

## 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

第4節. 刑事手続の理念・構造 p1～2

真実発見 / 弾劾主義と糾問主義 / 当事者主義と職権主義 / 捜査と公判の関係 (公判中心主義)

## 第2部 捜査

### 第1章 総論

…掲載なし…

### 第2章 強制処分と任意捜査

第1節. 「強制の処分」 p3～5

[論点1] 意思制圧説 (最決 S51.3.16・百1)

[論点2] 重要権利利益実質的侵害説

[補足] 当てはめのポイント

[判例1] 宅配便荷物のエックス線検査 (最決 H21.9.28・百30)

[判例2] GPS捜査 (最大判 H29.3.15・百31)

[論点3] 平成29年大法廷判決

第2節. 任意捜査の限界 p6～11

1. 捜査比例の原則 p6

[論点1] 任意捜査の限界 (最決 S51.3.16・百1)

2. 検討の流れ p6～8

3. 問題となる行為類型 p8～11

(1) 有形力行使、留置き

(2) 自動車検問

(3) 撮影行為

[論点1] 写真撮影の任意捜査としての適法性 (京都府学連事件・最大判 S44.12.24)

[論点2] ビデオカメラによる撮影の任意捜査としての適法性 (最決 H20.4.15・百9)

(4) 会話の秘密録音

ア. 会話の両当事者に内密に行われる秘密録音

イ. 会話当事者の一方の同意を得て行われる秘密録音

(5) おとり捜査

[論点3] おとり捜査の適法性 (最決 H16.7.12・百11)

(6) コントロールド・デリバリー

### 第3章 捜査の端緒

1. 職務質問と捜査 p12

2. 職務質問 p12

3. 付随行為 p12～13

(1) 職務質問のための有形力行使

[論点1] 職務質問のための有形力の行使

(2) 停止・同行以外の付随行為

(3) 所持品検査

[論点 2] 所持品検査の可否・限界 (米子銀行強盗事件・最判 S53.6.20・百 4)

## 第4章 被疑者の逮捕・勾留

### 第1節. 逮捕 p14~18

1. 通常逮捕 p14

2. 現行犯逮捕 p14~16

[論点 1] 現行犯逮捕の要件

3. 準現行犯逮捕 p16~18

[論点 2] 準現行犯逮捕の要件

4. 緊急逮捕 p18

### 第2節. 被疑者勾留 p19~21

1. 概要 p19

2. 勾留の理由 p19~21

3. 勾留の期間 p21

4. 勾留期間満了前に被疑者を勾留から解放する方法 p21

### 第3節. 逮捕・勾留に関する論点 p22~27

1. 事件単位の原則 p22

[論点 1] 事件単位の原則

2. 一罪一逮捕一勾留の原則 p22~25

[論点 2] 重複逮捕・重複勾留の禁止の原則

・ 重複逮捕・重複勾留禁止の原則が適用される範囲

・ 重複逮捕・重複勾留禁止の原則の例外

[論点 3] 再逮捕・再勾留禁止の原則

・ 再逮捕・再勾留禁止の原則が適用される範囲

・ 再逮捕・再勾留禁止の原則の例外

[論点 4] 違法逮捕後の再逮捕

3. 別件逮捕・勾留 p25~26

[論点 5] 別件逮捕・勾留の可否

[論点 6] 逮捕・勾留中の余罪 (本件) 取調べの可否・限界

[論点 7] 別件逮捕・勾留終了後における本件を被疑事実とする逮捕・勾留

4. 違法逮捕に基づく勾留請求 p26~27

[論点 8] 違法逮捕に引き続く勾留請求

5. 逮捕前置主義 p27

(1) 被疑事実の同一性

(2) 被疑事実の変動

[論点 9] 被疑事実を切り替えることによる勾留

[論点 10] 逮捕の基礎となった事実と別事実を付け加えてする勾留

## 第5章 取調べ等

1. 取調べの適法性 p28~29

[論点 1] 任意同行とその後の取調べの適法性 (高輪グリーン・マンション殺人事件・最決 S59.2.29・百 6)

[論点 2] 黙秘権告知をしないままでの任意取調べ (最大判 S23.7.14)

2. 任意同行と実質的逮捕の区別 p29~30

[論点 3] 任意同行と実質的逮捕との区別

3. 取調受忍義務 p30

[論点 4] 取調受忍義務

4. 起訴後勾留中の被告人の取調べ p30

[論点 5] 起訴後勾留中の被告人の取調べ (最決 S36.11.21・百 A16)

## 第6章 証拠の収集

### 第1節. 総論 p31~32

意義 / 令状主義

### 第2節. 令状に基づく捜索 p33~37

1. 令状において捜索対象が特定されていること p33

[論点 1] 「捜索すべき場所、身体若しくは物」の特定 (東京地決 H2.4.10)

2. 捜索対象に令状の効力が及んでいること p33~36

[論点 2] 管理権を異にする同一空間内における捜索の可否

[論点 3] 「場所」に対する捜索差押許可状に基づき捜索場所にある物を捜索することの可否

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

[論点 5] 捜索実行中に捜索場所に搬入された物を捜索することの可否 (最決 H19.2.8・百 22)

3. 差押目的物が存在する蓋然性 p36

4. 捜索の必要性 p36

5. 強制採尿 p36~37

[論点 6] 強制採尿に関する諸問題

・強制採尿の「強制の処分」該当性 (最決 S55.10.23・百 28)

・カテーテル挿入による強制採尿の可否 (最決 S55.10.23・百 28)

・強制採尿令状 (最決 S55.10.23・百 28)

・強制採尿令状による採尿場所への強制連行 (最決 H6.9.16・百 29)

### 第3節. 令状に基づく差押え p38~42

1. 令状の有効性 p38~39

[論点 1] 「罪名」の記載 (最大決 S33.7.29・百 20)

[論点 2] 「差し押さえるべき物」の概括的記載 (最大決 S33.7.29・百 20)

2. 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 p39~41

[論点 3] 令状記載の「差し押さえるべき物」への該当性 (最判 S51.11.18・百 23)

[論点 4] 電磁的記録媒体をその内容を確認しないで差し押さえることの可否 (最決 H10.5.1・百 24)

[論点 5] 関連性の判断基準時

3. 別件差押え p41~42

[論点 6] 別件差押え (最判 S51.11.18・百 23)

4. 差押えの必要性 p42

### 第4節. 捜索・差押えに「必要な処分」 p43~45

1. 「必要な処分」の限界 p43~45

(1) 捜査比例の原則

[論点 1] 「必要な処分」の限界 (最決 H14.10.4・百 A5)

(2) 令状の事前呈示の原則

[論点 2] 令状の事前呈示の原則 (最決 H14.10.4・百 A5)

(3) 「必要な処分」の実質的根拠による制限

[論点 3] 押収した携帯電話のデータ復元 (平成 22 年司法試験設問 1)

2. 搜索・差押え時に行われる写真撮影 p45～46

[論点 4] 搜索・差押え時に行われる写真撮影 (平成 21 年司法試験設問 1、最決 H2.6.27・百 33)

第 5 節. 逮捕に伴う搜索・差押え p47～54

1. 逮捕に伴う無令状搜索・差押えの根拠 p47

[相当説]

[緊急処分説]

[いずれの見解によるべきか]

2. 「逮捕する場合」(時間的限界) p47～48

[相当説] 最大判 S36.6.7・百 A6

[緊急処分説]

3. 「逮捕の現場」(場所的限界) p48～50

(1) 相当説

[論点 1] 管理権の同一性

[論点 2] 第三者に属する場所

[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搜索・差押えを実施する場合 (最決 H8.1.29・百 27)

(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

[論点 2] 第三者に属する場所

4. 対象物 (物的限界) p50～52

(1) 搜索

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

[論点 2] 逮捕行為が行われた場所に偶々居合わせた第三者の身体・所持品

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

[論点 2] 逮捕行為が行われた場所に偶々居合わせた第三者の身体・所持品

(2) 差押え

ア. 相当説

[論点 1] 差押えの物的範囲

[論点 2] 凶器・逃走具

イ. 緊急処分説

[論点 1] 差押えの物的範囲

[論点 2] 凶器・逃走具

5. 搜索・差押えの必要性 p52～53

6. まとめ p53～54

[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

[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

第 6 節. 領置 p55～56

1. 領置の意義 p55

2. 適法性の判断枠組み p55～56

[論点 1] 「遺留した物」

[論点 2] 「領置」の限界 (最決 H20.4.15・H20 重判 1)

## 第7章 検証・鑑定・その他の捜査手段

第1節. 検証 p57

第2節. 鑑定 p58

第3節. 体液等の採取 p58～59

1. 尿の採取

自然排尿の採取 / 強制採尿

2. 血液の採取

同委による採血、流出した血液の採取 / 強制採血

第4節. 通信・会話の傍受 p59～60

1. 通信傍受

2. 会話録音

第5節. その他の捜査方法 p60

## 第8章 捜査の終結

…掲載なし…

## 第9章 被疑者の防御活動

第1節. 黙秘権 p62

第2節. 弁護人の援助を受ける権利 p62

第3節. 接見交通権 p62～64

1. 弁護人との接見交通権 p62～63

[論点1] 接見指定の可否 (最判 H11.3.24・百 34)

[論点2] 接見指定の内容 (最判 H12.6.13・百 35)

(論証1) 一般論

(論証2) 逮捕直後の初回接見

2. 任意取調べ中の被疑者との弁護人面会 p64

[論点3] 任意取調べ中の被疑者との弁護人面会 (東京高判 R3.6.16・百 38)

3. 起訴後の余罪捜査と接見指定 p64

[論点4] 起訴後の余罪捜査と接見指定 (最決 S55.4.28・百 36、最決 S41.7.26)

## 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 p65

1. 起訴独占主義

2. 不告不理の原則

第2節. 起訴便宜主義 p65～66

[論点1] 一罪の一部起訴の可否 (東京高判 H17.12.26・H18 重判 2、最大判 H15.10.7)

[論点2] 告訴なき旧強姦罪の一部起訴に対して裁判所がとるべき対応

第3節. 検察官の起訴裁量の抑制等 p66～67

### 第2章 公訴提起の手續、要件、効果

第1節. 公訴提起の手續 p68

第2節. 公訴提起の要件 p68～73

1. 起訴状の記載 p68

[論点 1] 脅迫・名誉毀損等の手段・方法として用いられた文書の内容の引用 (最判 S33.5.20、最判 S44.10.2)

[論点 2] 被告人の前科・前歴、余罪、素行、性癖など (最大判 S27.3.5)

2. 公訴時効 p68～72

(1) 公訴時効の根拠

(2) 公訴時効の起算点

[論点 1] 「犯罪行為が終わった時」 (最決 S63.2.29・百 43)

[論点 2] 科刑上一罪 (最決 S63.2.29・百 43、最判 S47.5.30)

(3) 公訴時効の停止

[論点 3] 起訴状謄本が法定期間内に送達されなかった場合 (最決 S55.5.12)

[論点 4] 訴因不特定の場合 (最決 S56.7.14)

[論点 5] 一時的な海外渡航 (最決 H21.10.20・H21 重判 2)

[論点 6] 公訴時効の停止が生じる「当該事件」 (最決 S56.7.14)

[論点 7] 誤って併合罪の関係にある事実について訴因変更請求をした場合 (最決 H18.11.20・百 A12)

[論点 8] 真犯人でない者に対する公訴提起

[論点 9] 身代わり犯人に対する公訴提起

3. 親告罪における告訴 p73

第3節. 公訴提起の効果 p73

第4節. 被告人の確定 p73～74

[論点 1] 被告人の確定基準

[論点 2] 通常手続における氏名等の冒用

[論点 3] 略式手続における氏名等の冒用 (最決 S50.5.30、大阪高決 S52.3.17)

[論点 4] 身代わり犯人

### 第3章 訴訟条件

1. 訴訟条件の判断基準 p75～77

[論点 1] 訴訟条件の存否判断では訴因と心証のいずれを基準にするべきか

[論点 2] 免訴事由が問題となる場合

[論点 3] 公訴棄却事由が問題となる場合 (東京地判 S58.9.30・百 A21)

[論点 4] 管轄違いが問題となる場合 (最判 S28.3.20)

2. 訴訟条件の追完 p77

[論点 5] 訴訟条件の追完

### 第4章 訴因

第1節. 訴因制度 p78～79

1. 訴因の設定権限

2. 審判対象論

第2節. 訴因の特定 p80～86

1. 訴因の特定に必要な記載 p80～84

(1) 総論

[論点 1] 訴因の特定のために必要とされる記載

(2) 「できる限りの意義

[論点 2] 「日時、場所及び方法」の概括的記載 (最決 S56.4.25・百 44、白山丸事件・最大判 S37.11.28・百 A15)

[判例] 覚せい剤自己使用罪の日時・場所・方法についての幅のある記載 (最決 S56.4.25・百 44)

(3) 科刑上一罪、包括一罪

[論点 3] 科刑上一罪、包括一罪 (最決 H26.3.17・百 45)

(4) 共同正犯

[論点 4] 殺人罪の共謀共同正犯の実行行為者を明示しない訴因

[論点 5] 共謀共同正犯の訴因において共謀の日時・場所・方法が特定されていない場合

2. 裁判所の求釈明 p85～86

[論点 6] 訴因の特定と求釈明

[論点 7] 釈明内容は訴因の内容となるか

第3節. 訴因変更 p87～101

1. 思考の流れ p87～88

2. 訴因変更の要否 p88～96

(1) 訴因変更の要否の判断基準 p88～90

[論点 1] 訴因変更の要否の判断基準 (最決 H13.4.11・百 46)

[判例 1] 殺人罪の共同正犯の実行行為者 (最決 H13.4.11・百 46)

[判例 2] 訴因と異なる放火方法の認定 (最決 H24.2.29・H24 重判 4)

[判例 3] 過失 (最決 S63.10.24、最判 S46.6.22・百 A16)

(2) 縮小認定 p90～93

[論点 2] 縮小認定

(論証 1) 縮小認定の可否

(論証 2) 縮小認定の際の争点顕在化措置

[論点 3] 単独犯と共同正犯の関係

(論証 1) 単独犯の訴因で共同正犯の認定 (最判 S34.7.24)

(論証 2) 共同正犯の訴因で単独犯の認定 (最決 S30.10.29)

[論点 4] 共謀共同正犯の訴因で幫助の事実を縮小認定する場合

(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 p93～95

[論点 5] 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 (平成 25 年予備試験設問 1・2、平成 29 年予備試験設問 2)

(4) 罪数の変化 p95

[論点 6] 罪数の変化

(5) 罰条の変更 p95～96

[論点 7] 罰条の変更の要否 (最決 S53.2.16・百 A17)

3. 訴因変更の可否 p96～98

(1) 意義

(2) 訴因変更の可否の判断基準

[論点 1] 訴因変更の可否の判断基準

4. 訴因変更の限界・訴因変更命令 p98～101

[論点 1] 訴因変更の時期的限界 (福岡高那覇支部判 S51.4.5・百 A18)

[論点 2] 公判前整理手続終了後の訴因変更請求 (東京高判 H20.11.18・百 55)

[論点 3] 訴因変更命令の形成力 (最大判 S40.4.28・百 A20)

[論点 4] 裁判所の訴因変更命令義務 (最決 S43.11.26 等)

[論点 5] 訴因維持義務 (最判 S42.8.31・百 A19)

[論点 6] 裁判所の訴因維持命令権限

第4節. 裁判所の審判対象 p102～103

[論点 1] 横領後の横領 (最大判 H15.4.23・百 40)

## 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 p105

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 p105

…掲載なし…

### 第2章 公判準備

第1節. 公判準備の意義 p106

第2節. 公判期日を開く前提となる手続 p106

第3節. 被告人・証人等の出頭確保 p106

第4節. 被告人の勾留と保釈 p106～109

1. 被告人の勾留 p106～107

2. 保釈 p107～109

[論点1] 勾留の基礎とされていない犯罪事実まで考慮することの可否 (最決 S44.7.14・百 A28)

[論点2] 再犯のおそれを考慮することの可否 (高松高決 S39.10.28)

第5節. 公判期日外における証拠の収集保全 p109

第6節. 狭義の公判準備と証拠開示 p110

1. 事前準備手続 (従来の公判前準備手続) p110

2. 従来型の証拠開示 p110

3. 公判前整理手続 p110～114

[論点1] 聴き取り捜査報告書の316条の15第1項6号該当性 (大阪高決 H18.10.6、東京高決 H20.4.1等)

[論点2] 公判前整理手続終了後における被告人側の新たな主張・供述等 (最決 H27.5.25・百 56)

4. 期日間整理手続 p114

### 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 p115～116

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 p116

第3節. 弁論の併合・分離 p116

…掲載なし…

第4節. 公判手続の停止、更新、弁論の再開 p116

…掲載なし…

第5節. 犯罪被害者・証人等の保護、被害回復等 p116

…掲載なし…

## 第5部 証拠法

### 第1章 序論

第1節. 検察官の挙証責任 p117

第2節. 証拠の分類 p117

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. 厳格な証明 p118

第4節. 証拠能力 p118



第5節. 証拠の評価・心証の形成 p118～119

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 p120～125

1. 同種前科証拠 p120～123

(1) 犯人性の立証

[論点1] 被告人の犯罪性向の立証を媒介とする犯人性立証 (最判 H24.9.7・百60)

[論点2] 被告人の犯罪性向の立証を媒介としない犯人性立証 (最判 H24.9.7・百60)

(2) 同種前科証拠による立証が許容される場合

[論点3] 故意の立証

(3) 伝聞法則

2. 類似事実証拠 p123～125

(1) 犯人性の立証

[論点1] 被告人の犯罪性向の立証を媒介とする犯人性立証 (最決 H25.2.20・H25 重判4)

[論点2] 被告人の犯罪性向の立証を媒介としない犯人性立証 (最決 H25.2.20・H25 重判4)

(2) 類似事実証拠による立証が許容される場合

(3) 伝聞法則

第2節. 科学的証拠 p125

[論点3] 科学的証拠の証拠能力

第3章 自白

第1節. 自白の証拠能力 p126～133

1. 自白法則の意義 p126

[論点1] 不任意自白の証拠能力が否定される根拠

2. 自白の任意性の判断基準 p126～128

[論点2] 「強制、拷問若しくは脅迫による自白」

[論点3] 「不当に長く勾留若しくは拘禁された後の自白」

[論点4] 「その他任意になされたものでない疑のある自白」

[論点5] 反復自白

3. 不任意自白の派生的証拠 p128～129

[論点6] 不任意自白の派生的証拠

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 p129～130

[論点7] 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

(論証1) 毒樹の果実論

(論証2) 違法収集証拠排除法則における違法承継論

5. 第三者の不任意自白 p130～132

[論点8] 第三者の不任意自白

(論証1) 第三者の不任意自白が公判廷において被告人の有罪の証拠として用いられる場合

(論証2) 第三者の不任意自白が捜査段階である令状請求手続において疎明資料として用いられる場合

6. 伝聞法則 p132～133

(1) 被告人の自白

(2) 共犯者の自白

(3) 自白調書のとり請求の制限

## 第2節. 補強法則 p134～137

### 1. 補強証拠 p134～136

[論点1] 補強証拠適格

[論点2] 補強証拠の必要な範囲

[例1] 被告人の犯人性 (最判 S24.7.19、最大判 S30.6.22)

[例2] 犯罪の主観的側面 (最判 S24.4.7、最大判 S25.11.29)

[例3] 殺人罪

[例4] 無免許運転の罪 (最判 S42.12.21・百 76)

[例5] 覚せい剤取締法違反の罪 (東京高判 S56.6.29)

[例6] 窃盗罪 (最判 S26.3.9)

[例7] 盗品等有償譲受け罪 (最決 S29.1.26、最決 S29.5.4)

[例8] 強盗傷人罪 (最判 S24.4.30)

[論点3] 補強証拠の証明力 (最判 S23.10.30、最大判 S30.6.22)

### 2. 共犯者の自白 p136～137

(1) 共犯者の証人適格

(2) 伝聞法則

(3) 補強証拠の要否

[論点4] 共犯者の自白についての補強証拠の要否 (最判 S51.10.28・百 77)

## 第4章 伝聞法則

### 第1節. 伝聞法則の意義 p138

### 第2節. 伝聞・非伝聞の区別 p139～157

#### 1. 伝聞法則 p139

#### 2. 伝聞・非伝聞の区別 p139～144

(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

(2) 要証事実を導くプロセス

ア. 基本レベルの説明

イ. 応用レベルの説明

#### 3. 立証趣旨の拘束力 p144～148

[論点1] 立証趣旨の拘束力 (最決 H17.9.27・百 82)

[判例] 電車内の痴漢事件における被害再現実況見分調書等 (最決 H17.9.27・百 82)

#### 4. 心理状態の供述、反対尋問を経ない公判証言 p148～149

(1) 心理状態の供述

[論点2] 心理状態の供述

(2) 反対尋問を経ない公判証言

[論点3] 反対尋問を経ない公判証言

#### 5. 供述の存在自体を要証事実とする場合 p149～154

(1) 供述の存在自体 p150～151

(2) 共犯事案における犯行計画メモ p151～153

(3) 領収書 p153～154

#### 6. 写真・録音テープ・ビデオテープ p154～157

(1) 問題の所在

[論点4] 写真・録音・録画 (最決 S59.12.21・百 87)

[論点5] 原供述者の署名・押印の要否 (最決 H17.9.27・百 82)

(2) 論じ方

- ・客観的状況（犯行状況等）を撮影した場合
- ・人の供述を録音・録画等した場合のうち、原供述の内容の真実性が問題とならないとき
- ・人の供述を録音・録画等した場合のうち、原供述の内容の真実性が問題となる時

第3節. 伝聞例外 p158～173

1. 伝聞証拠の分類 p158

2. 裁面調書 p158～159

[論点1] 他の刑事事件における被告人としての公判供述を録取した書面（最決 S57.12.17・百 A36）

[論点2] 証人の記憶喪失・宣誓拒絶・証言拒絶等（東京高判 H22.5.27・百 79）

3. 検面調書 p159～161

[論点1] 供述不能の場合（2号前段）における特信情況の要否

[論点2] 証人尋問決定後の退去強制により出国した者の検面調書（最判 H7.6.20・百 80）

[論点3] 相反性（最決 S32.9.30）

[論点4] 相対的特信情況（最判 S30.1.11・百 A37）

[論点5] 証人尋問後に作成された検面調書（東京高判 S31.12.15、最決 S58.6.30）

4. 3号書面（伝聞例外の一般規定） p161～162

5. 公判準備・公判期日における供述調書 p162

6. 裁判所・裁判官の検証調書 p162

7. 捜査機関の検証調書 p162～168

(1) 意義

(2) 趣旨

(3) 要件

[論点1] 実況見分調書（最判 S35.9.8・百 A38）

[論点2] 作成主体は「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に限られるか（最決 H20.8.27・百 83）

(4) 問題のパターン

ア. 検証調書

[論点3] 立会人の指示説明（現場指示）・現場供述

イ. 実況見分調書

[論点4] 写真（最決 H17.9.27・百 82）

ウ. 捜査報告書

8. 鑑定書 p168～169

[論点1] 鑑定受託者の鑑定書（最判 S28.10.15・百 A39）

9. ビデオリンク方式による証人尋問調書 p169

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 p169

11. 被告人の供述書・供述録取書 p169～170

(1) 意義

(2) 共犯者の自白

[論点1] 共同被告人の自白調書

(3) 322条1項但書と自白法則の関係

12. 被告人の公判準備・公判期日における供述録取書 p171

13. 特信書面 p171

公務員の証明文書 / 業務文書 / その他の特信文書

14. 被告人以外の者の伝聞供述 p172

15. 被告人の伝聞供述 p172

16. 再伝聞 172～173

[論点1] 再伝聞の許容性

[論点2] 伝聞例外の適用(準用)の態様

17. 謄本・抄本・写し p173

第4節. 325条～328条 p174～179

1. 任意性の調査 p174

[論点1] 任意性の調査の時期(最決 S54.10.16・百 A40)

2. 同意書面 p174～175

[論点1] 伝聞証拠の証明力を争うための原供述者の証人尋問の請求

[論点2] 違法収集証拠に対する同意

[論点3] 出頭拒否・不許可退廷・退廷命令の場合における擬制同意(最決 S53.6.28)

3. 合意書面 p175

4. 弾劾証拠 p175～179

[論点1] 証明力を争うための証拠(最判 H18.11.7・百 85)

[論点2] 自己矛盾供述の存在についての立証方法(最判 H18.11.7・百 85)

[論点3] 回復証拠

(論証1) 自己矛盾供述により弾劾された公判供述の信用性を回復する場合

(論証2) 自己矛盾供述以外の証拠により弾劾された公判供述の信用性を回復する場合

[論点4] 増強証拠

第5節. 重要事項に関する補足 p180～186

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? p180

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 p180～181

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 p181～182

4. 要証事実を設定する場合における答案の流れ p182～183

5. 伝聞証言に該当する場合 p183～184

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 p184～185

7. 単独犯の事例における犯行計画メモの使い方 p186

## 第4章 違法収集証拠排除法則

1. 意義 p187

2. 違法収集証拠排除法則の肯否と要件 p187～191

(1) 違法収集証拠排除法則

[論点1] 違法収集証拠排除法則(最判 S53.9.7・百 88等)

(2) 違法性承継論

[論点2] 違法性承継論(最判 S61.4.25・百 89、最判 H15.2.14・百 90)

(3) 毒樹の果実論

[論点3] 独受の果実論(最判 S58.7.12・伊藤正己裁判官の補足意見)

(4) 違法性承継論と毒樹の果実論の併用が問題となる事案

[論点2] 違法性承継論と毒樹の果実論の併合が問題となる事案

(論証1) 違法性承継論だけで判断する見解

(論証2) 違法性承継論と毒樹の果実論を併用する見解

(5) 証拠収集後の違法

3. その他の問題 p191～192

(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 p193

### 第2章 有罪判決

#### 第1節. 罪責認定 p194~197

##### 1. 「犯罪の証明」 p194

[論点1] 「犯罪の証明」(最決 H19.10.16・百58、最判 H22.4.27・百59)

##### 2. 択一的認定 p194~195

[論点2] 択一的認定 p195~196

(論証1) 明示的択一的認定

(論証2) 秘められた択一的認定(札幌高判 S61.3.24・百91)

[論点3] 単独犯と共同正犯の関係(平成24年司法試験設問2)

(論証1) 判決内容の問題点

(論証2) 判決手続の問題点

##### 3. 予備的認定 p197

[論点3] 予備的認定

##### 4. 概括的認定 p197

[論点4] 概括的認定

[例1] 殺人罪の共同正犯における実行行為者(最決 H13.4.11・百46)

[例2] 過失の態様

#### 第2節. 刑の量定 p198

### 第3章 裁判の効力

#### 1. 裁判の形式的確定と実質的確定 p199

#### 2. 執行力 p199

#### 3. 拘束力 p199

#### 4. 一事不再理効 p199~202

[論点1] 一事不再理効の客観的範囲(原則)

[論点2] 公訴事実の単一性の判断手法(最判 H15.10.7・百95)

[論点3] 一事不再理効の客観的範囲の縮小

[論点4] 一事不再理効の時間的範囲(最決 R3.6.28(百96))

## 第7部 簡易化された審判手続

#### 1. 簡易公判手続 p203

#### 2. 即決裁判手続 p203

#### 3. 略式手続 p203

## 第8部 上訴

### 第1章 上訴制度 p205

### 第2章 控訴 p205～206

[論点1] 控訴審による職権調査の範囲

[例1] 包括一罪又は科刑上一罪（観念的競合・牽連犯）（最大決 S46.3.24）

[例2] 単純一罪（大小関係）（最決 H25.3.5・百98）

[例3] 単純一罪（非両立関係）（最決 H元.5.1）

### 第3章 上告 p206～207

### 第4章 抗告 p207

## 第9部 非常救済手続

### 第1章 再審 p209～210

[論点1] 再審事由である証拠の明白性・証拠の新規性

（論証1）証拠の新規性（最決 S29.10.19）

（論証2）証拠の明白性（最決 S51.10.12・百A56）

### 第2章 非常上告 p210

## 第1部 序章

### 第1節. 刑事訴訟法の意義

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。

A 基礎応用 1 頁

### 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 基礎応用 1 頁

### 第3節. 刑事手続の全体像

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）

A 基礎応用 1~2 頁

### 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 司 R6

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>1)</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。

A 司 H19 司 H22 司 H27 司 H30

司 R4 司 R6 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、個人の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

<sup>1)</sup> 「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・⑧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) …。」<sup>2)</sup>

[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。

<sup>2)</sup> 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2節. 任意捜査の限界

任意捜査とは、「強制の処分」に当たらないものであり、強制処分法定主義（197条1項但書）に服しないから、刑訴法上の特別の根拠規定を要しない。また、現行の憲法及び刑訴法で令状主義が定められているのは、「強制の処分」に限られるため、任意捜査は、令状主義にも服しないから、無令状で行い得る。もっとも、任意捜査であっても、被処分者の権利・利益を侵害するから、捜査比例の原則が適用され、一定の範囲でのみ許容される。

### 1. 捜査比例の原則

ある捜査行為は、「強制の処分」に該当しなくても、捜査比例の原則の適用を受けることになる。

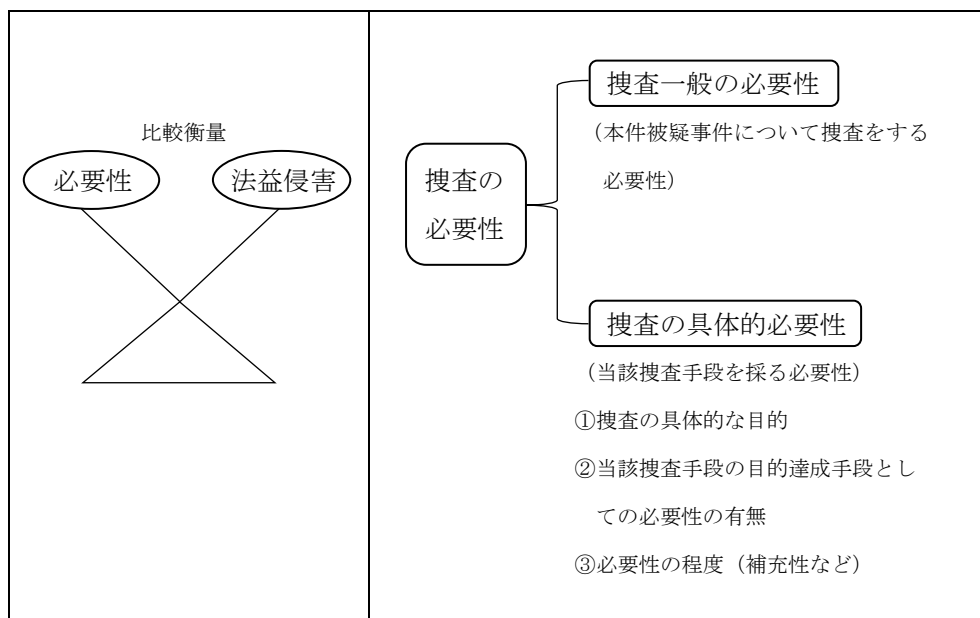
#### [論点1] 任意捜査の限界

任意捜査であっても、捜査比例の原則の適用を受けるから、必要性、緊急性なども考慮した上で、具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要」な捜査（197条1項本文）といえ適法であると解される（判例）。

### 2. 検討の流れ

捜査の必要性の有無 → 捜査の必要性の程度 → 法益侵害の有無・大小 → 捜査の必要性と法益侵害との合理的権衡の有無という流れで論じる。

[図]



#### (1) 上位規範と下位規範の整理

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

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

A 基礎応用 17～34 頁

司 H19 司 H22 司 H26 司 H27

司 H28 司 H30 司 R2 司 R4 司 R6

予 H24 予 H26

A

A 最決 S51.3.16・百1

司 H19 司 H27 司 H28 司 H30

司 R6 予 H24 予 H26

A

整理になる。

## (2) 「必要性」の存否・程度

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

### ア. 「必要性」の中身

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

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

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

### イ. 「必要性」の程度

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

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

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

## (3) 「法益侵害の内容・程度」

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

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

全ての要素を考慮する必要はなく、当該事案において重要度の高そうな要素を考慮すれば足りる（アでも同様である）。

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

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

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

#### (4) 法益侵害と必要性との間の合理的権衡

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

### 3. 問題となる行為類型

#### (1) 有形力行使、留置き

捜査機関が被疑者の身体に直接に有形力をこうした場合（ex.その場から立ち去ろうとした被疑者を引き留めるために、その左腕を掴んだ）や、被疑者を公道上などで呼び止めて長時間にわたり留め置いた場合（ex.強制採尿令状請求後の留置き）には、①意思制圧説により「強制の処分」該当性を検討する（意思を制圧して身体の自由や行動の自由に制約を加えるものか否か）。

②「強制の処分」に該当しないときは、捜査比例の原則に従って任意捜査の限界を論じる（[論点1]）。

#### (2) 自動車検問

自動車検問における一斉検問のうち「警戒検問」と「交通検問」については、法的根拠に争いがあるところ、判例は、①「強制力を伴わない任意手段による限り」、警察法2条1項を根拠として行い得ると解している。その上で、②「警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無にかかわらず短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などを行うことは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法…である。」としており、これは警察法2条2項に現れている警察比例の原則を適用したものであると解されている。

#### (3) 撮影行為

被疑者の容ぼう・姿態等の写真撮影、ビデオカメラによる撮影については、①重要権利利益実質的侵害説により「強制の処分」該当性を検討し、被侵害権利の重要性では、被侵害利益であるプライバシーが②みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由にとどまるのか、それとも③憲法35条によって保障される「住居、書類及び所持品」又はこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利に当たるのかという点が重要な争点となる。

②「強制の処分」に該当しないときは、捜査比例の原則に従って任意捜査の限界を論じる（[論点1]）。

##### [論点1] 写真撮影の任意捜査としての適法性

任意捜査であっても、捜査比例の原則の適用を受けるから、必要性、緊急性なども考慮した上で、具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要」な捜査（197条1項本文）といえ適法であると解される（判例）。

A 司 H28(留め置き)

有形力行使（最決 S51.3.16・百1）、  
留置き（最決 H6.9.16・百2）

C

最決 S55.9.22・百A1

警察法は警職法と異なり、組織規範にすぎないため、①の判例理論には批判がある。

A 司 H19 司 H30 司 R6 予 H24

B

京都府学連事件・最大判 S44.12.24

公道上の被疑者の写真撮影に即していえば、みだりに容貌等を撮影されない自由（憲法 13 条後段）の侵害を伴うことに鑑み、①現行犯的状况、②証拠保全の必要性・緊急性、③撮影方法が一般的に許容される限度を超えない相当なものであることを要する（判例）。<sup>4)</sup>

**〔論点 2〕ビデオカメラによる撮影の任意捜査としての適法性**

任意捜査であっても、捜査比例の原則により、必要性、緊急性なども考慮した上で具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要な」捜査として適法であると解する。

そして、京都府学連事件大法廷判決が要件として挙げている現行犯的状况は、撮影という捜査手段を用いる必要性が高度に認められる一場面の例示にすぎないから、絶対的な要件ではないと解する（判例）。

A 司 H19 司 H30 司 R6 予 H24

最決 H20.4.15・百 9

**(4) 会話の秘密録音**

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

いずれの秘密録音についても、①学説の重要権利利益実質的侵害説により「強制的処分」該当性を判断し、②「強制的処分」該当性が否定された場合には任意捜査の限界を論じる。

A

千葉地判 H3.3.29・百 10

**ア. 会話の両当事者に内密に行われる秘密録音**

この類型では、①「強制的処分」該当性の判断において、被侵害権利である会話内容についてのプライバシーが⑦みだりに会話内容を録音されない自由にとどまるのか、それと④憲法 35 条 1 項によって保障される「住居、書類及び所持品」又はこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利という意味での重要なプライバシーに当たるのかという点が重要な争点となる。

司 H27

②「強制的処分」に該当しないときは、捜査比例の原則に従って任意捜査の限界を論じる（〔論点 1〕）。秘密録音が被疑事件に関する会話内容を証拠として保全することを目的としていることから、秘密録音の必要性が認められるためには、少なくとも、⑦その場所で、その時間に、対象者による被疑事件に関する会話をする蓋然性が認められることを要する。また、④秘密録音では、被疑事件に関する会話は、それがなされるのと同時に消失していくものであるから、消失前に証拠として保全するために録音をする緊急の必要性もあるとの理由から、緊急性が認められる。他方で、⑦秘密録音によるプライバシー侵害の大小では、(i)会話内容の内密性（会話内容が私生活や人格権にかかわるような内密性のあるものであるか）、(ii)会話の場所の閉鎖性又は開放性（他人から会話を聴取されることを容認すべき場所であるかどうか）、(iii)秘密録音の時間などが考慮される。

⑦～⑨は会話の一方当事者の同意を得て行われる秘密録音にも妥当する。

**イ. 会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音**

この類型については、①話者のプライバシーの主要な要素である会話内容の秘密性が会話の相手方に委ねられていることから、話者の一方の同意

司 H22 予 H24

千葉地判 H3.3.29・百 10

<sup>4)</sup> これら①～③は絶対的な要件ではないから、一段落目だけを規範として定立するという書き方でも良いし、そうすることが望ましい事案もある。

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

②上記①に従って「強制の処分」該当性を否定したら、捜査比例の原則に従って任意捜査の限界を論じる（[論点 1]）。

## （5）おとり捜査

A 司 H22 司 R4 予 H24

おとり捜査とは、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する」捜査手法をいう（判例）。<sup>5)</sup>

おとり捜査は、覚せい剤密売、けん銃密売など、密航性がある上に直接の被害者がいない犯罪の捜査として行われるのが通常である。

おとり捜査は、機会提供型・犯意誘発型に分類される。

### [論点 3] おとり捜査の適法性

A 司 H22 司 R4 予 H24

最決 H16.7.12・百 11

1. おとり捜査については、刑事訴訟法に「特別の定」がないから、これが「強制の処分」に該当するのであれば、強制処分法定主義（197条1項但書）に違反する。

(1)「強制の処分」は、個人の意思に反して重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

おとり捜査では、対象者は犯罪が禁止されていることを理解した上で自らの意思で犯罪を実行しているため、法的保護に値する意思決定の自由の侵害はない。したがって、おとり捜査は、個人の権利・利益を制約するものではないから、「強制の処分」に当たらない。

よって、おとり捜査は、刑訴法に特別の根拠規定がなくても強制処分法定主義に反しない。

2. おとり捜査は、①おとり捜査を許すべきといえるだけの必要性があり、かつ、②捜査の公正・法益侵害という問題を考慮した上で相当といえる場合には、任意捜査として適法であると解する。

### [任意捜査の限界の当てはめ]

おとり捜査の必要性は、㉞対象者に対する嫌疑、㉟対象犯罪の重要性、㊱証拠の収集・保全の状況（収集・保全済みの証拠だけで対象者を犯人として検挙できるか）、㊲補充性（通常の捜査方法のみでは対象者を犯人として検挙することが困難）を要素とする。これらのうち、㉞・㊲の認定は必須である。

<sup>5)</sup> おとりの定義によれば、捜査機関やその協力者による積極的な働き掛けが必要であるから、積極的な働き掛けをすることなく、相手方が犯罪に出るところを待って検挙するという手法は、おとり捜査ではないことになる（これは「泳がせ捜査」の一種である。）。



おとり捜査の相当性は、㊸捜査の公正に反する程度・㊹法益侵害性の2点から判断される。

㊸では、捜査機関側による対象者に対する働きかけ・関与の程度が問題となり、機会提供型・犯意誘発型の区別は、㊸として考慮される。

㊹では、直接の被害者の有無、現実の間接の被害者の有無、被害法益の内容・性質、現実の被害の程度・態様などを考慮する。

#### (6) コントロールド・デリバリー (CD)

B

捜査機関が、薬物や拳銃等の禁制品の存在を把握しながらも、直ちにその所持者や輸入者を検挙することなく、そのまま監視を続け、その禁制品の届け先を確認した上で、一網打尽に関係者を検挙する捜査手法をいう。これには、本物の禁制品をそのまま運搬させるライブ CD と、他の無害物品と入れ替えて運搬させるクリーン CD に分類される。

いずれについても、①学説の重要権利利益実質的侵害説により「強制の処分」該当性を判断し、②「強制の処分」該当性が否定された場合には、捜査比例の原則に従って任意捜査の限界を論じる（〔論点1〕）。

①の当てはめでは、追跡・監視等により侵害されるプライバシーが憲法35条1項によって保障される「住居、書類及び所持品」又はこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利という意味での重要なプライバシーに当たるのかという点が重要な争点となる。

## 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ます。

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。<sup>1)</sup>

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。<sup>2)</sup>

**[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

<sup>1)</sup> 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。

<sup>2)</sup> 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。<sup>3)</sup>

**〔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）。<sup>4) 5)</sup>

**(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。<sup>6)</sup>

<sup>3)</sup> 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。

<sup>4)</sup> 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）。

<sup>5)</sup> 〔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）。

<sup>6)</sup> 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、友人乙が「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。<sup>7)</sup>

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。

<sup>7)</sup> 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犯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 項に基づき差し押さ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。

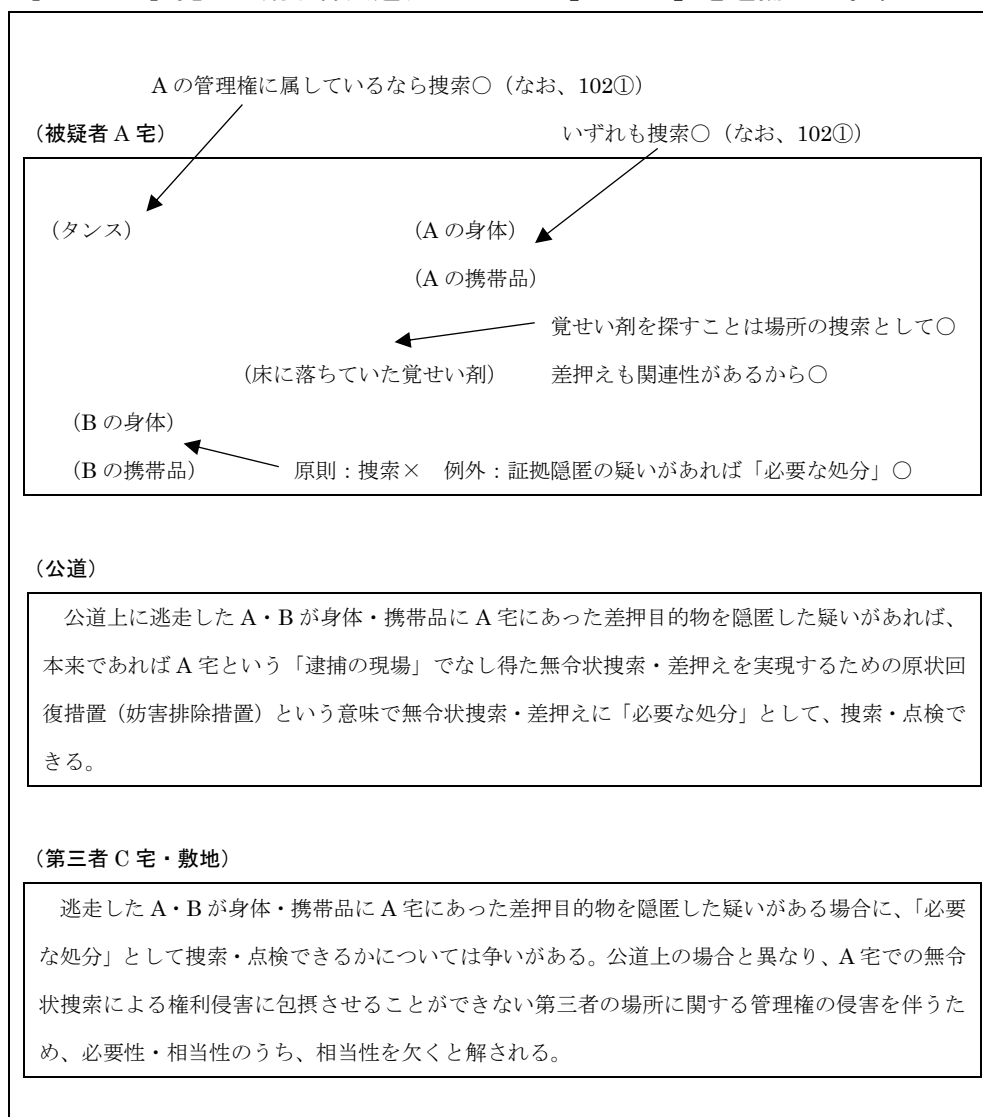
もつとも、捜索対象や差押対象について被疑事件との関連性が認められる場合（前記4を満たす場合）には、捜索・差押えの必要性が認められるのが通常であるから、試験対策上は、捜索・差押えの必要性の存否が疑われる場合に限って言及すれば足りると考えられる。

## 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

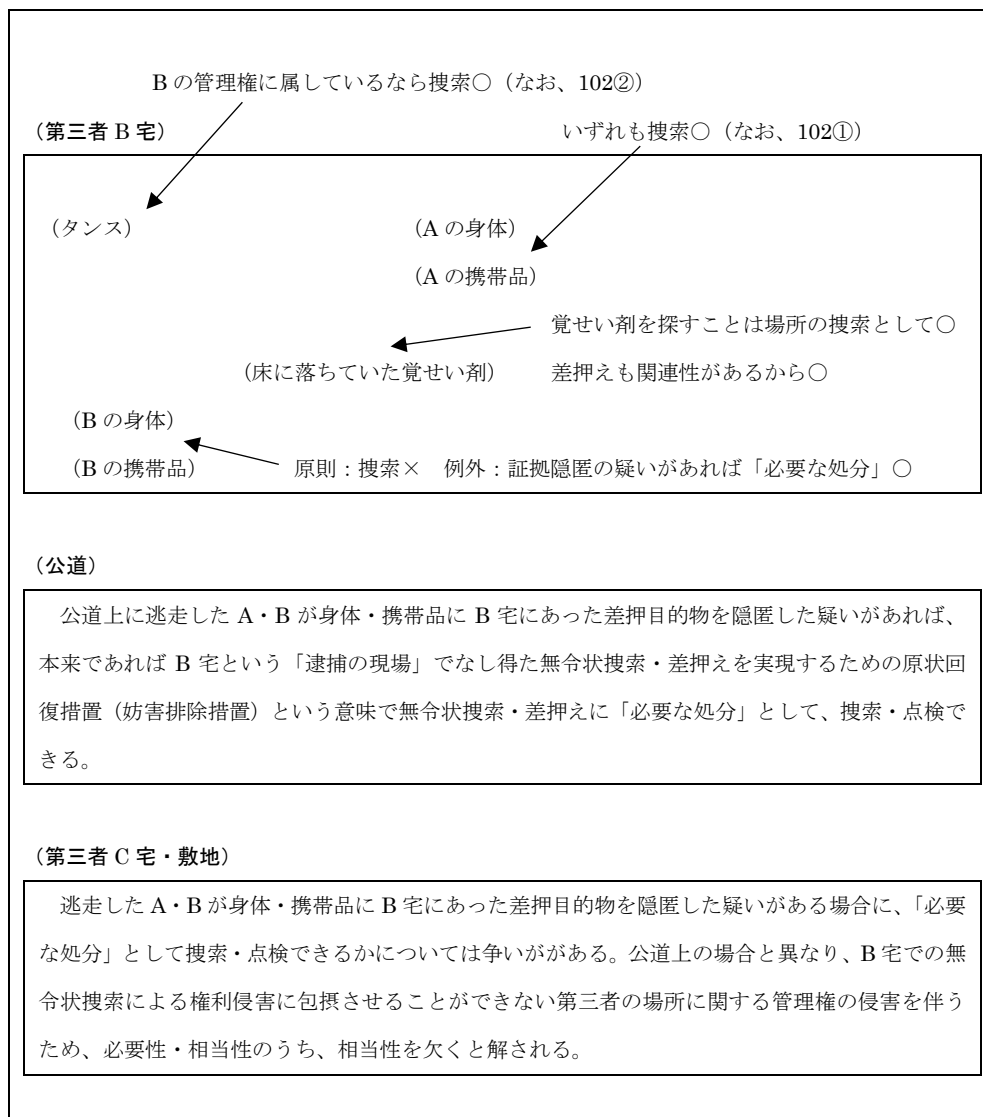
A





[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。<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）。

### 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。

<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」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

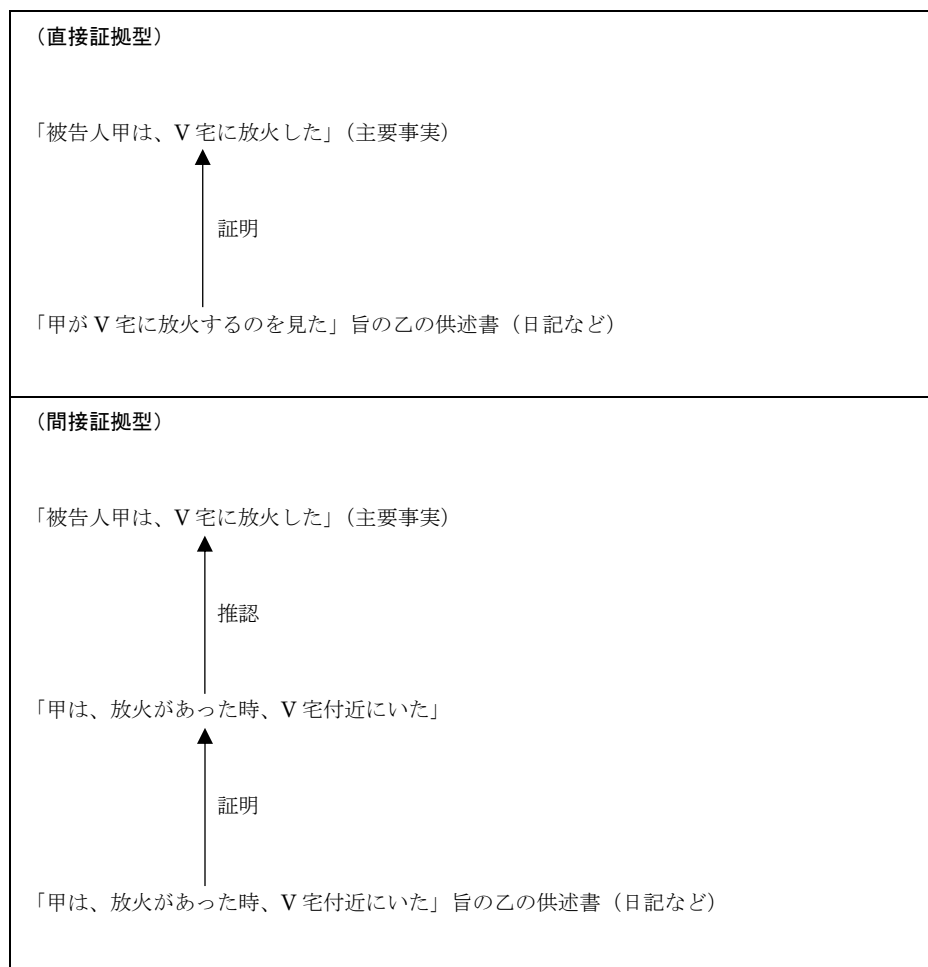
まずは、当該証拠の取調べを請求している検察官の立証方針に従って、検察官が当該証拠によりいかなる主要事実をどのように立証しようとしているのか、すなわち、①当該証拠と主要事実の対応関係（当該証拠により窮極的に立証しようとしている主要事実は何か）と、②その主要事実を証明するための当該証拠の使い方（＝推認過程）を明らかにする。

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。<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。



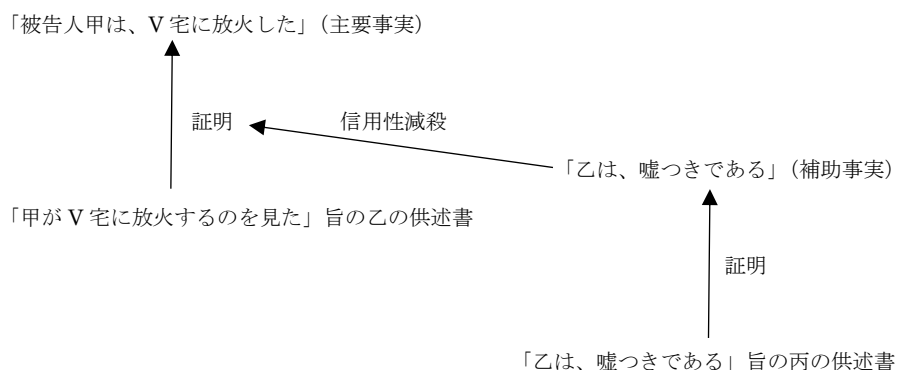
2) 検察官が取調べを請求している証拠（これを「検察官請求証拠」という。）については、検察官の立証方針に従って証拠の使い方を確定し、弁護人が取調べを請求している証拠（これを「弁護人請求証拠」という。）については、弁護人の立証方針に従って証拠の使い方を確定する。

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。

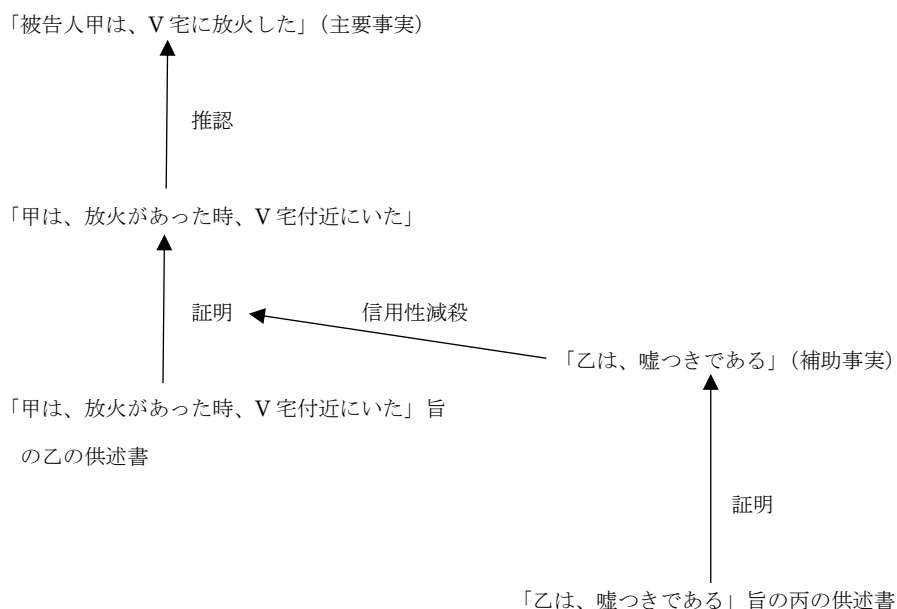
3) 間接証拠型の推認過程には、「証拠→間接事実→主要事実」という推認過程のほか、「証拠→再間接事実→間接事実→主要事実」、「証拠→再々間接事実→再間接事実→間接事実→主要事実」…（以下同様）…という推認過程もある。

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。

(補助証拠型 1)



(補助証拠型 2)



[具体例]

(事案)

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

(解説)

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

ない。だからこそ、乙の日記帳が伝聞証拠に当たるか否かを論じる実益がある。

次に、現住物建造物放火罪の成立要件としては、V宅の現住性、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。<sup>7)</sup>

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。

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

<sup>7)</sup> (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」という。）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）。<sup>8)</sup>

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

<sup>8)</sup> 「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3章 裁判の効力

### 1. 裁判の形式的確定と実質的確定

C 基礎応用 389 頁

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）。

### 2. 執行力

C 基礎応用 389 頁

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。

もっとも、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。

### 3. 拘束力

C 基礎応用 389 頁

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。

### 4. 一事不再理効

A 基礎応用 389～394 頁

#### （1）意義

予 R2

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。

## (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）。

## (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、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。

#### [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

A 予 R2

A 予 R2

最判 H15.10.7・百 95

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。

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。

**〔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。

**イ. 例外**

「公訴事実の同一性」の範囲内の事実であっても、㉞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、㉟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）、㊱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（㉞）・変化後の犯罪事実（㉟）・新たな犯罪事実（㊱）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

B 予 R2

最判 S43.3.29

B 予 R2

最判 H15.10.7・百 95

が問題となる。

**[論点 3] 一事不再理効の客観的範囲の縮小**

B 予 R2

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**

B

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。

最決 R3.6.28・百 96

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)。<sup>1) 2)</sup>

1) 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1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1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。

2) 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決言渡しまでの犯罪事実一事不再理効が及ぶとする見解も有力である。

## 判例索引

- ・最大判 S23.7.14 p29
- ・最大決 S23.7.29 p203
- ・最判 S24.4.30 p135
- ・最判 S26.3.9 p135
- ・最判 S26.5.31 p133
- ・最大判 S27.3.5 p68
- ・最大判 S27.4.9 p159
- ・最判 S28.3.20 p76
- ・最判 S28.10.15 (百 A39) p168
- ・最決 S29.1.26 p135
- ・最決 S29.5.4 p135
- ・最決 S29.10.19 p209
- ・最判 S30.1.11(百 A37) p160
- ・東京高判 S31.12.15 p161
- ・最判 S32.7.25 p168
- ・最判 S33.1.23 p85
- ・最判 S33.5.20 p68
- ・最大決 S33.7.29 (百 20) p38
- ・最判 S34.7.24 p91
- ・最判 S35.9.8 (百 A38) p163
- ・最判 S36.3.9 p159
- ・最大判 S36.6.7 (百 A6) p48
- ・最大判 S37.11.28 (百 A15) p81
- ・高松高決 S39.10.28 p108
- ・最大判 S40.4.28 (百 A20) p99
- ・大阪高判 S40.11.8 p14
- ・最決 S41.7.26 p64
- ・最決 S41.11.22 p122
- ・仙台高判 S42.8.22 p14
- ・最判 S42.8.31 (百 A19) p100
- ・最判 S42.12.21 (百 76) p135
- ・最判 S43.3.29 p201
- ・最決 S43.11.26 p99、101
- ・最決 S44.3.18 (百 A4) p42
- ・最決 S44.4.25 (百 A25) p110
- ・最決 S44.7.14 (百 A28) p108
- ・最判 S44.10.2 p68
- ・最大判 S44.12.24 p8
- ・最大決 S46.3.24 p205

- ・最判 S46.6.22 (百 A16) p90
- ・最判 S47.5.30 p69
- ・最判 S50.4.3 p15
- ・最決 S50.5.30 p74
- ・最決 S51.3.16 (百 1) p3、6、8
- ・福岡高那覇支部判 S51.4.5 (百 A18) p98
- ・最決 S51.10.12 (百 A56) p209
- ・最判 S51.10.28 (百 77) p137
- ・最判 S51.11.18 (百 23) p39、41
- ・大阪高決 S52.3.17 p74
- ・最決 S53.2.16 (百 A17) p95
- ・最判 S53.6.20 (百 4) p13
- ・最決 S53.6.28 p175
- ・最判 S53.9.7 (百 88) p187
- ・最決 S54.10.16 (百 A40) p174
- ・最決 S55.4.28 (百 36) p64
- ・最決 S55.5.12 p69
- ・最決 S55.9.22 (百 A1) p8
- ・最決 S55.10.23 (百 28) p37
- ・最決 S55.12.17 (百 39) p66
- ・最決 S56.4.25 (百 44) p81
- ・最決 S56.7.14 p70
- ・最決 S57.12.17 (百 A36) p158
- ・東京高決 S58.1.27 p152
- ・最決 S58.6.30 p161
- ・最判 S58.7.12 p188
- ・東京高判 S58.7.13 (百 A42) p173
- ・最判 S58.9.6 p99、100
- ・東京地判 S58.9.30 (百 A21) p75、76
- ・最決 S59.2.29 (百 6) p28
- ・最決 S59.12.21 (百 87) p154
- ・札幌高判 S61.3.24 (百 91) p195
- ・最判 S61.4.25 (百 89) p188
- ・最決 S63.2.29 (百 43) p69
- ・最決 S63.10.24 p90
- ・最決 H 元.5.1 p206
- ・東京地決 H2.4.10 p33
- ・最決 H2.6.27 (百 33) p46
- ・千葉地判 H3.3.29 (百 10) p9
- ・最決 H6.9.16 (百 2) p8

- ・最決 H6.9.16 (百 29) p37
- ・最判 H7.6.20 (百 80) p160
- ・最決 H8.1.29 (百 27) p49
- ・最決 H8.10.29 p191
- ・最決 H10.5.1 (百 24) p40
- ・最判 H11.3.24 (百 34) p62
- ・最決 H11.12.16 (百 32) p57、59
- ・最判 H12.6.13 (百 35) p63
- ・最決 H13.4.11 (百 46) p83、88、89、197
- ・最決 H14.10.4 (百 A5) p43、44
- ・最判 H15.2.14 (百 90) p188、190
- ・最決 H15.5.26 (百 3) p13
- ・最大判 H15.4.23 (百 40) p102
- ・最大判 H15.10.7 p65
- ・最判 H15.10.7 (百 95) p200、201
- ・最決 H16.7.12 (百 11) p10
- ・最決 H17.9.27 (百 82) p145、154、166、167
- ・東京高判 H17.12.26 (H18 重判 2) p65
- ・大阪高決 H18.10.6 p112
- ・最判 H18.11.7 (百 85) p175、177
- ・最決 H18.11.20 (百 A12) p71
- ・最決 H19.2.8 (百 22) p35
- ・最決 H19.10.16 (百 58) p194
- ・東京高決 H20.4.1 p112
- ・最決 H20.4.15 (百 9) p9
- ・最決 H20.4.15 (H20 重判 1) p56
- ・最決 H20.8.27 (百 83) p163、168
- ・東京高判 H20.11.18 (百 55) p99
- ・最決 H21.9.28 (百 30) p4
- ・最決 H21.9.28 (H21 重判 1) p121
- ・最判 H22.4.27 (百 59) p194
- ・東京高判 H22.5.27 (百 79) p159
- ・最決 H24.2.29 (H24 重判 4) p89
- ・最判 H24.9.7 (百 60) p120、121
- ・最決 H25.2.20 (H25 重判 4) p124
- ・最決 H25.3.5 (百 98) p205、206
- ・最決 H26.3.17 (百 45) p83
- ・最判 H26.7.24 (H26 重判 6) p198
- ・最決 H26.11.17 (百 14) p19
- ・最決 H27.5.25 (百 56) p113



- ・東京高判 H28.8.23 p56
- ・最大判 H29.3.15 (百 31) p4
- ・最判 H30.3.19 (百 48) p100
- ・東京高判 H30.9.5 (百 8) p56
- ・東京高判 R3.6.16 (百 38) p64
- ・最決 R3.6.28 (百 96) p202

## 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)