

設問 1

第一 捜査①の領置の適法性

1. 形式的要件

- (1) 司法警察職員等は、被疑者その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物は、これを領置することができる（221 条）。
- (2) 本件について、甲は本件事件の被疑者であり、甲は、本件ゴミ袋を集積所に投棄したため、本件ゴミ袋は被疑者が遺留した物である。（or, and, if なのか 関係者を明らかに）そして、大家から、同アパートでは、居住者に対して、ゴミを同ゴミ置場に捨てるように指示しており、大家が同ゴミ置場のゴミの分別を確認し、公道にある地域のごみ集積所に、ゴミ回収日の午前 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ることから、大家が本件ゴミ袋の保管者である。P は、大家から任意提出を受けて本件ゴミ袋を領置したため、形式的要件を満たす。

コメントの追加 [STH1]: あてはめがない

コメントの追加 [STH2]: （以下「本件ゴミ袋」という。）

定義づけする

コメントの追加 [STH3]: 領置の必要性・相当性における犯人性のあてはめを前出しにするか、後述の通りで触れるか

2. 実質的要件

- (1) 領置が強制の処分（197 条 1 項ただし書）として法定された趣旨は、捜査機関が領置した物を押収物として還付せず占有し続けることができる（222 条 1 項、123 条 2 項）点にある。他方、領置に令状を要しない趣旨は、占有取得過程に強制がない点にある。したがって、占有取得過程に強制があるときは、実質的には 221 条（大家の同意）の要件を満たさない。
- (2) 「強制の処分」とは、相手方の明示又は黙示の意思に反して、重要な権利・利益の制約を伴う処分をいうと解する。
- (3) ゴミ袋をゴミ集積所に自ら投棄することは、ゴミ袋の内容物に関する今後の利用・処分を放棄したことを意味する。そのため、P が本件ゴミ袋を領置した行為は、甲の意思に反しない。また、P は、大家から任意提出を受けて本件ゴミ袋を領置したため、大家の意思にも反しない。さらに、本件ゴミ袋の領置は態様として平穏であり、前述のとおり甲はすでに本件ゴミ袋の利用・処分を放棄したため財産権の侵害にもならない。したがって、強制処分に当たらない。
- (4) もっとも、当該捜査が任意捜査であるとしても、一定の権利・利益を制約する以上、捜査比例の原則（197 条 1 項本文）の下、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と解する。
- (5) 本件において、足跡以外に、犯人の特定につながる証拠を発見することができなかった状況の中で、時間が経つにつれて証拠隠滅のおそれは大きくなる。住居侵入、強盗殺人未遂事件という犯罪の重大性に鑑み、本件ゴミ袋から犯人特定につながるような何らかの証拠を探し出すことの必要性及び緊急性が大きいといえる。また、P は、大家から任意提出を受けており、平穏な態様で本件ゴミ袋を領置したため、手段

も相当である。したがって、任意捜査の限度も超えない。

(6) 以上より、実質的要件も満たす。

第二 捜査②の領置の適法性

1. 形式的要件

(1) 本件容器は公道上に投棄されているため、被疑者が遺留した物であるといえる。

(2) したがって、形式的要件を満たす。

2. 実質的要件

(1) 強制処分にあたるか。本件容器を公道上に投棄したことは、本件容器に関する今後の利用・処分を放棄したことを意味する。そのため、Pが本件容器を領置した行為は、甲の意思に反しない。また、甲はすでに本件容器の利用・処分を放棄したため、財産権の侵害にもならない。したがって、強制処分に当たらない。

(2) 任意捜査の限度を超えるか。血液のDNA型鑑定により、そのDNA型は判明したものの、同DNA型は、警察が把握していたDNA型のデータベースには登録されていなかったことや、ごみの中から甲のDNA型を特定するための証拠を入手することが難しい状況の中で、前述のとおり犯罪の重大性に鑑み、本件容器に付着する唾液からDNA型を採取する必要性及び緊急性が高いといえる。さらに、公道上に投棄された本件容器の回収は平穏な態様で行われており、手段も相当である。したがって、任意捜査の限度も超えない。

より規制的でない他の手段

理屈！ 結論はどちらでもいい

(3) 以上より、実質的要件も満たす。

コメントの追加 [STH4]: 令状を採ればいいのか？
差押令状 嫌疑性は逮捕より低い

設問2

第一 実況見分調書①の証拠能力

1. 証拠に証拠能力が認められるための一般的要件は、自然的関連性があり、法律的関連性があり、証拠禁止にあたらないこと、とされる。

自然的関連性とは、証拠が要証事実に対して最低限度の証明力を有し、要証事実の認定に寄与し得ることである。

2. 実況見分調書①は、自然的関連性を有する。

3. 実況見分調書①が伝聞証拠に当たれば、法律的関連性が排除される。Qの公判廷外の供述を内容とする実況見分調書①が伝聞証拠に当たるか。

(1) 供述証拠は知覚・記憶・叙述といった供述過程を経て公判廷に顕出される。この各過程には誤りが介在しやすい。そのために、反対尋問や偽証罪の威嚇など公判廷での証拠調べ手続により誤りの有無を調べ、供述の信用性判断の的確性を担保すべきである。しかし、公判廷外の供述である伝聞供述ではこれができず、典型的に誤判を

コメントの追加 [STH5]: どのように評価すればいいですか？

招きやすい。そのため、誤判を防ぐべく、公判廷における吟味を経ていない供述証拠の証拠能力が否定されるのである。

- (2) 以上の趣旨から、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする公判廷における供述または公判廷供述に代わる書面で、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるものと解される。

3. 調書全体

- (1) 実況見分調書について検証調書の伝聞例外を定める 321 条 3 項が適用されないか。同項の「書面」に実況見分調書が包含されるかが問題となる。
- (2) そもそも、同項が比較的緩やかな要件で証拠能力を付与した趣旨は、検証は専門的訓練を受けた捜査官が行う技術的な事項であるため恣意の入る余地が少なく、複雑な事項については書面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、専門的訓練を受けた捜査官が作成するため恣意の入る余地が少なく、書面に親しむ点は同様であるから同項の趣旨が妥当する。そのため、実況見分調書も「書面」に包含され、同項の適用があると解する。
- (3) したがって、法律的関連性が認められ、証拠能力が認められる。

4. 写真部分

- (1) 写真が供述証拠といえれば、伝聞法則が適用されると思われることから、写真の供述証拠性が問題となる。
- (2) この点について、写真は機械的方法による事実の自動的な録取であるから、その性質は非供述証拠であると解する。
- (3) したがって、法律的関連性が認められ、証拠能力が認められる。

5. 甲発言引用部分

- (1) 実況見分調書①に記載された甲の発言『このように、ビッキング用具を鍵穴に入れてこうして動かしていくと解錠できます。』が存在することで、立証趣旨である「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」は証明される。すなわち、甲の発言どおりの方法で解錠できたかどうかという内容の真実性は問題ではなく、発言があった自体が要証事実となる。したがって、伝聞証拠に当たらない。
- (2) よって、法律的関連性が認められ、証拠能力が認められる。

コメントの追加 [STH6]: 伝聞例外

コメントの追加 [STH7]: 指示説明とは、見分当時においてそのような指示があったことを要証事実とし、その指示の存在から見分の対象を確定し、又は見分の動機を明らかにするものをいう。指示説明は供述により再現されたとおりの事実の存在を要証事実としないから、他の部分と一体として証拠能力が認められる。

立証趣旨

要証事実

第二 実況見分調書②の証拠能力

1. 調書全体

公判期日における R の真正作成供述を要する (321 条 3 項)。

2. 写真部分

(1) Sが右手でゴルフクラブのグリップを握り、Vの左側頭部を目掛けて振り下ろしている場面は、犯行当時にVが体験した事実を身振りで再現した場面であり、写真どおりの場面があったことは、立証趣旨「被害再現状況」との関係で、要証事実となる。したがって、伝聞証拠にあたる。

(2) 伝聞例外に当たるか。本件について、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たため、供述不能である。

321条1項2号前段が適用されるためには、特信性が要求されるかが問題となる。この点について、検察官は被告人の反対当事者であって、裁判官と同じような公平な立場にはないことから、同号前段が適用されるためには、同号後段と同様、特信状況を要するとも思えるが、明文がない以上不要と解する。

なお、供述が機械的に記録された場合には、署名押印は不要である。

したがって、伝聞例外にあたる。

(3) よって、法律的関連性が認められ、証拠能力が認められる。

3. V発言引用部分

(1) 「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左側頭部を殴りました。」とのVの発言は、立証趣旨「被害再現状況」との関係で、要証事実となる。したがって、伝聞証拠にあたる。

(2) 再伝聞に証拠能力が認められるか、明文の規定を欠くことから問題となる。この点について、再伝聞の各過程に321条ないし324条の要件が具備されていれば、これを排する文理上の根拠に乏しいし、厳格な審査の下に証拠として採用されるのであるから、証拠能力を認めても実質上不当ではない。そこで、再伝聞の各々の過程に、322条又は321条1項3号の要件が備われば、証拠能力が認められると解する。

(3) V発言引用にはVの署名押印がなく、324条2項、321条1項柱書の要件を満たさない。

(4) したがって、法律的関連性が認められず、証拠能力が認められない。

コメントの追加 [STH8]: 現場供述とは、犯行当時において説明どおりの事実が存在したことを要証事実とするものをいう。現場供述は、供述により再現されたとおりの事実の存在を要証事実とするから、320条1項の「書面」に当たる。言語によらない身振りであっても、体験した事実を再現するものである限り、供述といえる。

以上