

司法試験型答練 サンプル問題

刑事系第2問（刑事訴訟法）

問題文

〔第2問〕（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】

1 A県B警察署の司法警察員P及びQ（以下「Pら」という。）は、平成30年10月1日午後10時45分ころ、同署管内のαホテルの支配人βから、「当ホテルの705号室で女性が死亡している。」との通報を受けた。Pらは、同日午後11時15分ころ、αホテル705号室に臨場したところ、同室内のベッドに全裸で横たわって死亡しているVを発見した。Vの首には両手で絞められたような跡があり、下半身には精液のような液体が付着していた。また、ベッド脇には、覚せい剤のような粉末が散乱しており、注射器1本が落ちていた。

Pらは、βから、705号室はVが1名で予約したものであるが、同日午後9時ころ、Vが男性1名を連れてエレベーターで上がっていくのを目撃したこと、その男性は、身長185センチメートルくらいのがっちりした体格で、背中に龍の模様の入った黒のスカジャンを着ていたこと等の供述を得た。

2 Pらは、同日午後11時30分ころから周辺の捜査を開始したところ、αホテル付近路上に停車中の車両（以下「本件車両」という。）を発見した。Pらが後方から本件車両に近付くと、本件車両はすぐに発進右折してホテルαの駐車場に入りかけた。その際、Pらは、運転席に、がっちりした体格で黒のスカジャンを着た男が乗車していることを視認したため、職務質問することにし、本件車両を駐車場入口付近で停止させ、窓ごとに運転免許証の提示を求めた。これに対し、男は素直に免許証を提示し、男の氏名が甲であることが判明した。

Pらは、甲の落ち着きのない態度、青白い顔色などからして覚せい剤中毒者の疑いもあったので、職務質問を続行するため降車を求めると、甲は素直に降車した。その際、甲の身長が185センチメートルくらいであること、甲の着ていたスカジャンの背中に龍の模様が入っていることが確認された。

Pらは、降車した甲に所持品の提示を求めると、甲は、「見せる必要はない。」と言って拒否し、「お前らそんなことする権利あるんか。」などと罵声を浴びせてきた。そこで、Pは、「ポケットを触らせてもらおう。」と言って、これに対して何も言わなかった甲の上衣とズボンのポケットを外から触った。そうしたところ、上衣左側内ポケットに何かが入っている感じでふくらんでいたのもので、その提示を要求した。しかし、これに対しても甲は黙ったままであったので、Pは、「それなら出してみるぞ。」と言って甲の上衣左側内ポケット内に手を入れて、ビニール袋入りの覚せい剤のような粉末を取り出した。そこで、Qが、甲の承諾を得て、その場で予試験を実施したところ、これが覚せい剤であることが判明したので、甲を覚せい剤所

持の現行犯人として逮捕し、覚せい剤を差し押さえた（以下、この覚せい剤を「本件覚せい剤」という。）。

- 3 その後、所要の捜査を経て、甲は、Vに対する強制性交致死及び覚せい剤所持の事実で起訴された。検察官は、甲の第1回公判期日において、覚せい剤所持の事実を立証するための証拠として、本件覚せい剤の証拠調べを請求した。これに対し、甲の弁護人は、取調べに異議がある旨の意見を述べた。

また、検察官は、Vと親交のあったCについて、立証趣旨を「Vが甲を嫌悪していたこと」として、その証人尋問を請求したところ、採用された。証人尋問期日において、Cは、検察官の主尋問に対して、「Vの生前、私がVに甲との関係について尋ねたところ、『甲なんか大嫌い。いやらしいことばかりするから。』（以下「本件供述」という。）とだけ述べ、その後、話題を変えて甲については一言も触れようとしませんでした。」と供述したところ、弁護人は、「本件供述は伝聞証拠であって排除されるべきである。」との意見を述べた。

〔設問1〕 【事例】2における下線部の行為の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 本件覚せい剤の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、【事例】2における下線部の行為が違法であることを前提としなさい。

〔設問3〕 甲が、第1回公判期日において、①「私は、強制性交致死の犯人ではない。私はその日、友人と旅行に出かけた帰りに、αホテルの近くを通っただけである。」と陳述して強制性交致死の公訴事実を否認した場合と、②「私がVと性交してVを死なせてしまったのは事実であるが、それは性行為の一環として、Vから頼まれて首を絞めたためである。性交自体は、合意の上だった。」と陳述して強制性交致死の公訴事実を否認した場合に分けて、本件供述の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

解説

第1 設問1

※ 本問及び設問2は、最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁（以下「素材判例①」という。）を素材とする問題である。

1 所持品検査の法的根拠

下線部の行為は、所持品検査として行われたものと考えられるところ、所持品検査を許容する明文の根拠なく問題となる。

この問題について、最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁は、「警職法は、その2条1項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である」と判示している。すなわち、所持品検査の法的根拠は、警職法2条1項に求められる。

したがって、所持品検査を行うためには、まず、職務質問の要件の整っていることが必要である（岡次郎・最高裁判所判例解説刑事篇昭和53年度214頁）。そこで、警職法2条1項の要件を検討するに、甲は、Pらが後方から本件車両に近付くと、本件車両をすぐに発進右折させてホテルαの駐車場に入りかけるという不審な挙動をしている。また、βが目撃した男性は、身長185センチメートルくらいのがっちりした体格で、背中に龍の模様の入った黒のスカジャンを着ていたところ、Pらは、運転席に、がっちりした体格で黒のスカジャンを着た男が乗車していることを視認しており、βが目撃した男性と甲は、体格・服装の点で類似している。さらに、所持品検査を開始した時点で、甲の身長が185センチメートルくらいであること、甲の着ていたスカジャンの背中に龍の模様が入っていることが確認されているから、βが目撃した男性と甲の類似性は更に高度となっている。加えて、705号室のベッド脇には、覚せい剤のような粉末が散乱し、注射器1本が落ちていたのであるから、覚せい剤事犯も疑われるところ、甲の落ち着きのない態度、青白い顔色などからして覚せい剤中毒者の疑いも認められる。

これらの事実に鑑みれば、甲は、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由」（同項）があるといえる。

よって、警職法2条1項の要件を満たす。

2 所持品検査の限界

もっとも、前掲・最判昭和53年6月20日は、上記の判示に続いて、「所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であって、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、

強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もっとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について搜索及び押収を受けることの無い権利は憲法 35 条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であってもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであって、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである」と判示している。

また、素材判例①も、「警職法 2 条 1 項に基づく職務質問に附随して行う所持品検査は、任意手段として許容されるものであるから、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、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場合があると解すべきである」と判示している。

そこで、これらの判例に照らして、下線部の行為の適法性を判断する。

(1) 「所持人の承諾」

甲は、P から上衣左側内ポケットに入っている物の提示を要求されても黙ったままであったので、所持人の承諾があるとはいえない。

(2) 「搜索に至らない程度の行為」

「搜索」とは、一定の場所、物又は人の身体について、証拠物等の探索・発見を目的として行われる強制処分をいう（酒巻匡・刑事訴訟法 100 頁）。「搜索に至らない程度の行為」とは、証拠物の発見を目的としてするような態様のものであってはならず、所持品が何であるかを確認するにとどまるような行為と考えられる（岡・前掲書 216 頁）。

素材判例①は、本問と同様の事実関係の下、「被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において搜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたい」と述べており、「搜索に至らない程度の行為」と判断したものと考えられる。本問でも、下線部の行為は、甲の上衣左側内ポケットに入っている物を確認するにとどまるような行為といえるため、「搜索に至らない程度の行為」といえよう。

※これに対し、酒巻匡・前掲書 46 頁は、「これを『搜索』そのものと言わず、『その態様において搜索に類する』『搜索に至らない程度の行為』とする説示は、詭弁というほかないであろう」とする。

(3) 「強制にわたらない限り」

前掲・最判昭和 53 年 6 月 20 日がとくに「強制にわたらないもの」という要件を挙げたのは、所持品検査にあっては、その態様がもともと捜索に至らない程度のものがあり得るため、そのような行為であっても、強制力を用いて行ってはならないとの趣旨を明らかにしたものである（岡・前掲書 216 頁）。

そこで、「強制の処分」（197 条 1 項但書）の意義が問題となるも、判例は、「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」と解している（最判昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁）。また、通説によれば、「相手方の明示又は黙示の意思に反して、重要な権利利益を実質的に侵害・制約する処分」と定義される（古江頼隆・事例演習刑事訴訟法〔第 2 版〕14 頁）。

なお、最判平成 29 年 3 月 15 日刑集 30 巻 2 号 187 頁は、「憲法 35 条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である G P S 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事訴訟法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判示している。

上記のとおり、素材判例①は、「本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたい」と述べており、「強制にわたらない」と判断したものと考えられる。本問でも、上記のとおり、下線部の行為について甲の承諾はないため、「個人の意思を制圧し」、又は「相手方の明示又は黙示の意思に反して」と認められようが、下線部の行為は、甲の上衣左側内ポケットに入っている物を確認するにとどまるため、「私的領域に侵入」したとはいえず、「憲法の保障する重要な法的利益を侵害」ないし「重要な権利利益を実質的に侵害・制約」したとはいえないと解することも可能であろう。

(4) 「具体的状況のもとで相当と認められる限度」

素材判例①は、「垣田巡査が被告人に対し、被告人の上衣左側内ポケットの所持品の提示を要求した段階においては、被告人に覚せい剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められ、また、同巡査らの職務質問に妨害が入りかねない状況もあったから、右所持品を検査する必要性ないし緊急性はこれを肯認しうところであるが、被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであって、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である」と判示している。本問でも、下線部の行為は違法ということになろう。

第2 設問2

本件覚せい剤は、上記のとおり、違法な所持品検査によって収集・獲得された証拠物である。そこで、いわゆる違法収集証拠排除法則によってその証拠能力が否定されないか。違法収集証拠排除法則の採否につき、明文なく問題となる。

この問題について、素材判例①は、次のように判示する。

「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的な人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。』（同法1条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的な人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法35条が、憲法33条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

…これを本件についてみると…被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した垣田巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかった被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであって、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立ってみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである」。

よって、本問でも、本件覚せい剤の証拠能力は認められよう。

第3 設問3（設問3全体につき、古江・前掲書320頁乃至336頁参照）

※ 本問は、最判昭和30年12月9日刑集9巻13号2699頁（以下「素材判例②」という。）を素材とする問題である。

1 伝聞法則

本件供述は、「公判期日外における他の者」V「の供述を内容とする供述」（以下「伝聞証拠」という。）であるから、「第321条乃至第328条に規定する場合」（以下「伝聞例外」という。）に該当しない限り、「証拠とすることはできない」（320条1項）、すなわち証拠能力は認められないのではないか。

同項の趣旨は、供述がなされる知覚・記憶・表現の過程において誤りが混入していないかを、反対尋問や供述過程の観察、偽証罪（刑法169条）による威嚇によってチェックする点にある。とすれば、かかるチェックをする必要がない場合には伝聞証拠にあたることを考える必要はない。したがって、伝聞証拠とは、供述内容の真実性の立証のために用いられるものをいう。すなわち、伝聞証拠にあたるか否かは、要証事実との関係で相対的に決せられることになる。

なお、要証事実の如何は、当事者主義（256条6項、298条1項、312条1項等）の観点から、当事者の立証趣旨を尊重して考えるべきであるが、それを前提にするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合には、実質的な要証事実を認定することができる。

2 ①の場合

(1) 伝聞証拠該当性

甲は、「私は、強制性交致死の犯人ではない。私はその日、友人と旅行に出かけた帰りに、αホテルの近くを通っただけである。」と陳述して強制性交致死の公訴事実を否認しており、甲の犯人性が争点となる。

ここで、本件供述の立証趣旨は「Vが甲を嫌悪していたこと」であるところ、かかる事実を立証しても、甲が犯人であることの間接事実を推認することはできず、争点に対しては何ら証明力がなく、関連性がない。したがって、当事者の立証趣旨を前提にするとおよそ証拠としては無価値となるような例外的な場合に当たる。

そこで、実質的な要証事実につき検討するに、検察官は、本件供述から、甲がVに対していやらしいことばかりしていたことを推認し、もって強制性交の動機という、甲の犯人性を基礎付ける間接事実を立証しようとしているものと解される。とすれば、その要証事実、「甲がVに対していやらしいことばかりしていたこと」となるが、この場合、本件供述は、供述内容の真実性の立証のために用いられることになる。

よって、本件供述は伝聞証拠にあたる（以上につき、金築誠志・刑事訴訟法判例百選〔第5版〕181頁、平田胤明・刑事訴訟法判例百選〔第3版〕165頁参照）。なお、素材判例②も、本問と同様の事実関係の下、「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」と判示している。

(2) 伝聞例外

そうすると、本件供述は、「被告人以外の者の…公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするもの」（324条2項）にあたるので、その証拠能力が認められるためには、同項の準用する321条1項3号の要件を満たす必要がある。Vは「死亡」しているため「公判準備又は公判期日において供述することができ」（同号本文）ない。しかし、「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠

くことができないものである」（同号本文）とは、その供述を証拠とすると否とによって事実認定に著しい差異を生じさせることをいうところ、Vの下半身に精液のような液体が付着していたのであれば、そのDNA鑑定をすれば甲の犯人性が明らかになる可能性が極めて高く、これを満たさない。

以上より、本件供述の証拠能力は認められない。

3 ②の場合

甲は、「私がVと性交してVを死なせてしまったのは事実であるが、それは性行為の一環として、Vから頼まれて首を絞めたためである。性交自体は、合意の上だった。」と陳述して強制性交致死の公訴事実を否認しており、性交が合意の上であったか否かが争点となる。

ここで、上記のとおり、本件供述の立証趣旨は「Vが甲を嫌悪していたこと」であるところ、Vが甲を嫌悪していたのであれば、性交に合意するはずがないから、強制性交の事実を推認することができる。したがって、当事者の立証趣旨を前提にするとおよそ証拠としては無価値となるような例外的な場合にはあたらないため、その要証事実、立証趣旨のとおり、「Vが甲を嫌悪していたこと」である。

そして、この要証事実との関係では、本件供述は、いわゆる現在の心理状態を述べる供述（精神状態の供述）として、伝聞証拠にはあたらないと解されている。その理由としては、①誤謬介在の危険性が高い「知覚」「記憶」の過程が存しないこと、②「表現」「叙述」については、「知覚」「記憶」とは異なって、原供述者本人に対する反対尋問（等）の信用性テストによらなくとも、伝聞証人を尋問することによっても相当程度明らかにできるし、書面の場合は、その内容や記述の態様、前後の記述内容などから、明らかにできること、③「私は神である」との原供述から原供述者の精神の異常を推論する場合のような「言葉の非供述的用法」においても、「表現」「叙述」が問題となるはずなのに「非伝聞」と解されていること、④「現在の心理状態の供述」は、供述者本人の供述当時の心理状態を認定するための最良かつ最重要な証拠の1つであるのに、これを内容とする証拠を伝聞証拠とすると、刑法には独立の伝聞例外規定がなく、原供述者が供述不能（321条1項3号）でない以上証拠能力が認められないことから、当該心理状態の供述が事実認定にとって重要であり、また、証拠としての必要性が高いことを挙げることができる（古江・前掲書327頁乃至328頁）。

以上より、本件供述の証拠能力は認められる。

4 再伝聞の場合

なお、仮に、C供述が、証言ではなく、検察官面前調書として得られていたとすると、①の場合について、再伝聞の問題になる。

再伝聞の証拠能力について、最判昭和32年1月22日刑集11巻1号103頁は、被告人Yの供述を内容とする被告人以外の者Xの検察官面前調書の証拠能力につき、321条1項2号を適用し、320条を経由して公判期日における供述に代えて証拠とし、Yの供述部分については324条1項を類推適用し、322条の準用によって検面調書の伝聞供述部分（Yの供述）にまで証拠能力を肯定した。これは、次のような理由による。

すなわち、Xの検察官面前調書は、「被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするもの」（324条1項）ではないため、

同項の直接適用はできない。しかし、320条1項は、伝聞証拠は「公判期日における供述に代えて」証拠とすることができないとしているため、伝聞例外の要件を満たす場合は、伝聞証拠が公判廷の供述に代わることになり、その中に含まれる伝聞は、公判廷における伝聞と同じに取り扱われなければならない。そこで、Yの供述について、324条1項を類推適用し、同項が準用する322条1項の要件を充足すれば、証拠能力を肯定することができることになる。

本件では、仮に、C供述が、証言ではなく、検察官面前調書として得られていた場合、Cの検察官面前調書は、「被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするもの」（324条2項）ではないため、同項の直接適用はできないが、上記の理由により、324条2項を類推適用し、同項が準用する321条1項3号の要件を充足すれば、証拠能力を肯定することができることになる。しかし、上記のとおり、同号の要件を充足しないため、結局、本件供述の証拠能力は認められないことになる。

模範答案

1

第1 設問1（以下、条文数のみは刑事訴訟法）

1 下線部の行為は、所持品検査として行われたものと考えられるところ、所持品検査を許容する明文の根拠なく問題となる。

(1) 所持品検査は、口頭による職務質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果あげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、警職法2条1項による職務質問に附随してこれを行うことができるものと解する。したがって、所持品検査を行うためには、まず、職務質問の要件の整っていることが必要である。

(2) そこで、警職法2条1項の要件を検討するに、甲は、Pらが後方から本件車両に近付くと、本件車両をすぐに発進右折させてホテルαの駐車場に入りかけるといふ不審な挙動をしている。

また、βが目撃した男性は、身長185センチメートルくらいのがっちりした体格で、背中に龍の模様の入った黒のスカジャンを着ていたところ、Pらは、運転席に、がっちりした体格で黒のスカジャンを着た男が乗車していることを視認しており、βが目撃した男性と甲は、体格・服装の点で類似している。さらに、所持品検査を開始した時点で、甲の身長が185センチメートルくらいであること、甲の着ていたスカジャンの背中に龍の模様が入っていることが確認されているから、βが目撃した男性と甲の類似性は更に高度となっている。

加えて、705号室のベッド脇には、覚せい剤のような粉末が散乱し、注射器1本が落ちていたのであるから、覚せい剤事犯も疑われるところ、甲の落ち着きのない態度、青白い顔色などからして覚せい剤中毒者の疑いも認められる。

2

これらの事実を鑑みれば、甲は、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由」（同項）があるといえる。

よって、警職法2条1項の要件を満たす。

2 そうだとしても、所持品検査を無限界に行えるわけではない。

(1) まず、上記のとおり、所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。甲は、Pから上衣左側内ポケットに入っている物の提示を要求されても黙ったままであったので、所持人の承諾があるとはいえない。

しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であって、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でない。

(2) そこで、いかなる場合に承諾なき所持品検査が許されるのかが問題となるも、警職法2条3項は、「刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身体を拘束され…ない」と規定していることから、少なくとも、搜索に至らず、かつ「強制的処分」（197条1項但書）にわたらないことが必要である。

ここで、搜索とは、一定の場所、物又は人の身体について、証拠物等の探索・発見を目的として行われる強制的処分をいうから、証拠物の発見を目的とするような態様のものではなく、所持品が何である

3

かを確認するにとどまるのであれば、捜索に至っていないといえる。下線部の行為は、甲の上衣左側内ポケットに入っている物を確認するにとどまるといえるため、捜索は至っていない。

また、「強制的処分」とは、「この法律に特別の定」（同項但書）のある逮捕、捜索、差押え等に類するもの、すなわち個人の意思を制圧し、身体・住居・財産等の重要な法的利益に制約を加える行為を意味する。上記のとおり、下線部の行為について甲の承諾はないため、合理的に推認される個人の意思に反して個人の意思を制圧していると認められるが、上記のとおり、下線部の行為は、甲の上衣左側内ポケットに入っている物を確認するにとどまるため、私的領域に侵入して憲法の保障する重要な法的利益を制約したとはいえない。したがって、「強制的処分」にもわたっていない。

- (3) もっとも、所持品検査も「必要な最小の限度」（警職法1条2項）でなされなければならない。具体的には、必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ許容される。

本件の被疑事件としては、強制性交致死及び覚せい剤使用ないし所持等が疑われるところであり、いずれも重大犯罪である。また、上記のとおり、βが目撃した男性と甲の類似性が高度に認められること、甲には覚せい剤中毒者の疑いも認められること、Pらが甲に所持品の提示を求めると、甲は、「見せる必要はない。」と言って拒否し、「お前らそんなことする権利あるんか。」などと罵声を浴びせてきたこと

4

等に鑑みると、その嫌疑はかなり濃厚に認められる。さらに、Pは、「ポケットを触らせてもらおう。」と言って、これに対して何も言わなかった甲の上衣とズボンのポケットを外から触ったところ、上衣左側内ポケットに何かが入っている感じでふくらんでいたの、その提示を要求したのに対しても甲は黙ったままであったので、任意の提出は期待し難い。これらの事情に鑑みれば、所持品を検査する必要性ないし緊急性は高度であったといえる。

しかし、甲の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したうえ検査したPの行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたい。

- 3 以上より、下線部の行為は違法である。

第2 設問2

- 1 本件覚せい剤は、上記のとおり、違法な所持品検査によって収集・獲得された証拠である。そこで、いわゆる違法収集証拠排除法則によってその証拠能力が否定されないか。違法収集証拠排除法則の採否につき、明文なく問題となる。

証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面に

5

において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑事訴訟法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑事訴訟法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

- 2 甲の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件覚せい剤を取り出した P の行為は、上記のとおり、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかった甲に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであって、もとより P において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく、また、他に所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件覚せい剤の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを甲の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立ってみても相当でないとは認めがたい。

3 以上より、本件覚せい剤の証拠能力は認められる。

第3 設問3

6

- 1 本件供述は、「公判期日外における他の者」V「の供述を内容とする供述」（以下「伝聞証拠」という。）であるから、「第 321 条乃至第 328 条に規定する場合」（以下「伝聞例外」という。）に該当しない限り、「証拠とすることはできない」（320 条 1 項）、すなわち証拠能力は認められないのではないか。

同項の趣旨は、供述がなされる知覚・記憶・表現の過程において誤りが混入していないかを、反対尋問や供述過程の観察、偽証罪（刑法 169 条）による威嚇によってチェックする点にある。とすれば、かかるチェックをする必要がない場合には伝聞証拠にあたると考える必要はない。したがって、伝聞証拠とは、供述内容の真実性の立証のために用いられるものをいうと考える。すなわち、伝聞証拠にあたるか否かは、要証事実との関係で相対的に決せられることになる。

なお、要証事実の如何は、当事者主義（256 条 6 項、298 条 1 項、312 条 1 項等）の観点から、当事者の立証趣旨を尊重して考えるべきであるが、それを前提にするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合には、実質的な要証事実を認定することができると考える。

- 2 ①の場合

(1) 甲は、「私は、強姦性交致死の犯人ではない。私はその日、友人と旅行に出かけた帰りに、αホテルの近くを通っただけである。」と陳述して強姦性交致死の公訴事実を否認しており、甲の犯人性が争点となる。

ここで、本件供述の立証趣旨は「Vが甲を嫌悪していたこと」であるところ、かかる事実を立証しても、甲が犯人であることの間接事実

7

を推認することはできず、争点に対しては何ら証明力がなく、関連性がない。したがって、当事者の立証趣旨を前提にするとおよそ証拠としては無価値となるような例外的な場合にあたる。

そこで、実質的な要証事実につき検討するに、検察官は、本件供述から、甲がVに対していやらしいことばかりしていたことを推認し、もって強制性交の動機という、甲の犯人性を基礎付ける間接事実を立証しようとしているものと解される。とすれば、その要証事実とは、「甲がVに対していやらしいことばかりしていたこと」となるが、この場合、本件供述は、供述内容の真実性の立証のために用いられることになる。

よって、本件供述は伝聞証拠にあたる。

- (2) そうすると、本件供述は、「被告人以外の者の…公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするもの」(324条2項)にあたるので、その証拠能力が認められるためには、同項の準用する321条1項3号の要件を満たす必要がある。

Vは「死亡」しているため「公判準備又は公判期日において供述することができ」(同号本文)ない。しかし、「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものである」(同号本文)とは、その供述を証拠とすると否とによって事実認定に著しい差異を生じさせることをいうところ、Vの下半身に精液のような液体が付着していたのであれば、そのDNA鑑定をすれば甲の犯人性が明らかになる可能性が極めて高く、これを満たさない。

以上より、本件供述の証拠能力は認められない。

8

3 ②の場合

甲は、「私がVと性交してVを死なせてしまったのは事実であるが、それは性行為の一環として、Vから頼まれて首を絞めたためである。性交自体は、合意の上だった。」と陳述して強制性交致死の公訴事実を否認しており、性交が合意の上であったか否かが争点となる。

ここで、上記のとおり、本件供述の立証趣旨は「Vが甲を嫌悪していたこと」であるところ、Vが甲を嫌悪していたのであれば、性交に合意するはずがないから、強制性交の事実を推認することができる。したがって、当事者の立証趣旨を前提にするとおよそ証拠としては無価値となるような例外的な場合にはあたらないため、その要証事実とは、立証趣旨のとおり、「Vが甲を嫌悪していたこと」である。

そして、この要証事実との関係では、本件供述は、いわゆる現在の心理状態の供述（精神状態の供述）として、伝聞証拠にはあたらない。①誤謬介入の危険性が高い「知覚」「記憶」の過程が存しないこと、②「表現」「叙述」については、伝聞証人を尋問することによっても相当程度明らかにできること、③「現在の心理状態の供述」は、供述者本人の供述当時の心理状態を認定するための最良かつ最重要な証拠の1つであるのに、これを内容とする証拠を伝聞証拠とすると、刑法には独立の伝聞例外規定がなく、原供述者が供述不能(321条1項3号)でない以上証拠能力が認められないことから、当該心理状態の供述が事実認定にとって重要であり、また、証拠としての必要性が高いことがその理由である。

以上より、本件供述の証拠能力は認められる。

以上

採点基準

司法試験型答練 サンプル問題
刑事系第2問（刑事訴訟法）採点基準

配点 得点

第1 設問1（以下、条文数のみは刑事訴訟法）	[40]	[]
1 所持品検査の法的根拠		
「所持品検査は、口頭による職務質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、警職法2条1項による職務質問に附随してこれを行うことができる」旨の指摘	5	
<p>以下のような事情を指摘し、警職法2条1項の要件該当性について適切に検討していること</p> <ul style="list-style-type: none"> ・βが目撃した男性は、身長185センチメートルくらいのがっちりした体格で、背中に龍の模様が入った黒のスカジャンを着ていたこと ・Pらは、運転席に、がっちりした体格で黒のスカジャンを着た男が乗車していることを視認していること ・甲の身長が185センチメートルくらいであること、甲の着ていたスカジャンの背中に龍の模様が入っていることが確認されていること ・705号室のベッド脇には、覚せい剤のような粉末が散乱し、注射器1本が落ちていたこと ・甲の落ち着きのない態度、青白い顔色などからして覚せい剤中毒者の疑いも認められること 	5	
2 所持品検査の限界		
(1) 「所持人の承諾」		
「所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則である」旨の指摘	3	
甲は、Pから上衣左側内ポケットに入っている物の提示を要求されても黙ったままであったので、所持人の承諾があるとはいえない旨の指摘	3	
(2) 「捜索に至らない程度の行為」、「強制にわたらない限り」		
「職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であって、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でない」旨の指摘	2	
「承諾なき所持品検査」が認められるためには、少なくとも、「捜索に至らない程度の行為」であり、「強制にわたらない」ことが必要である旨を、理由とともに指摘していること	4	
捜索・「強制の処分」（197条1項但書）の意義を踏まえ、下線部の行為が捜索に至っているか、強制にわたるかについて適切に検討していること	8	
(3) 「具体的状況のもとで相当と認められる限度」		

「所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、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」旨を、理由とともに指摘していること	4	
<p>以下のような事情を指摘し、下線部の行為が具体的状況のもとで相当と認められるか否かについて適切に検討していること</p> <ul style="list-style-type: none"> ・上記1で指摘した事実 ・被疑事件としては、強制性交致死及び覚せい剤使用ないし所持が疑われること ・Pらが甲に所持品の提示を求めると、甲は、「見せる必要はない。」と言って拒否し、「お前らそんなことする権利あるんか。」などと罵声を浴びせてきたこと ・Pは、「ポケットを触らせてもらう。」と言って、これに対して何も言わなかった甲の上衣とズボンのポケットを外から触ったところ、上衣左側内ポケットに何かが入っている感じでふくらんでいたの、その提示を要求したのに対しても甲は黙ったままであったこと ・甲の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したうえ検査していること 	6	
※ (2)で下線部の行為が捜索ないし「強制的処分」にあたるとした場合は、その説得力に応じて、(2)を24点満点で採点する。		
第2 設問2	[25]	[]
1 違法収集証拠排除法則の採否		
本件覚せい剤は、違法な所持品検査によって収集・獲得された証拠であるため、いわゆる違法収集証拠排除法則の適否が問題となるところ、違法収集証拠排除法則の採否につき、明文なく問題となる旨の指摘	3	
「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定される」旨を、理由とともに指摘していること	10	
2 あてはめ		
本問の事実関係に即して、「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる」か否かについて適切に検討していること	12	
第3 設問3	[35]	[]
1 伝聞証拠の意義		
本件供述は、「公判期日外における他の者」V「の供述を内容とする供述」(320条1項)であるから、伝聞例外に該当しない限り、証拠能力が認められないのではないかが問題となる旨の指摘	2	

伝聞証拠とは、供述内容の真実性の立証のために用いられるもの（供述内容の真実性が問題となるもの）をいう旨を、理由とともに指摘していること	5	
要証事実の如何は、当事者の立証趣旨を尊重して考えるべきであるが、それを前提にするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合には、実質的な要証事実を認定することができる旨を、理由とともに指摘していること	3	
2 ①の場合		
(1) 伝聞証拠該当性		
甲は、「私は、強姦性交致死の犯人ではない。私はその日、友人と旅行に出かけた帰りに、αホテルの近くを通っただけである。」と陳述して強姦性交致死の公訴事実を否認しており、甲の犯人性が争点となる旨の指摘	2	
本件供述の立証趣旨は「Vが甲を嫌悪していたこと」であるところ、かかる事実を立証しても、甲が犯人であることの間接事実を推認することはできず、当事者の立証趣旨を前提にするとおよそ証拠としては無価値となるような例外的な場合に当たる旨の指摘	4	
本件供述の要証事実が、「甲がVに対していやらしいことばかりしていたこと」となる旨、及び本件供述は、供述内容の真実性の立証のために用いられることになる旨を、理由とともに指摘していること	4	
(2) 伝聞例外		
伝聞例外の根拠条文として、324条2項の準用する321条1項3号を指摘し、その要件該当性について検討していること	3	
3 ②の場合		
甲は、「私がVと性交してVを死なせてしまったのは事実であるが、それは性行為の一環として、Vから頼まれて首を絞めたためである。性交自体は、合意の上だった。」と陳述して強姦性交致死の公訴事実を否認しており、性交が合意の上であったか否かが争点となる旨の指摘	2	
本件供述の立証趣旨は「Vが甲を嫌悪していたこと」であるところ、Vが甲を嫌悪していたのであれば、性交に合意するはずがないから、強姦性交の事実を推認することができ、当事者の立証趣旨を前提にするとおよそ証拠としては無価値となるような例外的な場合にはあたらないため、その要証事実、立証趣旨のとおり、「Vが甲を嫌悪していたこと」となる旨の指摘	4	
本件供述がいわゆる現在の心理状態の供述（精神状態の供述）として、伝聞証拠にはあたらない旨を、理由とともに指摘していること	6	
合計点	100	