

第1部 序章

第1節. 刑事訴訟法の意義

A 基礎応用 1 頁

刑事訴訟法は、①捜査機関（警察、検察）が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をするか否かを決定し（247条、248）、③起訴後における審理・判決、④有罪判決が確定した場合における判決の執行という、刑事事件について刑罰権を実現するための手続全般について定めた法律である。この意味で、厳密には、刑事手続法と呼ぶべき法律である。

第2節. 手続法定主義と適正手続

B 基礎応用 1 頁

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。

第3節. 刑事手続の全体像

A 基礎応用 1~2 頁

①犯罪の発生

②捜査（189条以下）

※捜査の端緒（検視、職質・所持品検査、告訴・告発・自首等）

③検察官による起訴（247条、248条）

④公判手続（271条以下）

⑤裁判（333条1項等）

⑥刑の執行（471条以下）

第4節. 刑事手続の理念・構造

A 基礎応用 3~5 頁

1. 真実発見

(1) 実体的真実主義

真実発見は、刑事訴訟法の目的の1つである（1条）。

実体的真実主義は、事案の真相の解明には様々な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。

(2) 積極的真実主義と消極的真実主義

実体的真実主義の内部で、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）真実主義とが衝突することがある。

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、現行刑訴訟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。

2. 弾劾主義と糾問主義

現行刑訴訟法は、糾問主義的な訴訟形態（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）ではなく、弾劾主義的な訴訟形態（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）が採用されているこれは、当事者主義的な訴訟構造の理解であって、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、適正手続（憲法 31 条）が要請にも適う

3. 当事者主義と職権主義

現行刑訴訟法は、当事者追行主義（訴訟追行の主導権を当事者（検察官・被告人に委ねる考え）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）。

また、当事者対等主義（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）が採用されている。なお、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、刑訴訟法 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）

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）。予断排除の要請に基づく起訴状一本主義（256 条 6 項）、公判廷における信用性の吟味・確認を経ない公判廷外供述を原則として証拠から排除する伝聞法則（320 条 1 項）は、公判中心主義の現れである。

第2部 捜査

第1章 総論

…略…

基礎応用 7～8 頁

第2章 強制処分と任意捜査

第1節 「強制の処分」(197条1項但書)

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。

A 基礎応用 9～16 頁

司H19 司H22 司H26 司H27 司H28

司H30 司R2 司R4 予H24 予H26

これに対し、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。

[論点1] 意思制圧説

有形力行使類型(物理的な有形力の行使等、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされるような場合)では、意思制圧説を用いる。

A 司H28 司H28 司R2

最決 S51.3.16・百1

「強制の処分」とは、個人を意思を制圧し、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)。¹⁾

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。

A 司H19 司H22 司H27 司H30

司R4 予H24 予H26

「強制の処分」は、強制処分法定主義及び令状主義によって保護されるべき重要な権利・利益を制約する処分に限られるべきだから、個人を意思に反し重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

[補足] 当てはめのポイント

① 「個人を意思に反する」

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

¹⁾ 「強制の処分」該当性は原則として事前の類型的判断であるが、[論点1]の判断基準が適用される場面では事後の個別的判断である。

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→⑤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、⑦・④の検討を飛ばすことも可能である。)

②「重要な権利・利益を実質的に制約する」

ここでは、⑦被侵害権利・利益の要保護性→④被侵害権利・利益の重要性→⑤被侵害権利・利益の制約が実質的であること、という流れで検討する(事案によっては、⑦の検討を飛ばすことも可能である。)

④では、基本的に、憲法 35 条によって保障される「住居、書類及び所持品について、侵入、捜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。

⑤では、制約の程度・態様に着目する。

[判例 1] 宅配便荷物のエックス線検査

要旨：「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。」

A

最決 H21.9.28・百 30

[判例 2] GPS 捜査

要旨：「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」という「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」ものであるから、①「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」ものとして「個人のプライバシーを侵害し得るものである」とともに、②「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。」

A

最大判 H29.3.15・百 31

そうすると、GPS 捜査は、「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」ことにより、「個人の意思を制圧して」憲法 35 条の保障対象に含まれる『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という「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) …。」²⁾

[論点 3] 平成 29 年大法院判決

A

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

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

²⁾ 本判決における「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」か否かという判断基準は、重要権利利益実質的侵害説・意思制圧説と一応区別される。

前者は、現実に意思を制圧する事態を観念できない行為類型との関係では、合理的に推認される個人の意思に反してという意味に読み替えられる。

後者は、憲法 33 条及び同法 35 条が保障する重要で価値の高い法的利益の例示であるといえる。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する処分を意味し、前者の要件については、現実に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。

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⁾

A

A

B 基礎応用 44～45 頁

司 H23 司 R1 予 H28

⑤の例外として緊急執行（201条2項・73条3項）がある。

司 H23 予 H28

A 基礎応用 45～49 頁

司ブレ 司 H23 予 H29

A 司ブレ 予 H29

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。

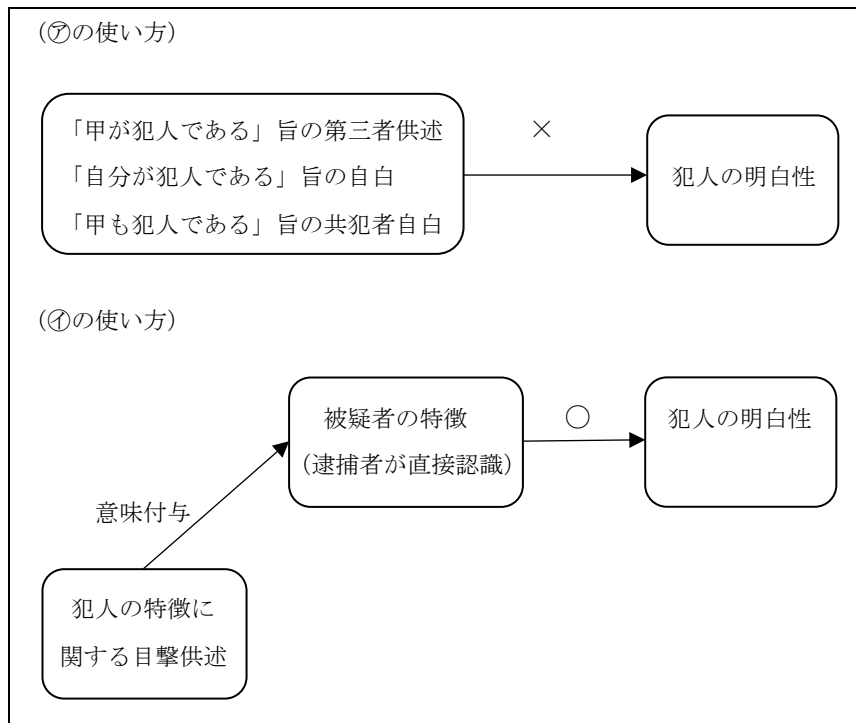
¹⁾ 例えば、犯行から約58分後の現行犯逮捕を違法としたものや、犯行から約1時間5分後の現行犯逮捕を違法としたものがある（仙台高判S42.8.22、大阪高判S40.11.8）。もっとも、これらの裁判例は、時間の

(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(○)、⑧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・⑧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

司プレ 司 H25 予 H29 予 R3

A 司プレ 司 H25

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。

第5節. 逮捕に伴う捜索・差押え

捜査機関は、被疑者を「逮捕する場合」において、「必要があるとき」は、捜索差押許可状を要することなく、「逮捕の現場」で捜索及び差押えを行うことができる（220条1項2号、3項）。

A 基礎応用 116～128 頁

司 H18 司 H24 司 H25 予 H30

1. 逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠

相当説（合理説）と緊急処分説が対立している。

[相当説]

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高く、令状裁判官の事前審査を介さなくても捜索・差押えの「正当な理由」が一般的に認められるという考えにある。

[緊急処分説]

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

このように、緊急処分説も、逮捕の現場に証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことを前提としているから、相当説と緊急処分説の差異は、令状主義の例外である無令状捜索・差押えを、事前に裁判官の令状を得ることが不可能な緊急状況に限定すべきか否かという点に関する考え方の違いにあることになる。

[いずれの見解によるべきか]

確かに、憲法35条が令状主義を原則としていると理解するならば、その例外を限定的に理解する緊急処分説のほうが令状主義の趣旨により適合的であるといえる。

しかし、憲法35条は、令状による捜索差押えと逮捕に伴う無令状捜索差押えについて、原則例外の関係ではなく、並列の関係と理解していると解することも可能である。

しかも、無令状捜索差押えにおいて省略されている令状審査は蓋然性審査であるところ、緊急の必要性の存在が蓋然性審査に代替する事情になるとは考え難い。

そこで、相当説によるべきであると考える。

A

2. 「逮捕する場合」（時間的限界）

緊急処分説からは、緊急の必要性が認められる時間的範囲でのみ無令状捜索・差押えが許容されるから、証拠存在の蓋然性の高さのみを根拠とする相当説に比べて、逮捕との時間的接着性が厳格に要求される。

両説の対立は、逮捕着手に先行した無令状捜索・差押えが実施された場合に顕在化する。

[相当説]

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いため事前の令状審査を必要としないことにあるところ、この蓋然性

A

は逮捕着手の前後で変化するものではない。

そこで、「逮捕する場合」とは、その文理ゆえに逮捕との時間的接着を要するが、逮捕着手時との前後関係は問わないと解する（判例）。

[緊急処分説]

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

そうすると、「逮捕する場合」は、こうした緊急性がある場合に認められるから、原則として、逮捕着手が先行し、かつ、逮捕と時間的に接着している場合に肯定されると解すべきである。

もっとも、例外として、逮捕着手前でも、被疑者がその場に現在し、かつ、逮捕着手が現実に見込まれる場合（逮捕着手直前）であれば、被疑者による証拠隠滅を防止すべき緊急の必要性があるといえるから、「逮捕する場合」が認められると解する。

3. 「逮捕の現場」（場所的限界）

「逮捕の現場」は、無令状捜索・差押えを実施する主体である捜査官の居るべき場所（＝無令状捜索・差押えの実施場所）を意味する。¹⁾

例えば、司法警察員 P が覚せい剤取締法違反の被疑事実で甲方のリビングにおいて甲を適法に逮捕した場合に、逮捕に伴う無令状捜索・差押えを実施できる場所的範囲が甲方のリビング内（厳密には、リビングのうち被逮捕者の身体及びその直接の支配下 [手の届く範囲内]）に限定されるのか、それとも甲方全体に及ぶのかという点において、相当説と緊急処分説とが対立する。

(1) 相当説

[論点 1] 管理権の同一性

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いため事前の令状審査を省略できることにある。

そこで、「逮捕の現場」は、仮に令状が発付された場合に捜索・差押えが可能範囲、すなわち、逮捕の場所と同一の管理権が及ぶ空間的範囲を意味すると解する。²⁾

[論点 2] 第三者に属する場所

例えば、司法警察員 P が被疑者甲を甲の友人である乙の自宅で逮捕したという場合に、第三者に属する場所である乙宅において逮捕に伴う無令状捜索・差押えを行えるのかが問題となる。

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠物が存在する蓋然性

A 司 H18 司 H24

B

¹⁾ もっとも、場所に設置されているロッカー・タンスのように、中身の確認を観念できる器的な物に対する無令状捜索を実施する場合、捜索客体であるロッカー等が「逮捕の現場」に含まれるのかも問題になるという意味で、「逮捕の現場」は実施場所のみならず実施客体をも含んだ要件として機能することがある。

²⁾ 被疑者の身体・携帯品を捜索対象とする事案では、管理権の同一性だけによる説明に馴染まないため、「被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」という定義を使うべきである。

が一般的・類型的に高いという考えにある。

そして、第三者に属する場所も、そこで逮捕が実施されたのであれば、上記意味での蓋然性が認められる。

そこで、第三者に属する場所も「逮捕の現場」に含まれ得ると解する。

そして、222条1項・102条2項により、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が積極的に認められることが必要とされる。³⁾

〔論点 3〕 逮捕行為が行われた場所から被疑者を移動させた上で被疑者の身体・所持品について無令状捜索・差押えを実施する場合

A 司 H25

最決 H8.1.29・百 27

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

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場における証拠存在の蓋然性の高さにあるところ、被疑者の身体・所持品中の証拠存在の蓋然性の高さは被疑者の場所を移動しても変化するものではない。

もともと、「現場で」という文理上の限界もあることから、①その場で直ちに捜索・差押えを実施することが適当でないことに加え、②速やかに、③被疑者を捜索・差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上で捜索・差押えを実施したという場合に限り、被疑者の身体・所持品の捜索・差押えを「逮捕の現場」における捜索・差押えと同視できると解する（判例）。^{4) 5)}

(2) 緊急処分説

〔論点 1〕 被逮捕者の身体及びその直接支配下にある場所・物件

A

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

そうすると、無令状捜索・差押えは、逮捕の際に被逮捕者が証拠を隠滅することが可能な範囲でのみ許容されることになる。

そこで、「逮捕の現場」とは、被逮捕者の身体及びその直接の支配下（手の届く範囲内）にある場所・物件に限定されると解する。⁶⁾

³⁾ 相当説でいう「蓋然性が一般的・類型的に高い」は、蓋然性の推定を意味するほど高度のものではないから、第三者の場所に対する捜索には、102条2項が準用されるのである。

⁴⁾ 本来であれば逮捕地点で実施できる捜索・差押えを、被疑者の名誉や現場付近の交通に配慮するために別の場所で実施しているだけであるから、現実の捜索・差押えの実施地点が逮捕地点と同一の管理権に属しない場所であっても、「逮捕の現場」における捜索・差押えと同視し得る（但し、第三者に属する場所では無理であろう）。

⁵⁾ 〔論点 3〕を論じる際には、「被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」という相当説からの定義を飛ばして、いきなり、最高裁平成 8 年決定を踏まえた論証から書くことになる。

例えば、判例の事案のように、警察官が被疑者を公道上で逮捕してから警察署まで連行して身体・所持品について無令状捜索・差押えを実施したという事案では、逮捕地点（公道）と無令状捜索・差押えの実施地点（警察署）とで管理権が異なるため、「被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」という定義を満たさなくなってしまうからである（上記の定義からは少し分りにくい、「被疑者の身体及び携帯品」についての無令状捜索・差押えであっても、「逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所」で実施される必要がある）。

⁶⁾ 緊急処分説は、相当説が述べる根拠が妥当することを前提として、被逮捕者による証拠隠滅の危険の存在を加味して、無令状捜索・差押えが許容される範囲を相当説よりも限定する見解であるから、「逮捕の現場」の外枠は、相当説がいう管理権が同一の範囲に限定されるはずである。そうすると、緊急処分説からは、無令状捜索・差押えの場所的範囲は、①逮捕の場所と同一の管理権が及ぶ空間的範囲、②被逮捕者の身

〔論点 2〕 第三者に属する場所

B

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

第三者に属する場所も、そこで逮捕が実施されたのであれば、前述の証拠存在の蓋然性と緊急の必要性が認められる。

そこで、第三者に属する場所も「逮捕の現場」に含まれ得ると解する。

そして、222 条 1 項・102 条 2 項により、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が積極的に認められることが必要とされる。

4. 対象物（物的限界）

（1） 捜索

ア. 相当説

〔論点 1〕 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

A 司 H18 司 H24

例えば、司法警察員 P が覚せい剤取締法違反の被疑事実で甲方において甲を逮捕した場合に、甲方の各部屋（「場所」）、甲方内に置かれているキャリーケース（「物」）、甲が手に持っているかばん（「物」のうち所持品）、甲の身体（ズボンのポケットなど）を捜索する際、そこに逮捕被疑事実である覚せい剤取締法違反に関する証拠物が存在する蓋然性が認められることを要するかが問題となる。

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨である逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さが妥当するのは逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られるから、逮捕に伴う捜索の対象には、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が必要とされる。

そして、逮捕に伴う捜索にも、222 条 1 項により 102 条が準用されるから、被疑者に属する場所・物・身体を対象とする捜索については、捜索の「必要」性が要求され（102 条 1 項）、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する可能性がおよそないという場合には、捜索の「必要」性を欠くものとして捜索が違法となる。

被疑者以外の第三者に属する場所を対象とする捜索については、222 条 1 項による 102 条 2 項の準用により、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が積極的に認められることが要求される。

〔論点 2〕 逮捕行為が行われた場所にたまたま居合わせた第三者の身体・所持品

A

例えば、司法警察員 P が覚せい剤取締法違反の被疑事実で甲方において甲を逮捕した場合に、甲方にいた友人乙の身体・所持品を捜索することができるか。この論点は、友人乙「逮捕の現場」である甲方にあった差押目的物を身体・所持品中に隠滅したと疑われる場合に問題となる。

体及びその直接の支配下（手の届く範囲内）にある場所及び物件という 2 点を満たす範囲に限定されることになる。

220条1項2号・3項の趣旨は逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さにあるところ、第三者の身体・所持品にはそのような蓋然性が認められない。

そこで、第三者の身体・所持品に対する搜索は、220条1項2号・3項によって許容されていないと解する。⁷⁾

もっとも、第三者が「逮捕の現場」にあった証拠物を身体・所持品中に隠匿したと疑われる場合には、本来なし得たはずの搜索・差押えを妨害する行為を排除するための「必要な処分」(222条1項・111条1項)として、第三者の身体・所持品を搜索することが許されると解する。

イ. 緊急処分説

[論点1] 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

A

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

これらのうち、前者が妥当するのは逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

したがって、逮捕に伴う搜索の対象には、逮捕被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が必要とされる。

…略… (102条の準用については、相当説と同じ)

[論点2] 逮捕行為が行われた場所にたまたま居合わせた第三者の身体・所持品

A

220条1項2号・3項の趣旨は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が一般的に高いことに加え、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性にも求められる。

これらのうち、前者は、第三者の身体・所持品には認められない。

そこで、第三者の身体・所持品に対する搜索は、220条1項2号・3項によって許容されていないと解する。

もっとも、第三者が「逮捕の現場」にあった証拠物を身体・所持品中に隠匿したと疑われる場合には、本来なし得たはずの搜索・差押えを妨害する行為を排除するための「必要な処分」(222条1項・111条1項)として、第三者の身体・所持品を搜索することが許されると解する。

(2) 差押え

ア. 相当説

[論点1] 差押えの物的範囲

A 司H18 司H25

逮捕に伴い無令状で差し押さえることができる物は、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限定されるかが問題となる。

220条1項2号・3項の趣旨である逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さが妥当するのは、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

⁷⁾ 第三者の身体・所持品については、220条1項2号・3項に基づく無令状搜索が許容されていないから、222条1項により102条2項を準用するということがそもそも問題にならない。

そこで、差押対象物は逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られると解する。

[論点 2] 凶器・逃走具

例えば、覚せい剤取締法違反の被疑事実で被疑者甲を現行逮捕した場合において、凶器による殺傷の危険や逃走具を用いた逃走を防止するために、逮捕被疑事実と関連を有しない凶器・逃走具を差し押さえることができるのか。

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨である逮捕現場における証拠物存在の蓋然性の一般的・類型的な高さが妥当するのは、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

そこで、220 条 1 項 2 号・3 項に基づき、逮捕被疑事実に関連しない凶器・逃走具を差押えすることはできないと解する。

もっとも、逮捕の根拠規定及び逮捕状発付審査により逮捕に伴う付随的措置も包括的に許可されていると解されるから、逮捕の効力に基づく妨害排除措置として、逮捕の完遂に必要な限度で、凶器・逃走具を一時的に取り上げて保管することができるかと解すべきである。

B

イ. 緊急処分説

[論点 1] 差押えの物的範囲

220 条 1 項 2 号・3 項の趣旨は、証拠存在の蓋然性の一般的な高さとして証拠保全の緊急の必要性にあるところ、前者が妥当するのは逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

そこで、差押対象物は逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られると解する。

A

[論点 2] 凶器・逃走具

緊急処分説は、証拠存在の蓋然性の一般的な高さという相当説の根拠が妥当することを前提として、被逮捕者による証拠隠滅を防止して証拠を保全する緊急の必要性も加味して、無令状捜索・差押えが許容される範囲を相当説よりも限定する見解である。

そして、相当説の根拠が妥当するのは、逮捕被疑事実に関連する証拠物に限られる。

そうすると、逮捕被疑事実に関連しない凶器・逃走具については、仮に緊急の必要性という根拠が妥当としても、相当説の根拠が妥当しない以上、220 条 1 項 2 号・3 項に基づき差し押えることはできない。

もっとも、逮捕の根拠規定及び逮捕状発付審査により逮捕に伴う付随的措置も包括的に許可されていると解されるから、逮捕の効力に基づく妨害排除措置として、逮捕の完遂に必要な限度で、凶器・逃走具を一時的に取り上げて保管することができるかと解すべきである。

B

5. 捜索・差押えの必要性

逮捕に伴う無令状捜索・差押えにも捜査比例の原則が適用され、狭義の必要

B

性と相当性の内容とする「必要」性（220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・差押え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。

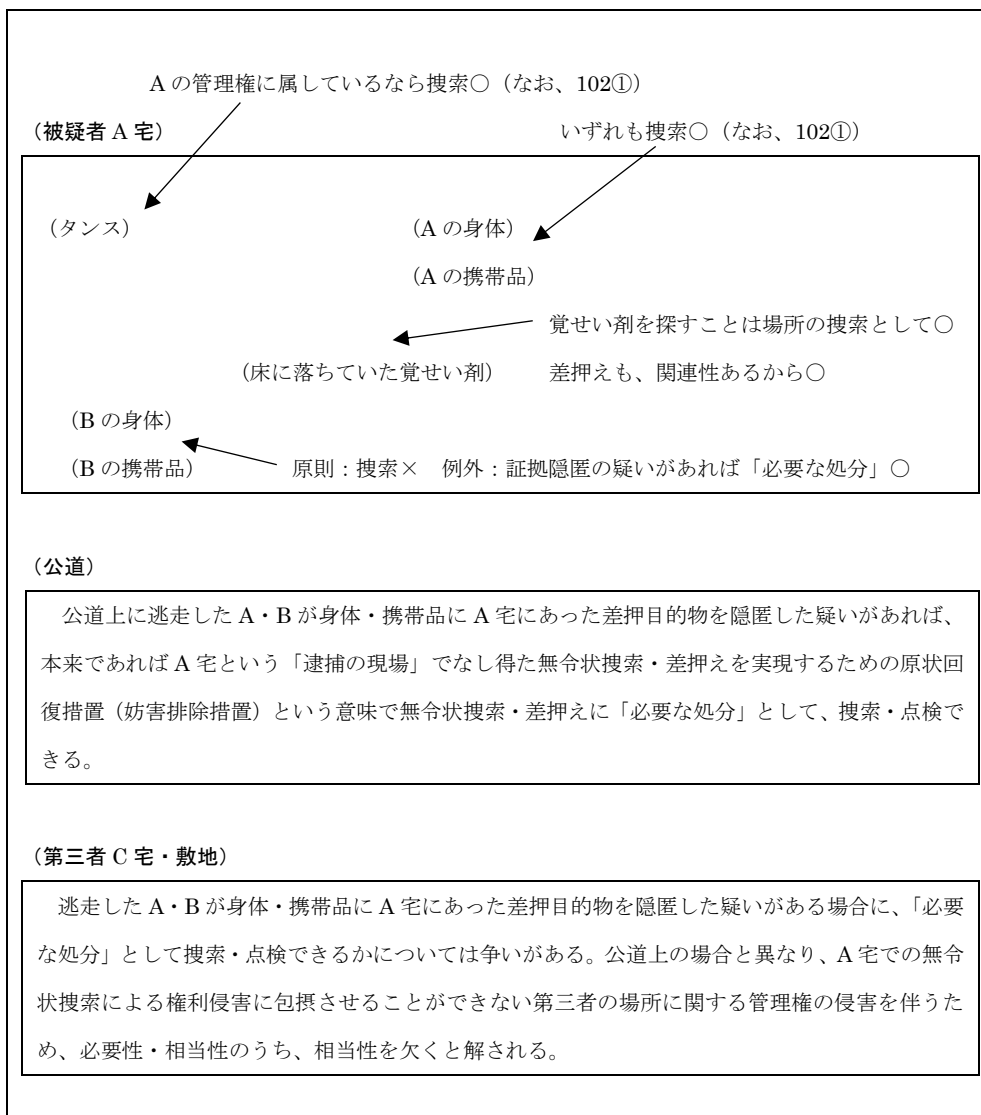
もともと、捜索対象や差押対象について被疑事件との関連性が認められる場合（前記4を満たす場合）には、捜索・差押えの必要性が認められるのが通常であるから、試験対策上は、捜索・差押えの必要性の存否が疑われる場合に限って言及すれば足りると考えられる。

6. まとめ

以下では、相当説を前提として、被疑者宅で逮捕して捜索・差押えを行ったケースと、第三者宅で逮捕して捜索・差押えを行ったケースにおける帰結について取り上げる。

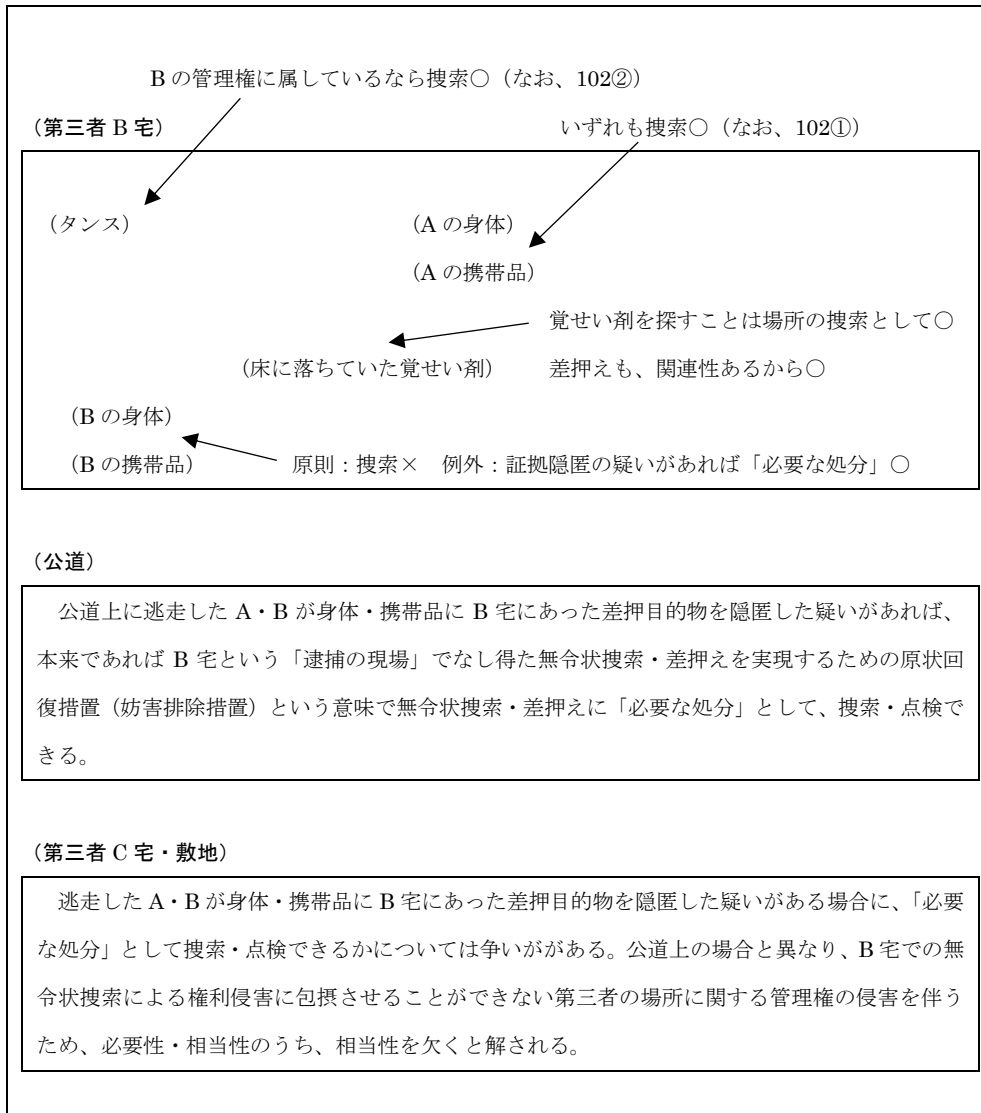
【ケース1】覚せい剤取締法違反で「A宅内」で「A」を逮捕した事案

A



[ケース 2] 覚せい剤取締法違反で「B 宅内」で「A」を逮捕した事案

A



第4章 伝聞法則

第1節 伝聞法則の意義

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。

A

司ブレ 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

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

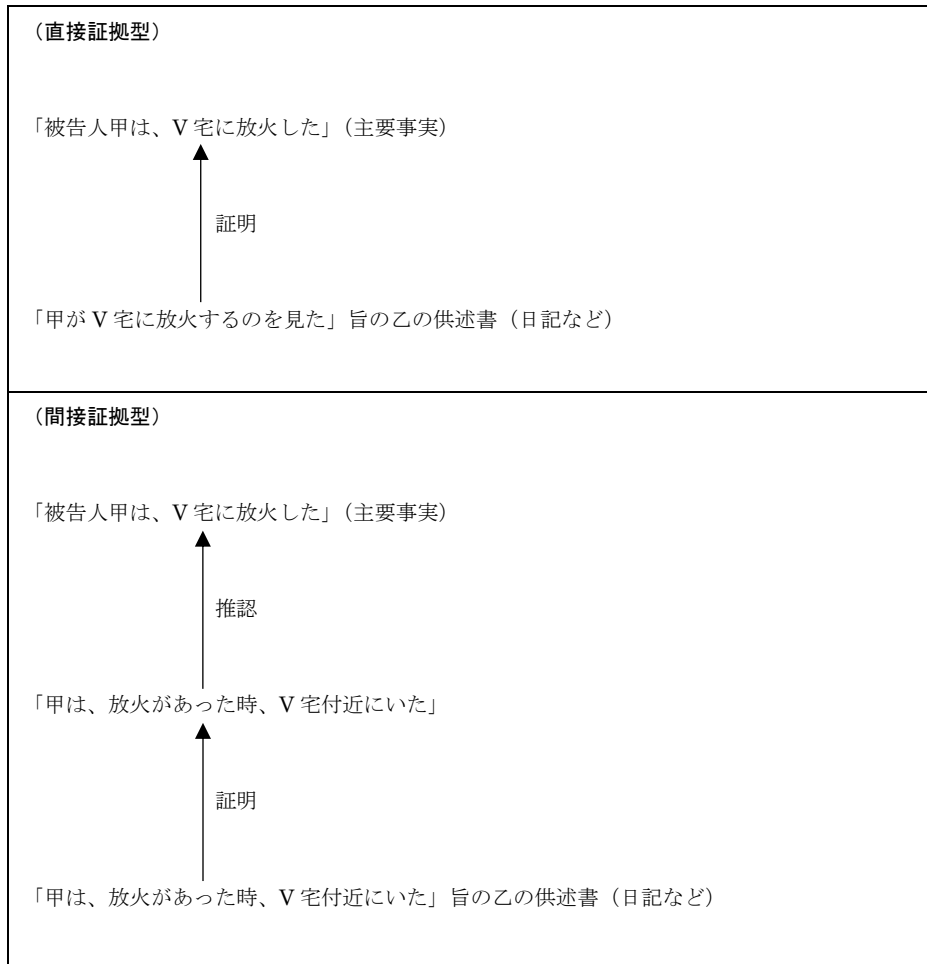
まずは、当該証拠の取調べを請求している検察官の立証方針に従って、検察官が当該証拠によりいかなる主要事実をどのように立証しようとしているのか、すなわち、①当該証拠と主要事実の対応関係（当該証拠により窮極的に立証しようとしている主要事実は何か）と、②その主要事実を証明するための当該証拠の使い方（＝推認過程）を明らかにする。

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。

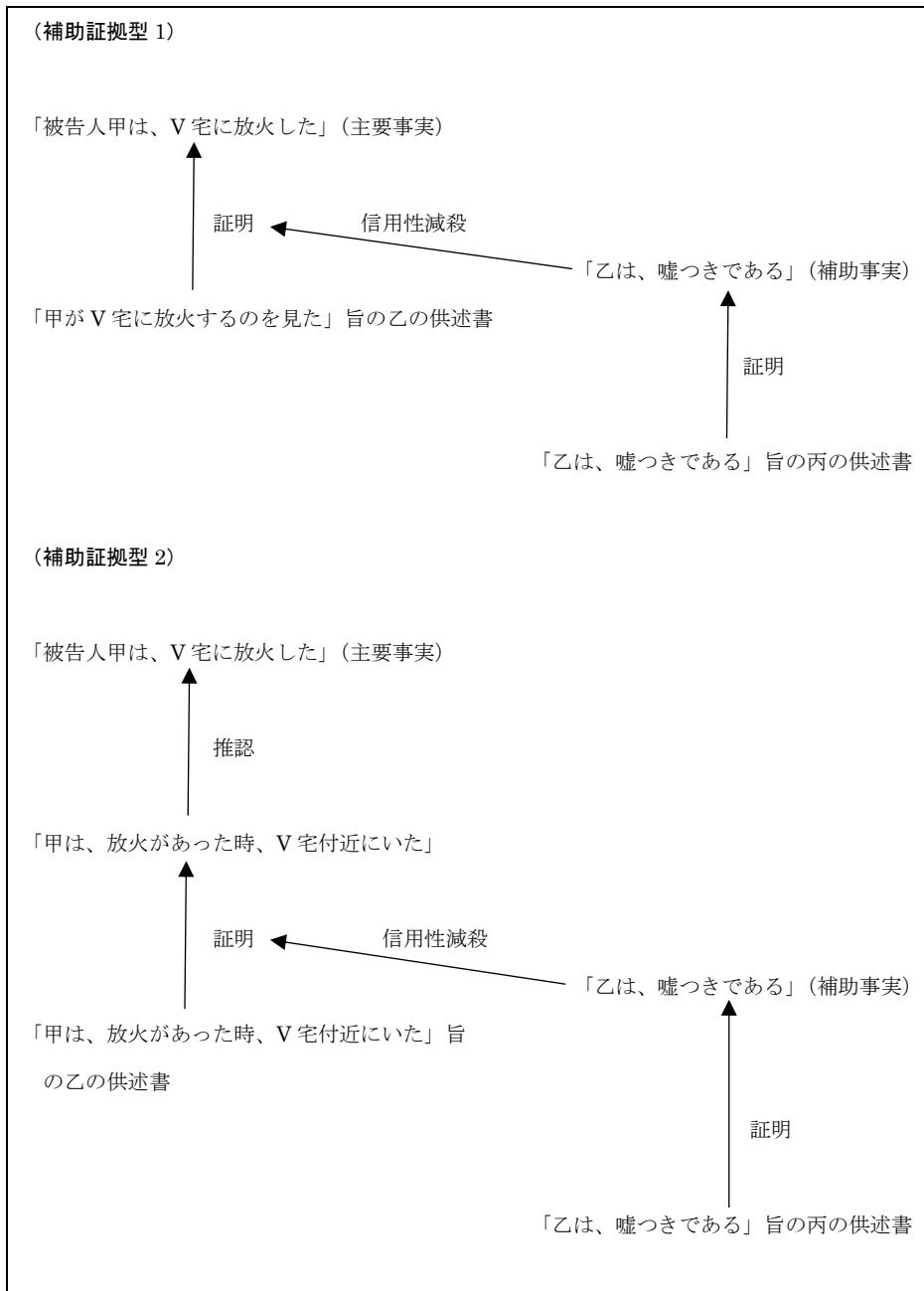


2) 検察官が取調べを請求している証拠（これを「検察官請求証拠」という。）については、検察官の立証方針に従って証拠の使い方を確定し、弁護人が取調べを請求している証拠（これを「弁護人請求証拠」という。）については、弁護人の立証方針に従って証拠の使い方を確定する。

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、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。）。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。

(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⑦→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

することができないという2つの場面がある。⁷⁾

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

そこで、②の使い方としては、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。

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。

(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。

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

A 基礎応用 304~308 頁

司 H21

⁷⁾ (イ)は、間接事実の推認力がゼロである場合のほか、間接事実による推認過程が経験則に合わない不合理(不確かな)なものとして禁止される場合(推認力が弱い)も含む。

推認過程を決するにあつては、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。

[論点1] 立証趣旨の拘束力

A 司 H21

例えば、検察官は、リフォーム詐欺の被告事件において、交付行為の存否が争点となっていたことから、「領収書の存在と内容」を立証趣旨として、「甲が○年○月○日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取った。」旨が記載されている領収書（以下「本件領収書」）の取調べ請求をしたとする。

検察官の立証趣旨を前提にすると、本件領収書から本件領収書の存在・記載自体という間接事実を立証することを介して、被告人甲とVの間における本件領収書記載通りの金銭の授受があった事実（以下「甲V間における金員授受の事実」という。）を推認するという推認過程を前提として、要証事実を本件領収書の存在・記載自体と捉えることになる。

しかし、領収書によってその存在・記載自体という間接事実を立証することを介して合理的に記載内容通りの金銭授受の事実を推認するためには、その領収書が金員受領者とされる者から金員支払者とされる者に対して交付された事実が証拠上認められる必要がある。そうすると、本件領収書が甲からVに交付された事実を証拠上認定できない場合には、検察官の立証趣旨に従った推認過程を前提として要証事実を設定すると、本件領収書から甲V間における金銭授受の事実を合理的に推認することができない。そこで、この場合には、裁判所において、検察官の立証趣旨に従わずに合理的に推認過程を設定し、それを前提として本件領収書の要証事実を設定することができないだろうか。

立証に関する当事者主義（規則189条1項参照）のもと、要証事実当該証拠の取調べ請求をした当事者が示す立証趣旨に従って決定されるのが原則である。

もっとも、立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合には、立証趣旨とは異なる実質的な要証事実を定めることができると解すべきである（判例）。⁸⁾

すなわち、立証趣旨に従って要証事実を証明することが、争点である主要事実を立証することとの関係で意味がないのであれば、立証趣旨に拘束されることなく実質的な要証事実を認定することができることになる（判例）。

[判例] 電車内の痴漢事件における被害再現状況見分調書等

A 司 H21 司 H25 司 R5

事案：検察官は、電車内での痴漢事件の第1回公判期日において、立証趣旨を「被害再現状況」とする状況見分調書（以下「本件状況見分調書」という。）及び立証趣旨を「犯行再現状況」とする写真撮影報告書（以下「本件写真撮影報告書」という。）の証拠調べを請求した。

本件状況見分調書は、警察署の通路において、長いすの上に被害者と犯人役の

最決 H17.9.27・百 82

⁸⁾ 「立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合」とは、①間接証拠型において、立証趣旨を前提とした「要証事実たる間接事実」を証明できない場合と、②間接証拠型において、立証趣旨を前提とした「要証事実たる間接事実」を証明することはできるが、「要証事実たる間接事実」から主要事実を合理的に推認できない場合を意味する。

第5章 違法収集証拠排除法則

A 基礎応用 363～376 頁

司 H18 司 H22 司 H27 予 H26 予 H30

1. 意義

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

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

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

A

2. 違法収集証拠排除法則の肯否と要件

違法収集証拠排除法則の肯否及び要件については、解釈に委ねられている

A

（1）違法収集証拠排除法則

違法収集証拠の証拠能力を否定する理論的根拠としては、①司法の無瑕性（廉潔性）論、②違法捜査抑止論及び③適正手続論の3つが考えられるところ、判例・通説は①・②を（主たる）根拠としている。

〔論点1〕 違法収集証拠排除法則

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

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

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

A 司 H18 司 H22 予 H26

最判 S53.9.7・百 88 等

（2）違法性承継論

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

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

例えば、司法警察員 P らは、逮捕状が発付されていないにもかかわらず、

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

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

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

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

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

[論点 2] 違法性承継論

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

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

A 司 H27 予 H30

最判 S61.4.25・百 89

最判 H15.2.14・百 90

(3) 毒樹の果実論

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

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

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

[論点 3] 毒樹の果実論

毒樹の果実論は、違法収集証拠排除法則の根拠の一つである違法捜査抑止論を根拠とするものであり、判例・学説いずれにおいても承認されており、

A

最判 S58.7.12・伊藤正己裁判官の補

足意見

昭和 58 年判決の伊藤正己裁判官の補足意見で明言されている。

確かに、違法収集証拠排除法則の根拠である将来の違法捜査抑止の観点からは、違法収集証拠排除法則により証拠能力を否定される第一次的証拠に基づいて獲得された二次的証拠の証拠能力も否定するべきである。

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

そこで、二次的証拠の証拠能力の肯否は、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された二次的証拠の重要性、第一次的証拠と二次的証拠との関連性の程度等を総合考慮して判断すべきと解する（判例）。³⁾

（4）違法性承継論と毒樹の果実論の併用が問題となる事案

例えば、違法な逮捕行為により被疑者甲を警察署まで連行し、警察署内で甲から尿の任意提出を受け、その尿から覚せい剤の成分が検出された旨の鑑定書を疎明資料として甲方を捜索場所とする捜索差押許可状が発付され、同許可状に基づく甲方における捜索・差押えにより覚せい剤が獲得されたというように、重大な違法を有する先行手続 A→法規違反のない中間手続 B により第一次的証拠が収集される（違法性承継論により第一次的証拠の証拠能力を否定される）→法規違反のない後行手続 C により二次的証拠が収集されるという事案では、第一次的証拠の証拠能力の有無については違法性承継論によって判断する一方で、二次的証拠の証拠能力の有無については毒樹の果実論によって判断するという判断手法がある。平成 15 年判決（大津事件）もこの立場である。

これに対し、第一次的証拠のみならず、二次的証拠についても、違法性承継論によって証拠能力を判断するという判断手法もある。この場合、第一次的証拠の証拠能力の有無の判断では、先行手続 A の重大な違法が中間手続 B に承継されるかが問題となり、二次的証拠の証拠能力の有無の判断では、先行手続 C の重大な違法が後行手続 C に承継されるかが問題となる（なお、いずれの判断においても、違法性の承継が認められたならば、排除相当性も問題となる。）。

〔論点 4〕 違法性承継論と毒樹の果実論の併用が問題となる事案

（論証 1）違法性承継論だけで判断する見解

まず、司法の廉潔性の維持及び将来の違法捜査抑止の要請に鑑み、①直接の証拠収集手続の重大な違法、②将来の違法捜査抑止の見地からみた排除

A

³⁾ 当てはめにおいては、上記 3 つの要素を総合考慮し、将来の違法捜査抑止の要請と実体的真実発見の要請とのいずれを優先するべきかを判断することになる。そして、3 つの考慮要素のうち、特に「第一次的証拠と二次的証拠との関連性の程度」が重要である。

例えば、違法な採尿手続によって得られた尿とその鑑定書との間の関連性は不可分一体といえるほどに強度である。他方で、違法な捜索・差押えによって収集された証拠 A を疎明資料として捜索差押許可状が発付され、同許可状に基づく捜索・差押えによって証拠 B が収集されたというように、第一次的証拠と二次的証拠との間に司法審査に基づく令状発付が介在している場合には、関連性の稀釈が認められる（稀釈法理）。なお、判例は、司法審査に基づく令状発付が介在していること自体を理由として関連性の稀釈を認めるため、捜索差押許可状を請求する際の疎明資料が違法収集証拠である証拠 A だけであっても関連性の稀釈を認めるが、証拠 A 以外に多くの適法に得られた情報・証拠が疎明資料とされていなければ関連性の稀釈を認めるべきではないとの考えもある。

また、第一次的証拠から得られる情報と同じものが全く別の適法な手続ないし経過によって得られ、これに基づき二次的証拠が発見・収集された場合には、第一次的証拠と二次的証拠との間の関連性はないものと評価される（独立源の法理）。

相当性を要件として、違法収集証拠の証拠能力が否定されると解する。

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

そして、大津事件判決は、違法な先行手続を利用した後行手続により収集された第一次的証拠の証拠能力については違法性承継論により判断する一方で、違法収集証拠として証拠能力が否定される第一次的証拠に由来する二次的証拠の証拠能力については毒樹の果実論により判断しているところ、このような判断手法は複雑であるため、二次的証拠の証拠能力についても違法性承継論により判断するべきであると解する。

（論証 2）違法性承継論と毒樹の果実論を併用する見解

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

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

そして、違法収集証拠として証拠能力が否定される第一次的証拠に由来する二次的証拠の証拠能力の肯否については、違法捜査抑止の要請と実体的真実発見の要請（1条）とを適切に調整するために、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された二次的証拠の重要性、第一次的証拠と二次的証拠との関連性の程度等を総合考慮して判断すべきと解する。毒樹の果実論）。⁴⁾

（5）証拠収集後の違法

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

例えば、平成15年判決（大津事件）では、違法逮捕により警察署まで連行された被疑者が同署内で任意に採尿に応じ、その尿及びその鑑定書の証拠能力が問題となった事案において、違法性承継論の枠組みの中で、「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない…という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の

最判 H15.2.14・百 90

⁴⁾ 毒樹の果実論は、違法に収集された第一次的「証拠」と、これに由来する二次的「証拠」との関係を論じるものである。これに対し、違法性承継論は、先行する違法な「手続」と、最終的に得られた「証拠」との関係を論じるものであり、必ずしも最終的に得られた証拠に先立つ第一次的証拠の存在を前提とするわけではない。また、違法性承継論においては、当該証拠の直接の収集手続の違法性（先行手続からそこへ違法が承継されるか否か）が問題とされる。これに対し、毒樹の果実論では、端的に二次的証拠と第一次的証拠との関係が問題とされ、必ずしも二次的証拠の収集手続の違法性を前提とするわけではない。

捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。」と判示することにより、先行手続である違法逮捕の後における警察官の隠ぺい工作を考慮して、逮捕手続の違法が重大であると認定している。

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

最決 H8.10.29

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

3. その他の問題

C

（1）被告人以外の者の利益を侵害する手続により獲得された証拠

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

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

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

（2）違法収集証拠に対する同意

違法収集証拠について被告人が証拠とすることに同意した場合に、証拠能

力が認められるか。

確かに、違法な証拠収集手続により侵害された被告人の利益が私的処分の可能な利益であるならば、被告人の同意により違法収集証拠に証拠能力を付与することを認める余地もある。

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

326条の同意との関係については、論証集175頁〔論点2〕参照。

(3) 私人による違法収集証拠

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

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

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

(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)
- ・「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)