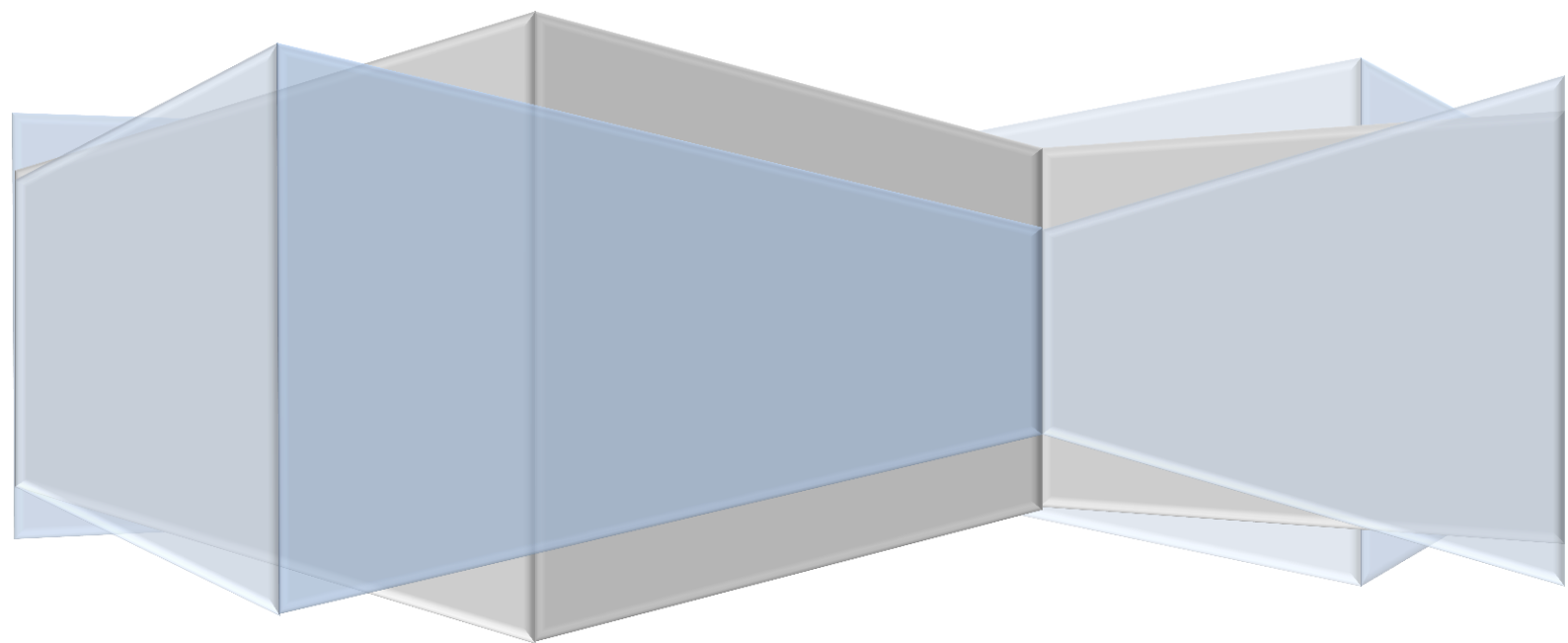


W セミナー

判例思考マスター

刑事訴訟法

辻本浩三



捜査

1 任意捜査と強制捜査

第百九十七条 捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない。

刑事訴訟法は、任意捜査を原則としつつ、法定されていれば、強制の処分を認めている。刑事訴訟法に規定のない強制処分は、「強制処分法定主義」に反し、違法となる。

→公務執行妨害罪の成立、違法収集証拠の問題となる

任意処分は、強制処分以外のものと考えられているため、強制処分の定義がまず問題となる。

(1) 強制処分

論文では、問題となっている捜査手法をまず挙げ、
「本件では、これは法律に規定がなく、強制の処分に当たれば、強制処分法定主義（197条1項但書）に反し違法となる」と書く。

次に、「強制処分」の定義

「科学技術が発達して現代社会では、有形力の行使でなくとも、国民の重要な人権を侵害することもあり得るため、それから国民を保護する必要がある、一方、捜査の実効性の要請も重要である。両者の調和を考慮すると、強制の処分とは、個人の意思を反し、個人の身体、住居、財産等個人の重要な権利に制約を加える捜査手法を指すと解すべきである」

※「令状主義」は、強制処分には原則として、裁判官の発付する「令状」を必要とするもので、「強制処分法定主義」とイコールではない

※強制処分にあたらぬかをまず検討し、当たらなければ「任意処分の限界」を論じる

(2) 任意捜査の限界

「任意捜査であっても、無制限に許されるわけではなく、必要性、緊急性を考慮し、具体的な状況のもとで相当と認められる場合には許容される」

昭和51年決定（最決昭 51.3.16）

任意同行後、出ていこうとした相手の左手首をつかんだ

有形力の行使が強制処分ではない

※電話傍受は「強制処分」（最決平 11.12.16）

必要性があり、権利利益の制約の程度が小さいので、任意捜査として許容

最決平 21.9.28

荷送人、荷受人の承諾なく、エックス線検査

「その射影によって荷物の内容物の形状をや材質を窺い知ることができるうえ、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つて、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」

第二百十八条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについては必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証をすることができる。この場合において、身体検査は、身体検査令状によらなければならない。

（3）写真撮影とビデオ撮影

写真撮影とビデオ撮影が許容される基準はほぼ同様

→判例の事案の性質の違いに注意

昭和44年判決（最大判昭 44.12.24）

デモ行進が許可条件違反をしている状況を警察官が、令状なしに撮影。デモ参加者が警察官に傷害を負わせた。

※公務執行妨害罪が成立するかという問題（違法な公務執行なら成立しない）

→「現に犯罪が行われもしくは行われて間がないと認められる場合」で、証拠保全の「必要性・緊急性」があり、「相当な方法」なら許容される。

最決平 20.9.28

公道上, パチンコ店内での無令状撮影

犯人であると疑いをもつ合理的理由があり, 犯人特定のため必要な証拠資料入手のため

→必要性

受忍せざるを得ない場所におけるもの

→相当性

2 職務質問

警察官職務執行法

第二条 警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っていると認められる者を停止させて質問することができる。

2 その場で前項の質問をすることが本人に対して不利であり、又は交通の妨害になると認められる場合においては、質問するため、その者に附近の警察署、派出所又は駐在所に同行することを求めることができる。

3 前二項に規定する者は、刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない。

4 警察官は、刑事訴訟に関する法律により逮捕されている者については、その身体について凶器を所持しているかどうかを調べることができる。

犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察活動

※事例によっては捜査といえる

(1) 違法性の判断

強制処分, 任意処分の基準が有効

→一定の有形力の行使は強制手段ではない

自動車の運転者

エンジンキーの引き抜き等

最決昭 53.9.22

最決平 6.9.16

具体的状況と道路交通法も根拠として判断

道路交通法

第67条

4 前三項の場合において、当該車両等の運転者が第六十四条第一項、第六十五条第一項、第六十六条、第七十一条の四第三項から第六項まで又は第八十五条第五項若しくは第六項の規定に違反して車両等を運転するおそれがあるときは、警察官は、その者が正常な運転ができる状態になるまで車両等の運転をしてはならない旨を指示する等道路における交通の危険を防止するため必要な応急の措置をとることができる。

任意処分の限界も同様に考える

→6時間半以上の留め置きは任意処分の限界を超える

(2) 所持品検査

職務質問に付随して認められる場合がある

→職務質問は任意処分として認められているから、それに付随して認められる所持品検査も強制処分に当たれば許されない

最判昭 53.6.20

猟銃とナイフを所持した者による銀行強盗事件で手配人相に似た男

「捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある」

「必要性、緊急性、個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容される」

・チャックを開けて中を見た行為

重大な犯罪、嫌疑の高さ、凶器所持の疑い

→必要性、緊急性

内部を一瞥しただけ

→法益侵害の程度はそれほど強くない

・ケースをこじ開けた行為

緊急逮捕の要件が整い、極めて接着した時間内にその現場で緊急逮捕の手続きが行われている

→逮捕の現場で時間的に接着してされた捜索手続きと同一視し得る

最判昭 53.9.7

覚せい剤所持の疑いで、内ポケットに手を入れ取り出した

プライバシー侵害の高い行為、その態様において捜索に類するもの

→違法

最決平 7.5.30

自動車内部を調べる行為

→捜索にあたる

(3) ホテル内への立ち入り

最決平 15.5.26

職務質問では立ち入れないのが原則

・ ドアを開けて内玄関に入った行為

→通常の客とはみなされない状況

・ 足を踏み入れた行為

→職務質問に付随する行為

・ 立ち入った行為

→突然の暴行を契機とするもの

3 被疑者の取り調べ

第九十八条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。

この条文をもとに、逮捕、勾留されている被疑者には、「取調べ受忍義務」があるとされている

(1) 任意取調べの限界

実質的逮捕がなされたといえるか

※承諾留置は認められないのが前提

・ 同行を求めた時刻、場所

・ 同行の方法、態様

・ 同行後の取調べ時間、方法

・ 同行の必要性

・ 被疑者の対応状況

・ 被疑者の属性

東京高判平 14.9.4

宿泊を伴う取調べが違法とされた事案

宿泊が長期

警察官による監視の度合いが強い

→事実上の身体拘束に近い状態

4 逮捕

答案では、「逮捕の必要性」も判断

→罪証隠滅，逃走のおそれ

(1) 通常逮捕

第百九十九条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官のあらかじめ発する逮捕状により、これを逮捕することができる。ただし、三十万円（[刑法](#)、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、二万円）以下の罰金、拘留又は科料に当たる罪については被疑者が定まつた住居を有しない場合又は正当な理由がなく前条の規定による出頭の求めに応じない場合に限る。

2 裁判官は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があると認めるときは、検察官又は司法警察員（警察官たる司法警察員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者に限る。以下本条において同じ。）の請求により、前項の逮捕状を発する。但し、明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、この限りでない。

(2) 現行犯逮捕

第二百十二条 現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者を現行犯人とする。

第二百十三条 現行犯人は、何人でも、逮捕状なくしてこれを逮捕することができる。

「犯罪と犯人の明白性，犯行の現在性，時間的場所的接着性」で判断

・犯罪・犯人の明白性

犯行現場を見た者以外による逮捕の場合問題となる

→時間的・場所的接着性

京都地決昭 44.11.5

時間的・場所的接着性は有り

被害者が確認しただけ

→現行犯逮捕の要件なし

東京高判平 17.11.16

被害者・目撃者による逮捕行為の補助者として現行犯逮捕

(私人による現行犯逮捕は可能)

父親が携帯で連絡をとりあった上で逮捕

被害者に協力する形で被害者に代って行ったもの

→現行犯逮捕できる

(3) 準現行犯逮捕

2 左の各号の一にあたる者が、罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす。

一 犯人として追呼されているとき。

二 贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる兇器その他の物を所持しているとき。

三 身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき。

四 誰何されて逃走しようとするとき。

「罪を行い終わって間がないと明らかに認められること、1号から4号までのいずれかに該当するか」

最決平 8.1.29

犯行から逮捕まで約1時間、1時間40分

犯行現場から約4キロメートル

2号ないし4号に当たる者が罪が終わってから間がないと明らかに認められるとき

(4) 緊急逮捕

第二百十条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合で、急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときは、その理由を告げて被疑者を逮捕することができる。この場合には、直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない。逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

(5) 二重逮捕・二重勾留

事件単位説

逮捕・勾留は被疑事実ごと

→二重逮捕・二重勾留も可能

→勾留延長の理由に余罪を考慮できない

(6) 逮捕前置主義

第二百七条 前三条の規定による勾留の請求を受けた裁判官は、その処分に関し裁判所又は裁判長と同一の権限を有する。但し、保釈については、この限りでない。

被疑者の勾留には逮捕が先行している必要がある

逮捕は短期間なので、不必要に身柄の拘束が長期化することを避ける

(二重のチェックという考え方も)

・被疑事実の同一性

逮捕中に捜査がなされたと評価できる程度の事実の共通性があればよい

名古屋地決平 20.6.26

覚せい剤所持の日時、場所が異なる場合

「時間的に、勾留請求事実である覚せい剤の所持の一部を構成する関係にある」
→同一性を認める

・異なる被疑事実

A 事実で逮捕， B 事実で勾留⇒不可

A 事実で逮捕， A+B 事実で勾留⇒可

・逮捕が違法の場合

逮捕の違法は勾留請求段階で判断されるため、勾留を認めない理由となる

(任意同行)

第九十八条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。
※実質逮捕と評価されると違法とされ、それに引き続く勾留も違法となる可能性がある

第二百三条 司法警察員は、逮捕状により被疑者を逮捕したとき、又は逮捕状により逮捕された被疑者を受け取つたときは、直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げた上、弁解の機会を与え、留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者が身体を拘束された時から四十八時間以内に書類及び証拠物とともにこれを検察官に送致する手続をしなければならない。

第二百五条 検察官は、第二百三条の規定により送致された被疑者を受け取つたときは、弁解の機会を与え、留置の必要がないと思料するときは直ちにこれを釈放し、留置の必要があると思料するときは被疑者を受け取つた時から二十四時間以内に裁判官に被疑者の勾留を請求しなければならない。

2 前項の時間の制限は、被疑者が身体を拘束された時から七十二時間を超えることができない。

3 前二項の時間の制限内に公訴を提起したときは、勾留の請求をすることを要しない。

4 第一項及び第二項の時間の制限内に勾留の請求又は公訴の提起をしないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

欺罪

第二百八条 前条の規定により被疑者を勾留した事件につき、勾留の請求をした日から十日以内に公訴を提起しないときは、検察官は、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

2 裁判官は、やむを得ない事由があると認めるときは、検察官の請求により、前項の期間を延長することができる。この期間の延長は、通じて十日を超えることができない。

第二百八条の二 裁判官は、[刑法第二編第二章](#) 乃至 [第四章](#) 又は [第八章](#) の罪にあたる事件については、検察官の請求により、前条第二項の規定により延長された期間を更に延長することができる。この期間の延長は、通じて五日を超えることができない。

富山地決昭 54.7.26

実質的逮捕から正式逮捕まで約5時間、検察官送致まで約20時間半、検察官送致から勾留請求まで約1時間45分

→実質的逮捕を起点にして法定の時間内だが、逮捕状によらない約5時間に及ぶ逮捕という令状主義違反を重視し、勾留も違法

東京高判昭 54.8.14

実質逮捕の時点で緊急逮捕の要件が備わっていた

→手続きの形式を誤ったにすぎないので、勾留は適法

「軽微な違法があつた場合にも勾留を認めないとすれば捜査の必要性を害し妥当ではない。一方、被疑者の人権も重要である。そこで、令状主義の精神を没却するような重大な違法があつた場合のみ、勾留請求を否定すべきである」

(7) 再逮捕・再勾留

第百九十九条

3 検察官又は司法警察員は、第一項の逮捕状を請求する場合において、同一の犯罪事実についてその被疑者に対し前に逮捕状の請求又はその発付があつたときは、その旨を裁判所に通知しなければならない。

再逮捕については規定があるが、再勾留についての規定がない。しかし、再勾留も一定の限度では可能

勾留については、日数の限界がある。

第二百八条 前条の規定により被疑者を勾留した事件につき、勾留の請求をした日から十日以内に公訴を提起しないときは、検察官は、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

2 裁判官は、やむを得ない事由があると認めるときは、検察官の請求により、前項の期間を延長することができる。この期間の延長は、通じて十日を超えることができない。

第二百八条の二 裁判官は、[刑法第二編第二章](#) 乃至[第四章](#) 又は[第八章](#) の罪にあたる事件については、検察官の請求により、前条第二項の規定により延長された期間を更に延長することができる。この期間の延長は、通じて五日を超えることができない。

東京地決昭 47.4.4

「先行の勾留期間の長短、その期間中の捜査経過、身柄釈放後の事情変更の内容、事案の軽重、検察官の意図その他諸般の事情を考慮し、社会通念上捜査機関に強制捜査を断念させることが首肯し難く、また、身柄拘束の不当なむしかえしでないと認められる場合に限って」認められる

※勾留期間は延長しても20日までが原則だが、それを超えても認められる場合があり得る

浦和地決昭 48.4.21

緊急逮捕の手続きが逮捕後、「直ちに」令状請求がなされなかったので違法とされた

合理的な時間を超過した時間が比較的僅少であり、時間経過に合理的理由があり、事案が重大

→勾留請求を認める

(8) 別件逮捕・勾留

重大な事件（本件）の取調べのため、軽微な事件（別件）の逮捕・勾留を利用する捜査手法の問題

→別件の逮捕・勾留が要件を充たしていないのなら違法となるのは当然であるが、そのようなケースは通常考えられない

→別件逮捕・勾留の要件を充たしているのなら、それ自体は違法といえないのだから、結局、その後別件逮捕・勾留を利用して何が行われたかを考えざるをえない

浦和地判平 2.10.12

主として本件を取り調べる目的で、通常立件されることがない軽微な事件で逮捕・勾留することは違法

東京地決平 12.11.13

別件について勾留としての実体を失い、実質上本件を取り調べるための身柄拘束とみるほかなくなった

→令状によらない違法な身柄拘束となった

→その間の取調べも違法

(9) 令状による搜索・差押え

第二百十九条 前条の令状には、被疑者若しくは被告人の氏名、罪名、差し押さえるべき物、記録させ若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ若しくは印刷させるべき者、搜索すべき場所、身体若しくは物、検証すべき場所若しくは物又は検査すべき身体及び身体の検査に関する条件、有効期間及びその期間経過後は差押え、記録命令付差押え、搜索又は検証に着手することができず令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない。

2 前条第二項の場合には、同条の令状に、前項に規定する事項のほか、差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であつて、その電磁的記録を複写すべきものの範囲を記載しなければならない。

第二百二十二条 第九十九条第一項、第百条、第百二条から第百五条まで、第百十条から第百十二条まで、第百十四条、第百十五条及び第百十八条から第百二十四条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条、第二百二十条及び前条の規定によつてする押収又は搜索について、第百十条、第百十一条の二、第百十二条、第百十四条、第百十八条、第百二十九条、第百三十一条及び第百三十七条から第百四十条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条又は第二百二十条の規定によつてする検証についてこれを準用する。ただし、司法巡査は、第二百二十二条から第百二十四条までに規定する処分をすることができない。

第百十条 差押状、記録命令付差押状又は搜索状は、処分を受ける者にこれを示さなければならない。

第百十条の二 差し押さえるべき物が電磁的記録に係る記録媒体であるときは、差押状の執行をする者は、その差押えに代えて次に掲げる処分をすることができる。公判廷で差押えをする場合も、同様である。

一 差し押さえるべき記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写し、印刷し、又は移転した上、当該他の記録媒体を差し押さえること。

二 差押えを受ける者に差し押さえるべき記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写させ、印刷させ、又は移転させた上、当該他の記録媒体を差し押さえること。

第百十一条 差押状、記録命令付差押状又は搜索状の執行については、錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができる。公判廷で差押え、記録命令付差押え又は搜索をする場合も、同様である。

2 前項の処分は、押収物についても、これを行うことができる。

① 罪名の記載

特別法犯の場合、法令名だけで、罰条を記載していないが、「罪名」を記載したことになるか。

② 場所の明示

場所の特定を要求する趣旨は、住居権の保護にある。したがって、場所の範囲は居住場所の管理権の個数を基準とする。

③ 場所に対する令状で、人の身体を搜索

特定の居室に対する搜索差押令状で、居住者の所持するバッグを搜索することも可能。偶然居合わせた者についても、疑うに足りる相当な理由、必要性を考慮の上認められる。

④ 目的物の特定

「本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」
→他の記述との関連で判断

⑤ 別罪の証拠発見

任意提出を求めて領置（221条）
現行犯逮捕して、逮捕に伴う搜索差押え
新たな令状をとる

⑥ 令状の事前提示

最決平 14.10.4

覚せい剤事犯につき、事実関係に基づき執行前の呈示がなくても適法とした

⑦必要な処分

222条で、111条が準用される。

大阪高判平 6.4.20

宅急便と偽ってドアを開けさせても、必要な処分として許される

(10) 令状によらない捜索・差押え

第二百二十条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第九十九条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要があるときは、左の処分をすることができる。第二百十条の規定により被疑者を逮捕する場合において必要があるときも、同様である。

- 一 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の捜索をすること。
- 二 逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること。
- 三 第一項の処分をするには、令状は、これを必要としない。

相当説＋緊急処分説

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高く、捜索押収令状が発付される要件を充足している

逮捕者らの身体の安全を図り、証拠の散逸や破壊を防ぐ

① 時間的限界

最大判昭 36.6.7

麻薬所持に対する緊急逮捕の事案で、被疑者の留守宅捜索・差押
→帰ってきたところで緊急逮捕
→これを適法としたが、帰ってきたのは偶然

② 場所的限界

第二百二十二条 第九十九条第一項、第一百条、第一百二条から第一百五条まで、第一百十条から第一百十二条まで、第一百四十四条、第一百五十五条及び第一百八条から第二十四条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百八条、第二百二十条及び前条の規定によつてする押収又は捜索について、第一百十条、第一百一十一条の二、第一百十二条、第一百四十四条、第一百八条、第二十九条、第三十一条及び第三十七条から第四十条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百八条又は第二百二十条の規定によつてする検証

についてこれを準用する。ただし、司法巡査は、第二百二十二条から第二百二十四条までに規定する処分をすることができない。

第二百二条 裁判所は、必要があるときは、被告人の身体、物又は住居その他の場所に就き、捜索をすることができる。

2 被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所については、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、捜索をすることができる。

福岡高判平 5.3.8

職務質問から引き続き、被疑者宅へ移動し、現行犯逮捕

→被疑者宅での無令状捜索・差押は違法

※令状主義を潜脱する意図を考慮すべき

最大判昭 36.6.7

逮捕現場からの移動した後の差押を適法とした

→「逮捕の現場」における差押と「同視できる」

→移動は必要最小限なものである必要

(11) 領置

第二百二十一条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物は、これを領置することができる。

最大判昭 36.6.7

ごみ集積所に出したごみ袋を回収して領置したことを適法とした

→事件の重大性、必要性、ごみの有するプライバシーの程度を考慮

(12) 身体検査

第二百十八条 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証をすることができる。この場合において、身体検査は、身体検査令状によらなければならない。

3 身体拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、第一項の令状によることを要しない。

5 検察官、検察事務官又は司法警察員は、身体検査令状の請求をするには、身体検査を必要とする理由及び身体検査を受ける者の性別、健康状態その他裁判所の規則で定める事項を示さなければならない。

6 裁判官は、身体検査に関し、相当と認める条件を附することができる。

第二百二十五条 第二百二十三条第一項の規定による鑑定嘱託を受けた者は、裁判官の許可を受けて、第六十八条第一項に規定する処分をすることができる。

第六十八条 鑑定人は、鑑定について必要がある場合には、裁判所の許可を受けて、人の住

居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り、身体を検査し、死体を解剖し、墳墓を発掘し、又は物を破壊することができる。

(13) 強制採尿

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、最終手段として許される

→覚せい剤使用等ではこれによるしかない場合がある

→搜索差押令状（身体検査令状に関する218条6項を準用し、医師による相当な方法という条件を付ける）

→採尿のための連行は令状の効力として許される

(14) おとり捜査

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段

→任意捜査

平成16年決定

直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容される

(判断要素)

捜査機関の働き掛けの態様、犯罪への関与の程度、創出される法益侵害の性質

(15) 接見交通

第三十九条 身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。

2 前項の接見又は授受については、法令（裁判所の規則を含む。以下同じ。）で、被告人又は被疑者の逃亡、罪証の隠滅又は戒護に支障のある物の授受を防ぐため必要な措置を規定することができる。

3 検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）は、

捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない。

① 「捜査のために必要があるとき」

昭和53年判決

「弁護人等から被疑者との接見の申出があつたときは、原則として何時でも接見の機会を与えなければならないのであり、現に被疑者を取調中であるとか、実況見分、検証等に立ち合わせる必要がある等捜査の中断による支障が顕著な場合には、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見のための日時等を指定し、被疑者が防禦のため弁護人等と打ち合わせることができるよう措置をとるべきである

② 初回接見の重要性

最大判昭36.6.7

初回接見について、接見指定の要件がある場合でも、たとえ短時間でも、即時又は近接した時点での接見を認めるようすべきとした

③ 起訴後の接見指定

39条3項の接見指定は、「公訴の提起前に限り」

55年決定

被告事件について防御権の不当な制限にわたらない限り、接見等の指定権の行使ができる

→余罪について逮捕・勾留されていなければその捜査の必要を理由に接見指定できない

④ 接見内容の聴取

接見内容については、秘密が保持されるのが原則

→被疑者が供述を変遷させている場合に、その理由を聞き出そうとして接見内容に質問が及ぶ場合等、認められる場合もあり得る

⑤ 面会接見

検察庁等接見室がない場所での接見

平成17年判決

立会人がいる部屋短時間の接見などのように、秘密交通権が十分に保障されないような短時間の接見（面会接見）でも、できるよう配慮すべき

訴因

(1) 訴因対象説

刑事訴訟の対象は、検察官が設定した訴因（検察官が起訴状に記載した具体的事実）。

→裁判所は公訴提起された事件についてのみ審判することができる（不告不理の原則）

第二百四十七条 公訴は、検察官が行う。

第二百四十八条 犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。

第二百五十六条 公訴の提起は、起訴状を提出してこれをしなければならない。

3 公訴事實は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。

6 起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し、又はその内容を引用してはならない。

(2) 訴因変更の要否

訴因は、①審判対象画定機能、②争点の明確化機能があり、その点から、訴因変更が必要かを考える必要がある

H13. 4. 11

殺人罪の共同正犯事件において、実行行為者が明示されていた場合、訴因変更をせずに、訴因と異なる認定ができるか

・審判対象の画定という見地からは不要

→実行行為者が誰かは必要ではない

・一般的には被告人の防御に重要であるから、その点では原則として、訴因変更不要

→争点明確化のために明示が望ましく、明示した以上、訴因変更なしに異なる認定をすることは原則としてできない

・被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものでないと認められ、かつ、認定される事実が被告人にとって不利益であるといえなければ例外的に不要

・訴因対象説からは、事実の変化がなければ、訴因変更の必要はない。

→法的評価の問題にすぎない

- ・事実が変わっていても、被害額を少なく認定する場合には不要。
- ・防御方法に基本的修正を要する場合には必要

→過失の態様等

- ・事実が変化し、構成要件が変化すれば変更必要

※縮小認定は、変更なしで可能

→強盗致死訴因で、傷害致死認定等

S 5 5 . 3 . 4

酒酔い運転の訴因で、酒気帯び運転を認定

罪が軽く、被告人の防御は通常の場合包含し、本件においては被告人の防御が尽くされている

(3) 訴因変更の可否

第三百十二条 裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない。

訴因変更は、「公訴事実の同一性」の範囲内で可能。

「公訴事実の同一性」は、一時不再理効や二重起訴の禁止が及ぶ範囲を画するもの

→二重処罰の危険を回避する必要

第三百三十七条 左の場合には、判決で免訴の言渡をしなければならない。

- 一 確定判決を経たとき。

第三百三十八条 左の場合には、判決で公訴を棄却しなければならない。

- 三 公訴の提起があつた事件について、更に同一裁判所に公訴が提起されたとき。

「公訴事実の同一性は基本的事実の同一か否か、具体的には日時、場所、方法を基準とし、更に両訴因が非両立の関係にあるかを考慮して決めるべきである」

① 両立・非両立

両訴因が、非両立の関係にあれば原則として、同一性は認められる。同じ、日時場所で、同じ物を「窃盗」と「横領」は非両立

→同じ人間に対する殺人の場合、日時が異なっても、人の死は1回しかない

→窃盗罪と盗品等無償譲受罪の場合、盗品等関与罪は不可罰的事後行為

② 公訴事実の単一性

両立の場合でも、成立すれば一罪か否かが問題となる。一罪で処理されるのならば同一性は認められる

→窃盗と住居侵入は両立可能だが、牽連犯となり科刑上一罪

※非両立の場合は、原則として同一性はないが、行為・結果に何の重なりもなければ同一性はない

→身代わり犯（犯人隠避）等

（４）訴因変更命令

裁判所に出す義務はないが、犯罪の重大性と証拠の明白性を要件として義務が認められる

→命令を出しても検察官が従わなければ変更はされない

証拠

(1) 同種前科・類似事実による立証

証拠能力を認められるには、自然的関連性、法律的関連性が問題となるが、これは、法律的関連性の問題

→不当な偏見を与え、判断を誤らせるおそれ

→特殊な手口の場合、犯罪の主観的要素を推認する場合に証拠とされ得る

平成24年判決

- ・動機に際立った特徴はない
- ・態様もさほど特殊とはいえない
- ・前刑放火からの時間の経過

等から、推認させる力は強いといえない

→類似性だけで推認することはできない

最大判昭 36.6.7

寄付金が福祉事業に使われるかに装った寄付金詐欺の事案で、被告人が詐欺の範囲を否定したが、同種前科によって詐欺の犯意を認定した

→自分の行為が詐欺の欺罔行為になることは分かっていたはず

(2) 自白

① 自白法則

第三百十九条 強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない。

虚偽排除説（虚偽の自白を誘発するおそれが大きい状況であったか）＋人権擁護説（黙秘権の侵害があったか）で考える

→違法な手続きによって、自白を得た場合には、違法収集証拠の問題として考えればよい

・強制・拷問・脅迫による自白

人権擁護説の観点から、被疑者の供述の自由が侵害されたかが問題

→手錠をかけたままの取調べ、徹夜・長時間の取調べ等

→取調べの態様・方法・事情と被疑者側の事情を総合的に考慮

・約束による自白

最判昭 41.7.1

自白をすれば起訴猶予にする旨の言葉を信じ、起訴猶予になることを期待しての自白は任意性に疑いがある

→虚偽排除による

問題となるのは、

提示された利益の内容、利益提示者の権限、利益提示の方法、態様、提示された利益の受け止め方、自白当時の身体的・精神的状況

特に、提示利益の内容が問題

- ・偽計による自白

最大判昭 45.11.25

いわゆる切り違え尋問について、「もしも偽計によって被疑者が心理的強制を受け、その結果、虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべき」

→虚偽排除

- ・違法な手続きのもとで獲得された自白

任意性の問題と考えるものと違法収集証拠排除の問題と考えるものがある

違法収集証拠排除の基準

「手続きの違法が重大であり、これを証拠とすることが違法捜査抑制の見地から相当でない場合には証拠能力を否定すべき」

- ・第一次自白の任意性が否定された場合の反復自白

検察官に対する自白に任意性が認められるためには、警察における取調べが被疑者の心理に与えた影響が遮断されることが必要

- ・第一次自白が違法収集証拠として証拠能力を否定された場合の反復自白

違法収集証拠からの派生証拠の問題

→毒樹の果実

「第一次証拠を獲得した手段の違法性の程度、第一次証拠と派生証拠の間の因果性程度、事件の重大性、証拠の重要性を考慮して決定」

※勾留質問は、第一次証拠との関連性は希薄か

- ・不任意自白に基づいて証拠物が得られた

大阪高判昭 52.6.28

→毒樹の果実論を適用

②補強法則

2 被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない。

・実質説

自白の真実性を担保する何らかの証拠があればよい

最判昭 42.12.21

無免許運転事案で、運転免許を受けていなかったという事実について、補強証拠の存在が必要とした

→無免許で運転したという自白の真実性を担保する事実を要求したと考えられる

・補強の程度

補強証拠の証明力は、自白の真実性を保障する程度のもであれば足りる

→補強の程度は自白との関係で定まる

・共犯者の自白

補強証拠が必要とされる自白ではない

(3) 伝聞証拠

第三百二十条 第三百二十一条乃至第三百二十八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。

2 第二百九十一条の二の決定があつた事件の証拠については、前項の規定は、これを適用しない。但し、検察官、被告人又は弁護人が証拠とすることに異議を述べたものについては、この限りでない。

第三百二十一条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

一 裁判官の面前（第百五十七条の四第一項に規定する方法による場合を含む。）における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異つた供述をしたとき

二 検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述するこ

とができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述をしたとき。但し、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の状況の存するときに限る。

三 前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき。但し、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限る。

2 被告人以外の者の公判準備若しくは公判期日における供述を録取した書面又は裁判所若しくは裁判官の検証の結果を記載した書面は、前項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

3 検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

4 鑑定経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについても、前項と同様である。

第三百二十一条の二 被告事件の公判準備若しくは公判期日における手続以外の刑事手続又は他の事件の刑事手続において第五十七条の四第一項に規定する方法によりされた証人の尋問及び供述並びにその状況を記録した記録媒体がその一部とされた調書は、前条第一項の規定にかかわらず、証拠とすることができる。この場合において、裁判所は、その調書を取り調べた後、訴訟関係人に対し、その供述者を証人として尋問する機会を与えなければならない。

2 前項の規定により調書を取り調べる場合においては、第三百五条第四項ただし書の規定は、適用しない。

3 第一項の規定により取り調べられた調書に記録された証人の供述は、第二百九十五条第一項前段並びに前条第一項第一号及び第二号の適用については、被告事件の公判期日においてされたものとみなす。

第三百二十二条 被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき、又は特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる。但し、被告人に不利益な事実の承認を内容とする書面は、その承認が自白でない場合においても、第三百十九条の規定に準じ、任意にされたものでない疑があると認めるときは、これを証拠とすることができない。

2 被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意にされたものであると認めるときに限り、これを証拠とすることができる。

第三百二十三条 前三条に掲げる書面以外の書面は、次に掲げるものに限り、これを証拠とすることができる。

一 戸籍謄本、公正証書謄本その他公務員（外国の公務員を含む。）がその職務上証明するこ

とができる事実についてその公務員の作成した書面

二 商業帳簿、航海日誌その他業務の通常の過程において作成された書面

三 前二号に掲げるものの外特に信用すべき状況の下に作成された書面

第三百二十四条 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするものについては、第三百二十二条の規定を準用する。

2 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするものについては、第三百二十一条第一項第三号の規定を準用する。

第三百二十五条 裁判所は、第三百二十一条から前条までの規定により証拠とすることができる書面又は供述であつても、あらかじめ、その書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となつた他の者の供述が任意にされたものかどうかを調査した後でなければ、これを証拠とすることができない。

第三百二十六条 検察官及び被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述は、その書面が作成され又は供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り、第三百二十一条乃至前条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

2 被告人が出頭しないでも証拠調を行うことができる場合において、被告人が出頭しないときは、前項の同意があつたものとみなす。但し、代理人又は弁護人が出頭したときは、この限りでない。

第三百二十七条 裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人が合意の上、文書の内容又は公判期日に出頭すれば供述することが予想されるその供述の内容を書面に記載して提出したときは、その文書又は供述すべき者を取り調べないでも、その書面を証拠とすることができる。この場合においても、その書面の証明力を争うことを妨げない。

第三百二十八条 第三百二十一条乃至第三百二十四条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。

①伝聞・非伝聞

供述証拠は知覚・記憶・表現・叙述の過程を経ており、それぞれの段階で誤りが入り込むおそれがある。

→誤りが入り込んでいないか、反対尋問により確認する必要がある

→伝聞か、非伝聞かは要証事実との関係で決まる

・言葉の非供述的使用

要証事実が供述の存在自体にあるのなら、伝聞証拠ではない

・現在の心理状態の供述

知覚・記憶の過程がない

最判昭 30.12.9

「いやらしいことばかりする」

→そういう事実があったことを立証しようとするためなら、伝聞証拠

「あの人好かんわ」

→心理状態の供述なら、非伝聞

・自然反応的供述

とっさになされた自然的供述は非伝聞

・犯行計画メモ

要証事実が共謀参加者のその時点での意図であるなら、非伝聞となる余地がある

→現在の心理状態の供述は非伝聞

メモが参加者に回覧され、共謀の形成手段とされたような場合も非伝聞

② 3号書面

第三百二十一条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

三 前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき。但し、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限る。

伝聞例外となるためには、供述不能、不可欠性に加え、特信状況が必要
特信状況の判断は、客観的事情を意味し、供述内容を判断材料とできる

③ 1号書面

第三百二十一条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

一 裁判官の面前（第百五十七条の四第一項に規定する方法による場合を含む。）における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異つた供述をしたとき

供述の不可欠性も特信状況も要求されない

④ 2号書面

第三百二十一条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述

者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

二 検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述をしたとき。但し、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の状況の存するときに限る。

・供述不能な場合は、特信状況不要

→国外退去の場合も供述不能の問題

・相反供述

公判期日外で検察官になされた供述が、公判期日での供述よりも信用できるという特別な状況（特信状況）が必要

→供述がなされた際の外部的付随事情が問題となる（判断材料として供述内容そのものも使用）

⑤検証調書（実況見分調書）

第三百二十一条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

2 被告人以外の者の公判準備若しくは公判期日における供述を録取した書面又は裁判所若しくは裁判官の検証の結果を記載した書面は、前項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

3 検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

場所、物又は人の存在、形状、状態等を五官の作用で認識し、その結果を書面に記載したもの

→捜査機関による検証調書は、作成者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述すれば証拠能力が認められる（実況見分調書も同様に考える）

→立会人の指示説明の記載は、結果の記載

⑥鑑定書

第三百二十一条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

4 鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについても、前項と同様である。

⑦被告人の供述を内容とする書面

第三百二十二条 被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき、又は特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる。但し、被告人に不利益な事実の承認を内容とする書面は、その承認が自白でない場合においても、第三百十九条の規定に準じ、任意にされたものでない疑があると認めるときは、これを証拠とすることができない。

被告人に不利益な事実の承認（自白より広い）、又は、特別に信用すべき状況の下でなされたときに証拠能力が認められる

⑧特に信用すべき書面

第三百二十三条 前三条に掲げる書面以外の書面は、次に掲げるものに限り、これを証拠とすることができる。

一 戸籍謄本、公正証書謄本その他公務員（外国の公務員を含む。）がその職務上証明することができる事実についてその公務員の作成した書面

二 商業帳簿、航海日誌その他業務の通常のプロセスにおいて作成された書面

三 前二号に掲げるものの外特に信用すべき状況の下に作成された書面

3号は、1号、2号に匹敵するだけの信用性を保障する客観的状況が必要

⑨伝聞供述

第三百二十四条 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするものについては、第三百二十二条の規定を準用する。

2 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするものについては、第三百二十一条第一項第三号の規定を準用する。

被告人供述の場合⇒322条準用

被告人以外の供述の場合⇒321条1項3号準用

⑩再伝聞

最判昭 32.1.22

検察官面前調書に、「Xから、Xら4人で火炎瓶を投げつけたという話を聞いた」という記述

→2号書面の中の伝聞供述について、324条を類推適用（324条は公判準備・公判記述における供述についてなので、直接適用できない）される

→それぞれの要件が満たされれば証拠能力が認められる

⑪同意書面

第三百二十六条 検察官及び被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述は、その書面が作成され又は供述のされたときの状況を考慮し相当と認めるときに限り、第三百二十一条乃至前条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

2 被告人が出頭しないでも証拠調を行うことができる場合において、被告人が出頭しないときは、前項の同意があつたものとみなす。但し、代理人又は弁護人が出頭したときは、この限りでない。

⑫証明力を争うための証拠

第三百二十八条 第三百二十一条乃至第三百二十四条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。

自己矛盾供述についてのみ証拠能力を認める（限定説）

⑬再現状況報告書

最決平 17.9.27

・写真撮影報告書

警察署内の取調室内で、被疑者が犯行状況を再現した状況を撮影し、犯行状況について供述が録取されている

・実況見分調書

警察署内で被害者が被害状況を再現したところを写真撮影、被害状況についての供述が録取されている

→要証事実は、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在

→321条3項の要件だけでなく、再現者が被告人以外の者である場合は321条1項2号ないし3号、被告人である場合には、322条1項の要件が必要