

第1部 序章

- 第1節. 刑事訴訟法の意義 p1
- 第2節. 手続法定主義と適正手続 p1
- 第3節. 刑事手続の全体像 p1～2
- 第4節. 刑事手続の理念・構造 p3～5
 - 1. 真実発見
 - 2. 弾劾主義と糾問主義
 - 3. 当事者主義と職権主義
 - 4. 捜査と公判の関係（公判中心主義）

第2部 捜査

第1章 総論 p7～8

- 1. 捜査とは
- 2. 警察活動の分類
- 3. 捜査の主体
- 4. 強制処分と任意捜査

第2章 強制処分と任意捜査

- 第1節. 「強制の処分」 p9～16
 - 1. 強制処分法定主義と令状主義の関係 p9～10
 - 2. 「強制の処分」の判断基準 p10～13
 - 3. 原則として類型的判断である p13～14
 - 4. 判例 p14～16

第2節. 任意捜査の限界 p17～34

- 1. 捜査比例の原則 p17
- 2. 検討の流れ p17～19
- 3. 問題となる行為の例 p19～34
 - (1) 有形力の行使、留め置き p19～22
 - (2) 自動車検問 p22～23
 - (3) 撮影行為 p23～29
 - 写真撮影／ビデオカメラによる撮影
 - (4) 会話の秘密録音 p29～31
 - 会話の両当事者に内密に行われる秘密録音／会話の一方当事者の同一を得て行う秘密録音
 - (5) おとり捜査 p31～33
 - (6) コントロールド・デリバリー (CD) p33～34

第3章 捜査の端緒

- 第1節. 検視 p35
- 第2節. 告訴・告発・請求 p35～37
- 第3節. 自首 p37

第4節. 行政警察活動 p37～43

1. 職務質問と捜査 p37
2. 職務質問 p37～38
3. 付随行為 p38～43

職務質問のための有形力の行使 / 停止・同行以外の付随行為 / 所持品検査

第4章 被疑者の逮捕・勾留

第1節. 逮捕 p44

1. 通常逮捕 p44～45
2. 現行犯逮捕 p44～49
3. 準現行犯逮捕 p49～52
4. 緊急逮捕 p52～53
5. 逮捕後の手続 p53～56
6. 逮捕に対する不服申立て p56

第2節. 被疑者勾留 p57～64

1. 勾留の要件 p57～60
2. 勾留の手続 p60～63
3. 勾留の機関 p63～64
4. 勾留期間満了前に被疑者を勾留から解放する方法 p64

第3節. 逮捕・勾留に関する論点 p65～73

1. 事件単位の原則 p65
2. 一罪一逮捕一勾留の原則 p66～69
3. 別件逮捕・勾留 p69～72
4. 違法逮捕に引き続く勾留請求 p72～73

第5章 取調べ等

第1節. 取調べに関する規律 p74～77

1. 黙秘権 p74
2. 取調べのための被疑者の出頭確保 p75
3. 供述調書 p75
4. 取調べの録音・記録 p75～77

第2節. 被疑者の取調べ p77～84

1. 身体拘束中でない被疑者の取調べ p77～82
任意同行後の取調べ / 任意同行と実質的逮捕との区別
2. 身体拘束中の被疑者の取調べ p82～83
3. 起訴後勾留中の被告人の取調べ p83～84

第3節. 被疑者以外の者の取調べ等 p84～85

1. 参考人取調べ p84
2. 証人尋問請求 p84～85
3. 照会 p85

第6章 捜索・押収

第1節. 総論 p86

1. 意義 p86
2. 令状主義 p86～87
3. 令状の発付、記載、執行に関する規律 p87～90

第2節. 令状に基づく捜索 p91～100

1. 令状捜索の要件 p91
2. 令状において捜索対象が特定されていること p92
3. 捜索対象に令状の効力が及んでいること p93～96
4. 差押目的物が存在する蓋然性 p96
5. 捜索の必要性 p96～97
6. 強制採尿 p97～100

第3節. 令状に基づく差押え p101～108

1. 令状に基づく差押えの要件 p101
2. 令状の有効性 p101～103
3. 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 p103～106
4. 別件差押え p106～107
5. 差押えの必要性 p107～108

第4節. 捜索・差押えに「必要な処分」 p109～115

1. 「必要な処分」の限界 p109～112
捜査比例の原則 / 令状の事前呈示の原則 / 「必要な処分」の実質的根拠による制限
2. 捜索・差押えに行われる写真撮影 p112～115

第5節. 逮捕に伴う捜索・差押え p116～128

1. 逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠 p116～117
2. 「逮捕する場合」(時間的限界) p117～118
3. 「逮捕の現場」(場所的範囲) p118～122
4. 対象物(物的限界) p122～124
5. 捜索・差押えの必要性 125
6. まとめ p125～126

第6節. 領置 127～128

1. 「遺留した物」の「領置」 p127
2. 適法性の判断枠組み p127～128

第7節. 電磁的記録の取得・保全 p129～130

第7章 検証・鑑定・その他の捜査手段

第1節. 検証 p131～132

第2節. 鑑定 p132～133

第3節. 体液等の採取 p133～134

尿の採取 / 血液の採取

第4節. 通信・会話の傍受 p135～136

通信傍受 / 会話録音

第5節. その他の捜査方法 p136

第8章 捜査の終結

第1節. 警察における事件の処理 p137

第2節. 検察官における捜査と事件処理 p137～138

第3節. 起訴後の捜査 p138～139

第9章 被疑者の防御

第1節. 黙秘権 p140

第2節. 弁護人の援助を受ける権利 p140～142

被疑者の弁護人選任権 / 私選弁護人の選任 / 国選弁護人の選任

第3節. 接見交通権 p142

1. 弁護人との接見交通権 p142～148

2. 弁護人以外との接見交通権 p148～149

3. 任意取調べ中の被疑者との弁護人面会 p149

4. 起訴後の余罪捜査と接見指定 p149～150

第4節. 証拠保全 p150～151

第5節. 違法捜査に対する措置 p151

第3部 公訴提起

第1章 公訴に関する基本原則

第1節. 公訴権の意義、主体等 p153

国家訴追主義・起訴独占主義 / 不告不理の原則

第2節. 起訴便宜主義 p153～155

第3節. 検察官の起訴裁量の抑制等 p155～158

処分通知 / 付審判請求手続（準起訴手続） / 検察審査会 / 少年事件 / 不当な起訴処分

第2章 公訴提起の手続、要件、効果

第1節. 公訴提起の手続 p159～166

第2節. 公訴提起の要件 p159～165

1. 起訴状の記載 p159～160

必要的記載事項 / 起訴状一本主義

2. 公訴時効 p160～165

3. 親告罪における告訴 p165～166

第3節. 公訴提起の効果 p166

第4節. 被告人の確定 p166～167

第3章 訴訟条件

1. 意義 p168

2. 訴訟条件の種類 p168～169

- 3. 訴訟条件の審理の時期 p169
- 4. 訴訟条件の判断基準 p169～171
- 5. 訴訟条件の追完 p171

第4章 訴因

第1節. 訴因制度 p172～173

- 1. 訴因の設定権限 p172
- 2. 審判対象論 p172～173

第2節. 訴因の特定 p174～183

- 1. 訴因の特定に必要な記載 p174～182
 - (1) 総論 p174～175
 - (2) 「できる限り」の要請 p175～179
 - (3) 科刑上一罪、包括一罪 p179～180
 - (4) 共同正犯 p181～182
- 2. 裁判所の求釈明 p182～183

第4節. 訴因変更 p184～209

- 1. 総論 p184～186
 - 訴因変更の必要性 / 訴因変更の内容
- 2. 思考の流れ p186～187
- 3. 訴因変更の要否 p187～198
 - (1) 訴因変更の要否の判断基準 p187～192
 - (2) 縮小認定 p192～195
 - (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 p195～197
 - (4) 罪数の変化 p197～198
 - (5) 罰条の変更 p198
- 4. 訴因変更の可否 p198～204
- 5. 訴因変更の限界・訴因変更命令 p205～209

第5節. 裁判所の審判対象 p210～212

第4部 公判手続

第1章 公判手続の原則と構造

第1節. 公判手続の原則 p213～214

公開主義 / 直接主義・口頭主義 / 迅速な裁判

第2節. 公判手続の構造 p214

- 1. 公判手続とは p214～221
- 2. 裁判所 p215～216
- 3. 被告人 p216～217
- 4. 弁護人 p217～219
- 5. 被害者参加制度 p219～221

第2章 公判準備

- 第1節. 公判準備の意義 p222
- 第2節. 公判期日を開く前提となる手続 p222～223
- 第3節. 被告人・証人等の出頭確保 p223
 - 召喚・出頭命令・同行命令 / 勾引 / 被告人の勾留と保釈
- 第4節. 被告人の勾留と保釈 p224～227
 - 1. 被告人の勾留 p224
 - 2. 保釈 p224～227
- 第5節. 公判期日外における証拠の収集保全 p228
- 第6節. 狭義の公判準備と証拠開示 p229～236
 - 1. 事前準備手続（従来の公判前準備手続） p229
 - 2. 従来型の証拠開示 p229
 - 3. 公判前整理手続 p230～235
 - 4. 期日間整理手続 p235～236

第3章 公判における審判手続

- 第1節. 公判期日における審判手続 p237～238
 - 冒頭手続 / 証拠調べ / 弁論手続 / 判決宣告
- 第2節. 公判期日における証拠調べの実施 p239～250
 - 1. 証拠書類等に対する証拠調べの方式 p239
 - 2. 証拠物に対する証拠調べの方式 p239～240
 - 3. 証人尋問 p240～249
 - 4. 鑑定人尋問 p249
 - 5. 被告人質問 p249
 - 6. 証明力を争う機会の付与 p249
 - 7. 証拠調べに関する異議申立て p250
- 第3節. 弁論の併合・分離 p251
- 第4節. 公判停止の手続、更新、弁論の再開 p251～252
- 第5節. 被害者・証人等の保護、被害回復等 p252～253

第5部 証拠法

第1章 序論

- 第1節. 検察官の挙証責任 p255
- 第2節. 証拠の分類 p255～256
 - 直接証拠・間接証拠 / 実質証拠・補助証拠 / 供述証拠・非供述証拠 / 人的証拠・物的証拠
- 第3節. 証拠裁判主義 p256～257
 - 「事実」と「証拠」の意味 / 厳格な証明
- 第4節. 証拠能力 p257
 - 証拠の関連性 / 証拠禁止

第5節. 証拠の評価・心証の形成 p257～259

自由心証主義 / 心証の程度 / 挙証責任の転換

第2章 証拠の関連性

第1節. 同種前科証拠・類似事実証拠 p260～269

1. 同種前科証拠 p260～265
2. 類似事実証拠 p266～269

第2科学的証拠 p269～271

DNA鑑定 / 筆跡鑑定 / 検察犬による臭気選別 / ポリグラフ検査 / 声紋鑑定

第3章 自白

第1節. 自白の証拠能力 p272～283

1. 自白法則の意義 p272～274
2. 自白の任意性の判断基準 p274～278
3. 不任意自白の派生的証拠 p278～280
4. 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 p280～281
5. 第三者の不任意自白 p281～282
6. 伝聞法則 p282～283

被告人の自白 / 共犯者の自白 / 自白調書の取調べ請求の制限

第2節. 補強法則 p284～289

1. 補強法則の意義 p284
2. 補強法則の位置づけ p284～285
3. 補強証拠 p285～288

補強証拠適格 / 補強証拠を要する範囲 / 補強証拠の証明力

4. 共犯者の自白 p288～289

第4章 伝聞法則

第1節. 伝聞法則の意義 p290～293

1. 伝聞法則とは p290
2. 伝聞証拠の証拠能力が制限される理由 p291～292
3. 伝聞証拠とは p292～293

第2節. 伝聞・非伝聞の区別 p294～323

1. 伝聞法則 p294
2. 伝聞・非伝聞の区別 p294
 - (1) 「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 p294
 - (2) 要証事実を導くプロセス p294～304
基本レベルの説明 / 応用レベルの説明
3. 立証趣旨の拘束力 p304～308
4. 心理状態の供述、反対尋問を経ない公判証言 p308～310
5. 非伝聞になる場合 p310～323
 - (1) 供述過程の一部が欠落する場合 p311～312

知覚・記憶を欠く場合 / 知覚を欠く場合 / 記憶を欠く場合

(2) 供述の存在自体が要証事実になる場合 p312～317

供述の存在自体 / 共犯事案における犯行計画メモ / 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

6. 写真・録音テープ・ビデオテープ p319～323

第3節. 伝聞例外 p324～347

1. 伝聞証拠の分類 p324

2. 裁面調書 p324～326

3. 検面調書 p326～330

4. 3号書面（伝聞例外の一般規定） p330～331

5. 公判準備・公判期日における供述調書 p331

6. 裁判所・裁判官の検証調書 p331

7. 捜査機関の検証調書 p332～339

8. 鑑定書 p339～341

9. ビデオリンク方式による証人尋問調書 p341

10. 被告人の供述書・供述録取書 p341～343

11. 被告人の公判準備・公判期日における供述録取書 p343

12. 特信書面 p343～345

13. 被告人以外の者の伝聞供述 p345

14. 被告人の伝聞供述 p345

15. 再伝聞 p345～347

16. 謄本・抄本・写し p347

第4節. 325条～328条 p348～355

1. 任意性の調査 p348

2. 同意書面 p348～349

3. 合意書面 p349

4. 弾劾証拠 p350～355

第5節. 重要事項に関する補足 p356～362

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? p356

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 p356～357

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 p357～358

4. 要証事実を設定する場合における答案の流れ p358～359

5. 伝聞証言に該当する場合 p359～360

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 p360～361

7. 単独犯の事例における犯行計画メモの使い方 p362

第5章 違法収集証拠排除法則

1. 違法収集証拠排除法則 p363

2. 違法収集証拠排除法則の肯否と要件 p363～374

(1) 違法収集証拠排除法則 p363～365

(2) 違法性承継論 p366～370

- (3) 毒樹の果実論 p370～371
- (4) 違法性承継論と毒樹の果実論の併用が問題となる事案 p371～374
- (5) 証拠収集後の違法 p374～375
- 3. その他の問題 p375～376
 - (1) 被告人以外の者の利益を侵害する手続により獲得された証拠
 - (2) 違法収集証拠に対する同意
 - (3) 私人による違法収集証拠

第6部 裁判

第1章 裁判の意義

- 第1節. 裁判の種類 p377～380
 - 1. 命令・決定・判決 p377
 - 2. 終局裁判・中間裁判 p377
 - 3. 終局裁判ごとの規律 p377～379
 - 4. 裁判に共通する規律 p379～380
- 第2節. 裁判の手続と成立 p381
- 第3節. 裁判の構成 p381～382

第2章 有罪判決

- 第1節. 罪責認定 p383～387
 - 1. 「犯罪の証明」 p383
 - 2. 択一的認定 p383～386
 - 3. 予備的認定 p386
 - 4. 概括的認定 p386～387
- 第2節. 刑の量定 p387～388

第3章 裁判の効力

- 1. 裁判の形式的確定と実質的確定 p389
- 2. 執行力 p389
- 3. 拘束力 p389
- 4. 一事不再理効 p389～394

第7部 簡易化された審判手続

- 1. 簡易公判手続 p395
- 2. 即決裁判手続 p395～398
- 3. 略式手続 p398～400

第8部 上訴

第1章 上訴制度

第1節. 上訴制度の意義 p401

第2節. 通則 p401～403

第3節. 上訴以外の不服申立て p403

第2章 控訴

第1節. 意義 p404

第2節. 控訴の申立て p404

第3節. 控訴理由の明示 p405～406

第4節. 控訴審の審理 p406～410

第5節. 控訴審の裁判 p410～412

第3章 上告

第1節. 意義 p413

第2節. 上告の申立て p413

第3節. 上告理由の明示 p414

第4節. 上告審の審理 p415

第5節. 上告審の裁判 p416～417

第6節. 訂正の判決等 p417～418

第7節. 上告判決の確定 p418

第4章 抗告

第1節. 抗告 p419～421

1. 一般抗告 p419～420

通常抗告 / 即時抗告

2. 特別抗告 p420～421

第2節. 準抗告 p421～422

第9部 非常救済手続

第1章 再審

第1節. 意義 p423

第2節. 再審の手続 p423～428

1. 再審請求審理手続 p423～427

2. 再審公判手続 p427～428

第2章 非常上告 p429

第1部 序章

第1節. 刑事訴訟法の意義

刑法をはじめとする刑事実体法では、罪刑法定主義（憲法 31 条）の要請に従い、犯罪とそれに対する刑罰が定められており、何者かによる犯罪が発生した場合（これを「刑事事件」と呼ぶことがある。）には、実体法上、犯人に対し、国家の刑罰権が発生する。もっとも、国家が犯人に対して刑罰権を行使し、これを実現するためには、犯罪事実と犯人を明らかにする必要がある。

そこで、①捜査機関（警察、検察）は、国家による刑罰権の実現を目指して、犯罪事実と犯人を明らかにするための捜査を行い（情報・証拠の収集・保全、被疑者の逮捕・勾留など）、②検察官が当該刑事事件について起訴（＝ある刑事事件について、刑罰権を行使・実現するために、裁判所に対して審理・判決を求めること）をするか否かを決定し、③起訴がなされた場合には、裁判所において、検察官による主張・立証活動と、これに対する被告人・弁護人の防御活動を踏まえて、検察官による犯罪事実と犯人性の立証の成否、実際の量刑などについて審理・判断し、有罪判決又は無罪判決を言い渡し（有罪判決では、量刑の言渡しも含む）、④有罪判決が確定した場合には、その判決の執行により刑罰権の実現が果たされる。

刑事訴訟とは、刑事事件について検察官による起訴がなされてから判決が確定するまでの裁判手続（③に対応する手続）を意味する一方で、刑事手続とは、③よりも前の段階で行われる①・②と、③よりも後の段階で行われる④も含めた、刑事事件について刑罰権を実現するための手続全般を意味する。

刑事訴訟法は、その法典名とは異なり、③のみならず①・②・④についても定めているため、厳密には、刑事手続法と呼ぶべき法律である。

A

リークエ 1～3 頁

厳密には、免訴、公訴棄却もあるが、

ここでは割愛する。

第2節. 手続法定主義と適正手続

憲法 31 条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と定めているところ、同条については、刑事手続の法定のみならず、法定された刑事手続の適正まで要求する趣旨の規定であると解されている。

後者の要請を、適正手続（デュー・プロセス）という。

B

リークエ 3～4 頁

第3節. 刑事手続の全体像

①犯罪の発生

②捜査

捜査機関（司法警察職員、検察事務官、検察官）

・捜査機関において「犯罪があると思料する」に至

A

は、「犯罪があると思料するとき」、犯罪と犯人を明らかにするために捜査を行う（189条2項）。

③検察官による起訴

検察官は、警察（又は検察事務官）から送致を受けた事件について、必要に応じて補充捜査も行った上で、立証の難易、事案の軽重、被疑者の情状などを考慮して、起訴（これを「公訴の提起」ともいう。）するか否かを判断する。なお、起訴・不起訴の決定権は検察官に独占的に帰属している（起訴独占主義：247条、起訴便宜主義：248条）。

④公判手続

検察官による起訴がなされた場合、裁判所において、罪状認否等の一定の手続を経た上で、検察官による犯罪事実と被告人の犯人性に関する主張・立証活動と、これに対する被告人・弁護人による認否・防御活動が展開され、証拠能力ある証拠に基づき、検察官による立証の成否について審理がなされる（厳密には、主張・立証の対象は量刑に関する事実にも及ぶ）。

⑤裁 判

裁判所は、審理の結果に基づき、検察官による「被告事件についての犯罪の証明があった」と判断した場合には、有罪判決（量刑も含む）を言い渡し（333条1項）、反対に、検察官による「被告事件についての犯罪の証明があった」と判断できない場合には、無罪判決を言い渡す（336条）。

⑥刑の執行

裁判所により有罪判決が言い渡され、それが確定した場合には、検察庁の検察官の指揮により、有罪判決により言い渡された刑が執行される（472条以下）。

る契機となり得るものを捜査の端緒という（職務質問、所持品検査、告訴・告発など）。

- ・通常は、警察による捜査→事件を検察官に送致→検察官による補充捜査という流れを迎える。

- ・②起訴前の捜査において、犯人の疑いがある者として捜査対象になっているものを「被疑者」といい、その後、③犯人として起訴された者を「被告人」という。

- ・公判期日における審理に入る前に、争点・証拠の整理による審理の充実化を目的とした公判前整理手続（316条の2以下）が実施されることがある。

- ・正式起訴ではなく、略式起訴（461条以下）がなされた場合には、公判手続を要することなく、非公開の審理により刑罰が科される。

- ・厳密には、免訴判決（337条）、公訴棄却（338条、339条）もある。

- ・刑事訴訟では、民事訴訟と同様、審級制（三審制）が採用されており（351条以下）、地裁・簡裁の判決に対する控訴（372条以下）、高裁の判決に対する上告（405条以下）が認められている。

- ・刑事訴訟では、民事訴訟と同様、確定判決（有罪判決に限る）に対する再審制度がある（435条以下）。

第4節 刑事手続の理念・構造

A

1. 真実発見

(1) 実体的真実主義

1条は、刑訴法の目的として、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」と定めている。

ここでいう「刑罰法令を適正…に適用実現する」ためには、「事案の真相を明らかに」すること、すなわち刑法をはじめとする刑罰法令が「犯罪」として定めている事件が発生し、それを行った犯人が被告人であるのかという点について真実を明らかにすることが必要である。

したがって、真実発見は、刑事訴訟法の目的の1つであるといえる。

もっとも、真実発見は、人間が行うものである以上、誤りが介在する余地を完全に排除することはできないし、時間、労力、関係者の権利・利益に配慮する要請などによる限界もある。

実体的真実主義は、事案の真相の解明にはこうした限界があることから、刑事手続において解明される真実は絶対的真実とは異なるということを前提にしつつ、真実発見という目的を重視し、刑罰法令の適用対象となる犯罪事実と重要な量刑に関する事実をできる限り正確に解明しようとする考え方を意味する。

リークエ 6～7 頁、酒巻 4 頁、池田・

前田 26 頁

(2) 積極的真実主義と消極的真実主義

実体的真実主義に則った刑事手続の在り方については、犯人を一人たりとも逃さず処罰するという積極的（実体的）真実主義と、無実の者を一人たりとも処罰しないという消極的（実体的）真実主義のどちらを重視するのかによって変わってくる。

両者の要請を実現することが理想的ではあるが、実際には両者の要請が衝突することが多く、その両立が困難であるため、両者の要請をどのように調整するべきかが問題となる。

犯人が処罰されないことも正義に反することであるが、無実の者を処罰することによる不正義のほうが重大であることと、適正手続の要請（憲法 31 条）からしても、現行刑訴法においては消極的真実主義が重視されなければならないと考える。

リークエ 7 頁、酒巻 4 頁

2. 弾劾主義と糾問主義

弾劾主義と糾問主義とは、刑事手続における刑事責任の「追及」（これを「訴追」ともいう。）とその有無の「審判」についての役割の分配の仕方に関する考え方である。

糾問主義とは、同一主体に訴追者と審判者の役割を委ねる考えであり、糾問主義的な訴訟では、刑事裁判を、訴追者と審判者の役割を有する裁判所と被告人とが直接向き合う二面構造で捉えることになる。

これに対し、弾劾主義とは、訴追者と審判者の役割をそれぞれ異なる主体に

リークエ 7～8 頁、池田・前田 22～

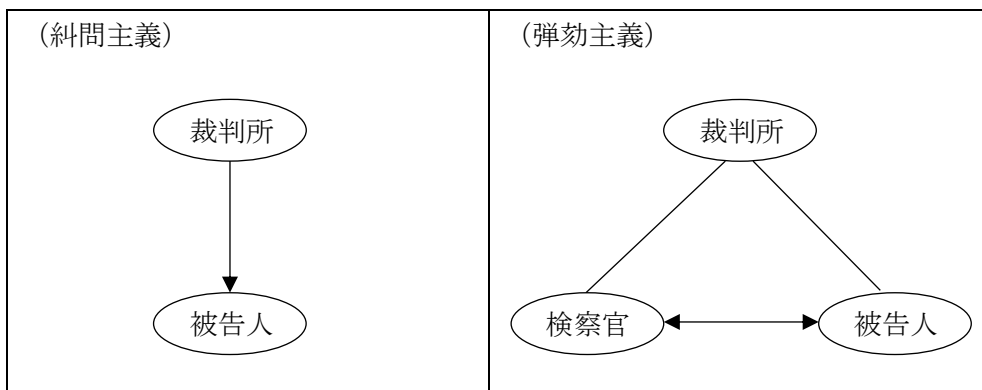
23 頁

委ねる考えであり、弾劾主義的な訴訟では、刑事裁判を、訴追者である検察官、審判者である裁判所及び訴追を受けた被告人の三者による三面構造で捉えることになる。これは、当事者主義的な訴訟構造の理解であって、被訴追者である被告人が直接向き合うのは訴追者である検察官であり、審判者である裁判所は第三者として中立的な立場から公正に刑事責任の有無について審判することになる。この訴訟形態では、訴追者である検察官と被訴追者である被告人とが対等の立場で対立することが重要である。

弾劾主義的な訴訟形態は、中立的な立場による公正な審判を担保するのに適しており、近代以降の刑事訴訟は弾劾主義的な三面構造を採るのが一般的である。適正手続（憲法 31 条）が要請される我が国の刑事訴訟でも、訴追者を検察官、審判者を裁判所、被訴追者を被告人とする、弾劾主義的な訴訟構造を採用している。

なお、弾劾主義的な訴訟構造では、訴追者による請求（現行刑訴法では、検察による起訴〔公訴の提起〕を意味する。）によって訴訟が開始されるのに対し（これを「不告不理」という。）、糾問主義的な訴訟構造では、裁判官の職権により訴訟が開始される。

[図]



3. 当事者主義と職権主義

当事者主義と職権主義とは、弾劾主義的な訴訟の進行における当事者と裁判所との関係ないし役割の在り方に関する原理として用いられるものである。

(1) 当事者追行主義と職権追行主義

当事者追行主義とは、訴訟追行の主導権を当事者（検察官・被告人）に委ねることを意味する。当事者主義的な訴訟では、検察官と被告人とがそれぞれの立場から主張・立証を行い、裁判所が第三者的な立場からその当否を判断することになる。また、裁判所がいかなる証拠を取り調べるかは、当事者の証拠調べ請求に基づいて決められる。

これに対し、職権追行主義とは、訴訟追行の主導権を裁判所に委ねることを意味する。職権主義的な訴訟では、裁判官が積極的に審理を主導し、真実発見を目指す。また、裁判所がいかなる証拠を取り調べるかは、裁判所が自ら決める。

当事者追行主義では、裁判所が受動的な審判者の役割に徹することができるために中立性・公平性がより実質的に担保されるとともに、当事者の手続

リークエ 8～12 頁、池田・前田 24

～25 頁、酒巻 9～16 頁

保障の充実も図られる。他方で、当事者の能力（特に被告人・弁護人の能力）により訴訟の帰趨が左右されやすくなり、実体的真実主義にそぐわない事態になりかねないという弊害も懸念される。

現行刑訴法は、当事者追行主義を基本としつつ（256条2項・3項、298条1項、312条1項等）、実体的真実主義のために裁判所が後見の見地から訴訟追行を主導することも認めている（283条、312条2項、318条等）。

（2）当事者対等主義

当事者対等主義とは、訴訟において訴追者である検察官と被訴追者である被告人とが対等に攻撃・防御を展開する地位を与えられていることを意味するところ、被告人が国家機関である検察官との関係で不利な地位に置かれがちであることから、被告人には訴訟の一方当事者として検察官と対等に防御を展開する地位が与えられていることを強調する意味で用いられることが多い。

なお、検察官と被告人に対等な地位が与えられていることを形式的当事者対等という一方で、被告人が検察官との関係で不利な地位に置かれがちであることに着目し、被告人に検察官と対等な地位を実質的に保障するためには、被告人に弁護人の援助を保障したり（憲法37条3項、刑訴法39条1項等）、捜査機関が収集した証拠を被告人側に開示する（316条の13、14、15、20）などの調整を要するとの考えを実質的当事者対等という。

4. 捜査と公判の関係（公判中心主義）

リークエ 12～14 頁

刑事手続は、基本的に捜査と公判という2つの手続から構成されるが、その手続的性格・構造は対照的である。

公判では、公開の法廷において（憲法82条1項）、公平・中立な裁判所の面前で、検察官と被告人が対等な地位に基づいて攻撃・防御を展開する状況下にて、被告事件についての審理が行われるのに対し、捜査では、公開性と対審性に限りがある（さらには、捜査の主体である捜査機関は、中立的な立場ではない。）。

したがって、適正手続の観点（憲法31条）から、被告人には、公開性・対審性が保障された公判手続において審理を受ける機会を保障する必要があり、この意味で、刑事事件における真相解明を図る場については、公判手続を中心に据えるべきである。これを「公判中心主義」という。

例えば、現行刑訴法は、起訴状一本主義を採用することで（256条6項）、裁判所が第1回公判期日の前に被告事件について一定の心証を形成する事態を防止するとともに、伝聞法則を採用することで（320条1項）、公判廷において信用性の吟味・確認を経ない供述証拠を原則として証拠から排除している。

第2部 捜査

第1章 総論

1. 捜査とは

「捜査」とは、①「捜査機関」により、②「犯罪があると思料するとき」に、③被疑事件についての公訴の提起ないし維持（遂行）を目的として、④「犯人」と「証拠」について行われる活動である（189条2項）。

具体的には、検察官が公訴を提起（特定の被疑事件について裁判所に審判を求めること）するか否かを決定し、提起した場合にはその対象事件について裁判所において主張・立証して有罪判決を獲得するために、被疑事件に関する情報ないし証拠を収集・保全するとともに、被疑者（犯人と疑われる者）を特定し、必要な場合に、その身体を拘束する活動を意味する。¹⁾

A

リークエ 28～29 頁、酒巻 19 頁

2. 警察活動の分類

警察の職務は、「個人の生命、身体及びその財産の保護を任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たること」にある（警察法2条1項）。

警察活動の多くは、特定の犯罪の「捜査」（189条2項）として行われる司法警察活動と、犯罪の予防・鎮圧・交通取締等を目的として行われる行政警察活動とに分類される。

司法警察活動には、「捜査」として、刑事訴訟法の規定が適用されるのに対し、行政警察活動には、警察官職務執行法をはじめとする行政法規が適用される。

B

リークエ 30 頁

3. 捜査の主体

捜査の権限と職責を有する主体を捜査機関といい、捜査機関は、司法警察職員、検察官、検察事務官の3つに分類される。

多くの事件では、捜査を開始するのは第一次的捜査機関たる司法警察職員であり、検察官は、警察（司法警察員）から事件の送致を受けた上で（203条以下参照）、主として公訴の提起・維持の観点から補充的ないし補正的に捜査を行うにとどまる（補充捜査）。もっとも、検察官は、最初から直接、捜査を行うこともあるし（独自捜査）、司法警察職員に対して捜査に関して指示又は指揮をすることができる（193条）。

B

リークエ 29～32 頁

捜査の主体については、189 条～

195 条参照。

¹⁾ 捜査機関が「犯罪があると思料する」対象は、捜査開始以前に発生した犯罪であるのが通常であるから、将来の犯罪はこれに含まれないのが原則である。もっとも、反復・継続的に実行される形態の犯罪に関する捜査や、おとり捜査の場合のように、将来犯罪が発生する蓋然性が高度に認められる場合があるから、このような場合における将来犯罪の捜査は、将来発生する蓋然性が高度に認められる犯罪について公訴の提起ないし維持を目的とする活動を行う点において、過去に実行された犯罪を対象とする捜査と同じであるから、「捜査」として許容されるとともに、刑事訴訟法の規律に服すると解すべきである（酒巻 19 頁、リークエ 34～35 頁）。

4. 強制処分と任意捜査

A

197条1項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない。」と定めている。ここでいう「取調」は、取調べに限られず、捜査全般を意味すると理解されている。

捜査は、強制処分（197条1項但書）と、任意捜査（これを「任意処分」と呼ぶこともある。197条1項本文）とに分類される。

強制処分は、刑事訴訟法に根拠規定があるものに限り、適法に行い得る（197条1項但書）。これを、強制処分法定主義という。そして、現行刑訴法で法定されている強制処分については、全て、その手続・要件として、令状主義が定められている（憲法33条、34条、35条、刑訴法199条以下、218条以下）から、逮捕状、勾留状、搜索差押許可状、検証許可状など、その類型に応じた令状の発付を受けた上で、令状において許容された範囲でのみ行い得る。

他方で、任意捜査とは、強制処分に当たらない捜査を意味し、これについては、強制処分法定主義も令状主義も適用されない。もっとも、任意捜査であっても、捜査比例の原則（捜査機関による捜査権限の行使は、その制度上の目的を達成するために必要最低限の範囲で行使されなければならないとの考え）が適用されるため、正当な目的を達成するために必要かつ相当な範囲でのみ行うことができる。

リークエ 35 頁

第2章 強制処分と任意捜査

A

case1：司法警察員 P らは、何者かにより V が殺害された事件が発生し、捜査を進める過程で、甲が何者かと共謀して V を殺害したとの疑いが生じたため、甲が V 殺害について共犯者と会話をする可能性があると考え、殺人の被疑事実で裁判所から検証許可状の発付を受け、甲方（F マンション 501 号室）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これを賃借して引渡しを受け、同室において、甲方の居室内の音声を鮮明に聞き取ることができる特殊な機器を用いて、約 10 時間にわたり、甲方の居室内における甲の会話内容を録音した。

case2：司法警察員 P らは、何者かが V を殺害してキャッシュカード等を強取し、同カードを用いて現金自動預払機（ATM）で現金を引き出してこれを窃取した事件において、犯人が強取された V のキャッシュカードを用いて ATM から現金を引き出す様子が銀行の防犯ビデオに写っていたため、防犯ビデオに写っていた犯人と甲との同一性を判断するために、裁判所から令状の発付を受けることなく、公道上を歩いている甲の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影した。

第1節 「強制の処分」

A

「強制の処分」は、刑事訴訟法に「特別の定め」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（197 条 1 項但書）。

基本的に、被疑者の会話録音、被疑者の容ぼう・姿態の撮影など、「強制の処分」に該当するか否かが不明瞭である捜査行為が行われた場合には、まず初めに、①強制処分法定主義との関係で、当該捜査行為の「強制の処分」該当性を検討することになる。検討の結果、「強制の処分」に該当する場合には、次に、②当該捜査行為について刑事訴訟法に「特別の定め」（根拠規定）があるかを確認し、③「特別の定め」がある場合には、「特別の定め」の一環として規定されている令状主義の要請を満たしているか否かを確認する。

他方で、「強制の処分」に当たらない場合には、④捜査比例の原則との関係で、任意捜査の限界を論じることになる。

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事訴訟法上の「特別の定め」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

酒巻 22～24 頁

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。

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。そして、③の検討において、法定された強制処分の類型に該当する場合には、強制処分法定主義には違反しないが、令状主義との関係でその類型に応じた令状が必要とされるから、無令状であるなど、その類型に応じた令状に基づかずに当該処分が行われたのであれば、令状主義違反となる。

最決 S51.3.16・百1

判例講座16頁、事例演習15～16頁

事例演習14頁

判例講座17頁、事例演習16頁

最大判 H29.3.15・百30

2. 「強制の処分」の判断基準

(1) 判断基準の変遷

かつては、「強制の処分」とは、強制力を用いる場合を意味し、これには、物理的な強制力を行使することのみならず、観念的な義務を負わせることも含まれると解されていた。

しかし、その後、有形力の行使を伴う場合でも「強制」とまではいえないものが存在する一方で、録音や撮影により重大なプライバシー侵害を伴う場合など、強制力を用いない場合でも、刑訴法上の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が存在することから、「強制の処分」該当性に

リークエ 39頁

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って許されるため（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与えられるのか、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）

ついてより柔軟に判断する見解が主張されるようになった。現在、「強制の処分」該当性の判断基準は3つあり、これらの判断基準は事案類型に応じて使い分けられると理解するべきである。

(2) 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。

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

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。

最大判 H29.3.15・百30

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、刑事訴訟法上、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。

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。

(3) 判断基準ごとの論証

[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。

例えば、司法警察員Pが、甲について覚せい剤使用の疑いがあったことから、警察署で尿を提出してもらうための説得を行うために、甲を公道上に留め置いた行為や、その場から逃げ出そうとした甲を引き留めるために甲の左

手首を掴んだ行為などについて問題となる。

「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（判例）。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。

例えば、case1 における被疑者の会話を録音すること、case2 における被疑者の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影・録画することなどについて問題となる。

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)}

〔補足〕「重要な権利・利益の実質的な制約」

①「個人の意思に反する」

被侵害権利・利益を想定した上で、⑦その侵害を伴い得る捜査行為について承諾（現実の承諾、黙示の承諾）があるか否か→④現実の意思に反するか否か→⑦黙示の意思（合理的に推認される意思）に反す

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) “ ⑥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、④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→④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④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④であり、⑦は「制約」の前提という意味で④の必要条件にすぎず、⑦と異なる独自の意義を有するわけではないと理解される（百 1 解説 [大澤裕] 参照）。もっとも、当てはめでは、⑦と④を区別した上で、⑦→④という流れで検討し、⑦では、④で問題とする被侵害権利・利益を想定した上で、承諾の有無や意思に反するか否かを検討する。

A

るか否かという流れで検討する（事案によっては、⑦・④の検討を飛ばすことも可能である。）。

②「重要な権利・利益を実質的に制約する」

ここでは、⑦被侵害権利・利益の要保護性→④被侵害権利・利益の重要性→⑦被侵害権利・利益の制約が実質的であること、という流れで検討する（事案によっては、⑦の検討を飛ばすことも可能である。）。

④では、基本的に、憲法 35 条によって保障される「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」と、憲法 35 条によって保障される「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を基準として判断する。

⑦では、制約の程度・態様に着目する。

〔論点 3〕 平成 29 年大法院判決

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 年大法院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（判例）。

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。

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る、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」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

H21 重判 1 解説、酒巻 33 頁

最決 H21.9.28・百 29

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。

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⁾

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. 強制処分該当性を認めた判例

〔判例 1〕宅配便荷物のエックス線検査

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。もっとも、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

A

最決 H21.9.28・百 29

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」に対する搜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、「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。

第4章 伝聞法則

A

第1節 伝聞法則の意義

A

〔320条〕伝聞証拠と証拠能力の制限

- ① 第321条乃至第328条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。
- ② 第291条の2の決定（簡易公判手続の決定）があつた事件の証拠については、前項の規定は、これを適用しない。但し、検察官、被告人又は弁護人が証拠とすることに異議を述べたものについては、この限りでない。

case1：検察官は、甲を被告人、Vを被害者とする殺人被告事件において、争点である甲の犯人性を立証するために、「私は、甲がVを殺害するのを見た。」旨の記載を含むW作成の日記帳の取調べ請求をしたところ、甲及びその弁護人は、不同意の意見を述べた。

case2：検察官は、甲を被告人、Vを被害者とする殺人被告事件において、争点である甲の犯人性を立証するために、Wの証人尋問を請求し、出廷したWは、「私は、甲がVを殺害するのを見た。」旨の証言をした。

case3：検察官は、甲を被告人、Vを被害者とする殺人被告事件において、争点である甲の犯人性を立証するために、Zの証人尋問を請求し、出廷したZは、「私は、Wから「甲がVを殺害するのを見た。」と聞いた。」旨の証言をしたところ、甲の弁護人は、Zの証言が伝聞証言に当たることを理由として異議を述べた。

1. 伝聞法則とは

刑訴法は、「第321条乃至第328条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」と定めている（320条1項）。これを「伝聞法則」という。

①「公判期日における供述に代えて書面を証拠」とする場合における当該「書面」（これを「供述代用書面」という。）と、②「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とする」場合における当該「供述」（これを「伝聞供述」という。）は、まとめて「伝聞証拠」と呼ばれるものである。

伝聞証拠には、原則として証拠能力が認められず、例外的に証拠能力が認められるのは「第321条乃至第328条に規定する場合」である。このように、例外的に伝聞証拠に証拠能力が認められる場面について定めている規定を「伝聞例外」という（なお、厳密には、伝聞例外は321条ないし327条までであり、328条は伝聞証拠に証拠能力を付与する規定ではない。）。

伝聞法則は、証拠能力の要件のうち法律的関連性に関する規律である。

緑 297～298 頁

リークエ 371 頁

2. 伝聞証拠の証拠能力が制限される理由

供述証拠とは、人が一定の事実を知覚し、それを記憶して、口頭又は書面に表現し叙述したものを、その事実の存在を証明するために用いるものを意味する。もしも、人の知覚、記憶、表現、叙述（これらをまとめて「供述過程」という。）に誤り（見間違い・聞き違い、記憶違い、嘘、言い間違い）が存在していた場合、その供述内容通りに事実の存否を認定することは、誤った事実認定をもたらすことになる。伝聞法則は、伝聞証拠にはこうした人の供述過程に由来する誤りが存在する類型的な危険性があることに着目して、信用性が不確かな証拠により誤った事実認定がなされる事態を防ぐために、伝聞証拠の証拠能力を原則として否定している。

もっとも、伝聞法則は、供述証拠全般を伝聞証拠とした上で原則的に証拠能力を否定しているのではなく、供述証拠のうち①供述代用書面と②伝聞供述を伝聞証拠として捉えた上で、その証拠能力を原則的に否定しているにとどまる。

例えば、W が甲の殺人事件の公判期日に証人（検察官側の証人）として出廷し、「私は、甲が V を殺害するのを見た。」と証言したとする。確かに、W の証言については、見間違い、記憶違い、嘘という誤りが存在する可能性がある（このケースでは、言い間違いという叙述の誤りが存在する可能性がゼロに近い。）。しかし、W の証言の信用性については、被告人側の反対尋問（憲法 37 条 2 項前段、規則 199 条の 4）、裁判官による W の供述態度の直接観察（直接主義の要請）を通じて吟味・確認することができる。また、W の証言の信用性のうち、表現の信用性（嘘をついていない可能性）については、尋問前の宣誓（154 条、規則 117 条）・偽証罪による処罰の予告（刑法 169 条、規則 120 条）により相当程度担保されているともいえる。このように、W の証言については、公判廷においてその信用性をテストするとともに、ある程度担保することも可能であるから、証拠能力なしとして門前払いをする必要はなく、証拠能力が認められることを前提に、証明力レベルの問題として、裁判官が被告人側の反対尋問の結果も踏まえながら W の供述の信用性を吟味・確認し、信用性があると判断した場合には W の証言を証拠として甲の犯人性を認定し、逆に信用性が足りないと判断した場合には W の証言を証拠として甲の犯人性を認定することができないと結論づけるという処理の仕方で足りる。¹⁾

これに対し、伝聞証拠である①供述代用書面と②伝聞証言では、原供述者が公判廷で供述をしているわけではないため、被告人側の反対尋問と裁判官による供述態度の直接観察を通じて供述の信用性をテストしたり、供述前の宣誓・偽証罪による処罰の予を通じて供述の信用性（そのうち表現の信用性）を相当程度担保するということができないのである。例えば、「私は、甲が V を殺害するのを見た。」旨の記載を含む W 作成の日記帳が証拠として提出された場合（①）や、証人 Z が「私は、W から『甲が V を殺害するのを見た。』と聞いて

¹⁾ 公判廷供述（のうち証人の証言）の信用性を確認する手段の 1 つとして、反対尋問権があり、これは検察官と被告人の双方に認められるものであるが、被告人の反対尋問権については、「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を十分に与へられ…る権利を有する。」と定める憲法 37 条 2 項前段によって保障されている。供述の信用性をテストする手段としては、反対尋問権が最も重要であり、伝聞法則は、検察官請求証拠との関係では、被告人の反対尋問権を保障する憲法 37 条 2 項前段にも由来するものであると理解される（池田・前田 423 頁、リークエ 377 頁）。

た。」と証言した場合(②)には、原供述者Wの供述の信用性について、被告人側の反対尋問と裁判官による供述態度の直接観察を通じて供述の信用性をテストしたり、供述前の宣誓・偽証罪による処罰の予を通じて供述の信用性(そのうち表現の信用性)を相当程度担保するということができないのである。だからこそ、こうした伝聞証拠については、誤りが存在する類型的な危険性があるとして原則としてその証拠能力を否定する必要があるのである。

3. 伝聞証拠とは

人の公判廷外供述が記載された書面、他人の公判廷外供述を内容とする公判廷供述(「Wが『〇〇』と言っていた旨のZの公判廷供述。’)であっても、当然に伝聞証拠に当たるわけではない。²⁾

これらの書面・公判廷供述(以下「書面等」という。)が伝聞証拠に当たるのは、そこに含まれている公判廷外供述の内容である事実、すなわち、公判廷外供述の主体が知覚・記憶・表現・叙述した事実を直接証明しようとする場合に限られる。このように、ある書面等が伝聞証拠に当たるかは、そこに含まれる公判廷外供述の内容である事実を要証事実(=証拠の直接の立証事項)とするか否かにより異なるのである。したがって、同じ書面等であっても、ある要証事実との関係では伝聞証拠に当たるが、別の要証事実との関係では伝聞証拠に当たらない(これを「非伝聞」、「非伝聞証拠」という。)こともある。

例えば、恐喝被告事件において、検察官側の証人である被害者Vが、「私は、甲から『3日以内に100万円を支払え。言う通りにしなければ、おまえの家族を殺害する。』と言われた。」と証言したとする。検察官がVの証言によって甲のVに対する脅迫行為(恐喝罪の実行行為に当たる事実)を立証しようとしている場合、Vの証言の要証事実、甲がVに対してそのような発言をしたこと自体(これを「発言の存在自体」、「供述の存在自体」という。)となる。そうすると、Vの証言によって甲のVに対する脅迫行為という要証事実を証明するに当たり、甲の知覚、記憶、表現、叙述の正確性は問題とならないから、Vの証言は非伝聞証拠である。³⁾

²⁾ ある書面が伝聞証拠に当たるか否かは、その書面が人の知覚・記憶・表現・叙述の過程を経て作成されたものであるか否かにより判断するのではない。伝聞証拠に当たるのは、公判廷外供述をその内容である事実を立証するために用いる場合である(事例演習323頁)。書面ならば、人が知覚・記憶して書面に表現・叙述した(とされる)事実を要証事実とする場合である(緑296～297頁)。したがって、人の知覚・記憶・表現・叙述を経て作成された書面であっても、作成者が知覚・記憶して書面に表現・叙述した(とされる)事実を立証するために用いるのではなく、そのような記載のある書面が存在していること自体(これを「書面の存在・記載自体」という。)を立証するために用いる場合には、伝聞証拠に当たらない。

例えば、case1において、Wの日記帳(のうち「私は、甲がVを殺害するのを見た。」旨の記載部分)から「甲がVを殺害した事実」を直接立証しようとする場合には、Wが知覚・記憶して日記帳に表現・叙述した(とされる)事実が要証事実となっているから、Wの日記帳は伝聞証拠に当たる。

これに対し、Wの日記帳(証拠)→「私は、甲がVを殺害するのを見た。」旨のWの発言の存在(又はそのような記載のある日記帳の存在・間接事実)→「甲がVを殺害した事実」(主要事実)という推認過程を前提として、Wの日記帳(証拠)からWの発言の存在(又は日記帳の存在・記載)という間接事実を直接立証しようとする場合には、Wが知覚・記憶して日記帳に表現・叙述した事実が要証事実となっているわけではないから、Wの日記帳は伝聞証拠に当たらない(ただし、この推認過程は事実認定を誤らせる危険性が高い不合理なものとして伝聞法則の趣旨に照らして禁止されるから、この推認過程を前提とした要証事実の設定は許されない。)

³⁾ 甲の表現の正確性の問題(冗談で言ったに過ぎない可能性。これを「表現の真摯性」の問題と呼ぶこともある。)が残るようにも思えるが、仮に甲が冗談で言ったに過ぎなくても、甲の発言が恐喝罪の実行行為

このように、ある書面等が伝聞証拠に当たるか否かが要証事実との関係では異なることから、伝聞証拠に当たるか否かを検討する際には、その証拠の取調べ請求をした当事者の立証方針（これを「立証趣旨」と呼ぶことがある。）を踏まえて、その書面等の要証事実を明らかにする必要がある。論文試験では、当事者の立証方針を踏まえてその書面等の要証事実を明らかにする過程が極めて重要である。⁴⁾

である脅迫行為に当たるとは否定されず、恐喝罪の故意が否定され得るととどまる。したがって、Zの証言によって甲の脅迫行為を証明するに当たり、甲の表現の正確性も問題とならない。

⁴⁾ 伝聞証拠とは、⑦公判期日外の供述（これを「公判外供述」、「公判廷外供述」という。）を内容とする証拠であって、⑧その供述の内容をなす事実の存在（真実性）を証明するために用いられるものを意味する。⑧の裏返しとして、それによる直接の立証事項（＝要証事実）が原供述の内容をなす事実の真実性ではなく、原供述の存在自体である場合には、伝聞証拠に当たらない（判例講座I 359頁）。

第2節 伝聞・非伝聞の区別

公判廷外供述が記載された書面が「公判期日における供述に代えて書面を証拠」とする場合（この場合における書面を「供述代用書面」という。）として、公判廷外供述を内容とする公判廷供述が「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とする」場合（この場合における公判廷供述を「伝聞供述」という。）として伝聞証拠に当たるかは、当該証拠の要証事実（＝直接の立証事項）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否か（換言すると、要証事実が公判廷外供述の内容たる事実であるか否か）により判断される。

この判断では、①伝聞法則の原則論（320条1項）→②伝聞法則の趣旨から伝聞証拠の定義を示す→③検察官の立証方針（＝立証趣旨）に従って当該証拠の要証事実を明らかにする→④要証事実の関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるか否か→⑤伝聞証拠に当たるか否かの結論という流れを辿る。

⑤伝聞証拠に当たる場合には、当該証拠に適用される伝聞例外の規定（321条ないし324条）を選択した上で、同規定で定められている要件を一つひとつ検討し、伝聞例外に該当するか否かの結論を導く。

1. 伝聞法則

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。¹⁾

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るべきである（形式説）。

A

公判法演習 138 頁

判例講座 I 359 頁

2. 伝聞・非伝聞の区別

（1）「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

伝聞証拠の定義でいう「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」場合とは、要証事実（＝当該証拠の直接の立証事項）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を意味する。

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。

（2）要証事実を導くプロセス

ア. 基本レベルの説明

要証事実とは、当該証拠の使い方（＝いかなる主要事実をどのように立証するのかという立証方針）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。

A

事例演習 335 頁、百 86 [9 版] 解

説 [池田公博]

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）。

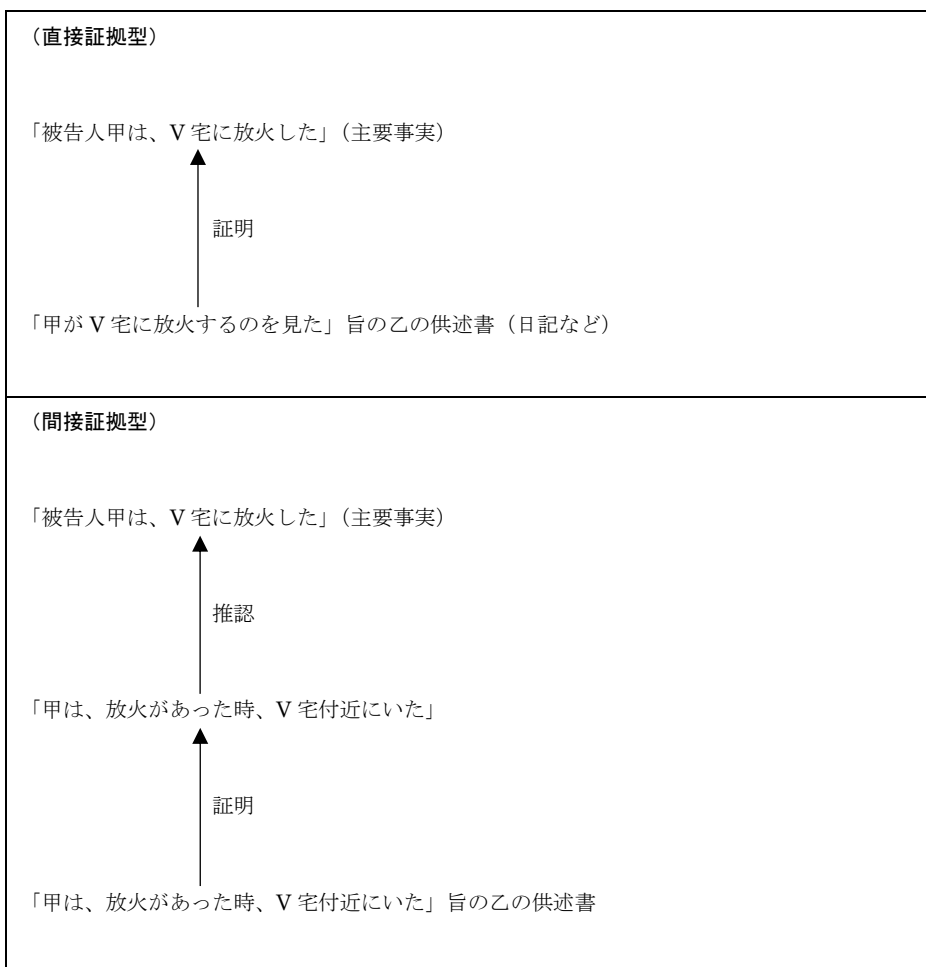
まずは、当該証拠の取調べを請求している検察官の立証方針に従って、検察官が当該証拠によりいかなる主要事実をどのように立証しようとしているのか、すなわち、①当該証拠と主要事実の対応関係（当該証拠により窮極的に立証しようとしている主要事実は何か）と、②その主要事実を証明するための当該証拠の使い方（＝推認過程）を明らかにする。

次に、③上記②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というイメージ）を要証事実として把握する。

〔推認過程〕

②における実質証拠の推認過程には、直接証拠型（証拠→主要事実）と間接証拠型（証拠→間接事実→主要事実）とがある。²⁾ ³⁾ ⁴⁾

補助証拠の場合、証言の信用性を補強又は減殺するために使用されることが多い。また、自白の任意性を根拠づけたり否定するために使用されることもある。



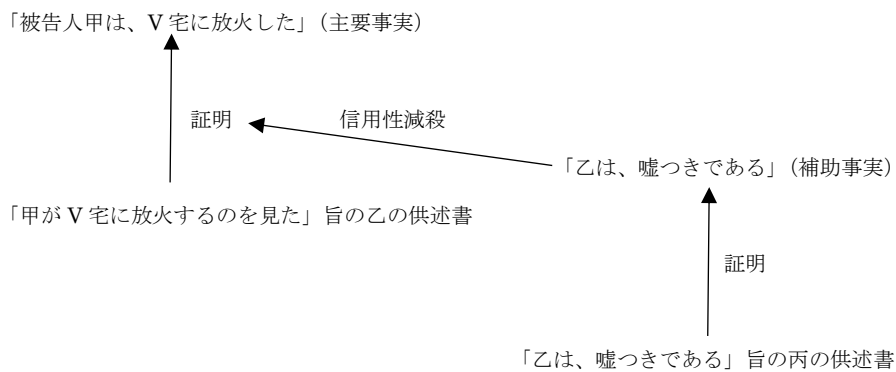
2) 検察官が取調べを請求している証拠（これを「検察官請求証拠」という。）については、検察官の立証方針に従って証拠の使い方を確定し、弁護人が取調べを請求している証拠（これを「弁護人請求証拠」という。）については、弁護人の立証方針に従って証拠の使い方を確定する。

司法試験でも予備試験でも、伝聞法則において出題されるのは、ほとんどの場合、検察官請求証拠であり、弁護人請求証拠が出題されるのは弾劾証拠（328 条）の場合くらいであろう。

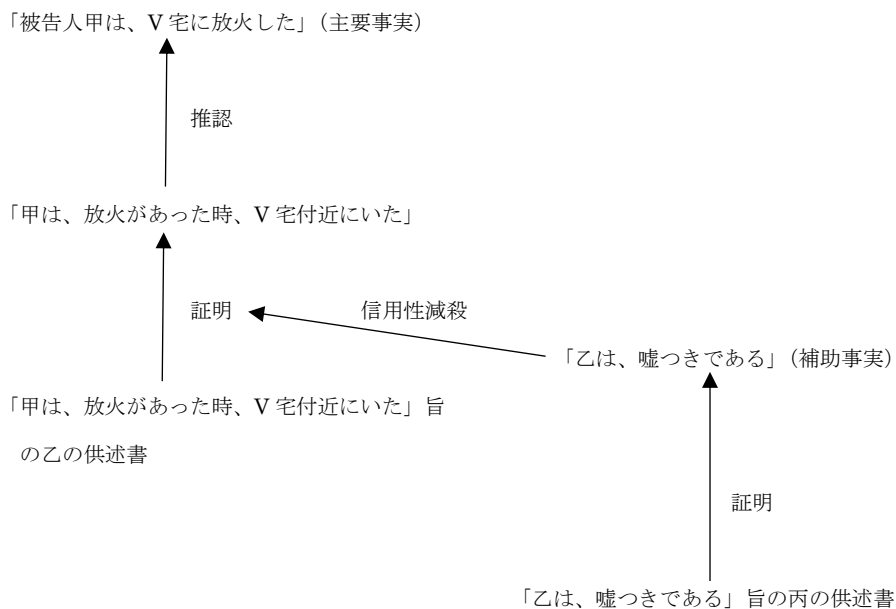
3) 間接証拠型の推認過程には、「証拠→間接事実→主要事実」という推認過程のほかに、「証拠→再間接事実→間接事実→主要事実」、「証拠→再々間接事実→再間接事実→間接事実→主要事実」…（以下同様）…という推認過程もある。

4) 当該証拠を実質証拠ではなく補助証拠として使用する場合もあるが、試験との関係では、犯行目撃証言の信用性に関する補助事実を証明する場合や、弾劾証拠（328 条）として使用する場合など、かなり限られてくる。論文試験で出題されるのは、ほとんどの場合、実質証拠と使用する事案である。

(補助証拠型 1)



(補助証拠型 2)



[具体例]

(事案)

検察官は、甲を被告人、公訴事実を V 宅への放火とする現住建造物放火罪の被告事件において、甲の犯人性が争点となっていたため、「甲の犯人性」を立証趣旨として、「甲は、放火があった時、V 宅付近にいた」旨の記載を含む乙の日記帳の取調べ請求をしたところ、甲及びその弁護人は、不同意の意見を述べた。

(解説)

まず、伝聞証拠であっても、「検察官及び被告人が証拠とすることに同意した」ものについては、「相当と認めるとき」という条件つきではあるものの、伝聞例外を満たさなくても証拠能力が認められる(326 条 1 項)。もっとも、上記事案では、甲及びその弁護人が不同意の意見を述べていることから、「被告人」の同意を欠く。したがって、326 条 1 項の適用は

ない。だからこそ、乙の日記帳が伝聞証拠に当たるか否かを論じる実益がある。

次に、現住物建造物放火罪の成立要件としては、V 宅の現住性、甲の V 宅に対する放火、V 宅の焼損、両者間の因果関係、甲の故意、甲の犯人性が挙げられる。検察官は、甲の犯人性が争点となっている状況下において、「甲の犯人性」を立証趣旨として、乙の日記帳の取調べ請求をしているから、乙の日記帳により甲の犯人性を立証しようとしているといえる（①：証拠と主要事実の対応関係）。

そして、「甲は、放火があった時、V 宅付近にいた」旨の記載からは、甲の犯人性を直接立証することはできないから、乙の日記帳は直接証拠ではなく間接証拠として使用することになる。乙の日記帳からは、その記載内容からして、「甲は、放火があった時、V 宅付近にいた」という間接事実を立証することができ、この間接事実は、（他の間接事実とも相まって）甲の犯人性を合理的に推認し得るものである。そうすると、乙の日記帳は、甲の犯人性を推認し得るものとして、「甲は、放火があった時、V 宅付近にいた」という間接事実を立証するための証拠であるといえる（②：推認過程）。

最後に、上記の推認過程を前提とした場合、乙の日記帳の直接の立証事項という意味での要証事実は、「甲は、放火があった時、V 宅付近にいた」という間接事実となる。この要証事実は、乙の日記帳における公判廷外供述の内容たる事実である（つまり、乙が知覚・記憶し、日記帳に表現・叙述した事実である）から、要証事実との関係で日記帳における乙の公判廷外供述の内容の真実性が問題になるといえ、日記帳は伝聞証拠に当たる。

イ. 応用レベルの説明

（総）

以下では、前記アで説明したことを前提として、要証事実を設定する際の推認過程の導き方について、より詳細に説明する。

〔説明〕

1. 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。）。⁵⁾
- （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。⁶⁾

⁵⁾ 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。

⁶⁾ 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。

第5章 違法収集証拠排除法則

A

case1：司法警察員 P は、覚せい剤営利目的所持の被疑事実について捜査をしていたところ、搜索差押許可状の発付を受けていないにもかかわらず、甲方に赴き、甲に対し、「覚せい剤営利目的所持の被疑事実でガサ状が出ている。」と嘘をつき、甲に玄関の鍵を開けさせ、甲方内に立ち入って捜査を行い、リビングのテーブル上に置いてあった覚せい剤 100 グラムを差し押さえた。その後、検察官 Q は、甲を覚せい剤営利目的所持の公訴事実で起訴し、甲方から押収された覚せい剤 100 グラムについて証拠調べ請求をした。

1. 違法収集証拠排除法則

A

証拠能力が認められるためには、証拠の関連性（自然的関連性・法律的関連性）と、証拠禁止に当たらないことが必要である。

違法収集証拠排除法則は、刑事裁判において、違法な捜査によって収集された証拠の証拠能力を否定するための理論であり、証拠禁止の一類型である。

なお、違法収集証拠排除法則については、明文規定がなく、これは解釈によって認められるものである。

2. 違法収集証拠排除法則の肯否と要件

A

違法収集証拠排除法則の肯否及び要件については、解釈に委ねられている

（1）違法収集証拠排除法則

違法収集証拠の証拠能力を否定する理論的根拠としては、①司法の無瑕性（廉潔性）論（裁判所が違法収集証拠に基づいて被告人を処罰することにより、国民の司法に対する信頼が失われるおそれがある）、②違法捜査抑止論（違法収集証拠を排除することにより将来における同じような違法捜査を抑止するべきである）、③適正手続論（被告人の権利利益を違法に侵害する手段によって獲得された証拠により被告人を処罰すること自体が手続的正義に反するものであり憲法 31 条の適正手続の保障に反する）の 3 つが考えられる。

リークエ 417 頁、判例講座 I 437～
438 頁

①及び②からは、これらの理論的根拠がどの程度の強さで妥当するのか、すなわち排除の必要性和排除による犯人処罰の不実現という弊害の程度とを比較衡量することにより排除の当否を判断する相対的排除論が導かれる。相対的排除論が判例の立場である。

リークエ 419 頁、緑 320 頁

これに対し、③からは、証拠収集手続にこれによって獲得された証拠を用いて被告人を処罰すること自体が適正手続違反となるような重大な違法がある場合には他の事情を考慮することなく証拠を排除するべきとする規範説が導かれる。

リークエ 422 頁以下

判例講座 I 438 頁、リークエ 419
頁、緑 320 頁

〔論点 1〕違法収集証拠排除法則

A

確かに、証拠物については獲得手続に違法があってもその証拠価値に変化はないし、証拠排除には犯人不処罰という弊害も伴うから、違法収集証拠の証拠能力は認められるべきとも思える。

緑 319 頁、判例講座 I 437 頁

しかし、司法の廉潔性の維持及び違法捜査抑止の要請から、違法収集証拠を排除すべき場合もある。

そこで、①直接の証拠収集手続の重大な違法、②将来の違法捜査抑止の見地からみた排除相当性を要件として、違法収集証拠の証拠能力が否定されると解すべきである（判例）。^{1) 2) 3)}

最判 S53.9.7・百 90 等

〔判例 1〕違法な所持品検査により発見・押収された覚せい剤

B

最判 S53.9.7・百 90

事案：司法巡査 P は、甲に対して職務質問をしたところ、覚せい剤中毒の疑いを抱き、甲が所持品の提示を拒み続けているにもかかわらず、甲の上衣左側内ポケットに手を差し入れて、中にあったちり紙の包、プラスチックケース入りの注射器 1 本を取り出し、その場でちり紙の包を開披してみるとビニール袋入りの覚せい剤の粉末が発見されたため、甲を覚せい剤不法所持の現行犯人として逮捕した上で、これらの証拠物を無令状で差し押さえた。その後、甲は覚せい剤不法所持等の公訴事実で起訴され、押収された上記覚せい剤の証拠能力が問題となった。

要旨：①「P 巡査が X に対し、X の上衣左側内ポケットの所持品の提示を要求した段階においては、X に覚せい剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められ、また、同巡査らの職務質問に妨害が入りかねない状況もあつたから、右所持品を検査する必要性ないし緊急性はこれを肯認しうところであるが、X の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である。してみると、右違法な所持品検査及びこれに続いて行われた試薬検査によつてはじめて覚せい剤所持の事実が明らかとなつた結果、X を覚せい剤取締法違反被疑事実で現

1) ①は司法の無瑕性論に、②は抑止効論に対応するものである。①・②は重疊の要件であるものの、①が肯定されれば、特段の事情のない限り②も肯定されるという意味で、①は②の判断要素にもなる（事例演習 396 頁）。第一次的証拠であれ第二次的証拠であれ、②の判断は、令状主義の精神を没却するような重大な違法行為が存在（①）が前提となっているのだから、証拠の重要性や事件の重大性を考慮するとしても、その役割は自ら限られたものとなる。重量要件説（通説）によれば、①が認められる限り、よほど特段の事由がない限り、②も認められると考えてよい。（事例演習 395 頁）。

2) 各要件の考慮要素は次のとおりである（事例演習 390～391 頁・396 頁）。

①違法の重大性（→司法の無瑕性論に対応）

㊦手続違反の程度（法規(適法行為)から逸脱の程度、法益侵害の程度）

㊦手続違反がなされた状況（違法行為の困難性、緊急性）

㊦手続違反の有意性（令状主義潜脱の意図、計画性、認識性）等

②排除の相当性（→抑止効論に対応）

㊦手続違反の頻発性

㊦手続違反と当該証拠獲得との因果性の程度

㊦事件の重大性

㊦証拠の重要性等

→これらの要素を考慮して、違法収集証拠の排除によって真犯人の処罰を犠牲にすることになっても、将来の違法な証拠収集活動を一般的に抑止・予防することの方がより重要であるといえる場合に、排除の相当性が認められる。

3) 仮に違法な証拠収集行為がなかったとしても当該証拠は他の合法的な手段によって確実に発見・収集されていたであろうという場合には、そのことは、違法収集行為と当該証拠との間の因果性が否定ないし稀釈されるとして、当該証拠の証拠能力を肯定する一事情として考慮される（不可避的発見の法理）。これに対し、このような仮定の事情を考慮するべきではないとして同法理に反する見解も有力である（リークエ 424～425 頁）。

行犯逮捕する要件が整った本件事案においては、右逮捕に伴い行われた本件証拠物の差押手続は違法といわざるをえないものである。」

②「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、「刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」（同法 1 条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、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。」

③「これを本件についてみると、…X の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した P 巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた X に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを X の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。してみると、本件証拠物の収集手続に重大な違法があることを理由としてその証拠能力を否定し、また、その鑑定結果等を立証趣旨とする証人もその取調をする必要がないとして、これら証拠申請を却下した第 1 審裁判所の措置及びこれを是認した原判決の判断は法令に違反するものであつて、その誤りは判決に影響を及ぼしており、原判決中検察官の控訴を棄却した部分及び第 1 審判決中無罪部分はこれを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。」

(2) 違法性承継論

昭和 53 年判決は「証拠物の押収等の手続に…重大な違法があり」と判示することにより、直接の証拠収集手続に重大な違法があることを要求している。

そうすると、先行手続に法規違反が認められる一方で、後行手続である直接の証拠収集手続には法規違反が認められない場合には、直接の証拠収集手続自体には重大な違法がない以上、違法収集証拠排除法則の適用が否定されるはずである。

例えば、司法警察員 P らは、逮捕状が発付されていないにもかかわらず、甲に対し、覚せい剤自己使用罪の被疑事実で逮捕状が出ている旨嘘をつき、甲を同被疑事実で通常逮捕し（なお、現行犯逮捕、準現行犯逮捕、緊急逮捕の要件を満たさないものとする。）、警察署まで連行し、警察署内で甲から尿の任意提出を受け、検定の結果、甲の尿から覚せい剤の成分が検出されたという事案では、先行する逮捕手続には逮捕令状主義（憲法 33 条、刑訴法 199 条 1 項）違反による重大な違法がある一方で、尿及びその鑑定書の収集手続である採尿手続には法規違反がないため、直接の証拠収集手続には重大な違法がないとして、尿及びその鑑定書の証拠能力が肯定されそうである。

もともと、判例は、先行手続と後行手続との間の関連性を根拠とする違法性の承継により、後行手続である直接の証拠収集手続に重大な違法を認め得るとする違法性承継論を採用している。

したがって、先行手続と後行手続との間に違法性の承継が認められるだけの関連性があり、かつ、先行手続に重大な違法がある場合には、違法性の承継により後行手続である直接の証拠収集手続にも重大な違法性が認められることになる。あとは、排除相当性まで認められれば、違法収集証拠排除法則により当該証拠の証拠能力が否定されることになる。

[論点 2] 違法性承継論

司法の廉潔性の維持及び将来の違法捜査抑止の要請に鑑み、①直接の証拠収集手続の重大な違法、②将来の違法捜査抑止の見地からみた排除相当性を要件として、違法収集証拠の証拠能力が否定されると解する。

そして、直接の証拠収集手続そのものには法規違反がなくても、先行手続と証拠収集手続との間に関連性がある場合には、違法評価において両者を一体としてみなすことができるから、先行手続の違法の有無・程度によっては証拠収集手続の重大な違法が認められる余地があると解する（判例）。⁴⁾

A

最判 S61.4.26・百 91

最判 H15.2.14・百 92

事例演習 413 頁

⁴⁾ 先行手続に重大な違法が認められる一方で直接の証拠収集手続には重大な違法が認められないという事案における第一次証拠の証拠能力の判断方法には、①違法性承継論で処理する見解（判例）と、②先行手続に重大な違法があることを前提に、先行手続と第一次証拠との間に将来の違法捜査抑止の観点からの証拠排除の相当性を肯定できるだけの関連性があるかどうかを検討する川出説（判例講座 I 462 頁）とがある。

川出説は、違法重大性・排除相当性のうち、違法重大性を「直接の証拠収集手続」（判例でいう「証拠物の押収等の手続」）に要求せず、先行手続に重大違法があれば違法重大性の要件を満たすと理解した上で、当該証拠が重大な違法を有する手続（先行手続）により直接獲得されたものではないという点を、先行手続と証拠の関連性という形で、排除相当性の段階で問題にする。川出説では、構成と当てはめがシンプルである一方で、「証拠物の押収等の手続」に違法重大性を要求していた（当初の）判例理論（最判 S53.9.7・百 90、最判 S61.4.25・百 91 等）との関係で、「証拠物の押収等の手続」に違法重大性がなくてもよいとする理由を説明する必要がある。また、川出説では、先行手続の違法重大性が認められなければ、手続と証拠の関連性の検討に入ることができない（関連性が、排除相当性の段階に位置づけられているため）から、事案によっては当てはめで事実を拾い切ることができなくおそれがある。以上の 2 つの理由から、①違法性承継論によるべきである。

〔判例 2〕 違法な所持品検査により発見・押収された覚せい剤

A

最判 S61.4.26・百 91

事案：警察官 3 名は、複数の協力者から覚せい剤事犯の前科のある X が再び覚せい剤を使用しているとの情報を得たため、午前 9 時 30 分頃、X 宅に赴き、門扉を開けて玄関先に行き、引戸を開けずに「警察の者です。ちょっと尋ねたいことがあるので、上がってもよろしいか。」などと呼びかけ、X の明確な承諾があったとは認められないにもかかわらず、X 宅内に上がり、ベッドで目を閉じて横になっていた X の枕許に立ち、同行を求めたところ、金融屋の取立てだろうと認識したと窺える X は、「わしも大阪に行く用事があるから一緒に行こう」と言い、着替えをし、同行に応じた。警察官 3 名は、玄関先で待ち、出てきた X を停めていた自動車の運転席後方の後部座席に乗車させ、午前 9 時 40 分頃、X 宅を出発し、午後 9 時 50 分頃、警察署に着いた（なお、X は、車中で同行しているのは警察官達ではないかと考えたが、反抗しなかった。）。

同警察署において、警察官らは、X から事情聴取を行ったところ、X は、午前 11 時頃、本件覚せい剤使用の事実を認め、午前 11 時 30 分頃、警察官らの求めに応じて採尿してそれを提出し、腕の注射痕も見せた。X は、警察署に着いてから右採尿の前と後の少なくとも 2 回、警察官らに対し、持参の受験票を示すなどして、午後 1 時半までに大阪市鶴見区のタクシー近代化センターに行き、タクシー乗務員になるための地理試験を受けることになっている旨申し出たが、警察官らは、最初の申し出については返事をせず、尿提出後の申し出に対しては、「尿検の結果が出るまでおったらどうや」と言って応じなかった。午後 2 時 30 分頃、尿の鑑定結果について電話回答があったことから、逮捕状請求の手続がとられ、逮捕状の発付を得て、警察官らが午後 5 時 2 分、X を逮捕した。

本件では、尿の鑑定書の直接の収集手続である採尿手続自体には法規違反はなかったが、X 宅への立ち入り、同所から警察署までの任意同行及びその後の警察署への留め置きという一連の先行手続が違法であったため、尿の鑑定書について、違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定されるかが問題となった。

要旨：「原判決は、右のような事実認定を前提に、警察官 3 名による X 宅への立ち入りは、X の明確な承諾を得たものとは認め難く、本件任意同行は、X の真に任意の承諾の下に行われたものでない疑いのある違法なものであり、受験予定である旨の申し出に応じることなく退去を阻んで、逮捕に至るまで X を警察署に留め置いたのは、任意の取調べの域を超える違法な身体拘束であるといわざるを得ないので、そのような違法な一連の手続中に行われた本件尿の提出、押収手続（以下、採尿手続という）は、X の任意提出書や尿検査についての同意書があるからといって、適法となるものではなく、その尿についての鑑定書の証拠能力は否定されるべきであるとする。

そこで勘案するに、本件においては、X 宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、X に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の

有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手続が違法であると認められる場合でも、それをもつて直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書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ときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである（最高裁昭和 51 年（あ）第 865 号同 53 年 9 月 7 日第一小法廷判決・刑集 32 卷 6 号 1672 頁参照）。以上の見地から本件をみると、採尿手続前に行われた前記一連の手続には、X 宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、X 宅からの任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、X の退去の申し出に必ず警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない。しかし、X 宅への立ち入りに際し警察官は当初から無断で入る意図はなく、玄関先で声をかけるなど X の承諾を求める行為に出ていること、任意同行に際して警察官により何ら有形力は行使されておらず、途中で警察官と気付いた後も X は異議を述べることなく同行に応じていること、警察官において X の受験の申し出に回答しなかつたことはあるものの、それ以上に警察署に留まることを強要するような言動はしていないこと、さらに、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、X の自由な意思での応諾に基づき行われていることなどの事情が認められるのであつて、これらの点に徴すると、本件採尿手続の帶有する違法の程度は、いまだ重大であるとはいえず、本件尿の鑑定書を X の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないと認められないから、本件尿の鑑定書の証拠能力は否定されるべきではない。」

解説：本判決は、違法な先行手続（X 宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続）と直接の証拠収集手続（採尿手続）との間に、両者は「X に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされている」という「同一目的」「直接利用」という関係があることに着目して、違法性の承継を認めている（もっとも、先行手続の程度、後行手続の態様に着目して、後行手続である採尿手続の違法が重大であるとはいえないとして、尿の鑑定書の証拠能力を肯定している。）。

なお、「同一目的」「直接利用」という関係は、違法性承継が認められる場合の一つにすぎず、これらの関係が認められなくても、関連性の強度によっては違法性承継が認められる。実際に、本判決以降、「同一目的」「直接利用」という関係を明示する判例は少なくなっている（百 91 解説・4）。

百 91 解説・4

〔判例 3〕 エックス線検査の射影写真に由来する覚せい剤等

B（総）

事案：違法なエックス線検査の射影の写真等を疎明資料の一部として発付された捜索差押許可状に基づく捜索により発見・押収された覚せい剤及び覚せい剤原料の証拠能力が問題となった。

最決 H21.9.28・H21 重判 1

要旨：「所論は、本件エックス線検査は…違法なものであり、本件において事実認定

の用に供された覚せい剤及び覚せい剤原料（以下「本件覚せい剤等」という。）は、同検査により得られた射影の写真に基づき取得した搜索差押許可状により得られたものであるから、違法収集証拠として排除されなければならないと主張する。

そこで、前記の事実関係を前提に検討すると、本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、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当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。

次に、本件覚せい剤等は、同年 6 月 25 日に発付された各搜索差押許可状に基づいて同年 7 月 2 日に実施された搜索において、5 回目の本件エックス線検査を経て本件会社関係者が受け取った宅配便荷物の中及び同関係者の居室内から発見されたものであるが、これらの許可状は、4 回目までの本件エックス線検査の射影の写真等を一資料として発付されたものとうかがわれ、本件覚せい剤等は、違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠であるといえることができる。

しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質の必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができるものと解するのが相当である。」

解説：本件覚せい剤等は、違法なエックス線検査により得られた射影の写真という違法収集証拠（第一次的証拠）に基づき取得した搜索差押許可状により得られた派生的証拠（第二次的証拠）であるから、毒樹の果実論によりその証拠能力の有無が判断されることになりそうである。しかし、本決定は、毒樹の果実論を用いていない。それは、本件では、第一次的証拠であるエックス線検査の射影写真の証拠能力が問題とされていないため、本件覚せい剤等を違法収集証拠排除法則によ

り証拠能力を否定される第一次的証拠に由来する毒樹の果実に位置付けることができなかったからであろう。他方で、本決定は、「本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず…」と判示しており、違法なエックス線検査と捜索・差押えとの間の関連性ではなく、違法なエックス線検査と本件覚せい剤等との間の関連性を問題にしているため、厳密には、違法性承継論を用いているわけではない（H21 重判 1・解説 5）。

これに対し、判例講座 I 466 頁では、「平成 15 年判決が、違法な手続によって獲得された証拠と直接の証拠獲得手続との関連性を弱める要素として指摘していた、司法審査を経ているという事実に加え、その際の疎明資料が違法に獲得された証拠だけではなかったことを示すことにより、両者の関連性がされに弱まることを指摘したものと位置づけられる。これによって、先行手続（エックス線検査）から直接の証拠獲得手続（捜索・差押え）に承継される違法性が軽減され、直接の証拠獲得手続の違法の程度が重大ではないことが基礎づけられることになる。」と解説されていることから、本決定の事案を違法性承継論で処理することも可能であろう。

（3）毒樹の果実論

毒樹の果実論とは、違法な手続によって収集されたために違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定される第一次的証拠に基づいて獲得された第二次的証拠（これは一般に、「派生的証拠」と呼ばれる。）の証拠能力を否定する理論である。

毒樹の果実論は、（i）法規違反のある先行手続と後行手続との間の関連性を問題にするのではなく、違法収集証拠排除法則により証拠能力を否定される第一次的証拠と第二次的証拠との間の関連性に着目する点、（ii）違法収集証拠排除法則の枠組み（違法重大性と排除相当性）とは異なる独自の枠組みが用いられる点で、違法性承継論とは異なる。

例えば、無令状で行われた強制採尿により得られた被疑者の尿についての鑑定書は、違法な強制採尿により収集されたために違法収集証拠排除法則により証拠能力を否定される尿に基づいて獲得された第二次的証拠であるから、その証拠能力の有無は毒樹の果実論によって判断される。

〔論点 3〕 毒樹の果実論

毒樹の果実論は、違法収集証拠排除法則の根拠の一つである違法捜査抑止論を根拠とするものであり、判例・学説いずれにおいても承認されており、昭和 58 年判決の伊藤正己裁判官の補足意見で明言されている。

確かに、違法収集証拠排除法則の根拠である将来の違法捜査抑止の観点からは、違法収集証拠排除法則により証拠能力を否定される第一次的証拠に基づいて獲得された第二次的証拠の証拠能力も否定するべきである。

しかし、実体的真実発見（1 条）の要請もあるから、第二次的証拠の証拠能力を一律に否定するべきではない。

そこで、第二次的証拠の証拠能力の肯否は、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第二次的証拠の重要性、第一次的証拠と第二次的証拠

判例講座 I 454～455 頁

リークエ 427 頁

A

リークエ 426～427 頁、最判
S58.7.12・伊藤正己裁判官の補足意見

との関連性の程度等を総合考慮して判断すべきと解する（判例）。⁵⁾

〔判例 4〕伊藤正己裁判官の補足意見

補足意見：「違法収集証拠（第一次的証拠）そのものではなく、これに基づいて発展した捜査段階において更に収集された第二次的証拠が、いわゆる「毒樹の実」として、いかなる限度で第一次的証拠と同様に排除されるかについては、それが単に違法に収集された第一次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということのみをもつて一律に排除すべきではなく、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第二次的証拠の重要さの程度、第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべきものである。

本件現住建造物等放火罪を理由とする逮捕、勾留中における、捜査官に対してされた同罪に関する被告人の自白のように、第一次的証拠の収集者自身及びこれと一体とみられる捜査機関による第二次的収集証拠の場合には、特段の事情のない限り、第一次的証拠収集の違法は第二次的証拠収集の違法につながるというべきであり、第二次的証拠を第一次的証拠と同様、捜査官に有利な証拠として利用することを禁止するのは、将来における同種の違法捜査の抑止と司法の廉潔性の保持という目的に合致するものであつて、刑事司法における実体的真実の発見の重要性を考慮にいれるとしても、なお妥当な措置であると思われる。」

B

最判 S58.7.12・伊藤正己裁判官の補足意見

（4）違法性承継論と毒樹の果実論の併用が問題となる事案

例えば、違法な逮捕行為により被疑者甲を警察署まで連行し、警察署内で甲から尿の任意提出を受け、その尿から覚せい剤の成分が検出された旨の鑑定書を疎明資料として甲方を捜索場所とする捜索差押許可状が発付され、同許可状に基づく甲方における捜索・差押えにより覚せい剤が獲得されたというように、重大な違法を有する先行手続 A→法規違反のない中間手続 B により第一次的証拠が収集される（違法性承継論により第一次的証拠の証拠能力を否定される）→法規違反のない後行手続 C により第二次的証拠が収集されるという事案では、第一次的証拠の証拠能力の有無については違法性承継論によって判断する一方で、第二次的証拠の証拠能力の有無については毒樹の果実論によって判断するという判断手法がある。平成 15 年判決（大津事件）もこの立場である。

これに対し、第一次的証拠のみならず、第二次的証拠についても、違法性承継論によって証拠能力を判断するという判断手法もある。この場合、第一次的証拠の証拠能力の有無の判断では、先行手続 A の重大な違法が中間手続

（総）

最判 H15.2.14・百 92

⁵⁾ 当てはめにおいては、上記 3 つの要素を総合考慮し、将来の違法捜査抑止の要請と実体的真実発見の要請とのいずれを優先するべきかを判断することになる。そして、3 つの考慮要素のうち、特に「第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度」が重要である。

例えば、違法な採尿手続によって得られた尿とその鑑定書との間の関連性は不可分一体といえるほどに強度である。他方で、違法な捜索・差押えによって収集された証拠 A を疎明資料として捜索差押許可状が発付され、同許可状に基づく捜索・差押えによって証拠 B が収集されたというように、第一次的証拠と第二次的証拠との間に司法審査に基づく令状発付が介在している場合には、関連性の稀釈が認められる（稀釈法理）。なお、判例は、司法審査に基づく令状発付が介在していること自体を理由として関連性の稀釈を認めるため、捜索差押許可状を請求する際の疎明資料が違法収集証拠である証拠 A だけであっても関連性の稀釈を認めるが、証拠 A 以外に多くの適法に得られた情報・証拠が疎明資料とされていなければ関連性の稀釈を認めるべきではないとの考えもある（リークエ 426～427 頁）。

また、第一次的証拠から得られる情報と同じものが全く別の適法な手続ないし経過によって得られ、これに基づき第二次的証拠が発見・収集された場合には、第一次的証拠と第二次的証拠との間の関連性はないものと評価される（独立源の法理）（リークエ 427 頁）。

Bに承継されるかが問題となり、第二次的証拠の証拠能力の有無の判断では、先行手続Cの重大な違法が後行手続Cに承継されるかが問題となる（なお、いずれの判断においても、違法性の承継が認められたならば、排除相当性も問題となる。）。

〔論点 4〕 違法性承継論と毒樹の果実論の併用が問題となる事案

A（総）

（論証 1） 違法性承継論だけで判断する見解

まず、司法の廉潔性の維持及び将来の違法捜査抑止の要請に鑑み、①直接の証拠収集手続の重大な違法、②将来の違法捜査抑止の見地からみた排除相当性を要件として、違法収集証拠の証拠能力が否定されると解する。

次に、直接の証拠収集手続そのものには法規違反がなくとも、先行手続と証拠収集手続との間に関連性がある場合には、違法評価において両者を一体としてみなすことができるから、先行手続の違法の有無・程度によっては証拠収集手続の重大な違法が認められる余地があると解する（違法性承継論）。

そして、大津事件判決は、違法な先行手続を利用した後行手続により収集された第一次的証拠の証拠能力については違法性承継論により判断する一方で、違法収集証拠として証拠能力が否定される第一次的証拠に由来する第二次的証拠の証拠能力については毒樹の果実論により判断しているところ、このような判断手法は複雑であるため、第二次的証拠の証拠能力についても違法性承継論により判断するべきであると解する。⁶⁾

事例演習 416～418 頁

（論証 2） 違法性承継論と毒樹の果実論を併用する見解

まず、司法の廉潔性の維持及び将来の違法捜査抑止の要請に鑑み、①直接の証拠収集手続の重大な違法、②将来の違法捜査抑止の見地からみた排除相当性を要件として、違法収集証拠の証拠能力が否定されると解する。

次に、直接の証拠収集手続そのものには法規違反がなくとも、先行手続と証拠収集手続との間に関連性がある場合には、違法評価において両者を一体としてみなすことができるから、先行手続の違法の有無・程度によっては証拠収集手続の重大な違法が認められる余地があると解する（違法性承継論）。

そして、違法収集証拠として証拠能力が否定される第一次的証拠に由来する第二次的証拠の証拠能力の肯否については、違法捜査抑止の要請と実体的真実発見の要請（1条）とを適切に調整するために、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第二次的証拠の重要性、第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度等を総合考慮して判断すべきと解する（毒樹の果実論）。⁷⁾

⁶⁾ 大津事件のように、先行手続に重大な違法が認められる一方で直接の証拠収集手続には重大な違法が認められない事案において、第一次的証拠に基づいて発見された第二次的証拠までであるという場合については、⑦第一次的証拠と第二次的証拠の双方について違法性承継論で一元的に処理する見解（事例演習 382 頁）、⑧第一次的証拠については違法性承継論で処理する一方で第二次的証拠については毒樹の果実論で処理する見解（大津事件）、⑨先行手続に重大な違法があることを前提に先行手続と第一次的証拠及び第二次的証拠との間に将来の違法捜査抑止の観点からの証拠排除の相当性を肯定できるだけの関連性があるかどうかを検討する川出説とがある。

⁷⁾ 毒樹の果実論は、違法に収集された第一次的「証拠」と、これに由来する第二次的「証拠」との関係を論じるものである。これに対し、違法性承継論は、先行する違法な「手続」と、最終的に得られた「証拠」

〔判例 5〕 大津事件

A

大津事件・最判 H15.2.14・百 92

事案：警察官 A ら 3 名は、X に対し窃盗の被疑事実で逮捕状が発付されていたにもかかわらず、これを携行せずに甲宅に赴き、X に対して、任意同行に応じるように説得した。

X は、逮捕状の呈示を要求して任意同行に応じず、隣家の敷地内に逃げ込むなどした逃走を図ったものの、X 方付近の路上で警察官 3 名に制圧され、手錠を掛けられ、捕縛用ロープを身体に巻かれ、窃盗の被疑事実で通常逮捕された。

その後、X は、警察署に連行され、警察官から逮捕状を呈示された。なお、本件逮捕状には X を逮捕する際に逮捕現場で本件逮捕状を呈示した旨の A 名義の記載があり、これと同旨の A 作成名義の捜査報告書もある。

同日、X は、警察署内で任意の採尿に応じ、鑑定の結果、X の尿から覚せい剤の成分が検出された。なお、採尿の際に、X に強制力が加えられることはなかった。

それから 5 日後、尿の鑑定書を疎明資料として発付された覚せい剤取締法違反を被疑事実とする搜索差押許可状と、逮捕前に発付されていた窃盗事件を被疑事実とする搜索差押許可状とが併せて執行され、甲宅から覚せい剤が発見され、押収された。

X は、覚せい剤の使用と所持で起訴され、その 4 日後に窃盗罪で追起訴された。

公判では、本件逮捕状による逮捕手続の違法性が争われ、X 及びその弁護人からは、逮捕時に逮捕現場で逮捕状が呈示されなかった旨の主張がなされたのに対し、警察官 3 名はいずれも、証人として、本件逮捕状を逮捕現場で甲に示すとともに被疑事実の要旨を読み聞かせた旨の虚偽の証言をした。

要旨：「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである（最高裁昭和 51 年（あ）第 865 号同 53 年 9 月 7 日第一小法

との関係を論じるものであり、必ずしも最終的に得られた証拠に先立つ第一次的証拠の存在を前提とするわけではない（リークエ 427 頁）。

また、違法性承継論においては、当該証拠の直接の収集手続の違法性（先行手続からそこへ違法が承継されるか否か）が問題とされる。これに対し、毒樹の果実論では、端的に第二次的証拠と第一次的証拠との関係が問題とされ、必ずしも第二次的証拠の収集手続の違法性を前提とするわけではない（リークエ 427 頁）。

近時の有力説は、この 2 つの議論枠組みを区別することの合理性を疑問視する。いずれの議論も、違法な手続と証拠能力が問題となる当該証拠との間の関係を論じるものであるという点で共通しており、いずれによるかは、多くの場合、説明の仕方の違いにすぎない。むしろ端的に、違法な手続と当該証拠との間の因果性（関連性）の問題と表現すれば足りる（リークエ 427～428 頁）。

廷判決・刑集 32 卷 6 号 1672 頁参照)。⁸⁾

前記のとおり、本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。したがって、原判決の判断は、上記鑑定書の証拠能力を否定した点に関する限り、相当である。⁹⁾

次に、本件覚せい剤は、X の覚せい剤使用を被疑事実とし、X 方を捜索すべき場所として発付された捜索差押許可状に基づいて行われた捜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記捜索差押許可状は上記…鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである。しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた X に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと上記(2)の鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。」

解説：本判決は、違法逮捕を利用した採尿手続により採取された尿及びその鑑定書の証拠能力については違法性承継論により判断する一方で、違法収集証拠として証拠能力が否定される上記鑑定書に由来する派生的証拠である覚せい剤の証拠能力については毒樹の果実論により判断している。

(5) 証拠収集後の違法

証拠収集後における捜査機関の違法行為が、当該証拠の証拠能力に影響を及ぼすことがあるか。

例えば、平成 15 年判決（大津事件）では、違法逮捕により警察署まで連行された被疑者が同署内で任意に採尿に応じ、その尿及びその鑑定書の証拠能力が問題となった事案において、違法性承継論の枠組みの中で、「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない…という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、

(総) リークエ 429～430 頁

最判 H15.2.14・百 92

⁸⁾ “大津覚せい剤事件判決は、事後の違法行為の存在は、逮捕行為時に違法捜査の意図があったことを推認する事情として用いている…。…内容虚偽の捜査報告書の作成と逮捕状への虚偽記入は、警察官らの令状主義に関する諸規定を潜脱する意図を推認させるものであり、公判廷における偽証は、更にこれを強める…”(事例演習 400 頁)

⁹⁾ [判例 2] は、先行手続と後行手続（直接の証拠収集手続）の間における直接利用・同一目的という関係に言及して違法性承継を認めている。これに対し、[判例 5] では、採尿（後行手続）が逮捕（先行手続）の当日に行われていることからしても両者間に直接利用の関係を認め得るが、窃盗被疑事実についての逮捕と覚せい剤取締法違反に関する証拠である尿及びその鑑定書を収集するための採尿との間には同一目的の関係が認められないため、直接利用・同一目的に代わり、違法性承継が認められるだけの関連性の程度を示す概念として密接な関連性が用いられているのである（百 92 解説・3 参照）。

没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。」と判示することにより、先行手続である違法逮捕の後における警察官の隠ぺい工作を考慮して、逮捕手続の違法が重大であると認定している。

他方で、平成 8 年決定は、警察官が被疑者宅における搜索差押許可状に基づく搜索により覚せい剤を発見した後に、被疑者の発言に触発されて被疑者に暴行を加え、その後で被疑者を現行犯逮捕するとともに上記覚せい剤を差し押さえたという事案（令状搜索に基づく証拠物の発見→警察官による被疑者への暴行→証拠物の差押え）において、「警察官が搜索の過程において関係者に暴力を振るうことは許されないことであって、本件における右警察官らの行為は違法なものというほかはない。しかしながら、前記搜索の経緯に照らし本件覚せい剤の証拠能力について考えてみると、右警察官の違法行為は搜索の現場においてなされているが、その暴行の時点は証拠物発見の後であり、被告人の発言に触発されて行われたものであって、証拠物の発見を目的とし搜索に利用するために行われたものとは認められないから、右証拠物を警察官の違法行為の結果収集された証拠として、証拠能力を否定することはできない。」と判示し、令状搜索に基づく証拠物発見後に行われた暴行と証拠物の収集手続との間の因果性（関連性）を否定している。

最決 H8.10.29

上記 2 つの判例については、証拠収集手続に客観的違法性が認められる場合に、証拠収集手続後における捜査機関の行為を証拠収集手続当時の違法捜査の意図を推認することにより違法の重大性を基礎づけ得る一事情として考慮することは許容される（平成 15 年判決）が、証拠収集手続自体に客観的違法性がない場合にその後の違法行為によって違法性自体を基礎づけることはできない（平成 8 年決定）と整理することが可能である。

3. その他の問題

C（総）

（1）被告人以外の者の利益を侵害する手続により獲得された証拠

被告人は、被告人以外の者の利益を侵害する手続により獲得された証拠について、違法収集証拠排除法則による証拠排除を申し立てることができるか。

違法収集証拠排除法則の根拠について、適正手続論を重視するのであれば、被告人には証拠排除の申立適格が認められない。

しかし、前記〔論点 1〕の通り、違法収集証拠排除法則の根拠については、司法無瑕性論と違法捜査抑止論を重視するべきである。そして、これらの根拠は、被告人以外の者の利益を侵害する手続により得られた証拠にも妥当する。そこで、被告人にも証拠排除の申立適格が認められると解する。

（2）違法収集証拠に対する同意

違法収集証拠について被告人が証拠とすることに同意した場合に、証拠能力が認められるか。

確かに、違法な証拠収集手続により侵害された被告人の利益が私的処分の可能な利益であるならば、被告人の同意により違法収集証拠に証拠能力を付

与することを認める余地もある。

しかし、違法収集証拠排除法則の根拠である司法無瑕性論と違法捜査抑止論からすれば、これらの要請は被告人が処分できる性質のものではないことから、被告人の同意により違法収集証拠に証拠能力を付与することはできないと解すべきである。

(3) 私人による違法収集証拠

捜査機関が私人による違法収集証拠を入手し、刑事裁判において検察官が当該証拠の取調べ請求をしたという場合に、私人による違法収集証拠の証拠能力の有無が問題となる。

私人が捜査機関の依頼に基づいて違法行為により証拠を取得し、これを捜査機関に提出したという場合には、捜査機関が私人を介して自ら違法な証拠収集を行ったと評価できるから、私人による違法な証拠収集手続を捜査機関による違法な証拠収集手続と同一視した上で、違法収集証拠排除法則を適用することができる。

他方で、私人による違法な証拠収集手続が捜査機関の依頼に基づくものではない場合については、捜査機関の違法行為が存在しない以上、違法捜査抑止論は妥当しないし、捜査機関が違法な証拠収集手続を行った場合に比べて司法の無瑕性が害される程度も小さいとの理由から、証拠能力が認められると解すべきである。もっとも、私人による証拠収集手続の違法の度合いが著しい場合には、そのような手続によって得られた証拠を捜査機関・訴追機関が引き継ぐこと自体に問題があるとして、証拠能力を否定する余地もある。

326 条の同意との関係については、
基礎応用 349 頁 [論点 2] 参照。

第7部 簡易化された審判手続

1. 簡易公判手続

簡易公判手続とは、①一定の軽微事件について、②被告人が冒頭手続の際に起訴状記載の訴因について有罪である旨の陳述をした場合に、③伝聞法則による証拠能力の制限を緩和し、証拠調べを簡略化した公判手続により審判を行う制度をいう（291条の2以下）。

[291条の2] 簡易公判手続の決定

被告人が、前条第4項の手続に際し、起訴状に記載された訴因について有罪である旨を陳述したときは、裁判所は、検察官、被告人及び弁護人の意見を聴き、有罪である旨の陳述のあつた訴因に限り、簡易公判手続によつて審判をする旨の決定をすることができる。ただし、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事件については、この限りでない。

[291条の3] 決定の取消し

裁判所は、前条の決定があつた事件が簡易公判手続によることができないものであり、又はこれによることが相当でないものであると認めるときは、その決定を取り消さなければならない。

[307条の2] 伝聞証拠の証拠能力の制限の緩和、証拠調べの簡略化

第291条の2の決定があつた事件については、第296条（検察官の冒頭陳述）、第297条（証拠調べの範囲・順序・方法の予定とその変更）、第300条乃至第302条（捜証拠調べの請求の義務、自白と証拠調べの請求の制限、取調べ等の録音・録画と記録媒体の証拠調べの請求、捜査記録の一部についての証拠調べの請求）及び第304条乃至前条（人的証拠に対する証拠調べの方式、被告人の退廷、証拠書類等に対する証拠調べの方式、証拠物に対する証拠調べの方式）の規定は、これを適用せず、証拠調べは、公判期日において、適当と認める方法で行うことができる。

C（択）

リークエ 503～504 頁

2. 即決裁判手続

即決裁判手続とは、争いのある事件とない事件を区別し、捜査・公判手続の合理化・迅速化を図るために、争いのない明白かつ軽微な事件について、迅速かつ簡易に審理及び判決を行うことを目的とした制度である。

（1）即決裁判手続の申立て

[350条の16] 申立ての要件と手続

- ① 検察官は、公訴を提起しようとする事件について、事案が明白であり、かつ、軽微であること、証拠調べが速やかに終わると見込まれることその他の事情を考慮し、相当と認めるときは、公訴の提起と同時に、書面により即決裁判手続の申立てをすることができる。ただし、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事件については、この限りでない。
- ② 前項の申立ては、即決裁判手続によることについての被疑者の同意がなければ、これを行うことができない。
- ③ 検察官は、被疑者に対し、前項の同意をするかどうかの確認を求めるときは、これを書面で行わなければならない。この場合において、検察官は、被疑者に対し、即決裁判手続を理解させるために必要な事項（被疑者に弁護人がないときは、次条の規定により弁護人を選任すること

C（択）

リークエ 504～507 頁

ができる旨を含む。)を説明し、通常の規定に従い審判を受けることができる旨を告げなければならない。

- ④ 被疑者に弁護人がある場合には、第1項の申立ては、被疑者が第2項の同意をするほか、弁護人が即決裁判手続によることについて同意をし又はその意見を留保しているときに限り、これを行うことができる。
- ⑤ 被疑者が第2項の同意をし、及び弁護人が前項の同意をし又はその意見を留保するときは、書面でその旨を明らかにしなければならない。
- ⑥ 第1項の書面には、前項の書面を添付しなければならない。

[350条の17] 同意確認のための公的弁護人の選任

- ① 前条第3項の確認を求められた被疑者が即決裁判手続によることについて同意をするかどうかを明らかにしようとする場合において、被疑者が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判官は、その請求により、被疑者のため弁護人を付さなければならない。ただし、被疑者以外の者が選任した弁護人がある場合は、この限りでない。
- ② 第37条の3の規定は、前項の請求をする場合についてこれを準用する。

(2) 公判準備及び公判手続の特例

[350条の18] 職権による公的弁護人の選任

即決裁判手続の申立てがあつた場合において、被告人に弁護人がないときは、裁判長は、できる限り速やかに、職権で弁護人を付さなければならない。

[350条の19] 検察官請求証拠の開示

検察官は、即決裁判手続の申立てをした事件について、被告人又は弁護人に対し、第299条第1項の規定により証拠書類を閲覧する機会その他の同項に規定する機会を与えるべき場合には、できる限り速やかに、その機会を与えなければならない。

[350条の20] 弁護人に対する同意の確認

- ① 裁判所は、即決裁判手続の申立てがあつた事件について、弁護人が即決裁判手続によることについてその意見を留保しているとき、又は即決裁判手続の申立てがあつた後に弁護人が選任されたときは、弁護人に対し、できる限り速やかに、即決裁判手続によることについて同意をするかどうかの確認を求めなければならない。
- ② 弁護人は、前項の同意をするときは、書面でその旨を明らかにしなければならない。

[350条の21] 公判期日の指定

裁判長は、即決裁判手続の申立てがあつたときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いた上で、その申立て後（前条第1項に規定する場合においては、同項の同意があつた後）、できる限り早い時期の公判期日を定めなければならない。

[350条の22] 即決裁判手続による審判の決定

裁判所は、即決裁判手続の申立てがあつた事件について、第291条第4項の手続に際し、被告人が起訴状に記載された訴因について有罪である旨の陳述をしたときは、次に掲げる場合を除き、即決裁判手続によつて審判をする旨の決定をしなければならない。

- 一 第 350 条の 16 第 2 項又は第 4 項の同意が撤回されたとき。
- 二 第 350 条の 20 第 1 項に規定する場合において、同項の同意がされなかつたとき、又はその同意が撤回されたとき。
- 三 前 2 号に掲げるもののほか、当該事件が即決裁判手続によることができないものであると認めるとき。
- 四 当該事件が即決裁判手続によることが相当でないものであると認めるとき。

[350 条の 23] 必要的弁護

前条の手続を行う公判期日及び即決裁判手続による公判期日については、弁護人がないときは、これを開くことができない。

[350 条の 24] 公判審理の方式

- ① 第 350 条の 22 の決定のための審理及び即決裁判手続による審判については、第 284 条（軽微事件における出頭義務の免除・代理人の出頭）、第 285 条（出頭義務とその免除）、第 296 条（検察官の冒頭陳述）、第 297 条（証拠調べの範囲・順序・方式の予定とその変更）、第 300 条から第 302 条まで（証拠調べの請求の義務、自白と証拠調べの請求の制限、取調べ等の録音・録画と記録媒体の証拠調べの請求、捜査記録の一部についての証拠調べの請求）及び第 304 条から第 307 条まで（人的証拠に対する証拠調べの方式、被告人の退廷、証拠書類等に対する証拠調べの方式、証拠物に対する証拠調べの方式）の規定は、これを適用しない。
- ② 即決裁判手続による証拠調べは、公判期日において、適当と認める方法でこれを行うことができる。

[350 条の 25] 即決裁判手続による審判の決定の取消し

- ① 第 350 条の 22 の決定があつた事件について、次の各号のいずれかに該当することとなつた場合には、当該決定を取り消さなければならない。
 - 一 判決の言渡し前に、被告人又は弁護人が即決裁判手続によることについての同意を撤回したとき。
 - 二 判決の言渡し前に、被告人が起訴状に記載された訴因について有罪である旨の陳述を撤回したとき。
 - 三 前 2 号に掲げるもののほか、当該事件が即決裁判手続によることができないものであると認めるとき。
 - 四 当該事件が即決裁判手続によることが相当でないものであると認めるとき。
- ② 前項の規定により第 350 条の 22 の決定が取り消されたときは、公判手続を更新しなければならない。ただし、検察官及び被告人又は弁護人に異議がないときは、この限りでない。

[350 条の 26] 公訴取消しによる公訴棄却と再起訴

（略）

（３）証拠の特例

[350 条の 27] 伝聞証拠排斥の適用除外

第 350 条の 22 の決定があつた事件の証拠については、第 320 条第 1 項の規定（伝聞証拠と証拠能力の制限）は、これを適用しない。ただし、検察官、被告人又は弁護人が証拠とすることに

異議を述べたものについては、この限りでない。

(4) 公判の裁判の特例

[350 条の 28] 即決判決の要請

裁判所は、第 350 条の 22 の決定があつた事件については、できる限り、即日判決の言渡しをしなければならない。

[350 条の 29] 懲役又は禁錮の言渡し

即決裁判手続において懲役又は禁錮の言渡しをする場合には、その刑の全部の執行猶予の言渡しをしなければならない。

(5) 上訴の制限

[403 条の 2] 控訴の制限

- ① 即決裁判手続においてされた判決に対する控訴の申立ては、第 384 条（控訴理由）の規定にかかわらず、当該判決の言渡しにおいて示された罪となるべき事実について第 382 条（事実誤認）に規定する事由があることを理由としては、これを行うことができない。
- ② 原裁判所が即決裁判手続によって判決をした事件については、第 397 条第 1 項（破棄の判決）の規定にかかわらず、控訴裁判所は、当該判決の言渡しにおいて示された罪となるべき事実について第 382 条（事実誤認）に規定する事由があることを理由としては、原判決を破棄することができない。

3. 略式手続

略式手続とは、簡易裁判所が、検察官の請求により、その管轄に属する事件について、公判を開くことなく、書面（検察官が提出した資料）による非公開の審理により、略式命令で、100 円以下の罰金又は科料を科することができる制度である（461 条以下）。

なお、略式手続については、「すべて刑事事件においては、被告人は、…裁判所の…公開裁判を受ける権利を有する。」と定める憲法 37 条 1 項との関係でその合憲性が問題となり得るが、判例は（旧法下の略式手続に関してではあるが）合憲であるとしている（判例）。

[461 条] 略式命令

簡易裁判所は、検察官の請求により、その管轄に属する事件について、公判前、略式命令で、100 万円以下の罰金又は科料を科することができる。この場合には、刑の執行猶予をし、没収を科し、その他付随の処分をすることができる。

[461 条の 2] 略式手続についての説明と被疑者の異議

- ① 検察官は、略式命令の請求に際し、被疑者に対し、あらかじめ、略式手続を理解させるために必要な事項を説明し、通常の規定に従い審判を受けることができる旨を告げた上、略式手続によることについて異議がないかどうかを確めなければならない。
- ② 被疑者は、略式手続によることについて異議がないときは、書面でその旨を明らかにしなければならない。

C (択)

リークエ 507～511 頁

最大決 S23.7.29

〔462 条〕 略式命令の請求

- ① 略式命令の請求は、公訴の提起と同時に、書面でこれをしなければならない。
- ② 前項の書面には、前条第 2 項の書面を添附しなければならない。

〔462 条の 2〕 合意した被告人の事件における合意内容書面等の差出し

- ① 検察官は、略式命令の請求をする場合において、その事件について被告人との間でした第 350 条の 2 第 1 項の合意（証拠収集等への協力及び訴追に関する合意）があるときは、当該請求と同時に、合意内容書面を裁判所に差し出さなければならない。
- ② 前項の規定により合意内容書面を裁判所に差し出した後、裁判所が略式命令をする前に、当該合意の当事者が第 350 条の 10 第 2 項（証拠収集等への協力及び訴追に関する合意からの離脱）の規定により当該合意から離脱する旨の告知をしたときは、検察官は、遅滞なく、同項の書面をその裁判所に差し出さなければならない。

〔463 条〕 通常の審判

- ① 第 462 条の請求があつた場合において、その事件が略式命令をすることができないものであり、又はこれをすることが相当でないものであると料するときは、通常の規定に従い、審判をしなければならない。
- ② 検察官が、第 461 条の 2（略式手続についての説明と被疑者の異議）に定める手続をせず、又は第 462 条第 2 項に違反して略式命令を請求したときも、前項と同様である。
- ③ 裁判所は、前 2 項の規定により通常の規定に従い審判をするときは、直ちに検察官にその旨を通知しなければならない。
- ④ 第 1 項及び第 2 項の場合には、第 271 条（起訴状謄本の送達、不送達と公訴提起の失効）の規定の適用があるものとする。但し、同条第 2 項に定める期間は、前項の通知があつた日から 2 箇月とする。

〔463 条の 2〕 公訴提起の失効

- ① 前条の場合を除いて、略式命令の請求があつた日から 4 箇月以内に略式命令が被告人に告知されないときは、公訴の提起は、さかのぼつてその効力を失う。
- ② 前項の場合には、裁判所は、決定で、公訴を棄却しなければならない。略式命令が既に検察官に告知されているときは、略式命令を取り消した上、その決定をしなければならない。
- ③ 前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる。

〔464 条〕 略式命令の方式

略式命令には、罪となるべき事実、適用した法令、科すべき刑及び附随の処分並びに略式命令の告知があつた日から 14 日以内に正式裁判の請求をすることができる旨を示さなければならない。

〔465 条〕 正式裁判の請求

- ① 略式命令を受けた者又は検察官は、その告知を受けた日から 14 日以内に正式裁判の請求をすることができる。
- ② 正式裁判の請求は、略式命令をした裁判所に、書面でこれをしなければならない。正式裁判の請求があつたときは、裁判所は、速やかにその旨を検察官又は略式命令を受けた者に通知しなければなら

ない。

〔466 条〕 正式裁判の請求の取下げ

正式裁判の請求は、第 1 審の判決があるまでこれを取り下げることができる。

〔467 条〕 上訴規定の準用

第 353 条（上訴権者）、第 355 条乃至第 357 条（上訴権者、一部上訴）、第 359 条（上訴の放棄・取下げ）、第 360 条（上訴の放棄・取下げ）及び第 361 条乃至第 365 条（上訴の放棄・取下げと再上訴、上訴権回復）の規定は、正式裁判の請求又はその取下についてこれを準用する。

〔468 条〕 正式裁判請求の棄却、通常の審判

- ① 正式裁判の請求が法令上の方式に違反し、又は請求権の消滅後にされたものであるときは、決定でこれを棄却しなければならない。この決定に対しては、即時抗告をすることができる。
- ② 正式裁判の請求を適法とするときは、通常の規定に従い、審判をしなければならない。
- ③ 前項の場合においては、略式命令に拘束されない。

〔469 条〕 略式命令の失効

正式裁判の請求により判決をしたときは、略式命令は、その効力を失う。

〔470 条〕 略式命令の効力

略式命令は、正式裁判の請求期間の経過又はその請求の取下により、確定判決と同一の効力を生ずる。正式裁判の請求を棄却する裁判が確定したときも、同様である。

(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)