

令和5年予備試験刑事訴訟法出題大予想

令和5年司法試験ズバリ的中の予備試験版！

危ない重要判例速まくり&旧試験・予備試験過去問からの出題予想

辰巳法律研究所では、今年、「2023辰巳・司法試験全国公開模試（解説講義：西口竜司先生担当）」及び「2023福田ファイナル予想答練（福田俊彦先生担当）」の受講生特典として、「令和5年司法試験刑事訴訟法出題大予想」を公開ないし配布し、これに掲載した「ごみの任意提出・領置」に関する東京高判平30. 9. 5（判タ1466-103、令和元年度重刑事訴訟法1事件）が、令和5年司法試験論文式試験（本試験）刑事系科目第2問（刑事訴訟法）設問1（捜査法分野）でズバリ的中致しました。同教材で学習された受講生の皆様には、極めて有利であったと思います。

そこで、このズバリの中を令和5年予備試験論文式試験受験生の皆様にも享受して頂きたく、考査委員の構成や出題の周期性、判例の動向を踏まえて、「令和5年刑事訴訟法出題大予想」の予備試験版を作成致しましたので、これを公開させていただきます。

①「危ない重要判例速まくり」

実務上・学術上重要で、今年の本試験における出題可能性が高い判例をセレクトして掲載致しました。

②「旧司法試験及び予備試験過去問からの出題予想」

今年の本試験における出題可能性が高い捜査法、自白法則及び伝聞法則などに関する問題を2問掲載致しました。

<出題予想のポイント>

① まず、刑事系科目第2問（刑事訴訟法）の本試験問題は、毎年のように判例を素材ないし参考にして作成されており、判例対策が合格の鍵となります。そこで、その実務上・学術上の重要性にもかかわらず本試験で未だ出題されていない判例や、出題の周期性に鑑み再度出題されてもおかしくない重要判例を掲載致しました。なお、掲載に際しては、令和5年司法試験考査委員（出題委員）執筆の判例解説・論文等も参考に致しました。

② また、近時の裁判例の動向を考慮して、現在スタンダード論文答練Role-play（ロールプレイ）を担当されている福田俊彦先生監修の平成14年度旧司法試験刑事訴訟法第1問の解答例、証拠法全体を見渡すために、福田先生監修の平成26年予備試験刑事訴訟法の解答例も掲載させていただきます。

受験生の皆様の本試験でのご健闘・ご成功をお祈り申し上げます。

令和5年9月1日（金）

辰巳法律研究所

■ 危ない重要判例速まくり ■

◆ 別件逮捕・勾留と余罪取調べ ◆

別件逮捕・勾留と余罪取調べは、令和5年考査委員（出題委員）である川出敏裕教授の著名な研究分野であり、令和元年司法試験論文式試験刑事系科目第2問などで問われているものの、予備試験においてはこれまで正面からの出題がなく、そろそろ出題可能性が高いテーマといえます。

- ・川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』（東京大学出版会、1998）
- ・同『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、第2版、2021）P.106～124
- ・堀江慎司「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.34～7
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.93～7、113～4（堀江慎司執筆）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.238～240

■ 浦和地判平2. 10. 12（判タ743-69、百選（第10版）16事件）

【判旨】（下線は、辰巳法律研究所が付けたものである。以下、全て同じである。）

「2 第一次逮捕・勾留の適否について

そこで、まず、第一次逮捕・勾留の適否について考えるに、被告人の所持していたパスポートの記載からして、被告人に関する不法残留罪の嫌疑は明白であったこと、不法残留罪は改正前の出入国管理及び難民認定法においても、その法定刑が『3年以下の懲役若しくは禁錮又は30万円以下の罰金』であって、必ずしも軽微な犯罪とはいえないこと、被告人が住居が不安定でしかも無職の外国人であって、身元が安定していなかったことをも考慮すれば、第一次逮捕・勾留が逮捕・勾留の理由や必要性を全く欠く、それ自体で違法・不当なものであったとまでは認められない。しかし、他方、捜査当局による被告人の第一次逮捕・勾留の主たる目的が、軽い右別件による身柄拘束を利用して、重い本件放火の事実につき被告人を取り調べる点にあったことも明らかである。すなわち、不法残留罪は、近年外国人の不法就労が社会問題となって以来、当地方裁判所管内では公判請求される例が多いが、その法定刑等からみて、いわゆる重大犯罪とはいえず、逮捕・勾留の法律上の要件があっても、必ずしも身柄の拘束をしなければならないものではない上、そもそも、これらの者について、刑事手続を発動するか行政手続（強制退去手続）のみで済ますか自体も、当局の裁量に属する事項と解されているのであって、現に本件においても、吉川警察署は、被告人を放火の犯人として突き出してきた被害者Cやその友人のBについて、両名がいずれも不法残留者であり、特にCは、自宅のアパートが燃やされてしまった関係で、住居が安定しておらず、勤め先も解雇されていることを知りながら、右両名を逮捕したり、被疑者として取り調べたりしていないのである（なお、当裁判所管内以外の地域の中に、不法残留罪については原則として刑事手続を発動せず、行政手続のみで処理しているところがあることは、当裁判所に顕著な事実である。）。右の点に加え、被告人が別件により逮捕されるに至った経緯（放火の犯人として突き出されたことを契機とすること）及びその後の取調べの状況（前記第六の五記載のとおり、不法残留罪に関する取り調べは、勾留請求後、請求日を含む当初の3日間で実質上すべて終了し、残りの勾留期間は、ほぼ全面的に放火の取調べにあてられていること）等を総合すれば、捜査当局が、本件たる放火の事実につき、未だ身柄を拘束するに足りるだけの嫌疑が十分でないと考えたため、とりあえず嫌疑の十分な軽い不法残留罪により身柄を拘束し、右身柄拘束を利用して、主と

して本件たる放火につき被告人を取り調べようとする意図であったと認めるほかなく、このような意図による別件逮捕・勾留の適法性には問題がある。

もっとも、検察官は、いわゆる別件逮捕・勾留として自白の証拠能力が否定されるのは、『未だ重大な甲事件について逮捕する理由と必要性が十分でないため、もっぱら甲事件について取り調べる目的で、逮捕・勾留の必要性のない乙事件で逮捕・勾留した場合』（以下、『典型的な別件逮捕・勾留の場合』という。）に限られる旨主張している。確かに、違法な別件逮捕・勾留の範囲については、右のように説く見解が多いことは事実である。しかし、右見解にいう『もっぱら甲事件について取り調べる目的』を文字どおり、『乙事件については全く取り調べる意図がなく、甲事件だけを取り調べる目的』と解するときは、違法な別件逮捕・勾留というものは、そもそも『逮捕・勾留の理由・必要性が全くない事件について身柄拘束した場合』と同義となって、わざわざ『違法な別件逮捕・勾留』という概念を認める実益が失われてしまう。なぜなら、捜査機関が、いやしくも乙事件で被疑者を逮捕・勾留した場合に、右事件について被疑者の取調べを全くしないということは事実上考えられないからである。また、逮捕・勾留の理由・必要性の概念には幅があるので、実質的にみて軽微と思われる犯罪であっても、捜査機関から、右事実につき捜査の必要性があると主張されれば、逮捕・勾留の理由・必要性が全くないと言い切るのは容易なことではないであろう。しかし、過去の経験に照らすと、いわゆる別件逮捕・勾留に関する人権侵害の多くは、もし本件に関する取調べの目的がないとすれば、身柄拘束をしてまで取り調べることが通常考えられないような軽微な別件について、主として本件の取調べの目的で被疑者の身柄を拘束し、本件についての取調べを行うことから生じていることが明らかである。そして、このような場合であっても、捜査機関が、未だ身柄拘束をするに足りるだけの嫌疑の十分でない本件について、被疑者の身柄を拘束した上で取り調べることが可能になるという点では、典型的な別件逮捕・勾留の場合と異なるところがないのであるから、このような『本件についての取調べを主たる目的として行う別件逮捕・勾留』が何らの規制に服さないと考えるのは不合理である。しかし、他方、それ自体で逮捕・勾留の理由も必要性も十分にある別件についての身柄拘束が、たまたま被疑者に他の重大な罪（本件）の嫌疑があるが故に許されなくなるというのも不当な結論であり、そのような結論を導く理論構成は適当でない。当裁判所は、以上の検討の結果、検察官主張の違法な別件逮捕・勾留の定義中、『もっぱら甲事件』とあるのは、『主として甲事件』と、また、『逮捕・勾留の理由と必要性がない乙事件』とあるのは、『甲事件が存在しなければ通常立件されることがないと思われる軽微な乙事件』とそれぞれ読み替える必要があると解する。すなわち、当裁判所は、違法な別件逮捕・勾留として許されないのは、前記のような典型的な別件逮捕・勾留の場合だけでなく、これには『未だ重大な甲事件について被疑者を逮捕・勾留する理由と必要性が十分でないのに、主として右事件について取り調べる目的で、甲事件が存在しなければ通常立件されることがないと思われる軽微な乙事件につき被疑者を逮捕・勾留する場合』も含まれると解するものである。このような場合の被疑者の逮捕・勾留は、形式的には乙事実に基づくものではあるが、実質的には甲事実に基づくものといってよいのであって、未だ逮捕・勾留の理由と必要性の認められない甲事実に對する取調べを主たる目的として、かかる乙事実の嫌疑を持ち出して被疑者を逮捕・勾留することは、令状主義を実質的に潜脱し、一種の逮捕権の濫用にあたると解される。そして、右のような見解のもとに、本件について検討すると、吉川警察署は、被告人を警察に突き出してきたCやBが不法残留者で、特にCについては、逮捕・勾留の要件が明らかに存在していると思われるにもかかわらず、両名に対する刑事手続を発動せず、不法残留の事実について何らの捜査を行っていない（もちろん、逮捕・勾留もしていない）ことからみて、被告人についても、もし放火の嫌疑の問題がなかったならば、不法残留の事実により逮捕・勾留の手続をとらなかったであろうと考えられるのに、主として、未だ嫌疑の十分でない放火の事実について取り調べる目的で、不法残留の事実により逮捕・勾留したと認め

られるのであるから、本件は、まさに当裁判所の定義による違法な別件逮捕・勾留に該当する場合であるといわなければならない。

従って、本件における被告人の身柄拘束には、そもそもの出発点において、令状主義を潜脱する重大な違法があるので、右身柄拘束中及びこれに引き続く本件による身柄拘束中に各作成された自白調書は、すべて証拠能力を欠くと解するのが相当である。

3 余罪取調べの限界について

前記のとおり、当裁判所は、違法な別件逮捕・勾留の範囲につき、検察官とはやや見解を異にするものであるが、仮に違法な別件逮捕・勾留に関し検察官の定義に従った場合であっても、右別件による身柄拘束を利用して行う本件についての取調べの方法に一定の限界があると解すべきことは、また、別個の問題であって、適法な別件逮捕・勾留中の本件についての取調べが無条件に許容されることにはならない。これは、逮捕・勾留について、我が刑事訴訟法が、いわゆる事件単位の原則をとることにより、被疑者の防禦権を手続的に保障しようとしていることから来る当然の帰結である。

別件で適法に勾留されている被疑者に対する余罪の取調べがいかなる限度で許されるかについては、これまでも種々の角度から論ぜられてきたが、当裁判所は、右余罪の取調べにより事件単位の原則が潜脱され、形骸化することを防止するため、これが適法とされるのは、原則として右取調べを受けるか否かについての被疑者の自由が実質的に保障されている場合に限ると解するものである（例外として、逮捕、勾留の基礎となる別件と余罪との間に密接な関係があつて、余罪に関する取調べが別件に関する取調べにもなる場合は別論である。）。刑事訴訟法198条1項の解釈として、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務があり、取調べに応ずるかについての自由はないと解するのが、一般であるが（右見解自体に対する異論にも傾聴すべきものがあるが、ここでは実務を強く支配している右の見解に従って論を進める。）、法が、逮捕・勾留に関し事件単位の原則を採用した趣旨からすれば、被疑者が取調べ受忍義務を負担するのは、あくまで当該逮捕・勾留の基礎とされた事実についての場合に限られる（すなわち、同項但書に『逮捕又は勾留されている場合』とあるのを、『取調べの対象となる事実について逮捕又は勾留されている場合』の趣旨に理解する）というのが、その論理的帰結でなければならない。もしそうでなく、一旦何らかの事実により身柄を拘束された者は、他のいかなる事実についても取調べ受忍義務を負うと解するとき、捜査機関は、別件の身柄拘束を利用して、他のいかなる事実についても逮捕・勾留の基礎となる事実と同様の方法で、被疑者を取り調べ得ることとなり、令状主義なかんずく事件単位の原則は容易に潜脱され、被疑者の防禦権の保障（告知と聴聞の保障、逮捕・勾留期間の制限等）は、画餅に帰する。従って、捜査機関が、別件により身柄拘束中の被疑者に対し余罪の取調べをしようとするときは、被疑者が自ら余罪の取調べを積極的に希望している等、余罪についての取調べを拒否しないことが明白である場合（本来の余罪の取調べは、このような場合に被疑者の利益のために認められた筈のものであり、現実に行われている余罪の取調べの大部分も、かような形態のものである。）を除いては、取調べの主題である余罪の内容を明らかにした上で、その取調べに応ずる法律上の義務がなく、いつでも退去する自由がある旨を被疑者に告知しなければならないのであり、被疑者がこれに応ずる意思を表明したため取調べを開始した場合においても、被疑者が退去の希望を述べたときは、直ちに取調べを中止して帰房させなければならない。

右のような見解に対しては、刑事訴訟法223条2項が参考人の取調べに関し、同法198条1項但書を準用していることを根拠に、そもそも、法は、人が身柄を拘束されているか否かによって取調べ受忍義務の有無を決しているのであり、身柄拘束の根拠となる事実の如何によって右義務の存否が左右されるいわれはないという議論がある。確かに、参考人については取調べの対象となる事実に関し身柄を拘束されているという事態が考えられないわけであるから、法198条1項但書にいう『逮捕又は勾留されている場合』を、前記のとおり、『取調べの対象となる事実について逮捕又は勾留されている場合』の趣旨

に理解するときは、右準用規定に関する限り『逮捕又は、勾留されている場合を除いては』という除外規定が、実質的に機能する場面は存在しないことになる。しかし、そのことを理由に、逆に、198条1項但書にいう『逮捕又は勾留されている場合』の意義を、文字どおり、『いやしくも何らかの事実について逮捕又は勾留されている場合』の趣旨に理解すべきであるとするのは、まさに本末を転倒した議論であるといわなければならない。法198条1項の解釈は、本来、同条の立法趣旨や令状主義なかんずく事件単位の原則等刑事訴訟法の底を流れる基本的考え等を合理的に勘案して決せられるべきものである。もちろん、かくして導かれた同条の解釈を同条を準用する他の規定にあてはめた場合に著しい不合理が生ずるときは、遡って前記のような同条の解釈の当否自体が問題にされることもあり得るが、参考人の取調べについて法198条1項但書を準用する223条2項の解釈としては、取調べの対象となる事実につき身柄を拘束されているということの考えられない参考人について、『逮捕又は勾留されている場合を除いては』という除外規定に該当する場合が事実上存在しない結果、参考人は、逮捕又は勾留されている場合であると否とにかかわらず、常に出頭拒否及び退去の自由を保障されていると解することによって、何らの不都合は生じないし、むしろその方が人権保障を強化した刑事訴訟法の解釈として合理的であると考えられる。従って、法223条2項が198条1項但書を準用していることは、同項但書の前記のような解釈の何らの妨げになるものではないというべきである（もっとも、立法技術の問題としては、223条2項において、198条1項但書を同条3項ないし5項と一括してそのまま準用するのではなく、参考人は、取調べにあたり常に出頭拒否及び退去の自由を有する旨明記する方が賢明であったと思われるが、いずれにしても瑣末な立法技術の問題であって、このような点を論拠として被疑者の取調べ受忍義務の範囲を論ずるのは相当でない。）。

最後に、検査官が、放火の事実は、第一次逮捕・勾留の基礎とされた不法残留の生活状況の一部として一連の密接関連事実であるから、第一次逮捕・勾留中に放火の事実について取り調べることは許されるとしている点について検討する。右見解は、いわゆる狭山事件上告審決定（最二決昭和52・8・9刑集31・5・821）に依拠するものと思われるが、そもそも右決定が、甲事実による別件逮捕・勾留中の被疑者に対し、これと社会的事実として一連の密接な関連がある乙事実につき、甲事実の取調べに付随して取り調べることを違法でないと判示した趣旨は、両事実の間に、乙事実に関する取調べがすなわち甲事実に関する取調べにもなるという密接な関連性があることに着目したためにほかならず、右決定の事案はまさに右論理の妥当する事案なのである。しかるに、本件における別件と本件との間には、そのような密接な関連性は認められない。なぜならその関連性は、本件たる放火罪は、別件たる不法残留の事実の継続中に犯されたもので、放火の動機に不法残留中の生活状況が関係し得るという程度ものに止まるのであって、逆に、放火の事実の取調べが、不法残留の事実の動機、態様等を解明するためにいささかでも役立ち得るとは到底考えられないからである（のみならず、仮に放火の事実と不法残留の事実との間になにがしかの関連性があるとしても、第一次逮捕・勾留中における放火の事実に関する取調べが、別件たる不法残留の事実の取調べに『付随して』行われたというようなものではなかったことは前記第六、五認定の取調べ経過に照らして明らかであろう。）。

ところで、本件において、被告人の取調べにあたった吉川警察署の警察官及び浦和地方検察庁の鈴木検事は、余罪取調べに関する前記のような限界を全く意に介することなく、別件逮捕・勾留中においても、本件たる放火の事実について、別件の不法残留に関する取調べの場合と同様、被告人に取調べ受忍義務があることを当然の前提として取調べを行ったことが明らかであって、当然のことながら、被告人に対し、前記のような意味において、本件たる放火の事実については取調べを受ける義務がない旨告知したことはなく、被告人自身も、かかる義務がないということを知る由もなかったと認められる（のみならず、右取調べの方法は、犯行を否認する被告人に対し、目撃者がいると自白を迫り、被告

人が一旦マッチを投げて放火したと供述するや、その方法では火事にならないから他の方法だろうと執拗に供述を迫るなど、取調べ受忍義務がある場合として考えてみても、明らかに、妥当を欠くものであったと認められる。)。従って、本件第一次逮捕・勾留中になされた本件放火に関する取調べは、明らかに許される余罪取調べの限界を逸脱した違法なものであり、これによって作成された被告人の自白調書は、証拠能力を欠き、また、その後の第二次逮捕・勾留は、右証拠能力のない自白調書を資料として請求された逮捕状・勾留状に基づく身柄拘束であって、違法であり、従ってまた、その間に作成された自白調書も証拠能力を欠くと解すべきである。」

<別件逮捕・勾留の適法性に関する学説（参考）>

A 別件基準説（実務）

逮捕・勾留の被疑事実である別件を基準に逮捕・勾留の要件を具備するかを検討する。別件について、逮捕・勾留の要件を具備していれば、当該逮捕・勾留は適法であるとして、別件逮捕・勾留中の本件の取調べは、余罪取調べの限界の問題として検討する。

(理由)

逮捕・勾留は、別件を被疑事実とするものであり、この別件について要件が具備されている以上、捜査官の本件を取り調べる意図という主観の有無によって、逮捕・勾留の適法性が左右されるのは、妥当でない。

(批判)

- ① 別件による逮捕・勾留を、令状審査を経ない本件の捜査に利用する点で、令状主義に反する。
- ② 刑事訴訟法は、取調べを逮捕・勾留の目的と認めていないにもかかわらず、別件基準説によることは、この目的による逮捕・勾留を黙認するものであり、刑事訴訟法の趣旨に反する。
- ③ 別件逮捕後において、さらに本件を被疑事実とする逮捕・勾留を行うことが予想できることから、刑事訴訟法が厳格な身柄拘束時間を定めた趣旨に反する。

B 本件基準説

別件逮捕・勾留の適法性について、本件を基準に逮捕・勾留の要件を具備するかを検討する。そして、本件が逮捕・勾留の要件を具備していない場合には、仮に別件が逮捕・勾留の要件を具備していても、当該逮捕は違法であるとする。その後の取調べについては、違法な身柄拘束下における取調べの場合と同様に検討する。

(理由)

A説への批判と同じ。

(批判)

- ① 別件について逮捕・勾留の要件を具備するにもかかわらず、捜査官の本件を取り調べる意図という主観の有無によって適法性が異なるのは、妥当な結論であるとはいえない。
- ② 実務上、裁判官は、別件を被疑事実とする令状の請求を受けるので、本件の存在を知ることは難しい。

※ 本件基準説による違法判断の基準

本件基準説による場合、一般には、(1)専ら証拠の揃っていない本件について取り調べる目的で、(2)証拠の揃っている別件の逮捕・勾留に名を借り、その身柄拘束を利用して、本件について逮捕・勾留して取り調べるのと同様の効果を得ることを狙いとした場合には違法であるとされる。

もつとも、捜査官の意図は外部から分かりにくい。そこで、①本件と別件の関連性、②罪質・態様の相違や法定刑の軽重、③別件についての身柄拘束の必要性の程度、④取調べの態様（身柄拘束状況、自白追及状況）等を総合して判断する。

C 実体喪失説

身柄拘束期間中の取調状況を考慮し、当該身柄拘束の適法性を検討する。すなわち、身柄拘束の理由となった別件の捜査のために認められた身柄拘束期間が、主として本件の捜査のために利用されるに至った場合には、身柄拘束はその時から、その基礎となった別件による身柄拘束としての実体を失い、本件のための身柄拘束であると評価され、その場合には、本件について逮捕・勾留の要件が具備されていない以上、違法であるとする。

(理由)

- ① 身柄拘束期間は、専らその理由とされた被疑事実（別件）のために、身柄拘束の目的（起訴・不起訴の決定）に沿うように利用されなければならない。
- ② 逮捕・勾留の適法性は、その理由となった被疑事実について検討されるべきであり、本件に関する取調べの意図の存在を別件逮捕の適法性に影響させるのは妥当でないので、捜査機関の本件に関する取調べ目的という主観的な基準に代え、本件に関する取調べの実態という客観的な基準によって別件逮捕の適否を判断すべきである。

(批判)

- ① 違法判断の基準があいまいである。
- ② 別件逮捕・勾留を違法とする上で、別件に軸足を置いた、実体の喪失という新たな要件を課するものであり、違法であるとすべき別件逮捕・勾留の範囲を狭めることになる。

※ 実体喪失説による違法判断の基準

身柄拘束が別件のための利用としての実体を失ったか否かの判断は、①別件の捜査がいつ完了したか、②別件と本件の取調状況や両者の取調時間の比率、③取調べの執りようさや取調官の人数などの取調べの具体的内容、④別件と本件の関連性など、種々の要素が考慮される。

◆ 逮捕に伴う捜索・差押え ◆

本テーマは、捜査法の実務上・学術上の重要テーマであるにもかかわらず、ここ数年論文本試験において正面からの出題がありません。また、令和5年考査委員（出題委員）の池田公博教授が「無令状捜索における証拠存在の蓋然性の意義」研修825号P.3～12及び「令状によらない捜索」刑法雑誌56巻3号P.476～481を執筆されていることから、要注意なテーマです。

- ・加藤克佳「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.50～51
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.139～146（堀江慎司執筆）
- ・川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、第2版、2021）P.161～185
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.249～253

■ 東京高判昭44. 6. 20 (判時575-85、百選(第10版)23事件)

【判旨】

「…刑事訴訟法第220条第1項第2号が、被疑者を逮捕する場合、その現場でなら、令状によらないで、搜索差押をすることができるとしているのは、逮捕の場所には、被疑事実と関連する証拠物が存在する蓋然性が極めて強く、その搜索差押が適法な逮捕に随伴するものである限り、搜索押収令状が発付される要件を殆んど充足しているばかりでなく、逮捕者らの身体の安全を図り、証拠の散逸や破壊を防ぐ急速の必要があるからである。従つて、同号にいう『逮捕の現場』の意味は、前示最高裁判所大法廷(注：最大判昭36. 6. 7刑集15-6-915)の判決からも窺われるように、右の如き理由の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲に限られるものと解するのが相当である。

これを右の大麻たばこ7本に関する搜索押収についてみると、成る程、Pの逮捕と同(ハ)の搜索押収との間には、既に述べたように、時間的には約35分ないし60分の間隔があり場所的には、原審第4回公判調書中における証人Iの供述記載並びに前示原審第2回、第3回および第8回公判調書中における証人Yの各供述記載のほか、当裁判所の検証調査および当審第2回公判における証人Kの供述並びに当審で取り調べたSホテルのマッサージ、訪問客に関する案内カードおよびSホテルの貴重品、部屋鍵に関する案内カード等から窺われるようなSホテル5階の、なかば公開的な待合所と同ホテル7階の、宿泊客にとつては個人の城塞ともいふべき714号室との差異のほかには若干の隔りもあり、また若し同(ハ)の大麻たばこ7本がP独りのものであつたとするならば、いくらPが大麻取締法違反の現行犯人として逮捕されたとはいえ、否却つて逮捕されたればこそ、更らに搜索差押が予想されるというのに、わざわざ自ら司法警察員らを自己の投宿している同714号室に案内したということについては種々の見方があり得るであろうし、なおPが同室の洗面所で司法警察員らに対し同大麻たばこ7本は自分のものではなくて、被告人のものである旨述べていることなどからすると、同たばこに対する搜索押収が果して適法であつたか否かについては疑いの余地が全くないわけではないけれども、既に見て来たような本件捜査の端緒、被告人とPとの関係、殊に二人が飛行機の中で知り合い、その後行動を共にし、且つ同室もしていたこと、右のような関係から同たばこについても或るいは二人の共同所持ではないかとの疑いもないわけではないこと、Pの逮捕と同たばこの搜索差押との間には時間的、場所的な距りがあるといつてもそれはさしたるものではなく、また逮捕後自ら司法警察員らを引続き自己と被告人の投宿している相部屋の右714号室に案内していること、同たばこの搜索差押後被告人も1時間20分ないし1時間45分位のうちには同室に帰つて来て本件で緊急逮捕されていることおよび本件が検挙が困難で、罪質もよくない大麻取締法違反の事案であることなどからすると、この大麻たばこ7本の搜索差押をもつて、直ちに刑事訴訟法第220条第1項第2号にいう『逮捕の現場』から時間的・場所的且つ合理的な範囲を超えた違法なものであると断定し去ることはできない。」

＜逮捕に伴う搜索・差押え学説(参考)＞

1 220条1項2号の趣旨

A 緊急処分説

原則として、令状なく搜索・差押えをすることはできない。ただし、逮捕を完遂させるため、すなわち、被逮捕者の抵抗を抑圧してその逃亡を防止し、同時に現場の証拠の破壊を防止する緊急の必要性がある場合にのみ、認められる。

※ なお、逮捕を完遂させるための被逮捕者の抵抗の抑圧及び逃亡の防止は、逮捕自体の効力として許され、220条1項2号の問題ではないとする見解も、近時有力

である（宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.141）。

A' 修正された緊急処分説

A説を基本としつつ，第三者による抵抗や証拠隠滅までを考慮する。

B 相当説

逮捕の現場には証拠の存在する蓋然性が高く，捜索・差押令状が発付される要件が実質的に備わっていることから，裁判官による司法審査を経ることなく許容される。

※ 緊急処分説も，逮捕現場に証拠が存在する蓋然性が高いことを前提としている。そのため，両説の差異は，「事前に裁判官の令状を得ることが不可能な場合に令状主義の例外を限定すべきか否か」という点に関する考え方の違いにあるといえる（川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房，第2版，2021）P.162）。

2 「逮捕する場合」の意義

A 緊急処分説

この説からは，逮捕行為に際して，被逮捕者が証拠を隠滅するおそれが存在する範囲でなくてはならないから，時間的接着性が厳格に要求される。現に逮捕に着手していることが必要であり，被疑者が完全に身動きできなくなっている場合や，被疑者がその場から逃走した場合には，捜索・差押えはできない。

B 相当説

この説からすれば，証拠存在の蓋然性が認められれば足りるから，現に被疑者を逮捕する場合に限定されず，逮捕が予定されていれば足りる。

3 「逮捕の現場」の意義

A 緊急処分説

被逮捕者が証拠を隠滅することが可能な場所，すなわち被逮捕者の身体及び同人の手が届く場所に限られる。

B 相当説

捜索差押許可状が発付されたとすれば捜索・差押えが可能となる場所をいう。具体的には，被疑者が実際に逮捕された場所に及ぼされる管理権と同一の管理権に属する場所に限られる。

B相当説は，逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が典型的に高い上，令状を請求すれば当然に発付される状況にある以上，司法審査は不要であることを前提とする。そうすると，無令状の捜索・差押えが許される範囲は，仮に裁判官に令状を請求した場合には捜索・差押えが可能な範囲，すなわち，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になる。たとえば，被疑者の友人が居住するマンションの101号室の玄関で被疑者が逮捕された場合には，101号室全体が逮捕に伴う捜索の対象となるが，仮に被疑者がその隣の102号室に居住していたとしても，102号室は捜索の対象にはならないことになる。

その上で，220条に基づく捜索についても，捜索の要件を定めた102条が準用されることから（222条1項），被疑者に属する場所や物が逮捕に伴う捜索の対象

である場合には、「必要」性（102条1項）が要求されること、被疑者以外の者に属する場所や物が対象である場合には、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（同条2項）の存在が要求されることに注意を要する。

A緊急処分説では、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、すなわち、その身体及びその直接の支配下にある場所及び物となる。その具体的範囲は、それが逮捕の際の被逮捕者の移動可能性に左右されるため、被逮捕者の拘束の態様・程度、被逮捕者と捜査官との位置関係などの事情を考慮して、個々の事案ごとに具体的に判断せざるを得ない。もっとも、被逮捕者の移動可能性をある程度抽象的に考えると、ある住居の一室で被疑者を逮捕した場合には、その部屋全体が捜索の対象となると考えることもできよう（川出・前掲P.166～8）。

近時、A緊急処分説の立場を前提としつつ、捜索・差押えの対象が被疑者の身体・住居等である場合と被疑者以外の者の身体・住居等である場合とを区別して、個別の事案ごとにその場所的限界を考える見解（二分論的アプローチ）も登場している。

この二分論的アプローチによると、①証拠物存在の蓋然性が一般的に推認される被疑者の身体や携帯品、逮捕行為の着手後完了までの間に被疑者が現にいるか、いたと認められる部屋等については、一般的に、被疑者自身による抵抗や証拠隠滅の危険が相当に高いため、典型的に無令状での捜索・差押えが許容され、②同一の住居等の他の部分についても、証拠の隠滅の危険は一定程度存するから、付随的に無令状での捜索・差押えが正当化され得るとされる。

それに対して、被疑者以外の者の住居等については、証拠物存在の蓋然性が①と比べて低いため、被疑者自らによる抵抗や証拠隠滅の危険が相当程度高いといえる①に相当する部分に限り、緊急の措置としての無令状捜索・差押えが許容されるにとどまり、逮捕の現場に居合わせた被疑者以外の者の身体や携帯品については、無令状での捜索・差押えは許されないとされる（以上につき、井上正仁「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、2014）P.331以下）。

◆ 強制採尿 ◆

いわゆる強制採尿令状に関しては、最決昭55.10.23（刑集34-5-300、百選（10版）27事件）で実務上の取り扱いは固まっているが、近時、強制採尿令状の発付に違法があっても尿の鑑定書等の証拠能力は肯定できるとされた事例に関する最高裁判例が出て注目されており、強制採尿、違法収集証拠の観点から注意する必要があります。

- ・吉戒純一「判解」ジュリスト1585号P.111～4
- ・井上和治「判批」令和4年度重要判例解説P.160～161
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.154～9、416～432（堀江慎司執筆）
- ・川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、第2版、2021）P.187～195、491～532
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.256～7、322～8

■ 最判令4.4.28（刑集76-4-380、令和4年度重判刑事訴訟法6事件）

【事案の概要】（判決文より）

- 1 原判決の認定及び記録によれば、本件の捜査の経過は、次のとおりである。
 - (1) 警察官らは、令和元年7月26日に別件大麻取締法違反で現行犯逮捕した者（以下「参考人」という。）の尿から覚醒剤が検出されたことから、覚醒剤の入手先について参考人を取り調べ、「被告人から何度か覚醒剤を買った。」旨の供述を得るとともに、被告人に覚醒剤事犯の多数の犯歴があること（被告人は覚醒剤取締法違反の前科7犯を有し、平成16年以降の前科は覚醒剤自己使用の罪又はこれを含む罪による4犯であって、平成30年12月に最終前科による服役を終えていた。）を確認するなどした。
 - (2) A警部は、令和元年10月15日、福岡簡易裁判所裁判官に対し、被告人について、覚醒剤の譲渡を被疑事実とする被告人方等の搜索差押許可状及び覚醒剤の自己使用を被疑事実とする被告人の尿を採取するための搜索差押許可状（以下「本件強制採尿令状」ともいう。）を請求したが、これに先立ち、警察官が被告人に接触するなどしたことはなかった。本件強制採尿令状請求書記載の犯罪事実（以下「本件犯罪事実」という。）の要旨は、「被疑者は、令和元年10月上旬頃から同月15日までの間、福岡県内又はその周辺において、覚醒剤若干量を自己の身体に摂取し、もって覚醒剤を使用したものである。」というものであった。A警部は、本件強制採尿令状請求の疎明資料である捜査報告書に、「被疑者の過去の採尿状況」として、平成20年から平成31年4月までの間、4回任意採尿を拒否して強制採尿を実施し、うち2回は鑑定の結果覚醒剤の含有が認められ、そのうち1回は任意採尿を拒否した後逃走し、令状の再請求後に強制採尿を行ったこと、「強制捜査の必要性」として、被疑者は過去に任意で尿を提出したことはなく、搜索時警察官に対し、「令状がないと応じない」旨の言動を繰り返しているため、警察官の説得に応ずる可能性は極めて低いものと認められ、過去に強制採尿令状の請求準備中に逃走したことがあるので、同令状の取得が必要不可欠であること、覚醒剤の「味見」をしなければ密売人として活動できないことから、被疑者が自己使用している蓋然性が高いことなどを記載した。また、A警部は、平成27年と平成31年に被告人に対して任意採尿の説得をした際に作成された捜査報告書も疎明資料として添付した。同裁判所裁判官（以下「令状担当裁判官」という。）は、令和元年10月15日、上記各許可状を発付した。
 - (3) B警部補らは、同月16日、被告人方に行き、被告人方等の搜索差押許可状を執行したが、その際、被告人は瘦せて頬がこけており、会話はできるがろれつが回らない状態で、立ち上がるとふらふらしていた。B警部補は、この様子を見て覚醒剤使用を疑い、被告人に対して尿を任意提出するよう求めたが、被告人はこれを拒否した。その後も、B警部補は、被告人に対して尿の任意提出を求め、これを促すなどしたが、被告人がいずれも拒否したことから、本件強制採尿令状を執行した。B警部補は、被告人に対して被告人方で尿を出してほしい旨伝え、しばらく待ったものの、被告人が排尿しなかったため、同令状記載の医院に被告人を連行し、同医院内のトイレで被告人に採尿容器を渡して自然排尿を促したが、被告人が不正な行為をするような様子が見られたことから、自然排尿を打ち切り、その後、医師によりカテーテルを用いた採尿が行われた。採取した尿を鑑定したところ、覚醒剤の含有が認められた。
- 2 第1審裁判所は、前記の事実関係を前提として、被告人の尿に関する搜索差押調書、鑑定嘱託書謄本及び鑑定書（以下「本件鑑定書等」という。）の証拠能力を認め、覚醒剤自己使用の事実について被告人を有罪とした。

これに対し、被告人が控訴し、訴訟手続の法令違反と量刑不当を主張したところ、原判決は、本件鑑定書等の証拠能力は認められないとして、訴訟手続の法令違反の控訴趣意をいれ、第1審判決を破棄し、被告人に対して無罪を言い渡した。その理由の要旨は、次のとおりである。

本件犯罪事実について、強制採尿令状を発付するに足りる嫌疑があったとは到底認められず、最終的手段としての強制採尿の必要性の点でも、本件強制採尿令状の発付は要件を

欠いた違法なものであり、同令状の執行としての強制採尿手続も違法である。本件強制採尿令状の法規範からの逸脱は甚だしく、上記各要件の重要性に照らせば、この違法は深刻なものである。本件では、捜査機関によるずさんな、また、不当に要件を緩和した令状請求に令状担当裁判官のずさんな審査が加わって、事前の司法的抑制がなされずに令状主義が実質的に機能しなかったのであり、こうした本件一連の手続を全体としてみると、その違法は令状主義の精神を没却するような重大なものである。そして、本件鑑定書等を証拠として許容することは、本件のような違法な令状が請求、発付されて、違法な強制採尿が行われることを抑止する見地からも相当でないと認められる。

【判 旨】

「3 しかしながら、原判決の上記判断は是認することができない。その理由は、以下のとおりである。

- (1) 被疑者の体内からカテーテルを用いて強制的に尿を採取することは、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合には、最終的手段として、適切な法律上の手続を経て、被疑者の身体の安全と人格の保護のための十分な配慮の下にこれを行うことが許されると解するのが相当である（最高裁昭和54年（あ）第429号同55年10月23日第一小法廷決定・刑集34巻5号300頁参照）。
- (2) 本件においては、前記1(1)のような参考人の供述内容と被告人の犯歴等を併せ考えても、本件強制採尿令状発付の時点において、本件犯罪事実について同令状を発付するに足りる嫌疑があったとは認められないとした原判決が不合理であるとはいえない。また、前記1(2)のような被告人の過去の採尿状況に照らすと、被告人が本件当時も任意採尿を拒否する可能性が高いと推測されるものの、原判決も説示するとおり、同令状請求に先立って警察官が被告人に対して任意採尿の説得をしたなどの事情はないから、同令状発付の時点において、被告人からの任意の尿の提出が期待できない状況にあり適当な代替手段が存在しなかったとはいえない。したがって、同令状は、被告人に対して強制採尿を実施することが「犯罪の捜査上真にやむを得ない」場合とは認められないのに発付されたものであって、その発付は違法であり、警察官らが同令状に基づいて被告人に対する強制採尿を実施した行為も違法といわざるを得ない。
- (3) しかしながら、警察官らは、本件犯罪事実の嫌疑があり被告人に対する強制採尿の実施が必要不可欠であると判断した根拠等についてありのままを記載した疎明資料を提出して本件強制採尿令状を請求し、令状担当裁判官の審査を経て発付された適式の同令状に基づき、被告人に対する強制採尿を実施したものであり、同令状の執行手続自体に違法な点はない。上記(2)のとおり、同令状発付の時点において、嫌疑の存在や適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、被告人に対する強制採尿を実施することが「犯罪の捜査上真にやむを得ない」場合であるとは認められないとはいえ、この点について、疎明資料において、合理的根拠が欠如していることが客観的に明らかであったというものではない。また、警察官らは、前記1(3)のような態度等を示した被告人に対して、直ちに同令状を執行して強制採尿を実施することなく、尿を任意に提出するよう繰り返し促すなどしており、被告人の身体の安全や人格の保護に対する一定の配慮をしていたものといえる。そして、以上のような状況に照らすと、警察官らに令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったともいえない。

これらの事情を総合すると、本件強制採尿手続の違法の程度ははまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえず、本件鑑定書等を証拠として許容することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとも認められないから、本件鑑定書等の証拠能力は、これを肯定することができると解するのが相当である。

そうすると、本件鑑定書等の証拠能力を否定した原判決は、法令の解釈適用を誤った

違法があり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。」

◆ 採尿令状による連行 ◆

強制採尿令状による連行に関しては、未だ現行司法試験及び予備試験論文式試験での出題がなく、また、令和5年考査委員（出題委員）の川出敏裕教授が論文を執筆されていることから、そろそろ出題される可能性が高いものと思われます。

- ・石田倫識「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.60～61
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.155～160（堀江慎司執筆）
- ・川出敏裕『刑事手続法の論点』（立花書房、2019）P.56～75「第3講 採尿のための留め置き」
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.257

■ 最決平6. 9. 16（刑集48-6-420、百選（第10版）28事件）

【決定要旨】

「1 本件における強制採尿手続は、被告人を本件現場に六時間半以上にわたって留め置いて、職務質問を継続した上で行われているのであるから、その適法性については、それに先行する右一連の手続の違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断する必要がある（最高裁昭和60年（あ）第427号同61年4月25日第二小法廷判決・刑集40巻3号215頁参照）。

2 そこで、まず、被告人に対する職務質問及びその現場への留め置きという一連の手続の違法の有無についてみる。

（一） 職務質問を開始した当時、被告人には覚せい剤使用の嫌疑があったほか、幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ、かつ、道路が積雪により滑りやすい状態にあったのに、被告人が自動車を発進させるおそれがあったから、前記の被告人運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法67条3項に基づき交通の危険を防止するため採った必要な応急の措置に当たるといことができる。

（二） これに対し、その後被告人の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が被告人による運転を阻止し、約6時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は、当初は前記のとおり適法性を有しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても、被告人に対する任意同行を求めするための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したもとして違法とい

わざるを得ない。

- (三) しかし、右職務質問の過程においては、警察官が行使した有形力は、エンジンキーを取り上げてこれを返還せず、あるいは、エンジンキーを持った被告人が車に乗り込むのを阻止した程度であって、さほど強いものでなく、被告人に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また、路面が積雪により滑りやすく、被告人自身、覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに、被告人があくまで磐越自動車道で宮城方面に向かおうとしていたのであるから、任意捜査の面だけでなく、交通危険の防止という交通警察の面からも、被告人の運転を阻止する必要性が高かったというべきである。しかも、被告人が、自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行をかたくなに拒否するという態度を取り続けたことを考慮すると、結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるということができ、右のような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。これら諸般の事情を総合してみると、前記のとおり、警察官が、早期に令状を請求することなく長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが、その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。

3 次に、強制採尿手続の違法の有無についてみる。

- (一) 記録によれば、強制採尿令状発付請求に当たっては、職務質問開始から午後1時すぎころまでの被告人の動静を明らかにする資料が疎明資料として提出されたものと推認することができる。

そうすると、本件の強制採尿令状は、被告人を本件現場に留め置く措置が違法とされるほど長期化する前に収集された疎明資料に基づき発付されたものと認められ、その発付手続に違法があるとはいえない。

- (二) 身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、その際、必要最小限度の有形力を行使することができるものと解するのが相当である。ただし、そのように解しないと、強制採尿令状の目的を達することができないだけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の当否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるからである。その場合、右令状に、被疑者を採尿に適する最寄りの場所まで連行することを許可する旨を記載することができることはもとより、被疑者の所在場所が特定しているため、そこから最も近い特定の採尿場所を指定して、そこまで連行することを許可する旨を記載することができることも、明らかである。

本件において、被告人を任意に採尿に適する場所まで同行することが事実上不可能であったことは、前記のとおりであり、連行のために必要限度を超えて被疑者を拘束したり有形力を加えたものとはみられない。また、前記病院における強制採尿手続にも、違法と目すべき点は見当たらない。

したがって、本件強制採尿手続自体に違法はないというべきである。

- 4 以上検討したところによると、本件強制採尿手続に先行する職務質問及び被告人の本件現場への留め置きという手続には違法があるといわなければならないが、その違法自体は、いまだ重大なものとはいえないし、本件強制採尿手続自体には違法な点はないことからすれば、職務質問開始から強制採尿手続に至る一連の手続を全体としてみた場合

に、その手続全体を違法と評価し、これによって得られた証拠を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとも認められない。」

※ 川出・前掲書P.61～9「Ⅲ その後の下級審裁判例」の中で検討されている裁判例は、下記の2つです。本試験の素材とされる可能性がありますので、時間が許せば検討しておくといよいです。

- ・東京高判平21. 7. 1 (判タ1314-302、裁判所HP裁判例情報掲載なし)
 - ・東京高判平22. 11. 8 (高刑集63-3-4、裁判所HP裁判例情報掲載)
- https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=81562

◆ 公訴事実の同一性 ◆

予備試験において訴因論は、訴因変更の要否に関する出題が平成29年になされて以降、正面からの出題はない（もっとも、令和4年司法試験で平成29年予備試験類似の出題がなされている。）。また、近時、重要な下級審裁判例も出されており、出題の周期性などをも考慮すると、今年、出題される可能性が極めて高いと思われます。

- ・中谷雄二郎「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.104～7
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.238～239（松田岳士執筆）
- ・川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判拠篇〕』（立花書房、2018）P.103～116
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.274～7

■ 最決昭53. 3. 6（刑集32-2-218、百選（第10版）46①事件）

【決定要旨】

『被告人甲は、公務員乙と共謀のうえ、乙の職務上の不正行為に対する謝礼の趣旨で、丙から賄賂を収受した』という枉法収賄の訴因と、『被告人甲は、丙と共謀のうえ、右と同じ趣旨で、公務員乙に対して賄賂を供与した』という贈賄の訴因とは、収受したとされる賄賂と供与したとされる賄賂との間に事実上の共通性がある場合には、両立しない関係にあり、かつ、一連の同一事象に対する法的評価を異にするに過ぎないものであつて、基本的事実関係においては同一であるといふことができる。したがつて、右の二つの訴因の間に公訴事実の同一性を認めた原判断は、正当である。」

■ 東京高判令2. 2. 5（判時2485-98）

【判旨】

「1 原判決の上記判断は、以下に指摘するとおり、種々の誤りがあり、結論として、公訴事実の同一性の判断を誤っており、その誤りは、判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、是認できない。

まず、原判決は、新旧両訴因の同一性を判断するに当たって、窃盗未遂罪における物品の占有者の違いを重視し過ぎている。本件においては、新旧両訴因の日時、場所がほぼ同

一で、警備員に逮捕されて未遂に終わった点も同一であるから、訴因のみを比較しても公訴事実の同一性は判断できず、検察官の釈明や、関係証拠も判断の基礎として公訴事実の同一性を判断すべきである。しかし、原判決は、冒頭において、被害者が異なっている点のみで公訴事実の同一性がないと判断しており、この点において誤っている。そして、原判決は、検察官の主張に答える形で基本的事実関係や新旧両訴因間の非両立性について検討しているようにも読める部分で、公訴事実の同一性の判断基準のうち、『とりわけ単一性の判断にあつては』と説示している。本件は、両立する事実を一罪として一回で処理すべき場合か、それとも数罪として別々に処理すべきかといった、公訴事実の単一性が問題となる事案ではない。原判決は、この点についての理解を誤り、その結果、検察官の釈明内容や証拠によって認められる事実関係を十分に考慮していない疑いもある。また、原判決は、新旧両訴因間の非両立性について検討しているようにもみえるが、その説示内容からすると、訴因のみを比較対照し、結局占有者のみを重視して検察官が『Aを被害者とする事実』を起訴したものと判断したことを前提に非両立性についての判断を行っているものと解される。占有者のみを重視して判断すべき事案でないことは上記のとおりであるから、この点の判断も誤ったものといわざるを得ない。

さらに、原判決は、検察官の主張に答える形で、訴因の記載のみからではなく、関係各証拠を検討し、本件捜査の経緯から、検察官が、防犯カメラ映像から認められる事実とは別の架空の事実を旧訴因として特定し、起訴したものといえる判断している。しかし、後記のとおり、その判断は、検察官の釈明内容や証拠調べの結果認められる事実関係を十分に検討したものとはいえない。

- 2 そこで、以下、当裁判所が、本件において、新訴因と旧訴因との間に、公訴事実の同一性が認められると判断した理由を説明する。

訴因変更における公訴事実の同一性の判断は、新旧両訴因に記載された事実を比較し、基本的事実関係の同一性、新旧両訴因間の非両立性という判断枠組みを用いて行うのが基本である。そして、訴因に明示・記載された事実の比較だけでは、基本的事実関係の同一性や新旧両訴因間の非両立性が分からない場合は、検察官が求釈明に応じて主張する事実も判断の基礎とすることができ、さらに、証拠調べが進行した段階では、その時点において裁判所が認定できる事実も判断の基礎として、同一性を判断できる。これは、訴因が証拠に裏付けられた検察官の主張事実であること、訴因変更の制度が、起訴状において掲げられた訴因がその後の審理の経過によって維持できなくなった場合に、一事不再理効などの制度によって被告人の利益保護を図るとともに、別訴提起を要求することなく、それまでの訴訟の経過を踏まえた上で、新たな訴因の定立を認める制度であることから導き出される。

- 3 記録によると、①令和元年5月23日午前6時48分頃（なお、検察官は、犯行時刻について、防犯カメラ映像の補正時刻から、当初は午前6時47分00秒頃から同分6秒ないし7秒頃までと釈明していたが、補正時刻に誤りがあったとして、午前6時48分16秒頃から同分22秒ないし23秒頃と釈明内容を改めた。）、警備員Cが、本件店舗内ダンスフロアのステージ及びDJブース前において、被告人が隣にいた女性が肩から掛けていたベージュ色ショルダーバッグに左手を差し入れて何か黒っぽいものをつかんでいたことを見たとして、被告人を現行犯逮捕したこと、②被告人の隣にいてベージュ色ショルダーバッグを肩から掛けていた女性はBであったが、同人が未成年で飲酒をしていたこと等から、一緒に来ていたAと相談し、AがBの代わりに事情聴取に応じることにしたこと、③Aは、Bのベージュ色ショルダーバッグを持って警察署に行き、Bが立っていた位置を自分が立っていた位置として供述し、Bが肩から掛けていたベージュ色ショルダーバッグについても自分が肩から掛けていたと供述し、その旨の状況の再現を行い、同バッグの写真撮影も行われたこと、④同月29日、本件の状況が撮影された防犯カメラ映像から画像を抽出した『防犯カメラ画像結果報告書』が作成されたところ、被告人がその隣に立ってい

る女性のベージュ色ショルダーバッグの方に手を伸ばしていることが確認できるとされる画像に付された説明においては、被告人の隣にいるBについて『被害者の友人』との説明が付され、その隣にいるAについて『被害者（A）』との説明が付されていることが認められる。このような証拠関係を前提に、検察官は、同年6月12日に被告人を、旧訴因を公訴事実として特定して起訴したが、その後、同月20日にAが、同年7月5日にBが、それぞれ上記②の事情を供述するに至り、警備員Cも、同年6月26日、被告人の行動を注意して見ており、被告人が、女性が肩から掛けていたベージュ色ショルダーバッグに左手を差し入れて何か黒っぽいものをつかんでいたことははっきり見たが、被害に遭いそうになったのが常連客であるAだったのか、その連れの女の子だったのかまでは、明確に確認できていなかった旨供述したことなどから、これらに沿う訴因への変更を請求したことが認められる。

- 以上を前提に検討すると、検察官は、旧訴因の時刻、場所において、警備員Cに現行犯逮捕される原因となった、被告人がその隣にいた女性が肩から掛けていたベージュ色ショルダーバッグに手を差し入れて在中品を抜き取り窃取しようとした行為を訴追する趣旨で、当初旧訴因を特定して起訴したが、上記の事情から、ベージュ色ショルダーバッグを所持していた人物の特定を誤ったことに気づき、新訴因への変更を請求したものと認められる。そうすると、新旧両訴因は、犯罪の日時、場所が同一で、警備員Cに現行犯逮捕される原因となった、被告人がその隣にいた女性が肩から掛けていたベージュ色ショルダーバッグに手を差し入れて在中品を抜き取り窃取しようとした行為との点で共通しており、基本的事実関係が同一であるといえる。上記④の防犯カメラ画像結果報告書において、被告人の隣に立っている女性について『被害者の友人』との説明が付されてはいるものの、同報告書添付の画像は、被告人がベージュ色ショルダーバッグに手を差し入れ、警備員Cに現行犯逮捕されている様子として抽出されていることが明らかであるから、この点をもって、検察官が、ベージュ色ショルダーバッグとは別のAの所持していたバッグに手を差し入れた行為を起訴したものと考えるのは相当ではない（ただし、これらの画像に付された『被害者（A）』及び『被害者の友人』との説明は、Aの当時の供述及び再現状況とも異なっているから、警察官及び起訴検察官が、十分な確認を怠っていたことは明白である。）。そして、〈ア〉旧訴因の時間、場所で、Aが肩から掛けていたベージュ色ショルダーバッグに手を差し入れて在中品を抜き取り窃取しようとしたが、警備員Cに逮捕されたという事実と、〈イ〉新訴因の時間、場所で、Bが肩から掛けていた〈ア〉と同じベージュ色ショルダーバッグに手を差し入れて在中品を抜き取り窃取しようとしたが、警備員Cに逮捕されたという事実は、ベージュ色ショルダーバッグを肩にかけていた者の特定に誤りがあつたにすぎず、両立しないことも明らかである。弁護人は、検察官が、旧訴因において、ショルダーバッグを肩にかけていたのを『A』として設定して特定した以上、攻撃防御の対象となるべき訴因がそのように特定されている、検察官が控訴趣意で主張する『ベージュ色のショルダーバッグを肩にかけていた人物』は、訴因として設定されたものとはいえず、検察官の主張には誤りがあると主張する。しかし、ショルダーバッグが同一物であり、既に検討したとおり、検察官は、ショルダーバッグを肩にかけていた人物の特定を誤つたにすぎないと認められるから、弁護人の主張には理由がない。原判決も、弁護人も、最初に述べたとおり、窃盗未遂罪における占有者の違いを重視し過ぎているが、相当ではない。
- 4 以上によれば、旧訴因と新訴因との間には公訴事実の同一性があると認められるから、新旧両訴因が公訴事実の同一性を欠くものとして本件訴因変更を許可せずに、旧訴因について犯罪の証明がないものとして無罪判決をした原審裁判所の措置は、公訴事実の同一性に関する判断を誤つた結果本来許可すべき訴因変更を許可しなかった点において、訴訟手続の法令違反がある。そして、この訴訟手続の法令違反は、判決に影響を及ぼすことも明らかであるから、その余の点について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。」

◆ 伝聞の意義 ◆

伝聞の意義に関しては、かつての現行司法試験論文式試験においては、毎年のように問われていたが、近時でも数年に一度問われています。昨年は、訴因論が出題されて伝聞法則が問われなかったため、出題の周期性に鑑み、要注意なテーマといえます。

- ・金築誠志「判批」刑事訴訟法判例百選（第5版）P.178～181
- ・下津健司「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.182～3
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.370～386（堀江慎司執筆）
- ・川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、第2版、2021）P.405～420
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.303～8

■ 最判昭30.12.9（刑集9-13-2699、百選（第5版）80事件）

【判旨】

「さらに、第一審判決は、被告人は『かねてAと情を通じたいとの野心を持つていた』ことを本件犯行の動機として掲げ、その証拠として証人Bの証言を対応させていることは明らかである。そして原判決は、同証言は『Aが、同女に対する被告人の野心にもとずく異常な言動に対し、嫌悪の感情を有する旨告白した事実に関するものであり、これを目して伝聞証拠であるとするのは当たらない』と説示するけれども、同証言が右要証事実（犯行自体の間接事実たる動機の認定）との関係において伝聞証拠であることは明らかである。従つて右供述に証拠能力を認めるためには刑訴324条2項、321条1項3号に則り、その必要性並びに信用性の情況保障について調査するを要する。殊に本件にあつては、証人BはAの死の前日まで情交関係があり且つ本件犯罪の被疑者として取調べを受けた事実あるにかんがみ、右供述の信用性については慎重な調査を期すべきもので、これを伝聞証拠でないとして当然証拠能力を認める原判決は伝聞証拠法則を誤り、引いて事実認定に影響を及ぼすものといわなければならない。」

※ 金築誠志元最高裁判事の前掲判批P.181は、本判例を以下のように分析している。

「…本件では、Aの発言を内容とするBの証言は、右の限度で証拠とされているのではなく、被告人がかねてAと情を通じたいとの野心をもっていたこと、すなわち被告人に犯行の動機があったこと（これが、被告人が犯人であることを推認する重要な間接事実のひとつになっている）を認めるべき証拠として用いられているのである。Aが被告人を嫌悪していたという事実だけでは、その原因は様々に考えうるのであって、右のような犯行の動機まで推認することはできない。Aの発言全体の趣旨は、被告人がAをつけたことがあり、いやらしいことばかりするので、嫌いだというものであるが、Aの嫌悪の情の原因となった被告人の『いやらしい』言動の存在が立証されることによってはじめて、被告人に動機があったことを推認できる場合なのである。そうしてみると、Bの証言は、単にAの心の状態を立証するものではなく、Aの知覚した被告人の言動を立証するものとして、伝聞に当たることは明らかであるといわなければならない。…」

◆ 供述不能の意義 ◆

今年は、出題の周期性などから伝聞法則が出題される可能性が高く、伝聞の意義とともに、伝聞例外に関する重要判例を復習しておく必要があります。

- ・吉村典晃「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.184～5
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.391～3（堀江慎司執筆）
- ・川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、第2版、2021）P.422～8
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.308～311

■ 東京高判平22. 5. 27（判タ1341-250、百選（第10版）80事件）

【判旨】

「(2) 刑訴法321条1項2号前段に供述者が公判準備若しくは公判期日において供述することのできないときとしてその事由を掲記しているのは、その供述者を裁判所において証人として尋問することを妨げるべき障害事由を示したもので、これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において検察官調書に証拠能力を認めることを妨げるものではないから、証人が証言を拒絶した場合にも、同号前段によりその検察官調書を採用することができる（最高裁昭和26年(あ)第2357号同27年4月9日大法廷判決・刑集6巻4号584頁）。しかし、同号前段の供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、一時的な供述不能では足りず、その状態が相当程度継続して存続しなければならぬと解される。証人が証言を拒絶した場合についてみると、その証言拒絶の決意が固く、期日を改めたり、尋問場所や方法を配慮したりしても、翻意して証言する見通しが少ないときに、供述不能の要件を満たすといえる。もちろん、期日を改め、期間を置けば証言が得られる見込みがあるとしても、他方で迅速な裁判の要請も考慮する必要があり、事案の内容、証人の重要性、審理計画に与える影響、証言拒絶の理由及び態度等を総合考慮して、供述不能といえるかを判断すべきである。

(3) 以上を前提に本件についてみると、Aは、自らの刑事裁判が係属中であり、弁護人と相談した結果、現時点では証言を拒絶したい、としているにすぎず、他方で、被害者の遺族の立場を考えると、自分としては証言したいという気持ちがあるとまで述べているのであって、自らの刑事裁判の審理が進み、弁護人の了解が得られれば、合理的な期間内に証言拒絶の理由は解消し、証言する見込みが高かったと認められる。現に、被告人の辩护人作成の平成21年5月21日付け「証拠に対する意見書」によれば、原審第4回公判期日の終了後、被告人の辩护人が、Aの辩护人に対し、同年7月8日に予定されているA自身の被告人質問が終了した後は、被告人の公判において、Aに証言拒絶をさせずに、尋問に応じさせてほしい、と依頼したところ、Aの辩护人から、弁護団で協議するが、十分に検討に値する提案である、と前向きな返答があった、というのである（これに対して、検察官は何ら反論、反証をしていない）。なお、原判決は、A自身の公判が終了した後に証言する意思がある旨を明確にしていないことを供述不能の理由の1つとしている。しかし、供述不能に関する立証責任は検察官にあるのであって、Aの証言意思、裏返せば証言拒絶意思が明確でないというならば、その点について立証を促すべきである。

原審は、本件を公判前整理手続に付し、あらかじめ争点及び証拠を整理した上、第8回公判前整理手続期日で審理予定を定め、平成21年4月22日から同年6月19日までの間に合計7回の公判期日を指定している。しかし、第6回公判前整理手続調書によると、検察官は、同期日において、Aの取調べ状況等に関する捜査報告書（謄本、原審甲42）及びAと

その弁護人との接見状況等に関する回答書（謄本、同甲43）を請求したのは、Aが全く証言しない可能性を考慮してのことである旨釈明している。原審においても、この時点でAの証言拒絶を想定し得たはずである。そうであれば、検察官に対して、Aの証言拒絶が見込まれる理由につき求釈明し、Aの審理予定を確認するなどした上、Aが証言を拒絶する可能性が低い時期を見極めて、柔軟に対応することができるような審理予定を定めるべきであったのに、原審はそのような措置を講じることなく、審理予定を定めている。

本件が殺人、死体遺棄という重大事案であること、被告人が犯行を全面的に否認していること、Aは共犯者とされる極めて重要な証人であることなどを考え併せると、このような公判前整理手続の経過がありながら、Aが前記のような理由で一時的に証言を拒絶したからといって、直ちに前記の各検察官調書を刑訴法321条1項2号前段により採用し、有罪認定の用に供した原審及び原判決には訴訟手続の法令違反がある。」

【MEMO】

平成14年度 旧司法試験 刑事訴訟法第1問

甲がラップに包んだ大麻樹脂の塊を飲み込んで体内に隠匿している疑いがあるため、捜査機関は、甲の腹部をレントゲン撮影の上、体内に大麻樹脂の塊らしいものが確認できた段階で、甲に下剤を用いて、大麻樹脂の塊を早期に体外に排出させ、これを押収しようと考えた。

このような捜査を行うには令状が必要か。必要であるとすれば、どのような令状によるべきか。

【法務省発表の出題趣旨】

捜査機関が、人の体内に嚥下された法禁物を発見・収集・保全するための捜査活動を行おうとする場合に、令状が必要かどうか、必要であるとすればいかなる令状によるのが適切であるかを問うことにより、令状主義及び強制処分法定主義の意義、任意捜査と強制捜査の区別、各種令状の性質、本件事案において必要となる令状の種類などについて、基本的な知識の有無と具体的事案に対する応用力を試すものである。

※ 本解答例は、辰巳専任講師・弁護士 福田俊彦先生が監修し、福田先生が担当した論文合格塾刑事訴訟法で使用したものです。この分野に関しては、近時の裁判例として、千葉地判令2・3・31判タ1479-241（原審）、東京高判令3・10・29判タ1505-85（控訴審）があり、実務や学界の関心が高いと思われることから、福田先生のお許しを得て掲載させて頂きました。

平成14年度 旧司法試験 刑事訴訟法第2問

<福田俊彦先生監修答案>

Memo

1 令状の要否

- 1 (1) 憲法35条では、「搜索及び押収」について令状主義が
2 定められており、刑事訴訟法上は、搜索、差押等のいわゆ
3 る強制処分について令状が必要とされている。しかし、本
4 問の捜査は、憲法上の搜索・押収の典型ではなく、また、
5 刑事訴訟法上定められている強制処分のうち、どれに当て
6 はまるかも一見明瞭ではない。そこで、この捜査に憲法上、
7 あるいは刑事訴訟法上令状が必要となるかを検討する。
8 (2) 憲法35条の趣旨は、搜索・押収をするには正当な理由
9 と対象物、対象場所の特定を要求し、更にその要件の有無
10 を司法官憲により事前に審査させ、もって国民のプライバ
11 シーを保護する点にある。刑事訴訟法上の搜索・差押とい
12 った強制処分に令状が必要とされているのも、憲法35条
13 の趣旨に基づく。国民のプライバシーを侵害する点では、
14 搜索・差押えの外、刑事訴訟法上の検証・鑑定も同様であ
15 るから、憲法35条の「搜索及び押収」には、刑事訴訟法
16 上の検証、鑑定も含まれると解する。
17 (3) 本問の捜査は、人の身体に向けられた処分という点で検
18 証の要素を含み、専門的知識、技術を要する点で鑑定の要
19 素も含むが、甲の腹部にX線を照射する行為も、下剤の投
20 与も、一般的な検証、鑑定以上に身体に害を及ぼし得るし、
21 羞恥心を与え、人間の尊厳を傷つけかねない。
22 (4) よって、本問の捜査は、憲法35条の「搜索及び押収」
23 に含まれ、令状が必要である。
24

2 令状の種類

- 25 (1) では、どのような令状によるべきか。本問の捜査方法が
26 現行法のいかなる処分に当たるかを検討する。
27 まず、腹部をレントゲン撮影して体内の大麻樹脂の塊ら
28 しいものを確認する行為は、X線によって人体に危険が生
29 じ得る。また、下剤を用いてその大麻樹脂の塊を早期に体
30 外に排出させる行為も、その量等によっては、人体に危険
31 が生じかねない。そのため、その実施については、医学的
32 知識経験に基づいて医師の手によるべきであるから、鑑定
33 処分許可状(225条1項・3項)によってなされるべき
34 である。
35 しかし、鑑定処分許可状では、間接強制をすることはで
36 きて(225条4項・168条6項・137条・138
37 条)、225条の準用する168条6項は、139条を準
38 用していないことから、直接強制をすることはできない。
39 そこで、直接強制を行うための方法が問題となる。
40 (2) 鑑定と検証は相互に排斥し合うものではなく、鑑定は検
41 証の特別形態であって検証を補充代替するものであるとい
42 える。そうすると、鑑定で直接強制が必要な場合には、検
43

44 証としての身体検査令状（218条1項）を併用すること
45 が法律上予定されているというべきであり、この併用によ
46 り、直接強制ができると考える。

47 (3) さらに、レントゲン撮影や体外に排出された塊を取得す
48 ることは、搜索・差押の性質を持つことから、別途、搜索
49 差押令状（218条1項）が必要であると考える立場もある。
50

51 しかし、大麻樹脂の塊らしいものが本当に大麻であるか
52 を確認するためには薬物検査などが必要であるから、鑑
53 定・検証においては、その処分を実効的にするために必要
54 な限り、身体の安全、プライバシーの利益などに加えて、
55 所有権の制約もまた予定されていると考える。

56 そこで、鑑定・検証を実効的にするために必要な限り、
57 「必要な処分」（222条1項、129条）としてその押
58 収行為も許容されるので、別途令状は不要である。ただし、
59 その限度を超える場合、例えば証拠品として押収するた
60 めには、別途、搜索差押令状（218条1項）が必要である。

61 以上

平成26年 予備試験 刑事訴訟法

次の【事例】を読んで、後記〔設問〕に答えなさい。

【事例】

司法警察員Kらは、A建設株式会社（以下「A社」という。）代表取締役社長である甲が、L県発注の公共工事をA社において落札するため、L県知事乙を接待しているとの情報を得て、甲及び乙に対する内偵捜査を進めるうち、平成25年12月24日、A社名義の預金口座から800万円が引き出されたものの、A社においてそれを取りに用いた形跡がない上、同月25日、乙が、新車を購入し、その代金約800万円をその日のうちに現金で支払ったことが判明した。

Kらは、甲が乙に対し、800万円の現金を賄賂として供与したとの疑いをもち、甲を警察署まで任意同行し、Kは、取調室において、甲に対し、供述拒否権を告知した上で、A社名義の預金口座から引き出された800万円の用途につき質問したところ、甲は「何も言いたくない。」と答えた。

そこで、Kは、甲に対し、「本当のことを話してほしい。この部屋には君と私しかいない。ここで君が話した内容は、供述調書にはしないし、他の警察官や検察官には教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく。」と申し向けたところ、甲はしばらく黙っていたものの、やがて「分かりました。それなら本当のことを話します。あの800万円は乙知事に差し上げました。」と話し始めた。Kが、甲に気付かれないように、所持していたICレコーダーを用いて録音を開始し、そのまま取調べを継続すると、甲は、「乙知事は、以前から、高級車を欲しがっており、その価格が約800万円だと言っていた。そこで、私は、平成25年12月24日にA社の預金口座から800万円を引き出し、その日、乙知事に対し、車両購入代としてその800万円を差し上げ、その際、乙知事に、『来月入札のあるL県庁庁舎の耐震工事をA社が落札できるよう便宜を図っていただきたい。この800万円はそのお礼です。』とお願いした。乙知事は『私に任せておきなさい。』と言ってくれた。」と供述した。Kは、甲に対し、前記供述を録音したことを告げずに取調べを終えた。

その後、甲は贈賄罪、乙は収賄罪の各被疑事実によりそれぞれ逮捕、勾留され、各罪によりそれぞれ起訴された。第1回公判期日の冒頭手続において、甲は「何も言いたくない。」と陳述し、乙は「甲から800万円を受け取ったことに間違いないが、それは私が甲から借りたものである。」と陳述し、以後、両被告事件の弁論は分離された。

〔設問〕

甲の公判において、「甲が乙に対し賄賂として現金800万円を供与したこと」を立証趣旨として、前記ICレコーダーを証拠とすることができるか。その証拠能力につき、問題となり得る点を挙げつつ論じなさい。

【法務省発表の出題趣旨】

本問は、贈賄事件について、被疑者を任意で取調べ中、警察官が「本当のことを話してほしい。この部屋には君と私しかいない。ここで君が話した内容は、供述調書にはしないし、他の警察官や検察官には教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく。」と申し向けて被疑者から自白を引き出し、その自白をICレコーダーを用いて秘密録音したとの事例において、当該ICレコーダーを贈賄事件の犯罪事実を立証するための証拠として用いる場合の証拠能力に関わる問題点を検討させることにより、伝聞法則とその例外、自白法則（不任意自白の排除）、秘密録音を含む自白獲得手続の適法性と自白の証拠能力について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

※ 昨年、平成29年予備試験論文式試験刑事訴訟法が訴因論全体を見渡すことができる良問であることから敢えて掲載し、ズバリ的中致しました。本問は、伝聞法則、自白法則、違法収集証拠排除法則など、証拠法全体を見渡すのに最適な問題であることから、皆様の学習の便宜のため掲載致しました。

平成26年 予備試験論 刑事訴訟法 ＜福田俊彦先生監修答案＞

Memo

- 1 第1 伝聞証拠について
- 2 1 伝聞証拠に該当すること
- 3 本件ICレコーダーは、伝聞証拠（刑事訴訟法（以下省略）3
- 4 20条1項）に当たり、原則として証拠能力が否定される。
- 5 (1) 伝聞証拠に証拠能力が認められない趣旨は、人の供述には知
- 6 覚・記憶・表現・叙述の過程で誤りが混入しやすいにもかかわらず、
- 7 公判廷外での供述については、公判廷での供述のように、
- 8 反対尋問、宣誓・偽証罪（刑法169条）による処罰予告、裁
- 9 判官による直接観察といった信用性担保措置がないことから、
- 10 そのような供述には証拠能力を認めないこととして、事実認定
- 11 の誤導を防止する点にある。
- 12 そうすると、伝聞証拠とは、上記問題を孕んだ供述、すなわ
- 13 ち、①公判廷外の供述であって、②要証事実との関係で原供述
- 14 者の供述内容に係る事実の真実性が問題となる証拠と解する。
- 15 そして、要証事実は、立証趣旨と証拠構造から把握する。
- 16 (2)ア 本件ICレコーダーは、録音であり、「書面」（320条1
- 17 項）ではないものの、甲の供述を録音した媒体であり、録
- 18 音された供述自体の知覚・記憶・表現・叙述という過程が
- 19 問題となりうる点で「書面」と差異はないことから、公判
- 20 廷外の供述にあたり、①を満たす。
- 21 イ 本件調書の立証趣旨は、「甲が乙に対し賄賂として現金8
- 22 00万円を供与したこと」である。そして、本件において甲
- 23 は贈賄罪により起訴されていて、犯人性を否定している。他
- 24 方、本件ICレコーダーの内容は、甲が乙に対し800万円
- 25 を供与し「…便宜を図っていただきたい」とお願いをした事
- 26 実を内容としており、贈賄罪（刑法198条）の構成要件に
- 27 該当する事実を供述するものといえる。これらの点からすれ
- 28 ば、本件ICレコーダーは、甲が乙に対し賄賂として現金8
- 29 00万円を供与したことを要証事実としているものと認めら
- 30 れ、甲の供述内容に係る事実の真実性が問題なるといえるか
- 31 ら、②も満たす。
- 32 (3) 以上より、本件ICレコーダーは、伝聞証拠に当たる。
- 33 2 322条1項の伝聞例外の要件を満たすこと
- 34 (1) 本件ICレコーダーは、「被告人」である甲の「供述を録取
- 35 した」ものであるから、伝聞例外として証拠能力を肯定するた
- 36 めには、322条1項の要件を満たす必要がある。
- 37 なお、本件ICレコーダーが「書面」ではなく録音である点
- 38 については、上述のとおり問題とならない。また、録音自体は
- 39 機械的に再現されるものであるし、録音されている供述が甲自
- 40 身のものであると証明できるのであれば、真摯に供述がされた
- 41 ものと一応推定できることから、「被告人の署名若しくは押
- 42 印」は不要である。
- 43 (2) 甲が乙に対し賄賂として現金800万円を供与したとの事実

44 は、贈賄罪（刑法198条）の構成要件該当事実であり、自白
45 にあたる供述として、甲にとって「不利益な事実の承認」とい
46 える。

47 (3)ア では、「任意にされたもの」といえるか。Kは、「君が話し
48 た内容は、供述調書にはしないし、他の警察官や検察官には
49 教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく」など
50 と働きかけた上で甲に供述させていることから問題となる。

51 イ 322条1項の任意性は、319条に準じて検討する（3
52 22条1項但書）。319条の趣旨は、任意性を欠く自白は
53 その内容が虚偽のおそれがあるため、それによる誤判を防止
54 することにある。そこで、任意性を欠く自白とは、典型的に
55 虚偽の自白を誘発するおそれや供述の自由を侵害するおそれ
56 があるような場合になされた自白と解する。

57 ウ 本件では、甲は、上記Kの働きかけに応じて「それなら本
58 当のことを話します」と述べており、Kの上記発言が甲の供
59 述採取のきっかけとなっている事情が窺える。

60 もっとも、他の警察官や検察官にその供述内容を秘密にし
61 ておくことは、甲にとっては起訴・不起訴に関わるような重
62 大な利益に関係するものではなく、虚偽の自白を誘発するお
63 それはない。また、暴行等の苦痛により無理矢理供述を行わ
64 せるものでもなく、供述の自由を侵害するおそれがあるとも
65 いえない。

66 エ したがって、「任意にされたもの」といえる。

67 (4) 以上より、322条1項の要件を満たす。

68 3 したがって、本件ICレコーダーの証拠能力は伝聞法則によっ
69 ては否定されない。

70 第2 違法収集証拠排除について

71 そうであるとしても、録音手続が違法であり、本件ICレコー
72 ダーは、違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定されないか
73 が問題になるも、否定されない。以下、その理由を述べる。

74 1 まず、秘密録音は、令状主義には反しない。その理由は、以下
75 のとおりである。

76 令状主義の対象となる強制処分とは、相手方の明示又は黙示の
77 意思に反し、重要な権利を実質的に制約する処分をいう。

78 本件録音は、甲に気付かれないように行われており、甲の黙示
79 の意思に反するといえる。しかし、会話の内容の秘密性は相手方
80 に委ねられており、プライバシー保護の期待は減少しているから、
81 重要な権利利益を実質的に制約するものとはいえず、強制処分
82 には当たらない。

83 2 もっとも、任意処分であっても、何らかの法益を侵害するおそ
84 れがあることから、捜査の必要性を考慮した上、具体的状況のも
85 とで相当と認められる限度で許されると解する。

86 本件では、司法警察員Kらは、甲が公共工事をA社において落
87 札するため、L県知事乙を接待しているとの内偵捜査を進めてい
88 るうちに、A社の口座から800万円が引き出され、それを取引
89 に用いた形跡がなく、翌日、乙が新車購入の際に現金で支払った
90 ことが判明しており、甲に贈賄罪の嫌疑があるが、甲を取り調べ

91 たところ、甲は「何も言いたくない。」と答え供述を拒否してい
92 るため、捜査の必要性は高い。

93 しかし、Kは「供述調書にはしないし、他の警察官や検察官に
94 は教えない。」と言ったにもかかわらず、甲に秘密でICレコー
95 ダーに録音を開始・終了し、いわば供述調書の代わる証拠として
96 用いており、甲を積極的に欺くような方法は、相当とはいえず、
97 違法である。

98 3 そして、司法の廉潔性、将来の違法捜査抑止、適正な手続の観
99 点から、捜査手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法
100 があり、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でな
101 いと認められる場合には、その証拠能力は否定されると解する。

102 本件では、Kは甲を欺き秘密で録音しているものの、捜査の必
103 要性が高かったことを考えると、相当な範囲を逸脱した程度はわ
104 ずかであり、令状主義の精神を没却するような重大な違法がある
105 とはいえず、証拠能力は否定されない。

106 第3 結論

107 よって、乙発言部分を除き、本件ICレコーダーを証拠とする
108 ことができる。

109 以 上

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371 (代表) <https://www.tatsumi.co.jp/>

大阪本校：〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400 (代表)