

司法試験

刑訴法～論文過去問の詳細解説～伝聞証拠等

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



[刑事系科目]

[第2問] (配点: 100)

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。なお、【資料1】の供述内容は信用できるものとし、【資料2】の搜索差押許可状は適法に発付されたものとする。

【事例】

- 1 警察は、平成21年1月17日、軽自動車(以下「本件車両」という。)がM埠頭の海中に沈んでいるとの通報を受け、海中から本件車両を引き上げたところ、その運転席からシートベルトをした状態のVの死体が発見された。司法解剖の結果、Vの死因は溺死ではなく、頸部圧迫による窒息死であると判明した。警察が捜査すると、埠頭付近に設置された防犯カメラに本件車両を運転している甲野太郎(以下「甲」という。)と助手席にいるVの姿が写っており、その日時が同年1月13日午前3時5分であった。同年1月19日、警察が甲を取り調べると、甲は、Vの頸部をロープで絞めて殺害し、死体を海中に捨てた旨供述したことから、警察は、同日、甲を殺人罪及び死体遺棄罪で逮捕した。勾留後の取調べで、甲は、Vの別居中の妻である乙野花子(以下「乙」という。)から依頼されてVを殺害したなどと供述したため、司法警察員警部補Pは、その供述を調書に録取し、【資料1】の供述調書(本問題集8ページ参照)を作成した。
- 2 警察は、前記供述調書等を疎明資料として、殺人、死体遺棄の犯罪事実で、搜索すべき場所をT化粧品販売株式会社(以下「T社」という。)事務所とする搜索差押許可状の発付を請求し、裁判官から【資料2】の搜索差押許可状(本問題集9ページ参照)の発付を受けた。なお、同事務所では、T社の代表取締役である乙のほか、A及びBら7名が従業員として働いている。
- Pは、5名の部下とともに、同年1月26日午前9時、同事務所に赴き、同事務所にいたBと応対した。乙及びAらは不在であり、Pは、Bを介して乙に連絡を取ろうとしたが、連絡を取ることができなかつたため、同日午前9時15分、Bに前記搜索差押許可状を示して搜索を開始した。Pらが同事務所内を搜索したところ、電話台の上の壁にあるフックにカレンダーが掛けられており、そのカレンダーを外すと、そのコンクリートの壁にボールペンで書かれた文字を消した跡があった。Pらがその跡をよく見ると、「1/12△フトウ」となっており、「1/12」と「フトウ」という文字までは読み取ることができたが、「△」の一字分については読み取ることができなかった。そこで、Pらは、壁から約30センチメートル離れた位置から、その記載部分を写真撮影した【写真①】。
- 3 同事務所内には、事務机等のほかに引き出し部分が5段あるレターケースがあり、Pらがそのレターケースを搜索すると、その3段目の引き出し内に預金通帳2冊、パスポート1通、名刺10枚、印鑑2個、はがき3枚が入っていた。Pが、Bに対し、その引き出しの使用者を尋ねたところ、Bは、「だれが使っているのかわかりません。」と答えた。そこで、Pらがその預金通帳2冊を取り出して確認すると、1冊目はX銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年6月6日からであり、現在も使われているものであった。2冊目はY銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年10月10日からであり、現在も使われているものであった。X銀行の預金口座には、不定期の入出金が多数回あり、その通帳の平成21年1月14日の取引日欄に、カードによる現金30万円の出金が印字されていて、その部分の右横に「→T.K」と鉛筆で書き込まれていたが、そのほかのページには書き込みがなかった。また、Y銀行の預金口座には、T社からの入金が定期的であり、電気代や水道代などが定期的に出金されているほか、カードによる不定期の現金出金が多数回あった。その通帳には書き込みはなかった。次に、Pらがその引き出し内にあるパスポートなどを取り出し、それらの内容を確認すると、パスポートの名義が「乙野花子」で、名刺10枚は「乙野花子」と印刷されており、はがき3枚のあて名は「乙野花子」となっていた。印鑑2個は、いずれも「A」と刻印されていて、X銀行及びY銀行への届出印と似ていた。Pらは、その引き出し内にあったものをいずれも元の位置に戻した上、その引き出し内を写真撮影した。
- 4 引き続き、Pらは、X銀行の預金通帳を事務機の上に置き、それを写真撮影しようとする

Bは、「それはAさんの通帳なので写真を撮らないでください。」と述べ、その写真撮影に抗議した。しかし、Pらは、「捜査に必要である。」と答え、その場で、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真②】。さらに、Pらは、Y銀行の預金通帳を事務机の上に置き、同様に、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真③】。なお、Pらは、X銀行の預金通帳を差し押さえたが、Y銀行の預金通帳は差し押さえなかった。

5 次に、Pらは、パスポート、名刺、はがき及び印鑑を事務机の上に置き、パスポートの名義の記載があるページを開いた上、そのページ、名刺10枚、はがき3枚のあて名部分及び印鑑2個の刻印部分を順次写真撮影した【写真④】。なお、Pらは、そのパスポート、名刺、はがき及び印鑑をいずれも差し押さえず、搜索差押えを終了した。

6 その後、捜査を継続していたPらは、平成21年2月3日、甲の立会いの下、M埠頭において、海中に転落した本件車両と同一型式の実験車両及びVと同じ重量の人形を用い、本件車両を海中に転落させた状況を再現する実験を行った。なお、実験車両は、本件車両と同じオートマチック仕様の軽自動車であり、現場は、岸壁に向かって約1度から2度の下り勾配になっていた。

Pらは、甲に対し、犯行当時と同じ方法で実験車両を海中に転落させるよう求めると、甲は、本件車両を岸壁から約5メートル離れた地点に停車させたと説明してから、その地点に停車した実験車両の助手席にある人形を両手で抱えて車外に持ち出した。甲は、その人形を運転席側ドアまで移動させてから車内の運転席に押し込み、その人形にシートベルトを締めた。そして、甲は、運転席側ドアから車内に上半身を入れ、サイドブレーキを解除した上、セレクトレバーをドライブレンジにして運転席側ドアを閉めた。すると、同車両は、岸壁に向けて徐々に動き出し、前輪が岸壁から落ちたものの、車底部が岸壁にぶつかったため、その上で止まり、海中に転落しなかった。甲は、同車両の後方に移動し、後部バンパーを両手で持ち上げ、前方に重心を移動させると、同車両が海中に転落して沈んでいった。その後、Pらが海中から同車両を引き上げ、その車底部を確認したところ、車底部の損傷箇所が同年1月17日に発見された本件車両と同じ位置にあった。

7 Pは、この実験結果につき、実況見分調書を作成した。同調書には、作成名義人であるPの署名押印があるほか、実況見分の日時、場所及び立会人についての記載があり、実況見分の目的として「死体遺棄の手段方法を明らかにして、証拠を保全するため」との記載がある。加えて、実況見分の経過として、写真が添付され、その写真の下に甲の説明が記載されている。

調書の
外形を
イメージ
してる。

具体的には、岸壁から約5メートル離れた地点に停止している実験車両を甲が指さしている場面の写真、甲が両手で抱えた人形を運転席に向けて引きずっている場面の写真、甲が運転席に上半身を入れて、サイドブレーキを解除し、セレクトレバーをドライブレンジにした場面の写真、同車両の前輪が岸壁から落ちたものの車底部が岸壁にぶつかってその上で同車両が止まっている場面の写真、甲が同車両の後部バンパーを両手で持ち上げている場面の写真、同車両が岸壁から海中に転落した場面の写真、同車両底部の損傷箇所の位置が分かる写真が添付されている。そして、各写真の下に「私は、車をこのように停止させました。」「私は、助手席の被害者をこのように運転席に移動させました。」「私は、このようにサイドブレーキを解除してセレクトレバーをドライブレンジにしました。」「車は、このように岸壁の上で止まりました。」「私は、このように車の後部バンパーを持ち上げました。」「車は、このように海に転落しました。」「車の底には傷が付いています。」との記載がある。

写真

甲の説明

8 その後、同年2月9日、検察官は、被告人甲が乙と共謀の上、Vを殺害してその死体を遺棄した旨の公訴事実で、甲を殺人罪及び死体遺棄罪により起訴した。被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、殺人、死体遺棄の犯人ではない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官が、前記実況見分調書につき、「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨で証拠調べ請求したところ、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」であると考え、証拠とすることに不同意の意見を述べた。

〔設問1〕 ①【写真①】から【写真④】の写真撮影の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 【事例】中の②実況見分調書の証拠能力について論じなさい。

【資料1】

供述調書

本籍, 住居, 職業, 生年月日省略

甲 野 太 郎

上記の者に対する殺人, 死体遺棄被疑事件につき, 平成21年1月24日〇〇県〇〇警察署において, 本職は, あらかじめ被疑者に対し, 自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げて取り調べたところ, 任意次のおり供述した。

- 私は, 平成21年1月13日午前2時ころ, V方前の道で, Vの首をロープで絞めて殺し, その死体を海に捨てましたが, 私がそのようなことをしたのは, 乙からVを殺すように頼まれたからでした。
- 私は, 約2年前に, クリーニング店で働いており, その取引先に乙が経営していたT化粧品販売という会社があったため, 乙と知り合いました。私は, 次第に乙に惹かれるようになり, 平成19年12月ころから, 乙と付き合うようになりました。乙の話では, 乙にはVという夫がいるものの, 別居しているということでした。
- 平成20年11月中旬ころ, 私(私)は, 乙(乙)から「Vに3000万円の生命保険を掛けている。Vが死ねば約2000万円ある借金を返すことができる。報酬として300万円をあげるからVを殺して。」と言われました。私は, 最初, 乙の冗談であると思いましたが, その後, 乙と話をするたびに何回も同じ話をされたので, 乙が本気であることが分かりました。そのころ, 私にも約300万円の借金があったため, 報酬の金が手に入ればその借金を返すことができると思い, Vを殺すことに決めました。そこで, 平成21年1月11日午後9時ころ, 乙から私に電話があったとき, 私(私)は, 乙に「明日の夜, M埠頭で車の転落事故を装ってVを殺す。」と言うと, 乙(乙)から「お願い。」と言われました。
- 1月12日の夜, 私(私)がV方前の道でVを待ち伏せしていると, 翌日の午前2時ころ, 酔っ払った様子のVが歩いて帰ってきました。私は, Vを殺すため, その後ろから首にロープを巻き付け, 思い切りそのロープの端を両手で引っ張りました。Vは, 手足をばたつかせましたが, しばらくすると, 動かなくなりました。私が手をVの口に当てると, Vは, 息をしていませんでした。
- 私は, Vの服のポケットから車の鍵を取り出し, その鍵でV方にあった軽自動車のドアを開け, Vの死体を助手席に乗せました。そして, 私は, Vが運転中に誤って岸壁から転落したという事故を装うため, その車を運転してM埠頭に向かいました。私は, 午前3時過ぎころ, M埠頭の岸壁から少し離れたところに車を止め, 助手席の死体を両手で抱えて車外に持ち出し, 運転席側ドアまで移動して, その死体を運転席に押し込み, その上半身にシートベルトを締めました。そして, 私は, 運転席側ドアから車内に上半身を入れ, サイドブレーキを解除し, セレクトレバーをドライブレンジにしてからそのドアを閉めました。すると, その車は, 岸壁に向けて少しずつ動き出し, 前輪が岸壁から落ちたものの, 車の底が岸壁にぶつかってしまい, 車がその上で止まってしまいました。そこで, 私は, 車の後ろに移動し, 思い切り力を入れて後ろのバンパーを両手で持ち上げ, 前方に重心を移動させると, 軽自動車であったため, 車が少し動き, そのままザブーンという大きな音を立てて海の中に落ちました。私は, だれかに見られていないかとドキドキしながらすぐに走って逃げました。
- その後, 私(私)は, 乙にVを殺したことを告げ, 1月15日の夕方, 乙(乙)と待ち合わせた喫茶店で, 乙から報酬の一部として現金30万円を受け取り, その翌日の夕方, 同じ喫茶店で, 乙から報酬の一部として現金20万円を受け取りました。

甲と乙の共謀

V殺害

死体遺棄

報酬の受け渡し

甲 野 太 郎 指印

以上のとおり録取して読み聞かせた上, 閲覧させたところ, 誤りのないことを申し立て, 欄外に指印した上, 末尾に署名指印した。(欄外の指印省略)

前 同 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警部補

P

⑩

【資料 2】

捜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	甲 野 太 郎 昭和 3 2 年 9 月 2 9 日 生
罪 名	殺 人, 死 体 遺 棄
捜 索 す べ き 場 所, 身 体 又 は 物	〇〇 県 〇 〇 市 桜 が 岡 6 丁 目 2 4 番 4 号 日 本 橋 ビ ル 1 階 T 化 粧 品 販 売 株 式 会 社 事 務 所
差 し 押 さ え る べ き 物	本 件 に 関 連 す る 保 険 証 書, 借 用 証 書, 預 金 通 帳, 金 銭 出 納 帳, 手 帳, メモ, ノート
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	司 法 警 察 員 警 部 補 P
有 効 期 間	平 成 2 1 年 2 月 1 日 まで
<p>有効期間経過後は、この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には、これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても、捜索又は差押えの必要がなくなったときは、直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
<p>被疑者に対する上記被疑事件について、上記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平 成 2 1 年 1 月 2 5 日</p> <p style="text-align: center;">□ □ 簡 易 裁 判 所 印</p> <p style="text-align: center;">裁 判 官 某 ④</p>	

【刑事系科目】

【第2問】 (配点：100)

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。なお、【資料1】の供述内容は信用できるものとし、【資料2】の搜索差押許可状は適法に発付されたものとする。

【事例】

- 1 警察は、平成21年1月17日、軽自動車(以下「本件車両」という。)がM埠頭の海中に沈んでいるとの通報を受け、海中から本件車両を引き上げたところ、その運転席からシートベルトをした状態のVの死体が発見された。司法解剖の結果、Vの死因は溺死ではなく、頸部圧迫による窒息死であると判明した。警察が捜査すると、埠頭付近に設置された防犯カメラに本件車両を運転している甲野太郎(以下「甲」という。)と助手席にいるVの姿が写っており、その日時が同年1月13日午前3時5分であった。同年1月19日、警察が甲を取り調べると、甲は、Vの頸部をロープで絞めて殺害し、死体を海中に捨てた旨供述したことから、警察は、同日、甲を殺人罪及び死体遺棄罪で逮捕した。勾留後の取調べで、甲は、Vの別居中の妻である乙野花子(以下「乙」という。)から依頼されてVを殺害したなどと供述したため、司法警察員警部補Pは、その供述を調書に録取し、【資料1】の供述調書(本問題集8ページ参照)を作成した。
- 2 警察は、前記供述調書等を疎明資料として、殺人、死体遺棄の犯罪事実で、搜索すべき場所をT化粧品販売株式会社(以下「T社」という。)事務所とする搜索差押許可状の発付を請求し、裁判官から【資料2】の搜索差押許可状(本問題集9ページ参照)の発付を受けた。なお、同事務所では、T社の代表取締役である乙のほか、A及びBら7名が従業員として働いている。

Pは、5名の部下とともに、同年1月26日午前9時、同事務所に赴き、同事務所にいたBと応対した。乙及びAらは不在であり、Pは、Bを介して乙に連絡を取ろうとしたが、連絡を取ることができなかつたため、同日午前9時15分、Bに前記搜索差押許可状を示して搜索を開始した。Pらが同事務所内を搜索したところ、電話台の上の壁にあるフックにカレンダーが掛けられており、そのカレンダーを外すと、そのコンクリートの壁にボールペンで書かれた文字を消した跡があった。Pらがその跡をよく見ると、「1/12△フトウ」となっており、「1/12」と「フトウ」という文字までは読み取ることができたが、「△」の一文字分については読み取ることができなかつた。そこで、Pらは、壁から約30センチメートル離れた位置から、その記載部分を写真撮影した【写真①】。
- 3 同事務所内には、事務机等のほかに引き出し部分が5段あるレターケースがあり、Pらがそのレターケースを搜索すると、その3段目の引き出し内に預金通帳2冊、パスポート1通、名刺10枚、印鑑2個、はがき3枚が入っていた。Pが、Bに対し、その引き出しの使用者を尋ねたところ、Bは、「だれが使っているのかわかりません。」と答えた。そこで、Pらがその預金通帳2冊を取り出して確認すると、1冊目はX銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年6月6日からであり、現在も使われているものであった。2冊目はY銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年10月10日からであり、現在も使われているものであった。X銀行の預金口座には、不規則の入出金が多数回あり、その通帳の平成21年1月14日の取引日欄に、カードによる現金30万円の出金が印字されていて、その部分の右横に「→T. K」と鉛筆で書き込まれていたが、そのほかのページには書き込みがなかった。また、Y銀行の預金口座には、T社からの入金が決定的にあり、電気代や水道代などが定期的に出金されているほか、カードによる不規則の現金出金が多数回あった。その通帳には書き込みはなかった。次に、Pらがその引き出し内にあるパスポートなどを取り出し、それらの内容を確認すると、パスポートの名義が「乙野花子」で、名刺10枚は「乙野花子」と印刷されており、はがき3枚のあて名は「乙野花子」となっていた。印鑑2個は、いずれも「A」と刻印されていて、X銀行及びY銀行への届出印と似ていた。Pらは、その引き出し内にあったものをいずれも元の位置に戻した上、その引き出し内を写真撮影した。
- 4 引き続き、Pらは、X銀行の預金通帳を事務機の上に置き、それを写真撮影しようとする

Bは、「それはAさんの通帳なので写真を撮らないでください。」と述べ、その写真撮影に抗議した。しかし、Pらは、「捜査に必要である。」と答え、その場で、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真②】。さらに、Pらは、Y銀行の預金通帳を事務机の上に置き、同様に、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真③】。なお、Pらは、X銀行の預金通帳を差し押さえたが、Y銀行の預金通帳は差し押さえなかった。

5 次に、Pらは、パスポート、名刺、はがき及び印鑑を事務机の上に置き、パスポートの名義の記載があるページを開いた上、そのページ、名刺10枚、はがき3枚のあて名部分及び印鑑2個の刻印部分を順次写真撮影した【写真④】。なお、Pらは、そのパスポート、名刺、はがき及び印鑑をいずれも差し押さえず、捜索差押えを終了した。

6 その後、捜査を継続していたPらは、平成21年2月3日、甲の立会いの下、M埠頭において、海中に転落した本件車両と同一型式の実験車両及びVと同じ重量の人形を用い、本件車両を海中に転落させた状況を再現する実験を行った。なお、実験車両は、本件車両と同じオートマチック仕様の軽自動車であり、現場は、岸壁に向かって約1度から2度の下り勾配になっていた。

Pらは、甲に対し、犯行当時と同じ方法で実験車両を海中に転落させるよう求めると、甲は、本件車両を岸壁から約5メートル離れた地点に停車させたと説明してから、その地点に停車した実験車両の助手席にある人形を両手で抱えて車外に持ち出した。甲は、その人形を運転席側ドアまで移動させてから車内の運転席に押し込み、その人形にシートベルトを締めた。そして、甲は、運転席側ドアから車内に上半身を入れ、サイドブレーキを解除した上、セレクトレバーをドライブレンジにして運転席側ドアを閉めた。すると、同車両は、岸壁に向けて徐々に動き出し、前輪が岸壁から落ちたものの、車底部が岸壁にぶつかったため、その上で止まり、海中に転落しなかった。甲は、同車両の後方に移動し、後部バンパーを両手で持ち上げ、前方に重心を移動させると、同車両が海中に転落して沈んでいった。その後、Pらが海中から同車両を引き上げ、その車底部を確認したところ、車底部の損傷箇所が同年1月17日に発見された本件車両と同じ位置にあった。

7 Pは、この実験結果につき、実況見分調書を作成した。同調書には、作成名義人であるPの署名押印があるほか、実況見分の日時、場所及び立会人についての記載があり、実況見分の目的として「死体遺棄の手段方法を明らかにして、証拠を保全するため」との記載がある。加えて、実況見分の経過として、写真が添付され、その写真の下に甲の説明が記載されている。

具体的には、岸壁から約5メートル離れた地点に停止している実験車両を甲が指さしている場面の写真、甲が両手で抱えた人形を運転席に向けて引きずっている場面の写真、甲が運転席に上半身を入れて、サイドブレーキを解除し、セレクトレバーをドライブレンジにした場面の写真、同車両の前輪が岸壁から落ちたものの車底部が岸壁にぶつかってその上で同車両が止まっている場面の写真、甲が同車両の後部バンパーを両手で持ち上げている場面の写真、同車両が岸壁から海中に転落した場面の写真、同車両底部の損傷箇所の位置が分かる写真が添付されている。そして、各写真の下に「私は、車をこのように停止させました。」、「私は、助手席の被害者をこのように運転席に移動させました。」、「私は、このようにサイドブレーキを解除してセレクトレバーをドライブレンジにしました。」、「車は、このように岸壁の上で止まりました。」、「私は、このように車の後部バンパーを持ち上げました。」、「車は、このように海に転落しました。」、「車の底には傷が付いています。」との記載がある。

8 その後、同年2月9日、検察官は、被告人甲が乙と共謀の上、Vを殺害してその死体を遺棄した旨の公訴事実で、甲を殺人罪及び死体遺棄罪により起訴した。被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、殺人、死体遺棄の犯人ではない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官が、前記実況見分調書につき、「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨で証拠調べ請求したところ、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」であると考え、証拠とすることに不同意の意見を述べた。

【設問1】 **【写真①】** から **【写真④】** の写真撮影の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【設問2】 **【事例】** 中の実況見分調書の証拠能力について論じなさい。

【資料1】

供述調書

本籍，住居，職業，生年月日省略

甲 野 太 郎

上記の者に対する殺人，死体遺棄被疑事件につき，平成21年1月24日〇〇県〇〇警察署において，本職は，あらかじめ被疑者に対し，自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げて取り調べたところ，任意次のとおり供述した。

- 1 私は，平成21年1月13日午前2時ころ，V方前の道で，Vの首をロープで絞めて殺し，その死体を海に捨てましたが，私がそのようなことをしたのは，乙からVを殺すように頼まれたからでした。
- 2 私は，約2年前に，クリーニング店で働いており，その取引先に乙が経営していたT化粧品販売という会社があったため，乙と知り合いました。私は，次第に乙に惹かれるようになり，平成19年12月ころから，乙と付き合いようになりました。乙の話では，乙にはVという夫がいるものの，別居しているということでした。
- 3 平成20年11月中旬ころ，私は，乙から「Vに3000万円の生命保険を掛けている。Vが死ねば約2000万円ある借金を返すことができる。報酬として300万円をあげるからVを殺して。」と言われました。私は，最初，乙の冗談であると思いましたが，その後，乙と話をするたびに何回も同じ話をされたので，乙が本気であることが分かりました。そのころ，私にも約300万円の借金があったため，報酬の金が手に入ればその借金を返すことができると思い，Vを殺すことに決めました。そこで，平成21年1月11日午後9時ころ，乙から私に電話があったとき，私は，乙に「明日の夜，M埠頭で車の転落事故を装ってVを殺す。」と言うと，乙から「お願い。」と言われました。
- 4 1月12日の夜，私がV方前の道でVを待ち伏せしていると，翌日の午前2時ころ，酔っ払った様子のVが歩いて帰ってきました。私は，Vを殺すため，その後ろから首にロープを巻き付け，思い切りそのロープの端を両手で引っ張りました。Vは，手足をばたつかせましたが，しばらくすると，動かなくなりました。私が手をVの口に当てると，Vは，息をしていませんでした。
- 5 私は，Vの服のポケットから車の鍵を取り出し，その鍵でV方にあった軽自動車のドアを開け，Vの死体を助手席に乗せました。そして，私は，Vが運転中に誤って岸壁から転落したという事故を装うため，その車を運転してM埠頭に向かいました。私は，午前3時過ぎころ，M埠頭の岸壁から少し離れたところに車を止め，助手席の死体を両手で抱えて車外に持ち出し，運転席側ドアまで移動して，その死体を運転席に押し込み，その上半身にシートベルトを締めました。そして，私は，運転席側ドアから車内に上半身を入れ，サイドブレーキを解除し，セレクトレバーをドライブレンジにしてからそのドアを閉めました。すると，その車は，岸壁に向けて少しずつ動き出し，前輪が岸壁から落ちたものの，車の底が岸壁にぶつかってしまい，車がその上で止まってしまいました。そこで，私は，車の後ろに移動し，思い切り力を入れて後ろのバンパーを両手で持ち上げ，前方に重心を移動させると，軽自動車であったため，車が少し動き，そのままザップーンという大きな音を立てて海の中に落ちました。私は，だれかに見られていないかとドキドキしながらすぐに走って逃げました。
- 6 その後，私は，乙にVを殺したことを告げ，1月15日の夕方，乙と待ち合わせた喫茶店で，乙から報酬の一部として現金30万円を受け取り，その翌日の夕方，同じ喫茶店で，乙から報酬の一部として現金20万円を受け取りました。

甲 野 太 郎 指印

以上のとおり録取して読み聞かせた上，閲覧させたところ，誤りのないことを申し立て，欄外に指印した上，末尾に署名指印した。（欄外の指印省略）

前 同 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警部補

P

〇，印

【資料2】

捜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	甲 野 太 郎 昭和 32 年 9 月 29 日生
罪 名	殺 人, 死 体 遺 棄
捜 索 す べ き 場 所, 身 体 又 は 物	〇〇県〇〇市桜が岡6丁目24番4号日本橋ビル1階 T化粧品販売株式会社事務所
差 し 押 さ え る べ き 物	本件に関連する保険証書, 借用証書, 預金通帳, 金銭出納帳, 手帳, メモ, ノート
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	司法警察員警部補 P
有 効 期 間	平成 21 年 2 月 1 日まで
<p>有効期間経過後は, この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には, これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても, 捜索又は差押えの必要がなくなったときは, 直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
<p>被疑者に対する上記被疑事件について, 上記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平成 21 年 1 月 25 日</p> <p style="text-align: center;">□ □ 簡 易 裁 判 所 □, 印</p> <p style="text-align: center;">裁 判 官 某 ○, 印</p>	

平成 2 1 年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

【刑事系科目】

〔第 2 問〕

本問は、捜査・公判に関する具体的事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点の解決に必要な法解釈、法適用にとって重要な具体的事実の分析・評価及び具体的帰結に至る過程を論述させることにより、刑事訴訟法等の解釈に関する学識と適用能力及び論理的思考力を試すものである。

設問 1 は、殺人及び死体遺棄事件を素材として、被疑者甲の共犯者乙が経営する化粧品販売株式会社を適法に発付された捜索差押許可状に基づいて捜索した際に行われた様々な写真撮影について、その適法性を論じさせることにより、捜索差押えという強制処分の過程における写真撮影の法的性質についての考え方、ひいては令状主義及び刑事訴訟法第 2 1 8 条第 1 項の定める捜索、差押え及び検証について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。

捜索差押え時に行われる写真撮影の適法性については、当該写真撮影が捜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捜索差押えの意義・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、捜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る。

事例への法適用の部分では、具体的事例の写真①から④のいずれについても、写真撮影の対象が本件捜索差押許可状の差押対象物、すなわち令状の本来的効力の対象である「本件に関連する保険証書、借用証書、預金通帳、金銭出納帳、手帳、メモ、ノート」に該当するか否かをまず検討し、その上で、当該写真撮影が証拠物の証拠価値を保存するためなどに必要であるか否かを検討してその適法性を論ずることになるが、いずれも事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論証すべきである。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法的な意味を的確に分析して論じなければならない。

例えば、写真①については、白壁に書かれた記載の意味について甲の供述調書の記載から、本件との関連性を認定し、差押対象物である「本件に関連するメモ」として、白壁の一部を破壊し取り外して差し押さえるよりも写真撮影にとどめる方が処分を受ける者にとって不利益がより小さいため適法であるなどの分析が可能であるし、写真②及び③については、通帳はいずれも A 名義であるが、乙名義のパスポートや A 名義の印鑑などと同じ引き出し内に入っていたことから乙が実質的に管理・使用していた通帳であることを論じたり、X 銀行の通帳にある「→ T. K」との鉛筆での書き込みの意味を検討し、通帳が発見された時点からその書き込みがあったことを明らかにする必要性を論じることなどが求められる。

また、写真④については、撮影されたパスポート、名刺等は令状記載の差押対象物ではないが、乙による通帳の管理・使用すなわち、引き出し内にあった預金通帳が本件に関連する通帳に該当する点を明らかにするため、同じ引き出し内にあったパスポート等の乙の名義部分だけを写真撮影するという行為が、差押手続の適法性担保の観点から許されないか等を論じる必要がある。

設問2は、被疑者甲による犯行再現実験の結果を記録した実況見分調書について、その要証事実との関係で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。

本問では、検察官は「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨を設定したが、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」であると考え、本件実況見分調書の証拠調べ請求に対し、不同意の意見を述べている。犯行再現行為が問題となった判例〔注：最決平17.9.27参照〕によれば、弁護人が考えるように犯罪事実の存在が要証事実になると見るべき場合には、刑事訴訟法第321条第3項所定の要件を満たす必要があるだけでなく、再現者が被告人である場合には同法第322条第1項所定の要件をも満たす必要があるとされていることから、果たして本件における要証事実をどのようにとらえるべきか、事例中に現れた具体的事実関係を前提にして、的確な分析が求められる。

事案に則した前記判例〔注：最決平17.9.27参照〕の正確な理解を踏まえつつ、本件の具体的事実関係を的確に把握すれば、本件は、判例の見解が前提としていた事案とは異なり、検察官が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合などではなく、甲が供述しているような犯行態様が現場の客観的な環境との関係で物理的に可能であるか否かが正に問題になる事案であるとの理解が可能である。

いずれの設問についても、法解釈論や要件について抽象的に論じるにとどまったり、判例の見解をそのまま書き写すのではなく、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的確な把握と要件への当てはめを行うことが要請されている。

平成21年新司法試験の採点実感等に関する意見 (刑事訴訟法)

1 採点方針等

本年の問題も、過去3回の試験と同様、比較的長文の事実関係を記載した事例を設定し、そこに生起している刑事訴訟法上の問題点につき、問題解決に必要な法解釈をした上で、法解釈・適用に必要不可欠な具体的事実を抽出・分析し、これに法解釈により導かれた規範の当てはめを行い、一定の結論を筋道立てて説得的に論述することを求めており、法律家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。●

出題に当たっては、刑事訴訟法の中でも重要であり、法律家になるために理解しておかなければならない犯罪捜査に関する基本的な問題と証拠法に関する伝聞法則を選定した上、設問において、答案で論じてほしい事項を画定明示することにより、受験者が、一定の時間内に、法解釈と事実の分析等の双方について、必要十分な論述を行うことができるように配慮した。

具体的な出題の趣旨については、公表されているとおりである。設問1では、殺人及び死体遺棄事件を素材として、被疑者の共犯者が経営する会社を適法に発付された捜索差押許可状に基づいて捜索した際に行われた様々な写真撮影について、その適法性を問い、捜索差押えという強制処分の過程における写真撮影についての考え方を示した上、事例への法適用の部分では事実が持つ意味を的確に位置付けて論じることを求めている。設問2では、被疑者による犯行再現実験の結果を記載した実況見分調書について、その要証事実との関係で証拠能力を問い、本件の具体的事実関係を的確に把握・分析した上で、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要件への当てはめについて論じることを求めている。採点に当たっては、このような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。

設問1は、法科大学院の授業で直接扱う事例ではないかもしれないが、令状に基づく強制処分の制度趣旨という基本に立ち帰って考える能力を体得していれば、筋道だった論述ができるはずである。また、設問2は、法科大学院で刑事訴訟法をまじめに学習した者であれば、何を論じなければならぬかは明白であり、その素材となる判例や学説等も容易に思い浮かぶような事例である。

2 採点実感

次に、採点実感についてであるが、合格判定会議後に各考査委員から様々な意見を聴いているので、そのような意見をも踏まえた感想を述べる。全般的には、新司法試験が志向している法解釈とこれに則して具体的な事実関係を分析した論述がなされている答案が少なからず見られ、これは法科大学院における刑事実務を意識した理論教育が定着の方向にある成果と感じられた。設問1については、強制処分の過程における写真撮影の法的性質についての的確に論じた上で、各写真撮影ごとに個々の事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じられた答案が見受けられ、また、設問2については、本件での要証事実を的確に理解した上で、最高裁判所の判例法理等の理解をも踏まえて的確な論述ができていた答案も見られた。他方、昨年までと同様に、不正確な抽象的法解釈や判例の表現の意味を真に理解することなく機械的に暗記して、これを断片的に記述しているかのような答案も相当数見受けられたほか、関

連条文から解釈論を論述・展開することなく、問題文中の事実をただ書き写しているかのような解答もあり、法律試験答案の体をなしていないものも見られた。

以下、法科大学院における教育と学習の指針に資するため、**理解が不十分**と思われた点を具体的に述べる。

設問1については、適法に発付された捜索差押許可状に基づいて、憲法第35条の保障が及ぶ屋内を捜索する際に行われた対象者の意に反する様々な写真撮影について、その適法性を問うているにもかかわらず、これを単に任意捜査として許されるか否かという観点からのみ論じている答案や、各写真撮影を刑事訴訟法第111条にいう「必要な処分」として当然のように許されるとのみ論じている答案が見受けられた。また、各写真撮影については、個々の具体的な事実関係（特に撮影対象と被疑事実との関連性を検討する素材になる事実）が被疑者の供述調書など問題文中に現れているにもかかわらず、これを的確に抽出、分析できていない答案もあった。

法適用に関しては、事例に含まれている具体的事実を抽出・分析することが肝要であり、相当数の答案が問題文にある必要かつ十分な具体的事実を抽出できていた。しかし、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を深く考えることが望まれる。例えば、通帳に手書きで記載されていた「→T.K」の意味について、被疑者甲野太郎への殺害報酬の原資となっている可能性があると通帳の本件との関連性については論じている答案が少なからずあったものの、さらに、鉛筆での書き込みであって、捜査機関が後に書き込んだものではなく、捜索差押え時からこの書き込みが存在したことを明らかにする必要があるなどとの写真撮影の必要性についても検討している答案は少数であった。学習に際しては、具体的事実の抽出能力に加えて、その事実が持つ法的意味を意識して分析する能力の体得が望まれるところである。

設問2については、本件での具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえ、最高裁判所の判例法理等〔注：最決平17.9.27参照〕の理解を踏まえた的確な論述ができていた答案は比較的少数にとどまった。本件では正に検察官が設定した立証趣旨が意味を持つ場合であるのに、何らの説明もなく検察官の立証趣旨に拘束される必要がない、あるいは検察官の立証趣旨には意味がないとだけ断じ、最高裁判所の判例の見解が前提としていた事案とは異なるにもかかわらず、刑事訴訟法第321条第3項所定の要件を満たすだけでなく、同法第322条第1項所定の要件をも満たす必要があるとした答案が多数あった。法律家は常に結論に至る理由を示し説明しなければならない。このような答案について、あえて厳しい評価をすれば、事案分析能力・思考能力の不備・欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえて、今後の法科大学院教育においては、手続を構成する制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し、これを具体的事例について適用できる能力を身に付けること、筋道立った論理的文章を書く能力を身に付けること、重要な判例法理を正確に理解し、具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確にとらえることなどが要請される。特に、実務教育の更なる充実の観点から基本に立ち返り、

通常の刑事手続，すなわち当たり前の手続の流れを正確に理解しておくことが，当然の前提として求められよう。

平成21年新司法試験審査委員(刑事系科目)に対するヒアリングの概要

注：ヒアリングのうち、刑事訴訟法に関する部分のみ抜粋してあります。

(◎委員長, ○委員, □審査委員)

- ◎ 審査委員の先生方におかれては、御多用にもかかわらず、御出席いただき感謝申し上げます。本日は、率直な御意見、御感想を伺いたい。各科目からは、先に書面で御意見を提出していただいているが、それに補足することがあれば、まず、冒頭に御発言いただきたい。
- (刑事訴訟法) 刑事訴訟法については、設問1は、殺人及び死体遺棄事件を素材にして、その捜査の過程における捜索差押えの際の写真撮影の適法性を問うもの、設問2は、被疑者による犯行再現実験の結果を記載した実況見分調書について、要証事実との関係で証拠能力を問うものであった。いずれもある意味では典型的な論点で、法律家になるために誰もが理解していなければならない問題であると考えて選定した。そして、比較的長文の事実関係を記載した具体的事例を設定し、更に供述調書と捜索差押許可状を資料として付することで、まず、問題文全体から何を問題点として取り上げるかという問題発見能力を試すところから始まり、次に、その問題点について問題解決に必要な法解釈をした上で、法解釈・適用に必要な不可欠な具体的事実を抽出・分析するという手順を踏んで、いかに説得的で筋道立った論述をするかを試したわけである。もちろん、そこには、ある程度実務的な要素や最高裁判所の判例とは異なる要素も含めてあり、それらをどう理解するかというところで应用能力が試されることになる。したがって、かなり典型的な論点を出题したにもかかわらず、必ずしも受験者本人が出来たと思ったとおり評価が得られているかどうかという、やや違うのではないかと思われる。というのは、問題については、法科大学院協会でも良い評価をいただいているが、試験結果は、その評価どおりの良い出来かという、必ずしもそうではないという印象である。つまり、法科大学院課程で習得した問題発見能力、法解釈能力、具体的事案への適用能力を発揮すれば良い評価が得られる出题であったと考えているが、受験生が自分で思っているほど出来ていない場合も少なくないというのが、率直な感想である。
- ◎ では、質疑応答に移るが、まず、私から質問させていただきたい。採点基準に関する審査委員会議申合せ事項において、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の4つの水準について、それぞれ何点から何点までと点数の範囲が決められているが、今回の採点実感に照らすと、例えば、どのような答案がそれぞれの水準に該当するのかを、両科目にお伺いしたいと思う。昨今、新司法試験の合格水準に関する情報提供を求める意見が聞かれるところ、可能な範囲で試験に関する情報提供の充実を図るという趣旨でお伺いするものであり、他の科目の先生方にも質問したいと考えている。

□ (刑事訴訟法) 各水準に該当する答案には様々なものがあって一概には言えないし、設問1と設問2のそれぞれの出来の組み合わせにも色々あるので、あくまで例えばということで申し上げる。「**優秀**」と言える答案はどのようなものかと言うと、**設問1**については、例えば、**搜索差押え時の写真撮影の適法性について、令状主義の意義と趣旨に立ち帰って基本的な考え方を論じ、例えば、搜索差押えに付随する処分として手続の適法性の担保のために許されるなど**の的確に論じた上で、設問に出てくる4つの事例について、**搜索差押許可状の差押対象物に当たるかどうか、本件との関連性がどの程度あるかなど**ということについて、**具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じているような答案**が挙げられる。**設問2**については、**本件の具体的事実関係の下における実況見分調書と要証事実との関係を的確にとらえ、検察官が設定した立証趣旨が意味を持つ場合**であると理解した上で、**関連する最高裁判所判例〔注：最決平17.9.27参照〕の正確な理解を踏まえて的確な当てはめを行っているような答案**は、「**優秀**」な答案ということになる。

しかし、このような答案は、残念ながら極めて少なかった。次に、「**良好**」と言えるものは、例えば、**設問1**については、写真撮影の法的性質について一応の考え方を示した上で、問題文から必要かつ十分な具体的事実を抽出できてはいたが、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を深く考えることが求められるような答案が挙げられる。4つの事例について、出題者としては、差押対象物に当たるか否か、あるいは本件との関連性や写真撮影の必要性の度合いが異なり得るものについて、それぞれ適法性を論じることを求めているわけだが、その区別が必ずしもされていないような答案がこれに当たるだろう。**設問2**については、関連する最高裁の判例法理等の理解を踏まえた論述が出来てはいるものの、本件での具体的な事実関係を前提にすると、必ずしも要証事実を的確にとらえることが出来ていないような答案であれば、「**良好**」に当たると思う。

「**一応の水準**」と言うのは、写真撮影の法的性質について一応の考え方は示されているものの、具体的事実の抽出、当てはめが不十分である、あるいは、法的性質については十分には論じていないものの、問題文から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導いているような答案がこれに当たる。**設問2**については、最高裁の判例法理等の知識はあり、一応これを踏まえた論述をしてはいるものの、本件での具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえることが出来ていないというような答案は、「**一応の水準**」ということになる。

最後に、「**不良**」に当たる答案としては、例えば、判例の意味を良く理解せずに機械的に暗記して、これを断片的に答案に記述しているかのようなものが挙げられると思う。具体的には、**設問1**については、適法に搜索差押許可状が発付され、その許可状に基づく搜索時の写真撮影という問題で設定されたシチュエーションを全く度外視し、単に任意捜査として許されるかどうかという観点からのみ論じているような答案や、あるいは、刑事訴訟法第111条にいう「必要な処分」として当然に許されるのみ論じているような答案が挙げられる。**設問2**については、例えば、最高裁の判例とは事実関係が違ってもかかわらず、それを全く度外視して、判例をそのまま当てはめて論じたような答案は、「**不良**」と言える。

- ◎ 司法試験委員会委員から、御質問はあるか。
- 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」といった基準を念頭に置いて採点をしていった場合、「不良」の答案というのはどの程度あるのか、感覚的なもので結構なのでお聞かせいただければと思う。
- (刑事訴訟法) 数については正確に挙げられないが、不良と一応の水準を合わせると相当多いのではないかという印象をもっている。
- 時間不足が答案に感じられたことはなかったか。
- (刑事訴訟法) 問題の検討を終えて答案の作成には入っているものの、最後は殴り書きのような形になっているような答案も見受けられたが、数としてはそんなに多いという感じは受けなかった。
- 刑事訴訟法の設問1の関係で言うと、単に任意捜査として許されるか否かという観点からのみ論じ、あるいは、刑事訴訟法第111条にいう「必要な処分」として当然に許されるとのみ論じている答案があったということだが、そのような問題のとらえ方をすると、他の部分についても点数が与えられないということになるのか。
- (刑事訴訟法) 総論に誤りがあれば、他の部分もすべてだめだという評価をしてしまうと、答案の評価に差を付けられないので、個々の具体的事実の抽出や、必要性の意味付け、当てはめなどがある程度出来ていれば、その部分には一定の評価をしている。
- 採点方針として、この論点に必ず言及していなければ一応の水準とは認められないなどというものはあるのか。
- (刑法) 答案全体の総合評価が点数になるので、何か一つの問題について書き漏らした、あるいは、間違いを犯したからといって、直ちに評価が決まるわけではない。 ●
- (刑事訴訟法) 基本的には同じであるが、例えば、刑事訴訟法の設問1の例で言えば、写真撮影の性質について誤った理解をしてしまうと、それを前提とした個々の事例への適用にも影響するというように、誤りの重大性によっては、それが最後まで尾を引くということもあり得ると思う。 ●

1
第1 設問1

2
1 写真①から④の写真撮影の適法性の判断枠組み

3
(1) 室内での相手方の同意なくされる写真撮影は, 捜査官が五官の作用で事物の状
4
態を認識するプライバシー侵害の程度が重大な処分であるため, 強制処分たる
5
検証に当たる。そこで, 搜索差押許可状の執行の際に, 捜査官が, 別途, 検証
6
許可状(218条1項)の発付を受けることなく写真撮影をすることが令状主
7
義に違反しないかという観点から本問各写真撮影の適法性を検討する。

8
(2) 検証は, 物の外観を認識するにとどまりプライバシー侵害の程度が搜索と比べ
9
て相対的に低く, 差押えと比べて目的物の占有を取得しないため財産権侵害の
10
要素がない。そこで, 当初の搜索差押許可状により許されたプライバシー侵害
11
にとどまる限度でされる写真撮影は, 当該許可状により許されたプライバシー
12
侵害と評価できるため, 別途, 検証許可状を要することなく 許容される場合が
13
あると考える。**具体的には**, 令状執行時の被疑事実に関連する差押え対象物の
14
状態を写真撮影してその当時の証拠価値を保全する必要性があるときに, その
15
必要性に応じた 相当性が認められる限度で, 差押え対象物を写真撮影すること
16
は 搜索差押許可状の本来的効力により 許容されると考える。

17
(3) 搜索差押えの手続は適法にされなければならないところ, 搜索差押許可状は,
18
その適法性を担保するための手段を採ることも必要かつ相当な範囲で許容して
19
いると考える。そこで, 搜索差押えの執行時の状況の適法性を担保する必要性
20
があるときに, その必要性に応じた 相当性が認められる限度で, 執行状況, 差
21
押え対象物以外の物を写真撮影することは, 搜索差押えの付随処分として許容
22
されると考える。

23
2 各写真撮影の適法性

1	(1) 写真①について
2	ア まず、写真①の撮影対象が被疑事実に関連する差押え対象物に当たるかを検討
3	する。写真①の撮影対象は、事務所建物のコンクリートの壁にボールペンで書か
4	れた「1 / 1 2 △フトウ」との文字の跡である。甲の供述調書によれば、甲がV
5	を1月12日にM埠頭で車の転落事故を装って殺すことを計画していたことから
6	すると、壁の文字の跡のうち読み取れない一文字の「△」の部分はM埠頭の「M」
7	の文字が記載されていた可能性が高い。そうすると、上記文字は、その内容が本
8	件犯行の日付、場所と整合する点があるところ、このような文字の跡も紙に書か
9	れていればメモであることは間違いのないため、本質的にはメモといえる。このよ
10	うなことから、上記文字の跡は、本件殺人、死体遺棄罪につき差し押さえるべき
11	物として令状に記載された被疑事実と関連する「メモ」に当たる。
12	イ 次に、写真撮影の必要性と相当性を検討する。壁にボールペンで書かれた「1
13	/ 1 2 △フトウ」との文字の跡を差し押さえるには、その部分の壁を切り取る方
14	法も有り得なくはないが、建物所有者に対する財産権侵害の程度が高く相当な手
15	段とはいえない。この文字の跡の証拠価値を保全するには、その場所にそのよう
16	な内容の文字の跡が存在していたこと自体を写真に撮影することでも足りるため、
17	建物所有者の財産権に配慮し、本件ではそのような方法で証拠保全をする方が相
18	当である。このようなことから、本件文字の跡を写真撮影することにつき、証拠
19	価値を保全する必要性と手段の相当性が認められる。したがって、本問写真撮影
20	は搜索差押許可状の本来的効力により許容される。よって、写真①の撮影は適法
21	である。
22	(2) 写真②について
23	ア まず、写真②の撮影対象が被疑事実に関連する差押え対象物に当たるかを検討

1 する。写真②の撮影対象は、A名義のX銀行の預金通帳の記載内容であるところ、
2 Aは本件被疑事件とは関係がないため、A名義の通帳は本件と関連性がなく差押
3 え対象物に含まれないとも思える。もっとも、X銀行の預金通帳が入っていたレ
4 ターケースには、乙名義のパスポート、乙の名刺10枚や、乙を宛名とする葉書
5 3枚が一緒に入っていたことから、X銀行の通帳はT社の従業員Aの名義ではあ
6 るものの、T社の代表取締役である被疑者乙が日常的に管理使用している可能性
7 が高い。
8 また、本件の実行犯となった被疑者甲野太郎のイニシャルがT. Kであること
9 や、同月15日に甲が乙からVを殺した報酬の一部として30万円の交付を受け
10 たとの供述調書にある甲の供述からすると、平成21年1月14日付けで30万
11 円の出金があった旨の印字の横に「→T. K」との鉛筆書きのあるX銀行の預金
12 通帳は、乙が甲にV殺害の報酬の一部として支払った30万円の出所を示し、乙
13 が甲にその報酬を支払った事実を裏付ける証拠といえるため、差し押さえるべき
14 物として令状に記載された被疑事実と関連する「預金通帳」に当たる。したがっ
15 て、写真②の撮影対象は、**差押え対象物**に当たる。
16 イ 次に、写真撮影の必要性と相当性を検討する。被疑事実との関連性を示す前記
17 メモは鉛筆で書かれたもので摩擦等が原因で事後的に消滅しやすいものであるこ
18 とや、それが事後に捜査官に捏造されたものでないことを証拠化する必要性があ
19 る。そうすると、本問写真撮影は、令状執行時の被疑事実と関連する差押え対象
20 物の状態を写真撮影してその当時の証拠価値を保全する**必要性**が認められる。ま
21 た、その通帳が被疑事実と関連性がある以上、他に甲に対する報酬の出所を示す
22 印字がある可能性があるため、通帳の記載全部を撮影して証拠価値を保全する**必**
23 要性も認められる。そして、そもそも通帳全部の差し押さえが許されることから、

1	本問写真撮影は前記必要性を実現する手段としての 相当性 も認められる。以上の
2	ことから、写真②の撮影は、 必要かつ相当 なものといえる。したがって、本問写
3	真撮影は <u>搜索差押許可状の本来的効力</u> により 許容 される。よって、写真②の撮影
4	は <u>適法</u> である。
5	(3) 写真③について
6	ア まず、写真③の撮影対象が被疑事実に関連する差押え対象物に当たるかを 検討
7	する。写真③の撮影対象は、 <u>A名義のY銀行の預金通帳の記載内容</u> であり、乙名
8	義ではないものの、同通帳は、X銀行の通帳と同様、乙名義のパスポート等とレ
9	ターケースの同じ引出内にあったことから、 <u>被疑者乙が日常的に管理使用してい</u>
10	<u>る可能性</u> が高い。 もっとも 、Y銀行の通帳には、T社からの定期的な入金や、電
11	気代や水道代などの定期的な出金がある旨の記載があるものの、X銀行の預金通
12	帳にある <u>本件との関連性を強く疑わせるメモもない</u> ため被疑事実との関連性がな
13	さそうにもみえる。 しかし 、供述調書にある甲の供述によると、 <u>1月16日の夕</u>
14	<u>方</u> 、乙が甲に交付したV殺害の報酬の一部である現金20万円の出所が明らかに
15	なっていないところ、Y銀行の通帳にあるカードによる <u>不定期かつ多数の現金出</u>
16	<u>金の記載</u> が、 <u>前記20万円の出所を示すものである可能性</u> がある。そうすると、
17	Y銀行の預金通帳は、 <u>差し押さえるべき物として令状に記載された被疑事実と関</u>
18	連する「預金通帳」 に当たる。したがって、写真②の撮影対象は、 差押え対象物
19	に当たる。
20	イ 差押え対象物については、 <u>搜索差押許可状による本来の効力</u> として、必要かつ
21	相当な限度で写真撮影することができるところ、Y銀行の通帳は令状記載の差押
22	え対象物として令状裁判官により全面的にプライバシーが解除されているもので
23	あるため、 <u>本問写真撮影によってそれとは別にプライバシーが侵害されること</u> が

1 ない。そのため、Y銀行の通帳を差し押さえないのであれば、不定期かつ多数の
2 現金出金の記載の証拠保全のために同通帳の印字されている全ての頁を写真撮影
3 する必要性が認められる。また、Y銀行の通帳は、T社からの入金や電気代や水
4 道代の出金などT社の日常業務に使用しているものと思われるところ、その通帳
5 を差し押さえるとその業務に支障が生じる可能性がある。このようなことから、
6 Y銀行の通帳を差し押さえるよりは、写真撮影にとどめる方が相当な手段といえ
7 る。以上のことから、写真③の撮影は、必要かつ相当なものといえる。したがっ
8 て、本問写真撮影は搜索差押許可状の本来的効力により許容される。よって、写
9 真③の撮影は適法である。

10 (4) 写真④について

11 ア 写真④の撮影対象である、被疑事実と関連性のある前記各預金通帳と同じレタ
12 ーケースに保管されていた乙名義のパスポート、乙の名刺、乙宛の葉書、「A」と
13 刻印された印鑑は、被疑事実と直接関連するものではないため、令状記載の差し
14 押さえるべき物には当たらない。したがって、写真④の撮影対象は、差押え対象
15 物に当たらない。そのため、本問写真撮影は、被疑事実に関連する差押え対象物
16 の状態を写真撮影してその当時の証拠価値を保全する必要性があるときにされ
17 たものとはいえない。

18 イ そこで、本問写真撮影が搜索差押えの執行時の状況の適法性を担保する必要性
19 があるときにされたものとして相当な限度でされたものといえるか検討する。写
20 真②及び③の写真撮影の対象となったA名義の各預金通帳が乙名義のものではな
21 いため、それが被疑事実に関連するものとして差押え対象物となるといえるため
22 には、各預金通帳と乙とのつながりを示す証拠が必要となる。これら各預金通帳
23 が、乙名義のパスポート、乙の名刺10枚、乙宛ての葉書3枚及び、各通帳の届

1 出印と似ている印鑑がレターケースの同じ引出内に入っていたことが分かれば、
 2 各預金通帳はA名義のものとはいえ乙が管理使用していることが推認できるため、
 3 各通帳と被疑事実との間の関連性を基礎付けることができる。そのため、前記引
 4 出内にあった乙名義のパスポート等を撮影することは、前記各通帳が被疑事実
 5 に関連性がある証拠であることを示して、X銀行の通帳の差押え及び写真撮影やY
 6 銀行の通帳の写真撮影が被疑事実と関連する物につき適法にされたことを証拠化
 7 するという意味で、搜索差押えの執行時の状況の適法性を担保する必要性からさ
 8 れたものといえる。また、本問写真撮影は、その対象を、パスポートの乙名義の
 9 記載がある頁に限定し、葉書3枚も宛て名の部分だけに限定し、印鑑2個も刻印
 10 部分に限定し、前記適法性の担保に必要な限度でされている。以上のことから、
 11 写真④の撮影は、必要かつ相当なものといえる。したがって、本問写真撮影は搜
 12 索差押えの付随処分として許容される。よって、写真④の撮影は適法である。

13 第2 設問2

14 1 証拠能力の有無の判断枠組み

15 (1) 本問実況見分調書は作成者Pの供述を記載した書面であるところ、同調書が伝
 16 聞証拠として証拠能力が否定されるかを検討する（320条1項）。人の供述は、
 17 その人の知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経て証拠化されるが、その各過程に
 18 は誤りが入る可能性がある。そこで、誤判防止のために、公判廷外の供述を、要
 19 証事実の立証のための証拠に用いるときは、知覚、記憶等の各過程に誤りがある
 20 かが反対尋問によりテストされなければならない。そこで、伝聞証拠とは、裁判
 21 所の面前での反対尋問を経ていない供述のうち、その供述で要証事実を立証する
 22 にはその供述の内容の真実性の立証が要求されるものをいうと考える。

23 (2) 本件調書の要証事実

1	証拠調べ請求権を当事者の権限として 当事者主義 を基本とする日本の刑訴法
2	のもとでは（298条1項参照）、当事者が設定した 立証趣旨 をそのまま 前提 と
3	しても 証拠 として 意味 があるときは、 <u>立証趣旨を基準として要証事実を設定すべ</u>
4	きものと解される。もつとも、 <u>当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にする</u>
5	とおおよそ証拠としては無意味になるような 例外的な場合 には、 実質的な要証事
6	実 を考慮する必要があると考える。
7	2 具体的検討
8	(1) 本問実況見分調書の要証事実
9	検察官は本問調書を「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」と
10	<u>の立証趣旨</u> で証拠調べ請求をしている。本問の事案は、実況見分調書に添付され
11	た写真や実況見分の立会人甲の説明にあるとおり、甲が、Vの死体を助手席から
12	運転席に移動し、セレクトレバーをドライブレンジにして動かし、さらに停止し
13	た本件車両の後部バンパーを持ち上げて海中に転落させるなど、 <u>甲が供述する犯</u>
14	<u>行の態様が特殊なもので、そのような態様でVの死体を実際に遺棄できるのかど</u>
15	<u>うかを確認する必要がある事案</u> であった。 <u>このような事案において、Pらは、実</u>
16	<u>際の犯行現場で、犯行に用いた車両と同型の車両や、被害者Vと同じ重量の人形</u>
17	<u>を実験に用いるなど実際の犯行時と同じような状況で実況見分をしていることか</u>
18	<u>らすると、検察官が設定した立証趣旨をそのまま前提としても証拠として意味が</u>
19	<u>あるときにまさに当たるといえる。以上をふまえて本問実況見分調書の要証事実</u>
20	<u>を設定すると、犯行現場の客観的な環境において、被告人甲が説明する方法で本</u>
21	<u>件車両を海中に沈めることが物理的に可能</u> であることとなるといえる。
22	(2) 上記要証事実との関係での伝聞性の検討
23	ア 本問実況見分調書 は、作成名義人である <u>司法警察員Pが、任意処分たる実況見</u>

1	分として、前記 物理的可能性の有無を実験 したときの 状況を認識した結果を記載
2	したものである。これは裁判所の面前での 反対尋問 を経していない 供述 である上に、
3	その供述の内容の 真実性 を問題とすることなく、そのPの供述で、前記 要証事実
4	を立証することはできない。したがって、Pの供述は、それにより前記 要証事実
5	を立証するには、その 供述の内容の真実性の立証 が要求されるため 伝聞証拠 に当
6	たる。伝聞証拠であっても、 伝聞例外 に当たれば証拠能力が認められるところ、
7	本問実況見分調書は、捜査官が五官の作用で事物の状態を認識した結果を記載し
8	た書面として、 検証調書類 の書面に当たる。したがって、 <u>326条</u> の同意がな
9	い限り、 <u>321条3項</u> の 真正作成立証 をしなければ証拠能力が認められない。本
10	問では弁護人の同意がないので、検察官が 真正作成立証 をすれば本問実況見分調
11	書の 証拠能力が認められる ことになる。
12	イ 本問は、前記特殊な犯行態様でVの死体を遺棄したことが供述録取書にある甲
13	の供述から立証できる事案なので、それら写真から甲の供述の内容として実際に
14	甲がそのような態様でVの死体を遺棄した 事実 を立証する必要がない。そうする
15	と、本問実況見分調書に 添付 された 各写真 は、前記 要証事実との関係 でみると、
16	Pが実況見分により認識した結果を画像化したもので、 実況見分の結果を記載し
17	た書面そのもの ということが出来る。したがって、各写真は前記同様の要件で証
18	拠能力が認められる。
19	ウ 前記各写真の下に記載された 甲の説明部分 は、前記 要証事実との関係 でみると、
20	Pが実施した 実況見分の動機や手がかり になるものであり、Pの供述を記載した
21	実況見分調書と一体 のものとみることが出来る。したがって、甲の説明部分も前
22	記同様の要件で 証拠能力が認められる 。
23	以上

* 基本知識の確認

ここに掲載した基本事項は**重要事項完成講座**の「**知識編**」刑事訴訟法のテキストの原稿の一部から抜粋しています。今年度の刑事訴訟法のテキストは現在製作中なので、知識編の実際のテキストとは内容が異なることがあります。

重要ランク

論文試験で規範として答案に書くものであることから、内容を理解して答案に書けるようにしておかなければならない知識を重要度の高いものから順番に記号を付した。→「●」、「◆」、「▲」の順番

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作製するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に記号を付した。

→「○」、「◇」、「△」の順番

* 設問2の重要基本知識

1 伝聞法則の意義・根拠

→ 供述証拠は、知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経て証拠化されるところ、その各過程には誤りが介在しうるため、何の規制もなく裁判所がこれをそのまま事実認定のための証拠に用いることを認めると誤判のおそれがある。この点について、**刑訴法320条1項**は「321条乃至第328条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」として、公判廷外の供述（原供述）を伝聞証拠として証拠能力を原則否定するという**伝聞法則**を規定している。○

関連問題：**司法論文 H28**（覚せい剤であることの認識を立証するための覚せい剤罪の譲渡の際の会話）、**H27**（詐欺罪の共謀を立証するためのメモ等）、**H25**（包丁を用いた殺人の犯行再現状況に関する実況見分調書）、**H23**（殺人や死体遺棄に関するメールを添付した捜査報告書）、**H22**（けん銃譲渡に関する会話を録音反訳した捜査報告書）、**H21**（車を海に転落させる方法での死体遺棄の犯行再現に関する実況見分調書）、**H20**（覚せい剤の譲渡に関するノート）、**H18**（強盗致傷事件に関する犯行計画メモ）

- ・「**表現**」とは、供述者が嘘をつかずに真意を述べているかという言葉の**真摯性や誠実性**を問題とするものである。「**叙述**」とは、ある言葉が通常の意味どおり使われているかなどの言葉遣いの適切さや言い間違いがないかということを問題とするものである。表現と叙述は密接に関連しており、これらを1つにまとめた方が簡明であるとして、「**知覚、記憶、叙述**」、あるいは「**知覚、記憶、表現**」と表記する基本書が多い。

・ H27 司法論文刑事系第3問設問2後段（採点実感・抜粋）

まず、本件文書及び本件メモのような書面が伝聞証拠に当たるか否かについては、要証事実との関係で書面の記載内容の真実性（書面に述べられたとおりの事実の存在）が問題となるか否かを検討する必要があるが、この点は、おおむね理解されていた。ただし、この点を含め伝聞証拠の定義を示すに当たり、内容の真実性の証明に用いられるのは「原供述」、信用性を吟味できないのも「原供述」、伝聞証拠として排除されるのは原供述を含む「公判供述」「書面」という関係が正確に表現できていない答案は殊の外多かった。

* 補足 形式説と実質説

- ・ 何が伝聞証拠に当たるかについては、実質説と形式説とで見解が大きく分かれる。最近では形式説を採用する学者が増えているといわれるが、実質説を採用する学者もまだまだ多く入るためどちらが通説といえるかは現時点では明確にできない。

実質説、形式説のいずれであっても、要証事実との関係で供述内容の真実性が問われないようなときにまで伝聞法則による規制をかける必要がないため、後掲の「伝聞と非伝聞の区別」の項目で説明するとおり、ある供述が伝聞証拠に当たるかは要証事実ごとに相対的に検討する必要がある点では共通する。両説の違いは、主に、主尋問だけは実施されたが反対尋問が実施されなかった場合における証人の供述が伝聞証拠に当たるか否かという点にあらわれる。

◇

- ・ 実質説に立つと、伝聞証拠とは、裁判所の面前での反対尋問を経ない供述証拠であって、当該公判廷外の供述の内容の真実性の証明に用いられるものをいう。実質説は、公判廷外の供述を反対尋問によるチェックを受けないまま証拠とすることを認めると誤判のおそれがあるため、伝聞法則は憲法37条2項が保障する被告人の反対審問権を具体化したものとして、反対尋問を経ない供述証拠の証拠能力を否定するものである。この見解によると、証人の主尋問は実施されたが、反対尋問の前に、証人が死亡・所在不明になるなどして反対尋問が実施されなかった場合は、当該証人の供述は伝聞証拠に当たることになる。 ◇

- ・ 形式説に立つと、伝聞証拠とは、320条の文言から、公判廷外の供述を内容とする書面、又は、公判廷外の供述を内容とする公判供述であって、当該公判廷外の供述の内容の真実性の証明に用いられるものをいう。形式説は、証人は真実を述べる旨宣誓して偽証に対して偽証罪の刑罰による抑制を受けていること、公判供述はそれを証拠として事実認定をする裁判所が供述態度を直接観察することができること、証人の供述により不利益を受ける当事者から反対尋問がされることから、公判供述には内容の真実性を吟味・確保する手段が存在するのに対して、公判廷外の供述にはそのような手段が存在しないため、それを証拠とすると誤判のおそれがあるため原則として証拠能力を否定するものである。なお、実質説と異なり、形式説は、反対尋問が供述内容の真実性を吟味・確保する唯一絶対の手段とは捉えていない。形式説は伝聞法則と憲法37条2項の反対審問権を別個のものとして捉えている。

この見解によると、証人の主尋問は実施されたが、反対尋問の前に、証人が死亡・所在不明、強制送還になるなどして反対尋問が実施されなかつ

た場合，当該証人の供述は，反対尋問を受けていないとはいえ，公判廷における供述である以上，伝聞証拠に当たらないことになる。

2 伝聞証拠と非伝聞の区別

(1) 意義

→人の供述は、その人の知覚、記憶、表現、叙述の各過程を経て証拠化されるが、その各過程には誤りが入る可能性がある（例：見間違い、記憶違い、言い間違いや言葉の不適切さ）。そこで、誤判防止のために、公判廷外の供述（原供述）を、要証事実の立証のための証拠に用いるときは、知覚、記憶等の各過程に誤りがあるかが反対尋問によりテストされなければならない。そこで、**伝聞証拠**とは、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述（原供述）のうち、その供述で要証事実を立証するにはその供述の内容の真実性の立証が要求されるものをいうと解される。●

- ・伝聞証拠を、「裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述で、要証事実を立証するにはその供述の内容の真実性が問題となるもの」と定義することもあるが、その意味は前述した伝聞証拠の定義と変わらない。○
- ・以上をふまえると、裁判所の反対尋問を経ていない供述（原供述）でも、要証事実を立証するための証拠に用いるために、その供述（原供述）の内容の真実性が問題となるものは伝聞証拠、その供述（原供述）の内容の真実性が問題とならないものは非伝聞ということになる。そのため、人の供述が伝聞証拠となるか非伝聞となるかは、要証事実との関係で相対的に決まることになる。○

具体例については、後掲「**伝聞と非伝聞の区別の具体例**」の項目を参照。

・ H27 司法論文刑事系第3問設問2後段（出題の趣旨・抜粋）

一般に、書面は、その記載内容の意味が問題となる供述証拠として用いられる場合と、その書面の存在・記載自体が証拠としての価値を持つ非供述証拠として用いられる場合との2つの場合があり、その証拠能力を考えるに当たっては、伝聞法則の適用の有無、すなわち、当該証拠が供述証拠に当たるのか否かを検討する必要があるところ、伝聞法則の適用を受ける供述証拠か否かについては、それによって何を証明しようとするのかという、要証事実ないし立証事項が何であるのかが問題となる。

(2) 要証事実の意義

→ 要証事実とは、当該証拠によって直接証明されるべき事実（立証事項）をいう。論文試験においては、当該証拠による要証事実が、主要事実（犯罪事実：例：構成要件該当事実，違法性阻却事由，責任阻却事由，犯人性）のときもあれば間接事実のときもあるため、事例ごとに要証事実が何なのかを具体的に明らかにした上で、当該証拠が伝聞証拠に当たるか否かを検討することになる。○

・要証事実と立証趣旨

司法試験の論文試験の問題文，出題の趣旨，採点実感で頻出の「要証事実」という用語の意味と「立証趣旨」という用語の意味を確認しておく。立証趣旨とは、証拠調べ請求の際に、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示したものをいう（規則189 I 参照）。簡単に言えば、当該証拠の取調べを請求する当事者が、当該証拠によって立証しようとする事実をいう。立証趣旨と要証事実の内容は一致することもあるが、立証趣旨は証拠調べ請求をする当事者が明示するものであるのに対して、要証事は、後述するとおり、裁判所が立証趣旨にかかわらず、実質的にみると当該証拠によって証明されるべき事実と見ざるを得ないような事実を意味するときがあるため、両者が必ずしも一致するとは限らない。

(3) 要証事実の捉え方～当事者主義的な視点とその例外

ア パターン① 立証趣旨を基準とした当事者主義的な要証事実の設定

→ある証拠についての要証事実をどのように捉えるかについては、証拠調べ請求権を当事者の権限として当事者主義を基本とする日本の刑訴法のもとでは(298条1項参照)、当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提としても証拠として意味があるときは、立証趣旨を基準として要証事実を設定すべきものと解される。

●
例えば、検察官が、Aを被告人とする殺人被告事件において、「AがBを包丁で刺しているのを見ました。」とのWの供述を録取した検面調書を「殺人の事実の存在」との立証趣旨で証拠調べ請求をした場合は、その立証趣旨をそのまま前提としても証拠として意味があるといえるので、その検面調書による要証事実は、殺人罪の主要事実たるAがBを包丁で刺した事実とみることが出来る。○

なお、この調書中のWの供述(原供述)は、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述で、その内容の真実性を問題としないまま、要証事実たるAがBを包丁で刺した事実を証明することはできないため、その供述により前記要証事実を証明するにはその供述の内容の真実性が問題となるものとして伝聞証拠に当たる。

イ パターン② 立証趣旨の内容が無意味な場合の要証事実の設定

→もっとも、当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合には、実質的な要証事実を考慮する必要があると解されている。実質的な要証事実の考慮の仕方は、パターン③またはパターン④による。

- ・後で学習する最決平17.9.27の最高裁の調査官解説には「当事者が設定した立証趣旨をそのまま前提にするとおおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合に、実質的な要証事実を考慮する必要がある趣旨と解される」との記載がある。

これは平成17年決定が「前記認定事実によれば、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。」と判示した部分に対する解説である。

平成17年決定の**事案**では、実況見分調書と写真撮影報告書の証拠能力が問題となった。本件実況見分調書は、警察署の通路において、長いすの上に被害者と犯人役の女性警察官が並んで座り、被害者が電車内で隣に座った犯人から痴漢の被害を受けた状況を再現し、これを別の警察官が見分し、写真撮影するなどして記録したもので、本件写真撮影報告書は、警察署の取調室内において、並べて置いた2脚のパイプいすの一方に被告人が、他方に被害者役の男性警察官が座り、被告人が犯行状況を再現し、これを別の警察官が写真撮影するなどして、記録したものである。痴漢の犯行現場とは異なる状況の警察署内で、犯人役と被害者役の身長・体形も本人と同じかどうか分からないような状況で上記のような犯行を再現した事実等を立証しても、被告人の犯行を立証するのには役立たない。平成17年決定においては、被告人の犯行を立証するのに、被害を再現した状況や犯行を再現した状況を要証事実としても、おおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合に当たるため、実質的な要証事実が考慮・設定されたものと考えられる。実質的な要証事実を設定するための視点は、後掲「パターン③」及び「パターン④」を参照。○

ただし、犯行を再現した状況を報告する写真撮影報告書や実況見分調書であっても、犯行の態様が特殊であり、そのような態様での犯行が物理的に可能といえるかどうかということが問題となる事案においては、例えば、犯行態様が現場の客観的な環境との関係で物理的に可能である事実を証明することに意味があるため、検察官が主張する「犯行再現状況」との立証趣旨がまさに意味があることになる（H21 司法論文の出題の趣旨・採点実感を参照）。そして、当該実況見分調書の要証事実を検討するに、「犯行再現状況」との立証趣旨を基準に当該証拠の内容や事実関係から合理的に判断すれば、実況見分をした捜査官が五官の作用でそのような犯行再現状況を認識したという事実が当該実況見分調書の要証事実となる。○

・ H21 司法論文設問2（採点実感・抜粋）

設問2については、本件での具体的な事実関係を前提に、要証事実を的確にとらえ、最高裁判所の判例法理等〔注：最決平 17.9.27 参照〕の理解を踏まえた的確な論述ができている答案は比較的少数にとどまった。本件では正に検察官が設定した立証趣旨が意味を持つ場合であるのに、何らの説明もなく検察官の立証趣旨に拘束される必要がない、あるいは検察官の立証趣旨には意味がないとだけ断じ、最高裁判所の判例の見解が前提としていた事案とは異なるにもかかわらず、刑事訴訟法第321

条第3項所定の要件を満たすだけでなく、同法第322条第1項所定の要件をも満たす必要があるとした答案が多数あった。法律家は常に結論に至る理由を示し説明しなければならない。このような答案について、あえて厳しい評価をすれば、事案分析能力・思考能力の不備・欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

ウ パターン③ 争点や立証の狙い等のヒントからの要証事実の設定

→要証事実とは、当該証拠によって直接証明されるべき事実（立証事項）をいうところ、問題文に「立証趣旨」が明示されていないが、問題文に証拠調べ請求者の立証の狙いや、当該公判における争点などが示されている事例においては（例：H28、H27 司法論文の事例）、その立証の狙いや争点を重要な考慮要素とした上で、当該証拠の内容や本問の事実関係をみて、その証拠から直接証明されるべき事実（要証事実・立証事項）を具体的に考えていく必要がある。○

例えば、被告人がVの胸を包丁で突き刺して心臓損傷により殺害した殺人被告事件の公判前整理手続において被告人がVを包丁で刺した事実を否認したため、被告人が包丁でVの胸を突き刺したか否かが本件の争点であることが確認されたところ、検察官が、「被告人がVの胸を包丁で突き刺すところを見ました。」との目撃者Wの供述が記載された供述書を証拠調べ請求した場合、検察官は、被告人がVの胸を包丁で突き刺した事実を立証するためにWの供述書を証拠調べ請求しているものと考えられる。そして、「被告人がVの胸を包丁で突き刺すところを見ました。」とのWの供述により、被告人がVの胸を包丁で突き刺した事実を直接証明できるため、Wの供述の要証事実は、被告人がVの胸を包丁で突き刺した事実ということになる。ちなみに、Wの「被告人がVの胸を包丁で突き刺すところを見ました。」との供述は、Wの知覚、記憶等の各過程を経て証拠化されたもので、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述であるところ、Wの供述内容の真実性を問題としないまま、この供述から被告人がVを包丁で刺した事実を証明することはできない。したがって、当該要証事実を証明するにはWのその供述の内容の真実性が問題となるものとしてWの供述は伝聞証拠に当たる。

・ H27 司法論文刑事系第3問設問2後段（採点実感・抜粋）

問題となる書面の伝聞証拠該当性については、問題文により与えられた立証趣旨を前提に検討するのではなく〔注：問題文に立証趣旨が明示されていない事例であった〕、いわば検察官の立場に身を置いて、当該事件

における証拠請求の狙いを踏まえた具体的な要証事実を自ら考えた上で検討することを求めている。〔中略〕書面が伝聞証拠に当たるか否かは、それによって証明しようとする要証事実ないし立証事項が何であるのかと関連して決まるという基本的理解を前提に、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、丙の関与（丙と乙との共謀）〔注：主要事実〕を立証するためには、いかなる事実〔注：要証事実・立証事項〕を証明しようとすることになるのか、その要証事実ないし立証事項との関係で、書面の記載内容の真実性が問題となるのかどうかを具体的に検討し、伝聞法則が適用される場合には、さらに伝聞例外として証拠能力が認められるかどうかについても検討することを求めている。

エ パターン④ 立証趣旨や争点などのヒントが明示されていない場合

→要証事実とは、当該証拠によって直接証明されるべき事実（立証事項）をいうところ、問題文に「立証趣旨」や立証の狙いなどのヒントが明示されていない事例においては、当該事件の主要事実（構成要件該当事実、違法性阻却事由、責任阻却事由などの犯罪事実、被告人の犯人性を基礎付ける事実など）が何なのかということや、その主要事実を推認させる間接事実が何なのかということ意識した上で、当該証拠の内容や本問の事実関係をみて、その証拠から直接証明されるべき事実（立証事項）を具体的に考えていく必要がある。そして、当該証拠から主要事実が直接証明のできるのであれば、その主要事実が要証事実となり、当該証拠から主要事実を直接証明できないときは、その主要事実を推認させる間接事実を証明できるかを検討し、その証明ができるときは当該間接事実が当該証拠の要証事実となる。○

例えば、殺人被告事件における目撃者Wの「被告人がVを包丁で刺したのを見ました」との供述が記載された供述書が伝聞証拠に当たるかが問題となる場合、それを証拠調べ請求した検察官は、Wの供述から最終的には被告人がVを包丁で刺したとの殺人罪の主要事実たる実行行為があった事実を立証したいと考えていると思われる。そして、Wの「被告人がVを包丁で刺したのを見ました」との供述があれば、被告人がVを包丁で刺したとの殺人罪の実行行為があった事実を直接証明できるため、Wの供述により証明しようとする要証事実は、被告人がVを包丁で刺した事実となる。ちなみに、Wの「被告人がVを包丁で刺したのを見ました」との供述は、Wの知覚、記憶等の各過程を経て証拠化されたもので、裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述であるところ、Wの供述内容の真実性を問題としないまま、被告人がVを包丁で刺した事実を証明することはできないため、要証事実を証明するにはその供述の内容の真実性が問題となるものとして伝

聞証拠に当たる。

例えば，殺人被告事件における目撃者Wの「被告人は前々からVを殺したいと頻繁に口にしていました。」との供述が記載された供述書が伝聞証拠に当たるかが**問題**となる場合，それを証拠調べ請求した検察官は，Wのその供述から最終的には被告人の実行行為時における殺意の存在（主要事実）を立証したいと考えていると思われる。しかし，Wの「被告人は前々からVを殺したいと頻繁に口にしていました。」との供述で，主要事実たる実行行為時における殺意を直接証明することはできない。もつとも，Wのその供述から，実行行為時の前の時点における被告人の殺意の存在を証明できる。そして，その時点における殺意の存在の事実から，実行行為時における殺意の存在を推認することができる。以上のことから，被告人は前々からVを殺したいと頻繁に口にしていた事実は，殺意の推認に役立つ間接事実ということになり，その間接事実はWの「被告人は前々からVを殺したいと頻繁に口にしていました。」との供述から証明できるため，当該供述証拠の要証事実は，被告人が前々からVを殺したいと頻繁に口にしていた事実となる。ちなみに，Wの「被告人は前々からVを殺したいと頻繁に口にしていました。」との供述は，Wの知覚，記憶等の各過程を経て証拠化されたもので，裁判所の面前での反対尋問を経ていない供述であるところ，Wの供述内容の真実性を問題としないまま，被告人が前々からVを殺したいと頻繁に口にしていた事実を証明することはできないため，要証事実を証明するにはその供述の内容の真実性が問題となるものとして伝聞証拠に当たる。

- ・おまけ：用語確認～直接証拠と間接証拠

直接証拠とは，要証事実を直接証明するのに用いる証拠と定義されている。**間接証拠**とは，要証事実を直接証明できないが，要証事実を推認させる事実（間接事実）を証明するのに用いる証拠と定義されている。

なお，要証事実が主要事実であるときは，直接証拠と間接証拠の意味が民事訴訟における直接証拠と間接証拠と意味が重なる（本講座の民事訴訟法のテキスト参照）。ただし，刑訴法の基本書においては，直接証拠と間接証拠の区別を，「要証事実」を直接証明できるかによりしているため，当該証拠の要証事実が間接事実となるときは，民事訴訟における直接証拠・間接証拠と意味がずれることがある。一方，刑事の事実認定の参考書においては，要証事実を主要事実と同じ意味で用いているように読める記載を見かけることがある。この記載に従えば，直接証拠と間接証拠の意味が刑事・民事で一致することになる。この点に関しては，臨機応変に，テキストの文脈に応じて用語の意味を考えて読み進めていくとよい。

(4) 伝聞と非伝聞の区別の具体例

ア 具体例① 公判廷外の他人の供述（原供述）を内容とする公判供述

- ・ 例えば、「昨日、私の友人であるAが『Bが近所のスーパーでお菓子を万引きしたのを目撃しました。』と言っていたのを聞きました。」とのXの公判供述は、Bがスーパーで万引きした事実を要証事実として、裁判所が、Xの供述に含まれるAの公判廷外の供述（原供述）を証拠としてその要証事実を認定するには、Aの「Bが近所のスーパーでお菓子を万引きしたのを目撃しました。」との供述内容の真実性（Bが本当に万引きしたとの事実）が要求される。このように要証事実との関係で内容の真実性が問題となる原供述を含むXの公判供述は伝聞証拠として伝聞法則の適用を受けることになる。○

一方、AがBの名誉を毀損したとする名誉毀損事件で、Xの前記公判供述から、AがBの名誉を毀損するような事実を摘示したことを証明するために、要証事実とするときは、「Bが近所のスーパーでお菓子を万引きしたのを目撃しました。」とのAの供述（原供述）の内容の真実性を問題としなくても、Aがそのような発言をした事実さえ証明できれば足りる。そして、原供述者Aがそのような発言をした事実を証明するには、原供述者Aを反対尋問しなくても、Aのその発言を直接聞いたXを法廷で反対尋問することで、本当にAがそのような発言（原供述）をしたのかどうかをチェックできるので、Xの供述に含まれるAの原供述を伝聞証拠とみる必要はない。したがって、Aの原供述を含むXの公判供述を、上記のような要証事実で証拠に用いるときは、Xの公判供述は非伝聞となる。○

イ **具体例②** 行為に随伴した言葉

- ・ 例えば、殺人現場における被害者の「やめろ。」と叫びながら逃げ出した際のその叫び声（行為に随伴した言葉）は、被害者がそのような言葉を発した事実自体（被害者の言葉の存在自体）を要証事実として、そこから、被害者が、その時間に、その場所で、被害にあったということを推認するのに役立つため、言葉の意味内容の真実性を問題とする必要はない。したがって、このような行為に随伴する言葉は非伝聞である。○

ウ **具体例③** 言葉の存在を供述者の精神状態を推認するのに用いる場合

- ・ 例えば、Xの「Aが『私はアンドロメダの帝王だ。』と言っていました。」との公判供述は、Aが実際にアンドロメダの帝王なのかという言葉の内容の真実性を問題にせず、Aがそのような内容の発言をしたこと自体を要証事実とするときは、その言葉自体からAの精神異常を推認するのに役立つ。このように、人の精神異常を推認するのに用いるために、その人の発言の存在自体を要証事実とするときは、その人の発言内容の真実性は問題とならないので非伝聞である。○

エ 具体例④ 客観的事実と合致する内容の発言の存在自体を証明して発言者がその客観的事実を実行したり認識したりしていることを推認する場合

- ・ 例えば，死体遺棄の事実を否認している被告人の有罪立証のために，被告人が共犯者との間で死体遺棄の報酬に関してやりとりをしたメールがあれば，そのような内容のメールの存在を立証することで，被告人が現に発生した死体遺棄事件につき実行行為をした事実があったことを合理的に推認するのに役立つ。そのため，当該メールの**要証事実**は，そのような内容のメールが存在すること自体であり，これをそのメールから証明するにはメールに記載された内容の真実性を問題としなくてもよい。したがって，メールをこのように用いるときは非伝聞となる。

・ H23 司法論文刑事系第2問設問2（出題の趣旨・抜粋） ○

資料2の捜査報告書は「死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」とする**立証趣旨**で証拠調べ請求が行なわれており，**要証事実**を的確に捉えれば，これは死体遺棄の事実を**直接立証するものでなく**，甲B間で死体遺棄についての報酬の支払請求に関するメールが存在することを状況証拠〔注：間接事実の意味〕として用いることに意味があるから，伝聞証拠には該当しないとの理解が可能であろう。

主要事実〔被告人が被害者の死体を遺棄した事実〕

↑推認

間接事実〔被告人とBとの間の死体遺棄の報酬に関するメールが存在する事実〕

↑証明

間接証拠〔被告人とBとの間の死体遺棄の報酬支払いに関するメール〕

・ おまけ：用語確認～状況証拠

「状況証拠」という言葉は，厳密に言えば間接事実を証明する証拠（間接証拠）を意味するが，実際には間接事実のことを状況証拠ということが少なくないので，どちらの意味で用いられているかは文脈で判断する。

~~~~~

~~~~~

(6) 321条3項の検証の結果を記載した書面（検証調書）

3項 検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その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ときは、第1項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

* 3項書面の具体例

例：捜査機関が作成した検証調書

例：実況見分調書

ア 意義

→ 捜査官が五官の作用で事物の状態を認識する処分のうち強制処分に当たるものを検証といい、その結果を記載した書面を検証調書という。検証調書は、捜査官が五官の作用で事物の状態を知覚、記憶して、それを調書に表現、叙述するという過程を経て作成されるもので、作成者である捜査官が検証当時において五官の作用でそのように事物の状態を認識したという事実を要証事実とする証拠に用いられるのが通常である。検証調書からそのような事実を証明して裁判所が事実認定の資料に用いるには、調書に記載された作成者の供述の内容の真実性が要求さる。したがって、検証調書は、要証事実との関係で供述の内容の真実性が問題となる伝聞証拠に当たる。○

例えば、司法警察員Pが、検証の日時を○年○月○日、場所を△居宅内として、「A地点からB地点の間の床には大量のオイルが付着しており滑りやすい状況になっていた。」とのPの供述を記載した検証調書につき、当該日時に当該場所においてA地点からB地点の間の床には大量のオイルが付着しており滑りやすい状況になっていたとの事実を要証事実として、この事実を当該検証調書で証明するには、Pの供述の内容の真実性を問題としなければならないので、当該検証調書は伝聞証拠となる。

イ 3項の伝聞例外の要件

→ 321条3項の伝聞例外要件は、書面の作成者を証人尋問して真正作成立証（作成名義の真正及び記載内容の真実性の立証）をすることである。●

- ・ 検証調書については、326条の証拠とすることの同意がないときは、その調書の証拠調べ請求者が、公判廷で調書の作成者を証人尋問して調書が真正に作成されたものであることを供述（真正作成供述）させて真正作成立証に成功した場合は、321条3項の伝聞例外として証拠能力が付与される。○

刑事裁判実務では、検察官が取調請求をした実況見分調書を弁護人が同意しなかった場合、検察官は、321条3項の要件を立証してその調書の証拠能力が認められるようにするために、作成者の証人調べ請求をして、主尋問で、実況見分調書の作成名義の真正、実況見分自体の正確性、実施した実況見分の結果を調書に正確に記載したという記載内容の真正に関する尋問をし、弁護人は、それらのことに対して反対尋問をする。必要があれば裁判所が補充尋問をし、その結果、真正作成立証ができていると判断すれば、当該調書は321条3項により証拠能力が付与される。

- ・ 検証調書が他の伝聞例外と比べて緩やかな要件で証拠能力が認められる趣旨は、検証を職務の一内容としている捜査官が検証の対象を意識的に観察して記録しているため正確性が担保されているといえるし、また、検証の結果を複雑なことが多いためそれを口頭で説明するよりも書面で報告する方が正確性を期待できるところに求められている。○
- ・ 検証と同様のことが任意処分としてされるものを実況見分というが、その結果を記載した書面（例：実況見分調書、写真撮影報告書など）も、検証調書の伝聞例外が緩やかにされている趣旨が妥当するので、検証調書類の書面として、321条3項の書面に当たると解されている。判例も、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としている（**最判昭 35.9.8**）。○

ウ 実況見分調書でなしうる事実認定の範囲

～ 321条3項の書面として証明できる事実の範囲

- ・ 実況見分調書とは、任意処分として捜査機関が五官の作用で事物の状態を認識（実況見分）した結果を記載した調書である。**例えば**、司法警察員が、A地点に立ってその地点からB地点を見通すことができることを確認するために実況見分をして、終了後に、実況見分の結果を書面に記載して作成された実況見分調書は、その司法警察員が実況見分の結果を書面に記載したものである。

実況見分調書は、検証調書と同様、捜査官が五官の作用で事物の状態を知覚、記憶して、それを調書に表現、叙述するという過程を経て作成されるもので、作成者である捜査官が実況見分当時において五官の作用でそのように事物の状態を認識したという事実を要証事実とする証拠に用いられるのが通常である。同調書からそのような事実を証明して裁判所が事実認定の資料に用いるには、調書に記載された作成者の供述の内容の真実性が要求される。したがって、同調書は、要証事実との関係で供述の内容の真実性が問題となる伝聞証拠に当たる。

実況見分調書は、検証調書類の書面として、326条の同意がない場合は、321条3項の伝聞例外の要件を満たさない限り証拠能力が認められない。判例もこのような要件をみたしたときに実況見分調書の証拠能力が肯定されるとしている（**最判昭36.5.26**）。

321条3項の要件のもとに証拠能力が認められた実況見分調書から裁判所が認定できる事実は、実況見分調書に記載された、捜査官が実況見分により認識した結果である。例えば、実況見分調書に「実況見分をした日時場所においては人通りが多かった」旨の記載がある場合、裁判所は、実況見分をした日時場所において人通りが多かったとの事実を認定することができる。これは321条3項書面としてどこまでの事実を要証事実として設定することができるかという問題でもある。○

エ 実況見分調書に記載された立会人の指示説明

→ 例えば、「私が、私の友人AがBを包丁で刺したのを目撃したのはこの地点です。」と実況見分調書に記載された立会人の指示説明部分は、それを捜査官が実況見分をする位置を確定するなど実況見分をする手がかりとして用いたに過ぎない場合、裁判所は、「AがBを包丁で刺した」との指示説明部分の内容どおりの事実認定をするわけではない。このような場合、立会人の指示説明の記載部分は結局、捜査官が実況見分をする手がかりとして用いたものとして、実況見分の結果を記載したものにほかならず、実況見分調書と一体のものとして、326条の同意がないときは、321条3項の伝聞例外要件を満たせば証拠能力が認められる。これと結論を同じくする判例がある（**最判昭36.5.26**）。●

- ・ 一方、例えば、「私が、私の友人AがBを包丁で刺したのを目撃したのはこの地点です。」との立会人の指示説明部分を、それによりその内容どおりの事実があったことを要証事実として事実認定するのに用いるときは、その指示説明部分の内容の真実性が要求されると考えるべきである。そこで、立会人の指示説明をこのように用いる場合は、その者の供述を録取した供述録取書と同じように、326条の同意がないときは、322条（被告人の指示説明）又は321条1項3号（被告人以外の者の指示説明）の要件を満たさないと証拠能力が認められない。○

例えば、交通事故の目撃者が、実況見分に立ち会った際に「犯人の車が被害者をはね飛ばしたのはこの地点です。」と述べた場合、この供述から、犯人が被害者をその地点で跳ねた事実を証明して事実認定するには、その供述の内容の真実性を問題としないなければならないので、326条の同意がないときは、321条1項3号の要件を満たさないと証拠能力が認められない。なお、通常、実況見分調書には立会人の署名又は押印がされることはないので、326条の同意がないと、この供述部分を証拠とすることはできない。

なお、捜査官としては、立会人の指示説明からその内容の真実性が問題となるような要証事実を設定してその事実を証明して裁判所に事実認定してもらいたければ、321条1項2号、3号、322条の書面として証拠化しておくべきといえる。

以上をまとめると、立会人の指示説明が記載された実況見分調書は、何を要証事実に設定するかによって何条の伝聞例外要件を満たせば証拠能力が認められるのかが異なってくるということである。

* 最判昭 36.5.26 実況見分調書とそれと一体となる立会人の指示説明

〔判旨〕

- (1) 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いわゆる実況見分調書も刑訴321条3項所定の書面に包含されるものと解するを相当とすることは昭和35年9月8日第一小法廷判決（刑集14巻11号1437頁）の判示するところである。従つて、かかる実況見分調書は、たとえ被告人側においてこれを証拠とすることに同意しなくても、検証調書について刑訴321条3項に規定するところと同一の条件の下に、すなわち実況見分調書の作成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ときは、これを証拠とすることができる。
- (2) 捜査機関は任意処分として検証（実況見分）を行うに当り必要があると認めるときは、被疑者、被害者その他の者を立ち合わせ、これらの立会人をして実況見分の目的物その他必要な状態を任意に指示、説明させることができ、そしてその指示、説明を該実況見分調書に記載することができるが、右の如く立会人の指示、説明を求めるのは、要するに、実況見分の一つの手段であるに過ぎず、被疑者及び被疑者以外の者を取り調べ、その供述を求めるのは性質を異にし、従つて、右立会人の指示、説明を実況見分調書に記載するのは結局実況見分の結果を記載するに外ならず、被疑者及び被疑者以外の者の供述としてこれを録取するのは異なるのである。従つて、立会人の指示説明として被疑者又は被疑者以外の者の供述を聴きこれを記載した実況見分調書には右供述をした立会人の署名押印を必要としない。
- (3) 実況見分調書が刑訴321条3項所定の書面に包含されるものと解される以上は、同調書は単にその作成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さえすれば、それだけでもつて、同条1項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができるのであり、従つて、たとえ立会人として被疑者又は被疑者以外の者の指示説明を聴き、その供述を記載した実況見分調書を一体として、即ち右供述部分をも含めて証拠に引用する場合においても、右は該指示説明に基く見分の結果を記載した実況見分調書を刑訴321条3項所定の書面として採証するに外ならず、立会人たる被疑者又は被疑者以外の者の供述記載自体を採証するわけではないから、更めてこれらの立会人を証人として公判期日に喚問し、被告人に尋問の機会を与えることを必要としないと解すべきものである。

~~~~~

## オ 実況見分調書と供述の録取，実況見分調書と供述写真

→ 捜査機関が，痴漢の事件の被告人に犯行状況を再現させたり，その被害者に被害状況を再現させたりした各再現状況を撮影した写真を添付した実況見分調書（写真撮影報告書）は伝聞証拠に該当するのかが，該当するとして伝聞例外の要件は何条のものになるのかが問題となる。○

- ・平成17年決定の**事案**では，実況見分調書と写真撮影報告書の証拠能力が問題となった。**本件実況見分調書**は，警察署の通路において，長いすの上に被害者と犯人役の女性警察官が並んで座り，被害者が電車内で隣に座った犯人から痴漢の被害を受けた状況を再現し，これを別の警察官が見分し，写真撮影するなどして記録したもので，本件写真撮影報告書は，警察署の取調室内において，並べて置いた2脚のパイプいすの一方に被告人が，他方に被害者役の男性警察官が座り，被告人が犯行状況を再現し，これを別の警察官が写真撮影するなどして，記録したものである。（最決平 17.9.27）。

- ・**最高裁**は，「前記認定事実によれば，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。」として，各写真が供述写真として伝聞証拠に当たることを前提に，「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」とした。○

**補足**すると，痴漢の犯行現場とは異なる状況の警察署内で，犯人役と被害者役の身長・体形も本人と同じかどうか分からないような状況で上記のような犯行を再現した事実等を立証しても，被告人の犯行を立証するのには役立たない。平成17年決定においては，被告人の犯行を立証するのに，被害を再現した状況や犯行を再現した状況を要証事実としても，おおよそ証拠としては無意味になるような例外的な場合に当たるため，実質的な要証事実が考慮・設定されたものと考えられる。

- ・また、同最高裁は、321条1項2号、3号や322条1項は、供述録取書の証拠能力付与の要件の1つとして供述者の署名押印を要求しているが、「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。」として、写真については再現者（供述写真の供述者）の署名押印は不要とした。○

**補足**すると、最高裁がこのような判断をした根拠は、再現者の署名または押印がなくても、再現者が写真に写っており、撮影された再現状況がその者によってなされたことが担保され、供述録取書に供述者の署名または押印があるのと同じ利益状況にあるといえると評価できるところに求められる。

- ・上記判例の事案は、実況見分調書（写真撮影報告書）に添付された写真の側に各再現者が再現状況の内容を説明する供述が録取されており、この供述録取部分の証拠能力の有無が問題となった。

**最高裁**は、この供述録取部分も再現写真と同様の理由で321条1項2号、3号や322条1項の伝聞証拠に当たりうることを前提に、「各再現者の供述録取部分については、いずれも再現者の署名押印を欠くため、その余の要件を検討するまでもなく証拠能力を有しない。」として、321条1項2号、3号、322条が要求する供述者の署名押印がないことを理由に証拠能力を否定した。○

- ・おまけ

本決定は、本件の実況見分調書や写真撮影報告書が被告人や被害者の供述写真等の供述証拠に該当することを判示しつつ、さらに321条3項の要件を充足することを要求している。この意味をどのように解するかについては「その含意はやや不明確ですが、犯行再現等の際の物品の位置関係・場所の情况等、立会人の記憶・認識に依存しない事実（供述部分以外の事実）について〔注：これら事実は本来321条3項書面の立証事項となるもの〕、検分結果の真正性を立証することを求めたと理解できそうです。」と説明する学者がいる（法学セミナーNo.684 刑事訴訟法入門21・緑大輔先生）。

## \* 最決平 17.9.27 被害再現・犯行再現の実況見分調書等の証拠能力

～被告人の犯行再現状況・被害者の被害再現状況

〔事実〕

被告人は、電車内で女性の臀部に触れた事実等で大阪府の迷惑防止条例違反で起訴された。本件の第1審公判において、検察官は、立証趣旨を「被害再現状況」とする実況見分調書（以下「本件実況見分調書」という。）及び立証趣旨を「犯行再現状況」とする写真撮影報告書（以下「本件写真撮影報告書」という。）の証拠調べを請求した。

本件実況見分調書は、警察署の通路において、長いすの上に**被害者**と犯人役の女性警察官が並んで座り、被害者が電車内で隣に座った犯人から痴漢の被害を受けた状況を再現し、これを別の警察官が見分し、写真撮影するなどして記録したものである。同調書には、被害者の説明に沿って被害者と犯人役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真12葉が、各説明文付きで添付されている。うち写真8葉の説明文には、被害者の被害状況についての供述が録取されている。

本件写真撮影報告書は、警察署の取調室内において、並べて置いた2脚のパイプいすの一方に**被告人**が、他方に被害者役の男性警察官が座り、被告人が犯行状況を再現し、これを別の警察官が写真撮影するなどして、記録したものである。同調書には、被告人の説明に沿って被告人と被害者役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真10葉が、各説明文付きで添付されている。うち写真6葉の説明文には、被告人の犯行状況についての供述が録取されている。

弁護士は、本件実況見分調書及び本件写真撮影報告書（以下併せて「本件両書証」という。）について、いずれも証拠とすることに不同意との意見を述べ、両書証の共通の作成者である警察官の証人尋問が実施された。証人尋問終了後、検察官は、本件両書証につき、いずれも「刑訴法321条3項により取り調べられたい。」旨の意見を述べ、これに対し弁護士はいずれも「異議あり。」と述べたが、裁判所は、これらを証拠として採用して取り調べた。

第1審判決は、本件両書証をいずれも証拠の標目欄に掲げており、これらを有罪認定の証拠にしたと認められる。また、原判決は、事実誤認の控訴趣意に対し、「証拠によれば、一審判決第1の事実を優に認めることができる。」と判示しており、前記控訴趣意に関し本件両書証も含めた証拠を判断の資料にしたと認められる。被告人は上告して本件両書証の証拠能力がないとして争った。

〔決旨〕

前記認定事実によれば、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。もっとも、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。

本件両書証は、いずれも刑訴法321条3項所定の要件は満たしているものの、各再現者の供述録取部分については、いずれも再現者の署名押印を欠くため、その余の要件を検討するまでもなく証拠能力を有しない。また、本件写真撮影報告書中の写真は、記録上被告人が任意に犯行再現を行ったと認められるから、証拠能力を有するが、本件実況見分調書中の写真は、署名押印を除く刑訴法321条1項3号所定の要件を満たしていないから、証拠能力を有しない。

そうすると、第1審裁判所の訴訟手続には、上記の証拠能力を欠く部分を含む本件両書証の全体を証拠として採用し、これを有罪認定の証拠としたという点に違法があり、原裁判所の訴訟手続には、そのような証拠を事実誤認の控訴趣意についての判断資料にしたという点に違法があることになる。しかし、本件については、前記の証拠能力を欠く部分を除いても、その余の証拠によって第1審判決判示第1の事実を優に認めることができるから、前記違法は、判決の結論に影響を及ぼすものではない。

・ 補足メモ～上記判例の各書証の証拠能力についての結論の整理

・ 本件実況見分調書（被害者の被害再現）

- ア 同意なし→調書全体は321Ⅲを満たす必要あり→本件は満たす
- イ 供述録取部分は321Ⅰ③の要件を満たす必要あり→署名等がないので証拠能力なし（321Ⅰ柱書）
- ウ 供述写真は321Ⅰ③の要件満たす必要あり（但し写真に署名等は不要）  
→本件は満たさない→証拠能力なし

・ 本件写真撮影報告書（被告人の犯行再現）

- ア 同意なし→調書全体は321Ⅲを満たす必要あり→本件は満たす
- イ 供述録取部分は322の要件を満たす必要あり→署名等がないので322の要件を満たさず証拠能力なし）
- ウ 写真は322の要件を満たす必要あり（但し写真に署名等は不要）  
→本件は任意性あり→322の要件満たす。









**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16897