

第4章 被疑者の逮捕・勾留

逮捕・勾留は、被疑者の逃亡・罪証隠滅を防止しつつ捜査を遂行するための手段として、被疑者の身体を拘束するものとして認められたものである。

そうすると、専ら被疑者を取り調べることに、あるいは被疑者の再犯を防止することを目的として逮捕・勾留をすることは許されない。

第1節 逮捕

1. 通常逮捕（199条）

通常逮捕は、憲法33条の令状主義に従い、「裁判官のあらかじめ発する逮捕状」による手続によって行われるものである。

要件は、①逮捕状の事前発付（憲法33条、刑訴法199条1項）、②逮捕の理由（199条1項本文）、③逮捕の必要性（199条2項但書・規則143条の3）、④逮捕権者（199条1項本文）、⑤逮捕状の執行・呈示（201条1項）である。

②の認定根拠の一つとして、警察官が目撃者に対して写真を示して確認をすることで得た目撃者供述がある。警察官が目撃者に対して被疑者を含む複数の写真を示して犯人の写真の有無を確認するという方法では、犯人が被疑者であるという暗示や先入観がないため、この方法により被疑者の写真を選択して犯人に間違いがないという供述が得られたのであれば、当該供述の信憑性は高い。

2. 現行犯逮捕（212条1項・213条）

現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった現行犯人については、何人も、逮捕状をなくして逮捕することができる（212条1項、213条）。

〔論点1〕現行犯逮捕の要件

1. 「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」

逮捕者における犯罪と犯人の明白性という現行犯逮捕の実質的根拠から、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」（212条1項）に当たるためには、①逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性が必要であり、また、①を客観的に担保するための要件として、②犯行の現行性又は犯行・逮捕間の時間的接着性も必要である。

（1）②時間的接着性

②は、犯人明白性の客観的担保を趣旨とする独立要件であるとともに、①の認定過程における一要素でもある。

②は、それ自体としては時間的概念であるものの、そのように判断できるための場所的接着性も必要である。

②は、準現行犯逮捕に比べて、厳格に要求される。裁判例を見ると、最大で30分ないし40分程度であるともいわれている。¹⁾

B

B 基礎応用 44～45頁

⑤の例外として緊急執行（201条2項・73条3項）がある。

平成23年司法試験設問1

A 基礎応用 45～49頁

A

②は①の認定過程における一要素でもあるから、①に先立って認定する。

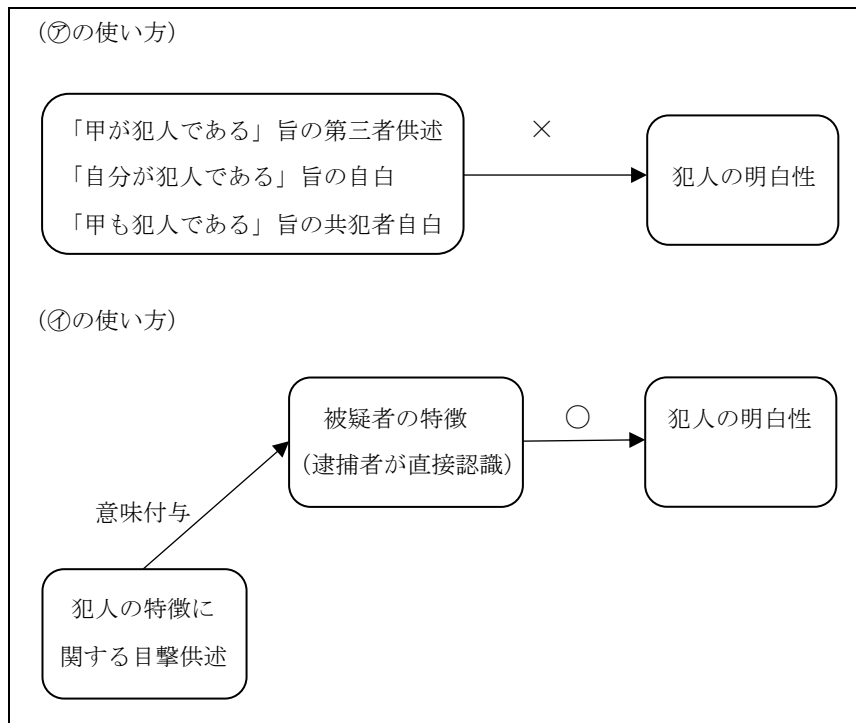
¹⁾ 例えば、犯行から約58分後の現行犯逮捕を違法としたものや、犯行から約1時間5分後の現行犯逮捕を違法としたものがある（仙台高判S42.8.22、大阪高判S40.11.8）。もっとも、これらの裁判例は、時間の

(2) 逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性

ア. 明白性の直接の認定資料は逮捕者自らが直接認識した客観的状況に限られ、供述証拠はかかる客観的状況を補充するものとして認定資料に供し得るにとどまる。供述の信用性判断をその場で瞬時に行うことは困難であり、これを直接の認定資料に供すると誤認逮捕の危険が高まるからである。

犯人明白性の認定過程における供述証拠の使い方としては、⑦供述証拠を直接の根拠として犯人明白性を認定する(×)、④供述証拠により逮捕者が直接認識した客観的状況(ex.被疑者の特徴)に意味づけをする(○)、⑨別人間で供述内容が一致していること自体(逮捕者が双方の供述を認識していることが必要)を認定資料にする(○)という3つが想定される。⑦は禁止され、④・⑨は許容される。

[図] 供述証拠の位置づけ



イ. 当てはめ

(ア) まず、逮捕者を基準とする「何者かによる」犯罪の発生の明白性を認定する。

(イ) 次に、逮捕者を基準とする犯人の明白性を検討する。

(i) 初めに、逮捕者が直接認識した被疑者の外形的特徴と目撃供述の内容たる犯人の特徴の一致を検討する。ここでは、捜査段階であり、利益原則が適用される判決段階とは異なるから、偶然の一致の可能性を排斥できるだけの細部にわたる一致までは不要であるものの、偶然の一致の可能性をある程度のところまで下げる必要はあるか

経過により犯行直後の状況が変化することを前提としたものであるから、逮捕のために犯行現場から犯人を追跡しているような場合には、当てはまらない。そうした場合には、そうでなければ現行犯逮捕が許されない時間的な隔たりがあったとしても、現行犯逮捕として認められることもあり得る。判例には、密輸船を発見し、それを追跡して逮捕したという事案において、密輸の犯行終了から逮捕まで3時間30分を経過していたとしても、現行犯逮捕として適法であるとしたものがある(最判S50.4.3)。

ら、一致する特徴の特異性が必要となるのが通常であろう。

ここでは、犯人の特徴に関する目撃供述は、逮捕者が直接認識した被疑者の外形的特徴という「客観的状況」に対して、犯行と被疑者を結び付けるための意味づけをするものという意味で、「客観的状況を補充する」ものとして用いられている。²⁾

これに対し、「被疑者が犯人である」旨の目撃供述からダイレクトに犯人明白性を認定することは、禁止される。

(ii) 次に、前記(i)に加え、②時間的接着性の程度も考慮して、逮捕者を基準とする犯人の明白性に関する結論を示す。

2. 逮捕の必要性 (規則 143 条の 3 の準用)

逮捕の必要性は、現行犯逮捕においても要件であると解される (規則 143 条の 3)。

被疑者が逃走している途中に、あるいは、被疑者が逃走しようとしたところで現行犯逮捕したのであれば、被疑者の態度から、罪証隠滅や逃亡のおそれが認められるのが通常であるため、明らかに逮捕の必要性がないと認められるのは稀である。

なお、逮捕の必要性は積極要件ではなく、明らかに逮捕の必要性がないと認められる場合にその存在が否定される消極要件である。

3. 準現行犯逮捕 (212 条 2 項・1 項、213 条)

212 条 2 項各号が、犯人明白性を客観的に担保するための時間的接着性が現行犯逮捕に比べて緩和されている状況下で犯人明白性を認定するための最低条件として、犯人明白性を基礎づける類型的事実を示している。

[論点 2] 準現行犯逮捕の要件

1. 積極要件

準現行犯逮捕 (212 条 2 項、213 条) の積極要件は、①212 条 2 項各号該当性、②犯行・逮捕間の時間的接着性、③逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性である。

②・③は「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」に対応する要件であり、逮捕者における犯罪と犯人の明白性という準現行犯逮捕の実質的根拠から導かれるものである。

(1) ①212 条 2 項各号該当性

①は、特定の犯罪との関係で論じる。特定の犯罪との関係で充足しなければ、特定の犯罪における犯人明白性を担保できるだけの力を持たないか

A 基礎応用 49~52 頁

A

²⁾ これは、「犯人は～という特徴でした」という目撃者 W の供述 (犯人の特徴に関する供述) により、逮捕者が直接認識した被疑者の特徴 (逮捕者が直接認識した客観的状況) に、「犯人の特徴とこれくらい一致している」という意味を与えるというものであり、④に属する使い方である。逮捕者が直接認識しているのは被疑者の特徴だけであり、これだけでは、被疑者と犯人を結び付けることができない。そこで、逮捕者が直接認識した被疑者の特徴が犯人の特徴とこれだけ一致しているという、被疑者と犯人を結び付けるための意味づけをするための資料として、犯人の特徴に関する目撃者 W の供述を使うことになるのである。

らである。

また、①は、②・③に先立ち、独立要件として認定する。もっとも、①は、③の判断要素の一つでもある。

(2) ②犯行・逮捕間の時間的接着性

②は、犯人明白性の客観的担保を趣旨とする独立要件であるとともに、③の判断要素の一つでもある。

②は、それ自体としては時間的概念であるものの、そのように判断できるための場所的接着性も必要である。

各号に重複する場合など、①が犯人明白性を示す強い推認力を有しているのであれば、その分だけ、犯人明白性の客観的担保を趣旨とする②の要求度が緩和される（さらに、③も認められやすくなる。）。

(3) ③逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性

犯罪と犯人の明白性は、212条2項各号の該当事実、犯行逮捕間の時間的接着性、その他の客観的事情を総合考慮して判断される。

ア. まず、逮捕者を基準とする「何者かによる」犯罪の発生の明白性を認定する。

イ. 次に、逮捕者を基準とする犯人の明白性を検討する。

(ア) まず、「その他の客観的事情」として、逮捕者が直接認識した被疑者の外形的特徴と目撃供述の内容たる犯人の特徴の一致を検討する。

明白性の直接の認定資料は逮捕者自らが直接認識した客観的状況に限られ、供述証拠はかかる客観的状況を補充するものとして認定資料に供し得るにとどまる。供述の信用性判断をその場で瞬時に行うことは困難であり、これを直接の認定資料に供すると誤認逮捕の危険が高まるからである。³⁾

(イ) 次に、212条2項各号の該当事実がどれくらい犯罪と犯人を結び付ける推認力を有しているのかを検討する。

例えば、各号に重複する場合など、①が犯人明白性を示す強い推認力を有しているのであれば、その分だけ、犯人明白性が認められやすくなる。

(ウ) 最後に、前記(ア)(イ)に加え、②も考慮して、逮捕者を基準とする犯人の明白性に関する結論を示す。

2. 逮捕の必要性

逮捕の必要性（規則143条の3の準用）にも、簡潔に言及するのが望ましい。

³⁾ 犯人明白性の認定過程における供述証拠の使い方としては、現行犯逮捕と同様、㉗供述証拠を直接の根拠として犯人明白性を認定する(×)、㉘供述証拠により逮捕者が直接認識した客観的状況(ex.被疑者の特徴)に意味づけをする(○)、㉙別人間で供述内容が一致していること自体(逮捕者が双方の供述を認識していることが必要)を認定資料にする(○)という3つが想定される。準現行犯逮捕でも、㉗の使い方は許容されない。あくまでも、逮捕者が直接認識した客観的状況が犯人明白性の認定資料の柱としてあり、供述証拠(自白を含む)により逮捕者が直接認識した客観的状況に推認力を与える(あるいは、その推認力を高める)という限りにおいて、供述証拠を認定資料に供し得るにとどまる。したがって、㉘㉙の使い方しか許容されない。

なお、逮捕の必要性は積極要件ではなく、明らかに逮捕の必要性がないと認められる場合にその存在が否定される消極要件である。

[補足] 212条2項各号

①「犯人として追呼されているとき」(1号)

犯人として追跡又は呼称(ex.「泥棒、泥棒」と呼ぶこと)されることをいい、犯罪終了後から継続して追呼されていることを要する。

追呼の途中で犯人の所在が不明となった後間もなく発見して再び追呼する場合でも全体が一つの追跡行為として認められればよいし、後の追呼が「誰何されて逃走しようとするとき」(4号)にあたるとして全体として2項に該当すると解される場合もありうる。もっとも、この場合には、犯人の所在不明から再発見までの時間的・場所接着性が高度に要求される。

追呼が継続している限り時間的に限界はない。

②「贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる凶器その他の物を所持しているとき」(2号)

「その他の物」には、犯罪を組成した物、犯罪から生じた物、犯罪から得た物などが含まれる。犯人明白性を示す推認力において贓物又は凶器とこれらの物との間に差はないと考えられるからである。

2号(3号)の場合は、1号よりも時間的接着性が必要である。

③「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」(3号)

「被服」には、帽子・靴なども含まれる。

3号(2号)の場合は、1号よりも時間的接着性が必要である。

④「誰何されて逃走しようとするとき」(4号)

私人による誰何も含まれる。また、「だれか」と問う必要は必ずしもなく、制服警官の姿を見て逃げ出した場合も含む。

4号の場合は、犯人明白性を示す推認力が強力とはいえないから、1号～3号の場合よりも時間的・場所的接着性が高度に要求される。

4. 緊急逮捕(210条)

要件は、①犯罪の重大性、②嫌疑の充分性、③緊急性、④逮捕の必要性、⑤嫌疑事実の要旨・急速を要することの告知、⑥逮捕直後の令状請求である。

②は、逮捕状の場合における「相当な理由」(199条2項)よりもさらに高度な嫌疑を意味する。なお、緊急逮捕の理論的根拠に関する令状主義説からは、現行犯に準ずる程度の嫌疑の高さまでは要求されない。

③は、被疑者が逃走し、又は罪証を隠滅する可能性が高く逮捕状を請求している時間的余裕がない場合を意味する。

④は、③が認められることで充足するのが通常である。

B 基礎応用 52～53 頁

第2節. 令状に基づく搜索

A 基礎応用 91~100 頁

令状搜索の要件のうち、主要なものは、①搜索許可状の有効性、②許可状記載の搜索対象（「場所」「物」「身体」）に実際の搜索対象が含まれること、③実際の搜索対象に差押目的物が存在する蓋然性が認められることの3つである。

被疑者の場所・物・身体を対象とする搜索では③の蓋然性が推定される（222条1項、102条2項）のに対し、第三者の場所・物・身体を対象とする搜索では、③の蓋然性が推定されないため、③の蓋然性が積極的に認められることが要求される（222条1項、102条2項）である。このように、第三者の場所・物・身体を対象とする搜索では、③の蓋然性が積極的に認められることまで要求されるという意味で、令状搜索の要件が加重される。

なお、④捜査比例の原則の現れである搜索の必要性（218条1項でいう「必要」という文言に対応する要件）も要件であるが、これは積極要件ではなく、明らかに搜索の必要性がないと認められる場合に捜査の適法性が否定されるという意味における消極要件である。

答案では、①→②→③→④という流れで検討し、③では搜索対象に着目した蓋然性の推定の有無（222条1項、102条1項・2項）にも言及する。

1. 令状において搜索対象が特定されていること（①）

B

令状搜索については、まずは、令状の有効性レベルの問題として、令状において搜索対象（「場所、身体若しくは物」）が特定されていることが要求される。

〔論点1〕「搜索すべき場所、身体若しくは物」の特定

B

例えば、搜索対象を「〇〇に所在する者の身体および所持品」とする搜索許可状では、「搜索すべき場所、身体若しくは物」の特定（憲法35条1項、刑訴法219条1項）を満たさないのではないかが問題となる。

東京地決 H2.4.10

搜索対象の特定（憲法35条1項、刑訴法219条1項）が要請される趣旨は、令状裁判官による差押目的物存在の蓋然性の判断を確実ならしめることにある。

そうすると、搜索対象は蓋然性判断ができるように特定されなければならないが、上記記載は特定に欠けるのが通常である。

もっとも、「〇〇に所在する者の身体及び所持品」という記載であっても、その場所にいるすべての者の身体・所持品について差押目的物が存在する蓋然性が認められる場合には、蓋然性判断が可能となるから、特定性が認められると解する（裁判例）。

2. 搜索対象に令状の効力が及んでいること（②）

A

令状の効力が及ぶのは、令状により明示された「場所、身体若しくは物」に限られる。

したがって、搜索対象に令状の効力が及んでいるとうためには、実際に搜索された場所・身体・物が令状記載の「場所、身体若しくは物」に含まれている

ことが必要である。

論文試験では、「場所」に対する搜索許可状に基づいて搜索場所にある物（携帯品を含む）や搜索場所に居合わせた者の身体（着衣等）を搜索することの可否が問題となることが多い。

〔論点 2〕 管理権を異にする同一空間内における搜索の可否

B

令状主義（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条以下）が一般令状を禁止していることから、令状裁判官は管理権単位で特定した場所ごとに「正当な理由」（憲法 35 条 1 項）の判断を行う。

そこで、搜索令状では、「搜索すべき場所」については、①空間的に他の場所と区別できる記載のほか、②場所に対する管理権ごとに特定するための記載が必要であると解する。

そうすると、空間的に同一範囲内にある場所であっても、「搜索すべき場所」として記載された場所に対する管理権とは別個独立の管理権が帰属している部分には、搜索令状の効力は及ばないから、令状搜索ができない。

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

A

場所に対する搜索差押許可状に基づき搜索できる範囲は、許可状で明示された「搜索すべき場所」（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）に限られる。では、搜索場所にある物も「搜索すべき場所」に含まれるか。

本来であれば、被疑者宅を「搜索すべき場所」とする搜索差押許可状に基づいて搜索することができるのは被疑者宅という場所に限られ（例えば、被疑者宅内で机上や床に差押目的物が存在しているかを探索する）、被疑者宅内にあるかばんなどの中身を搜索することはできず、そのためにはかばんを「搜索すべき…物」とする搜索差押許可状を要するはずである。

もっとも、一定の範囲内で、被疑者宅を「搜索すべき場所」とする搜索差押許可状に基づいて被疑者宅内にあるかばんなどの中身を搜索することが許容されないだろうか。こうした文脈で、「場所」に対する搜索差押許可状に基づき搜索場所にある物を搜索することの可否が問題となる。

確かに、222 条 1 項・102 条は搜索対象として「場所」と「物」を区別して規定している。

しかし、「場所」に対する搜索によって侵害される「場所」の管理権者のプライバシー等の権利利益は、搜索場所に付属する物に帰属する利益を包摂しているといえる。

そこで、搜索場所にある物のうち、「場所」の管理権者の管理下にあるものには、「場所」に付属する物として「場所」に対する搜索差押許可状の効力が及ぶと解する。

そして、物が搜索場所に置かれているか人により所持されているかで物についてのプライバシー等の権利利益に変化があるとはいえないから、着衣中にある物を除く携帯品についても上記と同様に解することができる。

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

例えば、被疑者宅を「搜索すべき場所」とする搜索差押許可状に基づき、被疑者宅内に居合わせた者(被疑者、同居人、友人など)の身体(ズボンのポケットなど)を搜索することができるか。特に、その場に居合わせた者が「搜索すべき場所」である被疑者宅内にある差押目的物を身体に隠滅したと疑われる場合に問題となる。

「人の身体」には、「場所」に帰属する利益とは別個の保護すべき身体にまつわる人格的法益が帰属しているから、これを「場所」に包摂させることはできない。

もっとも、搜索場所に居合わせた者がその場所にあった差押目的物を身体に隠匿したと認めるに足る客観的な状況が存在する場合には、搜索に「必要な処分」(222条1項・111条1項)としてその者の身体を搜索することができる¹⁾と解する。

[論点 5] 搜索実行中に搜索場所に搬入された物を搜索することの可否 A

搜索実行中(搜索差押許可状呈示後)に搜索場所に搬入された物について、搜索差押許可状の効力が及ぶか。

最決 H19.2.8・百 20

例えば、司法警察員 P は、被疑者甲の自宅(以下「甲方」という。)を「搜索すべき場所」とする搜索差押許可状に基づいて、甲方の搜索を開始したところ、搜索実施中、甲方に、伝票に依頼主を乙、受取人を甲と記載された荷物(以下「本件荷物」という。)が配達され、甲が玄関で受取伝票に署名してこれを受け取り、床の上に置いたため、本件荷物を開封したという事案では、①まず初めに、「搜索すべき場所」を甲方とする搜索差押許可状に基づき甲方内の物を搜索することの可否([論点 3])を論じることになる。本件荷物が甲方の管理権者である甲の管理下にあるとして、[論点 3]をクリアした場合には、②次に、搜索実行中に被疑者宅に搬入された本件荷物を搜索することの可否([論点 5])を論じることになる。

219条1項が令状に有効期間を要求していることからすれば、令状裁判官は、令状呈示時点に限らず、有効期間内における搜索場所の搜索についての正当な理由を審査していると解される。

そこで、搜索場所に搜索実行中に届いた物は、搜索差押許可状の有効期間

¹⁾ 「場所」に対する搜索差押許可状に基づき搜索場所に居合わせた者の身体を搜索することについては、①搜索・差押えに「必要な処分」として許容されるとする見解と、②搜索そのものとして許容されるとする見解とがある。学説の多くは、①の見解である。

もっとも、例えば、司法警察員 P は、被疑者甲のズボンの右ポケットの中に入っているものを出すように求めたが、甲がこれを拒絶して右手をズボンの右ポケットの中に入れてきたことから、甲の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから甲の右手を引き抜いたが、甲が右手に何も持っていなかったことから、更に甲のズボンの右ポケットに手を差し入れ、そこから覚せい剤を取り出し、差し押さえたという事案では、(ア)身体搜索の可否とは別に、(イ) P が「甲の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから甲の右手を引き抜いたが、甲が右手に何も持っていなかったことから、更に甲のズボンの右ポケットに手を差し入れ……た」ことの可否について「必要な処分」の限界を論じることになる。この場合、仮に(ア)身体搜索を搜索・差押えに「必要な処分」として構成すると、(イ)付随的措置については「必要な処分」に当たる(ア)に「必要な処分」という位置づけになってしまう。そこで、この場合には、②の見解に立ち、(ア)身体搜索を搜索そのものとして許容されると理論構成した上で、(イ)付随的措置については搜索に「必要な処分」として理論構成をするべきである。

内に捜索場所の管理権者によって捜索場所内で受領された物であれば、「捜索すべき場所」に含まれ得ると解する（判例）。

3. 差押目的物が存在する蓋然性（③）

A

(1) 捜索は差押目的物の発見を目的とするものであるから、捜索対象である「場所、身体若しくは物」に差押目的物が存在する蓋然性が認められることが必要とされる。

被疑者以外の第三者の場所・物・身体については、差押目的物が存在する蓋然性が積極的に認められる必要がある（222条1項・102条2項）。

これに対し、被疑者の場所・身体・物については、上記蓋然性が推定されており（222条1項・102条1項）、差押目的物が明らかに存在しないような場合に、上記推定がやぶれて捜索の「必要」性が否定されるにとどまる。

(2) 222条1項・102条でいう「の」は、管理権ではなく、現実の支配・管理を意味する。

(3) 「場所」の中で「物」を対象として捜索する場合には、「場所」ではなく「物」について102条を準用する。これに対し、「場所」の中である「物」を探している段階では、「物」を対象とする捜索に至っていないから、「場所」について102条を準用する。

4. 捜索の必要性（④）

B

捜索にも捜査比例の原則が適用され、狭義の必要性と相当性の内容とする「必要」性（218条1項）が要件とされる（218条1項）。

したがって、①捜査目的を達成することができるより侵害性の低い代替手段が存在する場合のみならず、②当該捜索の必要性の程度と被処分者側の法益侵害の程度とが明らかに均衡を欠く場合にも否定される（②では、「被処分者側」の法益侵害として、被処分者のみならず、その関係者の法益侵害まで考慮されることがある。）。

なお、前記3を満たせば捜索の必要性が認められるのが通常であるから、試験対策上は、捜索の必要性の存否が疑われる場合に限り言及すれば足りると考えられる。

5. 強制採尿

A

例えば、覚せい剤等の違法薬物の自己使用の事案においては、尿から覚せい剤等の成分が検出されれば、それが覚せい剤等の自己使用の決定的証拠となる一方で、他の方法により自己使用を立証することは困難であるため、被疑者の尿を採取する必要性は極めて高い。そして、被疑者が排尿を拒む場合に、その抵抗を排して強制的にカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法による強制採尿が行われることがある。

例えば、司法警察員 P らは、公道上において、覚せい剤使用の疑いがある甲に対して、尿の任意提出を求めたところ、甲がこれに応じなかったため、採尿に適した場所（例えば、警察署）に強制連行した上で、カテーテル挿入による強制採尿を実施したという場合には、①カテーテル挿入による強制採尿の可否、②強制採尿に要する令状の種類、③強制採尿のために被疑者を特定の場所に強制連行することの可否が問題となる。

[論点 6] 強制採尿に関する諸問題

(論証 1) カテーテル挿入による強制採尿の可否

カテーテル挿入による強制採尿は、相手方の意思を制圧して、その身体の安全や人格に制約を加えて強制的に採尿という捜査目的を実現する行為だから、「強制的処分」(197条1項但書)に当たる(判例)。

強制採尿は、身体に対する強制的な侵入行為であるから、①犯罪捜査上真にやむを得ない場合に限り、②最終的手段として、③適切な法律上の手続を経て、④被疑者の身体の安全とその人格保護のため十分な配慮を施して実施し得ると解する(判例)。²⁾

最決 S55.10.23・百 27

(論証 2) 強制採尿令状

強制採尿は、尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する点で捜索・差押えの性質を有するから、捜索差押許可状によるべきである。

もっとも、強制採尿は身体侵襲を伴う点で検証としての身体検査と共通の性質を有するから、218条6項を準用し、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解する(判例)。³⁾

最決 S55.10.23・百 27

(論証 3) 強制採尿令状による採尿場所への強制連行の可否

①採尿場所への任意同行が事実上不可能である場合、強制採尿令状の効力として、②採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、③その際、必要最小限度の有形力の行使が許されると解する(判例)。

このような強制連行の当否も含めて令状審査を経ているのが通常だからである。

もっとも、このように解する以上、裁判官が連行の当否について審査していない場合には、強制採尿令状による強制連行は認められない(判例)。

最決 H6.9.16・百 28

²⁾ ①では、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等を考慮する。

³⁾ 上記の記載要件の趣旨は、記載されたような方法による実施を担保することにあるから、医師により医学的に相当と認められる方法により強制採尿が行われた場合には、令状の記載要件の不備は強制採尿の適法性を損なわせないと解される。

第2節. 訴因の特定

1. 訴因の特定に必要な記載

A 基礎応用 174~182 頁

(1) 総論

起訴状における「公訴事実」(256条2項2号)は「訴因を明示してこれを記載しなければならず(同条3項前段)、「訴因」を明示するには「できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない」(同条3項後段)。

訴因には、裁判所の審判対象を限定・画定する機能(これを「識別機能」ということもある。)と被告人に対して防御範囲を告知する機能とがある。

この訴因の機能を踏まえて、起訴状において「訴因」を特定したというためには、いかなる事実の記載が必要であるのかが問題となる。

[論点1] 訴因の特定のために必要とされる記載

A

起訴状において「訴因を明示」する際には、「罪となるべき事実を特定」しなければならず(256条3項)、これを訴因の特定という。

訴因が特定されていない場合、裁判所には求釈明する義務があり(規則208条)、検察官がこれに応じて釈明しないときには、公訴提起の手續の256条3項違反を理由として公訴棄却判決(法338条4号)が言い渡される。

訴因の特定には、裁判所が審判対象を識別できる事実の記載までがあれば足りるのか、それとも被告の防御権の行使に十分な程度の記載まで要求するのかという議論があり、これは訴因の機能である識別機能と防御機能(告知機能)の関係をどのように理解するかによる。

まず、訴因は具体的な「罪となるべき事実」の記載だから、訴因の特定には、①被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる具体的事実の記載が必要である。

次に、訴因の機能は、裁判所の審判対象の識別及び被告人に対する防御範囲の告知にあるところ、後者の機能に独自の意味を認めることで、②他の犯罪事実と識別(区別)できる程度の記載のみならず、③被告人の防御権の行使に十分な程度な記載まで要求する見解もある(防御説)。

しかし、②の記載自体により被告人の防御範囲が示されるといえるし、被告人の防御権保障は起訴後の公判前整理手續・公判手續においても検討されるものである。

そこで、訴因の機能としては前者が第一次的なものであり、後者は前者により審判対象が限定されることの裏返しにすぎないと解すべきである。

したがって、訴因の特定としては、①・②の記載で足り、③の記載までは不要であると解する(識別説)¹⁾

(2) 「できる限り」の意義

256条3項後段は、訴因の明示について、「罪となるべき事実」を「できる

¹⁾「被告人は、Vの腹部をナイフで刺し、同人を死亡させた」という訴因では、人の死亡の論理的一回性から②は認められるものの、主観的事情の記載がなく殺人・傷害致死・過失致死のいずれに該当するかが明らかでないという意味で、①を欠く。

限り日時、場所及び方法を以て」特定して行うことを要求している。この要請との関係で、犯罪の日時、場所及び方法について概括的に記載されている場合にも、訴因の特定が認められるかが問題となる。

〔論点2〕「日時、場所及び方法」の概括的記載

学説は、訴因の特定と「できる限り」の要請とは異なる次元の要請であり、「できる限り」の要請は、審判対象の具体化・防御範囲の明確化をより一層高めるために、訴因の特定を満たしていても更に、「できる限り」犯罪の「日時、場所及び方法」をもって「罪となるべき事実」をより具体的に記載することを要求する趣旨であると理解する。この立場からは、(ア) まずは〔論点1〕を論じ、犯罪の「日時、場所及び方法」が概括的に記載されていることにより訴因の特定が否定されるか〔論点1〕における①・②の記載を満たすかを検討し、(イ) 次に、訴因の特定を満たす場合でも、犯罪の「日時、場所及び方法」が概括的に記載されていることにより、「できる限り」の要請を満たさないのではないかを検討することになる。

A

最決 S56.4.25・百 43、白山丸事件・

最大判 S37.11.28・百 A17

1. 訴因の特定

「日時、場所及び方法」(256条3項後段)の概括的記載は訴因の特定に欠けるのではないかが問題となる。

…〔論点1〕の論証…

そして、「日時、場所及び方法」は、それが犯罪を構成する要素になっている場合を除き、本来は、「罪となるべき事実」そのものではなく、訴因を特定するための一手段にすぎないから、これについて幅のある記載をしたことをもって直ちに訴因の特定に欠けることはならないと解する(判例)。

…当てはめ…

2. 「できる限り」の要請

256条3項後段は、審判対象の具体化・防御範囲の明確化をより高めるために、訴因の特定のために必要最低限の要求を超えた具体的事実を「できる限り」記載することを要請する趣旨の規定である。

そこで、訴因の特定とは区別された256条3項に基づく「できる限り」の要請として、犯罪の種類、性質等の如何によりこれを詳らかにすることができない特殊事情がない場合には、日時・場所・方法をできる限り特定した記載をすることが必要であると解する(判例)。²⁾

…当てはめ…

〔判例〕覚せい剤自己使用罪の事案

事案：被告人に対する覚せい剤自己使用罪の起訴状では、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和54年9月26日頃から同年10月3日までの間、広島県a郡b町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もって覚せい剤を使用したものである。」として、覚せい剤使用の日時、場所、方法について

A

最決 S56.4.25・百 43

²⁾ 判例は、学説と異なり、「特殊事情の存在」を訴因の特定の要件に位置づけている。

幅のある記載がされていた。

要旨：「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和 54 年 9 月 26 日ころから同年 10 月 3 日までの間、広島県 a 郡 b 町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである。」との本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである。」

(解説)

1. 起訴状に公訴事実を記載する際には、具体的な「罪となるべき事実」という意味での訴因を特定する必要がある (256 条 3 項)。

本件起訴状では、覚せい剤使用の「日時、場所及び方法」について概括的記載がされているため、「罪となるべき事実を特定して」いないとして、訴因の特定 (256 条 3 項) に欠けるのではないかが問題となる。

- (1) [論点 1] (又は論点 [論点 2] の 1) を論証した上で、覚せい剤使用の「日時、場所及び方法」について概括的記載がされていることも踏まえて、訴因の特定に不可欠な記載、すなわち、①被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる具体的事実の記載と②他の犯罪事実と識別 (区別) できる程度の記載の 2 点を満たすかを検討することになる。
- (2) 起訴状では、被告人が法定の除外事由がないのに覚せい剤を自己の身体に使用したという事実が記載されているから、被告人の行為が覚せい剤自己使用罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度の具体的事実の記載がある (①)。
- (3) 問題は、②である。

覚せい剤使用罪については、一回の使用行為ごとに一罪が成立し、複数回の使用は併合罪の関係にあると解されている。そして、尿の鑑定結果は必ずしも一回の使用行為に論理的に対応するものではなく、犯罪の性質上、覚せい剤自己使用行為は一定期間内に反復して複数回行われている可能性があるから、起訴状記載の「昭和 54 年 9 月 26 日頃から同年 10 月 3 日までの間」という一定期間内に、被告事件とされている使用行為とは別の使用行為が介在している可能性がある。そうすると、これらが包括一罪ではなく併合罪の関係に立ち、一回の使用行為ごとに他の使用行為との識別が問題となることから、日時・場所・方法に幅のある記載がされている起訴状では②を欠くのではないか。

もっとも、これについては、使用の日時・場所・方法が概括的に記載されている起訴状については、尿の提出時に最も近い最終の使用行為を起訴する趣旨である (最終行為説)、あるいは、被告人の尿の鑑定結果に対応する一定期間における少なくとも 1 回の使用行為を起訴する趣旨である (最低一回行為説) と解釈することができる。このように解釈することにより、本件起訴状において他の使用行為と区別できる程度の記載があると認められる (②)。

したがって、「罪となるべき事実を特定して」いるといえ、訴因の特定（256条3項）が認められる。

2. もっとも、訴因の特定の要請と「できる限り」の要請とを区別する学説の立場からは、使用行為の日時・場所・方法について概括的に記載されていることから、256条3項後段の「できる限り」の要請に反するという意味で起訴状における訴因の記載が不適法となるのではないかが問題となる。

ここでは、[論点2]の2を論証した上で、「犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情」の有無を検討することになる。

覚せい剤使用罪では、秘密裏に行われる上、直接の被害者もいないため、使用の日時・場所・方法に関する目撃供述・客観的証拠を得られないことが多い。そうすると、覚せい剤使用罪では、その日時・場所・方法を詳らかにすることができない特殊事情があるといえる。したがって、起訴状において使用の日時・場所・方法について訴因の特定にとって必要な記載をしている以上、「できる限り」の要請にも反しない。よって、起訴状の記載は適法である。

(3) 科刑上一罪、包括一罪

起訴状に記載されている複数の犯罪行為が科刑上一罪（観念的競合、牽連犯）又は包括一罪として実体法上の一罪を構成する場合には、訴因の特定のため（訴因の特定に不要な記載のうち「②他の犯罪事実と識別（区別）できる程度の記載」を満たすため）には、実体法上の一罪を構成する複数の犯罪行為どうしが相互に区別できるだけの記載まで要するのか、それとも、これらの複数の犯罪行為と他の犯罪事実とを区別できる程度の記載があれば足りるのかが問題となる。

[論点3] 科刑上一罪、包括一罪

例えば、判例では、起訴状において、包括一罪を構成する一連の暴行による傷害について、暴行の日時、各暴行と各傷害との対応関係が個々に特定されていなかったことから、訴因の特定の有無が問題となった。

確かに、刑事責任は罰条に定められた構成要件に該当する行為が実現されるごと発生するから、訴因を特定するためには、たとえ同一の被告人による行為であったとしても、別個の刑事責任の追及原因となる犯罪事実については、相互に区別できるように記載する必要がある。

しかし、科刑上一罪や包括一罪の場合には、これらを構成する複数の行為について1個の刑罰権のみが発生するにとどまる。

そうすると、科刑上一罪や包括一罪の場合には、これらを構成する複数の行為と他の犯罪事実とを区別できる記載があれば、別個の刑事責任の追及原因となる犯罪事実について相互に区別できるだけの記載があるといえ、訴因の特定を満たすから、複数の行為どうしが相互に区別できるだけの記載までは不要である（判例）。

(4) 共同正犯

[論点4] 殺人罪の共謀共同正犯の実行行為者を明示しない訴因

例えば、検察官は、起訴状において、甲に対する乙との殺人罪の共同正犯の訴因について、「被告人甲は、乙と共謀の上、昭和63年7月24日ころ、

A

最決 H26.3.17・百44 [包括一罪]

A

最決 H13.4.11・百45

第4章 伝聞法則

A

第1節 伝聞法則の意義

A 基礎応用 290～293 頁

伝聞証拠は、321条以下の伝聞例外に該当する場合を除き、証拠能力が認められない（伝聞法則、320条1項）。

伝聞証拠とは、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。）を意味する。

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（これらをまとめて「供述過程」という。）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。公判廷外供述については、反対尋問（憲法37条2項前段参照、規則199条の4）や裁判官による供述態度の直接観察（直接主義の要請）によりその供述過程の正確性を吟味・確認することができない上に、尋問前の宣誓（154条、規則117条）と偽証罪による処罰の予告（刑法169条、規則120条）によりその表現の真摯性を相当程度担保することもできない。伝聞法則は、こうした供述過程の信用性のテストと担保がない不確かな供述証拠による事実認定の誤りを阻止するために、伝聞証拠の証拠能力を原則として否定しているのである。

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）。

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。

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」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。

A 基礎応用 290 頁

A 基礎応用 294～304 頁

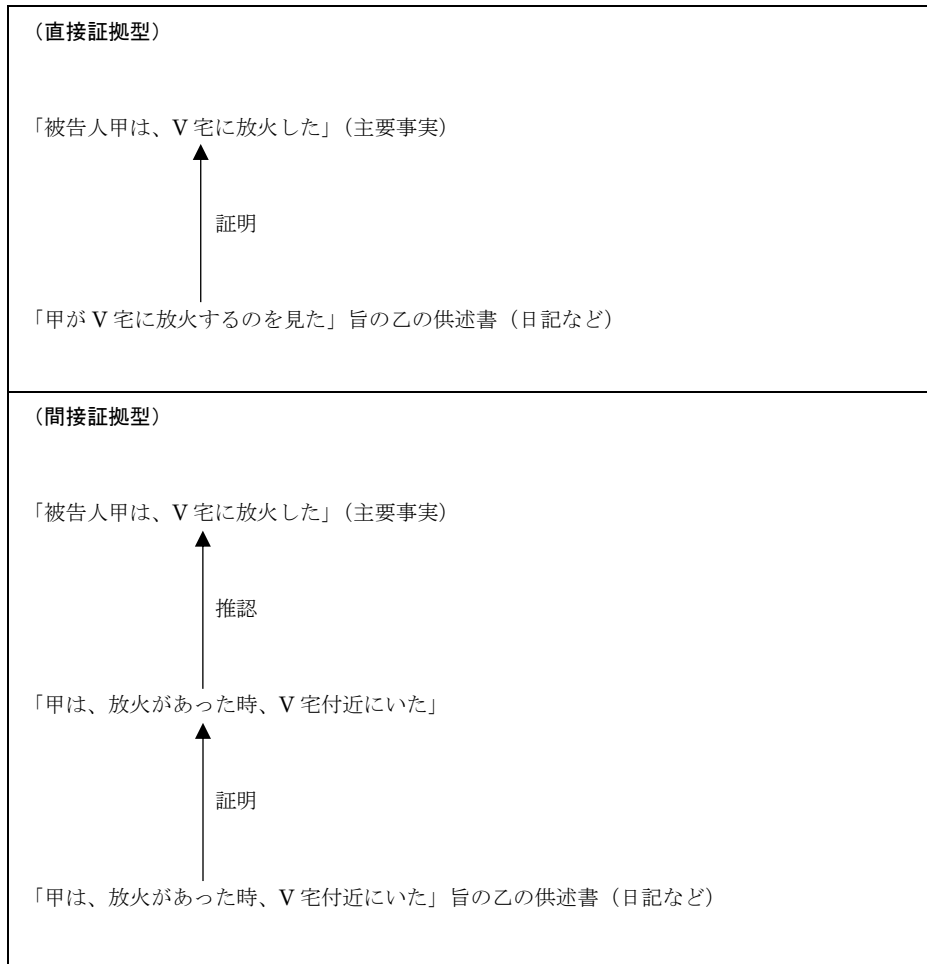
まずは、当該証拠の取調べを請求している検察官の立証方針に従って、検察官が当該証拠によりいかなる主要事実をどのように立証しようとしているのか、すなわち、①当該証拠と主要事実の対応関係（当該証拠により窮極的に立証しようとしている主要事実は何か）と、②その主要事実を証明するための当該証拠の使い方（＝推認過程）を明らかにする。

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。

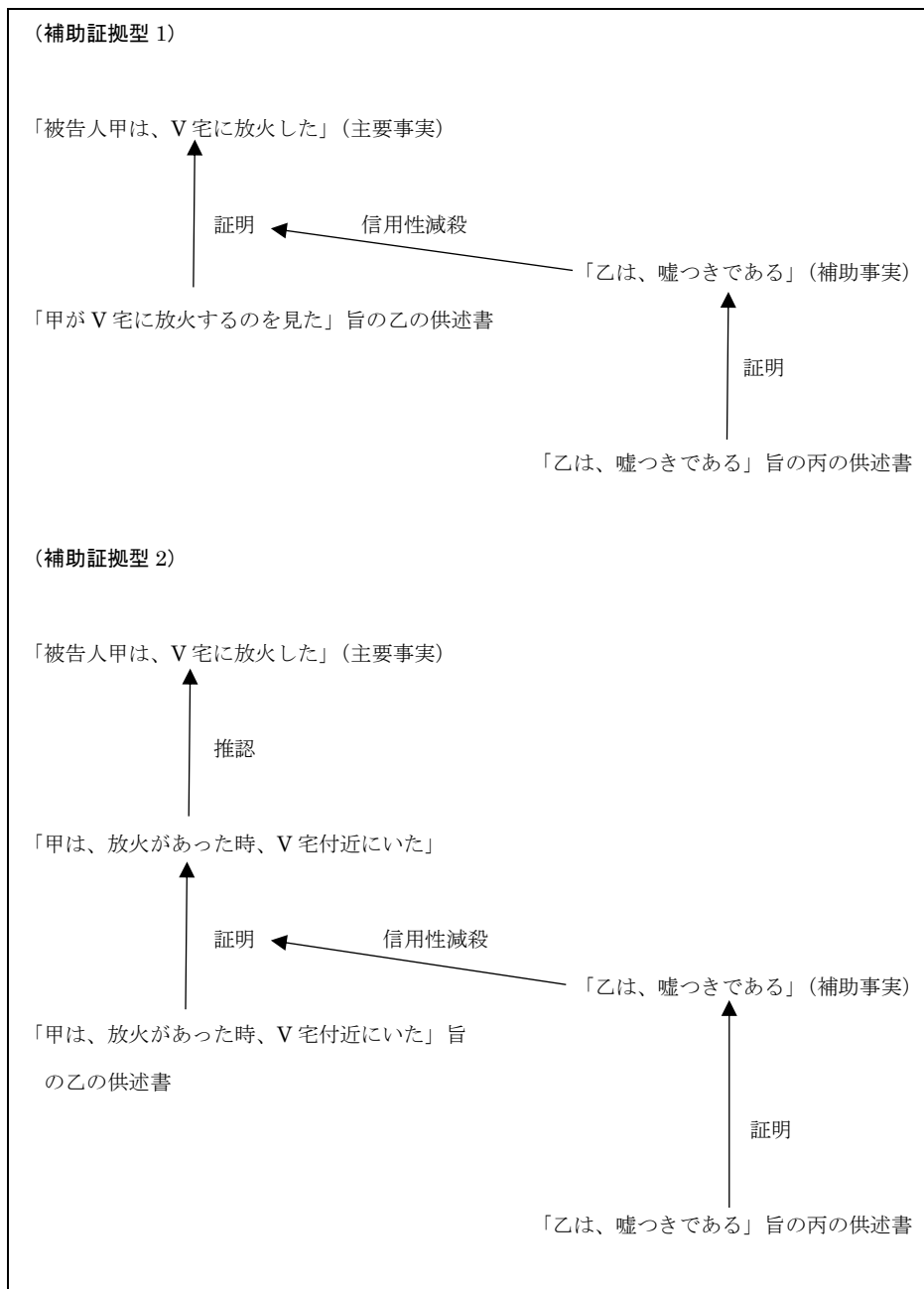


2) 検察官が取調べを請求している証拠（これを「検察官請求証拠」という。）については、検察官の立証方針に従って証拠の使い方を確定し、弁護人が取調べを請求している証拠（これを「弁護人請求証拠」という。）については、弁護人の立証方針に従って証拠の使い方を確定する。

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、「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。



[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

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。

(参考文献)

- ・「リーガルクエスト 刑事訴訟法」第3版(著:宇藤崇・松田岳士・堀江慎司-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法講義」第6版(著:池田修・前田雅英-東京大学出版会)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「刑事訴訟法」初版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」初版(著:緑大輔-日本評論社)
- ・「捜査法演習」初版(著:佐々木正輝・猪俣尚人-立花書房)
- ・「刑事公判法演習」初版(編:廣瀬健二-立花書房)
- ・「事例演習刑事訴訟法」第2版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第4版(監修:松尾浩也、編集代表:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「ブラクティス刑事裁判」平成27年3月(司法研修所刑事裁判教官室)
- ・「刑事訴訟法判例百選」第9版・第10版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4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」2012～2022(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)