見解によるべきか〕

2. 「逮捕する場合」（時間的限界） p31～32

〔相当説〕 最大判 S36.6.7・百 A7

〔緊急処分説〕

3. 「逮捕の現場」（場所的限界） p32～33

（1）相当説

〔論点 1〕 管理権の同一性

〔論点 2〕 第三者に属する場所

〔論点 3〕 逮捕行為が行われた場所から被疑者を移動させた上で被疑者の身体・所持品について無令状搜索・差押えを実施する場合（最決 H8.1.29・百 25）

（2）緊急処分説

〔論点 1〕 被逮捕者の身体及びその直接支配下にある場所・物件

〔論点 2〕 第三者に属する場所

4. 対象物（物的限界） p33～36

（1）搜索

ア. 相当説

〔論点 1〕 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

〔論点 2〕 逮捕行為が行われた場所に偶々居合わせた第三者の身体・所持品

〔論点 3〕 別件捜索

イ. 緊急処分説

〔論点 1〕 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

〔論点 2〕 逮捕行為が行われた場所に偶々居合わせた第三者の身体・所持品

(2) 差押え

ア. 相当説

〔論点 1〕 差押えの物的範囲

〔論点 2〕 凶器・逃走具

〔論点 3〕 別件差押え

イ. 緊急処分説

〔論点 1〕 差押えの物的範囲

〔論点 2〕 凶器・逃走具

〔図解 1〕 覚せい剤取締法違反で「A 宅内」で「A」を逮捕した事案 p36

〔図解 2〕 覚せい剤取締法違反で「B 宅内」で「A」を逮捕した事案 p37

第 5 節. 領置 p38

〔論点 1〕 「遺留した物」

〔論点 2〕 「領置」の限界（最決 H20.4.15・H20 重判 1）

第 6 章 被疑者の防御活動 p39～40

〔論点 1〕 接見指定の可否（最判 H11.3.24・百 33）

〔論点 2〕 接見指定の内容（最判 H12.6.13・百 34）

（論証 1）一般論

（論証 2）逮捕直後の初回接見

〔論点 3〕 任意取調べ中の被疑者との弁護人面会（福岡高判 H5.11.16・百 A12）

〔論点 4〕 起訴後の余罪捜査と接見指定（最決 S55.4.28・百 35、最決 S41.7.26）

第 2 部 公訴提起

第 1 章 起訴独占主義・起訴便宜主義 p41

〔論点 1〕 一罪の一部起訴の可否（東京高判 H17.12.26・H18 重判 2、最大判 H15.10.7）

〔論点 2〕 告訴なき旧強姦罪の一部起訴に対して裁判所がとるべき対応

第 2 章 起訴状一本主義 p42

〔論点 1〕 脅迫・名誉毀損等の手段・方法として用いられた文書の内容の引用（最判 S33.5.20、最判 S44.10.2）

〔論点 2〕 被告人の前科・前歴、余罪、素行、性癖など（最大判 S27.3.5）

第 3 章 被告人の確定 p43

[論点 1] 被告人の確定基準

[論点 2] 通常手続における氏名等の冒用

[論点 3] 略式手続における氏名等の冒用 (最決 S50.5.30、大阪高決 S52.3.17)

[論点 4] 身代わり犯人

第4章 公訴時効 p44～45

1. 公訴時効の起算点 p44

[論点 1] 「犯罪行為が終わった時」 (最決 S63.2.29・百 42)

[論点 2] 科刑上一罪 (最決 S63.2.29・百 42、最判 S47.5.30)

2. 公訴時効の停止 p44～45

[論点 3] 起訴状謄本が法定期間内に送達されなかった場合 (最決 S55.5.12・百 A13)

[論点 4] 訴因不特定の場合 (最決 S56.7.14)

[論点 5] 誤って併合罪の関係にある事実について訴因変更請求をした場合 (最決 H18.11.20・百 A14)

[論点 6] 真犯人でない者に対する公訴提起

[論点 7] 身代わり犯人に対する公訴提起

[論点 8] 一時的な海外渡航 (最決 H21.10.20・H21 重判 2)

[論点 9] 公訴時効の停止が生じる「当該事件」 (最決 S56.7.14)

第5章 訴訟条件 p46～47

1. 訴訟条件の判断基準 p46～47

[論点 1] 訴訟条件の存否判断では訴因と心証のいずれを基準にするべきか

[論点 2] 免訴事由が問題となる場合

[論点 3] 公訴棄却事由が問題となる場合 (東京地判 S58.9.30・百 48)

[論点 4] 管轄違いが問題となる場合 (最判 S28.3.20)

2. 訴訟条件の追完 p47

[論点 5] 訴訟条件の追完

第6章 訴因 p48～65

第1節 訴因の特定 p48～52

[論点 1] 訴因の特定のために必要とされる記載

[判例 1] 包括一罪を構成する一連の暴行による傷害 (最決 H26.3.17・百 44)

[論点 2] 「日時、場所及び方法」の概括的記載 (最決 S56.4.25・百 43、白山丸事件・最大判 S37.11.28・百 A17)

[判例 2] 覚せい剤自己使用罪の日時・場所・方法についての幅のある記載 (最決 S56.4.25・百 43)

[論点 3] 殺人罪の共謀共同正犯の実行行為者を明示しない訴因

[論点 4] 共謀共同正犯の訴因における共謀の日時・場所・方法

[論点 5] 訴因の特定と求釈明

[論点 6] 釈明内容は訴因の内容となるか

第2節 訴因変更 p53～64

1. 思考の流れ p53

2. 訴因変更の要否 p54～59

[論点 1] 訴因変更の要否の判断基準 (最決 H13.4.11・百 45)

[判例 1] 訴因と異なる放火方法の認定 (最決 H24.2.29・H24 重判 4)

[論点 2] 縮小認定

[具体例] 縮小認定の肯定例・否定例

- ・単独犯の訴因で共同正犯の認定 (最判 S34.7.24)
- ・共同正犯の訴因で単独犯の認定 (最決 S30.10.29)

[論点 3] 裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定する場合 (平成 25 年予備試験設問 1・2、平成 29 年予備試験設問 2)

[論点 4] 罪数の変化

[論点 5] 罰条変更の可否 (最決 S53.2.16・百 A20)

3. 訴因変更の可否 p60～61

[論点 1] 訴因変更の可否の判断基準

4. 訴因変更の限界・訴因変更命令 p62～63

[論点 1] 訴因変更の時期的限界 (福岡高那覇支部判 S51.4.5・百 A21)

[論点 2] 公判前整理手続終了後の訴因変更請求 (東京高判 H20.11.18・百 56)

[論点 3] 訴因変更命令の形成力 (最大判 S40.4.28・百 A23)

[論点 4] 裁判所の訴因変更命令義務 (最判 S58.9.6・百 47)

[論点 5] 訴因維持義務 (最判 S42.8.31・百 A22)

[論点 6] 裁判所の訴因維持命令権限

第 3 節. 裁判所の審判対象 p64～65

[論点 1] 横領後の横領 (最大判 H15.4.23・百 39)

第 3 部 公判手続

第 1 章 公判手続の原則 p67

1. 公開主義
2. 直接主義・口頭主義
3. 迅速な裁判

第 2 章 公判準備 p68～75

第 1 節. 被告人の勾留と保釈 p68～70

1. 被告人の勾留 p68
2. 保釈 p68～70

[論点 1] 勾留の基礎とされていない犯罪事実まで考慮することの可否 (最決 S44.7.14・百 A28)

[論点 2] 再犯のおそれを考慮することの可否 (高松高決 S39.10.28)

第 2 節. 公判前整理手続 p71～75

1. 事前準備手続 (従来の公判前準備手続) p71
2. 従来型の証拠開示 p71
3. 公判前整理手続 p71～75

[論点 1] 聴き取り捜査報告書の 316 条の 15 第 1 項 6 号該当性 (大阪高決 H18.10.6、東京高決 H20.4.1 等)

[論点 2] 公判前整理手続終了後における被告人側の新たな主張・供述等 (最決 H27.5.25・百 57)

4. 期日間整理手続 p75

第3章 公判における審判手続 p76

1. 冒頭手続
2. 証拠調べ
3. 弁論手続
4. 判決宣告

第4部 証拠法

第1章 序論 p77～81

第1節 証拠の分類 p77

1. 冒頭手続
2. 証拠調べ
3. 弁論手続
4. 判決宣告

第2節 厳格な証明 p77

第3節 証拠能力 p77～81

1. 同種前科証拠による犯人性の立証 p77～80

〔論点1〕被告人の犯罪性向の立証を媒介とする犯人性立証（最判 H24.9.7・百 62）

〔論点2〕被告人の犯罪性向の立証を媒介としない犯人性立証（最判 H24.9.7・百 62）

〔図〕犯人性立証のための同種前科証拠の使い方

〔論点3〕故意の立証

2. 類似事実証拠による犯人性の立証 p80～81

〔論点1〕被告人の犯罪性向の立証を媒介とする犯人性立証（最決 H25.2.20・H25 重判 4）

〔論点2〕被告人の犯罪性向の立証を媒介としない犯人性立証（最決 H25.2.20・H25 重判 4）

（論証1）通常の論証

（論証2）金築裁判官の補足意見を踏まえた論証

3. 科学的証拠 p81

〔論点3〕科学的証拠の証拠能力

第2章 自白 p82～87

第1節 自白の証拠能力 p82～84

〔論点1〕不任意自白の証拠能力が否定される根拠

〔論点2〕「強制、拷問若しくは脅迫による自白」

〔論点3〕「不当に長く勾留若しくは拘禁された後の自白」

〔論点4〕「その他任意になされたものでない疑のある自白」

〔論点5〕反復自白

〔論点6〕不任意自白の派生的証拠

〔論点7〕自白の獲得手続に違法がある場合における、自白法則と違法収集証拠排除法則の関係

（論証1）毒樹の果実論

（論証2）違法収集証拠排除法則における違法承継論

〔論点8〕第三者の不任意自白

（論証 1）第三者の不任意自白が公判廷において被告人の有罪の証拠として用いられる場合

（論証 2）第三者の不任意自白が捜査段階である令状請求手続において疎明資料として用いられる場合

第 2 節 補強法則 p85～87

〔論点 1〕 補強証拠適格

〔論点 2〕 補強証拠の必要な範囲

〔例 1〕 被告人の犯人性（最判 S24.7.19、最大判 S30.6.22）

〔例 2〕 犯罪の主観的側面（最判 S24.4.7、最大判 S25.11.29）

〔例 3〕 殺人罪

〔例 4〕 無免許運転の罪（最判 S42.12.21・百 77）

〔例 5〕 覚せい剤取締法違反の罪（東京高判 S56.6.29）

〔例 6〕 窃盗罪（最判 S26.3.9）

〔例 7〕 盗品等有償譲受け罪（最決 S29.1.26、最決 S29.5.4）

〔例 8〕 強盗傷人罪（最判 S24.4.30）

〔論点 3〕 補強証拠の証明力（最判 S23.10.30、最大判 S30.6.22）

〔論点 4〕 共犯者の自白（最判 S51.10.28・百 78）

- ・ 共犯者の証人適格
- ・ 伝聞法則
- ・ 補強証拠の要否（共犯者の自白のみによる有罪認定（被告人は否認）、共犯者両名が自白している場合）

第 3 章 伝聞法則 p88～109

第 1 節 伝聞・非伝聞の区別 p88～97

1. 伝聞法則 p88

2. 伝聞・非伝聞の区別 p88～91

〔思考過程〕

〔証拠の使い方〕

3. 立証趣旨の拘束力 p91～92

〔論点 1〕 立証趣旨の拘束力（最決 H17.9.27・百 83）

4. 犯行計画メモの使い方 p92～94

- （1）メモの記載内容が客観的な犯罪事実と一致している場合
- （2）メモ作成者の作成当時の心理状態（犯行の意思・計画）が要証事実になる場合
- （3）メモが関与者甲・乙に回覧され共謀内容の確認に供された場合

5. 領収書の使い方 p94～95

- （1）伝聞証拠として使う場合
- （2）非伝聞証拠として使う場合

6. 伝聞・非伝聞に関する論点 p95～97

〔論点 1〕 心理状態の供述

〔論点 2〕 写真・録音・録画（最決 S59.12.21・百 89）

- ・ 客観的状況（犯行状況等）を撮影した場合
- ・ 人の供述を録音・録画等した場合のうち、原供述の内容の真実性が問題とならないとき
- ・ 人の供述を録音・録画等した場合のうち、原供述の内容の真実性が問題となるとき

〔論点 3〕 再伝聞

(論証 1) 再伝聞の許容性

(論証 2) 伝聞例外の適用(準用)の態様

[論点 4] 反対尋問を経ない公判証言

第2節. 伝聞例外 p98～106

1. 裁面調書 p98

[論点 1] 他の刑事事件における被告人としての公判供述を録取した書面(最決 S57.12.17・百 A36)

[論点 2] 証人の記憶喪失・宣誓拒絶・証言拒絶等(最大判 S27.4.9 等)

2. 検面調書 p98～99

[論点 1] 供述不能の場合(2号前段)における特信情況の要否

[論点 2] 相反性(最決 S32.9.30)

[論点 3] 相対的特信情況(最判 S30.1.11・百 A38)

[論点 4] 証人尋問後に作成された検面調書(東京高判 S31.12.15、最決 S58.6.30)

[論点 5] 証人尋問決定後の退去強制により出国した者の検面調書(最判 H7.6.20・百 81)

3. 3号書面(伝聞例外の一般規定) p100

4. 公判準備・公判期日における供述調書 p100

5. 裁判所・裁判官の検証調書 p100

6. 捜査機関の検証調書 p100～104

[論点 1] 作成主体は「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に限られるか(最決 H20.8.27・百 84)

[論点 2] 実況見分調書(最判 S35.9.8・百 A39)

[論点 3] 立会人の指示説明(現場指示)・現場供述

・指示説明(現場指示)

・現場供述

[論点 4] 写真(最決 H17.9.27・百 83)

・説明写真

・犯行・被害再現写真

[過去問] 平成 21 年司法試験設問 2

7. 鑑定書 p104

[論点 1] 鑑定受託者の鑑定書(最判 S28.10.15・百 A40)

8. 被告人の供述書・供述録取書 p104～105

[論点 1] 共同被告人の自白調書

9. 被告人の公判準備・公判期日における供述録取書 p105

10. 特信書面 p106

11. 伝聞証言 p106

第3節. 325条～328条 p107～109

1. 任意性の調査 p107

[論点 1] 任意性の調査の時期(最決 S54.10.16・百 A41)

2. 同意書面 p107～108

[論点 1] 伝聞証拠の証明力を争うための原供述者の証人尋問の請求

[論点 2] 違法収集証拠に対する同意

[論点 3] 出頭拒否・不許可退廷・退廷命令の場合における擬制同意(最決 S53.6.28)

3. 合意書面 p108

4. 弾劾証拠 p108～111

[論点 1] 証明力を争うための証拠（最判 H18.11.7・百 87）

[図解] 自己矛盾供述・他者矛盾供述

[論点 2] 自己矛盾供述の存在についての立証方法（最判 H18.11.7・百 87）

[論点 3] 回復証拠

（論証 1）自己矛盾供述により弾劾された公判供述の信用性を回復する場合

（論証 2）自己矛盾供述以外の証拠により弾劾された公判供述の信用性を回復する場合

[図解]

[論点 4] 増強証拠

[図解]

第4節 重要事項に関する補足 p112～118

1. 立証趣旨を踏まえて要証事実を把握した場合、立証趣旨と要証事実が同一事実を意味することになるのか？ P112
2. 「要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となる」の意味 p112～113
3. 「会話の存在と内容」という立証趣旨から導かれる要証事実との関係で供述の内容の真実性が問題とならない場合 p113～114
4. 要証事実を設定する場合における答案の流れ p114～115
5. 伝聞証言に該当する場合 p115～116
6. 「甲がVを刺した」旨のWの公判廷外供述の存在自体から甲の犯人性を推認することの可否 p116～117
7. 単独犯の事例における犯行計画メモの使い方 p117～118

第4章 違法収集証拠排除法則 p119～123

[論点 1] 違法収集証拠排除法則（最判 S53.9.7・百 90 等）

[論点 2] 直接の証拠収集手続そのものに法規違反がない場合（最判 S61.4.26・百 91 等）

（論証 1）違法性承継論だけで判断する見解

（論証 2）違法性承継論と毒樹の果実論を併用する見解

[判例 1] 最判 S61.4.26・百 91

[判例 2] 大津事件・最判 H15.2.14・百 92

[判例 3] 最決 H21.9.28・H21 重判 1

第5部 裁判

第1章 犯罪の証明 p125～128

[論点 1] 「犯罪の証明」（最決 H19.10.16・百 60、最判 H22.4.27・百 61）

[論点 2] 択一的認定

（論証 1）明示的択一的認定

（論証 2）秘められた択一的認定（札幌高判 S61.3.24・百 93）

[補足] 単独犯と共同正犯の関係（平成 24 年司法試験設問 2）

・判決内容の問題点

・判決手続の問題点

[論点 3] 予備的認定

[論点 4] 概括的認定

[例 1] 殺人罪の共同正犯における実行行為者（最決 H13.4.11・百 45）

[例 2] 過失の態様

第 2 章 一事不再理効 p129～130

1. 一事不再理効の客観的範囲 p129～130

[論点 1] 一事不再理効の客観的範囲（原則）

[論点 2] 一事不再理効の客観的範囲の縮小

[論点 3] 公訴事実の単一性の判断手法（最判 H15.10.7・百 97）

2. 一事不再理効の時間的範囲 p130

[論点 4] 一事不再理効の時間的範囲

第 6 部 上訴・再審

第 1 章 上訴 p131～132

[論点 1] 控訴審による職権調査の範囲

[例 1] 包括一罪又は科刑上一罪（観念的競合・牽連犯）（最大決 S46.3.24）

[例 2] 単純一罪（大小関係）（最決 H25.3.5・百 99）

[例 3] 単純一罪（非両立関係）（最決 H 元.5.1）

第 2 章 再審 p133

[論点 1] 再審事由である証拠の明白性・証拠の新規性

（論証 1）証拠の新規性（最決 S29.10.19）

（論証 2）証拠の明白性（最決 S51.10.12・百 A55）

第1部 捜査

第1章 強制捜査と任意捜査

第1節 「強制の処分」(197条1項但書)

A 総まくり 1~11 頁

ある捜査活動が「強制の処分」に該当した場合に、それが現行刑訴法で法定されている強制処分の類型に該当するのであれば、当該捜査活動には刑訴法上の「特別の定」があることになるから、強制処分法定主義(197条1項但書)には反しない。もっとも、現行刑訴法で定められている既存の強制処分の全てについて、その手続(要件)として令状主義が定められているから(憲法35条、刑訴法218条等)、当該捜査活動がその類型に応じた令状に基づかないで行われたのであれば、令状主義に反するという意味で違法となる。

これに対し、ある捜査活動が「強制の処分」に該当した場合に、現行刑訴法で法定されている強制処分の類型に該当しないのであれば、当該捜査行為は、現行刑訴法上に「特別の定」がない「強制の処分」として、強制処分法定主義に反することになる。もっとも、令状主義違反とはならない。

〔論点1〕意思制圧説

A

有形力行使類型(物理的な有形力の行使等、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされるような場合)では、意思制圧説を用いる。

最決 S51.3.16・百1

「強制の処分」とは、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。¹⁾

このような方法ないし態様の手段については、議会による民主的統制及び令状審査による司法的統制に服せしめるべきだからである。

〔論点2〕重要権利利益実質的侵害説

A

盗聴等類型(相手方が認識していない状態で行われる処分)では、重要権利利益実質的侵害説を用いる。

「強制の処分」は、強制処分法定主義及び令状主義によって保護されるべき重要な権利・利益を制約する処分に限られるべきだから、個人の意思に反し重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

「個人の意思」は「合理的に推認される個人の意思」を意味する。

〔図解〕「重要な権利・利益の実質的な制約」

- ① 「権利・利益の制約」
 - ➡ 「権利・利益」としての要保護性
 - ➡ 「相手方の意思に反する」
- ② 「権利・利益」の重要性
- ③ 「権利・利益」の制約が「実質的」であること
 - ➡ 制約の程度・態様に着目する

¹⁾ 「強制の処分」該当性は原則として事前の類型的判断であるが、〔論点1〕の判断基準が適用される場面では事後の個別的判断である。

〔例 1〕 宅配便荷物のエックス線検査

A

「本件エックス線検査は、…その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。」

最決 H21.9.28・百 29

〔例 2〕 GPS 捜査

A

「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」という「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」ものであるから、①「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」ものとして「個人のプライバシーを侵害し得るものである」とともに、②「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。」

最大判 H29.3.15・百 30

そうすると、GPS 捜査は、「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」ことにより、「個人の意思を制圧して」憲法 35 条の保障対象に含まれる『住居、書類及び所持品』…に準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利」という「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に当たる（最高裁昭和 50 年（あ）第 146 号同 51 年 3 月 16 日第三小法廷決定・刑集 30 巻 2 号 187 頁参照）…。」²⁾

〔論点 3〕 平成 29 年大法廷判決

A

盗聴等類型（相手方が認識していない状態で行われる処分）では、平成 29 年大法廷判決の判断枠組みを用いることも可能である。

最高裁昭和 51 年決定は、「強制の処分」の要素として、「個人の意思を制圧」及び「身体・住居・財産等に制約」を挙げている。

前者は、現実意思を制圧する事態を観念できない行為類型との関係では、合理的に推認される個人の意思に反してという意味に読み替えられる。

後者は、憲法 33 条及び同法 35 条が保障する重要で価値の高い法的利益の例示であるといえる。

そこで、「強制の処分」とは、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処分を意味し、前者の要件については、現実意思を制圧する事態を観念できない行為類型との関係では、合理的に推認される個人の意思に反してという意味に読み替えられると解する。

²⁾ 本判決における「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」か否かという判断基準は、重要権利利益実質的侵害説・意思制圧説と一応区別される。

第4節. 逮捕に伴う捜索・差押え

A 総まくり 80~88 頁

1. 逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠

A

相当説（合理説）と緊急処分説が対立している。

〔相当説〕

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高く、令状裁判官の事前審査を介さなくても捜索・差押えの「正当な理由」が一般的に認められるという考えにある。

〔緊急処分説〕

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

このように、緊急処分説も、逮捕の現場に証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことを前提としているから、相当説と緊急処分説の差異は、令状主義の例外である無令状捜索・差押えを、事前に裁判官の令状を得ることが不可能な緊急状況に限定すべきか否かという点に関する考え方の違いにあることになる。

〔いずれの見解によるべきか〕

確かに、憲法 35 条が令状主義を原則としていると理解するならば、その例外を限定的に理解する緊急処分説のほうが令状主義の趣旨により適合的であるといえる。

しかし、憲法 35 条は、令状による捜索差押えと逮捕に伴う無令状捜索差押えについて、原則例外の関係ではなく、並列の関係と理解していると解することも可能である。

しかも、無令状捜索差押えにおいて省略されている令状審査は蓋然性審査であるところ、緊急の必要性の存在が蓋然性審査に代替する事情になるとは考え難い。

そこで、相当説によるべきであると考ええる。

2. 「逮捕する場合」（時間的限界）

A

緊急処分説からは、緊急の必要性が認められる時間的範囲でのみ無令状捜索・差押えが許容されるから、証拠存在の蓋然性の高さのみを根拠とする相当説に比べて、逮捕との時間的接着性が厳格に要求される。

〔相当説〕

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いため事前の令状審査を必要としないことにあるところ、この蓋然性は逮捕着手の前後で変化するものではない。

そこで、「逮捕する場合」とは、その文理ゆえに逮捕との時間的接着を要するが、逮捕着手時との前後関係は問わないと解する。

〔緊急処分説〕

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊

最大判 S36.6.7・百 A7

急の必要性にも求められる。

そうすると、「逮捕する場合」は、こうした緊急性がある場合に認められるから、原則として、逮捕着手が先行し、かつ、逮捕と時間的に接着している場合に肯定されると解すべきである。

もっとも、例外として、逮捕着手前でも、被疑者がその場に現在し、かつ、逮捕着手が現実に見込まれる場合（逮捕着手直前）であれば、被疑者による証拠隠滅を防止すべき緊急の必要性があるといえるから、「逮捕する場合」が認められると解する。

3. 「逮捕の現場」（場所的限界）

「逮捕の現場」は、無令状捜索・差押えを実施する主体である捜査官の居るべき場所（＝無令状捜索・差押えの実施場所）を意味する。

もっとも、場所に設置されているロッカー・タンスのように、中身の確認を観念できる器的な物に対する無令状捜索を実施する場合、捜索客体であるロッカー等が「逮捕の現場」に含まれるのかも問題になるという意味で、「逮捕の現場」は実施場所のみならず実施客体をも含んだ要件として機能することがある。

（1）相当説

〔論点 1〕 管理権の同一性

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いため事前の令状審査を省略できることにある。

そこで、「逮捕の現場」は、仮に令状が発付された場合に捜索・差押えが可能な範囲、すなわち、逮捕の場所と同一の管理権が及ぶ空間的範囲を意味すると解する。¹⁾

〔論点 2〕 第三者に属する場所

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠物が存在する蓋然性が一般的・類型的に高いという考えにある。

そして、第三者に属する場所も、そこで逮捕が実施されたのであれば、上記意味での蓋然性が認められる。

そこで、第三者に属する場所も「逮捕の現場」に含まれ得ると解する。

そして、222 条 1 項・102 条 2 項により、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が積極的に認められることが必要とされる。²⁾

〔論点 3〕 逮捕行為が行われた場所から被疑者を移動させた上で被疑者の身体・所持品について無令状捜索・差押えを実施する場合

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場における証拠存在の蓋然性の高さにあるところ、被疑者の身体・所持品中の証拠存在の蓋然性の高さは被疑者の場所を移動しても変化するものではない。

A

B

A

最決 H8.1.29・百 25

¹⁾ 被疑者の身体・携帯品を捜索対象とする事案では、管理権の同一性だけによる説明に馴染まないため、「被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」（判例講座 I 156 頁）という定義を使うべきである。

²⁾ 相当説でいう「蓋然性が一般的・類型的に高い」は、蓋然性の推定を意味するほど高度のものではないから、第三者の場所に対する捜索には、102 条 2 項が準用されるのである。

もつとも、「現場で」という文理上の限界もあることから、①その場で直ちに捜索・差押えを実施することが適当でないことに加え、②速やかに、③被疑者を捜索・差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上で捜索・差押えを実施したという場合に限り、被疑者の身体・所持品の捜索・差押えを「逮捕の現場」における捜索・差押えと同視できると解する。^{3) 4)}

(2) 緊急処分説

〔論点 1〕被逮捕者の身体及びその直接支配下にある場所・物件

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

そうすると、無令状捜索・差押えは、逮捕の際に被逮捕者が証拠を隠滅することが可能な範囲でのみ許容されることになる。

そこで、「逮捕の現場」とは、被逮捕者の身体及びその直接の支配下（手の届く範囲内）にある場所・物件に限定されると解する。⁵⁾

〔論点 2〕第三者に属する場所

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

第三者に属する場所も、そこで逮捕が実施されたのであれば、前述の証拠存在の蓋然性と緊急の必要性が認められる。

そこで、第三者に属する場所も「逮捕の現場」に含まれ得ると解する。

そして、222 条 1 項・102 条 2 項により、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が積極的に認められることが必要とされる。

4. 対象物（物的限界）

(1) 捜索

³⁾ 本来であれば逮捕地点で実施できる捜索・差押えを、被疑者の名誉や現場付近の交通に配慮するために別の場所で実施しているだけであるから、現実の捜索・差押えの実施地点が逮捕地点と同一の管理権に属しない場所であっても、「逮捕の現場」における捜索・差押えと同視し得る（但し、第三者に属する場所では無理であろう。）。

⁴⁾ 〔論点 3〕を論じる際には、「被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」という相当説からの定義を飛ばして、いきなり、最高裁平成 8 年決定を踏まえた論証から書くことになる。

例えば、判例の事案のように、警察官が被疑者を公道上で逮捕してから警察署まで連行して身体・所持品について無令状捜索・差押えを実施したという事案では、逮捕地点（公道）と無令状捜索・差押えの実施地点（警察署）とで管理権が異なるため、「被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」という定義を満たさなくなってしまうからである（上記の定義からは少し分かりにくい、「被疑者の身体及び携帯品」についての無令状捜索・差押えであっても、「逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」で実施される必要がある）。

平成 25 年司法試験設問 1 の出題趣旨・採点実感でも、最高裁平成 8 年決定を踏まえた上で自説を展開することだけが求められており、これに先立ち「被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」といった相当説からの定義を示すことまで求められていない。

⁵⁾ 緊急処分説は、相当説が述べる根拠が妥当することを前提として、被逮捕者による証拠隠滅の危険の存在を加味して、無令状捜索・差押えが許容される範囲を相当説よりも限定する見解であるから、「逮捕の現場」の外枠は、相当説がいう管理権が同一の範囲に限定されるはずである（判例講座 I 160 頁）。そうすると、緊急処分説からは、無令状捜索・差押えの場所的範囲は、①逮捕の場所と同一の管理権が及ぶ空間的範囲、②被逮捕者の身体及びその直接の支配下（手の届く範囲内）にある場所及び物件という 2 点を満たす範囲に限定されることになる。

ア. 相当説

〔論点 1〕 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

A

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨である逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さが妥当するのは逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られるから、逮捕に伴う搜索の対象には、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が必要とされる。

そして、逮捕に伴う搜索にも、222 条 1 項により 102 条が準用されるから、被疑者に属する場所・物・身体を対象とする搜索については、搜索の「必要」性が要求され（102 条 1 項）、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する可能性がおよそないという場合には、搜索の「必要」性を欠くものとして搜索が違法となる。

被疑者以外の第三者に属する場所を対象とする搜索については、222 条 1 項による 102 条 2 項の準用により、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が積極的に認められることが要求される。

〔論点 2〕 逮捕行為が行われた場所にたまたま居合わせた第三者の身体・所持品

A

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さにあるところ、第三者の身体・所持品にはそのような蓋然性が認められない。

そこで、第三者の身体・所持品に対する搜索は、220 条 1 項 2 号・3 項によって許容されていないと解する。⁶⁾

もっとも、第三者が「逮捕の現場」にあった証拠物を身体・所持品中に隠匿したと疑われる場合には、本来なし得たはずの搜索・差押えを妨害する行為を排除するための「必要な処分」（222 条 1 項・111 条 1 項）として、第三者の身体・所持品を搜索することが許されると解する。

〔論点 3〕 別件搜索

B

憲法 35 条 1 項・刑訴法 219 条 1 項が「差し押さえるべき物」の明示を要求した趣旨から、別件搜索が禁止される。

そして、逮捕に伴う搜索でも、同様に、専ら逮捕被疑事実以外の別罪の証拠に利用する目的に基づく場合は違法となると解する。

緊急処分説でも同様に、別件搜索が禁止される。

イ. 緊急処分説

〔論点 1〕 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

A

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

これらのうち、前者が妥当するのは逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

したがって、逮捕に伴う搜索の対象には、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が必要とされる。

⁶⁾ 第三者の身体・所持品については、220 条 1 項 2 号・3 項に基づく無令状搜索が許容されていないから、222 条 1 項により 102 条 2 項を準用するということがそもそも問題にならない（事例演習 243 頁）。

…略… (102 条の準用については、相当説と同じ)

〔論点 2〕 逮捕行為が行われた場所にたまたま居合わせた第三者の身体・所持品

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

これらのうち、前者は、第三者の身体・所持品には認められない。

そこで、第三者の身体・所持品に対する搜索は、220 条 1 項 2 号・3 項によって許容されていないと解する。

もっとも、第三者が「逮捕の現場」にあった証拠物を身体・所持品中に隠匿したと疑われる場合には、本来なし得たはずの搜索・差押えを妨害する行為を排除するための「必要な処分」(222 条 1 項・111 条 1 項)として、第三者の身体・所持品を搜索することが許されると解する。

(2) 差押え

ア. 相当説

〔論点 1〕 差押えの物的範囲

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨である逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さが妥当するのは、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

そこで、差押対象物は逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られると解する。

〔論点 2〕 凶器・逃走具

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨である逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さが妥当するのは、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

そこで、220 条 1 項 2 号・3 項に基づき、逮捕被疑事実に関連しない凶器・逃走具を差押えすることはできないと解する。

もっとも、逮捕の根拠規定及び逮捕状発付審査により逮捕に伴う付随的措置も包括的に許可されていると解されるから、逮捕の効力に基づく妨害排除措置として、逮捕の完遂に必要な限度で、凶器・逃走具を一時的に取り上げて保管することができると解すべきである。

〔論点 3〕 別件差押え

憲法 35 条 1 項・刑訴法 219 条 1 項が「差し押さえるべき物」の明示を要求した趣旨から、別件差押えが禁止される。

そして、逮捕に伴う差押えでも、同様に、専ら逮捕被疑事実以外の別罪の証拠に利用する目的に基づく場合は違法となると解する。

イ. 緊急処分説

〔論点 1〕 差押えの物的範囲

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、証拠存在の蓋然性の一般的な高さと証拠保全の緊急の必要性にあるところ、前者が妥当するのは逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

A

A

B

B

緊急処分説でも同様に、別件差押えが禁止される。

A

そこで、差押対象物は逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られると解する。

[論点 2] 凶器・逃走具

緊急処分説は、証拠存在の蓋然性の一般的な高さという相当説の根拠が妥当することを前提として、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性も加味して、無令状捜索・差押えが許容される範囲を相当説よりも限定する見解である。

そして、相当説の根拠が妥当するのは、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

そうすると、逮捕被疑事実に関連しない凶器・逃走具については、仮に緊急の必要性という根拠が妥当としても、相当説の根拠が妥当しない以上、220 条 1 項 2 号・3 項に基づき差し押えることはできない。

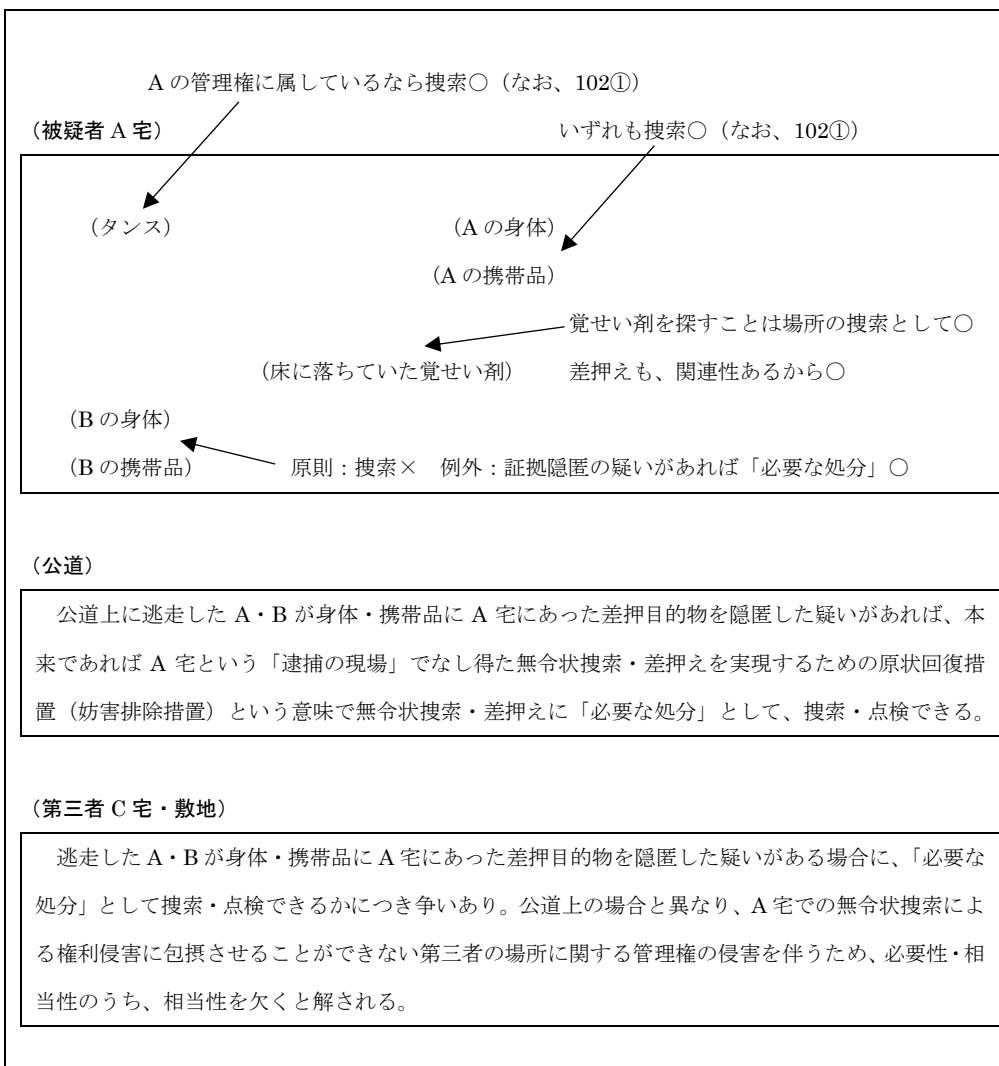
もっとも、逮捕の根拠規定及び逮捕状発付審査により逮捕に伴う付随的措置も包括的に許可されていると解されるから、逮捕の効力に基づく妨害排除措置として、逮捕の完遂に必要な限度で、凶器・逃走具を一時的に取り上げて保管することができると解すべきである。

B

[図解 1] 覚せい剤取締法違反で「A 宅内」で「A」を逮捕した事案

A

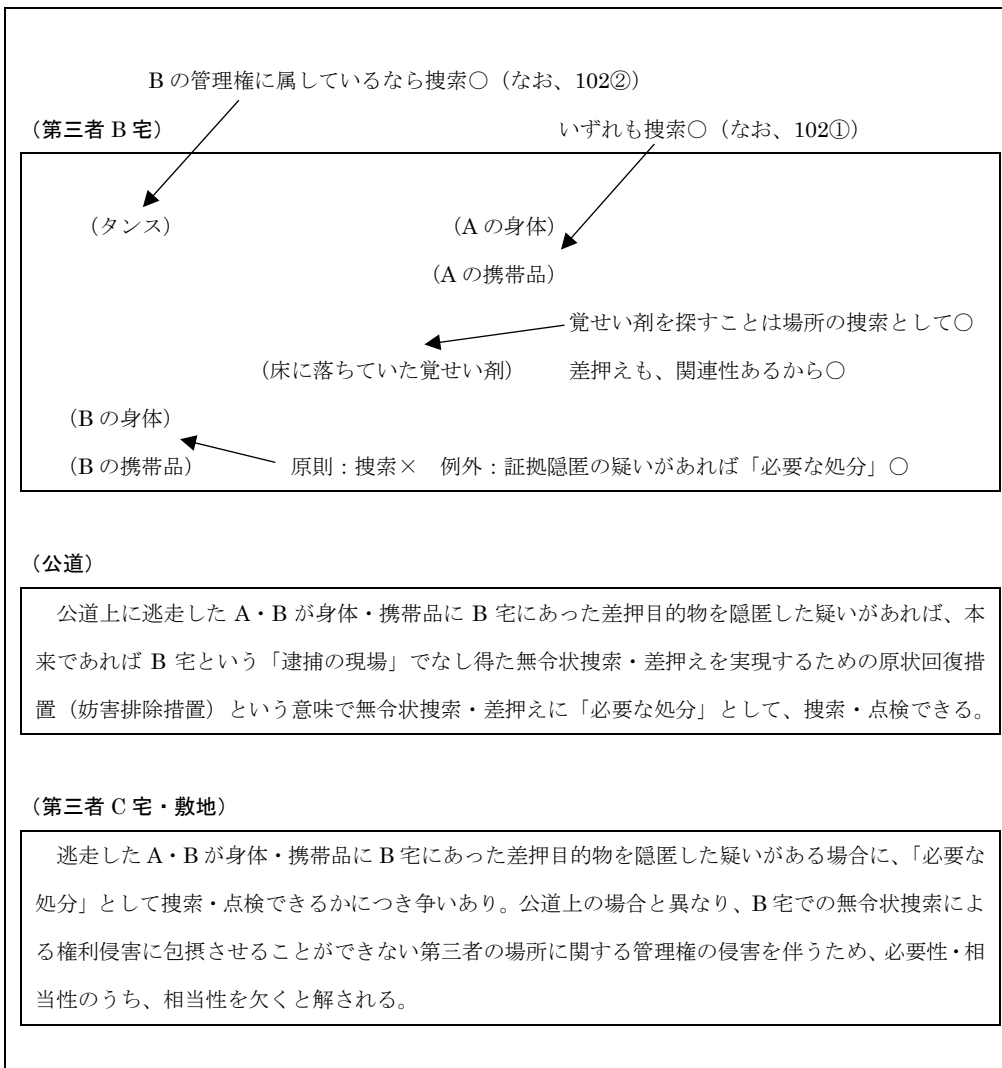
相当説からの説明



〔図解 2〕 覚せい剤取締法違反で「B 宅内」で「A」を逮捕した事案

A

相当説からの説明



第2章 公判準備

第1節 被告人の勾留と保釈

B 総まくり 135～138 頁

1. 被告人の勾留

(1) 勾留の開始

- ・ 検察官が公訴を提起した場合、受訴裁判所は、検察官による勾留請求を要することなく、職権で、起訴後勾留（被告人の勾留）をするかどうかを決定する（205条3項、280条2項）。
- ・ 被疑者勾留中に同一の犯罪事実について起訴された場合、起訴と同時に、特別な手続を要することなく、被疑者勾留から被告人勾留に切り替わる（208条1項、60条2項）。

(2) 勾留の要件

- ①勾留の理由（60条1項柱書、60条1項各号）
- ②勾留の必要性（87条1項参照）

(3) 勾留期間

- ・ 勾留期間は2カ月である（60条2項）。
- ・ 勾留期間は、「特に継続の必要がある場合」には、具体的にその理由を附した決定により、1か月ごとに更新することができる（62条2項）。

(4) 被疑者勾留との違い

- ・ 勾留の開始（上記（1））
- ・ 逮捕前置主義が妥当しない（上記（2）参照）
- ・ 勾留の期間（上記（3））
- ・ 接見指定（39条）が認められない
- ・ 保釈制度がある（88条以下）

2. 保釈

被告人勾留については、被疑者勾留と異なり、保釈が認められる（88条以下）。
保釈とは、一定額の保証金の納付を条件に勾留の執行を停止することである。

(1) 権利保釈（必要的保釈）

ア. 原則

裁判所は、88条所定の者から保釈の請求があった場合には、原則として保釈を許さなければならない（89条柱書）。

これは、第1審で有罪判決が言い渡されるまでは無罪推定が働いている被告人の地位に配慮したものである。

それ故に、第1審で禁錮1年以上の刑に処する判決の宣告があったときは、権利保釈の余地が無くなり、裁量保釈の余地があるにとどまることとなる（344条）

イ. 例外

以下の除外事由が該当する場合には、権利保釈は認められない（90条各

号)。¹⁾

①被告人が死刑又は無期若しくは短期 1 年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪を犯したものであるとき (1 号)

➡権利保釈の除外事由の判断でも事件単位の原則が機能するから、1 号該当性は勾留の基礎となっている罪を基準として判断される。例えば、V に対する強盗致傷罪と恐喝罪とで起訴されているが、勾留の基礎となっているのは恐喝罪だけである場合には、1 号には該当しない。

②被告人が前に死刑又は無期若しくは長期 10 年を超える懲役若しくは禁錮に当たる罪につき有罪の宣告を受けたことがあるとき (2 号)

③被告人が常習として長期 3 年以上の懲役又は禁錮に当たる罪を犯したものであるとき (3 号)

➡権利保釈の除外事由の判断でも事件単位の原則が機能するから、3 号該当性は勾留の基礎となっている罪を基準として判断される。

④被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき (4 号)

➡想定される罪証隠滅の対象、態様、余地 (客観的可能性・実効性) 及び主観的可能性という 4 つの考慮要素により判断するという点では、被疑者勾留の理由である罪証隠滅のおそれと共通する。もっとも、罪証隠滅のおそれは手続の進捗段階に応じて変動しうるものであり、起訴後は、捜査段階に比べて事案解明のための証拠収集自体が完了しているのが通常であるから、罪証隠滅のおそれは一般的に低下している。特に、公判前整理手続による争点・証拠の整理が進んでいたり、それを終えている場合における罪証隠滅のおそれの判断では、そのことを踏まえる必要がある。

⑤被告人が、被害者その他事件の審判に必要な知識を有すると認められる者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させる行為をすると疑うに足りる相当な理由があるとき (5 号)

⑥被告人の氏名又は住居が分からないとき (6 号)

(2) 裁量保釈 (職権保釈)

- ・権利保釈の除外事由が認められる場合であっても、保釈請求がなくても、裁判所の職権による裁量保釈が認められる余地がある (90 条)。
- ・90 条でいう「適当と認めるとき」とは、裁判所の完全な自由裁量を認める趣旨ではないから、裁判所による裁量保釈についての判断は合理的なものであることを要する。
- ・裁量保釈の判断では、㊦「保釈された場合に被告人が逃亡し又は罪証を隠滅するおそれの程度」、㊧「身体の拘束の継続により被告人が受ける健康上、経済上、社会生活上又は防衛の準備上の不利益の程度」、及び㊨「その他の事情」を考慮する。

➡権利保釈の除外事由 (89 条各号) に該当する場合は、原則として保釈が

¹⁾ 「被告人が逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき」は、勾留の理由 (60 条 1 項 3 号) として定められているが、権利保釈の除外事由としては定められていない。もっとも、裁量保釈の判断では、保釈不許可の方向に働く事情として考慮される (池前 274 条、条解 190 頁参照)。

適当でないとされるのだから、裁量保釈が認められるためには、上記の要素を考慮して「保釈を相当する特別の事情」があると判断できることが必要であると解すべきである。

〔論点 1〕 勾留の基礎とされていない犯罪事実まで考慮することの可否

確かに、権利保釈の判断においても事件単位の原則を及ぼすべきであるから、権利保釈の判断では、直接考慮することができるのは勾留の基礎とされている犯罪事実に限られる。

したがって、勾留の基礎とされていない犯罪事実を、勾留の基礎とされている犯罪事実から独立させた形で考慮することは許されない。

しかし、勾留の基礎とされている犯罪事実についての事案の内容・性格、被告人の経歴・行状・性格等を考慮する際の一資料として、勾留の基礎とされていない犯罪事実を考慮することは許される。

〔論点 2〕 再犯のおそれを考慮することの可否

確かに、再犯防止については、89 条各号で言及されていないから、権利保釈の直接的な除外事由に位置づけることはできない。

しかし、裁量保釈の可否の判断の際に、「被告人が逃亡…するおその程度」や被告人が出頭しないおその程度（「その他の事情」）を判定する際の一資料として考慮することは可能である。

（3）義務的保釈

裁判所は、勾留による拘禁が不当に長くなったときは、88 条に規定する者の請求により、又は職権で、決定により勾留を取り消し、又は保釈を許さなければならない（91 条）。

上記の「勾留を取り消し」と「保釈」のうち、「保釈」が義務的保釈と呼ばれるものである。

B

最決 S44.7.14・百 A28

C

高松高決 S39.10.28

第3章 伝聞法則

第1節 伝聞・非伝聞の区別

A 総まくり 175～194 頁

1. 伝聞法則

A 総まくり 175 頁

伝聞証拠は、原則として証拠能力を有しない（320条1項）。

伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。

そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。

2. 伝聞・非伝聞の区別

A 総まくり 175～183 頁

「要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となる」とは、証拠の使い方を前提とした推認過程における証拠の直接の立証事項という意味での要証事実が公判廷外供述の主体が知覚・記憶・表現・叙述した事実である場合のことである。

【思考過程】

A

伝聞・非伝聞の区別においては、要証事実を正確に把握することが重要であり、論文試験の採点においても、要証事実そのものの正確性と、要証事実を導く過程の正確性・説得力が重視されている。思考・説明の過程は以下の通りである。

①証拠に対応する主要事実の確定（当該証拠により窮極的に立証しようとしている主要事実は何かを確定する）

➡原則として、立証趣旨に従う

②①で確定した主要事実を証明するための証拠の使い方を確定

➡原則として、立証趣旨に従う

事案によっては推認過程の合理性が問題となる

③②の推認過程における当該証拠の直接の立証事項（証拠から最も近い事実）を要証事実として把握する

④③の要証事実が公判廷外供述の内容であれば伝聞

➡要証事実が公判廷外供述の主体が知覚・記憶・表現・叙述した事実であれば、伝聞である

1. 要証事実の意味

要証事実とは、証拠の直接の立証事項である。すなわち、「証拠の使い方」を前提とした「推認過程」における証拠の直接の立証事項を意味する。

ある主要事実を立証するための証拠の使い方を前提とした推認過程において、証拠から最も近い事実、というイメージである。

2. 証拠の使い方を確定する

「要証事実」を設定するためには「推認過程」を組み立てる必要があり、「推

認過程」を組み立てるためには「証拠の使い方」を確定する必要がある。

「証拠の使い方」は、「当該証拠を、いかなる主要事実を証明するために、どのように使うのか」である。これは、①証拠と主要事実の対応関係と、②①の主要事実を立証するための証拠の使い方（証拠構造）に分類される。

②の使い方には、直接証拠型・間接証拠型・補助証拠型がある。

3. ①証拠と主要事実の対応関係

(1) まず初めに、公訴事実に係る主要事実を確認する。例えば、詐欺既遂罪であれば、欺罔行為、錯誤、交付行為、因果関係、故意、不法領得の意思である（厳密には、罪体と区別された、被告人の犯人性も挙げられる。）。

(2) 次に、検察官の立証趣旨に従って、証拠と主要事実の対応関係を確定する。例えば、立証趣旨が「欺罔行為」や「欺罔行為に該当する具体的事実」という表現のものであれば、原則として、その証拠は欺罔行為を立証するための証拠に位置づけられることになる。

(3) もっとも、立証趣旨に従った①の確定には、以下の例外がある。

ア. 問題文に検察官の立証趣旨が記載されていない場合

まず、罪状認否と自白の有無・内容に照らし、証明の必要性が顕在化している主要事実を明らかにする。

次に、証拠の獲得状況、当該証拠の内容と証明の必要性が顕在化している主要事実との関連性などから、①を確定する。

イ. 立証趣旨が間接事実を指している場合

まず、罪状認否と自白の有無・内容に照らし、証明の必要性が顕在化している主要事実を明らかにする。

次に、立証趣旨が指している間接事実と証明の必要性が顕在化している主要事実の関連性などから、①を確定する。

ウ. 検察官の立証趣旨を前提にするとその証拠が無意味になる場合

まず、罪状認否と自白の有無・内容に照らし、証明の必要性が顕在化している主要事実を明らかにする。

次に、証拠の獲得状況、当該証拠の内容と証明の必要性が顕在化している主要事実の関連性などから、①を確定する。

4. ②①の主要事実を立証するための証拠の使い方（証拠構造）の確定

(1) 立証趣旨が間接事実を指している場合

ア. 原則として、立証趣旨に従って②の使い方を確定する

立証趣旨が間接事実㉔を指しているということは、検察官は、証拠によって直接又は間接に間接事実㉔を証明した上で、①の主要事実を推認するという間接証拠型を想定している。したがって、少なくとも、証拠から①の主要事実の立証に至る過程に間接事実㉔が介在している推認過程を組み立てる必要がある。

この推認過程は、主要なものとしては、(i) 証拠→間接事実㉔→主要事実①、(ii) 証拠→間接事実㉔→間接事実㉔→主要事実①、(iii) 証

事案によっては、「被告人による欺罔行為」というように、罪体と犯人性を結合させて主要事実を把握することもある。

立証趣旨は、検察官請求証拠についていえば、争点となっている主要事実を立証するための証拠の使い方の指針、である。

拠→間接事実⑦→間接事実⑦→主要事実①、(iv) 証拠→間接事実⑦→間接事実⑦→間接事実⑦→主要事実①の4つに分類できる。

証拠と間接事実⑦の関連性（証拠から直接に間接事実⑦を立証できるか）と間接事実⑦と主要事実①の関連性（間接事実⑦から主要事実①を直接に推認できるか）から、(i)～(iv)を選択する。

イ. 例外として、立証趣旨を無視して②の使い方を確定する場合

検察官の立証趣旨を前提にするとその証拠が無意味になるときは、立証趣旨を無視して②の使い方を確定することになる。

立証趣旨が間接事実を指している場合において、検察官の立証趣旨を前提にするとその証拠が無意味になるときとしては、(i) 証拠によって間接事実⑦を証明することができない、(ii) 証拠によって証明できる間接事実⑦によって主要事実①を合理的に推認することができないという2つの場面がある。

いずれの場面でも、証拠から①の主要事実の立証に至る過程に間接事実⑦が介在してしてはならない。

そこで、②の使い方としては、(ア) 直接証拠型か、(イ) 間接証拠型のうち、証拠から主要事実①の立証に至る過程に間接事実⑦が介在しない推認過程を前提とした使い方を選択することになる。

(2) 立証趣旨が主要事実を指している場合

②の使い方には、直接証拠・間接証拠・補助証拠の3つがある。もっとも、補助証拠として使う場合には立証趣旨で「供述の信用性を争うため／回復するため」などと表現されるはずだから、(2)の場合における②の使い方としては、通常、実質証拠（直接証拠・間接証拠）を想定すればよい。

まず、直接証拠型／間接証拠型のいずれかを選択する。選択過程では、証拠と主要事実①の関連性を考える。証拠に、間接事実による推認を介することなく直接に主要事実①を証明できるだけの推認力（証明力）があるのであれば、直接証拠型を選択する。そのような推認力（証明力）がないのであれば、間接証拠型を選択する。

次に、間接証拠型を選択した場合には、いかなる間接事実の立証を媒介として主要事実①を合理的に推認することができるかという観点から、証拠から主要事実①の立証に至る推認過程を組み立てる。

5. 要証事実の確定

②の使い方における証拠の直接の立証事項を要証事実として確定する。

その上で、要証事実が公判廷外供述の主体が知覚・記憶・表現・叙述した事実であるかにより、「要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となる」場合であるかを判断し、伝聞／非伝聞の結論を示す。

[証拠の使い方]

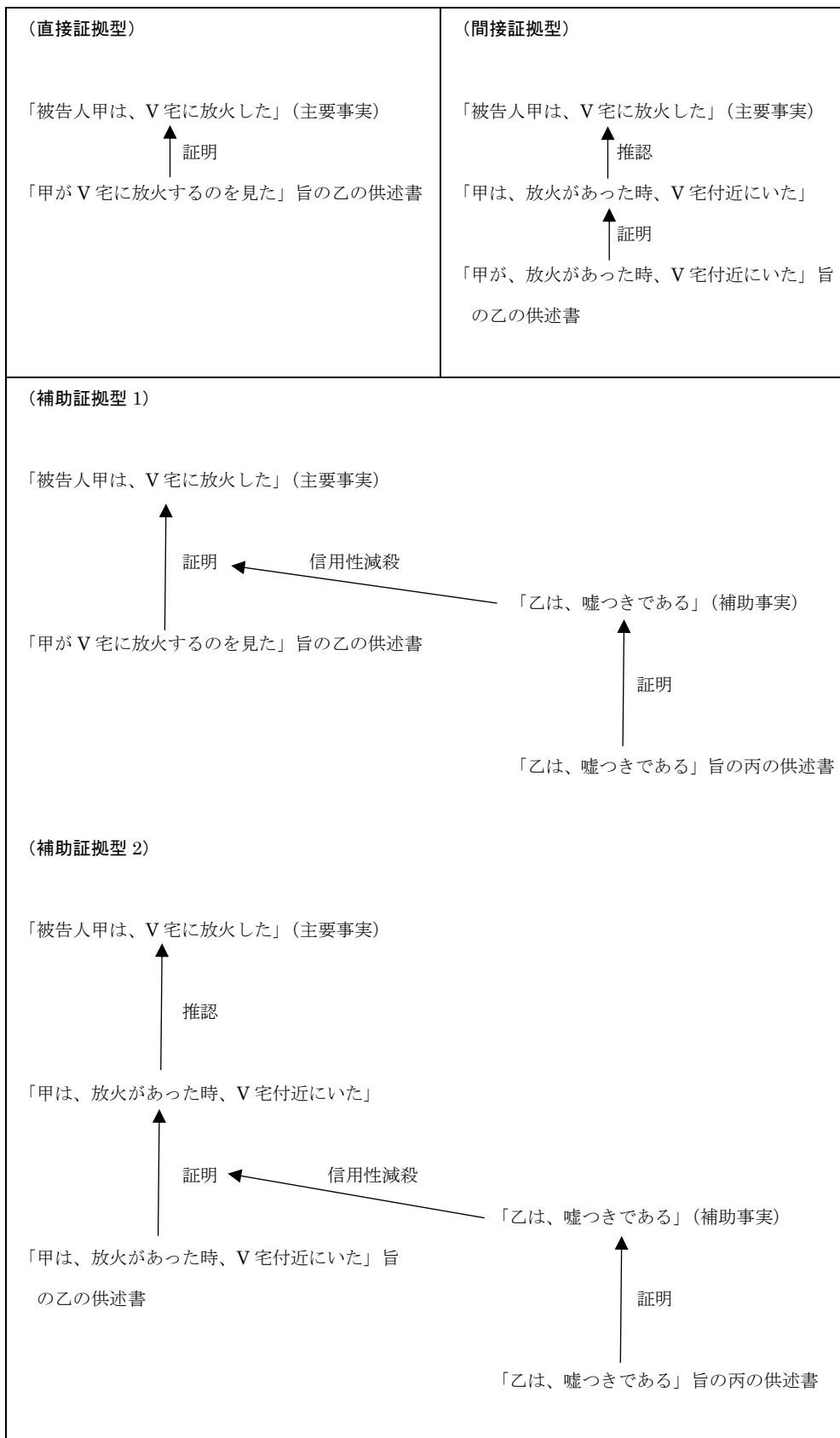
検察官立証において、検察官請求証拠は、被告人を有罪にするために、窮極において主要事実を立証するためにその取調べが請求される。

(ii) は、間接事実の推認力がゼロである場合のほか、間接事実による推認過程が経験則に合わない不合理（不確かな）なものとして禁止される場合（推認力が弱い）も含む。

この場合、(ア) 直接証拠型を選択することになるのが通常である。

A

主要事実を立証するための証拠の使い方には、直接証拠型・間接証拠型、補助証拠型（直接証拠・間接証拠型のいずれかに属する）がある。



3. 立証趣旨の拘束力

立証趣旨とは、当該証拠の取調べ請求をした当事者が明示した「証拠と証明すべき事実との関係」を意味する（316 条の 5 第 5 号、規則 189 条 1 項参照）。

A 総まくり 184～190 頁

判例

- ・最大判 S23.7.14 p19
- ・最判 S24.4.30 p86
- ・最判 S26.3.9 p86
- ・最大判 S27.3.5 p42
- ・最判 S28.3.20 p47
- ・最判 S28.10.15 (百 A40) p104
- ・最決 S29.1.26 p86
- ・最決 S29.5.4 p86
- ・最決 S29.10.19 p133
- ・最判 S30.1.11 (百 A38) p99
- ・東京高判 S31.12.15 p99
- ・最判 S33.5.20 p42
- ・最大決 S33.7.29 (百 A5) p26
- ・最判 S34.7.24 p57
- ・最判 S35.9.8 (百 A39) p101
- ・最大判 S36.6.7 (百 A7) p31
- ・最大判 S37.11.28 (百 A17) p49
- ・高松高決 S39.10.28 p70
- ・最大判 S40.4.28 (百 A23) p62
- ・最決 S41.7.26 p40
- ・最決 S41.11.22 p79
- ・最判 S42.8.31 (百 A22) p63
- ・最判 S42.12.21 (百 77) p86
- ・最決 S44.3.18 (百 A4) p28
- ・最決 S44.4.25 (百 A27) p71
- ・最決 S44.7.14 (百 A28) p70
- ・最判 S44.10.2 p42
- ・最大判 S44.12.24 p4
- ・最大決 S46.3.24 p131
- ・最判 S47.5.30 p44
- ・最決 S50.5.30 p43
- ・最決 S51.3.16 (百 1) p1、3
- ・福岡高那覇支部判 S51.4.5 (百 A21) p62
- ・最決 S51.10.12 (百 A55) p133
- ・最判 S51.10.28 (百 78) p87
- ・最判 S51.11.18 (百 21) p26、28
- ・大阪高決 S52.3.17 p43
- ・最決 S53.2.16 (百 A20) p59
- ・最判 S53.6.20 (百 4) p6
- ・最決 S53.6.28 p107

- ・最判 S53.9.7 (百 90) p119
- ・最決 S54.10.16 (百 A41) p107
- ・最決 S55.4.28 (百 35) p40
- ・最決 S55.5.12 (百 A13) p44
- ・最決 S55.10.23 (百 27) p24
- ・最決 S56.4.25 (百 43) p49
- ・最決 S56.7.14 p44、45
- ・最決 S57.12.17 (百 A36) p98
- ・東京高決 S58.1.27 (百 79) p93
- ・最決 S58.6.30 p99
- ・最判 S58.9.6 (百 47) p62、63
- ・東京地判 S58.9.30 (百 48) p47
- ・最決 S59.2.29 (百 6) p19
- ・最決 S59.12.21 (百 89) p95
- ・札幌高判 S61.3.24 (百 93) p126
- ・最判 S61.4.26 (百 91) p119
- ・最決 S63.2.29 (百 42) p44
- ・最決 H 元.5.1 p132
- ・東京地決 H2.4.10 p22
- ・最決 H2.6.27 (百 32) p29
- ・千葉地判 H3.3.29 (百 9) p4
- ・福岡高判 H5.11.16 (百 A12) p39
- ・最決 H6.9.16 (百 28) p24
- ・最判 H7.6.20 (百 81) p99
- ・最決 H8.1.29 (百 25) p32
- ・最決 H10.5.1 (百 22) p27
- ・最判 H11.3.24 (百 33) p39
- ・最判 H12.6.13 (百 34) p39
- ・最決 H13.4.11 (百 45) p54、56、127
- ・最決 H14.10.4 (百 A6) p29
- ・最判 H15.2.14 (百 92) p119、120
- ・最大判 H15.4.23 (百 39) p64
- ・最大判 H15.10.7 p41
- ・最判 H15.10.7 (百 97) p129
- ・最決 H16.7.12 (百 10) p5
- ・最決 H17.9.27 (百 83) p92、102、114
- ・東京高判 H17.12.26 (H18 重判 2) p41
- ・大阪高決 H18.10.6 p73
- ・最判 H18.11.7 (百 87) p108
- ・最決 H18.11.20 (百 A14) p45
- ・最決 H19.2.8 (百 20) p23

- ・最決 H19.10.16 (百 60) p125
- ・東京高決 H20.4.1 p73
- ・最決 H20.4.15 (百 8) p4
- ・最決 H20.4.15 (H20 重判 1) p37
- ・最決 H20.8.27 (百 84) p100
- ・東京高判 H20.11.18 (百 56) p62
- ・最決 H21.9.28 (百 29) p2
- ・最決 H21.9.28 (H21 重判 1) p121
- ・最決 H21.10.20 (H21 重判 2) p45
- ・最判 H22.4.27 (百 61) p125
- ・東京高判 H22.5.27 (百 80) p98
- ・最決 H24.2.29 (H24 重判 4) p54
- ・最判 H24.9.7 (H24 重判 5) p78
- ・最決 H25.2.20 (H25 重判 4) p80
- ・最決 H25.3.5 (百 99) p131、132
- ・最決 H26.3.17 (百 44) p48
- ・最決 H26.11.17 (百 13) p11
- ・最決 H27.5.25 (百 57) p74
- ・最大判 H29.3.15 (百 30) p2

(参考文献)

- ・「リーガルクエスト 刑事訴訟法」第3版(著:宇藤崇・松田岳士・堀江慎司-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法講義」第6版(著:池田修・前田雅英-東京大学出版会)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「刑事訴訟法」初版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」初版(著:緑大輔-日本評論社)
- ・「捜査法演習」初版(著:佐々木正輝・猪俣尚人-立花書房)
- ・「刑事公判法演習」初版(編:廣瀬健二-立花書房)
- ・「事例演習刑事訴訟法」第2版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第4版(監修:松尾浩也、編集代表:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「ブラクティス刑事裁判」平成27年3月(司法研修所刑事裁判教官室)
- ・「刑事訴訟法判例百選」第9版・第10版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年度(有斐閣)
- ・「判例教材 刑事訴訟法」第5版(編:三井誠-東京大学出版会)
- ・「法律学の争点シリーズ 刑事訴訟法の争点」第3版(編:松尾浩也・井上正仁-有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「法学教室」2006.Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)