新司法試験 ガイダンス

110913 Osaka
110914 Kyoto Nagoya
110915 Yokohama Tokyo
110922 Tokyo

柏谷周希先生による

【合格開眼塾】ガイダンス

こうすればあなたも，必ず「合格」に「開眼」する。

辰巳専任講師 弁護士（新62期）

柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

柏谷周希先生の司法試験【合格開眼塾】ガイダンス
こうすればあなたも，必ず「合格」に「開眼」する

平成23年9月13日（大阪）
平成23年9月14日（京都・名古屋）
平成23年9月15日（横浜・東京）
平成23年9月22日（東京）

辰巳専任講師　弁護士（新62期）
柏谷　周希　先生

目　次

☆講師作成レジュメ・・・・・・・・・・・・・・・・・ ２

☆平成23年短答本試験

公法系第６問・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 7

民事系第９問・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 11

刑事系第24問・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 15

☆平成23年論文本試験【刑事系第２問】

問題・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 20

本試験の分析・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 29

再現答案①（合格者【未修者】）・・・・・ 32

再現答案②（合格者【既修者】）・・・・・ 38

講師作成レジュメ

柏谷 周希 先生

第１　はじめに

１　合格開眼塾の開講理由

（１）受験生を合格させたい！！

（２）受験生全員が持っているもの

ア　実務家になりたいという情熱

イ　努力する力

ウ　考える力

エ　理解する力

＊法科大学院に合格するレベル，あるいは，予備試験に合格するレベルの受験生であれば，当然にこれらを持っている！

（３）多くの受験生に足りないもの

ア　基本知識の体系的理解

∵論証暗記（判例・学説の暗記）に頼る学習

イ　法的思考力（事実認定能力と法解釈能力）

∵基本知識の理解がないと法解釈ができない

判例研究は規範の暗記を行い，事例演習では規範の貼り付けを行っていては，事実認定能力は身につかない

ウ　司法試験が実務家登用試験である以上，実務処理能力（基本知識と法的思考力）がないと合格は難しい

（４）受験生に足りないものを補うためには

ア　限られた時間で徹底して，基本知識を理解する

⇒短答の肢別の予習（インプット）とそれをベースにした演習（アウトプット）を週一で徹底して行う

イ　限られた時間で徹底して，法的思考能力を養成する

⇒あらかじめ問題を告知したうえで，本試験仕様の事例演習と過去問演習を週一で徹底して行う

ウ　小職（法曹）の思考方法を示して，事件処理の仕方を会得してもらう

（５）結論として，本講座を構想し，開講

2　ぜひ，受講を検討していただきたい受験生

（1）暗記学習が苦しい受験生

（2）毎年，短答式は合格できるが，論文式で不合格になり，その理由が分からない受験生

（3）小職の合格ライン過去問講座の受講生

3　受講する前にしていただきたいこと

⇒ストリーミングで小職の講義の視聴

∵自分に合うか確かめてから受講

第２　司法試験で要求されるもの

1　司法試験は実務家登用試験

2　事件処理に必要な実体法・手続法の基本知識が求められる

3　事件処理をするための能力（事実認定能力・法解釈能力）が求められる

⇒法解釈においては「必要性・許容性（相当性)」の視点が有用

第３　必要性・許容性（相当性）の考え方

１　利益衡量による事件解決

（１）法曹の職務は，法を解釈適用して事件を解決することにある

⇒but.憲法や法律の規定（違法性や正当な理由といった文言など）は抽象的で個別の事件でどう適用してよいかわからないことが多い

⇒そのために利益衡量によって結論をだす（解釈論の展開）

（２）利益衡量（解釈論）は，当該，法の規定が，

①だれの利益を守るために（必要性・得られる利益・立法目的・対立利益），

②だれの利益を犠牲にしようとしているのか

（利益を守るために犠牲にできる程度の利益侵害という意味での許容性あるいは相当性・失われる利益・立法目的達成のための手段・被侵害利益）

を検討（立法趣旨の検討）する

２　権利救済型の事件処理

（１）法律相談や当番接見で，権利・利益を侵害されている当事者から依頼を受ける

（２）依頼者の権利・利益を侵害する行為に法の根拠があるかを調査する

（３）法の根拠があった場合，その法が何を守るために依頼者の権利・利益を侵害しているのかを検討（立法趣旨）する（解釈）

ア　立法趣旨は，立法者意思に拘束されるものではない

イ　解釈によって，法の適用を排除する

例）公務執行妨害（刑法９５Ｉ）は，適法な公務を守るために，犯人に懲役・禁錮・罰金を科す

⇒したがって，「適法な」職務の妨害にのみ適用（限定解釈）

⇒被告人は，違法な警察官の職務を妨害したので，本条は適用されない

（４）解釈によって排除できないなら，法そのものを排除する

ア　依頼者の侵害されている権利が憲法上の権利であった場合，法が守ろうとしている利益よりも憲法上の利益の方が大きいとして，公共の福祉による制約とはいえず，法令違憲だと主張する

例）住民の身体の安全に対する不安感を根拠に信教の自由を完全に奪うような条例の法律は違憲無効

イ　たとえ，憲法上の権利侵害をもたらす法の規定は立法者による妥当な利益衡量がなされていたとしても，その適用が誤った結果，憲法上の権利を不当に侵害するとして適用違憲を主張する

例）住民の差し迫った身体の安全への危険を根拠に信教の自由を一定程度制約するような条例は合憲だが，本件は差し迫った危険まではなく，適用違憲である

（５）裁判所の判断

３　法益実現型の事件処理

（１）弁護士は，法律相談で事件を受任する
　　検察官は，事件の配点を受ける

（２）弁護士は，依頼者の権利を実現する法の有無を調査する
　　検察官は，被疑者・被告人・犯人に適用される法の有無を調査する

（３）法が守ろうとする利益（法益）を実現するため，何を犠牲にしようとしているのかを検討（立法趣旨）する（解釈）

ア　弁護士は，依頼者の権利利益を実現する法の規定の適用（依頼者の権利・利益を守る必要性と相手方当事者の権利・利益が犠牲になる相当性）を主張する

例）民法９４条２項類推適用⇒依頼者は取引の相手方が真の権利者だと信じて取引を行った。この依頼者の信頼を守る必要性があり，これによって真の権利者を犠牲にしたとしても，外観作出の帰責性が真の権利者にある以上，その犠牲は相当な範囲にとどまる

イ　検察官は，保護法益を実現する法の規定の適用（法益を守る必要性と被疑者・被告人・犯人の権利・利益が犠牲になる相当性）を主張する

例）おとり捜査（刑訴法１９７条Ｉ本文）

⇒被害者なき犯罪の場合，おとり捜査によって犯人を発見・保全するという捜査の「必要性」が認められる。しかし，おとり捜査は，国家が新たな犯罪者を生みだして，その者を訴追するという点において国家に対する国民の信頼という利益を犠牲にする。たしかに，犯意惹起型の場合は，国家に対する国民の信頼という利益を完全に犠牲にして許されない。しかし，機会提供型というのであれば，目的達成のための「相当」な手段として「許容」される。

（４）相手方の憲法違反の主張に対しては，憲法上の権利を犠牲にしても守らなければならない法益の存在を裁判所に主張していく

例）住民の身体の安全は地方自治体として保護する「必要」のある重要な権利である。したがって，たとえ差し迫った危険がなくとも，不安感さえあれば信教の自由を制約しうる。
相手方代理人は本件条例が信教の自由を完全に奪うと主張する。
しかし，本条例は信仰の自由そのものを否定するものではない。巨大な修行施設の建設を規制するものに過ぎない。その制約は目的達成のための「相当」な制約であり，「許容」される

（５）裁判所の判断

４　司法試験における有用性

（１）短答式では条文・判例の知識が問われる

⇒「必要性・許容性」の視点で考える癖をつければ，知らない条文・判例でも正解を見つけることができる場合がある

（２）論文式では事件処理を求められる

⇒短答式で試された基本知識と法的思考力で解く

⇒法的思考力とは，事実認定能力と法解釈能力のこと

⇒法解釈では「必要性と許容性」の考え方が有用

第４　平成２３年度本試験の問題検討

１　短答式（公法系第６問・民事系９問・刑事系２４問）

２　論文式（刑事系第２問　刑事訴訟法部分）

以　　上

平成23年短答本試験（抜粋）

〔公法系第６問〕（配点：３）

政教分離に関する次のアからウまでの各記述について，最高裁判所の判例の趣旨に照らして，それぞれ正しい場合には１を，誤っている場合には２を選びなさい。（解答欄は，アからウの順に［№８］から［№10］）

ア．県知事の大嘗祭への参列は，日本国及び日本国民統合の象徴である天皇に対する社会的儀礼を尽くすことを目的とするものであり，その効果も，特定の宗教に対する援助，助長，促進又は圧迫，干渉等にはならず，政教分離規定に反しない。［№８］

イ．靖国神社及び護国神社は，憲法第８９条にいう「宗教上の組織若しくは団体」に該当することは明らかであり，国又は機関が靖国神社や護国神社に玉串料等として公金を支出すれば，直ちに違憲となる。［№９］

ウ．町会は，地域住民によって構成される町内会組織であって，宗教的活動を目的とする団体ではなく，町会が地蔵像の維持管理を行う行為も宗教的色彩の希薄な伝統的習俗行事にとどまるから，市が地蔵像建立のために市有地を町会に無償提供した行為は，政教分離規定に反しない。［№10］

公法系　第６問	政教分離	憲　法

正解　〔№８〕１，〔№９〕２，〔№10〕１

		ア	イ	ウ
上位５０％	１（正しい）	88	7	86
	２（誤り）	12	93	14
不合格者	１（正しい）	68	17	80
	２（誤り）	32	83	20

（全体正答率６３％）

ア正しい。最判平１４．７．１１(百選Ｉ５１事件・Ｐ．１０４)。本記述では，県知事の大嘗祭への参列は，目的効果基準の適用により，政教分離規定に反しないかが問題となる。

判例は，皇居において行われた大嘗祭にＫ県知事が出席するため旅費を支出したことに対し，住民訴訟が提起された事案において，「憲法２０条３項にいう宗教的活動とは，およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく，そのかかわり合いが…相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって，当該行為の目的が宗教的意義を持ち，その効果が宗教に対する援助，助長，促進又は圧迫，干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。そして，ある行為が上記にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たっては，当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく，当該行為の行われる場所，当該行為に対する一般人の宗教的評価，当該行為者が当該行為を行うについての意図，目的及び宗教的意識の有無，程度，当該行為の一般人に与える効果，影響等，諸般の事情を考慮し，社会通念に従って，客観的に判断しなければならない」とした上で，「**被上告人〔注：県知事〕の大嘗祭への参列の目的は**，天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式に際し，**日本国及び日本国民統合の象徴である天皇に対する社会的儀礼を尽くすものであり**，**その効果も**，**特定の宗教に対する援助**，**助長**，**促進又は圧迫**，**干渉等になるようなものではない**と認められる。したがって，被上告人の大嘗祭への参列は，宗教とのかかわり合いの程度が我が国の社会的，文化的諸条件に照らし，信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず，憲法上の政教分離原則及びそれに基づく**政教分離規定に違反するものではない**と解するのが相当である」としている。

その理由として，判例は，「Ｋ県知事である被上告人がこれ〔注：大嘗祭〕に参列し拝礼した行為は，宗教とかかわり合いを持つものである」としたが，「（1)大嘗祭は，７世紀以降，一時中断された時期はあるものの，皇位継承の際に通常行われてきた皇室の重要な伝統儀式である，（2)被上告人は，宮内庁から案内を受け，三権の長，国務大臣，各地方公共団体の代表等と共に大嘗祭の一部を構成する悠紀殿供饌の儀に参列して拝礼したにとどまる，（3)大嘗祭への被上告人の参列は，地方公共団体の長という公職にある者の社会的儀礼として，天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式に際し，日本国及び日本国民統合の象徴である天皇の即位に祝意を表する目的

で行われたものである」ということを挙げている。
したがって，本記述は正しい。

イ誤　り。最大判平９．４．２(愛媛県玉串料訴訟，百選Ｉ４９事件・Ｐ．１００)。本記述では，靖国神社及び護国神社が憲法８９条にいう「宗教上の組織若しくは団体」に該当することが明らかであり，国又は機関が靖国神社や護国神社に玉串料等として公金を支出すれば，直ちに違憲となるかが問題となる。
判例は，Ｅ県が靖国神社の例大祭に玉串料を，護国神社の慰霊大祭に供物料を支出する等したことに対し，住民訴訟が提起された事案において，「**靖國神社及び護國神社は憲法８９条にいう宗教上の組織又は団体に当たることが明らかであるところ，…本件玉串料等を靖國神社又は護國神社に…奉納したことによってもたらされる県と靖國神社等とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと解されるのであるから，本件支出は，同条の禁止する公金の支出に当たり，違法というべきである**」としている。
もっとも，判例は，憲法２０条３項にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たり，「**当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく，当該行為の行われる場所，当該行為に対する一般人の宗教的評価，当該行為者が当該行為を行うについての意図，目的及び宗教的意識の有無，程度，当該行為の一般人に与える効果，影響等，諸般の事情を考慮し，社会通念に従って，客観的に判断しなければならない**」**とした**上で，「憲法８９条が禁止している公金その他の公の財産を宗教上の組織又は団体の使用，便益又は維持のために支出すること又はその利用に供することというのも，…政教分離原則の意義に照らして，公金支出行為等における国家と宗教とのかかわり合いが…相当とされる限度を超えるものをいうものと解すべきであり，これに該当するかどうかを検討するに当たっては，前記と同様の基準によって判断しなければならない」とし，「神社に対する玉串料等の奉納が故人の葬礼に際して香典を贈ることとの対比で論じられることがあるが，香典は，故人に対する哀悼の意と遺族に対する弔意を表するために遺族に対して贈られ，その葬礼儀式を執り行っている宗教家ないし宗教団体を援助するためのものではないと一般に理解されており，これと宗教団体の行う祭祀に際して宗教団体自体に対して玉串料等を奉納することとでは，一般人の評価において，全く異なるものがあるといわなければならない。また，被上告人らは，玉串料等の奉納は，神社仏閣を訪れた際にさい銭を投ずることと同様のものであるとも主張するが，地方公共団体の名を示して行う玉串料等の奉納と一般にはその名を表示せずに行うさい銭の奉納とでは，その社会的意味を同一に論じられないことは，おのずから明らかである。そうであれば，本件玉串料等の奉納は，たとえそれが戦没者の慰霊及びその遺族の慰謝を直接の目的としてされたものであったとしても，世俗的目的で行われた社会的儀礼にすぎないものとして憲法に違反しないということはできない」としている。そして，「以上の事情を総合的に考慮して判断すれば」，県が靖国神社や護国神社に玉串料等として公金を支出したことが憲法８９条の禁止する公金支出に当たるとしている。
よって，上記のような事情を考慮して判断しているので，国又は機関が靖国神社や護国神社に玉串料等として公金を支出すれば直ちに違憲となるとはいえない。
したがって，本記述は誤っている。

ウ正しい。最判平４．１１．１６(大阪地蔵像訴訟，百選Ｉ５３事件・Ｐ．１０８)。本記述では，町会が地域住民によって構成される町内会組織であって，宗教的活動を目的と

する団体ではなく，町会が地蔵像の維持管理を行う行為も宗教的色彩の希薄な伝統的習俗行事にとどまるから，市が地蔵像建立のために市有地を町会に無償提供した行為が政教分離規定に反しないかが問題となる。

判例は，町会の地蔵像建立のためのＯ市の市有地無償貸与について，市長が各町会に対して市有地の明渡しを請求しないのは違法である旨の確認を求める住民訴訟を市民らが提起した事案において，「**本件各町会は，その区域に居住する者等によって構成されたいわゆる町内会組織であって，宗教的活動を目的とする団体ではなく，その本件各地蔵像の維持運営に関する行為も，宗教的色彩の希薄な伝統的習俗的行事にとどまっている**」とした上で，「**Ｏ市が各町会に対して，地蔵像建立あるいは移設のため，市有地の無償使用を承認するなどした行為は**，その目的及び効果にかんがみ，その宗教とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし信教の自由の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず，**憲法２０条３項あるいは８９条の規定に違反するものではない**」として，政教分離規定に反しないとしている。

その理由として，判例は，「（１）本件において，Ｏ市が各町会に対して，地蔵像建立あるいは移設のため，市有地の無償使用を承認するなどした意図，目的は，市営住宅の建替事業を行うに当たり，地元の協力と理解を得て右事業の円滑な進行を図るとともに，地域住民の融和を促進するという何ら宗教的意義を帯びないものであった，（２）もともと本件のような寺院外に存する地蔵像に対する信仰は，仏教としての地蔵信仰が変質した庶民の民間信仰であったが，それが長年にわたり伝承された結果，その儀礼行事は地域住民の生活の中で習俗化し，このような地蔵像の帯有する宗教性は希薄なものとなっている」ということを挙げている。

したがって，本記述は正しい。

以上全体につき，芦部（憲法）P.160～162。有斐閣憲法ＩP.322。

〔民事系第９問〕（配点：２）

動産の即時取得に関する次の１から５までの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを２個選びなさい。（解答欄は，［№12］，［№13］順不同）

１．即時取得の規定は，取引の相手方を保護する制度であるが，道路運送車両法による登録を受けている自動車については，その登録が抹消されない限り即時取得の規定の適用はない。

２．即時取得の規定は，他人の動産を占有していた被相続人の財産を相続により承継する場合には，適用がない。

３．意思無能力者である取引の相手方からその所有する動産を譲り受けた者も，相手方が意思無能力者であることについて善意無過失であれば，即時取得により当該動産についての所有権を取得する。

４．売買の目的物である動産について占有改定の方法により当該動産の占有を取得した買主は，売主が無権利者であったとしても，売主が無権利者であることについて善意無過失であれば，即時取得により当該動産についての所有権を取得する。

５．動産が盗品であることについて善意無過失で競売により取得してこれを占有している者は，被害者から当該盗品の返還請求を受けたとしても，競売代金相当額の支払を被害者から受けるまでは盗品の引渡しを拒むことができ，当該盗品の使用利益相当額を被害者に支払う必要もない。

民事系　第９問	即時取得	民　法

正解　〔No.12〕〔No.13〕３，４（順不同）

全体正答率　　８９％
上位５０％正答率　９６％
不合格者正答率　　７４％

（順不同の問題なので，肢別解答率（％）はありません。）

１正しい。最判昭６２．４．２４，最判昭４５．１２．４。本記述では，道路運送車両法により登録を受けている自動車について即時取得の規定の適用があるかが問題となる。判例は,既登録の自動車に即時取得の適用はないとしている(最判昭６２.４.２４)。判例の結論に賛成する学説は，その理由として，既登録自動車は，自動車登録ファイルにより管理され，自動車の所有権の得喪は登録を受けなければ第三者に対抗することができないとされているため，不動産と類似の取扱いがされているという点を挙げている。

また，道路運送車両法による登録を受けた自動車について，登録が抹消された場合に即時取得の適用があるか否かが問題となった事案において，判例は，登録が抹消された自動車につき，即時取得の適用があるとしている(最判昭４５．１２．４)。その理由として，判例は，登録を受けていない自動車は，所有権の得喪並びに抵当権の得喪及び変更につき登録を対抗要件とするものではなく，取引保護の要請により，一般の動産として民法１９２条の規定の適用を受けるべきものであるということを挙げている。

よって，**道路運送車両法による登録を受けた自動車については，その登録が抹消されない限り即時取得の規定は適用されない。**

したがって，本記述は正しい。

２正しい。民法１９２条。民法１９２条は,「取引行為によって，平穏に，かつ，公然と動産の占有を始めた者は，善意であり，かつ，過失がないときは，即時にその動産について行使する権利を取得する。」と規定している。

その趣旨は，動産を占有している相手方を権利者であると信じて取引をした者は，相手方が無権利者であるにもかかわらず，その取引によってその動産の権利を取得することができるとすることで，動産取引の安全を図るという点にある。

そして，即時取得制度は，動産取引の安全を図るものであるから，取引による動産取得の場合に限られ，**相続による取得（包括承継）のように法律上当然に取得の効果が発生する場合は，即時取得の適用がない。**

したがって，本記述は正しい。

３誤　り。民法１９２条。民法１９２条は,「取引行為によって，平穏に，かつ，公然と動産の占有を始めた者は，善意であり，かつ，過失がないときは，即時にその動産について行使する権利を取得する。」と規定している。

その趣旨は，動産を占有している相手方を権利者であると信じて取引をした者は，相手方が無権利者であるにもかかわらず，その取引によってその動産の権利を取得することができるとして，動産取引の安全を図るという点にある。

そして，**物権取得の取引行為が，無能力や錯誤などの理由により，取り消され，無**

効となり，効力が生じない場合，即時取得の適用は認められない。なぜなら，このような場合に即時取得が認められることになれば，無能力者の保護，意思の欠缺などに関する規定の存在意義がなくなるからである。
したがって，本記述は誤っている。

４誤　り。最判昭３５．２．１１（民法百選Ｉ６６事件・Ｐ．１３４）。本記述では，占有改定の方法によって即時取得が認められるか否かが問題となる。
判例は,「無権利者から動産の譲渡を受けた場合において，譲受人が民法１９２条によりその所有権を取得しうるためには，一般外観上従来の占有状態に変更を生ずるがごとき占有を取得することを要し，かかる状態に一般外観上変更を来たさないいわゆる占有改定の方法による取得をもつては足らないものといわなければならない」としている。
判例の結論に賛成する学説は，その理由として，占有改定のような外部的に認識できない行為で足りるとすると，即時取得行為の存在の判定が原権利者にとって困難となり，原所有者に酷になるということを挙げている。
よって，**占有改定の方法により即時取得はできない**。
したがって，本記述は誤っている。

５正しい。本記述前段について。民法１９４条は,「**占有者が，盗品又は遺失物を，競売若しくは公の市場において，又はその物と同種の物を販売する商人から，善意で買い受けたときは，被害者又は遺失者は，占有者が支払った代価を弁償しなければ，その物を回復することができない**。」と規定している。その趣旨は，盗品・遺失物の被害者・遺失主が回復請求をするには，通常代価の支払を要しないが，善意取得者が盗品・遺失物を競売によって又は商人から買い受けたときは，善意取得者に代価を弁償しなければ，回復請求ができないとすることにより，民法１９３条に比べて，善意取得者の保護を厚くするという点にある。よって，本記述前段は正しい。
本記述前段について。民法１９４条に該当する善意占有者の使用収益権の有無が問題となる。
判例（最判平１２．６．２７（民法百選Ｉ６７事件・Ｐ．１３６））は，盗品である土木機械を善意・無過失で購入した者が，その土木機械の原所有者から使用収益相当額の返還を求めたという事案において,「盗品又は遺失物（以下「盗品等」という。）の被害者又は遺失主（以下「被害者等」という。）が盗品等の占有者に対してその物の回復を求めたのに対し，**占有者が民法１９４条に基づき支払った代価の弁償があるまで盗品等の引渡しを拒むことができる場合には，占有者は，右弁償の提供があるまで盗品等の使用収益を行う権限を有する**と解するのが相当である」としている。その理由として，判例は,「民法１９４条は，盗品等を競売若しくは公の市場において又はその物と同種の物を販売する商人から買い受けた占有者が同法１９２条所定の要件を備えるときは，被害者等は占有者が支払った代価を弁償しなければその物を回復することができないとすることによって，占有者と被害者等との保護の均衡を図った規定であるところ，被害者等の回復請求に対し占有者が民法１９４条に基づき盗品等の引渡しを拒む場合には，被害者等は，代価を弁償して盗品等を回復するか，盗品等の回復をあきらめるかを選択することができるのに対し，占有者は，被害者等が盗品等の回復をあきらめた場合には盗品等の所有者として占有取得後の使用利益を享受し得ると解されるのに，被害者等が代価の弁償を選択した場合には代価弁償以前の使用利益を喪失するというのでは，占有者の地位が

不安定になること甚だしく，両者の保護の均衡を図った同条の趣旨に反する結果となるからである。また，弁償される代価には利息は含まれないと解されるところ，それとの均衡上占有者の使用収益を認めることが両者の公平に適うというべきである」ということを挙げている。よって，本記述後段は正しい。

したがって，本記述は正しい。

以上により，誤っている記述は３と４であり，したがって，正解は肢３と肢４（順不同）となる。

以上全体につき，内田ⅠP.467～481。川井(2)P.87～101。ＳシリーズⅡP.87～96。

〔刑事系第24問〕（配点：２）

捜索・差押えに関する次のアからオまでの各記述のうち，正しいものの組合せは，後記１から５までのうちどれか。ただし，判例がある場合には，それに照らして考えるものとする。

（解答欄は，［№52］）

ア．人の住居に対する捜索差押許可状の効力は，令状呈示後に同住居に搬入された物品には及ばないから，甲に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき，捜索場所を甲方居室，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，警察官が甲立会いの下に同人方居室を捜索中，甲宛てに届き，甲が受領した宅配便の荷物について，警察官は，甲の承諾を得ることなくこれを開封して中身を確認することはできない。

イ．捜査機関は，人の住居に対する捜索差押許可状の執行中は，何人に対しても，許可を得ないでその場所に出入りすることを禁止することができるから，居住者であっても許可を得ないで住居に立ち入ろうとした場合は，これを制止することができる。

ウ．捜索差押許可状の執行に当たっては，その着手前に，処分を受ける者に対して捜索差押許可状を示さなければならないから，乙に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき，捜索場所を乙方居室，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の発付を受けた警察官が，来意を告げることなく，施錠された乙方居室のドアを家主から借り受けた合い鍵で開けて室内に立ち入り，その後に初めて乙に同令状を呈示することは，乙が覚せい剤を洗面所に流すなど差押対象物件を破棄隠匿するおそれがある場合であっても違法となる。

エ．捜索差押許可状には，被疑者の氏名，罪名，差し押さえるべき物，捜索すべき場所，身体若しくは物，有効期間等を記載しなければならないが，特別法違反の罪については，被疑事件を特定するため，罪名のほか，その罰条又は犯罪事実を記載しなければならない。

オ．捜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。

１．ア　イ　　２．ア　ウ　　３．イ　オ　　４．ウ　エ　　５．エ　オ

刑事系　第24問	捜索・差押え	刑　訴

正解　〔No.52〕３

	肢１	肢２	肢３	肢４	肢５
上位５０％	0	1	**98**	0	1
不合格者	2	1	**89**	0	7

（全体正答率９６％）

ア誤　り。最決平１９．２．８（百選２２事件・Ｐ．４８）。本記述では，捜索差押許可状に基づく捜索中に搬入された物に対して,捜索差押許可状の効力が及ぶかが問題となる。判例は，本記述と同様の事案について,「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ものと解するのが相当である」としている。よって，警察官は，甲の承諾を得ることなくこれを開封して中身を確認することができる。

したがって，本記述は誤っている。

イ正しい。刑事訴訟法２２２条１項・１１２条１項。差押状又は捜索状の執行中は，何人に対しても，許可を得ないでその場所に出入りすることを禁止することができる。

出入禁止の相手方については，執行の立会い権者（刑事訴訟法１１３条，１１４条）は，その性質上この処分の対象者から除かれるとされているが，居住者はこの処分の対象者から除かれていない。よって，捜査機関は，捜索差押許可状の執行中は，居住者であっても許可を得ないで住居に立ち入ろうとした場合は，これを制止することができる。

したがって，本記述は正しい。

ウ誤　り。最決平１４．１０．４（百選２３事件・Ｐ．５０）。本記述では，捜索差押許可状の執行に当たって，同令状の呈示前に捜索場所である乙方に立ち入ることができるかが問題となる。

判例は，本記述と同種の事案において,「捜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は，捜索差押えの実効性を確保するために必要であり，社会通念上相当な態様で行われていると認められるから，刑訴法２２２条１項，１１１条１項に基づく処分として許容される」，また，「警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは，法意にもとるものではなく，捜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって，適法というべきである」としている。この判例に照らせば，乙に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき，捜索差押許可状の執行に当たって，乙が覚せい剤を洗面器に流すなど差押対象物件を破棄隠匿するおそれがある本記述においても，警察官が，来意を告げることなく，施錠された乙方居室のドアを家主から借り受けた合い鍵で開けて室内に立ち入った措置は，捜索差押えの実効性を確保するた

めに必要であり，社会通念上相当な態様で行われていると認められるから，刑事訴訟法２２２条１項，１１１条１項に基づく処分として適法となる。また，警察官が令状の執行に着手して室内に立ち入り，その後に初めて同令状を呈示することは，捜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって，適法となる。
したがって，本記述は誤っている。

エ誤　り。刑事訴訟法２１９条１項。刑事訴訟法２１８条１項の令状には，被疑者若しくは被告人の氏名，罪名，差し押さえるべき物，捜索すべき場所，身体若しくは物，有効期間を記載し，裁判官が，これに記名押印しなければならない。
他方，罰条や犯罪事実を記載することは法律上の要請ではない。
特別法違反の罪についても，「…法違反」とのみ表示すれば足り，罰条や犯罪事実を表示することは求められていない。その理由は，特に捜査段階において，犯罪事実を被疑者や第三者に明らかにすることは，捜査の秘密を害するおそれがあり，また，第三者を被処分者とする場合には，犯罪事実の明示は，被疑者・被告人の名誉を害するおそれがあるからである。よって，特別法違反の罪について，罰条又は犯罪事実を記載しなければならないとはされていない。
したがって，本記述は誤っている。

オ正しい。最決平１０．５．１（百選２５事件・Ｐ．５４）。本記述においては，捜索差押許可状により差し押さえようとするパソコンの中の情報の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かが問題となる。
判例は，本記述と同様の事案において，「令状により差し押さえようとするパソコン…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右パソコン…を差し押さえることが許される」としている。
よって，本記述において，捜索差押許可状により差し押さえようとするパソコンの中の情報の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。
したがって，本記述は正しい。
なお，平成２３年６月の刑事訴訟法の改正（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）により，「記録命令付差押え」が新設され，電磁的記録の保管者等に命じて必要な電磁的記録を他の記録媒体に記録等をして，差し押さえることが可能となった。また，差押対象物が電磁的記録に係る記録媒体の場合，例えば，コンピュータの差押えに代えて，データをＣＤ−Ｒ等に複写・移転・印刷して，そのＣＤ−Ｒ等を差し押さえることができることとなった。さらに，差押対象物が電磁的記録に係る記録媒体の場合，差押えを受ける者等に協力要請をすることができることとなった（施行日は平成２３年７月１４日。以下，参考までに，改正後の条文を掲げる）。
改正後の９９条の２（新設）：裁判所は，必要があるときは，記録命令付差押え（電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ，又は印刷させた上，当該記録媒体を差し押さえることをいう。以下同じ。）をすることができる。
改正後の１１０条の２（新設）：差し押さえるべき物が電磁的記録に係る記録媒体であるときは，差押状の執行をする者は，その差押えに代えて次に掲げる処分をすることができる。公判廷で差押えをする場合も，同様である。１号：差し押さえるべ

き記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写し，印刷し，又は移転した上，当該他の記録媒体を差し押さえること。２号：差押えを受ける者に差し押さえるべき記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写させ，印刷させ，又は移転させた上，当該他の記録媒体を差し押さえること。

改正後の１１１条の２（新設）：差し押さえるべき物が電磁的記録に係る記録媒体であるときは，差押状又は捜索状の執行をする者は，処分を受ける者に対し，電子計算機の操作その他の必要な協力を求めることができる。公判廷で差押え又は捜索をする場合も，同様である。

以上により，正しい記述はイとオであり，したがって，正解は肢３となる。

以上全体につき，田口P.83～8，104～5。池田・前田P.155～163。寺崎P.113～127。刑事訴訟法講義案P.88～90。

【ＭＥＭＯ】

平成23年論文本試験［刑事系科目］

〔第２問〕（配点：１００）

次の【事例】を読んで，後記〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事　例】

１　平成２２年５月１日，Ａ女は，Ｈ県警察本部刑事部捜査第一課を訪れ，同課所属の司法警察員Ｐに，「２か月前のことですが，午後８時ころ，結婚を前提に交際していたＢと電話で話していると，Ｂから『甲が来たから，また，後で連絡する。』と言われて電話を切られたことがありました。甲は，Ｂの友人です。その３時間後，Ｂが私の携帯電話にメールを送信してきました。そのメールには，Ｂが甲及び乙と一緒に，甲の奥さんであるＶ女の死体を，『一本杉』のすぐ横に埋めたという内容が書かれていました。ちなみに，『一本杉』は，Ｈ県Ｉ市内にあるＪ山の頂上付近にそびえ立っている有名な杉です。また，乙も，Ｂの友人です。私は，このメールを見て，怖くなったので，思わず，メールを消去しました。その後，私は，このことを警察に伝えるべきかどうか迷いましたが，Ｂとは結婚するつもりでしたので，結局，警察に伝えることができませんでした。しかし，昨日，Ｂとも完全に別れましたので，警察に伝えることに踏ん切りがつきました。Ｂが私にうそをつく理由は全くありません。ですから，Ｂが私にメールで伝えてきたことは間違いないはずです。よく調べてみてください。」などと言った。その後，司法警察員Ｐらは，直ちに，前記「一本杉」付近に赴き，その周辺の土を掘り返して死体の有無を確認したところ，女性の死体を発見した。そして，女性の死体と共に埋められていたバッグにＶ女の運転免許証が在中していたことなどから，女性の死体がＶ女の死体であることが判明した。

そこで，同月３日，司法警察員Ｐらは，Ｂから事情を聞くため，Ｂが独り暮らしをしているＫマンション４０３号室に赴き，ＢにＨ県警察本部への任意同行を求めたところ，Ｂは，突然，司法警察員Ｐらを振り切ってＫマンションの屋上に駆け上がり逃走を試みたが，同所から転落して死亡した。

２　同日，司法警察員Ｐは，死体遺棄の被疑事実で捜索差押許可状の発付を受け，部下と共に，前記Ｋマンション４０３号室を捜索し，Ｂのパソコンを差し押さえた。

そして，同日，司法警察員Ｐは，Ｈ県警察本部において，差し押さえたＢのパソコンに保存されていたメールの内容を確認したところ，Ａ女とＢとの間におけるメールの交信記録しか残っていなかったが，Ｂが甲及び乙からＶ女を殺害したことを聞いた状況や甲及び乙と一緒にＶ女の死体を遺棄した状況等を記載したＡ女宛てのメールが残っていた。そこで，司法警察員Ｐは，このメール［メール①］を印刷し，これを添付した捜査報告書【資料１】を作成した。また，司法警察員Ｐは，直ちに，［メール①］をＡ女に示したところ，Ａ女は，「［メール①］には見覚えがあります。［メール①］は，Ｂが作成して私に送信したものに間違いありません。Ｂのパソコンは，Ｂ以外に使用することはありません。私がパソコンに触れようとしただけで，『触るな。』と激しく怒ったことがありますので，Ｂのパソコンを他人が使用することは，絶対にないと断言できます。」などと供述した。

３　Ｖ女に対する殺人，死体遺棄の犯人として甲及び乙が浮上したことから，司法警察員Ｐらは，直ちに，甲及び乙の前歴及び前科を照会したところ，甲には，前歴及び前科がなかったものの，乙には，平成２１年６月，窃盗（万引き）により，起訴猶予となった前歴１件があることが判明した。

また，司法警察員Ｐは，差し押さえたＢのパソコンにつき，Ｂと甲との間におけるメールの交信記録，Ｂと乙との間におけるメールの交信記録が消去されているのではないかと考え，直ちに科学捜査研究所に，消去されたメールの復元・分析を嘱託した。

さらに，司法警察員Ｐらは，前記メールの復元・分析を進めている間に，甲及び乙が所在不明となることを避けるため，甲及び乙に対する尾行や張り込みを開始した。

４　その一方，司法警察員Ｐは，Ｖ女に対する殺人，死体遺棄事件を解明するため，甲及び乙を逮捕したいと考えたものの，まだ，［メール①］だけでは，証拠が不十分であると判断し，Ｖ女に対する殺人，死体遺棄事件以外の犯罪事実により甲及び乙を逮捕するため，部下に対し，甲及び乙がＶ女に対する殺人，死体遺棄事件以外に犯罪を犯していないかを調べさせた。その結果，乙については，Ｖ女に対する殺人，死体遺棄事件以外の犯罪の嫌疑が見当たらなかったが，甲については，平成２２年１月１０日にＩ市内で発生したコンビニエンスストアＬにおける強盗事件の２人組の犯人のうちの１名に酷似していることが判明した。そこで，同年５月１０日，司法警察員Ｐは，コンビニエンスストアＬに赴き，被害者である店員Ｗに対し，甲の写真を含む複数の写真を示して犯人が写った写真の有無を確認したところ，Ｗが甲の写真を選択して犯人の１人に間違いない旨を供述したことから，その旨の供述録取書を作成した。

その後，司法警察員Ｐは，この供述録取書等を疎明資料として，前記強盗の被疑事実で甲に係る逮捕状の発付を受け，同月１１日，同逮捕状に基づき，甲を通常逮捕した【逮捕①】。そして，その際，司法警察員Ｐは，逮捕に伴う捜索を実施し，甲の携帯電話を発見したところ，前記強盗事件の共犯者を解明するには，甲の交遊関係を把握する必要があると考え，この携帯電話を差し押さえた。なお，この際，甲は，「差し押さえられた携帯電話については，私のものであり，私以外の他人が使用したことは一切ない。」などと供述した。

司法警察員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，Ｂと甲との間におけるメールの交信記録が残っており，その中には，ＢがＶ女の死体を遺棄したことに対する報酬に関するものがあった。そこで，司法警察員Ｐは，同月１２日，殺人，死体遺棄の被疑事実で捜索差押許可状の発付を受け，この携帯電話を差し押さえた。引き続き，司法警察員Ｐは，パソコンを利用して前記Ｂと甲との間におけるメール［メール②－１］及び［メール②－２］を印刷し，これらを添付した捜査報告書【資料２】を作成した。

甲は，同日，Ｈ地方検察庁検察官に送致された上，同日中に前記強盗の被疑事実で勾留された。なお，甲は，前記強盗については，全く身に覚えがないなどと供述し，自己が犯人であることを否認した。

５　同月１３日，司法警察員Ｐの指示を受けた部下である司法警察員Ｑが，乙を尾行してその行動を確認していたところ，乙がＨ県Ｉ市内のスーパーＭにおいて，５００円相当の刺身パック１個を万引きしたのを現認し，乙が同店を出たところで，乙を呼び止めた。すると，乙が突然逃げ出したので，司法警察員Ｐは，直ちに，乙を追い掛けて現行犯逮捕した【逮捕②】。その後，乙は，司法警察員Ｑの取調べに対し，犯罪事実について黙秘した。そこで，司法警察員Ｐは，乙の万引きに関する動機や背景事情を解明するには，乙の家計簿やパソコンなど乙の生活状況が判明する証拠を収集するよりほかないと考え，同日，窃盗の被疑事実で捜索差押許可状の発付を受け，部下と共に，乙が単身で居住する自宅を捜索し，乙のパソコン等を差し押さえた。

その後，司法警察員Ｐは，同日中に，Ｈ県警察本部内において，差し押さえた乙のパソコ

ンに保存されたデータの内容を確認したところ，Ｂと乙との間におけるメールの交信記録が残っているのを発見した。そして，その中には，［メール②－１］及び［メール②－２］と同様のＢがＶ女の死体を遺棄したことに対する報酬に関するメールの交信記録が存在した。

乙は，同月１４日，Ｈ地方検察庁検察官に送致された上，同日中に前記窃盗の被疑事実で勾留された。

6　甲に対する取調べは，司法警察員Ｐが担当し，乙に対する取調べは，司法警察員Ｑが担当していたところ，司法警察員Ｐ及びＱは，いずれも，同月１５日，甲及び乙に対し，「他に何かやっていないか。」などと余罪の有無について確認した。

すると，甲は，同日，「Ｖ女の死体を『一本杉』付近に埋めた」旨を供述したため，司法警察員Ｐは，同日及び翌１６日の２日間，Ｖ女が死亡した経緯やＶ女の死体を遺棄した経緯等を聴取した。これに対し，甲は，［メール①］の内容に沿う供述をしたものの，上申書及び供述録取書の作成を拒否した。そのため，司法警察員Ｐは，同月１７日から，連日，前記強盗事件に関連する事項を中心に聴取しながら，１日約３０分間ずつ，Ｖ女に対する殺人，死体遺棄事件に関する上申書及び供述録取書の作成に応じるように説得を続けた。しかし，結局，甲は，この説得に応じなかった。なお，司法警察員Ｐは，甲の前記供述を内容とする捜査報告書を作成しなかった。

一方，乙は，同月１５日に余罪がない旨を供述したので，司法警察員Ｑは，以後，Ｖ女に対する殺人，死体遺棄事件に関連する事項を一切聴取することがなかった。

7　甲は，司法警察員Ｐによる取調べにおいて，前記強盗の犯人であることを一貫して否認した。同月２１日，検察官は，甲を前記強盗の事実により公判請求するには証拠が足りないと判断し，甲を釈放した。

乙は，同月１８日，司法警察員Ｑによる取調べにおいて，前記万引きの事実を認めた上，同月２０日，弁護人を通じて被害を弁償した。そのため，同日，スーパーMの店長は，乙の処罰を望まない旨の上申書を検察官に提出した。そこで，検察官は，乙を勾留されている窃盗の事実により公判請求する必要はないと判断し，同月２１日，乙を釈放した。

その一方で，同日中に，甲及び乙は，Ｖ女に対する殺人，死体遺棄の被疑事実で通常逮捕された【甲につき，逮捕③。乙につき，逮捕④。】。甲及び乙は，同月２３日，Ｈ地方検察庁検察官に送致された上，同日中に前記殺人，死体遺棄の被疑事実で勾留された。なお，甲及び乙は，殺人，死体遺棄の被疑事実による逮捕後，一切の質問に対して黙秘した。また，司法警察員Ｐは，殺人，死体遺棄の被疑事実で捜索差押許可状の発付を受け，部下と共に，甲及び乙の自宅を捜索したものの，殺人，死体遺棄事件に関連する差し押さえるべき物を発見できなかった。その後，検察官は，Ｂのパソコンにおけるメールの復元・分析の結果，Ｂのパソコンにも，甲の携帯電話及び乙のパソコンに残っていた前記各メールと同じメールが保存されていたことが判明したことなどを踏まえ，勾留延長後の同年６月１１日，甲及び乙を，殺人，死体遺棄の事実により，Ｈ地方裁判所に公判請求した。

検察官は，公判前整理手続において，捜査報告書【資料１】につき，「殺人及び死体遺棄に関する犯罪事実の存在」，捜査報告書【資料２】につき，「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」を立証趣旨として，各捜査報告書を証拠調べ請求したところ，被告人甲及び被告人乙の弁護人は，いずれも，不同意の意見を述べた。

〔設問１〕　【逮捕①】ないし【逮捕④】及びこれらの各逮捕に引き続く身体拘束の適法性について，具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問２〕　捜査報告書（【資料１】及び【資料２】）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

平成２２年５月３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

死体遺棄　　被疑者　　Ｂ
（本籍，住居，職業，生年月日省略）

被疑者Ｂに対する頭書被疑事件につき，平成２２年５月３日，被疑者Ｂの自宅において差し押さえたパソコンに保存されたデータを精査したところ，Ａ女あてのメールを発見したので，同メールを印刷した用紙１枚を添付して報告する。

［メール①］

送信者：　Ｂ
宛先：　Ａ女
送信日時：　２０１０年３月１日　２３：０３
件名：　さっきはゴメン

さっきは，電話を途中で切ってゴメンな。今日の午後８時に甲が家に来たやろ。ここから，すごいことが起こったんや。いずれ結婚するお前やから，打ち明けるが，甲は，俺の家で，いきなり，「３０分前に，俺の家で，乙と一緒にＶ女の首を絞めて殺した。俺がＶ女の体を押さえて，乙が両手でＶ女の首を絞めて殺した。Ｖ女を運んだり，Ｖ女を埋める道具を積み込むには，俺や乙の車では小さい。お前の大きい車を貸してほしい。Ｖ女の死体を捨てるのを手伝ってくれ。お礼として，１００万円をお前にやるから。」と言ってきたんや。甲とＶ女のことは知っているやろ。甲は俺の友人で，Ｖ女は甲の奥さんや。乙のことは知らんやろうけど，俺の友人に乙というのがいるんや。その乙と甲がＶ女を殺したんや。俺も金がないし，お前にも指輪の一つくらい買ってやろうと思い，引き受けた。人殺しならともかく，死体を捨てるだけだから，大したことないと思うたんや。その後，すぐに，甲の家に行くと，Ｖ女の死体があったわ。また，そこには，乙もいて，「俺と甲の２人で殺した。甲がＶ女の体を押さえて，俺が両手でＶ女の首を絞めて殺したんや。死体を捨てるのを手伝ってくれ。」と言ってきた。その後，俺は，甲と乙と一緒に，Ｖ女の死体を俺の車で一本杉まで運び，そのすぐ横の土を３人で掘ってＶ女の死体をバッグと一緒に投げ入れ，土を上からかぶせて完全に埋めたんや。Ｖ女の死体を埋めるのに，午後９時から１時間くらいかかったわ。疲れた。分かっていると思うが，このことは誰にも言うなよ。これがばれたら，俺も捕まることになるから。そうなったら，結婚もできんわ。１００万円もらったら，何でも好きなもの買ってやるから，言ってな。

【資料２】

捜　査　報　告　書

平成２２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
被疑者　　乙
（いずれも，本籍，住居，職業，生年月日省略）

被疑者甲及び同乙に対する頭書被疑事件につき，平成２２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Ｂ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②－１］

送信者：　　Ｂ
宛先：　　甲
受信日時：　２０１０年４月２８日　２２：００
件名：　　早うせえ

Ｖ女の死体を埋めたお礼の１００万円払え，早うせえや。
お前らがやったことをばらすぞ。

［メール②－２］

送信者：　　甲
宛先：　　Ｂ
送信日時：　２０１０年４月２８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】法務省ＨＰより引用

平成２３年新司法試験論文式試験刑事系科目第２問について

平成２３年６月６日
司法試験委員会

平成２３年新司法試験論文式試験刑事系科目第２問について，問題文に不適切な点がありましたので，以下のとおりの取扱いとすることといたしました。

刑事系科目第２問の問題文においては,逮捕②の逮捕者が司法警察員Ｐとなっていますが,同人が乙を現行犯逮捕した経緯についての情報が不足しており，また，そのため，逮捕者が万引きの現認者とは別人であるのか否かが読み取りにくい不適切な設問となってしまいました。採点に当たっては，逮捕者について，現認者と異なる司法警察員Ｐと読み取った者も，そうでない者も，いずれであっても，それぞれの事実を前提に適切な論述がなされているかどうかで評価します。

試験問題に不適切な点があったことを心からおわび申し上げます。

【本試験の分析（辰巳法律研究所作成）】

1　はじめに

今年の刑事系第２問は，刑事訴訟法からの出題で，設問１の捜査法に関しては別件逮捕が主なテーマとなっており，設問２の証拠法は伝聞法則，特に再伝聞が主なテーマとなっております。検討する分量が多いこと，証拠法に関して伝聞法則を問うていること，資料が多数添付されているという特徴は昨年と変化はありません。昨年同様に２時間で本問を全て正確に検討するのは中々困難だったのではないでしょうか。

論文刑事訴訟法の対策としては，判例百選・重要判例解説等で主要判例を押さえた後，本試験過去問（特に伝聞法則）をしっかりと分析した上で，答案練習会で検討方法や時間配分等の訓練をしていく必要があるように思われます。

2　本問の分析

⑴　〔設問１〕について

本問では，①ないし④の逮捕の適法性及び，それに引き続く身柄拘束の適法性が問われています。

【逮捕①】

司法警察員Ｐは，Ｖ女に対する殺人・死体遺棄事件を解明するため甲を逮捕したいと考えています。ところが，甲に対する本件通常逮捕は，殺人・死体遺棄事件とは異なる強盗被疑事件について行われています。そこで，逮捕①については，別件逮捕につき論じることになるでしょう。

別件逮捕については，学説・判例が錯綜している感はありますが，いずれの見解に立つ場合でも，理論的・説得的に規範定立できれば十分であろうと思われます。

甲自身が，Ｖ女が死亡した経緯・「Ｖ女の死体を…埋めた」旨供述していること，そのため２日間は殺人・死体遺棄事件について取り調べていること，殺人・死体遺棄事件についての上申書・供述録取書作成について一日３０分間ずつ説得を続けていること等の事実を評価して妥当な結論を導くことが求められます。

逮捕①を別件逮捕として違法であるとすれば，その後の勾留も違法となるでしょう。

逮捕①を適法とした場合は，その後の身柄拘束については，勾留（２０７条，６０条）の要件を満たすか別途検討することになるでしょう。

【逮捕②】

まず，乙は窃盗被疑事実について現行犯逮捕されていますが，捜査機関はＶ女の殺人・死体遺棄事件を解明するため乙を逮捕したいと考えていたことから，本件現行犯逮捕についても，別件逮捕に当たらないかが問題となるでしょう。

また，乙の本件現行犯逮捕については，犯行を現認した司法警察員Ｑと逮捕者Ｐが異なっています。そのため，現行犯逮捕の要件（明白性）を満たすか否かが問題となるでしょう。

現行犯逮捕が令状主義の例外として認められる趣旨から，説得的に論じた上で，事案を適切に評価し，結論を導くことが求められるでしょう。

勾留の適法性については，乙に同種前科があること，単身であること等を評価して論じることとなるでしょう。

【逮捕③】

甲は，Ｖ女に対する殺人・死体遺棄の被疑事実で通常逮捕されています。そこで，逮

捕③については逮捕の理由（１９９条１項）と必要（１９９条２項但し書）があるかを検討することになるでしょう。

逮捕の理由については，司法警察員Ｐは，Ａ女の供述，メール①のみでは，甲を逮捕する疎明資料として不十分であると考えているので，その他に，甲自身がメール①の内容に沿う供述をしていることや，客観状況との一致，甲の携帯電話から得られたＢとの通信記録等を評価して判断することになるでしょう。

その後の勾留の適法性については，甲が殺人・死体遺棄事件のみならず，一切の質問に対して黙秘していることや,遺棄に用いた道具が発見されていない等の事情を用いて，妥当な結論を導くことが求められるでしょう。

※　なお，逮捕①を違法と考えた場合には，逮捕③では再逮捕の適法性が問題になる余地があります。また，逮捕①を適法と考えた場合でも，実質的に被疑者の身柄拘束期間制限（２０３条～２０８条）の潜脱にならないか検討する余地があるでしょう。

【逮捕④】

乙は，Ｖ女に対する殺人・死体遺棄の被疑事実で通常逮捕されています。そこで，逮捕④についても逮捕の理由と必要があるかを検討することになるでしょう。ここでも，逮捕③と同様，Ａ女の供述，メール①のみでは乙を逮捕する疎明資料として不十分であることを前提に考えます。その他に考えられる資料としては，乙のパソコンに残っていたメール②－１，②－２と同内容の交信記録の存在ですが，乙のパソコン自体，そもそも捜索・差押えの必要性があったのか疑問があるところですから，違法な捜索差押えによって得られた資料を疎明資料とする通常逮捕の適法性が問題になると思われます。

捜索差押えの違法性を重視するか，その他の適法に得られた資料が存在することを重視するかにより結論が分かれるところでしょう。

もっとも，乙のパソコンに残っていたメールが死体遺棄事件について逮捕する際の疎明資料になるとしても，直ちにＶ女に対する殺人事件による逮捕の疎明資料とはなりません。

逮捕④については，その点についても悩みを見せる必要があるでしょう。

その後の勾留の適法性については，乙が一切の質問に対して黙秘していること，乙の自宅からは殺人・死体遺棄事件に関連する差し押さえるべき物が何も見つからなかったこと等を挙げて，評価することができるでしょう。

また，先行する逮捕と合わせて考えると，実質的に身柄拘束期間制限の潜脱にならないか慎重に検討する必要があるでしょう。

⑵　〔設問２〕について

本問では，捜査報告書の証拠能力について，伝聞法則とその例外が問われています。

【資料１】は，Ｂが，甲及び乙から，Ｖ女を殺害した旨を聞いたこと及び，甲・乙と共同して死体を遺棄したこと等をＡに報告するメールです。検察官は，これをＶ女に対する「殺人及び死体遺棄に関する犯罪事実の存在」を立証趣旨として，証拠調べ請求していますから，供述内容の真実性が問題となる場合であるといえるでしょう。したがって，公判期日における供述に代わる書面に当たり，本件捜査報告書は原則として証拠能力が認められないことになるでしょう（３２０条１項)。そこで，次に伝聞例外に当たり，例外的に証拠能力が認められないか検討していくことになります。

その場合，殺人被疑事件については，Ｂの供述が甲及び乙の発言を含むため，再伝聞が問題となるでしょう。そこで，３２１条３項を準用した上，３２１条１項３号の他，３２４条１項から３２２条１項の準用の有無を検討することとなるでしょう。本件捜査報告書

には，署名・押印がないこと，任意になされたものでない疑いがないかについて，慎重に検討していくことが求められるでしょう。なお，本件メールの印刷過程については，科学的・機械的作用により保存データを正確に印字するもので，非供述的利用に当たると考えれば足りるでしょう。

死体遺棄事件については，Ｂ自身の供述が問題となっているため，３２１条１項３号の要件を満たすか検討する必要があります。①供述不能，②不可欠性，③絶対的特信情況について，具体的事実を適切に抽出・評価することが求められています。

【資料２】は，Ｂから甲宛てに送信されたメール（②－１）及び，甲からＢ宛てに返信されたメール（②－２）を印刷したもので，この過程が非供述的な利用といえることはメール①と同様です。もっとも，上記各メールは「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」を立証趣旨として証拠調べ請求されていますので，要証事実との関係で伝聞法則の適用があるか，伝聞・非伝聞の区別が問題となるでしょう。

この点，メール②－１をみますと，「Ｖ女の死体を埋めたお礼の１００万円を払え」との供述を内容とします。他方メール②－２のみをみますと，「お礼の１００万円を払うから」との供述を内容とするため，何らかのお礼として金銭の交付がなされることのみしか分からないように思えます。しかし，メール②－２は，メール②－１の返信（Ｒｅ：）として送信されていること，３０分以内に返信されていること，内容的にも対応関係がみられることからすると，両者を合わせ見ることにより，Ｂ・甲間において本件メール②－１・②－２が交わされた事実が立証できれば，Ｖ女の死体を埋めた報酬に関する交信記録の存在と内容が立証できるでしょう。そうだとすると，資料２を上記のように用いる場合は，非伝聞であると考えることができるでしょう。

なお，本件各メールはＶ女の死体遺棄事件に関する被疑事実を推認させる間接事実であり，なお内容の真実性が問題となる以上，伝聞例外の検討が必要であると考えると，伝聞例外の検討が問題となりそうです。その場合，メール②－２は，メール②－１の存在がなければ立証趣旨との関係で意味をなさないものであることに注意する必要があります。

以下，甲事件と乙事件とに分けて検討します。

まず，甲事件については，メール②－１はＢの供述を内容とするものですので，３２１条１項３号の要件を満たすか検討する必要があります。

メール②－２については，まず，死体遺棄被疑事実そのものを内容とする供述ではありません。しかし，死体遺棄事件について報酬の受渡しがあることは，死体遺棄事件との関連性を強く推認させますので，甲にとって，不利益な事実の承認を内容とする供述であることになります。また，メール②－２は，単独では，本件死体遺棄事件の報酬として１００万円を支払うものであるか判然としません。しかし，メール②－１と合わせてみると，甲にとって不利益な事実の承認を内容とする供述であることが分かります。そこで，３２２条１項の要件を満たすかを検討する必要があるでしょう。

次に，乙事件について，メール②－１については，甲事件と同様です。

メール②－２については，甲は乙と共犯者の関係にありますが，第三者とみることが出来ますので，３２１条１項３号の検討が必要になるでしょう。①供述不能，②不可欠性，③絶対的特信情況の要件を満たすか検討する必要がありますが，特に，①甲が殺人・死体遺棄事件について一切黙秘していることが供述不能に当たるか，検討する必要があるでしょう。

再現答案①	合格者【未修者】	平成23年刑事系第２問

Ｍｅｍｏ

第１　設問１

１．逮捕①について

(1) 逮捕①については，甲に対するＶ女に対する殺人，死体遺棄事件についての証拠が不十分であることから，その証拠を得るために別件たる強盗罪を理由に逮捕したものである。そこで，このような別件逮捕勾留の適法性についていかに解すべきか問題となる。

(2) このような別件逮捕勾留の適法性については，別件による逮捕自体が適法であるか，また，その後の本件に関する余罪取り調べ自体が適法であるか否かについて，それぞれ検討するべきである。

なぜなら，逮捕手続とその後に予定されている取調べ等の捜査手続とは本来別個の手続であり，これらを混同して適法性を検討すべきではないからである。

(3) そこで，本件別件たる強盗罪での逮捕の適法性について以下検討する。本件逮捕は通常逮捕（刑事訴訟法（以下省略）１９９条）であり，その要件としては，①嫌疑の存在（１９９条１項）及び②逮捕の必要性（刑事訴訟規則（以下「規則」とする）１４３条の３）である。

本件についてみるに，甲は本件強盗事件の２人組のうちの１人に酷似しており，さらに，ＰがＷに対して複数の写真を示して犯人を確認したところ，Ｗは甲の写真を選択して犯人の１人に間違いない旨を供述していることからすれば，強盗罪について甲に嫌疑の存在は認められる（①）。

さらに，強盗罪は５年以上の有期懲役を法定刑とする（刑法２３６条１項）極めて重大な犯罪であり，また，甲は一貫して本件強盗事件については否認していることから，たとえ別件として逮捕されたものであるとしても，逮捕の必要性がないとは到底いえない（②）。

(4) そうであれば，本件別件たる強盗罪による逮捕①については，通常逮捕のいずれの要件もみたすものであり適法といえる。また，その後の取調についてもあくまで強盗事件に関する事項を中心に聴取していたというものであり，専ら殺人罪等の取調べを行っていたというものではないことから，違法ということはできない。

(5) 以上より，本件逮捕①及びそれに引き続く身体拘束については適法である。

２．逮捕②について

(1) 逮捕②については，乙が５００円相当の刺身パック１個を万引きしたことから，Ｐが現行犯逮捕（２１２条１項）したもの

であるところ，その適法性が問題となる。なお，この点について，本件現行犯逮捕も本件たるＶ女に対する殺人罪等を本件として尾行している最中になされたものではあるが，１同様に当該逮捕の適法性及び取調べの適法性はそれぞれ検討することになる。

(2) 現行犯逮捕の要件としては，①犯人の明白性，②時間的場所的接着性（２１２条１項），③逮捕の必要性（規則１４３条の３）である。

(3) まず，①についてみるに，乙が本件刺身パックを万引きしたところはＰの指示で尾行していたＱが現認した上で声をかけ，逃走した乙を逮捕しているものであることから，犯人の取り違えは生じる可能性はないと言え，明白性は認められる（①）。次に，②については，本件逮捕は万引きした直後に逃走する乙を追いかけて逮捕しているものであり，時間的場所的接着性も認められる（②）。さらに，万引きは窃盗罪であり刑法２３５条によれば長期１０年以下の懲役が規定されている重大な犯罪であり，乙は万引きに関して黙秘して何らの供述することを拒むという態度をとっていることから，逮捕することについての必要性は認められる（③）。

(4) 以上より，本件逮捕②については現行犯逮捕の要件をいずれもみたす適法な逮捕であったということができ，その後の身体拘束についても違法ということはできない。

３．逮捕③について

(1) 逮捕③については，Ｖ女に対する殺人，死体遺棄の被疑事実に基づく通常逮捕であるところ，その適法性について検討する。

(2) 本件逮捕は通常逮捕であるところ，その要件としては①嫌疑の存在，②逮捕の必要性である。

まず，①についてみるに，甲はＰに対して，「Ｖ女の死体を『一本杉』付近に埋めた」とする供述を行い，さらに，死亡した経緯や死体遺棄の経緯についてメール①の内容に沿う供述をしていることから，本件殺人，死体遺棄事件について甲がかかわっている嫌疑の存在は認められる（①）。

また，殺人罪は刑法１９９条に定められ，死刑をも法定刑に含む極めて重大な犯罪であり，さらに甲は供述はしたものの上申書や供述録取書の作成については拒否するという態度をとっており，逮捕して身柄を拘束する必要性は非常に高いものということができる（②）。

(3) 以上より，本件逮捕③については，通常逮捕のいずれの要件をもみたす適法なものということができる。

さらに，甲の逮捕①による身柄拘束中において，専ら本件殺人，死体遺棄事件についての取調べを行ったという事情もないことから，前記逮捕①の時点で本件殺人等についての実質的逮捕がなされたものともいえず，時間制限等の問題も生じないと

いうことができる。

したがって，本件逮捕③及びこれに引き続く身体拘束については適法である。

４．逮捕④について

(1) 逮捕④については，逮捕③同様にＶ女に対する殺人，死体遺棄の被疑事実に基づく通常逮捕であるところ，その適法性について検討する。

(2) 本件逮捕は通常逮捕であるところ，その要件としては①嫌疑の存在，②逮捕の必要性である。

まず，①についてみるに，甲はＰに対して，「Ｖ女の死体を『一本杉』付近に埋めた」とする供述を行い，さらに，死亡した経緯や死体遺棄の経緯についてメール①の内容に沿う供述をしており，Ｖ女の殺害等について乙がかかわっていることを甲による供述及びメール①から読み取ることができることから，本件殺人，死体遺棄事件について乙がかかわっている嫌疑の存在は認められる（①）。

また，殺人罪は刑法１９９条に定められ，死刑をも法定刑に含む極めて重大な犯罪であり，さらに乙は殺人，死体遺棄事件に関する事項については余罪がないとして否認しており身体を拘束して取調べを行う必要性があることから，逮捕の必要性は認められる（②）。

(3) 以上より，本件逮捕④については通常逮捕の要件をみたす適法なものである。そして，乙の逮捕②による身柄拘束中において，専ら本件殺人，死体遺棄事件についての取調べを行ったという事情もないことから，前記逮捕②の時点で本件殺人等についての実質的逮捕がなされたものともいえず，時間制限等の問題も生じないということができる。

したがって，本件逮捕④及びこれに引き続く身体拘束については適法である。

第２　設問２

１．資料１・資料２について

(1) 資料１・資料２についてはいずれも捜査報告書という書面についての証拠能力が認められるかについて問題となるものであるから，伝聞法則（３２０条１項）との関係で検討することが必要となる。

(2) 伝聞法則とは，反対尋問等による真実性のテストを経ていない供述証拠については原則として証拠能力を認めないとするものである。その根拠としては，供述証拠には，人の知覚・記憶・表現が介在し，その中で誤りが入り込む危険が高いことから，真実性のテストを経ていない限り，原則として証拠能力を否定するという点にある。

そして，この伝聞法則の対象としての伝聞証拠となるか否かについては，その要証事実との関係で真実性のテストを必要と

するか否かによって異なることになる。

そこで，以下資料１及び資料２について検討する。

２．資料１について

(1) 資料１については，要証事実は「殺人及び死体遺棄に関する犯罪事実の存在」であるところ，殺人と死体遺棄とでは異なる伝聞過程を経ていることから別に検討する必要がある。

(2) まず，殺人についてみるに，Ｖ女を殺害したという事実について甲が知覚し，これをＢに伝え，さらにＢがパソコンに入力し，それを書面にするという過程が存在する。この点について，パソコンから書面への印刷の過程については機械的になされるものであることから伝聞性の対象とはならない。しかし，甲からＢへ，Ｂからパソコンへという２段階の伝聞過程が存在することになる。

(3) 他方，死体遺棄については，Ｖ女の死体を遺棄したという事実については，Ｂ自身が知覚したものであり，これをパソコンへ入力し，それを書面にするという過程が存在することになる。そうであれば，ここで問題となる伝聞過程はＢからパソコンへの入力への過程のみということになる。

(4) このように，本件資料１については殺人，死体遺棄いずれの要証事実についても伝聞過程を含んでいることから，伝聞証拠として原則証拠能力は否定される（３２０条１項）。そこで，以下では伝聞例外として証拠能力が認められないか検討する。

ア　まず，甲及び乙の弁護人はいずれも不同意の意見を述べていることから，３２６条１項によって証拠能力を認めることはできない。

イ　そこで，Ｂからパソコンへの入力という伝聞過程について３２１条１項３号によって，伝聞例外として扱われないか検討する。

３２１条１項３号の要件としては，①供述者の供述不能，②犯罪事実の証明に不可欠であること，③絶対的特信状況があること，である。

本件についてみるに，まず供述者であるＢは死亡していることから供述不能は認められる（①）。次に，②については，甲による自白については何ら供述録取書等の書面として残っておらず，さらに他の証拠についてもＢの残した本件メール①しか特段の証拠は残っておらず，本件資料１はＶ女に対する殺人，死体遺棄という犯罪事実を証明するために不可欠なものということができる（②）。さらに，Ｂの本件パソコンは，恋愛関係にあったＡが触れようとしただけで「触るな」と激しく怒るように，非常に大切に扱っていたものであり，他人が使用することは絶対にないとされていること，また，本件メールは恋愛関係にあるＡ女に対して送信されたものであり虚偽の内容を作出するような特段の事情もなく，絶対

的な特信状況があるといえる（③）。

したがって，３２１条１項３号の要件はみたされる。

ウ　次に，殺人について甲からＢへの伝聞過程について３２２条１項前段によって，伝聞例外として扱われないか検討する。

３２２条１項前段の要件は，不利益な事実の承認であることであるところ，本件殺人に関する内容は自らが乙ともにＶ女を殺害した旨を認めるものであり，要件をみたすことはあきらかである。

したがって，３２２条１項前段の要件もみたされる。

(5) 以上より，本件資料１については，殺人，死体遺棄いずれの要証事実についても，伝聞例外の要件をそれぞれがみたすこととなり，証拠能力は認められることになる。

３．資料２について

(1) 資料２については，要証事実は「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」であるところ，伝聞証拠に該当するか検討する。

(2) メール②－１については，死体遺棄について報酬の約束があったことについて，Ｂが甲に対してその請求をすることを内容とするものであり，メール②－２についてはＢからのメールに対して，報酬の約束があることを前提とする甲による返信を内容とするものである。

そうであれば，本件要証事実は甲とＢとの間にＶ女についての死体遺棄に関する報酬の約束があったということであるから，Ｂによる報酬の約束についての意思表示及びそれに対する甲の意思表示それ自体が要証事実ということになるものと解される。

(3) したがって，本件資料２については非伝聞ということになり，伝聞法則（３２０条１項）の適用を受けないことから，証拠能力は認められることになる。

以　上

【ＭＥＭＯ】

再現答案②	合格者【既修者】	平成23年刑事系第２問

Memo

第１　設問１

１　逮捕①について

(1) 逮捕①は，通常逮捕（刑事訴訟法（以下，条文のみ示す）１９９条１項本文）の手続によってなされており，適法とも思える。

しかし，逮捕①は，殺人・死体遺棄という本件について身柄拘束・取調べをすることを目的として，強盗という別件で逮捕しており，違法な別件逮捕に当たる，ということはできないか。

(2) そもそも，本件について身柄拘束して捜査を行うことを目的として，別件で逮捕するという別件逮捕は，本件について裁判官による令状審査を受けないまま，実質的には本件について逮捕することになるから，令状主義（憲法３３条，刑事訴訟法１９９条１項本文）を潜脱するものであって，違憲・違法というべきである。

そして，別件逮捕に当たるか否かは，究極的には捜査機関の主観の問題であるから，別件についての逮捕の必要性，逮捕後の取調べ・捜査状況，本件についての捜査状況などから捜査機関の意図を推認して，別件逮捕該当性を判断する。

(3) 本件では，まず，甲を殺人・死体遺棄という本件で逮捕できるだけの証拠は，十分に集まっていなかった。

また，たしかに強盗という別件は軽微な事件とはいえないが，事件から４ヶ月も経っており，逮捕の必要性が高かったとは言えない。

さらに，逮捕後は，速やかに，本件について捜索差押えが行われている。また，５月１５日以降は，本件についての取調べが開始しており，同１７日からは，１日約３０分ずつではあるが，連日に渡って，Ｐが甲に対し，本件に関する上申書等の作成に応じるよう説得が続けていた。

以上の事情からすると，捜査機関は，最初から本件について身柄拘束などを行う目的で，別件の逮捕を利用する意図だったといえるので，逮捕①は，違法・違憲な別件逮捕に当たるというべきである。

よって，逮捕①は，違法である（１９９条１項本文違反）。

２　逮捕①に引き続く身柄拘束について

(1) 逮捕に引き続く勾留（２０７条１項，６０条）が行われる場合，勾留の事実と同一の事実について，適法な逮捕が先行している必要がある。

なぜなら，法は，逮捕の適法性については，勾留の段階で審査することを予定しているし，また，違法な逮捕でも適法に勾留できるとすると，捜査機関が法を軽視するようになり妥当で

ないからである。

そのため，違法な逮捕が行われた場合，逮捕による身柄拘束だけでなく，勾留後の身柄拘束も違法となる。

(2) 本件では，逮捕①は違法逮捕であるから，これに引き続く身柄拘束も違法である。

3　逮捕②について

(1) 逮捕②は，窃盗（刑法２３５条）の現行犯逮捕（２１２条１項）として行われており，適法とも思える。しかし，これも，殺人・死体遺棄という本件についての身柄拘束を目的とした違法な別件逮捕に当たらないか。前述の基準で検討する。

(2) 本件では，たしかに，乙の逮捕後に，本件についての取調べは行われていない。

しかし，逮捕後は，乙のパソコン等を差し押さえているが，５００円相当の物の窃盗で，ここまでする必要があるかは疑問である。また，乙を殺人・死体遺棄で逮捕できるだけの証拠は十分に集まっていなかった。さらに，乙の窃盗は５００円相当のものを盗んだというに過ぎないのであるから，逮捕までする必要性はない，ないし，低いといえる。

こうした事情からすると，捜査機関は，最初から本件について身柄拘束などを行う目的で，別件の逮捕を利用する意図だったといえるので，逮捕②も，違法・違憲な別件逮捕に当たるというべきである。

(3) よって，逮捕②は違法である。

4　逮捕②に引き続く身柄拘束について

逮捕①に引き続く身柄拘束と同様，逮捕②に引き続く身柄拘束も，違法である。

5　逮捕③について

(1) 逮捕③は，通常逮捕の手続によって行われており，特に問題はないとも思える。

しかし，逮捕③は，Ｖに対する殺人・死体遺棄の被疑事実で通常逮捕されているところ，先行する逮捕①は，実質的にはＶに対する殺人・死体遺棄を被疑事実とする逮捕といえるから，逮捕③は，実質的には再逮捕といえる。そこで，再逮捕の可否が問題となる。

(2) この点について，そもそも再逮捕は，原則として許されない。なぜなら，これを許すと，２０３条以下が定めている身柄拘束に関する厳格な時間制限規制が潜脱されてしまうからである。

もっとも，いかなる場合にも再逮捕は許されないとするのでは，実体的真実究明の要請（１条参照）が図れなくなり妥当でない。そこで，被疑事実が重大事件であって高度の逮捕の必要性があるような場合には，例外的に再逮捕も許容されるというべきである。この場合，先行する逮捕の違法性なども，再逮捕の可否の判断において考慮される。

(3) 本件では，確かに，先行する逮捕①は違法な逮捕であり，再逮捕は許されないとも思えるが，捜査活動が進み，甲の殺人・死体遺棄の嫌疑が濃厚となっていた。また，殺人（刑法１９９条）というのは重大事件である。

よって，本件では，甲を逮捕する高度の必要性が認められ，再逮捕も許容されるというべきである。

以上より，逮捕③は適法である。

6　逮捕③に引き続く身柄拘束について

逮捕が適法である以上，それに引き続く身柄拘束も適法である。よって，逮捕③に引き続く身柄拘束は適法である。

7　逮捕④について

(1) 逮捕④は，通常逮捕の手続によっているが，これも，実質的には逮捕②と同じ被疑事実によるもので，実質的には再逮捕といえる。

(2) もっとも，逮捕④に関しても，殺人・死体遺棄について乙の嫌疑が濃厚となっており，殺人は重大犯罪であるから，乙を逮捕する高度の必要性が認められる。

よって，再逮捕も許容されるというべきである。

(3) 以上より，逮捕④も適法である。

8　逮捕④に引き続く身柄拘束について

逮捕③に引き続く身柄拘束と同様，逮捕④に引き続く身柄拘束も，逮捕が適法である以上，適法である。

第２　設問２

1　捜査報告書（資料１）（以下「報告書１」という）の証拠能力

(1) 報告書自体について

まず，報告書１は，司法警察職員Ｐが検証類似の捜査活動を行った結果の報告書面といえるから，３２１条３項の準用が可能というべきである。

よって，Ｐが公判廷で真正作成供述（Ｐが作成したこと，真摯に作成したこと）を行えば，報告書１は，全体として証拠能力が付与される。

(2) 報告書の内容について

ア　次に，報告書１の内容は，Ｂのパソコンに残されていたメール①であるが，ＢのパソコンはＢ以外が使うことはないというのであるから，メール①はＢが作成した供述書と同視できる。そうすると，報告書の内容は伝聞証拠（３２０条１項）にあたり，原則として証拠能力が認められないのではないか。ここで，伝聞証拠の意義が問題となる。

イ　そもそも，供述証拠は，知覚，記憶，表現・叙述の過程を経ることころ，この各過程に誤りが混入しやすいので，反対尋問を行うなどして，その内容の真実性を担保する必要がある。しかるに，公判外供述は反対尋問等を行い得ないため，原則として証拠能力が否定されるのである。つまり，伝聞証

拠に当たるか否かは，要証事実との関係で，供述内容の真実性が問題となるか否かによって，相対的に決まる。

ウ　報告書１の要証事実は，「甲・乙がＶの殺人・死体遺棄を行ったこと」であると解される。かかる要証事実との関係では，Ｂの供述部分，さらに，そこに含まれる甲・乙の供述部分の真実性が問題となる。つまり，二重の伝聞ということになる。

ここで，再伝聞が許容されるかということが問題になるが，法に再伝聞を禁止する規定はないので，それぞれの伝聞過程が厳格な伝聞例外規定をみたせるのであれば，再伝聞は許容されるというべきである。

エ(ｱ) では，相手方の同意（３２６条１項）がない本件では，３２６条以外の伝聞例外（３２１条以下）をみたせるか。

まず，Ｂの供述部分については，被告人以外が作成した供述書といえるので，３２１条１項３号の適用が問題となる。

まず，Ｂは既に死亡しているので，供述不能といえる。また，被告人甲・乙は共に黙秘しており，他に有力な証拠もないので，甲の供述は，犯罪事実の証明に欠かせないものといえる。そして，ＢのパソコンはＢのみが使っていたこと，メールの相手方は交際していたＡであり，うそをつく理由はないことからすると，絶対的特信情況も認められる。

よって，甲の供述部分は，３２１条１項３号より，証拠能力を有する。

(ｲ) 次に，甲・乙の供述部分については，被告人の供述であるから，３２４条１項・３２２条１項の準用によって，証拠能力を有しうる。

まず，甲・乙の供述は，自らの犯罪を自白するものであるから，「不利益な事実の承認を内容とするもの」といえる（３２２条１項本文)。また，甲・乙の発言は，友人であるＢに対してなされたものであり，強制などがあったわけではないから，任意になされたものでないとはいえない（３２２条１項但書)。

よって，甲・乙の供述部分は，３２４条１項・３２２条１項準用より，証拠能力を有する。なお，３２２条１項が要求する署名押印は。伝聞供述の性質上，不要と解する。

オ　以上より，報告書１は，証拠能力を有する。

２　捜査報告書（資料２）（以下「報告書２」という）の証拠能力

(1) 報告書自体について

まず，報告書１と同様，報告書２も，３２１条３項の準用によって，全体として証拠能力を有しうる。

(2) 内容について

ア　次に，報告書２の中のメール②の部分は，伝聞証拠か。前述の基準から検討する。

　この点，報告書２の要証事実は，「甲がＶの殺人・死体遺棄に関与したこと」であると解される。

　ここで，メール②－１，②－２の存在を証明し，甲・Ｂ間でメール②にあるような内容のやり取りがなされたこと自体を証明することで，間接的にではあるが，要証事実を推認することができる（なお，メール②が甲・Ｂ間でやり取りされたものであることは，甲の携帯電話は甲以外が使ったことはないこと，ＢのパソコンはＢのみが使うものであることから，立証できる）。

イ　つまり，報告書２の内容部分は，その真実性を立証しなくても，その存在のみによって要証事実の立証に役立つから，非伝聞ということができる。

　あとは，内容部分が要証事実と関連性を有していることが立証できれば，報告書２の内容部分は証拠能力を有する。そして，内容部分が要証事実と関連性を有しているのは明らかであるから，同部分は証拠能力を有する。

ウ　以上より，報告書２は，証拠能力を有する。

以　上

【ＭＥＭＯ】