

〔刑事訴訟法〕 次の【事例】を読んで、後記〔設問〕に答えなさい。

【事例】

司法警察員Kらは、A建設株式会社（以下「A社」という。）代表取締役社長である甲が、L県発注の公共工事をA社において落札するため、L県知事乙を接待しているとの情報を得て、甲及び乙に対する内偵捜査を進めるうち、平成25年12月24日、A社名義の預金口座から800万円が引き出されたものの、A社においてそれを取引に用いた形跡がない上、同月25日、乙が、新車を購入し、その代金約800万円をその日のうちに現金で支払ったことが判明した。

Kらは、甲が乙に対し、800万円の現金を賄賂として供与したとの疑いを持ち、甲を警察署まで任意同行し、Kは、取調室において、甲に対し、供述拒否権を告知した上で、A社名義の預金口座から引き出された800万円の使途につき質問したところ、甲は「何も言いたくない。」と答えた。

そこで、Kは、甲に対し、「本当のことを話してほしい。この部屋には君と私しかいない。ここで君が話した内容は、供述調書にはしないし、他の警察官や検察官には教えない。ここだけの話として私の胸にしまっておく。」と申し向けたところ、甲はしばらく黙っていたものの、やがて「分かりました。それなら本当のことを話します。あの800万円は乙知事に差し上げました。」と話し始めた。Kが、甲に気付かれないように、所持していたICレコーダーを用いて録音を開始し、そのまま取調べを継続すると、甲は、「乙知事は、以前から、高級車を欲しがっており、その価格が約800万円だと言っていた。そこで、私は、平成25年12月24日にA社の預金口座から800万円を引き出し、その日、乙知事に対し、車両購入代としてその800万円を差し上げ、その際、乙知事に、『来月入札のあるL県庁庁舎の耐震工事をA社が落札できるよう便宜を図っていただきたい。この800万円はそのお礼です。』とお願いした。乙知事は『私に任せておきなさい。』とってくれた。」と供述した。Kは、甲に対し、前記供述を録音したことを告げずに取調べを終えた。

その後、甲は贈賄罪、乙は収賄罪の各被疑事実によりそれぞれ逮捕、勾留され、各罪によりそれぞれ起訴された。第1回公判期日の冒頭手続において、甲は「何も言いたくない。」と陳述し、乙は「甲から800万円を受け取ったことに間違いはないが、それは私が甲から借りたものである。」と陳述し、以後、両被告事件の弁論は分離された。

〔設問〕

甲の公判において、「甲が乙に対し賄賂として現金800万円を供与したこと」を立証趣旨として、前記ICレコーダーを証拠とすることができるか。その証拠能力につき、問題となり得る点を挙げつつ論じなさい。

第1 自白法則との関係

1 ICレコーダーを証拠として取り調べる場合、録音された供述が証拠資料となるところ、本件のICレコーダーに録音された、甲の、贈賄罪の被疑事実の全部を認める旨の供述は、自己の犯罪事実の全部又は重要部分を認める供述として、自白にあたる。

自白の証拠能力が認められるためには、任意性を要する（刑事訴訟法（以下、「法」とする）319条1項）ところ、本件では、黙秘する甲に対し、Kが、甲が話した内容は供述調書にはせず、ここだけの話として自分の胸にしまっておくなどと働きかけ、甲が供述するに至ったことから、任意性が認められるかが問題となる。

2 「任意になされたものではない疑のある自白」（319条1項）について証拠能力が否定される趣旨は、任意性のない自白は内容が虚偽である蓋然性が典型的に高く、これを証拠とすれば誤判を招くおそれがあることにある。

そこで、任意性のない自白にあたるか否かは、①虚偽自白を誘引する状況の有無、②かかる状況と自白との因果関係の有無によって判断すべきである。

3（1） 本件で、Kは、「供述調書にはしないし、他の警察官や検察官には教えない」と約束しておきながら、密かに甲の供述を録音するという偽計を用いている。

（2） 当初、「何も言いたくない」として黙秘していた甲が、Kの発言を受けて「それなら本当のことを話します」と自白を始めた

ことから、甲の自白と偽計の間には因果関係が認められる。

（3） そこで、上記偽計について、虚偽の自白を誘発するおそれ
が認められるかについて、不起訴の約束等がされた場合とは異な
り、本件のKの発言は、自白すれば利益を与えよとか、自白しない
と不利に扱おうというものではなく、あくまで、自白をしても大丈夫
だと思わせるものにすぎない。そのため、甲に虚偽の供述をさせる
動機付けとなるものとはいえない。

（4） よって、虚偽の自白が誘発されるおそれがあるとはいえ
ず、甲の自白には任意性がある。

4 以上より、本件のICレコーダーの証拠能力は、自白法則との
関係では否定されない。

第2 伝聞法則との関係

1（1） 伝聞証拠については、原則として証拠能力が否定される
（法320条1項）。同項の趣旨は、供述は知覚・記憶・叙述の各
過程において誤りが混入しやすく、反対尋問による真実性の吟味を
要するところ、公判廷外供述にはその機会がないことにある。

そこで、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠であっ
て、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるものをい
い、供述に代えて書面以外の記録媒体を証拠とする場合にも、上述
の趣旨が妥当することから、法320条以下の規定が準用される。

（2）ア 本件のICレコーダーは、公判廷外の甲の供述を内容と
している。

イ（ア） ICレコーダーの立証趣旨が「甲が乙に対し賄賂として現金800万円を供与したこと」であることから、要証事実、甲が乙に対し、L県庁庁舎耐震工事をA社が落札できるよう便宜を図ってもらう見返りに、車両購入代として800万円を渡したこと、となる。

（イ） そして、ICレコーダーは、甲の、平成25年12月24日にA社預金口座から800万円を引き出し、乙知事に対し、車両購入代としてこれを渡し、その際、L県庁庁舎耐震工事をA社が落札できるよう便宜を図ってもらいたいと話した旨の供述を内容としている。

甲の供述内容が真実であれば、前記要証事実が立証されることとなるから、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるといえ、本件ICレコーダーは伝聞証拠にあたる。

2（1） そこで、本件ICレコーダーが伝聞例外に該当するとして証拠能力が認められないかについて、甲は被告人であるから、法322条1項の準用を検討する。

（2） まず、甲の署名及び押印について、これが要求された趣旨は、録取過程の正確性を担保する点にあるところ、ICレコーダーの録音は機械的に行われ、正確性が担保されていることから、不要となる。

（3） そして、甲の供述は自白として、「不利益な事実の承認」に当たる。任意性（322条1項但書）については、前記第1の2のとおりである。

よって、本件のICレコーダーには322条1項が準用される。

3 なお、甲の供述中の、甲の「L県庁庁舎の耐震工事をA社が落札できるよう便宜を図っていただきたい。この800万円はそのお礼です」という発言、乙の「私に任せておきなさい」という発言について、その内容の真実性は問題とならず、発言自体から、甲が乙に渡した800万円が賄賂であること、および、甲の贈賄の認識を立証するものであり、再伝聞の問題は生じない。

4 よって、本件のICレコーダーには証拠能力は、伝聞法則により否定されるものではない。

第3 証拠禁止との関係

1 本件ICレコーダー中の甲の供述は、Kが甲に黙って録音する方法（以下、「本件秘密録音」とする）で入手したものである。当該捜査が違法とされる場合、違法収集証拠としてその証拠能力が否定されないかが問題となる。

2 秘密録音の適法性について

(1) ア 本件秘密録音は強制処分にあたるものとして、違法とされないか。強制処分にあたる場合、このような捜査は、法222条の2において法定されておらず、強制処分法定主義（法197条1項但書）に反することとなる。

イ 強制処分該当性

(ア) 法197条1項但書にいう「強制の処分」とは、個人の意思を制圧し、生命・身体・財産等の重要な権利に制約を加え、強制

的に捜査目的を達成するなど、法に特別の根拠なければ許容することが相当でない処分をいう。

（イ） 本件では、甲の会話の秘密というプライバシーが制約されている。プライバシー権は、一般に、個人の精神活動に係る重要な権利といえる。

しかし、本件は、甲の会話の相手方であるKにより録音がされたものであるところ、本件で問題となるプライバシーの主要素である会話内容の秘密性は、会話の相手方の処分に係る性質のものであり、完全なプライバシーが認められるものではない。その意味で、本件の甲の会話の秘密についての権利は、重要な権利とはいえない。

（ウ） よって、本件秘密録音は、強制の処分にはあたらない。

（2） 任意捜査としての限界について

ア 本件秘密録音は、強制処分にあたらないとしても、甲のプライバシーへの一定の制約を伴うから、無制約には認められない。

捜査の必要性、緊急性、個人の法益と公共の利益の権衡等を考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度においてのみ許される。

イ（ア） 本件では、秘密録音に係る事件は、公共事業に係る贈賄という重大なものである。

また、贈賄を立証する事実として、A社名義の預金口座から800万円が引き出されたが、A社においてそれを取引に用いた形跡がないこと、引き出し翌日に乙が代金約800万円の新車を現金で購

入したことが判明しているものの、800万円を甲が乙に渡したことで、甲の贈賄の認識については、これを示す証拠はなく、当事者である甲の供述を得るという捜査の必要性が認められる。

（イ） そして、供述を得ることなく、時間がたてば甲ないし乙が関係者に口止めする等、証拠隠滅を図る可能性もあり、捜査の緊急性も認められる。

（ウ） しかし、本件秘密録音は、供述の強制に至るものではないが、甲はKとの間だけの秘密と信じて供述したのに、有罪立証の証拠とされたのであるから、実質的に黙秘権が侵害されている。

（エ） 黙秘権は、被告人の利益を保護するべく、最大限の配慮を要されるべきであることを考えると、事件の重大性や、協力の必要を述べるなど適切な説得を尽くし、被告人の自白への意思を形成する手法をとるべきである。本件では、これをしたのに甲が頑なに応じないなど、本件秘密録音によらなければならないような特段の事情もない。

であるにもかかわらず、供述を調書にもせず、誰にも秘密をもらさないと明言し、虚偽により信頼を得ながら、これを利用して供述を録音することは、上記のような具体的事情の下、相当な手段とは認められない。

よって、本件秘密録音は、任意捜査の限界を超え、違法である。違法に収集された証拠は、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを許容することが将来の違法捜査抑止の見地から相当でない場合には、証拠能力が否定される（判例）。

3 違法収集証拠の証拠能力について

（1） 違法に収集された証拠の証拠能力について、明文の定めはない。

しかし、司法の廉潔性・将来の違法捜査抑止・適正手続の確保の要請（憲法31条）と真実発見の調和の見地から、証拠の収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない場合には、証拠能力が否定されると解する。

（2） 本件秘密録音は、実質的に黙秘権を侵害するものであるところ、黙秘権は、令状主義と同様に、被告人・被処分者の重要かつ基本的な権利を保護する手続保障であるから、令状主義の精神を没却する場合と同様の重大な違法があるといえる。

また、本件の秘密録音はこれにより得られる証拠が重要であるとはいえ、偽計を伴う計画的手法により、重大な権利を侵害するものであり、これが横行することは防止されなければならない。そのため、これにより得られた証拠を許容することは将来の違法捜査抑止の見地から相当でない。

（3） よって、本件のICレコーダーは、違法修習証拠として、その証拠能力が否定される。

以上

1 証拠についての問題の区別

・ 証拠能力 = 証拠となり得る資格

① 自然的関連性（最低限の証明力を有するか）

… 科学的証拠（多くは伝聞証拠として法律的関連性も問題となる）

② 法律的関連性（証明力の評価を誤らせるような事情がないか）

… 自白法則（法319条1項）、伝聞法則（法320条1項）、悪性格立証（同種前科による事実認定） など

③ 証拠禁止にあたらぬか

… 違法収集証拠排除法則

・ 証明力 = 事実を認定させるための証拠の価値

… 要証事実に対する推認力の程度。証拠能力があってはじめて問題となる。

2 自白法則（法319条1項）

（1） 自白の意義

・ 自白 = 自己の犯罪事実の全部又はその重要部分を認める被告人の供述

・ 自認（319条3項） = 有罪であることを認める陳述

・ 承認 = およそ自己に不利益な事実を供述する場合

※ 犯罪事実の単なる一部しか認めない供述は承認ではあるが、自白ではない

（区別の意味 = 補強証拠の要否）

※ 自白も承認も任意性が要件（319条1項、322条）

(2) 自白法則

「任意になされたものではない疑のある自白」(319条1項)

…証拠能力が否定される。(自白法則)

- ・根拠(趣旨) = 任意性のない自白は内容が虚偽である蓋然性が典型的に高く、

これを証拠とすれば誤判を招くおそれがあること

- ・判断基準 = 上記趣旨より、以下の①、②で判断

①虚偽自白を誘引する状況の有無

②かかる状況と自白との因果関係の有無

…当該状況があったから自白したのか否か

(3) 具体的検討

ア 偽計による自白

偽計によって被疑者が心理的圧迫を受け、その結果虚偽の自白を誘発させる危険がある。

→任意性に疑いがある。

イ 約束自白

(ア) 検察官が自白すれば不起訴にすると約束して自白させた

…(a) 提示された利益の内容、(b)利益の提示者と利益の関係、(c)利益提示の態様を考慮し、被疑者への心理的影響を検討。

→(a) 不起訴にする = 被疑者にとって極めて強力な利益

(b) 現行法上、検察官に独占的な起訴裁量権が認められている

(c) 明示か黙示かなど

…明示なら被疑者に与える心理的影響は極めて大きい。

(イ) 警察官が自白すれば不起訴にすると約束して自白させた

→(b) について

…警察官には、起訴・不起訴を決定する権限はない。

→しかし、虚偽排除の観点からは、現実には権限が存在したか否かよりも、被疑者がそのように信じていたかが重要。一般に、被疑者が警察官に事実上処分を決定する権限があると信じる可能性があることは否定できない。

ウ 弁護人選任権（or 接見）を侵害して採取された自白

… 法律的知識に乏しく、かつ、身体拘束下にある被疑者にとって自己の防御権を行使するためには、弁護人の選任あるいは接見は不可欠。

→実質的に被疑者に心理的強制を加えることにほかならない。

エ 黙秘権の不告知による自白

… 黙秘権不告知から直ちに自白の任意性が否定されるのではなく、任意性判断の一要素となる。（任意性は否定されないとする判例あり）

オ 手錠をかけたままの取調べ

… 心身への圧迫により任意の供述は期待できないと推定され、任意性は否定されるのが原則（任意性が認められるとした判例もあり）

カ 違法な拘束中の取調べ

… 任意性を疑わせる事由が存在すれば、自白法則により証拠能力否定。任意性を疑わせる事由が存在しなくても、違法収集証拠排除法則から証拠能力が否定され得る。

※ 本問の検討（任意性について）

供述調書にしない、他の警察官や検察官には教えないと約束しておきながら、密かに甲の供述を録音＝ある種の偽計

→ しかし、不起訴の約束等がされた場合とは異なり、自白すれば利益を与えとか、自白しないと不利に扱うというものではない。

…自白をしても大丈夫だと思わせるものにすぎない。自白をすることで有利になるわけでも、しないから不利になるわけでもない。

→虚偽の供述をする動機付けとはならない。

(4) 反復自白

- ・ 警察官の取調べによる自白（自白①）

- ・ 検察官による取調べの際にも同一の自白（自白②＝反復自白）

… 検察官の取調べには虚偽自白を誘発する状況は存在しなかったが、警察官の取調べにはかかる状況が存在。自白①は319条1項より証拠能力否定。

→自白②についても319条1項により、証拠能力が否定されないか。

… 反復自白についても虚偽自白を誘発する状況の有無によって任意性を判断すべきであるが、既に最初になされた自白の段階で心理的影響を受けているため、かかる影響を遮断するための特段の措置が講じられていない限り、任意性は認められない。

→影響が遮断されたか

…第一次的自白採取の態様、それぞれの取調べの主体や目的の異同、取調べの時間的間隔や場所的同一性、第二次的自白の際の取調官の言動等の諸般の事情を考慮して判断

★ 反復自白における2つの処理方法

- ・ 第1次自白を自白法則で排除した場合

→心理的影響の遮断を問題にする（上記）

- ・ 第1次自白を違法収集証拠排除法則で排除した場合

（例：実質的逮捕によって得られた自白）

→毒樹の果実の理論

①第1次証拠の違法の程度＝令状主義の精神を没却するような重大な違法

②第2次証拠の重要さの程度＝第1次自白と同じ

③第1次証拠と第2次証拠の関連性の程度

(5) 任意性を欠く自白に基づいて発見された証拠の証拠能力

…不任意自白による調書を疎明資料に捜索差押許可状発付、覚せい剤差押。

①自白収集過程に違法があるかを検討

②自白収集過程の違法が重大で、排除が相当か（違法収集証拠排除法則）

③自白と派生証拠との関連性を検討（毒樹の果実の理論）

…不任意自白：虚偽を含むおそれがあるから排除される。

→証拠物は物（客観的証拠）であり、不任意だと虚偽を含むおそれがあるとの根拠妥当しない。

=不任意性は証拠物には引き継がれず証拠能力は否定されない。

→当該自白が不任意だけでなく、違法な収集手続によって収集されたならば、違法収集証拠からの派生証拠（毒樹の果実）。

※ 補強法則

=被告人を自白だけで有罪とすることはできず、他の証拠がなければ有罪としてはならないとする原則（憲法 38 条 3 項、法 319 条 2 項）

・補強を要する範囲

…補強法則の趣旨 = 自白偏重を避けることで誤判を防止

→補強を必要とする自白は任意性を備えた自白（当然の前提）

→内容の真実性を担保するに足る証拠があれば趣旨に適い、これで足りる。

※ 具体例

①強盗致傷罪：傷害に関する被害者の供述のみで足る

②盗品等運搬罪：盗難届だけで足る

③無免許運転罪：運転行為のみならず、無免許の事実についても補強証拠必要
(運転行為は犯罪ではない)

3 伝聞法則（法 320 条 1 項）

（1） 伝聞法則に関する問題の構造

- ① 伝聞法則＝法 320 条 1 項による証拠能力の否定
- ② 伝聞該当性判断（伝聞証拠の意義→これに該当するか）
- ③ 伝聞例外該当性判断（法 321 条～324 条）

※ 順序として、まず法 326 条の同意の有無を検討。伝聞であっても同条の同意あれば証拠能力を認めてよい。

（省略してもよいが、構造の理解を示すべく、伝聞該当性判断の後に、「本件では法 326 条の同意がないため法 321 条以下の伝聞例外に該当するか問題となる」などと記載するとよい）

※ ・ 321 条＝被告人以外の者の供述を内容とする書面等

→ 1 項 1 号：裁判官の面前調書

2 号：検察官面前調書

（検察官が作成する被告人以外の者の供述録取書）

3 号：1・2 号以外の供述録取書

（警察官作成の被告人以外の供述録取書がメイン）

→ 2 項：公判準備・公判期日における供述を録取した書面

→ 3 項：検証調書（実況見分調書（論証必要））

→ 4 項：鑑定調書

・ 322 条 1 項＝被告人の供述録取書等

・ 324 条＝再伝聞の際の準用規定

※ 328 条は証拠能力が認められない場合にも、弾劾証拠として証拠とすることは認める規定

(2) 意義（伝聞該当性の規範）

・伝聞法則の根拠（趣旨）

…供述証拠には知覚・記憶・表現・叙述の過程に誤りが入りこむおそれがあり、
反対尋問によって誤りがないかチェックする機会を確保する必要

→形式的に 320 条 1 項に定める供述証拠に該当したとしても、上記誤りをチェックする必要がない場合には、伝聞証拠にあたる必要はない。

→伝聞証拠＝公判廷外の供述を内容とする供述証拠であり、その供述内容の
真実性を立証するために用いるものをいう

→ある供述を、供述内容の真実性を立証するために用いること
になるかどうかは、要証事実によって変わってくる

→伝聞証拠該当性は、要証事実との関係で相対的に決まる

※ 上記を踏まえて試験で使いやすい論述

「 伝聞証拠の証拠能力を否定する法 320 条 1 項の趣旨は、供述は知覚・記憶・表現・叙述の各過程において誤りが混入しやすく、反対尋問による真実性の吟味を要するところ、公判廷外供述にはその機会がないことにある。

そこで、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠であって、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるものをいうと解する。」

※ 非伝聞になるのは次の 2 パターン

①要証事実との関係で非伝聞となる（規範に照らして非伝聞）

…要証事実との関係で、供述の内容ではなく、その存在自体に意味があるもの

→例：脅迫文言、名誉毀損的発言、情況証拠、弾劾証拠

②伝聞法則の根拠から非伝聞となる（規範には当てはまってしまうものの）

…知覚・記憶・表現・叙述の過程に誤りが入り込むおそれがない

=反対尋問をする必要がない

→例：精神状態の供述、自然発生的供述、行為の言語的部分

(3) 要証事実の確定

前述の規範(意義)を用いる以上、要証事実が何かは適切に認定する必要がある。

要証事実とは、当該証拠により立証しようとする犯罪の成否(構成要件該当性や違法性など)、犯人性などについての事実であって、立証趣旨とは異なることに注意。

立証趣旨は、証拠と要証事実の関係性を示す説明である。ただ、試験においては、立証趣旨と要証事実が大きく乖離することはほとんどないといえ、ニアリーイコールと考えても大きく外すことはないと思われる。とはいえ、要証事実を適切に認定できている答案は非常に評価が高く、これを理解していることを示す価値は大きい。

※ 要証事実の認定の仕方

- ・ 起訴された犯罪の構成要件に該当する具体的事実を分析する
- ・ 立証趣旨を参照しつつ、当該供述証拠の内容を見て、当該供述証拠によって認定可能な、立証趣旨に関係ある事実を把握する
(供述の全部を使う必要はなく一部を抜き出してよい)

例：公訴事実＝甲は平成20年1月15日に甲方で覚せい剤を所持していた

証拠＝Wの供述

「平成20年1月14日に甲方でビニール袋に入った白い粉を見た」

立証趣旨＝甲の覚せい剤所持

→要証事実

…上記証拠から明らかになるのは、平成20年1月14日の甲の甲方で覚せい剤様の物の所持。この間接事実、14日に持っていれば、翌日の15日にも持っているだろうという経験則からの推認を加えることで、公訴事実に係る構成要件的事実(主要事実)である、平成20年1月15日の、甲の、甲方で覚せい剤所持を立証していく構造。

→よって、上記証拠に係る要証事実は、甲が平成15年1月14日に甲方でビニール袋に入った白い粉を所持していた事実となる。

(立証趣旨から、単に、甲の覚せい剤所持とすることや、証拠から直接には立証できない主要事実である1月15日の覚せい剤所持とすることは不正確)

※ 要証事実によって伝聞該当性が相対的に決せられることを示す事例

→米子美人殺し事件(最判昭和30・12・9)の理解

…「あの人はすかんわ、いやらしいことばかりする」という被害者の生前の供述を伝える第三者の証言が伝聞証拠にあたるか

①被告人が犯人性を争っている場合

…要証事実:「動機」=「被告人が被害者と情交したいと思っていたこと」

→本当にいやらしいことをしていたかが問題(当該供述の内容が真実なら被告人が情交したいと思っていた事実が認定できる)

→伝聞証拠

②被告人が姦淫の事実は認めており、和姦の主張をしている場合

…要証事実は「被害者は嫌悪の情を持っており和姦ではないこと」

→A 被害者の感情が要証事実なので精神状態供述

→B 被害者がこのような発言をしていること自体をもって、本当にいやらしいことをしていたかという内容の真実性と関係なく、要証事実を認定できる

→非伝聞

※ メモの伝聞性

- ①メモに記載された内容（メモに記載された犯行の手順や方法等）を立証する証拠として使用する場合

→メモの記載内容の真実性を立証しようとするものであり、伝聞証拠。

- ②メモ作成者の意思（被害者の襲撃を企図、計画していたこと）を立証する証拠として使用する場合

→精神状態供述、ないし、存在・記載自体に意味（非伝聞）

- ③共犯者らの謀議の成立過程（事前共謀に基づく組織的犯行であること）を立証する証拠として使用する場合

→メモの存在と記載自体が証拠。記載内容の真実性は問題とならず非伝聞

- ④犯人性立証のために使う場合

→客観的な証拠から認定された被害者の死亡状況と一致する内容を記載したメモの存在を間接事実として、被告人の犯人性を推認させようとしている。

→記載内容の真実性は問題とならず、非伝聞。

- ⑤共謀の存在を認定する場合

- ・事例：現に発生した犯罪と一致するメモを被告人が持っていたため、立証趣旨を「共謀の事実」としたうえで、本件メモの証拠調べ請求

→本件メモによって証明すべき事実＝「A・B間の共謀の存在」

- ・メモの記載内容が別の証拠によって証明された客観的な犯罪事実と一致

- ・メモが犯罪発生前に作成されたものと判明

→当該犯罪はメモ記載の犯行計画にのっとって遂行されたと推認できる。

→メモを作成又は所持している者は、当該犯罪に関与と推認できる。

…記載内容の真実性とは無関係に、共謀の存在を推認でき、非伝聞

4 違法収集証拠排除法則

(1) 違法収集証拠排除法則

違法に収集された証拠を証拠として用いることができるか（明文なし）

→証拠の収集手続に違法があっても、証拠物件自体の証拠価値に変わりはなく、真相究明のためには直ちに証拠能力を否定すべきではない。

→人権保障・適正手続（憲法 31 条）・司法の廉潔性・将来の違法捜査抑止に配慮する必要

→①証拠の収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法

②証拠として許容することが、将来の違法捜査抑制の見地から相当でない

…証拠能力否定

※ 判断要素

①違法の重大性

…違反の程度、状況（偶然性、緊急性）

②排除相当性

…違反の頻発性、違反と証拠獲得との因果性、事件の重大性、証拠の重要性

(2) 違法性の承継

事例：無令状でエックス線検査後、検証令状を得て、この令状に基づきエックス線検査を行なった旨の虚偽の捜査報告書を作成。当該捜査報告書を疎明資料として捜索差押許可状を得て、覚せい剤を差押え。

… 先行する捜査手続の違法がその後の証拠収集手続に影響を及ぼし、前者の手続における違法が後者の手続に承継されないか。

→先行手続と後行手続は別個の手続だが、先行手続の違法が後行手続に影響を及ぼさないとすれば、違法収集証拠排除法則の趣旨を没却。

→先行手続とその後の証拠収集手続とが一体の手続と評価できるような場合には、違法性の承継を認めるべき。

- ・両手続が同一目的
- ・先行手続による状態を直接利用して証拠収集、又は、先行・後行手続が密接な関連
 - 先行手続の違法が後行手続に承継される。

※ 事例において、差し押さえた覚せい剤が違法収集証拠となる場合、これを鑑定した鑑定書の証拠能力については、毒樹の果実の理論が問題となる

(3) 毒樹の果実

違法捜査によって発見された証拠に基づいて更に発見された証拠が排除されないと、違法収集証拠排除法則の趣旨を没却する。しかし、全ての派生証拠の証拠能力を否定すると、あまりに真実発見の要請を害する。

→①第一次的証拠の収集方法の違法の程度

②収集された二次的証拠の重要さの程度

③両証拠間の関連性の程度

を考慮して、両者の関係が密接といえる場合、第2次証拠の証拠能力が否定

※ 例外＝独立入手源の法理、不可避的発見の法理、希釈法理

(4) 本問の違法判断の構造

判断構造＝強制処分該当性→任意捜査の限界

・強制処分該当性について（秘密録音のパターン）

→①会話の一方当事者である捜査官等が録音（本問の事案）

②会話の一方当事者の同意を得て録音

③会話の両当事者の同意なく録音

…①・②＝このような捜査方法の定めなし。強制処分法定主義の問題（法197条1項但書）

③＝法222条の2に定めあり。令状主義違反の問題

※ 強制の処分＝個人の意思を制圧し、生命・身体・財産等の重要な権利に制約を加え、強制的に捜査目的を達成するなど、法に特別の根拠なければ許容することが相当でない処分

→本問：権利＝プライバシー権（一般に重要な権利）

→問題となっているのは、プライバシーの中でも会話の秘密。

会話の秘密は、会話の相手方には知られており、相手方がどう処分するかは相手方にゆだねられる。

…権利の重要性は低くなる。

：個人の意思の制圧

＝一般的に明示・黙示の意思に反すること

→秘密である以上反しようがないとも思えるが、このような場合、録音されると知ったなら、それが意思に反するかどうかを判断

・任意捜査の限界

…強制処分でないとしても、権利侵害ある以上、無制約には認められない。

→捜査の必要性、緊急性、これにより害される権利と、守られる公益との権衡を考慮し、具体的状況の下で相当と認められる場合に限り許される

※ 捜査手法を一般的にとらえず、本問の具体的状況を取りこんで考えることが重要

第1 自白法則及び違法収集証拠排除法則について

1 本件 IC レコーダーに録音された内容は、甲が乙に便宜を図ることを依頼するお礼として 800 万円を渡したことであるから、贈賄罪（刑法 198 条）の犯罪事実を認める旨の供述として自白に当たる。また、かかる録音は、甲に告げることなくなされたものである。

そこで、自白法則（刑事訴訟法（以下略）319 条 1 項）ないし違法収集証拠排除法則により、本件 IC レコーダーの証拠能力は否定されないか。

2 刑事訴訟法に明文の規定がある自白法則から検討する。

(1) 自白法則の趣旨は、虚偽排除の観点から誤判の危険を防止し、人権擁護の観点から黙秘権ないし供述の自由を確保することにある。そこで、①自白が虚偽の自白を誘発する典型的危険性や供述の自由を侵害する典型的危険性が認められる状況でなされており、②かかる状況と自白に因果関係が認められる場合には、証拠能力が否定されると解する。

(2) K は、ここで甲が話すことは供述調書にせず、誰にも教えないとして、甲に本当のことを話すよう申し向けている。それに対して甲は「それなら本当のことを話します。」と述べていることから、K の提案は甲の自白のきっかけとなったといえる。もっとも、K の提案は、供述調書にしないことや口外しないことに留まり、起訴不起訴等の重大な利益に関することではない。また、K は供述拒否権も告知しているし、執拗に自白を迫った等の事情もなく、あくまでも提案したに過ぎない。よって、甲が自白した状況につき、虚偽の自白を誘発する典型的危険性や供述の自由を侵害する典型的危険性はない(1)。

(3) したがって、自白法則の適用によっては証拠能力は否定されない。

3 では、甲に告げることなく録音したことが違法となり、違法収集証拠排除法則の適用によって IC レコーダーの証拠能力が否定されないか。

違法収集証拠排除法則とは、司法の廉潔性や将来の違法捜査抑止の要請から（1 条）、①令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、②それを証拠として許容することが将来の違法捜査抑制の見地から相当でない認められる場合に、証拠能力を否定するというものである。

(1) まず、被疑者に告げることなく録音する行為が強制処分にあたれば、強制処分法定主義（197 条 1 項但書）に反するものとして違法となる。

ア 強制処分の要件・手続が厳格であることから、強制処分は、かかる厳格性のもとで保護する必要がある重要な権利利益を実質的に侵害・制約する処分に限定すべきである。そこで、強制処分とは、相手方の明示または黙示の意思に反し、重要な権利利益を実質的に侵害・制約する処分をいい、それ以外は任意処分と解する。

イ 密かに録音する行為は、被疑者の推定的意思に反するものといえる。もっとも、会話内容の秘密性は相手方に委ねられており、プライバシー保護への期待は減少して

いる。よって、類型的に見て、重要な権利利益を実質的に侵害・制約する処分とはいえないから、強制処分には当たらない。

- (2) では任意処分として適法か。任意処分であっても何らかの法益を侵害する恐れがあるから、必要性・緊急性を考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度で適法となると解する。

ア 本件では、甲乙による贈賄事件の内偵捜査を進めるうちに、A社の預金口座から引き出された800万円が、乙の新車購入費用に充てられた可能性が出てきた。よって、贈賄罪という重大犯罪につき、甲の嫌疑が高まっているといえる。また、贈賄罪は被害者がいないため、被疑者の供述が犯罪事実を立証するための重要な証拠となると、甲は口外しないとのKの発言を聞いて自白に至っている。よって、密かに録音を行う必要性は高いといえる。

一方、侵害される甲の利益は会話の秘密性であるところ、口外しないとのKの発言があったとしても、会話内容の秘密性は相手方たるKに委ねられるものであるから、プライバシーの要保護性は低く、侵害の程度としても低い。

イ よって、密かに録音する行為は具体的状況のもとで相当といえ、適法である。

- (3) 以上より、違法収集証拠排除法則の適用により証拠能力は否定されない。

第2 伝聞法則について

1 本件ICレコーダーの録音内容は、公判廷外の供述を内容とするものであるから、伝聞証拠として証拠能力が否定されないか。

2 伝聞法則(320条1項)の趣旨は、供述証拠は知覚・記憶・表現・叙述の過程を経るところ、各過程には誤りや虚偽が介在する恐れがあるにもかかわらず、公判廷外の供述は反対尋問等により供述の信用性を吟味し、内容の真実性を担保できない点にある。

(1) そこで、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする供述または書面で、その内容の真実性を証明するのに用いられるものをいうと解する。内容の真実性が問題となるかは、要証事実との関係で相対的に決まる。

(2) ICレコーダーの録音内容は公判廷外の甲の供述を内容とする。また、ICレコーダーは「書面」ではないが、供述を公判に提出する媒体という点で共通する。そして、立証趣旨たる「甲が乙に対し賄賂として現金800万円を供与したこと」との関係で、甲の自白の真実性が問題となるから、本件ICレコーダーは伝聞証拠にあたる。

3 では、伝聞例外として証拠能力が認められないか。322条1項該当性が問題となる。

(1) まず、甲の供述を録取したICレコーダーには被告人甲の署名押印がない。もっとも、これは録取者の伝聞過程を排斥するために要求されるところ、機械で録音する場合には誤りや虚偽が介在する恐れがないから、不要と解する。

(2) 甲の供述は贈賄を自白するものとして「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」であるところ、上記検討の通り自白法則の適用を受けず、任意性は否定されない。

(3) よって、本件ICレコーダーの証拠能力は認められる。

伝聞法則の適用は、供述の信用性を吟味する必要があるから、公判廷外の供述は伝聞証拠として証拠能力が否定される。ただし、322条1項の要件を満たす場合は例外である。本件では、甲の自白は不利益な事実の承認であり、かつ録音の過程で誤りや虚偽が介在する恐れがないから、伝聞法則の適用は不要である。よって、本件ICレコーダーの録音内容は伝聞証拠として証拠能力が認められる。

4 以上より、ICレコーダーを証拠とすることができる。

以上

- 評価 A+

- 非常によくできていた。作問と解答の両方、
全問解答、回答内容の両方とも非常に詳しく、
内容についてはよく説明されているように思いました。解答、
解答の経路をしっかりと示すなど、大層丁寧な解答だと思います。
問題が少い分、いいと思います。
- 各論議が流暢で、文章もよかったです。数学から理論と2つ以外に
若干、基礎的な部分の答えも添えています。
- 中級論議（白紙）も理論的に解くことができています。
（この部分も、いいです）
- 素直と説明が丁寧で、内容もよく理解できているように思いました。
答えていく経路もよく示すので、いいと思います。