

刑事系第2問

設問1

1 ①の差押え

(1) 指定暴力団丙組幹部丁の名刺一枚（以下、本件名刺）の差押えは、司法警察員PらがH県I市N町2丁目3番4号Aビル21号室を「搜索すべき場所」（刑事訴訟法(以下略)219条1項)とする搜索差押許可状(以下、本件許可状)に基づく差押え(218条1項)として適法か。

(2) 218条1項に基づく差押えの要件は、①対象物が令状記載の「差し押さえるべき物」（219条1項）に該当すること、②「証拠物・・・と思料するもの」（99条1項及び222条1項本文前段）すなわち被疑事実に関連するものであること及び③差押えの必要性があることである。要件③は恣意的な差押えにより被処分者の権利利益が侵害されることを防止するために要求される。

(3)ア ①の差押えの対象物は本件名刺であり本件許可状の「差押えるべき物」のうち「名刺」に該当する(要件①充足)。

イ 要件②について、本件事件はVを被害者とする住居侵入強盗事件であり、甲による単独犯である。同事件に丙組は直接関与しておらず本件名刺は本件事件に関連しないとも思える。

しかし、甲の供述によれば、甲は乙の指示で本件強盗を行い、乙がアジトとするAビル21号室からVに電話をかけ、甲は乙からVに関する情報や犯行に使う道具等について説明を受けていた。これらの事実から甲及び乙との間には強盗についての共謀が成立していたと認められる。また、乙の背後には捜査に一切協力しない丙組がおり乙が丙組の幹部に犯行で得た金銭を交付していることが認められる。この事実から、乙と丙組の幹部との間には強盗についての共

謀が推認される。

したがって、本件住居侵入強盗事件を含めた乙の犯行は、丙組を頂点とする組織的犯罪であることが疑われ、本件名刺は乙と丙組との関係を推認させる証拠となり得る。経験則上一般人が何らの繋がり無くして暴力団幹部の名刺を所持することは考えられないためである。

以上より、本件名刺は本件住居侵入強盗に関連する(要件②充足)。

ウ 本件名刺は小型であり、性質上隠滅が容易である。乙は A ビル 21 号室をアジトとしているため乙が同号室にある本件名刺を隠滅する可能性は十分認められる。よって、証拠価値の保全のため差押える必要がある(要件③充足)。

(4) 以上より、①の差押えは 218 条 1 項より適法である。

2 ②の差押え

(1) 白色及び黒色の USB メモリの差押えは、本件許可状に基づく差押えとして適法。①の差押えと同様の要件により検討する。

(2)ア USB メモリは、本件許可状記載の「差押えるべき物」のうち「電磁的記録媒体」に該当する。しかし、そもそも「その付属機器類、電磁的記録媒体」という抽象的記載が許されるか問題となる。

イ 219 条 1 項が差押えの対象物の特定を要求した趣旨は、一般差押えを防止して捜査の適正を図ると共に、被処分者の財産権やプライバシー等の権利利益を保護する点に求められる。このような趣旨から、対象物は具体的に特定しなければならないことが原則である。

もっとも、令状発付請求の段階で対象物を具体的に特定することは困難である。そのため、①具体的な差押対象物が例示列挙され、②これに準ずるものを差押えることが令状の記載から読み取ることができれば適法と解すべきである。

ウ 本件許可状には①「被害品と認められる現金」や「本件に関係ありと思料される名簿」等の物が例示列举されている。そして、②「及びその付随機器類、電磁的記録媒体」はそれらの物のすぐ後ろに記載され、それらの物に準ずるものであることを読み取ることができる。

ウ よって、本件許可状の上記記載は適法である(要件①充足)。

(3)ア 次に、本件 USB メモリは本件住居侵入強盗事件に関連するといえるか。P らは USB メモリの中身を確認せずに差押えており、関連しない物を差押えたとして許されないか問題となる。

イ 恣意的な差押の防止及び被処分者の権利利益の保護の観点からは、差押えの前に情報の内容を確認し、被疑事実との関連性を確認しなければ差押えが認められないことが原則である。もっとも、フロッピーディスクの差押えを認めた判例において最高裁は、(i)情報記録媒体に被疑事実に関連する情報が存在する蓋然性が認められ、(ii)その場で情報内容を確認したのでは情報が破壊される等の特段の事情が認められるならば、内容を確認せずに包括的に差押えることも許されると判示している。

そして、USB メモリであっても情報破壊の危険性は同様であるから、上記判例の射程は本件にも及ぶと解すべきである。

ウ 甲の供述によれば、アジトとされる A ビル 2 1 号室には強盗のターゲットになる者の氏名と電話番号の入った名簿データが保存されている USB メモリがあり、それには V の氏名と電話番号が存在するとされている。そして、A ビル 2 1 号室には実際に白色及び黒色の USB メモリがそんざいしたことから、これらの USB メモリに V の氏名と電話番号の情報が存在する蓋然性が認められる。よって、(i)はみたされる。

そして、甲の供述によれば、USB メモリには乙しか知らない 8 桁のパスワードがかけられており一度でも入力を間違えると初期化されるという。甲の供述内容の具体性及び迫真性に鑑みれば甲のこの供述に信用性が認められ、入力ミスによる情報の破壊の危険性が認められる。

乙は P らに対して、USB メモリのパスワードが『2222』でありこの場で USB メモリの中身を確認するように依頼している。しかし、乙が教えたパスワードは数字 4 桁であり、当初の甲の供述内容と異なっている。乙のパスワードが虚偽であり証拠隠滅の意図を有している可能性は否定できないから、その場でパスワードを入力して情報内容を確認できない特段の事情が認められるよって、(ii)もみたされる。

ウ したがって、P らが USB メモリの中身を確認せずに差押えた点は問題が無い(要件②充足)。

(4) USB メモリは小型であり、また前述した性質から証拠の隠滅が容易である。また USB メモリに保存されている情報は本件住居侵入強盗の被害者 V に関するものであり重要であるから、証拠価値の保全のため差押える必要性が認められる(要件③)。

(5) 以上より、②の差押えは 218 条 1 項の差押えとして適法である。

設問 2、小問(1)

1 (1) 証拠能力が認められるためには、自然的関連性すなわち最小限度の証明力を有すること及び法律的関連性すなわち裁判所の事実認定を誤らせる危険性が無いことが認められなければならない。

(2) 本件メモ 1 には事例 1 における V の情報とされる記載があり、また同一内容のデータが差押えられた USB メモリに保存されていることからすれば、

本件メモ1は本件住居侵入強盗事件に関連するものといえ、証明力を有するといえる。

よって、自然的関連性は認められる。

2(1) 本件メモは「公判期日における」乙の供述に代わる「書面」として、320条1項により法律的関連性が認められないのではないか。

(2) 320条1項の趣旨は、公判期日外の供述証拠は反対尋問等公判廷での手続により、知覚・記憶・表現・叙述という証拠作成の過程で生じる供述内容の誤りを排除することができないため、誤判防止のため予め証拠排除するものである。

このような趣旨からすれば、同項によって法律的関連性が否定される供述証拠は、公判廷外の供述証拠で要証事実との関係で供述内容の真実性を立証するために用いられるものと解すべきである。

(3) 本件メモ1は令和2年8月5日午後4時に、本件許可状に基づく差押えにより押収されたものであり、それ以前に乙によって作成された乙の供述証拠といえる。

(4) 本件メモ1の立証趣旨は甲乙間において本件住居侵入強盗に関する共謀が存在することである。本件メモには「タンス預金」、「催涙スプレー」及び「ロープ」等の記載があるところ、乙からVに関する情報や犯行に使う道具等について印字された紙を見せられ説明を受けたという甲の供述からすれば、本件メモ1は甲による説明に使用された紙と推認される。

そして、乙は本件メモ1の内容に従って本件住居侵入強盗を行っていることから、本件メモ1によって甲乙間の意思連絡が行われたといえ、共謀の存在を推認できる。

よって、本件メモ1の要証事実は同メモの内容であり、内容の真実性の立証のために用いられるといえる。

(5) よって、本件メモ1に320条1項の適用があり、乙の弁護人が証拠不同意としている(326条1項)以上法律的関連性が原則認められない。

3(1) では、例外的に321条以下の規定の適用によって法律的関連性が認められるか。322条1項の適用が問題となる。

(2) 本件メモ1は乙が作成した「被告人が作成した供述書」である。また、本件メモ1に記載されている内容は、Vに対する住居侵入強盗についての計画であり乙にとって同事件への関与を認めるものである。よって、「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。

そして、乙の供述の任意性(322条1項但書)が認められなければならない。本件メモ1が作成された日時は令和2年8月4日午前10時20分であり、同日のVに対する電話がなされた後直ちに作成されている。本件メモ1の内容のデータはUSBメモリに保存され乙のみしか確認することができないことからすれば、経験則上乙が他者の干渉を受けずに自由意思で本件メモ1を作成したといえる。よって、任意性が認められる。

(3) 以上より、322条1項の適用が認められ、例外的に法律的関連性が認められる。

4 本件メモ1の証拠能力が認められる。

設問2、小問(2)

1(1) 本件メモ1と同様、本件メモ2の記載内容は本件住居侵入強盗事件に関連するものであるから、証明力が認められ自然的関連性が認められる。

(2) また、本件メモ2は乙の公判期日より前の時点で作成されている。本件

メモ2には乙から指示されたとされる内容が記載されており、その内容は事例1における甲の犯行と類似するものである。そのため、本件メモ2の記載内容が真実であれば、甲乙間の意思連絡の存在を推認でき、甲乙間の本件住居侵入強盗についての共謀を推認できる。

よって、本件メモ2は320条1項で法律的関連性が否定されるのが原則である。

2(1) では、本件メモ2が「被告人以外の者が作成した供述書」(321条1項柱書)として、同項3号により例外的に法律的関連性が認められないか。

(2)ア 同号の供述不能事由は例示列举であり、これらの事由に限定されるものではない。しかし、証言拒絶によって直ちに供述不能の要件が充足されるとすることは320条1項の趣旨を没却することになる。

そのため、証言拒絶の態度が翻意されないことが客観的に認められる場合に供述不能の要件をみたすと解すべきである。

イ 本件において甲は、乙や丙組の報復を恐れて甲との共謀の事実について令和2年8月5日の取調べ以来一貫して黙秘しており、これは自身の公判及び乙や傍聴人との間の遮蔽措置が行われた乙の公判での証人尋問においても同様であった。このような甲の態度は今後変化することが期待できず、証言拒絶の態度が翻意されないと客観的に認められる。

ウ よって、供述不能の要件が満たされる。

(3) 321条1項3号の「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る」とは、当該書面を証拠とすることにより犯罪事実の証明に著しい差異を生じさせることをいう。

本件住居侵入強盗の共謀を基礎づける証拠は本件メモ2以外に発見されてお

らず、同メモによって共謀の事実を強く推認することができる。よって、「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る」といえる。

(4) 321 条 1 項 3 号但書の「特に信用すべき情況」は絶対的特信情況を意味し、供述の外部的付随的情況から判断しなければならない。

本件メモ 2 は甲方の机の施錠された引き出し内にあった甲が使用する手帳の、8 月 4 日の頁に挟んである状態で発見された。手帳は通常所有者以外の使用が想定されず、また保管の状況上甲以外の者がその内容を確認することができなかったことから、甲が自己のために虚偽の内容を本件メモ 2 に記載することは経験則上考えられない。

そのため、本件メモ 2 の記載内容は甲によって真に作成されたものであり絶対的特信情況が認められる。

(5) したがって、321 条 1 項 3 号が適用され法律的関連性が認められる。

3 以上より、本件メモ 2 に証拠能力が認められる。

以上

令和3年度司法試験 刑事系科目第2問 再現答案

第1 設問1

1 下線部①の差押え（以下、「差押え①」という。）の適法性について

（1）本事案で差押え①は、丙組の幹部丁の名刺1枚を差押えるものであり、これは甲の逮捕に伴い発付されたH県I市内のAビル21号室についての搜索差押許可状（以下、「本件許可状」という。）に基づいてなされたものである。

ここで、本件許可状は、「…本件に関係ありと思料される…名刺」と概括的に差押対象物を記載しているが、搜索差押許可状のこのような記載方法は、刑事訴訟法（以下、法令名省略）107条1項の要求する「差し押さえるべき物」としての特定方法として認められるか。かかる記載方法が認められない場合、本件許可状に基づいてなされた差押え①が無令状差押えとして憲法35条2項に反し、違法となると考えられるため、問題となる。

ア 107条1項が差押許可状について、差押対象物の特定を求めた趣旨は、一般的・探索的な搜索による関連物件の差押えを防止し、憲法35条1項の保障を実質化することにある。したがって、差押対象物は具体的に記載されなければならない。

もっとも、捜査の初期段階においては、捜査対象の犯罪の全貌や関連する証拠物が明らかになっていないことが多く、差押許可状に記載すべき差押対象物の特

定を厳格に求め過ぎると、早期の身柄拘束や自白の強要など、違法な手段による捜査を誘発するおそれがある。そのため、差押許可状の記載方法として、できるだけ例示を列挙している場合には、「その他本件に関連ありと思料される物」といった概括的な記載であっても、差押対象物の特定として認められると解すべきである。

イ 本事案で本件許可状には、「本件に関係あると思料される…」と概括的な記載がなされているが、これに続き差押対象物の例示として名簿のほか、8 点の物件が例示されている。本件許可状は、甲の逮捕の際に発付されたものであり、その発付の時点では、本件住居侵入強盗に甲の他に乙及び丙組の何らかの関与があったことしか明らかになっておらず、具体的に事件に関連する証拠等の特定が困難な状況にある。このような状況の下では、本件許可状のような記載であっても差押許可状に要求される差押対象物の特定として認められると言える。

(2) よって、本件許可状における差押対象物の記載は適法であり、差押え①により差押えられた名刺は、「本件に関係ありと思料される…名刺」に該当するので差押え①も適法である。

2 下線部②の差押え（以下、「差押え②」という。）の適法性について

(1) 差押え②は、本件許可状記載の搜索場所から発見された USB メモリ 2 本（以下、「本件 USB メモリ」という。）の内容をその場で確認することなく実行されている

が、このような態様の差押えは 99 条 1 項に反し違法とならないか。

ア この点、情報やデータ等を収容している USB などの記録媒体は、その内容が膨大であることが多く、記録されているデータ等までが差押対象物であることを確認することには長時間を要する場合が少なくない。加えて、記録媒体内のデータ等は瞬時にかつ容易に抹消することができるため、証拠物がその中に含まれている場合には、内容を逐一確認してははその隠滅がなされる危険性が高い。したがって、上記のような記録媒体については、その内容を確認することなくこれを差押えたとしても許容されると解すべきである。

イ 本事案においても、本件 USB メモリはその内容を確認することなく差押えられているが、甲の供述によると本件 USB メモリにはパスワードがかけられており、パスワードを 1 度でも誤って入力した場合には、収容されているデータが消去される仕組みとなっている。これについて乙が、パスワードが「2 2 2 2」であることを申し出ているが、乙は本件住居侵入強盗に関与しているとみられ、虚偽のパスワードを申し出て P らに入力させ、証拠隠滅を行う危険がないとはいえない。

よって、本事案においては本件 USB メモリの内容を確認することなくこれを差押さえた差押え②は適法である。

第 2 設問 2

1 小問 1

(1) 本件メモ1は、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀の存在の立証のために証拠調べ請求されたものであるところ 320 条1項の「公判期日における供述に代えて書面を証拠」とする場合、すなわち伝聞証拠である場合に該当するか。伝聞証拠である場合には、乙の弁護人が証拠調べ請求に対して不同意との証拠意見を述べている以上、伝聞例外に該当しない限り証拠能力が認められないため、問題となる。

ア 320 条1項の伝聞法則は、供述証拠は知覚・記憶・表現・叙述の過程を経て作成されるものであるところ、各過程において誤りが入り込むおそれがあるため、これを反対尋問等によりチェックする機会を担保することをその趣旨としている。

そうすると伝聞証拠とは、公判期日外における供述を内容とする証拠であって、その内容の真実性を立証するために用いられる証拠をいうと解すべきである。そして、内容の真実性を立証するために用いるがどうかは、要証事実との関係で相対的に決せられる。

イ 本件メモ1についてこれをみると、乙が公判期日外で作成したものであり、かつ乙が普段から出入りしていたとみられる場所から発見されたものである。さらにその記載内容は、被害者である V の情報と、甲が実際に実行した本件住居侵入強盗に用いた道具と一致するものであることから、本件メモ1の存在自体から甲と乙の間に本件住居侵入強盗の共謀があったことが推認される。

したがって、本事案で本件メモ1はその内容の真実性の立証に用いられるもの

ではないから、伝聞証拠にあたらない。

(2) によって、本件メモ1は伝聞法則の適用を受けることなく、証拠能力が認められる。

2 小問2

(1) 本件メモ2は、甲乙間で本件住居侵入強盗に関する共謀の存在を立証するために証拠調べ請求されたものである。本件メモ2が伝聞証拠に該当する場合には、乙の弁護人が上記請求に対して不同意との証拠意見を述べている以上、伝聞例外に該当しない限り証拠能力が認められないため、まず本件メモ2が伝聞証拠であるかどうかの問題となる。

ア 前述の伝聞証拠該当性の判断基準により、本件メモ2についても検討する。

イ 本件メモ2は、冒頭に「乙から指示されたこと」との記述がある。さらに、被害者であるVの情報に加えて、甲が本件住居侵入強盗を実行する際に使用した道具類やVの拘束方法に関する記載と考えられるものがある。このような記載を含む本件メモ2は、甲が公判期日外に作成したものであって、甲方の施錠された机の引き出し内の手帳の中から発見されたものであることが判明しているところ、甲が実際に記載内容通りの指示を乙から受けたこと、すなわちメモ内容が真実であれば甲乙間の本件住居侵入強盗に関する共謀の存在が立証できることになる。

よって、本小問において本件メモ2はその内容の真実性が立証対象となるため、伝聞証拠に該当する。

(2) では、本件メモ2は伝聞例外に該当し、例外的に証拠能力が認められないか。

本事案で甲と乙は共謀して本件住居侵入強盗を行ったとしていずれも起訴されているが、それぞれ個別に審理されていることから、乙の公判において本件メモ2を証拠請求する場合には、「被告人以外の者が作成した供述書」として321条1項3号により伝聞例外と認められないかを検討する。

ア まず、本事案で本件メモ2の作成者である甲は供述不能と言えるか。

この点、甲について321条1項3号に列挙されている供述不能事由に該当する事情はない。しかし、同号列挙事由は例示列挙に過ぎず、これらと同視しうる状態が継続している場合には供述不能と言えるべきである。そうすると、本事案で甲は、本件住居侵入強盗に乙が関与していることについては一貫して一切の証言を拒絶している。また、甲が乙や丙組との関係で身の危険を感じているために行っているものであると考えられるが、乙の公判で甲の証人尋問をするにあたって乙との間、及び傍聴人との間の双方に遮へい措置を講じているにも関わらず依然として証言を拒絶していることからすれば、甲は死亡しているのと同程度に供述不能の状態にあると言える。

イ 次に、本件住居侵入強盗に対する乙の関与については、前述の通り甲が一切の供述を拒絶している上、本件メモ2以外に甲乙間の共謀をうかがわせる証拠は発見されていない。また、乙は本件住居侵入強盗への関与について否認していることか

らも、本件メモ2は甲乙間の共謀の「存否の証明に欠くことができないもの」であると言える。

ウ　そして、321条1項3号の伝聞例外が認められるためには絶対的特信状況が必要である。

本件メモ2の発見された場所が甲方の施錠された机の引き出し内の手帳の中であり、通常であれば作成者である甲以外が作成時あるいは作成後の保管時にその記載内容に何らかの影響を与えることが考えにくい。

したがって、特信状況についても認められる。

(3) 以上より、本件メモ2は321条1項3号により伝聞例外と認められることから、証拠能力が認められる。

以上