

KULS ニュースレター No. 18

INDEX

- 東北関東大震災について
- 平成22年度新司法試験論文式試験(刑事系科目)刑事訴訟法分野の解説
- 必死ということ

● 東北関東大震災について ●

3月11日に三陸海岸沖で発生した地震による東日本関東大震災は、未曾有の被害をもたらした。被災地や避難場所では様々な救援活動、支援活動が必要とされています。鹿児島大学としては、水産学部の練習船「かごしま丸」を支援物資の運搬に出動させたほか、大学としての支援も行われています。

法律関係の支援としては、すでに、日弁連では緊急に震災法律相談の事例研修を実施し、WEBを利用して全国に向けて配信、随時受講可能にするとともに、単位会や個々の弁護士による現地の避難所での法律相談活動も展開されています。東京大学と早稲田大学の法科大学院の学生の一部も、日本武道館に避難している被災者のための法律相談活動の支援に参加しているそうです。

また、今次震災に際しては、16年前の阪神淡路大震災の時に発行された絶版、売り切れとなっていた書物を出版元がWEB上で全面公開し、多くの実務家が参照しています。

◆「Q&A災害時の法律実務ハンドブック」(2006年発行、新日本法規、関東弁護士会

連合会編) HTML 版

<http://www.sn-hoki.co.jp/shop/zmsrc/qa50593/mokuji.htm>

◆「地震に伴う法律問題Q&A」

(1995年発行、商事法務、近畿弁護士連合会編) PDF 版

<http://www.shojihomu.co.jp/0708qa/0708qa.html>

これらの書物の事例への対応を法令改正などを踏まえてアップデートしたり、現場での対応事例を踏まえて、相談事例のQ&Aを公表しているWEBページがあります。

◆震災相談Q&A

仙台弁護士会の弁護士法人杜協同 阿部・佐藤法律事務所 編

<http://morikyo-lawoffice.mo-blog.jp/shinsai/>

今回の震災では、福島第一、第二原子力発電所からの放射能漏れの状況の推移など、被災の拡大についてまだまだ予断を許さない状況にあります。鹿児島という場所で、それぞれの立ち位置で、法律家としての活動について思いを巡らし、自らのなすべきこと、支援のためにできることに取り組んでもらえればと思います。

なお、最後になりましたが、今次震災で被災されたみなさまには、心よりお見舞い、お悔やみを申し上げます。

●平成22年度新司法試験論文式試験(刑事系科目)刑事訴訟法分野の解説●

設問1について

設問1では、一連の捜査のプロセスのうち、公道上のごみ集積所から捜査官が回収したごみ袋からメモ片を発見して復元する行為

● 必死ということ ●

昨年11月末に、共同獣医学部設置準備室での業務を命ぜられ、法文学部の仕事から離れることになりました。そして、この度の人事異動発令で、この4月からは正式に共同獣医設置準備室長として、農学部配属で業務を行うこととなりました。平成20年4月に法文学部事務長代理となり、昨年11月末に担当業務を離れるまでの約2年7ヶ月の間、色々なことがありました。

法文学部棟1号館の2年に渡る改修工事という大きな事項もありましたが、やはり法科大学院に係る色々な改善への取り組みは忘れられません。昨年、定年退職された南谷前事務長、そしてその後に着任された湊事務長と共に本当に色々取り組んで参りました。司法試験への合格率の低迷を踏まえ、何度も何度も采女研究科長を中心に、先生方と対応を検討し、それを事務局と相談しながら本省へ書類を提出するという文書のやりとりを何度行ったことでしょうか。そして、教育環境の改善の取り組みの一環としての司法政策研究センターの部屋の確保のために、事務局と何度も協議し、ようやく開設までこぎつけたこと。また、総研棟の空いている部屋の法科大学院の優先使用や法務学修生室の改修、九大への内地留学制度のための書類手続き、そして法科大学院の様々な改善のための規則改正手続きや予算獲得の折衝の数々。我々事務方は、先生方と一緒に、本当に必死に色々取り組んできています。

平成22年度の司法試験に合格した、元フジテレビアナウンサーの菊間さんが合格後のインタビューで、「午前6時に起床し、1日16-17時間勉強するという生活を今年5月の試験日前日まで続けた。」と話したことは、采女研究科長から

のメールでも皆さんご存じだと思います。一日24時間、うち16-17時間が学習ということは、食事や睡眠の時間以外は、全て勉強の時間ということ。つまりそこまで必死にならなければ合格への道は開けないということなのだと、この記事を見て改めて思ったものです。

鹿児島大学の法科大学院は、日本で一番小さい法科大学院だと采女研究科長はよく口にされています。それは、それだけ先生方と学生の間が近いということでもあります。その近さを学生の皆さんは活用しておられるのでしょうか。自分の学習能力を高めるために日々、先生方を利用しているのでしょうか。私は直接学生の皆さんと接する機会は多くはありませんでしたが、「真剣さが足りない。」とか「必死さが伝わってこない。」という話を時折耳にしていました。本当に先生方は、どうしたら学生の皆さんの学修効果が上がるかについて日々真剣に取り組んでいらっしゃるのでしょうか。その先生方をどう活かすかは、学生一人一人の皆さん次第なのです。必死であるかどうかは、菊間さんのように客観的事実に基づいて、周りが評価するものなのだと思います。法曹は、人の一生を左右する、人の人生を左右する仕事なので、その資格は、その人の人生を抱えるだけの真剣な取り組みを行った人のみが得られる資格であるべきだと考えます。それだけの真剣さをもって、日々勉強していると胸を張って言える方が何人いるのでしょうか。今一度、自分の人生をかけた戦いの場に、どれだけの決意で取り組んでいるのかを考えていただきたい。

平成23年度の司法試験まであと数ヶ月。1年生、2年生、3年生、修了生とも、自分に残された時間をどれだけ必死になって過ごすかが、鍵なのだと思います。どうか、先生方を信じて、先生方と共に戦っていただきたいと思います。先生方そして学生の皆様の努力が、いずれ大きな実を結ぶことを期待しております。

小澤結花(法文学部事務長代理)

(捜査①)、マンション敷地の倉庫内にあるごみ集積所に立ち入って回収したごみ袋から発見したメモ片を持ち帰って復元する行為(捜査②)、令状にもとづいて押収された携帯電話のメモリの消去済みデータを復元・分析する行為(捜査③)の適法性が問題とされている。

まず、捜査①と捜査②では、ごみ集積所

からごみ袋(捜査①)ないしメモ片(捜査②)を回収した行為について、刑法221条の領置にあたるかどうかを検討されなければならない。刑法221条は領置の対象を「遺留した物」または「任意に提出した物」と定めているため、ここではごみ集積所に置かれた物が「遺留した物」に該当するかどうか問題となる。最決平成20年4月15日刑集

62 巻 5 号 1398 頁は、「排出されたごみについては、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あるとしても、捜査の必要がある場合には、刑訴法 221 条により、これを遺留物として領置することができる」と判示した。もっとも、この判例は、ごみについてのプライバシーの期待に一定の配慮を示していることからわかるように、すべてのごみを「遺留物」とみて領置の対象とすることを許容する趣旨ではない。そこで本問では、この判例を前提にしつつ、捜査①と捜査②について、それぞれの具体的な事実関係の下で、判例の射程内にあるものといえるかどうかを検討することが求められている。公道上のごみ集積場（捜査①）と敷地内の倉庫にあるごみ集積場（捜査②）でプライバシーへの期待の程度が異なる（あるいは、ごみに対する占有の継続性が異なる）ことに注目しながら判断を加えていことになる。さらに、捜査①②のいずれについても領置の必要性があることについても、具体的事実即しつと言及しておく必要がある。

次に、捜査③では、押収した携帯電話のメモリの内容を復元する行為が、刑訴法 222 条 1 項および 111 条 2 項の「必要な処分」に該当するかどうか問題となる。同条にいう「必要な処分」は、捜索・押収の目的を達成するために不可欠な行為を指す。本件は、けん銃の譲渡のために利用していたと思われる携帯電話を押収したのであるから（その意味でこそ、被疑事実と携帯電話との関連性が認められる）、携帯電話のメモリにある発信先等のデータは有体物である携帯電話と一体であり、その内容を知ることは差押えと不可分で「必要な行為」だとみるべきだろうか。それとも、消去された記録の復元は、携帯電話の占有を取得する差押えとは別種の新たな権利侵害を発生させる行為であるとして、検証令状（あるいは鑑定処分許可状）の発付が別途に必要であるとみるべきか。下級審の裁判例では、押収した写真フィルムの

現像を「必要な処分」とした例があるが（東京高判昭和 45 年 10 月 21 日高刑集 23 巻 4 号 749 頁）、ここでは単に機器を操作して保存してあるデータを表示するのではなく、メモリを解析して消去済みのデータを復元する行為であることに留意するならば、右裁判例とのアナロジーで論じるのは不可能であろう。

設問 2 について

設問 2 では、司法警察職員 P が実施したおとり捜査の過程で、捜査協力者乙・丙と被疑者甲との会話および乙による説明が録音され（録音①～③）、その音声を反訳した捜査報告書が作成されており、この捜査報告書の証拠能力が問題とされている。

論点としては、まず前提として、証拠禁止との関連において、ここで行われているおとり捜査が適法なかが問題となる。おとり捜査の適法性については、最決平成 16 年 7 月 12 日刑集 58 巻 5 号 333 頁が、伝統的な二分説によって機会提供型であればそのことのみによって適法とするのではなく、任意捜査としての必要があり、相当なものといえるかどうかを個別の事情に即して論じる方向性を示している。本問でも、録音①～③がなされた状況において、必要かつ相当なおとり捜査といえるかどうかを具体的事実（たとえば、嫌疑の程度、犯罪の重大性、犯意発生への関与の度合い、通常の捜査方法による証拠収集の困難性などに結びつくそれぞれの事情）を抽出して評価しながら論じていくことになる。

次に、録音①～③の各場面とも、会話の相手方当事者に知らせることなく会話内容を録音していることから、いわゆる秘密録音の適否が問題となる。判例は、会話の一方当事者が録音を行った場合について、任意捜査にあたるものとして処理しており（最決平成 12 年 7 月 12 日刑集 54 巻 6 号 513 頁など）、会話の一方当事者の同意のもとで行った録音についてもこれと同様に考えてよいだろう。

会話の相手方が捜査機関である場合には原則として違法とすべきとの下級審裁判例もあるが（千葉地判平成 3 年 3 月 29 日判時 1384 号 141 頁）、この裁判例も任意捜査として許容する余地は否定しない。ここでも、おとり捜査の場合と同様に、任意捜査の限界として、その必要性および相当性を具体的事実即して検討することになる。おとり捜査については、録音①～③の各場面とも共通する事情の下で行われているとみてよいが、秘密録音については、各録音ごとに場面が異なっており、それぞれの場面における必要性や相当性を具体的に論定していく必要がある。たとえば、喫茶店の隣のテーブルで録音された録音②は、他と比較しても相当性を強く認めてよい。

最後に、この捜査報告書への伝聞法則の適用および伝聞例外への該当性を判断しなければならない。まず、捜査報告書全体については、録音の反訳であるから、録音された音声を五感の作用で認識して記録したものとして、捜査官 K による実況見分の結果を記載した書面とみるべきである（321 条 3 項）。

そのうえで、報告書に記載された録音内容をみると、甲、捜査協力者である乙・丙のことばが含まれている。仮にその内容が真実であることを証明しようとするならば、当該供述部分には伝聞性があり、この報告書は再伝聞証拠ということになる。資料として付された捜査報告書の内容を分析するならば、そこには乙らと甲との会話がそのまま記載されている部分と、録音①および②にあたる会話の状況と内容に関する乙による説明内容が記録されている。前者は、けん銃の取引きの過程でなされた会話内容そのものであるから、その会話の存在じたいが要証事実となる。したがって、伝聞証拠として扱う必要はない。これに対して後者は、乙が、会話の内容について、自らが知覚・記憶したことを述べたものであり、そこで語られている内容が証明の対象となっているのであるから、伝聞証拠にあたることとみるべきである。なお、以上について、捜査官が実況見分によって記録した会話およ



3月25日、学位授与式が行われました

び説明は、直接に聞いたものではなく、P によって録音された音声である。P による会話の録音という過程じたいに伝聞性があるとの見解も存在するが、一般的には、録音・記録・再生というプロセスは機械的な正確性があるものと認められるため、伝聞とは考えられていない（現場写真などと同様である）。したがって、会話・説明の内容と捜査報告書作成した K が見分した内容（レコーダから再生された内容）とは同視してよいのであり、（乙の説明部分も含めて）会話・説明をした者たちの署名押印は不要である。

乙の説明部分が伝聞であるとすれば、この部分については 321 条 3 項に加えて、同 1 条 1 項 3 号の要件を満たすかどうかを検討しなければならない。乙はすでに死亡しているため①供述不能に該当することは間違いない。あとは、②証拠の不可欠性、③絶対的特信状況について、問題文の具体的な事実即して検討していくことになる。資料の捜査報告書の文面によれば、会話部分の録音反訳は不完全であり、会話の具体的な趣旨は乙の説明によって補わなければ理解不可能であること、乙の説明内容と一致する客観的事実（りんごの箱と一緒にけん銃が発見されていること。判例実務は、特信状況の認定にあたり、供述の内容を資料とすることを否定しない）があることなどを各要件との関係で評価しながら論じることになる。

中島 宏（刑事訴訟法）