

司法試験

平成28年本試験徹底分析会
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 166094

LU16609

第 1 問 [刑 法]

<分析例>

乙の罪責

第 1 V に対する強盗致死罪の甲との共同正犯（強盗罪の限度で丙との共同正犯，60 条，240 条後段，236 条 1 項）の成否

- ※ 甲との関係で**共犯関係の解消（離脱）**を肯定した場合は，強盗予備罪（237 条）の限度で共同正犯となり得る。
- ※ 丙との関係で**承継的共同正犯**を否定した場合，窃盗罪（235 条）の限度で共同正犯となる。

1 共謀（甲，丙との順次共謀）

甲との共謀：某年 9 月 1 日（事前共謀）

丙との共謀：同月 1 2 日午前 2 時 2 0 分頃（現場共謀）

- ※ 甲は丙が乙に共謀加担した事実を認識していないものの，乙を介して順次共謀を遂げたといえることから，甲丙間に直接の意思連絡は不要である。なお，各共謀の具体的な内容は，「甲の罪責」，「丙の罪責」において検討する。

2 「暴行」，「脅迫」 【強盗罪における「暴行又は脅迫」（反抗抑圧の認定）】

<検討すべき事情>

- ・ 準備した果物ナイフ（刃体の長さ約 1 0 センチメートル）を顔面付近に突き付け，「金庫はどこにある。開け方も教えろ。怪我をしたくなければ本当のことを言え。」と言った（言語，挙動による脅迫）。さらに，顔面を数回蹴り，右ふくらはぎをナイフで 1 回刺した（暴行）。 → **行為態様の危険性（凶器の性質，攻撃部位）**
- ・ 乙（23 歳，男性），V（40 歳，男性） → **年齢差，体力差**
- ・ 午前 2 時頃，一人暮らしの自宅 → **犯行時刻，犯行場所，周囲の状況**
- ・ 現に，V は乙から上記暴行を受け，「言うとおりにしないと，更にひどい暴行を受けるかもしれない」と考えて強い恐怖心を抱いた。また，右ふくらはぎを刺された痛みから床に横たわった状態で動けなくなった。 → **被害者の状態**

3 「強取」

- ・ 乙は、上記暴行を用いて、Vから金庫及び金庫の鍵の場所を聞き出した。
- ・ その後、上記鍵を取り出し、これを使って金庫の扉を開錠し、金庫の中にあった現金500万円を準備したかばんの中に入れた。

→ 上記一連の行為によって、現金500万円につき、Vの意思に反して自己の占有へ移転（「強取」）したものと評価できる。

- ※ なお、乙がVから金庫及び鍵の場所を聞き出した時点で「金庫の中の現金を取得することができる地位」が移転したものと観念する余地がないわけではない（とりわけ、丁の罪責について2項強盗罪の成立を認める場合、整合的な認定が必要となろう。参考判例8参照。）。もっとも、後述のとおりそもそも参考判例8は特殊な判例であることに加え、本問において仮にVが乙に「鍵を直接手渡したうえで金庫の場所を教えた」という場合であれば参考判例8と同様の評価をする余地はあるかもしれないが、本問では、あくまで「金庫と鍵の在り処を教えた」だけであり、この時点では未だ金庫の中の現金を直接的に取得できる状態となったとは評価できないであろう。

4 「死亡させた」（結果、因果関係）

Vは乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血が原因で死亡した。

- ※ 本問は、Vに対する財物奪取の手段として行った行為によって被害者を死亡させた事案であるから、いわゆる「強盗の機会性」を問題とする実益は生じない。

5 故意

- ※ 乙はVの顔面にナイフを突き付けているものの、実際のナイフ刺突による攻撃はVの身体の枢要部を外している。また、顔面を数回蹴った行為は死亡結果惹起の危険性を有するが、問題文中にV殺害についての乙の「認容」を推認させるような事情も存在しないことから、殺意まで認定することは困難であろう。

第2 住居侵入罪の甲との共同正犯（60条、130条前段）の成否

乙が、Vに対する強盗を行う目的で、準備した開錠道具を使用してV方の玄関扉を開錠し、V方へ入った行為 → 管理権者Vの意思に反する「侵入」に当たる。

- ※ 甲との関係で共犯関係の解消（離脱）を肯定した場合は、本罪は共同正犯とならない。

第3 罪数

牽連犯（54条1項）

- ※ 通常、強盗を実行した乙に強盗予備罪は認定しない。

- ※ 乙がVから現金500万円を強取した後、甲に対し、犯行を中止した旨の虚偽の報告をし、丙に分配後の残金350万円を自分のものとした事実について、甲に対する財産犯（横領罪又は2項詐欺罪）の成否を問題とする余地がないわけではない。もっとも、本問は、甲がVに対する正当な権利行使を乙に委託したような場合（いわゆる取立委任事案，平成19年度新司法試験参照。）とは異なり、Vからの奪取した現金500万円について、そもそも甲に保護法益を観念できない（民事上も委任内容が公序良俗違反となり甲の返還請求権は発生しないであろう）。したがって、横領罪については、甲に現金500万円の所有権（刑法上保護される所有権）が認定できず、また、2項詐欺罪については、甲に現金500万円の処分権限が認定できない（なお、甲は乙がVから現金500万円を領得した事実を認識しておらず、処分意思も認定できない）。いずれにしても、甲に対する財産罪は成立しないであろう。

甲の罪責

第1 住居侵入罪（130条前段）及びVに対する強盗致死罪（240条後段）の乙との共同正犯（60条，強盗罪（236条1項）の限度で丙との共同正犯）の成否

- ※ 丙との関係で承継的共同正犯を否定した場合、窃盗罪（235条）の限度で共同正犯となる。

1 共謀

(1) 意思連絡

某年9月1日、甲は、乙に対し、「Vの家に押し入って、Vをナイフで脅して、その現金を奪ってこい。」等と指示し、これに対し、乙は「分かりました。」と承諾した。

→ V方への住居侵入、Vに対する（脅迫を手段とする）強盗についての意思連絡

(2) 正犯性（正犯意思）

<検討すべき事情>

- ・ 甲（暴力団組織の組長に次ぐ立場）、乙（甲の配下の組員）、乙は組内で上の立場にいる甲の命令には逆らえない。 → 共犯者間の関係
- ・ 組長からまとまった金員を工面するように指示を受けていたことから、Vの保管する現金数百万円を手に入れようと計画した。また、奪った現金の3割を乙に与え、残りを自己が取得する予定であった。 → 犯行による利益帰属（分け前）、犯行の動機
- ・ 乙に3万円の資金を提供し、犯行の用に供する物品（扉の開錠道具、果物ナイフ、かばん等）を購入、準備、報告させた。 → 関与（加担）行為の積極性、必要不可欠性

2 共謀に基づく実行（因果性） 【共犯関係の解消（離脱）】 参考判例 1 - 3

同月 12 日未明、甲は、乙に対し、「組長からやめろと言われた。今回の話はなかったことにする。犯行を中止しろ。」と言った（以下、「中止命令」）。

⇒ その後の乙の強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認められるか？

※ 判例は、「**共犯関係の解消**」を、「**共謀に基づく実行（因果性）**」という要件の認定の問題として検討している（**参考判例 1, 2**参照）。このように、答案上においても「**共犯関係の解消（離脱）**」という問題について、抽象的に論点として論じようとするのではなく、あくまで共同正犯の成立要件の検討に適切に位置付けて論じるという意識が重要であろう。

<検討すべき事情>

- ・ 中止命令に対し、乙は「分かりました」とだけ返事をした（**離脱の意思表示＋了承**）。
→ 乙に対する甲の言動、これに対する乙の対応
 - ・ 甲（暴力団組織の組長に次ぐ立場）、乙（甲の配下の組員）、乙は組内で上の立場にいる甲の命令には逆らえない。
→ 甲乙間の人的関係、その後の乙の行動に対する甲の予測可能性
 - ・ 甲が犯行を計画し、配下の乙に被害者及び現金の存在を教えて犯行を指示し、犯行用具の購入資金を提供した。
→ 甲乙間に**共犯関係が成立した経緯**、甲乙の**共謀の内容**
 - ・ 乙は、多額の現金を入手できる絶好の機会であるし、手元にナイフ等の道具もあることから、甲の中止命令によっても犯行を中止する気にはならなかった。中止命令の直後、甲の指示で準備した犯行用具を現に用いて本件各犯行を実行した。
→ 甲の**行為が乙に与えた影響（心理的、物理的影響）**
- ※ 平成 19 年度新司法試験の出題趣旨において、「**共犯関係の解消（離脱）**」の判断要素について、「**甲乙の人的関係、甲乙間に共犯関係が成立した経緯、甲乙の共謀の内容、A から 20 万円の交付を受ける際に甲乙それぞれが果たした役割、甲乙の行為が A に与えた影響、乙がこれ以上の支払要求をやめようとした際の甲に対する乙の言動、これに対する甲の対応、その後の甲の行動とこれに対する乙の予測可能性等に関する具体的事実を示し、これらの事実を評価して結論を導く思考過程を論述することが必要である。**」と述べられている。
- ※ **共犯関係の解消（離脱）**を肯定した場合は、甲は、乙がナイフ等の犯行用具を準備した行為について強盗予備罪（237 条）の限度で乙との共同正犯となり得る。この場合、**予備罪の共同正犯**の肯否が問題となる（すなわち、予備とは 43 条の「**犯罪の実行**」の着手前の準備行為をいうところ、この行為について「**共同して犯罪を実行**」（60 条）に該当することを観念できるのかという問題が生じる）。

3 強盗の故意

甲は「脅迫」を手段とする強盗を指示 → 乙は「暴行」を手段とする強盗を実行

- ※ 甲の強盗罪の故意については、具体的事実の錯誤（手段としての「暴行」、「脅迫」についての主観と客観の不一致は、「強盗罪」という同一構成要件内における錯誤である）と考えて、法定的符合説により故意を肯定することが可能であろう。これに対して、「暴行」についての未必の故意を認定することもできるであろう（すなわち、甲は乙に「Vをナイフで脅して、その現金を奪ってこい。」と指示したのみであり、強盗の手段として「暴行」を用いることを指示命令の内容から明示的には排斥していない。）。

4 死亡結果（加重結果） 【結果的加重犯の共同正犯】

共犯関係の解消（離脱）を否定した場合

- 共謀に基づく共犯者乙の行為（基本犯）によって（因果関係），Vの死亡結果（加重結果）が発生した ⇒ 強盗致死罪の共同正犯成立

第2 罪数

牽連犯（54条1項）

丙の罪責

第1 Vに対する強盗罪の甲乙との共同正犯（60条，236条1項）の成否

1 共謀

- ・ 某年9月1日，甲が乙へ本件犯行を指示した後，乙は丙に対し，共同して犯行することを提案したが，丙は上記乙の誘いを断ったため，結局，乙は単独で犯行に及ぶことを決意した。 → この時点で，共謀は遂げていない。
- ・ 同月12日午前2時20分頃，丙は，乙の強盗を手伝おうという気持ちが新たに生じ，分け前がもらえるだろうと考え，V方へ立ち入り，乙に対し，「手伝いますよ。」と言った。これに対し，乙は丙に分け前の分配する約束をした上で一緒に現金を奪うことを提案し，丙はこれを了解した。
→ この時点で，Vから金銭を奪取することについての共謀を遂げた。

2 共謀に基づく実行（因果性） 【承継的共同正犯】 参考判例 4, 5

乙丙は、上記共謀に基づいて、二人で金庫の中にあった現金500万円をかばんの中に入れ、同日午前2時30分頃、かばんを持ってV方から出た。

⇒ 乙のVに対する暴行（ナイフ刺突、顔面蹴り）は、丙が共謀参加する前の行為であることから、乙丙による上記500万円の奪取を共謀に基づく「強取」と評価することができるか（強盗という犯罪結果に因果関係を有したといえるか）？（承継的共同正犯）

※ 承継的共犯とは、先行者が犯罪の実行に着手した後、後行者が加担、関与する形態の共犯をいうところ、先行者の犯罪遂行の途中からこれに加担、関与した後行者の責任の有無・範囲が問題となる。近時、この問題は、共犯関係の解消の問題と同様に、共犯の因果性の観点から検討されている（参考判例4参照）。すなわち、「因果は過去に遡らない」との命題から、共謀成立前の先行者の行為及びその結果について、いかなる意味で後行者が承継して共犯としての責任を負い得るのかが問われることになる。

<考え方>

強盗罪のような結合犯的類型（暴行・脅迫＋財物奪取）

⇒ 共謀加担前の先行者の行為（暴行・脅迫）の効果を（被害者の反抗抑圧状態）を利用することによって犯罪の結果（強盗）について因果関係を持ち、犯罪（強盗罪）が成立する場合があります（参考判例4補足意見）。

すなわち、上記の場合、先行者が暴行・脅迫を行った後に、共謀加担し、財物奪取行為のみに関与した後行者であっても、被害者の反抗抑圧状態を利用した「強取」という法益侵害結果に因果的に寄与した以上、強盗罪の共同正犯の成立を肯定できる。

※ 上記補足意見の考え方は、後行者の共謀及びこれに基づく行為が、先行者の行為の効果と無関係の行為（単なる財物奪取行為）ではなく、先行者の行為の効果を利用して法益侵害結果を発生させた^{と評価される場合}（端的に言えば、後行者の行為それ自体が共謀に基づく「強取」の実行であるとの評価ができる場合）に犯罪全体についての共同正犯の成立を肯定するというものである。これは、あくまで後行者の行為（共謀及びこれに基づく行為）と因果関係のある結果の限度で責任を問うものであって、「後行者自身の行為の責任を問う」という考え方である（これは従来の説明である「先行者の行為の責任を承継する」という発想とは異なっていると指摘できる。その意味で、「承継的共同正犯」という用語がもはや適切ではないともいえるかもしれない）。

※ 後行者が先行者の犯罪に「共謀加担」した（先行者との意思連絡を遂げて先行者の犯罪に参加した）というためには、後行者において、先行者の行為の認識・認容に加えて、「先行者の行為の効果を利用する意思」（利用意思）が必要であると^{考えられる}（参考判例5参照）。そのような意思があつて初めて、先行者と共同して先行者の行っている犯罪に加担するという意思の連絡を遂げた（先行者の犯罪とは別個、無関係の行為に着手したのではなく、まさしく先行者の犯罪に「共謀加担」した）ものと評価できるからである（ただし、利用意思を要求する理由をこのように考える場合、利用意思の「積極性」までは必ずしも要件とはならないであろう）。

<検討すべき事情>

- ・ 共謀成立前の乙の単独暴行(ナイフ刺突)によりVは身動きが取れない状態となった。
→ Vの反抗抑圧状態(先行者の行為の効果)
 - ・ 丙は、Vが右ふくらはぎから血を流して横たわっているのを見たうえ、Vは身動きが取れないので簡単に現金を奪うことができると考えて、現金500万円の奪取に加担し、実際にVの身動きが取れない状態を利用して容易に金庫の中にあった現金500万円を取得した。
→ 共謀成立前の乙の行為の効果を認識、認容し、これを自己の犯罪遂行の手段として利用する意思があったとともに現にそのような手段として利用したといえる
⇒ 乙丙による現金500万円の奪取は、共謀に基づく「強取」であると評価できる。
- ※ これに対して、**因果的共犯論**の立場を貫徹し、関与前の一切の事情について後行者が因果的に寄与することはあり得ず、かつ、「先行者の行為の効果を利用すること」と「先行者と共にその状態を実現すること」を同視することもできないと考えた場合、丙は乙の暴行とは無関係の財物奪取の限度で責任を負うことになる(丙の行為は共謀に基づく「窃取」と評価されるにとどまる)。

3 死亡結果

Vの死因：乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血

- ⇒ 共謀加担前に先行者が既に生じさせていた傷害結果(によって生じた死亡結果)については、後行者の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはない(参考判例4参照)。したがって、共謀加担前の乙単独暴行(顔面蹴り)による傷害(脳内出血)によって生じた死亡結果について、丙は責任を負わない。

- ※ **参考判例4**によれば、先行者の行為による被害者の「反抗抑圧状態」のような「効果の利用」は観念できるのに対し、先行者の行為による「傷害(死亡)結果」を後行者が「利用」するという事態は観念できない(単に後行者の行為の動機や契機になることがあるに過ぎない)。故に、後行者の行為(共謀及びそれに基づく行為)が先行者の暴行による傷害(死亡)結果と因果関係を有することはないということになる。そうすると、本問のように、先行者の行為(のみ)によって傷害(死亡)結果が生じた強盗致傷の事案において、財物奪取についてのみ関与した後行者(丙)は、先行者(乙)の行為の「効果」である「反抗抑圧状態」を「利用」した(その限りで後行者(乙)の行為は「強取(強盗)」に因果関係を有した)と評価することはできるものの、先行者(乙)の行為による「傷害(死亡)結果」については、後行者(丙)が「利用」したものと評価できない(「傷害(死亡)結果」は後行者(丙)の行為と因果関係を有するものとはいえない)から、後行者(丙)には、強盗罪の限度で承継的共同正犯が成立するにとどまることになろう。

※ なお、この場合、結果的加重犯の共同正犯肯定説の立場からも、後行者（丙）の帰責範囲を加重結果についてまで拡張できないことに注意を要する。なぜなら、結果的加重犯の共同正犯について、（肯定説の立場から）基本犯（強盗）の共謀を遂げた者に対して加重結果（致傷・致死）についてまで共同正犯としての責任を問うためには、あくまで共謀に基づく行為と加重結果との間に因果関係が認められることが前提となるからである。すなわち、共同正犯として加重結果を帰責するためには、当該結果が、①共謀に基づく自己の行為と因果関係のある結果、又は②共謀に基づく共犯者の行為と因果関係のある結果のいずれかである必要がある。本問においては、先行者（乙）の行為（暴行）の時点では後行者（丙）は共謀を遂げておらず、共謀加担前の先行者（乙）の行為は共謀に基づくものではないから、②の場合には当たらない。そして、上記のとおり、先行者（乙）の行為（のみ）によって傷害（死亡）結果が生じた場合の当該傷害（死亡）結果については、後行者（丙）の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないのであるから（参考判例4）、①の場合にも当たらない。したがって、後行者（丙）は、結果的加重犯の共同正犯として加重結果を帰責させる前提に欠けるということになる。

第2 住居侵入罪（130条前段）の成否

丙が、乙がVに対して強盗を行うことを手伝う目的で、扉の開いていたV方玄関からV方へ入った行為 → 管理権者Vの意思に反する「侵入」に当たる。

第3 罪数

牽連犯（54条1項）

丁の罪責

第1 住居侵入罪（130条前段）及びVに対する窃盗罪（235条）の成否

- ・ V方の金品を盗もうと考え、玄関からV方へ入った行為
→ 管理権者Vの意思に反する立ち入りであり、「侵入」に当たる。
- ・ 金庫内のX銀行V名義のキャッシュカードを自己のズボンのポケットに入れた行為
→ 占有者Vの意思に反する占有移転であり、「窃取」に当たる。

※ なお、仮に上記キャッシュカードの窃盗が未遂であれば、下記第2の強盗は1項強盗罪（窃盗未遂罪はこれに吸収される。）となる可能性がある。下記第2において2項強盗罪を検討する場合は、上記の窃盗が「既遂」に達していることを明確に論じておく必要がある。

第2 Vに対する2項強盗罪（236条2項）の成否

1 「脅迫」、「用いて」

→ (1)相手方の反抗を抑圧するに足りる程度で、かつ、(2)「財産上不法の利益を得」ること（利益移転）に向けられたものである必要

(1) 反抗抑圧 参考判例 6・7

- ・ 丁がVをにらみ付けながら「金庫の中にあったキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った行為 → それ自体、害悪の告知を伴っていない。
- ・ 丁が寝室に入った時点で、既にVは右ふくらはぎから血を流して横たわっている状態であり、接近してきた丁に気付く、「何かされるかもしれない。」と考えて恐怖心を抱いていた。 → Vは丁の行為に先行して既に反抗が著しく困難な状態に陥っていた。
- ・ 丁はVが恐怖で顔をひきつらせていたことから、「強く迫れば、容易に暗証番号を開き出せる。」と考え、上記行為に及んだ。Vは「言うことを聞かなかったら、先ほどの男にされたようなひどい暴力をまた振るわれるかもしれない。」と考え、更に強い恐怖心を抱いた。 → 上記先行状態を認識、認容し、積極的に利用した。

⇒ 以上の一連の状況は、被害者に傷害を負わせた犯人が暴行後もなお被害者の面前に居続けたことと同視されるべき事態であり、丁のVに対する挙動は、それ自体、Vの反抗を抑圧するに足りる程度の挙動による脅迫と評価できる。

※ 「反抗抑圧状態に乗じた（利用した）財物奪取」という類型の事件について、参考判例6, 7が強盗罪の成立を認めていることが参考となる。もっとも、これらの事件はいずれも被害者の反抗抑圧状態を作出した犯人自身が生じた後に財物を奪取したという事案であり、先行行為（被害者の反抗を抑圧する行為）を行ったのが全く別の者（乙）である本問とは事案が異なっている点が指摘できる（さらに言えば、この「別の者」が自身が共謀を遂げた共犯者である場合が、上述した丙の罪責における「承継的共同正犯」の問題である）。そこで、仮に丁の脅迫について「反抗を抑圧するに足りる程度」という要件を認定できないと考えた場合、2項恐喝罪の成否を検討することになる。その場合、「財産的処分行為に向けられた脅迫か否か」が下記(2)と同様に問題となる。

(2) 財産上の利益移転 【「暴行又は脅迫」の手段性（「用いて」）】 参考判例 8

① 財産上の利益（「財物」取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益性）

キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、現金自動預払機（ATM）の操作により、機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができる（あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといえる）。

→ 「事実上、ATMを通してX銀行から預貯金の払戻しを受け得る地位」という具体的かつ現実的な財産上の利益が認められる。

② 移転性

利益が直接移転することは必要ではなく、「行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係」があれば足りる。

→ 丁がATMを通してX銀行の口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、Vは、自らの預金を丁によって払い戻されかねないという事実上の不利益（預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害）を被ることになる。

⇒ 以上より、丁の脅迫は、「財産上不法の利益を得」ることに向けられたもの（「用いて」）と評価できる。

- ※ 強盗罪における「暴行又は脅迫」は、「財物」（1項）又は「財産上不法の利益」（2項）を取得することに向けられたものであることが要件となる（「用いて」、手段性）。そして、1項における「財物」の占有移転と異なり、2項においては、「財産上不法の利益を得」（利益移転）が不明確であることから、上記手段性の判断が困難であるという点が問題の所在である。すなわち、1項の「財物」の取得（占有移転）の場合と同視できる程度の、「具体的かつ現実的な財産的利益」及びその「移転」を観念し得ない状況において、「暴行又は脅迫」を行っても、強盗罪の実行行為を構成しない（強盗罪の実行行為としてはいわば不能犯ということになる）。これはあくまで強盗罪の実行行為の認定の問題であり、ここでは、“現実利益移転があったか否か”という結果（既遂か未遂か）を問題としているのではない点に注意が必要である（参考判例8原審は、上記要件を否定した結果、強盗未遂罪ではなく強要罪を認定している）。
- ※ 上記①の財産上の利益をどのように捉えるかについて、参考判例8は、「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当」と判示していることから、「暗証番号」という“情報”自体を財産上の利益と捉えているわけではないことに注意を要する。
- ※ 参考判例8は、「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者」は、迅速かつ確実に預貯金の払い戻しを受けることができる地位にあり、「あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといえる」と判示するが、従来、このような観念的な「支配」は、判例上、非移転罪である横領罪に限って認められたものである。この考え方を移転罪（奪取罪）である強盗罪に及ぼした同判例に対しては理論的な批判も強い。その意味で、同判例は特殊な判例であって積極的に一般化されるべきではなく、その射程も限定的に捉えるべきであろう（上記乙の罪責第1, 3参照）。もっとも、本問における「キャッシュカードを窃取した犯人が被害者を脅迫してその暗証番号を聞き出した」という事実関係が、その限りでは同判例の事実と完全に一致していることから、同判例と同一の結論を導いても問題はないであろう。これに対して、「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つこと」は、未だ財物の取得と同視できる程度に「具体的かつ現実的な財産的利益」とは認められず（①）、かつ、「利益移転の直接性（犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じること）」が必要である（②）、と考えた場合、丁の脅迫は、強盗罪の実行行為とは評価できず、強要罪の成否を検討することになる（参考判例8原審参照）。

2 「財産上不法の利益を得」たこと（結果）

3 故意

第3 建造物侵入罪（130条前段）及びX銀行に対する窃盗罪（235条）の成否

- ・ 現金自動預払機（ATM）を用いて他人名義の口座から現金を引き出す目的でX銀行Y支店にその出入りロドアから入った行為 **参考判例9**

→ 管理権者X銀行Y支店長の意思に反する立ち入りであり、「侵入」に当たる。

- ・ X銀行Y支店に設置されたATMに本件キャッシュカードを挿入した上、V名義の口座の暗証番号を入力して同ATMから現金1万円を引き出した行為 **参考判例10**

→ ATM内の現金は、X銀行Y支店長の管理、占有に属する。

銀行（X銀行Y支店長）の占有を侵害したものとして、「窃取」に当たる。

- ※ Vから暗証番号を聞き出した行為について、丁がX銀行の預金について「**払戻しを受け得る地位**」（**参考判例8**参照）を得たことを根拠として、2項強盗罪（又は2項恐喝罪）の成立を肯定した場合、丁はX銀行の口座内の預金を管理・支配していることになるから、その後、X銀行のATMから現金を引き出した行為については、窃盗罪（奪取罪）ではなく、（不可罰的事後行為とするかはともかくとしても）占有離脱物横領罪の成否を検討することが整合的ということになる。もっとも、名義人の委託なしに他人の口座から現金を引き出す（払い戻す）類型の事件において、判例は、一貫して奪取罪（窃盗罪、詐欺罪）を認定しており（**参考判例10**参照）、答案上でもそのようにすべきであろう。この意味でも、**参考判例8**は特殊な裁判例（最高裁判例ではない）であったと位置付けるべきである。

第4 罪数

- ① V方への住居侵入罪（130条前段）
 - ② Vに対する本件キャッシュカードの窃盗罪（235条）
 - ③ Vに対する2項強盗罪（236条2項）
 - ④ X銀行への建造物侵入罪（130条前段）
 - ⑤ X銀行に対する現金1万円の窃盗罪（235条）
- ⇒ ②は③に吸収され（包括一罪）、これと①は牽連犯（54条1項）（⑥）
- ④と⑤は牽連犯（54条1項）（⑦）
- ⑥及び⑦が併合罪（45条前段）

以上

<参考判例>

1【最決平元 6.26（共犯関係の解消①）】

「一 傷害致死の点について、原判決（原判決の是認する一審判決の一部を含む。）が認定した事実の要旨は次のとおりである。（１）被告人Xは、一審相被告人のYの舎弟分であるが、両名は、昭和六一年一月二三日深夜スナックで一緒に飲んでいた本件被害者のVの酒癖が悪く、再三たしなめたのに、逆に反抗的な態度を示したことに憤慨し、同人に謝らせるべく、車でY方に連行した。（２）被告人Xは、Yとともに、一階八畳間において、Vの態度などを難詰し、謝ることを強く促したが、同人が頑としてこれに応じないで反抗的な態度をとり続けたことに激昂し、その身体に対して暴行を加える意思をYと相通じた上、翌二四日午前三時三〇分ころから約一時間ないし一時間半にわたり、竹刀や木刀でこもごも同人の顔面、背部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた。（３）被告人Xは、同日午前五時過ぎころ、Y方を立ち去ったが、その際「おれ帰る」といつただけで、自分としてはVに対しこれ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、Yに対しても、以後はVに暴行を加えることを止めるよう求めたり、あるいは同人を寝かせてやつてほしいとか、病院に連れていつてほしいなどと頼んだりせず、現場をそのままにして立ち去った。（４）その後ほどなくして、Yは、Vの言動に再び激昂して、「まだシメ足りないか」と怒鳴って右八畳間においてその顔を木刀で突くなどの暴行を加えた。（５）Vは、そのころから同日午後一時ころまでの間に、Y方において甲狀軟骨左上角骨折に基づく頸部圧迫等により窒息死したが、右の死の結果が被告人Xが帰る前に被告人XとYがこもごも加えた暴行によつて生じたものか、その後のYによる前記暴行により生じたものかは断定できない。

二 右事実関係に照らすと、被告人Xが帰った時点では、Yにおいてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、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。」

2【最決平 21.6.30（共犯関係の解消②）】

「1 原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

（１）被告人Xは、本件犯行以前にも、第1審判示第1及び第2の事実を含め数回にわたり、共犯者らと共に、民家に侵入して家人に暴行を加え、金品を強奪することを実行したことがあった。

（２）本件犯行に誘われた被告人Xは、本件犯行の前夜遅く、自動車を運転して行って共犯者らと合流し、同人らと共に、被害者方及びその付近の下見をするなどした後、共犯者7名との間で、被害者方の明かりが消えたら、共犯者2名が屋内に侵入し、内部から入口のかぎを開けて侵入口を確保した上で、被告人Xを含む他の共犯者らも屋内に侵入して強盗に及ぶという住居侵入・強盗の共謀を遂げた。

（３）本件当日午前2時ころ、共犯者2名は、被害者方の窓から地下1階資材置場に侵入したが、住居等につながるドアが施錠されていたため、いったん戸外に出て、別の共犯者に住居等に通じた窓の施錠を外させ、その窓から侵入し、内側から上記ドアの施錠を外して他の共犯者らのための侵入口を確保した。

（４）見張り役の共犯者は、屋内にいる共犯者2名が強盗に着手する前の段階において、現場付近に人が集まってきたのを見て犯行の発覚をおそれ、屋内にいる共犯者らに電話をかけ、「人が集まっている。早くやめて出てきた方がいい。」と言ったところ、「もう少し待って。」などと言われたので、「危ないから待てない。先に帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切り、付近に止めてあった自動車に乗り込んだ。その車内では、被告人Xと他の共犯者1名が強盗の実行行為に及ぶべく待機していたが、被告人Xら3名は話し合っただけで一緒に逃げることにし、被告人Xが運転する自動車から現場付近から立ち去った。

（５）屋内にいた共犯者2名は、いったん被害者方を出て、被告人Xら3名が立ち去ったことを知ったが、本件当日午前2時55分ころ、現場付近に残っていた共犯者3名と共にそのまま強盗を実行し、その際に加えた暴行によって被害者2名を負傷させた。

2 上記事実関係によれば、被告人Xは、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で「犯行をやめた方がいい、先に帰る」などと一方的に伝えただけで、被告人Xにおいて格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、

残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人Xが離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人Xも見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人Xの離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということではできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である。」

3 【松江地判昭 51.11.2（共犯関係の解消③）】

「ところで一般的には犯罪の実行を一旦共謀したものでも、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承して残余のものだけで犯罪を実行した場合、もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができないが、ここで留意すべきことは、共謀関係の離脱と云うためには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であつて、殊に離脱しようとするものが共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかつた状態に復元させなければ、共謀関係の解消がなされたとはいえないというべきである。

本件においては、前述のとおり、被告人P3はP11組若頭の地位にあつて組員を統制し、同被告人を中心としてP18殺害の共謀がなされていたのであるから、仮りに同被告人がこの共謀関係から離脱することを欲するのであれば、既に右共謀に基づいて行動を開始していた他の被告人ら（実行担当者であつた被告人P5が実行できないため、他の被告人らがこれに代つて実行する気配を示していたことは明らかである。）に対し、P18殺害計画の取止めを周知徹底させ、共謀以前の状態に回復させることが必要であつたというべきところ、前認定のとおり、同被告人は被告人P2が犯行現場に向う際一応皆を連れて帰るよう指示したのみで、当時右現場付近に他の被告人らが参集しP18殺害の危険性が充分感ぜられたにも拘らず、自ら現場に赴いて同所にいる被告人らを説得して連れ戻すなどの積極的行動をとらず、むしろ内心被告人P2らの実行行為をひそかに期待していたとみられるふしもあるのである。

してみれば結局被告人P3において共謀関係の離脱があつたと認めることはできないから、右被告人を除いたその余の被告人らにおいて、本件犯行の実行担当者や実行方法につき新たな共謀がなされ、これに基づいて右犯行が実行されたものであるにしても同被告人はこれが刑事責任を免れることはできないというべきである。」

4 【最判平 24.11.6（承継的共同正犯①）】

「被告人は、Aらが共謀してCらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Aらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Dの背中や足、Cの頭、肩、背中や足を殴打し、Dの頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはCらの傷害（したがって、第1審判決が認定した傷害のうちDの顔面両耳鼻部打撲擦過とCの右母指基節骨折は除かれる。以下同じ。）を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。原判決の上記2の認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があつたとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問ひ得る理由とはいえないものであつて、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。そうすると、被告人の共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果を含めて被告人に傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決には、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する刑法60条、204条の解釈適用を誤った法令違反があるものといわざるを得ない。」

（裁判官千葉勝美の補足意見）

「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので（法廷意見が指摘するよう

に、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない。)、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである。」

5【大阪高判昭 62.7.10 (承継的共同正犯②)】

「先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従つて、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つ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。

もつとも、例えば、「暴行又ハ脅迫」により被害者の反抗を抑圧した状態に置き、その所持する財物を「強取スル」ことによつて成立する強盗罪のように、一罪であつても一連の行為により一定の結果を発生させる犯罪(強姦、殺人等についても同様である。)については、後行者が、先行者の行為等を認識・認容して犯行に共謀加担すれば(例えば、先行者が強盗目的で暴行中、自らも同様の目的で右暴行に加わり、あるいは、反抗抑圧の結果を生じた段階でこれに加つて、自ら金品を強取するなど)、多くの場合、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したと認めるのが相当であるといひ得る…しかし、例えば、先行者が遂行中の一連の暴行に、後行者がやはり暴行の故意をもつて途中から共謀加担したような場合には、一個の暴行行為がもともと一個の犯罪を構成するもので、後行者は一個の暴行そのものに加担するのではない上に、後行者には、被害者に暴行を加えること以外の目的はないのであるから、後行者が先行者の行為等を認識・認容していても、他に特段の事情のない限り、先行者の暴行を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したものと認めることができず、このような場合、当裁判所の見解によれば、共謀加担後の行為についてのみ共同正犯の成立を認めるべきこととなり、全面肯定説とは結論を異にすることになる。…(中略)…

ところで、前示の認定によれば、被告人は、西田組事務所一階応接室へ現われた段階で、同室内におけるYらの行動や被害者Vの受傷状況、更にはAの説明などにより、事態の成行きを理解し、同室内におけるYらのVへの暴行及びこれによる同人の受傷の事実を認識・認容しながら、これに途中から共謀加担したものといい得る。しかし、前示のような暴行罪そのものの性質、並びに被告人がVに対し現実にはその顎を二、三回突き上げる程度の暴行しか行っていないことからみて、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。」

6【東京高判平 20.3.19 (反抗抑圧に乗じた財物奪取①)】

「強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後に、新たに財物取得の意思を生じ、前記暴行・脅迫により反抗が抑圧されている状態に乗じて財物を取得した場合において、強盗罪が成立するには、新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要であると解されるが、本件のように被害者が緊縛された状態にあり、実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合には、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立すると解すべきである。すなわち、緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫には当たらないとしても、逮捕監禁行為には当たりうるものであつて、被告人において、この緊縛状態を解消しない限り、違法な自由侵害状態に乗じた財物の取得は、強盗罪に当たるという

べきなのである。緊縛された状態にある被害者は、一切の抵抗ができず、被告人のなすがままにまかせるほかないのであって、被告人の目的が最初は強制わいせつであったが、その後財物取得の意思も生じて財物を取ってしまっても、なすすべが全くない状態に変わりはないのに、その行為が窃盗にすぎないというのは、不当な結論であるといわなければならない。例えば、緊縛状態がなく、強制わいせつの目的による当初の暴行・脅迫により反抗を抑圧された被害者に被告人が「これを寄越せ」とか「貰っておく」と言って財物を取った場合に、その言動が新たな脅迫に当たるとして強盗罪が成立するのであれば、緊縛され問答無用の状態にある被害者から財物を取った場合が強盗罪でないというのは、到底納得できるところではない。」

7【大阪高判平元.3.3（反抗抑圧に乗じた財物奪取②）】

「強盗罪は相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を手段とし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、脅迫は財物奪取の目的をもってなされることが必要であると解される。従って財物奪取以外の目的で暴行、脅迫を加え相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じ、これを実行に移した場合、強盗罪が成立するというためには、単に相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取するだけでは足りず、強盗の手段としての暴行、脅迫がなされることが必要であるが、その程度は、強盗が反抗抑圧状態を招来し、これを利用して財物を奪取する犯罪であることに着目すれば、自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させるに足りる暴行、脅迫があれば十分であり、それ自体反抗抑圧状態を招来するに足りると客観的に認められる程度のものである必要はないものというべく、これと同旨の原判決の判断は正当である。」

8【東京高判平 21.11.16（暗証番号を聞き出す行為と2項強盗罪）】

「第1 検察官の法令の適用の誤りの主張（前提としての事実誤認の主張を含む。）について
論旨は、要するに、平成21年3月9日付け追起訴状の2記載の「…（中略）…」との公訴事実について、原判決は、〔1〕被告人が本件被害者から窃取に係るキャッシュカードの暗証番号を聞き出したとしても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められないとし、また、〔2〕刑法236条2項の「財産上不法の利益」について、「移転性」のある利益に限られ、同項に該当するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であると解した上で、被告人が上記のとおり暗証番号を聞き出したとしても、キャッシュカードの暗証番号に関する情報が本件被害者と被告人との間で共有されるだけで、本件被害者の利益が失われるわけではないから、被告人が「財産上不法の利益を得た」とはいえないとして、強盗罪の成立を否定し、強要罪が成立するにすぎないとしているが（原判示第1の2）、〔1〕被告人が本件被害者から窃取に係るキャッシュカードの暗証番号を聞き出すことは同人名義の預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位を得ることにほかならず、この地位を得ることは、財物の移転と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たものといえることができ、また、〔2〕いわゆる2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益自体が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必要でなく、被害者が不利益を被る反面、行為者が利益を得るという関係があれば、行為者の利益と被害者の不利益の間に完全な対応関係がなくてもよいと解され、本件においても、被告人が財産上の利益を得た反面、本件被害者は不利益を被っており、2項強盗の罪が成立するから、原判決は事実を誤認し、かつ刑法236条2項の解釈を誤った結果、その適用を誤ったものであり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであるというのである。

1〔1〕の点について

…（中略）…キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した場合、犯人は、現金自動預払機（ATM）の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手続を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになる。このようにキャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、キャッシュカードを窃取した犯人が被害者からその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は、被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではないものの、同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべきである。

…（中略）…したがって、被告人が本件被害者から本件口座の暗証番号を聞き出しても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められないとした原判決は、法令の適用の前提となる事実の認定ないし評価を誤ったものというべきである。

2〔2〕の点について

原判決は、刑法236条2項の財産上の利益は移転性のあるものに限られるというのであるが、2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があれば足りると解される（例えば、暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧して、財産的価値を有する輸送の役務を提供させた場合にも2項強盗の罪が成立すると解されるが、このような場合に被害者が失うのは、当該役務を提供するのに必要な時間や労力、資源等であって、輸送の役務そのものではない。）。そして、本件においては、被告人が、ATMを通して本件口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない。

…（中略）…したがって、刑法236条2項の財産上の利益は移転性のあるものに限られ、2項強盗の罪が成立するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であるとする原判決は、同項の解釈を誤ったものというべきである。

3 結論

以上のとおり、原判決は、前記公訴事実につき、事実の認定ないし評価及び刑法236条2項の解釈を誤った結果、強盗罪の成立を否定して強要罪を認定することと定める法令の適用の誤りを犯したものであり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

9【最決平19.7.2（犯罪目的での銀行への立ち入り）】

「以上の事実関係によれば、被告人らは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち入ったものであり、そのような立ち入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立ち入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立するものというべきである。」

10【東京高判平6.9.15（ATMからの現金引き出し）】

「もともと、預金口座の名義人と銀行との関係は、前者に正当な払戻し権限がある場合であっても、債権債務関係が成立しているだけであって、銀行の現金自動支払機内の現金について預金口座の名義人が事実上これを管理するとか、所持するとか、占有するとかいう立場にはなく、右現金は、銀行（現実には、当該銀行の支店長）の管理ないしは占有に属すると解するのが相当である。もともと、横領罪との関係においては、預金口座の名義人に正当な払戻し権限がある場合に、預金債権に対する管理、占有ひいては銀行が事実上占有する金銭に対する預金額の限度での法律上の占有という観念を容れる余地がある。しかし、本件は、送金した銀行側の手違いにより、誤って被告人の預金口座に入金があったに過ぎず、被告人に右預金について正当な払戻し権限のない場合であるから（このことは、受入れ銀行の側に何らの過誤がない場合も同様である。）、自動支払機内の現金について、所論のいうように、被告人が管理者であるとか、被告人がこれを所持（支配）していたということのできないことはもとより、被告人が法律上の占有を取得することもなくと解される。したがって、本件については、横領罪の成立する余地はなく、詐欺罪が問題とならないことも明らかであり、銀行の現金に対する占有を侵害したものとして、窃盗罪が成立するというべきである。そうすると、被告人がキャッシュカードで引き出した現金について、AR銀行新宿西口支店長等の管理に属すると認めた上、窃盗罪の成立を認めた原判決は正当であり、その他、所論に即し逐一検討しても、この点に関する原判決の判断に、所論の事実誤認、法令適用の誤りないし訴訟手続の法令違反はない。」

第2問 [刑事訴訟法]

<分析例>

[設問1] 甲を留め置いた措置の適法性

<検討の流れ>

1 職務質問（警職法2条1項）の適法性（前提）

甲は、エンジンの空吹かしを繰り返し、大声で意味不明な言葉を発していた

→「何らかの犯罪を犯し、…ていると疑うに足りる相当な理由」（不審事由）該当

2 職務質問（に伴う停止行為）に引き続く現場への留め置きの適法性（本問）

(1) 強制処分該当性 参考判例1

[第1基準] 意思制圧／重要権利侵害 → 令状主義違反（実質逮捕） = 違法

↓×

○

(2) 任意捜査の適法性 参考判例2, 3, 4

[第2基準] 捜査比例の原則（必要性、緊急性、相当性） → 違法

↓○

×

適法

- ※ **職務質問（警職法2条1項）**は、行政警察活動として捜査の端緒となるものであるが、これにより嫌疑が具体化し、捜査（司法警察活動）へ発展していく性質を有することから、その限界については、「**職務質問及びその現場への留め置きという一連の手続**」（参考判例2参照）と捉え、刑事訴訟法の捜査（197条1項）の限界の判断枠組み（**強制処分該当性→任意捜査の適法性**）によって検討することとなる（参考判例1参照）。本問においても、当初は不審者がいるとの通報を受けてPが現場に臨場し、甲に不審事由を認めて職務質問を開始したものであるが、午前11時前後に甲の覚せい剤使用の具体的な嫌疑を抱き、嫌疑の確認に向けた説得を開始した時点以降は、捜査としての側面を強く有するに至っているといえるが、これらは連続した一連の手続として行われている。
- ※ **職務質問に引き続く留め置きの適法性**について、参考判例3, 4が、令状請求時点を分水嶺として「**純粋に任意捜査として行われている段階**」と「**強制手続への移行段階**」に分けて適法性を検討していることが参考になる（いわゆる「二分論」）。この考え方は、令状請求がなされる程度に嫌疑が濃厚となった被疑者については、令状の確実な執行に向けた**所在確保の必要性**が格段に高まることから、このような必要性・緊急性が高い類型的事情（「令状請求」という事情）が存在する場合には、捜査比例の原則に照らしても、相当程度の侵害性の高い行為も許容され得る（「純粋な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」）ことを根拠とする。ただし、その前提として、参考判例3は、手続的公正の観点から「強制採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えることが条件となる」と指摘している点に注意が必要である。

<本問の検討>

純粋に任意捜査として行われている段階（午前11時～午前11時30分）

[Pらの措置]

- ・ 午前11時過ぎ、覚せい剤使用の嫌疑確認のため、甲に対し、H警察署への任意同行及び尿の任意提出を求めたところ、甲はこれを拒否したうえ甲車を降りて歩き出したため、甲の前に立ち、進路を塞いだ（**第1停止措置**）。
- ・ 午前11時20分及び25分、甲は2度にわたり甲車を降りて歩き出したため、その都度上記説得を試みるとともに、甲の前に立ち、進路を塞いだ（**第2停止措置**）。

<検討すべき事情>

- ・ 甲には、目の焦点が合わず異常な量の汗を流す等覚せい剤使用者特有の様子が見られた。
- ・ 犯歴照会により覚せい剤取締法違反の前科が判明した。
- ・ 第1停止措置の後、甲の左肘内側に赤色の真新しい注射痕を認めて確認したが、甲は「献血の注射痕だ」と述べた。

→ 任意同行を求めた経緯、嫌疑の程度等

- ・ Pらの停止措置は、いずれも物理力の行使を伴っていない。
- ・ 3度にわたり、甲にH警察署での尿の任意提出を求めたが、いずれも甲が同行を拒否したことから、Pらは現場において説得を継続した。
- ・ 各停止措置の後、いずれも甲は自ら甲車へ戻って停止措置に応じた。
- ・ 午前11時30分にPは、Qに各捜索差押許可状の請求を指示した（職務質問開始から約45分後には令状請求に取りかかった）。

→ 停止措置の態様、被疑者の挙動、停止の時間等

※ この段階におけるPらの措置は、甲に対する直接的な有形力の行使を何ら伴っておらず、おそよ「**個人の意思を制圧**」（第1基準）する性質を一般的に帯びるものではないことから、強制処分該当性は否定した上で、任意捜査として、「**捜査比例の原則（必要性及び相当性）**」（第2基準）に照らして、その適否を検討することになる。

強制手続への移行段階（午前11時30分～午後4時30分）

[Pらの措置]

- ・ 午前11時30分過ぎ、2台のパトカーを甲車の前後に挟むようにして停車させ、甲車が容易に移動できないようにした。その後、甲車を降りて歩き出した甲の前に立ち、両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、それ以上甲が前に進めないように制止した（**第3停止措置**）。
- ・ 午後1時、甲が「弁護士から帰っていいと言われたので、帰るぞ。」と言って甲車を降りて歩き出したことから、甲の前に立ち、両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、それ以上甲が前に進めないように制止し、更に胸部及び腹部を前方に突き出ししながら、甲の体を甲車運転席前まで押し戻した（**第4停止措置**）。
- ・ 午後4時、再度、甲が甲車を降りて歩き出したので、両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、胸部及び腹部を前方に突き出ししながら、甲の体を甲車運転席前まで押し戻した（**第5停止措置**）

<検討すべき事情>

- ・ 第2停止措置の後、甲のバッグ内に注射器を発見し、甲に確認したが、甲は「献血に使った注射器だ。」などと述べて不自然な言動をしたことから、Pは一層嫌疑を強め、午前11時30分、各捜索差押許可状の請求をQに指示した（令状請求準備行為）。
 - ・ Pは、令状請求準備行為後直ちに、甲に対して、「今から、採尿と車内を捜索する令状を請求する。令状が出るまで、ここで待っていてくれ。」と言った。
- **捜査機関において令状請求が可能であると判断し得る程度の嫌疑、令状請求について被疑者への告知等**
- ・ Pらが請求した令状は強制採尿令状を含む（同令状を請求するためには、予め採尿を行う医師を確保することが前提となり、かつ、発付後所定の時間内に当該医師のもとに被疑者を連行する必要がある）。
- **他の令状に比べて長い準備時間の必要性、被疑者の所在確保の必要性等**

- ・ 午後4時30分過ぎ、甲車の捜索に着手した（令状請求準備行為から令状執行までの留め置きは、約5時間）。もっとも、令状発付を受けたQが現場に到着するまでの間、交通渋滞のため、通常より1時間多くの時間を要した。
 - ・ Pらが甲を現場に留め置くために行使した有形力は、任意採尿に応じずに再三にわたり現場から離れようと試みる甲に対応して、その都度、甲の前に立ち塞がったり、胸部及び腹部を前方に突き出しながら甲を押し返したりしたものであった（なお、Pの方からは甲の身体に接触していない）。
 - ・ 甲は、運転席で携帯電話を用いて弁護士その他外部の者と自由に連絡を取っていた。
- 留め置きの時間、留め置きの態様（被疑者の意思を直接制圧するような行為の有無、所在確保に向けた措置以外の点での行動の自由の確保）等
- ・ Pらは令状主義に則った手続を履踐して現に令状請求をしており、その他に令状主義の趣旨を潜脱しようとの意図があったという事情はない。

→ 捜査官の意図等

※ 上記各事情のうち①留め置きの時間及び②留め置きの態様をどのように評価するかが特に重要であろう。①留め置きの時間について、判例は、令状請求準備行為から令状執行まで約3時間21分（参考判例3）、あるいは約2時間58分（参考判例4）を要している事案につき、「特に著しく長いとまでは認められない」と評価している。これは他の令状請求よりも長い準備時間を要する強制採尿令状請求手続の特殊性を考慮したものと見える。本問では、令状請求準備行為から令状執行までに約5時間要しており、上記各判例の事案よりも長時間にわたり被疑者を現場に留めている（なお、参考判例2は、6時間半の留め置きを違法している）。もっとも、上記強制採尿令状請求手続の特殊性に加え、本問では、交通渋滞のため通常より1時間多く時間を要したという事情があることから、この事情をどのように評価するかが重要となろう。次に、②留め置きの態様について、被疑者の意思を直接的に制圧するような行為（羽交い絞め、押さえつけ等）がなされていれば、無令状逮捕行為そのものとして「強制手段」（参考判例1）に当たり違法となる（第1基準）。また、その程度に至らない有形力が行使された場合でも、捜査比例の原則に照らし、必要最小限度の行為でなければ違法となるが（第2基準）、参考判例4は、「退出を試みる被告人に対応して、その都度、被告人の前に立ち塞がったり、背中で被告人を押し返したり、被告人の身体を手で払う等」した捜査官の措置について、「受動的なものに留まり、積極的に、被告人の意思を抑圧するような行為等はされていない。」と評価したうえ、場所的な行動の自由が制約されている以外の点では被疑者の自由が相当程度確保されていたこと（所在確保に向けた措置以外の点での行動の自由確保の程度）も指摘した上で、必要最小限度の措置にとどまっていたと評価した。本問においても、甲の意思を直接制圧するような行為はなされておらず、有形力の行使についてもPの側から積極的に甲の身体に接触した場面はなかった、甲が携帯電話で外部と連絡を取るなどする自由は確保されていたといった事情は指摘できるであろう。なお、上記各判例においては、違法集証排除法則の適用も争点となったため、上記のような事情に加えて、捜査官の意図（令状主義潜脱の意図）についても言及した上で留め置きの適法性を判断している。

- ※ 上記「二分論」の枠組みに対しては、「令状請求」という事実自体から、より侵害の程度の強い有形力行使を許容する理論を導くことは困難であるとの批判がある。確かに、令状請求は、その時点で令状請求が可能な程度に嫌疑が高まっていることを客観的に示す指標であり、上記「所在確保の必要性」を基礎付けるものではあるが、他方で、令状を請求したことによって被疑者の嫌疑が高められるわけではないから、それ自体によって強度の侵害が可能になるということには必ずしもならないであろう。本間についても、上記「二分論」の枠組みに依らず、合計5時間半にも及んだ本件留め置きは、甲の「移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法」（参考判例2参照）との結論を導くこともできるであろう。
- ※ なお、参考判例2は、留め置きを任意処分の適法性（第2基準）の問題として検討している。これに対して、長時間にわたり移動の自由（身体の自由）を奪う行為は、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」（参考判例1）であって強制処分（第1基準）に該当するというべきである、とする見解もある。本間においても、午後1時に甲が「弁護士から帰っていいと言われたので、帰るぞ。」と述べて明確な帰宅の意向を表明していることから、この時点で被処分者の強固な拒絶意思が表明されたとも評価し得る。そうすると、少なくともこの時点以降の留め置きについては、たとえ甲の「意思を直接的に制圧するような行為」はなされていないとしても、被処分者の明示の強固な拒絶意思をおよそ無視して捜査目的を一方的に実現する性質を帯びているとして、実質的に「強制処分」（実質逮捕）に当たると評価する余地もあろう（なお、このように評価した場合、本件措置は単なる比例原則違反にとどまらず、令状主義違反というより重大な瑕疵を帯びることになるから、違法集証拠排除法則の適用において参考判例2とは結論を異にする余地が生じることになる）。

〔設問2〕 接見指定の適法性

<検討の流れ>

1 接見指定の要件該当性（39条3項本文「捜査のため必要があるとき」） 参考判例5

取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合

=「捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち会わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があって、弁護士等の申出に沿った接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合」

↓

2 接見指定の内容の適否（39条3項但書「防御の準備をする権利を不当に制限する」）

参考判例6

初回接見に対して接見指定をする際に捜査機関が負う義務

=「接見指定の要件が具備された場合でも、その指定に当たっては、①弁護士となろうとする者と協議して（協議義務）、②即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうかを検討し（検討義務）、③これが可能なときは、留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り、犯罪事実の要旨の告知等被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続く指紋採取、写真撮影等所要の手続を終えた後において、たとえ比較的短時間であっても、時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべき義務（即時又は近接した時点での接見を認めるべき義務）

- ※ **参考判例 6** は、国家賠償請求訴訟であって、上記義務は、捜査機関が公務員として国家賠償法上負うべき職務上の注意義務である（**職務行為基準説**）。もともと、同判例は、捜査機関が上記義務に違反した場合、「防御の準備をする権利を不当に制限したものであって、刑訴法三九条三項に違反する。」、「刑訴法上違法であるのみならず、国家賠償法一条一項にいう違法な行為にも当たるといわざるを得ず、これが捜査機関として遵守すべき注意義務に違反するものとして、同課長に過失があることは明らかである。」と判示しており、上記義務違反が刑事訴訟法（39 条 3 項）上も違法であることを明らかにしている。

<本問の検討>

①の措置

1 要件該当性

- ・ 午前 9 時 45 分 検察官 S 弁解録取手続開始
- ・ 午前 9 時 50 分 弁護士 T 接見申出（午前 10 時 30 分、H 警察署）

→ 「現に被疑者を取調べ中である場合」に当たる。

2 内容の適否（指定内容：午前 11 時から）

- ・ T からの上記申出を受けた時点で、S は、弁解録取手続終了までに更に 30 分を要し、H 警察署までの移動に約 30 分を要することから、上記の時間に指定し、T はこれを了承した。

→ S は、弁護人になろうとする者 T と協議し、即時又は近接した時点での接見が可能かを検討した上、時間を指定した上で可能な限り即時又は近接した時点での接見を認めた。

②の措置

1 要件該当性

- ・ 午前 10 時 20 分 弁解録取手続終了
- ・ 午前 10 時 25 分 改めて取調べを開始

→ 「現に」取調べ中又は「間近い時に」取調べをする確実な予定がある場合といえるか？

- ※ **参考判例 6** は、捜査機関が「接見指定をしようとしたこと自体は、直ちに違法と断定することはできない。」としたが、その理由として、「申出時において、現に取調べ中か又は間近い時に取調べが確実に予定されていたものと評価することができ」ると判示している。これに対して、本問の検察官 S は、弁解録取手続の終了後に甲が自白しようか迷っていると察し、この機会に自白を得たいと考えて改めて取調べを開始することとしたのであるから、少なくとも午前 10 時 25 分以降の取り調べは、弁護士 T の接見申出時点では予定されていなかったものである。この点を重視して、「捜査のため必要があるとき」（39 条 3 項本文）に該当しないとの評価も可能であろう。

2 内容の適否（指定内容：午後零時30分以降）

- ・ 甲は、同種事犯による前刑の執行猶予期間中であるところ、逮捕後未だ弁護士と接見しておらず、弁護人も選任されていなかった。
- ・ 甲は、逮捕当初から覚せい剤所持の事実を否認していたが、Sによる弁解録取手続終了後、自白に転じるような供述を始めた。

→ 初回接見の必要性の程度

- ・ 送致後に行うべきものとされている弁解録取手続（205条1項）を終えた後、更に2時間以上も接見を遅らせる内容の指定をした。
- ・ Tは、Sから接見指定の変更を伝えられた際、これを了承せず、「予定どおり接見したい。」旨主張したが、Sは電話を切って取調室へ戻り、甲の取調べを開始した。
- ・ Sは、たとえ比較的短時間であっても即時又は近接した時点での接見を認めるようにする措置（例えば、検察庁の面会室での短時間の接見等）の検討及びそのような措置についてTとの協議を行っていない。

→ 合理的時間確保の可能性、接見指定による捜査への顕著な支障の回避可能性等についての検討及び弁護人等との協議の程度

〔設問3〕 甲の証言の証拠能力

1 争点及び要証事実の把握

争点 = 乙の故意の有無

→ 検察官の立証すべき事実（最終的な立証命題）

= 「乙が、覚せい剤（を含む違法薬物）であることを認識していたこと」（乙の故意）

⇒ 甲の証言は、上記事実を推認させる間接事実を証明するために用いられるもの

すなわち、上記事実を推認させる間接事実が、甲の証言の要証事実（「証拠により証明すべき事実」296条本文参照）となる。

2 伝聞証拠該当性の判断 参考判例7・8

伝聞証拠 = 要証事実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・供述）であって、その原供述の内容（原供述者が直接体験した事実）の真実性の証明の用に供される証拠

※ 伝聞証拠の意義について、司法試験の「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）、「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）等と説明されている。すなわち、伝聞証拠該当性の判断にあたっては、要証事実を原供述者の直接体験した事実（知覚、記憶し、表現した事実）とする場合であるか否かを判断することが重要である（参考判例7，8参照）。本問についていえば、甲の証言から、原供述者乙の直接体験した事実を立証する場合であれば伝聞、証人甲自身の直接体験した事実を立証する場合であれば非伝聞、という結論となる。

<本問の検討>

乙が、甲に対して、「お前が捕まったら、俺も刑務所行きだから気を付けろよ。」と述べた事実が証明された場合、乙がそのような発言をしたのは、発言をした時点において、乙が自己の行為の違法性（少なくとも甲が逮捕された場合に自己にも刑事責任の追及が及ぶこと）について意識していたためであると考えられる。

→ 当該事実自体から「乙が、覚せい剤（を含む違法薬物）であることを認識していたこと」を推認させる。

⇒ 要証事実 = 「乙が、甲に対して、「お前が捕まったら、俺も刑務所行きだから気を付けろよ。」と述べた事実」

上記事実は、証人甲が、直接体験（知覚、記憶、表現）した事実 ⇒ 非伝聞

※ 甲の証言が伝聞証言か否かは要証事実との関係で相対的に判断される。本問では、検察官が最終的に立証すべき事項は、「覚せい剤（を含む違法薬物）であることの認識」という乙の内心の状態であり、原供述者乙の直接体験した事実（知覚、記憶し、表現した内容たる事実）ではない。そして、そのような乙の内心の状態を乙の発言の存在（上記のとおり、これは甲の直接体験した事実である。）から推認するという証拠構造を有している。これに対して、甲の証言から、乙の体験事実（例えば、「K通りで警察が良く検問をしている事実」）を立証しようとする場合であれば伝聞証言となるが、そのような事実は上記争点との関係で検察官の立証に何ら役立つものではないため、これを要証事実と考えることはできない。

〔設問４〕 刑法第295条1項による乙の供述の制限の可否

【刑事訴訟法295条1項】

裁判長は、訴訟関係人のする尋問又は陳述が既にした尋問若しくは陳述と重複するとき、又は事件に関係のない事項にわたるときその他相当でないときは、訴訟関係人の本質的な権利を害しない限り、これを制限することができる。訴訟関係人の被告人に対する供述を求める行為についても同様である。

公判前整理手続に付された事件の場合（本問） 参考判例9

公判前整理手続：充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため、事件の争点及び証拠を整理する手続（316条の2第1項参照）

- 被告人又は弁護人は、予定主張の明示義務（316条の17第1項）を負う。
- ⇒ ①公判前整理手続における予定主張の明示状況（釈明状況）、②新たな主張がされるに至った経緯、③新たな主張の内容等の諸般の事情を総合的に考慮し、主張明示義務に違反したものと認められ、かつ、公判前整理手続で明示されなかった主張に関する供述を許すことが、公判前整理手続を行った意味（＝充実した公判審理（継続的、計画的かつ迅速な審理）の実現）を失わせるものと認められる場合、④新たな主張に係る事項の重要性等も踏まえた上で、その具体的内容に関する被告人の公判供述が、刑法第295条1項により制限されることがあり得る。

<本問の検討>

1 公判前整理手続の経過及び結果

予定主張：平成27年6月28日、乙は自宅（犯行現場）にはいなかった。（アリバイ）

釈明：同日、乙は終日 J県内の丙方 にいた。（予定主張の具体化）

- ⇒ 公判前整理手続の結果、「平成27年6月28日、乙方において、乙が甲に覚せい剤を譲り渡したか」（乙の犯人性＝アリバイの有無）が本件の争点であると整理された。

- ①公判前整理手続における予定主張の明示状況（釈明状況）

2 乙が公判期日で供述しようとした内容

乙の供述内容：平成27年6月28日、J県M市△町△番の戊方 にいた。前回の公判期日後、戊から手紙が届き思い出した。

- ・ 乙の供述は、「アリバイの有無」と別個の争点を形成するような内容ではなく、他方で、アリバイ主張自体は公判前整理手続において予定主張として明示及び釈明されていた
- ・ 公判前整理手続の時点では、戊からの手紙が届いていなかった

→ ②新たな主張がされるに至った経緯, ③新たな主張の内容

⇒ 上記①ないし③の事情に照らし、乙及びUが主張明示義務に違反したものとも、Uの質問及び乙の供述を許すことが、公判前整理手続を行った意味を失わせるものとも認められない。

他方で、

- ・ アリバイの有無は、乙の犯人性（争点）の直接証拠となる重要事実

→ ④新たな主張に係る事項の重要性

⇒ 上記④の事情も踏まえると、Uの質問及び乙の供述を、訴法295条1項により制限することはできない。

※ 参考判例9は、既に被告人が公判前整理手続において明示していたアリバイ主張に関して、公判期日で被告人に具体的な供述を求めることが「刑訴法295条1項所定の「事件に関係のない事項にわたる」ものでないことは明らかである。」と述べた上で、「公判前整理手続の経過及び結果、並びに、被告人が公判期日で供述しようとした内容に照らすと、前記主張明示義務に違反したのもとも、本件質問等を許すことが公判前整理手続を行った意味を失わせるものとも認められず、本件質問等を同条項により制限することはできない。」と判示している。もっとも、仮に、公判期日における質問等が主張明示義務に違反し、かつ公判前整理手続を行った意味を失わせるものと認められた場合、具体的に同条項のどの要件に該当することによって質問等が制限され得るかは判然としない。この点について、同判例補足意見は、「法廷意見が例示するような、公判前整理手続の核心を害し、弁解権の濫用と認められる事例については、刑訴法295条1項の「その他相当でない」ものとして制限されることがあり得ると解すべきである。」と述べており、上記の場合を同条項の「その他相当でない」という要件に位置付けて検討していることが参考となろう。

以 上

<参考判例>

1【最決昭 51.3.16（強制処分の意義・任意捜査の限界）】

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」

3【最決平 6.9.16（職務質問に引き続く留め置き①）】

「そこで、まず、被告人に対する職務質問及びその現場への留め置きという一連の手續の違法の有無についてみる。

（一）職務質問を開始した当時、被告人には覚せい剤使用の嫌疑があつたほか、幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ、かつ、道路が積雪により滑りやすい状態にあつたのに、被告人が自動車を発進させるおそれがあつたから、前記の被告人運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警察官職務執行法二条一項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法六七条三項に基づき交通の危険を防止するため採つた必要な応急の措置に当たるといふことができる。

（二）これに対し、その後被告人の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が被告人による運転を阻止し、約六時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は、当初は前記のとおり適法性を有しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪つた点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものと違法といわざるを得ない。

（三）しかし、右職務質問の過程においては、警察官が行使した有形力は、エンジンキーを取り上げてこれを返還せず、あるいは、エンジンキーを持った被告人が車に乗り込むのを阻止した程度であつて、さほど強いものでなく、被告人に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また、路面が積雪により滑りやすく、被告人自身、覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに、被告人があくまで警越自動車道で宮城方面に向かおうとしていたのであるから、任意捜査の面だけでなく、交通危険の防止という交通警察の面からも、被告人の運転を阻止する必要性が高かつたといふべきである。しかも、被告人が、自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行をかたくなに拒否するという態度を取り続けたことを考慮すると、結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかつた面があるといふことができ、右のような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があつたものとは認められない。これら諸般の事情を総合してみると、前記のとおり、警察官が、早期に令状を請求することなく長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが、その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。」

3【東京高判平 22.11.8（職務質問に引き続く留め置き②）】

「本件におけるこのような留め置きの適法性を判断するに当たっては、午後4時30分ころ、B巡査部長が、被告人から任意で尿の提出を受けることを断念し、搜索差押許可状（強制採尿令状。以下「強制採尿令状」ともいう。）請求の手續に取りかかっていることに留意しなければならない。すなわち、強制採尿令状の請求に取りかかつたということは、捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなつたことを物語るものであり、その判断に誤りがなければ、いずれ同令状が発付されることになるのであつて、いわばその時点を分水嶺として、強制手續への移行段階に至つたと見るべきものである。したがつて、依然として任意捜査であることに変わりはないけれども、そこには、それ以前の純粹に任意捜査として行われている段階とは、性質的に異なるものがあるとしなければならない。

そこで、以上のような観点に立つて、まず、純粋に任意捜査として行われている段階について検討すると、B 巡査部長らが被告人に対して職務質問を開始した経緯や、被告人の挙動、腕の注射痕の存在等から尿の任意提出を求めたことには何ら違法な点はない。そして、注射痕の理由や尿の任意提出に応じられないとする理由が、いずれも虚偽を含む納得し得ないものであったことや、後に警察署に出頭して尿を任意提出するとの被告人の言辞も信用できないとして、午後4時30分ごろの時点で強制採尿令状の請求に取りかかったことも、前記の原判決が認定する事情の下では、当然の成り行きであって、妥当な判断といふべきである。そして、この間の時間は約40分間であって、警察官から特に問題とされるような物理力の行使があったようなことも、被告人自身述べていない。これらに照らすと、この間の留め置きは、警察官らの求めに応じて被告人が任意に職務質問の現場に留まったものと見るべきであるから、そこには何ら違法、不当な点は認められない。

次に、午後4時30分ごろ以降強制採尿令状の執行までの段階について検討すると、同令状を請求するためには、予め採尿を行う医師を確保することが前提となり、かつ、同令状の発付を受けた後、所定の期間内に当該医師の許に被疑者を連行する必要もある。したがって、令状執行の対象である被疑者の所在確保の必要性には非常に高いものがあるから、強制採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えることが条件となるが、純粋な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許されると解される。これを本件について見ると、午後4時30分ごろに、被告人に対して、強制採尿令状の請求をする旨告げた上、B 巡査部長は同令状請求準備のために警察署に戻り、午後7時ごろ東京簡易裁判所裁判官に対し同令状の請求をして、午後7時35分同令状が発付され、午後7時51分、留め置き現場において、これを被告人に示して執行が開始されているが、上記準備行為から強制採尿令状が発付されるまでの留め置きは約3時間5分、同令状執行までは約3時間21分かかっているものの、手続の所要時間として、特に著しく長いとまでは認められない。また、この間の留め置きの態様を見ると、前記C 巡査部長ら警察官が駐車している被告人車両のすぐそばにいる被告人と約四、五メートル距離を置いて被告人を取り巻いたり、被告人が同車両に乗り込んだ後は、一、二メートル離れて同車両の周囲に位置し、さらに同車両の約2.5メートル手前に警察車両を駐車させ、午後5時35分ごろからは、被告人車両の約10メートル後方にも別の警察車両を止め、その間、被告人からの「まだか。」などとの問い掛けに対して、「待ってろよ。」と答えるなどして、被告人を留め置いたというものであるが、このような経緯の中で、警察官が被告人に対し、その立ち去りを防ごうと身体を押さえつけたり、引っ張ったりするなどの物理力を行使した形跡はなく、被告人の供述によっても、せいぜい被告人の腕に警察官が腕を回すようにして触れ、それを被告人が振り払うようにしたという程度であったというのである。そして、その間に、被告人は、被告人車両内で携帯電話で通話をしたり、たばこを吸ったりしながら待機していたというのであって、この段階において、被告人の意思を直接的に抑圧するような行為等はなされておらず、駐車車両や警察官が被告人及び被告人車両を一定の距離を置きつつ取り囲んだ状態を保っていたことも、上記のように、強制採尿令状の請求手続が進行中であり、その対象者である被告人の所在確保の要請が非常に高まっている段階にあったことを考慮すると、そのために必要な最小限度のものにとどまっていると評価できるものである。加えて、警察官らは、令状主義の要請を満たすべく、現に、強制採尿令状請求手続を進めていたのであるから、捜査機関に、令状主義の趣旨を潜脱しようとの意図があったとは認められない。

…(中略)…以上によれば、被告人に対する強制採尿手続に先立ち、被告人を職務質問の現場に留め置いた措置に違法かつ不当な点はないから、尿の鑑定書等は違法収集証拠には当たらないとして、証拠能力を認め、これらを採用した原審の訴訟手続に法令違反はない。」

4【東京高判平 21.7.1 (職務質問に引き続く留め置き③)】

「ア しかし、本件留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粋に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階(以下、便宜「強制手続への移行段階」という。)とからなっていることに留意する必要がある、両者を一括して判断するのは相当でないと解される。

そこで、以下の検討は、この両段階に応じて行うこととした。

もっとも、原判決も、前記準抗告審決定も、留め置きの違法の重大性を否定する根拠としては、強制採尿令状の執行に向けて捜査が行われたことを考慮しているから、基本的な判断要素に大きな違いがあるとは見られないものの、判断枠組みを異にしているといえる。

イ 被告人が本件取調室に入室して強制採尿令状の請求準備が開始されるまでに要した時間は30分程度であり、しかも、原判決9頁も指摘するとおり、被告人は、当初、任意提出に応じるかのような言動もしたり、長女や呼び寄せた妻の到着を待つような言動を取ったりしていたから、そのような事情があった一定時間内は、被告人が本件取調室内に滞留することが、その意思に反するものではなかったといえる。また、その間やその直後に、警察官らが被告人の意思を制圧するような有形力を行使するなどしたことはうかがわれない。

したがって、上記の間の留め置き行為については、違法な点はなかったと認められ、原判決の同趣旨の判断に誤りはない。

ウ 強制手続への移行段階は、イの段階と一部併存する形で開始されている。

ここで考慮すべきことは、弁護人の控訴趣意書6頁も指摘しているように、強制採尿令状を請求することと留め置きとの関連性である。

所論は、〔1〕「覚せい剤の体内残留期間は長く、直ちに採尿しなければ覚せい剤使用の痕跡がなくなるということはなく、この意味において留め置きの必要性も緊急性もない」、〔2〕「被告人には住居、家族があり、住所不定ではない」から、強制採尿令状を得た後に執行すれば足り、留め置きの必要性も緊急性もない旨を主張する。

確かに、アルコールと対比して覚せい剤の体内残留期間は長い、せいぜい2週間前後であり、被告人に有利に見ても1か月を超えることはないと考えて良いから、この程度の期間であれば、被告人が捜査官との関係で所在をくらすことは、所論が〔2〕で指摘している事情を考慮しても可能と見られるのであって、〔1〕〔2〕の所論の指摘から、当然に強制採尿令状を請求することと留め置きとの関連性が否定されることにはならない。

エ その上で更に検討すると、強制採尿令状を請求するためには、対象者に対する取調べ等の捜査と並行して、予め受入れ先の採尿担当医師を確保しておくことが前提となるため、〔1〕当該令状請求には、他の令状請求にくらべても長い準備時間を要することがあり得、〔2〕当該令状の発付を受ければ、当該医師の所へ所定の時間内に連行していく必要が生じ得る。

これらを前提とすると、強制採尿令状の請求手続が開始されてから同令状が執行されるまでには相当程度の時間を必要とすることがあり得、それに伴って留め置き期間が長引くこともあり得る。

そして、強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については、強制採尿令状発付後、速やかに同令状が執行されなければ、捜査上著しい支障が生じることも予想され得ることといえるから、対象者の所在確保の必要性は高く、令状請求によって留め置きの必要性・緊急性が当然に失われることにはならない。

結局のところ、弁護人が前記頁で、留め置きの必要性・緊急性を肯定している違法薬物の所持事犯と異なるところはないというべきである。

本件では、警察官が、強制採尿令状請求の準備に着手した約2時間後の午後8時20分ころ同令状請求のためK署を出発して東京簡易裁判所に向けて出発し、午後9時10分に同令状の発付を受け、午後9時28分には被告人に対して同令状が呈示されており、上記準備行為から強制採尿令状が発付されるまでの留め置きは約2時間40分であり、同令状執行までは約2時間58分かかっているが、これらの手続の所要時間として、特に著しく長いとまでは見られない。

オ 次に、この間の留め置きの態様を見ると、警察官らは、令状請求準備開始後も並行して任意採尿を促したが、被告人は、言を左右にして任意採尿に応じようとしておらず、再三、退出しようとし、他方、警察官らが、被告人を本件取調室内に留め置くために行使した有形力は、退出を試みる被告人に対応して、その都度、被告人の前に立ち塞がったり、背中被告人を押し返したり、被告人の身体を手で扱う等といった受動的なものに留まり、積極的に、被告人の意思を抑圧するような行為等はされていない。

被告人の控訴趣意書22頁は、警察官の被告人に対する有形力の行使が受動的なものに留まっていたとした原判決を論難し、力づくでも本件取調室から被告人を出さないといった監禁、暴行行為がされたと主張するが、関係証拠に照らしても、原判決の上記認定に誤りはない。

また、警察官らは、本件取調室内で、被告人と長女や妻との面会や、飲食物やその他必要とされる物品の授受、携帯電話による外部との通話も認めるなど、被告人の所在確保に向けた措置以外の点では、被告人の自由が相当程度確保されており、留め置きが対象者の所在確保のために必要最小限度のものにとどまっていたことを裏付けている。

カ 以上を総合して考えると、本件では、強制採尿令状請求に伴って被告人を留め置く必要性・緊急性は解消されていなかったものであり、他方、留め置いた時間も前記の程度にとどまっていた上、被告人を留め置くために警察官が行使した有形力の態様も前記の程度にとどまっていた、同時に、場所的な行動の自由が制約されている以外では、被告人の自由の制約は最小限度にとどまっていたと見ることができる。

そして、捜査官は令状主義に則った手続を履践すべく、令状請求をしていたのであって、もとより令状主義を潜脱する意図などなかったと見ることができる。

そうすると、本件における強制手続への移行段階における留め置きも、強制採尿令状の執行に向けて対象者の所在確保を主たる目的として行われたものであって、いまだ任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとは見られないものであったと認めるのが相当である。」

5【最判平 11.3.24（接見指定①）】

「刑訴法三九条一項が、「身体の拘束を受けている被告人又は被疑者は、弁護人又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第三十一条第二項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。」として、被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法三四条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるといふことができる（最高裁昭和四九年（オ）第一〇八八号同五三年七月一〇日第一小法廷判決・民集三二卷五号八二〇頁、最高裁昭和五八年（オ）第三七九号、第三八一号平成三年五月一〇日第三小法廷判決・民集四五卷五号九一九頁、最高裁昭和六一年（オ）第八五一号平成三年五月三十一日第二小法廷判決・裁判集民事一六三号四七頁参照）。

2 もっとも、憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものであるから、被疑者と弁護人等との接見交通権が憲法の保障に由来するからといって、これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものといふことはできない。そして、捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではないから、接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない。憲法三四条は、身体の拘束を受けている被疑者に対して弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではないといふべきである。

3 ところで、刑訴法三九条は、前記のように一項において接見交通権を規定する一方、三項本文において、「検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第一項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。」と規定し、接見交通権の行使につき捜査機関が制限を加えることを認めている。この規定は、刑訴法において身体の拘束を受けている被疑者を取り調べることが認められていること（一九八条一項）、被疑者の身体の拘束については刑訴法上最大でも二三日間（内乱罪等に当たる事件については二八日間）という厳格な時間的制約があること（二〇三条から二〇五条まで、二〇八条、二〇八条の二参照）などにかんがみ、被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る趣旨で置かれたものである。そして、刑訴法三九条三項ただし書は、「但し、その指定は、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなものであつてはならない。」と規定し、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は飽くまで必要やむを得ない例外的措置であつて、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されない旨を明らかにしている。

このような刑訴法三九条の立法趣旨、内容に照らすと、捜査機関は、弁護人等から被疑者との接見等の申出があつたときは、原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり、同条三項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは、右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、右要件が具備され、接見等の日時等の指定をする場合には、捜査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防禦の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。そして、弁護人等から接見等の申出を受けた時に、捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分、検証等に立ち会わせている場合、また、間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護人等の申出に沿った接見等を認めた

のでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは、原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである(前掲昭和五三年七月一〇日第一小法廷判決,前掲平成三年五月一〇日第三小法廷判決,前掲平成三年五月三十一日第二小法廷判決参照)。」

6【最判平 12.6.13 (接見指定②)】

「1 検察官, 検察事務官又は司法警察職員(以下「捜査機関」という。)は, 弁護士又は弁護人を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者(以下「弁護人等」という。)から被疑者との接見又は書類若しくは物の授受(以下「接見等」という。)の申出があったときは, 原則としていつでも接見等の機会を与えなければならないのであり, 刑訴法三九条三項本文にいう「捜査のため必要があるとき」とは, 右接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られる。そして, 弁護人等から接見等の申出を受けた時に, 捜査機関が現に被疑者を取調べ中である場合や実況見分, 検証等に立ち会わせている場合, また, 間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて, 弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは, 右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合などは, 原則として右にいう取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に当たると解すべきである(前掲平成一年三月二四日大法廷判決参照)。右のように, 弁護人等の申出に沿った接見等を認めたのでは捜査に顕著な支障が生じるときは, 捜査機関は, 弁護人等と協議の上, 接見指定をすることができるのであるが, その場合でも, その指定は, 被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するようなものであってはならないのであって(刑訴法三九条三項ただし書), 捜査機関は, 弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し, 被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならないものと解すべきである。

とりわけ, 弁護士を選任することができる者の依頼により弁護人となろうとする者と被疑者との逮捕直後の初回の接見は, 身体を拘束された被疑者にとっては, 弁護人の選任を目的とし, かつ, 今後捜査機関の取調べを受けるに当たったの助言を得るための最初の機会であつて, 直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されないとする憲法上の保障の出発点を成すものであるから, これを速やかに行うことが被疑者の防御の準備のために特に重要である。したがって, 右のような接見の申出を受けた捜査機関としては, 前記の接見指定の要件が具備された場合でも, その指定に当たっては, 弁護人となろうとする者と協議して, 即時又は近接した時点での接見を認めても接見の時間を指定すれば捜査に顕著な支障が生じるのを避けることが可能かどうかを検討し, これが可能なときは, 留置施設の管理運営上支障があるなど特段の事情のない限り, 犯罪事実の要旨の告知等被疑者の引致後直ちに行うべきものとされている手続及びそれに引き続く指紋採取, 写真撮影等所要の手続を終えた後において, たとひ比較的短時間であっても, 時間を指定した上で即時又は近接した時点での接見を認めるようにすべきであり, このような場合に, 被疑者の取調べを理由として右時点での接見を拒否するような指定をし, 被疑者と弁護人となろうとする者との初回の接見の機会を遅らせることは, 被疑者が防御の準備をする権利を不当に制限するものといわなければならない。

2 これを本件についてみると, 原審の確定した前記事実関係によれば, 本件申出は, 午後四時三十分ころから午後五時四十分ころまで継続していたものというべきところ, 上告人Aについて, 午後五時二十八分の夕食開始まで取調べがされ, 夕食後も取調べが予定されていたというのであるから, 本件申出時において, 現に取調べ中か又は間近い時に取調べが確実に予定されていたものと評価することができ, したがって, 上告人Bと上告人Aとの自由な接見を認めると, 右の取調べに影響し, 捜査の中断等による支障が顕著な場合に当たるといえないわけではなく, K課長が接見指定をしようとしたこと自体は, 直ちに違法と断定することはできない。

しかしながら, 前記事実関係によれば, 本件申出は, 上告人Aの逮捕直後に同上告人の依頼により弁護人となろうとする上告人Bからされた初めての接見の申出であり, それが弁護人の選任を目的とするものであったことは明らかであつて, 上告人Aが即時又は近接した時点において短時間でも上告人Bと接見する必要性が大きかったというべきである。しかも, 上告人Aは, 救援連絡センターの弁護士を選任する意思を明らかにし, 同センターの弁護士である上告人Bが現に築地署に赴いて接見の申出をしていたのであるから, 比較的短時間取調べを中断し, 又は夕食前の取調べの終了を少し早め, 若しくは夕食後の取調べの開始を少し遅らせることによって, 右目的に応じた合理的な範囲内の時間を確保することができたものと考えられる。

他方、上告人Aの取調べを担当していた近藤巡査部長は、同上告人の夕食終了前、逮捕現場での実況見分の応援の依頼を受けて、夕食後の取調べについて他の捜査員の応援を求める等必要な手当てを何らしないうまま、にわかにか右実況見分の応援に赴き、そのため、夕食終了後も同上告人の取調べは行われず、同巡査部長が築地署に戻った後も、同上告人の取調べは全く行われないうまま中止されたというのであって、このような同上告人に対する取調べの経過に照らすと、取調べを短時間中断し、夕食前の取調べの終了を少し早め、又は夕食後の取調べの開始を少し遅らせて、接見時間をやり繰りすることにより、捜査への支障が顕著なものになったとはいえないというべきである。原判決は、上告人Aの態度いかんによっては夕食後同上告人に実況見分への立会いを求める可能性があり、場合によっては同上告人の取調べが留置人の就寝時間に食い込む可能性があったことなどを指摘するが、そのような可能性があったというだけでは、現に築地署に赴いて接見を申し出ている上告人Bと上告人Aとの当日の接見を全面的に拒否しなければならぬような顕著な捜査上の支障があったとはいえない。

そして、前記事実関係によれば、午後四時四五分ころには上告人Aの写真撮影等の手続が終了して取調べが開始され、K課長は、午後五時ころまでには、上告人Aが救援連絡センターの弁護士を弁護人を選任する意向であることを知っており、同センターからの連絡によって上告人Bが同センターの弁護士であることを容易に確認し得たものということができる。また、K課長は、そのころには、森岡課長との協議により、上告人Aの取調べを一時中断して夕食を取らせることを予定していたものである。

そうすると、K課長は、上告人Bが午後四時三五分ころから午後五時四五分ころまでの間継続して接見の申出をしていたのであるから、午後五時ころ以降、同上告人と協議して希望する接見の時間を聴取するなどし、必要に応じて時間を指定した上、即時に上告人Bを上告人Aに接見させるか、又は、取調べが事実上中断する夕食時間の開始と終了の時刻を見計らい（午後五時四五分ころまでには、上告人Aの夕食時間が始まって相当時間が経過していたのであるから、その終了時刻を予測することは可能であったと考えられる。）、夕食前若しくは遅くとも夕食後に接見させるべき義務があったというのが相当である。

ところが、K課長は、上告人Bと協議する姿勢を示すことなく、午後五時ころ以降も接見指定をしないまま同上告人を待機させた上、午後五時四五分ころに至って一方的に接見の日時を翌日に指定したものであり、他に特段の事情のうかがわれない本件においては、右の措置は、上告人Aが防衛の準備をする権利を不当に制限したものであって、刑訴法三九条三項に違反するものというべきである。そして、右の措置は、上告人Aの速やかに弁護人による援助を受ける権利を侵害し、同時に、上告人Bの弁護人としての円滑な職務の遂行を妨害したものと、刑訴法上違法であるのみならず、国家賠償法一条一項にいう違法な行為にも当たるといわざるを得ず、これが捜査機関として遵守すべき注意義務に違反するものとして、同課長に過失があることは明らかである。

7【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って、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うことができるからである。

8【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。」

9【最決平 27.5.25（公判前整理手続に付された事件における被告人質問等の制限）】

「公判前整理手続は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため、事件の争点及び証拠を整理する手続であり、訴訟関係人は、その実施に関して協力する義務を負う上、被告人又は弁護人は、刑訴法 3 1 6 条の 1 7 第 1 項所定の主張明示義務を負うのであるから、公判期日においてすることを予定している主張があるにもかかわらず、これを明示しないということは許されない。こうしてみると、公判前整理手続終了後の新たな主張を制限する規定はなく、公判期日で新たな主張に沿った被告人の供述を当然に制限できるとは解し得ないもの、公判前整理手続における被告人又は弁護人の予定主張の明示状況（裁判所の求釈明に対する釈明の状況を含む。）、新たな主張がされるに至った経緯、新たな主張の内容等の諸般の事情を総合的に考慮し、前記主張明示義務に違反したものと認められ、かつ、公判前整理手続で明示されなかった主張に関して被告人の供述を求める行為（質問）やこれに応じた被告人の供述を許すことが、公判前整理手続を行った意味を失わせるものと認められる場合（例えば、公判前整理手続において、裁判所の求釈明にもかかわらず、「アリバイの主張をする予定である。具体的内容は被告人質問において明らかにする。」という程度でしか主張を明示しなかったような場合）には、新たな主張に係る事項の重要性等も踏まえた上で、公判期日でその具体的内容に関する質問や被告人の供述が、刑訴法 2 9 5 条 1 項により制限されることがあり得るというべきである。

本件質問等は、被告人が公判前整理手続において明示していた「本件公訴事実記載の日時において、大阪市西成区内の自宅ないしその付近にいた。」旨のアリバイの主張に関し、具体的な供述を求め、これに対する被告人の供述がされようとしたものにすぎないところ、本件質問等が刑訴法 2 9 5 条 1 項所定の「事件に関係のない事項にわたる」ものでないことは明らかである。また、前記 1（2）のような公判前整理手続の経過及び結果、並びに、被告人が公判期日で供述しようとした内容に照らすと、前記主張明示義務に違反したものとも、本件質問等を許すことが公判前整理手続を行った意味を失わせるものとも認められず、本件質問等を同条項により制限することはできない。」

（裁判官小貫芳信の補足意見）

「公判前整理手続の核心は、当事者に対し公判における主張・立証を予定している限り、それらを手の内に留めないことを求めることにあり、このことをなくしては公判前整理手続の存在理由はないといっても過言ではなく、主張明示義務は、主張についてこの核心を支えるものである。また、被告人は、弁解する権利を有するが、訴訟上の権利は誠実にこれを行使し、濫用してはならない（刑訴規則 1 条 2 項）のであり、主張明示義務に意図的に反する権利行使はその濫用として許されない。したがって、法廷意見が例示するような、公判前整理手続の核心を害し、弁解権の濫用と認められる事例については、刑訴法 2 9 5 条 1 項の「その他相当でない」ものとして制限されることがあり得ると解すべきである。」

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) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16609