

# 平成27年予備試験 刑事訴訟法

## 問題文

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】

甲は、平成27年2月1日、L県M市内の路上において、肩が触れて口論となったVに対し、携帯していたサバイバルナイフで左腕を切り付け、1か月間の加療を要する傷害を負わせた。司法警察員Pらは、前記事実で逮捕状及び搜索差押許可状（搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容は、後記のとおり）の発付を受けた上、同月2日、甲を立ち回り先で逮捕した。また、Pらは、同日、甲と同居する乙を立会人として、甲方の搜索を行った。

甲方の搜索に際し、Pは、玄関内において、乙に搜索差押許可状を呈示するとともに、部下の司法警察員Qに指示して、呈示された同許可状を乙が見ている状況を写真撮影した(①)。続いて、Pは、玄関脇の寝室に立ち入ったが、同寝室内には、机とベッドが置かれていた。Pは、Qに指示して、同寝室内全体の写真を撮影した上、前記机の上段の引出しを開けたが、その際、引出し内の手前側中央付近に、血の付いたサバイバルナイフを発見し、その左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証を認めた。Pは、その状況を写真撮影することとし、Qに指示して、前記サバイバルナイフ及び運転免許証等を1枚の写真に収まる形で近接撮影した(②)。Pは、引き続き、前記机の下段の引出しを開けたところ、覚せい剤の使用をうかがわせる注射器5本及び空のビニール小袋1枚を認めた。そこで、Pは、Qに指示して、前記注射器及びビニール小袋を1枚の写真に収まる形で近接撮影した(③)。その後、Pは、前記サバイバルナイフを押収し、搜索を終了した。

前記サバイバルナイフに付いた血がVのものだと判明したことなどから、検察官Rは、同月20日、L地方裁判所に甲を傷害罪で公判請求した。甲は、「身に覚えがない。サバイバルナイフは乙の物だ。」旨供述して犯行を否認している。

(搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容)

搜索すべき場所 L県M市N町〇〇番地甲方

差し押さえるべき物 サバイバルナイフ

### 【設問1】

【事例】中の①から③に記載された各写真撮影の適法性について論じなさい。

### 【設問2】

Pは、搜索終了後、「甲方の寝室内には、机及びベッドが置かれていた。机には、上下2段の引出しがあり、このうち、上段の引出しを開けたところ、手前側中央付近に、サバイバルナイフ1本が置かれており、その刃の部分には血液が付着していた。そして、同サバイバルナイフの左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険

証があった。」旨の説明文を記した上，【事例】中の②の写真を添付した書面を作成した。Rは，同書面によって前記サバイバルナイフと甲との結び付きを立証したいと考えた。同書面の証拠能力について論じなさい（②に記載された写真撮影の適否が与える影響については，論じなくてよい）。

## 第1 設問1について

### 1 搜索差押えに付随する写真撮影の可否

室内における写真撮影は、原則として「強制の処分」(197 I ただし書)に当たり、法的根拠及び令状が要求される(検証に当たるため、検証令状が必要)。もっとも、最決平 2.6.27【百選 32】の藤島裁判官補足意見は、「搜索差押手続の適法性を担保するためその執行状況を写真に撮影し、あるいは、差押物件の証拠価値を保存するため発見された場所、状態においてその物を写真に撮影すること」も、「搜索差押に付随するため、搜索差押許可状により許容されている」と述べている。

したがって、その限度において、別個の令状なく写真撮影を行うことができる。

裁判例は、この立場に従い、概ね、(a)令状執行の適法性担保のための撮影、(b)差押対象物の証拠価値保全のための撮影は適法であるが、(c)差押対象物以外について、証拠収集としての撮影は違法としている(名古屋地決昭 54.3.30、徳島地決平 10.9.1 等)。

### 2 ①～③の適法性

#### (1) ①について

①は、呈示された搜索差押許可状を乙が見ている状況を写真撮影したものである。これは、「搜索差押手続の適法性を担保するためその執行状況を写真に撮影し」たものであるから適法である。

#### (2) ②について

②は、血の付いたサバイバルナイフ並びに甲名義の運転免許証及び健康保険証を1枚の写真に収まる形で近接撮影したものである。

これは、同サバイバルナイフが、甲の管理に係る物であることを示すために行われたものであると考えられるから、「差押物件の証拠価値を保存するため発見された場所、状態においてその物を写真に撮影すること」に当たる。

したがって、適法である。

#### (3) ③について

③は、上記いずれの場合にも当たらないから、違法である。

## 第2 設問2について

### 1 伝聞証拠該当性

本件書面の立証趣旨は、「前記サバイバルナイフと甲との結び付き」であるところ、本件書面の説明部分、写真の内容からすれば、サバイバルナイフに血痕が付着していたこと、甲方の寝室内にある机の引出しに、同サバイバルナイフと甲名義の運転免許証及び健康保険証が併せて保管されていたことを立証し、もって同サバイバルナイフが甲の管理に係る物であることを推認しようとするものであると考えられる。

したがって、要証事実も立証趣旨と同様、「前記サバイバルナイフと甲との結び付き」であり、要証事実との関係で、供述内容の真実性が問題となるから、本件書面は、伝聞証拠に当たり、原則として証拠能力は否定される(320 I)。

## 2 伝聞例外

そこで、伝聞例外の規定の適用を検討することになるところ、321 条 3 項又は 321 条 1 項 3 号のいずれが適用されるかが問題となる。

本件書面は、いわゆる捜索差押調書に当たると考えられるところ、同調書は一般に、321 条 3 項ではなく、321 条 1 項 3 号が適用されると解されている。

税関職員が犯則事件の調査において作成した書面の証拠能力が問題となった事案であるが、東京高判平 26.3.13 は、「税関職員による犯則事件の調査は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う犯罪の捜査に類似する性質を有するものと認められるから、税関職員が犯則事件の調査において作成した書面であっても、検証の結果を記載した書面と性質が同じであると認められる限り、刑訴法 321 条 3 項所定の書面（以下「3 項書面」という。）に含まれるものと解するのが相当である」とした上で、「本件各差押調書……は、税関職員が、検証（臨検）とは目的や性質が全く異なる採証活動である差押えについて、処分の適正を期することを主眼として作成された書面であるから、差押えの際に対象物を認識して特定する作業をしていることや、差押調書の方が差押えをした者による口頭の報告よりも差押物件等を正確に了解させ得る面があることなどを考慮しても、検証の結果を記載した書面と同質のものとはいえない。」と述べている。

もっとも、写真部分については、本問の写真は供述の要素を含まないものであるから、非供述証拠であるとして証拠能力を肯定すべきだろう（最決昭 59.12.21【百選 89】）。

## 出題の趣旨

本問は、サバイバルナイフを用いた傷害事件について、司法警察員が、搜索すべき場所を被疑者方、差し押さえるべき物をサバイバルナイフとする搜索差押許可状による搜索を実施した際、①玄関内において、呈示された同許可状を被疑者と同居する乙が見ている状況を写真撮影し、②寝室の机の上段の引き出しから発見された血の付いたサバイバルナイフ並びに被疑者名義の運転免許証及び健康保険証を1枚の写真に収まる形で近接撮影し、③同机の下段の引き出しから発見された注射器及びビニール小袋を1枚の写真に収まる形で近接撮影するという各写真撮影を行った上、搜索終了後、搜索実施時の前記寝室内の机等の配置状況、前記サバイバルナイフの発見状況並びにその際の前記ナイフの状態及び前記運転免許証等との位置関係を記載し、前記②の写真を添付した書面を作成したとの事例において、前記①ないし③の各写真撮影の適法性及び前記書面を被疑者とサバイバルナイフの結び付きを立証するための証拠として用いる場合の証拠能力に関わる問題点を検討させることにより、搜索差押許可状の執行現場における写真撮影行為の性質及びその適法性、伝聞法則とその例外について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。



### 1 第1 設問1について

#### 1 搜索差押えに付随する写真撮影の可否

(1) 設問の写真撮影が「強制的処分」に当たるならば、このような処分について法の根拠を要求する強制処分法定主義（197条1項ただし書）に反するおそれがあるし、令状の発付を受けていないので、令状主義（憲法33条及び35条）に反し、違法であることにもなる。

そこで、「強制的処分」の意義が問題となるところ、「強制的処分」とは、強制処分法定主義と令状主義の両面にわたり厳格な法的制約に服させる必要があるものに限定されるべきである。そして、処分に対し相手方の承諾がある場合には、権利・利益の制約は観念し得ないから、処分が相手方の意思に反して行われることが前提となる。

したがって、「強制的処分」とは、相手方の意思に反して、その重要な権利・利益を制約する処分であると解すべきである。

設問の写真撮影は、室内で行われている。居室内は公開を予定しているような場所ではなく高度のプライバシーが保障される私的な領域である。したがって、室内における写真撮影は、相手方の意思に反して、その重要な権利・利益を制約する処分であるから、「強制的処分」に当たる。その法的性質は、物又は人について、強制的にその形状・性質を五官の作用で感知する処分たる検証（218条）に当たると解すべきである。

したがって、法の根拠はあるものの、検証令状なくして、写真撮影を行えば、令状主義に違反することになる。

2 (2) もっとも、搜索・差押えの執行状況の記録、差押物の証拠価値の保存のための位置関係の記録等、写真撮影が捜査のため必要である場合がある。この場合、搜索・差押えにおいて「必要な処分」（222条1項、111条1項）とみることができる。搜索・差押えのための記録に不可避免的に伴うものである限り、プライバシーの制約も予定されており、受忍限度内にあると考えられるからである。そのような場合であれば、令状なく、写真撮影をしたとしても適法である。

#### 2 ①～③の適法性

##### (1) ①について

呈示された搜索差押許可状を乙が見ている状況を写真撮影したものである。これは、搜索差押手続の適法性を担保するためその執行状況を写真に撮影したものであるから、①は適法である。

##### (2) ②について

②は、血の付いたサバイバルナイフ並びに甲名義の運転免許証及び健康保険証を1枚の写真に収まる形で近接撮影したものである。

これは、同サバイバルナイフが、甲名義の運転免許証及び健康保険証と共に保管されていることをもって、甲の管理に係る物であることを示すために行われたものであると考えられる。

したがって、差押物件の証拠価値を保存するため発見された場所、状態においてその物を写真に撮影するものである。

よって、②は適法である。

##### (3) ③について

3 ③は、上記いずれの場合にも当たらないから、違法である。

第2 設問2について

1 本件書面は、「公判期日における供述に代えて書面を証拠と」するものであるから、原則として証拠能力が否定される（320条1項）。

もっとも、形式的に320条1項に該当する場合であっても、320条1項の趣旨に鑑みて証拠能力を否定する必要がある場合がある。すなわち、伝聞証拠は、公判廷に現れるまで、知覚、記憶、表現・叙述の過程をたどり、各過程に誤りが介在しやすいことから、反対尋問（憲法37条2項前段参照）等によって、内容の真実性をチェックする必要がある。そこで、「公判期日における供述に代え」た書面で、供述内容の真実性が問題となる供述証拠は、伝聞証拠として証拠能力が否定される。

そうすると、ある供述証拠が伝聞証拠か否かは、供述内容の真実性が問題となるかによって決められ、供述内容の真実性が問題とならない場合は、証拠能力を認めるべきであると解する。そして、供述内容の真実性が問題となるか否かは、要証事実との関係で相対的に決められる。

本件書面の立証趣旨は、「前記サバイバルナイフと甲との結び付き」であるところ、甲はサバイバルナイフが乙の物であるとして、自己の管理にかかる物であることを否認している。そこで、Rは、本件書面及び写真によって、サバイバルナイフに血痕が付着していたこと、甲方の寝室内にある机の引出しに同サバイバルナイフと甲名義の運転免許証及び健康保険証が併せて保管されていたことを立証し、同サバイバルナイフが甲の管理に係る物であることを立証しようとしていると考えられる。

4 したがって、要証事実も立証趣旨と同様、「前記サバイバルナイフと甲との結び付き」であり、要証事実との関係で、供述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は否定される。

2 そこで、伝聞例外の要件について検討するに、仮に、本件書面が、検証の結果を記載した書面と性質が同じであるといえるならば、321条3項の準用によって、Pによる真正作成証言を条件として証拠能力を肯定することができる。

しかし、本件書面は、Pが採証活動である差押えについて、処分の適正を期することを主眼として作成した書面であるから、検証の結果を記載した書面と同質のものとは言い難い。

したがって、同項によって証拠能力を肯定することはできない。

「被告人以外の者が作成した供述書」であるとして、同条1項3号を適用する余地があるが、Pが「供述することができ」という事情はないから、同号によって証拠能力を肯定することもできない。

よって、本件書面には証拠能力が認められない。

3 ただし、写真部分については、関連性が認められる限り、証拠能力を肯定することができるかと解すべきである。専ら科学的原理による過程を経て作成される科学的・機械的証拠であるから非供述証拠であり、320条1項の適用の前提を欠くためである。

上記写真の内容からすれば、偽造・修正等がない限り、本件との関連性を有することは明らかである。したがって、写真部分については、証拠能力を肯定することができる。

以上