

## 第1部 捜査

### 第1章 強制捜査と任意捜査 p1～24

#### 第1節. 「強制の処分」 p1～10

1. 強制処分法定主義と令状主義の関係 p1～2
2. 「強制の処分」の判断基準 p2～3
3. 原則として類型的判断である p4
4. 判例・過去問 p4～11

#### 第2節. 任意捜査の限界 p11～24

1. 捜査比例の原則 p11
2. 検討の流れ p11～12
3. 判例・過去問 p12～23
4. コントロールド・デリバリー (CD) p23～24

### 第2章 捜査の端緒 p25～29

1. 職務質問と捜査 p25
2. 職務質問 p25～26
3. 所持品検査 p26～29

### 第3章 被疑者の逮捕・勾留 p30～51

#### 第1節. 逮捕 p30～41

1. 通常逮捕 p30
2. 現行犯逮捕 p30～35
3. 準現行犯逮捕 p35～40
4. 緊急逮捕 p41

#### 第2節. 被疑者勾留 p41～43

1. 意義 p41
2. 勾留の要件 p41～44

#### 第3節. 逮捕・勾留に関する論点 p43～50

1. 事件単位の原則 p43～44
2. 重複逮捕・重複勾留の禁止の原則 p44～47
4. 別件逮捕・勾留 p47～50
5. 違法逮捕に引き続く勾留請求 p50

### 第4章 取調べ等 p51～55

1. 取り調べに関する規律 p51
2. 論点 p52～55

### 第5章 証拠の収集 p56～83

#### 第1節. 令状捜索 p56～62

1. 令状において捜索対象が特定されていること p56～57
2. 捜索対象に令状の効力が及んでいること p57～59

3. 差押目的物が存在する蓋然性 p59

4. 論点・過去問 p59～62

第2節. 令状に基づく差押え p63～67

1. 令状の有効性 p63

2. 当該物が令状記載の「差し押さえるべき物」に該当すること p63～65

3. 別件差押え p66

4. 差押えの必要性 p66～67

第3節. 搜索・差押えに「必要な処分」 p68～75

第4節. 逮捕に伴う搜索・差押え p76～82

第5節. 領置 p83

第6章 被疑者の防御活動 p84～85

## 第2部 公訴提起・公判手続

第1章 起訴独占主義・起訴便宜主義 p86～87

第2章 起訴状一本主義 p88

第3章 公訴時効 p89～92

1. 公訴時効の根拠 p89

2. 公訴時効の起算点 p89

3. 公訴時効の停止 p89～92

第4章 訴訟条件 p93～95

1. 意義 p93

2. 訴訟条件の判断基準 p93～95

3. 訴訟条件の追完 p95

第5章 被告人の確定 p96

第6章 訴因 p97～123

第1節. 訴因の特定 p97～103

第2節. 訴因変更 p104～123

1. 思考の流れ p104

2. 訴因変更の要否 p105～114

3. 訴因変更の可否 p114～119

4. 訴因変更の限界・訴因変更命令 p119～123

第3節. 裁判所の審判対象 p124～125

## 第3部 証拠法

### 第1章 序論 p126～142

#### 第1節. 証拠の分類 p126

1. 直接証拠・間接証拠
2. 実質証拠・補助証拠
3. 供述証拠・非供述証拠
4. 人的証拠・物的証拠

#### 第2節. 証拠裁判主義 p126～127

1. 「事実」と「証拠」の意味
2. 厳格な証明

#### 第3節. 証拠能力 p127～142

1. 同種前科証拠による犯人性立証 p127～136
2. 類似事実証拠による犯人性立証 p136～139
3. 科学的証拠 p139～142

### 第2章 自白 p143～153

#### 第1節. 自白の証拠能力 p143～149

#### 第2節. 補強法則 p149～153

### 第3章 伝聞法則 p154～227

#### 第1節. 伝聞・非伝聞の区別 p154～174

1. 伝聞法則 p154
2. 伝聞・非伝聞の区別 p154～162
3. 立証趣旨の拘束力 p163～164
4. 非伝聞になる場合 p164～169
  - (1) 供述過程の一部が欠落する場合
  - (2) 供述の存在自体が要証事実になる場合（一部、供述当時の心理状態を要証事実とする場合を含む）  
犯行計画メモ / 領収書 / 供述者の認識 / 供述の聞き手に与えた影響 / 精神異常 / 言葉が犯罪を構成する場合 / 自白の任意性・供述調書の特信性 / 複数人による同趣旨の供述 / 弾劾証拠
5. 伝聞・非伝聞に関する論点 p169～174
  - (1) 心理状態の供述
  - (2) 写真・録音・録画
  - (3) 再伝聞
  - (4) 反対尋問を経ない公判証言

#### 第2節. 伝聞例外 p175～182

1. 裁面調書 p175
2. 検面調書 p176～177
3. 3号書面（伝聞例外の一般規定） p177～178
4. 公判準備・公判期日における供述調書 p178
5. 裁判所・裁判官の検証調書 p178
6. 捜査機関の検証調書 p178～180

- 7. 鑑定書 p180
- 8. 被告人の供述書・供述録取書 p180～181
- 9. 被告人の公判準備・公判期日における供述録取書 p181
- 10. 特信書面 p181～182
- 11. 伝聞証言 p182

**第3節. 325条～328条 p183～186**

- 1. 任意性の調査 p183
- 2. 同意書面 p183～184
- 3. 合意書面 p184
- 4. 弾劾証拠 p185～186

**第4節. 過去問 p187～227**

- [新司法試験プレテスト設問2・3] p187～191
- [平成18年新司法試験設問2] p191～193
- [類題] 平成22年旧司法試験第2問 p193～194
- [平成20年新司法試験設問1] p194～197
- [平成21年新司法試験設問2] p198～200
- [平成22年新司法試験設問2] p200～203
- [類題] 平成22年新司法試験設問2改題 p203～204
- [平成23年新司法試験設問2] p204～207
- [平成25年新司法試験設問2] p207～213
- [平成27年新司法試験設問2] p213～216
- [平成28年新司法試験設問3] p216～217
- [平成29年新司法試験設問2] p217～221
- [平成30年新司法試験設問2] p221～224
- [平成27年予備試験設問2] p225～226
- [平成17年旧司法試験第2問] p226～227

**第4章 違法収集証拠排除法則 p228～233**

**第4部 裁判**

**第1章 犯罪の証明 p234～237**

**第2章 一事不再理効 p238～241**

### 第3章 被疑者の逮捕・勾留

逮捕・勾留は、被疑者の逃亡・罪証隠滅を防止しつつ捜査を遂行するための手段として、被疑者の身体を拘束するものとして認められたものである。

このように、逮捕・勾留の目的は被疑者の逃亡・罪証隠滅を防止する（そうして捜査を遂行する）ことにあるから、専ら被疑者を取り調べることに、あるいは被疑者の再犯を防止することを目的として逮捕・勾留をすることは許されない。

B

リークエ 67～68・78頁

#### 第1節 逮捕

逮捕は、被逮捕者を比較的短時間拘束する強制処分であり、狭義では、被疑者の身体を拘束して所定の場所（警察署等）に引致するまでを指し、広義では、被疑者を拘束・引致した後さらに一定期間拘束を継続すること（＝留置）も含まれる。<sup>1)</sup>

B

##### 1. 通常逮捕

通常逮捕は、憲法 33 条の令状主義に従い、「裁判官のあらかじめ発する逮捕状」による手続によって行われるものである。

要件は、①逮捕状の事前発付（憲法 33 条、刑訴法 199 条 1 項）、②逮捕の理由（199 条 1 項本文）、③逮捕の必要性（199 条 2 項但書・規則 143 条の 3）、④逮捕権者（199 条 1 項本文）、⑤逮捕状の執行・提示（201 条 1 項）である。

②の認定根拠の一つとして、警察官が目撃者に対して写真を示して確認をすることで得た目撃者供述がある。警察官が目撃者に対して被疑者を含む複数の写真を示して犯人の写真の有無を確認するという方法では、犯人が被疑者であるという暗示や先入観がないため、この方法により被疑者の写真を選択して犯人に間違いないという供述が得られたのであれば、目撃者の当該供述の信憑性は高いといえる。

B

⑤の例外として緊急執行（201 条 2 項・73 条 3 項）がある。

平成 23 年司法試験設問 1

##### 2. 現行犯逮捕（212 条 1 項・213 条）

###### （1）意義

現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった現行犯人については、何人も、逮捕状をなくして逮捕することができる（212 条 1 項、213 条）。

現行犯逮捕は令状主義の例外として許容される根拠は、①犯行又はその終了を逮捕者が現認するという直接的・類型的な事情から、特定犯罪の存在及びそれと被逮捕者の結びつきが明白であるため、令状手続（裁判官の事前判断）を経なくても、誤認逮捕がなされるおそれが小さいこと、及び②状況からして、直ちに逮捕しなければ犯人が逃亡するおそれが大きいため、逮捕状を取っている余裕がないという意味での緊急の必要性が一般的に認められることにある。

A

判例講座 I 66 頁

<sup>1)</sup> 憲法 33 条の「逮捕」は、狭義の意味における逮捕（被疑者の拘束・引致）を意味し、刑事訴訟法 220 条 1 項 2 号の「逮捕」は、狭義の意味における逮捕のうち当初の身体拘束のみを意味し、引致・留置を含まないものとして理解されることが多い（リークエ 67 頁）。

## (2) 論点・判例・過去問

### [処理の流れ]

1. 逮捕者における犯罪と犯人の明白性という現行犯逮捕の実質的根拠から、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」(212条1項)に当たるためには、①逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性が必要であり、また、①を客観的に担保するための要件として、②犯行の現行性又は犯行逮捕間の時間的接着性も必要である。

### 2. ②

②は、犯人明白性の客観的担保を趣旨とする独立要件であるとともに、①の認定過程における一要素でもある。<sup>2)</sup>

②は、それ自体としては時間的概念であるものの、そのように判断できるための場所的近接性も必要である。

②は、準現行犯逮捕に比べて、厳格に要求される。裁判例を見ると、最大で30分ないし40分程度であるともいわれている。<sup>3)</sup>

### 3. ①<sup>4)</sup> 5)

(1)明白性の直接の認定資料は逮捕者自らが直接認識した客観的状況に限られ、供述証拠はかかる客観的状況を補充するものとして認定資料に供し得るにとどまる。供述の信用性判断をその場で瞬時に行うことは困難であり、これを直接の認定資料に供すると誤認逮捕の危険が高まるからである。

犯人明白性の認定過程における供述証拠の使い方としては、⑦供述証拠を直接の根拠として犯人明白性を認定する(×)、⑧供述証拠により逮捕者が直接認識した客観的状況(ex.被疑者の特徴)に意味づけをす

A

事例演習 55～56 頁、百 11 解説

逮捕の必要性は、それが明らかに認められないことが消極要件とされているから、左 1 の積極要件としては挙げていない。

②は、①の判断要素でもあるから、①に先立って認定する。

捜査法演習 129 頁、百 11 解説

捜査法演習 131 頁、判例講座 I 63 頁、事例演習 60 頁

⑧が主たる使い方であり、後記 3 (2)イ(ア)における目的供述の使い方⑧に属するものである。

<sup>2)</sup> 現行犯逮捕が無令状で許容される実質的根拠は、逮捕者における犯罪と犯人の明白性と、令状を取っている余裕がないという意味での緊急の必要性にある(判例講座 I 60 頁、リークエ 71 頁)。②については、逮捕者における犯罪と犯人の明白性(①)を客観的に(典型的に)担保するための要件と理解するのが、学説の多数である(判例講座 I 60 頁、捜査法演習 129 頁、事例演習 56 頁、百 11 解説)。

これに対し、②について、明白性とは別に、逮捕の緊急の必要性を基礎づける要素として要求されるものと理解する見解もある。この理解からは、より一層、場所よりも時間の接着性が重要となる(リークエ 72 頁)。

<sup>3)</sup> 例えば、犯行から約 58 分後の現行犯逮捕を違法としたものや、犯行から約 1 時間 5 分後の現行犯逮捕を違法としたものがある(仙台高判 S42.8.22、大阪高判 S40.11.8)。もともと、これらの裁判例は、時間の経過により犯行直後の状況が変化することを前提としたものであるから、逮捕のために犯行現場から犯人を追跡しているような場合には、当てはまらない。そうした場合には、そうでなければ現行犯逮捕が許されない時間的な隔たりがあったとしても、現行犯逮捕として認められることもあり得る。判例には、密輸船を発見し、それを追跡して逮捕したという事案において、密輸の犯行終了から逮捕まで 3 時間 30 分を経過していたとしても、現行犯逮捕として適法であるとしたものがある(判例講座 I 60～61 頁、最判 S50.4.3)。

<sup>4)</sup> 「現に罪を行い」とは、特定の犯罪の実行行為を行いつつある場合を意味し、未遂処罰のある罪においては実行の着手があればよい。共謀行為・教唆行為・幫助行為については、それぞれの行為がここでいう「罪」にあたる。ただし、共謀共同正犯・教唆犯・幫助犯については、正犯の実行の着手がなければ成立しないのだから、正犯の実行行為・共犯行為の両方について 212 条 1 項の要件を満たすことが必要とされる(条解 405～406)。

<sup>5)</sup> 「現に罪を行い終わった者」とは、特定の犯罪の実行行為を終了した直後における犯人をいう。着手して未遂に終わった場合も含む(条解 406 頁)。

る(○)、㊸別人間で供述内容が一致していること自体(逮捕者が双方の供述を認識していることが必要)を認定資料にする(○)という3つが考えられる。

(2) …当てはめ…

ア. まず、逮捕者を基準とする「何者かによる」犯罪の発生の明白性を認定する。

イ. 次に、逮捕者を基準とする犯人の明白性を検討する。

(ア) まず初めに、逮捕者が直接認識した被疑者の外形的特徴と目撃供述の内容たる犯人の特徴の一致を検討する。ここでは、捜査段階であり、利益原則が適用される判決段階とは異なるから、偶然の一致の可能性を排斥できるだけの細部にわたる一致までは不要であるものの、偶然の一致の可能性をある程度のところまで下げる必要はあるから、一致する特徴の特異性が必要となるのが通常であろう。

ここでは、犯人の特徴に関する目撃供述は、逮捕者が直接認識した被疑者の外形的特徴という「客観的状況」に対して、犯行と被疑者を結び付けるための意味づけをするものという意味で、「客観的状況を補充する」ものとして用いられている。

これに対し、「被疑者が犯人である」旨の目撃供述からダイレクトに犯人明白性を認定することは、禁止される。

(イ) 次に、前記(ア)に加え、㊸も考慮して、逮捕者を基準とする犯人の明白性に関する結論を示す。

4. 逮捕の必要性(規則143条の3の準用)にも、簡潔に言及する。

逮捕の必要性は、現行犯逮捕においても要件であると解される。<sup>6)</sup>

被疑者が逃走している途中に、あるいは、被疑者が逃走しようとしたところで現行犯逮捕したのであれば、被疑者の態度から、罪証隠滅や逃亡のおそれが認められるのが通常であるため、明らかに逮捕の必要性がないと認められるのは稀である。

**[判例1] 時間的近接性(及び場所的近接性)は認められ、かつ、犯人を特定する被害者供述があったものの、犯人の明白性を肯定しうる客観的事情がなかったがゆえに、犯人の明白性が否定された事案**

事案: 某日午後8時55分頃、Aが、同人方において、通りがかりの男から、裁ばちばさみを突き付けられて金を要求されるとい恐喝未遂の被害に遭い、直ちに警察に通報したが、その間に犯人が逃亡した。通報を受けた警察官Pらが、9時5分頃にA方に到着し、事情を聴取した後、現場付近を巡回したところ、9時15分頃に、A方から約20メートル離れた路上で、Aから聴取した犯人の面相・年齢・服装と似た風態の男(X)を発見し、職務質問をしたが、Hが犯行を否認した。そこで、警察官P

㊸は、㊸の一部に位置づけることもできる。

酒巻 60 頁

C

京都地決 S44.11.5・百 11

<sup>6)</sup> “ 明文はないが、現行犯であっても、身元が確実で明らかに逃亡のおそれがなく、かつ罪証隠滅の可能性もないと明らかに認められる場合はあり得るから、このような「逮捕の必要性」は現行犯逮捕においても要件であると解すべきである。” (酒巻 60 頁)

らは、A に同行を求め確認してもらったところ、A が X が犯人に間違いないと述べたため、X を現行犯逮捕した。

要旨：「司法巡査が被疑者を現行犯逮捕したのは、犯行時よりわずか 20 分後であり、その逮捕場所も犯行現場からわずか 20 数メートルしか離れていない地点であったのであるが、逮捕者である司法巡査とすれば犯行現場に居合わせて被疑者の本件犯行を目撃していたわけではなく、またその逮捕時において被疑者が犯罪に供した凶器等を所持しその身体、被服などに犯罪の証跡を残していて明白に犯人と認めうるような状況にあったというわけではないのであって、被害者の供述に基づいてはじめて被疑者を本件被疑事実を犯した犯人と認めえたというにすぎないのである。以上によれば、司法巡査が被害者の供述に基づいて被疑者を現行犯逮捕した時点においては、現行犯逮捕をなしうるまでの実体的要件が具備されていたとは認められないといわなければならない。」

〔判例 2〕 被害者供述による客観的状況の意味づけ

事案：某日 9 時頃、男 (X) が、飲酒酩酊の上、特殊飲食店甲の玄関において、従業員 W の胸を強打し、さらに同家勝手口の硝子戸を破損したため、同家の主人が直ちに付近の巡査派出所に赴き、勤務中の P 巡査に「今酔っ払いが硝子を割って暴れているから早く来てください。」と届け出た。そこで、P 巡査は、特殊飲食店甲に急行し、従業員 W から「X が勝手口の硝子を割り自分の胸を強く突いたので胸が痛い、X は、今、特殊飲食店乙にいる」と聞き、破損箇所を見分して直ちに同家より約 20 メートル隔てた特殊飲食店乙に赴いたところ、X が手を怪我して大声で叫びながらパンツ一つで足を洗っていたので、X を暴行・器物損壊の現行犯人として逮捕した。

要点：本決定は、「X が逮捕されたのは暴行、器物毀棄の犯行後僅か 3、40 分位でありしかも犯行現場より 20 メートルの近距離に居たのであるから、X は刑事訴訟法第 212 条第 1 項後段の所謂現に罪を行い終わった者として現行犯人と謂わねばならない。」として現行犯逮捕を認めているが、本件において犯人の明白性を肯定する決定的要因は、犯行から 20 メートル・30~40 分という時間的・場所的に近接したところで X が手を怪我して大声で叫んでいるという客観的状況であって、その客観的状況に意味を与えるものとして被害者 W の供述が用いられているのである。

〔過去問〕

(事案)

1. 平成 16 年 7 月 29 日午後 9 時 30 分ころ、I 警察署に、A コンビニ店の店長 W から、「店の横の路地でけんかがあり、男の人が頭から血を出して倒れているのですぐに来てください。」という 110 番通報があった。
2. I 警察署から連絡を受けた I 警察署 J 交番の警察官 X が、同日午後 9 時 45 分ころ、A コンビニ店横の路地に臨場すると、頭から血を流した 40 歳

B

最決 S31.10.25

A

司法試験プレテスト設問 1 改題

代の男性 V が倒れており、そのそばで、W が倒れている V の頭を支えるようにしていた。

警察官 X が「どうしました、大丈夫ですか。」と声を掛けると、V は、「A コンビニ店を出て右横の路地に入ったところ、後ろからいきなり固いもので頭を殴られました。このとき、『この野郎、なめたことをするからだ。』などという声がしたので、犯人は見ず知らずの者ではないと思います。しかし、私は、犯人を見ていません。」と述べた。

W は、「店にいた男（1人）が、だれかを襲うようなことを電話で話していたので、その様子を見てみると、その男は、店にいた客の V が出ていった後を追い掛けるようにして店を出ていった。私も気に掛かって店の外に出たところ、怒鳴るような声が聞こえた。そこで、その声がした右横の路地に入ってみると、V が倒れており、その男が逃げていくのが見えた。V のところに駆け寄ると V が頭から血を出して倒れていた。その男は、時々店に来ていた男で、駅前の C ビルにある B 興産という名称の暴力団事務所に入出入りしている男だと思う。その男は年齢 20 歳くらいで、坊主頭だが、今日は野球帽をかぶり、白い T シャツを着ていた。」と述べた。

警察官 X は、傷害事件と認め、W が供述した暴力団事務所の場所を確認するため、同日午後 10 時 15 分ころ、駅前の B 興産という暴力団の事務所がある C ビルに赴いた。C ビルは、A コンビニ店から約 800 メートル離れた雑居ビルで、同ビル 1 階の郵便受けを見たところ、同ビル 3 階に B 興産の事務所がある旨の表示があった。そのとき、甲が一人で同ビルの階段から 1 階に下りてきて、警察官 X の前を通り過ぎようとした。警察官 X は、甲が年齢 20 歳くらいの男性で、野球帽をかぶり、白い T シャツを着ていたことから、この男が傷害事件の犯人の一人ではないかと考え、甲に「君はこのビルの 3 階の人ですか。」と尋ねたところ、甲は、返事することなく、いきなりその場から走り出した。そのため、警察官 X は、甲を追い掛けて約 200 メートル走ったところで追い付き、その右肩に手を掛けて甲を停止させ、「お前は、A コンビニ店横の路地で人をけがさせただろう。」と言ったところ、甲は、観念したように「はい。」と言って犯行を認めた。警察官 X は、「お前を逮捕するからな。」と言って、同日午後 10 時 25 分、その場で、甲を現行犯人として逮捕した。

(答案)

#### 1. 現行犯逮捕

(1) 逮捕者における犯罪と犯人の明白性という現行犯逮捕の実質的根拠から、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」(212 条 1 項)に当たるためには、①逮捕者にとって犯罪と犯人が明白であることが必要であり、また、犯罪と犯人の明白性を客観的に担保するための要件として、②犯行の現行性又は犯行逮捕間の時間的接着性が必要である。

(2) 110 番通報があった午後 9 時 30 分頃から、甲が逮捕された午後 10 時 25 分までは、55 分も隔たりがある。また、犯行現場から逮捕地点までは、犯行現場から C ビルまでの 800m に、C ビルからの甲の逃走距離 200m を加えた、1000m である。しかも、逮捕者 Y は、110 番通報の 15 分後に犯行現場に到着しているから、犯行直後から逮捕のために犯行現場から甲を追尾していたわけでもない。そうすると、現行犯人と認めうるだけの時間的接着性はなく、②を欠く。

したがって、甲の逮捕は、現行犯逮捕としては違法である。

## 2. 準現行犯逮捕

(1) 準現行犯逮捕 (212 条 2 項、213 条) の積極要件は、①212 条 2 項各号該当性、②犯行・逮捕間の時間的接着性、③逮捕者を基準とした犯罪と犯人の明白性である。②・③は、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」に対応する要件であり、逮捕者における犯罪と犯人の明白性という準現行犯逮捕の実質的根拠から導かれる。

(2) 確かに、甲には、212 条 2 項 1 号ないし 3 号該当性は認められないものの、X からの問いかけ・呼びかけを無視して、X の右手を振り払いその場から走り出した挙動から、「誰何されて逃走しようとするとき」として、4 号該当性が認められる (①)。

しかし、4 号が犯人の明白性を示す程度は 1 号ないし 3 号に比べて弱いことからしても、前述した時間的・場所的な隔りがある本問では、甲が犯人であることの明確性を客観的に担保できるだけの時間的接着性は認められない (②)。

さらに、W の供述に係る犯人の特徴と X が現認した甲の特徴は、甲が C ビルの階段から降りてきたこと、年齢 20 歳くらいの男性であること、野球帽をかぶっていること、及び白い T シャツを着ているという点で共通しているものの、これらはいずれも特殊なものではなく、抽象度も高いため、これらが一致する人物が犯人以外にいることは十分あり得る。また、甲は X に対して犯行を認める供述をしているものの、自白を明白性の直接の認定資料に用いることはできない。そうすると、甲には 4 号該当性しか認められないことと、前述の時間的・場所的な隔りも踏まえると、X にとって甲が犯人であることが明白であるともいえない (③)。

したがって、仮に②が認められても、③を欠くため、甲の逮捕は準現行犯逮捕としても違法である。

## 3. 準現行犯逮捕

A

### (1) 意義

212 条 2 項各号のいずれかに該当する者が、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」は、これを現行犯人とみなし、逮捕状なくして、何人も、逮捕状をなくしてこれを逮捕することができる (212 条 2 項、

## 第6章 訴因

A

### 第1節 訴因の特定

A

「公訴事實は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事實を特定してこれをしなければならない」（256条3項）。

#### 〔論点1〕 訴因の特定のために必要とされる記載

A

まず、訴因は具体的な「罪となるべき事實」の記載だから、訴因の特定には、①被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる具体的事実の記載が必要である。

次に、訴因の機能は、裁判所の審判対象の識別及び被告人に対する防御範囲の告知にあるところ、後者の機能に独自の意味を認めることで、②他の犯罪事実と識別（区別）できる程度の記載のみならず、③被告人の防御権の行使に十分な程度な記載まで要求する見解もある（防御説）。<sup>1)</sup>

判例講座II 44頁

しかし、②の記載自体により被告人の防御範囲が示されるといえるし、被告人の防御権保障は起訴後の公判前整理手続・公判手続においても検討されるものである。<sup>2)</sup>

公判法演習 30頁、緑 200頁、酒巻

274頁

そこで、訴因の機能としては前者が第一次的なものであり、後者は前者により審判対象が限定されることの裏返しにすぎないと解すべきである。

判例講座II 44頁

したがって、訴因の特定としては、①・②の記載で足り、③の記載までは不要であると解する（識別説）。<sup>3) 4)</sup>

#### 〔判例1〕 包括一罪を構成する一連の暴行による傷害

A

事案：被告人は、同一被害者に対して、一定期間内に、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰返し犯意を生じ、主として同態様の暴行を反復累行して複数の傷害を負わせたという事実（傷害罪）によって起訴された。

最決 H26.3.17・百 44

そして、訴因では、各暴行の日時や各暴行に対応する傷害結果の発生が個々に特定されていなかったために、訴因の特定が問題となった。

H26 重判 2 解説

<sup>1)</sup> 防御権説は、被告人に防御範囲を示すことが訴因の最も重要な機能であると理解する。これに対し、識別説は、審判対象の画定機能が訴因の第一次的機能であり、被告人の防御権保障は裁判所に対する関係で審判対象が限定されることの裏返しにすぎないと理解する（緑 201頁、公判法演習 30頁、判例講座II 44頁）。

<sup>2)</sup> 例えば、公判前整理手続（証明予定事実記載書面の提出：法 316条の13）、起訴状に対する求釈明（規則 208条）、検察官の冒頭陳述（法 296条）、審理の過程における争点の顕在化・防御の機会付与による不意打ち防止等が挙げられる（酒巻 274頁）。

<sup>3)</sup> 「被告人は、Vの腹部をナイフで刺し、同人を死亡させた」という訴因では、人の死亡の論理的一回性から②は認められるものの、主観的事実の記載がなく殺人・傷害致死・過失致死のいずれに該当するかが明らかでないという意味で、①を欠く（事例演習 190～191頁）。

<sup>4)</sup> 包括一罪を構成する一連の暴行については、包括一罪というまとまりのある一連の暴行が他の犯罪事実と別のものであるということが識別できれば②を満たし、包括一罪を構成する個々の暴行どうしが相互に区別できるだけの記載までは不要であると解されている（最決 H26.3.17・百 44）。本判決の射程は、包括一罪以外の科刑上一罪の場合にも及ぶ（百 44解説）。

要旨：「…約4ヵ月…という一定の期間内に、被告人が、…ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ、主として同態様の暴行を反復累行し、その結果、個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係を個々に特定することはできないものの、結局は一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせたというものであり、そのような事情に鑑みると、それぞれ、その全体を一体のものとして評価し、包括して一罪と解することができる。」

「…罪となるべき事実は、その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との区別が可能であり、また、それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはない…。」

解説：包括一罪については、それを構成する個々の行為を特定するまでの必要はなく、全体として特定する包括的記載で足りると解する見解が有力である。

仮に包括一罪を構成する個々の行為が併合罪関係に立つのであれば、相互に他の事実と別のものであることが識別できる程度の特定が必要になる。

これに対し、包括一罪であれば、個々の行為がその相互の関係において特定される必要がなくなるため、相互に他の事実と別のものであることが識別できる程度の特定までは要請されない。

なお、以上のことは、包括一罪以外の根拠によって複数の行為が科刑上一罪とされる場合についても妥当する。

(答案)

包括一罪を構成する一連の暴行により複数の傷害を負わせたことを公訴事実とする訴因において、各暴行の日時や各暴行に対応する傷害結果の発生が個々に特定されていないため、「罪となるべき事実を特定して」いないとして、訴因の特定(256条3項)に欠けるのではないか。

… [論点1] …

まず、暴行を実行行為とする傷害罪(刑法204条)の構成要件要素は、㉞暴行、㉟傷害結果、㊱両者の因果関係、㊲暴行又は傷害の故意である。起訴状では、被告人甲が、暴行の(又は傷害の)故意に基づき(㊲)、被害者Vに対して暴行を行い(㉞)、これによって複数の傷害が生じたこと(㉟、㊱)が記載されているから、被告人甲の行為が刑法204条の傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度の具体的事実の記載がある(㉟)。<sup>5)</sup>

<sup>5)</sup> 暴行・傷害事件の起訴状では、殺人罪の起訴状(「殺意をもって」と異なり、暴行(又は傷害)の故意を明示しないのが通例である(検察講義案の記載例参照)。これは、起訴状記載の暴行(又は傷害)の行為態様に暴行(又は傷害)の故意が現れているからである。条解刑訴515頁でも、「犯罪として処罰の対象となるのは、原則として故意犯であり、外形的な故意の主張そのものが故意の存在の主張を含んでいるのが

次に、被告人甲による複数の傷害罪は包括一罪として科刑上一罪として扱われるから、包括一罪というまとまりのある一連の行為が他の犯罪事実と別のものであるということが識別できれば足り、包括一罪を構成する個々の行為どうしが相互に区別できるだけの記載までは不要であるとする。そして、起訴状では、被害者がVであること、暴行を加えた期間・場所、暴行の態様及び傷害結果は記載されているから、各暴行の日時の記載がないこと及び各暴行と傷害結果の対応関係が特定されていないことを考慮しても、包括一罪を構成する一連の行為を他の犯罪事実と区別することが可能であるといえる(②)。

したがって、「罪となるべき事実を特定して」いるといえ、訴因の特定(256条3項)が認められる。

## [論点2]「日時、場所及び方法」の概括的記載

### 1. 訴因の特定

「日時、場所及び方法」(256条3項後段)の概括的記載は訴因の特定に欠けるのではないかが問題となる。

…略…([論点1]を論じる)

そして、「日時、場所及び方法」は、それが犯罪を構成する要素になっている場合を除き、本来は、「罪となるべき事実」そのものではなく、訴因を特定するための一手段にすぎないから、これについて幅のある記載をしたことをもって直ちに訴因の特定に欠けることはならないと解する。

### 2. 「できる限り」の要請

256条3項後段は、審判対象の具体化・防御範囲の明確化をより高めるために、訴因の特定のために必要最低限の要求を超えた具体的事実を「できる限り」記載することを要請する趣旨の規定である。

そこで、訴因の特定とは区別された、256条3項に基づく「できる限り」の要請として、犯罪の種類、性質等の如何によりこれを詳らかにすることができない特殊事情がない場合には、日時・場所・方法をできる限り特定した記載をすることが必要であると解する。

### [判例2]

事案：被告人甲に対する覚せい剤自己使用罪の起訴状では、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和54年9月26日頃から同年10月3日までの間、広島県a郡b町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もって覚せい剤を使用したものである。」として、覚せい剤使用の日時・場所・方法について幅のある記載がされていた。

A

最決 S56.4.25・百 43、白山丸事件・

最大判 S37.11.28・百 A17

判例は、「特殊事情の存在」を訴因を特定する要件に位置づけているようである(事例演習 199頁)。

A

最決 S56.4.25・百 43

一般であるから、原則として故意の存在を記載する必要はない。しかし、殺人と傷害致死のように外形的な行為のみでは、そのいずれであるか分からないような場合には、殺人であることを示すため、故意の存在を明示しなければならない。また、未遂犯は、故意をもって実行に着手したがその故意を遂げなかった場合であるから、常に故意を明示しなければならない。」とされている。

要旨：「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間、広島県a郡b町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである。」との本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである。」

(答案)

### 1. 訴因の特定

起訴状では覚せい剤使用の「日時、場所及び方法」(256条3項後段)について概括的記載がされているため、訴因の特定に欠けるのではないか。

(1) … [論点2-1] …

(2) まず、起訴状では、被告人が法定の除外事由がないのに覚せい剤を自己の身体に使用したという事実が記載されているから、被告人の行為が覚せい剤自己使用罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度の具体的事実の記載が認められる(①)。

次に、覚せい剤使用罪については、一回の使用行為ごとに一罪が成立し、複数回の使用は併合罪の関係にあると解されている。そして、尿の鑑定結果は必ずしも一回の使用行為に論理的に対応するものではなく、犯罪の性質上、覚せい剤自己使用行為は一定期間内に反復して複数回行われている可能性があるから、起訴状記載の「昭和54年9月26日頃から同年10月3日まで」の一定期間内に、被告事件とされている使用行為とは別の使用行為が介在している可能性がある。そうすると、これらが包括一罪ではなく併合罪の関係に立ち、一回の使用行為ごとに他の使用行為との識別が問題となることから、日時・場所・方法に幅のある記載がされている起訴状では②を欠くのではないか。

使用の日時・場所・方法が概括的に記載されている起訴状については、尿の提出時に最も近い最終の使用行為を起訴する趣旨であるとして、訴因の特定を認める見解がある(最終行為説)。確かに、最終の使用行為は1回しかあり得ないから、論理的・観念的には、他の使用行為との識別が可能である。しかし、この見解には、(i) 検察官の釈明を考慮しても具体的な最終使用行為が明示・記載されているといえるのか疑問である、(ii) 最終使用行為という特定方法は、当初から複数回の使用行為を前提として成り立つ考えであり、起訴状において1個の使用行為を一罪として起訴しているはずの前提に反するようにも思えるといった問題がある。また、(iii) 使用日時に幅のある記載のある判決が確定

酒巻 284~285 頁

ら、完全な証明力を有し、被告人との関係では「本人の自白」（憲法 38 条 3 項）に当たらない。

また、責任転嫁や巻き込みの動機による虚偽供述のおそれは、自由心証の問題として信用性を慎重に判断することで足りる。

そこで、被告人に対する関係では共犯者の自白について補強証拠は不要であり、共犯者の自白のみにより被告人を有罪にできると解する（補強証拠不要説）。

（2）共犯者兩名が自白している場合

一方の自白により他方を有罪認定する際に補強証拠を要しないから、問題なく有罪認定できる（補強証拠不要説）。<sup>7)</sup>

<sup>7)</sup> 例えば、Z 否認・XY 自白という事案であれば、補強証拠必要説からであっても、XY の自白により Z を有罪にできる。XY の自白を Z 本人の自白とみる立場からも、XY の自白が相互に補強し合うことにより X 又は Y の自白により Z 本人の自白として扱われる X 又は Y の自白が補強されていることになるからである（最判 S51.10.28・団藤裁判官の補足意見、池前 429 頁）。

### 第3章 伝聞法則

A

#### 第1節 伝聞・非伝聞の区別

##### 1. 伝聞法則

A

伝聞証拠は、原則として証拠能力を有しない（320条1項）。

伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。<sup>1)</sup>

公判法演習 138 頁

そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである。

##### 2. 伝聞・非伝聞の区別

A

「要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となる」とは、証拠の使い方を前提とした推認過程における証拠の直接の立証事項という意味での要証事実が公判廷外供述の主体が知覚・記憶・表現・叙述した事実である場合のことである。

事例演習 335 頁、百 86 [9 版] 解

説 [池田公博]

###### [思考過程]

A

伝聞・非伝聞の区別においては、要証事実を正確に把握することが重要であり、論文試験の採点においても、要証事実そのものの正確性と、要証事実を導く過程の正確性・説得力が重視されている。

思考・説明の過程は以下の通りである。

- ①証拠と主要事実の対応関係（当該証拠により窮極的に立証しようとしている主要事実は何か）を確定
- ②①で確定した主要事実を証明するための当該証拠の使い方（直接証拠・間接証拠、補助証拠）を確定
- ③②の推認過程における当該証拠の直接の立証事項（証拠から最も近い事実）を要証事実として把握する

###### 1. 要証事実の意味

要証事実とは、証拠の直接の立証事項である。すなわち、「証拠の使い方」を前提とした「推認過程」における証拠の直接の立証事項を意味する。

ある主要事実を立証するための証拠の使い方を前提とした推認過程において、証拠から最も近い事実、というイメージである。

###### 2. 証拠の使い方を確定する

「要証事実」を設定するためには「推認過程」を組み立てる必要があり、「推

<sup>1)</sup> 伝聞証拠の意義について形式説に立つ場合には、供述の信用性テストの手段としては「反対尋問等」（事例演習 324 頁）と表現する必要がある。形式説は、実質説と異なり、供述の信用性テストの手段として、（これが最重要であるとしても）反対尋問に限らず、宣誓・偽証罪による処罰の予告及び直接主義（裁判所による供述態度の観察）を挙げるからである（事例演習 322 頁）。

認過程」を組み立てるためには「証拠の使い方」を確定する必要がある。

「証拠の使い方」は、「当該証拠を、いかなる主要事実を証明するために、どのように使うのか」である。これは、①証拠と主要事実の対応関係と、②①の主要事実を立証するための証拠の使い方（証拠構造）に分類される。

②の使い方には、直接証拠型・間接証拠型・補助証拠型がある。

### 3. ①証拠と主要事実の対応関係

(1) まず初めに、公訴事実に係る主要事実を確認する。例えば、詐欺既遂罪であれば、欺罔行為、錯誤、交付行為、因果関係、故意、不法領得の意思である（厳密には、罪体と区別された、被告人の犯人性も挙げられる。）。)

(2) 次に、検察官の立証趣旨に従って、証拠と主要事実の対応関係を確定する。例えば、立証趣旨が「欺罔行為」や「欺罔行為に該当する具体的事実」という表現のものであれば、原則として、その証拠は欺罔行為を立証するための証拠に位置づけられることになる。

(3) もっとも、立証趣旨に従った①の確定には、以下の例外がある。

#### ア. 問題文に検察官の立証趣旨が記載されていない場合

まず、罪状認否と自白の有無・内容に照らし、証明の必要性が顕在化している主要事実を明らかにする。

次に、証拠の獲得状況、当該証拠の内容と証明の必要性が顕在化している主要事実の関連性などから、①を確定する。

#### イ. 立証趣旨が間接事実を指している場合

まず、罪状認否と自白の有無・内容に照らし、証明の必要性が顕在化している主要事実を明らかにする。

次に、立証趣旨が指している間接事実と証明の必要性が顕在化している主要事実の関連性などから、①を確定する。

#### ウ. 検察官の立証趣旨を前提にするとその証拠が無意味になる場合

まず、罪状認否と自白の有無・内容に照らし、証明の必要性が顕在化している主要事実を明らかにする。

次に、証拠の獲得状況、当該証拠の内容と証明の必要性が顕在化している主要事実の関連性などから、①を確定する。

### 4. ②①の主要事実を立証するための証拠の使い方（証拠構造）の確定

(1) 立証趣旨が間接事実を指している場合

#### ア. 原則として、立証趣旨に従って②の使い方を確定する

立証趣旨が間接事実⑦を指しているということは、検察官は、証拠によって直接又は間接に間接事実⑦を証明した上で、①の主要事実を推認するという間接証拠型を想定している。したがって、少なくとも、証拠から①の主要事実の立証に至る過程に間接事実⑦が介在している推認過程を組み立てる必要がある。

この推認過程は、主要なものとしては、(i) 証拠→間接事実⑦→主

事案によっては、「被告人による欺罔行為」というように、罪体と犯人性を結合させて主要事実を把握することもある。

立証趣旨は、検察官請求証拠についていえば、争点となっている主要事実を立証するための証拠の使い方の指針である。

要事実①、(ii) 証拠→間接事実④→間接事実⑦→主要事実①、(iii) 証拠→間接事実⑦→間接事実④→主要事実①、(iv) 証拠→間接事実④→間接事実⑦→間接事実⑦→主要事実①の4つに分類できる。

証拠と間接事実⑦の関連性(証拠から直接に間接事実⑦を立証できるか)と間接事実⑦と主要事実①の関連性(間接事実⑦から主要事実①を直接に推認できるか)から、(i)～(iv)を選択する。

イ. 例外として、立証趣旨を無視して②の使い方を確定する場合

検察官の立証趣旨を前提にするとその証拠が無意味になるときは、立証趣旨を無視して②の使い方を確定することになる。

立証趣旨が間接事実を指している場合において、検察官の立証趣旨を前提にするとその証拠が無意味になるときとしては、(i) 証拠によって間接事実⑦を証明することができない、(ii) 証拠によって証明できる間接事実⑦によって主要事実①を合理的に推認することができないという2つの場面がある。

いずれの場面でも、証拠から①の主要事実の立証に至る過程に間接事実⑦が介在してしてはならない。

そこで、②の使い方としては、(ア) 直接証拠型か、(イ) 間接証拠型のうち、証拠から主要事実①の立証に至る過程に間接事実⑦が介在しない推認過程を前提とした使い方を選択することになる。

(2) 立証趣旨が主要事実を指している場合

②の使い方には、直接証拠・間接証拠・補助証拠の3つがある。もっとも、補助証拠として使う場合には立証趣旨で「供述の信用性を争うため/回復するため」などと表現されるはずだから、(2)の場合における②の使い方としては、通常、実質証拠(直接証拠・間接証拠)を想定すればよい。

まず、直接証拠型/間接証拠型のいずれかを選択する。選択過程では、証拠と主要事実①の関連性を考える。証拠に、間接事実による推認を介することなく直接に主要事実①を証明できるだけの推認力(証明力)があれば、直接証拠型を選択する。そのような推認力(証明力)がないのであれば、間接証拠型を選択する。

次に、間接証拠型を選択した場合には、いかなる間接事実の立証を媒介として主要事実①を合理的に推認することができるかという観点から、証拠から主要事実①の立証に至る推認過程を組み立てる。

## 5. 要証事実の確定

②の使い方における証拠の直接の立証事項を要証事実として確定する。

その上で、要証事実が公判廷外供述の主体が知覚・記憶・表現・叙述した事実であるかにより、「要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となる」場合であるかを判断し、伝聞/非伝聞の結論を示す。

(ii) は、間接事実の推認力がゼロである場合のみならず、間接事実による推認過程が験則に合わない不合理(不確かな)なものとして禁止される場合(推認力が弱い)も含む。

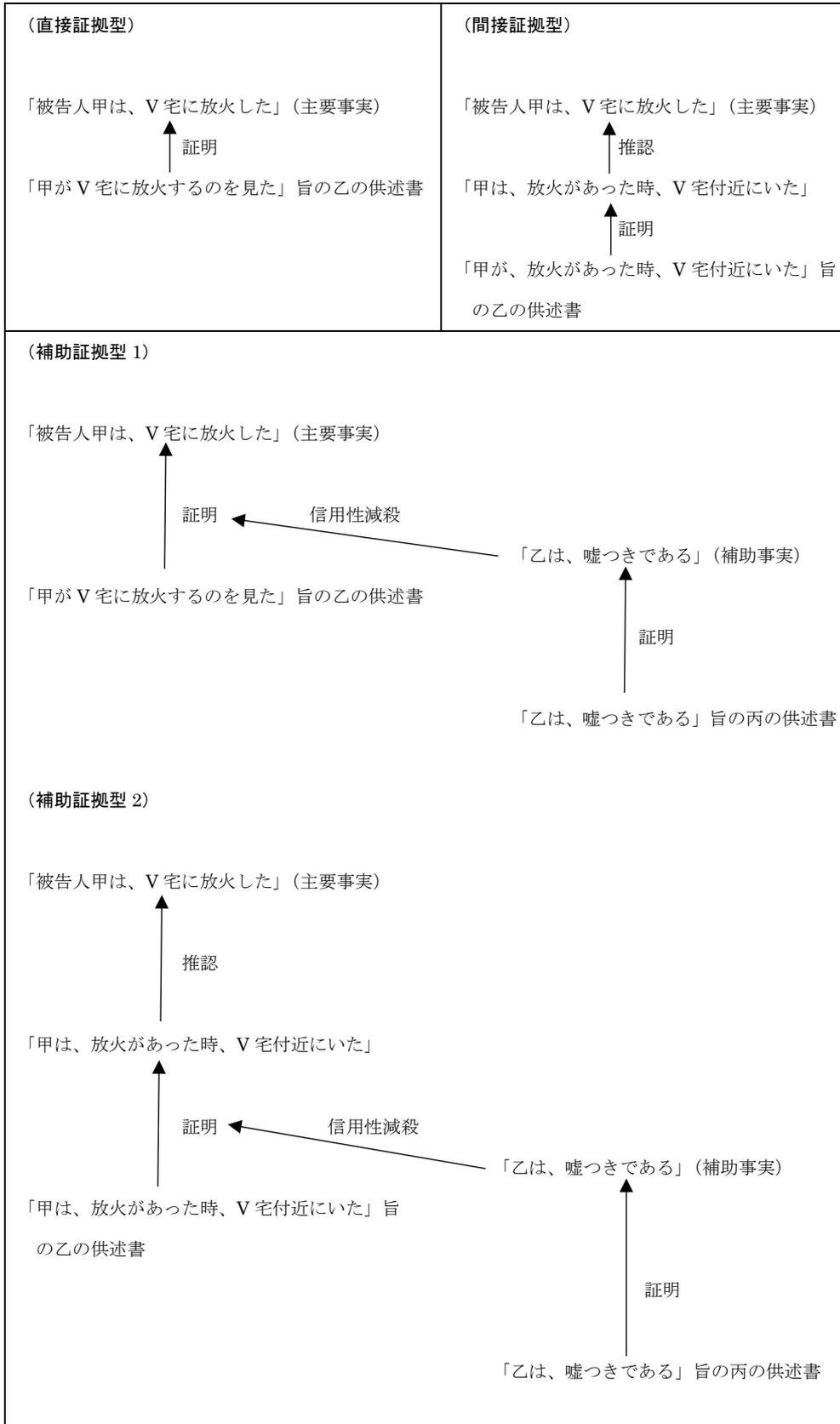
この場合、(ア) 直接証拠型を選択することになるのが通常である。

[証拠の使い方]

A

検察官立証において、検察官請求証拠は、被告人を有罪にするために、窮極において主要事実を立証するためにその取調べが請求される。

主要事実を立証するための証拠の使い方には、直接証拠型・間接証拠型、補助証拠型（直接証拠・間接証拠型のいずれかに属する）がある。



[具体例]

A

平成 30 年司法試験設問 2

(事案)

- ・被告事件は、平成 30 年 1 月 10 日、被告人甲は、A に対し、実際には特段修繕を要する箇所などなかったにもかかわらず、V に対し、「屋根裏の耐震金具に不具合があり、このまま放っておくと、地震が来たら屋根が潰れてしまいます。すぐに工事をしないと大変なことになります。代金は 100 万円です。お金を用意できるのであれば、今日工事をしてほしい。」などと嘘を言って V を錯誤に陥れ、V 方の屋根裏の修繕工事を代金 100 万で請け負い、V から屋根裏の修繕工事の代金として現金 100 万円を受領した、というものである。なお、V は、犯人の顔を覚えていない。
- ・甲は「V 方に行ったことはありません」と言い、犯行を全面的に否認。
- ・検察官請求証拠としては、①本件領収書の印影と甲の名字が刻まれた認め印の印影が合致する旨の鑑定書、②本件領収書から検出された指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書、③V から本件メモおよび本件領収書の任意提出を受けた旨の任意提出書等、④本件メモ (V が、犯人が言った内容を手書きしたメモ)、⑤本件領収書 (V から任意提出を受けた/①・②から甲作成を認定できる) がある。
- ・検察官は、④本件メモの立証趣旨については、「甲が、平成 30 年 1 月 10 日、V に対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」、⑤本件領収書の立証趣旨については、「甲が平成 30 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」であると述べた。
- ・弁護人の証拠意見は、①・②・③同意、④・⑤不同意。

(解説)

以下では、本件領収書 (⑤) の要証事実を導く思考過程について、解説する。

なお、本問では、甲の犯人性のみならず、罪体 (誰かによる欺罔行為、交付行為など) も主たる争点になっているため、罪体と犯人性を切り離して論じる必要はない。

下記の説明や [図] における、[欺罔行為]・[交付行為] は、[甲による欺罔行為]、[甲を相手方とする交付行為] という、罪体と犯人性とが結合した主要事実を意味する。

[図 1] いかなる主要事実を証明するための証拠として当該証拠を使うのかを確定する

まず初めに、証拠の使い方の第 1 段階として、「いかなる主要事実を証明

するための証拠として本件領収書を使うのか」について確定する。



まず初めに、いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのかを確定する。

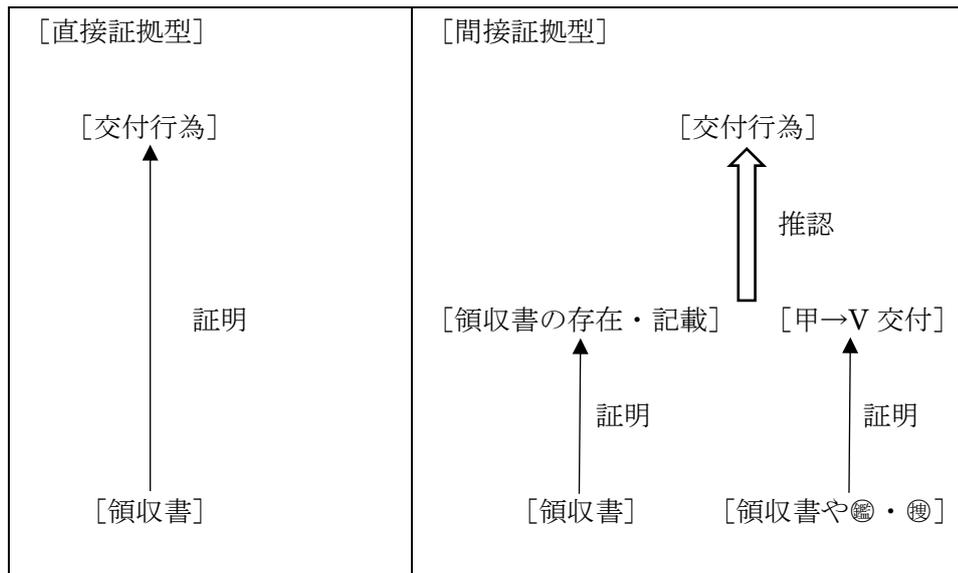
「いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのか」は、第一次的には、問題文に記載されている、検察官の立証趣旨（あるいは、証拠調べ請求の狙い。以下、同じ）に従って確定する。

本問では、本件領収書の立証趣旨が「甲が平成 30 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」とされている。

ここでは、立証趣旨が交付行為という主要事実を指しているから、第一次的には、立証趣旨に従って、「いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのか」を確定することになる。

そして、本件領収書と交付行為の関連性（あるいは、距離）などからしても、交付行為を証明するための証拠として本件領収書がおよそ無意味であるとはいえないから、検察官の立証趣旨に従い、「本件領収書は交付行為を証明するための証拠である」ということを確定することになる。

[図 2] 上記 [図 1] で確定した主要事実を証明するための当該証拠の使い方を確定した上で、その使い方を前提とした推認過程における当該証拠の直接の立証事項を要証事実として設定する。



次に、[交付行為] という主要事実を証明するための本件領収書の使い方を確定する。

[図 2] の段階における「[交付行為] という主要事実を証明するための本件

領収書の使い方」も、第一次的には、検察官の立証趣旨に従って確定する。

本問では、本件領収書の立証趣旨が「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」というように、交付行為という主要事実を指している。

そうすると、検察官の立証趣旨によって指示されているのは、本件領収書を交付行為を証明するための証拠として使うということまで（[図1]の段階における証拠の使い方まで）であり、交付行為を証明するための証拠として本件領収書をどのように使うのかということ（[図2]の段階における証拠の使い方）までは、立証趣旨に従って確定することができない。

そこで、交付行為を証明するための本件領収書の使い方について、本件領収書と交付行為との関連性（あるいは、距離）などを踏まえて合理的な推認過程を組み立てることで、自力で確定することになる。

設問2では、「立証上の使用方法を複数想定し」とあるから、「交付行為を証明するための本件領収書の使い方」について、少なくとも2つ以上、導き出す必要がある。

まず、1つ目として考えられるのが、本件領収書を直接証拠として使うという使用方法である。この場合、本件領収書の直接の立証事項たる要証事実、は、記載内容通りの交付行為があったという事実である。この事実は、本件領収書の作成者である甲が知覚・記憶して本件領収書に記載（表現・叙述）した事実であるから、これを証明するためには、原供述者甲の供述内容の真実性が問題になる。したがって、本件領収書は伝聞証拠となる。

次に、2つ目として考えられるのが、本件領収書を間接証拠として使うという使用方法である。すなわち、本件領収書から「そのような記載のある本件領収書が存在する」（以下、「本件領収書の存在・記載自体」とする）という間接事実Aを証明し、この間接事実Aと、本件領収書が甲からVに対して交付されたという間接事実Bを結合させて、交付行為を推認するという使い方である。この推認過程における本件領収書の直接の立証事項たる要証事実、は、本件領収書の存在・記載自体という間接事実Aである。そして、この間接事実Aは、本件領収書の作成者甲が知覚・記憶して本件領収書に記載（表現・叙述）した事実ではないから、これを証明するためには、原供述者甲の供述内容の真実性は問題にならない。したがって、本件領収書は非伝聞となる。

2つ目の使用方法で注意すべきは、当然に、「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程を前提とした要証事実の設定が許容されるわけではないということである。

信用性テストを経ない供述証拠による不確かな推認による事実認定の誤りを防止するという伝聞法則の趣旨（これは、証拠→事実（直接の立証事項）という証明の過程に関するもの）は、要証事実設定のために推認過程を組み立てる場面（事実→事実という推認の過程）にも拡張される。そのため、要証事実を設定する際に前提とすべき推認過程は経験則に適った合理的なもの

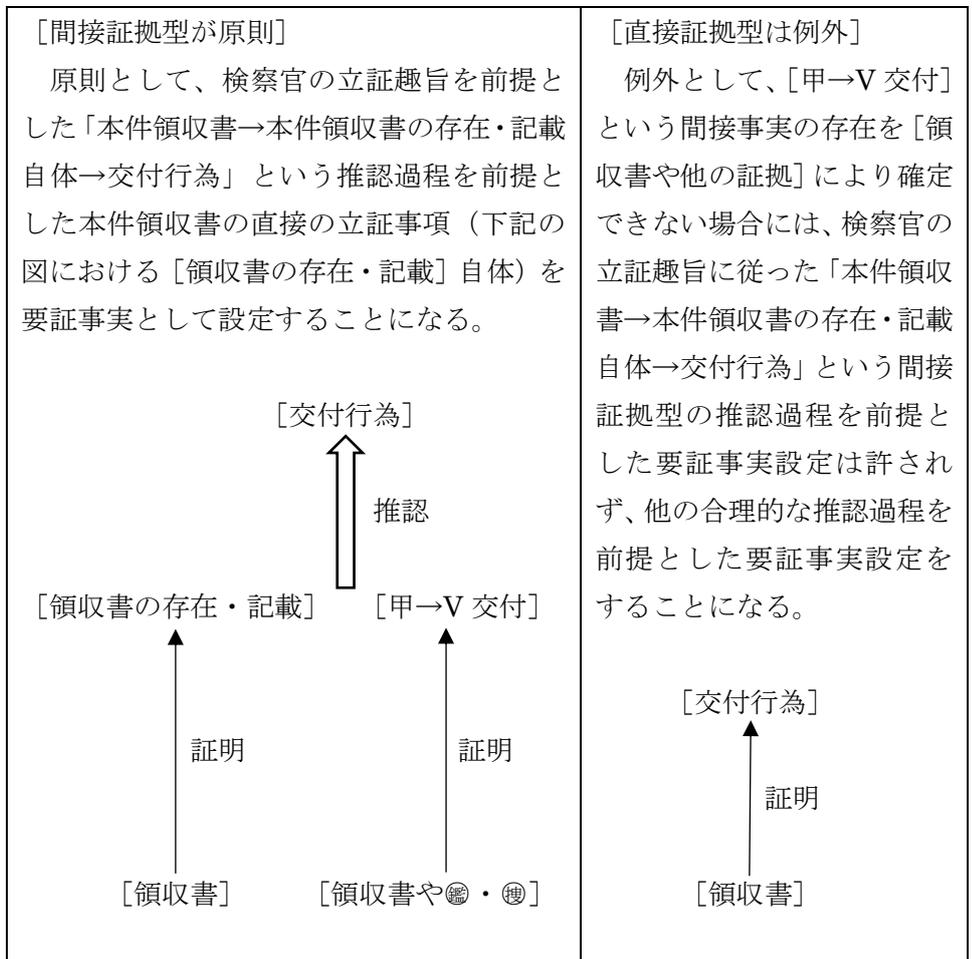
思考過程4（2）に属する事案

事例演習 324～325頁・341頁

でなければならない、不確かな（弱い）推認過程を前提として要証事実を設定することは、伝聞法則の趣旨の潜脱として、禁止される。そうすると、供述の存在自体（本問では、本件領収書の存在・記載自体）という間接事実から主要事実を推認するという推認過程を前提として供述の存在自体を要証事実と設定することが許容されるためには、供述の存在自体（本問では、本件領収書の存在・記載自体）という間接事実から主要事実を推認するという推認過程が経験則に適った合理的なものとして許容されるための条件（本件領収書についていえば、本件領収書が甲からVに交付されたという間接事実が証拠により確定できること）を満たすことが必要である。

本問では、①本件領収書の印影と甲の名字が刻まれた認め印の印影が合致する旨の鑑定書、②本件領収書から検出された指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書、③V から本件領収書の任意提出を受けた旨の任意提出書、⑤「V様」を宛名とする本件領収書から、本件領収書が甲からVに交付された事実を確定することができるため、上記条件を満たす。したがって、本件領収書の要証事実を、上記の間接証拠型における推認過程を前提とした直接の立証事項である本件領収書の存在・記載自体という間接事実とすることができるのである。

〔図3〕本件領収書の立証趣旨が「本件領収書の存在と内容」と表示されている場合



まず初めに、[図1]の手順に従い、いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのかを確定する。

[図3]では、立証趣旨が主要事実を指していないため、立証趣旨に従って最終的な立証命題としての主要事実を確定することはできない。

そのため、罪状認否や証拠の獲得状況、証拠の内容などから、自力で、「いかなる主要事実を証明するための証拠として本件領収書を使うのか」を確定することになる。

本問における主たる争点は、欺罔行為および交付行為であるところ、欺罔行為を証明するための証拠としては本件メモがある。

このことに、本件領収書と交付行為との関連性の強さ（距離の近さ）も踏まえると、「本件領収書は交付行為を証明するための証拠である」と確定することになる。

次に、[図2]の手順に従い、交付行為を証明するための本件領収書の使い方を確定する。

[図3]では、本件領収書の立証趣旨が、「本件領収書の存在と内容」というように、「交付行為を証明するための本件領収書の使い方」(②の使い方)を指示している。

そうすると、第一次的には、「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程を前提として要証事実を設定することになる。

ここで、「本件領収書→交付行為」という直接証拠型の推認過程を前提とした要証事実の設定をすることは、立証趣旨の拘束力から逸脱した要証事実設定となる。

もっとも、立証趣旨の拘束力は絶対的なものではなく、検察官の立証趣旨を前提とした場合に本件領収書が証拠としておよそ無意味になるとき（すなわち、検察官の立証趣旨を前提とした「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程が不確かな（弱い）推認過程として伝聞法則の趣旨に照らし禁止されるものである場合）には、検察官の立証趣旨を前提としないで要証事実を設定することができるようになるから、「本件領収書→交付行為」という直接証拠型の推認過程を前提とした要証事実の設定をすることになる。

反対に、検察官の立証趣旨を前提とした場合に本件領収書が証拠としておよそ無意味になるとはいえないとき（すなわち、検察官の立証趣旨を前提とした「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程が経験則に適った合理的な推認過程として許容されるための条件（本件領収書が甲からVに交付されたという間接事実が証拠により確定されていること）を満たす場合）には、「本件領収書→本件領収書の存在・記載自体→交付行為」という推認過程を前提として、この推認過程における本件領収書の直接の立証事項である「本件領収書の存在・記載自体」という間接事実を要証事実とすることになる。

## 判例

- ・最大判 S23.7.14 p53
- ・最判 S24.4.30 p152
- ・福岡高判 S25.7.18 p110
- ・最大判 S25.9.27 p238
- ・最判 S25.11.21 p51
- ・最判 S26.3.9 p151
- ・仙台高判 S26.6.12 p110
- ・最大判 S27.3.5 p88
- ・最判 S28.3.20 p94
- ・最判 S28.4.14 p51, 146
- ・最判 S28.5.29 p117
- ・最決 S28.9.30 p110
- ・最判 S28.10.15 (百 A40) p180
- ・最決 S29.1.26 p151
- ・最決 S29.5.4 p151
- ・最判 S29.5.14 p117
- ・最判 S29.8.24 p110
- ・最判 S29.12.17 p110
- ・最判 S30.1.11(百 A38) p176
- ・最判 S30.6.17 p149
- ・最決 S30.10.19 p110
- ・最判 S30.12.19 p170
- ・最判 S30.12.26 p120
- ・最決 S31.10.25 p33
- ・東京高判 S31.12.15 p177
- ・最決 S32.11.2 (百 A35) p150
- ・最判 S33.1.23 p103
- ・最判 S33.5.20 p88
- ・最大判 S33.5.28 p149
- ・最大決 S33.7.29 (百 A5) p63
- ・最判 S34.7.24 p110
- ・最判 S35.9.8 (百 A39) p179
- ・最大判 S36.6.7 (百 A7) p76
- ・最判 S36.6.13 p110
- ・最決 S36.12.21 (百 A16) p54
- ・最大判 S37.11.28 (百 A17) p99
- ・最判 S38.9.13 (百 A33) p146
- ・最判 S38.10.17 p170
- ・最大判 S40.4.28 (百 A23) p120, 123

- ・最決 S41.2.21 (百 64) p141
- ・最判 S41.7.1 (百 70) p145
- ・最決 S41.11.22 p136
- ・最判 S42.8.31 (百 A22) p123
- ・最判 S42.12.21 (百 77) p151
- ・最決 S43.2.8 p141
- ・最判 S43.3.29 p239
- ・最決 S43.11.26 p110
- ・最決 S44.3.18 (百 A4) p67
- ・最判 S44.10.2 p88
- ・東京高判 S44.6.20 (百 23) p77
- ・京都地決 S44.11.5 (百 11) p32
- ・最大判 S44.12.24 p16
- ・最大判 S45.11.25 p145
- ・最判 S46.6.22 (百 A18) p108
- ・東京地決 S47.4.4 (百 15) p46
- ・最判 S47.5.30 p89
- ・最決 S50.5.30 p96
- ・最決 S51.3.16 (百 1) p2, 11, 12, 17
- ・福岡高那覇支部判 S51.4.5 (百 A21) p119
- ・最判 S51.10.28 (百 78) p153
- ・大阪高決 S52.3.17 p96
- ・最決 S52.8.9 p50
- ・最決 S52.8.9 p146
- ・最決 S53.2.16 (百 A20) p114
- ・最決 S53.3.6 (百 46①) p116
- ・最判 S53.6.20 (百 4) p26, 28
- ・最決 S53.6.28 p182
- ・最判 S53.9.7 (百 90) p228
- ・最判 S53.11.18 (百 21) p64, 66
- ・最決 S54.10.16 (百 A41) p183
- ・東京高判 S55.2.1 p142
- ・最決 S55.3.4 (百 A19) p110
- ・最決 S55.4.28 (百 35) p85
- ・最決 S55.5.12 (百 A13) p90
- ・最決 S55.9.22 (百 A1) p15, 16
- ・最決 S55.10.23 (百 27) p59, 60
- ・最決 S56.4.25 (百 43) p99
- ・最決 S56.7.14 p90, 92
- ・最決 S57.12.17 (百 A36) p175

- ・東京高決 S58.1.27 (百 79) p165
- ・最決 S58.6.30 p177
- ・最判 S58.9.6 (百 47) p121, 123
- ・東京地判 S58.9.30 (百 48) p94
- ・最決 S59.2.29 (百 6) p52
- ・最決 S59.12.21 (百 89) p171
- ・札幌高判 S61.3.24 (百 93) p235
- ・最決 S62.3.3 (百 65) p141
- ・東京地判 S62.12.16 (百 71) p145
- ・最決 S63.2.29 (百 42) p89
- ・最決 S63.10.24 p108
- ・最決 S63.10.25 (百 46②) p116
- ・最判 H 元.1.23 (百 74) p146
- ・東京地決 H2.4.10 p56
- ・最決 H2.6.27 (百 32) p73
- ・浦和地判 H3.3.25 (百 72) p145
- ・千葉地判 H3.3.29 (百 9) p18
- ・福岡高判 H5.11.16 (百 A12) p85
- ・最決 H6.9.16 (百 2) p13
- ・最決 H6.9.16 (百 28) p60
- ・最判 H7.6.20 (百 81) p177
- ・最決 H8.1.29 (百 12) p38
- ・最決 H8.1.29 (百 25) p78
- ・最決 H10.5.1 (百 22) p64
- ・最判 H11.3.24 (百 33) p84
- ・最決 H11.12.16 (百 31) p60
- ・最判 H12.6.13 (百 34) p84
- ・最決 H12.7.17 (百 63) p140
- ・最決 H13.4.11 (百 45) p102, 105, 109, 109, 237
- ・東京高判 H14.9.4 (百 73) p148
- ・最決 H14.10.4 (百 A6) p68、71
- ・最判 H15.2.14 (百 92) p230
- ・最大判 H15.4.23 (百 39) p124
- ・最大判 H15.10.7 p86
- ・最判 H15.10.7 (百 97) p238, 239, 240
- ・最決 H16.7.12 (百 10) p18
- ・最決 H17.9.27 (百 83) p163, 180
- ・東京高判 H17.12.26 (H18 重判 2) p86
- ・最判 H18.11.7 (百 87) p169, 185
- ・最決 H18.11.20 (百 A14) p90

- ・最決 H19.2.8 (百 20) p58
- ・最決 H19.10.16 (百 60) p234
- ・最決 H20.4.15 (百 8) p16
- ・最決 H20.4.15 (H20 重判 1) p83
- ・最決 H20.8.27 (百 84) p179, 180
- ・東京高判 H20.11.18 (百 56) p120
- ・最決 H21.9.28 (百 29) p4, 28, 231
- ・最決 H21.10.20 (H21 重判 2) p91
- ・最判 H22.4.27 (百 61) p234
- ・東京高判 H22.5.27 (百 80) p175
- ・最決 H24.2.29 (H24 重判 4) p106
- ・最判 H24.9.7 (H24 重判 5) p128, 129, 131
- ・最決 H25.2.20 (H25 重判 4) p130, 137, 138, 138
- ・最決 H26.3.17 (百 44) p97
- ・最決 H26.11.17 (百 13) p42
- ・最大判 H29.3.15 (百 30) p2, 5

(参考文献)

- ・「リーガルクエスト 刑事訴訟法」第3版(著:宇藤崇・松田岳士・堀江慎司-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法講義」第6版(著:池田修・前田雅英-東京大学出版会)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)  
→「判例講座Ⅰ〇頁」と表記
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)  
→「判例講座Ⅱ〇頁」と表記
- ・「刑事訴訟法」初版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」初版(著:緑大輔-日本評論社)
- ・「捜査法演習」初版(著:佐々木正輝・猪俣尚人-立花書房)
- ・「刑事公判法演習」初版(編:廣瀬健二-立花書房)
- ・「事例演習刑事訴訟法」第2版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」(編:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「刑事訴訟法判例百選」第9版・第10版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～30年度(有斐閣)
- ・「判例教材 刑事訴訟法」第5版(編:三井誠-東京大学出版会)
- ・「法律学の争点シリーズ 刑事訴訟法の争点」第3版(編:松尾浩也・井上正仁-有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2018(日本評論社)
- ・「法学教室」2006.Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)