

2024年度 第8回 明大法曹会答案練習会 刑事訴訟法問題

【事例】

司法警察員Pらは、令和6年初めころから、覚せい剤の密売の嫌疑で、H県I市内で甲が経営する株式会社A（以下、「本件会社」という。）に対する捜査を開始し、本件会社の周辺に張り込んだ結果、同所の周辺において、本件会社の従業員である乙らがタクシーで乗り付けた男らに封筒を渡すのを現認した。また、Pらは、本件会社が宅配便を使って覚せい剤を譲り受けている旨の情報を得たため、I市内にある宅配業者のJ営業所に本件会社に配達された荷物に関する照会をしたところ、同年5月2日から同年7月2日までの2か月間に、本件会社の「C」宛の荷物が合計11個あり、乙らによって受領されたこと、さらに、J営業所の担当者の供述から、前記11個の荷物のうち、同年6月12日及び同年7月2日を配達日とするものについては、Dと名乗る人物が運送を依頼したことが判明した。また、これらの荷物は、その配送伝票記載の荷送人及び荷受人の電話番号、筆跡から、同一人物によって発送されたものであると考えられた。なお、Pらが本件会社の関係者として把握している者の中には、Cと称する者はいなかった。

そこで、Pらは、同年7月3日、被疑者を「甲」、被疑事実を覚せい剤取締法違反（営利目的所持及び譲受け）、捜索すべき場所を、「株式会社Aの事務所」、差し押さえるべき物を「覚せい剤、覚せい剤使用器具類、覚せい剤計量器具類、覚せい剤分包紙袋類、覚せい剤取引文書・手帳・メモ類、携帯電話及び付属の充電器」とする捜索差押許可状の発付を受けた上、同日、甲と乙の立会いの下、本件会社の事務所を捜索した。その際、Pは、乙が本件会社内の乙使用の事務機（以下「本件事務機」という。）の1番上の引き出しにそっと何かを入れ、急いで鍵を掛けたことに気付いた。そこで、Pが本件事務機を見せるように言うと、乙は頑なに拒否した。そのため、Pは、引き出しの中に覚せい剤取引に関する書類等が入っているのではないかと考えた。Pは、乙を説得し、3段ある本件事務機の引き出しの中を調べると、下の2段の引き出しには業務に関する帳簿等が入っているだけであったが、1番上の引き出しは鍵が掛けられていて開けることができなかった。Pが甲に対して事務機について尋ねると、甲は、「本件会社の事務機はすべて本件会社の物だが、その1番上の引き出しは、鍵が付いているので、従業員が貴重品や手帳などを保管するのに使わせている。」と答えた。そこで、Pは、甲が保管しているスペアの鍵を用いて、本件事務機の1番上の引き出しを開けることにした。乙が抗議をする中、Pが、スペアの鍵を使って、本件事務機の1番上の引き出しを開けてその中を探してみると、乙の財布や手帳が入っていて、その手帳には1枚のメモ「以下「本件メモ」という。」が挟まれていたため、Pは、その手帳と共に本件メモを差し押さえた。本件メモには、ボールペンで【資料】のとおり記載がされており、後の筆跡鑑定の結果、本件メモに記載された文字の筆跡は、乙の筆跡と同一であることが判明した。

そして、本件会社の事務所で覚せい剤が発見されたため、Pは、覚せい剤取締法違反（所持）の被疑事実で甲と乙を現行犯逮捕するとともに、同覚せい剤を差し押さえた。

逮捕後のPによる取調べに対して、甲は被疑事実を否認したが、乙は被疑事実を認める供述をした。乙は、本件メモについて、同年5月以降に本件会社で行われる予定の覚せい剤取引についての甲からの指示内容を忘れないように書き留めたものであると供述した。また、本件メモを挟んでいた手帳については、普段から本件事務機の引き出しに入れて鍵を掛け、他人に見られることのないように保管していた旨供述した。Pは、その旨を記載した供述録取書を作成し、乙に署名押印を求めたが、乙は、供述録取書が甲に不利な証拠として使用されることを恐れて、これを拒否した。そして、甲と乙は、Dという人物については、一貫して知らない旨の供述を行った。そのため、最終的にDという人物を発見することはできず、配送伝票記載の電話番号からも各荷物の荷送人を特定するには至らなかった。

捜査の結果、甲は、乙と共に、同年5月2日から同年7月2日までに本件会社に配達された11個の荷物について、甲及び乙2名の共謀による覚せい剤取締法違反（営利目的所持及び譲受け）の公訴事実で起訴され、その後甲と乙の弁論は分離されることになった。

甲に対する第1回公判期日において、甲は公訴事実を否認し、検察官Rの本件メモの証拠取調べ請求に対し、甲の弁護人は不同意との証拠意見を述べた。そこで、Rは、甲と乙との共謀を立証するために、本年メモの証拠調べに代えて乙の証人尋問を請求した。

乙は、甲の第2回公判期日に証人として出頭したものの、甲の面前に立つと、氏名等の人定事項を黙秘した上、宣誓を拒否して全く口を開かず、裁判所による制裁についての注意その他の説得にも応じなかった。乙は、休廷中における検察官による説得にも拒絶の意思を示し、開廷後に裁判所によって甲の退廷の措置（刑事訴訟法第304条の2）が行われてもなお同様に黙秘を続けたため、裁判所は、乙が翻意することはないと判断し、尋問不能としてその施行を中止した。Rは、これを受けて、本件メモを刑事訴訟法第321条第1項第3号の書面としてその証拠調べを請求した。

【設問1】

下線部の捜査の適法性について論じなさい。

【設問2】

本件メモの証拠能力について論じなさい。なお、下線部の捜査の適法性の問題は考慮しなくてよい。

（参考条文） 覚せい剤取締法

第41条の2 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（略）は、10年以下の懲役に処する。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年

以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 (略)

【資料】 本件会社で押収された本件メモ（筆跡は乙のものである。）

甲から指示

配達予定

毎回2時頃に到着予定とのこと 受け取りは甲がいなければ乙

DからCへ送る

(中略)

5/10 5g

5/22 10g

5/25 8g

5/29 12g

6/3 5g

6/8 10g

6/12 8g

6/17 5g

6/20 12g

6/25 5g

7/2 10g

(以下略)



表

試験科目	受験番号	フリガナ	
刑事訴訟法		氏名	

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会
 講師：弁護士 藤瀬淳
 質問：junf98327@gmail.com
 2025.3.23実施 刑事訴訟法

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22

23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44



裏

(注意事項)

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、憲法的答案用紙です。

行政法的答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申し出があった場合を除き、零点となるので、注意してください。

なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください。(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申し出は一切応じません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

(1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書き進めてください。なお、解答欄の枠外(着色部分及びその外側の余白部分)に記載した場合には、当該部分は採点されません。

(2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限る。)で記載することとし、これ以外で記載した場合には、無効答案として零点となります。

(3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は斜線で1行の場合には横線で消して、その次を書き直してください。

(4) 答案用紙の表裏を書き進めて答案を作成した場合には、表が白紙の時には「裏から記載」、それ以外の時は「裏から記載」とだけ、試験期間中に表の解答欄に記載してください。(試験時間終了後に記載することは認めません。)

(5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください。

4 その他

解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判断される記載のある答案は無効答案として零点となります。

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会

講師：弁護士 藤瀬淳

質問：junf98327@gmail.com

2025.3.23実施 刑事訴訟法

刑事訴訟法 3 頁

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

刑事訴訟法 4 頁

予備試験答案練習会（刑事訴訟法採点基準表）

	配点	得点
設問 1	19	
1 本件事務機の搜索の適法性		
(1)令状の効力が及ぶか		
問題提起	1	
規範定立、理由付け	3	
あてはめ <ul style="list-style-type: none"> ・ 本件事務機の所有者は本件会社であること ・ 引き出しには鍵が付いており、乙が管理していること ・ 甲が引き出しの鍵のスペアを持っていること ・ 結論 	4	
(2)搜索できるか		
規範定立（条文指摘）	1	
あてはめ <ul style="list-style-type: none"> ・ 甲には、本件会社を拠点とする覚せい剤の密売の嫌疑がかけられていたこと ・ 乙は、本件会社の周辺において、タクシーで乗り付けた男らに封筒等を渡していたことや、本件会社に配達される荷物の受取りも行っていたこと ・ Pが、搜索開始後に、乙が本件事務機の引き出しに何か入れて鍵を掛けたのを現認していること ・ 乙が引き出しの中を見せることを強く拒んだこと ・ 結論 	5	
(3)引き出しをスペアキーで開ける行為が「必要な処分」に当たること	1	
2 乙の手帳及び本件メモの差押えの適法性		
(1)規範定立（条文指摘）	1	
(2)あてはめ <ul style="list-style-type: none"> ・ 本件メモ及び乙の手帳が「差し押さえるべき物」に含まれていること ・ 本件メモに甲の名前や覚せい剤取引に関する記載があること 	2	
結論	1	
設問 2	21	
1 伝聞証拠該当性		
規範定立 <ul style="list-style-type: none"> ・ 伝聞法則の趣旨 ・ 伝聞証拠の定義 	3	

あてはめ ・ 公判廷外の供述であること ・ 甲と乙の共謀が立証趣旨であること ・ 本件メモの内容 ・ Rが321条1項3号として証拠調べ請求していること	4	
結論	1	
2 伝聞例外該当性		
(1)供述書に当たること	1	
(2)供述不能		
規範定立	1	
あてはめ ・ 乙が黙秘していること ・ 尋問不能となっていること	4	
(3)不可欠性の認定	1	
(4)絶対的特信情況		
規範定立	1	
あてはめ ・ 本件メモの内容が客観的事実と整合すること ・ ボールペンで記載されていること ・ 乙が急いで隠したこと ・ 乙が見せることを拒否していること	4	
結論	1	
裁量点	10	
合計	50	

第1 設問1

1 本件事務機の搜索の適法性

(1) 令状の効力が及ぶか

ア 搜索すべき場所を「株式会社Aの事務所」とした令状の効力は、本件事務機に及ぶか。

イ 裁判官は場所の管理権者ごとに搜索する「正当な理由」の有無を判断して令状を発付している（憲法35条1項）。

したがって、令状の効力は同一管理権の及ぶ範囲に及ぶ。

ウ 「株式会社Aの事務所」は経営者の甲が管理しているといえる。

ここで、本件事務機の1番上の引き出しには鍵が付いており、乙の貴重品や手帳などを保管するために使用されているので、独立して保護すべき乙の管理権が認められるとも思える。

しかし、本件事務機の所有者は本件会社であり、経営者の甲がスペアキーを保管していることからすれば、本件事務機の管理権は本件会社の経営者たる甲にあると考えられる。

エ よって、令状の効力が及ぶ。

(2) 搜索できるか

ア 被疑者は甲であるため、甲が管理する本件事務機については、被疑事実と関連する物が存在する蓋然性があるなど、「必要があ」れば搜索できる（刑事訴訟法222条1項、同102条1項。以下、当該法令名省略）。

イ 乙は、以前より本件事務所の周辺において、タクシーで乗り付けた男らに封筒等を渡したり、本件会社に配達される荷物の受け取りを行ったりしていたので、覚せい剤取引に関与している可能性が高い。そのような立場の乙が、本件事務機の1番上の引き出しにそっと何かを入れ、急いで鍵を掛けたことに、Pは気付いており、乙は引き出しの中を見せることを強く拒んでいることから、引き出しの中には覚せい剤取引に関する書類等が存在する蓋然性があり、搜索する「必要があ」といえる。

ウ したがって、搜索できる。

(3) 搜索の際、本件事務機の引き出しをスペアキーで開けているが、これは「必要な処分」として行うことができる（222条1項、111条1項）。

2 本件メモと手帳の差押えの適法性

(1) 差押えは、「差し押さえるべき物」であり、かつ、被疑事実との関連性が認められる「証拠物」「と史料するもの」でなければならない（219条1項、222条1項、99条1項）。

(2) 本件メモ及び乙の手帳は、「差し押さえるべき物」に含まれている物件であり、本件

[ここに入力]

メモには、甲の名前は本件会社における覚せい剤取引の日付や取引量などと考えられる事項が記載されていることから、被疑事実との関連性が認められる。

(3) したがって、差押えは適法である。

3 よって、下線部の捜査は適法である。

第2 設問2

1 本件メモに証拠能力は認められるか。

2 まず、「公判期日における供述に代えて書面を証拠」とする場合に当たるかを検討する(320条1項)。

(1) 供述証拠は知覚、記憶、表現、叙述の各過程に誤りが介在するおそれがあるため、反対尋問、宣誓と偽証罪の告知による威嚇、裁判所の供述態度の観察がなければ原則として証拠能力は否定される。そこで、320条1項の「書面」とは、①公判廷外における供述で、②要証事実との関係で内容の真実性を問題とするものをいうと考える。

(2) 本件メモは公判廷外における供述である(①)。本件メモは共謀を立証趣旨としており、本件メモには「甲から指示」があったこと、そして5月以降に譲り受ける覚せい剤の量と日付、取引に使用されたと考えられるCやDという名義などの犯行計画が書かれている。また、検察官Rは321条1項3号即ち伝聞例外として証拠調べ請求しているので、内容の真実性を問題としているといえる(②)。

(3) したがって、「公判期日における供述に代えて書面を証拠」とする場合に当たる。

3 次に、伝聞例外に当たるかを検討する。

(1) 本件メモの筆跡は乙と同一なので、これは乙の「供述書」といえる(321条1項柱書)。

(2) 321条1項3号記載の例示列举事由に匹敵する程度の証言拒絶も供述不能にあたるどころ、本件で乙は、氏名等の人定事項を黙秘した上、宣誓を拒否し、裁判所による制裁についての注意その他の説得にも応じなかった。また、休廷中の検察官の説得や甲の退廷措置によってもなお同様に黙秘を続け、最終的に尋問不能とされている。

したがって、乙は「公判期日において供述することができ」ないといえる(同号)。

(3) また、甲と乙の共謀を証明する証拠は発見されていないため、「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ものである」といえる(同号)。

(4) それでは、「その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」といえるか(同但し書)。

ア 絶対的特信性の判断は供述のなされた際の外部的付随事情を基準とするが、供述内容を推認の一資料として考慮することはできると解する。

イ 本件メモではPらの捜査と一致する配送日が記載されており、ボールペンで記載されているため訂正ができないものである。そして、本件事務所机で鍵を掛けて保管されていたのであるから、乙が他人に見せることを想定していたとはいえ、虚偽の記載をするとは考え難い。

[ここに入力]

したがって、「特に信用すべき状況の下にされたものである」といえる。

(5) よって、伝聞例外に当たる。

4 以上から、本件メモに証拠能力は認められる。

以上

明治大学法曹会 司法試験予備試験 答案練習会（令和6年度）
刑事訴訟法解説レジュメ

1. 出題趣旨

搜索差押の適法性及び伝聞例外について出題した。

とある講座でこれらの論点が出題された過去問を解かせたところ、典型論点であるにもかかわらず、理解が整理できていない受験生が多かったためである。

特に伝聞については、「伝聞」と聞くだけで苦手意識をもつ受験生も少なくないが、一つ一つ要件を検討していけば何ら難しいものではなく、結局いかに事実を拾い、あてはめを充実させられるかで差がつくという点は他の論点と同じなので、しっかり書けるようになってほしい。

2. 設問1

(1) 問題の所在

まず、乙が引き出しの鍵を管理していることから、本件会社の事務所という場所に対する令状の効力が本件事務機の引き出しにも及んでいるか、また、証拠物が存在する蓋然性が認められるかという点についての検討が求められる。

乙の別個独立の管理権の存在を否定した場合には、下線部の捜査は、搜索差押許可状に基づく搜索として適法であるといえるだろう。

他方で、乙の別個独立の管理権を認める場合には、本件会社の事務所に対する搜索差押許可状に基づいて、本件事務機の引き出しの搜索をすることは、原則として許されない。もっとも、乙が引き出しの中に何かを隠したと疑われることなどの事情をとらえて、例外的に、令状の効力として、又は「必要な処分」（222条1項、111条1項）として、本件事務機の搜索を適法とすべき事情があるといえるかを検討する余地はある。

次に、乙の手帳及び本件メモの差押えの適法性については、本件手帳及び本件メモに被疑事実との関連性が認められるかどうかも問題となる。

(2) 論点：場所に基づく搜索差押えの範囲

そもそも令状に基づく搜索差押えの論点の整理ができている受験生が少ないので解説すると、搜索差押えの論点として考えられるのは下記のとおりである。

1 令状段階

①搜索差押えの理由（222条1項、99条1項、102条1,2項）

②令状による対象の明示（概括的記載の可否）

2 搜索段階

①令状の効力が及ぶか

②令状執行段階での正当な理由の存否（関連性、存在の蓋然性）（222 条 1 項、102 条 1, 2 項、218 条 1 項）

3 差押段階

①差押物に該当するか

②令状執行段階での正当な理由の存否（関連性）（222 条 1 項、99 条 1 項、218 条 1 項）

これらをしっかり整理しないと、あてはめで異なる段階の話を書いてしまい、採点者に悪い印象を与えるばかりか、枠組みを誤っているとして点数が入らないというおそれもあるので、搜索差押えの論点に取り組む際は、まず、上記のどの段階の問題なのかをしっかりと把握すべきである。本件において問題となっているのは、上記のうちの 2 と 3 の①、②それぞれである。

2-①は、裁判官が令状審査の際に搜索することを許可した範囲内かどうか、即ち搜索場所と同一の管理権かどうかを検討し（規範は参考答案参照）、2-②は問題となる場所に被疑事実に関連する物が存在する野かどうか検討することとなる。

本件では、本件事務機の管理権と本件事務所の管理権の同一性について、文中の事情から検討し、本件事務機の 1 番上の引き出しの中に本件被疑事実と関連する物が存在するのかが検討する。

3-①は問題に記載されているであろう「差し押さえるべき物」と問題となる対象物を形式的に比較すればよく、②についてはその物と被疑事実との関連性を検討することとなる。

本件では①も②もいずれもそれほど問題にはならないので、あっさりとおてはめをすれば十分である。

3. 設問 2

(1) 問題の所在

伝聞証拠該当性と伝聞例外該当性が問題となる。

まず、本件メモの内容と立証趣旨から本件メモが伝聞証拠に当たるということを指摘することが求められている。

メモの内容にかかわらず共謀の事実が認められるという考え方ができる場合もあるが、本件では検察官が 321 条 1 項 3 号により証拠調べ請求をしているという事実があるのだから、素直に伝聞証拠に当たると認定してほしい。

伝聞例外該当性は、条文に従い、供述不能に当たるか、不可欠といえるか、絶対的特信状況が認められるか、検討することとなる。

(2) 論点：伝聞証拠該当性

供述証拠は知覚、記憶、表現、叙述の各過程に誤りが介在するおそれがあるため、反

対尋問、宣誓と偽証罪の告知による威嚇、裁判所の供述態度の観察がなければ原則として証拠能力は否定される。そこで、320条1項の「書面」とは、①公判廷外における供述で、②要証事実との関係で内容の真実性を問題とするものをいうと考える。

→ 本件メモは公判廷外における供述である (①)

本件メモは共謀を立証趣旨としているところ

本件メモの内容は

「甲から指示」があったこと

5月以降に譲り受ける覚せい剤の量と日付

「毎回2時頃に到着予定とのこと 受取りは甲がいなければ乙」

「DからCへ送る」(犯行に使用する際の架空名義)

といった犯行計画

+検察官Rは321条1項3号即ち伝聞例外として証拠調べ請求している

→この内容が真実であるから「甲と乙が共謀していること」が認定できると検察官は考えている (②)

→伝聞証拠該当

(3) 論点：伝聞例外該当性 (321条1項3号)

①供述不能

→供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができない

→もともとこれらの事情は例示列举なので、これらに匹敵する事情があり、不能であるといえれば該当(証言拒絶の意思が固い場合、尋問場所や方法を配慮しても証言する見込みがない場合など)

②不可欠性

→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ものである

→他に証拠がないか検討

③絶対特信情況

→その供述が特に信用すべき情況の下にされたものである

→2項のような相対的特信情況ではないことに注意

供述のあった時期や供述の内容が供述者にとって利益か不利益か、供述がされた際の外部的付随事情を判断基準とし、これを推知する限りにおいて供述内容をも斟酌して判断する

本件の具体的な検討は参考答案参照

参考文献

- ・ 刑事訴訟法判例百選（第10版）79事件
- ・ 酒巻匠『刑事訴訟法』（有斐閣、2015）
- ・ 趣旨規範ハンドブック3 刑事系〔第5版〕（辰巳法律研究所、2015）

最優秀答案

回答者 K.R さん

第1 設問1

1 (1) まず、本件事務机の一番上の引き出し(当該引き出し)には、本件搜索差押許可状の効力が及ぶか。

(2) 222条1項、102条は搜索対象として「場所」と「物」を区別して規定している。しかし、「場所」に対する搜索によって侵害される「場所」の管理権者のプライバシー等の権利利益は、搜索場所に付属する物に帰属する利益を包摂しているといえる。そこで、搜索場所にある物のうち、「場所」の管理権者の管理下にあるものには、「場所」に付属する物として、「場所」に対する令状の効力が及ぶと解する。そうすると、「場所」に置かれた物であっても、管理権者以外の第三者の排他的支配に服する物については、権利利益が別個であり包摂されないから効力が及ばない。

(3)では、当該引き出しの中の権利利益は、「株式会社Aの事務所」の管理権者である本件会社の権利利益に包摂されるか。本件会社の事務机はすべて会社の物だがその一番上の引き出しは鍵が付いているので、従業員が貴重品や手帳などを保管するのに使われている。した

がって、本件事務机についても、使用者である従業員乙が自身の貴重品等を一番上の引き出しに保管し施錠しているといえ、その中身はスペアの鍵を使わない限り、乙以外の開錠できないものであると考えられる。

(4)したがって、当該引き出しの中は本件会社ではなく、第三者である乙の排他的支配に基づく物であるといえ、当該引き出しの中身は本件会社の権利利益に包摂されない。したがって、本件搜索差押許可状の効力は及ばないはずである。

2(1)だとしても、「必要な処分」(222条1項、111条)として搜索が許されないか。

(2)場所に包摂されない領域であっても、搜索中もしくは搜索直前に、搜索・差押目的物をその領域に隠匿したと疑われる場合、その領域を搜索することは、本来行えたはずの搜索・差押え処分に対する妨害行為を排除するための付随的措置であるとして、「必要な処分」として搜索が許容されると解する。

(3)本件会社の搜索中、Pは乙が当該引き出しにそっと何かを入れ、急いで錠をかけたことに気付いている。そして、Pが本件事務机を見せるように言うと乙は頑なに拒否している。

また、当該引き出しをスペアの鍵で開錠する際も、乙は抗議をしている。この乙の行為や態度によると、当該引き出しの中にPらに見られたくない物を隠した可能性が高く、差押目的物を隠匿したことが十分に疑われる。

(4)したがって、「必要な処分」として、令状の効力は及び、当該引き出しの搜索が許されるように思える。

3(1)次に、捜索差押許可状の効力が及んでいるとしても、当該引き出しの中は、乙が権利利益を有し、被疑者である甲の管理下でない以上、引き出しの中を捜索するには、差押目的物がそこに存在する蓋然性が認められる必要がある。

(2)まず、Pらが本件会社周辺において本件会社の従業員である乙らがタクシーで乗りつけた男らに封筒を渡すのを現認したこと、本件会社が宅配便を使って覚せい剤を譲り受けている旨の情報を得たことから、本件会社の事務所が覚せい剤密売の拠点となっている疑い、また乙が覚せい剤に関する何らかの証拠となるものを所持している疑いがある。そして、

2(3)で述べた通り、乙が当該引き出しに差押目的物を隠匿した疑いが十分にある。

(3)以上より、当該引き出しには本件差押目的物が存在する蓋然性が認められる。

4 また、当該引き出しからは、覚せい剤取引に関すると考えられる本件メモや手帳が見つかったのであって、それらは差押目的物に該当する。

5 よって、下線部の捜査は、令状に基づく捜索・差押えとして適法である。

第2 設問2

1(1)本件メモは、「公判期日における供述に代えて書面」(320 項 1 項)、つまり伝聞証拠にあたり、証拠とすることができないのではないか。

(2)320 条 1 項の趣旨は、供述証拠が知覚・記憶・表現・叙述の各過程に誤りが介在する恐れが大きいため、宣誓(154 条、規則 116~120 条)、反対尋問(憲法 37 条 2 項前段)、偽証罪の告知(刑法 169 条)、裁判所による態度の観察などによって供述の内容の真実性を吟味する必要があるのにこれをなし得ないことから、証拠能力を否定し、誤判防止を図った点にあ

る。そうだとすれば、伝聞証拠とは、①公判廷外の供述を内容とする証拠で、②要証事実との関係でその内容の真実性が問題になるものをいう。

(3)まず、本件メモは、同年5月以降に本件会社で行われる予定の覚せい剤取引についての甲からの指示内容を知覚し記憶したものを忘れないようにメモに表現・叙述したものである。したがって、本件メモは、公判廷外の乙の供述を内容とする証拠である(①充足)。

次に、検察官Rは、甲と乙との共謀を立証するのであるから、ここでいう要証事実とは「甲と乙との間に本件メモ記載の内容の共謀が成立したこと」であるといえる。そうすると、本件メモに記載の「甲から指示」「受け取りは甲がいなければ乙」との内容の真実性が問題となる(②充足)。

(4)したがって、本件メモは伝聞証拠にあたる。したがって、甲が本件メモの取調べ請求に対し不同意である以上、甲の「同意(326条1項)」がなく、証拠とすることができないようにも思える。

2(1)もっとも、本件メモは321条1項3号の書面として伝聞例外にあたらないか。

(2)同号の書面に該当する要件として、①供述者が供述不能であること、②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こと、③その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであることが必要である。

(3)まず、①について、同号記載の供述不能事由は、例示列挙であると解する。したがって証言拒絶の場合であっても、期日を改めたり尋問場所や方法を配慮するなどにより翻意して証言する見込みがなければ、①を充足すると解する。

乙は、供述録取書の署名押印時に、署名押印を拒否する理由として、甲に不利な証拠として使用されることを恐れているという事情がある。また、乙は甲の第2回公判期日に証人として出頭したが、甲の面前に立つと人定事項を黙秘し宣誓も拒否し、証言拒絶の意を表している。また、裁判所による制裁についての注意やその他説得に応じず休廷中の検察官による説得も応じないことから証言拒絶の意が強い。また、甲の面前であることが証言拒絶の原因であると考えられるところ、甲の退廷の措置が採られても証言拒絶を続けており、他にどのような措置を採っても乙が証言拒絶を翻意する見込みがない(①充足)。

次に、②については、本件メモにより甲と乙との共謀の有無が判断できる。したがって本件メモの証拠能力の有無により、甲の共謀を設定するのに著しい差異が生じるといえる(②充足)。

また、③について、乙は本件メモについて覚せい剤取引についての甲からの指示内容を忘れないように書き留めている点で、記憶過程・表現過程に誤りが介在する可能性は非常に低い。また、乙は甲から指示を受ける甲の部下的立場にあることが伺え、甲からの指示をミスなく遂行しようとする意識が働くと考えられるから、甲からの指示を知覚する過程においても誤りが介在しないよう細心の注意を払ったことが考えられる。したがって、特に信用すべき状況の下にされたといえる(③充足)。

(3)したがって、同号の書面に該当し伝聞例外にあたる。

3したがって本件メモに証拠能力が認められる。

以上

