

平成 23 年度司法試験論文式試験刑訴法

設問 1

1. 逮捕①について

(1) 司法警察員 P は、平成 22 年 1 月 10 日発生 of 強盗の被疑事実により甲を逮捕した。

通常逮捕が適法に成立するためには、①被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる理由、すなわち逮捕の理由があること（刑訴法 199 条 1 項）、そして②逮捕の必要性（199 条 2 項但書）がある。

本件逮捕①では、逮捕令状を請求する際に、甲の写真を目にして甲が犯人であると述べた W の供述録取書が提出されたことから、甲が強盗を行ったと疑う理由はあるといえる（①充足）。そして強盗という犯罪の重大性、および共犯者が逃亡中であるという事実を鑑みると、逮捕してその身柄を拘束する必要がある（②充足）。それゆえ本件逮捕①の手續に違法な点はない。

そして勾留については、①被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる理由（207 条 1 60 条柱書）、②法 60 条 1 項 1 号～3 号に掲げるいずれかの事項、すなわち勾留の理由があること、③勾留の必要性があること、の 3 つの要件を満たす必要がある。

本件では、①強盗の嫌疑が認められ、②逃亡中の共犯者がいることから、ともに逃亡する（3 号）もしくは強盗罪に関する証拠を隠滅させる（2 号）可能性が十分にある、③強盗罪という犯罪の態様の重大性を鑑みれば勾留する必要がある。これらのことから本件逮捕に続く勾留は適法であるといえる。

(2) しかし、甲の強盗を理由とする逮捕は、V 女に対する殺人、死体遺棄事件を解明する証拠が不十分であったことを受けた P が、部下に対して甲及び乙のほかの犯罪の嫌疑を取り調べるように指示した結果である。また、甲の勾留期間中、P は 2 日連続で V 女の殺人、死体遺棄事件について甲に聴取した。上記の事実から、逮捕①はいわゆる別件逮捕・勾留に該当し、違法となるのが問題となる。

本件の取り調べを目的として、あえて別件で逮捕・勾留することは適法といえるか。

この点について、実質上本件の取り調べを目的としてなされる逮捕・勾留は、別件逮捕・勾留として違法になると解する見解がある。しかし、捜査官の主観的意図を令状裁判官が見抜くことは困難であるし、そもそも逮捕・勾留の要件は被疑事実について判断するものである。

したがって、別件が逮捕・勾留の要件を満たしている限り、逮捕・勾留自体は適法であると解さざるを得ない。

もっとも、別件を被疑事実とする逮捕・勾留の期間が、専ら本件の取り調べのために利用されるに至ったときは、その身柄拘束は、令状に示された被疑事実による身柄拘束としての実体を失い、令状によらない違法な身柄拘束に転ずるものと解すべきである。かかる違法な身柄拘束に転化した否かは、別件捜査の完了時期、別件・本件の取り調べ状況、取り調べの内容、別件と本件との関連性、供述の自発性などの諸要素を総合的に考慮して決

める。

本件において、P は捜査当時、V に対する殺人・死体遺棄事件という本件の解明を念頭にしているが、甲を強盗罪で逮捕・勾留した後に専ら本件について取り調べているわけではなく、本件については1日約30分のみ設けていた。

したがって、逮捕①は適法である。

2. 逮捕②について

乙に対する現行犯逮捕（212条1項、213条）は適法になされたかが問題となる。

現行犯逮捕が適法であるといえるためには、①特定の犯罪が現に行われていること、または行われた直後であること、及び②犯罪が行われていること又は行われた直後であることが明白であることが要件となる。

まず、Q は①乙がスーパーで刺身パック1個を万引きするのを現認しており、それから②間を置かずに乙を逮捕していたので、犯罪の現行性と明白性が認められ、乙は「現に罪を行い終った者」といえ、適法である。

ただし、甲の場合と同様、本件現行犯逮捕は、殺人・死体遺棄事件の解明のため乙を逮捕したいと考えて行われたもので、違法な別件逮捕とならないか。

捜査官の主観的意図については、殺人・死体遺棄を意識していた可能性がなくもないが、万引きを逮捕の理由としていることが明らかである。逮捕・勾留期間中に、余罪について確認が一度のみなされ、余罪の取り調べがなされていないことから、逮捕②は適法である。勾留については、最終的に公判請求されなかったことからみて、勾留の理由と必要があったのかについて疑問の余地もあるが、勾留中に被害者に対して弁償したことによって最終的に公判請求がなされなかったことを鑑みれば、この勾留も起訴・不起訴の決定に向けた捜査を迫るために用いられたということができ、適法な勾留だといえる。もっとも、逮捕後、万引きの「背景事情」という口実で乙のパソコンを差し押さえている点では、違法な別件捜索、差し押さえとみるべきであるが、逮捕②とその後の勾留の適法性には直接影響しないと考えられる。

3. 逮捕③④及びその後の身体拘束の適法性

甲の殺人・死体遺棄による逮捕③④は適法であるか。

逮捕③④は通常逮捕であり、令状請求の際に疎明資料の添付が必要であるが（規則143条）、仮にこの疎明資料が違法に収集されたものである場合、違法な疎明資料に基づいて発行された令状が違法となり、結果として逮捕自体が違法となるおそれがある。そこで、疎明資料の収集手続きの適法性について、以下検討する。

疎明資料として、まず、メール①のほか、メール②—1、2が考えられる。後者は、差し押さえられた甲の携帯電話に残された記録を印刷したものである。当該携帯電話は、甲を強盗で逮捕した際に、捜索にて差し押さえられたものである。これが別件差し押さえと

なるか否かが問題となる。

別件搜索・差し押さえとは、本件証拠収集のため、ことさら別件に名を借りた搜索・差し押さえることである。これは令状主義を潜脱する恐れがあることから、違法であると解すべきである。とはいえ、捜査官の主観を推知するためには客観的事情を総合判断するしかない。

具体的には、別館の事案の内容、すでに収集されている証拠の量、内容、搜索・差し押さえにより証拠物を発見しうる見込みの程度、本件の事案の内容、発見収集された証拠と別件及び本件との関係等の事情を総合的に考慮すべきである。

本事例における別件は強盗という深刻な犯罪であり、また、メールの内容を確認した後、改めて殺人・死体遺棄の被疑事実で搜索・差し押さえ許可状の発布を受け、その後甲の携帯電話を差し押さえたことから、この差し押さえは違法とはいえない。

したがって、適法に収集された証拠に基づく令状発布、及びその後の逮捕③も適法である。

逮捕④については、疎明資料として乙のパソコン内のB乙間の交信記録が用いられた可能性がある。そこで、この交信記録を収集する過程に違法がないか検討する。乙のパソコンに対する差し押さえは、Pが乙の万引きの動機及び背景事情を解明するために行われており、別件搜索・差し押さえには当たらない。しかしそうだとすると、乙の犯行は500円の刺身パック1個にすぎず、搜索・差し押さえる要件である必要性を欠いている。とすれば本件パソコンの差し押さえは、要件を欠く違法なものであり、パソコンのB乙間の交信記録も違法性を有している。したがって、逮捕④の逮捕令状が、この違法な疎明資料に基づき発布されたものであれば、令状自体も逮捕も違法である。

もっとも、逮捕に重大な違法があればそれに続く勾留も違法となる。ただ本事例では、上述の通り疎明資料である乙のパソコン内の交信記録の収集課程に違法が認められるものの、ほかの疎明資料としてほかに、メール①、メール②—1、メール②—2など適法に収集された捜査報告書も令状発布の基礎となっていたものと考えられることから、逮捕の違法性は重大であるまではいえず、勾留自体は適法である。

設問2

1. 捜査報告書【資料1】の証拠能力

(1)「資料1」は、供述証拠であり公判期日外の供述書面であるから、伝聞証拠である。

伝聞証拠は、知覚・記憶・表現・叙述の過程を経るため誤りが介在しやすく、原則として証拠能力が否定される(320条1項)。当該証拠が伝聞証拠か否かは要証事実との関係で決せられ、伝聞証拠となるのは供述をその内容たる事実の真実性の証明のために用いられる場合だけである。

「資料1」は逮捕③④の後殺人及び死体遺棄の事実について黙秘を続けており、検察官として

2. 【資料2】の証拠能力

資料2の要証事実、死体遺棄の事実そのものではなく、その事実を推認させる間接事実であるBとの間でこのような交信があったことである。すなわち、メール②—1、2にある債権の催促や脅迫ではなく、交信の存在自体が要証事実であったので、資料2は非伝聞である。したがって、証拠能力は認められる。