

平成 24 年司法試験

刑事系第 2 問（刑事訴訟法）

問題文

〔第 2 問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事例】

- 平成 23 年 10 月 3 日、覚せい剤取締法違反の検挙歴を有する者が H 県警察 I 警察署を訪れ、司法警察員 K に対し、「昨日（同月 2 日）、H 県 I 市 J 町にある人材派遣会社の T 株式会社の社長室で、代表取締役社長甲から、覚せい剤様の白色粉末を示され、『シャブをやらないか。安くするよ。』などと覚せい剤の購入を勧められた。自分は断ったけれども、甲は、裏で手広く覚せい剤の密売を行っているといううわさがある。」旨の情報提供をした。そこで、司法警察員 K は、部下に、T 株式会社についての内偵捜査を命じた。同社は、H 県 I 市 J 町〇丁目△番地に平屋建ての事務所建物を設けて人材派遣業を営んでおり、代表取締役社長の甲以外に数名の従業員が同事務所で働いていることが判明した。また、司法警察員 K の部下が同事務所を見張っていたところ、かつて覚せい剤取締法違反で検挙したことのある者数名が同事務所に入出入りしているのが確認できた。その後、司法警察員 K は、部下に、同事務所に入出入りしている人物 1 名に対する職務質問を実施させたが、その者はこれに応じなかったため、司法警察員 K は、証拠隠滅を防ぐには、すぐに T 株式会社に対する搜索差押えを実施する必要があると考えた。そこで、司法警察員 K は、同月 5 日、H 地方裁判所裁判官に、被疑者を「甲」、犯罪事実の要旨を「被疑者は、営利の目的で、みだりに、平成 23 年 10 月 2 日、H 県 I 市 J 町〇丁目△番地所在の T 株式会社において、覚せい剤若干量を所持した。」として搜索差押許可状の発付を請求した。これを受けて、H 地方裁判所裁判官は、搜索すべき場所を「H 県 I 市 J 町〇丁目△番地 T 株式会社」、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、ビニール袋、はさみ、注射器、手帳、メモ、ノート、携帯電話」とする搜索差押許可状を発付した。
- 司法警察員 K らは、同月 5 日午後 3 時、T 株式会社事務所に赴き、応対に出た同社従業員の W に対し、「警察だ。社長のところに案内してくれ。」と告げて同事務所に入り、W の案内で社長室に入ったところ、そこには、甲及び同社従業員の乙の 2 名がいた。司法警察員 K らは、甲に前記搜索差押許可状を呈示した上で、搜索に着手し、同社長室内において、電子秤、チャック付きの小型ビニール袋 100 枚、注射器 50 本のほか甲の携帯電話を発見してこれらを差し押さえた。

搜索が継続中の同日午後 3 時 16 分、T 株式会社事務所に宅配便荷物 2 個が届き、W がこれを受領した。同宅配便荷物は、1 個が甲宛て、もう 1 個は乙宛てであったが、いずれも差出人は「U 株式会社」、内容物については「書籍」と記載されていた上、伝票の筆跡は酷似し、外箱も同じであった。W は、これを社長室

に届け、甲宛ての荷物を甲に、乙宛ての荷物を乙に渡した。甲は、手に持った荷物に貼付されていた伝票を見た後、乙の顔を見て、「受け取ってしまったものは仕方がないよな。今更返せないよな。」などと言い、この荷物を自分の足下に置いた。これに対し、乙も、甲の顔を見ながら、「そうですね。仕方がないですね。」などと言い、同じく、受け取った荷物を自分の足下に置いた。このやり取りを不審に思った司法警察員Kは、甲及び乙に、「どういう意味か。」と聞いたが、甲及び乙は、いずれも、無言であった。

司法警察員Kは、差し押さえた甲の携帯電話の確認作業を行ったところ、丙なる人物から送信された「ブツを送る。いつものようにさばけ。10月5日午後3時過ぎには届くはずだ。二つに分けて送る。お前宛てのは、お前1人でさばく分、乙宛てのは、お前と乙の2人でさばく分だ。10日間でさばき切れなかったら、取りあえず送り返せ。乙にも伝えておけ。」と記載されたメールを発見した。さらに、司法警察員Kは、甲から乙宛てに送信した「丙さんから連絡があった。10月5日午後3時過ぎには、新しいのが届く。2人でさばく分も来る。その日、午後3時前には社長室に來い。ブツが届いたら2人で分ける。」と記載されたメールを発見するとともに、乙から送信された「分かりました。その頃に社長室に行きます。」と記載されたメールを発見した。この間、司法警察員Kが、伝票に記載されていた「U株式会社」の所在地等について部下に調べさせたところ、その地番は実在せず、また、電話番号も現在使用されていないものであることが判明した。

このような経緯から、司法警察員Kは、これらの宅配便荷物2個には、いずれも、覚せい剤が入っていると判断し、甲及び乙に対し、それぞれの荷物の開封を求めた。しかし、甲及び乙は、いずれも、「勘弁してください。」と言い、その要請を拒否した。その後も司法警察員Kは、同様の説得を繰り返したが、甲及び乙は応じなかった。

そこで、司法警察員Kは、同日午後3時45分、乙宛ての荷物を開封した〔捜査①〕。その結果、荷物の中から大量の白色粉末が発見された。次いで、司法警察員Kは、甲宛ての荷物を開封したところ、こちらからも乙宛ての荷物の半分くらいの量の白色粉末が発見された。司法警察員Kは、これらの白色粉末は覚せい剤だと判断し、甲及び乙に、「これは覚せい剤だな。売るためのものだな。覚せい剤かどうか調べさせてもらおうぞ。」と言った。これに対し、甲は、「ばれてしまったものは仕方がない。調べるなり何なり好きにしてい。」と言い、乙も、「仕方がないな。俺宛てのものも調べてもいい。」などと言った。そこで、司法警察員Kは、部下に命じて、各荷物に入っていた白色粉末が覚せい剤か否か試薬を用いて調べさせたところ、いずれも覚せい剤である旨の結果が出たことから、同日午後3時55分、甲及び乙を、いずれも営利目的での覚せい剤所持の事実で現行犯逮捕し、それぞれに伴う差押えとして、各覚せい剤を差し押さえた。

- 3 司法警察員Kは、甲及び乙による覚せい剤密売の全容を明らかにするためには、乙の携帯電話や手帳等を押収する必要があると考え、乙に対し、これらの所在場所を確認したものの、乙は無言であった。そこで、司法警察員Kは、甲にも確認したが、甲は、「さあ、どこにあるか知らない。隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。でも、更衣室もロッカーも、社長の俺が管理してい

るけど、中の荷物は乙のものだから、乙に聞いてくれ。」などと言った。これを受けて、司法警察員Kが、乙に対し、ロッカーの中を見せるよう求めたところ、乙は、「俺のものを勝手に荒らされたくない。」と述べて拒否した。

そこで、司法警察員Kは、乙に対する説得を諦め、部下を連れて社長室に隣接している更衣室に入った。乙と表示のあるロッカーは、施錠されていたことから、司法警察員Kは、乙に対し、鍵を開けるよう言ったが、乙は応じなかった。そのため、司法警察員Kは、同日午後4時20分、社長室の壁に掛かっていたマスターキーを使って同ロッカーを解錠し、搜索を実施した [捜査②]。同ロッカーには、乙の運転免許証が入った財布が入っており、乙のロッカーであることは確認できたものの、差し押さえるべき物は発見できず、司法警察員Kらは搜索を終了した。

- 4 その後、司法警察員Kら及び事件の送致を受けたH地方検察庁検察官Pが所要の捜査を行った。甲及び乙は、事実関係を認め、密売をするために覚せい剤をT株式会社社長室で所持していたこと、甲宛ての覚せい剤は甲1人で密売するためのもの、乙宛ての覚せい剤は甲と乙が2人で密売するためのものであることなどを述べた。一方で、甲及び乙は、各覚せい剤について、密売組織の元締である丙から送られたもので、10日間の期限内に売り切れなかった分は丙に送り返さなければならなかったこと、覚せい剤の売上金は、その9割を丙に送金しなければならず、自分たちの取り分は合わせて1割だけであったことなどを述べた。また、甲宛ての宅配便荷物内に入っていた覚せい剤は100グラム、乙宛ての宅配便荷物内に入っていた覚せい剤は200グラムであった。

同月26日、検察官Pは、甲について、営利の目的で、単独で、覚せい剤100グラムを所持した事実（公訴事実の第1事実）、及び、営利の目的で、乙と共謀して、覚せい剤200グラムを所持した事実（公訴事実の第2事実）で、H地方裁判所に起訴した（甲に対する公訴事実は【資料1】のとおり）。また、検察官Pは、乙についても、営利の目的で、甲と共謀して、覚せい剤200グラムを所持した事実で、H地方裁判所に起訴し、甲及び乙は、別々に審理されることとなった。

なお、検察官Pは、甲及び乙を起訴するに当たり、両名について、丙との間の共謀の成否を念頭に置いて捜査し、丙が実在する人物であることは確認できたものの、最終的には、丙及びその周辺者が所在不明であり、これらの者に対する取調べを実施できなかったことなどから、甲及び乙と、丙との間の共謀については立証できないと判断した。

- 5 同年11月24日に開かれた甲に対する第1回公判期日で、甲及びその弁護士Bは、被告事件についての陳述において、公訴事実記載の客観的事実自体はこれを認めたが、弁護士Bは、覚せい剤は、密売組織の元締である丙の手足として、その支配下で甲らが販売を行うことになっていたもので、公訴事実の第1事実及び第2事実いずれについても、丙との共謀が成立することを主張し、その旨の事実を認定すべきであるとの意見を述べた。引き続き、検察官Pは冒頭陳述を行い、甲らが丙から覚せい剤を宅配便荷物により交付されたことについて言及したものの、それ以上、甲らと丙との関係には言及しなかった。

証拠調べの結果、裁判所は、公訴事実について、①甲らが、営利の目的で、同日同所において、各分量の覚せい剤を所持した事実自体は認められる、②各覚せい剤の所持が、丙との共謀に基づくものである可能性はあるものの、共謀の存否はいずれとも確定できない、③仮に甲らと丙との間に共謀があった場合、甲らは従属的立場にあることになるから、甲らと丙との間に共謀がない場合よりは犯情が軽くなる、と考えた。

論告・弁論を経て、裁判所は、同年12月8日に開かれた公判期日において、【資料1】の公訴事実に対し、格別的手続的な手当てを講じないまま、弁護士Bの主張どおり、【資料2】の罪となるべき事実を認定し、甲に有罪判決を宣告した。

〔設問1〕 下線部の〔捜査①〕及び〔捜査②〕の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。〔捜査②〕については、搜索差押許可状に基づく搜索としての適法性及び乙の現行犯逮捕に伴う搜索としての適法性の両者を論じなさい。

なお、甲の携帯電話の差押え及びその中身の確認までの一連の手續の適法性については問題がないものとする。

〔設問2〕 裁判所が、【資料1】の公訴事実の第1事実に対し、【資料2】の罪となるべき事実の第1事実を認定したことについて、判決の内容及びそれに至る手續の適否を論じなさい。

なお、取り調べられた証拠の証拠能力及び裁判所によるその証明力の評価並びに公訴事実の罪数評価については問題がないものとする。

（参照条文） 覚せい剤取締法

第41条の2 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第42条第5号に該当する者を除く。）は、10年以下の懲役に処する。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 （略）

【資料1】

公 訴 事 実

被告人は

- 第1 営利の目的で、みだりに、平成23年10月5日、H県I市J町
○丁目△番地T株式会社社長室において、覚せい剤である塩酸フェ
ニルメチルアミノプロパンの粉末100グラムを所持し
- 第2 (以下、省略)
たものである。

【資料2】

罪となるべき事実

被告人は

- 第1 丙と共謀の上、営利の目的で、みだりに、平成23年10月5
日、H県I市J町○丁目△番地T株式会社社長室において、覚せい
剤である塩酸フェニルメチルアミノプロパンの粉末100グラムを
所持し
- 第2 (以下、省略)
たものである。

解説

第1 設問1について

1 捜査①の適法性

- (1) 「捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係」（出題趣旨）

この点については、「捜索すべき場所に存在する物は、通常その場所の管理権に属することから、裁判官は、捜索すべき場所に存在する物（かばん、アタッシュケース等移動させることが可能な物を含む。）についても捜索すべき場所と一体のものとして併せて捜索する正当な理由を判断していること、捜索差押許可状の有効期間内であれば司法警察員Kは、いつでも適法に捜索差押えを行うことができ、たとえ令状発付後捜索開始前に持ち込まれた物であってもその捜索差押えは適法であること、捜索開始（令状呈示）の前後で適法違法が分けられるとすると、司法警察員Kが乙宛ての荷物が届けられた後に捜索を開始すれば適法に差し押さえることができるのにたまたま捜索開始が早かったために違法になること等を考慮し、裁判官がどの時点における捜索する正当な理由を審査しているのか、各自の見解を説得的に論ずる必要がある。」（出題趣旨）と指摘されている。

最決平 19.2.8【百選 22】は、この問題点について適法であると判示する。

同決定の射程として、例えば、被疑者が物の受け取りを拒否した場合などが議論されているが、本問では、Wがこれを受領しており、同判決の射程内にあるといえる。

また、同決定の事案は、捜索開始から 50 分ほど経過してから宅配便荷物が届いたというものであるのに対し、本問では 16 分しか経過していない。「司法警察員Kが乙宛ての荷物が届けられた後に捜索を開始すれば適法に差し押さえることができるのにたまたま捜索開始が早かったために違法になること」（出題趣旨）の不合理性は、本問ではより強くあてはまるという論述も可能だろう。

したがって、同決定の理解を示した上で、この点については適法と判断することになる。

※ 他にも、適法説の理由として、「刑訴法 219 条1項が捜索差押許可状に捜索すべき場所を記載するとしている趣旨は、憲法 35 条1項の住居の不可侵を保障することにあるが、捜索実施中に他の場所から捜索すべき場所に持ち込まれ、被告人が所持・管理するに至った物について捜索を行ったとしても、新たな住居権・管理権の侵害を生じるものではなく、新たな令状を必要とする理由はない」こと、「令状の呈示の趣旨から考えると、令状の呈示は、令状の執行を受ける者に対して、裁判の内容を知らせる機会を与え、手続の明確性と公正を担保するとともに、裁判に対する不服の機会を与えることにある。したがって、令状の呈示という行為自体に、呈示の時点に捜索場所に存在するものに許可状の効力を限定するという機能は存在しない」ことなどが挙げられる（判例タイムズ 1250 号 85 頁〔匿名解説〕）。

- (2) 「乙宛ての荷物であることとT株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係」（出題趣旨）

この点については、「T株式会社の管理権との関係においては、被疑事実は代表者甲に対するものであること、荷物の宛名は乙であるが、送付先はT株式会社であること、同社は人材派遣業を営んでおり、裁判官にとっても同社事務所に従業員がいると当然予想されたところ、現に令状発付前から同社事務所で従業員が働いていることが判明していたこと、乙は同社の従業員であること、甲の携帯電話に残されたメール内容等によれば、甲と乙は共同して覚せい剤を密売しており、丙から甲が乙宛ての荷物の中身を分けるように指示されていて甲が乙宛ての荷物の管理・支配を委ねられているとうかがえること等を検討し、乙宛ての荷物にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか論ずる必要がある。」(出題趣旨)と指摘されている。

この問題点については、最決平6.9.8【百選21】が参考になる。

同決定は、被疑者宅を搜索場所とする搜索差押許可状によって、同居人が携行する物に対する搜索が可能であるかという点が問題となったものであるが、「場所」に対する令状によって、「物」を搜索することができるか、という問題点においては本問と同様である。

同決定によれば、当該場所(「T株式会社」)において管理されている物か否かが問題となる。なお、T株式会社事務所の管理権が誰に委ねられているのかは、一つの問題ではあるが、ひとまず、代表取締役である甲に委ねられているとみることになろうか。

上記のような事実関係から、乙宛ての荷物は、当該場所の管理者である甲によって、管理されている物であって、令状の効力が及ぶ(搜索対象となる)と解することになろう。

- (3) 「平成23年10月5日に搜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実(同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持)に関連する覚せい剤等の搜索が許可されたこととの関係」(出題趣旨)

この点については、「被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性との関係においては、被疑事実の中に営利目的が含まれていること、甲が同社事務所社長室で覚せい剤取締法違反の検挙歴ある者に覚せい剤を売ろうとし、同社事務所に同検挙歴のある者数名が出入りして被疑事実についても常習的犯行の一環であると推測されること、前記メール内容等から甲、乙が覚せい剤を共同して密売していることがうかがえ、被疑事実についても乙が共犯者である可能性があること、このメール内容等と符合するように指定された日時場所に甲宛てと乙宛ての2つの荷物が同時に届き、それぞれの伝票の筆跡が酷似し、記載された内容物はいずれも書籍であるだけでなく、同一の差出人名でその所在地の地番が実在せず電話番号も未使用であること、荷物が届いた際の甲、乙の会話内容が不審であり、司法警察員Kから荷物の開披を求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。」(出題趣旨)と指摘されている。

これらの事実関係からすれば、上記蓋然性も認められるだろう。

※ この点については、出題趣旨等では触れられていないものの、何条のどの要件の問題であるのか、難しい問題がある。

出題趣旨によれば、「被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性との関係」を論じる必要があるから、これは、「被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所については、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、捜索をすることができる。」と定める102条2項(222条1項が準用)の条文の適用を問うているように思われる。つまり、今回は、被疑者(甲)以外の者(乙)の「物」であるから、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」であるという理解である。

しかし、102条1項の「被告人の身体、物又は住居その他の場所」に当たれば、そのような状況(証拠物存在の蓋然性)は不要とされる(法律上、憲法35条1項が要求する「正当な理由」が推定される。)ところ、「被告人の物又は住居」とは、被告人が現実に支配・管理している物又は住居をいい、被告人の所有に属していても、現に他人に賃貸している場合は除かれるし、他人の所有に属していても、現に被告人が所持、保管している物はこれに含まれる、他人と共同で支配している物も「被告人の物」に含まれるなどと説明されている。そうすると、乙宛ての荷物も、甲が現実に支配・管理しているといえるのであれば、そのような状況は不要となるとも考えられる(102条1項においても、「必要があるとき」という要件は要求されるが、これが認められないのは、例えば、押収すべき物が明らかに存在しないなど、上記推定が破られる場合に限られると解されている。)

おそらく、出題趣旨は、乙宛ての荷物には、T株式会社の管理権が及ぶものの、乙が受け取った荷物を自分の足下に置いたという事実から、乙宛ての荷物を現実に支配・管理しているのは乙であるから、証拠物存在の蓋然性の検討を求めているのではないかと思われる。

2 捜査②の適法性

(1) 捜査差押許可状に基づく捜索としての適法性

ア 「T株式会社の管理権」(出題趣旨)との関係

この点については、「通常、裁判官は捜索すべき場所に存在する備品等の物や会社事務所に従業員がいることを含めて当該場所を捜索する正当な理由を判断していること、乙は同社の従業員であること、乙がロッカーの鍵を所持し捜索時に施錠していたとはいえ、同ロッカーは同社が管理しており同事務所社長室にマスターキーがあったこと等を検討し、同ロッカー内にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか、同社から貸与された乙による事実上のロッカーの使用がT株式会社の管理権とは別に独立して保護に値するものかどうか論ずる必要がある」(出題趣旨)。

T株式会社と乙と表示のあるロッカー(以下「乙のロッカー」という。)の管理権の同一性については、結論は両論あり得るだろう。

管理権の同一性を否定すれば、この時点で捜索が違法となる。

※ 学説上は、例えば、同一場所に複数個ある貸金庫のどの貸金庫に目的物が存在するかが特定できない場合、貸金庫業者が貸金庫の存在する場所の管理権を有し、貸金庫の合鍵等を保管し、火急の場合には、金庫を開披することも可能であるから、貸金庫全体についていわば第二次的な管理権を有することを根拠として、貸金庫全体を捜索の場所とする捜索令状を発付

することも許されるのではないかという立場が有力である。このような考え方に従えば、本問の場合でも、管理権の同一性を肯定することができるだろう。

イ 「被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係」
(出題趣旨)

T株式会社と乙のロッカーの管理権の同一性を肯定した場合には、捜査①と同様に、証拠物存在の蓋然性を検討する必要がある。

この点については、捜査①で検討した事情に加え、「現に乙宛ての荷物の中から覚せい剤が発見されたこと、司法警察員Kの質問に対して甲が『隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。』と答えたこと、司法警察員Kから同ロッカーの中を見せるように求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する乙の携帯電話と手帳等が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。」(出題趣旨)と指摘されている。

以上の事実関係からすれば、十分上記蓋然性を肯定することができるだろう。

(2) 逮捕に伴う捜索としての適法性

ア 「逮捕の現場」の意義

「逮捕の現場」の意義(逮捕に伴う捜索差押えの場所的限界)については、いわゆる相当性説・合理性説からは、逮捕現場の管理権と同一の範囲であるとされ、一方で、いわゆる緊急処分説からは、被逮捕者の身体又は直接支配下にある場所に限られるとされている。

相当性説・合理性説からは、「更衣室は同じT株式会社事務所にあるだけでなく、社長室の隣室であること、同じ同社の管理権が及んでいること、逮捕された被疑者は乙であり、ロッカーも乙以外の他人が使用するものではなかったこと等を検討し、逮捕の現場といえるかどうか論ずる必要がある。」(出題趣旨)

一方で、緊急処分説からは、乙のロッカーは、被逮捕者の身体又は直接支配下にある場所とはいえないだろうから、「逮捕の現場」には含まれない。

※ 出題趣旨等は、乙のロッカーを捜索対象としての「逮捕の現場」に含めて考える理解を前提としている。しかし、条文上は、「逮捕の現場で……捜索」をすることが許容されている(220 I ②)のであり、「逮捕の現場」を「捜索」することが許容されているわけではない。とはいえ、捜索対象として「場所」を選択する場合には、「逮捕の現場」は捜索対象としての「場所」の限界を画する概念としても機能することになる(これが、いわゆる場所的限界の問題である。)

一方で、「場所」以外の「身体」「物」は、基本的に「逮捕の現場」に含めて考えることは難しい。そして、ロッカーは一般に「物」とされているから、「逮捕の現場」に含めて考えることができるか否かには疑問もなくてはならない。しかし、乙のロッカーはT株式会社の備品であり、「場所」と同視することができるから、出題趣旨等は、乙のロッカーを「逮捕の現場」に含めて考えるという理解を前提としているものと思われる。これに対して、同

じ「物」であっても、例えば、乙が携帯していたバッグであれば、これを「逮捕の現場」に含めて考えるのは無理があるだろう。

イ 証拠物存在の蓋然性

仮に、乙のロッカーが「逮捕の現場」に含まれるとしても、証拠物存在の蓋然性がなければならぬのは上記と同様である(220条1項2号の搜索差押えであっても、222条1項が適用され、102条2項が準用される。)

ただし、ここでは、「乙の現行犯逮捕の被疑事実(平成23年10月5日・覚せい剤営利目的所持)にかかる証拠物」が存在する蓋然性を問題としなければならない点に注意を要する。

本問では、社長室に隣接する更衣室内に所在するロッカーであること、捜査①の適法性について論じたとおり、乙には、覚せい剤の営利目的所持についての関与が強く推認されることからすれば、証拠物の存在する蓋然性は認められるというべきである。

第2 設問2について

1 問題の所在

設問2では、「判決の内容及びそれに至る手続の適否を論じなさい」と指定されているから、「判決の内容」と「それに至る手続」の2点に分けて論じる必要がある。

2 判決の内容

本問は、単独犯の訴因で起訴された被告人甲に対して、被告人甲側から背後者丙の存在が主張された結果、裁判所は、公訴事実について、①甲らが、営利の目的で、同日同所において、各分量の覚せい剤を所持した事実自体は認められる、②各覚せい剤の所持が、丙との共謀に基づくものである可能性はあるものの、共謀の存否はいずれとも確定できない、③仮に甲らと丙との間に共謀があった場合、甲らは従属的立場にあることになるから、甲らと丙との間に共謀がない場合よりは犯情が軽くなると考え、共謀を認定している。

ここでは、「証拠上存否いずれとも確定できない事実を判決で認定してよいか」が基本的な問題(採点実感)である。

この点について、出題趣旨では、「裁判所が、証拠上、共謀の存否がいずれとも確定できないのに、被告人にとって共謀の存在が情状の上で有利であることを理由に共謀を認定できるかについては、㉗共謀を認定すべきであるとする考え方(本事例の裁判所の立場)、㉘『単独又は共謀の上』と択一的に認定すべきであるとする考え方及び㉙訴因どおり単独犯を認定すべきであるとする考え方の3つの考え方があり得る」(㉗～㉙は担当者)とされている。

この点に関連して、次の3つの下級審裁判例が出されていた。

- ① 共同正犯の訴因において、証拠上、被告人が実行行為の全部を1人で行ったことは認められるものの、共謀の存否は明らかにならなかったという場合において、単独犯と共謀共同正犯を択一的に認定すべきであるとし、量刑は、犯情において軽く被告人に有利と認められる事実(当該事案では共同正犯の方が犯情において軽かったので共同正犯)を基礎とすべきである(東京高判平4.10.14)。

② 単独犯の訴因について、背後者がうかがわれる場合、犯情において軽い共謀共同正犯を認定すべきである（札幌高判平 5.10.26）。

③ 単独犯と共同正犯の択一的な訴因について、単独犯の成立が明らかであるが、共謀の存否が不明な場合、単独犯を認定すべきである（東京高判平 10.6.8。ただし、明示的ではない。）。

そのような中で、最決平 21.7.21（以下「平成 21 年決定」という。）は、裁判例②と同様の事案（ただし、原審は、共謀共同正犯者＝背後者の存在を確定的に認定している。）について、「検察官において共謀共同正犯者の存在に言及することなく、被告人が当該犯罪を行ったとの訴因で公訴を提起した場合において、被告人 1 人の行為により犯罪構成要件のすべてが満たされたと認められるときは、他に共謀共同正犯者が存在するとしてもその犯罪の成否は左右されないから、裁判所は訴因どおりに犯罪事実を認定することが許されると解するのが相当である。」と判示した。

平成 21 年決定によって裁判例②の考え方（㉗の考え方）は、明示的に否定されたといえる。

一方で、平成 21 年決定は、裁判例③と共通する考え方を示すものである（㉘の考え方）。

これに対して、裁判例①とは事案が異なるため、同裁判例の示した考え方（本件と事案は異なるものの、㉙の考え方）を明示的に否定したわけではないが、平成 21 年決定が、犯情の軽重に言及することなく、訴因どおり窃盗罪の単独犯を認定することを許容していることからすると、裁判例①の考え方も否定しているものと考えられる（裁判例①の事案では、縮小認定（ができれば縮小認定）をした上で、単独犯を認定する。）。

本問は、裁判例②と同様の事案であるから、平成 21 年決定に従う限り、単独犯を認定すべきだった。にもかかわらず、裁判所は、共同正犯を認定しているから、判決の内容は違法である。

なお、平成 21 年決定は、被告人が、犯罪行為を実行した正犯であることを認定したにすぎず、共謀共同正犯者が存在しない単独正犯であるという判断を積極的に行ったわけではない。そうすると、量刑という観点でいえば、例えば、背後者の存在を被告人に有利な事情として考慮することまでを否定しているわけではない。

※ 以上の検討は、自ら 1 人の行為により犯罪構成要件の全てを満たした者については、他に共謀共同正犯者の存在が認められるかどうかにかかわらず、単独犯として処罰することができる、すなわち、（共謀）共同正犯の不成立は単独犯の成立要件とはならないとする立場を前提としている。

これに対して、単独犯の成立は、共謀者の不存在を意味するものであって、単独犯と共同正犯が択一的な関係に立つと解した場合には、本問では、共謀の存否を確定できない以上、単独犯も認定できないと解するのが素直だろう。単独犯と共同正犯の秘められた択一的認定と考え、利益原則から、共同正犯を認定することができるという論理も考えられなくはないが、この類型を認める立場（例えば、札幌高判昭 61.3.24【百選 97】）も、このような認定を認めるのか否かは不明である。

3 判決に至る手続

- (1) 「判決に至る手続については、訴因変更の要否を論ずる必要がある(採点実感)。具体的には、訴因外事実であると思われる背後者との共謀の事実について、訴因変更手続(312 I)を経ることなく、認定することができるかという問題である。
- (2) この点に関しては、最決平 13.4.11【百選 46】(以下「平成 13 年決定」という。)が先例となる。
平成 13 年決定の判断基準については、以下のとおりである。

- ① 審判対象画定のために不可欠な事実(=訴因の記載として不可欠な事項)が変動した場合
→ 訴因変更が必要
- ② ①に当たらなくとも、一般的に被告人の防御にとって重要な事実であって、訴因に掲げられたものが変動した場合
→ 原則として訴因変更が必要
- ③ ②の場合でも、具体的な審理経過から、被告人に不意打ちを与えず、かつ認定が訴因より不利益といえない場合
→ 例外的に訴因変更不要

- (3) これをもって本問を検討する。
まず、①の観点から検討する。

本問のように単独犯か共同正犯かが変わる場合については、平成 13 年決定の射程外であると考えられる(平成 13 年決定の調査官解説は、共犯者の範囲が変わる場合について「残された問題」であるとしており、単独犯か共同正犯かが変わる場合も、平成 13 年決定の射程外であると考えられよう。)

そこで、共謀の存在が審判対象画定の見地から不可欠な事項であるか否かを検討する。

判例は、「共謀の事実の存否については罪となるべき事実に属し厳格な証明を要する」(出題趣旨)としている(最大判昭 33.5.28【百選 A 39】)。「罪となるべき事実」(335 I)とは、訴因の記載に不可欠な事実としての「罪となるべき事実」(256 III)と同義であると解されているから、審判対象画定のために不可欠な事実でもあることになる。

このように考えた場合には、①の基準に従い、訴因変更が必要となるから、本問の裁判所の判決に至る手続は、訴因逸脱認定として、違法となる(378③)。

一方で、共謀の事実の存否については、「罪となるべき事実」に当たらないと見た場合には、②③の基準のあてはめに進むことになる(ただし、「判例の内容を意識して論述することが望ましい。)(出題趣旨))。

その場合には、「裁判所が認定した事実は弁護人が第 1 回公判期日の罪状認否で主張した事実と同一であること等」(出題趣旨)を踏まえて検討する必要がある。

※ なお、縮小認定が可能な場合には、平成 13 年決定の上記基準にかかわらず、被告人の防御を害しない限り、訴因変更手続を経る必要はない(最決昭 55.3.4【百選 A 17】参照)。しかし、検察官 P は甲の単独犯の訴因を掲げ、冒

頭陳述において、甲らと丙との関係には深く言及していないが、これは、丙との共謀の成否が明らかでなく、立証が難しいことを考慮してのことであるから、検察官の予備的黙示的な主張として共同正犯における実行者の訴因を掲げているものとは認められない。

出題趣旨

本問は、覚せい剤取締法違反事件を素材とした捜査・公判に関する具体的事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法を適用するに当たって重要な具体的事実の分析、評価及び具体的帰結に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する学識、適用能力及び論理的思考力を試すものである。

設問1は、司法警察員がT株式会社事務所を捜索すべき場所とする捜索差押許可状に基づき、捜索実行中に同事務所社長室に届いた従業員乙宛ての宅配便荷物を開封したこと（捜査①）及びその荷物の中から覚せい剤を発見し、乙を現行犯逮捕した後に同事務所更衣室に設置された乙の使用するロッカー内を捜索したこと（捜査②）に関し、その適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第218条第1項の定める捜索差押許可状に基づく捜索及び同法第220条第1項第2号の定める逮捕に伴う捜索についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

同法第218条第1項は、司法警察職員は裁判官の発する令状により捜索することができるとしているが、令状には、被疑者の氏名、罪名、差し押さえるべき物、捜索すべき場所、有効期間等が記載されているのであり、捜査機関は、裁判官がその捜索差押許可状によって明示・許可した範囲内でのみ捜索できる。本事例において、H地方裁判所裁判官は、特定の有効期間を付して捜索すべき場所を「H県I市J町〇丁目△番地T株式会社」、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、ビニール袋、はさみ、注射器、手帳、メモ、ノート、携帯電話」とする捜索差押許可状を発付したのであるから、捜査機関に対し、特定の有効期間内において、被疑事実（平成23年10月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤、メモ、ノート等の差押えをするために、T株式会社の管理する同事務所を捜索することを許可したのであり、捜査機関は、その許可された範囲内でのみ捜索を行うことができる。

このような令状による捜索の仕組みを踏まえた上で、捜査①の事例への適用に当たっては、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係、乙宛ての荷物であることとT株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係、平成23年10月5日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実（同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係に分けて論ずることが必要であり、いずれの検討においても、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら評価、検討すべきである。個々の適法又は違法の結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの事実が持つ法的な意味を的確に分析して論じなければならない。

例えば、有効期間との関係においては、捜索すべき場所に存在する物は、通常その場所の管理権に属することから、裁判官は、捜索すべき場所に存在する物（かばん、アタッシュケース等移動させることが可能な物を含む。）についても捜索すべき場所と一体のものとして併せて捜索する正当な理由を判断していること、捜索差押許可状の有効期間内であれば司法警察員Kは、いつでも適法に捜索差押えを行うことがで

き、たとえ令状発付後捜索開始前に持ち込まれた物であってもその捜索差押えは適法であること、捜索開始（令状呈示）の前後で適法違法が分かれるとすると、司法警察員Kが乙宛ての荷物が届けられた後に捜索を開始すれば適法に差し押さえることができるのにたまたま捜索開始が早かったために違法になること等を考慮し、裁判官がどの時点における捜索する正当な理由を審査しているのか、各自の見解を説得的に論ずる必要がある。なお、この点に関しては、最高裁判例（最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁）が存在するから、同判例の内容を踏まえた上で各自の見解を展開することが望ましい。

また、T株式会社の管理権との関係においては、被疑事実は代表者甲に対するものであること、荷物の宛名は乙であるが、送付先はT株式会社であること、同社は人材派遣業を営んでおり、裁判官にとっても同社事務所に従業員がいると当然予想されたところ、現に令状発付前から同社事務所で従業員が働いていることが判明していたこと、乙は同社の従業員であること、甲の携帯電話に残されたメール内容等によれば、甲と乙は共同して覚せい剤を密売しており、丙から甲が乙宛ての荷物の中身を分けるように指示されていて甲が乙宛ての荷物の管理・支配を委ねられているとうかがえること等を検討し、乙宛ての荷物にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか論ずる必要がある。

さらに、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性との関係においては、被疑事実の中に営利目的が含まれていること、甲が同社事務所社長室で覚せい剤取締法違反の検挙歴ある者に覚せい剤を売ろうとし、同社事務所に同検挙歴のある者数名が出入りしていて被疑事実についても常習的犯行の一環であると推測されること、前記メール内容等から甲、乙が覚せい剤を共同して密売していることがうかがえ、被疑事実についても乙が共犯者である可能性があること、このメール内容等と符合するように指定された日時場所に甲宛てと乙宛ての2つの荷物が同時に届き、それぞれの伝票の筆跡が酷似し、記載された内容物はいずれも書籍であるだけでなく、同一の差出人名でその所在地の地番が実在せず電話番号も未使用であること、荷物が届いた際の甲、乙の会話内容が不審であり、司法警察員Kから荷物の開披を求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち捜索差押許可状に基づく捜索も同様に、乙使用のロッカーであることとT株式会社の管理権との関係、乙使用のロッカーであることと被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずることが必要である。そして、T株式会社の管理権との関係では、前記のとおり、通常、裁判官は捜索すべき場所に存在する備品等の物や会社事務所に従業員がいることを含めて当該場所を捜索する正当な理由を判断していること、乙は同社の従業員であること、乙がロッカーの鍵を所持し捜索時に施錠していたとはいえ、同ロッカーは同社が管理しており同事務所社長室にマスターキーがあったこと等を検討し、同ロッカー内にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか、同社から貸与された乙による事実上のロッカーの使用がT株式会社の管理権とは別に独立して保護に値するものかどうか論ずる必要があるし、被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係では、捜査①で述べた事情に加え、現に乙宛ての荷物の中から覚せい剤が発見されたこと、司法警察員Kの質問に対して甲が「隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃない

の。」と答えたこと、司法警察員Kから同ロッカーの中を見せるように求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する乙の携帯電話と手帳等が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち現行犯逮捕に伴う捜索については、なぜ「逮捕する場合において」令状なくして捜索を行うことができるのかという制度の趣旨に立ち返り、「逮捕の現場で」の解釈を明確にした上で、各自の見解とは異なる立場を意識して事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論ずるべきである。例えば、更衣室は同じT株式会社事務所にあるだけでなく、社長室の隣室であること、同じ同社の管理権が及んでいること、逮捕された被疑者は乙であり、ロッカーも乙以外の他人が使用するものではなかったこと等を検討し、逮捕の現場といえるかどうか論ずる必要がある。また、現行犯逮捕の被疑事実との関連性についても触れるべきであろう。

設問2は、裁判所が甲と丙の共謀を認める方が甲にとって犯情が軽くなると考え、証拠上、共謀の存否はいずれとも確定できないのに、格別の手続的な手当てを講じないまま判決で公訴事実に記載されていない丙との共謀を認定したことに関し、そのような判決の内容及びそれに至る手続の適法性を論じさせることにより、有罪判決における犯罪の証明、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）の意義及び訴因変更の要否についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

裁判所が、証拠上、共謀の存否がいずれとも確定できないのに、被告人にとって共謀の存在が情状の上で有利であることを理由に共謀を認定できるかについては、共謀を認定すべきであるとする考え方（本事例の裁判所の立場）、「単独又は共謀の上」と択一的に認定すべきであるとする考え方及び訴因どおり単独犯を認定すべきであるとする考え方の3つの考え方があり得るところであり、まずは、本事例において判決でどのような事実を認定すべきなのか、この問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論ずる必要がある。その上で、いずれの立場に立つにせよ、共同正犯と単独犯とはいかなる関係に立つのか、判決において証拠によって証明されてもいない共謀の事実を存在するものとして認定してよいのか、有罪判決における「犯罪の証明」とは何をいうのか、「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、本来存否に合理的な疑いが残る場合に事実が存在すると認定できないことを意味するものではないのか、共謀の存在は必ずしも被告人に有利になることばかりとは限らないのであり事案ごとの犯情の軽重により共謀の事実があつたりなかつたりしてよいのか、共謀を認定しない限り丙の存在を甲に有利な情状として考慮することは許されないのか等の理論的に想定し得る諸点について、各自の見解とは異なる立場を意識して自説を説得的に展開し、事例中の判決の内容が適法か否か論ずる必要がある。

また、訴因変更の要否については、かつて、いわゆる具体的防御説と抽象的防御説を中心に多様な考え方があったところ、近時、審判対象を画定するのに必要な事項が変動する場合には、被告人の防御にとって不利益か否かにかかわらず、訴因変更が必要である、審判対象を画定するために必要な事項でなくとも、被告人の防御にとって重要な事項につき検察官が訴因に明示した場合に、裁判所がそれと実質的に異なる認定をするには原則として訴因変更を要するが、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとって不利益であるとはいえない場合には、訴因変更をせずに訴因と異なる認定をしてよいとする最高裁判例

（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁）が現れるに至っているのであるから、同判例の内容を踏まえた上で説得的に各自の基本的な立場を明らかにし、訴因変更の要否の一般的な基準を定立する必要がある。

そして、本事例の具体的状況下における当てはめを行うことになるが、本事例が、同判例の事案と様々な点で異なるものであることは明らかであるから、本事例における具体的事実の分析、評価に関しては特に留意を要する。本事例においては、共同正犯と単独犯については構成要件が同一なのか異なるのかということ、処罰する際に適用すべき法条として刑法第60条が新たに加わること、検察官の主張する訴因には一切共謀に関する記載がないこと、裁判所が認定した事実は弁護人が第1回公判期日の罪状認否で主張した事実と同一であること等を検討し、訴因変更を要するか否か論ずる必要がある。なお、論述に当たり共謀の存否は訴因の本質的要素ではなく罪となるべき事実に属しないとの結論を採る場合には、共謀の事実の存否については罪となるべき事実に属し厳格な証明を要するとした最高裁判例（最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁）が存在するから、同判例の内容を意識して論述することが望ましい。

採点実感

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、そこに生起している刑事訴訟法上の問題点につき、法解釈・適用に不可欠な具体的事実を抽出・分析してこれに的確な法解釈により導かれた準則を適用し、一定の結論を筋道立てて説得的に論述することを求めており、法律実務家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、公表されているとおりである。設問1は、司法警察員が会社事務所を搜索すべき場所とする搜索差押許可状に基づき、搜索実行中に同事務所社長室に届いた従業員乙宛ての宅配便荷物を開封したこと（捜査①）及びその荷物の中から覚せい剤を発見し、乙を現行犯逮捕した後に同事務所更衣室に設置された乙の使用するロッカー内を搜索したこと（捜査②）について、その適法性を問い、搜索差押許可状に記載されている「有効期間」、「搜索すべき場所」、「差し押さえるべき物」及び逮捕に伴う搜索における「逮捕の現場で」等に関する法解釈を示した上、事例への法適用においては事実が持つ意味を的確に位置付けて論ずることを求めている。設問2は、裁判所が甲と丙の共謀を認める方が甲にとって犯情が軽くなると考え、証拠上、共謀の存否がいずれとも確定できないのに、格別の手続的措置を講じないまま公訴事実に記載されていない丙との共謀を認定したことについて、判決の内容及びそれに至る手続の適法性を問い、解答するのに必要な範囲で有罪判決における犯罪の証明、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）の意義及び訴因変更の要否に関する法解釈を行い、具体的事実関係に留意しながら、法解釈により導かれた準則の適用について論ずることを求めている。採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

設問1は、搜索という捜査に関する基本的な知識を正面から問うものであり、素材となる判例等も容易に思い浮かぶような事例である。設問2は、判決の内容の適法性については法科大学院の授業で直接扱う事例ではないかもしれないが、事例を素直に読み、有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義という基本に立ち返って考える能力を体得していれば、筋道立った論述ができるはずである。判決に至る手続の適法性については、訴因変更の要否という公訴に関する基本的かつ典型的な問題であり、近時重要な判例が現れたところである。いずれの設問も、法科大学院で刑事訴訟法に関する科目を真面目に学習した者であれば、何を論じなければならぬかは明白な事例である。

2 採点実感

各考査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

設問1については、搜索差押許可状に基づく搜索及び逮捕に伴う搜索の適法性について、それぞれいかなる点が法的に問題となる事実関係であるか明確に意識し、各問題点ごとに法解釈を的確に論じた上で、個々の事例中に表れた具体的事実を適切に抽出、分析しながら論じられた答案が見受けられ、また、設問2については、判決の内容及びそれに至る手続の適法性について、事例中の具体的事実関係を前提

に、最高裁判所の判例法理等の理解をも踏まえて有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義及び訴因変更の要否という問題に対し、各自の基本的な立場を明らかにした的確な論述ができていた答案が見受けられた。他方、抽象的な法解釈や判例の表現の意味を真に理解することなく機械的に暗記し、また不正確な知識を事例と関係なく断片的に記述しているかのような答案も相当数見受けられたほか、関係条文からの解釈論を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような解答もあり、法律試験答案の体をなしていないものも見受けられた。

設問1の捜査①では、令状に基づく捜索の適法性について問われているのであるから、令状裁判官が捜索差押許可状により捜査機関にいかなる捜索を許可したのかについて意識し、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係、乙宛ての荷物であることとT株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係、平成23年10月5日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実（同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係に分けて論ずる必要があるが、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物の問題点については、多くの答案においておおむね適切な論述がなされていたものの、乙宛ての荷物とT株式会社の管理権との関係及び被疑事実と対象物との関連性については全く言及しない答案が数多く見受けられ、特に証拠物（覚せい剤）が存在する蓋然性さえあれば、侵害することが許可された管理権（T株式会社の管理権）の範囲を超えて捜索できるといった誤った理解を前提としているかのように思われる答案が目立った。また、法適用に関しては、事例に含まれている具体的事実を抽出・分析することが肝要であるところ、様々な具体的事実を考慮要素として挙げながら、いかなる要件との関係においてどのように評価したのか全く言及しないまま結論を導き出すなど、結論に至る思考過程が不明確な答案が相当数あり、学習に際しては、具体的事実の抽出能力に加えて、その事実が持つ法的意味を意識して分析する能力の体得が望まれる。

捜査②のうち令状に基づく捜索も同様に、乙使用のロッカーであることとT株式会社の管理権との関係、乙使用のロッカーであることと被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずる必要があるが、被疑事実と対象物との関連性について全く言及しない答案が数多く見受けられた。また、T株式会社の管理権の問題を論ずるに当たっても、会社事務所という場所に対する令状の効力がその場所内に設置されている乙使用のロッカー内に及ぶかという捉え方をせず、被疑者甲に対する令状の効力が乙にも及ぶかという誤った捉え方をした答案が相当数見受けられ、捜査①と同様に証拠物が存在する蓋然性さえあれば、T株式会社の管理権の範囲を超えて捜索できると考えているかのような答案も目立った。そして、捜査①ではT株式会社の管理権の点を検討しないまま乙宛ての荷物を開封することについて適法とし、捜査②では乙による事実上のロッカーの使用を重視して乙使用のロッカーを開錠することについて違法とした答案が相当数見受けられたが、これは乙の個人宛ての荷物と乙の個人使用のロッカーで法的論理構成や取扱いを全く異にするものであり、厳しい評価をすれば、事実分析能力及び論理的思考能力の欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

捜査②のうち現行犯逮捕に伴う無令状捜索については、乙使用のロッカーが事務所更衣室にあることと「逮捕の現場で」との文言との関係、乙使用のロッカーであることと逮捕事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずる必要があるが、逮捕の現場に関する問題点については、相当数の答案においておおむね適切な論述がなされていたものの、逮捕事実と対象物との関連性については全く言及しない答案が数多く見受けられた。また、逮捕の現場に関する問題点を論ずるに当たっても、捜索することが可能な場所はたとえ逮捕の現場に該当するとしてもT株式会社の管理権が及ぶ範囲に限定されなければならないのに、乙の管理権が及ぶ範囲については捜索可能である、又は、T株式会社の管理権が及びさえすれば、逮捕の現場を超えてでも捜索できるといった誤った理解を前提としているかに見える答案が目立った。

次に、設問2のうち判決の内容については、証拠上存否いずれとも確定できない事実を判決で認定してよいか基本的な問題であり、有罪判決における犯罪の証明及び利益原則の意義を意識していかなる内容の判決をなすべきか各自の考えを明らかにして論ずる必要があるが、事例中に、裁判所において、丙と共謀した可能性はあるものの存否はいずれとも確定できないとの心証であることが明記され、設問でも、「裁判所によるその証明力の評価」については問題がないものとする旨注意書きまでしたにもかかわらず、この基本的事項について触れる答案は少なく、有罪判決における犯罪の証明及び利益原則の意義などに発展させて論述している答案はごく僅かであった。

設問2のうち判決に至る手続については、訴因変更の要否を論ずる必要があり、抽象的な法解釈については、多くの答案において最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁）を踏まえておおむね適切な論述がなされていたが、同判例の内容を当該具体的事案に即して正確に理解していると思われる答案は比較的少数にとどまった。すなわち、同判例は、審判対象を画定するのに必要な事項に変動がある場合には被告人の防御に不利益か否かにかかわらず訴因変更を要するとしているのに、共謀の存否が審判対象を画定する事項に当たるとしながら、被告人の防御の利益を害しないから例外的に訴因変更は不要であるとする答案が少なからず見受けられた。その一方で、同判例の示した準則の適用に当たり、犯罪の日時、場所及び方法等をもって構成要件に当てはまる具体的事実を記載したものが訴因であるという最も基本的な事項についての理解が浅薄で、共謀の存否に関し、極めて安易に審判対象を画定するのに必要な事実でない、罪となるべき事実でない、情状にすぎないなどとする答案が多数見受けられた。また、前記判例の事案は、審判対象を画定するのに必要ではない事項を検察官が訴因に明示した場合であり、本事例との間に極めて大きな違いがあるにもかかわらず、これを明確に意識して論じた答案はごく少数であった。さらに、甲と丙が共同正犯として同時に起訴された場合に判決で甲丙間の共謀が認められずに甲は単独犯、丙は無罪となるのが縮小認定（一部認定）の典型例の1つであるのに、何ら特段の理由を記載しないで、単独犯の縮小認定により共同正犯と認めることができるので訴因変更の手続は不要であるとの結論のみを記載した答案も相当数見受けられた。

なお、本年においては、複数の考査委員から、容易に判読できない文字で記載された答案があり、採点に困難を来したとの指摘があったので、答案作成に当たっては改めて筆記試験であることを留意していただきたい。

3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、設問1については、搜索差押許可状に基づく搜索及び逮捕に伴う搜索の適法性について、事例中の法的問題を明確に意識し、各問題点ごとに的確な法解釈論を踏まえて、個々の事例中に表れた具体的事実を適切に抽出、分析しながら論じ、また、設問2については、判決の内容及びそれに至る手続の適法性について、事例中の具体的事実関係を前提に有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義及び訴因変更の要否という問題に対し、各自の基本的な立場を明らかにして的確な論述をする答案であるが、このように、出題の趣旨を踏まえた十分な論述がなされている答案は、僅かであった。

「良好の水準」に達していると認められる答案とは、設問1については、法解釈について想定される全ての問題点に関し一定の見解を示した上で、事例から具体的事実を抽出できてはいたが、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を一層深く考えることが望まれるような答案であり、設問2においては、存否がいずれとも確定できない事実を判決で認定することの問題点に触れて一応の論述がなされ、かつ、訴因変更の要否についても前記最高裁判例を踏まえて正確な論述がなされているものの、「優秀の水準」にある答案のように本件での具体的な当てはめができていないような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、設問1においては、法解釈について一定の見解は示されているものの、具体的事実の抽出、当てはめが不十分であるか、法解釈については十分に論じられていないものの、事例中から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導き出すことができている答案がこれに当たり、設問2においては、存否がいずれとも確定できない事実を判決で認定することの問題点に触れて有罪判決における犯罪の証明又は利益原則の意義のいずれかについて一応の論述がなされ、かつ、訴因変更の要否についても一定の見解は示されているものの、本件での具体的な事実関係を前提にこれを的確に適用できないか、法解釈については十分論じられていないものの一応の結論を導き出しているような答案である。

「不良の水準」にとどまるものと認められる答案とは、上記の水準に及ばない不良なものをいう。例えば刑事訴訟法の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述している答案や、関係条文から法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案等、法律学に関する基本的学識の欠如と能力不足が露呈しているものであり、例えば、設問1では、搜索場所に搜索実行中に届いた荷物に関する最高裁判例（最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁）の結論のみを記載し、また、事例とは全く異なる事実関係であるのに、「搜索場所に居合わせた第三者の身体に対する搜索」に関する判例法理等に強引に引き寄せて搜索物（覚せい剤）が存在する蓋然性のみを詳細に論ずる一方で、T株式会社の管理権や被疑事実又は逮捕被疑事実と対象物との関連性についての問題点に全く触れていない答案がこれに当たり、設問2では、具体的な事

実関係が事例中に表れているにもかかわらず、判決内容の適法性の問題に触れず、逆に訴因変更の要否については、事例の事実関係において自己が答案を書きやすいように訴因変更の要否に関する前記最高裁判例の結論のみを不正確に改変記載して当てはめるなどであり、幾つかの俗にいわゆる典型論点に関する浅薄な知識を適当につなぎ合わせただけとしか評しようのない答案がこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においては、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し、これを具体的事例について適用できる能力、筋道立った論理的文章を記載する能力、重要な判例法理を正確に理解し、具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確に捉える能力を身に付けることが強く要請される。特に、実務教育の更なる充実の観点から、基本に立ち返り、日常的に行われている刑事手続の進行過程や刑事訴訟法上の基本原則を正確に理解しておくことが、当然の前提として求められよう。

模範答案

1

第1 設問1について

1 捜査①の適法性

- (1) 捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係

本件の捜索差押許可状（以下「本件令状」という。）は捜索場所（219条1項）を「T株式会社」（以下「T社」という。）としているが、捜索実行中に「T社」に宅配された乙宛ての荷物（以下「本件荷物」という。）にも本件令状の効力が及ぶか。

憲法35条1項が令状に捜索する場所及び押収する物を明示することを求めており、これを受けて219条1項が捜索差押許可状に差し押さえるべき物、捜索すべき場所を記載することとしているのは、対象者の住居権・管理権を保障する趣旨に出たものである。

そして、捜索すべき場所に存在する物は、通常その場所の管理権に属することから、裁判官は、有効期間内に捜索すべき場所に存在する物についても捜索すべき場所と一体のものとして併せて捜索する「正当な理由」（憲法35条1項）を判断しているから、捜索実施中に他の場所から捜索すべき場所に持ち込まれ、対象者が所持・管理するに至った物について捜索を行ったとしても、新たな住居権・管理権の侵害を生じるものではなく、新たな令状を必要とする理由はない。また、捜索差押許可状の有効期間内であれば捜査機関は、いつでも適法に捜索差押えを行うことができ、たとえ令状発付後捜索開始前に持ち込まれた物であってもその捜索差押えは適法であり、また、捜索開始（令状呈示）の前後で適法違法が分かるとすると、捜査機関が荷物が届けられた後に捜索を開

2

始すれば適法に差し押さえることができるのにたまたま捜索開始が早かったために違法になるが、これは不当である。

したがって、捜索差押執行中に配達された本件荷物にも本件令状の効力が及ぶと解すべきである。

- (2) 乙宛ての荷物であることとT社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係

ア まず、本件令状の効力が乙宛ての宅配便荷物に及んでいるか。

本件令状の捜索場所は「T社」であり、「場所」である。では、「場所」に対する捜索差押許可状によって、「物」の捜索をすることが認められるか。

219条1項は捜索対象として、「場所」、「身体」、「物」を区別していることからすると、「場所」に対する令状で「物」を捜索することはできないとも思える。

しかし、上記のように、裁判官は、捜索すべき場所に存在する物についても、管理権の同一性が認められる限り、捜索すべき場所と一体のものとして併せて捜索する「正当な理由」を判断している。

以上からすれば、捜索場所の住居権者が管理している物には捜索差押許可状の効力は及ぶと考えるべきである。

イ 捜索場所であるT社の管理権は、一次的には代表取締役である甲にあるとみるべきだから、本件荷物に甲の管理権が及んでいるか否かを検討することになる。

確かに、被疑事実は代表者甲に対するものである一方で、本件荷物は、乙宛ての荷物で、乙の足下という乙の管理下にあるから、甲

3

の管理権が及んでいないとも思える。

しかし、乙宛ての荷物とはいえ、送付先はT社である。そして、同社は人材派遣業を営んでおり、裁判官にとっても同社事務所に従業員がいると当然予想されたところ、現に令状発付前から同社事務所で従業員が働いていることが判明しており、乙は同社の従業員である。また、甲の携帯電話に残されたメール内容等によれば、甲と乙は共同して覚せい剤を密売しており、丙から甲が乙宛ての荷物の中身を分けるように指示されていて甲が乙宛ての荷物の管理・支配を委ねられているとうかがえる。

以上のような事実からすれば、本件荷物には、甲の管理権が及んでいるといえ、本件令状の効力が及ぶ。

- (3) 平成23年10月5日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係

本件荷物には乙の管理権も及んでいるから、被疑者「以外の者の…物」に当たり、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、捜索をすることができる」(222条1項、102条2項)。つまり、証拠物存在の蓋然性が必要である。

そして、被疑事実は、同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持であるから、「押収すべき物」とは、この被疑事実に関連する証拠物等であり、その存在の蓋然性が認められなければならない。

確かに、同月5日に受け取った荷物の中に、甲の単独犯を内容とし、かつ、同月2日における所持という過去の被疑事実に関連性のあ

4

る証拠物が存在する蓋然性は認められないとも思われる。

しかし、被疑事実の中には営利目的が含まれているところ、甲は、同社事務所社長室で覚せい剤取締法違反の検挙歴ある者に覚せい剤を売ろうとし、同社事務所に同検挙歴のある者数名が出入りしていて、被疑事実についても常習的犯行の一環であると推測される。また、上記のような事実から、甲、乙が覚せい剤を共同して密売していることが窺え、被疑事実についても乙が共犯者である可能性が高い。したがって、甲の単独犯を内容とする過去の被疑事実であっても、本件荷物には、それに関連する証拠物が存在する蓋然性がないわけではない。

そして、このメール内容等と符合するように、指定された日時場所に甲宛てと乙宛ての2つの荷物が同時に届き、それぞれの伝票の筆跡が酷似し、記載された内容物はいずれも書籍であるだけでなく、同一の差出人名でその所在地の地番が実在せず電話番号も未使用であることからすれば、乙の荷物の中身は丙が発送した覚せい剤であり、これを甲と共同で所持している可能性が高い。このことは、荷物が届いた際の甲、乙の会話内容が不審であり、司法警察員Kから荷物の開披を求められても乙は拒絶したことから窺われる。

以上からすれば、本件荷物に証拠物存在の蓋然性が認められる。

したがって、本件荷物を捜索(開封)したことは適法である。

2 捜査②の適法性

- (1) 捜査差押許可状に基づく捜索としての適法性

ア まず、捜索場所が「T社」である場合に、乙と表示のある更衣室のロッカー(以下「乙のロッカー」という。)に、T社(甲)の管

5

理権が及ぶのかが問題となる。

確かに、ロッカーが施錠されていること、中の荷物は乙の私物であると思われることからすれば、乙のロッカーには乙の管理権が及んでいることは疑いない。しかし、更衣室もロッカーも甲が管理しているとの甲の発言、マスターキーが社長室にあったこと、一般に会社の備品等は従業員に貸与されている物にすぎないところ、乙はT社の従業員であることからすれば、乙のロッカーには一次的には会社の管理権が及んでいるとみるべきである。

したがって、乙のロッカーにはT社の管理権が及ぶ。

イ 次に、上記の事情に加え、現に乙宛ての荷物の中から覚せい剤が発見されたこと、司法警察員Kの質問に対して甲が「隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。」と答えたこと、司法警察員Kから同ロッカーの中を見せるように求められても乙は拒絶したことからすれば、証拠物の存在する蓋然性も認められる。

よって、本件令状に基づく捜索として適法である。

(2) 逮捕に伴う捜索（220条1項2号）としての適法性

ア まず、甲及び乙による覚せい剤密売の全容を明らかにするためには、乙の携帯電話や手帳等を押収する必要があるから、捜索の「必要がある」（同項柱書）。

また、無令状捜索差押えが許容される根拠は、逮捕の現場には証拠存在の蓋然性が認められるところ、証拠確保のために、令状主義の合理的な例外として認められる点にあるから、「逮捕の現場」とは、逮捕現場と同一の管理権が及ぶ範囲を意味すると解する。

6

逮捕現場である社長室と更衣室は同じT社事務所にあるだけでなく、隣接していることから、同一の管理権が及んでいるといえ、「逮捕の現場」に当たる。

イ もっとも、乙のロッカーには乙の管理権が及んでいるから、222条1項本文が準用する、102条2項の要件を満たす必要がある。

被疑事実である平成23年10月5日の覚せい剤営利目的所持も、甲との共謀に基づく常習的な犯行であることが窺われる。そして、乙のロッカーが社長室に隣接する更衣室内に所在することからすれば、被疑事実に関連する証拠物の存在する蓋然性は認められる。

ウ よって、220条1項2号に基づく捜索差押えとしても、適法である。

第2 設問2について

1 問題点

本問では、まず、①丙との共謀が確定できないにもかかわらず、共同正犯を認定している点について、「犯罪の証明」（333条1項）がないのではないかという点が問題となる（判決内容の適法性）。

また、②甲の単独犯の訴因が掲げられているにもかかわらず、丙との共同正犯（刑法60条）を認定している点が、訴因逸脱認定（378条3号）として違法ではないかという点も問題となる（判決に至る手続の適法性）。

2 問題点①について

(1) これは、有罪認定に至ることができる程度の「犯罪の証明」（333条1項）があったか否かの問題であるから、全体として一定の犯罪

7

事実について、合理的な疑いを容れない程度の「犯罪の証明」がなされているといえれば、当該犯罪事実を認定をすることが可能である。

- (2) 本件では、共同正犯の訴因において、証拠上被告人が実行行為の全部を1人で行ったことは認められるものの、共謀の存否は明らかになっていない。この場合、共謀の事実は合理的な疑いを超える程度に証明されているとはいえないから、これを認定することは許されない。

この点について、実体法上、共同正犯と区別された単独犯は、共謀が存在しなかったものとして扱う類型であるから単独犯を認定するためには、共謀の不存在が積極的に証明され共同正犯の可能性が排除されていなければならないとすると、本間は、丙との共謀が存在した可能性が捨てきれないのであるから、甲の単独犯か丙との共同正犯かのいずれかであることは確定的であるが、どちらかは確定できない場合であることになる。その場合、軽い犯罪事実の限度では、合理的な疑いを容れない程度の証明があったものとして、共同正犯を認定することができるかと解することができなくはない。

しかし、そもそも、実定法上共同正犯は処罰拡張規定として規定されているものであって、単独犯の成立において、共謀の不成立は構成要件的事実とはならない。

したがって、本間は、単独犯か共同正犯かのいずれかであることは確定的であるが、どちらかは確定できない場合ではなく、単独犯であることは確定的であるが、共同正犯であることは不確定的な場合であって、不確定的である共同正犯については犯罪の証明がないのだから、これを認定することは許されない。

8

以上から、裁判所は、単独犯についてのみ認定して判決を下すことができるのだから、判決の内容は、333条1項に反し、違法である。

3 問題点②について

- (1) 訴因は甲の単独犯として構成されているのであるから、訴因に現れていない丙との共謀の事実を、訴因変更手続（312条1項）を経ることなく、認定することは適法か。

審判対象が訴因であることからすると、訴因を構成する具体的事実に変動があった場合には、訴因変更手続を要すると解すべきである。もっとも、軽微な事実の変動によって逐一訴因変更手続が必要であるとする、訴訟経済に反する。

ここで、訴因制度は、上記のような審判対象画定機能と共に、被告人に対する防御権告知機能を有するが、第一次的機能は前者にあり、後者はその裏返しにすぎない。

そこで、審判対象画定のために不可欠な事実が変動した場合には、訴因変更が必要であると解する。しかし、それ以外の事項の変動についても訴訟手続における争点明確化の観点から、被告人への防御への影響を具体的に考慮して、訴因変更を要する場合があるものと解する。

- (2) 共謀の事実の有無は、共同正犯における構成要件該当事実である。したがって、共犯者との共謀は審判対象画定の見地から必要な事実であるから、訴因変更手続を経ることなく、かかる事実を認定することは許されない。

以上から、訴因変更手続を経ることなく判決に至ったという手続にも、訴因逸脱認定という違法がある。 以上