

## H22 刑訴法

## [設問1]

## 第1. 捜査①の適法性.

## 1. ごみ袋を持ち帰った点.

甲が捨てたごみ袋は、「被疑者」が「遺留した物」  
(刑訴法(以下略)221条)に当たる。そこで、Pが「かかち」ごみ袋  
を持ち帰った行為が適法な領置(221条)に当たるかを検討  
する。

## (1) まず、強制処分(197条頃但書)に当たるか。

強制処分とは、重要な権利利益を制約する処分と解する。

遺留物は、所有者がその所有を放棄した物件である。

このため、所有者は、<sup>当該物件についての</sup>典型的に見て、プライバシー権(憲法13条)  
を放棄したと言える。

従って、領置により重要な権利利益を制約するとは言えず、強制処分に当たらない。

以上より、令状なくして行われた本件の領置は、令状主義違反  
とはならない。

## (2) それでは、任意捜査(197条頃本文)として適法か。

任意捜査は、比例原則に<sup>服する。</sup>反~~て~~行~~わ~~れる。そこで、適法な  
領置と言えるためには、捜査の必要性・緊急性と制約される  
法益の有無・程度とを比較衡量し、<sup>服する。</sup>具体的事情のモト  
相当と言えるなくてはならない。

本件が「けん銃」の密売という重大な犯罪であること、  
顧客が暴力団関係者に限られ、証拠の入手に難<sup>航</sup>していることから、甲が捨てたごみ袋を持ち帰る必要性は低くない。

また、けん銃犯罪に一般人が巻き込まれる恐れがある  
ことから、本件の捜査の緊急性も認められる。

他方で、かかる捜査により甲のプライバシーが制約される  
ことは否定できない。もっとも、甲は、公道という不特定多数人  
が行き来する領域に自らごみ袋を置いた。このため、  
甲は、自らの法益が制約されることを受忍していたと言え、  
制約されるプライバシーの程度は大それない。

以上より、Pがごみ袋を持ち帰る行為は、相当性で逸脱  
するものではない。

よって、Pがごみ袋を持ち帰った行為は、適法な領置に当る。

## 2. メモ片を復元した点.

領置は、捜査機関が一度取得した物件を元の所有者に  
返還する必要がない点で、差押え(218条)との類似性がある。

そこで、領置により取得した物件につき、相当性で逸な  
範囲内において「必要な処分」として復元することが許さ  
れると解すべきである(222条、111条頃類推適用)。

Pは、ごみ袋を持ち帰ったところ、その中から、アルファベットの  
数字の入った複数のメモ片が発見された。これらのメモ片は、  
けん銃取引の証拠となりうるから、復元する必要性が認められ、  
また、Pはメモ片を裁断前の状態に復元したにすぎず、  
相当性で逸脱するものとは言えない。

よって、Pがメモ片を復元した行為は適法である。

## 第2. 捜査②の適法性.

### 1. ごみ袋を持ち帰った点.

捜査①と同様に、比例原則に沿った適法な領置に当たるとも検討する。

まず、Pがごみ袋を持ち帰る必要性・緊急性については、捜査①と同様、高いと言える。

もっとも、捜査①と異なり、甲は、マンション専用のごみ集積所に、ごみ袋を捨てている。かかる<sup>マンションの</sup>ごみ集積所は、不特定多数人が侵入する<sup>一般に</sup>ことが想定されていないことから、捜査①の場合に比べ、<sup>甲</sup>甲のプライバシー<sup>が著しく</sup>が制約される可能性がある。

しかし、<sup>甲</sup>甲のマンションの<sup>が</sup>ごみ集積所においては、出入口が施錠されておらず、誰でも出入りすることができた。このため、甲は、自宅マンションのごみ集積所<sup>が</sup>に捨てた時点で、前日に公道上に捨てた場合と同様に、自らのプライバシー権が制約されることを受忍していたと言える。

以上より、捜査①の場合と同様、本件における持ち帰り行為も適法な領置に当たり、適法である。

### 2. メモ片の復元について

捜査①と同様の態様でなされており、適法である。

## 第3. 捜査③の適法性.

Pは、捜索差押令状に基づき、携帯電話1台を押収している(218条)。

それでは、携帯電話内の消去されたデータを復元・分析する行為は適法か。「必要な処分」(222条、111条項)に当たるとも検討する。

本件の携帯電話は、乙の死体付近で発見された、乙の所有物とみられる物件である。また、乙は、けん銃密売で甲を捜査するに際し、Pに協力した者であること、乙が何らかの事件に巻き込まれた可能性があることからすれば、本件の携帯電話に残されたデータ内容を調査する必要はあると言える。  
<sup>Pが発見した点</sup>

そして、データは、<sup>Pが発見した点</sup>全て消去されていたが、Pはそれを消去前の状態に戻したにすぎない。また、かかる復元・分析<sup>は</sup>は、科学捜査研究所によって行われたのであり、専門知識のないP自身におこなわれたのではない。

以上より、本件の復元・分析は、相当性の範囲内において行われたものと言える。

よって、「必要な処分」に当たり、適法である。

## [設問2]

### 第1. 捜査の適法性.

本件では、乙がPの協力者としておとり捜査が行われ、また、ICレコーダ及び携帯電話で秘密録音がなされて~~おこな~~いて、そこで、それらの捜査の適法性が問題となる。<sup>違法に証拠が収集され</sup>

#### 1. おとり捜査の適法性

(1) 本件の乙によるおとり捜査は、元々、甲に敵意を有していた乙に<sup>Pが</sup>機会を提供したものである。このため、乙の意思決定の

自由を不当に制約したものとせず、強制処分には当たらない。

- (2) もっとも、任意捜査といふ比例原則に服する。また、おとり捜査は、国家が犯罪を創出する側面があり、謙抑的<sup>けんようてき</sup>でなくてはならない<sup>なくてはならない</sup>。そこで、必要性・緊急性があり、具体的事情のもと相当でなくてはならないという点に加え、補充性も要すると解する。

本件では、前述した通り、けん銃犯罪の重大性等があることから、おとり捜査の必要性が認められる。また、早期に検挙し、一般人が巻き込まれる恐れがあることから、その緊急性も認められる。

加えて、<sup>甲は</sup>暴力団関係者のみを顧客とすることで、捜査機関への発覚を遅らせており、Pは<sup>決定的な</sup>証拠を得ることができずにいる。このため、乙の協力を得ざるも乏しい状態にあり、補充性も認められる。

よって、本件のおとり捜査は、比例原則に服し、かつ、補充性も満たすものと言え、適法である。

## 2. 秘密録音の適法性

- (1) まず、秘密録音は、強制処分にあたるか、令状なくして行なっていることから問題となる。

この点につき、電話においては、会話内容が相手方あるいは別の者に聞かれる場合があることが一般に想定されている。そのため、プライバシー権の制約が著しいとは言えず、強制処分には当たらない。

- (2) それでは、任意処分として適法と言えるか。

前述の通り、本件は重大事案であるが、~~甲~~甲は犯罪が捜査機関に

発覚しないよう慎重に取り組んでいることから、証拠~~を~~獲得に難航している。そのため、甲乙間、甲丙間の<sup>高い</sup>会話を録音して証拠を獲得する必要性が~~ある~~<sup>早期に検挙し、一般人が巻き込まれる恐れがあることから</sup>高い。また、一般人が巻き込まれることからの緊急性も高い。

一方で、甲の会話内容が単に聞かせるのみならず、IC等で保管されるという点で、甲のプライバシーの制約の程度は小さくない。しかし、上記の必要性・緊急性の高さ、及び、電話で通話中のわずかな数分の会話を録音したことも考慮すれば、Pによる秘密録音は相当性も逸脱するとは言えない。

よって、本件の秘密録音は、任意捜査として適法である。

## 第2. 捜査報告書

### 1. 捜査報告書全体について

- (1) 伝聞証拠の原則として証拠能力が否定される(320条1項)。知覚・記憶・表現の各過程に誤りが混じる恐れがあり、誤判の危険があるからである。

かかる伝聞証拠に当たするかは要証事実との関係で決まる。

~~甲~~本件の捜査報告書の要証事実<sup>要証事実</sup>は、同報告書に記載された事実があったことである。このため、記載内容の真実性が問題となり、伝聞証拠に当たる。

- (2) もっとも、本件の捜査報告書は、Pがその五官の作用を用いて観察した結果を記録したものである。そこで、「検証の結果を記載した書面」に準じ、321条3項の真正に作成したことの立証に成功した場合<sup>一時に</sup>には、例外的に証拠能力が認められる。

2 甲乙間及び甲丙間の会話部分について

これらの部分は、それぞれ反証できなかった部分があることに鑑み、要証事実がそれぞれ、甲乙間及び甲丙間の電話のやり取りの存在であると考へざる。かかる場合、内容の真実性が問題となることから、伝聞証拠に当たらない。

よて、証拠能力が認めらる。

3. ~~乙の音~~ 会話終了後の乙の音声部分について

- (1) これらの部分の要証<sup>事実</sup>は、~~甲乙~~ 甲乙がけん銃譲渡の話し合いを行うことになったこと、~~甲~~ 甲が乙にけん銃2丁を300万円で購入する~~こと~~になったことである。

従て、いずれも乙の音声内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠に当たる。

- (2) それでは、321条1項3号の伝聞例外の要件をみたすか。

まず、供述者たる乙は「死んでいる」。

次に、乙の音声部分では、甲乙間の会話で聴取不能であった部分についての補足説明がなされており、不可欠性要件をみたす。

さらに、乙の音声部分は甲乙間の通話の直後に録音されており、誤った説明がなされている可能性は低い。そのため、絶対的特信情況の要件もみたす。

また、ICレコーダー機械的に記録されたものを反証いさる正確性が担保されているから、乙の署名押印は不要である。

よて、321条1項3号の要件をみたすので、例外的に証拠能力が認めらる。