



柏谷周希の

# 司法試験合格開眼塾 直前フォロー答練

## 第5回〔刑事系第2問〕

※ 2012. 3. 31 実施 2012 全国公開模試刑事系第2問より

辰巳専任講師・弁護士 柏谷 周希先生  
辰巳法律研究所

### ◆ 問題 ◆

(配点：100)

1 次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕、〔設問2〕及び〔設問3〕に答えなさい。

#### 2 【事例】

3 1 A県B市及びその周辺において犯罪集団による詐欺事件が発生していた。警察官Pらの捜  
4 査により、詐欺事件の犯罪集団が2階建ての小さなビルであるCビルを本拠としているとの  
5 確実な情報が得られた。本件詐欺事件は、複数人による組織的、計画的な犯行であり、架空  
6 の会社であるD株式会社が、高齢者を対象として、何ら効果のない健康食品「α」や「β」  
7 を血圧が下がるなどと偽って売りつけるというものであった。

8 Pは裁判官に対し、被疑者氏名不詳、詐欺罪の被疑事件について、捜索の対象をCビル並  
9 びに同所に所在する者の身体及び所持品とする捜索差押許可状を請求し、裁判官は捜索差押  
10 許可状①【資料1】を発付した。本件捜索差押許可状発付の時点において被疑者はいまだ具  
11 体的に特定されるにいたっていなかった。

12 本件捜索の場所であるCビルは全体として被疑者らのグループの活動拠点となっており、  
13 しかもCビル内への出入りに際しては、カードキーを持っていることに加え、監視役の厳重  
14 なチェック及び指紋による本人確認が必要であった。さらに、当該犯罪集団のメンバーは全  
15 員首からカードキーを入れたバスケースを提げていた。

16 Pらは、【資料1】の捜索差押許可状により、Cビル内並びに同所に居合わせた多数の者の  
17 身体及び所持品に対して捜索を行い、押収物件目録記載の各物件を差し押さえた。なお同所  
18 に居合わせた多数の者は全て捜査対象である犯罪集団のメンバーであった。捜査の結果、当  
19 該詐欺事件の首謀者は甲であることその他15名ほどが事件に関与していることが判明し  
20 た。また、甲らは顧客に健康食品を売り金銭を受け取る際に、相手方のために市販の3枚連  
21 写の領収書に金額、宛名などを手書きし、実印を押すという方法で領収書を作成することが  
22 あったこと、及び甲らは、本件詐欺を約1年半の間行っており、平成23年5月末の時点で  
23 1000人超の客に健康食品を売ったことが明らかになっている。

24 2 その後Pらが甲に対する捜査を継続したところ、甲が詐欺で得た金銭で覚せい剤を購入  
25 し、購入した覚せい剤を転売している疑いが浮上した。そこで、Pらは、甲に対する覚せい  
26 剤取締法違反被疑事件につき、裁判官から発付された、覚せい剤、覚せい剤使用器具類、覚

1 せい剤計量器具類、覚せい剤分包紙袋類、覚せい剤取引関係文書・手帳・メモ類、被疑者使  
 2 用の携帯電話及び付属の充電器等を差し押さえるべき物とし、甲方を捜索すべき場所とする  
 3 捜索差押許可状に基づき、平成23年9月13日午後1時13分ころ、甲方居室の捜索を開  
 4 始した。捜索中、甲方居室内から、ティッシュペーパーに包まれた注射器4本、チャック付  
 5 きビニール袋23枚、チャック付きビニール袋が230枚在中しているチャック付きポリ袋  
 6 1袋、電子計量器1台等が発見された。

7 捜索実施中の同日午後2時2分ころ、甲方に、N郵便のはとパック300（以下「荷物  
 8 ①」という。）の速達便を届けに来た配達員が訪れた。配達員がインターホンを押して、「甲  
 9 さん、荷物です。」と呼びかけたところ、甲は「ポストに入れておいてください。」と答え  
 10 た。そこで、配達員は荷物①をポストに入れて立ち去った。Pは、以前にも、N郵便のはと  
 11 パックの中から覚せい剤を発見するという事件を担当したことがあったことから、荷物①の  
 12 中に覚せい剤が入っているのではないかとの疑いを持った。

13 そして、Pは、甲方居室から甲方玄関外のポストに向かい、荷物①の開封について、任意  
 14 の承諾に基づき開封した方が適法性が高いであろうという判断で、甲に対して「ガサで来て  
 15 いるから、荷物の中身を確認する必要がある、その権限がある。ここで開けるが構わない  
 16 か。」と発言した。これに対し、甲は、投げやりな感じで、「権限で開けるのであれば、好き  
 17 なように見ればいい。」旨発言した。

18 Pは、甲の上記発言を受けて、荷物①を開封したところ、荷物①の中から覚せい剤（50  
 19 0グラム）が入ったビニール袋が発見されたため、当該覚せい剤を差し押さえ、甲を覚せい  
 20 剤取締法違反（営利目的所持）の被疑事実で現行犯逮捕した。なお、N郵便のはとパックと  
 21 は、専用封筒（厚紙仕様。形状は340ミリメートル×248ミリメートルで、A4サイズ  
 22 の普通紙なら250枚程度封入できる。）に荷物を詰めるだけで発送できるサービスである。  
 23 配達可能重量は4キログラム以内であり、料金は日本全国一律である。利用形態としては、  
 24 はとパック600と、はとパック300がある。前者は、料金が600円で、配達方法とし  
 25 ては、対面配達で受領印又は署名を必要とする。後者は、料金が300円で、対面配達では  
 26 なく、ポストに配達する。

27 3 さらに、甲とPが捜査についてやり取りをしている最中である午後2時15分ころに、E  
 28 運輸会社から甲方に甲と同居する妻Fを受取人とする荷物（以下「荷物②」という。）が配達  
 29 され、Fは、玄関で受取伝票に「F」と署名しこれを受け取った上で、両手でその荷物②を  
 30 抱えていた。荷物②は、直方体で、有名デパートで使用される包装紙で包装されていた。

31 Pは、Fが受け取った荷物を開封しようとしないので不審に思った。そこで、Pは受け取  
 32 った荷物②について、その中身を確認したいから自分で開封してほしいと何度も説得した  
 33 が、Fは「あなたたちの前では絶対に開封しない。」とこれを強く拒否した。そこで、Pは  
 34 「それなら中身を確認させてもらうよ。」と言い、Fが抱えたままの荷物②を開封したと  
 35 ころ、招き猫様の人形が2個出てきた。Pが人形を手にとって調べたところ、中に何かが入っ  
 36 ているような音がした上、人形の底にシールが貼られていた。そこで、Pは、シールをはが  
 37 して人形の中を調べたところ、ビニール袋に入った覚せい剤1袋が発見されたため、当該覚  
 38 せい剤を差し押さえた。

39 4 その後の取調べで、甲は暴力団G組組員乙から覚せい剤を買い受けた旨供述した。そこ  
 40 で、Pらが乙について捜査したところ、乙が、同一ビル内にある乙宅、G組事務所及びG組

1 が経営するダミー会社であるH株式会社に覚せい剤を置いているとの確実な情報が得られ  
2 た。そこで、PらはG組事務所、乙宅、H株式会社を捜索し覚せい剤などを差し押さえよう  
3 と考えた。そのため、Pは乙に対する覚せい剤取締法違反被疑事件について捜索差押許可状  
4 1通を請求し、裁判官は捜索差押許可状②【資料2】1通を発付した。

5 乙方居宅捜索差押実施中にE運輸会社から乙宅に乙を受取人とする荷物（以下「荷物③」  
6 という。）が配達された。しかし、乙は、「心当たりがない、何かの間違いだろう、持ち帰っ  
7 て確認してみてくれ。」と配達人に述べ、受取りを拒絶した。そこで、Pは、「間違いのはず  
8 がないだろう、あなたを受取人とする荷物なのになぜ受け取らないのか。」などと述べて受け  
9 取るように乙を説得したが、乙は聞かなかった。そこで、配達人が荷物③を持ち帰ろうとし  
10 たところ、Pが「それでは私がこの荷物を預かる。」と述べた上で荷物③を配達人から受け取  
11 り、乙宅リビング内に持ち込んで、荷物③を開封し中身を捜索したところ、覚せい剤が発見  
12 されたため、差し押さえた。

13  
14 【設問1】 捜索差押許可状①及び捜索差押許可状②は、それぞれ【資料1】及び【資料2】  
15 のように記載されている。【資料1】の下線部①及び【資料2】の下線部②の適法性  
16 について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

17  
18 【設問2】 荷物①、荷物②及び荷物③の捜索の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論  
19 じなさい。

20  
21 6 その後、甲はV1、V2を被害者とする詐欺被告事件で起訴された。甲は、第1回公判期  
22 日において、上記2つの詐欺について「そのような行為をした覚えはありません。」と述べ、  
23 否認した。そこで、検察官は、V1を被害者とする詐欺被告事件について、立証趣旨を「領  
24 収書の存在と記載自体」として領収書①【資料3】について証拠調べ請求をした。領収書①  
25 はV1から任意提出を受けたものである。作成者の名義はD株式会社代表取締役Iとなっ  
26 ているが、Iという人物はおらず、領収書①に残された指紋及び筆跡から甲によって真正に作  
27 成されたものであることが極めて強く推認される。検察官の証拠調べ請求に対して甲の弁護  
28 人Lは不同意とした。

29 7 さらに、検察官は、V2を被害者とする詐欺被告事件について、立証趣旨を「甲が金47  
30 万円をV2から受領したこと」として、領収書控え【資料4】について証拠調べ請求をし  
31 た。領収書控えは甲方から発見され、カーボン紙を用いて複写されたものであった。その筆  
32 跡は甲の筆跡と同一であった。原本の所在は不明であり、V2が病気で入院し意識不明の重  
33 体であるため、V2が原本の交付を受けたか否か、原本を所持しているか否かは不明であ  
34 った。また、V2の親族の協力の下、V2宅において捜査官が領収書原本を探したが、これを  
35 発見することはできなかった。検察官の証拠調べ請求に対して甲の弁護人Lは不同意とし  
36 た。なお、領収書控えに記載されている通し番号は187であった。

37  
38 【設問3】 本件領収書①【資料3】及び本件領収書控え【資料4】に証拠能力は認められる  
39 か。具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【資料1】 搜索差押許可状①

搜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	氏名不詳 年齢不詳
罪 名	詐 欺 罪
搜 索 す べ き 場 所 , 身 体 又 は 物	A県B市〇丁目〇番〇号 ①Cビル並びに同所に所在する者の身体及び所持品
差 し 押 さ え る べ き 物	本件に関連する健康食品 $\alpha$ , 健康食品 $\beta$ , 伝票
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	司法警察員警部補 P
有 効 期 間	平成 23 年 9 月 13 日まで
<p>有効期間経過後は、この令状により搜索又は差押えに着手することができない。この場合には、これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても、搜索又は差押えの必要がなくなったときは、直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
<p>被疑者に対する上記被疑事件について、上記のとおり搜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平成 23年 9 月 6 日 〇 〇 地 方 裁 判 所 印 裁 判 官 某 印</p>	

この令状は日出前又は日没後でも執行することができる。

## 【資料2】 搜索差押許可状②

搜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	乙 昭和 50 年 6 月 3 日生
罪 名	覚せい剤取締法違反（所持）
捜 索 す べ き 場 所 ， 身 体 又 は 物	（略） ②G組事務所，乙宅，H株式会社
差 し 押 さ え る べ き 物	本件に関連する覚せい剤，注射器等
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	司法警察員警部補 P
有 効 期 間	平成 23 年 9 月 29 日まで
<p>有効期間経過後は，この令状により搜索又は差押えに着手することができない。この場合には，これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても，搜索又は差押えの必要がなくなったときは，直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
<p>被疑者に対する上記被疑事件について，上記のとおり搜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平成 23年 9 月 22 日 〇 〇 地 方 裁 判 所 印 裁 判 官 某 印</p>	

この令状は日出前又は日没後でも執行することができる。

【資料3】領収書①

領 収 書	
V 1 様	No. 1 7 8
本日、金 3 0 万円を受け取りました。	
平成 2 3 年 5 月 1 2 日 D株式会社 代表取締役 I 社印	

【資料4】領収書控え

領 収 書 (本人控え)	
V 2 様	No. 1 8 7
本日、金 4 7 万円を受け取りました。	
平成 2 3 年 6 月 7 日 D株式会社 代表取締役 I 社印	

【配点表】

		配点
第1	設問1	
	1 資料1	
	(1) 搜索場所及び対象の特定の問題であることの指摘	2
	(2) 規範定立	2
	【加点事項】 ※ 令状主義の趣旨から説得的に規範を導いていれば加点する	加点評価 A・B・C
	(3) 本問における検討 ① Cビルは全体として被疑者らのグループの活動拠点となっていたことの指摘…目安2点 ② Cビル内への出入りに際しては、カードキーを持っていることに加え、監視役の厳重なチェック及び指紋による本人確認が必要であり、被疑者らのグループに所属しない者が容易に入ることのできない状況にあったことの指摘…目安2点 ③ 当該犯罪団体のメンバーは全員首からカードキーを入れたパスケースを掲げていたことの指摘…目安2点	6
	2 資料2	
	(1) 令状に複数の場所を記載することの適法性が問題であることの指摘	2
	(2) 規範定立	2
	【加点事項】 ※ 令状主義の趣旨から説得的に規範を導いていれば加点する	加点評価 A・B・C
	(3) 本問における検討 ① 差し押さえるべき物が特定されていることの指摘…目安1点 ② 搜索すべき場所が明確に特定されていることの指摘…目安1点 ③ 3つの場所で差押対象物が共通であることの指摘…目安1点 <b>★当該令状について違法とする考えであっても説得的に書かれていれば同様に配点する</b>	3
	【加点事項】 ※ 論理的な一貫性を持って各自のあてはめができていれば加点する ※ 他に事実を摘示して説得的に評価していれば加点する	加点評価 A・B・C A・B・C
第2	設問2	
	1 荷物①	
	(1) 令状発付後に搜索場所に入った物に令状の効力が及ぶかの問題であることの指摘	2
	(2) 自説の展開	3
	(3) 管理権の検討	2
	(4) 結論	1
	【加点事項】 ※ 令状呈示の機能について触れていれば加点する ※ 判例（最決平19.2.8）を踏まえて論じていれば加点する ※ 荷物①が甲方居室でなくポストにあることにつき説得的に論じていれば加点する ※ 開封行為につき、端的に論じていれば加点する	加点評価 A・B・C A・B・C A・B・C A・B・C
	2 荷物②	
	(1) 場所を対象とする令状で同居人の携帯物を搜索することの可否の問題であることの指摘	3
	(2) 規範定立	2

	(3)	本問における検討 ① Fは甲の妻であり同居人であることの指摘…目安1点 ② 身体ではなく荷物の捜索であるから、別個のプライバシー侵害はないことの指摘…目安1点	2
		【加点事項】 ※ 荷物①との異同を意識して論じていれば加点する ※ 開封行為、シールをはがす行為につき端的に論じていれば加点する ※ 他に事実を摘示して説得的に評価していれば加点する	加点評価 A・B・C A・B・C A・B・C
3	荷物③		
	(1)	問題提起	2
	(2)	自説の展開	2
	(3)	本問における検討 ・乙が荷物を受領することの意味について評価していること	3
		【加点事項】 ※ 荷物①、荷物②との異同を意識して論じていれば加点する	加点評価 A・B・C
第3	設問3		
	1	領収書①	
	(1)	伝聞・非伝聞の区別が問題となることの指摘	2
	(2)	伝聞法則の趣旨	2
	(3)	規範定立	3
	(4)	本問における検討 ① 領収書①は甲がV1に交付したことの指摘…目安2点 ② 領収書①の存在とこれが相手方に交付されたことがいかなる意味を持つかの評価…目安4点	6
	2	領収書控え	
	(1)	ア 写しの証拠能力が問題となることの指摘	2
		イ 規範定立	2
		ウ 本問における検討 ① 領収書控えは3枚連写の領収書のうちの1枚であることの指摘…目安1点 ② V2が意識不明の重体であり原本の提出を期待できないことの指摘…目安1点 ③ V2宅からは原本が見つからなかったことの指摘…目安1点 ④ カーボン紙を用いての写しであることの指摘…目安1点	4
		【加点事項】 ※ 裁判例（東京高判昭58.7.13）を踏まえて論じていれば加点する	加点評価 A・B・C
	(2)	ア 伝聞・非伝聞の区別が問題となることの指摘	2
		イ 本問における検討	3
		【加点事項】 ※ 領収書①との異同を意識して論じていれば加点する	加点評価 A・B・C
	(3)	ア 伝聞例外の問題となることの指摘	1
		イ 323条3号書面該当性	
		(7) 条文（323条3号）の指摘	1
		(イ) 「特に信用すべき情況」の意義	2
		(ウ) 本問における検討 ・領収書の通し番号についての指摘及び検討	3
		<b>★323条2号を検討している場合でも、同様に配点する</b>	



	【加点事項】 ※ 323条2号, 3号双方検討している場合には加点する ※ 「特に信用すべき情況」(上記(3イ))につき領収書の通し番号以外 の事実を摘示して説得的に論じていれば加点する	加点評価 A・B・C A・B・C
ウ	322条1項書面該当性	
	(7) 条文(322条1項)の指摘	2
	(イ) 「不利益な事実の承認」	
	あ 意義	1
	い 本問における検討	2
	(ウ) 「任意にされたものでない疑がある」の検討	2
(4)	結論	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
第5	採点者による裁量加減点 ※本項目は採点者の裁量に任せられ, 加点・減点の限度はないものとする。	

【本講座における採点の留意事項】

- 1 配点は, 適宜, 調整してよい。解説冊子などで予定されていない立論であっても, 採点者が合格答案に相応しいと考える答案については, 適宜, 加点するなどして高く評価してよい。この場合には, その理由を一言でもコメントするようにする。言語化が難しいようであれば, 「合格者の直感で評価すべきと思った」といったコメントでもよい。
- 2 読めない文字や意味の通らない文章は書いていないものとみなす。同様に, 形式的には論点すべてに触れているが, 日本語として文章が成立していないものについては低く評価する。
- 3 本試験の採点で低く評価されるだろうと思われる印象の答案は低く評価してよい。逆に, 合格できる実力があると確信のもてる答案については, 高く評価する  
例) ごちゃごちゃと読みにくい答案は, たとえ法的三段論法でびっちり書かれていても低く評価する  
例) 未知の論点について, 条文の文言や趣旨から丁寧に論述している答案は高く評価する  
例) 問題文の事実を多く活用して論述できている答案は高く評価する  
例) 説得力に欠ける論述はいくら論点に言及していても低く評価する  
例) 誘導に忠実な論述を心がけている答案は高く評価する
- 4 1500番前後と思われる答案の水準を50点前後として評価する。各配点を形式的に合計した結果, 50点を上回るものの, 50点を下回る(不合格)と判断した場合には, 裁量によって減点してよい。その場合には, 低く評価した理由を一言でもコメントするようにする。言語化が難しいようであれば, 「合格者の直感で不合格になると思った」といったコメントでもよい。

基本配点分	合計	80点
加点评価点	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 令状における搜索すべき場所及び対象の特定
- 2 搜索すべき場所として複数の場所が記載された令状の適法性
- 3 搜索差押許可状による搜索中に、搜索場所に配達され、被疑者が受領した荷物について、当該許可状に基づく搜索の可否
- 4 搜索差押許可状による搜索中に、同居人あてに搜索場所に配達され、同居人が受領した荷物について、当該許可状に基づく搜索の可否
- 5 搜索差押許可状による搜索中に、搜索場所に配達され、被疑者が受領を拒否した荷物について、当該許可状に基づく搜索の可否
- 6 伝聞証拠の意義
- 7 写しの許容性
- 8 特信文書（323条）の書面の意義

## 【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）

## 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）

## 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）

## 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）

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・本問	平成23年
イ 捜査法・伝聞法則以外型	平成19年	—
ウ 資料添付型	平成20年・平成21年・平成22年・本問	平成23年

### 【出題のねらい—本試験の出題趣旨・採点実感を踏まえて—】

本問は、詐欺、覚せい剤取締法違反事件を素材とした捜査・公判に関する具体的事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法を適用するに当たって重要な具体的事実の分析・評価及び具体的帰結に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する学識、適用能力及び論理的思考力を試すものである（平成23年新司法試験論文式試験問題刑事系科目第2問出題趣旨参照）。そして、解答に際しては、「刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し、これを具体的事例について適用できる能力、筋道立った論理的文章を記載する能力、重要な判例法理を正確に理解し、具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確に捉える能力」（平成23年新司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第2問））が必要とされる。

設問1は裁判例（東京地決平2・4・10判タ725-243，東京地判平21・6・9判タ1313-164）の事案をベースとしつつ、令状主義の趣旨等についての理解を問う問題である。よく知られた論点ではないかもしれないが、未知の論点に対しては趣旨から規範を導きあてはめるといふ基本を徹底して答案を作成していただきたい。また、近時の本試験では資料が問題文の末尾に添付された問題が出題されている。本問でも搜索差押許可状を資料として添付したので、この機会に資料を読むことに慣れていただきたい。

設問2は最決平19・2・8刑集61-1-1の事案をベースとしつつ、その射程内で若干のひねりを加えた問題である。まず、本試験では近年の重要判例について問う問題が出題されているところ、上記最高裁決定は判例百選にも掲載された重要判例であることから、今年出題される可能性が極めて高いと思われる。この機会に判旨をしっかり押さえていただきたいと考え出題した。また、本試験では判例の射程について考えさせることをねらいとしていると思われる出題がなされているが、特に本問事案の荷物②・荷物③では判旨の正確な理解を下に未知の問題について考えていただきたいと思ひ出題した。各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈としての確に論じた上で、本件搜索の適法性について、個々の事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じられた答案（前掲・平成23年採点実感等に関する意見参照）をめざしていただきたい。

設問3は伝聞法則について要証事実との関係から伝聞、非伝聞の区別についての正確な理解を中心に問う問題である。伝聞法則については本試験で毎年のように出題されている最重要テーマの一つであり、今年も出題される可能性が高い。そこで、この機会に伝聞法則についての理解を深めていただきたいと出題した。本件での具体的事実関係を前提に、添付資料の内容ごとに個々の要証事実を的確に捉え、伝聞法則の正確な理解を踏まえた的確な論述ができている答案（前掲・平成23年

採点実感等に関する意見参照)をめぐしていただきたい。

なお、解答に際しては、前掲・平成23年採点実感等に関する意見は、「伝聞法則等の刑事訴訟法の基本的な原則の意味を真に理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述しているような答案や、関係条文から解釈論を論述・展開することなく、問題文中の事実をただ書き写しているかのような答案等、基本的な理解・能力の欠如が現れている」答案を明確に忌避している点に十分留意すべきであろう。

また、本問は近時の本試験と同様に検討すべき事項が多いため、本試験において時間切れになり途中答案となってしまうという事態を避けるためのよい訓練となるものと思われる。何としても時間内に答案を書ききることを徹底していただきたい。

## 【本問作成の経緯等】

近時の論文本試験刑事訴訟法の捜査法の分野は、重要な判例の事案をベースとしていると思われる出題がなされている。そこで、刑事訴訟法の最重要テーマである令状主義の基礎の理解を深められると考えられる裁判例を基礎として問題を作成した。この点、東京地決平2・4・10判タ725-243は、中核派が主体の特殊な事例であるが、この特殊性を出すために複数の事情を加えた。

設問2の荷物③は、最決平19・2・8刑集61-1-1の最高裁調査官解説の記述から着想を得た。また、派生的問題として、宅配業者が搜索すべき場所内に入っている場合に、この者が携帯する宅配物について搜索すべき場所にいる第三者の携帯物として搜索差押えができるかという問題がある。なお、前掲・最高裁決定をすぐに思い浮かべられないように、荷物①については宅配便から「N郵便」の「はとパック」という架空のサービスに変更した。

設問3の伝聞法則については、本試験で毎年のように問われており、今年も出題されることが予想される。そこで、伝聞法則について、本試験で未だ問われていないテーマについて出題しようと考えた。この、領収書の問題については複数の文献に掲載されており実務上・学術上重要なテーマであると思われるために敢えて出題した。

## 【参考文献】

〔素材判例〕

- ・東京地決平2・4・10(判タ725-243)
- ・東京地判平21・6・9(判タ1313-164)
- ・最決平19・2・8(刑集61-1-1,判時1980-161,判タ1250-85,刑事訴訟法判例百選(第10版)20事件)
- ・東京地決昭56・1・22(判時992-3)

〔設問1〕及び〔設問2〕

- ・田宮 裕『刑事訴訟法』(有斐閣,新版,1996)P.103~9
- ・田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂,第7版,2017)P.84~9
- ・安富 潔『刑事訴訟法』(三省堂,第2版,2013)P.145~169
- ・池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義』(東京大学出版会,第5版,2014)P.171~4,179
- ・ 同 『刑事訴訟法講義』(東京大学出版会,第6版,2018)P.171~5,179

柏谷周希の司法試験合格開眼塾 直前フォロー答練【第5回】

- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣，第2版，2015）P.100～106
- ・入江 猛「判解」法曹時報62巻6号1645頁

〔設問3〕

- ・田宮 裕『刑事訴訟法』（有斐閣，新版，1996）P.329, 363～373, 384～9
- ・田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂，第7版，2017）P.421～7, 441, 443
- ・安富 潔『刑事訴訟法』（三省堂，第2版，2013）P.505～512, 536～540
- ・池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』（東京大学出版会，第5版，2014）P.419～428, 430～431, 437～9, 442～4
- ・ 同 『刑事訴訟法講義』（東京大学出版会，第6版，2018）P.422～431, 433～4, 440～442, 445～6
- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣，第2版，2015）P.337～347
- ・戸倉三郎 自由と正義2000年1月号P.90～101
- ・酒巻 匡「刑事手続法の諸問題 第19回」法学教室306号P.64～9
- ・松尾浩也＝井上正仁『刑事訴訟法の争点』（有斐閣，第3版，2002）P.182～5

## 【分析と展開】

## 第1 設問1

## 1 資料1について

- (1) 資料1下線部①の「同所に所在する者の身体及び所持品」との記載は、搜索すべき場所及び対象（219条1項）として特定されているとはいえず違法とならないかを検討することになろう。
- (2) 令状において搜索場所及び対象の特定が要求される趣旨から、その場所にいるすべての者が押収目的物を所持している蓋然性が認められる場合には特定性に欠けるとはいえないと解されよう。
- (3) 本問では、Cビルは全体として被疑者らのグループの活動拠点となっていること、Cビル内への出入りに際しては、カードキーを持っていることに加え、監視役の厳重なチェックさらには指紋認証が必要であること、被疑者らのグループに属する者はパスケースを首から提げるという外見の特徴を有していること等の事実を指摘した上で検討することになろう。

## 2 資料2について

- (1) 資料2の下線部②をみると、1通の令状において複数の場所が記載されているが、このような令状は「各別の令状」を求める憲法35条2項に反しないかを論じることになる。
- (2) 憲法35条2項が「各別の令状」を要求する趣旨から規範を定立することになろう。なお、東京地判平21.6.9は「複数の搜索すべき場所が1通の搜索差押許可状に記載されている場合であっても、その複数の場所が明確に特定されており、裁判官がそれぞれの場所について搜索を許容したことが明示されているときは、差し押さえるべき物がそれぞれの場所ごとに十分特定されている等のことがあって、憲法35条2項により保護されるべき国民の権利が不当に侵害されるおそれがないと認められるときに限り、当該搜索差押許可状は、憲法35条2項の趣旨に反するものとまではいえないと解するのが相当である。」と判示する。
- (3) 上記裁判例の規範に従えば、搜索すべき場所はG組事務所、乙宅、H株式会社と明確に特定されていること、差し押さえるべき物は、覚せい剤・注射器と特定されていること、3つの場所は乙が出入りしている場所であること等の事実を指摘した上で検討することになろう。

## 第2 設問2

## 1 荷物①について

- (1) 甲方を搜索すべき場所とする搜索差押許可状による搜索中に甲が受領した荷物について同許可状に基づき搜索することは適法かを検討することになる。
- (2) 最決平19.2.8に従って解答することになろう。この判例の論理については法曹時報62巻6号1645頁が参考になろう。法曹時報62巻6号1645頁は、裁判官は、令状審査の段階では当該令状の有効期間内において搜索すべき場所に差し押さえるべき物が存在する蓋然性があるかを審査しているといえるとする。
- (3) この考えに従えば、荷物①の搜索は適法であることになろう。
- (4) なお、荷物①が甲方居室ではなくポストにあることについては管理権について検討し、開封行為については令状の効力として端的に論じれば足りる。

## 2 荷物②について

- (1) 甲方を搜索すべき場所とする搜索差押許可状による搜索中に同居人Fを受取人とし、Fが

受領した荷物について同許可状に基づき検索することは適法かが問題となる。

まず、捜索中に捜索すべき場所に入った荷物にも令状の効力は及びうることについては荷物①で検討したとおりであると考えられる。

そこで、場所を対象とする令状で同居人の所持品に対して令状の効力が及ぶかが、222条1項、102条が場所、身体、物を区別していることから問題となろう。

- (2) 令状において場所の特定を要する趣旨から、制約されるプライバシーが捜索場所について認められる権利利益に包摂され、これと一体をなす関係にあるといえるなら令状の効力が及ぶと解される。
- (3) 本問では、Fは甲の妻であること、捜索すべき場所たる甲宅に住んでいる者であること等の事実を指摘した上で検討することになろう。
- (4) なお、開封行為及びシールをはがす行為については、令状の効力として端的に論ずれば足りる。

### 3 荷物③について

- (1) 捜査官が乙の受領拒絶の意思に反して配達人から荷物を受領し捜索場所で中身を捜索することは適法といえるかを論じることになる。
- (2) 各自で矛盾ないように規範を定立することになろう。この点につき、百選（第9版）P.49は「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である」とする。また、同（第10版）P.45では、「被告人にその物に対する管理の意思がないと認定できるのであれば管理権が及ぶと解するのは困難であるから、その差押えには別途令状を要すると思われる」とする
- (3) この考え方に従えば、荷物③の捜索は違法となると考えられよう。

## 第3 設問3

### 1 領収書①について

- (1) 領収書①は甲の供述を内容とすることから伝聞証拠に当たり証拠能力が認められないのではないかについて論じることになる。
- (2) 伝聞法則の趣旨からすると、要証事実との関係において内容の真実性が問題となる場合には伝聞法則が適用されることになろう。
- (3) 本問では、領収書①は立証趣旨を「領収書の存在と記載自体」として証拠調べ請求されていることに留意して検討する必要がある。その際には領収書①が、相手方に交付された事実に触れた上で、記載内容の真実性から独立した証拠価値を有するかについて考えることになろう。

### 2 領収書控えについて

- (1)ア まず、領収書控えはカーボン紙を用いて複写されたものであり、いわゆる写しであることから写しの証拠能力について検討することになる。  
イ 写しについては①原本の存在（又は存在したこと）②原本提出が不能又は困難であること③原本の正確な転写であることの要件を満たせば原本と同様の証拠能力が認められる。  
ウ 本問では、領収書控えは3枚連写の領収書のうちの1枚でありカーボン紙を用いて複写されたものであること、原本の所在は不明であり、V2が病気で入院し意識不明の重体であるため、V2が原本の交付を受けたか否か、原本を所持しているか否かは不明であったこと、V2宅において領収書原本を探したが原本を発見することはできなかったこと等の



事実を指摘した上で検討することになる。

(2)ア 次に、領収書控えも領収書①と同様甲の供述を内容とすることから、伝聞証拠に当たらないかが問題となる。

イ 上記のように要証事実との関係において内容の真実性が問題になるならば伝聞法則が適用されることになる。

ウ 本問では、立証趣旨を「甲が金47万円をV2から受領したこと」として領収書控えについて証拠調べ請求がされていることを前提として検討することになる。また、領収書①とは異なり領収書控えは相手方に交付されていないこと等を指摘する必要がある。

(3)ア 次に、領収書控えが伝聞例外として証拠能力が認められることにならないかについて検討することになる。

イ 323条2号該当性

(7) 323条2号書面は業務の遂行過程でその業務遂行の基礎として継続性をもって作成される書面をいうと考えられる。

(4) 本問では、甲は顧客に健康食品を売る際に相手方のために個々の領収書を作成していること等の事実を指摘した上で論じることになる。

ウ 323条3号該当性

(7) 「特に信用すべき状況」とは1号、2号に準じるような高度の信用性を保障する類型的な外部状況をいうと解される。

(4) 本問についてみると、甲らは、高齢者に何ら効果のない健康食品を売りつけるという詐欺を約1年半の間行っており、平成23年5月末の時点で1000人超の客に健康食品を売ったこと、領収書控えに記載されている領収書の通し番号は187であったこと等の事実を指摘した上で論じることになる。

エ 322条1項該当性

(7) 「被告人に不利益な事実の承認を内容とする」

「不利益な事実の承認」とは、狭義の自白のみならず犯罪事実の全部又は一部の認定の基礎となりうる間接事実の存在を認める供述もすべて含まれると考えられる。

本問では、領収書控えは甲V2間の金銭の授受の事実すなわち詐欺罪における処分行為の存在を基礎付ける事実を認める供述であること等の事実を指摘して検討することになる。

(4) 「任意にされたものでない疑がある」

領収書控えは金銭の授受の際に作成されたものであり、任意性を否定する事情は特に存在しないといえよう。

## 【解 説】

### ◆ 論点① 令状における搜索すべき場所及び対象の特定 ◆

#### 1 問題の所在

資料1の下線部①には搜索すべき場所及び対象として「同所に所在する者の身体及び所持品」と記載されているが、このような記載は搜索すべき場所及び対象（219条1項）として特定されているとはいえず違法とならないか。このような記載では令状主義の禁ずる一般探索的令状と等しく、搜索すべき場所及び対象の特定を要請する憲法35条1項、刑訴法219条1項に反しないか問題となる。

#### 2 裁判例

□ 東京地決平2. 4. 10（判タ725-243）

##### 〔事 案〕

本件は、被疑者氏名不詳、罪名銃砲刀剣類所持等取締法違反の被疑事件について、搜索の対象を(1)東京都豊島区千早町〇丁目〇番〇号A社第一ビル並びに同社内に在所する者の身体及び所持品、(2)同区千早町×丁目×番×号A社第二ビル並びに同社内に在所する者の身体及び所持品とする搜索差押許可状2通について、搜索の対象を前記のごとく定めた本件各令状は、その場所及び対象の特定において欠けるところはなく適法と判断した事案である。

##### 〔決定要旨〕

「A社第一ないし第二ビル並びに同社内に在所する者の身体及び所持品」と記載されている令状の搜索すべき場所及び対象の特定について、「申立人らは、本件各令状には、搜索の対象として『A社第一ないし第二ビル並びに同社内に在所する者の身体及び所持品』と記載されていることをもって、搜索差押の対象の特定を欠いた違法な令状であり、これに基づいて行われた本件差押処分も違法であると主張する。しかし、前記のとおり、本件被疑事件は、いわゆる中核派所属の多数の者による組織的、計画的かつ密行的犯行であるところ、一件記録によれば、本件搜索の場所であるA社第一ビル及び同第二ビルは、いずれも全体として中核派の活動拠点となっているものであり、しかも、右各ビル内への出入りに際しては、監視役の厳重なチェックが必要であって、中核派に所属しない者が容易に入ることのできない状況にあったことが認められ、右事実よりすれば、右各ビル内の全域並びにそのビル内に居合わせた者全員の身体及び所持品に本件被疑事件に関係する証拠品が隠匿所持されている蓋然性が高い状況にあったと認められる。このような本件の特殊な状況に鑑みると、搜索の対象を前記のごとく定めた本件各令状は、その場所及び対象の特定において欠けるところはないというべきである。」

※ この点、古江教授は、「その場所にいるすべての者が押収目的物を所持している蓋然性が認められる場合」には同所に所在する者の身体及び所持品との記載も搜索すべき場所として特定性に欠けないと指摘される。

理由は以下の通りである。令状主義の一内容として搜索場所の特定性が要求される趣旨は、「正当な理由」（憲法35条1項）の存在についての令状裁判官による実質的認定を確保する

ことにある。そして、捜索の「正当な理由」とは、その犯罪と関連性を有する物がそこに存在する蓋然性のあることである。そして、同所に所在する者の身体及び所持品との記載ではその者が誰だかわからないのでその者が押収目的物を所持している蓋然性を判断することは通常不可能である。しかし、「その場所にいるすべての者が押収目的物を所持している蓋然性が認められる場合」には裁判官が押収目的物がそこに存在する蓋然性について審査できるので特定性について問題はないことになると指摘される（古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第2版〕』P. 103～4）。

◆ 論点② 搜索すべき場所として複数の場所が記載された令状の適法性 ◆

1 問題の所在

資料2の搜索差押許可状の下線部②には、1通の令状においてG組事務所、乙宅、H株式会社と複数の場所が記載されている。このように搜索すべき場所として複数の場所が記載された令状は「各別の令状」を求める憲法35条2項に反し、違法ではないか。

2 学説

条解刑事訴訟法 P. 220は、「2個以上の場所を搜索するときは、『各別の令状』（憲法35条2項）が要求される以上、搜索場所ごとに令状を必要とし、1通の令状に2以上の場所を記載することはできない」とする。

大コンメンタール刑事訴訟法第2巻 P. 341も、「1か所、1回につき1通の令状を必要とし、数個の場所を記載することはできない」とする。

3 裁判例

□ 東京高判昭47. 10. 13（刑月4-10-1651, 判時703-108, 判タ289-391）

【判旨】

「憲法35条が、その1項において、『何人も、その住居、書類及び所持品について侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、一中略—搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。』と規定するにかかわらず、その2項においてさらに『搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行う。』と規定していることによつてみれば、右2項の規定は、搜索すべき場所が2ヵ所以上ある場合においては、その各場所毎に発せられた各別の令状を得て搜索を行なうべきことを要請しているものと解するのが相当であるが、本件搜索差押許可状のように2ヵ所以上の搜索すべき場所が一通に記載されているとはいつても、それらの複数の場所が明確に特定されていて、裁判官がその各場所について搜索を行うことを許容することを明示しているものであれば、押収すべき物の特定が各場所毎に十分になされている等のことがあつて、国民の権利が不当に侵害されるおそれがないと認められる限りは、実質的には、これをもつて直ちに憲法35条の規定の趣旨に反する無効な許可状とまではいふことができないであろう。」

※ 大コンメンタール刑事訴訟法第2巻 P. 341は、東京高判昭47. 10. 13の判旨について、「場所毎に別個の令状を必要とするのは憲法35条の趣旨であつて、疑問である」と指摘する。

□ 東京地判平21. 6. 9（判タ1313-164）

【判旨】

「(7) 憲法35条2項は、搜索すべき場所が複数ある場合、その複数の場所ごとに発せられた各別の搜索差押許可状を必要とする旨定めているものと解される。しかし、複数の搜索すべき場所が1通の搜索差押許可状に記載されている場合であっても、その複数の場所が明確に特定されており、裁判官がそれぞれの場所について搜索を許容したことが明示されているとき

は、差し押さえるべき物がそれぞれの場所ごとに十分特定されている等のことがあって、憲法35条2項により保護されるべき国民の権利が不当に侵害されるおそれがないと認められるときに限り、当該搜索差押許可状は、憲法35条2項の趣旨に反するものとまではいえないと解するのが相当である。

(イ) この観点から本件をみると、本件搜索差押許可状（JR総連）の「搜索すべき場所、身体又は物」欄には、『東京都品川区西五反田（番地略）目黒さつき会館内 全日本鉄道労働組合総連合会事務所 及び全日本鉄道労働組合総連合会が関連する 財団法人日本鉄道福祉事業協会 株式会社さつき企画 株式会社鉄道ファミリー の各事務所』というように、4か所の搜索すべき場所が明確に特定されており、裁判官がそれぞれの場所について搜索を許容したことが明示されている。

また、差し押さえるべき物の特定についても、4か所の搜索すべき場所ごとに各別の特定方法が用いられているわけではないものの、前記ウの認定によれば、上記4か所の搜索すべき場所は、いずれも役員人事や財政面等において相互に密接な関係を有する各団体の事務所であることが認められるから、これらの搜索すべき場所すべてにおいて差し押さえるべき物が同一であったとしても、格別、不合理、不相当であるとまではいえないし、また、差し押さえるべき物それ自体については、本件被疑事実との関連性という限定が付されたうえで、明確な特定がされているといえる。そうすると、本件搜索差押許可状（JR総連）は、憲法35条2項により保護されるべき国民の権利を不当に侵害するおそれがないものと認められる。

(ウ) したがって、本件搜索差押許可状（JR総連）は、憲法35条2項の趣旨に反するものとまではいえないから、本件搜索差押許可状（JR総連）を請求した公安二課警察官の職務行為及び本件搜索差押許可状（JR総連）を発付した東京簡易裁判所裁判官の職務行為は、いずれも、当不当の問題はあるとしても、違法とまではいえない。」

※ なお、判タ1313-164は、上記2つの裁判例は基本的に同趣旨であると評価する。

◆ 論点③ 搜索差押許可状による搜索中に、搜索場所に配達され、被疑者が受領した荷物について、当該許可状に基づく搜索の可否 ◆

1 問題の所在

本件で警察官Pは、甲方を搜索中に甲が受領した荷物について、甲方に対する搜索差押許可状に基づいて搜索している。このような搜索は許されるか。

搜索差押許可状による搜索中に搜索場所に配達され、被疑者が受領した荷物について、当該許可状に基づいて搜索することができるか否かが問題となる。

2 判例

□ 最決平19. 2. 8 (刑集61-1-1, 判時1980-161, 百選(第10版)20事件) [事案]

原审の仙台高秋田支判平18. 7. 25の認定事実から関係すると思われる事実を抽出して掲載する。

警察官らは、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、覚せい剤等を差し押さえるべき物、被告人方居室等を搜索すべき場所とする搜索差押許可状に基づき、某日午後1時13分ころ、被告人方居室の搜索を開始した。

搜索実施中の同日午後2時2分ころ、被告人方に、伝票に依頼主兼受取人として被告人の氏名が記載された荷物が配達され、被告人は、玄関で、受取伝票に「F」と署名してこれを受け取った。本件荷物は、菓子箱様のもので菓子の商品名の入った包装紙で包装されていた。

警察官らは、以前にも同様に伝票に依頼主兼受取人として被疑者の氏名が記載された荷物の中から覚せい剤を発見するという事件を担当したことがあったことから、本件荷物の中に覚せい剤が入っているのではないかとの疑いを持った。そして、警察官らは、本件荷物の開封について、本件令状に基づく執行も検討したが、任意の承諾に基づき開封した方が適法性が高いであろうという判断で、被告人を説得することにした。

そこで、警察官らは、被告人に対し、被告人方居室の居間において、受け取った本件荷物について、その中身を確認したいから自分で開封してほしいと何度も説得した。これに対し、被告人は、当初、心当たりのない荷物であり、開封したくない、宅配業者に返却したい、自分では開けられないなどとして開封を拒んでいた。そして、約10分間のやり取りが続いた後、警察官らが「ガサで来ているから、荷物の中身を確認する必要がある、その権限がある。権限で開ける。」旨発言したところ、被告人は、投げやりな感じで、「権限で開けるのであれば、好きなように見ればいい。」旨発言した。

警察官らは、被告人の上記発言を受けて、本件荷物を開封したところ、本件荷物の中からチャック付きビニール袋入り覚せい剤5袋を発見したため、同日午後2時27分、被告人を覚せい剤取締法違反(所持)の被疑事実で現行犯逮捕した。そして、上記覚せい剤5袋は、逮捕の現場で差し押さえられ、その旨の搜索差押調書が作成された。

[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捜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】

本決定は、理由を明らかにしていないが、その理論的根拠については以下のように説明できよう（以下は、主に判時1980号P.162以下を参照）。

第1点は、捜索差押許可状に捜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、捜索実施中に捜索すべき場所に配達され、被告人の管理・支配に至った物について捜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いことから、新たな令状を必要とする理由はないと考えられる点である。

第2点は、捜索差押許可状の効力は、令状呈示の時点で捜索すべき場所に所在する物にのみ及び、その後他から搬入された物品には及ばないとの主張もありうるが（平成19年重判P.201に引用されている上告趣意より）、そのような限定を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えないという点があげられる。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捜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、物がいつ捜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、捜索開始時期がたまたま前後したというだけで、捜索場所にある物を捜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点は、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、呈示の時点に捜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。

※ なお、宅配物を開封するについて、原審判決は「必要な処分」（222条1項・111条1項）としているところ、本決定は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点に注意されたい（百選（第9版）22事件解説P.48参照）。

### 3 付随的な問題について

本論点に付随的な問題として、捜索差押終了後に到着した宅配物については捜索ができるかという問題がありうる。この論点について上富検事は、「この場合は、既に、裁判所によって許可された住居権・管理権の侵害行為としての捜索・差押え行為が終了しているわけであるから、当該令状の執行ということはもはや考えられないのである。したがって、当該物の差押えのためには、新たな令状の発付・執行が不可欠となることとなる」とされる（上富・研修702号P.37）。

もともと、これに対しては、捜索差押終了後とはいっても、例えば終了して間がないとき一例えば撤収準備中であるときなどは、捜索差押中と問題状況が異なることはないとも考えることができるから、その時点において配送された物については令状の効力が及ぶ、との解釈論もありうるであろう。

◆ 論点④ 搜索差押許可状による搜索中に、同居人あてに搜索場所に配達され、同居人が受領した荷物について、当該許可状に基づく搜索の可否 ◆

1 問題の所在

本件で警察官Pは、甲方を搜索中、F宛に配達され、Fが受領した荷物について、甲方に対する搜索差押許可状に基づいて搜索している。このような搜索は許されるか。

前掲最決平19. 2. 8(刑集61-1-1, 判時1980-161)についての解説(法曹時報62巻6号1645頁)は、裁判官は、令状審査の段階においては、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とする。そこで、本問における問題はこのような場所に対する搜索差押許可状で、同居する人がその場で携帯する物について搜索することは適法か否かであると思われる。

以下では、場所を搜索対象とする令状による人の身体・携帯物の搜索の可否について解説する。

2 学説

学説の多くは、搜索場所に居住する人のカバン等の携帯物については、机・金庫等と同様に、居室・居宅の備品あるいは付属物として、令状の効力が及ぶと解している。

他方、偶然搜索現場に居合わせた第三者の所持するカバン等については必ずしも明らかではない。ただ、現実問題として、搜索時に現在するすべての者を事前に予測することは困難であるし、通常の場合、「当該搜索場所に在所する人の身体及び所持品」といった記載の搜索令状は特定性を欠き、発付できない。また、ある場所に対する搜索許可状を執行する際に、その場所に居合わせた者が、着衣やカバンの中に搜索の目的物を隠匿している疑いがあるが、その身体や所持品に対する搜索令状が発付されていないという事態が実務において生じるのは避けがたい。しかし、搜索現場に居合わせた第三者の所持するカバン等の搜索を一切否定してしまうことは、重要な証拠物等の散逸、破壊といった事態も招来しかねない。

そのため、搜索の対象として身体が令状に明記されていないときであっても、一定の場合にはその場に現在する人の携帯する物に対する搜索を認める必要がある。

\* この他にも、その場所に既に存在していた差押対象物件を、そこにいた人が所持ないし身体に携帯していると明らかに認められる場合に、「必要な処分」(222条1項・111条1項)の限度で搜索が許されるとする見解(酒巻)や、搜索場所にいた人が、搜索の目的物を隠匿したり、破壊しようとする場合に、そのような搜索の妨害行為を防止するために必要な措置として「必要な処分」(222条1項・111条1項)の限度で人の身体や所持品の搜索ができるとする見解(川出)、などがある。

3 判例

□ 最決平6. 9. 8(刑集48-6-263, 百選(第10版)19事件)

【事案】

最決平6. 9. 8(百選19事件)は、捜査官が、被告人の内妻に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、被告人及びその内妻が居住するマンションの居室を搜索場所とする搜索差



押許可状の発付を受け、同許可状に基づき上記居室の搜索を実施したが、その際、同室にいた被告人が携帯するポストンバッグの中を搜索し、覚せい剤を発見したことから、覚せい剤営利目的所持の被疑事実により被告人を現行犯逮捕し、逮捕の現場における差押えとして、上記覚せい剤を差し押さえた事案（なお、覚せい剤は上記搜索差押許可状の差押目的物には含まれていなかった。）につき、以下のように判示した。

#### 〔決定要旨〕

「原判決の是認する第一審判決の認定によれば、京都府中立売警察署の警察官は、被告人の内妻であったNに対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、同女及び被告人が居住するマンションの居室を搜索場所とする搜索差押許可状の発付を受け、平成3年1月23日、右許可状に基づき右居室の搜索を実施したが、その際、同室に居た被告人が携帯するポストンバッグの中を搜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記搜索差押許可状に基づき被告人が携帯する右ポストンバッグについても搜索できるものと解するのが相当であるから、これと同旨に出た第一審判決を是認した原判決は正当である。」

\* なお、前掲平成6年最決の第一審である京都地判平4. 10. 22の判旨は以下の通りである。

#### 〔判旨〕

「前掲各証拠によると、京都府中立売警察署の警察官らは、当時被告人の内妻であったNに対する別件の覚せい剤取締法違反被疑事件について、同女及び被告人の居住する判示Aマンション501号室（以下『501号室』という。）を搜索場所とする搜索差押許可状の発付を受け、平成3年1月23日に同所を搜索し、その際、同日午後6時50分ころ、現場に居合わせた被告人が手に持っていたポストンバッグの中から25袋合計約330.85グラムの覚せい剤（以下『本件覚せい剤』という。）を発見し、これを差し押さえたことが認められる。」

「弁護人は、右搜索差押の手続は、刑事訴訟法所定の搜索差押許可状の呈示及び捜査官以外の者の立会の各要件を欠き、また、501号室の場所に対する搜索差押許可状により被告人の身体を搜索したもので、令状主義の精神を没却するような重大な違法がある旨主張する。

そこで、右搜索差押の経過について検討すると、関係証拠によれば、前記警察官らは、前記同日午後3時40分ころ、501号室付近に赴き、証拠隠滅工作を防ぐため、在室者がその玄関扉を開けたときに入室して搜索を実行すべく同室付近において張り込みを続けていたところ、同日午後6時40分ころ、在室していた被告人が外出しようとして同室の玄関扉を若干開け、顔を出して室外の様子をうかがうような態度を示したので、すかさず走り寄って同扉から次々に室内に入り込み、同室玄関付近において『警察や。ガサや。』と被告人に告げ、続いて同室内各室に立ち入ってNを捜したが不在であったことから、被告人を立会人として搜索を実行することとし、同室内南東側ダイニングキッチンにおいて被告人に対し前記搜索差押許可状を示して搜索を開始した、その際、警察官らは、被告人が右手に前記ポストンバッグを持っていたので、再三にわたり右バッグを任意提出するように求めたが、被告人がこれを拒否して右バッグを抱え込んだので、やむを得ず抵抗する被告人の身体を制圧して強制的に右バッグを取り上げてその中を搜索し、同日午後6時50分ころ、右バッグの中から本件覚せい剤を発見し、同日午後6時58分、被告人を覚せい剤営利目的所持の現行犯人として逮捕し、次いで逮捕に伴う搜索を実施して本件覚せい剤、ポストンバッグ等を差し押

さえたことが認められる。

右認定に反し、被告人は、外出しようとして501号室の玄関扉を開けたところ、いきなり警察官らが室内に乱入し、玄関付近で無言のまま被告人の腰に抱き付き両腕をねじ上げるなどして被告人を制圧し、そのままの状態被告人をダイニングキッチンまで引きずって行き、それから初めて捜索であると告げたが、その後捜索差押許可状を示すこともなく強制的に被告人が持っていたポストンバッグを取り上げてその中を捜索した旨供述する。しかしながら、被告人の右供述は、仮にそのとおりとすれば、被告人は何ら右捜索を妨害したり罪証隠滅行為に及ぶ気配を見せたりしていないのであるから、警察官らが被告人を制圧する必要は全くなく、この点で被告人の供述内容は不自然であるといわざるを得ないこと、右捜索に当たった警察官である証人M及び同Hは、本件公判において、いずれも明確に被告人の述べる右事実を否定して前記認定のとおり捜索状況を述べているところ、右各証言は相互に符合し、いずれも具体的かつ詳細で特に不自然、不合理な点はなく、十分に信用できるものであること、さらに、右H作成の写真撮影報告書(…)中には、被告人が警察官らから捜索差押許可状を呈示されている写真が存在するが、右写真は右H証言を明確に裏付けるものであることなどの点に照らしてたやすく信用できない。なお、被告人は、右写真について、これは右一連の捜索手続がすべて終了した後に警察官の指示によりこのような格好をさせられ、写真を撮られたものであると供述しているが、右写真に写された状況は、501号室のダイニングキッチンにおいて、左手に手袋をはめ右手に前記ポストンバッグを持った被告人が警察官の呈示する右許可状を眺めているというものであって、捜索開始時の警察官及び被告人の状況として不自然なところはなく、また、被告人は、警察官らが501号室に立ち入ったときには手袋をはめていたと供述しているところ、右H作成の写真撮影報告書(…)中の本件覚せい剤発見直後の写真に写っている被告人が左手に手袋をはめていないように見えることなどからすると、右許可状呈示の写真は右覚せい剤発見直後の写真よりも前に撮影されたものとするのが自然である。加えて、被告人は、本件捜索段階において当初黙秘し、同年2月5日に至り警察官に対して覚せい剤所持の認識を否認する内容の供述を始めたが、捜査の違法性については何ら供述せず、かえって『捜索差押許可状を見せられ警察官である事も告げられ捜索が始まったのです。』と供述し、その後捜査の違法性を主張するようになった同月14日にも、検察官に対し、警察官らに右バッグを取り上げられた後『もぎ取られたバッグはその後手にしておりません。それは断言できます。』と供述しているものであり、以上によれば右写真の撮影時期に関する被告人の供述は到底信用できない。

右認定の捜索差押の経過によれば、警察官らは捜索の開始に当たって捜索場所である501号室に居住する被告人に対し捜索差押許可状を呈示し、立会人を被告人として捜索を実施したものであり、また、右場所に対する捜索差押許可状の効力は、捜索場所に居住し、かつ捜索開始時に同場所に在室している者の携帯するバッグにも及ぶものと解されるから、右捜索差押の手続には何ら違法はないというべきである。弁護人は、立会人を制圧して行った捜索は実質的に立会を欠くものにほかならないと主張するが、警察官らは被告人に立会の機会を与えて捜索を開始したところ、被告人が携帯していたポストンバッグを抱え込んでその任意提出を拒み捜索を妨害したので、これを制圧して捜索を続行したものであって、このような行為は捜索のための適法な有形力の行使というべく、これにより結果的には被告人が右バッグ内の捜索状況を観察できなかったとしても、これをもって立会の要件を欠いたということにはならない。

したがって、右搜索差押により得られた証拠物、鑑定書等はすべて適法な捜査により収集された証拠であり、いずれも証拠能力を有するものである。」

- \* 前記平成6年最決に対しては、傍論的ながら、場所に対する搜索差押許可状で、同居する人がその場で携帯する物について搜索することを肯定したはじめての最高裁判例として先例的意義を有するが、本件事実を前提とした事例判例の1つにすぎないので、これを一般化することはできない、との評価がある（ジュリスト臨時増刊「平成6年重判」P. 169参照）。

◆ 論点⑤ 搜索差押許可状による搜索中に、搜索場所に配達され、被疑者が受領を拒否した荷物について、当該許可状に基づく搜索の可否 ◆

1 問題の所在

本件で警察官Pは、乙方を搜索中、乙宛に配達され、乙が受領を拒絶した荷物について、配達人から受け取り乙宅内に持ち込んだ上で搜索差押許可状に基づいて搜索している。このような搜索は許されるか。

2 学説

最決平19. 2. 8の評釈である緑大輔・百選（第9版）P. 49（22事件解説）は、「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の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方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ことになりかねない」こと、「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本決定が許容しているとまでは読めない」こと、『『被告人が受領』した事実が本件荷物の搜索場所への編入の条件として認定されていること』から、「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である」とする。

※ なお、入江猛「判解」法曹時報62巻6号P. 1654は、「被告人が宅配便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のであり、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。そして、これを証拠として用いることができるか否かについては、違法収集証拠の証拠能力に関する考え方（最一判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁参照）が妥当することとなると思われる。このような場合に考慮すべき事情としては、当該荷物のあて先及び送り主の記載、被告人の宅配業者への対応や受取り拒絶の状況、宅配業者の対応状況、警察官が代わって受領するに至った経過、その際の警察官や被告人の発言内容、警察官の有形力行使の有無等を総合考慮し、違法とされる程度をもって決することにならうと思われる」とする。

※ なお、本問出題後に刊行された刑事訴訟法判例百選（第10版）における本決定の評釈は、「被告人が荷物の受取りを拒否して受領に至らなかった場合には、この判例の射程を超えていると考えられる。この点、仮に、捜査機関が被告人に代わって受領したとすれば、事実上、搜索すべき場所に持ち込まれたことになるから、本件令状による搜索差押えの許否、ないし証拠能力の問題にあるとも言われるが（入江猛「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇〔平成19年度〕』P. 10）、被告人にその物に対する管理の意思がないと認定できるのであれば管理権が及ぶと解するのは困難であるから、その差押えには別途令状を要すると思われる」とする（大久保隆志「判批」『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第10版、2017）P. 45）。

## ◆ 論点⑥ 伝聞証拠の意義 ◆

## 1 問題の所在

甲の弁護人Lは、領収書①及び領収書控えの証拠調べ請求に対して不同意としているので、領収書①及び領収書控え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は認められない。そこで、領収書①及び領収書控えが伝聞証拠に当たるかが問題となる。

## 2 伝聞証拠の意義

伝聞証拠が320条1項により原則として証拠能力が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、そのそれぞれにつ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。

この根拠からすると、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には、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るから、伝聞証拠に当たらないということになる。

## 3 領収書について

(1) 領収書を、その記載内容の真実性すなわち記載された額の金銭の授受の事実を証明するための証拠として用いる場合には、それは作成者の供述に当たり内容の真実性が問題となるため伝聞証拠である。

(2) しかし、領収書は非供述証拠としての固有の証拠価値を有する。すなわち、そのような記載のある領収書の存在自体とこれが相手方に交付された事実とによって、領収書の記載内容に相当する金員授受の事実を推認することができるのである。これは、特段の理由がない限り、金銭の貸借や授受の事実がないのに借用書や領収書を人に交付したりはしないというのが経験則であると考えられることによる。したがって、このような推認は経験則に適う合理的な推認であるため伝聞法則の潜脱とはならないと思われる。

よって、社会通念上借用書や領収書と認められる外観を持つ書類が作成、交付され、その真正が立証されれば、これを間接事実として金銭の貸借又は授受の事実を推認することができると考えられる。

この場合、領収書の存在と記載自体が要証事実となり、内容の真実性は問題とならないから、伝聞法則の適用はない（以上について、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』、戸倉三郎 自由と正義2000年1月号 P.90、酒巻匡「刑事手続法の諸問題 第19回」P.64～9（法学教室306号）参照）。

◆ 論点⑦ 写しの許容性 ◆

1 問題の所在

本問の領収書控えは、3枚連写の領収書のうちの1枚でありカーボン紙を用いて複写されたものであり、いわゆる写しである。そこで、写しの許容性が問題となる。

2 裁判例

□ 東京高判昭58. 7. 13 (高刑集36-2-86, 百選(第10版)A42事件)

〔事案〕

いわゆる「渋谷暴動事件」の控訴審判決であるが、放映されたテレビニュースの映像を録画したビデオテープ2本及びその映像の一部を静止写真化したテレビニュース画面写真帳2冊を原審が証拠として採用し、有罪認定に供したことについて、以下のように判示した。

〔判旨〕

「案ずるに、本件写真帳は、本件ビデオテープの映像の一部の写しであり、また、本件ビデオテープは、テレビフィルムを放映したテレビ映像の写しであるから……、これらの証拠能力を論ずるに当つては、まず、『1』その原本に相当するテレビフィルム(ないしはその映像)自体の証拠能力につき検討し、然るのち、『2』原本に代え、その写しを証拠とすることの可否につき考察を加える必要があるものと言うべきである……。以下、これらにつき分説する。」

「写し一般を許容すべき基準としては、『a』原本が存在すること(さらに厳密に言えば、写しを作成し、原本と相違のないことを確認する時点で存在すれば足り、写しを証拠として申請する時点まで存在することは不可欠の要件ではない。テレビ映像の如きは、放映とともに消滅する。)、『b』写しが原本を忠実に再現したものであること(原本の完全な複製である必要はなく、立証事項との関連において、その必要な性状が忠実に再現されていれば足りる。)、『c』写しによつては再現し得ない原本の性状(たとえば、材質、凹凸、透し紋様の有無、重量など)が立証事項とされていないことを挙げることができる。以上に反し、『d』原本の提出が不可能又は著しく困難であることを、写しの許容性の基準に数える必要はない。蓋し、それは、最良証拠の法則ないしは写し提出の必要性の問題であるに過ぎないからである。

本件ビデオテープ及び写真帳は、前示作成経過及び作成に用いられた機器の性質に鑑み、右『a』『b』の要件を充たすものであることは明らかであり、また、その立証事項が右『c』掲記のような原本の性状に亘るものでないことも当然である。従つて、テレビフィルムないしはこれを放映したテレビ映像の写しとして、これらを提出することは、写し一般の許容基準に合致するものであり、そのことを目して、原本の提出に伴う諸種の困難を回避するための姑息な手段と極めつける所論…は、いわれのない非難をなすものと言わざるを得ない。」

3 学説

写しとは、文書の原本の内容の全部又は一部を原本と同一の文字・記号で転写した文書で、その内容が原本と同一である旨の認証文が付されていない文書をいう(小山雅亀「判解」『刑事訴訟法判例百選(第8版)』P.196)。現行刑事訴訟法下においては、原本と写し等を比較すれば原本の方が優れた証拠である(法310条参照)との理解を背景に、①証拠能力のある原本が存在し又は

存在したこと（文書の存在）、②それが正確に原本を転写したものであること（正確性）、③原本を提出することが不能又は困難であること（必要性）、について裁判所が心証を得たときには、写し等に原本と同じ証拠能力を認める、という考え方が通説である（上記「判解」P. 196参照）。前掲東京高判昭58. 7. 13の特色は、③の必要性要件を「立証事項との関係」と置き換えたところにある（上記「判解」P. 197参照）。上記判決はその理由として「(③の必要性要件は) 最良証拠の法則ないしは写し提出の必要性の問題であるに過ぎないからである」とするが、これに対しては「確かに、第1次的な証拠は原本であるから、原本を提出するのが原則ではあろう。しかし、不可能性・困難性を要件とするまでもない。原本の提出ができない合理的な理由が示されれば足りる。」との指摘が参考になろう（寺崎嘉博『刑事訴訟法（第3版）』P. 395～6）。

◆ 論点⑧ 特信文書（323条）の書面の意義 ◆

1 問題の所在

上記のように領収書控えについては伝聞法則が適用されるので、伝聞例外に当たらない限り証拠能力は認められない。そこで、領収書控えが321条ないし325条に規定する伝聞例外に該当しないかを検討することになる。特に本件領収書控えが特信文書（323条）に当たらないか、特信文書（323条）の2号、3号書面の意義が問題となる。

2 323条2号書面

□ 「業務の通常の過程において作成された書面」

「業務の通常の過程において作成された書面」とは、ある程度永続性を持つ業務の遂行過程でその業務の基礎として継続性をもって作成される書面をいう。すなわち、業務遂行の基礎となる書面であるから、これに虚構の記載をすれば業務の正常な遂行自体に支障を生じるおそれがあり、かつ継続性をもつ書面であるからその一部の記載に誤りが生ずるとその後正当な記載を行うのが困難になるという意味で、通常に業務が運営されている限りは真実の記載が期待できる書面である。

3 323条3号書面

(1) 学説

A説（松尾）

本条の趣旨は、書面の客観的性格において、類型的に信用性の情動的保障の著しく高度なものについて、無条件で証拠能力を与えた点にある。したがって、「特に信用すべき状況」とは、前2号に準じるような高度の信用性を保障する類型的な外部的状况をいい、個々の具体的状況に基づいて特信状況の判断を要するものは、原則として本号の書面ではない。

B説（香城）

本条の趣旨の第1は、供述者を反対尋問して供述過程を吟味するまでもなく供述過程を信頼することができるような書面に対し、反対尋問を省略して証拠能力を与えることであり、第2は、供述者の公判廷での供述が得られた場合であると否とを問わず、「特に信用すべき状況の下に作成された書面」に対し、公判廷での供述とは別に証拠能力を与えることである。したがって、本条3号の書面を、その書面自体で信用すべき状況が明白である場合に限定する必要はなく、前提立証として、特信状況が強力に証明されさえすれば、書面自体は1、2号のように類型的なものである必要はない。

(2) 判例

最判昭31. 3. 27（刑集10-3-387）は、323条3号の「書面は、前2号の書面すなわち戸籍謄本、商業帳簿等に準ずる書面を意味するのであるから、これらの書面と同程度にその作成並びに内容の正確性について信頼できる書面をさすものであることは疑ない。しかるに、本件メモはその形体からみても単に心覚えのため書き留めた手帳であること明らかであるから、右の趣旨によるも323条3号の書面と認めることはできない。してみれば、本件メモに証拠能力があるか否かは、321条1項3号に定める要件を満すかによつて決まるものといわなければならない」として、被告人以外の者が、単にその心覚えのため取引を書き留めた手帳について、



323条3号の書面としてその証拠能力を認めることはできず、321条1項3号の書面としてその証拠能力を決すべきであるとした。

(3) 領収書控えが323条2号、3号の書面には当たらないとした場合、「被告人が作成した供述書」として、322条1項の書面に当たらないか検討することになる。

322条1項の書面に当たるには(i)ア「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき」で、イ「任意にされたものでない疑がある」といえない場合、又は(ii)「特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」の要件を満たす必要がある。

本問では(i)の要件を満たすかが問題となる。そして、「不利益な事実の承認」には、狭義の自白のみならず犯罪事実の全部又は一部の認定の基礎となりうる間接事実の存在を認める供述もすべて含まれることになる。

本件領収書控えは甲V2間の金銭の授受の事実すなわち詐欺罪における処分行為の存在を基礎付ける事実を認める供述といえる。そこで、ア「不利益な事実の承認」といえる。また、特に任意性を否定するような事情はない。そこで、イ「任意にされたものでない疑がある」とはいえないことになろう。よって、領収書控えは322条1項の書面に当たることになろう。

# 柏谷周希の司法試験合格開眼塾 直前フォロー答練

## 答練刑事系〔第2問〕

◇ パーフェクト答案 ◇ (出題意図に即し配点項目に可能な限り触れた答案)

Memo

### P.1 第1 設問1

#### 2 1 資料1について

3 (1) 「同所に所在する者の身体及び所持品」との下線部①の記載は、捜索すべき場所及び対象  
4 (219条1項)として特定されているとはいえず、当該捜索差押許可状は違法とならな  
5 いか。捜索すべき場所及び対象の特定を要請する憲法35条1項、刑訴法219条1項に反し  
6 ないか問題となる。

7 (2) 令状において捜索場所及び対象の特定を要する趣旨は、令状裁判官が令状審査に当たり  
8 「正当な理由」(憲法35条1項)の存在について実質的認定を確保することにある。そし  
9 て、「正当な理由」とは、特定の犯罪の嫌疑が存在する場合において、その犯罪と関連性を  
10 有する物がそこに存在する蓋然性があることをいう。

11 そこで、裁判官がその犯罪と関連性を有する物が存在する蓋然性を判断できる程度に特定  
12 されている必要がある。そして、人を個別に特定できなくても、その場所にいるすべての者  
13 が押収目的物を所持している蓋然性が認められる場合には特定性に欠けるとはいえない。な  
14 ぜなら、このような場合、裁判官が「正当な理由」を判断することが可能だからである。

15 (3) 本件捜索の場所であるCビルは全体として被疑者らのグループの活動拠点となっており、  
16 しかもCビル内への出入りに際しては、カードキーを持っていることに加え、監視役の厳重  
17 なチェックさらには指紋による本人確認が必要であり、また被疑者らのグループに属する者  
18 はパスケースを首から提げるといった外見的特徴を有している。そうすると、Cビルには被疑  
19 者らのグループに所属しない者が容易に入ることのできない状況にあったといえる。したが  
20 って、Cビル内にいるすべての者が押収目的物を所持している蓋然性が認められる。

21 (4) よって、資料1下線部①の「同所に所在する者の身体及び所持品」との記載は捜索すべき  
22 場所及び対象の特定性を欠くとはいえず、適法である。

#### 23 2 資料2について

P.2 (1) 資料2の下線部②には1通の令状において複数の場所が記載されている。このような令状  
2 は「各別の令状」を求める憲法35条2項に反しないか。

3 (2) 憲法35条2項は、捜索すべき場所が複数ある場合、その複数の場所ごとに発せられた各  
4 別の捜索差押許可状を必要とする旨定めているものと解される。しかし、複数の捜索すべき  
5 場所が1通の捜索差押許可状に記載されている場合であっても、その複数の場所が明確に特  
6 定されており、裁判官がそれぞれの場所について捜索を許容したことが明示されているとき  
7 は、差し押さえるべき物がそれぞれの場所ごとに十分特定されている等のことがあって、憲  
8 法35条2項により保護されるべき国民の権利が不当に侵害されるおそれがないと認めら  
9 れるときに限り、当該捜索差押許可状は、憲法35条2項の趣旨に反するものとまではいえ  
10 ないと解するのが相当である。

11 (3) 本問についてみると、捜索すべき場所はG組事務所、乙宅、H株式会社と明確に特定され  
12 ている。

13 差し押さえるべき物は、覚せい剤・注射器と特定されている。また、3つの場所は乙が出  
14 入りしている場所であることから、差押対象物は共通であるといえる。そうすると、憲法3  
15 5条2項により保護されるべき国民の権利が不当に侵害されるおそれがないと認められる。

16 よって、資料2の下線部②の記載は憲法35条2項の趣旨に反せず、適法である。

### 17 第2 設問2

#### 18 1 荷物①について

19 (1) 甲方を捜索すべき場所とする捜索差押許可状による捜索中に甲が受領した荷物①につい  
20 て同許可状に基づき捜索することは適法か。

21 (2)ア 裁判官は令状審査において捜索すべき場所に差し押さえるべき物が存在する蓋然性の  
22 有無についてどの時点における蓋然性を対象として審査しているか。令状審査時における

- 23 蓋然性を対象として審査しているならば令状発付後に捜索場所に搬入された物には令状  
P.3 の効力が及ばないことになるため問題となる。
- 2 イ 捜索差押許可状発付の要件としては、犯罪の嫌疑の存在、捜索場所に差押えの目的物が  
3 存在する蓋然性、捜索差押えの必要性が求められるところ、刑法、刑訴規則の文言上、  
4 捜索差押許可状は差し押さえるべき物と捜索すべき場所とを特定し令状の有効期間を定  
5 めて発付（219条1項、刑訴規則155条1項1号、300条）することとされ、捜索  
6 時に捜索場所にあるものについては、これが差し押さえるべき物に該当する限り、捜索差  
7 押えが許され、その効力は特に制限されていない。
- 8 そうすると、裁判官は、令状審査の段階では当該令状の有効期間内において捜索すべき  
9 場所に差し押さえるべき物が存在する蓋然性があるかを審査しているといえる。
- 10 ウ よって、捜索中に甲が受領した荷物についても令状の効力は及びうる。
- 11 (3) 次に、甲が受領した荷物①は甲方玄関外のポストにあり、甲方内にはない。それでも荷物  
12 ①に令状の効力は及ぶか。
- 13 捜索は捜索場所についての管理権の侵害という実質を有する。そうだとすれば、令状の効  
14 力は同一管理権の範囲内で及ぶものと解すべきである。
- 15 本件において、甲方のポストは、甲方玄関外にあり、甲方内にはない。しかし、甲方のポ  
16 ストは甲以外に使用されることは想定できない。そうだとすれば、甲方のポストは甲方と一  
17 体をなすと考えることができるので、甲方居室内と同一管理権に服するといえる。したがっ  
18 て、令状の効力は甲方と同一管理権の範囲内であるポストまで及ぶ。
- 19 (4)ア そうだとすると、令状の呈示の機能により甲が受領した荷物について同許可状に基づき  
20 捜索することは許されないことにならないか。令状の呈示という行為によって捜索すべき  
21 場所に存在する物に捜索差押許可状の効力を限定する機能があるとすると、令状呈示後に  
22 捜索場所に入った荷物について令状の効力は及ばないと考えられるため問題となる。
- 23 イ 222条1項本文、110条の趣旨は令状の執行を受ける者に対して、手続の明確性と  
P.4 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ことにある。
- 2 したがって、令状の呈示という行為自体に呈示の時点で捜索すべき場所に存在する物に  
3 捜索差押許可状の効力を限定するという機能は存在しない。
- 4 (5) そして、荷物①を捜索するに当たり、開封行為は捜索行為として観念できる。  
5 本件において、荷物①を開封する行為は令状に基づく捜索行為として適法である。
- 6 (6) よって、荷物①の捜索は適法である。
- 7 2 荷物②について
- 8 (1) 甲方を捜索すべき場所とする捜索差押許可状による捜索中に同居人Fを受取人とし、Fが  
9 受領した荷物について同許可状に基づき捜索することは適法か。
- 10 荷物①において検討したように、捜索中に捜索すべき場所に入った荷物にも令状の効力は  
11 及びうる。
- 12 そこで、場所を対象とする令状で同居人の所持品に対して令状の効力が及ぶか。222条  
13 1項本文、102条が場所、身体、物を区別していることから問題となる。
- 14 (2) 令状において場所の特定を要する趣旨はその場所に対するプライバシーを保護すること  
15 にある。そして、住居内にある物に対するプライバシーは住居に関するプライバシーに包摂  
16 されている。そこで、制約されるプライバシーが捜索場所について認められる権利利益に包  
17 摂され、これと一体をなす関係にあるといえるなら令状の効力が及ぶと解する。
- 18 (3) 本問についてみると、Fは甲の妻であり捜索すべき場所たる甲宅に住んでいる者である。  
19 そうすると、Fの所持品は捜索場所たる甲宅に通常所在する物に含まれる。また、Fは荷物  
20 ②を抱えていたのであり、その荷物を捜索することは身体という場所についてのプライバシ  
21 ーとは別個のプライバシーを侵害することにはならない。そこで、荷物②のプライバシーは  
22 甲宅のプライバシーに包摂される。したがって、荷物②にも本件令状の効力が及ぶ。
- 23 (4) そして、荷物②を捜索するに当たり、開封行為だけでなく、それに引き続いて中身を確認  
P.5 する行為も捜索行為として観念できる。
- 2 本件において、荷物②を開封する行為及び人形の底のシールをはがす行為も、令状に基づ  
3 く捜索行為として適法である。
- 4 (5) よって、荷物②の捜索は適法である。

- 5 3 荷物③について
- 6 (1) Pが乙の受領拒絶の意思に反して配達人から荷物を受領し搜索場所で中身を搜索するこ  
7 とは適法といえるか。当該荷物に令状の効力は及ぶか。
- 8 (2) 上記のように制約されるプライバシーが搜索場所について認められる権利利益に包摂さ  
9 れ、これと一体をなす関係にあるといえるなら令状の効力が及ぶことになる。
- 10 (3) 本問についてみると、乙が受領することで、乙の管理権が及ぶことになりプライバシーの  
11 保護が解除される。他方で、乙が受領拒絶している場合は、荷物についてのプライバシーの  
12 利益の保護は解除されない。また、警察官に被疑者の意思に反して荷物を受け取る権限はな  
13 い。
- 14 したがって、荷物③についてのプライバシーは搜索場所について認められる権利利益に包  
15 摂されるとはいえない。
- 16 よって、荷物③に令状の効力は及ばないので、荷物③の搜索は違法である。

17 第3 設問3

18 1 領収書①について

- 19 (1) 領収書①は甲の供述を内容とすることから、伝聞証拠に当たり証拠能力が認められないの  
20 ではないか。領収書①に伝聞法則（320条1項）の適用があるか問題となる。
- 21 (2) 伝聞法則の趣旨は、供述証拠は知覚・記憶・叙述の各段階において虚偽が混入するおそれ  
22 があり推論を誤導する危険を有しているため、反対尋問等による信用性のテストを経る必要  
23 があるところ、伝聞証拠については信用性のテストを経ることがないためこのような証拠を  
P.6 事実認定の基礎から除くことにある。そして、要証事実との関係において内容の真実性が問  
2 題になる場合には伝聞法則が適用される。
- 3 (3) 本問についてみると、立証趣旨は、「領収書の存在と記載自体」である。ここで、領収書  
4 ①は領収書①を交付されたV1が任意提出した書面である。そうすると、領収書①は甲がV  
5 1に交付した領収書といえる。そして、領収書①の存在とこれが相手方に交付された事実  
6 によって領収書の記載内容に相当する金銭授受の事実が推認できる。なぜなら、特段の理由が  
7 ない限り、金銭の貸借や授受の事実がないのに借用書や領収書を人に交付したりはしないと  
8 いうのが経験則であると考えられるからである。そこで、領収書①は記載内容の真実性から  
9 独立した証拠価値を有する。
- 10 したがって、立証趣旨との関係において領収書①の内容の真実性は問題とならないので、  
11 伝聞法則は適用されない。そこで、非供述証拠として自然的関連性があれば足りるところ、  
12 筆跡等から、甲が作成したことが強く推認されるため、自然的関連性はあるといえる。
- 13 (4) よって、領収書①の証拠能力は認められる。

14 2 領収書控えについて

- 15 (1)ア 領収書控えはカーボン紙を用いて複写されたものであり、いわゆる写しである。原本が  
16 第一次的な証拠であることから、原本を提出するのが原則であるところ、写しであること  
17 によって領収書控えの証拠能力が否定されることにならないか。
- 18 イ 写しについては①原本の存在（又は存在したこと）②原本提出が不能又は困難であるこ  
19 と③原本の正確な転写であることの要件を満たせば原本と同様の証拠能力が認められる。
- 20 ウ 本問についてみると、領収書控えは3枚連写の領収書のうちの1枚でありカーボン紙を  
21 用いて複写された物である。そこで、①原本が存在したことは明らかである。
- 22 また、原本の所在は不明であり、V2が病気で入院し意識不明の重体であるため、V2  
23 が原本の交付を受けたか否か、原本を所持しているか否かは不明であった。さらに、捜査  
P.7 官はV2の親族の協力の下、V2宅において領収書原本を探したが原本を発見することは  
2 できなかった。このように原本発見のために手を尽くしているにもかかわらず原本が見つ  
3 けられなかったのだから、少なくとも②原本提出が困難であるといえる。
- 4 そして、カーボン紙を用いて複写したのであるから、領収書控えにも原本どおりの文字  
5 がそのまま記載されたことになる。よって、③原本の正確な転写であるといえる。
- 6 エ よって、本件領収書控えが写しであることによって証拠能力が否定されることにはなら  
7 ない。
- 8 (2)ア 本件領収書控えも領収書①と同様甲の供述を内容とする。そこで、伝聞法則の適用があ  
9 り、証拠能力が認められないことにならないか。

- 10 イ 上記のように要証事実との関係において内容の真実性が問題になるなら伝聞法則が適用される。
- 11
- 12 ウ 本間についてみると、領収書控えの立証趣旨は、「甲が金47万円をV2から受領したこと」である。この場合、甲V2間の金銭の授受という事実との関係で内容の真実性が問題となり伝聞法則が適用される。
- 13
- 14
- 15 (3)ア そうだとしても、伝聞例外として証拠能力が認められることにならないか。
- 16 イ 323条2号該当性
- 17 (ア) 323条2号書面は、業務の遂行過程でその業務遂行の基礎として継続性をもって作成される書面をいう。
- 18
- 19 (イ) 本間についてみると、甲は顧客に健康食品を売る際に相手方のために個々の領収書を作成している。そこで、領収書控えは業務の通常の過程で自己の業務遂行の基礎として継続的に作成されるものではない。
- 20 よって、323条2号書面には当たらない。
- 21
- 22
- 23 ウ 323条3号該当性
- P.8 (ア) 「特に信用すべき情況」とは1号、2号に準じるような高度の信用性を保障する類型的な外部的状況をいう。
- 2
- 3 (イ) 本間についてみると、甲らは、高齢者に何ら効果のない健康食品を売りつけるという詐欺を約1年半の間行っており、平成23年5月末の時点で1000人超の客に健康食品を売ったことが明らかになっているが、領収書控えに記載されている領収書の通し番号は187であった。仮に甲が売買契約の際に毎回領収書を作成していたのならば、通し番号は1000を超えているはずである。そうすると、甲らは売買契約の度に毎回領収書を作成していたとはいえない。そこで、1号、2号に準じるような高度の信用性を保障する類型的な外部的状況はないので、「特に信用すべき情況」は存在しない。
- 4
- 5 よって、323条3号書面には当たらない。
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10 エ 322条1項該当性
- 11 (ア) 「被告人に不利益な事実の承認を内容とする」
- 12 「不利益な事実の承認」とは、狭義の自白のみならず犯罪事実の全部又は一部の認定の基礎となりうる間接事実の存在を認める供述もすべて含まれる。
- 13
- 14 本間についてみると、領収書控えは甲V2間の金銭の授受の事実すなわち詐欺罪における処分行為の存在を基礎付ける事実を認める供述といえる。そこで、領収書控えは「不利益な事実の承認を内容とする」といえる。
- 15 (イ) 「任意にされたものでない疑がある」
- 16 領収書控えは金銭の授受の際に作成されたものであり、任意性を否定する事情は特に存在しない。
- 17
- 18
- 19
- 20 (4) よって、322条1項により、本件領収書控えに証拠能力が認められる。
- 21
- 22

以上

# 柏谷周希の司法試験合格開眼塾 直前フォロー答練

## 答練刑事系〔第2問〕

◇ 合格スタンダード答案 ◇ (新司合格者が検討した、実戦的・平均的な合格答案例)

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 資料1について

3 (1) 「同所に所在する者の身体及び所持品」との下線部①の記載は、搜索すべき場所  
4 及び対象(219条1項)として特定されているとはいえ、当該搜索差押許可状  
5 は違法とにならないか。搜索すべき場所及び対象の特定を要請する憲法35条1項、  
6 刑訴法219条1項に反しないか問題となる。

7 (2) 令状において搜索場所及び対象の特定を要する趣旨は、令状裁判官が令状審査に  
8 当たり「正当な理由」(憲法35条1項)の存在について実質的認定を確保すること  
9 にある。そして、「正当な理由」とは、特定の犯罪の嫌疑が存在する場合において、  
10 その犯罪と関連性を有する物がそこに存在する蓋然性があることをいう。

11 そこで、裁判官が蓋然性を判断できる程度に特定されている必要がある。そして、  
12 その場所にいるすべての者が押収目的物を所持している蓋然性が認められる場合  
13 には特定性に欠けるとはいえない。なぜなら、このような場合、裁判官が「正当な理  
14 由」を判断することが可能だからである。

15 (3) 本件搜索の場所であるCビルは全体として被疑者らのグループの活動拠点とな  
16 っており、しかもCビル内への出入りに際しては、カードキーを持っていることに加  
17 え、監視役の厳重なチェックさらには指紋による本人確認が必要であり、また被疑  
18 者らのグループに属する者はパスケースを首から提げるといった外見的特徴を有して  
19 いる。そうすると、Cビルには被疑者らのグループに所属しない者が容易に入ること  
20 のできない状況にあったといえる。したがって、Cビル内にいるすべての者が押  
21 収目的物を所持している蓋然性が認められる。

22 (4) よって、資料1の「同所に所在する者の身体及び所持品」との下線部①の記載は、  
23 搜索すべき場所及び対象の特定性を欠くとはいえ、適法である。

P.2 2 資料2について

2 (1) 資料2の下線部②には、1通の令状において複数の場所が記載されている。この  
3 ような令状は「各別の令状」を求める憲法35条2項に反しないか。

4 (2) 確かに、憲法35条2項は搜索すべき場所が複数ある場合、その複数の場所ごと  
5 に発せられた各別の令状を必要とする旨定めていると考えられる。ただし、記載され  
6 た複数の場所が明確に特定されており、裁判官がそれぞれの場所について搜索を  
7 許容したことが明示されているときは、被疑者らの権利が不当に侵害されるおそれ  
8 がないと認められるときに限り当該令状は有効であると考えられる。なぜなら、令状主  
9 義の趣旨は事前の司法審査により不当な人権侵害を防止することであり、このよう  
10 な場合は令状主義の趣旨を没却しないからである。

11 (3) 本問についてみると、搜索すべき場所はG組事務所、乙宅、H株式会社と明確に  
12 特定されており、裁判官がそれぞれの場所について搜索を許容したことが明示され  
13 ているといえる。

14 そして、差し押さえるべき物は、覚せい剤・注射器と特定されている。また、3  
15 つの場所は乙が出入りしている場所であり、差押対象物は共通であるといえる。そ  
16 うすると、憲法35条2項により保護されるべき乙の権利が不当に侵害されるおそれ  
17 がないと認められる。

18 (4) よって、資料2の下線部②の記載は憲法35条2項の趣旨に反せず、適法である。

19 第2 設問2

20 1 荷物①について

21 (1) 甲方を搜索すべき場所とする搜索差押許可状による搜索中に甲が受領した荷物に  
22 ついて、同許可状に基づき搜索することは適法か。

- 23 (2)ア 裁判官は令状審査において搜索すべき場所に差し押さえるべき物が存在する蓋  
 P.3 然性の有無について、どの時点における蓋然性を対象として審査しているか。令  
 2 状審査時における蓋然性を対象として審査しているならば、令状発付後に搜索場  
 3 所に搬入された物には令状の効力が及ばないことになるため問題となる。
- 4 イ 搜索差押許可状発付の要件としては、犯罪の嫌疑の存在、搜索場所に差押えの  
 5 目的物が存在する蓋然性、搜索差押えの必要性が求められるところ、刑訴法、刑  
 6 訴規則の文言上、搜索差押許可状は差し押さえるべき物と搜索すべき場所とを特  
 7 定し令状の有効期間を定めて発付（219条1項、刑訴規則155条1項1号、  
 8 300条）することとされ、搜索時に搜索場所にあるものについては、これが差  
 9 し押さえるべき物に該当する限り、搜索差押えが許され、その効力は特に制限さ  
 10 れていない。
- 11 そうすると、裁判官は、令状審査の段階では当該令状の有効期間内において搜  
 12 索すべき場所に差し押さえるべき物が存在する蓋然性があるかを審査していると  
 13 いえる。
- 14 ウ したがって、搜索中に甲が受領した荷物についても令状の効力は及びうる。
- 15 (3) 次に、甲が受領した荷物①は甲方玄関外のポストにある。それでも、ポストは甲  
 16 方と一体をなしていると考えられるから、甲方と同一管理権下にあり、令状の効力  
 17 は及ぶ。
- 18 (4) そして、荷物①を搜索するに当たり、開封行為は搜索行為として観念できる。  
 19 本件において、荷物①を開封する行為は令状に基づく搜索行為として適法である。
- 20 (5) よって、荷物①の搜索は適法である。
- 21 2 荷物②について
- 22 (1) 甲方を搜索すべき場所とする搜索差押許可状による搜索中に同居人Fを受取人と  
 23 し、Fが受領した荷物について同許可状に基づき搜索することは適法か。
- P.4 荷物①において検討したように、搜索中に搜索すべき場所に入った荷物にも令状  
 2 の効力は及びうる。
- 3 そこで、場所を対象とする令状で同居人の所持品に対して令状の効力が及ぶか。  
 4 222条1項本文、102条が場所、身体、物を区別していることから問題となる。
- 5 (2) 令状において場所の特定を要する趣旨はその場所に対するプライバシーを保護す  
 6 ることにある。そして、住居内にある物に対するプライバシーは住居に関するプ  
 7 ライバシーに包摂されている。そこで、制約されるプライバシーが搜索場所につ  
 8 いて認められる権利利益に包摂され、これと一体をなす関係にあるといえるなら令状の  
 9 効力が及ぶ。
- 10 (3) 本問についてみると、Fは甲の妻であり搜索すべき場所たる甲宅に住んでいる者  
 11 である。また、Fは荷物②を抱えていたのであり、その荷物を搜索することは身体  
 12 という場所についてのプライバシーとは別個のプライバシーを侵害することにはな  
 13 らない。そこで、荷物②のプライバシーは甲宅のプライバシーに包摂される。
- 14 (4) そして、荷物②を搜索するに当たり、開封行為だけでなく、それに引き続いて中  
 15 身を確認する行為も搜索行為として観念できる。
- 16 本件において、荷物②を開封する行為及び人形の底のシールをはがす行為も、令  
 17 状に基づく搜索行為として適法である。
- 18 (5) よって、荷物②の搜索は適法である。
- 19 3 荷物③について
- 20 (1) Pが乙の受領拒絶の意思に反して配達人から荷物を受領し搜索場所で中身を搜索  
 21 することは適法といえるか。当該荷物に令状の効力は及ぶか。
- 22 (2) 上記のように制約されるプライバシーが搜索場所について認められる権利利益に  
 23 包摂され、これと一体をなす関係にあるといえるならば令状の効力が及ぶことにな  
 P.5 る。
- 2 (3) 本問についてみると、乙が受領することで、乙の管理権が及ぶことになりプ  
 3 ライバシーの保護が解除される。そこで、乙が受領拒絶している以上、荷物について  
 4 プライバシーの利益の保護は解除されない。また、警察官に被疑者の意思に反して

5 荷物を受け取る権限はない。  
 6 したがって、荷物③についてのプライバシーは搜索場所について認められる権利  
 7 利益に包摂されるとはいえない。  
 8 よって、荷物③に令状の効力は及ばないので、荷物③の搜索は違法である。

9 第3 設問3

10 1 領収書①について

11 (1) 領収書①は甲の供述を内容とすることから、伝聞証拠に当たり証拠能力が認めら  
 12 れないのではないかと。領収書①に伝聞法則（320条1項）の適用があるか問題と  
 13 なる。

14 (2) 伝聞法則の趣旨は、供述証拠は知覚・記憶・叙述の各段階において虚偽が混入す  
 15 るおそれがあり推論を誤導する危険を有しているため、反対尋問等による信用性の  
 16 テストを経る必要があるところ、伝聞証拠については信用性のテストを経ることが  
 17 ないためこのような証拠を事実認定の基礎から除くことにある。そして、要証事実  
 18 との関係において内容の真実性が問題になる場合には伝聞法則が適用される。

19 (3) 本問についてみると、領収書①の立証趣旨は、「領収書の存在と記載自体」である。  
 20 ここで、領収書①は領収書①を交付されたV1が任意提出した書面である。そうす  
 21 ると、領収書①は甲がV1に交付した領収書といえる。そして、領収書①の存在と  
 22 これが相手方に交付された事実によって領収書の記載内容に相当する金銭授受の事  
 23 実が推認できる。なぜなら、特段の理由がない限り、金銭の貸借や授受の事実がない  
 P.6 のに借入金や領収書を人に交付したりはしないというのが経験則であると考えら  
 2 れるからである。そこで、立証趣旨との関係では、領収書①は記載内容の真実性か  
 3 ら独立した証拠価値を有する。

4 したがって、領収書①の内容の真実性は問題とならないので伝聞法則は適用され  
 5 ない。そこで、非供述証拠として自然的関連性があれば足りるところ、筆跡等から、  
 6 甲が作成したことが強く推認されるため、自然的関連性はあるといえる。

7 (4) よって、本件領収書①の証拠能力は認められる。

8 2 領収書控えについて

9 (1)ア 領収書控えはカーボン紙を用いて複写されたものであり、いわゆる写しである。  
 10 原本が第一次的な証拠であることから、原本を提出するのが原則であるところ、  
 11 写しであることによって領収書控えの証拠能力が否定されることにならないか、

12 イ 写しについては①原本の存在（又は存在したこと）②原本提出が不能又は困難  
 13 であること③原本の正確な転写であることの要件を満たせば原本と同様の証拠能  
 14 力が認められる。

15 ウ 本問についてみると、領収書控えは3枚連写の領収書のうちの1枚でありカー  
 16 ボン紙を用いて複写されたものである。そこで、①原本が存在したことは明らか  
 17 である。

18 また、原本の所在は不明であり、V2が病気で入院し意識不明の重体であるた  
 19 め、V2が原本の交付を受けたか否か、原本を所持しているか否かは不明であつ  
 20 たことに加え、捜査官はV2の親族の協力の下、V2宅において領収書原本を探  
 21 したが原本を発見することはできなかったのであり、原本発見のために手を尽く  
 22 している。それにもかかわらず原本が見つからなかったのだから、少なくとも②  
 23 原本提出が困難であるといえる。

P.7 そして、カーボン紙を用いて複写したのだから領収書控えにも原本どおりの文  
 2 字がそのまま記載されたことになる。よって、③原本の正確な転写であるといえ  
 3 る。

4 エ よって、本件領収書控えが写しであることによって証拠能力が否定されること  
 5 にはならない。

6 (2)ア 本件領収書控えも領収書①と同様甲の供述を内容とする。そこで、伝聞法則の  
 7 適用があり、証拠能力が認められないことにならないか。

8 イ 上記のように要証事実との関係において内容の真実性が問題になるなら伝聞法  
 9 則が適用される。



- 10 ウ 本問についてみると、領収書控えの立証趣旨は、「甲が金47万円をV2から受  
11 領したこと」である。この場合、内容の真実性が問題となり伝聞法則が適用され  
12 る。
- 13 (3)ア そうだとしても、伝聞例外として証拠能力が認められることにならないか。  
14 イ 323条2号該当性
- 15 (ア) 323条2号書面は業務の遂行過程でその業務遂行の基礎として継続性をも  
16 って作成される書面をいう。  
17 (イ) 本問についてみると、甲は顧客に健康食品を売る際に相手方のために個々の  
18 に領収書を作成している。そこで、領収書控えは業務の通常の過程で自己の業  
19 務遂行の基礎として継続的に作成されるものではない。
- 20 よって、323条2号書面には当たらない。
- 21 ウ 323条3号該当性  
22 (ア) 「特に信用すべき情況」とは1号、2号に準じるような高度の信用性を保障  
23 する類型的な外部的状況をいう。
- P.8 (イ) 本問についてみると、甲らは、高齢者に何ら効果のない健康食品を売りつけ  
2 るという詐欺を約1年半の間行っており、平成23年5月末の時点で1000  
3 人超の客に健康食品を売ったことが明らかになっているが、領収書控えに記載  
4 されている領収書の通し番号は187であった。仮に甲が売買契約の際に毎回  
5 領収書を作成していたのならば、通し番号は1000を超えているはずである。  
6 そうすると、甲らは売買契約の度に毎回領収書を作成していたとはいえない。  
7 そこで、1号、2号に準じるような高度の信用性を保障する類型的な外部的状  
8 況はないので、「特に信用すべき情況」は存在しない。
- 9 よって、323条3号書面には当たらない。
- 10 エ 322条1項該当性  
11 (ア) 「被告人に不利益な事実の承認を内容とする」  
12 「不利益な事実の承認」とは、狭義の自白のみならず犯罪事実の全部又は一部  
13 の認定の基礎となりうる間接事実の存在を認める供述もすべて含まれる。  
14 本問についてみると、領収書控えは甲V2間の金銭の授受の事実すなわち詐欺  
15 罪における処分行為の存在を基礎付ける事実を認める供述といえる。そこで、領  
16 収書控えは「不利益な事実の承認を内容とする」といえる。
- 17 (イ) 「任意にされたものでない疑がある」  
18 領収書控えは甲V2間の金銭の授受の際に作成されたものであり、任意性を否  
19 定する事情は特に存在しない。
- 20 (4) よって、322条1項により、本件領収書控えに証拠能力が認められる。  
21

以上