

平成29年刑事系 第2問

設問 1

第 1 下線部①について

1 (1) 下線部①の行為は、令状を提示せずに甲方という個人の空間に侵入している。この行為は、令状の事前呈示の原則（222条、110条）に反し違法でないか、が問題となる。

(2) 令状主義（憲法35条、法218条1項等）の趣旨は、事前の司法審査により人権侵害の防止をすることにある。そして、捜査の適法性を担保するためには、原則として、令状の事前呈示が必要である。

もっとも、同原則は憲法上の要請とまではいえないし、常に令状の事前呈示を必要とすると、捜査の必要性（1条）を害する。

そこで、①令状を事前呈示しない必要性があり、②捜索開始後速やかに令状を呈示した場合には、同原則に反しないと解する。

(3) 本件において、甲は、ドアを開ける際に玄関のドアチェーンを掛けたまま開ける可能性が高く、玄関から室内に入るのには時間がかかることが予想される。なお、甲の被疑事実は覚せい剤取締法違反であるから、証拠物となる覚醒剤はその性質上、水道から流す等、短時間容易に証拠隠滅を図ることができる。ゆえに、本件では一刻も早

理由は?

く甲の室内に入る必要があったといえる（①充足）。そして、本件では甲方に入ってすぐに差押許可状を提示していることから捜査開始後に速やかに令状を提示したといえる（②充足）。

(4) ゆえに、下線部①の行為は令状呈示の原則に違反しない。

2(1) 下線部①の行為は、ベランダから侵入し、掃き出しの窓ガラスを割って、解錠し

ている。この行為は、個人の所有物を壊し、個人の空間に無理やり立ち入る行為と

いえるから、「必要な処分」（222条1項、111条1項前段）といえるかが問題となる。

(2) 「必要な処分」といえるためには、捜査に付随する行為であるといえなければならないために、
①その処分が捜査に対して必要であること、比例原則の観点から②その手段が相当性であることが必要である。

(3) 本件において、甲は、ドアを開ける際に玄関のドアチェーンを掛けたまま開ける可

能性が高く、玄関から室内に入るのには時間がかかることが予想される。なお、甲の

被疑事実は覚せい剤取締法違反であるから、証拠

抛物となる覚醒剤はその性質上、水道から流す等、短時間容易に証拠隠滅を図ることができる。ゆえに、本件では一刻も早

く甲の室内に入る必要があったといえるからベランダから侵入し、窓ガラスを割る

ことは必要であったといえる（①充足）。そして、覚醒剤の性質を考えると、本件に

おける手段はやむを得ないといえ、相当であるといえる。

事実の提示は？

- (4) ゆえに、本件は「必要な処分」にあたる。
3 以上より、下線部①の行為は適法である。

第2 下線部②について

1(1) 下線部②の行為は、被疑者の甲ではなく、乙のハンドバックを取り上げ、その中身を搜索している。本件において、令状で搜索すべき場所は「甲方」となっている。そこで、このハンドバックは、「搜索すべき場所」に含まれるかが問題となる。

(2) この点、令状主義の趣旨は事前の司法審査により捜査手続による人権侵害を防止することにある。この趣旨を鑑みれば、司法審査が及んでいない新たな権利侵害を伴う処分について、司法審査は及ばないと解する。

そこで、被疑者及びこれに準ずる者の携帯物についてはその場所にあることが想定され、その場所にあるか携帯されているかは偶然の事情にすぎないから、そのような携帯物を搜索しても新たな権利侵害を伴わない。このことから、被疑者及びこれに準ずる者の携帯物の搜索については、司法審査が及んでおり、これらの物は、「搜索すべき場所」に含まれると解する。

(3) 乙は、甲の内縁の妻であり、甲方に居住している。ゆえに乙の持ち物は被疑者に準ずる者の携帯物の搜索であるといえる。また、乙が甲の内縁の妻という関係であれば、とっさに甲の持ち物を乙に渡すことも考えられる。ゆえに乙の持ち物には司法審査を及ぼすべきである。

(4) ゆえに、乙のハンドバックは「搜索すべき場所」に含まれる。

2(1) 下線部②に行為について、乙のハンドバックは被疑者「以外の者の～物」（222条1項、10

バックは
「物」。
「べき場所」
にある
①第三者の
②物
を搜索
できる
べき問題
おこ
ひは？

各文上の
要件を
整理し
ていただく

2条1項)にあたるが、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」があるといえるかが問題となる。なお、この「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」は、状況及び事情から総合考慮して考える。

(2) 本件において、「差し押さえるべき物」には、手帳やノートなど、ハンドバックに入るサイズのものが含まれている。

また、甲方の居間には、電子秤1台、ビニール袋100枚、茶封筒50枚、注射器80本、携帯電話5台があった。電子秤は覚せい剤の測量に用いられるものであり、ビニール袋、茶封筒、注射器が大量にあることから、これらも覚せい剤の譲渡に用いられるものと考えられる。また、携帯電話が5台あるがこれは生活に通常必要な数ではないから、覚せい剤譲渡のために用いられるものと考えられる。これらの事情から、甲方の居間で日常的に覚せい剤譲渡の事務が行われていることが推認され、甲と生活を共にしている乙はこれを日常的に認識していたといえるから、「差し押さえるべき物」をハンドバックの中に隠し持っている可能性が高い。

(3) ゆえに、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」があると認められる。

3 以上より、下線部②の行為は適法である。

第3 下線部③について

1(1) 下線部③では、丙のズボンのポケットから5枚の紙片を取り出している。これは丙の身体の搜索である。そこで、場所に対する令状で、身体を搜索することが許されるかが問題となる。

(2) 218条1項は「場所」と「身体」を分けて規定している。また、「場所」に対する搜索に比して「身体」に対する搜索はプライバシー等の侵害

の程度が大きいところ、「場所」に対する搜索差押許可状発付についての司法審査において令状裁判官は「身体」の搜索の可否まで判断していないと考えられる。このことから、「場所」に対する搜索差押許可状で「身体」の搜索をすることは許されないのが原則である。

もっとも、捜査の必要性(1条)から①その者が証拠物を隠匿したと疑うに足りる合理的な理由があり、②直ちにそのものを差し押さえる必要がある場合には、「必要な処分」として、「身体」の搜索も適法と解する。

(3) 本件において、甲方に頻繁に出入りしている丙のポケットは右手を抜いた後も膨らんだままであった。また、しきりに右ポケットを気にしており、落ち着きなく、室内を歩き回っている。また、右手を右ポケットに入れ、トイレに向かって歩いていること、ポケットの中身を答えないこと、止めても無理やりトイレに入ろうとしているという事情があった。覚醒剤はポケットにいれることの出来るサイズであることから、丙はポケットに隠している覚醒剤をトイレに持っていき、流して証拠隠滅しようとしていることが予想できる。ゆえに①丙が証拠物を隠匿したと疑うに足りる合理的理由はあるといえる(①充足)。そして、トイレに流すことを止めなければ証拠隠滅なされてしまうことから、②直ちにその物を差し押さえる必要があるといえる(②充足)。

(4) ゆえに、本件は「必要な処分」として許される。

2 以上より下線部③の行為は適法である。

設問2

第1 1について

— 証拠の適手は?

ex「トイレが近人にある」とか、

- 1 本件において裁判所は下線部④で請求された各証拠を証拠として取り調べる旨の決定ができるかについて、伝聞証拠との関係で各証拠は328条に該当するかが問題となる。
- 2 伝聞法則の趣旨は、供述証拠が知覚・記憶・表現・叙述といった類型的に誤りを含む過程を経るところ、反対尋問等により内容の真実性を吟味できない場合にその証拠能力を否定することにある。そこで、伝聞証拠とは、①公判期日以外の供述を内容とし、②要証事実との関係で内容の真実性が問題となるものをいうと解する。

そして、328条の趣旨は、自己矛盾供述はその存在自体により、その者の供述の証明力を減殺しうるところ、内容の真実性が問題とならないため、伝聞証拠にあたらないとすることにある。そこで、「証明力を争う」ための「証拠」は、自己矛盾供述に限られる。そして、328条の趣旨から、自己矛盾供述の存在には厳格な証明（317条）が要求される。

具体的には、伝聞性を解消するために、321条1項柱書の趣旨にてらし、供述者の署名・押印がなければ、自己矛盾供述の存在につき厳格な証明がなされたとはいえず、当該供述の証拠能力は認められない。

- 3(1) 証拠1は、甲の供述をPが記録したものであるから甲の供述である。この内容は、丁が覚せい剤の密売に参与していないというものである。しかし、甲証言では甲は丁から覚せい剤をすすめられたとしている。ゆえに、自己矛盾供述にあたる。しかし、本件には甲の署名・押印がないことから厳格な証明はなく、証拠能力は認められない。
- (2) 証拠2は、甲の供述をPが記録したものであ

るから甲の供述である。そして、その内容は丁への送金が借金返済のためであったというものである。しかし、甲証言では売上金の5割を甲が丁に送金していたとしている。これは自己矛盾供述にあたる。そして、本証拠には、甲の署名・押印があるから、厳格な証明はあるといえ、証拠能力が認められる。

(3) 証拠4は、乙の供述を録取したものであり、甲の供述ではないから、自己矛盾供述ではない。ゆえに証拠能力は認められない。

4 以上より、裁判所は証拠2のみ、証拠として取り調べる旨の決定をすることができる。

第2 2について

1 公判期日における供述が328条の供述により証明力が減殺された場合、その証明力を回復するために用いられる回復証拠は「その者の供述の証明力を争う」という文言に反して328条の証拠にあたらないとも思える。しかし、かかる証拠は実質証拠にあたらないから、328条の趣旨が妥当し、「証明力を争うため」の「証拠」として証拠能力が認められる。

2 本件において証拠2より、甲証言における「売上金の5割を丁に送金していた」という部分の証明力が減殺された場合、証拠3は「丁の指示で甲が売上金の5割を丁に送金していた」ことを内容とするものであるから、甲証言の証明力が減殺された部分の証明力を回復する回復証拠にあたる。

3 以上より、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る。

以上