

## 1 [刑事系科目] 平成20年

2

## 3 [第2問] (配点: 100)

4 次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

## 5 【事例】

6 1 警察は、暴力団X組による覚せい剤密売の情報を入手し、捜査を行った。その結果、覚せい剤  
7 取締法違反(譲渡罪)の前科1犯を有しているX組幹部の甲が、覚せい剤を密売してX組の活動  
8 資金を得るといふ営利の目的で、平成20年1月上旬ころ、Aマンション201号室の甲方にお  
9 いて、多量の覚せい剤を所持しているという嫌疑が濃厚となった。そこで、警察は、前記覚せい  
10 剤営利目的所持の犯罪事実で、差し押さえるべき物を、本件に係る覚せい剤、小分け道具、  
11 手帳、ノートとし、捜索すべき場所を、Aマンション201号室の甲方とする捜索差押許可状の  
12 発付を受けた。

13 甲方は、5階建てのAマンションの2階にあり、その間取りは4LDKバストイレ付きであつ  
14 て、甲方の玄関ドアの右隣には、共用部分の通路に面して、ガラス窓が設置されており、その窓  
15 は、アルミサッシ製で、2枚のガラス(各ガラスの大きさは、縦1.2メートル、横0.9メー  
16 トルである。)が引き戸になっている。ほかに同通路に面した窓はない。甲方には、常時、X組の  
17 組員2、3名が起居している。

18 なお、覚せい剤営利目的所持の罪とは、「営利の目的」つまり、犯人が自ら財産上の利益を得、  
19 又は第三者に得させることを動機・目的として、覚せい剤をみだりに所持した罪をいい、その法  
20 定刑は、1年以上の有期懲役、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金で  
21 ある。

22 2 平成20年1月15日午前8時ころ、司法警察員警部補Pは、前記捜索差押許可状を携帯して、  
23 司法警察員巡査部長Qら5名の部下とともに甲方の捜索に赴き、甲方玄関ドア前の通路に集まっ  
24 た。Qが甲方のドアチャイムを鳴らしたところ、甲方内からドア付近まで近づいてくる足音が聞  
25 こえ、その直後、「何ですか。」という男の声がした。そこで、Qは、ドア越しに「警察だ。ドア  
26 を開けろ。」と告げたが、ドアは開けられることなく、「やばい。」などという男の声がして、ドア  
27 付近から人が遠ざかる足音が聞こえ、さらに、室内から、数人が慌ただしく動き回る足音が聞こ  
28 えた。Qは、ドアノブを回してドアを開けようとしたが、施錠されていたので、ドアを手で激し  
29 くたたき、ドアチャイムを鳴らしながら、「早く開けろ。捜索令状が出ている。」と数回にわたり  
30 怒鳴ったが、ドアが開けられる気配はなく、また、甲方内からの応答もなかった。そこで、Qは、  
31 甲方の玄関ドアの右隣にあるガラス窓を開けようとしたが、施錠されていたので、所持していた  
32 手錠を用いて向かって右側のガラス1枚を割って、約20センチメートル四方の穴を開けた。こ  
33 の時点で、最初に警察であることを告げてから約30秒が経過していた。Qは、その穴から手を  
34 差し込んでガラス窓内側のクレセント錠を外した上、同ガラス窓を開けてそこから甲方内に入っ  
35 た。

36 Pら5名は、Qに続いて、順次、そのガラス窓から甲方内に入り、「置いてある物に触るな。」  
37 と言いながら甲方内の各部屋に散っていった。Qらが、甲方内に在室している人物を確認したと  
38 ころ、甲がリビングルームに、2名の組員がそれぞれ別々の部屋にいて、合計3名が甲方内に在  
39 室していることが判明し、Qらは、これら3名の近くで、その行動を注視できる位置についた。  
40 そこで、Pは、甲に対し、前記捜索差押許可状を示した。この時点で、Qが最初に甲方内に入っ  
41 てから約3分が経過していた。その後、Pらは、甲を立会人として、覚せい剤等を探し始めた。  
42 Qは、リビングルームに置かれたサイドボードの引き出しの中から赤色ポーチを発見し、これを  
43 開けて見たところ、同ポーチ内には、ビニール袋入りの50グラムの白色粉末があった。

44 3 そこで、Qが、甲の承諾を得て、その場で白色粉末の予試験を実施したところ、これが覚せい  
45 剤であることが確認できた。

46 Qは、「被疑者甲は、みだりに、営利の目的で、平成20年1月15日、Aマンション201号

47 室の甲方において、覚せい剤50グラムを所持した。」という被疑事実で、甲を現行犯人として逮捕するとともに、刑事訴訟法第220条第1項第2号により、この覚せい剤を差し押さえた。

48  
49 なお、Qが割った甲方の窓ガラスは、直ちに、業者により修復され、その費用は2万円であった。

51 4 甲は、逮捕、勾留中の取調べにおいて、「発見された覚せい剤は私のものではない。覚せい剤については一切知らない。」などと供述し、一貫して否認した。

52  
53 警察が捜査したところ、甲がWという女性と交際していることが分かった。Wは、5年前から会社員として働いているが、以前、会社員として働く傍ら、クラブでホステスのアルバイトをしていたことがあり、そのクラブに客として来ていた甲と知り合い、約1年前から甲と交際するようになった。Wは、その直後、アルバイトを辞め、週末に甲方に通って、掃除をしたり洗濯をするなど、甲の身の回りの世話をし、甲も、月に数回の割合で、Wが住んでいたアパートの部屋に泊まりに行くなどしていた。

59 以上の状況から、W方に、本件犯行に関する証拠物が存在する蓋然性が高まったので、警察は、W方の捜索差押許可状の発付を受け、平成20年1月18日、Wが不在であったため、アパートの管理人を立会人としてW方を捜索し、鍵が掛けられていた机の引き出しの中からノート1冊（以下「本件ノート」という。）を発見して、これを差し押さえた。

63 5 本件ノートは、市販されている100枚綴りのものであり、その表紙には、「平成17年10月13日～」と記載されている。各ページには、日付とそれに続く数行の記載がある。それらの日付は、平成17年10月13日で始まり、1週間に3日ないし5日程度の割合で、その経過順に記載されていて、平成20年1月15日で終わっている。そして、それぞれの日付の下には、買物に行ったこと、食事をしたこと、友人と会ったこと等の出来事やそれに関する感想が記載されている。これらの記載部分は、日によって、万年筆で書かれたり、ボールペンで書かれたりしているが、空白の行やページは無い。

70 記載のある最終ページは、【資料】（本問題集8ページ参照）のとおりであり、同月6日、9日及び15日分の文字は万年筆で、同月11日、12日及び14日分のそれはボールペンで、それぞれ書かれている。

73 本件ノートに記載された文字の筆跡は、すべてWのものである。

74 6 警察は、本件ノートの記載内容についてWを取り調べようとしたが、Wは、交通事故に遭い、平成20年1月20日に死亡していたため、取り調べることはできなかった。なお、事故の際、Wは、B社製の茶色ショルダーバッグを持っており、そのバッグの中には、W方の鍵と前記机の引き出しの鍵が入っていた。

78 78 79 78 9万8000円で売ったこと、同月12日午前10時18分、W方付近にある銀行に設置された現金自動預払機において、W名義の普通預金口座から現金3万円が払い戻されたこと、Wが、同日、D子と一緒にE市内にある映画館で映画を見てから、ショッピング街でアクセサリーや洋服を見て回ったことが明らかとなった。

83 7 その後、検察官は、所要の捜査を遂げて、「被告人甲は、みだりに、営利の目的で、平成20年1月15日、Aマンション201号室の甲方において、覚せい剤50グラムを所持した。」という公訴事実で、甲を起訴した。

86 甲は、第一回公判期日において、前記公訴事実につき、「私のマンションで発見された覚せい剤は私のものではありませんし、これを所持したことはありません。もちろん営利の目的もありません。」と陳述し、弁護人も同趣旨の陳述をした。

89 検察官は、「Wが平成20年1月14日に甲方で本件覚せい剤を発見して甲と会話した状況、本件覚せい剤を甲が乙から入手した状況及びX組が過去に覚せい剤を密売した際の売却価格」という立証趣旨で、証拠物たる書面として本件ノートの証拠調べを請求した。

92 これに対し、甲の弁護人は、「証拠物としての取調べに異議はないが、書証としては不同意であ

- 93 　　る。」との意見を述べた。
- 94 　　甲と本件覚せい剤を結び付ける証拠並びに本件覚せい剤の入手状況及び過去の覚せい剤の売
- 95 　　却価格に関する証拠は、本件ノート及び甲方で押収された本件覚せい剤以外にはない。
- 96
- 97 　　〔設問1〕 本件ノートの証拠能力について、その立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論
- 98 　　じなさい。ただし、その搜索差押手続の適法性については論じる必要はない。
- 99
- 100 　　〔設問2〕 甲方の搜索の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

101 【資料】 W方で押収された本件ノート最終ページ

102

平成20年

1月6日

正月休みも今日で終わり。明日から仕事だ、頑張ろう。でも、休みボケで、仕事のことを考えるとちょっとゆううつ。週末が待ち遠しい。

おいしいと評判のイタリアンレストランへ甲に連れていってもらった。

確かにパスタがおいしかった。

食事の後、C百貨店で前から欲しかったB社の茶色のショルダーバッグを甲におねだりして買ってもらった。9万8000円もしたのに……。甲は優しい。

1月9日

今日、甲が来る予定だったのに来なかったのので、電話してみた。

体調が悪いらしく、甲の電話の声に元気がなかった。

ちょっと、心配。週末には元気になっているといいな。

もうすぐ午前零時だ。明日の仕事にも差し支えるので、もう寝よう。

1月11日

明日から3連休だ。明日はD子と映画に行く予定。映画を見るのは久しぶり。

銀行に行くのを忘れた。明日、ATMでお金を下ろさないと。

3万円あれば、次のお給料日までは大丈夫かな。

1月12日

今日は、E市に出て、D子と一緒に映画を見た。アクション物で面白かった。

最近DVDを借りて家で見る人が多いけど、やっぱり映画館の大きなスクリーンで見ると迫力が違う。その後、ウインドウショッピングをして帰る。

1月14日

今日、甲のマンションに行った。洗濯物もたまっていて、思ったより時間がかかった。

掃除をしているとき、サイドボードの引き出しの中に、見慣れない赤色のポーチを見つけた。女物のようだったので、私のほかに女でもと思って中を見ると、白い粉がビニール袋に入っていた。急に、甲が、「それに触るな。」と言って、私からそのポーチを取り上げた。私は、びっくりして、「何なの、それ？」と聞くと、甲は、「おまえがいた店にも連れていったことのあるY組の乙から覚せい剤50グラムを250万円で譲ってもらった。うちの組では、これまで、0.1グラムを1万5000円で売ってきたんだ。だれにも言うなよ。」と言った。

覚せい剤なんて生まれて初めて見た。何だか怖い。甲が警察に捕まったりしないのか心配。私もあんなものを見て何か罪にならないのか心配。正直、あんなもの見なければよかったと思う。

不安で今晚は眠れそうもない。でも、もう日が変わるので早く寝ないと……。

1月15日

今日からまた仕事が始まった。頑張ろう。

甲と連絡が取れない。今日は、ずっと留守電になっている。

どうしたんだろう。何だか胸騒ぎがする。

103

## 第 1. 設問 1

設問 1 は、覚せい剤の営利目的所持事件を素材として、被告人甲との会話内容等が記載された W 作成のノートにつき、要証事実との関係での証拠能力を問うことにより、刑事訴訟法において最も基本的な法準則の一つである「伝聞法則」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（出題の趣旨）。

## 1. 法解釈・事例への法適用

法解釈の部分では、検察官の立証趣旨を踏まえた要証事実の分析を前提にして（立証趣旨から想定される要証事実は、いずれも W が知覚・記憶してノートの記載した事実の真実性を前提とするものであるから、これが「伝聞証拠」，すなわち刑事訴訟法第 320 条第 1 項の定める「公判期日における供述に代えて書面を証拠と」する場合であることは明瞭である。），伝聞法則の例外となる規定を的確に選択した上、その規定に係る各要件を検討することが必要である。各要件を指摘，記述するだけでは、本事例への法適用を前提とした法解釈として不十分であることは言うまでもない（出題の趣旨）。

事例への法適用の部分では、自らが論じた伝聞法則の例外となる規定や再伝聞の解釈等に従って、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出，分析し、個々の事実が持つ法的な意味を的確に示して論じることが求められている（出題の趣旨）。

## 2. 本件ノート（作成者 W の供述部分）

## (1) 伝聞該当性

自己の知覚・記憶した事柄を記載したもので、その記載内容の真実性がかわる要証事実との関係で「伝聞証拠」以外の何物でもない本件ノート  
…（採点実感）

検察官の立証趣旨は、① W が平成 20 年 1 月 14 日に甲方で本件覚せい剤を発見して甲と会話した状況、② 本件覚せい剤を甲が乙から入手した状況及び③ X 組が過去に覚せい剤を密売した際の売却価格である。

ア. 立証趣旨①<sup>1)</sup>

甲は、逮捕・勾留中の取調べにおいて、「発見された覚せい剤は私のものではない。覚せい剤については一切知らない。」などと供述しており（問題文 51～52）、覚せい剤の所持の認識（＝故意）についても否認している。

これに対し、起訴後の罪状認否では、「私のマンションで発見された覚せい

<sup>1)</sup> 08/08 受験新報 73 頁では「…甲が覚せい剤を故意に所持していたことを立証しようとするものである。」、辰己 LIVE 本 106 頁では「1 月 14 日にポーチに白い粉を見つけて会話した事実を聞きたいわけです。1 月 14 日の会話状況を、そのまま W が体験した事実として証言させることが目標です。この要証事実、営利目的覚せい剤所持罪において、甲に覚せい剤を所持していたという認識があったことを立証することにつながります。」とされている。

他方で、2008 法セミ 92 頁では、「この部分には、まず W が甲方でポーチに入った「白い粉」を発見した事実が述べられている。この部分には、まず W が甲方でポーチに入った「白い粉」を発見した事実が述べられている。この部分の記載を、「本件覚せい剤が捜索の前日から甲方に存在したこと」や「本件覚せい剤が甲の所持にかかるものであること」の認定に用いるのであれば、W の供述の真偽が問題となるから、伝聞証拠となる。」とされている。

い剤は私のものではありませんし、これを所持したことはありません。もちろん営利の目的もありません。」と陳述しており、覚せい剤所持・営利目的についてのみ否認しているようにも思える。

しかし、逮捕・勾留中の取調べから第一回公判期日までの間に、甲が覚せい剤所持の認識を争えなくなるよう証拠が発見されたという事実は見当たらないし、甲が覚せい剤所持・営利目的だけを否認するということが不自然である。

そうすると、起訴後の罪状認否における甲の陳述には、覚せい剤所持の認識に対する否認も含まれていると考えるのが自然である。

このように考えると、覚せい剤所持・営利目的に加え、覚せい剤所持の認識も争点たる主要事実となる。

以上の争点整理を前提として、立証趣旨①から想定される要証事実を検討すると、立証趣旨①は、Wが甲方で赤色のポーチの中から白い粉が入ったビニール袋を発見してこれについて甲と会話をした状況から、甲が覚せい剤を故意に基づき所持していた事実を立証しようとするものであると解すべきであるといえる。

そうすると、要証事実Wが知覚・記憶してノートに記載した甲との会話状況であるから、要証事実との関係でWの供述内容の真実性が問題となり、本件ノートは伝聞証拠に当たる。

なお、会話状況の立証のためには、甲の発言内容の真実性は問題とならないから、再伝聞には当たらない。

#### イ. 立証趣旨②・③

前記の通り、営利目的も争点の一つである。

そうすると、立証趣旨②・③は、甲が乙から本件覚せい剤50gを250万円で譲り受けた事実、及びX組ではこれまで覚せい剤0.1gを1万5000円で密売してきた事実を立証することにより、甲がX組を通じて本件覚せい剤を密売する目的を有していたこと及び密売価格が入手価格を上回ることを明らかにし、これを通じて甲の営利目的を証明しようとするものであるといえる。

したがって、立証趣旨②・③から想定される要証事実、甲が乙から本件覚せい剤50gを250万円で譲り受けた事実、及びX組ではこれまで覚せい剤0.1gを1万5000円で密売してきた事実である。

この要証事実との関係では、Wの供述内容の真実性のみならず、甲の発言内容の真実性も問題となるから、本件ノートは再伝聞に当たる。

#### (2) 伝聞例外

本件ノートが刑事訴訟法（以下「法」という。）第321条第1項第3号の書面に該当するのか、それとも法第323条第3号の書面に該当するのかに関する検討は比較的良くできていたものの、それぞれの要件要素である「特に信用すべき状況」に関する法解釈がなされていない答案が少なからずあり、法解釈の出来不出来に差があるという印象を受けた。こ

れもまた前回のヒアリングで指摘したところであるが、何らかの誤解により法科大学院の教育で法解釈論の部分が軽視されているのではないかという印象は、未だに今回の試験でも受けているところである（採点実感）。

ア. 「特に信用すべき状況の下で作成された書面」（323条3号）

総論 69頁・10

第323条第3号…の要件…である「特に信用すべき状況」に関する法解釈がなされていない答案が少なからずあり…（採点実感）。

イ. 321条1項3号の書面

総論 64頁・3

第321条第1項第3号…の要件…である「特に信用すべき状況」に関する法解釈がなされていない答案が少なからずあり…（採点実感）。

(ア) 法解釈

とりわけ、本事例で問題になる「特に信用すべき状況」の意義・解釈等については的確に論じなければならない。例えば、本件ノートを刑事訴訟法第321条第1項第3号に該当する書面であると考えた場合には、証拠能力の要件要素である「特に信用すべき状況」の理論的意味に留意しつつ、その存否につき、供述の内容そのものを直接に判断するのではなく、供述に付随する外部的な状況を主たる考慮事情として判断しなければならない、また、他の供述と比較するのではなく、その供述自体にかかわる絶対的な判断が要求されていることなどを論述することが必要である（出題の趣旨）。

(イ) 事例への法適用

…供述に付随する外部的な状況にかかわる具体的事実を抽出、分析する際には、個人の日記と解されるノートに、1週間に3日ないし5日程度の割合で、出来事やその感想等がその経過順に記載されていることや、空白の行やページが無かったことなどという具体的事実を指摘した上で、Wがその日にあった出来事をその都度記載している事情等が認められることを論じたり、また、鍵が掛けられていた机の引き出しの中から本件ノートが発見されたことなどという具体的事実を指摘した上で、ノートを他人に見せることを予定しておらず、うそを記載する理由がないことなどを論じたりすることが必要である。つまり、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すれば足りるものではなく、個々の事実が持つ意味を的確に分析して論じなければならない（出題の趣旨）。

法適用に関しては、事例に含まれている供述に付随する外部的な状況にかかわ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。これは法科大学院教育の良い成果と思われる。ただ、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味、例えば、その日にあった出来事をその都度記載しているとか本件ノートを他人に見せることを予

定しておらずそれを記載する理由がないことなどについても検討している答案は少数であり、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（採点実感）。

### 3. 本件ノート（被告人の供述部分）

#### （1）再伝聞

前記のとおり要証事実との関係では「伝聞証拠」である本件ノートに記載された被告人の発言内容の真実性を要証事実とする場合には、「再伝聞」が問題になるので、そのような法律問題であることを的確に記載する必要がある。しかし、検察官の立証趣旨を考慮することなく独自の要証事実を前提にして論述をしたり、要証事実を前提にすることなく本件ノートについての伝聞法則の適用の有無を検討している答案も散見された（採点実感）。

#### （2）再伝聞の許容性

「再伝聞」…を許容するか否かの結論だけでなく、その文理上の根拠や実質的な考慮等をも的確に論じることが求められている（本事例は、公判期日における供述に代えて用いられる、被告人以外の者Wが作成した「供述書」に、被告人甲の供述を内容とする記述がある場合である。）（出題の趣旨）。

刑事訴訟法第324条第1項が供述代用書面に準用できるかを意識して論じた上で、伝聞例外に該当するかどうかを検討することになる（平成23年出題の趣旨）。

本件ノートは、321条1項3号の要件を満たすことにより、Wの「公判…供述」（324条）に代わるものとなるから、再伝聞にあたる甲の発言部分については、324条1項の準用により322条1項が準用される。

なお、再伝聞については原供述者の署名又は押印を想定できないから、322条1項所定の要件のうち、甲の「署名若しくは押印」は不要である。

総論 59 頁・5 (3)

平成 23 年採点実感

### 4. 基本的事項の理解

日記を「供述書」に当たらないとする答案や、明文規定があるにもかかわらずその意味の理解が不十分であるために法第321条第1項の「供述書」にも供述者の署名押印が必要であるとする答案が散見された。基本的事項の正確・着実な理解が望まれるところである（採点実感）。

## 第2. 設問2

設問2では、被疑者宅の「搜索の適法性」、すなわち、警察官が搜索差押許可状の呈示に先立って搜索場所に入室した際の措置の適否と令状呈示の時期の適否について、関連規定の趣旨・目的を踏まえて、具体的事実を指摘しつつ論じることを求めている（ヒアリング）。

### 1. 「必要な処分」（222条1項・111条1項）

総論 21 頁 [論点 1]

設問2は、搜索差押許可状の呈示に先立って搜索場所であるマンションの甲方の窓ガラスを割って入室した措置について、刑事訴訟法第111条第1項（同法第222条第1項により捜査段階に準用）の「必要な処分」といえるのか否かにつき、この規定の趣旨・目的を踏まえて、事例中に現れた具体的事実を前提に、被疑事実の内容、差押物件の重要性、差押え対象物件に係る破棄隠匿のおそれ、財産的損害の内容、被搜索者の協力態様などの諸事情を具体的に論じて、その適否に関する結論を導かなければならない（出題の趣旨）。

### 2. 令状呈示の時期

総論 22 頁 [論点 2]

また、令状呈示の時期の適否についても、関連規定の有無等を指摘し、令状呈示の趣旨等を論じた上、事例中に現れた具体的事実関係を前提にして、事前呈示の要請と現場保全の必要性等に係る諸事情を具体的に摘示した上、結論を導かなければならない。いずれの設問についても、法解釈論や要件の存否を抽象的に論じるにとどまることなく、事例中に現れた具体的事実を指摘しつつ、個々の事実がどの要件の存否を基礎付けているのかを的確に論じることが要請されている（出題の趣旨）。



## [模範答案]

## 1 設問 1

2 1. 本件ノートが伝聞証拠に当たる場合には、原則として証拠能  
3 力が認められない（刑事訴訟法 320 条 1 項）。

4 伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記  
5 憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確  
6 認できないため、類型的に事実認定を誤る危険があるという  
7 考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関  
8 係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判  
9 断すべきである。

10 検察官の立証趣旨は、①W が平成 20 年 1 月 14 日に甲方で  
11 本件覚せい剤を発見して甲と会話した状況、②本件覚せい剤  
12 を甲が乙から入手した状況及び③X 組が過去に覚せい剤を密  
13 売した際の売却価格である。以下では、①と②③を分けて本件  
14 ノートの証拠能力について検討する。

## 15 2. 立証趣旨①

16 (1) 甲は、第一回公判期日において、「私のマンションで発見  
17 された覚せい剤は私のものではありませんし、これを所持  
18 したことはありません。もちろん営利の目的もありません。」  
19 と陳述しており、覚せい剤所持・営利目的についてのみ否認  
20 しているようにも思える。しかし、甲は、逮捕・勾留中の取  
21 調べにおいて、「発見された覚せい剤は私のものではない。  
22 覚せい剤については一切知らない。」と供述し、覚せい剤所  
23 持の認識も否認している。そして、逮捕・勾留から第一回公

1 判期日までの間に、覚せい剤所持の認識に関する認否に変  
2 更が生じたと認められる事情もないのだから、第一回公判  
3 期日における甲の陳述には、覚せい剤所持の認識の否認も  
4 含まれていると解すべきである。このように解すると、覚せい  
5 剤所持・営利目的に加え、覚せい剤所持の認識も本件にお  
6 ける争点となる。

7 そのため、立証趣旨①は、W が甲方で赤色のポーチの中  
8 から白い粉が入ったビニール袋を発見してこれについて甲  
9 と会話した事実を立証することを通じて、甲の覚せい剤所  
10 持の認識を立証しようとするものである。

11 そうすると、要証事実 W が知覚・記憶してノートに記載  
12 した甲との会話状況であるから、要証事実との関係で W  
13 の供述内容の真実性が問題となり、本件ノートは伝聞証拠  
14 に当たる。

15 なお、会話状況の立証のためには、甲の発言内容の真実性  
16 は問題とならないから、再伝聞には当たらない。

17 (2) では、伝聞例外の要件を充たすか。まずは 323 条 3 号該  
18 当性から検討する。

19 ア．同号の「特に信用すべき状況」とは、1号・2号の書面  
20 に準じる程度の高度な信用性の情况的保障を意味する。

21 イ．本件ノートは、W が私人の立場で私的な出来事を記載  
22 したのだから、公務文書(1号)に準じるものとはいえ  
23 ない。また、本件ノートは、平成 17 年 10 月 13 日から平

1 成 20 年 1 月 15 日までの間、ある程度の連続をもって作  
2 成されているが、作成頻度は 1 週間に 3 日ないし 5 日と  
3 疎らであり、規則性をもって作成されているとはいえない  
4 ことから、業務文書（2 号）に準ずるともいえない。

5 したがって、本件ノートは、1 号・2 号の書面に準じる  
6 程度の高度な信用性の情況的保障という「特に信用すべ  
7 き情況」が認められないから、3 号書面に当たらない。

8 （3）次に、「被告人以外の者が作成した供述書」として 321 条  
9 1 項 3 号該当性を検討する。

10 ア．W は「死亡」による供述不能である。

11 イ．立証趣旨①に関する証拠は本件ノート及び甲方で押収  
12 された覚せい剤以外にはなく、覚せい剤だけでは立証趣  
13 旨①に関する事実を立証できないから、本件ノートは「犯  
14 罪事実の存否の証明に欠くことができ」ない。

15 ウ．「特に信用すべき情況」とは、その供述自体に存する信  
16 用性の情況的保障という意味での絶対的特信情況であり、  
17 その判断においては供述時の外部的付随事情を基準とし  
18 つつ、外部的付随事情を推認する一資料として供述内容  
19 も考慮できると解される。

20 本件ノートは、空白の行やページがないため、W がそ  
21 の日にあった出来事をその都度記載したものといえ、作  
22 成過程で記憶の誤りが生じる可能性が小さい。また、本件  
23 ノートは、鍵が掛けられた机の引き出しの中に入ってい

1 たため、これを他人に見せることを予定していないとい  
2 えるから、他人に見せることを予定して敢えて記憶と異  
3 なる虚偽の記載をすることも考えられない。また、日記が  
4 万年筆やボールペンで書かれていることから、甲が記憶  
5 通りに日記を書いた後に記憶と異なる内容に日記を書き  
6 変えた可能性も否定される。

7 したがって、本件ノートには、供述自体に存する信用性  
8 の情況的保障たる「特に信用すべき情況」が認められる。

9 エ．よって、本件ノートは、321条1項3号の要件を充た  
10 し、立証趣旨①との関係では証拠能力が認められる。

### 11 3. 立証趣旨②・③

12 (1) 本件では覚せい剤所持の営利目的も争点になっている。

13 そうすると、立証趣旨②・③は、甲が乙から本件覚せい剤  
14 50gを250万円で譲り受けた事実、及びX組ではこれまで  
15 覚せい剤0,1gを1万5000円で密売してきた事実を立証す  
16 ることにより、甲がX組を通じて本件覚せい剤を密売する  
17 目的を有していたこと及び密売価格が入手価格を上回るこ  
18 とを明らかにし、甲の営利目的を証明しようとするもので  
19 ある。この立証趣旨②③から想定される要証事実は、甲が乙  
20 から本件覚せい剤50gを250万円で譲り受けた事実、及び  
21 X組ではこれまで覚せい剤0,1gを1万5000円で密売して  
22 きた事実である。

23 この要証事実との関係では、Wの供述内容の真実性のみ

1           ならず、本件覚せい剤の入手及びその価格や X 組での過去  
2           の密売及びその価格についての甲の発言内容の真実性も問  
3           題となるから、本件ノートは再伝聞に当たる。

4           (2) W の供述部分

5           本件ノートは、前記の通り供述不能及び絶対的特信情況  
6           が認められる。また、立証趣旨②・③に関する証拠は本件ノ  
7           ート及び甲方で押収された覚せい剤以外にはなく、覚せい  
8           剤だけでは立証趣旨②・③に関する事実を立証できないか  
9           ら、立証趣旨②・③との関係でも本件ノートは「犯罪事実の  
10          存否の証明に欠くことができ」ないといえる。

11          したがって、W の供述部分には、321 条 1 項 3 号により  
12          証拠能力が認められる。

13          (3) 甲の発言部分

14          ア．W の供述部分は、321 条 1 項 3 号の要件をみたし、こ  
15          れにより W の「公判…供述」(324 条)に代わるものとな  
16          るから、再伝聞にあたる甲の発言部分については、324 条  
17          1 項の準用により 322 条 1 項が準用される。

18          イ．甲の発言部分は、甲の覚せい剤所持の営利目的を推認さ  
19          せる「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」で  
20          ある。また、甲は、自分と W しかいない W 方内において、  
21          交際している W に対して供述しているのだから、供述を  
22          強制される要素がなく、供述の「任意」性(322 条 1 項但  
23          書)もある。そして、再伝聞については原供述者の署名又

1 は押印を想定できないから、322条1項所定の要件のう  
2 ち、甲の「署名若しくは押印」は不要である。

3 したがって、甲の発言部分には、324条1項・322条1  
4 項準用により証拠能力が認められる。

5 (4) よって、本件ノートの証拠能力が認められる。

## 6 設問2

7 1. Q が手錠を用いて甲方玄関ドアの右隣にある窓ガラス1枚  
8 を割ったという措置は、搜索差押許可状(憲法35条1項、218  
9 条1項)に基づく搜索に「必要な処分」(222条1項・111条  
10 1項)として適法か。

11 (1) 「必要な処分」は、被処分者の権利・利益の侵害を伴うか  
12 ら、比例原則の適用により、①搜索・差押えの実効性を確保  
13 するために必要であり、②社会通念上相当な態様のもので  
14 ある必要があると解する。

15 (2) まず、被疑事実である覚せい剤営利目的所持は、秘密裏に  
16 行われるものであるから、目撃供述を得られる可能性は低  
17 い。このことに、覚せい剤営利目的所持が密売を介して暴力  
18 団組織の資金源となったり覚せい剤中毒により第三者の人  
19 生に重大な悪影響を及ぼす重大犯罪であることも考慮すれ  
20 ば、差押対象物である覚せい剤の証拠としての重要性は高  
21 いといえる。

22 次に、甲方における覚せい剤営利目的所持という被疑事  
23 実の内容からすると、甲方には、被疑事件の証拠となる覚せい

1 い剤が存在する可能性が高い。

2 そして、覚せい剤は、その小ささ及び水溶性の高さゆえに  
3 隠匿・破棄が容易である。実際に、Qが甲方玄関ドア越しに  
4 「警察だ。開けろ。」と告げたところ、ドアは開けられるこ  
5 となく、「やばい。」などという男の声がして、ドア付近から  
6 人が遠ざかる足音が聞こえ、さらに、室内から、数人が慌た  
7 だしく動き回る足音が聞こえたことから、玄関ドアが施錠  
8 されたままであったことも踏まえると、Qらが甲方室内に  
9 入るのに時間を要している間に、覚せい剤取締法違反（譲渡  
10 罪）の前科1犯を有している甲が警察捜査に関する知識・経  
11 験から自ら又は他者に指示することにより、覚せい剤の覚  
12 醒剤の隠匿・破棄に及ぶという現実的可能性が認められる。

13 したがって、上記措置は、甲による覚せい剤の隠匿・破棄  
14 を事前に防ぎ、捜索差押えの実効性を確保するために必要  
15 である（①）。

16 また、窓ガラスに約20cm四方の穴を開けたことによる被  
17 害は、回復可能な財産的被害である上、業者による修復費用  
18 が2万円であったことから被害の程度も大きくない。しか  
19 も、「ドアを開けろ。」というQの申し入れに何度も応じな  
20 かったという甲の態度を踏まえると、上記程度の被害は捜  
21 索に協力しなかった甲が受忍すべきものといえる。したが  
22 って、上記措置は、社会通念上相当な態様といえ（②）、捜  
23 索に「必要な処分」として適法である。

1 2. Qらが捜索差押許可状を甲に呈示する前に甲方内に入り、甲  
2 ら3名を注視できる位置についたという措置は、令状呈示を  
3 規定する222条1項・110条に反しないか。

4 (1)同条の趣旨は、手続の公正を担保するとともに、被処分者  
5 に対し予め受忍義務の範囲を了知させることで同人の権利  
6 利益を保護することにある。この趣旨からすれば、令状の呈  
7 示は、捜索差押えの開始前に行われるのが原則である。ただ  
8 し、令状の事前呈示の原則は憲法の令状主義の内容として  
9 の要請ではないから、①令状の事前呈示を受ける利益に優  
10 越する必要性ないし正当な理由がある場合には、②必要な  
11 限度で令状の提示を遅らせることも許されると解する。

12 (2)甲は、「ドアを開ける。」というQの申し入れに何度も応  
13 じなかったのだから、令状の事前呈示を受ける利益を放棄  
14 しているといえ、事前呈示を要しない正当な理由がある。ま  
15 た、覚せい剤の隠匿・破棄を阻止するという事前呈示を受け  
16 る利益に優越する必要性もある(①)。

17 そして、Qらは、Qが最初に甲方内に入ってから約3分間  
18 以内という比較的短時間のうちに、甲ら3名が覚せい剤の  
19 破棄・隠匿をしないように同3名を注視できる位置につい  
20 た時点で令状を示しているから、必要な限度でのみ令状呈  
21 示を遅らせたにすぎない(②)。

22 したがって、上記措置は、令状の事前呈示の原則に反せず、  
23 適法である。 以上

[中位答案]

1 設問 1

2 1. 本件ノートが伝聞証拠に当たる場合には、原則として証拠能  
3 力が認められない（刑事訴訟法 320 条 1 項）。

4 伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については人の知覚・記  
5 憶・表現・叙述の各過程の正確性を反対尋問等により吟味・確  
6 認できないため、典型的に事実認定を誤る危険があるという  
7 考えにある。そこで、伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関  
8 係で公判廷外供述の内容の真実性が問題となるかどうかで判  
9 断すべきである。

10 検察官の立証趣旨は、① W が平成 20 年 1 月 14 日に甲方で  
11 本件覚せい剤を発見して甲と会話した状況、② 本件覚せい剤  
12 を甲が乙から入手した状況及び③ X 組が過去に覚せい剤を密  
13 売した際の売却価格である。以下では、①と②③を分けて本件  
14 ノートの証拠能力について検討する。

15 2. 立証趣旨①

16 (1) 立証趣旨①は、W が甲方で赤色のポーチの中から白い粉  
17 が入ったビニール袋を発見してこれについて甲と会話した  
18 事実を立証することを通じて、甲の覚せい剤所持の認識を  
19 立証しようとするものである。

20 そうすると、要証事実は甲との会話状況であり、要証事実  
21 との関係で W の供述内容の真実性が問題となるから、本件  
22 ノートは伝聞証拠に当たる。

23 (2) まず、323 条 3 号の「特に信用すべき状況」とは 1 号・2

1 号の書面に準じる程度の高度な信用性の情況的保障を意味  
2 する。

3 本件ノートは、私的な事柄を記載内容とするものである  
4 上、作成頻度が1週間に3日ないし5日と疎らであり規則  
5 性を欠くから、1号・2号の書面に準じる程度の高度な信用  
6 性の情況的保障という「特に信用すべき情況」は認められな  
7 い。したがって、3号書面に当たらない。

8 (3) 次に、「被告人以外の者が作成した供述書」として321条  
9 1項3号該当性を検討する。

10 ア. Wは「死亡」による供述不能である。

11 イ. 立証趣旨①に関する証拠は本件ノート及び甲方で押収  
12 された覚せい剤以外にはないから、本件ノートは「犯罪事  
13 実の存否の証明に欠くことができ」ない。

14 ウ. 「特に信用すべき情況」とは絶対的特信情況を意味する。

15 本件ノートは、空白の行やページがないため、Wがそ  
16 の日にあった出来事をその都度記載したものといえ、作  
17 成過程で記憶の誤りが生じる可能性が小さい。また、本件  
18 ノートは、鍵が掛けられた机の引き出しの中に入ってい  
19 たため、これを他人に見せることを予定していないとい  
20 えるから、他人に見せることを予定して敢えて記憶と異  
21 なる虚偽の記載をすることも考えられない。

22 したがって、絶対的特信情況も認められる。

23 エ. よって、本件ノートの証拠能力が認められる。

1 3. 立証趣旨②・③

2 (1) これは、甲が乙から本件覚せい剤 50g を 250 万円で譲り  
3 受けた事実、及び X 組ではこれまで覚せい剤 0,1g を 1 万  
4 5000 円で密売してきた事実を立証することにより、甲が X  
5 組を通じて本件覚せい剤を密売する目的を有していたこと  
6 及び密売価格が入手価格を上回ることを明らかにし、甲の  
7 営利目的を証明しようとするものである。この立証趣旨②  
8 ③から想定される要証事実は、甲が乙から本件覚せい剤 50g  
9 を 250 万円で譲り受けた事実、及び X 組ではこれまで覚せ  
10 い剤 0,1g を 1 万 5000 円で密売してきた事実である。

11 この要証事実との関係では、W の供述内容の真実性のみ  
12 ならず、本件覚せい剤の入手及びその価格や X 組での過去  
13 の密売及びその価格についての甲の発言内容の真実性も問  
14 題となるから、本件ノートは再伝聞に当たる。

15 (2) 前記のとおり本件ノートは 321 条 1 項 3 号の要件をみた  
16 す。では、甲の発言部分について、類推適用される 324 条 1  
17 項・322 条 1 項の要件をみたすか。

18 甲の発言部分は、甲の覚せい剤所持の営利目的を推認さ  
19 せる「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」であ  
20 る。また、甲は、自分と W しかいない W 方内において、交  
21 際している W に対して供述しているのだから、供述を強制  
22 される要素がなく、供述の「任意」性（322 条 1 項但書）も  
23 ある。よって、本件ノートの証拠能力が認められる。

1 設問 2

2 1. Q が手錠を用いて甲方玄関ドアの右隣にある窓ガラス 1 枚  
3 を割ったという措置は、搜索差押許可状（憲法 35 条 1 項、218  
4 条 1 項）に基づく搜索に「必要な処分」（222 条 1 項・111 条  
5 1 項）として適法か。

6 (1) 「必要な処分」は、被処分者の権利・利益の侵害を伴うか  
7 ら、比例原則の適用により、① 搜索・差押えの実効性を確保  
8 するために必要であり、② 社会通念上相当な態様のもので  
9 ある必要があると解する。

10 (2) 被疑事実である覚せい剤営利目的所持は、暴力団の資金源  
11 にもなっており、摘発の必要性の高い犯罪である。そして、  
12 差押対象物である覚せい剤はその小ささ及び水溶性の高さ  
13 ゆえに隠匿・破棄が容易であるところ、室内から数人が慌た  
14 だしく動き回る足音が聞こえたことから、警察が来たこと  
15 を知った甲が覚せい剤の覚醒剤の隠匿・破棄に及ぼうとし  
16 ていた疑いがある。したがって、上記措置は、甲による覚せ  
17 い剤の隠匿・破棄を事前に防ぎ、搜索差押えの実効性を確保  
18 するために必要である (①)。

19 また、窓ガラスに約 20 cm 四方の穴を開けたことによる被  
20 害は、回復可能な財産的被害である上、業者による修復費用  
21 が 2 万円であったことから被害の程度も大きくない。その  
22 ため、上記措置は、社会通念上相当な態様といえ (②)、搜  
23 索に「必要な処分」として適法である。

1 2. Qらが捜索差押許可状を甲に呈示する前に甲方内に入り、甲  
2 ら3名を注視できる位置についている。

3 (1) 222条1項・110条から導かれる令状の事前呈示の原則は  
4 憲法の令状主義の内容としての要請ではないから、①令状  
5 の事前呈示を受ける利益に優越する必要がある場合には、  
6 ②必要な限度で令状の提示を遅らせることも許されると解  
7 する。

8 (2) 甲は「ドアを開ける。」というQの申し入れに何度も応じ  
9 ておらず、覚せい剤の隠匿・破棄を阻止するという事前呈示  
10 を受ける利益に優越する必要がある(①)。

11 また、そして、Qらは、Qが最初に甲方内に入ってから約  
12 3分間以内という比較的短時間のうちに、甲ら3名が覚せい  
13 剤の破棄・隠匿をしないように同3名を注視できる位置に  
14 ついた時点で令状を示しているから、必要な限度でのみ令  
15 状呈示を遅らせたにすぎない(②)。

16 したがって、上記措置は、令状の事前呈示の原則に反せず、  
17 適法である。 以上

