

司法試験

---

# 刑事訴訟法 一斉テスト

## 解説

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 231114

LL23111

## 第1問（短答式・肢別正誤判定）

1 親告罪については、有効な告訴の存在が起訴又は訴訟の条件となっているから、司法警察職員は、告訴がない間は捜査をすることができない。

× 告訴は、捜査の端緒に過ぎないため、捜査機関は、告訴の有無にかかわらず、犯罪の嫌疑ありと思料するときは、いつでも捜査を開始することができる。したがって、本肢は誤りである。

**平成23年司・第21問、予・第14問**

2 被害者の法定代理人たる親権者が2人いるときは、その各自が被害者の法定代理人として、告訴をすることができる。

○ 判例（最決昭34.2.6）は、「被害者の親権者が2人あるときは、その各自が刑訴231条1項所定の被害者の法定代理人として、告訴をすることができる」旨判示している。よって、本肢は正しい。

**平成30年予・第14問**

3 警察官は、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犯罪を犯したと疑うに足りる相当な理由のある者を停止させて質問することはできるが、質問するため、付近の警察署に同行することを求めることはできない。

× 警察官は、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犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者を停止させて質問することができる（警職法2Ⅰ）。そして、この場合において、その場で質問をすることが本人に対して不利であり、又は交通の妨害になると認められる場合においては、質問するため、その者に附近の警察署、派出所又は駐在所に同行することを求めることができる（同Ⅱ）。よって、付近の警察署に同行することを求めることはできないとする点で、本肢は誤っている。

**平成30年予・第14問**

4 警察官が、相手方の運転車両の窓から手を差し入れ、エンジンキーを引き抜いて取り上げることは、職務質問を行うため相手方を停止させる行為として許される場合がある。

○ 判例（最決平6.9.16／百選〔第10版〕〔2〕）は、本肢と同様の事案において、「警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ

相当な行為である」としている。よって、本肢は正しい。

**令和3年予・第14問**

5 警察官が、相手方の承諾を得ることなく、携行中の所持品であるバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつすることは、職務質問に付随する行為として許される場合がある。

○ 判例（最判昭53.6.20／百選〔第10版〕〔4〕）は、本肢と同様の事案において、「警職法2条1項の職務質問に附随する行為として許容される」としている。よって、本肢は正しい。

**令和3年予・第14問**

6 甲を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合であっても、有形力を行使することは許されない。

× 採尿令状による連行について、判例は、「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、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ことができ、その際、必要最小限度の有形力を行使することができる」としている（最決平6.9.16／百選〔第10版〕〔28〕）。したがって、採尿場所への任意同行が事実上不可能であると認められる場合であっても、有形力を行使することは許されないとする点で、本肢は誤っている。

**平成25年予・第17問**

7 刑事訴訟法上、捜査機関は、被害者、目撃者など被疑者以外の者に対して取調べを行うに際しても、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。

× 検察官、検察事務官、又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べるができる（223Ⅰ）。この場合について、223条2項は、198条1項但書（出頭拒否権・退去権）、同条3項ないし5項（供述の録取、調書についての増減変更申立権、署名押印拒絶権）を準用する旨規定しているが、供述拒否権の告知規定（198Ⅱ）は準用していない。したがって、被疑者以外の者に対し、供述拒否権についての告知をする必要はない。よって、被疑者以外の者に対して取調べを行うに際しても、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならないとする点で、本肢は誤っている。

**平成30年予・第19問**

8 検察官は、被疑者が勾留された事件について、被疑者が身体を拘束された日から10日以内に公訴を提起しないときは、勾留の期間が延長された場合を除き、直ちに被疑者を釈放しなければならない。

× 検察官は、被疑者を勾留した事件につき、勾留の請求をした日から10日以内に公訴を提起しないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない(208 I)。また、裁判官は、やむを得ない事由があると認めるときは、検察官の請求により、10日を限度として勾留の期間を延長することができる(同 II)。よって、被疑者が身体を拘束された日からとする点で、本肢は誤っている。

**令和2年予・第17問**

9 私人でも、現行犯逮捕することができる。

○ 現行犯人は、何人でも、逮捕状なくしてこれを逮捕することができる(213)。よって、本肢は正しい。

**平成29年予・第15問**

10 緊急逮捕状の請求は、警察官たる司法警察員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者に限り、これを行うことができる。

× 緊急逮捕における逮捕状の請求について、210条1項は、緊急逮捕後、「直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない」と規定するのみで、通常逮捕のように逮捕状の請求権者を制限(199 II かつこ書参照)していない。これは、既に被疑者が逮捕されていることから、迅速な令状請求が要求されるためである。よって、緊急逮捕状の請求は、警部以上の者に限り、これを行うことができるとする点で、本肢は誤っている。

**平成30年予・第15問**

11 検察官は、適当と認めるときは、検察官自らの裁量により、勾留の執行を停止することができる。

× 勾留の執行を停止する権限を有しているのは、裁判所であり(207 I, 95)、検察官には勾留の執行を停止する権限が認められていない。したがって、検察官が自らの裁量により、勾留の執行を停止することができるとする点で、本肢は誤っている。

**平成24年司・第22問, 予・第14問**

12 勾留の理由を開示するには、勾留の基礎となっている犯罪事実と、勾留されている者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由を告げれば足りる。

× 勾留理由開示においては、60条1項各号所定の事由（住所不定、罪証隠滅・逃亡のおそれ）も開示しなければならない。よって、勾留の基礎となっている犯罪事実と、勾留されている者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由を告げれば足りるとする点で、本肢は誤っている。

**平成30年予・第16問**

13 勾留されている被告人が同時に余罪の被疑者として勾留されている場合、検察官は、その余罪である被疑事件の捜査のため必要があるときは、被告事件について防御権の不当な制限にわたらない限り、被告事件の弁護士と被告人との接見に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。

○ 判例（最決昭55.4.28/百選〔第10版〕〔35〕）は、「同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕、勾留とが競合している場合、検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑訴法39条3項の接見等の指定権を行使することができる」としている。よって、本肢は正しい。

**令和3年予・第18問**

14 搜索差押許可状で差し押さえようとしているパソコンの中に、被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしにパソコン自体を差し押さえることができる。

○ 最決平10.5.1/百選〔第10版〕〔22〕。同判例は、令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに上記パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるとしている。したがって、本肢は正しい。

**平成23年司・第24問**

15 司法警察員は、搜索差押許可状により被疑者以外の者が一人で居住しているアパートの居室を搜索するときに、その者を立ち会わせることができなければ、アパートの管理人を立ち会わせて搜索することができる。

- 司法警察職員が、人の住居で捜索状の執行をするときは、住居主若しくは看守者又はこれらの者に代わるべき者をこれに立ち合わせなければならない(222 I, 114 II)。そして、「これらの者に代わるべき者」にはアパート管理人も含まれる。したがって、本肢は正しい。

**平成 23 年予・第 16 問**

- 16 身体を拘束されていない被疑者の体内から尿を採取するために最寄りの病院に連行する場合、捜索差押許可状に加え勾引状が発付されていなければならない。

- × 判例(最決平 6.9.16/百選[第 10 版][28])は、「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、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旨判示している。したがって、「勾引状が発付されていなければならない。」とする点で、本肢は誤っている。

**平成 27 年予・第 17 問**

- 17 司法警察職員が捜索差押許可状に基づいて差し押さえることができる物は、裁判官の令状審査の時点で捜索場所に存在していた物に限られる。

- × 判例(最決平 19.2.8/百選[第 10 版][20])は、「警察官が、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、捜索場所を被告人方居室等、差し押さえるべき物を覚せい剤等とする捜索差押許可状に基づき、被告人立会いの下に上記居室を捜索中、宅配便の配達員によって被告人あてに配達され、被告人が受領した荷物について、…警察官は、このような荷物についても上記許可状に基づき捜索できる」としている。よって、裁判官の令状審査の時点で捜索場所に存在していた物に限られるとする点で、本肢は誤っている。

**令和 2 年予・第 16 問**

- 18 逮捕現場付近で逮捕に伴う令状によらない捜索差押えをすると被疑者の抵抗による混乱等が生じるとの事情があるときは、被疑者を捜索の実施に適する最寄りの場所に連行した上、逮捕に伴う令状によらない捜索差押えをすることができる。

- 判例(最決平 8.1.29/百選[第 10 版][25])は、220 条 1 項 2 号に基づき、被疑者の身体又は所持品に対する捜索・差押えをする場合において、「逮捕現場付近の状況に照らし、被疑者の名誉等を害し、被疑者らの抵抗による混乱を生じ、又は現場付近の交通を妨げるおそれがあるといった事情のため、その場で直ちに捜索、差押えを実施

することが適当でないときには、速やかに被疑者を搜索、差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上、これらの処分を実施することも、同号にいう『逮捕の現場』における搜索、差押えと同視することができ、適法な処分と解するのが相当である」旨判示している。よって、本肢は正しい。

**平成 30 年予・第 17 問**

19 捜査機関から鑑定嘱託を受けた者は、鑑定処分許可状に基づき、身体検査を拒否する者に対して、直接強制として身体検査を行うことができる。

× 捜査機関から鑑定嘱託を受けた者（鑑定受託者）は、鑑定処分許可状をもってしても、直接強制として身体検査を行うことはできない。これは、鑑定受託者の鑑定処分に関する 225 条 4 項が、身体検査の請求に関する 172 条を準用しておらず、また、同条 4 項で準用する 168 条 6 項が、身体検査の直接強制に関する 139 条を準用していないためである。よって、直接強制として身体検査を行うことができるとする点で、本肢は誤っている。

**平成 29 年予・第 17 問**

20 捜査機関が人の身体から直接強制として尿を採取するには身体検査令状による必要がある。

× 捜査機関が人の身体から直接強制として尿を採取するには、搜索差押許可状を必要とするのが判例（最決昭 55.10.23/百選[第 10 版] [27]）である。すなわち、同判例は、「体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とする」と解すべきである。ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑訴法 218 条 5 項[現 218 条 6 項]が右搜索差押令状に準用されるべきであって、令状の記載要件として、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の記載が不可欠である」としている。よって、身体検査令状による必要があるとする点で、本肢は誤っている。

**平成 29 年予・第 17 問**

21 捜査機関が、犯罪の証拠物として被疑者の体内に存在する尿を強制的に採取するには、搜索差押令状を必要とするが、人権の侵害にわたるおそれがある点では、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、「裁判官は、身体検査に関し、適当と

認める条件を附することができる」旨の規定が前記搜索差押令状に準用される。

- 捜査機関が、犯罪の証拠物として被疑者の体内に存在する尿を強制的に採取する行為（＝強制採尿）について、判例（最決昭55.10.23／百選〔第10版〕〔27〕）は、「体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とすると解すべきである。ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑訴法218条5項〔現218条6項〕が右搜索差押令状に準用される」としている。そして、218条6項は、「裁判官は、身体の検査に関し、適当と認める条件を附することができる」と規定している。したがって、本肢は正しい。

**平成 25 年司・第 25 問**

- 22 捜査機関は、身体を拘束されていない被疑者を採尿場所に任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合、採尿することを許可する搜索差押令状の効力として、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、その際、必要最小限度の有形力を行使することができる。

- 身体を拘束されていない被疑者を採尿場所に任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合の採尿場所への連行について、判例（最決平6.9.16／百選〔第10版〕〔28〕）は、「身体を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、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、その際、必要最小限度の有形力を行使することができる」とし、令状効力説（強制採尿令状それ自体の効力として連行が許されるとする見解）に立つことを明らかにした。その理由として、前掲判例は、「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だけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の可否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられる」ことを挙げている。したがって、本肢は正しい。

**平成 25 年司・第 25 問**

- 23 捜査機関は、強盗殺人事件に関し、被疑者が犯人である疑いを持つ合理的理由が存在する場合、検証許可状がなくても、犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手する手段として、これに必要な限度において、公道上を歩いている被疑者の容貌等を撮影することができる。

- 強盗殺人事件の被疑者が公道上を歩いているところを令状に基づかずにビデオカメ



ラで撮影した警察官の行為について、判例（最決平20.4.15/百選[第10版]〔8〕）は、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し……たものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」とした。したがって、本肢は正しい。

**平成25年司・第25問**

24 何人もみだりにその容貌・姿態を撮影されない自由を有しているから、公道を歩行中のの人に対する警察官による容貌等の写真撮影は、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がない場合には、現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められる場合であって、証拠保全の必要性及び緊急性があり、その撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われるとき以外は許されない。

× 何人も「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」が、公共の福祉による制約を受ける（最大判昭44.12.24/憲法百選I〔第7版〕〔18〕）。前記判決は、警察官による公道上の歩行者に対する写真撮影の適法性判断について、本肢の通りに示した。しかし、その後の判例は、前記判決が適法性判断に際して用いた現行犯性という要素が無令状撮影の要件要素となる見解を明瞭に否定し、「被告人が犯人であると疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ」、「捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたもの」であれば、公道上の歩行者を撮影する行為は適法であるとした（最決平20.4.15/百選[第10版]〔8〕）。したがって、現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められる場合以外は許されないとする点で、本肢は誤っている。

**平成24年司・第23問**

25 身体の拘束を受けている被疑者は、既に身体の拘束という強制処分を受けている以上、ある程度の処分は別個の令状なくして許されるから、身体検査令状の発付を受けることなく、被疑者を全裸にしてその身体を写真撮影することができる。

× 身体の拘束を受けている被疑者は、既に身体の拘束という強制処分を受けている以上、ある程度の処分は別個の令状なくして許されるが、被疑者を全裸にしてその身体

を写真撮影することは、身体検査令状なくしては許されないと規定されている（218 I 後段）。したがって、身体検査令状の発付を受けることなく、被疑者を全裸にしてその身体を写真撮影することができる点で、本肢は誤っている。

**平成 24 年司・第 23 問**

26 捜査機関は、捜索差押許可状による捜索差押えの際に、捜索差押えに付随する処分として、捜索差押許可状を立会人に示している状況や、捜索の現場で差し押さえるべき物が発見された状況を写真撮影することができる。

○ 判例は、捜索の際に、捜索手続の適法性を担保する目的で捜索状況を撮影したり押収物の証拠価値を保全するためにその状況を撮影することを許容している（最決平 2. 6. 27／百選〔第 10 版〕〔32〕）。そして、捜索差押許可状を立会人に示している状況は令状呈示（222 I， 110）についての適法性を担保し、捜索の現場で差し押さえるべき物が発見された状況は捜索・差押えについての適法性を担保するものであるから、当該写真撮影は可能であるといえる。したがって、本肢は正しい。

**平成 24 年司・第 23 問**

27 犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。

○ 刑事訴訟法は、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる」（248）として、検察官に起訴便宜主義を認めている。したがって、本肢は正しい。

**平成 24 年司・第 26 問**

28 検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、一罪を構成する行為の一部を起訴することができる。

○ 検察官には広く訴追裁量権（248）が認められるので、単純一罪の一部のみを起訴することも許されると考えられ、判例も、検察官が強姦（現：強制性交等）の手段としての共同暴行について暴力行為等処罰に関する法律違反として起訴した事例を適法としており、一罪の一部起訴を認めているといえる（最大判昭 28. 12. 16）。そうすると、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、一罪を構成する行為の一部を起訴することができるといえる。したがって、本肢は正しい。

**平成 24 年司・第 26 問**

29 検察官は、告訴のあった事件について、公訴を提起したときは、その旨を告訴人に通知する必要はない。

- × 告訴人等に対する起訴不起訴の通知について規定する 260 条前段は、「検察官は、告訴、告発又は請求のあった事件について、公訴を提起し、又はこれを提起しない処分をしたときは、速やかにその旨を告訴人、告発人又は請求人に通知しなければならない。」旨定めている。したがって、その旨を告訴人に通知する必要はないとする点で、本肢は誤っている。

**平成 26 年司・第 28 問, 予・第 18 問**

30 検察官が公訴を提起したときは、検察官が遅滞なく起訴状の謄本を被告人に送達しなければならない。

- × 裁判所は、公訴の提起があったときは、遅滞なく起訴状の謄本を被告人に送達しなければならない (271 I)。したがって、「検察官が遅滞なく起訴状の謄本を被告人に送達しなければならない。」とする点で、本肢は誤っている。

**平成 27 年予・第 18 問**

31 公訴は、検察官の指定した被告人以外の者にその効力を及ぼさないから、共犯の一人に対してした公訴の提起による時効の停止は、他の共犯に対してその効力を及ぼさない。

- × 共犯の一人に対してした公訴の提起による時効の停止は、他の共犯に対してその効力を有する (254 II 前段)。したがって、共犯の一人に対してした公訴の提起による時効の停止は、他の共犯に対してその効力を及ぼさないとしている点で、本肢は誤っている。

**平成 27 年予・第 18 問**

32 公訴事実として、数個の訴因を予備的に記載することは許されない。

- × 数個の訴因及び罰条は、予備的に又は択一的にこれを記載することができる (256 V)。よって、数個の訴因を予備的に記載することは許されないとする点で、本肢は誤っている。

**令和元年予・第 19 問**

33 公訴の提起は、緊急やむを得ない場合には、起訴状の提出によらず、口頭によることもできる。

- × 公訴の提起は、起訴状を提出してこれをしなければならない(256 I)。旧刑訴法は、一定の場合に口頭による公訴の提起を許していたが(旧刑訴 290 II III)、現行の刑訴法は、書面主義を採用しており、このような例外を定める規定はない。よって、口頭によることもできるとする点で、本肢は誤っている。

#### 令和元年予・第 19 問

- 34 殺人罪の共同正犯において、実行行為者が誰であるかは、罪となるべき事実の特定に不可欠とはいえないものの、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、検察官は、訴因に実行行為者を明示しなければならない。

- × 判例(最判平13.4.11/百選[第10版][45])は、「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考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすることとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえない」旨判示する一方、「実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御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」旨判示しつつも、「実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御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」旨判示している。このように、判例は、殺人罪の共同正犯において、検察官は訴因に実行行為者を明示しなければならない旨判示していない。よって、検察官は、訴因に実行行為者を明示しなければならないとする点で、本肢は誤っている。

#### 平成 30 年予・第 21 問

- 35 「甲は、公務員乙と共謀の上、乙の職務上の行為に対する謝礼の趣旨で、丙から賄賂を受受した。」という収賄の訴因を、「甲は、丙と共謀の上、公務員乙の職務上の行為に対する謝礼の趣旨で、乙に対して賄賂を供与した。」という贈賄の訴因に変更することは、収受したとされる賄賂と供与したとされる賄賂とが同一であったとしても、公訴事実の同一性を欠き、許されない。

- × 判例(最決昭 28.3.5, 最決昭 53.3.6/百選[第 10 版][46①])によれば、収賄の訴因を贈賄の訴因に変更することは、収受したとされる賄賂と供与したとされる賄賂

とが同一である場合には、公訴事実の同一性が認められ、許される。したがって、公訴事実の同一性を欠き、許されないとする点で、本肢は誤っている。

**平成 29 年予・第 21 問**

36 結果犯について、実行行為が終了した日と結果が発生した日が異なるとき、公訴時効は、実行行為の終了時から進行する。

× 時効は、「犯罪行為が終った時」から進行する(253 I)。そして、判例(最決昭 63. 2. 29 /百選[第 10 版] [42])は、結果犯の公訴時効の起算点について、「公訴時効の起算点に関する刑法 253 条 1 項にいう『犯罪行為』とは、刑法各本条所定の結果を含む趣旨と解するのが相当であるから、Aを被害者とする業務上過失致死罪の公訴時効は、当該犯罪の終了時である同人死亡の時点から進行を開始する」旨判示している。したがって、結果犯について、公訴時効は、実行行為の終了時から進行するとしている点で、本肢は誤っている。

**平成 28 年予・第 19 問**

37 一つの行為が数個の罪名に触れる観念的競合の場合における公訴時効期間の算定については、数個の罪名を各別に論じることなく、これを一体として観察し、その最も重い罪の刑につき定められた時効期間による。

○ 判例(最判昭41. 4. 21)は、「いわゆる観念的競合は、一つの行為が数個の罪名に触れる場合に、科刑上一罪として取り扱うものであるから、公訴の時効期間算定については、各別に論ずることなく、これを一体として観察し、その最も重い罪の刑につき定めた時効期間による」としている。したがって、本肢は正しい。

**平成 28 年予・第 19 問**

38 被告人の精神状態に関する精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、その判断の前提となる生物学的、心理学的要素を裁判所が評価することが困難であるため、その意見のとおり認定しなければならない。

× 判例(最決昭58. 9. 13)は、被告人の精神状態が心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であつてもつぱら裁判所にゆだねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的心理学的要素についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題であるとしている。したがって、誤っている。

**平成 23 年司・第 33 問, 予・第 22 問**

39 裁判所は、証人が被告人の面前においては圧迫を受け十分な供述をすることができないと認めるときは、弁護人が出頭している場合に限り、検察官及び弁護人の意見を聴き、その証人の供述中被告人を退廷させることができる。

- 裁判所は、証人を尋問する場合において、証人が被告人の面前においては圧迫を受け十分な供述をすることができないと認めるときは、弁護人が出頭している場合に限り、検察官及び弁護人の意見を聴き、その証人の供述中被告人を退廷させることができる(304の2前段)。よって、本肢は正しい。

**平成30年予・第24問**

40 被告人は、供述を拒む場合に、その理由を明らかにする必要はない。

- 被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる(311Ⅰ)。被告人は、供述を拒む場合には、単に沈黙していればよく、拒む理由を説明する必要はない。よって、本肢は正しい。

**令和2年予・第21問**

41 証拠物の収集手続にその証拠能力を否定すべき重大な違法があるか否かを判断するに当たり、手続違反がなされた際の状況や適法になし得た行為からの逸脱の程度を考慮することはできるが、警察官の、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図の有無を考慮することはできない。

- × 判例(最判昭53.9.7/百選[第10版][90])は、「被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した……行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかった被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであって、もとより同巡査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く、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立ってみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである」と判示しており、証拠物の収集手続にその証拠能力を否定すべき重大な違法があるか否かを判断するに当たり、手続違反がなされた際の状況や適法になし得た行為からの逸脱の程度に加え、警察官の、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図の有無を考慮している。よって、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図の有無を考慮することはできないとする点で、本肢は誤っている。

**令和元年予・第23問**

42 刑事訴訟法第321条第3項所定の書面の作成主体は「検察官，検察事務官又は司法警察職員」とされているところ，火災原因の調査，判定に関して特別の学識経験を有する者は，私人であっても同項の作成主体に準ずるものと解されるから，同人の作成した燃焼実験報告書についても，同項の書面に準ずるものとして，同項により証拠能力を認めることができる。

× 判例（最決平 20.8.27／百選[第10版] [84]）は，321条3項所定の「書面の作成主体は『検察官，検察事務官又は司法警察職員』とされているのであり，かかる規定の文言及びその趣旨に照らすならば，本件報告書抄本のような私人作成の書面に同項を準用することはできない」旨判示している。よって，火災原因の調査，判定に関して特別の学識経験を有する者は，私人であっても321条3項の作成主体に準ずるものと解されるから，同項の書面に準ずるものとして，同項により証拠能力を認めることができるとする点で，本肢は誤っている。なお，同判例は，上記に続けて，「作成者は，火災原因の調査，判定に関して特別の学識経験を有するものであり，本件報告書抄本は，同人が，かかる学識経験に基づいて燃焼実験を行い，その考察結果を報告したものであって，かつ，その作成の真正についても立証されていると認められるから，結局，本件報告書抄本は，同法321条4項の書面に準ずるものとして同項により証拠能力を有する」旨判示している。

**平成30年予・第25問**

43 刑事訴訟法第321条第1項第1号の「裁判官の面前における供述を録取した書面」は，当該事件に関して作成されたものに限られるから，他の事件の公判廷における証人の供述を録取したものは含まれない。

× 最判昭 29.11.11。「裁判官の面前における供述を録取した書面」（321 I ①）には，当該事件において作成されたものであるものがそれにあたるのはもちろんのこと，他の事件において作成されたものも含まれるから，他の事件の公判廷における証人の供述を録取したものも含まれるといえる。したがって，本肢は誤っている。

**平成23年司・第35問**

44 裁判所が証人尋問の決定をした外国人について，証人尋問の実施前に退去強制が行われた場合，その者の検察官に対する供述調書を刑事訴訟法第321条第1項第2号前段に基づいて証拠とすることは，許容されないことがある。

○ 最判平 7.6.20／百選[第10版] [81]。本判例は，退去強制がなされた外国人の検察官面前調書の証拠能力が争われた事案において「検察官において当該外国人がいずれ

国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得る」としている。したがって、本肢は正しい。

**平成 23 年司・第 35 問**

- 45 国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができない者の供述を録取した検察官面前調書を、刑事訴訟法第 3 2 1 条第 1 項第 2 号前段の規定により証拠とすることは、それが作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいることになった事由のいかんによっては、憲法第 3 7 条第 2 項の保障する証人審問権の趣旨に鑑み許されない場合がある。

○ 判例（最判平 7. 6. 20／百選 [第 10 版] [81]）は、321 条 1 項 2 号前段の検察官面前調書について、「憲法 37 条 2 項が被告人に証人審問権を保障している趣旨にもかんがみると、検察官面前調書が作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいることになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができることに疑問の余地がある」としている。よって、本肢は正しい。

**令和 2 年予・第 24 問**

- 46 任意にされたものでない疑いのある自白を、犯罪事実を認定するための証拠とすることは、刑事訴訟法第 3 1 9 条第 1 項の定める自白法則に違反するが、憲法第 3 8 条第 2 項の定める自白法則には違反しない。

× 刑訴法319条 1 項は、「任意にされたものでない疑いのある自白は、これを証拠とすることができない」と規定する一方、憲法38条 2 項は、このような文言を定めていない。もっとも、判例（最大判昭45. 11. 25／百選 [第10版] [71]）は、「偽計によって被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法319条 1 項の規定に違反し、ひいては憲法 38 条 2 項にも違反する」としている。よって、憲法第38条第 2 項の定める自白法則には違反しないとする点で、本肢は誤っている。

**令和 2 年予・第 24 問**



47 刑事裁判の有罪認定に当たって必要とされる「合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証」とは、反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。

- 有罪認定に当たって必要とされる「合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証」とは、判例によれば、「反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される」ことをいう（最決平19.10.16／百選[第10版]〔60〕）。したがって、本肢は正しい。

**平成24年司・第30問、予・第17問**

48 簡易裁判所がした刑事第一審の判決に対する控訴については、地方裁判所ではなく、高等裁判所が裁判権を有する。

- 高等裁判所は、簡易裁判所の刑事に関する判決に対する控訴について裁判権を有する（裁判所法 16①）。したがって、本肢は正しい。

**平成 25 年司・第 39 問、予・第 26 問**

49 控訴審において、裁判所は、公判期日に被告人が出頭しなければ開廷することができない。

- × 第一審においては、283条から285条に規定する場合を除き、被告人が公判期日に出席しないときは、開廷することができない（286）。他方、控訴審においては、原則として被告人は公判期日に出席することを要しない（390本文）。ただし、一定の軽微事件以外の事件において、裁判所が被告人の出頭を命じた場合には、出席しなければならない（390ただし書）。よって、控訴審においては、裁判所は、公判期日に被告人が出頭しなければ開廷することができないとする点で、本肢は誤っている。

**平成 30 年予・第 26 問**

50 有罪を認めるべき明らかな証拠を新たに発見したときは、無罪の言渡しをした確定判決に対しても再審の請求をすることができる。

- × 再審の請求（435）は、「有罪の言渡しをした確定判決に対して」（同柱書）することができる。したがって、無罪の言渡しをした確定判決に対して再審の請求をすること

はできないから、本肢は誤っている。

**平成 23 年司・第 40 問**

## 第2問（記述式）

- 1 明示または黙示の意思に反して、重要な権利・利益の実質的な制約をともなう処分（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による処分）
- 2 必要性、緊急性などをも考慮したうえ、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  
※具体的状況のもとで相当と認められるか否かは、当該処分の必要性・緊急性と、当該処分に伴う法益侵害の性質・程度とを比較衡量して、合理的権衡が保たれているか否かに基づいて判断する
- 3 原則：逮捕手続に違法がある場合には勾留請求は認められない  
例外：実質的逮捕の時点で緊急逮捕の要件があり、かつ、実質的逮捕時点を起点とする制限時間内である場合には、軽微な手続上の瑕疵にとどまるとして、勾留請求の適法性に影響を及ぼさない（勾留請求は認められる）
- 4 新証拠や逃亡・罪証隠滅のおそれなどの新事情の出現により再捜査の必要があり、犯罪の重大性その他諸般の事情から、被疑者の利益と対比してもやむを得ない場合であって、逮捕の不当な蒸し返しといえない場合には、例外的に再逮捕・再勾留も許される
- 5 ①令状を発する際の裁判官の審査の慎重を期す  
②執行にあたる捜査機関に権限の範囲を周知・徹底させて恣意を防ぎ一般的探索のような権限濫用を抑制する  
③処分を受ける者に受忍の限度を明らかにし、違法があった場合の事後の裁判所への不服申立（430）を効果的にさせる
- 6 証拠隠滅の蓋然性が認められる場合には、執行に不可欠な事前行為であり、「必要な処分」（222 I・111 I）として許される  
・①捜索差押令状の執行を察知されれば、短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがある場合（特に薬物犯罪などでは、短時間で容易に証拠隠滅が可能）には、円滑に捜索に着手するため、社会的に相当な手段方法をとる必要がある  
②111条1項が解錠を明文で認めている以上、欺罔により錠をはずさせる行為は錠の破壊に比べて執行を受ける者に対する被害がより少ない方法であり、社会的により相当な方法である

- 7 原則として、第三者の携帯物の搜索は許されない（別途、第三者の身体に対する搜索令状が必要である）が、第三者がその場にあった物を隠匿するのを捜査官が現認した場合など、隠匿を疑う高度の合理的理由がある場合には、搜索令状を執行するための現場保存的措置たる「必要な処分」（222 I・111 I）として例外的に許される
- 8 逮捕の現場には証拠の存在する蓋然性が高いので、合理的な証拠収集手段として無令状搜索・差押えが認められる（相当説（判例・通説））
- 9 逮捕の理由となっている被疑事実に関する証拠物・没収すべき物及び武器・逃走具に限られるため、そのまま差し押さえることはできない  
 ※搜索中に別事件の証拠が発見された場合の対処方法  
 ①任意提出をうけて領置する（221）  
 ②別途令状を得て差し押さえる  
 ③法禁物の場合には、現行犯人として逮捕し、220条1項2号に基づき差し押さえる
- 10 強制処分に該当する（被処分者の黙示の意思に反し、梱包された荷物の中身に対する荷送人・荷受人の重要なプライバシーを侵害する）  
 →性質上検証に当たる（五官の作用で対象物の形状・性質を把握する特質をもつ）  
 →無令状検証として許されない
- 11 憲法上の保障＝自己負罪拒否特権（自己に不利益な事実に限られる）  
 刑事訴訟法上の保障＝包括的黙秘権（自己にとって利益・不利益を問わず一切の供述を包括的に拒否しうる（311 I，291Ⅲ））
- 12 ①生理的变化は独立に証拠となるのではなく、発問との対応で証拠的意味をもつので、供述証拠の性質がある  
 ②ポリグラフ検査は生理的・心理的反応を介して被検査者の意思を伝達させようとするものであり、強制的な供述の取得にはかならない
- 13 接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られる  
 ※被疑者を現に取調べている場合や検証や実況見分に同行しているなど事実上身柄に支障がある場合の他、間近い時に取調べ等をする確実な予定がある場合などに限る

- 14 ①裁判所に対する訴因の識別機能  
＝訴因が特定されることで訴因と訴因外の実事との識別が可能となり、審判対象が明確化される
- ②被告人に対する訴因の防御機能  
＝訴因が特定され、審判対象が明確化されることで被告人は防御の範囲を限定・明確化することができる
- 15 ① その明示がなければ訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるような事項について、裁判所が訴因と実質的に異なる認定をするには、審判対象の画定という見地から、絶対的に訴因変更が必要となる
- ② ①以外の事項であっても、一般に、被告人の防御にとって重要な事項については、検察官は、争点の明確化などのため、これを訴因において明示するのが望ましく、また、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
- ③ ②の場合であっても、被告人の防御の具体的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事実を認定することも許される
- 16 両訴因の間に、日時・場所・方法等の基本的事実関係の同一性ないし近接性があれば、公訴事実の同一性が認められる（基本的事実同一説（判例））
- ※基本的事実関係の同一性ないし近接性を判断するにあたり、一方の事実が認められれば他方は認められないという関係（非両立関係、択一関係）があるか否かを補充的に考慮する（非両立の関係であれば基本的事実が同一であるという方向にはたらく）
- ※実体法上の一罪を構成する複数の事実は当然に「公訴事実の同一性」が認められる（＝公訴事実の単一性）→実体法上一罪を構成しない複数の事実の「公訴事実の同一性」を判断するにあたり、基本的事実関係の同一性・近接性を検討することになる
- 17 ①被告人に対して前科調書に係る犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加えた推認過程が介在することにより、裁判所に対して不当な予断偏見を与え、誤った心証を抱かせる危険があるため、法律の関連性が否定される
- ②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させるような場合

- 18 甲の名誉毀損，Xの窃盗
- 19 供述録取書は，原供述者の供述を録取者が聴いてこれを書面に作成したものであるから，二重の伝聞性を有する（＝①原供述者の伝聞過程，②録取者の伝聞過程を含む）が，署名・押印により記載が供述どおりであることが確認されるので，録取者の伝聞過程（②）が解消され，単純な伝聞証拠である供述書と同等に扱われることになる
- 20 虚偽の自白を誘発するおそれのある状況下でなされたか否か，実質的な黙秘権の侵害等を伴うか否かを総合的に判断する（任意性説）
- 21 それ自体に証拠能力が認められ，かつ，自白から独立した証拠であることを要する
- 22 ①Xに対する証拠としてYの供述を使うときには補強証拠は不要（判例）  
→Yの供述のみでXを有罪にできる  
（∵共同審理を受けている共同被告人であっても被告人本人との関係においては被告人以外の者であり，被害者その他の純然たる証人とその本質を異にするものではない）  
②Yとの関係では自白なので，Yを有罪にするには補強証拠が必要  
→Yの供述のみではYを有罪にできない
- 23 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
- 24 両手続が同一目的に向けられたものであり，かつ，後続手続が先行手続によりもたらされた状態を直接利用したといえる場合
- 25 公訴事実の同一性の範囲  
∵一事不再理効は二重の危険禁止に基づくものであり，①公訴事実の単一性が認められる場合には，検察官はその範囲で同時訴追の義務があるし，②公訴事実の同一性があれば検察官はいつでも訴因の変更をすることができたのであるから，公訴事実の同一性の範囲で被告人は危険にさらされていたといえる

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2023 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL23111