

設問 1

1 捜査①

(1) 領置(221条)が任意手段とされている趣旨は、対象物の占有を取得する過程で強制的に排除すべき占有が存在しないからである。そのため、占有者が占有を放棄したなど占有取得の過程で強制的に排除すべき占有が存在しないものは「遺留した物」にあたる。

(2) ゴミ捨て場に捨てたゴミ袋は占有を放棄したといえるから、遺留した物にあたる。

(3) 領置も元占有者のプライバシーの侵害を伴うから、領置の必要性、領置により侵害される元占有者のプライバシー等の利益から見て相当性がある場合に許容されると解する。本件事件現場からは足跡以外に犯人の特定につながる証拠を発見できていない。そして、防犯カメラの映像から P が本件事件の犯人である可能性が高まっていた。そのため、犯人特定のために犯人と疑われる甲の DNA 型を把握する必要があった。

確かに、ゴミ袋の中身を他人に見られることは通常はプライバシーの侵害を伴う。しかし、甲の居住するアパートでは大家がゴミの分別を確認することになっており、同アパートの居住者である甲もそのことを了承していた。大家であるからゴミの中身を見られることを了承していたとも言えるが、大家であるか捜査機関であるかでゴミの中身を見られることによるプライバシー侵害の程度はそれほど変わらない。

これらを踏まえると、領置の必要性が高く、侵害される甲のプライバシー侵害の程度から見て相当性を欠くとも言えない。したがって、領置は許与されるから、捜査①は適法である。

2 捜査②

(1) 甲は、使用済みの使い捨ての炊き出し用の容器を公道上に投棄しているから、甲は同容器の占有を放棄したといえる。したがって、同容器は「遺留した物」にあたる。

(2) 現場から検出された本件事件の犯人と思われる者の血液から DNA 型は判明したもの、警察が把握していたデータベースには登録されていなかった。そのため、甲と犯人の同一性を判断するために甲の DNA 型を特定する必要があった。そして、行動確認の結果、甲のマンションには複数人が出入りしていたため、ゴミから甲の DNA 型を特定するのは困難であった。そのため、甲が炊き出しで使用した容器を領置する必要があった。

P は容器の裏側にマークをつけて甲が使用したものと他の人が使用したものを区別して、他のひとのプライバシーを侵害しないようにしている。また、DNA 型が採取されるとはいえ、甲が投棄したものであるから、甲のプライバシー侵害の程度はそれほど大きくはない。これらを踏まえると、領置の必要性が高く、侵害される甲のプライバシー侵害の程度から見て相当性を欠くとも言えない。したがって、領置は許与されるから、捜査①は適法である。

設問 2

1 実況見分調書①

(1) 実況見分調書①は「書面」320条1項として証拠能力が否定されないか。同条項の趣旨は、公判廷外供述については知覚、記憶、表現、叙述の各過程の正確性を反対尋問等で

吟味確認できず事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、伝聞証拠とは、公判廷外でなされた供述または書面であって、要証事実との関係で内容の真実性が問題になるものを言う。

(2) 実況見分調書全体の証拠能力は、検証か実況見分かは強制処分か任意処分かの違いに過ぎないから 321 条 3 項により証拠能力が認められる。

(3) 写真部分、説明部分

ア 実況見分調書①の検察官の立証趣旨が「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」となっていることと、弁護人が甲の犯人性を争うとしていることから、同調書は甲の犯行の物理的可能性を立証し、甲の犯人性を推認するものである。そうすると、同調書は犯行再現の結果から甲の犯行の物理的可能性を推認させるものであるから、要証事実犯行再現の結果そのものである。

イ この場合、写真部分も説明部分も甲の供述の真実性は問題にならず、伝聞証拠に当たらない。したがって、実況見分調書と一体のものとして、321 条 3 項により証拠能力が認められる。

2 実況見分調書②

(1) 前記のとおり、実況見分調書全体の証拠能力は、検証か実況見分かは強制処分か任意処分かの違いに過ぎないから 321 条 3 項により証拠能力が認められる。

(2) 写真部分、説明部分

ア 立証趣旨が「被害再現状況」であり、弁護人が犯人性を争っていることを踏まえると、同調書の要証事実甲によって再現通りの犯行が行われたことである。この場合、V の供述の信用性が問題になるから、これらは伝聞証拠にあたる。

イ では、321 条 1 項 3 号の伝聞例外を満たすか。V は「死亡」しているから、供述不能である。・・・

ウ 写真は録取過程が知覚、記憶等を経ず機械的になされるため、誤りが生じにくい。そのため、原供述者の署名押印は不要と解する。したがって、写真部分は伝聞例外を満たす。これに対し、説明部分は署名押印を欠くため、証拠能力が認められない。

第1 設問2

1 実況見分調書①、実況見分調書②（以下、それぞれ「調書①」、「調書②」という。）につき、弁護人が不「同意」（刑事訴訟法（以下、法令名省略）326条1項）との意見を述べていることから、伝聞証拠（320条1項）にあたるとして証拠能力が否定されないか。

(1) 供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述という供述過程を経て生み出される場所、各過程には誤りが混入する危険が高く、特に公判廷外供述は反対尋問等により信用性を吟味することができないため、裁判所における事実認定を誤らせるおそれがある。伝聞法則(320条1項)の趣旨は、反対尋問等によって、その信用性を吟味できない公判期日外における供述の証拠能力を否定し、上記のおそれを防止する点にある。

したがって、伝聞証拠とは、i 公判期日外の供述を内容とする証拠で、ii 要証事実との関係でその供述内容の真実性を立証するために提出・使用される証拠をいうと解する。

(2) 調書①は、Qが公判期日外において甲が開錠する状況等を記載した書面であり、動作による供述を内容とし(i 充足)、要証事実との関係でその内容の真実性を立証するために提出される証拠である(ii 充足)ことから、伝聞証拠にあたる。

(3) 調書②は、Sが公判期日外においてVによる再現状況を記載した書面であり、上記同様、動作による供述を内容とし(i 充足)、要証事実との関係でその内容の真実性を立証するために提出される証拠(ii 充足)であることから、伝聞証拠にあたる。

2 調書①、②は、伝聞例外（321条3項）にあたるとして、全体として証拠能力が否定されないか。

(1) 321条3項が検証の結果書面に比較的緩やかな要件で証拠能力を認めた趣旨は、検証とは、五官の作用により、物・場所・人等の存在・形状・作用等を認識する作用であるところ、検証は専門的訓練を受けた捜査官が行う技術的な処分、恣意の入る余地が少なく、複雑な事項については書類で報告した方が正確を期しやすい点にある。そして、検証と実況見分は 強制処分か任意処分かの違いはあるものの、両処分の内容には差異がなく、実況見分調書にも上記趣旨は妥当する。そのため、実況見分調書も同項の適用があると解する。

(2) 実況見分調書である調書①、調書②にも 321条3項が適用される結果、全体として証拠能力が肯定される。

3 調書①の写真部分が伝聞証拠にあたるとして証拠能力が否定されないか。

(1) 写真部分は公判期日外に甲が解錠する状況を撮影したものであり、甲が解錠する状況は挙動による供述にあたることから、i 要件を充足する。

調書①の立証趣旨は、甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったことであり、甲がピッキング用具を用いてV方に設置されていた錠と同種の錠を解錠することができれば、上記立証趣旨は立証できる。そのため、要証事実、甲がピッキング用具を用いてV方に設置されていた錠と同種の錠を解錠することができることであると考えられる。そうだとすると、甲が同種の錠を解錠する状況を撮影した写真の存在から、甲がピッキング用具を用いてV方に設置されていた錠と同種の錠を解錠することができることを証明でき(ii 不充足)、非伝聞となる。

(2) よって、調書①の写真部分は、非伝聞となり、証拠能力は否定されない。

4 調書①の説明部分が、伝聞証拠に該当するとして証拠能力が否定されないか。

- (1) 写真部分と同様、公判期日外における供述を内容とする証拠である（i 充足）。また、要証事実、上記の写真部分と同様であると考えられる。そして、『このように、～解錠できます。』という説明部分、『このように解錠できました。』という説明部分は、いずれも写真と同様に、その存在自体から、要証事実を証明することができ（ii 不充足）、また、後者は現場指示であると考えられることから、調書①と一体のものとして、証拠能力が肯定される。
- (2) よって、調書①の説明部分は、伝聞証拠に当たらず、証拠能力が肯定される。

5 調書②の写真部分が、伝聞証拠にあたるとして、証拠能力が否定されないか。

- (1) 調書②の写真部分は、V の説明に基づき被害状況を再現した状況を撮影したものであり、挙動による供述にあたることから、公判期日外における供述にあたる（i 充足）。そして、調書②の立証趣旨は、被害状況であり、要証事実も同様であると考えられるところ、V による知覚・記憶・叙述の各過程を経たものが再現されたものであり、その挙動による供述内容の真実性を立証するために用いられる（ii 充足）。
- (2) したがって、調書②の写真部分は、伝聞証拠にあたる。

6 そうだとしても、調書②の写真部分が伝聞例外（321 条 1 項 2 号）にあたるとして、証拠能力が認められないか。

- (1) 写真は、機械的に録取されるものであり、知覚・記憶・叙述の各過程に誤りが介在する恐れはないことから、「署名若しくは押印」（321 条 1 項柱書）は不要である。
- (2) 「供述者」（321 条 1 項 2 号）である V は、公判前整理手続が終了する前に交通事故により「死亡」している。
- (3) よって、調書②の写真部分は、伝聞例外に該当し、証拠能力が認められる。

7 調書②の説明部分が、伝聞証拠にあたるとして証拠能力が否定されないか。

- (1) 調書②の説明部分も、調書②の写真部分と同様に、公判期日外における供述を内容とするものである（i 充足）。そして、要証事実も同様であると考えられるところ、同説明部分は現場供述にあたり、その真実性の立証のために用いられるといえる（ii 充足）。
- (2) したがって、調書②の説明部分は伝聞証拠にあたる。

8 調書②の説明部分につき、「署名」、「押印」がないことから、伝聞例外（321 条 1 項 2 号）には当たらない。よって、調書②の説明部分は伝聞例外に当たらず、証拠能力が否定される。

第 2 設問 1 について

1 捜査①は、領置（101 条）にあたるとして適法か。

- (1) 大家は「保管者」にあたるか。

ア 大家等が、居住者から了解を経てゴミを指定の場所に捨てさせる等している場合、その指定の場所に居住者が投棄した時点で、所有者の所有権は失われ、大家等に占有が移り、大家等が保管者にあたると解する。

イ 甲が居住するアパートでは、居住者に対してごみをごみ置き場に捨てるよう指示しており、大家がごみ置き場のごみの分別を確認し、ごみ集積所に搬出することにつき、あらかじめ居住者から了解を得ている。そのため、居住者がごみをごみ置き場に捨てた時点で、大家に占有が移り、大家が「保管者」にあたるといえる。

- (2) P は、大家から「任意」「提出」を受けて領置しており、領置として適法となり得る。
- (3) 任意処分たる領置もごみ袋の内容を確認することが予定されて行われる場合等には、プライバシー権等の制約を伴うことから、捜査比例の原則（197 条 1 項本文）に反する捜査は違法なものというべきである。具体的には、当該捜査の必要性、緊急性などを考慮し、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と解する。

本件事件は、住居侵入・強盗殺人事件未遂という重大な犯罪であり、犯行現場からは甲の足跡以外に、犯人の徳的につながる証拠を発見することができていなかった。他方で、甲は、被害者 V が目撃した犯人と人着や持ち物が酷似しており、甲が本件事件の犯人である狩野氏が高いと考えられていた。そのため、甲が捨てたごみ袋を領置し、その内容を確認する必要があったといえる。任意提出を受けたごみ袋は、同日がごみ回収日であったことから、早急に領置しなければ焼却される可能性もあり、緊急の必要性もあった。また、甲によって、ごみ置き場に捨てられたものを保管者たる大家の許可を得て領置し、内容を確認しているという手段は、上記必要性に鑑みて、相当性を有していたといえる。

したがって、捜査①は、捜査比例の原則に反しない。

- (4) よって、捜査①は、適法である。

2 捜査②について

- (1) 甲はマークのついた容器を公道上に投棄していることから、同容器は「遺留した物」にあたり、P はこれを適法に領置し得る。
- (2) 捜査②の領置は、同容器に付着した唾液の DNA 型を鑑定することを予定して行われたものであり、プライバシー権の制約を伴うものであることから、捜査①と同様に捜査比例の原則に服する。

上述の通り、本件事件は重大な犯罪である。また、犯人が着用していたものとみられる黒のマスクには、犯人のものである可能性が極めて高いと認められる血液が付着しており、同血液の DNA 型は、警察が把握していたデータベースには登録されていなかったことから、同容器から犯人とみられる甲の DNA を採取する必要があった。そして、DNA 型という個人情報のプライバシーは高いが、公道上に投棄されたものから回収しているという点において、上記必要性に鑑みて、相当性が認められる。

したがって、捜査②は、捜査比例の原則に反しない。

- (3) よって、捜査②は、適法である。

以上

刑事訴訟法

第1 設問 1

1 捜査①は領置（刑事訴訟法（以下略）221 条）として適法か。

（1）まず、甲が投棄したごみ袋は「遺留した物」といえるか。

ア そもそも、領置が押収に含まれるにもかかわらず、令状を要しないとされる根拠は、物の占有取得の過程で強制力が用いられないことにある。

そこで、「遺留した物」とは、強制的に排除すべき他者の占有がない物を意味すると解する。

イ 本問では、甲は令和 4 年 10 月 25 日午前 6 時頃にアパートの敷地内にあるごみ置場にごみ袋 1 袋を投棄している。アパートの敷地内に投棄している時点では、未だ甲の占有が放棄されたとはいえないとも思える。

しかし、同アパートでは、午前 8 時頃に大家が公道上のごみ集積所にごみを搬出する取扱いとなっており、居住者もそれを了承していた。そうだとすれば、甲はアパートのごみ置場にごみ袋を投棄すれば、約 2 時間後には公道上のごみ集積所に搬出されることを理解していたといえ、実質的には公道上にごみ袋を投棄することになるという認識があったといえる。そこで、甲は占有を放棄しているといえ、強制的に排除すべき占有がない。

そこで、ごみ袋は「遺留した物」に当たる。

（2）そして、領置は占有取得については任意処分であるが、任意処分の限界を超えないか。

ア 任意処分といえど、何らかの権利利益を侵害する以上、捜査比例の原則（197 条 1 項本文）から、必要性を考慮した上、具体的状況の下で相当とされる限度を超えない限りで適法となると解する。

イ 本問では、甲は本件事件の犯人としての嫌疑をかけられている。本件事件のあった日の午前 2 時頃、コンビニエンスストアに設置された防犯カメラに犯人の格好に酷似した長い棒を持った男性が記録されている。長い棒を持って道を走っている人というのは、通常多く存在することはなく、顕著な特徴といえる。そして、これが犯人の特徴と一致するから、この男は犯人である可能性が高い。

一方、同日午前 2 時 22 分頃、ガソリンスタンドに設置された防犯カメラに長い棒を持っていないが、上記の男と酷似した格好の男性が記録されている。もっとも、黒のニット帽、黒のジャンパー、黒の手袋、緑の作業ズボン、黒のスニーカー姿の身長 165 センチメートルくらいの小太りの男性という特徴はありふれたものであり、さほど顕著なものではない。

したがって、必要性は高いとはいえない。

そして、甲はごみ袋をごみ置場に投棄し、その占有を放棄しているため、プライバシー侵害の程度も小さい。そこで、上記の高い必要性の下、相当な行為といえる。

(3) したがって、捜査①は適法である。

2 次に、捜査②は適法か。

(1) 甲が投棄した容器は「遺留した物」に当たるか。前述の基準で判断する。

甲は、容器を自己の意思で公道上に投棄しており、その占有を放棄しているといえる。そこで、強制的に排除すべき占有がなく、当該容器は「遺留した物」に当たる。

(2) では、任意処分として適法となるか。前述の基準で判断する。

まず、警察は同月 26 日、犯人の逃走経路と考えられる植え込みからゴルフクラブと黒のマスクを発見している。そこで、犯人はコンビニエンスストアの防犯カメラに映った後、植え込みにゴルフクラブと黒いマスクを捨て、その後ガソリンスタンドの防犯カメラに映ったものと合理的に推認できる。そうだとすれば、コンビニエンスストアの防犯カメラに映った犯人とガソリンスタンドの防犯カメラに映った甲を同一視することが可能である。そこで、捜査②の段階では、甲が犯人である嫌疑が格段に高まっている。また、甲と犯人の同一性を直接証明する他の方法がないため、捜査②の必要性は高い。

そして、確かに、P は容器の裏側にマークを付けた容器を甲に手渡すという捜査手法をとっているが、あくまでその容器を公道に投棄したのは甲の自らの意思によるものであり、プライバシー侵害の程度が高いとはいえない。そこで、高度の必要性の下、相当な行為といえる。

(3) したがって、捜査②も適法である。

第 2 設問 2

1 実況見分調書①は、伝聞証拠 (320 条) として証拠能力が否定されないか。

(1) まず、そもそも、同条の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚、記憶、叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味できないため、類型的に事実認定を誤るおそれがある点にある。

そこで、伝聞証拠とは、公判期日外の供述を内容とする証拠で、要証事実との関係でその内容の真実性が問題になるものをいうと解する。

(2) 本問では、同調書は公判期日における供述に代わる書面であり、内容の真実性が問題となるため、伝聞証拠に当たる。

(3) では、例外的に証拠能力が認められないか。実況見分調書に 321 条 3 項が適用できるかが問題となる。

そもそも、同項が緩やかな要件で証拠能力を認めた趣旨は、専門的事項であり恣意の入る余地が少ないことにある。そして、この趣旨は検証調書にも妥当する。また、実況見分と検証は強制処分と任意処分の差があるのみである。そこで、実況見分調書にも同項が適用される。

本問では、同調書にも同項が適用される。

(4) もっとも、同調書のうち、甲の発言部分につき別個に伝聞性が問題とならないか。

同調書の立証趣旨は、「甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」である。そして、甲の弁護士は犯人性を争っているから、本件の争点は甲の犯人性である。ここで、上記立証趣旨通りの事実から甲が犯人たりえることが推認でき、ひいては甲の犯人性を合理的に推認することができる。

そこで、甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったことという要証事実との関係で内容の真実性が問題とならず、甲の発言部分も伝聞証拠に当たらない。

- (5) また、写真部分についても、写真は機械による事実の自動的な録取であり、誤りが介在するおそれがないから、非伝聞である。
- (6) よって、同調書に証拠能力が認められる。

2 実況見分調書②も同様に証拠能力が否定されないか。

- (1) 同調書が全体として伝聞証拠に当たり、例外的に同項により証拠能力が認められることは、実況見分調書①と同様である。
- (2) 次に、同調書のうちVの発言部分の伝聞性について検討する。

同調書の立証趣旨は、「被害再現状況」である。もっとも、甲の犯人性を立証する上で被害再現状況を立証したところで何らその立証の役に立たない。むしろ、Vの発言部分からその発言通りの犯行があった事実を立証すれば、そこから甲の犯人性を合理的に推認できる。

そこで、発言通りの事実があったことという要証事実との関係で内容の真実性が問題となるため、Vの発言部分は伝聞証拠である。

- (3) では、伝聞例外規定（同条1項2号）により証拠能力が認められるか。

まず、Vは公判前整理手続が終了する前に死亡しているから、「公判準備若しくは公判期日において供述することができない」といえる。

次に、同号前段書面についても、検察官は一方当事者であり、信用の情況的保障に欠けるから、絶対的特信状況が必要であると解する。本問では、本件事件が発生したのは同年10月25日であり、同調書が作成されたのは同年11月8日である。その間2週間ほど時間の間隔があるが、Vはその立場上嘘の発言をする動機を欠き、発言に信用性がある。そこで、絶対的特信状況が認められる。

したがって、同号の要件に該当する。もっとも、同調書には「供述者の署名若しくは押印」（同項柱書）がない。よって、証拠能力が認められない。

- (4) 以上より、同調書に証拠能力が認められない。

以上

2023 司法試験 刑事訴訟法 再現答案

設問 1

第 1 捜査①について

1、捜査①は適法か。

(1) 領置(刑事訴訟法(以下略) 221条)が、令状を必要としない理由は、対象物の占有の取得過程に強制的要素を含まないからである。

本件では、Pは、Vの通報を受けた後、V方に臨場して捜査を開始(189条2項)し、その後、大家からゴミ袋(以下「本件ゴミ」)を任意提出を受けて領置しているが、そのゴミ袋が「所持者若しくは保管者が任意に提出した物」にあたり、上記行為が同条の領置にあたるか問題となる。

(2) ア、 本件では、甲は、本件ゴミをアパートの敷地内にあるゴミ置場に投棄している。そして、どうアパートでは、大家が、同ゴミ置場のゴミを管理処分することを居住者から事前に了解を得ていた。このことから、アパートの敷地内のゴミ置場に投棄された本件ゴミの占有、管理処分権は大家に移転しているといえる。

イ、 したがって、捜査①は、本件ゴミの「所持者若しくは保管者」である大家が「任意に提出した物」を対象になされたものといえ、221条の領置に該当する。

(3) ア、 しかし、領置に該当し、任意処分(197条1項本文)にあたるとしても、なんらかの法益を侵害するおそれがある。そこで、任意処分の適法性は、捜査比例の原則(197条1項)のもと、当該処分の必要性、緊急性と被侵害法益の内容及びその程度を比較衡量し、相当と認められる否かによって決すべきである。

イ、 本件では、被害者のVから、強盗の被害についての通報があり、各防犯カメラの映像には、その通報によって伝えられた犯人の特徴と酷似した男である甲が映っており、その甲が、本件アパートの建物に入っていく様子が記録されていた。

本事件について、捜査①の時点で、足跡とVの通報の他は、犯人の特定につながる証拠が発見されていなかったところ、被疑者が投棄するゴミの中には、しばしば、犯行の証拠がふくまれていることがあり、また、本事件が強盗という重大事件であることをふまれば、上述のように被疑者としての疑いが強い甲が投棄した本件ゴミを領置する必要性は高かったと言える。

ウ、 他方、ゴミを領置されることは甲のプライバシーへの制約がある。しかし、本件ゴミは任意に投棄されたものであり、あらかじめ大家に分別のため中身を確認されるのを了解していた本件では、上記のプライバシーは要保護性が低く、上記制約は、上述の必要性の限度にとどまっており、本件領置は相当性がある。

(4) 以上より、捜査①は任意処分として適法である。

第 2 捜査②

1、捜査②は適法か。

(1) ア、 上述したような、領置の性質から言って、「遺留した物」とは、被疑者等が

無意識に占有を喪失した物のみならず、意図的に占有を放棄した物も含まれると解する。
 イ、 本件では、甲は、容器（以下「本件容器」）を意識的に投棄しており、意図的に占有を放棄したといえるので、本件容器は「遺留した物」に該当するため、捜査②は、221条の領置にあたる。

（2）ア、 では、任意処分として適法か。本件で、犯人の逃走経路から見つかったマスクの内側に、犯人のものである可能性が極めて高い血液が付着しており、これを DNA 鑑定に付したところ、DNA 型は判明したが、警察のデータベースにはなかったことから、上述のように犯人である疑いの強い甲の DNA 型を特定するための証拠を収集することが必要であった。

ところが、甲方には複数の人物が出入りしていたことから、同人が出したゴミ袋を領置する方法では、甲の DNA 特定のための証拠を入手することは困難であった。そうすると、甲が参加している炊き出しにおいて、ボランティアとして参加し、容器の裏にマークをつけて、甲に渡し、同人が投棄したその本件容器を領置する必要性は高かったといえる。

イ、他方で捜査②によって、甲の DNA についてのプライバシーが制約されている。もっとも、甲は、だれがそれを拾って調べるかもわからない公道上に本件容器を意図的に投棄していることから、上記プライバシーの要保護性は低い。

したがって、上記制約は、上述の必要性の限度内にとどまっているといえ、相当な処分といえる。

（3） 以上より、捜査②は、任意処分として適法である。

設問2

第1 実況見分調書①（以下「調書①という」）

1（1） 弁護人は、調書①、②についていずれも不同意（326条）の意見を述べているので、これらが、「公判期日における供述に代え」た書面（320条1項）、すなわち伝聞証拠にあたらないか問題となる。

（2） 伝聞証拠とは、①公判期日外の供述を内容とする証拠であって、②当該供述内容通りの事実を立証するために用いられるものをいう。

2、 調書①全体について

（1）ア、 調書①は、Qが行った実況見分の結果を報告するものであり、公判期日外のQの供述がふくまれているため①充たす。そして、これは、その供述内容通りの事実を立証するために用いられているため（②）、伝聞証拠に該当する。

（2）ア、 では、321条3項の伝聞例外にあたらないか。同項は、文言上は「検証」と規定されているため、同項が実況見分調書にも適用できるか問題となる。

イ、 これについて、同項が比較的緩やかな要件で証拠能力を認める趣旨は、検証はその対象が客観的で、作成者の主観により内容が歪むおそれが小さいためである。検証と実況見分は強制処分、任意処分の違いしかなく、上記は後者にも妥当する。したがって、実況

見分調書である調書にも321条3項は適用される。

(3) 以上より、Qが公判期日において、真正に作成したことを供述した場合には、調書①全体には同項により、証拠能力が認められる。

3、 写真及びその説明部分について

(1) ア、 調書①には、「このように、ピッキング用具を鍵穴に入れてこうして動かしていくと開錠できます。」という説明の記載とそれに付された複数枚の写真及び、「このように開錠できました」という説明の記載とそれに付された写真（以下「写真②」）がある。

イ、 本件で、甲は、Qによる取り調べの際、特殊な錠をピッキング用具で解錠した旨供述していたことを考慮すると、上記の説明部分及び写真①、②の要証事実は、立証趣旨の通り、「甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」であり、すなわち、Qにピッキング能力があったことを立証しようとしていると思われる。

ウ、 したがって、上記の説明部分及び写真①及び②については、その供述内容の真実性は問題とならず、指示説明にあたる。

(2) 以上より、上記の説明部分及び写真①、②は、上述のように、321条3項の要件を充たす場合には証拠能力が認められる。

第2 実況見分調書②（以下「調書②」）

1、 調書②全体について

これについて、上記のように、伝聞証拠に該当し、321条3項の要件を充たした場合には、証拠能力が認められる。

2、 説明部分及び写真について

(1) ア、 調書②には、「このようにして、犯人は、右手に持っていたゴルフクラブで私の被側頭部を殴りました」という被害者Vの説明の記載と、それを動作によって再現した供述写真が添付されており、公判期日外のVの供述がふくまれているから①を充たす。

イ、 本件で、甲は、強盗殺人未遂罪等で起訴されているが、甲は、警察官面前調書において、事後強盗の事実は自白している（319条1項）ものの、殺意については何ものべておらず、公判でも「犯人性を争う」と主張している。

そして、上記説明及び写真は、甲に殺意があったことと推認できるような態様のものがあり、これにより、その他の証拠とあわせて、最終的には、甲が、殺意をもって事後強盗としての暴行に及んだことを立証しようとしていると考えられる。したがって、立証趣旨の被害再現状況を立証しても無意味であることも考慮すると、要証事実は「犯行状況」であると解する。

ウ、 したがって、上記説明部分及び写真は、Vの供述内容通りの事実があったことを立証するために用いられている（②）ため、伝聞証拠に該当する。

(2) ア、 では321条1項2号の伝聞例外にあたらないか。まず、説明部分については、署名押印がないため、証拠能力が認められない。

イ、 他方、写真については、署名押印が不要である。

ウ、 次に、「供述不能」要件を充たすか。この要件は、例外的に証拠能力を認める必要性を基礎付けるものであるから、その判断は慎重に行うべきである。

本件で、V は、交通事故により死亡しているから「供述不能」といえる。

(3) 以上より、説明部分については、証拠能力は認められないが、写真については、同号の要件を充たし、証拠能力が認められる。

以上

設問 1

第 1 捜査①の適法性について

1 P は、領置（刑事訴訟法（以下法名略）221 条）として捜査①を行っていると考えられるところ、領置として適法か。P が持ち帰ったゴミ袋 1 袋が「遺留した物」にあたるか問題となる。

(1) 差押えと違い（218 条 1 項参照）、領置が令状主義等による統制を受けずに許容される理由は、占有取得の過程に強制がないからとされる。そこで、「遺留した物」には、自己の意思によらず占有を喪失した場合に限られず、自己の意思によって占有を放棄し、離脱させた結果、誰の占有にも属さなくなった物も含まれると解する。

(2) 当該ゴミ袋はアパートの敷地内にあるごみ置き場に捨てられていたものであるところ、ごみ置き場及びその中にあるごみの管理権者である大家から、P は任意提出を受けてゴミ袋を了知している。したがって、大家の占有管理権は問題とならない。

もっとも、当該ゴミ袋は、アパートの住人である甲がごみ置き場に捨てたものであるところ、甲が、自己の意思によって占有を放棄したと認められるか。当該アパートでは、居住者はごみ置き場にごみを捨てることとなっており、その後、大家がごみの分別を確認して、行動上のごみ集積所に搬出することとなっており、そのことを、甲を含めた居住者は承諾している。したがって、居住者がゴミ袋をマンションのごみ置き場に捨てるという行為は、当該ゴミ袋がその後公道上に移動されることを踏まえた行為であるから、その行為にもはやゴミ袋の占有を維持するという意思があるとは認められない。したがって、甲は、マンションのごみ置き場にごみ袋を捨てた時点で、当該ゴミ袋に対する占有を放棄したといえる。

したがって、当該ゴミ袋は、自己の意思によって占有を放棄し、離脱させた結果、誰の占有にも属さなくなった物であり、「遺留した物」といえる。

(3) よって、P の行為は、領置にあたる。

なお、居住者は大家に中身を確認されたり路上の誰でも見られうるところにごみが置かれたりすることを了解してごみを捨てていることから、ごみの中身についての甲のプライバシー侵害があるとして、P の行為が強制処分（197 条 1 項但書）にあたるということもできない。

2 領置にあたるとしても、なんらかの法益を制約するおそれがある以上、捜査比例の原則（197 条 1 項本文）から、捜査の必要性を踏まえつつ、具体的状況の下で相当と認められる限度でのみ許容されると解する。

(1) 本件では、V に対する強盗殺人未遂事件という重大事件が発生しており、まだ犯人は見つかっていないため、犯人検挙の必要性がある。もっとも、犯人につながる証拠は、足跡と V 方付近の防犯カメラ映像、及び、V の証言しかいまだなく、犯人特定には至っていない。そして、ガソリンスタンドの防犯カメラ映像から、V の証言とコンビニエンスストアのカメラ映像を踏まえて犯人に類似した男が甲宅に入っていく様子が撮影され

ているため、甲が犯人である疑いが認められるものの、類似している特徴は男性として一般的なものであり、甲が犯人であると特定にはいたらない。Vは搬送されていることから、カメラ映像等をVに確認させて犯人が甲か特定することも難しい。そこで、甲宅において甲が捨てたごみ袋を了知し、中身を調べることによって、甲が犯人と認められる証拠物がないか確認する必要があると認められる。

そして、Pは、甲が捨てたごみ袋1つのみを持ち帰っており、他のごみ袋はそのままにしているから、上記捜査に必要な限度での領置をしたといえる。また、ごみ袋の管理権者である大家に事情を聴き、甲が占有放棄をしていることの確認、及び、大家の任意提出を踏まえて領置をしている。以上のことを踏まえると、Pの行為は、必要性を踏まえた相当な行為であったと認められる。

(2) よって、Pの行為は、197条1項本文に照らし、領置として適法な行為である。

第2 捜査②について

1 Pの行為は領置として行われているところ、回収した容器は甲が「遺留した物」にあたるか。

(1) 当該容器は、甲が公道上に放棄したものであるから、占有を自らの意思によって放棄し、誰の占有にも属さなくなったといえるとも思える。もっとも、当該容器は、Pが後から回収してDNA検査をするために、秘密裏に容器の裏にマークをして甲に差し出したものであるところ、そのようなマークがつけられた容器であることを甲が知っていれば、甲は、回収を避けるために行動上に容器を登記しなかったと推認できる。このことを踏まえると、かかる投棄は甲の錯誤による投棄であり、意思に瑕疵がある以上自らの意思によって占有を放棄したとは認められない。したがって、当該容器は「遺留した物」にあたらない、

(2) よって、Pの行為は領置として認められない。

2 では、Pの行為は、強制的処分(197条1項但書)にあたるか。強制的処分にあたれば、法律に定めがありかつその要件を満たしていないと違法となるため、問題となる。

(1) 197条1項但書が、「強制的処分」は法律に特別の定めがないとすることができないとする趣旨は、捜査の機動性・実効性を踏まえつつ、重要な権利・利益の侵害を伴う処分について、あらかじめ立法による定めを要することで、人権保障を図ろうとしたところにある。そこで、「強制的処分」とは、①個人の意思を制圧し、②重要な権利利益に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する処分をいうと考えられる。

(2) 本件でPが持ち帰った容器は、甲が公道上に投棄した使用済みの容器であり、かかる容器には財産的価値がなんらないから、それをPが持ち帰っても、重要な権利利益に制約はないとも思える。もっとも、Pは、当該容器に付着した唾液を採取してDNA鑑定にかけするために、容器を持ち帰っている。そのような目的をもって容器を持ち帰ることは、甲のDNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益を制約するものである。DNAは高度なプライバシー性を有する個人識別情報であり、高度なプライバシーの期

待が認められるから、かかる P の行為は、甲の重大な権利を制約するものと認められる（②充足）。

また、甲は、そのような目的で容器が回収されることを知っていれば、自己の DNA 型が捜査に利用されることを避けるために、拒絶の意思を示したと推認されるところ、その意思を確認することなく秘密裏に P は容器を持ち帰っているから、甲の意思を制圧する態様の行為であるとも認められる（①充足）。

(3) よって、P の行為は、強制の処分に当たる。

3 P の行為は、容器についての甲の占有を強制的に奪う処分であるから、差押え（218 条 1 項）にあたるところ、差押えを行うには令状が必要となる（同条同項）。もっとも、P は、令状なくしてかかる行為を行い、また、令状が不要な差押えの場合（220 条）にも当たらないことから、P の行為は、218 条 1 項に反し、違法である。

設問 2

第 1 実況見分調書①について

1 調書①が、伝聞証拠（320 条 1 項）にあたるため、証拠能力が認められないのはいか。

(1) 伝聞法則を定める 320 条 1 項の趣旨は、人の体験についての供述証拠には誤りが混入するおそれがあるから、その人の体験の立証は、反対尋問等により正確性の吟味ができるよう、原則として本人の公判期日における供述でなされるべきとするものである。そこで、伝聞証拠とは、かかる正確性の吟味が必要な証拠、すなわち、①公判期日外の供述を内容とする書面又は供述で、②供述の内容となる事実の立証に用いるものをいうと考える。そして、②は、要証事実との関係で判断される。

(2) 調書①は、公判期日外の実況見分の様子を内容とする書面であるから、①を満たす。そして、内容通りの実況見分が存在しなければ立証に用いる意味がないため、内容通りの事実を証明する場合として伝聞証拠にあたる（②充足）。

(3) よって、調書①は、伝聞証拠に当たる。

2 では、伝聞例外として、321 条 3 項より証拠能力が認められないか。

(1) 321 条 3 項が検証の結果書面に比較的緩やかな要件で証拠能力を認めた趣旨は、（検証とは、五官の作用により場所等の存在等を認識する作用であるところ、）検証調書は観察が意識的であり、客観的・技術的になされる検証の結果を記載したものであるから、作成者の知覚・記憶・叙述の過程に虚偽が混入するおそれが小さい点にある。また、検証内容は複雑で微細な内容にわたることが多く、検証実施者の口頭報告によるより、検証直後に作成された書面によるほうが正確であるから、書面を証拠採用する必要性が高い点にある。そして、実況見分と検証は任意か強制かの違いに過ぎないから、かかる 321 条 3 項の趣旨は、実況見分にも妥当する。したがって、321 条 3 項の書面には実況見分調書が含まれる。

(2) よって、実況見分調書①は、321 条 3 項より、作成者である Q が、公判期日で、作

成名義の真正と記載内容の正確性を供述することで、証拠能力が認められる。

3 調書①には、甲の発言部分と甲の様子を写した写真が存在するところ、これらが独立して甲による体験の供述として伝聞証拠とならないか。

(1) 甲の発言部分と写真は、甲による公判期日外の供述を内容とするものであるから、①を満たす。

もっとも、発言部分と写真は、その存在自体が立証上意味のあるものである。問題となる強盗殺人未遂事件の犯人は、V 方玄関ドアの特殊な錠をピッキング用具で解錠して犯行を行ったのであり、また、甲方からピッキング用具が発見されているところ、甲が、かかるピッキング用具と同種の器具で、V 方の特殊な錠と同様の錠を解錠できれば、そのような特殊な解錠ができるのは犯人だけであるから、解錠ができたという事実自体で、甲が本件事の犯人であるとの推認が可能である。したがって、甲の犯人性立証のためには、甲がかかる錠を当該ピッキング用具で解錠できること自体を立証することに意味があるといえる。このことを踏まえると、発言部分は、甲の解錠の際に甲が示した指示的発言であり、実況見分の経過・結果にすぎない。また、写真は、甲の解錠の様子をとらえたものであるから、実況見分の結果を示したものにすぎない。以上より、発言部分と写真が、独立して、供述の内容となる事実の立証に用いるものであるとは認められない(②不充足)。

(2) 以上より、発言部分と写真は独立して伝聞証拠とならず、321 条 3 項により、伝聞例外として証拠能力が認められる。

第2 実況見分調書②について

1 調書②は、伝聞証拠にあたり証拠能力が認められないのではないか。

(1) 調書②は、公判期日外の実況見分の様子を内容とする書面であるから、①を満たす。

そして、内容通りの実況見分が存在しなければ立証に用いる意味がないため、内容通りの事実を証明する場合として伝聞証拠にあたる(②充足)。

(2) よって、調書②は、伝聞証拠に当たる。そして、実況見分調書であるから、321 条 3 項より、作成者である R が、公判期日で、作成名義の真正と記載内容の正確性を供述することで、証拠能力が認められる。

2 調書②には、V の発言部分と写真が存在するところ、これらが独立して V による体験の供述として伝聞証拠とならないか。

(1) V の発言部分と写真は、V 及び V と V に指示された S による V の公判期日外の供述を内容とするものであるから、①を満たす。

そして、本件において被害を V が再現した状況を立証しても立証上意味はなく、子の実況見分調書は、過去に V が被害を受けた際の状況を具体的に立証するためのものであるといえる。したがって、要証事実、V が被害を受けた時の状況であると解される。このことを踏まえると、V の発言と写真は、V が被害を受けた時の状況という供述の内容となる事実の立証に用いるものであるから、②を満たす。

(2) よって、V の発言部分と写真は、伝聞証拠にあたる。

3 発言部分と写真は、被疑者以外の者である V の供述録取書としての性格を有するところ、321 条 1 項 3 号より、伝聞例外として証拠能力が認められないか。

(1) 写真については、録取の過程に機械的正確性を有し誤りが混入しないから、321 条 1 項柱書の V の署名・押印は不要である。そして、V は死亡しているから、同条 1 項 3 号の供述不能事由も満たす。もっとも、V の被害状況は、V の検面調書が作成されており、そこで詳細内容が V から供述されているところ、かかる検面調書は 321 条 1 項 2 号より伝聞例外として証拠採用されと考えられる。そのため、V の被害状況立証のために、実況見分調書②の V の写真は証拠としての不可欠性が認められず、321 条 1 項 3 号に該当しない。

発言部分については、V の署名・押印がないため、伝聞例外として 321 条 1 項 3 号の要件を満たさない。

(2) よって、発言部分と写真については、独立の伝聞証拠として証拠能力が認められないから、かかる部分を除いて、321 条 3 項より証拠能力が認められる。

以上

設問 1

捜査①

- ・複数のゴミ袋の中から特徴を確認していたゴミ袋を選ぶ行為は、領置のために必要な行為として適法。
- ・そして、それを領置した行為も、保管者が任意に提出したものであるから、適法。

捜査②

- ・公道上に投棄されていた複数の容器の中からマークのついた容器を回収した行為は、領置のために必要な行為として適法。
- ・そして、それを領置した行為も、遺留したものであるから、適法。

設問 2

実況見分調書①

- ・全体は 321 条 3 項を準用し、その要件を充たせば証拠能力ある。
- ・その中の甲の供述は、324 条 1 項、322 条 1 項の伝聞例外の要件を満たす限りで適法。
- ・写真は署名押印不要だが、文章は署名押印ないと証拠能力が否定される。

実況見分調書②

- ・全体は検面調書だから、321 条 1 項 2 号の要件を充たせば証拠能力ある。供述不能で特信性あるから、みたす。
- ・その中の V の供述は、321 条 1 項 3 号の要件を充たせば、証拠能力ある。供述不能、不可欠性、特信性があるため、証拠能力が認められる。
- ・写真は署名押印不要だが、文章は署名押印ないと証拠能力が否定される。

第1 設問1

1 強制処分（刑事訴訟法197条1項但書。以下、法令名を省略する。）該当性

(1) 同法が強制処分をするには法律の特別な定めがなければならぬとし、厳格な要件と手続を要求しているのは、強制処分がその対象となる者の重要な権利利益を実質的に制約するためである。また、強制処分の対象となる者の明示又は黙示の同意がある場合には、権利制約の制約を観念することができない。そのため、強制処分とは、その対象となる者の憲法で保障された権利を実質的に制約し、かつ、その明示又は黙示の意思に反するものをいう。

(2) 捜査①について

では、捜査①は、強制処分に該当するか。

捜査①は、甲が居住するアパートの敷地内にあるごみ置場に投棄されていた甲のごみ（以下、「本件ごみ」という。）を大家から任意提出を受けて領置したものである。

ところで、同アパートでは、大家から居住者に対して、ごみをどうごみ置場に捨てるように指示されており、大家がごみ置場のごみの分別を確認し、公道上にある地域のごみ集積所に、午前8時頃に搬出することにつき、あらかじめ居住者から了解を得ていた。

捜査①が行われたのは令和4年10月25日午前6時頃であり、その了解のあった午前8時より前であるが、甲が本件ごみを同ごみ置場に投棄した時点で大家にその管理権が移転していたと考えられる。これにより、本件ごみの中に存在する物についての甲のプライ

バシー（憲法13条）も放棄されていたと考えられる。そのため、捜査①により、甲のプライバシー侵害は問題にならない

また、捜査①は、大家から本件ごみの任意提出を受けているから、大家の明示又は黙示の意思に反するものではない。したがって、捜査①は、強制処分に該当しない。

(2) 捜査②について

ア 捜査②は、甲が公道上に投棄した豚汁の容器（以下、「本件容器」という。）を回収し、領置したものである。このように、捜査②は、本件容器を領置するものであるが、それに付着した唾液を取得し、DNA型鑑定を経ることで、甲のDNA型を取得するものである。DNA型鑑定が取得されれば、他の場所で取得したDNA型と照合することでそのDNA型を持つ者の行動歴が明らかになるなど、そのプライバシー権が制約される。そのため、捜査②は、甲の憲法で保障されたプライバシー権を実質的に制約する。

また、甲は捜査②が行われたことを認識していないが、甲がそれを認識して入ればDNA型というプライバシー性の強い情報が捜査機関に取得されることを拒むと考えられるから、捜査②は甲の黙示の意思に反する。

したがって、捜査②は、強制処分に該当する。

イ 捜査②は、甲の唾液という物が付着した本件容器の占有を強制的に取得するものである点で、差押えに該当し、これは法定されている。しかしながら、捜査②では、それを行うための令状なしに行われている。そのため、捜査②は、218条1項に反し、違法であ

る。

2 任意処分（197条1項本文）該当性

(1) 捜査①が強制処分に該当しないとしても、捜査が何らかの権利を制約することがあり得る以上、比例原則に適合しなければならない。

(2) 捜査①は、住居侵入・強盗殺人未遂事件（本件事件）という重大事件の捜査のため行われたものである。そして、本件事件の犯人はVによるとゴルフクラブを持って逃走したと思われるとされており、V方付近にあるコンビニエンスストアに設置された防犯カメラの映像に、同日午前2時7分頃、Vが110番通報した際に告げた犯人の着衣や背格好などに酷似した男性が長い棒状の物を手に持ち北西方向に走っている様子が記録されていた。また、同コンビニエンスストアから北西に約1キロメートル離れた場所にあるガソリンスタンドに設置された防犯カメラの映像に、同日午前2時22分頃、マスクはつけておらず、長い棒状の物を持っていなかったものの、同コンビニエンスストアの防犯カメラの映像に記録されていた男性と酷似した男性が、同ガソリンスタンドの向かいにあるアパートの建物の中に入っている様子が記録されていた。これらの防犯カメラ映像には、一貫して北西方向に逃走する犯人の映像が記録されていること、徒歩で移動するのに合理的な時間と場所に記録が残っていたこと、及びVの供述する犯人に酷似した男性が映っていることから、これらの映像にマスクを着けていない、棒状の物を持っていないという違いがあるとしても、それは逃走中に投棄したとも考えら

れることから、同アパートに居住する甲が本件事件の犯人である可能性が相当高い。さらに、V方には、足跡以外に、犯人の特定につながる証拠が残されていなかったことから、甲と本件事件の犯人の同一性を確認する必要性が高かった。

他方で、捜査①は、甲や大家の権利を侵害するものではないから、上記捜査の必要性に対して、相当な限度で行われたものといえる。

したがって、捜査①は、任意捜査として適法である。

第2 設問2

1 実況見分調書①及び②の証拠能力は認められるか。

2 (1) 320条1項は、伝聞証拠の証拠能力を否定する。供述証拠は、人の知覚・記憶・表現・叙述の過程を経るものであり、その各過程の誤りが混入しやすいため、その供述者に対する偽証罪の制裁（刑法169条）、反対尋問、供述態度の観察により、その供述の信用性を吟味する必要がある。伝聞証拠とは、そのような吟味が必要な証拠、すなわちその内容通りの事実を証明するための証拠であって、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とするものをいう。

(2) 実況見分調書①及び②についてみると、それぞれQ及びRが五感の作用により認識した内容を書面に記載し、それを証明するためのものであるから、伝聞証拠に当たる。

3 (1) そこで、伝聞例外に該当しないか。伝聞例外に該当すれば、証拠能力が認められることになる。

(2) 実況見分調書①及び②は、それぞれ捜査機関の五官の作用により、対象を認識する処分である実況見分の内容を記載したものである。実況見分調書①及び②全体は、実況見分の結果を記載したものであるが、321条3項により証拠能力が認められる。なぜなら、同項には、「検証」とあるが、検証も実況見分も、それを行った者にその結果を供述させるよりも、それを記載した書面を取り調べた方が正確であり、その証拠能力を認める必要性が認められること、また、それらが技術的・客観的に行われるものである点で、それを行う者の恣意が混入する可能性が小さい点で、許容性が認められる。そのため、強制処分か任意処分であるかの違いがあるものの、実況見分調書は、同項を直接適用することができるからである。

4 (1) そうであるとしても、実況見分調書①及び②にある写真や甲及びVの供述が伝聞証拠である場合には、別途伝聞例外の要件を充足しなければ、その証拠能力が認められない。

(2) 実況見分調書①についてみると、検察官Tは、その立証趣旨を「甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」としている。これは、V方の玄関ドアの錠は特殊なものであったため、それを甲が開けることができれば、甲が本件事件の犯人であると推認することができることから、要証事実とされたものと考えられる。そのため、甲がその錠を開けられることそれ自体を証明しようとするものであるから、写真は伝聞証拠に該当しない。また、その写真の下にある甲の供述は、写真撮影の動機を述べたものに過ぎない。そのため、実況見分調書①と一体となり、同項の要件

を充足することにより証拠能力が認められる。

(3) 実況見分調書②についてみると、Tは、立証趣旨を「被害再現状況」としているが、犯人がVをゴルフクラブで殴れるかという物理的可能性が問題になっているのではなく、その事実が本当にあったかどうかを証明することで甲の犯人性を証明しようとするものであると考えられる。そのため、そのような供述内容を含む写真およびVの供述は、その内容通りの事実を証明しようとする書面である点で、伝聞証拠に該当する。

そこで、それぞれ321条1項2号の伝聞例外の要件を充足しなければ証拠能力が認められない。しかしながら、それぞれVの署名・押印がないことから、同項柱書の要件を充足しない。したがって、これらの証拠能力は認められない。

以上

第一 設問1

1. 捜査①の適法性

(1) 捜査①は、「強制の処分」(刑事訴訟法(以下法令名省略)197条1項但書)にあたるか。「強制の処分」にあたると、「領置」(221条)を超えて、令状を欠く差押え(218条1項)として令状主義(憲法35条1項、218条1項)に反することから、問題となる。

ア 197条1項の趣旨は、捜査の実効性と国民の権利保護の調和の観点から、一定の処分については立法機関によって捜査機関の権限を制限する点にある。そして、「特別の定」(197条1項但書)として法定されている強制処分の類型に鑑み、「強制の処分」とは、㊦相手方の明示又は黙示の意思に反し、㊧重要な権利利益を実質的に制限するものをいう。

イ 捜査①は、甲が投棄したと考えられるごみ袋1つを領置したものである。これについて、甲の明示の同意はない。また、ごみ袋には自己の生活状況が特定され得るものが入っている可能性があり、それゆえごみ袋を回収されることについて一般的に同意することはないと考えられる。そのため、捜査①は甲の明示又は黙示の意思に反するといえる(㊦充足)。

もっとも、捜査①は、アパート内の敷地内のごみ置場から、大家から任意提出を受けて行われたものである。そして、甲は、ごみ置場に投棄したごみ袋に関しては、大家が公道上のごみ集積場に搬出することに同意している。そうすると、ごみ袋についての甲のプライバシーは放棄されているといえる。これに対し、あくまで甲は大家がごみ集積場に搬出することについて同意したにすぎず、その内容物が捜査機関に提出されることにまでは同意していないとも考えられる。しかし、少なくとも大家が公道上のごみ集積場に搬出した場合にはごみ袋及びその内容物に対する甲のプライバシーは放棄されていると評価できるのであるから、大家がごみ置場にあるごみ袋を任意提出したとしても、これによって甲のプライバシー侵害の程度が異なるわけではない。そうすると、捜査①は、甲の重要な権利利益を実質的に制約するものとはいえない(㊧不充足)。

ウ したがって、捜査①は「強制の処分」にはあたらない。

(2) 捜査①が任意処分であるとしても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがある。そこで、捜査比例原則(198条1項本文)のもと、必要性、緊急性等を考慮して、具体的事情のもとで相当性を有するもののみが許容される。

本件事件について、犯行直後にV方付近にあるコンビニエンスストア及びガソリンスタンドに設置された防犯カメラに犯人の特徴と一致する男が映っており、その男がアパートに入っていったことから、この甲が本件事件の犯人である可能性が高いといえる。そして、上記のごみ袋は甲が帰宅して約4時間後に投棄されたものである。甲が犯人である場合、犯行後初めて投棄したごみ袋には罪証隠滅のため本件事件に関する物

が入っている可能性が高い。他方で、本件事件は強盗致傷事件という重大なものであるが、V宅に残された足跡以外の証拠は見つかっていない。そうすると、捜査①により本件事件に関する証拠を収集して甲の犯人性を吟味する必要がある。また、当該ゴミ袋はその日には公道上のごみ集積場に搬出され、回収されてしまうため、一刻も早く領置をしなければ罪証隠滅が図られるおそれがある。そのため、捜査①を行う緊急性もある。

これに対し、捜査①は大家の任意提出を受けるという平穏な態様でされている。また、収集されたゴミ袋も甲が投棄したと考えられる1袋のみであり、他の居住者に対する権利侵害は存在しない。

以上に鑑みると、捜査①には相当性があるといえ、197条1項本文に反しない。

(3)よって、捜査①は適法である。

2. 捜査②の適法性

(1)捜査②についても、捜査①と同様に「強制の処分」にあたらないかが問題となる。

ア 「強制の処分」か否かの判断は、上記の㉞④の基準で行う。

イ 捜査②は、公道上に投棄された容器の中からマークの付いたものを領置するというものである。これを行うにあたり、甲の明示の同意はない。また、当該容器には甲の唾液が付着しており、DNA等のプライバシー情報に関する情報が含まれていることに鑑みると、黙示的な同意もないと考えられる(㉞充足)。

もっとも、当該容器は甲が公道上に投棄したものであり、不特定多数者に晒されているものである。そのため、当該容器に関するプライバシーについて、甲は誰かに持ち去られる可能性があることを甘受しなければならず、その意味で当該容器に関するプライバシーは放棄されているといえる。そうすると、捜査①は甲の重要な権利利益を実質的に制限するものとはいえない(㉞不充足)。

ウ したがって、捜査②は「強制の処分」にはあたらない。

(2)では、捜査比例原則に反しないか。

上記の通り、本件事件は重大犯罪であり、甲が犯人である可能性が高い。捜査①により取得されたスニーカーとV宅の足跡が一致し、更に犯人の逃走経路で発見されたゴルフクラブに付着していた血液がVのものとは一致している。もっとも、これらの証拠は甲を逮捕するには足りず、更に黒のマスクに付着していた血液が甲のものとは一致するかを確認する必要がある、それゆえ捜査②を行う必要があった。更に、当該容器は公道上にあった以上、一刻も早く回収しなければ、不特定多数者によって持ち去られる可能性があり、捜査②を行う緊急性もあった。

これに対し、捜査②は、単に甲が投棄したと思われる容器のみを公道上で回収するというものである。この前提として、Pが炊き出しに参加し、甲の容器にのみマークを付けるという方法が用いられているが、これはどれが甲の容器かを明確にし、他の者の権利利益を制約しないようにするため配慮されたものである。

以上に鑑みると、捜査②はなお不相当なものとはいえず、197条1項本文に反しない。

(3) によって、捜査②は適法である。

第二 設問2

1. 実況見分調書①（以下「調書①」という。）は、その記載から「甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」（以下、「立証趣旨①」という。）を証明し、もって甲の犯人性を明らかにするために用いられている。これは、伝聞法則（320条1項）により、その証拠能力を否定されないか。

(1) 供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程に誤謬が混入するおそれがあり、特に公判廷外供述については反対尋問等によりその信用性を吟味できない。

320条1項の趣旨は、このような証拠を排除することによって事実認定の誤りを防止する点にある。そこで、その対象となる伝聞証拠とは、㊦公判廷外供述を内容とし、㊧要証事実との関係でその供述の真実性の立証に用いられるものをいう。

ア 調書①は、作成者たるQの公判廷外供述を内容とするものである(㊦充足)。また、調書①は、その記載内容通りの実況見分結果が存在することをもって立証趣旨①を推認し、もって甲の犯人性ものであるから、要証事実記載内容通りの実況見分結果が存在することであり、調書①は記載内容の真実性を立証するために用いられる(㊧充足)。

イ 更に、調書①は、Qの実況見分調書という性質のほか、甲の供述録取書という側面も有する。この側面については、甲の公判廷外供述を内容とするものである(㊦充足)。また、「このように開錠できました。」との甲の供述をもって甲の犯人性を立証することが考えられ、このような場合には、甲が開錠できたことが要証事実であり、上記供述内容の真実性を立証に用いるものとして、伝聞証拠にあたる。もっとも、「このように…(中略)…開錠できます。」との甲の供述をもって立証趣旨①を立証し、甲の犯人性を明らかにすることも考えられる。この場合、上記供述の存在自体から甲が開錠方法を知っていたことを推認できるから、要証事実上記供述の存在自体となる。そのため、要証事実との関係で内容の真実性を立証するために用いられるわけではない(㊧不充足)。

ウ したがって、調書①は、実況見分調書という性質の限りで伝聞証拠である。

(2) 上記の通り、調書①は実況見分調書であるところ、321条3項により証拠能力が認められないか。

同項が「検証の結果を記載した書面」について比較的緩やかな要件の下で証拠能力を認める趣旨は、検証は意識的・客観的・技術的に行われることから虚偽が混入するおそれが小さく、また、検証の結果は複雑であることが多く、公判廷における口頭による報告よりも、検証直後に作成された調書による方が正確といえる点にある。このような趣旨は、強制処分か任意処分かの違いしかない実況見分調書についても妥当するため、実況見分調書も「検証の結果を記載した書面」に含まれる。

したがって、作成者たるQが公判廷において「真正に作成されたものであること」、

すなわち実況見分が適式に行われ、その結果を忠実に記載したことを証言すれば、321条3項により調書①の証拠能力が認められる。

(3) によって、調書①は証拠能力を有する。

2. 実況見分調書②（以下「調書②」という。）は、その記載から「被害再現状況」（以下「立証趣旨②」という。）を立証し、甲が犯行を行ったことを推認させ、もって甲の犯人性を明らかにするために用いられている。これは、320条1項により証拠能力を否定されないか。

(1) 伝聞証拠にあたるか否かの判断は、上記㉞㉟の基準により行う。

ア 調書②は、作成者たる R の公判廷外供述を内容とするものである（㉞充足）。また、調書①と同様、要証事実記載内容通りの結果が存在することであり、内容の真実性立証に用いられる（㉟充足）。

イ 調書②も、V の供述録取書としての側面を持つ。この観点からは、調書②は V の公判廷外供述を内容とする（㉞充足）。また、「このようにして…(中略)…殴りました」との供述をもって、初めて甲の犯人性を推認することができるため、要証事実はこのような V の体験事実の真実性である。そのため、調書②は当該供述内容の真実性立証に用いられる（㉟充足）。

ウ したがって、調書②はいずれの側面についても伝聞証拠として扱われる。

(2) 実況見分調書としての側面については、調書①と同様に 321条3項によって証拠能力が認められる。他方、V の供述録取書としての側面については、321条1項3号により証拠能力が認められないかを検討する。

この点、V は死亡しており、供述不能が認められる。もっとも、調書②には V の署名又は押印がなく、321条1項柱書の要件を充足しない。

(3) によって、調書②のうち、V の供述部分について証拠能力は認められず、あくまで実況見分調書としての部分に限り、証拠能力が認められるに過ぎない。

以 上