

## 刑事訴訟法

### 第1 刑事訴訟法事例問題の問われ方（\*1）

#### 1 令和2年司法試験

〔設問1〕

下線部①の取調べの適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

1 自白に対する、自白法則及び違法収集証拠排除法則の適用の在り方について論じなさい。

2 1で論じた自己の見解に基づき、下線部①の取調べで得られた甲の自白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。

〔設問3〕

下線部②の請求につき、裁判所はこれを認めるべきか。弁護人の証拠意見を踏まえて、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

#### 2 令和元年司法試験

〔設問1〕

下線部①の逮捕、勾留及びこれに引き続く平成31年3月20日までの身体拘束の適法性について、

1 具体的事実を摘示しつつ、論じなさい。

2 1とは異なる結論を導く理論構成を想定し、具体的事実を摘示しつつ、論じなさい。なお、その際、これを採用しない理由についても言及すること。

〔設問2〕

下線部②の訴因変更の請求について、裁判所はこれを許可すべきか。公判前整理手続を経ていることを踏まえつつ、論じなさい。

\*1 刑法と異なり、刑事訴訟法は問われ方が様々であるため、結局のところ「問いに答える」形で書き始めるしかないが、論点ごとに一定の『型』が存在するため、本講座では重要論点を3つセレクトした上で、当該論点を通じて、刑事訴訟

法の『型』を習得することとする。

## 第2 採点実感に準拠した刑事訴訟法答案の『型』

## 1 強制処分法定主義と任意捜査の限界の『型』

1 本件捜査が「強制の処分」にあたる場合、本件捜査は「特別の定」がない限り強制処分法定主義に反し違法となる（刑事訴訟法（以下、略）197条1項但書）。そこで「強制の処分」の意義が問題となる。

(1) 197条1項但書の趣旨は、「強制の処分」につき予め立法による明文化を行うことで捜査機関による不当な国民の権利利益の侵害を防ぐ点にある。故に、「強制の処分」か否かは被処分者の権利利益が侵害されているか否かによって判断すべきである。もっとも、捜査の必要性に配慮し、刑事訴訟法が定める「強制の処分」と同程度の要件・手続を定めて保護に値する権利利益の侵害があった場合に限定すべきである。そこで、「強制の処分」とは、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侵害する処分をいうと考える。

(2)ア まず、本件捜査は対象者に秘密裏に行われているため、相手方の明示の意思に反してはいない。もっとも、対象者が本件捜査を知っていたのであれば拒否すると考えられ、合理的に推認される個人の意思に反している。したがって、本件捜査は相手方の黙示の意思に反している。

イ 次に、本件捜査によって侵害されている法益は、みだりに～されない自由と考えられる。同自由は人格的生存に必要不可欠であることから、憲法13条後段で保障されている権利利益である。もっとも、本件捜査が行われた場所は～なので、私的領域とは異なり、～されることは受忍せざるを得ない場所であった。したがって、本件捜査は私的領域への侵入とは評価できず、重要な権利利益を侵害する処分とはいえない。

(3) よって、本件捜査は「強制の処分」とはいえない（\*1）。

2(1) もっとも、「強制の処分」に当たらない行為も～権を侵害し、又は侵害するおそれがあることから、無制約には認められない。そこで、捜査比例の原則（197条1項本文）を及ぼし、捜査の必要性を考慮して具体的事情の下で相当といえる限度で適法と考える。

(2)ア 本件事案は、～であり、……なので重大な事案である。そして、～なので嫌疑は相当程度認められる。また、～であるから代替手段は存在しない。さらに～なので証拠価値が認められる。加えて、～なので緊急性も認められる（\*2）。したがって、本件捜査をする必要性が認められる

イ 他方，本件捜査は～なので，不利益は小さい。

ウ よって，捜査の必要性が不利益を上回っており，合理的権衡が認められるので同捜査は具体的事情の下で相当といえる。

(3) 以上より，本件捜査は適法である。

以 上

- \* 1 「強制の処分」に該当するという結論に立った場合，捜査の性質を検討して（基本的には検証に当たるかという観点で検討することとなる。）「特別の定」の有無を判断し，「特別の定」がなければ（最大判平成 29 年 3 月 15 日参照）強制処分法定主義に反するが，検証に当たるとして「特別の定」があれば強制処分法定主義には反さないが，無令状で行われているため令状主義（218 条 1 項）に反し違法となる。
- \* 2 捜査の必要性は，事案の重大性，嫌疑，証拠価値，代替手段の有無，緊急性，現行犯性といった事情から判断され，不利益性は被侵害法益の性質と侵害の程度から判断される。

→第 3 採点実感 1 へ

## 2 準現行犯逮捕の『型』

- 1 Pの行為が準現行犯逮捕（憲法 33 条，刑事訴訟法（以下，略）213 条，212 条 2 項）として適法となるためには，Xが「現行犯人」でなければならない。
- 2 まず，甲が「左の各号の一にあたる者」に該当するか。
  - (1) 1 号～4 号のあてはめ
  - (2) したがって，甲は「左の各号の一にあたる者」に該当する。
- 3 次に，「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」か。
  - (1) そもそも，213 条，212 条 1 項が憲法 33 条の例外として準現行犯逮捕を認めた趣旨は，準現行犯逮捕の場合は嫌疑が高いため誤認逮捕のおそれが少なく，また，緊急に逮捕する必要性が認められるからである。かかる趣旨，及び「間がない」という文言に鑑み，「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」にあたるか否かは，①時間的場所的接着性及び②逮捕者から見た犯罪と犯人の明白性の有無によって決すべきである。
  - (2) ア 時間的場所的接着性のあてはめ
    - イ 犯罪の明白性と犯人の明白性のあてはめ（\*1）
  - (3) 結論
- 4 (1) また，明文はないものの，逮捕が人身の自由に対する重大な処分である点に鑑み，逮捕の必要性も要件として必要と考える（規則 143 条の 3 参照）。
- (2) あてはめ
- (3) 結論

- \*1 この部分のあてはめが最も点数があるところなので，実際に平成 25 年司法試験の解答例を用いながら，抽出すべき事実や書き方を学んでいくこととする。  
平成 25 年司法試験の解答例

まず，犯行時刻は午後 10 時で，逮捕は午後 10 時 30 分に行われており，犯行から逮捕までに 30 分しか経過していない。また，逮捕現場の路上は犯行現場の公園から 800 メートルしか離れていない。よって，犯行と逮捕の時間的場所的接着性が認められる。

次に，PはVが刺殺されたことを指令で聞いているので，Pからみた犯罪の明白性が認められる。では，Pからみた犯人の明白性は認められるか。

Wは午後 10 時という夜遅くに男 1 による犯行を目撃しているものの，街灯

の下で約8メートルという近接した地点から目撃しているので見間違いのおそれは小さく、Wの証言に信用性が認められる。そのWが通報した男1の特徴は身長約190センチメートル、痩せ型、20歳くらい、上下とも青色の着衣、長髪、男2と一緒にH公園の北西方向に逃走するというものであり、Pが発見した甲の特徴も身長約190センチメートル、痩せ型、20歳くらい、上下とも青色の着衣、長髪、乙と二人でH公園の北西方向にいたというものなので、両者は細部まで一致している。このような特徴の一致が時間的場所的に接着した地点でみられることは稀であることが通常であることからすれば、同事情は甲の犯人性を推認する事情と言える。

加えて、甲は、Pの質問に対し何も答えないという態度をとっており、犯人でなければ司法警察員の問いかけに素直に応じるのが通常であることからしても、男1と甲の同一性を推認させる。

さらに、乙は、甲が包丁でVの胸を2回突き刺してVを殺したと述べている。かかる事情は乙にとって不利益な供述であり、かつ、犯人にしか知りえない秘密の暴露であることからすれば、Pからみた犯人の明白性が認められる。

→第3採点実感2へ

## 3 伝聞非伝聞の『型』

- 1 本件メモは「書面」(刑事訴訟法(以下、略)320条1項)にあたり(\*1), 証拠能力が認められないのではないか。
- 2 そもそも, 320条1項の趣旨は, 供述証拠は知覚, 記憶, 叙述の過程を経て証拠となるが, 各過程には類型的に誤りが介在しやすく, 公判廷外供述の場合は各過程の誤りを反対尋問(憲法37条2項前段)で吟味することによって内容の真実性を担保することができないため, 証拠能力を原則として否定することで誤判を防ぐ点にある。そこで, 「書面」とは, 公判廷外供述であって, 内容の真実性立証に用いる証拠をいうと考える。そして, 内容の真実性立証に用いるか否かは要証事実との関係で決せられるべきである(\*2)。
- 3 甲は～と否認していることから, 本件における争点は～ということができる。他方, 検察官の立証趣旨は～となっていることからすれば, 検察官は, 本件メモを～の立証に用いようとしているということができる。  
そして, 本件メモには～と記載されていることから, 本件メモの内容が真実であれば～という事実が直接証明されることになる。そうだとすれば, 本件メモの要証事實は, 立証趣旨通り～ということになる(\*3\*4)。
- 4 以上より, 本件メモは, ～という要証事実との関係で内容の真実性立証に用いられる証拠なので「書面」にあたり, 原則として証拠能力が否定される。

- \*1 伝聞供述の場合は「書面」の部分「供述」に代えればよい。また, およそ伝聞証拠と書いても良い。
- \*2 要証事實は, その名の通り証明を要する事実であるから, 最終的な立証対象を意味するとしても, 当該証拠から直接証明できる事実としても, 日本語的にはいづれも誤りではない(例えば, 犯行計画メモの内容から犯人性を推認する場合を例に挙げると, 要証事実を犯人性(最終的な立証対象)としても, メモに～が記載されているという事実(当該証拠から直接証明できる事実)としても日本語的に誤りではないということ)。もっとも, 司法試験では要証事実を具体的に説明することを求めている(これまでの設問の指定や採点実感での指摘から読める。例えば, 平成28年司法試験採点実感には「ある供述が伝聞法則の適用を受けるか否かについては, 要証事実をどのように捉えるかによって異なるものであり, 【事例】7に記載された本件の争点及び証人尋問の内容を参考に, 具体的な要証事実を正確に検討する必要がある。」と記載されている。)ため, 司法試験・予備試験的には要証事実＝当該証拠から直接証明できる事実と見てお

くのが無難であろうと思われる。

- \*3 伝聞非伝聞の区別が問題となるときは、当該事案の証拠構造を把握し、どの事実を証明するためにその証拠が用いられているのか、どのようにしてその証拠から当該事実が証明されるのかを考えていくことになるが、その際の思考プロセスとしては、①T bの確認→②立証趣旨を確認することで最終的な立証対象（ないし、証明の方向性）を確定→③被告人の否認箇所を特定することで争点を把握（司法試験で証拠能力が問われる証拠はこの争点を立証するために証拠調べ請求されていると捉えればよい）→④具体的な推認過程を検討という思考過程を経る（万人共通の絶対的な道筋というわけではないが、少なくとも私はこのような思考過程を経ている。なお、共同被告人の場合、弁論の分離の有無は確認しておくべき。分離されていない場合、伝聞例外の検討事項が増えることになる。例えば、甲乙の共同正犯事例において、弁論が分離されていない場合、甲の供述録取書は、甲との関係では322条1項の問題となるが、乙との関係では321条1項3号の問題となる。）。結局、伝聞非伝聞の区別においては、結論ではなく、いかに具体的に推認過程を答案上に明示できたか否かに点数がふられているので、証拠構造を具体的に考える必要がある。この訓練は刑事実務科目の事実認定を学習することで鍛えられるであろう。
- \*4 直接証拠型のあてはめ方を示したが、間接事実型（要は、問題となっている証拠から最終的な立証対象（主要事実）が直接証明できない（血の付いたナイフに被告人の指紋がついているとしても、そこから被告人が犯人であることは直接証明できない。）事案のこと）の推認過程を考える場合の方が難しい。そこで、平成22年旧司法試験第2問の解答例を掲載しておくので、この答案例を一つの『型』に見立てて勉強していただきたい。



## 平成 22 年旧司法試験第 2 問

警察官は、A を被害者とする殺人被疑事件につき、捜索差押許可状を得て、被疑者甲の居宅を捜索したところ、「①A にレンタカーを借りさせる、②A に睡眠薬を飲ませる、③A を絞め殺す、④車で死体を運び、X 橋の下に穴を掘って埋める、⑤明日、決行」と記載された甲の手書きのメモを発見したので、これを差し押さえた。その後の捜査の結果、X 橋の下の土中から A の絞殺死体が発見され、その死体から睡眠薬の成分が検出された。また、行方不明になる直前に A がレンタカーを借りたことも判明した。

甲が殺人罪及び死体遺棄罪で起訴された場合、上記メモを証拠として用いることができるか。

## 講師作成論述例

## 第 1 主観的構成要件との関係

1 メモが「書面」（刑事訴訟法（以下、略）320 条 1 項）に当たる場合、同メモを証拠として用いることは原則として許されない。そこで、「書面」の意義が問題となる。

(1) そもそも、320 条 1 項の趣旨は、供述証拠は知覚、記憶、叙述の過程を経て証拠となるが、各過程には典型的に誤りが介在しやすく、公判廷外供述の場合は各過程の誤りを反対尋問（憲法 37 条 2 項前段）で吟味することによって内容の真実性を担保することができないため、証拠能力を原則として否定することで誤判を防ぐ点にある。そこで、「書面」とは、公判廷外供述であって、内容の真実性立証に用いる証拠をいうと考える。そして、内容の真実性立証に用いるか否かは要証事実との関係で決せられるべきである。メモが甲の公判廷外供述であることは明らかであるので、以下、同メモが要証事実との関係で供述内容の真実性を立証するために用いられるものか否かを検討する。

(2)ア まず、メモの内容が真実であれば、殺人罪及び死体遺棄罪の故意をメモ作成時に甲が有していた事実を直接証明できる。そして、通常、メモ作成時に有していた故意は短時間で変わることは無いという経験則、及び、メモ⑤には「明日、決行」と記載されており、メモ作成時と行為時の間がないと考えられることからすれば、行為時においても甲が故意を有していた事実が推認できる。そうだとすれば、メモの要証事実は甲がメ

モ作成時において殺人罪及び死体遺棄罪の故意を有していた事実であり、メモは殺人罪と死体遺棄罪のいずれとの関係においても供述内容の真実性を立証するために用いられるというべきである。

イ したがって、メモは「書面」にあたり、証拠として用いることは原則として許されないとも思える。もっとも、故意のような心理状態を現す供述はその当時の心理状態を立証する上で最良の証拠であるから証拠とする必要性が高い。また、心理状態を現す供述は知覚、記憶の過程を経ないので、通常の供述に比べ、誤りが介在する可能性が典型的に低い。そして、叙述の過程の正確性は、公判における態度の観察や反対尋問で十分担保しうる。よって、故意のような心理状態を現す供述は例外的に「書面」にあたらないと考える。

2 以上より、メモを証拠として用いることができる。

## 第2 犯人性との関係

1 メモが「書面」にあたるか否かを前述の基準で判断する。

(1) まず、メモからメモに①～④の事実が記載されているという事実が直接証明される。そして、①には「Aにレンタカーを借りさせる」と記載され、実際にAが行方不明になる前にレンタカーを借りた事実が判明しており、その内容が符合している。また、②には「Aに睡眠薬を飲ませる」と記載され、実際にAの死体から睡眠薬の成分が検出されており、その内容が符合している。さらに、③には「Aを絞め殺す」と記載され、Aは絞殺死体だったのでその内容が符合している。加えて、④には「X橋の下に穴を掘って埋める」と記載され、実際にX橋の下の土中からAの死体が発見されているのでその内容が符合している。このように、メモ①～④の内容と実際の事件内容が符合しており、メモに記載された複数の事項が実際の事件内容と正確に符合することは極めて稀有であるという経験則からすれば、メモが犯行計画メモであるという事実を推認することができる。

また、メモは甲の居宅で発見され、かつ、甲の手書きである。居宅内の物は通常その居住者が管理しているという経験則からすれば、犯行計画メモを甲が管理・作成していた事実が推認できる。

そして、犯行計画メモは秘匿性が高く、犯人以外の者が管理することは通常考えられないという経験則からすれば、同事実から甲の犯人性を推認することができる。

そうだとすれば、メモの要証事実はメモに①～④と記載されている事実  
ということになり、メモは供述内容の真実性を立証するために用いられる  
わけではない。

(2) よって、メモは「書面」に当たらない。

2 以上より、メモを証拠として用いることができる。

以 上

→第3採点実感3へ

## 第3 採点実感

## 1 強制処分法定主義と任意捜査の限界

## (1) 平成 27 年司法試験採点実感 強制処分法定主義について

強制処分と任意処分の区別の基準について、多くの答案が、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」るかかどうかという最高裁判例（最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁）の示す基準や、「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を制約する処分かどうか」という現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していた。

もっとも、この問題は、刑事訴訟法第 197 条第 1 項ただし書の「強制的処分」の意義をどのように解するかという解釈問題であるにもかかわらず、そのことが十分意識されていない答案、そのこととも関係して、強制処分であることと令状主義とを何らの説明も加えることなく直結させ、強制処分が服する法的規律について、法定主義と令状主義とを混同しているのではないかと見られる答案などが散見された。また、強制処分のメルクマールとして、「権利・利益の制約」に着目するとすればそれはなぜか、なぜ「重要な」権利・利益に限られるのか、なぜ「身体、住居、財産等」という判例の文言を「重要な権利・利益」と等置できるのか等の点について、十分な理由付けに欠ける答案が少なくなかった。例えば、「重要な」権利・利益とされる理由について、現在の有力な学説は、現に刑事訴訟法が定めている強制処分との対比（それらと同程度に厳格な要件・手続を定めて保護するに値するだけの権利・利益）や前記最高裁判例で被制約利益として例示されている「身体、住居、財産」が憲法第 33 条及び同法第 35 条が保障するような重要で価値が高いものであることなどから、単なる権利・利益の制約ではなく、一定の重要な権利・利益の制約を意味すると解するものであるが、このような点まで意識して論じられている答案は少なく、「真実発見と人権保障の調和」というような極めて抽象的な理由を示すにとどまるものが目立った。

基準の当てはめに関しては、まず、前記最高裁判例の示す 2 つの要素のうち「意思の制圧」の側面につき、【捜査①】及び【捜査②】ともに対象者である乙に認識されることなく秘密裏に聴取・録音がなされていることから、現実には乙の明示の意思に反し又はその意思を制圧した事実は認められない点をどのように考えるかが問題となる。この点では、対象者が知らない間になされたこと、あるいは現実には意思を制圧した事実がないことを理由に、直ちに

強制処分性を否定し、任意処分と結論付ける答案が少なからず見受けられた一方で、「意思の制圧」はないが重要な権利・利益を侵害・制約するので強制処分であるとするものなど、判例の理解を誤っているのではないかと疑われる答案も見受けられた。そのほか、特に具体的な検討をすることなく「意思の制圧」はあるとするものや、「意思の制圧」の側面について全く言及のないものなども見られた。

次に、「身体、住居、財産等の制約」の側面については、【捜査①】と【捜査②】とでは対象となった会話の行われた場所や聴取・録音の態様が異なっていることを意識しつつ、「重要な権利・利益の制約」があるといえるか、被制約利益の内容及びその重要性を具体的に検討することが必要である。しかしながら、比較的多くの答案は、【捜査①】及び【捜査②】のいずれについても、被制約利益の内容としては抽象的に「プライバシーの利益」とするのみで、その具体的内容を踏み込んで明らかにすることなく、【捜査①】については、プライバシーの利益が放棄されており、重要な権利・利益の侵害・制約はないが、【捜査②】については、未だプライバシーの利益は放棄されていないから、重要な権利・利益の侵害・制約が認められるなどと結論付けるにとどまり、重要性の評価に関する検討も十分にはなされていなかった。被制約利益の具体的内容やその重要性に関する検討においては、憲法第 35 条により保障を受けるもの又はそれと同視し得るものと言えるかどうかという観点や、人の聴覚で聴取されることと、機械で録音されて記録されることとの違いといった視点からの検討がなされることも期待したが（後者の点では、公の場所における人の容ぼう等の写真撮影について、個人の私生活上の自由の一つとして「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」が認められることを明らかにした上で、一定の場合にその許容性を認めた最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁が参考となり得る）、そのような検討がなされている答案は、残念ながら少数にとどまった。

【捜査②】については、強制処分であるとする答案が多数を占めたが、その結論を導くに当たっては、前記のとおり、被制約利益の具体的内容やその重要性の評価について、十分な検討が求められる。しかし、通常外部から探知されることのない私的領域内における会話を特別な機器を用いて増幅し、聴取・録音した【捜査②】により制約されるプライバシーの権利の内容・重要性について、例えば、憲法第 35 条の規制が及び、強制処分であることも明

らかな個人の「住居」内への立ち入り・搜索の場合と対比するなどして、説得的な論述ができている答案は少数にとどまった。【捜査②】についても、「意思の制圧」がないことから任意処分であるとする答案が存在したことは、前記のとおりである。

強制処分である場合、強制処分法定主義（刑訴法第 197 条第 1 項ただし書）からは、【捜査②】のような捜査手段を直接定めた明文規定は存在しないことから、法定の根拠規定を欠くため違法となるのではないかが問題となる。そして、法定の根拠規定の有無に関して、【捜査②】が強制処分たる「検証」に当たるといえるかを検討し、「検証」に当たらないとすれば、根拠規定を欠くため違法となり、「検証」に当たるとすれば、本件では令状（検証許可状）を得ることなく行ったため違法となるとの結論が導かれることとなる。しかし、そのような検討を行った答案は限られており、単純に「令状なく行っているから違法」としたり、「強制処分だから違法」とするような答案が多く見受けられた。

(2) 平成 30 年司法試験採点実感 強制処分法定主義について

また、判例のいう「身体、住居、財産等への制約」又は有力説のいう「重要な権利・利益の実質的制約」の側面については、下線部①の捜査によって制約を受ける権利・利益の内容について一切触れない答案や、抽象的に「プライバシー」とのみ述べ、甲のいかなる「プライバシー」の制約が問題となるのかについて具体的に指摘できていない答案も見られた。すなわち、〔設問 1〕では、下線部①の捜査によって制約を受ける「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」（昭和 44 年大法廷判決参照）と、下線部②の捜査によって制約を受ける「みだりに個人の営業拠点である事務所内を撮影されない自由」の性質ないし重要度に違いがあるかに着目して各捜査の適法性を論述することが求められるが、そうした点を十分に意識して論述する答案は多くなかった。

(3) 平成 30 年司法試験出題趣旨 任意捜査の限界について

この任意処分の許容性の判断に当たっては、いわゆる「比例原則」から、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量することになる。この点、昭和 51 年決定も、「強制手段にあたら

ない有形力の行使であっても、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。」と判示しており、同決定に留意しつつ、任意処分の適否の判断方法を提示することが求められる。なお、当該捜査手段を用いる必要性を検討するに当たっては、対象となる犯罪の性質・重大性、捜査対象者に対する嫌疑の程度、当該手段によって達成される捜査目的等に関わる具体的事情を適切に抽出し、評価する必要がある（なお、前記最大判昭和 44 年 12 月 24 日、最決平成 20 年 4 月 15 日を参照。）。

(4) 平成 30 年司法試験採点実感 任意捜査の限界について

任意捜査の許容性の判断方法に関しては、大半の答案が、昭和 51 年決定の示した「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」との表現を用いて論述していたが、この判断方法は、いわゆる「比例原則」に基づくものであるから、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量すべきところ、このような視点を欠き、事例中からそれぞれの考慮要素に関連すると見られる事実を抽出・羅列するのみで、それらの事実に関する意味付けやそれらの相互関係を十分に検討することなく結論を述べる答案が散見された。また、ここでいう「必要性」とは、特定の具体的な捜査手段を用いる必要性を指し、本問についてこの点を論じるに当たっては、なぜ「甲を」「ビデオカメラで撮影する」必要があるか、すなわち前者については甲を被写体として選択する理由となるその嫌疑の内容及び程度について、後者については捜査手段としてビデオカメラによる撮影という方法を採用の必要性について、これにより達成すべき捜査目的との関係を踏まえて検討すべきであるが、甲の嫌疑の内容及び程度を基礎付ける具体的事実を指摘できていない答案や、本問のような、いわゆるリフォーム詐欺が重大犯罪であることといった、本件の捜査一般の必要性に関わる事情を指摘するにとどまる答案が散見された。

## 2 準現行犯逮捕

## (1) 平成 25 年司法試験出題趣旨

現行犯人（同法第 212 条第 1 項）及び現行犯とみなされる者（同条第 2 項）が、裁判官の令状審査を経るまでもなく何人も逮捕状なくして逮捕することができるとされている理由は、逮捕を行う者が、いずれも逮捕時の状況から被逮捕者が特定の犯罪の犯人であることが明白であると判断できるからであり、犯人であることの判断の客観性が保障されているからである。準現行犯の場合には、現行犯のように「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった」状況にはないから、「罪を行い終わってから間がない」という犯行との時間的接着に加えて、刑事訴訟法第 212 条第 2 項各号の要件により、犯罪と犯人の明白性の保障が図られている。

【逮捕①】及び【逮捕②】の適法性を論じるに当たっては、このような準現行犯の構造を踏まえ、設問の事例においていかに犯罪と犯人の明白性が客観的に保障されるのかを意識しながら、準現行犯の要件該当性を論じる必要がある。

【逮捕①】については、当然の前提として、特定の犯罪（本件では、平成 25 年 2 月 1 日午後 10 時に H 公園で発生した V に対する殺人事件）との関係で、甲の準現行犯の要件該当性を論じる必要がある。例えば、甲の着衣及び靴に血が付着していたことについて、これが同項第 3 号の「被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」に該当すると言うためには、なぜ、V に対する殺人事件の証跡と言えるのかを論じる必要がある。また、「罪を行い終わってから間がない」ことについては、単に、犯行時と逮捕時との客観的な時間間隔及び距離関係を指摘するだけでは足りず、本件事案のような時間的・場所的近接性が、いかに犯罪と犯人の明白性に結び付くのかを論じる必要がある。さらに、準現行犯逮捕も、現行犯逮捕と同様に、逮捕時の状況から犯罪と犯人の明白性につき逮捕者の判断の客観性が保障されていることが必要であるとの視点からは、乙の自白を、犯罪と犯人の明白性の判断資料として良いかも問題となる。また、W の通報内容も、逮捕者である P が直接認識したものではないから、その通報内容を前提として犯罪と犯人の明白性を判断してよいかも問題となり得る。もともと、準現行犯の場合、現行犯人の現認とは異なり、犯行時と逮捕時とがある程度時間的に隔離していることが想定されているから、逮捕者が直接現認した状況のみから犯罪と犯人の明白性を判断できることまで要求されているとは考え難く、通報内容等を犯罪と犯人の明白性の判



断資料とすることは当然の前提とされていると言えよう。

(2) 平成 25 年司法試験採点実感

〔設問 1〕の【逮捕①】では、準現行犯逮捕としての適法性について問われているのであるから、甲につき、平成 25 年 2 月 1 日午後 10 時頃に H 公園で発生した V に対する殺人事件という特定の犯罪との関係で、刑事訴訟法第 212 条第 2 項各号の要件該当性を論じた上で、甲が「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」(犯罪と犯人の明白性)という要件を満たすかについて論じることが求められている。ところが、同項各号の要件該当性の検討に先んじて犯罪と犯人の明白性の要件を論じたり、同項各号の要件該当性を犯罪と犯人の明白性の要件充足性を検討するための一要素として論じる等、同項の構造を理解していないと思われる答案が相当数見受けられた。

また、甲が同項 3 号に規定する「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」の要件を満たすことを論じた上で、犯罪と犯人の明白性を論じるべきことは理解しているものの、後者の判断材料に関し、司法警察員 P が直接覚知した事情に限定されるのか、その他の事情も含まれるのかにつき全く言及せず、あたかも W による通報内容のみで当然に犯罪と犯人の明白性を認定できるかのように論じたり、司法警察員 P が甲及び乙を発見した日時・場所、その際の甲及び乙の特徴、職務質問時の乙の供述内容等を漫然と羅列したりする答案が数多く見受けられた。

3 伝聞非伝聞

(1) 平成 30 年司法試験採点実感

〔設問 2〕は、V が犯人から申し向けられた欺罔文言を記したメモ及び V が犯人から交付を受けた領収書の証拠能力の有無を問うものである。ここでは、刑事訴訟法第 320 条第 1 項のいわゆる伝聞法則の趣旨を前提に、同項の適用の有無、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示した上、本件メモ及び本件領収書が、事例中に明示された立証趣旨を踏まえた場合、伝聞・非伝聞のいずれに該当するか、また、伝聞証拠に該当するとした場合には、各書面に相応する伝聞例外規定を摘示した上、その要件を充足するか否か、非伝聞証拠に該当するとした場合には、いかなる推論過程を経れば、記載内容の真実性を問題とすることなく（すなわち、書面の記載から、その内容どお

りの事実が実際に存在したことを推認する、という過程を経ずに) 立証趣旨に則した事実を推認することができるのかについて、それぞれの確かかつ丁寧に検討、説明することが求められる。……〔設問2〕については、前提として、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を踏まえ、伝聞証拠の意義、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示する必要がある。多くの答案が、立証において公判期日外でなされた供述の「内容の真実性が問題となるか否か」を基準として挙げていたが、なぜ、立証趣旨との関係で原供述の「内容の真実性が問題となる」場合に、原供述を媒介する書面又は供述が伝聞証拠としてその証拠能力を否定されることになるのかについて、伝聞法則の趣旨を踏まえて十分に論述できていない答案も、依然として相当数見られた。〔設問2〕の1では、本件メモについて、まず、本事例で明示された立証趣旨を踏まえつつ、伝聞証拠該当性を論述する必要がある。本件メモは、Vが犯行時に犯人(被告人甲)から聞いたとする欺罔文言を自ら記載した書面(被害状況を記載した供述書)であり、その立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」である。そこでは、Vが記載したとおりに、犯人(被告人甲)がVに対して本件メモに記載された内容の文言を言ったことが立証の対象となる(Vの供述の内容の真実性が問題となる)から、本件メモは伝聞証拠に当たる。この点を理解し、適切に結論を導いていた答案が多かったが、「内容の真実性が問題となる」という表現の意味をなお正確に理解できていないため、本件メモの全体を非伝聞証拠とした答案も少数ながら見られた。本件メモによる立証の対象には、甲が発言したとおりにV宅の耐震金具に不具合があることなど(Vが記載した甲の発言の内容の真実性)は含まれていないが、そのことは、Vの供述を記載したものとしての本件メモの伝聞証拠該当性を否定するものではない。他方、甲の発言の真実性が問題となるとして、再伝聞証拠とする答案も散見されたが、これも、「内容の真実性が問題となる」との表現の意味及び本件メモによる立証の対象を正しく理解したものとはいえない。

## (2) 平成27年司法試験採点実感

まず、本件文書及び本件メモのような書面が伝聞証拠に当たるか否かについては、要証事実との関係で書面の記載内容の真実性(書面に述べられたとおりの事実の存在)が問題となるか否かを検討する必要があるが、この点は、おおむね理解されていた。ただし、この点を含め伝聞証拠の定義を示すに当

たり、内容の真実性の証明に用いられるのは「原供述」、信用性を吟味できないのも「原供述」、伝聞証拠として排除されるのは原供述を含む「公判供述」「書面」という関係が正確に表現できていない答案は殊の外多かった。内容の真実性が問題となるか否かについて、丙と乙との共謀を立証するための証拠として用いられる場合の具体的な要証事実を検討して当てはめる段階では、これを適切に行えた答案とそうでない答案とに大きく分かれた。具体的には、本件文書及び本件メモの体裁や記載内容、設問の事例の具体的事実関係を踏まえて、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、丙と乙との共謀を立証するために、各証拠によってどのような事実を立証しようとするのかを具体的に考察し、その事実を立証するためには、各書面に記載された記載内容が真実であることが問題となるかどうかを検討して、適切に結論を導いた答案が見られた一方で、抽象的に「丙と乙との共謀」が要証事実であるとするのみで、それ以上具体的な検討を行わなかった結果、伝聞証拠該当性についても十分な検討を尽くせなかった答案が見られた。また、「想定される具体的な要証事実を検討して」とは、事例中に記載されている「丙と乙との共謀を立証するため」という検察官の証拠調べ請求の狙いを前提に、本件文書及び本件メモを用いて、「丙と乙との共謀」の立証に有用な（その間接事実となる）事実を証明しようとするれば、それぞれどのような事実が想定されるかを検討せよとの意味であるが、それを誤解し、「丙と乙との共謀を立証するため」という検察官の狙い自体を「立証趣旨」と見た上で、丙の公判における争点との関係で、このような立証趣旨を掲げることの当否を検討するというほとんど意味のない作業に労を費やした答案が少なからず見受けられた。