

第1部 捜査

第1章 強制捜査と任意捜査 p1～24

第1節. 「強制の処分」 p1～11

1. 強制処分法定主義と令状主義の関係 p1～2
2. 「強制の処分」の判断基準 p2～4
3. 原則として類型的判断である p4～5
4. 判例・過去問 p5～11

第2節. 任意捜査の限界 p12～24

1. 捜査比例の原則 p12
2. 検討の流れ p12～13
3. 判例・過去問 p13～23
4. コントロールド・デリバリー (CD) p23～24

第2章 捜査の端緒 p25～29

1. 職務質問と捜査 p25
2. 職務質問 p25～26
3. 所持品検査 p26～29

第3章 被疑者の逮捕・勾留 p30～54

第1節. 逮捕 p30～41

1. 通常逮捕 p30
2. 現行犯逮捕 p30～35
3. 準現行犯逮捕 p35～41
4. 緊急逮捕 p41

第2節. 被疑者勾留 p42～45

1. 意義 p41
2. 勾留の要件 p41～44
3. 勾留の期間 p44～45
4. 勾留期間満了前に被疑者を勾留から解放する方法 p45

第3節. 逮捕・勾留に関する論点 p46～54

1. 事件単位の原則 p46
2. 一罪一逮捕一勾留の原則 p46～49
4. 別件逮捕・勾留 p49～53
5. 違法逮捕に引き続く勾留請求 p53～54

第4章 取調べ等 p55～59

1. 取り調べに関する規律 p55
2. 論点 p55～59

第5章 証拠の収集 p60～89

第1節. 令状捜査 p60～66

1. 令状において捜索対象が特定されていること p60～61
2. 捜索対象に令状の効力が及んでいること p61～63
3. 差押目的物が存在する蓋然性 p63
4. 論点・過去問 p63～66

第2節. 令状に基づく差押え p67～71

1. 令状の有効性 p67～68
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 p68～70
3. 別件差押え p70
4. 差押えの必要性 p71

第3節. 捜索・差押えに「必要な処分」 p72～79

第4節. 逮捕に伴う捜索・差押え p80～88

1. 逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠 p80
2. 「逮捕する場合」(時間的限界) p80
3. 「逮捕の現場」(場所的範囲) p81～83
4. 対象物(物的限界) p83～85
5. 図解・オリジナル p86～88

第5節. 領置 p89

第6章 被疑者の防御活動 p90～92

第2部 公訴提起

第1章 起訴独占主義・起訴便宜主義 p93～94

第2章 起訴状一本主義 p95

第3章 被告人の確定 p96

第4章 公訴時効 p97～100

1. 公訴時効の根拠 p97
2. 公訴時効の起算点 p97
3. 公訴時効の停止 p97～100

第5章 訴訟条件 p101～103

1. 意義 p101
2. 訴訟条件の判断基準 p101～103
3. 訴訟条件の追完 p103

第6章 訴因 p104～132

第1節. 訴因の特定 p104～110

- 第2節. 訴因変更 p111～130
 - 1. 思考の流れ p111
 - 2. 訴因変更の要否 p112～121
 - 3. 訴因変更の可否 p121～126
 - 4. 訴因変更の限界・訴因変更命令 p126～130
- 第3節. 裁判所の審判対象 p131～132

第3部 公判手続

第1章 公判手続の原則 p133～134

- 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 p135～146

- 第1節. 被告人の勾留と保釈 p135～138
 - 1. 被告人の勾留 p135
 - 2. 保釈 p136～138
- 第2節. 公判前整理手続 p139～146
 - 1. 事前準備手続（従来の公判前準備手続） p139
 - 2. 従来型の証拠開示 p139
 - 3. 公判前整理手続 p140～145
 - 4. 期日間整理手続 p145～146

第3章 公判における審判手続 p147～148

- 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 p149～164

- 第1節. 証拠の分類 p149
 - 1. 直接証拠・間接証拠
 - 2. 実質証拠・補助証拠
 - 3. 供述証拠・非供述証拠
 - 4. 人的証拠・物的証拠
- 第2節. 証拠裁判主義 p149～150
 - 1. 「事実」と「証拠」の意味
 - 2. 厳格な証明

第3節. 証拠能力 p150～164

1. 同種前科証拠による犯人性立証 p151～159
2. 類似事実証拠による犯人性立証 p159～162
3. 科学的証拠 p162～164

第2章 自白 p165～174

第1節. 自白の証拠能力 p165～171

第2節. 補強法則 p171～174

第3章 伝聞法則 p175～242

第1節. 伝聞・非伝聞の区別 p175～194

1. 伝聞法則 p175
2. 伝聞・非伝聞の区別 p175～183
3. 立証趣旨の拘束力 p183～184
4. 非伝聞になる場合 p184～190
 - (1) 供述過程の一部が欠落する場合
 - (2) 供述の存在自体が要証事実になる場合（一部、供述当時の心理状態を要証事実とする場合を含む）
犯行計画メモ / 領収書 / 供述者の認識 / 供述の聞き手に与えた影響 / 精神異常 / 言葉が犯罪を構成する場合 / 自白の任意性・供述調書の特信性 / 複数人による同趣旨の供述
5. 伝聞・非伝聞に関する論点 p190～194
 - (1) 心理状態の供述
 - (2) 写真・録音・録画
 - (3) 再伝聞
 - (4) 反対尋問を経ない公判証言

第2節. 伝聞例外 p195～203

1. 裁面調書 p195
2. 検面調書 p196～197
3. 3号書面（伝聞例外の一般規定） p197～198
4. 公判準備・公判期日における供述調書 p198
5. 裁判所・裁判官の検証調書 p198
6. 捜査機関の検証調書 p198～200
7. 鑑定書 p200
8. 被告人の供述書・供述録取書 p200～201
9. 被告人の公判準備・公判期日における供述録取書 p202
10. 特信書面 p202
11. 伝聞証言 p203

第3節. 325条～328条 p204～209

1. 任意性の調査 p204
2. 同意書面 p204～205
3. 合意書面 p205
4. 弾劾証拠 p205～209

第4節 過去問 p210～236

- [平成30年司法試験設問2] p210～213
- [平成20年新司法試験設問1] p214～218
- [平成23年新司法試験設問2] p219～224
- [オリジナル問題] p225～226
- [平成21年新司法試験設問2] p227～229
- [平成27年予備試験設問2] p230～232
- [平成17年旧司法試験第2問] p232～236

第5節 重要事項に関する補足 p237～242

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? p237
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 p237～238
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 p238～239
4. 要証事実を設定する場合における答案の流れ p239～240
5. 伝聞証言に該当する場合 p240～241
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 p241～242
7. 単独犯の事例における犯行計画メモの使い方 p242～243

第4章 違法収集証拠排除法則 p244～249

第5部 裁判

第1章 犯罪の証明 p251～254

第2章 一事不再理効 p255～260

1. 一事不再理効の客観的範囲 p256
2. 一事不再理効の時間的範囲 p257
3. 過去問（令和2年予備試験） p257～260

第6部 上訴・再審

第1章 上訴 p261～263

第2章 再審 p264

第1部 捜査

第1章 強制捜査と任意捜査

A

第1節 「強制の処分」

A

「強制の処分」は、刑事訴訟法に「特別の定」がある場合に限り、そこに定められた要件・手続に従ってのみ行うことができる（刑訴法197条1項但書）。

1. 強制処分法定主義と令状主義の関係

(1) いかなる場合に強制処分法定主義や令状主義に違反するのか

- 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）、当該捜査活動が現行刑訴法で法定されている「強制の処分」の類型に該当するにもかかわらず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。
- 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。

(2) 問題提起の仕方¹⁾

強制処分法定主義は刑事手続上当該処分を用いることが一般的に許されるかに関する規律であるのに対し、令状主義は強制処分法定主義をクリアする強制処分を行う権限の個別具体的事案における発動を規律するものである。

酒巻 22～24 頁

しかも、令状主義の規律が及ぶのは、現行刑訴法で法定されている既存の強制処分の類型に該当するものだけである。

そうすると、「強制の処分」が第一次的に服することになる規律は強制処分法定主義であり、令状主義は、「強制の処分」のうち現行刑訴法で法定された既存の強制処分の類型に該当するものとの関係に限り第二次的に顕在化する規律にとどまる、という整理になる。

したがって、①『「強制の処分」に当たるのであれば、刑事訴訟法上の「特別の定」が必要である（197条1項但書）』という、強制処分法定主義との関係における問題提起が先行することになる。

①の問題提起を書いた後で、②「強制の処分」該当性を検討し、③「強制

1) “まず、ある捜査活動がいわゆる強制処分に該当する場合、刑事訴訟法にその根拠となる特別の規定がある場合に限り許されるため（同法第197条第1項ただし書き、強制処分法定主義）、当該捜査活動が強制処分に該当するのか、それとも任意処分にとどまるのか、両者の区別が問題となる。…次に、Pらの捜査活動が強制処分に至っていると評価される場合には、現行法の法的規律の在り方に従ってその適否（法定された既存の強制処分の類型に該当するか否か、これに該当する場合には法定された実体的及び手続的要件を充足するか否か）を検討することが必要となる。”（平成30年司法試験・出題趣旨）

の処分」該当性が肯定される場合には、当該処分が刑訴法で法定された強制処分の類型に該当するのかを検討する。

2. 「強制の処分」の判断基準

(1) 複数の判断基準

最高裁昭和51年決定は、「強制の処分」(197条1項但書)の要素として、「個人の意思を制圧」と「身体・住居・財産等の制約」を挙げている。これは、意思制圧説と呼ばれる。

最決 S51.3.16・百1

意思制圧説では、強制と任意の実質的な分岐点が「意思を制圧」(＝行為の方法ないし態様)に求められている。

判例講座16頁、事例演習15～16頁

これに対し、学説上、「強制の処分」について、合理的に推認される個人の意思に反し、その重要な権利・利益を制約(実質的に侵害)する処分を意味すると理解する見解もある。これは、重要権利利益実質的侵害説と呼ばれる。

重要権利利益実質的侵害説は、強制と任意の実質的な分岐点を「制約される権利・利益の重要性」(＝侵害された権利・利益の質)に求める

事例演習14頁

最高裁の立場については、有形力行使類型では意思制圧説、盗聴等類型では重要権利利益実質的侵害説というように、行為類型に応じて両説を使い分けているという二元的理解がある。

判例講座17頁、事例演習16頁

もっとも、GPS捜査に関する近時の最高大法廷判決が盗聴等類型に属するGPS捜査について「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)…」と述べることで、最高裁昭和51年決定を参照していることに伴い、上記の二元的理解に再考の余地が生じたと思われる。

最大判 H29.3.15・百30

とはいえ、試験対策としては、二元的理解を前提として、有形力行使類型では最高裁昭和51年決定をそのまま引用し、盗聴等類型では最高裁昭和51年決定の要旨を重要権利利益実質的侵害説により読み替える、という理解でも構わないであろう。

意思制圧説と重要権利利益実質的侵害説は、「強制の処分」の判断基準を「重要な権利・利益の実質的な制約」に求めている点では共通しており、「重要な権利・利益の実質的な制約」(＝上位規範)の有無を判断するための捜査類型ごとの下位基準として違っているにすぎない、という理解になる。

(2) 判断基準ごとの論証

[論点1] 意思制圧説

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。

A

「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。²⁾

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

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。

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。

本決定が「意思を制圧」について言及したのは、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされており、意思の制圧がその結果として生じる権利・利益の制約に差異をもたらすという事案だったからである。

強制処分については、その要件・手続を法律で定めることが必要とされている（197 条 1 項但書）うえ、現に法定されているものの要件・手続が令状主義と結合した厳格なものとなっている（憲法 35 条等）ことに照らせば、そのような保護に見合うだけの重要な権利・利益を実質的に制約する処分であることを要するというべきである。³⁾

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反し、その重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。^{4) 5)}

A

「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

2) “ 同決定の上記判示から抽出するならば、強制処分のメルクマールは、「個人の意思の制圧」と「身体・住居・財産等への制約」（代表的な権利・利益を例示したものと理解すれば、「権利・利益の制約」と言い替えることもできる。）とに求められることになる。”（平成 27 年司法試験・採点実感）

3) “ ③は単なる権利・利益の制約ではなく、一定の重要な権利・利益の制約を意味すると捉える。強制処分と結び付けられた法的効果の重さ（強制処分法定主義）と、現に法定された強制処分の要件・手続の厳格さ（令状主義との結合）とに照らし、強制処分とは、そのような保護に見合うだけの重要な権利・利益を制約する処分でなければならないとするのである。”（百 1 解説：大澤裕）

4) “ ここに例示されている身体、住居、財産等は、憲法 33 条及び 35 条が具体的に例示列挙し基本権として保障するような重要で価値の高い法益を意味しているとみることができる。”（酒巻 29 頁）

5) 重要権利利益実質的侵害説では、「強制の処分」の要件は、⑦相手方の意思に反して、①重要な権利利益を実質的に制約するという 2 つに整理される。当てはめは、⑦⇒①という流れで論じる（平成 27 年及び平成 30 年司法試験の出題趣旨・採点実感）。

⑦と①の関係については、「強制の処分」の判断基準の中核にあるのは①であり、⑦は「制約」の前提という意味で①の必要条件にすぎず①と異なる独自の意義を有するわけではない、と理解することになる（百 1 解説 [大澤裕] 参照）。

「強制の処分」の判断基準の中核にある「重要な権利・利益を実質的に制約する」という要件は、(i) 権利・利益を制約すること、(ii) 制約されている権利・利益が重要であること、及び (iii) 重要な権利・利益に対する制約が実質的な制約といえるほどのものであることの 3 つに分類され、(i) の前提として「相手方の意思に反する」ことが必要とされるため、⑦・①という 2 要件に整理されているに過ぎない、ということである。

このように、⑦は①のうち「…権利・利益を…制約する」という部分の前提に位置づけられる要件であるため、制約が問題となっている「権利・利益」も想定しながら⑦を判断することになる。

〔論点 3〕平成 29 年大法廷判決

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、現実には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、現実には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。

A

平成 27 年採点実感

平成 27 年採点実感

3. 原則として類型的判断である

強制処分該当性は、裁判所の事後的な違法判断において問題となるものであるにとどまらず、当該捜査行為を行うためには法律上の特別の根拠及び令状が必要であるかという捜査機関側の行為規範にも関係するものであるから、事前の予測判断としての判断枠組みにより判定されるべきものである。

H21 重判 1 解説、酒巻 33 頁

このように、「強制の処分」該当性の判断は、事前の予測判断という性質上、捜査行為を抽象化・一般化して行われるという意味で、類型的な判断である。

そのため、個別事案における必要性・緊急性が考慮されないどころか、法益侵害の内容も類型的に把握されることになる。すなわち、強制処分該当性の判断においては、事前の予測判断が可能となる程度にまで捜査行為を抽象化一般化し類型的に把握する必要があり、事前の予測判断ができなくなる個別事情は考慮されないのである。

だからこそ、宅配便荷物のエックス検査の「強制の処分」該当性を肯定した最高裁決定は、「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」であるという判断にとどめており、実際に品目等をどの程度具体的に特定できたのかということにまでは立ち入っていない。

最決 H21.9.28・百 29

もっとも、過去の出題の趣旨・採点実感を読む限り、司法試験委員会が、「強制の処分」該当性の判断における法益侵害の内容をどこまで抽象的に捉えることを要求しているのかは定かではなく、抽象的に捉えすぎると、問題文の事実を使うことができなくなるから、バランスのとり方が難しいところである。⁶⁾

6) 捜査の継続時間（例えば、録音・録画の時間）については、当該捜査の性質に照らして想定されているものであれば類型的判断において考慮することができるが、結果的にこれくらい継続したという個別事案における結果にすぎないものであれば類型的判断において考慮することはできない、というのが正確な理解であると思われる。

もっとも、会話の秘密録音が問題となった平成 27 年司法試験設問 1 に関する出題趣旨では、「【捜査②】は、通常の人聴覚では室外から聞き取ることのできない乙方居室内の音声を、本件機器を用いて増幅することにより隣室から聞き取り可能とした上で、これを約 10 時間にわたり聴取・録音するというものであり、外部から聞き取られることのない個人の私生活領域内における会話等の音声を乙の承諾なくして聴取・録音しているものであることから、乙の「住居」に対する捜索から保護されるべき個人のプライバシーと基本的に同様の権利の侵害が認められ、その侵害の程度も重いと評価できる。【捜査②】が強制処分か任意処分かの区別を検討するに当たっては、この点に関する具体的事実を考慮しつつ、丁寧な検討と説得的な論述を

なお、留め置き・任意同行後の取調べ・有形力行使といった、相手方の現実の意思に反する事態を観念できる行為類型では、例外的に事後の個別的判断になるため、捜査行為を類型的に把握せず、個別事情を使って法益侵害の内容を把握して「強制の処分」該当性を判断することになる。

これらは、意思制圧説が適用される有形力行使類型に属する事案である。

4. 判例・過去問

[判例 1] 宅配便荷物のエックス線検査

A

最決 H21.9.28・百 29

事案：警察官は、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、宅配便業者の営業所の長の承諾を得ただけで、A 社事務所に配達される予定の宅配便荷物について外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察するという方法でエックス線検査を行った。

要点：本決定は、「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。」と述べた。

本件エックス線検査は、宅配便業者の承諾を得て実施されたものである。もっとも、本決定は、被侵害利益を内容物に対するプライバシーと捉えているから、内容物に対するプライバシーの主体は荷送人や荷受人であって宅配便業者ではない以上、宅配便業者の承諾により強制処分該当性を否定することはできない。

本決定は、本件エックス線検査を「検証」に当たると解している。本件エックス線検査は、警察官らがエックス線検査装置の助けを借りつつ視覚により荷物の内容物の形状や材質を観察するものであるから、「検証」に当たるとの解釈は素直である。ただ本件では、現場検証のように対象物の性状が認識されればそれで事足りたわけではない。特に、5 回目のエックス線検査は監視付移転による薬物事犯の捜査の一環として薬物の在中をあらかじめ把握する行為にほかならず、その実質は「搜索」ではないかとの疑問も呈しうる。

なお、エックス線検査のため一時的に荷物を持ち出す行為は、検証という強制処分（あるいはその令状）の本来的効力ないし「必要な処分」（222 条 1 項・129 条）として許容されよう。

[判例 2] GPS 捜査

A

最大判 H29.3.15・百 30

事案：窃盗の共犯事件に関する組織性の有無・程度や組織内における A 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、約 6 か月半の間、A、共犯者のほか、A の知人女性も使用する蓋然性があった自動車等合計

なすことが求められる。」（下線は私が付したもの）とあるように、捜査②の「強制の処分」該当性の判断において録音時間が 10 時間に及んだことにも言及することが求められている。そのため、捜査の継続時間は強制処分該当性の判断で考慮するというのが司法試験対策として無難である。

これまでの出題趣旨・採点実感を読むと、司法試験委員会では、強制処分該当性の類型的判断ということ自体があまり重視されていないように思える。類型的判断であることを気にしすぎた結果、「強制の処分」該当性の配点項目として掲げられている事実の一部を落とすことにならないようにするためにも、「強制の処分」該当性における類型的判断で考慮することができるかどうかを悩む事情が出てきたら、「強制の処分」該当性でも考慮したほうがよい。

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 捜査が実施された。

論点 1：強制処分該当性

「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。

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 卷 2 号 187 頁参照）…。」

（解説）

対象の位置情報は、それが継続的に取得・集積されると、個人の日常の行動ないし生活状況全般を相当程度暴露するものとなり得るから、個人のプライバシーとして保護されるべきものである。

本判決は、GPS 捜査が「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。」という性質に着目して、現実に「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」プライバシーが侵害されたかどうかを問うことなく、「公権力による私的領域への侵入を伴うもの」ものであるとして、憲法 35 条が保障する『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」を侵害する強制処分であると述べている。

これは、GPS 端末を対象者の所持品等に秘かに装着することにより、そのことを知らない対象者がその所持品とともに移動などする際の「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わるものであるおそれが常にある位置情報を、GPS 端末が機能している限り何時でも、

百 30 解説 [井上正仁]

捜査機関が意のままに取得することのできる状態を作り出すことそれ自体が、既に、性質上「私的領域」への「侵入」を伴う処分の着手にほかならない、という理由によるものであると思われる。

このように、本判決は、GPS 捜査の強制処分該当性の実質的根拠を「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わるものである可能性が常にある位置情報を捜査機関が逐一取得してそのプライバシーを侵害することが可能な状態にすることに求めている。そのため、例えば、性質上、専ら公道上その他不特定多数の人に開かれた場所における人・車両等の所在や移動状況をモニターし、あるいはそれに関する情報を取得するのみで、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わる情報を取得する可能性がおよそないものは、強制処分に該当しないことになる。

論点 2：令状による必要がないことを正当化する事由の有無

「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に当たる…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。」

論点 3：現行の強制処分としての実施可能性

①「検証」該当性

「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。」

②令状主義の趣旨

「仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて捜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。」

③令状の事前呈示の原則

「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。」

④結論

「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な条件の選択が行われな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め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めのある場合」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るれば、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。」

[過去問]

(事案)

1. 平成 27 年 2 月 4 日午前 10 時頃、L 県 M 市内の V (65 歳の女性) 方に電話がかかり、V は、電話の相手から、「母さん、俺だよ。先物取引に手を出したら大損をしてしまった。それで、会社の金に手を付けてしまい、それが上司にばれてしまった。今日中にその穴埋めをしないと、警察に通報されて逮捕されてしまう。母さん、助けて。上司と電話を代わるよ。」と言われ、次の電話の相手からは、「息子さんの上司です。息子さんが我が社の金を使い込んでしまいました。金額は 500 万円です。このままでは警察に通報せざるを得ません。そうすると、息子さんはクビですし、横領罪で逮捕されます。ただ、今日中に穴埋めをしてもらえれば、私の一存で穏便に済ませることができます。息子さんの代わりに 500 万円を用意していただけますか。私の携帯電話の番号を教えるので、500 万円を用意したら、私に電話を下さい。M 駅前まで、私の部下を受取に行かせます。」と言われた。V は、息子とその上司からの電話だと思い込み、電話の相手から求められるまま、500 万円を用意して M 駅前に持参することにした。

V は、最寄りの銀行に赴き、窓口で自己名義の預金口座から現金 500 万円を払い戻そうとしたが、銀行員の通報により駆けつけた司法警察員 P らの説得を受け、直接息子と連絡を取った結果、何者かが V の息子に成り済まして V から現金をだまし取ろうとしていることが判明した。

2. P らは、V を被害者とする詐欺未遂事件として捜査を開始し、犯人を検挙するため、V には引き続きだまされているふりをしてもらい、犯人を M 駅前に誘い出すことにした。

同日午後 2 時頃、M 駅前に甲が現れ、V から現金を受け取ろうとしたことから、あらかじめ付近に張り込んでいた P らは、甲を、V に対する詐欺未遂

A

平成 27 年司法試験設問 1

の現行犯人として逮捕した。

3. 甲は、「知らない男から、『謝礼を支払うので、自分の代わりに荷物を受け取ってほしい。』と頼まれたことから、これを引き受けたが、詐欺とは知らなかった。」と供述し、詐欺未遂の被疑事実を否認した。

甲は、同月6日、L地方検察庁検察官に送致されて引き続き勾留されたが、その後も同様の供述を続けて被疑事実を否認した。

逮捕時、甲は同人名義の携帯電話機を所持していたことから、その通話記録について捜査した結果、逮捕前に甲が乙と頻繁に通話をし、逮捕後も乙から頻繁に着信があったことが判明した。

そこで、Pらは、乙が共犯者ではないかと疑い、乙について捜査した結果、乙が、L県N市内のFマンション5階501号室に一人で居住し、仕事はしておらず、最近外出を控え、周囲を警戒していることが判明したことから、Pらは、一層その疑いを強めた。

そこで、Pらは、乙方の隣室であるFマンション502号室が空室であったことから、同月12日、同室を賃借して引渡しを受け、同室にPらが待機して乙の動静を探ることとした。

4. 同月13日、Pが、Fマンション502号室ベランダに出た際、乙も、乙方ベランダに出て来て、携帯電話で通話を始めた。その声は、仕切り板を隔てたPにも聞こえたことから、Pは、同502号室ベランダにおいて、①ICレコーダを使用して、約3分間にわたり、この乙の会話を録音した。その際、「甲が逮捕されました。どうしますか。」という乙の声がPにも聞こえ、同レコーダにも録音されたが、電話の相手の声は、Pには聞こえず、同レコーダにも録音されていなかった。

このように、乙が本件に関与し、他に共犯者がいることがうかがわれ、乙がこの者と連絡を取っていることから、Pらは、同502号室の居室の壁越しに乙方の居室内の音声を聞き取ろうとしたが、壁に耳を当てても音声は聞こえなかった。そこで、Pらは、隣室と接する壁の振動を増幅させて音声として聞き取り可能にする機器（以下「本件機器」という。）を使用することにし、本件機器を同502号室の居室の壁の表面に貼り付けると、本件機器を介して乙方の居室内の音声を鮮明に聞き取ることができた。そして、Pらは、同月15日、②約10時間にわたり、本件機器を介して乙方の居室内の音声を聞き取りつつ、本件機器に接続したICレコーダにその音声を継続して録音した。しかし、このようにして聴取・録音された内容は、時折、乙が詐欺とはおよそ関係のない話をしているにすぎないものであったことから、これ以後、Pらは本件機器を使用しなかった。

(答案)

第1. 捜査①

1. 捜査①は、「強制の処分」に該当するのであれば、刑事訴訟法上の根拠規定が存在し（同法197条1項但書）、かつ、その定める要件を満たしていなければ、違法となる。では、捜査①は「強制の処分」に当たるか。

(1) 「強制の処分」には刑訴法による法定が要求されている上、現に法定されているものの要件・手続が令状主義と結合した厳格なものとなっている。そこで、「強制の処分」とは、そのような保護に見合うだけの重要な権利・利益を実質的に制約する処分、すなわち、個人の意思に反し、その重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解すべきである。

(2) 確かに、ベランダという開放性のある領域での通話内容が他人に聴取される可能性については一般的に受容されているものの、それが録音され一時的にせよ記録として保存されることについてまでは受容しているとはいえないから、捜査①は合理的に推認される個人の意思に反する。

しかし、乙方ベランダでの乙の通話が、隣室 502 号室のベランダにいる P に仕切り板ごしにでも聞こえていることから、集合住宅のベランダにおける通話内容を一定範囲の他者に聴取されること自体は、日常生活において珍しいことではないし、そこで通話をする者もさほど気にしていないのが通常である。そのため、集合住宅のベランダでの通話内容を他人に聞かれないというプライバシーの要保護性は高くない。したがって、聴取のみならず録音も伴うということも踏まえても、憲法 35 条 1 項によって保障される「住居」という私的領域に侵入されないという意味でのプライバシーの制約を伴うとはいえない。したがって、捜査①は、重要な権利利益の制約を伴うとはいえず、「強制の処分」に当たらない。

2. では、任意捜査（197 条 1 項本文）として適法か。

(1) 任意捜査は、比例原則の適用により、必要性、緊急性なども考慮した上で、具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要」な捜査（197 条 1 項本文）といえ適法であると解する。

(2) 本件詐欺未遂で現行犯逮捕された甲には嫌疑が認められる。そうすると、逮捕前に甲と頻繁に通話をし、逮捕後も頻繁に甲に架電していた乙については、仕事をしておらず最近は外出を控え、周囲を警戒しているという事実も考慮すると、甲との共犯である疑いが認められる。そのため、乙が本件詐欺事件に関連する内容の通話をする蓋然性もあるといえる。したがって、捜査①により乙の通話内容を録音する必要がある。しかも、本件詐欺未遂が振り込め詐欺という近年横行している重大犯罪であるため、それに関連する会話の証拠としての価値は高いといえるから、それを証拠として保全するために捜査①を実施する必要性は高い。

また、通話自体はそれが行われると同時に消失するから、消失前に証拠として保全するために捜査①を行う緊急の必要性もある。

他方で、ベランダの開放性及び録音時間が 3 分と短いことからすれば、捜査①によるプライバシー侵害は、捜査①の必要性との関係で合理的権衡を失するものではないから、捜査①は具体的状況のもとで相当といえる。

3. よって、捜査①は適法である。

第 2. 捜査②

1. 捜査②は「強制の処分」に当たるか。

居室内は、その密室性及び乙の支配領域性ゆえに、そこでの通話内容が自

らの与り知らない他者によって聴取・録音されることは想定されていないから、そこには、憲法 35 条 1 項が保障している「住居」という私的領域に侵入されないという意味でのプライバシーが帰属しているといえる。

そして、捜査②は、人間の聴力を大きく超えた收音能力を備えた本件機器をもって、約 10 時間にもわたって、居室内の通話内容を鮮明に聴取・録音するものであるから、捜査機関が居室内に盗聴器を設置して継続的・網羅的に居住者等の私的領域に侵入しているに等しいものであると評価できる。

したがって、捜査②は、合理的に推認される個人の意思に反し、前記の意味における重要なプライバシーを実質的に制約するものとして、「強制の処分」に当たる。

2. 捜査②は強制処分法定主義に服するところ、これは聴覚の作用により乙の通話の存在・内容等を認識して保全するものだから、刑訴法上の「検証」に位置付けられる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。

しかし、「検証」は令状主義に服するから（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条 1 項）、捜査②は、検証許可状なくして行われた点で令状主義違反により違法である。

第4節 逮捕に伴う捜索・差押え

A

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。

酒巻 122 頁、判例講座 I 150 頁

[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。

酒巻 122 頁、判例講座 I 150～151 頁、リークエ 140 頁

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。

判例講座 151 頁、リークエ 140 頁

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。

リークエ 142 頁

[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。

判例講座 I 153 頁

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。

最大判 S36.6.7・百 A7

[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。

リークエ 142 頁

そうすると、無令状捜索・差押えは、こうした緊急の必要性が認められる場合に限って許容されることになる。

そこで、「逮捕する場合」とは、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ことが必要であると解する。

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。

もともと、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。¹⁾

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。^{2) 3)}

[判例] 管理権の競合

事案：警察官は、被疑者をホテル 5 階待合所(窓口業務を行うフロントに隣接したロビー)で大麻所持の被疑事実で現行犯逮捕した上、同ホテル内の被疑者宿泊の客室 714 号室を無令状で捜索した。

要点：本判決は、「逮捕の現場」について、「被疑事実と関連する証拠物が存在する蓋然性が極めて強く、…逮捕者らの身体の安全を図り、証拠の散逸や破壊を防ぐ緊急の必要…の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲」と解した上で、被疑者宿泊の客室 714 号室が「逮捕の現場」に当たると認定している。

しかし、客室に対するホテル経営者の管理権と宿泊客(被疑者)の管理権との競合が問題となり、宿泊客の管理権が優先すると解すべきであるから、客室を「逮捕の現場」と認めることはできない。

[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・典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。⁴⁾

事例演習 129 頁、酒巻 127 頁

平成 24 年司法試験の出題趣旨・採

点実感

A

リークエ 143 頁、事例演習 143 頁

B

東京高判 S44.6.20・百 23

百 27 [9 版] 解説

B

1) “もともと証拠存在の蓋然性の判断は、一令状による場合においても一管理権を単位に行われるべきものと考えられているからであろう…”(リークエ 143 頁)

2) ここでいう「同一の管理権」とは、厳密には、「一個の管理権」「単一の管理権」の意味である。例えば、渋谷の被疑者宅で逮捕した場合に、京都の被疑者の別荘を捜索することはできない(事例演習 130 頁)。

3) 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。

4) 相当説でいう「蓋然性が一般的・典型的に高い」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(判例講座 I 163 頁)。

〔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

A

最決 H8.1.29・百 25

例えば、警察官が公道上で被疑者を逮捕し、被疑者を最寄りの警察署まで連行してからその身体・所持品について捜索・差押えをした場合などに問題となる。

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。

もっとも、「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。^{5) 6)}

なお、ここでいう「同視することができる」とは、無令状の捜索・差押えの範囲を「逮捕の現場」よりも拡張する趣旨のものではなく、「逮捕の現場」における捜索・差押えを行うために被逮捕者を移動させることができ、この意味で移動後の捜索・差押えは元々の「逮捕の現場」における捜索・差押えと同一性があるとする趣旨であると考えられる。仮に前者のように考えると、強制処分である無令状捜索・差押えの範囲を、解釈によって法定要件の範囲外まで拡張したこととなり、強制処分法定主義（197 条 1 項但書）に抵触するおそれがあるからである。⁷⁾

(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

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。

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。

⁵⁾ 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。）。

⁶⁾ 〔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りにくいですが、「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。

⁷⁾ 判例は、被疑者の身体・所持品を「逮捕の現場」と同視するという立場ではない、と評価されている（百 25 解説 3 の 2 段落目、事例演習 140 頁参照）。

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。^{8) 9)}

判例講座 I 156、リークエ 143 頁

[論点 2] 第三者に属する場所

B

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

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、逮捕に伴う捜索の対象には、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、逮捕に伴う捜索にも、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・身体を対象とする捜索については、捜索の「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、捜索の「必要」性を欠くものとして捜索が違法となる。

判例講座 I 156 頁

被疑者以外の第三者に属する場所を対象とする捜索については、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。

判例講座 I 156 頁

[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

⁸⁾ その具体的な範囲は、それが逮捕の際の被逮捕者の移動可能性に左右されるため、被逮捕者の拘束の様態・程度、被逮捕者と捜査官との位置関係といった事情を考慮して、被逮捕者の移動可能性という観点から、個々の事案ごとに決定せざるを得ない。問題は、その移動可能性をどの程度具体的に考えるかであり、被逮捕者の移動可能性をある程度抽象的に考えるのであれば、例えば、被疑者がある住居の一室で逮捕した場合に、その部屋全体（注：住居全体ではない）が捜索の対象となるという考え方も成り立ち得る（判例講座 I 157 頁、リークエ 143 頁）。

⁹⁾ 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。

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。¹⁰⁾

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

憲法35条1項・刑訴法219条1項が「搜索する場所」「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。

事例演習 141 頁、リークエ 144 頁

リークエ 144 頁

B

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

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。

…略… (102条の準用については、相当説と同じ)

A

[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。

A

リークエ 144 頁

(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

A

¹⁰⁾ 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)。

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。

もともと、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かと解すべきである。¹¹⁾

[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して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。

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。

もともと、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かと解すべきである。

B

判例講座 I 152～153 頁、リークエ
146 頁

B

緊急処分説でも同様に、別件差押え
が禁止される。

A

リークエ 146 頁

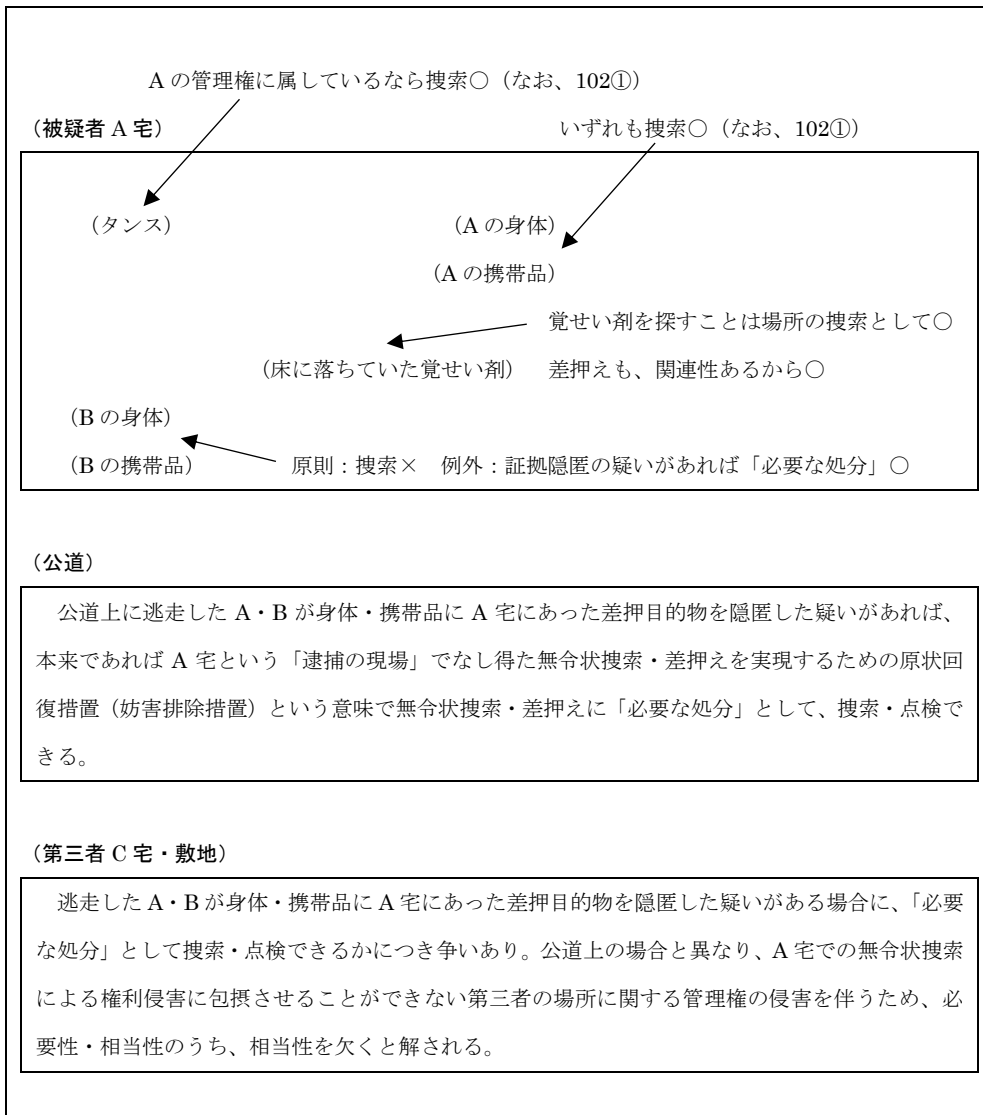
B

判例講座 I 152～153 頁、リークエ
150 頁

¹¹⁾ 逮捕の効力によるとする見解では、凶器・逃走具は、逮捕の完遂に必要なかぎり、それを一時的に取り上げて保管する程度にとどまるべきものであり、差押えまでは認められない(判例講座 I 153 頁)。

6. 図解・オリジナル問題

[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

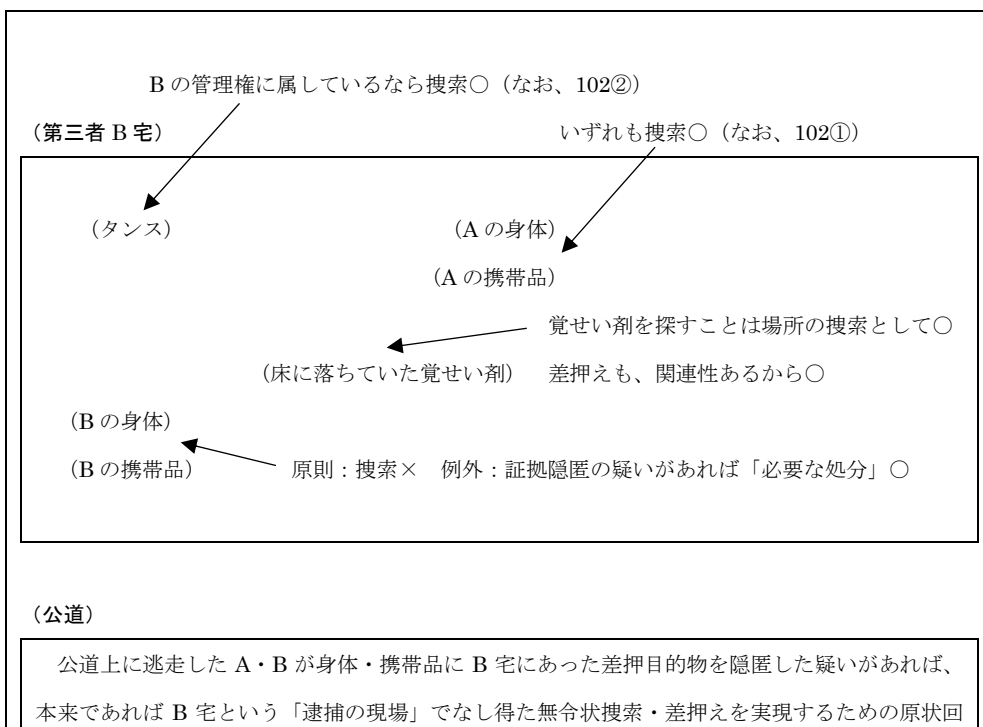


A

相当説からの説明

事例演習 112 頁

[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

図解 1 と同じ

復措置（妨害排除措置）という意味で無令状捜索・差押えに「必要な処分」として、捜索・点検できる。

（第三者 C 宅・敷地）

逃走した A・B が身体・携帯品に B 宅にあった差押目的物を隠匿した疑いがある場合に、「必要な処分」として捜索・点検できるかにつき争いあり。公道上の場合と異なり、B 宅での無令状捜索による権利侵害に包摂させることができない第三者の場所に関する管理権の侵害を伴うため、必要性・相当性のうち、相当性を欠くと解される。

図解 1 と同じ

〔オリジナル問題〕

（事例）

警察官 K は、X 方の応接間で、X を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕し、無令状で、X 方の応接間のほか書斎・寝室等すべての部屋を捜索し、寝室で注射器とビニール袋を発見したため、これらを差し押さえた。

（設問）

警察官 K による各部屋の捜索と注射器・ビニール袋の差押えは適法か。

（答案）

1. X 方の応接間・書斎・寝室等すべての部屋の捜索

（1）各部屋の捜索は、X を現行犯「逮捕する場合」に行われた、無令状捜索（220 条 1 項 2 号・3 項）である。これは、X を現行犯逮捕した応接間のみならず、書斎・寝室等も捜索している点で、「逮捕の現場」という要件を欠くのではないか。

ア. 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（相当説）。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、被疑者の身体及び携帯品のほか、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される。

X が逮捕された X 方の応接間の管理権は、X 方内の書斎・寝室等のすべての部屋に及ぶ。そうすると、これらの部屋は、「逮捕の現場」に当たる。

イ. これに対し、緊急処分説は、220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨について、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ることで、無令状捜索・差押えが許容される範囲を緊急の必要性が認められる場面にまで限定する。この見解からは、「逮捕の現場」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。

そうすると、本問では、「逮捕の現場」に含まれるのは、X の身体の

A

事例演習第 9 問参照

ほか、X が現行犯逮捕された地点から移動可能な応接間とそこにある物までである。

したがって、緊急処分説からは、応接間の搜索は適法であるが、それ以外の部屋の搜索は違法となる。

ウ. では、相当説と緊急処分説のいずれによるべきか。

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、令状による搜索差押えと逮捕に伴う無令状搜索差押えについて、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、搜索差押許可状に関する令状審査の内容は、特定の犯罪の嫌疑の存在・当該犯罪と関連性を有する証拠が搜索場所に存在する蓋然性・搜索差押えの必要性の 3 点であり、無令状搜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。

さらに、相当説のほうが、行為規範として捜査機関にとって分かりやすいルールを設定する見解であるといえる。

そこで、相当説によるべきであると考ええる。

そうすると、応接間以外の部屋も含め、「逮捕の現場」に当たる。

(2) 次に、前述した 220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨から、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。

もっとも、X 方の各部屋については、被疑者 X 「の住居」として 222 条 1 項による 102 条 1 項が準用されることにより、蓋然性が推定される。そして、推定を覆す事情もないから、前記 1 の搜索は、無令状搜索として適法である。

2. 注射器・ビニール袋の差押え

(1) 上記差押えは、X を現行犯「逮捕する場合」に「逮捕の現場」で行われた、無令状搜索（220 条 1 項 2 号・3 項）である。

(2) 前述した 220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨から、差押目的物は、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

注射器・ビニール袋は、いずれも、X の逮捕被疑事実である覚せい剤所持に関連する証拠物であるから、差押目的物に当たる。

(3) したがって、上記差押えは、無令状差押えとして適法である。

事例演習 127 頁

事例演習 127 頁（相当説はそのように理解する）

事例演習 127～128 頁

緑大輔 139 頁

第6章 被疑者の防御活動

B

[論点1] 接見指定の可否

B

捜査機関は、「捜査のため必要があるとき」は、公訴の提起前に限り、弁護人等との接見の日時・場所・時間を指定することができる（39条3項本文）。

最判 H11.3.24・百 33

身体拘束中の被疑者の接見交通権（39条1項）は、同人が弁護人からの援助を受ける機会を確保することを目的とするものであり、憲法34条前段の弁護人依頼権の保障に由来するから、これを制限する根拠となる「捜査のため必要があるとき」（39条3項本文）とは、接見を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生じる場合に限られる。

そして、接見指定制度の趣旨は、厳格な時間的制約のなかで身体を拘束されている被疑者の身体の利用をめぐる調整にあるから、「捜査」は被疑者の身体を利用する捜査に限られ、①被疑者の身体を利用した捜査が現に行われており（物理的限定説）、又は②それが間近い時に行われる確実な予定がある場合（準限定説）には、原則として捜査に顕著な支障が生じる場合に当たる。

[論点2] 接見指定の内容

B

（論証1）一般論

最判 H12.6.13・百 34

具体的に指定された「日時、場所及び時間」という指定内容の適否と、指定の方法（指定書の交付、電話、口頭の告知等）の適否の問題がある。

接見指定制度の趣旨が接見交通権と捜査の利益の調整にあるから、「被疑者の防衛の準備をする権利を不当に制限するようなもの」（39条3項但書）か否かは、①申出がなされた接見の重要性と、②即時又は近接した時点での接見を認めた場合の捜査への支障の程度の双方を考慮して判断されるべきである。

判例講座 I 210・224 頁

（論証2）逮捕直後の初回接見

接見指定は「被疑者の防衛の準備をする権利を不当に制限するようなもの」であってはならない（39条3項但書）。

そして、逮捕後の初回接見が弁護人依頼権の保障の出発点を成すことに鑑み、初回接見の指定にあたっては、協議・検討を行い、接見の時間指定により捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能であれば、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、逮捕に伴う所定の手続を終えた後において、比較的短時間であっても即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきである。¹⁾

¹⁾ 事例演習 164 頁では、初回接見の事案に関する最高裁判平成 12 年判決（最判 H12.6.13・百 34）は、⑦「即時又は近接した時点において短時間でも…接見する必要性が大きかったこと」（申出に係る接見の重要性）、⑧「比較的短時間取調べを中断し、又は夕食前の取調べの終了を少し早め、若しくは夕食後の取調べの開始を少し遅らせることによって、目的に応じた合理的範囲内の時間を確保することができた」（短時間の接見のための時間の捻出可能性）、⑨「取調べの経過に照らすと、…接見時間をやり繰りすることにより、捜査への支障が顕著なものになったとはいえない」（捜査への支障の程度）を考慮しており、⑦・⑧は初回接見について即時又は近接した時点での短時間の接見を肯定する要素であるとしている。

例えば、被疑者が重要な証拠物で未押収のもの所在を自供し、それに基づいて引き当たり捜査を実施しようとしている場合のように、被疑者を留置施設の外部に連れ出す形態での捜査を迅速に行わなければならない必要性があり、それが終了するまでには接見の申し出がなされた時点からある程度の時間を要する

第2章 公判準備

第1節 被告人の勾留と保釈

B

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）。

条解 393 頁

➡もともと、実務上は、検察官は、起訴後勾留が必要であると認めるときには、「逮捕中求令状」の表示をし、裁判官の職権発動を求めるのが通常である。¹⁾

・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）。

酒巻 353 頁

(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

リークエ 310 頁

・被疑者勾留中に同一の犯罪事実について起訴されたことにより被疑者勾留から被告人勾留に切り替わった場合（208条1項、60条2項）は、公訴提起の日から2か月間である（60条2項）。

・それ以外の場合（例えば、起訴後に初めて勾留される場合）は、その時から2か月間である（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。もともと、㉠被告人が死刑、無期又は短期1年以上の懲役・禁錮に当たる罪を犯した場合、㉡常習として長期3年以上の懲役・禁錮に当たる罪を犯した場合、㉢罪証隠滅の疑いに相当な理由がある場合、㉣被告人の氏名又は住居が分からない場合を除き、勾留期間の更新は1回に限られる（62条2項本文・但書）。

(4) 被疑者勾留との違い

リークエ 309 頁

- ・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）

¹⁾ 起訴後勾留に関する処分は、基本的に、当該事件の審判を担当する受訴裁判所が行うが、公訴提起後第1回公判期日前の処分は、予断排除のために、原則として、受訴裁判所を構成する裁判官以外の裁判官が行う（280条、規則187条1項）（リークエ 309～310）。

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

「勾留されている被告人又はその弁護人、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹」は、保釈の請求をすることができ(88条)、裁判所は、これら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)。²⁾

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。

条解 187 頁

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展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、以下の特殊性を踏まえる必

ブラクティス刑事裁判 45 頁、酒巻
358 頁

²⁾ 「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)。

要がある。

- ・通常、人が罪証隠滅を企図するのは争いのある事項についてであるから、公判前整理手続が進行して争点が整理され、争点から除外された事項については、基本的に、罪証隠滅の対象として考慮する必要性が低くなる。
- ・検察官の立証構造が明らかになれば、その立証構造を前提として罪証隠滅のおそれを判断すればよいから、基本的には、検察官の立証構造とは関係のない事項を対象とする罪証隠滅のおそれを考慮する必要はない。
- ・被告人側の予定主張が明らかになれば（316条の17第1項）、とりあえずはその主張に沿う態様の罪証隠滅のおそれを想定すればよく、予定主張に沿わない態様の罪証隠滅のおそれはひとまず考慮しなくてよい。
- ・公判前整理手続終了後は、「やむを得ない事由」がない限り新たな証拠調べ請求が認められない（316条の31第1項）ため、仮に新たに虚偽の証拠を作出したとしてもそれが証拠として採用される余地は相当狭まっているから、新たに虚偽の証拠を作出するという意味での罪証隠滅のおそれは低下する。

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「相当と認めるとき」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、㉞「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の程度」、㉟「身体の拘束の継続により被告人が受ける健康上、経済上、社会生活上又は防御の準備上の不利益の程度」、及び㊱「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、原則として保釈が適当でないといわれるのだから、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。

リークエ 311 頁

条解 189 頁

条解 189 頁

【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

B

百 A28 解説、池前 274 頁

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。

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

C

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。

条解 190 頁

しかし、裁量保釈の可否の判断の際に、「被告人が逃亡…するおそれの程度」や被告人が出頭しないおそれの程度（「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。

高松高決 S39.10.28

(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。

リークエ 311 頁

第3章 伝聞法則

A

第1節 伝聞・非伝聞の区別

1. 伝聞法則

A

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、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。¹⁾

公判法演習 138 頁

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

「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。

事例演習 335 頁、百 86 [9 版] 解説 [池田公博]

[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証拠と主要事実の対応関係（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
- ②①で確定した主要事実を証明するための当該証拠の使い方（直接証拠・間接証拠、補助証拠）を確定
- 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

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、

¹⁾ 伝聞証拠の意義について形式説に立つ場合には、供述の信用性テストの手段としては「反対尋問等」（事例演習 324 頁）と表現する必要がある。形式説は、実質説と異なり、供述の信用性テストの手段として、（これが最重要であるとしても）反対尋問に限らず、宣誓・偽証罪による処罰の予告及び直接主義（裁判所による供述態度の観察）を挙げるからである（事例演習 322 頁）。

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との関連性などから、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⑦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⑦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⑦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⑦→主要事実①、(ii) 証拠→間接事実④→間接事実⑦→主要事実①、(iii) 証拠→間接事実⑦→間接事実④→主要事実①、(iv) 証拠→間接事実④→間接事実⑦→間接事実④→主要事実①の4つに分類できる。

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。

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。

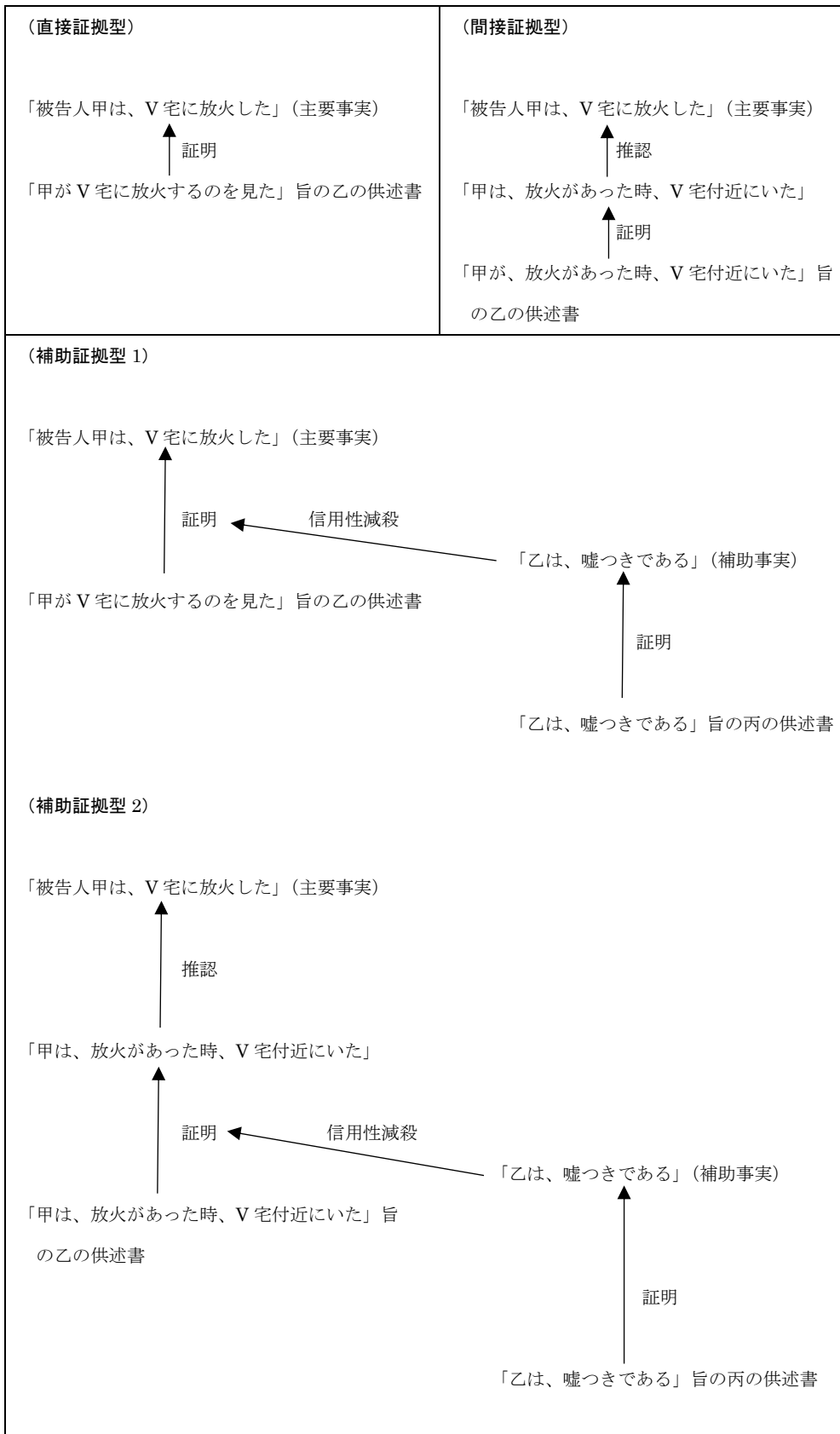
主要事実を立証するための証拠の使い方には、直接証拠型・間接証拠型、補助証拠型（直接証拠・間接証拠型のいずれかに属する）がある。

(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。

緑 296 頁

A



[具体例]

(事案)

・被告事件は、平成30年1月10日、被告人甲は、Aに対し、実際には特段修繕を要する箇所などなかったにもかかわらず、Vに対し、「屋根裏の耐震金具に不具合があり、このまま放っておくと、地震が来たら屋根が潰れてしまいます。すぐに工事をしないと大変なことになります。代金

A

平成30年司法試験設問2

判例

- ・最大判 S23.7.14 p57
- ・最判 S24.4.30 p173
- ・福岡高判 S25.7.18 p117
- ・最大判 S25.9.27 p255
- ・最判 S25.11.21 p55
- ・最判 S26.3.9 p173
- ・仙台高判 S26.6.12 p117
- ・最大判 S27.3.5 p95
- ・最判 S28.3.20 p102
- ・最判 S28.4.14 p55、168
- ・最判 S28.5.29 p124
- ・最決 S28.9.30 p116
- ・最判 S28.10.15 (百 A40) p200
- ・最決 S29.1.26 p173
- ・最決 S29.5.4 p173
- ・最判 S29.5.14 p124
- ・最判 S29.8.24 p116
- ・最決 S29.10.19 p264
- ・最判 S29.12.17 p117
- ・最判 S30.1.11(百 A38) p196
- ・最判 S30.6.17 p171
- ・最決 S30.10.19 p117
- ・最判 S30.12.19 p191
- ・最判 S30.12.26 p127
- ・最決 S31.10.25 p33
- ・東京高判 S31.12.15 p197
- ・最決 S32.11.2 (百 A35) p171
- ・最判 S33.1.23 p109
- ・最判 S33.5.20 p95
- ・最大判 S33.5.28 p171
- ・最大決 S33.7.29 (百 A5) p67
- ・最判 S34.7.24 p117
- ・最判 S35.9.8 (百 A39) p199
- ・最大判 S36.6.7 (百 A7) p80
- ・最判 S36.6.13 p117
- ・最決 S36.9.6 p262
- ・最決 S36.12.21 (百 A16) p59
- ・最判 S37.7.3 p45
- ・最大判 S37.11.28 (百 A17) p106
- ・最判 S38.9.13 (百 A33) p168

- ・最判 S38.10.17 p191
- ・高松高決 S39.10.28 p138
- ・最大判 S40.4.28 (百 A23) p127、130
- ・東京高判 S40.7.8 p123
- ・最決 S41.2.21 (百 64) p163
- ・最判 S41.7.1 (百 70) p166
- ・最決 S41.11.22 p158
- ・最判 S42.8.31 (百 A22) p129
- ・最判 S42.12.21 (百 77) p172
- ・最決 S43.2.8 p164
- ・最判 S43.3.29 p256
- ・最決 S43.11.26 p117
- ・最決 S44.3.18 (百 A4) p71
- ・最決 S44.4.25 (百 A27) p139
- ・東京高判 S44.6.20 (百 23) p81
- ・最決 S44.7.14 (百 A28) p138
- ・最判 S44.10.2 p95
- ・京都地決 S44.11.5 (百 11) p32
- ・最大判 S44.12.24 p17
- ・最大判 S45.11.25 p167
- ・最大決 S46.3.24 p261、262
- ・最判 S46.6.22 (百 A18) p115
- ・東京地決 S47.4.4 (百 15) p49
- ・最判 S47.5.30 p97
- ・最決 S50.5.30 p96
- ・最決 S51.3.16 (百 1) p2、12、13、18
- ・福岡高那覇支部判 S51.4.5 (百 A21) p126
- ・最決 S51.10.12 (百 A55) p264
- ・最判 S51.10.28 (百 78) p174
- ・最判 S51.11.18 (百 21) p68、70
- ・大阪高決 S52.3.17 p96
- ・最決 S52.8.9 p52
- ・最決 S52.8.9 p168
- ・最決 S53.2.16 (百 A20) p121
- ・最決 S53.3.6 (百 46①) p123
- ・最判 S53.6.20 (百 4) p26、28
- ・最決 S53.6.28 p205
- ・最判 S53.9.7 (百 90) p244、245
- ・最決 S54.10.16 (百 A41) p204
- ・東京高判 S55.2.1 p164
- ・最決 S55.3.4 (百 A19) p117

- ・最決 S55.4.28 (百 35) p91
- ・最決 S55.5.12 (百 A13) p98
- ・最決 S55.9.22 (百 A1) p16
- ・最決 S55.10.23 (百 27) p63
- ・東京地決 S56.1.22 p187
- ・最決 S56.4.25 (百 43) p106
- ・最決 S56.7.14 p98、100
- ・最決 S57.12.17 (百 A36) p195
- ・東京高決 S58.1.27 (百 79) p186
- ・最決 S58.6.30 p197
- ・最判 S58.9.6 (百 47) p128、130
- ・東京地判 S58.9.30 (百 48) p102
- ・最決 S59.2.29 (百 6) p56
- ・最決 S59.12.21 (百 89) p192
- ・札幌高判 S61.3.24 (百 93) p252
- ・最判 S61.4.26 (百 91) p245
- ・最決 S62.3.3 (百 65) p163
- ・東京地判 S62.12.16 (百 71) p167
- ・最決 S63.2.29 (百 42) p97
- ・最決 S63.10.24 p115
- ・最決 S63.10.25 (百 46②) p123
- ・最判 H 元.1.23 (百 74) p168
- ・最決 H 元.5.1 p262
- ・東京地決 H2.4.10 p60
- ・最決 H2.6.27 (百 32) p77
- ・浦和地判 H3.3.25 (百 72) p167
- ・千葉地判 H3.3.29 (百 9) p19
- ・福岡高判 H5.11.16 (百 A12) p91
- ・最決 H6.9.16 (百 2) p14
- ・最決 H6.9.16 (百 28) p64
- ・最判 H7.6.20 (百 81) p197
- ・最決 H8.1.29 (百 12) p38
- ・最決 H8.1.29 (百 25) p82
- ・最決 H10.5.1 (百 22) p68
- ・最判 H11.3.24 (百 33) p90
- ・最決 H11.12.16 (百 31) p64
- ・最判 H12.6.13 (百 34) p90
- ・最決 H12.7.17 (百 63) p163
- ・最決 H13.4.11 (百 45) p108、112、116、254
- ・最決 H14.10.4 (百 A6) p72、75
- ・最判 H15.2.14 (百 92) p246

- ・最大判 H15.4.23 (百 39) p131
- ・最大判 H15.10.7 p93
- ・最判 H15.10.7 (百 97) p256
- ・最決 H16.7.12 (百 10) p19
- ・最決 H17.9.27 (百 83) p183、184、200
- ・東京高判 H17.12.26 (H18 重判 2) p93
- ・大阪高決 H18.10.6 p142
- ・最判 H18.11.7 (百 87) p189、206、207
- ・最決 H18.11.20 (百 A14) p98
- ・最決 H19.2.8 (百 20) p62
- ・最決 H19.10.16 (百 60) p251
- ・東京高決 H20.4.1 p142
- ・最決 H20.4.15 (百 8) p17
- ・最決 H20.4.15 (H20 重判 1) p89
- ・最決 H20.8.27 (百 84) p198
- ・東京高判 H20.11.18 (百 56) p127
- ・最決 H21.9.28 (百 29) p4、5、28、246
- ・最決 H21.9.28 (H21 重判 1) p248
- ・最決 H21.10.20 (H21 重判 2) p99
- ・最判 H22.4.27 (百 61) p251
- ・東京高判 H22.5.27 (百 80) p195
- ・最決 H24.2.29 (H24 重判 4) p113
- ・最判 H24.9.7 (H24 重判 5) p151、152、154
- ・最決 H25.2.20 (H25 重判 4) p153、159、161
- ・最決 H25.3.5 (百 99) p261、262
- ・最決 H26.3.17 (百 44) p104
- ・最決 H26.11.17 (百 13) p42
- ・最決 H27.5.25 (百 57) p143、144
- ・最大判 H29.3.15 (百 30) p2、5

(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Ⅰ〇頁」と表記
- ・「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)
→「判例講座Ⅱ〇頁」と表記
- ・「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)