

刑事訴訟法の着眼点

—— 派遣検察官としての任期を終えるにあたって ——

春日 恒 史

はじめに

令和4年度から派遣検察官として刑事訴訟法の授業を担当するとともに、学生の答案を見る機会がありますが、学生の理解が不十分であると気が付くことがあります。講義では時間の関係もあり、十分に説明できないことがあり、答案の添削や解説でもやはり限界があることは否めません。そのため、派遣検察官としての任期を終えるにあたって、本職が担当した刑事訴訟法総合における予習課題であるレポート課題に関して、本職が学生のレポート提出後に配布していた「レポート課題感想」を基に、改めて刑事訴訟法の基本的な着眼点を示すこととします。本稿は、学生の刑事訴訟法の理解に役立つとともに、ひいては司法試験合格に資することを趣旨・目的とするものであり、刑事訴訟法に関する私見を示す論文とは異なります（そのため、本稿は口語体で記載することとし、参考となる文献や論文等を掲げることはしません。）。なお、判例の引用等における㉗、㉘などの記載及び下線は学習の便宜として筆者が付したものです。

なお、本稿の執筆にあたり、大島隆明教授、藤井敏明教授をはじめとする日本大学法科大学院の教員の方々、元派遣検察官である松居徹、金杉敏宏司法研修所教官、LS生として刑事訴訟法を指導して頂いた千葉大学専門法務研究科安村勉名誉教授、そして、日本大学法科大学院の学生・卒業生に感謝を申し上げます。

「ビデオ撮影の許容性」と「おとり捜査の許容性」

第1 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「昭和51年決定」という。）について

1 昭和51年決定は、強制処分（強制捜査）該当性と任意処分（任意捜査）の限界という二段階判断枠組みを初めて最高裁が示した判例であり、現在でも捜査分野における判例法理の根底に位置付けられるものです。

(1) 強制処分該当性の規範について（197条1項但書）

この判例では、強制処分該当性の規範として、「①個人の意思を制圧し、②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」と判示しました。強制処分該当性の規範に関して、判例を用いる際の注意点は、「①個人の意思を制圧し」という部分です。従前は、「制圧」という強い文言から多少相手方の意思に反しても①には該当しないという学説もありましたが、現在は、最判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁（GPS捜査判決）により、「合理的に推認される個人の意思に反するか」という中間項を踏まえて「①個人の意思を制圧し」たか否かを判断するのが判例の基準になりました。その結果として、合理的に推認さ

れる個人の意思に反した場合には、「①個人の意思を制圧」が肯定されることになり、基準としては緩くなったと言えます（下記の「個人の意思に反して」とほぼ同じ意味になったといえます）。

他方、学説上では、上記のような判例の強制処分該当性の規範について、さらに分かりやすくする方向で議論され（特に判例では②がどのような場合に該当するのか非常に分かりにくいです。）、その結果として、強制処分該当性の規範として、「①相手の（明示又は黙示の）意思に反して、②重要な権利・利益を侵害・制約する処分」という規範が多数説となりました。

答案作成では、判例と学説のどちらの規範を用いても構いません。個人的には、多数説の規範が使いやすいと思います。理由としては、判例の規範は「②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」という部分が具体的にどのような場合であるかが分かりにくい（答案上表現しにくい）一方、「②重要な権利・利益を侵害・制約する処分」という多数説の規範の方が使いやすいからです（以下では、多数説に基づいて記載します）。

(2) 任意処分の限界について（197条1項本文）

次に、昭和51年決定では、任意処分の限界として、「強制手段にあたらない有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、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限度において許容されるものと解すべきである。」と判示し、一定の限界があることも示しました。ここで大事なことは、昭和51年決定は任意処分の限界として、必要性、緊急

性及び相当性という要素を挙げましたが、「緊急性」に関しては独立の要素ではなく、必要性の一要素と考えられていることです（現に最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁では緊急性について言及していません。）その結果、任意処分の限界は必要性和相当性のバランスという考え方になります（いわゆる比例原則です）。

第2 ビデオ撮影の許容性（最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）について

1 強制処分該当性について

まず、この判例は、問題となった各ビデオ撮影につき、強制処分に該当するかを判示してはいません（弁護人の主張との兼ね合いもありますが、判例が判旨ないし決定内で強制処分該当性などを省略することは多々あります。）、他方で、答案作成では、問われている捜査手法の適法性を論述する以上、強制処分該当性から論述する必要があります。

その上で検討すると、一般人であれば捜査機関によって容姿等をビデオ撮影されることは嫌がると思われ、仮に被疑者が各ビデオ撮影に気付いていた場合には拒否していたと考えられるため、①（黙示の）意思に反します。そして、被侵害権利・利益は「みだりに公道上等で容姿等を撮影されない権利」ですが、公道上やパチンコ店は、通常、人が他人から容姿等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所（一般的に他人から見られてしまうことが予定されている場所）であるため、上記被侵害権利・利益の要保護性は低下し、重要な権利・利益の侵害・制約にはあたらないため、強制処分該当性は否定されます。

他方で、仮に被疑者の自室をビデオ撮影した場合、自室は他人から観察されることを受忍せざるを得ない場所とはいえないため、重要な権利・利益の侵害・制約にあたり、強制処分該当

性が肯定されます（その上で、ビデオ撮影は検証としての性質を有するため強制処分法定主義には反しませんが、令状を取得していないため、令状主義違反により違法となります。）。このように場所の性質によって要保護性が変わってくるというのが最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁の大事な点なので留意してください。

他方で、「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」は、対象者がどこにいても変化するものではなく、対象者が憲法35条で保護されている私的領域、すなわち「住居」内等、通常、人がその容貌等を他者に見られることなく、他者に見られていないとの合理的期待が認められる領域に居る状況を撮影した場合には、憲法13条に由来する「みだりに撮影されない自由」に加えて憲法35条の保障する私的領域に侵入されない権利が併せ侵害されることとなり、「強制的処分」⁽¹⁾に該当するという考え方もあります。

2 任意処分の限界について

最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁は、「㉔捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、㉑前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、㉕公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、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におけるものである。」と述べています。

これを整理すると、

㉔捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ（ること）＝嫌疑の程度

㉑前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において（撮影されたこと）＝ビデオ撮影という当該捜査の必要性
という必要性の観点

㉕公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、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におけるものである（こと）＝撮影による被侵害法益の性質・侵害の程度
という相当性の観点に整理することができます。

このように整理すると、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁については、昭和51年決定が示した必要性和相当性のバランスという考え方に基づいていることが分かります。

第3 おとり捜査（最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁）について

1 強制処分該当性について

最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁と同様に、この判例も問題となったおとり捜査につき、強制処分該当性について言及していません。

そこで検討すると、一般人であれば捜査機関によるおとり捜査によって自己が犯罪を犯すことは嫌がると思われ、仮に被疑者がおとり捜査

(1) 酒巻 匡『刑事訴訟法（第2版）』（有斐閣、2020年）159頁参照

に気付いていた場合には拒否していたと考えられるため、①（黙示の）意思に反します。そして、被侵害権利・利益は「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」ですが、そもそも犯罪を実行するか否かの意思決定をする自由を保護する必要があるか疑問がある上、働きかけをした者が捜査機関であることにつき錯誤はあるが、犯罪自体は自己の意思に基づいている以上、重要な権利・利益の侵害・制約はないといえ、強制処分該当性は否定されます。

最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁のようなビデオ撮影とは異なり、おとり捜査は、犯罪を行うか否かという意思決定する自由という要保護性のない権利が問題となるので、強制処分該当性が肯定されることはおよそありません。他方で、答案作成では、おとり捜査が強制処分に該当しない理由も理解しているかが問われていると思われるため、強制処分該当性は書いた方が良いでしょう。

2 任意処分の限界について

(1) おとり捜査によって侵害される法益

昭和51年決定は前述のように任意処分の限界について、「強制手段にあたらないう有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、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限度において許容されるものと解すべきである。」と述べています。つまり、任意処分も法益侵害を伴うため、判例はその限界を設けているのです。では、おとり捜査によって侵害される法益とは何でしょうか？強制処分該当性で述べたように「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」と考えるかもしれませんが、およそ犯罪を行うか否かを意思決定する自由には要保護性はあ

りません。ここで大事なことは、おとり捜査には、他の捜査手法とは異なり、**犯罪を抑制すべき国家（捜査機関）が自ら犯罪を新たに創り出しているという面があること**です。そのため、おとり捜査によって侵害される法益とは、国家機関によって犯罪が創出された結果、その犯罪によって侵害される法益（例えば、おとり捜査によって被疑者が強盗を行った場合、その強盗の被害者の法益）と考えることができます。

このようにおとり捜査では、**国家が犯罪を創出しているというのが大事な視点**です。

(2) 判断基準

最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁は、「少なくとも、⑦直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、④通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、⑤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ものと解すべきである。」と述べています。

まず大事なことは、「少なくとも」と前置きをしている点です。あくまでも一例として⑦から⑤まで当てはまった場合におとり捜査が任意捜査として許されることを判示したにすぎず、⑦から⑤がおとり捜査の絶対的な基準ではありません（この点は誤解が多いです。）。

その上で整理すると、

⑦直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において

→一般的、類型的に証拠収集や犯人の摘発が

困難＝おとり捜査という当該捜査の必要性
→直性の被害者がいない＝態様の相当性

④通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合＝おとり捜査という当該捜査

の必要性

㊦機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者

→機会提供型＝態様の相当性

のように、昭和51年決定が示した必要性和相当性のバランスという考え方に整理できることが分かります。ただし、「少なくとも」という前置きがある以上、この判例がいわゆる「犯意誘発型」であっても適法と考える余地を残していることには気をつけてください。

第4 まとめ

このように強制処分該当性と任意処分の限界に関する判例は、昭和51年決定の基準を具体化等したものにすぎず、根本的な考え方は昭和51年決定にあります。そのため、各判例を読む際には、個別の論点として考えるのではなく、昭和51年決定の規範がどのように変化したのか（逆に言うと昭和51年決定の規範であれば、どのように整理できるか）を考えることが大事です。その上で、個々の判例について自分ならどのように答案を書くか準備してみてください。

任意取調べの適法性及び別件逮捕・勾留

第1 最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁（高輪グリーンマンション事件）について

1 最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁の意義

最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁は、任意取調べの適法性に関する判断枠組みを示した判例であり、昭和51年決定を引用しつつも、昭和51年決定とは異なる表現を用いている点がポイントです。

同決定は、「右のような事実関係のもとにおいて、昭和五二年六月七日に被告人を高輪警察署に任意同行して以降同月一日に至る間の被告人に対する取調べは、刑事訴訟法一九八条に基づき、任意捜査としてなされたものと認められる

ところ、任意捜査においては、強制手段、すなわち、『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』（最高裁昭和五〇年（あ）第一四六号同五一年三月一六日第三小法廷決定・刑集三〇巻二号一八七頁）を用いることが許されないことはいうまでもないが、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである。」と述べています。

これを分析すると、被疑者に対する取調べに関しては、まず「右のような強制手段によることができないというだけでなく」と述べられているように、昭和51年決定で示された強制処分に当たってはいけません（第1段階）。

次に、「さらに、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである。」と述べています（第2基準）。最高裁が仮に昭和51年決定と同じ基準で処理して良いと考えているのであれば、昭和51年決定を引用してあてはめれば足り、わざわざ昭和51年決定と表現が異なる基準を述べる必要はありません。これは昭和51年決定における「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限度」という任意捜査の限界に関する一般的な基準を、取調べという捜査手法に応じて更に最適化（具体化）したものと考えられています。

2 判断要素

最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁が

示した基準を更に分析すると、㉗「事案の性質」、㉘「被疑者に対する容疑の程度」、㉙「被疑者の態度」、㉚「諸般の事情」、㉛「社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度」と分けることができます。

㉗「事案の性質」とは事案が重大かどうかであり、事案が重大であるほど、取調べの必要性が高まります。㉘「被疑者に対する容疑の程度」とは、嫌疑の高さであり、高いほど取調べの必要性が高まります。㉙「被疑者の態度」とはまさに被疑者が取調べに応じていたか、拒否していたかというものであり、任意取調べであって、取調べ受忍義務がないこと（198条1項但書）からすれば、適法性を判断する上で重要な要素であり、だからこそ最高裁も判断要素として明示的に言及したのだと思われます。㉚「諸般の事情」とは㉗～㉙以外の事情ですが、特に「当該取調べを行う必要性」が挙げられます。ここで大事なのは一般的な取調べの必要性ではなく、問題とされた取調べ方法を採用する必要性がどの程度あったのかという観点です（例えば、逮捕要件が備わっている場合に、逮捕せずに任意取調べをした場合には、その必要性など）

㉛「社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度」に関しては、まず㉘「捜査機関による被疑者の監視状況」が挙げられます。監視の度合いが強いほど、被疑者の行動の自由の制約及び精神的な疲労の程度が高まり、取調べが被疑者にもたらす不利益が増大します。また㉙「取調べ時間の長さ」も挙げられます。取調べの時間が長ければ、被疑者の心身に与える苦痛の程度が増すためです。

このような判断要素を整理すると、㉗「事案の性質」、㉘「被疑者に対する容疑の程度」、及び㉚「諸般の事情」が必要性を基礎付ける判断要素、㉙「被疑者の態度」、㉛「社会通念上相

当と認められる方法ないし態様及び限度」が相当性を基礎付ける判断要素であり、結局のところ、昭和51年決定が示した必要性和相当性のバランスという考え方に基づいていることが分かります。

第2 別件逮捕・勾留について

1 別件逮捕・勾留が問題となる3つの時点（段階）

別件逮捕・勾留では、㉘そもそも別件で逮捕・勾留ができるのか（別件【第1次身柄拘束】の令状請求及び審査の段階）、㉙別件での身柄拘束中に、本件（余罪）について取調べができるのか（別件身柄拘束【第1次身柄拘束】中の被疑者取調べの段階）、㉚別件に続いて本件で逮捕・勾留をすることができるのか（別件身柄拘束【第1次身柄拘束】後の本件【第2次身柄拘束】令状請求の段階）、という3時点で問題が生じ、各時点間で矛盾なく論述することができるのが大事です。

2 各段階における差異（別件基準説と本件基準説）

(1) 別件【第1次身柄拘束】の令状請求及び審査の段階

別件基準説に依拠すると、別件について逮捕・勾留の要件を形式上満たすかぎり、捜査機関の意図・目的が何であれ、逮捕・勾留は適法となる一方、本件基準説に依拠すると、別件につき逮捕・勾留の要件を具備していても、専ら（又は主として）本件について取り調べる目的で別件による逮捕・勾留を行った場合には違法となります。

この段階での留意点ですが、本件基準説に依拠した場合、答案として、いきなり「本件について取り調べる目的」があるかを検討するのはあまり良い答案ではありません。本件基準説は、別件につき逮捕・勾留の要件を具備していた場合であっても、専ら（又は主と

して）本件について取り調べる目的があった場合には違法とする考え方です。逆に言うと、本件基準説でも、別件について逮捕・勾留の要件が具備していなければ当然に違法です（本件について取り調べる目的があるか関係なく）。そのため、本件基準説に依拠した答案では、別件につき要件が具備しているか→本件について取り調べる目的があるか、の順番になっていきます。

(2) 別件身柄拘束【第1次身柄拘束】中の被疑者取調べの段階

本件基準説に依拠すると、本件について取り調べる目的がある以上、逮捕・勾留は違法となり、違法な身体拘束下の取調べになります。その結果、本件に関する取調べは一律に違法となります（ただし、事後の取調べ状況から、令状請求時に本件についての取調べ目的があったのかを推測することはあります。この意味で本件基準説は余罪取調べの適法性と余罪取調べの適法性を関連させる考え方です。）。

他方で、別件基準説に依拠すると、様々な学説はありますが、結局のところ、本件についての取調べ（余罪取調べ）が別件に基づく逮捕・勾留に名を借りて、その身柄拘束を利用し、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といえるかどうかで判断することになります（簡単に言えば、取調べの中心が別件の被疑事実ではなく、本件の被疑事実になっていないか、ということです）。

この段階での留意点ですが、別件基準説に依拠した場合、逮捕中や勾留の初期に取調べの中心が、別件の被疑事実ではなく、本件の被疑事実になっているということはほぼあり得ません（まずは、別件に関して取り調べた後、本件に関する取調べに移行していくのが

通例です。）。そのため、答案としては、本件に関する取調べに移行した日時を特定した上で、「少なくとも、○月○日以降の取調べは余罪取調べの限度を超えて違法である。」と書くことになると思います。

その上で、別件逮捕・勾留に関する問題で一番学生のミスが多い部分として、別件基準説に依拠した場合、本件に関する取調べ（余罪取調べ）の違法性が、身体拘束（別件逮捕・勾留）の適法性に影響を与えるか、という点です。別件基準説に依拠した場合、身体拘束（逮捕・勾留）と取調べに関しては形式的に考えていきます。つまり、逮捕・勾留はあくまでも被疑者による罪証隠滅及び逃亡を防ぐための手続であり（取調べのための制度とは考えません。）、取調べは供述という証拠を収集する手続であって、逮捕・勾留と取調べは別々の手続と考えます。そして、別々の手続である以上、仮に取調べ（本件に関する取調べ（余罪取調べ））に違法性があっても、身体拘束（別件逮捕・勾留）の適法性には一切影響を与えません。この点を間違えて、例えば、「少なくとも、○月○日以降の取調べは余罪取調べの限度を超えて違法である。そのため、○月○日以降の勾留は違法である。」という答案が非常に多いです。

(3) 別件身柄拘束【第1次身柄拘束】後の本件【第2次身柄拘束】令状請求の段階

別件基準説に依拠した場合、逮捕被疑事実を形式的に考えていくため、いわゆる再逮捕の問題にはなりません。かといって、別件基準説も第2次身体拘束を許すという学説ではないため、別の理屈で違法性を基礎付けます。具体的には、第1次身体拘束中の取調べで得られた自白調書に関して、違法収集証拠排除法則を類推適用することにより、逮捕状請求の疎明資料としての適格性を否定してい

きます（ここで、違法収集証拠排除法則が類推適用である理由は、違法収集証拠排除法則はそもそも公判での事実認定に関する法則であり、令状請求における疎明とは場面を異にするためです。）。その結果、第2次身体拘束は逮捕状請求の疎明資料を欠くため違法となります。

他方で、本件基準説に依拠した場合、逮捕被疑事実を実質的に考えていくため、再逮捕の問題となります。つまり、第1次身体拘束（別件逮捕・勾留）は本件の取調べ目的のためである以上、実質的に本件に関する身体拘束と考えていきます。その結果、第1次身体拘束と第2次身体拘束は被疑事実を同一にするため、再逮捕の問題となります。そして、再逮捕が認められるためには、不当な蒸し返しといえないことが基準となりますが、第2次身体拘束は明らかに不当な蒸し返しであるため、再逮捕として認められず、違法となります。

3 別件逮捕・勾留のポイント

別件逮捕・勾留におけるポイントは、このような3時点（段階）において矛盾なく答案を論述することです。各段階を別個の論点として考えるのではなく、別件逮捕・勾留の一連の流れとして勉強することが大事かと思います。逆に言うと、別件逮捕・勾留について、矛盾なく論じることができれば、答案作成としては十分な答案です。そのため、まずは、別件基準説に依拠した場合、本件基準説に依拠した場合、それぞれどのようなのかを理解してください。

逮捕に伴う搜索・差押え

第1 蓋然性説（相当説）と緊急処分説について

1 両説の異同

逮捕に伴う搜索差押えが無令状で許される趣旨として、いわゆる蓋然性説と緊急処分説があ

ります。

ここで大事なことは、両説が根本から対立しているというよりも、まず蓋然性説があり、蓋然性説を限定していこうというのが緊急処分説だということです。逮捕に伴う搜索及び差押えの場面では、逮捕現場に証拠が存在する蓋然性が高いという前提は、両説ともに共通します。この前提を基にした上で、逮捕という身体拘束により既に被逮捕者に大きな権利侵害が発生している以上、搜索及び差押えによる権利侵害が発生しても人権の保障上格別の弊害はない一方で、逮捕がなされていることからすれば、仮に搜索及び差押えの令状請求をすれば当然に令状は発付されるはずであるだろうと考えていくのが、蓋然性説となります。他方で、搜索及び差押えの場面では逮捕現場に証拠が存在する蓋然性が高いといっても、令状主義からすれば、搜索及び差押えは令状に基づくのが基本であるため、逮捕に伴う搜索及び差押えは例外的なものである以上、その範囲を限定的に解釈しようとするのが緊急処分説になっていきます。

2 「逮捕の現場」

両説で最も差異が生じるのは「逮捕の現場」（場所的限界）です。蓋然性説では、逮捕がなされていることからすれば、仮に搜索及び差押えの令状請求をすれば当然に令状は発付されるはずであると考えため、仮に令状が発付されたら搜索が可能な範囲を「逮捕の現場」とします（逮捕場所を「搜索すべき場所」として令状請求した場合に、当該令状で搜索できる範囲）。その結果として、「逮捕の現場」は逮捕場所と同一の管理権に属する場所となります。この場合の注意点は、あくまでも「逮捕場所」と同一の管理権に属する場所であり、「被逮捕者」の管理権ではありません。（そのため、蓋然性説に依拠する場合は、まずは逮捕場所の管理権者は誰であるかを考える→搜索差押えをした場所

の管理権者が同一であるかを考える→よって、「逮捕の現場」に含まれるか否か、という流れになります）。

他方で、緊急処分説では、あくまでも逮捕に伴う搜索差押えは令状主義の例外であり、「逮捕の現場」も狭く捉えて、逮捕の際に証拠の破壊・隠滅がなされる現実的危険のある範囲、つまり、被疑者の直接の支配下にある空間的領域（被疑者の身体、被疑者から手の届く場所・物）に限られるとします。

3 最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁との関係

最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁は、「刑訴220条1項2号によれば、捜査官は被疑者を逮捕する場合において必要があるときは逮捕の現場で搜索、差押え等の処分をすることができるところ、右の処分が逮捕した被疑者の身体又は所持品に対する搜索、差押えである場合においては、逮捕現場付近の状況に照らし、被疑者の名誉等を害し、被疑者らの抵抗による混乱を生じ、又は現場付近の交通を妨げるおそれがあるといった事情のため、その場で直ちに搜索、差押えを実施することが適当でないときには、速やかに被疑者を搜索、差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上、これらの処分を実施することも、同号にいう「『逮捕の現場』における搜索、差押えと同視することができ、適法な処分と解するのが相当である。」と判示しています。

この判例で大事なことは、搜索、差押えの実施に適する最寄りの場所を「逮捕の現場」に含めていない上、「逮捕の現場」と同視できるとも表現していない点です。それは、搜索、差押えの実施に適する最寄りの場所を「逮捕の現場」に含めたり、同視すると蓋然性説から不都合性が生じるためです。

例えば、最決平成8年1月29日刑集50巻1号

1頁の事例とは異なり、逮捕現場の近くには警察署がなく、被疑者の名誉等を確保できるような場所が被疑者の友人方しかない場合を想定しましょう。このケースにおいて、被疑者をその友人方まで連行した上で搜索・差押えを実施した場合に、判例とは異なり、連行先である被疑者の友人方を「逮捕の現場」に含めたり、「逮捕の現場」と同視したら、どのようになるのでしょうか？

蓋然性説によれば、前述したように、「逮捕の現場」として逮捕場所と同一管理権に属する場所は無令状で搜索差押えができるとします。そうすると、上記のケースで被疑者の友人方を「逮捕の現場」に含めたり、「逮捕の現場」と同視してしまうと、被疑者の友人方（例えば友人方の筆筒内など）を無令状で搜索差押えができてしまうという結果になり、明らかにおかしい結果となります。そのため、最高裁は、連行先を「逮捕の現場」に含めたり、同視したりせず、「逮捕の現場」における搜索、差押えと同視することができ」と表現しているのです（この判例を基にした問題を出題すると、多くの学生が「逮捕の現場」と同視できるなどと誤った表現をしますので、気をつけてください。そして、判例の表現には無駄がないことを改めて意識しておいてください。）。

接見交通権と接見指定

第1 法39条3項の構造

1 刑事訴訟法39条3項は、「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。」と規定してい

ます。この条文は、一般的に、本文で、①「捜査のため必要があるとき」（接見指定の可否）及び②「公訴の提起前に限り」（接見指定の時期）を定め、但書で、③「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」（指定内容の適否）を定めています。

- 2 そのため、接見指定に関して学ぶ際には、①接見指定の可否、②接見指定の時期、③指定内容の適否、のいずれに関する問題であることを意識することが重要です。

第2 最判平成11年3月24日民集53巻3号514頁について

- 1 本判決でまず大事なことは接見交通権の性質です。

本判決では、「憲法三四条前段は、『何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。』と定める。（中略）右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。」とし、憲法34条前段の「弁護人に依頼する権利」は弁護人から具体的な援助を受けることを保障しているとします。

その上で、本判決は、「刑訴法三九条一項が、（略）、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法三四条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものである」と判示しています。

ここでポイントは、本判決が接見交通権について「憲法の保障に由来するもの」とするに留め、憲法34条が保障する権利とは述べていない点です。これは、仮に接見交通権が憲法34条により保障された権利だと位置づけると、「捜査のため必要があるとき」は接見指定が可能であるという刑事訴訟法39条3項本文が、憲法により保障されている接見交通権を制約することとなり、法律（刑事訴訟法）が上位規範である憲法の権利を制約してしまう結果になるからです。そのため、答案作成において、「接見交通権は憲法34条により保障される権利」などと記載したら刑事訴訟法はおろか、憲法も理解していないと思われます。「憲法の保障に由来するもの」という判例の表現をしっかりと理解してください。

- 2 次に「捜査のため必要があるとき」に関する注意点です。

本判決は、「捜査のため必要があるとき」に関して、「右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限り、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防禦の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護人等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち合わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって、弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たる」としています。

この判示に関して、判例が、「捜査のため必

要があるとき」とは、被疑者の身柄を現に利用している場合に加えて、間近い時に取調べ等をする確実な予定がある場合も含むという準限定説に依拠していると考えるのが一般です。

ここで見落としがちな点が、判決が「原則として」と一定の留保をしている点です。つまり、判決は、被疑者の身柄を現に利用している場合に加えて、間近い時に取調べ等をする確実な予定がある場合が、全て捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たり、「捜査のため必要があるとき」に該当するとは言っていないのです。例えば、被疑者を現に取調べ中であっても、その取調べ内容が被疑事実の重要部分とはいえない場合（犯行後の状況等）、情状関係に関する内容の場合（被疑者の生育歴等）であった場合には、捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たらず、「捜査のため必要があるとき」には該当しないと言われています。そのため、答案作成において「捜査のため必要があるとき」の規範を書くときには「原則として」という文言を忘れないでください。そして、接見指定の適法性が出題された場合、具体的に捜査機関がどのような内容の捜査のために、被疑者の身体を必要としているのかを十分に考えてください（単に、現に取調べ等の最中だから接見指定は適法という思考ではなく、事案内の取調べ等の具体的な内容を踏まえて、「捜査に顕著な支障が生じる場合」か否かを考えてください）。

第3 まとめ

以上のように判例は、一見すると単に「捜査のため必要があるとき」に関する規範が明示されているため、それを暗記すれば足りるようにも見えますが、その規範に至る論理（接見交通権の性質等）、規範（「原則として」等）には十分な理解が必要です。刑事訴訟法を問わず、判例（特に最高裁）の一言一句には無駄はなく意味があります。判例がどういう表現を用いてい

るのか、何故そのような表現を用いたのか、といった点に注意して、日々の学習に臨んでください。

公判前整理手続及びいわゆる取調べメモの証拠開示

第1 公判前整理手続を学習するに当たって基本的な視点

1 まず、公判前整理手続を学習するに当たっての基本的な視点を述べます。

①刑事訴訟の立証責任は検察官にあること、つまり、審判対象である訴因及び訴因以外の事実（例えば、量刑を決める上での犯情など）に関しては、原則として検察官に立証責任があり、被告人側に立証責任はありません。次に、②当事者間に刑事訴訟における証拠収集能力の差異があること、つまり、検察官は、警察等の国家権力を用いて証拠の収集を実施するのに対し、被告人側は、弁護士という私人が証拠の収集を行うため、検察官は被告人側と比べて証拠収集能力が高く、証拠の大部分は検察官の手元にあるということです。この2つの視点を踏まえて公判前整理手続については学習してください。

2 次に、公判前整理手続には段階の違いがあることにも留意してください。刑事訴訟では、原則として、当事者が何かしらの主張をし、その主張を基礎付けるために様々な証拠による立証活動を行います。逆に言えば、証拠というのは一定の主張（ないし事実）を裏付けるためのものであるといえます。そこで、公判前整理手続においても、その手続が「主張段階」に関するものであるのか、「証拠段階」に関するものであるのかという点が異なります。そして、前述のように②当事者間に刑事訴訟における証拠収集能力の差異があることという観点から、「証拠段階」の前提として、「証拠開示段階」の手続が設けられました。このように、公判前整理

手続では、大きく分けて、㊦主張段階、㊧証拠段階、㊨証拠開示段階という3区分に分けることができます。

第2 具体的な公判前整理手続の流れ

- 1 以上を前提に、公判前整理手続の流れを概観すると、㊧刑事訴訟の立証責任は検察官にあることから、まず検察官に証明する予定の事実を明示する義務が課されます（証明予定事実、主張段階）。これに伴い、その証明する予定の事実を根拠付ける証拠調べ請求（証拠段階）及びその証拠の開示（証拠開示段階）が実施されます。
- 2 これに対し、立証責任を負っている検察官が請求した証拠に関して、その内容（証明力）に疑問がないかを判断するために、被告人側に、類型証拠の開示請求（証拠開示段階）が認められます。しかし、そもそも検察官がどのような証拠を持っているか分からなければ、類型証拠の開示請求をはじめとする証拠開示請求が困難であるため、類型証拠の開示請求の前に、被告人側は検察官に対して証拠の一覧表の交付請求ができます（証拠開示段階）。このように証拠の一覧表を踏まえて類型証拠の開示請求を実施し、類型証拠の開示請求によって開示された証拠により、検察官請求証拠の証明力を吟味して、被告人側は検察官請求証拠に対して意見を表明します（証拠段階）。
- 3 このように、㊧刑事訴訟の立証責任は検察官にあることから、まずは検察官の証明予定事実及びそれを根拠付ける証拠につき検察官が請求し、これに対して、被告人側は類型証拠の開示請求等を踏まえて、検察官請求証拠の意見を述べます。
- 4 次に、被告人側は予定主張を明示します（主張段階）。ここで間違えやすい点ですが、検察官が明示する義務があるのは「証明予定事実」であるのに対して、被告人側は「予定主張」で

す。あくまでも被告人側は「主張」であり、「事実」ではありません。例えば、殺人被告事件では、殺意に関して、検察官に立証責任があるため、検察官は殺意を推認させる事実を立証する義務があります。具体的には、凶器であるナイフの長さが約20 cmでありサバイバルナイフであること（殺傷能力）、被告人が被害者の腹部を刺したこと（人体の枢要部を刺したこと）、被告人が刺した後に被害者の救護活動を行わなかったこと（犯行後の行動）などといった事実を証明予定事実で明らかにします。これに対して、被告人側は、あくまでも主張を明示すれば良いので、例えば、「検察官が証明予定事実で述べている事実が認められても、被告人には殺意は無い。」などと、事実ではなく、主張で足りるのです。これは、㊧刑事訴訟の立証責任は検察官にあることに由来します（ただし、例えば被告人側が、殺意を否定する事実として、「被告人と被害者は従前から仲が良かったこと」などという事実を予定主張で明示することはできます。検察官は事実を明示することが義務であるのに対し、被告人側は任意的にすぎないのです）。

そして、被告人側は、予定主張に関連する証拠の開示請求ができるとともに（証拠開示段階）、予定主張に関する証拠調べ請求をすることができます（証拠段階）。

- 5 以上のように、㊧刑事訴訟の立証責任は検察官にあることから、まずは検察官が証明する予定の事実を明らかにするとともに、証拠調べ請求を実施して、被告人側は類型証拠の開示請求等を経て、検察官請求証拠の意見を述べます（実務的には、その後の予定主張において、検察官の証明予定事実に関する意見も述べます）。そして、被告人側が予定主張を明らかにするとともに、主張関連証拠開示請求等によって得た証拠につき、被告人側は証拠調べ請求を

することになります。

そして、証拠開示に関して、被告人側請求証拠以外は、検察官が被告人側に開示請求を認める手続はなく、あくまでも被告人側が検察官側に類型証拠の開示請求や主張関連証拠の開示請求ができる点にも留意してください。これは、②当事者間に刑事訴訟における証拠収集能力の差異があることから、被告人側に証拠開示請求が認められているのです。被告人側請求証拠につき検察官が被告人側に開示請求できる（逆に言えば、被告人側は、請求証拠の開示義務を負う）ことは、公判前整理手続だけでなく、通常の公判でも同様です。

第3 類型証拠開示及び主張関連証拠開示を学習するに当たって基本的な視点

1 公判前整理手続では、②当事者間に刑事訴訟における証拠収集能力の差異があることから、被告人側に証拠開示請求が認められています。検察官は、警察等の国家権力を背景として証拠収集能力が高いのに対し、弁護人はあくまでも私人であるため、どうしても証拠収集能力が低くなります。また、①刑事訴訟の立証責任は検察官にあること、つまり、審判対象である訴因及び訴因以外的事实（例えば、量刑を決める上での犯情など）に関しては、原則として検察官に立証責任があり、被告人側に立証責任はありません。そのため、まず、検察官が、証拠によって証明しようとする事実、つまり証明予定事実を明らかにして、証明予定事実を立証するために必要な証拠を証拠調べ請求します。そして、弁護人は、検察官の証明予定事実及び請求証拠に関して、被告人の言い分と異なるかを検討していきます。この際、検察官の請求証拠だけでは、検討が困難であるため、類型証拠開示という制度が生まれました。

その上で、弁護人は、事実上及び法律上の主張があれば明らかにします（予定主張）。この

際、弁護人は、被告人の言い分に沿って、例えば、「被告人には犯行日にアリバイがある。」などと主張をします。しかし、②当事者間に刑事訴訟における証拠収集能力の差異があることから、弁護人は、上記アリバイ主張に関する証拠を持っておらず、むしろ検察官の手持ち証拠に含まれていることが大半です。そこで、弁護人が、予定主張に沿った立証ができるように、主張関連証拠開示という制度が生まれました。

2 類型証拠開示と主張関連証拠開示の異同に関して

(1) 以上を前提に、類型証拠開示と主張関連証拠開示の異同について、簡潔に述べます（細かい手続に関しては、1回は各自で条文を確認してください。）。

(2) 共通点

いずれも検察官が弁護人に開示義務を負います（逆に言えば、弁護人が検察官に開示請求をすることができます。）これは前述のとおり、②当事者間に刑事訴訟における証拠収集能力の差異があるためです。また、裁判所による開示時期等の決定、開示命令に対して、即時抗告ができます。訴訟手続に関する不服は、原則として上訴により救済を求めますが、証拠開示に関する決定は第一審手続中に解決することが必要だからです。例えば、証拠開示に関する決定が上訴でしか救済できないとすれば、第一審が裁判員裁判で行われたにもかかわらず、控訴審で第一審の証拠開示に関する決定が違法であり第一審に差戻しがされた場合、最初の裁判員裁判がほぼ無駄になるとともに、再び新たに裁判員裁判を実施せねばならないこととなり、裁判員への負担はもちろん、国民の意見を反映させるという裁判員裁判の趣旨にも反することになるからです。

(3) 異なる点

前述のように、類型証拠開示は、検察官請求証拠の証明力を判断することを目的とします。そのため、検察官請求証拠の証明力を判断するために必要な証拠に限定されていきます。つまり、**刑訴法316条の15第1項各号に該当する証拠である必要があります**。同項各号は、検察官請求証拠の証明力を判断するために必要な証拠を類型化したものです。

他方、主張関連証拠開示は、弁護人の予定主張を立証することを目的とします。そして、弁護人の予定主張は罪体に関するものから情状に関するものまで幅広く、そのため、開示対象の証拠に関しては、「**関連性**」があれば特に限定なく対象となっていきます（開示対象が不特定であるため、取調べメモなどの問題が生じてきます。）。

3 証拠開示の注意点

(1) 類型証拠開示の刑訴法316条の15第1項各号に関しては、どのような証拠が該当するのかを判断できるようにしてください。特に8号に関しては、いわゆる取調べ状況報告書のことであり、取調べメモではないことに留意してください（取調べ状況報告書は定型的な書式で作成するものであり、検察官に送致する記録に含まれるのに対し、取調べメモは取調官の単なるメモであり、通常検察官に送致されません。）

(2) 同5号ないし7号に「供述録取書等」とありますが、この定義規定は290条の3です（いわゆる供述書、供述録取書、供述記録媒体が該当します。）。

第4 いわゆる取調べメモの類型証拠該当性と主要関連証拠該当性

1 証拠開示制度の各段階（取調べメモの開示の位置づけ）

証拠開示は、**証明予定事実を証明するための**

証拠（請求証拠）の開示、類型証拠の開示及び主張関連証拠の開示という3段階によって行われます。証明予定事実を証明するための証拠は、検察官が証明予定事実を記載した書面を裁判所に提出、弁護人に送付した際、その証拠調べを請求するところ（刑訴法316条の13第1項、第2項）、その後速やかに弁護人に対し閲覧等の機会を与えるものです（刑訴法316条の14第1項）。そして、弁護人は証明予定事実を証明するための証拠の開示を受けた後、その証拠の証明力を判断するために重要と認められる一定種類の証拠の開示を検察官に請求することができます（刑訴法316条の15）。その上で、弁護人は、公判前整理手続で明らかにした弁護側の主張に関連する証拠の開示を請求することができます（刑訴法316条の20）。

取調べメモに関しては、検察官が証明予定事実を証明するための証拠とすることは実務上想定されないため（取調べで作成した供述調書を請求するのが通常）、弁護人が証拠として開示を受けることはありません。そのため、取調べメモが類型証拠の開示及び主張関連証拠の開示の各対象になるかが問題となります。

2 類型証拠該当性

(1) 類型証拠の開示の対象となるためには、**刑訴法316条の15第1項各号に規定された証拠の類型に該当する必要があります**。

(2) 5号ないし7号該当性

「供述録取書等」とは、「供述書、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又は映像若しくは音声を記録することができる記録媒体であって供述を記録したもの」（**刑訴法290条の3第1項**）をいうところ、取調べメモは、実質的には、取調べ対象者の供述を録取した書面ですが、同人の確認を経ておらず、その署名、押印を欠くから、「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」に該当しません。

- (3) このようなことから、取調べメモは、各号に規定された証拠の類型に規定された証拠の類型に該当しないため、類型証拠の開示の対象とはなりません。

3 主張関連証拠該当性

- (1) 検察官が保管していない証拠は証拠開示の対象となるか

取調べメモは検察官に証拠として送致されるものではなく、取調官である警察官が保管しているため、検察官が保管していない証拠が証拠開示の対象になるかという問題点があります。この点、刑訴法316条の14第2項により検察官が弁護人に対して交付する証拠の標目の一覧表の対象が「検察官が保管する証拠」に限定されていることを解釈上の根拠として、検察官が保管していない証拠は証拠開示の対象にはならないという考え方も存在しました。しかし、証拠の標目の一覧表については、検察官が保管していない証拠まで含めて作成等することを要求するのは無理であるため、一覧表の対象が検察官の保管する証拠に限るとしても、証拠開示の対象となる証拠の範囲が一致する必然性はありません。そして、争点整理と証拠調べを有効かつ効率的に行うという証拠開示の目的からすれば、証拠開示の対象を検察官が保管する証拠に限定すべきではありません。このような観点から、判例は、証拠開示の対象は、必ずしも検察官が現に保管している証拠に限られず、

①当該事件の捜査の過程で作成され、又は入手した書面等であって

②公務員が職務上現に保管し
かつ

③検察官において入手が容易なもの

を含むと解するのが相当であるとしています（最決平成19年12月25日刑集61巻9号895頁、

最決平成20年6月25日刑集62巻6号1886頁、最決平成20年9月30日刑集62巻8号2753頁）
なお、前記の最決平成19年12月25日刑集61巻9号895頁及び最決平成20年6月25日刑集62巻6号1886頁では問題となったメモが犯罪捜査規範13条に基づいて作成されたかどうかを基準として用られていましたが、前記最決平成20年9月30日刑集62巻8号2753頁では犯罪捜査規範に触れていないため、犯罪捜査規範第13条に基づいて作成されたかは必要条件ではなく、判断要素に過ぎないと考えられている点には注意してください。

- (2) 関連性及び相当性

取調べメモが証拠開示の対象になるとして、証拠開示が認められるためには関連性と相当性が要求されます。すなわち、検察官は、被告人側の請求があるときは、被告人側が明らかにした主張に関連する証拠（主張関連証拠）について、開示の必要性及び弊害を勘案して、相当と認めるときは開示しなければなりません（刑訴法316条の20第1項）。

これを具体的に整理すると、

① 関連性

被告人側が刑訴法316条の17第1項により明らかにした主張に関連すると認められる証拠であること

② 相当性

開示の必要性の程度と開示による弊害の内容・程度を考慮し、相当と認められること

という要件に充足することが求められます。

第4 まとめ

刑事訴訟法では、条文はもちろん大事ですが、これまで積み重なってきた判例の理解が学習において重要となります。他方で、証拠開示を含む公判前整理手続は、条文が多い一方で、制度が設けられてから年数が余り経っていない

ため判例も他の分野と比べて少ないと言わざるを得ません。そのため、公判前整理手続を学習する際には、条文を引くことを面倒だと思わずにちゃんと引くとともに、また、数少ない判例をしっかりと学習するようにしてください。

訴因変更の要否

第1 公判における検察官の主張の各段階

1 検察官の主張は訴因だけではないこと

刑事訴訟における審判請求は、起訴状の公訴事実の欄に記載された事実、つまり、訴因であり、訴因は犯罪構成要件に該当する具体的事実として検察官が主張するものです。他方で、検察官が公判（刑事訴訟）で主張するのは訴因だけではなく、冒頭陳述もあります（296条）。冒頭陳述とは、証拠調べ請求の際に、証拠によって証明しようとする事実のことを言います（通常は、「冒頭陳述要旨」という書面に記載し、証拠調べ請求と同時に裁判所に提出します。）。冒頭陳述では、訴因には記載していない事項、例えば、犯行動機、発覚の経緯あるいは殺意を立証するための間接事実などを記載します。

ここで大事なのは、刑事訴訟における検察官の主張は、訴因だけではなく、冒頭陳述でも現れることです。試験では、多くの学生が検察官の主張と裁判所の心証が異なると「訴因変更の要否」の論点を書きがちです。しかし、検察官の主張が訴因には記載されておらず、冒頭陳述にだけ記載されていれば、それは訴因変更の要否の問題ではありません。そのため、検察官の主張と裁判所の心証が異なる場合、まずは問題となっている検察官の主張が、訴因に記載されている事項なのか、それとも訴因に記載されておらず冒頭陳述にだけ記載された事項なのかを明確に意識しましょう。

第2 訴因変更の要否についての判例の枠組み

1 判例の枠組み

訴因変更の要否に関しては、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁の枠組みを理解するのが必須です。過去には具体的防御説と抽象的防御説といった対立がありましたが、現在ではこの判例の枠組みで書くことが答案作成では求められます。そして、判例の枠組みとしては、下記のとおりになります。

- ① 審判対象の画定に必要な不可欠な事項の変更があれば、常に訴因変更が必要
- ② 不可欠な事項でなくとも、被告人の防御に重要な事項の変更があれば、原則として訴因変更が必要
- ③ ②の場合であっても、具体的な審理経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではなく、かつ被告人にとって不利益といえない場合には、例外的に訴因変更をしなくても違法ではない

2 判例の枠組みの注意点

まず、①審判対象の画定に必要な不可欠な事項の変更があった場合は、絶対に訴因変更が必要です。訴因変更を経ずに判決を行った場合には絶対的控訴理由となります（378条3号）。そのため、①に該当すれば②、③の段階を検討する必要はありません。

また、②被告人の防御に重要な事項の変更に關しては、判例を読むと分かるよう「一般的に」という枕詞があります。これは具体的な審理経過から離れて、類型的に被告人の防御に重要な事項か否かを判断するという意味です。加えて、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁では、「検察官が訴因においてその実行行為者を明示した以上…原則として、訴因変更手続を要する」と述べられていますが、これは識別説からすれば共謀共同正犯における実行行為者が誰であるかは訴因の特定としては不要であるが、訴因に記載した以上訴因変更の要否の問題

になるという意味です。逆に言えば、共謀共同正犯における共謀の日時など訴因の特定には不要な事項は、訴因に明示されなければ訴因変更の問題ではないということです。

③については、「被告人に不意打ちを与えるものではなく、かつ、被告人にとって不利益といえない場合」とありますが、まず「不意打ち」というのは公判手続で被告人の防御活動がちゃんと行われたか（防御の機会が与えられたか）を意味します（例えば、弁護人による反対尋問など）。

他方で、「不利益」とは量刑の問題です。例えば、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁では、訴因では実行行為者が被告人である「X」とされており、裁判所の判決では「Y又はXあるいはその両名において」とされています。一般的に共謀共同正犯においては実行行為者が最も重く処罰されます。そのため、被告人Xとしては、自分が実行行為者として判決で特定されるよりも、「Y又はXあるいはその両名において」というように実行行為者が不明であって自分が実行行為者として特定されない方が量刑上軽くなるのです。これが「被告人にとって不利益であるとはいえない」の意味です。この「不利益」の意味を理解していない学生は多いと実感しています。

訴因変更の可否

第1 訴因変更の可否が問題となる場面（単一性と狭義の同一性の違い）

1 可否が問題となる場面

訴因変更の可否は、端的に言えば、「訴因変更ができるか否か」という問題ですが、この訴因変更の可否が問題となる場面は大きく分けて2つの場面があります。1つ目は検察官が訴因を設定する場面、2つ目は審理を経た上で裁判所の認定する事実が訴因の事実と差異が生じた

場面です。

2 単一性と狭義の同一性の違い

(1) 多くの学生の答案を見ていると、単一性の場面と（狭義の）同一性の場面を区別できていないと思われる答案を多々見かけます（ただし、単一性と（狭義の）同一性を分ける実用性はないのではという学説もあります。）。そのため、まずは、これまで通説で考えられてきた単一性の場面と（狭義の）同一性の場面を区別できるようにしましょう。

(2) 単一性の場面

まず、単一性の場面は、検察官が訴因を設定する場面、具体的には、既に起訴した訴因に加えて、新たに別の犯罪事実を審判対象に加えたい場合に、訴因変更で行うか、別途起訴すべきか、という場面が典型例です。

例えば、被告人がV方に侵入したという住居侵入罪で起訴されているとします。その後の捜査の結果、被告人はV方に侵入した際にバッグなどの金品を盗んだという窃盗罪も犯していたことが発覚したとします。この際に、既に起訴済みの住居侵入罪に加えて窃盗罪も審判対象にする場合に、訴因変更（追加的訴因変更）をするか、それとも別途窃盗罪により起訴するかが、単一性の場面です。上記例の場合は、V方への住居侵入罪とV方での窃盗罪は牽連犯として実体法上一罪であるため、単一性が肯定されます。そのため、検察官は既に起訴済みの住居侵入罪の訴因に関して窃盗罪も付加するような訴因変更を行うことになります。

他方で、被告人がVを殴って怪我を負わせたという傷害罪で起訴されているとします。その後の捜査の結果、被告人がVとは別人のWを別の日時・場所で殴って怪我をさせたという傷害罪を犯していたことが発覚したとします。この場合は、Vに対する傷害罪とWに

対する傷害罪は、併合罪であって実体法上一罪ではないため、単一性は否定されます。そのため、検察官は、既に起訴済みのVに対する傷害罪の訴因を変更するのではなく、別途Wに対する傷害罪を起訴することになります。

このように、被告人が既に起訴済みの訴因とは別の犯罪事実を犯していたことが発覚した際に、当該別の犯罪事実を審判対象にする方法として、検察官が訴因変更をすべきなのか、それとも別途起訴すべきなのか、というのが単一性の典型的な場面です（事実の広がりなどと表現されます）。

(3) (狭義の) 同一性の場面

これに対し、(狭義の) 同一性の場面とは、裁判所での審理を経た結果、裁判所が認定する事実と検察官が設定した訴因の事実と差異が生じた場面が典型例です。

例えば、「被告人は、殺意をもって、●月●日、●において、Vを拳で殴った上、Vを死亡させた」という殺人罪で起訴されているとします。そして、目撃者の証人尋問や被告人質問の結果、裁判所としては、被告人はVを殴ったのではなく、蹴った結果、死亡させたと認定したとします。この際に、検察官が、旧訴因である「被告人は、殺意をもって、●月●日、●において、Vを拳で殴った上、Vを死亡させた」という訴因から、裁判所の認定事実に合わせて、「被告人は、殺意をもって、●月●日、●において、Vを足で蹴った上、Vを死亡させた」という新訴因に訴因変更できるのか、というのが(狭義の) 同一性の場面です。上記例の場合は、●月●日という犯行日時、●という犯行場所及びVという被害者といった事実は共通していますが、「拳で殴った」と「足で蹴った」という行為態様が異なっています。そのため、次に

非両立かどうかを考えると、Vという人間が2回死亡するという可能性はありませんので（人間は1回しか死亡しない）、旧訴因と新訴因は両立しません。その結果、同一性は肯定されるため、検察官は旧訴因から新訴因に訴因変更を請求することができることとなります。

(4) このように訴因変更の可否は、単一性の場面と（狭義の）同一性の場面に分けるのが従来の通説です。そのため、まずは問題となっているのが単一性の場面と（狭義の）同一性の場面なのかをしっかりと意識しましょう。そして、実体法上一罪かを基準として用いるのが単一性の場面となり、いわゆる基本的事実同一説及び非両立性の基準を用いるのが（狭義の）同一性の場面となります。

3 結語

訴因変更の可否では、学説上、様々な見解が主張されているため、学生としては混乱しがちです。そのため、まずは従来の通説及び判例の考え方を理解しましょう。

自白法則

第1 自白法則で意識すること

1 自白法則が出題された場合の可否の別れ目

自白法則の根拠に関しては、大きく分けて任意性説と違法排除説があります。任意性説は、任意性のない自白は、虚偽のおそれがあり信用性に乏しいから排除する虚偽排除説と黙秘権等の基本的人権を保障するために排除する人権擁護説の両説を合わせて考える説です。他方、違法排除説は、手続的観点に着目し、自白採取過程における手続の適正を担保するために排除するという説です。

このような自白法則の根拠に関しては、刑事訴訟法を学んだ人であれば、誰でも知っていると思います。そのため、可否の分かれ目は、学

説を知っているかではなく、学説の規範を使いこなせるか否かです。

例えば、近年に自白法則が出題された令和2年度司法試験の採点実感では以下のように述べられています。⁽²⁾

「本事例で用いられたのは、本件住居侵入窃盗事件の当日の夜に甲が自宅から外出するのを見た人がいる旨の偽計であり、犯行自体の目撃に関するものではないが、その違いに的確に留意しつつ、長時間にわたり一睡もさせずに徹夜で取調べが行われ、言葉数が少なくなつて疲労していた甲に対し、本問のような偽計を用いれば、たとえそれが犯行自体の目撃に関するものではなかったとしても、判断能力が低下して自白するしかないとの心理状態に陥りかねないことなどに言及し、甲の心理に与えた影響を考慮することができている答案が少数ながら見られた。これに対して、このような偽計の内容・程度に全く言及することなく、偽計が用いられた点を漫然と指摘して甲の自白の証拠能力を否定する答案や、反対に、偽計が用いられる前に、長時間にわたり、徹夜で取調べが行われているという本事例の事情を度外視し、犯行自体の目撃に関する偽計ではないとの理由のみで甲の自白の証拠能力を肯定する答案など、事例に現れた具体的事情を多角的・総合的に考慮することができていない答案が少なくなかった。」

このように採点実感では、事例を踏まえて被疑者はどのような心理状態に陥っていたかを多角的・総合的に考慮することが求められています。これを学生側の視点から言い換えれば、①虚偽自白を誘発するおそれがある状況の有無、②供述の自由を不当に圧迫する状況の有無という任意性説の規範を前提として、事例を分析して自分なりの言葉を用いて、どのような意味

で、「虚偽自白を誘発するおそれがある状況」があるのか?、「供述の自由を不当に圧迫する状況」があるのか?を具体的に論じていく必要があります。

他方で、自白法則に関する各判例では、最高裁は、具体的にどのような論拠で任意性を肯定否定しているのかは判旨を読んでも必ずしも明らかではありません。そのため、自白法則という分野では、各判例の判旨を覚えるなどの勉強をすることよりも、任意性説（又は違法排除説）に依拠した場合、どのような論拠で任意性が肯定又は否定されるのかを自分なりに考えて表現できるようにすることが肝要です（その意味では、判旨をしっかりと読むことも大事ですが、事例自体をしっかりと読むこと、過去問を自分なりに解くことが大事です）。

2 自白法則と違法収集証拠排除法則との関係

また、自白法則は、違法収集証拠排除法則との関係が問題となることが多いです。すなわち、自白の任意性が問題となると同時に、自白の収集手続である取調べの適法性も問題となる場面です。このような場面では、自白法則と違法収集証拠排除法則の関係性が問題となります。つまり、違法収集証拠排除法則が一般原則であって自白法則は自白における違法収集証拠排除法則の特別規定と考える一元説、自白法則と違法収集証拠排除法則は別々のものであって併存すると考える二元説です（二元説に依拠する場合、憲法及び刑訴法上に明文規定がある自白法則から適用するのが一般的な考え方です。）。

判例・実務通説である二元説に依拠した場合、自白法則によっても任意性を論じるだけでなく、別途に違法収集証拠排除法則によって自白の収集手続である取調べの違法性を論じる

(2) 法務省「令和2年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）」
<https://www.moj.go.jp/content/001344498.pdf>（参照2024-10-23）

必要があります。この際に気を付けてもらいたいのは、自白法則により任意性が否定されても、直ちにその取調べが違法となるわけではないという点です。自白法則を規定する319条1項は「これを証拠とすることができない。」と規定されている以上、あくまでも証拠能力に関する規定です。そのため、319条1項に反して任意性が否定された場合、この条文によって規制されるのは自白の証拠能力であって、取調べの違法性には直ちに結びつきません。そこで、例えば、最判昭和41年7月1日刑集20巻6号537頁2（約束による自白）の事案で、別途違法収集証拠排除法則を適用する場合には、「起訴猶予を約束して自白を得るような取調べは適正手続（憲法31条）に反するものであって違法である」とか、「起訴猶予を約束して自白を得るような取調べは事実上黙秘権を侵害するものであって違法である」などと、取調べが違法であることを一言言及してから、違法収集証拠排除法則を適用するようにしてください（ただし、いわゆる合意制度との関係で、このような論述が正しいかは議論の余地があると思います。）。

伝聞法則及び伝聞・非伝聞

第1 伝聞法則の重要性と難しさ

1 伝聞法則は司法試験で頻出の分野です。では、何故、伝聞法則は何度も司法試験で出題されているのでしょうか？それは、公判を含む刑事手続では必ず伝聞法則の理解が必要だからです。

例えば、Vを被害者とする殺人罪の公判の証人尋問で以下のような尋問が行われたとします。

P：「あなたは、事件の前日である令和6年

6月19日、被告人と会いましたか？」

W：「はい、会いました」

P：「被告人と、どこで会いましたか？」

W：「神田神保町にある居酒屋です。」

P：「被告人は何か言っていましたか？」

W：「被告人は『Vの奴がムカつくからぶっ殺してやりたい』と言っていました」

この際、Wの「被告人は『Vの奴がムカつくからぶっ殺してやりたい』と言っていました」という証言は、公判期日外における他の者の供述（本件では被告人）を内容とする供述になるため、伝聞供述に該当します。

そのため、もし弁護人であれば、このような証言をWがした直後に、異議を申し立てる必要があります。そこで、法曹であれば、数秒以内に伝聞供述か否かを判断する能力が必要です。他方で、異議を述べられた検察官としては、「被告人の発言時の精神状態の供述であるため、伝聞法則の適用は受けません。よって、弁護人の異議には理由はありません。」と反論する必要があります。そこで、法曹であれば、相手方から異議の申し立てがあった場合に、即座に伝聞法則の適用を受けない理由を述べる能力が求められます。つまり、伝聞法則の適用・不適用（非伝聞）を含めた伝聞法則は、法曹にとって必要不可欠かつ迅速な対応を求められる分野です。逆に言えば、司法試験考査委員としては、伝聞法則を理解していない受験生は法曹として最低限の役割を果たせない、つまり、合格させてはいけないという意識があります。そのため、伝聞法則は司法試験で頻出の分野なのです。

2 他方で、伝聞法則は多岐にわたる知識・理解を求められる分野でもあります。例えば、「供述内容の真実性が問題とならない場合は非伝聞である」という文言自体は、刑事訴訟法を学んだ人であれば誰でも書けるでしょう。しかし、実際に特定の証拠に関して、「供述内容の真実性が問題となるか？」を正確に書ける方は少な

いです。また、頻出な条文として、321条1項3号があります。この条文を読んで、要件を適用できない学生も多くいます。このように、伝聞法則は範囲が広い上、理解が難しいため、学生にとっては鬼門と言わざるを得ません。

第2 伝聞・非伝聞の相対性

1 最判昭和30年12月9日刑集9巻13号2699頁は、被告人Xが被害者Aを強姦して死亡させたという強姦致死の事件です。この際、Aが生前、知人Bに「あの人が好かんわ、いやらしいことばかりする」（以下、「本件発言」という。）と述べており、その旨をBは公判廷で証言しました。この証言は、公判期日外における他の者の供述（本件ではA）を内容とする供述になるため、形式的には伝聞供述に該当します。しかし、内容の真実性は問題とならない場合又は供述証拠特有の危険性がない場合には伝聞法則の適用はなく、非伝聞となります。

2 判例の場合（争点が犯人性の場合）

判例では、被告人Xが犯人は自分ではないとして犯人性を争っているため、争点は被告人Xの犯人性です。そのため、検察官は、最終的に被告人Xが犯人であることを証明しようとしています。その際、検察官は、被告人Xが犯人であることの間接事実の一つとして「かねてA女と情を通じたいとの野心を持っていた」という強姦する動機を挙げています。この間接事実を証明するためには、被告人Xが過去にもAに度々わいせつな行為をしていたこと（過去の行為）を証明する必要があります。そこで、本件発言の内容の真実性は問題となるかを考えてみましょう。被告人Xが過去にもAにわいせつな行為をしていたことを証明するためには、「あの人が好かんわ、いやらしいことばかりする」という発言内容の真実性、つまり、本当にXがAに「いやらしいことばかり」していたのか？という内容の真実性が問題となるのです。そのため、判

例の事例では本件発言は伝聞です。

3 争点が「性交に関する同意の有無」であった場合

判例とは異なり、被告人Xが犯人は自分であると認めているが、性交自体はAと合意の上であるため、強姦ではないという主張をした場合です。この場合、検察官は、AがXとの性交について同意していなかったことを最終的に証明しようとしています。その際、事件当時、AがXに嫌悪の情を抱いていたことを証明すれば、AがXとの性交について同意していなかったことが推認されます（嫌悪の情を抱いていた相手との性交に同意することは通常考えられないためです）。そこで、本件発言の内容の真実性は問題となるかを考えてみましょう。Aが「あの人が好かんわ。」と発言したこと自体からAがXに嫌悪の情を抱いていたことは推認されます（いわゆる間接事実的利用。要するに、「あの人が好かんわ」という発言があった以上、通常は、その相手のことを嫌っていると推認されます）。この推認において、「あの人が好かんわ」という発言内容の真実性、つまり、本当にAがXについて「あの人が好かんわ」と思っているか？については問題としていないのです。そのため、本件発言は非伝聞です。

また、仮に、「あの人が好かんわ」という発言内容の真実性を問題とした場合であっても、この発言はAの発言時の精神状態の供述です。供述時の精神状態については、知覚・記憶の過程を欠くため、非伝聞とされます。そのため、AがBに発言した当時、本当に「あの人が好かんわ」と思っていたという内容の真実性を証明できます（いわゆる心の状態論）。そして、AがBに発言した当時から事件当時まで、AのXに対する感情が変わるような事情が無ければ、事件当時、AがXに嫌悪の情を抱いていたことが証明されます。

4 このように最判昭和30年12月9日刑集9巻13号2699頁は、伝聞に関して何か重要な規範を示したというよりも、同じ発言であっても、争点（要証事実）が変われば、伝聞か非伝聞かが変わってくるという相対性の材料だと思ってください。

伝聞か非伝聞かという問題は非常に難しいと思います。そのためには、まず、どういう過程を経て証明していくのかを考え、その上で問題となる供述について内容の真実性が問題となるか（あるいは精神状態の供述といえないか）を考えると良いと思います。

犯行計画・謀議メモ

第1 犯行計画・謀議メモのポイント

1 犯行計画・謀議メモは頻出の問題です。犯行計画メモは伝聞・非伝聞の区別の理解を問える上、仮に伝聞となった場合に伝聞例外の理解も問えるためです。

メモに関しては、非伝聞として証拠能力を認める論理として、①間接事実の利用、②精神状態の供述の応用、の2つの論理があります。まず、①間接事実の利用というのは、メモの記載内容の真実性を問題とせず、記載内容自体から要証事実（例えば、犯人性、共謀など）を推認する方法です。例えば、Aが「R 6. 6. 26, 18:00, B銀行は人がいなくなるため強盗をする」というメモを6月25日に作成していたとします。そして、実際に令和6年6月26日午後6時にB銀行で強盗事件が発生したとします。この場合、メモの記載内容と実際に起こった強盗事件の犯行内容が一致しています。

そして、犯人以外の無関係の第三者が強盗事件の発生前である6月25日に、実際に翌日起きた強盗事件の犯行計画を知っているというのは到底あり得ません。そのため、Aが実際に起きる強盗事件の犯行内容と一致する記載のあるメ

モを犯行前に作成したという事実から、Aが強盗事件の犯人であるという事実が推認できます。この推認において、メモの記載内容の真実性（例えば、本当に18:00にはB銀行は人がいなくなるかどうか）は問題としていません。

②精神状態の供述の応用ですが、一般的にメモというのは、作成者がメモを書いた際に頭の中で考えていたことを、そのまま記載するものです。そのため、メモを作成する際には知覚の過程がありませんし（自分の頭の中で考えている内容を知覚することはありえません。）、記憶の過程もありません（自分の頭の中で考えている内容を即座にメモに記載するため、記憶する期間がないのです。）。したがって、供述証拠の過程のうち、知覚及び記憶の過程は欠け、表現の過程だけが残るのです。この点で、精神状態の供述と同様に知覚及び記憶の過程が欠けるのです。気を付けていただきたいのは、メモの作成の際にはメモ作成者の知覚及び記憶の過程が欠けるだけであるため、非伝聞となるのは原則としてメモ作成者との関係だけであり、メモ作成者ではない共犯者との関係（例えば、共犯者の認識）との関係では、メモはあくまでも原則として伝聞法則の適用を受けます。

実況見分調書の証拠能力

第1 実況見分調書が司法試験で頻繁に出題される理由

過去の司法試験では、実況見分調書（特に犯行再現、被害再現）は令和5年、平成25年、平成21年などで出題されており、伝聞法則でも実況見分調書は出題が多い分野です。それは実況見分調書が、実況見分調書全体、説明部分（現場供述）、写真など多種多様な部分で構成されており、それぞれの伝聞例外該当性の検討を試せるからだと思います。また、犯行再現や被害再現の実況見分調書では立証趣旨、例えば「犯

行再現状況」などという立証趣旨が無意味か否かなども試せるからだだと思います。

第2 実況見分調書の作成手順と現場指示・現場供述の区別の基準

実況見分では、捜査機関が、被疑者や目撃者などを立会人として、犯行現場等の距離関係を計測します。この際、捜査機関は事件の当事者ではないので、例えば、実際に事件が起こった地点などは知りません。そこで、捜査機関は目撃者などに事件が起こった地点を教えてください、その地点と電柱等の支点との距離・位置関係を測定して、地点を特定するとともに、図面に記録します。例えば、傷害事件であれば、立会人である被害者から、事件が起こった地点を教えてください測定等をします。この際、立会人である被害者が道路の真ん中を指し、「この地点で犯人に殴られました。」と説明すれば、捜査機関は立会人が指した地点は事件が起こった場所だと考えて、測定等をします。この意味で、立会人の説明は捜査機関がその地点を測定等の見分をした理由・動機になりますので、上記の「この地点で犯人に殴られました」という説明は、捜査機関が見分をした理由・動機として別途の供述証拠とはならず（現場指示）、実況見分調書の一部として321条3項のみにより証拠能力は肯定されます。

他方で、立会人が捜査機関がその地点を測定等の見分をした理由・動機以上の説明をした場合、その内容を記載した部分は実況見分調書の一部とはいえず、別途の供述証拠となります。例えば、上記の傷害事件で、立会人が、「この地点で犯人は右拳で私の顔面を3回殴りました。」と説明した場合、犯人が右手拳で殴ったことや顔面を3回殴ったことは、捜査機関が事件の起こった地点を特定する情報としては過大であり、もはや事件現場で被害の状況を詳細に供述したものとして、別途の供述証拠と扱わざ

るを得ません（現場供述）。

ここで、大事なのは現場指示と現場供述を各自で区別できるかどうかです。現場指示は捜査機関がその地点を見分した理由・動機に留まるが故に別途の供述証拠とはならないため、区別の基準としては、問題となっている説明内容が、その地点を捜査機関が見分した理由・動機にとどまっているか（とどまっていれば現場指示）、それとも超えているのか（現場供述）という点になります。

第3 現場供述の法的性質と伝聞例外該当性

- 1 次に、立会人の説明部分が「現場供述」と認められる場合、その法的性質を考えましょう。現場供述も、捜査機関が立会人に質問して立会人がそれに答えるという意味で取調べ（録取）という側面を有します。そのため、立会人が説明した内容を実況見分調書に記載した場合、捜査機関が立会人から録取した内容を書面にまとめたという点で供述録取書という法的性質を有することになります。そして、供述録取書は、その内容の真実性が問題となる場合（内容の真実性を立証する場合）には、伝聞法則（320条1項）の適用を受けることになります。
- 2 では、相手方である弁護人ないし被告人の同意（326条）を得られなかった場合、現場供述部分はどの伝聞例外の適用を受けるのでしょうか？まず、立会人が被疑者である場合は322条です。他方で、立会人が被疑者以外の目撃者等の場合はどうなるのでしょうか？この点、多くの学生が何ら説明なしに321条1項3号の適用としますが、これは説明不足です。

被疑者以外の供述録取書は、誰の面前で録取されたかによって321条1項1号から3号まで適用条文が変わります。すなわち、裁判官の面前であれば1号、検察官の面前であれば2号、それ以外であれば（警察官の面前も含む）3号です。そして、多くの実況見分は警察官が実施

することから、多くの立会人の現場供述は警察官の面前における供述になるため、伝聞例外として321条1項3号の問題となるのです。

他方で、検察官が実況見分を実施し、その際に被疑者以外の目撃者等が現場供述を行い、その内容が検察官の作成した実況見分調書に記録された場合、その現場供述部分は何の伝聞例外の適用を受けるのでしょうか？この場合、立会人の現場供述は検察官の面前における供述になるため、321条1項3号ではなく、321条1項2号の問題となります。

この点について判例を用いて説明すると、犯行再現・被害再現が問題となった最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁では、まず、一般論として

「このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については、刑訴法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要がある」とし

再現者が被疑者以外の場合における録取部分等は321条1項2号ないし3号の伝聞例外の要件を満たす必要があるとした上で、具体的な適用では

「署名押印を除く刑訴法321条1項3号所定の要件を満たしていないから、証拠能力を有しない。」と321条1項3号の問題としています。

これは、問題となった実況見分は警察官が被害者を立会人として実施したものであり、被害者の説明部分は警察官の面前での供述となるためです。

このように現場供述ないし説明部分の伝聞例外については、警察官の面前における供述か、

検察官の面前での供述かによって、321条1項3号の適用なのか、321条1項2号の適用なのかが変わるので気を付けてください。

違法収集証拠排除法則

第1 違法収集証拠排除法則の位置づけ（基本的な視座）について

1 違法収集証拠排除法則は、自白法則、伝聞法則と同様に証拠能力の有無に関する法制度です。しかし、違法収集証拠排除法則は、自白法則、伝聞法則とはベクトルが異なります。自白法則は任意性に疑いのある自白の証拠能力を否定することによって、裁判官の適正な判断に資するものであり、伝聞法則も知覚・記憶・表現・叙述という各過程に誤りが生じる危険性がある供述証拠につき原則として証拠能力を否定することにより、同じく裁判官の適正な判断に資するものです。言い換えれば、自白法則及び伝聞法則は刑事訴訟法の目的の一つである事案の真相の解明（刑訴1条）に資する法制度といえます。

2 他方で、違法収集証拠排除法則は、証拠の内容や価値に問題が無くても、その収集手続に違法がある場合には証拠能力を否定するというものです。例えば、所持品検査によって覚醒剤所持が発覚した事案において、証拠の収集手続である所持品検査が違法であっても、覚醒剤という証拠物の価値は変化しません。そのため、被疑者に覚醒剤取締法違反（覚醒剤所持）が成立することは明白です。他方で、仮に所持品検査の態様につき違法性が重大である場合、例えば、相手を羽交い締めにしてポケット内に手を入れた場合や、排除が相当である場合、例えば、警察官が虚偽の報告書を作成した場合には、違法収集証拠排除法則により覚醒剤という証拠物の証拠能力は否定されます。その結果、被疑者が覚醒剤を所持していたという事実は明

らかで、被疑者に覚醒剤取締法違反（覚醒剤所持）が成立するのが明白であるにもかかわらず、所持品検査という証拠収集手続の違法性から覚醒剤の証拠能力が否定されるため、被疑者（被告人）の覚醒剤取締法違反（覚醒剤所持）については無罪という判決になります。すなわち、違法収集証拠排除法則は、被疑者が犯罪を犯していることが明白な場合であっても、捜査機関による証拠収集手続に違法があることから、被疑者（被告人）を無罪にするという点で、刑事訴訟法の目的の一つである事案の真相の解明（刑訴1条）を犠牲にしても違法捜査を抑止する法制度といえます。

- 3 このように、自白法則、伝聞法則及び違法収集証拠排除法則は証拠能力の有無に関する法制度ですが、自白法則、伝聞法則は事案の真相の解明に資する法制度であるのに対し、違法収集証拠排除法則は事案の真相の解明を犠牲にして違法捜査を抑止する法制度であって、ベクトルが真逆であることに留意してください。これを、答案作成に置き換えると、違法収集証拠排除法則は刑事訴訟法の目的の一つである事案の真相の解明を犠牲にする法制度であるため、違法収集証拠排除法則によって証拠能力が否定される事案というのは限定的でハードルが高いという意識を持ってください。このような違法収集証拠排除法則の視座を理解せず、些細な違法で証拠能力を否定するような答案を書くと、違法収集証拠排除法則の根本的な視座が欠ける答案として評価されると思います。

第2 違法収集証拠排除法則の規範について

- 1 違法収集証拠排除法則の規範は、最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁（大阪覚醒剤事件）が示したとおり、原則としては、①令状主義の精神を没却するような重大な違法、②これを証拠として許容することが、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い（排

除相当性）、です。

- 2 まず大事なことは、①令状主義の精神を没却するような重大な違法、という文言を書き間違えないでください。答案を見ている中で、「令状主義に反する重大な違法」や「令状主義の精神を没却する重大な違法」などと最高裁判決の表現とは異なる表現を用いている学生を多く見ますが、このような表現は論文式試験では非常に危険です。「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という短い表現には最高裁の考え方が多分に含まれています。すなわち、最高裁が「令状主義に反する」ではなく、「令状主義の精神を没却する」という表現を用いた理由は、単に令状主義に反する程度の違法では違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定されることはないことを含意しているのです。具体的には、最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁（X線検査事件）の決定を読んでみてください。この決定では、荷物の内容物をX線で観察することは検証としての性質を有する強制処分に当たり、検証許可状によることなく行っている点で違法であるとしています。つまり、X線検査による荷物の内容物の確認行為は令状主義に反するのです。他方で、この決定では、違法収集証拠排除法則に関しては、重大な違法があるとまではいえないと述べています。すなわち、X線検査による荷物の内容物の確認行為は、令状主義に反するが、重大な違法ではない、と述べており、この点から、「令状主義に反する違法＝違法収集証拠排除法則における重大な違法」ではないことが分かります。このように最高裁が違法収集証拠排除法則の規範として挙げている「令状主義の精神を没却するような重大な違法」には深い意味があります。そのため、論文式試験では、この表現をそのまま書くことが無難です。

他方で、「令状主義の精神を没却するような

重大な違法」という表現をそのまま用いるのが適切とはいえないケースもあります。具体的には、取調べ手続に違法があり、取調べによって得られた自白が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が問題となるケースです。自白のような供述証拠の場合、自白（供述）を得るための令状は刑事訴訟法上、存在しません。そのため、令状が存在しない以上、「令状主義の精神を没却」というような状態は想定できないことになります。この場合の規範は「令状主義の精神を没却するような重大な違法」ではなく、単に「重大な違法」で書きましょう。このことは、東京高判平成14年9月4日判時1808号144頁（ロザール事件）において、東京高裁が「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という表現ではなく、「違法は重大」と表現していることから明らかであり、令和2年度司法試験⁽³⁾の採点実感でも指摘されています。

3 次に大事なことは、違法収集証拠排除法則が問題となった場合、事例において記載されている事実につき、①令状主義の精神を没却するような重大な違法、②排除相当性、という2つの規範のうち、どちらに対応する事実なのかを意識してあてはめをしましょう。例えば、前記大阪覚醒剤事件で考えると、①令状主義の精神を没却するような重大な違法に関する事実として、所持品検査の相当性を欠いていること（違反した法規の重大性）、被疑者の明確な拒否がなかったこと（違反の態様の悪辣（質）性）、所持品検査の対象は全身ではなくポケットのみであったこと（被告人の利益を直接侵害した程度）、警察官は令状が必要だとは認識していなかったと考えられること（捜査官の法軽視の態度の強弱）といった事実が挙げられ、結果とし

て①令状主義の精神を没却するような重大な違法という1つ目の規範は否定されます。

さらに、意図的な違法ではなく、偶発的なミスであると考えられること（当該捜査方法が将来繰り返される確率）、覚醒剤所持という犯罪類型では覚醒剤という証拠は重要であること（事案の重大性・証拠構造における当該証拠の重要性）、所持品検査の結果として覚醒剤が発見されたこと（手続の違法と証拠収集との因果性の程度）といった事実が挙げられ、結果として②排除相当性という2つ目の規範も否定されます。

第3 まとめ

以上のように、違法収集証拠排除法則では、基本的な視座、規範の理解、規範のあてはめが重要であり、その上で違法性の承継や毒樹の果実論といった応用を学習することが肝要です。逆に言えば、これらの点が答案で意識できていない学生が多いです。単に論点を暗記するのではなく、自分の腑に落ちるように理解するように心がけてみてください。

択一的認定

第1 択一的認定の検討順序（思考過程）

1 択一的認定について学習する際には、まず、択一的認定のどの類型に関する問題であるかを意識しましょう。すなわち、択一的認定には、①構成要件を同じにする場合、②構成要件を異にする場合があります。さらに②の中には①両事実が包摂・被包摂の関係にある場合、と②両事実が包摂関係にない場合（狭義の択一的認定）があります。そのため、択一的認定を学習する際には、このような類型ごとに学習するとともに、試験で出題された場合には、どの類型の問題なのかを考えましょう。

(3) 前掲注(2)

2 ①構成要件を同じにする場合

例えば、被告人が令和6年7月24日深夜に路上強盗を起こしたというケースを考えてみましょう。この際、被告人が路上強盗を起こしたこと自体は証拠上から明らかであるが、犯行日が7月24日か、あるいは日付が変わった7月25日であるかが証拠上明らかではないことが実務上多々あります。例えば、被害者が公判廷での証言で「7月24日午後11時50分にタクシーを降り、7月25日午前0時10分に110番通報をしたので、被害に遭ったのは午後11時50分から午前0時10分までの間で間違いはないのですが、被害に遭ったのが7月25日へと日付が変わった後であるかは分かりません。」などと述べる場合があります。この場合、防犯カメラなど他の証拠がない限り、犯行日が7月24日か7月25日のいずれであるかが証拠上不明になります。そして、この際に犯行日として「7月24日又は7月25日」と認定すること（「罪となるべき事実」（335条1項）の適示）が許されるかが問題となります。

この場合、判決において「罪となるべき事実」というものが何故要求されるのかという趣旨から考えてみてください。刑事訴訟は、一連の公判手続を踏まえて、判決により被告人に刑法などの刑罰法令を適用するものであり、その中で「罪となるべき事実」は、何故被告人の行為が、刑罰法令に適用されるのかという事実上の根拠を示すものです。（簡単に言えば、被告人の行為はちゃんと刑罰法令に規定された構成要件に該当するかを、「罪となるべき事実」を示すことによって明らかにすることです。）そのため、「罪となるべき事実」の適示の程度としては、刑罰法令が適用されるかが明らかになる程度、すなわち、構成要件該当性を判定するに足る程度に具体的な認定であれば許されることになります。その上で、上記具体例で考え

ると、被告人が路上強盗を起こしたことが証拠上明らかであり、仮に「罪となるべき事実」において犯行日を「7月24日又は7月25日」と適示したとしても、被告人の行為が強盗罪という構成要件に該当することは明らかであるため、「7月24日又は7月25日」という犯行日の適示は許されることになります。

3 ②構成要件を異にする場合

(1) ①両事実が包摂・被包摂の関係にある場合

例えば、被告人が有形力を行使して人を殺したとして殺人未遂で起訴されたが、証拠調べの結果、被告人に殺意があったか否かが不明であったケースを考えてみましょう。まず、「殺人未遂又は傷害」と認定することができかが問題となりますが、このような認定をすることは裁判所が「殺人未遂又は傷害」という合成した新しい構成要件を創設することになるため、罪刑法定主義に反し認められません。

次に、殺人未遂と認定することができるか問題となりますが、殺意は殺人未遂の構成要件であるため、積極的に証明されなければならぬにもかかわらず、被告人に殺意があったか否か不明である以上、殺意を認定することは利益原則に反するため、殺人未遂と認定することは許されません。

では、最後に傷害と認定することができるかが問題となりますが、各構成要件は

殺人未遂のT b：⑦人に対し、①殺意をもって、②有形力を行使し、④傷害を負わせた、
(⑤死亡に至らなかった)

傷害のT b：⑦人に対し、②有形力を行使し、④傷害を負わせた

という形になり、①の「殺意をもって」以外は共通しているため、殺人未遂と傷害は包摂・被包摂の関係にあります。そして、④以

外は証拠上証明されているため、仮に傷害と認定したとしても利益原則に反しないので、傷害と認定することは許されることとなります（縮小認定の一場面）。

(2) ②両事実が包摂関係にない場合（狭義の択一的認定）

例えば、被告人が保護責任者遺棄によって起訴されたが、証拠調べの結果、遺棄時に被害者が生存していたか死亡していたか、いずれであるかまでは証明されなかったケース（札幌高判昭和61年3月24日高刑集39巻1号8頁）を考えてみましょう。

まず、「保護責任者遺棄又は死体遺棄」と認定することが許されるかが問題となりますが、訴因では明文上、択一的記載が許されるが（256条5項）、罪となるべき事実ではそのような規定はないこと、裁判所が「保護責任者遺棄又は死体遺棄」という合成した構成要件を新たに作り出すものであって罪刑法定主義に反すること、から「保護責任者遺棄又は死体遺棄」という認定は許されません。

次に、「保護責任者遺棄」と認定することが許されるかが問題となりますが、保護責任者遺棄において遺棄時に被害者が生存していたことは構成要件なので積極的な証明が必要ですが、遺棄時に被害者の生存が証明されていない以上、利益原則から保護責任者遺棄と認定することは許されません（ここまでは判例も学説も考え方は同じです）。

では、「死体遺棄」と認定することが許されるかが問題となりますが、前記札幌高判の立場からすれば、遺棄時、被害者は生存又は死亡のいずれか以外はないところ、重い罪に当たる生存が確定できないから、軽い罪である死体遺棄の成否を判断するに際して死亡と認定することも許されるとして、死体遺棄という認定が許されることになります。

これに対し、通説としては、遺棄時に被害者が死亡していた事実は積極的に証明されていないため、利益原則に反すること、仮に主位的訴因が死体遺棄、予備的訴因が保護責任者遺棄の場合、主位的訴因である死体遺棄で「死亡」が認定できない結果、「生存」という事実が証明されたことになって、予備的訴因である保護責任者遺棄が認定される結果になるのではないか（検察官の訴因の設定によって結果が変わるのは不合理）、という理由から、死体遺棄と認定することは許されず、無罪とすべきとなります。

4 択一的認定のポイント

以上のように、択一的認定に関しては、まずは、択一的認定のどの類型に該当するかを見極めた上で、狭義の択一的認定であれば、㊦「保護責任者遺棄又は死体遺棄」と認定することが許されるか、許されないとして、次に、㊩「保護責任者遺棄」と認定することが許されるか、これも許さないとして、最後に㊧「死体遺棄」と認定することが許されるか、というように段階を踏んで論述することが肝要です。

以上