

論文式試験問題集
[刑事訴訟法]

[刑事訴訟法]

【事例】

広域指定暴力団「新宿卍會」(しんじゅくまんじかい)の構成員である甲は、令和4年3月1日、東京都新宿区に所在するパチンコ店「凡天」(ぼんてん)内において、新宿卍會と同じ広域指定暴力団であり、同会と対立する「白龍」(ホワイトドラゴン)の構成員であるVと、パチンコ台の取り合いで口論となった末、携帯していた匕首(あいくち)で、Vの左腕を切り付け、1か月間の加療を要する傷害を負わせた。

Pは、前記事実で逮捕状の発付を受けた上、同月2日、甲を勤め先で逮捕した。同日、甲は、Vに対する加害行為は、関東卍會の組長である“無敵の丙”こと丙の指示によるもので、「丙から金をもらい、鉄砲玉としてV殺害の機会をうかがっていた。」と供述した。そこで、Pは、その供述を調書に録取し、供述調書を作成した。

Pは、前記供述調書を疎明資料として、殺人未遂の共犯の犯罪事実で、搜索すべき場所を甲方とする搜索差押許可状(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)の発付を請求し、裁判官から搜索差押許可状の発付を受けた。

Pらは、同月5日、甲の同居人であ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、2階の寝室に立ち入ったが、同寝室内には、机とベッドとカレンダーが置かれていた。Pは、Qに指示して、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、血の付いた匕首を発見し、その左横に、甲名義の運転免許証、健康保険証及び甲名義の通帳を認めた。Pは、その状況を写真撮影することとし、Qに指示して、前記匕首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)。

また、Pが前記通帳を開いてその記載を確認していたところ、「20220301 へい 5,000,000」という入金記録があったため、Pは、Qに指示して、そのページ全体を写真撮影した(③)。

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(④)。

寝室のカレンダーには、3月1日の欄に「ボンテン 500万」との記載があったため、PはQに指示して、カレンダー全体が写る距離から、当該記載を写真撮影した。

その後、Pは、匕首を押収し、搜索を終了した。

上記の事実関係を乙から聞いた甲の弁護人は、「そのような写真撮影は認められるべきではない。直ちに、写真のフィルムを削除してもらえよう準抗告を申し立てます。」と述べた。

(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：東京都三鷹市〇〇番地甲方

差し押さえるべき物：匕首

〔設問1〕

【事例】中の①から④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〕

甲は、下線部に関し、いかなる根拠で準抗告を申し立てようとしているのでしょうか。条文及び関連する判例に言及しつつ、かかる準抗告が認められるか、論じなさい。

以 上

2022年4月3日

担当：弁護士 林寛之

参考答案
[刑事訴訟法Ⅱ]

第1 設問1

1 写真撮影は、警察官が、現像した写真を目を使って閲覧するものであり、場所・人・物を対象に、五官の作用によって強制的に認識するものであるから、検証にあたり、実施には検証令状を要する（刑事訴訟法（以下法令名は省略）第128条、第222条1項）。本件では、検証令状なく処分が行われているから、本来であれば、令状主義に違反する違法な捜査になるはずである。もっとも、令状審査に際し、裁判官は、搜索差押に付随して、このような写真撮影がなされることを見越していると考えられる。

したがって、写真撮影は、搜索差押えに付随して行われたものといえる場合には、令状がなくとも適法に行えると解する。

2 当てはめ

(1) 写真撮影①

写真撮影①は、甲方の搜索に際し、Pが、玄関内において、乙に搜索差押許可状を呈示し、同許可状を乙が見ている状況を写真撮影したものである。搜索差押えの実施に際しては、処分を受ける者に令状を呈示する必要がある（第110条、第222条1項）、写真撮影①は、かかる捜査の適法性を担保するために行われたものである。

そのため、写真撮影①は、搜索差押えに付随する処分とし

て適法である。

(2) 写真撮影②

写真撮影②は、机の上段の引出し内の手前側中央付近に、血の付いた匕首を発見し、その左横に、甲名義の運転免許証、健康保険証及び甲名義の通帳がある状況を撮影したものである。匕首は正に差押えの対象物件である。それに加えて、本件は、甲が乙を匕首で切りつけたという殺人未遂ないし傷害の被疑事実によるところ、甲の所有物であることが明らかな運転免許証等の公的身分証とともに本件の凶器と思わしき血のついた匕首が保管されている状況は、同匕首が甲の所有物であることを推認させる。そのため、そのような状況を保存するために写真撮影を行うことは、搜索差押えに付随する処分として適法である。

(3) 写真撮影③

写真撮影③は、前記通帳内の「20220301 ヘイ5,000,000」という入金記録の載ったページ全体を、写真撮影したというものである。

本件は、甲が丙からVの殺しを依頼され金をもらっていた旨供述しているところ、通帳の記載は、甲が犯行日時に丙と同じ読みの「ヘイ」なる人物から、500万円を受け取っている事実を証明するものであり、甲の供述を裏付ける証拠になる。そのため、このような本件と関連性のある証拠を撮

影することは捜索差押えに付随する処分として適法である。

(4) 写真撮影④

写真撮影④は、前記机の下段の引出し内に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枚が発見された状況を撮影したものである。

本件では、甲が犯行に及ぶに際し、景気付けのために、覚せい剤を使用している可能性もないとはいえないため、写真撮影④の物件は、本件の犯行に至る経緯を示す情状証拠にあたりうる。そのため、本件と関連性のある証拠を撮影することは、捜索差押えに付随する処分として適法である。

第2 設問2

1 写真撮影①から④の違法を主張するために、準抗告を申し立てることが考えられる（第430条1項、2項）。

2 確かに、写真撮影の態様によっては、例えば、通帳などを全頁撮影するなどして、実質的に捜査機関が、対象物件を差押えているのと同様だと言えるような場合もありうる。このような場合には、写真撮影は、「押収」に關する処分とすることができ、準抗告の対象になると考える余地もある。

しかし、「押収」とは、差押え、領置、提出命令などをさし、形式的に検証が含まれないことは明らかである。また、差押えは、対象物件の占有を強制的に移転し、捜査機関が自らの手元で、対象物件を調査することができるのに対し、写

真撮影では、対象物件の占有の移転を伴わないため、質的にみて両者の間には違いがあり、これを同列に論じることができない。

したがって、写真撮影①から④は、いずれも「押収」に關する処分とはいえず、準抗告を行うことはできない。

以上

2022年4月3日

担当：弁護士 林寛之

予備試験答案練習会(刑事訴訟法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(20)		
写真撮影が検証にあたることへの言及(①定義、②条文、③あてはめ)		3	
令状主義違反にあたりうることの言及		2	
許される根拠(Ⅰ付随的処分説又はⅡ必要な処分説)		3	
写真撮影①の適法性		3	
写真撮影②の適法性		3	
写真撮影③の適法性		3	
写真撮影④の適法性		3	
〔設問2〕	(15)		
刑事訴訟法430条への言及		5	
判例の立場(否定説)への言及		5	
一部肯定説への言及		5	
裁量点	(15)	15	
合計	(50)	50	

第1 出題の趣旨

設問1は、搜索・差押えに伴う写真撮影という典型論点を出題しました。当該論点は、平成21年新司法試験、平成27年予備試験等過去にも複数回本試験で出題がなされている論点です。「論点は10年で一巡する。」という言葉にならない、受講生は一度出題された問題については、本番までに徹底的に潰しておき、未知の出題のように見えて、実は刷り直しただけの問題には、きちんと気づくことができるよう万全の準備をすることが求められています。

設問2は、上記論点に関連し、最決平成2年6月27日・刑集第44巻4号385頁の法廷意見や補足意見を参考に、受講生の思考力を問う問題です。当該判例を知らない受講生であっても、誘導に従い、問題となる条文に気づき、現場で考えることで、一定の回答を示すことは十分に、可能だと思います。

出題者としては、設問全体を通じ、受講生の刑事訴訟法の基本的な知識・理解、法的思考力を確認したいと考えています。

第2 設問1

1 思考過程

まずは、問題となっている行為が、刑事訴訟法の定める強制処分のどれ（逮捕、搜索、差押、検証等々）にあたるかを検討します。きちんと各強制処分の定義を抑え、正確に当てはめてください。

本件で、問題となる写真撮影は、検証（刑事訴訟法（以下法令名は省略します。）第128条）に当たります。検証は、場所・人・物を対象に、視覚・嗅覚・聴覚等の五官の作用によって、強制的に認識する処分です。「五感」と「五官」を書き間違えるミスに気をつけてください。両者は、以下のように意味が違います。

五感：目、耳、鼻、舌、皮膚の五官を通じて外界の物事を感じる視、聴、嗅、味、触の五つの感覚。

五官：人間が外界の事物を感じる五つの感覚器官。目・耳・鼻・舌・皮膚。

写真撮影は、撮影した写真を警察官が、感覚器官のうち「目」を使って、強制的に認識を行うものなので、検証に当たります。

第128条

裁判所は、事実発見のため必要があるときは、検証することができる。

第222条1項

第九十九条第一項、第百条、第百二条から第百五条まで、第百十条から第百十二条まで、第百十四条、第百十五条及び第百十八条から第百二十四条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条、第二百二十条及び前条の規定によつてする押収又は捜

索について、第百十条、第百十一条の二、第百十二条、第百十四条、第百十八条、第百二十九条、第百三十一条及び第百三十七条から第百四十条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条又は第二百二十条の規定によつてする検証についてこれを準用する。ただし、司法巡査は、第百二十二条から第百二十四条までに規定する処分をすることができない。

さて、本来であれば、検証にあたるものにもかかわらず、本件では検証令状が取得されていません。このことを指摘し、令状主義違反に当たりうることを述べてください。

そのままでは写真撮影が令状主義違反に当たる違法なものになってしまうはずですが、捜査実務において、一定の場合には、捜索・差押えに伴う写真撮影は、適法と考えられています。

その論拠として、必要な処分説と付随する処分があります。実務は、後者の立場です。この論点は、特段の根拠付けなくとも、付随する処分に依拠して良いと思います。

なお、どちらの説の立場にたっても、当てはめで検討する事項は変わりません。

第 111 条 1 項

差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行については、錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができる。公判廷で差押え、記録命令付差押え又は捜索をする場合も、同様である。

第 222 条 1 項

第九十九条第一項、第百条、第百二条から第百五条まで、第百十条から第百十二条まで、第百十四条、第百十五条及び第百十八条から第百二十四条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条、第二百二十条及び前条の規定によつてする押収又は捜索について、第百十条、第百十一条の二、第百十二条、第百十四条、第百十八条、第百二十九条、第百三十一条及び第百三十七条から第百四十条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条又は第二百二十条の規定によつてする検証についてこれを準用する。ただし、司法巡査は、第百二十二条から第百二十四条までに規定する処分をすることができない。

(2) 当てはめ

写真撮影①：Pらは、同月5日、甲の同居人である乙を立会人として、甲方の捜索を行った。甲方の捜索に際し、Pは、玄関内において、乙に捜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、2階の寝室に立ち入ったが、同寝室内には、机とベッドとカレンダーが置かれていた。Pは、Qに指示して、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、血の付いた匕首を発見し、その左横に、甲名義の運転免許証、健康保険証及び甲名義の通帳を認めた。Pは、その状況を写真撮影することとし、Qに指示して、前記匕首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)。

また、Pが前記通帳を開いてその記載を確認していたところ、「20220301 ハイ5,000,000」という入金記録があったため、Pは、Qに指示して、そのページ全体を写真撮影した(③)。

Pは、引き続き、前記機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(④)。

本件抗告の趣意は、憲法一三条違反を主張するが、その実質において単なる法令違反の主張であって、刑訴法四三三条の抗告理由に当たらない。

所論にかんがみ職権をもって判断すると、原決定の認定によれば、本件においては裁判官の発付した搜索差押許可状に基づき、司法警察員が申立人方居室において搜索差押をするに際して、右許可状記載の「差し押えるべき物」に該当しない印鑑、ポケット・ティッシュペーパー、電動ひげそり機、洋服ダンス内の背広について写真を撮影したというのであるが、右の写真撮影は、それ自体としては検証としての性質を有すると解されるから、刑訴法四三〇条二項の準抗告の対象となる「押収に関する処分」には当たらないというべきである。したがって、その撮影によって得られたネガ及び写真の廃棄又は申立人への引渡をを求める抗告を申していることは不適法であるとするのが相当であるから、これと同旨の原判断は正当である。

よって、刑訴法四三四条、四二六条一項により、裁判官藤島昭の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。裁判官藤島昭の補足意見は、次のとおりである。

一 検証とは、視覚、聴覚等五感の働きによって物、場所、人等の存在、形状、作用等を認識する作用であり、検証に際して行われる写真撮影は、検証の結果をフィルムに収録する行為といえよう。このような行為を捜査機関が行う場合には原則として令状を必要とする(刑訴法二一八条一項)。したがって、人の住居に立ち入って搜索差押許可状を執行するに際し、あわせてその現場において写真撮影を行うためには、原則として検証許可状が必要となる。

しかし、検証許可状を請求することなく、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が、捜査の実務上一般的に行われている。このような撮影もまた検証と解されるべきものであるが、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行為であると考えられる。

二 これに対して、本件のように、搜索差押許可状に明記されている物件以外の物を撮影した場合には、搜索差押手続に付随した検証行為とはいえないので、本来は検証許可状を必要とするものであり、その令状なしに写真撮影したことは違法な検証行為といわざるを得な

いが、検証について刑訴法四三〇条の準抗告の規定の適用がないことは条文上明らかであって、この点に関する準抗告は現行刑訴法上認められていないものと解するほかない。

三 もっとも、物の外形のみの写真撮影に止まらず、例えば、捜索差押が行われている現場で捜索差押許可状に明記された物件以外の日記帳の内容を逐一撮影し、収賄先献金先等を記載したメモを撮影するなど、捜査の帰すうに重大な影響を及ぼす可能性のある、あるいは重大事件の捜査の端緒となるような文書の内容等について、検証許可状なくして写真撮影が行われたような場合を考えると、検証には刑訴法四三〇条の準抗告の規定の適用がないということによってこのような行為を容認してしまうことは、適正な刑事手続を確保するという観点から問題があるように思われる。

すなわち、このような場合、実質的にみれば、捜査機関が日記帳又はメモを差し押さえてその内容を自由に検討できる状態に置いているのと同じであるから、写真撮影という手段によって実質的に日記帳又はメモが差し押さえられたものと観念し、これを「押収に関する処分」として刑訴法四三〇条の準抗告の対象とし、同法四二六条二項によりネガ及び写真の廃棄又は引渡を命ずることができるとする考え方もあり得よう。

四 しかしながら、本件の写真撮影は、印鑑等四点の物の外形のみを撮影したものであって、右のような実質上の押収があったか否かを議論するまでもない事案であるから、刑訴法四三〇条の準抗告の対象とならないとした原決定の結論は相当である。

以上

2022年4月3日

担当：弁護士 林寛之