

論文式試験問題集
〔刑事訴訟法〕

〔刑事訴訟法〕

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

会社員V（女性）は、T区のマンションに一人暮らしをしており、S県に住む両親へ電話連絡を毎週末に必ず行っていたが、2018年11月3日の電話を最後に連絡が途絶え音信不通となった。Vの両親は、同月18日、T警察署にその旨相談し、同署の捜査員と共に上記マンションに赴き、管理人の協力を経てVの部屋の鍵を開けてもらったところ、Vが遺体で発見された（死亡推定時刻は、同月9日午後6時から11時の間とされた。）。その後の捜査により、2018年12月1日、Vに対する殺人の被疑事実で、Vと交友のあった甲に対する逮捕状が発付された。同日午前8時10分、T署の司法警察員KとLが甲宅に赴き、Kが、甲に対し逮捕状を示したところ、甲は、逮捕状を見るや、部屋の掃き出し窓から公道に飛び出した。Kらは、甲を追跡し、午前8時15分、Vに対する殺人の被疑事実で甲を逮捕した。Kが、甲の身体を捜索しようとしたところ、甲が叫んで暴れていたため、通勤途中の通行人が大勢集まり、スマートフォンで甲の様子を撮影するなど、辺りが騒然とし始めた。そこで、Kらは、①甲を約1キロメートル離れた最寄りの派出所まで連行した上で、午前8時25分、携帯電話を差押えた。

同月5日、Kが、甲と同棲しているYから、本件当時の甲の行動等について事情聴取を実施したところ、Yは意を決したように、鞆から1冊の日記帳を取り出し、Kに差し出した上、「私は甲と同棲して3年になります。結婚の約束をしていましたが、甲はサラ金に借金があり、どうしようもない状態でした。日記にあるように、11月9日の早朝、知らない女性が家に来て、私が玄関先に出たら何も言わず逃げて行きました。私は、その日の昼、甲に、その話をしたところ、甲は、『やばいな、とうとう家がバレたか…危ないな。それはVって女だ。金をくれるから付き合っていたんだが、最近、結婚してくれとしつこいから無視してたら、完全にストーカー状態なんだ。お前のこともバレちまって、お前を殺すとか言い出してる。こうなったらVを始末して、Vがため込んだ貯金をもらおうしかない。』などと言って外出し、その日は帰りませんでした。私は、私の他にVと付き合っていることを知らなかったのショックを受けましたが、それより甲が「始末」などと言ったことが怖くてこの後甲には何も聞けませんでした。甲は、いつも私と約束したことを忘れて反故にしたりするので、私は甲と同棲し始めたころからずっと、甲とのやり取りについて、甲が眠った後に、この日記帳に書き留めるようにしていました。私が日記を付けていることは誰にも話したことはありませんし、甲も知りません。もし、甲がVを殺してしまったのであれば、反省して罪を償ってほしいのでこの日記を提出します。」と供述した。日記は全てボールペンやサインペンで字の大きさは違うものの余白なく、日付け順にほぼ毎日書き込まれていた。甲の本件当時の行動等についての証拠はこの日記帳以外にはなかった。Yは、この供述がされた10日後に自殺した。

甲は、2018年12月21日、公判請求され、第1回公判期日において、公訴事実につき全く身に覚えがないと陳述した。甲の弁護士Bも、甲は無罪である旨主張した。証拠調べに入り、Bは、検察官Pが取調べを請求した②Y作成の日記帳については、不同意意見を述べた。

【設問①】（配点：25点）

司法警察員Kらによる、下線部①の搜索差押えの適法性を論ぜよ。

【設問②】（配点：25点）

Y作成の日記帳の証拠能力について検討せよ。

2019年2月3日

担当：弁護士 土井真由美

參考答案
[刑事訴訟法]

<p>第1 設問①</p> <p>1 Kらは、甲を逮捕した後、約1キロメートル離れた最寄りの派出所に連行し、逮捕から10分後に、甲の身体を搜索し携帯電話を差押えている。本件搜索差押は、逮捕に伴う無令状の搜索差押（220条1項2号）として適法か。</p> <p>2(1) 法220条1項2号が、「逮捕の現場」での無令状の搜索差押を許容した趣旨は、逮捕の現場においては、被疑事実と関連性を有する証拠が存在する蓋然性が典型的に高く、搜索差押令状発付の実質的要件は備えているといえ、また、手続的にも既に搜索差押よりも人権侵害の程度が大きい逮捕という身体拘束を伴う処分について、裁判所による審査を経ていることにある。</p> <p>かかる趣旨からすれば、この「逮捕の現場」とは、令状請求をしていれば、令状が発付され搜索の対象となった範囲、すなわち、「逮捕の現場」と同一の管理権の及ぶ範囲に対して、法220条1項2号による搜索が可能となる。</p> <p>そして、逮捕の現場で直ちに搜索・差押えをすることが困難で適切でない場合には、被疑者を最寄りの場所に連行することも、当該処分の内容、目的を達成実現するために合理的に必要な付随的措置として、適切な場所への連行を実施した上、そこでの搜索等を行うことも、「逮捕の現場」における搜索差押と同視することができる。</p> <p>(2) 甲は、Kらが逮捕した際に、叫んで暴れたため、通行人が集ま</p>	<p>りスマートフォンで撮影を始めるなどしたことから、その場で搜索を実施することは、撮影された映像がインターネット上に掲載されるなどして甲の名誉、プライバシー保護の観点から適当でない事態となった。</p> <p>したがって、最寄りの場所である派出所に甲を連行したうえでされた本件搜索差押は、「逮捕の現場」における搜索と同視することができる。</p> <p>3 差押えは、当該逮捕の理由となっている被疑事実に関する物件に限られる（222条1項、99条）。</p> <p>本件差押物件である携帯電話には、甲とVの、電話履歴やLINEのやりとりなど、本件被疑事実に関する情報が蔵置されている可能性が高いため、被疑事実との関連性も認められる。</p> <p>4 したがって、本件搜索差押は、逮捕に伴う無令状の搜索差押（220条1項2号）として適法である。</p> <p>第2 設問②</p> <p>1 本件日記は、Yや甲の供述を内容としており、伝聞証拠（320条1項）として証拠能力を否定されないか。</p> <p>2(1) 伝聞証拠にあたるか</p> <p>伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述の内容の真实性を立証するためのものをいうところ、本件日記の立証趣旨は、Yの供述部分についても、Yの供述中の甲の発言部分についても、「Yと甲が、平成30年11月9日にY方で会話し</p>
---	---

<p>た状況」であり、これらは本件日記の内容の真実性を前提として いるため、伝聞証拠に当たる。</p> <p>3 伝聞例外は認められるか</p> <p>(1) Yの供述部分</p> <p>ア 323条3号該当性</p> <p>323条が伝聞例外を認めた趣旨は、これらの書面は、事件 と関係なく義務的・定型的に記載されており、内容に対して類 型的に高度の信用性があるところにある。そうであれば、3号書 面も、1号2号に準ずる高度の信用性を備えていることが必 要である。</p> <p>本件日記は、Yが事実を個人的に記載しているので義務性 は無く、また記載の形式もペンの種類や文字の大きさも異な り定型性はない。したがって、本件日記は、1号2号の書面の ように類型的に高度の信用性を備えているとまではないえず、 323条3号には該当しない。</p> <p>イ 321条1項3号該当性</p> <p>Yは、死亡しているので「供述することができ」ない。また 本件日記以外に、本件当時の甲の行動等を示す証拠はなく、 「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないうもの」といえる。 「特に信用すべき状況のもととされた」とは、供述の際の状 況自体に、反対尋問に代替させてもよい程度の信用性の状況 が備わっていることをいう。本件日記は、その日の出来事をそ</p>	<p>の日のうちに、比較的記憶が鮮明な状態で記載されている。 また、本件日記は、他人が見ることを意識せず記載されていた こと、Yが、甲から話を聞き恐怖を感じ動揺した心理状態で記 載していることから、あえて虚偽の内容を記載する可能性は 低い。さらに、空白部分がなく、すべてボールペンやサインペ ンで書かれていることから、後から内容を改ざんすることは 困難である。</p> <p>したがって、Yの供述部分は、反対尋問に代替できる程度の 信用性の状況的保障があるといえる。</p> <p>よって、321条1項3号に該当する。</p> <p>(2) 甲の発言部分</p> <p>ア 甲の発言をYが本件日記に記載しているから、「被告人以外 の者」の公判期日以外の供述で、「被告人の供述」をその内容 とするため、322条の要件をみたせば証拠能力が認められ る(324条1項)。</p> <p>イ 甲の発言部分は、犯罪事実を認めるもので「不利益な事実の 証人」である。また、甲は、この発言を3年間同様しているY の面前でしており、虚偽の発言をする状況とはいえず「任意に された」ものといえる。</p> <p>よって、324条1項を準用して、322条により伝聞例外 が認められる。</p> <p>4 以上より、本件日記の証拠能力は否定されない。 以上</p>
--	---

2019年2月3日

担当：弁護士 土井真由美

予備試験答案練習会(刑事訴訟法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
【設問1】搜索差押えの適法性	(25)		
本件搜索差押えが令状なくされていること、220条1項2号の指摘		2	
220条1項2号の趣旨・「逮捕の現場」の解釈		8	
最寄りの場所に連行してする搜索差押についての検討		6	
差押物件の被疑事実との関連性の検討		2	
結論		2	
裁量点		5	
【設問2】日記の証拠能力	(25)		
問題提起 伝聞証拠の問題であることの指摘		2	
伝聞証拠の趣旨		2	
伝聞証拠該当性の検討		2	
伝聞例外の問題であることの指摘		2	
伝聞例外の検討(Y供述部分)		5	
伝聞例外の検討(甲供述部分一再伝聞証拠)		5	
結論		2	
裁量点		5	
合計	(50)	50	

刑事訴訟法 解説レジュメ

第1. 出題の趣旨

設問1は、逮捕に伴う捜索・差押え（220条1項2号）の適法性を問う問題である。本論点は、捜査における重要論点であるので、この機会に、各自で知識の再確認してもらおうと共に、時間内で論じる練習をしてもらいたいと考えて出題した。

設問2は、伝聞例外を問う問題である。伝聞法則については、多くの受験生がその定義趣旨については万全の準備をしていると思われる。そこで、本問では、伝聞例外について、本件がどの伝聞例外に該当するかを見極め、要件の検討に重点をおいた論述の練習をしてもらいたいと考えて出題した。

第2. 設問1

1 問題点

本件では、逮捕の際に、甲が叫んで暴れたため、通行人が集まりスマートフォンで撮影を始めるなど、逮捕現場が騒然となったことから、Kらは甲を約1キロメートル離れた最寄りの派出所に連行し、逮捕から20分後に、甲の身体を捜索し携帯電話を差押えている。

これは、騒然となった現場で、甲の身体や所持品に捜索等を行うことが困難であったし、そのような状況下での捜索は甲にとっても不利益が大きいと考えたことによると思われる。そこで、Kらが実施した捜索差押えは、逮捕に伴う捜索・差押え（法220条1項2号）として適法となるかを検討することとなる。

2 逮捕に伴う捜索・差押え（法220条1項2号）

逮捕の際、逮捕者の安全の確保や被疑者の逃亡阻止のために、凶器や逃走用具を捜索し取り上げる行為は、逮捕の実行に不可欠な行為（逮捕に対する妨害排除のための措置）として、当然に許されるが、これを超えて、憲法35条1項これを受けた法220条1項2号は、令状によらず捜索・差押えをする権限を定めている。

(1) 法220条1項2号の制度趣旨

法220条1項2号は、被疑者を逮捕する場合、別途許可状の発付を受けずに、「逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること」を許容している。この制度趣旨については、相当説と緊急処分説とに見解が分かれているが、いずれの見解でも、逮捕現場では証拠が存在する蓋然性が高いことが共通の前提である。しかしながら、実際には、被疑者の自宅で逮捕状を執行する場合、併せて被疑者方の捜索・差押え許可状の発付を受けておき、これを執行するような運用がとられているため、実務上、法220条が役に立つのは、現行犯人逮捕、緊急逮捕の場合と被疑者方以外で通常逮捕をする場合である。

相当説：逮捕の現場には逮捕の理由とされた被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が高く、一般に令状発付の要件を充足しており、逮捕という重大な人権制約に付随して捜索・差押えを許容しても新たな権利侵害の程度は小さい。

緊急処分説：逮捕現場には証拠存在の蓋然性が高いところ、被逮捕者が抵抗して暴れるなどして、証拠を破壊したり、隠滅したりするおそがあるが、そのような緊急事態に対処するには、令状発付を待つ暇がない。

(2) 時間的限界：「逮捕する場合」

逮捕行為を行う際という意味。逮捕と時間的に接着する逮捕着手前も含む。

「正当な理由」に基づく逮捕をなし得る状況であり、それに伴う搜索・差押えであれば、令状主義に反しない（最判昭和36年6月7日）。

(3) 場所的限界

ア 「逮捕の現場」の意義

法220条1項2号は、逮捕に伴う搜索・差押えの実施場所については、「逮捕の現場」としている。この「逮捕の現場」とは、逮捕の場所と同一管理権の及ぶ範囲内で可能であり、逮捕に着手した場所、追跡中の場所及び逮捕を遂げた場所の全てを含み、これらの場所と直接接続する範囲の空間（逮捕に着手し、これを完了するまでの間に通過した場所）と解するのが通説である。

イ 最寄りの場所に連行した上での搜索・差押え

被逮捕者の身体及び所持品に対する搜索等については、被疑者の身体が場所的に移動しても、所持品等の状況に格別の変化はなく、証拠存在の蓋然性や創作の必要性にも変化はなく、また、被逮捕者自身とその所持品についてであるので、新たな法益侵害が生じることも考えがたい。

そして、逮捕に伴う搜索・差押えは、刑事訴訟法が法定した強制処分であるから、当該処分の内容、目的を達成実現するために合理的に必要であると考えられる範囲の付随的な実力行使が当然許容されている。逮捕の現場で、直ちに搜索・差押えをすることが困難で適切でない場合（実際、被逮捕者が興奮するなどして逮捕現場が混乱し、証拠物が散逸するおそれがあり、被疑者の名誉、プライバシー保護の観点等からも逮捕現場で搜索等を行うことが適当でないことが少なくない）については、220条1項2号自身が、「逮捕の現場」における無令状の搜索・差押えを実施するために必要な付随的措置として、適切な場所への連行を実施した上、そこでの搜索等を行うことを許容していると解される。

最高裁平成8年1月29日決定（和光大学事件）は、「逮捕した被疑者の身体又は所持品に対する搜索・差押えである場合においては、逮捕現場付近の状況に照らし、被疑者の名誉等を害し、被疑者らの抵抗による混乱を生じ、又は現場付近の交通を妨げるおそれがあるといった事情のため、その場で直ちに搜索・差押えを実施することが適当でないときには、速やかに被疑者を搜索・差押えの実施に適する最寄りの場所まで連行した上、これらの処分を実施することも同号にいう『逮捕の現場』における搜索・差押えと同視することができ、適法な処分と解するのが相当である」と判示し、逮捕現場から約3キロメートル離れた警察署まで連行し、逮捕後約1時間経過して実施した差押えを適法とした。

ウ 本件へのあてはめ

上記問題点にあげた事情から、本件では、最寄りの場所と思料される派出所で行った搜索・差押えを、「逮捕の現場」における搜索・差押えと同視することができると考えられる。

(4) 物理的限界：証拠の関連性（法222条1項、99条）

当該逮捕の理由となっている被疑事実に関する物件に限られる。

本件差押物件である携帯電話には、甲とVの、電話履歴やLINEのやりとりなど、本件被疑事実に関する情報が蔵置されている可能性が高いため、被疑事実との関連性も認められる。

第3. 設問2

1 問題点

本件日記帳は、Yの（甲の発言部分については甲の）公判期日外における供述に代えて「書面」を証拠とする場合であるから、伝聞法則（320条1項）が問題となる。なお、本件日記帳は、Y

の記載部分についてはYの公判期日外の供述であり、Yの記載の中にある甲の発言については甲の公判期日外の供述であるから、この二つを分けて検討する必要がある。

2 日記帳の伝聞証拠該当性

(1) 伝聞法則

ア 320条1項の趣旨

供述証拠には、知覚・記憶・叙述の各過程に誤りが混入するおそれがあるため、公判期日における反対尋問等により供述の正確性をテストする必要がある。そのようなテストを経ない伝聞証拠は、類型的に事実認定を誤る危険性がある。そのため、証拠能力を原則として否定する。

伝聞証拠とは 公判廷外の供述を内容とする証拠(「書面」又は「供述」)で
供述内容の真実性を立証するためのもの

⇒「供述の内容どおりの事実があったこと」を証明する場合

(人の話した内容を話したとおりの事実があるという証拠に使うとき)

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まる。

イ 供述証拠の性質

供述証拠は、人が自分の見聞き・経験して認識した一定の事実として話した内容を、話した通りの事実が存在することを証明するために用いる場合をいう。供述証拠は、一定の事実を見聞き・経験し、それを記憶し、表現・叙述するという過程をたどるので、知覚、記憶、叙述の各過程に、何かと誤りが混入する可能性があるという性質がある。⇔物証は、その内面から変容することはほとんどないし、外部状況によって変容するというのもそれほど多くない。

ウ 伝聞・非伝聞の区別

「供述内容の真実性を立証するため」に用いるかどうかという点は、その証拠の要証事実が何かによって決まる。発言・記載の存在自体が要証事実となる場合→非伝聞

・個別の立証趣旨から、何が証明対象事実かを考える。

当該立証趣旨に含まれる一定事実のうち、直接立証できる事実は何か、
という観点から決定される。

↓

・当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にすると、証拠として無意味になるような例外的な場合には、実質的な要証事実が何かを検討する。

エ 本件日記帳について

問題文には、日記帳の取調べを請求する際の立証趣旨を記載していないが、通常考えられる立証趣旨からすれば、本件日記帳に記載された内容たる事実、すなわち、11月9日の夜、甲がYに日記帳に記載された内容の話をした事実が要証事実といえる。こう考えると、Yの記載部分、Yの記載の中にある甲の発言部分、いずれについても、日記帳の記載内容の真実性が問題となるため、伝聞証拠である。

3 伝聞例外

伝聞例外に該当すれば、証拠能力が認められる為、321条以下の伝聞例外に該当するかを検討することになる。

(1) Yの供述部分

ア 323条3号該当性

323条3号の書面は、同条1号、2号に準じる書面であるから、前2号の書面に準ずる高度の信用性を保障する類型的かつ外部状況の存在を求めるのが通説的見解である。

日記帳は、一般的には、定型的・機械的記載がなされる業務日記(323条2号に該当)の

ような類型的に高度な信用性を備えているとまではいえないのが通常であると思われ、323条3号該当書面とみるのは困難である。

※但し、裁判例としては、必ずしも類型的な信用性を求めず、個別具体的に信用性を判断する傾向が強い。服役中の者が妻との間でやりとりした一連の手紙を、その者と妻の公判供述、手紙の外観内容等により特信情況下で作成されたものと認められる限り3号書面に該るとしたもの（最判昭和29年12月2日刑集8巻12号1923頁）、証言時にメモ作成者がメモ内容について記憶を失っていた事案において、犯罪の嫌疑を受ける前にこれと関係なく備忘のためカレンダーの裏面に記載した馬券申込のメモを3号書面に該るとしたもの（東京高判昭和54年8月23日判例時報958号133頁）、業務妨害等被告事件で、被告人による被害者の勤務先への無言電話などについて、被害者や同僚が電話の直後か遅滞なく正確に統一のフォームに記録したノートを、作成者の公判供述等により特信情況下で作成された3号書面に該るとしたもの（東京地判平成15年1月22日判例タイムズ1129号265頁）がある。これに照らせば、日記帳についても、作成意図、作成目的、記載経緯、記載状況等を検討し、323条2号に準ずる高度の信用性が認められるという場合には、同条3号により証拠能力が認められる場合があり得ると考えられる。

本件事例の場合、約束を忘れて反故にしたりする甲と、同棲を開始した3年前から継続して、甲の就寝後に甲との間の出来事を記録する習慣になっていたと見られること、そのような作成経緯ゆえ、起きた出来事を直後にそのまま記載していること、作成動機から考えて、あえて虚偽の事実を記載するようなものでないと見られること等から、323条3号書面に該当すると認定することもできなくはない（説得的に論じられていれば結論はどちらでも良い）。

イ 321条1項3号該当性

323条3号に該らないとした場合、本件日記帳は、被告人以外の者（＝Y）のその他の供述録取書及び供述書であるから、321条1項3号該当性を検討することになる。

（ア）要件

- ① 供述の再現不能
- ② 供述が犯罪事実の存否の証明に不可欠であること
- ③ 絶対的特信性

本号の特信性は前号のように相対的に決めることはできないため、書面の供述の際の状況自体に反対尋問に代替させてもよい程度の信用性の状況が備わっていることをいう。

（イ）あてはめ

- ① Yは、死亡しているので「供述することができ」ない。
- ② 本件日記は、本件当時の甲の言動等を示す証拠はこの日記帳以外にはなく、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」といえる。
- ③ さらに本件日記は、その日の出来事をその日のうちに、比較的記憶が鮮明な状態で記載されていること、他人が見ることを意識せず記載されていたこと、Yが、甲から話を聞き恐怖を感じ動揺した心理状態で記載していることから、あえて虚偽の内容を記載する可能性は低いこと、空白部分がなく、すべてボールペンやサインペンで書かれているため、後から内容を改ざんすることは困難であること、から、Yの供述部分は、Yに対する反対尋問に代替できる程度の信用性の状況的保障があるといえる。

よって、321条1項3号に該当する。

(2) 甲の発言部分

ア 再伝聞

伝聞証拠を内容とする伝聞証拠については、その証拠能力を認める明文はない。

判例（最高裁昭和32年1月22日）は、再伝聞は、2つの伝聞が重なっているものであり、伝聞法則の複合形態であるから、その許容性についても、各過程ごとに伝聞例外の要件を充たす場合には、その証拠能力を認め得るとして、法324条の類推適用を認める。

イ あてはめ

甲の発言部分については、「被告人以外の者(=Y)」の公判廷以外の供述で、「被告人(甲)の供述」をその内容とするため、322条の準用によりその要件をみたせば証拠能力が認められる(324条1項)。

甲の発言部分は、犯罪事実を認めるもので「不利益な事実の承認」である。また、甲は、この発言を3年間同棲しているYの面前でしており、あえて虚偽の発言をする状況とはいえ「任意にされた」ものといえる。

よって、324条1項を準用して、322条により伝聞例外が認められる。

以 上

2019年2月3日

担当：弁護士 土井真由美

最優秀答案

回答者 T C 46点

第1 設問①

1 本件①の搜索差押えは、適法であるか。本件では、搜索差押えの前に甲を逮捕している（刑事訴訟法（以下省略する。）199条1項）ため、逮捕に伴う搜索差押え（220条1項2号）が問題となる。

2 本件では、甲を逮捕しており、「199条の規定により被疑者を逮捕する場合」（220条1項柱書き）にあたり、また、「必要がある」と認められる。

では、「逮捕の現場」でなされたといえるか又はそれと同視できるものといえないか。Kらが、甲を約1キロメートル離れた派出所まで連行していることから問題となる。

（1）220条1項2号の趣旨は、逮捕の現場においては証拠存在の蓋然性が認められるため、令状主義（憲法38条）の例外を認めたことにある。そのため、令状主義の例外である以上は、厳格に判断すべきと考える。もっとも、現場から移動した場合であっても、所持品については証拠存在の蓋然性が変わらず趣旨が妥当するのであって、また、移動を一切許さないとすると搜索差押えが行えず捜査の実効性を害するおそれがある。そこで、その場で搜索差押えを行うことが適当でない場合には、速やかに最寄りの場所に移動して搜索差押えを行っていけば、「逮捕の現場」と同視できるものと解する。

（2）本件では、派出所に移動しているため、「逮捕の現場」とはいえない。

しかし、甲が叫んで暴れていたため通勤途中の通行人が大勢集まり、スマートフォンで甲の様子を撮影するなど辺りが騒然とし始めており、その場で搜索差押えをすることは、甲のプライバシー等を不当に害するおそれがあるため、適当でないといえる。

そして、Kらは、逮捕した8時15分の10分後である8時25分に連行した上で差押えており、わずか10分しか経過していないため速やかに移動したといえる。また、その連行場所は、約1キロメートルしか離れていない最寄りの派出所であった。

そのため、本件は、その場での搜索差押えを行うことが適当でなく、速やかに最寄りの場所に移動していたものといえる。

(3) よって、本件では、「逮捕の場所」と同視できるといえる。

3 以上より、②の搜索差押えは、220条1項2号に基づく搜索差押えとして適法である。

第2 設問②

1 Y作成の日記帳には、証拠能力が認められるか。Yの日記帳が、Y及びXの供述を内容とするものであることから、伝聞法則(320条1項)が問題となる。

2 まず、Yの日記帳が伝聞証拠にあたるか。

(1) 320条1項の趣旨は、供述証拠が知覚・記憶・表現・叙述の過程を経て、その過程で誤りが混入し易いものであることから、裁判官の直接観察や反対尋問等の真実性の担保がなされていないものについて証拠能力を否定することにある。そのため、伝聞証拠とは公判期日外の供述を内容とするものであって、要証事実との関係でその内容の真実性が問題となるものをいうと解する。

(2) 本件では、甲の本件当時の行動等についての証拠はこの日記帳以外にはなかったため、検察官としてはこの日記帳で殺人のあった日の行動を立証しようとしていると考えられる。そして、要証事実も同様であると考えられる。そうすると、本件日記帳は、その内容が真実であれば、甲の殺人の日の行動が証明できるため、要証事実との関係でその内容の真実性が問題となるといえる。また、これは、公判外で作成されたものである。

(3) よって、伝聞証拠にあたる。

3 では、伝聞例外にあたらぬか。

(1) まず、どの条文により、伝聞例外を検討すべきか。

この点、本件日記帳は、Xの供述をYが録取したものといえ、再伝聞にあたる。そして、324条1項は、被告人の供述を聞いた者の供述についての規定であるところ、その趣旨は、被告人の供述については322条により真実性が担保されており、それを聞いた者の供述は公判における供述であり、真実性を担保できることにある、そうすると、被告人の供述を録取した書面であっても、書面の作成者の供述の信用性を確保できる場合には、趣旨が妥当するため、324条1項を類推適用できると解する。

そのため、Yの供述について321条1項3号が成立する場合には、

324条1項を類推適用でき、Xの供述について322条が準用されると解する。

(2)では、本件では、Yの供述について321条1項3号が認められるか。

この点、日記帳はYが作成したものであるから、「被告人以外の者が作成した供述書」にあたる。

そして、Yは死亡しているため、「死亡」しているといえる。

また、前記のとおり、この日記帳以外には当時の甲の行動等の証拠がないため、「証明に欠くことができない」といえる。

更に、一般的に日記に虚偽を書くことは少ないものであって、また、余白なく、日付順にほぼ毎日書き込まれていたため後から記載したということも考えられないため、「特に信用すべき状況の下にされた」といえる。

よって、321条1項3号が認められる。

(3)次に、Xの供述について、322条が認められるか。

この点、322条1項は、録取した書面に署名・押印を要求しているが、これは録取者の伝聞性を排除するものであるから、録取者に321条1項3号の信用性の保障がなされている場合には不要と解する。

そして、Xの供述は、Vを始末する旨のものであって、これが認められると、Xに殺人罪の成立が認められるおそれがあるため、「不利益な承認」といえる。

また、「任意にされたとは」、虚偽排除という319条の趣旨から典型的に虚偽のおそれがないことをいうと解するが、これも認められる。したがって、322条が成立する。

(4)よって、伝聞例外にあたる。

4 以上により、証拠能力が認められる。

以上

採点講評

(2019年2月3日 刑事訴訟法)

第1 全体を通しての印象

- ・時間が足りなくなってしまったのか、設問2が途中答案や記述が足りない答案が多くありました。実力があつたとしても、時間内に答案上に表現できていなければ評価されないのも非常にもったいないです。時間管理については、本試験までにしっかりと対策を取って下さい。
- ・答案を書き始める前に、「書こうとしていることが解答をするにあたり必要か」をしっかりと考えてから書くようにしてください。当然の前提事実を長く論じたり、問題文をただ書き写しているような記載が多くの方にありました。時間もスペースも限られているので、解答にあたり必要性があるかどうかを、まずはしっかりと考えてから書くようにしてください。
- ・「問題提起、規範定立、あてはめ、結論」という流れで書かれていない方が多くいらっしゃいました。これは刑事訴訟法に限らず、すべての科目で共通する書き方の定型なので、この形で書けるようにしてください。そうすれば、大きなナンバリングが決まるので、答案構成で時間がかかりすぎるということは少なくなると思います。
- ・条文があるものについては、条文の文言を示す必要があります。日頃の勉強では、常に条文を意識して下さい。これは刑事訴訟法に限らず、全科目に通じることだと思います。

第2 設問1について

本問は、220条1項2号の条文に規定されている捜査が問題になっているにもかかわらず、その指摘が全く無い、それに気が付いていない答案が複数ありました。本問の論点は、有名判例もある基本的かつ重要なものなので、本試験までには必ず知識の整理をしておいて下さい。また、220条1項2号を指摘しているものの、「逮捕の現場」の解釈をしないまま、価値判断で結論を導いている答案も多くありました。本問のように、特定の条文の文言の該当性を検討する問題では、当該文言の解釈をして、解釈の結果に問題文の事実を当てはめるという流れで書くようにして下さい。

第3 設問2について

伝聞例外該当性を問う問題でした。予想していたとおりですが、伝聞法則、伝聞法則の趣旨といった原則部分に多くの行を使っている答案が多くありました。本問のように、例外を問う問題では、原則は必ず書かなければなりません、原則を書きすぎ

ると、点数が多く振られているであろう肝心の例外の論述ができなくなってしまいます（本問の配点も、あえて例外部分に多く配点しています）。問題文を見たときに、どのあたりに配点が多くされているか大まかに予想をして、どう書けば1点でも多く稼げるのかを考えるようにして下さい。全てに当てはまるかどうかは分かりませんが、問題文に多く事実の記載があるところが、出題者が書いて欲しいところであることが多いと思います。本問では、問題文に、絶対的特信状況に関する事情が多くあるため、これについてある程度は丁寧に論じなければならぬだろうと予想できると思います。

再伝聞については、気が付いた方は数名でした。

伝聞例外の規定については、条文の文言を比較しながら、要件をしっかりと理解するよう復習をして下さい。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2019年2月3日分 得点分布表

刑事訴訟法

出席者 30名 平均点 22点

