

平成29年司法試験刑事系第2問の採点表

作成者 加藤喬

[合計]

	点/100点
--	--------

[設問1] 下線部①

	点/25点
--	-------

[大項目1] 令状搜索に「必要な処分」

司法警察員 P らが、甲方の搜索差押えを実施する際、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入ったことについて、令状搜索に付随的措置である「必要な処分」として、その適法性を検討する。	合計 17 点	点/17点
---	---------	-------

[中項目]

① 搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」の限界に関する判断枠組み

搜索に伴う「必要な処分」の限界に関する判断枠組みを定立する。	合計 5 点	点/5点
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・判例の判断枠組み            3 点</li> <li>・考慮要素（下位規範）    2 点 → 解説 3 頁ア（ア）（ii）</li> </ul>	

② 当てはめ

	合計 12 点	点/12点
	[採点方針] ①㉗～㉚の事実・評価の網羅性を重視する（㉗～㉙までは、出題の趣旨で列挙されている。）。 もっとも、㉗～㉚以外の事実摘示や事実評価であっても、事案に即しており、かつ、説得力のあるものであれば、相	

	<p>応の評価をするものとする。</p> <p>[必要性]</p> <p>㊦ 甲方を拠点にした組織性が疑われる覚せい剤の密売事案であること</p> <p>㊧ 水に流すなどして短時間に隠滅することが容易な覚せい剤が差押対象物件となっていること（重要）</p> <p>㊨ 覚せい剤は立証上重要な証拠であること</p> <p>㊩ 甲は覚せい剤取締法違反の前科 2 犯を有する者であり、初犯者と比較して警察捜査に関する知識経験を有していると考えられること（重要）</p> <p>㊪ 事前の捜査によって甲方には甲のほか乙、丙が出入りしており、捜索時に複数人が在室している可能性があったこと、甲が玄関ドアチェーンをつけたままで配達員に應對していたこと（重要）</p> <p>㊫ 捜査員が甲方室内に入るまでに時間を要する可能性が高い状況であるとともに、甲の協力が得られる可能性が低い状況にあると認められたこと</p> <p>[相当性]</p> <p>㊬ 甲の協力が得られる可能</p>	
--	---	--

	<p>性が低い状況にあると認められたため、甲は、捜索の実効性を確保するための「必要な処分」による権利侵害をある程度甘受（受忍）せざるを得ない立場にあること</p> <p>②掃き出し窓のガラスを割ったことによる損害に対する評価</p> <p>②「答案上で事実を摘示すること」と「摘示した事実に対する評価」が区別されているかも、重視する。</p> <p>例えば、答案上で事実を摘示することなく、いきなり事実に対する評価から書いている答案には、低い評価しか与えることができない。</p> <p>また、事実の摘示はできているが、評価がほとんどない答案（例えば、複数の事実を、相互の関係性を意識することなくただ羅列した上で、最後に、「以上の事実を総合すると～といえる」と書くことでごまかしている答案）には、事実摘示の網羅性があっても、高い評価を与えることはできない。とはいえ、事実摘示をすることなくいきなり事実評価から書いている答案に比べれば、高い評価を与えることができる。</p> <p>③罪証隠滅のおそれを認定す</p>	
--	---	--

	<p>る際に、証拠の性質などに基づいた抽象的可能性だけでなく、当該事案における具体的事実関係に着目して現実的可能性にまで言及できているかも重視する。</p> <p>④当てはめで複数の事実を摘示・評価する際に、事実群ごとに適切に事実を整理できているか（複数の事実を適切にグルーピングできているか）も評価対象とする。</p>	
--	--	--

**【大項目 2】 令状呈示の時期**

<p>司法警察員 P らが、甲に搜索令状を呈示することに先立ち、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入るなどして令状の執行に着手したことについて、令状呈示の時期との関係で、その適法性を検討する。</p>	<p>合計 8 点</p>	<p>点 / 8 点</p>
---	---------------	----------------

**【中項目】**

**① 令状の事前呈示の原則及びその例外**

<p>令状の事前呈示の原則及びその例外について、令状呈示の趣旨などに言及しつつ、論証する。</p>	<p>合計 4 点</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・令状呈示の趣旨に言及した上で、令状の事前呈示の原則を導く 2 点</li> <li>・令状の事前呈示が憲法上の要請でないことなど、適切な理由を付した上で、令状の事前呈示の原則に対する例外が認められる場合があること及び例外許容性の判断枠組みについて、説明する 2 点</li> </ul>	<p>点 / 4 点</p>
---	---	----------------

**② 当てはめ**

	<p>合計 4 点</p>	<p>点 / 4 点</p>
--	---------------	----------------

	<p>問題文の事実を使って、証拠隠滅防止のための現場保存の必要性などについて、説明する。</p> <p>なお、当てはめで使う事実及び評価が「必要な処分」におけるそれと相当程度重複するため、「必要な処分」における当てはめを部分的に流用することを認める。</p> <p>[補足]</p> <p>令状の呈示時期→「必要な処分」という流れで書いている答案について、当てはめに関する得点調整による救済は行わないものとする。関係判例、平成20年・29年司法試験の出題趣旨・採点実感のいずれにおいても、「必要な処分」→令状の呈示時期という流れで論じることが想定されているからである。</p>	
--	--	--

[設問 1] 下線部②

	点 / 20 点
--	----------

[大項目 1] 場所に対する搜索令状の効力が当該場所に居合わせた者の携帯品にも及ぶか

<p>司法警察員 P が、搜索対象として甲方という「場所」のみが記載された搜索令状により、甲方に居合わせた乙が所持するハンドバッグを搜索したことの適法性について、場所に対する搜索令状の効力が及ぶ範囲という観点から、検討する。</p>	合計 17 点	点 / 17 点
--	---------	----------

[中項目]

- ①場所に対する搜索令状の効力が当該場所に居合わせた者の携帯品にも及ぶかについて、自説を展開する

	合計 8 点	点 / 8 点
	<p>司法試験委員会は、(i)物が場所の管理権者の管理下にあるかどうかで判断する見解を解答の本筋として想定していると思われる。</p> <p>(ii)場所に対する搜索令状により当該場所の中では第三者の管理権が制約されることになるとする見解を採用する場合には、相当な理由付けをすることができていなければ、(i)と同等の評価を与えることはできない。</p>	

- ②当てはめ

	合計 9 点	点 / 9 点
	<p>[見解 (i) による場合]</p> <p>①甲の管理権がハンドバッグに及ぶかを検討する過程で、 ⑦～⑩の事実・評価の網羅性</p>	

	<p>を重視する。</p> <p>もっとも、㉗～㉕以外の事実摘示や事実評価であっても、事案に即しており、かつ、説得力のあるものであれば、相応の評価をするものとする。</p> <p>㉗ 下線部㉒に先立つ居間テーブル付近の搜索により、電子秤 1 台、ビニール袋 100 枚、茶封筒 50 枚、注射器 80 本及び携帯電話機 5 台が発見され、これらが差し押さえられていること</p> <p>㉘ P が、ハンドバッグを右手に持ったまま玄関に向かって歩き出した乙に対し、「待ちなさい。持っているバッグの中を見せなさい。」と言ったところ、乙が、「私のものなのに、なぜ見せないといけないんですか。嫌です。」と述べてこれを拒否し、そのまま玄関に向かったこと（重要）</p> <p>㉙ 住居内でハンドバッグを手に持っていることは不自然であること</p> <p>㉚ 乙は甲の内妻であり、覚せい剤密売の拠点であるとの疑いがある甲方に甲と同居していること（重要）</p> <p>㉛ 「答案上で事実を摘示すること」と「摘示した事実に対す</p>	
--	--	--

	<p>る評価」が区別されているかも、重視する。</p> <p>[見解 (ii) による場合]</p> <p>この見解による場合、ハンドバッグが甲・乙いずれの管理下にあるとして、令状搜索が許容されることになるから、甲の管理権がハンドバッグに及んでいるかどうかに関する当てはめをする実益がない。そのため、当てはめに対する配点を、</p> <p>[中項目①]に加算することになる。だからこそ、[中項目①]では、加算される当てはめに対する配点に見合うだけの、丁寧な論証をすることが求められる。</p>	
--	--	--

[大項目 2] 差押目的物が存在する蓋然性

	<p style="text-align: center;">合計 3 点</p> <p>令状搜索の有効要件は、主要なものとしては、①令状の有効性、②令状記載の搜索対象(「場所」「物」「身体」)に実際の搜索対象が含まれること(令状の効力が搜索対象に及んでいること)、③第三者の場所・物・身体を対象とする搜索では差押目的物存在の蓋然性が積極的に認められること(222条1項・102条2項)に分類される。</p> <p>そして、102条2項でいう「の」は、管理権ではなく、現実の支配・管理を意味する(条解刑事訴訟法 213条)。</p> <p>そのため、乙が手に持っていたバンドバッグの搜索につい</p>	<p style="text-align: center;">点 / 3 点</p>
--	--	--



	<p>ては、被疑者以外「の…物」に対する捜索として、222条1項・102条2項により、捜索対象であるハンドバッグの中に差押目的物が存在する蓋然性が瀬局的に認められることが必要とされる。</p> <p>もつとも、出題の趣旨・採点実感では、上記の点について明示的に言及されていないから、配点を3点にとどめている。</p>	
--	--	--

[設問 1] 下線部③

	点 / 20 点
--	----------

[大項目 1] 場所に対する搜索令状に基づき第三者の身体を搜索する自体の適法性

司法警察員 P が、搜索対象として甲方という「場所」のみが記載された搜索令状により、甲方に居合わせた丙のズボンの右ポケットに手を差し入れることで、丙の身体を搜索したこと自体の適法性について、検討する。	合計 16 点	点 / 16 点
--	---------	----------

[中項目]

①場所に対する搜索令状に基づき第三者の身体を搜索する自体の適法性について、自説を展開する

	合計 8 点	点 / 8 点
	場所に対する搜索令状に基づき第三者の身体を搜索することについては、第三者が搜索場所にあった差押目的物を身体に隠匿したと認めるに足りる客観的状況が存在する場合には、場所の搜索を妨害排除措置として、例外的に許容されると解されている。そのための法的根拠については、①搜索令状の効力に求める見解と、②搜索令状の執行に「必要な処分」に求める見解がある。①・②いずれの見解でも、構わない。	

②当てはめ

	合計 8 点	点 / 8 点
	[採点方針] ①㉗～㉘の事実・評価の網羅性	

	<p>を重視する（㉗～㉜は、出題の趣旨で列挙されている。但し、㉗の括弧内は、出題の趣旨で言及なし。）。</p> <p>もっとも、㉗～㉜以外の事実摘示や事実評価であっても、事案に即しており、かつ、説得力のあるものであれば、相応の評価をするものとする。</p> <p>㉗ 差押対象物件は、覚せい剤、ビニール袋、注射器、手帳、メモなどの比較的小さい物が含まれていること（さらに、これらのうち、下線部③に先立つ捜査では、手帳・メモが未発見であったこと）（重要）</p> <p>㉘ 事前捜査により甲は甲方を拠点に覚せい剤を密売している疑いがあったこと</p> <p>㉙ 丙は甲方に頻繁に出入りしていたこと、司法警察員 Q が甲方に入室した時点で丙が右手をポケットに入れていたこと（重要）</p> <p>㉚ 丙が右手を抜いた後もポケットが膨らんだ状態であったこと、丙が時折ポケットを触るなど気にする素振り等を示していたこと、丙は司法警察員 Q からポケットの中身を尋ねられても答えなかったこと（重要）</p>	
--	--	--

	<p>④丙が再びポケットに手を入れてトイレに向かって歩き出したこと、丙は司法警察員 Q の制止を無視して黙ったままトイレに入ろうとしたこと（重要）</p> <p>②「答案上で事実を摘示すること」と「摘示した事実に対する評価」が区別されているかも、重視する。</p> <p>③証拠隠匿の疑いを認定する際に、証拠の性質などに基づいた抽象的可能性だけでなく、当該事案における具体的事実関係に着目して現実的可能性にまで言及できているかも重視する。</p> <p>④当てはめで複数の事実を摘示・評価する際に、事実群ごとに適切に事実を整理できているか（複数の事実を適切にグルーピングできているか）も評価対象とする。</p>	
--	---	--

[大項目 2] 司法警察員が丙の右手をポケットから引き抜いた上、ポケット内に手を差し入れた行為

<p>上記行為について、捜索令状の執行に「必要な処分」（あるいは、本来行うべき捜索そのもの）としての適法性を検討する。</p>	<p>合計 4 点</p>	<p>点 / 4 点</p>
---	---------------	----------------

[設問 2—1]

	点 / 25 点
--	----------

[大項目] 証拠 1・2・4 を甲証言の証明力を争うための弾劾証拠として使用する場合には、これらの証拠能力

証拠 1・2・4 を甲証言の証明力を争うための弾劾証拠として使用する場合には、これらの証拠能力について、伝聞法則、328 条の「証拠」の意義、供述録取書に存在する録取過程の伝聞性などにも言及しつつ、検討する。	合計 25 点	点 / 25 点
--	---------	----------

[中項目]

① 一般論

	合計 10 点	点 / 10 点
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・伝聞証拠には原則として証拠能力が認められない (320 条 1 項) こと 1 点</li> <li>・328 条の「証拠」が自己矛盾供述に限定されること (限定説) について、伝聞法則の趣旨なども踏まえた上で、論証する 5 点</li> <li>・自己矛盾供述が録取された供述録取書が 328 条の「証拠」として許容されるためには、録取過程の伝聞性を解消するために、原供述者の署名若しくは押印が必要であること 4 点</li> </ul>	

② 証拠 1・2・4 ごとの具体的検討

	合計 15 点	点 / 15 点
--	---------	----------

	<p>[証拠 1]</p> <ul style="list-style-type: none"><li>・証拠 1 と甲の証言を比較して、甲の自己矛盾供述に当たることについて、具体的に認定する 4 点</li><li>・甲の署名・押印がないこと 2 点</li></ul> <p>注 1. いきなり甲の署名・押印がないことから書くことで 328 条の「証拠」としての許容性を否定し、甲の自己矛盾供述であることの認定を飛ばしている答案について、得点調整による救済は行わない。</p> <p>[証拠 2]</p> <ul style="list-style-type: none"><li>・証拠 2 と甲の証言を比較して、甲の自己矛盾供述に当たることについて、具体的に認定する 4 点</li><li>・甲の署名・押印があること 2 点</li></ul> <p>[証拠 4]</p> <ul style="list-style-type: none"><li>・他者矛盾供述であるため、328 条の「証拠」に当たらないこと 3 点</li></ul> <p>注 1. いきなり乙の署名・押印がないことから書くことで 328 条の「証拠」としての許容性を否定し、他者矛盾供述である</p>	
--	---	--

	<p>ことへの言及を飛ばしている答案には、点を与えない。</p> <p>注 2. 出題趣旨では、「328 条で許容される証拠の範囲を問うものである」とされている上、321 条～324 条の伝聞例外としての許容性に関する言及がないため、本問では、328 条の「証拠」としての許容性のみが問われていると考えられる。そのため、321 条～324 条の伝聞例外としての許容性に言及する必要はない。</p>	
--	--	--

[設問 2—2]

	点／10 点
--	--------

[大項目] 証拠 3 を、証拠 1・2・4 のいずれかによりその証明力が減殺された甲証言の証明力を回復するための回復証拠として使用する場合における、証拠 3 の証拠能力

証拠 3 を甲証言の証明力を回復するための回復証拠として使用する場合における、証拠 3 の証拠能力について、回復証拠の 328 条の「証拠」としての許容性に関する一般論を論じた上で、具体的事情を踏まえて検討する。	合計 10 点	点／10 点
--	---------	--------

[中項目]

①一般論

	合計 5 点	点／5 点
	328 条の「証明力を争うため」の「証拠」には、一旦減殺された証明力を回復させるための証拠も含まれることについて論証する。	

②当てはめ

	合計 5 点	点／5 点
	甲証言の証明力が減殺された場合に、甲証言と一致する内容の証拠 3 が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかについて、事案に即して具体的に検討する（解説 16 頁イ（イ）採点実感参照）。	