

# 平成 29 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】

- 1 平成 28 年 9 月 1 日に覚せい剤取締法違反（所持）により逮捕された A は、同月 4 日、司法警察員 P の取調べにおいて、「所持していた覚せい剤は、逮捕される 3 日前の夜、H 県 I 市 J 町の路上で、甲から買ったものである。」旨供述した。P が甲について捜査したところ、甲は、覚せい剤取締法違反の前科 3 犯を有する者であり、現在、H 県 I 市 J 町 O 丁目 △ 番地所在の K マンション 101 号室（以下「甲方」という。）を賃借し、居住していることが判明した。また、A 以外にも、その頃、覚せい剤取締法違反（所持）で逮捕された複数の者が、覚せい剤を甲から買った旨供述していることも判明した。そこで、P が、司法警察員 Q らに、甲方への人の出入り及び甲の行動を確認させたところ、甲方には、甲とその内妻乙が居住しているほか、丙が頻繁に出入りしていること、甲が、K マンション周辺の路上で、複数の氏名不詳者に茶封筒を交付し、これと引換えに現金を受領するという行為を繰り返していることが判明した。

これらの事情から、P は、甲が自宅を拠点に覚せい剤を密売しているとの疑いを強め、覚せい剤密売の全容を解明するためには甲方の搜索差押えを実施する必要があると考えた。P は、同月 15 日、H 地方裁判所裁判官に対し、甲に対する覚せい剤取締法違反（A に対する営利目的の譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を請求した。H 地方裁判所裁判官は、同日、搜索すべき場所を「甲方」とし、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、茶封筒、ビニール袋、注射器、手帳、ノート、メモ、通帳、携帯電話機」とする搜索差押許可状を発付した。

P は、Q から、甲が玄関のドアチェーンを掛けたまま郵便配達員に應對していたとの報告を受け、甲方の搜索の際、呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができたとしても、ドアチェーンが掛かったままの可能性が高く、その場合、玄関から室内に入るのに時間が掛かり、甲らが証拠隠滅を図るおそれが高いと考えた。そこで、これに備えて、Q らが、甲方ベランダの外にあらかじめ待機し、P の合図でベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入ることとした。

- 2 P は、同月 17 日、甲方を搜索することとし、同日午後 1 時頃、Q らを K マンション 1 階甲方ベランダの外に待機させた上、甲方玄関先の呼び鈴を鳴らした。すると、甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたので、P は、直ちに Q に合図を送った。① P から合図を受けた Q らは、ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠し、甲方に入った。居間には、乙が右手にハンドバッグを持った状態で、また、丙がズボンの右ポケットに右手を入れた状態で、それぞれ立ってい

た。その間に、Pは、携行していたクリッパーでドアチェーンを切断して玄関から甲方に入った。Pは、居間において、甲に搜索差押許可状を示した上、Qらと共に、甲方を搜索し、居間のテーブル付近において、電子秤1台、ビニール袋100枚、茶封筒50枚、注射器80本及び携帯電話機5台を発見し、これらを差し押さえた。

Pらによる搜索中、居間に立っていた乙が、ハンドバッグを右手に持ったまま玄関に向かって歩き出した。それを見たPが、乙に対し、「待ちなさい。持っているバッグの中を見せなさい。」と言ったところ、乙は、「私のものなのに、なぜ見せないといけないんですか。嫌です。」と述べてこれを拒否し、そのまま玄関に向かった。そこで、②Pは、「ちょっと待て。」と言いながら乙の持っていたハンドバッグをつかんでこれを取り上げ、その中身を搜索した。その結果、Pは、同ハンドバッグ内から、多数の氏名・電話番号が記載された手帳1冊及び甲名義の通帳1通を発見し、これらを差し押さえた。

他方、丙は、ズボンの右ポケットに入れていた右手を抜いたが、右ポケットが膨らんだままであったほか、時折、ズボンの上から右ポケットに触れるなど、右ポケットを気にする素振りや、落ち着きなく室内を歩き回るなどの様子が見られた。そこで、Qは、丙に、「ズボンの右ポケットに何が入っているんだ。」と尋ねたが、丙は答えなかった。その後、丙は、右手を再び右ポケットに入れてトイレに向かって歩き出した。これに気付いたQは、丙に、「待ちなさい。右ポケットには何が入っている。トイレに行く前に、ポケットに入っているものを出して見せなさい。」と言って呼び止めた。これに対し、丙は、黙ったままQの脇を通り抜けてそのままトイレに入ろうとした。そこで、③Qは、丙の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから丙の右手を引き抜いたが、丙が右手に何も持っていなかったことから、更に丙のズボンの右ポケットに手を差し入れ、そこから5枚の紙片を取り出した。Qがその紙片を確認したところ、各紙片に、覚せい剤を売却した日、相手方、量及び代金額と思われる記載があったことから、これらを差し押さえた。

その後、Pらは、押し入れ内から、ビニール袋に入った覚せい剤1袋(100グラム)を発見し、同日午後3時頃、甲、乙及び丙を覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)で現行犯逮捕した上、逮捕に伴う差押えとして、同覚せい剤を差し押さえた。

- 3 甲ら3名は、同月19日、覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

甲ら3名は、取調べにおいて、いずれも被疑事実を認めた上で、平成27年11月頃から覚せい剤の密売を開始し、役割を分担しながら、携帯電話で注文を受けて覚せい剤を密売していたことなどを供述した。また、通帳等の記載から、甲ら3名の覚せい剤密売による売上金の5割相当額が甲名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金されていることが判明した。甲は、当初、丁の覚せい剤密売への関与を否定したが、その後、丁の関与を認めるに至り、丁に対する前記送金は覚せい剤の売上金の分配であると供述した。乙は、丁の関与を一貫して否定し、丙は、丁のことは知らないと供述した。以上の過程で、【資料】記載の〔証拠1〕ないし〔証拠4〕が作成された。

検察官Rは、延長された勾留の満了日である平成28年10月8日、甲ら3名を覚せい剤取締法違反（営利目的の共同所持）により、H地方裁判所に公判請求した。

- 4 Pは、甲の供述等に基づき、同月19日、丁を覚せい剤取締法違反（甲ら3名との営利目的の共同所持）で通常逮捕した。丁は、「甲、乙のことは知っているが、丙のことは知らない。覚せい剤を甲らと共同で所持したことはない。甲は、毎週、私名義の預金口座に現金を送金してくれているが、その理由は分からない。昔、甲が、私の所有する自動車を運転中に事故を起こしたことがあり、その弁償として送金してくれているのではないか。」と供述し、事件への関与を否認した。

丁は、同月21日、覚せい剤取締法違反（甲ら3名との営利目的の共同所持）の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

丁は、その後も否認を続けたが、Rは、捜査の結果、延長された勾留の満了日である同年11月9日、丁について、甲ら3名と共謀の上、営利の目的で、覚せい剤100グラムを所持したとの事実で、H地方裁判所に公判請求した。

Rは、丁の弁護士Sに対し、〔証拠3〕を含む検察官請求証拠を開示するとともに、甲の証人尋問が予想されたことから、〔証拠1〕、〔証拠2〕及び〔証拠4〕を含む、甲及び乙の供述録取書等を任意開示した。

- 5 丁に対する覚せい剤取締法違反被告事件の第1回公判期日において、丁は、「身に覚えがない。甲が覚せい剤の密売をしていたかどうか知らない。」と陳述して公訴事実を否認し、Sは、検察官請求証拠のうち、〔証拠3〕について不同意との証拠意見を述べた。そこで、Rは、丁と甲らとの共謀を立証するため、甲の証人尋問を請求し、H地方裁判所は、第2回公判期日においてこれを実施する旨の決定をした。

第2回公判期日において、甲の証人尋問が実施され、甲は、「私は、以前、覚せい剤取締法違反により懲役2年の実刑判決を受け、平成27年6月に刑務所を出所した。すると、丁が刑務所に迎えに来てくれて、『しばらくはのんびり生活したらいい。』と言って50万円をくれた。同年8月頃、丁から、『何もしていないんだったら手伝わないか。』と言われ、覚せい剤の密売を手伝うようになった。同年10月下旬、丁から、『覚せい剤を仕入れてやるから、自分たちで売ってこい。俺の取り分は売上金の5割でいい。あとは自由に使っていい。』と言われたので、同年11月頃から、内妻の乙や知人の丙と一緒に覚せい剤を密売し、毎週、売上金の5割を丁名義の口座に振り込み、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。丁からは、1か月に1回の頻度で、密売用に覚せい剤100グラムを受け取っていた。」旨供述した（以下「甲証言」という。）。

第3回公判期日において、④Sは、甲証言の証明力を争うため、〔証拠1〕、〔証拠2〕及び〔証拠4〕の各取調べを請求した。

〔設問1〕 下線部①ないし③の捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

1. 裁判所は、下線部④で請求された各証拠について、これらを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。

2. 仮に, 前記 1 において, 裁判所が甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとする。その場合, R が「甲証言の証明力を回復するためである。」として, 改めて〔証拠 3〕の取調べを請求したとき, 裁判所は, これを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。

(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 (略) 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】

	供述者	作成日付 (平成 28 年)	証拠方法 作成者	供述要旨等
証拠 1		9月21日	捜査報告書 P	<p>本職が、本日、被疑者甲から聴取した供述の要旨は以下のとおりである。</p> <p>「密売グループの構成員は、私、乙、丙の3名である。私が密売グループのトップであり、乙、丙に密売の手伝いをさせていた。丁は私の知り合いだが、覚せい剤の密売には関与していない。」</p> <p>[甲の署名・押印なし。]</p>
証拠 2	甲	9月22日	供述録取書 P	<p>私が覚せい剤の密売に関与するようになったのは、平成27年になってからである。密売用の覚せい剤は、私が知り合いの暴力団組員から定期的に仕入れていた。その知り合いの組員は丁ではない。</p> <p>丁名義の預金口座に現金を送金したのは、借金の返済のためであり、覚せい剤の密売による売上金を分配したものではない。</p> <p>[甲の署名・押印あり。]</p>
証拠 3	甲	10月5日	供述録取書 R	<p>私は、平成27年8月頃、丁から、覚せい剤の密売を手伝うように言われた。その後、丁の指示で、同年11月頃から、乙、丙と共に覚せい剤の密売を開始した。密売グループのトップは丁であり、丁から1か月に1回の頻度で覚せい剤100グラムを受領し、これを1グラムずつ小分けして密売していた。丁の指示で、毎週、売上金の5割を私名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金し、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。</p> <p>警察では、私が密売グループのトップであり、丁は関係がないと供述したが、これは嘘である。嘘をついた理由は、丁が密売グループのトップだと正直に話したら、丁から報復を受けると思い、怖かったからだ。しかし、ここで正直に話さないと、出所後、また丁の下で覚せい剤の密売をすることになると思い、勇気を出して正直に供述することにした。</p> <p>[甲の署名・押印あり。]</p>
証拠 4	乙	9月27日	供述録取書 Q	<p>密売グループの構成員は、私、甲及び丙の3名だけであり、丁は関係ない。丁名義の預金口座への送金は、甲の丁に対する借金の返済である。</p> <p>[乙の署名・押印あり。]</p>

## 出題趣旨

本問は、覚せい剤取締法違反事件の捜査及び公判に関する事例を素材に、そこに生じる刑事手続法上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに結論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基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問 1〕は、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を受けた司法警察員が、甲方の搜索差押えを実施する際、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入ったこと（下線部①）、甲方にいた甲と同居する内妻の乙が携帯していたハンドバッグ内を搜索したこと（下線部②）、甲方にいた丙のズボンのポケット内を搜索したこと（下線部③）につき、それぞれ、その適法性を論じさせることにより、搜索差押許可状に基づく搜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。

下線部①は、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」（刑事訴訟法第 222 条第 1 項、第 111 条第 1 項）として許容される法的根拠及びその限界を問うとともに、甲方ベランダの掃き出し窓を割って解錠して甲方に入った措置が令状の呈示前に行われていることの適否を問うものである。

この点に関し、被疑者に対する覚せい剤取締法違反事件につき、被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状の執行に当たり、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らが、搜索差押許可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテル支配人からマスターキーを借りた上、来意を告げることなく、施錠された被疑者の客室ドアを開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に搜索差押許可状を呈示したという事案において、「以上のような事実関係の下においては、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑訴法 222 条 1 項、111 条 1 項に基づく処分として許容される。また、同法 222 条 1 項、110 条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」と判示した判例（最決平成 14 年 10 月 4 日刑集 56 卷 8 号 507 頁）があり、同判例に留意しつつ、「必要な処分」として許容される限界及び令状呈示時期に関する判断枠組みを明らかにした上で、本設問の事例に現れた具体的事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、下線部①の行為の適法性を検討する必要がある。

本設問の事例においては、甲方を拠点にした組織性が疑われる覚せい剤の密売事案であること、水に流すなどして短時間に隠滅することが容易な覚せい剤が差押対象物件となっていること、覚せい剤は立証上重要な証拠であること、甲は覚せい剤取締法

違反の前科3犯を有する者であり、初犯者と比較して警察捜査に関する知識経験を有していると考えられること、事前の捜査によって甲方には甲のほか乙、丙が出入りしており、捜索時に複数人が在室している可能性があったこと、甲が玄関ドアチェーンをつけたままで配達員に対応していたことなどから、捜査員が甲方室内に入るまでに時間を要する可能性が高い状況であるとともに、甲の協力が得られる可能性が低い状況にあると認められたこと、司法警察員Pが甲方玄関先の呼び鈴を鳴らしたところ、甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたことを具体的に指摘し、司法警察員Qらがベランダの窓ガラスを割って解錠して室内に入った措置について、捜索差押えの実効性を確保するために必要性があるのか、その態様は社会通念上相当な範囲内にあるのかといった観点から評価することが求められる。

また、手続の公正担保及び処分を受ける者の利益保護という令状呈示の趣旨から、令状呈示は、執行着手前に行われることが原則であることを論じ、事前呈示の要請と現場保存の必要性等に係る上記事情等を指摘・考量した上で、本件措置が令状呈示前に行われたことの適否を論じることが求められる。

下線部②は、刑事訴訟法が、捜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し（刑事訴訟法第222条第1項、第102条）、これに従って捜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求している（同法第219条第1項）ところ、特定の「場所」に対する捜索差押許可状の効力が、令状には明示的に記載のない「物」に及ぶことはあるのか、それはいかなる場合であって、どのような理由に基づいて認められるのかを問うものである。

この点に関し、「警察官は、被告人の内妻であった甲に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、同女及び被告人が居住するマンションの居室を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受け……、右許可状に基づき右居室の捜索を実施したが、その際、同室に居た被告人が携帯するボストンバッグの中を捜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記捜索差押許可状に基づき被告人が携帯する右ボストンバッグについても捜索できるものと解するのが相当である」と判示した判例（最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁）があるが、同判例は捜索が適法との結論を導くに当たり、飽くまで「右のような事実関係の下においては……捜索できるものと解するのが相当である」と説示するにとどまり、特にその理由を明示していないため、同判例に留意しつつ、場所に対する令状によって、その場所に居住する人がその場で携帯する物に対する捜索ができるかについての自説を各自が展開することが求められる。

基本的な考え方としては、場所に対する捜索差押許可状の効力は、当該場所の管理権者と当該場所にある物の管理権者が同一である場合には、場所に付属するものとして当該物にも及ぶ一方で、第三者の管理下にある物については、当該令状によって制約されることとなる管理権に服するものでない以上、その効力は及ばないという考え方が一般的であると思われるところ、本設問の事例においては、乙は甲と同居する内妻であること、乙は、司法警察員Qらが入室した時点で右手にハンドバッグを所持し、その後も継続して所持していることを具体的に指摘した上で、同バッグに甲の管理権が及んでいるかどうかを検討し、同バッグの捜索の適法性を論じることが求められる。また、同バッグは乙の管理権が及ぶものであるとした上で、甲方を捜索場所と

する令状によって乙の管理権も制約されることになるかといった観点から、搜索の適法性を論じることも可能である。

下線部③は、前記のとおり、刑事訴訟法は、搜索の対象として「場所」と「身体」とを区別しているところ（同法第 219 条第 1 項）、「場所」に対する搜索差押許可状によって「身体」に対する搜索を行うことが許されることはあるかを問うものである。

場所に対する搜索差押許可状の効力は、人の身体には及ばない以上、搜索すべき場所に居合わせた者の身体について搜索を実施することは当然には許されないものの、例外的にそれが許される場合があるか否か、許される場合があるとしていかなる場合にどのような理由で許されると解すべきかについての自説を各自が展開し、本設問に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、本件搜索の適法性を論じることが求められる。その際、具体的事実を本設問の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意味を的確に分析して論じる必要がある。

本設問の事例では、差押対象物件は、覚せい剤、ビニール袋、注射器、手帳、メモなどの比較的小さい物が含まれていること、事前捜査により甲は甲方を拠点に覚せい剤を密売している疑いがあったこと、丙は甲方に頻繁に出入りしていたこと、司法警察員 Q が甲方に入室した時点で丙が右手をポケットに入れていたこと、丙が右手を抜いた後もポケットが膨らんだ状態であったこと、丙が時折ポケットを触るなど気にする素振り等を示していたこと、丙は司法警察員 Q からポケットの中身を尋ねられても答えなかったこと、丙が再びポケットに手を入れてトイレに向かって歩き出したこと、丙は司法警察員 Q の制止を無視して黙ったままトイレに入ろうとしたことを具体的に指摘し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析、評価して、自説への具体的な当てはめを行う必要がある。また、搜索を行うこと自体を適法とした場合には、司法警察員 Q が丙の右腕を引っ張ってポケットから引き抜き更にポケット内に手を差し入れた行為が、刑事訴訟法第 222 条第 1 項、第 111 条第 1 項の「必要な処分」として又は（「必要な処分」として考えるまでもなく）本来行うべき搜索そのものとして許容されるか否かを論じる必要がある。

〔設問 2〕は、甲証言をめぐる弁護人と検察官の証拠の取調べ請求のやり取りを素材として、刑事訴訟法第 328 条で許容される証拠の範囲を問うものである。具体的には、証拠 1（甲を取り調べた司法警察員 P 作成に係る甲の供述要旨を記載した捜査報告書）、証拠 2（司法警察員 P 作成に係る甲の供述録取書）及び証拠 4（司法警察員 Q 作成に係る乙の供述録取書）は、甲証言と矛盾する内容であり、証拠 3（検察官 R 作成に係る甲の供述録取書）は、甲証言と一致する内容であるところ、設問 2-1 は、同条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるか否か（証拠 2、証拠 4）、供述者の署名押印を欠くものも含まれるか（証拠 1）を問うものである。設問 2-2 は、仮に設問 2-1 で甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとして、証拠 3 が「甲証言の証明力を回復するため」の証拠として許容されるのか、すなわち、同条の「証明力を争うため」の証拠には、一旦滅殺された証明力を回復させるための証拠も含まれるのかを問うものであるが、この点に関する最高裁判所の判例はなく、基本書等にはあまり記載がない分野であり、受験生の応用力を試すことを狙いとした設問である。

設問2-1は、「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。そうすると、刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。」と判示した判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）があり、同判例に留意しつつ、伝聞法則や刑事訴訟法第328条の趣旨を踏まえた論述が求められる。同判例の立場に立てば、証拠1は甲の署名押印を欠くため、証拠4は乙の供述録取書であって甲の自己矛盾供述ではないため、いずれも、同条により証拠として許容されず、裁判所は証拠として取り調べる旨の決定はできないこととなり、証拠2は、同条により証拠として許容され、裁判所は証拠として取り調べる旨の決定ができることとなる。一方、同判決の立場に依拠しない場合には、それぞれの結論がどのような道筋で導き出されるのかについて相応の説得を持って説明することが求められよう。

設問2-2は、いわゆる回復証拠が同条により許容されるのかについて、同条の「証明力を争う」という文言の解釈を示した上で、そのみを肯定あるいは否定の根拠とするのは十分でなく、結論がもたらされる実質的な理由を示す必要がある。本設問の事例では、甲証言の証明力が証拠2によって減殺されたときに、甲証言の内容と一致する内容の証拠3が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかまで論じた上で、結論を導くことが求められる。

## 採点実感

### 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に重要な具体的事実を抽出・分析した上で、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めている。法律実務家になるための基本的学識・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、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を受けた司法警察員が、甲方の搜索差押えを実施する際、搜索差押許可状の呈示前に、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入ったこと（下線部①）、甲方にいた乙（同居する甲の内妻）が携帯していたハンドバッグ内を搜索したこと（下線部②）、甲方にいた丙のズボンのポケット内を搜索したこと（下線部③）につき、それぞれ、その適法性を問うものである。下線部①は、司法警察員が搜索差押許可状の呈示に先立って搜索場所に入室した際の措置について、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」（刑事訴訟法第 222 条第 1 項、第 111 条第 1 項）として許容されるかを問うとともに、令状呈示（同法第 222 条第 1 項、第 110 条）の時期の適否を問うものであり、関連規定の趣旨・目的を踏まえて、具体的事実を指摘しつつ論じることを求めている。刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し（同法第 222 条第 1 項、第 102 条）、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求している（同法第 219 条第 1 項）ところ、下線部②は、特定の「場所」に対する搜索差押許可状の効力が「物」に及ぶことはあるのかを問うもの、下線部③は、「場所」に対する搜索差押許可状によって「身体」に対する搜索を行うことが許される場合があるのかを問うものであり、いずれも、各自が自説を展開し、設問の事例に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、搜索の適法性につき結論を導くことを求めている。

〔設問 2〕は、刑事訴訟法第 328 条で許容される証拠の範囲を問うものである。〔設問 2〕の 1 は、いずれも甲証言と矛盾する内容である証拠 1（甲を取り調べた司法警察員作成に係る甲の供述要旨を記載した捜査報告書）、証拠 2（司法警察員作成に係る甲の供述録取書）及び証拠 4（司法警察員作成に係る乙の供述録取書）の各証拠につき、同条により証拠とすることができるのか、すなわち、同条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるか否か（証拠 2、証拠 4）、供述者の署名押印を欠くものも含まれるか（証拠 1）を問うものであり、伝聞法則や同条の趣旨を踏まえた論述を求めている。〔設問 2〕の 2 は、仮に〔設問 2〕の 1 で甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとして、甲証言と一致する内容である証拠 3（検察官作成に係る甲の供述録取書）が、甲証言の証明力を回復させるための証拠として許容されるのか、すなわち、同条の「証明力を争うため」の証拠には、一旦減殺された証明力を回復させるための証拠も含まれるのか

を問うものであり、同条の「証明力を争う」という文言の解釈を示すだけでなく、甲証言の証明力が減殺されたときに、甲証言と一致する内容の証拠3が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかを論じた上で結論を導くことを求めている。

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。

前記各設問は、いずれも捜査及び公判に関し刑事訴訟法が定める制度・手続及び判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかは、おのずと把握できるはずである。〔設問1〕は、捜索という捜査に関する基本的な知識及び典型的な論点を問うものであり、その素材となる判例（最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁，最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁）等も思い浮かぶような事例である。〔設問2〕は、刑事訴訟法第328条を問うものであり、伝聞法則に関する典型的な論点とまでは言えないかもしれないが、〔設問2〕の1に関しては、その論点について正面から判示している判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）があり、同判例を正しく理解していれば、同判例の立場に立つか否かは別として、十分な解答が可能であろう。〔設問2〕の2に関しては、この点に関する最高裁判所の判例はなく、基本書等にあまり記載がない論点であり、受験生の応用力を試すことを狙いとしているが、伝聞法則や同条の趣旨を正しく理解していれば、筋道立った論述ができるはずである。

## 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〕は、下線部①については、捜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、その法的判断枠組みを明らかにした上で、設問の事例に現れた具体的事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、その適法性について説得的に結論を導いている答案が見受けられた。下線部②及び下線部③については、特定の「場所」に対する捜索と、捜索場所に居合わせた者が携帯する「物」に対する捜索、そして捜索場所に居合わせた者の「身体」に対する捜索との違いを明確に意識しながら、各捜索の適法性について論じられている答案が見られた。

〔設問2〕については、上記判例を正しく理解している答案や、刑事訴訟法第328条の文言解釈を示し、かつ前記証拠3がいかなる理由で証明力の「回復証拠」となるのか否かの実質的な根拠を論じた上で結論を導く答案が見られた。

他方、抽象的な法原則・法概念やそれらの定義、関連する判例の結論や表現を機械的に記述するのみで、具体的事実これを適用することができていない答案や、そもそも基本的な法原則・法概念、判例の理解に誤りがあったり、具体的事実の抽出やその意味の分析が不十分・不適切であったりする答案も見られた。

下線部①に関しては、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の嫌疑が強いことを理由に「必要な処分」として許容されるとの結論を導く答案が少なくなかったほか、ガラスを割って室内に入った措置の「必要性」については相応に論じられているものの、「相当性」についての論述が不十分な答案、「必要性」と「相当

性」をない交ぜに論じてしまい、被搜索者甲の受ける不利益との均衡が取れているかという観点での論述が不十分な答案も見られた。また、令状呈示の時期の適否を論じていない答案が相当数見られたほか、論じている答案であっても、令状呈示の趣旨が十分に論じられていないものが見られた（前記平成 14 年最決は「手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たもの」と判示する。）。

下線部②及び③に関しては、搜索について正しく理解をしている答案とそうでない答案との差が比較的明瞭に現れた。「場所」に対する搜索、「物」に対する搜索、「身体」に対する搜索との違いを識別できていないため、下線部②及び③の問題点の違いを意識できておらず、同じ問題点を扱った単なるバリエーションの違いにすぎないと考えている答案が相当数見られた。

下線部②については、刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求していることとの関連で問題となるとの問題意識が示されていない答案が少なくなかった。本件の論点についての基本的な考え方を示すと、「場所」に対する搜索令状の効力は、当該場所において通常使用に供される「物」との関係でも、それが当該「場所」に妥当する管理支配に服しているという意味において、当該「場所」に付属する、あるいは包摂されるものと言えるために、当該「物」にも及ぶと考えられる一方で、「場所」に及ぶ管理支配を排除する態様で第三者が管理支配する「物」については、当該令状によって制約されることとなる管理権に服するものでない以上、搜索すべき「場所」にあるとしてもその効力は及ばないと考えるのが一般的であろう。そこで、本問では、「甲方」に及ぶ管理権が、ハンドバッグにも及ぶといえるか否かにつき言及する必要があるが、例えば「甲方には甲の内妻乙が同居しており、そのことは裁判官も認識し、審査した上で令状を発付しているのであるから、乙の物も搜索できる。」旨論述するにとどまり、管理権の対象範囲を明らかにすることを意識しないまま論述している答案が相当数見られた。また、「物は場所に対するプライバシーに包摂されるから、令状の効力は物にも及ぶ。」とのみ論じ、「物」が、搜索の対象となっている「場所」に存在しさえすれば、当然に当該「場所」の管理権に服し令状の効力が及ぶかのような理解を示す答案も相当数見られた。さらに、「ハンドバッグを手を持っているか、床に置いているかは偶然の事情であるから、ハンドバッグにも令状の効力が及ぶ。」とする答案も相当数見られた。確かに手に持っているか床に置いているかが偶然の事情であり、令状の効力が及ぶかどうかには関係がない、との点はそのとおりであるが、その前提として、手に持っていないか令状の効力が及ぶと言える理由を示すべきであり、その点に言及することなく、手に持っているか床に置いているかは偶然の事情であるから「物」にも令状の効力が及ぶとするのは説明不十分である。加えて、「場所」に対する搜索差押許可状の効力が「物」に及ぶのかという問題意識を何ら示すことなく、直ちに刑事訴訟法第 102 条第 2 項を持ち出して、「ハンドバッグ内に差し押さえるべき覚せい剤等が存在している蓋然性が高いので搜索が許される。」旨論述する答案が相当数見られた。当該令状の効力がハンドバッグにも及ぶかどうかを検討し、効力は及ぶとした上で、更に実際に令状により処分を実施する場面では、同条同項が言わば加重要件として適用されると考え、本事例ではハンドバッグ内に差

し押さえるべき証拠が存在する蓋然性が否定されれば搜索は許されないし、蓋然性が認められれば搜索は許される、との考え方は一つの考え方として成立し得るとしても、前記問題意識を持たずに、直ちに同条同項を持ち出して検討している答案は、搜索について正しく理解していないことをうかがわせる。そのほか、ハンドバッグの搜索につき、これを携帯していた乙の「身体」に対する搜索と誤った位置付けをし、下線部③の論点と同列に論じている答案も見られた。

下線部③についても、「場所」に対する搜索と「身体」に対する搜索と区別できていない答案が相当数見られた。「身体」に対する搜索は、人身の自由やプライバシーの利益の観点から、令状により許容される「場所」や「物」に対する搜索に伴うものとは性質の異なる権利侵害を伴うと考えられることが本件論点の議論の出発点であるが、そのような問題意識がなく、本事例の丙が、甲あるいは甲の内妻乙とは全くの「第三者」であることを強調し、「丙は第三者であるため裁判官の審査が及んでいないから、丙の身体を搜索できない。」旨論述し、裏を返せば、甲あるいは乙に対してであれば当然にその身体の搜索も許されると誤解しているかのような答案が相当数見られた。また、証拠が存在する蓋然性が高く、搜索の必要性が高いとするだけで身体に対する搜索を正当化する答案も見られたほか、本事例において、差し押さえるべき物が、覚せい剤やメモ等の比較的小さい物が含まれており、これらはポケット内に収められる物であることとの関連で論じられていない答案や、丙が元々ポケット内に紙片（覚せい剤密売の内容と思われる記載のあるもの）を所持していたのか、それとも搜索の際にこれをポケット内に隠匿したと疑うに足りる相当な理由があるのかの区別を十分に意識していない答案も見られた。さらに、搜索を行うこと自体を適法とした場合には、本事例において、司法警察員が丙の右手をポケットから引き抜いた上、ポケット内に手を差し入れた行為が、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として又は（「必要な処分」として考えるまでもなく）本来行うべき搜索そのものとして許容されるかを論じる必要があるが、理由付けを含めてこれを論じている答案は少なかった。なお、丙に対する「身体検査令状」が必要であるなどと論述する答案が散見されたが、人の身体に対する捜査には、身体の搜索（同法第218条第1項、第222条第1項、第102条）、検証としての身体検査（同法第218条第1項）、鑑定受託者による鑑定に必要な処分としての身体検査（同法第223条第1項、第225条第1項、第168条第1項）があるという基礎知識の習得が不十分であることをうかがわせるものであった。刑事訴訟法の論点以前に基礎知識の習得をおろそかにしないことが求められる。

〔設問2〕に関しては、〔設問1〕と比較すれば、総じて、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨、判例（前記平成18年最判）を踏まえ、おおむね良く論述できていたものの、同条を十分に理解していない答案も相当数見られた。〔設問2〕の1において、証拠1、2及び4の各証拠につき、本事例中に「甲証言の証明力を争うため」に取調べを請求した旨記載され、端的に同条の問題として論述することが求められているのに、それとは無関係に、要証事実は共謀の存在であると設定し、各証拠は伝聞証拠に当たるとして、同法第321条の伝聞例外の要件を満たすかどうかを論述し、伝聞例外に当たらないとした上で、同法第328条の議論に及ぶ答案が相当数見られた。そのような答案からは、同条の「第321条…の規

定により証拠とすることができない書面又は供述であつても…これを証拠とすることができる。」との文言の規定ぶりに引きずられて、同法第 3 2 8 条により証拠とできる証拠は、同法第 3 2 1 条以下の伝聞例外の要件を満たさない証拠でなければならないとの誤解がうかがわれる。また、判例の結論だけを覚えていて、その理由付け等について十分に論述できていない答案も見られたほか、特に証拠 2 に関して、当てはめとして、どの点が「矛盾供述」と言えるのかの具体的な指摘がなされていない答案も相当数見られた。

〔設問 2〕の 2 については、いわゆる回復証拠が刑事訴訟法第 3 2 8 条により許容されるのかを問うものであるが、回復証拠と増強証拠との区別を理解できていない答案が見られた。また、例えば、「文言解釈上、回復証拠も許容される。だから証拠 3 は回復証拠として取り調べることはできる。」旨論述するとどまり、実際に証拠 3 が証明力を回復する証拠となり得るのかの当てはめがなされていないものが多かった。証拠 3 が回復証拠となり得る実質的な理由としては、甲証言と一致する内容の証拠 3 を公判廷で顕出することによって、公判廷外において、矛盾供述をしていたことがむしろ例外的であり、基本的には一致供述をしていたことが明らかになるので、自己矛盾状態が解消され、証明力を回復し得るとの考え方が可能であろうし、一方、証拠 3 が回復証拠となり得ない実質的な理由としては、公判廷外での供述の間で矛盾があり、むしろ、その時々で供述を変遷させる者と言えるから、その者の供述は信用できず、証明力を回復することはできないとの考え方が可能であろう。

なお、条文の引用に関しては、多くの答案で、準用条文を含め、正しく条文が示されていたが、準用条文を示すのに代えて、「準用条文省略」などとする答案が散見され、正確に示すべきであるとの指摘があった。

### 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〕下線部①については、捜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界及び令状呈示の時期に関し、事例中の法的問題を明確に意識し、法律の条文とその趣旨の正確な理解を踏まえつつ、的確な法解釈論を展開した上で、具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、下線部②及び③については、「場所」に対する捜索と「物」に対する捜索と「身体」に対する捜索の違いを明確に意識した論述ができており、下線部②については、「甲方」に対する捜索令状は、いかなる管理権を制約することになるのか、ハンドバッグは誰の管理下にあるのかにつき言及しながら論述している答案であり、下線部③は、「場所」に対する捜索令状によって「身体」に対する捜索を実施することが原則として許されないことを、その根拠とともに指摘しつつ、例外的に許される場合があるのか、許されるのはいかなる場合にどのような理由であるのかについての自説を説得的に展開し、差し押さえるべき物との関連を意識するとともに、ポケット内に元々所持していたのか、あるいは隠匿した可能性があるのかの区別も意識しながら、本事例に現れた具体的事実を的確に抽出、評価して結論を導き出している答案であり、〔設問 2〕は、伝聞法則及び刑事訴訟法第 3 2 8 条の趣旨や判例（前記平成 1 8 年最判）を正しく理解するとともに、同条により回復証拠が許容されるのか、という受験生にはあまり馴染みがないである

う論点について、条文の文言解釈にとどまらず、いかなる理由で回復証拠となり得るのか、あるいはなり得ないのかの実質的な理由まで論述されている答案であるが、このように、出題の趣旨に沿った十分な論述がなされている答案は僅かであった。

「良好の基準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕下線部①については、検討すべき論点に関し、法解釈を行って一定の基準を示すことはできており、下線部②及び③については、「場所」、「物」及び「身体」に対する各搜索の違いの理解を示すことができているが、いずれも必要な理由付けに不十分な点が見られたり、事例の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十分に分析することにはやや物足りなさが残るような答案であり、〔設問2〕については、伝聞法則や判例及び刑事訴訟法第328条の趣旨を踏まえた論述がなされているものの、回復証拠が許容されるのかの論点については、回復証拠となり得るか否かの実質的な理由の論述がやや不十分な答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、〔設問1〕については、下線部①から③につき、検討すべき各論点に関し、法解釈について一応の見解は示されているものの、問題意識や結論に至る過程が十分明らかにされていなかったり、具体的事実の抽出や当てはめに不十分な点がある答案、具体的事実を抽出して一応の結論を導くことができているものの、法解釈について十分に論じられていない点がある等の問題がある答案であり、〔設問2〕については、伝聞法則及び刑事訴訟法第328条の趣旨や判例についての一応の理解を示すことができているが、回復証拠が許容されるのかの論点については、条文解釈を示すだけで実質的な理由の論述をせずに結論付けている答案である。

「不良の水準」にとどまると認められる答案とは、前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事訴訟法上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だけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・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と能力の欠如が露呈しているものである。例を挙げれば、〔設問1〕では、下線部①について、その「必要性」について何ら具体的に論じることなく、ただ抽象的に捜査上の必要性が高いから適法であるなどと結論を導いていたり、下線部②と③について、「場所」、「物」及び「身体」に対する各搜索の違いを全く理解していなかったり、問題点を何ら示すことなく、ハンドバッグ内及びポケット内に証拠が存在する蓋然性の有無だけで各搜索の適否の結論を導いていたり、〔設問2〕では、〔設問2〕の1において、刑事訴訟法第321条の伝聞例外の議論に終始し、同法第328条に全く触れていなかったり、判例の知識がなく、十分に説得的な論述もせずに判例とは異なる結論を導いている答案等がこれに当たる。

#### 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、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること、重要かつ基本的な判例につき、その結論だけでなく、その法理や事案の具体的事実関係を前提としている判例の射程距離を含め

て正確に理解すること，これらの制度や判例法理の具体的事例に当てはめ適用できる能力を身に付けること，論理的で筋道立てた分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。特に，法適用に関しては，生の事実に含まれた個々の事情あるいはその複合が法規範の適用においてどのような意味を持つのかを意識的に分析・検討し，それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。また，実務教育との有機的連携の下，通常の捜査・公判の過程を俯瞰し，刑事手続の各局面において，各当事者がどのような活動を行い，それがどのように積み重なって手続が進んでいくのか，刑事手続上の基本原則や制度がその過程の中のどのような局面で働くのか等，刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。

## 甲さん（合格者）の答案（A 114.46点／200点）

甲1

### 第1 設問1

#### 1 捜査①

- (1) Qが窓を割って解錠した行為が搜索差押許可状（刑事訴訟法〈以下略〉218条）の執行に「必要な処分」（222条1項前段・111条1項）として許されないか。

捜査比例の原則（197条1項本文「必要な」の文言参照）から、「必要な処分」はその目的を達するために必要かつ相当な範囲で許される。

本件における甲の被疑事実は営利目的覚せい剤譲渡であり、覚せい剤は水に流すなどして容易に証拠隠滅できる。また、甲は宅配便に対してもドアチェーンをかけたまま対応している。そうすると、身分を秘してインターホンで呼びかけて解錠させても、姿を確認されて捜査官であることが分かれば搜索前に証拠物を隠滅される危険性がある。よって、身分を秘してインターホンで呼びかけて解錠させるという方法をとることができないといえる。

一方、窓を割る行為については、割ったのが掃き出し窓であり破損箇所は小さいと思われることから甲の財産権に対する侵害の程度は低いといえる。

よって、Qの上記行為は搜索差押許可状を執行するにつき「必要な処分」（222条1項前段・111条1項）として許される。

- (2) 次に、この解錠行為は搜索差押許可状の執行に先立って行われているが、令状の事前呈示を定めた法222条1項の準用する110条に反しないか。

甲2

法222条1項の準用する110条の趣旨は、搜索対象者に受忍限度の範囲を示し、不服申立ての便宜を図るとともに、捜査権限の濫用を防止することにある。よって、原則として令状の呈示はその執行に先立ってされる必要がある。ただし、事前の呈示をしていたのでは捜査目的を達することができない場合には、搜索に着手後速やかに提示すれば足りる。

本件では、覚せい剤は水に流すなどして容易に証拠隠滅可能であるから、令状を事前に呈示しては捜査目的を達することができないといえる。そして、Pは搜索に着手後速やかに令状を呈示している。

よって、令状の事後呈示は法110条に反しない。

#### 2 捜査②

乙は甲の内妻であり、甲宅の管理権者とまではいえない。そのため、乙の物に対する搜索差押えは「第三者」に対するものとして、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」があることが必要である（222条1項前段・102条2項）。

本件では、甲から覚せい剤を購入したとする複数者の供述があり、Kマンション付近の路上で甲が現金の取引をしていることが確認されている。このことから、甲がKマンションを拠点に覚せい剤の取引をしていることが推認される。また、乙は内妻として甲とKマンションに同居していることから、覚せい剤取引に関与していることが疑われ、本件において「差し押さえるべき物」（219条1項）である覚せい剤や封筒などはいずれも小さい物である。そうすると、乙が証拠物

甲 3

をバッグに隠していることが疑われる。さらに、乙はバッグの中身の確認を頑なに拒んでいるが、違法な物が入っていないければ頑なに拒む必要はないから、乙が証拠物を隠匿していることは強く疑われる。

以上より、乙のバッグには「押収すべき物の存在を認めるに足る状況」があるといえる。よって、捜査②は適法である。

3 捜査③

捜査③は丙のズボンのポケットに対してされており、身体に対する捜索であるが、場所に対する本件捜索差押許可状でこれを行うことが許されるか。

法 219 条 1 項は「場所」「物」「身体」を分けて規定している。また、「物」に対するプライバシー権は「場所」に対するそれに包摂されているといえるが、「身体」は場所とは別個のプライバシー権に属し、それに包摂される関係にあるとはいえない。したがって、原則として場所に対する捜索差押許可状により人の身体を捜索することはできない。もっとも、証拠物を隠匿したと認められる合理的な理由がある場合には、令状の効力により原状回復措置として相当な範囲で身体に対する捜索を行うことが認められる。

本件では丙はズボンの右ポケットに入れていた手を抜いたが、右ポケットは膨らんだままであり、そのポケットに触れたり気にしたりする素振りを見せていた。また、本件に関する証拠物はいずれも小型の物であり隠匿がしやすい。そのため、丙が証拠物を右ポケットに隠したことが疑われる。また、丙は Q の問いかけを無視してトイレに向かっていることから、その疑いは一層強く認められる。よって、丙が証

甲 4

拠物を隠匿したと認められる合理的理由があるといえる。そして、覚せい剤や紙類などの証拠物は水に流して容易に証拠隠滅が可能であるので、直ちにこれを阻止する必要がある、右腕をつかんで引き抜く程度の行為は相当な範囲にとどまるといえる。

以上より、捜査③は適法である。

第 2 設問 2 小問 1

1 証拠 1・2・4 が「公判期日における供述に代えて書面を証拠とするもの (320 条 1 項) として証拠調べ決定を行うことが許されないのではないか。R は甲証言の証明力を争うために証拠調べ請求をしているから、法 328 条の弾劾証拠として証拠調べ請求しているものと考えられる。そこで、かかる弾劾証拠として証拠調べ決定ができるか検討する。

法 328 条の趣旨は、弾劾対象となる供述の供述者の矛盾する供述の存在自体を立証することを許すことで、証明力の減殺を認めることにある。すなわち、法 328 条は非伝聞であることを確認的に規定したにすぎない。かかる趣旨からすると、法 328 条の「証明力を争う」証拠とは弾劾の対象となる供述の供述者本人の自己矛盾供述に限られる。なぜなら、このように解しないと、内容の真実性に立ち入って証拠調べをすることを許すことになり、伝聞証拠を禁止した趣旨に反するからである。また、弾劾証拠として伝聞性が解除されるのは本人の供述部分だけであり、その録取過程についての伝聞性は解除されない。したがって、録取過程については別途伝聞例外の要件を充足する必要がある。

甲5

2 これを本件についてみると、証拠1・2・4は共同被告人である甲乙の供述であり、共同被告人であっても被告人からみれば被告人以外の者に当たるから、証拠1・2・4は321条1項3号書面であると考えられる。

そして、証拠1についてみると、甲の自己矛盾供述であると認められる。しかし、証拠1は甲の署名押印がない。したがって、録取過程についての伝聞性が解除されていないため、伝聞証拠にあたり、証拠調べ決定をすることは許されない。

次に、証拠4についてみると、供述者乙の署名押印があり録取過程の伝聞性は解除されているが、弾劾対象となるのは甲の供述であるから、乙の供述は法328条の「証明力を争う」証拠と認められない。よって、証拠4は伝聞証拠にあたり、証拠調べ決定をすることが許されない。

最後に証拠2についてみると、証拠2は甲の自己矛盾供述であるから「証明力を争う」証拠にあたる。また、甲の署名押印があることから録取過程の伝聞性も解除される。したがって、証拠2については証拠調べ決定をすることが許される。

### 第3 設問2 小問2

Rは証明力を回復するためとして証拠調べ請求をしているが、証明力を回復するための証拠も「証明力を争う」証拠（328条）にあたるか。

法328条の趣旨は矛盾する供述の存在自体の立証を許すことで、供述の証明力を減殺することを認めることにある。そうだとすると、

甲6

回復証拠も矛盾供述の存在の立証を許すことで供述の信用性を減殺し、それにより自己の証拠の証明力を回復することができる点で328条の趣旨に合致するといえるから、「証明力を争う」証拠にあたるといえる。

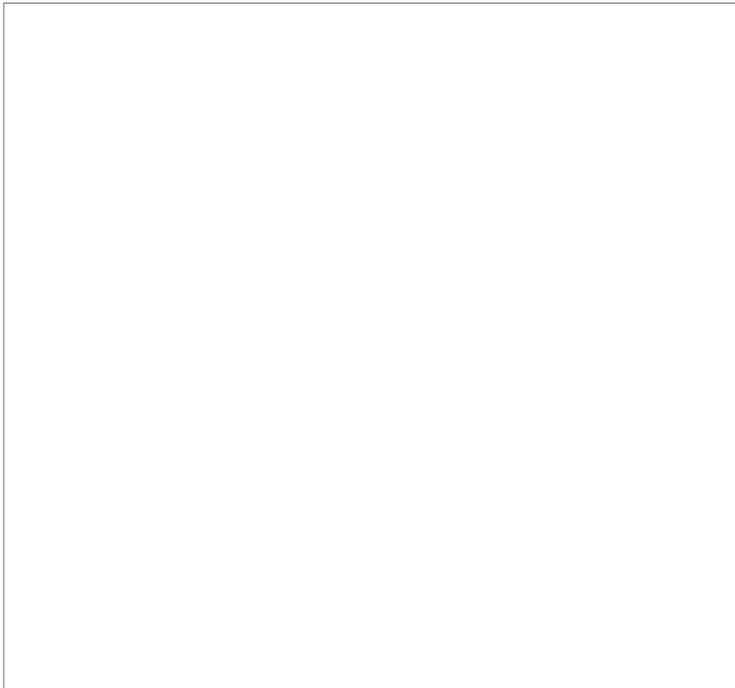
よって、裁判所は証拠3を証拠調べ決定することができる。

以上

甲7



甲8



乙1

第一．設問1

1. ①の捜査の適法性

- (1) 「必要な処分」(刑事訴訟法(以下、省略)222条1項・111条1項)と言えるかが問題となる。
- (2) 捜査は「個人の基本的人権の保障」を「全うしつつ」(1条)行わなければならないところ、111条1項が例示する「錠をはずし」たり「封を開」いたりする処分は個人法益を制約するおそれがある。そこで、「必要な処分」(111条1項)とは、令状執行のために必要且つ社会通念上相当な行為に限られると解する。
- (3) 覚せい剤取締法違反の罪は「1年以上の有期懲役に処」されうる重大犯罪であり、その証拠物たる覚せい剤はトイレに流すなどにより容易に隠滅されうる。①の捜査は、令状に基づく捜索(218条1項)の執行に先立ち行われているところ、捜索すべき場所である甲方の中の様子は不明であって、差し押さえるべき覚せい剤の所在も不明であったのであるから、上記の隠滅されやすい証拠物としての特性も考えると、甲方に入って即時に捜索を始める必要性は大きかった。甲は、郵便配達員に対応する際もドアチェーンを掛けていたのであり、Pが訪問を告げたとしてもドアチェーンを掛けたまま応対する可能性があった。もしドアチェーンを掛けたままにされてP・Qらの立ち入り・捜索が遅れると、甲方には乙が居住しており丙も頻繁に出入りしていることからいずれかの者に覚せい剤を隠滅されしまうおそれがあった。しかし、ドアチェーンを切断する一定の時間がかかるとはいえ、立ち入りを拒まれた後で強引な手段を用

乙2

いて立ち入っても証拠隠滅を防ぐことはできる。ベランダの柵を乗り越え掃き出し窓のガラスを割って解錠することも、甲の応対やドアチェーンの切断の可否を確かめてから最終手段として行えば足りた。にもかかわらず、令状に基づく捜索であることを告げることすらしないことは、甲の私生活の平穏を害する程度が大きく、さらに柵を越えたベランダへの立ち入りは甲方を含めKマンションの住民の生活の平穏を害し、ガラスを割ることは甲の財産権をも侵害する。以上のように法益の侵害の程度が大きい上に必要性にも欠けることから、①の捜査は令状執行に「必要な処分」(222条1項・111条1項)とは認められず不適法である。

2. 捜査②の適法性

- (1) 甲方を捜索場所とする令状により乙の手荷物を捜索することができるか。
- (2) 218条1項・219条1項は「捜索すべき場所、身体若しくは物」の記載のある令状に基づく捜索のみを許可することで、住居や所持品につき侵入・捜索・押収されない権利(憲法35条1項)を保護している。したがって、令状審査によってこれらの権利・利益の制約が許された範囲内の捜索のみ許されると解する。
- (3) 捜索場所を特定する令状の審査においては、その場所を管理する者の場所についてのプライバシーへの制約の可否が審査され、この制約範囲にはその場所に存在する物の中のプライバシーも含まれると考えられる。そうすると、乙が甲方において所持していたハンドバッグの中のプライバシーも甲方を捜索場所とする令状により制約

乙 3

が許された範囲内であるから、同ハンドバッグの中身を捜索した②の捜査は 218 条 1 項により適法である。

3. ③の捜査の適法性

(1) 令状の執行として

ア. 2 の(2)で論じたように、令状審査で制約を許した権利・利益の範囲内ならば、218 条により捜査が可能となる。

イ. 甲方の場所としてのプライバシーと、丙の着衣のポケットの中のプライバシーを同一視することはできない。したがって、捜索対象である甲方に所在した物をその場で丙がポケットに入れて捜索を妨害した等の特段の事情のない以上、Q が、丙が同意していないにもかかわらず、丙のズボンのポケットに手を差し入れて捜索した③の捜査は令状の執行の範囲外であり 218 条 1 項によっては適法とされない。

(2) 所持品検査として

ア. 警察官職務執行法 2 条 1 項に基づく職務質問を有効化するため、職務質問に付随して、捜査に至らない程度の所持品検査は許されることはあると解する。

イ. しかし、③の捜査は、丙が右手をポケットに入れその中身を見られないようにしているところを、その右手を Q がつかんで引っ張り、丙に無断でポケットに手を入れたものであって、丙の意思に反している点と、丙の身体を捜索されない権利 (憲法 3 5 条 1 項) への制約の態様の強さから、強制処分たる捜査に至っており、職務質問に伴う所持品検査として適法とされない。

乙 4

(3) 以上(1)・(2)より③の捜査は不適法である。

第二. 設問 2 の 1

1. S は、証拠 1, 2, 4 を甲証言の「証明力を争うため」(328 条) に取調べ請求しているため、これらにつき 328 条が適用されるかが問題となる。

2. 328 条は、証明力を争う供述と別の機会になされた同一の供述者による供述が内容において実質的に矛盾していることを根拠に証明力を減殺する目的での証拠能力を認めていると解される。ただし、矛盾供述部分以外の伝聞過程については、法の求める正確性担保の要件を充たさなければならない。

3. 証拠 1 については、甲証言と同じ供述者である甲が、丁との関わりを肯定する甲証言とは矛盾する内容である「丁は」「覚せい剤の密売には関与していない」と供述しており、自己矛盾供述性は充たす。したがって、甲が覚醒して P に述べるまでの過程で誤りが入る危険は法により許容される。しかし、甲が述べた内容を P が正確に記したことこの正確性は 321 条 1 項柱書により「供述者」たる甲の「署名若しくは押印」により正確性が担保されなければならないところ、これがないから証拠能力が認められない。

4. 証拠 2 については、甲証言と同一の供述者たる甲が、覚せい剤の供給元を丁とする甲証言と矛盾する「丁ではない」「暴力団員から」「仕入れていた」ことを内容とする供述をしており、自己矛盾供述性は充たす。そして、甲が述べた内容を P が正確に録取したことは 321 条 1 項柱書の求める通りに「供述者」甲の「署名」・「押印」により担保

乙.5

されている。したがって、裁判所は証拠2を取り調べる旨の決定をすることができる。

5. 証拠4については、甲証言とは異なる乙を供述者とするものであるから、自己矛盾供述性を充たさないで328条を適用できない。したがって、「証明力を争うため」には証拠4に証拠能力は認められないので、裁判所は証拠4を証拠として取り調べることを決定することができない。

第三. 設問2の2

1. 証拠3は、甲証言と同内容、すなわち覚せい剤取締法違反の事実につき丁の関わりを同一供述者甲が供述するものである。これを328条により証拠能力を認めることができるか。
2. 320条1項は、「公判期日における供述に代えて」、公判廷外の供述を内容とする証拠で、その内容の真実性が問題となるもの（伝聞証拠）を原則として「証拠とすることができない」としている（伝聞法則）。伝聞証拠は、原供述者を反対尋問する等ができないことから、知覚・記憶・表現過程で誤りが入る危険に対して原供述内容の真実性の担保が弱いからである。328条は、自己矛盾供述であることを示して「供述の証明力を争う」に際しては、供述内容の真実性が問題とならないことから例外的に公判廷外の供述に証拠能力を付与している。したがって、「供述の証明力を争うため」を限定的に解して、供述の証明力を減殺するために限って328条は適用されると解する。
3. 証拠3は1で述べた通り、甲証言と同内容の供述を内容としており、別の機会に同内容の供述をしていたことから甲証言の証明力を回

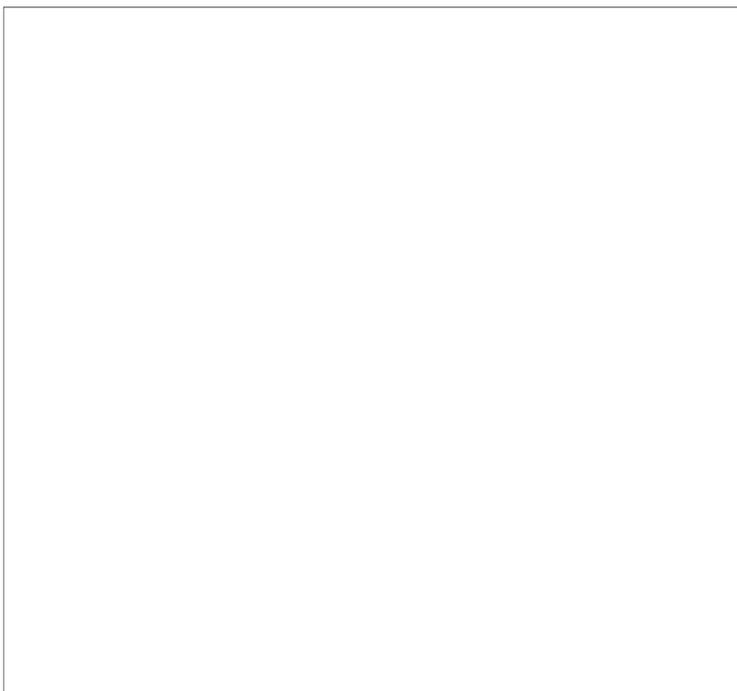
乙.6

復するために取調べが請求されている。したがって、甲証言の証明力を減殺するため、すなわち「証明力を争うため」に取り調べているわけではないから、328条の適用を受けない。

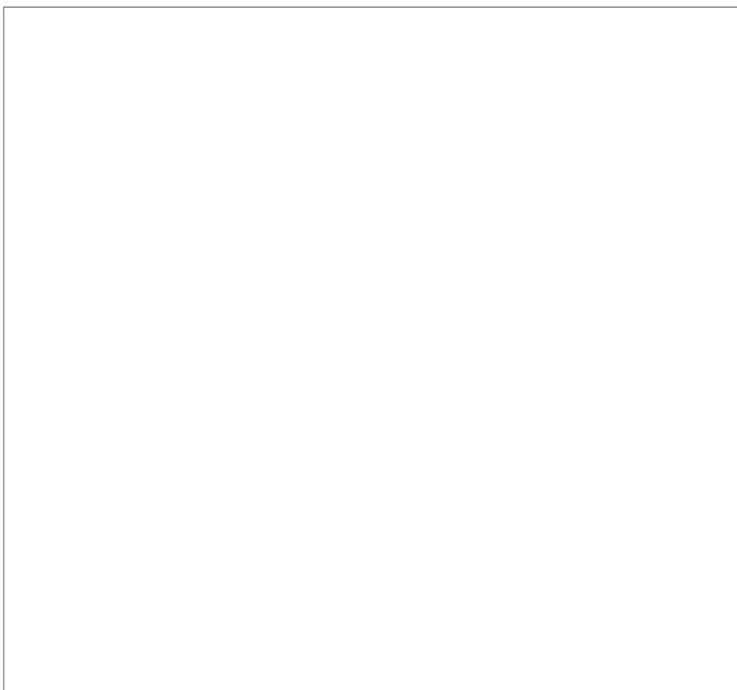
4. 実質的に考えても、320条1項により公判廷における甲証言を優先するとしたにもかかわらず証拠3を公判廷に持ち込むことになる上に、321条1項2号の求める供述不能性や相反性の要件を充たさないものであるから、取り調べることはできない。
5. 以上より、裁判所は証拠3を取り調べる旨の決定をすることができない。

以上

乙 7



乙 8



## 丙さん（合格者）の答案（F 88.26点／200点）

丙1

### 第1 捜査①

1 事前に令状を呈示せず、甲方に入ったことは、222条1項が準用する110条に違反しないか。

まず、同条は、事前呈示を明文で求めているが、同条の趣旨が被処分者への不服の機会を与えることや手続の公正さを担保する点にあることから、事前呈示が原則である。もっとも、証拠隠滅行為が行われるおそれがあるときには、例外として執行着手後速やかに令状を呈示すれば許される。

本件では、事前呈示はされていない。もっとも、甲方の呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができたとしても、ドアチェーンをかけたままの可能性が高く、その間に覚せい剤について証拠隠滅を図るおそれがあるといえる。また、甲方に入った後、Pは居間において令状を示しており、その間不要なことをしていないので、執行着手後速やかに令状を呈示したといえる。

したがって、令状の事後呈示は110条に反せず、適法である。

2 窓ガラスを割って、解錠し、甲方に入ったことは、「必要な処分」（222条1項、111条1項）として適法か。

同条の趣旨は、捜査の実効性確保の点にある。そこで、手段の必要性と相当性があれば「必要な処分」といえる。

本件では、甲方には、甲以外に内妻乙がいて、丙も頻繁に出入りしており、甲以外の者による証拠隠滅が可能である。また被疑事実である覚せい剤取締法違反の証拠物であろう覚せい剤は水に溶かすなど証拠隠滅が容易である。そして、ドアチェーンがかかったままドアを開

丙2

けられる可能性があり、クリッパーで切断できるとしても、その間に第三者による証拠隠滅をされるおそれがある。現に、甲はドアチェーンをして出ていることから、甲らに対して証拠隠滅をさせないように不意に上記の行為をする必要性があった。

また、Pは、甲がドアチェーンをして出たのを確認してQらに合図を送っているため、できる限り甲への財産権侵害が軽い行為をしようと配慮しているといえ、相当性がある。

したがって、「必要な処分」として適法である。

よって、捜査①は、適法である。

### 第2 捜査②

本件の搜索差押許可状で乙の持っていたハンドバッグを搜索することができるのか。

まず、令状の効力がハンドバッグに及ぶか問題となる。

令状の効力が及ぶには、搜索すべき場所の管理権が及ぶ必要がある。

甲方の管理権は、第三者たる乙の持っていた物には、及ばないのが原則である。ただ、乙は、甲方に居住している甲の内妻であり、甲方は、甲と乙の共同管理権に属しているともいえるかもしれない。もっとも、あくまで甲と乙は別人格であるし、甲方に入った時から、乙はハンドバッグを持っており、甲方に置いてあった物とは確定できない。そのため、甲の管理権は乙の持っていた物に及ばないといえる。

もっとも、証拠隠滅の疑いがあり、相当といえる場合であれば、令状の実効性確保として、例外的に令状の効力が及ぶ。

丙 3

本件では、捜索中に急に乙がハンドバッグを持ったまま玄関に向かって歩きだしており、P が「持っているバッグを見せなさい」と言っても、拒否して玄関に向かっており、不審といえる。乙は甲の内妻という親密な関係にあり、甲のために証拠隠滅行為をする可能性があることを考慮すると、乙は証拠隠滅する疑いがあるといえる。また、P は、一度実力を伴わずに呼び止めており、より乙に対して不利益がないような行為を取ろうとしている。そして、バッグだけを取り上げていることから、必要最小限度の行為として、相当といえる。

したがって、令状の効力が例外的に乙の持っているバッグにも及ぶ。

さらに、ハンドバッグには、小さい袋に入っていることが多い、差し押さえられるべき物である覚せい剤が入っている蓋然性がある (22 条 1 項, 102 条 2 項)。

よって、捜索の要件も満たすので、捜査②は適法である。

### 第 3 捜査③

捜査③は、丙の身体への捜索であり、令状の効力は及ばない。丙は全くの第三者であり、甲方の管理権が及ぶことはないからである。

もっとも、捜索の実効性を確保するため、証拠隠滅がされるおそれがあり、手段が相当といえるなら、「必要な処分」(22 条 1 項, 111 条 1 項)として許される。

丙は、右ポケットが膨らんだままであったほか、ズボンの上から右ポケットに触れるなど、右ポケットを気にする素振りや落ち着きなく室内を歩き回るなどの様子が見られ、不審な行動をしている。また、

丙 4

丙は、Q から右ポケットの中身を尋ねられたが、答えていないことから、右ポケットに何か隠している疑いが生じる。そして、丙は、右手を右ポケットに入れてトイレに向かって歩き出しており、覚せい剤等の証拠物をトイレで証拠隠滅する可能性がある。さらに、Q に呼び止められても、黙ったまますり抜けてトイレに入ろうとしており、不審な上、トイレに入る意思が強く、証拠隠滅の疑いがあるといえる。

また、Q は、まず丙の右腕を引き抜き、右手を確認しており、次にポケットの中に手を入れていることから、あらゆる身体を捜索しておらず、必要な所に捜索をしていることから、必要最小限度のものといえ、相当といえる。

したがって、「必要な処分」として許される。

さらに、覚せい剤は、右手やポケットに入る小さい袋に入っている可能性があり、証拠存在の蓋然性もある。

よって、捜索の要件を満たし、捜査③も適法である。

### 設問 2

#### 小問 1

1 S は、証明力を争うために証拠の取調べ請求をしており、弾劾証拠 (328 条)として証拠能力が認められるか検討する。では、「証拠」とは何を指すか問題となる。

同条の趣旨は、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、供述の信用性を減殺することを許容する点にある。そこで、「証拠」とは、自己矛盾供述に限る。

2 証拠 1

丙5

まず、捜査報告書全体については、伝聞証拠（320条1項）にあたる。伝聞証拠は、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるものをいうところ、捜査報告書の内容が真実でなければ意味がないからである。

もっとも、聴覚という五官の作用を用いた文書であり、検証調書と類似するため、321条3項を準用する。そのため、Pが真正作成の供述がされれば、伝聞例外として証拠能力が認められる。

次に、甲の供述部分については、甲証言では、丁の覚せい剤の密売に手伝っていた旨の証言がある。一方、証拠1では、甲は丁が覚せい剤の密売に関与していないと供述している。そのため、甲は、丁の覚せい剤密売の関与について自己矛盾供述をしている。

したがって、「証拠」にあたり、弾劾証拠として証拠能力が肯定される。

よって、証拠1は、証拠取調べ決定することができる。

3 証拠2

甲の供述は、丁名義の預金口座に送金したのは、覚せい剤の密売による売上金の分配をしたものではないとなっている。一方、甲証言では、覚せい剤の密売をし、売上の5割を丁名義の口座に振り込んでいたと供述していることから、自己矛盾供述にあたる。

したがって、弾劾証拠として、証拠取調べの決定をすることができる。

4 証拠4

乙の供述であり、甲の供述でなく、自己矛盾供述とはいえない。そ

丙6

のため、弾劾証拠にあたらぬ。

もっとも、乙の供述は、存在自体を要証事実とすることで、甲証言と丁との関係性、預金口座への送金について矛盾することを推認し、甲の供述の信用性を減殺することができる。

したがって、非伝聞として証拠能力が認められる。

よって、証拠取調べ決定をすることができる。

小問2

証明力を回復するための証拠は、弾劾証拠にあたるか。

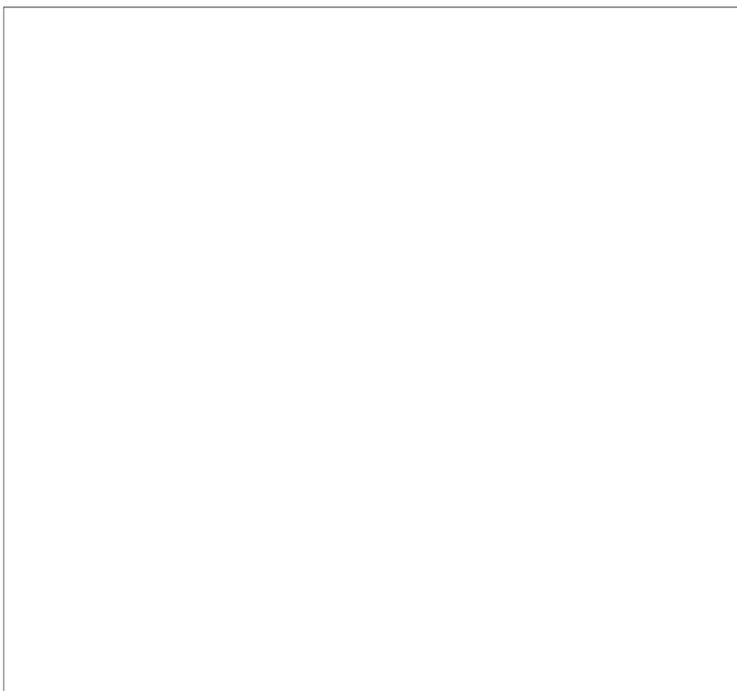
回復証拠は、供述内容の真実性を問題とせず、一致することにより、供述の信用性を回復させるものである。そのため、「証拠」として弾劾証拠となる。

本件でも、甲証言と証拠3の甲の供述は、一致しているので、弾劾証拠となる。

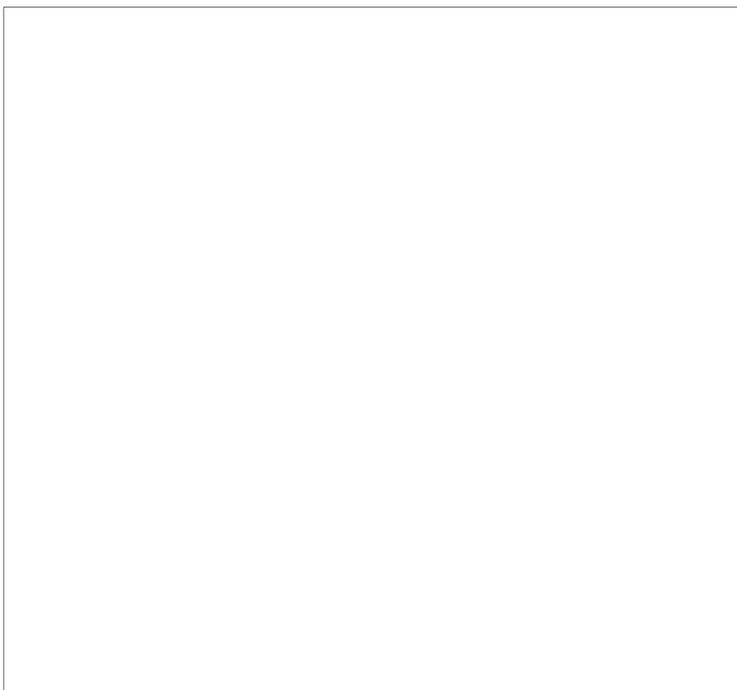
したがって、裁判所は、証拠取調べ決定をすることができる。

以上

丙 7



丙 8



## 丁さんの答案 (C 92.52 点 / 200 点)

丁1

設問1

1 ①の適法性

①の行為について搜索差押えに必要な行為(222条1項, 111条1項)として適法とされないか。

まず、搜索差押令状が適法か。

本件の令状は、甲に対する覚せい剤取締法違反の被疑事実に基づき、搜索すべき場所を「甲方」、差し押さえるべきものを「本件に関連する……」としており被疑事実との関連性が認められるから、搜索差押えの理由が認められる。

そして、本件は覚せい剤取締法違反という、組織性のある重大犯罪であり、差押えの必要性も認められる。

そして搜索場所も差押え対象物も前記の範囲で特定されている。

したがって、令状は適法である。

次に必要な処分と認められるか。

必要な処分とは、搜索差押えの目的達成のために必要かつ相当な処分である。

本件では、覚せい剤事犯は組織性が認められるため重大な犯罪であり、密行性が認められるため、証拠確保の必要性が高い。また、証拠物となる覚せい剤はトイレに流すなどの行為により証拠隠滅が容易であり、抜き打ち的に搜索差押えをする必要性が高い。しかも、甲は覚せい剤取締法違反の前科3犯を有するものであり、Aをはじめとする覚せい剤取締法違反で逮捕された複数の者が覚せい剤を甲から買ったという供述をしているうえ、甲がマンション周辺の路上という店舗で

丁2

もない場所で複数の氏名不詳者に茶封筒を交付し対価を受け取っていることが判明していた。これらからすれば甲に重大な嫌疑が認められる。

したがって必要性は大きく認められる。

そして、たしかに任意にドアを開かせる措置は用いていないが、窓ガラスの財産的価値は小さく弁償が可能であって、前記必要性の大きさから上記行為に相当性が認められる。

したがって「必要な処分」として適法である。

2 ②の適法性

②は第三者である乙の携帯物を搜索するものとして違法とされないか。

確かに原則として第三者の携帯物のプライバシーは場所のプライバシーに含まれているとはいえ原則、それを対象とした搜索は違法となる。

しかし、乙は甲方に居住する甲の内妻であってその携帯物のプライバシーは甲方という場所のプライバシーに含まれているといえる。

したがって、令状の効力にもとづくものとして②の行為は適法である。

3 ③の適法性

③の行為は第三者の身体に対する搜索であるとして違法とされないか。

確かに、第三者の身体も場所に対するプライバシーに含まれているとはいえ、これを対象とする搜索は原則として違法である。

丁 3

しかし、当該第三者が場所にあるものを隠匿したと認める合理的理由があるときには、捜索の実効性を確保するため、当該第三者に対する捜索も令状の効力により許されると解する。

本件では、丙が右手を入れていたズボンの右ポケットが手を抜いたにもかかわらずふくらんだままであり、丙は時折ズボンの上から右ポケットに触るなど右ポケットを気にするそぶりや落ち着きなく室内を歩き回るなどの行動をしており、ズボンに何らかの証拠物を隠して落ち着きを欠いていることが推認される。

しかも、ズボンに何が入っているかを尋ねる質問にも答えておらずポケットの中身は警察に見られたくないようなものであることが推認できる。

また丙は制止を振り切って、水に流すなど証拠隠滅が可能となるトイレに向かおうとしており、不利な証拠を隠していることが推認できる。

これらからすれば、丙は捜索場所にある自己に不利益な証拠物を隠匿していると認める合理的な理由があるといえる。

したがって、③は適法である。

設問 2 小問 1

裁判所が証拠として取り調べる決定をするためには、本問の各証拠に証拠能力が認められる必要がある。

本問では、供述の証明力を争うため取調べが請求されており 328 条に基づき証拠能力が認められないか。

328 条の趣旨は証明力を争うため、自己矛盾供述の存在自体を要

丁 4

証事実とする公判廷外の供述を内容とする証拠の証拠能力を認めることにある。

したがって、328 条の対象は自己矛盾供述に限られる。なぜなら他者（供述者以外の者）の供述を対象とすると、他者の矛盾する供述と証明力を争う供述の証明力を比べる必要が生じ、他者の供述の内容の真実性が問題となり、328 条の趣旨に反するからである。

また、328 条は供述者段階の伝聞性を解消するにすぎず、供述録取者段階の伝聞性を解消するものではないから、署名押印のない供述調書は 328 条の対象とならない。

証拠 1 は甲の供述録取書であるが、甲の署名押印がなく、328 条の対象とならない。

次に、証拠 4 は乙の供述録取書であり、甲証言との関係で自己矛盾供述ではないから、328 条の対象とならない。

もっとも、証拠 2 は甲の署名押印のある甲の供述録取書であり、仕入れ担当者が丁ではないと証言している点で甲証言と矛盾しており、自己矛盾供述であるといえる。

したがって証拠 2 は証拠能力が認められ、取り調べる旨の決定をすることができる。

設問 2 小問 2

R は証拠 3 を、証明力を回復するために取調べ請求しており、証拠 3 には 328 条により証拠能力が認められるか。回復証拠が 328 条の対象となるかが問題となる。

この点 328 条の趣旨は前記の通り、要証事実を供述の存在自体と

丁5

する公判廷外の供述を内容とする証拠の証拠能力を認め、供述の証明力を争うことを許すことにある。

そして、回復証拠を328条の対象とすると、回復証拠と、自己矛盾供述の証明力を比較することとなり、回復証拠と自己矛盾供述の内容の真実性が問題となってしまい、上記趣旨に反する。

したがって回復証拠は328条の対象とならない。

本件では、Rは証拠3を甲証言の証明力を回復するために取調べ請求しており、回復証拠にあたる。

したがって328条の対象とはならず、証拠能力が認められない。

よって、取り調べる旨の決定をすることはできない。

以 上

丁6