

2020司法試験論文本試験 刑事訴訟法出題大予想

3年連続でズバリの的中しています！

危ない重要判例速まくり&旧司法試験過去問からの出題予想

<2020司法試験論文式試験刑事系科目第2問(刑事訴訟法)の出題予想>

毎年辰巳法律研究所では、毎年本試験の中休み(本年なら8月14日(金))における学習の便宜のために教材を提供しておりますが、今年も論文式試験刑事系科目第2問(刑事訴訟法)の出題を予想します。

① 「危ない重要判例速まくり」

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

② 「伝聞証拠と非伝聞証拠の区別」を問うた平成22年度旧司法試験刑事訴訟法第2問の問題文、出題趣旨、解答例を掲載しました。

この論点は今年の本試験での出題可能性が高いと判断するからです。

*なお、平成29年配布教材掲載の平成20年度旧司法試験刑事訴訟法第2問(弾劾証拠)、

平成30年配布教材掲載の平成22年度旧司法試験刑事訴訟法第2問(伝聞証拠と非伝聞証拠の区別)、令和元年配布教材掲載の公判前整理手続後の訴因変更は、ズバリの的中しております。

<出題予想のポイント>

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

② また、今年の本試験問題においても引き続き堀江慎司教授が考査委員であることから、「伝聞証拠と非伝聞証拠の区別」が問われる可能性があります。そこで、昨年同様、平成22年度旧司法試験刑事訴訟法第2問を掲載させていただきます。なお、掲載させて頂いた解答例は、元東京高検検事・元司法研修所教官・弁護士の新庄健二先生にご監修頂きました。

受験生の皆様の本試験でのご健闘・ご成功をお祈り申し上げます。

令和2年8月12日(水)
辰巳法律研究所

■ 危ない重要判例速まくり ■

◆ 宅配便荷物のエックス線検査 ◆

刑事系第2問(刑事訴訟法)の論文本試験問題の捜査法の分野に関しては、近時の重要判例を素材や参考とするものが多いです。そして、近時の重要判例の中で未だ新旧司法試験・予備試験の論文式試験で正面から問われておらず、出題可能性が高いのが、宅配便荷物のエックス線検査に関する最決平21.9.28(刑集63-7-868)です。本判例を素材とすることで、強制処分と任意処分の区別、違法収集証拠の証拠能力などの刑事訴訟法の主要テーマを問うことが可能となります。

- ・安村 勉「判批」刑事訴訟法判例百選(第10版)P.62~3
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(リーガルクエスト)(有斐閣,第2版,2018)P.41(松田岳士執筆),147(堀江慎司執筆)
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』(辰巳法律研究所,2019)P.215~6

■ 最決平21.9.28(刑集63-7-868)

【事案の概要】

大阪府警察本部生活安全部所属の警察官らは、かねてから覚せい剤密売の嫌疑で大阪市内の有限会社A(以下「本件会社」という。)に対して内偵捜査を進めていたが、本件会社関係者が東京の暴力団関係者から宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じたことから、宅配便業者の営業所に対して、本件会社の事務所に係る宅配便荷物の配達状況について照会等をした。その結果、同事務所には短期間のうちに多数の荷物が届けられており、それらの配送伝票の一部には不審な記載のあること等が判明した。そこで、警察官らは、同事務所に配達される予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握する必要があると考え、上記営業所の長に対し、協力を求めたところ、承諾が得られたので、平成16年5月6日から同年7月2日にかけて、5回にわたり、同事務所に配達される予定の宅配便荷物各1個を同営業所から借り受けた上、関西空港内大阪税関においてエックス線検査を行った。その結果、1回目の検査においては覚せい剤とおぼしき物は発見されなかったが、2回目以降の検査においては、いずれも、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された(以下、これら5回の検査を「本件エックス線検査」という。)。なお、本件エックス線検査を経た上記各宅配便荷物は、検査後、上記営業所に返還されて通常の運送過程下に戻り、上記事務所に配達された。また、警察官らは、本件エックス線検査について、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった。

【決定要旨】(下線は、作成者が付けたものである。以下、全て同じ。)

「…本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、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って、荷送人や荷受人の内容物に対する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強制処分に当たるものと解される。」そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。

…次に、本件覚せい剤等は、同年6月25日に発付された各捜索差押許可状に基づいて同年7月2日に実施された捜索において、5回目の本件エックス線検査を経て本件会社関係者が受け取った宅配便荷物の中及び同関係者の居室内から発見されたものであるが、これらの許可状は、4回目までの本件エックス線検査の射影の写真等を一資料として発付されたものとうかがわれ、本件覚せい剤等は、違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠であるということが出来る。

しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各捜索差押許可状に基づく捜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である。」

※ なお、本判例と関連する重要判例として、強制処分法定主義について判示したGPS捜査に関する最大判平29. 3. 15(刑集71-3-13, 百選(第10版)30事件)がありますので、確認しておいてください。

◆ 身柄拘束中でない被疑者の取調べ ◆

身柄拘束中でない被疑者の取調べに関しては、令和2年考査委員の佐藤隆之教授の関心分野であり、同教授が論文を複数執筆されております(同「被疑者の取調べ」法学教室263号P.137~141, 同「在宅被疑者の取調べとその限界(1)~(4)」法学(東北大学)68巻4号, 69巻5号, 71巻2号, 71巻4号)。高輪グリーン・マンション殺人事件などは、近時の実務の動向及び本試験における出題の周期性に鑑みて、再度出題されてもよいと思われます。

- ・後藤 昭「判批」刑事訴訟法判例百選(第10版)P.14~5
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(リーガルクエスト)(有斐閣, 第2版, 2018)P.104~109(堀江慎司執筆)
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』(辰巳法律研究所, 2019)P.209~210

■ 最決昭59. 2. 29(刑集38-3-479, 高輪グリーン・マンション殺人事件)

【決定要旨】

「被告人を4夜にわたり捜査官の手配した宿泊施設に宿泊させた上、前後5日間にわたって被疑者としての取調べを続行した点については、原判示のように、右の間被告人が単に『警察の庇護ないしはゆるやかな監視のもとに置かれていたものとみることができる』というような状況にあつたにすぎないものといえるか、疑問の余地がある。

すなわち、被告人を右のように宿泊させたことについては、被告人の住居たるB荘は高輪警察署からさほど遠くはなく、深夜であつても帰宅できない特段の事情も見当たらない上、第1日目の夜は、捜査官が同宿し被告人の挙動を直接監視し、第2日目以降も、捜査官らが前記ホテルに同宿こそしなかつたもののその周辺に張り込んで被告人の動静を監視しており、高輪警察署との往復には、警察の自動車が使用され、捜査官が同乗して送り迎えがなされているほか、最初の3晩については警察において宿泊費用を支払っており、しかもこの間午前中から深夜に至るまでの長時間、連日にわたつて本件についての追及、取調べが続けられたものであつて、これらの諸事情に徴すると、被告人は、捜査官の意向にそうように、右のような宿泊を伴う連日にわたる長時間の取調べに応じざるを得ない状況に置かれていたものとみられる一面もあり、その期間も長く、任意取調べの方法として必ずしも妥当なものであつたとはいひ難い。

しかしながら、他面、被告人は、右初日の宿泊については前記のような答申書を差し出しており、また、記録上、右の間に被告人が取調べや宿泊を拒否し、調べ室あるいは宿泊施設から退去し帰宅することを申し出たり、そのような行動に出た証跡はなく、捜査官らが、取調べを強行し、被告人の退去、帰宅を拒絶したり制止したというような事実も窺われないのであつて、これらの諸事情を総合すると、右取調べにせよ宿泊にせよ、結局、被告人がその意思によりこれを容認し応じていたものと認められるのである。

…被告人に対する右のような取調べは、宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とはいひ難いところがあるものの、被告人が任意に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があつたものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかつたものというべく、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであつたとまでは断じ難いというべきである。」

◆ 搜索の範囲及び同意のない予試験の適法性 ◆

令状による搜索・差押えに関しては、本試験の頻出テーマであり、下記の東京高判平6. 5. 11（高刑集47-2-237）は、本試験の素材となり得る非常に興味深い事例です。そして、同判決は、令和2年考査委員である堀江慎司教授が執筆者である『リーガルクエスト刑事訴訟法（第2版）』P.132で引用されています。また、同意のない予試験の適法性の部分は、令和2年考査委員である小木曾綾教授が「演習 刑事訴訟法」法学教室154号P.154～5で同判決を紹介されています。

- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.130～132（堀江慎司執筆）
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，2019）P.231～237

■ 東京高判平6. 5. 11（高刑集47-2-237，判タ861-299，裁判所HP裁判例情報搭載）

https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=20216

【判旨】

「(一) 捜索差押許可状による着衣・身体捜索の適法性について

本件捜索差押許可状が被疑者戊に対する被疑事実につき関連場所とみられる『甲方居室』を捜索すべき場所として指定するものであることは、所論のとおりである…。

しかしながら、場所に対する捜索差押許可状の効力は、当該捜索すべき場所に現在する者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の着衣・身体を捜索する必要があると認められる具体的な状況の下においては、その者の着衣・身体にも及ぶものと解するのが相当である（もとより『捜索』許可状である以上、着衣・身体への捜索に限られ、身体への検査にまで及ばないことはいうまでもない）。

これを本件についてみるに、まず、前示のとおり、(1)捜査員が甲方玄関内に入った際、応対に出た女性二人のうち、若い方の女性（被告人の内妻丁）がおろおろした様子で落ち着きがなく、玄関右奥の部屋の方を気にしていたこと、(2)その部屋で発見された被告人は、真冬であるのにトレーナー上下という服装であり、丁も短いパンツをはき、その上に軽くセーターを羽織るといふ服装であったこと、(3)池田が被告人の氏名を尋ねたところ、乙と答えており、甲が使用する乗用車の登録名義人と一致したこと、(4)甲の妻や丁は被告人を『賢ちゃん』と呼んでいたことなどの状況から、捜査員は、被告人は一時的な来客ではなく、甲方に継続的に同居している者で、甲の輩下であると判断しており、その判断は客観的事実と一致する。

次に、(5)本件は、暴力団関係者による組織的かつ大規模な覚せい剤密売事犯の一端をなすものと目され、したがって、関係者による罪証隠滅の虞が高いこと、(6)本件差押の目的物は『取引メモ、電話番号控帳、覚せい剤の小分け道具』という比較的小さい物で、衣服のポケットなどに容易に隠匿できるものであること、(7)甲は捜索差押許可状の被疑事実と関係のある暴力団の幹部であることなどの事情からすれば、本件捜索に際し、同人と前示のような関係にある被告人において、甲方に存在する差押の目的物を隠匿・廃棄しようとする虞は十分に考えられるところである。しかも、(8)被告人は、最初に発見されたときから両手をトレーナーのズボンのポケットに突っ込んだままという異常な挙動を続けていたのであるから、そのポケット内に本件差押の目的物を隠匿している疑いはきわめて濃厚である。したがって、捜査員において、被告人に対し、ポケットから手を出し、中に入っている物を見せるよう説得したことは、適切な措置と認められる。(9)これに対し、被告人は、『関係ない』などと言って説得に従わず、部屋を出ていく素振りを見せ、捜査員において、部屋に留まるよう両肩を押さえ付けて座らせ、説得を続けたにもかかわらず、なおも激しく抵抗してその場から逃れようとしているのであるから、捜査員の目の届かない所でポケットの中のを廃棄するなどの行為に出る危険性が顕著に認められる。

以上のような本件の具体的な状況の下においては、被告人が本件捜索差押許可状の差押の目的物を所持していると疑うに足りる十分な理由があり、かつ、直ちにその物を確保すべき必要性、緊急性が認められるから、右許可状に基づき、強制力を用いて被告人の着衣・身体を捜索することは適法というべきである。前示のとおり、捜査員らが用いた強制力はかなり手荒なものであるが、それは被告人の抵抗が激しかったことに対応するものであり、抵抗排除に必要な限度を超えるものとは認められない。被告人の両手をポケットから引き抜き、ポケットの中から出てきた小物入れの中身を確認するまでの捜査員の行為に所論の違法はない。

(二) 捜索の結果発見された物の領置・予試験について

以上のような経過で被告人のズボンのポケット内から発見された茶色の小物入れは空であり、また、ピンク色の小物入れには覚せい剤と思われる結晶その他が入っただけで、捜索差押許可状により差し押さえるべき物と指定された『取引メモ、電話番号控帳、覚せい剤の小分け道具』は発見されなかった。

もとより、ピンク色の小物入れから発見された覚せい剤と思われる結晶は、新たに被告人による覚せい剤所持の犯行を疑わせるものであって、捜査員においてこれを確保し、覚せい

剤であることを確認するための予試験を行う必要があったことが認められる。しかし、それは、明らかに本件捜査差押許可状の差押の対象外の物であるから、これを取得するために右許可状による強制処分を行うことは認められない。そこで、これを発見した段階でその所持者と認められる被告人に任意提出を求め、更に、被告人の同意を得た上で予試験（鑑定処分の一種である。）を行うのが本筋である。

しかし、(1)右覚せい剤と思われる結晶は、被告人に対する適法な着衣・身体の捜索の結果絨毯の上から取得した右ピンク色の小物入れの中から発見されたもので、捜査員がその占有を取得するために新たに被告人の積極的な行為を必要とするものではないこと、(2)被告人は、捜査員の『これは何だ』との問いにも答えていないこと、(3)ビニール袋に入った結晶は、その形状、包装などから予試験の結果をまつまでもなく、覚せい剤である蓋然性がきわめて高く、現行犯人逮捕も不可能とはいえない状況であること、(4)被告人は、予試験をする旨の捜査員の発言に対しても『俺は知らない。俺は見たことない』などとそれが被告人の所持する物であることすら否定するようなことを言って応じないので、やむなく甲の妻と丁に予試験の趣旨を説明して同意を得たことなど、一連の経過及び状況を総合すると、捜査員が、右覚せい剤と思われる物の任意提出及びこれに対する予試験の実施について、なお被告人に対する説得を継続し、その明確な同意を得なかったことをもって、直ちに違法な捜査であるとまでは断定し難く、仮に若干の違法が認められるとしても、その違法はこれに引き続く現行犯人逮捕の適法性及びこれに伴う差押によって取得された証拠物の証拠能力を否定するほどの重大なものとは認められない。

以上のとおり、本件捜査の違法をいう論旨は理由がない。」

◆ 包括的差押え ◆

いわゆる「包括的差押え」に関しては、その実務上・学術上の重要性に加え、令和2年考査委員の堀江慎司教授が近時論文を執筆されており（同『包括的差押え』について」法学論叢（京都大学）182巻1・2・3号P.181～201）、極めて出題可能性が高いテーマといえます。

- ・宇藤 崇「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.48～9
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.136～139（堀江慎司執筆）
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，2019）P.234

■ 最決平10. 5. 1（刑集52-4-275）

【決定要旨】

「本件は、自動車登録ファイルに自動車の使用の本拠地について不実の記録をさせ、これを備え付けさせたという電磁的公正証書原本不実記録、同供用被疑事実に関して発付された捜査差押許可状に基づき、司法警察職員が申立人からパソコン1台、フロッピーディスク合計108枚等を差し押さえた処分等の取消しが求められている事案である。原決定の認定及び記録によれば、右許可状には、差し押さえるべき物を『組織的犯行であることを明らかにするための磁気記録テープ、光磁気ディスク、フロッピーディスク、パソコン一式』等とする旨の記載があるところ、差し押さえられたパソコン、フロッピーディスク等は、本件の組織的背景及び組織的関与を裏付ける情報が記録されている蓋然性が高いと認められた上、申

立人らが記録された情報を瞬時に消去するコンピューターソフトを開発しているとの情報もあったことから、捜索差押えの現場で内容を確認することなく差し押さえられたものである。

令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。したがって、前記のような事実関係の認められる本件において、差押え処分を是認した原決定は正当である。」

◆ 逮捕に伴う捜索・差押え ◆

本テーマは、捜査法の実務上・学術上の重要テーマであるにもかかわらず、ここ数年論文本試験において正面からの出題がありません。また、本テーマに関して、令和2年考査委員の堀江慎司教授が論文（同「刑事訴訟法二二〇条一項二号による無令状捜索の空間的範囲」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019）P.385～407）を執筆されています。さらに、学説が対立するテーマであることから令和元年司法試験論文式試験刑事系科目第2問設問1のような形式での出題も想定できます。

- ・白取祐司「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.52～3
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.139～146（堀江慎司執筆）
- ・川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016）P.150～171
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、2019）P.237～241

■ 福岡高判平5. 3. 8（判タ834-275）

【判旨】

「刑訴法220条1項2号は、司法警察職員らは、被疑者を『現行犯人として逮捕する場合において必要があるときは』『逮捕の現場』で捜索等を行うことができる旨規定しているところ、右にいう『逮捕する場合』とは、逮捕との時間的な接着性を要するとはいえ『逮捕する時』という概念よりも広く、被疑者を逮捕する直前及び直後を意味するものと解される。なぜなら、被疑者を逮捕する際には、逮捕の場所に被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が強いこと、捜索等が適法な逮捕に伴って行われる限り、捜索差押状が発付される要件をも充足しているのが通例であること、更に、証拠の散逸や破壊を防止する緊急の必要もあることから、同条項は令状主義の例外としての捜索等を認めたものと解されるどころ、このような状況は、必ずしも被疑者の逮捕に着手した後だけでなく、逮捕に着手する直前においても十分存在し得ると考えられるからである。そうすると、本件においては、S巡査が、被告人の目前においてペーパーバッグを開披し、ポリ袋入り覚せい剤一袋を確認した時点では、被告人を右覚せい剤所持の現行犯人として逮捕する要件が充足されており、実際にも、警察官らは、K子方の捜索をした後とはいえ、被告人を右覚せい剤所持の現行犯人として逮捕しているのであるから、原判決が、警察官らのK子方に対する捜索を同条項の捜索に当たるかどうかの観点から検討したことは正当であると考えられる。しかしながら、同条項にいう

『逮捕の現場』は、逮捕した場所との同一性を意味する概念ではあるが、被疑者を逮捕した場所でありさえすれば、常に逮捕に伴う搜索等が許されると解することはできない。すなわち、住居に対する搜索等が生活の平穩やプライバシー等の侵害を伴うものである以上、逮捕に伴う搜索等においても、当然この点に関する配慮が必要であると考えられ、本件のように、職務質問を継続する必要から、被疑者以外の者の住居内に、その居住者の承諾を得た上で場所を移動し、同所で職務質問を実施した後被疑者を逮捕したような場合には、逮捕に基づき搜索できる場所も自ずと限定されると解さざるを得ないのであって、K子方に対する搜索を逮捕に基づく搜索として正当化することはできないというべきである。更に、K子方に対して搜索がなされるに至った経過からすれば、同女方の搜索は、被告人が投げ捨てたペーパーバッグの中から発見された覚せい剤所持の被疑事実に関連する証拠の収集という観点から行われたものではなく、被告人が既に発見された覚せい剤以外にもK子方に覚せい剤を隠匿しているのではないかと疑いから、専らその発見を目的として実施されていることが明らかである。そして、右二つの覚せい剤の所持が刑法的には一罪を構成するとしても、訴訟法的には別個の事実として考えるべきであって、一方の覚せい剤所持の被疑事実に基づく搜索を利用して、専ら他方の被疑事実の証拠の発見を目的とすることは、令状主義に反し許されないと解すべきである。そうすると、原判決のようにK子方に対する搜索を現行犯逮捕に伴う搜索として正当化することもできないといわざるを得ない。」

【逮捕に伴う搜索・差押えに関する学説の状況】

1 220条1項2号の趣旨

A 緊急処分説

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

※ なお、逮捕を完遂させるための被逮捕者の抵抗の抑圧及び逃亡の防止は、逮捕自体の効力として許され、220条1項2号の問題ではないとする見解も、近時有力である（宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P. 141）。

A' 修正された緊急処分説

A説を基本としつつ、第三者による抵抗や証拠隠滅までを考慮する。

B 相当説

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

※ 緊急処分説も、逮捕現場に証拠が存在する蓋然性が高いことを前提としている。そのため、両説の差異は、「事前に裁判官の令状を得ることが不可能な場合に令状主義の例外を限定すべきか否か」という点に関する考え方の違いにあるといえる（川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016）P. 151）。

2 「逮捕する場合」の意義

A 緊急処分説

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

その場から逃走した場合には、搜索・差押えはできない。

B 相当説

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

3 「逮捕の現場」の意義

A 緊急処分説

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

B 相当説

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

B相当説は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が類型的に高い上、令状を請求すれば当然に発付される状況にある以上、司法審査は不要であることを前提とする。そうすると、無令状の搜索・差押えが許される範囲は、仮に裁判官に令状を請求した場合には搜索・差押えが可能な範囲、すなわち、被疑者の身体及び携帯品のほか、逮捕地点を起点として同一の管理権が及ぶ範囲内の場所になる。たとえば、被疑者の友人が居住するマンションの101号室の玄関で被疑者が逮捕された場合には、101号室全体が逮捕に伴う搜索の対象となるが、仮に被疑者がその隣の102号室に居住していたとしても、102号室は搜索の対象にはならないことになる。

その上で、220条に基づく搜索についても、搜索の要件を定めた102条が準用されることから(222条1項)、被疑者に属する場所や物が逮捕に伴う搜索の対象である場合には、「必要」性(102条1項)が要求されること、被疑者以外の者に属する場所や物が対象である場合には、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」(同条2項)の存在が要求されることに注意を要する。

A緊急処分説では、逮捕の際に被逮捕者が証拠を隠滅することが可能な範囲、すなわち、その身体及びその直接の支配下にある場所及び物となる。その具体的範囲は、それが逮捕の際の被逮捕者の移動可能性に左右されるため、被逮捕者の拘束の態様・程度、被逮捕者と捜査官との位置関係などの事情を考慮して、個々の事案ごとに具体的に判断せざるを得ない。もっとも、被逮捕者の移動可能性をある程度抽象的に考えると、ある住居の一室で被疑者を逮捕した場合には、その部屋全体が搜索の対象となると考えることもできよう(川出・前掲P.155~7)。

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

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

それに対して、被疑者以外の者の住居等については、証拠物存在の蓋然性が①と比べて低いため、被疑者自らによる抵抗や証拠隠滅の危険が相当程度高いといえる①に

相当する部分に限り、緊急の措置としての無令状捜索・差押えが許容されるにとどまり、逮捕の現場に居合わせた被疑者以外の者の身体や携帯品については、無令状での捜索・差押えは許されないとされる（以上につき、井上正仁「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」『強制捜査と任意捜査』（有斐閣，新版，2014）P.331以下）。

◆ おとり捜査 ◆

おとり捜査に関しては、令和2年考査委員の佐藤隆之教授の関心分野であり、同教授がおとり捜査の適法性に関する最決平16. 7. 12（刑集58-5-333）の判例批評を複数執筆しています（同「判批」ジュリスト1367号P.131～135，同「判批」法学教室296号P.37～48）。本試験における出題の周期性に鑑みて、そろそろ出題されてもよい頃かと思われます。

- ・伊藤栄二「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.22～3
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.180～184（松田岳士執筆）
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，2019）P.210～211

■ 最決平16. 7. 12（刑集58-5-333）

【決定要旨】

「おとり捜査は、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に働き掛け、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ものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法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ものと解すべきである。」

これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めているのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示し、被告人が取引の場到大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。」

◆ 訴因の特定・明示 ◆

訴因の特定・明示に関しては、令和2年考査委員の堀江慎司教授が論文を複数執筆されており（同「訴因の明示・特定について」研修737号P.3～20，同「訴因の明示・特定について―再論」研修793号P.3～22），注意しておきたいテーマです。特に、この分野における代表

的な判例である最決昭56. 4. 25 (刑集35-3-116)は、復習しておく必要があると思われます。

- ・植村立郎「判批」刑事訴訟法判例百選 (第10版) P.98~9
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(リーガルクエスト)(有斐閣, 第2版, 2018) P.220~230 (松田岳士執筆)
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』(辰巳法律研究所, 2019) P.256

■ 最決昭56. 4. 25 (刑集35-3-116)

【決定要旨】

『被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間、広島県高田郡吉田町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである。』との本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである。』

◆ 訴因変更の要否 ◆

訴因変更の要否に関しては、令和2年考査委員の堀江慎司教授が論文(同「訴因変更の要否について」井上正仁・酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2012) P.585~607)を執筆されており、注意しておきたいテーマです。特に、最決平13. 4. 11 (刑集55-3-127)実務上・学術上の関心が非常に高いです。少なくとも決定内容を復習しておく必要があると思われます。

- ・上田信太郎「判批」刑事訴訟法判例百選 (第10版) P.102~3
- ・宇藤崇ほか『リーガルクエスト刑事訴訟法』(有斐閣, 第2版, 2018) P.250~258 (松田岳士執筆)
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』(辰巳法律研究所, 2019) P.196~7, 259~262

■ 最決平13. 4. 11 (刑集55-3-127)

【決定要旨】

「本件のうち殺人事件についてみると、その公訴事実、当初、『被告人は、Bと共謀の上、昭和63年7月24日ころ、青森市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において、Aに対し、殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ、そのころ窒息死させて殺害した』というものであったが、被告人がBとの共謀の存在と実行行為への関与を否定して、無罪を主張したことから、その点に関する証拠調べが実施されたところ、検察官が第一審係属中に訴因変更を請求したことにより、『被告人は、Bと共謀の上、前同日午後8時ころから午後9時30分ころまでの間、青森市安方二丁目所

在の共済会館付近から前記最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において、殺意をもって、被告人が、Aの頸部を絞めつけるなどし、同所付近で窒息死させて殺害した』旨の事実に変更された。この事実につき、第一審裁判所は、審理の結果、『被告人は、Bと共謀の上、前同日午後8時ころから翌25日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、B又は被告人あるいはその兩名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法でAを殺害した』旨の事実を認定し、罪となるべき事実としてその旨判示した。

まず、以上のような判示が殺人罪に関する罪となるべき事実の判示として十分であるかについて検討する。上記判示は、殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか、実行行為者が『B又は被告人あるいはその兩名』という択一的なものであるにとどまるが、その事件が被告人とBの二名の共謀による犯行であるというのであるから、この程度の判示であっても、殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、それが構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものというべきであって、罪となるべき事実の判示として不十分とはいえないものと解される。

次に、実行行為者につき第一審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。

訴因と認定事実とを対比すると、前記のとおり、犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるものとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、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はないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。

そこで、本件について検討すると、記録によれば、次のことが認められる。第一審公判においては、当初から、被告人とBとの間で被害者を殺害する旨の共謀が事前に成立していたか、兩名のうち殺害行為を行った者がだれかという点が主要な争点となり、多数回の公判を重ねて証拠調べが行われた。その間、被告人は、Bとの共謀も実行行為への関与も否定したが、Bは、被告人との共謀を認めて被告人が実行行為を担当した旨証言し、被告人とBの兩名で実行行為を行った旨の被告人の捜査段階における自白調書も取り調べられた。弁護人は、Bの証言及び被告人の自白調書の信用性等を争い、特に、Bの証言については、自己の責任を被告人に転嫁しようとするものであるなどと主張した。審理の結果、第一審裁判所は、被告人とBとの間で事前に共謀が成立していたと認め、その点では被告人の主張を排斥したものの、実行行為者については、被告人の主張を一部容れ、検察官の主張した被告人のみが実行行為者である旨を認定するに足りないとし、その結果、実行行為者がBのみである可能性を含む前記のような択一的認定をすにとどめた。以上によれば、第一審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえないから、実行行為者につき変更後の訴因で特定された者と異なる認定をする

に当たって、更に訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない。

したがって、罪となるべき事実の判示に理由不備の違法はなく、訴因変更を経ることなく実行行為者につき択一的認定をしたことに訴訟手続の法令違反はないとした原判決の判断は、いずれも正当である。」

◆ 公判前整理手続における証拠開示 ◆

平成28年と令和元年の司法試験論文本試験では公判前整理手続が問われました。公判前整理手続に関しては、その実務上の重要性や予備試験論文式試験の法律実務基礎科目（刑事）でも毎年のように問われていることから、今後も出題がされる可能性があり、著名な判例に関しては押えておく必要があります。

- ・前田 巖「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.124～7
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.319～320（松田 岳士執筆）
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，2019）P.267～9

■ 最決平20. 9. 30（刑集62-8-2753）

【事案】

- (1) 被告人は、強盗致傷等の罪で起訴されたが、この強盗致傷の行為（以下「本件犯行」という。）に関与したことを否認している。
- (2) 上記被告事件の公判前整理手続で、検察官は、被告人の知人であるA（以下「A」という。）の証人尋問を請求し、これが採用されたことから、準備のためAに事実の確認を行ったところ、Aは、検察官に対し、被告人がAに対し本件犯行への関与を自認する言動をした旨の供述を行うに至った。
Aについては、捜査段階でB警察官（以下「B警察官」という。）が取調べを行い、供述調書を作成していたが、上記の供述は、この警察官調書には記載のないもの（以下、Aの上記の供述を「新規供述」という。）であった。
そこで、検察官は、この新規供述について検察官調書を作成し、その証拠調べを請求し、新規供述に沿う内容を証明予定事実として主張した。
- (3) 弁護人は、この新規供述に関する検察官調書あるいはAの予定証言の信用性を争う旨の主張をし、その主張に関連する証拠として、「B警察官が、Aの取調べについて、その供述内容等を記録し、捜査機関において保管中の大学ノートのうち、Aの取調べに関する記載部分」（以下「本件メモ」という。）の証拠開示命令を請求した。
- (4) 本件大学ノートは、B警察官が私費で購入して仕事に利用していたもので、B警察官は、自己が担当ないし関与した事件に関する取調べの経過その他の参考事項をその都度メモとしてこれに記載しており、勤務していた新宿警察署の当番編成表をもこれに貼付するなどしていた。

本件メモは、B警察官がAの取調べを行う前ないしは取調べの際に作成したものであり、B警察官は、記憶喚起のために本件メモを使用して、Aの警察官調書を作成した。

なお、B警察官は、本件大学ノートを新宿警察署の自己の机の引き出し内に保管し、練馬警察署に転勤した後は自宅に持ち帰っていたが、本件事件に関連して検察官から問

い合わせがあったことから、これを練馬警察署に持って行き、自己の机の引き出しの中に入れて保管していた。

- (5) 原々審である東京地方裁判所は、本件メモの提示を受けた上で、その証拠開示を命じたため、その命令の適否が争われている。(決定文より)

【決定要旨】

「以上の経過からすると、本件メモは、B警察官が、警察官としての職務を執行するに際して、その職務の執行のために作成したものであり、その意味で公的な性質を有するものであって、職務上保管しているものというべきである。したがって、本件メモは、本件犯行の捜査の過程で作成され、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が容易なものに該当する。また、Aの供述の信用性判断については、当然、同人が従前の取調べで新規供述に係る事項についてどのように述べていたかが問題にされることになるから、Aの新規供述に関する検察官調書あるいは予定証言の信用性を争う旨の弁護人の主張と本件メモの記載の間には、一定の関連性を認めることができ、弁護人が、その主張に関連する証拠として、本件メモの証拠開示を求める必要性もこれを肯認することができないではない。さらに、本件メモの上記のような性質やその記載内容等からすると、これを開示することによって特段の弊害が生ずるおそれがあるものとも認められない。

そうすると、捜査機関において保管されている本件メモの証拠開示を命じた原々決定を是認した原判断は、結論において正当として是認できるものというべきである。」

◆違法収集証拠排除法則並びに違法性の承継及び毒樹の果実論◆

違法収集証拠排除法則並びにいわゆる違法性の承継論及び毒樹の果実論は、その出題の周期性に鑑み、そろそろ出題される可能性が高いものと思われます。

- ・合田悦三「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.208～9
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.416～432（堀江慎司執筆）
- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣，第2版，2015）P.387～422
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，2019）P.306～312

■ 最判平15. 2. 14（刑集57-2-121）

【事案の概要】

- 「1 原判決の認定及び記録によれば、本件捜査及びその後の経過は、次のとおりである。
- (1) 被告人に対しては、かねて窃盗の被疑事実による逮捕状（以下『本件逮捕状』という。）が発付されていたところ、平成10年5月1日朝、滋賀県大津警察署の警部補A外2名の警察官は、被告人の動向を視察し、その身柄を確保するため、本件逮捕状を携行しないで同署から警察車両で三重県上野市内の被告人方に赴いた。
 - (2) 上記警察官3名は、被告人方前で被告人を発見して、任意同行に応ずるよう説得したところ、被告人は、警察官に逮捕状を見せるよう要求して任意同行に応じず、突然逃走して、隣家の敷地内に逃げ込んだ。
 - (3) 被告人は、その後、隣家の敷地を出て来たところを上記警察官3名に追いかけられ

- て、更に逃走したが、同日午前8時25分ころ、被告人方付近の路上（以下『本件現場』という。）で上記警察官3名に制圧され、片手錠を掛けられて捕縛用のロープを身体に巻かれ、逮捕された。
- (4) 被告人は、被告人方付近の物干し台のポールにしがみついて抵抗したものの、上記警察官3名にポールから引き離されるなどして警察車両まで連れて来られ、同車両で大津警察署に連行され、同日午前11時ころ同署に到着した後、間もなく警察官から本件逮捕状を呈示された。
- (5) 本件逮捕状には、同日午前8時25分ころ、本件現場において本件逮捕状を呈示して被告人を逮捕した旨のA警察官作成名義の記載があり、さらに、同警察官は、同日付けでこれと同旨の記載のある捜査報告書を作成した。
- (6) 被告人は、同日午後7時10分ころ、大津警察署内で任意の採尿に応じたが、その際、被告人に対し強制が加えられることはなかった。被告人の尿について滋賀県警察本部刑事部科学捜査研究所研究員が鑑定したところ、覚せい剤成分が検出された。
- (7) 同月6日、大津簡易裁判所裁判官から、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件について被告人方を捜索すべき場所とする捜索差押許可状が発付され、既に発付されていた被告人に対する窃盗被疑事件についての捜索差押許可状と併せて同日執行され、被告人方の捜索が行われた結果、被告人方からビニール袋入り覚せい剤1袋（以下『本件覚せい剤』という。）が発見されて差し押さえられた。
- (8) 被告人は、同年6月11日、『法定の除外事由がないのに、平成10年4月中旬ころから同年5月1日までの間、三重県下若しくはその周辺において、覚せい剤若干量を自己の身体に摂取して、使用した』との事実（公訴事実第1）、及び『同年5月6日、同県上野市内の被告人方において、覚せい剤約0.423gをみだりに所持した』との事実（公訴事実第2）により起訴され、同年10月15日、本件逮捕状に係る窃盗の事実についても追起訴された。
- (9) 上記被告事件の公判において、本件逮捕状による逮捕手続の違法性が争われ、被告人側から、逮捕時に本件現場において逮捕状が呈示されなかった旨の主張がされたのに対し、前記3名の警察官は、証人として、本件逮捕状を本件現場で被告人に示すとともに被疑事実の要旨を読み聞かせた旨の証言をした。原審は、上記証言を信用せず、警察官は本件逮捕状を本件現場に携行していなかったし、逮捕時に本件逮捕状が呈示されなかったと認定している（この原判決の認定に、採証法則違反の違法は認められない。）。

【判 旨】

- 「2 以上の事実を前提として、原審が違法収集証拠に当たるとして証拠から排除した被告人の尿に関する鑑定書、これを疎明資料として発付された捜索差押許可状により押収された本件覚せい剤、本件覚せい剤に関する鑑定書について、その証拠能力を検討する。
- (1) 本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである（最高裁昭和51年（あ）第865号同53年9月7日第一小法廷判決・刑集32巻6号1672頁参

照)。

(2) 前記のとおり、本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるといふべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。

したがって、原判決の判断は、上記鑑定書の証拠能力を否定した点に関する限り、相当である。

(3) 次に、本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし、被告人方を捜索すべき場所として発付された捜索差押許可状に基づいて行われた捜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記捜索差押許可状は上記(2)の鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠といふべきである。

しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと上記(2)の鑑定書との関連性は密接なものではないといふべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。

そうすると、原判決は、上記の点において判決に影響を及ぼすべき法令の解釈適用の誤りがあり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。」

※ 令和2年考査委員の堀江慎司教授が『令和元年度重要判例解説』(有斐閣、2020) P. 158～163で「刑事訴訟法判例の動き」を執筆されており、P. 161～2で「違法収集証拠排除法則の適用事例」として、下記の裁判例を紹介しています。違法収集証拠排除法則を適用して証拠排除を認めたこと及び違法性の承継・毒樹の果実論とも関係することから、ぜひ確認しておいてほしい裁判例といえますので、以下紹介します。

■ 東京高判令元 7. 16 (平30(う)1849号、裁判所HP裁判例情報搭載)
https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=88897

【判 旨】

「…本件において、警察官らは、被告人の承諾なしに、ズボンの上からではあるが、その陰部付近に触れ、さらに、公道上において被告人に対しパンツを脱ぐように求め、被告人がこれに応じて公道上でパンツを脱いだのを利用して、パンツの中に覚せい剤等がないかを確認した上、上記の事実を殊更に隠し、不正確な事実を本件令状請求の疎明資料に記載するなどしたものである。警察官が、当初、被告人に対して、職務質問に対する応答の仕方や薬物犯罪歴等から、違法薬物の所持及び使用の嫌疑を抱いたこと自体は正当であるものの、その後は、被告人の陰部付近に薬物を隠匿しているのではないかと考えて、令状がないのに意図して陰部付近の捜索を行い、続けざまに被告人に対してそのプライバシーや羞恥心への配慮を全く欠いたまま公道上でパンツを脱ぐように要求し、実際に被告人がパンツを脱ぐに至らせた上、以上の手続的な違法を糊塗するために、本件令状請求の疎明資料に、令状審査を行う裁判官をして令状請求の根拠となる覚せい剤の隠匿の嫌疑に関する事実を誤解させる記載をして裁判所に提出したものであるから、このような一連の捜査の過程は、違法に違法を重ねるものであって、令状主義の精神を没却する重大な違法

があるといわざるを得ない。

本件鑑定書に係る被告人の尿は、上記の一連の捜査過程を経た本件令状請求に基づいて強制採尿に係る捜索差押許可状が発付され、それが被告人に呈示された上で実施された採尿手続で採取され、差し押さえられたものである。本件の一連の捜査過程の違法は、覚せい剤の所持の嫌疑に係るものではあるが、本件令状請求が、覚せい剤の所持のみならず使用についても同じ疎明資料を用いて行われており、両者が相互に密接に関係することからすれば、本件鑑定書は、重大な違法がある上記一連の捜査手続と密接な関連を有するものとして、一連の違法な手続の影響を免れないというべきである。また、警察官らは、上記のとおり、本件令状請求において、記載すべき事実を殊更に記載せずに、不正確な事実を記載したばかりか、原審公判でも、これと同旨の証言を行ったのであり、これら一連の経過は、警察官らが手続的な違法を糊塗しようとするものであって、本件鑑定書を証拠として許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からしても相当でないといわざるを得ない。

したがって、本件鑑定書は、違法収集証拠として証拠能力を否定すべきであって、原裁判所がこれを証拠として採用したことは、刑訴法317条に違反するものである。そうすると、本件鑑定書を証拠として採用しなければ、原判示の覚せい剤使用の事実を認めるに足りる証拠はないから、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

【MEMO】

平成22年度 旧司法試験 刑事訴訟法第2問

【問題】

警察官は、Aを被害者とする殺人被疑事件につき、捜索差押許可状を得て、被疑者甲の居宅を捜索したところ、「①Aにレンタカーを借りさせる、②Aに睡眠薬を飲ませる、③Aを絞め殺す、④車で死体を運び、X橋の下に穴を掘って埋める、⑤明日、決行」と記載された甲の手書きのメモを発見したので、これを差し押さえた。その後の捜査の結果、X橋の下の土中からAの絞殺死体が発見され、その死体から睡眠薬の成分が検出された。また、行方不明になる直前にAがレンタカーを借りたことも判明した。

甲が殺人罪及び死体遺棄罪で起訴された場合、上記メモを証拠として用いることができるか。

【解答例】(元東京高検検事・元司法研修所教官・弁護士 新庄健二先生ご監修)

1 1 本件メモは、甲の手書きであることから、甲の供述書であ
2 る。この供述書を甲の殺人罪及び死体遺棄罪の証拠として用い
3 ることができるか、すなわちその証拠能力が問題となる。

4 2(1) 本件メモが伝聞証拠にあたる場合、原則として証拠能力は
5 認められない(刑事訴訟法(以下、法令名略。)320条1
6 項、伝聞法則)。

7 伝聞証拠が原則として証拠能力を認められない趣旨は、供
8 述証拠には知覚、記憶、叙述の各過程に誤謬が入り込む恐れ
9 があるにもかかわらず、反対尋問等により供述の真実性を担
10 保できない点にある。そこで、伝聞証拠とは、公判期日外に
11 おける供述を内容とする供述証拠をいい、伝聞証拠に該当す
12 るか否かは、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題と
13 なるか否かによって決せられる。

14 (2) 本件メモを甲の殺人罪及び死体遺棄罪の証拠として用いる
15 場合として考えられるのは、第1に、甲が本件犯罪の犯人で
16 あることを推認する証拠として用いる場合があり、第2に、
17 甲が本件メモ作成時に有していた本件犯罪の意思の存在を証
18 明する証拠として用いる場合がある。

19 なお、本件犯罪は、甲の単独犯罪として起訴されているこ
20 とから、本件メモを共犯者との間の共謀の存在を立証するこ
21 とは予定されていない。

22 (3) 第1の甲が本件犯罪の犯人であることを推認する証拠とし
23 て用いる場合

24 本件メモに記載された①Aにレンタカーを借りさせる、②
25 Aに睡眠薬を飲ませる、③Aを絞め殺す、④車で死体を運
26 び、X橋の下に穴を掘って埋めるという記載内容は、その後
27 の捜査によって客観的事実として裏付けられている。そし
28 て、本件メモの⑤明日、決行との記載から、本件メモが本件
29 犯行以前に作成されたものであると認められることから、本
30 件犯罪が本件メモに記載された犯行計画に従って敢行された
31 ことを推認できる。そして、本件メモが甲によって作成さ
32 れ、甲の居宅から押収されたものである以上、甲が本件犯罪
33 の内容を知っていたことや何らかの関与をしていることが推
34 認され、甲が犯人であることを推認する証拠の一つとなり得
35 る。

36 この場合、本件メモの記載内容が真実か否かに関係なく、
37 メモの存在自体が証拠とされるのであるから、非伝聞であ
38 る。

39 (4) 第2の甲が本件メモ作成時に本件犯罪の意思を有していた

40 ことを推認する証拠として用いる場合
41 この場合は、甲の供述時（すなわちメモ作成時）における
42 甲の心理状態を供述したものである。
43 伝聞証拠に証拠能力を原則として認めない理由が、供述者
44 における知覚、記憶、叙述の過程に誤謬が入り込む恐れがあ
45 ることによる。しかしながら、供述者の供述時における心理
46 状態の供述は、知覚、記憶の過程がなく、叙述についても、
47 メモという供述者自ら作成している点で誤謬が入り込む恐れ
48 はない。
49 なお、この場合でも、供述者が真摯にメモを作成したので
50 はなく、単にいたずらなどの虚言として作成する場合が考え
51 られるが、それ自体供述の一般的な信用性の問題であって、
52 伝聞証拠固有の問題とはいえ、本件メモは非伝聞として証
53 拠能力を認めることができる。
54 以上

【出題趣旨（法務省発表）】

本問は、殺人、死体遺棄事件の被告人宅で押収された、いわゆる犯行計画メモを題材として、当該メモの証拠としての許容性を問うことにより、伝聞法則の趣旨、伝聞証拠と非伝聞証拠の区別、要証事実の捉え方などについて、基本的知識の有無と具体的事案における応用力を試すものである。

【参考情報】

令和2年考査委員である堀江慎司教授は、平成22年度旧司法試験第二次試験考査委員（刑事訴訟法）でした。

なお、伝聞法則に関しては、以下の文献が非常に参考になります。

- ・金築誠志「判批」刑事訴訟法判例百選（第5版）P.178～181
- ・堀江慎司「伝聞証拠の意義」刑事訴訟法の争点P.166～9
- ・宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣、第2版、2018）P.370～416

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）

<http://www.tatsumi.co.jp/>

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