

第1部 捜査

第1章 強制捜査と任意捜査 p1～5

第1節 「強制の処分」 p1～2

[論点1] 意思制圧説（最決 S51.3.16・百1）

[論点2] 重要権利利益実質的侵害説

[図解] 「重要な権利・利益の実質的な制約」

[例1] 宅配便荷物のエックス線検査（最決 H21.9.28・百29）

[例2] GPS 捜査（最大判 H29.3.15・百30）

[論点3] 平成29年大法院判決

第2節 任意捜査の限界 p3～5

1. 捜査比例の原則 p3

[論点1] 任意捜査の限界（最決 S51.3.16・百1）

2. 検討の流れ p3～4

3. 重要判例 P4～5

[判例1] 写真撮影（京都府学連事件・最大判 S44.12.24）

[判例2] ビデオ撮影（最決 H20.4.15・百8）

[判例3] 会話の秘密録音（千葉地判 H3.3.29・百9）

[判例4] おとり捜査（最決 H16.7.12・百10）

[当てはめ]

第2章 捜査の端緒 p6

1. 職務質問と捜査

2. 職務質問

[論点1] 職務質問のための有形力の行使

3. 所持品検査

[論点2] 所持品検査の可否・限界（米子銀行強盗事件・最判 S53.6.20・百4）

第3章 被疑者の逮捕・勾留 p7～18

第1節 逮捕 p7～10

1. 通常逮捕 p7

2. 現行犯逮捕 p7～8

[論点1] 現行犯逮捕の要件

3. 準現行犯逮捕 p8～10

[論点2] 準現行犯逮捕の要件

4. 緊急逮捕 p10

第2節 被疑者勾留 p10～12

1. 概要 p10

2. 勾留の理由 p10～12

第3節 逮捕・勾留に関する論点 p13～18

1. 事件単位原則 p13

[論点1] 事件単位原則

2. 一罪一逮捕一勾留の原則 p13～15

[論点 2] 重複逮捕・重複勾留の禁止の原則

- ・ 重複逮捕・重複勾留禁止の原則が適用される範囲
- ・ 重複逮捕・重複勾留禁止の原則の例外

[論点 3] 再逮捕・再勾留禁止の原則

- ・ 再逮捕・再勾留禁止の原則が適用される範囲
- ・ 再逮捕・再勾留禁止の原則の例外

[論点 4] 違法逮捕後の再逮捕

3. 別件逮捕・勾留 p15～16

[論点 5] 別件逮捕・勾留の可否

[論点 6] 逮捕・勾留中の余罪（本件）取調べの可否・限界

[論点 7] 別件逮捕・勾留終了後における本件を被疑事実とする逮捕・勾留

4. 違法逮捕に基づく勾留請求 p17～18

[論点 8] 違法逮捕に引き続く勾留請求

[過去問] 司法試験プレテスト設問 1

第4章 取調べ等 p19～21

1. 取調べの適法性 p19～20

[論点 1] 任意同行とその後の取調べの適法性（高輪グリーン・マンション事件・最決 S59.2.29・百 6）

- ・ 「強制の処分」
- ・ 任意捜査としての限界

[論点 2] 黙秘権告知をしないままでの任意取調べ（最大判 S23.7.14）

2. 任意同行と実質的逮捕の区別 p20

[論点 3] 任意同行と実質的逮捕との区別

3. 取調受忍義務 p20～21

[論点 4] 取調受忍義務

4. 起訴後勾留中の被告人の取調べ p21

[論点 5] 起訴後勾留中の被告人の取調べ（最決 S36.11.21・百 A16）

第5章 証拠の収集 p22～37

第1節 令状捜索 p22～24

1. 令状において捜索対象が特定されていること p22

[論点 1] 「捜索すべき場所、身体若しくは物」の特定（東京地決 H2.4.10）

2. 捜索対象に令状の効力が及んでいること p22～23

[論点 2] 管理権を異にする同一空間内における捜索の可否

[論点 3] 「場所」に対する捜索差押許可状に基づき捜索場所にある物を捜索することの可否

[論点 4] 「場所」に対する捜索差押許可状に基づき捜索場所に居合わせた者（被処分者、被疑者、第三者）の身体を捜索することの可否

[論点 5] 捜索実行中に捜索場所に搬入された物を捜索することの可否（最決 H19.2.8・百 20）

3. 差押目的物が存在する蓋然性 p23～24

4. 関連論点 p24

〔論点 6〕 強制採尿

- ・ 強制採尿の「強制の処分」該当性（最決 S55.10.23・百 27）
- ・ カテーテル挿入による強制採尿の可否（最決 S55.10.23・百 28）
- ・ 強制採尿令状（最決 S55.10.23・百 27）
- ・ 強制採尿令状による採尿場所への強制連行（最決 H6.9.16・百 28）

第 2 節. 令状に基づく差押え p25～27

1. 令状の有効性 p25

〔論点 1〕「罪名」の記載（最大決 S33.7.29・百 A5）

〔論点 2〕「差し押さえるべき物」の概括的記載（最大決 S33.7.29・百 A5）

2. 当該物が令状記載の「差し押さえるべき物」に該当すること p25～26

〔論点 3〕令状記載の「差し押さえるべき物」への該当性（最判 S53.11.18・百 21）

〔論点 4〕電磁的記録媒体の差押え（内容を確認しないで差し押さえることの可否）（最決 H10.5.1・百 22）

〔論点 5〕関連性の判断基準時

3. 別件差押え p26～27

〔論点 6〕別件差押え（最判 S53.11.18・百 21）

4. 差押えの必要性 p27

〔論点 7〕差押えの必要性（最決 S44.3.18・百 A3）

第 3 節. 搜索・差押えに「必要な処分」 p28～29

〔論点 1〕「必要な処分」の限界（最決 H14.10.4・百 A6）

〔論点 2〕令状呈示前の立入り（最決 H14.10.4・百 A6）

〔論点 3〕押収した携帯電話のデータ復元（平成 22 年司法試験設問 1）

〔論点 4〕搜索・差押え時に行われる写真撮影（平成 21 年司法試験設問 1、最決 H2.6.27・百 32）

第 4 節. 逮捕に伴う搜索・差押え p30～36

1. 逮捕に伴う無令状搜索・差押えの根拠 p30

〔相当説〕

〔緊急処分説〕

〔いずれの見解によるべきか〕

2. 「逮捕する場合」（時間的限界） p30～31

〔相当説〕最大判 S36.6.7・百 A7

〔緊急処分説〕

3. 「逮捕の現場」（場所的限界） p31～32

（1）相当説

〔論点 1〕管理権の同一性

〔論点 2〕第三者に属する場所

〔論点 3〕逮捕行為が行われた場所から被疑者を移動させた上で被疑者の身体・所持品について無令状搜索・差押えを実施する場合（最決 H8.1.29・百 25）

（2）緊急処分説

〔論点 1〕被逮捕者の身体及びその直接支配下にある場所・物件

〔論点 2〕第三者に属する場所

4. 対象物（物的限界） p32～35

（1）搜索

ア. 相当説

〔論点 1〕 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

〔論点 2〕 逮捕行為が行われた場所に偶々居合わせた第三者の身体・所持品

〔論点 3〕 別件捜索

イ. 緊急処分説

〔論点 1〕 逮捕被疑事件と関連する証拠物が存在する蓋然性

〔論点 2〕 逮捕行為が行われた場所に偶々居合わせた第三者の身体・所持品

(2) 差押え

ア. 相当説

〔論点 1〕 差押えの物的範囲

〔論点 2〕 凶器・逃走具

〔論点 3〕 別件差押え

イ. 緊急処分説

〔論点 1〕 差押えの物的範囲

〔論点 2〕 凶器・逃走具

〔図解 1〕 覚せい剤取締法違反で「A 宅内」で「A」を逮捕した事案 p35

〔図解 2〕 覚せい剤取締法違反で「B 宅内」で「A」を逮捕した事案 p36

第 5 節. 領置 p37

〔論点 1〕 「遺留した物」

〔論点 2〕 「領置」の限界（最決 H20.4.15・H20 重判 1）

第 6 章 被疑者の防御活動 p38～39

〔論点 1〕 接見指定の可否（最判 H11.3.24・百 33）

〔論点 2〕 接見指定の内容（最判 H12.6.13・百 34）

（論証 1）一般論

（論証 2）逮捕直後の初回接見

〔論点 3〕 任意取調べ中の被疑者との弁護人面会（福岡高判 H5.11.16・百 A12）

〔論点 4〕 起訴後の余罪捜査と接見指定（最決 S55.4.28・百 35、最決 S41.7.26）

第 2 部 公訴提起

第 1 章 起訴独占主義・起訴便宜主義 p41

〔論点 1〕 一罪の一部起訴の可否（東京高判 H17.12.26・H18 重判 2、最大判 H15.10.7）

〔論点 2〕 告訴なき旧強姦罪の一部起訴に対して裁判所がとるべき対応

第 2 章 起訴状一本主義 p42

〔論点 1〕 脅迫・名誉毀損等の手段・方法として用いられた文書の内容の引用（最判 S33.5.20、最判 S44.10.2）

〔論点 2〕 被告人の前科・前歴、余罪、素行、性癖など（最大判 S27.3.5）

第 3 章 被告人の確定 p43

[論点 1] 被告人の確定基準

[論点 2] 通常手続における氏名等の冒用

[論点 3] 略式手続における氏名等の冒用 (最決 S50.5.30、大阪高決 S52.3.17)

[論点 4] 身代わり犯人

第4章 公訴時効 p44～45

1. 公訴時効の起算点 p44

[論点 1] 「犯罪行為が終わった時」 (最決 S63.2.29・百 42)

[論点 2] 科刑上一罪 (最決 S63.2.29・百 42、最判 S47.5.30)

2. 公訴時効の停止 p44～45

[論点 3] 起訴状謄本が法定期間内に送達されなかった場合 (最決 S55.5.12・百 A13)

[論点 4] 訴因不特定の場合 (最決 S56.7.14)

[論点 5] 誤って併合罪の関係にある事実について訴因変更請求をした場合 (最決 H18.11.20・百 A14)

[論点 6] 真犯人でない者に対する公訴提起

[論点 7] 身代わり犯人に対する公訴提起

[論点 8] 一時的な海外渡航 (最決 H21.10.20・H21 重判 2)

[論点 9] 公訴時効の停止が生じる「当該事件」 (最決 S56.7.14)

第5章 訴訟条件 p46～47

1. 訴訟条件の判断基準 p46～47

[論点 1] 訴訟条件の存否判断では訴因と心証のいずれを基準にするべきか

[論点 2] 免訴事由が問題となる場合

[論点 3] 公訴棄却事由が問題となる場合 (東京地判 S58.9.30・百 48)

[論点 4] 管轄違いが問題となる場合 (最判 S28.3.20)

2. 訴訟条件の追完 p47

[論点 5] 訴訟条件の追完

第6章 訴因 p48～65

第1節. 訴因の特定 p48～52

[論点 1] 訴因の特定のために必要とされる記載

[判例 1] 包括一罪を構成する一連の暴行による傷害 (最決 H26.3.17・百 44)

[論点 2] 「日時、場所及び方法」の概括的記載 (最決 S56.4.25・百 43、白山丸事件・最大判 S37.11.28・百 A17)

[判例 2] 覚せい剤自己使用罪の日時・場所・方法についての幅のある記載 (最決 S56.4.25・百 43)

[論点 3] 殺人罪の共謀共同正犯の実行行為者を明示しない訴因

[論点 4] 共謀共同正犯の訴因における共謀の日時・場所・方法

[論点 5] 訴因の特定と求釈明

[論点 6] 釈明内容は訴因の内容となるか

第2節. 訴因変更 p53～64

1. 思考の流れ p53

2. 訴因変更の要否 p54～59

[論点 1] 訴因変更の要否の判断基準 (最決 H13.4.11・百 45)

[判例 1] 訴因と異なる放火方法の認定 (最決 H24.2.29・H24 重判 4)

[論点 2] 縮小認定

[具体例] 縮小認定の肯定例・否定例

- ・単独犯の訴因で共同正犯の認定 (最判 S34.7.24)
- ・共同正犯の訴因で単独犯の認定 (最決 S30.10.29)

[論点 3] 裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定する場合 (平成 25 年予備試験設問 1・2、平成 29 年予備試験設問 2)

[論点 4] 罪数の変化

[論点 5] 罰条変更の可否 (最決 S53.2.16・百 A20)

3. 訴因変更の可否 p59～61

[論点 1] 訴因変更の可否の判断基準

4. 訴因変更の限界・訴因変更命令 p61～63

[論点 1] 訴因変更の時期的限界 (福岡高那覇支部判 S51.4.5・百 A21)

[論点 2] 公判前整理手続終了後の訴因変更請求 (東京高判 H20.11.18・百 56)

[論点 3] 訴因変更命令の形成力 (最大判 S40.4.28・百 A23)

[論点 4] 裁判所の訴因変更命令義務 (最判 S58.9.6・百 47)

[論点 5] 訴因維持義務 (最判 S42.8.31・百 A22)

[論点 6] 裁判所の訴因維持命令権限

第3節. 裁判所の審判対象 p64～65

[論点 1] 横領後の横領 (最大判 H15.4.23・百 39)

第3部 公判手続

第1章 公判手続の原則 p67

1. 公開主義
2. 直接主義・口頭主義
3. 迅速な裁判

第2章 公判準備 p68～75

第1節. 被告人の勾留と保釈 p68～70

1. 被告人の勾留 p68
2. 保釈 p68～70

[論点 1] 勾留の基礎とされていない犯罪事実まで考慮することの可否 (最決 S44.7.14・百 A28)

[論点 2] 再犯のおそれを考慮することの可否 (高松高決 S39.10.28)

第2節. 公判前整理手続 p71～75

1. 事前準備手続 (従来の公判前準備手続) p71
2. 従来型の証拠開示 p71
3. 公判前整理手続 p71～75

[論点 1] 聴き取り捜査報告書の 316 条の 15 第 1 項 6 号該当性 (大阪高決 H18.10.6、東京高決 H20.4.1 等)

[論点 2] 公判前整理手続終了後における被告人側の新たな主張・供述等 (最決 H27.5.25・百 57)

4. 期日間整理手続 p75

第3章 公判における審判手続 p76

1. 冒頭手続
2. 証拠調べ
3. 弁論手続
4. 判決宣告

第4部 証拠法

第1章 序論 p77～81

第1節 証拠の分類 p77

1. 冒頭手続
2. 証拠調べ
3. 弁論手続
4. 判決宣告

第2節 厳格な証明 p77

第3節 証拠能力 p77～81

1. 同種前科証拠による犯人性の立証 p77～80

〔論点1〕被告人の犯罪性向の立証を媒介とする犯人性立証（最判 H24.9.7・百 62）

〔論点2〕被告人の犯罪性向の立証を媒介としない犯人性立証（最判 H24.9.7・百 62）

〔図〕犯人性立証のための同種前科証拠の使い方

〔論点3〕故意の立証

2. 類似事実証拠による犯人性の立証 p80～81

〔論点1〕被告人の犯罪性向の立証を媒介とする犯人性立証（最決 H25.2.20・H25 重判 4）

〔論点2〕被告人の犯罪性向の立証を媒介としない犯人性立証（最決 H25.2.20・H25 重判 4）

（論証1）通常の論証

（論証2）金銭裁判官の補足意見を踏まえた論証

3. 科学的証拠 p81

〔論点3〕科学的証拠の証拠能力

第2章 自白 p82～87

第1節 自白の証拠能力 p82～84

〔論点1〕不任意自白の証拠能力が否定される根拠

〔論点2〕「強制、拷問若しくは脅迫による自白」

〔論点3〕「不当に長く勾留若しくは拘禁された後の自白」

〔論点4〕「その他任意になされたものでない疑のある自白」

〔論点5〕反復自白

〔論点6〕不任意自白の派生的証拠

〔論点7〕自白の獲得手続に違法がある場合における、自白法則と違法収集証拠排除法則の関係（ロザール事件・東京高判 H14.9.4）

（論証1）毒樹の果実論

（論証2）違法収集証拠排除法則における違法承継論

〔論点8〕第三者の不任意自白

(論証1) 第三者の不任意自白が公判廷において被告人の有罪の証拠として用いられる場合

(論証2) 第三者の不任意自白が捜査段階である令状請求手続において疎明資料として用いられる場合

第2節 補強法則 p85～87

[論点1] 補強証拠適格

[論点2] 補強証拠の必要な範囲

[例1] 被告人の犯人性 (最判 S24.7.19、最大判 S30.6.22)

[例2] 犯罪の主観的側面 (最判 S24.4.7、最大判 S25.11.29)

[例3] 殺人罪

[例4] 無免許運転の罪 (最判 S42.12.21・百 77)

[例5] 覚せい剤取締法違反の罪 (東京高判 S56.6.29)

[例6] 窃盗罪 (最判 S26.3.9)

[例7] 盗品等有償譲受け罪 (最決 S29.1.26、最決 S29.5.4)

[例8] 強盗傷人罪 (最判 S24.4.30)

[論点3] 補強証拠の証明力 (最判 S23.10.30、最大判 S30.6.22)

[論点4] 共犯者の自白 (最判 S51.10.28・百 78)

- ・ 共犯者の証人適格
- ・ 伝聞法則
- ・ 補強証拠の要否 (共犯者の自白のみによる有罪認定 (被告人は否認)、共犯者両名が自白している場合)

第3章 伝聞法則 p88～109

第1節 伝聞・非伝聞の区別 p88～97

1. 伝聞法則 p88

2. 伝聞・非伝聞の区別 p88～91

[思考過程]

[証拠の使い方]

3. 立証趣旨の拘束力 p91～92

[論点1] 立証趣旨の拘束力 (最決 H17.9.27・百 83)

4. 犯行計画メモの使い方 p92～94

- (1) メモの記載内容が客観的な犯罪事実と一致している場合
- (2) メモ作成者の作成当時の心理状態 (犯行の意思・計画) が要証事実になる場合
- (3) メモが関与者甲・乙に回覧され共謀内容の確認に供された場合

5. 伝聞・非伝聞に関する論点 p94～97

[論点1] 心理状態の供述

[論点2] 写真・録音・録画 (最決 S59.12.21・百 89)

- ・ 客観的状況 (犯行状況等) を撮影した場合
- ・ 人の供述を録音・録画等した場合のうち、原供述の内容の真実性が問題とならないとき
- ・ 人の供述を録音・録画等した場合のうち、原供述の内容の真実性が問題となるとき

[論点3] 再伝聞

(論証1) 再伝聞の許容性

(論証2) 伝聞例外の適用 (準用) の態様

[論点4] 反対尋問を経ない公判証言

第2節. 伝聞例外 p98～106

1. 検面調書 p98

[論点1] 他の刑事事件における被告人としての公判供述を録取した書面 (最決 S57.12.17・百 A36)

[論点2] 証人の記憶喪失・宣誓拒絶・証言拒絶等 (最大判 S27.4.9 等)

2. 検面調書 p98～99

[論点1] 供述不能の場合 (2号前段) における特信情況の要否

[論点2] 相反性 (最決 S32.9.30)

[論点3] 相対的特信情況 (最判 S30.1.11・百 A38)

[論点4] 証人尋問後に作成された検面調書 (東京高判 S31.12.15、最決 S58.6.30)

[論点5] 証人尋問決定後の退去強制により出国した者の検面調書 (最判 H7.6.20・百 81)

3. 3号書面 (伝聞例外の一般規定) p100

4. 公判準備・公判期日における供述調書 p100

5. 裁判所・裁判官の検証調書 p100

6. 捜査機関の検証調書 p100～104

[論点1] 作成主体は「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に限られるか (最決 H20.8.27・百 84)

[論点2] 実況見分調書 (最判 S35.9.8・百 A39)

[論点3] 立会人の指示説明 (現場指示)・現場供述

・指示説明 (現場指示)

・現場供述

[論点4] 写真 (最決 H17.9.27・百 83)

・説明写真

・犯行・被害再現写真

[過去問] 平成 21 年司法試験設問 2

7. 鑑定書 p104

[論点1] 鑑定受託者の鑑定書 (最判 S28.10.15・百 A40)

8. 被告人の供述書・供述録取書 p104～105

[論点1] 共同被告人の自白調書

9. 被告人の公判準備・公判期日における供述録取書 p105

10. 特信書面 p106

11. 伝聞証言 p106

第3節. 325条～328条 p107～109

1. 任意性の調査 p107

[論点1] 任意性の調査の時期 (最決 S54.10.16・百 A41)

2. 同意書面 p107～108

[論点1] 伝聞証拠の証明力を争うための原供述者の証人尋問の請求

[論点2] 違法収集証拠に対する同意

[論点3] 出頭拒否・不許可退廷・退廷命令の場合における擬制同意 (最決 S53.6.28)

3. 合意書面 p108

4. 弾劾証拠 p108～111

[論点1] 証明力を争うための証拠 (最判 H18.11.7・百 87)

[図解] 自己矛盾供述・他者矛盾供述

[論点 2] 自己矛盾供述の存在についての立証方法 (最判 H18.11.7・百 87)

[論点 3] 回復証拠

(論証 1) 自己矛盾供述により弾劾された公判供述の信用性を回復する場合

(論証 2) 自己矛盾供述以外の証拠により弾劾された公判供述の信用性を回復する場合

[図解]

[論点 4] 増強証拠

[図解]

第4節 重要事項に関する補足 p112～118

1. 立証趣旨を踏まえて要証事実を把握した場合、立証趣旨と要証事実が同一事実を意味することになるのか? P112
2. 「要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となる」の意味 p112～113
3. 「会話の存在と内容」という立証趣旨から導かれる要証事実との関係で供述の内容の真実性が問題とならない場合 p113～114
4. 要証事実を設定する場合における答案の流れ p114～115
5. 伝聞証言に該当する場合 p115～116
6. 「甲がVを刺した」旨のWの公判廷外供述の存在自体から甲の犯人性を推認することの可否 p116～117
7. 単独犯の事例における犯行計画メモの使い方 p117～118

第4章 違法収集証拠排除法則 p119～123

[論点 1] 証拠排除の要件・違法性の承継 (最判 S53.9.7・百 90 等)

(論証 1) 違法性承継論だけで判断する見解

(論証 2) 違法性承継論と毒樹の果実論を併用する見解

[判例 1] 最判 S61.4.26・百 91

[判例 2] 大津事件・最判 H15.2.14・百 92

[判例 3] 最決 H21.9.28・H21 重判 1

第5部 裁判

第1章 犯罪の証明 p125～128

[論点 1] 「犯罪の証明」 (最決 H19.10.16・百 60、最判 H22.4.27・百 61)

[論点 2] 択一的認定

(論証 1) 明示的択一的認定

(論証 2) 秘められた択一的認定 (札幌高判 S61.3.24・百 93)

[補足] 単独犯と共同正犯の関係 (平成 24 年司法試験設問 2)

・判決内容の問題点

・判決手続の問題点

[論点 3] 予備的認定

[論点 4] 概括的認定

[例 1] 殺人罪の共同正犯における実行行為者 (最決 H13.4.11・百 45)

[例 2] 過失の態様

第2章 一事不再理効 p129～130

1. 一事不再理効の客観的範囲 p129～130

[論点 1] 一事不再理効の客観的範囲 (原則)

[論点 2] 一事不再理効の客観的範囲の縮小

[論点 3] 公訴事実の単一性の判断手法 (最判 H15.10.7・百 97)

2. 一事不再理効の時間的範囲 p130

[論点 4] 一事不再理効の時間的範囲

第 6 部 上訴・再審

第 1 章 上訴 p131～132

[論点 1] 控訴審による職権調査の範囲

[例 1] 包括一罪又は科刑上一罪 (観念的競合・牽連犯) (最大決 S46.3.24)

[例 2] 単純一罪 (大小関係) (最決 H25.3.5・百 99)

[例 3] 単純一罪 (非両立関係) (最決 H 元.5.1)

第 2 章 再審 p133

[論点 1] 再審事由である証拠の明白性・証拠の新規性

(論証 1) 証拠の新規性 (最決 S29.10.19)

(論証 2) 証拠の明白性 (最決 S51.10.12・百 A55)

第1部 捜査

第1章 強制捜査と任意捜査

第1節 「強制の処分」(197条1項但書)

A 総まくり 1~11 頁

ある捜査活動が「強制の処分」に該当した場合に、それが現行刑訴法で法定されている強制処分の類型に該当するのであれば、当該捜査活動には刑訴法上の「特別の定」があることになるから、強制処分法定主義(197条1項但書)には反しない。もっとも、現行刑訴法で定められている既存の強制処分の全てについて、その手続(要件)として令状主義が定められているから(憲法35条、刑訴法218条等)、当該捜査活動が現行刑訴法で法定されている「強制の処分」の類型に該当するにもかかわらずその類型に応じた令状に基づかないで行われたのであれば、令状主義に反するという意味で違法となる。

これに対し、ある捜査活動が「強制の処分」に該当した場合に、現行刑訴法で法定されている強制処分の類型に該当しないのであれば、当該捜査行為は、現行刑訴法上に「特別の定」がない「強制の処分」として、強制処分法定主義に反することになる。もっとも、令状主義違反とはならない。

〔論点1〕意思制圧説

A

有形力行使類型(物理的な有形力の行使等、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされるような場合)では、意思制圧説を用いる。

最決 S51.3.16・百1

「強制の処分」とは、個人の意思を制圧し、身体・住居・財産等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意味する。¹⁾

このような方法ないし態様の手段については、議会による民主的統制及び令状審査による司法的統制に服せしめるべきだからである。

〔論点2〕重要権利利益実質的侵害説

A

盗聴等類型(相手方が認識していない状態で行われる処分)では、重要権利利益実質的侵害説を用いる。

「強制の処分」は、強制処分法定主義及び令状主義によって保護されるべき重要な権利・利益を制約する処分に限られるべきだから、個人の意思に反し重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

「個人の意思」は「合理的に推認される個人の意思」を意味する。

〔図解〕「重要な権利・利益の実質的な制約」

- ① 「権利・利益の制約」
 - ➡ 「権利・利益」としての要保護性
 - ➡ 「相手方の意思に反する」
- ② 「権利・利益」の重要性
- ③ 「権利・利益」の制約が「実質的」であること

¹⁾ 「強制の処分」該当性は、原則として事前の類型的判断であるが、〔論点1〕の判断基準が適用される場面では事後の個別的判断である。

➡制約の程度・態様に着目する

【例 1】 宅配便荷物のエックス線検査

「本件エックス線検査は、…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ものと解される。」

A

最決 H21.9.28・百 29

【例 2】 GPS 捜査

「GPS 捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものである」という「性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする」ものであるから、①「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う」ものとして「個人のプライバシーを侵害し得るものであ」とともに、②「そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、…公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。」

A

最大判 H29.3.15・百 30

そうすると、GPS 捜査は、「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する」ことにより、「個人の意思を制圧して」憲法 35 条の保障対象に含まれる『住居、書類及び所持品』…に準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利」という「憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる（最高裁昭和 50 年（あ）第 146 号同 51 年 3 月 16 日第三小法廷決定・刑集 30 卷 2 号 187 頁参照）…。」²⁾

【論点 3】 平成 29 年大法院判決

A

盗聴等類型（相手方が認識していない状態で行われる処分）では、平成 29 年大法院判決の判断枠組みを用いることも可能である。

最高裁昭和 51 年決定は、「強制の処分」の要素として、「個人の意思を制圧」及び「身体・住居・財産等に制約」を挙げている。

前者は、現実意思を制圧する事態を観念できない行為類型との関係では、合理的に推認される個人の意思に反してという意味に読み替えられる。

後者は、憲法 33 条及び同法 35 条が保障する重要で価値の高い法的利益の例示であるといえる。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する処分を意味し、前者の要件については、現実意思を制圧する事態を観念できない行為類型との関係では、合理的に推認される個人の意思に反してという意味に読み替えられると解する。

²⁾ 本判決における「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」か否かという判断基準は、重要権利利益実質的侵害説・意思制圧説と一応区別される。