

ロースクールのための 刑事事実認定論試稿（2）

丸山 輝久

はじめに	30
第3 訴因論（認定の対象）	30
1 訴因制度を支える4つの法原理とその役割	30
2 訴因変更の要否	44
3 訴因変更の可否（公訴事実の同一性）	46
4 控訴審と訴因変更	49
第4 捜査の適法性と証拠能力（認定の資料1）	51
1 違法収集証拠の禁止とその限界	51
2 任意捜査	52
3 強制捜査	61

はじめに

本稿は、前号（7号）の、「第1 刑事事実認定の基本原則」、及び、刑法総論を中心とした「第2 事案の捌き方（その1）」に続くものであり、「第3 訴因論（認定の対象）」、「第4 捜査の適法性と証拠能力（認定の資料1）」を掲載する。

なお、以上に加えて、「伝聞証拠（認定の資料2）」、「自白の証拠能力と証拠価値（認定の資料3）」、「違法性阻却事由を中心とした「事案の捌き方（その2）」」、「財産犯を中心とした「事案の捌き方（その3）」を加えて、2011年12月に、現代人文社から「ロースクールのための刑事事実認定論（判例を基にして）」を出稿する予定になっている。なお、本誌では、字数の関係から掲載判例は表示のみとしているが、上記では、判例の必要部分も掲載している。

第3 訴因論（認定の対象）

1 訴因制度を支える4つの法原理とその役割

(1) 訴因制度の意義と役割

i) 訴因制度の意義

訴因制度は、一事不再理の原則（二重起訴の禁止）、検察官処分権主義（起訴便宜主義）、被告人の防御権の保障、裁判所の実事認定及び法令適用の権能という4つの原則の基に成り立っている制度である。

公訴事実という言葉は、二つの意味で用いられている。すなわち、一事不再理の効力が及ぶ範囲（判決の拘束力が及ぶ範囲）を画する意味での公訴事実という意味と、検察官が訴因に構成して審判の対象とした公訴事実という意味である。前者は刑訴法312条のいう公訴事実であり、後者は同256条2項2号のいう公訴事実である。紛らわしいので、ここでは前者を犯罪事実、後者を訴因事実と呼んで説明することにする。

訴因は、検察官が裁判所に対して、処罰を求めるために「できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定して」起訴状に記載した訴因事実を意味する。これは、検察官が、起訴便宜主義に基づいて、過去の犯罪事実を基にして、法定の犯罪成立要件にあてはめて構成した事実であるから法的評価を加えた抽象化された事実である。したがって、訴因事実は犯罪事実の全てではない。訴因事実は、検察官が犯罪事実の中から処罰を求めるのが適当と考えた部分であり、犯罪事実を外円として訴

因事実がその中に入る小円ということになる。また、起訴した時点では、犯罪事実は訴因事実の背後に隠れていて同一であるように見える。

ところが、裁判で証拠調べを進めていくとこの両者に齟齬が生じてくることが多い。検察官にとっては、**二重起訴の禁止の原則**が同一の犯罪事実の範囲で及ぶため、訴因事実限定されずに、犯罪事実の同一範囲で犯罪の認定ができる方が主張・立証がしやすい。しかし、**裁判所**にとっては、当事者主義、検察官処分権主義の下で審判の対象が訴因事実限定されているので、誰に対するどのような犯罪であるかが特定され、明確にされていることが必要となる(同 256 条 2 項)。さらに、**被告人**にとっては、訴因事実が防御対象であるので、犯罪及び犯人性が特定されているだけでは不十分であり、犯行の日時、場所、態様などが明らかでないと、もぐらタタキのような防御を強いられることになる。したがって、訴因事実は、**被告人の防御権**を保障するために、それらができる限り特定されている必要があるのである(同条 3 項)。同 312 条はそのことを前提にして調和を図っているのである。

訴因制度は、このような機能を持っている重要な制度であるので、裁判の冒頭で、弁護人による訴因に対する求釈明を巡って攻防が繰り広げられることが少なくない。特に、公判前整理手続に付された場合は、検察官も弁護人も争点を明確にすることを義務付けられていて(同 316 条の 17、22)、公判開始後は新たな主張・立証を制限されるので(同条の 32)、求釈明によって検察官の主張事実の特定、立証範囲の確定を行う重要性はきわめて強い。

一つの事例で検討してみる。

X は、甲の家のアルミサッシ窓を壊して侵入し、鍵のかかった筆筒などを壊しながら 1 階の室内を物色して、筆筒内にあった現金 30 万円、指輪・時計などの貴金属を盗み、2 階も物色しようとして階段を上がりかけたところ、2 階の部屋に在室していた甲の母親乙子が、2 階の階段の踊り場から「どろぼう。」と叫んだので、X が「騒ぐな。騒ぐと殺すぞ。」と怒鳴って階段を上がろうとしたところ、乙子の姿が見えなくなった。そこで、X は、2 階に上がるのを止めて侵入した窓から逃走した。X が逃げたのを確認してから乙子が 110 番通報するために急いで階段を降りようとしたところ、階段を踏み外して足を骨折するけがを負った。X は、2、3 分走って逃げた後速足で 20 分くらい歩いて、大丈夫だろうと思って公園のベンチで一息ついていた。すると、警察官丙が近づいてきて職務質問しようとしたので、とっさに丙に体当たりして丙が倒れた隙に走って逃げた。丙は倒れた際に右手に加療 2 日を要する擦過傷を負った。

この生の事実について考えられる罪名は、アルミサッシの窓を壊したことが建造物

損壊罪か器物損壊罪 (①)、甲の家に侵入したことが住居侵入罪 (②)、金品を盗るために箆筒を壊したことが器物損壊罪 (③)、金品を盗った行為が窃盗罪 (④)、その後乙子を脅して逃げたことが事後強盗罪 (⑤)、または事後強盗致傷罪 (⑥)、警察官甲に体当たりしたことが公務執行妨害罪 (⑦)、負傷させたことが傷害罪 (⑧) などである。

検察官は、この犯罪事実からどのような訴因事実を構成するかである。まず、この事実すべてを一つの犯罪事実と見るか、どこかで区切って別の犯罪事実とみるかというのが**犯罪事実の同一性**の問題である。甲宅での行為 (①ないし⑥) は事後強盗致傷罪に至る一連の行為であるから一つの犯罪事実 (「A 犯罪事実」という) であることは明らかであるが、公園での行為⑦、⑧ (「B 犯罪事実」という) とは、被害者、保護法益、場所などが異なるので明らかに別の犯罪事実である。したがって、A 犯罪事実と B 犯罪事実には犯罪事実 (公訴事実) の同一性はなく、併合罪関係にあることになる。また、B 犯罪事実の⑦、⑧は観念的競合の関係にあり、科刑上一罪である。

次に、A 犯罪事実のうち②⑤を、B 犯罪事実のうち⑥をそれぞれ起訴したとすると、②と⑤は牽連犯で科刑上一罪であるので一つの訴因事実 (「A 訴因事実」という) とし構成し、それと併合罪関係にある⑥はもう一つの訴因事実 (「B 訴因事実」という) とし構成して起訴したとする。すると、起訴状には A 訴因事実と B 訴因事実の二つの訴因が記載されることになる。

そして、公判で証拠調べた結果、乙子がけがをしたのは、X が逃げ出したのですぐ後を追って階段を下りようとして階段を踏み外したことが明らかになったとする。これは A 犯罪事実が変化したことになる。そして、検察官が、事後強盗致傷罪の認定を求めようとする場合、A 訴因事実には乙子の傷害は含まれていないので A 訴因事実のままではその認定は不可能である。証拠調べによって変化した A 犯罪事実と A 訴因事実の間に齟齬が生じたのである。そのためには訴因変更が必要であり、公訴事実が同一である A 犯罪事実内の変化であるから訴因変更が可能であることになる。裁判所は、検察官の訴因変更請求を許可しなければならないし、検察官が訴因変更しなければ A 訴因事実の限度でしか認定できない。ただし、裁判所が、④の限度でしか認定できないと判断した場合には、縮小認定であり、被告人の防御に不利益を及ぼさないので訴因変更の必要はない。また、検察官が⑧の事実についても追加して処罰を求めたいと考えた場合には、公訴事実が同一の B 犯罪事実内の変更であるから訴因変更は可能であり、裁判所は、検察官が訴因変更しない限り⑧を認定することはできない。

このように、**犯罪事実 (公訴事実) の同一性**がある範囲で、検察官に訴因事実を変更できる権限を与え、審判の対象として顕在化させて、被告人の防御権と調和させる

ことにしたのが訴因制度なのである。

ii) 訴因の特定

裁判所は、訴訟指揮権に基づいて、不特定の訴因を特定させる義務がある(刑訴法 294 条、規則 208 条)。したがって、訴因の不特定のまま判決に至ることは審理不尽の違法として相対的控訴理由となる(刑訴法 379 条)。判例 2-12 は、不特定の訴因が補正された場合、「補正のために主張された事実が起訴状記載の公訴事実と一体不可分の関係に立ち、合して特定・明示された訴因としての評価を受ける」としている。

同 2-8、同 2-11 は、覚せい剤使用について、日時、場所、方法等の特定の程度を判断しているが、前者は訴因の特定の意義について詳しく説明しているので参考になる。覚せい剤使用は、1 回の使用ごとに犯罪が成立する併合罪関係にある。しかし、証拠となる尿の鑑定可能期間が 2 週間程度に限定されているがその間に複数回の使用があった場合に、その鑑定結果がどれかの使用を証明することは明らかであるが、特定の使用を証明することは困難であるし、使用日時場所は被告人の自白に依拠せざるを得ない場合が多い。したがって、鑑定結果が反映することがもっとも確実な最後の使用と特定せざるをえないのである。同 2-3 は、殺人罪について、日時、方法について検察官はできる限り特定すれば足り、不確定であっても証拠上犯人性が明確であれば、被告人が犯人性を否定しているとしても防御に支障はないから不特定ではないとしている。これは、訴因を「できる限り」特定しているかの判断は、犯人性の証明が最も重要であって、その証明程度によって日時、方法などの特定の程度が異なってくることを示唆している。

同 2-6、同 2-10 は、実行共同正犯、共謀共同正犯に関して、共謀関係の特定の程度に関する事案であり、いずれも犯罪及び犯人性を超える事実について、どの程度特定すればよいかを判断したものである。

同 2-2 は、わいせつ図画の提供行為と所持の起訴において、追加的変更によって提供行為回数を次々と増やした事案で、提供行為は包括一罪であり、それと所持罪とは観念的競合の関係にある科刑上一罪だからから、いずれも許容されるとしている。また、同 2-1 は、残業代未払いに関する労働基準法違反事件で、同基準法 32 条 1 項が週単位で規定しているのに月単位の残業時間の集計が記載された訴因について、「時間外労働を構成する労働日ないし労働時間が基本的に同一であるとしても、違反している規範を異にしている場合には、それらの時間外労働は社会通念上別個の事実であり両立し得るもの」であるから、公訴事実の同一性が認められないとして訴因の変更を不許可として無罪判決を言い渡した原判決について、「予備的訴因変更請求は、週を特

定し、週単位の時間外労働の規制違反の罪を明示して瑕疵を補正しようとしたものと理解できるから、原審は、上記適正な訴因となるように措置した上、予備的訴因変更を許可すべきであった」として破棄し、訴因変更を認めて有罪判決をしている。

同 2-4 は、受託収賄の起訴で「代表質問など」という記載の検察官の釈明が「勧誘説得請託」も含む趣旨であるというものであった場合、「いずれも一個の収賄における請託として主張されているものであるから、その一部を明示しなくても受託収賄罪の訴因の特定に欠けるところはなく、公訴事実中の『など』は、その前後の記載内容からすると、代表質問請託以外の請託の存在を示すものであると解釈することも十分可能であるとの判断を示しており、その判断が不当であるとはいえないから、原判決が代表質問請託のほか勧誘説得請託の事実を認定したのが審判の請求を受けない事件について判決をした違法があるとはいえない」としている。

同 2-5、同 2-9 は、より不明確な訴因への変更を許可したことは、訴因制度に反して違法として破棄し、原審の証拠で当初の訴因が認定できるとして自判した事案であり、訴因制度の趣旨に適ったものである。

同 2-13 は、検察官の釈明ミス（業務上横領の占有で法律上の占有であることが明らかなのに「事実上及び法律上の占有」と釈明）したことについて、訴因の特定に影響しないとした事案である。

同 2-7 は、覚せい剤使用について単統一罪として起訴したのに訴因を変更せずに二回の使用を認定し併合罪とした事案について違法であるとしたもので、審判の対象が訴因であることを説示している。

法令の解釈・適用は裁判所の専権事項であるから、裁判所は検察官の適用罰条の主張には拘束されない。

（訴因の特定に関する判例）

2-1 最判平 21・7・16（道路交通法違反、労働基準法違反被告事件）

2-2 最決平 21・7・7（児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律違反等被告事件）

2-3 東京高判平 20・9・25（死体損壊、死体遺棄、殺人等被告事件）

2-4 東京高判平 17・12・19（各受託収賄被告事件）

2-5 東京高判平 16・11・15（窃盗被告事件）

2-6 大阪高判平 13・1・30（銃砲刀剣類所持等取締法違反・殺人被告事件）

2-7 東京高判平 12・6・27（覚せい剤取締法違反被告事件）

2-8 大阪高判平 4・2・5（覚せい剤取締法違反被告事件）

- 2-9 大阪高判平 2・9・25 (覚せい剤取締法違反被告事件)
- 2-10 東京高判昭 59・9・17 (公職選挙法違反被告事件)
- 2-11 東京高判昭 57・3・24 (覚せい剤取締法違反被告事件)
- 2-12 仙台高判昭 52・2・10 (業務上過失致死傷被告事件)
- 2-13 大阪高判昭 41・12・9 (業務上横領被告事件)

(2) 一事不再理の原則 (二重起訴の禁止)

同一事件 (同一の公訴事実) に対する訴追手続は一回に限定され、同時に二つ以上の訴追手続が存在してはならず (二重起訴の禁止)、一度訴追されて確定判決を経た犯罪事実については、再び審理することができない (一事不再理の原則。刑訴法 337 条 1 号)。これは、被告人に二重に刑事手続の危険を課すことを禁止したものであり、この場合の危険とは、「訴訟手続の開始から終了に至るまでの一つの継続的状态」を意味し、上訴手続による上級審の審理は含まれない (最判昭 25・9・27)。

同一事件とは、実態上または科刑上一罪であることで、二つの訴因が別々の社会的事実と評価とできず、いずれか一方しか成立しない関係 (両立し得ない関係) にある場合をいう。実行行為 (包括一罪)、罪数関係 (科刑上一罪) や、一つの法益侵害と評価される不可罰的事後行為などの事実も公訴事実の同一性の問題として扱われる。

判例 2-14、同 2-16 は、複数の窃盗事件の関係をそれぞれ単純窃盗で起訴するか、常習累犯窃盗で起訴するかは検察官の裁量であり、前者の場合は併合罪で追起訴が可能になるが、後者は、一定期間の複数の窃盗が一罪となるので、その間に漏れていた窃盗については訴因変更の手続きで追加することは可能だが、追加的訴因変更がなされなかった窃盗についても一事不再理効がおよび、判決後に再起訴することは許されなくなるとしている。

同 2-15 は、少年事件の逆送致において、検察官の起訴が家裁の逆送致決定に拘束されるか、及び二重の危険に該当するかを問題にした事案である。同 2-17 は、失火罪で有罪判決を受けた後、放火幫助で起訴することは二重起訴になるとした事案であり、同 2-18 は、業務上横領の訴因と窃盗の訴因とは公訴事実の同一性がないので訴因変更できないとされたため、新たに窃盗で起訴したところ、両訴因は公訴事実の同一性があり、前者が成立すれば後者は不可罰的事後行為となるが、後者の追起訴を訴因変更として扱ったという珍しい事案である。

(一事不再理に関する判例)

- 2-14 最判平 15・10・7 (窃盗被告事件・百選 P204)

- 2-15 東京高判平 15・5・27 (強盗殺人、窃盗被告事件)
- 2-16 東京高判平 14・3・15 (上記の下級審判決)
- 2-18 最判昭 34・12・11 (窃盗被告事件)

(3) 検察官処分権主義・起訴便宜主義 (刑訴法 247、248 条)

検察官は、訴追可能な犯罪事実の全部を訴因として訴追する義務を負っているのではなく、審判の対象及びその範囲を決める権限を有している。また、有罪判決が明らかかな場合でも起訴猶予にする権限を持っており、裁判所もこの権限を侵害できない (訴因の拘束力)。したがって、検察官は、訴因変更請求権を有し、裁判所の訴因変更命令を拒む権利も有している。公訴権の乱用については前掲 1-27 ないし同 1-29 を参照されたい。

起訴便宜主義と訴因との関係について、前掲判例 2-14 は、常習累犯窃盗として包括一罪となるような事案でも、検察官が、個々の窃盗を単純窃盗罪として複数の起訴をすることを、検察官の処分権主義から肯定できるが、常習累犯窃盗で起訴した場合は、それに包含されて一罪となる窃盗を単純窃盗で起訴することはできないとしたものである。同 2-16 も同旨種なので併せて参考にされたい。

同 2-19 は、併合罪関係にある場合に、公訴時効の関係で訴因の追加的変更を訴追意思の現れであると解釈して時効中断の効果を認めた事案である。これは裁判所の判断ミスによって公訴時効が到来してしまったことを救済した、極めて政策的な判決であると思う。

裁判所は、訴因の拘束力によって、訴因の範囲を超えた認定をすることが許されず、訴因と異なった事実を認定する場合には、訴因変更手続を行って異なった事実を顕在化させ被告人に防御の機会を与えなければならない。なお、訴因逸脱認定は訴訟手続の法令違反 (同 379 条) であり (最判昭 33・1・23 参照)、起訴訴因と公訴事実の同一性のない事実を認定した場合が絶対的控訴理由 (刑訴法 378 条 3 号) となることに注意されたい。

訴因の拘束力に関しては、同 2-23、同 2-24 が詳しく説示しており、前者は横領の事実大きな齟齬が生じた場合について、後者は買収の選挙違反で買収金を直接手渡したか、人を介して手渡したかの違いについて、いずれも訴因の変更が必要であるとしている。同 2-21 は、証拠上訴因記載額を上回って脱税額が認定可能の場合でも、訴因の拘束力から訴因記載額でしか認定できないとしている。また、同 2-22 は、一発の銃弾で、一人を殺害し、もう一人に傷害を負わせた事案で、検察官が、傷害を負った

者に対しても殺人未遂罪の訴因で起訴し、傷害を負った者に対する殺意について錯誤論を適用したものであると釈明したのに対し、原審が錯誤論によってではなく直截に殺意を認定したことは、訴因の枠を超えるもので、判決に影響を及ぼす訴訟手続き違反であるとし破棄し、検察官の釈明訴因通りに錯誤論で殺人未遂を認定している。

これに対し、同 2-19 は、不真正不作為犯の詐欺罪で作為義務発生根拠となる具体的事実(状況)を3時間も異なって認定することについて、「時間の長短だけが問題となるような通常いわれる縮小認定とは局面を異にする」が、審判の対象となる犯罪事実の本質的部分とはいええないから、訴因の拘束力はそこまで及ばないので、訴因の記載事項ではなく、それが訴因に記載されている場合でも「認定事実において異なる事実を認定することになる場合に訴因変更手続を必ず経なければならないものと解することはできない。」とし、被告人の防御の不利益になるかを検討し、両当事者が重要争点として捉えて攻防を行っているので、「訴因変更をしないまま、作為義務発生の時間を繰り下げて判示事実を認定したことが、不意打ちに当たるとか、被告人に実質的に不利益をもたらすということとはできない。」としている。

(起訴便宜主義に関する判例)

2-19 最判平 18・11・20 (詐欺、恐喝未遂、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律違反被告事件)

(訴因の拘束力に関する判例)

2-20 東京高判平 21・3・6 (詐欺被告事件)

2-21 福岡地判平 6・6・7 (法人税法違反被告事件)

2-22 東京高判平 6・6・6 (公務執行妨害、殺人等被告事件)

2-23 大阪高判昭 31・4・26 (横領詐欺被告事件)

2-24 名古屋高金沢支部昭 28・9・17 (公職選挙法違反被告事件)

(4) 被告人の防御権の保障(憲法 37 条 2、3 項、刑訴法 312 条 4 項)

i) 防御範囲の特定

被告人は、訴因に掲げられた犯罪事実を対象として防禦をすれば足り、訴因外の犯罪事実について防禦する義務を負わず、また、訴因が変更されて新たに顕在化した争点について、防禦の機会が与えられなければならない。前掲判例 2-22 ないし同 2-24 を参照されたい。

判例 2-29 は、被告人の防御の観点から訴因変更の必要性の判断基準について説示し、窃盗の共同正犯の訴因について、訴因変更をせずに幫助犯を認定をすることは適法で

あるとし、同 2-25 は、犯行場所を公判前整理手続で「X 荘 f 号室の被告人方室内」と特定したのに第 5 回公判期日で「X 荘及びその付近」と変更することは、被告人の防御活動を受け入れた上での変更であるとして適法としている。また、同 2-27 は、検察官は、覚せい剤所持で起訴したが、所持物が覚せい剤であるか不明で覚せい剤を採取できなかったため、一旦結審した後、弁論再開を求め、「覚せい剤様の結晶を覚せい剤として所持した」との麻薬等特例法違反の事実を予備的訴因として追加請求し、弁護人が不適法であるとの意見を述べたが、裁判所は予備的訴因の追加を許可し、弁護人が請求した予備的訴因に関する証拠調べを行った上で予備的訴因を認定した事案について、主位的訴因も相当程度嫌疑があって立証も不可能とはいえず、「最初の結審段階において、すでに主位的訴因について客観的に無罪が確実といえるような状況にあったものではなく（なお、原判決が主位的訴因について無罪としたのは、本件物を摂取した共犯者である妻の尿から覚せい剤が検出されているとしても、同じく摂取した被告人及び他 1 人の尿からは検出されておらず、妻も本件物を摂取する前に覚せい剤と認められる物を摂取していることから、本件物によって覚せい剤が検出されたと断定することはできないことを理由とするのである。）、ましてや一審段階にあるのであるから、検察官の本件予備的訴因の追加請求が一旦結審後になされたとしても、それは被告人側の防御に不意打ちを与えるものではない」、予備的訴因は主位的訴因より軽い罪であり、「主位的訴因についてのそれまでの防御活動が予備的訴因に対する防御活動としても意味があり、かつ、予備的訴因に対して特段困難な防御活動を必要としなかったのであるから、本件予備的訴因の追加が、被告人側のそれまでの防御活動を無にし、新たな防御活動でまかないきれない不利益与えるものではない」として適法とした。

これに対し、同 2-26 は、起訴状では「廉価売却、販売委託、高値買戻しという一連の本件取引」を背任行為としたのに対し、原判決が一連の取引全てを架空取引であり、その決済のために手形を振出し決済したことを背任行為と認定したことについて、「本件各取引は架空のもので、資産を流出させるための偽装であるとする場合と、その取引の実体はあるが、(注:d社)にとっては不要なもので、同社に損害を生じさせる取引ととらえるかでは、行為態様の悪質性にも大きな差異があり、その行為から発生する法律効果だけではなく、事実の側面においてもまったく様相を異にすることは明らかであって、共謀の趣旨やそれに基づく具体的行為態様も異なってくる。また、被告人の防禦の観点から見ても、前者であれば、その行為の態様からみて、会社の裏金作りのような事案を除けば、任務違背性や図利加害目的を争う余地は乏しいのに対し、

後者であれば、本件取引の目的、会社にとってのその取引の有用性（任務違背性）や凶利加害目的が争点になり得るのであって、被告人側の防禦の方法にかなりの差違が生じることになる」として、原判決のような認定をすることは原則として許されないとしている。

同 2-28 は、「共謀の上、同日午後 8 時ころから翌 25 日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において」、「奈良又は被告人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法で長谷川を殺害した」という択一的な認定をした事案について、「その事件が被告人と奈良の 2 名の共謀による犯行であるというのであるから、この程度の判示であっても、殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、それが構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものというべきであって、罪となるべき事実の判示として不十分とはいえない」とし、「実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防禦にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である」としながら、「殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえない」とし、「被告人の防禦の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではない」と判示している。

（被告人の防禦権と訴因変更の要否に関する判例）

2-25 広島地判平 18・7・4（強制わいせつ致死、殺人、死体遺棄等被告事件）

2-26 東京高判平 15・5・14（商法違反、詐欺被告事件、商法違反被告事件）

2-27 仙台高判平 13・10・4（覚せい剤取締法違反被告事件）

2-28 最判平 13・4・11（殺人・死体遺棄・現住建造物等放火・詐欺被告事件・百選 P102）

2-29 最判昭 29・1・21

ii) 変更時季の制限

当事者の攻撃・防禦が相当長期間集積された結果、当初の訴因の証明に疑問が出た

段階で、突然、訴因を変更することは、被告人にとっては不意打ちになるばかりか、さらに新たな防衛活動を強いるという不当な負担を負わせることになるし、それまでの審理過程を無にするという訴訟経済上の損失を生じるので、捜査権、訴追権を独占して、訴訟遂行を誠実かつ公正に行う義務がある検察官としては、そのような不誠実かつ不公正は許されないとの理由から、訴因変更には時季的制限がある。

公訴提起後7年余を経過して結審した事件において、検察官の弁論再開請求ならびに予備的訴因・罰条の追加請求を刑訴法規ことに規則第1条の精神に違背するとして却下した判例がある（横浜地裁小田原支部昭43・10・9）。また、同2-32は、当初の起訴（強盗傷人）から強盗殺人未遂に訴因変更請求までに約3年2か月（第1回公判から約1年1か月）が経過し、その間に合計14回の公判が開かれた事案について、「検察官は、これまでの審理経過に照らし、右訴因等の変更請求をする機会があったにもかかわらず、何らこれらの措置を採らず、訴訟終結間近（論告期日直前）になって、右訴因等変更請求をしたこと、」「検察官が訴因等変更の必要性が生じた根拠とする事実は、」「第1回公判において、当初の訴因である強盗致傷について、検察官から証拠の取調べ請求がなされ、採用決定を経た後、取り調べられた証拠によりあらわれていたものと内容的には異なるものであり、犯罪の構成要素について基礎となる証拠及びその評価について変更は認められないことなどを考慮すると、迅速かつ公正な裁判の要請という観点から、本件訴因等変更請求は、誠実な権利の行使とは認められず、権利の濫用に当たり、「刑事訴訟規則1条に反し、許されない」とした。

同2-30は、公判整理手続に付された交通事故に関する事案で、弁護人は被告人と事故との関連性を争ったが、被告人の注意義務については争点としていなかったが、公判で目撃証言から交通事故の態様が訴因事実と異なっていることが明らかになったため、検察官が訴因変更請求をした事案について、公判整理手続制度の趣旨からみて原則として公判開始後の訴因変更は認められないが、公判での証拠調べの結果で新たに明らかになったこと、変更後の訴因を立証する証拠は大半が既に証拠調べ済みであり、検察官が訴因変更に伴って新たに請求する証拠は極めて限られており、被告人の防衛権を考慮して認められた弁護側立証を含めても1期日で終了し得る程度であったから、「訴因変更請求は、公判前整理手続における充実した争点整理や審理計画の策定という趣旨を没却するようなものとはいえないし、権利濫用にも当たらない」とした。

同2-32は、専ら、火災発生後の被告人の行為が、殺人の実行行為かそれとも救助行為としての消火行為かにしぼられて攻撃防衛が展開されて18回の公判経過し（第1回公判期日から約2年6か月経過）、弁護人の防禦活動が成功したかにみられ、かつ、

結審間近かの段階で、当初の釈明によって明瞭に訴因からも立証事項からも除外されていることが確認された足蹴り行為をあらためて立証事項とし、訴因として攻防の対象とさせようとした事案について、「被告人の防禦に実質的な不利益のなかには、憲法上の要請でもある迅速な裁判をうけ得ないことからくる被告人の不安定な地位の継続による精神的物質的な消耗をも考慮に入れるべきである」との考えの下に、「あらたな防禦範囲の拡大を強いらられるのみならず、暴行、傷害、傷害致死等の実行行為としても独立に評価され、処断される危険にさらされる」ことを負わされることになるとして、「不意打ちであるのみならず、誠実な訴訟上の権利の行使(刑訴規則1条2項)とは言い難いうえに」、「被告人としても、これらに対するあらたな防禦活動が必然的に要請され、裁判所もまた十分にその機会を与えなければならないから、訴訟はなお相当期間継続するものと考えられ、迅速裁判の趣旨(刑訴規則1条1項)に反して被告人をながく不安定な地位に置くことによって、被告人の防禦に実質的な著しい不利益を生ぜしめ、延いて公平な裁判の保障を損うおそれが顕著であるといわなければならない」として訴因変更を許可したことは相当ではなく、刑訴法312条1項の解釈適用を誤ったもの」であるとしている。

同2-33は、寄付募金を語って不特定多数の物から金員を詐取したという訴因と、許可または届出なく寄付募金行為を行ったという条例違反の訴因とは公訴事実の同一性があるとしているが、田中二郎裁判官の反対意見は、公訴事実の同一性を肯定しながらも、第1回公判から9年以上経っての突然の不意打ちの訴因変更であり違法であるとしている。

(訴因変更時期に関する判例)

2-30 東京高判平 20・11・18 (業務上過失致死、道路交通法違反被告事件)

2-31 大阪地判平 10・4・16 (殺人・死体遺棄・窃盗・強盗致傷・公務執行妨害等被告事件)

2-32 福岡高裁那覇支部昭 51・4・5

2-33 最判 S47・7・25 (詐欺被告事件)

(5) 裁判所の実事認定および法令適用の権能

裁判所は、裁判を通じての真実発見義務と適正な刑罰権行使義務を負っているので、訴因について釈明義務、変更命令義務を負う場合があるが、検察官が訴追権を独占していることとの関係で、その命令は検察官を拘束する効力はなく、裁判所が釈明や変更命令を怠った場合に、真実発見義務に違反した(審理不尽)になるという程度の効力があるにすぎない。しかし、裁判所は、訴因として掲げられた犯罪事実に対し正し

く法令を適用する権限と義務を有しており、これについては検察官の意見には拘束されない。判例 2-41 は、訴因変更命令に拘束力がないことを明言している。

同 2-43 は、業務上横領の訴因を特別背任に変更した事案で、控訴審が一審の特別背任の認定が誤りであるとして訴因罰条を変更することなく業務上横領を認定したことは違法であるとしたものであるが、訴因の追加変更手続の目的について明確に説明しているので参考になる。同 2-45 は、住居侵入窃盗事件で、訴因で「住居に侵入し」と記載されていても、罰条に刑法 235 条のみが記載されただけの場合、住居侵入まで認定することは審判の請求を受けない事件まで認定したもので違法であるとしている。また、同 2-44 は、強制わいせつの訴因について無罪を言い渡した一審判決を破棄して公然わいせつ罪で有罪を自判した控訴審判決について、検察官の訴因には「公然性」が含まれていないし、訴因の変更もないので、審判の請求を受けていない犯罪を判決したことになるとしている。

同 2-40 は、過失犯の注意義務が異なる場合は訴因変更が必要であるとしている。ただし、同 2-37 は、注意義務自体ではなく、一定の注意義務を課す根拠となる具体的事実については、たとえそれが公訴事実中に記載されたとしても、訴因の拘束力が認められるものではないから、その事実が公訴事実中に一旦は記載されながらその後訴因変更の手続を経て撤回されたとしても、被告人の防禦権を不当に侵害するものでない限り、その事実を認定することは違法ではないとしている。

訴因変更命令義務について、同 2-35 は、強盗の訴因に対して事後強盗が認められる場合、公訴事実の同一性があるので、事後強盗への訴因変更又は同訴因を追加しさえすれば、事後強盗の事実を認定できた可能性が大であった場合について、裁判所は、検察官に対し、訴因の変更等をするか否か釈明すべき義務があるとしている。なお、この判例は、占有、故意、反抗抑圧の程度についても詳述しているのでその点でも参考になる。同 2-38 は、公務執行妨害事で現場共謀として起訴されたが、被告人が現場には存在せず事前共謀であるなら有罪の可能性があったことから、裁判所が釈明を求めたところ、検察官が現場共謀である旨釈明し訴因変更をする意思がないと釈明したため、訴因変更命令をせずに無罪判決をした事案について、その点について 8 年半に及ぶ審理の結果、第一審裁判所が検察官に対し訴因の変更を促したことによりその訴訟法上の義務を尽くしたものであるべきであり、さらに進んで、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務までではないとした事案である。

また、同 2-39 は、公務執行妨害罪の訴因に記載されていない事実（暴行）について暴行の態様について「など」という記載があり、検察官が「など」は例示ではなく限

定的記載であると釈明したのだから、暴行の限定は重要な事実であるのでそれ以外の暴行を認定することは訴因の拘束力に反するが、刑訴法 378 条 3 号に該当する違法ではなく「原判示の他の暴行事実に加えて認定、判示したにすぎず、右付加認定が本件公務執行妨害罪の成否にかかわりを持たないのは勿論、その罪質、態様、違法性及び犯情等に基本的な変更をもたらすものではないこと、右一連の暴行については、原審において、証人調べの際の反対尋問などにより被告人側に防禦の機会が十分与えられたことが、」明らかであるから、「例外的に、訴因の枠外の事実を認定した違法が判決に影響を及ぼさない」とした。

同 2-42 は、贈賄の訴因で収賄を認定することは、被告人の防御に不利益であるから訴因変更が必要であるが、裁判所が訴因変更命令を出しても検察官が訴因変更をしない場合に、裁判所が訴因変更されたものとして判決することは違法とし、訴因変更命令権に拘束力がないことを明言している。

前掲判例 2-5 は、検察官が、同一場所、同一時間での窃盗と窃盗未遂を包括一罪として起訴し、審理中に既遂と未遂を一緒にして「窃盗などした」と訴因変更し、裁判所がこれを許可してその通りの判決をした事案について、「など」と訴因変更したことにより、当初の訴因事実（既遂と未遂一件ずつ）だけでなく、同一場所で同一時間に他にも犯罪を行っている可能性が推測されるので特定を欠くことになり違法であるとし、検察官が未遂は控訴審の審判対象としていないと釈明したので、「など」を削除して既遂についてのみ有罪とする自判をしている。

また、同 2-37 は、追加された訴因の変更を許可した後にそれが公訴事実の同一性を害するものであることが判明したので、これを是正するため、訴因追加の許可を取り消す決定によって、その訴因を審判の対象から排除し、その立証のための証拠決定も取り消したことは相当であるとしている。さらに、同 2-34 は、盗撮による常習的卑わい行為の場合に成立する各条例違反の罪の罪数については、公刊物上裁判例が容易には見当たらず、いまだ実務上の解釈が確立されていないので、併合罪の起訴訴因を包括一罪に変更する検察官の請求を許可したことは誤りとは言えないが、後に併合罪であることが明らかになった場合は、訴因変更許可を取り消すべきであるとしている。

(訴因についての裁判所の義務に関する判例)

2-34 東京地判平 16・12・20 (「迷惑防止条例」違反被告事件)

2-35 札幌高判平 7・6・29 (強姦致傷、強盗被告事件)

2-37 最判昭 62・12・3 (窃盗、有印私文書偽造、同行使、詐欺、詐欺未遂等被告事件)

2-38 最判昭 58・9・6 (公務執行妨害、傷害、同致死被告事件・百選 P110)

- 2-39 東京高判昭 51・3・30 (公務執行妨害被告事件)
- 2-40 仙台高判昭 43・7・18 (道路交通法違反、業務上過失致死被告事件)
- 2-41 最判昭和 40・4・28
- 2-42 最判昭 36・6・13 (収賄被告事件)
- 2-43 大阪高判昭 31・4・26 (横領詐欺被告事件)
- 2-44 最判昭 29・8・20 (強制猥褻被告事件)
- 2-45 最決昭 25・6・8 (住居侵入窃盗被告事件)

2 訴因変更の要否

訴因には、概ね、①犯罪事実の構成要件的評価を特定するための事実、②犯罪行為を特定する事実、③結果を特定する事実、④犯罪事実のさらなる詳細な事実(意図、動機、計画、謀議の態様、犯罪の方法、態様、経過など)が記載されている。

訴因について**事実記載説**(通説判例)に立った場合、訴因変更を必要とする「**事実が異なった場合**」とは、どの程度異なった場合を言うのが問題となる。

訴因変更の要否は、三つの視点から考えなければならない。検察官からみると、提起した訴因と異なった犯罪が認定されても(横領の訴因に対して背任、窃盗、占有離脱物横領などの認定。強盗致傷の訴因に対して窃盗あるいは恐喝と傷害。)、訴因事実限定しての処罰を求めているのではなく、その他の犯罪も含めた犯罪事実の処罰を求めていると考えられるので、検察官処分権主義は侵されない。しかし、住居侵入窃盗事件で、検察官が住居侵入を落として窃盗のみで起訴したのに、処罰を求めている住居侵入も含めて認定されると処分権主義侵害となる(前掲判例 2-46 参照)。この意味で、検察官処分権主義も訴因変更要否の限界を画しているといえる。

次に、裁判所にとっては、訴因に拘束力があるのだから、検察官が訴因変更しなければ、提起した訴因事実と異なった犯罪事実を認定することができない。したがって、裁判所にとって必要な訴因変更の要否は、特定されている犯罪事実の範囲内かその範囲外かという限度で足りることになる。なお、訴因逸脱認定は刑法 378 条 3 項か同 379 条又は 411 条 1 号かという問題がある。起訴訴因では変更不可能な犯罪事実の認定は前者、訴因変更が可能な場合は後者とする判例が多い。

これに対して、被告人にとっては、訴因は防御の対象範囲を明確に確定するという極めて重要な意味を持っている。提起された訴因に対して防御活動が成功したのに、突然、別の犯罪事実を認定されたのでは、それまでの防御活動が無意味になるばかりか、認定された犯罪について防御できなかったという著しい不利益が生じる。その意

味で、訴因変更の要否は、被告人の防御権の保障、すなわち、被告人の防御に不利益になるかが判断基準となるのは当然である。被告人の防御に不利益になるかの判断基準については、抽象的ないし一般的見地から判断すべきであるという抽象的危険説の方が目的に適っている。

上記①の犯罪事実の構成要件の評価を特定するための事実、原則として訴因変更が必要である。これは異なった構成要件間の齟齬であり、被告人にいかなる犯罪の刑事責任を負わせるかを定める必要最小限の事実主張であり、防御する被告人にとってばかりではなく、審判する裁判所にとっても、一犯罪(科刑上一罪も含めて)一訴因でなければならない。そして、裁判所にとっては、検察官が提起した訴因と異なった犯罪事実を認定できないのであるから、また、被告人にとっては、抽象的、一般的には構成要件が異なれば防御対象も異なってくるので不利益になるのであるから、いずれの面から、原則として訴因変更が必要である。しかし、証拠不十分の結果、あるいは防御の結果として縮小認定する場合は、審判の対象は明確であるし、被告人にとって不利益ではないので訴因変更は不要である(判例によると、殺人→傷害致死、殺人未遂→傷害、強盗→恐喝、強盗致死→傷害致死、横領→占有離脱物横領、受託収賄→単純収賄など)。

また、事実と齟齬はなく、事実の法的評価の違い(法令適用)だけの場合も、被告人に不利益でない場合は変更不要な場合がある(例えば、窃盗の起訴で、占有のみが立証できない場合の占有離脱物横領)。

さらに、単独犯か共同正犯か、直接正犯か間接正犯かは共犯の態様の違いなので同一の公訴事実の範囲内にあり、検察官が共犯として処罰することを求めていることには変わりがないので、被告人の防御権を侵害しない場合には訴因変更しなくても処分権主義には反しない。

上記②の犯罪行為を特定する事実、提起された訴因事実と、行為の態様や因果関係が異なる場合(傷害致死事件で、殴った行為によるか、押し倒した行為により何かに打ち当たったことによるか)は、裁判所にとっては不要であっても、被告人にとっては防御上極めて重要であるので、原則として訴因変更が必要である。ただし、同一機会であれば(殴ったり蹴ったりの複数回の暴行のうち、どの暴行が傷害の原因であるか)、全体が一個の実行行為であるから訴因変更は必要ない。

上記③の結果を特定する事実、犯罪の最も重要な部分であるので訴因の変更が必要である(窃盗の被害物品の変更など)。

上記④の犯罪事実のさらなる詳細な事実、主として、被告人の防御権という観点

から検討が必要である。

訴因変更の要否については、次に掲載する判例の外、既に掲載している判例を参照されたい。

(訴因変更の要否に関する判例)

2-46 東京高判平 18・7・5 (傷害被告事件)

3 訴因変更の可否 (公訴事実の同一性)

訴因変更は公訴事実の同一性の範囲で許されている(刑訴法 312 条 1 項)。

公訴事実の同一性がある場合とは、社会的事実を照らし、両訴因が別訴において両立し得ない関係にある場合をいう。この意味については、二つの面から考える必要がある。一つは、一事不再理の原則が及ぶ範囲、即ち、判決の拘束力が及ぶ範囲を意味し、**実体上の一罪のみならず科刑上一罪(牽連犯、観念的競合)**として評価される場合に同一性がある。これを**公訴事実の単一性**という。二つは、社会的事実関係から見て両訴因が両立し得ない関係にある場合は**事実が同一**である。これを**狭義の公訴事実の同一性**という。そして、両訴因が両立しうる関係のある場合には併合罪関係にあり、公訴事実の同一性はない。

公訴事実の同一性の範囲内で一事不再理の効力が働くとしたものとして、「火鉢の火気を始末せず外出したため、火鉢の残火が飛んで工場を焼毀させた」という失火の事実で罰金刑に科せられた後に、「A から工場の放火を打ち明けられ、情を知らない宿直員 B を誘い出して遊興するよう命ぜられ、B を伴って夜工場を抜け出し、A の放火を容易にして幫助した」という事実で起訴された事案で「同一被告人に対する同一日時場所における同一客体の焼毀に関するものであり、正に社会的、歴史的事実は同一であって、即ち基本的事実関係を同じくするものであり、両者間には公訴事実の同一性がある」として刑訴法 337 条 1 号によって免訴の判決を言い渡さなければならないとした判例がある(最判昭 35・7・15)

判例 2-49 は、変更後の訴因について有罪認定ができない場合は訴因変更を許可すべきではないとしている。

覚せい剤使用については、同 2-47 は、公判において、被告人が使用の場所や態様を変更したため、変更後の供述を信用してその内容の訴因に変更することは、尿の鑑定結果から一回の覚せい剤使用を起訴したものであるから、両立し得ない関係にあるので公訴事実の同一性があるとして訴因変更を認めたのに対し、同 2-51 は、使用日を 2 日後に変更する旨の訴因変更について、被告人が多い時には一日 2、3 回使用してい

たこと、そのような使用頻度でも10日以上覚せい剤を所持していたと変更した供述を前提にすると、両立しうる関係にあるので訴因変更は認められないとし、採尿に直近の最後の使用の意味であるという検察官の主張は、不明確な訴因が明確になった場合などに当てはまるとしても、最初から明確であった日時的事实を、他の事実に乗換えることになる場合には当てはまらないとして訴因変更を認めていない。

収賄と贈賄の関係については、公務員と共謀して収賄したという訴因と贈賄者と共謀して公務員に贈賄したという訴因は一つの贈収賄事件で、共謀の相手が収賄側なのか贈賄側なのかの違いであるので、両立しない関係のあり公訴事実の同一性があるとした判例(最決昭53・3・6)、「被告人はAと共謀の上〇〇時△△場所においてBから一人あたり2830円相当の酒食の饗応の贈賄を収受した」という収賄の訴因と、「被告人はBと共謀の上〇〇時△△場所においてAに対し2830円相当の酒食の饗応の賄賂を供与した」という贈賄の訴因は、「公訴事実の日付、場所、人及び行為の内容等具体的事実関係を全て同じくし、公訴事実の同一性を失わない」とした判例(最判昭28・3・15)がある。

窃盗と横領の関係については、「甲日乙時に道路上でA保管の腕時計を窃取した」という窃盗の訴因と「甲日乙時ころ、AがBと喧嘩する際脱ぎ捨てたジャンパーから路上に転がり出た同腕時計をAのために保管中、翌日入質した」という横領の訴因は同一性があるとした判例(最判昭37・3・15)、被告人はAに短期間に一頭6万円で売却できると約束していたが、その見込みがなく、Aから馬を引き上げると告げられたため、無断で馬を引き出して廉価で売却したという事案で、「Aから馬の売却を依頼されていて売却した代金の一部を着服横領した」という業務上横領の訴因と、「AがBから預かっていた馬を窃取した」という窃盗の訴因とは、「いずれも同一被害者に対する一定の物とその換価代金を中心とする不法領得行為であって、一方が有罪となれば他方がその不可罰行為として不処罰になる関係にあるので公訴事実の同一性があるとした判例(最判昭34・12・11)がある。

詐欺と横領の間については、「〇〇の外務員として会員募集及び会費などの集金業務に従事中、甲日から乙日までの間25回にわたって25名から集金した合計175000円をその都度ほしいままに着服横領した」という業務上横領の訴因と、「犯行当日の4ヶ月前に解雇されていたが、なお〇〇の事務員なるかのように装い前期間中同25名から同金額を騙取した」という詐欺の訴因は同一性を失わないとする判例(最判昭31・11・9)がある。

窃盗と贓物罪との関係については、判例2-55は、「昭和25年10月14日頃、静岡

県長岡温泉古奈ホテルに於て宿泊中の大川正義の所有にかかる紺色背広上下一着、身分証明書及び定期券一枚在中の豚皮定期入れ一個を窃取したものである」という訴因と、「赃物たるの情を知りながら、10月19日頃東京都内において自称大川正義から紺色背広上下一着の処分方を依頼され、同日同都豊島区(略)惣悟方に於て金4千円を借受け、その担保として右背広一着を質入れし、以って赃物の牙保をなしたものである」という訴因との公訴事実の同一性を肯定し、公訴事実の同一性の判断に関する考え方を説示しているので参考になる。その他に、「甲日乙時ころ、A方で、Bと共謀して自転車1台とアメ1瓶を窃取した」という窃盗の訴因と、「甲日ころA方付近までBと同行し同人の依頼により同人がA方から窃取した同上の△△まで運搬した」という贓物運搬の訴因とは同一性があり、Bが窃取した直後にBの依頼で贓物を運搬した事実が窃盗の共同正犯の証拠となる重要な事実であるとした判例(最判昭27・10・30)、「昭和28年9月21日午前1時頃京都市(略)太郎方前路上に於て同人所有のリヤカー1台(時価1万円位)を窃取した」という事実と、追加された予備的訴因である「昭和28年9月21日午前1時頃京都市(略)大宮南入路上で知人藤原ヨシヲより、その盗品たるの情を知りながら、リヤカー1台(時価1万円位)を預りもって赃物の寄蔵をなした」という事実との間には、日時 of 同一、場所的關係の近接性及び不法に領得された太郎所有のリヤカー1台に被告人が関与したという事実に変りはないから、右両訴因の間の基本的事実關係は、その同一性を失うものでないとした判例(最判昭29・9・7)がある。

同2-50は、裏金の横領について、送金依頼に乗じて送金先に送金依頼額より多くの送金をするからその分を指示する口座に返金してほしい旨を依頼して送金した(変更後の訴因)、依頼を受けた者が当該額を小切手数枚にして送金してきたのを着服した(変更前訴因)という事案について、両訴因は、片方が成立すれば他方が不可罰的な準備行為か事後行為となる関係だから両立し得ない関係にあるので、訴因変更は適法であるとしている。

同2-54は、株式取得のためになされた業務上横領行為と商法489条2号前段に違反する会社の自己株取得のためになされた支出行為とは、いずれも被告人の同一行為に関する同一事実の表裏をなすも、択一的関係にあつて公訴事実の同一性があるとしている。

同2-48は、検察官が、起訴状の犯行日時の「昭和62年」を「昭和63年」に変更申請し、弁護人の異議はないとの意見を受けて裁判所が変更許可し、そのとおりの判決をしたが、証拠上は当初の訴因が正しいことが明らかである事案について、「認定事

実と訴因事実とが犯行の日のほかは完全に一致していること」、弁護人も異議ない旨の意見も受けて訴因変更手続をしていることなどから、「犯行の日にかかる前示のような誤認は罪となるべき事実の特定に影響を及ぼしていないものと認められない」としている。これは、証拠上両立し得ない関係にあることが明らかであることを前提とした、一審の誤認を救済した判断であるといえる。

同 2-52 は、事実は同一であり、両訴因は預金者なのか仲介者なのかという法的評価の違いであるから訴因変更は適法であるとする。

同 2-53 は、勾留状の被疑事実が賭博罪であるのに、起訴訴因が「賭博開張図利を、賭具を貸与して幫助した」である場合、併合罪の関係にあるものであるから、事件の同一性を欠くが、勾留中の供述調書の任意性には影響ないとしたものである。

(訴因変更の可否に関する判例)

2-47 最判昭 63・10・25 (覚せい剤取締法違反被告事件)

2-48 東京高判昭 63・9・12 (住居侵入、窃盗被告事件)

2-49 宇都宮地判昭 58・9・27 (住居侵入、強盗殺人被告事件)

2-50 東京高判昭 56・9・6 (業務上横領、贈賄被告事件)

2-51 前橋地決昭 56・6・19 (覚せい剤取締法違反被告事件)

2-52 東京高判昭 55・3・28 (預金等に係る不当契約の取締に関する法律違反等被告事件)

2-53 最判昭 45・7・10 (賭博罪)

2-54 最判昭 33・5・20 (業務上横領等被告事件)

2-55 最判昭 29・5・14

4 控訴審と訴因変更

控訴審での訴因変更について、最判昭 30・12・26 は、「一審判決に、事実誤認ないし法令の違反があって、これが破棄されることが予想される場合に、控訴審裁判所が、検察官の訴因、罰条の追加変更を許すことは違法とはいえない」とし、「控訴審裁判所が右追加変更された訴因、罰条について審理判決することのできるのは、あくまでも、一審判決に事実誤認ないし法令違反があることを理由に控訴審でこれが破棄されることが前提とならねばならず、破棄が相当とされた場合に始めてこれについて審理判決することができるものと解すべきである。」としている。したがって、訴因変更は、一審の判決を破棄する場合にのみ許される。

しかし、一審判決を破棄する場合に控訴審での訴因変更を簡単に認めると、被告人の審級の利益を損ねることになるので、原則として、破棄差戻をすべきである。しかし、

訴因の変更をすれば有罪認定ができる場合に、控訴審での訴因変更を全く許さず破棄差戻しをしなければならないとすると、被告人の負担増、訴訟経済の観点から不都合である。控訴審での訴因変更の可否は、審級の利益と訴訟経済との調和の問題である。

事後審査審の状態では、一審の証拠から一審判決の当否を判断する。この場合、事実誤認の有無（起訴訴因事実に対する事実認定の当否）を判断する場合には訴因変更の問題は起きない（判例 2-59 参照）。しかし、一審で取調べられた証拠だけによって起訴訴因事実と異なった犯罪事実が認定できる場合がある。すなわち、一審裁判所は、起訴訴因事実は認定できないが訴因変更すれば別の犯罪を認定できることが明らかな場合に訴因変更命令義務を怠ったことになり、その手続違反は判決に影響を及ぼすことが明らかである。この場合には、控訴審での検察官の訴因変更請求を許可するか、裁判所が訴因変更命令を発し、訴因が変更された場合に変更後の訴因について有罪認定することになる。しかし、この場合でも、変更後の訴因についても一審で防御が尽くされていることが前提でなければならない。

控訴審は事実調べをすることが認められている（刑訴法 393 条 1 項）。事実調べを行えば続審に変わり、新たな事実調べの結果も加えて事実認定をやり直すことになる。起訴訴因事実のみについての判断である場合は訴因変更の問題はない。しかし、起訴訴因事実は認定できないが別の犯罪を認定できる場合（この場合は控訴審での事実調べが加わっているので一審には上記の訴訟手続の法令違反はない）、訴因変更を認めるべきかが問題になる。この場合は被告人の審級の利益を損ねることになるので、被告人に不利益な判決をすることは原則として許されないと考えるべきである。

このよう考えると、控訴審での訴因変更は、一審判決と異なった事実の有罪判決を自判することを前提にしていると言える。したがって、一審判決が事実を確定できないとして無罪を言い渡した場合で控訴審がなんらの事実調べもしないで有罪認定をする場合、すなわち、一審判決に事実誤認ないし審理不尽があるのに新たな事実調べをしないということは、一審判決の事実認定を逆転させることであり、訴因事実と異なった認定をするには訴因変更が当然必要である。また、事実の取調べを行った場合には、核心部分の事実の取調べを行わないで有罪認定ができる場合に限定すべきであるとされている。核心部分の攻防については審級の利益を奪えないことを前提に、そうでない場合は訴因変更を認めるとしたものである。

以上から見て、控訴審での訴因変更の許容範囲は相当広いことになる。判例 2-58 の団藤、谷口両裁判官の意見を参照されたい。

同 2-56 は、本起訴は無罪で追起訴が有罪で、被告人のみが控訴した場合、併合罪関

係にあるので、本起訴で有罪の可能性があるなら破棄して差し戻すべきで自判はできないとしている。

同 2-57 は、科刑上一罪あるいは包括一罪の一部が無罪、一部が有罪とされた場合で被告人のみが公訴した場合、有罪部分は当然審判の対象にできるが、無罪部分について審判の対象にはできないとした。

(控訴審と訴因に関する判例)

2-56 最判平 16・2・16 (暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件)

2-57 仙台高判昭 60・5・28 (職選挙法違反被告事件)

2-58 最判昭 58・2・24 (寄蔵被告事件)

2-59 最判昭 34・5・25 (器物損壊境界毀損被告事件)

第 4 捜査の適法性と証拠能力 (認定の資料 1)

1 違法収集証拠の禁止とその限界

捜査は、起訴の有無を決する判断の証拠収集活動であり、同時に公判維持 (有罪立証) のための証拠収集活動である。証拠収集活動には、任意捜査と令状に基づく強制捜査とがある。国家の廉潔性、公正性から捜査は適正手続に基づいて行われなければならないと、法を遵守しなければならない訴追権者が、違法な手続で得た証拠を使用してはならないとする違法収集証拠禁止の理論がある。しかし、実務では、手続の違法と、それによって得られた証拠の証拠能力を否定する違法とを区別し、証拠能力が否定されるのは違法性が著しい場合に限られるという二段構えの考え方をとっている。それは、社会秩序を維持するために適正な刑罰権の行使が必要であるという刑事手続の目的と、刑事被疑者・被告人の基本的な人権擁護に基づく適正手続の保障との比較考量によって、証拠能力までも否定するか否かの判断を司法に委ねたことを意味する。しかし、法治国家である以上、捜査機関が超えてはならない一線があるはずであるが、裁判官が上記比較考量の基準のどちらに軸足を置くかによって、捜査の違法性及び証拠排除するほどの違法性があるか否かの結論が異なってくる。最高裁は、違法収集証拠として証拠能力を否定することに極めて慎重であるが、下級審によって違法収集証拠排除の判例が蓄積されている。極めて緩やかではあるが最高裁もそれに従って変化しつつある。

捜査の適法性の判断基準のキーワードは、判例によると、必要性、緊急性、相当性であるとされている。実務では、違法であることは比較的認めるが、証拠能力が否定

される程度については、比較的重大な違法でもそれが捜査側の過失である場合には証拠能力までは否定しないとする判例が多い。このことから見て、証拠能力の判断で最も重要視されているのは捜査側の令状主義潜脱の意図（悪意性）ではないかと思う。

捜査の端緒は、捜査機関が犯罪の発生を探知した時点から始まる。探知には、通報、被害届、告訴、告発、警察官の職務質問などによる探知などがある。通報の場合は、警察官が現場に急行し、現場で開始される遺留証拠の発見（領置）、犯行現場の状況を記録して証拠化する実況見分、周辺聞き込みなどが行われる。被害届、告訴、告発は、被害者の事情聴取から始まる。これらの場合は、犯罪現場という客観的証拠あるいは被害者の事情聴取から犯人を捜査していくため、初動捜査では人権侵害が発生することが比較的少ないが、容疑者が絞り込まれていくに従って、特に、身柄拘束、取調べなどにおいて人権侵害の問題が生じる。

これに対して、職務質問などにより探知は、警察官の主観による嫌疑からのスタートであり、職務質問対象者から犯罪を顕在化させようとするために、初動捜査から人権侵害の問題が起こる場合が多い。

2 任意捜査

任意捜査は人権侵害がない限り自由に行うことができる。そして、人の権利侵害を伴う場合は、侵害される権利者の任意の同意があることが前提である。実際には、捜査機関である警察官が職務質問を行い、その際に所持品検査あるいは身体検査を行い、発見された証拠物の任意提出を求めたり、任意同行を求めるという手順で進行するが、対象者が全くの任意に応じると言うことは少ない。したがって、任意捜査の適法性は、まず、任意の同意（黙示の同意も含む）があったと判断できるかが問題となり、次に、同意がないと判断された場合に、どの程度までの強制が任意捜査として許容されるかということが問題となる。

判例によると、同意がない場合の任意捜査が適法である限界は、強制処分に至らない程度の強制力の行使の範囲内である、とされている。すなわち、ある程度の強制力の行使が許容されることを前提としているが、強制処分に至らない程度と言っても極めてあいまいである。それを決する基準が捜査の必要性、緊急性、方法の相当性の有無及びその程度である。必要性は、犯罪の重大性、容疑の濃淡、当該捜査によって得ようとする証拠の重要性などから判断される。即ち、事案が重大なほど、容疑が濃いほど、得ようとする証拠が重要なほど必要性が強くなることになる。緊急性は、令状を得ていたのでは時期を失ってしまうこと（逃亡、証拠隠滅など）である。相当

性は、必要性、緊急性の程度と当該捜査によって侵害される人権の侵害程度とを比較考量して、前者の方が強い場合に相当性があるとされ、任意捜査の許容範囲内であるとして適法とされる。

(1) 職務質問（警察官職務執行法2条）

対象者は、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに相当な理由のある者」又は「既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っていると思われる者」であり、できる行為は「停止させて質問すること」である（同1項）。逃げた者の追跡（最判昭30・7・9）、腕に手をかけ引き止める行為（最判昭29・7・15）、車の発進を制止するために窓から手を入れてエンジンを切り、エンジンキーを取り上げる（最判昭53・9・22、最決平6・9・16）なども許される。

職務質問には、それに付随して行うことが認められている任意同行、留め置きなどがあり、さらにそれらを利用した所持品検査、任意提出・領置、取調べなどがある。

任意同行は、実施する場所が本人に不利である場合、又は交通の妨害になる場合は、付近の警察署、派出所又は駐在所に求めることができる（同条2項）。しかし、拒否、退去の自由が保障されなければならない（刑訴法198条1項但書）。問題となるのは、上記要件を備えていないのに、特定の犯罪捜査目的で事情聴取を行うために同行を求める場合である。そのような場合は任意か否か、任意でない場合に許容される範囲内かが極めて重要である。また、同行自体は任意であっても、同行後に長時間留め置いたことに同様の問題が生じる。したがって、任意同行の適法性、留め置きの適法性も別個に検討し、いつの時点から違法になるのかを確定させる必要がある。

所持品の検査は、職務質問の目的を達するために犯罪に関連する証拠物を所持していないかを検査するものであり、極めて重要な捜査方法である。しかし、身体検査は人権侵害の程度が強いので、同意の判断は慎重でなければならない。最高裁の考え方は判例3-10であり、「警職法2条1項に基づく職務質問に付随して行う所持品検査は、任意手段として許容されるものであるから、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められ

る限度において許容される場合があると解すべきである」という基本的考えたか述べた上で、違法収集証拠について、「証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。」「証拠物の押収等の手続に憲法 38 条及びこれを受けた刑法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」としている。

また、同 3-8 は、同一目的、直接利用という基準を示した最判で、被告人宅への立ち入りから「任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。」とし、「被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、被告人宅からの任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、被告人の退去の申し出に応えず警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない。」としながら、その違法性は証拠能力を否定するほど重大ではないとする。この判例の意味は、捜査の違法性は、個々の手続の適法性を分断するのではなく、同一目的の捜査である限り、それぞれの違法性が集積されて違法性が強くなっていくことを示したという意味では意義がある。

同 3-9 は、原審の違法性があるという判断を覆し適法であるとし、同 3-7 は、所持品検査で証拠物を発見できなかったので任意同行して再び所持品検査を行い、靴下の中から覚せい剤を発見し試薬試験をして現行犯逮捕し任意で採尿を行った事案について、現行犯逮捕までの一連の捜査に違法があり、採尿手続はその違法を引き継いで違法であるとしながら尿の鑑定書の証拠能力を肯定しているが、島谷六郎、奥野久之両裁判官の反対意見も参考にされたい。同 3-5 も、違法性の程度が高くないとした最判である。これらの最高裁判例は、証拠能力を否定する違法性の程度のハードルが極めて高いことを示しており、適正な刑罰権の行使に軸足があることが顕著である。

注目すべきは最判3-2である。窃盗容疑の逮捕令状が発布されていたが令状不携帯で逮捕し、警察署に連行した後に逮捕状を呈示したが、逮捕状には現場で令状を呈示して逮捕を執行したように記載し、その身柄拘束中に任意に尿の提出を受け、その尿から覚せい剤が検出された旨の鑑定書を添付して、覚せい剤使用容疑で被告人方の搜索差押許可状を得て、前に取得していた窃盗の搜索差押許可状と一緒に執行し、覚せい剤を発見し差押えたという事案について、上記逮捕の違法は重大であるから尿の鑑定書の証拠能力はなく、覚せい剤取締法違反容疑による搜索差押許可状は無効であるから使用を無罪にした点は適法である、しかし、「覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された搜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると」、覚せい剤の差押と鑑定書との「関連性は密接なものではな」く、「その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。」とした。これによると、適法な搜索差押許可状の執行を併せて行っていないければ覚せい剤の差押も重大な違法ということにならざるを得ないので、最高裁が違法集証拠排除の考え方を一歩進めたと考えられる。しかし、覚せい剤の差押およびその覚せい剤の鑑定書の証拠能力を肯定して所持を有罪とした理由は極めて歯切れが悪い。すなわち、裁判所を欺いても許可令状を得てしまえば司法審査を経ているとして違法性が弱まるという点は、裁判所を欺いたという悪意性を無視したものであって違法集証拠排除の考え方に逆行するし、適法な令状と併せて執行したという点も、窃盗容疑の搜索差押許可状の搜索で覚せい剤を発見しても、任意提出を受けるか改めて差押許可状を得るかしなければ差押はできないはずであるのに適法とする理由が薄い。その違法を無視しているばかりか、違法が二重になっているのだから違法性が濃くなることはあっても薄まることはあり得ないはずである。

下級審の判例を見ると、同3-3は、ホテル側がチェックアウト時間が過ぎていたので再三清算を求めたが退室しない不審な客がいるとの通報を受けて駆けつけた警察官が、客が一旦開けた部屋のドアを閉めようとしたので、ドアの間に靴を挟んで阻止し入口内側に入ったところ、客が裸で異常な言動をしていたので部屋内に入りソファに押さえつけた直後、「シャブでもやっているのか。」と警察官が質問したのに対し、客が「体が勝手に動くんた。」「警察がうってもいいと言った。」などと言い、さらに、客が右手に注射器を握り、小指の下から針が出ているのを発見したことなどから、承諾を得ずにテーブルの上に置かれた客の財布を開き、小銭入れの部分から本件覚せい

剤を発見したので現行犯逮捕し、捜索差押許を行い、警察署で尿の任意提出を受けた事案について、一審は、職務質問および所持品検査の違法が重大であるので現行犯逮捕も重大な違法である、違法な身柄拘束中の採尿手続も違法であるとして、すべての収集証拠の証拠能力を否定し無罪を言い渡したのに対し、「所持品検査の必要性・緊急性自体は高度のものが肯定でき、またその対象物が財布であったことのほか、所持品検査の具体的な態様も既にファスナーの開いていた状態の小銭入れ部分から内容物を取り出すというに過ぎなかったのであること、上原巡査らにおいて令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではないこと、全裸の被告人を約30分間にわたり押さえ続けたことについては違法であるものの、これは直接的には所持品検査に向けられたものではなく、被告人が暴れ続ける中で職務質問を続行するために行われた必要、最小限の有形力の行使であって、それ以上の有形力の行使はなかったこと、更に、本件所持品検査により害される被告人個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡なども合わせ考慮すれば、上原巡査らの行った所持品検査、被告人を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕したこと及びそれに引き続く本件各証拠物（略）の押収手続の違法は」、証拠能力を否定しなければならないほどに違法性はないとした。同3-4、同3-5も、所持品検査等の違法性を肯定したが証拠能力を否定するほどの違法ではないとしたものである。

これに対し、同3-1は、パトカーによる警ら中に不審車に乗っていた者を職務質問し、薬物使用あるいは所持の疑いを持って自動車内を含む所持品検査を実施すべく説得したが応じなかったため、捜索令状を得ようとして専門の捜査官を呼んだが令状請求は無理といわれたため、対象者の帰してくれという要望を無視してさらに説得を続け、3時間後に対象者が帰ろうとして車をちょっと動かした際に、車のミラーが警察官の体に接触したことを捉えて公務執行妨害罪の現行犯で逮捕し、それに伴って車内の捜索を実施し大麻を発見して押収したという事案であり、職務質問、留め置きの一連の経緯を任意捜査の限界を超えた違法がある上に、警察官に悪意性が推測されることを控えめに述べ、公務執行妨害罪の暴行に当たらないので現行犯逮捕も違法であるとし、これらの違法は重大であるとして大麻の証拠能力を否定しており、同3-6は、任意同行自体は適法としたが、「4時間以上にわたって、被告人が尿意を我慢し、尿提出を頑強に拒否していたにもかかわらず、旅行は延期すべきであるとして、尿提出を求めて警察署に留め置いた」ことは、「令状を請求する意思もその資料もないのに、ひたすら、被疑者の尿を採取する目的のみで、長時間警察署内に留め置き、被疑者が我慢できずにやむを得ず排出した尿を証拠として採取することが許されるということになってし

まう」として重大な違法であるとして証拠能力を否定した。

(職務質問等に関する判例)

- 3-1 東高判平 19・9・18 (公務執行妨害、大麻取締法違反被告事件)
- 3-2 最判平 15・2・14 (覚せい剤取締法違反、窃盗被告事件)
- 3-3 東高判平 11・8・23 (覚せい剤取締法違反被告事件)
- 3-4 大阪高判平 11・3・5 (覚せい剤取締法違反被告事件)
- 3-5 最決平 7・5・30 (覚せい剤取締法違反被告事件)
- 3-6 福岡高判平 6・10・5 (覚せい剤取締法違反被告事件)
- 3-7 最判昭 63・9・16 (覚せい剤取締法違反被告事件)
- 3-8 最決昭 61・4・25 (同一目的、直接利用・百選 P138)、
- 3-9 最判昭 59・2・29 (殺人被告事件)
- 3-10 最決昭 53・9・7 (覚せい剤取締法違反等被告事件・百選 8 版 P136)

(2) 領置

領置(刑訴法 221 条)は、任意捜査で証拠物を確保する場合で、遺留物(所持を離れた経緯が所持者の意思に基づくか否かは不要)は、所持者が存在するか否かの判断が必要であるが、領置自体は同意を求めることができないので任意性の問題は生じない。これに対して、職務質問、任意同行、留め置きなどの機会の任意提出に基づく領置は、同意の有無、あるいは任意捜査の範囲内かという判断が必要となる。真に任意かという点が問題になるが、前掲の職務質問に関する判例を参照されたい。

なお、領置は任意捜査での保管方法であり、強制捜査での保管方法である押収とは概念的に区別すべきである。領置に捜索、差押、検証等に関する規定が準用されることになっている(同 222 条)。しかし、その性質上、適用できる条文は少なく、同 112 条(執行中の出入り禁止)、同 114 条(公務所内での領置)、同 118 条(執行中止の際の処分)、同 121 条(押収物の保管・廃棄)程度であろう。

問題となるのは、領置は物を保管・管理することであるが、その付随処分として、領置時の状態に変更を加えて性状、意味、含有物などを調べることができるかという点である。すなわち、これらの捜査方法は他人の権利(秘密情報、プライバシーなど)を侵害するものであるので、本来、令状に基づく検証あるいは鑑定という強制捜査によるのが建前である。領置の目的を達するために許容される限度の問題であり、別途、その適法性を検討する必要がある(破いて破棄されて判読不能になっている状態の紙片の復元や消去されたメールの復元など)。

無主物の領置は問題にならない。判例3-11は、公道のゴミ収集場に捨てたゴミの領置に関するものである。注意しなければいけない点は、ゴミであることが明確な物全てについて同様に考えるべきではないということである。ゴミ収集業者が取りに来るまで特定の場所に隔離して保管している場合は、所有者の占有を完全に放棄したとはいえず、そうするのは個人の生活状況などを人に知られたくないという意思があるからであり、無断で領置することはプライバシーなどの侵害になる。また、公道のゴミ収集場に、破って内容が解らないようにして捨てた紙片を領置することは、領置自体には問題がないとしても、その紙片に記載されている個人情報他人に見られないために細かく破って捨てたのであるから、それを貼り合わせて復元すると秘密情報侵害の問題が生じる。やはり、捜査の必要性、緊急性、相当性を勘案して適法性を判断することになる。

(領置に関する判例)

3-11 最決平 20・4・15 (窃盗、窃盗未遂、住居侵入、強盗殺人被告事件)

(3) 実況見分

五官の作用によって、物、場所などの形状、態様、状況などを感知する検証的捜査活動を、捜査機関が任意捜査として行う場合が実況見分である。

留意すべき重要な点は2つである。1つは、証拠書面が捜査報告書となっても実質的には実況見分調書である場合、逆に、実況見分調書とされていても、実質的には捜査官の捜査報告書(供述書)である場合があるので、書面の表題に囚われずに内容で判断しなければならないという点である。

2つは、実況見分調書の記載内容で、実況見分の目的を達するための指示・説明的記載は実況見分調書と一体となって刑訴法321条3項が類推適用されるが、現場供述的記載は供述証拠であって、被告人の同意(同326条)がない限り、当該供述者の署名・捺印がないと同321条1項3号あるいは同322条1項の書面に該当せず、証拠能力がないという点である。この場合、添付されている写真は、犯行状況を再現している態度が写っている「供述写真」であっても、修正などが加えられていない限り、機械的に撮影されているので、供述者自身の表現であることが明らかなので、それを確認するための署名・捺印は不要で証拠能力を有することになるが、その写真を説明するために記載されている文言は証拠能力を有しないという点に注意しなければならない(伝聞証拠の項で詳述する)。

判例3-12は、宅配便の中身を、宅配業者の承諾を得ただけでエックス線検査するこ

とは、「その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たる」とし、「検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法である」としたが、必要性があったこと、宅配便業者の承諾を得ていることなどから、違法性の程度は強くないとしている。

(任意捜査としてのエックス線検査に関する判例)

3-12 最決平 21・9・28 (覚せい剤取締法違反被告事件)

(4) 写真撮影・ビデオ録画

写真撮影やビデオ録画は肖像権の侵害となる。任意捜査として許容されるかは、捜査の必要性、緊急性、権利侵害を充分配慮した相当性のある方法であるか否かの判断によって決する。捜査側が証拠収集のために行う写真撮影やビデオ録画は、プライバシーが尊重されなければならない個人的な住宅内や室内などでは令状なしには行えない。しかし、公開の場や公共の場（道路、公園など）では、他人に顔や風体を見られることをある程度予定されているのでプライバシー侵害は比較的小さい。また、捜査側が撮影や録画したものではなく、民間人（組織）が公共の安全や犯罪防止のために設置したカメラ（公道や公共施設、銀行などに常設）の画像も、通常人は撮影されること、場合によってはそれが犯罪捜査に使われることを許容していると考えられる。

前掲判例 3-11 は、銀行の防犯ビデオの画像と、容疑者の容貌の同一性を確認するために、容疑者が公道を歩いている姿をビデオ録画したり、パチンコ店内に設置されたビデオカメラの映像を利用することの適法性を肯定している。判例 3-13 は、速度違反を取り締まるための自動カメラを適法としたものである。

(写真撮影・ビデオ録画に関する判例)

3-13 最判昭 61・2・14 (道路交通法違反被告事件)

(5) 秘密録音、盗聴

容易に盗み聞きできる会話などは任意捜査として許容できる。しかし、憲法 21 条 2 項、電気通信事業法 4 条 1 項などから、両当事者の同意がない電話の盗聴などは、令状がなければできない（刑訴法 222 条の 2）。当事者のいずれかの同意がある場合は任意捜査として許される。

判例 3-16 の最決は、新聞記者が自分と情報提供者である被告人との会話を秘密録音した場合について、その録音内容は、被告人が未必的にではあるが録音されることを認容していた被告人と新聞記者との間で交わされた電話による会話を、正確性、信用性確認のために録音したものであることを理由に違法収集証拠ではないとした。また、捜査機関が行った秘密録音については、同 3-14 は、捜索差押時の現場で、声紋鑑定のために複数の者との会話などを秘密録音し、その中から、脅迫電話の声と酷似する声を抽出する編集をした場合について、「対話者の一方が相手方の同意を得ないでした会話の録音は、それにより録音に同意しなかった対話者の人格権がある程度侵害されるおそれを生じさせることは否定できないが、いわゆる盗聴の場合とは異なり、対話者は相手方に対する関係では自己の会話を聞かれることを認めており、会話の秘密性を放棄しその会話内容を相手方の支配下に委ねたものと見得るのであるから、右会話録音の適法性については、録音の目的、対象、手段方法、対象となる会話の内容、会話時の状況等の諸事情を総合し、その手続に著しく不当な点があるか否かを考慮してこれを決めるのが相当である」とした上で、具体的に録音方法を検討して適法としている。また、声紋鑑定書、言語学鑑定書の証拠能力についても判断しているので参照されたい。同 3-15 も、一方当事者の同意がある場合の秘密録音について適法としたものであるが、会話者の一方に捜査協力費を提供して同意を得て行ったことについても、好ましくはないが必要性を重視して違法とまでは言えないとしている。

同 3-17 は、被告人が二人の証言予定者の打ち合わせの状況を、手提げ鞆の中に録音機を設置し、偶然出会ったかのように装い、その鞆を一人に預けて秘密録音した事案について、欺罔方法によるものであることを理由に違法とし、違法性を阻却する事由もないとして証拠能力を否定した。

逆探知も通信の秘密に含まれる。しかし、電話自体を犯罪の手段として悪用している場合にまで法律で保護するとは考え難いので、被害者の同意があれば犯人探査の必要性があれば任意捜査として許容される。

(秘密録音、盗聴に関する判例)

3-14 東京地判平 2・7・26 (職務強要被告事件)

3-15 松江地判昭 57・2・2 (殺人未遂教唆、有印私文書偽造、同行使被告事件)

3-16 最決昭 56・11・20 (軽犯罪法違反被告事件)

3-17 静岡地判昭 40・3・5 (公職選挙法違反、名誉毀損被告事件)

(6) おとり捜査

捜査官あるいはその協力者が犯罪を唆して犯罪を実行させて逮捕することをおとり捜査という。犯罪誘発型(犯意がない者を唆す場合)と、機会提供型(犯意を持っている者に犯罪の機会を提供したにすぎない場合)とがあり、後者の場合が適法であるとされている。

判例3-18は、おとり捜査に関する最判の考えを述べ、機会提供型であるから適法であるとしたものであり、同3-19は、多数意見がおとり捜査ではないとしたことに対して、違法なおとり捜査であるとする反対意見である。

(おとり捜査に関する判例)

3-18 最決平16・7・12(大麻取締法違反、出入国管理及び難民認定法違反被告事件)

3-19 最決平8・10・18(覚せい剤取締法違反被告事件)(裁判官大野正男、同尾崎信の反対意見)

(7) 取調べ(刑訴法198条)

任意同行後の留め置き間の取調べは、身柄拘束中の取調べと違って、退席の自由も保障されなければならない。最判は、供述調書の証拠能力を任意捜査の手続的違法と切り離して、任意性の問題として扱う傾向がある(前掲判例3-9参照)。

しかし、違法収集証拠排除の理論から見ると、違法手続で採取された供述調書も客観証拠と同様でなければならないはずである。

3 強制捜査

強制捜査は、令状が発布されていることで、それ自体の必要性、緊急性、相当性の存在が一応推定されている。したがって、実際に行われた執行が法律で定められた要件に適合しているかが問題となり、その判断については、刑罰権の適正な行使に重きをおくと許容範囲は広くなるし、基本的人権の尊重に重きをおくと許容範囲は厳格になる。

強制捜査では、逮捕に際して許される搜索差押の許容範囲、搜索差押の際の「必要な処分」の範囲などが主として問題となる。

(1) 逮捕

逮捕には、令状逮捕、緊急逮捕、現行犯逮捕があるが、身体拘束という強い人権侵害を伴うものであるから、それぞれの要件が法律で定められおり、要件に適合しているか否かをきちんと吟味しなければならない。逮捕については異議申立制度がない

ことから、事後的審査によって、令状請求時点で令状に添付されていた疎明資料に基づいて「合理的な判断過程により」「当該犯罪を犯したことを相当高度に是認しうる嫌疑があると認められる」かを判断することになる（東京地判平 16・3・17）。刑事手続上で争う方法としては、勾留に対する準抗告の中で違法な逮捕だから逮捕前置主義に反するとして、あるいは公判段階で違法収集証拠排除の理由として主張する外はない。なお、この外に、国家賠償請求をすることができる。判例 3-20 は、軽微な物損の交通事故で、捜査に協力しない車の所有者を加害者と間違えて誤認逮捕した事案について、逮捕時の嫌疑の程度、それを裏付ける資料、逮捕の必要性、緊急性などを検討して適法であるとして国家賠償請求を棄却している。

逮捕については、同一事件での複数回逮捕（逮捕の蒸し返し）と、別件逮捕勾留の問題がある。

（違法逮捕と損害賠償請求に関する判例）

3-20 京都地判昭 55・12・19（損害賠償請求事件）

i) 逮捕の蒸し返し

逮捕は、原則として、刑訴法 199 条 3 項及び身柄拘束について厳格に期間制限している趣旨から、同一犯罪事実について 2 回以上逮捕する逮捕のむし返しは認められない。しかし、事案の重大性、捜査の必要性などから、令状主義潜脱の意図がない場合に例外的に認められる。判例 3-21 は、科刑上一罪の関係にある同一人に対する複数回の児童買淫行とその行為を撮影した行為とは観念的競合関係にあるとしても、半年間の複数回の行為であり、一回ごとに証拠収集が必要であることを考慮すると例外的に再逮捕は適法であるとしたものであり、同 3-22 は、同一事件での再逮捕が違法であることを理由に起訴後の勾留に対して準抗告した事案について、再逮捕であることの記載がなかったことは、「単なる逮捕状請求手続上の瑕疵にとどまらず、裁判官の逮捕の必要性の判断に重大な影響を及ぼす手続違反」であるとしたが、「公訴提起後における裁判官による勾留であって、裁判官が独自に職権で勾留の要否を判断するものであり、起訴状中の『「逮捕中求令状』の記載は単に裁判官の職権発動を促す事実上の申出にすぎず、又勾留の前手続としていわゆる逮捕前置主義が採用されているわけではなく、逮捕が違法であっても、必ずしも起訴後の勾留が許されぬと解する必然性はない（結果的には、違法逮捕に伴う身柄拘束中の勾留質問に基づき、勾留をすることとなるが、その一事をもって勾留自体が違法となるものと解することはできない。）」し、「本件においては、公訴提起時に、公訴事実と同一の被疑事実につき前に逮捕がなされたことがある旨の疎明資料が存していたことは明らかであって、勾留裁判官としては、右事

実をも斟酌したうえ、職権を発動して被告人を勾留したものであるから、結局勾留裁判官の勾留の理由および必要性に関する判断が妥当なものであったかどうかを検討すれば足りる」として準抗告を却下した。

(二重逮捕に関する判例)

3-21 札幌高判平 19・3・8 (児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律違反等被告事件)

3-22 東京地決昭 48・3・6 (勾留の裁判に対する準抗告事件)

ii) 別件逮捕勾留

捜査は、特定の罪名について容疑がある場合に逮捕令状を請求できることからして原則として事件単位であるが、それを厳格に運用すると、かえって身柄拘束期間が長期化する危険性があるし、捜査を著しく阻害する可能性もある。したがって、関連する別件の取調べを行うことは許容されている。問題は、本命とする事件について逮捕できるだけの容疑が固まっていない場合に、それ自体では逮捕の必要性まではない軽微な別件で逮捕し本命事件の取調べを行う場合、令状主義を悪用しているのではないかという問題が生じる。この場合、違法の基準を別件で見ると本件で見るとの対立がある。逮捕の目的が本件である以上、本件を基準とすべきだと思う。

判例 3-28 は、狭山事件の最判中の別件逮捕勾留に関する判断部分である。被害届を端緒とする恐喝未遂事件と別に発覚した窃盗事件により逮捕勾留した別件は、逮捕勾留の理由と必要性があったことは明らかであるとし、別件の恐喝未遂と本件(誘拐、強盗強姦殺人事件)とは「社会的事実として一連の密接な関連があり、別件の捜査として事件当時の被告人の行動状況について被告人を取調べることは、他面においては本件の捜査ともなるのであるから、専ら本件の取調べでない限り、本件について取調べることは別件について当然しなければならない取調べをただけであるとし、本件の逮捕勾留は、その後に発見、収集した証拠を併せて事実を解明することによって、初めて本件について逮捕・勾留の理由と必要性を明らかにして請求することができるに至ったのであるから、別件と本件とについて「同時に逮捕・勾留して捜査することができるのに、専ら、逮捕・勾留の期間の制限を免れるため罪名を小出しにして逮捕・勾留を繰り返す意図のもとに、各別に請求したものとすることはできない」と判断している。これは、違法な別件逮捕勾留を、専ら本件を取調べる意図の場合に限定すると同時に、別件と一緒に本件の逮捕ができたのにあえて遅らせて、別件での身柄拘束を本件で利用した場合に限定しており、別件逮捕勾留の違法は極めて限られた場合にしか認められないことになり、令状主義、身柄拘束の厳しい期間制限などの趣旨に逆

行する考え方とである思う。この考え方を修正する下級審判例が集積されている。

同 3-26 は、鹿児島夫婦殺人事件の差戻審の判決であるが、違法な別件逮捕勾留について詳しく説示しており、認定について丁寧であるので大いに参考になる。同 3-29 も、違法な別件逮捕勾留であると判断したものであるが、違法な別件逮捕勾留の考え方について詳細に説示している。これらの考え方は現在も主流であるので参考にされたい

同 3-23 は、別件が浮浪罪で、本件が覚せい剤取締法違反の案件で、別件の浮浪罪の現行犯逮捕が要件を満たしていないことを詳細に認定し、本件の覚せい剤取締法違反についても注射器を持っていたことや覚せい剤使用の前科があることから必要性は認められたものの、もっぱら本件のために別件逮捕を利用したといえるとして違法な別件逮捕であるとし、その間の採尿手続を違法とし、尿の鑑定書の証拠能力を否定して無罪を言い渡している。

これに対して、同 3-27 は、被害届による恐喝未遂事件を別件（不起訴）、覚せい剤使用事件を本件とするもので、別件逮捕当日に尿の任提出をもとめている事案で、捜査の端緒から見て別件の逮捕は適法であること、時間をおくと尿検査が無意味になることなどから、捜査側に令状主義潜脱の意図がないとして違法でないとしている。また、同 3-25 は、別件を鎮火妨害罪、本件を放火罪とする事案で、被告人は、別件については動機にあいまいな点はあったが任意調べのときから認めており、放火罪についての容疑を裏付ける証拠が希薄であったが、両罪の関係は「放火した犯人がその火災継続中に鎮火妨害罪にあたる行為をしても、同罪は前者に吸収されて成立せず、両者は法条競合の関係にある」ので、「鎮火妨害罪の成否は、放火罪の成否に依存しているのであって、手続上も、鎮火妨害罪による被疑者の逮捕・勾留の効力は、元来同一火災に関する放火罪にも及ぶものであり、捜査の実際についてみても、鎮火妨害罪の動機の解明の過程で、取調べはおのずから放火罪の嫌疑の究明に及ぶ関係にあるばかりでなく、そもそも鎮火妨害罪の成否を判断するには、同一人に対する放火罪の嫌疑について究明することが必要であるとさえいえるのである。してみると、本件鎮火妨害罪による被告人の逮捕・勾留の目的が、捜査官の主観的な意図において、主として鎮火妨害罪の動機の解明ないし放火罪の取調べにあったとしても、これを違法な別件逮捕・勾留ということができない」としている。さらに、同 3-24 は、旅券不携帯容疑の現行犯逮捕勾留、偽造公文書行使罪による逮捕勾留、起訴後の余罪調べを経て約 20 日後に××事件（注：罪名不明）での逮捕勾留という捜査経過を辿った事案で、最初の逮捕勾留について、旅券不携帯は軽微な事件とはいえないこと、所持していた外国人登録証明書が他人から預かっているものであると述べ、被告人自身は不法入国者であ

ることを供述していたのであるから、人の特定が不十分な状態であったし、自認している不法入国事件は旅券不携帯事件と密接な関連性が認められるから、旅券不携帯事件の逮捕勾留期間中に不法入国事件について取り調べることも許容されることからすると、旅券不携帯事件により逮捕勾留する理由及び必要性のあったとしたが、その勾留の延長は、不法入国については飛行機から船での密入国に供述を変更し、その裏付けが取れないため立件が困難であったし、旅券不携帯は新たな捜査がほとんど必要なかったことから勾留の必要性がなく違法とし、その間に録取された供述調書の証拠能力を否定し、さらに、二番目の逮捕勾留自体は適法であるが、その間の取調べは取調官も同じであるなど前の違法な勾留の影響が継続しているとして、その間の供述調書の証拠能力も否定し、起訴後の余罪調べ中で採取された供述調書の証拠能力も否定した。しかし、××罪での逮捕勾留は、被告人の自白から独立した客観証拠が順次収集され固められていっており、被告人に対する取調べは、この客観証拠を参照し援用しながら行われたことがうかがわれ、違法勾留期間中の違法な取調べの影響が次第に薄らぎ希薄化していったものとみられるとして、その間に収集された被告人の供述調書の証拠能力を肯定した。これは、各身柄拘束のスタート自体は適法であるとしたうえで、必要性のなくなった旅券不携帯事件の勾留延長時点から違法して、違法な手続をその一点に限定し、その違法の影響がどの時期までの被告人の取調べに及ぶかという考え方をとったものである。

(別件逮捕に関する判例)

3-23 大阪高判平 21・3・3 (覚せい剤取締法違反被告事件)

3-24 東京地判平 12・11・13 (偽造有印公文書行使・強盗致傷・住居侵入・窃盗被告事件)

3-25 大阪高判平 1・11・9 (現住建造物等放火被告事)

3-26 福岡高判昭 61・4・28 (殺人被告事件)

3-27 東京高刑判昭 61・5・28 (覚せい剤使用被疑事件)

3-28 最決昭 52・8・9 (強盗強姦、強盗殺人、死体遺棄、恐喝未遂、窃盗等被告事件)

3-29 福岡高判昭 52・5・30 (殺人(変更前の罪名尊属殺人)、死体遺棄、銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件)

iii) 令状逮捕(同 199 条)

逮捕は令状による逮捕が原則である。相当な犯罪の嫌疑がある場合、裁判官の逮捕許可令状を得て行う。犯罪の嫌疑は、勾留請求の場合よりも低いものでいよとされており(大阪高判昭 50・12・2)、逮捕の執行は、令状逮捕においては令状の呈示が必要不可欠であるが(同 201 条 1 項)、令状を携帯していないため提示できない場合は緊

急執行の方法がある（同条2項、73条3項）。令状不呈示については前掲判例3-2を参照されたい

判例3-30は、外国人登録手続の際の指紋押なつ拒否容疑で令状逮捕された者が提起した国家賠償請求事件で、軽微な事件であり、本人が指紋押なつ拒否を認めており、客観証拠も揃っているため罪証隠滅の恐れはなく、生活状態から逃亡のおそれもないので逮捕の理由もないが、組織的行動でその背景が明確になっていないことから明らかに逮捕の必要性がないとはいえないので、5回の任意出頭要求拒否が刑法199条1項但し書きの「正当な理由なく」任意出頭要求を拒んだ場合に該当するから逮捕の必要があったとする。しかし、任意出頭要請自体の捜査上の必要性はきわめて希薄で、指紋押なつ拒否運動に対する抑止的意図がうかがわれることも事実であり、刑事手続をこのような目的に利用することが許されるかという問題には答えていない。

（令状逮捕に関する判例）

3-30 最判平10・9・7（損害賠償請求事件）

iv) 緊急逮捕（同210条）

「長期3年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由ある場合」で、令状請求ができない緊急の場合に認められるが、逮捕後速やかに裁判官に令状請求をしなければならない。「罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由」の存否は令状逮捕の嫌疑と同様である。令状請求を待てないほどの緊急性があったかの判断は、逃亡の恐れ、証拠隠滅の可能性などを考慮して決せられる。事後の令状請求の「直ちに」は、共犯者が多数いるため令状請求に添付する疎明資料の整理に時間がかかって6時間後に請求した場合について適法（広島高判昭58・2・1）とする判例がある一方、実況見分などを行った後の6時間40分後の請求（大阪高判昭50・11・19）、休日での交通の便などから8時間30分後の請求（最決昭50・6・12）などを違法としている判例もある。したがって、時間的限度が8時間前後ということになり、その範囲内で、既に収集した資料の整理のために時間が必要で会った場合はやむを得ないが、緊急逮捕は新たな証拠収集のためではないので、その活動をすることによって時間を要したということは許されないということになる。

判例3-32は、令状請求が遅れたので緊急逮捕の要件を満たしていない違法があるので勾留も違法であるが、違法な逮捕手続中に録取された被告人の供述調書を排除しても容疑を疎明する証拠がある場合は、その違法は勾留を違法とするほど重大でないとした最決の中の、緊急逮捕について詳しく説示している団藤裁判官の補足意見であるので、参考にされたい。

同3-33は、緊急逮捕前の任意同行が違法で事実上の身柄拘束であるから、その時点から逮捕したことになるので、その時点で緊急逮捕の要件を満たしていなければならず、事実上の身柄拘束中に自白などで緊急逮捕の要件を備えたとしても適法にはならないとし、勾留請求を却下した。

同3-31は、緊急性について、共犯者が単独犯行であるとの供述を被告人との共犯であると変更し、被害者の死体が発見され、マスコミ報道が盛んになされていたことから、被告人が逃亡する恐れがあったとして緊急性を肯定したが、直ちに令状請求をしていない点で違法緊急逮捕であるとし、勾留については捜査機関とは異なった裁判所の手続であることを理由に適法とした。その理由は、「直ちに逮捕状の請求手続がなされたかどうかは、単に逮捕したときから逮捕状の請求が裁判官になされるまでの所要時間の長短のみによって判断すべきではなく、被疑者の警察署への引致、逮捕手続書等の書類の作成、疎明資料の調整、書類の決裁等の警察内部の手続に要する時間及び事案の複雑性、被疑者の数、警察署から裁判所までの距離、交通機関の事情等をも考慮して合理的に判断されるべきである」とし、逮捕から逮捕状請求手続までに17時間を要していることは、「いかに他に重大事件が発生して北見市警察署の署員がこれに忙殺されていたからといっても、それは、逮捕状請求手続のために必要とされる客観的に妥当な範囲の時間内における請求とは到底認められ」ないとし、「緊急逮捕手続は、事後的に直ちに逮捕状の発布があることを要件として、かろうじてその合憲性を肯定し得るものであると考えられることに徴すると、本件の違法は甚だ重大なものであって、これを前提とする勾留請求は許されず、本件勾留請求は却下されるべきものであったと考えられる。したがって被告人に対する本件逮捕、勾留は、現時点で事後的に判断すると本来違法なものであったといわざるを得ない」、しかし「被疑者の勾留は、司法的抑制の見地から、捜査官憲とは別の立場にある裁判官が、逮捕手続における違法の有無を審査するとともに、被疑者の身柄拘束を継続する要件の有無を審査する新たな別個の司法的判断であり、たとえその判断が誤りであったとしても、準抗告では是正されないかぎり勾留状自体は有効とされるものであること」、勾留請求を受けた裁判官が本件勾留請求を却下しなかった理由としては、「逮捕状請求の遅延という事態に気付かなかったこと、これに気付いていたが違法とまではいえないと考えたこと、逮捕手続に違法があると考えたが、これが勾留請求が許されないほどのものではない、あるいは勾留請求を却下したとしても再逮捕が可能であるから被疑者の全体の身柄拘束期間を考慮すれば勾留請求却下がかえって被疑者に不利益になると考えたこと等が想定できるので」、「裁判官の司法的判断である勾留の裁判がなされた以上、これに従い

以後の手続をすすめたものであるから、これが事後的に違法なものとなり、その勾留中の自白調書であるとしてその証拠能力が否定される事態に至るとすれば、著しく手続の安定性が害されるものであること、逮捕状の請求の警察官に不当な手段を用いていないこと、勾留の請求者たる検察官にも逮捕状請求を隠そうとするような行為がないこと、「被疑者の勾留は、被疑者の逃亡及び罪証隠滅の防止の目的のための制度であり、被疑者の取調べを直接の目的とするものではないこと等の事情を考慮すれば、本件のような違法な逮捕手続を将来において抑制するためには勾留請求を却下することにより臨むのが相当であり」、「自白が獲得されるまでの一連の手続を全体としてみると、その過程に令状主義、ひいては適正手続の保障の精神を没却するほどの重大な違法があるとも認め難いから」その証拠能力を否定するのは正当ではないとしている。

(緊急逮捕に関する判例)

3-31 釧路地判昭 61・8・27 (強盗殺人、死体遺棄再審被告事件)

3-32 最決昭 50・6・12 (強姦致傷被告事件)

v) 現行犯逮捕、準現行犯逮捕

現行犯逮捕は、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」に対して認められ(刑訴法 212 条 1 項)、**準現行犯逮捕**は、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる場合で、かつ、「犯人として追呼されているとき」、「臓物または明らかに犯罪のように供したと思われる凶器その他の物を所持していること」、「身体または被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」、「誰何されて逃走しようとするとき」の一つに該当する場合に認められる(同条 2 項)。

現行犯逮捕は、犯行目撃者による逮捕を想定し、その場合には犯人性が明白であるから、何人でも行うことができる(同 214 条)。しかし、判例は、直接目撃した場合に限定せず、「通報を受けて駆け付けた警察官が、暴行を受けた被害者から、犯人は 20 メートル離れた店にいると知らされて急行したところ、けがで血を流し、足を洗いながら喚いている者を、犯行から 40 分後に逮捕した場合(最決昭 31・10・25)、あわびの密漁船を 30 分追いかけていた者から頼まれて追跡し 3 時間後に逮捕した場合(最判昭 50・4・3) などまで肯定している。判例 3-34 は、父親に対する大麻取締法違反容疑の捜索に立ち会っていた息子が、車庫内のトラックの中から大量に大麻が発見されたため、車庫の管理責任者である息子が現行犯逮捕された事案で、トラックはカギがかけられていなかったのであるから、車庫の管理者であることが「直ちにそこに駐車してあったトラックの車中に存した物品に対して排他的支配を及ぼしていたということとはできない」し、被疑者の父親に対する大麻取締法違反の被疑事実に基づく捜

案によるものであり、被疑者とその実父との関係が親子であるという以上の資料がない本件逮捕時においては、本件大麻についての認識を否定する被疑者について、本件大麻の営利目的所持の『犯人』であることが明白であったとは」いえないとしている。

これに対して、同 3-35 は、適法なおとり捜査により拳銃所持が発覚した事案で、おとり役に修理のために拳銃を預けていたので、職務質問の際の所持品検査では発見されなかったため、「実際には逮捕状が出ていないのに、D 警部補においてこれがある旨嘘を言い、更に、被告人からの逮捕状の呈示要求に対して、後で見せると述べて、いかにも逮捕状が発付されているように振る舞って」、おとり役に預けた者が拳銃であることを認めさせ、警察官がおとり役から受け取ることを認めさせ、取りに行った警察官が被告人から預かった拳銃であることを確認して拳銃を領置して現行犯逮捕したことは、「警察官の要求などに対しては抵抗できないとの強い心理的な強制を及ぼすものであるから、事実上の強制にわたるものといわざるを得」ないから違法であり、「違法は軽微ならざるものではあるものの、本件現行犯逮捕に引き続き捜査過程で収集された証拠の証拠能力の否定にまでつながるものではない」としている。

準現行犯逮捕は、犯行を直接目撃したと同程度でないため、逮捕者は警察官または検察官に限定され、犯人性が確実視される場合の要件として、犯人であることの「明白性」に加えて、犯人自身及び所持品等から犯罪との関連を根拠づける証拠物あるいは痕跡を現認できる場合（2、3号）、犯人に犯罪と結びつく顕著な言動がある場合（1、4号）に限定される。

（現行犯逮捕に関する判例）

3-34 千葉地決平 14・12・5（公務執行妨害、傷害被告事件）

3-35 東高判平 11・10・22（銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件）

vi) 勾留

刑訴法 206 条は「前 3 条の時間の制限に従うことができなかったとき」に勾留請求ができるとして逮捕前置主義を定めている。事実が同一であれば逮捕罪名と異なった罪名での勾留請求は許される。

しかし、一罪一逮捕勾留の原則がある。判例 3-36 は、債務承認及び分割弁済の念書を書かせ、1 万円を喝取したことで逮捕勾留され、その事件で釈放された日に、その事件の翌日に書かせた念書を履行しなかったので家族に危害を及ぼすことなどを申し向けて恐喝したという容疑で逮捕勾留した事案について同一事件に対する違法な二重勾留であるとして勾留請求を却下を支持した。しかし、逮捕の被疑事実と別の被疑事実を付加して勾留請求することは、付加被疑事実についての勾留が逮捕前置主義の例

外となるが、身柄拘束時間を短縮することになるので許容される。逆に、逮捕被疑事実に勾留の必要性がない場合には、付加した被疑事実に勾留の必要性があっても、逮捕前置主義に反するので勾留することは許されない。しかし、勾留中に逮捕被疑事実に勾留の必要性がなくなっても、付加被疑事実に勾留の必要性がある場合は勾留を継続できる。

判例 3-37 は、勾留質問調書の証拠能力に関する最判で、捜査手続とは異なる手続であるから捜査の違法は影響されないとして証拠能力を肯定している。ない、伊藤裁判官の第二次的証拠に関する詳しい説示は参考になるので掲載した。

(勾留に関する判例)

3-36 大阪地判平 21・6・11 (勾留請求却下に対する準抗告申立事)

3-37 最判昭 58・7・12 (現住建造物等放火被告事件)

(2) 搜索・差押・検証・身体検査

逮捕に際して令状なしで行える搜索・差押(刑法 220 条)と令状に基づく搜索・差押(同 218 条)とがある。

搜索・差押令状には、被疑罪名、搜索の場所、差押対象物などが特定して記載されていなければならない。したがって、記載場所以外の搜索は許されない。記載場所の同一性の範囲が問題になる。また、被疑罪名に無関係の物及び記載されていない物の差押えは許されない。特定の対象物が記載され、「……など本件に関係あると思われる一切の物」という記載は、列挙されている物と関連する物という意味に限定されていると解して許容される。

最決は、被告人の内妻に対する覚せい剤取締法違反被疑事件で、同女及び被告人が居住するマンションの居室を搜索場所とする搜索差押許可状がある場合、同室にいた被告人が携帯するボストンバッグの中を搜索し覚せい剤を発見して現行犯逮捕した事案で、「被告人が携帯する右ボストンバッグについても搜索できるものと解するのが相当である」としている(最決平 6・9・8)。また、判例 3-38 は、令状呈示後に配達された荷物を搜索の対象になるとし、同 3-40 は、令状記載の対象外である被疑者以外の者が使用している一階部分を搜索した事案で、現行犯逮捕の基となった覚せい剤の発見は二階から発見されているので、一階部分の搜索の違法性とは無関係であるし、一階部分の搜索によって権利侵害を受ける者は被疑者ではないとしている。

同 3-39 は、拳銃所持容疑で逮捕勾留中の暴力団員に対して、接見禁止中であるにもかかわらず、拳銃を子分に預けているのでその子分と話して拳銃の在処などを話させ

ると申し出たので、子分との電話、子分やその関係者と面談させ、拳銃を移動して新たな在処を作り出し、それを受けて令状請求して搜索差押を行った事案について、「事案自体の重大性のほか、たまたまその途中からこれらを緊急に社会の中から回収する必要性も生じるに至ったという事件の特殊な事情を考慮に入れても、警察官らのとった上記一連の措置は、これを全体としてみると、その違法の程度が令状主義の精神を没却する重大なものであり、また、その令状主義潜脱の意図も明らかであって、本件けん銃等を証拠として許容することは、将来における違法捜査の抑制の見地からも相当でない」として、拳銃等及びそれに関連する証拠の証拠能力を否定した。

搜索・差押の執行については、「必要な処分」をすることができる（刑訴法 222 条、111 条）。記載内容を見なければ被疑事実との関連性や証拠価値が分からない物について、どの程度の行為が許されるかは、物の形状の変更にならない限度で許容される（封書の開披、写真のネガの現像、差し押さえたパソコン内の記録のプリントアウトなど）。同 3-41 は、必要性があれば、衣類のポケットや身体の搜索も許容されるとし、令状の差押対象物に「覚せい剤」が記載されていなかったため、絨毯の上にあった被告人の小物入れから発見された覚せい剤を差押さえて予試験をするのは違法であるが、捜査員が覚せい剤の占有を取得するために新たに被告人の積極的な行為を必要とするものではないこと、被告人が何の答えもしないこと、ビニール袋に入った結晶は、その形状、包装などから予試験の結果をまつまでもなく、覚せい剤である蓋然性がきわめて高く、現行犯人逮捕も不可能とはいえない状況であること、被告人は、予試験をする旨の捜査員の発言に対しても「俺は知らない。俺は見たことない」などとそれが被告人の所持する物であることすら否定するようなことを言って応じないので、やむなく同席者に予試験の趣旨を説明して同意を得たことなどを総合して、いずれの違法も証拠能力を否定するほどの違法性はないとしている。

同 3-44 は、監禁罪の令状逮捕の際の搜索で覚せい剤などが発見されたため、さらに覚せい剤関係の証拠を搜索し多数の証拠物を発見して、内妻による任意提出の形をとった事案で、被告人は警察署に連行されていて現場にいなかったことから覚せい剤所持で現行犯逮捕していないので、適法な監禁罪容疑に関する搜索の便乗搜索といえ、それが禁止されている趣旨から見て適法とは言えないとしたが、最初に覚せい剤を発見したとき、被告人を現場に戻して準現行犯逮捕すれば可能であったのにその手続きをしなかっただけであること、事案が重大であること、管理者と判断できる内妻の同意及び立会があることなどから違法性は重大ではないとした。

同 3-42 は、被告人の所持品から適法な所持品検査によって覚せい剤が発見されたが、

捜査側が入手していた情報よりその量が少なかったためまだ隠しているのではないかと疑いから、被告人を親同様に思っていた女性の家に移動して職務質問を継続し、その女性に家の中を探してよいかと尋ねたところ、女性が「どうぞ」と答えたので探して覚せい剤を発見したという事案で、現行犯逮捕前の搜索であることと、女性の同意が任意かという点が争われたが、「逮捕の現場」は、逮捕の時より広い概念であって、最初の覚せい剤発見時に現行犯逮捕する要件が充足されており、実際に逮捕したのが二回目の覚せい剤発見の後であるとしても違法ではないとしたが、「職務質問を継続する必要から、被疑者以外の者の住居内に、その居住者の承諾を得た上で場所を移動し、同所で職務質問を実施した後被疑者を逮捕したような場合には、逮捕に基づき搜索できる場所も自ずと限定されると解さざるを得ない」し、「女性方の」搜索は、最初に発見された覚せい剤所持の被疑事実に関連する証拠の収集という観点から行われたものではなく、発見された覚せい剤以外にも女性方に覚せい剤を隠匿しているのではないかと疑いから、専らその発見を目的として実施されている」のであるから、「二つの覚せい剤の所持が刑法的には一罪を構成するとしても、訴訟法的には別個の事実として考えるべきであって、一方の覚せい剤所持の被疑事実に基づく搜索を利用して、専ら他方の被疑事実の証拠の発見を目的とすることは、令状主義に反し許されないと解すべきである」とし、女性の同意についても、断れない状況であって真意に出た同意とは言えないとして、女性方の搜索を現行犯逮捕に伴う搜索としては違法であるとしたが、一応女性の同意を得ていること、搜索の方法に違法はないこと、事案が重大であること、捜査側に令状主義を潜脱する意図があったとはいえないことなどから、違法の程度は二回目に発見された覚せい剤の証拠能力を否定するほど重大ではないとした。

同3-45は、強制採尿の令状は搜索・差押の性質を有するものであるから搜索・差押令状により、刑訴法218条5項を準用して、「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。」という条件を付さなければならないとし最決である。

採血は、実務的には身体検査令状と鑑定処分許可状を併せて請求されている。唾液の採取は身体、自由に影響を及ぼす程度が少ないので搜索・差押令状で可能とされている。

検証は、物、場所、人の身体などの存在及び状態を五官の作用によって認識する処分である。同3-43は、検証令状による電話の傍受に関する事案である。電話を使った暴力団による組織的な覚せい剤取引に関する捜査で、捜査の必要と通信の秘密との調

和という点と、通話者双方の同意がないので、令状の事前呈示をしていないという点から、慎重に検討して適法性を認めている。参考になる事案である。

身体検査は、人の身体の自由、名誉、尊厳を侵害するので身体検査令状によらなければならない。搜索、検証、鑑定などの性質を持つが、本条は検証としての性質を持つ身体検査に関する規定である(同 218 条 1、4 項)。身体の搜索(同 102 条)、鑑定のための身体検査(同 168 条)と区別されなければならない。

(取調べ以外の強制捜査に関する判例)

3-38 最決平 19・2・8 (覚せい剤取締法違反被告事件)

3-40 大阪高判平 9・9・17 (覚せい剤取締法違反被告事件)

3-41 東京高判平 6・5・1 (覚せい剤取締法違反被告事件)

3-42 福岡高判平 5・3・8 (覚せい剤取締法違反被告事件)

3-43 東京高判平 4・10・15 (覚せい剤取締法違反被告事件)

3-44 広島高判昭 56・8・7 (恐喝未遂、監禁、覚せい剤取締法違反等被告事件)

3-45 最決昭 55・10・23 (覚せい剤取締法違反被告事件)