〔第２問〕（配点：１００）

次の【事例】を読んで，後記〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事　例】

1　暴力団Ａ組は，けん銃を組織的に密売することによって多額の利益を得ていたが，同組では，発覚を恐れ一般人には販売せず，暴力団に属する者に対してのみ，電話連絡等を通じて取引の交渉をし，取引成立後，宅配等によりけん銃を引き渡すという慎重な方法が採られていた。司法警察員Ｐらは，Ａ組による組織的な密売ルートを解明すべく内偵捜査を続けていたが，Ａ組幹部の甲がけん銃密売の責任者であるとの情報や，甲からの指示を受けた組員らが，取引成立後，組事務所とは別の場所に保管するけん銃を顧客に発送するなどの方法によりけん銃を譲渡しているとの情報を把握したものの，顧客が暴力団関係者のみであることから，甲らを検挙する証拠を入手できずにいた。

平成２１年６月１日，Ｐらは，甲らによるけん銃密売に関する証拠を入手するため，Ａ組の組事務所であるアパート前路上で張り込んでいたところ，甲が同アパート前公道上にあったごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。そこで，Ｐらは，同ごみ袋を警察署に持ち帰り，その内容物を確認したところ，「５／２０　１丁→N.H　１５０」などと日付，アルファベットのイニシャル及び数字が記載された複数のメモ片を発見したため，この裁断されていたメモ片を復元した［**捜査①**］。

さらに，同月２日，Ｐらは，甲が入居しているマンション前路上で張り込んでいたところ，甲が同マンション専用のごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。なお，同ごみ集積所は，同マンション敷地内にあるが，居住部分の建物棟とは少し離れた場所の倉庫内にあり，その出入口は施錠されておらず，誰でも出入りすることが可能な場所にあった。そこで，Ｐらは，同集積所に立ち入り，同所において，同ごみ袋内を確認したところ，「５／２２　１丁→T.K　１５０」などと記載された同様のメモ片を発見したため，このメモ片を持ち帰り復元した［**捜査②**］。

Ｐらが復元した各メモ片の内容を確認したところ，甲らが，同年５月中に，１０名に対して，代金総額２２５０万円で合計１５丁のけん銃を密売したのではないかとの嫌疑が濃厚となった。

2　その後，Ｐらは，更なる内偵捜査により，Ａ組とは対立する暴力団Ｂ組に属する乙が，以前に甲からけん銃を入手しようとしたものの，その代金額について折り合いがつかずにけん銃を入手できなかったため，Ｂ組内で処分を受け，甲及びＡ組に対して強い敵意を抱いているとの情報を入手した。

そこで，Ｐは，同年６月５日，乙と接触し，同人に対し，もう一度甲と連絡を取ってけん銃を譲り受け，甲を検挙することを手伝ってほしい旨依頼したところ，乙の協力が得られることとなった。この際，Ｐは，乙に対し，電話で甲に連絡をした際や直接会って話をした際には，甲との会話内容をＩＣレコーダーに録音したいこと，さらに会話終了後には，引き続き，乙にその会話内容を説明してもらい，それも併せて録音したい旨を依頼し，乙の了解を得た。

同月７日午前１１時ころ，乙は，乙方近くのＥ公園において，自らの携帯電話から甲の携帯電話に電話をかけ，甲に対し，「前には金額で折り合わなかったが，やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」などと言い，甲から，「分かった。値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」などとの話を引き出した。乙の近くにいたＰは，この会話を乙の携帯電話に接続したＩＣレコーダーに録音し，さらに，同会話終了後にされた「自分は，平成２１年６月７日午前１１時ころ，Ｅ公園において，甲と電話で話したが，甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後１時ころ，Ｆ喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」という乙による説明も録音した［録音①］。

翌８日午後１時ころ，待ち合わせ場所のＦ喫茶店において，甲と乙は，けん銃の譲渡について話合いをした。その際，甲と乙は，代金総額３００万円でけん銃２丁を譲渡すること，けん銃は後日乙の指定したマンションへ宅配便で配送すること，けん銃の受取後，代金を直接甲に支払うことなどを合意するに至った。隣のテーブルにいたＰは，このけん銃譲渡に関する会話をＩＣレコーダーに録音し，さらに，甲が同店を立ち去った後にされた「自分は，平成２１年６月８日午後１時ころ，Ｆ喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃２丁を３００万円で売ってくれることになった。けん銃２丁は宅配便で，りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金３００万円は後で連絡を取り合って場所を決め，その時渡すことになった。」という乙による説明も録音した［録音②］。

3　翌９日以降，Ｐらは，乙がけん銃を受け取ったことを確認し次第，甲をけん銃の譲渡罪で逮捕し，関係箇所を捜索しようと考え，度々乙と電話で連絡を取り，甲からけん銃２丁が配送されてきたか否か確認を続けた。しかし，同月１４日午後９時ころ，Ｐらは，乙が電話に出なくなったことから不審に思い，乙の生命又は身体に危険な事態が発生した可能性があることからその安全を確認するため，乙方マンション管理人立会いの下，乙方に立ち入ると，乙が居間において，頭部右こめかみ付近から出血した状態で死亡しているのを発見した。乙の死体付近にはけん銃２丁が落ちており，その近くには開封された宅配便の箱があり，その中を確認するとりんごが数個入っていた。また，机上には乙の物とみられる携帯電話１台があった。Ｐらは，甲によるけん銃譲渡の被疑事実について，裁判官から捜索差押許可状の発付を得た上で，発見したけん銃２丁及び携帯電話１台を押収した。さらに，Ｐらは，押収した乙の携帯電話の発信歴や着信歴を確認したが，すべて消去されていたため，直ちに科学捜査研究所で，消去されたデータの復元・分析を図った［**捜査③**］。その結果，頻繁に発着信歴のある電話番号「０９０－７２７４－△△△△」が確認され，さらにこの契約者を捜査すると丙女であることが明らかとなった。なお，Ｐらは，乙方では遺書等を発見できず，押収したけん銃２丁には乙の右手指紋が付着していたものの，乙が死亡した原因を自殺か他殺か特定できなかった上，捜査の必要から，乙死亡についてマスコミ発表をしなかった。また，宅配便の箱に貼付されていた発送伝票の発送者欄には，住所，人名及び電話番号が記載されていたが，捜査の結果，それらはすべて架空のものであることが明らかとなった。

4　翌１５日午後７時ころ，Ｐらが乙の携帯電話を持参して丙女方を訪ねると，丙女は，当初は乙を知らないと供述したものの，Ｐらが乙の携帯電話の電源を入れ，

丙女の携帯電話番号の発着信歴が頻繁にあったことを告げると，ようやく，乙と約２年前から交際していたことを認め，乙から，今回警察の捜査に協力していることやそのためにＡ組の甲からけん銃を譲り受けることを打ち明けられていたなどと供述した。そのような事情聴取を継続中に，突然，乙の携帯電話の着信音が鳴った。Ｐらは，着信の表示番号が以前に乙から教わっていた甲の携帯電話番号であったので，甲からの電話であると分かり，とっさに，丙女から，電話に出ること及び会話の録音についての同意を得た上で，丙女に電話に出てもらうとともに，乙の携帯電話の録音機能を使用して録音を開始した。すると，甲と思われる男の声で，「もしもし，甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。３００を早く支払ってくれよ。」との話があり，丙女が，乙が死亡してしまったこと，自分は乙の婚約者であることを告げると，甲と思われる男は，「婚約者なら乙の代わりに代金３００万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」などと強く言ってきた。Ｐがメモ紙に代金は警察が用意するので待ち合わせ場所を決めるようにと記載して示すと，丙女は，その記載に従って，「分かりました。代金は，乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」などと言い，同月１７日に甲とＦ喫茶店で待ち合わせることになった。Ｐは，電話終了後，乙の携帯電話の録音機能を停止して再生し，丙女と甲と思われる男の会話内容が録音されていることを確認した［録音③］。

５　同月１７日午後３時ころ，丙女がＦ喫茶店に赴いたところ，甲が現れたので，Ｐらは，甲をけん銃２丁の譲渡罪で緊急逮捕した。

甲は勾留後，否認を続けたが，検察官は，本件けん銃２丁，甲乙間及び甲丙女間の本件けん銃譲渡に関する［録音①］，［録音②］及び［録音③］を反訳した捜査報告書**【資料】**，丙女の供述等を証拠に，同年７月８日，甲をけん銃２丁の譲渡罪で起訴した。

被告人甲は，第一回公判期日において，「自分は，乙に対してけん銃２丁を譲り渡したことはない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において，検察官は，「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」を立証趣旨として，前記捜査報告書を証拠調べ請求したところ，弁護人は，不同意とした。

〔設問１〕　（略）

〔設問２〕　【事例】中の捜査報告書の証拠能力について，前提となる捜査の適法性を含めて論じなさい。

【資料】

捜　査　報　告　書

平成２１年６月１８日

○○県□□警察署
司法警察員　警視　　Ｐ殿

○○県□□警察署
司法警察員　巡査部長　　Ｋ　㊞

被疑者　　甲
（本籍，住居，職業，生年月日省略）

上記の者，平成２１年６月１７日，銃砲刀剣類所持等取締法違反被疑事件の被疑者として緊急逮捕したものであるが，被疑者は，乙及び丙女との間で電話等による会話をしており，その状況を録音したＩＣレコーダー及び携帯電話を本職が再生して反訳したところ，下記のとおり判明したので報告する。

記

1　平成２１年６月７日午前１１時ころ～午前１１時５分ころ，電話による通話等

⑴乙　「もしもし，乙ですが，この間は申し訳なかったね。」
「やはり，物必要なんだ。前には金額で折り合わなかったが，やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」
甲　「今更何言ってるの。物って何のことよ。」
乙　「とぼけないでくださいよ。×××のことですよ。」
甲　「前は，高過ぎるとか，ほんとに良い物なのかとか，うるさかったじゃない。うちのは××××とは違うんだよ。」
乙　「悪かったね。やはりどうしても欲しいんだ。助けてほしい。」
甲　「分かった。うちの回転×××の×××は物が良いので，値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」
乙　「よく分かったよ。明日１時に前回と同じＦ喫茶店でどうだい。」
甲　「分かった。明日会おう。」
ここで，甲乙間の会話が終了し（なお×××部分は聞き取れず），引き続き，乙の声で，

⑵乙　「自分は，平成２１年６月７日午前１１時ころ，Ｅ公園において，甲と電話で話したが，甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後１時ころ，Ｆ喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」との話が録音されていた。

2　同月８日午後１時ころ，Ｆ喫茶店における会話等

⑴乙　「お久しぶり。この前は悪かったね。」

甲　「だから，この間の条件で買っておけばよかったんだよ。うちの条件は前回と同じ，１丁１５０万円，２丁なら×××××，物がいいんだからびた一文負けられないよ。」

乙　「分かったよ。それでいいよ。物どうやって受け取るんだい。」

甲　「うちのやり方は，直接渡したりはしないんだ。そこでパクられたら，所持で逃げようないからね。あんたのマンションへ宅配便で送るよ。りんごの箱に入れて，一緒に送るから。受け取ったら，×××渡してくれよ。場所はまた連絡する。」

乙　「それでいこう。頼むね。」

ここで，甲乙間の会話が終了し（なお×××部分は聞き取れず），引き続き，乙の声で，

⑵乙　「自分は，平成２１年６月８日午後１時ころ，Ｆ喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃２丁を３００万円で売ってくれることになった。けん銃２丁は宅配便で，りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金３００万円は後で連絡を取り合って場所を決め，その時渡すことになった。」との話が録音されていた。

３　同月１５日午後７時１５分ころ～午後７時２０分ころ，電話による通話

甲　「もしもし，甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。３００を早く支払ってくれよ。」

丙女「私は，乙の婚約者の丙女です。乙は死んでしまいました。」

甲　「ええ。死んだ。本当かよ。どうして死んだんだ。××か。」

丙女「分かりません。でも，遺書はありませんし，近くにけん銃が落ちていました。」

甲　「それはお気の毒だ。でも物は届いたんだろう。それなら，あんたが代わりに３００万円払ってくれ。」

丙女「そんなお金は持っていません。」

甲　「婚約者なんだろ。婚約者なら乙の代わりに代金３００万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」

丙女「分かりました。代金は，乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」

甲　「本当に用意できるのか。それじゃあ。明後日の１７日午後３時，Ｆ喫茶店に金を持ってきてくれ。××には言うなよ。」

丙女「分かりました。必ず行きます。」

ここで甲丙女間の会話が終了した（なお××部分は聞き取れず）。

STEP1　当該伝聞証拠について，知覚・記憶・表現・叙述の過程がいくつあるのかを数える

甲乙（甲丙）→ＩＣレコーダー→司法警察員Ｋ→本件捜査報告書
①　②　③

STEP2　伝聞構造の一番外側から 320 条 1 項（形式説）を適用し，伝聞例外の要件を検討する

③：本件捜査報告書全体が伝聞証拠に該当することは明らか
→「捜査官が五官の作用によって事物の存在及び状態を観察して認識する作用である検証の結果を記載した書面に類似した書面として，刑事訴訟法第 321 条第３項により，作成者Ｋが公判廷で真正に作成されたものであることを供述すれば証拠能力が付与される」（出題趣旨）

STEP3　その中にさらに供述証拠が含まれていないか（独立した伝聞証拠にならないか）を検討する

②：ＩＣレコーダーで機械的に録音されているから伝聞性を問題とする必要はない
①：甲乙間及び甲丙女間の会話部分と乙による会話内容の説明部分を分けて考える必要がある

1　甲乙間及び甲丙女間の会話部分
立証趣旨は，「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」である
→甲乙間の会話部分は，下記乙の会話部分と併せて考えれば，けん銃譲渡の謀議そのものであり，甲丙の会話も，代金支払いについての会話の存在から，甲乙のけん銃譲渡が推認されるから，会話の存在そのものを証明すること自体に意味がある
→立証趣旨＝要証事実
→内容の真実性は問題とならないから，非伝聞

2　乙による会話内容の説明部分
乙による説明部分は，説明した会話の内容たる事実を立証することによって，けん銃譲渡の事実を立証するもの
→内容の真実性が問題となるから，伝聞
→321 条 1 項 3 号の適否を検討する
ⓐ　その供述者が死亡，精神若しくは身体の故障，所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができない（供述不能）
→本問では満たす

ⓑ　その供述は犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき（不可欠性）

→甲乙間及び甲丙間の「会話部分にはけん銃という言葉など聞き取れない部分がある」から，これがけん銃についてなされた会話であることにつき乙による会話内容の説明部分による補充が必要であって，その書面に記載された供述を証拠とすると否とによって事実認定に著しい差異を生じさせる可能性があり，「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」といえる。

→これも本問では満たす

ⓒ　「乙による説明は会話に引き続きなされており，」記憶が新鮮なうちになされたものであること，「その内容は直前の会話内容と整合するとともに，乙方でりんごの箱とともに発見されたけん銃２丁などの客観的状況とも整合する」（出題趣旨）こと

→これも本問では満たす

※　出題趣旨等には指摘がないものの，機械的正確性を有するＩＣレコーダー（携帯電話）の録音，再生の過程を除いて考えれば，本件捜査報告書は，Ｋの供述書であると同時に，Ｋが乙の供述を書き取って書面化したものであり，乙の供述録取書としての性格を有するようにも思われる（最決平 17.9.27【百選 86】と同様の状況）。

そうすると，乙の署名押印が必要となり，321 条１項３号の実体要件を満たしたとしても，乙によるその会話内容の説明部分については証拠能力を有しないようにも思われる。

しかし，本問では，ＫがＩＣレコーダーを反訳している。本件捜査報告書全体が 321 条３項の書面として緩やかな要件の下で証拠採用されるのは，反訳が検証に準じて，音声の状態や内容に対する客観的認識を旨とする作業であり，その結果の記載は業務としての正確さをもってなされるからである。

そうすると，Ｋが乙のＩＣレコーダーに録音された説明を聴いた過程については，321 条３項の要件を満たすことで伝聞性が払しょくされており，重ねて署名押印を要求する必要はないように思われる。

これに対して，前掲最決平 17.9.27【百選 86】の事案は，「犯行再現状況」，「被害再現状況」が立証趣旨とされており，調書に記載された状況が調書作成時に存在したことについては，客観的認識及びその結果の記載の正確性が認められたとしても，供述録取部分についてはそうとはいえない。

そのため，この部分は供述録取書として性質決定され，署名・押印が要求されたものと解される。

本問とは，以上の点で事案に違いがあるといえよう。

出題趣旨

本問は，捜査・公判に関する具体的事例を示して，そこに生起する刑事手続上の問題点の解決に必要な法解釈，法適用にとって重要な具体的事実の分析・評価及び具体的帰結に至る過程を論述させることにより，刑事訴訟法等の解釈に関する学識，適用能力及び論理的思考力を試すものである。

事例は，暴力団幹部らによるけん銃の組織的な密売事件を素材とし，設問１は，警察官が，暴力団Ａ組幹部である被疑者甲がＡ組の組事務所であるアパート前公道上のごみ集積所に投棄したごみ袋や，自宅マンションのごみ集積所に投棄したごみ袋から発見したメモ片を持ち帰り復元する行為，さらに捜索差押許可状に基づいて差し押さえた携帯電話の消去されていたデータを復元・分析する行為について，その適法性を論じさせることにより，刑事訴訟法第２２１条の定める遺留物の領置，同法第２１８条第１項の定める捜索，差押え及び検証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。

刑事訴訟法第２２１条は，被疑者その他の者が遺留した物を令状なく領置することを認めているが，設問１の捜査①及び②では，本問のごみが遺留物といえるか，いえるとして捜査機関は何らの制限なくこれを領置することができるか問題となり，捜査③では，消去されたデータの復元・分析が捜索差押許可状の効力として許されるか，それとも新たな権利侵害に該当し別個の令状を必要とするか問題となるため，この問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論ずる必要がある。

法の文言解釈と事例への適用においては，同条における遺留物がなぜ令状なくして取得可能なのかという制度の趣旨に立ち返り，占有取得の過程に強制の要素が認められないからこそ令状を要しないとされている遺留物とは，遺失物より広い概念であり，自己の意思によらず占有を喪失した場合に限られず，自己の意思によって占有を放棄し，離脱させた物も含むなどと定義した上で，具体的事例の捜査①及び②のいずれについても，投棄されたごみが遺留物に該当するか否かをまず検討し，その上で，当該ごみが遺留物に該当するとしても，排出者がごみを排出する場合における「通常，そのまま収集されて他人にその内容を見られることはないという期待」がプライバシー権として権利性を有するか否かを検討し，さらに，同権利性が認められるとしても，本件事例においてなお要保護性が認められるか否かを論ずるべきである。

こうした法解釈の枠組みの中で，本件事例の具体的状況下におけるごみの領置の必要性及び相当性を検討してその適法性を論ずることになろうが，いずれも事例中に現れた具体的事実を的確に抽出，分析しながら論ずべきである。個々の適法又は違法の結論はともかく，具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく，それぞれの事実が持つ法的な意味を的確に分析して論じなければならない。例えば，捜査①については，けん銃密売事件という重大犯罪でありながら組織的に，かつ，巧妙な手段により行われていたため通常の捜査方法では摘発が困難であったという捜査の必要性に加えて，ごみ袋が投棄されたのがだれもが通行する場所であったという具体的状況や，他者が拾うことも予想される公道上のごみ集積所から，甲がごみ袋を置いたのを現認した上で，同ごみ袋を持ち帰ったという手段の相当性を検討するべきであるし，捜査②については，ごみ集積所がマンション敷地内にあるが，管理者の同意なしに敷地内に立ち入る行為の法的意味をどのように評価すべきか，その際，

そこは居住部分の建物棟とは少し離れた場所の倉庫内にあり，その出入口は施錠されておらず，だれでも出入りすることが可能であったという事実をどのように評価するか，その場所に投棄されたごみの遺留物性及びプライバシー権の要保護性の有無を，捜査①との違いを意識しながら検討して論じる必要があろう。また，捜査③では，消去されたデータの復元とは，消去によって可視性がなくなったデータを可視性がある状態にするものであり，元々のデータを破壊，改変等するものではないといった具体的事実の分析をし，その上で，令状裁判官の審査を経た当初の携帯電話に対する捜索差押許可状がどこまでの効力を持つものかという観点から論ずるべきである。

設問２は，被疑者甲と捜査協力者である乙及び丙女との会話を録音したＩＣレコーダーや携帯電話を再生して反訳した捜査報告書について，その要証事実との関係での証拠能力を問うことにより，伝聞法則の正確な理解と具体的な事実への適用能力を試すものである。さらに，その前提として，本問では，おとり捜査や秘密録音といった捜査手法がとられていることから，それらの適法性が捜査報告書の証拠能力に影響し得るため，併せてそれらの適法性についても問い，これらの捜査の適法性についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試している。

まず，前提となる捜査の適法性については，おとり捜査の意義を定義し，おとり捜査一般の問題の所在や適法性の判断基準を示した上で，いわゆる機会提供型か犯意誘発型かというだけではなく，本件で当該捜査手法をとるべき必要性・補充性や働きかけ行為の相当性を考慮し，設問で与えられた具体的事実を踏まえて，本件における乙を通じての被疑者甲へのけん銃譲渡の働きかけが適法であるか否か詳細に検討する必要がある。また，会話の一方当事者の同意がある場合における通話及び会話の秘密録音については，例えば，会話当事者の一方が録音に同意している場合には，その会話内容は相手方の支配下に置かれたものであり，会話の秘密性は放棄したものと評価され，要保護性は，通信傍受のような会話当事者のいずれの同意もない場合に比べて低下しており，任意捜査としてその適法性を判断するなどと，この問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論じた上で，録音①，②及び③のそれぞれの状況における具体的事実を踏まえて適法性を論ずるべきである。

これら前提となる捜査の適法性を論じた後，捜査報告書の証拠能力を検討することになろうが，本問では，検察官が，「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」という立証趣旨を設定して本件捜査報告書の証拠調べを請求したところ，弁護人は，これに不同意の意見を述べている。本件捜査報告書は，作成者である司法警察員ＫがＩＣレコーダーや携帯電話の録音内容を聞いた上で，これを反訳したものであり，捜査官が五官の作用によって事物の存在及び状態を観察して認識する作用である検証の結果を記載した書面に類似した書面として，刑事訴訟法第３２１条第３項により，作成者Ｋが公判廷で真正に作成されたものであることを供述すれば証拠能力が付与されるという捜査報告書全体の性質をまずは論ずる必要があろう。

その上で，本件捜査報告書には，甲乙間及び甲丙女間の会話部分並びに乙によるその会話内容の説明部分が含まれていることから，これらの部分の証拠能力について，更に伝聞法則の適用があるか否かを要証事実との関係で検討する必要がある。要証事実を的確にとらえれば，甲乙間及び甲丙女間の会話部分については，会話内容が真実かどうかを立証するものではなく，甲乙間及び甲丙女間でそのような内容の会話がな

されたこと自体を証明することに意味があり，会話の存在を立証するものであるから，この会話部分は伝聞証拠には該当しないとの理解が可能であろう。これに対して，乙による説明部分については，正に乙が知覚・記憶し，説明した会話の内容たる事実が要証事実となり，その真実性を証明しようとするものであるから，伝聞証拠に該当すると解した上で，伝聞例外を定める刑事訴訟法第３２１条第１項第３号によりその証拠能力の有無を検討することになる。同号の各要件については，乙の死亡や会話部分にはけん銃という言葉など聞き取れない部分があること，乙による説明は会話に引き続きなされており，その内容は直前の会話内容と整合するとともに，乙方でりんごの箱とともに発見されたけん銃２丁などの客観的状況とも整合するといった具体的事実を的確に当てはめ，その証拠能力を検討しなければならない。

いずれの設問についても，正確な法的知識を当然の前提としながら，法解釈論や要件を抽象的に論じるだけでなく，事例中に現れた具体的事実関係を前提に，法的に意味のある事実の的確な把握と要件への当てはめを行うことが要請されている。

採点実感

1　採点方針等

本年の問題も，過去４回の試験と同様，比較的長文の事実関係を記載した事例を設定し，そこに生起している刑事訴訟法上の問題点につき，問題解決に必要な法解釈をした上で，法解釈・適用に必要不可欠な具体的事実を抽出・分析し，これに法解釈により導かれる法準則の当てはめを行い，一定の結論を筋道立てて説得的に論述することを求めており，法律実務家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。

出題に当たっては，刑事訴訟法の中でも重要であり，法律実務家になるために理解しておかなければならない犯罪捜査に関する基本的な問題と伝聞法則を選定した上，設問において，答案で論じてほしい事項を画定明示することにより，受験者が，一定の時間内に，法解釈と事実の分析等の双方について，必要十分な論述を行うことができるように配慮した。

具体的な出題の趣旨については，公表されているとおりである。設問１では，けん銃の組織的な密売事件を素材として，被疑者が公道上のごみ集積所やマンション敷地内にあるごみ集積所に投棄したごみ袋を司法警察員が持ち帰り復元する行為や捜索差押許可状に基づいて差し押さえた携帯電話のデータを復元・分析する行為について，その適法性を問い，遺留物の領置や捜索，差押え及び押収物についての必要な処分等に関する考え方を示した上，事例への法適用の部分では事実が持つ意味を的確に位置付けて論じることを求めている。設問２では，被疑者と捜査協力者らとの会話を録音したＩＣレコーダー等を反訳した捜査報告書について，その要証事実との関係での証拠能力を問い，本件の具体的事実関係を的確に把握・分析した上で，前提となっているおとり捜査や秘密録音といった捜査手法の適法性を論じるとともに，本件捜査報告書が伝聞証拠に該当するか否か，該当する場合に適用可能性のある伝聞例外規定に係る要件等の法解釈とその当てはめについて論じることを求めている。採点に当たっては，このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。設問１は，捜査①及び②については，法科大学院で刑事訴訟法を真面目に学習した者であれば，何を論じなければならないかは明白であり，その素材となる判例等も容易に思い浮かぶような事例であり，捜査③については法科大学院の授業で直接扱う事例ではないかもしれないが，令状に基づく強制処分の制度趣旨という基本に立ち返って考える能力を体得していれば，筋道だった論述ができるはずである。また，設問２も，何を論じなければならないかは明白な事例であり，刑事訴訟法の基本的知識が真に体得されているかを問うものである。

2　採点実感

次に，採点実感についてであるが，合格判定会議後に各考査委員から様々な意見を聴いているので，そのような意見をも踏まえた感想を述べる。

設問１については，刑事訴訟法第２２１条の定める遺留物の領置の法解釈について的確に論じた上で，各捜査ごとに個々の事例中に現れた具体的事実を的確に抽出，分析しながら論じられた答案が見受けられ，また，設問２については，本件での要証事実を的確に理解した上で，前提となる捜査手法を含めて最高裁判所の判例法理

等の理解をも踏まえて的確な論述ができている答案も見受けられた。他方，昨年までと同様に，不正確な抽象的法解釈や判例の表現の意味を真に理解することなく機械的に暗記して，これを断片的に記述しているかのような答案も相当数見受けられたほか，関連条文から解釈論を論述・展開することなく，問題文中の事実をただ書き写しているかのような解答もあり，法律試験答案の体をなしていないものも見受けられた。

以下，法科大学院における教育と学習の指針に資するため，理解が不十分と思われた点を具体的に述べる。

設問１については，被疑者が公道上のごみ集積所やマンション敷地内にあるごみ集積所に投棄したごみ袋を司法警察員が持ち帰り復元する行為について，遺留物の領置として適法といえるか否かを問うているにもかかわらず，これを単に強制処分に該当するか否か，該当しないとして任意捜査として許されるか否かという観点からのみ論じ，刑事訴訟法第２２１条に一切言及すらしない答案が少なからず見受けられた。また，捜索差押許可状に基づいて差し押さえた携帯電話のデータを復元・分析する行為について，当初の令状の効力として許される範囲内か，それとも，新たな権利侵害を伴うため別個の令状が必要であるのかを問うているにもかかわらず，捜索差押えとして適法であるか否かだけを論じている答案も相当数見受けられた。

設問２については，本件での具体的な事実関係を前提に，要証事実を的確にとらえ，伝聞法則の正確な理解を踏まえた論述ができている答案は少数にとどまった。本件では，捜査報告書全体については，捜査機関による検証に準じて刑事訴訟法第３２１条第３項により証拠能力が付与されることを前提に，会話部分と捜査協力者による会話内容の説明部分とに分け，前者はそのような内容の会話が存在したことが要証事実であって伝聞証拠には該当せず，後者だけが内容の真実性を要証事実とする伝聞証拠となることが明白であるにもかかわらず，伝聞証拠であることを当然の前提として，会話の主体によって会話を分断し，被疑者の発言部分は，刑事訴訟法第３２２条第１項により，協力者の発言部分は同法第３２１条第１項第３号によって証拠能力が付与されるとした答案が少なからずあった。また，検察官の立証趣旨が「会話の存在と内容」となっていることから，その言葉だけをとらえて，「会話の存在」である場合には非伝聞証拠であり，「会話の内容」である場合には伝聞証拠であるなどと検察官の設定した立証趣旨を勝手に分断して論じる答案も多数見受けられた。さらに，司法警察員により作成された捜査報告書の証拠能力を問うているにもかかわらず，これを無視し，録音テープであるから知覚，記憶，叙述の過程に誤りが入り込む余地はなく，当然に非伝聞証拠であるなどと断じた答案まで見受けられた。このような答案については，厳しい評価をすれば，基本的知識，事実分析能力及び思考能力の欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

法適用に関しては，事例に含まれている具体的事実を抽出・分析することが肝要であるが，捜査協力者による会話内容の説明部分について，会話部分には聞き取れない部分が多数あるため，説明部分が犯罪事実の存否の証明には欠くことができないこと，説明部分は，会話に引き続いて一体のものとしてなされている上，その説明内容が直前の会話内容と整合すること，また，乙方においてけん銃２丁と共に，りんごが入った宅配便の箱が開披された状態で発見されたという客観的状況とも整

合すること等の決定的に重要な事実を指摘して，証拠能力の有無を検討している答案は少数であった。学習に際しては，具体的事実の抽出能力に加えて，その事実が持つ法的意味を意識して分析する能力の体得が望まれるところである。

答案の評価について説明すると，「優秀」と認められる答案とは，設問１については，刑事訴訟法第２２１条に定める遺留物の領置や同法第２１８条第１項に定める捜索，差押え及び検証の法解釈について的確に論じた上で，各捜査ごとに個々の事例中に現れた具体的事実を的確に抽出，分析しながらその適法性を論じており，また，設問２については，前提となる捜査の適法性について的確に論じた上で，本件での要証事実を的確に理解し，捜査報告書全体，会話部分及び説明部分とを分けて詳細な論述をしているような真に伝聞法則を理解していると見られる答案である。

このような出題の趣旨を踏まえた十分な論述がなされている答案は少なかった。

次に，「良好」な水準に達していると認められる答案とは，設問１については，領置や捜索，差押え及び検証の法解釈について一応の考え方を示した上で，問題文から必要かつ十分な具体的事実を抽出できてはいたが，更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を深く考えることが望まれたような答案である。

また，設問２については，おとり捜査や秘密録音といった前提となる捜査の適法性について検討し，伝聞法則についても一応の論述ができてはいるものの，本件での具体的な事実関係を前提に，要証事実を的確にとらえることができていないような答案がこれに当たる。

次に，「一応の水準」に達していると認められる答案とは，領置等の法解釈について一応の考え方は示されているものの，具体的事実の抽出，当てはめが不十分であるか，法解釈については十分に論じていないものの，問題文から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導くことができていたような答案である。

設問２については，伝聞法則等の知識があり，一応これを踏まえた論述ができてはいるものの，本件での具体的な事実関係を前提に，要証事実を的確にとらえることができていないような答案である。

「不良」と認められる答案とは，例えば，伝聞法則など刑事訴訟法の基本的な原則の意味を真に理解することなく機械的に暗記して，これを断片的に記述しているかのような答案や関連条文から解釈論を論述・展開することなく，問題文中の事実をただ書き写しているかのような答案など，基本的な理解・能力の欠如が表れているものである。

具体的には，設問１については，投棄されたごみ袋を持ち帰り復元する行為等について，強制処分に該当するか否か，単に任意捜査として許されるか否かという観点からのみ論じているような答案がこれに当たる。

また，この水準に該当する答案の中には，各捜査について，個々の具体的な事実関係が問題文中に現れているにもかかわらず，これを全く抽出，分析していない答案もあった。

設問２については，前記のとおり，捜査報告書自体の伝聞性を無視したり，会話の主体ごとに分断して伝聞例外規定を論ずるなど，およそ伝聞法則を全く理解していないとしか評しようのない答案である。

３　法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえて，今後の法科大学院教育においては，手続を構成する制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し，これを具体的事例について適用できる能力，筋道立った論理的文章を書く能力，重要な判例法理を正確に理解し，具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確にとらえる能力を身に付けることが強く要請される。特に，確固たる理論教育を踏まえた実務教育という観点から，基本に立ち返り，刑事手続の正常な作動過程や刑事訴訟法上の基本原則の実務における機能を正確に理解しておくことが，当然の前提として求められよう。

模範答案

1

第１　設問１について（略）
第２　設問２について
１　前提となる捜査の適法性（略）
２　伝聞法則
⑴　本件捜査報告書全体について
本件捜査報告書は，「公判期日における供述に代えて書面を証拠」（３２０条１項）とするものであり，その内容の真実性が問題となるから，伝聞証拠に当たり，原則として証拠能力が認められない。
しかし，本件捜査報告書は，作成者である司法警察員ＫがＩＣレコーダーや携帯電話の録音内容を聞いた上で，これを反訳したものであり，捜査官が五官の作用によって事物の存在及び状態を観察して認識する作用である検証の結果を記載した書面に類似した書面であるといえる。そのため，３２１条３項により，作成者Ｋが公判廷で真正に作成されたものであることを供述すれば，伝聞例外として証拠能力が付与される。
⑵　甲乙間及び甲丙女間の会話部分について
ア　本件捜査報告書には甲乙間及び甲丙女間の会話部分が含まれているところ，これが独立した伝聞証拠に該当する場合には，別途伝聞例外の要件を満たさなければ証拠能力が認められない。
イ　ここで，伝聞証拠の根拠は，伝聞証拠は知覚，記憶，表現，叙述の過程で誤りが入り込むおそれがあり，これを反対尋問等によってチェックする機会を確保する点にある。上記誤りをチェックする必要がない場合には，伝聞証拠をみる必要はない。

2

したがって，伝聞証拠とは，公判廷外の供述を内容とする供述証拠であり，要証事実との関係でその供述内容の真実性立証に用いるものをいうと解すべきである。
ウ　そして，本件捜査報告書の立証趣旨は「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」とされているところ，かかる会話部分については，その会話内容が真実かどうかを立証するものではなく，甲乙間及び甲丙女間でそのような内容の会話がなされたこと自体を証明することに意味がある。
したがって，要証事実は，本件捜査報告書記載のような会話の存在であり，これを証明することにより，甲が本件けん銃譲渡に関与したことを立証するものであるといえる。そうすると，その会話の内容の真実性は問題にならないので，この部分は，伝聞証拠に当たらず，本件捜査報告書と一体として証拠能力が認められる。
⑶　乙による会話内容の説明部分
さらに，本件捜査報告書には，乙による甲乙間の会話内容の説明部分がある。かかる部分については，乙が知覚，記憶し，説明した会話の内容たる事実が要証事実になるといえ，その真実性を証明しようとするものであるから伝聞証拠に当たるものである。
もっとも，乙は「被告人以外の者」であるから，３２１条１項３号の要件を満たせば，証拠能力が認められる。
ア　まず，供述者である乙は「死亡」しているため「供述することができ」ないといえる。
イ　また，捜査報告書に記載された甲乙間の会話内容は聞き取れない

3

部分も多く存在し，かかる会話のみではその会話が本件のけん銃譲渡に関しなされたものであるかは判然としないものである。そのため，これがけん銃についてなされた会話であることにつき乙による会話内容の説明部分による補充が必要であって，会話のみでは本件犯罪事実に関するものであるかは明らかとはいえない以上，書面に記載された乙の会話についての説明の供述を証拠とすると否とによって事実認定に著しい差異を生じさせる可能性がある。

したがって，かかる乙の説明は「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」といえる。

ウ　さらに，乙による説明は，甲乙間の会話に引き続きなされており，記憶が新鮮なうちになされたものであることから誤りが入り込むおそれは低い。また，乙による会話の説明は，「F 喫茶店」や「午後１時」，目的物が宅配便で送られてくること等，その直前の甲乙間の会話の内容に整合する。さらに，「けん銃２丁」は「りんごの箱」で送られるという説明も，乙方でりんごの箱とともにけん銃２丁が発見されているという客観的状況とも整合する。

したがって，「その供述が特に信用すべき情況の下にされたものである」といえる。

以上から，この部分についても証拠能力が認められる。

以　上

4