

1 【第2問】(配点:100)

2 次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

3

4 【事例】

5 1 平成30年1月10日午前10時頃、A工務店の者と名乗る男が、H県I市J町のV方を訪問し、
6 V(70歳、女性)に対し、無料でV方の修繕箇所の有無を点検する旨申し向け、Vの了解を得て、
7 V方を点検した。その男は、実際には特段修繕を要する箇所などなかったにもかかわらず、Vに対
8 し、「屋根裏に耐震金具は付いていますが、耐震金具に不具合があって、そのまま放っておくと、地
9 震が来たら屋根が潰れてしまいます。すぐに工事をしないと大変なことになります。代金は100
10 万円です。お金を用意できるのであれば、今日工事をすることも可能です。」などと嘘を言ってVを
11 だまし、V方の屋根裏の修繕工事を代金100万円で請け負った。その男は、Vから、「昼過ぎであ
12 れば100万円を用意できるので、今日工事をしてほしい。」と言われたため、同日午後1時頃、再
13 度、V方を訪問し、Vから工事代金として現金100万円を受領し、領収書(以下「本件領収書」
14 という。)をVに交付した。その後、その男は、V方の修繕工事を実施したかのように見せ掛けるた
15 め、形だけの作業を行った上で、Vに対し、工事が終了した旨告げて立ち去った。

16 本件領収書の記載内容は【資料1】のとおりであり、㊸の部分にA工務店の代表者として甲の名
17 字が刻された認め印が押されているほかは、全てプリンターで印字されたものであった。

18 2 Vは、同日午後7時頃、Vの長男WがV方を訪問した際に前記工事の話をしたことを契機に、詐
19 欺の被害に遭ったことに気付き、Wから、犯人が言った内容を記載しておいた方がよいと言われた
20 ため、その場で、メモ用紙にその内容を記載した(以下「本件メモ」という。)

21 本件メモの記載内容は【資料2】のとおりであり、全ての記載がVによる手書き文字であった。

22 翌11日、V及びWは、警察署に相談に訪れた。Vは、司法警察員Pに対し、本件領収書及び本
23 件メモを提出した上で、「100万円の詐欺の被害に遭いました。犯人から言われた内容は、被害当
24 日にメモに書きました。犯人は中肉中背の男でしたが、顔はよく覚えていません。ただ、犯人が、
25 『A工務店』と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていたことは覚えています。ス
26 テッカーは、直径5センチメートルくらいの小さな円形のもので、工具箱の側面に貼られていま
27 した。」と説明した。Wは、Pに対し、「提出したメモは、昨夜、母が、私の目の前で記載したも
28 のです。そのメモに書かれていることは、母が私に話した内容と同じです。」と説明した。

29 3 Pらが所要の捜査を行ったところ、本件領収書に記載された住所には、実際にA工務店の事務所
30 (以下「本件事務所」という。)が存在することが判明した。

31 本件事務所は、前面が公道に面した平屋建ての建物で、玄関ドアから外に出るとすぐに公道とな
32 っていた。また、同事務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下ろされており、両隣には建
33 物が接しているため、公道からは同事務所内を見ることができなかった。

34 Pらは、同月15日午前10時頃、本件事務所付近の公道上に止めた車両内から同事務所の玄関
35 先の様子を見ていたところ、同事務所の玄関ドアの鍵を開けて中に入っていく中肉中背の男を目撃
36 した。その男が甲又はA工務店の従業員である可能性があると考え、①Pは、同日午前11時頃、
37 その男が同事務所から出てきた際に、同車内に設置していたビデオカメラでその様子を撮影した。
38 Pが撮影した映像は全体で約20秒間のものであり、男が同事務所の玄関ドアに向かって立ち、ド
39 アの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿が、容ぼうも含めて映っているものであった。

40 Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「この映像の男は、犯人に似ているような気がしますが、
41 同一人物かどうかは自信がありません。」と述べた。

42 その後の捜査の結果、A工務店の代表者が甲という氏名であること及び前記映像に映っている男
43 が甲であることが判明した。

44 Pらは、引き続き本件事務所を1週間にわたって監視したが、甲の出入りは何度か確認できたも
45 のの、他の者の出入りはなかったため、A工務店には甲のほかに従業員はいないものと判断して監

46 視を終えた。

47 Pらは、その監視の最終日、甲が赤色の工具箱を持って本件事務所に入っていくのを目撃した。
48 Pらは、同工具箱に「A工務店」と書かれたステッカーが貼られていることが確認できれば、甲が
49 犯人であることの有力な証拠になると考えたが、ステッカーが小さく、甲が持ち歩いている状態
50 ではステッカーの有無を確認することが困難であった。そこで、Pらは、同事務所内に置かれた状態
51 の工具箱を確認できないかと考えた。しかし、公道からは同事務所内の様子を見ることができな
52 かったので、玄関上部にある採光用の小窓から内部を見ることができなかと考え、向かい側のマン
53 ションの管理人に断った上で同マンション2階通路に上がったところ、同小窓を通して同事務所内
54 を見通すことができ、同事務所内の机の上に赤色の工具箱が置かれているのが見えた。そして、Pが
55 望遠レンズ付きのビデオカメラで同工具箱を見たところ、同工具箱の側面に、「A工務店」と記載さ
56 れた小さな円形のステッカーが貼られているのが見えたことから、②Pは、同ビデオカメラで、同
57 工具箱を約5秒間にわたって撮影した。Pが撮影したこの映像には、同事務所内の机の上に工具箱が
58 置かれている様子が映っているのみで、甲の姿は映っていなかった。

59 Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「犯人が持っていた工具箱は、この映像に映っている工
60 具箱に間違いありません。」と述べた。

61 その後、Pは、Vの供述調書を作成するためにVの取調べを実施しようとしたが、その直前にV
62 が脳梗塞で倒れたため、Vの取調べを実施することはできなかった。Vの担当医師は、Vの容体に
63 ついて、「今後、Vの意識が回復する見込みはないし、仮に意識が回復したとしても、記憶障害が残
64 り、Vの取調べをすることは不可能である。」との意見を述べたため、Pは、Vの供述調書の作成を
65 断念した。

66 4 Pらは、同年2月19日、甲を前記1記載の事実に係る詐欺罪で通常逮捕するとともに、本件事
67 務所等の捜索を実施し、甲の名字が刻された認め印等を押収した。そして、甲は、同月21日、検
68 察官に送致され、引き続き勾留された。

69 甲は、検察官Qによる取調べにおいて、「V方に行ったことはありません。」と述べて犯行を否認
70 した。

71 その後、捜査を遂げた結果、本件領収書から検出された指紋が、逮捕後に採取した甲の指紋と合
72 致するとともに、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致したことなどから、Qは、同年3月
73 12日、甲を前記詐欺の事実で公判請求した。

74 5 甲は、同年4月23日に行われた第1回公判期日において、前同様の弁解を述べて犯行を否認し
75 た。

76 Qは、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致する旨の鑑定書、本件領収書から検出された
77 指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書、Vから本件メモ及び本件領収書の任意提出を受けた旨
78 の任意提出書等のほか、③本件メモ及び④本件領収書の取調べを請求した。Qは、本件メモの立証
79 趣旨については、「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
80 し向けたこと」、本件領収書の立証趣旨については、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工
81 事代金として100万円を受け取ったこと」であると述べた。

82 弁護人は、前記鑑定書、前記捜査報告書及び前記任意提出書等については同意したが、本件メモ
83 については不同意、本件領収書については不同意かつ取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。
84 その後、Wの証人尋問が実施され、Wは、前記2のWがPに対して行った説明と同旨の証言をした。

85

86 【設問1】下線部①及び②の各捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

87 【設問2】

88 1. 下線部③の本件メモの証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じ
89 なさい。

90 2. 下線部④の本件領収書の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法を複数想
91 定し、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、本件領収書の作成者が甲であり、本件領
92 収書が甲からVに交付されたものであることは、証拠上認定できるものとする。

93 【資料1】

領収書	
V 様	平成30年1月10日
¥ 1,000,000	
但 屋根裏工事代金として	
上記正に領収いたしました	
	〒 〇〇〇-〇〇〇〇
	H 県I 市K 町1-2-3
	TEL 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇
	A 工務店 代表 甲 印

94
95
96
97
98

【資料2】

1/10

(今日午前10時、A工務店と名乗る男性が訪問してきた。そのとき言われたこと。)

屋根裏に耐震金具は付いているが、耐震金具に不具合がある。

地震が来たら、屋根が潰れる。すぐに工事しないと大変なことになる。

工事代金は100万円。

お金が用意できるのであれば、今日工事をすることも可能。

99

設問 1

〔設問 1〕は、司法警察員 P が、犯人から被害者 V に交付された領収書に記載された住所に所在する A 工務店事務所へ出入りしていた男について、A 工務店代表者甲又はその従業員である可能性があると考え、犯人とその男との同一性を V に確認させるため、同事務所から出てきたその男の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影したこと（下線部①）、その後、犯人が持っていた工具箱と甲が持ち歩いていた工具箱との同一性を V に確認させるため、同事務所の向かい側にあるマンションの 2 階通路から、望遠レンズ付きビデオカメラで、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通し、同事務所内の机の上に置かれた、「A 工務店」と書かれた小さな円形ステッカーの貼ってある赤い工具箱を撮影したこと（下線部②）に関し、その適法性を検討させる問題である。具体的には、これらの捜査活動の適否に係る検討を通じ、いわゆる強制処分と任意処分を区別する基準、強制捜査又は任意捜査の適否の判断方法についての理解と、その具体的事実への適用能力を試すことを狙いとする。（出題の趣旨）

1. 強制処分と任意処分の区別

(1) 強制処分と任意処分とを区別する基準を提示する

基礎応用 10 頁・2、論証集 3 頁

- ・まず、ある捜査活動がいわゆる強制処分に該当する場合、刑事訴訟法にその根拠となる特別の規定がある場合に限って許されるため（同法第 197 条第 1 項ただし書き、強制処分法定主義）、当該捜査活動が強制処分に該当するのか、それとも任意処分にとどまるのか、両者の区別が問題となる。この点に関し、写真撮影やビデオカメラによる撮影について扱った最高裁判所の判例は、それらの撮影が強制処分に該当するかどうかを明示的に判断しておらず、当該事案においては令状によらずに適法にこれらを実施することが許されるとしたにとどまる（最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁、最決平成 20 年 4 月 15 日刑集 62 卷 5 号 1398 頁）。他方で、最高裁判所は、「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」と判示しており（最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 187 頁。以下「昭和 51 年決定」という。）、同決定に留意しつつ、強制処分に対する規律の趣旨・根拠を踏まえながら、強制処分と任意処分とを区別する基準を提示することが求められる。（出題の趣旨）
- ・当該捜査が強制処分か任意処分かを検討するに当たり、それが実定法上のいかなる規定・原則との関係で問題になるかをおよそ意識していない答案が少数ながら見られたほか、刑事訴訟法第 197 条第 1 項ただし書の「強制の処分」の解釈論として論じつつも、同項ただし書のいわゆる強制処分法定主義の意義についての理解を十分に示せていない答案が少なくなかった。（採点実感）

・強制処分と任意処分を区別する基準に関し、多くの答案が、①「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」るかどうかという昭和51年決定が示した基準や、②「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分」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が、これらの基準の文言を誤って理解している答案が少数ながら見られたほか、判例が示した基準による場合、「個人の意思を制圧」するということにはどのような意味合いがあるのか、「身体、住居、財産等」の制約に着目するのはなぜか、あるいは、現在の有力な学説の示す基準による場合、なぜ「重要な」権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか、そこでいう「重要な権利・利益」と、「身体、住居、財産等」という判例の文言とはどのような関係にあるのかなど、それぞれの文言が用いられている趣旨について十分な理由付けに欠ける答案も少なくなかった。そして、以上に述べたことは、③平成29年大法廷判決の示した「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」か否か、という基準を用いる場合にも基本的に妥当する。(採点実感)

(2) 当てはめ

・次に、上記基準への当てはめに関し、判例のいう「個人の意思の制圧」の側面については、ビデオカメラによる撮影が撮影対象者である甲に認識されることなく行われており、現実には甲の反対意思が制圧された事実がないことのみを指摘して、個人の意思の制圧を否定し、そのことから直ちに、強制処分には該当しないと結論付けるなど、判例の理解を誤っているのではないかと疑われる答案が散見された。(採点実感)

・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。(採点実感)

ア. 下線部①

・下線部①の捜査の適法性を検討するに当たっては、当該捜査により対象者のいかなる権利・利益が制約され得るかを具体的に指摘した上、対象者に認識されることなく秘密裏に撮影したこと、公道上にいる対象者について、事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿を約20秒間にわたり撮影したこと等の具体的事実を指摘し、PがA工務店事務所から出てきた男

の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影した行為が強制処分に該当するか否かについて、強制処分と任意処分とを区別する基準に従って評価することが求められる。(出題の趣旨)

- ・下線部①の捜査では、容ぼう等をビデオカメラで撮影されている甲が公道上におり、同所では他人から容易にその容ぼう等を観察され得る状況にあることを理由に、直ちに、甲の「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」は放棄されているとするものなど、「観察されることと「撮影」されることの違いを意識していないと思われる答案も少なくなかった。(採点実感)

GPS 捜査に関する平成 29 年大法廷判決は、①『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』か否かという基準を前提として、②「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」と述べた上で、③GPS 捜査が「その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする…捜査手法」であることを理由に、憲法 35 条の保障対象に含まれるに『住居、書類及び所持品』に準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利を侵害するとして、GPS 捜査の強制処分該当性を肯定している。

これに対し、公道上での写真撮影に関する京都府学連事件大法廷判決・公道上でのビデオ撮影に関する平成 20 年最高裁決定は、いずれも、公道上等「通常、人が他人から容貌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」撮影の事案であったから、「みだりに容貌等を撮影されない自由」が制約されているにとどまり、憲法 35 条の保障対象である「住居、書類及び所持品」やこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利(=個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わる)プライバシー)の制約まではなかったのである。

下線部①の撮影は、公道上という「通常、人が他人から容貌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」ものであるから、「みだりに容貌等を撮影されない自由」が制約されているにとどまり、憲法 35 条の保障対象である「住居、書類及び所持品」やこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利の制約まではないから、「強制の処分」には該当しない。

イ. 下線部②

- ・下線部②の捜査についても、下線部①の捜査と同様の判断方法に従って適法性を検討することが求められるが、両者は、そこで制約される権利・利益の内容やその要保護性の程度、撮影方法等が異なっていることから、この点を意識して論じる必要がある。すなわち、

最大判 H29.3.15・百 31

最大判 S44.12.24

最決 H20.4.15・百 9

百 9[9 版]解説 [酒巻匡]

下線部②の捜査は、不特定多数の客が出入りすることが想定されていない上、窓にブラインドカーテンが下ろされており、内部の様子を公道から見るができないA工務店事務所内を、向かい側にあるマンションの2階通路から、望遠レンズ付きビデオカメラで、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通して約5秒間にわたり撮影したというものであり、同事務所は、住居ほどでないとしても、公道などとは異なりなお私的領域たる性格が認められる場所であること、承諾のない限り、通常、事務所内に侵入しなければ確認できないような状態にある対象を撮影していることなどを踏まえ、強制処分と任意処分の区別に関する判断基準に従って評価することが求められる。(出題の趣旨)

- ・強制処分に該当するとの結論に至った場合には、無令状でした下線部②の捜査が、強制処分に対する現行法の法的規律の下で許容され得るか否かを検討することが…求められる。(出題の趣旨)
- ・下線部②の捜査は、個人の住居とは異なる工務店の事務所であるとはいえ、通常、不特定多数人の出入りが予定されているわけではなく、撮影時には、公道からは内部の様子を見ることができない状態にあつて、外部から室内を見られないことを合理的に期待することができる場所について、向かい側のマンションの2階通路から望遠レンズ付きのビデオカメラを用いて撮影することにより、本来ならばその場所に立ち入ることによってしか得られないような情報の取得を実質的に可能にするものであり、私的な性質を帯びる領域への無形的な方法による侵入に当たる、との評価も妥当しうところである。しかし、下線部②の捜査を任意捜査とした答案はもとより、これを強制処分とした答案においても、こうした撮影により制約される利益の性質ないし撮影対象の所在する場所の性質を勘案した評価・検討が不十分なものが散見された。(採点実感)

下線部②の撮影では、「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」が制約される。

下線部②の強制処分該当性を判断する際には、「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」について、「みだりに容貌等を撮影されない自由」と比較してその性質ないし重要度に違いがあるかに着目し、憲法35条の保障対象に含まれる「住居、書類及び所持品」に準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利(という意味での「重要な権利利益」、「憲法の保障する重要な法的利益」)と評価できるかを検討することになる。

2. 任意処分の限界

(1) 任意処分の適否の判断方法を提示する

次に、Pらの捜査活動が強制処分に至っていると評価される場合には、現行法の法的規律の在り方に従ってその適否(法定された既存の強制処

分の類型に該当するか否か、これに該当する場合には法定された実体的及び手続的要件を充足するか否か)を検討することが必要となるが、それが任意処分にとどまると評価される場合であっても、当該捜査活動により何らかの権利・利益を侵害し又は侵害するおそれがあるときは、無制約に許容されるものではないことから、任意捜査において許容される限界内のものか否かが問題となる。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、「強制手段にあたらぬ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。)(出題の趣旨)

(2) 当てはめ

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…。(採点実感)

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する必要性について、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。(採点実感)

ア. 下線部①

強制処分に該当しないとの結論に至った場合、次に、当該捜査が任意捜査における限度内のものといえるかを検討する必要がある。本設

問の事例においては、本件が被害額100万円の詐欺事案であること、Vが犯人から受領した領収書には「A工務店代表甲」と記載されていたこと、被撮影者はA工務店事務所に入出入りする人物であること、Vは犯人の顔をよく覚えていない旨供述していたこと、公道上にいる男が、事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿を約20秒間にわたり撮影したこと、Pが撮影した場所は、公道上に駐車した車両内であること等の具体的事実を指摘した上、任意処分の適否の判断方法に従って評価することが求められる。(出題の趣旨)

イ. 下線部②

強制処分に該当しないとの結論に至った場合には、任意処分の適否の判断方法に従い、具体的事実を指摘しながら、当該捜査の適法性について評価することが求められる。(出題の趣旨)

設問 2

〔設問 2〕は、被害者 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について、本事例にある検察官 Q が明示した各立証趣旨を踏まえて、証拠能力の有無を検討させる問題である。(出題の趣旨)

〔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。(採点実感)

1. 伝聞法則の趣旨を踏まえ、伝聞と非伝聞の区別基準を示す

〔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。(採点実感)

2. 本件メモ

その上で、本件メモ…について、本事例において明示された立証趣旨を踏まえて、想定される立証上の使用方法に鑑み、伝聞・非伝聞の別について分析するとともに、伝聞証拠に該当する場合には、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について、また、非伝聞証拠に該当する場合には、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しに)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な検討、説明を行うことが求められる。(出題の趣旨)

(1) 伝聞証拠に該当するか

・本件メモ…について、本事例において明示された立証趣旨を踏まえて、想定される立証上の使用方法に鑑み、伝聞・非伝聞の別について分析するとともに、…非伝聞証拠に該当する場合には、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しに)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、それぞれの確かつ丁寧な検討、説明を行うことが求められる。(出題の趣旨)

- 本件メモには、Vが犯行時に犯人から申し向けられた欺罔文言が記載されており、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」とされているところ、かかる立証趣旨を踏まえた場合に、本件メモがそこに記載された内容の真実性を立証するために用いられることになるか否かを検討し、伝聞証拠かどうかを判断する必要がある。(出題の趣旨)
- [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。(採点実感)

(2) 伝聞例外

次に、伝聞証拠である本件メモ(被告人以外の者が作成した供述書)については、刑事訴訟法第321条第1項第3号該当性を論述する必要があるが、条文に関する基本的な知識が不足していたり、同号の規定する伝聞例外として証拠能力を肯定するための各要件(いわゆる「供述不能」、「不可欠性」及び「特信性」)を充足するか否かを判定するために必要な具体的事実の抽出・検討が不十分であったりする答案が多く見られた。(採点実感)

ア. 供述不能

まず、「供述不能」の要件については、同号に列挙された事由が例示か否かについて述べる答案が少なからず見られたが、まずはVの心身の状態が同号に規定された事由のいずれかに該当しないのかを検討すべきであろう。(採点実感)

321条1項各号の供述不能事由は、例外的に被告人の反対尋問権の保

障を犠牲にしても伝聞証拠を用いるべき必要性を基礎づけるものだから、相当程度継続して存続しなければならない。

したがって、「精神…の故障」により「公判…供述…できないとき」に該当するためには、「精神…の故障」が相当程度継続して存在すると評価できることが必要である。

イ. 不可欠性

続いて、「不可欠性」の要件については、「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」という文言に対する理解を示した上で、本件メモがそうした証拠に該当するかを検討すべきである。(採点実感)

ウ. 特信性

さらに、「特信性」の要件については、供述内容の信用性を担保する外部的付随事情の存否を問題とすべきであると述べながら、Vによる本件メモの作成状況や作成に至る経緯などの具体的事実を十分に検討することなく「特信性」の有無の結論を述べる答案が多く見られた。(採点実感)

エ. 署名・押印

本件メモはVが自ら作成した「供述書」であり、「署名〔又〕は押印」(刑事訴訟法第321条第1項柱書き参照)は不要であるにもかかわらず、本件メモにVの署名押印がないことを理由に伝聞例外該当性を否定する答案が散見された。(採点実感)

供述録取書については、録取過程の伝聞性を解消するために、原供述者の署名又は押印が必要である(321条1項柱書)。

これに対し、供述書については、録取過程の伝聞性が存在しないため、条文上、原供述者の署名又は押印は要件とされていない。

3. 本件領収書

本件領収書について、本事例において明示された立証趣旨を踏まえて、想定される立証上の使用方法に鑑み、伝聞・非伝聞の別について分析するとともに、伝聞証拠に該当する場合には、各書面に相応する伝聞例外規定を掲示した上、その要件を充足するか否かについて、また、非伝聞証拠に該当する場合には、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しに)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、それぞれの確かつ丁寧な検討、説明を行うことが求められる。(出題の趣旨)

(1) 伝聞証拠に該当するか

〔設問2〕の2では、本件領収書について、本事例で明示された立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法として、領収書の記載からその内容の真実性(記載内容どおりの事実が存在したこと、すなわち、特定の日時に、甲とVの間で、屋根裏工事代金として、100万円の授受があったこと)を推認する場合と、例えば、一定の記載のある本件領収書が甲によって作成された事実と、甲からVへ当該領収書が交付された事実を併せ考慮する

ことで、記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合を想定する必要があるが、意識的に両者の用法を記述している答案は少なかった。(採点実感)

ア. 領収書の記載の内容たる事実を要証事実とする場合

本件領収書は、甲がVから屋根裏工事代金として現金を受領した際にその事実を自ら記載した書面であり、その立証趣旨は、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」であるから、上記の使用方法のうち前者の場合には、領収書の記載からその内容たる事実を推認することとなり（甲による本件領収書の記載＝甲の供述の内容の真実性が問題となる）、本件領収書は伝聞証拠として用いられるものと評価されることになる。(採点実感)

イ. 領収書の記載・存在自体を要証事実とする場合

- ・非伝聞証拠として用いる場合については、本件領収書の作成、交付の事実を併せ考慮することにより、領収書の記載内容の真実性とは独立に、立証趣旨に対応する上記現金受領の事実が推認されることを相応の根拠とともに論じることが求められる。(出題の趣旨)
- ・上記の使用方法のうち後者の場合、例えば、甲による本件領収書の作成及びVへの交付の事実を併せ考慮することにより、その記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合は、本件領収書は非伝聞証拠として用いられるものと評価されるが、多くの答案は、単にその旨を述べるにとどまり、さらに、そのような形で同事実を推認し得る実質的理由についてまで言及する答案は少数にとどまった。(採点実感)

領収書は、通常はそこに記載された事実が存在しなければ作成されない文書であるから、①そのような記載のある領収書が存在すること（領収書の存在・記載自体）という間接事実と、②それが作成者から相手方に交付されたという間接事実から、両者間で領収書の記載内容に相当する金員授受があったという事実を推認することができる。このように、領収書には、記載内容から独立した証拠価値が認められているのである。

以上の推認過程を前提とした場合に、領収書の要証事実は、領収書の存在・記載自体である。

したがって、領収書は、上記のように使用する場合、非伝聞である。

(2) 伝聞例外

伝聞証拠として用いる場合については、本件領収書は、「被告人」である甲が作成した「供述書」であるから、刑事訴訟法第322条第1項の規定する要件を充足するか否かについての検討が求められる。他方、非伝聞証拠として用いる場合については、本件領収書の作成、交付の事実を併せ考慮することにより、領収書の記載内容の真実性とは独立に、立証趣旨に対応する上記現金受領の事実が推認されることを相応の根拠とともに論

じることが求められる。(出題の趣旨)

伝聞証拠として用い…る…場合、本件領収書は甲が自ら作成した書面(供述書)であり、刑事訴訟法第322条第1項該当性が問題となるところ、ここでも、本件メモの伝聞例外該当性の検討におけるのと同様、条文に関する基本的知識が不足している答案が少なからず見られた。例えば、同項が、証拠能力の要件について、被告人供述をその内容によって「〔自己〕に不利益な事実の承認」とそれ以外のものとに分け、後者についてのみいわゆる「特信性」を要求しているにもかかわらず、本件領収書の内容が、Vから屋根裏工事代金として現金の交付を受けたことを認める「不利益な事実の承認」に該当するとしながら、「特信性」の有無を検討する答案、他方で、前者についての「任意性」の要件を見落としている答案、供述書である本件領収書についても、「署名〔又〕は押印」の要件が条文上要求されているとする答案などが散見された。(採点実感)

323条2号の「その他通常の業務の過程において作成された書面」は、(ある程度永続性を持つ)業務の遂行過程でその業務遂行の基礎として規則性・継続性をもって作成されたものであることを要する。金銭の領収書については、それがたとえ本人の業務に関連して発行される場合であっても、業務の通常過程で自己の業務遂行の基礎として順序を追い継続的に作成されるものではなく、その交付を受ける相手方のために個々の都度作成されるものであるから、「商業帳簿、航海日誌」のような規則性・継続性までは認められないとして、「その他通常の業務の過程において作成された書面」(2号)に当たらないとされることが多い。

他方で、323条3号の「特に信用すべき状況の下で作成された書面」とは、1号・2号の書面に準じる程度の高度な信用性の情況的保障の下で作成された書面を意味する。そして、判例講座I 458頁では、「領収書については、知人間の金銭授受の際に作成された借用書や、商店が客の求めに応じて個別に作成した領収書は、…3号には該当しないものの、レジスターで打ち出したレシートや、手書きの領収書であっても客の要求にかかわらず販売の都度作成されるものは、規則性・継続性が認められるから、2号に匹敵する程度の高度の信用性が認められるとして、3号の書面に該当する…」と説明されている。このように、領収書であっても、「特に信用すべき状況の下で作成された書面」(3号)に該当する余地がある。

もっとも、本件領収書については、規則性・継続性を窺わせる事情がないから、「特に信用すべき状況の下で作成された書面」(3号)に該当するとはいえない。

そこで、本件領収書には、「被告人が作成した供述書」として322条1項が適用される。

酒巻 568 頁、条解 959 頁、東京地

決 S56.1.22

[模範答案]

1 設問 1

2 第 1 . 捜査①

3 1 . 捜査①が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上
4 「特別の定」が必要である（197 条 1 項但書）。

5 （1）「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、
6 現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳
7 格なものである。そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反して
8 その重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

9 （2）まず、開放性のある公道では他人から容ぼうを観察されること自
10 体は一般的に容認されているものの、そこにいる者としては、他人
11 から容ぼうを観察されることを超えて他人から撮影されることまで
12 は容認していないのが通常である。したがって、捜査①は、甲の意
13 思に反する。

14 次に、捜査①により、甲の容ぼうについてのプライバシーが制約
15 される。撮影の対象は、事務所という私的領域の玄関先であるとは
16 いえ、開放性のある公道上における人の容ぼうにすぎない。このよ
17 うな容ぼうについては、みだりに容貌等を撮影されない自由が及ん
18 でいるにとどまり、憲法 35 条 1 項によって保障される「住居」等
19 の私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシーが及
20 んでいるとはいえない。

21 したがって、捜査①は、重要な権利・利益を制約するものではな
22 いから、「強制の処分」に当たらない。

23 （3）捜査①は、「特別の定」の有無にかかわらず強制処分法定主義に反

1 しないし、無令状でも令状主義（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条 1
2 項）に反しない。

3 2. では、任意捜査（197 条 1 項本文）として適法か。

4 （1）任意捜査であっても、捜査比例の原則により、必要性、緊急性な
5 ども考慮した上で具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要な」
6 捜査として適法であると解する。そして、京都府学連事件大法廷判
7 決が要件として挙げている現行犯的状况は、撮影という捜査手段を
8 用いる必要性が高度に認められる一場面の例示にすぎないから、絶
9 対的な要件ではないと解する。

10 （2）まず、高齢者を狙ったリフォーム詐欺という近年多発している重
11 大事件である本件詐欺事件について捜査をする一般的必要性がある。

12 次に、本件詐欺事件は、その性質上、第三者の目撃供述がないの
13 が通常であるし、V も犯人の顔をよく覚えていないため、犯人を特
14 定する必要がある。

15 さらに、本件詐欺事件において V が犯人から受け取った本件領収
16 書の㊟部分には A 工務店の代表者として甲の名字が刻された認め印
17 が押されているとともに、本件領収書に記載された住所には上記の
18 認め印の印影と一致する A 工務店の事務所（本件事務所）が存在し
19 ていた。しかも、被害者 V は、本件メモにおいて、犯人が「A 工務
20 店」と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていたと
21 供述している。これらの事実から、A 工務店の代表者甲又はその従
22 業員が犯人である可能性が認められるから、犯人を特定するために、
23 W が説明した犯人の容貌と A 工務店の代表者甲又はその従業員の

1 容貌が一致するかどうかを確認する必要がある。

2 そして、本件事務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下
3 ろされており、両隣には建物が接しているため公道から本件事務所
4 内を見ることができない状況にあった。このような状況下で、周囲
5 に気が付かれることなく、Vが説明する犯人の特徴と比較すること
6 ができる程度に具体的且つ正確に本件事務所を出入りする人物の特
7 徴を把握するためには、本件事務所付近の公道上に止めた車両内に
8 設置されたビデオカメラによる撮影・録画という捜査①を行うこと
9 が必要であったといえる。

10 加えて、本件におけるリフォーム工事詐欺は、判断能力が低下し
11 ている高齢者を狙い打ちしている点及び全国的に横行している点で
12 悪質・重大な犯罪であるといえ、その犯人に関する証拠の価値は高
13 いといえるから、その証拠を収集・保全するために捜査①を実施す
14 る必要性は高い。

15 他方で、撮影対象が公道上の容貌にとどまり本件事務所内は含ま
16 れていないこと、撮影時間が約 20 秒にとどまること、及び望遠レ
17 ンズを用いていないことからすれば、捜査①によるプライバシー侵
18 害は前記必要性と合理的権衡が認められる限度にとどまるといえる。

19 したがって、捜査①は、具体的状況のもとで相当といえ、任意捜
20 査として適法である。

21 第 2 . 捜査②

22 1 . 捜査②は「強制の処分」に該当するか。

23 まず、本件事務所は甲が看守する建造物であり、その玄関ドアには

1 鍵が付いているとともに、前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下
2 ろされていたことからしても、本件事務所の内部を観察・撮影された
3 くないという甲の意思が認められる。したがって、本件事務所の内部
4 を撮影をする捜査②は、甲の意思に反する。

5 次に、上述した本件事務所に関する事情からすれば、本件事務所に
6 は、高度の閉鎖性が認められるから、公道と異なり、憲法 35 条 1 項
7 が保障している「住居」等の私的領域に侵入されないという意味での
8 重要なプライバシーが及んでいるといえる。そして、肉眼よりも対象
9 物を正確に映し出すことができる望遠レンズ付きのカメラによって
10 本件事務所の小窓からその内部を撮影することは、上記意味での重要
11 なプライバシーを制約するものである。

12 しかし、捜査②により撮影された本件事務所の内部は、本件事務所
13 の向かい側のマンションの 2 階通路という本件事務所の外部からその
14 小窓を通じて観察することができるものであるにとどまる。しかも、
15 腰高窓に比べて小さい小窓から確認することができる本件事務所の
16 内部の範囲には限りがある上、撮影時間がわずかに約 5 秒であるから、
17 捜査②は本件事務所の内部の様子を継続的・網羅的に把握することを
18 必然的に伴う性質のものともいえない。そうすると、捜査②が上記意
19 味での重要なプライバシーを実質的に制約するとまではいえない。

20 したがって、捜査②は「強制の処分」に該当しない。

21 よって、「特別の定」の有無にかかわらず強制処分法定主義に反しな
22 いし、無令状でも令状主義（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条 1 項）に
23 反しない。

1 2. では、任意捜査として適法か。

2 2. まず、捜査①の後の捜査の結果、A工務店の代表者が甲という氏名
3 であること、捜査①により撮影された本件事務所から出てきた人物が
4 甲であること、A工務店には甲のほかに従業員がいないこと、及び甲
5 が赤色の工具箱を持って本件事務所に入っていく様子が確認されて
6 いる。これらの事実と前述した犯人の特徴に関するVの供述を比較す
7 ると、甲が犯人であることが窺われる一方で、Vの供述において犯人
8 が持っていた工具箱に張られていたとされる「A工務店」と書かれた
9 ステッカーが甲の持っている工具箱に張られているかまでは確認で
10 きていないから、甲の犯人性を明らかにするためには、さらに、上記
11 ステッカーの有無を確認する必要がある。

12 次に、ステッカーが小さく、甲が持ち歩いている状態ではステッカ
13 ーの有無を確認することが困難であったのだから、ステッカーの有無
14 を確認するために人間の視力を超える望遠レンズ付きのビデオカメ
15 ラによる撮影・録画という捜査②を行う必要がある。また、捜査①
16 と同様の理由から、必要性も高い。

17 他方で、捜査②は工具箱を約5秒間にわたって撮影するにとどまり、
18 撮影対象に甲の姿が含まれていない。そのため、捜査②によるプライ
19 バシー侵害が大きいとはいえない。このことに、捜査②が向かいマン
20 ションの管理人に断った上で行われており甲以外の者の権利利益侵
21 害を伴うものではないことも考慮すれば、捜査②による権利利益侵害
22 は前記必要性和合理的権衡が認められる限度にとどまるといえる。

23 したがって、捜査②は具体的状況のもとで相当といえ、適法である。

1 設問 2

2 1. 本件メモ

3 (1) 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(320条1項)。伝聞法
4 則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述
5 の各過程の誤りを反対尋問等により吟味できないことにある。そこ
6 で、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷外供述の内
7 容の真実性が問題となるかどうかで判断する。

8 (2) 本件メモの立証趣旨からすると、検察官は本件メモによって甲に
9 よる欺罔行為を立証しようとしているといえる。そうすると、本件
10 メモの要証事実は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件
11 メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」という、Vが知覚・
12 記憶・表現・叙述した事実であるといえる。この要証事実との関係
13 では、Vの供述内容の真実性が問題になるから、本件メモは伝聞証
14 拠に当たる。

15 (3) 本件メモは、「被告人以外の者が作成した供述書」(321条1項3
16 号)に当たる。

17 ア. まず、Vは、脳梗塞より意識が回復する見込みがなく、仮に意
18 識が回復したとしても記憶障害が残り取調べをすることが不可
19 能であるという判断を医師から受けている。そのため、「精神若し
20 くは身体の故障」による供述不能に当たる。

21 イ. 次に、甲が犯行を否認している上、詐欺事件という性質上、甲
22 による欺罔行為を証明するための証拠としては目撃供述や物的
23 証拠もないから、本件メモは甲による欺罔行為という「犯罪事実

1 の存」在「の証明に欠くことができない」。

2 ウ．そして、321条1項3号でいう「特に信用すべき情況」とは、
3 その供述自体に存する信用性の情況的保障という意味での絶対
4 的特信情況を意味する。この判断においては供述時の外部的付随
5 事情を基準としつつ、外部的付随事情を推認する一資料として供
6 述内容も考慮できると解される。

7 Vは自らが被害者として体験した本件詐欺事件についてメモし
8 ているため、目撃供述などと異なり知覚の誤りが生じる可能性は
9 低い。また、Vは被害に遭った日のうちに本件メモを作成してい
10 るため、記憶の誤りが生じる可能性も低い。さらに、メモ作成時
11 には長男Wしかいなかったのだから、第三者の影響により記憶と
12 異なる内容をメモしたという可能性も低い。しかも、Vがメモ作
13 成後の翌日に警察署で行った説明内容と本件メモの記載内容が
14 符合することからも、知覚・記憶・表現・叙述に誤りが生じない
15 ような客観的事情があったことが窺われる。したがって、絶対的
16 特信情況もある。

17 (4) したがって、本件メモには証拠能力が認められる。

18 2. 本件領収書

19 立証趣旨からすると、検察官は本件領収書により交付行為を立証し
20 ようとしている。交付行為を証明するための本件領収書の使用方法は
21 以下の通りである。

22 (1) 本件領収書の存在・記載自体を要証事実とする場合

23 領収書は、通常はそこに記載された事実が存在しなければ作成さ

1 れない性質の書面であるから、そのような記載のある領収書が存在
2 すること及びそれが作成者から相手方に交付されたということを間
3 接事実として、作成者・相手方間で記載内容通りの金員授受があっ
4 た事実を推認することができる。

5 本問では、甲が本件領収書を作成して V に対して交付したという
6 事実が認められるから、本件領収書の存在・記載自体を間接事実と
7 上記作成・交付という間接事実により、「甲が平成 30 年 1 月 10 日
8 に V から屋根裏工事代金として 100 万円を受け取った」という本件
9 領収書の記載内容通りの事実を推認できる。

10 したがって、本件領収書の存在・記載自体を本件領収書の要証事
11 実とすることができる。この要証事実との関係では作成者甲の供述
12 内容の真実性は問題にならないから、本件領収書は非伝聞であり、
13 証拠能力が認められる。

14 (2) 本件領収書の記載内容を要証事実とする場合

15 これは、本件領収書によって直接に記載内容通りの事実を証明す
16 る場合である。この要証事実との関係では作成者甲の供述内容の真
17 実性が問題になるから、本件領収書は伝聞証拠である。

18 本件領収書には、「被告人が作成した供述書」として 322 条 1 項
19 が適用される。そして、これは詐欺既遂に関する「被告人に不利益
20 な事実の承認を内容とするもの」であり、かつ、「任意」性（同条 1
21 項但書）が否定される事情もないから、同条項により証拠能力が認
22 められる。 以上