

採点講評

(2018年2月4日 刑事訴訟法)

答練お疲れ様です。今年の子備試験合格を狙っている人は、そろそろ追い込みの時期という感じでしょうか。精神的にもつらい時期でしょうが、きっと報われると信じて頑張ってくださいとおもっております。

刑事訴訟法①の採点講評と、皆様の答案を見た上での補論を書きましたので、長くなってしまいましたが、ご一読いただくと幸いです。

1 全体について

基本的な問題を出題していることもあって、とりわけ設問1については、皆様、比較的良好に書けていたような印象です。他の回よりも点数が良かった方も多いのではないのでしょうか（採点基準が甘く、若干インフレ化してしまった印象がありますが、ご容赦ください）。他方で、全然点数が付いていない人も全体の1～2割程度いらっしゃいました。これは、基礎知識の不足によるものですので、基本書等を読んで改めてきちんと勉強すれば何ら問題はありません。

いずれにせよ、点数はあくまでも目安ですので、良かった人も驕らず、悪かった人もめげないでください。

なお一般論として、司法試験受験生には概ね30人に1人くらいの割合で、解読不能レベルの悪筆の持ち主がいるのですが、今回の答案の中でそういったものはありませんでした（私の添削コメントの方がよほど悪筆ですね…）。

2 設問1について

(1) 雑感

論点が明確な問題でしたので、全く的外れという答案はそれほど無かったような印象です。他方、少し厳しく見ると、判例の考え方若しくは必要な処分説の考え方を正確に書けている答案は無かったかと思えます（最高得点答案と雖も例外ではありません）。

余談ですが、甲と乙とを勝手に結婚させてしまっている答案が2通ほどありました。日本の未婚率の増加を憂いていることはよく理解できますが、問題文は注意して読むようにしてください。同棲＝結婚ではありません。男女関係は刑事訴訟法よりも奥深く難解なものです。

また、細かい点で気になったのは、「搜索（差押）対象物」を、「証拠」と書いて

ている答案が散見されました。間違っているというほどではありませんが、本件包丁が証拠になるかは、搜索差押の後に、検察官が検討して初めて分かることです。血らしきものが付いていますが、本当に血かは分かりませんし、甲が前日にマグロ解体ショーをやったために付着したマグロの血かもしれません。甲がアメリカのB級ホラー映画に出てくるようなシリアルキラーであれば、V以外の人物の血なのかもしれません。要するに、搜索差押の段階では本当に本件被疑事実の「証拠」になるかは分からないので、「搜索（差押）対象物」が正確な表現になるでしょう。

(2) 補論

答案を読んでいて、気になった部分について、以下、若干補足したいと思います。

ア 任意捜査の枠組みで検討した答案

そもそも、本問では令状が発付されていますので、令状の効力を検討して欲しかったのですが、任意捜査の枠組みで検討されている方もいらっしゃいました。

所持品検査の判例等（最決昭 53.9.7 刑集 32.6.1672 等）を見て頂ければ分かると思いますが、いわゆる取り出し型の搜索類似行為は、違法となる場合が殆どです（証拠排除に至る重大な違法かは措くとします。）。

加えて、本件では乙には何の嫌疑もありませんので、これらの判例の事案よりも更に任意捜査の枠組みで本件搜索差押を適法とするのは、難しいと言わざるを得ないでしょう。

イ 規範定立において必要性、緊急性、相当性を論じた起案

また、規範定立において判例や有力学説の見解ではなく、任意捜査の限界の規範に類似した、必要性、緊急性、相当性の規範を立てている答案が散見されました。

これが明確に誤りといえるかは微妙なのですが、本件は令状の効力の射程範囲を論じている訳ですから、その範囲は発付時に客観的に決まるものであって、行為時の事情（行為の相当性等）で後からその範囲が変わることはありません。

解説でも述べましたが、判例等の見解のベースにある考え方は

(A) 本件搜索差押許可状は「場所」に出ており、乙のポケットから本件包丁を取り出すのは令状の範囲外（身体）なので本来は違法である。

↓

(B) しかし、乙が搜索妨害のために隠匿した物は、本来は「場所」にあったもので、乙の行為が無ければ令状の効力が及んでいるはずの物だから、令状の効力を全うする為に、当該「場所」に戻す（あるいは「場所」あるものと同視して搜索 or 差押を行う。）限度で行う行為については、令状の範囲

内の行為といえるであろう

(C) そうであるとすれば、問題となるのは、搜索場所にいる第三者において、搜索（差押）対象物を隠匿したといえる事情が存するかどうかの問題となる。

というものです。それを令状の効力と説明するのか、原状回復措置としての「必要な処分」と説明するのかは、見解によって違うというだけです。

この場合、「場所」から隠匿されたものと疑われる物を、「場所」に戻す（或いは、「場所」にあった物として搜索差押する）ことの限度で令状の効力が及んでいますので、それを超える行為は別途令状を受けなければ違法でしょうし、逆に許容されている範囲内の行為については通常の強制処分として行って良いということになります。

なお、「必要な処分」としての相当性の議論をしている答案が散見されました。捜査比例の原則が及ぶので誤りではないですが、令状の効力が及べば当然に強制処分が行えるわけですから、本件の搜索態様ではあまり問題にはならないと思います。

女子の身体搜索（§ 222, § 115）を論じている答案もありました。しかしながら、そもそも本問では問題文中で、Kらの性別を書いていません（なお、乙が同居人としていることが分かっているならば、搜索を行う警官達の中に、婦人警官を入れるのが通常だと思われます。）ので、問題になるか不明であるという点はあるのですが、きちんと論じてあるものについては裁量点で若干調整しました。

ウ 「管理権」の理解について

答案中「管理権」という言葉が散見されました。

「管理権」という用語について、私の理解では、「場所」に対して令状が発付されていれば、そこにあるそれぞれの「物」についても効力が及ぶということについて、「物Aも、物Bも、居住者の同一の管理権に服する」という説明をしたものだと思います。即ち、「物」についてはAが管理していても、所有権はBにあるという場合もある訳ですが、“場所への搜索において、存在する各物の個性（所有権の帰属等）を捨象するため、その「場所」に存する物は全て居住者の同一管理権に服していると考えた上、裁判所は同管理権に対して権利侵害を認めて令状を発付しているため、物Aも物Bも搜索できる”という説明をするための概念かと思われます。

そのため、「場所」と別個の利益が存する「身体」には使われない概念でしょうし、本問では用いる必要の無い概念だと思われます。

なお、“甲の住居に対する管理権が乙の身体にも及ぶので身体搜索できる”といった論述が一定数見られましたが、ある者が居住地（及びその場所に存する物）に対して持っている管理権限が、居所の管理権よりも重要性の高い「身体」の利

益に対して及ぶというのは誤りでしょう（サザエさんの身体も、カツオ君の身体も、皆、波平さんの家に対する管理権に服するというのは何となく不自然だと思いませんか。）。

いずれにせよ、「管理権」という概念は万能に使えるものではないので、各自基本書で確認しておいて下さい。

3 設問2について

(1) 雑感

設問1とは打って変わって、書けている答案と、書けていない答案の差が非常に大きく出ました。

伝聞の問題であることに気付かない答案、伝聞例外から検討してしまっている答案、問題提起と結論のみが書かれている答案などが散見されました。

伝聞法則は、“法則”等と銘打たれていますが、要するに“原則”です。原則→例外は、法律論の基本であり、いきなり伝聞“例外”に飛びつくような答案は、基本的な理解ができていないと言われてもやむを得ないかと思えます。

また、非常に多かったのが、本問で§321I②（検面調書）の伝聞例外を検討している答案です。甲は被告人であり、条文を一読すれば§322Iの問題であることは明らかですから、この点については厳しく採点しました。

このようなミスが生じるのは、いわゆる論点主義的な思考で問題を検討していることが要因でしょう。確かに、§321I②は伝聞例外において論点が多数あるところですし、設問2はいわゆる論点らしい論点が出題されておらず、解釈論を書くべきところが§322Iの「署名・押印」くらいしかありません。頭の中にある論点カタログには無い問題が出たため、つい知っている論点を追ってしまったのではないのでしょうか。

なお、録音録画の実質証拠化に触れている答案はありませんでした（2～3通くらいはチャレンジしてくれているかと思っていたので、ちょっと寂しいです。）。これがストレートに試験で出題されることはまず無いと思いますが、実務上、かなりホットな話題なので、簡単に解説を読んでおいて下さい。

(2) 補論

ア 伝聞例外の整理について

上述の通り、本設問で伝聞例外の適用条文を誤っている答案が散見されました。

これについては、各自で勉強して頂く他ないのですが、せっかくの補論ですので、整理の一例を書いております。

伝聞例外については、条文が順番に並んでいる訳ではありませんので、類型ごとに整理することになります。伝聞例外は、典型的に信用性が高いものほど例

外の要件が緩やかになり，典型的に信用性が低いものほど要件が厳しくなりますので，例えば以下のような分類になります。

< (A) 高度の信用性があるため，ほぼ無条件で伝聞例外が認められるもの。 >

① § 3 2 1 II (他の公判手続における尋問等調書)

→反対尋問権は別の手続にて保障されているので問題が生じない。

② § 3 2 3 各号 (職務上，形式的に作成される文書)

→職務上，形式的な事項を記載するものなので，誤りが介在する危険性が低い。

< (B) 典型的に信用性があるため緩やかな要件となるもの >

③ § 3 2 1 I ① (裁面調書 / JS)

→中立な判断権者たる裁判官の前で作成されているので，信用性が高い。

④ § 3 2 1 III, IV (検証調書・鑑定調書)

→主観を交えず，正確かつ客観的に覚知した事項を記載した書面であり信用性が高い。また，検証結果等は口頭で述べるよりも，書面の方が，内容が正確であるという側面もある（例えば，「○地点と●地点は何センチ離れていましたか？」等と言う質問に口頭で答えるのは難しいですね。）。

⑤ § 3 2 2 I (A (被告人) 供述) → 【話者がA!】

→Aには包括的黙秘権があるのに，敢えて自身にとって不利なことを述べるのは典型的に信用性が高い。また，Aは被告人質問でいくらかでも書面の内容を反駁できるので，証拠採用することについて許容性があるという側面もある。

⑥ § 3 2 4 I (A供述の又聞き) → 【原話者がA!】

→§ 3 2 2 Iに準ずる。

< (C) B類型ほどの信用性は無いため，より厳しい要件となるもの >

⑦ § 3 2 1 I ② (検面調書 / PS)

→訴訟の一方当事者なので信用性はJSよりも落ちるが，検察官がその地位に基づいて作成する書面は，一般的な書面と比べて一定の信用性がある。

< (D) C類型よりも信用性が低いため，最も厳しい要件となるもの >

⑧ § 3 2 1 I ③ (員面調書 / KS等)

→上記A～Cの類型と比べ信用性が低いため，厳格な要件の下でしか，伝聞例外該当性が認められない（伝聞証拠排除の徹底）。

※上記A～C類型に該当しない書面は§ 3 2 1 I ③の対象となるため，同条は伝聞例外のスタンダードといっても良い。

⑨ § 3 2 4 II (A以外供述の又聞き)

→§ 3 2 1 I ③に準ずる。

< (E) その他／通常の伝聞例外と異なるもの >

⑩ § 326 (同意書面)

→同意によって証拠能力が付与されるもの。実務の自白事件は伝聞例外を検討するまでも無く、殆どが本条によって解決される。

⑪ § 327 (合意書面)

→裁判員裁判施行前まではあまり実用例が無かったが、裁判員裁判施行以降、同手続において、大量の書証の記載内容を一つにまとめた「統合捜査報告書」を作成する際等に用いられる条文。

⑫ § 328 (弾劾証拠)

→証明力減殺等を目的とする場合に限って使えるもの。

伝聞例外の要件は、「必要性」と「特信情況のレベル」で構成されています。上記整理を基に、各条文を読んで、要件についても整理してみてください。

上記については、解説レジュメにも挙げた、太田茂先生の「実践刑事証拠法」(成文堂 2017) に詳しく乗っていますので、証拠法の理解が不十分だなと感じている方は、同書を参照されると良いと思います。

イ 同意書面・弾劾証拠について

本件テープについて、同意があれば証拠能力が付与される (§ 326) とした答案がありました。本件の事情からすれば、甲の弁護人がこれに同意することは無いと思われます(任意性を争う場合を除く)。そのため、同意書面への言及は基本的には採点の対象としていません。

本件テープについて、伝聞法則によって証拠能力が無いとした答案の中に、弾劾証拠 (§ 328) として使えるとした答案が複数通ありました。

この点、§ 328の「これを証拠とすることができる。」とは、弾劾対象の証拠の証明力減殺等に使うことが出来るという趣旨で、有罪判決の直接証拠として使うことはできません(最決昭 28.2.17 刑集 7.2.237 参照)。そのため、犯人性が争点となっており、かつ甲が黙秘している本件で、本件テープを弾劾証拠として証拠請求することに意味はあまりないと思われます。

また、これは問題文中に正確に書いていないため、誤りという訳ではないのですが、甲は、第一回公判期日にて犯人性を否認しているところ、冒頭手続の罪状認否でこれを述べたものと思われます。以降、公判廷では黙秘しているということですので、甲は被告人質問についても黙秘しているはず。そのため、本問では弾劾の対象となる供述が無いという問題もあります。

よって、弾劾証拠への言及は、きちんと書かれているものは裁量点で調整しましたが、基本的には採点の対象とはしていません。

3 勉強方法について

解説講義では、合格のヒントとして一回で受かる意識で勉強して下さい（薩摩示現流二の太刀要らず論）とお話ししましたが、勉強方法についても、箇条書きですが、若干述べておきます。

- ・基礎知識の学習は、基本書の目次を読んで、当該法律の体系を意識すること。
- ・各論点を勉強する際にも、常に全体の中でどこに位置づけられる議論なのかを意識して勉強すること。
- ・判例を学ぶ際は、判例の原文に当たって、特に重要なものは調査官解説を読むこと（百選はあくまでも要約ですので、百選に載っている部分だけでは判例の正確な射程が分からないことが殆どです。況や予備校本をや。）。
- ・インプットばかりではなく、常にアウトプットの勉強もすること。その上で、作成した答案等は受験生同士で見せ合って、議論すること。（友達がいない人は、明大法曹会にそっと相談して下さい。）
- ・アウトプットの一環として、学んだことを人に説明したり、発表したりするのも学習が深まる良い勉強です。友人とゼミを組んで、発表などをするとよいと思います。（私は家にあるレッサーパンダのぬいぐるみに対して刑法各論の講義をしていました。なお、精神状態は正常です。）
- ・択一は勉強量に比例します。択一は最初からガンガン勉強して下さい。同じ問題を解いて良いので（過去問がいいでしょう。）、とにかく反復することです。
- ・論述は地道な勉強を積み重ねていくと、悟りが開ける瞬間が来ます。それまでは点数が伸び悩み辛いこともあるでしょうが、悟りを開くその時まで、地道に勉強（基本書を読み、論文問題集を解く等）を積んでください。

4 最後に

本答練を受けていただき、ありがとうございました。私自身、勉強になることがたくさんありましたし、皆様の答案を読んで、学生時代に一生懸命勉強していた純粹な気持ちを思い出しました（遠い目）。

手前味噌ですが、一通々々、何か一つでも伝われば良いと考えて答案の添削をしましたし、解説や補論も作成いたしました。皆様の刑事訴訟法の理解が少しでも深まれば幸いです。これも何かの縁ですので、本問で分からないことがあれば、お気軽に御質問ください。

皆様の今後のご活躍を祈っております。

以上

担当講師 弁護士 井口 賢人