

司法試験

令和3年司法試験分析会
刑事系
講師オリジナルレジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 215112

LU21511

第1問 [刑 法]

<分析例>

[設問1]

第1 丙の罪責

A社に対する業務上横領罪（253条）又はB店店長Cに対する窃盗罪（235条）の甲及び乙との共同正犯（60条）の成否

丙及び甲が、A社の直営するB店の腕時計が強奪されたように装い、これを領得しようと企てた上（以下、「本件偽装強奪計画」という。）、B店の売場に陳列されている腕時計100点（以下、「本件腕時計」という。）をB店内から持ち出した行為について、上記各罪の成否を検討する。

※ 本問では、本件腕時計の領得行為について、主たる実行行為者は甲であるようにも思われるが、甲の罪責の検討に先行して本件腕時計の占有の帰属・所在（具体的には、丙の占有の有無）を検討しないと甲の罪名を確定することができないため、答案構成上は丙の罪責から検討する方が簡明であろう。

1 業務上横領罪の成否

(1) 「占有」（占有の帰属・所在） 参考判例1～5

ア 本条における「占有」は、濫用のおそれのある支配力をいうところ、財物の保管・管理に関して複数人が関与する場合の占有の所在は、財物の管理処分権限の有無・程度、責任の所在、関与者相互の指揮監督・協力関係等の事情により総合的に判断する。

イ 丙は、B店の副店長として自ら接客に従事するほか、アルバイトの採用や従業員の勤怠状況の管理を行い、B店の帳簿作成や売上金管理等の業務も担当していた。また、B店の売場に陳列されている商品は、ショーケース内に保管されていたが、その陳列方法は全て丙が決定しており、このショーケースは、接客に必要なときを除いて常時施錠され、その鍵は、丙も所持していた。そうすると、丙は、B店における腕時計の販売業務について、A社からの信任に基づいて一定の権限が与えられていたと認められる。

しかしながら、売上金管理業務として、丙には、各営業日の閉店後、当日の売上金額をA社本社に報告することのほか、各営業日の開店前に、前日の売上金をA社名義の預

金口座に入金することが義務付けられていた一方で、商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定について、丙に権限はなく、全て店長Cの承認を得る必要があるとされていた。上記ショーケースの鍵についても、丙が単独で所持していたものではなく、Cもこれを所持していた。また、B店の売場及び従業員控室には、複数の防犯カメラが設置され、その様子が常時くまなく音声付きで撮影録画されていたほか、警備会社を通じ、警察に非常事態の発生を知らせるための押しボタン式通報システムも設置されていた。

ウ 以上の事情からすれば、A社から販売業務に関して丙に付与された上記権限は、商品や売上金に対する管理権限を完全に丙に委ねる趣旨のものではなく、B店における商品等の管理責任者はあくまで店長Cであったというべきであり、丙はCの指揮監督のもと商品等の管理業務を補助する者に過ぎない。したがって、丙が本件腕時計について濫用のおそれのある支配力を及ぼしていたものとは認められず、本件腕時計は「自己の占有する」財物に当たらない。

(2) 以上より、A社に対する業務上横領罪は成立しない。

2 窃盗罪の成否

(1) 後述する甲との共謀（第1共謀）及び乙との順次共謀に基づいて、丙は、ショーケースを解錠し、その中にあった本件腕時計を甲から受け取った本件バッグに入れ、これを甲に差し出し、甲は、本件バッグを丙から受け取ると、これをB店内から持ち出した（以下、「本件領得行為」という。）。

上記のとおり、本件腕時計は、Cが丙を指揮監督して事実上管理していた「他人の財物」に当たるところ、本件領得行為は、Cの意思に反してその占有を侵奪するものであるから「窃取」に当たる。

(2) 丙は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。また、丙は金に困っていたことから本件偽装強奪計画を自ら甲に提案した上で本件領得行為に及んだものであり、不法領得の意思も認められる。

(3) 以上より、B店店長Cに対する窃盗罪の甲及び乙との共同正犯が成立する。

- ※ **上下主従の間の占有の帰属**について、一般的には、刑法上の占有は上位者にあり、下位者はその占有補助者に過ぎないものと解される（参考判例1及び2参照）。もっとも、両者がそれぞれ財物の管理について権限を有しており、相互に排除せず共に共同して管理している関係にある場合には、共同占有が認められる余地がある。もっとも、この場合も共同占有下にある物を無断で単独占有に移す行為は、他の共同占有者の占有を侵害するものとして窃盗罪を構成する（参考判例3及び4参照）。平成27年出題趣旨においても「仮に、新薬の書類に対する甲の占有が失われていないとしても、後任部長にも新薬の書類に対する管理権が存在するとすれば、新薬の書類を持ち去る甲の行為は、共同占有者の占有を侵害することとなる点に注意が必要である。」と指摘されている。これに対して、上位者が財物の管理処分権を高度の信任関係にある下位者に完全に委ねているような場合には、下位者の単独占有を認める余地があるが、下位者の領得行為が横領罪を構成する事案は非常に希である（参考判例5参照。なお、この事案では客体が現金であるという特殊性が考慮されたものと思われる。）。
- ※ **窃盗罪と横領罪の成立関係**について、通常、占有の所在については共同占有が認定できる場合でない限り、行為者・被害者のいずれか一方が占有するものと判断され、それに従って行為者の領得行為が窃盗罪か横領罪かについて択一的に決定できると解されている。平成21年出題趣旨も、いわゆる「預金の占有」について、「「預金の占有」を有する者には横領罪が成立し得るものの窃盗罪…は成立しないと解される」と指摘している。これに対して、窃盗罪において問題となる占有は侵害対象としての被害者側の占有であるのに対し、横領罪における「占有」は領得行為に横領罪が成立する前提条件としての行為者側の占有であり、後者は濫用のおそれのある支配力として法律上の支配を含むとされ、前者よりも広く解釈されるため、被害者が侵害対象としての占有を有している場合であっても、なお行為者が濫用のおそれのある支配力を有しているという事態も想定し得る（これを上記「共同占有」と区別する趣旨で「**重疊的占有**」と表現することがある。）と捉えた上で、窃盗罪と横領罪の両罪の成立可能性を肯定する見解もある。
- ※ なお、本件偽装強奪計画に基づく本件領得行為について、A社及び警察の業務それぞれに対する偽計業務妨害罪（233条後段）の成否も問題となり得るが、妨害に関する事情の詳細が問題文から必ずしも明らかではないため、少なくとも答案上で手厚く論述を展開する必要はないであろう。同様に、窃盗罪又は業務上横領罪を成立させる場合、それと補充的關係（法条競合）となる背任罪（247条）の検討についても論じる実益は乏しいであろう。令和2年採点実感において、「法的に重要な事項については手厚く論じ、そうでない事項については簡潔に済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。」と指摘されている点に留意すべきである。

第2 甲の罪責

1 丙に対する強盗罪の乙との共同正犯（60条、236条1項）の成否

- (1) 後述する乙との共謀に基づいて、甲は、丙に対し、刃体の長さ約20センチメートルの本件ナイフを示し、「殺されたくなかったら、これに時計を入れろ。」と言い、ショーケース内に陳列されている腕時計を本件バッグに入れるように要求し、さらに、丙が上記要求を拒否するふりをしたので、「いいからやれ。刺すぞ。」と語気を強めて言った（以下、「本件偽装強奪行為」という。）。

ア 強盗罪（236条）は相手方の反抗を抑圧するに足りる「暴行又は脅迫」を手段として（「用いて」）財物を奪取することによって成立する犯罪であるから、その暴行、脅迫は財物奪取に向けられたものであることを要する。

イ 本件偽装強奪行為は、上述した本件偽装強奪計画の一環として、後述のとおり丙と共謀した上で敢行されたものであり、丙の意思に反する財物奪取に向けられた行為ではないから強盗罪の実行行為とは評価できず、本条の「脅迫」に当たらない。

(2) 以上より、本罪は成立しない。

※ **強盗罪の実行行為の判断**について、判例は**客観説**に立つものと理解されており、**参考判例6**は、「その暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によつて決せられる」と判示している。もっとも、同判例は、行為者が財物奪取に向けて客観的には相手方の反抗抑圧を招来する程度の脅迫に及んだが、現実には相手方が偶々犯行を抑圧されていなかったため、脅迫と財物奪取との間に**“被害者の反抗抑圧状態を経由した”因果関係**が認められない、という事案について強盗既遂罪の成立を肯定したものである。これに対して、本問の甲の行為はあくまで強盗を偽装するために行われたものであり、およそ丙からの財物奪取（丙の反抗を抑圧した上で他人の意思に反して財物の占有を取得すること）に向けられたものとは認められないため、同判例とは事案が異なる。この場合、甲の行為がいかに強度のもの（客観的には丙の反抗抑圧を招来し得る程度のもの）であろうと、財産犯である強盗罪の実行行為と評価する余地はない（そもそも丙は甲と共謀を遂げた共犯者であるから、共謀に基づく甲の行為につき丙を被害者とする強盗（未遂）罪の成立を認めるとすれば、その結論が妥当性を欠くことは明らかである。）。なお、丙の承諾のもと行われた甲の行為には、丙の意思決定の自由に対する侵害も観念できないから、同行為は脅迫罪ないし強要罪における「脅迫」（222条1項、223条1項）にも当たらない。

2 B店店長Cに対する窃盗罪の丙及び乙との共同正犯（60条、235条）の成否

(1) 共同正犯の成立要件 **参考判例7**

二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思のもとに一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思（自己の犯罪を実現する意思）を実行に移すことを内容とする謀議（共謀）をなし、よつて（共謀に基づいて）、犯罪を実行した場合には、「共同して犯罪を実行した」（60条）場合に当たり、共同正犯が成立する。

(2) 共謀

ア 甲は、乙と共にB店に押し入って商品の腕時計を強奪しようと計画し、丙への協力を求めたところ、金に困っていた丙は、本件偽装強奪計画を企て、某月1日、甲に対し、B店における商品の管理体制等を説明した上、「午前11時の開店時は、普段だどめったに客も来ないし、明後日は俺しかいないから、その時、店に来て刃物を出して、ショーケースを開けろと言ってくれ。俺は後で怪しまれないように拒むふりをするけど、最後はショーケースを開けるから、すぐに時計を持って行ってくれ。」等と持ち掛けたところ、これを甲は承諾した。

したがって、甲及び丙は、B店のショーケース内に陳列されている本件腕時計を店から持ち出すことについて共謀（以下、「第1共謀」という。）を遂げたことが認められる。

なお、本件領得行為を実行するにあたり、丙は、ショーケースを解錠し、その中にあった本件腕時計を本件バッグに入れ、甲は、本件バッグを丙から受け取ると、B店内からこれを持ち出して逃走していることから、実質的に両者とも共同して実行行為を分担したものと認められる。また、領得した本件腕時計のうち、甲及び丙の取り分としてそれぞれ40点ずつ分配されており、本件犯行により両者とも十分な経済的利益を得ていることから、甲及び丙にはそれぞれ自己の犯罪を実現する意思が認められる。

イ さらに、甲は、後述する乙との共謀（以下、「第2共謀」という。）を遂げた。

なお、第1共謀に際して丙は甲に対し「会ったことのない乙は信用できないから、今の話は内緒にしてくれ。」と提案し、甲は丙と内通している事実を秘したまま乙と第2共謀を遂げていることから、丙と乙との間の直接の意思連絡は意図的に排斥されているものの、後述のとおり第1共謀及び第2共謀における犯行内容には重なり合いが認められるため、実質的には同一の犯罪について丙と乙が甲を介して順次共謀を遂げたものと認められる。

- ※ **甲乙丙の共犯関係**について、甲が丙と共謀（第1共謀）を遂げ、さらに乙と共謀（第2共謀）を遂げたことは明らかである。他方、丙と乙の間には直接の意思連絡は存在しないため、甲を介した**順次共謀**を遂げたか否かが問題となる。**平成28年出題趣旨**においても「いわゆる順次共謀の考え方（判例として最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁等がある。）に従って論述することが求められる。」との指摘がある。**参考判例7（練馬事件）**は「同一の犯罪について、…数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解する」と判示していることから、同判例によれば、順次共謀による共同正犯成立の根拠は、順次共謀により三者間で「同一の犯罪」の危険性を惹起する点に求められると解される。したがって、本問においても仮に乙の介入により惹起された危険性が、甲及び丙の共謀により惹起した危険性とは全く「別個の犯罪」の危険性であると評価するであれば、丙及び乙の順次共謀は否定される余地がある。

(3) 共謀に基づく実行

上記第1共謀及び第2共謀に基づいて、甲は本件領得行為を実行した。

- ※ 仮に本件腕時計について丙の単独占有を認定して本件領得行為に業務上横領罪の成立を肯定した場合、本件腕時計について何ら管理権を有しない甲は「業務」及び「占有」いずれの身分も欠く者であるから、同罪について「**共犯と身分の処理**」（65条の適用）が問題となる（参考判例8参照）。

(4) 故意

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。また、甲は金に困っていたことから本件領得行為に及んだものであり、不法領得の意思も認められる。

(5) 結論

以上より、本罪が成立する。

第3 乙の罪責

[構成例 I] 故意認定アプローチ

B店に対する強盗罪の甲との共同正犯（60条，236条1項）の成否

1 共謀

- (1) 共謀の認定にあたっては、各共犯者間における犯罪遂行についての意思連絡に加え、犯罪遂行過程において果たした役割、関与の態様、犯罪遂行の動機、犯罪遂行による利益の帰属等の事情から、各共犯者が共謀を介して正犯として自己の犯罪を実現したといえるか否か（正犯性）を実質的に判断すべきである。

ア 意思連絡

甲は、同月2日、乙に対し、「明日、俺がB店の開店と同時に中に入って店員に刃物を突き付けて時計を奪い取ってくる。その間、お前は近くに停めた車で周囲を見張り、俺が戻って来たらすぐに車を出してくれ。」等と持ち掛けたところ、これを乙は承諾した。

したがって、甲及び乙は、B店において店員に刃物を突き付けて本件時計を奪取すること（以下、「本件犯行」という。）についての意思連絡を遂げたことが認められる。

イ 正犯性（正犯意思）

B店における本件犯行について、乙は実行行為を分担していないことから、乙の関与は従犯（62条1項）にとどまるというべきか否かが問題となる。

たしかに、乙は甲の後輩であり、本件犯行にあたり甲が丙と内通している事実を甲から知らされていない等、乙の立場はある程度従属的なものであったことがうかがわ

れる。また、本件犯行の内容についても甲が主導的に決定、計画している。

しかしながら、本件犯行当日、甲及び乙は、乙の運転する自動車で犯行現場であるB店まで赴き、犯行直後も乙の運転する同車で現場から逃走している。また、乙は、甲が同車両を降りてから戻って来るまでの間、通行人が甲を警戒したり、警察官らが駆けつけたりする様子があれば、これを甲に知らせるつもりで、同車運転席から周囲を見張っていた。このような本件犯行の遂行過程において乙が果たした役割は、本件犯行の実現に必要不可欠なものであり、本件犯行の遂行に対する乙の関与は積極的なものであったと認められる。また、乙は、金に困っていたことから、甲と共に本件腕時計の強奪を計画していたところ、甲から「帰ってから時計を分けよう。」との提案を受けて本件犯行への協力を承諾したものであり、実際に、犯行後、乙は甲から本件腕時計100点のうち20点（時価合計400万円相当）の分け前を受領している。そうすると、乙は、本件犯行によって十分な経済的利益を受ける地位にあったと認められ、そのような利益を得ることが、乙が本件犯行に関与した動機であったことからすれば、乙には自己の犯罪を実現する意思があったものと認められる。

※ **正犯性（正犯意思）**の要件については、それを「共謀」とは別個の要件と位置付けるか否かはともかくとして、とりわけ実行した犯罪が財産犯である場合、その認定に際して特に「**利益の帰属**」という事情が重視される。これは、当該犯罪によって経済的利益を得る立場にあるということが、財産犯における動機を有すること（すなわち、当該経済的利益に預かることが犯罪に関与した動機であったこと）を強く推認させる事情となるからである。出題趣旨においては、「犯行に至る経緯、乙が甲に提供した情報の具体的内容、犯行当日の甲乙の行動及び甲乙間の**金銭の分配状況等**について、これらの事実が持つ意味を的確に評価し、…論述する必要がある。」（平成20年出題趣旨）、「**正犯性**に関して言えば、①乙は仲介手数料という**利益を得ることを企図**して売却行為に関わっていること、②乙は現実に売却行為により1300万円の**利益を得ていること**…などの**事実が正犯性の判断にどのような影響を及ぼすかを論じる必要がある。**」（平成24年出題趣旨）、「**共謀**が成立していることを論じる必要がある。その際には、…乙は**分け前欲しさ**もあり甲の指示を了承したこと、…甲はVから手に入れた**金員の7割を手にする**ことにしていたこと、…などの各事実を指摘した上、これらの事実を用いて共謀共同正犯が成立することをその要件を踏まえて論じることが求められる。」（平成28年出題趣旨）等と指摘されている。

(2) 以上より、甲及び乙は、本件犯行について共謀（第2共謀）を遂げたものと認められる。

2 共謀に基づく実行

甲は、上記第2共謀に基づいて本件偽装強奪行為を行ったものであるが、上述のとおり、同行為は強盗罪の実行行為に当たらない。

他方、上記第1共謀及び第2共謀に基づく本件領得行為は、B店店長Cに対する窃盗罪に当たるため、乙にとって、第2共謀に起因して客観的には窃盗罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことになる。

3 故意（抽象的事実の錯誤）

(1) もっとも、乙にはB店の店員に対する強盗の認識はあるが、同店店長Cに対する窃盗の認識はなかったことから、故意の存否について検討する。

ア 行為者が認識した事実と現実に発生した事実との間に、異なる構成要件にわたる錯誤がある場合には、両者につき構成要件的に重なり合いが認められる範囲において、軽い罪についての故意を認めることができる（38条2項参照）。両者につき構成要件的に重なり合いが認められるか否かについては、保護法益及び行為態様の点から両者の共通性を判断すべきである。

イ 強盗罪の共同正犯と窃盗罪の共同正犯とは、いずれも財産権を保護法益とし、意思に反して他人の財物を奪う態様の行為である点において共通している。

(2) したがって、乙には、両罪につき構成要件的に重なり合う窃盗罪の共同正犯の故意が認められる。また、乙は上記の動機を有していたことから、不法領得の意思も認められる。

4 結論

以上より、B店店長Cに対する窃盗罪の甲との共同正犯（60条、235条）が成立する。

なお、上述のとおり、乙は甲を介して丙とも共謀を遂げたものと認められることから、本罪は丙との関係でも共同正犯となる。

※ **共謀時点で共犯者間の意思内容に不一致がある場合**の処理手順について、大きく分けて2つのアプローチが考えられる。第1の考え方は、上記問題を**抽象的事実の錯誤**の一類型と捉えるアプローチである（**故意認定アプローチ**）。すなわち、判例は、異なる構成要件間の錯誤であっても、構成要件が実質的に重なり合う限度で故意を認めているところ（**参考判例9**参照）、このアプローチによれば、共謀に基づいて犯罪が実行された事案において共犯者間で意思内容が異なった場合についても主観面における故意の認定において構成要件の重なり合いを検討することになる。具体的には、本問において、甲は乙との間で、「B店において店員に刃物を突き付けて時計を奪取すること」についての意思連絡（共謀）を遂げたことを認定する（甲には上記脅迫を手段として財物を奪取する意思がない点ここでは評価しない）。その上で、上記共謀に基づいて甲がB店に対し「脅迫を手段としない財物奪取」に及んだことから、乙にとって、客観的には「窃盗罪の共同正犯」に当たる事実が実現されたことを認定する。次に、主観面の故意の認定において、乙が「脅迫を手段とする財物奪取」を行う認識を有して

いた（主観的には「強盗罪の共同正犯」の故意であった）点が問題となる。これは、“**重い犯罪を実現する意図で軽い犯罪を実現した場合**”であり、抽象的事実の錯誤の一類型として処理される。そこで、

- ※ 仮に甲に（業務上）横領罪の成立を肯定した場合、乙の錯誤の検討においては、「（業務上）横領罪と強盗罪の重なり合い」を検討することになるが、両罪の重なり合いを認めることは容易ではない（なお、業務上横領罪と窃盗罪について、平成27年採点実感は「業務上横領罪と窃盗罪の重なり合いについて判断した判例はないことから、いずれの結論を採るにせよ、重なり合いについてどのように判断するのかを各自の基準を立てた上で、問題文の事実を当てはめるといふ論述が求められていた。」と言及している。）。さらに、仮に（業務上）横領罪の限度で重なり合いを認めて成立を肯定する場合、乙についても（業務）及び「占有」の身分を欠く者であるから、“**共犯と身分の処理**”（65条の適用）が問題となる点は甲と同様である。

[構成例Ⅱ] 共謀認定アプローチ

B店店長Cに対する窃盗罪の甲及び丙との共同正犯（60条、235条）の成否

1 共謀

(1) 意思連絡及び正犯性（正犯意思）

共謀の認定にあたっては、…（省略）…。

ア 甲は、同月2日、乙に対し、「明日、俺がB店の開店と同時に中に入って店員に刃物を突き付けて時計を奪い取ってくる。その間、お前は近くに停めた車で周囲を見張り、俺が戻って来たらすぐに車を出してくれ。」等と持ち掛けたところ、これを乙は承諾して意思連絡を遂げたものと認められる。

イ 他方、乙は実行行為を分担していないことから、乙の関与は従犯（62条1項）にとどまるというべきか否かが問題となる。…（省略）…。

(2) 共謀の成立範囲

もともと、甲が乙との上記意思連絡を遂げた時点において、甲は、上述のとおり丙と共同して本件偽装強奪計画を企図していたことから、いかなる範囲で乙との共謀が認められるかについて検討する。

ア 共同正犯の本質は共犯者が相互に利用補充して自己の犯罪を実現する点にあることからすれば、意思連絡を遂げた時点で共犯者間の意思内容に不一致がある場合にも、両者の認識した事実につき、構成要件的に重なり合いが認められる範囲において相互利用補充関係が認められることから、その範囲で共謀が成立するものと解する。両者につき

構成要件的に重なり合いが認められるか否かについては、保護法益及び行為態様の点から両者の共通性を判断すべきである。

イ 上記意思連絡を遂げた時点において、甲は脅迫を手段としない財物奪取を行う意思であったのに対し、乙は脅迫を手段とする財物奪取を行う意思であったところ、前者は窃盗の認識であり、後者は強盗の認識である。強盗罪と窃盗罪とは、いずれも財産権を保護法益とし、意思に反して他人の財物を奪う態様の行為である点において共通している。

(3) 以上より、甲及び乙は、両者の意思内容につき構成要件的に重なり合う窃盗罪の範囲で共謀（第2共謀）を遂げたものと認められる。

2 共謀に基づく実行

上記第2共謀に基づいて、甲が本件領得行為を実行した。

3 故意

上述のとおり本件領得行為は窃盗罪に当たるところ、窃盗罪の範囲で成立した第2共謀に基づいて甲が実行した犯罪事実（B店から本件腕時計を持ち出したこと）についての乙の認識に欠けることなく、窃盗罪の共同正犯に当たる事実の認識、認容が認められる。また、乙は上記の動機を有していたことから、不法領得の意思も認められる。

4 結論

以上より、本罪が成立する。なお、上述のとおり、乙は甲を介して丙とも共謀を遂げたものと認められることから、本罪は丙との関係でも共同正犯となる。

※ **第2の考え方**は、①共謀時点において共犯者間において意思内容の不一致が生じていた場合と、②共謀時点において共犯者間の意思内容に不一致はなかったものの、実行行為時点において共犯者間の意思内容に不一致が生じ、当初の意図とは異なる結果が実現された場合（**参考判例10**参照）とを区別し、②については錯誤論（考え方I）により処理するが、①については**共謀の認定**において上記共犯者間の認識の齟齬を検討するアプローチである（**共謀認定アプローチ**）。すなわち、共謀とは、相互的な意思連絡に基づく共同犯行の合意である以上、共謀時点で共犯者間の認識に食い違いがあれば、そもそも共謀が成立しないとの理解を前提として、そのような場合に共謀（意思連絡）を遂げたと認定できるのは、両罪の構成要件が重なり合う範囲においてであると考えられることになる。したがって、この考え方によれば、主観面の故意（錯誤）の問題以前に、客観面の共謀の認定において構成要件の重なり合いが検討されることになる。具体的には、本問において、甲と乙とが意思連絡を遂げた時点において、両者の認識が異なっていることから、いかなる範囲で共謀が認定できるのかを検討することになる。甲の「脅迫を手段としない財物奪取」（窃盗）の意思と乙の「脅迫を手段とする財物奪取」（強盗）の意思について、両罪の構成要件が重なり合う窃盗罪の限度で意思連絡（共謀）を遂げたと認定する

ことができる。その上で、上記共謀に基づいて甲がB店に対し「脅迫を手段としない財物奪取」に及んだことを認定する。この場合、主観面の認定については、共謀を遂げた犯罪の内容と共謀に基づいて実行された犯罪の内容に不一致はないことから、乙の錯誤は問題としないと考えた場合、客観的に発生した「B店からの財物奪取」という事実に対する認識をもって窃盗罪の共同正犯の故意を認定すれば足りる。(ただし、共謀の成立範囲と故意責任の範囲は別の問題であると捉え、改めて錯誤論を検討する余地もある。)。以上より、乙には、窃盗罪の共同正犯が成立することになる。

第4 丁の罪責

盗品等保管罪（256条2項）の成否

- 1 本件腕時計は、上述のとおり丙らがB店から窃取したものであり、「盗品」に当たる。
- 2 本罪の処罰根拠は、盗品等の事後的な処分に関与する行為が、被害者による盗品等の返還請求権の行使を困難にするとの点のみならず、一般に、窃盗等の犯罪を助長し誘発する危険があるとの点にも求められることからすれば、本罪は継続犯であると解される。

丁は、当初、丙から頼まれて、本件バッグの中に本件腕時計が入っていることを知らずに本件バッグを自宅の押し入れ内に入れて保管を開始した。もっとも、その後、不審に思って本件バッグの中を確認したところ、本件腕時計を発見し、その時点で、これらの腕時計が盗品等であることを認識したが、丙のために、本件バッグを預かり続けることとしたのであるから、かかる時点以降もなお丁が本件バッグの保管を継続した行為は、盗品等の「保管」に当たる。

- ※ **盗品等保管罪における知情の時期**について、盗品等の占有移転の時点では盗品性の認識がなく、その後知情した場合の本罪の成否が問題となる。本罪の罪質を**継続犯**と解するのであれば知情後もなお保管を継続する行為に保管罪が成立することになるのに対し、**状態犯**と解するのであれば保管中に知情した場合に本罪は成立しないことになる。**参考判例 11**は、「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、赃物であることを知るに至ったのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、赃物の寄蔵にあたる」と判示して保管罪の成立を肯定している。これに対して、本罪の保護法益として被害者の追求権を重視する立場から、追求権の侵害はまさしく占有移転・取得行為の点にあると考えるのであれば、盗品性の認識は保管開始時において要求されることになり、上記事案では保管罪の成立が否定される。
- 3 本罪の成立には、盗品等であることの認識が必要であるが、その認識は未必的なもので足りる。丁は本件腕時計を発見した時点で、これらの腕時計は丙が自分のものにするためにB店から無断で持ち出した商品であろうと認識したのであるから、かかる時点以降は本件腕時計の盗品性について未必的に認識していたといえ、本罪の故意が認められる。
 - 4 以上より、本罪が成立する。

〔設問2〕

第1 甲は乙の頭部裂傷の傷害結果に関する刑事責任を負わないとの立場からの説明（小問(1)）

1 共謀に基づく実行といえるか否かについて 参考判例14

(1) 甲及び丙は、共同して乙に対して暴行に及ぶことを共謀（以下、「本件共謀」という。）し、本件共謀に基づいて甲が乙の頭部を木刀で1回殴打した（以下、「甲の殴打行為」という）。その後、丙が更に甲から取り上げた木刀で乙の頭部を殴打した（以下、「丙の殴打行為」という。）ところ、乙は、全治約3週間を要する頭部裂傷の傷害（以下、「乙の傷害結果」という。）を負った。

もっとも、乙の傷害結果は、甲又は丙の殴打行為のいずれか一方だけによって形成されたことは明らかであるが、いずれの殴打行為から形成されたものか不明であった。この場合、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により甲の殴打行為と乙の傷害結果との因果関係を認定することは許されず、他方、丙の殴打行為が単独犯となる限り乙の傷害結果を甲に帰責することはできない。したがって、甲が乙の傷害結果に関する刑事責任を負うというためには、丙の殴打行為も本件共謀に基づくものと認められることを要する。

(2) 甲の殴打行為後、甲は、丙の余りの勢いに驚き、丙に対し、「落ち着け。」等と言い、丙をいさめて暴行を終了させようとした。これに対し、丙は、暴行を提案した甲から止められたことに立腹し、甲の頭部を手拳で殴ったところ、転倒した甲が頭部を路面に打ち付けて気絶したが、丙は、そのことを認識しつつ更に丙の殴打行為に及んでいく。以上のように、甲が丙を制止する姿勢を示したことに加え、丙の殴打行為が甲の気絶した状態下において行われていることからすれば、丙の殴打行為は甲の存在によって何ら促進、強化されておらず、甲が本件共謀により及ぼした心理的因果性はもはや切断されたものと評価できる。

また、当初、甲は、乙の態度に立腹したことから、乙を懲らしめようとして本件共謀を遂げたものであるところ、甲の殴打行為の後、甲は「乙が警察にばらすはずはな

い。」と考えていたのに対し、丙は、乙に暴行を加えて警察に真相を話さないと約束させようと考えて更なる殴打行為に及んだものであり、両殴打行為の間には動機において断絶がある。

以上の事情からすれば、甲及び丙の間に形成された共犯関係は、甲に対する暴行とその結果失神した甲の放置という丙自身の行動によって一方的に解消され、その後の丙の殴打行為は甲の意思・関与を排除して丙のみによってなされたものと解すべきである。

したがって、丙の殴打行為は本件共謀に基づくものとは認められない。

(3) 以上より、甲は、乙の傷害結果に関する刑事責任を負わない。

2 同時傷害の特例（207条）適用の可否について **参考判例15**

(1) なお、丙の殴打行為が本件共謀に基づくものと認められない場合において、以下のとおり、207条の適用により乙の傷害結果を甲に帰責することは許されない。

(2) 同条の規定は、二人以上で暴行を加え人を傷害した場合において、傷害を生じさせた行為者を特定できない場合等に、共謀の立証ができない限り、行為者のいずれに対しても傷害の刑責を負わせることができなくなるという著しい不合理を生ずることに着目し、かかる不合理を解消するために特に設けられた例外規定である。

しかるところ、甲及び丙の共謀に基づく甲の殴打行為（共同正犯）に引き続き丙が単独で丙の殴打行為（単独犯）に及んだ場合、乙の傷害結果を生じさせた行為者を特定できなくても、少なくとも丙に対しては乙の傷害結果に関する刑事責任を問うことができるのであって、同特則の適用によって解消しなければならないような著しい不合理は生じない。

したがって、この場合には、同特則の適用がなく、自己の殴打行為と乙の傷害結果との因果関係を認定し得ない甲については、乙の傷害結果について帰責されないとの結論が不当であるとは解されない。

(3) 以上より、甲は、乙の傷害結果に関する刑事責任を負わない。

第2 甲は乙の頭部裂傷の傷害結果に関する刑事責任を負うとの立場からの反論（小問(2)）

1 共謀に基づく実行といえるか否かについて 参考判例 13

- (1) 特定の犯罪の共謀がなされた場合において、共謀に参加した者についてその共犯関係が解消されたというためには、その者が共謀を介して実行者に及ぼした因果的影響（物理的及び心理的因果性）を除去したと認められること、すなわち、他の共謀者が当初の共謀に基づいてなお実行行為を継続する客観的危険性を除去したものと認められることが必要である。
- (2) たしかに、丙は甲に暴行して気絶させており、その後の暴行から一方的に甲を排除している。しかしながら、かかる事情はそれ以降に甲の新たな因果的寄与が生じ得ないということを意味するに過ぎず、それ以前の関与が及ぼした因果的影響が切断されたことを必ずしも意味しない。現に、丙は、甲が自宅物置内から持ち出した木刀を凶器として用いて殴打行為に及んでおり、甲の及ぼした物理的因果性はなお残存していたといえる。また、甲の殴打行為により乙が「やめてくれないなら、全部警察にばらしますよ。」と言い出したことから、丙の暴行の動機が発生、強化されており、甲の殴打行為により形成された状況に基づいて丙の殴打行為が行われたものと評価できる。

以上の事情からすれば、丙の殴打行為は、当初の甲との共謀内容と連続した動機、目的の下になされたものである上、丙が甲に対し暴行を加えて気絶させた段階においても、甲との本件共謀及びそれに基づく甲の殴打行為によりもたらされた心理的、物理的な効果は残存しており、丙がこれを利用してなお犯行を継続する危険性があったというべきであるから、丙の暴行によって甲が気絶したことをもって、丙が、甲との間の共犯関係から離脱したとか、甲と丙との共犯関係が解消されたと解するのは相当ではない。

したがって、丙の殴打行為も本件共謀に基づくものと認められる。

- (3) 以上より、甲は、乙の傷害結果に関する刑事責任を負う。

2 同時傷害の特例（207条）適用の可否について 参考判例 16・17

- (1) 仮に丙の殴打行為が本件共謀に基づくものと認められない場合であっても、以下のと

おり、甲の殴打行為（共謀に基づく暴行）と丙の殴打行為（単独暴行）について 207 条の適用により乙の傷害結果が甲に帰責される。

- (2) 同条の趣旨は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によることとして立証の困難を救済して法益保護の徹底を図る点にある。そうだとすれば、共同正犯の暴行及び単独犯の暴行という一連の暴行により傷害の結果が発生したことは明らかであるが、いずれの暴行により生じたものであるかを確定することができない場合にも、一連の暴行が同一の機会において行われたものである限り同条が適用されると解すべきである。なぜなら、上記のような場合においても、共同正犯の暴行によって傷害が生じたのか、単独犯の暴行によって傷害が生じたのか不明であるという点において、なお上記の趣旨が妥当し、同条の「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たるといえるからである。

しかるところ、丙の殴打行為は甲の殴打行為のわずか 5 分後に同一現場において行われたものであり、両暴行が同一の機会に行われたことは明らかである。したがって、207 条の適用により甲は自己の殴打行為が乙の傷害結果を生じさせていないことを立証しない限り、その傷害についての責任を免れない。

- (3) 以上より、甲は、乙の傷害結果に関する刑事責任を負う。

※ 「共犯関係の解消」と「共謀の射程」の関係について、まず、前者が問題となった参考判例 12 は、「当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の甲の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。」と判示しており、判例が「共犯関係の解消」の問題を“共謀と実行との因果性”，すなわち、参考判例 7（練馬事件）の示す「謀議をなし、よって犯罪を実行した」という要件に位置付けて検討していることは明らかである。他方、後者の「共謀の射程」という概念は多義的であり、論者によって理解の仕方も様々ではないが、とりわけ共謀による因果性が欠如する状況を「共謀の射程」が及ばない場合であると理解する場合、両者は基本的には共通の問題ということになる。すなわち、「共謀の射程」は、実行行為が実行者による別個独立の意思決定に基づいて行われたため、当初共謀の因果性が及ばなくなる（共謀とは無関係の実行となる）状況を問題とするのに対し、「共犯関係の解消」は、実行者に与えた因果的影響が基本的にはなお継続しているといえる状況が前提となり、それが共謀者（非実行者）の積極的行為等によって遮断されたか否かという観点から因果性の有無を問題とするものである。このように考えると、「共謀の射程」の検討では実行者側の事情が重視され、「共犯関係の解消」の検討では共謀者（非実行者）側の事情が重視されることになるが、結局のところ、両問題は、いずれも「共謀に基づく実行」という要件を認定できるか否かが問題の所在であると理解することができる（いわばスポットライトの当て方が異なっているだけで、同じ要件を検討し

ているに過ぎないといえる。)。本問においても、甲が乙の傷害結果に関する刑事責任を負うか否かを検討するに際して、「共犯関係の解消が認められるか否か」あるいは「共謀の射程が及ぶか否か」という抽象的な問題提起をして肯否の結論を論じるのみではなく、共同正犯の成立要件のうちどの要件の認定が問題となっているのかを意識して論述することが重要である。

- ※ **共犯関係からの一方的排除**という事情については、「共犯関係の解消」と「共謀の射程」のいずれの観点からも検討することは可能であろう（「共謀者が因果的影響を切断したと評価できるか」という観点から検討すれば前者の問題であり、「実行者が別個の意思決定に基づいて実行したと評価すべきか」という観点から検討すれば後者の問題である。）。もっとも、本問では、「論点ごとに論拠を示しつつ」説明・反論することが求められているものの、上記の理解によれば、両問題とも「共謀に基づく実行」の要件認定の問題であると捉えることになるため、両者を殊更別個の論点として取り上げて論じる必要はないであろう。なお、実行者が暴行によって共謀者を失神させた後、なお暴行を継続したという事案について、**参考判例 13**は「共謀、その実行行為によりもたらされた心理的、物理的な効果は残存しており、…これを利用してなお犯行を継続する危険性があったことは明らかである。」と述べた上で、「暴行によって被告人が気を失ったことをもって、被告人が、…共犯関係から離脱したとか、…共犯関係が解消されたと解するのは相当ではなく、被告人は、第1暴行のみならず、第2暴行についても刑事責任を免れず、これら一連の暴行によって生じた傷害の結果につき、傷害罪の罪責を負う」と判示した。これに対し、同事案の控訴審である**参考判例 14**は、「共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置…によって一方的に解消され、その後の第二の暴行は被告人の意思・関与を排除して…なされたものと解するのが相当である。」と判示し、失神後の暴行については共犯関係に基づく帰責を否定している（ただし、同時傷害の特例（207条）の適用によって傷害結果の帰責については肯定している。）。
- ※ 共犯関係の解消を肯定して後行行為が共謀に基づかない暴行（単独暴行）であると評価する場合、共謀に基づく先行行為（共同暴行）との関係で**同時傷害の特例（207条）の適用の可否**が問題となる。これは、共謀に基づかない先行行為（単独暴行）の後に共謀加担した者との共謀に基づく後行行為（共同暴行）について承継的共同正犯の成立を否定した場合と共通の問題であるといえる。この問題については従来から下級審裁判例において鋭い対立があり、**参考判例 15**は、「後行者たる乙が先行者甲との共謀に基づき暴行を加えた場合は、傷害の結果を生じさせた行為者を特定できなくとも、少なくとも甲に対しては傷害罪の刑責を問うことができるのであつて、刑法の右特則の適用によつて解消しなければならないような著しい不合理は生じない」と判示して**適用否定説**を採用した。同判例は、207条があくまで傷害結果を誰にも帰責できなくなってしまう場合にのみ例外的に発動する法規であつて傷害結果を帰責できる者が存在する場合には適用の前提を欠くとの理解を前提としていると解される。これに対して、**参考判例 16**は、「単独犯の暴行によって傷害が生じたのか、共同正犯の暴行によって傷害が生じたのか不明であるという点で、やはり「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たることにはかわりはない」と判示して**適用肯定説**を採用した。近時、この問題について最高裁としての重要な判断が示された。すなわち、**参考判例 17**は、「途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であつて、共謀関係が認められないときとの均衡も失する」と指摘し、上記の適用否定説の理由付けに対しては、「先行者に対し当該傷害についての責任を問い得ることは、同条の適用を妨げる事情とはならない」と述べた上で、この場合も「先行者の加えた暴行と被告人の加えた暴行のいずれにより傷害が生じたのかを知ることができないという意味で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当た」るという旨を判示しており、最高裁として**適用肯定説**に立つことを明らかにした。

以上

<参考判例>

1【大判昭 21.11.26（上下主従関係の占有①）／下位者の占有否定】

「農業会長ノ指揮監督ノ下ニ農業会ノ保管スル政府管理米ノ出入庫ニ関スル事務ヲ担当スル倉庫係ハ農業会長ノ保管業務ヲ補助スルニ過キササルヲ以テ斯卡ル倉庫係カ擅ニ倉方ヲシテ該政府管理米ヲ倉庫内ヨリ取出サシメテ之ヲ領得スルトキハ窃盗罪ヲ構成シ業務上横領罪ヲ構成スルモノニ非ス」

2【最判昭 23.7.27（上下主従関係の占有②）／下位者の占有否定】

「被告人 X は鉄道荷扱手原審相被告人 Y は鉄道荷扱専務車掌として、何れも山陽線糸崎駅岡山駅間等に乗務していたものであるが、共謀の上昭和二十二年五月十六日午後一時頃乗務中の山陽線上り第九六四号貨物列車が笠岡駅に停車中、同貨車に積載輸送中であつた津山市北町吉久初代所有の衣類二十数点在中の柳行李一個及び岡山車掌区長 V 管理保管に係る衣類等約三十点在中の竹行李一個を窃取したものであるというのであるが、車掌が乗務中の貨物列車において、これに積載されている荷物を不正に領得する行為は窃盗罪を構成するものである」

3【大判大 7.11.19（上下主従関係の占有③）／下位者の単独占有】

「郵便局集配人タル被告カ郵便局ノ取扱ニ係ル被告ノ配達スヘキ紙幣在中ノ普通郵便物ヲ占有中不法ニ之ヲ領得シタル所為ハ業務上横領罪ニシテ刑法第 2 5 3 条ニ該当スルモノトス」

4【大半昭 2.2.16（上下主従関係の占有④）／下位者の単独占有】

「3 等郵便局通事事務員カ自己ノ職務トシテ貯金事務ヲ執ル以上ハ其ノ貯金者ヨリ受領シタル郵便貯金ハ之ヲ分任出納官タル局長ニ交付スル迄ハ其ノ業務上ノ占有ニ属スルモノトス」

5【最判昭 25.6.6（上下主従関係の占有⑤）／共同占有】

「原審挙示の証拠によれば少なくとも判示係長も占有を有して居たことが認められる。共同占有の場合、共同占有者の占有を奪つて自己単独の占有に移す行為は窃盗を以て目すべきこと大審院以来判例の認める処で其解釈は正当である。」

6【最判昭 24.2.8（反抗抑圧の認定）／客観説】

「他人に暴行又は脅迫を加えて財物を奪取した場合に、それが恐喝罪となるか強盗罪となるかは、その暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によつて決せられるのであつて、具体的事案の被害者の主観を基準としてその被害者の反抗を抑圧する程度であつたかどうかと云うことによつて決せられるものではない。原判決は所論の判示第二の事実について、被告人等三名が昭和二十二年八月二三日午後十一時半頃被害者方に到り、判示の如く匕首を示して同人を脅迫し同人の差出した現金二百円を強取し…た事実を認定しているのであるから、右の脅迫は社会通念上被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであることは明かである。従つて右認定事實は強盗罪に該当するものであつて、仮りに所論の如く被害者 V に対しては偶々同人の反抗を抑圧する程度に至らなかつたとしても恐喝罪となるものではない。」

7【最判昭 33.5.28（共謀共同正犯の成立要件／順次共謀）（練馬事件）】

「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。

「…数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀の成立することを必要とするものでなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解するを相当とする。」

7【最決昭 50.6.12（知情後の保管継続）】

「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、赃物であることを知るに至つたのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、赃物の寄蔵にあたるものというべきであり、原判決に法令違反はない。」

8【最判昭 32.11.19（共犯と業務上横領罪における身分）】

「被告人Xは元I郡V村村長及び同村新制中学校建設工事委員会の工事委員長、同Yは元同村助役及び同工事委員会の工事副委員長として右Xを補佐していたものであるが、当時同村収入役として出納その他の会計事務を掌り、傍ら前示中学校建設委員会の委託を受け同校建設資金の寄附金の受領、保管その他の会計事務を管掌していたZと共謀の上、同人が昭和二四年四月一〇日頃から同年一〇月一日頃までの間I郡V村A外一九〇余名から学校建設資金として前記工事委員会又はV村に対する寄附金として合計金二三一、五五〇円を受け取りこれを業務上保管中、該金員中から合計金八一、六四七円を別表記載の如く昭和二四年七月二三日頃から同年一二月頃までの間ほしいままにI郡V村B方外一個所において、同人外一名から酒食等を買入れてこれが代金として支払い、もつてこれを費消横領したというのであり、挙示の証拠によると、右Zのみが昭和二四年四月一〇日頃より同年八月三〇日までの間右中学校建設委員会の委託を受け同委員会のため、昭和二四年八月三十一日より同年一二月頃までの間V村の収入役として同村のため右中学校建設資金の寄附金の受領、保管その他の会計事務に従事していたものであつて、被告人兩名はかかる業務に従事していたことは認められないから、刑法六五条一項により同法二五三条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきものである。しかし、同法二五三条は横領罪の犯人が業務上物を占有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるから、業務上物の占有者たる身分のない被告人兩名に対しては同法六五条二項により同法二五二条一項の通常横領罪の刑を科すべきものである。」

9【最決昭 61.6.9（抽象的事実の錯誤）／法定的符合説】

「まず、本件において、被告人は、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する粉末を麻薬であるコカインと誤認して所持したというのであるから、麻薬取締法六六条一項、二八条一項の麻薬所持罪を犯す意思で、覚せい剤取締法四一条の二第一項一号、一四一条一項の覚せい剤所持罪に当たる事実を実現したことになるが、両罪は、その目的物が麻薬か覚せい剤かの差異があり、後者につき前者に比し重い刑が定められているだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であるところ、麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は、軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当である。被告人には、所持にかかる薬物が覚せい剤であるという重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである（最高裁昭和五二年（あ）第八三六号同五四年三月二七日第一小法廷決定・刑集三三卷二号一四〇頁参照）。」

10【最決昭 54.4.13（共犯の錯誤）】

「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人Xら七名のうちのYが前記福原派出所前でA巡査に対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人Xら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。すなわち、Yが殺人罪を犯したということは、被告人Xら六名にとつても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといって、被告人Xら六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかつたのであるから、被告人Xら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断することとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない。」

11【最決昭 50.6.12（盗品等保管罪における知情時期）】

「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、赃物であることを知るに至つたのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、赃物の寄蔵にあたるものというべきであり、原判決に法令違反はない。」

12【最決平元 6.26（共犯関係の解消）】

「右事実関係に照らすと、被告人Xが帰つた時点では、Yにおいてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかつたのに、被告人Xにおいて格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去つたに過ぎないのであるから、Yとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後のYの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。」

13【名古屋地判平 14.4.16（共犯関係からの排除①）】

「上記のその余の傷害が、第二暴行によって生じた可能性を否定できないことから、その傷害につき、第一暴行の直後にBから暴行を受けて気を失った被告人が、刑事責任を負うか否かについて検討する。

〔1〕前記認定の（2）の〔1〕ないし〔3〕によれば、F子のお話を真に受けたBらは、B方において、Gに暴力を振るって制裁を加えた上、うまく行けば同人に慰籍料を支払わせる旨の意思を相通じたこと、被告人も、Bらがそのような意図であることを知りながら、同調してこれに加担することを決意したことが認められ、Bらと被告人との間の共謀内容もそのように認定できる。…

〔2〕このような共謀の下、被告人及びBは、第一暴行を加えたものであるが、その暴行が中止されたのは、やりすぎではないかと感じたCが制止したことがきっかけであり、当初の共謀内容からみて、その目的を達したため終了したものではないことが明らかである。…

〔3〕しかも、被告人及びBの第一暴行の内容は、前記のとおりGの反抗を抑圧し、抵抗できない状態にするほどの激しいものであり、この結果、Bは、G車両にGを乗車させ、一人で衣浦港岸壁まで自動車を走行させ、更に第二暴行に至ったことが認められる。

〔4〕そうしてみると、第二暴行は、被告人との間の前記〔1〕の共謀内容と同一の動機、目的の下になされたものである上、Bが被告人に対し暴行を加えて気を失わせた段階において、被告人との共謀、その実行行為によりもたらされた心理的、物理的な効果は残存しており、Bがこれを利用してなお犯行を継続する危険性があったことは明らかである。

Bの暴行によって被告人が気を失ったことをもって、被告人が、Bとの間の共犯関係から離脱したとか、被告人とBとの共犯関係が解消されたと解するのは相当ではなく、被告人は、第一暴行のみならず、第二暴行についても刑事責任を免れず、これら一連の暴行によって生じた傷害の結果につき、傷害罪の罪責を負うというべきである。

14【名古屋高判平 14.8.29（共犯関係からの排除②）】

「被告人は共犯者Bとともに上記駐車場で被害者に暴行（第一の暴行）を加えたところ、これを見ていたCがやりすぎではないかと思つて制止したことをきっかけとして同所における暴行が中止され、被告人が被害者をベンチに連れて行って「大丈夫か」などと問いかけたのに対し、勝手なことをしていると考へて腹を立てたBが、被告人に文句を言つて口論となり、いきなり被告人に殴りつけて失神させた上、被告人（及びD子）をその場に放置したまま他の共犯者と一緒に被害者ともども上記岸壁に赴いて同所で第二の暴行に及び、さらに逮捕監禁を実行したものであり、被害者の負傷は（1）通院加療約二週間を要する上顎左右中切歯亜脱臼、（2）通院加療約一週間を要する顔面挫傷、左頭頂部切傷、（3）安静加療約一週間を要した頸部、左大腿挫傷、右大腿挫傷挫創、（4）安静加療約一週間を要した両手関節、両足関節挫傷挫創であるが、（1）は第一の暴行によって生じ、（4）は第二の暴行後の逮捕監禁行為によって生じたものと認められるが、（2）及び（3）は第一、第二のいずれの暴行によって生じたか両者あいまって生じたかが明らかでないものである。このような事実関係を前提にすると、Bを中心とし被告人を含めて形成された共犯関係は、被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置というB自身の行動によって一方的に解消され、その後の第二の暴行は被告人の意思・関与を排除してB、Cらのみによってなされたものと解するのが相当である。したがって、原判決が、被告人の失神という事態が生じた後も、被告人とBらとの間には心理的、物理的な相互利用補充関係が継続、残存しているなどとし、当初の共犯関係が解消され

たり、共犯関係からの離脱があったと解することはできないとした上、(2)及び(3)の傷害についても被告人の共同正犯者としての刑責を肯定したのは、事実を誤認したものというほかない…。しかしながら、叙上の事実関係によれば、被告人は第一の暴行の結果である(1)の傷害について共同正犯者として刑責を負うだけでなく、(2)及び(3)の各傷害についても同時傷害の規定によって刑責を負うべきものであって、被害者の被った最も重い傷が(1)の傷害である本件においては、(2)及び(3)の各傷害について訴因変更の手続をとることなく上記規定による刑責を認定することが許されると解されるから、結局、原判決が(2)及び(3)の各傷害についての被告人の責任を肯認したことに誤りはなく、原判決はその根拠ないしは理由について誤りを犯したにすぎないことになる。」

15【大阪高判昭62.7.10（同時傷害の特例適用の可否①）／否定例】

「いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解するのが相当である。

…被告人が先行者たるYらの行為等を自己の犯罪遂行の手段として利用する意思であつたとか、これを現実にそのようなものとして利用したと認めることは困難である。従つて、本件において、被告人に対しては、Yらとの共謀成立後の行為に対して共同正犯の成立を認め得るに止まり、右共謀成立前の先行者の行為等を含む犯罪全体につき、承継的共同正犯の刑責を問うことはできないといわざるを得ない。

しかして、本件においては、被害者Vの原判示各傷害は、同人方居室内、タクシー内及び西田組事務所内におけるY、X、Zらによる一連の暴行によつて生じたものではあるが、一連の暴行のうち、被告人の共謀加担後に行われたと証拠上認定し得るものは、被告人による顎の突き上げ（二、三回）及びXによる顔面殴打（一回）のみであつて、Vの受傷の少なくとも大部分は、被告人の共謀加担前に生じていたことが明らかであり、右加担後の暴行（特にXの顔面殴打）によつて生じたと認め得る傷害は存在しない。そうすると、被告人に対しては、暴行罪の共同正犯が成立するに止まり、傷害罪の共同正犯の刑責を問うことはできない。

右のような当裁判所の結論に対しては、刑法二〇七条のいわゆる同時傷害罪の規定との関係で、異論があり得るかと思われるので、以下、若干の説明を補足する。

例えば、甲の丙に対する暴行の直後乙が甲と意思の連絡なくして丙に暴行を加え、丙が甲、乙いずれかの暴行によつて受傷したが、傷害の結果を生じさせた行為者を特定できない場合には、刑法二〇七条の規定により、甲、乙いずれも傷害罪の刑責を免れない。これに対し、甲の暴行終了後乙が甲と共謀の上暴行を加えた場合で、いずれの暴行による傷害か判明しないときには、前示のような当裁判所の見解によれば、乙の刑責が暴行罪の限度に止まることになり、甲との意思連絡なくして丙に暴行を加え同様の結果を生じた場合と比べ、一見均衡を失する感のあることは、これを否定し難い。しかし、刑法二〇七条の規定は、二人以上で暴行を加え人を傷害した場合において、傷害を生じさせた行為者を特定できなかつたり、行為者を特定できても傷害の軽重を知ることができないときには、その傷害が右いずれかの暴行（又は双方）によつて生じたことが明らかであるのに、共謀の立証ができない限り、行為者のいずれに対しても傷害の刑責を負わせることができなくなるという著しい不合理を生ずることに着目し、かかる不合理を解消するために特に設けられた例外規定である。これに対し、後行者たる乙が先行者甲との共謀に基づき暴行を加えた場合は、傷害の結果を生じさせた行為者を特定できなくても、少なくとも甲に対しては傷害罪の刑責を問うことができるのであつて、刑法の右特則の適用によつて解消しなければならないような著しい不合理は生じない。従つて、この場合には、右特則の適用がなく、加担後の行為と傷害との因果関係を認定し得ない後行者たる乙については、暴行罪の限度でその刑責が問われるべきこととなるのであつて、右結論が不当であるとは考えられない。」

16【大阪地判平9.8.20（同時傷害の特例適用の可否②）／肯定例】

「(承継的共同正犯の成否)

右認定を前提とすると、次の問題となるのは、被告人兩名につき、傷害の承継的共同正犯が成立しないかである。これが成立するならば、被告人兩名とも、共謀成立に先立つBの頭突き等の暴行についても共同正犯としての罪責を免れないことになる。

ところで、承継的共同正犯の成立範囲については諸説存するところではあるが、当裁判所は、「承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上一罪を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られると解する」立場（大阪高裁昭和六二年七月一〇日判決・高刑集四〇巻三号七二〇頁）に賛同するものである。

そこで、このような見地から本件につき検討すると、確かに、後行者たる被告人兩名は、先行者たるBが頭突き等の暴行を加えるのを認識・認容していたことが認められるが、それ以上に被告人兩名がこれを「自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思」を有していたとか、現にそのような手段として利用したとかの事実は本件全証拠によっても認めることはできないから、結局、被告人兩名には傷害の承継的共同正犯は成立しないというべきである。

（同時傷害罪の成否）

しかし、以上から直ちに、被告人兩名は共謀成立後の傷害の結果についてのみ傷害罪の共同正犯に問われると結論することはできない。

けだし、前記のとおり、本件傷害の結果は共謀成立の前後にわたるB及び被告人兩名の一連の暴行によって生じたことは明らかであるが、それ以上に、これがBの頭突き等の暴行にのみ起因するものであるのか、それともその後の被告人兩名及びBの暴行にのみ起因するものであるのか、はたまた両者合わさって初めて生じたものであるのかは、本件全証拠によってもこれを確定することはできないからである（なお、前掲関係証拠によれば、甲野の鼻骨骨折はBの最初の頭突きによって生じた可能性が濃厚であるが、被告人兩名もその後甲野の頭部等に多数回足蹴にしており、これらの暴行が右鼻骨骨折の形成に寄与した可能性も否定できないから、右傷害がBの頭突きのみから生じたとは断定することはできない。）。

そして、一般に、傷害の結果が、全く意思の連絡がない二名以上の者の同一機会における各暴行によって生じたことは明らかであるが、いずれの暴行によって生じたものであるのかは確定することができないという場合には、同時犯の特例として刑法二〇七条により傷害罪の共同正犯として処断されるが、このような事例との対比の上で考えると、本件のように共謀成立の前後にわたる一連の暴行により傷害の結果が発生したことは明らかであるが、共謀成立の前後いずれの暴行により生じたものであるか確定することができないという場合にも、右一連の暴行が同一機会において行われたものである限り、刑法二〇七条が適用され、全体が傷害罪の共同正犯として処断されると解するのが相当である。けだし、右のような場合においても、単独犯の暴行によって傷害が生じたのか、共同正犯の暴行によって傷害が生じたのか不明であるという点で、やはり「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たることにかわりはないと解されるからである。

（結論）

よって以上により、当裁判所は、被告人兩名には、本件傷害の結果につき同時傷害罪が成立し、全体につき傷害罪の共同正犯として処断すべきものと判断した次第である。」

17【最決令 2.9.30（共謀成立前後の暴行と同時傷害の特例）】

「所論は、先行者の暴行に途中から後行者が共謀の上加担したが、被害者の負った傷害が共謀加担前の先行者の暴行によるものか共謀加担後の共同暴行によるものか不明な場合には、先行者が当該傷害についての責任を負うから、後行者について刑法二〇七条を適用することはできないという。

同時傷害の特例を定めた刑法二〇七条は、二人以上が暴行を加えた事案においては、生じた傷害の原因となった暴行を特定することが困難な場合が多いことなどに鑑み、共犯関係が立証されない場合であっても、例外的に共犯の例によることとしている。同条の適用の前提として、検察官が、各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること及び各暴行が外形的には共同実行に等しいと評価できるような状況において行われたこと、すなわち、同一の機会に行われたものであることを証明した場合、各行為者は、自己の関与した暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、傷害についての責任を免れない（最高裁平成二七年（あ）第703号同二八年三月二四日第三小法廷決定・刑集70巻3号1頁参照）。

刑法二〇七条適用の前提となる上記の事実関係が証明された場合、更に途中から行為者間に共謀が成立していた事実が認められるからといって、同条が適用できなくなるとする理由はなく、むしろ同条を適用しないとすれば、不合理であって、共謀関係が認められないときとの均衡も失するというべきである。し

たがって、他の者が先行して被害者に暴行を加え、これと同一の機会に、後行者が途中から共謀加担したが、被害者の負った傷害が共謀成立後の暴行により生じたものとは認められない場合であっても、その傷害を生じさせた者を知ることができないときは、同条の適用により後行者は当該傷害についての責任を免れないと解するのが相当である。先行者に対し当該傷害についての責任を問い得ることは、同条の適用を妨げる事情とはならないというべきである。

また、刑法207条は、二人以上で暴行を加えて人を傷害した事案において、その傷害を生じさせ得る危険性を有する暴行を加えた者に対して適用される規定であること等に鑑みれば、上記の場合に同条の適用により後行者に対して当該傷害についての責任を問い得るのは、後行者の加えた暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであるときに限られると解するのが相当である。後行者の加えた暴行に上記危険性がないときには、その危険性のある暴行を加えた先行者との共謀が認められるからといって、同条を適用することはできないというべきである。

これを本件訴訟手続の流れに即していえば、本件は、検察官が先行者と後行者である被告人との間に当初から共謀が存在した旨主張し、被告人がその共謀の存在を否定したが、証拠上、途中からの共謀が認められるという事案であるところ、このような被告人について刑法207条を適用するに当たっては、先行者との関係で、その傷害を生じさせた者を知ることができないか否かが問題となり、検察官において、先行者及び被告人の各暴行が当該傷害を生じさせ得る危険性を有するものであること並びに各暴行が同一の機会に行われたものであることを証明した場合、被告人は、自己の加えた暴行がその傷害を生じさせていないことを立証しない限り、先行者の加えた暴行と被告人の加えた暴行のいずれにより傷害が生じたのかを知ることができないという意味で、「その傷害を生じさせた者を知ることができないとき」に当たり、当該傷害についての責任を免れないのである。

第2問 [刑事訴訟法]

<分析例>

[設問1]

第1 差押えの適法要件

- 1 令状による捜索・差押えには、実体的要件として「正当な理由」及び手続的要件として「捜索する場所及び押収する物を明示する令状」が要求される（憲法35条1項）。
- (1) 「正当な理由」は、差押えの理由と必要性をいうところ、差押えの理由は、差押対象が「証拠物又は没収すべき物と思料するもの」（222条1項、99条1項）、すなわち、被疑事実と関連性を有する証拠であることの蓋然性をいう。他方、差押えの必要性については、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」（218条1項）と規定されている。
- (2) 「捜索する場所及び押収する物を明示する令状」について、差押許可状には「差し押さえるべき物」を記載することが不可欠の要件とされる（219条1項）。

本件各差押えは、甲、乙及び氏名不詳者が共謀の上、本件住居侵入強盗に及んだ旨の被疑事実で、「差し押さえるべき物」を、「被害品と認められる現金、本件に関係ありと思料される名簿、マニュアル、メモ、名刺、パーソナルコンピュータ及びその付属機器類、電磁的記録媒体、携帯電話機及び付属の充電器」とする差押許可状（以下、「本件令状」という。）の発付を受けて行ったものであるところ、対象を特定・明示した適法な令状（219条1項参照）に基づいて執行されたものと認められる。

第2 下線部①の差押え（以下、「差押え①」という。）の適法性

1 令状記載物件該当性・関連性 参考判例1

- (1) 丙組の幹部丁の名刺1枚（以下、「本件名刺」という。）は、本件令状記載物件である「名刺」に当たる。
- (2) 「証拠物」（222条1項、99条1項）とは、被疑事実と関連性を有する証拠物をいうところ、被疑事実に関するものであれば、いわゆる罪体に関する直接証拠だけでなく、状況証拠や犯罪行為の情状に関する証拠も含まれる。

ア 上記のとおり、本件被疑事実は、甲、乙及び氏名不詳者の共謀による住居侵入強盗事件であるところ、同事実の嫌疑により通常逮捕された甲は自己が本件事件の実行行為を行ったことを自白した上で、本件事件を乙の指示で行ったこと、Vから奪取した500万円を乙に全額手渡したこと、甲及び乙のみが出入りするAビル21号室を犯行の拠点としていたこと、乙の背後には指定暴力団である丙組がいて、乙は、その幹部に、犯行で得た金の一部を貢いでいること等を供述している。かかる甲の供述からすれば、本件被疑事実における「氏名不詳者」が丙組幹部であることが疑われるところ、乙名義で借りていることが判明したAビル21号室から発見された本件名刺は、丙組幹部である丁と乙との関わり合いを示す証拠物として、本件事件の罪体である「共謀」の存在を示す重要な証拠となる。また、本件被害金の一部が乙を介して丙組に流入し、このような犯罪収益が丙組の活動資金となっていたことが疑われることから、上記のとおり本件事件への丙組の関与を示す本件名刺は、本件事件の組織的背景や乙の動機等を解明するのに必要な証拠であるといえ、本件被疑事実の重要な情状事情に関する証拠であるといえる。

イ 以上より、本件名刺は本件被疑事実と関連性を有する「証拠物」と認められ、「本件に関連ありと史料される」名刺に当たる。

※ **差押えの関連性の要件**については、対象物が①令状記載物件に典型的に該当すること（**令状記載物件該当性**）と②被疑事実と関連性を有すること（**関連性**）のいずれも充足する必要があるところ、両者は厳密には別個の問題である（例えば、事件の現場で発見された包丁が①令状記載の「刃物」に該当する場合であっても、およそ事件と無関係の包丁であれば②関連性は否定される。）。もっとも、通常、令状の「差し押さえるべき物」の表示には「本件に関連ありと史料される…」という趣旨の限定句が付されていることから、前者を検討することは必ずから後者の検討をも含むことになる（本件令状にも同様の限定句が付されている。）。なお、上記②の被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲について、**参考判例1**の原審は、「被疑事実に関するものであれば、いわゆる罪体に関する**直接証拠**だけでなく、**状況証拠**や**犯罪行為の情状に関する証拠**であってもよく、また、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差し押さえるのでない限り、それが同時に他の犯罪の証拠物に当たるものであっても差し支えない」と判示している（判示後段がいわゆる“**別件捜索・差押え**”の問題である。）。

2 必要性・相当性

差押対象物が「証拠物」（222条1項、99条1項）に該当する場合であっても、犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、

差押えによって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし明らかに差押えの必要がないと認められるときに当該対象物を差し押さえることは許されない。

しかるところ、本件事件が500万円もの多額の被害を生じさせた住居侵入強盗という重大事件であり、上記のとおり本件名刺が本件の罪体及び情状の立証にとって重要な証拠である一方で、名刺は証拠隠滅が容易であり、その財産的価値も高くないことを考慮すれば、本件名刺について明らかに差押えの必要がないとはいえない。

以上より、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」（218条1項）に当たる。

- ※ **差押えの必要性の要件**については、単に捜査のため必要があるという意味ではなく、差押えの理由の存在を前提として、差押えにより生じる権利利益の侵害・不利益の程度についても**比較衡量**した上で判断される要件であり、**相当性**を含む概念である。すなわち、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」（218条1項）とは、任意捜査で当該捜査目的を達成し得る場合は強制捜査によるべきではないとの趣旨（**捜査比例の原則**）を条文上明らかにしたものであり、この意味においての“強制処分必要性”が要件とされる。他方で、**捜索・差押え**という対物処分は未だ証拠が十分に収集されていない捜査の初期段階に行われることが予定されているところ、この段階で厳格な必要性を要求することは捜査機関に困難を強いて捜査の実効性を害する場合があるのみならず、かえって取調べ（供述証拠の獲得）を中心とする自白偏重の捜査の在り方につながるという弊害をもたらすおそれもある。したがって、必要性について裁判所に審査権があることを前提としても、それは消極的要件に過ぎない（必要性の有無については捜査機関の判断が優先する）ものと解されている（それ故、通常は、関連性が肯定されれば必要性も肯定される。）。参考判例2も、「**犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし明らかに差押の必要がないと認められるときにまで、差押を是認しなければならない理由はない。**」と判示している。

3 結論

以上より、差押え①は適法である。

第2 下線部②の差押え（以下、「差押え②」という。）の適法性

1 令状記載物件該当性・関連性 参考判例3・4

- (1) 白色 USB メモリ 1 本及び黒色 USB メモリ 1 本（以下、「本件各 USB」という。）は、本件令状記載物件である「電磁的記録媒体」に当たる。
- (2) 上述のとおり、令状による差押えを行い得るのは、対象物が被疑事実と関連性を有する「証拠物」である場合に限られるから、記録媒体を差し押さえる際には、捜査機関は、原則として、当該媒体に記録された情報の内容が被疑事実に関連することをその場で確認しなければならない。もっとも、Pらは、本件各 USB についていずれもそ

の内容をその場で確認することなく差し押さえているため、このような電磁的記録媒体についてその内容を確認することなく差し押えをすることが許されるかが問題となる。

- ※ いわゆる“**包括的差し押え**”の可否について、通常は多量の電磁的記録媒体について捜索現場で関連性のある物とない物に選別することなく一括して差し押さえるような場面で問題となるため、“包括的差し押え”の問題と表現される。**参考判例4**が、「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」がある場合に一定の条件のもとで「**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」と判示しているのはまさしくこのような問題意識によるものである。これに対して、**参考判例3**は、対象となる記録媒体の中に「**被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性**」が認められる限り、当該媒体の全てについて関連性を肯定する趣旨であると理解することができる。すなわち、ここでの問題の所在は、関連性が必ずしも明らかではない記録媒体について、その場で内容の確認が困難な場合に、“関連性のない物も含めて包括的に差し押さえることが許されるか”ではなく、対象物の個数を問わず（たとえ1個であっても）“内容を確認することなく関連性を認めて差し押えることが許されるか”という点にあると捉えるのが適切である。

差し押えについての「**正当な理由**」の存否は、捜査の必要性和被処分者の利益との比較衡量に基づいて判断すべきであるから、差し押えに要求される関連性の程度は、令状執行の際の具体的状況により、その場で内容を確認することの困難性や弊害の大きさと相関的に判断されるべきものと解する。そうだとすれば、令状により差し押さえようとする電磁的記録媒体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当該記録媒体を差し押さえることが許されると解すべきである。

ア 甲が「アジトには、・・・強盗のターゲットになる人の氏名と電話番号の入った名簿データが保存されているUSBメモリがあります。その名簿には、Vさんの氏名と電話番号もあるのではないかと思います。」と供述していたことからすれば、犯行の拠点であったとされる捜索現場から発見された本件各USBには、V及びその他の被害者の個人情報等が記録されている可能性が高いと認められる。他方、かかる記録は本件事件が常習的犯行の一環として敢行されたことを示す証拠となり得るとともに、そのような情報が記録された媒体が乙名義で借りている室内から発見された事実は、本件被疑事実についての乙の関与を示す重要な証拠となるものである。したがって、本件各USBには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。

イ 他方、捜索に立ち会った乙は、本件各 USB が発見された際、P らに対し、「パスワードは全部『2 2 2 2』にしていますから、この場で確認してください。」と申し出ている一方で、甲は、USB に掛けられたパスワードは 8 桁の数字であると供述していたことから、パスワードの桁数に関して両者の述べた情報は矛盾している。そうすると、少なくとも一方の供述は虚偽であることが疑われるところ、捜索現場において P らが直ちに乙の供述の信用性を吟味、判断することは困難である。しかも、甲は、パスワードについて「一度でも間違えると初期化されてしまいます。」とも供述していたことから、捜索現場で P らが誤ったパスワードを入力すれば本件各 USB に記録された情報が消失する可能性があった。このような状況においては、捜索現場において P らが本件各 USB の内容を確認する措置を講じようとするれば、そこに記録された情報が損壊される危険があったと認められる。

ウ 以上の事情からすれば、本件各 USB については、捜索現場でその内容を確認することなく差し押さえた上で、事後に内容を確認し、本件被疑事実と関係する情報が記録されていないことが明らかとなった物については直ちに還付（222 条 1 項、123 条 1 項）するという措置を講じることが許されるというべきである。なお、P らは、本件差押えの翌日に本件各 USB についてその内容を確認したところ、白色 USB メモリについては未使用であることが判明したことから、同日中にこれを乙に還付しており、事後の手續に違法な点はない。

※ 捜索現場で内容の確認が困難な電磁的記録媒体の関連性について、判例は、「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」（参考判例 3）、「被押収者側から罪証隠滅をされる虞れがある」（参考判例 4）という事情が認められる状況においては、「被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性」（参考判例 3）、「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」（参考判例 4）の存在をもって関連性（222 条 1 項、99 条 1 項）を肯定すると法の理を展開するものと理解される。すなわち、これらの判例は、差押えに要求される関連性の程度は個別具体的な捜査の必要性和対象者の不利益の比較衡量により変動し得るものであるとの理解を前提として、情報損壊の危険性があるという具体的事情の下では関連性の要件が緩和される（「関連する蓋然性」で足りる）との見解を採用したものと解される（関連性変動説）。このような判例の立場に対しては、関連性の有無はあくまで“被疑事実の立証に役立つか否か”という対象物の性質の問題であり、そのような対象物の証明手段としての性質が現場の状況によって変化するという事態は観念できない以上、個別的具体的な利益衡量によって要求される関連性の程度が変動するとの解釈には無理がある、という批判がある。そこで、捜索現場での一時的な占有取得は「差押え」そのものではなく、捜索・差押えに「必要

な処分」(222条1項, 111条1項)として許容され得るものに過ぎないと解する見解も主張されている(「必要な処分」説)。この見解によれば, 捜査機関は, 捜索現場での「必要な処分」として対象物を捜索現場から持ち出して警察署等へ移動させた上で, その内容を確認し, 関連性があると判断された物については正式に「差押え」手続を執行し, そうでない物については直ちに返却するという措置を講じることになる。もっとも, 「必要な処分」説に対しては, 「差押え」とはまさしく占有を取得する処分である以上, 一時的にでも占有を取得する行為を「必要な処分」に含めることは困難であるとの批判がある(「必要な処分」説は, いわば“占有取得のための「必要な処分」として占有を取得する”と述べているに等しい)。また, 占有取得を「差押え」と評価しないとすると, 事後の内容確認や「差押え」そのものの執行の際に被処分者の立ち会いが保障されない点や, 占有取得時点では押収品目録(221条1項, 120条)が交付されず, 「必要な処分」に対しては独立の不服申立ての権利が認められない点等において, むしろ被処分者の権利保障にとって弊害が大きいとの指摘もある。なお, 本問については, 下線部①及び②の捜査がいずれも「差押え」であることが問題文の事例中に明記されていることから, 現場からの本件各USBの持ち出しが「必要な処分」として行われたと評価する余地はないと思われる(なお, 白色USBメモリの返還手続についても「還付」と明記されているところ, 「還付」は「押収物」を前提とする手続き(123条1項参照)である。)。したがって, 「必要な処分」説からは, 下線部②の「差押え」は関連性の要件を満たさない(対象物に関連性のない物が含まれる)ため違法であると評価する他ないであろう(もっとも, 証拠法領域において違法収集証拠排除法則を適用して“違法性の程度”を判断する場面では, 占有取得が「必要な処分」としてであれば適法に行い得たものである以上, 法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえないと評価され, 押収品の証拠能力を否定するほどの重大な違法は認められないであろう。))。

2 必要性・相当性

上述した本件事件の重大性, 本件各USBに記録されている蓋然性のある情報の証拠としての重要性等に鑑みれば, 本件各USBの差押えに伴って本件被疑事実と無関係の情報も含めて包括的に捜査機関に取得され得る乙の不利益を考慮してもなお, 明らかに差押えの必要がないとはいえない。

以上より, 「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」(218条1項)に当たる。

3 結論

以上より, 差押え②は適法である。

[設問2]

<伝聞証拠の意義> 参考判例5・6

伝聞証拠 = ①要証事実(証拠により証明すべき事実, 296条本文参照)を直接体験した者の公判期日外における供述(原供述)を内容とする供述証拠(書面又は供述)であって, ②原供述の内容 = 原供述者が直接体験(知覚・記憶・表現)した事実の証明の用に供される証拠

※ 伝聞証拠の意義について、出題趣旨によれば、「Wが知覚・記憶してノートに記載した事実の真実性を前提とするものであるから、これが「伝聞証拠」…である」（平成20年出題趣旨）、「同メールは、Bが知覚、記憶し、表現した内容たる事実が要証事実となり、その真実性を証明しようとするものであるから、伝聞証拠に該当する」（平成23年出題趣旨）等と述べられている。判例においても、参考判例5は、伝聞法則とは「その供述内容の真実性の証明に供する場合、すなわち原供述者の直接に知覚した事実が要証事実である場合にのみ、これを証拠として使用することができないことを意味する」ものであり、「記載された供述内容の真実性の証拠に供せられたものでなく、その内容の真偽と一応無関係に、その供述がなされたこと自体が要証事実となつてゐる」には適用がない旨を判示した。同様に、参考判例6は、「およそ供述とは心理的過程を経た特定の事項に関する言語的表現であり、表意者の知覚、記憶の心理的過程を経た過去の体験的事実の場合と、右のような知覚、記憶の過程を伴わない、表現、叙述のみが問題となるところの、表意者の表現時における精神的状態に関する供述（計画意図、動機等）の場合とがあって」、後者の場合には伝聞法則の適用がない旨判示している。したがって、伝聞証拠該当性の判断にあたっては、当該訴訟における争点及び証拠構造を分析、把握した上で、当該証拠が要証事実を原供述者の直接体験した事実（知覚、記憶し、表現した内容）とする場合であるか否かを検討、判断することが求められる。

<争点及び証拠構造の把握>

【争点】 公訴事実：甲及び乙が共謀の上、本件住居侵入強盗に及んだ事実

乙の認否：「全く身に覚えがない。甲と住居侵入や強盗の共謀をしたことも一切ない。」

⇒ 乙の公判における争点は、共謀共同正犯における「共謀の有無」に集約される。

【証拠構造】

罪体のうち、甲による「実行行為の存在及び内容」については、甲の自白（乙の公判における証言）により立証される。

他方、甲は、乙との「共謀の存在」について甲は証言を拒絶しているところ、甲が捜査段階で供述していた乙の関与を示す事実（「乙が強盗のターゲットになる相手に携帯電話で電話を掛けていました。」、「乙から、Vさんに関する情報や犯行に使う道具などについて印字された紙を見せられ、その説明を受けました。」等）については、供述調書が作成されていないため立証できない（証拠が存在しない）。

<具体的な要証事実（立証事項）の把握>

検察官の立証趣旨：「甲乙間において本件住居侵入強盗に関する共謀が存在することを立証するため」

⇒ 本件メモ1及び2から立証することができる、「甲及び乙が本件住居侵入強盗に関する共謀（意思連絡）を遂げたことを推認させる具体的な間接事実」はどのような事実か？

第1 本件メモ1の証拠能力（小問1）

1 伝聞証拠該当性

本件住居侵入強盗の内容

＝令和2年8月4日午前11時30分、S銀行の職員を装った犯人がH県I市K町3丁目45番地のV方を訪れ、V方内に押し入り、Vの顔面に催涙スプレーを吹き付けた後、ロープでVの身体を後ろ手に緊縛し、さらに、持っていたガムテープで、Vの鼻を塞がないようにしてその口を塞いだ上、台所の食器棚から現金500万円を取り出してこれを強奪し、更にロープでVの両足を縛り、逃走した事件

本件メモ1の記載内容

＝①「V」、②「K町3-45」、③「S銀行」、④「タンス預金500万円 台所の食器棚」、⑤「催涙スプレー ロープ ガムテープ」、⑥「後ろ手」等の記載

<検討>

本件メモ1には、①被害者、②犯行現場、③犯人が職員を装った銀行、④被害金の金額の及び保管場所、⑤犯行用具、⑥犯行態様の点でいずれも本件住居侵入強盗と一致する内容の記載があるところ、甲が上記各記載と一致する内容の実行行為を行ったこと（事実①）については、甲の証言により証明される。他方、本件メモ1の記載内容と同一のデータが保存されたUSBメモリが乙名義で借りている室内から発見されており、本件メモ1が乙作成のものであること（事実②）は証拠上認定できる。また、本件メモ1が作成されたのが令和2年8月4日午前10時20分であったこと（事実③）が明らかとなっている。

そうすると、本件メモ1を証拠物（非供述証拠）として「本件文書の存在及び記載内容」を立証することで、事実①ないし③を併せて考慮すれば、「甲が実行した犯行内容と一致する内容のメモを犯行直前に乙が作成したこと」（事実④）を立証することができる。

上記の事実④が立証された場合、メモの記載内容と実際の犯行内容とが一致すること及びメモ作成と犯行との時間的近接性を考慮すれば、メモとおよそ無関係に犯行が実行されたものとは考え難いといえ、甲による犯行はメモの内容に則って遂行されたものであるこ

とが推認される。また、そのようなメモの作成者が乙であることから、少なくとも乙が犯行前に甲の犯行内容を了知していたことが推認される。これらの事情は、甲乙間でメモに記載された犯行内容について共通の意思が形成されていた（犯行内容にかかる認識が共有されていた）ことを示すものといえる。したがって、上記の立証は争点である甲乙間の共謀（意思連絡）の存在を推認させる有効な立証活動となる。

以上のような立証上の使用方法は、本件メモ1の記載内容から、そこに記載されている作成者乙の直接体験した事実（知覚、記憶し、表現した内容）を証明するものではないから、本件メモ1は伝聞証拠に当たらない。

- ※ 上記の立証は、本件メモ1により同メモの「**存在及び内容**」を立証するものであるところ、これは「メモが存在すること」及び「そのメモの内容が『・・・』であること」を立証する、という意味である。この場合の「内容」とは、あくまで“内容が『・・・』であることの立証”という趣旨であり、“『・・・』という内容が真実であることの立証”とは全く意味が異なるため、この両者は明確に区別されなければならない（なお、後者の「**内容の真実性の立証**」と区別する意味で、前者を「**内容自体の立証**」と表現することもある。）。**参考判例7**もこのような趣旨で「録音の**存在及びその内容**を証拠に採用した」と判示している。なお、採点実感においても、「検察官の立証趣旨が「会話の**存在と内容**」となっていることから、その言葉だけをとらえて、「会話の存在」である場合には**非伝聞証拠**であり、「会話の内容」である場合には**伝聞証拠**であるなどと検察官の設定した立証趣旨を勝手に分断して論じる答案も多数見受けられた。」（平成22年採点実感）、「検察官の立証趣旨の「メールの通信記録の**存在と内容**」の「存在」「内容」という言葉だけをとらえ、「通信記録の存在」である場合には**非伝聞証拠**であり、「メールの内容」である場合には**伝聞証拠**であるなどと、検察官の立証趣旨を勝手に断じて論ずる答案が、いまだに多数見受けられた。」（平成23年採点実感）と繰り返し指摘されている。
- ※ なお、「甲が乙から本件メモ1を見せられたこと」（メモが**回覧・確認**された事実）が他の証拠から立証される場合であれば、本件メモ1を証拠物（非供述証拠）として「甲及び乙が本件メモ1を回覧・確認することにより意思連絡を遂げたこと」（甲乙間の共謀の存在）を推認することができる。この場合、メモは共謀を遂げるための手段（道具）として使用されたものであり、その存在自体が重要な証拠物となるため、伝聞証拠に当たらないことは明らかである。もっとも、本問では、かかる「回覧・確認の事実」について、甲は捜査段階では供述していたものの供述調書は作成されておらず、公判でも証言を拒絶していることから、少なくとも「甲が乙から本件メモ1を見せられたこと」を前提とした立証（推認過程）を想定することはできない点に注意を要する。他方、**参考判例8**は、「人の意思、計画を記載したメモについては、その意思、計画を立証するためには、伝聞禁止の法則の適用はない」と述べた上で「数人共謀の共犯事案についても、その共謀に関する犯行計画を記載したメモについては同様に考えることができる」と判示しているところ、これは、いわゆる**精神状態の供述**について、供述時点での供述者の内心の立証に用いるのであれば「表意者の知覚、記憶の心理的過程を経た過去の体験的事実」の立証ではないから伝聞証拠に当たらない、という判例理論（**参考判例6**参照）を「共謀にかかる犯行計画」の立証の場面で展開したものと理解されている。もっとも、この立証活動は、あくまでメモ作成者のみの意思内容を証明するものに過ぎないため、共謀の立証との関係でこのような立証が意味を持つのは、謀議参加者全員が何らかの共通の犯罪意思を形成して意思連絡を遂げた事実については他の証拠によって証明される場合に限定される。このような場合であれば、謀議参加者のうちの誰か1名の犯罪意思を証明することによって、それと同内容の犯罪意思を形成した他の謀議参加者全員の犯罪意思を推認することができ、それによって共謀の内容の詳細を明らかにすることが可能となる（**参考判例8**が上記の判示に続けて、「ただ、この場合においてはその**犯行計画を記載した**

メモについては、それが最終的に共犯者全員の共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提とならなければならないと述べているのはまさしくこの趣旨である。この立証は、いわば「共謀の存在」が立証済みである場合の「共謀の内容」の立証である。もっとも、共謀が争点となる場合、多くの事案ではそもそも共犯者間における意思連絡の存在自体が争われていることから、通常は上記のような立証構造とはならないことに注意を要する（故に、**参考判例8**の射程が及ぶ場面は非常に限定的である。）。本問においても、乙の公判ではまさしく「共謀の存在」（甲及び乙が意思連絡を遂げたか否か）自体が争点となっているのであるから、本問の立証構造を**参考判例8**と同様に捉えることはできない。平成27年採点実感においても、「比較的多く見られたのは、本件メモについて、いわゆる「心理状態を立証するものである」として非伝聞証拠とするものである。しかし、乙が作成した本件メモに叙述された心理状態は、乙の心理状態（意図・計画）でしかなく、本事例の丙の公判において立証されなければならないのは、丙の関与（そのための丙と乙との共謀）であるから、…丙の関与を立証する上で、乙の心理状態を立証することにどのような意味があるかが問題となり、それがないとすれば、そのような事実を要証事実として本件メモを非伝聞とすることは許されないと指摘されている。

- ※ 本件メモ1には、上記①ないし⑥の事項以外にも、Vの生年月日（「S18.4.10」）や身上・経歴（「夫と死別」、「一人暮らし」、「息子は県外」）等、犯人（架け子）から電話が掛かってきた際にVが犯人に話した内容についても記載がある。そうすると、本件メモ1が乙作成のものであることを前提に、これらの記載内容から「乙がVに電話を掛けてVの個人情報等を聞き出したこと」（架け子が乙であることを立証する場合であれば、本件メモ1は、メモ作成者乙の直接体験した事実の立証に用いられることになるため、乙を原供述者とする伝聞証拠（320条1項前段、供述代用書面）に当たる。もっとも、乙の公判における争点は「**共謀の存在**」（意思連絡の有無）に集約されるため、検察官としては、甲乙間の意思連絡の存在さえ立証すれば、乙が架け子として関与した事実まで立証しなくとも乙の有罪を証明することができるのであるから、かかる争点を前提として証拠構造を把握する限り、本件メモ1を伝聞証拠であると捉える必要はないであろう。

2 関連性

上記内容が記載された本件メモ1が乙名義で借りている室内から発見、押収されたことからすれば、本件メモ1の関連性は否定されない。

- ※ 検察官の証拠調べ請求に対して、乙の弁護人は「不同意ないし取調べに異議あり。」との証拠意見を述べており、証拠物（非供述証拠）としての取調べに対しても異議を述べる趣旨であると解されることから、証拠物としての証拠能力（一般的な関連性）についても一応確認しておく必要がある。

3 結論

以上より、本件メモ1の証拠能力は認められる。

第2 本件メモ2の証拠能力（小問2）

1 伝聞証拠該当性

本件メモ2の記載内容

＝「乙から指示されたこと」として、①「V」、②「K町3-45」、③「ダンス500万 台所しょっきだな」、④「さいるいスプレー ロープ ガムテープ」、⑤「後ろ手口だけ ハナ× 両あし」等の記載

<検討>

本件メモ2に記載された①被害者，②犯行現場，③被害金の金額の及び保管場所，④犯行用具，⑤犯行態様について，甲がこれらの記載と一致する内容の実行行為を行ったことについては，甲の証言により証明されるところ，本件メモ2が甲作成のものであることが証拠上認定できることからすれば，本件メモ2は甲が乙から指示された内容を書き留めたメモであることがうかがわれる。

そうすると，本件メモ2の「乙から指示されたこと」との記載から甲が乙からメモに記載された①ないし⑤の内容について指示を受けた事実を立証すれば，かかる間接事実から，メモに記載された犯行内容について甲及び乙が共謀（意思連絡）を遂げたことを推認することができる。したがって，本件メモ2の具体的な要証事実は，「甲が乙からメモの内容どおりの指示を受けたこと」である。

以上のような立証上の使用方法は，本件メモ2の記載内容から，そこに記載されている作成者甲の直接体験した事実（知覚，記憶し，表現した内容）を証明するものであるから，本件メモ2は甲を原供述者とする伝聞証拠（320条1項前段，供述代用書面）に当たる。

2 伝聞例外要件充足性

本件メモ2は，「被告人以外の者」である甲の作成した「供述書」であるから，321条1項3号の規定する要件を充足するか否かを検討する。

- ※ 甲及び乙の公判手続は併合されることなく個別に審理されていることから，乙の公判において甲が「被告人以外の者」（321条1項），すなわち，純然たる証人と全く同じ立場の者であることは明らかである（共同被告人の供述書面について322条を適用（併用）すべきか否かという点は問題とならない）。

(1) 供述不能 参考判例9

ア 「供述することができず」とは，その供述者を裁判所において証人として尋問することを妨げる事由がある場合をいうところ，同号に列挙された事由は例示列挙であり，これらと同等の事由がある場合には同要件を充足する。

イ 甲は乙の公判の証人尋問において，乙との共謀に関する事項について，「私は，誰から何と言われようと証言しませんし，今後も絶対に証言することはありません。」

と述べ、一切の証言を拒絶しているところ、同尋問は甲と乙との間及び甲と傍聴人との間の双方に遮へい措置を講じて実施されている。このように、乙を含む在廷者からの心理的圧迫を軽減する方策が講じられた上でもなお甲がかかる供述態度を捜査段階から一貫して維持していることからすれば、その供述拒否の決意は固く、翻意して供述に応じることは見込めないといえる。

ウ したがって、「公判期日において供述することができ」ない場合に当たる。

(2) 不可欠性

上記のとおり、乙は本件公訴事実につき全面否認しており、また、乙名義で借りていた室内からは乙の関与を裏付ける証拠が発見されなかったことからすれば、甲乙間の共謀を証明するための証拠は甲の供述以外に存在せず、本件メモ2は「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」に当たる。

(3) 特信性（絶対的特信情況）参考判例10

ア 同号の「特に信用すべき情況」とは、その供述自体を信用すべき情況的保障がある場合をいう（絶対的特信情況）。また、そのような情況の有無は、原則として供述内容の真実性を担保する外部的付随的事情から判断すべきであるが、必ずしも外部的な事情によらなくとも、その供述の内容自体を「信用すべき情況」の存在を推認する資料として考慮することができる と解する。

※ 「特に信用すべき情況」の意義・解釈について、平成20年出題趣旨において「特に信用すべき情況」の理論的意味に留意しつつ、その存否につき、供述の内容そのものを直接に判断するのではなく、供述に付随する外部的な情況を主たる考慮事情として判断しなければならず、また、他の供述と比較するのではなく、その供述自体にかかわる絶対的な判断が要求されていることなどを論述することが必要である。」と説明されている。

イ 本件メモ2は、甲方の搜索時に、机の施錠された引き出し内にあった甲使用の手帳の令和2年8月4日のページの部分に挟んである状態で発見されたものであるところ、手帳ごと第三者の目に触れないように厳重に保管されていたことからすれば、甲は本件メモ2の内容を他者に見せることを予定していなかったことがうかがわれ、そのようなメモに殊更虚偽の事実を記入する動機はないといえる。また、上記の保管状

況からすれば、甲以外の第三者により本件メモ2の内容が改ざんされた可能性もない。以上のような外部的付随的な事情に加え、上述のとおり、本件メモ2に記載された上記①ないし⑤の内容は、実際に甲が行った犯行内容と一致している。

ウ 以上の事情を総合的に考慮すると、本件メモ2の記載にはその真実性を担保する事情があり、類型的に高い信用性が認められることから、本件メモ2は「特に信用すべき情況」の下に作成されたものと認められる。

※ なお、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とする場合（320条1項前段、**供述代用書面**）には、「**供述書**」（供述者自身が書いたもの）と「**供述録取書**」（供述者の供述を録取した者が書いたもの）があるところ、321条1項柱書は「被告人以外の者が作成した**供述書**」又は「その者の**供述を録取した書面**で供述者の署名若しくは押印のあるもの」という区分で規定していることから、**供述者の署名・押印**の要件は供述録取書の場合にしか要求されないことは明らかである。平成30年採点実感にも「本件メモはVが自ら作成した「**供述書**」であり、「署名〔又〕は押印」（刑事訴訟法第321条第1項柱書き参照）は不要であるにもかかわらず、本件メモにVの署名押印がないことを理由に伝聞例外該当性を否定する答案が散見された。」と指摘されていた。また、甲が作成した本件メモ2には、乙が甲に指示した内容（乙の供述）が含まれているが、この構造だけを捉えて、本件メモ2を**再伝聞**であると判断するのは誤りである。乙の指示内容の記載部分が再伝聞となるのは、甲作成の書面（甲の公判外供述）の中の乙の指示内容の記載部分から、乙（原供述者）の直接体験した事実を立証する場合である。例えば、本件メモ2の記載内容から「VがK町3丁目45番地に一人で住んでいる事実」あるいは「Vには2000万円の預金があり、更に台所の食器棚に500万円をタンス預金している事実」等を立証するのであれば、当該事実はメモ作成者甲が直接体験した事実ではなく乙が知覚した事実（乙がVから聞き取った内容）であることから、当該内容の記載部分は再伝聞となる。しかしながら、本問の乙の公判における争点である「共謀の存在」との関係で上記のような乙の体験事実の立証が特段意味を持たないことは明らかであり、このような立証上無意味な事実を立証の対象と捉えて要証事実を把握することは妥当ではない。平成30年採点実感においても、「本件メモによる立証の対象には、甲が発言したとおりにV宅の耐震金具に不具合があることなど（Vが記載した甲の発言の内容の**真実性**）は含まれていないが、…甲の発言の**真実性**が問題となるとして、再伝聞証拠とする答案も散見された」と指摘されている。

3 結論

以上より、本件メモ2の証拠能力は認められる。

以上

<参考判例>

1【最決平 19.2.8（捜索差押許可状の効力・関連性の範囲）】

「原判決の認定によれば、警察官が、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、捜索場所を被告人人居室等、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、警察官において、これを開封したところ、中から覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤所持罪で現行犯逮捕し、逮捕の現場で上記覚せい剤を差し押さえたというのである。所論は、上記許可状の効力は令状呈示後に搬入された物品には及ばない旨主張するが、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」

〔(原審) 仙台高判平 18.7.25〕

「上記認定事実によれば、当時の外形的・客観的状況から判断して、本件荷物には、本件令状に係る被疑事実に関連し（なお、被疑事実に関するものであれば、いわゆる罪体に関する直接証拠だけでなく、状況証拠や犯罪行為の情状に関する証拠であってもよく、また、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差し押さえるのでない限り、それが同時に他の犯罪の証拠物に当たるものであっても差し支えないと解される。）、本件令状で差し押さえるべき物とされている覚せい剤等が入っている蓋然性が十分に認められる状況が存したといえ、かつ、警察官らが本件荷物を開封する行為は、捜索差押許可状の執行についての必要な処分（刑訴法222条1項、11条1項）に当たるといえることができるから、本件荷物の開封行為は、本来、本件令状に基づく捜索の執行として、被告人の承諾がなくとも、適法に行い得たものと認められる。」

2【最決昭 44.3.18（差押えの必要性）】

「差押は「証拠物または没収すべき物と思料するもの」について行なわれることは、刑訴法二二二条一項により準用される同法九九条一項に規定するところであり、差押物が証拠物または没収すべき物と思料されるものである場合においては、差押の必要性が認められることが多いであろう。しかし、差押物が右のようなものである場合であつても、犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によつて受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし明らかに差押の必要がないと認められるときにまで、差押を是認しなければならない理由はない。」

3【最決平 10.5.1（包括的差押えの可否①）】

「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…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、捜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、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。」

4【大阪高判平 3.11.6（包括的差押えの可否②）】

「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、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被押収者側の協力等により容易であるらば、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。」

5【福岡高判昭 28.12.24（伝聞証拠の意義①）】

「本件において該封書が証拠として使用された意味内容を考察するに、その存在又は状態が証拠となつているのみでなく、その記載の意義も証拠となつているものと見られるけれども、該文書はそれに記載された事実の証拠として用いられたもの、すなわち記載された供述内容の真実性の証拠に供せられたものでなく、その内容の真偽と一応無関係に、その供述がなされたこと自体が要証事実となつている…（中略）。それで、該封書は所謂伝聞証拠と異り、証拠能力を有する書面として、刑事訴訟法第三百二十一条第一項第三号所定の要件を充足すると否とにかかわらず、これを証拠として採用し得るものといわねばならない。然し伝聞証拠及び書証の証拠能力が否定される所以は、反対尋問の吟味を受けない供述は真実性が乏しいという点にあるのであつて、それはその供述内容の真実性の証明に供する場合、すなわち原供述者の直接に知覚した事実が要証事実である場合にのみ、これを証拠として使用することができないことを意味するに止まり、あらゆる伝聞供述を含むものではないと解すべきであり、従つて本件封書は前に説示のごとき意味において証拠に供されている以上、これを刑事訴訟法第三百二十条に規定する伝聞法則の適用を受ける証拠書類に該当しないといふことができるからである。」

6【大阪高判昭 57.3.16（伝聞証拠の意義②）】

「ところで、およそ伝聞証拠か否かは、要証事実の如何により異ってくるものと解されるところ、右余事部分を除く本件メモ紙の表面の記載は、右の如く本件犯行についての事前の共謀にあたって、その計画の内容を具体化するため記載した書面であると認められ、その要証事実も、右の記載に相応する事前共謀の存在さらには原判決が右メモ紙は事前の計画書として証拠価値を有するとしうえで、原審で取調べた各証拠によって認められる、他の外形的事実と本件メモの記載とを総合して、被告人が右メモ紙にAとして与えられた役割を実行したものと認めていることに照らし、被告人の本件への関与の事実も含むものと解される。

そうすると、本件メモ紙の表面の右余事部分を除く記載部分は、右の要証事実との関連から、伝聞証拠（伝聞供述）というべきであると思料されるのであるが、およそ供述とは心理的過程を経た特定の事項に関する言語的表現であり、それには表意者の知覚、記憶の心理的過程を経た過去の体験的事実の場合と、右のような知覚、記憶の過程を伴わない、表現、叙述のみが問題となるところの、表意者の表現時における精神的状態に関する供述（計画意図、動機等）の場合とがあつて、本件の事前共謀に関するメモは、その時点における本件犯行に関する計画という形で有していた一定の意図を具体化した精神的状態に関する供述と考えられる。

そして、右の精神的状態に関する供述については、その伝聞証拠としての正確性のテストとして、その性質上必ずしも反対尋問の方法による必要はなく、その表現、叙述に真し性が認めらる限り、伝聞法則の適用例外として、その証拠能力を認めるのが相当であると解されるところ、原審で取調べた各証拠によって認められる本件メモ紙の押収時の状況、右メモ紙が組織活動の過程において作成されていること、その記載内容である計画そのものが現に実行されていること等から、その記載の真し性は十分これを認めることができる。

7【最決昭 35.3.24（非供述証拠としての利用）】

「記録によれば、第一審裁判所はその用法に従つて、証拠調をしたことが明らかであるから右録音の存在及びその内容を証拠に採用したことに所論の違法ありといふを得ない。」

【(原審) 福岡高判昭 34.10.7】

「右録音テープは本件犯行現場である道路上において本件犯行時における被告人の発言を中心に録音されたものであり、録音された発言の内容の真偽とは無関係にその録音内容自体を証拠としているのであるから、右録音テープの成立関係が証拠により認められるかぎり、被告人の署名押印を欠き且つその成立につき被告人の同意がなくともその証拠能力を失うものではない。」

8【東京高判昭 58.1.27（犯行計画メモ）】

「人の意思、計画を記載したメモについては、その意思、計画を立証するためには、伝聞禁止の法則の適用はないと解することが可能である。それは、知覚、記憶、表現、叙述を前提とする供述証拠と異なり、知覚、記憶を欠落するのであるから、その作成が真摯になされたことが証明されれば、必ずしも原供述者

を証人として尋問し、反対尋問によりその信用性をテストする必要はないと解されるからである。そしてこの点は個人の単独犯行についてはもとより、数人共謀の共犯事案についても、その共謀に関する犯行計画を記載したメモについては同様に考えることができる。…前記のように、数人共謀の共犯事案において、その共謀にかかる犯行計画を記載したメモは、それが真摯に作成されたと認められるかぎり、伝聞禁止の法則の適用されない場合として証拠能力を認める余地があるといえよう。ただ、この場合においてはその犯行計画を記載したメモについては、それが最終的に共犯者全員の共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提とならなければならないのである。」

9【最大判昭 27.4.9（証言拒絶権の行使による供述不能）】

「「供述者が……供述することができないとき」としてその事由を掲記しているのは、もとよりその供述者を裁判所において証人として尋問することを妨ぐべき障碍事由を示したものに外ならないのであるから、これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において同条所定の書面に証拠能力を認めることを妨ぐるものではない。されば本件におけるが如く、Wが第一審裁判所に証人として喚問されながらその証言を拒絶した場合にあつては、検察官の面前における同人の供述につき被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは右規定にいわゆる供述者の死亡した場合と何等選ぶところはないのであるから、原審が所論のWの検察官に対する供述調書の記載を、事実認定の資料に供した第一審判決を是認したからといつて、これを目して所論の如き違法があると即断することはできない。尤も証言拒絶の場合においては、一旦証言を拒絶しても爾後その決意を翻して任意証言をする場合が絶無とはいいい得ないのであつて、この点においては供述者死亡の場合とは必ずしも事情を同じくするものではないが、現にその証言を拒絶している限りにおいては被告人に反対尋問の機会を与え得ないことは全く同様であり、むしろ同条項にいわゆる供述者の国外にある場合に比すれば一層強き意味において、その供述を得ることができないものといわなければならない。」

10【最判昭 30.1.11（特信性の判断方法）】

「刑訴三二一条一項二号は、伝聞証拠排斥に関する同三二〇条の例外規定の一つであつて、このような供述調書を証拠とする必要性とその証拠について反対尋問を経ないでも充分の信用性ある状況の存在をその理由とするものである。そして証人が検察官の面前調書と異つた供述をしたことによりその必要性は充たされるし、また必ずしも外部的な特別の事情でなくても、その供述の内容自体によつてそれが信用性ある状況の存在を推知せしめる事由となると解すべきものである。」

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21511