

**2018年度同志社大学大学院司法研究科**  
**前期日程入学試験問題解説**  
**刑事訴訟法**

1 解説

(1) 出題の趣旨

本問は、ビデオ秘匿撮影の適否と現場写真の証拠能力という捜査法と証拠法に関する基本問題を問うことにより、強制捜査・任意捜査の適法性、伝聞証拠・非供述証拠の証拠能力についての基本的な知識及び理解並びに具体的事案における応用力を試すものである。

(2) 問(1)について(写真・ビデオ秘匿撮影の適否)

ア 下線①の行為の適法性

下線①の行為は、警察官において、対象者の承諾等なく、鑑定資料の入手という捜査目的で行った、公道におけるビデオ撮影である。

(ア) 適法性に関する判断枠組み

このような公道における写真・ビデオ撮影の捜査行為の適法性が争点となった最高裁判例として、

〈1〉京都府学連事件・最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁

〈2〉京都カード強取強盗殺人事件・最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁(刑訴法判例百選(10版)8事件)

があるが、いずれも、写真・ビデオ撮影の捜査行為の適法性に関する一般的判断基準を示したものと解されていない。

そうだとすれば、写真・ビデオ撮影の捜査行為についても、捜査に関する一般的判断枠組み、すなわち、「強制の処分」は、刑訴法に「特別の定」がある場合に、その要件・手続に従ってのみ行うことが許される(法197条1項ただし書。「強制処分法定主義」)、「強制の処分」に当たらない処分(任意処分)であっても、捜査「目的を達するため必要」な限度でのみ、捜査機関の裁量的判断により実行できる(法197条1項本文)、とする2段階の判断枠組みにより判断されよう。

もとより、第1段階の判断における「強制の処分」の意義をどのように解するか、その根拠、第2段階の判断における理論的根拠(比例原則)や判断の基礎事情などについては、解答者自ら法解釈により導く必要があるが、このような解釈論を展開するに当たり、まず、第1段階の判断に関しては、〈3〉岐阜呼気検査拒否事件・最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁(刑訴法判例百選(10版)1事件)の「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」との判示を踏まえつつ、いわゆる重要利益侵害説と称される学説(刑訴法上の特別の根拠、憲法の令状主義による規制、刑訴法上の要件・手続も厳格であることを考えると、立法による意識的・自覚的な採否の決定に服させ、かつ、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要であるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害を伴う場合にはじめて強制処分となると解すべき、とする見解〔井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」刑事訴訟法の争点・56頁〕)などが参考となろう。

次に、第2段階の判断については、前記〈3〉最決昭51・3・16が、引き続き

示した「右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」との判示を踏まえ、講学上の比例原則の適用として理解する見解などが考えられよう。

その考慮事情については、2最決平 20・4・15 が、当該事例に対する判断過程において、ビデオ撮影行為との事案に即して、1) 犯人であることの「合理的な理由」が認められる者について、2) 「必要な範囲において」、かつ 3) 「相当な方法によって」行われたことを判示していることが参考となる。

(イ) 下線①の行為に対する当てはめ

下線①の行為は、(下線②の行為との対比において) 当該撮影対象が公道において歩く姿であったという点が特徴付けられる。したがって、この撮影行為が、「強制の処分」に該当するかどうかは、2最決平 20・4・15 の「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである」との判示に関する理解が重要となり、同決定の判示の背後にあると思料される判断基準を当てはめるならば、下線①の行為もまた「強制の処分」には当たらないとの判断が導けるのではないか。

第 2 段階の判断については、本件事件が、夜間における住居侵入を伴う強盗事件で被害金額も高額にのぼる悪質重大な事件であって、防犯カメラ映像の分析や周辺者に対する聞き取り捜査結果などから甲が犯人であることにつき「合理的な理由」が認められること、顔貌等の同一性鑑定に必要な範囲を大きく超えた撮影ではないこと、撮影方法も、甲が公道においてさらしている容姿を肉眼でも把握できる程度の情報を得るとの形態であったことなどを踏まえて、捜査の必要性と甲の法益たる「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」(1最大判昭 44・12・24) の侵害の程度が合理的均衡を保っているかどうかを判断することとなる。

イ 下線②の行為の適法性 (カメラ秘匿撮影の適否)

下線②の行為も、警察官が対象者の承諾等なく前同様の捜査目的で行ったカメラ撮影行為であるところ、確かに、1 分間の動画撮影であった下線①の行為と比べると、静止画 1 枚の撮影にとどまっている。しかしながら、撮影対象が、憲法が重要な法益保護の対象としている「住居」(憲法 35 条 1 項) 内にいる甲の姿であり、しかもズーム機能を用いて肉眼以上での情報を得ていることなどに留意する必要がある。

事案は異なるものの、近時、いわゆる G P S 捜査の適否に関し、最高裁は、憲法 35 条の解釈として、「この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるもの」と判示した上、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、当該事案における G P S 捜査につき「公権力による私的領域への侵入を伴うものというべき」としてこれを違法と判断したところであるが(4大阪 G P S 捜査事件・最大判平 29・3・15 刑訴法判例百選(10 版)30 事件)、下線②の行為も、同様の法的評価を受けるべきとも解されよう。

また、「強制の処分」該当性についてのもう一つの要件ないし事情であること

ろの、<3>最決昭 51・3・16 における「意思の制圧」又は重要利益侵害説にいう「明示又は黙示の意思に反して」については、本件のような写真等の秘匿撮影の事案にあっては、被撮影者の現実の意思（明示の意思）に反しているとは言い難い。しかしながら、この点についても、前記<4>最大判平 29・3・15 が「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」と判示しているように、対象者の「合理的に推認される個人の意思に反する」場合は、「意思の制圧」の（又は「明示の意思に反する」）場合と同価値である旨指摘することにより、その要件該当性を肯定できよう。

(3) 問（2）について（現場写真の証拠能力）

本件写真は、撮影者が不明であるものの、撮影内容や被疑者甲（被写体でもある）の供述から本件強盗事件の現場における一場面（逃走場面）を撮影したものであって、講学上の「現場写真」と呼ばれるものに該当する。

写真（ビデオも同様であるが）は、撮影者が、被写体にカメラを向けて機械的作用を用いて記録するものであり、事実の報告的性格・機能を有する。

そこで、現場写真の証拠能力については、このような撮影者の事実の報告であることを捉えて、撮影者の「公判期日における供述に代えて」写真を証拠とする場合で、内容たる事実（撮影対象となっている事実）の真実性の立証に用いる以上、伝聞証拠の定義に該当するとして伝聞証拠として扱った上で、証拠能力の付与の要件につき検証調書に関する法 321 条 3 項を類推するとの見解も説かれている。

これに対し、多数説は、写真における記録過程が機械的正確性をもって保障されていることに着目し、現場写真を非供述証拠として扱い、その一般的証拠能力付与の要件である「（自然的）関連性」を要求するに止めており（非供述証拠説）、最高裁判例も、<5>新宿騒乱事件・最決昭 59・12・21 刑集 38 卷 12 号 3071（刑訴法判例百選(10版)89事件）も、「犯行の状況等を撮影した現場写真は、非供述証拠に属し、当該写真自体又はその他の証拠により事件との関連性を認めうる限り証拠能力を具備するものである」と判示しており、このような非供述証拠説を採用したものと解されている。

本問の解答に当たっても、このような学説の対立や<5>最決昭 59・12・21 の存在を踏まえて、証拠能力付与の見解を明らかにすることが求められている。

さらに、自説で採用した見解を本問に当てはめるに当たっては、本件にあっては、乙が本件強盗事件への関与を否認し、「乙と犯人との同一性」が争点となっており、本件写真の要証事実が「乙と犯人との同一性」となること、所要の捜査を尽くしても撮影者の特定に至っておらず同人を証人喚問することができないこと、他方で、当該写真自体や被写体である甲の供述によっても前記要証事実との関連性が明白となっていることなどに言及しつつ、証拠採用の可否についての結論を導くことが必要である。

## 2 評価

(1) 問（1）問（2）についても、前記述べた重要判例を踏まえて、問題解決に必要な一般的基準を法解釈により定立した上、本件事案から適切に具体的事情を抽出して当てはめて結論を示すことが必要である。これまでの入試説明でも繰り返し説明してきたとおり、法解釈や判断基準を示すことなく、問題文中の事実を並べて、これらを総合して適法（違法）であると述べるにとどまる答えは、法的三段論法を理解しないものとして低い評価にとどまる。

- (2) これに対し、例えば、問（１）にあつては、＜3＞岐阜呼気検査拒否事件・最決昭51・3・16はいわゆる有形力行使の事案であるのに、その判示がなぜ本件のような有形力の行使のないプライバシー侵害型の事案にも妥当するといえるのか、などの同判例の射程範囲の理解が示されていたり、また、＜1＞京都府学連事件・最大判昭44・12・24の判示が、公道における写真撮影等の一般的基準を示したのか、それとも当該事案に即して同事案における適法性の要件・理由を示したに過ぎないのか、同判例の射程範囲の理解が示されていたり、あるいは＜4＞大阪GPS捜査事件・最大判平29・3・15が、新しく示した「強制の処分」の意義やその該当性判断を意識した論述がなされているなどすれば、さらに高い評価を与えることとしている。
- (3) 本問では、前記のとおり、刑訴法の基本的事項に関する理解を問うものであるので、前記で言及した、いわゆる百選登載レベルの主要な最高裁判例についての確に理解して答案に反映することにより、十分な合格水準に達したものと思われる。