

平成30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	B
2	—
3	—
4	A
5	C
6	—

平成 30 年度刑訴法

設問 1

第 1 捜査①の適法性

1 刑事訴訟法（以下、法令名省略）197 条 1 項によれば、「捜査」は「必要な取調」をすることができる（本文）一方、「強制の処分」については「特別の定」がない限りすることができない（但書）。そこで、捜査①が「強制の処分」にあたるかがまず問題となる。

2(1) 197 条 1 項但書が「強制の処分」に「特別の定」を要求する趣旨は立法によって不当な人権侵害を防止することにあるから、「強制の処分」とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現するなど特別の根拠規定がなければ許容することが相当でないものをいうと解すべきである。そして、その該当性は被侵害利益の重要性、侵害の態様・程度により判断する。

(2) 捜査①は本件事務所から出てきた男の姿・容貌をビデオカメラで撮影したというものであり、これによりその男はみだりに姿・容貌等を撮影されたくない自由が侵害されているといえる。この自由は憲法 13 条におけるプライバシー権として重要なものとなりうるが、本件事務所の玄関ドアから外に出るとすぐに公道となっていることからすれば、捜査①によりその男が撮影されたのは公道上であるといえる。公道上においては姿・容貌等を他人に見られることが通常想定されているから、上記自由の保護の程度は低いといえる。また、捜査①はその男の姿・容貌等を約 20 秒間撮影したにすぎないから、侵害の程度も大きいとはいえない。

(3) よって、捜査①は特別の根拠規定がなければ許容することが相当でないものとはいえず、「強制の処分」にはあたらない。

3(1) もっとも、「強制の処分」にあたらずとも、「捜査」は「必要な取調」に限られる。捜査①は「必要な取調」として適法なものといえるか。

(2) 捜査比例の原則に鑑みれば、「必要な取調」とは、捜査の必要性、緊急性等を考慮して、具体的状況の下で相当とされる限度において許容されるものをいうと解すべきである。

(3) 捜査①の被疑事実は高齢者に対する詐欺事件であり、詐欺罪は最高の法定刑が懲役 10 年であること、また判断力の弱い高齢者を狙っていることなどから、重大な犯罪といえるので、捜査の必要性が高い。そして、被害者である V から、本件メモと本件領収書を提出され、A 工務店の者と名乗る中肉中背の男から被害に遭ったとの説明があったことから、A 工務店の中肉中背の男について嫌疑があり、その男について捜査する必要があった。もっとも、V は犯人の顔はよく覚えていないと言っていたことから、V に犯人かどうかを確認してもらう必要があった。そのため、A 工務店の事務所である本件事務所の玄関先の様子を監視する必要があり、その際に中肉中背の男が本件事務所の中に入っていたのを発見したことから、V にその男が犯人かどうかを確認してもらうために、その男の姿・容貌を撮影する必要があった。

以上の捜査の必要性の高さに対し、捜査①によりその男が受けた不利益は、上記の通り、みだりに容貌等を撮影されたくない自由が、保護の程度が低い場所で短時間侵害されたに過ぎないから、相当な限度を超えたものとはいえない。

(3) よって、捜査②は「必要な取調」として適法である。

4 以上より、捜査①は適法である。

第2 捜査②の適法性

1 捜査②も捜査①と同様に「強制の処分」にあたるかがまず問題となる。

2(1) 「強制の処分」の意義、判断方法は上述の通りである。

(2) 捜査②は、望遠レンズ付きのビデオカメラで本件事務所内にある赤色の工具箱を撮影したというものであり、これにより甲の本件事務所内をみだりに撮影されたくない自由が侵害されたものといえる。本件事務所は甲がA工務店の事務所として利用している場所であるから、上記自由は憲法35条に基づく住居権に匹敵する管理権として保障される重要な利益があるといえる。そして、捜査②は望遠レンズを用いて人の五官の作用だけでは見ることのできない部分まで拡大して撮影するものであるから、侵害の態様として大きいものといえる。しかしながら、捜査②の撮影は約5秒間という非常に短時間のものであり、撮影対象も同事務所内の机上に工具箱が置かれている様子が映っているのみで甲の姿は映っていないことからすれば、侵害の程度は小さいものといえる。

(3) よって、捜査②は特別の根拠がない限り許容することが相当でないものとまではいえず、「強制の処分」にはあたらない。

3 もっとも、捜査②は「必要な取調」として適法か。

4(1) 「必要な取調」の意義は上述の通りである。

(2) 捜査②の被疑事実も捜査①と同様であるので、重大な犯罪であり、捜査の必要性が高い。また、捜査①の後、A工務店の代表者が甲という氏名であること及び捜査①による映像に映っている男が甲であることが判明したこと、さらに捜査①の映像を見てVが映像の男が犯人に似ているような気がすると言っていたことからすれば、甲について捜査する必要性が特に高かったといえる。そして、Pは、監視の最終日、甲が赤色の工具箱を持って本件事務所に入っていくのを目撃した。Vが被害状況の説明で、「A工務店」と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていたと言っていたことから、同工具箱に「A工務店」と書かれたステッカーが貼られていることが確認できれば、甲が犯人である有力な証拠になるので、それを確認する必要があった。もっとも、公道からは同事務所内の様子を見ることができなかったことから、向かい側のマンション2階通路から、同事務所玄関上部にある小窓を通じて同事務所内を見通すことが必要であった。そして、同工具箱にステッカーが貼られていることを証拠として保存する必要があったことから、望遠レンズ付きのビデオカメラで同工具箱に「A工務店」のステッカーが貼られていることを確認したうえ、撮影する必要があった。

以上の捜査の必要性の高さに比べ、捜査②により甲が受けた不利益は、上述の通り、保

護の必要性が高いみだりに本件事務所内を撮影されたくない自由が望遠レンズ付きのビデオカメラで撮影されているものの、5秒間という短時間で侵害の程度の小さいものであったことから、相当の限度を超えるものとまではいえない。また、捜査②はマンションの管理権も侵害しているが、管理人に断ったうえで行っているので、相当な限度を超えるものとはいえない。

(3) よって、捜査②は「必要な取調」として適法である。

5 以上より、捜査②は適法である。

設問2

小問1

1 本件メモはVの供述部分が含まれるものであるから、320条1項が適用される伝聞証拠として証拠能力が否定されないか。

2(1) 供述証拠は、供述者の知覚・記憶・表現・叙述の過程を経て自己の体験を報告するものであるから、各過程に誤りを含む危険が高く、これをそのまま証拠にすると事実認定を誤るおそれがある。そのため、320条1項は、公判廷における反対尋問等の信用性テストを経たものでない限り、原則として供述証拠の証拠能力を否定しているのである。

そこで、320条1項の適用される伝聞証拠とは、①公判廷外の供述を内容とし、②その内容の真実性を証明するために用いるものをいうと解すべきである。

②については、要証事実が問題となるが、当事者主義の観点から、検察官の立証趣旨がある場合には、その趣旨に基づく立証対象事項が要証事実になるのが原則であり、その立証趣旨に基づく証拠が無価値となるような場合には例外的に実質的な要証事実が立証対象事項になると解される。

(2) 本件メモの立証趣旨は「甲が平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」である。上記立証趣旨との関係においては、本件メモは、Vが1月10日A工務店と名乗る男から本件メモ記載の内容の文言を言われたことを立証することで、立証趣旨の内容を推認することができるから、証拠として無価値とはならず、Vの供述の内容の真実性を立証するために用いることになる(②充足)。

なお、本件メモが公判廷外の供述を内容とすることは明らかである(①充足)。

(3) よって、本件メモは320条1項の適用される伝聞証拠にあたる。

3 もっとも、本件メモは321条1項3号として例外的に証拠能力が認められないか。

(1) 本件メモは、Vが自ら記載したものなので、Vの「供述書」である(321条1項柱書)。

(2) Vは取調べの直前に脳梗塞で倒れて、担当医師は今後Vの意識が回復する見込みはないし、仮に意識が回復したとしても、記憶障害が残り、Vの取調べをすることは不可能であるとの意見を述べていたことからすれば、供述不能であるといえる。

(3) 本件メモは、甲がVに対して詐欺の実行行為を行ったという犯罪事実の立証において必要不可欠な証拠であるといえる。

(4) 本件メモは、Vの長男であるWから指摘されて、自宅で書いたものであるから、絶対

的特信情況があるといえる。

4 以上より、本件メモは 321 条 1 項 3 号により証拠能力が認められる。

小問 2

1 本件領収書は、甲の供述部分が含まれるものとして 320 条 1 項の適用される伝聞証拠にあたり、証拠能力が否定されないか。

2 320 条 1 項の適用される伝聞証拠の意義及び判断方法は上述の通りである。

3(1) 本件領収書の立証趣旨は「甲が平成 30 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」である。この立証趣旨との関係においては、本件領収書は、甲が平成 30 年 1 月 10 日に屋根裏工事代金として V から 100 万円を領収したということを立証することによって、上記立証趣旨の事項を直接推認することができるので、証拠として無価値ではなく、甲の供述の内容の真実性を立証するために用いることができる (②充足)。

(2) 他方、上記立証趣旨との関係においては、本件領収書は、本件領収書が甲から V に交付されたものであることと合わせれば、V に対して屋根裏工事代金として 100 万円を領収したことを伝えたものとして供述の存在自体を立証することで、立証趣旨の事項を推認することができるから、証拠として無価値ではなく、供述の内容の真実性を証明するために用いるものにはならない (②不充足)。

(3) (2)の方法で本件領収書を証拠として用いることができる以上、320 条 1 項の適用される伝聞証拠にはあたらないというべきである。

4 よって、本件領収書の証拠能力は認められる。

以上

設問 1

第 1. ①の捜査

1 「強制の処分」(刑訴法(以下略) 197 条 1 項但書) 該当性

(1) ①の捜査は「強制の処分」にあたるか。もしこれにあたる場合、捜査①を行うためには検証許可状(218 条 1 項)が必要であるところ、本件ではこれを得ておらず違法となるため問題となる。

(2) 「強制の処分」について法定されていることが求められるのは、相手方の意思に反して重要な権利利益を侵害するような処分についてこれを許すかを国民の代表機関である国会に判断させるためである。

この趣旨から「強制の処分」とは相手方の意思に反して、重要な権利利益を侵害する処分のことをいうと解すべきである。

(3) ①の捜査は、甲が同事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアのかぎをかけた後、振り返って歩き出す姿を撮影したものである。

甲は犯人として疑われている者である。疑われている者は警察に撮影されることは嫌がり、もし撮影されていると分かった場合は撮影を拒否すると考えられるため、①の捜査は甲の意思に反するものと考えられる。

次に重要な権利利益を侵害するか問題となるところ、事務所は前面が公道に面しており、撮影されたのは甲が事務所の玄関ドアに向かって立ちカギをしめる姿など公道から見られる姿であるため、この姿を撮影されないことについての甲の期待は高いものとは言えない。

また、撮影は 20 秒程度と比較的短い。よって①の捜査により侵害される甲のプライバシーの程度は低いものといえ、甲の重要な権利利益を侵害するものとは言えない。

以上より、①の捜査は「強制の処分」に該当しない。

2. 任意処分の限界

(1) では、①の捜査は任意処分の限界を超えるものとして違法とならないか。いかなる場合に任意処分が限界を超えるものとして違法となるかが問題となる。

(2) この点、任意処分と言えども捜査比例の原則に反するものは許されない。具体的には、必要性、緊急性等を考慮し、具体的状況の下相当と言える場合でなければ任意処分の限界を超えるものとして違法となるものと解すべきである。

(3) ア.本件では、V は「顔はよく覚えていません」と言っており甲の姿を V に見せたとしても V は甲が犯人かわからないとも考えられるため、①の捜査をする必要性はなかったのではないかと問題となる。

しかし、V は犯人の男の体格は中肉中背と覚えており、甲の姿を見た場合、体格等の全体の雰囲気から甲が犯人か否かわかることも考えられる。

よって甲を撮影し V に確認する必要があると考えられる。

イ.①の捜査をすぐ行い、甲を早く逮捕等しなければ甲は逃亡することも考えられ、また、甲は新たな犯罪を行うことも考えられる。よって①の捜査をする緊急性も認められる。

ウ. 上記のような必要性、緊急性と比べ、①の捜査で侵害された甲のプライバシーの程度は上記のように低いため、①の捜査は具体的状況のもと相当なものといえる。

以上より、①の捜査は任意処分として適法である。

第2. ②の捜査

1. 「強制の処分」該当性

(1) ②の捜査は強制の処分にあたるか。これにあたる場合、検証許可状が必要となるところ、本件ではこれを得ておらず違法となるため問題となる。

(2) 「強制の処分」とは相手方の意思に反し、重要な権利利益を侵害する処分を言う。

(3) ②の捜査は事務所内にあった工具箱を約5秒間にわたって撮影したものである。

甲は犯人と疑われている者であり、もし②の捜査がされているとわかれば撮影を拒否するものと考えられるため、②の捜査は甲の意思に反するものといえる。

次に②の捜査は甲の重要な権利利益を侵害するものといえるか。本件のお事務所内の様子は公道からみることができないものであった。そして、採光窓は玄関上部に設置されており人の目の高さより高い位置にあるものである。また、Pは向かいのマンションから2階通路から撮影されたものであるが、望遠レンズを付けたカメラを用いなければ工具箱にどのようなステッカーを貼っているかはわからなかったものである。そのため目の位置よりも高い採光窓から正確に内部を見渡されることはないという甲の期待の程度は高いものである。よって、②の捜査は甲のプライバシーを大きく侵害するものである。

そのため、たとえ撮影の時間が5秒と比較的短時間であったとしても②は甲のプライバシーを大きく侵害する重要な権利利益を侵害する処分といえる。

以上より、②の捜査は「強制の処分」にあたり、検証令状を得ていないため、違法となる(218条1項)。

設問2

第1. 1について

1 本件メモ全体について

(1) 伝聞証拠該当性

ア. 本件メモはVの見聞きしたものをVが書き留めた物であるところ、これは伝聞証拠にあたりないか。これにあたる場合、原則的に証拠能力が否定されるため問題となる。

イ. 伝聞証拠について原則的に証拠能力が否定されるのは、人の供述には知覚、記憶、表現、記述という過程を含むところ、これらの過程には誤りが含まれることが多い。それにもかかわらず伝聞証拠についてはこれらの過程に誤りが含まれていないかを証人の態度や反対尋問から判断することができないからである。

この趣旨から伝聞証拠とは、公判廷外供述を内容とする証拠のうち、公判廷外供述の内容の真実性を立証するために用いるもののことをいうと解すべきである。そして、伝聞証拠にあたるかは要証事実との関係から相対的に判断する。

ウ. Qの立証趣旨は「甲が本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」としている。

これは、甲が V に申し向けたことは詐欺罪の欺罔行為にあたるため、これを立証しようとするものである。よって要証事実甲が本件メモに記載された内容の文言を申し向けたことである。

そのため、本件メモはそこに記載された V の公判廷外供述の内容の真実性を立証するために用いるものであるため、伝聞証拠にあたる。

(2) 伝聞例外該当性

ア.では、本件メモは伝聞例外に該当するか。本件メモは V の供述書にあたるため、321 条 1 項 3 号の要件をみたせば証拠能力が認められるため問題となる。

イ.(ア) 本件メモは「前二号に掲げる書面以外の書面」にあたる。

(イ)「供述することができず」については「死亡」など同号に記載しているもの以外でもこれに準じるような場合も含まれる。

V は脳梗塞で倒れ、今後、V の意識は回復すること見込みはなく、仮に意識が回復したとしても記憶障害に残り、V の取調べをすることは不可能であると V の担当医師が言っているものであるため、「供述することができず」にあたる。

(ウ) 甲に対面し、甲が申し向けた場面を体験している者は V のみであるため、他の証拠では甲の欺罔行為を立証することはできない。よって「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものである」にあたる。

(エ)「特に信用すべき状況の下にされたもの」にあたるか。特に信用すべき状況の下にあたるかは外部的事情から判断する。

本件メモは V が甲が訪れた日と同じ日に記載したものであるため、記憶がしっかりした状態で書かれたものといえる。

また、本件メモはすべて V による手書きで書かれているものであるため、他の者が書き加えたということは考えられない。

V は W に話したのちに W からメモしておいた方がいいと言われて本件メモを書いたものであるが、V と W は親子であり、V が W に虚偽の話をする動機はないものと考えられる。

以上のような事情から「特に信用すべき状況の下にされたもの」にあたる。

(オ) 以上から、321 条 1 項 3 号の要件を充足し、本件メモ全体の証拠能力が認められる。

2. 甲の発言部分

(1) 本件メモのうち、甲の発言部分は伝聞証拠にあたるか。これにあたる場合、原則的に証拠能力が否定されるため問題となる。

(2) 伝聞証拠とは公判廷外供述を内容とする証拠のうち、公判廷外供述の内容の真実性を立証するために用いるものを言う。

(3) 本件メモの要証事実甲が本件メモに記載された内容の文言を申し向けたことである。

そして、甲の発言の部分の真実性は問題とならず甲が V に申し向けたこと自体が問題と

なる。よって、甲の発言部分は伝聞証拠にあたらない。

以上より、本件メモは証拠能力が認められる。

第2.2について

1.記載内容を問題とする方法

まず、領収書に記載された内容を用いる方法が考えられる。以下、検討する。

(1) 伝聞証拠該当性

ア.領収書は伝聞証拠にあたるか。

イ.本件領収書の立証趣旨は甲が100万円を受け取ったことである。これは、詐欺罪の交付行為を立証しようとするものである。よって本件要証事実甲が100万円を受け取ったことであるといえる。

本件の領収書は甲が100万円を領収したことを記載しており、この甲の公判廷外供述の内容の真実性を立証するものであるから伝聞証拠にあたる。

(2) 伝聞例外

ア.では、伝聞例外にあたるか。本件の領収書は甲の供述書にあたるため、322条1項にあたるのか問題となる。

イ.(ア)本件の領収書は「被告人が作成した供述書」である。

(イ)領収書に記載されている内容は詐欺罪の交付行為に関するものであるため「不利益な事実の承認」にあたる。

(ウ)領収書は、甲がVに強制されたものではなく、自分の意思で交付したものであり、また、虚偽の内容を書くということも考えにくいから、「任意にされたものでない疑がある」とはいえない。

(エ)以上より、要件を充足するため、領収書の証拠能力が認められる。

2.非供述的用法

次に、領収書の存在から証明することが考えられる。以下、検討する。

(1) 伝聞証拠該当性

領収書の存在自体を問題とするものであるため、公判廷外供述の内容の真実性を立証するためのものとはいえないため、伝聞証拠にあたらない。

(2) 自然的関連性

甲の指紋および甲の認め印が認められる領収書が甲に交付されている事実から、Vから100万円が交付されたため、甲からVに領収書が交付されたものであると推認することができる。

よって、自然的関連性も認められる。

以上より、証拠能力が認められる。

平成30年 司法試験 刑事系科目 第2問

設問1

第1 下線部①の捜査の適法性について

1 捜査が「強制の処分」（刑事訴訟法（以下略）197条1項ただし書）にあたる場合には、「法律に特別の定」がなければこれを行うことができない。そこで、かかる捜査が、「強制の処分」にあたらないか問題となる。

(1) この点について、強制処分の意義を広く解すると、それだけ権利・利益が保護されることになるが、他方で、捜査は、流動的な事態に臨機応変に対応し、積極的に相手に働きかけ影響力を加える性質を有するので、およそ何らかの権利・利益の制約があれば強制処分に当たるとすれば、捜査の実効性を担保できず、実体的真実発見の要請（刑訴法1条）を損なう。

そこで、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要があるほど重要な権利・利益に対する制約を伴う場合に、初めて強制処分に当たると解するべきである。

したがって、強制処分とは、①個人の意思を抑圧し、②身体、住居、財産等、憲法上保障された重要な法的利益を侵害する処分をいうと解する。

(2) 本件捜査では、男がビデオカメラによって撮影されているが、何人もみだりに容ぼうを撮影されない自由として、プライバシー権が憲法上保障されているため、本件捜査はかかる法的利益を侵害している。

もっとも、男が撮影されたのは事務所から出てきたときであり、本件事務所の前面は行動に面していて、玄関ドアから外にでるとすぐ公道となっていた。そのため、一般公衆にもさらされる場所での撮影ということで、男のプライバシー権の保護の要請は一定程度低下していたことが認められる。

したがって、憲法上保障された重要な法的利益が侵害されたとまではいえず（要件②不充足）、「強制の処分」にはあたらない。

2 捜査は一定の権利利益を制約するため、捜査比例の原則（197条1項本文）のもと、必要性、緊急性などを考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容される。

そのため、本件の捜査が強制処分に当たらないとしても、任意処分として許容されるかが問題となる。

(1) 本件では、Vが犯人を目撃していた以外に、犯人を特定するための情報が乏しく、Vにおいて特定の人物が犯人かどうかの確認させる必要があった。そして、Vの供述によれば、犯人は「A工務店」と書かれたステッカーが貼られた工具箱を持っており、また、本件領収書に記載された住所に、A工務店の事務所が存在していた。そのため、犯人を特定するために、事件と関連があると思われる本件事務所を出入りする者を撮影する捜査をことには必要性が認められる。

そして、Pが撮影した映像は全体で約20秒間のものであり、映像の男が犯人かを特定するために必要な時間にとどまっている。また、撮影場所も公道という一般公衆の目にさらされる場所であって、その方法としても単なる撮影で有形力の行使を伴うものでないから、被写体に対する権利侵害の程度は低いといえる。したがって、上記のような具体的状況下においては、相当な捜査であったと認められる。

(2) 以上より、下線部①の捜査は任意処分として許容され、適法である。

第2 下線部②の捜査の適法性

1 まず、強制の処分にあたるか。

(1) 本件では、望遠レンズ付きのビデオカメラによって、本件事務所の向かいにあるマンション2階通路から、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通して、同事務所内の机上に置かれた工具箱が撮影されている。

一般に、何人も私生活をみだりに公開されない自由として、憲法上プライバシー権が保障されており、事務所内の机上に置かれた工具箱についても第三者によって勝手に撮影されない法的利益を有している。そして、同意事務所の前面の窓にはブラインドカーテンが下ろされ、公道からは事務所内を見ることができない構造となっており、事務所内の机上に置かれた工具箱についても、一般公衆の目にさらされない場所に存在していた。そのため、本件のように同事務所のマンション2階通路から仮に事務所内の工具箱を視認することができたとしても、かかる工具箱をみだりに撮影されない自由というのは、重要な法的利益としてなお保護される。それにもかかわらず、これを撮影した本件捜査は重要な法的利益を侵害している（②充足）。

そして、事務所内のような一般公衆の目にさらされない場所を撮影することについて、甲が認識していれば拒否したであろうことは合理的に推認できるところ、本件撮影は甲の意思を抑圧している（①充足）。

(2) したがって、本件捜査は「強制の処分」にあたる。

2 そうすると、本件捜査は五感の作用によって物の状態を認識する検証にあたると考えられるところ、本件では裁判官による令状（218条1項）に基づいて捜査がなされておらず、違法である。

設問2(1)

第1 伝聞証拠

1 供述証拠は、知覚・記憶・叙述という過程を経て生み出されるところ、各過程に誤りが入る危険性がある。そのため、公判廷外の供述を内容とする証拠であって、その内容の真実性の証明に用いられるものは、伝聞証拠として原則として証拠能力が否定される（230条1項）。

2 本件メモは、Vが平成30年1月10日午前10時頃に知覚した、A工務店の者と名乗る男の訪問について、V自身が同日午後7時頃に記載した文書であるから、公判廷外の供述

を内容とする証拠となる。

そして、本件の立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」であり、これが立証されれば甲の犯人性を基礎づけることができるので、そのまま要証事実となる。そうすると、かかる要証事実との関係においては、Vが本件メモ記載のような体験をしたという供述内容の真実性が問題となるのである。従って、伝聞証拠にあたる。

3 したがって、原則として証拠能力は認められない。

第2 伝聞例外

1 もっとも、伝聞例外（321条1以下）として、証拠能力が認められないか。

本件メモは、被告人以外の者であるVが作成した供述書で、321条1項1号、同2号に掲げる書面以外の書面（同3号）であるから、①供述不能事由があつて、②その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであり、③特に信用すべき状況の下にされたものであるときは、伝聞例外として証拠能力が認められる。

(1) 本件において、Vは脳梗塞で倒れたまま意識を失い、今後も意識が回復する見込みがなく、仮に意識が回復しても記憶障害が残り供述が困難であるという事情が認められるところ、供述不能事由がある（①充足）。

そして、本件はV方でなされた詐欺事件であつて、Vの供述の他に犯人のてがかりとなるような証拠が乏しく、かかる供述は犯罪事実の存否の証明に欠くことができない（②充足）。

また、本件メモは、Vが被害にあつた当日に、息子から勧められて自発的に記載したものであり、特に信用すべき状況の下にされたものであるといえる（③充足）。

(2) したがって、321条1項3号の要件を充足し、伝聞例外として証拠能力が認められる。

設問2(2)

第1 本件領収書は、平成30年1月10日に甲が作成したもので、公判廷外における甲の供述を内容とする書面である。そのため、その内容の真実性の証明のために用いられ、伝聞証拠にあたるか問題となる。

なお、本件領収書の立証趣旨は、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」となっており、これが証明されれば甲の詐欺罪における交付行為があつたとして犯罪事実が証明されることになるので、これがそのまま要証事実となる。

本件領収書の立証上の使用方法としては、①本件領収書の存在それ自体から要証事実を間接的に推認させる方法と、②本件領収書の内容から、要証事実を直接推認させようとする方法が考えられる。

1 ①の方法について

(1) 通常、領収書というものは契約の履行としての金銭の授受があつたときに、かかる金銭授受の存在を証明するために交付されるもので、V宛ての甲名義の領収書が存在していた

ということは、甲V間において金銭授受があったということを間接的に推認させる。

この場合には、本件領収書の記載内容が問題となることはないので、供述内容の真実性の証明のために用いられるものでなく、伝聞証拠にはあたらない。

(2) したがって、証拠能力が認められる。

2 ②の方法について

(1) この場合には、本件領収書に記載されたとおりの事実があったとして、要証事実を直接推認させようとするものであるから、供述内容の真実性の証明のために用いられるものであって、伝聞証拠にあたる。

(2) もっとも、本件領収書は、「被告人」である甲によって作成された「供述書」であるから、322条1項により伝聞例外として証拠能力が認められないか。

ア まず、本件領収書は、甲がVから屋根裏工事代金として100万円を受領したことを認める内容となっている。これは、詐欺罪の交付にあたる犯罪事実を甲が承認するものであり、「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」であるといえる。

イ そして、甲は、V方において本件領収書を自発的に交付したものと考えられるところ、「任意になされたものでない疑がある」とは認められない。

ウ したがって、322条1項の要件を充足するので、伝聞例外にあたり、証拠能力が認められる。

以上

設問 1

第 1、捜査①について

1、P がビデオカメラで甲を撮影したことが、「強制の処分」（197 条 1 項但書）に該当し、強制処分法定主義又は令状主義（218 条 1 項）に反して違法ではないか問題となる。

2、197 条 1 項ただし書きの趣旨は、個人の重要な法的利益を侵害する国家権力の発動には、立法による事前統制を及ぼし、よって個人の人権を保障することにある。そうすると、「強制の処分」とは、個人の意思に反して、重要な法的利益を侵害する等、特別の定めがなければ許容されないものをいう。具体的には、対象者の制約される利益の性質、制約の程度、態様から判断することになる。

3、本件では、ビデオカメラによって、甲が事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵をかけた後、振り返って歩き出す姿が、容貌も含め撮影されており、甲のみだりに公権力から自己の容貌を撮影されない利益を侵害されている。このような措置についての承諾が甲にあったとはいえない。

一般に当該利益は、自己がどのように生活するかという人格的生存に関わるものとして、憲法 13 条により保障される重要な法的利益である。

しかしながら本件の場合、撮影は、公道上から、公道上の甲を映したものである。公道上における自己の容貌は誰もが見ることができることから、私的領域に比べて、上記利益の保護の程度は小さいというべきである。

また、撮影はわずか20秒程度のものであり、侵害の程度は大きくない。

以上より、甲が侵害されている法的利益は、重要なものとまでいうことはできず、それゆえ「強制の処分」にあたらない。

4、強制の処分に該当しない場合であっても、何らかの法的利益を制約する以上、当該措置は、必要性和緊急性を考慮して、具体的事情の下で相当の限度のものでなければ違法であるというべきである。

5、本件では、Pは100万円の詐欺という重大犯罪の被疑事実について捜査しており、犯人は「A工務店」に関連する人物であることから、同店から現れた甲が実行犯と同一人物であるか、その犯人性を確かめるため、甲の容貌を撮影する必要性があったといえる。

また、甲についての詳細がないため、直ちに同人の容貌を把握する緊急性もある。

この状況において、ビデオカメラによってわずかな時間のみ容貌を撮影しても、相当の限度を超える行為とまでいうことはできない。

6、よって、捜査①は適法である。

第2、捜査②について

1、Pがビデオカメラで「A工務店」内の工具箱を撮影したことが、「強制の処分」(197条1項但書)に該当し、強制処分法定主義又は令状主義(218条1項)に反して違法ではないか問題となる。

2、本件において、工具箱は「A工務店」事務所内に置かれているところ、Pらは望遠レンズ付きのビデオカメラでこれを撮影した。これについて、甲のい承諾は存在しない。

同工具箱は公道から見ることとはできず、採光用の小窓からのみこれを見ることができるのであって、本来他人に見られることを想定していないといえる。このように、望遠レンズを使う必要がある程度の私的領域の撮影は、甲の私的領域内の私物を探索されないという重大な法的利益を侵害する。

たしかに、本件ではその撮影時間はわずか5秒に過ぎないものの、私的領域を無断で撮影すること自体、侵害の程度は大きいというべきである。

以上のことから、当該措置は甲の重要な法的利益を侵害するものであり、「強制の処分」にあたる。

3、令状主義違反

当該措置は、甲の私的領域内の物を証拠保全のために探索する行為であるから、搜索にあたるというべきである。本件において、搜索令状は発付されていない。

したがって、当該措置は218条1項に反して違法である。

設問2

小問1

1、(1) 本件メモは、Vが作成した、自身の見聞を記録したものであるから、320条1項の「公判廷における供述に代え」た書面として証拠能力が認められないことになるのか問題となる。

(2) 320条1項の趣旨は、公判廷外における過去の供述事実を推認させる供述は、公判廷において、原供述者の知覚、記憶、叙述に介在する誤りを確認することができないことから、誤判防止のため

めに証拠能力を排除する趣旨である。そうすると、320条1項に該当する書面とは、公判廷外でなされた供述の内容たる事実を推認するために用いるものをいうと解するべきである。そして、当該書面に該当するか否かは、要証事実との関係で判断されるべきである。

(3) 甲は「V方に行ったことはありません」として、犯人性を否定している。そして、本件メモからは、1月10日に甲がAを訪問し、同人に対して「耐震金具に不具合がある」「すぐに工事しないと大変なことになる」「代金は100万円」である旨言ったという供述内容たる事実を推認することができる。したがって、本件メモによる要証事実は、上記の事実ということになる。

(4) よって、本件メモは320条1項の書面にあたる。

2、伝聞例外該当性

(1) 当該書面はVによって作成された供述書に該当するところ、321条1項3号の要件を満たし、証拠能力が認められるか問題となる。

(2) ア、供述不能

同号に掲げられた供述不能は例示列举であり、実質的に供述不能の状態が相当程度継続しているといえれば、供述不能が認められる。

Vは脳梗塞で倒れ、同人の担当医はVの意識回復は不能、または仮に回復しても記憶障害のため取調べは不可能である旨述べている。このことから、Vは実質的な供述不能状態が相当程度継続することになるといえる。

したがって、供述不能が認められる。

イ、犯罪事実の証明に必要不可欠

これに該当する場合とは、当該書面を証拠とすると否とで、事実認定に著しい差異が生じる可能性があることをいう。

本件のように被害者宅を訪問して詐欺行為に及ぶような犯罪は、物的証拠を確保することが困難であり、また目撃者もない。そのような場合には、被害者自身の供述が立証のために重要な要素となる。したがって、当該書面が証拠として採用された場合には、甲の犯人性を立証し得る一方、そうでなければ立証は困難となる。

よって、本件メモは犯罪事実の証明に必要不可欠である。

ウ、絶対的特信情況

「特に信用すべき情況の下でなされたものである」か否かは、供述書作成時の外部的事實のみならず、供述内容からも判断すべきである。

本件メモは、V が詐欺の被害にあった当日作成されたものであるから、その内容に誤りが入る恐れは少ない。また、甲と V との間になんらの利害関係はなく、甲が虚偽の事実を記す理由もない。たしかに、V は高齢であるが、認知症などの持病もなく、かつメモの内容も相当具体的なものである。

以上のことからすれば、本件メモの作成は、「特に信用すべき情況の下でなされたものである」といえる。

(3) 以上より、本件メモは 3 2 1 条 1 項 3 号の書面に該当する。

3、よって、証拠能力が認められる。

小問 2

第 1、領収書それ自体の存在を要証事実とする場合

1、一般に領収書は、作成者と名宛人との間で取引行為がなされた場合において発行され、名宛人に交付される。そうすると、領収書の存在それ自体から、作成者と名宛人との間で、領収書記載の取引行為がなされたことを推認することができる。

2、本件において、作成者甲の発行した領収書の存在から、甲と名宛人たる V との間で屋根裏工事のための取引行為がなされたことを推認することができる。

この場合、要証事実とは領収書の存在それ自体となる。したがって、このような使用においては、本件領収書は 320 条 1 項の書面に該当しない。

3、よって、本件領収書の証拠能力は認められる。

第 2、領収書に記載された内容たる事実を要証事実とする場合

1、本件領収書記載の内容たる事実に着目した場合、同領収書からは、甲が V から屋根裏工事代金として 100 万円を受領したとの事実を推認することができる。このような使用においては、要証事実とは領収書記載の内容たる事実となる。

したがって、本件領収書は 320 条 1 項の書面に該当することになる。

2、伝聞例外該当性

(1) 当該書面が 322 条 1 項の書面に該当し、証拠能力が認められるか検討する。

(2) 本件領収書は甲によって作成された供述書である。同書面からは、甲が V から屋根裏工事代金として 100 万円を受領したとの事実を推認することができるところ、当該事実は、甲の犯人性を推認するものであって、「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」というべきである。

また、当該書面は甲が自らの意思で作成したものといえるから、「任意でされたものでない疑がある」とはいえない。

(3) 以上のことから、当該書面は 322 条 1 項の書面に該当する。

3、よって、証拠能力が認められる。

以上

刑事訴訟法再現答案

設問 1

第 1 下線部①の捜査の適法性について

- 1 上記捜査は本件事務所から出てくる男の様子を視覚等によって捕捉するものであるから、「強制の処分」（刑事訴訟法（以下「法」とする。）197 条 1 項但書）に該当すれば、「検証」の性質を有する処分として検証令状に基づいてなされる必要がある（法 218 条 1 項）。ではそのように言えるか。「強制の処分」該当性が問題となる。

法 218 条 1 項の趣旨は、不当な人権侵害を抑止するために、「強制の処分」に該当するような捜査につき、法定の手続に従って行われるように立法による統制を行った点にある。したがって、「強制の処分」とは、相手方の意思を制圧して、身体・住居・財産等の権利を制約する等法定の手続によらなければ許容されることが相当でないような処分をいうと解する。

本件において、上記捜査により、男の本件事務所から出てくる様子をビデオカメラで撮影されない自由が侵害されており、当該自由は容貌姿態をみだりに撮影されない自由の一内容として憲法 13 条で保障される。たしかに、P は男の許可を得ずに撮影しているため、上記自由を強く侵害しているとも思える。もっとも、上記捜査は公道という一般人によって容易に観察されうる場所を撮影するものであるから、上記自由の要保護性は減少しているといえる。また、撮影はわずか 20 秒間という短時間のみ行われており、侵害の程度も小さいものといえる。

したがって、上記捜査は要保護性の低い自由に対する弱い侵害をしているにすぎないから、法定の手続によらなければ許容されることが相当でないような処分に当たらず、「強制の処分」に当たらない。

- 2 では、上記捜査は、任意処分（法 197 条 1 項本文）として許容されないか。

任意処分も無制限に許容されるものではなく、捜査比例の原則から、必要性、緊急性を考慮の上、具体的事情のもと相当といえる場合に許容される。

本件の被疑事実は詐欺罪に当たる重大な事件である。また、本件の被疑事実は詐欺罪と密行性が高く、また現に犯人の特定のための情報は V の「犯人が、『A 工務店』と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていた」という証言しかないところ、犯人の特定のためには、A 工務店の事務所である本件事務所に出入りする男を撮影し、V に確認する必要があるといえる。したがって、捜査の必要性は非常に高いものといえる。また、特定されていない証拠物がまだほとんど見つかっていない現在においては、証拠物の処分、作出による罪証隠滅のおそれがあることから、上記捜査の緊急性も認められる。

他方、上記の通り、上記捜査は要保護性の低い自由に対する弱い侵害をしているにすぎず、また窓にブラインドカーテンが下ろされており、本件事務所内を見ること等により侵害の少ない方法を探りえなかったことからすれば、上記捜査は相当なものであった

といえる。

したがって、上記捜査は任意処分として許容される。

第2 下線部②の捜査の適法性について

- 1 上記捜査は下線部①の捜査と同様に、「強制の処分」に該当すれば、「検証」の性質を有する処分として検証令状に基づいてなされる必要があるから、「強制の処分」該当性が問題となる。

上記と同様に検討する。

上記捜査は下線部①の捜査と同様に、憲法13条で保障される本件事務所内をみだりに撮影されない自由を許可なく侵害するものである。そして、たしかに、本件事務所は通常一般人が出入り自由な場所ではなく、窓にブラインドカーテンが下ろされ公道からその内部が観察されることはないため、下線部①の捜査と異なり、上記自由の要保護性が減少しないとも思える。もっとも、撮影が行われたのはマンションの住人多数が往来する2階通路の小窓であり、そこから見える範囲の撮影にとどまることからすれば、一般に観察されうる範囲の撮影として、一定程度上記自由の要保護性が減少する。また、撮影はわずか5秒間という短時間のみ行われており、侵害の程度も小さいものといえる。加えて、マンションの管理人に断って行っている以上、その管理権を侵害するものともいえない。

したがって、上記捜査も要保護性の低い自由に対する弱い侵害をしているにすぎず、下線部①の捜査と同様に「強制の処分」には当たらない。

- 2 では上記捜査が任意処分として許容されるか、上記と同様に検討する。

本件において、Pは、甲の犯人性を肯定する有力な証拠として、甲のみが出入りしていると考えられる本件事務所内に「A工務店」と書かれたステッカーが貼られた工具箱が存在することを明らかにするために、上記捜査を行っている。犯人を目撃したVは、甲が犯人と同一かどうかにつき曖昧な発言をしており、他に甲の犯人性を証明する証拠が特段ないことからすれば、甲の犯人性を肯定すべく上記工具箱の存在を明らかにする上記捜査の必要性は高いものであったといえる。また、下線部①の捜査と同様に、罪証隠滅のおそれがあり、上記捜査の緊急性も認められる。

他方、上記の通り、上記捜査は下線部①の捜査と比べて一定程度要保護性の高い自由を侵害するものであるが、甲の行動の監視や公道からの本件事務所の観察等の代替手段では不十分であり、その後に行われた段階的なものであることからすれば、具体的事情のもと相当なものであったといえる。

したがって、上記捜査は任意処分として許容される。

設問2

第1 本件メモの証拠能力

- 1 本件では弁護人による不同意意見があるところ（法326条1項参照）、本件メモが伝聞証拠（法320条1項）に当たり原則として証拠能力が否定されないか。

供述証拠は、知覚・記憶・叙述の各過程で誤りが介在する危険性があるため、裁判官の面前で、偽証罪の制裁のもと、反対尋問権を行使されることにより供述の信用性につき吟味する必要がある。そこで、320条1項は事実認定の誤りを防止すべく、当該吟味がなされない供述証拠につき一律に証拠能力を否定したものである。したがって、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠であって、供述内容の真実性を立証するために用いられるものをいう。そして、要証事実とは、当事者主義より、立証趣旨を要証事実とすると証拠として無価値となる等特段の事情がある場合を除き、検察官の設定した立証趣旨との関係で相対的に決定される。

まず本件メモは、詐欺の被害にあった際のVの記述を内容とするものであって、公判廷外の供述を内容とするものである。また、立証趣旨は「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」とされているが、当該事実は詐欺罪の構成要件である「欺」く行為の存在そのものであり、それを要証事実としたとしても本件メモは証拠として無価値とならない。したがって、当該事実は要証事実となる。そして、本件メモはVが甲の発言を聞いて記載したものであるから、上記事実を立証するためには、Vの供述内容の真実性を立証しなければならない。

したがって、本件メモは上記伝聞証拠の定義に当たるから伝聞証拠に当たる。

2 では法321条1項3号の伝聞例外として例外的に証拠能力が認められないか。

(1) 「死亡」等の供述不能要件は、当該供述を証拠とすべき高度の必要性が認められる場合を例示列举したものであるから、それらの場合と同等の必要性が認められる場合には、同要件を満たす。

本件では、Vは脳梗塞により意識不明となり、回復の見込みはないとされており、仮に回復したとしても記憶障害により取調べは不可能とされていることから、Vは死亡時と同様に永続的に供述ができない状況であり、死亡時と同等の証拠とすべき必要性が認められるから、同要件を満たす。

(2) 本件において、甲は被疑事実を否認しており、甲の詐欺罪の「欺」く行為の存在を立証するものは、特段本件メモ以外存在しないことからすれば、本件メモは犯罪事実の立証のため重要な証拠であるといえるから、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」といえる。。

(3) 「供述が特に信用すべき状況の下にされた」か否かは供述時の外部的事情に加えて、供述内容をも加味して判断する。

本件メモは記憶が鮮明な事件当日に書かれており、具体的な内容が記載されている。また、事件当日と公判廷で一貫しており、一応の信用性が認められる長男Wの供述において、「母が、私の目の前で記載し」、「母が私に話した内容と同じ」とされており、本件メモにおける供述の信用性が補強されている。そして、犯人と利害関係がある等の本件メモの信用性を下げる特段の事情がない以上、「供述が特に信用すべき状況の下にされた」といえる。

(4) したがって、伝聞例外の要件を満たすから、本件メモの証拠能力が認められる。

第2 本件領収書の証拠能力

1 上記と同様に、本件領収書が伝聞証拠に当たり原則として証拠能力が否定されないか検討する。

上記と同様に検討する。

まず本件領収書は、事件前の甲の記述を内容とするものであって、公判廷外の供述を内容とするものである。次に、立証趣旨は「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」とされているが、本件領収書の存在のみによって当該事実を立証することは難しいとも思える。もっとも、本件領収書が甲からVに交付されたという事実が立証されれば、甲が本件領収書における記載通りの事実を認めていたとして、本件領収書の存在のみによって上記事実が推認されるといえる。また、当該事実は詐欺罪の構成要件たる「交付」の事実であって、それを推認させる本件領収書の存在を要証事実としたとしても本件領収書は証拠として無価値とならないから、その存在が要証事実となる。そして、当該事実を要証事実とした場合、本件領収書における甲の供述内容の真実性を立証する必要はない。

したがって、本件領収書は、本件領収書が甲からVに交付されたという事実が立証されれば、上記伝聞証拠の定義に当たらず、伝聞証拠であるとはいえない。

2 次に、本件領収書につき、文書の成立の真正が認められず、自然的関連性を欠くとして、証拠能力が認められないか問題となるが、本件では文書の成立の真正が認められるため、証拠能力が認められる。なぜなら、本件領収書の印影と甲の認め印の印影が一致することから、甲によって押印されたことが推認され、当該事実から本件領収書自体が甲により真正に作成されたものであることが推認されるからである。

補足

本件メモを証拠とすることにつき、手続的正義に反するとはいえないことから、その点においても、証拠能力は否定されない。なぜなら、Vは上記の通り取調べをできない状況にある以上、本件メモ以外におけるVの供述の証拠化は不可能であるからである。

以上

第 1. 設問 1

1. ① 捜査の適法性について

(1) ① 捜査は、甲が本件事務所から出てきた様子を約 20 秒間にわたり公道上から撮影したものである。このような捜査は「強制の処分」（刑事訴訟法（以下略） 197 条 1 項但書き）にあたるのか、強制処分法定主義との関係で問題となる。

そもそも、法がこのような原則を定めた趣旨は、厳格な手続き的統制を経ることで人権保障を図るためである。そのため、「強制の処分」とはこのような手続き的統制に服するに値する処分、すなわち、相手方の意思に反し、その重要な権利利益を制約する処分をいう。

たしかに、① 捜査は甲の承諾なくその姿を撮影するものであり、甲の推定的意思には反している。しかし、公道上というプライバシーへの期待が減少する状況における姿をわずか 20 秒に限り撮影したに過ぎない。そのため、甲の重要な権利利益を制約する処分とはいえない。

よって、① 捜査は強制処分にはあたらない。

(2) そのため、捜査比例原則（ 197 条 1 項本文）により、捜査の必要性・相当性の要件を充足すれば、① 捜査は適法といえる。

ア. 必要性

そもそも、本件事件は V に対する詐欺事件であるところ、V は犯人の身体的特徴などは説明できるものの、顔は覚えていないと説明する。そして、V の説明と甲の中肉中背という身体的特

1 徴が一致していることや、犯人が持っていた A 工務店と書かれ
2 たステッカー付の赤色の工具箱を甲が所持していたことをふま
3 えると、甲が犯人と何らかの関わり合いがある可能性が高い。
4 そのため、V が直接の被害者なのだから、V が甲と犯人との同
5 一性を確認するという必要性が高いといえる。

6 そして、本件事務所の窓にはブラインドカーテンが下ろされて
7 おり、公道から事務所内を見ることができなかったところ、V
8 を事務所に連れてきても甲の姿を直接確認することはできな
9 かった。

10 また、V は直接の被害者であり、70 歳と高齢であることをふま
11 えると、写真ではなく、実際に動いている甲の姿を確認するこ
12 とが、甲と犯人との同一性を判断するうえでより適切な方法で
13 あるといえるのだから、ビデオカメラで甲の行動を撮影する必
14 要性は高い。

15 以上より、①捜査の必要性は認められる。

16 イ．相当性

17 甲の姿を撮影したのは、公道上から見える限度であり、甲のプ
18 ライバシーへの期待は少ないといえる。また撮影された映像は
19 全体で約 20 秒程度であり、甲の姿を V が確認するうえで必要最
20 小限度といえ、不必要な撮影とはいえない。

21 そのため、①捜査の相当性は認められる。

22 ウ．以上より、①捜査は捜査比例の原則に反しない。よって、

23 ①捜査は適法である。

2 . ② 捜 査 に つ い て

(1) 強 制 処 分 該 当 性

② 捜 査 は A 工 務 店 内 の 甲 の 道 具 箱 を 5 秒 間 に わ た り 望 遠 レ ン ズ 付 き ビ デ オ カ メ ラ で 撮 影 し た も の で あ る 。 A 工 務 店 と い う 甲 の 私 的 空 間 内 を 撮 影 す る も の で あ り 、 甲 の 推 定 的 意 思 に は 反 し て い る 。

ま た 、 た し か に 望 遠 レ ン ズ を 用 い て 通 常 は 視 認 す る こ と の 出 来 な い ス テ ッ カ ー を 撮 影 し て い る と こ ろ 、 甲 の 室 内 を 撮 影 さ れ な い と い う プ ラ イ バ シ ー へ の 期 待 は 高 い と い え る 。

し か し 、 向 か い の マ ン シ ョ ン か ら は 通 常 の 態 様 で も 甲 の 室 内 を 小 窓 を 通 じ て 見 通 す こ と が で き 、 机 上 に 工 具 箱 が お か れ て い る こ と は み る こ と が で き た 。 ま た 、 撮 影 も わ ず か 5 秒 間 だ け 、 机 上 に 工 具 箱 と い う プ ラ イ バ シ ー へ の 期 待 の 乏 し い 道 具 が お か れ て い る 様 子 を 撮 影 し た も の で 、 甲 の 姿 は 写 っ て い な い 。

そ の た め 、 甲 の 重 要 な 権 利 利 益 を 制 約 す る 処 分 と は い え な い 。

よ っ て 、 強 制 処 分 に は あ た ら な い 。

(2) 捜 査 比 例 の 原 則 に つ い て

ア . 必 要 性

V の 説 明 に よ れ ば 、 本 件 事 件 で 犯 人 は A 工 務 店 と 書 か れ た ス テ ッ カ ー が 貼 ら れ た 赤 色 の 工 具 箱 を も っ て い た と こ ろ 、 犯 人 が A 工 務 店 と 何 ら か の 関 係 を 持 っ て い る 可 能 性 が 高 い 。 ま た 、 甲 と 犯 人 と は 身 体 的 特 徴 が 一 致 し て い る こ と や 、 甲 が A 工 務 店 の 代 表 者 で あ る こ と 、 そ し て P ら の 1 週 間 に わ た る 事 務 所 の 監 視 の

1 結果、甲以外の出入りが確認されていないことをふまえると、
2 A 工務店には甲の他には従業員がいないといえることをふま
3 ると、甲が犯人である可能性が高かった。

4 そして、監視最終日に甲が赤色の工具箱という犯人が所持し
5 ていた物と同一の物を持って本件事務所に入っていたところ、
6 この工具箱に A 工務店と書かれたステッカーが貼られているこ
7 とを証拠とできれば、甲の犯人性を基礎づける有力な証拠とな
8 り得る。しかし、ステッカーが小さく、甲が持ち歩いている状
9 態ではステッカーの有無を確認することができなかった。その
10 ため、止まった状態でステッカーの有無を確認する必要性が高
11 かった。

12 そして、ステッカーの付された工具箱が犯人が所持していた
13 ものと同じであるか、V に確認するという高度の必要があった。
14 イ．相当性

15 たしかに、撮影ではなく、写真によることでも上記目的を達成
16 することも可能であったとも思える。しかし、撮影時間がわず
17 か 5 秒間にすぎないことをふまえると、実質的には写真と同視
18 することができる。また、撮影された映像には机の上に工具箱が
19 おかれている様子以外は撮影されていない。

20 そして、たしかに P は望遠レンズを用いてはいるものの、机上
21 に工具箱がおかれている状態自体は採光用の小窓から通常でも
22 みることができるのだから、被侵害利益の程度が大きいとはい
23 えない。また、望遠レンズはステッカーの確認に用いられたに

とどまり、不相当であるともいえない。

ウ．以上をふまると、相当な手段であるといえ、捜査比例の原則にも反しない。

よって②捜査は適法である。

第 2 . 設問 2

1 . 本件メモの証拠能力

(1) 本件メモは V が犯人から言われた内容を記載したものであり、「公判期日における」V の「供述に代えた書面」にあたるとして、証拠能力が否定されないか (320 条 1 項)。不同意意見 (326 条) が付されているため、問題となる。

そもそも、320 条 1 項が伝聞法則を定めた趣旨は、供述過程には誤りが混入するおそれがあるところ、反対尋問等によりこれを正すことが必要だからである。そのため、伝聞証拠とは公判廷外における供述を内容とする書面のうち、内容たる事実の真実性を立証しようとするものをいい、要証事実との関係で相対的に判断される。

立証趣旨や甲が V 方に行ったことはないとして犯行それ自体を否認していることをふまえると、他の証拠から甲の犯人性を基礎づけられることを前提に、本件メモに記載された内容の文言を V が申し向けられたことから本件事件の欺罔行為や V の錯誤を立証しようとするものといえる。

そのため、犯人がこのような文言を V に対して申し向け、それを V が知覚記憶し、本件メモに記載したという伝聞過程を経て

1 いるといえ、また、Vが本件メモ記載の発言を申し受けたかど
2 うかという内容たる事実の真実性が問題になるといえるので伝
3 聞証拠に当たる。なお、犯人と名乗る男が本件メモ記載の発言
4 をしたかどうかについては、その発言をしたこと自体からVに
5 対する欺罔行為等を立証することができるので、非伝聞である。
6 (2)そのため、伝聞例外に該当しない限り、本件メモの証拠能力
7 は認められないところ、本件メモはV作成の供述書といえるの
8 で、321条1項3号該当性が問題となる。

9 ア．まず、Vは脳梗塞で倒れており、記憶障害により、今後V
10 の取り調べを行うことは不可能であると診断されているため、
11 「身体の故障」により公判期日により供述することができない。
12 イ．また、本件メモ記載の内容は、甲がV方に行ったことはな
13 いとして犯行それ自体を否認していることや他に有力な証拠が
14 ないことをふまえると、本件事件の犯行方法という犯罪事実を
15 証明するうえで必要不可欠といえる。

16 ウ．そして、本件メモはVの長男WがVが詐欺事件の被害にあ
17 っていると気づき、証拠として残すよう助言したため作成された
18 ものであり、犯行がなされた午後1時ごろからわずか6時間し
19 か経過していない午後7時ごろに作成されたことも踏まえると、
20 「特に信用すべき状況の下にされたものである」といえる。

21 エ．以上をふまえると、321条1項3号の伝聞例外の要件は充
22 足するといえる。そのため、本件メモの証拠能力は認められる。
23 なお、Vは自筆で本件メモを作成しているため、「署名押印」

の要件は充足しているといえる。

2. 本件領収書の証拠能力

(1) 非伝聞証拠として用いる場合

本件領収書には甲の指紋と合致する指紋が検出されている。また、本件領収書の印影と甲の認め印の印影が合致している。

本件領収書はVが犯行時に犯人から手渡されたものであり、通常は第三者の指紋等がついていることはない。そのため、本件領収書のこのような客観的な状態から、甲の犯人性を立証することができる。

このように用いる場合、本件領収書記載の内容たる事実の真実性は問題とならないため、非伝聞証拠として証拠能力が認められる。

(2) 伝聞証拠として用いる場合

本件領収書記載の、甲が100万円を代金として領収したという事実の真実性を立証しようとすることも考えられる。この場合、本件領収書は本件詐欺事件の欺罔行為の態様を立証することができる。そのため、伝聞証拠にあたり、原則として証拠能力は否定される。

そして、領収書は業務書面（323条2号）といえるので、伝聞例外として証拠能力は認められる。

以上