

## 目次

### 強制捜査と任意捜査

- 第1問 エックス線検査・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・1
- 第2問 会話の両当事者の同意を得ないで行われた会話録音（平成27年司法試験設問1参考）・・・・・・・・9
- 第3問 会話の一方当事者の同意を得て行われた会話録音（平成22年司法試験設問2参考）・・・・・・・・17
- 第4問 ビデオカメラによる撮影（平成30年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・25
- 第5問 おとり捜査（平成24年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・33
- 第6問 留め置き（平成28年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・39

### 捜査の端緒

- 第7問 職務質問のための有形力の行使（平成18年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・47
- 第8問 所持品検査（平成30年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・53

### 逮捕・勾留

- 第9問 現行犯逮捕（平成29年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・59
- 第10問 準現行犯逮捕（令和3年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・65
- 第11問 再逮捕・再勾留（平成28年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・73
- 第12問 再勾留（令和5年予備試験設問2参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・81
- 第13問 別件逮捕・勾留（平成23年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・87
- 第14問 逮捕前置主義（令和5年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・95

### 取調べ

- 第15問 任意同行後の取調べ（平成26年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・103
- 第16問 実質的逮捕（令和1年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・109  
違法逮捕に引き続く勾留請求

### 捜索・差押え

- 第17問 場所に対する捜索許可状に基づく物の捜索（令和4年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・115
- 第18問 場所に対する捜索許可状に基づく身体捜索（平成29年司法試験設問1参考）・・・・・・・・121
- 第19問 令状呈示後に捜索場所内に搬入された物に対する捜索（平成24年司法試験設問1参考）・・・129
- 第20問 差押許可状における「罪名」の記載（平成23年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・135  
差押許可状における「差し押さえるべき物」の概括的記載（同上）
- 第21問 差押許可状における「差し押さえるべき」への該当性（平成23年予備試験設問2参考）・・・143
- 第22問 差押許可状における「差し押さえるべき」への該当性・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・149  
別件差押え
- 第23問 電磁的記録媒体をその内容を確認することなく差し押えることの可否（令和3年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・157
- 第24問 捜索・差押えに「必要な処分」（平成29年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・165  
令状の事前呈示の原則（同上）
- 第25問 捜索現場での写真撮影（平成27年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・173
- 第26問 逮捕に伴う捜索・差押え（基本事例）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・181

第27問	逮捕に伴う捜索・差押え（第三者の身体の捜索）	189
第28問	逮捕に伴う捜索・差押え（自宅から逃走した被疑者の身体を公道上で捜索することの可否）	195
第29問	逮捕に伴う捜索・差押え（逮捕地点から被疑者を移動させた上で行われた被疑者の身体・所持品の捜索）	201
第30問	遺留物の領置（平成22年司法試験設問1参考）	209
第31問	任意提出物の領置（令和5年司法試験設問1参考）	217

## 被疑者の防御活動

第32問	接見指定の可否・内容（令和3年予備試験設問2参考）	225
------	---------------------------	-----

## 公訴時効

第33問	併合罪の関係にある事実についてなされた訴因変更請求による公訴時効の停止	233
------	-------------------------------------	-----

## 訴因の特定

第34問	訴因の特定に必要な不可欠な事実（識別説VS防御説）	239
第35問	一連の暴行による複数の傷害が包括一罪を構成する場合における訴因の記載の方法	247
第36問	覚せい剤自己使用罪の日時・場所・方法についての幅のある記載	255

## 訴因変更の要否

第37問	殺人罪の共謀共同正犯の訴因において訴因と異なる実行行為者を認定する場合（平成25年予備試験設問2参考）	263
第38問	単独犯の訴因において共同正犯と認定する場合（平成24年司法試験設問2参考）	271
第39問	放火の方法について訴因と異なる認定をする場合	277
第40問	縮小認定（殺人罪の訴因→傷害致死罪で認定）	283
第41問	共謀の成立日時について検察官の釈明内容と異なる認定をする場合（平成29年予備試験設問2参考）	289

## 訴因変更の可否

第42問	窃盗罪→盗品無償譲受罪（平成26年司法試験設問2参考）	297
第43問	住居侵入罪→住居侵入罪及び窃盗罪	305

## 裁判所の審判対象

第44問	横領後の横領	311
------	--------	-----

## 公判前整理手続

第45問	公判前整理手続終了後における被告人側の新たな主張・供述等（平成28年司法試験設問4参考）	319
------	--	-----

## 証拠能力

第46問	同種前科証拠による犯人性の立証（平成28年予備試験設問2参考）	327
------	---------------------------------	-----

## 自白

第47問	約束自白（平成27年司法試験設問2参考）	337
	第三者の不任意自白の証拠能力（同上）	
第48問	偽計自白（平成21年旧司法試験第2問参考）	345
	不任意自白の派生的証拠（同上）	
第49問	反復自白（平成21年旧司法試験第2問参考）	351
第50問	補強法則（被告人の自白）	357
第51問	補強法則（共犯者の自白）	365

## 伝聞法則

第52問	伝聞証拠に当たる被告人の供述書	371
	伝聞証拠に当たる第三者の証言	
第53問	心理状態の供述（平成23年司法試験設問2参考）	379
第54問	捜査報告書全体の性質（平成23年司法試験設問2参考）	385
	メールの存在・内容自体が要証事実となる場合（同上）	
第55問	捜査報告書全体の性質（平成22年司法試験設問2参考）	391
	会話の存在・内容自体が要証事実となる場合（同上）	
第56問	要証事実を定める際の立証趣旨の拘束力	397
	絶対的特信情況	
第57問	犯行計画メモ（平成27年司法試験設問2参考）	405
第58問	領収書（平成30年司法試験設問2参考）	411
第59問	ビデオテープ	417
第60問	ビデオテープ（平成17年旧司法試験第2問参考）	423
第61問	再伝聞（平成23年司法試験設問2、平成20年司法試験設問1参考）	429
	特信書面（平成20年司法試験設問1参考）	
	絶対的特信情況（平成23年司法試験設問2、平成20年司法試験設問2参考）	
第62問	検面調査の相対的特信情況（司法試験プレテスト参考）	437
第63問	共犯者の供述（平成23年司法試験設問2参考）	443
第64問	実況見分調書全体の性質（平成21年司法試験設問2参考）	449
	現場指示と現場供述の違い（同上）	
	要証事実を定める際の立証趣旨の拘束力（同上）	
第65問	実況見分調書全体の性質（平成25年司法試験設問2参考）	459
	現場指示と現場供述の違い（同上）	
第66問	弾劾証拠（平成20年旧司法試験第2問、平成29年司法試験設問2参考）	467
第67問	回復証拠（平成29年司法試験設問2参考）	475

## 違法収集証拠排除法則

第68問	違法性承継論・毒樹の果実論（大津事件参考）	481
------	-----------------------	-----

## 犯罪の証明

第69問	概括的認定（平成25年予備試験設問2参考）	491
------	-----------------------	-----

## 一事不再理効

- 第70問 盗品無償譲受罪（前訴）→窃盗罪（後訴）・・・・・・・・・・ 497
- 第71問 普通の傷害罪（前訴）→普通の傷害罪（後訴）（令和2年予備試験設問2参考）・・・・・・・・ 505
- 第72問 常習傷害罪（前訴）→普通の傷害罪（後訴）（令和2年予備試験設問2参考）・・・・・・・・ 511

## 第 1 問

(事案)

司法警察員 P は、内偵捜査により、甲が覚せい剤密売をしているとの疑いが生じたため、宅配便業者の営業所の長の承諾を得た上で、甲宅宛ての宅配便荷物（以下「本件荷物」という。）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した（以下「本件エックス線検査」という。）。

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り、これにより、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された。

なお、本件エックス線について、荷送人や荷受人甲の承諾は得ていない。

(設問)

本件エックス線検査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。



(解説)

1. 出題の概要

第1問は、エックス線検査の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

ア. 「強制の処分」に関する規律

「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(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」(根拠規定)があるかを確認し、③「特別の定」がある場合には、「特別の定」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。

イ. 強制処分法定主義と令状主義の関係

(ア) 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。

(イ) 問題提起の仕方

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

基礎応用 9 頁、論証集 3 頁

基礎応用 9~10 頁、論証集 3

頁

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。

## (2) 「強制の処分」の判断基準

### ア. 3つの判断基準

「強制の処分」の判断基準には、①昭和51年決定が示した「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」を意味するとする意思制圧説、②現在の有力な学説である「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分」を意味するとする重要権利利益実質的侵害説、③平成29年大法廷判決が示した「合理的に推認される「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」を意味するとする見解がある（平成30年司法試験採点実感）。

論文試験では、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①意思制圧説を用い、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②重要権利利益実質的侵害説を用いるという、二元的理解を前提とすれば足りる。

### イ. ②重要権利利益実質的侵害説

#### (ア) 昭和51年決定との関係

基礎応用 10 頁、論証集 3 頁

最決 S51.3.16・百 1

最大判 H29.3.15・百 31



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。

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。

(イ) 当てはめのポイント

(i) 「個人の意思に反する」

被侵害権利・利益を想定した上で、㉞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→㉟現実の意思に反するか否か→㊱黙示の意思（合理的に推認される意思）に反するか否かという流れで検討する（事案によっては、㉞・㉟の検討を飛ばすことも可能である。）。

(ii) 「重要な権利・利益を実質的に制約する」

ここでは、㉞被侵害権利・利益の要保護性→㉟被侵害権利・利益の重要性→㊱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、㉞の検討を飛ばすことも可能である。）。

㉟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。

㊱では、制約の程度・態様に着目する。

(3) エックス線検査

平成 21 年決定は、エックス線検査が「強制の処分」に当たると解している。

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

基礎応用 12 頁 [論点 2]、論証集 3 頁 [論点 2]

最決 H21.9.28・百 30、基礎応用 14 頁 [判例 1]、論証集 4 頁 [判例 1]

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。<sup>1)</sup>

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。

---

<sup>1)</sup> 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、「強制的処分」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「強制的処分」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（基礎応用 13頁・3）。

(参考答案)

1. 本件エックス線検査が「強制的処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である（刑事訴訟法 197 条 1 項但書）。

(1) 「強制的処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

そこで、「強制的処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2) まず、本件荷物には荷送人及び荷受人甲のプライバシー権が帰属しているところ、本件エックス線検査は荷送人及び荷受人甲の承諾を得ないで行われているから、本件エックス線検査について荷送人及び荷受人甲の現実の承諾はない。また、荷送人及び荷受人甲のいずれにおいても、宅配便荷物については、内容物を確認されずに荷送人から荷受人に宅配されることを前提にしているから、荷送人及び荷受人甲の黙示の承諾があったともいえない。したがって、本件エックス線検査は、荷送人及び荷受人甲の意思に反する。なお、本件エックス線検査は宅配便業者の営業所の長の承諾を得て行われているが、同長は宅配便に係るプライバシー権を処分できる立場にはないから、同長の承諾をもって本件エックス線検査が被処分者の意思に反するものではないと説明することはできない。

次に、前記の通り、宅配便荷物については、荷送人及び荷受人のいずれにおいても、内容物を確認されずに荷送人から荷受人に宅配されることを前提にしているから、その内容物についての秘匿性が高といえ、そこには憲法 35 条 1 項で保障される「住居、書類及び所持品」に準ずる私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシー権が帰属している。

そして、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権を大きく侵害する性質のものであるから、荷送人及び荷受人甲の上記意味での重要なプライバシー権を実質的に制約するものである。

したがって、本件エックス線検査は「強制的処分」に当たる。

2. 本件エックス線検査は強制処分法定主義に服するところ、これは視覚的作用により宅配便荷物の内容物の形状や材質を認識して保全するものだから、刑訴法上の「検証」に当たる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。

もっとも、「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）、本件エックス線検査は、検証許可状なくして行われた点で令状主義違反として違法である。 以上



## 第 2 問

### (事案)

司法警察員 P らは、何者かにより V が殺害される事件が発生し、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た。そこで、P らは、甲と共犯者との間における V 殺害についての会話内容を録音しようと考えた。

P らは、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、同室を賃借して引渡しを受け、同室に待機して甲の動静を探ることにした。

P が、F マンション 502 号室ベランダに出た際、甲も、甲方ベランダに出て来て、携帯電話で通話を始めたが、直ぐに甲方内に戻った。

P らは、同 502 号室の居室の壁越しに甲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、本件機器を介して甲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、約 10 時間にわたり、本件機器を介して甲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 (以下「本件録音」という。)

### (設問)

本件録音の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。



(解説)

1. 出題の概要

第2問は、会話の秘密録音（のうち会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合）の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

平成27年司法試験設問1参考

2. 解答のポイント

基礎応用29頁(4)ア、論証集

(1) 問題の所在

9頁(4)ア

会話の秘密録音には、会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合と、会話の一方当事者の同意を得た上で聴取・録音する場合とがある。

いずれの秘密録音についても、学説の重要権利利益実質的侵害説により「強制の処分」該当性を判断し、「強制の処分」該当性が否定された場合には任意捜査の限界を論じるという手順により適法・違法を判断することになる。

(2) 会話の両当事者に内密に行われる秘密録音

ア. 「強制の処分」

まず、秘密録音は甲に内密に行われているため、甲の現実の承諾はない。また、自宅は閉鎖性の高い私的領域であるため、会話当事者は自宅内での会話の内容を他者から聴取されたり録音されたりすることについて受容していないのが通常であるから、秘密録音は合理的に推認される甲の意思に反する。

次に、秘密録音の被侵害権利は会話内容についてのプライバシー権であり、これについては、撮影行為に準じて考えて、会話の場所に注目して、(i)みだりに会話内容を録音されない自由という意味でのプライバシー権の制約にとどまるのか、それとも(ii)「住居、書類及び所持品」又はこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利という意味での重要なプライバシー権まで制約するのかを問題にするべきである。例えば、公道など、開放性があるために他人から会話内容を聴取されること自体は受忍すべき場所における会話を録音したにとどまる場合には、(i)が制約されるにすぎないから、被侵害権利が「重要な権利・利益」に当たるとはいえず、秘密録音は「強制の処分」に当たらない。これに対し、自宅など閉鎖性の高い私的領域内における会話を録音した場合には、(i)のみならず(ii)まで制約されているといえるから、被侵害権利が「重要な権利・利益」に当たるとはいえる。その上で、録音の鮮明性、時間などを考慮して、録音による重要なプライバシーに対する制約が「実質的な制約」に至っているのであれば、「強制の処分」に当たる。

そして、秘密録音が「強制の処分」に当たる場合、秘密録音は、聴覚的作用により会話の存在・内容等を認識することにより証拠として保全するものであるため、刑訴法上の「検証」に当たることになる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。もつ

とも、「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）、検証許可状なくして行われたのであれば令状主義違反として違法となる。

イ. 任意捜査の限界

秘密録音が「強制の処分」に当たらない場合には、昭和 51 年決定の判断基準に従って、任意捜査の限界を論じることになる。

(ア) 捜査比例の原則に従った比較衡量判断

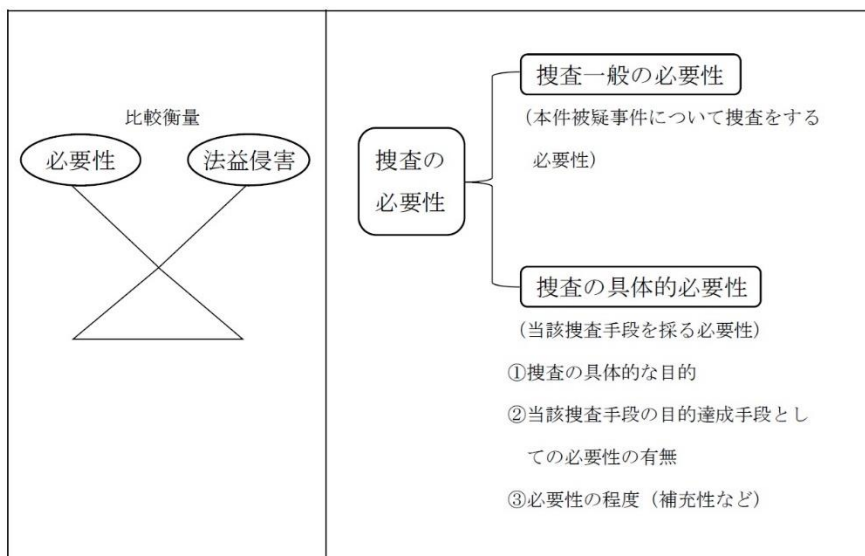
昭和 51 年年決定は、任意捜査の限界について、「強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」と述べている。

「具体的状況のもとで相当といえる」が上位規範であり、これは、当該捜査手段の必要性と対象者に生じる法益侵害とを比較衡量し、両者間に合理的権衡が保たれていることを意味する。

すなわち、「具体的状況のもとで相当といえる」が上位規範、「必要性」の存在は上位規範の前提要件（最低・必要条件）、「必要性」の程度は上位規範の考慮要素、「緊急性など」は「必要性」の程度を基礎づける一要素、という整理になる。

以上を前提として、任意捜査の限界は、捜査の必要性の有無 → 捜査の必要性の程度 → 法益侵害の有無・大小 → 捜査の必要性と法益侵害との合理的権衡の有無という流れで論じる。

[図]



(イ) 比較衡量判断の方法

(i) 「必要性」の存否・程度

まず初めに、比較衡量の天秤の片側の皿に乗る「必要性」の存否・程度を検討する。

基礎応用 17 頁 [論点 1]、論証集 6 頁 [論点 1]、最決 S51.3.16・百 1、

基礎応用 17 頁・2、論証集 6 頁・2



④ 「必要性」の中身

捜査の「必要性」は、①捜査一般の必要性（当該被疑事件について捜査する必要性があること）と、②当該捜査手段の具体的必要性（特定の捜査目的を達成するために当該捜査手段を用いる必要性）からなる。必要性とは、ある目的を達成する手段としての必要性であるから、①と②のいずれにおいても、前提として、目的の存在及びその正当性が要求される。

①捜査一般の必要性は、公訴を提起・維持するために必要な証拠を収集・保全することという捜査一般の目的を前提として論じられる。被疑事件の重大性は、第一次的には、捜査一般の必要性に関するものとして考慮される。<sup>1) 2)</sup>

②当該捜査手段の具体的必要性とは、特定の捜査目的を達成するために当該捜査手段を用いる必要性、換言すると、当該捜査手段が特定の捜査目的を達成する手段として役に立つことを意味する。

⑤ 「必要性」の程度

①・②により「必要性」があるといえる場合には、さらに、①・②の程度から「必要性」の程度を明らかにする。

①の程度は、事件の性質・重大性、嫌疑の程度、証拠の収集・保全の状況等から判断される。

②の程度は、⑦捜査目的を達成できるより侵害的でない他の手段を容易に採り得たとはいえないこと（補充性）、⑧緊急に捜査を行う必要性（緊急性）、⑨当該捜査手段により得られることが見込まれる情報や証拠の重要性等から判断される。<sup>3)</sup>

(ii) 「法益侵害の内容・程度」

「必要性」の存在・程度まで認定したら、天秤の反対側の皿に乗る「法益侵害の内容・程度」を検討する。

<sup>1)</sup> 捜査一般の目的は、公訴の提起ないし維持の準備にある。例えば、最初から公訴提起の可能性がないことが明らかな事件については、①が否定される。他方で、親告罪について告訴（訴訟条件）がない場合であっても、告訴が将来得られる可能性があるときには、それに備えて捜査をする必要性は否定されていないが、当該犯罪が親告罪とされている趣旨に配慮して慎重に捜査を進めるべきである。これまでの捜査によって既に当該事件について公訴を提起・維持するのに十分な証拠が収集・保全されるに至ったときには、さらなる捜査の必要性が否定されることもある（リークエ 35～36 頁参照）。

<sup>2)</sup> 例えば、これまでの捜査によって既に当該事件について公訴を提起・維持するのに十分な証拠が収集・保全されるに至っているのであれば、さらなる捜査の必要性を欠くとして、①が否定される（リークエ 36 頁参照）。

<sup>3)</sup> ⑧緊急性は、時間的な意味で「今やっておく必要がある」という意味で、必要性の高さを根拠づけるものである（リークエ 37 頁）。例えば、証拠が散逸する蓋然性がある事案や、会話内容や現行犯の状況などのように直ちに録音・録画等をしなければ消失してしまう性質の証拠を獲得しようとする事案では、証拠を緊急に保全する必要性が認められる（緑 59～60 頁、平成 27 年採点実感）。

「法益侵害の…程度」としては、「重要な権利・利益の実質的な侵害」に当たらない法益侵害の中で、どの程度の法益侵害として評価されるのかということの問題にする。

(iii) 法益侵害と必要性との間の合理的権衡

最後に、「法益侵害の内容・程度」が前に認定した必要性との間で合理的権衡が保たれているものにとどまっている（あるいは、とどまっていない）として、「具体的状況の下で相当と認められる限度」という上位規範の充足性について結論を示す。

(ウ) 当てはめのポイント

秘密録音が被疑事件に関する会話内容を証拠として保全することを目的としていることから、秘密録音の必要性が認められるためには、少なくとも、①その場所で、その時間に、対象者が被疑事件に関する会話をする蓋然性が認められることを要する。また、②秘密録音では、被疑事件に関する会話は、それがなされるのと同時に消失していくものであるから、消失前に証拠として保全するために録音をする緊急の必要性もあるとの理由から、緊急性が認められる。

他方で、③秘密録音によるプライバシー侵害の大小では、⑦会話内容の内密性（会話内容が私生活や人格権にかかわるような内密性のあるものであるか）、⑧会話の場所の閉鎖性又は開放性（他人から会話を聴取されることを容認すべき場所であるかどうか）、⑨秘密録音の時間などが考慮される。

なお、①ないし③は、会話の一方当事者の同意を得て行われる秘密録音の場合も妥当する。

(参考答案)

1. 本件録音が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である（刑事訴訟法 197 条 1 項但書）。

(1) 「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

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

(2) まず、本件録音について甲の現実の承諾ない。また、自宅は秘匿性の高い私的領域であるから、居住者は、そこでの会話内容を他者から聴取されたり録音されることについては受容していないのが通常である。したがって、本件録音は甲の意思に反する。

次に、甲方の居室内は、甲の支配領域である上、ベランダなどと異なり閉鎖的な空間である。そのため、甲方の居室内における甲の通話の内容については、憲法 35 条 1 項が保障している「住居」等の私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシーが及んでいる。

そして、本件録音は、人間の聴力を大きく超えた収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。そのため、本件録音は、上記意味での重要なプライバシーを実質的に制約するものであるともいえる。

したがって、本件録音は、「強制の処分」に当たる。

2. 本件録音は、聴覚的作用により甲の通話の存在・内容等を認識して保全するものであるから、刑訴法上の「検証」に当たる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。

もっとも、「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）、本件録音は、検証許可状なくして行われた点で令状主義違反として違法である。以上



### 第3問

(事案)

司法警察員Pは、覚せい剤密売人Aを取り調べた際、Aが暴力団組員甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがある旨供述したので、甲を検挙しようと考えたが、この情報及び通常の捜査方法のみでは甲の検挙が困難であったため、Aに捜査への協力を依頼した。Aは、この依頼を受けて、喫茶店において、甲に「覚せい剤100グラムを購入したい。」と申し込み、甲は、「100グラムなら100万円だ。今日の午後10時にここで待つ。」と答えた。

Aの近くにいた司法警察員Pは、喫茶店において、上記の会話内容をICレコーダーに録音した(以下「本件録音」という)。なお、本件録音については、捜査への協力の一環として、事前にAから承諾を得ていた。

(設問)

本件録音の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、本件録音の適法性の前提として、おとり捜査の適法性について言及する必要はない。



(解説)

## 1. 出題の概要

第3問は、会話の秘密録音（会話の一方当事者の同意を得た上で聴取・録音する場合）の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

平成24年予備試験参考、平成22年司法試験設問2参考

## 2. 解答のポイント

### (1) 問題の所在

会話の秘密録音には、会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合と、会話の一方当事者の同意を得た上で聴取・録音する場合とがある。

いずれの秘密録音についても、学説の重要権利利益実質的侵害説により「強制の処分」該当性を判断し、「強制の処分」該当性が否定された場合には任意捜査の限界を論じるという手順により適法・違法を判断することになる。

### (2) 会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音

基礎応用 30 頁(4)イ、論証集  
9 頁(4)イ

#### ア. 「強制の処分」

会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音については、話者のプライバシーの主要な要素である会話内容の秘密性が会話の相手方に委ねられていることから、話者の一方の同意により会話録音による完全な意味でのプライバシー侵害はなくなるため、被侵害権利・利益は「重要な権利・利益」に当たらないとの理由から、「強制の処分」に当たらないと解されている。

このように、会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音については、上記の理由から一律に「強制の処分」に当たらないと解されているため、少なくとも「強制の処分」該当性では、会話の場所（閉鎖性の高い私的領域であるか否か）や録音の方法（人間の聴力を超える集音能力を有する特殊な機器の使用の有無など）に着目して具体的に論じる必要はない。

平成3年千葉地判も、「一般に、対話者の一方当事者が相手方の知らないうちに会話を録音しても、対話者との関係では会話の内容を相手方の支配に委ねて秘密性ないしプライバシーを放棄しており、また、他人と会話する以上相手方に対する信頼の誤算による危険は話者が負担すべきであるから、右のような秘密録音は違法ではなく、相手方に対する信義とモラルの問題に過ぎないという見方もできよう。しかし、それは、相手方が単に会話の内容を記憶にとどめ、その記憶に基づいて他に漏らす場合に妥当することであって、相手方が機械により正確に録音し、再生し、さらには話者（声質）の同一性の証拠として利用する可能性があることを知っておれば当然拒否することが予想されるところ、その拒否の機会を与えずに秘密録音することが相手方のプライバシーないし人格権を多かれ少なかれ侵害することは否定できず、いわんやこのような録音を刑事裁判の資料とすることは司法の廉

千葉地判 H3.3.29・百10

潔性の観点からも慎重でなければならない。したがって、捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべきである。」として、会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音は「強制の処分」に当たらないと解している。

#### イ. 任意捜査の限界

秘密録音が「強制の処分」に当たらないことを論じた後は、昭和 51 年決定の判断基準に従って任意捜査の限界を論じることになる。

秘密録音が被疑事件に関する会話内容を証拠として保全することを目的としていることから、秘密録音の必要性が認められるためには、少なくとも、①その場所で、その時間に、対象者が被疑事件に関する会話をする蓋然性が認められることを要する。また、②秘密録音では、被疑事件に関する会話は、それがなされるのと同時に消失していくものであるから、消失前に証拠として保全するために録音をする緊急の必要性もあるとの理由から、緊急性が認められる。

他方で、③秘密録音によるプライバシー侵害の大小では、④会話内容の内密性（会話内容が私生活や人格権にかかわるような内密性のあるものであるか）、⑤会話の場所の閉鎖性又は開放性（他人から会話を聴取されることを容認すべき場所であるかどうか）、⑥秘密録音の時間などが考慮される。

#### ウ. 裁判例

事案：被告人 X は、中核派の構成員であり、千葉土地収用委員会委員である A にその職を辞させるため、同人宅に電話し、土地収用委員会を辞めなければ A やその妻に危害を加える旨を告げることで A を脅迫したとして、職務強要罪（刑法 95 条 2 項）で起訴された。

この事件の捜査の過程で、警察官 P らは、X の所属する中核派の事務所（三里塚闘争会館）を令状捜索した際に、ネクタイピン型のマイクを自己着用のネクタイの真ん中に装着し、小型録音機を小型バックの中に携帯して、同会館内の各所で立会人となった A らとの会話を同人らに気付かれないようにしてカセットテープに録音した。

判旨：「・・略・・捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のも

千葉地判 H3.3.29・百 10



とで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべきである。

これを本件について検討するに、録音の経緯、状況は前述のとおりであって、千葉県収用委員会委員等に対する電話による脅迫事件について、三里塚闘争会館において令状により適法に捜索差押をする際に、その事件の犯人が中核派の構成員である容疑が濃厚であり、同会館内には右構成員が在所していたことから、右事件に関連する証拠として被告人を含む中核派構成員の音声を録音する必要があったこと、被告人は相手方が警察官であること及び右捜索差押の被疑事実の概要を了知した上で警察官との会話に応じていること、その会話は捜索差押の立会いに関連することのみでプライバシーないし人格権にかかわるような内密性のある内容ではないこと、録音を担当した警察官らは捜索差押担当の警察官に対する被告人の会話を被告人に気付かれないようにその側で録音してただけで、被告人に強いて発言させるために何ら強制、偽計等の手段を用いていないことが認められる。

以上の諸事情を総合すれば、被告人を含む中核派構成員らが本件犯行を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある上、本件録音の全過程に不当な点は認められず、また、被告人の法益を侵害する程度が低いのに比し、電話による脅迫という事件の特質から秘密録音（わが国では、いまだこれに関する明文の規定がない。）によらなければ有力証拠の収集が困難であるという公益上の必要性が高度であることなどにかんがみると、例外的に本件秘密録音を相当と認めて許容すべきであると解される。」



(参考答案)

1. 本件録音が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である(刑事訴訟法197条1項但書)。

(1) 「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

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

(2) 本件録音は、会話の一方当事者の同意を得て行われた会話録音である。話者のプライバシーの主要な要素である会話内容の秘密性が会話の相手方に委ねられていることから、話者の一方の同意により会話録音による完全な意味でのプライバシー侵害はなくなる。したがって、本件録音は、個人の重要な権利・利益を制約するとはいえず、「強制の処分」に当たらない。

そうすると、本件録音は「特別の定」の有無にかかわらず強制処分法定主義に反しない。また、無令状でも令状主義に反しない。

2. では、任意捜査(197条1項本文)としても適法か。

(1) 任意捜査であっても、捜査比例の原則により、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」捜査として適法であると解する。

(2) Aの供述から、暴力団組員甲がAに対して覚せい剤の購入を持ち掛けた事実が認められる。そうすると、Aから覚せい剤を購入する旨の申込みを受けた場合に甲が了承する可能性が高いから、喫茶店において甲・A間で覚せい剤密売に関する会話がなされる蓋然性が高い。したがって、喫茶店における甲・A間の会話内容を甲による覚せい剤密売に関する証拠として録音して保全する必要性がある。

また、覚せい剤密売が暴力団の資金源となることが多いため、甲については、Aに対して一度だけ覚せい剤の購入を持ち掛けたことがあるだけでなく、暴力団の資金調達の一環として、組織的かつ常習的に、不特定多数の者に対して覚せい剤を密売していた疑いが認められる。このような覚せい剤密売は暴力団の資金源になり得るうえ、覚せい剤の利用者を増大させることで社会秩序を破壊し得るから、早急に犯人を検挙する必要性がある。しかも、覚せい剤密売では、秘密裏に行われるという性質上、犯人検挙に繋がる証拠を獲得するのが困難であり、実際にAからの情報だけでは甲を検挙することが困難であった。これらの事情に、通常の見方のみでは甲を検挙することが困難であったことも考慮すると、おとり捜査を行った上で、喫茶店における甲・A間の会話内容を甲による覚せい剤密売に関する証拠として録音して保全する必要性が高かったといえる。

しかも、覚せい剤密売に関する会話は、それがなされるのと同時

に消失していくものであるから、消失前に証拠として保全するために録音をする緊急の必要性もある。

他方で、喫茶店は、住宅のように閉鎖性の高い場所ではなく、少なくとも周囲にいる他者から会話を聴取されること自体は容認される場所であるから、そこでの会話の内容に関するプライバシーの要保護性は低いといえる。

このことに、会話内容は覚せい剤密売に関することのみであり、プライバシーないし人格権にかかわる内密性のある内容ではないことも併せ考慮すれば、本件録音による法益侵害は大きくなく、前記必要性との間で合理的権衡を失するものではないから、具体的状況のもとで相当であるといえる。

したがって、本件録音は任意捜査の限界を超えるものではなく、適法である。 以上

(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7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〕」第2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〕」第2版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「刑事訴訟法」第2版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」第2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3版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第5版(監修:松尾浩也、編集代表:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「プ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11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」2012～2023(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)