

●基本刑事訴訟法Ⅱ——論点理解編 目次

はしがき
本書の使い方

基本事例…………… 2

第15講 捜査(1)——総説・強制と任意の区別…………… 4

1 捜査の違法とその影響 4

- (1) 問題の所在 4
- (2) 違法捜査への対処方法 5
 - ア 押収に対する準抗告 5
 - イ 被疑者勾留 5
 - ウ 証拠排除または証拠能力の否定 5
 - エ 公務執行妨害不成立 5
 - オ 国賠請求 6
 - カ その他の対処 6

2 捜査の適法・違法の判断方法 7

- (1) 基本的な考え方 7
 - ア 「強制の処分」か 7
 - イ 強制処分法定主義に反しないか 7
 - ウ 令状主義を遵守していたか 7
 - エ 比例原則に反しないか 7
- (2) 検討の順序 7

3 「強制の処分」の意味 8

- (1) 問題の所在 8
- (2) 判例・学説 10
 - ア 判例 10
 - イ 学説 11
- (3) 設問の検討 13

4 「強制の処分」の具体例 13

- (1) 基本的な考え方 13
- (2) 通信・会話傍受 14
 - ア 問題の所在 14
 - イ 判例の理解 15
 - ウ 設問の検討 16
- (3) 写真・ビデオ撮影 17
 - ア 問題の所在 17
 - イ 判例の理解 17
 - ウ 設問の検討 19
- (4) エックス線検査 19
 - ア 問題の所在 19
 - イ 判例の理解 19
 - ウ 設問の検討 20
- (5) GPS 捜査 20
 - ア 問題の所在 20
 - イ 判例の理解 21
 - ウ 設問の検討 22

- (6) 任意同行と逮捕 23
 - ア 問題の所在 23
 - イ 裁判例の理解 24
 - ウ 設問の検討 25
- (7) 同意・承諾と強制処分 25
 - ア 問題の所在 25
 - イ 承諾捜索に関する見解 26
 - ウ 設問の検討 26
 - コラム 新強制処分説 9
 - コラム 法律の根拠を要する処分 22

第16講 捜査(2)——任意捜査の限界…………… 27

1 基本的な考え方 27

- (1) 任意捜査の適法性判断基準——比例原則 27
- (2) 比例原則の理解 28
 - ア 捜査対象者の権利・利益に対する侵害・制約の程度 28
 - イ 捜査の必要性 29
 - ウ 目的と手段の権衡 (=比例原則における相当性) 29
 - エ 個別具体的な事情の考慮 30
- (3) 比例原則の具体的な適用 30

2 写真・ビデオ撮影 30

- (1) 問題の所在 31
- (2) 任意捜査としての適法性 31
 - ア 判例 31
 - イ 学説 33
- (3) 設問の検討 34

3 秘密録音 35

- (1) 問題の所在 35
- (2) 任意捜査としての適法性 36
 - ア 裁判例 36
 - イ 学説 37
- (3) 設問の検討 37

4 おとり捜査 38

- (1) 問題の所在 38
- (2) 任意捜査としての適法性 40
 - ア 判例 40
 - イ 学説 41
- (3) 違法なおとり捜査への対処 42
- (4) 設問の検討 42

5 任意取調べ 43

- (1) 宿泊を伴う任意取調べ 43
 - ア 問題の所在 44
 - イ 任意捜査としての適法性 44
 - ウ 設問の検討 46
- (2) 長時間・徹夜の任意取調べ 47
 - ア 問題の所在 47
 - イ 任意捜査としての適法性 47
 - ウ 設問の検討 48
 - コラム 捜査の違法と権利・利益の侵害・制約 29
 - コラム コントロールド・デリバリー 39
 - コラム 任意取調べの限界と捜査環境の変化 49

第17講 捜査(3)——捜査の端緒…………… 50

1 捜査との関係 50

- (1) 刑事手続上の位置づけ 50
- (2) 行政警察活動における強制の禁止 51
- (3) 行政警察活動における比例原則 52
- (4) 基本的な考え方——捜査との類似性 53

2 職務質問のための停止 54

- (1) 問題の所在 54
- (2) 判例・学説 54
ア 判例 54 イ 学説 55
- (3) 設問の検討 56

3 職務質問のための停止以外の措置 57

- (1) 問題の所在 57
- (2) 判例・学説 57
ア 判例 57 イ 学説 58
- (3) 設問の検討 58

4 所持品検査 58

- (1) 問題の所在 59
- (2) 判例・学説 60
ア 判例 60 イ 学説 61
- (3) 設問の検討 63
- (4) 所持品検査が違法とされた例 64
ア 問題の所在 64 イ 判例の理解 64 ウ 設問の検討 66

5 自動車検問 66

- (1) 問題の所在 67
- (2) 判例・学説 67
ア 判例 67 イ 学説 68
- (3) 設問の検討 68
コラム 権限創設規定か確認規定か 52
コラム 予測的警察活動 69

第18講 捜査(4)——証拠の収集と令状主義…………… 70

1 令状による証拠物の収集 70

- (1) 基本的な考え方 70
- (2) 「搜索する場所および押収する物」の明示 71
ア 問題の所在 71 イ 判例の理解 71 ウ 設問の検討 72
- (3) 搜索が許される範囲 75

ア	居合わせた者の所持品・身体	75	イ	搜索場所に配達された物	76
(4)	差押目的物と被疑事実との関連性	77	ア	別罪の証拠になりうる物	77
			イ	電磁的記録媒体の差押え	79
(5)	「必要な処分」の範囲	81	ア	問題の所在	81
			イ	判例の理解	82
			ウ	設問の検討	82
(6)	報道機関に対する搜索・差押え	83	ア	問題の所在	83
			イ	判例の理解	84
			ウ	設問の検討	85
(7)	搜索・差押え時の写真撮影	85	ア	問題の所在	85
			イ	判例の理解	86
			ウ	設問の検討	86
2	令状によらない証拠物の収集	87	(1)	逮捕に伴う搜索・差押え	87
			ア	基本的な考え方	87
			イ	「逮捕する場合」	87
			ウ	「逮捕の現場」	89
			エ	被逮捕者の身体・所持品を搜索する場所	92
			(2)	ごみの領置	94
			ア	問題の所在	94
			イ	判例	94
			ウ	設問の検討	94
3	証拠の収集に関するその他の論点	95	(1)	強制採尿	95
			ア	問題の所在	96
			イ	強制採尿の可否	96
			ウ	強制採尿の令状	97
			エ	設問の検討	97
			(2)	採尿場所までの連行	99
			ア	問題の所在	99
			イ	判例の理解	100
			ウ	設問の検討	102
			(3)	強制採血・嚙下物	102
			ア	問題の所在	103
			イ	強制採血等の令状	103
			ウ	設問の検討	104
			コラム	デジタル・フォレンジックが関連性の判断に及ぼす影響	81
			コラム	逮捕に伴う搜索・差押えの実務	93
			コラム	強制採尿令状の請求と留め置き	100

第19講 捜査(5)——身体の拘束…………… 105

1	現行犯逮捕の適法性	105	(1)	現行犯人であることの認定	105
			ア	問題の所在	106
			イ	裁判例の理解	106
			ウ	設問の検討	107
			(2)	準現行犯人であることの認定	107
			ア	問題の所在	108
			イ	設問の検討	108
2	逮捕の違法と勾留	110	(1)	問題の所在	111
			(2)	裁判例の理解	112
			(3)	設問の検討	114
3	再逮捕・再勾留	115			

- (1) 同一被疑事実での再逮捕・再勾留 115
 - ア 問題の所在 115
 - イ 裁判例の理解 115
 - ウ 設問の検討 117
- (2) 先行する逮捕が違法な場合の再逮捕・再勾留 117
 - ア 問題の所在 117
 - イ 裁判例の理解 117
 - ウ 設問の検討 118

4 一罪一勾留の原則 119

- (1) 問題の所在 119
- (2) 裁判例の理解 120
- (3) 設問の検討 121

5 別件逮捕・勾留と余罪取調べ 122

- (1) 問題の所在 123
- (2) 別件逮捕・勾留に関する諸見解 123
 - ア 第一次逮捕・勾留の適法性 123
 - イ 余罪取調べの限界 124
 - ウ 第二次逮捕・勾留の可否 126
- (3) 設問の検討 127
 - コラム 取調べ受忍義務との関係 125

第20講 接見交通権…………… 129

1 接見指定 129

- (1) 接見指定の適否と指定時の措置を検討する視点 129
- (2) 「捜査のため必要があるとき」の意義 130
 - ア 問題の所在 131
 - イ 判例の理解 131
 - ウ 設問の検討 132
- (3) 「防御の準備をする権利」への「不当」な制限の意義 133
 - ア 問題の所在 133
 - イ 判例の理解 134
 - ウ 設問の検討 135
- (4) 起訴後の余罪捜査の必要性を理由とする接見指定 137
 - ア 問題の所在 138
 - イ 判例の理解 138
 - ウ 設問の検討 139

2 秘密交通権 140

- (1) 秘密交通権の制約の適否を検討する視点 140
- (2) 取調べにおける接見内容の聴取 142
 - ア 問題の所在 142
 - イ 裁判例の理解 143
 - ウ 設問の検討 144
- (3) その他、秘密交通権が問題となりうる場面 146
 - ア 弁護士と被疑者・被告人の間の信書等の押収 146
 - イ 弁護士と被疑者・被告人の間の信書等の検閲 146
 - コラム 接見国賠 130
 - コラム 秘密交通権・刑事施設の運用をめぐる争いへ? 137
 - コラム 一般面会における接見等禁止の当否 140
 - コラム 検察庁にいる被疑者との面会 141
 - コラム 再審請求権者と弁護士との秘密交通権 145
 - コラム 接見室への再生機の持込み 147

第21講 公訴の提起…………… 149

- 1 公訴権の濫用 149
 - (1) 問題の所在 150
 - (2) 判例・学説 150
 - (3) 設問の検討 152
- 2 訴因の設定と審判の範囲 152
 - (1) 問題の所在 152
 - (2) 判例の理解 153
 - (3) 設問の検討 155
- 3 訴因の明示・特定 155
 - (1) 問題の所在 155
 - (2) 判例の理解 156
 - ア 訴因の明示・特定が求められる趣旨 156
 - イ 共謀共同正犯における公訴事実の記載 156
 - ウ 覚醒剤使用の訴因の特定 159
 - (3) 設問の検討 159
- 4 起訴状における余事記載——予断排除の原則との関係 160
 - (1) 問題の所在 160
 - (2) 判例の理解 160
 - ア 基本的な考え方 160
 - イ 余事記載 161
 - ウ 証拠の内容の引用 161
 - (3) 設問の検討 162
- 5 親告罪の告訴 162
 - (1) 問題の所在 162
 - (2) 告訴の主観的不可分 163
 - (3) 告訴の客観的不可分 164
 - (4) 告訴の追完 166
- 6 起訴後の捜査 167
 - (1) 問題の所在 167
 - (2) 判例の理解 168
 - (3) 設問の検討 168

第22講 審判・防御の対象とその変動(1)——訴因変更の可否…… 169

- 1 訴因変更が問題となる場面 169
 - (1) 訴因変更の可否——可能性 170
 - (2) 訴因変更の要否——必要性 171
 - (3) 訴因変更の許否——許容性 171
- 2 訴因変更の可否——可能性 172
 - (1) 問題の所在 172

- (2) 公訴事実の単一性 172
- (3) 狭義の同一性 174
- 3 訴因変更の許否——許容性 179
 - (1) 訴因変更の時機的な限界 179
 - ア 問題の所在 179 イ 裁判例の理解 179 ウ 設問の検討 180
 - (2) 公判前整理手続と訴因変更 180
 - ア 問題の所在 181 イ 裁判例の理解 181 ウ 設問の検討 181
- 4 訴訟条件と訴因変更 182
 - (1) 訴訟条件を判断する基準時と訴因変更 182
 - ア 問題の所在 182 イ 裁判例の理解 182 ウ 設問の検討 183
 - (2) 訴訟条件を欠く訴因と訴因変更 183
 - ア 問題の所在 183 イ 判例の理解 184 ウ 設問の検討 184
 - (3) 公訴時効の成立時期と訴因変更 185
 - ア 問題の所在 185 イ 判例の理解 185
 - コラム 非両立性の判断方法 178

第23講 審判・防御の対象とその変動(2)——訴因変更の要否…… 187

- 1 訴因変更の要否——必要性 187
 - (1) 訴因変更の要否を考える視点 187
 - (2) 訴因変更の要否に関する判例の判断枠組み 188
 - ア 問題の所在 188 イ 判例の理解 188 ウ 設問の検討 190
 - (3) 縮小認定 194
 - ア 問題の所在 194 イ 判例の理解 194 ウ 設問の検討 195
- 2 訴因・罰条変更命令 196
 - (1) 裁判所の心証と訴因変更 196
 - ア 問題の所在 196 イ 判例の理解 196 ウ 設問の検討 197
 - (2) 訴因変更命令の意義と効果 197
 - ア 訴因変更命令の意義 197 イ 訴因変更命令の効果 197
 - (3) 裁判所の訴因変更命令義務 198
 - ア 問題の所在 198 イ 判例の理解 198
- 3 罰条変更の要否——必要性 200
 - コラム 争点顕在化措置 193
 - コラム 具体的防御説と抽象的防御説 193

第24講 証拠法(1)——関連性…………… 202

- 1 証拠の関連性の検討の視点 202
 - (1) 関連性にかかる概念 202
 - (2) 関連性の有無の判断 203

2 悪性格証拠 203

- (1) 前科事実による犯人性立証 203
 - ア 問題の所在 203
 - イ 判例の理解 204
 - ウ 設問の検討 204
- (2) 類似事実による犯人性立証 205
 - ア 問題の所在 206
 - イ 判例の理解 206
 - ウ 設問の検討 207
- (3) 前科事実と主観的要素の立証 207
 - ア 問題の所在 208
 - イ 判例の理解 208
 - ウ 設問の検討 209

3 科学的証拠 209

- (1) 科学的証拠の特徴 209
- (2) DNA 型鑑定 210
 - ア 問題の所在 210
 - イ 判例の理解 211
 - ウ 設問の検討 211
- (3) 犬による臭気選別 212
 - ア 問題の所在 213
 - イ 判例の理解 213
- (4) その他の科学的証拠 214
 - ア ポリグラフ検査 214
 - イ 筆跡鑑定 214
 - ウ 顔貌鑑定 214
 - コラム DNA 型鑑定の証明力 212
 - コラム 法的関連性と証拠調べの必要性 216
 - コラム 取調べの録音・録画記録媒体の証拠としての使用 216

第25講 証拠法(2)——違法収集証拠排除法則…………… 218

1 違法収集証拠排除法則の前提知識 218

- (1) 排除の根拠と基準 218
- (2) 判例の判断枠組み 219

2 違法収集証拠排除法則の検討の視点 220

- (1) 排除の根拠と判断枠組みの関係 220
 - ア 重畳説と競合説 220
 - イ 最高裁判例の傾向 221
- (2) 違法行為と証拠の間の因果性 221
 - ア 排除法則と毒樹の果実 221
 - イ 「毒樹の果実」の意味 222
 - ウ 因果性にかかる毒樹の果実論の例外 223

3 違法収集証拠排除法則の諸問題 224

- (1) 証拠排除における考慮要素 224
 - ア 問題の所在 225
 - イ 重大違法と排除相当性 225
- (2) 排除法則と同意 227
 - ア 問題の所在 227
 - イ 排除法則の根拠との関係 227
- (3) 証拠排除の申立資格 228
 - ア 問題の所在 228
 - イ 排除法則の根拠との関係 228
- (4) 私人による違法収集証拠 229

4 毒樹の果実論の諸問題 230

- (1) 違法承継論 230
 - ア 問題の所在 230
 - イ 違法の承継 230
 - ウ 捜索後の暴行と証拠排除 232
- (2) 毒樹の果実論と一次証拠 232
 - ア 問題の所在 232
 - イ 一次証拠と毒樹の果実論 233
- (3) 毒樹の果実論と二次証拠 234
 - ア 問題の所在 235
 - イ 違法な先行行為と二次証拠の間の因果性 235

第26講 証拠法(3)——自白法則…………… 237

- 1 自白法則の検討の視点 237
 - (1) 自白法則の趣旨に関する諸見解 237
 - (2) 自白法則と違法収集証拠排除法則の分担 239
- 2 自白の任意性の諸問題 241
 - (1) 約束による自白 241
 - ア 問題の所在 241
 - イ 判例の理解 241
 - ウ 設問の検討 242
 - (2) 偽計による自白 242
 - ア 問題の所在 243
 - イ 判例の理解 243
 - ウ 設問の検討 244
 - (3) 任意性が問題となったその他の事例 244
 - ア 黙秘権告知と自白 244
 - イ 取調べの違法と自白 246
 - ウ 取調べに先行する違法と自白 247
- 3 不任意自白と派生的証拠 248
 - (1) 問題の所在 249
 - (2) 裁判例の理解 249
 - (3) 設問の検討 249
- 4 反復自白 250
 - (1) 問題の所在 250
 - (2) 判例の理解 250
 - (3) 設問の検討 251
 - コラム 取調べの録音・録画義務違反と自白の証拠能力 248

第27講 証拠法(4)——伝聞法則…………… 252

- 1 伝聞法則の検討の視点 252
 - (1) 伝聞証拠性の判断 252
 - ア 伝聞法則の趣旨と伝聞証拠性の判断枠組み 252
 - イ 伝聞証拠の典型 253
 - ウ 共同正犯を例とした要証事実と立証趣旨の関係 254
 - (2) 要証事実（立証事項）と伝聞証拠性 257
- 2 伝聞証拠の判断 259
 - (1) 体験事実を含む供述か——発言が行為の一部である場合 259

(2) 内容の真実性が問題となるか①——犯罪事実の一部を構成する発言である場合 260

(3) 内容の真実性が問題となるか②——発言の存在自体が間接事実である場合 260

ア 発言の存在から責任能力の欠如を推論する場合 261

イ 自己矛盾供述の存在から信用性を否定する場合 261

(4) 内容の真実性が問題となるか③——発言の存在から当該発言を聞いた第三者の認識を推論する場合 262

(5) 伝聞過程に誤りが入る危険が典型的に低いか①——現在の精神状態に関する供述 263

ア 意義と伝聞証拠性 263 イ 過去の体験事実と現在の精神状態に関する供述 264

(6) 伝聞過程に誤りが入る危険が典型的に低いか②——自然反応的になされた供述 266

ア 問題の所在 266 イ 裁判例の理解 266 ウ 設問の検討 267

3 共謀の立証と伝聞証拠 267

(1) 謀議の際の発言 267

ア 問題の所在 268 イ 判例の理解 268 ウ 設問の検討 268

(2) 犯行計画メモ 269

ア 問題の所在 269 イ 裁判例の理解——現在の精神状態に関する供述と数人による共謀 269 ウ 設問の検討 270 エ 補論——犯行計画メモと非伝聞証拠 270

4 現場写真・その他の記録媒体 272

(1) 現場写真 272

ア 問題の所在 272 イ 判例の理解 273 ウ 設問の検討 273

(2) 供述証拠としての録音・録画 274

ア 問題の所在 274 イ 設問の検討——供述証拠たる録音の伝聞証拠性 274

コラム 立証趣旨の拘束力をめぐる議論と伝聞証拠性 256

コラム 証人審問権保障と直接主義 258

第28講 証拠法(5)——伝聞例外(1)…………… 276

1 伝聞例外の検討の視点 276

(1) 伝聞例外が問題となる場面 276

(2) 伝聞例外を検討する際の留意点 277

2 第三者の供述を録取した書面——321条1項各号 277

(1) 供述不能——321条1項各号 277

ア 問題の所在 277 イ 判例の理解 278 ウ 設問の検討 278

(2) 相対的特信状況——321条1項2号後段 279

ア 問題の所在 280 イ 相反供述と相対的特信状況の意義 280 ウ 設問の

検討	280			
(3)	国際捜査共助要請と供述録取書	283		
ア	問題の所在	283	イ	判例の理解 283
ウ	設問の検討	284		
(4)	退去強制と検察官面前調書	285		
ア	問題の所在	285	イ	判例の理解 286
ウ	設問の検討	286		
3	検証調書・実況見分調書	288		
(1)	検証調書・実況見分調書の特徴	288		
(2)	検証調書・実況見分調書における立会人の指示説明	288		
ア	問題の所在	289	イ	判例の理解 289
ウ	設問の検討	290		
(3)	被害・犯行再現状況報告書等	291		
ア	問題の所在	291	イ	判例の理解 292
ウ	設問の検討	293		
(4)	実況見分調書等の公判廷における使用	294		
ア	問題の所在	294	イ	判例の理解 295
ウ	設問の検討	296		
4	鑑定書——検証調書・実況見分調書との区別	296		
(1)	問題の所在	297		
(2)	判例の理解	297		
(3)	設問の検討	297		
コラム	相反供述と反対尋問	282		
コラム	明文規定なき刑事免責的行為による供述の採取	284		
コラム	最高裁平成7年判決後の下級審裁判例の展開	286		
コラム	321条1項各号で要件が異なる理由	287		

第29講 証拠法(6)——伝聞例外(2)…………… 299

1	特殊な伝聞例外または非伝聞	299
2	特信文書	300
(1)	問題の所在	300
(2)	裁判例の理解	300
(3)	設問の検討	301
3	伝聞供述——再伝聞	302
(1)	問題の所在	302
(2)	判例の理解	303
(3)	設問の検討	304
4	同意書面	305
(1)	同意の方法	305
(2)	同意の効力	306
(3)	同意の撤回	307
5	証明力を争うための証拠	310
(1)	自己矛盾供述——弾劾証拠	310

ア	問題の所在	310	イ	判例の理解	311	ウ	設問の検討——自己矛盾供述の存在の証明	311
(2)	回復証拠	312	ア	問題の所在	313	イ	判例の理解	313
ウ	設問の検討	314						
6	複数の被告人の証拠の取扱い	315						
コラム	同意と立証趣旨	307						
コラム	328条の趣旨に関する学説	312						

第30講 裁 判…………… 317

1	補強法則	317						
(1)	補強証拠の解釈上の問題	317						
(2)	補強証拠の範囲と程度	318						
ア	問題の所在	318	イ	判例の理解	318	ウ	設問の検討	319
(3)	補強証拠適格	320						
ア	問題の所在	320	イ	判例の理解	321	ウ	設問の検討	321
(4)	共犯者・共同被告人の供述と補強証拠	322						
2	択一的認定	322						
(1)	択一的認定を検討する視点	322						
(2)	同一構成要件の場合	323						
ア	原則と問題の所在	323	イ	例外——開かれた構成要件の場合（異なる訴因間の択一的認定）	325			
(3)	異なる構成要件の場合	327						
ア	構成要件間に大小関係がある場合	327	イ	大小関係がない場合	328			
(4)	単独犯と共同正犯の場合	331						
ア	問題の所在	331	イ	判例の理解	331	ウ	設問の検討	333
3	一事不再理効の及ぶ範囲	334						
(1)	一事不再理効の範囲を検討する視点	334						
ア	主観的範囲	334	イ	客観的範囲	334	ウ	時間的範囲	334
(2)	一事不再理効の客観的範囲——訴訟条件を欠く事実との関係	335						
ア	問題の所在	335	イ	一般的な理解	336	ウ	設問の検討	336
(3)	一事不再理効の客観的範囲——特に常習一罪の関係にある事実	336						
ア	集合犯と常習犯	336	イ	前訴が常習窃盗で、後訴が常習窃盗または単純窃盗の場合	337	ウ	前訴が単純窃盗で、後訴が常習窃盗または単純窃盗の場合	340
コラム	常習犯と常習性の認定	337						

事項索引 344

判例索引 350