

刑事系第2問 解説

◆ 問題 ◆

(配点：100)

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕から〔設問3〕に答えなさい。

【事例】

- 平成26年6月29日午後10時頃、A県B市内の建設会社X組の事務所において火災が発生した。火は間もなく消し止められ、事務所の一面を焼損したにとどまったが、警察の捜査に立ち会った事務員の供述により、何者かが事務所に侵入し、引き出しに保管されていた封筒（X組の印字がされたもの）入りの現金10万円を持ち去った痕跡があることが判明した。また、現場検証の結果、出火原因についても、何者かが室内に貯蔵されていた灯油を散布し、これに点火した疑いが強いと判明した。A県警察は、本件建造物侵入、窃盗及び現住建造物等放火事件（以下「本件事件」という。）の捜査を開始したが、その過程で、現場に食べ終えた状態のカップ麺の空き容器と割り箸が残されているのを発見した。事務員からの聞き取りの結果、カップ麺は事務所の流しの下の扉に保管されていたものであり、事件当日は誰も食べていないことが確認されたことから、捜査班は、カップ麺の空き容器は窃盗犯が現場で飲食した痕跡であると推測して、割り箸からDNAを採取し、DNA型鑑定に付した。鑑定結果とDNAデータベースを照合したところ、データベース上に一致するものがなかったため、捜査は難航したが、会社事務所から現金や食料品等を盗み、現場で飲食した上、去り際に現場に放火するといった犯行の手口を基に犯人を絞り込んだ結果、過去に10回以上にわたり侵入窃盗及び放火を繰り返し、現在B市近辺で生活しているとみられる甲が捜査線上に浮上した（前科の詳細については後述）。さらに、現場周辺の防犯カメラ映像を解析した結果、事件当日の午後9時頃、周囲を気にしながらX組の事務所の方へと向かう人物が確認され、この人物が本件事件の犯人であるとの目星が付けられた。
- 本件事件の捜査班に属する司法警察員Pは、甲がC川河川敷でホームレスとしてテント生活を営んでいる事実を突き止めたことから、事務所の防犯カメラ映像に写っていた人物と甲との類似性を顔照合及び歩容認証システム【※注】を用いて判断するため、河川敷を歩く甲の姿をビデオ撮影することとした。Pは、平成27年1月11日、C川河川敷に赴き、午前8時45分から午後零時55分までの間、河川敷の駐車場に停めた捜査車両の中に待機し、甲の姿が見えたときに撮影するという方法で、計12分程度、河川敷を歩く甲を撮影した（捜査①）。撮影された映像には、周辺を歩く他のホームレスや散歩中の歩行者の姿も含まれ

ており、中には容ぼうが判別できる程度のものもあったが、主たる撮影対象はもっぱら甲に限られていた。また、甲がテントを出入りする際に、テント内部が一瞬あらわになったものの、ビデオカメラの性能上、その内部をズームアップして写すことまではできなかった。Pが撮影した映像と上記防犯カメラ映像とを対照したところ、不鮮明ながら、防犯カメラに映っていた人物と甲とは容ぼう・体格などの身体的特徴が一致することが確認された。また、歩容認証の結果からも、防犯カメラ映像の人物は甲である可能性が極めて高いと判明した。

3 Pは、さらに、本件事件の犯人が甲であるとの決定的証拠を得るため、甲のDNAサンプルを入手したいと考えた。Pは当初、任意でのサンプル提出を受けられないか検討したが、甲は長年ホームレスとして偽名で生活していることもあり、提出の了承を得ることは困難であると判断した。また、令状による採取では、鑑定結果が出るまでの数時間の間に甲が逃亡するおそれもあることから、逮捕の目的を遂げない結果となる懸念があった。そこでPは、甲の投棄した生活ごみを極秘裏に領置して、そこからDNAを検出して鑑定を行うことを計画し、同月17日、甲がテントに入った際に、甲が河川敷の公園内のごみ箱（以下「本件ごみ箱」という。）に出したごみ袋6袋を回収した（捜査②）。本件ごみ箱に排出されたごみは、一旦は河川敷の管理者が集積した後、ごみ収集日にまとめて廃棄するのが通例であったが、普段は特別の管理の措置が施されているわけではなく、カラス除けのネットで覆われているのみであった。また、本件ごみ箱は、甲のテントから30メートルほど離れた、堤防へと続く坂道の途中に位置しており、甲のテントが張られている場所からは目視可能であった。この公園は、日中は散歩に訪れる人が少なくなかった。Pは、回収したごみ袋を警察署に持ち帰り、中身を確認したが、テント周辺に居住する猫の体毛などが混在しており、甲のものとは特定できるDNAサンプルの採取には至らなかった。

4 DNAサンプルの入手に失敗したPは、自己の身分及びDNAの採取目的を秘して甲と接触することとし、部下の司法警察員Qとともに、同月27日、甲のテントに赴き、周辺のホームレスについての話を聞きたいと述べた上、C川河川事務所から入手した資料を見せるなどしながら、20分程度にわたり甲の生活状況や食事などについての話をした。その際、Pは、甲に対し、持参した紙コップで温かいお茶を勧め、甲が飲み終わると、DNA採取目的を秘したまま、「紙コップはこちらで捨てておくよ。」などと言いながらその紙コップを甲から回収した上で、警察署に戻って甲のDNAサンプルを採取した（捜査③）。Pらは、黒っぽい帽子、ズボンに灰色のコートを着用しており、一見して警察官であると認識できる外観ではなく、甲との会話に際しても、警察官であると名乗ることはなかった。甲もPらが警察官であるとの認識は抱いておらず、国土交通省の職員による聞き取り調査であると考えていたが、もしPらが警察官であること及び回収した紙コップからDNAが採取されることを認識していれば、紙コップの回収に応じることはなかった。紙コップについては、同日、領置の手続が行われ、P名義の領置調書が作成された。

5 翌28日に紙コップに付着した唾液のDNA型の鑑定嘱託が行われ、鑑定の結果、本件事件の犯人が遺留した割り箸に付着していた唾液から検出されたDNA型と一致することが判明した。そこで、歩容認証の結果や唾液の鑑定資料を基に、本件事件について甲に対する逮捕状が発付され、甲は逮捕された。逮捕後の2月11日、甲は司法警察員の求めに応じて口腔内粘膜標本を任意提出し、これについてDNA型鑑定をした鑑定書（以下「本件鑑定書」という。）が作成された。

- 6 検察官Rは、甲を、本件事件について、建造物侵入、窃盗、現住建造物等放火の事実でA地方裁判所に起訴した。甲は、いずれの被疑事実についても自らは犯人でないとして、関与を全面的に否認したため、本件事件についての甲の犯人性が争点となった。Rは、X組事務所への侵入窃盗については、甲らとともにC川河川敷でホームレス生活を送っていたLの後掲【資料】記載の供述調書（以下「本件供述調書」という。）を作成した上、本件供述調書及び本件鑑定書の証拠調べを請求し、また、同事務所への放火（以下「本件放火」という。）については、甲は、窃盗に及んだが満足な金品を得られなかった腹いせに放火に及ぶという、前科に係る現住建造物等放火（以下「前刑放火」という。）と同様の動機で本件放火に及んだものと推認されると主張した。
- 7 これに対し、甲の辩护人Yは、本件供述調書の証拠調べ請求に対し不同意の意見を述べた。そこで、Rは、Lの証人尋問請求をしようとしたところ、次の事実が判明した。
- 8 Lは、甲と同様、C川河川敷でホームレス生活を送っていた者であるが、証人尋問の決定がされた直後、栄養失調により道端で倒れていたところを、通報により駆けつけた救急隊員により保護された。LはB市総合病院で治療を受けており、意識は回復したものの、体力的には裁判所に出席して証人尋問に応じることは厳しい状況にある。Lの容態自体は、現在は快方に向かっており、見舞いに訪れたB市職員の聞き取り調査にも応じられるようになっていいる。もっとも、主治医によると、Lには依然として記憶の混濁が見られるとのことであり、本件事件について再度の供述を得るには、少なくとも誘導尋問等により記憶喚起が不可欠な上、かかる方法によっても正確な供述を得られるかは不明な状態にある。
- 9 なお、甲の前科とは次のようなものである。甲は、平成9年3月29日から同年6月13日までの間、11回にわたり、J県K市内の会社事務所である現住建造物に放火したこと（うち8件が既遂、3件が未遂）などの建造物侵入、同未遂、窃盗、現住建造物等放火、同未遂の罪により、平成10年4月12日、J地方裁判所で懲役8月及び懲役15年に処せられた。11件の放火のうち10件は侵入した建物内において、残り1件は侵入しようとした建物に向けて放火したものであり、そのすべてが犯行現場付近にあったストーブやポリタンクから抜き出した灯油を散布し、これに点火したものである。また、侵入後の放火はいずれも、侵入窃盗で満足な金品を得られなかった場合に、鬱憤を解消する目的でされたものであった。

※ 歩容認証システム…歩き方の特徴を映像から解析し、個人を特定する捜査手法

【設問1】 下線部の捜査①から③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。

なお、捜査③については、紙コップの取得についての領置手続の適法性を問題とする必要はない。

【設問2】 Rは、Lの証人尋問を請求しようと考えていたが、【事例】中の8に記載されている事実から、Lが本件事件について、一切記憶を取り戻せない可能性、あるいは、一部記憶を取り戻すことができても、X組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない可能性があると思われた。そこで、Rは、「甲のテント内にX組の印字がされた封筒が存在した事実」を立証趣旨として、本件供述調書の証拠調べを請求したい

と考えているが、証拠調べを請求した場合、本件供述調書の証拠能力について、Lの記憶が取り戻せる可能性の程度に応じて場合分けをした上で、論じなさい。

【設問3】 【事例】中の6の下線部のように、甲の前刑放火に係る同種前科を示す前科調書及び確定判決謄本を、本件事件における甲の犯人性の認定に用いることができるか、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【資料】

供 述 調 書

本籍，住居，職業，生年月日省略

L

上記の者は，平成〇〇年〇月〇日，A地方検察庁において，本職に対し，任意次のおり供述した。

- 1 知り合いの甲が平成26年6月29日に窃盗，放火などをしたということで逮捕されたと聞きました。私は，事件があった日の翌日，甲のテントを訪れているので，私の知っていることを正直に申し上げます。
- 2 私は，平成18年頃から約9年間，C川河川敷でホームレスとしてテント生活を営んでいます。平成26年6月30日の昼頃，甲のテントを訪れました。甲とは，甲がC川河川敷でホームレス生活を営むようになった平成24年頃から付き合いがあり，一緒に日雇いの仕事を探したり，生活用品を融通し合ったりする仲でした。1週間に1度くらい，互いのテントを訪れて酒を飲んだりすることもあり，その日も甲に「いい酒が入ったんだよ。」と声を掛けられたので，誘いに応じて甲のテントに向かったのです。
- 3 私は甲に振舞われた日本酒を飲みながら，最近めっきり仕事が少なくなったことなどの愚痴を言い合っていたのですが，その途中，テントの一角に封筒が置いてあることに気付きました。封筒からはお札の先端が数枚飛び出しており，私は「ははあ，さてはいい仕事見つけたな，紹介しろよ。」などと言いながら封筒に目をやったのですが，その際，封筒の表面にX組の印字がされているのを見つけました。
前日の夜にX組の事務所に泥棒が入り放火された事件があったことは，拾った新聞を読んで知っていたので，その封筒が強く印象に残り，私は封筒を指差しながら，甲に「そういや知ってるか。その事務所に昨晚泥棒が入ったそうじゃないか。」と話しかけたのですが，甲は知っているとも知らないともつかないような返事をするのみでした。続いて私は，「X組で働いてきたのか。そんなに金払いが良いのか。」と尋ねたところ，甲は「そんな感じだよ。もうX組の話はいいだろ。」とだけ答えました。甲がイライラしたような雰囲気になったこともあり，私はこれ以上この話題を続けてもしょうがないと考え，その後適当な雑談をして甲のテントを後にしました。
- 4 その3日後くらいに，私はX組で日雇いの求人がないかと思い，知り合いを通じてX組の分所を訪ねたのですが，「うちでは求人募集をかけた覚えはないよ。」と門前払いされました。私は，甲がなぜX組の封筒を持っていたのか気になったのですが，なんとなく訊かないままに終わってしまいました。
- 5 甲が逮捕されたことについてはびっくりしています。甲が窃盗，放火という重大犯罪を犯すとは信じられませんが，聞き取りに訪れた警察の方から，封筒入りの現金がX組事務所から盗まれたとの話を聞いて思い当たることがあったため，記憶しているありのままの事実をお話しした次第です。

L ⑩

供述人の目の前で、上記のとおり口述して録取し、読み聞かせ、かつ、閲読させたところ、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 地方検察庁

検察官 検事 R ㊟

検察事務官 S ㊟

【配点表】

| | | | 配点 |
|----|---------|---|---------------|
| 第1 | 設問1 | | |
| | 1 | 捜査①について | |
| | (1) | 強制処分該当性 | |
| | | ア 問題提起 | 1 |
| | | イ 規範定立 ・規範定立…目安2点 ・理由付け…目安1点 | 3 |
| | | ウ 本件での具体的検討 ・Pが甲に気付かれずに撮影を行った事実の指摘及び評価…目安1点 ・被害利益の性質の指摘及び評価…目安1点 ・屋外空間での計12分間の撮影という事実の指摘及び評価…目安1点 ・甲のテント内がズームアップされていない事実の指摘及び評価…目安2点 | 5 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、 加点する | 加点評価 A・B・C |
| | (2) | 任意処分の限界 | |
| | | ア 問題提起 | 1 |
| | | イ 規範定立 ・規範定立…目安1点 ・理由付け…目安1点 | 2 |
| | | ウ 本件での具体的検討 ・事件が現住建造物等放火を含む重大事件である事実の指摘及び評価…目安1点 ・甲の嫌疑が高まっていた事実の指摘及び評価…目安1点 ・撮影により甲が被る法益侵害の性質及び程度の指摘及び評価…目安2点 ・映像に他の通行人が映っている事実の指摘及び評価…目安1点 | 5 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、 加点する | 加点評価 A・B・C |
| | (3) | 結論の明示 | 1 |
| 2 | 捜査②について | | |
| | (1) | 問題提起 | 1 |
| | (2) | 「遺留した物」(刑事訴訟法(以下法令名略)221条)について | |
| | | ア 規範定立 ・法が無令状の領置という処分を設けた趣旨…目安1点 ・規範定立…目安1点 | 2 |
| | | イ 本件での具体的検討 ・甲が自ら本件ごみ箱にごみ袋を投棄した事実の指摘及び評価…目安2点 ・本件ごみ箱に対する管理の実態の指摘及び評価…目安2点 | 4 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、 加点する | 加点評価 A・B・C |
| | (3) | 領置の限界 | |
| | | ア 問題提起 | 1 |
| | | イ 規範定立 | 2 |

| | | | |
|----|-----|---|---------------|
| | ウ | 本件での具体的検討 ・事件の重大性の指摘及び評価…目安1点 ・排出されたごみについて、他人にその内容を見られないという期待が存することの指摘及び評価…目安1点 ・本件ごみ箱が公園内の人目に付きやすい場所にあることの指摘及び評価…目安1点 ・甲の上記期待の程度の評価…目安1点 | 4 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、加点する | 加点評価 A・B・C |
| | (4) | 結論の明示 | 1 |
| 3 | | 捜査③について | |
| | (1) | 問題提起 ・DNA採取行為の強制処分該当性が問題となることを適切に指摘していること | 1 |
| | (2) | 規範定立 | 1 |
| | (3) | 本件での具体的検討 ・甲が紙コップをPらに渡すこと自体は認識していた事実の指摘及び評価…目安2点 ・甲がDNA採取という真の目的を知らなかった事実の指摘及び評価…目安2点 ・Pらが自己の身分及びDNA採取目的を甲に告げなかった事実の指摘及び評価…目安2点 ・事件の重大性の指摘及び評価…目安2点 ・DNAサンプルが決定的な証拠となり得ることの指摘及び評価…目安2点 ・被侵害利益の性質・程度の指摘及び評価…目安3点 | 13 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、加点する | 加点評価 A・B・C |
| | (4) | 結論の明示 | 1 |
| | | ★①強制処分該当性を検討した上で任意処分とし、次に、②任意処分の限界を検討している場合にも、16点を上限として配点する。その場合、①強制処分該当性について、問題提起1点、規範定立1点、具体的検討8点、②任意処分の限界について、問題提起1点、規範定立1点、具体的検討3点、③結論の明示1点を目安とする | |
| 第2 | 設問2 | | |
| | 1 | 伝聞証拠該当性 | |
| | (1) | 問題提起 | 1 |
| | (2) | 伝聞証拠の定義 | 2 |
| | (3) | 本件での具体的検討 ・立証趣旨に関連する事実の指摘及び評価…目安1点 ・要証事実の指摘…目安2点 | 3 |
| | 2 | 伝聞例外としての許容性 | |
| | (1) | 問題提起 | 1 |
| | (2) | Ｌが本件事件について、一切記憶を取り戻せない場合 | |
| | ア | 問題提起 ・321条1項2号前段（供述不能）が問題となることの指摘 | 1 |
| | イ | 規範定立 ・「供述することができない」の解釈 | 1 |
| | ウ | 本件での具体的検討 ・Ｌが病院で治療を受けている事実の指摘及び評価…目安1点 ・誘導尋問等の記憶喚起の手段を尽くしても、Ｌが本件事件について正確な供述ができないことの指摘及び評価…目安1点 | 2 |

| | | | |
|-----|-----|--|---------------|
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、 加点する | 加点評価 A・B・C |
| | エ | Lの署名押印 | 1 |
| | オ | 結論の明示 | 1 |
| (3) | | Lが本件事件について、一部記憶を取り戻すことができても、X組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない場合 | |
| | ア | 問題提起 ・321条1項2号後段が問題となることの指摘 | 1 |
| | イ | 「前の供述と…実質的に異なつた供述」 | |
| | (ア) | 文言の解釈 | 1 |
| | (イ) | 本件での具体的検討 ・LがX組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない場合の供述 内容の指摘及び評価 | 2 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、 加点する | 加点評価 A・B・C |
| | ウ | 「前の供述を信用すべき特別の情況」 | |
| | (ア) | 判断基準と内容 ・外部的付随の事情を基礎とし、相対的比較的な信用性が問題となる ことの指摘 | 1 |
| | (イ) | 本件での具体的検討 ・本件供述調書がLの記憶混濁以前に作成された事実の指摘及び評価 | 1 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、 加点する | 加点評価 A・B・C |
| | エ | Lの署名押印 | 1 |
| | オ | 結論の明示 | 1 |
| 第3 | 設問3 | | |
| | 1 | 問題提起 | 1 |
| | 2 | 規範定立 ・同種前科による犯人性立証の弊害の指摘…目安2点 ・規範定立…目安3点 | 5 |
| | | 【加点事項】 ※ 判例・通説を踏まえ説得的な論証がされている場合には、加点する | 加点評価 A・B・C |
| | 3 | 本件での具体的検討 ・前科の犯行動機及び態様の指摘及び評価 | 3 |
| | | 【加点事項】 ※ 上記以外の事実を指摘し評価して説得的に論述している場合は、加点する | 加点評価 A・B・C |
| | 4 | 結論の明示 | 1 |
| 第4 | | 【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 |
| 加点点評価点 | 合計 | 10点 |
| 基礎力評価点 (①事案解析能力, ②論理の思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理の構成力, ⑤文章表現力, 各2点) | 合計 | 10点 |
| 総合得点 | 合計 | 100点 |

【論 点】

- 1 ビデオ撮影
- 2 領置
- 3 DNA採取
- 4 伝聞証拠の意義
- 5 伝聞例外（供述不能、相反供述・実質的に異なった供述）
- 6 同種前科・類似事実による事実認定

【出題趣旨】

<総論>

第1 設問1

- 1 犯人特定のための証拠収集手段としてのビデオ撮影については、本試験では平成19年に問われたのみであるが、平成24年の予備試験で出題されており、周期的にも本試験で再度出題がされる可能性があると考えたため、出題した。強制処分該当性及び任意捜査としての許容性が問題となるところであるが、考慮要素となる事実を満遍なく拾って妥当な結論を導くという、あてはめの基本を意識した論述の能力を養うことを目的としている。
- 2 領置については平成22年の本試験で出題されており、再び出題される可能性があると考えたため、出題した。基本書での記述が少ない論点である分、知識の有無で点数に差がつくことから、過去問と合わせて今一度復習してほしい。
- 3 DNA採取については、近時登場した下級審判例（東京高判平28. 8. 23高刑集69-1-16）を素材として、強制処分該当性の理解を深めてもらいたいと考えて出題した。受験生にとってははじめて接する論点かもしれないが、対象者に捜査の実施を認識させない捜査手法の適法性については、GPS捜査やX線検査についての重要判例が登場しているほか、秘密録音（平成22年、平成27年）や領置（平成22年）など本試験で繰り返し出題されており、基本に立ち返った検討が求められる。本問においては、対象者において、捜査機関の行為自体は認識している点に上記判例とは異なる特殊性が認められるから、その点を踏まえた論述がされていることが望ましい。

第2 設問2

伝聞例外については、検察官面前調書の伝聞例外の要件の理解を確認してもらうために出題した。供述不能と相反供述の限界は難しい問題であるが、問題文の誘導に従って場合分けをした上で検討してほしい。

第3 設問3

同種前科による事実認定については、平成24年と平成25年に相次いで重要な最高裁の関連判例が登場しており（最判平24. 9. 7刑集66-9-907、最決平25. 2. 20刑集67-2-1）、平成28年の予備試験でも出題されていることから、本試験でも出題される可能性が高いと考え、出題することにした。上記判例や学説の整理についての知識の有無で差がつく論点のため、これを機に改めて知識を確認してほしい。

<内容面について>

第1 設問1

1 捜査①

捜査①については、甲が河川敷を歩く姿を、Pがビデオ撮影した行為の適法性が問題となる。まず、ビデオ撮影については、仮にこれが強制処分ならば、「検証」に該当し令状を要することとなるから、強制処分該当性について検討する必要がある。「強制的処分」（刑事訴訟法（以下法令名略）197条1項但し書）の解釈について、判例を参考としつつ規範を定立する必要がある。有力な見解は、①合理的に推認される相手方の意思に反し、②その重要な権利利益を制約する処分を「強制的処分」と位置付けている。本問では、①との関係ではビデオ撮影が対象者に捜査の実施自体を認識させない捜査手法であることの評価、②との関係では被侵害利益の性質決定が重要であるが、本問のビデオ撮影は強制処分ではなく任意処分と捉えるのが妥当であろう。

次に、Pの実施したビデオ撮影が任意処分として相当な範囲にとどまるかについても検討する必要がある。これについても、判例・通説を参考としつつ、捜査の必要性・緊急性と被侵害利益の性質・程度とを比較衡量し、相当な処分にとどまるか等の規範を定立した上で、具体的事情を当てはめていくこととなる。

2 捜査②

捜査②については、Pが甲の投棄したごみ袋を領置したことの適法性が問題となる。

まず、そもそも甲の投棄したごみ袋が領置の対象となるかについて、「遺留した物」（221条）の解釈を中心に論じる必要がある。通説によれば、何者の占有も及んでいない状態の物であれば遺留物に該当するといえるから、本問のごみ袋について占有が喪失された状態にあるか、具体的事情を摘示しつつ解答することが求められる。

さらに、ごみ袋が領置の対象となるとしても、なお任意処分としての相当性が問題となる。ごみ箱に投棄されたごみ袋にも、内容物を他人に見られないというプライバシーにかかる期待が存するとの立場に立った場合、捜査の必要性等との比較衡量による相当性判断を行うこととなる。

3 捜査③

捜査③は、Pらが身分及び目的を秘した上で、甲にお茶を飲ませてその紙コップを回収し、紙コップに付着した唾液から甲のDNAサンプルを採取するというものである。このようなDNA採取について、刑事訴訟法は明文の規定を置いておらず、強制処分法定主義に反しないかが問題となる。

まず、強制処分該当性については、捜査①と同様の規範で判断することとなる。①については、甲の面前で捜査が実施されている点で捜査①と区別されることを踏まえつつ、その評価が重要となる。②については、被侵害利益をどう捉えるか、DNAサンプルを利用した捜査方法の実効性とサンプル採取の確実性などを視野に入れた検討が求められる。素材裁判例に即して強制処分と位置付けるか、それとも任意処分と解するかは、見解の分かれるところであろう。

仮に任意処分と位置付けた場合は、相当性判断が必要となる。ここでも捜査①と同様の規範の下、具体的事情を拾い上げ比較衡量を行うこととなる。

第2 設問2

本問は、伝聞法則の規律の下で、本件供述調書に証拠能力が認められるかを問うものである。

まず、本件供述調書の伝聞証拠該当性について簡潔に検討する必要がある。本件供述調書は、甲が本件事件と近接した日時において被害品と目される封筒を所持していたとのLの公判廷外での供述を内容とするものである。ある者が盗品を事件と近接した時点において所持していた事実は、その入手経路が合理的に説明できない場合、その物が犯人であることを示唆する間接事実となる（盗品の近接所持の法理）から、本件供述調書は要証事実（本件においては、検察官の請求する立証趣旨そのものが要証事実となる）との関係でその内容の真実性が問題となるといえ、伝聞証拠に該当するといえよう。

「本来要証事実は、当該証拠によって推認（証明）できる事実である。他方、立証趣旨は、証拠の内容に触れることのできない裁判官をして、証拠の採否の判断（関連性の有無）に供するために証拠等関係カードに記載するものである。その記載箇所が狭い為必ずしも詳細な記載はできないし、要証事実と同じ表現を記載する必要もない。例えば、傷害罪などの被害者の『診断書』は、立証趣旨では、『被害の程度』などと記載するのに対し、要証事実は、診断書に記載されている『全治〇週間を要する〇〇部挫傷』という事実である。したがって、立証趣旨と書かれている場合には、具体的に証明しようとする事実を問題文全体から読み取って、自らの言葉で要証事実を設定することが重要である。」（「」内は新庄健二先生のコメントです。）

次に、Lが本件事件について、一切記憶を取り戻せない場合と、一部記憶を取り戻すことができても、X組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない場合とに分けて、伝聞例外の規定である321条1項2号前段及び後段の要件を満たさないかを検討することとなる。

第3 設問3

本問は、甲の同種前科により、本件事件における甲の犯人性を立証することができるかを問うものである。

同種前科による犯人性立証の限界については、近時判例や学説による議論の展開が激しい領域であり、規範定立に際してもそれらを視野に入れた論述が求められる。少なくとも、同種前科による犯人性立証が原則として認められないことについては見解が広く一致しているから、確認的に言及すべきであろう。その上で、例外許容の可能性について、①前科が顕著な特徴を有し、かつそれが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似している場合や、②被告人の犯罪性向が、特定の状況下においては、いわば自然反応的に一定の行為を行うほどに習慣化している場合などを挙げることができる。本問の事情の下では、①②のいずれにも該当せず、甲の前科を本件事件の犯人性立証の間接事実として用いることはできないであろう。

<作成の経緯等>

近時の論文式本試験においては、実際の判例を参考にした出題が多くみられることから、本問も基本的にこれに従って作成した。

なお、伝聞証拠については、様々なパターンの出題に対応してもらう目的で、創作性の強い事案をもとに、321条1項2号の要件を包括的に検討してもらう形式とした。

【参考文献】

〔参考判例〕

- ・最決平20. 4. 15 (刑集62-5-1398, 百選〔第10版〕8事件)
- ・最大判昭44. 12. 24 (刑集23-12-1625)
- ・東京高判平28. 8. 23 (高刑集69-1-16)
- ・東京高判平22. 5. 27 (高刑集63-1-8, 百選〔第10版〕80事件)
- ・最判平24. 9. 7 (刑集66-9-907, 百選〔第10版〕62事件)
- ・最決平25. 2. 20 (刑集67-2-1)

〔参考文献〕

- ・川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房, 2016）P.13～20, 168～171, 267～284
- ・石井一正『刑事実務証拠法』（判例タイムズ社, 第5版, 2011）P.156～173
- ・吉田雅之「警察官が、自己が警察官であることもDNA採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップからDNAサンプルを採取した行為は、強制処分当たるとされた事例」研修821号P.13～40
- ・濱克彦「DNA鑑定の資料」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法I』（青林書院, 2012）P.100～105
- ・鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成20年度）』（法曹会, 2012）P.289～322
- ・日野浩一郎「供述書・供述録取書」廣瀬健二編『刑事公判法演習』（立花書房, 2013）P.168～177
- ・岩崎邦生「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成24年度）』（法曹会, 2015）P.275～347
- ・川上拓一「近接所持による窃盗犯人の認定」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）』（立花書房, 第2版, 2013）P.439～451

【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, 同27年, 同28年, 同29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2

3年，同25年，同27年，同28年，同29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，同27年，同28年，同29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になります。

| 出題パターン \ 素 材 | ①判例参考型 | ②創造型 |
|---------------|--|-------|
| 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・平成27年・ 平成28年・平成29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・ 平成27年・平成28年・ 平成29年・本問 | 平成23年 |

【答案の形で読む解説ダイジェスト】

出題趣旨に基づいた解説を凝縮し、答案の形で示しました。問題の解説として、採点基準表に漏れなく触れた答案例として、いわばひとつの完全解答案です。

解説のダイジェストですから、試験現場で全てを同じように書くことが求められるものではありませんが、復習の際に各論点の規範や当てはめを充実させるための参考として有益です。

第1 設問1

1 捜査①について

- (1) 捜査①は犯人特定に必要な証拠資料を入手するために行われたビデオ撮影であるところ、かかるビデオ撮影が適法かが問題となる。
- (2)ア ビデオ撮影は、捜査機関が五官の作用で撮影対象の形状、性質、作用等を認識・記録する行為であり、仮にこれが「強制の処分」（刑事訴訟法（以下法令名略）197条1項但し書）であれば、検証に該当することになる。刑事訴訟法上、無令状での検証は218条3項又は220条1項に該当する場合しか許されないところ、本問でPが行ったビデオ撮影はそのいづれにも該当しないことから、強制処分に該当するならば法定の手続を欠くものとして違法となる。そこで、まず本問のビデオ撮影の強制処分該当性について検討する。

イ いかなる処分が「強制の処分」に該当するか。

この点、捜査機関が有形力の行使を伴う場合はもちろん、それ以外の捜査手法であっても、プライバシー等の重要な権利利益が侵害されることがあり得る以上、後者についても強制処分として手続的規律を受けることが必要である。そこで、①合理的に推認される相手方の意思に反し、②その重要な権利利益を制約する処分が「強制の処分」に該当すると解される。

ウ まず、①について、甲に気付かれない態様での撮影が甲の意思に反するかが問題となる。

本問において、Pによるビデオ撮影が行われることを甲が知っていたなら、甲は当然これを拒否したものと推認できるから、合理的に推認される甲の意思に反し、①は充足する。

次に、②については、河川敷を歩く甲の姿をビデオカメラで計12分撮影したことが、甲の重要な権利利益を制約したといえるかが問題となる。

一般に、何人も、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由を有すると考えられるところ、捜査機関による撮影行為はこの法益を制約することとなるが、本来他人から観察されることを受忍すべき屋外空間においては、被制約法益としての重要度は低いといわざるを得ず、強制処分からの保護に値するほどの権利利益とはいえない。

本問でPが行った撮影は、河川敷という屋外空間での甲の行動を撮影したにとどまり、甲がテントを出入りする際に、テント内部が一瞬あらわになったものの、ビデオカメラの性能上、その内部をズームアップして写すことまではできなかったのであるから、要保護性の高い場所や空間には及んでいない。また、撮影時間も計12分という短時間にとどまる。

したがって、甲に重要な権利利益の制約が生じているとはいえず、②は充足しない。

以上より、本問のビデオ撮影は、強制処分には該当しない。

- (3)ア そうすると、本問のビデオ撮影は任意処分となるが、任意処分にも捜査比例の原則(197条1項本文)による規律が及ぶから、それが適法であるためには任意処分として相当な範

圏にとどまることが要求される。

イ 任意処分の相当性の限界については、捜査比例の原則からすると、当該捜査活動の必要性と、それによって制約される権利利益の性質及び制約の程度を比較衡量の上、具体的状況の下で相当と認められるかを判断すべきであると考えられる。

ウ 本問において、本件事件が現住建造物等放火を含む重大事件であること、甲の嫌疑が高まる中でその犯人性を判断する資料が必要なことからすると、甲についてビデオ撮影を実施する必要性は高いといえる。一方、被制約利益は甲の「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」であるところ、屋外空間においては被制約利益としての重要度は低い上、撮影時間は計12分と短時間であり、屋外での他人からの観察の範囲を超えた継続的なものとはいえないから、制約の程度も低いといえる。また、映像には甲以外の通行人の姿も含まれているが、主たる撮影対象はもっぱら甲に限られており、甲と同様にその者らの制約の程度も低いといえる。

以上より、本問のビデオ撮影は、任意処分としても相当な範囲にとどまるといえる。

(4) よって、捜査①は適法である。

2 捜査②について

(1) 捜査②は、甲が投棄したごみ袋6袋を極秘裏に回収したものであるところ、領置（221条）として適法か。

(2) 領置が差押えと異なり、無令状で行うことができるとされている根拠は、対象物の占有の取得過程において強制力を伴わない点に求められる。そうすると、領置の対象となる被疑者等が「遺留した物」（以下「遺留物」という。）とは、被疑者等が自己の意思によらず占有を喪失した物のほか、自己の意思で占有を放棄した物も含むと解すべきである。

本問のごみ袋は、甲が自己の意思で本件ごみ箱へと投棄したものである。本件ごみ箱は甲のテントから目視可能とはいえ、甲が一度投棄したごみを再度持ち帰るとは考え難く、また本件ごみ箱はテントから約30メートル離れたところに位置しており、甲の支配領域内にあるとはいえない。そうすると、少なくとも甲がごみ袋を投棄してテントに戻った時点で、ごみ袋に対する甲の占有は失われているというべきである。また、本件ごみ箱のごみについては、カラス除けのネットがかかっていたのみで、河川敷の管理者を含む他の者が管理占有を及ぼしていたとの事情も認められないから、甲の投棄したごみ袋について、河川敷の管理者を含む何者かが新たに占有を取得したともいえない。

よって、甲が投棄したごみ袋は、遺留物に当たる。

(3) また、領置が強制的に対象物の占有を取得するものでないとはいえ、捜査機関はごみ袋の内容物に対し必要な処分（222条1項、111条2項）をすることが予定されているのであるから、ごみ袋の占有を放棄した者の内容物に対するプライバシーに係る利益の侵害が問題となる。よって、内容物に対するプライバシーの侵害との関係でも領置が正当化できることが要求されると考えられる。そこで、任意処分である領置の限界として、領置の必要性と、それによって制約される権利利益の性質及び制約の程度を比較衡量の上、具体的状況の下で領置に出ることが相当と認められるかについて検討する。

一般に、排出されたごみについては、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考えられるから、甲のかかる期待は捜査機関との関係でも保護に値するプライバシーに係る利益といえる。

しかし、本件は、建造物侵入、窃盗及び現住建造物放火事件という重大犯罪であり、甲は長年ホームレスとして偽名で生活していることもあって任意でのDNAサンプルの提出の了承を

得ることは困難であった。このような状況の中、ごみ袋は甲が出したものであり、その中にはDNAを採取できる証拠物が存在する蓋然性が高かったことから、ごみ袋の占有を取得して内容を調べる必要性が高かったといえる。

また、甲がごみ袋を投棄したのが人目に付きやすい公園内のごみ箱であり、散歩などをしていっている行人に内部を見られる可能性があることは甲においても容認していたといえる。そうすると、甲が本件ごみ箱にごみ袋を投棄した時点で、甲の上記期待は微弱なものとなったといわざるを得ない。

したがって、本件領置は、その必要性が高く、それによって制約される甲のプライバシーに係る利益の程度は微弱であり、相当なもの認められる。

(4) 以上より、捜査②は適法である。

3 捜査③について

(1) 捜査③は、Pらが甲に対し、自己が警察官であることを伏せて、持参した紙コップ入りのお茶を飲ませ、DNA採取目的であることを告げないまま甲から紙コップを回収し、それに付着していた甲の唾液からDNAサンプルを採取したというものである。Pらの行った捜査は法の定めのない強制処分に該当し違法とならないか。

(2) 強制処分該当性は、上記のとおり、①合理的に推認される相手方の意思に反し、かつ、②その重要な権利利益を制約するか否かにより判断する。

(3)ア まず、①について検討すると、甲は紙コップをPらに渡すことの認識はあり、紙コップの占有をPらに移転することを暗黙のうちに承諾していたとも思える。

しかし、甲は、Pらが警察官であることを認識しておらず、Pらの行為が紙コップに付着した唾液から甲のDNA型を採取する目的に向けられていることを知らなかったのであって、実質的には捜査が行われていること自体を知らなかった場合と同視できる。そして、甲としては、仮にPらの一連の行為が捜査の一環として行われていることを把握していれば、そもそもお茶を飲むことはなく、また紙コップの回収にも応じなかったと考えられるところ、Pらが自己の身分及びDNA採取目的を告げなかったことにより、甲には反対意思の形成の機会が与えられていなかったといえる。

したがって、Pらが自己の身分及びDNA採取目的を告げずに行った捜査③は、合理的に推認される甲の意思に反するといえ、①は充足する。

イ 次に、②について、上記捜査手法により甲に重要な権利利益の制約が生じたかが問題となる。

本件においては、Pらが甲から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれるDNAを入手し鑑定することによって甲のDNA型を明らかにし、これを本件事件の遺留鑑定資料から検出されたDNA型と比較することにより、甲が本件事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証拠を入手するためである。Pらの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取にある場合には、本件Pらが行った行為は、なんら甲の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたわけではなかったといっても、DNAを含む唾液を警察官のPらによってむやみに採取されない利益、すなわち個人識別情報であるDNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益は、強制処分として特別の根拠規定を要求して保護すべき重要な利益であると解すべきである。したがって、②も充足する。

ウ 以上から、捜査③は強制処分に該当する。

(4) 本件では、捜査③は強制処分であるにもかかわらず、Pらは令状によることなく、紙コップ

の占有を取得している。したがって、捜査③は、違法である。

第2 設問2

1(1) 本件供述調書の証拠能力を検討するに当たって、まず、本件供述調書が伝聞証拠（320条1項）に該当するかが問題となる。

(2) 法が伝聞法則（320条1項）を設けている趣旨は、供述証拠は知覚・記憶・表現・叙述の過程を経て公判廷に顕出するところ、各過程には誤りが混入しやすいことから、反対尋問等により供述内容の真実性が確保されない限り供述証拠の証拠能力を否定して、誤判の危険を防ぐことにある。そうすると、伝聞法則が適用される伝聞証拠とは、公判廷外でされた供述のうち、要証事実との関係でその内容の真実性が問題となるものをいうと解される。

(3) 本件事件について、甲は自己の犯人性を争っている。この点、X組事務所で発生した窃盗・放火事件の翌日に、甲が被害品である現金入りのX組の印字がされた封筒を所持していたとされている。一般に、窃盗事件と近接した時点で盗品を所持していた場合には、他に合理的な入手経路が存在しない限り事件への関与が疑われるから、この事実は甲が窃盗犯人であることを推認させる間接事実であるといえる。

そうすると、本件供述調書の要証事実、X組の印字がされた封筒を甲が事件と近接した時点において甲のテント内に所持していた事実であり、本件においては、検察官Rの請求しようとしている立証趣旨そのものが要証事実となる。そして、本件供述調書の内容が真実であれば、上記要証事実が立証されるという関係が認められる。

したがって、本件供述調書は、公判廷外におけるLの供述であって、供述の内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠に当たる。

2(1) では、本件供述調書は伝聞例外の規定である321条1項2号により、証拠能力が認められる余地はないか。

(2) Lが本件事件について、一切記憶を取り戻せない場合

ア 供述者であるLが、栄養失調を原因として入院しており、さらに記憶の混濁を生じ、本件事件について一切記憶を取り戻せないことが、「身体の故障」により「供述することができない」（321条1項2号前段）場合に当たるかが問題となる。

イ 「供述することができない」とは、一時的な供述不能では足りず、その状態が相当程度継続して存続しなければならないと解する。なぜなら、供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものだからである。

ウ 本件では、Lが体力の問題から公判廷に出頭できないことが喚問不能といえるかが問題となるが、Lは市職員の聞き取り調査には応じている以上、公判期日外に出張（臨床）尋問を実施することは可能であると考えられるから、喚問不能とはいえない。

しかし、病院で治療を受けていながら、記憶が混濁し、誘導尋問等の記憶喚起の手段を尽くしても、記憶を取り戻すことができず、正確な供述ができないという場合には、供述不能な状態が相当程度継続して存続するといえる。

したがって、この場合は、「身体の故障」により「供述することができない」に当たる。

エ また、本件供述調書は、Lの署名押印を具備している。

オ 以上から、検察官が上記症状を立証してLの喚問をすることなく、「供述不能」を理由に、321条1項2号前段により証拠能力が認められる。

(3) Lが本件事件について、一部の記憶を取り戻せても、X組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない場合

ア Lが一部の事実について記憶を取り戻し供述できたのであれば、X組の印字がされた封筒を見たことを覚えていないという供述は、単なる部分的供述不能があるにすぎず、供述全体との関係では「前の供述と…実質的に異なつた供述」(321条1項2号後段)に当たるかが問題となる。

「前の供述と…実質的に異なつた供述」とは、供述それ自体から、あるいは他の証拠とあいまって、要証事実につき異なつた結論を導く可能性のある程度の違いのある供述をいうと解する。

本件では、Lが一部の事実について記憶を取り戻し供述できたのであれば、単なる部分的供述不能があるにすぎない。LがX組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない場合には、Lの供述は、甲のテント内にX組の印字がされた封筒を見たことについて記憶にないとならざるを得ない。そうすると、Lの供述は、供述全体との関係では、要証事実について異なつた結論を導く可能性のある供述といえる。よって、LがX組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない場合には、Lの供述は、「前の供述と…実質的に異なつた供述」に当たるといふべきである。

イ Lが「前の供述と…実質的に異なつた供述」をしたにすぎない場合には、次に、「前の供述を信用すべき特別の情況」(321条1項2号後段ただし書)の有無が問題となる。

特信情況の判断については、供述の際の外部的付随的事情を基礎としつつ、供述内容自体も参酌することができる。また、同ただし書の特信性は検察官の面前における供述と公判期日等における供述の相対的比較的問題である。

本件では、証人尋問時は、Lは栄養失調を原因として記憶が部分的に混乱していたとしても、検察官の面前においては正しい記憶に基づいてありのままに述べたと認められるから、検察官の面前での供述が相対的に信用を備えているといえる。

よって、この要件を充足する。

ウ また、本件供述調書は、Lの署名押印を具備している。

エ 以上より、検察官が、Lに対する出張尋問を請求し、Lに実際に要証事実に関する部分についての証言を求め、Lの当該部分に対する記憶の欠如を証言させた場合、本件供述調書は、321条1項2号後段により証拠能力が認められる。

第3 設問3

1 本問において、甲の前刑放火に係る同種前科を示す前科調書及び確定判決謄本を、本件事件における甲の犯人性を認定する間接事実として用いることは可能か。

2 前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、自然的関連性を有している。反面、同種前科を犯人性立証の間接事実として用いることは、通常は被告人の悪性格という人格の評価を経由するため、偏見・誤導による誤つた事実認定をもたらすおそれがあり、また当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を余儀なくされて争点が拡散する可能性もあるから、原則として、法律的関連性を有さず、許されないといふべきである。

もっとも、前科が顕著な特徴を有し、かつそれが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似している場合や、被告人の犯罪性向が、特定の状況下においては、いわば自然反動的に一定の行為を行うほどに習慣化している場合には、同種前科にも上記のような弊害を上回る証拠価値が認められるため、例外的に間接事実としての使用を認めるべきである。

3 本件放火の態様は、室内に貯蔵されていた灯油を散布して火を放つたという犯行である。窃盗の目的で建物に侵入し、期待したほどの財物が窃取できなかったために放火に及ぶということが、

放火の動機として特に際だった特徴を有するものとはいえないし、また、侵入した建物内に灯油を撒いて火を放つという態様もさほど特殊なものとはいえず、これらの類似点を持つ、本件放火の犯行が甲によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。

よって、本問における甲の前科は、侵入窃盗で満足な金品を得られなかった場合に、鬱憤を晴らすために建物に放火したものであるところ、このような腹いせでの放火が犯行動機として顕著な特徴を有するものとはいいがたい。

- 4 以上より、本問においては、甲の前刑放火に係る同種前科を示す前科調書及び確定判決謄本を、本件事件の犯人性立証の間接事実として用いることは許されない。

以 上

【解 説】

◆ 論点① ビデオ撮影 ◆

1 問題の所在

ビデオ撮影は、捜査機関が五官の作用で対象者の外見等を認識する行為であるから、仮に強制処分に当たるとすると「検証」に該当することとなる。Pが行った捜査①は、令状を取得せずにされているところ、これが無令状での検証を許容する場合（刑事訴訟法（以下法令名略）218条3項、220条1項）に当たらないことは明らかであるから、仮にこれが検証であれば、法定の手続を欠き、違法となる。

そこで、捜査①の強制処分該当性が問題となる。

また、捜査①が任意処分であるならば、その相当性も問題となる。

2 判 例

□ 最決昭51. 3. 16（刑集30-2-187, 刑訴百選〔第10版〕1事件）

〔決定要旨〕

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等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ものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」

〔本決定の評価〕

本決定は、「強制的処分」（197条1項但し書）の解釈に関する一般的なメルクマールを提示したものと理解されている。

□ 最大判昭44. 12. 24（刑集23-12-1625）

〔判 旨〕

「憲法13条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下『容ぼう等』という。）を撮影されない自由を有するものといえるべきである。

…少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する

右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、…警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。

そこで、その許容される限度について考察すると、…次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるときである。」

〔本判決の評価〕

本判決は、捜査活動としての写真撮影に伴い制約される法益として、「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」を観念した点に先例的意義が認められる。

□ 最決平20. 4. 15（刑集62-5-1398, 刑訴百選〔第10版〕8事件）

〔事案の概要〕

捜査官は、防犯ビデオ映像に映っていた人物と被告人との同一性を判断するため、公道上を歩く被告人の姿をビデオで計8分撮影したほか、パチンコ店内にいる被告人の姿を2日間にわたり計30分程度撮影した。

〔決定要旨〕

「前記事実関係及び記録によれば、捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである。」

〔本決定の評価〕

本決定は、捜査官が公道上及びパチンコ店内で被告人の容ぼうをビデオ撮影した行為を適法としたものである。本決定の判示からすると、「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所」における撮影行為により制約される法益は、類型的に強制処分に対する保護に値するほどの重要性を有する権利利益には当たらないと捉えられる。その上で、任意処分としての相当性判断については、捜査比例の原則に基づく比較衡量を行うこととなる。その際、上記の昭和44年大法廷判決が掲げる「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる」状況（現行犯の状況）を、独立の要件とはしなかった点も注目される。

3 本件の事案に即した具体的検討

(1) 捜査①は犯人特定に必要な証拠資料を入手するために行われたビデオ撮影であるところ、かかるビデオ撮影は適法か。

(2) まず、本件のビデオ撮影が仮に検証に該当するならば、法定の手続を欠くものとして違法となるから、検証に当たるか否か、すなわち強制処分該当性が問題となる。

最決昭51. 3. 16（刑集30-2-187）が示した「強制の処分」に関する解釈を踏まえつつ、自分なりに強制処分該当性を判断する規範を定立することが要求される。

例えば、有力説の見解を前提とすれば、①合理的に推認される相手方の意思に反し、②その重要な権利利益を制約する処分が「強制の処分」であると定義づけることができよう。その上で、自らの立てた規範に従って本問の事情を当てはめていくこととなるが、①については、Pによるビデオ撮影が行われることを甲が知っていたなら、甲は当然これを拒否したものと推認できるから、合理的に推認される甲の意思に反するといえる。

また、②については、撮影場所が河川敷というオープンスペースであることをどう評価するかが重要であるが、最決平20. 4. 15（刑集62-5-1398）を参考にするならば、ビデオ撮影により甲に生じる法益侵害は大きなものとはいえず、同要件を充足しないこととなるう。

(3) さらに、捜査①のビデオ撮影を任意処分であると位置づけたならば、任意処分としての限界を超えないかという点も問題となる。

これについても、前掲最決昭51. 3. 16が示した考慮要素に本問の事情を当てはめていくこととなるう。現住建造物等放火を含む重大事件について甲の嫌疑が強まり、犯人特定のための捜査の必要性が高まっている反面、甲は屋外で計12分程度その姿を撮影されたにとどまり、被侵害利益は大きいとはいえないから、捜査①は任意処分としての相当性を欠くものでもないと考えられる。

◆ 論点② 領置 ◆

1 問題の所在

領置（221条）とは、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の占有を取得する処分であり、任意処分に位置付けられる（最決昭29.10.26集刑99-531）。

本問のPは、令状を得ることなく甲が投棄したごみ袋を回収しており、これが差押え（218条1項前段）として適法とされるものでないことは明らかである。そこで、捜査②については、領置として適法とならないかが問題となる。

2 学説

(1) 領置の対象物

領置の対象は被疑者等が「遺留した物」又は所有者等が「任意に提出した物」（221条）とされている。

このうち「遺留した物」（以下「遺留物」という。）の解釈が問題となる。この点、領置について令状が不要とされている根拠について、有力な見解は、占有の取得に強制力を伴わないことに求めている（川出敏裕「判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」P.170参照）。この見解を前提とすると、対象物について占有の喪失という状態さえ生じていれば、捜査機関は強制力を介在させずに対象物の占有の取得を実現できるから、「遺留物」とは被疑者等が占有を喪失した物を広く含み、それが自己の意思によるか否かは問わないと解すべきである。

(2) 領置の限界

領置について、条文に明示された対象物以外の観点からも、領置により失われる法益との関係で法的規律が及ぶか。とりわけ、領置された物は占有が失われた状態にあったところ、その物について保護に値するプライバシーに係る利益が存するかという文脈で問題となる。

A 説

占有が失われ、誰もがアクセス可能な状態になった物については、保護に値するプライバシーの利益は存しないとする見解がある。

この見解からは、領置については対象物の観点以外からの法的規律は及ばないと結論が導かれる。

B 説（有力説）

占有が喪失された物についても、度合いが弱まるとはいえ、なお保護されるべきプライバシーの利益が存在するとする見解がある（緑大輔・速報判例解説(3)P.216）。この見解によると、領置に伴うプライバシーの侵害を正当化する理由が必要とされることとなるところ、その判断基準としては、一般的な任意処分の限界に関する規律と同様のものを挙げる見解が有力である（川出・前掲P.170～171）。すなわち、領置を行う必要性と、それにより侵害されるプライバシーの性質及び程度とを比較考量した上、具体的状況の下において領置を行うことの相当性を検討することとなる。

3 判例

□ 前掲最決平20. 4. 15 (刑集62-5-1398)

〔事案の概要〕

論点①の2でのビデオ撮影のほか、警察官が、被告人及びその妻が自宅付近の公道上にあるごみ集積所に出したごみ袋を回収した上、そのごみ袋の中身を警察署内において確認し、袋に入っていたダウンベスト、腕時計等を領置した行為の適法性が問題となった。

〔決定要旨〕

「ダウンベスト等の領置手続についてみると、被告人及びその妻は、これらを入れたごみ袋を不要物として公道上のごみ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、排出されたごみについては、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。」

〔本決定の評価〕

本決定は、捜査活動としてのごみの取得の適法性について、最高裁として初めて判断を下したものである。本決定については、排出されたごみについて一切の管理支配関係が失われていた点が結論に大きく影響しており、ごみの取得に際して領置手続によることができず令状が必要とされるのがいかなる場合かは、今後も問題となると考えられる。

なお、領置によるごみ袋の占有取得後に、捜査機関は必要な処分として内容物の選別行為をするが、調査官解説において、「本決定は、…本件領置手続が適法である旨を述べており、特に占有取得とその後の選別行為を区別して判示していない。しかし、これは必要な処分としての選別行為を含めて領置手続に違法な点はないと考えていることは明らかである。」とされ、「ごみの内容や捜査官においてその後必要となる処分の内容によって、占有取得自体の適法性を区別しようとすることは不可能であり、占有取得として領置手続は適法といわざるを得ない。」と述べられている(鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成20年度)』(法曹会, 2012) P. 315)。そして、この部分の注として、「ごみ袋の中に何が入っているかは不明である。ごみ袋が…半透明であればプライバシーへの期待があるから持ち去りが許されず、透明であれば期待がないから持ち去って良いなどというのはおかしな話になる。領置自体が違法だというためには、ごみとしての排出は、ごみ回収のシステムに乗せただけであって、排出者の管理から離れているものではないと擬制するしかないと思われる。」と述べられている(鹿野・前掲P. 322(注25))。

4 本件の事案に即した具体的検討

- | |
|---|
| <p>(1) 本件の捜査②は、甲が投棄したごみ袋6袋を極秘裏に回収したものであるところ、領置(221条)として適法か。</p> <p>(2) まず、Pが回収したごみ袋が、遺留物に当たるかが問題となる。 遺留物の解釈について、広く占有が失われた物を指すとする通説に従うならば、甲自身が占有</p> |
|---|

を放棄し、かつ他の者が新たに占有を取得したとの事情も認められない本問のごみ袋は、遺留物に該当することとなろう。

- (3) 次に、任意処分としての領置が捜査手段として相当性を欠くものでないか。捜査機関はごみ袋の内容物に対し必要な処分（222条1項，111条2項）をすることが予定されているのであるから、ごみ袋の占有を放棄した者の内容物に対するプライバシーに係る利益の侵害が問題となる。

甲は現住建造物等放火を含む重大事件の犯人である嫌疑が強まっていることと、甲においてごみ袋の内容が他人に見られないことへの期待を放棄しているに等しいことを比較衡量すれば、Pによる領置は捜査手段として相当な範囲にとどまるものと考えられよう。

◆ 論点③ DNA採取 ◆

1 問題の所在

犯罪捜査において、犯行現場から採取されたDNAサンプルと被疑者から採取したDNAサンプルとを対照し、それらが一致するか否かにより被疑者の犯人性を判断する捜査手法（DNA型鑑定）がとられることがある。鑑定の方法のうち、現在主流とされているSTR法によれば、きわめて高い精度で両者の一致を判断することができ、犯人の特定に大きく寄与する反面、被疑者においてDNA型鑑定の実施を事前に察知した場合、サンプルの採取拒否や逃亡・罪証隠滅といった対抗行為に出る危険がある。そこで、捜査機関としては、相手方にDNA型鑑定の実施を悟られないよう、極秘裏にDNAサンプルを採取する必要に迫られることもある。

本問においても、Pらは、DNAサンプルの採取目的を秘し、甲にお茶を勧めた上、回収した紙コップからDNAサンプルを採取している。このようなDNA採取については、まず、強制処分法定主義との関係で、その強制処分該当性が問題となる。また、強制処分に該当しない場合でも、任意処分として相当な範囲にとどまるかが問題となる。

2 裁判例

□ 東京高判平28. 8. 23（高刑集69-1-16，判タ1441-77）

【事案の概要】

警察官が、自己の身分及びDNA採取目的を秘して、紙コップに注いだお茶を飲むように被告人に勧めた上、使用後の紙コップを回収して、そこから被告人のDNAサンプルを採取した行為の適法性が問題となった。

【判旨】

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものであるが、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等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ものであると解される（最高裁判所昭和51年3月16日第3小法廷決定）。

これを本件についてみると、まず、…『相手が警察官だと名乗らなかった』ことは、関係証拠により優に認定できるところである。そして、…本件当日のAらの服装が警察官と一見明白なものでなかったこと、被告人とのやりとりが、国土交通省が例年警告書を発する時期に、河川事務所から入手した資料を示しながらなされ、話題も他のホームレスについての話などであったことからすれば、被告人は、…相手がホームレスの話しかしなかったので、国交省の間人だと思い込み、勧められるままに紙コップを手にしてお茶を飲み、被告人が飲んだ後、DNA採取目的を秘し、そのコップを廃棄するとしてAが回収したものと認められる。そうすると、本件においては、Aらは、Aらが警察官であると認識していたとすれば、そもそもお茶を飲んだりしなかった被告人にお茶を飲ませ、使用した紙コップはAらによってそのまま廃棄されるものと思込んでいたと認められる被告人の錯誤に基づいて、紙コップを回収したことが明らかである。

ここで、強制処分であるか否かの基準となる個人の意思の制圧が、文字どおり、現実には相手方の反対意思を制圧することまで要求するものなのかどうか問題となるが、当事者が認識し

ない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当するというべきである（最高裁判所平成21年9月28日第3小法廷決定参照）。したがって、本件警察官らの行為は、被告人の意思を制圧して行われたものと認めるのが相当である。

次に、本件では、警察官らが被告人の黙示の意思に反して占有を取得したのは、紙コップに付着した唾液である。原判決は、…任意処分の要件を充足しているか否かを決する場合のメルクマールである、相手方の身体、住居、財産等に加える制約の程度に関して、『DNA採取目的を秘して被告人に使用したコップの管理を放棄させ、そこからDNAサンプル採取をすること自体は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではない』と評価している。確かに、相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、法定の強制処분을要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分に該当するというべきであると解される。本件においては、警察官らが被告人から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれるDNAを入手し鑑定することによって被告人のDNA型を明らかにし、これを…合計11件の窃盗被疑事件の遺留鑑定資料から検出されたDNA型と比較することにより、被告人がこれら窃盗被疑事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証拠を入手するためである。警察官らの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかったといっても、DNAを含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報であるDNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）は、強制処분을要求して保護すべき重要な利益であると解するのが相当である。

以上の検討によれば、前記のとおり強制処分のメルクマールに照らすと、本件警察官らの行為が任意処分の範疇にとどまるとした原判決の判断は是認することができず、本件捜査方法は、強制処分に当たるといふべきであり、令状によることなく身柄を拘束されていない被告人からその黙示の意思に反して唾液を取得した本件警察官らの行為は、違法といわざるを得ない。」

〔本判決の評価〕

本判決は、上記〔事案の概要〕に記載した態様で行われたDNA採取行為が強制処分に該当すると判断したものである。また、本解説では該当部分を引用していないが、DNA採取の前提として警察官らがコップを回収した行為も、法が許容する領置の類型に当たらず、違法であるとしている。

これに対し、本判決の評釈の中には、本件捜査方法は任意処分に当たり、かつ、本件紙コップの押収の手段としては領置によることができると指摘するものがある（吉田雅之「判批」研修821号P.36）。

以上からすると、捜査手段としてのDNA採取の適法性についての立場は、次の3つに分類できると考えられる。

A 任意処分であり、かつ相当な範囲にとどまるとして、適法とする見解

前掲吉田評釈のほか、本判決の原審（さいたま地判平27.9.17）も、本件捜査方法は任意処分であるとの立場を採る。前掲吉田評釈によると、①被疑者としては紙コップの回収が行われることは認識していた以上、当事者が捜査の実施自体を知り得なかった場合（いわゆる秘密録音や最決平21.9.28（刑集63-7-868）のX線検査などがこれに該当しよう。）とは区別すべきであって、意思制圧要件を充足せず、②被制約利益は、ごみとして処分される予定の紙コップに係るプライバシーに対する期待にすぎず、強制処分を要求して保護する必要があるほどに重要な権利・利益とはいえない、とされる。すなわち、被疑者が自ら当該コップを捨てるのを待ち、それを遺留物として領置する場合と比較して差異がないという考え方であろう。

B 任意処分であるが、相当性を欠き違法であるとする見解

A説のDNA採取を任意処分とする立場を前提に、具体的状況の下で当該捜査方法が相当性を欠く場合には、このような結論に至ることとなる。

C 強制処分に該当し、違法であるとする見解（本判決）

本判決の見解である。各要件の判断については、引用した判旨を参照のこと。

3 本件の事案に即した具体的検討

(1) 捜査③は、Pらが甲に対し、自己が警察官であることを伏せて持参した紙コップ入りのお茶を飲ませ、DNA採取目的であることを告げないまま甲から紙コップを回収し、それに付着していた甲の唾液からDNAサンプルを採取したというものである。このような捜査手段としてのDNA採取について、法は明文の規定を置いておらず、その適法性が問題となる。

(2) まず、強制処分該当性については、論点①の3で立てた規範に従って判断する。

①については、甲が紙コップをPらに渡すこと自体の認識はあったことと、背後に秘められたDNA採取目的を知らなかったことのいずれを重視するかがポイントとなる。お茶を入れた紙コップを手渡し、飲み終えたら回収するという行為は、外形上刑事事件の捜査であるとは認識しがたいから、実質的には捜査の実施を対象者に認識させない捜査手法と等しいとみるならば、①は充足することとなる。

②については、DNA採取により甲に生じる法益侵害の性質が問題となる。人には一般に、重要な法益として、個人識別情報であるDNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益が存すると考えるならば、②も充足し、捜査③は強制処分と位置付けることも可能である。他方、Pらが回収した紙コップは、DNA型を検出できる可能性があるにとどまり、直接に体液等採取する場合とは区別されることを重視するならば、いずれはごみとして投棄されるであろう紙コップに係るプライバシーの利益が制約されるにすぎないとして、②は充足しないと結論になる。いずれの見解もあり得るところではあるが、ダイジェスト及び合格スタンダード答案は、前者の見解に従って、捜査③は強制処分であるとした。

(3) 次に、仮にDNA採取を任意処分と位置付けたのであれば、任意処分としての相当性を検討することとなる。捜査の必要性と、甲に生じる法益侵害の性質及び程度とを比較衡量して判断する

ことが求められる。

本問において、甲は現住建造物等放火を含む重大事件の犯人の疑いがあるとして捜査線上に浮上しており、捜査機関側としては犯行現場に残留したDNAサンプルとの対照により決定的な証拠を得ることができるから、甲のDNAサンプルを採取する必要性は高かったといえる。他方、紙コップの回収により甲に生じるプライバシーの侵害の程度をどのように考えるかによって、任意処分として相当な範囲にとどまるといえるか否かの結論が異なることになる。仮に、甲に生じるプライバシーの侵害の程度も微小なものにとどまると評価すると、本件の採取行為は、任意処分として相当な範囲にとどまるものであったと考えられる。

◆ 論点④ 伝聞証拠の意義 ◆

1 問題の所在

本件供述調書は、Lの公判期日における供述に代わる書面である。そのため、320条1項の「書面」に当たり、伝聞証拠として証拠排除される可能性がある。そこで、伝聞証拠の意義が問題となる。

2 伝聞証拠の意義

伝聞証拠が320条1項によって原則として証拠能力を認められていないのは、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って、各過程において誤りが生じるおそれがあるにもかかわらず、公判期日外の供述は、公判廷での偽証罪による処罰の警告を受けていないこと、裁判所が直接供述態度を観察することができないこと、相手方当事者による反対尋問を経ないことから、誤りが入り込むおそれが典型的に高いからである。

上記の趣旨からすると、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠で、その供述内容の真实性を立証するためのものをいうと解される。そうすると、伝聞証拠に当たるか否かは、要証事実との関係で決まる。

すなわち、その供述内容の真实性ではなく、当該供述の存在自体を要証事実とする場合には、その供述を聞いたとする証言自体の真实性が問題となるだけであって、原供述者の供述内容の真实性は問題にならないから、原供述者の供述過程のチェックは不要である。したがって、供述の存在自体を要証事実とする場合には、当該供述は、伝聞証拠には当たらない。

3 判例

□ 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条の上告理由に当たらない。(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…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とらう』と言った旨の証人P4の第1審第38回公判における供述…、被告人P1がP2の寄寓先で『P29党を名乗って堂々とP8を襲撃しようか』と述べた旨の証人P2の第1審第40回公判における供述…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た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、P1

8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1審第36回公判における供述…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、P18が『P1委員長が2、3日ならいてもいい、2、3日なら安全だから』と言つた旨の証人P3の供述…は、被告人P1がP18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P3は原供述者P18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、原判決のとおりである。次に、証人P4の第1審第38回公判における供述…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、P11、P10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P4は、自ら体験せずP11またはP35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。…)」

□ 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)

〔事案の概要〕

強姦致死事件において、第1審判決は、被告人がかねてから被害者H子と情を通じたいとの野心を持っていたことを犯行の動機として認定し、その証拠として、証人Mの「H子は私に『被告人につけられていけない…それで自分はおそろしくて飛んで帰った』、『あの人はずかんわ、いやらしいことばかりするんだ』といっていた」旨の証言を掲げていた。控訴審判決は、上記証言は、「H子が、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」とした。

最高裁は、次のように判示して、破棄差戻しとした。

〔判旨〕

「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MはH子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堪がみ、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。」

〔新庄健二先生のコメント〕

控訴審判決は、Mの証言により、H子が「あの人はすかんわ」という発言をした事実を立証できるとし、その立証できた事実、H子の発言当時、H子が被告人に嫌悪の感情を有していたとの事実を推認できるとした。さらに、その事実からは、H子には被告人との間に情交の合意をするはずはなかったという事実を推認できるとしたものである。したがって、このM証言中のH子の発言部分は、非伝聞であるとしたといえる。

しかし、H子の被告人に対する嫌悪の感情が「被告人につけられ（た）…いやらしいことばかりする」との部分と不可分であると見れば、単にH子が発言時に被告人に対して嫌悪感情を持っていたとの心理状態は直ちに立証できるのではなく、「つけられた。いやらしいことをされた。」というH子の体験した事実があって、その結果、「すかんわ」という心理状態が生まれたという事実が推認できる。そうすると、H子が知覚・記憶・叙述した被告人の過去の言動の存在（「つけられた。いやらしいことをされた。」という事実）が真実でなければ、H子の被告人に対する嫌悪の感情が真意であったか否か明らかでない（H子が「すかんわ」と発言したとしても、それが真意であったか否かが重要である場面）。

通常、利害関係のない第三者に対する発言や、特に嘘を言う可能性のない状況下での発言の場合には、その発言は発言者の真意であると推認できる。しかし、本件のように、Mは、H子の死亡前日まで情交関係にあったことや、M自身が犯人ではないかと疑われて取調べを受けていたことからすると、Mが証言中で、H子の発言を聞いたという場合には、H子の真意を聞いたとは直ちに推認するのは必ずしも合理的ではないといえる。

注意する点は、一般的には、Mに対する反対尋問で、H子の発言が存在したか否かを吟味できる。しかし、H子の発言がH子の真意でなされた発言か否かは、Mがどのような状況下でH子の発言を聞いたかによって判断するしかない（Mの証言の信用性にかかる）。そして、Mの上記立場にあることをかんがみると、H子の真意であったか即断できないというべきであろう。H子の発言が真意であると判断するには、Mとの関係抜きに、「すかんわ」という嫌悪の感情を生み出した「つけられた。いやらしいことをされた。」という事実が存在することで、初めてH子の真意であると推認できる。このように考えると、H子の発言の存否のみならず、それが真意であったと立証されなければ、「嫌悪の感情が存在した」という事実を推認できない以上、非伝聞とすることはできず、最高裁のように伝聞とすべきだろう。

□ 最決平17. 9. 27（刑集59-7-753, 刑訴百選〔10版〕83事件）

〔事案の概要〕

「本件の第1審公判において、検察官は、第1審判決判示第1の事実〔注：大阪府公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例違反〕に関し、立証趣旨を『被害再現状況』とする実況見分調書（第1審検第2号証。以下『本件実況見分調書』という。）及び立証趣旨を『犯行再現状況』とする写真撮影報告書（第1審検第13号証。以下『本件写真撮影報告書』という。）の証拠調べを請求した。」

「本件実況見分調書は、警察署の通路において、長いすの上に被害者と犯人役の女性警察官が並んで座り、被害者が電車で隣に座った犯人から痴漢の被害を受けた状況を再現し、これを別の警察官が見分し、写真撮影するなどして記録したものである。同調書には、被害者の説明に沿って被害者と犯人役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真12葉が、各説明文付きで添付されている。うち写真8葉の説明文には、被害者の被害状況についての供述が録取され

ている。

本件写真撮影報告書は、警察署の取調室内において、並べて置いた2脚のパイプいすの一方に被告人が、他方に被害者役の男性警察官が座り、被告人が犯行状況を再現し、これを別の警察官が写真撮影するなどして、記録したものである。同調書には、被告人の説明に沿って被告人と被害者役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真10葉が、各説明文付きで添付されている。うち写真6葉の説明文には、被告人の犯行状況についての供述が録取されている。」

「弁護人は、本件実況見分調書及び本件写真撮影報告書（以下併せて『本件両書証』という。）について、いずれも証拠とすることに不同意との意見を述べ、両書証の共通の作成者である警察官の証人尋問が実施された。同証人尋問終了後、検察官は、本件両書証につき、いずれも『刑訴法321条3項により取り調べられたい。』旨の意見を述べ、これに対し弁護人はいずれも『異議あり。』と述べたが、裁判所は、これらを証拠として採用して取り調べた。

第1審判決は、本件両書証をいずれも証拠の標目欄に掲げており、これらを有罪認定の証拠にしたと認められる。また、原判決は、事実誤認の控訴趣意に対し、『証拠によれば、一審判決第1の事実を優に認めることができる。』と判示しており、前記控訴趣意に関し本件両書証も含めた証拠を判断の資料にしたと認められる。」（以上は、本決定文から抜粋した。）

〔決定要旨〕

「認定事実によれば、本件両書証は、捜査官が、被害者や被疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして、これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ、立証趣旨が『被害再現状況』、『犯行再現状況』とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものと解される。このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については、刑訴法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである。もっとも、写真については、撮影、現像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから前記各要件のうち再現者の署名押印は不要と解される。

本件両書証は、いずれも刑訴法321条3項所定の要件は満たしているものの、各再現者の供述録取部分については、いずれも再現者の署名押印を欠くため、その余の要件を検討するまでもなく証拠能力を有しない。また、本件写真撮影報告書中の写真は、記録上被告人が任意に犯行再現を行ったと認められるから、証拠能力を有するが、本件実況見分調書中の写真は、署名押印を除く刑訴法321条1項3号所定の要件を満たしていないから、証拠能力を有しない。

そうすると、第1審裁判所の訴訟手続には、上記の証拠能力を欠く部分を含む本件両書証の全体を証拠として採用し、これを有罪認定の証拠としたという点に違法があり、原裁判所の訴訟手続には、そのような証拠を事実誤認の控訴趣意についての判断資料にしたという点に違法があることになる。」

4 本件の事案に即した具体的検討

本件事件について、甲は自己の犯人性を争っている。この点、X組事務所で発生した窃盗・放火事件の翌日に、甲が被害品である現金入りのX組の印字がされた封筒を所持していたとされている。一般に、窃盗事件と近接した時点で盗品を所持していた場合には、他に合理的な入手経路が存在しない限り事件への関与が疑われるから、この事実は甲が窃盗犯人であることを推認させる間接事実であるといえる。

そうすると、本件供述調書の要証事実は、X組の印字がされた封筒を甲が事件と近接した時点において甲のテント内に所持していた事実であり、本件においては、検察官Rの請求しようとしている立証趣旨そのものが要証事実となる。そして、本件供述調書の内容が真実であれば、上記要証事実が立証されるという関係が認められる。

以上から、本件供述調書は、公判廷外におけるLの供述であって、供述の内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠に当たる。

◆ 論点⑤ 伝聞例外（供述不能、相反供述・実質的に異なった供述） ◆

1 問題の所在

刑訴法は伝聞法則を採用し、公判期日外の供述を内容とする証拠の証拠能力を原則として否定している（320条1項）。もっとも、伝聞法則に関する刑訴法上の例外として、321条以下の伝聞例外の規定が設けられており、そのいずれかの要件を満たす伝聞証拠には証拠能力が認められることとされている。

本問では、公判期日外に作成されたLの供述を内容とする検察官面前調書の証拠能力が問題となっているところ、同供述調書につき、321条1項2号に基づいて証拠能力が認められないかが問題となる。同号は前段と後段で要件を異にしていることから、いずれに該当するかにつき、問題文の指示に従って場合分けをしつつ、慎重に検討する必要がある。

2 供述不能（321条1項2号前段）

(1) 裁判例

□ 東京高判平22. 5. 27（高刑集63-1-8，刑訴百選〔第10版〕80事件）

〔事案の概要〕

殺人及び死体遺棄の罪で起訴された被告人の公判に証人として出廷した共犯者が、自身についても同一事件の刑事裁判が係属中であることを理由に証言を拒絶した事案において、共犯者の検察官調書を321条1項2号前段に基づいて証拠として採用できるかが問題となった。

〔判旨〕

「刑訴法321条1項2号前段に供述者が公判準備若しくは公判期日において供述することのできないときとしてその事由を掲記しているのは、その供述者を裁判所において証人として尋問することを妨げるべき障害事由を示したもので、これと同様又はそれ以上の事由の存する場合において検察官調書に証拠能力を認めることを妨げるものではないから、証人が証言を拒絶した場合にも、同号前段によりその検察官調書を採用することができる（最高裁昭和26年（あ）第2357号同27年4月9日大法廷判決・刑集6巻4号584頁）。しかし、同号前段の供述不能の要件は、証人尋問が不可能又は困難なため例外的に伝聞証拠を用いる必要性を基礎付けるものであるから、一時的な供述不能では足りず、その状態が相当程度継続して存続しなければならないと解される。証人が証言を拒絶した場合についてみると、その証言拒絶の決意が固く、期日を改めたり、尋問場所や方法を配慮したりしても、翻意して証言する見通しが少ないときに、供述不能の要件を満たすといえる。もちろん、期日を改め、期間を置けば証言が得られる見込みがあるとしても、他方で迅速な裁判の要請も考慮する必要があり、事案の内容、証人の重要性、審理計画に与える影響、証言拒絶の理由及び態度等を総合考慮して、供述不能といえるかを判断するべきである。」

〔本判決の評価〕

本判決は、証言拒絶の状態が相当程度継続した場合には321条1項2号前段が適用されることを肯定しつつ、その際の考慮要素を呈示したものである。実務家からは、本判決について、供述不能の要件の検討において、被告人の反対尋問権の保障と迅速な裁判の実現とい

う2つの要請のバランスを図る観点から初めて明示したものであるとの評価もある（吉村典晃「判解」判例百選〔第10版〕P.185参照）。

□ 最決昭29.7.29（刑集8-7-1217）

証人が記憶喪失を理由に証言を拒んだ場合は、供述不能要件を満たすとした判例である。

(2) 学説

学説上も、321条1項2号前段の供述不能事由は例示列举であると解した上で、証言拒絶や記憶喪失がこれに含まれるとの立場が支配的である（石井一正『刑事実務証拠法』（判例タイムズ社、第5版、2011）P.162～4参照）。

他方、病気のため公判廷に出頭できない場合であっても、公判期日外に臨床尋問をするのには応じられるという場合には、供述不能の要件は充足しないとされる。この場合、受命裁判官が立ち会って臨床尋問を実施するのが実務の運用である。

3 相反供述・実質的に異なった供述（321条1項2号後段）

相反性・実質的相異性（以下まとめて「相反性」という。）は、前段の供述不能要件と同様、伝聞供述を用いる必要性を基礎づける要件である。通説は、「相反する供述」と「実質的に異なった供述」を区別せず、両者はいずれも、供述それ自体から、或いは他の証拠とあいまって、要証事実につき異なった結論を導く可能性のある程度の供述の違いがあることを意味するとしている（石井・前掲P.167、川出・前掲P.390～391）。

供述不能と相反性の限界については微妙な問題がある。記憶喪失の場合について、判例・通説が供述不能として扱うのは上述のとおりであるが、時の経過により記憶の一部が曖昧になっているにすぎない場合には、記憶喚起のための誘導尋問（刑事訴訟規則199条の3第3項3号）等の手段を尽くすことにより期待される供述が得られる可能性もある以上、「実質的に異なった供述」に当たるか否かの問題となると考えるべきである（石井・前掲P.163～4）。

4 特信性（321条1項2号後段ただし書）

321条1項2号後段ただし書の特信性要件は、検察官調書に記載された供述と公判準備又は公判期日における供述とを比較するものである。その意味で、同項3号の特信性要件とは異なり、相対的特信性を意味すると解される。

特信性判断に際しては、供述の際の外部的付随的事情を基礎としつつ、供述内容自体も参酌することが許されるというのが判例（最判昭30.1.11刑集9-1-14）・通説の立場である。実務上、特信性が肯定される例としては、日時の経過により証人の記憶が低下ないし減退している場合や、利害関係者から証人に対し脅迫・買収等の供述を変化せしめる働き掛けがされた場合、証人と被告人等との間に犯罪組織内部での上下関係などの特殊な身分関係がある場合などが挙げられる（川出・前掲P.392）。

5 本件の事案に即した具体的検討

本件供述調書は、伝聞例外の規定により証拠能力を認められないか。具体的には、321条1項2号前段ないし後段への該当性が問題となるから、各要件を充足するか否かについて検討する必要がある。

入院の事実を踏まえても、Lは期日外の尋問には応じられる状態にあるから、喚問不能とはいえないと考えられるが、他方で記憶の混濁により正確な供述を得られるか不明な点については、現実の供述内容との関係で前段と後段のいずれに当たるかを個別的に評価する必要がある。

本問では、問題文によって、①Lが本件事件について、一切記憶を取り戻せない可能性、あるいは、②一部記憶を取り戻すことができても、X組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない可能性が示されている。そこで、①の場合、供述不能として、321条1項2号前段により証拠能力を認めることはできないか、②の場合、相反供述として、321条1項2号後段により証拠能力を認めることはできないか、について検討することになる。

◆ 論点⑥ 同種前科・類似事実による事実認定 ◆

1 問題の所在

同種前科・類似事実による犯人性立証は、①同種前科等から被告人の悪性格・犯罪性向という人格的評価を導き出し、②その悪性格・犯罪性向から被告人が犯人であることを推認するという過程をたどる。しかし、悪性格等の人格的評価はそもそも実証的根拠に乏しいものであるし、また、悪性格を根拠に被告人が当該犯行を行ったと推認することも、不当な偏見による誤った事実認定をもたらすおそれがある。そこで、犯人性立証のための同種前科・類似事実に関しては、類型的一般的に証拠能力が否定されるのが原則である。

本問では、甲の同種前科を、本件事件における犯人性立証のための間接事実として用いることができるかが問題となる。

2 判例

□ 最判平24. 9. 7 (刑集66-9-907, 刑訴百選〔第10版〕62事件)

〔事案の概要〕

被告人は、平成21年9月8日、金品窃取の目的で被害者方に侵入し、現金1000円及びカップ麺1個(時価約100円相当)を窃取した上、室内にあった石油ストーブ内の灯油を同室内のカーペット上に撒布した上、何らかの方法で点火して火を放ち、部屋の一部を焼損したとして、住居侵入、窃盗、現住建造物等放火の罪で起訴された。

被告人側は、住居侵入及び窃盗は認めたものの、現住建造物等放火(以下「本件放火」という。)については犯人性を争った。検察官側は、被告人には平成3年から4年にかけて15件の窃盗と11件の現住建造物等放火(これらの放火を以下「前刑放火」という。)を働いた前科があり、本件放火も前刑放火と同様の動機に基づき、特殊な手段方法でされたものであると主張した。そこで、被告人の同種前科を、本件放火の犯人性立証のための証拠として用いることができるかが争点となった。

〔判旨〕

「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値(自然的関連性)を有している。反面、前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。したがって、前科証拠は、単に証拠としての価値があるかどうか、言い換えれば自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決せられるものではなく、前科証拠によって証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである。本件のように、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるものというべきである。

前刑放火は、原判決の指摘するとおり、11件全てが窃盗を試みて欲するような金品が得ら

れなかったことに対する鬱憤を解消するためになされたものであること、うち10件は侵入した室内において、残り1件は侵入しようとした居室に向けてなされたものであるが、いずれも灯油を撒布して行われたものであることなどが認められる。本件放火の様子は、室内で石油ストーブの灯油をカーペットに撒布して火を放ったという犯行である。…窃盗の目的で住居に侵入し、期待したほどの財物が窃取できなかったために放火に及ぶということが、放火の動機として特に際だった特徴を有するものとはいえないし、また、侵入した居室内に石油ストーブの灯油を撒いて火を放つという様子もさほど特殊なものとはいえず、これらの類似点を持つ、本件放火の犯行が被告人によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。

…前刑放火は、間に服役期間を挟み、いずれも本件放火の17年前の犯行であって、被告人がその間前刑当時と同様の犯罪傾向を有していたと推認することには疑問があるといわなければならない。加えて、被告人は、本件放火の前後の約1か月間に合計31件の窃盗（未遂を含む。以下同じ。）に及んだ旨上申している。上申の内容はいずれも具体的であるが、これらの窃盗については、公訴も提起されていない上、その中には被告人が十分な金品を得ていないとみられるものが多数あるにもかかわらず、これらの窃盗と接着した時間、場所で放火があったという事実はうかがわれず、本件についてのみ被告人の放火の犯罪傾向が発現したと解することは困難である。」

〔本判決の評価〕

本判決は、同種前科による立証の許容性についての一般的法理を最高裁として初めて明らかにしたものとして評価されている（笹倉宏紀「判解」判例百選〔第10版〕P.144～5）。

□ 最決平25. 2. 20（刑集67-2-1）

類似事実による犯人性立証について、以下のように述べる。

〔決定要旨〕

「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明の対象である犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるところ（最高裁平成23年（あ）第670号同24年9月7日第二小法廷判決・裁判所時報第1563号6頁参照）、このことは、前科以外の被告人の他の犯罪事実の証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合にも同様に当てはまると解すべきである。そうすると、前科に係る犯罪事実や被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人の同一性の間接事実とすることは、これらの犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明対象の犯罪事実と相当程度類似していない限りは、被告人に対してこれらの犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることに等しく、許されないというべきである。」

なお、本決定には、金築誠志裁判官の補足意見が付されている（※下線は解説作成者による。）。

「本件起訴に係る10件の現住建造物等放火は、約4か月の短期間に連続的に犯されたものであるが、いずれの犯行においても、放火が実行されたと推認される時以前、最大限約10時

間の幅の時間内に、被告人が、放火された住居に侵入し、放火された室内で金品を盗みあるいは盗もうとしたという事実が認められる。このうち2件は、放火についても被告人は自認しており、上記時間の幅が10時間の1件については、室内に灯油を撒いたことを認めている。このような事実関係において、仮に、争いのある放火が、被告人の関与なしに他の者によって犯されたとするならば、それは極めて確率の低い偶然の事態が発生したことを承認することになる。本件のような事案について、各放火事件の犯人性は、あくまで、それぞれの事件に関する証拠のみで別個独立に認定すべきであるとするのは、不自然であり、類似する多数の犯行を総合的に評価することは許されるべきであろう。」

〔本決定の評価〕

本決定の多数意見については、前掲最判平24.9.7(刑集66-9-907)の趣旨が、類似事実による犯人性立証にも妥当することを確認したものと理解されている。

3 学説

有力な学説は、同種前科・類似事実による犯人性立証は原則として許されないとしつつも、個別の事案ごとに当該前科証拠・類似事実の証明力を判断し、事実認定の誤導や争点拡散といった悪性格立証がもたらす弊害を上回る証拠価値が認められる場合には、同種前科等を犯人性立証のための証拠に用いることができるとの枠組みを採用する(成瀬剛「類似事実による立証」刑事訴訟法の争点P.154~5)。

学説が同種前科等の証拠能力を認める類型としては、次の場合がある。

(1) 前科や類似事実が顕著な特徴を有し、かつそれが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似している場合

この場合、そのような顕著な特徴を有する犯罪が第三者によって引き起こされる可能性は低いという経験則に基づき、被告人の悪性格立証を介在させずに、直ちに犯人性を推認することが可能になる。

前掲最判平24.9.7及び前掲最決平25.2.20はこの立場を採用したものと解される。

(2) 被告人の犯罪傾向が、特定の状況下においては、いわば自然反応的に一定の行為を行うほどに習慣化している場合(川出敏裕「演習」法教386号P.163)

この場合、被告人が、単なる悪性格にとどまらない強固な犯罪傾向を有していることが推認でき、その犯罪傾向が起訴に係る犯罪事実に発現したと推認することが可能になる。

(3) 他事情付加による総合認定が可能な場合

同種前科等に他の事情を付加することによって推認力を高めるなど、諸事情を総合考慮して犯人性の認定が可能となる場合である。

前掲最決平25.2.20金築補足意見も、同様の立場を示したものと理解される。

4 本件の事案に即した具体的検討

本件事件との関係で、甲には、【事例】中の9記載の同種前科が認められるところ、かかる同種前科を、本件事件における甲の犯人性を認定する間接事実として用いることは可能かが問題となる。

同種前科等による犯人性立証については、悪性格という偏った人格的評価を介在する、前科等に立ち入った審理が要求され争点が拡散するといった弊害が指摘されているところであり、原則としてこれを否定するのが判例・通説の立場である。その上で、例外的に同種前科等による犯人性立証が許されるのはどのような場合かについて、踏み込んだ検討をすることが求められる。

近時の有力説に立脚するならば、①前科や類似事実が顕著な特徴を有し、かつそれが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似している場合や、②被告人の犯罪性向が、特定の状況下においては、いわば自然反応的に一定の行為を行うほどに習慣化している場合などが挙げられよう。

そして、甲の同種前科に①②に該当する事情は認められないと考えられるから、本件事件について甲の犯人性を立証するための間接事実として上記の同種前科を利用することはできないといえる。

2018 司法試験全国模試 刑事系第2問

■ 合格スタンダード答案

(司法試験合格者が検討した、「良好」と「一応の水準」の境界上の本試験順位 500 番相当の解答例)

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 捜査①について

3 (1) 捜査①は犯人特定に必要な証拠資料を入手するために行われたビデオ
4 撮影であるところ、かかるビデオ撮影が適法かが問題となる。

5 (2)ア ビデオ撮影は、仮にこれが「強制の処分」(刑事訴訟法(以下法令
6 名略)197条1項但し書)であれば、検証に該当することになるが、
7 刑事訴訟法上、無令状での検証は218条3項又は220条1項に該
8 当する場合しか許されない。そこで、まず本問のビデオ撮影の強制処
9 分該当性について検討する。

10 イ いかなる処分が「強制の処分」に該当するか。

11 この点、捜査機関が有形力の行使を伴う場合はもちろん、それ以外
12 の捜査手法であっても、プライバシー等の重要な権利利益が侵害され
13 ることがあり得る以上、後者についても強制処分として手続的規律を
14 受けることが必要である。そこで、①合理的に推認される相手方の意
15 思に反し、②その重要な権利利益を制約する処分が「強制の処分」に
16 該当すると解する。

17 ウ まず、①について、甲に気付かれない態様での撮影が甲の意思に反
18 するかが問題となる。本問において、Pによるビデオ撮影が行われる
19 ことを甲が知っていたなら、甲は当然これを拒否したものと推認でき
20 るから、合理的に推認される甲の意思に反し、この要件は充足する。

21 次に、②については、河川敷を歩く甲の姿をビデオカメラで計12
22 分撮影したことが、甲の重要な権利利益を制約したといえるかが問題
23 となる。一般に、何人も、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由

P.2

2 を有すると考えられる。しかし、本問でPが行った撮影は、河川敷と
3 いう屋外空間での甲の行動を撮影したにとどまり、甲がテントを出入
4 りする際にも、その内部をズームアップして写すことまではできな
5 かったのであるから、要保護性の高い場所や空間には及んでいない。ま
6 た、撮影時間も計12分という短時間にとどまるから、甲に重要な権
7 利利益の制約が生じているとはいえず、この要件は充足しない。

8 以上より、本問のビデオ撮影は、強制処分には該当しない。

9 (3)ア そうすると、本問のビデオ撮影は任意処分となるが、任意処分にも
10 捜査比例の原則(197条1項本文)による規律が及ぶ。よって、当
11 該捜査活動の必要性と、それによって制約される権利利益の性質及び
12 制約の程度を比較衡量の上、具体的状況の下で相当と認められる場合
13 に、任意処分として適法となると解する。

14 イ 本問において、本件事件が現住建造物等放火を含む重大事件である
15 こと、甲の嫌疑が高まる中でその犯人性を判断する資料が必要なこと
16 からすると、甲についてビデオ撮影を実施する必要性は高いといえる。
17 他方、被制約利益は甲の「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」で
18 あるところ、本問でPが行った撮影は、河川敷という屋外空間での甲
19 の行動を撮影したにとどまり、テントの内部を写すことはなく、要保
20 護性の高い場所や空間には及んでいない。また、撮影時間も計12分
21 という短時間にとどまり、その制約の程度は低いといえる。

22 したがって、本問のビデオ撮影は、任意処分としても相当な範囲に
23 とどまるといえる。

(4) 以上から、捜査①は適法である。

P.3 2 捜査②について

- 2 (1) 捜査②は、甲が投棄したごみ袋6袋を極秘裏に回収したものであると
3 ころ、領置(221条)として適法か。
4 (2) 領置の対象となる被疑者等が「遺留した物」(以下「遺留物」という。)
5 とは、遺失物と異なり、被疑者等が自己の意思によらず占有を喪失した
6 物のほか、自己の意思で占有を放棄した物も含むと解する。
7 本問のごみ袋は、甲が自己の意思で本件ごみ箱へと投棄したものであ
8 る。甲が一度投棄したごみを再度持ち帰るとは考え難く、また本件ごみ
9 箱はテントから約30メートル離れたところに位置しているから、少な
10 くとも甲がごみ袋を投棄してテントに戻った時点で、ごみ袋に対する甲
11 の占有は失われているというべきである。また、本件ごみ箱のごみにつ
12 いては、河川敷の管理者を含む他の者が管理占有を及ぼしていたとの事
13 情も認められない。よって、甲が投棄したごみ袋は、遺留物に当たる。
14 (3) 次に、任意処分である領置の限界として、領置の必要性と、それによ
15 って制約される権利利益の性質及び制約の程度を比較衡量の上、具体的
16 状況の下で領置に出ることが相当と認められるかについて検討する。
17 一般に、排出されたごみについては、通常、そのまま収集されて他人
18 にその内容が見られることはないという期待があると考えられるから、
19 甲のかかる期待は捜査機関との関係でも保護に値するプライバシーに係
20 る利益といえる。しかし、甲がごみ袋を投棄したのが人目に付きやすい
21 公園内のごみ箱であったことからすると、甲が本件ごみ箱にごみ袋を投
22 棄した時点で、甲の上記期待は微弱なものとなったといわざるを得ず、
23 他方で現住建造物等放火を含む重大事件の犯人特定のため、領置により
P.4 甲の投棄したごみ袋の内容物を確かめる必要性は高かったことから、本
2 件でPが甲のごみ袋を領置したことは相当といえる。

- (4) 以上より、捜査②は適法である。

3 捜査③について

- 5 (1) 捜査③は、Pらが、DNA採取目的であることを告げないまま甲から
6 紙コップを回収し、甲の唾液からDNAサンプルを採取したものである
7 ところ、強制処分に該当する場合には、無令状で行われている点で違法
8 とならないか。
9 (2) ①合理的に推認される相手方の意思に反し、②その重要な権利利益を
10 制約する処分が「強制的処分」に該当すると解する。
11 (3) ①について検討すると、甲としては、仮にPらの一連の行為が捜査の
12 一環として行われていることを把握していれば、そもそもお茶を飲むこ
13 とはなく、また紙コップの回収にも応じなかったと考えられる。よって、
14 Pらが自己の身分及びDNA採取目的を告げずに行った捜査③は、合理
15 的に推認される甲の意思に反するといえ、①は充足する。
16 (4) ②について、上記捜査手法により甲に重要な権利利益の制約が生じた
17 かが問題となる。

18 本件においては、Pらが甲から唾液を採取しようとしたのは、唾液に
19 含まれるDNAを入手し鑑定することによって甲のDNA型を明らかに
20 し、これを本件事件の遺留鑑定資料から検出されたDNA型と比較する
21 ことにより、甲が本件事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証
22 拠を入手するためである。Pらの捜査目的がこのような個人識別のため
23 のDNAの採取にある場合には、本件Pらが行った行為は、なんら甲の
P.5 身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたわけではな
2 かったといっても、個人識別情報であるDNA型をむやみに捜査機関に
3 よって認識されない利益は、強制処分として特別の根拠規定を要求して
4 保護すべき重要な利益であると解すべきである。したがって、②も充足
5 する。

6 (5) 以上から、捜査③は強制処分であるが、Pらは令状によることなく、
7 紙コップの占有を取得している。したがって、捜査③は、違法である。

8 第2 設問2

9 1(1) 本件供述調書の証拠能力を検討するに当たって、まず、本件供述調書
10 が伝聞証拠(320条1項)に該当するかが問題となる。

11 (2) 法が伝聞法則(320条1項)を設けている趣旨は、供述証拠は知
12 覚・記憶・表現・叙述の過程を経て公判廷に顕出するところ、各過程に
13 は誤りが混入しやすいことから、反対尋問等により供述内容の真実性が
14 確保されない限り供述証拠の証拠能力を否定して、誤判の危険を防ぐこ
15 とにある。そうすると、伝聞法則が適用される伝聞証拠とは、公判廷外
16 でされた供述のうち、要証事実との関係でその内容の真実性が問題とな
17 るものをいうと解する。

18 (3) 本件事件について、甲は自己の犯人性を争っている。この点、X組事
19 務所で発生した窃盗・放火事件の翌日に、甲が現金入りのX組の印字が
20 された封筒を所持していたとされており、この事実は甲が窃盗犯人である
21 ことを推認させる間接事実であるといえる。そうすると、本件供述調
22 書の要証事実、甲がX組の印字がされた封筒を甲のテント内に所持し
23 ていた事実であり、立証趣旨と同一となる。よって、本件供述調書は、
P.6 Lの公判廷外の供述であり、その内容の真実性が問題となるから、伝聞
2 証拠に当たる。

3 2(1) では、本件供述調書は伝聞例外の規定である321条1項2号により、
4 証拠能力が認められるか。

5 (2) Lが本件事件について、一切記憶を取り戻せない場合

6 ア 供述者であるLが、本件事件について一切記憶を取り戻せないこと
7 が、「身体の故障」により「供述することができない」(321条1項
8 2号前段)場合に当たるかが問題となる。

9 イ 「供述することができない」とは、一時的な供述不能では足りず、
10 その状態が相当程度継続して存続しなければならないと解する。

11 ウ 本件では、Lは、体力の問題から公判廷に出頭できないが、市職員
12 の聞き取り調査には応じている以上、公判期日外に出張尋問を実施す
13 ることは可能であると考えられるから、喚問不能とはいえない。

14 しかし、病院で治療を受けていながら、記憶が混濁し、誘導尋問等
15 の記憶喚起の手段を尽くしても、記憶を取り戻すことができず、正確
16 な供述ができないという場合には、供述不能な状態が相当程度継続し
17 て存続するといえる。したがって、この場合は、「身体の故障」によ
18 り「供述することができない」に当たる。

19 エ また、本件供述調書は、Lの署名押印を具備している。

20 オ 以上から、検察官が上述の症状を立証することで、321条1項2
21 号前段により証拠能力が認められる。

22 (3) Lが本件事件について、一部記憶を取り戻すことができても、X組の
23 印字がされた封筒を見たことを覚えていない場合

P.7 ア Lが一部の事実について記憶を取り戻し供述できた場合、X組の印
2 字がされた封筒を見たことを覚えていないという供述は、供述全体と
3 の関係で「前の供述と…実質的に異なつた供述」(321条1項2号
4 後段)に当たるかが問題となる。

5 「前の供述と…実質的に異なつた供述」とは、供述それ自体から、
6 あるいは他の証拠とあいまって、要証事実につき異なつた結論を導く
7 可能性のある程度の違いのある供述をいうと解する。

8 本件では、LがX組の印字がされた封筒を見たことを覚えていない
9 場合には、Lの供述は、甲のテント内にX組の印字がされた封筒を見
10 たことについて記憶にないとならざるを得ない。そうすると、Lの供

11 述は、供述全体との関係では、要証事実について異なった結論を導く
12 可能性のある供述といえる。よって、LがX組の印字がされた封筒を
13 見たことを覚えていない場合には、Lの供述は、「前の供述と…実質
14 的に異なった供述」に当たるといべきである。

15 イ 次に、「前の供述を信用すべき特別の情況」（321条1項2号後段
16 ただし書）の有無が問題となる。

17 同ただし書の特信性は検察官の面前における供述と公判期日等にお
18 ける供述の相対的比較的な問題である。

19 本件では、証人尋問時は、Lは栄養失調を原因として記憶が混乱し
20 ていたとしても、検察官の面前においては正しい記憶に基づいてあり
21 のままに述べたと認められるから、検察官の面前での供述が相対的に
22 信用を備えているといえる。よって、この要件を充足する。

23 ウ また、本件供述調書は、Lの署名押印を具備している。

P.8 エ 以上より、検察官がLに対する出張尋問を請求し、その尋問におい
2 てLの記憶がないとの証言を得た上で、本件供述調書は、321条1
3 項2号後段により証拠能力が認められる。

4 第3 設問3

5 1 本問において、甲の前刑放火に係る同種前科を示す前科調書及び確定判
6 決謄本を、本件事件における甲の犯人性を認定する間接事実として用いる
7 ことは可能か。

8 2 同種前科を犯人性立証の間接事実として用いることは、通常は被告人の
9 悪性格という人格的評価を経由し、偏見・誤導による誤った事実認定をも
10 たらすおそれがあるから、原則として許されない。

11 もっとも、前科が顕著な特徴を有し、かつそれが起訴に係る犯罪事実と
12 相当程度類似している場合には、例外的に間接事実としての使用を認める
13 べきである。

14 3 本件放火の態様は、室内に貯蔵されていた灯油を散布して火を放ったと
15 いう犯行である。窃盗の目的で建物に侵入し、期待したほどの財物が窃取
16 できなかったために放火に及ぶということが、放火の動機として特に際だ
17 った特徴を有するものとはいえないし、また、侵入した建物内に灯油を撒
18 いて火を放つという態様もさほど特殊なものとはいえず、これらの類似点
19 が持つ、本件放火の犯行が甲によるものであると推認させる力は、さほど
20 強いものとは考えられない。よって、本問における甲の前科は、顕著な特
21 徴を有するものとはいいがたい。

22 4 以上より、本問においては、上記前科調書及び確定判決謄本を、本件事
23 件の犯人性立証の間接事実として用いることは許されない。 以 上

2018 司法試験全国模試 刑事系第2問 モニター答案

※ 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 第1 [設問1]

・設問1は、いずれの捜査にっ
いても定番だったので、あて
はめを丁寧に行った。

2 1 捜査①

3 (1) 捜査①は、強制処分（刑事訴訟法（以下略）197条1項但
4 書）にあたるか検討する。

5 (2) 強制処分とは、相手方の意思に反し、生命・身体等の重要な
6 利益を制約するものをいう。なぜなら、強制という以上は相手
7 方の意思に反することが要求されることは当然であるし、刑訴
8 法は重要な利益を制約しうる捜査につき、令状主義による厳格
9 な規律をしているからである。

10 (3) 捜査①は、河川敷を歩く姿を撮影するものであるところ、河
11 川敷は公共の場所であり、他人から見られることが当然に想定
12 されているから、一定のプライバシーに係る利益は放棄されて
13 いるといえる。

14 よって、重要な利益を制約するとはいえないから、捜査①
15 は強制処分にあたらない。

16 (4) では、捜査①は任意処分の限界を超えるか検討する。
17 任意処分といえども比例原則が妥当するから、捜査の必要
18 性・緊急性に照らし、相当と認められる限度で許される。

19 (5) 本件事件は、窃盗や現住建造物等放火の被疑事実であり、法
20 定刑が重く、重大事件である。

21 また、捜査線上に甲が浮上しており、甲の様子を撮影すべき
22 必要性が大きい。

23 他方、捜査①は、単に甲の姿を撮影するのみならず、顔認証
P.2 や歩容認証システムという専門性の高い捜査手法に用いられる
2 から、甲の生活状況などが詳細に明らかになるといえる。もっ
3 とも、撮影が行われたのは4時間程度と短く、甲が見えたとき
4 のみ撮影するという方法がとられていて、計12分ほどしか映
5 像化されていない。さらに、甲以外の者の容ぼうが判別できる
6 のもあったが、撮影対象は専ら甲であり、不鮮明さもあった。
7 そして、甲のテントの内部まではズームして映すことはできて
8 おらず、撮影手法は甲のプライバシーを深刻に制約するものと
9 はいえない。

10 よって、上記のような必要性等に照らせば、相当な手段とい
11 えるので、捜査①は任意処分の限界を超えない。

12 (6) したがって、捜査①は適法である。

13 2 捜査②

14 (1) 捜査②は領置（221条）として適法か検討する。

15 (2) 「遺留した物」とは占有を離れた物をいう。回収されたごみ
16 袋は、甲がごみとして出した物であり、甲の占有を離れている
17 から、「遺留した物」にあたる。

18 (3) もっとも、「遺留した物」にあたるとしても、比例原則が妥
19 当するから、必要かつ相当である場合に限り、領置が認められ
20 る。

21 (4) 甲は長年ホームレスであり、サンプルの提出の了承を得るの
22 は困難であって、令状による採取では、甲が逃亡するおそれ
23 あるから、甲に気付かれないようにサンプルを採取する必要が

P.3

高い。

そして、排出されたごみは、収集目的のため、カラスよけのネットで覆われているにすぎず、甲のプライバシーが独立して及んでいるわけではない。また、本件ごみ箱は、甲のテントから30メートルほどしか離れておらず、この場所から目視が可能であったが、日中には散歩に訪れる人が少なくないので、甲の管理が及んでいるとはいえない。

よって、Pが、ごみ袋を回収したとしても、甲の利益に対する制約はほとんどなく、上記必要性に照らして相当といえる。

(5) したがって、捜査②は適法である。

3 捜査③

(1) 捜査③は強制処分にあたるか検討する。

(2) これは、捜査①と同様に判断する。

Pらは、一見して警察官であると認識できる外観ではなく、警察官であると名乗っていないとともに、甲もPらが警察官であると認識していない。そして、甲はPらが警察官であり、DNA採取がなされることを知っていれば、紙コップの回収に応じることはなかったことからすると、Pらが警察官であることを秘してなされた捜査③は甲の意思に反しているといえる。

そして、DNA採取は、個人情報の中核たる遺伝子情報が明らかになる方法であり、重要な利益を制約するといえる。

よって、捜査③は、強制処分にあたる。

(3) また、捜査③はDNAを調べるといった専門的見地からの捜査であるから、鑑定にあたり、令状が必要となる(225条3項)。しかし、捜査③は、かかる令状なく行われているから、令状主義に反することにより違法となる。

P.4

第2 〔設問2〕

1 本件供述調書は伝聞証拠(320条1項)にあたるか検討する。

2 伝聞証拠は、知覚・記憶・表現の各過程に誤りが混入するおそれがあるにもかかわらず、反対尋問等によるテストを経していないため、原則として証拠能力が認められていない。

そうすると、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内容の真実性が問題となるものをいう。

3 本件供述調書は、RがLの供述を録取したものであり、公判廷外の供述である。

そして、甲は、犯行への関与を全面的に否認しており、犯人性が争点となっている。同調書には、甲のテントにX組の印字がなされている封筒があったことが記されており、これが立証できれば、甲がX組の事務所に入ったことが推認でき、さらに甲が犯行を行ったことが推認できる。すなわち、同調書の直接の要証事実、甲のテントにX組の封筒があったこととなり、Lが甲のテント内でその封筒を見つけましたという部分の真実性が問題となる。

よって、同調書は伝聞証拠にあたる。

4 次に、321条1項2号の要件を満たすか検討する。

まず、同調書は、被告人以外の者であるLの供述を録取したものであり、Lの署名押印があるから、同項柱書の要件を満たす。

そして、検察官Rが録取したものであるから「検察官の面前における供述を録取した書面」にあたる。

5 次に、同号は、供述不能事由を例示列挙したものであるから、列挙事由と同程度に供述ができない場合にも同号に該当する。

Lは、栄養失調により倒れており、現在は快方に向かっている

・設問2は、場合分けをせよとの指示がよく分からなかった。要証事実の設定如何により伝聞該当性が異なるのか、とも考えたが、そうではなさそうなので、指示を無視することにした。

6 もの、裁判所に出頭して証人尋問に応じることは厳しい状況に
7 ある。そうすると、列挙事由と同程度に供述ができないといえ、
8 同号にあたる。

9 6 また、主治医によれば、記憶喚起によっても、正確な供述が得
10 られるかは不明であるから、相対的特信状況も認められる。

11 7 以上より、本件供述調査は、同号の要件を満たすから、証拠能
12 力が認められる。

13 第3 〔設問3〕

14 1 甲の前刑放火に係る同種前科を示す前科調書及び確定判決謄本
15 は法律的関連性を有し、証拠能力が認められるか検討する。

16 2 一般に、前科証拠は、これにより悪性格を推認し、そこから犯
17 人性を推認するという不確実な推認過程を経るから、法律的関連
18 性が認められないのが原則である。

19 もっとも、前科に係る事実が、顕著な特徴を有し、被疑事実と
20 相当程度類似している場合には、これにより犯人性を認定しても
21 不確実な推認とはいえないから、法律的関連性が認められる。

22 3 前科放火は、会社事務所に侵入して金品を窃取し、その建物を
23 放火したというものであり、これらの犯罪を一連のものとして実
P.6 行することは珍しくないとはいえないものの、想定しうる犯行態
2 様である。また、十分な金品を得られなかった場合の、うつぶん
3 を解消する目的で放火するという犯行目的も十分理解しうるもの
4 である。

5 よって、前科放火は、顕著な特徴を有しているとはいえないか
6 ら、直接犯人性を認定することはできない。

7 4 もっとも、客観的な犯罪事実がすでに立証されている場合には、
8 下線部のように前科事実により動機を立証することは許される。

9 なぜなら、かかる場合には、上述のように不確実な推認がなさ
10 れるおそれは乏しいからである。

11 5 よって、本件放火について侵入窃盗で十分な金品を得られな
12 かったうつぶんを解消する動機であったことは、客観的な犯罪事実
13 の立証が済んでいる場合に限り、前科放火により認定できる。

14 以 上

・設問3では、前科により犯人性そのものを立証するのか、動機のみを立証するのか迷った。

※本モニター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。

※本問は、事前モニターゼミによる検討の結果、設問2の設問文等を若干修正致しましたが、本モニター答案は、作成時のものをそのまま掲載しております。ご了承頂ければ幸いです。

【MEMO】