

刑事訴訟法

【設問 1】

第1 1について

1 強制採尿を実施するための令状の種類について論じ、その上で令状発付の要件が満たされているか検討する。

まず、強制採尿は後述で記載するように「強制的処分」(197条但書)に該当するため、特別の定めが必要であり、尿の採取という物に対する捜索であるから捜索差押許可状が必要なように思われる。しかし、強制採尿という身体への侵襲を伴う行為であることから身体検査令状(218条1項)によるべきである。また、その際には医師をして適切な方法による採尿が実施されることを条件として付さなければならない(218条6項)。

2 では、同令状の要件が充足されているか。これは裁判官が令状発付する際に「正当な理由」が認められたら要件が充足されるところ、容疑者の嫌疑、事案の重大性、当該捜査の補充性等を総合考慮して検討する。

本件で、PがXから甲から覚せい剤を購入した旨を聞き取り、実際に甲の前科を照会したところ、甲には覚醒剤取締法の前科1犯があったことから、甲が覚せい剤を所持している可能性は高い。また、Pが甲を逮捕したときに甲の左肘内側に真新しい注射痕様のものがあつたこと、頬がこけ、目を見開き、手足が小刻みに震えているなど、甲に覚せい剤常用者特有の様子が見られたこと等から、甲が覚醒剤を使用している嫌疑が認められる。

そして、覚せい剤事案は密航性が高く、資金が暴力団の活動に充てられる可能性があるし、覚せい剤自体も水溶性があつて、証拠発見の困難性が顕著である。

さらに、Pが甲を警察署へ引致し、甲から本件譲渡について弁解を録取したところ、甲は「やっていない。何も知らない。覚醒剤とは縁を切っている。」と供述し、容疑を否認している。また、Pが尿の任意提出を求めたところ、「今は出ない。待ってくれ。」と答えたことや、その後も尿の任意提出を求めても甲が応じないこと、Pが水を飲むように勧めたが甲がこれに応じずに提供された昼食を食べた際にも水を飲まなかったことから強制採尿によらなければ証拠物を採取することができない状況であつたことが伺われる。よって、補充性も満たされ、上記令状の要件は充足する。

2 下線部②の行為が適法か否かを検討する。

同行為は強制採尿であるが、これは「強制的処分」に該当するか。

「強制的処分」とは、個人の意思を制圧し、身体住居財産などに制約を加え、捜査目的を強制的に実現する行為を指す。そして、個人の意思を制圧し、とは合理的に推認される被処分者の意思を意味する。なぜなら、被処分者が同意していたらプライバシーを放棄していると考えられるからである。また、身体住居財産に制約を加えるとは、重要な権利利益に実質的な制約を加えることを指す。なぜなら、身体住居財産は憲法上定められた重要な権利利益であるからである。

本件では、Pが甲に尿の任意提出を求めても拒否し続けているし、Pが強制採尿をするし

かないと申し向けると甲はそれに強い抵抗を示していることから現実の同意はない。さらに強制採尿は身体への激しい侵襲を伴うから通常合理的に推認される意思からしても個人の意思を制圧していると評価できる。また、上記通り身体という重要なプライバシーに対する制約を伴うものであるから重要な権利利益に対する制約も認められる。

よって、「強制の処分」に該当する。

3 しかし、強制採尿の必要性から一定の要件の下では特定の令状に基づき許される場合があると解する。

具体的には、①犯罪捜査上真にやむを得ない場合であり、②最終手段として、③被処分者の人権へ十分配慮した方法である場合に限り許容される。

本件で、P は I 病院において約 30 分間にわたり繰り返し、甲に対し、「令状は出ているが、自分で尿を出す気はないか」などと任意提出を促しているが、甲はこれを拒否している。また、P が「では強制採尿をするしかないな。」と強制採尿をにおわせても、甲は自ら尿を提出することはなかった。このことから、証拠物の滅失可能性や被処分者である甲の態度から尿の任意提出はおよそ不可能であり、強制採尿によるしか覚醒剤の証拠を採取することはできない状況下であったと評価できる(①②)。また、P は Y 医師に採尿をするようにいっているが、Y 医師は 10 年間の泌尿器科勤務経験を有する泌尿器科専門医であり、令和 2 年以降、I 警察署からの依頼で毎年 5 年程度の強制採尿の実施経験を有していたことから強制採尿をするにあたって適格者であるといえる。そして、実際の実施態様は甲をベッドに横にして、警察官 8 名に甲の手足を押さえつけるようにして行っているが、これは甲が暴れる危険性があったから行ったことであり必要な措置であったと評価できる(③)。

以上のことから本件強制採尿は合理的かつ安全な方法でなされたものであり、上記のように条件付きの身体検査令状をして行われる限り適法であるといえる。

第 2 2 について

1 CT を実施するための令状の種類について論じる。

(1)これが「強制の処分」に該当する場合、「特別の定」が必要になり、当該定めが要求する令状が必要になる。そのためまず「強制の処分」該当性について論じる。

(2) 本件で、乙宅を捜査中に P が乙が何かを飲み込んだ際にのみ込んだものは何か尋ねて乙はこれに何も答えていない。また、乙の現実の承諾をうかがわせる事情はない。また、乙の合理的に推認される意思からすると CT をもって体内を調べられることを許容するとは考えられない。また、身体という重要なプライバシーがある部分を相当程度具体的に体内を把握できる CT をもって調べることは重要な権利利益に対する制約であるといえる。

このことから「強制の処分」に該当する。そして、これは体内を搜索する「搜索」に当たるため搜索差押許可状が必要に思われるが、CT により乙の体内を撮影しその画像を確認するという性質上身体検査令状が必要となる。

【設問 2】

第 1 本件 DVD の動画データのうち【資料 1】の下線部④の発言が記録されている部分の

証拠能力について具体絵的事実を適示しつつ論じる。

1 上記証拠は公判廷外の供述を証拠とするものであり伝聞証拠に該当し証拠能力が認められないのではないか(320条)。

伝聞法則とは、公判廷外の供述を証拠とする場合、そこには知覚・記憶・表現・叙述の各過程に誤りが入り込む恐れがあり、本来、宣誓・偽証罪の告知、裁判官による観察、反対尋問によりこれらの各過程の誤りを除去するのであるが、公判廷外の供述を証拠とする場合にはこれらの過程を踏まないから上記誤りが入り込む恐れが除去できないため原則証拠能力が認められない。そこで、要証事実との関係で公判廷外の供述を証拠とする内容の真実性が問題になる場合に伝聞証拠として証拠能力を否定するべきである。

本件では、乙は本件譲渡を否認して一貫して黙秘している。また、第1回公判期日において「覚醒剤を持っていたことは間違いない。譲渡しの事実については黙秘する。」としている。このことから譲渡しの事実が争点となり、最終的には犯人性が争点となっている。そして、検察官は本件DVDの立証趣旨を「乙が令和8年1月20日昼頃にJ公園で甲と会ったこと」としている。このことから、検察官は公園にて譲渡しの事実があったことを立証して最終的に乙の犯人性を推認させようとしてる。よって、要証事実は譲渡しの事実の存否である。このことから、下線部④は要証事実である譲渡しが本当に存在したかという関係でその内容の真実性が問題となる。よって、原則伝聞証拠であり証拠能力は認められない。

2 しかし、伝聞例外にあたらないか。

本件証拠は、被告人以外であるWの供述であり、被告人の供述をその内容とするものであるから、324条1項により322条1項が準用される。

そして、乙が20日の昼頃は大事な仕事があって、J公園に行って甲と会ってた。といっていることから被告人にとって不利益な事実の承認であり、これを交際していたWに対していっていることから嘘を言う必要性がなく、任意性の観点でも問題はない。

もっとも、「署名又は押印」は不要か。本件は書面ではないが、これが要求される伝聞過程の解消の趣旨は妥当するため求められるものであると解する。

しかし、本件DVDは機会であり通常とは別に解する必要がある。

機械は知覚・記憶・表現・叙述の各過程をたどることはなく、誤りが入る可能性が限りなく低い。このことから、通常の証拠と同様に関連性の問題として処理すれば足りると解するべきである。

本件では、Pは動画データを捜査用のパソコンで複製した上で、同複製動画データを記録媒体であるDVDに保存しただけであり、本件DVD作成過程に人間の認識が入る余地はなかった。このことから、通常の証拠と同様に扱えばいいため例外的に「署名又は押印」は不要であり、伝聞例外に該当し、証拠能力は認められる。

第2 捜査報告書【資料2】の証拠能力について具体的事実を適示しつつ論じる。

1 捜査報告書全体の性質

(1) 本来捜査報告書は公判廷外の供述を内容とするものであり、伝聞法則から証拠能力は

認められない。しかし、任意か強制かの違いしかないことから検証調書に準じるものとして 321 条 3 項により、作成者の真正、内容の真正を証言した場合、証拠能力が認められる。

よって、P が公判で上記証言をした場合は証拠能力は認められる。

2 写真部分

本件では、上記のように乙は譲渡しの事実を否認している。そこで、捜査報告書【資料 2】の立証趣旨を「覚醒剤の密売人が客に交付することの多い未使用の注射器 12 本を乙が所持していたこと」としている。このことから、実際に上記注射器を乙が所持していたことを立証して、譲渡の事実を推認させることを目的としているから、要証事実は実際に上記注射器を所持していたことであり、内容の真実性が問題となる。そこで伝聞証拠となり原則証拠能力は認められない。

もっとも、上記と同様に機械の場合は別に解する必要がある。

本件写真はスマートフォンの動画データのうち、注射器が映りこんでいた場面を捜査用のパソコンを用いて静止画として保存し、それを出力したものであるため知覚記憶表現叙述の各過程が生じることはない。そのため、通常の証拠と同様に扱えばよく非伝聞証拠となる。よって、証拠能力は認められる。

以上

第一 設問1 小問1

1 令状の種類

強制採尿の客体はいずれ人体の外に排出される無価値な物である尿であり、また、その方法は身体に対する侵入を伴うものであるから搜索差押令状によって実施される。ただし、身体に対する侵入を伴う点で身体検査との類似性があり、また、医師による適切な方法によるべきであるといえるから、218条9項を準用し、医師をして相当と認められる方法による旨の条件を付すべきである。

2 令状発付の要件

刑訴法218条1項は、憲法35条を受けて令状主義を定めている。そこで、下線部①の令状の発付が、「正当な理由」(同条1項)に基づいて発せられたものといえるか問題となる。

(1) 同条の趣旨は、搜索差押が対象者の重要な権利利益を侵害することから、裁判所の中立的立場からの事前審査を必要とすることにして、捜査機関の権限の濫用を防止する点にある。そこで、「正当な理由」とは、十分な嫌疑があること、証拠物と被疑事実との関連性があること、証拠物が存在する蓋然性があること、必要性があることを意味する。

(2) Pは逮捕の執行に際して甲に覚醒剤使用者特有の様子が見られたことから、令状の発付を要求しており、被疑事実覚醒剤の使用である。注射痕の存在、覚醒剤常用者特有の様子、前科の存在や、逮捕に係る覚醒剤の譲渡の嫌疑があることなどから、覚醒剤使用の十分な嫌疑があるといえる。証拠物は尿であるところ、尿は覚醒剤使用の立証のための有力な証拠であるから被疑事実との関連性が認められる。また、甲の身体には尿が存在している蓋然性があるといえる。

覚醒剤使用は密行性が高く尿以外に有力な証拠を獲得することが困難であり、また、尿検査の有効性も時間が経つと薄れることから搜索差押の必要性が高いといえる。また、Pは任意の提出を約4時間の間に5回求めているところ、甲は協力するようなそぶりを見せつつも、水を飲まないなどして非協力的な態度を示し、結局任意提出を拒んでいる。その2時間後、再度の任意提出を求めても甲は、出ないんだから仕方ないだろうといい、水も飲まなかった。この時点で、任意提出による採尿が困難な状況にあったといえるから、身体の侵襲と伴う点において不利益が大きいとしても、真にやむをえない最終手段として実施する必要性があったといえる。

(3) よって、正当な理由に基づく令状発付であり、その要件を満たしている。

3 下線部②の行為の適法性

下線部②の行為は「法律に特別の定めがある場合」として218条1項に基づく「強制的処分」である。強制的処分であっても捜査比例の原則に服することになる(197条1項参照)。そこで、捜査比例の原則に反し違法とならないか。

(1) 捜査比例の原則とは、具体的状況のもとで、捜査の必要性和対象者の不利益とを比較衡量して、両者の均衡が保たれている必要があることを意味する。そして、強制採尿は、身体への侵襲を伴う点で重大な不利益を生じさせるものであり、また、屈辱感等の精神的な

打撃を与えるものである。そのため、捜査のために真にやむを得ない場合の最終手段としてのみ実施することが許容されると解する。なお、身体への侵襲を受けない権利が憲法13条の保障する重大な権利利益であることからこの解釈が妥当である（生殖腺除去要件事件参照）。

（2） 本件の被疑事実は覚醒剤の使用であり重大な犯罪であるといえる。その密行性から尿は重要な証拠であって代替証拠の獲得が困難であるといえる。また、上記の通り、令状の発付までに任意の提出を求めているが、これが功を奏さない状況となっている。さらに、令状発付以後も、Pは、繰り返し任意提出を求めており、甲はこれに対して出したいくても出ないと述べている。従前のやりとりも含めると、甲は協力するふりをして強制採尿の実施を引き伸ばしているに過ぎないといえる。くわえて、10年間の勤務経験のある専門医であって、令和2年以降毎年5件程度の実施経験のあるY医師によって実施されていることから身体に対する侵襲の程度は抑えられていたといえる。実施の際に抵抗していない甲を押さえつけているが、これは暴れた場合には尿道が傷つく場合があるためになされたものであり、甲の身体の保護を目的としている。これらの事情から、捜査のために真にやむを得ない場合の最終手段として実施したといえる。

（3） よって、下線部②の行為は適法である。

第二 設問1 小問2

下線部③のCT検査は、体内のマイクロSDという物を客体としているため搜索差押令状によって実施すべきように思える。しかし、体内が映し出されることによってプライバシーの侵害となること、また、CTスキャンはX線を用いるため医師によらなければ健康被害の生じる可能性があるものである。したがって、鑑定処分許可状によって実施すべきである。

第三 設問2 小問1

1 伝聞法則

（1） 供述証拠は、人の知覚記憶表現叙述の各過程に誤りが生じやすくそれによって誤判のおそれがあることから、裁判官の面前で反対尋問権が保障され偽証罪が適用される場面においてそのおそれを除去する必要がある。そこで、320条1項は、公判廷外での供述証拠の証拠能力を原則として否定している。したがって、伝聞法則は、公判期日外の供述であって、その内容の真実性が問題となる場合に適用される。

（2） まず、本件DVD内の会話は、公判期日外の会話を録音したものではあるが、動画データという機械的な記録がなされたものであって上記の伝聞法則の趣旨が妥当しないため、録音されている点について伝聞法則の適用はない。

次に、下線部④の発言は、Wの発言と乙の発言が含まれており再伝聞となっている。Wの発言部分については、実際にWの発言通りの乙の発言があったことから、乙が甲と会っていたことを推認しようとしており、内容の真実性が問題となる。

他方で、乙の発言については、恋人に対する発言であることや、甲との関係を推認できる

内容であることから、その発言自体から実際に甲と会っていたことを推認することができるといえるため、内容の真実性が問題とならない。

(3) したがって、W の発言部分についてのみ伝聞法則が適用される。

2 伝聞例外

供述に「代えて」という文言から 324 条 2 項を準用して 321 条 1 項 3 号の要件を充足した場合には伝聞例外として証拠能力が認められると解する。

W は「死亡」しているため供述不能である。W の発言は甲乙の共謀の有無を認定するための証拠であって、被告人である甲の発言以外に代替証拠はなく、甲の発言は巻き込みの危険があることから証拠価値が低いため、「犯罪事実の存否の証明に欠くことのできないもの」に該当する。特信状況の有無は、信用状況が保障されている外部的情况があるか否かを基準として判断するが、その判断の考慮要素として内容についても検討することができる。本問では、恋人同士の誕生日ビデオとして録音された際の発言であることから嘘をついている可能性が低い。また、乙の発言から 2 日後のことであるから記憶の誤りの可能性も低い。甲の発言と一度見かけたくらいであるという W の発言は整合している。これらの事情から、特信状況にあったといえる。

よって、例外的に証拠能力が認められる。

第四 設問 2 小問 2

1 写真部分については機械的なものなので伝聞法則の適用はない。

2 この注射器は密売人が客に交付するという部分は、

令和8年度司法試験本試験 刑事訴訟法再現答案

設問1

第1 1について

1 下線部①の強制採尿を実施するためには、いかなる令状が必要か。強制採尿に必要な令状の種類が問題となる。

- (1) この点について、体内に存在する尿は老廃物としていずれ体外に排出される不要物であって、物としての性格が強い。したがって、その占有を強制的に取得する行為は搜索・差押えの性質を有しているといえるから、搜索差押許可状(218条1項)による必要があると解する。もっとも、強制採尿は尿の採取に体内侵襲を伴うため、身体検査としての性質も有する。そこで、同条6項を準用し、医師をして相当と認められる方法で行わなければならない旨の条件を付さなければならないと解する。
- (2) したがって、下線部①の強制採尿を実施するためには、搜索差押許可状により、医師をして相当と認められる方法で行わなければならない旨の条件を付さなければならない。

2 では、下線部①の令状の発付の要件が満たされていたといえるか。搜索差押許可状の発付の要件は、搜索差押の理由が存在し、搜索差押をする必要性が認められる必要があるところ、下線部①においてもかかる要件を満たしていたかを検討する。

- (1) まず、Pは、覚せい剤取締法違反で逮捕したXから、覚せい剤を甲から購入した旨の供述を得て、必要な捜査を行い、甲を逮捕したところ、甲の左肘内側に真新しい注射痕様のものがあり、頬がこけ、目を見開き、手足が小刻みに震えているなど甲に覚せい剤常用者特有の様子が見られたことから、甲が覚せい剤を使用していることが疑われ、甲の体内に覚せい剤の陽性反応が検出される尿が存在する蓋然性があつたといえることができる。
- (2) また、Pは、甲に対し、5回以上も尿の任意提出を求めたところ、甲はまだ出ないなどと答え、尿の任意提出に応じず、Pは甲に水を飲むようにも勧めたものの、甲はこれにも応じなかったことから、甲が任意に尿を提出することは期待できず、尿を採取するために強制力を用いる必要があつたといえることができる。また、覚せい剤が体内に存在している期間はそれほど長くはなく、甲がPらの目を盗んで放尿することにより、容易に覚せい剤を体外に排出することもできるから、直ちに強制力を用いて尿を採取する必要性もあつたといえることができる。
- (3) したがって、下線部①において、搜索差押の理由及び搜索差押をする必要性がともに認められることから、令状発付の要件は満たされていたといえることができる。

3 下線部②の行為は適法であつたといえるか。下線部②の行為は搜索差押許可状に基づき、令状の執行として行われているため、「必要な処分」(222条1項、111条1項)として許容されるかが問題となる。

- (1) この点について、捜査比例の原則(197条1項本文)の観点から、「必要な処分」とは

令状の執行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るものをいうと解する。

- (2) 本件では、I病院においてもPは甲に対し、繰り返し任意に尿を提出することを求めたものの、甲はこれに応じなかったのであるから、強制採尿をする必要があった。また、甲の尿道にカテーテルを挿入させ、膀胱からカテーテルを経由して尿を体外に排出させる際に、甲が痛みで暴れ、甲の尿道が傷つくこともありうるため、甲が暴れないように甲の身動きを封じる必要があり、Pら警察官8名で、甲の両手両足を押さえる必要があったといえることができる。さらに、Y医師は、10年間の泌尿器科勤務経験を有する泌尿器科専門医であり、毎年5件程度の強制採尿の実施経験を有していたことから、強制採尿をするのにふさわしい人物であり、合理的かつ安全な方法で甲の尿を採取していることから、社会通念上相当な態様で行われたといえることができる。
- (3) したがって、下線部②の行為は「必要な処分」として許容されるため、適法であったといえることができる。

第2 2について

1 下線部③のCT検査を実施するためにはいかなる令状が必要か。CT検査を実施するための令状の種類が問題となる。

- (1) この点について、CT検査は体内をX線を用いて断層撮影し、体内の様子を確認するものである。これは、X線を用いて断層撮影された画像を視覚という五官の作用により体内の状態を認識する行為であり、検証に位置づけることができる。そこで、CT検査を実施するためには検証令状(218条1項)が必要であると解する。
- (2) したがって、下線部③のCT検査を実施するためには、検証令状が必要である。

設問2

第1 1について

1 本件DVD内の動画データのうち、下線部④の発言が記録されている部分に証拠能力は認められるか。下線部④の発言が記録されている部分は公判期日外のWの供述を含んでいるため伝聞証拠(320条1項)に当たり証拠能力は認められないのではないか。伝聞証拠の意義が問題になる。

- (1) そもそも、伝聞法則の趣旨は、伝聞証拠に対しては反対尋問ができず、誤判のおそれがある点にある。すなわち、供述証拠は知覚・記憶・叙述の過程を経て証拠化されるところ、各過程には誤りが介在するおそれがあるため、反対尋問等により供述の真実性を吟味する必要がある。そこで、かかる趣旨に鑑み、伝聞証拠に当たるか否かは要証事実との関係で、供述内容の真実性について反対尋問等による吟味が要請されるか否かにより、相対的に決せられると考える。

したがって、伝聞証拠とは、公判期日外の供述を内容とする証拠で、その供述内容の真実性を立証するために使用される証拠をいうと解する。

(2) 本件について、下線部④の発言はWの公判期日外の供述を内容とする証拠である。また、検察官は、本件DVDの立証趣旨を乙が令和8年1月20日昼頃にJ公園で甲と会ったこととしているところ、下線部④のWの発言の「あなたは、20日の昼頃は大事な仕事があって、J公園に行って甲と会ってたって言ってたものね」という部分の発言の内容が真実であれば、乙が同日にJ公園で甲と会っていたことが推認される。そのため、下線部④の発言の内容の真実性が問題となるから、その供述内容の真実性を立証するために使用される証拠に当たり、下線部④の発言は伝聞証拠に当たる。

(3) したがって、下線部④の発言が記録されている部分は証拠能力が認められないのが原則である。

2 もっとも、伝聞例外の要件を満たし、例外的に証拠能力が認められないか。下線部④の発言は乙のスマートフォンにより撮影された動画データの中に含まれており、Pはこれらの動画データを捜査用パソコンを用いて複製したうえで、同複製動画データを記録媒体である本件DVDに保存している。そして、スマートフォンにより撮影された動画は、知覚・記憶・叙述の各過程をいずれも機械が正確に行うため、誤りが介在するおそれがなく、動画データの内容が乙方において差押えたスマートフォン内の動画データの内容と同一であることは証拠上認定できることから、下線部④のWの発言の録取の伝聞性は問題とならない。そのため、下線部④のWの発言が321条1項3号の要件を満たすかを検討する。

(1) まず、Wは令和8年2月に交通事故により死亡していることから、「供述者が死亡」した場合に当たる。

(2) 次に、動画データは乙方居室内において、Wが乙の誕生日を祝っている場面のもので、乙とWしかいないプライベートの空間を撮影したものであり、他の誰かに見せるための動画でもないから、動画内の発言に嘘が入り込む恐れはなく、乙やWの本心が表れているということが出来る。そのため、「その供述が特に信用すべき状況の下にされたもの」ということが出来る。

(3) しかし、乙は本件譲渡しについて一貫して黙秘しているものの、検察官は上記の立証趣旨に基づき要証事実を立証するためには、共犯者と思われる甲の発言を得ることも可能であり、下線部④のWの発言が、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」ということはできない。

(4) したがって、同号の伝聞例外の要件を満たさないから、本件DVD内の動画データのうち、下線部④の発言が記録されている部分に証拠能力は認められない。

第2 2について

1 捜査報告書に証拠能力は認められるか。捜査報告書は捜査の結果を記載したものであり、公判期日における供述に代わる書面であるところ、捜査の結果として記載されている内容の真実性が問題になるから伝聞証拠に当たり原則として証拠能力は認められない。

2 もっとも、321条3項が適用され、伝聞例外として例外的に証拠能力が認められない

か。

この点について、同項が比較的緩やかな要件で証拠能力を付与した趣旨は、検証は専門的訓練を受けた捜査官が行う事項であるため恣意の入る余地が少なく、複雑な事項については書面の方が正確を期しやすい点にある。そして、捜査報告書も専門的訓練を受けた捜査官が作成するため恣意の入る余地が少なく、書面に親しむ点は同様であるから、同項の趣旨が妥当する。そのため、捜査報告書も同項の適用があると解する。

したがって、捜査報告書は同項の要件を満たせば伝聞例外として例外的に証拠能力が認められる。

3 しかし、捜査報告書には個別に包装された未開封の注射器 12 本が乙方内の床上に置かれている状況が写った写真が添付され、写真の下に説明文も記載されているため、この部分が別途伝聞証拠に当たり伝聞法則が適用されないか。上記の基準で判断する。

本件では、検察官は捜査報告書の立証趣旨を覚せい剤の密売人が客に交付することの多い未使用の注射器 12 本を乙が所持していたこととしている。そして、このような注射器が乙方内の床上に置かれていたという事実自体から、乙がこのような注射器を所持していたことが推認されるから、要証事実が注射器が乙方内の床上に置かれていた事実それ自体である。そのため、写真及び説明文部分の内容の真実性は問題にならず、捜査報告書に捜査の結果が正確に反映されていれば証拠能力が認められる。

4 よって、結局、捜査報告書全体の内容の真実性が問題になるにすぎないから、P が公判期日において証人として尋問を受け、名義の真正と内容の真正を証言すれば、捜査報告書の証拠能力は認められる。

以上

令和 8 年司法試験 刑事訴訟法

第 1 設問 1 小問 1

1. 強制採尿は、尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する点で搜索・差押えの性質を有するから、搜索差押許可状によるべきである。

もっとも、強制採尿は身体侵襲を伴う点で検証としての身体検査と共通の性質を有するから、218 条 6 項を準用し、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解する。

2. 強制採尿は、身体に対する強制的な侵入行為であるから、犯罪捜査上真にやむを得ない場合に限り実施し得ると解する。

本件において、覚醒剤の使用罪は、法定刑が「10 年以下の拘禁刑」に処せられる極めて重い犯罪である。また、甲の左肘内側に真新しい注射痕様のものがあったこと、さらに頬がこけ、目を見開き、手足が小刻みに震えているなど、甲に覚醒剤常用者特有の様子が見られたことから、甲が覚醒剤を使用したという嫌疑は高い。覚醒剤使用罪は密行性が高いことから、尿は使用の事実を直接かつ確実に証明する唯一無二の客観的証拠であり、証拠としての重要性も極めて高い。P は逮捕後の午前 8 時から午後 2 時頃までの間に計 7 回にわたり、甲に対して任意で尿を提出するよう説得を尽くしたにもかかわらず、甲は任意提出を拒否し続けたことから強制採尿に代わる適当な代替手段は存在しなかったといえる。

したがって、本件強制採尿は犯罪捜査上真にやむを得ない最終的手段としての発付要件を満たしていたといえる。

3. 上記の通り、強制採尿が適法とされるためには、医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない。

本件において、採尿を実施したのは 10 年間の泌尿器科勤務経験を有する泌尿器科専門医であり、強制採尿の経験も毎年 5 件程度はある Y 医師であった。また、甲の尿道にカテーテルを挿入し、膀胱から尿を安全に排出させるという合理的かつ安全な方法で実施された。

したがって、本件強制採尿は「医師をして医学的に相当と認められる方法」により行われたといえる。

4. 強制採尿令状の執行において、これを安全かつ確実に実施するために、被疑者の身体を抑えつけるなどの実力を行使することは、搜索・差押えの目的を達するための「必要な処分」（222 条 1 項、111 条 1 項前段）として許容される。

カテーテルを尿道に挿入する際、生理的な不快感や痛みから不意に体が動いてしまうと、尿道や膀胱が損傷するという被疑者の身体に対する重大な危険が生じるおそれがあることから、これを未然に防止し、医学的・安全に採尿を完了させるためには、あらかじめ身体を確実に固定する高度な必要性があった。また、複数人で押さえつけたことも、採尿を安全に実施するための必要最小限度の合理的な範囲にとどまるといえるので、相当性も認められる。したがって、下線部②の有形力の行使は、本件強制採尿に伴う「必要な処分」として認められる。

5. よって、下線部②の行為は適法である。

第2 設問1 小問2

1. 本件において、乙に対するCT検査を行う目的は、乙が顧客リスト入りのマイクロSDカードを飲み込んだ可能性が高いことから、マイクロSDカードが存在するかどうかをX線撮影によって客観的に可視化し、認識・保全することにあるところ、検証とは、五官の作用によって対象の存否や性質、状態を認識する処分であり、CTを用いて体内等の情報を取得・認識する行為も「検証」にあたる。

したがって、本件CT検査は「性状認識」を目的とする処分であるため、検証令状（218条1項）によるべきである。

2. もっとも、CT検査は、人体内部にX線を照射するという身体の安全に対する侵襲を伴うため、被疑者の人権を侵害するおそれ大きい。そこで、身体検査令状に関する刑訴法218条6項を準用し、「医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない」旨の条件の記載を付した「条件付検証令状」によるべきである。

第3 設問2 小問1

1. 伝聞証拠は、原則として証拠能力を有しない（320条1項）。伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断するべきである。

2. 本件DVDについての検察官の立証趣旨は「乙が令和8年1月20日昼頃にJ公園で甲と会ったこと」であることから、本件証拠の要証事実は、「乙が令和8年1月20日昼頃にJ公園で甲と会っていた事実」となる。この要証事実を立証するためには、動画に記録されたWの発言が真実であることと、その中に含まれる乙の発言の内容も真実であることが必要となる。したがって、公判外の供述内容の真実性が問題となるため、本件動画データは伝聞証拠にあたる。もっとも、伝聞証拠にあたるとしても、伝聞例外として証拠能力が認められないか。

3. 下線部④の発言はWという被告人以外の者によるものであり、本件DVDはWがスマートフォンを用いて撮影をした動画データであることから、「その者の供述を録取した書面」と同視できる。そして、本件DVDの正確性は、機械的に担保されているため、「署名若しくは押印」は不要である。そこで、321条1項3号の要件である、供述不能要件、不可欠性要件、絶対的特信情况要件を検討する。

（1）Wは「令和8年2月に交通事故により死亡している」ため、公判期日において供述することができないことから、供述不能要件を満たす。

（2）不可欠性とは、必ずしも唯一の証拠であることを意味せず、その証拠の有無が事実認定に著しい差異を生じさせる可能性がある場合をいう。本件において、乙は譲渡事実について一貫して黙秘しており、共謀者である甲も「それ以上のことは何も知らない」と供述して

いるため、共謀・譲渡の事実を直接裏付ける証拠は極めて乏しい。Wのこの発言は、譲渡当日の乙と甲の接触という極めて重要な間接事実を証明する代替性のない証拠であり、不可欠性の要件を満たす。

(3) 絶対的特信情況が認められるには、供述時の外部的付随事情から、虚偽の入り込む危険性が極めて低いと認められる必要がある。

Wと乙は交際関係にあり、乙方居室内でケーキを囲む極めて親密かつプライベートな状況において、Wが乙を不当に陥れるために虚偽の発言をする動機は存在しない。また、Wはランチを一緒に食べられなかったことに対する理由として乙自身から前日に聞いた説明を、確認の意味で自然に口に出していることから、虚偽の発言をする動機はないと考えられる。そのため、絶対的特信情況は認められる。

(4) したがって、321条1項3号の要件は充足し、伝聞例外の要件を満たす。

4. もっとも、本件DVDのWの発言部分は、伝聞例外を満たしたことによりWの「公判供述」(324条)に代わるものとなるから、Wの供述中の乙の発言部分には324条を準用できる。乙は被告人であるから、324条1項により322条1項が準用される。なお、再伝聞である乙の発言部分については、乙の署名又は押印は想定できないから、伝聞例外の要件として乙の署名又は押印は不要である。

乙の被疑事実「甲と共謀して覚醒剤譲渡しを行ったこと」である。甲とJ公園で会っていたという事実は、共同実行の着手や共謀の存在を強く推認させる間接事実であり、乙にとって「不利益な事実の承認」に該当するため、322条1項前段が適用される。乙の発言は、交際相手であるWとの会話の中で自発的に行われたものであるため、任意性に疑いはない。

したがって、322条1項前段の要件を満たす。

5. よって、下線部④の発言が記録されている部分の証拠能力は認められる。

第4 設問2 小問2

1. 本件捜査報告書【資料2】は、公判廷外における司法警察員Pの供述を内容とする書面であるため、原則として伝聞証拠にあたり、証拠能力が否定されないかが問題となる。

2. 本件捜査報告書全体については、本件捜査報告書はPが乙から適法に差し押さえたスマートフォン本体の動画データを見分しその過程と結果を記載したものであることから、検証に準ずる過程を経て作成されているため「検証の結果を記載した書面」又はこれに準ずるものとして321条3項の要件を満たせば証拠能力が認められる。

したがって、Pが証人として出廷し、上記真正作成の供述を行えば、本件捜査報告書全体の証拠能力は認められる。

3. 添付された「写真部分」については、「個別に包装された未開封の注射器12本が床上に置かれている状況」を写したものであることから、見分結果を視覚的に補充する「説明写真」であるといえ、作成者による真正作成供述の要件を満たせば、書面本文と一体となって証拠能力が認められる。

4. 写真の下にPによる「説明文」については、「覚醒剤の密売人が客に交付することが多

い」というP自身のこれまでの捜査経験に基づく推論や判断を述べるものであることから、「覚醒剤の密売人が客に交付することが多い」かどうかについて真実性が問題となるので、伝聞証拠にあたるどころ、伝聞例外の要件を満たすかが問題となる。

Pは被告人以外の者であるので、321条1項3号の要件を満たす必要があるところ、Pが公判廷に出廷可能な状態であるため、伝聞例外の要件である「供述不能要件」を満たさない。そのため、説明部分には証拠能力が認められない。

5. よって、捜査報告書全体及び添付写真については、作成者である司法警察員Pが公判期日において証人として尋問を受け、真正に作成されたものであることを供述すれば、321条3項により証拠能力が認められるが、写真の下のPによる説明部分は証拠能力が認められない。