

重要判例&採点実感準拠

理解が 伝わる

論 証 講 義

刑事訴訟法編

■担当講師■

令和3年予備試験合格
令和4年司法試験合格

清武宗一郎

辰巳法律研究所

刑事訴訟法論証集

目次

はじめに	6
☆一般的注意事項	6
・要件の検討順	6
・必要性、相当性	6
・当てはめで重視すべき事実	7
☆本論証集の表記の説明	7
・出題実績	7
・採点実感等の引用	7
行政警察	8
☆2段階判断枠組みのコンパクト版	8
・職務質問の附随行為(予 H30、新 H18)	8
—職務質問の要件、法律の留保	8
—強制処分該当性	9
—任意処分の相当性	9
捜査	12
☆あてはめのコツ	12
・被侵害利益の分析	12
・捜査手段の分析	12
・強制の処分	12
—一般論	12
—実質逮捕(予 R1、新 R2)	14

・ 任意処分の相当性	15
一 捜査上の有形力の行使(予 H24、H26、R1)	15
一 写真ビデオ撮影(予 H24、旧 H15、H21、新 H19、H30)	16
一 任意取調べの限界(新 H26、R1、R2)	18
一 被告人の取調べの限界(旧 H3、新 H26)	19
証拠収集手続	21
☆ 「格別の令状」(憲法 35 条 2 項)の必要性	21
☆ 「正当な理由」(憲法 35 条 1 項)の内容	21
・ 令状による捜索の範囲	21
一 「物」(予 R4、旧 H12、H20、新 H24、H29)	21
一 「身体」(旧 H12、H18、新 H29)	24
・ 捜索差押令状の有効性	25
一 罰条の記載の要否(予 H23)	25
一 目的物の概括的記載の可否(予 H23、旧 H13)	25
・ 捜索の要件(新 H24)	26
・ 差押えの要件	27
一 一般論(予 H23、旧 H17、新 H24、H25、R3)	27
一 内容確認を経ない差押えの可否(旧 H13、H17、H19、新 R3)	28
・ 別件捜索差押え	29
・ 捜索差押えに必要な処分	30
一 一般論(予 R4、旧 H12、H17、H20、新 H20、H22、H29)	30
一 令状呈示前の着手(旧 H12、H20、新 H20、H29)	31
・ 捜索差押えの際の写真撮影(予 H27、新 H21)	32
・ 強制採尿	33
一 要件(旧 H7、H14)	33
一 採尿令状による連行(旧 H7)	35
・ 無令状捜索差押えの要件	35
一 一般論(旧 H16、H18、H19、H22、新 H18、H25)	35

一移動後の所持品の捜索差押え(新 H25)	37
・領置の要件(新 H22、R5、口 H29).....	38
身体拘束手続.....	40
・通常逮捕の要件(新 H23)	40
・現行犯逮捕	40
一現行犯の要件(予 H29、旧 S62、H19、新 H23)	40
一準現行犯の要件(予 H29、R3、旧 S62、H19、新 H25)	41
・おとり捜査(予 H24、旧 H17、新 H22、R4).....	43
・被疑者勾留	44
一要件(旧 H8、新 H23).....	44
一違法逮捕後の勾留請求(予 R1、旧 H11).....	47
・一罪一逮捕一勾留の原則	48
・再逮捕再勾留	49
一違法逮捕後(旧 H11).....	49
一適法な逮捕勾留後(予 H28、R5)	50
・別件逮捕勾留(旧 S59、新 H23、R1)	52
一他の見解に反論する場合	52
一単独で論証する場合	53
・取調受忍義務(旧 S59、H3、新 H23、R1).....	54
・接見指定	56
一要件(予 R3、新 H28).....	56
一面会接見	58
一秘密交通権	59
証拠能力	61
・自白法則	61
一自白の意義(予 H26、旧 H16、H21、新 H27、R2).....	61
一派生証拠(新 H27)	62
・補強法則	63

—一般論(旧 S58).....	63
—共犯者の自白.....	65
• 伝聞法則.....	66
—伝聞証拠の意義.....	66
—現在の心理状態（・認識）の供述.....	67
—当てはめ.....	68
• 再伝聞証拠の証拠能力(旧 H1、新 H20、H23).....	70
• 伝聞例外の要件.....	71
—供述不能の意義(旧 H13、H15、新 H20、H22、H23、H27、H30、R3).....	71
—検面調書.....	72
—3号書面(旧 H16、新 H20、H22、H23、H27、H30、R3).....	74
—検証の結果を記載した書面(予 H27、旧 H18、新 H21、H25、R5).....	75
—鑑定書.....	76
• 証明力を争うための証拠.....	77
—弾劾証拠の要件(旧 H15、H20、新 H29).....	77
—増強証拠の許否.....	78
—回復証拠の許否(新 H29).....	79
• 類似事実証拠排除法則(予 H28、新 H19、R2).....	79
• 違法収集証拠排除法則.....	80
—一般論(予 H26、H30、旧 H10、H21、新 H18、R2).....	80
—違法性の承継(旧 H10、H21、新 H27).....	82
—自白との適用関係(新 R2).....	83
—被告人の同意.....	84
訴因.....	86
• 訴因の特定.....	86
—判断基準(予 H25、H29、旧 H14).....	86
—釈明と訴因(予 H25、29、新 R4).....	87

—義務的求釈明(予 H25)	88
—起訴状一本主義と予断排除(旧 H10).....	88
• 訴因変更の可否	89
—狭義の同一性(旧 S60、旧 H12、H14、新 H26、R1)	89
—公訴事実の単一性(予 R2)	91
• 訴因変更の許否	92
—旧訴因につき有罪の心証がある場合(旧 S60)	92
—時機に後れた訴因変更(旧 S60).....	93
—公判前整理手続後(新 R1)	93
• 訴因変更の要否	94
—一般論(予 H25、H29、旧 S60、H12、H19、新 H24、H26、R4).....	94
—縮小認定(新 R4).....	95
—訴因変更命令義務の有無(旧 H12).....	96
• 争点顕在化手続の要否(新 R4、予 H25、H29).....	97
• 利益原則	98
—「犯罪の証明」(予 H25、H29、旧 H11、新 H24)	98
—明示的択一的認定の可否	99
—秘められた択一的認定の可否(新 H24)	100
—有罪判決に示すべき「罪となるべき事実」(予 H25).....	101
—事不再理効の範囲(予 R2)	102

捜査

☆あてはめのコツ

・被侵害利益の分析

憲法 33 条・35 条 1 項規定の客体と行為との比較で重要性を判断する。たとえば、プライバシーの場合は、憲法 35 条 1 項の「住居」との比較が有用である(後掲京都府学連事件、京都カード強取強盗殺人事件、「強制の処分」参照)。また、比較対象となる捜査があれば当該捜査との関係でも、プライバシーの利益の具体的な性質及び重要度を検討する必要がある(新 H30 採実 2 第 10 段落)。

・捜査手段の分析

犯罪の重大性だけでは「捜査一般の必要性に関わる事情を指摘するにとどまる」(新 H30 採実 2 第 10 段落)。捜査対象を選択した理由、その捜査方法をとる関連性・必要性・緊急性・相当性を目的との関係で検討するべきである。

・強制の処分

—一般論

…被侵害利益の重要性の限界事例の場合

1 捜査機関による甲に対する…(以下、「本件処分」という)は、強制処分法定主義(法 197 条 1 項但し書き)若しくは令状主義(例；法 208 条 1 項・209 条)、又は捜査比例の原則(法 197 条 1 項本文)に反し、違法でないか。

(1) まず、本件処分は法 197 条 1 項但し書きの「強制の処分」に

当たるか。これに当たる場合、根拠規定がなければ同項但し書きに反し、仮に根拠規定があってもその要件を満たさない限り同規定に反することになるから問題となる。

ア 強制処分法定主義が「特別の定」を求め、各「定」でも厳格な要件が課されるという、厳しい規制にかんがみ、「強制の処分」とは、a 個人の意思を制圧して b 憲法の保障する重要な法的利益を侵害する行為をいうと解する(連続窃盗等 GPS 捜査事件大法廷判決参照)。 b 被侵害利益の重要性は、これが厳格な規制の根拠である以上、身体、住居、財産等(憲法 33 条・35 条 1 項)の憲法例示の法益との比較で判断し(岐阜県呼気検査拒否事件決定参照)、a は b の前提として検討すべきである。

…強制処分該当性を肯定しえない場合

ア 「強制の処分」とは特別の根拠規定が法定されていなければ許容できないもの、すなわち、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等、憲法の保障する重要な法的利益の侵害を伴う行為をいうと解する(判例に同旨)。

ウ よって、「強制の処分」に当たる。

(2) 本件処分は、「…(例；捜索)」の性質を有するから、法○条△項(例；218 条 1 項前段)は「特別の定」に当たる。しかし、本件処分に対し令状は出ていないから、同項の令状主義に反し、違法である。

※岐阜呼気検査拒否事件決定＝最三決 S51.3.16＝百選 I＝三井 1、連続窃盗等 GPS 捜査事件判決＝[最大判 H29.3.15](#)＝百選 30。前者を引用する後者の文言を採用。

→各要件の補足

・意思制圧要件

意思の制圧は、被侵害利益の重要性に関わるものである(百選 1 解説 1(3))。ただ、身柄拘束の事案では本要件が大きな意義を持つ(後掲「実質逮捕」参照)。

・被侵害利益の重要性

新 H30 採実は「平成 29 年大法院判決の示した『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、という基準を用いる場合にも」、前掲 S51 年決定との関係性や理論的根拠の提示を求める。これは S51 年決定(及び憲法 33 条・35 条 1 項)の列挙する「身体、住居、財産等」との比較において重要性を検討させる趣旨であろう(前掲「[☆当てはめのコツー被侵害利益の分析](#)」も参照)。

※※あてはめ

強制処分該当性は類型的な行為の性質を判断するものである。つまり、捜査の必要性や緊急性を考慮するのではなく、被侵害利益の性質や程度を考慮する(新 H28 採実 2)。このことは規範の文言、理由付からも読み取ることができる(同前参照)。

—実質逮捕(予 R1、新 R2)

1 捜査機関による甲の連行(以下、「本件連行」という)は任意同行として行われているが、「強制の処分」(法 197 条 1 項但し書き)に当たらないか。特に逮捕状(法 200 条 1 項)を欠く実質逮捕として令状主義に反しないか問題となる。

(1) (「強制処分該当性」)

特に実質逮捕の判断に当たっては、①同行を求めた日時・場所、②同行の方法・態様、③被疑者の態度、④同行後の取調べ方法等の諸事情を考慮すべきである。

※高輪グリーンマンション殺人事件決定＝最二決 S59.2.29＝百選 6(二段階枠組み)

→問題となる局面

検討対象となる行為に身体拘束行為等の強制処分が用いられている場合に問題となる。なお、留め置きの強制処分該当性の判断においては必ずしも実質逮捕の問題とするよう求められているわけではないが(新 H28 趣旨、採実参照)、そうすることが間違いなわけではない(同解説 2 参照)。

※※判断方法・考慮要素

強制処分該当性の判断枠組みを実質逮捕に適合させたものである。S59 決定以前の裁判例における上記考慮要素はその後考慮されているものの、被疑者の明確な拒絶意思の欠如が特に重視されているとされる(百選 5 解説 3)。なお、実質逮捕に当たらない場合でもその他に「強制の処分」といえる要素(手段)がないかを確認する必要がある。典型的には、実質逮捕に消極的に同意していても、そうせざるを得ない点で意思決定の自由を侵害しているのではないか問題となりうる。

※※※具体例

●任意捜査として違法

- ・令状執行まで約 6 時間半も運転を阻止した留め置き(会津若松採尿事件決定＝最三決 H6.9.16＝百選 2＝三井 20)。
- ・9 泊 10 日の取調べと外界からの隔絶(松戸市殺人事件＝東高判 H14.9.4＝百選 73＝三井 74)。

○任意捜査として適法

- ・4 泊 5 日の取調べ(前掲高輪グリーンマンション殺人事件。「意思により…容認」)

・任意処分の相当性

—捜査上の有形力の行使(予 H24、H26、R1)

ウ よって、「強制の処分」にあたらぬ。

(2) しかし、捜査比例の原則(法 197 条 1 項本文)に反しない

か。

ア 任意処分も何らかの法益を侵害しうるから、必要性、緊急性なども考慮したうえで、具体的状況のもと相当な限度でのみ許容されると解する。

※前掲岐阜県呼気検査拒否事件決定＝最三決 S51.3.16＝百選 1

→岐阜県呼気検査拒否事件決定の射程

判例上、特に類型化された枠組みがない限り、本規範は広く捜査上の任意処分一般に妥当するといつてよいと思われる(新 H27 採実第 5-6 段落目参照)。

※※当てはめの方法

「☆当てはめのコツ」参照。特に、他の手段と比較して、なぜ現実に行った手段をとる必要があったのかを具体的に説明することが重要である。

一写真ビデオ撮影(予 H24、旧 H15、H21、新 H19、H30)

1 捜査機関が甲を撮影した行為(以下、「本件撮影」という)は、甲の外見を視覚によって観察するものだから検証(法 218 条 1 項前段)としての性質を有する。よって、本件撮影が「強制の処分」(法 197 条 1 項但し書き)に当たれば検証令状(法 218 条 1 項・219 条 1 項)を欠く検証として令状主義に反し違法となる。

(1) (「強制の処分」)

(2) 本件撮影により害されるのは、みだりに容ぼう等を撮影されない自由というプライバシーの一種(憲法 13 条)である。しかし、本件撮影は、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所で行われており、「住居」(憲法 35 条 1 項)などと比較して、甲のプライバシーへの期待は相

当低下しているといえるから、重要な権利利益とはいえない
(京都カード強取強盗殺人事件参照)。

(3) したがって、「強制の処分」にあたらぬ。

2 しかし、本件撮影は捜査比例の原則(法 197 条 1 項本文)に反しないか。

(1) 任意処分も何らかの法益を侵害しうるから、捜査の必要性、緊急性と被侵害利益の内容・程度との比較衡量により相当性を判断すべきである。すなわち、①犯人との疑いをもつ合理的な理由のある者について、捜査目的を達成するため、②必要な範囲で、かつ、③相当な方法により行われた場合には、適法と解する(前掲判例)。

※京都カード強取強盗殺人事件決定＝最二決 H20.4.15＝百選 8＝三井 139(ビデオ撮影)、新 H30 採実 2。

→判断枠組みの特徴について

比較衡量の枠組み自体は「捜査上の有形力の行使」と同じである(新 H30 採実 2 によれば、本類型の捜査も S51 年決定の枠組みでよいようであり、「比較衡量」とのキーワードは欲しい)。事案の重大性や犯人性の判断の重要性は撮影の必要性(特に対象選択の理由、方法選択の理由)を高める要素であり、必要性があることを前提に(①)、②では撮影態様が「必要な限度」か(LRA はないか)判断する。ビデオ撮影の場合は写真撮影との関係での補充性が重要であり、写真写りの違和感、歩き方や声などのビデオ特有の要素が指摘できる。一方、③では被侵害利益と必要性とを比べて相当か判断する(百選 8 解説 4)。