

答案メモ

第1 設問1について

1 問題点と差押えの適法性

警察官が行った名刺1枚の差押え（以下「下線部①の差押え」という。）及びUSBメモリ2本の差押え（以下「下線部②の差押え」という。）の適法性を検討

司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、証拠物又は没収すべき物と料するものを差し押さえることができる（刑事訴訟法第218条第1項）

搜索差押許可状により差押えできる物は、令状に明示された「差し押さえるべき物」に該当するものに限られる。これは、差押えが対象者の財産権への制約となることから、これを可能な限り限定する趣旨

「差し押さえるべき物」は、①令状に明記された物件に当てはまり（憲法第35条、刑事訴訟法第219条第1項）、かつ、②被疑事実との関連性を有すること（憲法第35条、刑事訴訟法第222条第1項、第99条第1項）が求められる。

2 下線部①

下線部①の差押えについては、本問の搜索差押許可状の「差し押さえるべき物」に「名刺」が含まれていることから、差し押さえられた名刺が①令状に明記された物件に当てはまることは明らかである。

一方、同名刺は本件住居侵入強盗の現場で被害者に示されたりしたものではなく、犯行自体に使用されたものではないことから、②被疑事実との関連性の有無が問題となる。被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲については、被疑事実それ自体を立証する価値を有する物に限定してしまうと、差押え可能な証拠が狭くなりすぎる上、その「立証する価値」を有するかどうかの判断は決して容易ではない。そこで情状事実や背景事情に関する物も被疑事実との関連性が認められる証拠に含めるべきである。そのように解したとしても、その範囲で裁判所による司法審査を受けていると解することができるため、令状主義にも反するものではない。

本件の搜索差押許可状の被疑事実は住居侵入強盗であるところ、犯人はS銀行の職員を装って居住者にドアの鍵を開けさせて住宅に侵入し、催涙スプレーやロープで身体の自由を奪い、自宅に保管している多額の現金を強奪している。このような犯行には、多額の現金を自宅で保管している旨のターゲットの情報が必要不可欠であり、甲は実際に強奪した資金を暴力団幹部に提供していた旨供述している。そして、このような組織的な犯罪を行っていた拠点として、乙名義の事務所を搜索しており、そこにあった暴力団幹部の名刺はまさに本件の組織的犯行を裏付け、また背景事情、犯罪による資金の流れを解明するために必要な証拠と言える。

したがって、名刺は、被疑事実そのものではないが、重要な情状事実や背景事情に関する重要な証拠と言え、この差し押さえは適法である。

3 下線部②

下線部②の差押えについては、可視性・可読性がなく、その外観からは被疑事実との関

連性を判断し難い電磁的記録媒体について、その記録内容を確認せずに差押えを行うことができるか問題となる。

これについては差押えの正当性を裏付けるものとして関連性が要求される以上、原則として、その記録内容を確認し、関連性を確認した上で、差し押さえるべきである。しかし、実際には、本件のように事前にパスワードを解読しなくては証拠が隠滅される仕組みがとられ、関連性の確認が事実上不可能なことがある。そのような場合、関連性を基礎付けるだけの一定の合理性があれば、緊急的に差押えを認めるべきであろう。そのように解さなければ、差押え現場でのパスワードの解読等が常に必要となり、不合理な結論になってしまう。すなわち、可能な限り捜索・差押えの現場で内容を確認すべきことを前提に、やむを得ない事情のある場合には、内容を確認せずとも、罪の内容や現場の状況等に照らして当該電磁的記録媒体に関連する情報が記録されていると疑うに足りる合理的な理由があれば、被疑事実との関連性が認められ、差押えが許されると解すべきである。

本件についてみると、本件は住宅侵入強盗であるが、多額の現金を自宅で保管している者がターゲットになっており、そのようなターゲットになるものの名簿情報が事務所のUSBに保管されているとの事前の共犯者供述が得られている。他方、このUSBについてはパスワードを一度でも間違えれば初期化され、自動的に証拠が隠滅されてしまう機能があるというのであり、差押え現場でのパスワードの解読とそれによる内容確認は不可能である。2本発見されたUSBメモリのどちらにどのような情報が記録されているか判別はできない一方で、差押え現場で立会人乙はパスワードを自ら申告しているものの、これには何らの信用性がないことはもちろん、目前であえてパスワードの入力を間違えさせ、初期化による証拠隠滅を謀っている可能性が大いにある。このような事情からすれば、これら2本のUSBが本件に関連する情報が記録されていると疑うだけの合理的理由がある一方で、現場で内容を確認できないやむを得ない事情があると言える。

以上より、USBメモリ2本の差し押さえは適法である。

第2 設問2

1 問題の所在と伝聞法則

乙の公判において証拠調べ請求された乙作成の本件メモ1、甲作成の本件メモ2について、まずは、刑事訴訟法第320条第1項の伝聞法則の適用の有無が問題となるため、これを論じる。

まず、前提として、伝聞法則の適用を受ける証拠であるか否か、すなわち伝聞証拠と非伝聞証拠を区別する基準を示す必要があるが、伝聞法則の主要な根拠は、公判期日外の供述については、公判期日での供述に比べ、典型的に信用性の担保に欠けるという点に求められる。この根拠に照らすと、公判期日外の供述（原供述）を含む供述ないし書面に伝聞法則の適用があるか否かを判断するに当たっては、原供述を証拠とすることにより何を立証しようとするか、すなわち要証事実が何であるかが重要である。すなわち、原供述の内容に示される事実が存在すること（原供述の内容の真実性）を立証するために用いられる場合は、信用性の担保に欠ける証拠を立証に用いることで事実認定の正確性を損なうおそれが生じるため、伝聞証拠に当たり、一定の要件を満たさない限り証拠能力を認めるべきでないこととなる。他方で、一定の内容の原供述の存在が示されれば、その内容の真偽にかかわらず立証の目的を達し得る場合や、原供述についてその生成過程に照らして信用性を担保する必要が低いと評価される場合は、伝聞法則の趣旨が妥当せず、その適用がない

と考えることが可能となる。

この内容を踏まえてそれぞれ検討する。

2 本件メモ1

本件メモ1は、「書面」であって、本件住居侵入強盗の被害者Vの名前、住所等や、本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載があるものの、甲乙間における本件住居侵入強盗に関するやり取りがうかがわれる記載はなく、その記載の内容（被害者の名前、住所、500万円の在りか等）の真実性を立証したとしても、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実の認定上直接の意味を持たない。

他方で、犯行計画を記載したメモの証拠能力に関しては、そのメモの内容が客観的な犯罪事実と一致している場合、偶然の一致は考えにくいような事項の一致が認められる。そして、それが犯罪発生前に作成されたことが判明していれば、そこから直ちに犯罪がそのメモに記載された犯行計画にのっとって遂行されたことを推認でき、かかる一致の認められるメモの作成者が判明していれば、そのこと自体から、メモの作成者と犯行の実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が推認し得ると考えることができる（※犯行計画を記載したメモは、その作成者が作成当時に有していた犯行計画ないし犯罪意思を述べたものとして、心理状態の供述に当たり、原供述者の原供述時における心理状態を立証する上では、内心の状態について知覚と記憶の過程は問題にならないため、供述者の外界の事実の存在を示す典型的な供述証拠に比べて誤りの危険は小さく、また、真摯性、叙述の点について誤りの有無・程度を吟味する必要はあるものの、それは原供述者の尋問によらなくても、その記載内容や作成状況等から誤りの有無・程度の吟味が可能であるとする考え方もある）。そのような場合、非伝聞証拠として、刑事訴訟法第320条第1項の適用はなく、かつ、その記載内容が客観的な犯罪事実と一致し、当該犯罪をメモの作成者以外の者が実行した場合には、作成者と実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が形成されたことを推認し得るのである。

本件メモ1に関してみると、本件住居侵入強盗は、S銀行の職員を装って居住者にドアの鍵を開けさせて住宅に侵入し、催涙スプレーやロープで身体を拘束し、自宅に保管している多額の現金を強奪するという者である。自宅に多額の現金を保管している者をターゲットとしていることに特徴があり、そのような個人情報がこのような犯行に着手する大きな材料となっている。そして、本件メモ1に記載されている名前、住所、500万円の在りか等はまさに本件の犯行と一致している。その作成時期・作成者に関しては、既に実行犯として逮捕勾留されている甲が、乙が作成したものと供述しているのであり、作成者たる乙と実行者甲との間で当該メモに記載された内容の共謀が形成されたと推認することができる。

3 本件メモ2

本件メモ2については、「書面」に「乙から指示されたこと」の記載のほか、本件住居侵入強盗の被害者の名前、住所等と一致する記載及び本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載がある。そのため、本件メモ2は、乙から本件住居侵入強盗を指示された旨を甲が供述した内容を記載した書面であるといえ、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実との関係で、その内容の真実性を立証するために用いられる場合に当たる。そこで、刑事訴訟法第320条第1項の適用を受ける伝聞証拠として証拠能力を検

討する必要がある。

本件メモ2は、甲が自己の供述を記載した書面であり、乙との関係では、「被告人以外の者が作成した供述書」に該当する。そこで、伝聞例外となる規定として刑事訴訟法第321条第1項第3号が規定する①供述不能、②不可欠性、③絶対的特信性の各要件を満たすか検討する。

まず、①供述不能について、甲は乙との共謀に関する事項について証言を一切拒絶しているところ、このような証言拒絶の場合が「供述不能」に含まれるか。被告人の反対尋問権の保障はもちろん必要であるが、本号に規定されている供述不能要件を限定列举と解すべき理由はなく、例示列举としてこれに匹敵する事情がある場合は「供述不能」に当たると解すべきである。そして、全面的な証言拒絶に加えて、部分的な証言拒絶であったとしても、特段の事情から証言拒絶に止むを得ない理由があって、翻意して証言する見通しがない時はこれに当たると解すべきである。本件において、自己の犯罪については素直に認めて供述している甲が、乙や丙組の関与に関する調書作成を拒否した上で、これに関する証言を一貫して拒否しているのは、自分の身体や生命を守るためである。このような証言拒否の理由は真にやむを得ないものであり、絶対に証言しないと法廷で明言しており、翻意して証言をする見通しはない。このような状況からすれば、「供述不能」に該当するというべきである。

次に、②不可欠性について、本件は住宅侵入強盗の罪であり、被告人は否認しているところ、甲と乙の共謀の証明する証拠として、本件メモ2が不可欠であると言える。

さらに、③絶対的特信性について、前2号に掲げる書面と同程度の高度の信用性の情况的保障が必要である。本件メモ2は捜査機関による甲方の捜索差押えの際に発見されたものであるが、施錠されていた机の引き出しの中にあり、甲使用の手帳の令和2年8月4日のページに挟んでいる状態で発見されている。このことから甲が逮捕される以前から自らの意思で作成していたものと考えられ、スケジュール等重要な予定を記載する手帳の犯行当日のページに挟んでいたことから、高度の信用性が認められる状況で作成されたものといえることができる。

以上より、①ないし③の要件をみだし、伝聞例外として証拠能力が認められる。

以上

出題の趣旨

本問は、住居侵入強盗事件を素材として、捜査及び公判に関する具体的事例を示し、各局面で生じる刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに具体的結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問1〕は、警察官が行った名刺1枚の差押え（以下「下線部①の差押え」という。）及びUSBメモリ2本の差押え（以下「下線部②の差押え」という。）の適法性を検討させることにより刑事訴訟法の規定する差押えの要件に関する法的問題の理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、証拠物又は没収すべき物と思料するものを差し押さえることができる（刑事訴訟法第218条第1項）、捜索差押許可状により差押えできる物は、令状に明示された「差し押さえるべき物」に該当するものに限られる。これは、差押えが対象者の財産権への制約となることから、これを可能な限り限定する趣旨であり、「差し押さえるべき物」は、①令状に明記された物件に当てはまり（憲法第35条、刑事訴訟法第219条第1項）、かつ、②被疑事実との関連性を有すること（憲法第35条、刑事訴訟法第222条第1項、第99条第1項）が求められる。本問では、この要件を踏まえた上で、下線部①の差押え及び下線部②の差押えの適法性について検討する必要がある。

下線部①の差押えについては、本問の捜索差押許可状の「差し押さえるべき物」に「名刺」が含まれていることから、差し押さえられた名刺が令状に明記された物件に当てはまることは明らかである一方、同名刺は本件住居侵入強盗の現場で被害者に示されたりしたものではなく、犯行自体に使用されたものではないことから、被疑事実との関連性の有無が問題となる。被疑事実との関連性が認められる証拠の範囲については、被疑事実それ自体を立証する価値を有する物のほかに、情状事実や背景事情に関する物も被疑事実との関連性が認められる証拠に含めるべきか否かについて様々な考え方があり、この点に関する最高裁判例（最判昭和51年11月18日判時837号104頁）の内容も踏まえながら、自己の見解をその根拠も含めて論じることが求められる。その上で、捜索差押許可状の被疑事実を意識しながら、本件住居侵入強盗の事案の性質、差し押さえられた名刺の記載内容、捜索・差押えの現場がどのような場所であるかなど、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の見解に当てはめ、差し押さえられた名刺と被疑事実との関連性を論-

下線部②の差押えについては、可視性・可読性がなく、その外観からは被疑事実との関連性を判断し難い電磁的記録媒体について、その記録内容を確認せずに差押えを行うことの適否が問題となる。

この点に関して、最高裁判例（最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁）が存在するが、学説上は、①可能な限り捜索・差押えの現場で内容を確認すべきことを前提に、やむを得ない事情のある場合には、内容を確認せずとも、罪の内容や現場の状況等に照らして当該電磁的記録媒体に関連する情報が記録されていると疑うに足りる合理的な理由があれば、被疑事実との関連性が認められ、差押えが許されるとする考え方、②捜索・差押えの現場で、差し押さえるべき物とそうでない物の選別が容易でなく、かつ罪証隠滅の高度の蓋然性がある場合には、被疑事実との関連性の確認のために、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の

「必要な処分」として、占有を取得した上、事後に選別を行うことも許容されるとする考え方（この考え方は、当該占有取得の法的性質を「差押え」ではなく、あくまでも、捜索に「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）であると理解する点に注意が必要である。）などが主張されている。

いずれの考え方を採るにしても、上記判例の内容を踏まえた上で、各自の考え方を展開することが求められ、その上で、差し押さえられたUSBメモリに関して警察官が事前に得ていた情報、捜索・差押えの現場におけるUSBメモリの発見状況、同現場における立会人乙の言動、本件住居侵入強盗の事案の性質、捜索・差押え実施後の状況など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の考え方に当てはめ、下線部②の差押えの適法性を論じることが求められる。

〔設問2〕は、乙の公判において証拠調べ請求された乙作成の本件メモ1（〔設問2-1〕）、甲作成の本件メモ2（〔設問2-2〕）について、それぞれの証拠能力の有無を問うことにより、刑事訴訟法第320条第1項の伝聞法則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。

まず、前提として、伝聞法則の適用を受ける証拠であるか否か、すなわち伝聞証拠と非伝聞証拠を区別する基準を示す必要があるところ、一般に、伝聞法則の主要な根拠は、公判期日外の供述については、公判期日での供述に比べ、典型的に信用性の担保に欠けるという点に求められ、この根拠に照らすと、公判期日外の供述（原供述）を含む供述ないし書面に伝聞法則の適用があるか否かを判断するに当たっては、原供述を証拠とすることにより何を立証しようとするか、すなわち要証事実が何であるかが重要であり、原供述の内容に示される事実が存在すること（原供述の内容の真実性）を立証するために用いられる場合は、信用性の担保に欠ける証拠を立証に用いることで事実認定の正確性を損なうおそれが生じるため、伝聞証拠に当たり、一定の要件を満たさない限り証拠能力を認めるべきでないこととなる。他方で、一定の内容の原供述の存在が示されれば、その内容の真偽にかかわらず立証の目的を達し得る場合や、原供述についてその生成過程に照らして信用性を担保する必要が低いと評価される場合は、伝聞法則の趣旨が妥当せず、その適用がないと考えることが可能となる。

〔設問2-1〕について、本件メモ1は、「書面」であって、本件住居侵入強盗の被害者Vの名前、住所等や、本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載があるものの、甲乙間における本件住居侵入強盗に関するやり取りがうかがわれる記載はなく、その記載の内容（被害者の名前、住所、500万円の在りか等）の真実性を立証したとしても、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実の認定上直接の意味を持たない。

他方で、犯行計画を記載したメモの証拠能力に関しては、①そのメモの内容が客観的な犯罪事実と一致している場合、偶然の一致は考えにくいような事項の一致が認められ、かつ、それが犯罪発生前に作成されたことが判明していれば、そこから直ちに犯罪がそのメモに記載された犯行計画ののっとなって遂行されたことを推認でき、かかる一致の認められるメモの作成者が判明していれば、そのこと自体から、メモの作成者と犯行の実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が推認し得るとする考え方、②犯行計画を記載したメモは、その作成者が作成当時に有していた犯行計画ないし犯罪意思を述べたものとして、心理状態の供述に当たり、原供述者の原供述時における心理状態を立証する上では、内心の状態について知覚と記憶の過程は問題にならないため、供述者の外界の事実の存在を示す典型的な供述証拠に比べて誤りの危険は小さく、また、真摯性、叙述の点について誤りの有無・程度を吟味する必要はあるものの、それは原供述者の尋問によらなくても、その記載内容や作成状況等から誤りの有無・程度の吟味

が可能であることなどから、非伝聞証拠として、刑事訴訟法第320条第1項の適用はなく、かつ、その記載内容が客観的な犯罪事実と一致し、当該犯罪をメモの作成者以外の者が実行した場合には、作成者と実行者の間で当該メモに記載された内容の共謀が形成されたことを推認し得るとする考え方などが主張されている。

いずれの考え方を採るにせよ、本件メモ1により甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀を推認し得る推論過程について、自己の理論構成を明示し、その上で、本件住居侵入強盗の犯行状況、本件メモ1の記載内容、その作成時期・作成者など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、自己の理論構成に当てはめ、本件メモ1の証拠能力の有無を論じることが求められる。

〔設問2-2〕では、「書面」である本件メモ2に、「乙から指示されたこと」の記載のほか、本件住居侵入強盗の被害者の名前、住所等と一致する記載及び本件住居侵入強盗の犯行態様と一致する記載があることから、本件メモ2は、乙から本件住居侵入強盗を指示された旨を甲が供述した内容を記載した書面であるといえ、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀という要証事実との関係で、その内容の真实性を立証するために用いられる場合に当たることから、刑事訴訟法第320条第1項の適用を受ける伝聞証拠として証拠能力を検討することが求められる。

本件メモ2は、甲が自己の供述を記載した書面であり、乙との関係では、「被告人以外の者が作成した供述書」に該当することから、伝聞例外となる規定として刑事訴訟法第321条第1項第3号を選択した上で、同号が規定する①供述不能、②不可欠性、③絶対的特信性の各要件を指摘し、それらの要件の意義・解釈についての的確に論じることが求められる。なお、甲は乙との共謀に関する事項について証言を一切拒絶しているところ、このような証言拒絶の場合が「供述不能」に含まれるか否かについては、この点に関する最高裁判例（最大判昭和27年4月9日刑集6巻4号584頁、最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1546頁）の内容を踏まえた上で、自己の見解を展開することが求められる。

その上で、甲の証人尋問実施状況、甲による証言拒絶の具体的状況、本件メモ2以外の証拠の収集状況、本件メモ2の保管・発見状況、同メモの記載内容など、事例に現れた具体的事実を適切に抽出、分析し、それらの事実が持つ意味を適切に評価して、刑事訴訟法第321条第1項第3号が規定する上記の各要件に当てはめ、本件メモ2の証拠能力の有無を論じることが求められる。