

令和4年司法試験刑事訴訟法出題大予想

5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・予備試験過去問からの出題予想

【詳細版】

<令和4年司法試験論文式試験刑事訴訟法の出題予想>

辰巳法律研究所では、毎年本試験の中休み（本年は5月13日(金)）の学習のために、刑事訴訟法の出題予想を試験会場付近での配付やHP公開をし、毎年多くの的中を出しております。そこで、今年も、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「旧司法試験及び予備試験過去問からの出題予想」

今年出題可能性が高い訴因論と伝聞法則に関するものを掲載致しました。

【ズバリの中実績】

- ・平成29年配布教材掲載の平成20年度旧司法試験刑訴法第2問（弾劾証拠）
- ・平成30年配布教材掲載の平成22年度旧司法試験刑訴法第2問（伝聞法則）
- ・令和元年配布教材掲載裁判例の公判前整理手続後の訴因変更
- ・令和2年配布教材掲載判例の高輪グリーン・マンション殺人事件
- ・令和3年配布教材掲載判例の包括的差押え、平成22年度旧司法試験刑訴法第2問（伝聞法則）

<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4年司法試験考査委員（出題委員）執筆の判例解説・論文等も参考に致しました。

② また、昨年同様、平成22年度旧司法試験刑事訴訟法第2問も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。さらに、平成29年予備試験刑事訴訟法についても、辰巳専任講師・弁護士の福田俊彦先生補訂答案を付して掲載させていただきます。

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4年5月11日（水）

辰巳法律研究所

■ 危ない重要判例速まくり ■

◆ 職務質問のための停止と留め置き ◆

職務質問のための停止と留め置きに関しては、令和4年考査委員の小川佳樹教授が、最決平6. 9. 16（刑集48-6-420）の百選解説を執筆されております。また、近年、正面からの出題がなく、そろそろ出題可能性が高いテーマといえます。

- ・小川佳樹「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.6~7
- ・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.56~57（松田岳士執筆）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.212~3

■ 最決平6. 9. 16（刑集48-6-420，百選2事件）

【決定要旨】

「（一）職務質問を開始した当時，被告人には覚せい剤使用の嫌疑があったほか，幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ，かつ，道路が積雪により滑りやすい状態にあったのに，被告人が自動車を発進させるおそれがあったから，前記の被告人運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は，警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず，道路交通法67条3項に基づき交通の危険を防止するため採った必要な応急の措置に当たるといえることができる。

（二）これに対し，その後被告人の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間，警察官が被告人による運転を阻止し，約6時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は，当初は前記のとおり適法性を有しており，被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても，被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え，被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において，任意捜査として許容される範囲を逸脱したものと違法といわざるを得ない。

（三）しかし，右職務質問の過程においては，警察官が行使した有形力は，エンジンキーを取り上げてこれを返還せず，あるいは，エンジンキーを持った被告人が車に乗り込むのを阻止した程度であって，さほど強いものでなく，被告人に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また，路面が積雪により滑りやすく，被告人自身，覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに，被告人があくまで警蹻自動車道で宮城方面に向かおうとしていたのであるから，任意捜査の面だけでなく，交通危険の防止という交通警察の面からも，被告人の運転を阻止する必要性が高かったというべきである。しかも，被告人が，自ら運転することに固執して，他の方法による任意同行をかたく拒否するという態度を取り続けたことを考慮すると，結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるといえることができ，右のような状況からみて，警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。これら諸般の事情を総合してみると，前記のとおり，警察官が，早期に令状を請求することなく長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが，その違法の程度は，いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。」

◆ 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）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.226

■ 最決平21. 9. 28（刑集63-7-868，百選29事件）

【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の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搜索差押許可状に基づく搜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。」

◆ GPS 捜査 ◆

GPS捜査に関する最大判平29. 3. 15は、強制処分法定主義違反と判示したことから同種の事案は出題し難いと思われるものの、強制処分と任意処分の区別、法律の根拠規定があるか否かの判断など、刑事訴訟法の解釈、実務に大きな影響を与えたといえ、一度復習しておきたいテーマといえます。

- ・井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.64～9
- ・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.38～46（松田岳士執筆）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.226～7

■ 最大判平29. 3. 15（刑集71-3-13，百選30事件）

【判旨】

〔1〕GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、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や空間に関わるものも含めて、対象車両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秘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。

〔2〕憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『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。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可

能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。

- (3) 原判決は、GPS捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないと説示しているところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点についても検討する。

GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて搜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS捜査は、GPS端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法222条1項、110条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。

これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われないう限り是認できないような強制の処分を認めることは、『強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。

以上のとおり、GPS捜査について、刑訴法197条1項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。」

<強制処分と任意処分の区別基準について>

上記の最決平21・9・28刑集63-7-868と最大判平29・3・15刑集71-3-13を踏まえて、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、第3版、2021）P.20～21では、強制処分と任意処分の区別基準について、以下のようにまとめている。

「A君：そうすると、最近の判例・通説によるときは、「刑訴法197条1項ただし書という『強制の処分』とは、相手方の意思を制圧し、身体、住居、財産等の重要な権利・利益

に実質的に侵害し、制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為をいい、ここにいる意思の制圧には、現実に表明された相手方の反対意思を制圧する場合、明示の意思に反する場合のほか、これと価値的に異なるところのない合理的に推認される相手方の意思に反する場合を含む」とでもするのでしょね。

教員：誠に不本意なことながら、そういうことだね。」

<法律の根拠規定があるか否かの判断について>

宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(有斐閣, 第2版, 2018) P.45~6(松田岳士執筆)は、強制採尿に関する最決昭55. 10. 23刑集34-5-300や電話傍受に関する最決平11. 12. 16刑集53-9-1327と上記最大判平29. 3. 15刑集71-3-13を踏まえて、以下のように指摘する。

「判例は、①基本的には、行為の『性質(内容)』を基準としつつ、②その処分類型につき(『条件』付であるにせよ)現行法が予定する(令状の)手続により当該処分権限の濫用防止に対応可能であるかという点を補充的に考慮して『特別の定』の有無を判断してきたといえよう。」

◆ 捜索の範囲及び同意のない予試験の適法性 ◆

令状による捜索・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3年考査委員である小木曾綾教授も「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)
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』(辰巳法律研究所, 第8版, 2021) P.243~5

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

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物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のあったことが認められる。しかし、それは、明らかに本件捜索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(鑑定処分の一環である。)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・身体の結果緘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

品は、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。」

◆ 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4年考査委員の池田公博教授が論文（「無令状捜索における証拠存在の蓋然性の意義」研修825号P.3～12、「令状によらない捜索」刑法雑誌56巻3号P.476～481）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ることから、要注意なテーマです。

- ・加藤克佳「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.50～51
- ・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，第2版，2021）P.161～185
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.249～253

■ 東京高判昭44.6.20（高刑集22-3-352，判時575-85，百23選事件）

【判旨】

「…刑事訴訟法第220条第1項第2号が、被疑者を逮捕する場合、その現場でなら、令状によらないで、捜索差押をすることができるとしているのは、逮捕の場所には、被疑事実と関連する証拠物が存在する蓋然性が極めて強く、その捜索差押が適法な逮捕に随伴するものである限り、捜索押収令状が発付される要件を殆んど充足しているばかりでなく、逮捕者らの身体の安全を図り、証拠の散逸や破壊を防ぐ急速の必要があるからである。従つて、同号にいう『逮捕の現場』の意味は、前示最高裁判所大法廷（注：最大判昭36.6.7刑集15-6-915）の判決からも窺われるように、右の如き理由の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲に限られるものと解するのが相当である。

これを右の大塚たばこ七本に関する捜索押収についてみると、成る程、Pの逮捕と同（ハ）の捜索押収との間には、既に述べたように、時間的には約35分ないし60分の間隔があり場所的には、原審第4回公判調書中における証人Iの供述記載並びに前示原審第2回、第3回および第8回公判調書中における証人Yの各供述記載のほか、当裁判所の検証調書および当審第2回公判における証人Kの供述並びに当審で取り調べたSホテルのマッサージ、

訪問客に関する案内カードおよびSホテルの貴重品、部屋鍵に関する案内カード等から窺われるようなSホテル5階の、なかば公開的な待合所と同ホテル七階の、宿泊客にとっては個人の城塞ともいべき714号室との差異のほか若干の隔りもあり、また若し同(ハ)の大麻たばこ七本がP独りのものであつたとするならば、いくらPが大麻取締法違反の現行犯人として逮捕されたとはいえ、否却つて逮捕されたればこそ、更らに搜索差押が予想されるというのに、わざわざ自ら司法警察員らを自己の投宿している同714号室に案内したということについては種々の見方があり得るであろうし、なおPが同室の洗面所で司法警察員らに対し同大麻たばこ七本は自分のものではなくて、被告人のものである旨述べていることなどからすると、同たばこに対する搜索押収が果して適法であつたか否かについては疑いの余地が全くないわけではないけれども、既に見て来たような本件捜査の端緒、被告人とPとの関係、殊に二人が飛行機の中で知り合い、その後行動を共にし、且つ同室もしていたこと、右のような関係から同たばこについても或るいは二人の共同所持ではないかとの疑いもないわけではないこと、Pの逮捕と同たばこの搜索差押との間には時間的、場所的な距りがあるといつてもそれはさしたるものではなく、また逮捕後自ら司法警察員らを引続き自己と被告人の投宿している相部屋の右714号室に案内していること、同たばこの搜索差押後被告人も1時間20分ないし1時間45分位のうちには同室に帰つて来て本件で緊急逮捕されていることおよび本件が検挙が困難で、罪質もよくない大麻取締法違反の事案であることなどからすると、この大麻たばこ七本の搜索差押をもつて、直ちに刑事訴訟法第220条第1項第2号にいう『逮捕の現場』から時間的・場所的且つ合理的な範囲を超えた違法なものであると断定し去ることはできない。」

<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、第2版、2021)P.162)。

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.166~8)。

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、典型的に無令状での捜索・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捜索・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）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所、第8版、2021）P.220～221

■ 最決平16. 7. 12（刑集58-5-333、百選10事件）

【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、通常の見方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容される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、その実務上の重要性から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）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.268

■ 最決昭56. 4. 25（刑集35-3-116，百選43事件）

【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、その実務上・学術上の重要性から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）は非常に重要です。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『刑事訴訟法』（リーガルクエスト）（有斐閣，第2版，2018）P.250～258（松田岳士執筆）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.271～4

■ 最決平13. 4. 11（刑集55-3-127，百選45事件）

【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両名において、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両名』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、両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の両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さ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）
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.282～3

■ 最決平20. 9. 30（刑集62-8-2753，百選54事件）

【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。）に参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参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、自己が担当ないし参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。」

- ※ なお、公判前整理手続に関する判例については、川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法 [公訴提起・公判・裁判篇]』（立花書房，2018）P.155～190が充実しています。

◆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。特に、最判平15. 2. 14（刑集57-2-121）については、令和4年考査委員の池田公博教授が判例批評を執筆されており、要注意です。

- ・合田悦三「判批」刑事訴訟法判例百選（第10版）P.208～9
- ・池田公博「判批」ジュリスト1338号P.212～6
- ・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3版，2021）P.470～512
- ・川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法 [捜査・証拠篇]』（立花書房，第2版，2021）P.491～532
- ・『趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』（辰巳法律研究所，第8版，2021）P.322～8

■ 最判平15. 2. 14（刑集57-2-121，百選92事件）

【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。」

<違法性の承継論と「毒樹の果実」の理論について>

- (1) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣，第3版，2021）P.498～512では、判例理論を以下のように整理しています。

ア 「違法性の承継」論

「教員：これらの判例を整合的に理解するならば、『同一目的・直接利用』基準は、先行手続と後行手続との関連性（因果関係）を判断するための重要なメルクマールの1つであって、本来の基準ではなかったといふべきだろう。そして、平成15年判決のいう『密接な関連性』は、『同一目的・直接利用』を包括するところの、違法性承継の基準と理解されているんだ…。

A君：そうすると、『任意同行（違法逮捕）→採尿』類型については、まずは第1段階の判断枠組みとしては、『同一目的』『直接利用』を『密接な関連性』に置き換え、先行手続の違法が後行手続に承継されるかを検討し、これが承継されて後行行為が違法性を帯びるときは、第2段階の判断枠組みである、後行手続の『違法の重大性』（もとより先行手続の違法に依存する）と『排除の相当性』を検討することになるのですね。

教員：そのとおりだね…。」（同書P.504～5）

イ 「毒樹の果実」の理論

「教員：…まとめてみよう。『毒樹の果実』のケースに関する判断枠組みは、(1)第2次証拠が証拠能力のない第1次証拠…と関連性があるときは…、いわゆる『毒樹の果実』の問題となる。(2)その場合には、第2次証拠の収集手続に違法収集証拠排除法則を適用し、その『違法の重大性』は、①第2次証拠の差押え手続と証拠能力のない第1次証拠…との間の密接関連性…と、②第1次証拠の収集手続の違法の程度を考慮して判断し、また『排除の相当性』は、証拠の重要性などの要素を考慮する、ということになるようだ。そして、(2)①の関連性が密接かどうかは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状による捜索により発見されたものであること…、あるいは適法に発付された他の事件の捜索差押許可状と併せ執行された等の介入事情を考慮することになるのだろう。」(同書P. 508)

- (2) 井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2019) P. 699~730は、芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 1998)に所収された川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」を、近時の判例及び裁判例を踏まえて展開させたものです。

井上准教授は、「先行手続の違法と排除法則の適用という問題に関し、判例上は、現在に至るまで、違法性の承継論と毒樹の果実論が併存を続けている状況にあり、新しく登場した密接関連性の基準も、その実質的な構造に応じ、いずれかの系譜の延長線上に位置づけられる。」と述べられます。

このような状況について、宇藤ほか・前掲書P. 428(堀江慎司執筆)は、川出教授が再構成した毒樹の果実論の妥当性を改めて強調し、「結局、いずれの議論も、違法な手続と証拠能力が問題となる当該証拠との関係を論じるものであるという点で共通しており、違法性の承継論によるか毒樹の果実論によるかは、多くの場合、説明の仕方にすぎない。むしろ端的に、違法な手続と当該証拠との間の『因果性(関連性)』の問題と表現すれば足りる。」と総括しています。

しかし、井上准教授は、「違法性の承継論と毒樹の果実論が併存を続けているという状況は、発展的な解消が図られるべき事態というよりは、むしろ、裁判所が両者に各々固有の存在意義を認めており、いずれか一方の放棄ないしは両者の統合に躊躇を覚えていることの表れであるとも考えられよう。」と主張されます。そして、先行手続に違法がある事例を、①直接の証拠収集手続それ自体に違法がない場合と②直接の証拠収集手続それ自体に違法がある場合の大きく2つに分けられます。

その上で、①の場合については、(伊藤正己裁判官補足意見などの日本風の毒樹の果実論ではなく、毒樹の果実論の母法であるアメリカ法に依拠して川出教授が再構成した)毒樹の果実論が相対的な優位に立つのに対して、②の場合については、違法性の承継論が固有の意義を発揮すると整理されます。これは、毒樹の果実論の母法であるアメリカ法の毒樹の果実論が<始点>である違法な先行手続に注目するのに対し、違法性の承継論が<終点>である直接の証拠収集手続に注目するという違いを強調した見解といえます(以上について、井上・前掲論文P. 721~2)。

そして、先行手続に違法がある事例を、①ア直接の証拠収集手続それ自体に違法がない場合—先行手続に重大な違法がある場合、①イ直接の証拠収集手続それ自体に違法がない場合—先行手続に重大な違法がない場合及び②直接の証拠収集手続それ自体に違法がある場合の3つの類型に分類し、考察されます(以上について、井上・前掲論文P. 722~8)。

【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。

※ 上記の解答例は、新庄健二先生のお許しを得て掲載させて頂きました。

※ 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

【MEMO】

平成29年 司法試験予備試験 刑事訴訟法

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

平成29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vがサバイバルナイフでその胸部を刺されて殺害される事件が発生し、犯人はその場から逃走した。

Wは、たまたま同所を通行中に上記犯行を目撃し、「待て。」と言いながら、直ちに犯人を追跡したが、約1分後、犯行現場から約200メートルの地点で見失った。

通報により駆けつけた警察官は、Wから、犯人の特徴及び犯人の逃走した方向を聞き、Wの指し示した方向を探した結果、犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートル離れた路上で、Wから聴取していた犯人の特徴と合致する甲を発見し、職務質問を実施したところ、甲は犯行を認めた。警察官は、①甲をVに対する殺人罪により現行犯逮捕した。なお、Vの殺害に使用されたサバイバルナイフは、Vの胸部に刺さった状態で発見された。

甲は、その後の取調べにおいて、「乙からVを殺害するように言われ、サバイバルナイフでVの胸を刺した。」旨供述した。警察官は、甲の供述に基づき、乙をVに対する殺人の共謀共同正犯の被疑事実で通常逮捕した。

乙は、甲との共謀の事実を否認したが、検察官は、関係各証拠から、乙には甲との共謀共同正犯が成立すると考え、②「被告人は、甲と共謀の上、平成29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vに対し、殺意をもって、甲がサバイバルナイフでVの胸部を1回突き刺し、よって、その頃、同所において、同人を左胸部刺創による失血により死亡させて殺害したものである。」との公訴事実により乙を公判請求した。

検察官は、乙の公判前整理手続において、裁判長からの求釈明に対し、③「乙は、甲との間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」旨釈明した。これに対し、乙の弁護人は、甲との共謀の事実を否認し、「乙は、同日は終日、知人である丙方にいた。」旨主張したため、本件の争点は、「甲乙間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議があったか否か。」であるとされ、乙の公判における検察官及び弁護人の主張・立証も上記釈明の内容を前提に展開された。

【設問1】

①の現行犯逮捕の適法性について論じなさい。

【設問2】

- ②の公訴事実は、訴因の記載として罪となるべき事実を特定したものといえるかについて論じなさい。
- ③の検察官の釈明した事項が訴因の内容となるかについて論じなさい。
- 裁判所が、証拠調べにより得た心証に基づき、乙について、「乙は、甲との間で、平成29年5月11日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」と認定して有罪の判決をすることが許されるかについて論じなさい（①の現行犯逮捕の適否が与える影響については、論じなくてよい）。

【法務省発表の出題趣旨】

本問は、殺人事件の犯行の目撃者が直ちに犯人を追跡し、約1分後、犯行現場から約200メートルの地点で見失ったものの、通報により駆けつけた警察官が、同目撃者から犯人の特徴及び逃走方向を聞いて犯人を捜し、犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートルの地点で、犯人の特徴と合致する甲を発見して職務質問したところ、甲が犯行を認めたため、甲を、現行犯逮捕した事例において、この逮捕が現行犯逮捕の要件（刑事訴訟法第212条第1項、同条第2項及び第213条）を充足するかを検討させるとともに、甲との共謀共同正犯が成立するとして殺人罪で起訴された乙の公判を題材に、起訴状に「甲と共謀の上」との記載及びそれに基づく実行行為が記載されていれば訴因の特定は足りるといえるのか、共謀の成立時期について検察官が求釈明に応じた場合、その内容は訴因の内容を構成することになるのか、証拠調べの結果、裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定して有罪判決をすることが許されるのか、すなわち、事実認定に先立っての訴因変更の要否、及び、訴因変更が不要であるとしても裁判所は何らかの措置を採るべきか、そうであるとすればその措置は何かを検討させることにより、現行犯逮捕・準現行犯逮捕の要件及び訴因に関連する各問題点について、基本的な学識の有無及び具体的事実における応用力を試すものである。

【辰巳のコメント】

設問1は、現行犯逮捕（212条1項）・準現行犯逮捕（同2項）の成否を問う問題でした。現行犯逮捕においては犯人及び犯罪の明白性を規範とし、本問の事実関係でこれが認められるかを当てはめることが期待されます。その際、Wが犯人を見失っており現認性が切れていること、したがって、警察官がVを犯人と判断した根拠がW及び犯人自身の供述しかないことをどのように考慮するかの論述が求められるでしょう。準現行犯については、時間の許す限りで各号該当事実の検討を行うことが求められます。

設問2の1は、訴因の特定の問題です。本問では、共謀につき「日時、場所、方法等」（256条3項）の記載がなく、この点につき特定が問題になります。最判昭和33.5.28（練馬事件）は、共謀について罪となるべき事実にはかならないとしつつ、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細について具体的に判示することを要するものではないと解しており、訴因の記載においても必要不可欠ではない事実と考えています（酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、第2版、2020）P.280参照）。他方で、特に共謀のみに関与した被告人については、公訴事実の対象事実が「罪となるべき」法律的・事実的理由はこの点のみに求められるから、審判対象の画定という観点からも、共謀の日時を「できる限り日時、場所、方法を以て」特定すべきとの見解もあります（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.229参照）。いずれの立場を採るにしても、自己の見解を説得的に論述することが求められるでしょう。

設問2の2は、検察官の釈明と訴因の関係を問う問題です。設問2の1で共謀の日時、場所、方法を訴因の特定に必要な事実ではないと解したのであれば、これを検察官が釈明しても、「審判対象の画定という見地」からは、それが直ちに訴因の一部になるとはいえません（前掲酒巻P.281参照）。他方で、共謀の日時等を訴因の特定に必要な事実であると解したならば、検察官がこれを釈明したなら、それは訴因の一部となるでしょう。設問2の1と矛盾のない論述が必要になります。

設問2の3については、設問2の2の結論で論点が異なります。設問2の2で釈明を訴因の一

部としなかった場合には、訴因中の共謀の日時は不特定のままとなるので訴因変更の問題とはならず、具体的防御経過との関係で不意打ちの有無を問う争点顕在化措置（最判昭和58. 12. 13. よど号ハイジャック事件を参照）の問題になります。

他方で、釈明を訴因の一部とした場合には、訴因中の共謀の日時と有罪判決中の共謀の日時がズレることになり、訴因変更の要否（最決平成13. 4. 11）の問題になります。この立場であれば、審判対象画定の見地から必要な事実の変更と解すことになり、訴因変更が必要になるでしょう。各々の立場に従った説得的な論述が求められます。

【採点基準表】（辰巳法律研究所作成）

		配点	
第1	設問1		
	1	現行犯逮捕の要件（刑事訴訟法第212条第1項）	6
	2	準現行犯逮捕の要件（刑事訴訟法第212条第2項）	9
		※現行犯逮捕（刑事訴訟法第212条第1項）の成立を認めている答えは、10点の範囲で評価する	
第2	設問2		
	1	小問1 ・起訴状に「甲と共謀の上」との記載及びそれに基づく実行行為が記載されていれば訴因の特定は足りるといえるのか（出題趣旨より）	9
	2	小問2 ・共謀の成立時期について検察官が求釈明に応じた場合、その内容は訴因の内容を構成することになるのか（出題趣旨より）	8
	3	小問3 ・証拠調べの結果、裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定して有罪判決をすることが許されるのか、すなわち、事実認定に先立っての訴因変更の要否、及び、訴因変更が不要であるとしても裁判所は何らかの措置を採るべきか、そうであるとすればその措置は何か（出題趣旨より）	8

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

平成29年予備試験論文式試験・刑事訴訟法 ＜福田俊彦先生補訂答案＞

Memo

1 第1 設問1

2 1 ①の現行犯逮捕の適法性（刑事訴訟法（以下、省略する。）212条1項）。
3 (1) 現行犯の場合に213条で無令状での逮捕が許される趣旨は、犯罪の嫌疑が明白であり、誤認逮捕のおそれが少ない点にある。そのため、現行犯
4 逮捕の要件として、犯罪及び犯人の明白性が要求される。そして、犯罪及
5 び犯人の明白性は、原則として客観的・外部的状況から判断すべきである。
6 なぜなら、供述は、誤りを伴う可能性があることから、誤認逮捕のおそれ
7 があるからである。

8 (2) 本件では、まず、犯罪の明白性は認められる。

9 **10** 次に、Wが犯行を目撃し、犯人を追跡しているものの、約1分後、犯行
11 現場から200メートルの地点で見失っているため、犯人の現認性は切断
12 されている。

13 もっとも、犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートル離れた
14 路上で、警察官がWから聞いた特徴と一致する甲を発見した。しかし、犯
15 人の特徴はWの供述に基づく情報にすぎず、犯人の明白性を基礎付ける主
16 たる資料とすることはできない。また、甲は犯行を自白しているが、当該
17 自白も供述にすぎないので、明白性を基礎付ける主たる資料とすることは
18 できない。

19 そうすると、甲の犯行を基礎付ける客観的・外部的状況が存在しないので、
20 犯人としての明白性は認められない。

21 (3) したがって、犯人の明白性の要件が欠けるので、甲を現行犯逮捕するこ
22 とはできない。

23 2 準現行犯逮捕の適法性（212条2項）。

24 (1) 準現行犯の場合に無令状での逮捕が許される趣旨も、1と同様、誤認逮
25 捕のおそれが少ない点にある。そうすると、準現行犯逮捕の要件は、①2
26 12条2項各号のいずれかに該当すること及び②「罪を行い終つてから間
27 がないと明らかに認められる」ことである。②は、具体的には、犯罪犯人
28 の明白性及び犯行との時間的・場所的接近性から判断する。

29 (2) 本件では、Wが犯行を目撃し、犯人を追跡しているものの、途中で見失
30 っている以上、甲が「犯人として追呼されている」（212条2項1号）
31 とはいえない。また、凶器のサバイバルナイフはVの胸部に刺さったまま
32 であるので、甲が「犯罪の用に供したと思われる凶器…を所持している」
33 とはいえない（同条項2号）。さらに、甲の身体等に「犯罪の顕著な証跡
34 がある」とはいえず（同条項3号）、甲が「誰何されて逃走しよう」とし
35 たという事情も認められない（同条項4号）。

36 (3) したがって、①212条2項各号該当性が認められないので、準現行犯
37 逮捕もできない。

38 3 よって、①の現行犯逮捕は、違法である。

39 第2 設問2

40 1 小問1

41 (1) ②の公訴事實は、甲乙間の謀議の日時、場所、方法等につき何も記載が
42 ない。かかる訴因は、「できる限り…罪となるべき事実を特定」（256条
43 3項）したものといえるか。

44 (2)ア 「罪となるべき事実」は、被告人の刑事責任を法的、事実に基礎づ
45 けるために必要とされる（335条1項参照）。したがって、公訴事實
46 において①特定の構成要件に該当する事実を②他事件から識別できるよ
47 うに記載していれば、裁判所の審判対象を画定する見地からも「特定」

48 していると解される。

49 イ 本件の公訴事實は、殺人罪の共同正犯（刑法60条、刑法199条）
50 である。そして、共謀の本質は、相互の心理的因果性である。したがっ
51 て、実行行為、死亡結果、因果関係、殺意及び共謀の存在自体が明らか
52 かなように記載されている本件では、殺人罪の共同正犯という特定の構成
53 要件に該当する事実が明らかな記載がされているといえる。(①)

54 そして、被害者Vの死亡事實は一回しかありえないこと及び本件にお
55 いては実行行為の日時、場所、方法までもが詳細に記載されていること
56 から、他事件との識別は十分に可能である(②)。

57 (3) よって、②の公訴事實は、訴因の記載として罪となるべき事実を特定し
58 たものといえる。

59 2 小問2

60 (1) 検察官は、③において、甲乙間の謀議の具体的な内容について釈明（刑
61 事訴訟規則208条1項）している。この釈明事項が訴因の内容となるか。

62 (2) 前述のとおり、謀議の日時、場所、内容の詳細は、訴因の記載として必
63 要不可欠ではない事項である。そのため、検察官が「罪となるべき事実」
64 の特定に不可欠とまではいえない事項について釈明をした場合であっても、
65 それが訴因の一部になるとはいえない。

66 (3) 本件では、検察官は、甲乙間の謀議の日時、場所、その内容を釈明して
67 いるものの、これらの事實は、「罪となるべき事実」の特定に必要な不可欠
68 な事項ではないため、訴因の内容とはならない。

69 (4) よって、③の検察官の釈明した事項は、訴因の内容とはならない。

70 3 小問3

71 (1) 裁判所は、証拠調べにより得た心証に基づき、平成29年5月11日の
72 謀議の事實の認定をして、甲乙間の共謀共同正犯の成立を認め、有罪の判
73 決をすることが許されるか。乙の公判における争点は、甲乙間での平成2
74 9年5月18日の謀議の有無であったため、訴因変更等の手続を要するか
75 が問題となる。

76 (2)ア 訴因の一次的機能は、裁判所の審判対象を画定することにあるから、
77 訴因の特定のために必要な事実に変動が生じる場合にその事実を認定す
78 るためには、訴因変更を要する。もっとも、訴因には、二次的機能とし
79 て、被告人の防御の範囲を明示することがある。そうすると、訴因の特
80 定にとって必要な事実に変動が生じない場合であっても、被告人の防御
81 にとって一般的に重要な事実が訴因として示されたときは、これと異なる
82 認定をすることは、被告人に対して不意打ちとなり許されず、原則とし
83 て訴因変更を要する。ただし、例外として、具体的な審理情況に照ら
84 して、被告人への不意打ちとはならず、かつ、被告人にとって認定事實
85 が訴因に記載された事実よりも不利益とはいえない場合には、訴因変更
86 を要しない。

87 イ 本件では、甲と乙の謀議の日時、場所、内容は、訴因の特定のために
88 必要な事実ではない。また、検察官の釈明によって5月18日の謀議の
89 有無が争点となっているものの、訴因として謀議の日時が明示されてい
90 るわけではない。

91 ウ したがって、裁判所が甲乙間の平成29年5月11日の謀議の事實の
92 認定をするために訴因変更の手続は要しない。

93 (3)ア もっとも、検察官、被告人及び弁護人が何らの攻撃防御活動を行って
94 いない事実を裁判所が認定して有罪の判決をすることは、被告人に対す
95 る不意打ちとなる。そのため、裁判所は、認定しようとする事実を争点
96 として顕在化させた上で、十分に審理する必要があると解する。

97 イ 本件では、裁判所の求釈明に対して、検察官は、甲乙間の謀議の日時
98 を平成29年5月18日であると釈明し、乙の公判における検察官及び

99 弁護人の主張・立証も上記釈明の内容を前提に展開されたことから、乙
100 及び弁護人は、同月11日の謀議の有無については、何らの防御活動を行
101 っていない。そのため、裁判所が、謀議の日時を同月11日と認定し
102 ようとする場合には、少なくとも同日の謀議の有無を両当事者間で争点
103 として顕在化させた上で、十分な審理を遂げる必要があるし、当該措置
104 を採らずに、甲乙間で5月11日に謀議がなされた旨の事実を認定する
105 ことは、乙に対する不意打ちとなり、許されない。
106 (4) よって、裁判所は、証拠調べにより得た心証に基づき、乙について問題
107 文記載の事実を認定して有罪の判決をすることは許されない。
108 以 上

※ 上記の平成29年予備試験刑事訴訟法に関する教材は、令和2年秋に福田俊彦先生が担当した、「2021スタンダード論文答練福田クラス Option インプット強化講義刑事訴訟法の訴因論と伝聞法則強化講義」の該当部分を掲載致しました。また、答案は、福田俊彦先生のお許しを得て掲載させて頂きました。

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) <https://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)