

平成 29 年 刑事訴訟法

設問 1 について

第 1 捜査①

1. 捜査①のベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入る行為は、**令状を執行するために「必要な処分」**（222 条 1 項本文・111 条 1 項前段）として許容されるか。

（1）この点について、**捜査比例の原則**（197 条 1 項本文）から、「必要な処分」とは、執行の目的を達成するために必要であり、かつ社会的にも相当と認められる処分をいうと解する。

（2）**本件被疑事実は覚せい剤取締法違反であるところ、覚せい剤はトイレに流す等の方法で容易に隠滅可能な物であり、証拠隠滅の蓋然性が極めて高い。**そうだとすれば、甲に証拠隠滅の機会を与えないようにするために、ベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入る必要があったといえる。

一方、ベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入る行為は有形力の行使といえ、財産的損害も生じているため、相当とはいえないと思われる。**しかし、呼び鈴を鳴らしたり、マスターキーを使ったりしてドアを開けさせることができたとしても、ドアチェーンが掛かったままの可能性が高く、証拠隠滅がなされるおそれがあることから、これらの方法を採用することはできない。**そこで、ベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入る行為は相当な行為であるといえる。

（3）したがって、捜査①の行為は、「必要な処分」（222 条 1 項本文・111 条 1 項前段）として許容される。

2. そうだとすると、Q は、甲に搜索差押許可状を示す前に上記「必要な処分」に及んでいる。そこで、かかる行為は、搜索差押許可状の処分を受ける者への呈示を要請する 222 条 1 項本文・110 条に反し違法ではないか。令状呈示前に「必要な処分」をすることは許されるか。

（1）そもそも、110 条の趣旨は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する点にある。

そこで、明文はないものの、令状は事前呈示が原則であり、呈示前に執行を開始することは原則として許されないと解する。

もっとも、常に事前呈示を要求すると、その間に証拠隠滅される危険があり、搜索差押えの実効性が確保できず妥当でない。

そこで、搜索差押えの実効性確保のために必要であり、かつ短時分の先行にとどまるなど相当性が認められる場合には、令状呈示前であっても「必要な処分」をすることが許されると解する。

（2）本問では、上記の通り、覚せい剤は容易に隠滅可能であり、**令状を事前に呈示していると、その間に証拠隠滅される可能性は極めて大きい。**そのため、搜索差押えの実効性確保

コメントの追加 [td1]: ここについては、110 条の趣旨をもう少し具体的に書くほうがいいと思います。

コメントの追加 [td2]: 覚せい剤事犯で罪証隠滅が容易だと必ずベランダから窓ガラスを割って入る必要性があるのでしょうか。

問題文には、家の意える人の更生や事前の内偵結果が記載されているので、そこを具体的に取り上げて、本件では、必要性があると言わなければいけません。

この記載ですと覚せい剤事犯だと一般的に窓ガラスを割って入る必要があると読めます。本件では執行の場面の一般的判断ではなく個別判断を求められているわけです。

コメントの追加 [td3]: 可能性が高いだけで、いいのでしょうか、本問では、窓から入る準備をさせようえ、一度は、部屋の呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせてドアチェーンがかかっていることを現認したのちに合図を送り窓からの侵入を指示したのではないですか。いきなり呼び鈴も鳴らさず窓をぶち破って入るのは相当でしょうか？具体的事実を正確に分析抽出しましょう

コメントの追加 [td4]: 少しでもいいので、具体的事情を入れてください。共犯者と疑われる者や、内縁の妻が部屋の中にいる可能性が高いことなど

のために必要といえる。

また、Pは、Qらが甲方に入った後すぐに、居間において令状を呈示しており、短時分の先行にとどまっているので 相当性が認められる。

(3) したがって、令状呈示前になされた捜査①の行為は 222条1項本文・110条に反しない。

3. よって、捜査①は適法である。

第2 捜査②

1. 捜査②の乙の持っていたハンドバッグをつかんで取り上げ、その中身を搜索した行為は適法か。場所を搜索対象とする搜索令状によって人の携帯物に対する搜索をすることはできるか。「場所」に対する令状で、その場所にある「物」を搜索することは許される^{td5}ところ、携帯している場合には、別途「物」に対する令状が必要となるのではないか。

(1) 搜索場所に居住する者は、被疑者・被疑事件と関係があつて、差押目的物を所持しているとの疑いが生じるから、その者の携帯物に対する搜索の必要性は大きい。また、携帯されているか、その場所に置かれているかは偶然の事情にすぎず、居住者が搜索現場で携帯している場合には、当該携帯物はいまだ搜索場所から離脱していないとみることもでき、これを搜索場所にある物と同視して搜索場所に含ませて考えても不合理ではない。

そこで、搜索令状の搜索場所に居住する者又は実質的にこれに準ずる地位にある者の携帯物については、居室の備品や付属物として令状の効果が及び、これを搜索することができる^{td6}と解する。

(2) 本件において、乙は甲の内妻であり、甲方に居住していることから、乙の携帯物であるハンドバッグは、居室の備品や付属物として令状の効果が及び、これを搜索することができる^{td6}。

(3) したがって、捜査②の捜査は適法である。

第3 捜査③

1. 捜査③の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適法か。場所に対する搜索差押許可状によって、その場に居合わせた者の身体を搜索できるか。

(1) この点について、219条1項は明確に「場所」と人の「身体」を区別して意味は、人格を有する「身体」の方が「場所」よりもむやみに他者から侵入されることのない利益を保護する要請は高い^{td7}ため、個別の司法審査を要求するものである。も搜索により侵害される利益は重大である。

そこで、したがって、「場所」に対する搜索差押え許可状により人の「身体」を搜索することは原則としてできないと解する。

もっとも、その場に居合わせた者が差押目的物を身体に隠匿した場合でも一切搜索しえ

コメントの追加 [td5]: 許される理由は何でしょうか

コメントの追加 [td6]: 司法審査と管理権の関係から理由つけて述べるのが良いと思います。

講義でもお話した通り、何でもできるわけではありません。被疑事実との関係で、蓋然性の全くないものについては、搜索することは違法です。人の属性、搜索対象物、状況を被疑事実^{td6}に照らして判断してください。

コメントの追加 [td7]: どういう意味で重大なんしょうか。修正したところを参考にしてください。

ないとすると、捜査の必要性、真実発見（1条）が害される。

そこで、①差押目的物を身体に隠匿していると疑うに足りる相当な理由があり、②必要性・緊急性が認められる場合には、例外的に「身体」を捜索することが許されると解する。

（2）本件では、丙の右ポケットが膨らんでおり、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様子、Qによるポケットの中身に関する質問に答えないという不自然な態度をとっていることから、差押目的物を身体に隠匿していると疑うに足りる相当な理由があるといえる。

また、丙は、右手を再び右ポケットに入れてトイレに向かって歩き出したことから、ポケットの中身をトイレに流して隠滅するおそれがあり、身体捜索の必要性・緊急性が認められる。

（3）したがって、捜査③の行為は、適法である。

設問2

第1 小問1

1. 証拠1・2・4は公判期日外の甲の供述を内容とする証拠であるので、伝聞証拠（320条1項）にあたるとも思える。

もっとも、証拠1・2・4は証明力を争うために取調べ請求されていることから、328条により証拠能力が認められないか。

まず、証拠4について、証明力を争おうとしている甲とは別人である乙の供述を内容とするため、同条によって許容される「証拠」は同一人の不一致供述に限られるかが問題となる。

（1）328条は、供述内容の真実性とは関係なく同一人が不一致供述をしたという事実の存在自体を立証することで、その者の公判廷供述の証明力を減殺しようとするものであるから、そもそも328条によって許容される「証拠」は伝聞証拠にあたらないのである。これに対し、別人の不一致供述によって証明力を減殺するためには、その供述内容が真実であることが前提となるので、同一には論じ得ない。

そこで、328条によって許容される「証拠」は同一人の不一致供述に限られると解する。

（2）したがって、証拠4は甲とは別人である乙の供述を内容とするものであり、同一人の不一致供述に当たらないことから、328条により証拠能力は認められず、証拠4を証拠として取調べる旨の決定をすることはできない。

2. 証拠1は甲についての捜査報告書であるところ、その内容は甲の供述録取書である証拠3と矛盾する。そこで、328条により証拠能力が認められないか。証拠1には甲の署名押印がないところ、供述者の署名押印を欠く捜査報告書を同条の「証拠」として許容し得るかが問題となる。

（1）そもそも、328条は、同一人の不一致供述はその事実の存在自体で証明力を減殺し得るため伝聞証拠にあたらない旨注意的に規定したものであるから、同条によって伝聞法則の制限が外れるのは原供述者の供述の伝聞性のみであり、録取の伝聞性の問題は残る。そして、321条1項等が署名押印を要求した趣旨は、録取の伝聞性を問題ないものにする点に

コメントの追加 [td8]: 講義でも言いましたが、例外的に許される場合は、他に比べて最も厳格に認定しなければいけません。

特に今回被疑事実に照らして、差し押さえ対象物がどのようなものであったか、問題文に発見されたものと未だに発見されていないものがありましたね。

その辺をしっかりと検討してください。

コメントの追加 [td9]: これ以前に328条の条文の文言の解釈を総論でして個別に各資料を検討していくのが構成上はきれいかなと思います。

コメントの追加 [td10]: この理由付けはとても素晴らしいと思います。その通りですね。

ある。

そこで、328条により許容される「証拠」は、321条1項等の定める供述者の署名押印の要件を満たす供述録取書又はこれと同視し得る証拠に限られると解する。

(2) 証拠1には供述者甲の署名押印はない。また、供述録取過程についての同意(326条1項)や、録取の正確性を担保する外部的状況もないので、署名押印のある供述録取書と同視し得る証拠にもあたらない。

(3) したがって、328条により証拠能力は認められず、証拠1を証拠として取調べる旨の決定をすることはできない。

3. 証拠2は、甲という同一人の不一致供述であり、甲の署名押印もあることから、328条により証拠能力は認められ、証拠として取調べる旨の決定をすることができる。

第2 小問2

1. 一度弾劾された証人の供述の証明力を回復するために、当該証人の以前の一致供述を「証拠」(328条)として提出できるか。「証明力を争う」の意義と関連して問題となる。

(1) この点について、弾劾された証人の供述の証明力を回復するため証拠として用いることは、実質的には弾劾証拠の証明力を減殺するものであり、「証明力を争う」場合といえる。そこで、一度弾劾された証人の供述の証明力を回復するために、当該証人の以前の一致供述を「証拠」として提出できると解する。

(2) 証拠3は、丁からの指示で、乙、丙と共に覚せい剤の密売を開始し、売上金の5割を丁に送金し、残りのうち、甲が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていたことを内容とする甲の供述であり、甲証言と一致しているといえる。

(3) したがって、証拠3は328条により証拠として取調べる旨の決定をすることができる。

総評

伝聞証拠との関係で328条の問題はよくできていると思います。

捜査の適法性については、具体的事実の適示が不十分ですので、設問の個別事情を踏まえて書いていく練習をしてください。日常の刑事訴訟法の学習において判例を読むときには、どの事実が重要なのかを意識して読むといいでしょう。