

2021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、強制処分の意義及びこれを踏まえたエックス線検査の適法性、並びに実況見分調書全体及びその立会人の指示説明部分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、基本的な概念・法原則の知識やこれを踏まえた解釈能力、及び解釈で導いた法理論等を具体的事案に適用できるかという法適用能力を試すものである。

(2) 問（1）について（宅配荷物に対するエックス線検査の適法性）

ア 問題の所在

問（1）では、捜査機関による捜査目的での宅配荷物へのエックス線検査の適法性が問われている。すなわち、同検査は、当該荷物に係わる関係者のプライバシーを侵害するものであるところ、警察官Kにおいて、宅配業者の承諾は得ているものの、荷送人Y及び荷受人Xのいずれの承諾もなく、かつ所要の令状も得ないで同検査を行ったことが適法といえるかどうかである。

刑事訴訟法が、法197条1項ただし書きにおいて、捜査機関が捜査目的で「強制の処分」を用いる場合には、刑訴法の特別の根拠規定を求めていることから（強制処分法定主義）、前記エックス線検査が、同条項ただし書きにいう「強制処分」（法文は「強制の処分」）に該当するかが問題となる。

イ 法解釈－「強制処分」の意義

ところが、法は、「強制処分」につき定義規定を置いていないため、法解釈により導く必要がある。

(ア) 昭和51年判例による「強制処分」の意義

強制処分の意義等を含む捜査一般の適法性に関する指導判例とされる昭和51年判例（**岐阜呼気検査拒否事件・最決昭51・3・16日刑集30巻2号187頁、百選(10版)1事件**）は、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここでいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、①、個人の意思を制圧し②、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③、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④を意味するものであ（る）」と判示した。

ここでいう「強制手段」は「強制処分」と同義と思われるところ、同判例は、その該当性基準につき、有形力の行使の有無を決め手とはしておらず（①参照）、「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」（上記②③部分）との定義を示したとも解される。

ところが、なぜ、このような定義が導かれるのか、同判例自身は、何ら理由を示すところではない。法解釈能力を問う刑訴法の試験問題では、判例の基準といえども、その理論的根拠を答案上示すことが求められる。

また、「意思を制圧して」とは語義からすれば「現実の反対意思を抑圧して」という意味と解されるが、本事例問題のように、対象者に検査すること

自体秘匿しておりその明示の意思に反するとはいえない場合でも含まれるのかという疑問もある。加えて「身体、住居、財産等」の「等」とは何か、本件のような荷物に関するプライバシーの利益も含まれるのかも明らかではない。

(イ) 重要利益侵害説

以上のとおり、本事例問題にあってはプライバシー侵害型の捜査手法が問題となっており、昭和 51 年判例のような対象者の面前での有形力を行使した事案ではないことから、同判例の示す強制処分の基準をそのまま解決規範として用いるのではなく、プライバシー侵害型事案でも通用し得る、より一般的な判断基準である学説の見解（重要利益侵害説）を展開することがより適切であろう。

学説上の通説的見解であり、また昭和 51 年判例の判例理論とも位置付けられる重要利益侵害説は、以下のとおり説く。すなわち、法 197 条 1 項但書きの強制処分法定主義は、憲法 31 条の手続法定主義を受けた規定であり、人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約することを内容とする強制処分については、国民の代表による明示的な選択を体現する法律に根拠がない限り行うことは許されないとする趣旨であると解されることから、同条項の「**強制の処分**」（強制処分）とは、対象者の明示又は黙示の意思に反して、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害を伴うものであると解されるとする（井上正仁・井上=酒巻・刑訴の争点・56 頁）（注）。

注）あるいは、強制処分と結びつけられた法的効果の重さ〔強制処分法定主義〕と、現に法定された強制処分の要件・手続の厳格さ〔令状主義との結合〕とに照らし、強制処分とは、〔対象者の意に反して〕そのような〔厳格な〕保護に見合うだけの権利・利益の〔実質的〕制約を伴う処分であると解する（大澤・百選（10 版）5 参照）、とも言い得る。

ウ 法適用—本件エックス線検査が強制処分に該当するか

(ア) 平成 21 年判例

最高裁は、平成 21 年判例（**大阪宅配便エックス線検査事件・最決平 21・9・28 刑集 63 巻 7 号 868 頁、百選（10 版）29 事件**）において、本件と同様の捜査目的での宅配荷物の適法性に関し、「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、**検証としての性質を有する強制処分**に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。」と判示し、当該事案における宅配荷物に対するエックス線検査は強制処分であるとした。

本件答案においても、当然この最高裁判例を踏まえて論じる必要がある。

(イ) 法適用上の留意点

この平成 21 年判例は、エックス線検査が強制処分に該当する理由として、荷物の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害することを挙げている。

しかし、答案上は、上記イにおいて解釈論として述べた強制処分の基準を適用して結論を導く必要がある。対象者の知らないところで検査しているのに、果たして「意思の制圧」といえるか、荷物の内容物に対するプライバシーの利益が「身体、住居、財産等」になぜ含まれるのか、などを説得的に論じる必要がある。

例えば、前者についていえば、本件宅配物の内容物に対するプライバシー権を有する荷送人・荷受人の承諾がなく、その合理的に推認される意思に反しているところ、法益侵害の評価の観点からは、明示の意思に反するのと同価値と評価されるべきものであり、「その意思に反して（意思を制圧して）」に該当する（注）、後者についていえば、同宅配物に外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察し、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であることから、本来、肉眼や外表検査では得られないはずの密封の荷物の内容物に関する情報を得たものであって、本件エックス線検査は、荷送人や荷受人の梱包された荷物（所持品）という私的領域に侵入されない権利という憲法 35 条が保障する重要な権利を侵害している、などと論じることが考えられよう。

注) この点については、**東京高判平成 28・8・23 高刑集 69・1・16** が「当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人を意思を制圧する場合に該当するというべきである（最高裁判所平成 21 年 9 月 28 日第 3 小法廷決定参照）。」と判示していることが参考となる。

なお、留意すべき点は、あくまで**重要利益侵害説・昭和 51 年判例**の枠組みにあつては、「強制捜査」と「任意捜査」との間に「中間的な領域」は存在しないということである。

すなわち、強制処分該当性の判断は、「**類型的**」に行われねばならず、具体的事案において、如何に必要性・緊急性が高く、また実際に被った法益侵害の程度が低くとも無関係である（酒巻・刑訴（2 版）33, 34 頁）。

本件でも、暴力団による悪質な覚せい剤密売事件の捜査のため検査の必要性が高かったなどの事情は、強制処分該当性判断には考慮されるべきものではない。捜査の必要性・緊急性などの具体的事情は、強制処分該当性が否定された後、任意捜査として適法かとの判断で、比例原則（昭和 51 年判例の判示「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。」参照)を適用する上で考慮されるべきことである。

エ 結論—違法の理由

上記のとおり判例の見解に従えば、本件エックス線検査は、強制処分に該当するということになる。しかし、答案上、「強制処分に該当するから違法」で終わってはならない。あくまで、法 197 条 1 項ただし書の強制処分法定主義は、強制処分に法の特別の根拠規定を要求しているに過ぎず、強制処分を一般的に禁止する規定ではないからである。

エックス線検査が、処分の性質からして検証(五官の作用を用いて対象物等の形状等を客観的に認識する処分)の性質を持つ強制処分であること(前記平成 21 年判例参照)を指摘した上で、捜査機関が検証許可状(法 218 条 1 項)も得ないで実施した故に違法である旨指摘しなければならない。

(3) 問(2)について(実況見分調書の証拠能力)

ア 問題の所在

刑訴法は、法 320 条 1 項において、いわゆる伝聞法則(伝聞証拠の証拠能力を原則的に否定する法準則)を採用し、伝聞証拠として「公判期日における供述に代わる書面(<1>)又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述(<2>)」の二種を規定した(<1>を供述代用書面、<2>を伝聞供述という。)

下線部②の実況見分調書は、見分警察官 K の供述代用書面である。すなわち、本来、K が公判期日に出廷して自ら実施した実況見分(★印のある荷物に対しエックス線検査という方法で見分した事実)の内容を記憶に基づき逐一証言すべきところ、同証言に代えて、同見分調書を公判で証拠として用いるために、検察官 P が証拠調べ請求している。

したがって、本件見分調書全体は、K の供述証拠という観点から伝聞証拠であることは明らかであるが、本件では、弁護人が法 326 条の同意(伝聞例外規定のひとつである。)をしていないところ、ほかに実況見分調書については特別の伝聞例外規定が置かれていないため、処分の性質が共通する法 321 条 1 項の検証調書の規定が適用ないし類推適用できないかが問題となる(問(2)の前段の問題)。

次に、下線部②の実況見分調書には、作成者 K とは異なる立会人 A が本件宅配荷物の送り状を指差しながら指示説明した部分(本件説明「中身が覚せい剤であるとの目印である『★』印があります」)があり、この説明部分につき立会人の供述証拠という観点から証拠能力が問題となる(いわゆる「立会人の指示説明」の証拠能力。問(2)の後段の問題)。

イ 問(2)前段—実況見分調書全体の証拠能力

(ア) 伝聞法則の趣旨及び伝聞証拠の定義

本件では、下記のとおり伝聞例外規定である法 321 条 3 項の解釈が問題となっている。しかし、問(2)の後段で、立会人の指示説明につき伝聞証拠と扱うべきかとの点も問題となっているので、まず、伝聞法則の趣旨及び定義を述べておくことも一案である。

伝聞法則の趣旨は、供述証拠にあっては、内容たる事実が、知覚、記憶、表現、叙述という供述過程を経て公判廷に顕出されるものであるところ、か

かる供述過程には人の精神活動に由来する誤りが混入するおそれがあるので、反対当事者による反対尋問や事実認定者による供述態度の観察によって供述内容の真実性を吟味する必要があるにもかかわらず、公判期日外の供述の場合、かかる信用性の吟味手段がないため（注1）、証拠から原則的に排除し、事実認定の正確性を担保することにある。

そうだとすれば、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする証拠で、その供述内容たる事実の真実性を立証するために用いられるものをいい（注2）、伝聞証拠に当たるかどうかは、これによって直接証明しようとする事実（要証事実）と供述者の知覚との関係で相対的に決まる。

注1）伝聞法則の趣旨として、さらに公判期日外供述の場合、宣誓や偽証罪告知による信用性担保手段がないことも挙げられる。

注2）通説たる形式説による定義である。

前記のとおり、下線部②の実況見分調書は、作成警察官Kの公判期日外の供述を内容とする証拠で、その供述内容の真実性（見分事実の存在）の立証に用いられるものであるから、伝聞証拠であることが明らかである。

(イ) 法解釈—実況見分調書の法321条3項適用の可否

実況見分調書につき法321条3項の適用ないし類推適用を認めるかの論点については、本件問題文が指示するとおり、同項がなぜ検証調書に（伝聞例外の原則形態である法321条1項3号に比して）緩やかな要件の下で証拠能力を認めることとしたのか、その趣旨に遡って考察することが求められる。

まず、法321条3項は、検証が裁判官の令状によって行うという形式をとるものであることにより、観察・記述を意識的にし、正確にするという機能をもつことに着目していると理解する見解からは、令状に基づかずに任意処分として実施される実況見分調書には、同項の適用はもちろん類推適用もできないとの否定説（平野・全集216頁、鈴木・刑訴〔改訂〕209頁）が導かれることになる。

これに対し、通説の見解は、以下のように説き、適用ないし類推適用を肯定する。すなわち、そもそも法321条3項が、検証調書に伝聞法則の適用上特例的扱いをしている趣旨は、まず、第1に、精密詳細な検証対象の状況については、事柄の性質上、口頭で報告させるよりも検証直後に作成された書面によった方が正確性であること（書面によることの必要性）、第2に、検証というものが、場所や物の状態等に対する客観的認識を旨とする作業であり、検証者の主観的意図により内容が歪められるおそれが少ないこと（書面によることの相当性）にあるところ、検証と実況見分とは、強制処分か否かの違いがあるだけで、処分の主体や客観的な内容性質は同一のものであるから、かかる趣旨が同じく妥当し、適用ないし準用する基礎がある、とするのである。

判例（**最判昭和35・9・8日刑集14巻11号1437頁、百選(10版)A39事件**）も、「刑訴321条3項所定の書面には捜査機関が任意処分として行う検証の結果を記載したいわゆる実況見分調書も包含するものと解するを相当とし、かく解したからといつて同条項の規定が憲法37条2項前段に違反するものでないことは当裁判所大法廷判例（昭和二四年五月一八日宣告、刑集三巻六号七八九頁参照）に照らし明かである」として、肯定説に立っている。

(ウ) 法適用及び結論

上記通説・判例の見解を採用し、実況見分調書にも法 321 条 3 項が（類推）適用できるとの見解に立てば、下線部②の実況見分調書全体は、法 321 条 3 項により、供述者である K が公判期日で作成真正証言を行うことにより証拠能力が付与される。

これに対し、上記否定説に立てば、実況見分調書には特別の伝聞例外規定が設けられていないことから、被告人以外の者である K の供述書であるので、法 321 条 1 項 3 号の要件を満たさない限り、伝聞法則により証拠能力は否定される（法 320 条 1 項）。

ウ 問（2）後段—立会人の指示説明の証拠能力

(ア) 法解釈—現場指示・現場供述

本件説明部分は、見分警察官とは異なる立会人 A の公判外供述でもある。そうすると、A の供述内容の真実性（「本件宅配荷物の中身が覚せい剤であること」）の立証に用いるならば、A の供述証拠という観点から伝聞証拠ではないか？つまり、調書全体は、法 321 条 3 項で証拠能力が付与されても、本件説明部分は、別途、A の K に対する供述を録取した書面という伝聞証拠として、法 321 条 1 項 3 号の要件充足（同項柱書きの「A の署名押印」や 3 号の「A の供述不能」等）が必要ではないのか。

このような検証・実況見分調書の立会人の指示説明部分の証拠能力については、従来から、それが現場指示か現場供述かで区別して論じられてきた。

現場指示とは、実況見分を実効あらしめるため、見分対象を特定し見分の動機・手段となった立会人の指示説明をいい、見分の対象の意味内容を明らかにするため、調書に記載されるものである。

現場指示についても、伝聞証拠（供述証拠）であるとする見解も少数説として存在するが、通説の見解は、①その指示説明たる供述の存在自体が見分の趣旨を示す限度で証拠価値を有するものである上、②見分者たる作成警察官にとっては直接知覚したものであって見分の結果にほかならないことから、指示のみを独立させて、立会人の供述証拠として扱う必要はなく、非供述証拠（非伝聞）として、実況見分の結果と一体となって、法 321 条 3 項により証拠能力が付与されると解する、とする（平野・全集 218 頁、中野次雄・旧実例刑訴 [新版] 380 頁など）。

判例（**最判昭 36・5・26 刑集 15 卷 5 号 893 頁、百選(8 版)・A33 事件**）も、「右の如く立会人の指示、説明を求めるのは、要するに、実況見分の一つの手段であるに過ぎず、被疑者及び被疑者以外の者を取り調べ、その供述を求めるのは性質を異にし、従つて、右立会人の指示、説明を実況見分調書に記載するのは結局実況見分の結果を記載するに外ならず、被疑者及び被疑者以外の者の供述としてこれを録取するのは異なるのである。従つて、立会人の指示説明として被疑者又は被疑者以外の者の供述を聴きこれを記載した実況見分調書には右供述をした立会人の署名押印を必要としない」と判示しており、前記通説たる非供述証拠説を採用したものと解されている。

以上に対し、**現場供述**とは、実況見分の実施に必要な範囲を超えたり、見分の動機・手段となっていない立会人の説明供述である。

かかる記載部分については、現場においてなされた、立会人の過去の体験供述であり、通常、供述内容の真実性の立証に用いることのほか証拠価値は見出し難く、見分調書と一体として証拠能力認めることは伝聞法則に反する

ので、法 321 条 3 項により証拠能力は付与されず、法 326 条の同意がない限り、証拠能力が認められることはない（通常、実況見分調書には立会人の署名押印がないため、法 321 条 1 項 3 号の要件を充足することはない。）。

(イ) 法適用－A 指示説明の性質

A の本件説明部分は、K が本件宅配荷物を取り上げてこれにエックス線検査という方法による実況見分を行った趣旨（A が送り状に「★」印があるものの中身が覚せい剤であると説明したからこそ、この荷物に同検査をすることになったという趣旨）を明らかにし、また本件宅配荷物を見分対象として特定するもの（送り状に「★」印があることを A が示して対象物件を特定したもの）である（逆にいえば、本件調書から A の本件説明部分を取り除くと、K が本件宅配荷物になぜエックス線検査を行ったのか、調書上では全く不明となってしまう。）。

したがって、A の本件説明部分は、K の実況見分の趣旨を明らかにし見分対象の特定を行うとの証拠価値を持ち、記載内容の真実性（中身が覚せい剤かどうか）の立証に用いるものではない（この立証は本件調書の K 自身の供述部分・写真や鑑定書等で立証する。）ので、伝聞証拠（供述証拠）ではなく、他方で、このような指示説明があったことは K が直接知覚しておりそれ自体が見分の一内容となっている。

本件指示説明は、講学上の現場指示に該当し、実況見分調書と一体となって法 321 条 3 項の要件の下で証拠能力が認められる。

なお、法 321 条 3 項で証拠能力が付与されたとしても、立会人 A の指示説明をもって、その記載内容の真実性（A が供述したとおり、送り状に★印のついた宅配便の中身は覚せい剤であること）の立証に用いることはできないことに注意を要する。

2 評価

（全体として）

- (1) 事例に対する解決を求める問（1）及び問（2）については、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案は、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) 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ため、基本書や百選登載レベルの判例についての的確に理解すること、教科書で述べられている重要概念（強制処分の意義、実況見分調書、現場指示・現場説明）の基本的知識などを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。

（個別論点について）

- (1) 重要概念の定義を述べる際には、何よりも正確性が大切である。例えば、強制処分の意義を述べる際に、「意思を抑圧して（→制圧して）」とするもの、伝聞証拠の定義を述べる際、「公判外供述（→「を内容とする証拠」が欠落）で、その供述内容の真実性の立証にもちいるもの」とするものがあつた。
- (2) 解釈論を展開するに当たり、関係する条文については言及するようにされたい。本問では、法 197 条 1 項但し書き（強制処分法定主義）、法 320 条 1 項（伝聞法

則) などである。

(3) 法解釈論を展開する場合、実質的な理由・抽象的な理由ではなく、制度趣旨から導かれる理論的理由を重視されたい。すなわち、「実体的真実発見と人権保障の調和」などの抽象的概念を振りかざして、基準を導く答案などは高い評価は得られない。例えば、強制処分の定義につき、なぜ「重要な」権利・利益の実質的侵害を伴う処分に限られるのかについて、安易に「軽微な法益侵害でも強制処分とすると、真実の発見(刑訴法1条)の見地から相当でない」などとする論述である。いわゆる受験指導書の記述をそのまま借用するのではなく、定評のある教科書・参考者で学習し、理論的理由を考察できるようになって欲しい。

(4) 合格水準に達するためには、何よりも基本概念・基本判例の知識・理解を身につけることが必要である。例えば、本件エックス線検査が、強制処分ではないとする結論を導いた答案については、前記平成21年判例を踏まえたものであろうか。もちろん、判例の基準・結論を必ず採用しなければならないわけではないが、最高裁の指導判例がある以上、これと異なる結論に立つ場合には、なぜ判例の結論が異なっており、その結論を採用できない理由に言及するべきであろう。

また、本件エックス線検査が強制処分であるとしながら、必要性・緊急性・相当性があれば、例外的に令状に基づかなくとも適法であるとする答案もあったが、令状主義は、憲法上の大原則であり、解釈により例外を創設することなどは許されず、また比例原則による許容を優越させる解釈もまたあり得ない。