

第1問 B

- 1 現行法刑事訴訟法下では捜査における主導権は何処に存在するといえるか。
- 2 捜査における検察官と司法警察職員との関係について説明せよ。
- 3 現行法刑事訴訟法下では訴訟における主導権は何処に存在するといえるか。

【論点】捜査構造論

【論点】検察官と司法警察職員の関係

【論点】現行法における訴訟追行の主導権

解答例

一 小問1について

1 糾問的捜査観とは、捜査とは、捜査機関が被疑者を取り調べるための手続であり、被疑者は取調の対象と考えるものである。一方、弾劾的捜査観からは捜査とは、捜査機関が単独で行う準備活動であり、被疑者も対等な当事者として、同様の準備ができるようになる。

2 糾問的捜査観、弾劾的捜査観それぞれの帰結として、まず令状の必要性の判断権者が異なる。前者は捜査機関に、後者は裁判官にあるということになる。

また、被疑者の取調受忍義務の有無について、前者からはこれを認める方向に考え、後者の立場は否定的に考えることになる。

被疑者の弁護人との接見指定の制度について、前者はその指定要件の認定において、捜査の便宜、後者は防御の重要性に重点を置くことになる。

さらに、捜査の公判との関係において、前者は捜査は終局的なものとされるが、後者は準備的なものとされる。

3 現行法の態度は必ずしも明らかでない。

たとえば、逮捕など強制捜査の根拠を示す条文の主語は検察官・検察事務官・司法警察職員とされており、糾問的捜査観にそぐう。ただし令状主義が採られているから、令状裁判官こそが権限のみなもととも見うる。198条の解釈についても、糾問的とも、弾劾的にも解釈できるのである。

【論点】捜査構造論

二 小問2について

1 捜査機関としては、司法警察職員は検察官に対して、一次的捜査権者としての立場に立つ(189条2項, 191条1項)。

当事者主義の建前が採られた現行訴訟においては、捜査の主催者は検察官である必要がない。また、公判に向けて準備活動をしなければならない検察官の負担軽減を図る必要性があるからである。

ただし、旧法からの伝統、捜査の糾問的傾向、法の規定の存在などの理由から、捜査は検察官の重要な職務とされている。また、経済事犯、贈収賄罪など、捜査に高度な法律的知識が必要であったり、独立した地位が保障された捜査機関による捜査が望ましい事件もある。かかる事件については、検察官は積極的に捜査をしなければならない。

2 また、検察官は司法警察職員の捜査への指示権・指揮権を有する(193条)。不備・欠陥を検察官が補正し、捜査の行き過ぎや偏向の抑制を期待したものである。

【論点】検察官と司法警察職員
の関係

三 小問3について

1 現行刑事訴訟法においては、訴因制度が導入され(256条2項, 3項), 被告人の反対尋問権が保障(憲法37条2項, 320条)されている。この点から、現行刑事訴訟法は、当事者主義の建前を採っていると解される。

裁判所が、起訴状一本主義、忌避の制度など公平な第三者の立場に立つことが担保される制度が採用されている点も、当事者主義の現れといえる。

2 しかし、当事者主義については限界がある。刑事訴訟の主題が国家刑罰権の問題である上に、裁判所の監視によって適正手続の保障を実現する必要があるからである。

具体的には、アレイメントは否定されているし(319条3項), 検察官の訴追裁量も全くの自由ではないとされている。

【論点】現行法における訴訟追
行の主導権

以 上

第2問 B

- 1 公判手続における検察官・被告人・弁護人それぞれが果たす役割について論ぜよ。
- 2 被告人への弁護を実質化する制度について説明した上で、制度の限界について問題となる点を論ぜよ。
- 3 「公平な裁判所」についてその意義と実現するための方法について論ぜよ。

【論点】検察官の性格

【論点】被告人の地位

【論点】弁護権保障の意義

【論点】国選弁護権

【論点】必要的弁護制度

【論点】公平な裁判所の意義

解答例

一 小問1について

1 検察官の果たす役割について

検察官は、当事者主義における一方当事者である原告としての地位を占める。

しかし、検察官は公益の代表者として、法と正義の実現、公平・公正たるべきである。単なる一方当事者であってはならない。すなわち、有罪に追い込むことがその役割ではなく、被告人の無罪証拠を集めるべき義務があるし、被告人の利益のための上訴権もある。

そのような地位を十分果たさせるため、法務大臣の検察官への指揮権には制約が加えられ、職務の独立が保障される。

【論点】検察官の性格

2 被告人の果たす役割について

訴訟審理において当事者主義が採用されたことに伴い、被告人は訴訟における一方当事者として主体的地位を獲得している。これは、法制度上、黙秘権、反対

【論点】被告人の地位

尋問権の採用などに現れている。

被告人はかかる立場に立った上で、訴訟の被告としての役割を果たすことになる。

3 弁護人の果たす役割について

前項で述べたように、現行訴訟法では、当事者主義的構造を採用している。

にもかかわらず、被告人は心理的衝撃を受けているし、捜査機関と比較し、その防御能力は劣弱である。

このように被告人は刑事手続において圧倒的劣位にあるから、かかる被告人の地位を実質的にも捜査機関側と対等な位置に高める必要がある。

そこで、被告人に資格のある弁護人による弁護権が保障された。

かかる趣旨を十分実現するため、弁護人は被告人の代理人のみならず、保護者の役割を果たすことが期待されることになる。

【論点】 弁護権保障の意義

二 小問2について

1 (1) 被告人に私選弁護人選任の機会しか与えられなければ、裕福とはいえ多くの被告人が弁護権行使の機会を失う。これでは、弁護人依頼権保障の実質が損なわれる。

そこで、憲法 37 条 3 項、刑事訴訟法 36 条、37 条、289 条 2 項は国選弁護権を保障し、国費をもって被告人に弁護人を付すこととしたものである。

国選弁護権によって、はじめて真に弁護人の援助を受ける権利が実質上保障されるから、弁護人選任権の告知、公訴提起後、請求を照会し、回答を求める手続きを踏むことが要求される。

(2) かような国選弁護権の趣旨から、国選弁護の放棄については慎重に考えなければならない。すなわち、事情を熟知して、明確に請求権を放棄したといえるような場合のみ可能であると解する。

【論点】 国選弁護権

2 また、一定の重罪事件については必要的弁護の制度が取られ、弁護権の放棄はできない。この場合、弁護人がいなければ開廷はできないことになる。

【論点】 必要的弁護制度

三 小問3について

1 憲法が「公平な裁判所」(37条1項)の裁判を受ける権利を保障した理由は、適正手続を保障し、法の支配を実現する点にある。かかる「公平な裁判所」とは偏頗や不公平のおそれのない組織と構成を持った裁判所による裁判をさす。

2 (1)かかる憲法の要請を担保する制度が設けられ、右趣旨の貫徹が目指されている。

まず、除斥・忌避・回避の制度により、裁判官の公平な判断の保障を図っている(27条)。

(2)さらに、起訴状一本主義(256条6項)がとられ、書類の添付・書類の引用が禁止される。また、第一回公判期日前の勾留に関する処分は受訴裁判所は行えないものとし(280条)、検察官の冒頭陳述についての制約が課せられる(296条但書)。

これは予断排除の原則の現れであり、裁判官の公平な判断を保障するものであるといえる。

以上

【論点】公平な裁判所の意義

* 忌避の事由について

なお、忌避事由を広げると、制度の濫用のおそれがある。そこで、忌避事由は当該事件の審理過程に属さない要因による場合をさすと解すれば十分である。これで制度趣旨を実現することができるからである。これに対して、訴訟手続における態度・方法は忌避事由にならないことになる。

第3問 B

1 国選弁護人に選任された者は、自発的に弁護人を辞任することができるか。

2 必要的弁護が要求される場合において、冒頭手続は弁護人がいなければ開廷できないか。また、必要的弁護が要求される場合において、被告人が弁護人の出頭確保を妨げる事態を生ぜしめ、解消が困難な場合、弁護人不在のままの公判審理は不可能か。

3 弁護人は有罪を確信するとき、無罪弁論することは許されないのか。逆に無罪であるのに、被告人が有罪弁論を望んでいる場合、無罪の弁論をすることはどうか。

【論点】国選弁護制度

【論点】必要的弁護制度

【論点】弁護人の真実義務

【論点】弁護人の守るべき被告人の利益

解答例

一 小問1について

1 自発的な辞任を含め、国選弁護人の辞任の要件が条文上明らかでなく問題となる。

思うに本論点については、国選弁護制度の保障を有効ならしめるため、弁護人の自発的な辞任を許さない解釈を取るべきである。したがって、国選弁護人選任行為の法的性質は裁判長の行う命令であると解する。

したがって、国選弁護人の辞任は解任命令によらなければならない。

もちろん、かかる命令が発せられるよう、弁護人から裁判長への申立は可能であり、これにより事実上の自発的な辞任ができる場合はある。ただし、これはあくまで裁判長の裁量内で認められるにすぎないものである。

2 申立に基づく場合を含めて、解任命令は、正当な理由あるとき発せられる。では、この正当な理由の意義をいかに考えるべきか。

思うに、弁護人の恣意や被告人による弁護人のえり好み等を許すのは不当である。したがって、両者間においては、客観的信頼関係があればたりるとみるべきであり、この点を満たす限り正当な理由はない。

被告人による弁護人への重大な侮辱、暴行があったという場合はこれが失われたといえ、正当理由ある。

逆に、個人的な信頼関係が喪失したにすぎない場合、正当理由はないことになる。

【論点】国選弁護制度

二 小問2について

1 特定の重大事件は弁護人なしで公判手続をすることができない(289条1項)。そこで、冒頭手続も弁護人がいなければ開廷できないか問題となる。

思うに、冒頭手続において審判対象を明らかにするための求釈明、形式裁判の主張は法的知識に優れた弁護人でなければならない。

したがって、原則として、冒頭手続も弁護人なく開廷することは許されないと解する。

【論点】必要的弁護制度

2 しかし、後段では被告人が弁護人の出頭確保を妨げる事態を生ぜしめ、解消が困難とされている。かかる場合も、弁護人不在のまま、公判審理は進められ

ないのか。

必要的弁護制度は弁護権を後見的に保障する点にある。しかし、このような場合被告人は保護するに値しない。この場合、弁護人の出席を実現しても、実効ある弁護活動も期待できない。

したがって、このまま公判を審理することが可能であると解する。

本件ならば、弁護人ないままで開廷できることになる。

三 小問3について

1 前段について

弁護人は真実義務を負う。とすれば、有罪を確信するとき、無罪弁論することは許されないのか。真実義務の内容が問題となる。

思うに、弁護人の職務は被告人の保護にあり、真実の発見は、裁判官・検察官に任される。ここで弁護人に、積極的な真実義務を要求することは制度の自殺というべきである。

したがって、弁護人は消極的な妨害回避義務を負うに過ぎない。具体的には、有罪の心証を得ていても、証拠不十分による無罪の主張は可能であると解する。

【論点】弁護人の真実義務

2 後段について

被告人が無罪であるにもかかわらず、身代わり犯として有罪の弁論をしている場合、弁護人はいかなる態度を取るべきか。

思うに、弁護人は刑事手続において、被告人の利益を守るために行動をしなければならない。しかし、弁護人は公益目的達成のため、被告人の保護者としての役割を果たすものである。被告人個人の利益を確保するためだけに働くのではない。

したがって、弁護人が守るべきは、公益目的にかなう、被告人にとって客観的な利益になるものである。

【論点】弁護人の守るべき被告人の利益

ここに身代わり犯としての処罰は、無辜の不処罰という刑事手続の目的に反するものであり、客観的に被告人の利益にかなうものとはいえない。

したがって、弁護人は本件事案では無罪であるとの弁

論をすべきである。

以 上

第4問 A

甲は官公庁を爆破する目的で、時限爆弾を入れたショルダーバッグをもって付近の公園の物陰に隠れていたところ、過激派が官公庁を爆破する計画があるとの通報を受け付近を警戒警備中の警察官Aに発見された。次のそれぞれの行為についての適法性を論ぜよ。

1 Aが氏名等について甲に職務質問したところ、甲は逃げ出す気配を見せたので、Aは甲の肩に手をかけてこれを制止した。

2 さらにAは甲の足下にあったショルダーバッグの中身について尋ねたところ、甲が黙っているの、バッグの外側から触ってみると、堅い瓶のような物が入っていることが分かった。そこでAはバッグを開けることを甲に要求したが拒否されたため、「開けるぞ」といって甲の承諾なくバッグを開けさせた。すると、バッグの中に手製の爆弾が入っていたので、その場で爆発物取締罰則違反で現行犯逮捕し、バッグ及び爆弾を差し押さえた。

かかる処分の適法性について論ぜよ。

【論点】司法警察活動と行政警察活動

総論として～【論点】任意処分の限界

【論点】職務質問と停止行為

そもそも職務質問に付随して、有形力の行使が認められるか
いかなる程度の有形力の行使が認められるか

【論点】所持品検査の適法性

バッグの外側から探す行為の適法性
承諾なくバッグを開けることの必要性
緊急性などがあるかどうか

解答例

一 小問1について

1 本問Aは甲の肩に手をかけ逃げだそうとした甲を制止している。かかる行為が適法か。

「停止」(警職法2条1項)の意義が明らかでなく、

【論点】職務質問と停止行為

問題となる。

2 職務質問は行政警察活動にあたるが、これも捜査と同様の規制を受けることになる。かかる活動においても、適正手続が要求されることは同様だからである。

【論点】司法警察活動と行政警察活動

とすれば、職務質問は任意処分たるべき（197条）で、強制は許されない。その意味で、「停止」とは、任意の停止をさすというべきである。

【論点】任意処分の限界

ただし、任意とは、強制でないという意味であるから、明示の承諾は必ずしも必要ないし、実力の行使が全く認められないわけでもない。かように解しないと、犯罪の予防・鎮圧など現実の目的が達成できないからである。

すなわち、「必要な」（197条1項）限度を超えない限りで、有形力を行使することは可能である。

ここにいう「必要」とは、必要性と相当性を満たす場合であるから、実力行使が適法といえるには、必要性・相当性の基準を満たさねばならない。

3 以上をもって本問Aの行為を検討する。爆破計画があるとされる緊急事態である上に、甲は現場近くで物陰に隠れていたものである。ここで逃げようとした甲に対しさらに職務質問を続行する必要性は高い。そのため制止することは必要である。

また、有形力の行使の程度としても、肩に手をかける程度である。未だ相当性を越えるものではない。

以上から、Aの行為は適法である。

二 小問2について

1 本件Aがバックに承諾なく触れ、拒否されたにもかかわらずバックを開けた行為は、所持品検査にあたる。

まず、所持品検査自体が、適法か。明文の根拠がなく問題となる。

【論点】所持品検査の適法性

思うに、職務質問（警職法2条）の口頭による質問と所持品検査は密接な関連性があると解される。職務質問の実効性を高めるため、所持品検査は職務質問の付随行為と位置づけられる。

2 この適法要件としては、原則として所持品検査をすることについての承諾が必要である。では、本件の

ように、承諾ないまま鞆のチャックを開けるという行為がなされた場合、これが適法といえるか。

承諾がないままの所持品検査を許せば、搜索・差押などの強制捜査に令状を要求した法の趣旨が潜脱される可能性がある。したがって、これを原則として認めることはできない。

しかし、爆発物所持など重大事件の嫌疑が明白であり、その場で処分をしなければ処分が無に帰するとの緊急性が認められるような場合がある。かような場合にいっさいの所持品検査ができないとなれば、国民の利益保護を図ることができない。また、任意といっても、前段で述べたように、明示の承諾が必要なわけではない。

したがって、承諾ないままの所持品検査も一定の要件の下、許容される。具体的には、必要性・相当性に加え、緊急性を要求すべきである。また、相当性についても通常よりも厳格に判断すべきである。非常例外的な処分だからである。

3 以上をもって本件を考えるに、過激派が官公庁を爆破するという重大犯罪の計画があるとの通報がある。また、甲の現場の物陰に隠れていたという態度を考えあわせると、緊急性必要性はある。重大事件であることからすれば、バックを開けることに手段の相当性は認められる。

以上から、Aの所持品検査は適法である。その結果現実に爆発物が発見されたのであるから、Aの現行犯逮捕、証拠物の差押えとも適法といえる。

以 上

第5問 B

1 自動車検問の種類をあげた上で、それぞれの合法性について論ぜよ。

2 司法警察職員Aは交通検問において、自動車の運転者Bに呼気検査への協力を要請したところ、Bが逃げだそうとしたため、Aは窓から手を入れて、車のエンジンを切った。かかる行為の適法性を論ぜよ。

【論点】自動車検問

【論点】司法警察活動と行政警察活動

【論点】任意処分の限界

解答例

一 小問1について

1 自動車検問の種類

自動車検問には、交通違反の予防検挙を主たる目的とする交通検問、不特定に行って一般犯罪の予防検挙を目的とする警戒検問、特定の犯罪が発生した際、犯人の検挙と情報収集を目的として行う緊急配備検問がある。

2 それぞれの合法性について

自動車検問を許容する法的根拠としては、197条の任意捜査、警職法の職務質問、道路交通法上の交通違反があげられる。

しかしの種類の、一せい検問については、上記条文を根拠とすることはできない。かかる検問が適法か否か問題となる。

まず、交通検問については、自動車利用者には取締りに協力する義務がある。また、警察法2条1項は警察の職務として交通取締りをあげている。したがって、かかる職務の実現のため、交通取締目的の一せい検問は許されると解する。

(については、警察の行政警察活動の一種として適法とできる)。

3 しかし、かかる処分も無制限に許されるわけではない。具体的には、任意手段であること、短時間の停止に止まり、必要な質問をするにとどめるなどの配慮があり、不当な制約とはいえないことを適法要件とすべきである。

また、実力の行使には、必要性・相当性に加え、緊急性を要求するなど、より厳格な要件が必要と解する。

【論点】自動車検問

二 小問2について

1 本件Aがしたエンジンキーを切る行為は、違法な有形力の行使ではないか。この点を検討する。

2 交通検問は行政警察活動にあたるが、これも捜査

【論点】司法警察活動と行政警

と同様の規制を受けることになる。かかる活動においても、適正手続が要求されることは同様だからである。

察活動

とすれば、検問における質問は任意処分たるべき(197条)で、強制は許されない。

【論点】任意処分の限界

ただし、任意とは、強制でないという意味であるから、実力の行使が全く認められないわけではない。犯罪の予防・鎮圧など現実の目的が達成できないからである。すなわち、「必要な」(197条1項)限度を超えない限りで、有形力を行行使することは可能である。

ここにいう「必要」とは、必要性和相当性を満たす場合であるから、実力行使が適法といえるには、必要性・相当性の基準を満たさねばならない。

3 本件では、運転者Bの態度、状況から見て、交通違反の可能性が高いならば、これに質問を続行しなければならない。これを実現するには、ある程度の有形力を行行使す必要がある。かつ、エンジンキーを切ることは、これ自体により相手に何ら実質的な損害を発生させるものではない。その意味で相当性は未だ失われないと解する。

以上から、本件Aの処分は適法と解する。

以上

第6問 A

甲警察署X警部補は被疑者Aに対する麻薬に関する罪の被疑事件の捜査について任意捜査を完結するため、Aに任意出頭を求めた。次の各場合におけるXの捜査の適法性を論ぜよ。

1 Aは任意出頭に応じたが、その際の実取調べが徹夜にわたった場合。

2 数次にわたる告知に加え、現実にXが出向いてAに任意同行を求めたため、渋々任意同行に応じた場合の実取調べ

3 数次にわたる告知にも関わらず、Aは何の理由も述べることなく出頭しなかった。そこで甲警部補は被疑者Aに対する逮捕状の発付を受け乙巡査にその逮捕を命じた。

4 十分な証拠をつかめなかったXはAの逮捕のためにおとり捜査を行った。

【論点】任意出頭を求めて行う取調べ

【論点】任意同行として許容される有形力行使の限度

【論点】逮捕の必要性(199条2項)

【論点】おとり捜査の適法性

解答例

一 小問1について

本問XはAに出頭させ、取り調べているが、かかる取調べは法律上任意でなければならない(198条1項但書)。本件のような徹夜の取調べも、任意捜査として適法と言えるか。【論点】任意出頭を求めて行う取調べ

任意捜査といえども、適正手続の要請には従うから、必要性和相当性の要件を満たさなければならない。これを具体的に検討する。

まず、逮捕にいたらない任意捜査といえる場合には、捜査官の有形・無形の圧力により事実上の強制下にあり、応じざるを得なかった場合は違法捜査となる。

次に、徹夜の取調べは、これが任意といえる場合は通常ありえない。したがって、原則として違法捜査となる。

ただし、積極的承諾があり、自白強要のための取調べではなく、被疑者の帰宅や、休養の申出が排斥されたわけではない場合は例外的に適法になると解する。

本小問でAは任意出頭に応じているので、本問取調べは逮捕にいたらない任意捜査といえるが、徹夜の捜査である以上、原則として任意とはいえず、取調べは違法となる。上記からそのような事情がある場合に限り例外的に適法となる。

二 小問2について

1 本件任意同行は、任意捜査としての任意同行(189条2項, 197条1項)にあたる。

かような任意同行の限界の判断において、実質的逮捕との区別が問題となる。

2 この点は、同行の方法・態様、必要性などの具体的事情の総合判断から、社会通念上相当と認められるかどうかによって決するしかない。

具体的には、社会通念から判断して、渋々同行した

【論点】任意同行として許容される有形力行使の限度

場合も任意といえる場合があるから、自発的に進んでしたという必要はないというべきである。

したがって、本件Xの捜査が適法となる可能性はある。

三 小問3について

1 本問逮捕状発布の理由は、Aの不出頭にある。

しかし、逮捕の必要性が肯定される場合として、逃亡または罪証隠滅のおそれがある場合があげられる(刑訴規則 143 条の 3)。これとは別に、被疑者が正当な理由なく出頭を拒んだときにも逮捕の必要性は肯定されるか。

2 思うに、刑訴規則は「等」としている。また、199 条 1 項但書は、住居不定、正当の理由がない不出頭も必要性として予定している。したがって、「必要性」は逃亡または罪証隠滅のおそれがある場合に限定されるわけではない。

ならば、捜査の必要性があるのに、正当な理由なく出頭を拒む者の身柄を拘束できる場合を認めてよいと解する。ただし、逮捕の必要性はきわめて高い必要があるほか、任意の出頭をするよう、逮捕の前に説得・勧告などの手段を尽くすことが要求される。

3 本問の場合も、上記のような手を尽くした上で、逮捕の必要性が高度に認められる限り、逮捕の必要性は肯定されると解する。

四 小問4について

1 本問Xがしているおとり捜査は、これが既に犯意を有する者に犯行の機会を与える、機会提供型の場合は問題なく任意捜査として許容される。犯人が自分の意思で犯罪行動を起こしているからである。

それに対して、機会を与え、あらためて犯意をおこさしめた犯意誘発型の場合はどうか。これは国が犯罪を作り出したようなものであるから、捜査のやり方としてフェアといえない。その意味で、これは違法とされる。

かかる、機会提供型か犯意誘発型かの区別が問題となる。

2 この点、通常の誘惑の程度を越えたか否かという、

【論点】逮捕の必要性(199 条 2 項)

【論点】おとり捜査の適法性

官憲の働きかけの度合いに応じて、その区別をすべきであるとする考え方がある。しかし、かように解すれば、通常の誘惑の程度を越えなければおとり捜査も許されるという結論が導かれかねない。

かような危険を避けるため、被誘惑者に犯罪性向があるか否かで分けるべきである。

以上、本件 A に上記のような犯罪性向があると認められる場合、X によるおとり捜査も許容される。

以 上

* 違法なおとり捜査が行われた場合の効果

違法なおとり捜査が行われたとき、その後の手続にどのような影響があるか問題となる。訴追・処罰に影響を与えないという立場も考えられるが、違法行為の禁圧のため、何らかの限定を加えるべきである。

しかし、違法なおとり捜査が行われた場合であっても、犯人が犯罪を犯したのは変わらないから、実体的に無罪とすることはできない。

この場合は、廉潔性を失い、適正手続に反するものとして、国家は公訴進行権を失うとすべきである。したがって、裁判で被告人に免訴を言い渡すべきである。

第 7 問 B

司法警察職員甲は、夜間パトロール中、乙から「今そこで暴力団風の男に顔を殴られた。」と訴えられ、乙の顔面を見ると鼻血が出ていた。そこで、乙と一緒に付近を捜索していたところ、約一時間後に、現場から約 500メートル離れた飲食店から丙が出てきた。乙が丙を指さし、「あいつだ」と大声を上げたため、丙は逃走の気配を示した。甲がその場で丙を逮捕したとして、その適法性を論ぜよ。(過去問 62 年度第 1 問改)

【論点】現行犯逮捕の要件

【論点】現行犯逮捕の必要性

解答例

— 1 まず、本問甲による丙の逮捕は令状によるものではない。しかし、犯行現場と逮捕の場所は時間的・場所的に近接している見うるから、かかる逮捕は現行犯逮捕(212条1項)として適法とされないか。

2 現行犯逮捕が無令状とされる理由としては、犯罪の実行が明白で、誤認逮捕のおそれがないからである。

【論点】現行犯逮捕の要件

そこで、現行犯逮捕しうる要件としては、現場の状況から、被逮捕者が犯人であることが明白であることと逮捕の場所が犯行現場及びその延長と見られる場所であることが要求されると解する。

さらに、現行犯逮捕では、条文上必要性は要求されていないが、現行犯逮捕の要件として、逮捕の必要性を要求すべきか。

思うに、現行犯逮捕にあたっては、要件を判断する暇がないし、被逮捕者が犯罪を行ったことは極めて明白な場合でもある。

したがって、必要性は現行犯逮捕の要件ではないと解する。

【論点】現行犯逮捕の必要性

3 以上から本問甲の逮捕行為が現行犯逮捕といえるかを検討すると、丙が逃走の気配を見せている点から、逮捕の必要性があるかに見える。しかし、乙の指摘のみで丙が犯人であることが明白であるとは言えない。仮に丙が犯人であっても、一時間にわたる付近の捜索によって丙が発見されたことからして、逮捕の場所が犯行現場からの延長であるとはいえない。

したがって現行犯逮捕としては適法とされない。

二1 一方、準現行犯は、犯人であることの明白性を条件に(212条2項各号)、罪を行い終わってから間がない段階の逮捕を認め、現行犯に比べて時間的な近接の点を緩和したものである。本件甲の処分はこれにあたりないか。

準現行犯逮捕

2 本問丙は乙に「あいつだ」と指摘された上、逃走しようとしているから、「誰何されて逃走しようとする」場合に当たる(212条2項4号)。さらに、犯行と逮捕現場とのある程度の場所的・近接性があるし、誰何したのは被害者である乙である。

このような事情から、甲の逮捕は準現行犯逮捕として合法といえる。

以上

次の各小問を論ぜよ。

- 1 捜査に同意又は承諾がある場合の捜査の適法性
- 2 親告罪について告訴無いまま捜査することの可否

【論点】捜査に承諾ないし同意がある場合

【論点】告訴がない親告罪の捜査の可否

解答例

一 小問1について

1 同意または承諾がある場合、個人的利益の放棄があるから、ここに人権侵害のおそれは低い。そこで、かかる捜査は任意捜査として適法とされる可能性がある。

2 ただ、承諾ないし同意さえあれば、捜査は適法なものとして是認されるわけではない。

任意捜査も適正手続の要請は妥当する。これは関係人の名誉を守らねばならないし、「必要」な限度（197条）、つまり必要性和相当性を満たす必要がある。

また、同意・承諾は必ずしも権利内容・効果について熟知してなされたとは限らない。時には、官権への屈服として権利放棄がなされたおそれもあり、安易な脱法行為を許す危険がある。

したがって、任意の放棄を訴追側が積極的に立証したときのみ適法というべきである。

3 また、承諾留置・家宅搜索・女子の身体検査など、場合によっては、およそ許されない場合があると解する。これらは通常は任意の承諾はありえないものであるからである。令状主義の潜脱を許さないためにもかように解釈すべきである。

【論点】捜査に承諾ないし同意がある場合

二 小問2について

1 親告罪とは告訴を訴訟条件とする犯罪である。特に、犯罪事実の存在が公になることが被害者の意思に反することを理由として親告罪とされている場合がある。かかる罪の嫌疑を下に捜査をすることは親告罪の趣旨に反すると思われる。

2 しかし、告訴は訴訟条件に過ぎない。しかも、捜

【論点】告訴がない親告罪の捜査の可否

査機関は、犯罪があると思料するときは捜査の権限を持つから、原則として捜査できると解する。

ただし、強制処分を行うことは慎重を期すべきである。また、告訴権が消滅した場合は、捜査自体が許されないというべきである。

以上

第9問 A

暴行の被疑事実で逮捕された被疑者につき、以下の問いに答えよ。

- 1 この被疑者を窃盗の被疑事実のみで勾留請求できるか。
- 2 この被疑者を暴行の他、余罪たる窃盗の被疑事実を付加して勾留請求できるか。(以上、類題平成8年度第1問)
- 3 暴行による逮捕が緊急逮捕であったとして、暴行の被疑事実で勾留請求することができるか。

【論点】逮捕前置主義

【論点】事件単位の原則

【論点】人一単位説・事件単位説

【論点】付加して行う勾留請求の可否

解答例

一 小問1について

1 本問被疑者が窃盗の被疑事実で逮捕された事実はない。このように被疑事実について逮捕することなしに勾留請求をすることは可能か。

逮捕前置主義については、明文の根拠はない。しかし、204条～206条は、すべて勾留手続の前提として、逮捕の履践を要求している。このことから、その採用が伺われる。

かかる逮捕前置主義により、逮捕・勾留の二段階において、司法判断を確保することができる。

2 但し、本問被疑者は暴行により逮捕されていることから、逮捕前置はあるとも思える。

【論点】逮捕前置主義

そこで、逮捕・勾留はいかなる単位をもって行われるべきか。

この点、勾留は身柄処分であることを理由に、一度勾留されれば他の事実による勾留はできないという人単位説がある。それならば、余罪を援用した勾留延長も許さないはずである。しかし、本説はそれを許す以上、令状主義の潜脱を認めることになり、妥当でない。

思うに、嫌疑事実ごとに二度の司法判断を保障すべきである。とすれば、逮捕・勾留は事件ごとに行われるべきである。

3 かかる事件単位の原則の帰結として、逮捕・勾留は、同一の事実に基づく必要があることになる。

この同一の事実というのは、完全に同一の事実であることを要求するものではない。たとえば、A罪で逮捕され、B罪で勾留請求をするという場合、構成要件が異なる以上、両事実が全く同一事実であるとはいえない。

しかし、社会的にみて同一事実に関するものなのに、罪名の変化のたびに逮捕を繰り返すことは不当である。したがって、A罪で逮捕され、B罪で勾留請求することは、全く許されないわけではない。

ここに、A罪とB罪が同一の事実によるといえる判断基準であるが、公訴事実の同一性（312条1項）を援用するのが妥当である。かかる概念は訴因変更のためのものであり、同一手続で処理すべきか否かという判断をする点で、ほぼ同一の機能を営むものであるからである。

4 以上をもって本問を検討すると、暴行罪と窃盗罪を構成する事実が同一の事実であるとはいえない。

したがって、本問勾留は認められない。

二 小問2について

1 暴行罪の被疑事実によって逮捕した場合、窃盗罪の被疑事実を付加して勾留することは可能か。

この点、窃盗の事実について、逮捕の前置がないことからすれば、これは認められないかに見える。

しかし、被疑者が暴行の事実によって勾留されることには変わりがない。しかも、別に逮捕・勾留される

【論点】事件単位の原則

【論点】人—単位説・事件単位説

【論点】付加して行う勾留請求の可否

よりも被疑者に有利である。

したがって、このように被疑者に有利な限度で事実を付加した逮捕は肯定すべきである。有利な限度、とは、たとえば、勾留後暴行について勾留の要件が欠けたときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

三 小問3について

本件緊急逮捕は、要件に欠け、違法である。このような違法な逮捕に続いてされた勾留請求は認められるか。

思うに、逮捕が違法な場合、拘束の法的根拠がない以上、被疑者は釈放すべきである。しかも、勾留は逮捕で始められた身柄拘束をそのまま継続する処分である。とすれば、最初の逮捕による身柄拘束ができない以上、引き続いて身柄拘束することはできないというべきである。

したがって、逮捕による身柄拘束が認められない限り、それに基づく勾留も認められない。

本件の場合も、緊急逮捕の要件が整っていない違法なものである以上、そのまま勾留をすることは許されないと解する。

以 上

第10問 B

次の検察官甲または裁判所による処分は合法か。

- 1 検察官甲による請求に応じて、裁判所が10日よりも短期の勾留状を発行すること
- 2 裁判所からの10日の勾留許可にも関わらず、検察官が8日目で被疑者を釈放すること
- 3 裁判所は勾留不許可としたが、検察官による準抗告がなされた場合、決定までさらに被疑者の身柄拘束を継続すること

【論点】10日よりも短期の勾留状を発行できるか

【論点】検察官の途中釈放は許されるか

【論点】釈放命令の執行停止を求めることができるか

解答例

一 小問1について

勾留期間は、原則として10日である。しかし、それよりも短期の期間を定めた勾留状を、裁判所は発布することはできるか。

思うに、法は勾留状に期間を記載することすら予想していない。すなわち10日を当然の限度としてしていると解しうる。

したがって、かような勾留状の発行は否定すべきである。

【論点】10日よりも短期の勾留状を発行できるか

二 小問2について

小問1のように勾留期間が当然に10日であると解するならば、勾留の必要性がなくなった場合、検察官は被疑者を途中釈放できるか。条文上明らかでなく問題となる。

思うに、勾留の請求権者である検察官が、身柄拘束が不必要であると判断した場合にまで拘束を継続するのは不当である。法的根拠としては、被疑者の利益処分であるから、208条1項を準用すれば足りる。

また、身柄拘束の必要性がなくなった場合、かように検察官の判断によって途中釈放を認めることで、前小問の結論の妥当性が維持できる。

したがって、途中釈放を肯定すべきである。

【論点】検察官の途中釈放は許されるか

すなわち、勾留の必要性がない限り、8日で被疑者を釈放することは許されると解する。

三 小問3について

検察官による準抗告がなされた場合、釈放命令の執行停止(432条、424条)を求めうるか。

この点、執行停止ができないと逃亡・罪証隠滅が避けられない。思うに、却下の裁判には被疑者の釈放命令が含まれるから、この執行の停止を求めることは可能である。

したがって、執行停止を求めることはできると解する。

【論点】釈放命令の執行停止を求めることができるか

すなわち，釈放命令が執行停止された結果，そのまま身柄拘束を継続できることになる。

以 上

第 1 1 問 B

甲は，複数の賭博行為により逮捕・勾留され，常習賭博罪で起訴されたが，公判係属中に保釈された。甲について，上記起訴事実と常習一罪の関係に立つ別の賭博行為が後に判明したとき，甲を改めて逮捕・勾留できるか（平成 2 年度第 1 問）。

【論点】一罪一逮捕一勾留の原則

【論点】新たに判明した事実についての逮捕・勾留の可否～常習犯の例外

解答例

一 1 本件身柄拘束は起訴事実と法的に包括して評価すべき事実に基づいたものである。これは一罪につき数度の逮捕・勾留をするものとして違法ではないか。

2 一罪につき，逮捕・勾留は一回を原則とし，これを分割して逮捕・勾留を繰り返すことはできないとされる。

かかる一罪一逮捕・一勾留の原則についての，明文はない。しかし，本原則をとらなければ，逮捕・勾留の法的期間の潜脱になるおそれがある。かかる趣旨は，再逮捕は，例外的であるから，あえて定められたものとみることができる（199 条 3 項参照）点からも看取できる。

以上の理由から，刑事手続においては，本原則が採用されていると解される。

二 1 一罪の基準については，実体法上の罪数を基準とするのが妥当である。

一罪とされるものに対して，刑罰権は一個しか発生しないから，訴訟上も同様に扱うべきだからである。

2 しかし，釈放後に同一犯罪の一部と見られる行為（常習行為）を行ったとき，後の事実を根拠に逮捕・勾留することは可能か。

【論点】一罪一逮捕・一勾留の原則

判断基準

【論点】新たに判明した事実についての逮捕・勾留の可否～常習犯の例外

かかる逮捕・勾留は本原則に反するかに見える。しかし、検察官は一罪の全部を同一に処理すべきであるも、この場合はそれが不可能な場合である。ここで、後の事実について、罪証隠滅・逃亡のおそれがあるならば、逮捕・勾留を認める必要性がある。

したがって、かような場合は、例外的に逮捕・勾留は認められると解する。

三 以上から、本件でも、捜査機関は改めて甲を逮捕・勾留できることになる。

以 上

* 科刑上一罪の場合も同様に考える

文書偽造罪による起訴 これの行使、これを利用した詐欺が保釈中に行われた場合など（偽造文書が没収されずに手元に残してあったことが前提）

第12問 A

1 捜査当局はXに強く殺人の嫌疑を抱くに至ったが、殺人罪で検挙するにたる具体的証拠を収集できなかった。そこで、Xが窃盗罪を行ったという事実により逮捕状・勾留状の発布を得て、執行し、Xの取調べを行った。

取調べ時間のほとんどが殺人罪についての取調べにあてられ、この結果Xが殺人事件について自白した。捜査当局は自白調書を証拠資料として、殺人事件について逮捕状を得、逮捕状を執行し、かつ勾留状の発布を得て取調べを続けた。

以上の身柄拘束の適否について論ぜよ。

2 また、Xが窃盗罪を行ったという事実に関して発布された捜索・差押許可状に基づいて殺人罪に関する証拠を差し押さえることの適否についても論ぜよ。

【論点】別件逮捕の適否

【論点】余罪取調べの限界

【論点】別件逮捕後の再逮捕の適法性、取調べの適否

【論点】再逮捕の要件

【論点】再勾留禁止の例外

【論点】先行する逮捕が違法な場合、再逮捕が許されるか

解答例

一 小問1について

1 捜査当局は、窃盗罪の嫌疑に基づいて逮捕・勾留を行いながら、勾留中に殺人罪についての取調べを行って

いる。とすると本問逮捕・勾留は別件逮捕として違法ではないか。

2 本件の捜査のため、あえて別件で逮捕することの適法性を検討する。

まず、別件について逮捕の要件が備わっていない場合、かかる逮捕は明白に違法である。

問題は、別件について逮捕の要件が備わっている場合の逮捕の適法性である。

逮捕は証拠隠滅・逃亡などを防ぐためにあり、自白獲得の手段とすることは許されない。しかも、これを許せば本件について法定の拘束期間・令状主義の潜脱を許すおそれがある。

したがって、別件について逮捕の要件が備わっても、実質上本件の逮捕と称すべき場合ならば、別件逮捕は違法となると解する。

【論点】別件逮捕の適否

3 しかし、かように本件を基準に別件逮捕の違法性を判断するならば、逮捕段階において別件逮捕か否かを判断することは難しい。本件の取調べをするかどうかは捜査機関の主観に関わる事項だからである。

そこで、実質的に別件逮捕を違法と判断するための基準が問題となる。

上述の通り、別件逮捕が違法とされる理由は令状主義を潜脱することになるからである。とすれば、そのような結果を導く逮捕・取調べのみが禁圧されると解する。したがって、かかる潜脱があるかどうかをもって、その違法性を判断すべきである。

その判断には、本件についての取調べ時間の長短など、取調べの状況から逆算して、具体的に判断することになる。

【論点】余罪取調べの限界

本問で勾留中の取調べはほとんど殺人罪のためにあてられていることから、本問逮捕・勾留は実質上本件の逮捕といえる。したがって本件捜査当局のなした窃盗罪に関するXの身柄拘束は違法である。

4 さらに、その後捜査当局は殺人事件について逮捕・勾留して取調べを行っている。このように別件逮捕が違法とされた場合の本件による後の逮捕・勾留は許されるか。

まず、違法な別件逮捕においては実質的に本件による逮捕がされているといえる。したがって、この問題は再逮捕の問題として処理すべきである。

【論点】別件逮捕後の再逮捕の適法性，取調べの適否

ここに、再逮捕は明文で許容される（199条3項参照）。そして、再逮捕が認められる以上、それに続く処分も認められるというべきである。

【論点】再逮捕の要件，【論点】再勾留禁止の例外

しかし、これを安易に許せば、逮捕・勾留の期間制限を無に帰することになる。不当な蒸し返しにならないよう、逮捕要件は厳格に判断すべきである。

かつ、再勾留については許容する明文はないし、逮捕と異なり、長期の身柄拘束処分である。したがって、ことさら厳格な要件が必要であると解する。

具体的には、先の逮捕の違法性の理由が形式的瑕疵にある場合、再逮捕は可能である。実質的権利侵害はないし、捜査機関にやり直しを認めるべきだからである。

【論点】先行する逮捕が違法な場合，再逮捕が許されるか

一方で、被疑者の権利侵害があって勾留請求が却下された場合は、再逮捕は禁止される。適正手続違反ある場合であるからこれは看過できないし、将来の違法を抑制する必要もあるからである。

本問において先行する逮捕は、違法な別件逮捕によるものである。これはXの権利侵害をきたしているといえる。したがって、違法な別件逮捕に続く逮捕・勾留は違法であり、許されない。

二 小問2について

1 別罪により令状を得て差押えを実施し、本罪の証拠固めをする行為は適法か。

2 思うに、刑事手続は罪状ごとに適正な手続が保障されなければならない。捜索・差押においても、罪となるべき事実ごとに、その必要性・相当性を裁判所が判断し、令状を発布している。令状に罪状の明記が要求されているのはその現れである。

【論点】別件捜索・差押，緊急捜索・差押

にもかかわらず、一通の令状で他の事実についての

搜索・差押が可能であるならば、令状主義の潜脱になり、適正な手続を全うできない。

この点、緊急時に限定し、他罪に関する証拠の押収を認める立場もある。しかし、搜索差押はすぐれて権利侵害のおそれが高いから、明文の根拠がない限り、かような例外は認めるべきでない。

したがって、別件の搜索・差押は一切許されないと解する。かような理由から、窃盗罪に関する令状による搜索中、たまたま発見された殺人罪の証拠を押収することはできない。ましてや、もともと殺人罪の証拠固めのために、名目のみ別罪に関する搜索・差押令状を請求することは許されない。

* 同時に他の事件の証拠にもなる場合 単に他の事件の証拠にもなれば搜索・差押の対象になるのか、なるとしてもこれを別罪において証拠として使えるのか

3 本問でも、捜査当局が窃盗罪の令状を、もっぱら殺人罪の証拠固めのために請求したとすれば、これは違法である。仮にそのつもりがなく、殺人罪に関する証拠を発見した場合でも、その証拠を押収することはできない。

以上

第13問 B

捜査機関による被疑者の取調べには、現行法上どのような制約があるか。被告人の取調べについても答えよ。(平成3年度第1問)

【論点】取調受任義務の有無

【論点】被疑者の黙秘権

【論点】黙秘権と自白法則の関係

【論点】余罪取調べの可否

【論点】被告人の取調べ

解答例

一 前段について

1 捜査機関がする被疑者の取調べは任意であるのが原則である(198条1項)。しかし、法には出頭・退去の自由が認められるのは、逮捕・勾留されたときを除いて、とある。

そこで、逮捕・勾留中の者に取調べ受忍義務は認め

【論点】取調受任義務の有無

られるかが問題となる。

思うに、取調べについて現実の必要性・重要性がある。また、上記条文の文言からすれば、逮捕・勾留中の者には取調べ受認義務を認めたとみるのが素直である。理論的にも、逮捕・勾留の効果として、受忍義務を読み込みうる。

したがって、身柄拘束された被疑者に取調べ受認義務は認められると解する。

2 (1)さらに、被疑者に黙秘権は認められるか。

これを認めるのは、自白法則と黙秘権を混同するものであるとも考えられる。しかし、黙秘権も自白法則も供述強要を防ぐための手段であり、後者を認める場合に、必ずしも前者を認めないとする必要はない。また、198条2項が存在する。

したがって、被疑者に黙秘権を認めることは可能であると解する。

(2)それでは、かかる黙秘権の範囲について、どのように考えられるか。

憲法は、「不利益な供述」を強要されない(憲法38条)としている。

ここで、刑事訴訟法は「自己の意思に反して」供述をする必要がないとしているから、被疑者の黙秘権は刑事訴訟法が拡張した包括的黙秘権であると解しうる。

したがって、被告人自身の氏名について、供述は強制されない。包括的黙秘権の対象となるからである。

また、交通事故の際の報告義務について、行政目的を達成する上で必要な事項について報告義務を課すのは問題ないと解する。刑事責任の追及と関係がないからである。一方で、刑事責任に関する事項は、不利益な供述を強要するものである。

なお、被疑者の取調べにおいては、黙秘権についての告知が必要である。これは黙秘権担保の重要な手段といえるからである。

3 また、自白の任意性の原則が妥当する。これによって、証拠として排除されるような自白の採取を防止できる。また、自白に対する補強証拠が要求されることで、

【論点】被疑者の黙秘権

【論点】黙秘権と自白法則の関係

証拠の収集を怠らせないことになる。

さらに、黙秘権の告知がないなど供述の採取過程に違法がある場合、供述の証拠能力を否定することも考えられる。

4 最後に、余罪取調べについては何らかの限定はされるか。

既に述べたように、取調べは強制捜査である。となると、強制捜査として余罪についての取調べをするのは令状主義の潜脱になるかにも思える。

しかし、198条1項但書に特に限定はないし、余罪捜査は捜査にとって必要かつ効果的である。被疑者にとっても、同時に取調べを受けた方が便宜ともいえる。したがって、余罪取調べは限定されないと解する。

【論点】余罪取調べの可否

二 後段について

1 被告人の取調べであるが、任意処分である限り許されると解する。公訴維持のため許す必要があるし、特に明文は禁止していないからである(197条)。

2 ただし、公判段階において被告人は検察官と対等な当事者としての地位が認められている。これを無にしないよう、接見指定はありえないなど、取調べには一定の限界があるといえる。

【論点】被告人の取調べ

以上

第14問 B

1 捜索・差押許可状を下す際に、その必要性を裁判所は判断できるか。また、許可状には場所・対象物の特定が要求されるがその程度はどれほどのものが要求されるか。

2 捜索・差押において公務執行妨害罪に触れない程度の妨害にあった場合、実力を行使し、妨害を排除することは可能か。

【論点】捜索・差押の許容条件

【論点】捜索する場所・押収する物の明記

【論点】捜索・差押に伴う実力行使

解答例

一 小問1前段について

1 搜索・差押許可状を下すにあたって、搜索・差し押さえの必要性を裁判所は判断できるか。明文無く問題となる。

2 (1) 必要性について裁判官が判断できなければ、司法による違法捜査への抑制機能を十分に働かせることはできない。法的根拠としては、同趣旨の規定である逮捕についての199条2項但書の趣旨を解釈によって及ぼすべきである。

したがって、裁判所は搜索・差押の必要性を判断できると解する。具体的には、犯罪の捜査をするについての必要性(218条1項)を判断できる。

(2) かかる、「必要性」の判断基準として、犯罪の態様、差押物の証拠としての価値、重要性など諸般の事情を考慮し、差押の必要があるかどうかを判断することになる。具体的には、証拠物または没収すべき物と思料されるものについては、原則として、その必要性は認められる。

【論点】 搜索・差押の許容条件

二 小問1後段について

1 搜索・差押許可状には搜索する場所・押収する物の明記が必要である(219条1項)。これは、被執行者に受忍範囲を明示する必要があるからである。また、かかる特定を要求すれば、搜索・差押という強制捜査権の濫用を防止しうるからである。

2 では、場所の特定性の程度としていかなる程度のものが要求されるか。

これは、上記の趣旨を実現するため社会通念に照らして合理的に解釈し、特定しうる程度の記載を要求すべきである。具体的には、人の住居権の個数を基準に特定明記すべきと解する。

これに対して、押収する物については、ある程度包括的な表示でも許される場合を認めるべきである。

捜査の初期段階では、差押物が捜査機関にも具体的に判明しないことが多い。それでも特定性を要求すると、捜査の困難から、被疑者の早期逮捕など好ましくない捜査を誘発するおそれがあるからである。

【論点】 搜索する場所・押収する物の明記

具体的には、各記載事項があいまって令状の特定性の趣旨を満たせばよいと解する。例えば、罪名の記載によって限定されればよい。

三 小問2について

1 公務執行妨害罪にいたらない実力によって搜索・差押が妨害された場合、捜査機関は実力行使を許されるか。

2 思うに、搜索・差押には妨害が伴うことが通常予想されるから、これが可能でなければ、執行が不可能な場合が多々見られることになる。

よって、執行を可能にする必要性から、令状には、ある程度の実力行使の許可が含まれているとみることができる。

3 したがって、必要最小限度の実力行使は許されると解する。

【論点】搜索・差押に伴う実力行使

以上

第15問 A

司法警察職員甲が、窃盗の逮捕状で被疑者乙をその居室において逮捕しようとしたところ、乙がいなかったため、甲は居室内のみならず、台所、寝室などの搜索を行い、その事件の盗品を発見したため、これを差し押さえた。乙は、その20分後、自宅に戻ったところを逮捕され、連行先の派出所で、ポケットに入れていた贓物がさらに押収された。かかる甲の搜索・差押は適法か。

【論点】逮捕に伴う搜索・押収が認められる趣旨

【論点】逮捕にともなう搜索・押収の時間的・場所的範囲

【論点】身体への搜索・差押

【論点】逮捕前の搜索・差押

解答例

一 1 逮捕に伴う搜索・差押は無令状であっても許される。しかし、本問逮捕の場合は許される搜索・差押といえるか。逮捕に伴う搜索・押収がいかなる範囲で許されるかが問題となる。

2 思うに、逮捕の現場には、証拠の存在する蓋然性が高い。また、その場で保全しなければ意味がない証拠が存在することも多い。

すなわち、逮捕に伴う搜索・差押は合理的な証拠収集手段の一つとして認められたものであると解する。

以上から、搜索・差押が許されるには必ずしも緊急事態である必要がなく、その許容範囲も搜索・差押の一般原則によることになる。

二 1 しかし、本件甲は逮捕の着手前に、搜索・差押をしている。かかる、逮捕前の搜索が許されるか否かが問題となる。

思うに、逮捕着手時の前後関係によって、証拠存在の蓋然性・必要性の程度が変化するわけではない。したがって、これを特に区別する理由はなく、逮捕着手前の搜索も許されると解する。

2 (1)さらに、捜査の場所的限界としては、被疑者の近辺に限らず、同一管理権の及ぶ場所ならば搜索・差押は許されることになる。

本件乙の管理権は、その住居全体に及ぶので、この点について、台所・寝室における甲の捜査は適法である。

(2)しかし、本件では乙の所持品まで搜索・差押されている。身体に対する搜索・差押が連行先でされた場合について検討する。

思うに、身体という現場に実質的変更がなければ、連行先においても搜索・差押は可能である。ただし、これはその場における身体検査が、共同行為者による身柄の奪還、現場の混乱などの危険を生む場合など必要性がある場合に限る。

加えて、搜索・差押が逮捕に伴う範囲に限定されることから、逮捕と搜索・差押との接着性が当然に必要である。これは、逮捕の前後 20 分程度に限られる。連行から搜索開始までの時間がそれ以上になった場合、原則として違法逮捕になる。

例外的に、逮捕現場から連行先までの間に搜索・差押をするに適当な場所がなかった場合、これ以上の時

【論点】逮捕に伴う搜索・差押が無令状で許される趣旨

【論点】逮捕にともなう搜索・押収の時間的・場所的範囲

【論点】逮捕前の搜索・差押

【論点】身体への搜索・差押

間が経過しても適法になる場合があると解する。

三 以上から、乙家における盗品の差押えは適法である。しかし、乙の所持品への差押については、上記のような特別事情がない限り、これは違法となる。

以 上

第 16 問 B

次の捜査は適法か。

- 1 電話盗聴
- 2 講演会の講演を録音すること
- 3 脅迫電話を被害者の同意を得て逆探知すること

【論点】電話盗聴

【論点】公開講演の録音の適法性

【論点】任意捜査と強制捜査の区別

【論点】近代的捜査手段と強制処分法定主義

解答例

一 小問 1 について

1 電話盗聴は、プライバシーないし人格権の侵害であり、通信の秘密を侵すものである(憲法 21 条)。したがって、強制捜査の一種にあたる。

しかし、密行性が高い犯罪が増加傾向にある状況の下、かかる捜査手段を認める必要がある。そこで、適正手続の保障の要請に反しない限度で、電話盗聴は許される(通信傍受法)。

その具体的許容基準は、重大な権利侵害であることから、写真撮影などプライバシー侵害のおそれがある他の捜査方法よりも、より厳格に規定されている。すなわち 犯罪の重大性 嫌疑の十分性 証拠方法としての重大性と必要性ある場合に、他の手段に出る困難性などから 真にやむを得ないと認められる場合に

【論点】電話盗聴

限るといふべきである。

さらに、緊急事態ではないことから、電話盗聴には、令状が必要である。

二 小問2について

1 公開講演の録音については明文で許容する規定はない。

2 しかし、講演の公開性から、プライバシーの権利は放棄されているといえる。したがって、本処分は、任意捜査の一種として適法といふべきである。

3 任意捜査であるから、必要な限度で相当な場合のみ認められることになる。

三 小問3について

1 会話の一方当事者の承諾があるときの盗聴、または通話中の秘密録音は適法か。

まず、かかる処分は強制捜査か。

伝統的には、強制捜査とは、直接または間接に強制の契機を含むものであるとされていた。しかし、197条1項但書の趣旨は、捜査機関による人権侵害を防止する点にある。強制捜査の範囲を上記に限定することは狭きに失し、本条の趣旨の実現はできない。

かかる観点から、個人の法益、すなわち人権を侵犯するおそれがあるものは強制捜査とすべきである。

ここに、本件捜査方法は、承諾ない者のプライバシー・人格権の侵害の可能性はあるから、強制捜査の一つとみるべきである。

2 しかし、かかる捜査方法は明文の根拠がない。強制処分法定主義（197条1項但書）から、明文にない強制捜査は一切許されないのか。

思うに、197条は有体物に対する搜索・押収等古典的な処分を念頭に置いており、科学技術の発展に伴う新しい人権を侵害する処分は予定していない。とすれば、かような捜査方法は、任意捜査として許容するよりは、強制処分として令状主義の抑制下においた方がよい。

以上、197条の趣旨は司法的抑制による可及的な人権保障にある。すなわち、かかる趣旨に反しないなら、

【論点】公開講演の録音の適法性

【論点】強制捜査と任意捜査の区別

【論点】明文にない強制捜査

明文にない強制処分も許されると解する。

3 以上から、本件捜査方法も適法になる場合がある。
しかし、これも全く自由ではない。すなわち、強制捜査である以上、原則としてこれも小問(1)で述べた要件を満たさなければならない。

例外的に、具体的事情から、他に漏れないことが合理的に期待されるべき会話については、令状なくして記録することができる。また、脅迫電話の逆探知は、現行犯であることに鑑み、正当防衛的な場合として、適法であると解する。

以上

第17問 B

捜査機関による次の各写真撮影は許されるか。

街頭で条例違反のデモが行われた際、デモ指揮者の容ぼう確認のため、その顔写真を撮影すること。(平成4年度第1問改題)

【論点】強制捜査と任意捜査の区別

【論点】明文にない強制捜査

【論点】写真撮影

解答例

一 1 身柄拘束中の被疑者への写真撮影は無令状で可能である(218条2項)が、本件ではそのような事情はない。そこで、それ以外の個人の容貌について写真撮影が認められるか。

まず、かかる処分は強制捜査か。

2 伝統的には、強制捜査とは、直接または間接に強制の契機を含むものであるとされていた。しかし、197条1項但書の趣旨は、捜査機関による人権侵害を防止する点にある。強制捜査の範囲を上記に限定することは狭きに失し、本条の趣旨の実現はできない。

かかる観点から、個人の法益、すなわち人権を侵犯するおそれがあるものは強制捜査とすべきである。

【論点】強制捜査と任意捜査の区別

3 ここに、写真撮影は肖像権を侵害するおそれがある。したがって、強制処分というべきである。

二 1 しかし、かかる捜査方法は明文の根拠ない。強制処分法定主義（197条1項但書）から、明文にない強制捜査は一切許されないのか。

2 思うに、197条は有体物に対する搜索・押収等古典的な処分を念頭に置いており、科学技術の発展に伴う新しい人権を侵害する処分は予定していない。とすれば、かような捜査方法は、任意捜査として許容するよりは、強制処分として令状主義の抑制下においた方がよい。

思うに、197条の趣旨は司法的抑制による可及的な人権保障にある。すなわち、かかる趣旨に反しないなら、明文にない強制処分も許されると解する。

【論点】明文にない強制捜査

3 以上から、本件捜査方法も適法になる場合がある。具体的には、嫌疑の明白性 証拠保全の必要性に加え、緊急性 手段の相当性という厳格な基準を要求すべきである。

三 本件では条例違反がまさに行われているわけであるし、この機を逃せば、指揮者の容ぼうを確認することは困難である。したがって、 の要件は満たす。よって、 の要件を満たす限りで顔写真の撮影は可能である。
以 上

【論点】写真撮影

第18問 B

覚せい剤使用の嫌疑があり、逮捕されている被疑者について、尿を強制的に採取するには、捜査官はどのような方法を採用することができるか、その可否、要件及び問題点について論ぜよ。（平成7年度第1問改題）

【論点】強制捜査と任意捜査の区別

【論点】明文にない強制捜査

【論点】強制採尿の可否、要件、令状の種類

解答例

一 1 強制採尿は実際上の必要性はあるが、身体に対す

る危険を伴い、被疑者に屈辱感を与えるものである。そこで、かかる捜査の適法性を検討する。

まず、かかる処分は強制捜査か。

2 伝統的には、強制捜査とは、直接または間接に強制の契機を含むものであるとされていた。しかし、197条1項但書の趣旨は、捜査機関による人権侵害を防止する点にある。強制捜査の範囲を上記に限定することは狭きに失し、本条の趣旨の実現はできない。

かかる観点から、個人の法益、すなわち人権を侵犯するおそれがあるものは強制捜査とすべきである。

【論点】強制捜査と任意捜査の
区別

3 ここに、強制採尿は人身の自由を侵害するおそれがある。したがって、強制処分というべきである。

二 1 しかし、かかる捜査方法は明文の根拠ない。強制処分法定主義（197条1項但書）から、明文にない強制捜査は一切許されないのか。

2 思うに、197条は有体物に対する搜索・押収等古典的な処分を念頭に置いており、科学技術の発展に伴う新しい人権を侵害する処分は予定していない。とすれば、かような捜査方法は、任意捜査として許容するよりは、強制処分として令状主義の抑制下においた方がよい。

以上、197条の趣旨は司法的抑制による可及的な人権保障にある。すなわち、かかる趣旨に反しないなら、明文にない強制処分も許されると解する。

【論点】明文にない強制捜査

3 これを踏まえて本件をみるに、公益のために人格の尊厳をある程度犠牲にすることも法は予定している。特に麻薬・覚醒剤事犯、飲酒に関わる犯罪のように、被害者がいない犯罪においては、被疑者の尿は数少ないかつ重要な証拠になりうる。

したがって、一定の条件の下、許容される場合はあると解する。

三 1 しかし、強制採尿が身体および精神に対して与える影響は重大なものであるから、その許容要件は厳格なものである必要がある。具体的には、事案の重大性、証拠の不可欠性、嫌疑の存在、代替手段がないこ

【論点】強制採尿の可否、要件、
令状の種類

とを要求すべきである。加えて、生理的機能障害を引き起こすことを防ぐため、医師等がなすことが必須であると解する。

2 かような要件が整った場合、令状が発布され、初めて強制採尿が可能になる。しかし、強制採尿に明文の規定はない。したがって、強制採尿を行うために、いかなる令状が必要となるか。

思うに、尿は人体の一部ではないから、本件処分は、証拠となる有体物の発見・占有取得を目的とするものといえる。したがって、捜索・差押令状によるべきである。

ただし、身体検査の場合と同様の人権侵害の危険性がある。したがって、医師をして医学的に相当と認められる方法によって行わせることを令状の記載要件とすべきである。根拠は、身体検査令状に関する刑法218条5項を準用すればよいと解する。

以 上

第19問 B

酒気帯び運転をして人身事故を起こし、自らも負傷して失神中の被疑者から、その身に保有しているアルコールの程度を調べるため、次のものを採取した。これらのものについての鑑定結果を右事故に関する被告事件の有罪認定の証拠とするための要件を答えよ。

- 1 呼気
- 2 血液（昭和49年度第2問改題）

【論点】強制捜査と任意捜査の区別

【論点】明文にない強制捜査

【論点】呼気採取

【論点】採血

解答例

一 小問1について

1 まず、呼気採取の適法要件を検討するに当たって、その法的性質を明らかにする必要がある。これは強制捜査か。

伝統的には、強制捜査とは、直接または間接に強制の契機を含むものであるとされていた。しかし、197条1項但書の趣旨は、捜査機関による人権侵害を防止する点にある。強制捜査の範囲を上記に限定することは狭きに失し、本条の趣旨の実現はできない。

かかる観点から、個人の法益、すなわち人権を侵犯するおそれがあるものは強制捜査とすべきである。

ここに、呼気採取は、身体の外表を検査する以上のものである。とすれば、かかる処分の際に人身の自由を侵害するおそれがある。したがって、強制処分というべきである。

2 しかし、かかる捜査方法は明文の根拠ない。強制処分法定主義（197条1項但書）から、明文にない強制捜査は一切許されないのか。

思うに、197条は有体物に対する搜索・押収等古典的な処分を念頭に置いており、科学技術の発展に伴う新しい人権を侵害する処分は予定していない。とすれば、かような捜査方法は、任意捜査として許容するよりは、強制処分として令状主義の抑制下においた方がよい。

以上、197条の趣旨は司法的抑制による可及的な人権保障にある。すなわち、かかる趣旨に反しないなら、明文にない強制処分も許されると解する。

3 以上から、呼気採取は強制捜査の一つとして適法とされる可能性がある。

ただし、呼気採取は、採血、強制採尿などと比較し、人権侵害の度合いが低い。そこで、適法要件として、これに承諾があれば、必要性・相当性を満たす限りで、捜査は許される。ただ、本件では被疑者は失神しているから、その承諾は得られない。

そこで、かかる承諾ない呼気採取の適法要件として原則として令状が必要である。呼気は体内で恒常的に機能するものではないから、搜索・差押令状によるべきである。

さらに、令状によらない呼気採取も、その人権侵害

【論点】強制捜査と任意捜査の
区別

【論点】明文にない強制捜査

【論点】呼気採取

の可能性が低いことから，許されると解する。

具体的には，自然に排出された呼気の採取であり，意思の制圧，苦痛を与えておらず，必要性・緊急性が高いことなどを要求すべきである。

二 小問 2 について

1 採血は身体への損傷を伴い，健康状態に障害の危険があるから，強制捜査というべきである。したがって，採血をなすには，令状が必要である。

ならば，いかなる種類の令状が必要か。明文になく問題となる。

採血には，専門的知識と経験を必要とする。また，採血は体内の物を採取するものであり，身体の外表を見たり触れたりする検証に止まるものではない。

そこで，採血は鑑定処分許可状によるべきである。しかし，鑑定処分には，139 条，172 条の準用はされず，直接強制ができない。そこで，身体検査令状によって，身体検査も併用すべきであると解する。

なお，無令状の例外は認められない。ただし，体内から排出された血液は呼気採取に準じ，例外的に無令状による場合がありうると解する。

2 かつ実体的要件として，事案の重大性，証拠の不可欠性，嫌疑の存在，代替手段がないことを要求すべきである。加えて，生理的機能障害を引き起こすことを防ぐため，医師等がなすことが必須であると解する。

以 上

【論点】採血

第 20 問 B

接見交通権が被疑者に認められる理由を論じた上で，捜査官が公訴提起後，被告人について起訴事実とは別の事実に関する取調べの便宜を理由に接見指定することは可能か。また，事前に捜査官が弁護人に対して，一般的指定書による接見指定をしたり，具体的指定書の持参要求をすることの合法性もあわせて論ぜよ。

【論点】自由（接見）交通権の趣旨

【論点】指定の要件

【論点】余罪捜査を理由とする接見指定

【論点】 一般的指定書の合法性

解答例

一 接見交通権が被疑者に認められる理由

身柄拘束され、取調官の尋問を受ける被疑者は、攻撃防御の能力が低く、検察官に対して、圧倒的劣位にある。そこで、被疑者を検察官と実質的に対等な地位におくため、弁護権が保障されている。

具体的には、弁護人は違法な捜査がなされないかチェックし、被疑者と公判に向けての打ち合わせを行う。

接見交通権は、弁護人が以上の職務を果たすための手段であり、いわば有効な弁護を受けるための必要不可欠な権利である。

【論点】 自由（接見）交通権の趣旨

二 中段について

1 指定の要件である「捜査のため必要があるとき」（39条3項）の内容が明確でなく問題となる。

思うに、接見交通権の重要性からして、接見は自由なのが原則である。また、罪証隠滅のおそれなどの判断は裁判所がなすべきものである（81条参照）。

したがって、必要とは、事実上捜査に支障がある場合に限るべきである。例えば現に検証や実況見分に同行している場合がこれにあたる。

【論点】 指定の要件

2 ここで、A事件で被告人とされ、B事件で被疑者とされている者への接見について、B事件の捜査を理由に接見指定は可能か。被告人への接見指定はありえないことから問題となる。

思うに、逮捕・勾留がある場合、本来の接見指定の場合と区別する理由がない。したがって、被告事件の防御権の不当な制限にわたらない限り、余罪で逮捕・勾留されていれば、指定ができると解する。

なお、被告事件の防御権を不当に制限する場合とは、A B事件の弁護人が同一人物である場合などである。かような場合、弁護人はB事件についての接見指定によって、事実上A事件についての接見まで自由にする

【論点】 余罪捜査を理由とする接見指定

ことができなくなるからである。

三 後段について

1 接見の一般的指定書は、接見の禁止を原則とし、指定要件を不問とするに等しいものである。したがって、その適法性は、内部的な事務連絡文書、弁護士・被告人に法的効力を与えない限りで維持される。

一方、被疑者・弁護士への処分となるような違法な一般的指定は準抗告の対象になる。

【論点】一般的指定書の合法性

2 (1)これに対し、検事からの具体的指定書がない限り接見させないとの監獄長などへ指示がされることがある。一般的指定書の交付に代わって実務で行われている制度である。かかる制度の適法性が問題になる。

具体的指定書が接見の許可書として働くならば、接見ができないことが原則になる。かかる具体的指定書の持参要求は違法である。

しかし、具体的指定書の持参要求には指定内容に関して生ずる過誤を防止し、接見手続を円滑に図るという目的もある。

したがって、上記目的を達成できる限度で、自由交通権の不当な制限にわたらない限り、具体的指定書の持参要求も適法であると解する。

(2)では、いかなる場合に、具体的指定書の持参要求が適法となるか。

具体的指定までの待機時間が不当に長い場合は違法である。また、具体的指定書の持参要求についても、電話などの代替手段がないことが必要と解するべきである。

指定の内容についても、検察官は目的に応じた合理的な範囲の接見時間を弁護士が確保できるよう配慮すべきである。かかる要求を満たさない指定は違法である。

【論点】具体的指定書の持参要求

以 上

便せんに約600字に及び脅迫文言を記載し、これを郵送する方法によって害悪を告知した脅迫罪の事案において、検察官は、起訴状の公訴事実、証拠として請求する予定の右文書に記載された脅迫文言の全文を引用して記載した。

この場合における 公訴提起をめぐる問題点について論ぜよ（平成10年度第1問）。

【論点】起訴状一本主義の趣旨・あらわれ

【論点】いかなる程度の引用・余事記載を許すか

脅迫罪の要件事実そのもの

ただし、被告人の有罪認定、場合によっては悪性の認定に使われる可能性があり

公訴事実 訴因を明示してなさなければならない

裁判官に、証拠としての採否の検討をしないうちに、証拠を閲覧させることになる

公訴提起 起訴状が不適法である可能性、不適法なら公訴提起も不適法

一 1 検察官の公訴提起の適法性を検討する。まず、脅迫文言の全文が起訴状に引用されているが、かかる引用は、裁判官に予断を抱かせるものとして起訴状一本主義（256条6項）に反するのではないか。

2 起訴状一本主義は、裁判官を全く白紙の状態、公判に臨ませることで、公平な裁判所たることを担保し、当事者主義を実現するものである。

また、かかる建前をとった結果、証拠は両当事者から公判廷に提出されることになるから、公判中心主義が取られることにつながる。

さらに、起訴状に資料の添付・引用がある場合、裁判官は証拠能力の有無の判断がされていない証拠に接することになり、証拠能力に関する厳格な定めが潜脱されることになる。かかる危険性を避けるために、起訴状一本主義が採られるわけである。

起訴状一本主義に反するか否かは、以上の趣旨に反する結果になるかどうかを考慮に入れて判断しなければならない。

【論点】起訴状一本主義の趣旨・あらわれ

【論点】いかなる程度の引用・余事記載を許すか

二 1 以上をもって本問を検討するに、脅迫文言全部を引用すれば、それは証拠としての文書そのものに接したも同様の効果が発生する。

脅迫文言そのものを見てしまえば、被告人は有罪であ

るとの予断を裁判官が抱くおそれがあることは否定できない。

かつ、起訴状に引用された脅迫文言は、証拠そのものであるから、これがそのまま詳細に引用されていれば、裁判官は証拠としての採否の判断がなされていない証拠に接することになる。

このように、本件脅迫文言の引用は、起訴状一本主義の趣旨に正面から抵触するおそれがあるものである。

2 しかし、起訴状の公訴事実においては、訴因を明示して為さねばならない(256条3項)。これによって訴因が特定されるが、訴因は訴訟運営の指標になり、特に被告人の訴訟における防御権の充実に影響を与える。となると、起訴状については、訴因の特定の要求もまた満たされねば、違法な起訴状ということになる。

このような必要性から、訴因の明示特定に必要である限りの記載は256条6項に違反しないと解する。特に脅迫文言は脅迫罪における犯罪構成要件に該当する事実そのものであるから、これを訴因記載の一部にすることは相当の理由があることである。

以上から、本問のような脅迫文書の全文の掲載することも場合によっては許される。すなわち、通常は、訴因の特定の要求は、文書の内容を要約して記載することで満たされる。したがって、このような場合にそのまま詳細に脅迫文言を引用すれば、裁判官に予断を与える内容の引用として、許されない。

しかし、脅迫文言が婉曲的であって、詳細にわたらなければ、この文書の趣旨が判明しがたい場合がある。このような場合は、訴因の特定の要求を満たすため、起訴状にその文書の全文とほとんど同様の記載がされても、起訴状は適法であると解する。

3 本件起訴状も、可能な限り要約をする必要があるが、全文言の引用がなければ、訴因の特定の要求が満たされない、という事情があれば、適法であると解する。

起訴状が適法であれば、本件公訴提起も適法であることになる。

以上

1 甲は、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和53年5月1日から8日までの間、東京都 区吉田町（仮名）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または服用し、もって覚せい剤を使用したものである。」との訴因で、昭和53年8月1日に起訴された。

この訴因について特定に欠けるところはないか。

2 平成元年5月5日に行われた犯罪について、覚せい剤自己使用罪に関する訴因について平成2年3月1日に訴因不特定が原因でいったん公訴棄却された。その後、平成8年10月1日に再び同一訴因について起訴された場合、裁判所はいかなる措置を採るべきか。

【論点】訴因の特定の程度

【論点】公訴時効の停止

解答例

一 小問1について

1 本件訴因は時間にして一週間、場所としても吉田町及びその周辺とかなりの幅がある。かような訴因は、訴因の特定の要求を満たしているのか（256条3項）。

訴因が特定されたといえる基準をどのように考えるべきかが問題となる。

2 (1) 訴因特定の趣旨は、審判対象を明確にし、被告人の防御の範囲を示す点にある。

しかし、過度の特定の要求は、公訴提起を困難にするものである。場合によっては、特定のために徹底した捜査が行われ、捜査の糾問化を招くおそれがある。

以上の二点から判断するに、基本的には特定の基準は訴因特定の趣旨に反しない程度が要求されることになる。

(2) ただし、これは特殊の事情がある場合は別である。特殊事情の有無は、犯罪の種類、犯罪が行われた際の事情を考慮して決定することになる。

例えば、犯罪の日時を6年余の期間内、場所を本邦とするものでは訴因が特定されたとはいえない。ただし、国交のない国への出国が訴因の内容になっているという特殊事情があるならば、訴因は特定されたとみるべきである。かような犯罪では、旅券などから対象となる犯罪行為が一回であることが明らかだからであ

【論点】訴因の特定の程度

る。

3 以上をもって本件をみるに、日時について8日の幅をもたせ、場所を吉田町内及びその周辺とするのみでは、本来はアリバイの証明などにおいて被告人にとって不利になるから、原則として訴因が特定されたとはいえない。

しかし、本件は覚せい剤使用罪が問題になっている場合である。かかる犯罪は行為の相手方がおらず、目撃者がいることが少ないという特殊な犯罪である。したがって、上記の程度の記載であっても、訴因は特定されているというべきである。

二 小問2について

1 本件起訴は犯罪が行われた日時から七年以上経過しているから、裁判所は免訴の判決を為すことになりそうである。

しかし、訴因不特定で公訴棄却された場合、時効は停止するかが問題となる。

2 公訴時効が停止する事由としての公訴提起が不存在と見られる程度の瑕疵がある場合、時効は停止しない。本件はそのような瑕疵があるか否かである。

思うに、特定の事実について検察官が訴追意思を表明したものと認められる限り、停止を認めるのは差し支えない。公訴時効が停止する範囲は明らかになるし、訴追意思の表明がある限り、停止を認める趣旨に合致するからである。

したがって、このような場合のみは公訴時効が停止すると解する。

この訴追意思を表明したと認めうるか否かについては、起訴状の公訴事実に表示された犯罪が同一であるか、検察官の釈明内容などの事情を総合考察して判断すべきである。

3 本問では検察官は同一訴因について起訴していることから、上記のような検察官の訴追意思は、当初の訴え提起時に現れているといえる。とすれば、時効が停止する可能性が高いというべきである。

以 上

【論点】公訴時効の停止

第 2 3 問 B

公訴時効について次の事由をいかに考えるべきか。

- 1 公訴時効が停止する範囲
- 2 科刑上一罪の時効期間・起算点

【論点】公訴時効の停止の範囲

【論点】科刑上一罪の事実に関する時効期間の算定基準

解答例

一 小問 1 について

1 公訴時効の停止とは、一定の停止事由が発生した時点で時効期間が進行しなくなるが、停止事由が消滅した後に、残存期間が進行する制度である。

公訴時効の停止の範囲としては、客観的範囲と主観的範囲の二点において検討する必要がある。

2 まず、公訴時効の停止の客観的範囲を明らかにする。

思うに、嫌疑の変化が生じて訴因変更が必要になった場合、変更先の事実が公訴時効にかかれば重大犯人でも処罰を免れる結果になる。これは妥当ではない。

また、検察官は、事件の同時処理の義務を負うから、公訴事実の同一性の範囲で一事不再理効が及ぶと解することになる。とするば、その均衡上、公訴時効の範囲も同一というべきである。

したがって、停止の客観的範囲としては公訴事実が同一と見られる範囲に及ぶと解する。

3 さらに、停止の主観的範囲について検討する。

まず、犯人でない者に対する公訴提起では、真犯人に対する時効の停止の効果は発生しない。公訴は人的に可分であるからである。

ただし、身代わり犯人の場合、身代わり犯人と真犯人との間には、事後共犯的關係がある。したがって、254 条 2 項の準用によって、真犯人との関係でも時効は停止すると解する。

【論点】公訴時効の停止の範囲

二 小問 2 について

1 科刑上一罪の時効期間の算定基準となる罪，および起算点をどのように解すべきか，明らかでなく問題となる。

2 思うに，科刑上一罪の関係に立つ複数の罪は，刑罰権が一つであることに対応させ，一体として扱うべきである。

そこで，観念的競合においては，科刑の基準となるもっとも重い刑を基準として，最終結果発生時から時効期間を起算すべきである。

また，牽連犯では原則として，もっとも重い刑を基準に，最終行為のときから起算する。ただし，目的行為が手段行為の時効期間満了後に実行されたときは，個別的に判断すべきである。

以上

【論点】科刑上一罪の事実に関する時効期間の算定基準

第24問 B

1 刑事訴訟における審判対象は何か。判決効の範囲，公訴時効の停止の範囲はどうかあわせて答えよ。

2 検察官の公訴提起における裁量について刑事訴訟法ではどのような建前が取られているか。嫌疑なき起訴，起訴猶予相当の場合にあえて起訴することが可能かとあわせて答えよ。

【論点】刑事訴訟における審判対象，訴因と公訴事実との関係

【論点】起訴便宜主義

解答例

－ 1 刑事訴訟における審判対象は何か。明文上明らかでなく問題となる。

思うに，不告不理の原則（378条3号），当事者主義の採用からすると，審判対象は検察官の主張である。この検察官の主張は起訴状には訴因として明示される。

以上から，審判対象は訴因であることになる。公訴事実は，訴因変更の限界を画する機能概念に過ぎない

【論点】刑事訴訟における審判対象，訴因と公訴事実との関係

と解する（312条1項）。

2 かく解した場合，判決も訴因の有無についてなされることになり，判決効もその範囲で発生するのが原則である。

しかし，一事不再理効の範囲は，別異に解するべきである。

一事不再理効の根拠は，被告人に二重の危険を被ることを避けさせる点にある。ここに，被告人は，同一手続内においては訴因変更が可能な範囲で有罪の危険を負うことになる。

とすれば，一事不再理効は，訴因の範囲のみならず，これが変更可能な，公訴事実の同一性が認められる範囲で発生するとみるべきである。

3 また，検察官によって訴訟主題とされた範囲は，訴因の範囲であるから，その範囲で公訴時効も停止すると見ることが素直である。

しかし，公訴時効の停止は，公訴の存在の付随的効果であるから，必ずしも一致させる必要はない。思うに，一事不再理効が公訴事実を同一にする範囲に及べば，判決確定後は，訴因のみならず訴因変更が可能な範囲で二度と公訴提起ができなくなる。

となれば，検察官は公訴事実の同一性が認められる範囲で同時処理をする義務を負うことになる。よって，義務の遂行のため，検察官には同一手続内で自由に訴因変更をし，公訴追行をすることを認めなければならない。

となれば，訴因変更をした先の事実について公訴時効が停止せず，時効が完成することを認めるわけにはいかない。したがって，公訴時効が停止する範囲もまた公訴事実の同一性が認められる範囲で認めるべきである。

二 1 起訴便宜主義は，不必要な起訴を減少させ，被告人の手続の危険を軽減するものである。すなわち，犯罪が軽く，処罰が不必要な場合は起訴しないのが妥当である。また刑事政策上，犯人の早期改善・個別処遇の観点から起訴を行わないことが望ましいことがある。そこで，起訴をするか否かの判断を検察官にまかせ，かかる場合に起訴を取りやめることを認めたも

【論点】起訴便宜主義

のである。

2 しかし、かかる建前の採用によって、起訴が恣意に流れる結果になる可能性がある。

また、起訴便宜主義は前提において検察官に事実上実体判断をさせる面がある。結果、捜査の糾問化を招き、結果として公判中心主義や当事者主義に矛盾するおそれがある。

そこで、このような弊害の防止策が用意されている。具体的には、告訴人、告発人への不起訴処分のお知らせ(260条)。これをきっかけとして、検察審査会制度、準起訴手続(262条)への利用へ流れることが期待される。

3 濫用的な起訴に関する問題として、嫌疑なき起訴をいかに扱うか。

これを公訴権濫用の問題とする立場もある。しかし、予断排除の原則(256条6項等)から、裁判官が起訴段階で嫌疑の有無を判断することは許されない。したがって、端的に、無罪という方向で処理すべきである。

また、起訴猶予相当の場合にあえて起訴した場合はどのように扱われるか。

起訴猶予の判断について、検察官には広範な裁量が認められる以上、原則として、あえて起訴猶予相当の場合に起訴がされた場合も公訴棄却はされない。

とはいえ、検察官は公益の代表者であるから、その権限を濫用することはいかなるものも許されない(1条)。その意味で全く公訴棄却されないわけではない。具体的には、公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限り、公訴棄却の対象になると解する。

以上

第25問 A

甲は、自動車を運転中、横断歩道を歩行中の乙を認めながら、一時停止を怠って同人に自車を衝突させ、同人を死亡させたとして業務上過失致死罪の訴因で起訴された。検察官から過失の内容を前方不注視により乙の発見が遅れたことに変える旨の訴因変更の請求があった。かかる訴因変更は妥当か。請求が、裁判所が当初の訴因について無罪の

【論点】訴因の同一性

【論点】いかなる場合に防御上の不利益になるか

【論点】訴因変更の要否～過失の態様

【論点】公訴事実の同一性の内容

【論点】時機に遅れた訴因変更

一 前段について

1 本問では、検察官の掲げた一時停止義務違反の訴因と裁判所の抱いた心証である前方不注意の事実とが食い違っている。

検察官が掲げた訴因と、裁判所が抱いた心証の内容が異なる場合、裁判所はそのままでは、訴因にあたる事実がないものとして無罪判決をすることになる。しかし、検察官に改めて適正な訴因で公訴提起をさせることを要求するのは、訴訟上不経済であるし、被告人にとっても負担を課すことになる。

そこで、検察官は審理の途中で、裁判官が抱いた心証にあわせて訴因を変更することが認められる(312条1項)。

2(1)しかし、検察官の判断と裁判所の判断が食い違う場合の、いかなる場合も訴因変更が要求されるわけではない(たとえば罰条についての判断が食い違っても、裁判所は自らの判断で自由に変更し、判決を下すことができる)。

そこで、いかなる基準をもって、訴因変更が必要か否かを判断するかが問題となる。

まず、訴訟の審判対象は訴因という起訴状の公訴事実の項に書かれた事実である。したがって、事実について変化があるか否かをもって訴因変更の要否を判断することになる。

もちろん、わずかな事実の変化で訴因変更が必要と考えるわけではない。具体的には被告人の防御活動にとって重要な変化があり、そのまま判断をすれば被告人に防禦上の不利益が生じるかどうかによってその要否を判断するべきである。

【論点】訴因の同一性

(2)では、このような被告人にとっての不利益があるかどうかは、いかにして判断すべきか。

この点、公判ごとの具体的事情に応じて被告人の防禦に不当な影響があるかどうかで判断をする立場も考えられる。しかし、たまたま防禦活動をしていれば、訴因変更の必要がなくなるとすれば、ほとんどの場合防禦は尽くされているとして訴因変更が不要になるおそれがある以上、被告人保護に欠ける。

思うに、訴因変更が不要な場合は一般的に防禦活動が及びうる範囲に限定すべきである。かく解すれば訴因変更が必要な範囲が被告人にとって明確になり、便宜であるからである。

したがって、訴因事実と認定事実を対比し、一般的にいてそのまま判断をすれば被告人の防禦に不利益を及ぼす場合に訴因変更が必要になると解する。

【論点】いかなる場合に防禦上の不利益になるか

これをもって本件を検討する。過失犯における過失の態様に差異があれば、法律的な意味が違ってくる。また、過失の態様は、被告人の防禦にとって大きな意味がある。

したがって、訴因変更は必要であると解する。

3 しかし本問のような訴因変更が可能であるかはまた別問題である。本件訴因変更が可能かにつき、訴因変更可能な範囲、すなわち「公訴事実の同一性」(312条1項)について問題となる。

【論点】訴因変更の要否～過失の態様

公訴事実の同一性は、機能概念であるから、機能をよく果たしうるように、その内容を定めるべきである。

その機能としては、訴訟経済をはかりつつ、被告人の防禦を可能にし、かつ一事不再理効の効力の範囲を限定するものである。

かかる機能を果たすには、訴因を比較して、訴因を比較社会的事実として、基本的な点が同一といえるか否かをもって判断するのが妥当である。

【論点】公訴事実の同一性の内容

本問では、死の結果、およびかかる結果を発生させる危険ある行為が行われている点で、両訴因において共通点が見られる。

以上から、両訴因には基本的事実の同一性があるので、公訴事実の同一性の範囲内として、本件訴因変更は認められる。

二 後段について

1 上記のように原則は適法とみうる訴因変更について、結審間近に、しかも前の訴因について裁判所が無罪心証を抱いているにもかかわらずなすことは認められるか。

訴因変更の申立てについては、条文上制限がない。しかし、訴因変更をすべきかについて、変更が被告人に防御上の不利益をきたすかを問題とすべきである。

2 では、本件のように訴訟の進行段階からして、時機に後れた訴因変更をすることも無制限に認められるか。

このような訴因変更は、被告人側に立証の努力や負担を課すものであり、被告人の利益を著しく害するものである。したがって、訴因変更は許されない。

以上

【論点】時機に後れた訴因変更

第26問 B

親告罪につき次の各小問に答えよ。

1 強姦事件につき告訴が得られなかったとき、検察官はその手段たる暴行のみを暴行罪で起訴することができるか

2 当初から告訴がない強姦致傷被告事件で、裁判所は、強姦の事実については証明十分との心証を得たが、致傷事実については心証を得られなかった。裁判所はいかに処理すべきか。

3 強姦罪において、告訴が起訴時に得られなかったが、その後得られた場合、裁判所はいかにして処理できるか。

【論点】一部起訴の可否

【論点】縮小認定の可否

【論点】いかなる場合に防御上の不利益になるか

【論点】縮小認定されるべき事実が親告罪の場合

【論点】訴訟条件の追完～親告罪の告訴の追完

解答例

一 小問1について

1 強姦事件において手段たる暴行のみについて起訴することは一部起訴にあたる。かかる一部起訴は一般的には可能か。

刑事手続では検察官処分主義が妥当し、裁判所は検察官が設定した訴因に拘束される。また、検察官は罪の一部についての起訴猶予ができるとされる。このことに対応し、訴因を事実の一部に限定した一部起訴も許されるというべきである。

2 ただし、本件のように強姦罪を暴行罪として起訴すれば、被害者のプライバシー保護、意思尊重のため強姦罪が親告罪とされた意味が失われる。

かかる一部起訴は告訴がないことにより訴訟条件が整わない状況を回避する点にねらいがあると思われるが、かかるねらいは不当である。

したがって、親告罪の意味を失う濫用的起訴についての一部起訴は違法であると解する。

以上から、検察官は強姦罪から暴行罪だけ切り離して起訴することはできない。

二 小問2について

1 強姦致傷事件において強姦の事実について証明十分と判断した場合、裁判所は強姦の事実のみ縮小認定をすることが考えられる。

まず、縮小認定する場合、訴因変更は必要か。訴因変更の必要性の判断基準が問題となる。

訴訟の審判対象は訴因という起訴状の公訴事実の項に書かれた事実である。したがって、事実について変化があるか否かをもって訴因変更の要否を判断することになる。

ただし、わずかな事実の変化で訴因変更が必要と考えるわけではない。具体的には被告人の防御活動にとって重要な変化があり、そのまま判断をすれば被告人に防禦上の不利益が生じるかどうかによってその要否を判断するべきである。

2 では、このような被告人にとっての不利益があるかどうかは、いかにして判断すべきか。

思うに、訴因変更が不要な場合は一般的に防御活動

【論点】一部起訴の可否

【論点】縮小認定の可否

【論点】いかなる場合に防禦上の不利益になるか

が及びうる範囲に限定すべきである。かく解すれば訴因変更が必要な範囲が被告人にとって明確になり、便宜であるからである。

したがって、訴因事実と認定事実を対比し、一般的にいてそのまま判断をすれば被告人の防御に不利益を及ぼす場合に訴因変更が必要になると解する。

これをもって本件を判断するに、縮小認定の場合、事実の変更を伴う。しかし、当初の訴因のすべてが審判対象になるものとして防禦活動をした被告人にとって、縮小認定があっても、防禦上の不利益はない。

したがって、縮小認定において訴因変更は不要である。

ただし、当初から告訴がない場合、強姦致傷罪を親告罪である強姦罪へ縮小認定するのはできるか。

思うに、強姦罪について訴訟条件がない以上、検察官の訴追意思是看取できない。また、かような縮小認定が許されれば、強姦罪を親告罪とした意味が無に帰する。

したがって、かかる縮小認定はできない。

【論点】縮小認定されるべき事実が親告罪の場合

3 以上から、強姦致傷罪の訴因が認められなければ、裁判所は無罪の判決を下すことになる。すなわち、本問でも、このままなら裁判所は無罪判決を言い渡すことになる。

三 小問3について

1 本件は強姦罪の訴因による起訴であるが、告訴がない。これは当該訴因に関し、起訴時に訴訟条件を欠く場合に当たる。

刑事訴訟における訴訟条件は、公訴進行条件である。したがって、訴訟条件は、公訴提起時に備わっている必要がある。

これは親告罪における告訴も同様である。したがって、親告罪については起訴時から、告訴が必要である。しかし、これに例外はないか。

2 (1) 確かに、例外は安易に認めるべきではない。訴追側のミスは看過できないほど大きいからである。また、公訴提起のやり直しを認めても、親告罪において

【論点】訴訟条件の追完～親告罪の告訴の追完

はいったん公訴棄却する間に示談が行われる余地があり、必ずしも訴訟経済に反するとはいえない。

以上の理由から、告訴なき親告罪の公訴提起については、追完は許されないのが原則である。

(2)ただし、被告人が追完に同意した場合、または冒頭手続までに追完された場合は例外的に、訴訟条件を具備したものといえると解する。このような場合、被告人に不利益はないし、逆にやり直しの強制の方が、被告人にとって不利益を発生させるからである。

3 以上から、訴訟条件の追完は上記例外的場合のみ認められる。これを除けば、本件場合も、裁判所は公訴棄却判決をすべきである。

以 上

第 27 問 A

次の各場合において訴因変更は可能か。

1 単純横領罪として起訴された事件（左記訴因ならば、時効期間は経過していることが判明している）につき、審理の結果、時効未完成の業務上横領罪であることが明らかになった場合。また、訴因変更が必要だとした場合、訴因変更ないままされた業務上横領罪の訴因についての有罪判決に対して、当事者はいかにしてこれを争えるかについても説明せよ。

2 業務上横領罪として起訴された事件につき、審理の結果、時効が完成した単純横領罪であることが明らかになった場合

3 過失致死罪で簡易裁判所に起訴されたが、審理の結果殺人罪と判明した場合。逆にこの場合、裁判所は訴因変更命令を出す義務を負うか。

【論点】訴因の同一性

【論点】いかなる場合に防御上の不利益になるか

【論点】公訴事実の同一性の内容

【論点】訴因変更による訴訟条件の追完

【論点】訴因逸脱認定の効果

【論点】管轄違いの訴因への変更の可否

【論点】裁判所による訴因変更命令の義務

【論点】命令によって当然に訴因が変更されるか

解答例

一 小問1について

1(1)時効完成した単純横領罪から、時効未完成の業務上横領罪への訴因変更は必要か。

検察官が掲げた訴因と、裁判所が抱いた心証の内容が異なる場合、裁判所はそのままでは、訴因にあたる事実がないものとして無罪判決をすることになる。しかし、検察官に改めて適正な訴因で公訴提起をさせることを要求するのは、訴訟上不経済であるし、被告人にとっても負担を課すことになる。

そこで、検察官は審理の途中で、裁判官が抱いた心証にあわせて訴因を変更することが認められる(312条1項)。

(2)しかし、検察官の判断と裁判所の判断が食い違う場合の、いかなる場合も訴因変更が要求されるわけではない(たとえば罰条についての判断が食い違っても、裁判所は自らの判断で自由に変更し、判決を下すことができる)。

そこで、いかなる基準をもって、訴因変更の必要性を判断するかが問題となる。

まず、訴訟の審判対象は訴因という起訴状の公訴事実の項に書かれた事実である。したがって、事実について変化があるか否かをもって訴因変更の要否を判断することになる。

もちろん、わずかな事実の変化で訴因変更が必要と考えるわけではない。具体的には被告人の防御活動にとって重要な変化があり、そのまま判断をすれば被告人に防禦上の不利益が生じるかどうかによってその要否を判断するべきである。

(3)では、このような被告人にとっての不利益があるかどうかは、いかにして判断すべきか。

この点、公判ごとの具体的事情に応じて被告人の防禦に不当な影響があるかどうかで判断をする立場も考えられる。しかし、たまたま防御活動をしていれば、訴因変更の必要がなくなるとすれば、ほとんどの場合防禦は尽くされているとして訴因変更が不要になるおそれがある。これでは被告人保護に欠ける。

思うに、訴因変更が不要な場合は一般的に防御活動

【論点】訴因の同一性

【論点】いかなる場合に防禦上の不利益になるか

が及びうる範囲に限定すべきである。かく解すれば訴因変更が必要な範囲が被告人にとって明確になり、便宜であるからである。

したがって、訴因事実と認定事実を対比し、一般的にいてそのまま判断をすれば被告人の防御に不利益を及ぼす場合に訴因変更が必要になると解する。

これをもって本件を検討する。本件、単純横領罪と業務上横領罪とは、「業務」という要件について、被告人に防禦の必要性を示す必要がある。

したがって、この場合、訴因変更は必要である。

2 しかし本問のような訴因変更が可能であるかはまた別問題である。本件訴因変更が可能かにつき、訴因変更可能な範囲、すなわち「公訴事実の同一性」(312条1項)について問題となる。

公訴事実の同一性は、機能概念であるから、機能をよく果たしうるように、その内容を定めるべきである。

その機能としては、訴訟経済をはかりつつ、被告人の防御を可能にし、かつ一事不再理効の効力の範囲を限定するものである。

かかる機能を果たすには、訴因を比較して、訴因を比較社会的事実として、基本的な点が同一といえるか否かをもって判断するのが妥当である。

本件業務上横領罪と横領罪とは、業務という身分の要否を除けば、両者にあたる行為は共通している。したがって、社会的事実として両者は基本的な点が同一といえる。

3 以上から、訴因変更は可能であるかにみえる。しかし、本件訴因変更を認めれば、訴因が時効完成した単純横領罪から、時効未完成の業務上横領罪へと変化することになる。かように訴訟条件の追完をきたす態様による訴因変更は認められるか。

思うに、公訴事実は訴訟を通じて明らかになる性質がある。とすれば、審理の進行により、時効が完成したか否かの判断が後から覆されるおそれがある。

にもかかわらず、時効未完成の訴因への変更を否定すれば、完璧な訴因を掲げるため捜査が糾問化するお

【論点】公訴事実の同一性の内容

【論点】訴因変更による訴訟条件の追完

それがある。これは被疑者の人権保障の観点から妥当な結論とは言えない。

思うに、訴因変更による不備の追完は、事の性質上、その必要性を法が認めていると解することができる。

したがって、訴因変更により時効が完成した訴因から未完成の訴因への変更をすることは認められる。本件訴因変更もまた適法と解する。

以上から、本件訴因変更は許される。

4 なお、訴因変更ないまま業務上横領罪として有罪判決が下された場合、訴因の逸脱認定がある。これは、不告不理の原則違反がある（378条3項）ものとして、絶対的控訴理由にあたる。

以上から、当事者はこれを控訴して争うことになる。

二 小問2について

1 まず業務上横領罪から単純横領罪への訴因変更は前述の議論から、認められる。

2 かつ、本件訴因変更の内容は、時効未完成の業務上横領罪から、時効が完成した単純横領罪へ変更するものである。かように適法訴因から不適法訴因への変更は一般に可能である。被告人にとって利益となるからである。

3 以上から、本小問における訴因変更は適法にすることができる。

三 小問3について

1 まず、本件のように過失致死罪で起訴されたが、審理の結果殺人罪と判明した場合、そのままでは裁判所は無罪判決を下すことになる。

故意と過失との間には質的差異があり、被告人の防禦の観点から、これを無視することはできないからである。ただ、両訴因は人の死の結果を招く危険な行為、およびかかる結果を両方とも要素としている。かかる点から両者には基本的事実における同一が認められる。

2 しかし、本件訴訟が係属している簡易裁判所にとって、殺人罪の訴因は管轄外である。このような訴因変更は認められるか。

前小問で述べたように、不適法訴因への変更は一般

【論点】訴因逸脱認定の効果

【論点】管轄違いの訴因への変更の可否

に可能である。

しかも、訴因変更を認めなければ、無罪判決を下すことになる。その上で一事不再理効は、訴因変更が可能な範囲で認められるから、このままでは殺人について再起訴をすることが不可能になる。かように管轄違いという違法によって殺人罪という重大事件について再起訴の可能性を奪うのは妥当でない。

したがって、簡易裁判所における訴因変更は認められる。その上で裁判所は管轄違いの形式裁判をなすべきである。

3(1)一方、検察官が訴因変更をなさない場合、裁判所は訴因変更命令を出すことが考えられる。これは裁判所の義務か否かにつき争いある。

原則として裁判所には訴因変更命令を下す義務はない。審判対象の設定・変更権限は検察官にあるからである。

となれば、原訴因のままでは裁判所は無罪を言い渡すしかない。そうすると、新訴因について、検察官は一事不再理効の結果、再起訴ができなくなる。これは、真実の発見の要請、司法的正義の要請に反する。

したがって、一定の場合に限り、例外を認めるべきである。すなわち、相当重大な事件で、証拠上犯罪の成立が明らかな場合に限り、裁判所は訴因変更命令を下す義務を負うと解する。

本件殺人事件は相当な重大事件といえる。したがって、証拠上犯罪の成立が明らかであれば、裁判所は訴因変更命令を下す義務があることになる。

(2)なお、訴因変更命令によって、訴因は当然に変更されたことになるか。

思うに、命令に形成的効果を認めることは当事者主義に反する。したがって、当然に訴因変更の効果が発生するのではない。命令は勧告的なものに過ぎないということになる。

【論点】裁判所による訴因変更命令の義務

【論点】命令によって当然に訴因が変更されるか

以上

第28問 A

次の各場合に検察官はいかなる措置を採り，裁判所はいかなる判決をすべきか。

- 1 検察官が数罪と考えて起訴したところ，裁判所が一罪であるとの心証を形成した場合
- 2 検察官が一罪と考えて起訴したところ，裁判所が数罪であるとの心証を形成した場合
- 3 検察官はこれを暴行罪の共同正犯とし，起訴状に罰条として刑法60条，208条を掲げたところ，裁判所がこの事実に対し，暴力行為等処罰法1条を適用すべきであるという結論に達した場合

【論点】訴因と罪数～罪数の評価のみが食い違った場合

【論点】事実変化を伴う場合

【論点】訴因と罪数～罪数の評価のみが食い違った場合

【論点】罰条変更手続

解答例

一 小問1について

1 併合罪で起訴されたところ，科刑上一罪であることが判明した場合のように，数罪が一罪と評価できるとき，いかなる手続を取るべきか。

思うに，事実の法的評価は裁判所の自由である。したがって，事実変化ない限り裁判所はそのまま判断してよい。訴因変更手続や，訴因の補正は必要ないと解する。

ただし，訴因の記載が，一個の訴因と解釈できない場合のみ，訴因の補正が必要である。

【論点】訴因と罪数～罪数の評価のみが食い違った場合

2 これに対して，事実変化を伴う場合は，被告人に防禦上の不利益を来すおそれがある。したがって，訴因変更手続が必要である。

ただし，前論証の通り，法的評価が裁判所の自由である以上，訴因の補正は不要である。

【論点】事実変化を伴う場合

二 小問2について

1 一方，一罪によって起訴されたが，実体法上二罪たる併合罪であることが判明した場合のように，一罪が数罪と評価できる場合はどうか。

事実変化ない限り，一罪か数罪かの評価は法的なものであり，裁判所にゆだねられるべきものである。したがって，前段と同様に訴因変更も訴因の補正も必要ないと考えられる。

この点，前段とは異なり，一罪を数罪と裁判所が判断ができるとすれば，不告不利の原則，及び一罪一訴因の原則の貫徹に反し，被告人の防御が十分にできないことになりかねないとも考えられる。

しかし，この場合，起訴事実の中に数個の犯罪事実が含まれると認められる記載あれば，検察官の訴追意思はすべての訴因について認められる。また，初めの訴因が数罪と認められる場合はありうる。

したがって，必ずしも訴因の補正は必要ないと解する。

【論点】訴因と罪数～罪数の評価のみが食い違った場合

2 一方，事実変化がある場合は，訴因変更手続のみ必要であることになる。

三 小問(3)について

1 まず，罰条に誤りがある本件起訴は有効か。

思うに，256条が罰条の記載を要求する趣旨は，どの罰条を適用すべきか裁判所の参考とすると同時に被告人に防御方法等検討の機会を与える点にある。

したがって，原則として起訴状の効力に影響はないと解する。例外的に罰条の記載によって訴因の意味を誤解させるなど被告人の防御に不利益を生ずるおそれがあるときは，訴因の明示の要求に反し，起訴状及び起訴は無効なものとなる。

2 (1) 上記のように罰条が誤っており，起訴状が無効な場合，そのまま訴状を却下することができる。しかし，場合によっては，これを補正して訴訟を継続することができた方が訴訟経済に資する。

そこで，罰条の変更が認められる。罰条変更手続を経れば，不適法却下を免れることができる。

(2) ここで，罰条変更の必要性があるのに，検察官が罰条をすすんで変更しない場合，裁判所は変更命令を発することができる。

罰条は法律問題であるから，変更命令は裁判所の義務に属する。かつ，命令には形成力があり，命令が発

【論点】罰条変更手続

せられれば当然に罰条変更の効力が発生すると解する。

以上

第29問 B

刑事被告人に迅速な裁判を受ける権利が保障される趣旨，及び権利保障を担保するための制度について論ぜよ。特に裁判が遅延した場合，裁判所はどのような態度をとるべきか。

【論点】迅速な裁判を受ける権利の趣旨

【論点】迅速な裁判を担保するための各種の規定

【論点】長期訴訟の打ち切り

解答例

一 迅速な裁判を受ける権利の趣旨について

憲法では被告人に迅速な裁判を受ける権利が保障されている（37条1項）。

迅速な裁判の実現は，国家側にも，証拠が散逸し，真実発見が困難になることを防ぐという利益をもたらす。

しかし，被告人は，被告人勾留により人身の自由が奪われるのみならず，被告人というラベルが張られるなど社会的評価の点からもダメージを受ける。被告人には，かかる被告人たる地位からの早期解放という利益があり，迅速な裁判実現の趣旨は，この点に重点をおいて考えるのが妥当である。

【論点】迅速な裁判を受ける権利の趣旨

二 担保する手段

1 憲法で保障された，迅速な裁判を受ける権利を実現するため，様々な制度がおかれている。

まず，公判開始前には，逮捕・勾留に期間制限があり（203条以下），告訴期間も制限される（235条）。また，公訴時効制度（250条）も迅速な裁判の実現に資

【論点】迅速な裁判を担保するための各種の規定

する。

訴追後審理前には、起訴状謄本の遅滞なき送達、訴因の特定が要求される。さらに、事前準備、準備手続きの制度も審理の促進を図るための制度である。

また、審理中は、訴因変更の制度、集中審理の原則、証拠開示制度により審理が促進される。

最後に手続自体を簡易化する制度として、簡易公判手続、略式手続、交通事件即決裁判手続、交通反則金の制度などがあげられる。

2 (1) しかし、現に裁判が遅延した場合、被告人をどのように救済すべきか。

まず、量刑について、未決通算することや、国家賠償の請求を認めることが考えられる。

(2) 場合によっては、端的に審理の打ち切りが、憲法 37 条 1 項を根拠に認められると解する。

審理の著しい遅延の結果、被告人の権利が害されるという異常事態が生じた場合である。そのような異常事態にあるというためには、期間、理由、被告人の生じた損害を総合勘案して判断することになる。

(3) ここで、打ち切りのために、いかなる手続を採るか明らかでなく問題となる。

思うに、公訴時効期間以上の審理の中断があった場合については、時効完成の場合に準じて考えることができる。

したがって、免訴判決によるのが妥当である。

以 上

【論点】長期訴訟の打ち切り

第 30 問 C

甲が犯した傷害事件の公判において、甲が乙の名を冒用した結果、起訴状の被告人欄に乙と名が記載され、別人たる乙が公判廷に出頭し手続が進められた。次の各段階において乙が身代わりであることが判明した場合、乙についていかなる処理が為されるべきか。

- 1 人定質問の段階
- 2 罪状認否の段階で乙が身代わりである旨弁明した場合

【論点】被告人の特定基準

解答例

一 本問のように罪を犯した甲が、乙の名を冒用した結果、乙が公判に出頭した場合、裁判所がいかなる措置を執るべきか検討する。

まず、被告人は甲乙のいずれか、被告人の特定基準が問題となる。

思うに、氏名が起訴状に記載され、これが人定質問で確認される。このことから、被告人の特定は、起訴状の記載を基準とせざるをえない。

しかし、具体的妥当性を図るために、検察官の意思・被告人としての挙動・手続の段階などを考慮し、合理的に誰が被告人かを定めることが許されると解する。

本問では、起訴状の記載は乙とあるが、公訴事実の記載などから、検察官の冒用者甲への訴追意思が明確であるといえる。したがって、本問の場合、甲が被告人になる。

となると、被告人が甲であると明らかになった後、形式的に被告人として訴訟に参加したにすぎない乙をどのように扱うべきか。各小問ごとに検討する。

二 1 小問1について

冒頭手続の人定質問で冒用が判明した場合は、乙を排除して、甲を呼び出すことになる。さらに訴状の表記が誤っているので、表示の訂正の問題となる。

2 小問2について

本問のように、実質審理の後、身代わりの者が訴訟に関与していることが明らかになった場合も被告人は甲であり、この者が被告人になるわけではない。

しかし、審理が進行した場合は、訴訟係属が生じてしまっている。したがって、これを終了させるためにいったん公訴棄却すべきである。

3 小問3について

身代わりの者に対して有罪判決が下された場合は、控訴、再審（435条6号）によって、判決を取り消す

【論点】被告人の特定基準

しかない。

以上

第31問 B

弁護人は検察官の請求により証拠調べの決定があった証人の反対尋問に必要だとし、同証人の司法警察職員及び検察官に対する各供述調書の主尋問に先立つ開示を命ずるよう裁判所に申し出た。裁判所はどのような措置を採るべきか。(昭和63年度第2問)

【論点】証拠開示が認められるか

【論点】弁護側はいかなる程度の証拠を閲覧できるか

解答例

一 1 まず、本件弁護人の証拠開示請求について、これを認める法的根拠はない。にもかかわらず、検察官の持つ証拠を被告人に対して開示することは認められるか。

2 思うに、証拠収集・訴訟遂行の能力について劣弱な地位にある被告人と検察官の立場との実質的対等を図る必要がある。証拠開示はこのための有力な手段になる。

また、証拠開示請求をいっさい認めないならば、被告人の当事者としての地位、裁判を受ける権利が害される。しかも、被告人による防禦がつくされない場合、えん罪事件を呼び、真実発見の要請にも反する可能性がある。

3 かように、真実発見、人権保障のいずれの要請を実現するため、証拠開示は認めるべきである。具体的手段・根拠としては、裁判所の訴訟指揮権によると解する(294条)。

【論点】証拠開示が認められるか

二 1 これを受けて、裁判所は、弁護人の請求に応じて、無条件に開示命令を出しうるか。

2 当事者主義の要請からは、このような命令も認める必要があるかに見える。しかし、全面開示を肯定した場合、被告人による証人威迫・罪証隠滅のおそれ

【論点】弁護側はいかなる程度の証拠を閲覧できるか

がある。加えて、弁護活動の低調化を招くおそれがある。

かような危険を避けるには、裁判所が各証拠ごとに開示を認めるか否かの判断をし、コントロールをする必要がある。したがって、裁判所は個別開示命令をするにとどめるべきである。

かかる命令を出すための具体的要件としては、予断排除を防ぐため、証拠調べに入った後でなければならない。また、濫用を防ぐため、具体的必要性を弁護人に示させる。そして裁判所は、諸般の事情に照らし、防御のために重要であり、罪証隠滅などの弊害のおそれがなく相当と認められるときに証拠開示命令を出すことになる。

3 (1)本問では、証拠調べの決定があったから の要件を満たすし、弁護人は具体的必要性を明示しているから の要件も満たす。

について、調書は検察官の手元にあり証拠破壊の危険はないし、認めれば弁護人に反対尋問を十分にさせることができる。したがって、 の要件も満たす。

(2)ただし、本件弁護人は員面調書の開示も要求している。

ここに、検面調書の開示が認められれば、員面調書の開示の必要性は少ない。しかも員面調書は事件直後の生の事実が記載されているので、その開示は捜査機密・第三者のプライバシーに影響を及ぼす。

したがって、特に必要性がない限り、員面調書開示は認められないと解する。

以 上

第32問 B

裁判所が行う捜索・押収及び検証は捜査機関によるものと何が違うか。

【論点】裁判所が行う捜索・押収

【論点】裁判所が行う検証

解答例

一 裁判所は来るべき公判に向けた準備として、証拠の収集・保全をしなければならない。このため、裁判所は捜索・押収及び検証、及び提出命令を利用できる。

ただし、これを目的とする処分として捜査機関によるものがある。これら両者の違いはどこにあるのか。

二 まず、捜査機関が行う捜索・押収及び検証は、裁判所が行うそれに先行する。すなわち、そこで必要な証拠保全の多くは終了しているので、裁判所の行う証拠保全活動は補充的なものに止まる。

三 次に、細部における違いがある。

1 (1) 捜索・押収について、これは公判廷内で行われるものに限り、令状は不要である(106条参照)。

公判廷外で行われる捜索・押収は現実には捜査機関による捜索・押収なので、そちらでは令状が必要である。かつ、捜査機関による場合は、220条に当たる場合以外の無令状の捜査・捜索は許されない。

(2)さらに、裁判所が行う捜索・押収では、被告人・弁護人の立会権が保障される(113条)。裁判所の職務執行の公正を図るためである。これに付随して、原則として立会権者への事前通知がされる。

それに対して、捜査機関による場合、立会権を保障した113条の準用がない。結果、立会権は認められないと解される。捜査遂行上の便宜から、被疑者を立ち会わせる場合があるに過ぎない。

2 検証は裁判所自身が行う。したがって、無令状で構わない(128条)。これは公判期日に公判廷で行うこともあり、これは証拠調べとしての性質を持つことになる。

これに対して、捜査機関が行う検証は、必ず令状が必要となる。また、あくまでこれは訴訟の準備活動に過ぎないことになる。

【論点】裁判所が行う捜索・押収

【論点】裁判所が行う検証

以上

刑事訴訟法第317条の趣旨と、適法な証拠調べ手続を経た証拠によって認定しなければならぬ事実の範囲を論ぜよ。

【論点】証拠裁判主義の趣旨

【論点】厳格な証明の妥当範囲

【論点】アリバイ（被告人にとって有利な事実）は厳格な証明の対象になるか

解答例

一 317条の趣旨について

1 事実の認定は証拠によるとされる（317条）。
かかる規定の趣旨は、歴史的には、自白によって犯罪事実を認定するという法定証拠主義の排除を意味する。
2 さらに、証拠は適法なものが予定されている。すなわち、証拠とは、定式の手続を経た証拠能力ある証拠を指す。
また、事実は罪を断ずるためのものであるはずだから、公訴犯罪事実を指すと解される。
3 かくして、本条は、公訴犯罪事実は厳格な証明によらなければならないことを規定するものであるということになる。

【論点】証拠裁判主義の趣旨

二 証拠裁判主義が適用される事実の範囲について

1 刑事訴訟上における事実の証明には、原則としていかなる事実についても証拠裁判主義が適用され、厳格な証明が必要である。
法定手続による規制があって初めて、公平な裁判所による裁判が担保されるし、刑事訴訟法の目的も達成できるからである。
ただし、訴訟遅延を防ぐため、すべての事実につき厳格な証明が必要だとすべきではない。となれば、厳格な証明が妥当する事実の範囲をどのように解すべきか。
2 (1) まず、刑罰権の存否、範囲の確定にかかる部分に関する事実は刑事訴訟の終局判決の内容に直接関わ

【論点】厳格な証明の妥当範囲

るものである。したがって、かような事実については広く厳格な証明が必要であると解するべきである。

(2)これに関連し、アリバイなど、被告人に有利な事実は、厳格な証明の対象になるかが問題となる。

条文上、有利な証拠も「犯罪事実の存否」と規定される(321条1項3号)ことから、この点肯定すべきである。かく解しても、被告人に有利な事実は、証明度が低くてよいかから、かかる手続によっても過度の負担を被告人に課すものではない。

3 以上に対して、自由な証明の対象になる例として、情状事実がある。犯罪事実とは重要性の質が異なるし、資料を限定しないためである。

また、訴訟法上の事実の証明も自由な証明の対象となる。犯罪事実と根本的に異なるからである。ただし、自白の任意性についての事実のみ、被告人の利益保護の観点から、厳格な証明の対象になると解する。

以上

【論点】アリバイ(被告人にとって有利な事実)は厳格な証明の対象になるか

第34問 C

自由心証主義について説明した上で、その合理性を担保する制度としていかなるものがあるといえるか。

【論点】自由心証主義の意義とその内容

【論点】証拠能力・証明力の有無の判断の誤り

解答例

一 自由心証主義の趣旨・内容

1 自由心証主義とは、事実認定をするに際し、証拠の範囲や信用性の程度について法律の制約を受けることなく自由に判断できる建前をいう。

自由心証主義に対する概念に法定証拠主義がある。かかる建前による機械的な事実認定は、具体的妥当性

【論点】自由心証主義の意義とその内容

を逸するし、ここにいう証拠とは自白が中心になるから、拷問裁判を招く可能性がある。

自由心証主義の趣旨は、人間の理性に信頼を置き、法定証拠主義の弊害を防ぐ点にある。

2 自由心証主義の内容であるが、まずこれは個々の裁判官について妥当する建て前である。また、証拠能力の評価には及ばず(318条参照)、証拠の信用性の評価は自由である。

しかも、自由といっても、これは合理的な判断を担保するための原則である。したがって、証拠の証明力の評価においては、論理法則と経験則に則った合理的な判断が要求される。

なお、証拠能力の有無の判断の誤りは、法令違反となるが、証明力の有無の判断の誤りは単なる事実誤認である。

しかし、論理則・経験則に反する判断の誤りは、別に解する。自由心証主義の趣旨は、合理的判断を担保するものである。したがって、論理則・経験則に従うことは318条の内容になるとみるべきである。

よって、論理則・経験則に反する事実認定は、法令違反を構成すると解する。

【論点】証拠能力・証明力の有無の判断の誤り

二 合理性担保の制度について

1 まず審理の原則として当事者主義を採用し、裁判所は公平な第三者の立場に立つことで、偏見に陥ることを防ぐ。

2 また、関連性を欠く証拠を排除するなど証拠能力の制限、判決書に理由・証拠などの記載を要求することで合理性が担保される(44条、335条1項など)。

さらに、上訴制度も慎重な審理による合理的認定を可能にするものである。

3 最後に、鑑定の利用、証明科学の発達が、合理的事実認定を可能にするといえる。

以 上

証拠調べを尽くした結果、次の各点についていずれとも決しがたい場合、裁判所はどのように判断すべきか。

- 1 正当防衛の成否
- 2 結果犯につき、一定の行為が立証されれば結果との因果関係を推定する旨を法律上規定している場合における因果関係の有無
- 3 同時傷害の特例が適用される事案における因果関係（平成2年度第2問改題）

【論点】実質的挙証責任を負う者

【論点】法律上の推定

【論点】挙証責任の転換

解答例

一 小問1について

1 事実の存否につきいずれとも決しがたい場合でも、裁判所は判断の拒否は許されない。かような場合は事実はないものとし、判決を下すことになる。

この場合、不利な判決により不利益を被ることを挙証責任という。

かかる犯罪事実の挙証責任は原則として検察官が負う。

形式的にいうならば、刑罰権の発動を求めるのは検察官であるから、これが挙証責任を負うべきである。かつ、刑事訴訟法の趣旨は、無辜の不処罰と、人権保障にある（1条参照）。とすれば、挙証責任の問題においても無罪の推定を働かせるべきだからである。

2 (1) 検察官が挙証責任を負う範囲を詳述する。まず、構成要件該当事実・客観的処罰条件は問題なくこれにあたる。犯罪事実そのものを構成する事実だからである。

(2) また、違法・責任阻却事由も刑罰権の不存在に関わる事由として、検察官が挙証責任を負う。ただし、被告人は一応の証拠提出責任を負う。

いかなる場合も検察官が犯罪成立阻却事由の不存在について挙証しなければならないとするのは加重的負担になるから、これを避ける必要がある。また、被告人の責任としてもこの程度に止まるなら、これは過重的負担とはいえないからである。

(3) これらに対して、訴訟法上の事実、刑の量定の基

【論点】実質的挙証責任を負う者

礎となる情状については、有利な効果を主張する者が事実を立証すべきであると解する。

3 以上から、本小問1について考える。

既に証拠調べが尽くされているとされていることから、被告人による証拠提出責任は果たされたと思われる。したがって、裁判所は正当防衛の成立を認めるべきである。

二 小問2について

1 本小問にいう規定は法律上の推定を定める規定である。

ここにいう法律上の推定とは、検察官が前提事実を立証すれば、推定事実の不存在についての挙証責任が被告人に転換されるものである。

2 ここで検察官が一定の行為の存在を証明できた場合、被告人はどの程度の反証をあげればよいか。

思うに、無罪推定の要請からして、合理的な疑いを容れない程度まで証明を要求するわけにはいかない。しかし、あまりに証明の程度が低くて済むならば、法律上の推定規定をおいた意味が無くなる。

そこで、いわゆる「証拠の優越」の程度の証明で足りると考えるのが妥当である。

本件被告人が、右の程度の証明によって因果関係の存在を不明にしたならば、裁判所は因果関係の存在を否定して判決を下すべきである。

三 小問3について

挙証責任の転換は、無罪の推定に対する例外である。したがって、合法とされるには、法律に明文があり、転換に強い合理的理由が必要である。

この場合無条件に被告人が挙証責任を負うことになる。ただし、法律上の推定と同様、証明の程度を低減させ、証拠の優越の程度で証明ありとすべきである。

以上

【論点】法律上の推定

法律上の推定・挙証責任の転換は無罪の推定に対する例外である。したがって、合法とされるには、法律に明文があり、転換に強い合理的理由が必要である。

具体的には、被告人が挙証する方が便宜であること、その部分を除いても処罰が適正なものとして肯認できること、検察官の挙証する事実から推定事実が合理的に推認されることの3要件が必要であると解する。

【論点】挙証責任の転換

第36問 A

共同被告人についてはいかなる立場でなした証言・供述を証拠となしうるか。さらに、共同被告人の一方の自白を他方の被告人の罪責を認定する証拠とできるか。

【論点】被告人の証人適格

【論点】共同被告人の証人適格

【論点】共同被告人の被告人としての供述

【論点】共同被告人の法定外での供述

【論点】共犯者の自白（供述）と補強法則

解答例

一 前段について

1 (1)まず、共同被告人を法定内で証言させることができるか。共同被告人の証人適格について、「何人でも」（143条）とあることから、被告人がすすんで証人になることを求めたとき、被告人を証人とすることは可能ではないか。

思うに、被告人には黙秘権（311条）があり、これは利益不利益を問わずいっさいの供述拒否を可能とするものである。それに対して、証人には原則として証言する義務があるから、被告人の立場と証人の立場は相容れない。

本人の承諾があるからといえ、安易に被告人に証言義務を負わせることを認めるならば、すすんで証言をしない者には後ろめたいことがあるとの推認が働くおそれもある。

したがって、本問題の結論は消極に解するべきである。被告人の証人適格は否定すべきである。

【論点】被告人の証人適格

(2)この点、共同被告人は、他方被告人からすれば第三者である。この者の証人適格について別異に考えられるともみえる。

しかし、共同被告人も当該手続においては、被告人であるから、被告人の証人適格の問題と同様に考えるべきである。

とすると、黙秘権を有するのは被告人と同様である。

【論点】共同被告人の証人適格

また、この点を肯定すると、共同被告人の意思に反しても証人となしうるおそれがある。証人適格を認めるための手続規定もない。

以上から、共同被告人は、被告人同様、本人の同意があっても当該手続において証人となることはできない。

(3)では、手続を分離すれば、どうか。

この点否定する見解もある。

しかし、証人として喚問することについて条文上の問題もない。理論的にも、公訴は人的に可分であるから、ある共同行為者は、他の共同行為者に関する公判においては、被告人になるわけではない。

実質面を見ると、証言義務を負わせても、自己負罪拒否の特権を有することは通常の証人と同様であるので、その防禦に不当な影響が及ぶことはない。

よって、手続分離後に共同被告人であった者を証人として喚問することは許される。

以上から、共同被告人の証人としての発言は、手続分離後に限り、証拠能力が認められることになる。

2 さらに、被告人質問に答えて、共犯者の犯罪事実に関する供述をした場合、かかる供述に証拠能力は認められるか

被告人には黙秘権がある。とすれば、被告人の供述内容のチェックのための反対尋問権は当然には保障されない結果となりそうである。

しかし、被告人には任意の供述を求めうる(311条3項)し、事実上これを拒否されることはない。したがって、事実上の反対尋問権の行使は確保できる。

よって、この場合証拠能力を認めるべきである。

【論点】共同被告人の被告人としての供述

3 一方、共同被告人の法廷外での供述は、伝聞証拠に当たる。これに証拠能力を認める要件としては、321条によるか、322条の要件も併せて必要か。

思うに、共同被告人は、他の共同被告人からすれば第三者であるから、その供述録取書などは、通常の伝聞証拠である。

したがって、被告人以外の者に関する321条による

【論点】共同被告人の法定外での供述

と解するべきである。

ただし、共同被告人が相手に対して公判廷で不利な証言をせず、そのため十分に反対尋問がされない場合がある。かような場合に調書の証拠能力を認めれば、被告人にとって不意打ちになる可能性がある。

したがって、十分な反対尋問権が保障されることが必要であると解する。

二 後段について

1 他方共犯者が有罪である旨の供述は、自白ではないが、かかる供述に補強法則の拡張の必要性はあるか。

思うに、補強法則は自由心証主義の例外であるから、条文もなくその拡張を認めることはできない。その意味で原則通り、補強法則の拡張は否定すべきである。

ただし、他の共犯者の自白以外の証拠がないのに、被告人の有罪の確信が得られるのはまれである。すなわち、裏付け証拠がない認定は不合理な認定であることが通常であり、結果、それだけで他の共犯者を有罪に追い込むことはできない。

以上の意味で、本論点を肯定的に解した場合と、結論はさほど異ならないことになる。

2 なお、共犯者の供述は、被告人の自白の補強証拠たりうるか、共犯者二名以上の供述を相互に補強証拠として被告人を有罪とできるかについて問題とされる。

しかし、供述は上記のように通常の証拠として扱えばよいから、いずれも肯定しうることになる。

【論点】共犯者の自白（供述）と補強法則

以上

第37問 A

甲が乙と共謀の上スーパーマーケットから現金を強取したとの甲に対する強盗被告事件の公判において、次のものを証拠とすることができるか。

1 店員丙の公判廷における供述中の『』内の部分

（検察官）被告人と乙の二人が店内に入ってきてどうしましたか。

（丙）「いきなり被告人が『騒ぐと殺すぞ』といってレジにいた私に刃物を突きつ

けました。」

(検察官) 「それで現金を取られたのですね。」

(丙) 「はい。乙がレジスター内の現金をわしづかみにして逃げました。」

(検察官) 「いくら取られたのですか。」

(丙) 「後で警察官から 『被告人は一四万円ばかり取ったと言っている』と聞きま
した。」

2 犯行に先立ち甲乙両名が決めた犯行計画を書き留めた乙のメモ

(平成元年度第2問改題)

【論点】伝聞法則の適用範囲

【論点】再伝聞の証拠能力

【論点】精神状態の供述

解答例

一 小問1 について

1 丙の証言は他人の供述を内容とするものである。
かかる丙の証言は伝聞として証拠能力が否定されるの
ではないか。

伝聞とは、原供述を供述内容の真実性の立証に用い
る場合をいう。したがって、伝聞法則の適用範囲は、
要証事実との関係で相対的に決せられることになる。

2 ここで の内容は強盗罪の要件事実たる脅迫行為に
あたる。つまり、そのような言葉が発せられたか否かが
重要な場合である。とすると、その真実性のチェックは
丙に反対尋問することで得ることができる。

したがって、伝聞法則の適用は不要である。すなわち、
本件 の発言はそのまま証拠とできることになる。

二 小問1 について

1 本件 の証言について、14万円ばかり取ったとい
う表現内容の真実性を判断するには、甲への反対尋問が
必要であるから、伝聞にあたる。しかも、丙の発言は警
察官から聞いたものであるから、再伝聞となる。かかる
証言の証拠能力は認められるか。

2 再伝聞においては、伝聞が二重になっているので、
信用性が乏しくなるように思われる。

しかし、再伝聞は二つの伝聞の複合である。それぞ

【論点】伝聞法則の適用範囲

例えば、脅迫罪の訴因において、「被告人Aは『騒ぐと殺すぞ』といいました」という証人
の法廷における供述ならば、脅
迫的言辞があったこと自体が構
成要件事実である。すなわち、
『騒ぐと殺すぞ』という発言内
容の真実性は証明の対象ではな
いから、これは伝聞ではない。

【論点】再伝聞の証拠能力

れ、伝聞例外の要件を充足する場合、法文上も、実質上も、排斥する理由はない。

したがって、かかる証拠の証拠能力は認められる。

3 本件の場合、発言者は警察官および丙である。したがって、321条1項3号の要件を二重に備えて初めて証拠とすることができることになる。

ただ、かかる厳格な要件が二重に満たされることはほぼありえない。その意味で本件発言を証拠とすることは事実上できないといってよい。

三 小問2について

1 本件メモは甲乙兩名の証言を記録した書面として伝聞とされるか。

2 かかる供述は、精神状態を直接述べるものであるから、知覚・記憶の過程がないので本来伝聞ではない。ただ、自己の心情を偽っていないかのチェックをするため、伝聞法則を適用すべきか。

思うに、供述の誠実性については、原供述がなされた情況、供述態度から推知しうるから、伝聞供述者を反対尋問すればそのチェックはできる。したがって、伝聞法則の適用は不要であると解する。

【論点】精神状態の供述

3 以上から、本件メモは伝聞の要件を備えずとも、通常の証拠調べの手続きを経れば、証拠とすることができる。

以上

第38問 A

次の場合にその者の検察官面前調書を証拠とすることができるか。

1 殺人被告事件において、検察官が目撃者甲を証人申請し、公判廷において尋問中、甲は目撃状況につき、「検察官の取調べを受けた当時は記憶にあったが、古いことから今は記憶を失って答えられない」と述べた。検察官は、尋問に種々の工夫をこらしたが、結局得るところはなかったとき裁判所はこれを証拠とすることができるか。

2 証人の公判廷での供述よりも検察官面前調書中の供述が詳細であるとき。

3 証人が法廷での有利な証言Aをいったん為したにもかかわらず、法廷外で不利な証言Bについて検面調書が作成され、また法廷で有利な証言A'が繰り返された場合。

【論点】伝聞法則適用の例外

【論点】検面調書～321条1項要件の解釈

解答例

一 小問1について

1 記憶喪失にあるとき、その者の検面調書を証拠とすることができるか。「供述することができないとき」(321条1項)の内容が問題となる。

2 (1)思うに、伝聞法則の根拠は、証拠を不利に利用される当事者に反対尋問の機会が与えられない点にある。

したがって、例外が認められるには、伝聞証拠を証拠とすべき必要性和、反対尋問に代わる信用性の情況的保障が認められることが要求される(321条以下)。

(2)ここに、「供述することができないとき」(321条1項)とは、の要件に関わるものである。これについて条文には4つの事由があげられているが、これは限定列举か。

思うに、伝聞法則の例外が認められる根拠は、証拠を不利に利用される当事者に反対尋問の機会が与えられない点にある。

ならば、信頼性の他に、伝聞証拠を利用すべき必要性があれば、本要件は満たすものといえる。すなわち、死亡などの列举は例示であり、同程度の障害があればよいと解する。

3 ここで、記憶喪失の場合ならば、これも供述不能の場合にあたることはありうる。しかし、例示事由と等価というため、記憶喚起のための手段を尽くしても功を奏しない場合に限るべきである。かつ、一時的事由でないことも必要であると解する。

本小問の場合は、記憶喚起のための手段を尽くしても功を奏しない場合である。また、種々の工夫をこらしても功を奏しなかったことから、記憶喪失が一時的事由でないとも思われる。

【論点】伝聞法則適用の例外

なお、但書にいう信用の情況的保障は、供述不能の場

合にはかからない。しかし、前記伝聞例外が認められる要件から、事実上証言の真実性のチェックは必要であると解する。

以上から、本件甲の証言を記録した検面調書は、上記チェックを経た上で、証拠とすることができる。

二 小問2について

1 証言よりもより詳細な記述は自己矛盾供述（321条1項2号）として、証拠能力が認められるのではないか。

確かに語義からすれば、内容が詳細であっても、供述内容と矛盾が生じるわけではない。

しかし、本条にいう自己矛盾とは、法定内での供述によれば、前にした供述と異なる結論を導く可能性があることを指す。かかる場合に証拠として採用する必要があるからである。

ここにより詳細な供述によれば、異なった結論を導く可能性はある。

したがって、詳細な供述も、自己矛盾供述に当たる場合があると解する。

2 ただし、自己矛盾供述にあたる場合は、さらに記述内容について、特信性が求められる（同条同号但書）。かかる特信状況について、証拠能力の要件か、証明力の要件か争いがある。特信状況は320条の一環であるから、証拠能力の要件というのが妥当である。

このような特信性は、外部的付随事情からその有無を判断することになる。ただし、判断資料として供述内容そのものを使用してよいと解する。

3 以上から、上記特信性が認められる限り、本件検面調書を証拠とすることができる。

三 小問(3)について

1 (1)本問検面調書の内容たるBはAおよびA'との関係で矛盾する内容だから、これは自己矛盾供述にあたる。

しかし、かかるBは公判廷での証言よりも「前の供述」(321条1項2号)であるといえなければならない。本件証言Bはかかる要件を満たすか。

(2)思うに、BはA'との関係で、前になされた供述

【論点】検面調書～321条1項要件の解釈

といえる。また、A'の証言がなされた際にB書面について反対尋問をすることができることからしても、趣旨に反しない。したがって、Bは「前の供述」にあたと解する。

2 ただし、本件Bに証拠能力を認めるためには、特信性が認められなければならない。

しかし、本件Bが証言Aの後になされたという事情がある。この場合、作為の介入するおそれがあるから、特信状況は認められにくい。

これに特信状況が認められるには、公判廷の証言に信用性が欠けるとか、弁護士の立会の下で調書が作成されたなど、特別事情が必要になると解する。

3 以上から、本件検面調書は上記のような特別事情から、特信性が認められなければ、証拠とすることができない。

以上

第39問 B

殺人被告事件につき、司法警察職員が作成した次のような実況見分調書を、裁判所は証拠として採用することができるか。

1 被告人の「この地点で被害者を刺し殺しました。」との説明が写真付きで行われた場合の写真

2 犯行現場を撮影した写真

3 刺殺の犯行状況を再現した被告人の動作を撮影した写真
(平成6年度第2問改題)

【論点】実況見分調書の証拠能力

【論点】写真の証拠能力

解答例

一 小問1について

1 まず実況見分調書自体が伝聞にあたる。となると、これは証拠能力は認められないかにみえる(320条)。しかし、これを捜査機関の検証調書(321条3項)

【論点】実況見分調書の証拠能力

として、証拠能力を認められないか。

思うに、検証と実況見分については、強制捜査か否かの違いがあるに過ぎない。書面は正確を期しやすく、専門家による書面で信頼性がある点は同様である。また、公判廷で調書の内容にわたって反対尋問をすることは可能である。

したがって、証拠能力は認めるべきである。

2 さらに本小問で問題となる写真は説明写真にあたる。説明写真とは、供述内容を明らかにするために供述の一部として使われる写真である。

かかる写真は、供述と一体をなしているから、独立して、証拠能力を論じることはできない。書面の証拠能力が認められるかどうかの問題に帰する。

【論点】写真の証拠能力

したがって、実況見分調書自体が法定の要件を満たす限り写真の証拠能力も認められると解する。

二 小問2について

1 本小問における写真は犯行の現場を撮影したものであるから、現場写真にあたる。これが証拠能力を認められるにはいかなる要件が必要か。この点を明らかにするため、これが伝聞か否かを検討する。

この点、写真は偽造・修正などの危険性があるからこれをチェックする必要があるとして、伝聞証拠と同様の取扱いをすべきであるとも考えられる。

しかし、偽造・修正がないかをチェックする必要があるのは、これは他の証拠一般にいえることである。現場写真を伝聞証拠に含めて、証拠能力を大幅に否定する理由にはならない。

思うに、写真の対象は物である以上、伝聞とはいえない。したがって、これは非供述証拠というべきである。

2 これを前提にすれば、写真の証拠能力を認めるには、当該写真自体、またはその他の資料をもって写真と事件との関連性が認められればよいことになる。さらに、手続的な問題として、撮影者らを証人として喚問する必要はないことになる。

【論点】写真の証拠能力

三 小問3について

1 本件写真は再現写真にあたる。再現写真とは、立会人が犯行状況を再現したところを撮影した写真である。かかる再現写真は伝聞として証拠禁止されるか（320条）。

2 伝聞とは、供述内容自体の真実性を立証するための証拠をいう。

この点再現写真も、立会人の再現内容自体の真実性を立証するための証拠であるから、伝聞証拠にあたるというべきである（321条1項2号3号、322条1項）。

したがって、上記条文の要件を満たす場合に限り、本件再現写真にも証拠能力が認められる。

3 但し、写真に署名・押印の要件は不要と解する。供述録取の過程が機械的捜査によって行われており、録取の正確性が担保されているからである。

以上

【論点】写真の証拠能力

第40問 B

次のような供述証拠について、いかなる要件をもって証拠能力が認められるか。

- 1 検証調書における検証立会人の供述部分
- 2 医師の診断書
- 3 証明力を争うために証拠を利用する場合

【論点】検証立会人の供述部分の証拠能力

【論点】診断書の証拠能力

【論点】証明力を争う証拠

解答例

一 小問1について

1 検証に際して立会人の指示・説明に証拠能力が認められるか。

2 この問題は、立会人の指示・説明の内容、及びいかなる事実を証明するためのものであるかによって、

【論点】検証立会人の供述部分の証拠能力

結論は異なる。

すなわち、証拠能力が検証の動機を示したものに過ぎない場合、これは発言内容の真実性を証明するものではない。したがって、かような場合、立会人の指示・説明は非供述証拠にあたる。

かような場合の証拠能力を認める要件であるが、これは調書と一体として扱われるべきものである。したがって、調書自体に証拠能力が認められるか否かで決せられることになる。本件では問題となっている書面は検証調書であるから、原則として証拠能力はそのまま認められる(321条3項)。

3 これに対して、指示説明の供述内容を証拠とする場合、供述の真実性をチェックする必要性が認められる。

かような場合は、立会人の指示・説明は通常の供述証拠として扱われることになる。すなわち、立会人が被告人なら322条、それ以外の者なら321条の要件を満たす場合に限り、独立した証拠能力が認められることになる。

二 小問2について

1 診断書は被告人以外の者の供述を内容とする証拠である。したがって、これは伝聞として証拠能力はなく、例外的に321条の要件を満たして証拠能力があると扱われるかにみえる。

しかし、鑑定書は検証調書に準じて扱われる(321条4項)。そこで、医師の診断書をこの「鑑定書」に含めることができないか。

2 思うに、鑑定書は専門的知識・経験によって認知・判断した内容が記載されたものであるため、内容の信頼性が保障されている。また、かかる事項は複雑であり、法廷で陳述されるよりも、書面として提出された方が便宜である。

鑑定書が検証調書に準じて扱われる趣旨は上記のようなものである。このような趣旨は診断書にも妥当するから、広い意味でこれを鑑定に含めてよいと解する。

3 したがって、準用は肯定され、本件診断書は原則として証拠能力が認められる。

【論点】診断書の証拠能力

三 小問3について

1 伝聞法則によって証拠とすることができない書面も、弾劾証拠として使用できる（328条）。しかし、伝聞証拠を弾劾証拠として用いることができる範囲について、条文上明らかでなく問題となる。

2 この点、条文上は何の制限もないから、弾劾証拠とすることができるならば、いかなる場合も伝聞を証拠として利用できるかに見える。

しかし、かように解すると供述内容の真実性を判断する必要がある場合が多く含まれ、伝聞法則に反する範囲が広がりすぎる。伝聞証拠の危険性、および反対審問権の保障の観点からすれば、例外を認める範囲は制限的に解するべきである。

3 この点、自己矛盾の供述がある場合ならば、それ自体で証明力を争うことができる。したがって、本条によって、供述証拠に証拠能力が認められるのは、自己矛盾の供述があることを示す場合に限るとすべきである。

以上

【論点】証明力を争う証拠

第41問 B

被告人をポリグラフ検査（被験者に対して質問を発し、その返答の際の生理的变化を機械によって記録し、それを分析・検査したもの）した結果、専門家が作成した回答書の証拠能力を論ぜよ。

【論点】ポリグラフ検査

【論点】鑑定書受託者作成の鑑定書の証拠能力

解答例

一 まず、ポリグラフ検査の実施は意に反する供述を強要するものとして、黙秘権（198条2項、311条1項）の侵害にならないか。

思うに、ポリグラフ検査においては、質問に対して、被験者の答えは必ずしも必要でない。かつ採取されるも

のは生理的变化に過ぎず、その性質は非供述証拠である。

したがって、ポリグラフ検査は黙秘権を侵害するものではない。

二 1 さらに、かかる資料に関連性は認められるか、問題となる。

2 この点、採取された生理的变化と、被験者の態度とにいかなる関連性があるか、科学的に必ずしも明らかとはいえない。しかし、生理的变化と被験者の態度とは、経験則上得られた一定の関連性が看取できる。

さらに生理的变化の採取過程に問題があれば、上記の前提は維持できないが、これはいかなる取調べ・調査にも共通するものである。

以上から、検査結果が信頼性あることがうかがえる場合、証拠能力を肯定してよい。かかる信頼性は、検査者、器具の性能、経過・結果の忠実な記録がされているかなどの事情を総合勘案して決すべきである。

3 後は裁判官による証拠力の評価にゆだね、適切な判断を待つことで妥当な結論を得られると解する。

【論点】ポリグラフ検査

三 1 最後にポリグラフ検査の回答書は、内容の真实性を証明する証拠として、伝聞にあたる。かかる伝聞書面は証拠禁止されるが、一定の例外が認められている。

そこで、本件回答書に証拠能力を認めるとすれば、その根拠をどこに求めるべきか。

2 この点、本件鑑定書は捜査機関の嘱託によるものでかかる鑑定書について、特例を認める明文はない。そこで、321条1項にその根拠を求めることも考えられる。

しかし、本件回答書も、訓練を受けた専門家による文書で信頼性が高く、刑事手続であることを自覚した正確性などは認められ、これは裁判所が鑑定を嘱託した場合と共通する。また、訴追側には裁判官に鑑定請求をする手段がなく、鑑定嘱託によらざるをえない。

したがって、321条4項を準用するのが妥当である。

【論点】鑑定書受託者作成の鑑定書の証拠能力

3 以上から、本件回答書は、321条4項により、証拠とすることができる。

第42問 A

- 1 殺人事件の被疑者として勾留中の甲は、司法警察職員乙から手錠をはめたまま取調べを受け、結果犯行を自白した。かかる自白の証拠能力を論ぜよ。
- 2 殺人事件の被疑者として勾留中の甲は、司法警察職員乙から取調べを受けた際、犯行を否認し、「犯行当日は、妻と一緒に旅行していた。」と供述した。これに対し、乙は、妻に確認することなく、甲に「妻は旅行していないと言っている。」と告げた。その結果、甲は、犯行を自白した。かかる自白の証拠能力を論ぜよ。

【論点】不任意自白，証拠排除の根拠と基準

解答例

一 小問1について

1 甲の自白は手錠をしたままの取調べによるものである。かかる自白は不任意の自白として証拠能力が否定されないか。排除法則の対象となるか否かの基準が明らかでなく問題となる。

2 (1)不任意自白の証拠排除の趣旨につき、自白の強制を供述の自由などの人権を侵害するものであることを理由にすることが考えられる。しかし、人権保障を理由にするのは黙秘権と自白法則を混同するものである。

思うに、自白法則にその独自の地位を認められるよう、その根拠を考えるべきである。

ここに、強制による自白の内容は虚偽である蓋然性が典型的に高い。そこで、かかる判断を誤らせる危険性がある証拠について、事前にその証拠能力を否定したことにその根拠を求めるべきである。

(2)それでは、何をもって不任意の自白と認定し、排除法則の対象となるか、その判断基準が問題となる。

上述のように、不任意自白の排除の趣旨は、虚偽のおそれがある自白を証拠から排除する点にある。したがって、虚偽の自白たるおそれがあるか否かによって決するべきである。

【論点】不任意自白，証拠排除の根拠と基準

3 以上をもって本件を判断する。本件のような施設下においては典型的に、拘束状態を免れるため、虚偽の自白が誘発されやすい。したがって、反証のない限り、供述の任意性につき一応の疑いをさしはさむべきである。

ただし、終始穏やかな雰囲気のうち取調べがすすめられた場合ならば、この反証があったといってよい。

二 小問2について

1 本件甲の自白は偽計による自白ということができる。かかる自白は不任意自白として証拠能力が否定されるのではないか。

不任意自白に当たるか否かは、前述の通り、虚偽の自白を導くものであるかどうかによって判断されるべきである。

2 すなわち、偽計の内容が、虚偽の自白を導くものであるか否かによって、証拠能力の有無を判断すべきである。これは、提示された利益の内容、提示者と利益の関係、利益提示の態様など以上の内容を総合して判断する。

本件乙の発言は、甲に虚偽の自白をさせるようなものではない。したがって、甲の自白の証拠能力は認めてよいと解する。

以 上

第43問 A

次の各小問に答えよ。

1 公判廷における被告人の有罪である旨の陳述は憲法によって補強法則が要求されるものか。

2 覚せい剤取締法違反で起訴されている被告人について、同人が当該物件を覚せい剤と知っていたことを認定するために被告人の自白の他に補強証拠を必要とするか。

3 被告人自身が記載した商業帳簿に補強証拠能力は認められるか。これに証拠能力があるとした場合、補強証拠にどの程度の証明力があれば、被告人に対して有罪判決を下すことができるか。

【論点】補強法則の理由

【論点】公判廷における有罪である旨の陳述

【論点】補強を要する事実の範囲・証明力

【論点】被告人自身が記載した帳簿の補強証拠能力

解答例

一 小問1について

1 公判廷における被告人の有罪である旨の陳述は、補強証拠が必要な自白(憲法38条)にあたるか。文言上、公判廷の内外で区別がなく問題となる。

2 自白は証拠価値が高いから、自白に偏重した捜査が行われる可能性が高い。しかも自白に偏重した事実認定は、誤判を引き起こすおそれがある。補強法則の趣旨はかかる問題が発生することを防ぐ点にある。

しかし、公判廷の陳述は拘束・陳述義務がないから、発言の証明力は高い。さらに、裁判所による被告人の態度の観察、質問権行使によって、公正さが担保される。

したがって、かかる陳述は憲法の保障が及ぶものではない。刑事訴訟法によって、補強証拠が必要とされる(319条2項)のは、憲法の趣旨が拡張されたものであると解する。

二 小問2について

1 犯罪の故意について認定するに自白のみで足りるか、それとも補強法則が妥当するか。いかなる範囲の事実につき補強が必要かが問題となる。

2 思うに、補強証拠法則は、自白偏重を防止し、万に一つの間違いを避けるためのものである。とすればそのような間違いを避けるに十分な証拠であれば、補強証拠と認めてよい。

また、かかる趣旨からして、補強法則は自白自体の証明力を減少させるものではない。自白と補強証拠があいまって有罪の認定ができるのに、罪体の一部についてたまたま補強証拠がないと無罪となる結果は避けなければならない。

したがって、自白の真実性を担保する証拠があれば、いかなる証拠でも、補強証拠として十分である。

3 以上をもって判断するに、自白の真実性を担保するためには、たとえば行為の客観面に関する事実の存在を

【論点】補強を要する事実の範囲・証明力

示す証拠があれば十分である。

一方、故意は物的証拠によってその存在を根拠づけることは難しく、被告人の自白に大きくたよっている。にもかかわらず、この存在を補強する証拠を要求すれば、証拠により有罪が確実な犯人にも無罪判決を下さざるを得なくなるおそれがある。

したがって、本小問事実の認定において、補強証拠は不要である。

三 小問3について

1 (1) 犯人自身の供述は、性質上自白の補強証拠とできない。そこで、本小問所定の帳簿について、補強証拠能力は認められるか。

(2) 被告人の供述が補強証拠にならないのは、その性質が自白と同質のものであるから、これにより自白の信用性が高まるわけではないからである。

しかし、犯罪の嫌疑を受ける前にそれと関係なく記載されたものであれば、自白とは独立の証拠能力が認められる。とすれば、その補強証拠能力を否定する理由はない。この場合、万に一つの間違いを避けるという補強法則の趣旨に反しないからである。

しかも、証拠価値からみて極めて高度の信用性がある証拠については、積極的に証拠として採用する必要がある。かかる証拠の証拠能力を否定すれば、実体的真実に反し不当な結論を招くからである。

(3) ここに、商業帳簿は機械的に記載され、客観的事実に照応するものである。これは証拠としての独立性も、証拠価値の観点から見た信頼性も高い。したがって、その補強証拠能力は認められる。

【論点】被告人自身が記載した帳簿の補強証拠能力

2 かつ、有罪判決を下すには、かかる商業帳簿の証拠力についてどの程度のものが要求されるか。

これをもって有罪との確信を得る程度のものである必要があるとも考えられる。

しかし、上述の通り、補強証拠が要求される範囲と、自白の証明力との関わりはない。とすれば、補強証拠に単独の証明力を要求する必要はない。

したがって、自白と相まって犯罪事実の認定ができればよいと解する。

【論点】補強を要する事実の範囲・証明力

以上

第44問 B

甲は、社会事業のための募金であるかのように装い、寄付金と称して金員を騙取したとして、詐欺罪で起訴された。ところが、甲は、当該金員は宗教活動のお布施だとして、自己に詐欺罪の故意が欠けることを主張している。

この場合において、検察官は、甲に同種の詐欺事件の前科がある事実をもって、故意を立証するための証拠として採用できるかを論ぜよ。

【論点】悪性格立証の証拠能力

解答例

一 本件同種の詐欺事件の前科がある事実によって故意を認定することは悪性格の立証にあたる。悪性格の立証とは、悪性格によって具体的に起訴された犯罪行為を認定することをいう。

【論点】悪性格立証の証拠能力

いわゆる悪性格が立証された場合、かかる事実に証拠能力は認められるか。

思うに、悪性格と犯罪との因果的結びつきは微弱である。にもかかわらず、裁判官が不当な偏見を抱く危険性が高い事実でもある。

このような事情から、法律的関連性が認められず、その証拠能力は否定されると解する。

二 1 但し、上の理由が妥当しない場合は、例外的に悪性格立証は許される。

2 (1) 例えば、善良な性格の立証は、無罪の推定力を高めるから可能であると解される。これに反駁するため、検察側が悪性格を立証することは可能である。ただし、これらの証明においては、起訴事実との関連がある必要があるのはもちろんである。

また、同種犯罪によって主観的要素を立証する際にも、悪性格の立証をしても、前述の問題は生じない。

かかる場合も、悪性格の立証に証拠能力を認めてよいと解する。

(2)但し、裁判官に不当な偏見を抱かせない配慮が必要である。具体的には、主観的要素の存在に疑問がもたれたときや、被告人側が強く争っているなどの場合で、犯罪の客観的側面が十分に認められる場合に限ると解する。

3 本問は犯罪の主観的側面を立証するために悪性格を立証しようとしている。また、犯罪の客観面は存在すると思われるし、甲は詐欺の故意に欠けることを主張している。

以上から、基本的に悪性格の立証は可能であり、これによって証明された性格に証拠能力は認められる。

以上

第45問 B

1 違法収集証拠が排除される基準を説明した上で、法則の例外について論ぜよ。

2 殺人事件の被疑者として勾留中の甲は犯行に使用したナイフの隠匿場所を供述したが、取調べに重大な違法があった。かかる自白に基づいて発見されたナイフに証拠能力はあるか。

【論点】違法収集排除の根拠と基準

【論点】違法収集証拠排除法則の例外

【論点】証拠とすることの同意・排除の申立て適格

【論点】実質証拠外の利用

【論点】私人による収集

【論点】不可避発見の例外

解答例

一 小問1前段について

1 まず、違法収集証拠について証拠能力が排除されることがありうるのかを検討しなければならない。

というのは、収集手続に違法があるといっても、証拠物件自体の性質・形状に関する価値に変わりはない。とすれば、事案の真相をできる限り明らかにする

【論点】違法収集排除の根拠と基準

ため、直ちに証拠能力を否定することはできないからである。

しかし、真相の究明も、人権保障を全うしつつ適正な手続のもとでなされなければならないものである。このことからすれば、将来の違法捜査を抑圧するために、違法収集証拠の証拠能力が排除される場合はありうると解する。

2 その基準としては、まず違法の重大性の要件があげられる。具体的には、文字通り令状主義に反する違法な捜索・差し押さえの場合や、執行の際に重大な人権侵害があった場合がこれにあたる。

さらに、違法抑止の必要上排除が相当であることが要求される。相当とは、違法捜査抑止のために、必要かつ有効であると認められることである。

二 小問1後段について

1 違法収集証拠であっても、排除されないという特別事情が認められる場合がいくつかある。その一つが、合法的と信じて捜査官が行動したが、結果的に捜査方法に違法性が認められた場合である。

【論点】違法収集証拠排除法則の例外

思うに、上記のように行動する捜査官に対して違法の抑止効は働かない。その意味で本件事例は排除の相当性が認められないといえる。

したがって、捜査方法に違法があっても、証拠能力は否定されないことになる。

ただし、かかる善意の例外は抑止効を十分に発揮させるため、安易に認めるべきではない。法無視の態度がなく、偶発的性格が強い場合に限定すべきである。

2 次に得られた証拠が違法行為の必然的な結果とはいえない場合がある。かような場合、これについて証拠禁止しても違法の抑止効は働かない。逆に真実発見のため、かかる証拠に証拠能力を認めるべきである。

したがって、不可避的発見の例外として、かかる証拠も排除の対象にはならない。ただし、例外を安易に認めるべきでないから、これは不可避発見の可能性が真に密着・高度である場合に限る。

3 また、違法収集証拠についても、被告人が証拠とすることに同意したとき、排除法則の例外が認められるか。

【論点】証拠とすることの同意・排除の申立て適格

この点、違法の抑止効の観点からは、かかる同意とは関係なく、排除法則を妥当させるべきであるとも思われる。しかし、同意ある場合、利益の放棄により、そもそ

も手続の違法性自体が治癒される場合がありうる。

したがって、手続違背が被告人の放棄可能な利益に関する場合は証拠能力を肯定すべきである。

4 さらに違法収集証拠について、弾劾証拠としての利用が可能とする見解がある。

【論点】実質証拠外の利用

しかし、これを可能とすれば、違法抑止という違法収集証拠排除の法則の趣旨が没却される。本法則は証拠自体の証拠力とは関係なく妥当する法則であるから、弾劾証拠なら証拠として採用できるという理由がない。

したがって、この点は消極的に解するべきである。

5 最後に私人によって違法に収集された証拠には、原則、証拠能力が認められる。違法の抑止効とは無関係であるからである。

【論点】私人による収集

ただし、捜査の一環と評価できる場合は、違法の抑止効の問題ということができ、排除法則の対象となる。また、違法の程度が高く、公正さを容認できない場合には、私人による収集であっても、証拠能力を認めることはできない。

三 小問2について

1 本件ナイフは自白を元に発見されたものである。しかし、かかる自白採取の手続に重大な違法がある。

本件においては、違法の重大性は認められる。また、自白の証拠価値は相当高いから、これを証拠禁止することは、違法捜査抑止の観点から相当である。

しかし、違法に収集された証拠は自白であり、ナイフ自体ではない。かように、違法収集証拠によって発見できた他の証拠に排除法則は及ぶか。

2 思うに、かような証拠に排除法則が及ばないとすれば、将来の違法捜査の抑止という目的を達成することはできない。

とはいえ、かかる証拠の証拠能力を全面的に否定するのは、真実発見の要請に反する。そこで、証拠能力を場合によって肯定すべきである。

具体的に排除法則の適用がない場合として、派生的証拠が独立の情報源から知られるところとなった場合、または 最初の違法行為と派生的証拠の発見との因果関係が最初の汚れを除去するほど希薄になった場合をあげてよい。

【論点】不可避発見の例外

さらに、得られた証拠が違法行為の必然的な結果とはいえないならば、違法の抑止効の問題とは関係がない。かような場合も不可避的発見の例外として、認めてよい。

ただし、不可避発見の可能性が真に密着・高度である場合に限るべきである。

3 本件ナイフの証拠能力は、上記要件の下で認められることがあるということになる。

以 上

第46問 B

1 一事不再理効と実質的確定力との関係について論ぜよ。

2 有罪にするため、強盗の実行行為を行ったことの立証はあるが、これが単独犯か、共謀共同正犯かが証明されない場合、裁判所はいかなる判決を下すべきか。

【論点】一事不再理効と実質的確定力（既判力）の関係

【論点】択一的認定の可否

解答例

一 小問1について

1 判決が上訴によって争えなくなった状態を形式的確定力といい、当該手続内における効力ということができる

それに対して、裁判に伴う本来的効力が判決に与えられる。これは、執行力、実質的確定力、一事不再理効からなる。

2 実質的確定力は、訴追側の矛盾行為の禁止、訴訟における判断の抵触を避けるための手続的効力である。

この帰結として、実体裁判の確定によって、これらの効力が認められることになる。

3 とすれば、判決効の発生する範囲は同じとなるのが素直である。

ただし、一事不再理効の根拠は二重の危険を回避さ

【論点】一事不再理効と実質的確定力（既判力）の関係

せる点にある。したがって、かかる危険にさらされる可能性があった限りで、一事不再理効を発生させるべきである。すなわち、公訴事実の同一性の範囲で、一事不再理効は発生すると解する。

二 小問2について

1 本件のように、いずれかの事実には当たるが、そのいずれにあたるか不明確な場合、有罪判決を下すことができるか。

2 これは認められないのが原則である。いずれの事実にあたるか不明である以上、犯罪事実の証明があったとはいえないからである。

仮にA事実またはB事実にあたることは确实だとしても、A事実またはB事実にあたる場合に犯罪を構成するという構成要件は、刑法には存在しない。にもかかわらず有罪判決を導くならば、罪刑法定主義に反する。

したがって、本件場合に裁判所が有罪判決を下すことは原則としてできない。

3 ただし、共謀共同正犯の実行者または単独犯のいずれかにあたるという場合ならば、例外的に択一的認定により、有罪判決をすることを認めてよい。

この場合は、いずれにしても特定の犯罪事実の証明はある。にもかかわらず、択一的認定は許されないとすれば、犯罪の証明があったにもかかわらず、処罰を免れさせることになり、不当であるからである。

本件は上記例外的場合に当たる。したがって、裁判所は単独犯、または共同正犯として強盗罪の罪責を負うという判決をしても構わない。

以 上

【論点】択一的認定の可否

第47問 B

1 単純窃盗の確定判決の後、確定判決の前後に及んで10数件に及ぶ同種の窃盗事実が発覚し、これらが常習一罪の関係にあると判断された。検察官は確定判決を受けた事実以外について起訴できるか。

2 Aは、自動車で車道走行中に犯した業務上過失致死の罪につき免訴の判決を受けた。検察官は同一訴因について改めて訴え提起をすることができるか。

【論点】一事不再理効の根拠

【論点】一事不再理効の及ぶ範囲

【論点】免訴の一事不再理効の有無

解答例

一 小問1について

1 単純窃盗の確定判決後、同種の窃盗事実が発覚し、これらは常習一罪の関係にある。発覚した窃盗事実について、起訴された場合、どのように取り扱うべきか。

2 思うに、一事不再理効の根拠は、一度刑事訴追が行われた以上、くり返しはしないことに求めるべきである。かように解すれば、一事不再理効が形式裁判である免訴判決に発生することなど問題点を説明できるからである。

【論点】一事不再理効の根拠

とすれば、同一手続内で有罪の危険にさらされる点で、公訴事実の同一性が認められる範囲において発生することになる。

【論点】一事不再理効の及ぶ範囲

本件双方の事実は一罪を構成する以上、少なくとも確定判決前になされた窃盗事実については一事不再理効が及び、免訴の判決が下されることになる。

それに対して、確定判決後になされた窃盗については、例外的に一事不再理効を発生させるべきでない。

これは全部が一罪の関係に立つ。しかし、確定判決後になされた窃盗については同時捜査・同時審判の機会も、可能性もないからである。

3 以上から、確定判決後に行われた窃盗については、改めて検察官は起訴ができる。

二 小問2について

1 免訴に一事不再理効は発生しないとすれば、検察官は同一訴因について重ねて訴え提起することができる。そこで免訴判決に一事不再理効が発生するか否かを明らかにする。

まず、免訴は実体裁判か、形式裁判か。

【論点】免訴の一事不再理効の有無

思うに、無罪判決に対して再起訴があった場合免訴となるが、無罪判決には一事不再理効により実体審理を行うことはできないはずである。

したがって、免訴の裁判は形式裁判にあたと解する。

2 それでは、免訴に一事不再理効は認められないのではないか。

思うに、免訴は、公訴提起権の消滅ないし不存在を宣言する実体的裁判である。すなわち事件処理をしているから、蒸し返しができる効力を発生させるべきである。

よって、免訴判決に一事不再理効は認められると解する。

以上から、検察官は重ねて同一訴因について訴え提起することはできない。

以 上

おまけ 上訴関連

第48問 D

次の各小問に答えよ。

1 免訴の判決に対し、被告人は無罪を主張して上訴することができるか。(昭和44年度第2問)

2 一部上訴はいかなる場合に許されるか。(昭和30年度第4問)

3 牽連犯として起訴された事実の一部を無罪とした第一審判決につき、被告人だけが控訴を申し立てた場合、控訴審は破棄自判して起訴事実全部を有罪とすることができるか。

【論点】上訴の利益の判断

【論点】一部上訴の範囲

【論点】破棄自判

【論点】控訴審の職権調査の範囲

解答例

一 小問1について

1 被告人の上訴には、上訴の利益が必要である。明文はないが、不服申し立て制度であるから当然である。

では、本小問でもかかる上訴の利益は認められるかを

検討する。

2 上訴の利益の判断基準については、基準の明確性の観点から、法律的・客観的基準によるべきである。(したがって、軽い破廉恥罪に対し、重い非破廉恥罪を主張して上訴することはできない。利益は社会倫理的見地から判断するものではなく、この場合法律的利益がないからである。)

【論点】上訴の利益の判断

3 本小問のように形式裁判に対して無罪を求めて上訴できるかについては消極的に解するべきである。被告人は裁判手続から迅速に解放されることが第一の利益であるからである。

二 小問2について

1 一部上訴(357条)はいかなる場合になしうか。法文上不明確なので問題となる。

2 思うに、公訴不可分の原則(単一事件全体を一個の訴訟の客体とする原則)からして、一部上訴は主文が複数ある場合に限られると解する。

したがって、科刑上一罪や、併合罪で全体として一個の刑が言い渡されたときは、一部上訴は認められない。

一方で、複数の主文がある場合は、一部上訴ができることになる。

【論点】一部上訴の範囲

三 小問3について

1 まず、起訴事実全部を有罪とするため、問題となる事実全体に職権調査権を及ぼしうることが必要か。

確かに、判決事項について、400条但書には何の限定もない。しかし、調査ないままの判断を認めると直接主義に反するおそれがある。また、事実はあるかないかであるから、自判には自らの心証を形成する必要がある。破棄自判する場合には必ず事実の取調べが必要であるからである。

【論点】破棄自判

2 では、起訴事実全部に職権調査を及ぼすことは可能か。

この点，上訴の範囲は，原則，原裁判の全部である。上訴は原裁判の当否を問題とするものだからである。とすると，かような調査も可能であるかに見える。

しかし，当事者主義（256条6項，298条1項など）の建前からして，審理の対象は控訴趣意であると解すべきである。そして，無罪部分は攻防の対象からはずされる。

したがって，無罪部分について調査をすることは許されないと解すべきである。

【論点】控訴審の職権調査の範囲

3 以上から，裁判所が無罪部分について有罪にして判決することはできない。すなわち，全部を有罪にすることはできないことになる。

以上

第49問 D

刑事訴訟法435条6号の「証拠」に関して，いわゆる新規性と明白性について説明せよ。

【論点】証拠の新規性の意義

【論点】証拠の明白性

解答例

一 証拠の新規性について

1 まず，証拠に新規性があるといえる場合として，同一証人が供述を変更した場合，鑑定について内容的な差異が生じる場合などがある。

ここで，新規とは，誰にとって新たである必要があるかが問題となる。

2 思うに，再審は有罪判決を受けた者の救済手続であるから，救済に値しない者の行う請求は否定すべきである。

したがって，請求人にとって新規である必要がある。たとえば，身代わり犯人の事例では，証拠の新規性は否定されると解する。

【論点】証拠の新規性の意義

二 証拠の明白性について

1 明白性とは、確定判決における事実認定につき、合理的な疑いをいだかせ、覆すに足りる蓋然性のあることである。かかる蓋然性の存在の判断の際には利益原則の適用がある。

2 かかる明白性の判断基準としては、真実発見のため、当の証拠と他の全証拠とを総合的に評価して判断するのが妥当である。

【論点】証拠の明白性

以上

オマケ

【論点】緊急逮捕の合憲性

緊急逮捕は、重大な犯罪について、犯罪の嫌疑が十分であって、急速を要して令状を求めることが出来ない場合に限定される。また、社会治安上の必要性もある。

したがって、緊急逮捕は合憲というべきである。

【論点】違法捜査に基づく公訴権濫用

公訴権濫用論とは、違法収集証拠の排除法則ではまかなえない重大な違法がある場合、そのような捜査に基づく公訴提起を無効とするものである。

【論点】訴訟条件の存否の判断基準

審判対象が訴因であるから、訴訟条件の存否の判断基準は、訴因に求めることになる。

【論点】余罪と量刑

余罪を処罰する趣旨で、余罪を量刑の資料に考慮し、被告人を重く処罰することはできない。不告不理の原則や、証拠裁判主義に反するからである。

ただし、余罪を情状を推知するための資料として考慮することは許されると解する。

【論点】破棄判決の拘束力

上級審の判断は、その事件について下級審を拘束する（裁判所法 4 条）。かかる判決効は、訴訟制度維持のための特殊の効力である。