

## 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. 問題となる行為類型 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 p44～56

1. 通常逮捕 p44～45
2. 現行犯逮捕 p45～49
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. 勾留の期間 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
5. 逮捕前置主義 p73～73-3
  - (1) 被疑事実の同一性
  - (2) 被疑事実の変動

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 搜索・押収

### 第1節. 総論 p86～90

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. 令状に基づく搜索 p91～100

1. 令状搜索の要件 p91
2. 令状において搜索対象が特定されていること p92
3. 搜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. 搜索の必要性 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. 搜索・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. 搜索・差押え時に行われる写真撮影 p112～115

### 第5節. 逮捕に伴う搜索・差押え p116～128

1. 逮捕に伴う無令状搜索・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. 搜索・差押えの必要性 125
6. まとめ p125～126

### 第6節. 領置 127～128

1. 領置の意義 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 p142～150

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

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 p204～209

#### 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 p214～221

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節. 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 p294～304

(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 p310～318

(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) 供述の存在自体を要証事実とする場合 p312～318

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. 被害者等の供述・供述状況を記録した録音・録画記録媒体に係る証拠能力の特則等 p341

11. 被告人の供述書・供述録取書 p341～343

12. 被告人の公判準備・公判期日における供述録取書 p343

13. 特信書面 p343～345

14. 被告人以外の者の伝聞供述 p345

15. 被告人の伝聞供述 p345

16. 再伝聞 p346～347

17. 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 p379～381
- 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

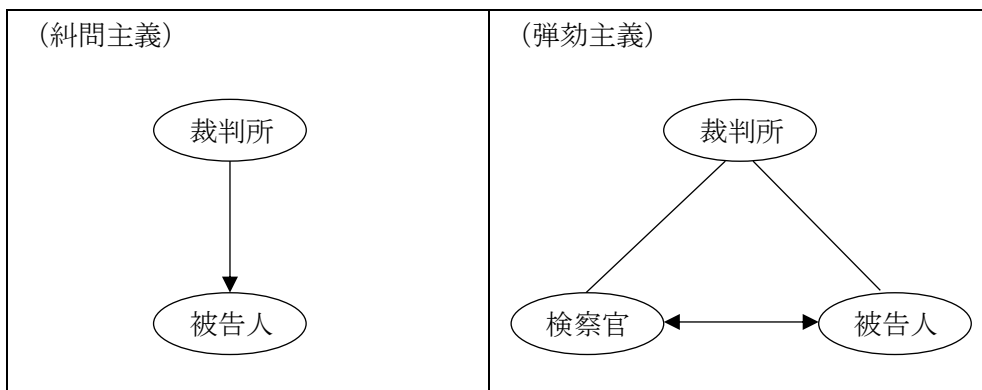
リークエ 7～8頁、池田・前田 22～23頁

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。

リークエ 8～12 頁、池田・前田 24

～25 頁、酒巻 9～16 頁

#### (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

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。<sup>1)</sup>

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、身体及びその財物の保護を任じ、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行うことができる（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。

<sup>1)</sup> 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」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）。

司 H19 司 H22 司 H26 司 H27

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。

司 H28 司 H30 司 R2 司 R4 司 R6

予 H24 予 H26

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

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<sup>1)</sup>

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が検討する。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 31

## 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が、それとも任意処分にとどまるのかが、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・百31

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 司 H28 司 H28 司 R2

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）。<sup>2)</sup>

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。<sup>3)</sup>

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。<sup>4) 5)</sup>

#### 〔補足〕 当てはめのポイント

##### 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→⑧黙示の意思（合理的に推認される意思）に反す

A 司 H19 司 H22 司 H27 司 H30

司 R4 司 R6 予 H24 予 H26

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 10 版 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 30 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 10 版 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。

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。）。

②「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。

〔論点 3〕平成 29 年大法廷判決

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

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

前者は、現実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線検査の「強制の処分」該当性を肯定した最高裁決定は、「内容物によっては」「その品目等を相当程度具体的に特定することも可能」であるという判断にとどめており、実際に品目等をどの程度具

H21 重判 1 解説、酒巻 33 頁

最決 H21.9.28・百 30

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。

もともと、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、バランスのととり方が難しいところである。<sup>6)</sup>

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。もともと、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。もともと、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 30

<sup>6)</sup> 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。

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



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）の本来の効力ないし「必要な処分」（222 条 1 項・129 条）として許容されよう。

## [判例 2] GPS 捜査

事案：窃盗の共犯事件に関する組織性の有無・程度や組織内における X の役割を含む犯行の全容を解明するための捜査の一環として、約 6 か月半の間、X、共犯者のほか、X の知人女性も使用する蓋然性があった自動車等合計 19 台に、同人らの承諾なく、かつ、令状を取得することなく、GPS 端末を取り付けた上、その所在を検索して移動状況を把握するという方法により GPS 捜査が実施された。

### 要旨 1：強制処分該当性

「GPS 捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。憲法 35 条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる（最高裁昭和 50 年（あ）第 146 号同 51 年 3 月 16 日第三小法廷決定・刑集 30 卷 2 号 187 頁参照）…。」<sup>7)</sup>

A

最大判 H29.3.15・百 31

7) 対象の位置情報は、それが継続的に取得・集積されると、個人の日常の行動ないし生活状況全般を相当程度暴露するものとなり得るから、個人のプライバシーとして保護されるべきものである。本判決は、GPS 捜査が「公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。」という性質に着目して、現実には「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わる」プライバシーが侵害されたかどうかを問うことなく、「公権力による私的領域への侵入を伴うもの」ものであるとして、憲法 35 条が保障する『住居、書類及び所持品』に準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利を侵害する強制処分であると述べている。これは、GPS 端末を対象者の所持品等に秘かに装着することにより、そのことを知らない対象者がその所持品とともに移動などする際の「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わるものであるおそれが常にある位置情報を、GPS 端末が機能している限り何時でも、捜査機関が意のままに取得することのできる状態を作り出すことそれ自体が、既に、性質上「私的領域」への「侵入」を伴う処分の着手にほかならない、という理由によるものであると思われる。このように、本判決は、GPS 捜査の強制処分該当性の実質的根拠を「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わるものである可能性が常にある位置情報を捜査機関が逐一取得してそのプライバシーを侵害することが可能な状態にすることに求めている。そのため、例えば、性質上、専ら公道上その他不特定多数の人に開かれた場所における人・車両等の所在や移動状況をモニターし、あるいはそれに関する情報を取得するのみで、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わる情報を取得する可能性がおよそないものは、強制処分に該当しないことになろう（百 10 版 30 解説 [井上正仁]）。

## 要旨 2：令状による必要がないことを正当化する事由の有無

「刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる…とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。」

## 要旨 3：現行の強制処分としての実施可能性

### ①「検証」該当性

「GPS 捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の「検証」と同様の性質を有するものの、対象車両に GPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、「検証」では捉えきれない性質を有することも否定し難い。」

### ②令状主義の趣旨

「仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて捜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS 捜査は、GPS 端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。」

### ③令状の事前呈示の原則

「さらに、GPS 捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法 222 条 1 項、110 条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。」

### ④結論

「これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法 197 条 1 項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。

以上のとおり、GPS 捜査について、刑訴法 197 条 1 項ただし書の「この法律に特別の定のある場合」に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。」

## 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。

このように、逮捕・勾留の目的は被疑者の逃亡・罪証隠滅を防止する（そうして捜査を遂行する）ことにあるから、専ら被疑者を取り調べることにあつて、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

逮捕は、被逮捕者を比較的短時間拘束する強制処分である。

狭義では、被疑者の身体を拘束して所定の場所（警察署等）に引致するまでを指し、広義では、被疑者を拘束・引致した後さらに一定期間拘束を継続すること（＝留置）も含まれる。<sup>1)</sup>

#### 1. 通常逮捕

case1: 司法警察員 P は、殺人の被疑事実で甲に係る逮捕状の発付を受け、同逮捕状に基づき、甲を通常逮捕した。

##### (1) 意義

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。

##### (2) 要件

①逮捕状の事前発付（憲法 33 条、刑訴法 199 条 1 項）<sup>2)</sup>

➡逮捕状の請求の主体は「検察官又は司法警察員（警察官たる司法警察員については、…警部以上の者に限る。）に限られるから（199 条 2 項本文）、「検察事務官」・「司法巡查」は逮捕状を請求することができない。

②逮捕の理由（199 条 1 項本文）

➡「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」を意味する。

➡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はないという供述が得られたのであれば、目撃者の当該供述の信憑性は高いといえる。

③逮捕の必要性（199 条 2 項但書）

➡逮捕の必要性は、被疑者による罪証隠滅のおそれ、又は逃亡のおそれが

A

リークエ 67～68・78 頁

A

B

司 H23 司 R1 予 H28

司 H23 予 H28

<sup>1)</sup> 憲法 33 条の「逮捕」は、狭義の意味における逮捕（被疑者の拘束・引致）を意味し、刑事訴訟法 220 条 1 項 2 号の「逮捕」は、狭義の意味における逮捕のうち当初の身体拘束のみを意味し、引致・留置を含まないものとして理解されることが多い（リークエ 67 頁）。

<sup>2)</sup> 逮捕状には、㉞「被疑者の氏名及び住居」、㉟「罪名」、㊱「被疑事実の要旨」、㊲「引致すべき官公署その他の場所」、㊳「有効期間及びその期間経過後は逮捕をすることができず令状はこれを返還しなければならない旨」、㊴「発付の年月日」、㊵「その他裁判所の規則で定める事項」を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない（200 条 1 項、規則 142 条）、㊶の一つとして「逮捕状を数通必要とするときは、その旨及び事由」も記載しなければならない（規則 142 条 1 項 7 号）。

ある場合に認められる（規則 143 条の 3 参照）。<sup>3)</sup>

➡ 厳密には、逮捕の必要性については、積極要件ではなく、「明らかに逮捕の必要がない」と認められることが消極要件とされている。

#### ④ 逮捕権者（199 条 1 項本文）

➡ 逮捕権者は、逮捕状の請求主体よりも広く、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」であり、逮捕状の請求権を有しない「検察事務官」「司法巡査」も含まれる。

#### ⑤ 逮捕状の執行・呈示（201 条 1 項）

➡ 逮捕状により被疑者を逮捕するには、逮捕状を被疑者に示さなければならない（201 条 1 項）。その例外として、緊急執行（201 条 2 項、73 条 3 項）がある。

## 2. 現行犯逮捕（212 条 1 項・213 条）

case2：司法警察員 P は、甲が V に暴行を加えている様子を現認し、甲を制止した上で、暴行の被疑事実で甲を現行犯逮捕した。

case3：司法警察員 P は、コンビニエンスストア A 店から甲が手にナイフと現金を持ったまま走って出てくるところを現認し、直ちに甲の前に立ちはだかり、「そのコンビニで何をしたのか。」と質問したところ、甲が無言でその場から走って立ち去ろうとしたため、甲が A 店においてナイフで店員を脅して現金を強取したに違いないと考え、その場で、強盗の被疑事実で甲を現行犯逮捕した。

### (1) 意義

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）。

現行犯逮捕は令状主義の例外として許容される根拠は、① 犯行又はその終了を逮捕者が現認するという直接的・類型的な事情から、特定犯罪の存在及びそれと被逮捕者の結びつきが明白であるため、令状手続（裁判官の事前判断）を経なくても、誤認逮捕がなされるおそれが小さいこと、及び② 状況からして、直ちに逮捕しなければ犯人が逃亡するおそれが大きいこと、逮捕状を取っている余裕がないという意味での緊急の必要性が一般的に認められることにある。

現行犯逮捕は、典型的には、逮捕者が被逮捕者による犯行又は犯行の終了を現認した場合に認められるものであるが、逮捕者が被逮捕者による犯行又は犯行の終了を現認していない場合であっても、現場や被害者の身体・衣服の状況、被逮捕者の衣服・携帯品・挙動などから逮捕者において犯人の明白性が認められるときであっても、現行犯逮捕が許される。

A

司プレ 司 H23 予 H29

判例講座 170 頁

<sup>3)</sup> 「30 万円（刑法、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、2 万円）以下の罰金、拘留又は科料に当たる罪」については、「被疑者が定まった住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による出頭の求めに応じない場合」に限り逮捕の必要性が認められるとして、逮捕の必要性が厳格化されている（199 条 1 項但書）。

## (2) 要件

### 〔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。<sup>4)</sup>

#### (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。<sup>5)</sup>

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近接性も必要である。

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。<sup>3)</sup>

#### (2) ①逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性<sup>6) 7)</sup>

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况に限られ、供述証拠はかかる客観的状况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、㊦供述

A 司プレ 予 H29

事例演習 66～67 頁、百 12 解説

②は、①の考慮要素の1つでもあるから、①に先立って認定する。

条解 444 頁、NO307 法教 47 頁

捜査法演習 129 頁、百 12 解説

捜査法演習 131 頁、判例講座 I 73

頁、事例演習 72～73 頁

<sup>4)</sup> 現行犯逮捕においても逮捕の必要性が要件とされる(規則143条の3準用)が、逮捕の必要性はそれが明らかに認められないことが消極要件とされているから、前記1の積極要件としては挙げていない。

<sup>5)</sup> 現行犯逮捕が無令状で許容される実質的根拠は、逮捕者における犯罪と犯人の明白性と、令状を取っている余裕がないという意味での緊急の必要性にある(判例講座 I 70 頁、リークエ 71 頁)。②については、逮捕者における犯罪と犯人の明白性(①)を客観的に(類型的に)担保するための要件と理解するのが、学説の多数である(判例講座 I 70 頁、捜査法演習 129 頁、事例演習 67 頁、百 12 解説)。

これに対し、②について、明白性とは別に逮捕の緊急の必要性を基礎づける要素として要求されるものと理解する見解もある。この理解からは、より一層、場所よりも時間の接着性が重要となる(リークエ 72 頁)。

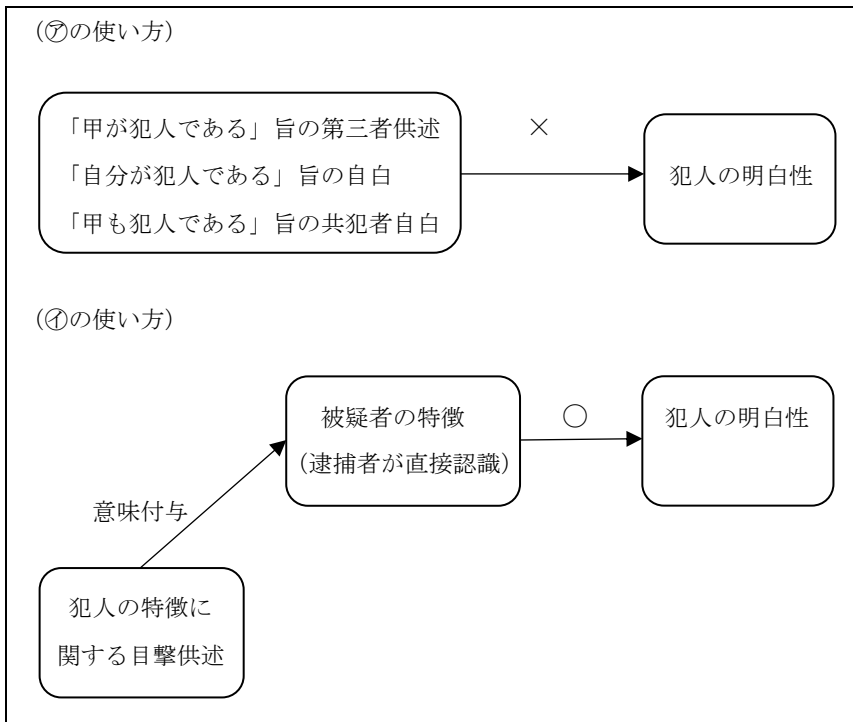
<sup>3)</sup> 例えば、犯行から約58分後の現行犯逮捕を違法としたものや、犯行から約1時間5分後の現行犯逮捕を違法としたものがある(仙台高判 S42.8.22、大阪高判 S40.11.8)。もっとも、これらの裁判例は、時間の経過により犯行直後の状況が変化することを前提としたものであるから、逮捕のために犯行現場から犯人を追跡しているような場合には、当てはまらない。そうした場合には、そうでなければ現行犯逮捕が許されない時間的な隔たりがあったとしても、現行犯逮捕として認められることもあり得る。判例には、密輸船を発見し、それを追跡して逮捕したという事案において、密輸の犯行終了から逮捕まで3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(判例講座 I 70～71 頁、最判 S50.4.3)。

<sup>6)</sup> 「現に罪を行い」とは、特定の犯罪の実行行為を行いつつある場合を意味し、未遂処罰のある罪においては実行の着手があればよい。共謀行為・教唆行為・幫助行為については、それぞれの行為がここでいう「罪」にあたる。ただし、共謀共同正犯・教唆犯・幫助犯については、正犯の実行の着手がなければ成立しないのだから、正犯の実行行為・共犯行為の両方について212条1項の要件を満たすことが必要とされる(条解 443～444)。

<sup>7)</sup> 「現に罪を行い終わった者」とは、特定の犯罪の実行行為を終了した直後における犯人をいう。着手して未遂に終わった場合も含む(条解 444 頁)。

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 (○)、⑦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・⑦は許容される。<sup>8)</sup>

[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。<sup>9)</sup>

<sup>8)</sup> 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、④・⑦では、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ている (あるいは、その推認力を高めている) という証拠構造になる。

<sup>9)</sup> 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

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）。<sup>10)</sup>

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。

酒巻 62 頁

## (3) 判例

**[判例 1] 時間的近接性（及び場所的近接性）は認められ、かつ、犯人を特定する被害者供述があったものの、犯人の明白性を肯定しうる客観的事情がなかったがゆえに、犯人の明白性が否定された事案**

C

京都地決 S44.11.5・百 12

事案：某日午後 8 時 55 分頃、A が、同人方において、通りがかりの男から、裁ばちばさみを突き付けられて金を要求されるとい恐喝未遂の被害に遭い、直ちに警察に通報したが、その間に犯人が逃亡した。通報を受けた警察官 P らが、9 時 5 分頃に A 方に到着し、事情を聴取した後、現場付近を巡回したところ、9 時 15 分頃に、A 方から約 20 メートル離れた路上で、A から聴取した犯人の人相・年齢・服装と似た風態の男(X)を発見し、職務質問をしたが、H が犯行を否認した。そこで、警察官 P らは、A に同行を求め確認してもらったところ、A が X が犯人に間違いないと述べたため、X を現行犯逮捕した。

要旨：「司法巡査が被疑者を現行犯逮捕したのは、犯行時よりわずか 20 分後であり、その逮捕場所も犯行現場からわずか 20 数メートルしか離れていない地点であったのであるが、逮捕者である司法巡査とすれば犯行現場に居合わせて被疑者の本件犯行を目撃していたわけではなく、またその逮捕時において被疑者が犯罪に供した凶器等を所持しその身体、被服などに犯罪の証跡を残して明白に犯人と認めうるような状況にあったというわけではないのであって、被害者の供述に基づいてはじめて被疑者を本件被疑事実を犯した犯人と認めたとするにすぎないのである。以上によれば、司法巡査が被害者の供述に基づいて被疑者を現行犯逮捕した時点においては、現行犯逮捕をなしうるまでの実体的要件が具備されていたとは認められないといわなければならない。」

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。

<sup>10)</sup> 「明文はないが、現行犯であっても、身元が確実に明らかに逃亡のおそれがなく、かつ罪証隠滅の可能性もないと明らかに認められる場合はあり得るから、このような「逮捕の必要性」は現行犯逮捕においても要件であると解すべきである。」（酒巻 62 頁）

〔判例 2〕 被害者供述による客観的状況の意味づけ

事案：某日 9 時頃、男（X）が、飲酒酩酊の上、特殊飲食店甲の玄関において、従業員 W の胸を強打し、さらに同家勝手口の硝子戸を破損したため、同家の主人が直ちに付近の巡査派出所に赴き、勤務中の P 巡査に「今酔っ払いが硝子を割って暴れているから早く来てください。」と届け出た。そこで、P 巡査は、特殊飲食店甲に急行し、従業員 W から「X が勝手口の硝子を割り自分の胸を強く突いたので胸が痛い、X は、今、特殊飲食店乙にいる」と聞き、破損箇所を見分して直ちに同家より約 20 メートル隔てた特殊飲食店乙に赴いたところ、X が手を怪我して大声で叫びながらパンツ一つで足を洗っていたので、X を暴行・器物損壊の現行犯人として逮捕した。

要点：本決定は、「X が逮捕されたのは暴行、器物毀棄の犯行後僅か 3、40 分位でありしかも犯行現場より 20 メートルの近距離に居たのであるから、X は刑事訴訟法第 212 条第 1 項後段の所謂現に罪を行い終わった者として現行犯人と謂わねばならない。」として現行犯逮捕を認めているが、本件において犯人の明白性を肯定する決定的要因は、犯行から 20 メートル・30～40 分という時間的・場所的に近接したところで X が手を怪我して大声で叫んでいるという客観的状況であって、その客観的状況に意味を与えるものとして被害者 W の供述が用いられているのである。

B

最決 S31.10.25

3. 準現行犯逮捕

A

case4：司法警察員 P は、パトロールをしていたところ、付近のコンビニエンスストア A 店において強盗事件が起きたとの通報を受けて、直ちに A 店に駆け付け、店員 B から事情を聴取したところ、B は、「30 歳代の男性から包丁を突き付けられ、現金を要求されたため、レジ内にある 1 万円札を 10 枚ほど渡した。その男は直ぐに店外に出て逃走した。男は、身長約 190cm、痩せ型、上下とも全体に CUCCI のロゴの入ったジャージ、短髪である。」と供述した。それから約 10 分後、A 店から 1 km ほど離れた路上において、P は、「身長約 190cm、痩せ型、上下とも全体に CUCCI のロゴの入ったジャージ、短髪」という犯人の特徴を一致する甲を発見したため、甲に対し、「A 店での強盗について話を聞かせてほしい。」と質問したところ、甲がその場から走って逃走しようとしたため、甲を制止して、強盗の被疑事実で甲を準現行犯逮捕した。

司ブレ 司 H25 予 H29 予 R3

(1) 意義

212 条 2 項各号のいずれかに該当する者が、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」は、これを現行犯人とみなし、逮捕状なくして、何人も、逮捕状をなくしてこれを逮捕することができる（212 条 2 項、213 条）。

212 条 2 項各号は、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。

判例講座 I 77 頁、緑 115 頁

case4 では、case3 と異なり、強盗事件の発生から逮捕までの間に、数十分から 1 時間ほどの時間的間隔があると考えられる上に、P が犯行又は犯行の



## 第4章 伝聞法則

### 第1節 伝聞法則の意義

[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。

A

司プレ 司 H18 司 H20 司 H21

司 H22 司 H23 司 H25 司 H27

司 H28 司 H29 司 H30 司 R3

司 R5 予 H26 予 H27 予 H28

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。

A

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ある。<sup>1)</sup>

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告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。』と聞いた

<sup>1)</sup> 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充分に与へられ…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419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告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。

A

### 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。<sup>2)</sup>

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。<sup>3)</sup>

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392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。<sup>4)</sup>

---

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 408 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、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。<sup>1)</sup>

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 408 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。

A

事例演習 407～408 頁、百 9 版 86

解説 [池田公博]

#### (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。

<sup>1)</sup> 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 394 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 391 頁）。

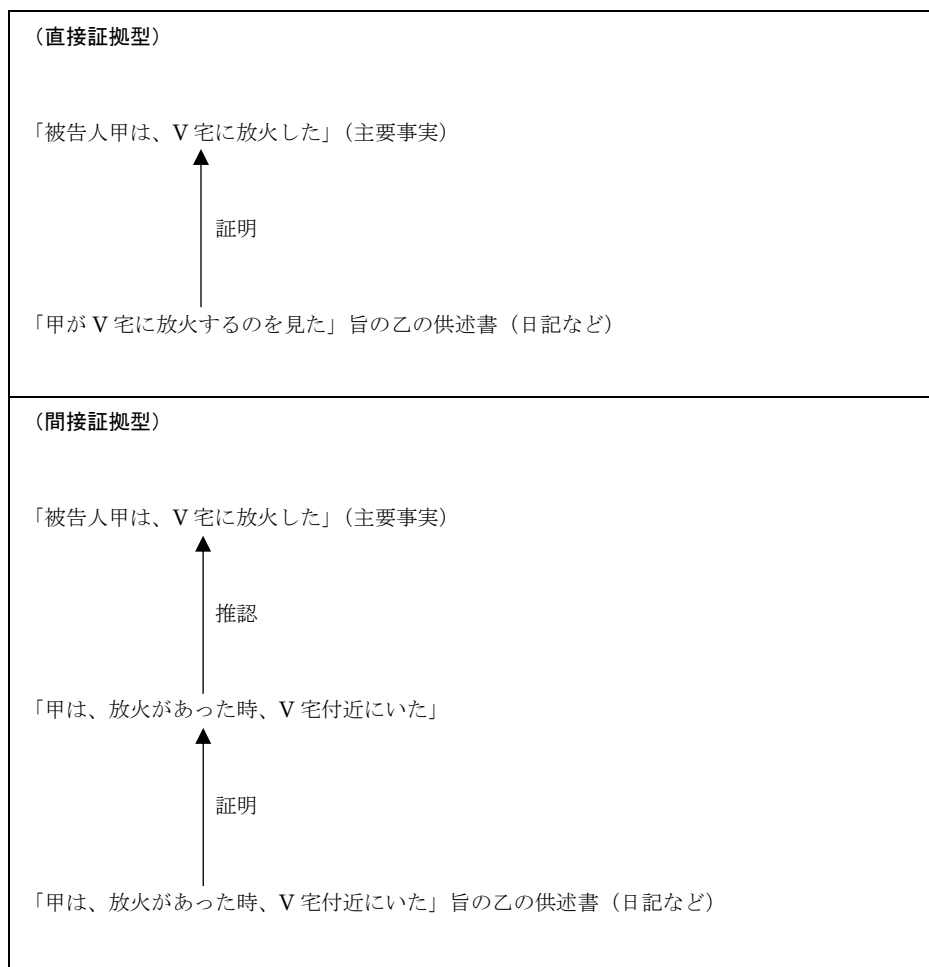
まずは、当該証拠の取調べを請求している検察官の立証方針に従って、検察官が当該証拠によりいかなる主要事実をどのように立証しようとしているのか、すなわち、①当該証拠と主要事実の対応関係（当該証拠により窮極的に立証しようとしている主要事実は何か）と、②その主要事実を証明するための当該証拠の使い方（＝推認過程）を明らかにする。

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。

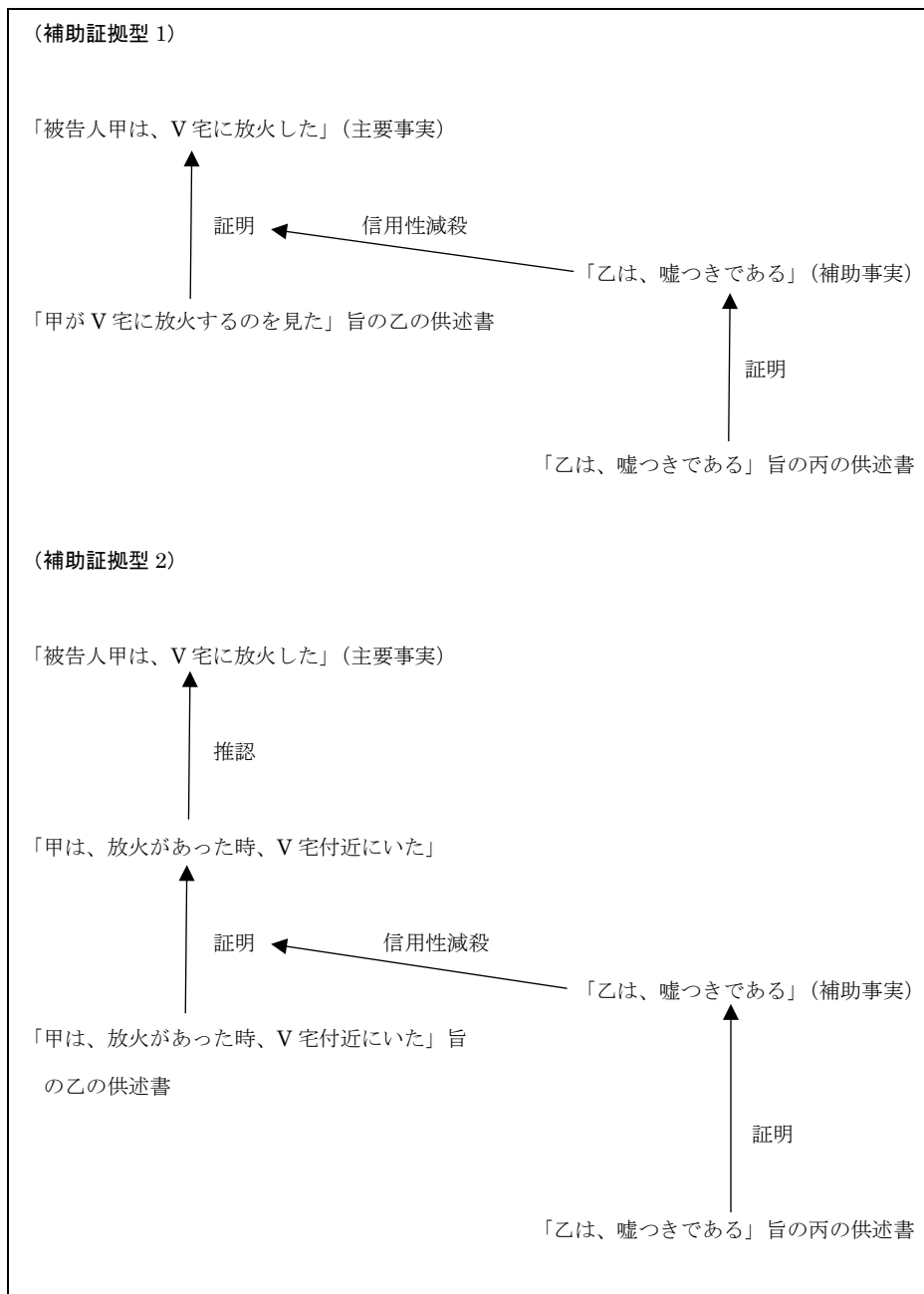
**[推認過程]**

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。<sup>2) 3) 4)</sup>

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、何者かによる 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。）。<sup>5)</sup>
- (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。<sup>6)</sup>

<sup>5)</sup> 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。

<sup>6)</sup> 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。



(3) もっとも、立証趣旨に従った①の確定には、以下の例外がある。

ア. 問題文に検察官の立証趣旨が記載されていない場合

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

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

イ. 立証趣旨が間接事実を指している場合

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

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

ウ. 検察官の立証趣旨を前提にするとその証拠が無意味になる場合

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

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

2. ②主要事実を立証するための証拠の使い方（証拠構造）の確定

(1) 立証趣旨が間接事実を指している場合

ア. 原則として、立証趣旨に従って②の使い方を確定する

立証趣旨が間接事実⑦を指している場合、検察官は、証拠によって直接又は間接に間接事実⑦を証明した上で、①の主要事実を推認するという間接証拠型を想定している。したがって、少なくとも、証拠から①の主要事実の立証に至る過程に間接事実⑦が介在している推認過程を組み立てる必要がある。

この推認過程は、主要なものとしては、(i) 証拠→間接事実⑦→主要事実①、(ii) 証拠→間接事実④→間接事実⑦→主要事実①、(iii) 証拠→間接事実⑦→間接事実④→主要事実①、(iv) 証拠→間接事実④→間接事実⑦→間接事実④→主要事実①の4つに分類できる。

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

イ. 例外として、立証趣旨を無視して②の使い方を確定する場合

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

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

(イ)は、間接事実の推認力がゼロである場合と、間接事実による推認過程が経験則に合わない不合理なものとして禁止される場合を意味す

することができないという2つの場面がある。

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

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

### (2) 立証趣旨が主要事実を指している場合

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

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

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

### 3. 要証事実の確定

②の使い方における証拠の直接の立証事項を要証事実として確定する。

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

#### [具体例]

##### (事案)

被告事件：平成30年1月10日、被告人甲は、Vに対し、実際には特段修繕を要する箇所などなかったにもかかわらず、Vに対し、「屋根裏の耐震金具に不具合があり、そのまま放っておくと、地震が来たら屋根が潰れてしまいます。すぐに工事をしないと大変なことになります。代金は100万円です。お金を用意できるのであれば、今日工事をしてほしい。」などと嘘を言ってVを錯誤に陥れ、V方の屋根裏の修繕工事を代金100万で請け負い、Vから屋根裏の修繕工事の代金として現金100万円を受領した、というものである。なお、Vは、犯人の顔を覚えていない。

罪状認否：甲は「V方に行ったことはありません」と言い、犯行を全面的に否認している。

る。

この場合、直接証拠型を選択することになるのが通常である。

緑 296 頁

平成30年司法試験設問2参考

請求証拠：検察官請求証拠としては、①本件領収書の印影と甲の名字が刻まれた認め印の印影が合致する旨の鑑定書、②本件領収書から検出された指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書、③V から本件メモ及び本件領収書の任意提出を受けた旨の任意提出書等、④本件メモ（V が、犯人が言った内容を手書きしたメモ）、⑤本件領収書（V から任意提出を受けた／①・②から甲作成を認定できる）がある。

証拠請求：検察官は、④本件メモの立証趣旨については、「甲が、平成 30 年 1 月 10 日、V に対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」、⑤本件領収書の立証趣旨については、「甲が平成 30 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」と述べた。

証拠意見：弁護人の証拠意見は、①・②・③同意、④・⑤不同意。

（解説）

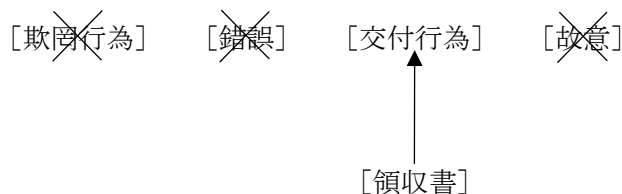
以下では、本件領収書（⑤）の要証事実を導く思考過程について、解説する。

なお、本問では、甲の犯人性のみならず、罪体（誰かによる欺罔行為、交付行為など）も主たる争点になっているため、罪体と犯人性を切り離して論じる必要はない。

下記の説明や [図] における、[欺罔行為]・[交付行為] は、[甲による欺罔行為]、[甲を相手方とする交付行為] という、罪体と犯人性とが結合した主要事実を意味する。

[図 1] いかなる主要事実を証明するための証拠として当該証拠を使うのかを確定する

まず初めに、証拠の使い方の第 1 段階として、「いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのか」について確定する。



まず初めに、いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのかを確定する。

「いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのか」は、第一次的には、問題文に記載されている、検察官の立証趣旨（あるいは、証拠調べ請求の狙い。以下、同じ）に従って確定する。

本問では、本件領収書の立証趣旨が「甲が平成 30 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」とされている。

ここでは、立証趣旨が交付行為という主要事実を指しているから、第



上、導き出す必要がある。

まず、1 つ目として考えられるのが、本件領収書を直接証拠として使うという使用方法である。この場合、本件領収書の直接の立証事項たる要証事実、記載内容通りの交付行為があったという事実である。この事実は、本件領収書の作成者である甲が知覚・記憶して本件領収書に記載（表現・叙述）した事実であるから、これを証明するためには、原供述者甲の供述内容の真実性が問題になる。したがって、本件領収書は伝聞証拠となる。

次に、2 つ目として考えられるのが、本件領収書を間接証拠として使うという使用方法である。すなわち、本件領収書から「そのような記載のある本件領収書が存在する」（以下、「本件領収書の存在・記載自体」とする。）という間接事実 A を証明し、この間接事実 A と本件領収書が甲から V に対して交付されたという間接事実 B を結合させて、交付行為を推認するという使い方である。この推認過程における本件領収書の直接の立証事項たる要証事実、本件領収書の存在・記載自体という間接事実 A である。そして、この間接事実 A は、本件領収書の作成者甲が知覚・記憶して本件領収書に記載（表現・叙述）した事実ではないから、これを証明するためには、原供述者甲の供述内容の真実性は問題にならない。したがって、本件領収書は非伝聞となる。

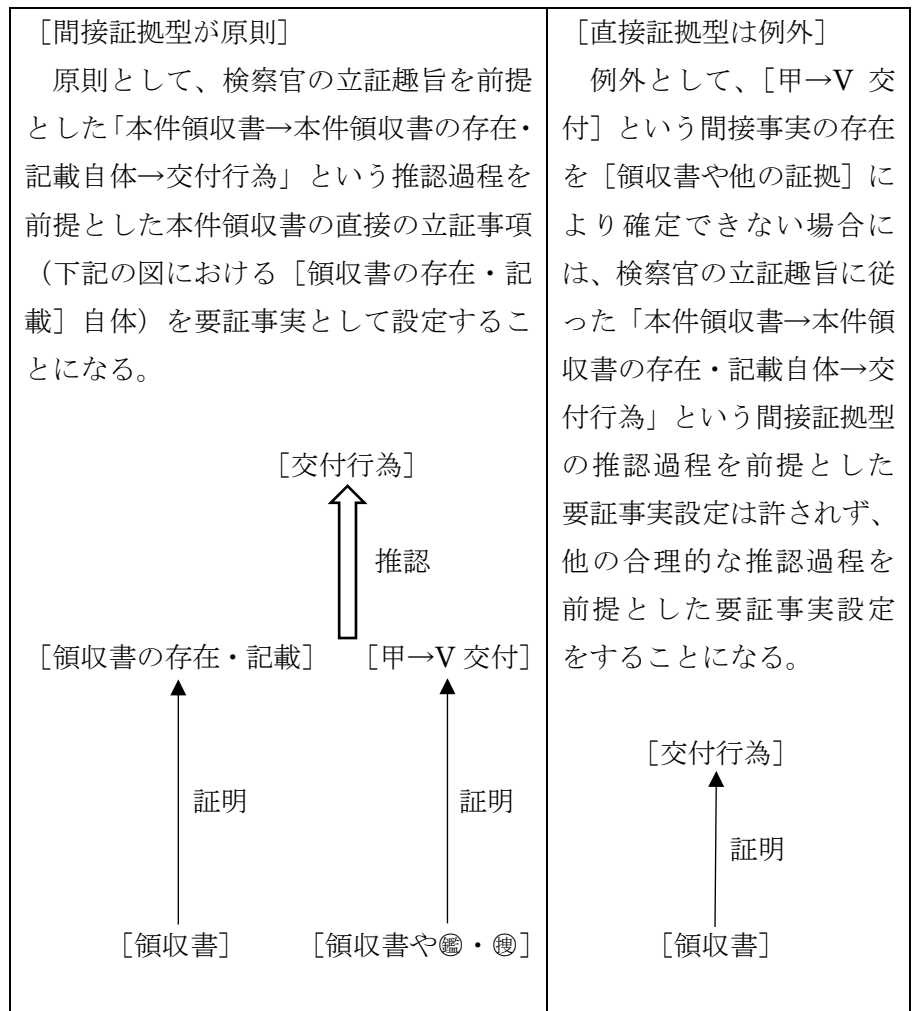
2 つ目の使用方法で注意すべきは、当然に、「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程を前提とした要証事実の設定が許容されるわけではないということである。

信用性テストを経ない供述証拠による不確かな推認による事実認定の誤りを防止するという伝聞法則の趣旨（これは、証拠→事実（直接の立証事項）という証明の過程に関するもの）は、要証事実設定のために推認過程を組み立てる場面（事実→事実という推認の過程）にも拡張される。そのため、要証事実を設定する際に前提とすべき推認過程は経験則に適った合理的なものでなければならず、不確かな（弱い）推認過程を前提として要証事実を設定することは、伝聞法則の趣旨の潜脱として、禁止される。そうすると、供述の存在自体（本問では、本件領収書の存在・記載自体）という間接事実から主要事実を推認するという推認過程を前提として供述の存在自体を要証事実と設定することが許容されるためには、供述の存在自体（本問では、本件領収書の存在・記載自体）という間接事実から主要事実を推認するという推認過程が経験則に適った合理的なものとして許容されるための条件（本件領収書についていえば、本件領収書が甲から V に交付されたという間接事実が証拠により確定できること）を満たすことが必要である。

本問では、①本件領収書の印影と甲の名字が刻まれた認め印の印影が合致する旨の鑑定書、②本件領収書から検出された指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書、③V から本件領収書の任意提出を受けた旨の任意提出書、⑤「V 様」を宛名とする本件領収書から、本件領収書が甲か

らVに交付された事実を確定することができるため、上記条件を満たす。したがって、本件領収書の要証事実を、上記の間接証拠型における推認過程を前提とした直接の立証事項である本件領収書の存在・記載自体という間接事実とすることができるのである。

[図3] 本件領収書の立証趣旨が「本件領収書の存在と内容」と表示されている場合



まず初めに、[図1]の手順に従い、いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのかを確定する。

[図3]では、立証趣旨が主要事実を指していないため、立証趣旨に従って最終的な立証命題としての主要事実を確定することはできない。

そのため、罪状認否や証拠の獲得状況、証拠の内容などから、自力で、「いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのか」を確定することになる。

本問における主たる争点は、欺罔行為及び交付行為であるところ、欺罔行為を証明するための証拠としては本件メモがある。

このことに、本件領収書と交付行為との関連性の強さ（距離の近さ）も踏まえると、「本件領収書は交付行為を証明するための証拠である」と確定することになる。

次に、[図2]の手順に従い、交付行為を証明するための本件領収書の

使い方を確定する。

[図 3] では、本件領収書の立証趣旨が、「本件領収書の存在と内容」というように、「交付行為を証明するための本件領収書の使い方」(②の使い方)を指示している。

そうすると、第一次的には、「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程を前提として要証事実を設定することになる。

ここで、「本件領収書→交付行為」という直接証拠型の推認過程を前提とした要証事実の設定をすることは、立証趣旨の拘束力から逸脱した要証事実設定となる。

もっとも、立証趣旨の拘束力は絶対的なものではなく、検察官の立証趣旨を前提とした場合に本件領収書が証拠としておよそ無意味になるとき(すなわち、検察官の立証趣旨を前提とした「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程が不確かな(弱い)推認過程として伝聞法則の趣旨に照らし禁止されるものである場合)には、検察官の立証趣旨を前提としないで要証事実を設定することができるようになるから、「本件領収書→交付行為」という直接証拠型の推認過程を前提とした要証事実の設定をすることになる。

反対に、検察官の立証趣旨を前提とした場合に本件領収書が証拠としておよそ無意味になるとはいえないとき(すなわち、検察官の立証趣旨を前提とした「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程が経験則に適った合理的な推認過程として許容されるための条件(本件領収書が甲からVに交付されたという間接事実が証拠により確定されていること)を満たす場合)には、「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程を前提として、この推認過程における本件領収書の直接の立証事項である「本件領収書の存在・記載自体」という間接事実を要証事実とすることになる。

基礎応用 304 頁・3

### 3. 立証趣旨の拘束力

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

当該証拠の要証事実を設定する際、いかなる主要事実をどのように立証するのかという推認過程を決める必要があり、証拠と主要事実との対応関係も含めて推認過程を決める際には、当該証拠の取調べ請求をした当事者が示した立証趣旨に従うのが通常である。この点について、要証事実を設定する前提として推認過程を決めるにあっては、当該証拠の取調べ請求をした当事者が示した立証趣旨に従う必要があるのか(立証趣旨の拘束力の有無)、仮に立証趣旨に従う必要があるとしても例外が認められないかという2点が問題となる。

A

司 H21

## 第3章 裁判の効力

### 1. 裁判の形式的確定と実質的確定

裁判の形式的確定とは、裁判が通常の不服申立方法（上訴 [351 条以下]、抗告 [419 条以下] など）では争い得なくなった状態を意味する。

不服申立てが許される裁判は、不服申立期間の徒過（373 条、414 条・373 条等）、不服申立ての放棄・取下げ（359 条等）、不服申立てを棄却する裁判の確定によって、形式的に確定し、不服申立てが許されない裁判は、その告知によって形式的に確定する。

裁判が形式的に確定すると、その判断内容を動かし得なくなる。これを、裁判の内容的確定という（実質的確定ということもある。）。

ここでいう内容的確定とは、後訴においてその判断内容と矛盾する判断をすることが許されなくなること（これを「拘束力」という。）を意味し、二重の危険の法理（憲法 39 条）を根拠とする一事不再理効は内容的確定とは区別される（現在の有力説）。

C

リークエ 484～486 頁

### 2. 執行力

裁判のうち、執行の対象となるものは、原則として確定することにより初めて執行可能となる。これを、裁判の執行力という。

もともと、①決定・命令は告知により直ちに執行力を生じる（424 条、432 条参照）、②罰金等について仮納付の裁判では、その金額の限度において有罪判決の確定を待たずに執行力が生じる（348 条、494 条）という例外もある。

なお、裁判の執行については、471 条以下で定められている。

C

リークエ 486 頁

### 3. 拘束力

前記 1 の通り、裁判が形式的に確定すると、裁判の内容的確定が生じ、これは後訴における拘束力を意味し、二重の危険の法理（憲法 39 条）を根拠とする一事不再理効は内容的確定とは区別される（現在の有力説）。

ここでいう拘束力とは、同一事情のもとでは同一事項について確定判決と異なる判断をなし得ないという効力を意味する。

C

リークエ 486～491 頁

### 4. 一事不再理効

[憲法 39 条]

何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。

[刑訴法 337 条]

左の場合には、判決で免訴の言渡をしなければならない。

A

予 R2



- 一 確定判決を経たとき。  
二、三、四 (略)

case1: 検察官は、甲を窃盗の訴因で起訴し、これに対する無罪判決が確定した後に、甲を同一の窃盗の訴因で再び起訴した。

case2: 検察官は、甲を V 宅への住居侵入の訴因で起訴し、これに対する有罪判決が確定した後に、甲を V 宅内での窃盗の訴因で起訴した。

### (1) 意義

刑事事件の確定判決には、同一事件に対する再度の公訴提起を許さない一事不再理効が生じる（憲法 39 条、337 条 1 号）。

したがって、起訴された事件に確定判決の一事不再理効が及んでいるのであれば、裁判所は免訴判決を言い渡すべきこととなる。

事例演習 531 頁

### (2) 根拠

一事不再理効の根拠は、同一の犯罪事実について有罪とされる危険、つまり、実体審理を受ける危険に重ねてさらされないという二重の危険の禁止（憲法 39 条）にあると解される（二重の危険説）。<sup>1)</sup>

### (3) 一事不再理効の客観的範囲

一事不再理効は公訴事実と異なる犯罪事実以外にも及ぶのかという問題である。

#### ア. 原則

二重の危険説から、一事不再理効の客観的範囲については、「公訴事実の同一性」（312 条 1 項）の範囲内に及ぶと解されている。

「公訴事実の同一性」は、新訴因が犯罪として旧訴因と両立し得るものとして主張される場合には、実体法上の罪数論を基準とする「単一性」により判断され、新訴因が事実又は犯罪として旧訴因と両立しないものとして主張される場合には、狭義の同一性により判断される。

例えば、検察官が甲を V 宅への住居侵入の訴因で起訴し、これに対する有罪判決が確定した後に、甲を V 宅内での窃盗の訴因で起訴したという事案では（case2）、後訴において窃盗が住居侵入と両立し得るものとして主張されているため、「公訴事実の同一性」は単一性により判断される。そして、両者は牽連犯（刑法 54 条 1 項後段）として実体法上一罪の関係にあるから、単一性があるといえ、「公訴事実の同一性」が認められる。したがって、住居侵入に対する確定有罪判決の一事不再理効は窃盗にも及ぶから、免訴判決が言い渡される。

他方で、検察官が甲を窃盗の訴因で起訴し、これに対する無罪判決が確定した後に、同一被害品を客体とする盗品無償譲受けの訴因で甲を再び起訴したという事案では、後訴において盗品無償譲受けが窃盗と両立し得ないものとして主張されているため、両者間の「公訴事実の同一性」は狭義の同一性により判断される。そして、同一被害品を客体とする近接した日

基礎応用 203 頁 [例 4]

<sup>1)</sup> 最大判 S25.9.27 は、ここでいう「危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎない」として、継続的危険説に立っている（事例演習 536 頁）。

時における窃盗と盗品無償譲受けとは、事実上又は法律上両立し得ない関係にあるとして、基本的事実関係の同一性が認められるため、狭義の同一性ひいては「公訴事実の同一性」が認められる。したがって、窃盗に対する確定有罪判決の一事不再理効は盗品無償譲受けにも及ぶから、免訴判決が言い渡される。

**〔論点 1〕 一事不再理効の客観的範囲（原則）**

一事不再理効の根拠は、同一の犯罪事実について有罪とされる危険、つまり、実体審理を受ける危険に重ねてさらされないという二重の危険の禁止（憲法 39 条）にある（二重の危険説）。

そして、訴因変更制度（312 条 1 項）の下では、被告人は「公訴事実の同一性」の範囲内で実体審理の危険にさらされていたといえる。

そこで、一事不再理効は、「公訴事実の同一性」の範囲で及ぶと解する。

A 予 R2

事例演習 533 頁

**〔論点 2〕 公訴事実の単一性の判断手法**

新訴因が犯罪として旧訴因と両立し得るものとして主張される場合には、一事不再理効の原則的な客観的範囲である「公訴事実の同一性」（312 条 1 項）は、実体法上の罪数論を基準とする「単一性」により判断される。

では、公訴事実の単一性についてどのように判断すべきか。

これは、旧訴因と新訴因とが実体法上は常習窃盗罪や常習傷害罪として包括一罪を構成する場合などに問題となる。

B 予 R2

事例演習 543～545 頁

最判 H15.10.7・百 95

新旧両訴因のそごが事件の幅として問題となっている場合、「公訴事実の同一性」は単一性により判断される。単一性は、実体法上の罪数を基準として判断されると解される。

訴因制度（256 条 3 項、312 条 1 項）の下では審判対象は第一次的には訴因であるから、単一性の判断は、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらと比較対照することにより行われるべきである。もっとも、各訴因を比較対照することによりこれらが実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在するときは、さらに、訴因外の実事（実体）を考慮して、単一性を判断すべきである（判例）。

**〔判例 1〕 前訴が単純窃盗の訴因、後訴が常習累犯窃盗の訴因での起訴であった場合**

5 つの窃盗が常習累犯窃盗（盗品等の防止及び処分に関する法律 3 条）として起訴されたところ、第 1 行為と第 2 行為の中間に単純窃盗の確定判決があり、それと第 1 行為とが常習累犯窃盗の関係にある場合には、両訴因を通じて常習性の発露という面が訴因として訴訟手続に上程されているから、両訴因の公訴事実の単一性を判断するに当たり、常習性の発露という要素を考慮することができる。

そうすると、両訴因は、常習窃盗罪として包括的一罪を構成するものといえるから、確定判決前の犯行については、公訴事実の単一性が認められ、一事不再理効が及ぶことになる。

B 予 R2

最判 S43.3.29

**〔判例 2〕 前訴と後訴がいずれも単純窃盗の訴因での起訴であった場合**

実体的には常習累犯窃盗を構成するとみられる数個の窃盗行為が、前訴において単純窃盗として判決を受け、後訴においても単純窃盗として起訴された場合は、前

B 予 R2

最判 H15.10.7・百 95

訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されていないから、両訴因の公訴事実の単一性を判断するに当たり、常習性の発露という要素を考慮することはできない。

そうすると、両訴因は、それぞれ別個の機会に犯された単純窃盗罪であり、常習窃盗罪として包括的一罪を構成するものではないから、両訴因は公訴事実の単一性を欠き、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばない。<sup>2)</sup>

要旨：①「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である。そして、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後、確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に一つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事件が確定判決を経たものとみるべきかどうか、問題になるのである。」

②「この問題は、確定判決を経由した事件（以下「前訴」という。）の訴因及び確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下「後訴」という。）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するに当たり、〔1〕両訴因に記載された事実のみを基礎として両者は併合罪関係にあり一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、〔2〕いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。」

③「思うに、訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であ

<sup>2)</sup> 本判決は、「両訴因の記載のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないか強く窺われるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の単純窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきである」と判示している。本判決により、公訴事実の単一性は、①基本的には、各訴因を比較対照して行うが、②各訴因を比較対照することによりこれらが実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在するときは、訴因外の実事（実体）を考慮する、という最高裁の考え方が明らかになったといえる（事例演習 447～448 頁）

って、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。以上の点は、各単純窃盗罪と科刑上一罪の関係にある各建造物侵入罪が併せて起訴された場合についても、異なるものではない。」

④「なお、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強くうかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるが（最高裁昭和 42 年(あ)第 2279 号同 43 年 3 月 29 日第二小法廷判決・刑集 22 卷 3 号 153 頁参照）、本件は、これと異なり、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪の場合であるから、前記のとおり、常習性の点につき実体に立ち入って判断するのは相当ではないというべきである。」

## イ. 例外

「公訴事実の同一性」の範囲内の事実であっても、⑦科刑上一罪の一部が親告罪で告訴のないまま判決が確定した後に告訴がなされた場合、④判決確定後に犯罪事実が変化した場合（例えば、傷害罪の判決が確定した後に、被害者が死亡した場合）、⑤判決確定後に新たな犯罪事実が判明した場合などには、親告罪である犯罪事実（⑦）・変化後の犯罪事実（④）・新たな犯罪事実（⑤）について前訴において訴因変更により実体審理を受ける危険にさらされてはいなかったとして、一事不再理効が及ばないのではないかが問題となる。

### [論点 3] 一事不再理効の客観的範囲の縮小

一事不再理効の客観的範囲が「公訴事実の同一性」の範囲で認められる根拠は、被告人が「公訴事実の同一性」の範囲内で訴因変更により実体審理を受ける危険にさらされていることにある。

そして、前訴の段階で訴因変更により前訴の訴因にすることが制度上又は法律上不可能だった犯罪事実については、被告人が訴因変更により実体審理を受ける危険にさらされていたとはいえないから、「公訴事実の同一性」の範囲内にあるものであっても一事不再理効の客観的範囲に含まれないと解すべきである。

もっとも、訴因変更により前訴の訴因にすることが事実上困難であった

## B 予 R2

事例演習 537～539 頁、リークエ  
495～497 頁、判例講座 II 288～297  
頁

事実については、上記のような例外は認められないと解すべきである。

このような事実については観念的には被告人が訴因変更により実体審理を受ける危険にさらされていたといえるし、同時処理の事実上の困難性を根拠とする例外を認めることは被告人の地位を不安定にするからである。

そうすると、④については訴因変更により前訴の訴因にすることが制度上又は法律上不可能だった犯罪事実として一事不再理効の客観的範囲の縮小を認める余地があるが、⑦・⑧については訴因変更により前訴の訴因にすることが事実上困難であった場合にすぎないから一事不再理効の客観的範囲の縮小は認められない。

#### (4) 一事不再理効の時間的範囲

一事不再理効の客観的範囲内の事実のうち、どの時点まで発生したものに一事不再理効が及ぶのかという問題である。

時間的範囲の論点は、後訴の訴因が前訴の起訴後に発生したものである場合に顕在化する。

##### [論点 4] 一事不再理効の時間的範囲

一事不再理効の根拠は二重の危険の禁止にあるところ、起訴後の犯罪事実についても訴因変更を通じて実体審理を受ける危険があった。

また、第一審弁論終結後の犯罪事実であっても、弁論の再開(313条1項)を介して訴因変更により実体審理を受ける危険があった。

そこで、一事不再理効は、第一審判決言渡しまでの犯罪事実にあつと解する(第一審判決時説 - 判例)。<sup>3) 4)</sup>

B

最決 R3.6.28・百 96、リークエ 497

頁

3) 最判 R3.6.28 も、「前訴で住居侵入、窃盗の訴因につき有罪の第一審判決が確定した場合において、後訴の訴因である常習特殊窃盗を構成する住居侵入、窃盗の各行為が前訴の第一審判決後にされたものであるときは、前訴の訴因が常習性の発露として行われたか否かについて検討するまでもなく、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴に及ばない。」と判示しており、第一審判決時説に立っている。

4) 第一審判決時説を採りつつ、控訴審裁判所が第一審判決を破棄し自判する場合には例外的に控訴審の判1 決言渡しまでの犯罪事実にあつと解する見解も有力である。

## 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5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」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(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)