

第 1 問

基礎応用 9 頁、論証集 3 頁

(事案)

司法警察員 P は、内偵捜査により、甲が覚せい剤密売をしているとの疑いが生じたため、宅配便業者の営業所の長の承諾を得た上で、甲宅宛ての宅配便荷物（以下「本件荷物」という。）について外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察した（以下「本件エックス線検査」という。）。

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り、これにより、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された。

なお、本件エックス線について、荷送人や荷受人甲の承諾は得ていない。

(設問)

本件エックス線検査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(参考答案)

1. 本件エックス線検査が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である(197条1項但書)。

(1)「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2)まず、本件荷物には荷送人及び荷受人甲のプライバシー権が帰属しているところ、本件エックス線検査は荷送人及び荷受人甲の承諾を得ないで行われているから、本件エックス線検査について荷送人及び荷受人甲の現実の承諾はない。また、荷送人及び荷受人甲のいずれにおいても、宅配便荷物については、内容物を確認されずに荷送人から荷受人に宅配されることを前提にしているから、荷送人及び荷受人甲の黙示の承諾があったともいえない。したがって、本件エックス線検査は、荷送人及び荷受人甲の意思に反する。なお、本件エックス線検査は宅配便業者の営業所の長の承諾を得て行われているが、同長は宅配便に係るプライバシー権を処分できる立場にはないから、同長の承諾をもって本件エックス線検査が被処分者の意思に反するものではないと説明することはできない。

次に、前記の通り、宅配便荷物については、荷送人及び荷受人のいずれにおいても、内容物を確認されずに荷送人から荷受人に宅配されることを前提にしているから、その内容物についての秘匿性が高といえ、そこには憲法35条1項で保障される「住居、書類及び所持品」に準ずる私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシー権が帰属している。

そして、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権を大きく侵害する性質のものであるから、荷受人及び荷受人甲の上記意味での重要なプライバシー権を実質的に制約するものである。

したがって、本件エックス線検査は「強制の処分」に当たる。

2. 本件エックス線検査は強制処分法定主義に服するところ、これは視覚的作用により宅配便荷物の内容物の形状や材質を認識して保全するものだから、刑訴法上の「検証」に当たる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。

もっとも、「検証」は令状主義に服するから(憲法35条1項、

基礎応用 12 頁 [論点 2]、
論証集 3 頁 [論点 2]

基礎応用 14 頁 [判例 1]、
論証集 4 頁 [判例 1]

刑訴法 218 条 1 項)、本件エックス線検査は、検証許可状なくして行われた点で令状主義違反として違法である。 以上

第 2 問

基礎応用 9 頁、論証集 3 頁、
平成 27 年司法試験設問 1
参考

(事案)

司法警察員 P らは、何者かにより V が殺害される事件が発生し、捜査を進める過程で、甲が何者かと共謀して V を殺害したとの疑いが生じたため、甲が V 殺害について共犯者と会話をする可能性があると考えた。そこで、P らは、甲と共犯者との間における V 殺害についての会話内容を録音しようと考えた。

P らは、甲方 (F マンション 501 号室) の隣室である F マンション 502 号室が空室であったことから、同室を賃借して引渡しを受け、同室に待機して甲の動静を探ることにした。

P が、F マンション 502 号室ベランダに出た際、甲も、甲方ベランダに出て来て、携帯電話で通話を始めたが、直ぐに甲方内に戻った。

P らは、同 502 号室の居室の壁越しに甲方の居室内の音声を聞き取ろうとしたが、壁に耳を当てても音声は聞こえなかった。そこで、P らは、隣室と接する壁の振動を増幅させて音声として聞き取り可能にする機器 (以下「本件機器」という。) を使用することにし、本件機器を同 502 号室の居室の壁の表面に貼り付けると、本件機器を介して甲方の居室内の音声を鮮明に聞き取ることができた。そして、P らは、約 10 時間にわたり、本件機器を介して甲方の居室内の音声を聞き取りつつ、本件機器に接続した IC レコーダにその音声を継続して録音した (以下「本件録音」という。)

(設問)

本件録音の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(参考答案)

1. 本件録音が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である(197条1項但書)。

(1)「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2)まず、本件録音について甲の現実の承諾ない。また、自宅は秘匿性の高い私的領域であるから、居住者は、そこでの会話内容を他者から聴取されたり録音されることについては受容していないのが通常である。したがって、本件録音は甲の意思に反する。

次に、甲方の居室内は、甲の支配領域である上、ベランダなどと異なり閉鎖的な空間である。そのため、甲方の居室内における甲の通話の内容については、憲法35条1項が保障している「住居」等の私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシーが及んでいる。

そして、本件録音は、人間の聴力を大きく超えた收音能力を備えた本件機器をもって、約10時間にもわたって、居室内の通話内容を鮮明に聴取・録音するものであるから、捜査機関が居室内に盗聴器を設置して継続的・網羅的に居住者等の私的領域に侵入しているに等しいものであると評価できる。そのため、本件録音は、上記意味での重要なプライバシーを実質的に制約するものであるともいえる。

したがって、本件録音は、「強制の処分」に当たる。

2. 本件録音は、聴覚の作用により甲の通話の存在・内容等を認識して保全するものであるから、刑訴法上の「検証」に当たる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。

もっとも、「検証」は令状主義に服するから(憲法35条1項、刑訴法218条1項)、本件録音は、検証許可状なくして行われた点で令状主義違反として違法である。 以上

基礎応用 12 頁 [論点 2]、
論証集 3 頁 [論点 2]

基礎応用 29 頁(4)ア、論証
集 9 頁(4)ア

第 18 問

基礎応用 101 頁、論証集 38
頁、平成 23 年予備試験設
問 1 参考

(事案)

警察官は、甲が、令和 4 年 7 月 1 日に H 市内において、乙に対して覚せい剤 10 グラムを 30 万円で譲渡したとの覚せい剤取締法違反被疑事件につき、甲宅を捜索して現金の出納及び甲の行動等に関する証拠を収集するため、H 地方裁判所裁判官に対し、捜索差押許可状の発付を請求した。これを受けて H 地方裁判所裁判官は、罪名として「覚せい剤取締法違反」、差し押さえるべき物として「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモその他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」とそれぞれ記載した捜索差押許可状を発付した。

(設問)

この捜索差押許可状の罪名及び差し押さえるべき物の記載は適法か。

(参照条文) 覚せい剤取締法

第 41 条の 2 第 1 項 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第 42 条第 5 号に該当する者を除く。）は、10 年以下の懲役に処する。

(参考答案)

1. 搜索差押許可状には「罪名」の記載が必要である(刑事訴訟法 219 条 1 項、刑事訴訟規則 155 条 1 項 4 号)ところ、本件搜索差押許可状(以下「本件許可状」という)には「罪名」として法令名のみが記載されているにとどまり、具体的罰条までは記載されていない。

(1) 確かに、令状発付が具体的な被疑事実を基礎としてなされなければならないことから、「罪名」の記載として犯罪の一般的な名称又は具体的罰条の記載まで必要であると解する余地もある。しかし、具体的罰条の記載は憲法 35 条の要請ではないから、具体的罰条まで記載することの要否は刑訴法に委ねられている。そして、刑事訴訟法は、捜査の秘密の保持や被疑者その他の関係者の名誉・プライバシーに配慮するために、敢えて「罪名」という文言を用いることにより、具体的罰条の記載までは要求しない趣旨であると解される。そこで、「罪名」としての具体的罰条の記載は不要と解する。

基礎応用 101 頁 [論点 1]、
論証集 38 頁 [論点 1]

なお、具体的罰条の記載には差押目的物が概括的に記載されている場合に「本件」の内容を具体的にするという重要な意味があるから、「罪名」として具体的罰条が記載されていないことにより、概括的記載における「本件」の具体的内容が明らかにならず、差押目的物の特定性(憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項)を欠くに至ることがある。

(2) 以上より、本件許可状の「罪名」の記載は適法である。

2. 搜索差押許可状では「差し押さえるべき物」を特定して記載する必要がある(憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項)ところ、本件許可状には「差し押さえるべき物」として「その他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」との概括的記載がある。

(1) 差押目的物の特定性(憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項)の趣旨は、関連性判断の确实性を担保するとともに、捜査機関に対して許可された差押権限の範囲を明らかにすることで捜査機関の差押権限の濫用を抑制することにある。この趣旨からすれば、差押目的物はできるだけ特定して記載されるのが望ましい。もっとも、令状発付時点では搜索対象内にいかなる物が存在するかが必ずしも明確ではないため、概括的記載をする必要性を無視することもできない。そこで、概括的記載も、①「本件に関係あり」という被疑事件との関連性による限定があり、かつ、②具体的例示を伴っているものであれば、「差し押さえるべき物」の特定性が認められると解する。

基礎応用 102 頁 [論点 2]、
論証集 38 頁 [論点 2]

(2) 本件許可状では、「その他本件に関係ありと思料される」との記載により、覚せい剤取締法違反との関連性による限定があ

る(①)。また、「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモ」という具体的事例が伴っている(②)。そうすると、本件許可状における「差し押さえるべき物」の記載は、覚せい剤取締法違反に関係ありと思料される「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモ」と「一切の文書及び物件」を意味しているといえ、特定されており、適法である。 以上

第 19 問

基礎応用 101 頁、論証集 38
頁、平成 23 年予備試験設
問 2 参考

(事案)

警察官は、甲が、令和 4 年 7 月 1 日に H 市内において、乙に対して覚せい剤 10 グラムを 30 万円で譲渡したとの覚せい剤取締法違反被疑事件につき、甲宅を捜索して現金の出納及び甲の行動等に関する証拠を収集するため、H 地方裁判所裁判官に対し、捜索差押許可状の発付を請求した。これを受けて H 地方裁判所裁判官は、罪名として「覚せい剤取締法第 41 条の 2 第 1 項違反」、差し押さえるべき物として「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモ」とそれぞれ記載した捜索差押許可状を発付した。

(設問)

警察官が、この捜索差押許可状に基づき、甲宅を捜索した際に、「6 / 30 250 万円 丙から覚せい剤 100 グラム購入」と書かれたメモを発見した場合、これを差し押さえることができるか。

(参照条文) 覚せい剤取締法

第 41 条の 2 第 1 項 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第 42 条第 5 号に該当する者を除く。）は、10 年以下の懲役に処する。

(参考答案)

1. 差押許可状の効力は、「差し押さえるべき物」(憲法 35 条 1 項、刑事訴訟法 219 条 1 項)として明示された物についてのみ及ぶ。そして、「差し押さえるべき物」に該当するためには、①令状に明記された物件に該当することに加え、②被疑事件との関連性(憲法 35 条、刑訴法 222 条 1 項・99 条 1 項)が必要とされる。
2. 「6/30 250 万円 丙から覚せい剤 100 グラム購入」と書かれたメモ(以下「本件メモ」という)は、本件許可状記載の「メモ」という物件に当たる(①)。
3. 本件メモは、甲が乙に対して覚せい剤 10 グラムを 30 万円で譲渡したという本件被疑事実の直接証拠ではない。そこで、本件メモが本件被疑事実と関連性を有するかが問題となる(②)。

覚せい剤譲渡は秘密裏に行われる性質の犯罪であるため、これを直接立証できる目撃供述等があるのは稀であるから、その立証方法は間接事実の積み上げに基づく推認によるのが通常である。そうすると、本件許可状における「メモ」とは、本件被疑事実を推認し得る間接証拠も含む趣旨で掲げられていると解される。

本件メモは、6月30日に甲が丙から覚せい剤100グラムを250万円で購入した間接事実を直接証明できる証拠である。そして、甲が100グラムもの覚せい剤を1人で使用することが困難であることと、甲が10グラム当たり25万円で覚せい剤を購入しているため10グラム当たり30万円で譲渡することにより5万円の利益が生じることから、甲が購入した覚せい剤の全部又は一部を譲渡する動機を有していたことが窺われる。このことに、購入日が覚せい剤譲渡の前日であることも考慮すると、7月1日、甲が6月30日に丙から購入した覚せい剤100グラムのうち10グラムを乙に譲渡したという事実を推認することができる。したがって、本件メモは、上記の通り本件被疑事実を合理的に推認し得る間接事実を証明できる間接証拠という意味で、本件被疑事実と関連性を有するから(②)、本件許可状記載の「メモ」に当たる。

よって、本件差押えは適法である。

以上

基礎応用 103 頁 [論点 3]、
論証集 39 頁 [論点 3]

第 20 問

基礎応用 101 頁、論証集 38

頁

(事案)

司法警察員 P らは、暴力団 A 組の若頭である甲が、V に対して、「自分は暴力団 A 組の若頭だ。言う通りにしなければ、A 組の若い衆がおまえを痛い目に遭わせる。」と言い、V から現金 100 万円を喝取したという恐喝被疑事件につき、搜索すべき場所を A 組の事務所、差し押さえるべき物を「本件に関係ある、1. 暴力団を標章する状、バッジ、メモ等、2. A 組の組員名簿、3. ハترون紙包みの現金」とする搜索差押許可状の発付を受けた。

P らは、A 組の事務所において、前記搜索差押許可状を呈示した上で、搜索を開始し、A 組名入りの腕章、ハッピ及び組員名簿のほか、賭博メモ 196 枚（甲らが賭博場を開帳した際の寺師や胴師の名前・張客の名前・寺銭その他の計算等についての記録のあるメモ）を差し押さえた。

(設問)

賭博メモの差押えの適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、前記搜索差押許可状は適法に発付されたものとする。

(参考答案)

1. 差押目的物該当性

- (1) 差押許可状の効力は、「差し押さえるべき物」(憲法 35 条 1 項、刑事訴訟法 219 条 1 項)として明示された物についてのみ及ぶ。そして、「差し押さえるべき物」に該当するためには、①令状に明記された物件に該当することに加え、②被疑事件との関連性(憲法 35 条、刑訴法 222 条 1 項・99 条 1 項)が必要とされる。
- (2) 賭博メモは、令状記載の「メモ」に当たる(①)。問題は②である。

基礎応用 103 頁 [論点 3]、
論証集 39 頁 [論点 3]

本件被疑事実は、暴力団 A 組の若頭である甲が、V に対して、「自分は暴力団 A 組の若頭だ。言う通りにしなければ、A 組の若い衆がおまえを痛い目に遭わせる。」と言い、暴力団 A 組の若頭であることを背景として V を脅迫し、V から現金 100 万円を喝取したというものである。そうすると、本件差押許可状における「本件に関係ある、1. 暴力団を標章する状・バッジ・メモ等」は、本件恐喝被疑事件の背景事情や情状との関係で、A 組の性格、A 組と甲との関係、事件の組織的背景などを解明するために必要な証拠として掲げられたものであるといえる。

賭博メモには、甲らが賭博場を開帳した際の寺師や胴師の名前・張客の名前・寺銭その他の計算等など、A 組の組員らによる常習的な賭博開帳凶利の様子が克明に記録されている。そうすると、賭博メモにより、A 組と甲の関係、さらには A 組の組織内容と暴力団的性格も知ることができる。したがって、賭博メモは、本件恐喝被疑事件の背景事情や情状との関係で、A 組の性格、A 組と甲との関係、事件の組織的背景などを解明するために必要な証拠として、「本件に関係ある、1. 暴力団を標章する…メモ等」に含まれる(②)。

よって、賭博メモは令状記載の「差し押さえるべき物」に当たる。

2. 別件差押え

賭博メモは、別罪である賭博場開帳凶利罪(刑法 186 条 2 項)の直接の証拠となるものであるから、その差押えは別件差押えとして違法ではないか。

- (1) 憲法 35 条 1 項・刑訴法 219 条 1 項が「差し押さえるべき物」の明示を要求した趣旨からすれば、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差押許可状に明示された物を差し押さえることも禁止される。
- (2) 確かに、賭博メモは別罪である賭博場開帳凶利罪の直接の証

基礎応用 106 頁 [論点 6]、
論証集 41 頁 [論点 6]

抛になる一方で、本件恐喝被疑事件との関係ではその背景事情や情状に関する証拠であるにとどまる。そうすると、仮に P が賭博メモだけを差し押さえたのであれば、賭博メモを専ら賭博場開帳凶利罪の証拠に利用する目的で差し押さえたといえる

しかし、本問において、賭博メモは、A 組名入りの腕章、ハッピ、A 組の組員名簿とともに差し押さえているのだから、本件恐喝被疑事件の証拠に利用する目的で、「本件に関係ある、1. 暴力団を標章する状・バッジ・メモ等暴力団を標章する状、バッチ、メモ等」の一部として差し押さえられたものと推認される。そうすると、P が専ら別罪である賭博場開帳凶利罪の証拠に利用する目的で凶利罪を差し押さえたとはいえない。したがって、賭博メモの差押えは別件差押えに当たらない。

3. 以上より、賭博メモの差押えは適法である。 以上

第 3 5 問

(事案)

検察官は、甲について、営利の目的で、単独で、覚せい剤 100 グラムを所持した事実で起訴した。

第 1 回公判期日において、甲及びその弁護人は、被告事件についての陳述において、公訴事実記載の客観的事実自体はこれを認めたが、弁護人は、覚せい剤は、密売組織の元締である乙の手足として、その支配下で甲らが販売を行うことになっていたもので、公訴事実について、乙との共謀が成立することを主張し、その旨の事実を認定すべきであるとの意見を述べた。

証拠調べの結果、裁判所は、公訴事実について、甲と乙の間には共謀が成立しており、甲は従属的立場にあることになるから、甲と乙との間に共謀がない場合よりは犯情が軽くなる、と考え、格別の手続的な手当てを講じないまま、「甲は、乙との共謀のうえ、営利の目的で、覚せい剤 100 グラムを所持した。」と認定して、有罪判決を言い渡した。

(設問)

裁判所が乙との共謀を認定して有罪の判決を言い渡したことについて、判決に至る手続の適否を論じなさい。

基礎応用 187 頁・3、論証
集 88 頁・2、平成 24 年司
法試験設問 2 参考

(参考答案)

1. 起訴状では「訴因」(刑事訴訟法 256 条 3 項)として覚せい剤営利目的所持罪の単独犯であると記載されているのに対し、裁判所は乙との共謀に基づく覚せい剤自己使用罪の共同正犯(刑法 60 条)を認定しているため、訴因と異なる事実認定として訴因変更(312 条 1 項)の要否が問題となる。

2. 裁判所は、乙との共謀がある場合の方が単独犯の場合に比べて犯情が軽くなると考えて乙との共謀を認定しているため、縮小認定が認められないだろうか。

(1) 訴因事実と包摂関係にある縮小事実を認定する場合には、縮小認定として、訴因変更手続を要しないと解する。なぜならば、検察官により縮小事実が潜在的に主張されているとみられ、またそれ故に定型的に被告人の防御に不利益を与えることがないと考えられるからである。

(2) 確かに、甲の単独犯の訴因よりも乙との共謀に基づく共同正犯であるとの認定の方が、甲にとって量刑上有利であるから、前者と後者の事実とは包摂関係にあるとして、縮小認定により後者の事実を認定することができそうである。

しかし、共同正犯には、単独犯に比べて乙との共謀という事実が加わるのだから、単独犯の事実が共同正犯の事実を包摂しているとはいえないと考えるべきである。

したがって、縮小認定は認められないから、縮小認定を理由として訴因変更が不要だと説明することはできない。

3. そこで次に、訴因変更の要否の判断基準が問題となる。

(1) まず、訴因とは、罪となるべき事実の記載であると解される。

次に、訴因の審判対象画定機能から、①審判対象の画定に不可欠な事実の変動があれば、訴因変更が必要であると解する。

さらに、訴因の告知機能から、②一般的に被告人の防御にとって重要な事項につき、検察官が訴因で明示した場合に、これと異なる事実を認定するときも、原則として訴因変更が必要であると解する。もっとも、被告人に不意打ちとならず、かつ、認定事実が訴因に比べて被告人に不利益でないのであれば、例外的に訴因変更を要しないと解する。

(2) 確かに、共同正犯の場合、単独正犯と比べて刑法 60 条が適用法条として追加されるから、共謀は審判対象の画定に不可欠な事実といえそうである。しかし、単独正犯と共同正犯とでは、修正された構成要件かどうかという違いにとどまる。しかも、甲が、どういった目的に基づき、いつ、どこで、いかなる種類の覚せい剤を何グラム所持していたのかが確定されていれば、他の覚せい剤所持と識別することができる。したがって、共謀

基礎応用 192 頁 [論点 2]、
論証集 90 頁 [論点 2]

基礎応用 193 頁 [論点 3]
(論証 1)、論証集 91 頁 [論
点 3] (論証 1)

基礎応用 187 頁 [論点 1]、
論証集 88 頁 [論点 1]

の存否は審判対象の画定に不可欠な事実にあたらないと解すべきである（①）。

他方で、共謀の存在は、これにより適用法条として刑法 60 条が追加されるうえ、事案によって情状で不利に評価されることもあるから、被告人の防御にとって一般的に重要な事項といえる（②の前段）。

しかし、弁護人が第 1 回公判期日の罪状認否において乙との共謀の存在を認定すべきと意見を述べているため、乙との共謀の存否は訴訟に上程されているから、乙との共謀を認定することは甲に対する不意打ちに当たらない。また、本件では、乙との共謀を認めたほうが単独犯の場合と比べて犯情が軽くなるのだから、乙との共謀を認定することは、単独犯の訴因に比べて甲にとって不利益であるとはいえない（②の後段）。したがって、例外的に、訴因変更は不要である。

4. 前記の通り、乙との共謀の存否は訴訟において上程されていたのだから、争点逸脱認定として求釈明義務違反（刑事訴訟規則 208 条）が成立するともいえない。

5. よって、判決に至る手続について違法はない。 以上

第 36 問

基礎応用 187 頁・3、論証

集 88 頁・2

(事案)

甲は、現住建造物放火罪について、「被告人は、Aらが現に住居に使用する木造スレート葺2階建ての当時の被告人方1階台所において、戸を閉めて同台所を密閉させた上、同台所に設置されたガス元栓とグリル付ガステーブル（以下「本件ガスコンロ」という。）を接続しているガスホースを取り外し、同元栓を開栓して同台所にガスを充満させた上で、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放ち、よって、上記被告人方を全焼させて焼損させて焼損したものである。」との公訴事実が記載された起訴状により、公訴を提起された。

甲は、第1回公判期日の冒頭手続において、「放火はしていない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

検察官は、放火の方法について上記方法以外に関する予備的主張は行っておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の甲の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等はしていない。

裁判所は、証拠調べが終わった時点で、乙が室内に灯油を散布し、その灯油に何らかの方法により着火させたことは認定できるが、乙が石油ストーブを倒して着火させたとはまでは認定できないとの心証に基づき、訴因変更手続を経ずに、上記ガスに引火、爆発させた方法を特定することなく、甲が「何らかの方法により」上記ガスに引火、爆発させたと認定した。

(設問)

裁判所が、放火の方法について、甲が「何らかの方法により」上記ガスに引火、爆発させたと認定したことについて、判決に至る手続の適否を論じなさい。

なお、罪となるべき事実の記載が判示として十分かについて論じる必要はない。

(参考答案)

1. 起訴状では「訴因」(刑事訴訟法 256 条 3 項)として放火の方法について「本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放ち」と記載されているのに対し、裁判所は甲が「何らかの方法により」上記ガスに引火、爆発させたことを認定している。裁判所による「何らかの方法により」という認定には、訴因である放火方法以外の方法も含まれているため、裁判所は放火の方法について訴因と異なる事実を認定したことになる。

2. そこで、訴因変更(312 条 1 項)の要否が問題となる。

(1) まず、訴因とは罪となるべき事実の記載であると解する。次に、訴因の審判対象画定機能から、①審判対象の画定に不可欠な事実の変動があれば、訴因変更が必要であると解する。さらに、訴因の告知機能から、②一般的に被告人の防御にとって重要な事項につき、検察官が訴因で明示した場合に、これと異なる事実を認定するときも、原則として訴因変更が必要であると解する。もっとも、被告人に不意打ちとならず、かつ、認定事実が訴因に比べて被告人に不利益でないのであれば、例外的に訴因変更を要しないと解する。

基礎応用 187 頁 [論点 1]、
論証集 88 頁 [論点 1]

そして、訴因変更の要否の段階では、被告人の手続保障を徹底する見地から、不意打ち概念を抽象的に捉えるべきであるから、認定事実について訴訟の過程で争点化し、被告人に反論の機会が与えられていなければ、これにより実質的な防御上の不利益が生じたかどうかを問わず、被告人に対する不意打ち(②の後段)が認められると解する。

(2) 被告人が現住建造物に放火してこれを焼損したことが現住建造物放火罪(刑法 108 条)の構成要件該当事実であるから、放火の方法は被告人の行為が本罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる具体的事実には当たらない。また、被告事件は自宅全焼による現住建造物放火罪であるから、殺人罪・傷害致死罪等と同様に法益侵害が 1 回しか起こり得ない。そうすると、放火の客体までが識別できれば他の放火事件と区別することができるから、放火の方法を特定しなくても他の放火罪と識別することができる。したがって、放火の方法は審判対象の画定に不可欠な事実とはいえない(①)。

基礎応用 189 頁 [判例 2]、
論証集 89 頁 [判例 2]

他方で、ガスに引火・爆発させた方法は、現住建造物放火罪の実行行為の内容をなすものであるから、一般的に被告人の防御にとって重要な事項である。そのため、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更の手続を要する(②の前段)。

そして、検察官は、放火の方法について上記方法以外に関する予備的主張は行っておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の甲の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等はしていない。そうすると、点火スイッチの作動以外の方法については、訴訟の過程で争点として顕在化されておらず、甲に反論の機会が与えられていない。にもかかわらず、点火スイッチの作動以外の方法も含めた「何らかの方法により」引火、爆発させたと認定することは、甲に対する不意打ちに当たる（②の後段）。

したがって、訴因変更が必要であったといえる。この意味で、本判決については、判決に至る手続に違法があり、相対的控訴理由（379条）が認められる。 以上

第 37 問

基礎応用 187 頁・3、論証

集 88 頁・2

(事案)

甲は、殺人罪として、「被告人は、V に対し、殺意をもって、果物ナイフ（刃体の長さ約 15 センチメートル）でその左前胸部を 1 回突き刺し、よって、同人を左前胸部刺創に基づく止血により死亡させた殺害したものである。」との公訴事実が記載された起訴状により、公訴を提起された。

甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を果物ナイフで刺す意思はあったが、左前胸部を目がけて刺したわけではないから、殺意はなかった。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

裁判所は、甲は V の左前胸部を目がけて果物ナイフを V の左前胸部に突き刺したわけではないから殺意は認められないが、甲には果物ナイフで V の身体のどこかを突き刺す意思はあったのだから傷害の故意が認められるとの心証に基づき、訴因変更手続を経ずに、傷害致死罪の成立を認め、有罪の判決を言い渡した。

(設問)

裁判所が傷害致死罪の成立を認め、有罪の判決を言い渡したことについて、判決に至る手続の適否を論じなさい。

(参考答案)

1. 起訴状では「訴因」(刑事訴訟法 256 条 3 項)として殺人罪(刑法 199 条)が記載されているのに対し、裁判所は傷害致死罪(刑法 205 条)を認定しているため、訴因と異なる事実認定として、訴因変更(312 条 1 項)の要否の判断基準が問題となるように思える。
2. もっとも、縮小認定が認められないだろうか。
 - (1) 訴因事実と包摂関係にある縮小事実を認定する場合には、縮小認定として、訴因変更手続を要しないと解する。なぜならば、検察官により縮小事実が潜在的に主張されているとみられ、またそれ故に定型的に被告人の防御に不利益を与えることがないと考えられるからである。
 - (2) 殺人罪と傷害致死罪とは前者が後者を包摂する関係にある。また、検察官が殺人罪のみによる起訴に固執していたような事情もないから、殺意の存在が否定された場合に備えて傷害致死罪も潜在的に主張されていたといえる。

したがって、傷害致死罪についても検察官による黙示的な主張により起訴状記載の訴因に含まれていたといえるから、裁判所は、縮小認定により、訴因変更を要することなく、訴因内の事実として傷害致死罪の成立を認定することができる。

よって、訴因変更は不要である。
3. 甲及びその弁護人は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を果物ナイフで刺す意思はあったが、左前胸部を目がけて刺したわけではないから、殺意はなかった。」旨主張しているため、傷害の故意については認めている。したがって、裁判所が傷害の甲の存在を認めて傷害致死罪の成立を認定することは、争点逸脱認定による求釈明義務違反(刑事訴訟規則 208 条)ともならない。
4. よって、判決に至る手続について違法はない。 以上

基礎応用 192 頁 [論点 2]、
論証集 90 頁 [論点 2]

第 38 問

基礎応用 187 頁・3、論証
集 88 頁・2、平成 29 年予
備試験設問 2 参考

(事案)

検察官は、乙について、①「被告人は、甲と共謀の上、令和 4 年 5 月 21 日午後 10 時頃、H 県 I 市 J 町 1 丁目 2 番 3 号先路上において、V に対し、殺意をもって、甲がサバイバルナイフで V の胸部を 1 回突き刺し、よって、その頃、同所において、同人を左胸部刺創による失血により死亡させて殺害したものである。」との公訴事実により公判請求した。

検察官は、乙の公判前整理手続において、裁判長からの求釈明に対し、②「乙は、甲との間で、令和 4 年 5 月 18 日、甲方において、V を殺害する旨の謀議を遂げた。」旨釈明した。これに対し、乙の弁護人は、甲との共謀の事実を否認し、「乙は、同日は終日、知人である丙方にいた。」旨主張したため、本件の争点は、「甲乙間で、令和 4 年 5 月 18 日、甲方において、V を殺害する旨の謀議があったか否か。」であるとされ、乙の公判における検察官及び弁護人の主張・立証も上記釈明の内容を前提に展開された。

(設問)

裁判所が、証拠調べにより得た心証に基づき、乙について、「乙は、甲との間で、令和 4 年 5 月 11 日、甲方において、V を殺害する旨の謀議を遂げた。」と認定して有罪の判決をすることが許されるかについて論じなさい。

なお、①の公訴事実が訴因の記載として罪となるべき事実を特定したものといえるかについては、論じなくてよい。

(参考答案)

1. 訴因制度（刑事訴訟法 256 条 3 項・312 条）の下では、審判対象が訴因に拘束されるため、裁判所が訴因と実質的に異なる事実を認定して有罪判決を言い渡すには訴因変更を要する。
2. 共謀の成立日時については、起訴状では特定されていないが、公判前整理手続において検察官が裁判長からの求釈明に応じて「令和 4 年 5 月 18 日」とであると釈明している。そこで、共謀の成立日時に関する検察官の釈明内容が訴因の内容を構成するかが問題となる
 - (1) 裁判所による求釈明には義務的求釈明と裁量的求釈明とがあり、訴因の特定に不可欠な事項は義務的求釈明の対象となる。義務的求釈明の対象事項、すなわち訴因の特定に不可欠な事項については、検察官の釈明内容は訴因の内容を構成する。これに対し、裁量的求釈明の対象事項、すなわち訴因の特定に不可欠とはいえない事項については、検察官の釈明内容は訴因の内容を構成しない。
 - (2) 共謀共同正犯における共謀については、実行行為時における犯罪共同遂行の合意を意味し、謀議を上記意味における共謀を推認する間接事実にすぎないと解すべきである。このように解すると、謀議が「罪となるべき事実」（256 条 3 項）には当たらない以上、その成立時期を明示しなくても「罪となるべき事実」たる訴因の特定に欠けることはない。したがって、共謀の成立時期は訴因の特定に不可欠な事項ではなく、裁量的求釈明の対象事項にとどまるから、これに関する検察官の上記の釈明内容は訴因を構成しない。

そうすると、訴因では共謀の成立時期が特定されていないことになるから、裁判所が共謀の成立時期について検察官の釈明内容と異なる「令和 4 年 5 月 11 日」と認定することは、訴因と異なる事実認定ではない。そうである以上、訴因変更は不要である。
3. もっとも、最高裁平成 13 年決定は、訴因変更の要否の二段階目の判断枠組みにおいて、一般的に被告人の防御に重要な事項の成否について争いがある場合等には、争点の明確化などのために、検察官において明示するのが望ましいと判示している。ここでいう争点の明確化の要請を訴因内における事実認定にも及ぼし、一般的に被告人の防御に重要な事項の成否について争いがある場合において、争点と異なる事実を認定するときは、それが訴因内における事実認定であったとしても、裁判長において争点顕在化措置をとることが求釈明義務（刑事訴訟規則 208 条）として要求されると解すべきである。

基礎応用 195 頁 [論点 5]、
論証集 93 頁 [論点 5]

基礎応用 183 頁 [論点 7]、
論証集 85 頁 [論点 7]

基礎応用 182 頁 [論点 5]、
論証集 84 頁 [論点 5]

基礎応用 195 頁 [論点 5]、
論証集 93 頁 [論点 5]

実行行為を担当していない被告人は、共謀の成立が否定されれば共同正犯としての罪責を負わないのだから、共謀の成立時期は一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるといえる。そして、本問では、検察官の前記釈明により、令和4年5月18日における共謀の成否が争点となり、乙の公判における検察官及び弁護人の主張・立証もそのことを前提として展開されていたのだから、本件有罪判決は上記争点と異なる事実の認定を伴うものである。したがって、求釈明による争点顕在化措置を経ることなく本件有罪判決をすることは許されない。

よって、本判決には、判決に至る手続について求釈明義務違反による違法がある。 以上

第 4 8 問

基礎応用 290 頁、論証集
138 頁、平成 23 年司法試
験設問 2 参考

(事案)

令和 4 年 5 月 1 日、土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明した。

司法警察員 P らが捜査を進めていたところ、犯人として甲が浮上した。

その後、甲は、V を殺害し、土中に埋めることでその死体を遺棄した旨の被疑事実により逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

(設問 1)

検察官は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」を立証趣旨として、甲の交際相手である A 女から領置した「令和 4 年 4 月 20 日、私は、V を殺害し、その死体を土中に埋めた。私は警察に捕まるかもしれない。」旨が記載された甲が A 女に送った手紙（以下「本件手紙」という。）について、証拠調べ請求したところ、甲及びその弁護人は、不同意の意見を述べた。

本件手紙の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。なお、本件手紙が甲作成のものであることは証拠上認定できるものとする。

(設問 2)

検察官は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」を立証趣旨として、甲の交際相手である A 女の証人尋問を請求し、検察官の主尋問において、A 女が「甲は、私と 2 人で甲方にいた時、『令和 4 年 4 月 20 日に V を殺害し、V の死体を土中に埋めた。』と言っていた。」と証言した。

A 女の証言の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(参考答案)

設問 1

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、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かどうかで判断すべきである。
2. 検察官の立証趣旨は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」である。土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明したのだから、殺人罪(刑法 199 条)及び死体遺棄罪(刑法 190 条)の客観的側面については証拠上認定できる。このことに、甲が「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」と主張して犯人性を否認していることも踏まえると、上記の立証趣旨は、甲が殺人及び死体遺棄の犯人であることを意味していると解される。そして、この立証趣旨から導かれる本件手紙の直接の立証事項たる要証事実、甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたことである。

この要証事実との関係で、甲の公判廷外供述の内容の真実性が問題となるから、本件手紙は伝聞証拠に当たる。

3. 本件手紙は、「被告人が作成した供述書」として 322 条 1 項本文の適用を受ける。

本件手紙は、甲が殺害及び死体遺棄を行ったことを認めることを内容とするものだから、「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」(322 条 1 項本文前段)に当たる。

本件手紙は甲が交際相手という親密な関係にある A 女に宛てて作成したものであるため、その作成過程に強制の要素はないから、自白の任意性もある(322 条 1 項但書・319 条 1 項)。

したがって、本件手紙には、322 条 1 項により証拠能力が認められる。

設問 2

1. A 女の証言の立証趣旨である「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」も甲の犯人性を意味しており、そこから導かれる A 女の証言の要証事実、甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたことである。

この要証事実との関係で、A 女の証言中の『令和 4 年 2 月 20 日に V を殺害し、V の死体を土中に埋めた。』旨の甲の公判廷外供述の内容の真実性が問題となるから、A の証言は伝聞証言とし

て伝聞証拠に当たる。

2. A 女の伝聞証言には、「被告人以外の者の…公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするもの」として、324 条 1 項により 322 条 1 項が準用される。

A 女の証言中の甲の供述は、甲が殺害及び死体遺棄を行ったことを認めることを内容とするものだから、「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」（322 条 1 項本文前段）に当たる。

A の証言中の甲の供述は、甲が交際相手という親密な関係にある A 女と 2 人で甲方にいた時に行われたものであるため、その過程に強制の要素はないから、自白の任意性もある（322 条 1 項但書・319 条 1 項）。

したがって、A 女の証言には、322 条 1 項の準用により証拠能力が認められる。

以上

第 49 問

基礎応用 290 頁、論証集
138 頁、平成 23 年司法試
験設問 2 参考

(事案)

令和 4 年 5 月 1 日、土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明した。

司法警察員 P らが捜査を進めていたところ、犯人として甲が浮上した。

その後、甲は、V を殺害し、土中に埋めることでその死体を遺棄した旨の被疑事実により逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

検察官は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」を立証趣旨として、甲の交際相手である A 女の証人尋問を請求し、検察官の主尋問において、A 女が「甲は、令和 4 年 4 月 20 日、私と 2 人で甲方にいた際に、『これから V を殺害し、V の死体を土中に埋めてくる。お前には迷惑をかけることになるかもしれない。』と言っていた。」と証言した。

(設問)

A 女の証言の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、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かどうかで判断すべきである。
2. 検察官の立証趣旨は、「甲が V を殺害し、V の死体を土中に埋めたこと」である。土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明したのだから、殺人罪(刑法 199 条)及び死体遺棄罪(刑法 190 条)の客観的側面については証拠上認定できる。このことに、甲が「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」と主張して犯人性を否認していることも踏まえると、上記の立証趣旨は、甲が殺人及び死体遺棄の犯人であることを意味していると解される。

A 女の証言中の『これから V を殺害し、V の死体を土中に埋めてくる。』旨の甲の供述は、殺人及び死体遺棄を行うという発言当時の甲の犯罪意思について述べたものである。そして、この甲の犯罪意思という間接事実から、甲が犯罪意思に従って殺人及び死体遺棄を実行したという主要事実を合理的に推認することができる。そうすると、A 女の証言の直接の立証事項たる要証事実、発言当時における甲の犯罪意思の存在である。

このように、心理状態の供述は、供述者の供述当時の心理状態を要証事実とする場合には、供述内容の真実性が問題となるものの、例外的に伝聞証拠に当たらないと考える。なぜならば、このように当時の心理状態の供述を供述者の供述当時の心理状態の証明に用いる場合には、知覚・記憶の正確性は問題とならず、問題となる表現・叙述の正確性は伝聞証拠に固有の問題ではないため、表現・叙述の過程における誤謬の危険よりも、当時の心理状態を述べた供述が供述当時の心理状態の証拠として最良のものであるという証拠価値を優先すべきだからである。

そうすると、A 女の証言は伝聞証言に当たらず、非伝聞証拠である。

よって、A 女の証言には証拠能力が認められる。 以上

基礎応用 308 頁 [論点 2]、
論証集 148 頁 [論点 2]

第 50 問

基礎応用 338 頁・ウ、論証
集 167 頁・ウ、平成 23 年
司法試験設問 2 参考

(事案)

令和 4 年 5 月 1 日、土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明した。

司法警察員 P らが捜査を進めていたところ、犯人として甲が浮上した。

P らは、甲方を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受けて、甲方を捜索したところ、甲の携帯電話を発見した。P は、直ちに、この携帯電話に保存されたメールの内容を確認したところ、甲と乙との間におけるメールの発信記録が残っており、その中には、甲が V を殺害し、その死体を遺棄したことに対する報酬に関するものがあつた。そこで、P は、甲の携帯電話を差し押さえた。引き続き、P は、パソコンを利用して前記甲と乙との間におけるメール [メール①] 及び [メール②] を印刷し、これらを添付した捜査報告書【資料 1】を作成した。

その後、甲は、V を殺害し、土中に埋めることでその死体を遺棄した旨の被疑事実により逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

検察官は、捜査報告書【資料 1】につき、「殺人及び死体遺棄の報酬に関するメールの発信記録の存在と内容」を立証趣旨として、証拠調べ請求したところ、甲及びその弁護人は不同意の意見を述べた。

(設問)

捜査報告書【資料 1】の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【資料1】

捜査報告書

令和4年5月12日

H県警察本部刑事部長

司法警察員 警視正 S 殿

H県警察本部刑事部捜査第一課

司法警察員 警部 P 印

殺人、死体遺棄 被疑者 甲

(いずれも、本籍、住居、職業、生年月日省略)

被疑者甲に対する頭書被疑事件につき、令和4年5月12日、H県警察本部において差し押さえた甲の携帯電話に保存されていた甲と乙との間におけるメールの交信記録を用紙1枚に印刷したので、これを添付して報告する。

[メール①]

送信者： 甲
宛先： 乙
受信日時： 2022年5月7日22:00
件名： 早うせえ

Vを殺害し、Vの死体を埋めたお礼の100万円払え、早うせえや。

[メール②]

送信者： 乙
宛先： 甲
送信日時： 2022年5月7日22:30
件名： Re：早うせえ

もう少し待ってくれ。必ず、お礼の100万円を払うから。

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、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かどうかで判断すべきである。

2. 捜査報告書全体の性質

【資料 1】の捜査報告書全体は、司法警察員 P の公判供述に代わる書面として、その供述内容たる事実を証明するために用いられる伝聞証拠に当たる。

もっとも、捜査報告書全体は、「検証」調書に準じる書面として 321 条 3 項の適用を受けるから、作成者 P の真正作成証言があれば証拠能力が認められる。

3. メール①・②

土中から V の死体が発見され、鑑定の結果、V が何者かに殺害された事実が判明したのだから、殺人罪(刑法 199 条)及び死体遺棄罪(刑法 190 条)の客観的側面については証拠上認定できる。このことに、甲が「V を殺害したのも、V の死体を遺棄したのも自分ではない。」と主張して犯人性を否認していることも踏まえると、争点は、甲が殺人及び死体遺棄の犯人であることである。

メール①・②の立証趣旨は、「殺人及び死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」である。この立証趣旨に照らせば、メール①・②は、甲乙間にそのような内容のメールが存在するという間接事実を証明することを介して、甲乙間における V の殺害及び死体遺棄に関する報酬約束の存在という間接事実を推認し、これにより甲が V の殺害及び死体遺棄を行ったという主要事実を推認するものであるといえる。

そうすると、メール①・②の要証事実、甲乙間にそのような内容でのメールのやりとりが存在した事実であり、この要証事実との関係では甲・乙の供述内容の真実性は問題とならない。

したがって、メール①・②は非伝聞であり、証拠能力が認められる。 以上

第 5 1 問

基礎応用 338 頁・ウ、論証
集 167 頁・ウ、平成 22 年
司法試験設問 2 参考

(事案)

司法警察員 P は、甲がけん銃密売をしているとの情報を得たため、甲を尾行していたところ、喫茶店において甲と乙とがけん銃譲渡に関する会話を開始したため、ICレコーダーを利用して甲乙間の会話を録音した。P は、甲乙間のけん銃譲渡に関する録音を反訳した捜査報告書【資料 1】を作成した。

数日後、P は、捜査報告書【資料 1】を疎明資料として、乙宅を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受けた上で、乙宅を捜索したところ、けん銃 2 丁を発見し、差し押さえた。なお、捜索の際に、乙は逃亡し、その行方が分からなくなった。

その後、甲は、乙に対してけん銃 2 丁を譲渡した被疑事実で逮捕・勾留され、この被疑事実と同旨の公訴事実により起訴された。

甲は、第 1 回公判期日において、「自分は、乙に対してけん銃 2 丁を譲り渡したことはない。」旨述べた。

その後の証拠調べ手続において、検察官は、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間の会話の存在と内容」を立証趣旨として、捜査報告書【資料 1】を証拠調べ請求したところ、甲及びその弁護人は、不同意の意見を述べた。

(設問)

捜査報告書【資料 1】の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、前提となる捜査の適法性については論じなくてよい。

【資料 1】

捜 査 報 告 書

令和 4 年 6 月 1 8 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警視 S 殿

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 巡査部長 P ㊟

被疑者 甲

(本籍、住居、職業、生年月日省略)

上記の者、令和 4 年 6 月 1 7 日、銃砲刀剣類所持等取締法違反被疑事件の被疑者として緊急逮捕したものであるが、被疑者は、乙及び丙女との間で電話等による会話をしており、その状況を録音した IC レコーダー及び携帯電話を本職が再生して反訳したところ、下記のとおり判明したので報告する。

記

甲 「またブツが欲しいのかい。条件は前回と同じ、1 丁 1 5 0 万円、2 丁なら × × × × ×、物がいいんだからびた一文負けられないよ。」

乙 「分かったよ。それでいいよ。物どうやって受け取るんだい。」

甲 「あんたのマンションへ宅配便で送るよ。りんごの箱に入れて、一緒に送るから。受け取ったら、× × × 渡してくれよ。場所はまた連絡する。」

乙 「それでいこう。頼むね。」

ここで、甲乙間の会話が終了し(なお × × × 部分は聞き取れず)

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、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かどうかで判断すべきである。

2. 捜査報告書全体の性質

【資料 1】の捜査報告書全体は、司法警察員 P の公判供述に代わる書面として、その供述内容たる事実を証明するために用いられる伝聞証拠に当たる。

もっとも、捜査報告書全体は、「検証」調書に準じる書面として 321 条 3 項の適用を受けるから、P の真正作成証言があれば証拠能力が認められる。

3. 甲乙間の会話部分

甲が「自分は、乙に対してけん銃 2 丁を譲り渡したことはない。」旨述べて否認していることから、甲が乙にけん銃 2 丁を譲渡した事実が争点となっている。

会話当時から甲にはけん銃密売の嫌疑が認められること、甲乙間の会話から数日後に乙宅からけん銃 2 丁が発見されたこと、「ブツ」「1 丁…2 丁」「150 万円」という会話内容がけん銃の隠語・助数詞・単価と符合することから、甲乙間でなされた会話は、けん銃譲渡に関するものであることが窺われる。そうすると、甲乙間の会話部分により、甲乙間でけん銃譲渡に関するものであることが窺われる内容の会話が行われたという間接事実を証明することができ、これを介して甲が乙に対してけん銃を譲渡したという主要事実を推認できる。そうすると、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間の会話の存在と内容」という立証趣旨から導かれる甲乙間の会話部分の直接の立証事項たる要証事実、甲乙間でそのような内容の会話が存在すること自体である。

この要証事実との関係では、甲乙の会話内容の真実性は問題とならない。

したがって、甲乙間の会話部分は非伝聞であり、証拠能力が認められる。

以上

第 5 2 問

基礎応用 304 頁・3、論証

集 144 頁・3

(事案)

甲は、V に対する旧強姦罪で起訴されたところ、第 1 回公判期日において犯人性を否認したため、裁判では甲の犯人性が争点となった。

検察官は、立証趣旨を「被害前の V の言動状況」として、V の友人であった W の証人尋問を請求、W は、主尋問において、「V から、生前、『甲は嫌いだ。いやらしいことばかりする。』と打ち明けられた」旨証言した。

その直後、弁護人は、「伝聞であるから、排除されるべきである」旨の異議を述べ、これに対し、検察官は、「当該証言によって立証しようとしていることは、そのような内容の V の発言があったこと自体であるから、非伝聞である」旨の意見を述べた。

(設問)

W の証言の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、現時点で、V は死亡している。

(参考答案)

1. 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(刑事訴訟法 320 条 1 項)。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、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かどうかで判断すべきである。

2. 「被害前の V の言動状況」という検察官の立証趣旨からすれば、検察官は、W の証言中の V の発言により、V の発言の存在という間接事実を立証するつもりであるといえる。V の発言の存在という要証事実との関係では、V の供述内容の真実性は問題とならないから、W の証言は伝聞証言に当たらない。

これに対し、弁護人は、W の証言の要証事実、V の生前、甲が V に対していやらしいことをしていたという V の発言内容たる事実であるから、W の証言は伝聞証言に当たると主張しているのである。

3. そこで、W の証言の要証事実の捉え方が問題となる。

(1) 立証に関する当事者主義(規則 189 条 1 項参照)のもと、要証事実とは当該証拠の取調べ請求をした当事者が示す立証趣旨に従って決定されるのが原則である。

もっとも、当該証拠の取調べ請求をした当事者が示す立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合には、立証趣旨とは異なる実質的な要証事実を定めることができると解されている。

(2) 本件における争点は、甲の犯人性である。そして、検察官の立証趣旨に従い、W の証言の要証事実を V の発言の存在とした場合、W の証言から直接に立証される事実、V の発言の存在という間接事実となる。この間接事実、生前における V の甲に対する嫌悪の情という間接事実を推認するものである。そして、V の甲に対する嫌悪の情は、姦淫についての V の同意の不存在という主要事実を推認する事情である一方で、甲の犯人性という主要事実を推認する事情とはならない。本問では、争点は甲の犯人性であり、和姦であったか(V の同意の存否)は争点となっていない。そうすると、検察官の立証趣旨を前提にすると、W の証言は争点である甲の犯人性を立証するための証拠として無意味である。そこで、立証趣旨とは異なる実質的な要証事実を検討する。

V の生前、甲が V に対していやらしいことをしていたという間接事実が認められれば、そこから甲の犯行の動機という間接

基礎応用 305 頁 [論点 1]、
論証集 145 頁 [論点 1]

基礎応用 308 頁 [判例 2]、
論証集 [判例]

事実を推認し、ひいて、甲の犯人性を推認することができる。そうすると、Wの証言の要証事實は、Vの生前、甲がVに対していやらしいことをしていたという間接事實である。この要証事實との関係ではVの公判廷外供述の内容の真実性が問題となるから、Wの証言は伝聞証言として伝聞証拠に当たる。

4. Wの証言には、「被告人以外の者の…公判期日における供述で被告人以外の者の供述を内容とするもの」として、324条2項により321条1項3号が準用される。

(1) Vは「死亡」により供述不能である。

(2) 第三者に目撃されない状態で行われるという強姦の性質上、第三者の目撃供述を得ることは期待できない。また、犯行現場から甲と犯人を結びつける証拠物が発見されたなどの事情もない。そうすると、Wの証言中のVの供述は、甲の犯人性という「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」である。

(3) 321条1項3号でいう「特に信用すべき情況」は、その供述自体に存する信用性の情況的保障という意味での絶対的特信情況である。その判断では、供述時の外部的付随事情を基準としつつ、外部的付随事情を推認する一資料として供述内容も考慮できると解される。

Vは自らが当事者として体験した甲による「いやらしいこと」について供述しているため、目撃供述などと異なり知覚の誤りが生じる可能性は低い。また、「いやらしいことばかりする」という反復・継続的に行われている行為については、記憶の誤りが生じる可能性も低い。さらに、供述の相手方がVの友人Wであるから、敢えて記憶と異なる供述をする必要はないし、Vが甲を陥れようとしていた事情もないから、表現の誤りが生じる可能性も低い。加えて、「いやらしいこと」という単純な事柄について、叙述を誤る可能性も低い。したがって、Vの供述には、供述自体に存する信用性の情況的保障があるといえ、絶対的特信情況たる「特に信用すべき情況」が認められる。

(4) よって、Wの証言は、321条1項3号の要件を満たし、証拠能力が認められる。 以上

基礎応用 331 頁 4(2)、
論証集 162 頁 4(2)

(参考文献)

- ・「リーガルクエスト 刑事訴訟法」第3版(著:宇藤崇・松田岳士・堀江慎司-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法講義」第6版(著:池田修・前田雅英-東京大学出版会)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「刑事訴訟法」初版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」初版(著:緑大輔-日本評論社)
- ・「捜査法演習」初版(著:佐々木正輝・猪俣尚人-立花書房)
- ・「刑事公判法演習」初版(編:廣瀬健二-立花書房)
- ・「事例演習刑事訴訟法」第2版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第4版(監修:松尾浩也、編集代表:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「プラクティス刑事裁判」平成27年3月(司法研修所刑事裁判教官室)
- ・「刑事訴訟法判例百選」第9版・第10版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4年度(有斐閣)
- ・「判例教材 刑事訴訟法」第5版(編:三井誠-東京大学出版会)
- ・「法律学の争点シリーズ 刑事訴訟法の争点」第3版(編:松尾浩也・井上正仁-有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2022(日本評論社)
- ・「法学教室」2006.Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)