文科3類13組

**●試験の概要●**

○大越義久のステータス（2010年度逆評定より）

……**鬼**。単位期待度Ｃ・得点期待度Ｂ・おすすめ度Ｂ

『一度も授業聞いてなくても試験は解ける』

『難しい。教科書も講義も両方難しい。』

　　　『ギャグが寒い』『元裁判官』『奥さん好き』

○試験概要

・2/7（月）３限（13:10～）、回答時間60分

・教材、**自筆**のノート、六法全書の持込可。

・過去問見た限り、でっかい記述問題が１～２問それでおわり。「授業で取り上げたこの判例について検討しなさい。」のように自分の考え・判断を書かせるような問題が多いっぽく、シケプリいらない疑惑。持ち込めないし。。。

でも試験のためというより教養として刑事法の基礎を勉強するためにも役立つと思って（自分に言い聞かせて）基礎の部分（特に前半）もシケプリに組み込んでつくったので、余裕あったら読んでね・・

・いろんな風の噂を総合すると、とりあえず前提として得点は期待しない方がいいみたい。単位が来たら万々歳と思った方がいいみたい。がんばろー

○授業内容（基本的に教科書に沿っています）

　**●introduction　　　　　　　　　　　　　　●法律の適用～刑法の解釈**

　**●刑事司法の基礎知識**１．拡張解釈

　　＜逮捕から起訴まで＞　　　　　　　　　　　　２．縮小解釈

　　　　＊取り調べ状況の可視化について　　　　　　３．類推解釈

　　　　＊当番弁護士制度と起訴前国選弁護制度

　　　　＊**公判前整理手続**について

　　　　＊**即決裁判手続**について　　　　　　　　　　※後半は基本的に教科書の判例をひたすら見た感じ。

　　　　＊裁判員裁判について

　　＜起訴状から判決まで＞

**●事実認定**

　１．偽計による自白～自白の任意性とは

　２．自白と補強証拠

　３．違法収集証拠の証拠能力

　４．証拠に基づく事実認定

　５．事実の縮小認定

●introdution（たぶん出ないから軽くまとめるだけ）●

☆社会と法

人∈社会

　　　　　　　複数の人間が集まったもの

⇒利害対立が生じてくる（人は自らの社会において主人公。自己中心的存在）。

⇒紛争が生じる。

⇒これを処理するための道具としての法律

　　　　　　　　　　　　　　　　　 ↑

　　　　　　　　・人々の行動を律し、その目的を果たそうとするもの。

　　　　　　　　・強制力を持つ＝物理的な力＝実力行使

☆法的制裁の種類

☆サンクション（制裁）の限界

①問題の解決ではなく処理を重視（ex.割られた窓ガラスは帰ってこない＝問題そのものは解決してない）

②強制力に限界あり（ex.人の愛は制限・強制できない）

☆刑罰（最も強いサンクション）の限界

①法定化の必要性

　―――罪刑法定主義

どんな行為が犯罪でどんな刑罰が科せられるかを前もって法律により定めない限り、いかなる行為も犯罪として罰せられることはないという原則。

↑それ以外の行為が自由であることを保障することにより**自由主義**の要請が満たされる。

②法と倫理の問題

・・・刑法は個人の保護を優先すべき？or倫理を遵守すべき？

☆「法と倫理」を考える際の刑罰の限界

○例１～刑法183条と法の下の平等～○

刑法183条【姦通】の規定は、「有夫の婦」の姦通を２年以下の懲役で処罰する、というものであった。

　　　　　バッティング！

憲法14条【法の下の平等】の規定

⇒このバッティングを解消するには・・・

①「有婦の夫」の姦通も同様に罰する　　　　　　　　　　　　結局、刑法183条は**削除**された。

②この条項自体を削除する　　　　　　　　　　　　　　　　　（ので今はもう罰せられない。）

○例２～売春防止法について～○

例１と同様の理由で、女性側による売春（売春婦）も罰するべき？？

賛成意見・・・「売春が社会悪であることをはっきりさせようず」「平等を求めて逆に男性まで処罰されなくなるとダメ。ならいっそ両方罰してまえ」

反対意見・・・「売春婦は社会的弱者→罰するのは忍びない」「性はプライベートな問題→法があんまり介入すべきではない」

結局、３条の**処罰規定が削除**された。（売春する・その相手方となるだけでは処罰されなくなった。）

☆「書かれた法」と「生きた法」

写真と実際送られてきたおせちが全然違ったりすることがあるように、法律に書かれた内容はその解釈次第でいかようにも変化し得る、ということを表しているのがこの「書かれた法」と「生きた法」の概念。

書かれた法　　　　　　　　　　　生きた法

解釈

　　　　　　　　　　　　　　　　　抽象命題を具体的事実に適用

↓

法を学ぶには

①裁判所の判断　を「知る」

②①の妥当性（法の持つ実効性を担保するためにも必要）を「批判的に見る」

ことが必要。

**●刑事司法の基礎知識●**

・満期

・仮釈放→保護観察

（28,29条）

☆おおまかな流れ（犯人の呼び方の変遷）

被疑者　　　　　　　　被告人　　　　　　　受刑者‐‐‐‐‐‐　出所

　　　　　　起訴　　　　　　　 刑の確定（もう不服申し立てが一切できない状態）

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　再審（刑訴435～455条）

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　出所したとしても犯罪人名簿に記載は

①14日以内の控訴申し立て

②14日以内の上告申し立て　　　　　　がない場合

③10日以内の不服（誤記等）申し立て

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　残り、特定の職業には就けない。

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　（禁固以上で裁判官・検察官・弁護士に

なれなくなる）

**《逮捕から起訴までの流れ》**（教科書10ページ参照）

犯罪の発生　≪**犯罪発生**→捜査→起訴→公判→判決→確定→刑執行→出所≫

○まず、犯罪とは？（定義）

・・・①構成要件に該当し、②違法で、③有責な　行為

　　　わかりやすく言うと、①行為→③因果関係→②結果　という形。

①**構成要件**・・・法律が禁止する行為の型（ドイツ語のtatbestand「存在した事実」からの造語）

例）235条：窃盗罪…窃盗から財物（＝具体的に価値のある**物**）を保護

　　236条：強盗罪…脅迫、暴行を用いた強盗から財物（1項）**と利益**（2項）を保護。

⇒235条では財物しか保護されていないため、利益の単なる窃取は罰せられない。

　例えば本屋での立ち読みは利益の窃取に当たるが、本という財物を奪っていないため罰せられない。

　このことを「窃盗罪の**構成要件**を満たさない」と表現する。

②違法・・・実質的な社会的有害性があるかどうか

・35条：正当（業務）行為「法令または正当な業務に基づく行為は罰しない。」

例）警察官による逮捕（法令に基づく行為）

　　死刑執行　　　　（　　　　〃　　　）　いずれも罰せられることはない。（当然っちゃ当然。）

　　医師による外科行為（正当業務）

・36条：正当防衛「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむをえずした行為は罰しない。」

→下線部のように、とても限定された形になっている。

・37条：緊急避難「自己又は他人の生命、身体などに対する危険を避けるためにやむを得ずした行為は、これによって生じた害が、避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。」

→３６条よりもさらに限定された形になっている。

③有責・・・非難可能性（＝他行為可能性）があったかどうか

つまり、犯罪行為以外の行為をできる余地があったかどうかということ。

例外として、心神喪失状態の場合がある。

→39条：心神喪失状態ならば、無罪又は減刑（→行政的な処置入院等）

捜査機関が犯罪と認知≪犯罪発生**→**捜査→起訴→公判→判決→確定→刑執行→出所≫

捜査開始の原因となるものを「端緒」という。

・現認：その場で見てた

・被害申告：文字通り。ただし民事不介入で捜査には及ばないことも多い。

・職務質問：警察官職務執行法2条に基づく。（教科書p58【参照】）

　　　　　　→「停止させて質問」が認められている。

　　　　　　→では所持品検査は？

⇒教p61後ろから２行目「・・・所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則」

・告訴・告発：告訴は被害者本人（もしくは法定の親族）による申告、告発は第三者による申告（刑訴230～244）

・自首：刑訴245条

・変死体の検視：検視により捜査が必要とされた場合。（刑訴229条）

捜査の実行≪犯罪発生→捜査→起訴→公判→判決→確定→刑執行→出所≫

①**任意捜査**：相手の**承諾**が必要

②**強制捜査**：裁判所が発行する**令状**が必要（令状主義）　　※例外※現行犯逮捕・押収（後でｋｗｓｋ）

　このように区別はなされているが・・・実は任意捜査と強制捜査は連動している。

（例）

警察所の近くのホテルに宿泊させ、４日間朝から晩まで任意の取調べ

　　↑

任意捜査の承諾を得る際に警察官は「もし取調べ拒否しても逮捕状持ってきて逮捕しちゃうよ～ん？」と逮捕（強制捜査）をちらつかせながら任意の取調べを要求するので、被疑者としては逮捕されるくらいなら任意捜査に協力しようとする心理が働いてしまい、過酷な取調べにも承諾してしまう。

※覚せい剤使用の疑いのあるものに対しての強制採尿については最高裁が認めた。これくらいが強制捜査の限界。

上の例に関連して

○任意の取り調べに被疑者はそこまで協力する義務があるのか？？

→刑訴法198条①「但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。」により、まだ逮捕されていない状態では義務はないし退去も可能。

　　　　　　　では拘束下での取調べ時は？？→２つの考え方がある

　１．刑訴198条①但し書きを**反対解釈**

→拘束下にある（逮捕または拘留されている）被疑者は退去不可・協力義務あり

　２．被疑者は協力すべきではあるが、被疑者と捜査官は対立する当事者なのだから、協力の義務までは無い。

⇒現状では１の立場が取られている。

犯人の身柄確保

↑逮捕による。

☆逮捕の種類（3種類）

①**現行犯逮捕**（刑訴212,213条…）

・逮捕状なしでＯＫ

・一般人でも誰でも逮捕ＯＫ

・相当性を超えてはいけない（窃盗犯を逮捕するだけなのにボッコボコにするとか）

・犯人の住所・氏名がはっきりしている時、逃亡する恐れがない時はできない

②**通常逮捕**（刑訴199条）

・一番普通のやつ。ドラマとかでやってる逮捕もこれ。

・検察官、司法警察員（巡査部長以上、公安委員会が指定）が逮捕状請求可能←逮捕の乱発を防ぐための制限

・①逮捕の理由（＝被疑者がやったと認めるに足る相当な理由）、②逮捕の必要（＝逃亡または証拠隠滅の恐れ）の２つの要件を満たしていれば逮捕可能。

・裁判官が発行する逮捕状を示して逮捕する

　※急速を要する場合は事実の要旨と逮捕状が出ている事実を告げて逮捕し、逮捕状は後で示すこともある。

③**緊急逮捕**（刑訴210条）

・犯罪が行われてから時間が経っているのに急速に逮捕しなければならない特別な事情があるときの逮捕。

・犯罪の嫌疑があると言える十分な理由があり、その犯罪が一定程度重罪で、逮捕に急速を要することが要件。

・検察官、検察事務官、または司法警察**職**員（＝警察官全般）が逮捕可能

☆逮捕後の手続き

ⅰ)司法巡査（＝普通の警察官）による逮捕

　　→直ちに司法警察員に引致（刑訴202）→犯罪事実要旨＆弁護士選任権を告げ、弁解の機会を与える。

　　→留置の必要　ナシ→釈放！

**微罪処分**(刑訴246但し書き)

捜査されても送検されない場合もある。検察官少なく処理数には限界があるから。

　　　　　　　　　アリ→（逮捕から）48時間以内に証拠物等と共に**送検**（刑訴203）

　　　　　　　　　　　→＠検察　再び弁解の機会が与えられ

　　　　　　　　　　　→留置の必要　ナシ→釈放！

　　　　　　　　　　　　　　　　　　アリ→（逮捕から）72時間かつ送検から24時間以内に**勾留**または**公訴**

の請求（刑訴205）

ⅱ)検察事務官による逮捕

　　　→直ちに検察官に引致（刑訴202）→犯罪事実要旨＆弁護士選任権を告げ、弁解の機会を与える。

　　　→48時間以内に**勾留**、**公訴**の請求がない場合、**釈放。**

ⅲ)検察官による逮捕

　　　→ⅱの「検察官への引致」部分が抜けるだけ。48時間以内に**勾留**、**公訴**の請求がない場合、**釈放。**

★まとめると、逮捕による身柄拘束の時間は、警察官が逮捕した場合は警察官による取り調べ・検察官による取り調べ合わせ**最大７２時間**、検察官が逮捕した場合は検察官による取り調べのみで**最大４８時間**ということ。

※ここまでの段階で約70％が「釈放」されるらしいです。多っ！

→そして検察官の勾留請求に対する裁判官の勾留決定があった場合、さらに身柄拘束が続く**勾留**の段階に入る…

・・・とここで、

◎取り調べ状況の可視化について

H18.5.9　法務大臣「取り調べの録音・録画を東京地検で試験的に導入する」

・・・この発言が、日本における取り調べ状況の可視化への第一歩だった。

○そもそもなぜ可視化したい？

→違法捜査を防げるから！と思いきや、（それもあるが）一番重要な目的は「**裁判の迅速化**」のため。最近導入された裁判員裁判もこれを目的とするところが大きい。

○なぜ可視化が裁判の迅速化につながるのか？

→まず、事実認定の際の根本的な原則として現在の日本では**証拠裁判主義**（刑訴317条）がとられているが、被疑者本人の自白が証拠として機能するには（証拠能力をもつためには）、**自白の任意性**（自らの意思で供述したかどうか）と**信用性**（供述内容が信用できるものであるかどうか）の２要素が不可欠である。このうち自白の任意性についての議論をカットすることができれば、裁判時間は短くなることが見込まれる。

※証拠能力の問題として論じられているのはこの**①自白の任意性**の他にも**②伝聞証拠**、**③違法収集証拠**があり、証拠能力がないとされた証拠は事実認定に用いることはできない。

○当初の試験的導入における問題点

・すべての裁判員裁判の取り調べを録るわけではなかった。

・立証に有利になる一部分のみの録画・録音だった。

　　　　　　　　　　　　　　↑

　　　　　　　　a)一応全部録っておき後で重要部分を抜き出す

　　　　　　　　b)重要だと思った部分を止めて再度言わせて録る

　　　　　　　　c)最後の調書の「読み聞かせ」部分を録る

・富山冤罪事件(H14)

強姦容疑でタクシー運転手Ｙが逮捕され懲役2年1カ月を宣告され服役するが数カ月後、別の事件で逮捕された被疑者Ｘが先の強姦事件についても自分がやったと自供、Ｙは無罪判決を下されたという冤罪事件。

・鹿児島県議買収無罪事件(H15)

県議選で初当選したＮ氏のとり巻き15人を公職選挙法違反で逮捕、うち13人が起訴されるが、捜査段階で強圧的な取調べがなされたため信用性がないとして全員に無罪判決が出た事件。

○可視化が用いられた最初の事案

H19.5.24　フィリピン人保険金殺人＠東京地裁

　　　　　→捜査段階と公判廷での被疑者の証言が異なっていた

　　　　　→ＤＶＤ録画を証拠申請

　　　　　→裁判所はこれを証拠として認定

H20.3.18　求刑通り無期懲役が宣告される

○一方、【警察】がとった捜査適正化への動向

これらの事件を受けて

H20.1.24　**取調適正化指針**発表

　　　　　　⇒監督担当課の新設・取調室に窓とりつけ

監督内容（全然覚えなくていい笑）：

被疑者の身体への接触、直・間接的力の行使、不安困惑を引き出す言動、動作や姿勢の強い強要、便宜強要・取引、尊厳を害する言動

H20.3.27　「指針」（あくまで目標）から「規則」（義務）へ格上げ

　　　　　⇒　・監督担当課に「（被疑者の要請を受ける等して）取調中止を宣告できる権利」が与えられる

　　　　　　　・許可のない22:00~5:00の取り調べ、1日8時間を超える取り調べ　を禁止

　　　　　　　・取り調べの報告義務の追加

○取り調べ可視化への動向は結局どうなった？

H20.3.14　【検察】裁判員裁判の重大事件における録音・録画を検討

　　　　　　　　　　　　　↓これを受け

　　　　　【警察】裁判員裁判の事件のみにおける録音録画の試験的実施を決定

（警察は、従来は可視化ゼッッッタイダメ！の立場だったのでこの決定はなかなかepoch-making）

　　　　　　ただし、録音録画の方法は検察におけるそれと同じで、c)の「読み聞かせ」＆署名押印というもの。

　　　　　　→「過程」が見えないという問題。

H20.10.2　【検察】録音録画の施行状況を公表（月12件ほど）

　　　　　　→しかし全て30分未満で終わっていた。あれ・・・？

H21.3.26　【検察】66件の被疑者58人に実施した録音録画の一部を公開

　　　　　　→自白の任意性の効果的立証策だ！と世間的にはプラス評価

　　　　　　　取調官のうち実に97％が、全過程の録画に反対

　　　　　　　①公判廷で公開するためプライバシーの侵害になる恐れがある

　　　　　　　②報復を恐れて供述を得られにくくなる恐れがある

　　　　　　　③被疑者との信頼による人間関係が築けない

○可視化に対する政治の反応

H19.12　民主党が、取り調べ全過程録画を義務付ける刑訴法改正案を提出（やるきまんまん！）

　　　　→H20参議院で可決されるものの衆議院で否決⇒廃案に

　　　　　　　　　　　　　その後、民主党、徐々にトーンダウン・・・

そんな中2つの事件が・・・！

　H22.9.3　任意取り調べにおける暴言暴行　　　H22.9.21　検事フロッピー改ざん

＠大阪地検　　　　　　　　　　　　　　　　→刑104条（証拠隠滅罪）で起訴

　　　　　　→刑195条で告訴

　　　　　　　　　　　　　　　　取り調べに対する疑念

　　　　　　**取り調べ状況の可視化が不可避なものとして浮上しているのが現状**

取り調べの可視化についてはこれで終わり。長らく脱線してしまったけど、次は起訴前の勾留についてです。

勾留（起訴前手続）≪**犯罪発生**→捜査→起訴→公判→判決→確定→刑執行→出所≫

☆勾留の前の「勾留質問」（教p3）――＠勾留質問室（地下、４畳くらい）

　①入室

机

②人定質問：被疑者と同一人物かどうか（違う人が来てないか）

　③勾留請求があった旨の告知

　④黙秘権・弁護人選任権（**当番弁護士制度**の説明。P10でkwsk）の告知

　⑤被疑事実の音読

　⑥被疑者の言い分タイム←共犯発覚とかの可能性もあり、重要。

　⑦勾留後の連絡先確認

　⑧勾留質問調書読み聞け：by書記官

　⑨調書への署名指印：by被疑者

　⑩終了告知、退室

　⑪勾留状発布

　　　　　　　　これに対して弁護人は、「**準抗告**」で対抗することができる。

☆勾留決定に対する異議申し立て（**準抗告**）

・そもそも「抗告」とは？

→裁判所による「**決定**」、裁判官による「**命令**」に対する不服申し立てのこと。公判を開くか否かでこれらと区別される「判決」に対する不服申し立てが、**控訴**・**上告**である。

勾留は、公判を開かず書類審査のみで判断される「決定」にあたるので、異議申し立ては「抗告」と呼ぶ。

なお、「準」とは、原裁判所の上級裁判所にではなく原裁判所自体に申し立てをするためこう言う。（普通の抗告は上級裁判所に対してする）

・準抗告は、その決定をした裁判官が所属する裁判所において３人の合議部によって判断される。

・準抗告が認められて勾留請求が却下されるのはごくごくまれ。勾留請求された場合実に99.25％が認められる。

（教p4~6の決定例は、準抗告により勾留請求が却下されたレアなケース）

☆勾留の場所・期間

→場所はほとんどが警察署の中にある**留置場**か、**拘置所**。（H21現在留置場1253に対して拘置所は8しかない）

　期間は**１０日**。延長はさらに１０日を超えない範囲で認められる。この期間内に起訴されない場合、釈放。

☆勾留理由開示

既に勾留されている被疑者や利害関係人は「なんでおれ勾留されてんねや、どないなっとんねん」と思ったら「勾留理由の開示」を求めることができる。

・根拠：憲34条後段「要求があれば・・・」／刑訴83条

・勾留を決定した裁判官により、被告人出席のもと公開の法廷で行われなければならない。

・これを行うことによる弁護側のメリット

　①検察側の手持ち証拠を推察できる

　②勾留から起訴の決定までには時間制限（10+10日間）があるので、その持ち時間を削ることができる。

　③公開法廷であるため、被疑者側の傍聴人にアピールすることができる。

◎当番弁護士制度と起訴前国選弁護制度

○まず弁護士について

→弁護士には、①私選弁護人と②国選弁護人がいる。

①は普通にみんながイメージするような弁護士。妃英理。

②は、貧困などの理由で私選弁護人を選任することができない時に国がその費用で付する弁護人（※判決により訴訟費用を被告人が後で負担することも）。被告人への国選弁護は憲法（37条③）で権利が規定されているが、被疑者については憲法上定めがないのが問題とされていた。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 被疑者（起訴前） | 被告人（起訴後） |
| 私選 | 　　　　　　○（金あれば） | ○（金あれば） |
| 国選 | **×** | 　　○（憲37③で規定） |

　　　　　　　　　　　　　　**これが問題！○にしたい！**

被疑者の段階で弁護士と接触しておかないと、

捜査官のシナリオに乗せられてしまったりする虞

⇒そこで、**当番弁護士制度**の登場（H2.9＠大分）

制度の概要

・逮捕後、「当番弁護士呼んでー」と警察に言うと、所轄の弁護士会(\*)へ連絡してもらえ、一度だけ無料で法的相談に乗ってもらえる。

・当番弁護士には１万円の報酬が支給されるが、この費用は弁護士会の会費から出る。このためこの制度ができてから弁護士会の会費は平均月15000円だったのが42000円にまでupした。家賃かよ。でも赤字。

＊弁護士会：弁護士は、資格を持っているだけでは仕事はできず、弁護士会といういわば強制加入団体に登録しておくことが必ず必要。

　　　　　　　被疑者国選弁護の公的な制度導入への動き

H16　刑訴37条の２改正⇒被疑者/国選が○に。（＝**起訴前弁護制度**の導入）（H18実施）

→H18開業の**日本司法支援センター（法テラス）**から候補を指名して国選弁護人に（総合法律支援法38条①）

But 被告人の場合と異なり、

　　・対象となる事件が一定の重い事件に限られている

　　・勾留中の被疑者に限られ、逮捕により留置されている被疑者は対象とならない（当番弁護制度なら対象）

結局当番弁護士制度は残る。

○じゃあなぜわざわざ３７条の２を改正して起訴前弁護制度を導入した？？

⇒裁判員裁判の実施をにらんで設けられた**公判前整理手続**（後でkwsk）のため。

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　↑

　　　　　　　　第一回公判前に、裁判官・検察官・弁護人が集まって論点を整理しておく手続

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　起訴の段階で既に弁護人が必要！

起訴≪**犯罪発生**→捜査→起訴→公判→判決→確定→刑執行→出所≫

・**起訴独占主義**（刑訴247条）：公訴の提起（起訴）を行う権限は検察官のみに認める

・**起訴便宜主義**（刑訴248条）：検察官が訴追の必要がないと思ったら起訴を控えることも認める

☆ただし、不当な不起訴処分を抑制するための制度もある。

①刑訴260,261条

→起訴・不起訴の速やかな通知、不起訴理由の速やかな告知

②**準起訴手続**（教p9）

・不起訴処分をした検察官に、「所轄の地方裁判所でちゃんと審判しろ！」と請求できる。

→検察官or裁判所が請求に理由があると判断した場合事件は審判に付される。

・対象となる犯罪は限定されている。

　ⅰ)公務員職権乱用罪

　　ⅱ)破壊活動防止法45条　　　　　　　　　　　　　　　　　　要は、検察官が身内を庇って不起訴処分にし

　ⅲ)無差別大量殺人を行った団体の規制に関する法律42,43条　　ないようにということ。

・犯罪が限定されている「捜査の不十分さについての審査」という機能上、事件の内容をよく知る請求人の協力を必要とする　という問題点がある。

③**検察審査会**（教14,15のパンフレット参照）

・無作為に選出された有権者１１人によって構成され、判断の妥当性を審査する機関。

・議決は普通過半数（６人）以上で決するが、起訴相当という議決のみ３分の２（８人）以上の多数が必要。

・検察審査会が行った議決に拘束力はなく、起訴相当の議決が出たとしても「やっぱり起訴」率は30％以下。

　　　　　↓

H21　検察審査法改正⇒起訴相当議決が2回出た場合は強制的起訴！！

　　　　　　　　　　　→ここまでいった例は今までに4件

　　　　　　　　　　　　　・明石花火大会歩道橋事故（将棋倒しで圧死したやつ）

　　　　　　　　　　　　　・ＪＲ福知山線脱線事故

　　　　　　　　　　　　　・大阪地検有印公文書偽造事件

　　　　　　　　　　　　　・陸山会の政治資金規正法違反事件←タイムリーですね

・問題点：「議事、審査過程の情報公開がなされていない」「助言役の審査補助員の誤りをチェックする方法が実

質」「審査の判断基準があいまいで逆に『理由なき起訴』が可能となってしまう→憲法違反」

☆では、逆に起訴すべきでなかったのに起訴してしまった場合は？

→刑訴257条：「公訴は、第一審の判決があるまでこれを取り消すことができる。」

という規定しかない。

↓

「公訴権の乱用」として公訴自体を棄却してしまえばいい、という学説もある。

◎**公判前整理手続**について（刑訴316条の2以下）

・（主に裁判員裁判の）円滑化・迅速化のため導入された制度→普通10カ月かかる暴行殺人が4カ月で終わった

・裁判員制度では対象となる刑事裁判全てがこの手続に付される。

・裁判官の決定で開催され、裁判官・検察官・弁護人が初公判前に協議し、争点を整理しておく。

問題点：

●争点整理には検察側による証拠の開示が必要⇒結局は証拠の採否などまで扱うようになり、**実質化**

→しかしこれでは結局裁判員抜きの前倒しの裁判になってしまう。

→要は官製談合⇒裁判員裁判の理念と真っ向から矛盾

※裁判員はチンするだけ、という意味から「レトルトパック手法」って言ってた。大越さんは公判前整理手続に批判的らしいです。

●海のものとも山のものともつかない事件を、膨大な証拠を１つずつ挙げて検討していってだんだんと見えてくるのが普通の裁判なのに、初公判前の何もわからない状態で争点整理しろと言われてもムリ。

⇒事実認定の粗雑さ　が生まれてしまう可能性

●公判前に証拠を持っているのは主として検察官であることを前提として考えると、

→弁護側は証拠無しに全体像をつかむことは難しく、主張したいことを十分に言い尽くすことが出来ずに検察側が有利になってしまうというおそれがある。

●刑訴256条⑥「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し、又はその内容を引用してはならない。」に違反するおそれがある。

※裁判の迅速化に関して

「迅速な裁判を受ける権利」は憲法37条①や刑訴法1条で定められているが、これを受ける肝心の対処規定が法律上にない状態。（つまり理念しか示されてないということ。憲法＝プログラミング規定）

◎**即決裁判手続**について（刑訴350条の2～14）

・裁判の迅速化のため導入された制度。

・軽微な犯罪でありかつ争いの無い事案であれば、被疑者の同意を条件に検察官がこの手続きの申し立てを行うことができる。

→認められれば、その日のうちに（即日に）**執行猶予付き**の有罪判決が下る。

→この判決に対する控訴は可能だが、「事実誤認」という点に関する控訴は不可。

・被告人としては執行猶予が付くし、裁判所としては迅速な裁判が出来るし、いいことづくめ！

・・・かと思いきや、やはり問題点もある。

　・事実と違っても執行猶予をもらいたいあまり同意してしまう可能性

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　しかも事実誤認という控訴が不可能

・「猶予やるから自白しろ」という「自白の取引」の可能性

◎裁判員裁判について

――「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（通称：裁判員法）で規定。

・H16.5.21（小泉内閣）成立→H21.5.21（麻生内閣）施行

・目的：

→国民の司法参加により市民が持つ日常感覚や常識といったものを裁判に反映するとともに、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上を図ること。らしいです

・対象事件：

→死刑or無期懲役or禁錮にあたる罪、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪

・構成：

→普通は職業裁判官×３＋裁判員×６、職業裁判官×１＋裁判員×４の場合も。

・一番最初の適用事件：

→H21足立区隣人殺人＠東京地裁――判決は懲役15年⇒控訴なう

☆特徴（問題）：

　　①**状況証拠による事実認定の難しさ**（被告人が自白していない場合）

　　　（例）第3者が殺害現場を見ていたが被告人は「酔ってて覚えていない」「殺意はなかった」と供述して

いる。ナイフが側溝に落ちていて指紋と血痕は当事者たちのものと一致した。

→このとき、被告人に殺意はあったか？⇒判断が難得不行。

～模擬裁判で垣間見えた問題～

仕事仲間同士で飲んでいたら被疑者Ｂが泥酔、被告人ＡはＢを起こすが起きないので頭にきてＢの腹をキック！→死んじゃった・・・

⇒従来なら傷害致死（殺意はないが故意の傷害）くらいで懲役刑になるケースだが、ＡとＢが二人きりでいた15分間の空白の時間に何があったか証明できないこと、ＡにＢを蹴る動機がないことから、7/9人が「無罪」を主張、結局無罪判決となった。繰り返すが、以前なら確実に有罪のケース。⇒やはり素人の状況証拠による事実認定には問題あり・・・？

　②裁判員裁判は**第一審のみ**⇒控訴審裁判では市民の考えは全く反映されない！

　　　（裁判員裁判の原型を構想した学者・平野龍一の構想では、最高裁以外は裁判員裁判）

　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　話ぶりから察するに、大越さんの推しメン。

～裁判員裁判による一審の事実認定を高裁が初めて覆した例～横浜管理人殺害

被告は被害者から危害を加えるかもしれないと思い込んでいたことなどから一審（横浜地裁）は「**誤想過剰防衛**（刑36条②）」を認定した。

　　　　　　　　　　　　　　　　　　↓

しかし東京高裁では「被告が誤想するような被害者の侵害行為はなく、被告の思い違いにすぎない。被告の被害妄想と認めるのが相当で、誤想過剰防衛は成立しない」と指摘し一審判決を「事実認定に不備があり違法」と判断、破棄した。ただ被告が**心神耗弱**状態（刑39条②）にあったことは認め、結局量刑は一審判決と同じものを言い渡した。

一審（裁判員裁判）と高裁の事実認定の違いが浮き彫りになった。

☆裁判員の選定

①毎年12月、選挙員名簿から抽選で選んだ国民に調査票を送付

②調査票が返ってきた人の中から50～100人に呼び出し状・質問状を送付

③裁判当日午前（！）、最終候補者に個別面接＠裁判所

④関係者が「こいつダメだ」と思う人を除外

⑤残りの人からくじ引きで裁判員を決定し、午後の裁判に臨む（裁判所が認めた場合のみ辞退可能）

※年間約2万人が選ばれる。（有権者約5千人に1人）

　ちなみに最も確率高いのは大阪（約3千人に1人）低いのは秋田（約1万2千人に1人）東京は5千人に1人

☆弁護士会の対応

・H20年（施行前年）の時点で30/52会程度が準備→予定通り始めたのは24/52

・弁護士会としてはわりあい否定的

　①国選弁護人の無料回数複数化

　②夜間・休日の被告人との面会可能化　　　を

　③検察官の持っている証拠の全公開　　　　要求

　④国選弁護人の報酬ＵＰ

☆国民の反応（ｂｙ意識調査）

・「裁判員として参加したくない」70％超え（内閣府意識調査）

・否定的見解　62％（H18最高裁アンケート）

　　↓ 結局今でもまだ芳しくない

・肯定的見解　60％超え（H20最高裁アンケート）

　But 「本当はイヤ」80％超え、「義務でもイヤ」37.6％

※裁判員制度の広報活動の一環としてゆるキャラ導入によるアピールが行われてるんですが、裁判員制度の公式キャラクターが存在せず地方の個性を尊重した広報活動を推奨したため、各裁判所が個々に裁判員制度を広報するためのキャラクターを作成、乱立したことが少し問題となったらしいのです。そこで、地方の裁判員制度イメージキャラを検索してみたんですがめっちゃ面白いです。勉強に飽きたらやってみてね。

ちなみに僕のお気に入りは佐賀の「さがっこ戦隊シチケンジャー」。場所が余ったのでその一部分を紹介します。

**やきものレンジャー
（通称：シチケンブルー）**
すごくデリケートでせんさいな心のもち主。
Ａ型のみずがめ座。本当は花ビン。
「とっくりなんだろう～」と言われると傷つく。
お酒は苦手。
ついに好きな女の子に告白し，見事成功。
どぉ～りで最近磨きがかかってきた。
でも彼女に「とっくりみたい」とつっこまれ，へこむ日々。
花ビンであることを主張するため，どこにいくのにも花を頭にさして歩き回っている。

他にも、よしのがりレンジャー（佐賀だから）とかムツゴロウレンジャーとかのりレンジャーとかいます。

あーここで紹介できないのが残念すぎる・・・検索してみてほんと。

**《起訴状から判決まで》**

起訴状（教p23）

起訴は、起訴状を提出することで成立する。

☆起訴状の内容（刑訴256条）

・被告人の情報　　　　　　　　　　　　　　　→p23中程

・公訴事実（訴因も明示、日時・場所・方法）　→p23後半「公訴事実」

・罪名（罰条含む）　　　　　　　　　　　　　→p23最後「罪名および罰条」

さあこっからいよいよ本番。やっと裁判が始まるー

公判

☆法廷の様子

いい画像が落ちてたもんだなー

☆裁判の流れ（教p16,17）

冒頭手続

　人定質問

　↓

　検察官起訴状朗読

　↓

　黙秘権等告知

　↓

　罪状認否・・・起訴状に間違いはないか、あるならどこか。

①**一貫性**

②**詳細さ**

③**秘密の暴露**（犯人しか知らない事）

の３つがあれば信用性が増す。

　　　　　　　　「私は無実だ！」というのを**全部否認**、

「この部分が違ってる」というのを**一部否認**という。

証拠調手続

　検察官の冒頭陳述・・・「証拠によって実証すべきはこういうことです」

　↓　　　　　　　　　　・**証拠等関係カード**（教p25～27）が配られる。

　↓　　　　　　　　　　　　　捜査の流れに対応した①客観的証拠②被告人の供述調書③被告人の身上関係

　↓　　　　　　　　　　・**冒頭陳述書**（刑訴296条）――教p24

　採用された物証の提示・書証の要旨の告知（刑訴306条①）

　↓

　採用されなかった書証に代わる証人の申請（実際上は大体情状証人。「彼は真面目だった」「よく働いてた」）

　　→（後日、証人尋問）：人定質問→証人宣誓→**偽証罪**告知（刑169）「ウソついたらダメだよ」

　　　　　　　　　　→主尋問・反対尋問・補充尋問（申請主が主尋問）→被告人質問

　　　　　　　　　＜例：　　検　・　弁　　・　裁　　＞

弁論手続

　検察官による論告（求刑）――教p29

 ↓

　弁護人による弁論―――教科書の事件では口頭のみだった

　↓

　被告人による最終陳述

　（約2週間後）

判決言い渡し（教p30～32）

やっと判決まで終了！長かったですがｐ4くらいからここまでが、逮捕から判決までのスタンダードな流れです。

以下補足的なことを少し付け足した後、いよいよ今学期の授業の中心部分へ。

☆教科書ｐ30の事案について～未決勾留日数

逮捕(7/21)→勾留(7/21)→起訴(7/28)→→第１回公判(10/26)→判決(11/9)

　　　　　　　8日　　　　　　　　　　　　　　　　104日

被告人は逮捕以来ずっと身柄を拘束され続けてきたわけで、これを起訴後の身柄勾留期間に限り、本刑に算入してしまうことができる。これを未決拘留日数といい、次のようにして算出する。

未決拘留日数

＝104-{30+(公判の回数-1)×10}＝６４⇒これを通常は四捨五入（大越は優しさを見せ切り上げで70日とした）

104：起訴後の拘束日数

30：初公判とその準備

１：最後の１回は判決を言い渡すのみだから

10：2回目以降の公判一回とその準備

☆予断排除の原則（起訴状一本主義）について

→刑訴法256条⑥：「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添付し、又

はその内容を引用してはならない」

一方、勾留の要件（刑訴60条①）は「被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合」

⇒ここには既に、被疑者に対する**嫌疑の存在**があるとは言えないか？起訴前に**予断**が生まれてしまわないか？

⇒「相当な理由」に制約はないし、裁判時のような「**厳格な証明**」はここでは必要ない。「**自由な証明**」でＯＫ。

⇒つまり、勾留を認める際の嫌疑の証明と裁判におけるそれには差があるので、問題はない。

☆厳格な証明と自由な証明

○厳格な証明

・・・証拠能力があり，通式な（適法な）証拠調べを経た証拠による証明方式。**事実の認定に必要**（刑訴317条、**証拠裁判主義**）。

⇒indubio pro reo「疑わしきは被告人の利益に」――完璧に証明が出来ない場合は事実として認定しない

○自由な証明

・・・厳格な証明以外の証明を総称する多様・非画一的な証明手段。**証拠能力認定**・訴訟能力の有無など訴訟法

　　　の事実の証明。

⇒証拠についてのみ言えば、証拠として採用できるかどうか（証拠能力の有無）は自由な証明（各裁判官の裁量＝**自由心証主義**）でよいが、その証拠を用いた**事実認定は厳格な証明**による。

**●事実認定●（教p39～）**

◎自白の任意性とは

→p7でも少し触れた、証拠としての自白の**任意性**と**信用性**について。

「**任意性**」・・・自白の取られ方（自らの意思で供述したかどうか）――刑訴319条①、憲38条②

　　　　　　　　立証は「自由な証明」で良い。

「**信用性**」・・・証拠としての価値（供述内容が信用できるものであるかどうか）

　　　　　　　　⇒これを決める要素として**①一貫性②詳細さ③秘密の暴露**が重要。（2ページ前にやったー）

ここからは教科書に載っている実際の判例をもとに授業が展開。たぶんこっからが重要。

教科書片手に、判決とか反対意見とかに対して自分でも意見を持ちながら見てくといいと思います。

**【銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反被告事件】**（教科書ｐ３９～４８）

★判決要旨（ポイント）：偽計によって得られた自白に任意性はあるか⇒ない！（刑訴319①、憲38②違反）

○事件概要○

被告人が妻と共謀して拳銃を所持していた罪で逮捕。検察官は妻が自白したと嘘をついて被告人から

自白を引き出す。今度は妻に同じことをすると妻も自白。

※共謀：正確には「共謀共同正犯」（合議のみの参加）

●第一審●

有罪判決（自白の任意性が争点ではない、または、それを争うための資料が無いため、自白の任意性について取り上げられなかった。）

　　↓控訴

●第二審（控訴）●

・弁護人の主張：「妻が自白した」と偽計を用いて自白を引き出したのは違法捜査⇒自白に任意性なし＝証拠能力なし

・判決：控訴棄却「偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れたとしても・・・虚偽の自白を誘発する蓋然性は少ない」「偽計に虚偽の自白を誘発する蓋然性の大きい他の要素が加わった場合にのみ、よって得られた自白は任意性なきものとして排除されるべき」（教p46後ろから8~12）

　　　　☆ここで弁護人と高裁との間に考え方の相違が見られる。

　　　　→弁護側：「自白のとり方に問題があるかないか」を問題にしている

高裁：「自白内容に虚偽があるかないか」を問題にしている

上告（憲38,31条違反として。cf刑訴405条「憲法違反・判例違反の場合のみ上告可」）

●最高裁(p40,41)●

・判決：**破棄差し戻し**

・要旨：まず偽計に関する一般論を提示し、そのあと本件についての具体的判断を行っている。

　　　第1段階（一般論）：もし**偽計により被疑者が心的強制を受けその結果虚偽の自白が誘発される場合のある**

**場合**には刑訴法319条違反⇒自白の任意性に疑いあり⇒証拠能力否定（高裁と同意見）

　　第2段階（本件への当てはめ）：原判決の言うように偽計があった他、妻が処罰を免れることがあるかもし

れないという暗示に乗せられて虚偽を言った、つまり心理的強制があった

という可能性が否定できない⇒**自白の任意性には疑いあり！**

結局高裁は、最高裁の判断を受けて**無罪判決**を言い渡した。（拳銃等が「あった」という事実はあっても、自白の証拠能力が否定されたことで、被告らが「持っていた」という事実の部分が証明できなかったため）

* ま　と　め　★

①高裁、最高裁ともに、**＜偽計＋虚偽の自白を誘発するような他の要素（心的強制・拷問etc.）＞**の２つがあって初めてその自白の任意性は否定されるという「虚偽排除」に重点を置いた見解を持っていた。

⇒すっごく簡単に言っちゃえば、手段よりもとにかく「真実」を追求

②本件における高裁と最高裁の事実認定の論理のちがいは、上の①で言う「虚偽の自白を誘発するような他の要素」の有無であると言える。高裁は無かったとしたが、最高裁は「心理的強制の疑い濃厚」とした。

③①でも触れたように判決の要旨としては「虚偽排除」を重視している。

　では、自白の任意性とは結局、「虚偽排除」の問題なのか、それとも「違法捜査の防止」の問題なのか。

　　　　↓またすっごく簡単に言うと、

　「自白の取り方が問題だ！」という議論は、結局何を問題としている？

　　　１．「自白の取り方に問題があると、虚偽の自白が生まれ得、裁判が真実性を欠くのが問題」

　　　２．「自白の取り方に問題があること（＝違法捜査）それ自体が問題。人権侵害の可能性もあるし」

⇒どっちの問題？？

　　　　　　　　　真相の究明　　　　　　　　　　違法捜査抑止

自白と補強証拠・共犯者の自白

**【練馬事件】**（教科書ｐ４９～５６）

この事件は具体的な詳しい内容にはほとんど触れませんでした。ので書かないけど一応教科書で読んどいた方が。

○自由心証主義：「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる」（刑訴318条）

現行法では、自白には自由心証主義の例外を認めている。（法定証拠主義）

↓そ・れ・が

●自白の補強法則

・・・≪**本人の自白＋補強証拠＝＝⇒有罪≫**　（本人の自白だけでは有罪にしない）

目的：　　　　　　　　　　　　　　　　　　　【前ページでやった問題に当てはめれば】

①自白強要の防止　　　　　　　　　　　　　　　**違法捜査防止**

②誤判の防止（自白は尊重されがち）　　　　　　**虚偽排除**

手続き的保証：

刑訴301条「自白の取調請求は他の証拠を取り調べた後でなければできない」

　　　ただし、本人が否認していても第三者（目撃者等）の供述があればそれだけで有罪となる。

　　　≪**第三者の供述＝＝⇒有罪**≫

　では、共犯者の供述はどういう扱いに・・・？「第三者の供述」になる？？

共犯者の自白＝第三者の供述→それだけで有罪―――多数派

本人が否認

共犯者の自白（≠第三者の自白）＋補強証拠→有罪―――少数派

・多数派の考え方

①共犯者には責任転嫁の可能性高い

⇒この危険性は補強法則では防止できない（補強証拠は事実認定のみを補強し被告人の罪は補強しないから）

②共犯者の自白は「**伝聞証拠**」にあたり、証拠能力はない→証拠として採用されることはない

　⇒てことはどちらにしろ共犯者を証人として申請し尋問（ex反対尋問）することになる(p15,16でやった！)

　⇒この反対尋問によって適切な事実認定は十分できる

結局ここでポイントとなっているのは、補強法則（補強証拠）の重さ（実効性）は如何！？ということ。

結論としては、**補強証拠は事実を補強しているだ**けであって、犯人＝被告人という、**被告人の罪を補強しているわけではない**

⇒補強法則は実務ではあまり機能していないのが現状

違法収集証拠の証拠能力

**【覚せい剤取締法違反、有印公文書偽造、・・・・事件】**（教科書ｐ５７～７７）長っ…

○事件概要○～教p70後ろから４行目～

警察官が職務質問中に承諾のないまま上着内ポケットを探ったところ、覚せい剤を押収した。

なお、このとき警官の要請に対して提示された運転免許証は偽造されたものだった。←こちらに関しては争うまでもなく有罪。

●第一審●

覚せい剤の押収は承諾がなく、違法⇒証拠能力否定⇒覚せい剤不法所持の点については無罪。（p67 3行目～）

 　　　①黙示の承諾があった（p69後半）

控訴　②収集手続に瑕疵があったとしても極めて軽微⇒証拠能力はある（p70 1,2行目）

　　　③どっちにしろ他の証拠から有罪を立証できる（p70 3～5行目）

●第二審●

　①に関して：p72後ろから４行目～p73後ろから８行目 黙示の承諾があったとは認めがたく、覚せい剤所持が

許容される特別の事情も認められない。⇒**×**

　②に関して：p73後ろから７行目～p74 １行目　手続上の瑕疵は極めて重大で、令状主義に反する。⇒**×**

③に関して：p74 ２行目～p75 4行目　他の証拠から有罪を証明できるとは言い難い。⇒**×**

⇒よって、「**原判決中の無罪部分に対する本件控訴を棄却**」

　　上告：判例違反！

●最高裁●

・判決：原判決及び第一審判決破棄、大阪地裁に差し戻し

・要旨：

　　まず一般論：**証拠能力の有無**←**違法の重大性**（重大な違法か）＋**排除の相当性**（違法だから排除すべきか）

　　　↓　　　　（刑訴法１条）

　　本件への当てはめ：①職務質問の要件存在、所持品検査の緊急性・必要性あり

　 （p63最後の方）　　②所要される限度をわずかに超えただけ　　　　　　　　　　証拠物押収手続の**違法**

　　　　　　　　　　　③この巡査は令状主義に違反する意図はなかった　　　　　　**性は重大とは言えない**

　　　　　　　　　　　④所持品検査に際して強制等された形跡なし

　　　　　　　　　　　P64 １行目「違法な捜査の抑制の見地に立ってみても　　　　**排除が相当とは言えない**

　　　　　　　　　　　相当でないとは認めがたい」

　　　　　　　　　　　※ただし、後者の排除の相当性はここでは重視されておらず　　**証拠能力は肯定**

　　　　　　　　　　　　「お飾り」にすぎない。

　　　⇒第一審・二審判決を覆し、**覚せい剤不法所持の部分についても有罪**と判断。

★ポイント

P62中程【要旨第二】において「違法といわざるを得ない」とあるように、最高裁はこの押収がプライバシー侵害の程度の高い違法である証拠押収であるということは認めている。しかし、p63後半の【要旨第四】では「違法は重大ではない」として証拠能力を認めている。これは一見矛盾する判断だと思われるかもしれないが、「違法の相対性」という理論から考えれば納得できる。

最高裁判所は現在、「民法＜行政法＜刑法」の順に刑が重くなるという考え方をとっている。これは、民法は単にお金の貸し借りの問題であるのに対して、刑法は、公共の福祉の維持や個人の基本的人権というものに関係しているから。そしてその違法性は、重層的なピラミッド型の図によって表すことができる。

行政法

民法

　　　　　　　　　　　　　　　　　例えば、このピラミッドの中心付近に縦棒を立てた時、その棒は３つ全て

　刑法　　　　　　　　　　　　　　の法を通る、つまり３つの法全てにおいて違法となる。一方端の方に縦棒

　　　　　　　　　　　　　　　　　を立てると、民法部分しか通らない、つまり民法上でしか違法ではないと

　　　　　　　　　　　　　　　　　いう場合もあり得る。このように、**各法分野において違法の判断基準が異**

**なってもいい**とする考え方を違法多元論という。

これを用いて考えると、【要旨第二】における「違法」は所持品検査でのプライバシーの侵害という民法上の違法でありそのことに関しては後に国家賠償請求などで解決することを求めているのに対し、【要旨第四】における「違法」は覚せい剤所持という刑法上の違法であり、こちらを優先して公共の福祉を維持することを第一に考えために証拠能力をみとめるに至った、という解釈が出来る。

※ちなみに、ピラミッド型の違法多元論に対して、それぞれの法において、違法・適法の判断は完全に独立しているという考え方もあり、これはさいころ型の図で表される。

違法収集証拠に関連して、横書きのＢ４配布プリントの事案（「違法収集証拠排除」ってやつ）

○事件概要○

窃盗罪で逮捕状をとったが、持ってくるのを忘れたため逮捕状不呈示で逮捕し、連行後に逮捕状を呈示。

その後警察は、逮捕状に虚偽事項（「逮捕状は逮捕の際、その場で見せた」）を記載、内容虚偽の捜査報告書を作成。

さらに後の尿検査（任意採尿）で被疑者の覚せい剤反応が検出された上に、がさ入れで覚せい剤そのものが発見され差し押さえられる。

⇒窃盗罪、覚せい剤使用、覚せい剤所持の３つの罪で起訴

●第一審●

・判決：窃盗罪は有罪だが、覚せい剤の使用・所持は無罪。

窃盗罪の有罪：以下の３つの理由が考えられるが、実際どれを当てはめたかは不明瞭（たぶん①）

①供述があり、任意性もあるから。（**証拠排除の問題は物証にのみ妥当**する）

②逮捕状不呈示は確かに違法だが、それにより証拠を排除するほどではないから。

　　③調書は違法としてもそれ以外の証拠だけから窃盗罪を認定できるから。

　　覚せい剤使用・所持の無罪：以下の流れで無罪と認定

　　逮捕状不呈示状態での逮捕→令状主義の精神を没却→違法な逮捕状態→違法な逮捕状態を利用して採取さ

れた尿の鑑定書、この鑑定書をもとに発布された捜索差押許可状により押収された覚せい剤＆その鑑定書は

違法性を帯びている→それらを証拠から排除→覚せい剤の使用・所持という事実は認定できず

●第二審●

→控訴棄却、第一審を支持

●最高裁●

：証拠である「尿の鑑定書」と、「覚せい剤そのもの」「その鑑定書」を分けて判断した。

　尿の鑑定書：証拠能力を**否定**※逮捕状の不呈示だけだったなら証拠能力が認められていた可能性に注意！

逮捕状の不呈示＝手続的違法

＋　　　　　　　　　　　　**令状主義の精神を没却**

警察官の事後の態度

（逮捕状虚偽記入・虚偽の捜査報告書作成・公判定での反事実証言）

　覚せい剤そのもの・その鑑定書：証拠能力を**肯定**

**尿の鑑定書との関連性が密接ではない**

①捜索差押状はきちんと司法審査を経ていた

②窃盗事件による差押状は適法に発布されていたため、どちらにしろがさ入れはなされ、そこで覚せい剤も発見されていたはず

⇒この事案では、**違法の重大性**と**証拠同士の密接関連性**がポイントだった。

ここまでの大きなテーマとして「証拠能力」というものがあったと思うのですが（もう見飽きたよね、字面見るだけでちょっと気持ち悪くなる）、その概念について少し説明を。でもたぶん出ないし飛ばしていいかと思われます。

○もともとは、大陸法にはなく英米法の概念だった。（大陸法と英米法については調べるか夏学期法Ⅰのシケプリ見るかして下さい。。。１２ページの下半分にあります。そんな詳しくないけど）

→英米法は古くから陪審員裁判を重視していたが、素人が膨大な証拠を見て事実認定をするのはとても難しく、判断のブレがどうしても大きくなってしまうのが問題だった（まあ今もだけど）。そこで、最初から有効な証拠と無効な証拠を選別しておけばいいじゃないか！ということで、証拠能力の概念が生まれたそう。

日本でも裁判員裁判が導入されたが、公判前整理手続により証拠能力の概念はこれまで通りブレることはないだろうとされている。

→ただ、職業裁判官という玄人への屈折した信頼の、信頼が低下し屈折が上回った場合や、職業裁判官から裁判員へと役割の重点が移っていった場合は、証拠能力の判断が動くこともあり得る、らしい。

**【証拠に基づく事実認定の一例その１（裁判官大越）】**（教科書ｐ７８～８２）短い♪

○事件の概要○

酔って寝ていた人の近くに置いてあった時価500万の鞄を取っていった事件。

被害者は鞄を自分の占有だと思っているが、犯人は占有を離れたものだと思い盗んだ。←ばかですか

★占有について

刑法で言う「占有」とは物に対する「事実上の支配」をいうが、もちろん実際に握ってなくてもいい。

→まず「客観的支配内」にあれば認められる。←自宅内でどこいったーってなってももちろん占有は認められる

→客観的支配が弱くとも、物を「支配する意思」が明確ならＯＫ。←神社の外に出ちゃった神社の飼い犬はＯＫ

★窃盗について

刑法235条：窃盗罪（罪が重い）――占有物が第三者の占有に移転、かつその第三者がそれが他人の占有物だと

認識している場合（故意犯の場合）

※故意（刑法38条）「罪を犯す意思のない行為は、罰しない」＝盗る気で取ったのでなければＯＫ

刑法254条：遺失物横領罪（罪が軽い）――占有を離れた他人の物を横領し、それを認識していること

⇒この事例では、以下の２つが問題となる。

　①カバンははたして被害者の占有にあったと言えるのか？

　②被告人はどういう意思でカバンをとったのか？（被害者の占有だと認識していたのか？）

●第一審（のみ）●

**①カバンは被害者の占有にあった**←・眠っていた被害者とカバンが近距離

　　　　　　　　　　　　　　 ・鞄は歩道上に立てて置かれていた

・眠っていた時間は１時間で、被害者は鞄の占有を忘れていない

・犯人に錯誤なし（持ち主がすぐ近くにいるのではないかと思っていた）

**②被告人は少なくとも未必的には、カバンが他人の占有にあることを認識していた**

↑捜査段階の当初においては「カバンを拾った」という供述をしていたが、*亡き父が夢枕に立ち「正直に話せ」と諭された後は*供述が変遷した。（だいぶ前にやったように供述では**一貫性**が重要なのに！）

⇒**未必の故意**があった、と判断。

※未必の故意とは・・・実害の発生を積極的に意図するものではないが、自分の行為により結果として実害が発生してもかまわないという行為者の心理状態。刑事裁判上は、故意があるものとして裁かれる。（⇔確定の故意）

（例）狭い道路のわきを子供が歩いてて、「このまま走り抜けたら、子供に接触するかも」と思いつつ、道路を走り抜けたら子供と接触して怪我を負わせてしまった場合。未必の故意が認められれば、過失傷害にはならない場合がある。

結局判決は、執行猶予３年つきの懲役１０月

**【証拠に基づく事実認定の一例その２】**（配布された縦書きプリント、文字が詰まりに詰まってるやつ）

○事件の概要○

パチンコ台をいじり、玉が出やすい状態（パチンコ台受皿部にセルロイド様のもの２枚を挿入）にして遊戯し、パチンコ玉を不正に窃取したという事件

●第一審●

→無罪（裁判官が年寄りで、ちょっとボケてらしい）

「疑わしきは罰せず」：被告人がパチンコ台受皿部にセルロイド様のもの２枚を挿入したのではないかという疑わしい点は多々あるが、犯人と断定するには至らない

↓

●第二審●

→有罪（**状況証拠により**）

①被告人の遊戯していたパチンコ台は「大当たり」がないのに、短時間で大量の玉が出ているという店員の証言②被告人は落ち着きの無い様子で不正な打ち方をしている様子だったこと

③店員が声をかけ、肩をたたくと、何かを隠して逃げたこと

④逃げてつかまる前に隠したものを捨てた様子の目撃証言

⑤捨てたあたりに、不正を施す道具があったこと

⑥被告人が店員につかまりそうになった時、妨害しようとした、被告人の仲間と見られる男が、助けられないと分かると、自分の出玉を放置して立ち去ったこと

⑦被告人は逮捕後店員に犯行を認め、誤っていること

→これらを否定する被告人の言い訳は信用性に乏しい

→一方店員の証言は十分信用できる

→原判決破棄、有罪

◎ここから少し、事実認定について

○事実認定が表に出てくる場面

１．捜査（警察）――刑訴198条②

　↓

２．逮捕状（裁判所）――刑訴199条

　↓ 被疑者の身柄を拘束するかどうかの判断

３．勾留状（検察官）

　↓

４．起訴状（検察官）――刑訴247,256条　←裁判をするかどうかの判断

　↓

５．判決（裁判所）　←刑務所に収容するかどうかの判断

☆１～５で**判断の目的が異なる**

☆１から５にいくにつれ事実認定のための証拠の幅は狭くなっていく⇒**事実認定は、一様ではない！**

☆対抗手段：準抗告（⇔３）、控訴（⇔５）

事実の縮小認定

**【威力業務妨害水利妨害被告事件】**（教科書ｐ８３～９７）

★事実の認定が、だんだん縮小していった。（詳しい内容までは立ち入らず）

起訴状：「肘で突いたり、頭を押さえたり」

↓

第一審：「押し返した」⇒**有罪**

→威力（暴行に至らない程度の実力行使、脅迫よりは強いもの）――刑法234条

↓

東京高裁：「着衣の袖を一回だけつかんだ」⇒**無罪に。**――労働組合法1条②「多少の威力は無罪」

★なぜ縮小認定されたのか（ｐ96も参照）

→裁判所による認定された証拠の数や、その価値のとらえ方の違いから。

→実際は、事件発生当時は当事者同士怒っていたが、時がたつにつれお互い和解→それを裁判所が汲み取った？

★事実の縮小認定が行われる場合

①当事者間の合意を尊重する場合。（上記のケース）

②法律を修正する場合。

（例）刑法240条（強盗致傷罪）

平成１５年まで強盗致傷罪の量刑は、無期懲役or７年以上の懲役

※情状酌量（最高で法廷の量刑の半分にできる、刑法66～68条）がついたとしても、強盗致傷罪の場合は、最低で3年半の懲役

But ３年以下の懲役でないと執行猶予はつけられない（刑法25条）

→強盗致傷をしてしまったとしたら、かならず実刑

でも場合によっては執行猶予をつけてあげたいケースもあるよね

→そんな時は**「強盗致傷罪」ではなく、「恐喝罪と傷害罪の併合罪」とみなす（＝縮小認定）**

・恐喝罪（刑法249条）は１０年以下の懲役、傷害罪（刑法204条）は１５年以下の懲役

・併合罪（刑法45条）であることを考えても、２２年６ヶ月以下の懲役になる。

→２２年6ヵ月「以下」ということで、下限が設けられていないため執行猶予はつけられる。

　↓

・平成16年に法律改正し、強盗致傷罪の量刑が６年以上に

→情状酌量で半分の３年に縮めれば、執行猶予がつけられるようになった

→が、裁判官としては６年が最低の刑であり、かつ情状酌量することは、明らかに最も軽いものであるということをはっきり言わなければならず、このまま執行猶予を付けるのは難しい。

→今なお、上に書いたような縮小認定が行われているのが現状。

**●法律の適用～刑法の解釈●**（教科書ｐ９９～）

◎**罪刑法定主義**について

→どのような行為が犯罪となり、その犯罪にどのような刑罰が科せられているかが前もって**法律により**定められていない限り、いかなる行為も犯罪として罰せられることはない。

拡張解釈

**【強姦器物毀棄猥褻傷害ノ件】**（教科書ｐ１０２～１０３）

○概要○

被告人は徳利と鍋に放尿し、それが器物損壊に当たるとされた。

★損壊とは

・・・物理的損壊――刑法96,125条

ここでは「放尿」＆「汚損」⇒「損壊」ではない？？

⇒ｐ103理由の点打ち部分　本来の効用を減損せしめた場合も「損壊」！

★この事例は、**拡張解釈**か**類推解釈**か

・拡張解釈：本来の意味を広げて解釈すること

・類推解釈：Ａにγという性質があり、Ｂにγという性質があるとき、Ａ＝Ｂと解釈すること

　　　　　　（例）人…飯を食う、犬…飯を食う　　∴人＝犬、∴人殺し＝犬殺し

　　　　　　　→このような解釈が成り立ってしまうのに加え、何が禁止され何がされてないのかわからなくな

る（＝**予測可能性を害する**）ため、刑法では類推解釈は原則禁止

一般的にこの事例は**拡張解釈**とされる。

「損壊」という言葉を拡張解釈し、物理的な損壊のみならず本来の目的に使えなくなる場合も含めた。

**【ビラ貼りまくり事件】**（教科書ｐ１０４～１１５）

物の美観を損ねるのは「損壊」にあたるか？

○事件の概要○

闘争手段として労働組合のビラを社内に大量に貼って、景観を汚した。

●第一審●（ｐ108後半～109 2行目）

・刑法260条（建造物損壊）は、建造物の実質的効用のみ保護している→美観は保護されていない

・軽犯罪法１条３３号は器物・建造物の美観を保護⇒こちらを適用。**損壊には当たらない**とした。

●第二審●

　　原判決を破棄、懲役刑に。←「汚損の程度が相当」＋「美観を害する＝損壊」

「損壊」には物や建造物の「本来の効用を減損すること」**の他にも、**「（単なる）効用を減損すること」も含まれる。そして建造物の「（単なる）効用」に美観が含まれる、という判断。

⇒しかしこれは、**2段階の拡張解釈をしている**という点でさすがにマズイ判決。

●最高裁●（ｐ105理由カッコ内）

「効用を減損する」だけで、何の効用か意図的に示されていない。

↑「美観の効用」と書くのに問題があるが、無罪にはしたくない

結果として、事実関係＋結論しか示さず、理由のない判決になっている

⇒理由を隠したいから。つまり、2段階の拡張解釈で問題アリな高裁とは必ずしも理由は一致するとは限らないという余地を残している。　　　　　↑

一応もう一度書くと、損壊＝物理的損壊―**拡張①**→本来の効用の減損―**拡張②**→（単なる）効用の減損（美観含む）

**【ガソリンカーは汽車か？】**（教科書ｐ１１５～１１８）

事案概要：ガソリンカーの運転手が急カーブでの減速を意図的に怠り、転覆させた。

立法趣旨（刑法１２９条、六法ｐ１４７７）＋動力が異なるだけ。よって、汽車はガソリンカーも含む。（※バスは乗用車に含まれる）

（参考：汽車・電車・ガソリンカーの違い→動力が異なるだけ）

これは類推解釈の典型。（汽車もガソリンカーも人を乗せる→汽車＝ガソリンカー）

しかし、多くの本で拡張解釈の例とされている。なぜか？

― 汽車＝ガソリンカーの解釈は一般的に許容される。これを正当化するため拡張解釈

の事例に挙げられている。

・拡張解釈と類推解釈の境界

→予測可能性を害するか否か。（害する→類推、害さない→拡張）

　本件では、予測可能性を害するとは言えないため、一応拡張解釈に含まれる。

具体的にいうと、

・類推解釈…歯止めがきかない。

・拡張解釈…限界がある。→ガソリンカーの事案も歯止めを作っている。

※ＤＭＶ（公道でバス、線路で電車として走る乗り物）はどうなるか？

→公道では、乗用車、線路では、汽車・電車として扱えばよい考えられる。

○縮小解釈の事例①（教材ｐ１１９～）

◇地方公務員法６１条４号の「あおり」とは？

事案概要：都教組が決めた教職員の休暇闘争について、被告人らがその指令配布や

趣旨伝達を行った。

＜第一審＞

被告人は地方公務員法61 条4 号における「あおり」行為を行った

＜第二審＞

地方公務員法に定められた公務員の争議行為の禁止が、憲法28 条の労働基本権に

違反。また被告人らの行為は「あおり」でない

＜最高裁＞

・一般論

①公務員の認められない争議行為を、違法性が強いものに限定

→地方公務員法第６１条４号（教科書ｐ１２０）はこのままでは違憲だから、限定解釈が必要。

②「あおり」は、通常争議行為に随伴するものは除く（無処罰とする）

・当てはめ

被告人らの行為は通常争議行為に随伴するものであり、あおりではない。

◇「二重のしぼり論」について

この判決では、①②の二つの理由を用意しておいて、あてはめでは②のみを適用して

無罪とした。

それはなぜか？

・②のほうが使いやすかったから

・あえて②を使った←①を適用しないことで、民事上の違法性がある可能性を言い含めている。

法廷意見：合憲限定解釈（教科書ｐ１３４）

違法性の強弱（＝価値判断が含まれ、判断基準が必要）から限定解釈を行う。

→罪刑法定主義上、犯罪は、①構成要件②違法性③有責性から決まる。法廷意見は、構成要件に価値判断が影響するということを言っており、問題がある。

反対意見：

・地方公務員法３７ 条６１号（教科書ｐ１２０）は公共の福祉の要請に基づくから合憲。

縮小してない→合理性必要

・法律は「何人も」「何人たるを問わず」あおり行為をしたものを処罰すると明定し

ており、限定はない。組合構成員の伝達等は労働争議に通常随伴するのでそれは

除外すべきというのは、法解釈の域を超えており、立法の域に入る。あおりの対象となった争議行為自体の正当性を問う必要は無い。

→法廷意見はこの反対意見に対し、さらに、下のような反論

拡張・類推解釈した訳じゃなく。違法は相対的に見るべきである。

○縮小解釈の事例②

「淫行」とはなにか？

事案概要：18 歳に満たない青少年(女)を、それと知りながら性交した。福岡青少年保護育成条例１０条一項（教科書ｐ１３５）に違反するのではないか？

＜第一審＞

福岡県の条例上の「淫行」にあたるとし、罰金五万円

＜被告人控訴＞

性交は合意に基づくものだった。男女とも婚姻年齢に達し、それを暗黙の前提としていた。

児童福祉法が罰する「児童に淫行をさせる行為」(３４条６項)に当らず、刑法１７６，１７７、１７８条（六法ｐ１４８１）にも書かれていない「合意に基づいて淫行をする行為」を罰する条例が憲法第９４条（六法ｐ１８）に違反している。また、児童淫行に対する処罰は、都道府県によってまちまちで憲法第１４条（法のもとの平等）（六法ｐ１２）違反。

＜第二審＞

・合意に基づく性交とは措信（＝信用）しがたい

・条例と法律は目的が違う⇒有罪

※児童福祉法、刑法、条例全て、児童を保護しようとする目的→矛盾では？

しかし…不処罰の根拠を考えなければならない。

不処罰の根拠①違法じゃないから②法が応えていない

①の場合→条例で処罰できない→弁護側○

②の場合→条例で処罰すべき　→検察側○

この不処罰の根拠②を用いて第二審は判決すべきだったと大越は言う。

＜被告人上告＞

条例における「淫行」の範囲が不明確であり、処罰の範囲が不当に広すぎるため、つまり、本来処罰すべきでない行為も処罰してしまうため、条例は違法。

＜最高裁＞

一般の判断：処罰の必要性が認められる。条例における「淫行」は青少年に対する性行為一般をいうのではなく、青少年の健全な育成を妨げるような性行為に限定される。

根拠：真摯な交際関係も罰することになり、広きに逸する

限定：(イ)不当な手段

(ロ)自己の性的欲望を満足させるためだけの対象

本件へのあてはめ：(ロ)（合意の上での性交だから、（イ）の当てはめは無理。）

⇒有罪

・被告人控訴に関連して

条例と法律がバッティングするという根拠：「違法でない＝適法」と考えれば、刑法

や児童福祉法で罰せられていないことは自動的に適法である。

条例と法律がバッティングしないという根拠：「違法でない＝適法＋判断を示さない

領域」と考えれば、適法ではないが違法かは難しいという領域が存在するはず。

・被告人の主張における論理の混同

控訴…処罰対象は「明確だけど広すぎる」→正当な行為も処罰してしまう

上告…処罰の範囲が不明確

⇒実体的デュー･プロセスにおける明確性の原理と内容適正の原理を混同している

・(ロ)は本当に縮小解釈なのか？

「自己の性的欲望を満足させるための対象」

→そうであるかないかの線引きは？

→愛情の有無

→・わかるのか？わからないのにそれで処罰をきめてよいのか？

→大越は最高裁の判決に否定的

・牧裁判官の補足意見

「一般人の立場から線引きを判断するのが困難でない」

→ここで言う一般人の立場とは、牧氏本人の立場でしかない

※一般人という表現は、Ｓ５６の最高裁大法廷判決において、ある条例がデモにおける、交通妨害を禁止していた。１、２審は被告人勝利、だが、最高裁は、「一般人」の理解において、デモは交通を妨害していたとして、有罪を下した際から来ている。

・伊藤反対意見(憲法３１条（教科書ｐ１３５、六法ｐ１４）違反)

・条例が地域により不均衡かつ不統一、合理的根拠なし→抑制的運用、厳格な解釈

をすべき

・刑法１７７条１７８条では不当な手段による行為が処罰対象になっているのに対し、条例では淫行の内容について示していない→不明確で違憲

※法廷、伊藤ともに真摯な高裁における性交は処罰したくないという点では一致している。伊藤は不明確だから違憲としている。

※谷口反対意見

・淫行の解釈は理解を超越している。

・１６歳以上の女性との性交を一律に処罰するのはどうか？

※児童買春等処罰法制定（不当な手段で性欲の対象としてのみ行う性交を買春として処罰）→あまり「淫行」に関しては扱われなくなった。

○合憲限定解釈の限界

◇尊属殺違憲判決の事例（教科書ｐ１６１～）

・事由：幼いころから脅迫虐待を受けていた実父を殺害した(教科書ｐ１６５～９)

・裁判の経過

第二審：刑法２００条（教科書ｐ１６１）の尊属殺規定を適用

弁護人上告：刑法２００条は差別的扱いにあたるから、憲法１４条１項（教科書ｐ１６１、六法ｐ１２）に違反

最高裁：刑法２００条は憲法１４条における差別的取扱いに当たる。(ｐ１６２～８)

しかし、尊属に対する尊重報恩を考えれば高度な処罰も合理性がある。

→尊属殺規定を設けること自体は違憲でない。しかし刑罰加重の程度は、二回の減刑を加えても執行猶予がとれないので、違憲。

→刑法１９９条（教科書ｐ１６１、六法ｐ１４８３）適用。懲役２年６月、執行猶予３年

・裁判官の意見の内訳

14 人―憲法１４条違反

８人(法定意見)―１９９条が３年以上の罪であるのに対し２００条は無期又は死刑を規定しており、減刑しても重きに逸する。

→例えば、２００条の最低刑を「懲役５年以上」などとして付け加えるべき。

６人(補足意見)―規定自体が違憲←家族制度の名残（憲法１４条違反）

１人―違憲は裁判官による立法論となるので、認められない。

　　　法定刑の問題＝政策の問題≠裁判官の議論すべき問題

・二回の減軽

① 刑法３９条（六法ｐ１４７１）

「心身耗弱に対する減刑」無期→7 年以上(刑法６８条、六法ｐ１４７３)

② 刑法６６条（六法ｐ１４７３）

「情状酌量で減刑」７年以上→３年６ヶ月以上(刑法７１条、六法ｐ１４７３)

→尊属殺人は二回の減刑を行っても、刑法２５条（六法ｐ１４６９）により執行猶予が付かず、必ず実刑となる

・６人の意見に対して

憲法１４条も区別自体は認めているが、区別が重大なときは認めないというスタンスを取っているので、「家」制度自体を否定(＝区別自体を否定)して憲法１４条に違反すると

いうのは論理矛盾。３１条の問題

１人の意見も８人の意見も、区別自体は認めるところで共通

・１人の意見に対して

反対意見では刑法における「…の者は～の刑に処する」のうちの「…の者は」の部分は

解釈が許されても「～の刑」の部分は立法政策が行う範囲だとしているが、「…の者」と

「～の刑」は密接に関連するので、そこの役割分担に明確な線引きをつけるのは不適当。

・法律の改正

昭和４６年に違憲判決がでてから、平成７年に法改正

なぜ、法改正までにこんなに長い時間がかかったのか？

①改正したくない②やろうと思ってもやれない

の２つが考えられるが、ここでは②と考えられる。違憲論の８：６の意見対立、反対意見を与党の数名が支持していたことなどが②に繋がったのだろう。

○類推解釈の事例（１）

◇公文書の写真コピーは公文書か？（教材ｐ182～）

・事由：公文書の名義部分をニセモノに貼り付けてコピーし、それを真正の公文書とし

て使用した。

・裁判の経過：

第一審写真コピーは一見してコピーと分かるので、私文書。

高裁第一審を是認

検察官の上告判例と相反

最高裁

一般的判断→「コピーが原本と同様の社会的機能と信用性を持つ」(p184 l 12)場合、

同じく公文書。⇒類推解釈をしている！

本件への当てはめ→非交付者が原本の存在を信用して受領→原本と同様の社会的機能と信用性があった。

・類推解釈をしている理由

原本とコピーの間に共通の要素(社会的機能と信用性)があるという理由で同一のもの

として扱ったから。当時の日本では票にならないという理由で刑事立法が軽視されて

いたために、立法でなく解釈で新しい現象を処理しなければならなかった。

○類推解釈の事例（２）

◇電気は財物か？（教材ｐ191～）

・事件の概要

他人の家に送電される途中の電気を無断で容器に蓄積し、持って帰った。

・裁判の経過

原判決電気は有体物でないから窃盗罪の対象となる「物」に当てはまらない

検察官の上告自由に占有、管理できるので、電気も物である

大審院・所持が可能かどうかは五官によって認識できるかによる

・民法は有体物しか物と認めないが、刑法は独自で、行為から見た客

体を規定する

→電気も物である

・大審院判決の問題点

何故「行為→客体」という見方が刑法独自なのか説明されていない。

物と利益の別：236 条で否定→類推の発想

・法律の改正

現行刑法245 条「電気は財物とみなす」

→逆に言うと、旧刑法から電気は財物であるという考え方をするのはおかしいという

ことである。

○類推解釈の事例（３）

◇電磁的記録は公正証書の原本か？（教材ｐ193～）

・事件の概要

虚偽の車庫証明(電磁記録)を作って東京陸運事務所に提出した(コメント)

・裁判の経過

高裁公正証書原本不実記載罪などを認める(コメント)

被告人上告電磁的記録は文書でないから「公正証書の原本」(刑157)に当たらない

最高裁電磁的記録も「公正証書の原本」にあたる(結論のみ)

・類推解釈とされる理由

157 条は文書偽証の罪の枠組みの中にあるので、「公正証書の原本」も文書である

ことが前提

コンピュータの磁気ディスクは、プリントアウトすれば読めるとはいっても、

電磁的記録の時点では不可読なので、文書性に欠ける(谷口補足意見、大越参照)

⇒公正証書の原本として保護される必要があるという目的に沿うからといって、文書で

はない電磁的記録を公正証書の原本と見るのは類推解釈

◎「公文書の写真コピー」「電気窃盗事件」との違い

→類推解釈の仕方

公文書の写真コピーのケース…（正々堂々型）

電気窃盗事件のケース…（変化球型）

電磁的記録のケース…結論だけで理由を示さない(ごめんなさい型)

⇒波及効果が上で大きく、下で小さい。

・法律の改正

刑157「…公正証書の原本に不実の記載をさせ、又は…公正証書の原本として用いられる

電磁的記録に不実の記録をさせた者は…」

⇒裏返せば、電磁的記録は公正証書の原本とは別であり、文書でないということ。

すなわち、可読性のないものは文書でないという意見を認めている

○類推解釈の事例（４）

◇テレホンカードは有価証券か（教材ｐ202～）

※変造…ちゃんとあったものに手を加えて変にする

偽造…最初からニセモノを作る

・事件の概要

被告がテレホンカードの磁気部分を改竄して度数を上げ、さらにそれを売却した

・裁判の経過

高裁テレホンカードは有価証券だとして有価証券変造、同交付罪(刑162,163)

被告人上告「有価証券偽造罪は文書偽造罪の特別規定」(p204-3)だから、テレホンカー

ドの磁気情報は有価証券でない

最高裁電磁的記録と記載されている言葉を「一体としてみれば」(p203-23)、テレ

ホンカードも有価証券(要旨第一)

◎最高裁論理の問題点

・「一体としてみれば」文書であるということは裏返せば、個別に見ると非文書という

ことをいっている。非文書が有価証券は考えられないのは、事例(3)のケースと同様

しかし、何故一体視できるかの理由がない。

・「一体とすれば」文書とみなされるという考え方について、裁判官の中で意見が均衡

・前掲の判例との相違

本件における類推解釈…変な理由付け型

○類推解釈の事例（５）

◇胎児は人か？（教材ｐ207～）

・事案

被害者が胎児の時に母親が有害な工場排水を摂取したために、12 歳のときに水俣病

起因の病気で死亡

・裁判の経過

原審工場に対して死亡者を被害者とする業務上過失致死傷罪を適用

弁護人上告病気発生時期が胎児段階であり、胎児は人ではないから業務上過失致死

傷害は成立しない

最高裁①胎児は母体の一部

②母親に対する攻撃の結果が出生した子どもに生じた

＝人に病変をもたらして人を死に至らしめた

⇒業務上過失致死傷罪を適用

・胎児の取扱い

胎児は、判決にあるように一般的に母体の一部を構成するものであり、人ではない。

しかし堕胎罪の適用場面においては、独立の存在として認められる。これは堕胎の

場合母体の一部と考えると、母親が自分で自分を傷つける行為として堕胎が正当化

されてしまうからだ。

しかし独立の存在として認められるといっても、人と完全に対等／同一な存在では

ない。堕胎罪は傷害罪より罰が軽く、また傷害罪は故意・過失の罪があるが胎児に

ついては故意しかないことから、いずれにしても、胎児は人より低いものとして

扱われているということが伺える。

・①について

何故堕胎罪の場面を除いてよいのかが合理化されていない

→「胎児が母体の一部」という考え方に説得力がない

・②について

人に対して攻撃が加えられ、人に対して結果が出たので傷害罪の規定と全く反しない

（法定的に符合する）

※法定的に符号

構成要件で見る考え方。同じ「人」だから故意は否定されないとする。

ex.石を投げようとした相手と当たった相手が違っていても傷害罪は成立

しかし、水俣病という結果は胎児に対して既に起きている

→胎児を人と考える、論理のすり替えが起こっている。

⇒実質論として胎児と人は価値的に同じだからという理由で、類推解釈が行われている

○正当防衛が拡大適用された事例

・事案

自分の土地に無断でバラックを建てられ、裁判所が休みであることや他人がそこに

住み着き退去が困難になる危険性から、被告人が早急な対策の必要があると考え、

バラックを破壊した。

・裁判の経過

第一審実力行使はいけない、民事訴訟で片付けるべき

弁護人上告急迫な侵害だから、正当防衛ないし自救行為が認められる

高裁急迫な侵害であり、正当防衛が成立する

・高裁は何故自救行為を適用しなかったのか？

正当防衛急迫かつ現在進行している侵害に対する違法性阻却事由

刑法３６条に明記

自救行為急迫かつ過去の侵害に対する違法性阻却事由

刑法に明文なし

違法性阻却を定めた35,36,37 条には統一した原理が働いており、それが適用されると

した超法規的な判断。

高裁は、バラックが一夜で建ったものでまだマーケットとして使われていないため、

侵害は完了していないとして正当防衛を適用した

しかし本当はバラックの建築が完了しているので侵害は完了しているはず

⇒超法規的な理由を軽率に使いたくないために(後に判例化し、影響力をもってしまう)

正当防衛を侵害が完了していない部分まで拡大解釈した。

平成１５年度　冬学期　法Ⅱ（文Ⅱ、Ⅲ）試験時間　６０分　担当教官　大越　義久

以下の項目から一つを選択し、講義で扱った判例を用いて論じなさい。

①違法収集証拠の証拠能力　②事実の縮小認定の問題点

なお、教材（講義で配ったプリントも含む）、自筆ノート（コピーしたものは不可）、六法全書の持ち込みは、可能である。

平成１７年度冬学期　法２（文２・３）（大越義久）　2005年2月4日施行　　試験時間　　９０分　　　　　講義で取り上げた判例を用いて、「証拠能力」にまつわる問題点を指摘し、それらに検討を加えなさい。なお、教材刑事法入門、自筆ノート（ノートをコピーしたものは不可）、六法全書の持ち込みは、可能である。

平成１８年度冬学期　「法２」　試験問題　　試験時間　６０分　担当教員　大越義久

講義で取り上げた「福岡県青少年保護育成条例違反被告事件」（最大判昭和６０年１０月２３日判決）には、法廷意見、補足意見、反対意見が付されている。どの意見が妥当であるのか、他の意見を批判しながら、論じなさい。なお、教科書、自筆ノート（コピーは不可）、六法全書の持ち込みは可能である。

（参考）試験問題（平成１７年度　「現代法」）

試験時間　60 分

　担当教員　大越義久

以下の大法廷判決を論評しなさい。

（以下略）