
適法・違法捜査 ハンドブック

伊丹 俊彦 監修

倉持 俊宏

細川 充

山口 貴亮

山口 修一郎 著

栗木 傑

渡邊 真知子

三尾 有加子

立花書房

はしがき

科学技術が進歩し、インターネットが国民生活の不可欠な社会基盤として定着するとともに、人間関係が希薄化していることなどにより、犯罪が複雑・巧妙化するばかりであり、犯罪性を有する事案であっても、犯行動機や態様の解明が困難あるいは相当の時間を要するような時代となっている。

その反面、国民の刑事事件を通じた、犯罪の動機・態様等の解明を通じた事案の真相解明への期待には、依然として強いものがあり、裁判では、客観証拠による的確な立証を求められている。

こうした国民の期待に応え、科学技術の発達等に伴う犯罪の高度化・複雑化等に的確に対応し、裁判における客観証拠による的確な立証に資するためには、捜査機関も、科学的知見と技法を、捜査に積極的に活用していく必要がある。

今日、街頭に設置された防犯カメラの画像解析が、捜査等に役立っていることは周知の通りである。しかし、こうした科学捜査が、その意図しないところで人権を侵害しているとのそしりを招くおそれもある。

本書は、こうした捜査を取り巻く困難な現状を踏まえ、多忙な警察官、特に若手警察官に、日頃扱うことが多いと思われる警察活動の諸類型につき、どこまでが任意捜査として許され、どのような場合に違法となるかを中心に分かりやすく解説したものである。

警察活動の場面を細かく分けて、具体的なQ & Aによる事例形式としたのは、何か問題解決に迷った場合には、本書を紐解いてもらえれば解決の参考になるであろう、との思いからである。これらで取り上げた事例は、かつて裁判で問題となったものが多いので、今後の警察活動で、似たような事例に出くわすことも多かろうと思う。

是非、本書を座右に置いて、捜査の参考としていただければ、望外の喜びである。

最後に、本書の編集や巻末の資料作成等に当たり、立花書房出版部の馬場野武次長をはじめとして、本山進也参与、金山洋史氏には、多大のご尽力をいただいた。心から、感謝申し上げます。

平成29年4月

監修 伊丹俊彦

凡 例

〈法令表記〉

刑訴法	刑事訴訟法
刑訴規則	刑事訴訟規則
警職法	警察官職務執行法
麻薬法	麻薬及び向精神薬取締法
銃刀法	銃砲刀剣類所持等取締法

〈判例集・雑誌等略語表記〉

刑 集	最高裁判所刑事判例集
民 集	最高裁判所民事判例集
裁判集	最高裁判所裁判集刑事
高刑集	高等裁判所刑事判例集
高検速報	高等裁判所刑事裁判速報集
東高時報	東京高等裁判所刑事判決時報
下刑集	下級裁判所刑事裁判例集
刑裁月報	刑事裁判月報
判 時	判例時報（判例時報社）
判 夕	判例タイムズ（判例タイムズ社）
警 学	警察学論集（立花書房）
治 安	治安フォーラム（立花書房）
注釈刑訴法〔新版〕	注釈刑事訴訟法〔新版〕（立花書房）
令状基本（上）・（下）	新関雅夫・佐々木史朗ほか 増補令状基本問題上・下（判例時報社）
大コメ刑訴法〔初版〕	大コンメンタール刑事訴訟法（青林書院）
大コメ刑訴法〔第2版〕	大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕（青林書院）
大コメ警職法	大コンメンタール警察官職務執行法（青林書院）
刑訴法百選〔第9版〕	刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（有斐閣）
法 教	法学教室（有斐閣）
最判解刑事篇	最高裁判所判例解説刑事篇（法曹会）

目 次

はしがき

凡 例

第 1 章 サイバー犯罪関連

① 電磁的記録に係る記録媒体の差押え …………… 3

コンピュータ等のデータを差し押さえる場合には、どのような方法があり、どのような点に留意すべきか？

② 電磁的記録に係る記録媒体の検索・差押えの執行や
関係者に係る協力等 …………… 9

コンピュータや外付HDD等に記録されているデータを押収する際に留意すべき点は何か？

③ 電気通信回線等で接続している記録媒体からの複写方法 …… 15

差し押さえるべき物であるコンピュータに対象のデータが保存されておらず、外部の記録媒体に存在する場合はどうしたらよいか？

4 リモートアクセスに係る差押えを実施する上での問題 …………… 21

リモート差押許可状（刑訴法218条2項，219条2項）に基づいて，外国事業者が運営し，海外に存在するサーバに保存されている電磁的記録を電子計算機に複写してこれを差し押さえることができるか？

5 記録命令付捜索・差押えに係る問題 …………… 27

電磁的記録の保管者に協力を求めて電磁的記録を差し押さえる方法はどのようなものか？

6 大容量外部記録媒体の押収 …………… 33

大量の USB メモリーや SD カード等の内容を確認することなく一括して差し押さえることが許されるか？

7 差し押さえたパーソナルコンピュータの解析 …………… 39

差し押さえたパーソナルコンピュータを解析する場合の留意点は何か？

8 差し押さえたスマートフォン等の解析 …………… 45

差し押さえたスマートフォン等の携帯電話機を解析するに当たっての留意点は何か？

9 通信傍受・会話傍受に関する問題……………51

通信傍受はどのような場合に実施できるのか、また、通信傍受を実施するに当たっての留意点は何か？

第2章 職務質問, 自動車検問, 所持品検査

10 職務質問の要件 59

警察官はどのような場合に職務質問をすることができるか？

11 職務質問のための実力行使① 65

警察官は職務質問のために相手方を停止させる際, どの限度の実力行使が許されるのか？

12 職務質問のための実力行使② 71

警察官は職務質問のために車両を停止させる際, どの限度の実力行使が許されるのか？

13 職務質問の継続のための実力行使 77

警察官は職務質問を継続するために, その場から立ち去ろうとする相手方をどの程度留め置くことができるのか？

14 自動車検問の適法性 83

自動車検問は許容されるのか？

15 所持品検査の限界① 89

職務質問に伴う所持品検査の限界をどのように考えるべきか？

16 所持品検査の限界② 95

職務質問に伴う所持品検査の限界をどのように考えるべきか？

17 所持品検査における実力行使 101

所持品の隠匿行為を制止する際の有形力の行使はどこまで許容されるのか？

第3章 保護，避難等の措置，犯罪の予防及び 制止，立入，武器の使用

- 18 保護措置の適法性（泥酔・中毒）…………… 109

精神錯乱者や泥酔者に対して保護措置が許される要件は何か？

- 19 避難等の措置の不行使に関する適法性…………… 115

避難等の措置に関する権限不行使が違法となるのはどのような場合か？

- 20 制止行為の限界…………… 121

警職法5条による「制止」が許容されるのはいかなる場合か？

- 21 立入行為の限界…………… 127

警職法6条による立入が許されるのはいかなる場合か？

- 22 警察官の武器使用の要件等…………… 133

警察官はどのような場合に武器を使用することができるか？

23 警察官の武器使用の違法性 139

どのような場合に警察官が武器を使用して人に危害を加えることが許されるか？

第4章 任意捜査

- 24 任意同行の要件 147

任意同行が許されるのはどのような場合か？

- 25 任意同行における有形力行使の限界 153

任意同行の際、有形力行使はどの程度許されるのか？

- 26 任意同行後の退去の制止 159

警察署に任意同行し、取調べ中であった被疑者が、退去しようとした場合、これを制止する行為は、どの程度許されるのか？

- 27 任意同行と逮捕 165

被疑者の任意同行が実質的逮捕と評価されるのはどのような場合か？

- 28 承諾による車両の捜索の限界 171

承諾による車両の捜索の問題点は何か？

29 尿の任意提出 177

尿の任意提出にはどのような問題点があるか？

30 長時間の取調べ 183

長時間にわたる被疑者の任意取調べは許されるか？

31 宿泊を伴う取調べ 189

宿泊を伴う被疑者の任意取調べは許されるか？

32 おとり捜査の限界 195

警察官はどのような場合におとり捜査を行うことができるか？

33 任意捜査としての写真（ビデオ）撮影の要件 203

任意捜査の段階での被疑者等の写真やビデオ撮影は許されるか？

34 採尿のための警察署取調室への留め置き 209

採尿のための警察署取調室への留め置きはどの程度許されるのか？

第5章 逮捕・勾留

35 現行犯逮捕の要件（明白性）…………… 217

現行犯逮捕の要件である犯罪及び犯人の明白性は、どのような場合に認められるか？

36 現行犯逮捕の要件（必要性）…………… 223

現行犯逮捕における逮捕の必要性は、どのような場合に認められるか？

37 現行犯逮捕における実力行使の限界…………… 229

現行犯逮捕の際に被逮捕者が抵抗した場合、どの程度の実力行使が許されるか？

38 準現行犯逮捕の要件…………… 235

どのような場合に準現行犯逮捕が認められるか？

39 準現行犯逮捕の限界 241

準現行犯逮捕の要件である時間的接着性が認められるためには、犯行とどの程度近接している必要があるか？

40 共謀共同正犯・幫助犯・教唆犯の現行犯逮捕 247

共謀共同正犯、教唆犯、幫助犯の現行犯逮捕は、どのような場合に許されるか？

41 緊急逮捕の要件 253

どのような場合に緊急逮捕が認められ、緊急逮捕した後はどのような手続を行わなければならないか？

42 逮捕の手續面の適法・違法 259

逮捕状により逮捕するに当たって、逮捕の現場で、どのような点に留意すべきか？

43 逮捕の違法と勾留 265

実質的には逮捕と判断されるような違法な任意同行とは何だろうか？

44 別件逮捕・勾留と余罪取調べの限界……………271

別件逮捕や勾留における余罪の取調べの限界にはどのようなものがあるだろうか？

45 一罪一逮捕・勾留の原則……………277

一つの罪では一回しか逮捕や勾留をすることができないが、例外はあるか？ あるとすればどのような場合か？

第6章 検索・差押え・検証

46 令状による検索の限界① 285

令状記載における検索すべき場所の範囲の限界はどのようなだろうか？

47 令状による検索の限界② 291

令状による検索・差押えにおける時間的な限界についてはどのようなものがあるだろうか？

48 令状による検索の限界③ 297

検索・差押えの際に居合わせた第三者に対する検索はできるのか？

49 令状による検索の方法の限界 303

令状執行時における呈示前の立入りや鍵やガラス戸の損壊は許されるのかどうか？

50 令状による差押えの限界 …………… 309

差し押さえるものの範囲について、あらかじめ気を付けるべきこととは何だろうか？

51 逮捕に伴う捜索・差押えの場所的限界 …………… 315

逮捕に伴って許される捜索・差押えにおける「逮捕の現場」とはいかなる場所的範囲をいうのか？

52 逮捕に伴う逮捕現場以外での被逮捕者の所持品への
捜索・差押え …………… 321

逮捕に伴う逮捕現場以外での被逮捕者の所持品への捜索・差押えは許されるのか？

53 別件捜索・差押え …………… 327

捜査中の本件事件の証拠収集を目的としたより軽い別罪で捜索・差押えを行うことはできるのか？

54 梱包物の内容の確認方法 …………… 333

荷送人及び荷受人の承諾を得ることなく宅配便荷物の外部からエックス線検査を実施し、その内容物の射影を観察することは許されるのか？

第 7 章 被疑者の防御

55 弁護人選任の申出への対応 341

逮捕した被疑者から、弁護人を選任したいとの申出を受けた場合には、どのような点に留意すべきか？

56 接見交通権の確保と接見内容の聴取 347

弁護人等（弁護人及び弁護人となろうとする者）から被疑者との接見を求められた場合に、どのような点に留意して対応すべきか？

第 8 章 先行手続の違法と証拠能力

57 先行手続の違法と証拠能力① 355

警察官が収集した証拠が違法収集証拠として証拠能力が否定されるのはどのような場合か？

58 先行手続の違法と証拠能力② 363

先行手続の違法が、後行手続の適法性に影響し、後行手続において収集した証拠が先行手続の瑕疵を引き継ぐものとして違法収集証拠として証拠能力が否定されるのはどのような場合か？

第9章 そ の 他

59 外国における捜査について 377

外国に存在する証拠を入手する場合にどのような点に留意すべきか？

60 DNA型鑑定の留意点 385

DNA型鑑定を予定した捜査活動では、どのような点に留意すべきか？

61 令状のないGPS捜査 391

GPS発信器を被疑者等の使用する車両に取り付け、その位置情報を取得する捜査を実施するに当たっての留意点は何か？

24 目 次

判例索引 399
監修者，著者紹介 405

第 1 章

サイバー犯罪関連

1 電磁的記録に係る記録媒体の差押え

コンピュータ等のデータを差し押さえる場合には、どのような方法があり、どのような点に留意すべきか？

1 問題の所在

現代社会では、コンピュータ及びコンピュータを利用したネットワークシステムによる情報処理の発達はめざましく、社会活動の様々な場所でコンピュータが利用されている。そのため、犯罪捜査の現場でも、事件関係者が利用していたパーソナルコンピュータ（以下「PC」ともいう。）やスマートフォン等を押収し、これらを解析することは今では基本的捜査事項と言って良い状況である。

かつては、データが記録されていたコンピュータや外部記憶装置（HDD等）自体を証拠物として押収し、そこに保存されているデータを解析するのが通常であったが、コンピュータで処理される情報が高度化するに伴い、蓄積されるデータも大容量になり、捜査に必要なデータが保存されているコンピュータシステムも大きく、かつ複合化するようになり、事件に関連するデータを解析するためにコンピュータ自体を押収すると、所有者の他の業務に大きな影響を及ぼすような弊害も見受けられるようになった。

そこで、「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」（平23.6成立，平24.6.22施行）によるサイバー関係の手続法整備について、捜査の観点から概説する。

2 根拠規定と解説等

前記改正法では、不正指令電磁的記録に関する罪（刑法第19章の2）等、いわゆるサイバー犯罪に関する罰則が整備されたほか、手続面ではコンピュータやネットワークシステムで利用されるデータの特性を踏まえた法整備がなされている。その概要は以下のとおりである。

4 第1章 サイバー犯罪関連

(1) リモートアクセスによる差押えの新設（刑訴法99条2項、218条2項）

パーソナルユースのコンピュータ利用者であれば、手元にあるコンピュータに全てのデータを保存することもあるが、ある程度の規模のデータを処理する場合は、データはネットワークを介して接続されている他のコンピュータやNAS（Network Attached Storage）、あるいはサーバ等に分散保存されていることが多い。そのような場合、コンピュータ利用者と同一の建物内にサーバがあるとは限らず、遠隔地にデータセンターを設置し、解析対象となるデータが遠隔地に存在する場合もある。

データが遠隔地に保存されていると、搜索対象場所が利用者の所在地等に限定されている令状では押収対象のデータがそこに存在せず、空振りになる場合もあり、データが蔵置されている可能性のある場所に対する複数の搜索差押許可状の発付を受けておかねばならないことになりかねない。

そのような問題を踏まえ、本規定の新設により、差し押さえるべき対象物がコンピュータであるときは、これに電気通信回線（ネットワーク）で接続しているHDD等の記録媒体であって、対象のコンピュータで作成若しくは変更をした電磁的記録又はこのコンピュータで変更若しくは消去できることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を対象のコンピュータ又は他の記録媒体（HDDやDVD-R等）に複写した上、コンピュータ又は当該他の記録媒体を差し押さえることができることとなった。このような差押え手法を「リモートアクセスによる差押え」、あるいは単に「リモート差押え」と呼ぶこともある。

(2) 記録命令付差押えの新設（刑訴法99条の2、218条1項）

近時のコンピュータシステムの利用状況に鑑みると、捜査上必要なデータを押収するためにサーバシステム自体を押収することが困難となっていて、仮にシステム全体を押収すると、システム管理者の業務に多大な影響を及ぼしかねない。また、サーバシステム自体も複雑化しており、管理者ではない警察官がその場で操作して目的を達成することが困難な場合もある。そこで、前記改正法によって、電磁的記録の保管者等をして必要なデータを記録媒体に記録させた上、当該記録媒体を差し押さえるという制度が新設された。

第 2 章

職 務 質 問
自 動 車 検 問
所 持 品 検 査

10 職務質問の要件

警察官はどのような場合に職務質問をすることができるか？

1 問題の所在と根拠規定

職務質問は、犯罪の予防・鎮圧を目的とする行政警察活動であり、根拠規定は警職法2条1項である。

警職法2条1項

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つていと認められる者を停止させて質問することができる。

職務質問は犯罪を対象としているという性質上、捜査の端緒として非常に重要な役割を果たしている。

警職法2条1項によれば、職務質問は将来の犯罪の予防も目的としているが、既に行われた特定の犯罪の解明のために行われるものもある。

刑訴法では、警察官が司法警察職員として職務を行い、捜査のために必要な調べを行うことができるとしているため（刑訴法189条、197条等）、警職法上の職務質問と刑訴法上の任意捜査が重なり合う場合も存する。

2 解 説

(1) 職務質問の要件

警察官は、職務質問に際し、相手方が不審者に該当するか否かについて、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断」しなければならない。

ア 「異常な挙動」

「異常な挙動」とは、不自然な、奇妙な、又は通常でない言動、服装・持ち物の不自然さを指し、「その他周囲の事情」とは、時間、場所、環境を指す。

「異常な挙動その他周囲の事情」を判断する際には、現場における相手方の服装、年齢、人数、言動等の挙動自体及びその当時の周囲の状況のほかに警察官側が持っている事前の知識や情報等を総合的に考慮することができる（大阪地判昭63.3.9判タ671・260）。

イ 「合理的に判断」

「合理的に判断して」とは、警察官の主観的な判断だけではなく、客観的に社会通念上その判断が合理的であることを要するが、警察官の職務質問の要件の判断が客観的・合理的であればよく、判断の合理性は、職務質問を行う時点における具体的な状況によって現場の警察官が通常判断可能な程度で足りる（大コメ警職法94、95頁）。

ウ 「何らかの犯罪」

職務質問のためには、「何らかの犯罪」に関係すると認められれば足り、犯罪の軽重を問わない上、いかなる犯罪であるか具体的に特定している必要はない。

「何らかの犯罪を犯していると疑うに足りる相当な理由がある者」には、現に何らかの犯罪を犯していると疑うに足りる相当な理由がある者のみならず、既に終了した犯罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があるものも含まれる。

「相当な理由」とは、職務質問を必要とするような、犯罪との関わりをかなりの程度に示すような客観的状況の存在があることをいう（大コメ警職法88頁）。

エ 参考人的立場にある者

職務質問は、参考人的立場にある者にも行うことができる。

第 3 章

保 護
避難等の措置
犯罪の予防及び制止
立 入
武器の使用

18 保護措置の適法性（泥酔・中毒）

精神錯乱者や泥酔者に対して保護措置が許される要件は何か？

1 問題の所在

精神錯乱者、泥酔者等に対し、一定の要件の下で、必要な保護措置を講じるのは、警察官の権限であるとともに義務でもある。

ただし、保護措置は、対象者に対して有形力を行使し、その身体を拘束する措置を含むことから、特に、保護措置に引き続いて、対象者に対する犯罪捜査が行われた場合などには、手続の適法性を争われることが少なくなく、注意が必要である。

2 根拠規定等

泥酔者、精神錯乱者等に対する保護措置は、警職法3条1項1号に規定されている。

警職法3条1項

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次の各号のいずれかに該当することが明らかであり、かつ、応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由のある者を発見したときは、取りあえず警察署、病院、救護施設等の適当な場所において、これを保護しなければならない。

- 一 精神錯乱又は泥酔のため、自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者

同条の「保護」とは、対象者の身体を場所的に移動させることや、一定時間の身柄拘束を予定しており、強制力を行使することも許される（大コメ警職法239頁）。

3 解 説

精神錯乱者、泥酔者に対する保護措置の要件は、①その者が、精神錯乱、泥酔の状態にあること、②精神錯乱、泥酔のため、自己又は他人の生命・身体・財産に危険を及ぼすおそれがあること、③その者が、応急の救護を必要としていることである。

(1) 「①について」

①の「精神錯乱」とは、医学上の精神病者のほか、強度のヒステリー患者、強度の興奮状態にある者など、社会通念上その精神が明らかに正常でない状態にある者（浦和地判平3.9.26等）、を言い、薬物中毒により精神錯乱に至った者も含まれる。

また、「泥酔」とは、一般に、アルコールの影響により意識が混濁した状態を言うときされるが、いずれについても、刑法上の心神喪失・心神耗弱に達している必要はない。

(2) 「②について」

②の、自己又は他人に対する危険を及ぼすおそれについては、危険な行為等が、精神錯乱、泥酔に起因するものでなければならず、例えば、警察官に対する反感等により、粗暴行為に出るような場合は含まれない。

(3) 「③について」

③の「応急の救護」とは、対象者本人を直ちに救護すべき状況のことである。

(4) 要件の存否の判断

これら要件の存否については、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断するものとされ、この判断は、社会通念上の判断で足りるが、警察官の主観的なものであってはならない。また、その手段は、警察比例の原則に則り、必要性、緊急性に依じて、必要最小限度のものでなければならぬ。

第 4 章

任意搜查

24 任意同行の要件

任意同行が許されるのはどのような場合か？

1 問題の所在

被疑者又は参考人を、その承諾のもとに、警察署等に同行する行為である任意同行には、犯罪予防等の行政警察活動である場合と、犯罪捜査の一環としての司法警察活動である場合の2つがあるが、この2つは、理論上、明確に区別され、その要件も異なる。

実際の警察活動の現場においては、この2つの区別が困難な場合も多々あろうが、少なくとも、法律上は、2種類の任意同行があり、それぞれ異なった目的と要件を有することは認識しておく必要がある。

2 根拠規定等（リーディングケース）

(1) 行政警察活動としての任意同行

まず、行政警察活動としての任意同行については、警職法2条2項に規定されている。

警職法2条2項

その場で前項の質問（職務質問）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。

なお、この条項の要件に当たらない場合であっても、事案によって、行政警察活動として許されることがある（後述）。

(2) 司法警察活動としての任意同行

司法警察活動としての任意同行は、刑訴法198条1項又は223条1項に定められた出頭要求に応じた被疑者や参考人の出頭の一態様であり、任意捜査として認められる（大コメ刑訴法〔初版〕3巻145～146頁、大コメ警職法223頁）。

刑訴法198条1項

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、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる（後略）。

刑訴法223条1項

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、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻訳を囑託することができる。

3 解 説

(1) 行政警察活動としての任意同行

警職法上の任意同行は、①職務質問の要件があることが必要であり、その上で、②その場での職務質問が本人に不利又は交通妨害となることが要件である。

ここで、本人にとって不利とは、降雨や、寒暖などの気象条件により、屋外での職務質問が質問を受ける者にとって酷な場合、又は、公衆の面前での職務質問が、その者の名誉を害するおそれがある場合などが考えられる。

この要件は、対象者本人が不利益を受けないための要件であるから、警察官側の便宜を考慮することは許されない。

そして交通妨害については、狭い道路で、車両を停車させて職務質問を行うことが交通妨害になる場合や、繁華街における職務質問が人だかりなどの交通妨害を引き起こす場合などが考えられる（大コメ警職法195～196頁）。

第 5 章

逮 捕
勾 留

35 現行犯逮捕の要件（明白性）

現行犯逮捕の要件である犯罪及び犯人の明白性は、どのような場合に認められるか？

1 問題の所在とリーディングケース

(1) 問題の所在

刑訴法212条1項

現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者を現行犯人とする。

刑訴法213条

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。

現に罪を行う者及び現に罪を行い終わった者は、現行犯人として無令状で逮捕することができる（刑訴法212条1項、213条）。

このように、令状主義の例外として現行犯逮捕が認められる理由は、①犯罪及び犯人が明白であり、誤認逮捕のおそれがないこと、②その場で逮捕する必要性・緊急性が極めて高いことにある。

したがって、現行犯逮捕が許されるのは、犯罪及び犯人が明白である場合に限られる。

実際の現場においては、この犯罪及び犯人の明白性についての判断に迷う場合も少なくない。

特に、犯行を現認していない警察官が、通報等により現場に駆け付け、現に罪を行い終わった者として現行犯逮捕するような場合、明白性の判断を迅速かつ的確に行うことは、必ずしも容易とはいえない。

また、明白性の判断を誤れば、誤認逮捕という深刻な事態を招きかねない。

そこで、現行犯逮捕の要件としての明白性について、日頃から理解を深めておく必要がある。

(2) リーディングケース

犯行現場に駆け付けた警察官による現行犯逮捕に関し、最高裁は、暴行及び器物損壊の被害申告を受けて現場に駆け付けた警察官が、犯行から30分ないし40分後に犯人を現行犯逮捕した事案について、現に罪を行い終わった者の現行犯逮捕として適法である旨判断した（最決昭31.10.25刑集10・10・1439）。

この事案は、犯人が特殊飲食店で従業員に暴行を加え、同店のガラス戸を破損したため、主人が付近の派出所で被害を申告し、これを受けた警察官が現場に駆け付け、従業員から犯人が付近の別の店にいる旨を聞き、同店にいた犯人を現行犯逮捕したというものである。

同事案について、最高裁は、犯行直後に主人が警察に被害を申告したこと、警察官が主人及び従業員から暴行及び器物損壊の被害状況を聞いた上で破損箇所を確認し、直ちに犯人がいる店に行ったこと、そこで犯人が大声で叫びながら足を洗っており、手に怪我をしていたこと、犯行から逮捕までわずか30分ないし40分しか経過していないこと、犯行現場から逮捕場所までは約20メートルの近距離であったことなどを認定した上で、逮捕を適法とした原審の判断を是認した。

2 解 説

現行犯逮捕の要件である明白性とは、逮捕者にとって、特定の犯罪が行われていることが明白であり、かつ、被逮捕者が犯人であることが明白であることである。

この明白性が認められるためには、必ずしも逮捕者が犯行を現認することまで必要ではなく、逮捕当時における諸般の状況から客観的、合理的に判断して明白性が認められれば、現行犯逮捕は許される。

第 6 章

搜		索
差	押	え
検		証

46 令状による搜索の限界①

令状記載における搜索すべき場所の範囲の限界はどのようなだろうか？

1 問題の所在

搜索令状には、搜索すべき場所を記載しなければならない。

搜索すべき場所の解釈として、単一の管理権が及ぶ範囲の場所については、一通の令状で足りるものの、管理権が異なる場所については別個の令状が必要になると解されている。

これに関連して、ホテル・旅館、マンションなどの集合住宅など、一つの建物内に複数の管理権が存在し、又は共用部分など共同の管理権に服している部分が存在する場合においては、それぞれ別個の令状が必要かどうか、ホテルの客室や特定の居住部分など当該建物の一部を対象とする搜索令状により、その他の部分を搜索し、又は搜索に際して立ち入ることが可能かなどの問題がある。

本問では、このような事案について検討していく。

2 根拠規定等

○ 「搜索令状の記載事項」

搜索令状の記載事項については、刑訴法219条1項において「搜索すべき場所、身体若しくは物」と規定されている。

刑訴法219条1項

前条の令状には、被疑者若しくは被告人の氏名、罪名、差し押さえるべき物、記録させ若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ若しくは印刷させるべき者、搜索すべき場所、身体若しくは物、検証すべき場所若しくは物又は検査すべき身体及び身体の検査に関する条件、有効期間及びその期間経過後は差押え、記録命令付差押え、搜索又は検証に着手することができず令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない。

3 解 説

(1) 搜索すべき場所の特定

搜索すべき場所の特定の程度については、明文の規定はないが、搜索が当該場所についての管理権の侵害という実質を有することから、搜索令状は管理権ごとに発すべきであり、「搜索すべき場所」としては、単一の管理権が及ぶ場所的範囲が合理的に明確であるような表示をしなければならないと解されている。

(2) マンションにおける居住部分、共用部分

マンションについては、各居住部分の管理権は、それぞれの部屋の居住者にあるが、その共用部分は、当該マンションの居住者全員の共同管理下にあると考えられている。

したがって、共用部分についても搜索する場合には、当該居住部分のほか、共用部分の搜索についての搜索令状が必要と考えられている。

なお、一通の搜索令状に各居住部分及び共用部分を記載することが可能との考え方もある。

第7章

被疑者の防御

55 弁護人選任の申出への対応

逮捕した被疑者から、弁護人を選任したいとの申出を受けた場合には、どのような点に留意すべきか？

1 問題の所在

捜査の現場では、逮捕した被疑者から、「弁護人を頼みたい。」という申出がなされることは、しばしばある。

取り分け、逮捕された直後における弁解録取の場面では、動揺するなどした被疑者が、すぐに、弁護人に相談したいという意思表示をすることは多いだろう。

他方で、逮捕の初期段階は、厳格な制限時間の下で、身柄送致等の様々な手続を誤りなく実施しつつ、必要な取調べなどの捜査も行わなければならないので、捜査員は、切迫感のある状況に置かれている場合も多い。

このような状況下であっても、被疑者からの弁護人選任の申出に対しては、法令に従って的確に対応する必要がある、これを怠ったことによって、捜査の適正に疑義が生じるようなことがあれば元も子もない。

そこで、緊迫した状況下でも的確な対応ができるよう、逮捕した被疑者から弁護人選任の申出を受けた場合の留意点を改めて確認しておいていただきたい。

2 根拠規定と解説

被疑者を逮捕した場合の弁護人選任権については、刑訴法209条、211条、216条によって、弁護人選任の申出に係る同法78条の規定が準用されていることから、同条が、逮捕についても読み替えられて適用されることとなる。

→刑訴法78条の準用による読替え

- 1 項 逮捕された被疑者は、検察官又は司法警察員又は刑事施設の長若しくはその代理人に弁護士、弁護士法人又は弁護士会を指定して弁護人の選任を申し出ることができる。ただし、被疑者に弁護人があるときは、この限りでない。
- 2 項 前項の申出を受けた検察官又は司法警察員又は刑事施設の長若しくはその代理人は、直ちに被疑者の指定した弁護士、弁護士法人又は弁護士会にその旨を通知しなければならない。被疑者が2人以上の弁護士又は二以上の弁護士法人若しくは弁護士会を指定して前項の申出をしたときは、そのうちの1人の弁護士又は一の弁護士法人若しくは弁護士会にこれを通知すれば足りる。

弁護人選任権（弁護人依頼権）については、憲法上で保障された権利（憲法34条前段）であり、これを受けて刑訴法上も前記の規定を置いているのである。

また、司法警察員の弁解録取の際には、犯罪事実の要旨と弁護人選任権の告知が義務づけられており（刑訴法203条1項）、これにより、被疑者の弁護人選任権の行使が担保されていることとなる（被疑者国選弁護制度対象事件は同条4項）。

そして、被疑者から、弁護人を選任したいとの申出を受けた警察官は、「直ちに」被疑者が指定した弁護士等に、その旨を通知する法的義務を負うのである。

この場合には、弁護士等には限定はなく管轄の外や他県であっても通知をしなくてはならない（「〇〇弁護士をお願いしたい。」と弁護士個人名で申出があった場合はもちろん、「〇〇弁護士事務所に連絡してもらいたい。」「〇〇県の弁護士会に連絡をとってもらいたい」等の申出についても、その旨、指定先に通知しなければならない。）。

第 8 章

先行手続の違法と証拠能力

57 先行手続の違法と証拠能力①

警察官が収集した証拠が違法収集証拠として証拠能力が否定されるのはどのような場合か？

1 問題の所在

(1) 「証拠」とは

刑訴法317条は、「事実の認定は、証拠による。」と定めるが、ここにいう「証拠」とは、「適式な証拠調べを経た、証拠能力のある証拠」を指すとされる。つまり、犯罪事実の認定は、証拠能力のある証拠によりされなければならないと解されている（いわゆる「厳格な証明」）。

供述調書を始めとする供述証拠については、同法320条1項において、伝聞法則が規定され、原則として法廷外の供述証拠には証拠能力がないとされるが、同法321条以下に、伝聞例外として証拠能力を認める場合が詳細に定められている。例えば、被告人の自白調書については、同法322条において、任意にされたものであれば、証拠能力を認めると規定されている。

一方、証拠物の証拠能力については、一般に、証拠には事件との関連性がなければならないとされるから、証拠物の証拠能力が認められるためには、事件との関連性が示されることが必要とされている。しかし、それ以外に、証拠物の証拠能力につき、当該証拠物が収集された経緯によってその証拠能力の有無を規定するような条文は刑訴法上見当たらない。この点、上記に見たように、自白調書については、それが任意になされた供述かどうかによって証拠能力の有無が決められること、つまり、自白の得られた経緯によって証拠能力が左右されることが明文で規定されているのと対照的であるといえよう。

すなわち、条文上は、いかなる方法で収集された証拠物でも、事件との関連性がある限り、証拠能力を否定するような規定はないのである。

(2) 違法収集証拠排除法則とその問題点

そのため、初期の判例では、証拠収集手続に違法があっても、発見された

証拠物自体の性質や形状に変化が生じるわけではないから、その証拠価値も変わりはないとして、証拠能力を認めていた（最判昭24.12.13裁判集15・349，最判昭36.6.7刑集15・6・915等）。しかし、証拠収集過程にいかなる違法があっても、その結果として収集された証拠は有罪立証に用いることができるとするならば、違法捜査の歯止めがかからず、また、司法の廉潔性にも反するとして、違法に収集された証拠を排除すべきとの考えが有力に主張されることとなった。これが、違法収集証拠排除法則であり、次第に判例においてもこの考え方が採用されるに至った。

証拠収集過程にいかなる違法があれば、その結果として収集された証拠の証拠能力に影響を及ぼすこととなるのかについては、捜査過程に軽微な瑕疵があっても、一律に証拠能力を否定するのか（絶対的排除説）、一定の重大な違法に限って証拠能力を否定するのか（相対的排除説）、後者の立場を取るとして、どの程度の違法があった場合に証拠能力を否定することとするのが問題となる。

2 解 説

(1) 最高裁判例における違法収集証拠排除法則

最高裁において初めて違法収集証拠排除法則を採用したとされる判例（最判昭53.9.7刑集32・6・1672，以下「昭和53年判決」という。）は、相対的排除説に立ちつつ、証拠が排除される場合について一定の基準を示した。

つまり、昭和53年判決は、まず、「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当である」とし、違法収集証拠の証拠能力については、憲法上の問題ではなく、刑訴法上の解釈の問題であると位置付けた。

その上で、「証拠物は押取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、その押取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

第9章

そ の 他

59 外国における捜査について

外国に存在する証拠を入手する場合にどのような点に留意すべきか？

1 問題の所在

経済・社会の国際的な結び付きが進展し、人・金・物・情報等の国際的な流動が活発になる中で、一般的な犯罪を捜査する過程においてすら、外国に存在する証拠の入手が必要となる場合は枚挙にいとまがない。

すなわち、老若男女がインターネットを利用する現代社会では、オンラインサービスによる外国の銀行への送金、外国企業が提供するクラウドサービスへのデータ保存、外国にサーバがあるインターネットメールの送受信等は、誰もが特に意識することなく単なるツールとして日常的に利用している。

そして、これらツールが犯罪に用いられて、外国に存在する証拠を入手する必要性が生じることは現場の捜査官が日常的に経験する問題となっている。

他方で、外国に捜査の手を伸ばして証拠を入手するということは、当該外国の主権を侵害するという問題が生じ得る。

そこで、外国に関係する捜査を実施する場合には、十分な配慮と慎重な検討が不可欠である。

2 解 説

(1) 外国における捜査の留意点

前提として、刑法2条から4条の2に規定される刑法の場所的適用範囲の問題があるが、この点は、刑法の該当条文の解説に譲ることとして、本稿では、より一般的に捜査の現場で問題となる、国内における犯罪の証拠が外国にある場合に、その証拠を外国から入手するに当たっての留意点という観点に絞りたい。

この場合には、①「我が国の国内法上、我が国の捜査官が外国での捜査権限が認められるか」、②「我が国の捜査官が外国で捜査を行うことが国際法上許されるか」の2つの問題がある。

ア 「①について」

この点、①については、我が国の刑訴法は国外にも及ぶが、その国の主権との関係で制約を受けるに過ぎない。

これは、国際法上の支障がない限り、つまり、当該外国が承認する限り、我が国の捜査官が、我が国の刑訴法に基づく権限を行使して捜査活動を行うことは、国内法上は、問題ないと考えられている（ロッキード事件に関して「わが刑事訴訟法の適用が日本国領土外においては外国主権によって（その承認のない限り）制限されている」とする裁判例がある：東京地決昭53.12.20刑裁月報10・11＝12・1514）。

イ 「②について」

問題は②であり、この点のキーワードは、「主権侵害」と「相互主義」である。

すなわち、国際法上、各国はそれぞれ、領土内の主権を有しており、これを他国が侵害することは当然許されていないところ、捜査は、最も典型的な主権行使（公権力の行使）であるから、外国においては、その国の承認のない限り、捜査を行うことは重大な主権侵害となり、国際法上は許されないこととなる。

つまり、外国では、その国の承認がない限り、捜査を行うことはできないのである。

そして、強制捜査（逮捕、搜索・差押え等）については、外国が承認することは通常はあり得ないので、一般には、後記(2)の捜査共助や犯罪人引渡請求手続によることとなる。

ウ 任意捜査の場合

では、任意捜査の場合はどうだろうか。

判例索引

【最高裁判所】

最判昭24.12.13裁判集15・349	356
最決昭28.3.5刑集7・3・482	197
最決昭29.7.15刑集8・7・1137	66
最判昭29.11.5刑集8・11・1715	197
最決昭31.10.25刑集10・10・1439	218
最大決昭33.7.29刑集12・12・2776	311
最大判昭36.6.7刑集15・6・915	317, 356
最決昭44.3.18刑集23・3・153	329
最大判昭44.12.24刑集23・12・1625	204
最決昭49.12.3裁判集194・309	177
最判昭50.4.3刑集29・4・132	229
最決昭51.3.16刑集30・2・187	78, 102, 154, 159, 184, 205, 334, 393
最判昭51.11.18判時837・104	313, 328
最決昭52.8.9刑集31・5・821	272
最判昭53.6.20刑集32・4・670	90, 93, 96, 102, 360
最判昭53.9.7刑集32・6・1672	95, 102, 356
最決昭53.9.22刑集32・6・1774	72, 169
最決昭55.9.22刑集34・5・272	83
最決昭55.10.23刑集34・5・300	179
最判昭57.1.19判夕460・91	117
最決昭59.2.29刑集38・3・479	189
最判昭59.3.23判夕524・99	118
最判昭61.2.14刑集40・1・48	207, 335
最判昭61.4.25刑集40・3・215	364
最決昭63.9.16刑集42・7・1051	98
最決平元.7.4刑集43・7・581	187
最決平元.9.26判時1357・147	63
最決平3.7.16刑集45・6・201	179
最決平6.9.8刑集48・6・263	301
最決平6.9.16刑集48・6・420, 判時1510・154	77, 179, 209
最決平7.5.30刑集49・5・703	174, 176
最決平8.1.29刑集50・1・1	245, 322
最決平10.5.1刑集52・4・275	34
最決平11.2.17刑集53・2・64	136
最大判平11.3.24民集53・3・514	348

400 判例索引

最決平11.12.16刑集53・9・1327	51
最判平12.6.13民集54・5・1635	349
最決平12.7.17刑集54・6・550	385
最決平14.10.4刑集56・8・507	307
最判平15.2.14刑集57・2・121	262, 369
最決平15.5.26刑集57・5・620	93
最決平16.7.12刑集58・5・333	195
最判平16.9.7判夕1168・109	351
最決平19.2.8刑集61・1・1	295
最決平20.4.15刑集62・5・1398	204, 335, 392
最決平21.9.28刑集63・7・868	336, 372
最判平26.1.16	142
最大判平29.3.15	392

【高等裁判所】

広島高松江支判昭27.6.30	244
福岡高判昭28.10.14判時13・27	121
東京高判昭34.4.21高刑集12・5・473	261
大阪高判昭38.9.6高刑集16・7・526	87
大阪高判昭40.11.8下刑集7・11・1947	244
仙台高判昭44.4.1刑裁月報1・4・353	238
東京高判昭44.6.20高刑集22・3・352	317
東京高判昭47.10.13判時703・108	324
東京高判昭48.3.23刑裁月報5・3・194	342
東京高判昭48.12.10高刑集26・5・586	177
東京高判昭49.9.30刑裁月報6・9・960	150
福岡高決昭49.10.31判時771・107	281
大阪高判昭49.11.5判夕329・290	317, 324
大阪高判昭50.11.19判夕335・353	256
東京高判昭51.2.9東高時報27・2・14	99
大阪高判昭51.9.20公刊物未登載	130
大阪高判昭52.2.7判時863・120	131
東京高判昭53.5.31刑裁月報10・4 = 5・883	319
大阪高判昭53.9.13判時917・141	181
東京高判昭53.11.15高刑集31・3・265	325
東京高判昭54.8.14判時973・130	269
仙台高秋田支判昭55.12.16判夕436・173	167
東京高判昭56.9.29判夕455・155	104
広島高判昭56.11.26判夕468・148	330
東京高判昭57.3.8判夕467・157	247

東京高判昭60.3.19刑裁月報17・3=4・57	263
東京高判昭60.4.30判夕555・330	220
東京高判昭60.9.5判夕585・78	69
東京高判昭60.10.30判時1169・53	232
大阪高判昭60.12.18判夕600・98	226
東京高判昭61.1.29刑裁月報18・1=2・7	101
福岡高判昭61.4.28判夕610・27	273
大阪高判昭63.2.17高刑集41・1・62	186
東京高判昭63.4.1東高時報39・1=4・8	207
札幌高判平元.5.9判時1324・156	332
東京高判平元.7.6東高時報40・5=8・21	251
大阪高判平4.1.30高刑集45・1・1	156
大阪高判平4.2.5高刑集45・1・28	79
札幌高判平4.7.21判夕805・238	113
東京高判平4.10.15高刑集45・3・101	289
福岡高判平5.3.8判夕834・275	318
東京高判平5.4.28高刑集46・2・44	317
福岡高判平5.11.16判夕875・117	350
東京高判平6.5.11判夕861・299	299
仙台高判平6.7.21判時1520・145, 判夕887・281	155, 164
東京高判平6.7.28判夕864・281	174
東京高判平10.3.11判夕988・296	231
東京高判平10.7.14東高時報49・1=12・38	105
大阪高判平11.12.15判夕1063・269	75
大阪高判平12.3.23治安7・6・66	86
東京高判平13.3.26高検速報(平13)46	185
大阪高判平13.9.25公刊物未登載	192
東京高判平14.9.4判時1808・144	192
福岡高判平14.10.31高検速報(平14)174	345
東京高判平15.8.28公刊物未登載	306
東京高判平18.10.11判夕1242・147	125
福岡高判平19.3.19高検速報(平19)448	388
東京高判平19.6.1高検速報(平19)240	199
東京高判平19.9.18判夕1273・338	79
東京高判平20.5.15判時2050・103等	223
東京高判平20.7.17東高時報59・1=12・69	201
東京高判平20.9.25東高時報59・1=12・83	80
東京高判平21.7.1判夕1314・302	161, 213
東京高判平21.12.16判時2071・54	143
東京高判平22.6.4東高時報61・1=12・111	175
東京高判平22.11.8判夕1374・248	81
大阪高判平23.4.12	350

監修者、著者紹介（令和3年2月現在）

〈監修者紹介〉

伊丹俊彦 弁護士，元大阪高等検察庁検事長

〈著者紹介〉

倉持俊宏 札幌高等検察庁検事
細川 充 日本司法支援センター総務部長・検事
山口貴亮 厚生労働省法務担当参事官・検事
山口修一郎 東京地方検察庁検事
栗木 傑 法務省刑事局参事官・検事
渡邊真知子 法務省法務総合研究所教官・検事
三尾有加子 宇都宮地方検察庁検事

★本書の無断複製(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。また、代行業者等に依頼してスキャンやデジタルデータ化を行うことは、たとえ個人や家庭内の利用を目的とする場合であっても、著作権法違反となります。

適法・違法捜査ハンドブック

平成29年5月20日 第1刷発行

令和3年4月20日 第4刷発行

監修者 伊丹俊彦

発行者 橋茂雄

発行所 立花書房

東京都千代田区神田小川町3-28-2

電話 03-3291-1561(代表)

FAX 03-3233-2871

<http://tachibanashobo.co.jp>

©2017 Toshihiko Itami

(印刷・製本) 倉敷印刷

乱丁・落丁の際は当社でお取り替えいたします。