

2018予備試験

論文受験生応援！フォローアップセミナー

2日間・11時間10分にどう挑む!?

合格に絶対必要な法律論文の書き方

辰巳専任講師・弁護士 柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

— 目 次 —

素材：2017予備試験論文予想答練（刑事訴訟法1）より

■講師作成レジュメ…………… P. 1

■2017予備試験論文予想答練（刑事訴訟法1）…………… P. 4

※ 本冊子掲載の問題文，参考文献，論点解説，解答例等は，出題時（平成29年6月5日）のものを，そのまま掲載しております。

2日間・11時間10分はどう挑む！？
合格に絶対必要な法律論文の書き方

講師作成レジュメ

辰巳専任講師・弁護士
柏谷 周希 講師

第1 予備試験論文式で求められる能力とは？

- 1 予備試験とは、法曹実務家登用試験
- 2 法曹実務家の職務は、①具体的な紛争（未知の問題）について、②基本的知識（既知）を③法的に思考することで、④事件を解決すること（事件処理）にある
- 3 よって、予備試験論文式では事件処理能力が求められる

第2 事件処理能力の具体的内容は？

1 基本的知識（既知）

(1) 法解釈の知識

*直近の重判が出題される可能性もある（H28行政法ではH27重判掲載の判例が出題）

(2) 事実認定の知識

(3) 予備、司法試験の過去問の知識

*H23～H29までの予備の過去問をまだ解いていない受験生は本試験までに時間を計って解くようにする

*司法試験の過去問を解いたことのない受験生はH30から順にH18まで、解けるところまで解くようにする（H28憲法はH18新司と同じ消極的表現の自由が出題された。また、H26年憲法・行政法はH26司と同じテーマだった）（時間が切迫しているので、問題文、答案構成、出題趣旨、採点実感といった順番で読み、分析本やLIVE本などで理解できなかった論点を押さえるようにする。）

2 法的思考能力（既知を用いて未知の問題を解決する能力）

(1) 未知の法解釈を既知の法解釈知識を用いて考えて解く力

(2) 未知の事実（問題文）を既知の事実認定の知識を用いて考えて解く力

3 起案力（読み手である法律家に理解させる文章を書く力）

(1) 形式的起案力

例) 文字の大きさ、ナンバリングなど

2日間・11時間10分にどう挑む!?

(2) 実質的起案力

⇒紛争の争点（出題趣旨）についてメリハリのある文章を書く力
* 法的思考能力と表裏の関係

第3 合格に絶対必要な法律論文の書き方

- 1 問題文をしっかりと読んで、出題趣旨（配点の割合など）を読み解く
- 2 出題趣旨に沿ってメリハリのある答案を書く
* 当事者の主張がヒントになる
- 3 答案は読みやすいように工夫する

(1) ナンバリングをしっかりとる

第1 設問1

- 1 AはBに対してどのような請求ができるのか
(1) Aに所有権が認められるか
ア 本件では……

(2) 法的三段論法を可能な限り意識して書く

- * 問題文で争点（論点）になっていないテーマについて、「問題提起」「規範定立」「あてはめ」を丁寧に書くと、かえって採点者に出題趣旨を理解していないのではないかと悪い印象を抱かれるおそれがあるので注意！
- ** 刑法の「防衛の意思の要否」といった論点は、実務ベースの予備試験で長々と論述するべきではない
- ** 憲法の「公共の福祉」といった論点は、書く必要はない
- * 「条文の指摘⇒規範の定立⇒事実の摘示⇒事実の評価⇒あてはめ」の順に示されていればよい

(3) 大きく読みやすい文字で書く

(4) 問題文を答案でオウム返しすることで問いに忠実に答える

(問題)

設問1 AはBに対して、甲土地の返還を請求することができるか

(答案)

第1 設問1

- 1 AはBに対して、甲土地の返還を請求することができるか。
……
- 4 したがって、AはBに対して、甲土地の返還を請求することができる。

(5) 条文は「 」で文言を抜き出す

例) ここでいう「第三者」とは、登記欠缺を主張する正当な利益を有する者のことをいう

(6) 問題文の事実で必要なものは、可能な限りそのまま抜き出して書き、評価と明確に書き分ける

第4 過去の論文予想答練の刑事訴訟法を用いた具体的検討

1 問題文の分析

2 答案の書き方

2017.6.5実施

2017予備試験論文予想答練（刑事訴訟法1）より

※問題文・解答例・解説等は、原則として出題当時のまま掲載しております。

【問題】

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】

平成28年6月1日、H市内にあるホテルIの客室において、Vが何者かによって頭部をライフル銃で撃たれて死亡する事件が発生した。捜査の結果、Vの夫である甲がVに対する殺人の被疑者として浮上した。さらに、甲の所有する車が、Vが殺害された時刻の前後にホテルIの駐車場に出入りしていた（以下、この事実を「事実X」という。）との目撃証言が得られた。なお、Vの殺害に使用されたライフル銃は、警察官らが懸命の捜査を尽くしたにもかかわらず、見つからなかった。

司法警察員Pは、Vに対する殺人の被疑事実で甲に対する逮捕状を得た上で、甲の自宅（以下「甲宅」という。）に向かい、**甲宅の玄関**で甲に上記逮捕状を示して、甲宅に入った。そして、Pは、同月11日午後0時、上記逮捕状に基づき、甲宅内の書斎で、甲を上記被疑事実で適法に逮捕した。

Pは、甲が上記ライフル銃を甲宅内に隠している可能性が高いと考えた。そこで、Pらは、同月11日午後0時7分、甲宅内の捜索を始めた。**①Pらは、甲宅のすべての部屋を捜索した**が、結局、どの部屋からも、上記被疑事実に関連する証拠物を見つけることはできなかった。

Pは、この捜索の最中に、上記書斎で金庫を発見した。この金庫は、ライフル銃を入れておけるほどの大きさであったが、鍵が掛けられていたため、Pらは、その中をすぐに確認することができなかった。Pは、甲に対し、上記金庫の中のものについて尋ねたが、甲は、おどおどしながら、「貴重品が入っている。」とだけ答えた。Pは、この甲の様子を見て、甲が上記金庫内に上記ライフル銃を隠していると考えた。そこで、Pは、甲に対し、上記金庫を開錠するように要求したが、甲は、これを拒否した。そのため、**Pは、甲宅内で上記金庫を破壊してその中を確認する旨を甲に告げた上でそれを試みたが、上記金庫が頑丈だったため、Pらは、持参した工具でこれを破壊することはできなかった。そこで、②Pは、同月11日午後0時20分、上記金庫を、その中を確認せずに、差し押さえた。**なお、Pは、後日、専門業者に頼んで上記金庫を開錠してもらい、その中を確認

甲宅の玄関での逮捕。相当説からすれば、同一管理権の範囲が「逮捕の現場」となるので、甲の管理する甲宅すべての部屋が捜索できる

被疑事実と証拠との関連性が不明の場合であっても、関連性を確認しては証拠が隠滅される場合には、蓋然性のみで差押えができる（フロッピーディスクについて最決平10・5・1）。本件もその判例に基づいて差押えできるかを自分なりに検討すればよい。

認したが、上記被疑事実に関連する証拠物を見つけることはできなかった。

その後、甲は、H地方検察庁に送致され、勾留された。検察官Aは、甲を上記被疑事実と同旨の公訴事実で起訴した。甲に対する殺人被告事件は、裁判員裁判の対象事件であったことから、H地方裁判所の決定により、公判前整理手続に付された。

第1回公判前整理手続期日において、Aは、証明予定事実として、事実Xが目撃された事実を書面で提示した。そして、**Aは、この事実の証明に用いる証拠として、事実Xを目撃したというCの供述をAが録取した書面（以下「本件検察官調書」という。）の取調べを請求した。なお、Aは、甲の弁護士Bがこれを不同意とした場合には、Cに対する証人尋問を請求することを予定していた。**

これに対して、Bは、目撃された車は甲が使用していたわけではなく、甲はその現場にはいなかったことを主張するため、Aに対し、目撃された車の日頃の利用状況について警察官がCから事情聴取した内容を録取した書面（以下「本件警察官調書」という。）を開示するように求めたが、Aは、これを開示しなかった。そこで、③Bは、裁判所に対し、本件警察官調書は類型証拠に当たるとして、Aに対してその開示を命じるように求めた。なお、本件検察官調書の証明力を判断するためには、Cの供述に変遷があるか否か、その供述内容が客観的事実に合致するかなどを慎重に判断する必要がある、そのためには、Cの供述が録取されている他の供述録取書があれば、その開示を受けてこれを検討することが極めて重要であった。

③の請求を受けて、裁判所がAに意見を聴いたところ、Aは、本件警察官調書が開示された場合には、その内容が詳細に調べられることによって、関係者の名誉・プライバシーが損なわれるという一般的な弊害が生じるおそれがある旨の意見を述べた。

〔設問1〕

①の搜索及び②の差押えの適法性について論じなさい。

〔設問2〕

裁判所は、③の請求に対し、どのような措置を取るべきかについて論じなさい。

類型証拠開示の条文である316の15を参照しながら、自分なりにあてはめていけばよい。具体的には、本件検察官調書はI⑤ロにあたる。そして、本件検察官調書の証明力を判断するためには、Cの供述に変遷があるか否か、その供述内容が客観的事実に合致するかなどを慎重に判断する必要がある、そのためには、Cの供述が録取されている他の供述録取書があれば、その開示を受けてこれを検討することが極めて重要であったというのであるから重要性も認められる。また、関係者の名誉やプライバシーを考慮しても相当性は認められよう。

問題文は先に設問からみる。そして、問題文本文を上から読んでいくのではなく、下線分の前後から読んで論点を把握するようにする。この方法で分析時間を短縮できる。

【出題の狙い】

本問は、ホテルで起こった殺人事件について、司法警察員らが、逮捕状に基づいて被疑者をもその自宅の書斎で逮捕した後、その自宅のすべての部屋を捜索し、また、その書斎にあった金庫をその中を確認せずに差し押さえ、さらに、起訴後、第1回公判前整理手続期日において、検察官が、被害者の殺害時刻前後に上記ホテルの駐車場で被告人の車を目撃したとの目撃者の供述を録取した検察官面前調書の取調べを請求したのに対し、被告人の弁護人が、目撃された車の日頃の利用状況に関する上記目撃者の供述を録取した警察官面前調書が類型証拠に当たるとして検察官に対しその開示を請求したが、これを開示されなかったため、裁判所に対してその開示命令を請求したとの事例において、上記捜索及び差押えの適法性並びに弁護人の上記請求に対して裁判所が取るべき措置を検討させることにより、逮捕に伴う無令状捜索、包括的差押え及び公判前整理手続における類型証拠開示に関する各問題点について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

【MEMO】

【配点表】

		配点
第1	設問1	
	1 ①の搜索の適法性	
	(1) 問題提起 ・当該搜索が逮捕に伴う無令状搜索（刑事訴訟法（以下、省略する。） 220条1項2号、3項）の要件を満たすかが問題となることの指摘	1
	(2) 要件の検討	
	ア 「逮捕する場合」	
	(ア) 判断基準の明示	1
	(イ) 当てはめ	1
	イ 「逮捕の現場」	
	(ア) 規範定立	
	a 220条1項2号の趣旨	2
	b 判断基準の明示	2
	(イ) 当てはめ	3
	ウ 「必要があるとき」	2
	(3) 結論	1
	2 ②の差押えの適法性	
	(1) 問題提起 ・当該差押えが被疑事実との関連性を確認せずに包括的に行われた点が 問題となることの指摘	1
	(2) 規範定立	
	ア 原則とその理由	3
	イ 例外を認める必要性	1
	ウ 判断基準の明示	2
	★ 本件を包括的差押えの事案としてとらえていなくても、問題点を的確にとらえて論じている場合には、同様に配点する	
	(3) 当てはめ	
	ア 当該証拠が存在する蓋然性について	2
	イ 当該証拠が破壊されるおそれについて	2
	(4) 結論	1
第2	設問2	
	1 問題の所在 ・316条の15第1項の要件を満たすかが問題となることの指摘	1
	2 316条の15第1項の要件の検討	
	(1) 類型該当性 ・316条の15第1項各号について当てはめていること	4
	(2) 重要性	3
	(3) 相当性	
	ア 開示の必要性の検討	2
	イ 開示による弊害の検討	3
	3 結論 ・316条の26第1項を指摘していること	2

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

【論 点】

- 1 逮捕に伴う無令状捜索（「逮捕の現場」の意義）
- 2 包括的差押え
- 3 公判前整理手続における類型証拠開示

【参考文献】

- ・酒巻 匡『刑事訴訟法』（有斐閣，2015）P.118～120，121～7，379～394
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（有斐閣，2012）P.120～122，124～6，130～132，293～5
- ・田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂，第6版，2012）P.94～5，270～283
- ・ 同 『刑事訴訟法』（弘文堂，第7版，2017）P.93～4，291～306
- ・安富 潔『刑事訴訟法』（三省堂，第2版，2013）P.172～9，211，343～361
- ・上口 裕『刑事訴訟法』（成文堂，第4版，2015）P.160～161，165～170，274～291
- ・池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』（東京大学出版会，第5版，2014）P.178～180，187～190，263～9
- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣，第2版，2015）P.107～123，124～135
- ・新関雅夫ほか『増補 令状基本問題 下』（判例時報社，1996）P.218～222（小林充執筆）
- ・亀井源太郎『ロースクール演習 刑事訴訟法』（法学書院，2010）P.57～8，164～9
- ・『趣旨・規範ハンドブック3刑事系』（辰巳法律研究所，第5版，2015）P.214，218～9
- ・『条文判例スタンダード7 刑事系刑訴』（辰巳法律研究所，2016）P.184～5，187～8，328～9

● 答案の全体の流れ ●

第1 設問1

1 ①の搜索の適法性

【事例】中に、Pらが①の搜索をするに当たって搜索許可状を得た事実はない。もともと、①の搜索は、甲の通常逮捕後に行われたため、逮捕に伴う搜索（刑事訴訟法（以下、省略する。）220条1項2号、3項）の要件を満たしていれば、適法である。

まず、「逮捕する場合」や搜索の必要性（220条1項柱書）の要件については、これに当たることを端的に述べればよい。

次に、甲宅のすべての部屋が「逮捕の現場」（同項2号）に当たるかについて、同号の趣旨から判断基準を定立し、これに当てはめる必要がある。

上記趣旨については、相当説と緊急処分説がある。相当説に立つ場合には、「逮捕の現場」とは、場所的近接性を前提として、逮捕場所と同一の管理権が及ぶ範囲内の場所及びそこにある物をいうと解することになる。これに対して、緊急処分説に立つ場合には、被逮捕者の直接支配下にある範囲内の場所及び物をいうと解することになる。

そうすると、相当説に立つ場合には、甲宅のすべての部屋は、甲の管理権が及ぶため、「逮捕の現場」に当たることになる。これに対して、緊急処分説に立つ場合には、甲が逮捕された甲宅内の書斎以外の部屋は、甲の直接支配下にあったとはいえないので、「逮捕の現場」に当たらないとするのが自然であろう。

2 ②の差押えの適法性

②の差押えは、当該金庫の中を確認せずに行われた。このように、被疑事実との関連性を確認せずに行われた包括的な差押えが許されるかが問題になる。

まず、原則として包括的差押えは許されないことを理由とともに示し、その上で、例外を認める必要性和許容性を含めた判断基準を定立することになる。

本件では、金庫の性質や甲の態度、証拠物であるライフル銃の性質等から、当該証拠が存在する蓋然性及び当該証拠が破壊されるおそれの有無を検討することになる。

第2 設問2

本問では、316条の15第1項の要件について端的に論じれば足りる。具体的には、①類型該当性、②重要性、③必要性の程度及び弊害の内容・程度を検討することになる。そして、316条の26第1項から、結論を出すことになる。

●論点解説●

論点① 逮捕に伴う無令状捜索（「逮捕の現場」の意義）

1 問題の所在

【事例】中に、Pらが①の捜索をするに当たって捜索許可状を得た事実はない。もつとも、①の捜索は、甲の通常逮捕後に行われた。そこで、これが逮捕に伴う無令状捜索（刑事訴訟法（以下、省略する。）220条1項2号，3項）として許されるか、特に甲宅のすべての部屋が「逮捕の現場」に当たるかが問題となる。

2 学説

逮捕に伴う場合に令状がなくても捜索・差押えが認められる趣旨については、大別して2つの考え方がある。第1の考え方は、令状がなければ捜索・差押えをすることができないのが原則であるから、証拠隠滅の防止に必要な緊急的措置のみが許されるとする（緊急処分説）。第2の考え方は、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が高く、捜索・差押令状が発付される要件が実質的に備わっているから、裁判官による司法審査を経なくても許容されるとする（相当説）。

そうすると、220条1項2号にいう「逮捕の現場」とは、緊急処分説からは、被逮捕者（及びその共犯者等）の直接の支配下にある範囲内の場所及び物をいうこととなり、相当説からは、逮捕場所と同一の管理権の及ぶ範囲内の場所及びそこにある物をいうこととなる。

220条1項柱書にいう「逮捕する場合」の解釈についても、緊急処分説からすれば、現に被疑者を逮捕する状況の存在が必要となるが、相当説からすれば、証拠の存在する蓋然性が認められれば足りるから、そのような限定はないことになる。

3 裁判例

□ 東京高判昭44. 6. 20（高刑集22-3-352，刑訴百選〔9版〕27事件，同〔10版〕23事件）

〔事案の概要〕

被告人Xが外国人AとともにSホテル7階の714号室に宿泊していた際に、捜査官は、同ホテル5階の待合所でAを大麻たばこ1本所持の現行犯人として逮捕し、Aの申立てにより、同逮捕から35分後、同ホテル7階の714号室を捜索し、大麻たばこ7本を発見し、これを差し押さえた。

〔判旨〕

「思うに、刑事訴訟法第220条第1項第2号が、被疑者を逮捕する場合、その現場でなら、令状によらないで、捜索差押をすることができるとしているのは、逮捕の場所には、被疑事実と関連する証拠物が存在する蓋然性が極めて強く、その捜索差押が適法な逮捕に随伴するものである限り、捜索押収令状が発付される要件を

殆んど充足しているばかりでなく、逮捕者らの身体の安全を図り、証拠の散逸や破壊を防ぐ急速の必要があるからである。従つて、同号にいう『逮捕の現場』の意味は、前示最高裁判所大法廷の判決〔注：最大判昭36.6.7刑集15-6-915〕からも窺われるように、右の如き理由の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲に限られるものと解するのが相当である。

これを右(ハ)の大麻たばこ7本に関する搜索押収についてみると、成程、Aの逮捕と同(ハ)の搜索押収との間には、既に述べたように、時間的には約35分ないし60分の間隔があり場所的には、原審第4回公判調書中における証人Iの供述記載並びに前示原審第2回、第3回および第8回公判調書中における証人Yの各供述記載のほか、当裁判所の検証調書および当審第2回公判における証人Kの供述並びに当審で取り調べたSホテルのマッサージ、訪問客に関する案内カードおよびSホテルの貴重品、部屋鍵に関する案内カード等から窺われるようなSホテル5階の、なかば公開的な待合所と同ホテル7階の、宿泊客にとっては個人の城塞ともいふべき714号室との差異のほか若干の隔りもあり、また若し同(ハ)の大麻たばこ7本がA独りのものであつたとするならば、いくらAが大麻取締法違反の現行犯人として逮捕されたとはいえ、否却つて逮捕されたればこそ、更らに搜索差押が予想されるというのに、わざわざ自ら司法警察員らを自己の投宿している同714号室に案内したということについては種々の見方があり得るであろうし、なおAが同室の洗面所で司法警察員らに対し同大麻たばこ7本は自分のものではなくて、被告人のものである旨述べていることなどからすると、同たばこに対する搜索押収が果して適法であつたか否かについては疑いの余地が全くないわけではないけれども、既に見て来たような本件捜査の端緒、被告人とAとの関係、殊に2人が飛行機の中で知り合い、その後行動を共にし、且つ同室もしていたこと、右のような関係から同たばこについても或るいは2人の共同所持ではないかとの疑いもないわけではないこと、Aの逮捕と同たばこの搜索差押との間には時間的、場所的な距りがあるといつてもそれはさしたるものではなく、また逮捕後自ら司法警察員らを引続き自己と被告人の投宿している相部屋の右714号室に案内していること、同たばこの搜索差押後被告人も1時間20分ないし1時間45分位のうちには同室に帰つて来て本件で緊急逮捕されていることおよび本件が検挙が困難で、罪質もよくない大麻取締法違反の事案であることなどからすると、この大麻たばこ7本の搜索差押をもつて、直ちに刑事訴訟法第220条第1項第2号にいう『逮捕の現場』から時間的・場所的且つ合理的な範囲を超えた違法なものであると断定し去ることはできない。また、このように考えることが、前示最高裁判所大法廷の判決の趣旨にも副うものであると解する。」

〔評価〕

この裁判例は、管理権を異にする場所まで「逮捕の現場」としているため、相当説によつても説明することができないと批判されている。

4 参考

〔問題点〕

2日間・11時間10分にどう挑む!?

マンションの1室を捜索場所とする捜索令状により、廊下、階段、エレベーター、共同駐車場等についてまで捜索することができるか。

〔見 解〕

小林充元判事は、以下のように述べる。

「まず、マンションの一室に対する捜索令状によって当該マンションの廊下、階段、エレベーター、共同駐車場等の共用部分を捜索し得るかについて考える。マンションの一室の管理権は同室の居住者にあるのに対し、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に服すると考えられるから、マンションの一室とその共用部分の管理権は、部分的に重なり合うけれども完全には重なり合わない。したがって、両者とも捜索の対象とするについては、それぞれを捜索の場所とする別個の捜索令状を発するというのがオーソドックスな方法であろう」(新関雅夫ほか『増補 令状基本問題下』(判例時報社, 1996) P. 220)。

5 本件の事案に即した検討

相当説を前提とした場合には、甲が逮捕された甲宅内の書斎は、甲の管理権の下にあり、甲宅のすべての部屋は、それと同一の甲の管理権が及ぶ場所であるといえるから、「逮捕の現場」に当たるといえる。

これに対して、緊急処分説を前提とすれば、証拠隠滅のおそれの程度の認定次第で、「逮捕の現場」に当たるとも当たらないとも評価することができよう。

(本論点につき、酒巻P.123～4、リーガルクエストP.130～132、趣・規P.218～9、条・判P.187～8等参照)

論点② 包括的差押え

1 問題の所在

Pは、甲宅内の書斎で金庫を発見し、その中を確認せずに、これを差し押さえた。このように、被疑事実との関連性を確認せずに行われる包括的な差押えが認められるかが問題となる。

2 総論

包括的差押えの典型例は、フロッピーディスク等の情報媒体の差押えの場合である。

フロッピーディスク等に記録・保存された情報を捜査のために収集する必要が生じた場合に、その方法としてはフロッピーディスク等に記録された情報をディスプレイに表示させるなどしてそれを検証する方法、プリントアウトした文書を差し押さえる方法などがある。しかし、現実では、このような方法が事実上不可能又は不相当であるという場合もあり得る。このような場合には、情報媒体自体を差し押さえる方法も許容せざるを得ない。

情報媒体自体の差押えが許容される場合であっても、文書類の場合と同様に、これを差し押さえる際には、被疑事実との関連性の有無を確認する必要がある。これは、一般的・探索的な捜索・差押えを防止するために、差押えに関する基本的規律を定めた憲法35条1項が、差押えをするには、「正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状」によらなければならないとし、これを受けた219条1項が、捜索差押許可状に「差し押さえるべき物」、「捜索すべき場所、身体若しくは物」を記載すべきであるとしたことの要請に基づく。

情報媒体の内容を確認するためには、捜査官又はその補助者が、自らあるいは被処分者の任意の協力を得て、その内容をディスプレイに表示するかプリントアウトをすることになるが、これらの手段は、電磁的記録に係る記録媒体の差押えの執行方法として認められる(110条の2、111条の2)。しかし、被処分者への協力要請(111条の2)は、協力を法的に義務付けることになるが、被処分者が協力を拒否したとしても、罰則等の制裁が科される規定はない。

そこで、捜査官らがその場で上記内容を確認しようとしたのでは情報を消去されるおそれがある場合などには、上記内容を確認せずにこれを差し押さえることを許容し、速やかに上記内容を確認して不要な物を還付・仮還付する(222条1項、123条)という扱いを是認する必要がある。

3 判例

□ 最決平10. 5. 1(刑集52-4-275, 刑訴百選〔9版〕25事件, 〔10版〕22事件)

〔事案の概要〕

記録された情報を瞬時に破壊するコンピュータソフトが開発されているとの情報があつた場合に、フロッピーディスク等の内容を確認せずに差し押さえることが許され

るかが争点となった。

〔決定要旨〕

「本件は、自動車登録ファイルに自動車の使用の本拠地について不実の記録をさせ、これを備え付けさせたという電磁的公正証書原本不実記録、同供用被疑事実に關して発付された搜索差押許可状に基づき、司法警察職員が申立人からパソコン1台、フロッピーディスク合計108枚等を差し押さえた処分等の取消しが求められている事案である。原決定の認定及び記録によれば、右許可状には、差し押さえるべき物を『組織的犯行であることを明らかにするための磁気記録テープ、光磁気ディスク、フロッピーディスク、パソコン一式』等とする旨の記載があるところ、差し押さえられたパソコン、フロッピーディスク等は、本件の組織的背景及び組織的関与を裏付ける情報が記録されている蓋然性が高いと認められた上、申立人らが記録された情報を瞬時に消去するコンピュータソフトを開発しているとの情報もあったことから、搜索差押えの現場で内容を確認することなく差し押さえられたものである。

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關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、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。したがって、前記のような事実関係の認められる本件において、差押え処分を是認した原決定は正当である。」

□ 大阪高判平3. 11. 6 (判タ796-264)

〔判旨〕

「原判決は、所論とほぼ同旨のフロッピーディスク271枚差押に關する弁護人の主張に対し、『捜査機関はフロッピーディスクの記載内容が当該被疑事実に關係するか否かを確認することなく、〇〇社関西支社内に存した全部のフロッピーディスクを差し押さえたのではあるが、〔1〕差押当時、右支社内にあった各フロッピーディスクには、被疑事実に關係する事項が記載されていると疑うに足りる合理的な事由があったこと、〔2〕その場でこれらフロッピーディスクの記録内容を確認するには、右支社關係者の協力が必要であるが、中核派の拠点である〇〇社の關係者に協力を求めれば、フロッピーディスクの記載内容を改変される危険があったことなどから、現場で各フロッピーディスクの記録内容を確認して選別することは、實際上極めて困難であったと認められること、以上の事情に照らすと、フロッピーディスクの差押は違法とまではいえない』旨説示しているところ、右説示は、結論において正当として是認することができる。以下、その理由を説明する。」

「捜査機関による差押は、そのままでは記録内容が可視性・可読性を有しないフロッピーディスクを対象とする場合であっても、被疑事実との関連性の有無を確認しないで一般的探索的に広範囲にこれを行うことは、令状主義の趣旨に照らし、原則的には許されず、搜索差押の現場で被疑事実との関連性がないものを選別することが被押収者側の協力等により容易であるならば、これらは差押対象から除外すべ

きであると解するのが相当である。しかし、その場に存在するフロッピーディスクの一部に被疑事実に関連する記載が含まれていると疑うに足りる合理的な理由があり、かつ、捜索差押の現場で被疑事実との関連性がないものを選別することが容易でなく、選別に長時間を費やす間に、被押収者側から罪証隠滅をされる虞れがあるようなときには、全部のフロッピーディスクを包括的に差し押さえることもやむを得ない措置として許容されると解すべきである。」

- * 亀井源太郎教授は、本問と同様の事案について、「本問金庫の場合、このような包括的な差押えを行った理由は、Xが開錠要求に応じなかったこと、及び、金庫が頑丈で破壊できなかったこと、であって、最決平10のように、その場で確認していたのでは証拠破壊のおそれがあるというものとは異なる。したがって、最高裁の枠組みからは、本問金庫が適法に差し押さえられたと考えることはできないだろう」と述べている（亀井源太郎『ロースクール演習 刑事訴訟法』（法学書院，2010）P. 57）。

4 本件の事案に即した検討

金庫には、通常、大切な物や隠しておきたい物がしまわれるので、Vに対する殺人の証拠物であるライフル銃が甲宅の金庫の中にあることも十分に考えられた。また、Pが上記金庫の中のものについて尋ねると、甲は、おどおどしながら答えたことから、上記金庫の中にか何か見られたくないものが入っていることがうかがわれる。そうすると、甲宅内に上記ライフル銃が隠されているとしたら、上記金庫の中にある可能性を否定することができなかったといえる。したがって、上記金庫の中に上記被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性があつたと認められる。

もっとも、本件では、専門業者の来援を招く余裕はあり、また、想定される証拠物であるライフル銃は、短時間で劣化するものではない。したがって、本件では、その場で被疑事実との関連性を確認していたのでは当該証拠が破壊されるおそれがあつたとはいえない。

よって、②の包括的差押えは、認められない。

なお、本件では、包括的差押えの議論がそのまま妥当しないとして、平成10年決定を援用しなかった受講生もいると思う。確かに、本件では、上記金庫を開けてみなければ、上記被疑事実との関連性を確認することができなかっただけである。しかし、被疑事実との関連性が不明確であるという点を強調すれば、平成10年決定の場合と類似性を認めることはできると考えられるから、本件の検討では、平成10年決定を想起した論述をしていただきたい。

（本論点につき、酒巻P. 118～120，リーガルクエストP. 120～122，124～6，趣・規P. 214，条・判P. 184～5等参照）

論点③ 公判前整理手続における類型証拠開示

1 問題の所在

設問2は、公判前整理手続における類型証拠の開示について問うている。具体的には、316条の15第1項の要件を満たすかを検討することが求められている。

2 類型証拠について

(1) 意義

「請求証拠開示に続く、第2段階の証拠開示である。その意義は、検察官の主張・立証および検察官請求証拠の内容が明らかになったことをうけて、被告人側が、その内容を検討し検察官請求証拠の証明力を判断することにより、防御準備を行ううえで必要となる証拠の開示を求めることにある」（上口裕『刑事訴訟法』（成文堂、第4版、2015）P.278）。

(2) 類型証拠開示の要件

「類型証拠開示の要件は、①請求証拠として開示された証拠以外の証拠であって、316条の15第1項所定の証拠の種類のいずれかに該当し（類型該当性基準）、②「特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要であると認められるもの」について（重要性基準）、被告人側から開示請求があり、③検察官が、その重要性の程度その他被告人の防御準備のために当該開示をすることの必要性の程度、開示による弊害の内容・程度を考慮し、相当と認めること（相当性基準）である（316条の15第1項前段）」（上口・前掲P.278）。

(3) 不開示の場合の救済

上記類型証拠開示の要件を満たすときは、検察官は速やかに開示しなければならない。もっとも、「類型該当性、重要性、相当性の第1次判断権は検察官にあるが、証拠不開示の場合は、検察官は理由を被告人側に告知する必要がある（規〔刑事訴訟規則〕217条の24）。検察官による証拠不開示に対しては、…裁判所の開示命令や即時抗告の制度が設けられている」（上口・前掲P.278～9）。

(4) 証拠開示命令

裁判所は、検察官が開示すべ類型証拠を開示していないと認めるときは、被告人又は弁護人の請求により、決定で、証拠開示を命じなければならない（316条の26第1項）。この場合、裁判所は、開示に時期・方法を指定し、条件を付することができる。

3 裁判例

□ 大阪高決平18. 6. 26（判時1940－164）

〔決定要旨〕

「取調べ状況報告書中の不開示希望調書の有無及び通数欄について

論旨は、弁護人に開示された検察官A作成の平成18年3月22日付捜査報告書添付の取調べ状況報告書中の不開示希望調書の有無及び通数欄の開示を認めなかった原決定は、同欄の開示は一般的に弊害があるとしているに等しく、不当であるというのである。

そこで検討するに、上記捜査報告書添付の取調べ状況報告書は、刑事訴訟法316条の15第1項8号に該当する書面であり、取調べ状況報告書自体は、被告人について被疑者として身柄を拘束して取り調べた際、その取調べ時間や調書作成の有無等の取調べの過程や状況を記録したものであるから、検察官が取調べを請求している被告人の供述調書の証明力を判断するために重要であると認められる。

しかし、取調べ状況報告書が、被告人の供述調書の証明力を判断するために重要であるとしても、そのことから直ちに、取調べ状況報告書のすべての欄を開示すべきであるということにはならない。その開示すべき範囲については、同法条第1項に掲げられた類型に該当する他の証拠と同様、証明力の判断をする上での必要性の観点から、その重要性の程度その他の被告人の防御の準備のために開示をすることの必要性の程度並びに開示によって生じるおそれのある弊害の内容及び程度を考慮して、相当と認められる部分を開示すべきであると解される。

そして、一般的に考えて、不開示希望調書の有無及び通数の点は、原決定が説示するとおり、不開示希望調書の作成をめぐる、取調官と被疑者との間で取引が存在したなどの特段の事情があり、具体的にその主張がされている場合には、証明力を判断する上での重要性は相当高いといえるが、そのような特段の事情がない場合には、弁護人において、不開示希望調書の有無及び通数を被告人に確認することができることも考えると、その重要性は相対的にみて高いとはいえず、本件においては、特段の事情の存在について弁護人から具体的な主張はない。また本件においては、取調べ状況報告書のうち不開示希望調書の有無及び通数欄以外のすべてが開示されているのであるから、不開示希望調書の有無等を被告人に確認することは容易であることにかんがみると、不開示希望調書の有無及び通数欄を被告人の防御の準備のために開示することの必要性は、それほど高くないというべきである。

他方、不開示希望調書の有無及び通数欄が開示された場合、原決定が指摘するような一般的な弊害があるといわざるを得ない。

そうすると、不開示希望調書の有無及び通数欄の記載と、被告人の供述調書の証明力との関わりについて、具体的な事情が明らかにされていない本件において、同欄を開示することが相当でないとした原決定の判断は相当である。論旨は理由がない。」

4 本件の事案に即した検討

(1) 類型該当性

Aが、Cの供述を録取した本件検察官調書の取調べを請求したから、Cは、「検察官が取調べを請求した供述録取書等の供述者」に当たる。また、Aは、Bが本件検察官調書について不同意とした場合には、Cに対する証人尋問を請求することを予定して

2日間・11時間10分にどう挑む!?

いたから、Cは、「当該供述録取書等が第326条の同意がされない場合には、検察官が証人として尋問を請求することを予定しているもの」に当たる。したがって、Cは、316条の15第1項5号口を満たすから、Cの供述を録取した本件警察官調書は、同号柱書の「供述録取書等」に当たる。

(2) 重要性

本件検察官調書の証明力を判断するためには、Cの供述に変遷があるか否か、その供述内容が客観的事実に合致するかなどを慎重に判断する必要があり、そのためには、Cの供述が録取されている他の供述録取書があれば、その開示を受けてこれを検討することが極めて重要であるという事情がある。そうすると、本件警察官調書は、Cの供述が録取されている他の供述録取書であるから、「特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要である」といえる。

(3) 相当性

前述のとおり、本件検察官調書の証明力を判断するために本件警察官調書を検討することが極めて重要であるという事情がある。そうすると、甲の防御の準備のためにこれを開示することの必要性は高いといえる。

他方、Aの意見によれば、これが開示された場合には、その内容が詳細に調べられることによって、関係者の名誉・プライバシーが損なわれるという弊害が生じるおそれがある。もっとも、この弊害は、一般的なものであるにとどまる。そもそも、類型証拠は、開示されるのが原則であるから、当該弊害を理由として相当性を否定し、当該証拠を不開示とするのは、当該弊害を基礎付ける具体的な事情がある場合に限られるべきである。ところが、本件では、そのような具体的な事情は挙げられていない。

したがって、必要性の程度及び弊害の内容・程度を考慮すれば、本件警察官調書を開示することが相当であると認められる。

(4) 結論

よって、本件警察官調書の開示について、316条の15第1項の要件を満たす。それにもかかわらず、Aは、これを開示しなかった。そこで、裁判所は、316条の26第1項に基づき、その開示を命じる決定をするべきである。なお、裁判所は、開示の時期・方法を指定し、又は条件を付することができる。

(本論点につき、酒巻P.385～8、リーガルクエストP.293～5、条・判P.328～9等参照)

【MEMO】

解答例（作成：辰巳法律研究所）Memo

P.1 第1 設問1

2 1 ①の搜索の適法性

3 (1) Pらが①の搜索をするに当たって搜索許可状を得た事実はない。もつとも、甲の通常逮捕後
4 に行われているため、逮捕に伴う無令状搜索（刑事訴訟法（以下、省略する。）220条1項
5 2号、3項）の要件を満たしているかが問題となる。

6 (2)ア まず、「逮捕する場合」とは逮捕との時間的接着性を有する場合をいうところ、①の搜索
7 は、甲の逮捕のわずか7分後に始められたから、時間的接着性を有し、「逮捕する場合」に
8 当たる。

9 イ 次に、搜索場所である甲宅のすべての部屋は、「逮捕の現場」に当たるか。「逮捕の現場」
10 の意義が問題となる。

11 220条1項2号が無令状搜索・差押えを許容しているのは、「逮捕の現場」には被疑事実
12 に関連する証拠物が存在する蓋然性が高く、また、適法な逮捕があることを前提とすれば、
13 搜索・差押えの「正当な理由」（憲法35条1項）の要素である犯罪の嫌疑の存在も認められ
14 ることから、搜索・差押許可状が発付される要件が実質的に備わっているからである。そう
15 すると、「逮捕の現場」とは、搜索差押許可状が発付されたとすれば搜索・差押えが許容され
16 る場所をいい、具体的には、場所的近接性を前提として、逮捕場所と同一の管理権が及ぶ範
17 囲内の場所をいうと解する。

18 甲が逮捕された書斎は甲宅内にあるから、甲宅のすべての部屋には逮捕場所との場所的
19 近接性が認められる。また、書斎の管理権は甲にあり、甲の管理権は、甲宅のすべての部屋に
20 も及んでいるといえるから、これらの部屋は、甲の逮捕場所と同一の管理権が及ぶ範囲内の
21 場所である。したがって、甲宅のすべての部屋は、「逮捕の現場」に当たる。

22 ウ V殺害に使用されたライフル銃は、警察官らが懸命の捜査を尽くしたにもかかわらず、見
P.2 つかかっていない。そして、犯人の自宅は、凶器などを隠すには容易かつ便利な場所である
24 といえる。そうすると、被疑者甲の自宅である甲宅のどこかに上記ライフル銃が隠されている
25 可能性が高いと考えられる。したがって、甲宅のすべての部屋を搜索する「必要があると
26 き」に当たる。

27 (3) よって、①の搜索は、逮捕に伴う無令状搜索の要件を満たしているから、適法である。

28 2 ②の差押えの適法性

29 (1) Pは、甲宅内の書斎で発見した金庫を、その中を確認せずに差し押さえた。このように、被
30 疑事実との関連性を確認せずに行われる包括的な差押えが許されるかが問題となる。

31 (2) 差押えの際には、原則として、差し押さえようとする証拠物と被疑事実との関連性を確認す
32 ることが要求される（222条1項、99条1項）。なぜなら、無差別的な搜索・差押えによ
33 る不当な人権侵害を防止する必要があるからである。したがって、原則として、包括的な差押
34 えは許されない。

35 もつとも、搜索の実効性を確保する見地から、例外的に、被疑事実に関連する証拠物が存在
36 する蓋然性が認められる場合において、その関連性をその場で確認していたら当該証拠が損壊
37 される危険があるときには、その内容を確認せずに、包括的な差押えをすることができる
38 と解する。

39 (3) 金庫には、通常、大切な物や隠しておきたい物がしまわれるから、V殺害の証拠物であるラ
40 イフル銃があることも十分に考えられた。また、Pが上記金庫の中のものについて尋ねると、
41 甲はおどおどしながら答えたことから、上記金庫の中に何か見られたくないものが入っている
42 ことがうかがわれる。そうすると、甲宅内に上記ライフル銃が隠されているとしたら、上記金
43 庫の中にある可能性を否定することができない。したがって、上記金庫の中に上記被疑事実
44 に関連する証拠物が存在する蓋然性があつたと認められる。

P.3 そして、Pが上記金庫の包括的な差押えを行ったのは、甲が開錠の要求に応じず、かつ、上
46 記金庫が頑丈だったため、Pらが持参した工具ではその場でこれを破壊することができなかつ
47 たからである。しかし、専門業者の来援を招く余裕はあり、また、想定される証拠物であるラ
48 イフル銃は、短時間で劣化するものではない。そうすると、本件では、その場で被疑事実との
49 関連性を確認していたのでは当該証拠が破壊されるおそれがあったとはいえない。
50 したがって、上記金庫に対する包括的な差押えは、許されない。

51 (4) よって、②の差押えは、違法である。

52 第2 設問2

53 1 裁判所が、Bの求めた本件警察官調書の開示を命じる決定をする（316条の26第1項）た
54 めには、この開示につき、316条の15第1項の要件を満たしていなければならない。

55 2(1) 類型該当性

56 Aが、Cの供述を録取した本件検察官調書の取調べを請求したから、Cは、「検察官が取調
57 べを請求した供述録取書等の供述者」に当たる。

58 また、Aは、Bが本件検察官調書について不同意とした場合には、Cに対する証人尋問を請
59 求することを予定していたから、Cは、「当該供述録取書等が第326条の同意がされない場
60 合には、検察官が証人として尋問を請求することを予定しているもの」に当たる。

61 したがって、Cは316条の15第1項5号を満すから、Cの供述を録取した本件警察
62 官調書は、同号柱書の「供述録取書等」に当たる。

63 (2) 重要性

64 次に、本件警察官調書が「特定の検察官請求証拠の証明力を判断するために重要であると認
65 められる」証拠であることが必要である。

66 本件検察官調書の証明力を判断するためには、Cの供述に変遷があるか否か、その供述内容
P.4 が客観的事実に合致するかなどを慎重に判断する必要があり、そのためには、Cの供述が録取
68 されている他の供述録取書があれば、その開示を受けてこれを検討することが極めて重要であ
69 るという事情がある。そして、本件警察官調書は、Cの供述が録取されている他の供述録取書
70 に当たる。したがって、本件警察官調書は、同要件を満たす。

71 (3) 相当性

72 さらに、上記重要性の程度その他の甲の防御の準備のために本件警察官調書を開示すること
73 の必要性の程度及びこの開示によって生じるおそれのある弊害の内容・程度を考慮し、この開
74 示が相当であると認められることが必要である。

75 前述のとおり、本件検察官調書の証明力を判断するために本件警察官調書を検討することが
76 極めて重要であるという事情があるから、甲の防御の準備のためにこれを開示することの必要
77 性は高いといえる。

78 他方、これが開示された場合には、その内容が詳細に調べられることによって、関係者の名
79 誉・プライバシーが損なわれるという弊害が生じるおそれがある。もっとも、この弊害は、一
80 般的なものであるにとどまる。そもそも類型証拠は、開示されるのが原則であるから、当該弊
81 害を理由として相当性を否定し、当該証拠を開示とするのは、当該弊害を基礎付ける具体的
82 な事情がある場合に限られるべきであるが、本件では、そのような具体的な事情は挙げられて
83 いない。

84 したがって、本件警察官調書を開示することが相当であると認められる。

85 3 よって、本件警察官調書の開示について、316条の15第1項の要件を満たす。しかし、A
86 はこれを開示しなかった。そこで、裁判所は、316条の26第1項に基づき、その開示を命じ
87 る決定をするべきである。なお、裁判所は、開示の時期・方法を指定し、又は条件を付すること
88 ができる。

以上