

刑訴法の二、三の論点について

毛利 晴 光

はじめに

法科大学院で刑訴法の授業を担当していて、学生
の答案を見る機会があるが、学生の理解が不十分で
あると気がつくことがよくある。講義では時間の関
係もあり、十分意を尽くして説明できないことがあ
るし、答案の添削や解説・講評においても、やはり
限界がある。そこで、刑訴法の二、三の論点に絞っ
て、教員と学生との対談形式で、日頃考えているこ
とを分かりやすく示すこととしたい。本稿は、学生
らの答案作成に、ひいては、学生らの各論点の理解
に役立つことを趣旨・目的とするものであり、正面
切って私見を開陳する論文とは異なることを、あら
かじめお断りしておく（したがって、参考となる文
献や論文等を掲げることはしない。）。

第1 捜査の適法性＝強制処分か任意処 分か

教員：今日は、捜査の適法性で問題にされる強制処
分か任意処分かがテーマだったよね。

M君：はい。捜査の法的規律として、刑訴法は197
条1項において、まず本文で任意捜査の原則を定
め、但書で強制処分法定主義、すなわち、強制処
分は刑訴法に規定があるものでなければ許されな
いという考えを定めています。強制処分について
は、更に令状主義という考えも採られていて、裁
判官の発付する令状がなければ、原則として強制
処分はできないことになっています。

Nさん：このようなことから、捜査の適法性を論じ

るに当たっては、まず、強制処分に該当するかと
どうかを検討し、その捜査が強制処分に該当すると
なった場合は、それが刑訴法に規定のあるものか
どうかを考え（直接、刑訴法の規定に当たらなく
ても、例えば、検証の性質を有すると言えれば、
218条の検証に当たると考えてよい。）、それが否
定される場合は、強制処分法定主義に反し違法だ
という結論になり、逆に、それが肯定される場合
は、令状が発付されているかを考え、令状が発付
されていなければ、令状主義に反し違法だという
結論になります。

教員：Nさんの言うことは、忘れないようにしてほ
しいね。答案を見ていると、強制処分だから違法
であるという書き方をしているものが目につく。
これは、明らかに不正確だね。強制処分法定主
義に反し違法なのか、令状主義に反し違法なのか
は、きちんと分けて考えなくてはいいね。

M君：うっかりしていると、強制処分、即違法と書
きかねないです。十分気をつけます。

教員：ところで、令状が発付されている場合は、そ
もそも今のように強制処分か任意処分かを問題に
するのではなく、その捜査・処分が当該令状の効
力の及ぶ範囲内か否か、範囲外であっても、いわ
ゆる令状の執行に「必要な処分」（222条1項、
111条）と言えるかというところを問題にすれば
よい。ここも、しっかり見極めてほしいね。

Nさん：はい、そうです。そして、先ほどの続きで
すが、その捜査が強制処分に該当しない、すなわ
ち任意処分だとなった場合は、任意の処分だから

と言って無制限に許されるわけではなく、任意処分の限界があるとして、その限界の範囲内か否かにより、適法か違法かが分かります。

M君：捜査の適法性について、いわゆる二段階判断の枠組みで考えるということですね。まず、強制処分に該当するかどうかを検討し、次いで、強制処分に該当しない、すなわち任意処分だとしても、任意処分の限界の範囲内か否かを検討する、こういう二段構えの考え方です。この考え方を最初に示したのが、最決昭51.3.16（刑集30-2-187）（以下「51年判例」という。）だと言われています。

Nさん：この二段階判断の枠組みは、M君が最初に説明していたように、捜査の法的規律である任意捜査の原則と強制処分法定主義から自ずと導かれる考え方と言えますか。

教員：そう、よく気がついたよね。皆さん、当たり前のように二段階判断の枠組みを使って捜査の適法性を論じているけれど、Nさんの言うように、この判断枠組みは任意捜査の原則と強制処分法定主義から導かれてくる考え方だ。どうしてかと言うと、強制処分は例外的であって、刑事法に規定のあるものでなければダメだと言うのであるから、まず、強制処分に該当するかどうかから検討しよう、そして、強制処分に該当しないで任意処分だとしても、その限界の範囲内かどうか問題になるのだから、それを次に検討しよう、このように考えるのは極めて理にかなったものだからね。では、強制処分に該当するか否かは、どのように考えればよいのだろうか。

M君：これを考えるに当たっては、まず、強制処分とは何か、その意義を示さなくてははいけません。刑事法には強制処分についての定義規定はありません。先ほどの51年判例では、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、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」と判示しています。一方、通説では、「相手方の明示又は黙示の意思に反し、重要な権利・利益を侵害・制約する処分」だとされています。

教員：強制処分とは何かを読み解く手がかりはないのだろうか。

M君：捜査の必要性和人権保障との調和という観点からではダメでしょうか。

Nさん：私も、そういう言い回しをして、強制処分の意義を書いていましたが・・・。

教員：確かに、そういう説明をしている教科書等はあるけれど、捜査の必要性和人権保障との調和ということから、判例や通説が言う先ほどの意義がどうして出てくるのだろうか。何となく言い得て妙ではあるが、余りにも抽象的過ぎて先ほどの意義には結びつかないのではないだろうか。強制処分とは何かを考えるというのだから、先ほどから出ている強制処分法定主義、強制処分は刑事法に規定のあるものでなければいけないという点を取っ掛かりにして考えてはどうだろうか。つまり、刑事法が規定している強制処分とはどういうものを考えてみるのである。刑事法では強制処分として逮捕や勾留もあれば捜索・差押え・検証等もある。これらのいわば最大公約数は何かを考えれば、自ずと答えは出てくるのではなかろうか。

Nさん：そう言われてみると、強制処分の意義がイメージできそうです。「捜査の必要性和人権保障との調和という観点から」と言うのではなく、「強制処分法定主義にかんがみ、刑事法が規定する強制処分の最大公約数は何かという視点で考えると」と書けばよいですね。

教員：そう。強制処分とは何か、別の見方をすれば、強制処分と任意処分との区別はどうすればよいのか、その基準は何かについては、従来、相手方の承諾の有無であるとか、物理的な有形力の行

使の有無であるとか、法的義務付けの有無であるとか、権利・利益の侵害・制約の有無であるとか、相手方の意思の制圧の有無であるとか、いろいろ言われてきたが、どれも決め手にならなかった。最大公約数としてどれか一つに絞ったり、二つをそのままつなげたりするというのは、無理があったからだろう。

M君：今の先生の説明で気がついたのですが、先ほどの判例が言う「個人の意思を制圧し」という点は、意義としては限定的過ぎて、すべての捜査をカバーできていないのではないかと批判があり、通説のように「意思に反し」と考えるべきではないかと言われています。これも、まさに最大公約数をどうとらえるかということからの問題ですよね。

Nさん：この判例は、アルコールの呼気検査のために警察署に任意同行したところ、被疑者が説得に応じず、取調室から出ていこうとしたので、警察官が被疑者の手首をつかんだという事案で、有形力の行使の適法性が問題になったケースです。そういうことで、強制処分の意義として意思の制圧を盛り込んだのではないかと思います。しかし、捜査には相手方の意思の制圧が問題にならないものもあります。相手方に知られないようにこっそり捜査をするものは、いろいろあります。にもかかわらず、最高裁は、この意義を踏襲していて、通説に歩み寄る気配がないように思います。梱包品のエックス検査を強制処分とした最決平21.9.26（刑集63-7-868）では、意思の制圧があったか否かにはなぜか触れていませんでしたが、例のGPS捜査を強制処分とした最判平29.3.15（刑集71-3-13）（以下「29年判例」という。）では、GPS捜査は「合理的に推認される個人の意思に反（する）」ので「個人の意思を制圧（する）」と判示し、51年判例が示した意義を踏襲することを明らかにしています。

教員：最高裁がなぜここまで51年判例が示した意義

にこだわるのか、よく分からないけれど、皆さんが答案を書くに当たっては、通説に従って、「相手方の意思に反し」と考えるのが賢明だよ。もちろん判例のように「意思を制圧し」と考えてもかまわないが、その場合には、いわゆるこっそり型の捜査については、29年判例にならって、「合理的に推認される個人の意思に反（する）」ので「個人の意思を制圧（する）」と持って回った書き方をしなければならない。わざわざこのような論法を採るのは、決しておすすめでないな。

M君：今の点は分かりましたが、51年判例が言う「身体、住居、財産等に制約を加え」と通説が言う「重要な権利・利益を侵害・制約する」とはどこが違うのでしょうか。

Nさん：判例が「身体、住居、財産」を挙げたのは、憲法33条、35条が保障する権利を意識したものと思われます。ただこれだけに限るわけでないことは、「等」とあることから理解できると思います。もっともこの「等」は何でもよいわけではなく、「身体、住居、財産」に準じるものという趣旨だと思います。先ほどのエックス検査の判例では、「荷受人や荷送人の内容物に対するプライバシー等」を侵害すると判示しています。また、29年判例では、「（憲法35条）の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。」とし、GPS捜査は「憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」と判示しています。通説の言う「重要な権利・利益」というのは、何が重要だと考えるかによっては、判例よりも広くなる可能性はあります。そこに通説の弱みがあるようにも思えます。

M君：双方でそんなに違いがあるようには思えないのですが。結局、先生が言われた最大公約数としてどうみるかだと思います。例示を挙げれば判例のような言い方になり、それを一言で言えば通説

のようになるという理解でいけないでしょうか。

教員：M君のような理解でよいのではないかな。皆さんが答案を書くに当たっては、ここも通説が言う「重要な権利・利益を侵害・制約する」と考えておけばよい。あとはいかにその当てはめをするかだよ。では、まず、「相手方の意思に反し」について、その当てはめを考えてみようか。

M君：相手方が抵抗したり、嫌だとはっきり明示したりしている場合は、明示の意思に反しますし、いわゆるこっそり型の捜査のような場合は、相手方がその捜査を知れば当然断るであろうから、黙示の意思に反するということになるのではないのでしょうか。

教員：こっそり型の捜査でなく、つまり、相手方がその捜査をされることについては分かっているのだけれども、特に抵抗もせず、嫌だと断ることもせず、渋々にせよなすがままに応じている場合はどうなるのかな。

M君：その場合は、相手方は任意に応じているのだから、黙示の承諾をしていると解して、相手方の意思には反しないと考えられます。

Nさん：そうかな。なぜ、そのような場合、黙示の承諾があると推認できるのでしょうか。相手方の本心としては、言葉や態度に出ないだけで、やはり嫌だと思っているはずですから、黙示の意思に反すると考えるべきではないかと思います。

教員：M君の言うような考えもないではないが、捜査側に都合のよい解釈、とらえ方のような気がするね。捜査機関に対しあからさまに抵抗したり嫌だと口にしたりすることもできない人間はいくらでもいるわけなのに、そうした表面だけとらえて、黙示の承諾があるから意思に反していないという見方はどうだろうか。こっそり型の捜査の場合には、黙示の意思に反すると言っただけで、黙示の承諾の可能性についてはまったく考えないでいるのに、なぜ先ほどのような場合だけ黙示の承諾というようなことを持ち出すのだろうか。ここ

は、黙示の意思に反すると考えるNさんの意見に賛成だね。

Nさん：先生、ちょっと場面は違いますが、おとり捜査について、強制・脅迫等の手段を用いない限り、相手方の犯罪を行うか否かの意思の自由は確保されているので、相手方の意思に反していないという理解はどうなんでしょうか。こういう説明は何となくしっくりこないのすが。

教員：これも、意思に反するか否かの当てはめの問題だよ。Nさんの言うような当てはめをしている答案は、確かに時々見られるが、Nさんの疑問はもっともで、何に対して意思に反すると考えるのかを誤解していると言うほかない。ここで意思に反するかどうかは、おとり捜査をされることについてであって、そう考えれば、相手方の黙示の意思に反することは明らかだよ。おとり捜査をされることを知っていたら、誰だってそんな捜査は嫌であり、お断りとなるだろうからね。決して犯罪を行うことについて意思に反するかを問題にしているわけではないだよ。

Nさん：よく分かりました。これですっきりしました。ただ、捜査をされることについて意思に反するかどうかを考えると、たいていの場合は、相手方の意思に反するということになりませんか。

教員：そうだよ。おとり捜査に限らず、誰だって捜査をされることは、嫌だからね。ただ、「いいですよ。」と捜査に協力的な人も中にはいるだろうから、このように明示の承諾がある場合には、意思に反していないと、そう考えればいいんじゃないの。

M君：先ほどの明示で反対意思を表明していないものも、黙示の意思に反すると考えればよいとのお話でした。そうすると、ますます意思に反するという事例は、なくなっちゃいますよね。答案を書く時には楽になりますよ。

教員：そういう意味では、この要件は、あまり強制

処分該当性の絞り込みには役立たないと言ってもよい。絞り込みという点では、もう一つの要件である、重要な権利・利益の侵害と言えるかどうかを中心だと考えてもらってよい。答案を書くときも、そういう意識を持って取り組んでほしい。では、次に、重要な権利・利益の侵害・制約についての当てはめを考えてみようか。

Nさん：先生、この当てはめと関係するのかわかりませんが、教科書によっては、強制処分の意義として、「重要な権利・利益を実質的に侵害・制約」と言うように、単に侵害・制約を考えるのではなく、侵害・制約を「実質的に」と言うことで、侵害・制約の程度をも取り入れているのではないかと思います。このため、事案に応じて、重要な権利・利益なのか、それが実質的に侵害されているのか、どちらを考えればよいのかと頭が混乱して迷うことがあります。これはどう考えればよいのでしょうか。

教員：確かに、Nさんが言うような意義を示している教科書もあるね。おそらく、その狙いとしては、強制処分に該当するものをなるべく絞ろうというところにあるのだらうね。重要な権利・利益が問題になるけれども、実質的にはその侵害はないから、強制処分には当たらないと説明しているようだからね。この考え方は、一見すると使い勝手がよいようにも思われるが、Nさんが悩みを示しているように、当てはめをする際に、権利・利益の重要さと侵害・制約の実質的か否かという、二種類の程度を考えなければならないことになり、そのどちらで説明するのかと頭を悩ますことにつながり、かえって使い勝手がよくないものになっていると思うよ。学生にとってはこういう考え方はおすすめではないな。あとで問題として出てくると思うが、「重要な権利・利益が問題になるけれども、実質的にはその侵害はない」と言われているケースは、そもそも「重要な」権利・利益が侵害・制約されていないという説明で足りる

のであって、侵害・制約が実質的かどうかという縛りをかける必要はないんだよ。つまり、強制処分該当性の判断に当たって、権利・利益の侵害・制約の程度を問題にする必要はないと考えるのがよい。

Nさん：先生の言われるように考えると、「相手方の意思に反し」もそうでしたけど、この「重要な権利・利益の侵害・制約」についても、非常にシンプルで分かりやすく、答案を書く場合、当てはめもしやすいように思います。非常にすっきりしました。

教員：皆さんがまごつかないように、考える道筋を示しているだけで、重要な権利・利益の侵害・制約の当てはめがすぐできると、あまり楽観視してもらっては困るよ。考える道筋ということで、もう一つ付け加えると、重要な権利・利益の侵害・制約があるかを考える手順だが、まず、その捜査・処分により侵害・制約される権利・利益、すなわち、被害者利益は何なのかを考え、次に、それが重要なものか否かを考えると分かりやすい。「意思に反し」のところでも言ったように、捜査をされることは誰だって嫌なものである、嫌だと感じるということは、そこに利害を感じているからであって、不利益と思われるものがあるはずである。このように考えれば、その捜査・処分による被害者利益は何なのかは、自ずと出てこよう。それを言葉で表すだけのことである。

M君：先生、そうなると、捜査・処分によって権利・利益が侵害されないなんてことはないということになりますが、それでよいのですか。

教員：そう、それでまったくかまわないよ。あとは、その被害者利益が重要なものか否かを考えればよい。ここが、強制処分該当性判断の肝だと言うことだね。先ほど説明した権利・利益の実質的な侵害という考え方はしない方がよいというのも、ここにつながる話だよ。

Nさん：今まで、強制処分該当性の判断をするに当

たり、「意思に反し」も、「重要な権利・利益の侵害・制約」も、それぞれの事案に応じて、どのように書くか結構悩んだりしていましたが、先生の言われるような道筋で考えると、すごく答案構成がすっきりしますね。

教員：それはそうだが、逆に言うと、強制処分該当性の判断は、それぞれの事案で考えられる被侵害利益が重要なものか否かという点に取れんされることになるのだから、ここの当てはめがいかに大事かということを意味しているんだよ。そこを忘れないようにしてもらいたい。

Nさん：そうでした。まだ入り口のところであって、本題に入っていなかったのですね。被侵害利益が重要なものか否かを考えるということですから、その被侵害利益をどのようなものとしてとらえるかということが大切になってきますよね。

M君：被疑者の顔を撮影するという捜査を考えると、公道上にいる被疑者の顔を撮影する場合は、公道上では誰からも顔を見られているのだから、顔を撮影されることについては受忍限度内のことと言える、すなわち要保護性は高くないなどと説明して、任意処分であると結論付けています。これに対し、自宅内にいる被疑者の顔を撮影する場合は、公道上の場合とは異なり、顔を撮影されることが受忍限度内であるなどとは到底言えず、プライバシーの侵害がはなはだしいなどと説明して、強制処分に該当すると結論付けています。

教員：この場合の被侵害利益は何なのかね。

M君：公道上の場合も自宅内の場合も、みだりに顔を撮影されたくない自由です。肖像権とも言います。プライバシー権と言うこともできます。

教員：M君のようなとらえ方は決して間違いではないが、被侵害利益が同じでは、公道上の場合は任意処分で、自宅内の場合は強制処分だと言うことにはならないのではないかね。

M君：そうですね。先ほど話に出ていた「実質的な侵害」というのを持ち出して、公道上の場合は、

肖像権が実質的には侵害されていない、自宅内の場合には実質的に侵害されているという説明をしているものもありましたが・・・。

教員：被侵害利益が同じとすれば、ほかの点で違いを見出すしかないの、M君の言うように、実質的な侵害かどうかでもって分けるという考え方で採らざるを得ない。しかし、我々はこういう考え方は採らないということだったよね。だとしたら、どうすればよいのだろうか。

Nさん：被侵害利益を違うものとしてとらえるということでしょうか。プライバシー権という大きな権利としてとらえると、すべて憲法で保障されている権利になってしまうのでよくないということは聞いたことがあります。

教員：そうなんだよ。プライバシー権ととらえるのではなく、みだりに顔を撮影されたくない自由と、事案に合うように具体的にとらえてみても、先ほどのケースでは、被侵害利益は同じで、違いを見出せないということになり、何の解決にもならない。どうするのかと言うと、もっと事案に即して具体的に考えるということじゃないかな。

Nさん：先生の言われる趣旨はよく分かりますが、実際、どのように考えればよいのでしょうか。

教員：事案に即して考えるということに尽きるんだよ。公道上で撮影される場合の被侵害利益は、公道上でみだりに顔を撮影されたくない自由と、自宅内にいるところを撮影される場合は、みだりに自宅内にいるところの顔を撮影されたくない自由ととらえてみてはどうだろうか。

Nさん：被侵害利益をそこまで具体化すると、前者は重要な権利・利益ではない、後者は重要な権利・利益だと結び付くことになり、違いをはっきり示せます。重要な権利・利益の侵害・制約かという点は、ここまで考えないといけないのですね。よく分かりました。

教員：顔を撮影されるという点では、どの場所であつても同じだけれども、自宅内にいる場合は、

顔だけでなく、自宅内の空間という私的領域まで撮影されることになるとして、みだりに自宅内の私的領域を撮影されたくない自由を被侵害利益としてとらえる考え方もある。これも、ある意味では、被侵害利益の内容をとことん考えた結果だとみることができ、それはそれで参考になる考え方だと思うよ。

M君：先生の言われるように考えれば、強制処分該当性については、今後うまく答案が書けそうな気になってきました。まとめると、こういうことですよね。強制処分該当性を検討するについては、まず、相手方の意思に反するかを考えると、これは、捜査をされることについてどうかということなので、たいていの場合、意思に反するということになります。次に、その捜査による被侵害利益は何かを考えると、これも、捜査をされる者にとってはなにがしかの不利益を感じているのであり、それを被侵害利益ととらえればよく、その際には、なるべく事案に即して具体的なものとしてとらえる必要があります。その上で、その被侵害利益が重要なものかを考えるということになります。

教員：ありがとう、うまくまとめてくれたね。考える道筋ということで、皆さんの参考になれば幸いだよ。ただ、そんなに早く納得しないで、もう少し理解を深めるために、いくつかのケースで当てはめを考えてみよう。

Nさん：先ほどのおとり捜査はどうでしょうか。相手方の意思に反するという点は、先生の説明でよく分かりましたが、この場合の被侵害利益は何なのでしょう。

M君：おとり捜査されることにより感じる不利益を考えればよいのですから、犯罪を行うか否かの意思決定の自由ではないでしょうか。

教員：そうだね。犯意誘発型にせよ機会提供型にせよ、おとり捜査があったから犯罪の実行に移ったと言えるのだから、おとり捜査が相手方の意思決

定に対しなにがしかの影響を与えていることは間違いない。そうだとすると、M君が言うように、犯罪を行うか否かの意思決定の自由が被害侵害利益だという考えになるよね。

Nさん：おとり捜査では被侵害利益はないとする考え方も聞いたことがありますが、それについては、どう考えればよいのでしょうか。

教員：被侵害利益として、保護するに足る利益を考えるから、そのような考え方が出てくるのであって、そこまで考えなければよい。保護するに足りるかという点は、重要かどうかのところで考えるべきだと思うよ。

M君：つまり、この犯罪を行うか否かの意思決定の自由は、保護するに値しないものであるから、重要な権利・利益には該当しないと説明できますものね。

教員：そのとおり。強制処分該当性について、きちんと道筋に従って当てはめを考えていけば、おとり捜査が任意処分であることは難なく説明できるんだよ。では、宿泊を伴う取調べについてはどうだろうか。

Nさん：宿泊のさせ方、つまり、宿泊先の段取りを捜査機関がしたのか、宿泊先への行き来に警察車両を用いたのか、相手方と同じ部屋に泊まることまではなくても、その周囲で監視していたかなどといった事情をとらえて、行動の自由を制約していることは確かです。ですから、その程度がひどければ、実質的な逮捕と考えることができ、強制処分になる場合もあります。

教員：おいおい、せっかく強制処分該当性について道筋に従って当てはめを考えようということになったのに、もうそのことを忘れてしまったのかい。

Nさん：すみません。そうでした。

教員：確かに、Nさんが言うように、宿泊のさせ方次第では、実質的な逮捕とみるのが可能なケースもあるだろうけど、実質的な逮捕に当たるよう

な宿泊のさせ方というのは、よほどの場合でない
と考えるのではないだろうか。通常は、相手
方の行動の自由はある程度制約を受けるものの、
いくらかはその自由が確保されていることが多
く、それだけとらえて実質的な逮捕と同じだとみ
ることはできないと思うよ。この宿泊を伴う取調
べで問題になるのは、宿泊のさせ方そのものでは
なく、そういった取調べをどう考えるかなんだ
よ。

M君：逮捕・勾留された者の取調べであれば、取調
べ受忍義務があって強制処分ですよね。この場合
の取調べは、任意のものです。相手方が任意に取
調べに応じていたならば、意思に反しないという
ことになりますよね。だから、強制処分ではない
と説明できます。

教員：M君も先ほどの議論を忘れたのかい。意
思に反するか否かは、どう考えるのだったかね。
抵抗もせず、嫌とも言わず任意に応じていたら、
意思に反しないということだったのかね。

M君：あっ、そうでした。取調べを受けることにつ
いては、誰だって嫌なことであり、抵抗もせず、
嫌とも言わず任意に応じていたとしても、黙示の
意思に反するというふうに考えるのでした。

Nさん：そうなると、次は、取調べによる被侵害利
益は何なのかを考えることになります。任意の取
調べでは、取調べの受忍義務はなく、取調べに応
じないこともできますし、取調室から退去するこ
とだってできます。つまり、取調べに応じない自
由や取調室から退去する自由があるわけでした、
これらの自由が制約されているとみればよいの
ではないですか。

教員：そうだよ。そのような自由が宿泊を伴うこと
によってどう制約されるのかという視点に立って
考えたらどうなのか、そこが問題になるんだよ。
ちなみに、取調べでは、供述の自由というもの
もあるが、宿泊が問題となるこの場合は、供述の自由
というよりか先ほどの自由を考えた方がよさそう

だね。

M君：なるほど、そう考えれば、宿泊の点だけに焦
点を当てて考えなくても済むことになります。つ
まり、宿泊のさせ方が実質的な逮捕になるような
場合でなくても、それが取調べにどう影響するの
かということを考えればよいのですね。

Nさん：宿泊のさせ方が物理的に逮捕や監禁同然と
いうことでなくても、相手方に与える心理的な影
響次第では、取調べそのものが問題になり、強制
処分と言えるような場合もあり得るということ
でしょうか。

教員：そう、だいぶん核心に迫ってきたね。相手方
に与える心理的な影響ということだとすると、何
も宿泊のさせ方にとどまらないのであって、長時
間の連日の取調べであるとか、外部との連絡を遮
断するために携帯電話を取り上げるとかいう事情
もあれば、これも併せて考えてみることでってよ
いはずだよ。

M君：宿泊を伴う取調べが問題となる事例でよくそ
のような事情が盛り込まれているのは、そういう
趣旨があったってことですか。合点がいました。

Nさん：重要な権利・利益の侵害・制約ということ
となると、この場合はどうなるのでしょうか。こ
こでの被侵害利益は取調べに応じない自由や取調
室から退去する自由だと言うだけでは足りないの
ですよね。もっと事案に即して具体的に考えない
と重要かどうか決められないですから。

教員：先ほどの写真撮影のケースと考え方は同じだ
と思うよ。ここではあえて正解を述べることはし
ない。君たちでよく考えてほしい。きっと正解に
たどり着くはずだから。それより、もう一つ、29
年判例で問題になったGPS捜査についても考え
てみよう。

M君：まず、意思に反する点ですが、GPS捜査
は、いわゆるこっそり型の捜査であって、その捜
査をされることを知れば、相手方は当然嫌だと言

うに違いないのだから、黙示の意思に反することになります。次に、この捜査による被侵害利益は何かですが、29年判例のケースでは、広く見ればプライバシーという権利となりそうです。

Nさん：判例で問題となったGPS捜査は、被疑者らの使用する車両に、承諾なくGPS端末を取り付け、その車両の所在を検索して移動状況を把握するものであり、「その性質上、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。このような捜査手法は、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から、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に密かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、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。」と判示しています。そして、先ほども触れましたが、憲法35条は「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に侵入されることのない権利が含まれるとした上、「その私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、・・・憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」であると判断しています。ただ、この判例がGPS捜査による被侵害利益をどう考えているのかは、よく分かりません。M君の言うようにプライバシーととらえているようにも思いますが、それだけではないようにも思います。

教員：確かに判文だけを読んでみても、スパッと何だと言い切れるようなものはないようだね。キーワードは「私的領域」ということになるが、その私的領域をどのようなものとして考えているのか、すなわち、私的な空間というものを考えているのか、それとも、私的な情報というものを考えているのか、はっきりしないよね。この判例の解

釈としては、いろいろ議論があるところだからね。そこで、判例がどう言っているかは措いといて、もし答案を書くとしたらどうするのか、自分たちで考えたらどうだろう。

M君：プライバシーという大きな権利でなく、もっと具体的にと考えるとしたら、みだりに自己の所在や行動経路を知られたくない自由だというのはどうでしょうか。

教員：さっきNさんが読んでくれた判文の中に、「公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりする手法」という文言があったけど、これはどういうものを指しているか分かるかね。

Nさん：たぶん尾行や張り込みのことを言うんじゃないでしょうか。この尾行や張り込みは、任意捜査の一つとしてよく利用されていると、教科書なんかに書いてあります。

教員：そうだね。じゃあ、この尾行や張り込みによる被侵害利益とは何だろうか。

M君：あっ、これも、みだりに自己の所在や行動経路を知られたくない自由です。とすると、GPS捜査は尾行や張り込みと被侵害利益は同じってことになりますね。

教員：そう。みだりに自己の所在や行動経路を知られたくない自由を被侵害利益としてとらえると、GPS捜査も尾行や張り込みも同類だと言うことになるんだ。なのにGPS捜査は強制処分であり、尾行や張り込みは任意処分であると、結論が分かれるのはどうしてなんだろうか。

Nさん：先生、これと似たようなことを先ほど話し合っていましたよ。写真撮影について、公道上にいる人の顔を撮影するのと、自宅内にいる人の顔を撮影するのと、その違いをどうみるのかというものでした。みだりに顔を撮影されない自由というように被害侵害利益をとらえるのではなく、もっと事案に即して具体的に考えるということでしたよね。

教員：よく分かってきたね。ここまでくれば、あと

は君たちで、被侵害利益の重要さが区別できるように、具体的なものとして考えればよい。いずれにせよ、強制処分該当性の当てはめの道筋を外れないことだね。被侵害利益は同じだけれど、侵害の程度が違う、実質的に侵害しているか否かで分かれる、なんてことをくれぐれも考えないように。強制処分該当性でだいぶん時間をとってしまっただが、二段階判断の枠組みのもう一つである任意処分の限界についても、少しだけ議論してみよう。

M君：任意処分だとしても、無制限に何をやってもよいのではなく、何らかの権利・利益の侵害・制約のおそれがある以上、自ずと許容される限界があるとすべきです。その限界を超えるか否かについては、捜査における比例原則の観点からして、51年判例の言葉を借りれば、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる」かどうかで判断することになります。

Nさん：捜査比例の原則は、捜査はその目的達成のために必要かつ相当な範囲で行わなければならないという考え方です。捜査の必要性といった捜査側の事情と、権利・利益の侵害・制約の程度・態様といった捜査を受ける側の事情とを比較衡量して考えることになります。具体的にどのような点を考慮して考えるのかと言うと、必要性としては、事案の重大性や嫌疑の強さといった捜査全般で考える必要性のほか、当該捜査の必要性も挙げられます。緊急性という点も、必要性の中に入れて考えればよく、事案によっては、緊急性として指摘できるものがないこともあります。それでもかまわないと思います。他方、相当性については、被侵害利益の種類や侵害の程度のほか、捜査方法の相当性や相手方の対応ぶりも挙げられます。

教員：任意処分の限界の規範としては、今二人が述べたことを要領よくまとめて書けば問題ない。問

題は、ここでもその当てはめをどうするかだね。事例の中からできる限りの事情を拾い出し、それを各考慮要素に当てはめていくことが求められている。都合のよい情報だけのつまみ食いはダメであって、プラスの事情、マイナスの事情をくまなく拾い出し、最後は総合判断するという姿勢が望ましい。皆さんの答案を見ていると、必要性に関して言えば、当該捜査の必要性が一番重要なのに、これを落としている者が結構いるんだよ。相当性に関しても、具体的な事情を拾い出して分析することもしないで、被侵害利益が大したことがないから相当であると、ほとんど結論めいたことだけ書いて済ませている者もいる。

M君：当該捜査の必要性って、どう考えればよいのですか。いつも何を書けばよいのかと戸惑うことがあります。

Nさん：捜査機関がその捜査で何をしようとしているのか、どんな狙い、目的でやろうとしているのかを考えればよいのではないですか。

教員：そう、それでよし。今のように考えれば、自ずとその捜査の必要性が何かは出てくるはずだよ。

M君：被侵害利益の侵害の程度は強制処分該当性では考えないということでしたが、この任意処分の限界では、相当性の当てはめとして重要なポイントになるんですね。また、相手方が抵抗したり嫌と言ったりしたとか、そうしないで渋々ながら応じていたとかいう事情も、任意処分の限界のところで、相当性の当てはめとして考慮すべき要素の一つである相手方の対応ぶりで考えるべきものなのですね。どこで何を考えるのか、二段階判断の枠組みの全体像が何となく分かってきました。

教員：今日は時間がないので、これ以上は立ち入らないが、職務質問に伴う有形力の行使や所持品検査などは、捜査そのものではなく、警職法による行政警察活動として行われるものである。捜査に関する適法性としての判断枠組みを直接適用

するわけにはいかない。ただ、捜査の端緒と言われるように、捜査とは密接につながりのあるものであることからして、同様に考えてよいとされている。このことだけ付け加えさせてもらうよ。

Nさん：先生、今の点で、最後にもう一つお聞きしたいことがあります。留め置き of 適法性についてですが、留め置きと言っても、いろいろな場面がありますよね。職務質問の場で行うものもあれば、警察署に任意同行した後で行うものもあります。行政警察活動から実際の捜査に移る流れは、きちっと分けできるとは限らないように思います。どちらにせよ二段階判断の枠組みで考えることになるのですが、どう整理していけばよいのでしょうか。

教員：確かに、Nさんが言うように、流動的なところがあるので、はっきり線引きしづらいけど、こう考えればよいのではないかな。職務質問の場での留め置きは、職務質問に伴うものと言えるので、基本は行政警察活動として考える。警職法2条2項にあるように、職務質問をする目的で警察署等に任意同行する場合も、これと同様に考えてよい。これに対し、もっと詳しく事情を聴きたいとか、任意の採尿に持っていききたいとか、ほかの目的があって任意同行をしようとする場合は、職務質問等を通じて嫌疑がそれなりに出てきたからであり、もう単なる行政警察活動の一環としてではなく、任意の捜査に移っていると考えてよいのではないかな。そうだとすると、たとえ職務質問がされた場所であっても、任意同行を説得するためにそこに留め置くような行為は、任意の捜査とみてよいことになる。

Nさん：ありがとうございます。うまく整理ができた気がします。

教員：今日は、強制処分か任意処分かということで議論してきた。二段階判断の枠組みで考えること、一段階目の強制処分該当性については、強制処分を「相手方の意思に反し、重要な権利・利益

の侵害・制約があること」ととらえること、強制処分ではなく任意処分であった場合は、二段階目として任意処分の限界を考えること、その際には、捜査の必要性と相当性を考えることなどだったね。注意しておきたいのは、どんな場合も、今言った規範を示した上で、その当てはめをすることなんだよ。判例では、それぞれの事案に応じて、規範を立て、その当てはめをしていることがある（例えば、今日も議論した、おとり捜査に関する最決平16.7.12・刑集58-5-333や宿泊を伴う取調べに関する最決昭59-2-29・刑集38-3-479のほか、所持品検査に関する最判昭53.6.20・刑集32-4-670など参照）。加えて、そうした判例の解釈ということで、いろんな見解が示されることもある。これをいちいちフォローしては、大変だ。そんな汎用性のない規範にこだわる必要はない。皆さんが答案を書くということは、論文を書くのとは違う。したがって、もっとシンプルに考えるべきであり、先ほど確認した規範に立って、その当てはめをすることに徹してほしい。答案としては、それで十分なはずだ。今日の議論は、そういうことのために役立つだろうという趣旨で行ったものである。そこを忘れないでほしい。それから、当てはめの結果、すなわち結論がどうかで神経質になることはない。そこに至る過程がしっかり書けていれば、それなりの点はつくのだから。それじゃあ、今日はこれで終わりにしよう。M君もNさんも、長時間の議論、ご苦労さまでした。

第2 別件逮捕・勾留

教員：今日は、別件逮捕・勾留について議論しよう。まず、別件逮捕・勾留とはどういうものかな。

M君：別件逮捕・勾留とは、もっぱら未だ証拠のそろっていない本件について被疑者を取り調べる目的で、証拠のそろっている別件での逮捕・勾留に

名を借り、その身柄の拘束を利用して、本件について逮捕・勾留して取り調べるのと同様な効果を得ることを狙いとした捜査手法を言います。通常は、本件が殺人や強盗といった重大事件であるのに対し、別件は万引等の軽微な事件であることが多く、このような捜査手法が許されるのかが問題になっています。

Nさん：この別件逮捕・勾留については、諸説入り乱れていますが、代表的なものは、本件基準説と別件基準説です。本件基準説というのは、捜査機関が意図した本件を基準にして逮捕・勾留が違法かどうかを考えようとするもので、いわゆる別件逮捕・勾留と言われるものは、令状主義を潜脱するものであるので、本件と別件の間に密接な関係がある場合などを除き、原則違法だと考えます。これに対し、別件基準説は、別件を基準にして逮捕・勾留が違法かどうかを考えようとするもので、別件について逮捕や勾留の理由、必要性が認められて令状が発付されたのであれば、別件での逮捕・勾留に何の問題もないので、適法だと考えています。そして、別件での身柄拘束中に本件の取調べを行ったことについては、余罪取調べの問題として考えれば足りるとしています。

M君：本件基準説に対しては、別件についての令状審査をする裁判官は、捜査機関の本件取調べの意図を知りようがないのに、捜査機関の意図を基準に逮捕・勾留が違法かどうかを考えるなどということは無理であるとの批判が、別件基準説から投げかけられています。別件基準説からのこの批判はもっともなものであり、本件基準説には賛成できません。

教員：そんなに先を急がないでほしい。確かに、M君の指摘してくれた批判はもっともであるよね。ただ、本件基準説は、そんな無理なことを承知で、本件を基準にと言っているのだろうか。

M君：えっ、そうじゃないのですか。どういうことでしょうか。

Nさん：本件基準説でも、別件について逮捕や勾留の理由、必要性が認められて令状が発付された場合は、別件での逮捕・勾留に何の問題もないので、適法だと考えているということですか。

教員：少なくとも、先ほどの批判を受けた後の本件基準説は、そう考えているのだらうと思うよ。この点は、本件基準説といえどもいかんともしがたいところだからね。両説の違いは、この令状審査の段階にあるのではなく、もっと先の段階にあると考えるべきだね。本件基準説が問題にしている令状主義の潜脱が分かる場面はどこだろうか。

Nさん：別件での身柄拘束中に本件の取調べを行ったときだと思います。

教員：そう。そこまで進まない、そもそも、別件での身柄拘束が本件の取調べ目的であったなんてことは、捜査機関でもなければ分かりようがないんだよ。

M君：そうすると、別件基準説が、別件での身柄拘束中に本件の取調べを行ったことを余罪取調べの問題として考えるのと、なんか似通ってきますよね。

Nさん：そう言えば、本件基準説について、捜査官の主観的意図、別件と本件の関連性、法定刑の軽重、身柄拘束中の取調べ状況等を考慮して判断すると説明しているのを見たことがあります。本件基準説がなぜ身柄拘束中の取調べ状況を考慮するのか不思議に思っていたのですが、今先生のお話を聞いて合点がいました。ここで本件基準説が考慮要素として挙げているものは、ほとんど別件基準説が本件の取調べを余罪取調べの限界として考える際の考慮要素と同じですね。

M君：本件の取調べが余罪取調べの限界を超えるのは、令状主義の潜脱と言える場合であると述べているのも、似通っていますね。

教員：そのとおりだよ。だいぶん問題の核心に近づいてきたね。従来は、本件基準説と別件基準説との違いは、別件での令状審査の段階にあるとして

論じられていたんだが、さっきも説明したように、その段階には違いはなく、別件での身柄拘束中に本件の取調べを行ったことに焦点を当てて、両説の違いを求めていくのが筋だと思うよ。

Nさん：そうすると、こういうことですか。別件での令状審査の段階では、逮捕・勾留の理由や必要性があれば、別件での逮捕や勾留は適法であって、この段階では両説には違いはないけれども、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようなものになった場合は、本件基準説からは、捜査官の本件取調べという主観的意図が明らかになったので、別件での逮捕も勾留も、いわゆる別件逮捕・勾留に当たるとして、違法になると考えるのですね。

M君：これに対し、別件基準説では、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようなものになった場合、その取調べは余罪取調べの限界を超えるものとして、違法と判断されるが、別件での逮捕や勾留までが違法になると言うわけではないと考えるのですね。

教員：そのとおりだよ。もう少し補足すると、本件基準説では、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようなものになった場合には、それまで適法であった別件での逮捕や勾留が、さかのぼって最初から違法になると考えるんだろうね。これに対し、別件基準説では、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようになったとしても、その点は余罪取調べの限界の問題として考えればよく、別に別件での逮捕や勾留の適法性にまで影響を与えることはない、したがって、別件での逮捕も勾留も依然として適法であると考えerわけだよ。ここに、両説の違いが現れるってことだね。

Nさん：先生、実体喪失説という考え方もありますよね。これは、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようなものになった場合には、その時点で、別件での身柄拘束は別件

に名を借りた本件での身柄拘束というものに変わったと言うほかなく、その実体を失ったとみて、違法になると考えるものです。今の話からすると、この説はどういう位置づけになるのでしょうか。

教員：まさに今の話の延長線上で考えれば足りるんじゃないかな。Nさんが説明してくれたように、実体喪失説も、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようなものになった場合を問題にしているんだが、それが別件での身柄拘束にどう影響するのかという点で、本件基準説がさかのぼって違法になると考えるのに対し、実体喪失説は、その問題となった時点以降が違法になると考えているんだよ。

Nさん：一方、別件基準説だと、本件の取調べの問題は別件での身柄拘束にはまったく影響しないと考えているんですね。ここにおいて、別件基準説、本件基準説、実体喪失説という三つの説の違いが、見事に説明できることになるんですね。

教員：ここまできちんと論じている文献等は見当たらないけれど、こういう理解で間違いはないと思うよ。次は、この三説の違いが、実際の場面でのように現れてくるのかを見てみよう。

M君：別件基準説では、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようになった場合、その取調べは余罪取調べの限界を超えたものとして違法になりますが、別件での身柄拘束自体は適法なのですから、別件での身柄拘束中に行われた別件についての取調べはもとより問題がなく適法ですし、余罪取調べの限界を超える前に行われた本件についての取調べも適法だと考えることになります。

Nさん：他方、本件基準説だと、さかのぼって別件での身柄拘束は違法になると言うのですから、別件での身柄拘束中に行われた取調べは、別件、本件を問わず、すべて違法な身柄拘束中の取調べとして違法になります。また、実体喪失説では、本

件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようなものになった時点以降の身柄拘束は違法になるのですから、その間に行われた取調べは、別件、本件を問わず、違法な身柄拘束中の取調べとして違法になりますが、その時点より前に行われた取調べは、別件基準説同様、別件、本件を問わず適法であると考えられることになります。

教員：二人ともよく説明してくれたよね。ここに、三説のどれがよいのか、逆に言えば、どれに問題があるのかが潜んでいるんだが、分かるかね。

M君：もともと別件での身柄拘束は適法であったのに、その身柄拘束中に行われた本件の取調べが令状主義の潜脱と言えるようになった場合、それまで行われていた別件及び本件についての取調べまでがなぜ違法になってしまうのかは、大いに疑問に思います。そこまで影響を与えるというのは行き過ぎなのではないでしょうか。同じことは、それ以降に行われる別件についての取調べについても言えます。

Nさん：そういう意味では、本件基準説や実体喪失説のような考え方には問題があるように思います。別件基準説のように、令状主義の潜脱となる本件の取調べが行われた場合には、その取調べだけを違法だとすればよいのではないのでしょうか。

教員：そこが、別件逮捕・勾留について、別件基準説から本件基準説や実体喪失説に対して指摘すべき批判のポイントだと言える。よく気がついたよね。見方を変えれば、本件基準説や実体喪失説の考え方というのは、別件逮捕・勾留と言えるような問題が分かった以上は、捜査側にはそれなりのサンクションとして痛みを受けてもらわないと示しがつかないという発想があるんじゃないかな。ところで、本件の取調べが令状主義の潜脱と言える場合とはどのような場合だろうか。

M君：それは、本件についての取調べが、別件での身柄拘束に名を借りて、その身柄拘束を利用し、本件についての身柄拘束で取り調べるのと同様の

効果を得ることを狙って行われた場合です。結局、冒頭で示した別件逮捕・勾留の意義と同じものになります。

教員：そうだね。具体的には、どのような事情を考慮してその判断をするのだろうか。

Nさん：別件と本件との罪質や態様の違い、法定刑の軽重、別件、本件それぞれについての取調べ状況（取調べ時間や回数など）、別件と本件との関連性の有無・程度、本件に関する客観的な証拠の程度、別件についての身柄拘束の必要性の程度、それから取調官の主観的意図などを考慮します。

M君：先生。別件での身柄拘束となると、逮捕や勾留だけでなく、勾留期間の延長もありますよね。この延長についても、裁判官が208条2項のやむを得ない事由の有無を判断し、何日延長するのかの裁判をするわけですし、この時点で本件の取調べの問題が表面化していなければ、裁判官はやはり別件のことだけを考慮して審査することになりますよね。

教員：そうなるよね。逆に、この時点で本件の取調べの問題が表面化していれば、裁判官は、勾留期間の延長請求を却下することもあるだろうし、延長するにしても日数をカットすることもあるかもしれないね。ほかに、裁判官が身柄拘束について途中で判断する場合はなかったかね。

Nさん：勾留の取消し（207条、87条）ですね。勾留の理由や必要性がなくなったときは、請求により又は職権で、裁判官は勾留の取消しの決定をしなければならないとあります。別件での取調べが済んでしまい、あとは本件での取調べしか残っていないような場合には、少なくとも別件での勾留の必要性はなくなりますから、そういうことが分かっていたら、勾留の取消しをすることも考えられますよね。

教員：ちなみに、この勾留の取消しは、将来に向かっての取消しであり、さかのぼって勾留の効力がなくなるわけではない。ところで、別件基準

説、本件基準説、実体喪失説、この三説の違いは、これまで見てきたところだけではないんだが、何か分かるかね。

M君：はい。別件での身柄拘束中に本件についての取調べが令状主義の潜脱と言えるほどに行われた場合、もう一度本件で逮捕や勾留をしてよいかという場面ではないでしょうか。

教員：そのとおり。どう違いが出てくるのかな。

M君：本件基準説だと、そのような場合、別件での身柄拘束は実質上本件での身柄拘束と言うべきであると考えられるわけですから、にもかかわらずもう一度本件で逮捕・勾留をしようとするのは、再逮捕・再勾留禁止の原則に正面から反することになり、このような逮捕・勾留はそれだけで違法になります。

Nさん：他方、別件基準説では、そのような場合も、別件での身柄拘束自体は何の問題もなく適法だと考えるのですから、もう一度本件で逮捕や勾留をしたからと言って、再逮捕でも再勾留でもなく、したがって、再逮捕・再勾留禁止の原則が働く余地はありません。ただ、本件での取調べは余罪取調べの限界を超えるものとして違法だと考えますから、その取調べによって作成された供述調書は、違法収集証拠として証拠能力が否定されます。そうすると、このような供述調書を本件での逮捕状請求や勾留請求の疎明資料にしているときは、疎明として使えなくなりますので、その関係で逮捕や勾留の理由の疎明ができず、請求却下という結果になることもあり得ます。

M君：本件基準説でも、このような本件での供述調書は違法収集証拠として証拠能力が否定されるので、別件基準説と同じような問題が出てきますが、それを問題にする前に、本件での逮捕・勾留は、再逮捕・再勾留禁止の原則に反するから即違法だということなるのだと思います。

教員：実体喪失説だとどうなるのかな。

M君：実体喪失説では、別件での身柄拘束すべてが

実質上本件での身柄拘束だと言うのではないので、本件基準説のように、再逮捕・再勾留禁止の原則に正面から反するということにはなりません。ただ、別件での身柄拘束の一部にせよ、実質上本件での身柄拘束と考える部分があるわけですし、その点を本件での逮捕・勾留において考慮すべきだと思います。

教員：具体的には、どう考えるのだろうか。

Nさん：本来、勾留期間は長くて20日間のはずです。すでに本件での身柄拘束と考えてよい期間があるとすれば、その分は本件での勾留の期間において当然差し引くべきだと思います。勾留期間の短縮があつてしかるべきです。

教員：そうだね。別件基準説でも、勾留期間の短縮を考える余地があるよね。実質上本件での身柄拘束と言うわけではないが、余罪の取調べの限界を超える本件の取調べがなされている以上、その点をまったく考慮できないというのは妥当ではないからね。本件での勾留の期間において一定程度は差し引くべきだとの考えが、当然出てこよう。このように見てくると、本件での逮捕・勾留の場面でも、三説の違いがはっきりと現れてくるよね。

M君：えっ、そうですか。結構似たような結論になっているのではないのでしょうか。

Nさん：そうとは言えないですよ。本件基準説では、本件での逮捕・勾留は、再逮捕・再勾留禁止の原則に反するから即違法となるのに対し、別件基準説と実体喪失説では、そういうことにはならず、勾留期間の短縮という形で現れるところは同じですが、ここも、実体喪失説では当然に期間の短縮があるのに対し、別件基準説では、一定期間の短縮があり得るに過ぎません。疎明の点は、どの説にも共通する問題だと言えますが、別件基準説と実体喪失説だと、本件の供述調書以外にも疎明資料がある場合には、本件での逮捕・勾留自体には疎明があつて問題がないことになりすから、本件基準説の結論とは大きく異なるもの

になります。

教員：Nさん、うまくまとめてくれたね。ただ、M君の感想もまんざらの外れではないよ。別件基準説に対しては、本件での身柄拘束を、実質的に見れば、不当に長くする結果につながるという批判があったんだが、今の説明からも分かるように、決してそうではないよね。別件基準説に立ってても、本件での逮捕・勾留については、勾留期間の短縮等、一定の制約を考えているからね。そういう意味では、今述べた別件基準説に対する批判は、当を得たものではなく、實際上、三説の違いは、それほど大きなものではないと見る余地もある。

M君：今の先生のお話を聞いて、何か救われたような気がします。

教員：では、今日の議論をおさらいしてみようか。

別件逮捕・勾留の問題が出た場合、その答案構成はどのようなものになるのだろうか。

M君：まず、別件逮捕・勾留とは何か、その定義を述べます。そして、別件逮捕・勾留が問題になるのは、別件での身柄拘束中に本件の取調べがなされた場合であることを指摘した上で、その前提として、別件での逮捕、勾留、更には勾留期間の延長について、裁判官の判断に問題はなかったのか、すなわち、逮捕であれば、逮捕の理由と必要性があるか、勾留であれば、勾留の理由と必要性、そして手続要件があるか、勾留期間の延長であれば、「やむを得ない事由」があるかを検証します。いずれも問題がないということになれば、別件での身柄拘束は適法だということになります。そして、その身柄拘束中に本件の取調べがなされ、それが令状主義の潜脱と言えるようなものになっているかを検討します。これが、別件逮捕・勾留の問題のコアに当たります。ここで、別件基準説、本件基準説、実体喪失説によって考え方が分かれます。別件基準説によれば、令状主義の潜脱と言えるような本件の取調べがなされた場

合には、余罪取調べの限界を超えたものとして、その取調べを違法と考えます。しかし、別件での身柄拘束自体には何も影響を与えず、その適法性は変わりないと考えます。したがって、別件での身柄拘束中になされた別件についての取調べも、令状主義の潜脱と言えるようになる前の本件についての取調べも、何の問題もなく、適法だと考えます。そして、別件での身柄拘束が終了した後、本件について逮捕、勾留、更には勾留期間の延長がなされる場合には、別件での身柄拘束中に令状主義の潜脱と言えるような本件の取調べがなされたとしても、そのことをもって直ちに逮捕、勾留等が違法になることはなく、ただ、本件の供述調書が違法収集証拠として証拠能力が否定される関係で、疎明が十分にできず、請求が却下される場合があります。また、本件の取調べがすでになされているとして、その点を考慮に入れ、勾留期間が短縮される場合もあります。こういうことで、いかがでしょうか。

教員：考える道筋が非常によく整理されているよね。それくらい書ければ大丈夫だ。ただ、言うまでもないことだけれど、別件逮捕・勾留の問題と言っても、「別件での身柄拘束の適法性について論ぜよ。」という聞かれ方の場合は、本件での逮捕・勾留がなされた場合のことまで論じる必要はないからね。

M君：先生、ついでお聞きしたい点があります。本件での逮捕・勾留がなされた場合についても、別件での逮捕や勾留について考えたように、令状を審査する裁判官からすると、別件での身柄拘束中に令状主義の潜脱と言えるような問題があったことは、疎明資料から分かるのでしょうか。捜査側からすると、わざわざそのようなことを明らかにしないように思えるんですが。

Nさん：確かに、令状裁判官からすると、別件での身柄拘束中の本件の取調べ状況まで把握することは難しい気がします。そうだとすると、この場合

も、まずは本件での逮捕や勾留について、その理由や必要性から考えることになるのでしょうか。

教員：本件での逮捕の前に別件での逮捕があったことは、逮捕状請求書の記載から分かるようになっている（規則142条1項8号参照）けど、それ以上の事情は、捜査機関からの疎明資料ではなかなか分からないだろうね。結局、今の本件での逮捕や勾留があった場合も含め、いわゆる別件逮捕・勾留に関する問題は、リアルタイムで問題が表面化するのではなく、実は後になって、多くの場合は、その事件が起訴された公判において、弁護人が捜査の違法、ひいては検察側証拠である被告人の供述調書の証拠能力を問題視する主張を通じて出てくるんだよね。これは、何も別件逮捕・勾留に限らない、捜査の適法性が問題になる場合は、ほとんどすべてだと言ってもよい。この手の判例の事案を見れば、そのことはすぐ分かるはずだよ。もちろん、被疑者の弁護人がいち早くこうした問題に気づいて、捜査機関や裁判官に対しその旨指摘して意見具申すれば、もっと早い段階で表面化することはあるだろうけどね。

M君：よく分かりました。

教員：さて、規範に関することはここまでとしよう。次は、当てはめについて考えてみよう。ここでも、やはり当てはめを事案に即してきちんとすることが重要になってくるんだが、その点どうだろうか。

Nさん：逮捕や勾留の理由や必要性なんかは、基本的なところだし、しっかり当てはめができなくてダメですね。勾留期間の延長の要件である「やむを得ない事由」については、あまり問題として出てきたことがなかったため、なじみの薄いところですが、どう考えたらよいのでしょうか。

教員：この「やむを得ない事由」については、最初の勾留期間における捜査の進捗状況や今後必要とされる捜査の内容等を考慮し、なお勾留を続ける必要があるのか、必要だとしてどの程度の日数が

必要なのかを考えることと言えよう。実務では、このような判断はしょっちゅうやっているけど、皆さんにはいささか難題かもしれないね。

Nさん：そうすると、別件についての取調べだけを見るのではなく、別件についての捜査全般の流れや経過なども見て、最初の10日間で何をやったのか、何がまだやり残しているものであるのか、今後の予定や見通しはどのようなかなどという点を、事例の中から事情として拾い出し、10日間の勾留延長が認められていた場合には、そこまでの必要があったのかを検討すればよいですね。

教員：そうだよ。では、令状主義の潜脱と言えるような本件の取調べがあったか否かについては、どのように当てはめをすることになるのだろうか。

M君：先生、先ほどは触れませんでしたでしたが、これを考える前に、そもそも身柄拘束中に余罪の取調べが許されるのかという問題があります。これが許されないという考えを採るとすれば、令状主義の潜脱と言えるような本件の取調べがあったか否かを論ずるまでもなく、その取調べは違法だと言うことになってしまいます。

Nさん：もちろんそうですが、どの説に立つにせよ、任意に余罪の取調べを行うことについては許されるとされています。したがって、事例を見て、そういう場合なのかどうかをまず確認しておくべきなのでしょうね。

M君：余罪の取調べをするに先立って、取調官がこれは任意の取調べだからねと断っていれば、任意の取調べだと考えてよいけど、そういうことをしていない場合は、どうなるのでしょうか。

Nさん：そういう断り（告知）を入れるのが筋でしょうが、そうしないからと言って、その取調べは任意でないとすぐ言い切れるかは疑問です。

教員：取調べが任意だったかどうかは、その旨の告知だけで判断するものではない。Nさんの言うことはもっともだよ。被疑者において取調べに応じないような言動をせず、素直に取調べに応じてい

るような場合は、その旨の告知がなくとも、任意に取調べがなされていたとみることは可能ではないかな。

M君：分かりました。そうすると、令状主義の潜脱と言えるような本件の取調べがあったか否かについてですが、これは、先ほど挙げた考慮要素を基に、事例からそれに見合う事情を拾い出し、総合判断することになります。

Nさん：別件と本件との罪質や態様の違い、法定刑の軽重などは、割と容易にその事情を拾い出せそうです。別件と本件との関連性の有無・程度という考慮要素がありますが、これはどのように考えればよいのでしょうか。

M君：どの説に立っても余罪取調べが許される場合として、先ほどの任意で取調べがなされた場合のほかに、余罪が本罪と密接な関連がある場合というのがあります。その点を意識した考慮要素ではないでしょうか。

教員：そうだね。死体遺棄と殺人という例で考えてみようか。死体遺棄と殺人は、殺人の被害者が死体遺棄の当該対象である場合でも、別罪である。すなわち、一方の罪からすれば他方の罪は余罪の関係にある。よくあるのは、死体遺棄でまず逮捕・勾留して、次に殺人で逮捕・勾留する、これは、一罪一逮捕一勾留の原則からして何の問題もない。そして、死体遺棄での身柄拘束中に殺人についても事情を聴くことがある。遺棄した死体はどうしたのかと聴くことは、死体遺棄の事件では当然のことであるところ、お前が殺したのではないかと更に聴いたからと言って、それが許されないわけではない。死体遺棄と殺人とに密接な関連があるからである。これに対し、強盗殺人と万引きについてはどうだろうか。どちらも金に困っての犯行だと言う限りで共通点はあるにせよ、被害者等が異なれば事件としてはまったく別である。このような場合、万引きで身柄拘束中に、ほかにもやっていないかと漠然と余罪の有無を追及する

ことはかまわないが、強盗殺人をやっていないかと聞くのは、いかにも唐突な感じがする。双方に密接な関連がないからである。こうしたことが頭に入っていれば、この関係の当てはめも何とかなるのではないかな。

Nさん：分かりました。あとは別件と本件の取調べ状況ですが、別件の取調べに充てられた時間や回数、本件の取調べに充てられた時間や回数だけを考えればよいってことではないですよね。

M君：時間や回数だけでなく、取調べの仕方も問題になります。例えば、別件の取調べの合間に本件の取調べをしたような場合は、本件の取調べの回数がいくら多くても、更には、トータルの時間が相当程度になったとしても、令状主義の潜脱につながるものとは考えられないように思います。反対に、本件の取調べの合間に別件の取調べを行ったり、別件の取調べをまったくしないで、本件の取調べを何回も集中的にやったりしている場合は、非常に問題があります。最初の10日間は、主として別件についての取調べが中心であるが、延長後は、本件の取調べが多くなるというようなケースはありそうですね。

Nさん：取調べだけを見るのではなく、別件、本件それぞれの捜査の流れや進捗状況なども関係してきそうですね。勾留期間の延長で問題になる「やむを得ない事由」の検討と似たところがあるようにも思います。

教員：今二人が述べたようなことを考えて、実際の当てはめをすれば、きっとよい当てはめができるだろうね。では、今日はこれくらいにしようか。二人とも、長時間ご苦労さまでした。

第3 訴因変更の要否

教員：今日は、訴因変更の要否について議論してみよう。訴因変更の要否とはどのような問題を言うのだろうか。

M君：はい，訴因変更の要否とは，証拠調べの結果，訴因の事実と異なる事実の心証を得られたとき，裁判所は，その事実を認定するためには訴因変更手続が必要かという問題です。

Nさん：「何の手続もしないでその事実を認定して判決してよいか。」，あるいは，「何の手続もしないでその事実を認定したら違法か。」という出題の仕方もあります。

教員：そうだね。問題の出し方は，M君，Nさんそれぞれが説明してくれたように，いろいろあるが，いずれも訴因変更の要否の問題であることに変わらない。もちろん，聞かれ方が異なるので，最後の結論の部分は，それに合うように答えるべきだけだね。いずれにせよ，この訴因変更の要否は，裁判所が判決（事実認定）をする際に問題となる手続上の問題であるということを，しっかり頭に入れておいてほしい。

Nさん：先生，訴因変更の要否は，たいていどの教科書等でも，訴因変更の可否と併せて説明がされていますが，訴因変更の可否，すなわち，訴因変更ができるか否かは，どちらかと言うと，検察官が訴因変更を請求してきた場合に，裁判所がそれを認めてよいのかという場面で問題になりますよね。要否と可否では，問題となる場面が異なるのに，なぜ一緒にして論じているのでしょうか。

教員：最初からなかなか鋭い質問をしてくるね。Nさんが言うとおりで，訴因変更の要否と可否では問題となる場面が異なることは明らかだね。教科書等が訴因変更の要否と可否を一緒に論じているのは，おそらく訴因の変更に関する問題ということで一括りにしているからだろう。それはそれで一つの考え方であって，別にとにかく言う必要はないが，反面，要否と可否では問題となる場面が違うのだということが分かりにくくなっていて，同じ場面で問題になっているかのように勘違いしかねない。実際，そのような答案，すなわち，訴因変更の問題だとなると何でも要否と可否をセッ

トで論じてくる答案を時々見かけるから，大いに気をつけてほしい。

M君：確かに，言われてみると，訴因変更の問題は要否と可否がセットであるかのような気になっていました。

教員：細かいことを言うと，実は，訴因変更の要否の場面でも可否は問題になるんだよ。

M君：えっ，どういうことですか。

教員：なぜなら，訴因変更が必要だとされる場合は，その前提として，訴因変更が可能でなければならないはずで，訴因変更ができないようなケースでいくら必要だと言ってみても始まらないからね。ただ，たいていの事例では，訴因変更の要否が問題になるときは，訴因変更が可能なが明らかなで，あえて問題にするまでもないことが多いので，その点が大きくクローズアップされていないだけなんだ。

M君：先生の話聞いて，一瞬びっくりしましたが，要否と可否がセットで問題になるものは少ないということなので，ほっとしました。

教員：いずれにせよ，そういった問題の場合も，あくまで裁判所が判決する場面での問題だということは忘れないようにね。先に進めよう。訴因変更の要否が問題になるのは，どのような場合だろうか。

Nさん：先ほどM君が要否について説明したことから明らかなと思いますが，訴因の事実と認定しようとする事実とが異なっている場合です。訴因事実と認定事実との間にずれがある場合と言ってもよいと思います。

M君：当たり前のことですが，答案を作成する際には，まずこのことを指摘しておくべきですね。「訴因と裁判所が認定しようとしている事実とを見比べてみると，こういう点に違いがある，だから訴因変更の要否が問題になる。」という書き方がよいかと思います。

教員：事例によっては，訴因事実と認定事実との間

のずれが、一つとは限らない、いくつかあるものもある。訴因が二つある場合（例えば、殺人と窃盗）に、そのどちらにもずれがあるってこともある。そういう意味では、M君の言うことは大事なことであって、決して見過ごすことができないと思うよ。

Nさん：その事実のずれがどの程度だと訴因変更が必要になるのか、これが訴因変更の要否として問題にされています。ある程度のずれであれば当初の訴因のまま変更しないで認定してよいということから、訴因の同一性（訴因の拘束力）の問題とも言われています。

M君：今の点で疑問があります。事実にどの程度のずれがあると訴因変更が必要になるかという問題の立て方ですが、これだと事実のずれの程度如何を考えることになります。つまり、ずれが小さければ訴因変更は必要がない、逆に、ずれが大きければ訴因変更は必要になるということで考えています。訴因変更の要否って、こうしたずれの程度を問題にして考えるのでしょうか。

Nさん：訴因事実と認定事実とにささいな違いしかない場合にまで訴因変更を要するというのは、煩瑣であり、かえって訴訟経済にも反するから、訴因変更は必要がないと言われたりします。そうしたことから、訴因事実と認定事実に重要なあるいは実質的な差異が生じた場合に訴因変更が必要になるとも言われています。どの程度のずれというのは、このような視点から出てきているのではないのでしょうか。

教員：ずれの程度になじむのは、被告人の防御にとってということになりそうだね。ずれの程度が小さければ、被告人の防御にとっても大したことではないが、逆に、ずれの程度が大きければ、被告人の防御にとってゆゆしき問題だということになるからね。従来、訴因変更の要否については、被告人の防御権の保障という観点から、抽象的・一般的に被告人の防御に不利益を及ぼすような性

質の違い・ずれがあるかによって判断するという抽象的防御説と、被告人の防御の仕方等審理の経過も含めて現実に被告人の不利益になるか否かを具体的に判断するという具体的防御説とが対立していたが、M君の疑問は、そこにつながるものかもしれないね。

M君：訴因変更の要否の判断基準を示したとされている最決平13.4.11（刑集55-3-127）（以下「13年判例」という。）によれば、①審判対象の画定のために必要な事項に変動がある場合には、常に訴因変更が必要である、②①の場合でなくても、被告人の防御にとって重要な事項が変動する場合には、原則として訴因変更が必要である、③②の場合であっても、審理経過等から被告人に不意打ちにならず、かつ、認定する事実が訴因の事実と比べて被告人に不利益でない場合は、例外的に訴因変更は不要であるとされています。①の基準は、訴因が裁判所の審判対象を画定するという機能があることにかんがみ、その観点から考えられた基準です。これに対し、②と③の基準は、訴因のもう一つの機能である被告人の防御権の保障という観点から考えられた基準で、②は抽象的防御の見地からのもので、③は具体的防御の見地からのものだとの説明を聞いたことがあります。

Nさん：13年判例の意義は、訴因変更の要否について、従前は、先生が言われたように、被告人の防御権の保障という観点から、抽象的防御説か具体的防御説かということで見解が分かれていたところ、訴因のもう一つの重要な機能である審判対象の画定という観点から考えるべきであるという点をはっきり示したことだと思います。

教員：訴因には、審判対象の画定という機能と、被告人の防御権の保障という機能があるということだが、この両者の関係はどう考えればよいのかな。

M君：この二つの機能は、訴因の機能の両面、言わば表と裏の関係にあると言われていますが、審判

対象の画定という機能が第一次的で、被告人の防御権の保障という機能が第二次的だと思います。13年判例で訴因変更の要否について①の基準をまず考えているということが、そのことをよく表しています。

教員：そうだね。M君の先ほどの疑問はもっともなところがあるんだけど、もう分かるよね。

M君：はい。審判対象の画定という観点からの①の基準によれば、ここでは事実のずれの程度ではなく、どういった事実なのかという事実の中身が問題になっています。

Nさん：②の基準でも、被告人の防御にとって重要な事実かどうかが問題になるのですから、これも事実のずれの程度ではなく、事実の性質が問題になっていると言えませんか。そうしたことからすると、事実のずれの程度を問題にするという立て方はおかしいかもしれません。

教員：そうだね。訴因変更の要否について、従前は枕詞のように、ささいなずれであれば云々と言っていたものは、もはや判断基準としてみる必要はないということかもしれないね。要否の判断基準としては、M君が説明してくれたように、13年判例だけによるというのが正しい見方なんだろう。

Nさん：そのように考えると、訴因変更の要否について規範・判断基準を述べる際には、「訴因事実と認定事実とにささいな違いしかない場合には、訴因変更の必要がなく、重要なあるいは実質的な差異が生じた場合に訴因変更は必要になる。」との前置きは書かず、いきなり13年判例の示す基準を持ち出せばよいのでしょうか。

教員：それでよいと思うよ。「訴因変更の要否については、訴因の機能が一次的には審判対象の画定、二次的には被告人の防御権の保障にあることにかんがみ、その判断基準は、以下のとおりと考える。」とでも書けばよい。問題は、この13年判例の示す基準をどのように考えるかであって、これについては、結構見解が分かれているんだよ。

まず、①の基準からみてみよう。審判対象の画定に必要な事項とは何を指すのだろうか。

Nさん：これは、訴因の記載（特定）に不可欠な事項のことだと思います。ですから、訴因の特定のところで習ったことが、そのまま活かれます。

M君：訴因の記載については、いわゆる六何の原則に従い、誰が（主体）、いつ（日時）、どこで（場所）、誰に対し（客体）、どのような方法で（方法）、何をした（行為と結果）という事項を盛り込むことが求められています。このうち、主体と客体、それから行為と結果が、訴因の特定に不可欠なものになります。

Nさん：これに対し、日時、場所、方法については、256条3項にあるように、できる限り明示されなければならないとありますから、訴因の特定には不可欠なものでないと考えられます。

教員：六何の原則に関しては、二人が言うとおりでいいんじゃないのかな。主体、客体、行為と結果のほかに、訴因の特定に不可欠なものとして何があるのかという問題もあるが、この点は、あとで議論することにしよう。では、次に、②の基準にある被告人の防御にとって重要な事項とは、何を指すのだろうか。

Nさん：先ほどの日時、場所、方法がこれに当たるとしています。訴因の特定に必要な不可欠ではないものの、できる限り明示しなければならないというのは、訴因のもう一つの機能である被告人の防御権の保障から来ているのではないのでしょうか。

M君：具体的に考えても、例えば、日時や場所は、被告人のアリバイの主張に大きく影響することがある事項であり、被告人の防御にとって重要だと言えます。それから、13年判例で問題になったものですが、共謀共同正犯における実行行為者も、被告人の防御にとって重要な事項です。

教員：今の点で気をつけてもらいたいことがあるけれど、共謀共同正犯における実行行為者は、訴因に明示されることが求められている事項なのかい。

Nさん：むしろ訴因に明示されていない方が多いと思います。起訴状を見ると、「〇〇と共謀の上」とだけ記載されているだけで、実行行為者が誰であるかまでは普通記載されていません。

教員：そう。13年判例は、M君が言うように、共謀共同正犯における実行行為者は被告人の防御にとって重要な事項であると判示しているんだが、その事案では、当初の訴因には、Nさんが言うように、実行行為者が誰であるかまでは記載されていなかったところ、その後の審理の過程で、検察官から訴因変更請求があり、実行行為者を被告人とする旨の訴因変更がなされており、訴因に明示されるに至ったという経緯があるんだ。このように本来訴因に明示されない事項でも、いったん訴因に明示された以上は、その事項が被告人の防御にとって重要な事項であるときは、②の基準に従って、原則として訴因変更が必要だと言ってるんだ。13年判例はこのように理解すべきだよ。

Nさん：そういうことからすると、共謀共同正犯における実行行為者は被告人の防御にとって重要な事項であると論じるのは、正確ではなく、それが訴因に明示された場合にはという限定付きであると言わなければいけないのですね。

教員：そうなんだ。訴因にその記載が通常される日時や場所、方法とは、その意味合いが違うということを忘れないようにしてほしい。ところで、共謀共同正犯における実行行為者が被告人の防御にとって重要であるのは、どうして分かるかい。

M君：実行行為者が誰であるかによって、共犯者間の量刑が違ってくるからだと思います。

Nさん：被告人がその事件について実行行為者が自分であるか否かを争っている場合には、そのように言えますが・・・。

M君：いや、この場合、被告人がその事件についてどう争っているかは関係がないです。ここでは、あくまで抽象的防御の見地から考える基準ですから、共犯者間の量刑が一般的に違ってくることだ

けを指摘すればよいはずです。

教員：ここは、M君の言うとおりだよ。Nさんのように勘違いをして答案を書く者がいるので、気をつけた方がよい。訴因に明示された場合にはという限定付きだが、ほかに、犯行の動機なども、被告人の防御にとって重要な事項に挙げられよう。では、③の基準について考えてみようか。

M君：この基準は、先ほども説明しましたが、具体的防御説の考えを採り入れたものだと思います。被告人の防御にとって重要な事項の変動だから訴因変更が必要であると言ってみても、審理経過等から見て、認定しようとする事実が被告人にとって不意打ちにならず、かつ、不利益にもならないのであれば、そのような場合まで被告人の防御のことを考慮するまでもないので、例外的に訴因変更は必要でないとしたのだと思います。

教員：そのとおりだね。①の基準は、審判対象の画定の見地からのもので、審判対象の画定に必要な事項に変動があれば、例外なく訴因変更は必要であるが、②の基準は、被告人の防御権の保障という見地からのものであるから、被告人の防御にとって重要な事項の変動があれば、訴因変更は必要だと一応は言えるが、被告人の防御のことを考慮するまでもない事情がある場合にまでその考えを貫く必要はなく、訴因変更が必要でない例外もあるってことだね。

Nさん：先ほど話に出ましたが、ささいなずれの場合には訴因変更は必要ないことの代表的な例として、日時や場所に少しだけずれがある場合というのが挙げられています。これは、②③の基準によれば、どう考えればよいのでしょうか。

M君：日時や場所は、被告人の防御にとって重要な事項であるから、それについて少しにせよ変動があるとすると、②の基準により、原則として訴因変更が必要だということになりますよね。

教員：しかし、日時や場所のそのような変動であれば、たいいていの場合、被告人にとって予測不可能

なものでないから、不意打ちになることはないし、不利益になることもまずないよね。だとすると、③の基準により、例外的に訴因変更は必要ないということになるんじゃないかな。先ほどずれの程度の話をしたときに言及したように、ささいなずれの場合には訴因変更は必要ないという基準を持ち出さなくてもよいというのは、13年判例の②と③の基準で十分説明できるからなんだよ。このようなささいなずれの場合、そもそも被告人側からこうした認定をしたことに對し不意打ちだ、訴因変更が必要だと言うような問題提起をしていくことはしないんだが、君たちが答案を書く場合は、話は別で、ちゃんと訴因変更の要否を論じる必要があるから、②③の基準を当てはめて、今の程度のことは書いてほしいね。

Nさん：よく分かりました。

教員：当てはめの話に進んでいるが、③の基準にある、審理経過等からして被告人に不意打ちにならない場合って、どんなのがあるだろうか。思い当たることはないかね。

M君：13年判例のケースは、もともと実行行為者が誰か明示されていない訴因にあって、被告人は共謀も実行行為も争っていたところ、その後の訴因変更により、実行行為者が被告人だと明示されたにもかかわらず、裁判所が実行行為者は被告人又は共犯者又はその両名と択一的な認定をしたものです。この場合、共犯者が実行行為者である点は、もともと被告人自身が審理の中でそのような主張をしていたものと言えますし、それ以外の点は、被告人自身が積極的に争っていたものであり、どちらにしても、被告人にとって想定範囲内のことであり、不意打ちでも何でもありません。

Nさん：今のケースから言えることをまとめると、審理の中で被告人がどのように争っているか、主張しているかを見て、裁判所が認定しようとしている事実のことまで被告人の頭の中に織り込み済

みであれば、不意打ちとは言えず、そうでないなら不意打ちになる言うことでどうでしょうか。

教員：被告人の訴訟対応を見るということだね。争うとか主張とかだけでなく、立証の仕方、例えば、検察側証人に対する反対尋問であるとか、被告人質問における被告人の供述ぶりとかも参考にしていよう。

Nさん：先生、13年判例の③の基準では、不意打ちがないことのほかに、被告人にとって不利益でないことも考慮の対象に挙がっていましたが、この不利益という点まで必要なんでしょうか。不意打ちの点だけで十分なような気がしますけど・・・。

教員：Nさんの言うように考えるのも一理あると思うよ。認定しようとする事実が被告人に不利益であったとしても、不意打ちに当たらないのであれば、被告人の防御権の保障という観点からして何も問題がないと言えるからね。13年判例の事案では、たまたま認定した事実が被告人にとって不利益でもなかったことから、この点も基準に盛り込んだのではないかと解説もある。ただ、君たちが答案を書く場合、13年判例のとおり判断基準を立てたのなら、③の基準のところでは、不意打ちと不利益の両方について、きちんと当てはめをすることを忘れないようにね。逆に、不利益の点を外した基準にするならば、それを外した理由を少しでも書き足しておくといよう。

Nさん：よく分かりました。

教員：いずれにせよ、この③の基準の当てはめに当たっては、事例の中に拾い出すべき事情がいろいろと散りばめられているだろうから、それを的確に拾い出して先ほどのような当てはめをしてほしい。

M君：ところで、先生、訴因変更の要否については、縮小認定の理論というのがありますが、これは、13年判例の基準とどのような関係になるのでしょうか。

Nさん：これは、訴因の事実よりも縮小された事実

を認定する場合には、大は小を兼ねるとして、訴因変更は必要でないと考ええるものです。あくまで事実を見て縮小の関係にあることがポイントであって、責任の大小を問題にするものではありません。

M君：具体例としては、殺人を傷害致死に認定したり、強盗を恐喝に認定したりする場合があります。前者では、犯意の点で、殺人の故意から暴行又は傷害の故意に縮小されていますし、後者では、暴行・脅迫が反抗抑圧に足る程度のものからその程度に至らないものに、客観的構成要件事実の縮小があります。

教員：結論から先に言うと、この考えは、13年判例の①の基準に形式上は該当するものの、例外的に訴因変更を要しない場合とするものである。なぜかと言うと、人を殺したとケガさせて死なせたにせよ、強盗したと恐喝したにせよ、行為と結果に変動があるから、審判対象の画定に必要な事項に変動がある場合に当たり、本来訴因変更が必要なはずである。しかし、M君が言うように、訴因として記載された事実の一部を認定するとどまる場合には、裁判所の認定事実、検察官が審判対象として設定した範囲内に収まっているのであって、検察官からすれば、黙示の予備的主張を裁判所が認定したに過ぎないとみることができよう。被告人側からしても、裁判所の認定した事実が今のようなものであれば、訴因事実に対する防御を尽くす中で、当然に裁判所の認定事実に対する防御も尽くしているとみることができからである。

M君：そうすると、この理論は、13年判例の示した判断基準とは矛盾しないが、あくまで別個の判断基準だとみればよいのでしょうか。

教員：それでいいんじゃないかな。では、ちょうど①の基準の話が出てきたところで、その関係で積み残しにしておいた点について考えてみよう。審判対象の画定に必要な事項として、主体、客体、

行為・結果のほかに何があるだろうか。

M君：目的犯における目的はどうでしょうか。当該構成要件を識別するためには、目的の存在が訴因の特定に不可欠な事項だと思います。

教員：単独犯の訴因で起訴された被告人が、ほかに共謀共同正犯者が存在する旨主張している事案において、裁判所が、その主張のとおり共謀の存在を認定しようとする場合、訴因変更の手続をしないで認定をしてよいかという問題には、どう考えるかな。

Nさん：訴因変更の可否の問題ですね。13年判例の基準により考えますと、共同正犯と単独犯では構成要件が異なること、罰条として刑法60条が新たに加わることからすると、審判対象の画定に不可欠な事項の変動があると言えます。したがって、①の基準により、訴因変更は必要との結論になります。単独犯では検察官の主張する訴因に共謀に関する記載が一切ないことからして、大は小を兼ねる関係にはなく、縮小認定ができる場合でもありません。

M君：そうだろうか。単独犯にせよ共同正犯にせよ、被告人に当該犯罪の構成要件が成立することには変わらないのですから、構成要件を識別するために、共謀の存在は訴因の特定に不可欠な事項ではないと思いますが・・・。

Nさん：でも、共謀は共謀共同正犯における罪となるべき事実にはほかならないと判示した判例（最判昭33.5.28刑集12-8-1718）もあります。実際、起訴状の公訴事実を見ても、共同正犯の場合は、「〇〇と共謀の上」と必ず記載していますが、単独犯の場合は、そのような記載はありません。共謀の存在が単独犯と共同正犯とを識別する不可欠なものと考えられているのではないですか。犯行の主体に変動がある（一人か二人かで異なる）とみることもできます。そもそも、検察官が単独犯の訴因を立てているのに、裁判所がそれを無視して何の手続もなしに共同正犯を認定できるとは考

えられません。

M君：単独犯の訴因を共同正犯と認定するには、被告人に不当な不意打ちを加え、その防御権の行使に不利益を与えるおそれがない限り、訴因変更は不要であるとした判例（最判昭34.7.24刑集13-8-1150）があったと思います。これは、共謀の存在は審判対象の画定に不可欠な事項ではないことを前提に、単独犯か共同正犯かは被告人の防御にとって重要な事実の変動であり、原則として訴因変更は必要であるが、訴訟経過からして、裁判所が認定した事実が被告人にとって不意打ちでも不利益でもないときは、例外として訴因変更は不要となると、②と③の基準に相当することを判示したのではないのでしょうか。

教員：M君が挙げる判例は、審判対象画定の見地からの要否が考えられていなかった時代の判例であり、いわゆる具体的防御説に立ったものと理解するのがよからう。だから、この判例を持ち出して、共謀の存在は審判対象の画定に不可欠な事項ではないとするのは、いささか無理があるよね。それを抜きにしても、Nさん、M君がそれぞれ言うところは、なかなか甲乙つけがたいものがある。答案としては、どちらの立場で書いてもかまわないと思うよ。その際は、反対説もあることを踏まえた論じ方をすることが大事だね。特に、M君の立場によれば、②と③の基準の適用もしなくてはならないだけに、書くことは多くなるから、当てはめをきちんとやることが求められる。

Nさん：共謀の存在が審判対象の画定に不可欠な事項なのかは、なかなか奥が深いものであるですね。

教員：ほかにも、被告人の防御権の保障を重視する趣旨から、訴因変更が常に必要であるとする審判対象の画定に不可欠な事項をなるべく広く解するという考えもあるようだが、今日のところは、この問題はこれで終わりにしよう。次は、訴因変更が必要であるにもかかわらず、その手をしない

まま、訴因と異なる事実を認定したらどうなるのかを議論してみよう。

M君：それは、当然、違法だとなるのではないですか。訴因の逸脱認定であり、378条3号後段にいう「審判の請求を受けないで判決をしたこと」（不告不理の原則違反）に当たり、絶対的控訴理由となる違法だと考えていましたが・・・。

教員：訴因変更が必要な場合として、13年判例の基準によれば、①の基準と②の基準があるんだけど、両者で違いはないのだろうか。

Nさん：確かに、①の基準と②の基準とでは、それに反した場合の効果は違うようにも思います。①の基準は、縮小認定の理論は別として、およそ例外のないものであるのに対し、②の基準は、③の基準があるように、例外となる場合が結構ありそうです。②の基準に反して認定したからと言って、それも訴因の逸脱認定だとみるのは、何だか行き過ぎの感じがします。違法の程度に違いがあるのではないのでしょうか。

教員：Nさんの感覚は正しいと思うよ。「訴因変更が必要なのに、それをしないで認定したら、訴因の逸脱認定である。」と教科書等でよく書かれているが、どうもそれは正確な指摘ではない。訴因の逸脱認定の違法があるというのは、①の基準で訴因変更が必要なのに、それをしないで認定した場合に限ってのことであり、その場合は378条3号の絶対的控訴理由に当たる。これに対し、②の基準で訴因変更が必要なのに、それをしないで認定した場合は、③の基準があることからもうかがえるが、要は不意打ち認定という違法に過ぎず、これは379条の訴訟手続の法令違反であって、相対的控訴理由にしかない。このように考えるべきじゃないかな。実際、訴因変更が必要なのに、それをしないで認定したかが問題になった最近の裁判例を見ても、どれも訴訟手続の法令違反の主張がなされている。

Nさん：先生、今の説明でよく分かりましたが、②

③の基準というのは、はたして訴因変更の要否の基準だと言えるのでしょうか。かねがね疑問に思っていました。

M君：原則、例外ということで要否を考えるというの、要否の基準だと見てよいのではないですか。Nさんはどういうことを考えているの。

Nさん：被告人の防御にとって重要な事項の変動があれば、訴因変更は必要だということなのですが、③の考え方からすると、被告人の防御のことを考えた措置は、別に訴因の変更に限らないと思います。争点の顕在化の措置という議論がありますが、そこで言われているような措置、例えば、訴因事実と異なる事実についても訴訟の場で問題になることを検察官の釈明等で明らかにさせれば、それによって、認定しようとする事実が被告人にとって不意打ちになることはなくなります。つまり、③の基準によって、訴因変更の必要はなくなるわけです。このように考えれば、②③の基準は、訴因変更の要否の基準としてとらえるのではなく、争点の顕在化の措置の議論に解消されてしまうのではないかという気がします。

教員：Nさん、なかなか鋭い指摘だね。争点顕在化の措置は、被告人の不意打ち認定に関する議論の一つであり、例えば、審理の過程で検察官がこうであるとして釈明していたのに、裁判所がその釈明と異なる事実を認定してよいかという問題で、釈明の拘束力の問題とも言われている。この場合、その認定が被告人にとって不意打ちになるならば、不意打ち認定として違法となる。不意打ちにならないようにするには、争点の顕在化の措置をとるべきである。ここで問題になっているのは、あくまで検察官の釈明があっただけで、その内容が訴因に反映されていないんだよ。訴因変更という措置はとられていないからね。13年判例の事案でも、実行行為者は被告人だけであると検察官が釈明していたんだが、検察官は更にその旨の訴因変更請求までしたため、その点が訴因に明示

されるに至ったという経緯がある。そこで、訴因変更の要否ということで問題になり、①②③の判断基準を示したわけだ。

Nさん：そう聞くと、争点顕在化の措置の問題は、②③の基準の訴因変更の要否の問題と実質においてかなり似通っていますよ。

M君：確かにそうですね。

教員：どちらも、不意打ちを問題にしていることは明らかだね。訴因に明示されてるときには、訴因の変更というのが、不意打ち防止のためには一番ふさわしい措置であることは間違いない。ただ、Nさんが指摘するように、それは、訴因の変更でなきゃダメだと言うものでもない。検察官に釈明させるなど、ほかの措置だってよいはずだね。そういう意味では、②③の基準は争点顕在化の措置の議論の中に解消されるべきだとする、Nさんの問題提起は決して突飛なものなんかじゃないと思うよ。

Nさん：よかったです。日頃の疑問が氷解したような気分です。

教員：今の点は、そういう考えもあるということで終わりにしよう。皆さんが答案を書く際には、13年判例の示した判断基準でもって、訴因変更の要否を考えればよいからね。では、最後に、裁判所が訴因と異なる事実を認定しようとしたが、そのためには訴因変更が必要であると考えた場合、どうすればよいのだろうか。

M君：312条2項にある訴因変更命令を出すのかな。

教員：おいおい、いきなり訴因変更命令かね。

Nさん：当事者主義が採られていることを考えると、いきなり裁判所が訴因変更を命じるというのは、問題だと思います。その前に、もっとほかの手段があるはずですよ。

教員：そうだね。どのような手段があると思うかな。

Nさん：訴因の設定権限は検察官にあるわけですか

ら、訴因変更についても、まず、検察官に働きかけるべきではないでしょうか。具体的には、先ほど争点顕在化の措置のところで話に出ていたことをヒントにすると、検察官に訴因変更についてどのような考えでいるのか釈明させるっていうのはどうでしょうか。

教員：検察官に求釈明（規則208条1項）するってことかな。少し補足しよう。訴因変更が必要だと考えている裁判所としては、検察官に訴因変更請求をしてもらいたいんだけど、あからさまにその意図を申し向けるのは、被告人側のことも考えると妥当な措置とはいいがたい。それとなく知らせて検察官に気づいてもらうのがよい。

M君：実際、どのようにするのでしょうか。

教員：「証拠関係からすると、訴因とは異なり、こういう事実になるってことも考えられるけれど、検察官はどうお考えですか。」と、訴因と異なる事実が認定されそうだと暗に示唆して、検察官の感触をうかがうというのが、一つの方法だろうね。勘のよい検察官なら、これを聞けば、訴因変更が必要なことを言っているんだと気づくはずだね。もちろん、裁判所の思いに気づいてくれない検察官もいるし、気づいたものの、訴因変更など必要なく、当初の訴因のままの立証に当たろうと考える検察官もいるかもしれない。そうなったら、次の手として、「検察官、訴因変更はお考えになりませんか。そうされた方がよいと思いますよ。」と、訴因変更請求をするよう勧告する方法がある。

M君：それでも検察官が応じない場合は、訴因変更命令でしょうか。

Nさん：M君、やけに命令にこだわってないですか。

教員：訴因変更命令は、確かに条文にあるのだが、先ほども言ったように、当事者主義を考えると、そうやすやす発するべきでないと思うよ。勧告までしても検察官が応じないのは、検察官としてそ

れなりの考えがあつてのことだろうから、その意思を尊重するということがあっていいんじゃないかな。訴因どおりの事実が認定されなくてもかまわないという意味だということもあるだろうからね。通常であれば、この程度のやり取りで済すのではないかな。もちろん、事案によっては、訴因変更命令を出す場合もあると思うけどね。

Nさん：訴因変更命令は、条文があるものの、例外的に、言葉を換えれば、謙抑的に考えた方がよいのですね。訴因変更命令については、その義務性や形成力も論じられていて、義務があるとする判例（最決昭43.11.26刑集22-12-1352）もありますが、問題の背景をしっかりとらえなければいけないことが分かりました。

教員：答案を見てみると、M君のように、すぐ訴因変更命令に飛びつく者がいるので、気をつけてもらいたいね。

M君：反省してます。これからは、もっとよく考えます。

Nさん：最後に、質問があります。訴因変更の要否は、冒頭に先生が言われたように、裁判所が判決をする場面での問題だということでしたが、ほかの場面でも、訴因変更の要否の問題だとして紹介されているのを目にすることがあります。例えば、公判前整理手続において争点の整理をしている中で、検察官が訴因変更請求をすべきか否かが問題にされることがあります。これは、今日の議論の中で、どのように考えればよいのですか。

教員：これは、Nさんが言うように、場面が違う。同じようなことは、別に公判前整理手続の場面だけでなく、公判審理中にだって言えるよね。そして、これは、検察官がどうすべきかというもので、検察官の姿勢が問われる問題なんだ。検察官が訴因変更請求をしなかったからと言って、それで検察官の不作为が違法になるものではない。したがって、検察官が訴因変更請求をすべきか否かの判断基準も、本来の訴因変更の要否に関する13

年判例が示す基準とは関係ないはずだね。

Nさん：そうすると、こうした問題では、13年判例の基準を持ち出す必要はないんですね。

教員：そう。Nさんが例に挙げた公判前整理手続の問題に関して言えば、そのような基準から説き起こすのではなく、素直に、公判前整理手続の趣旨・目的から説き起こせば足りるんだよ。つまり、公判前整理手続の趣旨・目的は、争点を整理することにあるのだから、その段階で訴因の変更をした方がよければ、あとに問題を残さないためにも、検察官としては訴因変更請求をすべきであるよね。316条の5・2号で公判前整理手続では訴因変更等を許すことができると書いてあるのも、そういうことを考えているからだろう。

M君：検察官が訴因変更請求をすべきか否かだから、訴因変更の要否というとらえ方をしているんですが、我々にとっては、実にまぎらわしいですね。

教員：正確に言うならば、訴因変更の要否ではなく、訴因変更請求の是非と考えたらどうだろうか。なお、13年判例の基準との関係でしいて言えば、①の基準は、検察官も当然考えてよいけれど、そのほかに、②の基準だけでなく、もっと広く、訴因変更請求すべき場合があると考えてもよさそうだね。③の基準は、ここではまったく使い物にならないよね。

Nさん：よく分かりました。

M君：訴因変更の要否については、これで自信を持って答案が書けそうです。ありがとうございました。

教員：今日も、長時間、ご苦労さまでした。有意義な議論ができたように思うよ。