

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】

甲は、平成27年2月1日、L県M市内の路上において、肩が触れて口論となったVに対し、携帯していたサバイバルナイフで左腕を切り付け、1か月間の加療を要する傷害を負わせた。司法警察員Pらは、前記事実で逮捕状及び捜索差押許可状（捜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容は、後記のとおり）の発付を受けた上、同月2日、甲を立ち回り先で逮捕した。また、Pらは、同日、甲と同居する乙を立会人として、甲方の捜索を行った。

甲方の捜索に際し、Pは、玄関内において、乙に捜索差押許可状を呈示するとともに、部下の司法警察員Qに指示して、呈示された同許可状を乙が見ている状況を写真撮影した（①）。続いて、Pは、玄関脇の寝室に立ち入ったが、同寝室内には、机とベッドが置かれていた。Pは、Qに指示して、同寝室内全体の写真を撮影した上、前記机の上段の引出しを開けたが、その際、引出し内の手前側中央付近に、血の付いたサバイバルナイフを発見し、その左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証を認めた。Pは、その状況を写真撮影することとし、Qに指示して、前記サバイバルナイフ及び運転免許証等を1枚の写真に収まる形で近接撮影した（②）。Pは、引き続き、前記机の下段の引出しを開けたところ、覚せい剤の使用をうかがわせる注射器5本及びびんのビニール小袋1枚を認めた。そこで、Pは、Qに指示して、前記注射器及びビニール小袋を1枚の写真に収まる形で近接撮影した（③）。その後、Pは、前記サバイバルナイフを押収し、捜索を終了した。

前記サバイバルナイフに付いた血がVのもものと判明したことなどから、検察官Rは、同月20日、L地方裁判所に甲を傷害罪で公判請求した。甲は、「身に覚えがない。サバイバルナイフは乙の物だ。」旨供述して犯行を否認している。

（捜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容）

捜索すべき場所 L県M市N町〇〇番地甲方  
差し押さえるべき物 サバイバルナイフ

### 〔設問1〕

【事例】中の①から③に記載された各写真撮影の適法性について論じなさい。

### 〔設問2〕

Pは、捜索終了後、「甲方の寝室内には、机及びベッドが置かれていた。机には、上下2段の引出しがあり、このうち、上段の引出しを開けたところ、手前側中央付近に、サバイバルナイフ1本が置かれており、その刃の部分には血液が付着していた。そして、同サバイバルナイフの左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証があった。」旨の説明文を記した上、【事例】中の②の写真を添付した書面を作成した。Rは、同書面によって前記サバイバルナイフと甲との結び付きを立証したいと考えた。同書面の証拠能力について論じなさい（②に記載された写真撮影の適否が与える影響については、論じなくてよい）。

1  
第1 設問1

2  
1 本件では、捜索に際し行われた写真撮影の適法性が問題となっている  
3  
ところ、この写真撮影自体は、視覚という人の五官の作用によって場所  
4  
や物の状態を認識するための行為であることから、検証としての性質を  
5  
有する。そのため、本件における写真撮影は、「強制の処分」（197条  
6  
1項ただし書）にあたり、検証許可状なく行っていることから、違法で  
7  
あるとも思える。

8  
2(1) もっとも、捜索差押えに際し行われていることから、これに付随  
9  
する処分として許容されないか。

10  
(2) この点、写真撮影は対象物の情報を取得するにとどまるのに対し、  
11  
差押えは対象物の情報に加えて占有そのものを取得するものである。  
12  
それゆえ、捜索差押許可状の差押対象物の写真撮影によるプライバ  
13  
シー侵害は、差押対象物の証拠価値の保存又は捜索・差押えの適法  
14  
性担保のために必要なものであれば、許可状の発布審査において許  
15  
容されている権利侵害に包摂されている。

16  
したがって、(i)差押対象物の証拠価値の保存、又は、(ii)捜索・  
17  
差押えの適法性担保のために必要な限度において、捜索・差押えに  
18  
付随する処分として、検証許可状を要することなく適法に行うこと  
19  
ができると解する。

20  
(3)ア まず、写真①についてみると、これはPが乙に対し捜索差押許  
21  
可状を呈示している状況を撮影したものである。令状の呈示は、  
22  
法律上要求された手続であり（222条1項本文、110条）、乙  
23  
は甲と同居しており、甲方の直接の支配者といえることから「処

1	分を受ける者」にあたる。
2	したがって、写真①の撮影は、(ii) 搜索・差押えの適法性担保の
3	ために必要なものといえることから、適法である。
4	イ 次に、写真②について検討する。
5	サバイバルナイフ（以下「本件ナイフ」という。）は令状に記載
6	された「差し押さえるべき物件」に該当し、甲の被疑事実で使用
7	されたとされている凶器と同種の物件であることから被疑事実と
8	の関連性も認められる。そして、発見当時に血が付着していたこ
9	とは本件において証拠価値が高いと考えられるため、この状況を
10	写真撮影によって保存しておく必要性が認められる。
11	他方、運転免許証については、令状記載物件ではない。
12	しかし、運転免許証は本人の身分を証明するのに広く用いられる
13	ものであり、通常所有者の管理下に置かれるものである。とすれ
14	ば、甲名義の運転免許証が本件ナイフと同じ場所に保管されてい
15	たという事実から、本件ナイフが甲の所有に属する物であると推
16	認することができる。
17	したがって、本件ナイフと運転免許証が同じ引出しから発見さ
18	れたという状況に証拠価値が認められることから、写真②は、(i)
19	証拠価値の保存目的にあたり、適法である。
20	ウ 写真③についてであるが、写真③に写っている物件は覚醒剤取
21	締法違反の被疑事実に関連する証拠であると考えられるところ、
22	本件の被疑事実は傷害である。
23	したがって、写真③は、上記(i)、(ii)のいずれにもあたらない

1	ことから、違法である。
2	
3	第2 設問2
4	
5	1 P作成書面（以下「本件書面」）全体の証拠能力について
6	
7	(1) 本件書面はPが作成した書面であるところ、伝聞証拠（320条1
8	項）に該当し、証拠能力が否定されないか。
9	
10	(2)ア 伝聞証拠は、原則として証拠能力を有しない。
11	
12	伝聞法則の趣旨は、公判外供述については知覚・記憶・表現・叙
13	述の過程の誤りを反対尋問等により吟味できない点に求められる。
14	
15	そこで、伝聞証拠とは、公判外の供述であり、要証事実との関係
16	で内容の真実性が問題になるものをいうと解する。
17	
18	イ 本件についてみると、本件書面は、Pが知覚・記憶した捜査差押
19	時の写真撮影の結果を供述したものである。本件ナイフに付着して
20	いた血がVのものと判明していることから、甲と本件ナイフの結び
21	つきを立証することで、甲が本件ナイフを用いてVを切りつけたこ
22	と、すなわち、甲の犯人性を推認することができる。
23	
24	したがって、要証事実は、本件ナイフと甲との結びつきであり、
25	
26	この要証事実との関係では、Pの供述内容の真実性が問題となるか
27	ら、本件書面は伝聞証拠にあたる。
28	
29	(3)ア もっとも、321条3項によって、証拠能力が認められないか。
30	
31	イ 本件書面におけるPの供述は、写真撮影により得られた写真の内
32	容を説明したものである。写真撮影自体は捜査差押えに付随してな
33	されたものであるが、写真に写った物件が発見された場所や発見時
34	の状況などをPの視覚という五官の作用を用いて認識した結果を

1	
2	記載したものといえることから、本件書面は、「検証の結果を記載
3	した書面」といえる。
4	したがって、本件書面は、321条3項の書面にあたり、作成者
5	である司法警察員 P の真正作成証言があれば証拠能力が認められ
6	る。
7	2 写真部分について
8	(1) 本件書面に添付された写真についても伝聞法則が適用され、証拠能
9	力が否定されないか。
10	(2) この点、写真撮影は、機械によって正確に行われるため、知覚・記
11	憶・叙述のいずれの過程においても誤りが介在するおそれがない。
12	したがって、写真自体は、非供述証拠であり、伝聞証拠にはあたら
13	ず、本件書面と一体のものとして証拠能力が認められる。
14	3 以上より、P の真正作成証言があれば、本件書面の証拠能力が認めら
15	れる。
16	以上
17	(2090文字)
18	
19	
20	
21	
22	
23	

## 刑事訴訟法ゼミ資料

担当：武藤

### 第1 自己紹介

- 2018年12月 予備試験合格
- 2021年1月 司法試験合格
- 2022年5月 弁護士登録（74期）東京弁護士会所属

### 第2 予備試験の論文式試験

- ・試験時間：70分/問（刑事系は2問で2時間20分）
- ・答案の最大枚数：4枚
- ・問題文：約2ページ（今回の問題は1ページ）  
⇒時間内に事案を処理して答案に表現することが求められる。  
完璧な答案は目指さない。

### 第3 問題の解き方(時間の使い方)

- ①問題文を読む
- ②答案構成
- ③答案用紙への記入  
⇒自分が答案1枚書くのにどれくらいの時間がかかるかによって変わってくる。  
Ex 1枚12分→答案構成22分  
1枚15分→答案構成10分  
自分がどれくらいの量を書くことができるのか把握するのが重要  
※合格点と取るためには最低でも3枚(約2000字程度)は書けた方がよい。

### 第4 刑事訴訟法の特徴

- ・司法試験との関連性が強い  
予備試験の問題において、司法試験で出題された論点が流用される傾向が他の科目より強い。  
→余裕があれば司法試験の問題も演習しておくといい（答案構成程度）。  
あてはめの訓練にもなる。
- ・同じ論点が繰り返し出題される  
出題範囲が狭く、同じ論点が繰り返し出題される傾向がある。  
→過去問は全て解いた方がよい。

## 第5 今回の問題

平成27年刑事訴訟法⇒捜査，証拠両分野からの出題

設問1⇒捜索差押えに伴う写真撮影 設問2⇒伝聞

設問1→平成21年の司法試験で同様の問題意識が問われている。

設問2→伝聞は頻出分野

## 第6 出題の趣旨

本問は，サバイバルナイフを用いた傷害事件について，司法警察員が，捜索すべき場所を被疑者方，差し押さえるべき物をサバイバルナイフとする捜索差押許可状による捜索を実施した際，①玄関内において，呈示された同許可状を被疑者と同居する乙が見ている状況を写真撮影し，②寝室の机の上段の引き出しから発見された血の付いたサバイバルナイフ並びに被疑者名義の運転免許証及び健康保険証を1枚の写真に収まる形で近接撮影し，③同机の下段の引き出しから発見された注射器及びビニール小袋を1枚の写真に収まる形で近接撮影するという各写真撮影を行った上，捜索終了後，捜索実施時の前記寝室内の机等の配置状況，前記サバイバルナイフの発見状況並びにその際の前記ナイフの状態及び前記運転免許証等との位置関係を記載し，前記②の写真を添付した書面を作成したとの事例において，前記①ないし③の各写真撮影の適法性及び前記書面を被疑者とサバイバルナイフの結び付きを立証するための証拠として用いる場合の証拠能力に関わる問題点を検討させることにより，捜索差押許可状の執行現場における写真撮影行為の性質及びその適法性，伝聞法則とその例外について，基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

### ・論じるべき点

設問1 捜索差押えに伴う写真撮影の適法性

設問2 伝聞法則と伝聞例外



## 第7 設問1

搜索差押えに伴う写真撮影

### 1 問題意識

本件写真撮影は「検証」としての性質を有することから、「強制の処分」にあたり検証許可状なく行うのは許されないのではないか。

本問では、搜索差押えの手続内で行われているので、これに付随する処分として許容されないか。

### 2 考え方

参考となる問題として、平成21年新司法試験の刑事系第2問が挙げられる。

搜索差押え時に行われる写真撮影の適法性については、当該写真撮影が搜索差押えに付随する処分として許される場合があるとの見解や搜索差押えの意義・内容からその本来的効力として写真撮影が許されるとする見解などがあり得るが、いずれにせよ、まず、令状主義の意義と趣旨に立ち帰ってこ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ずる必要がある。その上で、例えば、搜索差押えに付随する処分として許されるとする見解からは、証拠物の証拠価値を保存するため、あるいは手続の適法性の担保のため写真撮影が許されるとの規範を定立することになろう。

考え方の一つとしては、令状主義の趣旨（令状裁判官による事前の司法審査を経ることで恣意的な捜査を抑制）から、令状発布の際に許容された権利侵害の範囲に写真撮影が包摂されていれば、搜索差押許可状に付随または、搜索差押令状の本来的効力として許容されるものとして、別途検証許可状を取得せず適法に行うことができるとする見解がある。

「必要な処分」（222条1項、111条1項）として適法性を検討する見解もある。しかし、「必要な処分」とは、令状の執行に接着し、かつ、令状を執行するのに不可欠な行動を意味するものと考えられるため、搜索・差押えの過程での写真撮影をそのような意味での「必要な処分」として理解するのは難しいのではないか（「法学セミナー2009」111頁）。

### 3 本件における検討

#### (1) 写真①

Pが乙に対し捜索差押許可状を呈示している状況を撮影したものの令状の呈示→法的に要求された手続（222条1項、110条）  
→捜索・差押えの適法性担保のために呈示状況を保存する目的

#### (2) 写真②

物件の撮影→令状記載物件にあたるか、被疑事実との関連性  
証拠価値の保存の必要性

- ・運転免許証→令状記載物件ではない。
- ・発見された状況→血が付着したサバイバルナイフと同じ引出し内に保管
- ・運転免許証はどのような性質を有する物なのか

→本人の身分を証明するのに広く用いられるものであり、通常所有者の管理下に置かれるものであり、甲名義の運転免許証と同じ引出しに保管されていたサバイバルナイフも甲の所有に属する物であることが推認できる。

→サバイバルナイフと運転免許証が同じ引出しから発見されたという状況に証拠としての価値がある。

#### (3) 写真③

- ・注射器とビニール袋1枚

→令状記載物件には含まれておらず、覚醒剤取締法違反の被疑事実とは関連性を有するが、本件の被疑事実は傷害

→捜索差押許可状に付随する処分とするのは難しい。

## 第8 設問2

### 1 伝聞の問題での留意点

- ・伝聞・非伝聞の区別が問題になるケース

→要証事実の設定が肝要であり、要証事実は、問題となる供述証拠から認定できる事実によって、どのような事実を推認することができるかという推認過程を意識して論じられるかがポイント

## 2 本件における検討

### (1) 書面全体の証拠能力

#### ア 伝聞証拠の該当性

- ・ 検察官の立証趣旨

→ 本件ナイフと甲との結びつき

- ・ 本件ナイフと甲との結びつきが立証できるとどのような事実を推認できるか

→ 本件ナイフに付着していた血がVのものと判明していること、本件ナイフと甲の結びつき(甲の所有に属する)が認められることを合わせると、甲が本件ナイフを用いてVを切りつけたこと(甲の犯人性)が推認できる。

したがって、要証事実、本件ナイフと甲との結びつきとなり、この要証事実、Pの公判外供述が真実でないこと認定できないことから内容の真実性が問題となるため、伝聞証拠にあたる。

#### イ 伝聞例外(321条3項)

- ・ 本件書面

→ 写真撮影により得られた写真の内容をPの供述によって説明したものであり、写真に写った物件が発見された場所や発見時の状況などをPの視覚という五官の作用を用いて認識した結果として説明している。

したがって、「検証の結果を記載した書面」にあたる。

### (2) 写真部分

#### 写真撮影

→ 機械によって正確に行われるため、知覚・記憶・叙述の過程に誤りが混入するおそれがないため、供述証拠にあたらないため、書面と一体のものとして扱うことができる。

以上

## 最優秀答案

回答者 T.M.

### 設問 1

1 各写真撮影が適法となるためには、本件搜索差押許可状の執行について「必要な処分」に当たることが必要である（222条1項本文前段により準用される111条1項前段）。同条は搜索状の執行を行うに際し必要かつ相当な行為が可能であることを定めた確認的規定と解されることから、搜索許可状の執行について「必要な処分」とは、搜索の目的を達成するために必要かつ相当な処分をいうと考える。

### 2（1）①の適法性

搜索許可状は、処分を受ける者に示さなければならない（222条1項本文前段による110条の準用）。①の対象は、提示された搜索差押許可状を乙が見ている状況であり、執行手続の適法性を担保するために必要なものといえる。

①は甲方の玄関内で乙が同許可状を見ている姿を撮影することで、甲方のプライバシー及び乙の肖像権を制約している。もっとも、前者は搜索に伴い必然的に制約されるものであるし、後者は、「住居主に代わるべき者（222条1項本文前段による114条2項前段の準用）」である乙が行う搜索差押えへの立会いへの同意を大きく超えていないところ、上記の必要性に照らして相当といえる。

したがって、①は「必要な処分」として適法である。

### （2）②の適法性

運転免許証は個人の身分証明書としても用いられ、みだりに他人

に貸し渡すことがなく、運転免許証の名義人本人により保管されるのが通常である。右の経験則から、これと同じ棚にあったサバイバルナイフも、運転免許証の名義人甲が保管していることを推認させ、これに付着した血が V のものと後に判明したものと併せて、甲がこれを用いて本件犯行に及んだことを推認させる間接証拠としての価値を有することになる。②は、サバイバルナイフの持つ上記証拠価値を保全するために必要なものといえる。

他方、通常他人の目に触れることのない私的領域である机の棚の中を撮影する②は、甲のプライバシー権を制約する。もっとも、差し押さえるべき物であるサバイバルナイフの保管状況を近接撮影する②は、それ以外の物を撮影していないことから、上記必要性に照らして相当といえる。

したがって、②は「必要な処分」として適法である

### (3) ③の適法性

注射器 5 本とビニール小袋 1 枚は、②で裏付けられる甲の管理権がこれに及ぶことから、専ら甲の覚せい剤自己使用罪という余罪を裏付ける証拠に過ぎず、これを写真撮影することは本件許可状の目的を達成するために必要ではないとも思われる。

しかし、本件犯行は、肩が触れて口論となった V に対し、携帯していたサバイバルナイフでみだり腕を切り付けるという突発的かつ凶暴なものであり、甲に何らかの薬理作用が働いていたおそれの認められる事件である。1 回の覚せい剤の自己使用で用いる注射器

の本数は1本であるのが通常であるところ、注射器5本は複数回の自己使用ひいては常習性を裏付けるものであり、本件犯行時においても覚せい剤の薬理作用が働いていたことを裏付けるといえる。③は、このような証拠価値を保全するために必要なものといえる。

他方、③は甲のプライバシー権を制約するものの、近接撮影により注射器及びビニール小袋以外の物を撮影しておらず、②と併せてこれらの物の甲の管理状況を裏付けるための相当な行為といえる。

したがって、③は「必要な処分」として適法である。

## 設問2

### 1 供述代用書面（320条1項前段）

Pの説明文を含む本書面は、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とすることはできない（供述代用書面。320条1項前段）」との制限に触れないか。

伝聞証拠の証拠能力が原則として否定されるのは、伝聞過程には誤りが混入するおそれがあるのに、伝聞証拠は反対尋問等でその内容の真実性を吟味する機会がないことから、誤判を招くおそれが類型的に高いことにある。右の趣旨に照らせば、証拠能力が原則として否定される供述代用書面とは、（ア）公判期日外の供述を内容とする書面のうち（イ）その内容の真実性が問題となるものに限られると考える。（イ）は、要証事実との関係で相対的に判断される。

甲が「サバイバルナイフは乙のものだ」と供述するのに対し、Rは、同書面によってサバイバルナイフと甲との結びつきを立証した

いと考えている。そうすると、要証事實は、サバイバルナイフを甲が所有していることと考えられる。

本書面に含まれる P の説明文は、公判期日外の P の供述を内容としており（ア）を満たす。そして、これに含まれる「同サバイバルナイフの左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証があった」との記載は、サバイバルナイフを甲が所有していることとの関係で、その内容の真実性が問題となるといえるから、（イ）を満たす。なお、②は光学的方法によりサバイバルナイフの保管状況をありのままに記録したものであって、伝聞法則が妥当しないから、証拠能力が認められる。

したがって、本書面は供述代用書面に当たり、原則として証拠能力が否定される。

2 捜査の専門家により作成され、口頭よりも書面による報告に親しむという 3 2 1 条 3 項の趣旨は、任意捜査である実況見分調書にも妥当することから、実況見分調書にも同条が準用されると考える。

本書面は、捜索の結果を報告する実況見分調書であって「検証の結果を記載した書面」には当たらないが、3 2 1 条 3 項の準用により、公判期日で P が「その真正に作成されたものであることを供述したとき」は、証拠能力が認められる。

以上