

第 1 捜査①について

1. 捜査①が「強制的処分」(刑事訴訟法(以下略) 197 条 1 項但書)にあたるか。

(1)「強制的処分」とは、強制処分法定主義及び令状主義によって保護されるべき重要な権利・利益を制約する処分に限られるべきであるから、個人の意思に反し重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2) 乙方のベランダでの乙の通話が、仕切り板越しに、隣室のベランダにいた P に聞こえていたとしても、乙は自らの通話が誰かに録音されることを当然に容認しているとはいえない。そのため、捜査①は、乙の意思に反するといえる。

また、捜査①により、通話内容についての乙のプライバシー権が制約される。もっとも、マンションなどの集合住宅においては、隣人のベランダとの距離も近くベランダでの会話の内容を隣人に聞かれることは通常想定されることである。そのため、ベランダにおける通話内容についてのプライバシー権は、憲法 35 条によって保障される「住居」に準ずる私的領域に侵入されないという意味でのプライバシー権ほど、重要であるとはいえない。

したがって、捜査①は、乙の重要な権利・利益を制約するものではないから、「強制的処分」にはあたらない。

2. では、任意捜査(197 条 1 項本文)の限界を超えないか。

(1) 任意捜査は、捜査比例の原則の適用により、必要性・緊急性を考慮したうえで、具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要」な捜査(197 条 1 項本文)といえ、適法であると解する。

(2) 本件は、一般にオレオレ詐欺といわれる詐欺事件であり近年多発していることから、重大事件であるといえ、捜査する必要性が高い。乙は、本件被疑事実の犯人として現行犯逮捕されていた甲と、甲の逮捕前には頻繁に連絡し、逮捕後にも電話をかけていたことや、仕事もせず、外出を控え、周囲を警戒していることから、本件被疑事件に関与している疑いが認められる。そのため、乙は通話の中で被疑事件について言及する可能性があり、通話内容を証拠として保全するために、録音する必要性が認められる。また、通話内容は録音しなければ、消失してしまうので、録音する緊急性もあることから、必要性が高い。

一方、録音によって、通話内容についてのプライバシー権が侵害されているが、ベランダという隣人から聞かれる可能性のある場所であること、録音時間が 3 分と短いことからすれば、プライバシー権の侵害の程度は大きくないといえる。

したがって、捜査①は相当である。

3. よって、捜査①は適法である。

第 2 捜査②について

1. 捜査②は「強制的処分」にあたるか。

コメントの追加 [td1]: キチンと定義と理由付けが書かれていて良いと思います

コメントの追加 [td2]: 「私的な会話」等の具体的なようまで引き出せるとなおよいと思います。

コメントの追加 [td3]: 講義でも述べたようにプライバシー権という注意してください。あくまで抽象的な権利にすぎないので、何か具体的なものに引き直してください。例えば判例を意識して「みだりに自己の会話を他人に聴取されない権利」等

コメントの追加 [td4]: 加えて、「ベランダの仕切り板を超えて乙の声がそのまま聞こえたこと」も述べれるとなおよいです。

コメントの追加 [td5]: 必要性の認定は多角的な視点からきっちりとできていて非常に良いと思います。説得的です。

コメントの追加 [td6]: 「みだりに自己の会話を他人に聴取されないとの合理的記録は高かったとはいえない」等の評価も入れてれるとなおよい答案になると思います。

(1) ベランダでの通話と同様に、乙は乙方内での自らの通話が録音されることを当然に容認しているとはいえないので、乙の意思に反する。

また、捜査②により、通話内容についての乙のプライバシー権が制約される。捜査②において録音されたのは、乙方の居室における通話の内容であり、通常誰かに聞かれることを想定していない。そのため、乙方の居室における通話内容についてのプライバシー権は、憲法 35 条によって保障される「住居」に準ずる私的領域に侵入されないという意味でのプライバシー権と同じくらい重要な権利であるといえる。

そして、録音時間は 10 時間と長時間に及び、本来人間では聞き取れないものを本件機器を使用することによって聞き取り可能にした上で録音していることから、プライバシー権への侵害の程度が重いいえ、実質的に制約しているといえる。

(2) したがって、捜査②は「強制的処分」にあたる。

2. 「強制的処分」にあたれば、「特別の定め」(197 条 1 項但書)が必要であるところ、捜査②について、「特別の定め」は存在するか。

捜査②は、聴覚的作用により乙の通話内容を認識し、保全する活動であるので、「検証」にあたり、218 条 1 項に「特別の定め」が置かれている。

したがって、強制処分法定主義には反しない。

3. もっとも、検証許可状なく行われているため、令状主義 (218 条 1 項) に違反して、違法となる。

コメントの追加 [td7]: キチンと認定できているうえコンパクトでよいと思います。

設問 2

1. 本件メモと文書は、甲の自白を契機として押収されている。そこで、甲の自白の証拠能力は認められるか。

(1) 自白法則 (憲法 38 条 2 項・319 条 1 項) の根拠は、不任意自白には典型的に虚偽である危険が高いため、これを排除して誤判を防止することにある。そこで、「その他任意になされたものでない疑いのある自白」は、典型的に虚偽自白を誘発する危険が高いと認められる外部的誘因があり、それにより心理的強制を受けた結果としてなされた自白を意味すると解する。

(2) Q は甲に対して、「検察官は改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると言っている」と伝えることで、不起訴約束による自白を促している。このように言われた甲は、虚偽の自白をして起訴猶予になりたいと思う可能性が高いことから、Q の甲に対する働きかけは、典型的に虚偽自白を誘発する危険が高いと認められる外部的誘因にあたる。

また、甲は自己が不起訴処分になることを期待して自白をしていることから、外部的誘因により心理的強制を受けて自白したといえる。

そのため、甲の自白は、「その他任意になされたものでない疑いのある自白」であるといえる。

(3) したがって、甲の自白には証拠能力が認められない。

コメントの追加 [td8]: この構成と記載きちんと強制処分法定主義と必要な令状の種類が記載されており非常に評価が高いです。

コメントの追加 [td9]: きちんと規範が提示されています。答案の分量的には、もう少しコンパクトにしてもいいかとも思います。

コメントの追加 [td10]: 甲の自白が公判廷で証拠として提出されているわけではないので、証拠能力が認められないとの記載は語弊があるでしょう。「任意性を欠く違法な自白である。」と記載するのが無難化と思います。

2. そうすると、本文書・メモは、不任意自白の派生証拠にあたるどころ、証拠能力が否定されるか。

(1) 自白法則の虚偽排除という根拠そのものは、派生的証拠に及ばない。しかし、虚偽排除を招来しうる取調べ手法の抑止という虚偽排除の背景にある考えが毒樹の果实論の抑止論と共通することに鑑み、不任意自白と派生的証拠の関連性、派生的証拠の重要性などを総合考慮して、派生的証拠の証拠能力が否定される場合があると解するべきである。

(2) 甲の自白に基づき、乙の逮捕状が発付されて乙が逮捕され、その後の乙の供述に基づき、捜索差押許可状が発付され、本文書・メモが押収されたことから、甲の自白と本文書・メモには一定の関連性がある。しかし、甲の自白と本文書・メモの押収の間には、2度の令状審査が介在していることから、関連性は希釈され、強くなっている。

また、本文書・メモ以外に証拠がないことから、本文書・メモは証拠として極めて重要である。

したがって、本文書・メモは、不任意自白との関連性がそれほど強くなく、証拠として重要であるから、不任意自白の派生証拠であることを理由として証拠能力が否定されることはない。

3. 本文書は伝聞証拠にあたり、証拠能力が認められないか。

(1) 伝聞証拠は原則として証拠能力を有しない(320条1項)。このような伝聞法則の趣旨は、公判廷外供述については、人の知覚・記憶・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考えにある。そこで、伝聞証拠にあたるかどうかは、要証事実との関係で、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断すべきである。

(2) 本文書の手書き部分から乙の筆跡が顕出された事実と、本文書から丙の指紋が検出された事実と、本文書が乙の支配領域内にあるHマンション705号室から出てきた事実から、本文書は、丙が作成し、乙に交付したという事実を推認でき、本文書の内容通りの乙丙間の共謀がなされたことが推認できる。

また、息子役と上司役の会話内容について、本文書の内容と実際に起きた本件被疑事件が全く同じであり、甲が警察に捕まった際の対応も本文書に記載されているものと同じであったことから、本文書は本件被疑事件について作成されたものであることが推認できる。

これらのことから、本件被疑事件について、本文書の内容通りに行うという乙丙間の共謀を推認することができる。

したがって、本文書の要証事実は文書の存在自体であり、この要証事実との関係では本文書の内容の真実性は問題にならないため、非伝聞となり、証拠能力が認められる。

4. 本件メモは伝聞証拠にあたり、証拠能力が認められないか。

本件メモの筆跡が乙である事実と、先物取引で金を使い込んだことやその金額が500万円であることについて本件被疑事件と本件メモが一致している事実から、本件メモは乙が本

コメントの追加 [td11]: 記載自体間違いではありません。ただ、令状審査があれば関連性が希釈されるというのは少し釈然としない部分もあるのではないかと思います。

以下のように理解してみてもはどうでしょうか。
二度の令状審査による裁判官の事前審査により、客観性が担保されることにより真実に反する虚偽の自白である可能性は減退しており、関連性は希釈されている。

コメントの追加 [td12]: きちんと規範が定立できています。

伝聞証拠のところは、受験生みんな書いてくるのでこの調子できちんと書いてください。

コメントの追加 [td13]: 丙が作成したとまでは言えないとは思いますが、しっかりかけていると思います。丙から甲に対して交付された旨は筆跡と指紋から認定でき、と本文書の存在をもって本文書の内容について「共謀、もしくは意思連絡を」立証できると考えられるので非伝聞扱いになると思います。

件被疑事件について作成したものであることが推認できる。

そこで、本件メモに「丙から tel」と記載されていることから、本件メモによって丙から乙に本件メモ通りの指示を電話でしたことを立証できれば、上記事実と合わせて本件被疑事件についての乙丙間の共謀を推認することができる。

したがって、本件メモの要証事実、丙から乙に本件メモ通りの指示を電話でした事実であり、この要証事実との関係では本件メモの内容の真実性は問題になるため、伝聞証拠となる。

5. もっとも、本件メモは伝聞例外にあたり、証拠能力が認められないか。

本件メモは、被告人以外の者である乙の供述書なので、321 条 1 項 3 号の要件を満たすかが問題となる。

(1) ア 供述不能要件の趣旨は、例外的に反対尋問等による信用性の吟味の機会を擬制にしてでも伝聞証拠を用いるべき必要性を基礎づけることにある。この趣旨からすれば、同号の供述不能事由は、例示列举と解するべきであるが、一方で供述不能事由が一時的に存在するだけでは足りず、相当程度継続して存続しなければならないと解するべきである。

イ 本問において、乙は捜査段階からずっと「丙のことは一切話したくありません」としており、丙についての証言拒絶の意思は固いと思われることから、供述不能の要件は認められる。

(2) 上記の通り、乙丙間の共謀を立証するための証拠として、本件文書は証拠能力を認められていたので、本件メモだけが乙丙間の共謀を立証するための唯一の証拠であるとはいえず、不可欠性は認められない。

(3) よって、本件メモは伝聞例外にはあらず、証拠能力は認められない。

総評 規範の定立や理由付け等きちんと記載されていますし、具体てにな事実に照らしてきちんと評価もできていると思います。

試験との関係では、時間配分が問題となりそうです。コンパクトに記載できる部分はもう少し減らしてもいいと思います。自分自身の言いたい事をコンパクトに記載する練習をしましょう。

例えば、「自白法則の虚偽排除という根拠そのものは、派生的証拠に及ばない。しかし、虚偽排除を招来しうる取調べ手法の抑止という虚偽排除の背景にある考えが毒樹の果実論の抑止論と共通することに鑑み、不任意自白と派生的証拠の関連性、派生的証拠の重要性などを総合考慮して、派生的証拠の証拠能力が否定される場合があると解するべきである。」→「自白法則は、直接派生的証拠に及ばないが違法な取調べ手法の抑止の見地から毒樹の果実論と同様に不任意自白と派生的証拠の関連性、派生的証拠の重要性などを総合考慮して判断すべきである。」くらいに留めても問題ありません。

コメントの追加 [td14]: 共謀の具体的内容ということで
すね。

祖 p の長にとらえると内容の真実性が問題になります
ね。