

2016スタ論第2クール開講ガイダンス  
H28本試験出題 **大** 予想と答案戦略

# 刑事系

● 受験生を悩ます「伝聞法則」の基礎的理解の習得 ●

辰巳専任講師・弁護士 **本多 諭** 先生

---

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 【本講義の趣旨】

### 受験生を悩ます「伝聞法則」の基礎的理解の習得

伝聞法則は、刑事訴訟法における最重要テーマであり、特に伝聞と非伝聞の区別などは司法試験論文式試験でも毎年のように出題されております。しかし、そもそも伝聞と非伝聞の区別などの伝聞法則の構造の理解が難しく、また、主要な刑事訴訟法の基本書などでも比較的あっさり論じるのみというものが多くことから、伝聞法則を苦手とする受験生も多いようです（辰巳の各種講義等における受講生の講師への質問や講座アンケートなどでも、伝聞法則に関する質問・要望が多いというのが実情です。）。

そこで、スタンダード論文答練の解説講義の他、本試験論文過去問講座（聴く過去問）、スタンダード本試験過去問答練（書く過去問）を担当され、司法試験論文本試験における伝聞法則に熟知している本多論先生に、伝聞法則に関して正面から問い、かつ、受講生アンケートでも好評であった2015スタンダード論文答練（第1クール）刑事系1第2問（刑事訴訟法）を素材として御講義頂きます。

#### 【参 考】

- ・最判昭30. 12. 9（刑集9-13-2699, 判時137-34）  
裁判所HP裁判例情報  
[http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=56916](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=56916)

- ・金築誠志「判批」刑事訴訟法判例百選（第5版）P.178～181

最判昭30. 12. 9の判例批評で、伝聞の意義に関して論じたほぼ全ての学術論文・判例解説・判例批評等で引用されている最重要文献です。特に本判例批評 P.181 の五における本件の具体的検討は、非常に学習効果が高い内容といえます。可能であれば図書館などで閲覧しておきたいところです。なお、著者の金築誠志氏は、平成27年3月末まで最高裁判所判事であり、著名な刑事裁判官でした。

2014. 11. 23 LIVE 実施

2015 スタンダード論文答練（第1クール）刑事系1第2問より

※問題文・解答例・解説等は，原則として出題当時のまま掲載しております。

## ◆ 問 題 ◆

(配点：100)

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

## 【事 例】

1 平成26年4月16日午前8時頃、110番通報により、A県B市の山中で女性の死体が発見された。検視の結果、被害者はB市のマンションに住むVという女性(26歳)であって、同日午前1時頃に死亡したものと推測されること、Vには強姦された痕跡があり、Vは強姦されたことによる心因性ショックにより死に至った可能性が高いこと、また、Vの体内から採取された男性の体液からは覚せい剤反応が検出されたことも明らかとなった。さらに、Vの手足にはワイヤー状のもので縛られたと思われる傷も発見された。

A県警察本部はすぐさま強姦致死事件として捜査本部を設置し、同本部所属の司法警察員P及びQらは捜査を開始した。

2 同日午後6時頃、Pは、Vの婚約者であるWという男性から、W宅において話を聞いた。Wは、V死亡の事実を知り狼狽していたものの、次第に落ち着きを取り戻し、「Vは、仕事帰りに自宅最寄り駅であるC駅から自宅まで歩く際、たびたび長髪で大柄な男が後をつけてくることがあることを気にしていました。携帯電話で写真を隠し撮りされたり、体を触られたとも言っていました。男の右目の上には大きな傷跡もあったそうです。また、その際に見た男の目が血走っていて怖かったと言っていました。」などと述べたため、Pはこの供述を録取した供述調書(以下「本件調書」という。)を作成した(【資料】参照)。

3 同月25日、B市の隣市であるD市内にあるEマンションの7階に一人暮らしをしている甲という男が捜査線上に浮上した。捜査の結果、甲は身長180センチメートルを超える大柄で長髪の男であること、大柄で長髪の男がたびたびC駅付近で目撃されていたこと、その際その男は充血した目で周囲をきょろきょろしていたこと、C駅は甲の通勤経路に含まれていないこと、甲は同月15日及び同月16日は仕事を休んでいたこと等の事実が明らかとなった。しかし、C駅付近で目撃されている上記男の顔を正確に覚えている者は見つからず、その男が甲であるとの確証は得られなかった。他方、甲の勤務先からの情報により、甲は、勤務中、充血した目でブツブツ呟いていることも多く、周囲の社員は甲が覚せい剤でもやっているのではないかと気味悪がっていたことが明らかとなった。

なお、覚せい剤を使用すると、体内の細胞が活性化し、目が血走り、充血することが多い。

また、Vの手足に残っていた傷は、釣具メーカーであるX社製の釣り糸に用いられている樹脂性ワイヤーにより縛られた際についた傷であることが判明した。Pは、X社に対し、顧客リストに甲という人物がいないかを尋ねたが、プライバシーを理由に回答は拒絶された。

4 甲が自己の意思により覚せい剤を使用したか否かは明らかでなかったことから、Pらは、まずは甲のVに対する強姦致死被疑事件につき、捜索場所を「甲宅」、差し押さえるべき物を当該被疑事実に関係のある「覚せい剤、携帯電話、Vの写真、X社製の樹脂性ワイヤー、その他本件に関係する一切の物」とする搜索差押許可状の発付を請求し、適法に同許可状の発付を受けた。

5 同月27日午前8時頃、Pらは、Eマンション内の甲宅に赴いた。Pは玄関ドアの覗き穴を指で塞ぎ、部屋の内部からは外部を確認できないようにした上で甲宅のチャイムを押した

が、応答がなかった。そこでPは、一旦その場を離れた上で5分後に甲宅を再訪し、押収物を入れるために持参した段ボール箱を体の前に抱え、玄関ドアの覗き穴からは段ボール箱しか見えないようにした上で再度チャイムを押し、「甲さん、宅配便です。」と大きな声で呼び掛けたところ、これを信じた甲が中から玄関ドアを開けたので、Qは直ちに玄関ドアが閉められないよう足を玄関内に差し入れた【捜査①】。

6 玄関ドアを開けた甲に対し、Pが「甲か？」と尋ねると、甲は「そうだ。宅配便じゃなさそうだな。何の用だ。」と答えた。Pは「警察だ。令状が出ている。入らせてもらうぞ。」と告げると、Qが足で押さえていた玄関ドアを開き、甲が「いきなり何だ。俺は何もしてねえ。帰れ。」と怒鳴っているのを無視し、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、室内に立ち入った。玄関を通過して甲宅の居間に至った後、Pは甲に対し搜索差押許可状を速やかに呈示し、「いまからこの家の搜索を開始する。」と告げた【捜査②】。

7 甲がしぶしぶ「あんまり散らかすな。終わったらさっさと帰れ。」と述べたため、Pらは甲宅内の搜索を開始した。なお、Pらが甲宅の居間においてあらためて甲の外見を観察したところ、甲は、肩まで伸びた長髪で、身長180センチメートルを超える大柄な男であり、右目の上に大きな傷跡があった。その外見は、事前にPらが甲の勤務先から入手した社員証の顔写真と同一であったが、甲の目は充血していなかった。

同日午前8時20分頃、甲宅居間の机の引出しから、受取人として甲の氏名が記載された宅配業者の不在連絡票が発見された。同不在連絡票には、品物として「菓子類」と記載されていた。Pが甲に対し「この不在連絡票の荷物はもう来てるのか？本当に菓子か？」と聞いたところ、甲は「まだ来てない。菓子を頼んじゃ悪いのか？お前らには関係ないだろ。早く帰れよ。」と答えた。

Pは、以前にも伝票に依頼主兼受取人として被疑者氏名が記載された荷物から覚せい剤を発見した経験があったため、上記不在連絡票の荷物の中に覚せい剤が入っているとの疑いを持った。Pは甲に対し荷物を取り寄せるよう説得したが、甲は「いつ持ってきてもらおうが俺の勝手だろ。」と言い、これを拒んだ。そこでPは、その場で、不在連絡票に記載された宅配業者に自分の携帯電話を使って連絡し、荷物を直ちに甲宅に届けるよう依頼した。同日午前9時頃、甲宅のチャイムが鳴り、宅配業者が荷物を持ってきたため、Pがこれを受け取った。Pがこれを甲宅居間にて開披したところ、中身はビスケットの詰め合わせであり、覚せい剤など事件に関係のありそうな物品は見当たらなかった【捜査③】。

8 また、同日午前9時10分頃、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共同ゴミ集積所においてゴミ袋を調べていたQは、小さなゴミ袋の中に釣り糸のようなワイヤーが入っているのを発見した。Qは同ゴミ袋のみをゴミ集積所から取り出して開披し、同ワイヤーを取り出し、ルミノール液を用いて調べたところ、血液反応が出たため、Qは同ワイヤーを押収した【捜査④】。なお、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、誰でもゴミを捨てることが可能な場所であり、定期的にD市によるゴミ収集が行われる場所であった。

9 同日午前9時15分頃、甲宅寝室内の本棚に置かれた雑誌の中から、A5サイズの茶封筒に入ったVの写真20点が発見された。Pが甲に「この写真は何だ？」と問いただしたところ、甲は「10日くらい前に、家のポストに入っていたんだ。差出人はわからない。誰かが間違えてうちのポストに入れたんだろう。大事なものかもしれないから、一応保管しといた

んだ。」と答えた。Pは同写真20点を差し押さえた。

同日午前9時35分、Pらは甲宅における搜索を終了するとともに、甲に対し強姦致死被疑事件について任意同行を求めたところ、甲は「俺は何も知らないよ。その女性が誰かも知らない。嘘はついてないし、話すことは変わらないぞ。」と述べたものの、任意同行には素直に応じた。なお、甲宅の搜索において覚せい剤は発見されず、また、携帯電話につき、甲は「4日くらい前に失くした。」と述べて所持しておらず、甲宅からも携帯電話は発見されなかった。

- 10 その後も様々な捜査が続けられたが、甲が任意に応じた身体検査によっては、体内から覚せい剤使用を根拠づける形跡は見出されなかった。また、PらはVの体内から発見された体液と照合するため甲のDNA鑑定をしようとしたが、甲は「そんなの人権侵害だ。」などと述べて頑なにこれを拒み、暴れるなどしたため、実施されていない。

他方で、Qが押収したワイヤーはX社製の釣り糸に用いられている樹脂性ワイヤーであること、及び同ワイヤーに残されていた血液のDNA型はVと同一であることが明らかとなった。

取調べにおいて甲は、任意同行に応じた際と同様に、Vを強姦し、死に至らしめた事実について否認を続け、また、同ワイヤーについても知らないとの主張を繰り返した。さらに、同月15日及び同月16日のアリバイについては「仕事をサボって、家で一人で読書していた。」と供述するのみであり、他に甲のアリバイを証明する証拠などは発見されなかった。

- 11 同月29日、PはVを被害者とする強姦致死の被疑事実で甲に対する逮捕状の発付を受け、適法に甲を逮捕した。同月30日、検察官Rは甲を同被疑事実で起訴した。なお、検察官Rは、起訴前にWから詳しい話を聞こうとしたものの、Wは婚約者が死んだショックから同月28日に自殺していたため、Wを取り調べることはできなかった。

その後の公判において、検察官Rは、本件調書につき、立証趣旨を「甲がVと情を通じたいとの野心を抱いていたこと」として、証拠調べの請求をした。

本件調書につき、甲の弁護人は不同意との意見を述べた。

【設問1】 【捜査①】から【捜査④】までの適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【設問2】 本件調書の証拠能力について論じなさい。ただし、違法収集証拠の問題については論じなくてよい。

#### (参照条文) 覚せい剤取締法

(使用の禁止)

第19条 左の各号に掲げる場合の外は、何人も、覚せい剤を使用してはならない。

一～五 (略)

第41条の2 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者(第42条第5号に該当する者を除く。)は、10年以下の懲役に処する。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 (略)

第41条の3 次の各号の一に該当する者は、10年以下の懲役に処する。

一 第19条(使用の禁止)の規定に違反した者

二～四 (略)

2, 3 (略)

【資料】

## 供 述 調 書

平成26年4月16日

本籍，住居，職業，生年月日省略

氏名 W

上記の者は，平成26年4月16日，W方において，本職に対し，任意次のおり供述した。

(以下要旨)

- 1 私は，平成23年6月頃からVと交際しております。結婚の約束もしていました。Vが死んだという事実はとてもショックで，すぐには立ち直れそうにありませんが，私の情報で少しでも捜査が進み，少しでも早く犯人が捕まることを願って，知っていることをお話しします。
- 2 Vは，平成25年10月頃から，「仕事の帰り道に誰かに後をつけられているような気がする。」と言うようになりました。初めの頃は，4週間に一度くらいの頻度でそのようなことがあったようですが，怖くて相手の顔を見ることはできず，C駅からV宅までの帰宅経路を変えたり，途中の店に立ち寄るなどしながら，なんとかV宅まで帰っていたようです。
- 3 平成26年1月上旬の夜，Vから電話があり，「さっきも誰かに後をつけられた。パシャパシャと音がして，写真を撮られたような気がする。怖いわ。」と言われました。心配になった私は，それ以降，同年3月下旬頃まで，Vを私の家に泊めたり，VがV宅に帰るのに付き添ったりしました。その甲斐もあってか，その3か月間は誰かに後をつけられるようなことはありませんでした。もうストーカーはいなくなったと思い，同年4月上旬頃，付き添いをやめました。
- 4 同年4月11日，夜にまたVから電話がありました。Vは，「またストーカーがいた。何かを話しかけられたから振り返ると，髪の毛長い男がいて，その男が携帯電話で振り返った私の顔を撮影して，私の胸を触ってきた。あなたよりも背が大きかったから，身長は180センチメートルはあったと思うわ。血走った目でニヤニヤしていて，とても怖かった。右目の上にナイフで傷つけられたような大きな傷跡があって，そのせいか人相も不気味だったわ。怖くて，走って家まで逃げてきた。追ってきている様子はなかったから，たぶん大丈夫だと思うけれど，本当に気味が悪いわ。本当に嫌。いやらしい感じで私を見ていたし，逃げなかったら襲われていたかも。私どうしたらいいのかしら。」と言いました。

私はVと話し合い，近日中に一緒に警察に相談に行くことにし，それまではどうしてもV宅へ帰らなければならない日を除いて私の家に泊まること，またVがV宅へ帰らなければならない日は私が付き添うことにしました。
- 5 同月15日，Vはどうしても自宅でやらなければならない仕事があったらしく，私は，同日午後9時30分頃にVをV宅へ送り届けました。その後私が自分の家に戻った同日午後1



0時30分頃、Vから電話があり、「ちょっと仕事に必要な物を買ったので、コンビニまで行って来る。」と言われました。私はVが心配でしたが、V宅とコンビニの間は徒歩3分の距離ですし、ストーカーにもV宅の場所は知られていないと思っていたので、「気をつけて行っておいで。」と言いました。

その後Vから連絡はありませんでしたが、Vは仕事に熱中し始めると連絡をしなくなるタイプですし、仕事の邪魔をするのも野暮だと思ったので、私もそのまま眠りにつきました。

- 6 まさか、Vの身にそんなことが起こっていたなんて、ショックです。私が軽率でした。無理にでも止めるべきでした。どうか、Vを襲った犯人を逮捕して、然るべき罰を与えてください。

W ㊦

以上のとおり録取して読み聞かせた上、閲覧させたところ、誤りのないことを申し立て、末尾に署名押印した。

前同日

A県警察本部〇〇部〇〇課

司法警察員 警部 P ㊦

【配点表】

			配点
第1	設問1		
	1	捜査①	
	(1)	問題提起 ・「必要な処分」(刑事訴訟法(以下略す。)222条1項, 111条1項前段)としての許容性が問題となる旨の指摘	1
	(2)	規範定立	2
	(3)	あてはめ ① 被疑事実の指摘・評価…目安1点 ② 犯人は, 覚せい剤所持・使用の疑いが強いこと, 被害者であるVを携帯電話で写真撮影していた疑いがあること, Vの手足をX社製の樹脂性ワイヤーにより縛った疑いがあることなど, 犯人性を基礎づける特徴が多く認められることの指摘…目安1点 ③ 「覚せい剤, 携帯電話, Vの写真, X社製の樹脂性ワイヤー」といった物件は重要な証拠価値を有するものといえることの指摘…目安2点 ④ 覚せい剤や写真, 樹脂性ワイヤーといった物件は容易に破棄・隠匿することが可能であることの指摘・評価…目安2点 ⑤ Pが自宅玄関ドアの覗き穴を指で塞ぎ, 段ボ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ことの指摘・評価…目安2点 ⑥ 欺罔された甲自身がドアを開けていることの指摘・評価…目安1点 ⑦ Qが足を玄関内に差し入れたことの指摘・評価…目安1点	10
	(4)	結論  【加点事項】 ※ 令状呈示との関係についても論じている場合には, 加点する	1  加点評価 A・B・C
	2	捜査②	
	(1)	問題提起 ・令状事前呈示の原則(222条1項, 110条参照)が問題となる旨の指摘	1
	(2)	規範定立	2
	(3)	あてはめ ① 被疑事実の指摘・評価…目安1点 ② 犯人は, 覚せい剤所持・使用の疑いが強いこと, 被害者であるVを携帯電話で写真撮影していた疑いがあること, Vの手足をX社製の樹脂性ワイヤーにより縛った疑いがあることなど, 犯人性を基礎づける特徴が多く認められることの指摘…目安1点 ③ 「覚せい剤, 携帯電話, Vの写真, X社製樹脂性ワイヤー」といった物件は重要な証拠価値を有するものといえることの指摘…目安1点 ④ 覚せい剤や写真, 樹脂性ワイヤーといった物件は容易に破棄・隠匿することが可能であることの指摘・評価…目安1点 ⑤ Pらは令状呈示前に甲宅内に立ち入り, すでに捜索に着手していることの指摘・評価…目安1点 ⑥ Pらは, いまだ甲宅内において具体的な捜索活動は行っていないことの指摘・評価…目安2点	7
	(4)	結論  【加点事項】 ※ 令状主義(憲法35条, 218条1項)との関係について論じられていれば加点する	1  加点評価 A・B・C
	3	捜査③	
	(1)	問題提起 ・令状による捜索の範囲が問題となる旨の指摘	2

	(2)	規範定立（搜索「場所」（219条1項）、管理権、プライバシー等を考慮しつつ、説得的な規範を立てていること）	3
	(3)	あてはめ ① Pは甲に対し荷物を取り寄せるよう説得したことの指摘・評価…目安2点 ② 甲が荷物を取り寄せることを拒んだことの指摘・評価…目安2点 ③ Pは自ら宅配業者に連絡し荷物の再配達をさせ、自ら荷物を受領したことの指摘・評価…目安3点	7
	(4)	結論	1
★「必要な処分」の問題として構成している場合、10点を限度に配点する			
【加点事項】 ※ 最決平19. 2. 8（刑集61-1-1）を意識した論述がなされていれば加点する ※ 規範定立ないしあてはめにおいて、他の事情を考慮し説得的に論じられていれば加点する			加点点評価 A・B・C  A・B・C
4	捜査④		
	(1)	問題提起 ・搜索・差押えには当たらず、「領置」（221条）が問題となる旨の指摘	2
	(2)	「遺留した物」	
	ア	規範定立	1
	イ	あてはめ ・当該ワイヤーは、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ることの指摘・評価	1
	ウ	結論	1
	(3)	「領置」の適法性	
	ア	規範定立	1
	イ	あてはめ ① 当該ワイヤーと強姦致死被疑事件との関係についての指摘・評価…目安1点 ② 当該ワイヤーが捨てられていた場所は共同のゴミ集積所であることの指摘・評価…目安1点 ③ 同ゴミ集積所においてはD市によるゴミ収集が予定されていることの指摘・評価…目安1点 ④ Qは当該ワイヤーが入っていた小さな袋のみを取り出し開披していることの指摘・評価…目安1点	4
	ウ	結論	1
	(4)	結論	1
第2	設問2		
	1	伝聞証拠該当性	
	(1)	伝聞証拠の意義	2
	(2)	要証事実の認定及び本件調書が伝聞証拠に当たることの認定 ① 立証趣旨の指摘…目安1点 ② いまだ甲の犯人性を決定づける直接証拠は見つかっていないこと、また、甲自身も犯人性を否定していることの指摘・評価…目安1点 ③ 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の被害に遭っていたことを説明するものであることの指摘・評価…目安2点 ④ 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ことの指摘…目安2点 ⑤ 要証事実との関係で、①ストーカーの身体的特徴及び②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という部分等の供述内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠に当たることの指摘…目安1点	7

2	伝聞例外		
	(1)	321条1項3号該当性	
	ア	321条1項3号の要件の指摘	1
	イ	供述不能であることの指摘	1
	ウ	証拠の不可欠性 ・規範定立…目安1点 ・あてはめ…目安1点	2
	エ	絶対的特信情況 ・規範定立…目安1点 ・あてはめ ① Wは、事件当日に自宅において供述していることの指摘・評価…目安1点 ② Wは、次第に落ち着きを取り戻した上で供述をしていることの指摘・評価…目安1点 ③ 本件調書の内容は、WとVとの会話内容や時系列などを語るものであることの指摘・評価…目安1点	4
	オ	結論	1
	(2)	再伝聞	
	ア	問題提起 ・再伝聞であることの指摘	1
	イ	規範定立	2
	ウ	(7) 324条2項の準用する321条1項3号の要件該当性が問題となることの指摘	1
	(イ) 供述不能であることの指摘	1	
	(ウ) 証拠の不可欠性	1	
	(エ) 絶対的特信情況 ① 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に対して供述をしていることの指摘・評価…目安1点 ② 電話で話をしていることの指摘・評価…目安1点 ③ VはWに対しストーカー被害に遭った直後にその都度話をしていることの指摘・評価…目安1点 ④ Vの供述内容はストーカーの特徴等を語るものであることの指摘・評価…目安1点	4	
	エ	結論	1
3	結論		1
第3	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、加点する		加点評価 A・B・C

基本配点分	合計	80点
加点評価点	合計	10点
基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文章表現力, 各2点)	合計	10点
総合得点	合計	100点

## 【論 点】

- 1 必要な処分
- 2 令状事前呈示原則
- 3 令状に基づく捜索の範囲
- 4 領置
- 5 伝聞証拠の意義
- 6 員面調書の証拠能力（不可欠性、絶対的特信情況）
- 7 再伝聞の証拠能力

## 【素材・出題パターン】

論文本試験は、各教科において多様な要素を含んでいるものの、一定の素材・出題パターンに分析することが可能かと思われます。そして、刑事訴訟法の本試験過去問においては、まず、素材事例について、概ね以下の2つに分類できます。

## ① 判例参考型

主として判例を参考にしたと思われる出題（平成18年，同19年，同20年，同21年，同22年，同24年，同25年，同26年）

## ② 創造型

主として考査委員による創作性が強いと思われる出題（平成23年）

また、出題パターンとしては、概ね以下の3つのように分類できます。

## ア 捜査法・伝聞法則型

捜査法と伝聞法則について問う出題形式（平成18年，同20年，同21年，同22年，同23年，同25年）

## イ 捜査法・伝聞法則以外型

捜査法と伝聞法則以外のテーマについて問う出題形式（平成19年，同24年，同26年）

## ウ 資料添付型

問題文本文の他に、令状や証拠物等の資料が添付されている出題形式（平成20年，同21年，同22年，同23年，同24年，同25年，同26年）

以上の分類に従えば、本問は、① 判例参考型、ア 捜査法・伝聞法則型、ウ 資料添付型ということとなります。

出題パターン \ 素材	①判例参考型	②創作型
ア 捜査法・伝聞法則型	平成18年・平成20年・ 平成21年・平成22年・ 平成25年・本問	平成23年
イ 捜査法・伝聞法則以外型	平成19年・平成24年・ 平成26年	—
ウ 資料添付型	平成20年・平成21年・ 平成22年・平成24年・ 平成25年・平成26年・ 本問	平成23年

### 【出題のねらい】

設問1は、令状に基づく捜索に係る「必要な処分」(刑事訴訟法(以下省略する。)222条1項、111条1項前段)、令状事前呈示の原則(222条1項、110条参照)、令状による捜索の範囲、及び領置(221条)に関する処理を要求する問題である。令状に基づく捜索・差押えに付随する問題や領置といった押収手続に係る問題は、刑事訴訟法の捜査法分野において重要かつ頻出の論点であり、また関連判例も多く出されていることから、出題可能性が高いと考え、横断的な理解を問うこととした。

設問においては、大阪高判平6.4.20高刑集47-1-1、最決平14.10.4刑集56-8-507(刑訴百選(第9版)23事件)、最決平19.2.8刑集61-1-1(刑訴百選(第9版)22事件)、最決平20.4.15刑集62-5-1398といった判例を参考にしつつ、各判例との事案の違いを意識した論述が望まれる。

設問2は、伝聞と非伝聞の区別及び伝聞例外該当性につき問うものである。伝聞証拠に係る問題は、平成24年・平成26年を除いては毎年のように論文式試験において問われている頻出論点であり、今後も出題可能性が高いと考え、出題した。

設問においては、最判昭30.12.9刑集9-13-2699(刑訴百選(第5版)80事件)の判断を参考として、警察官による供述録取書の伝聞証拠該当性及び伝聞例外該当性を検討することが求められる。その際には、伝聞法則の趣旨や要証事実を考慮したうえで、いかなる条文が問題となるのか、また伝聞例外の各要件が満たされているのか否かを丁寧に検討する必要がある。さらに、いわゆる再伝聞についても適切な処理が求められる。

設問1及び設問2のいずれについても問題の難易度は高くないため、基本的な論述をいかに説得的に展開できているかが点数の分かれ目となる。

### 【本問作成の経緯等】

設問1は捜査法分野からの出題であり、必要な処分(222条1項、111条1項前段)、令状事前呈示の原則(222条1項、110条参照)、令状による捜索の範囲、及び領置(221条)について問うている。司法試験においては、出題される論点自体は平易であるものの、要求される

事務処理量と論述の正確性はハイレベルであることが多い。そこで、比較的平易ではあるものの、多様な論点につき多角的に検討を行うことのできる問題を想定し、各捜査につき、いかなる点が問題となるかを即座に判断し、それぞれにつき適切かつ迅速に処理する能力を培っていただきたく、問題を作成した次第である。

設問2は伝聞証拠に係る問題を出题した。伝聞証拠に係る問題は司法試験において頻出であるため、誰もが一定程度の論述をしようものの、質・量ともに十分な論述をすることは意外と難しい分野であると思われる。そこで、伝聞の意義や伝聞例外、再伝聞といった基本事項につき正確な論述をする訓練をしていただくとともに、知識の定着と再確認を企図して問題を作成した。

## 【参考文献】

[直接的な素材判例等]

- ・大阪高判平6. 4. 20 (高刑集47-1-1, 判タ875-291)
- ・最決平14. 10. 4 (刑集56-8-507, 判タ1107-203, 刑訴百選23事件)
- ・最決平19. 2. 8 (刑集61-1-1, 判タ1250-85, 刑訴百選22事件)
- ・最決平20. 4. 15 (刑集62-5-1398, 判タ1268-135)
- ・最判昭30. 12. 9 (刑集9-13-2699, 刑訴百選(第5版)80事件)

[参考文献]

- ・田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂, 第6版, 2012) P.86~95, 396~420
- ・安富 潔『刑事訴訟法』(三省堂, 第2版, 2013) P.145~171, 184~6, 505~527, 541~5
- ・上口 裕『刑事訴訟法』(成文堂, 第3版, 2012) P.140~141, 154~9
- ・松本時夫ら編『条解 刑事訴訟法』(弘文堂, 第4版, 2009) P.225~6
- ・緑 大輔「判批」刑事訴訟法判例百選(第9版) P.48~9
- ・入江 猛「判解」法曹時報62-6-1645
- ・金築誠志「判批」刑事訴訟法判例百選(第5版) P.178~181
- ・最判昭38. 10. 17 (刑集17-10-1795)
- ・東京高判昭58. 1. 27 (判タ496-163, 刑訴百選83事件)
- ・河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第7巻』(青林書院, 第2版, 2012) P.606~612
- ・最判昭32. 1. 22 (刑集11-1-103, 刑訴百選91事件)
- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣, 2011) P.259~262

## 【スタンダード論文答練解答例・答案について】

スタンダード論文答練解説書には、原則として下記の3種類の解答例・答案を掲載しております。各々の解答例・答案の特徴を活かして、学習にお役立て下さい。

◆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）

本問作成に際して素材とした判例，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うべき答案です。論文式試験の採点方針（司法試験考査委員会申し合わせ事項）にいう「抜群に優れた答案」を目指しております。ここまで書けないと思われるかもしれませんが，規範，あてはめなどを充実させるため，必要な部分のみを参考にしてもよいでしょう。

■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）

司法試験合格者に検討してもらい，論文式試験の採点方針（司法試験考査委員会申し合わせ事項）にいう「良好な水準に達していると認められる答案」との結論に至った答案です。平均的な合格圏内に入るためには，この合格スタンダード答案の水準を目指されるとよいでしょう。

◆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）

皆様と同じ司法試験受験生が試験時間等，本試験と同じ条件で書いた答案をパソコンにて入力し直したものです。平均的な受験生の答案の水準を知るのに適しております。



## 【答案の骨】

## 第1 設問1

## 1 捜査①

## (1) 問題提起

- ・捜査①は、「必要な処分」(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

↓

## (2) 規範定立

- ・自説：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、令状裁判官により本来的処分と併せ許可される
- 具体的には、被疑事実の内容、差押対象物件の重要性、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、当該処分をする必要性と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える場合には適法

↓

## (3) あてはめ

## ア 必要性

- ・強姦致死被疑事件は、法定刑が重い重大犯罪
- ・犯人の特徴が多く認められる事件であるので、差押対象物件は重要な証拠価値を有する
- ・差押対象物件を破棄・隠匿されることを防止するため、迅速に搜索・差押えを執行する必要あり

## イ 相当性

- ・Pの行為は、甲に財産的損害を加えるものではなく、穏当なもの
- ・Qが足を玄関内に差し入れた行為も、搜索・差押えのための必要最小限の行為

## ウ 捜査①は搜索・差押えに付随する社会的に相当な態様の措置

↓

## (4) 結論

- ・捜査①は「必要な処分」として適法

## 2 捜査②

## (1) 問題提起

- ・捜査②における搜索差押許可状呈示は搜索の着手後であり、違法とならないか

↓

## (2) 令状主義(憲法35条, 218条1項)との関係

- ・自説：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
- ∴被処分者に内容を知る機会を与えることは、令状主義の直接の要請でない

↓

## (3) 令状事前呈示の原則(222条1項, 110条参照)との関係

- ア 問題提起：令状事前呈示の原則に反しないか

↓

イ 規範定立

- ・原則：捜索の実行着手前に令状呈示がなされるべき

↓

- ・例外：具体的状況のもとで、やむを得ない事情があるときは、捜索着手後に令状呈示をすることも許容される

↓

ウ あてはめ

- ・本件では重大犯罪が問題となっており、捜査の必要性が高い
- ・犯人の特徴が多く認められる事件であり、差押対象物件の証拠価値も大きい
- ・差押対象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る
- ・Pらはいまだ具体的な捜索活動は行っておらず、法益侵害の程度は低い  
→本件の捜索差押許可状呈示行為は、捜索・差押えの実効性を確保する上で相当な行為

↓

エ 結論：捜査②は令状事前呈示の原則にも反しない

↓

(4) 結論

- ・捜査②は適法

3 捜査③

(1) 問題提起

- ・Pによる捜査③の行為が許されるか、令状による捜索の範囲が問題

↓

(2)ア 規範定立

- ・反対説：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捜索を行っても令状主義には反しない
- ・判例：捜索開始後に配達された荷物の捜索を適法
- ・自説：新たなプライバシー侵害となる場合には、当該捜索は違法

↓

イ あてはめ

- ・本件ではPが甲の意思に反して能動的に荷物を甲宅に持ち込み捜索  
→甲宅に対する捜索とは別個のプライバシー侵害を生じさせる態様といえる

↓

ウ 結論

- ・上記荷物に対しては、捜索差押許可状の効力は及ばない

↓

(3) 結論

- ・捜査③は令状主義（憲法35条、218条1項）に反し違法

4 捜査④

- (1) ワイヤーの押収は、「領置」（221条）として許容されないか

- ↓
- (2) 「遺留した物」の該当性
- ア 自説：「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る
- ↓
- イ あてはめ：ゴミ集積所内の状況からして占有を放棄されたといえる
- ↓
- ウ 結論：上記ワイヤーは「遺留した物」に当たる
- ↓
- (3) 領置の適法性
- ア 自説：「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
- ↓
- イ あてはめ
- ・ 上記ワイヤーは、重要な証拠物となる可能性が高く領置処分の必要性が高い
  - ・ ゴミ集積所の状況からすると、ゴミを持ち去られても法益侵害の程度は低い
  - ・ D市によるゴミ収集の予定は、ゴミとして処分される期待を保護するものではない
  - ・ Qは他者のプライバシーを侵害するような態様で押収しているわけではない
- ↓
- ウ 結論：捜査④は、「領置」として許容される
- ↓
- (4) 結論
- ・ 捜査④は適法

## 第2 設問2

### 1 伝聞証拠該当性

#### (1) 問題提起

- ・ 本件調書が伝聞証拠に当たるのか

↓

#### (2) 規範定立

- ・ 自説：伝聞証拠とは、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い、要証事実、立証趣旨と証拠構造から把握する

↓

#### (3) あてはめ

- ア 本件調書はW宅における供述を録取した書面であり、①を満たす

↓

#### イ ②について

- ・ 本件では犯人性は間接証拠を積み重ねて立証していく（証拠構造）
- ・ 本件調書の内容は、Vのストーカー被害及びわいせつ行為の被害を説明するもの  
→本件調書は、甲にVを強姦する動機があったことを要証事実としている

↓

- ・ 供述内容の真実性が問題となるといえ、②も満たす

- ↓
- (4) 結論
- ・本件調書は伝聞証拠に当たる
- 2 伝聞例外
- (1) 321条1項3号該当性
- ア 要件：①供述不能，②証拠の不可欠性，③絶対的特信情況
- ↓
- イ Wはすでに死亡しており，①を満たす
- ↓
- ウ ②について
- ・自説：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，「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」というべき
- ↓
- ・あてはめ：甲の犯人性を証明するために本件調書が必要不可欠であり，②も満たす
- ↓
- エ ③について
- ・自説：外部的付随的事情を基準に，これを推知する限りにおいて供述内容をも斟酌
- ↓
- ・あてはめ：Wは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おり，本件調書の内容は理路整然としていて，論理的に不自然な点はない  
→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，③も満たす
- ↓
- オ 結論：本件調書は321条1項3号の要件を満たす
- ↓
- (2) 再伝聞
- ア 問題提起
- ・再伝聞の証拠能力が認められるか
- ↓
- イ 規範定立
- ・自説：再伝聞であっても，324条類推適用により証拠能力を肯定しうる
- ↓
- ウ あてはめ
- (7) 要件：①供述不能，②証拠の不可欠性，③絶対的特信情況
- ↓
- (イ) Vはすでに死亡しており，①を満たす
- ↓
- (ウ) Vの供述から甲の動機を立証することが必要不可欠な状況にあり，②も満たす
- ↓
- (エ) ③について
- ・VとWの関係性からすればVが嘘をついている可能性は低い

- ・会話の態様からすると、客観的に見て信用性の高い供述がなされている
  - ・内容面においても矛盾のない自然な供述である
- ③も満たす

↓

エ 結論：再伝聞の要件も満たす

↓

3 結論

- ・本件調書には証拠能力が認められる

以 上

## 【分析と展開】

## 第1 設問1

## 1 捜査①

(1) 司法警察員Pらは、被疑者たる甲の居宅の捜索に先立ち、玄関ドアの覗き穴を指で塞いだ上で甲宅のチャイムを押し、また、玄関ドアの覗き穴からは段ボール箱しか見えないようにした上で再度チャイムを押し、「宅配便です。」と呼び掛け、これを信じた甲が中から玄関ドアを開けたのに乗じて足を玄関内に差し入れるなどしている。

そこで、これらの行為が「必要な処分」(刑事訴訟法(以下省略する。)222条1項、111条1項前段)として許容されるか否かが問題となる。

(2) 「必要な処分」の許容性については、捜査上の必要性、法益侵害の程度、行為態様としての相当性といった事情を考慮するのが一般的である。

(3) あてはめにおいては、被疑事実が強姦致死であることや、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、またVを携帯電話で写真撮影したりVの手足をX社製の樹脂性ワイヤーで縛ったりした疑いがあるという事情、令状記載物件たる「覚せい剤、携帯電話、Vの写真、X社製の樹脂性ワイヤー」の証拠価値の重要性、同物件の破棄・隠匿の容易性等について適切に指摘・評価することが望ましい。他方で、上記Pらの行為が住居権者たる甲にいかなる不利益を与えるものかという点についても配慮が求められよう。

## 2 捜査②

(1) 捜査②において、Pらは、甲宅居間に至った後に捜索差押許可状を呈示している。そこで、捜索の着手後になされた令状呈示は適法かが問題となる。

(2) 前提として、令状主義(憲法35条、218条1項)に反しないかが問題となるものの、事前の令状呈示をすること自体は令状主義の直接の要請とまではいえないと解されることから、上記違反の問題はないであろう。

(3) そこで、令状事前呈示の原則(222条1項、110条参照)に反しないかが問題となるところで、令状呈示の趣旨からすれば、原則として捜索処分の実行着手前に令状呈示がなされるべきであるものの、例外的に、具体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、事後の令状呈示も許容されると解されよう。

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件の破棄・隠匿の容易性や、当該物件の有する証拠価値の重要性、Pらがいまだ具体的な捜索活動は行っていないこと等の事情を考慮し、事後の令状呈示がやむを得ないものといえるか否かを検討することが求められる。

## 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。そこで、このような措置をとることができるのが問題となる。

(2) この問題に関し参考になるのが、被告人居宅捜索中に被告人宛に送達され被告人が受領した荷物の探索行為を適法とした最決平19.2.8(刑集61-1-1, 刑訴百選22事件)である。なお、同決定は、「必要な処分」(222条1項、111条1項)として検討を行った原審と異なり、同行為につき捜索そのもの(222条1項、102条1項)として許容している。同決定の判示によるならば、本件においても令状による捜索の範囲が問題とな

ることとなる。

- (3) 同決定は、配達された荷物を検索できるとした理由を明示していない。もっとも、その理由は、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、配達された荷物についても、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解されること等にあると考えられる。

しかし、捜査③は、被疑者が自ら荷物を受領した事案ではない。すなわち、本件は、甲が荷物を取り寄せることを拒んだにもかかわらず、Pが能動的に荷物の再配達をさせ、それを搜索したものである。

本問の結論を導くに当たっては、このような差異を意識した論述をすることが求められる。一つの考え方としては、甲が自ら荷物を受領しておらずPが取り寄せた点を考慮し、当該荷物に対する甲のプライバシー保護は解除されていない以上、新たな法益侵害を生じさせるものであって同決定の射程外であるとする解釈などがありえよう。この場合、捜査③は無令状でなされたものとなり、令状主義（憲法35条、218条1項）に反し違法ということになる。

#### 4 捜査④

- (1) 司法警察員Qは、公道上のゴミ集積所から無令状でワイヤーを押収しているため、このような措置が許されるかが問題となる。

前提として、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は公道上の共同ゴミ集積所においてなされているものであり、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) まず、221条にいう「遺留した物」といえるか否かは、占有侵害の有無が判断基準となる。

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、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から、上記ワイヤーは「遺留した物」に当たるといえよう。

- (3) 次に、「遺留した物」に当たるとしても、プライバシー等の権利侵害が生じることはありうることから、「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する見解が有力である。

この見解を前提とした場合、上記ワイヤーの有する証拠価値、上記ワイヤーが捨てられていた場所の性質、他者にゴミを持ち去られた場合の法益侵害の有無・程度、ゴミとして処分される期待の要保護性、Qによる押収の態様等につき適切な評価を加えた上で、「領置」の適法性について検討を加えることが求められよう。

## 第2 設問2

### 1 伝聞証拠該当性

- (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、本件調書の伝聞証拠該当性が問題となる。
- (2) まず、伝聞証拠について論じる際には、伝聞証拠に証拠能力が認められない趣旨を述べた

うえで、伝聞証拠とは公判廷外の供述であって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との定義を導くことが望ましい。

- (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ていたこと」である。そして、本件においては、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宅及び甲宅付近から発見されてはいるものの、甲のDNA鑑定等は行われておらず、いまだ強姦致死被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定している。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に遭っていたことを説明するものである。

これらの点からすれば、本件調書は、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事実としているものと解すべきであろう。なぜなら、このような動機の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らである。

そして、甲にVを強姦する動機があったという要証事実との関係で、①ストーカーの身体的特徴及び②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という部分等、W(V)がした供述内容の真実性が問題となる。

したがって、本件調書は伝聞証拠に当たることとなる。

## 2 伝聞例外

### (1) 321条1項3号該当性

本件調書が伝聞証拠に当たるとした場合、本件調書の証拠能力が認められるには321条1項3号の要件を満たす必要がある。Wはすでに死亡しており、供述不能要件を満たすことは明らかであることから、それ以外の不可欠性及び特信性の要件について検討を行うこととなる。

不可欠性の要件については、その意味内容につき、その供述が犯罪事実の証明につき実質的に必要と認められる場合のことをいうと解する見解、他の適法な証拠では同一目的を達し得ない場合をいうと解する見解、事実認定に著しい差異を生じさせる可能性がある場合をいうと解する見解等、諸説がある。もともと、本件においては、上述のとおり甲の犯人性を基礎づける証拠に乏しく、これを証明するためには、本件調書によって甲の動機を立証することが必要不可欠な状況にあるため、上記のいかなる見解によっても要件を充足すると解することができよう。

特信性（絶対的特信状況）の要件については、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とするのが通説である。本件においては、Wは、事件当日の夜に、自宅において、落ち着きを取り戻したうえで供述をしていること、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ること等の事情を評価し、要件充足性を判断すべきである。

### (2) 再伝聞

本件調書が321条1項3号の要件を満たすとしても、本件調書の中で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の供述が含まれており、二重の伝聞が存在する。

再伝聞証拠の許容性については肯定説と否定説があるものの、320条1項の趣旨からすれば、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、典型的に誤判の危険性は低いといえるので、証拠能力を認めうると解することが素直であろう。最判昭32.1.22（刑集11-1-103、刑訴百選91事件）も再伝聞証拠の証拠能力を肯定し



ている。

再伝聞肯定説を前提とした場合、本件においては、324条2項の準用する321条1項3号の要件を満たす必要がある。前述と同様の規範に従い検討することが求められるが、特信性（絶対的特信情況）の要件については、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に対して供述をしていること、電話を用いて話をしていること、ストーカー被害に遭った直後にその都度話をしていること、その供述内容はストーカーの特徴等を詳細に語るものであること等の事情を評価することが求められる。

## 【解 説】

## ◆ 論点① 必要な処分 ◆

## 1 問題の所在

Pらは、捜査①において、玄関ドアの覗き穴を指で塞ぎ、部屋の内部からは外部を確認できないようにした上で甲宅のチャイムを押し、また、一旦その場を離れた上で5分後に甲宅を再訪し、押取物を入れるために持参した段ボール箱を体の前に抱え、玄関ドアの覗き穴からは段ボール箱しか見えないようにした上で再度チャイムを押し、「宅配便です。」と呼び掛け、さらに、これを信じた甲が中から玄関ドアを開けたので、直ちに玄関ドアが閉められないよう足を玄関内に差し入れるなどしている。そこで、このような処分が「必要な処分」（222条1項、111条1項前段）として許容されるか否かが問題となる。

## 2 学 説

## (1) 「必要な処分」として認められる要件

執行の目的を達するために合理的に必要な範囲内の処分をいい、必ずしもその態様を問わない。

しかし、「必要があればどのような処分も許されるというのではなく、執行の目的を達成するために相当な方法による処分でなければならない」（安富潔『刑事訴訟法〔第2版〕』P.169）。「被処分者の損害が小さくない場合は、執行者側がより損害の少ない方法を取るための必要な努力をしたのか、相手方の協力を得ることができたかどうかによって、適法と認められるかどうかは大きく異なってくる」（松本時夫ら編『条解 刑事訴訟法〔第4版〕』P.225）。その範囲を超えて、「捜索・差押えによって侵害される法益の範囲を超えるような侵害行為が必要なときは、検証としての処分（222条1項・129条）が必要となる」（田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』P.92）。

## (2) 具体例

学説が具体例として挙げるのは、①捜索場所に入室するための処分（宅配便になりすましての開扉、鍵等の破壊や鎖錠の切断など）、②執行中の電話の受発信の禁止（以上、安富・前掲書P.169）、③被疑者宅に対する捜索差押許可状で捜索中、被疑者が差押目的物を隣家に投げ込んだような場合に、隣家へ立ち入ること（田口・前掲書P.93）、④捜索差押手続の適法性を担保するため執行状況を写真に撮影すること（松本ら・前掲書P.225）、⑤来意を告げないでマスターキーでホテル客室のドアを解錠すること、⑥令状記載物件である覚せい剤であるか否かを確認するため、白色粉末の微量に試薬を用いてこれを費消すること（上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』P.156）、等である。

## 3 判 例

## □ 大阪高判平6. 4. 20（高刑集47-1-1）

## 【事 案】

覚せい剤取締法違反の被疑者甲の住居を捜索差押許可状に基づき捜索するにあたり、警察官が宅配便の配達を装って玄関扉を開けさせて住居内に立ち入った。

## 〔判 旨〕

「ところで、法は、搜索を受ける者が受忍的協力的態度をとらず、令状を提示できる状況にない場合においては、捜査官に対し令状提示を義務付けている法意に照らし、社会通念上相当な手段方法により、令状を提示することができる状況を作成することを認めていると解され、かつ、執行を円滑、適正に行うために、執行に接着した時点において、執行に必要不可欠な事前の行為をすることを許容しており（111条）、例えば、住居の扉に施錠するなどして令状執行者の立入りを拒む場合には、立ち入るために必要な限度で、錠をはずしたり破壊したり、あるいは扉そのものを破壊して、令状の提示ができる場に立ち入ることも許していると解される。所論は、刑事訴訟法111条の『必要な処分』も、来訪の趣旨と令状発付の事実を告げて開扉を求め、これに対する明らかな拒絶や罪証隠滅の具体的行為が認められた際に初めて可能となるのであって、当初より虚偽を述べて開扉させたのは違法であると主張する。しかし、一般論として、そのような手順で搜索しても証拠を隠滅される危険性がないうときは、所論のいうとおりの手順をとるべきであろうことは論を待たないが、ごく短時間で証拠隠滅ができる薬物犯罪において、搜索に拒否的態度をとるおそれのある相手方であって、その住居の玄関扉等に施錠している場合は、そもそも、正直に来意を告げれば、素直に開扉して搜索に受忍的協力的態度をとってくれるであろうと期待することが初めからできない場合であるし、開扉をめぐる押し問答等をしている間に、容易に証拠を隠滅される危険性があるから、捜査官側に常に必ず所論のいうような手順をとることを要求するのは相当でない。このような場合、捜査官は、令状の執行処分を受ける者らに証拠隠滅工作に出る余地を与えず、かつ、できるだけ妨害を受けずに円滑に搜索予定の住居内に入って搜索に着手でき、かつ搜索処分を受ける者の権利を損なうことがなるべく少ないような社会的に相当な手段方法をとることが要請され、法は、前条の『必要な処分』としてこれを許容しているものと解される。

本件は、覚せい剤取締法違反の被疑事実により覚せい剤等の搜索差押を行ったものであるところ、その搜索場所は、当該事件の被疑者である甲の住居であるうえ、甲は、覚せい剤事犯の前科二犯を有していることに照らすと、甲については、警察官が同法違反の疑いで搜索差押に来たことを知れば、直ちに証拠隠滅等の行為に出ることが十分予測される場合であると認められるから、警察官らが、宅急便の配達を装って、玄関扉を開けさせて住居内に立ち入ったという行為は、有形力を行使したものであるも、玄関扉の錠ないし扉そのものの破壊のように、住居の所有者や居住者に財産的損害を与えるものでもなく、平和裡に行われた至極穏当なものであって、手段方法において、社会通念上相当性を欠くものとまではいえない。」

## □ 最決平14. 10. 4（刑集56-8-507, 刑訴百選23事件）

## 〔事 案〕

被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状の執行にあたり、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した。

## 〔決定要旨〕

「警察官らは、被疑者に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状を被疑者在室時に執行することとしたが、搜索差押許

可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテルの支配人からマスターキーを借り受けた上、来意を告げることなく、施錠された上記客室のドアをマスターキーで開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に捜索差押許可状を呈示して捜索及び差押えを実施したことが認められる。

以上のような事実関係の下においては、捜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、捜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑訴法222条1項、111条1項に基づく処分として許容される。」

#### 4 本問における具体的検討

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、無期又は5年以上の懲役に処せられうる重大犯罪である（刑法181条2項、同177条参照）。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、Vの手足をX社製の樹脂性ワイヤーに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ところ、これらの事情からすると、「覚せい剤、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を有するものといえる。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によって容易に破棄・隠匿することが可能なものであり、甲にそのような措置をとられないためには、迅速に捜索・差押えを執行する必要性が認められる。

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達である旨を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、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、玄関ドアが閉められないようにするためにな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。

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、「必要な処分」として適法ということになる。

## ◆ 論点② 令状事前呈示原則 ◆

## 1 問題の所在

Pらは、捜査②において、玄関ドアを開き、甲の制止を無視して、甲が暴れたり妙な行動をした  
りしないよう牽制しつつ室内に立ち入り、甲宅の居間に至った後に捜索差押許可状を呈示している。  
ここで、Pらは未だ具体的な捜索活動を開始していないが、捜索場所へ立ち入れれば、内部の様子が  
視界に入ってくることから、Pらは捜索に着手したといえる。そこで、上記呈示は捜索に着手した  
後になされたものとして、222条1項が準用する110条に反し、違法とされないかが問題とな  
る。

## 2 学説

「令状呈示は、捜索・差押え活動の範囲を令状記載の範囲に限定し、もって被疑者の防御権を保  
障する機能をいとなむものである」から、令状は、原則として、捜索・差押えの執行に着手する前  
に示さなければならない(田口・前掲書P.91)。

「もっとも、捜査官にとって令状の事前呈示が物理的・事実上不可能な場合にまで、捜査官に令  
状の事前呈示を求めるものではない。」

令状の事前呈示が物理的・事実上不可能な場合の例としては、「①被処分者が不在の場合(東京  
高判昭40.10.29判時430-33)、②被処分者が令状による捜索差押許可状の執行であ  
ることを知りながら、令状の閲読を拒んだり、暴れたりして、呈示を受ける権利を放棄したとみな  
される場合(東京地判昭50.5.29判時805-84)、③薬物犯罪等で捜査機関の動きを察  
知されれば容易に対象物件を破棄隠匿されるおそれがある場合(最決平14.10.4刑集56-  
8-507)などがある。」

なお、「令状の呈示は、憲法35条が保障する令状主義の直接的な要請であるとまではいえない  
ので、法の趣旨からすれば、被処分者にいかなる場合にも令状の事前呈示を受ける権利が保障され  
ているとはいえず、また、捜査官に常に令状の事前呈示の義務があるとまではいえないと解され  
る」(以上につき、安富・前掲書P.164)。

## 3 判例

## □ 前掲最決平14.10.4(刑集56-8-507, 刑訴百選23事件)

## 〔決定要旨〕

「警察官らは、被疑者に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、被疑者が宿泊してい  
るホテル客室に対する捜索差押許可状を被疑者在室時に執行することとしたが、捜索差押許  
可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい  
剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホ  
テルの支配人からマスターキーを借り受けた上、来意を告げることなく、施錠された上記客  
室のドアをマスターキーで開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に捜索差押許可状を呈示  
して捜索及び差押えを実施したことが認められる。

…同法222条1項、110条による捜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保すると  
ともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手す  
る前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着  
手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、捜索差押えの

実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」

□ 前掲大阪高判平6. 4. 20 (高刑集47-1-1)

〔事 案〕

覚せい剤取締法違反の被疑者甲の住居を捜索差押許可状に基づき捜索するにあたり、警察官が宅配便の配達を装って玄関扉を開けさせて住居内に立ち入り、甲の住居の全体を見渡せる位置に至ってから令状を呈示した。

〔判 旨〕

「刑事訴訟法は、捜査官が、捜索差押許可状に基づき捜索差押をする際は、その処分を受ける者に対し当該令状を示さなければならないと規定しており（222条1項、110条）、その趣旨は、捜索差押手続きの公正を保持し、執行を受ける者の利益を尊重することにあるから、捜索差押の開始前に、その執行を受ける者の要求の有無にかかわらず、捜査官が令状を示すのが原則であることはいうまでもない。他方、法は、捜索を受ける者に対しても、それなりの受忍的協力的態度に出ることを予定し、かつ、捜査官が、処分を受ける者に直接面と向かい令状を提示できる状況があることを前提にしているものと解される。しかし、現実には、相手方が、受忍的協力的態度をとるところか、捜査官が捜索差押に来たことを知るや、玄関扉に施錠するなどして、令状を提示する暇も与えず、捜査官が内部に入るまでに、証拠を隠滅して捜索を実効のないものにしてしまうという行為に出ることがないではない。ことに薬物犯罪における捜索差押の対象物件である薬物は、撒き散らして捨てたり、洗面所等で流すなどして、ごく短時間で容易に隠滅することができるものであり、この種犯罪は、証拠隠滅の危険性が極めて大きい点に特色があり、かつ、捜索を受ける者が素直に捜索に応じない場合が少なくないという実情にある。」

「…捜査官は、捜索現場の室内に立ち入る場合、それに先立ち令状を適式に提示する必要があるが、令状の提示にはある程度時間を要するところ、門前や玄関先で捜査官が令状を提示している間でさえも、その隙をみて、奥の室内等捜査官の目の届かぬところで、その処分を受ける者の関係者等が、証拠隠滅行為に出て捜索の目的を達することを困難にすることがあり、そのようなおそれがあるときには、捜索差押の実効を確保するため令状提示前ないしはこれと並行して、処分を受ける者の関係者等の存否および動静の把握等、現場保存的行為や措置を講じることが許されるものと解される。」

本件の場合、厳密にみれば、警察官らは、令状の提示前に各室内に立ち入っており、Wは、玄関を入ったところにある台所の次の部屋で、住居全体を見渡せる位置にある4畳半間まで入ってから、同所で甲に捜索差押許可状を示したことが認められるが、Wら警察官は、『警察や。切符出とんじゃ』等と言いながら屋内に入っており、令状による捜索差押のために立ち入ることを告げていること、令状を示した時点では、警察官らは、まだ室内に立ち入ったのみで、具体的な捜索活動は開始していなかったこと、同住居内には、甲のほか、妻や同居人等複数の者がいて、その動静を把握する必要があったことなどの点をも考えると、これら令状提示前の数分間（甲は、原審公判廷で1、2分間と供述する）になされた警察官らの室内立ち入りは、捜索活動というよりは、むしろその準備行為ないし現場保存的行為というべきであり、本来の目的である捜索行為そのものは令状提示後に行われていることが明らかであるから、本件においてWら警察官がとった措置は、社会的に許容される範囲内のものと認め

られる。」

#### 4 本問における具体的検討

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。また、当該物件は、本事件に関し重要な証拠価値を有するものである。

他方、Pらは、搜索差押許可状呈示前に甲宅内に立ち入っているから、すでに搜索に着手したとはいえるが、いまだ具体的な搜索活動は行ってい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、甲を牽制しつつ室内に入り、その後に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。

以上からすれば、捜査②は令状事前呈示の原則に反しないこととなろう。

## ◆ 論点③ 令状に基づく搜索の範囲 ◆

## 1 問題の所在

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破している。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 判例

□ 最決平19. 2. 8 (刑集61-1-1, 判タ1250-85, 刑訴百選22事件)

## 〔事案〕

警察官が、覚せい剤取締法違反被疑事件につき、搜索場所を被告人方居室等、差し押さえるべき物を覚せい剤等とする搜索差押許可状に基づき、被告人立会いの下に上記居室を搜索中、宅配便の配達員によって被告人あてに送達され、被告人が受領した荷物について、警察官においてこれを開封したところ、中から覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤所持罪で現行犯逮捕し、逮捕の現場で上記覚せい剤を差し押さえた。

## 〔決定要旨〕

「原判決の認定によれば、警察官が、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、搜索場所を被告人方居室等、差し押さえるべき物を覚せい剤等とする搜索差押許可状に基づき、被告人立会いの下に上記居室を搜索中、宅配便の配達員によって被告人あてに配達され、被告人が受領した荷物について、警察官において、これを開封したところ、中から覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤所持罪で現行犯逮捕し、逮捕の現場で上記覚せい剤を差し押さえたというのである。所論は、上記許可状の効力は令状呈示後に搬入された物品には及ばない旨主張するが、警察官は、このような荷物についても上記許可状に基づき搜索できるものと解するのが相当であるから、この点に関する原判断は結論において正当である。」

## 〔評価〕

本決定が本件許可状に基づき本件荷物を搜索できるとした理由は明示されていないものの、その理論的根拠については以下のように説明できよう（以下、主に判例タイムズ1250号P.85以下を参照）。

まず、第1に、搜索差押許可状に搜索すべき場所の記載を要求する刑訴法219条1項の趣旨は、憲法35条1項の住居の不可侵を保障する点にあるところ、搜索実施中に他の場所から搜索すべき場所に持ち込まれ、被告人が所持・管理するに至った物について搜索を行ったとしても、新たな住居権・管理権の侵害を伴うものではなく、新たな令状を必要とする理由はないと考えられる点が挙げられる。緑大輔・刑訴百選P.49（22事件解説）も、被告人が受領して荷物の占有が移転し、これに付随してプライバシーの保護が解除されたことを本決定は示唆しているとする。

第2に、搜索差押許可状の効力は、令状呈示の時点で搜索すべき場所に存在する物にのみ及び、その後他の場所から搬入された物品には及ばない、と定める規定は存在しないし、そのように解する根拠も見出し得ないという点が挙げられる。すなわち、裁判官は、令状発付の段階においては、当該令状の有効期間内に搜索場所に差し押さえるべき物が存在する蓋然性がある



か否かという点を審査するのであり、物がいつ搜索場所に持ち込まれるかという点を問題としていない。実際上も、搜索開始時期がたまたま前後したというだけで、搜索場所にある物を搜索できたりできなくなったりするのは不合理と考えられる。

第3に、令状呈示の趣旨は、令状の執行を受ける者に対して、裁判の内容を知らせる機会を与え、手続の明確性と公正を担保するとともに、裁判に対する不服の機会を与えるという点にあるところ、この趣旨からすれば、令状の呈示という行為自体には、呈示の時点で搜索場所に存在するものに許可状の効力を限定するという機能まで認めることはできないことが挙げられる。このことは、処分を受ける者が不在のときには令状を示さずに執行に着手することができることとされていることから明らかと思われる。

※ なお、宅配物の中の探索行為について、原審判決は「必要な処分」（222条1項・111条1項）として検討を行っているところ、本決定は同行為につき搜索そのもの（222条1項・102条1項）として許容している点に注意されたい（刑訴百選22事件解説P. 48参照）。

### 3 学説

前掲最決平19. 2. 8の評釈である緑大輔・刑訴百選P. 49（22事件解説）は、仮に被疑者が荷物の受領を拒絶し、当該荷物が搜索場所に至らなかった場合には、被疑者の受領拒絶により当該荷物は搜索場所に付属しない以上、封緘物たる荷物はプライバシーの利益の保護を解除されないから、被告人居室を搜索場所とする搜索令状を以て令状記載の搜索場所でない荷物の中身への搜索を許容することは困難であるとする。また、捜査官が被疑者の受領拒絶の意思に反して宅配便業者から荷物を受領し、搜索場所中で中身を搜索する場合についても、これを許すと、例えば、被告人の承諾なく宅配便の集配センターから未配達被告人あての荷物を捜査機関が借り受け、搜索場所たる被告人居室に同荷物を持ち込めば、同荷物への搜索も搜索場所に付属した物として令状により許されるということになりかねないし、また、被告人の意思によらずに被告人の管理権内に編入することまで上記平成19年決定が許容しているとまでは読めず、捜査官が被疑者の受領拒絶の意思に反して宅配便業者から荷物を受領する場合には別途令状を要すると解すべきとする。

また、入江猛「判解」法曹時報62巻6号P. 1654も、「被告人が宅配物を受け取らない場合には、通常であれば宅配業者は受取り拒絶ということで本件荷物を持ち帰ることになるわけであり、その段階では、いまだ本件荷物は搜索すべき場所に入ったとはいえないが、警察官が何らかの事情によりこれを実際に被告人に代わって受領して被告人方に持ち込んでしまったような場合には、搜索すべき場所に本件荷物が入ったことになる。このような行為は、基本的には搜索差押許可状の対象外であった物を違法不当に搜索場所に取り込んだと評価されることが多いであろう。」とする。

### 4 本問における具体的検討

本件は、前掲最決平19. 2. 8と異なり、搜索中に荷物が配達され被疑者がこれを受領したという事案ではない。すなわち、本件においては、甲宅には不在連絡票しかなく、甲が荷物を取り寄せることを拒んだにもかかわらず、Pが能動的に宅配業者に連絡し、荷物の再配達をさせ、それを搜索している。つまり、甲が自らの意思により荷物を受領したという事情はないのであって、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。

したがって、本件には前掲最決平19.2.8の射程は及ばず、上記荷物に対しては搜索差押許可状の効力が及ばないものと考えられる。

他方で、不在連絡票である点に着目し、本来であれば（当初の配達時に甲が在宅しており、その際に荷物を受け取っていれば）、搜索着手時点において搜索場所に存在していたはずの物であると考え（当該時点において甲が所持・管理していたであろう可能性が相当程度認められる物であると考え）、偶然の事情は考慮すべきではないとし、上記荷物に搜索差押許可状の効力が及ぶと解する余地もないわけではないと考えられる。

## ◆ 論点④ 領置 ◆

## 1 問題の所在

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ため、この措置が許されるかが問題となる。

前提として、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は公道上に存する共同の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、捜査④については、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 判例

□ 最決平20. 4. 15 (刑集62-5-1398, 判タ1268-135)

## 〔事案〕

捜査官が、被疑者甲及びその妻が自宅付近の公道上にあるゴミ集積所に出したゴミ袋を回収し、そのゴミ袋の中身を警察署内において確認し、防犯ビデオに写っていた人物が着用していたものと類似するダウンベスト、腕時計等を発見し、これらを領置した。

## 〔決定要旨〕

「ダウンベスト等の領置手続についてみると、甲及びその妻は、これらを入れたゴミ袋を不要物として公道上のゴミ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、排出されたゴミについては、通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑訴法221条により、これを遺留物として領置することができるというべきである。また、市区町村がその処理のためにこれを収集することが予定されているからといっても、それは廃棄物の適正な処理のためのものであるから、これを遺留物として領置することが妨げられるものではない。」

## 3 学説

「領置は、遺留物や任意提出物の占有を捜査機関が取得する処分である」が、占有取得の過程で強制の要素を持たない点で差押えと異なる。

「ゴミが『被疑者その他の者が遺留した物』に該当するかは、所有又は管理権限を放棄したといえるかによる。ゴミ袋等に容れられていて、いずれは処分することが明白であっても、被疑者等の自宅内に置かれているときは、いまだ被疑者等が所有又は管理を放棄したとはいえない。」この場合には、「令状により差し押えるか、被疑者等から任意提出を受けることになる」。他方、「公道上のゴミ集積場に出されたものについては、被疑者等の所有又は管理権限を放棄したと認められる限り、遺留した物と考えることができる」(安富・前掲書P. 184～5)。

上口・前掲書P. 140も、「不要物として公道上のゴミ集積所に排出されたものは、遺留物として領置することができる」とした上で、前掲最決平20. 4. 15の判示は、「領置としての占有取得に際し、押収の理由・必要が令状審査によって確認されておらず、また、令状審査を経ることなく押収をなしうる場合にもあたらないので、任意捜査の場合に準じて、遺留物に対するプライバシー期待の程度と捜査の必要の比較衡量が必要である、という趣旨に解される」とする。このよ

うな理解からすれば、領置の適法性の検討に際しては、相当性判断の検討が求められよう。

#### 4 本問における具体的検討

まず、Qが押収したワイヤーは、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えることができるから、「遺留した物」に当たるといえる。

そして、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り、領置処分の必要性が認められること、他方で、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であって、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うな場所といえ、当該場所からゴミを持ち去られても法益侵害の程度は低いと評価できること、さらに、同ゴミ集積所においてはD市によるゴミ収集が予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するものともいえないこと、加えて、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しているわけではないことからすれば、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」として許容されるといえよう。

## ◆ 論点⑤ 伝聞証拠の意義 ◆

## 1 問題の所在

本件調書は、公判期日におけるWの供述に代えるものとして、証拠調べ請求がされている。そのため、本件調書が伝聞証拠に当たる場合には、320条1項により原則として証拠能力が否定される。そこで、本件調書が伝聞証拠に当たるのかが問題となる。

## 2 伝聞証拠の意義

伝聞証拠は、原則として証拠能力が認められていない(320条1項)。なぜなら、供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述というプロセスを経るものであり、各過程について誤りが生じるおそれがあるところ、公判期日外の供述は、①公判廷での宣誓がなく偽証罪(刑法169条)による処罰の警告を受けていないこと、②裁判所が直接に供述態度を観察することができないこと、③相手方当事者による反対尋問を経していないことから、誤りが入り込むおそれが典型的に高いと解されるからである。

この根拠からすると、伝聞証拠とは、上記問題を孕んだ供述、すなわち、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ものと解される。

他方、その供述内容の真実性ではなく、当該供述の存在自体を要証事実とする場合等においては、その供述を聞いたとする証言自体の真実性が問題となるだけであって、原供述者の供述過程のチェックは不要であり、原供述者の供述内容の真実性は問題にならない。したがって、供述の存在自体を要証事実としたときには、当該供述は伝聞証拠とはいえず、関連性が認められる限り、証拠能力が肯定される。

なお、要証事実、立証趣旨と証拠構造から把握する(以上につき、安富・前掲書P.505～512、田口・前掲書P.396～402参照)。

## 3 判例

□ 最判昭30.12.9(刑集9-13-2699、「あの人はずかんわ、いやらしいことばかりする」事件)

## 〔判旨〕

「さらに、第一審判決は、被告人は『かねてAと情を通じたいとの野心を持っていた』ことを本件犯行の動機として掲げ、その証拠として証人Bの証言を対応させていることは明らかである。そして原判決は、同証言は『Aが、同女に対する被告人の野心にもとづく異常な言動に対し、嫌悪の感情を有する旨告白した事実に関するものであり、これを目して伝聞証拠であるとするのは当たらない』と説示するけれども、同証言が右要証事実(犯行自体の間接事実たる動機の認定)との関係において伝聞証拠であることは明らかである。従つて右供述に証拠能力を認めるためには刑訴324条2項、321条1項3号に則り、その必要性並びに信用性の情況保障について調査するを要する。殊に本件にあつては、証人BはAの死の前日まで情交関係があり且つ本件犯罪の被疑者として取調べを受けた事実あるにかんがみ、右供述の信用性については慎重な調査を期すべきもので、これを伝聞証拠でないとして当然証拠能力を認める原判決は伝聞証拠法則を誤り、引いて事実認定に影響を及ぼすものといわなければならない。」

## 〔評 価〕

控訴審判決は、「あの人はすかんわ」という被害者の嫌悪の感情を情交合意の否定立証に利用し、非伝聞とした（田口・前掲書P. 401）。

「しかし、本件では、Aの発言を内容とするBの証言は、右の限度で証拠とされているのではなく、被告人がかねてAと情を通じたいとの野心をもってのこと、すなわち被告人に犯行の動機があったこと（これが、被告人が犯人であることを推認する重要な間接事実のひとつになっている）を認めるべき証拠として用いられているのである。Aが被告人を嫌悪していたという事実だけでは、その原因は様々に考えるのであって、右のような犯行の動機まで推認することはできない。Aの発言全体の趣旨は、被告人がAをつけたことがあり、いやらしいことばかりするので、嫌いだというものであるが、Aの嫌悪の情の原因となった被告人の『いやらしい』言動の存在が立証されることによってはじめて、被告人に動機があったことを推認できる場合なのである。そうしてみると、Bの証言は、単にAの心の状態を立証するものではなく、Aの知覚した被告人の言動を立証するものとして、伝聞にあたることは明らかであるといわなければならない」（金築誠志・刑訴百選〔第5版〕P. 181）。

## □ 最判昭38. 10. 17（刑集17-10-1795、白鳥事件）

## 〔判 旨〕

「所論は、原判決は、刑訴320条、324条に違反し、証拠能力がない伝聞供述を証拠として採用しており、憲法31条、32条、37条2項に違反する旨主張するが、その実質は単なる法令違反の主張に帰し、刑訴405条の上告理由に当らない。（伝聞供述となるかどうかは、要証事実と当該供述者の知覚との関係により決せられるものと解すべきである。被告人P1が、P33社宅で行われた幹部教育の席上『P8はもう殺してもいいやつだな』と言った旨のP34の検察官に対する供述調書における供述記載（（第一審判決証拠番号〔224〕））は、被告人P1が右のような内容の発言をしたこと自体を要証事実としているものと解せられるが、被告人P1が右のような内容の発言をしたことは、P34の自ら直接知覚したところであり、伝聞供述であるとは言えず、同証拠は刑訴321条1項2号によつて証拠能力がある旨の原判決は是認できる。次に、被告人P1がP13の家の2階かP5の下宿かで、『P8課長に対する攻撃は拳銃をもってやるが、相手が警察官であるだけに慎重に計画をし、まずP8課長の行動を出勤退庁の時間とか乗物だとかを調査し慎重に詳画を立てチャンスをおらう』と言った旨の証人P4の第一審第38回公判における供述（（同〔228〕））、被告人P1がP2の寄寓先で『P29党を名乗つて堂々とP8を襲撃しようか』と述べた旨の証人P2の第一審第40回公判における供述（（同〔236〕））等は、いずれも被告人P1が右のような内容の発言をしたこと自体を要証事実としているものと解せられるが、被告人P1が右のような内容の発言をしたことは、各供述者の自ら直接知覚したところであり伝聞供述に当らないとした原判決も是認できる。次に、P3が1月22日P18宅を訪問した際、P18がP8課長を射殺したのは自分であると打ち明けた旨の証人P3の第一審第36回公判における供述（（同〔233〕））は、P18がP8課長を射殺したことを要証事実としているものと解せられ、この要証事実自体は供述者たるP3において直接知覚していないところであるから、伝聞供述であると言うべきであり、原判決がこれを伝聞供述でないと判示したのは誤りであるが、右供述は刑訴324条2項、321条1項3号による要件を具備していることが記録上認められ、従つて右刑訴の規定により証拠能力を有することは明らかである

から、原判決がこれを証拠としたことは結局違法とは認められない。また、同じ機会に、P 1 8 が『P 1 委員長が2, 3日ならいてもいい, 2, 3日なら安全だから』と言った旨の証人P 3の供述((同〔233]))は、被告人P 1がP 1 8に対し右の如き発言をしたこと自体を要証事実としているものと解せられ、供述者たるP 3は原供述者P 1 8よりこれを聞知しているのであるから、伝聞供述であるか、刑訴324条2項, 321条1項3号所定の要件を具備し、従つて証拠能力を有するものと認められることは、原判示のとおりである。次に、証人P 4の第一審第38回公判における供述((同〔228]))中、円山の警察官射撃場における拳銃の射撃訓練に関する部分は、P 1 1, P 1 0らが円山の警察官射撃場で拳銃の射撃訓練をしたことを要証事実としているものと解せられるが、供述者P 4は、自ら体験せずP 1 1またはP 3 5から聞知した事実を述べているのであるから伝聞供述であり、しかも原供述者が二者択一的であることは所論のとおりである。しかしながら、原供述者が二者択一的であつても、原供述者の範囲が特定の両者に限定されている以上、所在不明等の事由さえなければ証人として各これを尋問し、反対尋問を行なうことができるのであるから、伝聞供述の原供述者が二者択一的であるというだけの理由で、その供述が証拠能力を有しないものとはいえない。しかして、右伝聞供述が刑訴324条2項, 321条1項3号所定の要件を具備し、従つて証拠能力を有するものと認められることは、原判示のとおりである。))」

#### □ 東京高判昭58. 1. 27 (判時1097-146, 刑訴百選83事件)

##### [判 旨]

「原審は、原判示第二の事実全部を認定する証拠として、押収してあるノート(抄本)1冊(当裁判所昭和57年押第91号符号8, 原審昭和56年押第458号符号8)(以下『Hメモ』という)を用いている。ところで、記録によれば、右Hメモは、検察官が原審第5回公判期日において、立証趣旨として、戦術会議及び犯行準備等に関する記載のあるメモの存在として取調の請求をし、弁護人は異議がない旨の意見を述べ同公判期日において直ちに採用決定され、証拠調が行なわれていることが明らかである。所論は、Hメモについては、検察官の立証趣旨はメモの存在というに過ぎないところ、証拠物でも書面の意義が証拠となる場合は証拠書類に準じて証拠能力を判断すべきであるから、原判決が右メモにつき、金員喝取の共謀を認定する証拠として用いているのは、採証法則を誤つたものであると主張する。しかしながら、前示のように、Hメモの立証趣旨については、戦術会議及び犯行準備に関する記載のあるメモの存在とされていたのであり、所論のように単にメモの存在とされていたわけではない。本件においては、所論のごとく、メモの存在のみを立証趣旨として取り調べても意味をなさないものであつて、原審における訴訟手続を合理的に解釈するかぎり、検察官は、本件犯行の事前共謀を立証するものとして右のメモの証拠調請求をし、弁護人の異議がない旨の意見を述べ、裁判所がこれを取り調べたものと解すべきである。もつとも、原審が、Hメモの証拠能力につき、どのように解していたかについては、記録上必ずしも明らかにされていない。すなわち、それは、いわゆる供述証拠ではあるけれども、伝聞禁止の法則の適用されない場合であると解したのか、あるいは、伝聞禁止の法則の例外として証拠能力があると解したのかは明らかではないのである。おそらくは、原審第5回公判期日において、Hメモについての弁護人の意見を徴するに際し、同意、不同意の形でなく、証拠調に対する異議の有無の形において、その意見を徴している点を入るときは、原審としては、Hメモについては、伝聞禁止の法則の適用されない場合と解していたことが推測できるのである。人の

意思、計画を記載したメモについては、その意思、計画を立証するためには、伝聞禁止の法則の適用はないと解することが可能である。それは、知覚、記憶、表現、叙述を前提とする供述証拠と異なり、知覚、記憶を欠落するのであるから、その作成が真摯になされたことが証明されれば、必ずしも原供述者を証人として尋問し、反対尋問によりその信用性をテストする必要はないと解されるからである。そしてこの点は個人の単独犯行についてはもとより、数人共謀の共犯事案についても、その共謀に関する犯行計画を記載したメモについては同様に考えることができる。もつとも、右のHメモには、『(25) 確認点ーしや罪といしや料』との記載が認められるが、右のHメモが取調べられた第5回公判期日の段階では、これを何人が作成したのか、作成者自身が直接確認点の討論等に参加した体験事実を記載したのか、再伝聞事項を記載したものか不明であつたのである。しかし、弁護人請求の証人Hの原審第13回公判期日における供述によれば、原判示69の会に加入しているHは、昭和55年9月27日夜、当時同会に加入していたKより、N、Sの両名が飯場の手配師に腕時計と金を取られたことにより、同会及び原判示山日労・山統労の三者が右飯場に対し闘争を取り組むことになり、同月25日の右三者会議で確認された事項のあること等を初めて聞き、右聞知した25日の確認点をノートに『(25) 確認点ーしや罪といしや料』と書き留めたことが明らかとなつたのである。すなわち、右の公判期日の段階においては、Hメモの右記載部分は、原供述者をKとする供述証拠であることが明らかとなつたのである。前記のように、数人共謀の共犯事案において、その共謀にかかる犯行計画を記載したメモは、それが真摯に作成されたと認められるかぎり、伝聞禁止の法則の適用されない場合として証拠能力を認める余地があるといえよう。ただ、この場合においてはその犯行計画を記載したメモについては、それが最終的に共犯者全員の共謀の意思の合致するところとして確認されたものであることが前提とならなければならないのである。本件についてこれを見るに、Hメモに記載された右の点が共犯者数名の共謀の意思の合致するところとして確認されたか否か、確認されたと認定することができないわけではない。したがって、確認されたものとすれば、Hメモに記載された右の点に証拠能力を認めるべきは当然であろう。のみならず、確認されなかつたとしても、Hメモに記載された右の点は、以下の理由によつて、その証拠能力を取得するものとする。すなわち、Hメモのうち、右の記載部分は、同月25日の三者会議において、これに出席したKが、謝罪と慰謝料を要求する旨の発言を聞き、これをHに伝え、Hが更に右メモに記載したものであるから、原供述者をKとする再伝聞供述であると解しなければならない。したがって、この点を被告人らの共謀の証拠として使用するためには、当然に弁護人の同意を必要とする場合であつたのである。しかしながら、右のHメモについては、前記のように、原審第5回公判期日において、検察官の証拠調請求に対し、弁護人は異議がない旨の意見を述べており、更に、原審第13回公判期日において、Hメモ中の右の記載部分が再伝聞供述であることが明らかとなつた時点においても、弁護人は先の証拠調に異議がない旨の意見の変更を申し出ることなく、あるいは、右証拠の排除を申し出ることなく、また、Kを証人として申請し、その供述の正確性を吟味することもしていないのである。このような訴訟の経過をみるときは、Hメモの右記載部分については、弁護人としてKに対する反対尋問権を放棄したものと解されてもけだしやむを得ないのであつて、結局、Hメモを原判示第二の恐喝の共謀を認定する証拠とした原審の訴訟手続に法令違反があると主張する所論は、その余の点につき判断するまでもなく、採用することができない。」



## 4 本問における具体的検討

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宅及び甲宅付近から発見されてはいるものの、甲のDNA鑑定等も行われておらず、いまだ強姦致死被疑事件について甲の犯人性を決定づける証拠は見つかっていない。また、甲自身も犯人性を否定している。

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の被害に遭っていたことを説明するものである。

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間接事実となるからである。

したがって、甲にVを強姦する動機があったという要証事実との関係で、①ストーカーの身体的特徴及び②その男がVに対しつきまとい、Vの写真を撮影し、Vの胸を触るという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題となるといえるので、本件調書は伝聞証拠に当たるといえる。

## ◆ 論点⑥ 員面調書の証拠能力（不可欠性、絶対的特信情況）◆

## 1 問題の所在

本件調書は、「被告人以外の者」であるWの「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321条1項3号の要件を満たすかが問題となるが、本件においてWはすでに死亡しており、供述不能要件を満たすことは明らかであることから、それ以外の不可欠性の要件及び特信性の要件を満たすかが問題となる。

## 2 不可欠性（「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき」）

この不可欠性の要件について、東京高判昭29. 7. 24高集7-7-1105は、「その供述内容にして苟くも犯罪事実の存否に関連ある事実属する限り、その供述が、その事実の証明につき実質的に必要と認められる場合のことをいう」としている。

一方で、「この判例の立場からすると、通常、犯罪事実に関連のないもの又は事実の証明に実質的に必要と認められないものを証拠として提出することは考えられないから、本要件は實際上意味を有しないことになると批判して、これを厳格に、他の適法な証拠では代替し得ない場合、すなわち同一目的を達し得ない場合をいうものと解する説」もある。

他方で、「確かに何らかの意味で犯罪事実の証明に必要であれば、『不可欠性』の要件を満たすと解することは、不可欠性自体の意味を失わせるため問題であろうが、その反面、他の適法な証拠では代替し得ない場合でなければならぬとまで狭く解釈すること」は厳格に過ぎるとして、事実認定に著しい差異を生じさせる可能性がある場合であればよいとする説もある（以上につき、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第7巻』P.608～9）。

## 3 特信性（「その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるとき」）

「この場合の特信情況は、供述時の外部的付随事情を意味する」が、2号後段書面とは異なり、「相対的なものではなく」、「その供述自体から信用すべき特別の情況が肯定できるような絶対的特信情況でなければならない」（安富・前掲書P.521）。なお、特信情況の有無の判断は供述時の外部的付随事情によるべきであるが、それを推認する資料として供述内容を考慮することができるのが通説である（河上和雄・前掲書P.609）。

絶対的特信情況が肯定される例としては、①事件直後であって、かつ供述者の供述態度が真摯であったなどの事情が客観的に立証され、あるいは供述内容から推認される場合、②供述内容が供述者の利益に反する供述である場合（以上につき、上口・前掲書P.436）、③事件直後に関係のない者が積極的に目撃状況を申告して捜査に協力した場合、④客観的資料に基づき説得力のある供述をして虚偽を述べる理由もない場合（以上につき、河上和雄・前掲書P.611）、などが挙げられる。考慮要素としては、供述の自然性・良心性・義務性及び公示性・不利益性、作成者の公正性・公務性などが挙げられよう（安富・前掲書P.521）。

## 4 本問における具体的検討

まず、不可欠性の要件についてであるが、本件においては、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、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。したがって、上記のいかなる説によったとしても、要件を満たすといえる。

次に、絶対的特信情況の要件についてであるが、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、理路整然としていて、論理的に不自然な点も見受けられない。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」と評価できよう。

## ◆ 論点⑦ 再伝聞の証拠能力 ◆

## 1 問題の所在

本件調書の中で立証に用いられる部分（本件調書2～4）には、Pが録取したWの供述だけでなく、Wが聞いたVの供述が含まれており、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。

## 2 学説

伝聞証拠が原則として証拠として認められない趣旨は、類型的な誤判の危険性を防止する点にある。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。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、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。したがって、再伝聞であっても証拠能力を肯定しようとするのが通説である。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。

他方で、反対尋問を経ない供述過程が重なっている再伝聞について、通常の伝聞証拠よりさらに真実性に乏しいことや、伝聞例外につき厳格な要件を設けている法の趣旨などを理由に、証拠能力を否定すべきとする見解もある。

## 3 判例

## □ 最判昭32. 1. 22（刑集11-1-103, 刑訴百選91事件）

## 〔判旨〕

「所論は被告人bの検察官に対する供述調書中の被告人eから同人外3名がh方に火焰瓶を投げつけて来たということを知ったと被告人bの供述は、伝聞の供述であるから刑訴321条1項2号により証拠とすることはできず、又公判準備又は公判期日において反対尋問を経たものではないから、同324条によつても証拠とすることはできない。然るにこれを証拠とすることは憲法37条2項に違反するというに帰する。

しかし、原審が弁護人の論旨（中略）に対する判断において説示する理由によつて、刑訴321条1項2号及び同324条により右供述調書中の所論の部分についての証拠能力を認めたことは正当である。そして、これが反対尋問を経ない被告人bの供述の録取書であるからという理由で、憲法37条2項によつて証拠とすることが許されないものではないことは当裁判所の判例の趣旨に徴して明らかである（昭和23年（れ）第833号同24年5月18日言渡大法廷判決、刑集3巻6号789頁、昭和23年（れ）第1069号同25年9月27日言渡大法廷判決、刑集4巻9号1775頁参照）。又右伝聞の供述の原供述者に対する反対尋問権について考えるに、この場合反対尋問をなすべき地位にある者は被告人eであり、反対尋問をされるべき地位にある原供述者もまた被告人eであるから、結局被告人eには憲法37条2項の規定による原供述者に対する反対尋問権はないわけである。従つてその権利の侵害ということもありえないことは明白である（被告人eは、欲すれば、任意の供述によつてその自白とされる供述について否定なり弁明なりすることができるのであるから、それによつて自らを反対尋問すると同一の効果をあげることができるのである。）」

## 〔評 価〕

「本判決は、被告人の検察官に対する供述調書中に共同被告人からの伝聞供述が含まれているときは、324条を準用し、321条1項2号によって、これを被告人に対する証拠とすることができる」とあり、再伝聞の証拠能力を肯定する立場に立っている（安富・前掲書P.545）。

## 4 本問における具体的検討

Vは被害者であり「被告人以外の者」であるから、本件においては、Vの供述について、324条2項の準用する321条1項3号の要件（①供述不能、②証拠の不可欠性、③絶対的特信情況）を満たす必要がある。

まず、Vはすでに死亡していることから、①を満たす。

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

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れているものと評価できる。加えて、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、③も満たす。

以上からすれば、再伝聞の要件も満たすといえる。

◆ 講師作成レジュメ ◆

<伝聞該当性の書き方>

1 要証事実との関係について

伝聞証拠に当たるか否かは要証事実との関係で変わってくる。要証事実を何にするかで伝聞証拠であるかどうかが決まる。そこから、重要なのは要証事実を何にするかである。

要証事実とは、その証拠により証明しようとする事項をいう。

2 要証事実を何と考えるか

まず、検察官の立証趣旨を端的に指摘し、これが要証事実かを考える。もともと、検察官の立証趣旨はあくまでも検察官の見解であるので、必ずしも要証事実となるわけではない点に注意すること。

要証事実の考え方は、以下の点を考慮するとよい。

まず、要証事実とは、構成要件に該当する事実であることが多いので、構成要件を考える。

構成要件を考える際に、修正された構成要件（共謀、教唆等）にも注意する。

例外的に、構成要件以外（犯人性、犯行可能性等）を証明しようとする場合もある。

また、当該証拠は何を立証するために用いるのが妥当かという点も考慮する。

3 要証事実を検討する際の注意点

要証事実を検討する際には、供述や証拠ごとに場合を分けて考える。供述や証拠ごとに証明しようとする事実は異なる可能性があるからである。

具体的な場合分けとしては・・・

- ① 供述者ごとに分ける
- ② 証拠（供述や写真等）ごとに分ける
- ③ 犯罪ごとに分ける

#### 4 実際の書き方

伝聞法則についての一般的な論証

「伝聞証拠に当たるか否かは、要証事実との関係で内容の真実性が問題となるか否かによって決せられることになるので、以下要証事実との関係を踏まえて検討する。」

↓

検察官の立証趣旨を端的に指摘

「検察官の立証趣旨は、『〇〇』である。」

↓

構成要件は何か、本件証拠によって何を立証したいのか等を考慮して要証事実を決める

「別紙1のWの供述には、犯人の一人が、被害者に対し、包丁を胸に突き刺したとあり、これは直接殺人罪の成立を立証するものである。そこから、検察官の立証趣旨と併せて考えると、別紙1の要証事実、甲及び乙が行った犯行状況そのものであるといえる。」

↓

要証事実が決まったら、そこから内容の真実性が問題となるか一言説明する。

「Wの供述部分については、甲及び乙がWの供述どおりの犯罪事実を行ったか否かということが記載されており、これはまさにWが知覚・記憶したことを表現したものであるので、その内容の真実性が問題となり、伝聞証拠に当たると考える。」