

平成29年司法試験再現答案

刑事系科目

第2問 刑事訴訟法

整理番号	ランク
1	A
2	A
3	A
4	A
5	A
6	A
7	B
8	A
9	A
10	D
11	C
12	A
13	C
14	D
15	A

再現答案(刑事訴訟法)

設問 1

一. 下線部①の捜査(以下、捜査①という)について

1. 捜査①は、Qらがベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って開錠し、甲方へ入ったというものである。

これは、甲の所有権を侵害し、かつ、甲の住居権(憲法 35 条)を侵害しうるものであるから、「強制の処分」(刑事訴訟法(以下、法典名省略)197 条 1 項但書)に当たる。そこで、Qらのこの行為が「必要な処分」(222 条 1 項、111 条 1 項)として適法にならないか。

(1) 111 条 1 項は、搜索差押えの目的を完遂するため付随的に認められる処分について注意的に規定したものである。そこで、同項で許容される「必要な処分」とは、捜査の目的を達成するために必要であり、かつ、相当の範囲内である処分のことをいうと解する。そして、その判断は、嫌疑の程度、事案の性質、行為態様等の観点から行う。

(2) 甲方の搜索差押えは、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(以下、本件被疑事実という)で行われたものである。逮捕された A は、甲から覚せい剤を購入した旨を供述している。そして、甲は、覚せい剤取締法違反の前科 3 犯を有する者であり、また、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、これと引き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ている。これらのことからすると、本件被疑事実について甲の嫌疑は非常に高いものといえる。

本件の搜索差押えについては、差し押さえるべき物として覚せい剤、メモや通帳等小型の物が多く記載され、隠匿が容易な物が多い。また、本件において、甲は玄関のドアチェーンを掛けたまま応対する可能性が高く、玄関から室内に入るのに時間がかかり、甲らが証拠隠滅を図るおそれが高かった。特に覚せい剤は営利目的を推認するうえで重要な証拠となるところ、玄関から室内に入ろうとしたのでは破棄隠匿が容易になされるおそれがある。そうすると、Qらは、ベランダ側から甲方に侵入する必要性が高かったといえる。

他方、Qらは、掃き出し窓のガラスを割って解錠し、甲方に入ったのであり、解錠をするために必要な範囲のみの窓ガラスしか破壊しておらず、窓ガラスを全て割って侵入するより穏当な手段を用いているといえる。

これらのことからすると、Qらは、上記の通り高度の必要性が認められる状況で相当の方法によって、甲方へ立ち入ったものといえる。したがって、捜査①は「必要な処分」として適法となる。

2. もっとも、Qらは、甲に搜索差押許可状を示す前に甲方へ立ち入っている。そこで、捜査①は、222 条 1 項が準用する 110 条に反し違法とならないか。

(1) 222 条 1 項が準用する 110 条は、令状を被処分者に呈示することを規定する。この趣旨は、捜査機関の権利濫用を防止し、被処分者に不服申し立ての便宜を与える点にある。そうすると、令状の呈示は事前呈示が原則であると解される。

もっとも、令状の事前呈示を要求すると、捜査の目的を達することができない場合があり、

また、事前呈示は令状主義(憲法 33 条、35 条)の本質的な要請ではない。そこで、令状を事前に提示したのでは捜査の目的を達することができないおそれがあり、かつ、令状を直後に呈示した場合には例外的に事後呈示も違法とはならないと解する。

(2) 本件では、前記の通り、搜索差押許可状を事前に呈示したのでは証拠を隠滅されるなど捜査の目的を達することができないおそれが高かった。そして、P は、Q が甲方へ立ち入った直後に、甲に搜索差押許可状を呈示している。したがって、捜査①は適法である。

二. 下線部②の捜査(以下、捜査②という)について

1. 捜査②は、乙の所有するハンドバッグの中身を搜索したというものである。それでは、当該バッグに本件搜索差押許可状の効力が及んでいるか。

搜索差押許可状は、令状裁判官が有効期間(219 条 1 項)内に搜索場所に存在する物の蓋然性を審査して発付されるものである。そして、審査時に搜索場所に存在する蓋然性の高い物については、「場所」に包摂される物としてプライバシー侵害が許容されていると解され、令状の効力が及ぶと解する。

本件搜索差押許可状は、甲方を搜索場所とし、上記ハンドバッグの所有者たる乙は第三者である。しかし、乙は、甲方において甲と同居する者である。そうすると、甲方に乙の所有物が存在することは容易に想定される。そして、乙が所持していたハンドバッグは、甲方に通常存在しない物であるといった特段の事情はない。したがって、乙所有のハンドバッグは、甲方に存在する蓋然性の高い物であるといえ、本件搜索差押許可状の効力が及ぶといえる。

2. 本件搜索差押許可状の効力が上記ハンドバッグに及ぶとしても、それは第三者たる乙の所有物であるから、それを搜索するためには「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」(222 条 1 項、102 条 2 項)が認められなければならない。

乙は、甲方で甲と同居する者であるから、甲と共犯関係にある疑いがあった。そして、本件搜索差押許可状として記載された『差し押さえるべき物』には、覚せい剤や手帳、通帳といった小型であり、乙所有のハンドバッグに隠匿可能な物が含まれている。そうすると、当該ハンドバッグに『差し押さえるべき物』が隠匿されているおそれがあるといえる。したがって、乙所有のハンドバッグには「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」があるといえる。

よって、捜査②は適法である。

三. 下線部③の捜査(以下、捜査③という)について

1. 捜査③は、Q の身体を搜索したものである。

まず、搜索場所に居た第三者の身体は「場所」に包摂されることはないから、搜索差押許可状の効力は第三者の身体に及ばず、第三者の身体を搜索することは原則として許されない。そして、本件において、丙は甲方へ頻繁に出入りしていることが判明しているが、そうだとすると、裁判官の審査が丙の身体まで及んでいると認められるような特段の事情も存しない。

2. もっとも、第三者の身体であっても、当該第三者が証拠物を隠匿したと疑うに足りる相

当の理由がある場合には、原状回復措置として第三者の身体を搜索することも「必要な処分」(222 条 1 項、111 条 1 項)として例外的に適法となると解する。

本件において、丙は、上記の通り、甲方へ頻繁に出入りしており、甲と共犯関係にあると疑われる者である。そして、前記の通り、本件搜索差押許可状の『差し押さえるべき物』は、小型でかつ隠匿が容易な物が多い。また、丙は、搜索開始時点からズボンの右ポケットに右手を入れた状態であり、搜索中も右ポケットを気にする素振りが見られ、落ち着きがなかった。しかも、Q が、丙に対し、ズボンの右ポケットに何が入っているか尋ねても、丙は何も答えず、右手を右ポケットに入れたままトイレに向かって歩き出した。このように丙に不審な行動が見られ、かつ、本件の証拠物はポケットに隠匿可能な物が含まれていることからすると、丙が証拠物を隠匿したと疑うに足る相当の理由が認められるといえる。

したがって、丙の身体を搜索することも例外的に適法となる。

設問 2 小問 1

1. 下線部④で請求された各証拠は、甲証言の証明力を争うため、すなわち、甲証言の証明力を弾劾するため取調請求されたものであるから、328 条に基づく証拠調べを請求しているものと考えられる。

328 条の趣旨は、自己矛盾供述の存在を証明することにより原供述の証明力を弾劾することを認めたという点にあるから、同条で許容される証拠は、自己矛盾供述のみに限られ、自己矛盾供述の存在を証明するためには証拠能力を有する証拠によらなければならないと解される。

2. 証拠 1 について

証拠 1 は、甲の供述を P が録取した書面である。その内容は、甲証言と矛盾するから、甲の自己矛盾供述に当たる。それでは、当該書面に証拠能力が認められるか。

(1) 伝聞法則の趣旨は、供述証拠は知覚、記憶、叙述の各過程を経て事実認定者に到達するところ、各過程において誤りが生じやすく、当事者の反対尋問権等による真実性を吟味する必要がある、もって誤判を防止する点にある。

そのため、伝聞証拠とは、要証事実との関係で相対的に決せられるものであり、公判期日における供述に代わる書面及び公判廷外の供述を内容とする証拠であって、内容の真実性が問題となるものをいうと解する。

(2) 証拠 1 の要証事実、甲の供述の存在及び内容であると考えられるから、P が録取した内容の真実性が問題となる。したがって、証拠 1 は、公判期日における供述に代わる書面であり、その内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠に当たる。

伝聞証拠には原則として証拠能力は認められない(320 条 1 項)。そして、証拠 1 は、P の録取の正確性が問題となるところ、甲の署名・押印がないから(321 条 1 項柱書参照)、例外的に証拠能力が認められることにもならない。

よって、証拠 1 に証拠能力が認められないから、裁判所は証拠 1 を取り調べる旨の決定をすることはできない。

3. 証拠 2 について

証拠 2 も、甲の供述を P が録取した書面であり、その内容は甲証言と矛盾するから自己矛盾供述に当たる。

そして、証拠 2 の要証事実も証拠 1 と同様に、甲の供述の存在及び内容である。しかし、証拠 2 については甲の署名・押印があり、P の録取の正確性が担保されている。したがって、証拠 2 について証拠能力が認められるといえる。よって、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。

4. 証拠 4 について

証拠 4 は、乙の供述を Q が録取した書面であり、その内容は甲証言と矛盾するが、甲自身の自己矛盾供述に当たらない。したがって、裁判所は証拠 4 を取り調べる旨の決定をすることはできない。

設問 2 小問 2

1. R は、甲証言の証明力を回復するため、証拠 3 の取調べを請求しているから、これは 328 条に基づきいわゆる回復証拠としての取調べを請求していると考えられる。

回復証拠として 328 条に基づき取調べを認めるためには、同一内容の証言の存在が認められるだけでは足りず、弾劾証拠の証明力を減殺するような内容であることが必要であると解される。なぜなら、同一内容の証言であるからといって、その証言の信用性が高まるという関係にはないからである。

2. 本件において、証拠 3 は、甲による丁は関係がないと供述したのは嘘であるという旨の供述を R が録取したものである。そうすると、証拠 3 は、弾劾証拠として取調べ決定をされた証拠 2 が真実でないことを表す証拠となるといえ、証拠 2 の証明力を減殺するものといえる。したがって、裁判所は証拠 3 を回復証拠として取り調べる旨の決定をすることができる。

平成 29 年度 司法試験 刑事系科目第 2 問(刑事訴訟法)

第 1 設問 1 について

1. 下線部①の捜査の適法性について

(1) 下線部①の捜査は、搜索差押手続そのものではないから、搜索、差押えに「必要な処分」(刑事訴訟法(以下法典名省略)222 条 1 項、111 条 1 項)として適法といえるかが問題になる。

ア 上記規定は、捜査比例の原則が搜索差押手続にも及ぶことを前提とした規定であるから、「必要な処分」とは、搜索差押の目的達成のために、必要性が認められ、その態様が社会通念上相当といえる処分を意味すると解する。

イ ここで、甲は覚せい剤取締法違反の前科 3 犯を有する者であること、及び A を含めた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旨を供述していることからすれば、甲が覚せい剤取締法違反の罪を犯しているとの嫌疑が強かったといえる。

また、甲はドアチェーンをかけたまま応対する可能性が高く、その間に覚せい剤等の搜索目的物を隠匿するおそれがあった。そして、覚せい剤は、トイレに流すなどして隠滅を図ることが容易であった。また、甲方では甲の内妻が居住し、丙が頻繁に出入りしていたことからすれば、それらの者が協力して目的物を隠匿するおそれがあったといえる。

これらの事情からすれば、甲方での搜索、差押えの実施において、甲らの動静を把握し、甲が覚せい剤等の目的物を隠匿することを防止するため、甲方の窓ガラスを割って甲方に入る必要性が高かったといえる。

そして、甲方の窓ガラスを割るという行為は、財産的破壊を伴う行為であるが、事後的な修復、賠償は可能であり、他に甲らの身体への侵襲を伴う行為ではないから、その態様は社会通念上相当であるといえる。

(2) 以上より、下線部①の捜査は、「必要な処分」として適法であるといえる。

2. 下線部②の捜査の適法性について

(1) 下線部②において、P らは甲方を搜索場所とする搜索差押許可状に基づき、甲方に居住する乙のハンドバッグを搜索している。このような搜索が適法といえるか。場所に対する搜索差押許可状に基づいて、その場所に居住している第三者の所持品を搜索することが許容されるかが問題になる。

ア この点について、搜索差押許可状の発付の審査においては裁判官は通常その場所に存在するであろう物について、「正当な理由」(憲法 35 条)の存否を判断している。そして、その場所に居住しているものの所持品は、その場所に通常存在しているものと同視でき、上記裁判官の審査が及んでいるといえる。そこで、上記搜索は、令状に基づく搜索として許容されると解する。

イ したがって、上記甲方を搜索場所とする搜索差押許可状に基づいて乙の所持品を搜索した下線部②の搜索も適法である。

3. 下線部③の捜査の適法性について

(1) 下線部③の捜査においては、Q は甲方を搜索場所とする搜索差押許可状に基づいて、甲方に居住しない第三者である丙の所持品を搜索している。このような捜査が適法といえるか。場所に対する令状に基づいて、その場に居合わせた第三者の所持品を搜索することが許容されるかが問題になる。

ア この点、前述したように裁判官の令状審査が通常その場所に存在するであろうものに対して及んでいるものであることからすれば、その場に居合わせたに過ぎない第三者の携帯物は、通常その搜索場所に存在するものと同視することができず、搜索できないのが原則である。もっとも、その第三者が、搜索の目的物を所持していると疑うに足りる合理的な理由がある場合には、「必要な処分」として、その携帯物を搜索することも許容されると解される。

イ 上記搜索時において丙のズボンの右ポケットが膨らんだままであり、と気落ち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そぶりを見せており、また、落ち着きなく室内を歩き回るなどの様子が見られた。このような丙の態度からすれば、丙が搜索の目的に関連するものを所持しており、その発覚を恐れていたことが推認できる。また、Q が「ズボンの右ポケットに何が入っているんだ」、「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」と呼びかけたのに対して、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ていた。搜索と無関係なものなのであれば上記の Q の呼びかけに対してポケットの中のものを見せれば足りるのに、それをせず、上記のような行動をとっていることからすれば、丙が搜索の目的物を所持していたことが強くうかがわれる。よって、丙について、搜索の目的物を所持していると疑うに足りる合理的な理由があるといえるので、上記搜索は「必要な処分」として適法である。

第2 設問2について

1. 小問1について

(1) 下線部④で請求された証拠1ないし証拠4について、裁判所が証拠として取調べる旨の決定をするためには、当該各証拠が証拠能力を有していることが必要である(317条)。

ここで、上記各証拠は甲証言の証明力を争う証拠として証拠調べを請求されていることから、弾劾証拠(328条)として証拠能力が認められないかが問題になる。

(2) この点、同条が弾劾証拠の証拠能力を認めているのは、同一人が公判廷供述と矛盾する供述をすること自体を立証することで、その者の公判廷供述の信用性の減殺を図ることを趣旨としている。このような同条の趣旨からして、同条により証拠能力が認められるのは、当該公判廷供述をした者と同一人の供述書、もしくは供述録取書のうち、当該公判廷供述を矛盾している部分に限られると解する。また、当該供述書、供述録取書については、321条1項の署名、押印がなされていることが必要である。

(3) 証拠 1 について

証拠 1 については、同証拠中において、丁が覚せい剤の密売には関与していない旨の供述があるが、これは、丁から覚せい剤の密売を手伝うように持ち掛けられ、また、覚せい剤の売り上げを丁名義の口座に振り込んだ旨の甲証言と矛盾する。もっとも、同証拠には甲の署名押印がないので、328 条により証拠能力が認められない。

(4) 証拠 2 について

証拠 2 については、覚せい剤は丁から仕入れていたわけではないこと、及び丁名義の口座に現金を送金したのは、借金の返済のためであり、覚せい剤の密売に四つ売上金を分配したものではない旨が記載されており、甲証言と矛盾する。また、同証拠には、甲の署名押印がなされている。したがって、証拠 2 については 328 条により証拠能力が認められる。

(5) 証拠 3 について

同証拠については、甲が丁から覚せい剤を受け取って密売していたこと、及び丁の指示で覚せい剤の売上金の 5 割を丁名義の口座に送金していたことが記載されており、これは丁の関与を認める甲証言と矛盾しない。したがって、328 条により証拠能力が認められない。

(6) 証拠 4 について

同証拠には、乙の供述が記載されているから、甲証言の供述者と同一人の供述が記載されているとはいえず、328 条により証拠能力が認められない。

(7) 以上より、証拠 2 については証拠として採用できるが、証拠 1、3、4 は証拠として採用できない。

2. 小問 2 について

(1) 本問では、甲証言の証明力を回復するための証拠として、328 条により証拠 3 を証拠として取調べる旨の決定をすることができるかが問題になる。

(2) この点について、「証明力を争う」との文言からすれば、同条により証拠能力が認められる証拠には、いったん証明力が減殺された証拠の証明力を回復するための証拠(回復証拠)も含まれると解すべきである。

(3) 証拠 3 には、甲が証拠 1、2 において丁が覚せい剤の密売に関与していない旨を供述していた理由を弁解する供述が記載されている。もっとも、このような供述はその内容の真実性が前提とされてはじめて甲証言の信用性を回復することができるものであるから、このような証拠を 328 条により採用することは伝聞法則の潜脱となる。

したがって、証拠 3 を証拠として採用することはできない。

以上

再現答案 刑事訴訟法

設問 1

第 1 下線部①の捜査の適法性

1 ベランダの柵を越えて、掃き出し窓ガラスを割って解錠した行為について

(1)司法警察員Qらは、令状に基づく甲方の捜索において立ち入る際に、甲方の玄関先からではなく、ベランダの柵を越え、掃き出し窓ガラスを割って立ち入っており、かかる行為が適法といえるか。

(2)まず、かかる行為が強制の処分（刑法197条1項但書）に該当するなら、特別の根拠規定が必要となるので、強制の処分の意義が問題となる。この点については、同項但書が本文で捜査権を一般的に認めたことで制約される重要な権利・利益については国民の代表機関である国会による民主的コントロールを及ぼすことに趣旨があることに鑑みて、強制の処分とは、個人の意思に反して重要な権利・利益を実質的に制約する行為をいうと考える。

(3)本件においては、掃き出し窓ガラスを割る行為により甲の所有権が制約されており、所有権は重要な権利である。そして、甲は承諾等していない以上、同行為は甲の意思に反して重要な権利を実質的に制約しているから、強制の処分に当たる。故に、特別の根拠規定が必要となる。

そして、掃き出し窓ガラスを割る行為は、甲の住居権やプライバシー権とは別個の所有権たる財産権を侵害する行為であるから、搜索令状の本来的効力の範囲外である。

(4)もっとも、かかる行為は甲の捜索のための「必要な処分」（刑事訴訟法218条1項、222条1項、111条1項）に当たり、かかる規定を根拠規定にできないか。

(5)刑事訴訟法111条1項の趣旨は、搜索差押えの実効性を確保するために付随的に必要となる捜査を認めることにある。もっとも、「必要な処分」も捜査比例の原則の制限（刑事訴訟法197条1項本文、憲法13条）を受けるから、搜索差押えの実効性を確保するために必要かつ相当な範囲でしか行うことができない。

(6)本件においては、まず被疑事実は覚せい剤取締法違反の事実であり、同犯罪の決定的証拠となる覚せい剤等はトイレに流す等隠滅・隠匿が容易である。そうすると、甲らが警察官が甲方に來たと知ると警察官らが踏む込む前に覚せい剤等の証拠を隠滅する危険性があった。また、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、覚せい剤等の取扱いにも長けていたと考えられるから、なお容易に証拠隠滅を図ることができた。さらに、甲方には内妻乙が居住し、丙が頻繁に出入りしているところ、甲は郵便配達員の対応に玄関ドアにチェーンをかけていたので、玄関の呼び鈴を鳴らしても、すぐに甲方に立ち入ることができず、共犯者の存在も想定されるため、その間に、この共犯者が覚せい剤を隠滅する危険も考えられた。そして、搜索は証拠物の発見を目的とするところ、証拠物である覚せい剤が隠滅されると搜索の目的が果たせなくなる。したがって、搜索の実効性を確保

するための「必要な処分」といえ、適法である。

2 甲方に立ち入った後に令状を呈示した行為について

(1)P は、Q らが掃き出し窓ガラスから甲方に立ち入った後に令状を呈示しているところ、かかる行為が適法か。搜索着手後の令状呈示が問題となる。

(2)刑事訴訟法 110 条の令状呈示の趣旨は、搜索差押えにより制約される権利につき被対象者が受忍すべき範囲を被対象者に知らせるとともに、捜査官の捜査の慎重さを担保し、さらには後の不服申立ての準備を与えることにある。

もっとも、令状主義（憲法 35 条、刑事訴訟法 218 条 1 項）の趣旨は、裁判官による司法審査を通すことで捜査機関による一般探索等の不当な捜査を防ぐことで被対象者の人権を保護することにあるところ、令状呈示の要請は令状主義の要請そのものではなく、憲法の要請するところではない。また、令状呈示を搜索差押え着手後にしても、前述の令状呈示の趣旨を没却することはない。

したがって、原則として令状呈示は搜索差押え前に行うべきではあるが、令状呈示を事前に行えば証拠等が隠滅されるため搜索差押えの目的が達成できなくなるおそれがある場合には、搜索差押えの着手後速やかに令状呈示を行うことを条件に、そのような令状呈示も刑事訴訟法 110 条の趣旨に反するところではないと考える。

(3)本件においては、前述の通り、被疑事実が覚せい剤取締法違反であるところ、警察官が来たことが知られるとすぐに証拠を隠滅されるおそれがあり、搜索差押えの着手前に令状呈示していたなら搜索差押えの目的を達成することができない危険性があった。また、P は甲方に立ち入った後に速やかに甲に対して搜索差押令状を呈示している。したがって、P が搜索差押着手後に令状を呈示した点については刑事訴訟法 110 条に反するところはなく、適法である。

第 2 下線部②の捜査の適法性

(1)P は、甲方の搜索差押令状に基づく搜索に際して、乙のハンドバッグの中身を搜索しているが、かかる搜索は適法か。乙のハンドバッグの中身は乙のプライバシーが及んでいることから問題となる。

(2)搜索令状を発する裁判官は、制約される人権の範囲が不当に拡大しないように人権に配慮しながらも証拠物が存在する蓋然性が認められる範囲で搜索の場所を定める。そして、裁判官は令状発付する際に、搜索時に証拠物が存在しているかという将来の事情を想定するところ、通常その場所に在中することが想定される者については被疑者でなくても、令状裁判官はその者の人権にも配慮して証拠物が存在する蓋然性が認められる範囲として令状場所を定めていると考えられる。

そうすると、通常搜索場所にいることが想定される者の人権についても令状の効力が及んでいる。もっとも、第三者の支配領域内に被疑者の証拠物が存在する蓋然性はそれほど高いとはいえないので、そのような領域には令状の執行段階において証拠物が存在する蓋然性が認められるような具体的な事情が必要である（刑事訴訟法 218 条 1 項、222 条 1 項、

101条2項)。

(3)本件についてこれをみると、確かに本件の搜索差押令状に記載されている搜索場所は甲方であり、被疑者は甲である。そして、乙のハンドバッグの中身は乙のプライバシーが及んでおり、甲のプライバシーに包摂されるものではない。しかしながら、乙は甲の内妻であるから、通常甲方に在所していることが想定される人物である。したがって、乙のはんだバッグにも令状の効力が及んでいる。

もっとも、乙は被疑者ではない第三者であるから、一般的に乙のハンドバッグの中に甲を被疑者とする覚せい剤取締法違反の証拠物が存在する蓋然性は高くはない。そこで、乙のハンドバッグに証拠物が存在する蓋然性を基礎付けるような具体的事情を検討するに、乙はPらが甲方を搜索中にハンドバッグを右手に持って玄関から外に出ようとしていたが、通常自己の居住している場所が捜査官とはいえ、荒らされているのだから、捜査官が適法に搜索等をしているかをチェックするのが自然である。それにもかかわらず、乙がわざわざハンドバッグを持って無言でその場を去ろうとすることは不自然な行動であるといえる。また、甲の覚せい剤取引は甲の自宅を拠点に行われている以上、内妻である妻もその取引に関わっている可能性があり、ハンドバッグは覚せい剤等の証拠物を隠匿するのに十分な道具である。加えて、乙はそのハンドバッグの中身を見せることを頑なに拒んでおり、その場をすぐに去ろうとしていた。

これらの事情に鑑みると、乙は甲の覚せい剤取締法違反の証拠物をハンドバッグの中に隠してそれを外に持ち出し、隠滅する危険性が高かったといえる。したがって、乙のハンドバッグの中に証拠物が存在する蓋然性を基礎付ける具体的事情が認められるから、乙のハンドバッグの搜索は令状に基づく搜索として適法である。

第3 下線部③の搜索の適法性

(1)Q は、丙の右ポケットに入れていた丙の右腕をつかんで引っ張り、そのまま右ポケットから丙の右手を引き抜き、右ポケットに手を差し入れたが、かかる行為は適法か。丙に本件の搜索差押令状の効力が及んでいるかが問題となる。

(2)まず、丙は甲とは何ら親族関係にもないので、丙が甲方に頻繁に出入りしているとはいえ、丙は通常甲方に在所する者とはいえない。したがって、本件の搜索差押令状の効力は丙には及んでいない。故に、Q の上記行為は、丙の身体に対する制約であり、丙は当然同意等していないことから、強制的処分であり、特別の根拠規定が必要であるところ、令状の本来的効力に基づく搜索として、搜索規定を根拠規定にすることはできない。

(3)もっとも、丙は右ポケットに甲の被疑事実である覚せい剤取締法違反の証拠物を隠匿している疑いがあつたことから、上記行為を「必要な処分」として本件の搜索差押令状に付随する処分として適法に行うことができないかが問題となる。

この点については、搜索差押えは証拠物の獲得を目的とするから、証拠物を隠匿する疑いがある場合には、その証拠物をもとの場所に戻して現状を回復する必要がある。そこで、そのような場合には、令状に基づく搜索差押えの実効性を確保するために「必要な処分」

として原状回復措置を講ずることができる考える。

本件においては、丙は甲方に頻繁に出入りしているという情報があり、甲は自宅を覚せい剤取引の本拠地に行っていることからすると、丙も覚せい剤取引に関与している疑いが強い。そして、その丙がズボンの右ポケットに手を入れた後ポケットが膨らんでおり、丙は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様子が見られたのであり、丙は不自然な挙動をしていたといえる。また、Q は丙に対してズボンの右ポケットに何が入っているか聞いたが、丙はそれに答えず、さらには丙は右ポケットに手を入れてトイレに歩き出した。

これらの事情からすると、甲の被疑事実には丙が共犯者として関与しており、その丙が室内にあった証拠物をポケットに隠匿し、それをトイレに流して隠滅しようとする危険性があった。そうすると、甲方の捜索差押えの目的達成のためにはトイレに流される前に、室内にあった証拠物を室内のものと場所に戻すべく、丙の右ポケットに証拠物が入っているかどうかを確認する必要性があったといえる。

また、Q は丙の右手を引き抜いて、右ポケットに手を差し入れたに過ぎず、その態様もポケットの中身を確認するために相当な態様で行われている。

したがって、上記行為は、捜索差押えの実効性を確保するために必要かつ相当な行為であり、「必要な処分」として適法である。

設問 2

小問 1

(1)刑事訴訟法 320 条 1 項の趣旨は、人の知覚、記憶、表現、叙述という各供述過程に介在しやすい誤りを公判廷による反対尋問や裁判所による供述者の供述態度の観察等を通してチェックすることが必要であるところ、そのようなチェックができていない供述証拠は典型的に誤判を招くおそれがあるから証拠能力を排除することにある。そこで、電文書庫とは、公判期日外の供述で、その内容の真実性が問題となるものをいうと考える。

そうすると、本件の証拠 1、2、4 のように甲証言の証明力を争うとはいえ、それぞれ甲の公判期日外の証言であるから、刑事訴訟法 328 条のいわゆる弾劾証拠も伝聞証拠に当たるとも思われる。

しかしながら、刑事訴訟法 328 条の弾劾証拠は、証言者の証言が過去の証言と矛盾していることを捉えて、その証言の証明力を減殺させるものである。そうすると、証言者の過去の証言の内容が真実であろうがなかろうが、矛盾した証言が存在すること自体証明力を減殺する事由になるので、弾劾証拠においては内容の真実性が問題とならない。故に、弾劾証拠は伝聞証拠とではない。

もっとも、他人の発言と証言者の証言が矛盾していたところで、証言者の証言が矛盾しているということにはならないので、刑事訴訟法 328 条は自己矛盾供述に限られると考え

る。

(2)これを本件について検討する。まず、甲証言は、甲、乙、丙は、丁から毎月1回程度の頻度で覚せい剤を受け取っていたという内容であるところ、証拠1は、丁は甲の知り合いに過ぎず、覚せい剤取引に関与していないという内容の甲を原供述者とする捜査官面前調書である。そうすると、甲証言と証拠1は丁が覚せい剤取引に関与しているか否かという点において決定的に異なるから、両供述は矛盾している。

しかしながら、証拠1は甲の署名・押印がなく、刑事訴訟法321条1項が供述録取書に原供述者の署名・押印を要求する趣旨は、録取書においては録取過程が伝聞過程と同様であり、録取過程に誤りが生じやすいことから、原供述者が内容を確認することでそのような誤りをチェックし、原供述者の供述であるということを担保することにある。そうすると、録取書において原供述者の署名・押印がないということは、そこに記載されている内容が原供述者の供述した内容と同じなのかの担保がないことを意味し、そのような録取書については刑事訴訟法は証拠能力を認めていない。

したがって、証拠1は甲の供述か否かの担保がない以上、証拠能力は認められない。

(3)次に、証拠2ついてみると、証拠2は甲が覚せい剤を知り合いの暴力団から仕入れていたこと、そして、その暴力団は丁ではないということが述べられている。そうすると、証拠2は甲が丁から覚せい剤を譲り受けていたという甲証言の内容と矛盾するものである。

また、証拠2については甲の署名・押印があるので、証拠2では録取過程で甲の供述であるという担保がされている。

したがって、証拠2は甲の公判期日外供述であるが、甲を供述者とする自己矛盾供述証拠であり、甲証言の証明力を減殺する弾劾証拠として証拠能力が認められる。

(4)最後に、証拠4について検討するに、丁が本件の被疑事実の覚せい剤取引のメンバーではないということを内容とする証拠であるから、甲証言と矛盾するものである。また、供述者である乙の署名・押印もあることから、乙の供述として内容の担保が認められる。

しかしながら、前述の通り、刑事訴訟法328条の証拠は自己矛盾供述に限られるのであり、甲証言の証明力を減殺するには甲の公判期日外の供述が矛盾している必要があるところ、証拠4は乙を原供述者とする証拠であるから、自己矛盾供述ではない。

したがって、証拠4は甲証言の証明力を減殺する弾劾証拠として刑事訴訟法328条の適用がなく、伝聞証拠として証拠能力を有さない。

(5)以上より、証拠1及び4については裁判所は証拠を取り調べる旨の決定をすることはできず、証拠2については取り調べる旨の決定をすることができる。

小問2

(1)Rが「甲証言の証明力を回復するためである。」として、証拠3の取調べを請求しているが、これはいわゆる回復証拠である。すなわち、回復証拠とは、ある供述証拠が刑事訴訟法328条の弾劾証拠により証明力が減殺された場合に、その弾劾証拠の証明力を減殺することで、いったん証明力が減殺された供述証拠の証明力を回復するというものであるとこ

ろ、証拠 3 は甲証言の証明力を減殺する証拠 1、2、4 の証明力を減殺することで、甲証言の証明力を回復するというものである。

(2)この点について、回復証拠は刑事訴訟法 328 条による適用がないと考える。なぜなら、弾劾証拠の証明力を回復したところで自己矛盾供述が存在することには変わらないし、嘘に嘘を塗り重ねても嘘であることに変わりがないにもかかわらず、回復証拠なるものを認めてはそのような嘘の塗り重ねを許容することになり、妥当でないからである。

よって、本件でも R は回復証拠として証拠 3 の取調べを請求しているが、刑事訴訟法 328 条の適用がないから、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ない。

以上

第一 設問1について

1. の捜査について

(1) ②らの行為は適三法が、「必要と認め」(刑事訴訟法(以下省略)222条1項前段・111条1項前段)として許容されているか問題となる。

まず、条文上令状執行のための必要性の并を要求している点にも思える。しかし、捜査比例の原則が適用されるので、「必要と認め」といえるかは、必要性と相当性において判断すべきと解する。

本件において、Aらの供述や行動の確言証において、甲が自宅を拠点に覚せい剤を密売しているとの嫌疑が生じた。そして、甲は玄関のドアキーをかけたまま郵便配達員に反対しているところ、捜査差押当日にも同様の対応をすることが予想される。

甲が覚せい剤密売の拠点であることからすると、甲に覚せい剤が存在する蓋然性は高い。そして、覚せい剤は木に溶けやすいため等に流して処分が容易であること、甲が前科その他あり覚せい剤の取扱いに長けていることからすると、言正検隠滅の可能性は高い。にもかかわらず、ドアキーの解錠を待っていたのでは、差押えるべき言正検物を隠滅してしまい、令状執行の目的が阻害される。したがって、迅速に甲に入る必要性は高い。

他方、窓ガラスの破壊は甲の財産権侵害をい物もの、修復は容易であり、費用もそれほど高額ではないことが予想される。したがって、令状執行目的達成のための必要性の高さからすると、②らの行為はなおも相当性を有する。

（第 問）

1 (7)から、必要ないかとして適三法とも思える。

2 (2) もとも、その行為は、令状呈示前に行われていると云、適三法。

3 222条1項前段・110条は捜査索差押の際の令状呈示を要求

4 している。かかる趣旨は、捜索差押の範囲を明示し対象者に

5 不服申立ての機会を保障する点にある。と云は、令状は事前呈示が

6 原則と解する。もとも、常に事前呈示を要求すると、令状執行の目的

7 が達成できない場合が殆ど不都合である。そこで、捜索差押の実効

8 性確保のために、着手後に速やかに令状を呈示することも例外的

9 に許容されると解する。

10 本件において、仮に玄関口でドアキーを越えに甲に令状を呈示

11 した場合、甲に証拠を隠滅し、捜索差押の実効性を

12 確保できる。

13 又、甲は甲に入ら後速やかに令状呈示している。して6から、

14 例外的に事後呈示として許容される。

15 (3) 以上より、① 簡捜査は適三法である。

16 2. ② 捜査について、

17 (1) Pの行為は適三法か、場所に対する令状で初めに

18 居合わせた者の携帯物を捜索できるか問題となる。

19 この点、捜索場所に付属する備品については場所に対する

20 令状の効力が及ぶと解する。ただし、かかる物については携帯して

21 いるかは偶然の事情にすぎず、差押えるべき正当な物存在の

22 蓋然性が認められるからである。

23 もとも、捜索場所に居合わせた第三者の携帯物については

第 2 問

1 原則として捜索をすることができないと解する。なぜなら、かかる物は
2 場所の備品とはいえず、証拠物存在の蓋然性はそれほど
3 高いからである。

4 もとも、第三者からの携帯物中に証拠物を隠匿したと言
5 りうる場合には、例外的に原状回復措置の一環として捜索が
6 許容されると解する。

7 (2) 本件において、確かにハンドバッグは乙のものであり、賞金
8 の営利目的譲渡の嫌疑が甲にあることからすると、直ちに乙の
9 ハンドバッグ中に証拠物が存在するとはいえずとも用いるもとも、
10 乙は甲の内縁の妻であり、甲方に居住していることからすると、乙は甲に
11 対する賞金譲渡に関する可能性がある。そして、^{乙は} P の
12 立ち入り当日からハンドバッグを持った状態であり、P の言葉を
13 無視してハンドバッグを携帯して玄関に向かっている。かかるこの行為
14 からすると、乙はハンドバッグ中に賞金譲渡の証拠物を
15 隠匿している可能性が高い。

16 (したがって、乙のハンドバッグを捜索することは原状回復措置の
17 一環といえる。

18 (3) おて、②捜査は適法である。

19 3. ③捜査について、

20 (1) ②の行為は適法が、場所に対する令状でも場合に
21 居合わせた者の身体や着衣を捜索することができない
22 問題となる。

23 この点、219条は捜索対象場所と人の身体とを明確に区別

（第 問）

1 ている。とり去る旨は、場所よりも人の身体の方が法益侵害の程度
2 が高い点にある。したがって、場所に対する令状で人の身体等を
3 搜索することは許されないと解する。

4 もとも、常に人の身体等を調べることができると、善押之
5 対象物を身体に隠匿している場合でも許されないと、
6 捜査目的達成の見地から妥当ではない。

7 4に、搜索目的物を隠匿していると疑念に足る相当な
8 理由があり、捜査目的達成のための必要性・相当性が
9 認められる場合には、必要な力（222条1項前段、11条
10 1項前段）として人の身体等を調べることができると解する。

11 (2) 本件において、西は甲の居住者ではないものの、頻繁に
12 甲に出入りしているところ、丙が甲における賞金奪いの常利目的
13 誘渡に関与している可能性がある。4に、丙は搜索開始
14 直後からスボニの右ポケットに手をいれて、手を抜いた後ポケット
15 と気になる素振りを見せて、落ち着きがない様子であった。

16 4に、④の問いかけを再三無視してトイレに入るとしている。丙の6の
17 行態から推して、丙がスボニの右ポケット内に善押之対象
18 物を隠匿している可能性は高い。

19 4に、仮に丙がトイレに入ることを許せば、賞金奪い等を
20 トイレに誘うことにより証拠隠滅ができてしまい、捜査
21 目的を達成することが困難とみる。したがって、丙がトイレに
22 入る前に丙のスボニの右ポケットを調べる必要がある。

23 4に、④はまず丙の車を引、転り、右手に何も持たずにとら

（第 問）

1 がい供述録取書と原供述者の供述書と同様に扱
2 二とはできない。

3 したがって、甲の署名・押印を欠く証拠1を328条
4 において証拠とすることはできない。

5 (2) 証拠2について

6 裁判所は証拠2を証拠として取り調べる旨の
7 決定をすることができか。

8 この点、公判廷において甲は丁が賞せい創密売に関与した
9 旨証言し、証拠2において丁の関与を否定している。

10 したがって、証拠2は甲の公判廷供述の証明力を
11 減殺する効果と有する。

12 また、証拠2は^偽供述録取書であるが甲の署名・
13 押印がある。したがって、甲の供述書と同様に扱うことが
14 できる。

15 およ、証拠2を328条において証拠とすることができ。

16 (3) 証拠⁴(3)について

17 裁判所は証拠4を証拠として取り調べる旨の
18 決定をすることができか。証拠4の供述者はこの
19 ことから、328条の証拠1も自己矛盾供述に限らぬか
20 問題となる。

21 この点、供述証拠は、知覚・記憶・伝言・叙述の過程を
22 経て証拠化されると、各過程に誤りが介在し得るので
23 反対尋問等によるチェックが必要となる。しかし、伝聞

言正救済はこれをなし得ないので、原則として言正救済自体が否定される(320条1項)。

他方、328条において伝聞言正救済であっても言正救済とすることができる。これは公判廷外供述と矛盾する供述の存在そのものにおいて言正明力を減殺できるからである。つまりこの場合、供述内容の真実性は問題とはならない。

しかし、仮に自己矛盾供述以外の供述も328条において言正救済とすることができるのであれば、伝聞三法則の趣旨を三却する事になり不当では無い。

したがって、328条の言正救済は自己矛盾供述に限られる。

よって、裁判所は、言正救済を取り調べることはできない。

2. 小問2について

裁判所は言正救済を言正救済として取り調べる旨の決定をすることができるか?

確かに言正救済とは、甲言正言の言正明力を回復させるものであり、いわゆる回復言正救済にあたること、328条は弾効言正救済を対象としているとも思える。

もっとも、328条は「言正明力を争う」といふ点から弾効言正救済を対象としているとは言え取捨することではない。

また、回復言正救済を328条の言正救済に含むとしても伝聞三法則の趣旨を三却する事にはならない。

したがって、回復言正救済も328条の言正救済に含まれると解する。

(第 問)

1	また、証拠には甲の署名・押印も存在する。
2	よて、裁判所は証拠を証拠として取り調べる旨の決定
3	をするべきである。
4	
5	以上。
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

設問 1

1 捜査①について

捜査①におけるQらの行為は、事前に令状を呈示していない点、窓ガラスを割って侵入している点で違法ではないか。

5 (1) 令状の呈示について

刑事訴訟法 222 条 1 項（以下法令名を省略する。）の準用する 110 条は、搜索差押許可状を被処分者に呈示することを要求している。これは、被処分者に令状の効力の範囲を伝えることで、手続保障を図る趣旨である。そのため、この令状の呈示は、原則として搜索・差押えの事前にされるべきである。

もっとも、常に事前の呈示ができるとも限らないから、必要性・相当性が認められる限り事後の呈示でも許されると考える。

本問において、甲は、覚せい剤取締法違反の嫌疑があり、これは犯罪の性質上証拠の隠滅が容易である。また、事前の情報によると甲は玄関のチェーンをかけたまま来客に対応するとのことで、実際 P がインターホン

15 ホンを鳴らしたときもそのような対応をした。さらに、甲には同種前科があり、証拠の隠滅について一定の知識を持っていることが推測される。そのため、仮に甲に対して事前の令状呈示をしようとするれば、玄関ドアのチェーン越しにせざるを得ず、そうすると甲が警察官らが室内に入

20 てくる前に覚せい剤等の証拠をトイレに流すなど証拠隠滅をする可能性があるといえる。したがって、甲が証拠隠滅を図る前に室内に立ち入る必要性は認められる。また、立ち入り後直ちに P は甲に令状を呈示しているから、不必要な呈示の遅延もなく、相当性も認められる。

以上より、令状の事前の呈示がなかった点については違法はない。

(2) 窓ガラスを割って甲の部屋に立ち入った点について

222 条 1 項の準用する 111 条は、錠を外すなど、搜索・差押えに必要な処分をすることを許容している。そのため、窓ガラスを割って部屋に
5 立ち入ることも、必要性・相当性が認められる限り、必要な処分として許される。

すでに検討したように、甲には証拠隠滅のおそれがある。玄関から立ち入りつつ証拠隠滅を防止することは不可能であるといえる。そのような状況で、証拠隠滅を図られる前に室内に立ち入るためには、ベランダ
10 の窓ガラスを割っての立入りが唯一の方法であり、必要性・相当性とも認められる。したがって、Qらの立入行為は、必要な処分として許容される。

以上より、Qらの行為は適法である。

2 捜査②について

15 Pの行為は適法か。本件令状の効力が乙のハンドバッグにも及んでいたかが問題となる。

この点について、場所に対する搜索差押許可状の効力は、その場所に通常存在すると考えられる物にも及ぶ。そのような物は、裁判官が搜索を許可する際に想定していると考えられ、場所概念に包摂されていると
20 いえるからである。

そのような物は、たとえ人が手に持っていたとしても令状の効力は及ぶ。しかし、第三者の所持品に対しては、通常その場所にあるとはいえないから、及ばない。

甲の被疑事実による、甲方に対する令状であるから、乙のハンドバッグには、令状の効力は及ばないとも思える。しかし、乙は甲と同居しており、乙のハンドバッグは通常は甲方に存在していることが想定される。そのため、乙のハンドバッグにも、令状の効力が及んでいる。

- 5 したがって、Pが乙のハンドバッグを取り上げ搜索した行為は、令状による搜索として適法である。

3 捜査③について

Qの行為は適法か。

- 10 まず、場所に対する令状の効力は、人の身体には及ばない。人の身体は場所概念に包摂されているとはいえないからである。そのため、べ所に対する令状によって、人の身体、ポケットの中等を搜索することは、許されない。

- 15 もっとも、もともと令状の効力が及んでいた物を身体に隠匿したと疑うに足りる相当の理由がある場合には、令状の効力の実効性を確保するために、必要な処分（222条1項・111条）として許されるところである。令状の効力の実効性確保のための原状回復行為は、令状の効力として許容され、111条はそのことを確認的に定めた規定である。

- 20 本問において、丙は、甲方に日ごろから出入りしていたから、甲の覚せい剤密売についてなんらかの事情を知っている可能性がある者である。そのような丙のポケットが不自然に膨れており、それを気にするそぶりを見せていた。そして、丙がうろうろと落ち着きなく歩き回る様子が見られ、Qの問いかけにも無言であった。さらに、トイレへ駆け込もうとしている。このような事情から、丙は、Pらの甲方への侵入の際に、と

っさに覚せい剤等の証拠品をポケットの中に隠匿し、それをトイレで廃棄しようとしていた蓋然性が認められる。したがって、丙のポケットの中を捜索することは、必要な処分として許容される。

以上より、捜査3は適法である。

5 設問2

1 小問1について

(1) 伝聞法則について

証拠1、2、4は、いずれも甲・乙の供述を内容としており、これが伝聞証拠にあたるならば、伝聞法則が適用され証拠能力が原則として認められないことになる（320条1項）。

伝聞証拠の証拠能力が原則として排除されるのは、供述証拠は知覚、記憶、表現、叙述の各過程に誤りが入り込みやすく、公判廷での証人尋問手続において、宣誓と偽証罪による威嚇、反対尋問、裁判所による観察といった、供述内容の真実性を吟味・確保する手段が必要であるのに、伝聞証拠にはこれらの手段が欠落しているからである。

そのため、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする供述または書面であって、その内容の真実性を証明するために用いられるもののことをいう。

証拠1、2、4も、その内容の真実性を証明するために用いるのならば、伝聞法則が適用され原則として証拠能力が否定されることになる。

(2) 弾劾証拠について

もっとも、Sは、これらの証拠を甲証言の証明力を争うために用いたいと考えている。そのため、328条により証拠能力が認められるのでは

ないだろうか。

328 条によって、証拠能力が認められる証拠は、自己矛盾供述に限定される。なぜなら、限定しなければ、被告人が否認しているときにはあらゆる証拠が同条によって証拠能力が認められることになり、伝聞法則が骨抜きにされるからである。そのため、328 条の証拠は自己矛盾供述に限られる。そして、自己矛盾供述によって他の証拠の証明力を減殺するときは、その不一致供述の存在自体により証明力が減殺されるのだから、内容の真実性は問題とならず、非伝聞であり、そもそも伝聞法則は適用されないということになる。328 条は、確認規定なのである。

10 (3) 証拠 1 について

証拠 1 は、密売に丁は関わっておらず、甲がトップであったという内容である。これは、丁が密売を仕切っていたという内容の甲証言とは矛盾しており、自己矛盾供述である。

しかし、証拠 1 には、甲の署名押印が欠けている。自己矛盾供述として証拠能力が認められるのは、甲の供述部分についてであり、P が甲の供述を聞いてそれを録取した伝聞過程については、別途問題になる。この伝聞過程は、甲の署名押印により解消されるが（321 条 1 項柱書参照）、それが欠けている証拠 1 は、伝聞法則が適用され、証拠能力が認められない。裁判所は証拠採用できない。

20 (4) 証拠 2 について

証拠 2 は、丁が密売に関わっていないということを内容としており、甲証言と矛盾する自己矛盾供述である。そして、甲の署名押印もあるから、328 条により、証拠能力は認められる。裁判所は証拠採用できる。

(5) 証拠 4 について

証拠 4 は、内容は丁の関与を否定するものであり、甲証言と矛盾はしているが、供述者が乙である。自己矛盾供述ではない。このような、他人の供述によって証言の証明力を減殺する場合、その供述の内容が真実であることが前提となる。そのため、このような証拠は伝聞証拠となり、
5 328 条は適用されないのである。

もっとも、伝聞例外に該当すれば証拠能力が認められ得る。証拠 4 は警察官面前調書であるから、321 条 1 項 3 号の要件を満たせば証拠能力が認められるが、乙の供述不能といった事情がない本問においては認め
10 られない。

したがって、証拠 4 は証拠能力が認められず、裁判所は証拠採用できない。

2 小問 2 について

R は、証拠 3 を甲証言の証明力を回復させるために、回復証拠として
15 用いたいと考えている。回復証拠は、328 条により証拠能力が認められるか。

回復証拠とは、いったん証明力が減殺された証言について、一致供述の存在によって証言の証明力を回復させようとするものである。しかし、これは一致供述の内容の真実性を前提としている。一致供述の内容が真実でなければ、いくら一致供述があったところで証言の証明力は回復し
20 ないからである。そのため、回復証拠は伝聞証拠であり、328 条によっては証拠能力は認められない。

もっとも、伝聞例外に該当すれば証拠能力が認められ得る。証拠 3 は

検察官面前調書であるから、321条1項2号の要件を満たせば証拠能力が認められる。証拠3と甲証言とは、相反性が認められ、作成日付がより古い点で記憶も減退していないだろうから特信状況も認められる。また、甲の署名押印もあることから、要件を満たしている。

- 5 したがって、裁判所は証拠3を321条1項2号により証拠採用することができる。

以 上

設問 1

1 捜査①

(1) Qらはベランダを乗り越え、窓ガラスを割って甲方に入っている。Qらのこの行為は適法か。

(2) Qらの行為が強制処分（刑事訴訟法（以下省略）179条1項ただし書き）にあたるか。強制処分とは、相手方の明示または黙示の意思に反し、重要な権利・利益を実質的に侵害・制約する処分をいう。なぜなら、相手方の同意があれば権利・利益は放棄されているし、既に法定されている強制処分が厳格な要件や手続を定めて保護に値するだけの権利・利益のみを対象としているからである。

(3) 本件では、Qらはベランダを乗り越え、窓ガラスを割って甲方に入っている。警察官が強制的に侵入してくることについて甲は拒否したであろうからQらの行為は甲の意思に反している。また、憲法35条は住居のプライバシーを保障しているところ、Qらはこの憲法上保障された権利を侵害しているので強制処分にあたる。

Qらは甲方に侵入しているのでこれは搜索にあたる。したがって、搜索差押許可状が必要となる（218条1項）。本件では搜索差押許可状の発付を受けている。そこで、Qらの行為が搜索状の執行について「必要な処分」（211条1項、111条1項）にあたるかが問題となる。

必要な処分とは、搜索の実効性を確保するために、必要かつ社会通念上相当な処分をいう。本件では、事前に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ことが判明していた。そのため、玄関から室内に入るのに時間がかかり、甲らが証拠隠滅を図るおそれが高かった。甲は覚せい剤取締法違反の被疑事実を受けており、覚せい剤は水に溶けやすく隠匿しやすいため、Qらは迅速に甲方に侵入する必要があった。そして、現にPが甲方玄関先の呼び鈴を鳴らしてドアチェーンをかけたままドアを開けたことを確認しているので、玄関以外の場所から入る必要性が高いといえる。

そして、ドアチェーンを切断して玄関から甲方に入ることには時間がかかる。そのため、窓ガラスを割っても直せるので損害は軽微であるから社会通念上相当な処分といえる。よって、Qらの行為は必要な処分にあたり、適法である。

2 捜査②

(1) Pは乙の持っていたハンドバッグを搜索している。Pの行為は適法か。令状主義（憲法35条）との関係で問題となる。

(2) 令状主義が要求されている趣旨は、捜査機関から独立した中立・公平な裁判官が正当な理由を審査して、捜査機関の権限濫用を防止し、もって国民の権利利益を保護するためである。そして、搜索差押許可状の「搜索場所」（219条1項）が要求されているのは、捜査機関の一般的探索を防止し、対象者に受忍すべき範囲を明示するためである。

このような趣旨から、裁判官が搜索場所において通常そこに存在する備品類も含めて正当な理由を判断したならば、その物には令状の効力が及ぶと解する。

本件では、甲と内妻乙が甲方で居住していることが判明していた。そのため、裁判官は甲方において乙の存在を当然に認識していたので、乙の所持品についても正当な理由を判断している。したがって、搜索差押許可状の効力は乙の所持品であるハンドバッグにも及んでいる。→第4項へ続く

3 捜査③

(1) 捜査③は適法か。搜索差押許可状で丙の身体を搜索することができるかが問題となる。
(2) 搜索差押許可状の記載事項は、「搜索すべき場所」と「身体」を区別している（219条）。また、場所に対するプライバシーによって身体に対するプライバシーは包含されない。もっとも、搜索場所に存在する物には令状の効力が及んでいる。したがって、搜索差押えの実効性を確保するために、第三者が搜索差押対象物を隠匿していると認める合理的な理由があれば、原状回復するために必要な処分（221条1項、111条1項）をすることができる。

本件では、丙が甲宅を頻繁に出入りしていたため、丙が甲の共犯者と疑われていた。そして、丙は搜索の際、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って不自然な行動をとっていた。また、Qが丙にポケットの中の物を尋ねたにもかかわらず、丙はこれに答えずに黙ったままトイレに向かっている。覚せい剤が水に溶けやすく、水に流すことで証拠隠滅が図れることから、このような丙の態度は右ポケットに覚せい剤が存在することを推認させる。したがって、第三者である丙が搜索差押対象物である覚せい剤を隠匿している事情が認められる。そして、丙が現にトイレに向かっていることから、覚せい剤の隠滅を防ぐためにQが丙の右ポケットに手を差し入れた行為は、差押えの実効性を確保するために原状回復するために必要な処分にあたる。よって、捜査③は適法である。

→捜査②の続き

搜索差押対象物に令状の効力が及んでいるとしても、それを差押えるには被疑事実との関連性が必要である。

本件では、乙がハンドバッグを持ったまま玄関に歩き出しており、Pがバッグの中を見せなさいと言ったにもかかわらず、これを拒否して玄関に向かっている。このような乙の態度からすれば、乙は搜索差押によってPらに見つかる不利な物を所持していると推認される。すなわち、乙のハンドバッグには甲の被疑事実と関連性を有する物が存在する蓋然性が高い。よって、捜査②は適法である。

設問2

1 小問1

(1) 下線部④で請求された各証拠について裁判所は取調べる旨の決定をすることができる。伝聞法則との関係で問題となる。
(2) 供述証拠は、知覚、記憶、表現、叙述という過程を経るため、誤りが入りやすい。その

ため、反対尋問によって真実性を担保する必要があるが、伝聞証拠はこれをなしえない。したがって、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠であって、その供述内容の真実性を証明するために用いられるものをいう。そして、伝聞証拠にあたるかは、要証事実との関係で相対的に判断する。

(3) 本件では、Sは甲証言の証明力を争うために下線部④の証拠を請求している。そのため、これが伝聞例外である328条のあたることが問題となる。

自己矛盾供述を用いる場合、公判廷外の矛盾供述の存在によって公判供述の証明力が滅殺されるから非伝聞証拠となる。一方、第三者の矛盾供述の場合、それが真実であるときに供述の証明力を滅殺するので実質証拠として機能することになり、伝聞法則の趣旨を潜脱する。したがって、「証明力を争う」とは、供述者の自己矛盾供述に限られる。

(4) まず、証拠4について検討する。

本件では、第2回公判期日において甲の証人尋問が実施されている。そして、Sは甲証言の証明力を争うために証拠4を請求している。証拠4は第三者である乙の供述を録取したものである。この場合、乙の供述が真実だから甲の証言の証明力が滅殺されることになるので、伝聞法則の趣旨が潜脱される。したがって、証拠4は328条に基づいて請求することはできない。

よって、裁判所は証拠4を取調べる旨の決定をすることはできない。

(5) 次に、証拠1について検討する。

証拠1は甲の供述を聴取した証拠である。もっとも、甲の署名・押印がないことが問題となる。

328条によって証拠能力が認められた場合、供述の証明力を滅殺されるために利用される。すなわち、証明力に影響を及ぼすので補助事実となる。したがって、厳格な証明は適用されないため、署名・押印は不要とも思われる。

しかし、厳格な証明が適用される実質証拠の証明力に重大な影響を及ぼすため、厳格な証明が適用されると解する。

本件では、証拠1は甲の供述を録取したものであるが、甲の署名・押印がない。したがって、裁判所は証拠1を取調べる旨の決定をすることはできない。

(6) 証拠2について。

証拠2は甲の供述を録取したものである。甲は第2回公判期日の証人尋問において、丁から覚せい剤の密売を手伝うように言われ、売上金の5割を丁名義の鋼材に振り込んでいたと証言している。これに対し証拠2は、組員は丁ではない、丁名義の貯金口座に現金を送金したのは借金の返済とためと供述している。すなわち、甲の供述は矛盾している。したがって、証拠2はその存在自体によって甲の公判廷での証言の証明力を滅殺することができる。

よって、裁判所は証拠2を取調べる旨の決定をすることができる。

2 小問2

(1) Rは甲証言の証明力を回復するために証拠3を請求している。ここで「証明力を争う」

の解釈が問題となる。

(2) 証明力を争う証拠には、証言の証明力を回復させる証拠も含まれると解する。なぜなら、回復証拠はその存在自体の供述によって一度滅殺された証言の証明力を回復させるものであるからである。すなわち、回復証拠は伝聞法則の趣旨を没却させるものではない。

(3) 本件では、証拠3は甲が丁から覚せい剤の密売を手伝うように言われた、密売グループのトップは丁である、証拠2は嘘をついたと供述している。すなわち、これは甲の公判期日での証言と一致するものであり、証拠2によって滅殺された甲の証言の証明力を回復させるものである。したがって、Rは328条に基づいて証拠3を請求することができる。

よって、裁判所は証拠3を取調べる旨の決定をすることができる。

以上

第1 設問1

1. 捜査①

(1) Pらは、甲方の搜索差押令状に基づき、甲方を搜索しようとしている。

家宅搜索を行うには、当該住居に立ち入ることが不可欠であるから、Pらがガラスを割って開錠し、甲方に入った時点で、令状に執行に着手したといえる。

もっとも、Pらは甲方に立ち入る前に甲に対して令状を呈示していない。このような捜査は適法といえるか。

この点、110条が令状呈示を必要とした趣旨は、令状の執行を受けるものに受忍限度の範囲を明らかにして、不服申し立ての機会を保障するためである。したがって、令状の呈示は執行に着手する前に行われなければならないのが原則である。しかし、令状を呈示していたのでは証拠隠滅などが行われ、捜査の目的が達成できなくなるような場合には、例外的に令状呈示前に証拠を保全するための必要な措置を採ることも許される。

本問についてみると、甲はドアチェーンをしており、玄関から入ろうとすれば室内に入るまでの時間がかかることが予想された。そして、甲の被疑事実は覚せい剤のAに対する営利目的の譲渡であり、証拠物となる覚せい剤は、トイレに流すなど、隠滅することが容易である。とすれば、捜査の目的を達成するためには、まずは室内に入って現場を保存する必要性が高かったといえる。したがって、Pらが甲方に立ち入ったあとに令状を呈示したことも適法である。

(2) ガラスを割って開錠したことが、「必要な処分」(222条1項・111条1項)として許されるかが問題となる。

ガラスを割ることは、甲の財産権に対する侵害となり得るものであるが、ガラスであれば弁償によって事後的に損害の回復が可能であるし、甲方に円滑に

立ち入るためには窓からの侵入が必要であった。したがって、Pらの行為は「必要な処分」として許される。

2. 捜査②

(1) 乙のハンドバックを取り上げて、その中身を搜索することの適法性について、令状の効力として許されるかが問題となる。

確かに、219条1項は、「場所」と「物」とを区別して規定している。しかし、場所に対する令状の効力は、当該搜索場所に所在する物にも及んでいる。なぜなら、物に対するプライバシーは、場所に対するプライバシーに包摂されているといえるからである。そして、その物が置かれているか、携帯されているかは偶然的な事情に過ぎないので、携帯物にも令状の効力は及ぶ。もっとも、搜索場所に偶然居合わせた第三者の携帯物については、搜索場所に所在していたものとはいえず、令状の効力は及んでいない。

本問についてみると、乙は内妻であり、甲方に甲と同居している者である。とすれば、乙が携帯している物については、甲方に所在していた物であると評価することができる。したがって、乙のハンドバックには令状の効力がある。

(2) したがって、乙からハンドバックを取り上げ、その中身を搜索することも、令状の効力として適法である。

3. 捜査③

丙の右ポケット内を搜索することは、身体の搜索にあたる。このような行為は令状の効力として許されるかが問題となる。

この点、219条1項は、「場所」と「身体」を区別しており、場所に対する令状によって、身体を搜索することはできない。なぜなら、身体に対するプライバシーは重要な利益であるので、場所に対するプライバシーに包摂されてい

るとはいえず、裁判官の令状審査が及んでいないからである。しかし、証拠物を隠匿したというような事情がある場合には、原状回復として身体を搜索することも例外的に許される。もっとも、そのような場合であっても、搜索を受けるものの不利益の大きさに堪がみ、被告人以外の身体を搜索する場合には、「押収すべき物の存在を認めるに足る状況のある場合」でなければならない。

本問についてみると、Pらが甲方に入った時点で、丙がズボンの右ポケットに右手を入れた状態であって、丙が証拠物を隠匿した場面を現認したわけではない。丙は、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り、Qの質問にも答えず、トイレに行こうとしている。このような丙の不審な挙動からすれば、丙が証拠物を隠匿しているとも考えられる。しかし、丙が第三者の甲方にいた時に突然家宅搜索が始まれば、丙の気が動転して不審な挙動を採ることもやむを得ないといえる。したがって、上記のような丙の挙動をもって「押収すべきものの存在を認めるに足る状況のある場合」であると考えるのはあまりに短絡的である。したがって、Qは原状回復として、丙の身体を搜索することはできない。よって、Qの行為は、令状の効力として行われたものではなく、違法である。

第2 設問2

1. 小問1

(1) 伝聞証拠該当性

伝聞証拠に証拠能力が認められないのは(320条1項)、供述証拠は供述の各過程に誤りが介在するおそれが大きく、反対尋問等によるテストを受けなければ、誤った事実認定がなされるおそれがある。しかるに、伝聞証拠は反対尋問等によるテストを受けられないからである。したがって、伝聞証拠とは、公

判廷外の供述を内容とする書面又は供述であって、内容の真実性を立証するために用いるものをいい、要証事実との関係で相対的に決せられる。

本問についてみると、S は、甲証言の証明力を争うために証拠 1、2、4 を提出している。証拠 1、2 については、甲証言と反対の事実を述べていたことがあるという、甲の供述の存在自体を証明できれば、甲証言の信用性を減殺することができる。したがって、要証事実とは、供述の存在となり、非伝聞である。証拠 4 は、甲証言の信用性を減殺するためには内容の真実性を問題とするので伝聞証拠となる。

(2) 328 条による証拠採用

S は、「証人…の供述の信用性を争うため」に証拠請求をしているので、裁判所は証拠 1、2、4 について、328 条により証拠採用することができるか。

ア まず、328 条によって証拠とすることができるのは、自己矛盾供述に限られるのか、他者矛盾供述まで含むのかが問題となる。

この点、他者矛盾供述まで含むとすれば伝聞法則の潜脱となりかねないので、自己矛盾供述のみに限るべきである。

証拠 1、2 は、自己矛盾供述であるから、この点は問題とならない。証拠 4 は他者矛盾供述であるから、328 条で証拠採用できない。

イ そして、328 条で証拠採用するためには、証拠に証拠能力が必要である。なぜなら、328 条によって伝聞性が解除されるのは、供述者の伝聞過程（第 1 伝聞過程）だけであり、供述録取者の伝聞過程（第 2 伝聞過程）は問題とならないからである。また実質的も、供述の信用性を争う補助事実とは実質証拠に与える影響が大きいので、証拠能力が必要である。以下、各証拠について検討する。

(ア) 証拠 1

丁は覚せい剤の密売に関与していないという甲の供述であるから、自己矛盾供述にある。

証拠 1 は捜査報告書であるが、P が甲の供述を記録したものであり、その実質は供述録取書にあたる。したがって、証拠能力が認められるためには甲の署名・押印が必要なところ、甲の署名・押印はない。したがって、証拠能力は認められないから、328条によって、証拠として取り調べることはできない。

(イ) 証拠 2

これも、丁に送金していたのは借金の返済のためである旨の供述をしており、自己矛盾供述にあたる。

甲の署名・押印があり、証拠能力が認められる。したがって、328条により、証拠として取り調べることができる。

(ウ) 証拠 4

丁に対する送金は、借金の返済のためであるという旨の乙供述であり、これは他者矛盾供述にあたる。

他者矛盾供述であれば、その内容の真実性が真実であって、はじめて甲証言の信用性を減殺することができるのであるから、伝聞証拠にあたる。したがって、328条によって、証拠として取り調べることはできない。

2. 小問 2

証明力を回復するための回復証拠が、328条の「証拠」にあたるかが問題となる。

確かに、問題となる証言がなされる前に、当該証言と同一の内容の供述をしていれば、証言の信用性が回復するとも思われる。しかし、同一内容の供述を

したことがあったとしても、むしろ、よく供述を変遷させる者であると推認することが経験則上合理的であるといえ、同一内容の供述を証拠として取り調べても、必ずしも証言の信用性が回復するとはいえない。したがって、例外的に証言の信用性が回復するような特段の事情のない限りは、328条によって回復証拠を取り調べることはできない。

本問では、10月5日に、甲が甲証言と同一内容の供述をしているが、この供述によって甲証言の信用性が回復する特段の事情は見受けられない。したがって、裁判所は、証拠3を証拠として取り調べることはできない。

平成29年度司法試験 再現答案

刑事系科目 第2問

〔設問1〕

第1. 下線部①について

下線部①では、甲方へ侵入する際に、窓のガラスを割っている。刑事訴訟法は証拠の保全のために、「搜索」という強制処分を用いて、相手方のプライバシー権を制約することを許容する（刑事訴訟法（以下略）218条1項）。ところが、窓のガラスの破壊は、それとは異なる財産権の侵害である。このような権利侵害を伴う捜査は許されるか。

同行為は、111条の「必要な処分」として許されるか。同規定は、搜索差押えの実効性の確保のための規定であり、必要性、緊急性等を考慮し、社会通念上相当な範囲で行われなければならない。甲方の玄関のドアにはチェーンが掛けられており、侵入するには時間がかかる。その間に甲らによって証拠が隠滅されるおそれがあった。実際にも、甲は玄関のチェーンをかけたまま対応してきた。そのため、Pらは玄関とは別の出入り口から侵入する必要性、緊急性があったといえる。甲方には玄関と窓以外に出入り口はなく、窓を壊して侵入する以外に方法はなかった。また、窓1枚の破壊の程度の制約であれば、住居の侵入というプライバシー権の制約に付随するものとしては、それほど大きいものではない。一方で、搜索差押許可状は窓ガラスの破壊のあとに示されている。令状の呈示は対象者の権利制約の受忍の根拠になるため、原則として、令状の呈示は権利制約の前にされなければならない。もっとも、本問では、先に令状を呈示しては、証拠隠滅を防止するという捜査の目的を達成できない。Pは甲方侵入後直ちに令状を呈示しており、甲らに対する手続保障としては不十分であるとはいえない。これらを考慮すると、下線部①の行為は、社会通念上相当な範囲で行われたと評価できる。

以上より、下線部①の捜査は、111条に基づいて適法である。

第2. 下線部②について

1. ハンドバッグの搜索について

本問の搜索差押許可状における「搜索すべき場所」は「甲方」である。ハンドバッグは「甲方」ではない。それにもかかわらず、本問の搜索差押許可状に基づいてハンドバッグ内の搜索をすることはできるのか。

確かに、条文上、搜索の対象として「場所」と「物」は区別されている（219条1項）。もっとも、「場所」を搜索する場合に、その中に内在する物を搜索できないとすると、搜索の実効性が著しく弱まる。そのため、「場所」を搜索する場合には、そこに内在すると令状発付を行う裁判官が判断したと考えられる物についても、搜索することが許容されていると解すべきである。ハンドバッグは、Pらが甲方の搜索を開始する時から甲方内にあった。また、ハンドバッグは甲の内妻乙という、甲と密接な関係を有する者の所有物であった。乙は甲方に居住しており、ハンドバッグは甲方で保管されていたと考えられる。これらを考慮すると、ハンドバッグは、「甲方」に内在した物であると評価できる。

以上より、本問の搜索差押許可状に基づいてハンドバッグを搜索することは許される。

2. 有形力の行使について

ハンドバッグの搜索の際に、乙からハンドバッグを取り上げるという有形力の行使を行っている。これについても、プライバシー権の制約とは異なる権利制約が生じるので、別途111条の「必要な処分」として許されるかを検討しなければならない。

乙は甲方の搜索が始まってから、終始ハンドバッグを持ち、玄関から外へ出ようとするなど、不自然な行動をとっていた。このことから、ハンドバッグ内に重要な証拠が隠されていることが推認される。ここでハンドバッグを搜索しないと、重要な証拠が隠滅される危険があった。そのため、何としてでもハンドバッグの搜索を行う必要性、緊急性があった。その手段としても、乙の身体を直接押さえつけたり、殴ったりはしておらず、軽微な有形力の行使にとどまっている。これを考慮すると、Pの行為は社会通念上相当な範囲で行われたと評価できる。

よって、ハンドバッグを取り上げる際に有形力を行使したことは、111条の「必要な処分」として許される。以上より、下線部②の捜査は適法である。

第3. 下線部③について

1. 丙の身体の搜索について

身体の搜索には、特別に身体検査令状が要求される（218条1項）。身体の搜索にはより重大なプライバシー権の制約があることが考慮されている。このことから、場所の搜索差押許可状によって身体の搜索をすることは許されない。そのため、本問の搜索差押許可状に基づいて、甲方内にいた丙の身体を搜索することは許されない。

もっとも、搜索の対象となる場所に内在する物を、その場所にいた者がその身体に隠匿したというような場合には、111条の「必要な処分」として、身体検査を行い、原状回復措置をとることができる。とはいえ、その際には身体についての重大なプライバシー権の制約を伴うので、これは慎重に行われなければならない。すなわち、その者が証拠を隠匿したことを捜査官が現認したか、それに類似する程度の客観的状況がなければ、身体の検査を行う必要性は認められないと評価すべきである。Qらが甲方に侵入した時にはすでに、丙は右ポケットに何かを入れていた。そのため、Qは丙が証拠を隠滅した場面を現認したわけではない。しかし、丙は、甲方の搜索中、終始右ポケットを気にしたり、落ち着かない素振りをしたり、明らかに怪しい態度をとっていた。また、住居の搜索という緊張した場面で捜査官に黙ってトイレに行くというのはやや不自然であり、ポケットの中の物をトイレで隠滅しようとしていたことが推認できる。Qが丙にポケットの中のことを聞いても、丙は何も答えず、丙らにとって都合の悪い物が入っていたとも推認できる。これらを考慮すると、丙は、Qらの搜索が開始される前に、とっさに甲方にあった証拠物をポケットに隠匿したといえるに足りる、客観的状況がそろっていると評価できる。

以上より、原状回復のため、111条に基づいて、丙の身体を検査することは許される。

2. 有形力の行使について

そうであっても、その手段として有形力を行使した点については、別途「必要な処分」といえるかを別途検討しなければならない。丙がここまでして Q に見せたくない物であったことから、Q が隠匿した証拠は重要なものであったと推認できる。そのため、この場で丙のポケットの中身を直ちに確認する必要性、緊急性はあった。また、丙の右手を引き抜くといった、丙の身体に対する直接の有形力を行使しているものの、それによって丙が何らかの傷害するなどの危険性はかなり小さく、程度の大きい有形力の行使ではない。これらを考慮すると、Q の行為は社会通念上相当な範囲で行われたものと評価できる。

よって、Q の有形力の行使は 111 条に基づいて許される。以上より、下線部③の捜査は適法である。

〔設問 2〕 1

下線部④で請求された各証拠は、いずれも「公判期日における供述に代え」た書面（320 条 1 項）である。そのため、原則として、これらの証拠を取り調べることはできない。そこで、例外的に、321 条ないし 328 条に規定する場合にあたるかを検討する。本問では、下線部④の各証拠を甲証言の「証明力を争うため」に用いるので、328 条に規定する場合にあたるかを検討する。

1. 328 条の対象

328 条は、公判廷での供述者が、以前に異なる内容の供述をしていたという事実を立証することによって、その者の証言の信用性を減殺する趣旨の規定である。そのため、328 条の対象は、供述者の自己矛盾供述に限られる。他の者の供述にまでその範囲を広げると、その供述の内容の真実性を吟味する必要がある、320 条 1 項を潜脱することになるからである。証拠 2 は甲の供述録取書なので、328 条の対象になりうる。証拠 1 は形式上は P の捜査報告書である。しかし、その内容は P が甲の供述の要旨を記録したものであるから、実質的には、甲の供述録取書である。よって、328 条の対象となると解釈すべきである。証拠 4 は乙の供述録取書なので、328 条の対象とはなりえない。

2. 厳格な証明について

328 条によって証拠採用されるためには、公判廷前の供述が実際に存在したことが担保されている必要がある。そのため、328 条によって証拠採用されるためには、法律の規定にのっとった形式を備えていなければならない。具体的には、供述録取書の場合には、供述者の署名又は押印がなければならない（321 条 1 項柱書参照）。証拠 2 には甲の署名・押印があり、実際に甲が証拠 2 の内容の供述を行った旨の担保がある。一方で証拠 1 には甲の署名・押印がない。そのため、証拠 1 の内容通りの供述を甲が行ったことの担保はない。

以上より、裁判所は、328 条に基づいて、証拠 2 のみを証拠として取り調べることができる。

〔設問 2〕 2

証拠 3 も、「公判期日における供述に代え」た書面であるから、320 条 1 項により原則

として証拠として採用されない。では、証拠3は328条によって例外的に証拠採用することができるか。

「供述の証明力を争うため」に、証明力の回復も含まれるか。証明力の増強のためにこれを用いることは、その内容通りの事実があったことの証明にほかならず、328条の趣旨に合致しない。そのため、証明力の増強は「証明力を争う」には含まれない。一方で、文言上は証明力の弾効に限定されていない。また、証明力の減殺に用いられた供述とは異なる供述をしていたという事実を示すことは、328条の趣旨に反しない。そのため、1度減殺された証明力の回復のためには、328条を用いることはできると解釈すべきである。

しかし、証明力の回復のために用いるといえども、証明力の増強の場合にこれを用いる場合と類似の問題が生じる。そのため、具体的な状況の下、328条による証拠採用がなされることによって、320条1項の趣旨に反するような状況が生じないようにしなければならない。甲の証人尋問は、元々証拠3についてSの同意(326条1項)が得られなかったことで実施した。それにもかかわらず、証拠3を公判廷に表出させることは、甲の証人尋問を無意味なものにさせかねない。また、証拠3の供述は、証拠2の供述よりも後になされている。そのため、証拠3の供述と甲の証人尋問はいずれも証拠2の供述よりも後になされたという点で共通し、証拠3による証明力の回復の効果は大きくない。これらを考慮すると、Rは、甲証言の証明力の回復ではなく、証拠3の内容通りの事実の立証を意図していたと評価すべきである。これは、320条1項の趣旨に反する事態である。

以上より、裁判所は証拠3を証拠として取り上げるべきではない。

以上

平成29年度司法試験（論文式）再現答案
刑事系第2問

第1 設問1について

1 ①の適法性

(1) Qらは、甲に対する覚せい剤取締法違反の被疑事実について発付された搜索差押許可状に基づく搜索差し押さえを執行するために①を行っている。そこで、①が「必要な処分」(刑事訴訟法(以下法典名略)218条1項、222条1項・111条1項)として適法であるかが問題となる。

(2)「必要な処分」とは、令状執行のための必要かつ相当な範囲の処分をいう。

本件において、覚せい剤所持により逮捕されたAは、甲からそれを買った旨供述しており、甲は覚せい剤取締違反の前科3犯を有する者である。また、A以外にも甲から覚せい剤を買った旨供述しているものが複数いる。そして、甲が甲方があるKマンション周辺の路上で複数人に茶封筒を渡し、これと引き換えに現金を受領する行為を繰り返していることが判明している。そうすると、甲方に覚せい剤が存在する蓋然性が高い。そして、覚せい剤はそれ自体が重要な証拠となる一方、水に流すなどによって短時間に容易に隠滅が可能である。また、甲方には内縁の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が判明しているから、甲に玄関を開けさせている間にこれらの者が隠滅行為に及ぶ可能性も高い。さらに、甲が玄関のドアチェーンをかけたまま郵便配達員に應對していたとの報告もあった。そうすると、来意を告げたうえで甲に玄関のドアを開けさせる方法により令状執行すると、その間に証拠隠滅が図られる可能性が高いといえるので、それ以外の方法による必要性はあった。

もっとも、甲がドアチェーンをかけたままドアを開け、チェーンを外そうとせずに隠滅行為に及ぶ危険性が生じた段階で、クリッパーでドアチェーンを切断して玄関方甲方に入るのでも充分隠滅行為は防止できたはずである。実際にPはそうのように甲方に入り、令状執行している。これに加えてQらがベランダの外にあらかじめ待機し、ベランダの策を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って解錠し、甲方に入るといふ①の行為は、ガラス窓を破損するという財産侵害に鑑みれば、相当性を欠くといえる。

したがって、本件行為は「必要な手段」の限度を超え、違法である。

2 ②の適法性

(1) 乙の持っていたハンドバッグが、搜索すべき場所を「甲方」とした本件搜索差押許可状の効力として搜索できるものかが問題となる。

これについて、まず、219条1項は、搜索すべき「場所」、「身体」、及び「物」を区別している。もっとも、令状において搜索すべき場所の特定を要求した趣旨は、その場所に対するプライバシーを保護することにある。そして、住居内にある物に関するプライバシーは、住居に関するプライバシーに包摂されているといえる。そうすると、住居を搜索す

べき場所とする搜索許可状により、住居内にある物の中を搜索することは許容されるといえる。

(2) そこで、乙の持っていたバッグのプライバシーが、甲方に関するプライバシーに包摂されるかが問題となる。乙は、甲の内妻で、甲方に居住している。したがって乙も甲方の管理権を有しているといえる。そして、乙は居間から当該ハンドバッグを持ち出そうとしている。したがって、当該バッグは甲方にあったものと推認される。よって、当該バッグのプライバシーは、甲方に関するプライバシーに包摂されるといえる。

以上から、当該バッグにも本件搜索差押許可状の効力が及ぶ。したがって、②は本件搜索差押許可状に基づく搜索として適法である。

3 ③の適法性

(1) ③の行為は、丙のズボンの右ポケットを探索するものであるから、「身体」の搜索に当たる。そこで、本件搜索差押許可状に基づく搜索として適法かが問題となる。

前述の2 (1) で述べたように、住居内にある物に関するプライバシーは住居に関するプライバシーに包摂されるのとは異なり、「身体」と「場所」は性質が異なるため、人の「身体」が「場所」に包摂されているとはいえない。したがって、「場所」に対する搜索差押令状に基づきそこに居合わせた人の「身体」を搜索することは許容されない。

(2) もっとも、居合わせた者が、差押えるべきものを隠匿したと疑うに足りる十分な理由がある場合には、搜索の実効性を確保するために令状に基づき身体を搜索することができるというべきである。

本件において、丙は甲方に頻繁に出入りしている者であり、被疑事実に関与している者と疑われるため、甲方にある差押えるべき物を隠匿する可能性がある。そして、丙は、ズボンの右ポケットから手を抜いたが、右ポケットは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していた。そして、右ポケットに何があるのかというQの質問に答えず、呼び止めにも応じず、トイレに入ろうとした。そうすると、甲方にあった被疑事実に関連する物を丙がその右ポケットに隠匿し、トイレで隠滅すると疑うに足りる十分な理由があるといえる。したがって、令状に基づく搜索差押えの実効性を確保するために、本件令状の効力として、丙のポケットの中を搜索することは許容されるというべきである。

以上から、③は適法である。

第2 設問2について

1 小問1について

(1) 裁判所が下線部④で請求された各証拠を証拠として取り調べる旨決定するためには、各証拠に証拠能力が認められる必要がある。

まず、自然的関連性が必要であるが、当該各証拠はいずれも被疑事実である丁の覚醒剤取締法違反についての甲・乙の供述を内容とするものであり、最小限の証明力を有するため、これは認められる。

(2) つぎに、証拠禁止に当たらないことが必要である。ここで、当該各証拠は、第1の1で述べた通り違法な捜査①によって逮捕した甲及び乙から供述を得て作成されたものである。そこで捜査①の違法が当該各証拠の証拠能力に全く影響を及ぼさないとすると、違法収集証拠排除の趣旨である司法の廉潔性、適正手続きの確保、将来の違法捜査の抑制を図ることができないため、先行する捜査とその後の証拠採取手続きに密接関連性があり、一体の手続と評価しうるような場合には、違法が証拠採取手続きにも承継されるというべきである。

本件においては、適法に発付された搜索差押許可状に基づく搜索の過程で、「必要な処分」としての限度を超えた捜査がされたにすぎず、違法重大とはいえない。また、甲乙の現行犯逮捕の要件は備わっており、逮捕自体は適法である。そして、甲乙らはその身体拘束中に当該供述をしたのであり、違法な①と当該各証拠の関連性は弱いといえる。したがって、当該各証拠の採取手続きに捜査①の違法性は承継されず、違法収集証拠として排除されないというべきである。

(3) それでは、証拠1はPの、証拠2は甲の、証拠4は乙の供述を内容とするため、「公判廷期日における供述に代」わる書面として伝聞証拠に当たり、証拠能力を否定されないか(320条1項)。

伝聞証拠に原則として証拠能力が認められないのは、伝聞は知覚・記憶・表現の過程を経て公判廷に表出されるため、誤りが混入しやすいにもかかわらず、公判廷における反対尋問等でそれをチェックすることができないため、事実認定を誤らせる恐れがあるからである。したがって、証拠能力が否定される伝聞証拠とは、公判廷外における供述を内容とする供述または書面で、その内容の真実性が問題となるものをいう。そうすると、伝聞証拠か否かは、要証事実との関係で相関的に決せられる。

証拠1・2・4は、それぞれ丁が覚せい剤の密売に関与していないことを内容とするものである。一方で、Sは甲証言の証明力を争うために各証拠の取り調べを請求している。これは「公判期日における…証人…の供述の証明力を争うため」(328条)に各証拠を用いるものと考えられる。同条は、証人の供述が、別の機会にしたそのものの供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体を立証することによって、公判期日における供述の信用性を減殺することを許容するものである。この場合は、その供述の内容の真実性は問題とならないから、伝聞証拠であっても用いることができることを注意的に規定したのと考えられる。そして、このような用い方をする以上は「証拠」とは、自己矛盾供述に限るというべきである。なぜなら、自己矛盾供述でない場合は内容の真実性が問題となるのに実質証拠として使用することを許容することとなり、伝聞法則の趣旨を没却するからである。また、別の機会に矛盾する供述をしたという事実は、厳格な証明を要する。

そこで各証拠を見ると、まず、証拠4は乙の供述を内容としており、自己矛盾供述に当たらないので、328条によって証拠とすることはできない。また、証拠1は、Pの供述を内容としており、その中に甲の供述の要旨が含まれているが、甲の署名・押印がないた

め、二重の伝聞性が解消されておらず、甲の供述とみることとはできない。したがって自己矛盾供述とはいえ、328条によって証拠とすることはできない。他方、証拠2は、Pが作成した乙の供述録取書で、甲の署名・押印があるので、二重の伝聞性が解消され、甲の供述書とみることができ、自己矛盾供述ということができる。

(4) 以上から、裁判所は、証拠2のみを証拠として取り調べる旨の決定をすることができる。

2 小問2について

(1) 証拠3は、公判廷における甲証言に内容が一致し、弾劾証拠として取り調べた証拠2と内容が一致する。そこで、Rは「甲証言の証明力を回復するため」に証拠3の取調べ請求をしているが、これは328条によって認められるか。

ここで、甲証言の信用性を増強させるための増強証拠として用いる場合であれば、「証明力を争う」とはいえず、認められないというべきである。伝聞法則の趣旨を潜脱する恐れがあるからである。

一方、弾劾証拠によって信用性を減殺された甲証言の信用性を回復させる回復証拠として用いる場合であれば、弾劾証拠に対する再弾劾にすぎず、「証明力を争う」といえる。また、回復証拠それ自体によって犯罪事実を証明するものではなく、非伝聞的利用に過ぎないので、伝聞法則の趣旨を潜脱する恐れもない。

したがって、Rは回復証拠として用いるものと考えられるから、証拠3は328条によって証拠とすることができる。

(2) 以上から、裁判所は、これを証拠として取り調べる旨決定することができる。

以 上

H29 刑訴法再現答案

設問 1

1. ①の捜査

(1) 甲方に立ち入るに当たって令状が呈示されていないが、かかる捜査は適法か。

法が令状の提示を要求(222 条 1 項本文後段・110 条)した趣旨は、相手方に被侵害利益たる管理権を明示し防御の機会を与える点にある。とすれば令状は事前の呈示を要する。そのため事前呈示していない捜査①は違法とも思える。

(2) しかし常に事前呈示を要求すると証拠隠滅により実効的な搜索差押ができないおそれがある。そこでこのような事情があれば令状呈示するために立ち入る行為は必要な処分(22 条 1 項本文前段・111 条 1 項本文)として、適法となると考える。その判断は捜査比例の原則から必要性・相当性による。

本件では甲の被疑事実は覚せい剤所持である。そして甲には同居人乙と知人丙がおり、ドアチェーンかけたまま対応されれば乙らが覚せい剤という、容易に隠滅しやすい証拠を処分するおそれがある。そこで事前に呈示せずに立ち入る必要性があった。また、その方法も、ドアチェーンを切断している間に隠滅されるおそれがあるので窓を割って立ち入ることは相当である。

(3) よって必要な処分として捜査①は適法である。

2. ②の捜査

(1) 捜査②が適法であるためには、ハンドバッグに搜索差押令状の効力が及んでいることが必要である。そして搜索すべき場所は甲方とされている。そのため甲方の同居者乙の携帯物についても、これが置かれているか携帯しているかは偶然の事情に過ぎないので、甲の管理権が及び同令状の効力は及ぶ。

(2) もっとも、法が搜索すべき場所を要求した(219 条 1 項)趣旨は、被侵害利益たる非処分者の管理権を明示しこれをたんいとして司法審査に服させたものである。

したがってハンドバッグには甲の管理権も及んでいるが、乙の管理権も及んでいるので、ハンドバッグを搜索するには証拠存在を認める事情(222 条 1 項本文前段・102 条 2 項)が必要である。

本件では、乙はハンドバッグを持ったまま玄関へ向かっており、乙による制止に反対しなご玄関へ歩いている。そのためハンドバッグには証拠が存在すると認められるのでこれを搜索することができる。なお、ハンドバッグを取り上げた行為は必要な処分として適法である。

(3) よって捜査②は適法である。

3. ③の捜査

(1) 丙のズボンポケットは丙の身体であり、甲方ではない。丙は甲の知人であり、同居人ではなく、さらに法が場所と身体を厳格に区別(219 条 1 項)していることから、丙の身体を

搜索差押令状で搜索できない。

もっとも、搜索場所から証拠を持ち去ったと認められる場合にも搜索できないと搜索の実効性を欠く。そこで、証拠持ち去ったといえる蓋然性がある場合には、必要な処分としてみとめられる。

(2) 本件では、丙はポケットを触る等気にしており、また落ち着きの無い様子であった。そしてQからの質問にも答えずトイレに向かっている。現在搜索中ということに照らせば、ポケット内に証拠物がある蓋然性がある。そして覚せい剤はトイレに流す等容易に処分可能であるので、トイレに向かう丙を制止してポケット内を搜索する必要があった。その方法も手を引き抜いて手を入れるという、狭い場所の搜索としては相当である。

よって捜査③は適法である。

設問 2

1. 小問 1

(1) 伝聞証拠として証拠能力が否定されないか(320 条)。

伝聞法則の趣旨は、供述証拠が知覚記憶表現という誤りの入りやすい過程を経て証拠かされるにもかかわらず反対尋問によってその信用性を吟味できない点にある。そこで伝聞証拠該当性は要証事実との関係で原供述の真実性が問題となるかどうかによる。

証言の証明力を争うためには、証人が過去に不一致協実をしたという事実を立証すればいいのでこれが要証事実である。

(2) 証拠①

まず、甲がカッコ内のような供述をした事実を立証するためにはPの供述内容が真実である必要があるため伝聞証拠である。しかしPは供述不能でないので 321 条 1 項 3 号要件を満たさない。

では 328 条で証拠能力を認めるか。同条は、証人が不一致供述をしたという事実を立証する場合には、伝聞要件の不充足を認めるものである。本件では甲による署名押印がないので甲がカッコ内のような供述をしたかどうか立証できない。よって証拠能力が認められない。

(3) 証拠②

この証拠は丁との関与を否定する内容である。これは証言と不一致である。そして甲の署名押印があるので 328 条により証拠能力が認められる。

(4) 証拠 4

乙が丁の関与を否定している。しかし乙がかかる供述をしていること自体を持って甲の不一致供述は立証できない。また、乙の供述によって丁の不関与を認定し、これを間接事実として甲の証言の信用性を争う手段も考えられる。しかし乙は供述不能でないので伝聞例外要件充足しない。仮にこの証拠を 328 条で採用できるとすればそれは伝聞法則の潜脱なので許されない。よって証拠能力は認められない。

2. 小問 2

一旦減殺された証言の証明力を回復することは「証明力を争う」ことに他ならないのである

から、証拠③を328条で採用できる。

刑事系科目第2問 再現答案

設問1

第1 捜査①の適法性について

1 当該捜査は刑事訴訟法（以下、略）222条1項、111条1項の「必要な処分」にあたり適法といえるか。「必要な処分」かどうかは、令状執行のために必要かつ相当な範囲の処分であるかどうかの問題になる。

2 本件捜索差押えは、甲に対する覚せい剤取締法違反を被疑事実としている。本件捜索差押えがされる前にPらは甲が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行為を繰り返していることを確認している。ゆえに、甲が覚せい剤の営利目的の譲渡を行っていたという嫌疑の重大性は高い。そして、覚せい剤譲渡は、多くの人物を対象とするため、その被害は深刻なものであるといえるので、重大な犯罪である。

また、覚せい剤は粉状のものであるのでトイレなどですぐ流せることができる。ゆえに、証拠隠滅が容易に行われやすい。これに加えて、従前の捜査から甲宅には甲の他に乙や丙が存在している。このことから、それぞれが覚せい剤を所持したまま逃亡するおそれも大いに考えられる。

したがって、証拠隠滅、逃亡のおそれが考えられる以上、令状執行のために必要な範囲の処分であったといえる。

3 では、相当な範囲の処分であったといえるか。

確かに従前の捜査から、甲が玄関のドアチェーンをかけたまま郵便配達員に対応していたことが判明しているので、本件捜索差押えの際にもドアチェーンがかかっている可能性は高く、室内にすぐに入ることにはできないとも思える。しかし、ドアロックではなくドアチェーンの場合、ドアを開けた瞬間、足をはさみ即座に、クリッパーではなく、それより強い小型のチェーンソーなどを使えばすぐにチェーンを切断することは可能であったといえる。そうすることで、トイレに流すなどの証拠隠滅は防止することができたといえる。また、ベランダから逃走するおそれも容易に考えられるところ、本件捜査のように、ベランダの柵を乗り越え、窓のガラスを割るというようなプライバシーの侵害ともいえる行為を行わなくとも、ベランダの前に複数の捜査官を配置することで、逃亡のおそれは防げたといえる。

したがって、令状執行のために相当な範囲の処分であったとはいえない。

4 以上より、捜査①は「必要な処分」にあらず、違法である。

第2 捜査②について

1 本件令状は捜索すべき場所を「甲方」とする捜索差押え許可状である。このことから、場所に対する令状によって、居住者である甲と準ずべき立場にある甲の内妻である乙の携帯物を捜索することができるか。

この点、物が携帯されているかその場に置かれているかは偶然の事情に過ぎないので、

その場所に存在する備品、付属物と同一視でき、令状の効力が及ぶといえる。

本件において、ハンドバックは当該搜索差押え時に床においてあったハンドバックを故意に右手に持ったにすぎず、その場所に存在する備品などと同一視できるので、令状の効果が及ぶといえる。

2 よって、捜査②は本件令状により適法である。

第3 捜査③について

1 本件捜査は、場所に対する令状により、第三者の身体を搜索するものである。このような捜査は認められるかが問題になる。

2 この点、条文上「身体」、「物」、「住居その他の場所」を分類し（222条1項、102条）、令状にもこれに従った記載を要求している（219条1項）。また、身体の利益は場所の利益よりも大きいといえる。よって、場所に対する令状によってその場に居合わせた第三者の身体を搜索することは許されない。

もっとも、搜索の実効性の確保の点から、具体的事情に基づきその者が令状記載の差押え物を隠匿したと疑うに足りる十分な理由がある場合のみ、例外的に認められると考えられる。

本件において、従前の捜査から、丙が頻繁に甲方に出入りしていたことは判明している。このことから、なんらかの形で、丙も甲の犯行に関与していた可能性は高いといえる。また、丙は、Pらが甲方に入ったときから、ズボンの右ポケットに手を入れた状態であった。その後、丙は、ズボンの右ポケットに入れていた手を抜いたが、ポケットは膨らんだままであり、時折、ズボンの上からポケットに触れるなど、ポケットを気にするそぶりを見せており、落ち着きもなかった。そして、捜査員の質問にも応じなかった。これらのことから、丙が捜査員が侵入してきたことからとっさに自己の近くにあった覚せい剤をポケットに隠したという可能性は高いといえる。

そして、丙はそのままの状態トイレに行こうとしているのであることから、ポケットに入れた覚せい剤をトイレに流して証拠隠滅を図ろうとしていると考えられる。

3 以上から、丙は覚せい剤を隠匿したと疑うに足りる十分な理由がある場合といえるので、証拠隠滅を阻止するために、例外的に当該捜査は認められるといえる。

設問2

第1 1. について

1 本件において、証拠1、2、4につき甲証言の証明力を争うために328条に基づき弾劾証拠として取り調べることはできるか。以下、検討する。

2 (1) まず、328条における「証拠」かどうかは何らの制限もないのか、もしくは自己矛盾供述に限られるかが問題になる。

この点、328条は、公判期日における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その信用性の減殺を許容する趣旨である。そして、自己矛盾供述以外の供述を用いる場合には、当該供述の真実性を前提

とすることになり、伝聞法則の趣旨を逸脱することになる。

したがって、本条における「証拠」とは自己矛盾供述に限られる。

(2) そして、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。ゆえに、許容される証拠は、信用性を争う供述をした者とそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、刑訴法が定める要件を充足した供述を録取した書面、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述、またはこれと同視しうる証拠の中にあらわれている部分に限られる。

3 (1) 証拠 1 について

証拠 1 は甲の供述を P が聴取したものである。もっとも、当該捜査報告書は甲の署名、押印がないことから、二重の伝聞性は解消されておらず、P の供述と同視できる状態である。よって、刑訴法が定める要件を充足した供述を録取した書面といえない以上、自己矛盾供述にはあらず、328 条に基づき証拠として取り調べることはできない。

(2) 証拠 2 について

証拠 2 は、甲の公判廷供述とその内容が矛盾しており、また証拠 1 と異なり甲の署名、押印が存在する。ゆえに、刑訴法が定める要件を充足した供述を録取した書面といえるので、自己矛盾供述にあたる。よって、328 条に基づき証拠として取り調べることができる。

(3) 証拠 4 について

証拠 4 は署名、押印はあるもののその供述者は乙である。もっとも、乙は甲とは共犯関係にあるものである。このことから、実質的に見て自己矛盾供述といえないかが問題になる。

この点、上述した 328 条の趣旨に基づけば共犯者であったとしても他人には変わらない以上、その者の供述を「証拠」とすれば伝聞法則の趣旨を潜脱することになる。よって、証拠 4 は自己矛盾供述にあらず、328 条に基づき証拠として取り調べることはできない。

第 2 2. について

1 328 条の「証拠」として証明力を回復するための証拠、つまり回復証拠は含まれるか。「証明力を争う」の意義が問題になる。

2 同上の趣旨は、趣旨は、同一人が不一致供述をしたという事実の存在自体を証拠として、その供述の証明力を減殺するものであるから、伝聞法則の適用がないことを注意的に規定した点にあると解する。そして、証明力を回復するために同一人の一致供述を提出留守場も、元の供述と同じ趣旨の供述をしたという事実の存在自体を証拠として、相手方の弾劾証拠の証明力を減殺するものであるから、同条の趣旨が妥当する。また、「争う」という文言からも回復証拠を含むと考えるのが自然である。

したがって、「証明力を争う」証拠には回復証拠も含まれるといえるので、裁判所は、証拠 3 を証拠として取り調べる旨の決定をすることができる。

以上

設問 1

第 1.①について

1.Q らが掃き出し窓のガラスを和って解除し甲方に入った行為が「必要な処分」(刑事訴訟法 222 条 1 項,111 条)として適法か。

同条は搜索差押目的の実効性の確保と搜索等を受ける者の人権保護の調和を図る趣旨にあるから、「必要な処分」と認められるには、搜索差押のために必要であり、社会通念に照らして相当な手段であることが必要であると解する。

本件で、確かにガラスを割る行為は、内部にいる者をガラスの破片で傷つける可能性があり、相当なものとはいえないとも思える。

しかし、甲は、覚せい剤所持で逮捕された複数の者が、甲から覚せい剤を買ったと証言していること、また覚せい剤取締法違反の前科三犯を有するものであった。そして、K マンションの周辺の路上で複数の者に茶封筒を交付し、これと引換に現金を受領しており、この取引は、前述の証言等に照らすと、覚せい剤の取引であると考えるのが自然な行為であった。そうすると、甲の覚せい剤密売の嫌疑はかなり高いものであったといえる。甲は、玄関のドアチェーンをかけたまま郵便配達員に対応していたから、P らが尋ねるときにもドアチェーンがされている可能性は高かった。そして、覚せい剤は隠滅が容易であり、特に甲宅には甲だけでなく、他に乙や丙がいたから、甲が対応している間に乙や丙による隠滅行為をすることができる状況だった。そうするとドアチェーンを切る作業をしている間に証拠隠滅され、搜索差押目的を達することができなくなる可能性が高かったといえるから、掃き出し窓を割り、甲方に入

刑事系科目第2問

ることは必要であった。また、P はまず玄関の呼び鈴を鳴らし、チェーンをかけたままであったから、ガラスを割っており、ガラスを割るのは二次的な行為であった。そうすると、前述の証拠隠滅を防ぐことの必要性の高さを勘案し、不相当な行為であったとはいえない。

以上より、①は「必要な処分」に当たり、適法である。

2.もともと、P らは搜索差押許可状を示さずに甲方に入っており、その後これを呈示していないから、違法である(222条1項,106条)。

第2.②について

1.乙の持っていたハンドバックを搜索した行為が令状の効力の及ばない行為であり、令状主義(218条1項)に反し違法でないか。

(1)場所に対する令状で物の搜索ができるかがまず問題である。

218条1項の趣旨は、プライバシー等の人権侵害から、被搜索者を保護する趣旨にある。そして、物のプライバシーは場所のプライバシーに包摂される。そのため、場所の管理権者の物については、令状の効力が及ぶと解する。

確かに、乙はハンドバックを「私のもの」と言っているから、ハンドバックは甲でなく乙の所有物の可能性があった。しかし、乙は甲の内妻であり、友人等の第三者とは異なり、密接な関係にある者であった。また、乙は甲と一緒に甲方に住んでいた。そうすると、ハンドバックは、甲の管理権が及ぶものであったといえる。

以上より、搜索は適法である。

第3.③について

1.Q が丙の右腕を掴んで引っ張った有形力行使が「必要な処分」として適

法か。

丙は、トイレに向かって歩き出しており、トイレに行くと、覚せい剤を流すことにより簡単に証拠隠滅が行えたから、これをとめる必要があった。また、右腕を引っ張る行為は、相手に危害を加えかねないような強度の有形力行使と異なり、丙をその場にとどめるための最低限度の有形力行使に過ぎないから、相当な行為といえる。

よって、適法である。

2.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行為は、令状主義に反しないか。

(1)場所に対する令状で、身体の搜索が出来るのか問題となる。

219条は「場所」と「身体」を分けて規定しているし、場所と身体のパライバシーは異質なものであるから、場所に対する令状で身体の搜索等はできないと解する。もっとも、搜索・差押の実行性確保の観点から、その者が搜索の対象物を隠匿したと疑うに相当の理由がある場合には、これを原状に戻させる行為も「必要な処分」として認められると解する。

本件で、丙はズボンのポケットに入れていた右手を抜いてもポケットが膨らんだままであったから、ポケットに何か入れていると考えられた。また、ズボンの右ポケットに触れるなどポケットを気にしており、警察が来たからといってかかる行為をとることは不審であるし、落ち着きなく室内を歩き回るのは不自然であったから、警察に見られたくない何かをポケットに隠した可能性が高かった。更に、丙は甲方に頻繁に出入りしており、甲とは親密な関係にあったと思われるから、甲又は自己の犯罪行為を隠すための甲方にある証拠物を隠す行動にでる可能性は高い人

物であった。よって、捜索の対象物を隠匿したと疑うに相当の理由が存するといえるため、右ズボンのポケットに手を入れ、中身を取り出した行為も、適法である。

設問 2.

1.④の各証拠は「公判期日における供述に変えて書面を証拠」とするものであり、伝聞証拠(320条)として証拠能力が認められず、証拠として取調べられないのではないか。

伝聞証拠は、知覚・記憶・叙述の各過程で誤りが介在するおそれがあり、反対尋問や裁判官の観察による真実性の担保が必要である供述証拠について、原則として証拠能力を否定するものである。本件で、証拠 1・2・4 は、「丁は…関与していない」「密売…丁ではない」「丁は関係ない」との供述をもって、丁の犯人性を否定するものであるから、公判廷外の供述で、その内容の真実性が問題になるものであり、伝聞証拠に当たる。

また、甲も乙も「供述することができない」わけでないから、伝聞例外にも当たらない(321条1項)。よって、証拠能力が認められない。

2.もっとも、甲の証明力を争うための証拠、つまり弾劾証拠(328条)とできないか。

同条は、自己矛盾供述により証明力を減殺する場合には、内容の真実性が問題にならないから、伝聞証拠に当たらないことを確認した規定であると解する。そのため、328条の「証拠」は自己矛盾供述に限られる。よって、証拠 4 はこれに当たらない。

また、弾劾証拠は、録取される場合、録取過程の正確性は別途担保されなければならない。そうすると、署名押印がない限り、これに変わる

正確性の担保がない限りは、弾劾証拠と認められないと解する。

本件で証拠1は甲の署名・押印がなく、捜査報告書である証拠1にこれに代わる信用性担保は見当たらないから、弾劾証拠とはいえず、取調べできない。

3.証拠2については、丁が覚せい剤密売の指示をしていたこと、また丁に売上金を支払っていたと証言する甲証言と矛盾する、「丁ではない」、「丁名義の…送金…は、借金返済のためである」とする甲の発言をもって、甲証言の証明力を争うものとして、弾劾証拠にあたる。よって、裁判所はこれを証拠として取り調べることができる。

設問 2(2)

1.証拠3を弾劾証拠とできるか。

(1)そもそも回復証拠が「証拠」に当たるか問題になる。328条は「争うことができる」としており、回復証拠も証明力を争うためのものである以上、「証拠」に当たると考える。

(2)もっとも、証拠は、「丁は関係がないと供述したが、これは嘘である…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、また丁の元で覚せい剤の密売をすることになると思い…供述することにした」という供述を含む。これは、甲が証言を変遷させた理由を述べたものであり、丁が指導者であると思われることに鑑みると、甲がいう変遷理由は合理的なものである。そうすると、証言は、変遷後の甲証言の信用性が高いことを証明するものであり、もはや甲証言の証明力を争うにとどまらず、証明力を増強するものである。増強証拠は、もは

刑事系科目第2問

や証明力を争うものとはいえない以上、弾劾証拠に当たらない。

以上より、証拠3の後半部分が弾劾証拠に当たらず、裁判所はこれを証拠として取り調べることはできない。ただし、釈明し、前半部分のみを証拠として請求させることで、これを証拠として取り調べることはできる。

平成 29 年度司法試験再現答案（刑事系科目第 2 問）

第 1. 〔設問 1〕について

1. 下線部①の適法性について

- (1) 同行為は、甲の意思に反し他人の重要な権利に制約を加え強制的に捜査目的を達する行為であるから、強制処分に当たる（刑事訴訟法（以下法令名を省略する。）197 条 1 項ただし書）。同行為は甲方の搜索（218 条）に伴う「必要な処分」として適法か（222 条 1 項・111 条 1 項）。
- (2) まず、111 条 1 項は文言上必要性のみ要求するが、捜査比例の原則（憲法 13 条）および適正手続（同法 31 条）の観点より、当該行為を行う必要性および緊急性を考慮して、具体的状況の下で相当といえる場合に限り、「必要な処分」についての適法性が認められると考える。
- (3) これを本件についてみるに、甲は覚せい剤取締法違反の前科 3 犯を有する者であり、また複数の者から甲の覚せい剤頒布の証言が得られているから、同人方に覚せい剤取締法違反の事実に関する証拠が存する可能性は高い。また、薬物事犯は密行性があり、覚せい剤等はトイレに流すなどして隠匿することが容易であるから、その前に証拠を差し押さえる必要性は高い。そして、甲方の玄関には日頃ドアチェーンが掛けられており、本件搜索当時にもこれが掛けられていたから、上記の証拠隠匿行為を防ぐ見地から、ベランダより侵入する必要性および緊急性があったといえる。加えて、本件行為は甲方の玄関にドアチェーンが掛けられていることを現認したあとになされたものであり、甲方への侵入という目的を達するためになされた必要最小限の破壊行為である。
- (4) したがって、本件行為は証拠の隠匿を防ぎ搜索差押の実効性を確保するためになされた相当な行為といえ、「必要な処分」として適法である。

2. 下線部②の適法性について

- (1) 下線部②の行為は、乙の携帯物の搜索行為であるが、かかる行為は「甲方」を搜索場所とする捜査差押令状に基づく行為として適法か（218 条 1 項）。
- (2) 思うに、場所に対する令状の効力はそこに存する備品にも当然に及ぶところ、搜索場所の管理権者またはこれに準じる立場にある者の携帯物は、搜索場所の備品と同視することができる。
- (3) これを本件についてみるに、乙は甲方の管理権者ではないが、甲の内妻として同所に居住し、管理権者に準じた立場にあるものと考えられる。
- (4) したがって、同行為は「甲方」を搜索場所とする捜査差押令状に基づく行為として適法である。

3. 下線部③の適法性について

- (1) 下線部③の行為は、甲方の管理権者またはこれに準じる地位にもない丙の身体を搜索する行為である。かかる行為は、「甲方」を搜索場所とする搜索差押令状に基づく行為として適法か。
- (2) 「場所」に対する令状をもって「人」の身体を搜索することは、219条1項が両者を明確に区別しており、後者の方が前者よりも権利制約の程度が高いことから、原則として許されない。
- もともと、人権保障と真実発見との調和の観点から、搜索場所に居合わせた者が差し押さえるべき物を身体に隠し持っていることが疑われ、これを搜索する必要性・相当性が認められる場合は、例外的にかかる搜索も許容されると考える。
- (3) これを本件についてみるに、丙は甲方に頻繁に出入りしている者であり、本件搜索時甲方に居合わせた人物である。また、本件搜索時、丙のズボンの右ポケットは膨らんでおり、時折これ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、不審に思った捜査官の問いにも答えないなど、証拠物をポケットに隠し持っていると思われるような事情が認められる。そして、覚せい剤はトイレに流すなど証拠隠滅の容易な証拠物であるから、トイレへ向かう丙を止め、そのポケット内を搜索する必要性は高かったといえる。また Q は、下線部③の行為に先行して口頭で呼び止めることもしており、同行為時において強暴な手段が採られた事情も認められないため、手段としての相当性も認められる。
- (4) よって、下線部③は「甲方」を搜索場所とする搜索差押令状に基づく行為として適法である。

第2.〔設問2〕について

1. 小問1について

(1) 総論

証拠1, 2, 4はいずれも、知覚・記憶・叙述の供述過程を経て証拠化された供述証拠である。供述証拠は、その形成過程に過誤が介在するおそれがあるため、反対尋問や宣誓、裁判官による供述態度の直接観察等によりその真実性を吟味する必要がある。もともと、公判廷外でなされた供述を内容とする証拠であって、その内容の真実性を証明するために用いられる証拠については、かかる真実性の担保がなされないため、原則としてその証拠能力が否定される（伝聞法則、320条1項）。

そこで、証拠1, 2, 4がそれぞれ伝聞証拠に該当するか、該当する場合には、321条以下の規定により伝聞例外として証拠能力が認められないか、検討する。

(2) 証拠1について

証拠1は、甲の供述をPが録取した書面である。そして、録取されている甲の証言内容は、丁の事件関与を否定するものであり、甲証言と矛盾するものである。したがって、同証拠をもって甲証言の真実性を争う場合には、このうち甲の供述部分の真実性は問題とならない（弾劾証拠、328条）。

もっとも、録取者 P の供述過程の真実性もまた別途問題となるところ、同証拠には原供述者甲の署名・押印がなされていないため、P の供述過程の真実性が担保されていない。

よって、証拠 1 は伝聞法則により証拠能力が認められず、裁判所はこれを取り調べることができない。

(3) 証拠 2 について

証拠 2 もまた、証拠 1 と同様、甲証言と矛盾する甲自身の供述を、P が録取したものである。そして、これには甲の署名・押印がなされているため、P の供述過程の真実性は担保されており、また甲の供述過程の真実性は問題とならないから、弾劾証拠としてその証拠能力が認められ (328 条)、裁判所はこれを取り調べるができる。

(4) 証拠 4 について

証拠 4 もまた、甲証言と矛盾する供述内容を録取した書面である。そこで、同証拠も弾劾証拠として 328 条により証拠能力が認められるかが問題となる。

この点、328 条は、同一人格の者の過去の矛盾供述のみを想定した規定である。すなわち、同一人格の者の矛盾供述は、その存在のみをもって証明力を争うことができるため、その内容の真実性が問題とならないのに対し、弾劾を第三者の供述によって行う場合には、当該供述内容の真実性を問題とせざるを得ない。そこで、328 条は同一人格の者の矛盾供述が非伝聞であることを確認的に規定したに過ぎない。

これを本件についてみるに、証拠 4 は乙の供述を録取した証拠であり、弾劾対象たる甲証言の供述者甲とは別人格の者の供述録取書である。したがって、同証拠は 328 条により証拠能力が認められることはない。

また、乙において供述不能の事由はないため、321 条 1 項 3 号によっても証拠能力は認められない。

よって、証拠 4 はその証拠能力が認められず、裁判所はこれを取り調べることができない。

2. 小問 2 について

証拠 3 は、甲証言と内容を同じくし、またこれをより詳細に説明した甲の供述録取書である。そこで、同証拠が回復証拠として、328 条により証拠能力が認められないか、検討する。

思うに、328 条の「証明力を争う」という文言の中には、弾劾証拠により一旦減殺された証拠の証明力を回復させることも含まれていると解することができる。そこで、328 条は弾劾証拠だけでなく、回復証拠についても証拠能力を認める規定であると考える。

本件においては、証拠 1, 2, 4 のいずれかにより一旦甲証言の証明力が減殺されているから、同証言と同内容の供述録取書である証拠 3 は、回復証拠としての意義を有する。

よって、証拠 3 は 328 条によりその証拠能力が認められ、裁判所はこれを取り調べることができる。

以上

刑訴法

第1, 設問1

1, 捜査①

(1) 捜査①は、搜索差押許可状（刑事訴訟法（以下略）218条1項）に基づく搜索に「必要な処分」（222条1項, 111条1項）として適法と言えるか。

(2) この点について、比例原則に基づき「必要な処分」が許されるかどうかは、制約される法益と処分の必要性を比較衡量して決すべきである。具体的には、被疑事実の内容、差押対象物件の重要性、証拠隠滅行為のおそれ等を考慮して決すべきである。

本件についてこれを見ると、被疑事実である甲による覚せい剤の営利目的譲渡は密売という方法で行われており、覚せい剤等証拠一般の重要性が高い。そして、甲方を拠点とする密売という被疑事実の内容からすると、密売拠点の疑いが高い甲方には、被疑事実に関する証拠物が存在する可能性が高い。また、証拠物である覚せい剤やメモ類はトイレに流すなどの方法により隠匿される可能性が高いと言える。したがって、捜査①は証拠隠滅がなされることを防ぎ搜索差押の実効性を確保するために必要であると言える。

また、掃き出し窓のガラスを割ったことによる財産的損害はそれほど大きいものではないこと及び上記の通り極めて証拠物の重要性が高いことからすると、捜査①は社会通念上相当な太陽のものであると言える。

(3) 以上より、本件捜査①は必要かつ相当な範囲のものであると言え、搜索に「必要な処分」として許容されるものと考ええる。

2, 捜査②

(1) 捜査②は甲方に対する搜索差押許可状に基づき乙が持っていたハンドバッグの搜索差押をするものである。そこで、甲方という場所に対する搜索差押許可状の効力が乙のハンドバッグという物について及ぶと言えるか。

(2) この点について、確かに法の規定は搜索対象として場所と物とを区別して規定している。しかしながら、搜索場所に置かれている物について、逐一令状を取らなければならないというのは現実的ではないし、実質的にみても、その場所に置かれている物に帰属する利益は、場所に帰属する利益に包摂されると言える。

そこで、場所に本来的に存在していたであろう物については場所に対する令状をもって搜索差押をしたとしても違法とは言えない。

(3) 本件についてこれを見ると、乙は甲の内妻として甲方に從來から居住しているものであるから、乙の持っていたハンドバッグは本来的に、甲方においてあったものであると言える。

(4) 以上より、捜査②は、搜索差押許可状に基づく搜索として適法である。

3, 捜査③

(1) 捜査③は甲方に対する搜索差押許可状をもって、丙のズボンのポケットという人の着衣について搜索差押をするものである。

このような搜索差押は許されるか。

(2) この点について、法は搜索対象として、場所と人の身体を区別して規定している。そして、人の身体に関する利益は身体の安全や名誉等の人格的法益の側面を有しており、このような利益は場所に関する利益に包摂させることができない。性質のものである。

そのため、場所の搜索差押令状に基づいて丙のズボンのポケット内を搜索することは原則としてできないと考える。

(3) もっとも、搜索場所に居合わせて物がその場所にあった差押目的物を身体に隠匿していると認めるに足りる客観的な状況が存在する場合には、例外的に創作の実効性確保のための「必要な処分」(222条1項 111条1項)として、必要かつ相当な範囲内で妨害排除措置として身体に対する搜索も可能であると考ええる。

本件についてこれを見ると、令状記載の差押目的物の内、覚せい剤やメモについては、いずれも小さく、ズボンのポケットに隠匿することが十分に可能である。現に、丙が右ポケットから手を抜いた後もポケットが膨らんでおり、隠匿されている疑いが高いと言える。また、丙が時折ズボンの上から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、丙がQの呼び止めを無視してトイレに入ろうとしたことから、ポケットに証拠物が入っていることがうかがえる。そして、ポケットに隠匿した疑いがある証拠物はいずれもトイレで流せば容易に処分することができるものであり、トイレに入られる前に丙を止め、ポケットから手を引き抜き、Qがポケットに手を差し入れた行為は必要かつ相当なものであると言える。

(4) 以上より捜査③は「必要な処分」として適法である。

第2、設問2

1、小問1

(1) 伝聞法則の趣旨は、公判廷外における供述については、人の知覚・記憶・叙述の過程を経るため、誤謬が混入しやすく、典型的に事実認定を誤る恐れがあるため、証拠能力を認めない(320条1項)という点にある。

そこで、伝聞証拠とは、公判廷外の供述の内供述内容の真実性が問題となるもののことを言い、真実性が問題となるかどうかは要証事実との関係で相関的に判断すべきであると考ええる。

(2) まず証拠1について検討する。

この点について、証拠1を甲が供述した事実を証明するために用いる場合には、要証事実との関係で甲の供述内容の真実性が問題となるため、証拠1は伝聞証拠にあたる。もっとも、供述者たるP及び甲の署名押印がなされていない以上、321条に基づく伝聞例外に該当するとは言えない。

もっとも、弾劾証拠(328条)として、用いることはできないか。

328条の趣旨は、公判廷外供述でも、その供述主体が別の機会に異なる供述をしたこと自体を立証することにより、供述内容の真実性を問題とせず、信用性を減殺できるという

ことを確認的に規定する点にある。したがって、328条の適用を受ける証拠とは、自己矛盾供述証拠のことをいうと考える。

本件においては、証拠1は甲の署名押印がなされていない以上、聴取したPの供述にすぎず、自己矛盾供述であるとは言えないから、法328条の適用を受けない。

以上より、裁判所は、証拠1を証拠調べ決定することは認められない。

(3) 次に証拠2について検討する。

証拠2の甲の供述は甲の署名押印がなされていることから、甲自体の供述であると言える。そして、その内容は、公判廷における甲の供述と矛盾したものであるから、自己矛盾供述であると言え、328条の弾劾証拠として証拠能力が認められる。

以上より、裁判所は、証拠2を証拠調べ決定することが認められる。

(4) 最後に証拠4について検討する。

証拠4の乙供述は甲自身の自己矛盾供述ではないから、328条に基づき証拠能力を認めることはできない。

また、乙には供述不能であると言えるような事情があるとは言えないから、321条1項3号に基づいて証拠能力を認めることもできない。

以上より、裁判所は、証拠4を証拠調べ決定することはできない。

2, 小問2

(1) 本問は、証拠3を甲の証言の信用性を回復するために自己一致供述を328条の弾劾証拠として用いようとするものの可否を問うものである。

この点について、確かに、回復証拠としての自己一致供述は公判供述との関係においては自己矛盾供述であるから、328条の弾劾証拠に該当すると思える。

もっとも、すでに自己矛盾供述の存在により、公判供述の信用性が低下している場合において、公判供述と一致する供述が存在したことのみに基づいて、信用性を回復することはできない。このような証拠によって信用性を回復するためには、回復証拠が特に信用できると言えるような特段の事情が必要であると考ええる。

(2) 本件についてこれを見ると、証拠3の供述は極めて詳細かつ具体的に供述がなされているとともに客観的な事実とも整合する者である。また、供述に至った動機についても納得のいくものであると言える。

このような事情に照らせば、回復証拠が特に信用できると言える特段の事情が存する場合に該当すると評価できるから、本件において証拠3は、328条によって、証拠能力が認められると言える。

刑事系第2問

第一、設問1

1. 捜査①について

(1) Qらは、甲の承諾なく、窓ガラスを割って、甲方に入った。これは、甲の意思を制圧し、財産権・住居権といった重要な権利を制約し、捜査目的を達成するという強制処分である。

強制処分は、法律に定めがある場合に限り許される（強制処分法定主義（刑事訴訟法（以下法典名省略）197条1項但書））。

捜査①について、甲の覚せい剤取締法違反の被疑事実で発付されていた甲方搜索差押許可状（以下「本件令状」とする）に基づく令状執行に必要な処分（218条1項、222条1項、111条1項）と認められるかを検討する。

(2) ア. 必要な処分該当性は、①嫌疑の存在とその重要性、②必要性、③緊急性、④被侵害利益の大きさを公益が上回るか等諸要素を総合考慮し、行為が相当と認められるか否かによる。

イ. A等複数人の供述と事前の内偵捜査から、甲が覚せい剤を売買している嫌疑は高かった。覚せい剤は常習性が強く、軽くない罪であるが、密行性も高く、逮捕が難しい。暴力団等組織的犯罪集団と繋がっている可能性も高い点からも、重要な犯罪である（①充足）。

内偵捜査によって、捜査官らが呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができて、甲はドアチェーンを掛けたまま応対することを把握しており、その間に、同居していた内妻乙等によって証拠隠滅を図られる虞が高かった。証拠隠滅がされると、令状執行の実効性が損なわれる。よって、ベランダ側から甲方内に立ち入る必要性は高かった（②充足）。

覚せい剤所持ないし売買は重要な犯罪であるが、覚せい剤は隠滅が容易であり、覚せい剤そのものを処分されると、逮捕・立件が困難になり得る。よって、覚せい剤という重要な証拠が隠滅される前に、甲方内の人間の動きを封じる必要があった。よって、緊急性も高かったと認められる（③充足）。

甲はQらに無断で住居に侵入され、窓ガラスを割られるという住居権と財産権の制約を受けたが、その程度は軽微である。覚せい剤の証拠としての重要性に照らすと、Qらの立ち入りによる証拠保全という公益の重大性は、甲の受けた権利制約の程度を上回ると認められる（④充足）。

ウ. 以上より、捜査①は①～④の諸要素を総合的に検討し、相当な行為であったと認められる。

(3) よって、捜査①は、本件令状執行に必要な処分として適法である。

2. 捜査②について

(1) Pは、乙が拒否していたにもかかわらず、乙の所持していたハンドバッグ内を搜索した。これは、乙の意思を制圧し、乙の財産権・プライバシー権といった重要な権利を制約

し、捜査目的を達成するという強制処分にあたる。

当該行為は、本件令状の執行（218条1項）と認められるか。

（2）ア．本件令状は、甲の被疑事実について、搜索すべき場所を「甲方」として発付されていた。甲方内に存したとはいえ、被疑者甲とは別人の乙の所持していたバッグ内に、当然に本件令状の場所的効力が及ぶことはない。

しかしながら、乙は甲の内妻であり、甲と同居していた。令状主義（218条1項、憲法35条）の趣旨は、捜査官が不当に私人の権利を侵害しないよう、公平な第三者機関たる裁判所が令状を審査する点にある。本件において、裁判所は、甲と内縁と言う密接な関係を有し、同居する乙の所持品についても、令状審査を及ぼしていると認められる。

イ．令状の効力が乙の所持品に及んでいるとしても、正当な理由もなく乙の権利を侵害することは許されない。

本件において、乙は、Pが玄関の呼び鈴を鳴らし、Qらが突入した際、室内であるにもかかわらず、ハンドバッグを右手に持った状態であった。そして、Pらの搜索が開始すると、当該バッグを持ったまま、玄関に向かって歩き出した。内容物をPに見せるよう要求されてもこれを拒否し、そのまま玄関に向かった。

当該状況から、乙が、Pの搜索に際し、甲の被疑事実に関連する覚せい剤等証拠物を、とっさに自己のハンドバッグに入れ、玄関から出て逃走し、隠滅しようとした可能性は高いと認められる。よって、差押対象物存在の蓋然性が高い乙のバッグ内を搜索する正当な理由があった。

（3）以上より、捜査②は、本件令状に基づく搜索行為として、適法である。

3. 捜査③について

（1）Qは、丙の承諾なく、丙の右手を右ポケットから引き抜き、さらにポケット内を搜索している。当該行為は、本件令状に基づく搜索（218条1項）と認められるか。

（2）ア．丙は、乙と異なり、甲との身分関係等有せず、同居していたとの事実もない。よって、本件令状の場所的効力は、丙の所持品に当然には及ばない。

イ．もっとも、丙が甲方内に存した差押対象物を所持していると認める合理的疑いが存する場合、令状執行の実効性を担保するため、内容物の搜索が令状執行に付随する行為として認められる。

ウ．本件において、Qらが甲方に突入した際、丙は右ポケットにズボンを入れた状態であった。Pらの搜索中、丙は、右手をポケットから取り出したものの、ポケットは膨らんでおり、中には何かが入っていた。丙はその内容物を気にする素振りや、室内を歩きまわる等落ち着かない不審な様子を見せていた。

丙は、Qからポケットの中に何が入っているか尋ねられても、応答しなかった。

そして、黙ったまま、トイレに向かって歩き出した。トイレは、覚せい剤等証拠を流し、隠滅を図ることのできる場所である。Qからポケットの内容物を出して見せるよう説得を重ねられたにもかかわらず、なおQの脇を通り抜け、トイレに向かっていった。

エ．丙が、右ポケット内を気にしつつ、捜査官 Q の説得に応じず、強硬に、トイレという証拠隠滅に適した場に向かっているという状況において、丙が Q らの入ってきた際とっさに覚せい剤等証拠物を隠匿し、これの隠滅を図っているという蓋然性が認められる。よって、丙が差押対象物を所持しているという合理的疑いが認められる。

（３）以上より、捜査③は、本件令状執行に付随する行為として、適法である。

第二、設問 2

1. 小問 1 について

（１）ア．〔証拠 1〕〔証拠 2〕〔証拠 4〕は、いずれも公判廷外における甲ないし乙の供述を録取した書面であるが、これらは弾劾証拠（328 条）に該当するか。

イ．弾劾証拠は、伝聞法則（320 条）の例外である。伝聞法則は、伝聞証拠、即ち公判廷外の供述を内容とする書面について、原則証拠能力を否定する法則である。これは、知覚・記憶・叙述という供述過程において入り得る誤謬を、反対尋問によって正す機会がなく、また、偽証罪の威嚇を受けたうえでの供述態度を裁判所が直接認識できず、類型的に誤判の虞があるための規定である。

他方、証言の証明力を争うための証拠（弾劾証拠）は、公判廷供述と矛盾する証言をいう。当該証言の存在そのものを以て、公判廷供述の信用性を否定するのであり、証言内容の真実性は問題とならない。よって、伝聞法則の趣旨が及ばず、証拠として採用することができる。

（２）ア．まず、弾劾証拠の趣旨は、公判廷供述の供述者が、他の場において、公判廷供述と矛盾する供述をしている場合に、当該公判廷供述の証言の信用性を否定する点にある。

よって、本件において、乙の証言である〔証拠 4〕を、甲証言を争う弾劾証拠として採用することはできない。

イ．また、弾劾証拠について、矛盾証言の内容の真実性は問題とならないが、矛盾証言の存在については、厳格な証明が必要である。よって、321 条 1 項柱書の要件が充足されている必要がある。

〔証拠 1〕は、丁が甲の覚せい剤売買に関与していないという内容であり、丁が元締めであった旨の甲証言と矛盾する内容の甲の供述を録取した書面である。しかし、供述者たる甲の署名・押印がなく、321 条 1 項柱書の要件は充足されていない。

よって、当該甲の証言の存在について、厳格な証明はされておらず、弾劾証拠として採用することはできない。

ウ．〔証拠 2〕は甲が覚せい剤を仕入れていた相手が丁ではない旨の甲の供述を内容としており、甲の元締めが丁である旨の甲証言と矛盾する。〔証拠 2〕には甲の署名・押印もあり、当該供述の存在について、厳格な証明もされている。

よって、当該証拠は弾劾証拠として採用できる。

（３）以上より、裁判所は、〔証拠 2〕のみを弾劾証拠として採用できる。

2. 小問 2 について

（１）弾劾証拠によって公判廷供述の証言の信用性が減殺され、証明力が低下したときに、公判廷供述と矛盾しない他の場面における証言の存在を以て、減殺された信用性を回復する回復証拠は、当該証言の存在を以て公判廷供述の信用性を高めることのみに寄与するという点で、弾劾証拠（328 条）同様、伝聞法則の趣旨は及ばず、証拠採用ができる。

（２）〔証拠 3〕は、丁の指示で甲が覚せい剤密売を開始したこと、売上金の 5 割を丁に、3 割を甲、乙と丙が 1 割ずつ受け取っていたという内容であり、甲証言の内容と一致する。また、甲の署名・押印もあり、存在について厳格な証明もされている。

（３）よって、裁判所は、回復証拠として、〔証拠 3〕を取り調べることができる。

以上