

# 第1章 捜査法

## 1.1 捜査に関する一般規範

### 1.1.1 強制処分 of 意義

強制処分法定主義は、国民の権利・利益を承諾のないまま侵害・制約する強制処分について、法律による統制を求めている。さらに、強制処分の大部分については、憲法 33 条、35 条、刑訴法 218 条 1 項以下により、令状主義による統制も及ぶ。そうすると、「強制の処分」とは、このような厳格な要件・手続によって統制を受けるにふさわしい処分であることを要するというべきである。具体的には、相手方の意思に反し、身体、住居、財産等の重要な権利・利益に対する実質的な制約を伴って行なわれる処分をいうものと解すべきである<sup>1)</sup>。

### 1.1.2 任意処分と比例原則

任意処分であるからといって直ちに適法と評価されるのではなく、任意処分も「捜査についてはその目的を達するために必要」（刑訴法 197 条 1 項本文）なものでなければならない（捜査比例の原則）。

すなわち、任意処分が何らかの法益を侵害し、または侵害するおそれがある場合に

---

1) 重要な権利・利益の制約を伴う処分であるか否かは、権利・利益の「質」に注目して、一般的・類型的に判断される。例えば、住居内の人を写真撮影する場合、対象者には私的領域に侵入されないというプライバシーの正当な期待が認められる（憲法 35 条）。一方、公道を歩いている人を撮影する場合、みだりに容ぼうを撮影されない自由は認められても、歩いている姿を人に見られないという意味でのプライバシーを正当に期待することはできない。この判断は、対象者の私的領域の秘密性が保護される様な場所にいるかどうかで決まり、個別具体的な事情は考慮されない。

人の身体・行動の自由に関わる場合には、人の意思の要保護性に、典型的に判断される「質」的な差異を見出すことはできない。したがって、制約の程度問題として議論した方がよい。

X 線照射の事例（最決平成 21 年 9 月 28 日形集 63 卷 7 号 868 頁）では、梱包された荷物の内部は秘密性が保護された私的領域であり、そこに立ち入って内部の情報を得ること自体、重要な権利・利益の制約・侵害にあたる。以上につき、大澤裕「刑事訴訟法の基本問題〔第 1 回〕強制捜査と任意捜査」法教 439 号（2017 年）58 頁参照。

は、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性<sup>2)</sup>、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると解する。

## 1.2 捜査の端緒

### 1.2.1 職務質問

職務質問とは、不審事由のある者を「停止させて」「質問する」ことをいう（警職法2条1項）。職務質問の法的性質は任意処分であるから（警職法2条3項）、職務質問が強制処分に当たれば直ちに違法である。

#### 1.2.1.1 強制処分の意義

強制処分には強制処分法定主義、令状主義の規律が及ぶ。そこで、強制処分とは、このような厳格な要件・手続によって統制を受けるにふさわしい処分であることを要するというべきである。具体的には、個人の意思に反して、身体、住居、財産等の重要な権利・利益に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を用いた処分をいうものと解すべきである。

#### 1.2.1.2 任意処分の限界

任意処分であっても、一定の権利侵害の可能性が認められるから、状況のいかんを問わず常に許容されると解するのは妥当でなく、警職法1条1項および2項の比例原則により、当該手段を用いる必要性・緊急性と権利侵害の程度等を衡量し、具体的状況の下で相当と認められる限度でのみ許容されると解される。

### 1.2.2 職務質問のための停止

職務質問は任意処分であるが、有形力の行使はいかなる場合においても許容されないと解すると、警職法1条1項の目的を達成することができない。また、同法2条1項は「停止させて」質問することができると規定しており、有形力の行使を許容して

---

2) ①犯罪の重大性、②嫌疑の程度、③証拠としての重要性（代替手段の不存在）等を考慮する。

いると読める。

したがって、一定程度の有形力の行使も許されると解する。もっとも、有形力の行使はあくまでも任意処分の中での理解されるから、拒否の事由を残さないような実力の行使は許されないと解すべきである。

また、任意手段であっても何らかの法益を侵害する可能性が認められるから、比例原則（警職法 1 条 1 項および 2 項）により、当該処分を行う必要性和緊急性を比較衡量した上、具体的状況の下で相当と認められる範囲でのみ許されると解する。

### 1.2.3 職務質問に伴う所持品検査

いわゆる所持品検査について警職法にはこれを許容する明文の規定は存在しない。しかし、侵害留保原則により権利侵害を伴う所持品検査をするには法的根拠が必要である。そこで、職務質問に伴う所持品検査の法的根拠をどこに求めるか、その許容性はどの程度かが問題となる。

所持品検査は、職務質問と密接な関連性を有し、職務質問の効果をあげるうえでの必要性及び有効性が認められるから、警職法 2 条 1 項の職務質問の付随行為として行うことができる場合があると解される。

①所持品検査は、任意手段である職務質問の付随行為として許容されるのであるから、対象者の承諾を得て行うのが原則であるが、承諾のない所持品検査も「搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り」許容される場合がある。

②そして、任意手段であっても、所持品検査により憲法 35 条が保障する権利が害されるから、その限界は、所持品検査の必要性・緊急性と権利侵害の程度等を衡量し、具体的状況の下で相当と認められる限度でのみ許容される。

## 1.3 逮捕・勾留

### 1.3.1 現行犯逮捕の要件

現行犯逮捕（刑訴法 212 条 1 項）を行うためには、①犯罪と逮捕との時間的場所的接着性が認められることが必要である。また、現行犯逮捕が令状主義（憲法 33 条、刑訴法 199 条 1 項）の例外とされている趣旨から、②逮捕者にとって犯罪と犯人が明白であることも要する。さらに、必要性のない身体拘束は正当化できないから、通常逮捕と同様、③逮捕の必要性も要件となる。

### 1.3.2 準現行犯逮捕の要件

まず、被逮捕者が刑法 212 条 2 項各号のいずれかの要件に当たることが必要である。

次に、X が「罪を行ってから間がないと明らかに認められる」（同項柱書）か。ここで、「間がない」とは、犯罪行為と逮捕との時間的場所的接着性が認められることをいう。また、そもそも準現行犯人を現行犯人と見なして、無令状で逮捕できるのは、犯人であることが明らかであって、誤った逮捕などの人権侵害のおそれが小さいからである。そこで「明らか」とは、犯罪と犯人が逮捕者にとって明白であることをいうと解する。明白性の判断に当たっては、準現行犯逮捕の場合、ある程度の時間的・場所的な隔たりがあることは前提とされているから、逮捕者が直接知覚した事実のみならず、共犯者の供述や、既に得ている捜査情報等も補助的な判断資料として用いることが許される。

また、準現行犯逮捕の場合、通常逮捕（刑法 199 条 2 項ただし書き）のように逮捕の必要性に関する明文の規定は存在しないが、身体拘束という重大な権利制約を伴う強制処分であるため、準現行犯逮捕も「明らかに逮捕の必要性がない」ときは許されないと解される。

### 1.3.3 再逮捕・再勾留禁止の原則、重複逮捕・勾留禁止の原則

#### 1.3.3.1 両原則の定義

再逮捕・再勾留禁止の原則とは、同一の被疑事実を基礎とする逮捕・勾留は 1 回しか許されないという原則をいう。

重複逮捕・勾留禁止の原則とは、1 つの被疑事実を複数に分割しその事実ごとに同時に複数の逮捕・勾留をすることは許されないという原則をいい、「1 つの被疑事実」とは、実体法上一罪を意味する。実体法上一罪には 1 つの刑罰しか認められないから、刑事手続においても実体法上一罪を構成する事実を 1 つとして扱うべきであるからである。

#### 1.3.3.2 思考プロセス

本件の逮捕・勾留は、その実体的要件が認められるから、手続を遵守していれば、刑法の明文の規定には反しない。

しかし、逮捕・勾留は、原則として被疑事実ごとに一回しか許されない（一罪一逮捕一勾留の原則）。同一の被疑事実についても、逮捕・勾留を繰り返すことができる」とすると、起訴前の身体拘束期間を制限した法の趣旨が没却されるからである。

ここで、実体法上一罪を構成する被疑事実については1つの刑罰権しか認められないから、刑事手続上も実体法上一罪である被疑事実について同時に捜査する義務（同時処理義務）が課される。（また、実体法上一罪の関係になくとも、実質的に同一といえる関係にある被疑事実について<sup>3)</sup>、同時処理可能性が肯定されれば、同時処理義務が発生する場合がある。）

（被疑事実の同一性、同時処理可能性を確認して、同時処理義務を肯定したら）

同時処理義務の認められる被疑事実につき、再度逮捕・勾留が行なわれた場合、再逮捕・再勾留禁止の原則に反し、直ちに違法となるか。

捜査は流動的であるから、再度の身体拘束をする必要性が生じることは否定できない。また、刑訴法 199 条 3 項は、再逮捕がありうることを前提としていると解される。ここで、同原則の趣旨は、身体拘束の不当な蒸し返しを禁ずる点にあるから、それに当たらなければ、例外的に許容してよいと解される。

したがって、同原則に反する身体拘束であっても、①先行の逮捕・勾留後に再度の身体拘束の必要性を示す新たな事情が生じたこと（事情変更）、②「例外」としての逮捕の必要性は、通常必要性よりも課徴されたものである必要があるから、再度の身体拘束が、それによって被る被疑者の不利益を考慮しても、なおやむを得ないといえるほどの高度の必要性があること（比較衡量）、③逮捕・勾留の不当な蒸し返しに当たらないこと、という要件を満たせば、例外的に許容できる。

もっとも、再勾留については刑訴法 199 条 3 項に相当する規定がないため、原則として認められないとする見解もある。しかし、同条は再逮捕の直接の根拠規定ではなく、逮捕と勾留は実体的要件を共有し、逮捕前置主義の下で密接に関連する一連の強制処分である。

したがって、明文の規定がなくても、再逮捕が再勾留に発展することは当然に予定されていると解される。よって、再勾留であることや先行勾留の期間などを、②の比較衡量の要件の中で考慮し、例外的に再勾留を認めるべき場合かどうかを判断すれば足りる。

---

3) 社会的事実としては、一連一体の事実であって、関係者も同一であり、必要とされる捜査の内容も大半が共通することなどを考慮する。

### 1.3.4 別件逮捕・勾留

本件逮捕・勾留は、いわゆる別件逮捕・勾留にあたり違法ではないか。別件逮捕・勾留とは、本件逮捕・勾留について逮捕の要件が具備していないのに、その取調べのため、要件の具備している別件で逮捕・勾留することをいう。

ここで、別件についての逮捕の要件・勾留を満たしている以上、その身体拘束は適法であるとの見解（別件基準説）がある。

しかし、別件についての逮捕・勾留の要件を欠いている場合には「別件逮捕」を觀念するまでもなく逮捕そのものが違法になるのは当然であって、捜査機関による権限の濫用により不当な身体拘束を行うという、別件逮捕・勾留の性質を軽視するものであって、妥当でない。

したがって、別件について逮捕・勾留の要件が備わっていたとしても、別件での身柄拘束中の本件の取調べが令状主義の潜脱といえるようなものになった場合には、逮捕・勾留自体の適法性が否定されると解すべきである（本件基準説）。

そもそも、逮捕・勾留の期間とは、被疑者の逃亡や証拠隠滅を防止しつつ、身柄拘束の理由とされた被疑事実（別件）について、起訴・不起訴の判断を行うための捜査を進めるために設けられたものである。しかし、この期間が実際には主として本件の捜査に使われているような場合には、逮捕や勾留はもはや別件に基づくものとしての実体を失い、実質的には本件に基づく身柄拘束と評価されるべきである（実体喪失説）。

そして、身柄拘束期間が主として本件捜査に利用されたか否かの判断は、①別件・本件の取調べ状況、②別件と本件の関連性の有無・程度、③別件と本件との罪質の違い、④別件について身柄拘束の必要性の程度、⑤捜査官の意図・目的などの要素を考慮して行う。

## 1.4 搜索・押収・検証等

### 1.4.1 定義

#### 1.4.1.1 搜索（刑訴法 222 条 1 項、218 条、102 条）

特定の場所、物、人の身体について証拠物などの探索・発見を目的とする処分。

#### 1.4.1.2 差押え（刑訴法 222 条 1 項、218 条、99 条）

搜索などで発見された証拠物などについて、所有者から強制的に占有を取得する処分。

#### 1.4.1.3 領置（刑訴法 222 条 1 項、221 条、101 条）

相手方の同意を得て占有を移転・保管する場合や遺留物を保管する処分<sup>4)</sup>。

#### 1.4.1.4 検証（刑訴法 222 条 1 項、218 条、128 条）

場所、物、人の身体の性質・状態などを五官の作用で認識する処分<sup>5)</sup>。

#### 1.4.1.5 鑑定処分（刑訴法 225 条、168 条）

鑑定（特別の専門知識・経験に属する法則またはこれを具体的事実に適用して得られる判断の報告）の嘱託を受けた鑑定受託者による、鑑定に必要な処分。

### 1.4.2 令状による搜索・差押え

#### 1.4.2.1 差押え対象の特定

このような概括的記載は「差し押えるべき物」（刑訴法 219 条 1 項）として特定されており適法といえるか。令状記載の差押え対象物の特定の程度が問題となる。

憲法 35 条の令状主義を受けた刑訴法 219 条 1 項が「差し押えるべき物」を要求する趣旨は、①捜査機関による搜索・差押えの権限を、裁判官が審査した「正当な理由」<sup>6)</sup>の範囲に限定すること<sup>7)</sup>、および、②この限定・特定された令状により、捜査機関による搜索や差押えの恣意的な権限濫用を防止することにある<sup>8)</sup>。そうだとすると、「差し押えるべき物」できるだけ個別具体的に特定されていることが望ましい。

しかし、捜査の初期段階で行なわれることも多い搜索差押えにおいて、むやみに明示を求めると捜査機関に不可能を強いることになる。そこで、ある程度概括的な記載

---

4) 占有取得後、被処分者の意思に関わらず捜査機関が占有を継続できるとして強制処分と解される（222 条 1 項、123 条 2 項。）

5) 検証としての身体検査には、218 条 5 項、6 項の適用がある。

6) 搜索の正当な理由とは、特定の被疑事実に関連する目的物が搜索場所に存在する蓋然性を意味する。

7) 目的物の特定・記載が十分かという視点。

8) 特定の範囲を超えた搜索・差押えを行ったかという視点。

も許されると解する<sup>9)</sup>。

#### 1.4.2.2 令状の呈示

PらはXの身体を制圧した後に令状を呈示しているが、このような方法は令状の呈示時期として許されるか。

搜索差押許可状の呈示については刑訴法 222 条 1 項、前段 110 条が定めるが、同条は呈示の時期について明らかにしていない。そこで、搜索差押許可状の呈示時期については、同条の趣旨から解釈する必要がある。

同条が令状を被処分者に呈示することを求める趣旨は、裁判官によって事前の審査が行われたことを確認させ手続きの公正を担保するとともに、裁判官によって許可された搜索・差押えの範囲が示されることで、捜査機関が行える範囲外の処分がなされた場合に、被処分者に対して不服申立を行うか否かの判断材料を与える点にある。そうすると、搜索差押許可状は、その執行に着手する前の呈示が原則であると解すべきである。

しかし、相手方が証拠物を破棄隠滅するおそれが高く、速やかに現場保存措置を講ずる必要性があるなど緊急の場合にまで、この原則を貫徹しなければならないとすれば、搜索差押えの実効性が失われる可能性がある。

そこで、このような緊急の場合には、例外として、搜索差押許可状の呈示前に執行に着手することを認める必要がある。また、このように解しても、搜索差押許可状の呈示が可能になった時点で速やかに搜索差押許可状を呈示すれば、搜索差押許可状の趣旨を損なうことはない。

したがって、相手方が証拠物を破棄隠滅するおそれが高く、速やかに現場保存措置を講ずる必要性があるなど緊急の場合には、例外として執行着手後に搜索差押許可状を呈示することも許されるが、その場合であっても、搜索差押許可状を呈示することが可能になった時点で速やかに、搜索差押許可状を呈示することを要すると解すべきである。

---

9) 具体的な例示に付加されたものであり、かつ、罪名が記載されている被疑事件に関連するものであることが明らかである場合には、捜査機関が事件とは無関係の物を恣意的に差し押える危険はないから、特定性の要請に反しない。



#### 1.4.2.3 必要な処分

刑訴法 222 条 1 項前段が準用する 111 条 1 項が「必要な処分」について規定した趣旨は、搜索差押許可状の執行に必要な処分を搜索差押えの付随的処分として許容することで、その執行の実効性を確保しようとしたことにある。

このような趣旨からすれば、「必要な処分」とは、列挙された解錠、開封に限られず、それ以外にも、搜索差押許可状の目的を達成するために、比例原則に服する必要性の認められる処分を含むというべきである<sup>10)</sup>。

#### 1.4.2.4 場所に対する令状による「身体」の搜索

搜索は、令状において特定されている「搜索すべき場所」に限って、許容される（憲法 35 条 1 項、218 条 1 項、219 条 1 項）。「搜索すべき場所」に含まれるか否かは、問題となっている搜索対象について保護される権利・利益について、「正当な理由」があるとの裁判官の審査がなされているかによる。

刑訴法は搜索対象として「場所」と「身体」を明確に区別しており（刑訴法 222 条 1 項本文前段、219 条 1 項、102 条）、場所と身体とでは被侵害利益が異なる上、身体についての利益が場所についての利益に包摂されるとも考えられない。

したがって、搜索場所に関する「正当な理由」の審査は、身体を対象とする「正当な理由」の審査に及んでいないから、原則として場所に対する搜索差押許可状で身体を搜索することは許されない。

もっとも、捜査機関において、搜索場所に居合わせた者が搜索差押え対象物を隠匿したのを現認したなど、搜索差押許可状で本来的には差押えできる物を隠匿したと疑われる相当な理由があるばあいにも全く搜索差押えができないとすると、搜索差押えの実効性が損なわれる。

そこで、搜索場所に居合せた者が証拠物を隠匿したと疑われる相当な理由がある場合には、そのような妨害行為を排除し、原状回復をするための付随的措置として身体を搜索することも「必要な処分」（刑訴法 222 条 1 項、111 条）として許されると解する。

---

10) 捜査上の利益の程度と権利侵害の程度とが明らかに均衡を欠く場合には、必要性は否定されるべきであるから、ここで言う必要性とは、相当性を含む概念である。

#### 1.4.2.5 搜索開始後に運び込まれた物の搜索

搜索は、令状において特定されている「搜索すべき場所」に限って、許容される（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条 1 項、219 条 1 項）。「搜索すべき場所」に含まれるか否かは、問題となっている搜索対象について保護される権利・利益について、「正当な理由」があるとの裁判官の審査がなされているかによる。

ここで、裁判官は令状審査時点における「正当な理由」の有無ではなく、搜索差押許可状の有効期間内における「正当な理由」の有無を審査していると考えられるから、当該期間に搜索場所で管理・利用されるそこに運び込まれた物にも当該令状の効力は及ぶ。

#### 1.4.2.6 搜索・差押えの際の写真撮影

①写真撮影は強制の処分当たる→検証としての性質を有するから、検証許可状（刑訴法 218 条 1 項、4 項）が必要であるのに、特別の札状を得ることなく行なわれた撮影は違法とも思える。

②しかし、本件の写真撮影は、搜索差押許可状の執行時に基づいて行なわれている→搜索差押許可状に基づく写真撮影は許されるか。

令状を呈示する様子や搜索・差押えを実施している状況を、執行の適法性証明のために撮影することは、搜索・差押えに付随する行為として搜索差押許可状により許される。また、許可状に基づき差し押えることができる物についても、その証拠価値を保存するため、発見された状況等を撮影することも、差押えに付随する措置として許される。これらの処分は、裁判官が搜索・差押えを許可した範囲を超える新たな法益侵害を生じさせる者ではないから、別途検証許可状は不要である。

しかし、令状に基づき差し押えることのできる物以外の物をことさらに撮影することは、証拠物の占有取得と同価値である限り、写真撮影という方法を用いて「押収」が実施されたとみるべきであり、これを行うには、別途検証令状が必要である<sup>11)</sup>。

#### 1.4.2.7 電磁的記録媒体の差押え

差押えは、裁判官による「正当な理由」の審査が及んでいる物に限って、許容される（憲法 35 条 1 項、刑訴法 222 条 1 項、99 条 1 項）。差押えの「正当な理由」とは、特定の被疑事実と差押え対象物との関連性を有する蓋然性を意味するから、令状に基

---

11) この場合、写真撮影の法的性格は検証ではなく押収であるから、刑訴法 430 条 2 項の「押収に関する処分」として準抗告の対象になると解すべきである。

づく差押えを行うためには、①対象物が令状に記載された「差し押えるべき物」に該当し、かつ、②被疑事実と関連性を有することを確認しなければならない。

（被疑事実との関連性とは、被疑事実に関する証拠としての価値のことをいう。刑事訴訟法は、特定の犯罪事実につき、事案の真相を解明し、刑罰権の存否および量を確定することを目的としている以上（刑訴法1条参照）、「被疑事実と関連性を有する物」たる「証拠物」とは、被疑事実を直接立証する証拠に限らず、間接証拠、補助証拠、情状証拠等も含まれると解すべきである。）

電磁的記録媒体の場合、「被疑事実との関連性」を認めるためには、差押え前に対象物ごとにその内容を確認することが必要であり、ラベルや保管状況などから内容が明らかである場合を除いて、この確認を行わないまま関連性のない物まで一括して差し押さえることは原則として違法である。

しかし、差押え現場で内容を確認することが困難な事情がある場合には、記録媒体が複数あり、そのうち少なくともどれか1つには被疑事実に関連する情報が含まれていることを前提に、それらの媒体をいわば不可分一体の物として、包括的な差押えをすることは許されると解すべきである。

### 1.4.3 令状によらない搜索・差押え

#### 1.4.3.1 時間的範囲

本件搜索差押えは、Xを逮捕するのに先行して無令状で行なわれたものである。そこで、本件搜索差押えは、逮捕に伴う搜索差押え（刑訴法220条1項2号）として行なわれたものと考えられるが、適法か。

「司法警察職員」は「被疑者を逮捕する場合」において「必要がある」ときに「逮捕の現場」で搜索差押え等を無令状で行うことができる（刑訴法220条1項2号、3項）。

本問の搜索差押えは「司法警察員」である警察官Kらにより、「逮捕の現場」であるX宅にて行なわれている。また、Xが暴力団員であること、覚せい剤所持の現行犯で逮捕されたAが覚せい剤をXから購入したと供述したことから、X宅には覚せい剤が存在する蓋然性が認められ、X宅を搜索し、証拠物を差し押える「必要がある」といえる。

問題は、本件搜索・差押えがXの逮捕に先行して行なわれた点である。すなわち、刑訴法220条1項の「逮捕する場合」という文言から、逮捕と搜索・差押え等は同時並行的である必要があるため、本件搜索・差押えは「逮捕する場合」という要件に反

するのではないか。「逮捕する場合」の解釈が問題となる。

刑訴法 220 条 1 項 2 号が逮捕に伴う無令状の搜索差押えを認めた趣旨は、逮捕の現場には逮捕時事の証拠が存在する蓋然性が高く、これを保全する必要性が認められる一方、適法な逮捕がなされていることにより、身体拘束という重大な権利侵害が政党になされている以上、これに伴ってより侵害性の低い搜索差押え等が行なわれても人権保障上格別の弊害がないからと解される（相当説）。

このような趣旨からすると、逮捕の前後で証拠の存在する蓋然性に変化はないから、「逮捕する場合」とは、逮捕との時間的接着性を意味し、必ずしも逮捕の着手が先行することを要しない。匡、逮捕に着手する以前に搜索差押え等を実施するには、搜索現場に被逮捕者が現在している状況下であり、捜査機関においていつでも逮捕に着手しうる態勢であることが必要であると解すべきである。なぜなら、たまたま被疑者が帰宅すれば適法となり、そうでなければ違法となるのは不合理だからである。

これに対して、逮捕に伴う無令状の搜索差押え等は、逮捕現場における証拠存在の蓋然性の高さを前提として、逮捕者の安全確保、被疑者の逃亡・証拠隠滅の防止という目的を達成するための緊急的措置として例外的に許容されるという見解がある（緊急処分説）。緊急処分説によると、令状主義（憲法 35 条、刑訴法 218 条）の例外としての無令状での搜索差押え等はより制限的に解されるから、「逮捕の現場」と評価するためには、搜索差押え等が逮捕に先行することを要する。

しかし、「逮捕する場合」とは、逮捕着手時という単なる時点を差宇野ではなく、幅のある概念であって、一律に逮捕着手の先行を要求することは文理上の必然性もない上、捜査の硬直を招きかねない。また、被疑者が現在し、搜索差押え等と逮捕着手とが時間的に接着してなされる限り、これらの時間的先後関係により新たな人権侵害が生ずるなどの弊害もない。したがって、相当説によるのが妥当である。

#### 1.4.3.2 場所的範囲

本件搜索差押えは、「逮捕の現場」という要件に反するのではないか。「逮捕の現場」の解釈が問題となる。

逮捕に伴う無令状での搜索差押え等が許される趣旨からすると、証拠が存在する蓋然性が高く、かつ、人権保障上格別の弊害がない場所的範囲は、まさに、逮捕が行なわれた現場と考えられるから、「逮捕の現場」とは、原則として逮捕現場と同一性のある範囲を言うものと解すべきである。ただし、逮捕に伴う無令状での搜索差押え等が許される範囲は、逮捕の際に搜索差押許可状を請求すれば許容されるであろう相当

な範囲をいうものであるから、「逮捕が行なわれた場所と同一の管理権が及ぶ範囲」の場所に限定されると解する（相当説）。

これに対して、緊急処分説は、証拠隠滅の防止もその根拠としてあげるから、「逮捕の現場」とは、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、「被逮捕者の身体及びその直接の支配下にある場所」ということになる。

しかし、逮捕状が発付される際に被疑事実に対する嫌疑の存在についての司法審査は既に行われており、憲法 35 条 1 項の「正当な理由」は類型的に認められているといえるから、再度令状を請求しなければ搜索差押えを行えないとすると、迂遠に過ぎる。したがって、相当説によるべきである。

#### **1.4.4 強制採尿**

##### **1.4.4.1 強制採尿に必要な令状の種類**

強制採尿は、体内に存在する尿を証拠物として強制的に採取する行為であるから、その行為は搜索・差押え（刑訴法 218 条 1 項）の性質を有する。

したがって、強制採尿には搜索差押許可状（刑訴法 218 条 1 項、4 項）を必要とするものと解すべきである。もっとも、強制採尿は、通常の搜索差押えとは異なり、身体に対する侵襲を伴うとともに、羞恥心を害し、屈辱感等の精神的打撃を与えるものである。そこで、強制採尿の実施にあたっては、被疑者の身体の安全と、その人格の保護のために十分な配慮がなされる必要がある。具体的には、医学的専門知識を有する医師によって、医学的に相当な方法を用いて行われることが必要であると解すべきである。その点では、強制採尿も、人の身体に対する検証としての身体検査（刑訴法 218 条 1 項後段）と同様の配慮を要する。

したがって、搜索差押許可状も、本来身体検査令状についての規定である刑訴法 218 条 6 項を準用し、「強制採尿は、医師をして、医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない」旨の条件を付した搜索差押許可状を請求すべきである。

##### **1.4.4.2 採尿のための連行の可否**

強制採尿は医師をして医学的に相当な方法によって行わせなければならないことが条件（刑訴法 218 条 6 項準用）とされる。この条件に従うためには、医師をして医学的に相当な方法によって採尿を行うのに適した設備のある病院等に対象者を連行して実施する必要があるので、「強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所

まで被疑者を連行することができ」る。なぜなら、そのように解しないと、強制採尿令状の目的を達することができないし、このような場合に令状を発付する裁判官は「連行の当否を含めて審査し令状を発付したものとみられるからである。

#### 1.4.5 強制採血

採血は注射器等を用いて被疑者の身体から直接血液を採取するため、被疑者の身体への侵襲を伴う。したがって、被疑者の身体に対する損傷を最小限にとどめ、その健康や安全に配慮するため、医学的な知識を有する医師によって行われる必要がある。すなわち、強制採血は、特別の専門知識に基づいて行われなければならない、高度の専門的知識・経験を事実に応用するという鑑定処分（刑訴法 225 条 1 項・168 条 1 項）の性質を有するから、その実施にあたり鑑定処分許可状（刑訴法 225 条 3 項）が必要であると解すべきである。

なお、いずれ老廃物として体外に排泄される尿と異なり、血液は生命・健康を維持に必要な不可欠なものであり、体外に排泄されることを予定しておらず、むしろ身体の構成要素といえるから、尿のように証拠物としての性質を認めることは妥当ではない。したがって、物を搜索して占有を取得する行為であると観念するのは相当でないから、搜索差押許可状に基づいて行うことはできないと解すべきである。

もっとも刑訴法 225 条 4 項は 168 条 6 項を準用するのみで、直接強制の規定である 172 条 1 項を準用せず、しかも、168 条 6 項も直接強制の規定である 139 条を準用していないから、結局、鑑定処分許可状を用いただけでは、直接強制を行うことができない。他方、検証としての身体検査を行うのであれば、直接強制が可能である（刑訴法 222 条 1 項後段、139 条）。そこで、直接強制を行うための便宜として、身体検査令状（刑訴法 218 条 1 項後段）も併用すべきである。

## 第2章 公訴

### 2.1 訴因の特定

このような記載は、訴因の特定を要求する刑訴法 256 条 3 項に反しないか。

刑訴法 256 条 3 項が訴因の特定を要求した趣旨は、刑事責任の追及原因として裁判所に対して審判を求める具体的な犯罪事実である訴因を特定することにより、審判の対象を明確にし、これを通じて防御の範囲を示すことにある。

したがって、訴因を記載するに当たっては、①被告人の行為が特定の構成要件を満たすか否かを判定するに足る程度の具体的事実を示すこと、②他の犯罪との識別が可能である必要がある。

そして、これらのことを踏まえると、日時・場所・方法の記載は、基本的に訴因を特定する一手段と考えられるから、他の犯罪との識別に必要な限りで絶対的に必要である。

一方、識別に必要といえない事項であっても、被告人の防御のため、証拠収集の限界等の特殊事情の下で、「できる限り具体的に」記載することが求められる。

### 2.2 訴因変更

#### 2.2.1 訴因変更の可否

裁判所は、訴因変更を許可することができるか。訴因の変更は、「公訴事実の同一性」を害しない限度において許される（刑訴法 312 条 1 項）。

旧訴因から新訴因に訴因変更がなされうるとすると、被告人には、訴因変更が可能な範囲について訴追の可能性が生じているから、その範囲で手続の負担や有罪のリスクを負ったこととなる。その結果、一事不再理効が発生し（憲法 39 条、刑訴法 337 条 1 号）、また別訴によって処罰を求めることもできなくなる（二重起訴の禁止刑訴法 338 条 3 号、刑訴法 339 条 1 項 5 号）。

このように、刑事訴訟法上、訴因変更が可能な範囲内（公訴事実の同一性の範囲内）では、1つの刑罰権に集約して処理することが想定されているといえる。したがって、新旧訴因が別訴で有罪となれば1個の刑罰権に関する二重起訴となるだろうという関係にあるとき、すなわち、法的に非両立の関係にあるときに「公訴事実の同一性」を認めるべきである。

#### 窃盗から盗品の質入れあっせんへの訴因変更

「10月14日頃、静岡県において宿泊中のAから背広服を窃取した」との訴因を、「10月19日東京都内で同一の背広服をAから処分するよう依頼され、これを質入れした」との訴因への変更は可能か。

→日時場所は離れているが、窃盗罪が成立すれば盗品等関与罪は成立せず、逆に、盗品等関与罪が成立するのであれば窃盗罪は成立していないことになるから、両罪は法的に非両立の関係にある。したがって、公訴事実の同一性が認められ、訴因変更を認めるべきである。

#### 収賄から贈賄への訴因変更

「公務員Aと共謀の上、Aの職務上の不正行為に対する謝礼の趣旨で、Bから賄賂を収受した」との収賄の訴因を、「Bと共謀の上、同趣旨でAに対して賄賂を供与した」との贈賄の訴因への変更は可能か。

→同一の金銭に関する賄賂に関与した被告人が賄賂を受ける側か、供与する側かのどちらか一方の罪しか成立せず、両罪は法的に非両立の関係にある。

#### 覚せい剤使用罪の事例

使用日時・場所・方法に変更があり、併合罪が成立する可能性があるが、検察官の釈明により、最終行為か、最低1回の使用行為を起訴した趣旨であるとすれば、いずれか一方の罪しか成立せず、法的に非両立の関係にある。

#### 相互にアリバイの関係にある場合

行為・結果ともに別個のもので共通性がなく、刑罰権の発動対象として完全に別事件であり、法的には両立する事件であるから、公訴事実の同一性は否定され、訴因変更はできない。

## 2.2.2 訴因変更の許否

本問では、公判前整理手続後に訴因変更が行なわれているが、このような訴因変更は適法か。被告人の防御にとって不利益を生じることから問題となる。

刑訴法上、訴因変更の直に制限はない。しかし、訴因の機能は、審判対象の画定と



ともに、被告人に防御の対象を示す機能を有する。

また、公判前整理手続の趣旨は、充実した公判の審理を継続的、計画的克迅速に行うことに求められる（刑訴法 316 条の 2、316 条の 3）。

このような訴因の機能、公判前整理手続の趣旨に照らして、被告人の防御の利益が著しく害される場合や、公判前整理手続の趣旨を没却するような訴因変更は許されない。

（具体的には、①公判前整理手続においてどの程度詰めた争点・証拠整理がなされていたか、②訴因変更に伴う新たな証拠調べの負担の程度、③裁判員が関与する事件か否か、④訴因変更請求がなされた時期などを総合考慮してその許否を決定する。）

### 2.2.3 訴因変更の要否

本問では、訴因と裁判所の心証との間で、食い違いが生じている。刑事訴訟における審判の対象は訴因であり、訴因を逸脱した認定は違法である（刑訴法 378 条 3 号）。

そこで、訴因と心証の間で、どのような事実の食い違いがあれば、訴因変更が必要かが問題となる。

訴因とは、検察官が審判を請求する具体的な犯罪事実を記載したもの（事実記載説）であるから、訴因の拘束力は訴因の記載事実に求められる。したがって、事実重要な差異が生じた場合に訴因変更が必要であると解される。では、どのような場合に「事実重要な差異」が生じたといえるか。

①まず、訴因の機能である「審判対象の画定」の見地から、「罪となるべき事実」の特定に不可欠な事実について差異が生じた場合は、必ず訴因変更が必要となる。なぜなら、訴因に記載されたものとは別の審判対象を裁判所が設定し、認定してしまうと、検察官の訴因設定権限を害するからである。

②次に、①に当たらない事実であっても、被告人の防御にとって重要な事項で、訴因に記載された事実と異なる認定をする場合、争点明確化による不意打ち防止の要請から、原則として訴因変更が必要である。

③もっとも、②の場合でも、被告人の防御の具体的な状況に照らし、被告人に不意打ちとならず（他の手段で防御対象が明示されている場合）、かつ、認定事実が訴因記載事実と比べて被告人にとってより不利益でない場合（防御の利益が実質的に侵害されていない場合）には、なお不意打ち防止の要請に反しないので、例外的に訴因変更は必要でない。



## 第3章 証拠法

### 3.1 類似事実・前科に基づく立証

このような類似事実に基づく立証は許されるか。

証拠が証拠能力ありといえるためには、当該証拠と犯罪事実との間に関連性があることが必要がある。

被告人に他の類似犯罪事実があるという事実は、犯罪事実を立証する上で、必要最小限度の証明力は有しているといえるから、自然的関連性は認められる。

しかし、同種前科から、被告人の犯人性を推認するためには、①被告人にそのような犯行に及ぶ性向があり、②それが本件で発現したという推認を行う必要がある。この推認は、犯罪性向という実証的根拠の乏しい人格的評価を介在させており、誤った事実認定を導く危険があるうえ、前科・類似事実等を用いなければ生じなかったはずの進行の遅れや争点拡散をもたらし、審理の適正を損なうおそれを生じさせる。したがって、類似事実は原則として、これを証拠として許容すべきではない。

もっとも、類似事実を用いた立証が実証的根拠の乏しい推認過程を経ることなく行える場合、すなわち、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明の対象である犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認できるような場合には、証拠として許容性が認められると解する。なぜなら、この場合、「そのような顕著な特徴を有する犯罪が、被告人以外の第三者によって行われる可能性は低い」という経験則に基づく評価により、犯罪性向を介した推認を回避できるからである。

### 3.2 科学的証拠

### 3.3 伝聞証拠の証拠能力

### 3.3.1 伝聞法則の意義

伝聞証拠として証拠能力が否定されないか（刑訴法 320 条 1 項）。

刑訴法 320 条 1 項により、伝聞証拠の証拠能力が原則として否定されるのは、知覚・記憶・表現・叙述という供述過程に介在しうる特有の誤謬に対処するために法が用意した公判廷における証人尋問ができないからである。そうすると、伝聞証拠に当たるのは、証拠から公訴事実までの推論の連鎖の中に、証人尋問で吟味することを要するような公判外の供述過程が存在する場合である。