

2015スタンダード論文答練（第1クール）刑事系1第2問

◆ パーフェクト答案（出題意図に即し配点項目に可能な限り触れた答案）

本問に関連する判例、学術文献などに忠実に従った、いわば解説レジュメのダイジェスト版といえる答案です。

P.1 第1 設問1

2 1 捜査①

- 3 (1) 捜査①は、甲宅の捜索・差押えに先立ってなされた処分であるところ、これに付随する「必要な処
4 分」(刑事訴訟法(以下略す。)222条1項, 111条1項前段)として許容されるか。
5 (2) 捜査機関は、捜索・差押えの実行に際し、「必要な処分」をすることが許されている(222条1項,
6 111条1項前段)。すなわち、捜索・差押えの実効性を確保し、その本来的目的達成に必要な手段は、
7 それを対象者に及ぼす法益侵害と合理的に権衡する相当な態様の付随的措置であれば、令状裁判官により
8 本来的処分と併せ許可されていると考えることができる。具体的には、被疑事実の内容、差押対象物
9 件の重要性、証拠隠滅のおそれ、財産的損害の有無・程度などの諸要素につき検討し、当該処分をする
10 必要性和それが対象者に及ぼす法益侵害との比較衡量において、具体的状況のもとで社会的に相当とい
11 える場合には適法と解される。

- 12 (3)ア 本件における被疑事実は甲のVに対する強姦致死であり、同罪は無期又は5年以上の懲役に処せら
13 れうる重大犯罪である(刑法181条2項, 同177条参照)。

14 また、当該強姦致死被疑事件の犯人は、覚せい剤を所持・使用していた疑いが強く、さらに、被害
15 者であるVを携帯電話で写真撮影していた疑いがあることや、Vの手足をX社製の樹脂性ワイヤーに
16 より縛った疑いがあることなどといった特徴が多く認められる。このような事情からすると、「覚せい
17 剤、携帯電話、Vの写真、X社製の樹脂性ワイヤー」といった物件は本事件に関し重要な証拠価値
18 を有するものといえる。

19 さらに、覚せい剤や写真、樹脂性ワイヤーといった物件は、トイレに流したり燃やしたりすること
20 によって容易に破棄・隠匿することが可能であるので、甲にそのような措置をとられないためには、
21 迅速に捜索・差押えを執行する必要がある。

22 イ 他方、Pは、甲宅玄関ドアの覗き穴を指で塞ぎ、あるいは段ボール箱を体の前に抱えて宅配便の配
23 達である旨偽るなどしたにすぎないのであって、住居権者たる甲に財産的損害を加えたわけではなく、
P.2 2 また欺罔されたとはいえ甲自身がドアを開けていることからしても、態様は穏当なものであると評価
3 できる。さらに、Qが足を玄関内に差し入れた行為も、玄関ドアを閉められないようにするためにな
4 された必要最小限の行為であって、甲に対し過度な不利益を負わせるものではない。

5 ウ 以上からすれば、捜査①は捜索・差押えに付随する社会的に相当な態様の措置といえる。

- 6 (4) したがって、捜査①は「必要な処分」として適法というべきである。

7 2 捜査②

8 (1) 捜査②において、Pらは、甲の制止を無視し、甲を牽制しつつ室内に立ち入り、甲宅の居間に至った
9 後に甲に対し捜索差押許可状を呈示している。この呈示は捜索の着手後になされているので、違法とな
10 らないか。

11 (2) まず、令状主義(憲法35条, 218条1項)に反しないかが問題となるが、憲法の要請する令状主
12 義の核心的趣意は、司法官憲が正当な強制処分権限の範囲をあらかじめ明示し、限定することにより捜
13 査機関の恣意的権限行使を防止することにあるから、処分を受ける者にその内容を知る機会を与えるこ
14 とは、令状主義の直接の要請とまではいえない。

15 よって、事前の令状呈示が行われなくとも、令状主義違反の問題は生じない。

- 16 (3)ア では、令状事前呈示の原則(222条1項, 110条参照)に反しないか。

17 イ 手続の公正を担保するとともに処分対象者に受忍の範囲を示し、もって異議申立ての機会を与える
18 ことを要請する令状呈示の趣旨からすれば、原則として、捜索の実行着手前に令状呈示がなされるべ
19 きである。

20 しかし、捜索・差押えの実効性確保の観点からすれば、上記趣旨に反しないかぎりにおいて、具体
21 的状況のもとで、証拠物が破棄隠滅されるおそれが認められる場合等やむを得ない事情があるときは、
22 捜索着手後に令状呈示をすることも許容されると解される。

23 ウ 本件においては、強姦致死という重大犯罪が問題となっているので、捜査の必要性が高い。また、
上記のように、犯人の特徴が多く認められる事件であるので、差押対象物件の証拠価値も大きい。さ

P.3

らに、覚せい剤や写真、樹脂性ワイヤーといった物件は短時間のうちに容易に破棄・隠匿することが可能であったという事情もある。

他方、Pらは搜索差押許可状呈示前に甲宅内に立ち入ったことで、すでに搜索に着手したとはいえ、いまだ具体的な搜索活動は行ってないことからすれば、法益侵害の程度は低いといえる。

このような点からすると、Pらが、甲が暴れたり妙な行動をとったりしないよう牽制しつつ室内に入り、その後搜索差押許可状を呈示した行為は、重要な証拠物の破棄・隠匿を避ける上でやむを得ずなされた行為といえるので、搜索・差押えの実効性を確保する上で相当な行為として是認しうる。

エ したがって、捜査②は令状事前呈示の原則にも反しない。

(4) 以上により、捜査②は適法である。

10 3 捜査③

(1) Pは、甲宅において発見された不在連絡票に基づき、同不在連絡票に記載された宅配業者に自ら連絡し、宅配業者が持ってきた荷物を受け取って開披している。搜索場所を「甲宅」とする搜索差押許可状に基づいて、このような措置をとることができるか。令状による搜索の範囲が問題となる。

(2)ア この点、令状を審査する裁判官は、令状執行時点において搜索場所に存在すると見込まれる物件についても搜索の「正当な理由」（憲法35条1項）を判断していると解されることから、執行の途中で被疑者が所持・管理するに至った物件について搜索を行っても令状主義には反しないとの見解もある。判例も、搜索開始後に配達された荷物の搜索を適法としている。

もっとも、この見解は、被疑者が自ら荷物を受領したことを前提とするものであって、被疑者の意思により荷物の占有が被疑者の私的領域内に入ったことを重要な要素として、搜索差押許可状の効力が当該荷物に及ぶことを正当化するものと解される。なぜなら、このような手続がとられることによって当該荷物に対する被疑者のプライバシー保護が解除されるので、従前から搜索場所に存在していた物件と同視することが可能となるからである。

したがって、このような手続がなく、当該物件への搜索が被疑者に対する新たなプライバシー侵害を生じさせることとなる場合には、当該搜索は、令状に基づかないものとして違法となると解すべきである。

イ 本件において、当初Pが甲を説得してはいるものの、甲は荷物を取り寄せることを頑なに拒んでい、それにもかかわらず、Pは荷物の再配達をさせている。すなわち、甲が自らの意思により荷物を自らの私的領域である甲宅に持ち込んだのではなく、Pが甲の意思に反して能動的に荷物を甲宅に持ち込み搜索をしている。これは、甲宅に対する搜索とは別個のプライバシー侵害を生じさせる態様のものと評価できる。

ウ したがって、上記荷物に対しては、搜索差押許可状の効力は及ばない。

(3) 以上により、捜査③は令状主義（憲法35条、218条1項）に反し違法である。

10 4 捜査④

(1) Qは、ゴミ集積所において無令状でワイヤーを挿入しているが、この措置は許されるか。前提として、捜査④は令状記載の場所以外での搜索・差押えに当たらないかが問題となるものの、捜査④は公道上に設置された共同ゴミ集積所においてなされているものであり、同ゴミ集積所はEマンション敷地内に設置されているものではなく、誰でもゴミを排出することが可能な場所に存するものであるから、特定人の管理権等を侵害する強制処分には当たらない。

そこで、もっぱら「領置」（221条）として許容されないかが問題となる。

(2)ア 221条が無令状での「領置」を認めているのは、強制的に占有を取得するものではないからである。そうだとすれば、「遺留した物」といえるか否かは、占有侵害の有無によって判断すべきである。

イ 上記ワイヤーは、Eマンションから道路を挟んで正面の公道上に設置されたゴミ集積所内のゴミ袋に入れられていた物であり、その状況からして、所有者によって排出され、占有を放棄された物ということができる。したがって、占有侵害はない。

ウ よって、上記ワイヤーは「遺留した物」に当たる。

(3)ア 「遺留した物」に当たるとしても、その内容・性状が把握されることによりプライバシー等の権利侵害が生じることはありうる。したがって、「領置」の適法性は、領置処分の必要性和被侵害利益とが合理的に権衡し、相当性が認められてはじめて肯定されると解される。

イ まず、上記ワイヤーは、重大事件たる強姦致死被疑事件の重要な証拠物となる可能性が高い物件であるので、領置処分の必要性が高い。

他方、上述のように、上記ワイヤーが捨てられていた場所は共同ゴミ集積所であるから、他者にゴ

P.5

6 ミを持ち去られることも受忍せざるを得ないような場所といえるので、当該場所からゴミを持ち去ら
7 れても法益侵害の程度は低いと評価できる。また、同ゴミ集積所においてはD市によるゴミ収集が予
8 定されているものの、それは廃棄物の適正な処理のためであって、ゴミとして処分される期待を保護
9 するものともいえない。さらに、Qは釣り糸のようなワイヤーが入っていた小さなゴミ袋のみを同ゴ
10 ミ集積所から取り出して開披しているのであって、他者のプライバシーを侵害するような態様で押収
11 しているわけではない。

12 ウ 以上の点からすれば、捜査④は相当な態様でなされているものと評価できるので、「領置」として
13 許容される。

14 (4) 以上により、捜査④は適法である。

15 第2 設問2

16 1 伝聞証拠該当性

17 (1) 本件調書は、Wの公判廷供述に代わる書面である。そのため、本件調書が伝聞証拠に当たるのであれ
18 ば、本件調書の証拠能力は320条1項により原則として否定される。そこで、本件調書が伝聞証拠に
19 当たるのかが問題となる。

20 (2) 伝聞証拠に証拠能力が認められない趣旨は、人の供述には知覚・記憶・表現・叙述の各過程で誤りが
21 混入しやすいにもかかわらず、公判廷外での供述については、反対尋問、宣誓・偽証罪(刑法169
22 条)による処罰警告、裁判官による直接観察といった信用性担保措置がないことから、そのような供述
23 には証拠能力を認めないこととして、事実認定の誤導を防止する点にある。

P.6

このような伝聞法則(320条1項)の趣旨からすれば、伝聞証拠とは、上記問題を孕んだ供述、す
2 なわち、①公判廷外の供述であって、②要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となる証拠をいう
3 ものと解される。要証事実とは、立証趣旨と証拠構造から把握する。

4 (3)ア まず、本件調書はPがW宅においてWの供述を録取した書面であるから、①を満たす。

5 イ では、②はどうか。

6 本件調書の立証趣旨は、「甲がVと情を通じたいとの野心を抱いていたこと」である。そして、本
7 件においては、Vの写真20点やVと同一のDNA型の血液が残された樹脂性ワイヤーがそれぞれ甲
8 宅及び甲宅付近から発見されているものの、甲のDNA鑑定等は行われておらず、いまだ強姦致死
9 嫌疑事件について甲の犯人性を決定づける直接証拠は見つかっていない。また、甲自身も犯人性を否
10 定している。したがって、犯人性は間接証拠を積み重ねて立証していくことになる(証拠構造)。

11 他方、本件調書の内容は、Vが、甲と類似の特徴を有する男からストーカー被害及びわいせつ行為
12 の被害に遭っていたことを説明するものである。

13 これらの点からすれば、本件調書は、Vが犯人を知っていたことやVが犯人に対し嫌悪の情を抱い
14 ていたことを立証するものではなく、立証趣旨のとおり、甲にVを強姦する動機があったことを要証
15 事実としているものと解すべきである。なぜなら、この動機が存在が甲の犯人性を基礎づける重要な
16 間接事実となるからである。

17 したがって、上記要証事実との関係で、i ストーカーの身体的特徴及びii その男がVに対しつきま
18 とい、Vの写真を撮影し、わいせつ行為をしたという部分等のW(V)がした供述内容の真実性が問
19 題となるといえるので、②も満たす。

20 (4) 以上により、本件調書は伝聞証拠に当たる。

21 2 伝聞例外

22 (1) 321条1項3号該当性

23 ア 甲の弁護人は本件調書につき不同意の意見を述べているため、本件調書の証拠能力が認められる
P.7 には326条以外の伝聞例外の要件を満たす必要がある。本件調書は「被告人以外の者」であるWの
2 「供述を録取した書面」であり、【資料】に見るとおり「供述者の署名若しくは押印のあるもの」で
3 ある。また、本件調書は司法警察員たるPにより供述を録取された書面である。そこで、本件調書が
4 321条1項3号の要件を満たすかが問題となる。

5 その要件は、①供述不能、②証拠の不可欠性、③絶対的特信状況である。

6 イ まず、Wはすでに死亡していることから、①を満たす。

7 ウ 次に②についてであるが、321条1項3号が供述不能要件の他にもこの要件を要求している趣旨
8 からすれば、他の適法な証拠をもって同一の立証目的を達し得ない場合にかぎり、「犯罪事実の存否
9 の証明に欠くことができない」というべきである。

10 本件においては、上述のとおり、甲のDNA鑑定が行われておらず、また甲自身も犯人性を否定し

11 ている等の事情により、甲の犯人性を基礎づける証拠に乏しいので、甲の犯人性を証明するためには、
 12 本件調書によって甲の動機を立証することが必要不可欠な状況にあるといえる。よって、②も満たす。
 13 エ ③の絶対的特信情況の判断においては、供述がなされた際の外部的付随的事情を判断基準とし、こ
 14 れを推知する限りにおいて供述内容をも斟酌して判断する。

15 本件においてWは、事件当日の夜という間近い時に、自宅において、次第に落ち着きを取り戻した
 16 上で供述をしており、客観的に見て安定した環境かつ冷静な心境で真摯に話をしていることが窺われ
 17 る。また、本件調書の内容は、WとVとの会話内容や時系列などを詳細に語るものであり、理路整然
 18 としていて、論理的に不自然な点も見受けられない。

19 以上からすれば、本件調書は「特に信用すべき情況の下にされたもの」と評価できるので、③も満たす。
 20 オ したがって、本件調書は321条1項3号の要件を満たす。

21 (2) 再伝聞

22 ア 立証に用いられる部分には、Pが録取したWの供述だけでなく、Wが聞いたVの供述が含まれてい
 23 るので、二重の伝聞といえる。そこで、再伝聞の証拠能力が認められるかが問題となる。

P.8 イ 上述のとおり、伝聞証拠が原則として証拠として認められない趣旨は、典型的な誤判の危険性を防
 2 止する点にある。そうだとすれば、各伝聞過程においてそれぞれ信用性の情況保障があるならば、類
 3 型的な誤判の危険性は低いといえるので、証拠能力を認めうる。

4 形式的にも、再伝聞の証拠能力を認めない明文の規定はない。また、第1伝聞過程が伝聞例外要件
 5 を満たせば、その書面は「公判期日における供述」(320条1項)に代わると解されることから、
 6 それに324条を類推適用することにより、伝聞例外要件を満たすことができる。

7 したがって、再伝聞であっても証拠能力を肯定しうる。

8 ウ(7) Vは被害者であり「被告人以外の者」であるから、上記Vの供述について、324条2項の準用
 9 する321条1項3号の要件を満たす必要がある。要件は、(1)で述べたのと同様の基準により判断
 10 する。なお、「供述者の署名若しくは押印」は再伝聞の性質上あり得ないため、不要である。

11 (イ) まず、Vはすでに死亡していることから、①を満たす。

12 (ロ) また、上述のとおり、本件においては甲の犯人性を基礎づける証拠が乏しいので、Vの供述から
 13 甲の動機を立証することが必要不可欠な状況にあるといえるため、②も満たす。

14 (エ) さらに、本件においてVは、約3年という長期にわたり交際をしていた婚約者であるWに対して
 15 供述をしているところ、この関係性からすればVが嘘をついている可能性は低い。また、対話者間
 16 においてのみ会話が聞こえるという点で秘密性の高い電話を用いて話をしているし、かつストーカ
 17 ー被害に遭った直後にその都度話をしていることからして、客観的に見て信用性の高い供述がなさ
 18 れているものと評価できる。さらに、その内容はストーカーの特徴等を詳細に語るものであり、V
 19 がストーカーを怖がり怯えていた点を考慮してもなお、矛盾のない自然な供述といえる。よって、
 20 ③も満たす。

21 エ したがって、再伝聞の要件も満たす。

22 3 結論

23 以上により、本件調書には証拠能力が認められる。

以 上

2015スタンダード論文答練（第1クール）刑事系1第2問

■ 合格スタンダード答案（司法試験合格者が検討した、実戦的・平均的な合格答案例）

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 捜査①

- 3 (1) 捜査①は、「必要な処分」（刑事訴訟法（以下略す。）222条1
4 項，111条1項前段）として許容されるか。
- 5 (2) 捜索・差押えの実効性を確保し，その本来的目的達成に必要な手
6 段は，それが対象者に及ぼす法益侵害と合理的に権衡する相当な態
7 様の付随的措置であれば，令状裁判官により本来的処分と併せ許可
8 されていると考えることができ，「必要な処分」として適法と解さ
9 れる。
- 10 (3)ア 本件における被疑事実は甲のVに対する強姦致死という重大犯
11 罪である（刑法181条2項，同177条参照）。
- 12 また，覚せい剤や写真，樹脂性ワイヤーといった物件は，トイレ
13 に流したり燃やしたりすることによって容易に破棄・隠匿する
14 ことが可能なのであり，そのような措置をとられないために，迅速
15 に捜索・差押えを執行する必要性が認められる。
- 16 イ 他方，Pは，甲宅玄関ドアの覗き穴を指で塞ぎ，あるいは段ボ
17 ール箱を体の前に抱えて宅配便の配達である旨偽るなどしたにす
18 ぎないのであって，住居権者たる甲に財産的損害は加えていない。
19 また，Qが足を玄関内に差し入れた行為も必要最小限の行為であ
20 る。
- 21 ウ 以上からすれば，捜査①は相当な態様の措置といえる。
- 22 (4) したがって，捜査①は「必要な処分」として適法というべきであ
23 る。

P.2 2 捜査②

- 2 (1) 捜査②において，Pらは，甲宅の居間に至った後に令状を呈示し
3 ている。この令状呈示は令状事前呈示の原則（222条1項，11
4 0条参照）に反し違法とにならないか。
- 5 (2)ア 手続の公正を担保するとともに処分対象者に受忍の範囲を示し，
6 もって異議申立ての機会を与えることを要請する令状呈示の趣旨
7 からすれば，原則として，捜索の実行着手前に令状呈示がなされ
8 るべきである。
- 9 しかし，捜索・差押えの実効性確保の観点からすれば，上記趣
10 旨に反しないかぎりにおいて，具体的状況のもとで，証拠物が破
11 棄隠滅されるおそれが認められる場合等やむを得ない事情がある
12 ときは，捜索着手後に令状呈示をすることも許容されると解され
13 る。
- 14 イ 本件においては，覚せい剤や写真，樹脂性ワイヤーといった物
15 件は短時間のうちに容易に破棄・隠匿することが可能である。
- 16 他方，Pらは甲宅内に立ち入ってはいるものの，いまだ具体的
17 な捜索活動は行っていない。そうだとすれば，法益侵害の程度は
18 低いといえる。
- 19 このような点からすると，室内に入りその後に令状を呈示した
20 行為は，証拠物の破棄・隠匿を避ける上でやむを得ずなされた行
21 為といえ，相当な行為として是認しうる。
- 22 ウ したがって，捜査②は令状事前呈示の原則に反しない。
- 23 (3) 以上により，捜査②は適法である。

P.3 3 捜査③

- 2 (1) Pは、甲宅において発見された不在連絡票に基づき、同不在連絡
3 票に記載された宅配業者に自ら連絡し、宅配業者が持ってきた荷物
4 を受け取って開披している。捜索場所を「甲宅」とする捜索差押許
5 可状に基づいて、このような措置をとることができるか。令状によ
6 る捜索の範囲が問題となる。
- 7 (2)ア この点、令状を審査する裁判官は、令状執行時点において捜索
8 場所に存在すると見込まれる物件についても捜索の「正当な理
9 由」（憲法35条1項）を判断していると解されることから、執
10 行の途中で被疑者が所持・管理するに至った物件について捜索を
11 行っても令状主義には反しないと解される。
- 12 もっとも、当該物件への捜索が被疑者に対する新たなプライバ
13 シー侵害を生じさせるような場合には、当該物件を、従前から捜
14 索場所に存在していた物件と同視することはできない。
- 15 イ 本件においては、Pが能動的に荷物の再配達をさせ、それを捜
16 索している。すなわち、甲が自らの意思により荷物を受領したと
17 という事情はないのであって、甲宅に対する捜索とは別個のプライ
18 バシー侵害を生じさせる態様のものと評価できる。
- 19 ウ よって、上記荷物に対しては、上記許可状の効力は及ばない。
- 20 (3) 以上により、捜査③は令状主義（憲法35条、218条1項）に
21 反し違法である。

4 捜査④

- 23 (1) Qは、ゴミ集積所において無令状でワイヤーを押収していること
P.4 から、「領置」（221条）として許容されないかが問題となる。
- 2 (2) まず、上記ワイヤーは、Eマンションから道路を挟んで正面の公
3 道上に設置されたゴミ集積所内のゴミ袋に入れられていた物であり、
4 「遺留した物」に当たる。
- 5 (3)ア 「遺留した物」に当たるとしても、その内容・性状が把握され
6 ることによりプライバシー等の権利侵害が生じることはありうる。
7 したがって、「領置」の適法性は、領置処分の必要性和被侵害利
8 益とが合理的に権衡し、相当性が認められてはじめて肯定される
9 と解される。
- 10 イ まず、上記ワイヤーは、強姦致死被疑事件の証拠物となる可能
11 性が高い物件であり、領置処分の必要性が認められる。
- 12 他方、上記ワイヤーが捨てられていた場所は共同のゴミ集積所
13 であり、他者にゴミを持ち去られることも受忍せざるを得ないよ
14 うな場所といえるのであって、当該場所からゴミを持ち去られて
15 も法益侵害の程度は低いと評価できる。
- 16 さらに、Qは釣り糸のようなワイヤーが入っていた小さなゴミ
17 袋のみを同ゴミ集積所から取り出して開披しているのであって、
18 その態様も穏当である。
- 19 ウ 以上の点からすれば、捜査④は相当な態様でなされているもの
20 と評価でき、「領置」として許容される。
- 21 (4) 以上により、捜査④は適法である。

第2 設問2

1 伝聞証拠該当性

P.5

- 2 (1) 本件調書はWの公判廷供述に代わる書面であるから、伝聞証拠に
3 当たるのであれば、320条1項により証拠能力が否定されうる。
4 そこで、本件調書が伝聞証拠に当たるのかが問題となる。
- 5 (2) 伝聞証拠に証拠能力が認められない趣旨は、人の供述には知覚・
記憶・表現・叙述の各過程で誤りが混入しやすいにもかかわらず、

6 公判廷外での供述については、反対尋問、宣誓・偽証罪（刑法16
7 9条）による処罰警告、裁判官による直接観察といった信用性担保
8 措置がないことから、そのような供述には証拠能力を認めないこと
9 として、事実認定の誤導を防止する点にある。

10 このような伝聞法則の趣旨からすれば、伝聞証拠とは、上記問題
11 を孕んだ供述、すなわち、公判廷外の供述であって、要証事実との
12 関係で供述内容の真実性が問題となる証拠をいうものと解される。
13 要証事実とは、立証趣旨と証拠構造から把握する。

- 14 (3) 本件調書の立証趣旨は、「甲がVと情を通じたいとの野心を抱い
15 ていたこと」である。そして、本件においては、甲のDNA鑑定等
16 は行われておらず、いまだ強姦致死被疑事件について甲の犯人性を
17 決定づける直接証拠は見つかっていないため、間接証拠の積み重ね
18 で犯人性を立証することになる（証拠構造）。

19 他方、本件調書の内容は、Vが、甲と類似の特徴を有する男から
20 ストーカー被害及びわいせつ行為の被害に遭っていたことを説明す
21 るものである。

22 これらの点からすれば、本件調書は、甲にVを強姦する動機があ
23 ったことを要証事実としているものと解すべきである。なぜなら、
P.6 この動機が存在が甲の犯人性を基礎づける重要な間接事実となるか
2 4 らである。

3 そして、上記要証事実との関係で、ストーカーの身体的特徴及び
4 その男がVにつきまとい、Vの写真を撮影し、わいせつ行為をした
5 という部分等のWがした供述内容の真実性が問題となる。

- 6 (4) 以上により、本件調書は伝聞証拠に当たる。

7 2 伝聞例外

- 8 (1) 321条1項3号該当性

9 ア 本件調書の証拠能力が肯定されるためには、甲の弁護人が不同
10 意との意見（326条参照）を述べている以上、321条1項3
11 号の要件を満たす必要がある。

12 その要件は、①供述不能、②証拠の不可欠性、③絶対的特信情
13 況である。

14 イ まず、Wはすでに死亡していることから、①を満たす。

15 ウ 次に、本件においては甲のDNA鑑定が行われておらず、また
16 甲自身も犯人性を否定していること等からすれば、甲の犯人性を
17 証明するためには本件調書によって甲の動機を立証することが必
18 要不可欠な状況にあるといえるので、②も満たす。

19 エ ③の絶対的特信情況の判断においては、供述がなされた際の外
20 部的付随的事情を判断基準とし、これを推知する限りにおいて供
21 述内容をも斟酌して判断する。

22 本件においてWは、落ち着きを取り戻した上で供述をしており、
23 冷静な心境で真摯に話をしていることが窺われる。また、本件調
P.7 書の内容は、WとVとの会話内容や時系列などを詳細に語るもの
2 であり、理路整然としていて、論理的に不自然な点も見受けられ
3 ない。

4 以上からすれば、本件調書は「特に信用すべき情況の下にされ
5 たもの」と評価でき、③を満たす。

6 オ したがって、本件調書は321条1項3号の要件を満たす。

- 7 (2) 再伝聞

8 ア 立証に用いられる部分には、Wの供述だけでなく、Wが開いた
9 Vの供述が含まれており、二重の伝聞といえる。そこで、再伝聞
10 の証拠能力が認められるかが問題となる。

- 11 イ 上述した320条1項の趣旨からすれば、各伝聞過程において
12 それぞれ信用性の情況保障があるならば、類型的な誤判の危険性
13 は低いといえるので、証拠能力を肯定しうる。よって、再伝聞で
14 あっても証拠能力を肯定しうる。
- 15 ウ(ア) 本件においては、Vの供述について、324条2項の準用す
16 る321条1項3号の要件を満たす必要がある。要件は、(1)で
17 述べたのと同様の基準により判断する。
- 18 (イ) まず、Vはすでに死亡していることから、①を満たす。
- 19 (ウ) また、上述のとおり、本件においては甲の犯人性を基礎づけ
20 る証拠が乏しく、Vの供述から甲の動機を立証することが必要
21 不可欠な状況にあるといえるため、②も満たす。
- 22 (エ) さらに、本件においてVは、約3年という長期にわたり交際
23 をしていた婚約者であるWに対して供述をしているところ、こ
P.8 の関係性からすればVが嘘をついている可能性は低い。また、
2 その内容はストーカーの特徴等を詳細に語るものであり、Vが
3 ストーカーを怖がり怯えていた点を考慮してもなお、矛盾のない
4 自然な供述といえる。よって、③も満たす。
- 5 エ したがって、再伝聞の要件も満たす。
- 6 3 結論
- 7 以上により、本件調書には証拠能力が認められる。
- 8 以 上
-

2015スタンダード論文答練（第1クール）刑事系1第2問

◆ ゼミ生答案（講師との事前検討ゼミに先立ち、受験生が試験時間内に実際に書いた答案）

Memo

P.1 設問1

2 捜査①

3 1 Pが宅配便を偽って甲にドアを開けさせ、Qがそのドアに足
4 を差し入れてドアが閉められないようにした行為は、捜索差押
5 え（刑訴298条）の手段又はその「必要な処分」（刑訴法1
6 11条）として適法か。

7 2 刑訴法は、捜索差押えにあたり、その実効性を確保するた
8 めに必要かつ相当な手段を、捜索差押えの一部として許容してい
9 る、と考える。捜索状の執行について錠を外すことその他必要
10 な処分も明文で許されているからである（刑訴法111条）。
11 しかし、その許容される範囲は、被処分者の人権保障の観点か
12 ら必要最小限度でなければならない。

13 3 本件について考えるに、Pはまず甲宅のチャイムを押すとい
14 う通常の方法を試みたが、甲は応答しなかった（この際のぞき
15 穴を指でふさいでいるが、何らかの調子で穴がふさがれ外がみ
16 えない場合もありうるからこの行為が違法とはいえない）。本
17 件で甲には覚せい剤使用の疑いもあるところ、覚せい剤事犯に
18 は証拠隠めつが短時間に容易になしうるという特殊性があるた
19 め、即時に立ち入る必要性が高かった。そのため初回来訪から
20 5分後に確実に甲宅に立ち入る必要性があったといえる。そし
21 て、宅配便を装うという欺罔の手段は、ドアの錠をはずすなど
22 の甲の意に反した有形力行使よりおん当な態様であり、錯誤が
23 あるとはいえない。甲の任意の意思に基づいてドアをあけさせる

P.2

2 のものである点で相当性がある。そして、Qは、その甲のあけた
3 ドアがしめられないよう足を差し入れて、甲の作出した状態を
4 維持しているだけだから、Qの行為も相当性も認められる。

5 以上よりP及びQの行為は具体的状況の下で、捜索状の執行
6 ないし実効性確保に必要であり、かつ相当な最小限度の行為と
7 して、適法である。

7 捜索②

8 1 捜索差押許可状の甲への呈示が立ち入り後になされているが
9 適法か。

10 2(1) 刑訴法110条は呈示を要求するものの、その時期につい
11 て何ら規定しない。そして、呈示が要求される趣旨は、①被
12 処分者に捜索差押えの範囲等を知らせ捜査機関の恣意を抑制
13 し、かつ②被処分者の不服申立ての便宜を図る点にあると考
14 える。

15 (2) 上記趣旨を達成するには、呈示は事前つまり捜索差押え着
16 手前になされるのが原則だが、捜査の実効性が保てない場合
17 には着手後すみやかに呈示することでも足りると解する。

18 3 本件では、Pはとりあえず令状が出ている旨を告げており、
19 それに対して甲が「何もしてねえ。帰れ」などと怒鳴って、聞
20 く耳をもたず、暴れたりする可能性もあったため、とりあえず
21 甲宅に立ち入った上、居間に入り捜索可能な状態となった段階
22 で許可状を呈示している。これらの状況から事後呈示の必要性
23 があった上、この段階では未だ具体的な捜索差押えに着手する

・刑訴は本試験でも検討対象
が捜査①～④と多くて、ど
の程度書いたらいいの分か
りません。

P.3

前だから、呈示により前記呈示の趣旨を果たしうる。

よって、本件呈示は、立入りという捜索の手段開始後ではあるものの、捜索自体の着手前であり、かつ、着手に近接してなされたものとして、適法である。

5 捜査③

1 捜索中に未だ宅配され、被疑者が受け取っていない宅配荷物をPが再配達依頼の上、受けとり、開披したことは適法か。

2 捜索差押え許可状（219条）は「捜索すべき場所」を記載しているところ、その趣旨は人の住居に対するプライバシーは憲法上も保護される重大な権利であるから（憲法35条）、捜索によるその侵害範囲を明示してこれをできるだけ保護する点にある。

宅配便も、捜索中に捜索場所に届き、その捜索場所の管理権者が受領した場合、当該場所の管理権に包摂されるから、当初より令状裁判官が当該許可状によって許した範囲に入ると考える。

3 しかし、本件では、捜索中に甲宅にあったのは不在連絡票だけで、未だ甲宅ないし甲の管理権に宅配荷物自体が属しているとはいえない。再配達依頼は受取人がなすべきものであるからPはなしえない。その上、本件では再配達後、甲ではなくPが受け取っている。したがって、いずれの観点からも荷物は甲の管理権に属しておらず、Pの開披は本件令状の範囲外の行為であり、無令状による強制処分として、覚せい剤が入っている可能性があっても違法である。

P.4

2 捜査④

1 ゴミ集積場所は本件許可状の場所的範囲外であるから、本件許可状にもとづく捜索差押えはできない。

甲宅のあるEマンションから道路をはさんで正面の公道上にあり、Eマンション敷地内にあるわけではないから、Eマンションとは管理権を異にするからである。

2 しかし、公道上の共同ゴミ集積所であるから、定期的にD市によるゴミ収集が行われていたとしても、そこに出されたゴミのプライバシー保護については期待可能性がない。

したがって、その場所に出されたゴミは、被疑者甲が遺留した物として無令状で領置しうる（221条）。

よって、適法である。

14 設問2

1 伝聞証拠にあたるか

(1) 伝聞証拠とは、①人の供述を内容とする供述証拠のうち、②要証事実との関係で、その内容の真実性が問題となる証拠をいう。

(2) 本件調書につき、Rの立証趣旨は「甲がVと情を通じたいとの野心を抱いていたこと」であるが、これを立証するには、本件調書に記載されたWの供述中のVの供述「またストーカーがいた。…私の胸を触ってきた。…」等の真実性が問題となる。

したがって、本件調書は二重の伝聞証拠といえる。

P.5

2 二重の伝聞証拠の証拠能力

伝聞証拠に含まれる伝聞部分の伝聞性が伝聞例外の要件をみたすことにより解除されれば、その部分については公判供述と同視されるから、二重の伝聞証拠も各過程が伝聞例外の要件をみたす場合、証拠能力を有すると考える。

6 伝聞法則の趣旨は、伝聞証拠が知覚記憶叙述の各過程で誤りを
7 入りこませる危険があるため、これによる誤判を防止する点にあ
8 るところ、上記各過程につき伝聞例外要件をみたせばこの危険は
9 ないからである。

10 3(1) そこでまず、V供述の伝聞例外該当性を検討する。

11 Vの供述は、Wに対してなされているから、321条1項3
12 号該当性が問題となる。

13 ア 供述不能

14 Vは死亡しているから、充たす。

15 イ 不可欠性

16 甲がV強姦等の犯人であるか否かは、甲が犯人性等を否認
17 していること、C駅付近で目撃されていた男性の顔を正確に
18 覚えている者がいないことから、VのWに供述した犯人の右
19 目上のキズと、甲の同かしのキズ的一致等を用いないと確
20 定できない。また、要証事実たる甲がVと情を通じたいと思
21 っていたことは、上記犯人性を前提として、ストーカー被害
22 を受けていたV自身が、その被害の状況を供述することによ
23 って最もよく証明しうる。よって、みたす。

P.6 ウ 絶対的特信情況

2 Vは恋人であり、ストーカー被害を案ずるWに、上記供述
3 をしているから、そこには何らの強制もなく、みたす。

4 Vの供述についてVの署名押印はないが、署名押印は記述
5 の正確であることを証するものであるところ、Pの記述自体
6 の正確性はWにおいて確認しうるから、Wの署名で代替しう
7 る。

8 (2) W供述の伝聞例外該当性

9 WがPに供述したものであるから、321条1項3号を検討
10 する。

11 ア 供述不能

12 Wは自殺しているから、みたす。

13 イ 不可欠性

14 立証趣旨の証明には前記のとおりVの供述が不可欠である
15 ところ、かかるV供述があらわれているのは、本件調書以外
16 はない。

17 よって、不可欠性をみたす。

18 ウ 絶対的特信情況

19 WはVと結婚の約束までしていた恋人であり、Vに対する
20 犯罪の犯人の逮捕等を心から願っているから、記憶どおりの
21 正しい事たらを誤りなくPに供述していると考えられる。そ
22 して、Wは被疑者等でないから、Pへの供述においてPから
23 何らの強制的圧力を加えられているとはいえない。

よって、絶対的特信情況もみたす。

P.7

2 エ そして、Pの記述がWの供述を正確に写し出したものであ
3 ることはWの署名により担保されている(321条1項柱
4 書)。

5 4 以上より、本件調書は全体として伝聞例外性をみだし、証拠能
6 力を有する。

7 以上

※本ゼミ生答案につきましては、答案選定後に答案作成者がコメントを付してくれましたので掲載させていただきます。今後も答案作成者の協力が得られた場合にはコメントを掲載いたします。

【MEMO】