

刑事訴訟法 解説レジュメ

1. 出題趣旨

設問1は、警察官Kらが本件捜索差押許可状に基づいて行った捜索差押行為について、令状が許容する捜査の範囲内といえるか、仮に範囲外であるとしても適法になる余地は無いかについて、令状主義を意識しつつ検討するよう求める問題である。

設問2は、伝聞法則の基本的な理解（なお、伝聞法則については平成26年度及び平成27年度予備試験で出題されており、今後も出題が予想される。）を問うと共に、やや発展的な問題として、現在、実務において重大な論点となっている取調べの録音録画媒体の実質証拠化についても問うている。同点はまさに議論の渦中にあるものであり、出題者としては、受講生に対して完全な理解や結論を求めるものではなく、本問を踏まえて法改正や最新の議論についても意識を向けてほしいという狙いをもって出題した。

なお、本答練を踏まえて受講生が刑事訴訟法の理解を深めてもらえるよう関連問題も記載したので各自で検討されたい。

2. 設問1

1 問題点

本件捜索差押許可状は甲方に対して発せられているが、Kは乙の身体捜索を行っている。この点、刑事訴訟法（以下、「法」という。）第222条1項及び同第102条は、捜索の対象として、「場所」と「身体」を区別していること、また身体捜索（人身の自由）と場所の捜索（住居の不可侵）では前者の利益の方が一般的に大きいといえるため、場所に対する捜索差押許可状によって身体捜索を行うことは許されないのではないかが問題となる。

2 解釈

場所に対する捜索差押許可状執行の際に、その場に居合わせた者に対して捜索ができるかについては下記の通り裁判例を含め諸説あるものの、結論としては一定の場合にはこれを認めるのが多数説的見解である。

①東京高判平成6年5月11日

「場所に対する捜索差押許可状の効力は、当該捜索すべき場所に現在すべき者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の着衣・身体を捜索する必要があると認められる具体的な状況の下においては、その者の着衣・身体にも及ぶものと解するのが相当である。」

②京都地決昭和48年12月11日

場所に対する捜索差押許可状により、「その場所にいる人の身体について捜索することは、その者がその場所にあった捜索の目的物を身体に隠匿していると認めるに足りる客観的な状況が存在する等の特段の事情の無い限り、原則として許されない。」

③必要な処分説（後掲古江91頁等）

捜索場所に居合わせた者が、捜索中にまたは捜索の開始直前に、捜索場所にあった差押目的物（或いは捜索の対象物）を身体・形態物に隠匿した疑いが十分にあるときは、捜査の権限に当然含まれる措置あるいは捜索の「必要な処分」として、妨害行為を排除して原状に回復する為に、合理的にみて必要かつ相当な処分を行うことができると解する。

少なくとも本問においては、上記見解のいずれを採用するかで結論が変わることは無いと思われる。本問と関連するような問題を検討するにあたって重要なのは、令状主義との関係で、令状審査をした裁判官がどこまでの処分を念頭に置いて審査し、許可しているかという観点である。

なお、上記①と②の判例において、「捜索目的物」と「差押目的物」が書き分けられていることには注意が必要である。

3 あてはめ

本問では、乙が甲と同居して甲方に住んでいること、乙が捜索の際中に台所辺りで屈んで何かを拾うような素振りを見せたこと、かかる素振りの後、乙の着用しているパーカーの腹部ポケットから抜き身の刃物様のものが飛び出していること等の事実が挙げられる。

なお、乙への身体捜索の時点においては、Kらは刃物様のものに濃赤色液体が付着していることを視認していないことには注意する必要がある。

上記事実を用いて、自身の定立する規範に対して沿うようにあてはめを行う必要がある。

4 関連問題

- ・本問で乙が甲方から逃走した場合、Kらは実力行使をして、乙を止めることはできるか？
- ・非同居の乙がたまたま立会に訪れた場合、Kらは、乙が偶然所持していたバッグ内を捜索することはできるか？
- ・本問で乙が隣家の庭に本件包丁を投げ込んだ場合はどうか？

3. 設問2

本問では、本件供述の録音録画内容を含む本件テープの伝聞証拠該当性が問題となる。伝聞証拠は苦手とする受験生が多いが、まずは基礎概念をきちんと理解する必要がある。

1 伝聞法則

(1) 伝聞証拠の意義

- ①実質説：事実認定をする裁判所の前での反対尋問を経ない供述証拠
- ②形式説：公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真実性を立証するためのもの（実務・多数説）

(2) 要証事実

要証事実とは、ある証拠による直接の立証事項を指し、要証事実は一義的にはその証拠の取調べを請求する当事者が示す立証趣旨に沿って把握されるものであるが、証拠決定の権限を有する裁判所は必ずしもその主張に拘束されるものではない。

(3) 本件供述

本件供述は、甲が自身の犯人性を認めるものであって、その内容の真実性が問題となる（甲が自ら犯行を行ったことについて知覚、記憶の過程があり、それを表現・叙述する過程が存在する。）から本件供述を録音録画した本件テープは「供述録取書」にあたり、伝聞証拠に当たる。なお、本件テープは「供述録音」であるから、非伝聞とされるテープそのものや、「現場録音」の議論と混同しないよう注意されたい。

2 伝聞例外について

(1) 検討すべき伝聞例外

本件テープは、被告人の供述を録取した記録媒体であるので、法第322条1項の該当性が問題となる。

(2) 「署名若しくは押印」

供述録取書について「署名若しくは押印」が求められるのは、調書作成者による録取の正確性を原供述者自身が確認すること（いわゆる「読み聞け」の手続。）を通じて、録取の正確性を担保し再伝聞性を無くすためにある。

ところで、最決平成17年9月27日は犯行状況等の再現結果を記録した実況見分調書の伝聞例外性を検討するにあたって、同調書内の写真につき「もっとも、写真については、撮影、現像の記録の過程が機械的操作によってなされることから前記各要件のうち再現者の署名押印は不要と解される。」としている。

本件テープについても同様の議論から署名押印は不要となるだろう。（もっとも、電磁的記録であっても、改竄の可能性はあるとして、何らかの形で録取の正確性を担保すべきという見解も有力である。）

3 取調べ録音録画の実質証拠化について

(1) 問題点

平成18年以降、裁判員裁判における被疑者供述の任意性立証を目的に、検察官による被疑者取調べの一部録画が始まり、その後、録画対象範囲が徐々に拡大されてきた。

他方で検察側から、場合によってはかかる録音録画内容を実質証拠として証拠請求する方針が打ち出され（最高検判第22号）、その当否について議論となっている。

同議論について、東京高判平成28年8月10日は、一審の証拠採否に関する判断（記録媒体について証拠採用の必要がないとして却下したこと。）に裁量の逸脱があったか否かの検討の場面で、①供述態度を受動的に見ることによる信用性の判断は、直感的で主観的な判断に陥ってしまうことの危険性、②公判審理手続が記録媒体の再生を視聴しその適否を審査する手続と化すという懸念があり、直接主義の原則から大きく逸脱する危険性がある等の消極的な見解を述べている。

(2) 目的外使用説（法281条の4）

自由法曹団平成25年6月25日付『時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想』に対する批判的意見書」7頁では、取調べ録音録画は、「取調べの過程の適正の担保を目的として収集された資料であり、任意性の有無の判断においてのみ利用できる」と考え「すべきであり、「取調べの適性の判断のために収集された証拠を、実質証拠として使用することは、証拠の目的外使用に該当する。」旨が述べられている。

もっとも、目的外使用（法281条の4）とは訴訟のために収集された証拠を訴訟以外の目的に使用することを指すものであるから、録音録画の実質証拠化の場合は、これに当たらないとの批判がある（後掲青木77頁）。

なお、平成28年度の法改正によって、法301条の2が新設され、一定の重大事件等について、検察官は取調べの録音録画を義務付けられ（同4項）、被告人の自白調書に関して任意性を争う旨が述べられた場合、原則として検察官は取調べ状況を録音録画した記録媒体を証拠請求しなければならず（同1項）、これに違反する場合は同自白調書の証拠請求について却下される（同2項）旨の規定が新設された。

上記は概略であり、例外も多く規定されているので、各自で条文を確認されたい。

4 関連問題

- ・甲が署名押印しなかった供述調書を証拠請求することはできるか？
⇒法第326条の同意があれば証拠能力が付与されるとするのが通説・実務。
- ・甲が公判段階で自白していたことを、P1の公判証言で立証できるか？
⇒法第324条1項の適用が問題となる。（東京高判平成3年6月18日は積極に解する。）

<参考文献>

- 植村立郎（2017）「骨太刑事訴訟法講義」法曹会
井上正仁ほか（2011）「刑事訴訟法判例百選〔第9版〕有斐閣
佐々木正輝（2008）「捜査法演習 理論と実務の架橋のための15講」立花書房
古江頼隆（2011）「事例演習刑事訴訟法」有斐閣
新関雅夫ほか（2013）『増補 令状基本問題（上）（下）』判例時報社
高麗邦彦ほか（2012）「令状に関する理論と実務（I）（II）」『別冊判例タイムズ』No34・No35
太田茂（2017）『実践 刑事証拠法』成文堂
「取調べ上映会を許すな！—録画媒体実質証拠化の危機」『季刊刑事弁護』2017秋第91号
青木孝之（2015）「取調べを録音・録画した記録媒体の実質証拠利用」『慶應法学』第31号

以上