

第1 設問1について

1. 捜査①の適法性

- (1) Pらは、V及びWが相談に訪れたことをきっかけに、資料1に印字されたA工務店で張り込みをして詐欺事件の捜査を行なっている。捜査①の適法性について、「強制的処分」(刑事訴訟法(以下法令名省略)197条1項但書)に当たれば、法律に特別の定めのある場合でなければならないところ、これにあたるか。
- (2) 「強制的処分」とは、相手方の意思に反して、身体・住居・財産等の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行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する。なぜなら、相手方の意思に反しない処分は問題とならないし、現に刑法に規定された強制処分の要件・手続の厳格さに鑑みると、そのような要件・手続で保護するに値するだけの重要な権利利益の侵害のみを「強制的処分」として問題とすべきだからである。
- (3) 捜査①は、本件事務所付近の公道に止めた車内から、同車内に設置していたビデオカメラで同事務所の玄関ドアから男が出てくる様子を撮影したものであるところ、男に無断で行なっているため、相手方の意思に反する、もしくは意思形成が不可能となっている。
- また、個人はみだりにその容貌を撮影されない自由を有するところ(憲法13条等参照)、Pが撮影した映像は男が同事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿が容貌も含めて映っているものであったから、重要な権利利益に制約が加えられているといえそうである。
- もっとも、男が撮影された場所は公道に面する同事務所の入り口であり、そのような場所では他の者から観察されることは当然予定されており、受任しなければならないものといえる。これらのことからすれば、捜査①による権利利益の制約の程度は小さいといえ、重要な権利利益の制約があったとはいえない。
- したがって、捜査①は「強制的捜査」には当たらない。
- (4) しかし、「強制的捜査」に当たらないとしても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあることから、捜査比例の原則(197条1項本文)にのっとり、必要な限度でのみ許容される。具体的には、当該捜査を行う必要性・緊急性等を考慮した上で、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。
- (5) たしかに、ビデオカメラという音声と映像で機械的に記録を残す撮影は、公道で当然に予定されている単なる観察とは異なるが、Vは犯人について覚えているのは中肉中背の男であるということのみで、顔はよく覚えていないとのことであったから、犯人の同一性を確認させるために、相手方に無断で容姿を記録する必要があったといえる。

コメントの追加 [TS1]: 水谷先生は、よく行為の法的性質を特定しろって言ってたけど、問題文や問いで「捜査」って書かれてるし、いきなり197条でいい

コメントの追加 [TS2]: 不当な人権侵害に抑止するために強制処分を明文化し、立法による〜からすれば(趣旨)
→強制処分の該当性
判例の文言を書く

コメントの追加 [TS3]: 規範を出す前に、上の197条の趣旨から書く!

コメントの追加 [TS4R3]: その方が印象がいい

コメントの追加 [TS5R3]: 明示又は黙示の推定的意思に反する場合も検討する!

コメントの追加 [TS6]: 意思に反するかどうかの検討この要件の意味
重要な権利侵害だけど意思に反してない場合はありうるから。
同意があるか否かは大事

コメントの追加 [TS7]: 公道に面する場所
結局、人が普通に観察できる範囲内かどうかが大事なポイント!

コメントの追加 [TS8R7]: いつでも見れるものだったら、権利利益の制約は小さい、重要な権利利益で

コメントの追加 [TS9]: この人を撮影する必要性: 出入りしているのがこの人だけである、もしかしたら

コメントの追加 [TS10R9]: 必要性緊急性が高くて、最低限の手段をとっていれば相当といえそう

コメントの追加 [TS11R9]: 犯人としての嫌疑の高さも重要

コメントの追加 [TS12R9]: 緊急性
すぐしないと得ようとする結果を得られないよ

また、本件は高齢者を狙って業者を装い、修繕工事を実施したかのように見せかけて V から金銭を受け取ったものであるから、詐欺罪（刑法 246 条 1 項）に該当しうるところ、同罪は 10 年以下の懲役という刑罰が定められた重大犯罪である。さらに、被害金も 100 万円と高額で、特殊詐欺の傾向として同じ手口による新たな犯罪が行われる可能性もあることに鑑みれば、捜査の必要性や緊急性は高かったといえる。

さらに、犯人を目撃したのは V のみであるところ、犯人が中肉中背の男で、顔はよく覚えていないと発言していることから、資料 1 に印字された A 工務店に出入りする男の容貌を撮影して、犯人の同一性確認をさせることは必要であったといえる。

そして、その撮影の態様は前述のように公道で観察可能な男の姿と行動を約 20 秒間撮影したにすぎず、犯人の同一性確認のため最小限のものにとどまるから、不利益の程度は小さい。

- (6) これらを総合的に考慮すれば、本件における具体的状況で相当と認められる限度のものであるといえ、任意捜査としても許容され、適法である。

2. 捜査②の適法性

- (1) 次に、捜査②の適法性についても、1 の基準に照らして「強制的処分」にあたるか検討する。
- (2) 捜査②でも、P らはビデオカメラで同事務所の中を無断で撮影しており、管理者の A の意思に反するといえる。
- (3) P らは、行動からは同事務所内の様子を見ることができないことから、向かいのマンションの 2 階通路から、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通してビデオカメラで同事務所内の机の上に工具箱が映っている様子を撮影している。捜査①とは違い、公道からは見えないはずの事務所内の様子を、わざわざ向かいのマンションから、さらに望遠レンズを使って確認した上で撮影に至っており、公道における観察の受任限度を超えるものである。さらに、事務所内は管理者 A の私的領域であるといえるところ、望遠レンズを使ってまで生活しているところを撮影されるのは重大な権利益の制約があるといえそうである。

もっとも、同事務所内の机の上に赤色の工具箱が置かれているのは、向かいのマンションの通路から目視可能であったため、マンションの住人等には見られうるものであったといえる。また、P が撮影した映像は、ビデオカメラで同工具箱が置かれている様子を約 5 秒間撮影したにとどまり、撮影範囲は限定され、甲の姿や他のものは撮影されていなかった。このことからすれば、未だ同事務所の管理権者としての権利益及び甲の個人のプライバシーについての制約も制約されているとはいえない。

よって、捜査②は「強制的処分」には当たらない。

- (4) 次に、任意捜査として許容されるか。
- (5) P らは捜査①のあと、引き続き事務所を 1 週間に渡って監視していたが、甲以外の者の出入りはなかったこと、また、A 工務店には甲のほかに従業員はいないものと判断し

コメントの追加 [TS13]: こううまくまとめたけれど、さらっと書いても良い

コメントの追加 [TS14]: 強制処分にしたほうが判例と整合性ある、、、？
エックス線の判例

コメントの追加 [TS15R14]: 強制処分にあたるとすれば、検証という法的性質
218 条か 220 条
でもどちらも当てはまらんから強制処分法廷主義違反

ており、甲を本件事件の犯人であるとの合理的な疑いをもっていたといえる。そして、Vに捜査①で得られた映像を確認させたところ、似ているような気がするが同一人物かどうかは自信がないと発言しており、未だ甲が犯人であるとの証拠が必要であった。Vが被害にあった次の日に警察署に訪れた際、犯人が「A工務店」と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱をもっていたことは覚えていてと話し、そのステッカーについても説明が鮮明であったことから、同工具箱は犯人を特定する上で重要な証拠になりうるものであったといえる。

このような状況で、Pらが同事務所内にVの証言と酷似する赤い工具箱を発見し、ステッカーの存在も確認した際には、Vにその同一性を確認させるためにその様子を記録する必要性は高かったといえる。

- (6) たしかに、撮影したのは公道からは見えない事務所内の様子であり、撮影するためにわざわざ向かいのマンションの管理人の許可を得ていることからすれば、マンションの住民が生活する上で目にすることとは異なる目的や態様であるといえる。

しかし、前述の通り、撮影時間は約5秒間で、工具箱の撮影のみを目的としており、甲の権利利益の制約の程度は低い。さらに、特殊詐欺という事件の重大さや、甲がA工務店の従業員として詐欺を行なっている以上、これからも同じ手口で事件が発生する可能性もあることからすれば、証拠保全の緊急性も高い。

これらを考慮すれば、捜査②で行われた行為は、任意捜査として許容される限度であったといえる。

- (7) したがって、捜査②も、任意捜査として許容される限度で行われたもので、適法である。

第2 設問2について

1. 小問1について

- (1) Qが本件メモの取り調べを請求したところ、弁護人は本件メモについて不同意と述べている。320条1項では、伝聞証拠について原則として証拠能力を否定している。伝聞証拠は、人の知覚、記憶、表現、叙述の過程に誤りが入りやすく、反対尋問などによって真実性の担保ができないためである。伝聞証拠にあたるか否かは、要証事実との間で相対的に決まり、要証事実が何であるかは、検察官の立証趣旨に拘束されない。

- (2) 本件メモの立証趣旨については、Qは「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」としている。本件メモは被害者であるVがWに助言されて、被害にあった約6時間後という近接した時間に作成されたものであり、犯人申し向けた内容が記載されている。これらから、甲がVに本件メモ記載の発言の存在自が要証事実であるといえる。

これを立証するためには、Vの供述内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠として原則証拠能力が否定される。

- (3) しかし、本件メモは「被告人以外の者の供述書」にあたるため、321条1項3号によ

コメントの追加 [TS16]: 320条の公判期日における供述に代えて書面を証拠とし/公判期日外における他の者の供述

のどっちにあたるかをまず特定する！

(後者は、現れ方は公判にでてるけど、内容が他の人の発言、とか)

コメントの追加 [TS17]: 供述証拠は！が主語

コメントの追加 [TS18]: 裁判所の面前でチェックする、というの！偽証罪の宣誓？がない、

コメントの追加 [TS19]: 伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする供述証拠であり、その供述内容の真実性立証に用いるものをいうと解するべきである。これをまず書く。

コメントの追加 [TS20R19]: Pは、伝聞にいかにか当たらへんくするか頑張る。やから伝聞法則のせんだつみたいになる。だからこそJは拘束されない。

コメントの追加 [TS21R19]: ここさきちゃん書いてるらしいからあとでみる！

コメントの追加 [TS22]: 内容の真実性を前提として立証する場合をいう

って例外的に証拠能力が認められないか。

ア V の供述書面は、裁判官の面前における供述を録取した書面、検察官の面前における供述を録取した書面のどちらにも該当しないため、3 号の「前二号に掲げる書面以外の書面」にあたる。

イ また、V は供述調書を作成するための取り調べの直前に脳梗塞で倒れており、担当医師からは回復する見込みがなく、回復したとしても記憶障害が残り取り調べは不可能であることがわかっている。よって、「精神若しくは身体の故障」のために公判期日において供述することができない場合に当たる。

ウ また、本件メモは、被害者の V が犯行後に警察に相談する際の証拠として残したものであり、被害者と犯人の二人しか知らない会話である上、その内容は甲が詐欺をはたらいたことを証明する偽冒行為そのものであるから、「その供述が犯罪事件の存否の証明に欠くことができないものであるとき」であるといえる。

***裁判所の事実認定に実質的に重要な寄与をするかどうか**

エ さらに、上記に加えて、「その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」にのみ伝聞例外として証拠能力が認められるところ、これは供述に絶対的特信情が認められることをいう。本件メモの作成者は、実際に被害にあった V であり、犯行から 6 時間という時間的接近性も認められるから、内容の正確性もあると考えられる。また、作成に至った経緯として、V の長男 W に工事の話をしたことを契機に詐欺ではないかとの疑いを持ち、その場で警察の相談することを念頭に置いて犯人の発言内容を記録したものであるから、記憶が混同するような状況にもなかった。そして、メモの内容は W に話したものと同じであることが W から説明されていることから、本件メモの特信性が認められるといえる。

したがって、絶対的特信情も認められる。

オ 本件メモについて、321 条 1 項 3 号に該当し、伝聞例外に当たり、証拠能力は否定されない。

2. 小問 2 について

- (1) Q は、本件領収書の立証趣旨について、「甲が平成 30 年 1 月 10 日に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取ったこと」であると述べている。
- (2) 第一の使用方法として、本件領収書に記載された内容通り、甲が V から 100 万円を受けとったことを要証事実として立証することが考えられる。このことを立証することで、甲に容疑がかけられている詐欺罪の構成要件である V から甲への交付行為が証明できる。この場合、屋根裏工事代金として 100 万円を領収しましたとの記載（供述）の真実性が問題となるから、本件領収書は伝聞証拠にあたり、伝聞例外を満たさない限り証拠能力を欠く。

本件領収書の作成者が甲であることは証拠上認定できることから、「被告人が作成した供述書」にあたる（322 条 1 項）。また、A 王務店代表甲との印字の横に甲の苗字が

コメントの追加 [TS23]: 実質的に役に立つかどうかあってもなくても変わらんだろう一やったらダメやけど、一定の寄与があれば認められる

コメントの追加 [TS24R23]: これがないと無理！のレベルまでは求められない

コメントの追加 [TS25]: 客観的に、3 号：比較する供述がない場合に出す書面だから、絶対的に信用できるかどうかを書く
1,2 号：書面があって、裁判官の前でも供述してます！ってなったときに、2 つ書面がでてくるから、どっちの方が信用できる状況で書かれてるかを比較することになる。
それぞれどういう状況だったか、それを比べて結論を出す。

コメントの追加 [TS26R25]: 考慮事情が、外部的付随的の事情をベースにして検討する。っていうぐらいを書いたらいい。

コメントの追加 [TS27R25]: 副次的に内容を検討することまでは妨げない。（ここまで書かない人も多いかも？）

刻された認め印が押されているから、「被告人の…押印があるもの」である。そして、甲は Q による取り調べにおいて「V 方に行ったことはありません。」と述べて犯行を否認しているところ、前述のように、本件領収書の内容は詐欺罪の構成要件にあたる事実であり、本件領収書が甲から V に交付されたものであることが証拠上推認できるから、「その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き」にあたる。

また、その供述に任意性を疑わせる事情もないから、322 条 1 項の伝聞例外をみとす。

よって、本件領収書には証拠能力が認められる。(直接証拠として使う)

- (3) 第二の使用方法として、本件領収書の存在自体を要証事実とすることが考えられる。

前述のように、本件領収書の作成者が甲であること、及び本件領収書が甲から V に交付されたものであることは証拠上推認できるのであるから、本件領収書が存在することは、これらの証拠と相まって V から甲へ代金が交付されたことを推認される間接事実として使用できる。(推認過程の問題) 推認のところの経験則書いた方が丁寧

この場合、本件領収書は供述証拠ではなく、物証としてその物の存在が証明されれば良いため、供述の真実性などは問題とならず伝聞法則の適用もない。

以上

コメントの追加 [TS28]: 犯人であることの間接事実でも使えるし、構成要件該当事実

コメントの追加 [TS29R28]: 客観的に犯罪の成否を一部認めるような事実

また、量刑の面は争いがある。。

公訴事実の一部を認める供述、公訴事実に関する証明力、間接事実、違法性阻却、責任阻却に関する不利益事実

ページ 1: [1] コメントの追加 [TS7]

2023/03/20 15:52:00

公道に面する場所

結局、人が普通に観察できる範囲内かどうかが大事なポイント！

公道上かどうかは一要素にすぎない

ページ 1: [2] コメントの追加 [TS8R7]

2023/03/20 15:53:00

いつでも見れるものだったら、権利利益の制約は小さい、重要な権利利益ではない、ともっていく

ページ 1: [3] コメントの追加 [TS9]

2023/03/20 16:08:00

この人を撮影する必要性：出入りしているのがこの人だけである、もしかしたら犯人かもしれないという疑いがある（中肉中背）、領収書の住所が一致

だから、男を捜査する必要がある

撮影が無断である必要性：Vに直接みてもらう（現実的じゃない）、声をかける（証拠隠滅の可能性）

ページ 1: [4] コメントの追加 [TS10R9]

2023/03/20 16:37:00

必要性緊急性が高くて、最低限の手段をとっていれば相当といえそう

犯人の同一性以外の目的：何を立証しようとしているのかが大事

それ以外の捜査で足りてるのか

ページ 1: [5] コメントの追加 [TS11R9]

2023/03/20 16:38:00

犯人としての嫌疑の高さも重要

捜査手法が必要か

ページ 1: [6] コメントの追加 [TS12R9]

2023/03/20 16:39:00

緊急性

すぐしないと得ようとしてる結果を得られないようなとき