

令和5年

1 【刑事系科目】

2
3 【第2問】（配点：100）

4 次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

5 【事例】

6 1 Vは、令和4年10月25日午前2時頃、H県I市内のV方2階寝室で就寝中、物音に気付
7 いたため、1階リビングルームに行き、照明をつけた。すると、黒のニット帽、黒のマスク、
8 黒のジャンパー、黒の手袋、緑の作業ズボン、黒のスニーカー姿の身長165センチメートル
9 くらいで、小太りの男性（以下「犯人」という。）がタンスを物色していた。犯人がVにつかみ
10 かかってきたため、Vが無我夢中で腕を振ったところ、その拳が犯人の鼻の辺りに強く当たっ
11 った。これに対し、犯人は、その場にあったゴルフクラブを手に取り、Vの左側頭部を1回殴打
12 して、逃走した。Vは、犯人から殴打された左側頭部から出血して、その場に倒れて失神した。
13 その後、覚醒したVは、同日午前2時12分頃、110番通報し、強盗の被害に遭って犯人に
14 ゴルフクラブで頭を殴られたこと、犯人はゴルフクラブを持って逃走したと思われること、犯
15 人の着衣や背格好などを伝えた。

16 H県警察I警察署の司法警察員Pは、同日午前2時18分頃、現場であるV方に臨場し、玄
17 関から1階リビングルームにつながる廊下に足跡があるのを発見した。このとき、Pは、Vが
18 すぐに病院に救急搬送されたため、Vから詳細な被害状況を聞くことができなかった。Pらは、
19 住居侵入・強盗殺人未遂事件（以下「本件事件」という。）として、捜査を開始したが、同現場
20 からは、足跡以外に、犯人の特定につながる証拠を発見することができなかった。

21 2 その後、Pは、V方付近にあるコンビニエンスストアに設置された防犯カメラの映像に、同
22 日午前2時7分頃、Vが110番通報した際に告げた犯人の着衣や背格好などに酷似した男性
23 が、長い棒状の物を手に持ち北西方向に走っている様子が記録されているのを発見した。また、
24 Pは、同コンビニエンスストアから北西に約1キロメートル離れた場所にあるガソリンスタン
25 ドに設置された防犯カメラの映像に、同日午前2時22分頃、マスクは着けておらず、長い棒
26 状の物も持っていなかったものの、前記コンビニエンスストアの防犯カメラの映像に記録され
27 ていた男性と酷似した男性が、同ガソリンスタンドの向かいにあるアパートの建物の中に入っ
28 ていく様子が記録されているのを発見した。Pは、この男性（以下「甲」という。）が本件事件
29 の犯人である可能性が高いと考え、甲の動向を確認するため、同日午前4時頃から同アパート
30 周辺の公道上での張り込みを開始した。

31 すると、同日午前6時頃、甲が同アパートの建物から出てきて、同アパートの敷地内にある
32 ごみ置場にゴミ袋1袋を投棄した。そこで、Pは、同ゴミ袋の外観の特徴を公道上から目視し
33 て確認した上で、同アパートの敷地と隣接する大家方へ赴いた。このとき、Pは、同アパート
34 の所有者である大家から、同アパートでは、居住者に対して、ゴミを同ゴミ置場に捨てるよう
35 に指示しており、大家が同ゴミ置場のゴミの分別を確認し、公道上にある地域のごみ集積所に、
36 ごみ回収日の午前8時頃に搬出することにつき、あらかじめ居住者から了解を得ていることを
37 聞いた。Pは、この日が同ゴミ集積所のごみ回収日であったことから、大家と一緒にアパート
38 の敷地内の同ゴミ置場に向かい、そこに投棄されていた複数のごみ袋の中から、先ほど特徴を
39 確認しておいたゴミ袋1袋だけを選び、大家から任意提出を受けて領置した【捜査①】。

40 Pは、同ゴミ袋をI警察署に持ち帰り、同ゴミ袋を開けて内容を確認したところ、黒のスニ
41 ーカー1足が入っているのを発見した。捜査の結果、同スニーカーの靴底の紋様が、V方廊下
42 に付着していた足跡と矛盾しないものであることが判明した。しかし、同スニーカーは大手デ
43 ィスカウントショップで大量に販売されていたものであった上、同スニーカーから、犯人の特
44 定につながる証拠を得ることもできなかった。そのため、Pは、この段階では甲の逮捕状を請
45 求することは難しいと考えた。

3 一方で、I 警察署の司法警察員らは、犯人の逃走経路と考えられる場所の捜索をしていたところ、同月 26 日、植え込みの中からゴルフクラブと黒のマスクを発見した。同ゴルフクラブには血液が付着しており、DNA 型鑑定により、その血液の DNA 型と V の DNA 型が一致することが判明した。また、同マスクの内側及び外側にも血液が付着しており、DNA 型鑑定により、外側に付着した血液の DNA 型と V の DNA 型が一致することが判明した。一方、内側に付着した血液については、同マスクが本件事件の凶器であると考えられる同ゴルフクラブと同じ場所に投棄されていたこと、犯人が犯行当日に黒のマスクを着けており、V の拳が犯人の鼻付近に強く当たったことなどから、犯人の血液である可能性が極めて高いと認められた。もっとも、DNA 型鑑定により、その DNA 型は判明したものの、同 DNA 型は、警察が把握していた DNA 型のデータベースには登録されていなかった。

I 警察署の司法警察員らは、甲と犯人との同一性を判断するために、甲の DNA 型を特定するための証拠を入手したいと考えた。しかし、行動確認の結果、甲方に複数人が出入りしていることが判明していたことから、ごみの中から甲の DNA 型を特定するための証拠を入手することが難しい状況であった。そうしたところ、P は、ボランティアが I 市内の公園で開催し、多数の人に食事の提供をしている炊き出しで、甲が食事の提供を受けていることを把握した。P は、公園内のごみ箱に甲が投棄した炊き出し用の使い捨て容器を回収することを考えたが、炊き出しの参加者が多く、甲が使用した容器だけを選別することは困難であると思われた。そこで、P は、同月 30 日、ボランティアの一員として炊き出しに参加し、容器の裏側にマークを付けて、同容器に豚汁を入れて甲に手渡した。すると、甲は、数人と連れ立って公園を出て公道上に座り込み、当該容器の豚汁を食べ終えると、空の容器を公道上に投棄して、その場を去った。P は、ボランティアが炊き出しを終えて公園から去った後、公道上に投棄されていた複数の容器の中から前記マークの付いた容器を回収して、これを領置した【捜査②】。

その後、DNA 型鑑定により、同容器に付着した唾液から判明した甲の DNA 型が、犯人のものである可能性が極めて高い前記 DNA 型と一致することが判明した。そこで、P は、甲の逮捕状及び甲方の捜索差押許可状を取得し、同年 11 月 1 日、甲を逮捕するとともに、甲方の捜索を実施し、鍵を開けるための特殊な道具（以下「ピッキング用具」という。）を差し押さえた。甲は、逮捕後、本件事件について自白し、同月 2 日に H 地方検察庁の検察官に送致され、同日中に勾留された。

4 I 警察署の司法警察員 Q は、同月 4 日、同署において、V から被害状況を聴取した。V は、Q に対し、「犯人が、右手でゴルフクラブのグリップを握り、すごい速さでゴルフクラブを斜め上から振り下ろして、私の左側頭部を殴った。」旨供述し、その旨の警察官面前調書が作成された。

5 Q は、同月 5 日、I 警察署において、甲の取調べを行った。甲は、Q に対し、窃盗目的で、施錠されていた V 方玄関ドアの特殊な錠をピッキング用具で解錠して室内に侵入し、タンスを物色するなどしたが、V に発見されたため、逮捕を免れる目的で V の頭部をゴルフクラブで殴打した旨供述し、その旨の警察官面前調書が作成された。そこで、Q は、甲方から押収されたピッキング用具と同種のもの及び本件犯行時に V 方に設置されていた錠と同種の特殊な錠を準備し、同日、同署において、甲に対し、「この道具を使って、この錠を開けられますか。」と尋ねた。甲は、随時説明しながらピッキング用具を使って解錠した。後日、Q は、その解錠の状況につき、【実況見分調書①】を作成した。同調書には、甲が解錠している前記状況を連続して撮影した写真が複数枚添付されており、これらの写真の下に、それぞれ「被疑者は、『このように、ピッキング用具を鍵穴に入れてこうして動かしていくと解錠できます。』と説明した。」との記載があった。また、甲が解錠された後の錠を指さしている場面の写真 1 枚が添付されており、その下に「被疑者は、『このように解錠できました。』と説明した。」との記載があった。ところが、その後、甲は、取調べにおいて、黙秘に転じた。

6 H地方検察庁の検察官Rは、同月8日、同検察庁において、Vから被害状況を聴取したところ、Qに対して供述した内容と同様の説明をしたため、その旨の検察官面前調書を作成するとともに、同日、同検察庁において、Vを立会人とした実況見分を実施した。その際、Rは、前記ゴルフクラブと同種のものを準備し、検察事務官Sを犯人に見立て、Vに対し、被害状況について説明を求めつつ再現させた上、その再現状況を写真撮影した。後日、Rは、この結果につき、【実況見分調書②】を作成した。同調書には、Sが右手でゴルフクラブのグリップを握り、Vの左側頭部を目掛けて振り下ろしている場面の写真1枚が添付されており、その下に「このようにして、犯人は、右手に持っていたゴルフクラブで私の左側頭部を殴りました。」との記載があった。

7 同月20日、甲は、住居侵入・強盗殺人未遂罪によりH地方裁判所に起訴された。

同被告事件は、裁判所の決定により、公判前整理手続に付された。同手続の中で、公判立会検察官Tは、前記【実況見分調書①】につき、立証趣旨を「甲がV方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」として、証拠調べの請求をした。また、Tは、前記Vの検察官面前調書につき、立証趣旨を「被害状況」とし、前記【実況見分調書②】につき、立証趣旨を「被害再現状況」として、それぞれ証拠調べの請求をした。

これに対し、甲の弁護人は、「犯人性を争う。」と主張し、いずれの証拠についても不同意とした。

その後、Vは、公判前整理手続が終了する前に交通事故により死亡した。

〔設問1〕

下線部の【捜査①】及び【捜査②】の領置の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

【実況見分調書①】及び【実況見分調書②】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、【捜査①】及び【捜査②】の適否が与える影響については論じなくてよい。

設問 1

〔設問 1〕は、いずれも領置の適法性を問うものである。すなわち、【捜査①】は、司法警察員が、強盗殺人未遂事件の犯人の可能性のある甲がその居住するアパートのごみ置場に投棄したごみ袋を回収した行為、【捜査②】は、司法警察員が、上記甲が公道上に投棄した使用済みの容器を回収した行為であり、それぞれの適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第 221 条の定める「領置」の正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。（出題の趣旨）

1. 領置

基礎応用 127 頁以下、論証集 55 頁

以下

刑事訴訟法第 221 条…は、「被疑者その他の者が遺留した物」（遺留物）あるいは「所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物」（任意提出物）を領置することを認めているが、【捜査①】では、本問のごみ袋が任意提出物といえるか、【捜査②】では、本問の容器が遺留物といえるかが問題となり、いえるとして捜査機関は何ら制限なくこれらを領置することができるかが問題となるため、これらの問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論じる必要がある。（出題の趣旨）

（1）領置の性質

ア. 領置の意義

領置とは、捜査機関が、「被疑者その他の者が遺留した物」又は「所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物」の占有を取得する処分をいう（221 条）。

領置は、処分の相手方の占有を剥奪するものではなく、その意味で占有取得の過程に強制の要素がないから、憲法 35 条における「押収」には該当せず、令状を要しないとされている。

もっとも、占有取得後は、差押えと同様、領置された物に対する捜査機関の占有は強制的に維持される点においても、強制処分としての性質を有しており、刑訴法上の押収の一種に位置付けられる。

イ. 適法性の判断枠組み

例えば、公道上での留め置きや、犯人性を確認するための撮影行為などについては、①「強制の処分」（197 条 1 項但書）→②任意捜査の限界という流れで検討し、①「強制の処分」該当性は昭和 51 年決定の意思制圧説や学説の重要権利利益実質的侵害説により判断される。そして、①「強制の処分」該当性が認められた場合には、まずは強制処分法定主義との関係で係争行為が刑訴法上法定されている強制処分の類型に該当するかが問題となり、該当する場合には次に、令状主義との関係で当該類型の強制処分について要求される令状を得ていたかが問題となる。

これに対し、領置が問題となる事案では、①当該物が領置の対象物（遺留物又は任意提出物）に当たるか否かにより、無令状で行える「領置」（221 条）にとどまるのか、それとも令状を要する「差押え」（218 条 1 項）に当たるのかが判断される。次に、②当該物が領置の対象物に当たる場合には、捜査比例の原則に従い「領置」の限界を検討することになる。仮に当該物

が領置の対象物に当たらない場合には、当該物の占有取得は「差押え」に当たり令状主義（憲法 35 条、刑訴法 219 条 1 項）に服することになるから、差押許可状に基づかないものであれば令状主義違反として違法となる。

（２）領置の対象物

- まず、同条における「領置」が、占有取得の過程に強制の要素が認められないからこそ令状を要しないとされている趣旨に立ち返り、「遺留物」とは、遺失物より広い概念であり、自己の意思によらずに占有を喪失した場合に限られず、自己の意思によって占有を放棄し、離脱させた物も含むと定義する必要がある。その上で、【捜査①】では、甲が自己の意思でごみ袋を投棄しており「遺留物」に該当しそうなところ、投棄場所がアパートのごみ置場であることから、なお当該アパートの大家にその占有が残っているとして、当該ごみ袋が「所有者、所持者若しくは保管者」たる大家からの「任意提出物」に該当するか否か、【捜査②】では、甲が自己の意思で容器を公道に投棄しているとして、当該容器が「遺留物」に該当するか否かを検討する必要がある。（出題の趣旨）
- 〔設問 1〕では、刑訴法第 221 条の「領置」の意義を明らかにした上で、本件ごみの性質に照らし、「遺留物」あるいは「任意提出物」に該当するかを検討する必要があるところ、刑訴法第 221 条への言及が一切ないまま、捜査活動一般に関する総則規定である刑訴法第 197 条第 1 項の解釈として、あるいは、一応「任意提出」による「領置」とするものの、「任意提出」を「任意処分」と同義であるかのように捉え、「領置は任意処分なので強制処分に至ってはならない」などとした上で、これを単に強制処分と任意処分の区別の観点からのみ論じ、特段の理由なく「強制処分だから違法」、「任意処分だから適法」と結論付けるという答案が少なからず見受けられた。（採点実感）
- アパートの大家の占有に対する言及が乏しく、あるいは理解不十分なものの、例えば、甲が投棄した時点で「遺留物」となり、それを大家が「任意提出」したと論じる答案など、およそ「領置」を正確に理解していないと思われる答案も見受けられた。（採点実感）

領置が押収に含まれるにもかかわらず令状を要しないとされる根拠は、物の占有取得の過程に強制の要素がないことにある。

そこで、「遺留した物」とは、強制的に排除すべき他者の占有がない物を意味すると解すべきであるから、自己の意思によらずに占有を喪失した物に限らず、自己の意思によって占有を放棄した物を含むと解する。

（３）領置の限界

ここでは、…甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、…適法性を論じることが求められる。（採点実感）

いずれの設問についても、「領置」の要件を満たすとして、排出者がごみを排出する場合における「通常、そのまま収集されて他人にその内容を見られることはないという期待」や「DNA型を知られることはないという

期待」がプライバシーの利益として法的に保護されるものか否かを検討し、さらに、それらが法的に保護される利益であるとしても、本件事例においてなお要保護性が認められるか否かを論じるべきである。こうした法解釈の枠組みの下で、本件事例の具体的状況下におけるごみ袋や容器の領置の必要性及び相当性を検討することになるが、いずれについても事例中に現れた具体的事実を的確に抽出し、分析しながら論じる必要がある。その論じ方については、個々の適法又は違法の結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析して論じなければならない。(出題の趣旨)

ア. 判断枠組み

領置の限界を論じる上で、平成20年決定を踏まえて、甲のプライバシーの利益の要保護性に着目し、各領置の必要性和比較衡量をして相当性の判断を行うという判断枠組を示すことが求められていたところ、甲のプライバシーの利益に配慮した判断枠組を示すことなく、漫然と任意処分の限界に関する一般論を規範として示した上で結論を導いている答案が少なからず見受けられた。(採点実感)

領置については、元占有者のプライバシーが侵害され得るとの理由から、捜査比例の原則が適用され、必要かつ相当な限度で許容されると解されている。

必要性和相当性は、別々に検討される要件であるが、究極的な要件は相当性であり、必要性和法益侵害(プライバシー侵害)との比較衡量により相当性を判断することになる。この意味において、必要性は、相当性の前提に位置付けられるから、両者は並列的關係にある要件ではない。

なお、判例は、任意捜査の限界について、捜査比例の原則から、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、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。」と解している。領置の限界の判断は、これに準じるものであるが、強制処分としての限界の判断である点において、任意捜査の限界の判断とは異なる(この点において、捜索・差押えに「必要な処分」の判断と同様であると考えられる。)

イ. 当てはめ

各領置の必要性及び相当性を検討する際には、事例に現れた具体的事実を的確に抽出し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析しながら論じる必要があるところ、こうした具体的事実の抽出、分析においても、事実の拾い上げ自体が不十分、あるいは単なる事実の羅列に留まるもの、例えば、重大事件の犯人を早期に検挙する必要があるなど捜査一般の必要性しか検討できていない答案や、自己の結論と整合する事実を中心に拾い上げ、反対の結論に導き得る事実の拾い上げが不十分なもの、例えば、【捜査①】では、強盗殺人未遂事件という重大犯罪の犯人と酷似した男が甲のアパートに入ったという事実は拾い上げられているものの、甲が投棄したごみ袋が約2時間後に回収される予定であったこと

最決 H20.4.15・H20 重判1

最決 S51.3.16・百1

や、ごみ袋の特徴を確認した上で、当該ごみ袋 1 袋だけを領置したことなどの各事情には触れられていない答案、【捜査②】では、犯人のものである可能性が高いDNA型が判明した事実は拾い上げられているものの、【捜査①】と比較して、甲が重大事件の犯人である嫌疑が高まっていることや、アパートのごみ置場に投棄するごみの中から甲のDNAだけを採取することが困難であったという各事情には触れずに必要性を検討する答案、DNAが個人識別情報であるという事実だけを抽出して、DNA採取行為自体に相当性がないと結論付ける答案、捜査機関が捜査目的を秘して接触している事実だけを抽出し、甲が自ら公道に投棄した容器を回収しているにとどまることや、甲が使用した容器にマークを付け、同人のDNAだけを特定できる方法であったことなどの各事情には触れずに相当性がないと結論付ける答案が相当数見受けられた。
(採点実感)

2. 捜査①

(1) 領置の対象物

【捜査①】では、甲が自己の意思でごみ袋を投棄しており「遺留物」に該当しそうなところ、投棄場所がアパートのごみ置場であることから、なお当該アパートの大家にその占有が残っているとして、当該ごみ袋が「所有者、所持者若しくは保管者」たる大家からの「任意提出物」に該当するか否か…を検討する必要がある。(出題の趣旨)

捜査①の対象物であるごみ袋 1 袋は、甲が同アパートの敷地内にあるごみ置場に投棄した後で、同アパートの大家が同ごみ置場から公道上にある地域のごみ集積所に搬出してから、司法警察員 P に任意提出したものである。

こうした事案では、①まず初めに、当該ごみ袋が「被疑者…が遺留した物」に当たるか否かを検討することになる。仮に甲が当該ごみ袋を投棄したことにより、当該ごみ袋の占有が甲から大家に移転したといえる場合には、当該ごみ袋は、強制的に排除すべき他者の占有がない物ではないから、「被疑者…が遺留した物」には当たらない。

②もっとも、仮に当該ごみ袋が甲から大家に占有が移転したとして「被疑者…が遺留した物」に当たらないとしても、司法警察員 P は、新たな占有者である大家から当該ごみ袋任意提出を受けているため、司法警察員 P による当該ごみ袋の持ち帰りは、「所持者…が任意に提出した物」を対象とした「領置」に当たるから、無令状でも令状主義違反とはならない。

③この場合、司法警察員 P による当該ごみ袋の持ち帰りの適法性について、捜査比例の原則に従い「領置」の限界を論じることになるところ、その際に問題とするべき被侵害利益は、大家の利益ではなく、甲のプライバシー(「通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待」)であることに注意を要する。

参考判例として、被疑者がマンションのゴミステーションに捨てたごみについて、管理組合・管理会社・清掃会社の占有が認められた裁判例を挙げる

ことができる。

(裁判例) 被疑者がマンションのゴミステーションに捨てたごみについて、
管理組合・管理会社・清掃会社の占有が認められた事例

東京高判 H30.9.5・百 8

事案：被疑者甲が居住するマンション 18 階のゴミステーション（ゴミステーションは各階に設置されており、これとは別に地下 1 階にごみ置場がある。）にごみ袋を投棄したところ、警察官は、マンションの管理会社の管理員の了解を得たうえでマンション地下 1 階にあるごみ置場に行き、18 階から回収されたごみ袋のうち、外観から甲の出した可能性のあるごみ袋 4 つについて、同管理員の立会いの下で、1 袋ずつ開封して中身を確認し、同管理員からごみ袋の中にあった紙片とタクシーのレシートの任意提出を受けて領置した。

判旨：「(1) …本件マンションには、各階にゴミステーションがあり、地下 1 階にごみ置場が設けられており、そのごみ処理は管理組合の業務とされ、管理組合はマンション管理会社に対しごみの回収・搬出等の清掃業務を含む本件マンションの管理業務を委託し、そのうち清掃業務については、そのマンション管理会社から委託を受けた清掃会社が行っていたこと、本件マンションでは、居住者が各階のゴミステーションにごみを捨て、これを上記清掃会社の清掃員が各階から集めて地下 1 階のごみ置場に下ろすなどして、ごみの回収・搬出作業を行っていたことが認められる。このような本件マンションにおけるごみの取扱いからすると、居住者等は、回収・搬出してもらうために不要物としてごみを各階のゴミステーションに捨てているのであり、当該ごみの占有は、遅くとも清掃会社が各階のゴミステーションから回収した時点で、ごみを捨てた者から、本件マンションのごみ処理を業務内容としている管理組合、その委託を受けたマンション管理会社及び更にその委託を受けた清掃会社に移転し、重疊的に占有しているものと解される。

…本件紙片等の入っていたごみ 1 袋を含むごみ 4 袋は、上記マンション管理会社や清掃会社が占有するに至っていたものであり、本件紙片等を領置するに至ったごみの捜査は、本件マンションの管理業務の委託を受けている上記マンション管理会社が、法律に基づいた権限により行われている公益性の高い犯罪捜査に協力している状況で、更にごみの捜査にも協力することにし、同社の従業員や同社から委託を受けてごみの回収・搬出を行っている上記清掃会社の従業員と協議して行われたものであるから、本件紙片等の入っていたごみ 1 袋を含むごみ 4 袋は、その所持者が任意に提出した物を警察が領置したものであり、警察がそのごみ 4 袋を開封しその内容物を確認した行為は、領置した物の占有の継続の要否を判断するために必要な処分として行われたものであるといえる。

(2) …上記のようなごみの捜査を行う必要性は高かったといえる。また、甲の捨てたごみの中には、甲に対する嫌疑がある侵入窃盗事件の被害品の一部や犯行時に犯行現場付近に存在したことを示すような証拠

等が混ざっている可能性があるから、上記のようなごみの捜査を行う合理性もあったといえる。

さらに、上記のようなごみの捜査の相当性について見ても、…上記のようなごみの捜査は、本件紙片を領置した日だけでなく、4月8日頃から甲逮捕の前日である8月1日頃まで行われていたことが認められるが、…甲が警察に検挙されないようにする行動を取っていると推測される状況があったことからすると、上記のような証拠になり得る物がごみとして出されるのをとらえるために、ある程度の期間にわたって上記のようなごみの捜査をすることもやむを得なかったといえる。しかも、上記のとおり、警察は、甲の住戸のあるE階のごみの中から、外観から甲が出したごみの可能性のあるごみ袋に絞り込んでおり、領置して開封するごみ袋を極力少なくする配慮をしていたのである。これらのことからすると、上記のようなごみの捜査は、相当な方法で行われていたといえる。

本件マンションの居住者等は、ゴミステーションに捨てたごみが清掃会社によりそのまま回収・搬出され、みだりに他人にその内容を見られることはないという期待を有しているものといえるが、このことを踏まえても、本件紙片を領置するに至った捜査は、上記のような必要性があり、その方法も相当なものであったのであるから、警察がその所持者から本件紙片等の入っていたごみ1袋を含むごみ4袋の任意提出を受けて領置した上、それらのごみ袋を開封してその内容物を確認し、証拠となり得る物と判断した本件紙片等について、改めて任意提出を受けて領置した捜査手続は適法なものといえる。

(3) 弁護人は、本件におけるごみの捜査は、集合住宅の共用部分という私的領域に排出された物に対して行われており、最高裁平成20年4月15日決定(刑集62巻5号1398頁)が、ごみの占有放棄の重要な要件として公道上のごみ集積所への排出を要求していることからすると、ごみの占有放棄を前提として本件紙片の領置手続を合法とした原裁判所の判断は誤っていると主張する。しかし、上記最高裁決定は、遺留物に関するものであり、所持者が任意に提出した物に関する本件とは事案を異にするものである。」

(2) 領置の限界

- 例えば、【捜査①】では、本件ごみ袋が約2時間後に回収されるという状況の下で、強盗殺人未遂事件という重大犯罪の犯人特定のために、犯行現場に遺留された足跡や防犯カメラに記録された映像と対照させるといった捜査の必要性に加えて、甲が投棄したごみ袋の特徴を確認した上で、そのごみ袋1袋のみを領置したといったことを踏まえ、相当性を検討するべきである。(出題の趣旨)
- 各領置の必要性及び相当性を検討する際には、事例に現れた具体的事実を的確に抽出し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析しながら論じる必要があるところ、こうした具体的事実の抽出、分析においても、…

自己の結論と整合する事実を中心に拾い上げ、反対の結論に導き得る事実の拾い上げが不十分なもの、例えば、【捜査①】では、強盗殺人未遂事件という重大犯罪の犯人と酷似した男が甲のアパートに入ったという事実は拾い上げられているものの、甲が投棄したごみ袋が約2時間後に回収される予定であったことや、ごみ袋の特徴を確認した上で、当該ごみ袋1袋だけを領置したことなどの各事情には触れられていない…答案が相当数見受けられた。(採点実感)

3. 捜査②

(1) 領置の対象物

【捜査②】では、甲が自己の意思で容器を公道に投棄しているとして、当該容器が「遺留物」に該当するか否かを検討する必要がある。(出題の趣旨)

(2) 領置の限界

- ・【捜査②】では、甲が強盗殺人未遂事件の犯人である可能性がより高まったという状況の下で、犯人のものである可能性が高いDNA型が判明したことや、甲がアパートのごみ置場に投棄するごみの中から甲のDNAだけを採取することが困難であったという捜査の必要性に加え、捜査機関が領置の過程に関与している点をどのように評価するか、その際、捜査機関が捜査目的を秘してボランティアの一員になり、自ら甲に接触している一方で、甲が自ら投棄した容器を回収しているにとどまり、領置行為自体における捜査機関の関与の程度は高いものとは言えないことなどの事情をどのように評価するかについて、【捜査①】との違い(投棄された場所や保護されるべきプライバシーの利益の内容)を踏まえて、相当性を検討する必要がある。(出題の趣旨)
- ・各領置の必要性及び相当性を検討する際には、事例に現れた具体的事実を的確に抽出し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析しながら論じる必要があるところ、こうした具体的事実の抽出、分析においても、…自己の結論と整合する事実を中心に拾い上げ、反対の結論に導き得る事実の拾い上げが不十分なもの、例えば、…【捜査②】では、犯人のものである可能性が高いDNA型が判明した事実は拾い上げられているものの、【捜査①】と比較して、甲が重大事件の犯人である嫌疑が高まっていることや、アパートのごみ置場に投棄するごみの中から甲のDNAだけを採取することが困難であったという各事情には触れずに必要性を検討する答案、DNAが個人識別情報であるという事実だけを抽出して、DNA採取行為自体に相当性がないと結論付ける答案、捜査機関が捜査目的を秘して接触している事実だけを抽出し、甲が自ら公道に投棄した容器を回収しているにとどまることや、甲が使用した容器にマークを付け、同人のDNAだけを特定できる方法であったことなどの各事情には触れずに相当性がないと結論付ける答案が相当数見受けられた。(採点実感)

捜査②については、「通常、そのまま収集されて他人にその内容を見られることはないという期待」（前掲平成 20 年最決）ではなく、「DNA 型を知られることはないという期待」の要保護性及びその侵害が問題となる。ここで、被侵害利益の重要性に着目して「強制の処分」（197 条 1 項但書）該当性を検討するというのは、理論構成として不正確である。遺留物又は任意提出物の領置であっても、強制処分である以上、「強制の処分」と任意処分のいずれであるかという枠組みを用いることはできないからである。

領置としての適法性は、①差押許可状を要しない遺留物又は任意提出物を対象とする「領置」であるのか、それとも差押許可状を要する「差押え」であるのか、②「領置」であるとしてその限界を超えるものではないか（必要性和相当性を満たすか）という枠組みにより判断される。そして、①では、対象物が遺留物又は任意提出物のいずれかに当たるかにより判断されるから、被侵害利益の要保護性や重要性は問題とならない。そうすると、領置に伴うプライバシー侵害の有無や程度は、②の段階で、相当性判断において必要性和比較衡量すべきプライバシー侵害の有無・程度（相当性判断における比較衡量の天秤の片側の計量皿に乗る法益侵害性）として検討することとなる。

「DNA 型を知られることはないという期待」の要保護性については、「警察官らが被告人から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれる DNA を入手し鑑定することによって被告人の DNA 型を明らかにし、これを、…DNA 型記録確認通知書に記載された、合計 11 件の窃盗被疑事件の遺留鑑定資料から検出された DNA 型と比較することにより、被告人がこれら窃盗被疑事件の犯人であるかどうかを見極める決定的な証拠を入手するためである。警察官らの捜査目的がこのような個人識別のための DNA の採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかったといっても、DNA を含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益であると解するのが相当である。」とした裁判例が参考となろう。

東京高判 H28.8.23

設問 2

〔設問 2〕は、いずれも実況見分調書の証拠能力を問うものである。すなわち、【実況見分調書①】には、被疑者甲が被害者 V 方と同種の錠前を解錠する状況が撮影された写真が貼付され、かつ、解錠状況に関する甲の説明内容が記載され、また【実況見分調書②】には、V が被害状況を再現した写真が貼付され、かつ、被害状況に関する V の説明内容が記載されており、検察官は、各実況見分調書の立証趣旨について、それぞれ「甲が V 方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」、「被害再現状況」としているところ、こうした性質の異なる内容を含む実況見分調書について、それらの証拠能力を問うことにより、伝聞法則の正確な理解と具体的な事実への適用能力を試すものである。

…略…

いずれの実況見分調書についても、正確な法的知識を当然の前提としながら、法解釈論や要件について抽象的に論じるだけでなく、事例中に現れた具体的事実関係を前提に、法的に意味のある事実の適切な把握と要件のあてはめを行うことが求められる。（出題の趣旨）

1. 実況見分調書に関する問題点

〔設問 2〕は、被疑者甲が被害者 V 方と同種の錠前を解錠した結果を記載したもの【実況見分調書①】、V が被害状況を再現した結果を記載したもの【実況見分調書②】という性質の異なる内容を含む実況見分調書について、検証調書に準じる書面として、刑訴法第 3 2 1 条第 3 項該当性を検討した上で、本件の具体的事実関係を的確に把握・分析して、要証事実を正確に把握し、各実況見分調書が伝聞証拠に該当するか否か、該当する場合には、適用可能性のある伝聞例外規定に係る要件等の法解釈とその当てはめについて論じることが求められる。（採点実感）

（1）伝聞法則

〔設問 2〕では、多くの答案が、伝聞証拠の意義に言及し、かつ、実況見分調書が伝聞証拠であるとして、刑訴法第 3 2 1 条第 3 項に関しても一般論的な論述ができていたものの、伝聞証拠の意義が「公判期日外になされた供述を内容とする証拠」であって、「その供述の内容どおりの事実が存在したこと（供述内容の真実性）を立証するために用いられるもの」であるにもかかわらず、単に「公判廷外の供述」とするなど伝聞証拠の理解が不十分な答案…が少なからず見受けられた。（採点実感）

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・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。

そこで、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容の真実性が問題となるかどうかで判断すべきである（形式説）。

なお、令和 5 年司法試験の採点実感では、伝聞証拠の意義について、「伝

基礎応用 294 頁・1、139 頁・1

聞証拠の意義が「公判期日外になされた供述を内容とする証拠」であって、「その供述の内容どおりの事実が存在したこと（供述内容の真実性）を立証するために用いられるもの」である…」とされており、また、要証事実という概念が「要証事実＝直接の立証事項」と「要証事実＝最終的な立証命題である主要事実」のいずれとも異なる意味で用いられていると思われる。

（２）実況見分調書全体の性質

- ・ 刑訴法第 321 条第 3 項…が本来「検証調書」に関する規定であるにもかかわらず、何らの解釈を示さないまま、実況見分調書に同項が当然適用されるとする答案が少なからず見受けられた。（採点実感）
- ・ 同項該当性の検討は、実況見分を行った警察官 Q の公判外供述の伝聞性を解消するために必要であるところ、Q ではなく甲の公判外供述が記載されていると指摘するものや、「誰の」公判外供述であるかを一切示さないまま単に「供述内容の真実性が問題となる」として伝聞証拠であるとする答案も相当数見られた。（採点実感）

実況見分調書とは、捜査機関が任意処分として行う実況見分の結果を記載した書面であり、強制処分である検証の結果を記載した検証調書とは一応区別されるものである。そこで、実況見分調書には 321 条 3 項が適用されるかが問題となる。

判例は、「刑訴 321 条 3 項所定の書面には捜査機関が任意処分として行う検証の結果を記載したいわゆる実況見分調書も包含するものと解するを相当とし、かく解したからといって同条項の規定が憲法 37 条 2 項前段に違反するものでないことは当裁判所大法廷判例（昭和 24 年 5 月 18 日宣告、刑集 3 巻 6 号 789 頁参照）に照らし明かである」と述べ、実況見分調書も 321 条 3 項の「検証の結果を記載した書面」に含まれると解している。学説は、その理由として、実況見分と狭義の検証は強制処分かどうかの違いにとどまり、検証活動としての性質に相違はないし、強制処分であるかが処分・調書の正確性に直結するともいい難いなどと説明する。

実況見分調書全体は、実行見分を行った捜査機関（これを「見分者」ということがある。）が知覚・記憶して同調書に記載した実況見分の結果を直接の立証事項とするから、見分者を原供述者とする伝聞証拠に当たる。

もっとも、実況見分調書全体は、321 条 3 項の「検証の結果を記載した書面」に含まれるから、見分者である「供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述した」ことを条件として、証拠能力が認められる。

なお、321 条 3 項の要件を具備することにより証拠能力が認められるのは、実況見分の結果に関する見分者の供述部分に限られるから、立会人（被告人、被害者、第三者）を原供述者とする伝聞証拠である説明部分や貼付写真があるのであれば、これらに証拠能力が認められるためには、別途、伝聞例外の要件を満たす必要がある。

（３）甲や V の各指示説明の記載やそれらの再現状況の写真

「その供述の内容どおりの事実が存在したこと（供述内容の真実性）を

基礎応用 333 頁 [論点 1]、論証集

163 頁 [論点 1]、最判 S35.9.8・百

A38

立証する」ことの意味を正しく理解し、事例に現れた具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえ、平成17年決定等の理解を踏まえた正確な論述ができていない答案も少数にとどまり、要証事実の検討が全くなされていないもの、あるいは、著しく不十分な答案が散見された。(採点実感)

ア. 要証事実の検討

【実況見分調書①】では、検察官の立証趣旨が「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」であるところ、事例に現れた具体的事実を抽出、分析して、甲がそれを行うことが少なくとも実況見分の時点で可能であったことを立証する目的であることなどの根拠を示し、要証事実、公訴事実における犯行の日時に甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けたことではなく、検察官の立証趣旨と同じであり、伝聞証拠ではない旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、要証事実を「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」としながら、甲の供述の内容の真実性が問題となるとして伝聞証拠と結論付ける答案であり、【実況見分調書②】では、検察官の立証趣旨が「被害再現状況」であるところ、事例に現れた具体的事実を抽出、分析し、Vの供述どおりの犯行が本件犯行現場で可能だったことを立証する目的ではないことなどの根拠を示し、要証事実、実質において「再現されたとおりの犯罪事実の存在」、つまり供述内容の真実性であり、伝聞証拠である旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、平成17年決定を意識することなく、漫然と要証事実を検察官の立証事実と同じだとして非伝聞証拠とするもの、検察官の立証趣旨を「被害状況」と誤って引用し、「被害再現状況」との区別を意識しない答案、甲やVの各指示説明の記載やそれらの再現状況の写真について、甲やVの指示説明をいわゆる「現場指示」あるいは「現場供述」のいずれかに当てはめ、特段の論述なく、前者を非伝聞証拠、後者を伝聞証拠と結論付ける答案、写真について「記録過程が機械的になされるので当然に非伝聞証拠である」とする答案などが相当数見受けられた。(採点実感)

イ. 伝聞証拠と結論付けた場合

- ・伝聞証拠と結論付けたものの、検察官の面前での被害再現であるにもかかわらず、刑訴法第321条第1項第3号の要件該当性を検討する答案、Vは死亡しているにもかかわらず、生存していることを前提に論述をする答案、署名押印について一切言及しない答案など、事例に現れた具体的な事実の抽出、分析が不十分な答案も少なからず見受けられた。(採点実感)
- ・各実況見分調書が公判廷外の甲やVの供述を含むものであるとして、伝聞例外の要件該当性を検討し、その要件を満たさないと認定しながら、刑訴法第321条第3項の要件を満たせば、それらも実況見分調

書の一体のものとして証拠能力が認められるとする答案、各実況見分調書を再伝聞に該当するとして刑訴法第324条の問題とする答案など、伝聞法則の基本的理解が不十分と言わざるを得ない答案も散見された。(採点実感)

2. 【実況見分調書①】

【実況見分調書①】は、司法警察員Qが行った実況見分の結果を記載したものであるから、論述に当たっては、まず捜査官が五官の作用によって事物の存在及び状態を観察して認識する作用をもつ検証の結果を記載した書面に類似した書面として、刑事訴訟法第321条第3項により、作成者Qが公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを証言すれば証拠能力が付与されるという本調書全体の性質を論ずる必要がある。その上で、本調書には、公判期日外でなされた甲の供述が記載されていることから、これらの部分の証拠能力について、更に伝聞法則の適用があるか否かを要証事実との関係で検討した上で、その有無を論じる必要がある。(出題の趣旨)

(1) 実況見分調書全体の性質

【実況見分調書①】は、司法警察員Qが行った実況見分の結果を記載したものであるから、論述に当たっては、まず捜査官が五官の作用によって事物の存在及び状態を観察して認識する作用をもつ検証の結果を記載した書面に類似した書面として、刑事訴訟法第321条第3項により、作成者Qが公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを証言すれば証拠能力が付与されるという本調書全体の性質を論ずる必要がある。(出題の趣旨)

(2) 甲の指示説明、写真

【実況見分調書①】では、検察官の立証趣旨が「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」であるところ、事例に現れた具体的事実を抽出、分析して、甲がそれを行うことが少なくとも実況見分の時点で可能であったことを立証する目的であることなどの根拠を示し、要証事実、公訴事実における犯行の日時に甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けたことではなく、検察官の立証趣旨と同じであり、伝聞証拠ではない旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、要証事実を「甲がV方の施錠された玄関ドアの鍵を開けることが可能であったこと」としながら、甲の供述の内容の真実性が問題となるとして伝聞証拠と結論付ける答案…などが相当数見受けられた。(採点実感)

立証に関する当事者主義(規則189条1項参照)のもと、要証事実とは当該証拠の取調べ請求をした当事者が示す立証趣旨に従って決定されるのが原則である。もっとも、立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合には、立証趣旨とは異なる実質的な要証事実を定めることができると解すべきである。すなわち、立証趣旨に従って要

基礎応用 305 頁 [論点 1]、論証集

145 頁 [論点 1]

証事実を証明することが、争点である主要事実を立証することとの関係で意味がないのであれば、立証趣旨に拘束されることなく実質的な要証事実を認定することができることになる。¹⁾

最高裁平成17年決定は、電車内での痴漢事件において、立証趣旨を「被害再現状況」とする実況見分調書及び立証趣旨を「犯行再現状況」とする写真撮影報告書について、「本件両書証は、捜査官が、被害者や被疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして、これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ、立証趣旨が「被害再現状況」、「犯行再現状況」とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものと解される。このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については、刑訴法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである。」として、検察官の立証趣旨とは異なる要証事実を設定した。

本決定の事案では、検察官の立証趣旨に従うと、①実況見分調書・写真撮影報告書（証拠）→②被害再現状況・犯行再現状況（再間接事実）→③甲による電車内での痴漢の物理的可能性（間接事実）→④甲による電車内の痴漢という犯罪事実の存在（主要事実）という推認過程を前提として、①における立会人の供述録取部分・写真の要証事実を②被害再現状況・犯行再現状況（再間接事実）と捉えることになる。②被害再現状況・犯行再現状況（再間接事実）は、立会人が知覚・記憶・表現・叙述した事実としてではなく、見分者が知覚・記憶して各実況見分調書に記載した事実として要証事実になっているにすぎない。このため、②被害再現状況・犯行再現状況（再間接事実）を要証事実とする場合には、①における立会人の供述録取部分・写真は、①実況見分調書全体の性質から独立した立会人を原供述者とする伝聞証拠には当たらない。したがって、①における立会人の供述録取部分・写真は、321条3項所定の要件を満たすだけで証拠能力が認められる。

しかし、本決定は、「実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものと解される。」として、検察官の立証趣旨に従った推認過程とは異なる推認過程を前提とした要証事実を設定している。判例の事案では、被害再現・犯行再現は、犯行現場である電車内ではなく警察署内で実施されているにすぎず、警察署内で犯行当時の電車内の状況（座席、乗客の人数・位置など）を再現した上で実施されているわけでもないため、そのような状況下で行われた被害再現・犯行再現の結果からは甲の電車内における痴漢の物理的可能性を立証することはできず、その意味において、甲の犯行の物理的可能性の立証を媒介とした甲による犯行の立証という推認過

基礎応用 305 頁 [判例 1]、論証集

145 頁 [判例]、最決 H17.9.27・百

82

¹⁾ 「立証趣旨をそのまま前提にするとおおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合」とは、①間接証拠型において、立証趣旨を前提とした「要証事実たる間接事実」を証明できない場合と、②間接証拠型において、立証趣旨を前提とした「要証事実たる間接事実」を証明することはできるが、「要証事実たる間接事実」から主要事実を合理的に推認できない場合を意味する。

程を前提とした場合に、①における立会人の供述録取部分・写真には証拠として価値が認められないからである。だからこそ、本決定は、①実況見分調書・本件写真撮影報告書（証拠）→②再現された通りの甲による犯罪事実の存在（主要事実）という合理的な推認過程を前提として、②を要証事実として捉えたのである。

検察官が前提とする「被告人による犯行の物理的可能性（間接事実）の立証を介した被告人の犯行（主要事実）の立証」という推認過程が合理的なものとして許容されるためには、㊦被告人の犯行の物理的可能性を立証する必要があることと、㊧被害再現・犯行再現実験の結果が被告人の犯行の物理的可能性を合理的に立証できるものであること（基本的に、被害再現・犯行再現実験が犯行当時と同様の状況で行われる必要があろう。）の２点を満たす必要があると考えられる。本決定の事案では、㊧を欠くとの理由から上記の推認過程を前提とする要証事実の設定が否定されたのである。

本問では、取り調べにおいて、甲は、Q に対し、V 方の室内に侵入した方法について、「施錠されていた V 方玄関ドアの特殊な錠をピッキング用具で解錠して室内に侵入し…」と供述しているため、甲による犯行の物理的可能性として、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であった」かが問題となる（㊦）。そして、甲による犯行再現実験は、甲方から押収されたピッキング用具と同種のもの及び本件犯行時に V 方に設置されていた錠と同種の特殊な錠を準備した上で行われているのだから、それが V 方ではなく警察署で行われていることを踏まえても、その実験結果から、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」を合理的に立証することができるといえる（㊧）。このため、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」という検察官の立証趣旨に従って、実況見分調書①から犯行再現実験の結果（「Q は、甲方から押収されたピッキング用具と同種のもの及び本件犯行時に V 方に設置されていた錠と同種の特殊な錠を準備し、同日、同署において、…甲は、随時説明しながらピッキング用具を使って解錠した」こと）を立証し、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」の立証を介して甲の犯人性を立証するという推認過程が合理的なものとして許容されることとなる。

そうすると、実況見分調書①における説明（「被疑者は、『このように、ピッキング用具を鍵穴に入れてこうして動かしていくと解錠できます。』と説明した。」との記載、「被疑者は、『このように解錠できました。』と説明した。」との記載）及び写真（「甲が解錠している前記状況を連続して撮影した写真」、「甲が解錠された後の錠を指さしている場面の写真 1 枚」）は、見分者である Q が知覚・記憶して同調書に記載した犯行再現実験の結果を要証事実とするものであり、実況見分調書①全体の性質から独立した甲を原供述者とする伝聞証拠には当たらない。

したがって、実況見分調書①における甲の説明・写真は、321 条 3 項所定の要件を満たすだけで証拠能力が認められる。

3. 【実況見分調書②】

【実況見分調書②】についても、検察官Rが作成した実況見分調書の中に、公判期日外でなされたVの供述が記載されていることから、まず刑事訴訟法第321条第3項の適用を論じた上で、Vの供述を記載した部分の証拠能力について、最高裁判例（最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁）を踏まえつつ、伝聞法則の適用があるか否かを要証事実との関係で検討した上で、その有無を論じる必要がある。（出題の趣旨）

（1）実況見分調書全体の性質

【実況見分調書②】についても、検察官Rが作成した実況見分調書の中に、公判期日外でなされたVの供述が記載されていることから、まず刑事訴訟法第321条第3項の適用を論じ…る必要がある。（出題の趣旨）

（2）Vの指示説明、写真

【実況見分調書②】では、検察官の立証趣旨が「被害再現状況」であるところ、事例に現れた具体的事実を抽出、分析し、Vの供述どおりの犯行が本件犯行現場で可能だったことを立証する目的ではないことなどの根拠を示し、要証事実、実質において「再現されたとおりの犯罪事実の存在」、つまり供述内容の真実性であり、伝聞証拠である旨認定することが求められるが、特段の根拠を示すことなく結論だけを論じる答案、平成17年決定を意識することなく、漫然と要証事実を検察官の立証事実と同じだとして非伝聞証拠とするもの、検察官の立証趣旨を「被害状況」と誤って引用し、「被害再現状況」との区別を意識しない答案、甲やVの各指示説明の記載やそれらの再現状況の写真について、甲やVの指示説明をいわゆる「現場指示」あるいは「現場供述」のいずれかに当てはめ、特段の論述なく、前者を非伝聞証拠、後者を伝聞証拠と結論付ける答案、写真について「記録過程が機械的になされるので当然に非伝聞証拠である」とする答案などが相当数見受けられた。（採点実感）

検察官Tは、【実況見分調書②】につき、立証趣旨を「被害再現状況」として、証拠調べの請求をしている。これは、犯行の物理的可能性の立証を介して甲の犯人性を立証しようとしているのではなく、実況見分調書②から直接に「再現されたとおりの犯罪事実の存在」（採点実感）を立証しようとしているのである。

そうすると、実況見分調書②におけるVの説明・写真は、Sにより再現された通りの犯人による犯罪事実の存在というVが知覚・記憶・表現・叙述した過去の犯罪事実の存在を要証事実とするものとして、実況見分調書②全体の性質から独立した伝聞証拠に当たることになるから、321条3項に加えて、「被告人以外の者…の供述を録取した書面」のうち「前2号に掲げる書面以外の書面」として321条1項3号の要件を満たすことが必要とされる。

同3号の供述録取書の要件は、(i) 供述不能、(ii) 不可欠性、(iii) 絶対的特信情况及び(iv) 原供述者の「署名若しくは押印」であるところ、前掲最高裁平成17年決定は、被害再現写真について、「写真については、撮影、現像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから前記各要件

のうち再現者の署名押印は不要と解される。」と判示している。写真などの機械的記録は、人間の知覚・記憶・表現・叙述という供述過程を経ずに機械的に作成されるため、記録の正確性が担保されているから、人間による録取過程の正確性を担保するという原供述者の署名・押印要件の趣旨が妥当しないのである。

【採点実感】

1. 採点に当たっては、出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した

前記各設問は、いずれも、捜査及び公判に関して刑訴法が定める制度・手続及び関連する判例の基本的な理解に関わるものであり、〔設問1〕は、領置の適法性について判断した最高裁判例（最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁、以下「平成20年決定」という。）、〔設問2〕は、要証事実との関係で実況見分調書の証拠能力について判断した最高裁判例（最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁、以下「平成17年決定」という。）など法科大学院の刑事手続に関する授業でも取り扱われる基本的な判例を正確に理解していれば、本事例において何を論じるべきか自ずと把握することができ、十分解答は可能であろう。（採点実感）

2. おおむね出題の意図に沿った論述をしていると評価できる答案としては、次のようなものがあつた

〔設問1〕では、刑訴法第221条の「領置」の意義に関する正確な理解を示し、各捜査の内容に即して、【捜査①】であれば、アパートの大家にごみの占有が残っていることに言及し、当該ごみが「保管者」たるアパートの大家からの任意提出物に該当するかを、【捜査②】であれば、甲が投棄した容器が「遺留物」に該当するかを各々検討して、「領置」に該当するかを適切に論じる答案が見受けられた。次に、領置の限界について、平成20年決定を十分に意識しつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示し、領置対象物の性質、捜査の進展状況、領置の方法など、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して結論を導いている答案が見受けられた。

〔設問2〕では、伝聞証拠の意義を論じた上で、各実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性を的確に論じ、さらに、甲及びVの供述部分が含まれている点に言及し、平成17年決定を十分に意識しつつ、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して、各実況見分調書の要証事実を正確に把握した上で、要証事実との関係で当該実況見分調書が伝聞証拠に該当するかを検討し、該当する場合には、伝聞例外の条文の適用と当てはめについて適切に結論を導いている答案が見受けられた。（採点実感）

3. 答案の評価

（1）「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、刑訴法第221条の「領置」の意義に関する正確な理解を示し、各捜査内容に即して、事例に現れた具体的事実を抽出、分析し、「領置」に該当するか否かを適切に論じた上で、平成20年決定を意識しつつ、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという枠組みを示して領置の限界を論じ、領置対象物の性

質、捜査の進展状況、領置の方法など、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して結論を導いている答案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義を論じた上で、各実況見分調書について刑訴法第321条第3項該当性が問題となることを的確に論じ、さらに、平成17年決定を十分に意識しつつ、事例に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して、各実況見分調書の要証事実を正確に把握し、各実況見分調書の証拠能力を検討する際に必要な伝聞例外の条文適用と当てはめを適切に行っている答案である。(採点実感)

(2) 「良好の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、領置の意義に関する一応の理解を示し、各捜査内容に即して「領置」に該当するか否かを論じた上で、領置の限界について、甲のプライバシーの利益と各領置の必要性を比較衡量して相当性を検討するという判断枠組を示すまでには至っていないものの、平成20年決定を意識しつつ、当てはめにおいて、不十分ではあるものの、甲のプライバシーの利益にも一応配慮し、事例に現れた具体的事実の抽出、分析をした上で結論を導いている答案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義や実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性に関する的確な論述を行った上で、各実況見分調書の要証事実について、平成17年決定を意識できており、不十分ではあるものの、事例に現れた具体的事実の抽出、分析をした上で根拠を示しつつ認定し、一応の結論を示すことができている、伝聞例外の条文適用や当てはめも一応論じることができていた答案である。(採点実感)

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、領置の意義に関する一応の理解を示し、各捜査内容に即して、「領置」に該当するか否かを適切に論じた上で、領置の限界について、一応事例に現れた具体的事実を抽出、分析しているものの、平成20年決定への意識がなく、甲のプライバシーの利益に配慮した判断枠組が示されていない上、当てはめにおいても、甲のプライバシーへの配慮が不十分であり、物足りなさを感じる答案であり、〔設問2〕については、伝聞証拠の意義や実況見分調書の刑訴法第321条第3項該当性に関して一応の理解を示し、各実況見分調書の要証事実を認定した上で結論を導こうとしているものの、要証事実を正確に捉えられていない答案、要証事実を認定する論拠が欠落あるいは不十分な答案、事例の具体的事実の抽出、分析が不正確なために、伝聞例外の適用条文を一部誤った答案である。(採点実感)

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑訴法上の基本的な原則の意味を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だけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案等、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。

例を挙げれば、〔設問１〕であれば、領置の意義に全く言及することなく、本件回収行為について強制処分に該当するか否か、単に任意処分として許されるかという、強制処分と任意処分の区別に関する一般論を展開するだけの答案がこれにあたる。〔設問２〕であれば、実況見分調書の伝聞性に一切触れないもの、各実況見分調書の要証事実の検討が全くなされていないもの、各実況見分調書を伝聞証拠とし、伝聞例外の要件を満たさないと認定しながら、刑訴法第３２１条第３項の要件を満たせば実況見分調書全体の証拠能力が認められるとするもの、各実況見分調書を再伝聞に該当するとして刑訴法第３２４条の問題とするものなど、およそ伝聞法則を理解していないとしか評しようのない答案である。（採点実感）

４．法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においても、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的について、最高裁の基本的な判例を踏まえて、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に理解すること、それを踏まえて、関係条文や判例法理を具体的事例に当てはめて適用する能力を身に付けること、自説の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立てて分かりやすい文章で表現できる能力を培うことが強く求められる。また、刑訴法においては、刑事実務における手続の立体的な理解が不可欠であり、通常の捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判所、検察官、弁護人の法曹三者が具体的にどのような立場からどのような活動を行い、それがどのように関連して手続が進んでいくのかなど、刑事手続が法曹三者それぞれの立場から動態として積み重ねられていくことについて理解を深めていくことが重要である。（採点実感）

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 捜査①

3 (1) 捜査①が「領置」ではなく「差押え」に当たるなら、令状主義（憲法 35 条 1 項、刑
4 事訴訟法 218 条 1 項）に違反する。そこで、捜査①が遺留物又は任意提出物を対象と
5 した「領置」に当たるかが問題となる。

6 領置が押収に含まれるにもかかわらず令状を要しないとされる根拠は、物の占有取
7 得の過程に強制の要素がないことにある。そこで、「遺留した物」とは、強制的に排除
8 すべき他者の占有がない物を意味し、自己の意思によらずに占有を喪失した物に限ら
9 ず、自己の意思によって占有を放棄した物をも含むと解する。

10 確かに、甲は、アパートの敷地内にあるごみ置場にごみ袋 1 袋を投棄したことによ
11 り、自己の意思によってその占有を放棄したといえる。

12 しかし、同アパートでは、その所有者である大家から居住者に対して、ごみを同ご
13 み置場に捨てるように指示しており、大家が同ごみ置場のごみの分別を確認し、公道
14 上にある地域のごみ集積所に、ごみ回収日の午前 8 時頃に搬出することについて、あ
15 らかじめ居住者から了解を得ていた。このことに、同ごみ置場が開放性のある公道上
16 ではなく同アパートの敷地内にあることも踏まえると、甲が同ごみ置場にごみ袋 1 袋
17 を投棄した時点で、そのごみ袋 1 袋の占有が甲から大家に移転したと解すべきである。
18 そうすると、ごみ袋 1 袋は、大家の占有に属する以上、強制的に排除すべき他者の占
19 有がない物ではないから、「被疑者…が遺留した物」に当たらない。

20 もっとも、P は、大家からごみ袋 1 袋の任意提出を受けたのだから、ごみ袋 1 袋は
21 「所持者…が任意に提出した物」に当たる。

22 したがって、捜査①は任意提出物を対象とした「領置」に当たる。

23 (2) では、捜査①は「領置」として適法か。

1 領置であっても元占有者のプライバシーを侵害しうるから、捜査比例の原則の適用
2 により、必要かつ相当な限度で許容されると解する。

3 まず、本件事実は住居侵入・強盗致傷未遂という重大事件であるところ、V がすぐ
4 に病院に救急搬送されたために V から詳細な被害状況を聞くことができておらず、捜
5 査を開始しても、同現場からは、玄関から 1 階リビングルームに繋がる廊下にある足
6 跡以外には、犯人の特定につながる証拠を発見することが出来ていなかった。このた
7 め、本件事件について、犯人を特定するための捜査を行う必要性がある。

8 次に、本件事件は令和 4 年 10 月 25 日午前 2 時頃、V 方で発生していること、V 方
9 付近にあるコンビニエンスストアに設置された防犯カメラの映像には、同日午前 2 時
10 7 分頃、V が 110 番通報した際に告げた犯人の着衣や背格好などに酷似した男性甲が
11 長い棒状の物を手に持ち北西方向に走っている様子が記録されていたこと、同コンビ
12 ニエンスストアから北西に約 1 キロメートル離れた場所にあるガソリンスタンドに設
13 置された防犯カメラの映像に、同日午前 2 時 22 分頃、マスクは着けておらず、長い棒
14 状の物も持っていなかったものの、前記コンビニエンスストアの防犯カメラの映像に
15 記録されていた男性と酷似した男性甲が、同ガソリンスタンドの向かいにあるアパー
16 トの建物の中に入っていく様子が記録されていたことから、甲には本件事件の犯人で
17 あるとの疑いが認められる。このため、本件事件について、甲の犯人性を確認するた
18 めの捜査を行う必要性がある。

19 捜査①の対象物であるごみ袋 1 袋は、甲が本件事件から約 22 分後に入っていったア
20 パートから持ち出したものであるから、その中には、甲が事件当時に着用していた衣
21 服や靴が入っている蓋然性がある。このため、ごみ袋 1 袋を領置することは、甲の犯
22 人性を確認するために必要な捜査である。

23 しかも、当日は同ごみ集積所のごみ回収日であったため、ごみ置場に投棄されたご

み袋 1 袋は、数時間後には回収され、ごみ処理施設で処理されるのだから、そうなる前にごみ袋 1 袋を領置すべき緊急性が認められる。このことに、本件事件の重大性も踏まえると、捜査①の必要性は高いといえる。

他方で、甲には、ごみ袋 1 袋について、通常そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待が認められるところ、アパートの敷地内にあるごみ置場にはアパートの居住者であれば誰でも自由に立ち入ることができる上に、施錠等によりアパートの居住者以外の者が立ち入れない状況にあったとも認められない。そうすると、同ごみ置場の閉鎖性はさほど高くないから、そこに置かれたごみ袋についての上記期待のプライバシーとしての要保護性は低いといえる。

したがって、捜査①の必要性とプライバシー侵害との合理的権衡が保たれているといえるから、相当性が認められる。

よって、捜査①は適法である。

2. 捜査②

(1) 甲は、公道上に空の容器（以下「本件容器」という。）を投棄することにより、自己の意思によってその占有を放棄したといえる。また、公道は開放性の高い場所であるから、そこに投棄された本件容器について甲以外の第三者の占有が認められるともいえない。そうすると、本件容器は、強制的に排除すべき他者の占有がない物として「被疑者…が遺留した物」に当たる。

したがって、捜査②は遺留物を対象とした「領置」に当たる。

(2) では、捜査②は「領置」として適法か。

捜査①により領置されたごみ袋 1 袋の中から黒のスニーカー 1 足が発見され、同スニーカーの靴底の紋様が V 方廊下に付着していた足跡と矛盾しないものであることが判明した。これにより、甲に対する嫌疑が高まっていた。もっとも、同スニーカーは大

1 手ディスカウントショップで大量に販売されていたものであった上、同スニーカーか
2 ら、犯人の特定につながる証拠を得ることもできなかった。このため、引き続き甲の
3 犯人性を確認するために捜査を継続する必要があった。

4 一方で、犯人の逃走経路と考えられる場所の捜索により同じ場所からゴルフクラブ
5 と黒のマスクが発見されたこと、同ゴルフクラブに付着していた血液の DNA 型と V
6 の DNA 型が一致することが判明したことと、同マスクの外側に付着した血液の DNA
7 型と V の DNA 型が一致することが判明したことから、同ゴルフクラブは犯人が本件
8 事件で利用した凶器であることと、同マスクは犯人が本件事件当時に着用していたも
9 のであることが認められる。そして、同マスクの内側に付着した血液は、犯人と V が
10 揉み合いなるなどして付着した犯人の血液であると考えられるため、同血液の DNA 型
11 と甲の DNA 型とを比較対照することで甲の犯人性を確認することができる。ところ
12 が、同マスクの内側に付着した血液の DNA 型は、警察が把握していた DNA 型のデー
13 タベースには登録されていなかった。このため、甲と犯人との同一性を判断するため
14 に、甲の DNA 型を特定する必要があった。そして、甲の行動確認の結果、甲方に複数
15 人が出入りしていることが判明していたため、ごみの中から甲の DNA 型を特定する
16 ための証拠を入手することが難しい状況にあったのだから、甲が公道上に投棄した本
17 件容器を領置する必要性が認められる。

18 しかも、同マスクの内側に付着した血液が犯人の血液である可能性が極めて高いた
19 め、甲の DNA 型を特定するための証拠は甲の犯人性に関する決定的な証拠となるか
20 ら、本件容器を領置する必要性は高いといえる。

21 他方で、甲は、本件容器について、DNA 型を知られることはないという期待を有す
22 る。DNA 型は、それ自体は個人識別情報であるが、それに紐づいている他のプライバ
23 シー情報にもアクセスできる可能性があるという意味で、プライバシーとしての要保

護性が高いといえる。このため、捜査②によるプライバシー侵害は、捜査①に比べて大きいといえる。

もっとも、上述した捜査②の必要性の高さからすれば、捜査②の必要性とプライバシー侵害との合理的権衡は保たれているというべきである。

したがって、相当性が認められるから、捜査②は適法である。

設問 2

1. 実況見分調書①（以下「調書①」という。）

（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・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという考えにある。そこで、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容の真実性が問題となるかどうかで判断するべきである。

調書①全体は、Q の公判供述に代わる書面として、Q が知覚・記憶して同調書に記載した実況見分の結果を要証事実とするものだから、伝聞証拠に当たる。

（2）実況見分と狭義の検証は強制処分かどうかの違いにとどまり、検証活動としての性質に相違はないし、強制処分であるかが処分・調書の正確性に直結するともいい難いから、実況見分調書も 321 条 3 項の「検証の結果を記載した書面」に含まれると解する。

したがって、調書①は「検証の結果を記載した書面」に含まれるから、作成者である Q が証人尋問においてそれが「真正に作成されたものであることを供述」した場合に、証拠能力が認められる。

（3）では、甲の説明及び写真にも証拠能力が認められるか。

ア. 検察官の立証趣旨は、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能で

あったこと」という犯行の物理的可能性である。この立証趣旨に従う場合、甲の説明及び写真から「Q は、甲方から押収されたピッキング用具と同種のもの及び本件犯行時に V 方に設置されていた錠と同種の特殊な錠を準備し、同日、同署において、…甲は、随時説明しながらピッキング用具を使って解錠した。」という犯行再現実験の結果を立証することを介して「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」を立証し、同事実から甲の犯人性を推認することとなる。この要証事実、見分者 Q が直接体験した事柄であるから、これを証明するためには見分者 Q の供述内容の真実性が問題となるだけであり、立会人甲の供述内容の真実性は問題とならない。したがって、甲の説明及び写真は、調書①から独立した甲を原供述者とする伝聞証拠ではないから、321 条 3 項の要件を満たしさえすれば証拠能力が認められる。

これに対し、甲の説明及び写真の要証事実を「甲が V 方の施錠された玄関ドアを開け」たことという犯罪事実であると捉える場合には、甲の説明及び写真は、甲が知覚・記憶して実況見分の際に表現・叙述した過去の犯罪事実を要証事実とするものとなるから、調書①全体から独立した甲を原供述者とする伝聞証拠に当たる。その結果、甲の説明及び写真の証拠能力が認められるためには、321 条 3 項に加えて、甲の公判外供述の伝聞性を解消するために 322 条 1 項の要件も満たす必要がある。

イ．そこで、要証事実の捉え方が問題となる。

立証に関する当事者主義（規則 189 条 1 項参照）のもと、要証事実とは当該証拠の取調べ請求をした当事者が示す立証趣旨に従って決定されるのが原則である。もっとも、立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合には、立証趣旨とは異なる実質的な要証事実を定めることができると解すべきである。

1 本問では、取り調べにおいて、甲は、Q に対し、V 方の室内に侵入した方法につ
2 いて、「施錠されていた V 方玄関ドアの特殊な錠をピッキング用具で解錠して室内
3 に侵入し…た」と供述しているため、甲による犯行の物理的可能性として、「甲が V
4 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であった」か否かが問題となる。
5 そして、甲による犯行再現実験は、甲方から押収されたピッキング用具と同種のも
6 の及び本件犯行時に V 方に設置されていた錠と同種の特殊な錠を準備した上で行わ
7 れているのだから、それが V 方ではなく警察署で行われていることを踏まえても、
8 その実験結果から、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であ
9 ったこと」を合理的に立証することができる。このため、「甲が V 方の施錠された玄
10 関ドアの錠を開けることが可能であったこと」という検察官の立証趣旨に従って、
11 調書①から犯行再現結果を立証し、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開ける
12 ことが可能であったこと」の立証を介して甲の犯人性を立証するという推認過程が
13 合理的なものとして許容されることとなる。そうすると、検察官の立証趣旨をその
14 まま前提にするとおよそ証拠として無意味になるような例外的な場合には当たらな
15 い。

16 したがって、甲の説明・写真は、Q が知覚・記憶して調書①に記載した犯行再現
17 実験の結果を要証事実とするものであるから、調書①から独立した甲を原供述者と
18 する伝聞証拠ではない。

19 よって、甲の説明・写真は、321 条 3 項の要件を満たしさえすれば証拠能力が認
20 められる。

21 2. 実況見分調書②（以下「調書②」という。）

22 （1）調書②は R が知覚・記憶した同調書に記載した実況見分の結果を要証事実とするも
23 のとして伝聞証拠に当たることと、調書②にも 321 条 3 項が適用されることは、調書

①と同様である。

(2) 問題は、調書②における V の説明・写真の証拠能力である。

ア. 検察官の立証趣旨は「被害再現状況」である。この立証趣旨に従う場合、V の説明及び写真は、被害再現の結果から犯行の物理的可能性を立証しようとするものではなく、再現された通りの犯行が行われたという過去の犯罪事実を直接立証するための証拠となる。

そうすると、V の説明・写真は、再現された通りの犯行が行われたという V の公判外供述の内容たる事実を要証事実とするものとして、調書②全体の性質から独立した V を原供述者とする伝聞証拠に当たる。

イ. V の説明には「被告人以外の者」の供述録取書として 321 条 1 項 3 号が適用され、V の写真にはこれに準ずるものとして同条項 3 号が適用される。

(ア) V は「死亡」しているため、供述不能に当たる。

(イ) 再現された通りの犯罪事実の存在は、被害状況を立証趣旨とする V の検察官面前調書によっても立証可能であるから、V の説明・写真が「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」に当たるのかは疑問である。また、「その供述が特に信用すべき状況の下にされたもの」として絶対的特信状況を認めうる事情も見当たらない。さらに、V の説明部分については、録取過程の正確性を担保することを趣旨とする V の「署名若しくは押印」を欠く。

(ウ) V の写真部分については、人間の知覚・記憶・表現・叙述という供述過程を経ずに機械的に作成されるため、記録の正確性が担保されているとの理由から、甲の署名・押印は不要と解すべきである。もっとも、不可欠性も絶対的特信状況も満たさない以上、V の写真部分も証拠能力が認められない。

ウ. 以上より、V の説明・写真の証拠能力は認められない。

以上

[中上位答案]

1 設問 1

2 1. 捜査①

3 (1) 捜査①が「領置」ではなく「差押え」に当たるなら、令状主義（憲法 35 条 1 項、刑
4 事訴訟法 218 条 1 項）に違反する。そこで、捜査①が遺留物又は任意提出物を対象と
5 した「領置」に当たるかが問題となる。

6 領置が押収に含まれるにもかかわらず令状を要しないとされる根拠は、物の占有取
7 得の過程に強制の要素がないことにある。そこで、「遺留した物」とは、強制的に排除
8 すべき他者の占有がない物を意味し、自己の意思によらずに占有を喪失した物に限ら
9 ず、自己の意思によって占有を放棄した物をも含むと解する。

10 確かに、甲は、アパートの敷地内にあるごみ置場にごみ袋 1 袋を投棄したことによ
11 り、自己の意思によってその占有を放棄したといえる。

12 しかし、同アパートでは、その所有者である大家から居住者に対して、ごみを同ご
13 み置場に捨てるように指示しており、大家が同ごみ置場のごみの分別を確認し、公道
14 上にある地域のごみ集積所に、ごみ回収日の午前 8 時頃に搬出することについて、あ
15 らかじめ居住者から了解を得ていた。このため、甲が同ごみ置場にごみ袋 1 袋を投棄
16 した時点で、そのごみ袋 1 袋の占有が甲から大家に移転したと解すべきである。そう
17 すると、ごみ袋 1 袋は、大家の占有に属する以上、強制的に排除すべき他者の占有が
18 ない物ではないから、「被疑者…が遺留した物」に当たらない。

19 もっとも、P は、大家からごみ袋 1 袋の任意提出を受けたのだから、ごみ袋 1 袋は
20 「所持者…が任意に提出した物」に当たる。

21 したがって、捜査①は任意提出物を対象とした「領置」に当たる。

22 (2) では、捜査①は「領置」として適法か。

23 領置であっても元占有者のプライバシーを侵害しうるから、捜査比例の原則の適用

により、必要かつ相当な限度で許容されると解する。

まず、捜査を開始しても、同現場からは、玄関から 1 階リビングルームに繋がる廊下にある足跡以外には、犯人の特定につながる証拠を発見することが出来ていなかった。このため、本件事件について、犯人を特定するための捜査を行う必要性がある。

次に、本件事件から約 7 分後、V 方付近にあるコンビニエンスストアに設置された防犯カメラの映像に犯人の特徴と酷似する男が映っていたことと、事件発生から約 22 分後、同コンビニエンスストアから約 1 キロメートル離れた場所にあるガソリンスタンドに設置された防犯カメラの映像にも上記男が映っていたことから、その男である甲が本件事件の犯人である可能性が高いといえる。このため、甲の犯人性を確認するための捜査を行う必要性がある。

そして、ゴミ袋 1 袋は甲が投棄したものだから、その中には、甲が事件当時に着用していた衣服や靴が入っている蓋然性がある。このため、ゴミ袋 1 袋を領置することは、甲の犯人性を確認するために必要な捜査である。

しかも、本件事件は住居侵入・強盗致傷未遂という重大事件であるから、捜査①の必要性は高いといえる。

他方で、甲は、ゴミ袋 1 袋について、通常そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待を有する。もっとも、甲は、ゴミ置場に投棄されたゴミが開放性の高い公道上の地域のごみ集積所に搬出されることについて予め了解しているのだから、かかる期待のプライバシーとしての要保護性は低いといえる。

したがって、捜査①は相当性も満たすから、捜査①は適法である。

2. 捜査②

(1) 甲は、公道上に空の容器（以下「本件容器」という。）を投棄することにより、自己の意思によってその占有を放棄したといえる。また、開放性の高い公道に投棄された

1 本件容器について甲以外の第三者の占有が認められるとはいえない。そうすると、本
2 件容器は、強制的に排除すべき他者の占有がない物として「被疑者…が遺留した物」
3 に当たる。したがって、捜査②は遺留物を対象とした「領置」に当たる。

4 (2) では、捜査②は「領置」として適法か。

5 捜査①により領置されたごみ袋 1 袋の中から黒のスニーカー1 足が発見され、同ス
6 ニーカーの靴底の紋様が V 方廊下に付着していた足跡と矛盾しないものであることが
7 判明した。これにより、甲に対する嫌疑が高まっていた。

8 そして、ゴルフクラブと黒のマスクが犯人逃走経路と考えられる同一の場所から発
9 見されたことと、これらに付着していた血液の DNA 鑑定の結果から、同マスクの内
10 側に付着した血液が犯人の血液である可能性が極めて高いと認められる。ところが、
11 同マスクの内側に付着した血液の DNA 型は、警察が把握していた DNA 型のデータベ
12ースには登録されていなかった。このため、甲と犯人との同一性を判断するために、
13 甲の DNA 型を特定する必要があった。そして、甲の行動確認の結果、甲方に複数人が
14 出入りしていることが判明していたため、ごみの中から甲の DNA 型を特定するた
15 めの証拠を入手することが難しい状況にあったのだから、甲が公道上に投棄した本件容
16 器を領置する必要性が認められる。

17 しかも、同マスクの内側に付着した血液が犯人の血液である可能性が極めて高いた
18 め、甲の DNA 型を特定するための証拠は甲の犯人性に関する決定的な証拠となるか
19 ら、本件容器を領置する必要性は高いといえる。

20 他方で、甲は、本件容器について、DNA 型を知られることはないという期待を有す
21 るところ、かかる期待のプライバシーとしての要保護性は高いと考えられる。もっと
22 も、捜査②の必要性の高さからすれば、捜査②には相当性があるといえる。

23 したがって、捜査②は適法である。

1 設問 2

2 1. 実況見分調書①（以下「調書①」という。）

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）。

4 伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の
5 正確性を反対尋問等により吟味・確認できないため、類型的に事実認定を誤る危険が
6 あるという考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で公判廷
7 外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判断するべきである。

8 調書①全体は、Q の公判供述に代わる書面として、Q が知覚・記憶して同調書に記
9 載した実況見分の結果を要証事実とするものだから、伝聞証拠に当たる。

10 （2）実況見分と狭義の検証は強制処分かどうかの違いにとどまり、検証活動としての性
11 質に相違はないから、実況見分調書も 321 条 3 項の「検証の結果を記載した書面」に
12 含まれると解する。

13 したがって、調書①は「検証の結果を記載した書面」に含まれるから、Q が証人尋
14 問において真正作成証言をした場合には、証拠能力が認められる。

15 （3）では、甲の説明及び写真にも証拠能力が認められるか。

16 検察官の立証趣旨は、「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能で
17 あったこと」という犯行の物理的可能性である。そうすると、甲の説明及び写真から
18 「Q は、甲方から押収されたピッキング用具と同種のもの及び本件犯行時に V 方に設
19 置されていた錠と同種の特種な錠を準備し、同日、同署において、…甲は、随時説明
20 しながらピッキング用具を使って解錠した。」という犯行再現実験の結果を立証するこ
21 とを介して「甲が V 方の施錠された玄関ドアの錠を開けることが可能であったこと」
22 を立証し、同事実から甲の犯人性を推認することとなる。この要証事実、見分者 Q
23 が直接体験した事柄であるから、これを証明するためには見分者 Q の供述内容の真実

性が問題となるだけであり、立会人甲の供述内容の真実性は問題とならない。

したがって、甲の説明及び写真は、調書①から独立した甲を原供述者とする伝聞証拠ではないから、321条3項の要件を満たしさえすれば証拠能力が認められる。

2. 実況見分調書②（以下「調書②」という。）

（1）調書②はRが知覚・記憶した同調書に記載した実況見分の結果を要証事実とするものとして伝聞証拠に当たることと、調書②にも321条3項が適用されることは、調書①と同様である。

（2）問題は、調書②におけるVの説明・写真の証拠能力である。

ア. 検察官の立証趣旨は「被害再現状況」である。この立証趣旨に従う場合、Vの説明及び写真は、被害再現の結果から犯行の物理的可能性を立証しようとするものではなく、再現された通りの犯行が行われたという過去の犯罪事実を直接立証するための証拠となる。

そうすると、Vの説明・写真は、再現された通りの犯行が行われたというVの公判外供述の内容たる事実を要証事実とするものとして、調書②全体の性質から独立したVを原供述者とする伝聞証拠に当たる。

イ. Vの説明には「被告人以外の者」の供述録取書として321条1項3号が適用され、Vの写真にはこれに準ずるものとして同条項3号が適用される。

確かに、Vは「死亡」しているため、供述不能に当たる。しかし、再現された通りの犯罪事実の存在は、被害状況を立証趣旨とするVの検察官面前調書によっても立証可能であるから、Vの説明・写真が「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」に当たらない。また、絶対的特信状況を認めうる事情も見当たらない。

そうである以上、甲の説明・写真は、甲の署名・押印の有無・要否にかかわらず、証拠能力が認められない。

以上

参考文献

- ・「リーガルクエスト 刑事訴訟法」第3版(著:宇藤崇・松田岳士・堀江慎司-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法講義」第7版(著:池田修・前田雅英-東京大学出版会)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」第2版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」第2版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「刑事訴訟法」第2版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」第2版(著:緑大輔-日本評論社)
- ・「捜査法演習」初版(著:佐々木正輝・猪俣尚人-立花書房)
- ・「刑事公判法演習」初版(編:廣瀬健二-立花書房)
- ・「事例演習刑事訴訟法」第3版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第5版(監修:松尾浩也、編集代表:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「ブラクティス刑事裁判」平成27年3月(司法研修所刑事裁判教官室)
- ・「刑事訴訟法判例百選」第11版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5年度(有斐閣)
- ・「判例教材 刑事訴訟法」第5版(編:三井誠-東京大学出版会)
- ・「法律学の争点シリーズ 刑事訴訟法の争点」第3版(編:松尾浩也・井上正仁-有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)
- ・「法学教室」2006.Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)