

〔設問1〕

第1 捜査①について

1 Pが令状なしにビデオカメラで甲を撮影したことが、「強制の処分」(刑訴法(以下略す。)197条1項但書)に該当し、強制処分法定主義又は令状主義(憲法35条、法218条1項)に反して違法ではないか問題となる。

2 197条1項ただし書きの趣旨は、強制処分を法定することで、個人の重要な法的利益を侵害する国家権力の発動に対して、個人の人權を保障することにある。

もつとも、捜査の必要性の観点から、「強制の処分」とは、相手方の明示又は黙示の意思に反し、重要な権利・利益を実質的に制約する処分をいうと解する。

3(1) 本件についてみるに、捜査①は、詐欺事件の被疑者との同一性を確かめることを目的に、甲の気づかぬうちに行われている。そのため、事前に撮影させることを知っていたら、甲は当然捜査①を拒んだであろうと考えられる。

(2) 次に、捜査①では、ビデオカメラによって、甲が事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵をかけた後、振り返って歩き出す姿が、容貌も含め撮影されていることから、甲のみだりに公権力から自己の容貌等を撮影されない利益が侵害されている。そして、一般に当該利益は、自己がどのように生活するかという人格的生存に関わるものとして、憲法13条により保障される重要な法的利益である。

しかし、本件撮影は、公道上から、事務所の玄関先の甲を映したものである。公道上においては、自己の容貌は誰もが見るができることが通常予定されており、私的領域に比べて、上記利益の保護の程度は小さいというべきである。

また、撮影はわずか20秒程度のものであり、侵害の程度は大きくない。

(3) 以上より、捜査①は、甲の黙示の同意に反しているものの、甲が侵害されている法的利益は、重要なものとまでいうことはできず、それゆえ強制処分にあたらない。

4 強制処分にはあらず、任意処分であるとしても、何らかの法的利益を制約する以上、当該措置は、必要性和緊急性を考慮して、具体的状況下で相当の限度のものでなければ違法であるというべきである。

5 捜査①の目的は、100万円の詐欺という重大事件の実行犯と甲が同一人物であるか、その犯人性を確かめることである。詐欺事件においては証拠の確保が極めて困難であり、被害者による犯人性の確認は非常に重要である。そして、犯人は「A工務店」に関連する人物であることから、同店から現れた甲が実行犯と同一人物である可能性は高く、甲の容貌を撮影する必要性があったといえる。また、詐欺事件は組織的に同様の手口によって繰り返されるが多く、被害の拡大を防ぐ必要があり、甲と実行犯の同一性を確かめることには緊急性もある。

そして、捜査①はビデオカメラによる動画の撮影が行われているが、被害者が高齢者であるため、写真よりも動画の方が記憶喚起に有効であるといえ、相当である。また、20秒という短時間の撮影であることを考慮すれば、捜査①は相当の限度を超える行為とまでいうことはできない。

6 よって、捜査①は任意処分として適法である。

第2 捜査②について

1 Pが令状なしにビデオカメラで「A工務店」内の工具箱を撮影したことが、「強制的処分」に該当し、強制処分法定主義又は令状主義に反して違法ではないか問題となる。そこで先述の基準に従って検討する。

2 (1) 本件についてみるに、捜査②は「A工務店」事務所に置かれている工具箱が、本件詐欺事件の実行犯が所持していたものと同一であるかを確かめるために、甲の気づかぬうちに行われている。実行犯の所有していた工具箱と同一の「A工務店」というステッカーのはられた工具箱を所有していれば、犯人性を基礎づける重要な証拠となると、撮影がなされることを知れば、甲は当

コメントの追加 [A1]: 緊急性（犯人性のレベルで書くべき）？

コメントの追加 [A2]: 写真と動画の違いが録音なら、今回は音は使っていないから余計に写真でいいじゃないの？

然捜査②を拒んだであろうと考えらえる。Pらはこれを撮影した。これについて、甲の承諾は存在しない。

(2)次に、捜査②では、望遠レンズ付きのビデオカメラで、工具箱を撮影している。そして、公道からは見ることができず、採光用の小窓からのみこれを見ることができるのであるから、本来他人に見られることを想定していないといえる。このように、望遠レンズを使う必要があるような、私的領域の撮影は、甲の私的領域内の私物を探索されないという重大な法的利益を侵害する。

たしかに、撮影時間はわずか5秒に過ぎないものの、私的領域というプライバシーの保護の要請が強い場所を無断で撮影することは、重要な権利を実質的に制約するものであるといえる。

(3)以上より、捜査②は、甲の黙示の意思に反し、かつ甲の重要な法的利益を侵害するものであり、強制処分にあたる。

- 3 そして、捜査②は甲の私的領域内の物を証拠保全のために探索する行為である。よって、搜索(218条)にあたるため、強制処分法定主義には反しない。もっとも、搜索令状は発付されていないため、捜査②は218条1項の令状主義に反して違法である。

〔設問2〕

小問1

- 1 (1) 本件メモは、Vが作成した、自身の見聞を記録したものであるから、320条1項の「公判廷における供述に代え」た書面として伝聞証拠にあたり、証拠能力が認められないことになるのか問題となる。
- (2) 320条1項の趣旨は、公判廷外における過去の供述事実を推認させる供述は、公判廷において、原供述者の知覚、記憶、叙述に介在する誤りを確認することができないことから、誤判防止のために証拠能力を排除する趣旨である。そうすると、320条1項に該当する書面とは、公判廷外でなされた供述の内容たる事実を推認するために用いるものをいうと解するべきである。そして、

当該書面に該当するか否かは、要証事実との関係で判断されるべきである。

そして、要証事実とは、当事者主義的訴訟構造から、伝聞法則の潜脱等が問題とならない限り立証趣旨と同一であると考えらえる。

(3) 本件メモについてみるに、まず、メモの内容はVが犯行当時に実行犯から聞いた言葉であるから、公判廷外における甲の供述であるといえる。

次に、甲は「V方に行ったことはありません」として、犯人性を否定しているため、甲の犯人性を立証する必要がある。したがって、本件メモによる要証事実は、「甲が平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」となる。そして、本件メモからは、1月10日に甲がAを訪問し、同人に対して「耐震金具に不具合がある」「すぐに工事しないと大変なことになる」「代金は100万円」である旨言ったという供述内容たる事実を推認することができる。

(4) よって、本件メモは320条1項の書面にあたり、甲の同意(326条1項)もないため、証拠能力が認められないのが原則である。

2 (1) もっとも、本件メモはVによって作成された供述書に該当するところ、321条1項3号の要件を満たし、例外的に証拠能力が認められないか。

(2)まず、Vは脳梗塞で倒れており、「身体の故障」にあたる。

同号に掲げられた供述不能は例示列举であり、実質的に供述不能の状態が相当程度継続しているといえれば、供述不能が認められるところ、Vの担当医はVの意識回復は不能、または仮に回復しても記憶障害のため取調べは不可能である旨述べている。このことから、Vは実質的な供述不能状態が相当程度継続することになるといる。

したがって、供述不能が認められる。

(3)次に、本件のように被害者宅を訪問して詐欺行為に及ぶような犯罪は、物的証拠を確保することが困難であり、また目撃者もいない。そして、本件においてもVは甲の欺罔行為の一部始終を目撃している唯一の人物であり、このよう

な場合には、被害者自身の供述が立証のために重要な要素となる。

したがって、当該書面が証拠として採用された場合には、甲の犯人性を立証し得る一方、そうでなければ立証は困難となる。

よって、本件メモは犯罪事実の証明に必要不可欠である。

(4)そして、本件メモは、Vが詐欺の被害にあった9時間後に作成されたものであり、その内容に誤りが入る恐れは少ない。また、甲とVとの間になんらの利害関係はなく、甲が虚偽の事実を記す理由もない。たしかに、Vは高齢であるが、認知症などの持病もなく、かつメモの内容も相当具体的なもので、同様の内容をWにも口頭で伝えている。

以上のことからすれば、本件メモの作成は、「特に信用すべき状況の下でなされたものである」といえる。

(3)以上より、本件メモは321条1項3号の書面に該当する。

3 よって、証拠能力が認められる。

小問2

第1 領収書それ自体の存在を要証事実とする場合

1 一般に領収書は、作成者と名宛人との間で取引行為がなされた場合に、作成者がその記載通りの金員を受領したことを記し、名宛人に交付するものである。よって、偽造等がされない限り、領収書の存在それ自体から、作成者と名宛人との間で、領収書記載の取引行為がなされたことを推認することができる。

2 本件において、作成者甲の発行した領収書の存在から、甲と名宛人たるVとの間で屋根裏工事のための取引行為がなされたことを推認することができる。そして、本件領収書には甲の認印があり、Vと甲は本件詐欺事件以外に関わりはないことから、本件領収書が偽造されたものとは言い難い。

よって、本件領収書の存在が立証されれば、立証趣旨と同一内容を合理的に推認することができるため、要証事実は領収書の存在それ自体となる。

したがって、このように使用する場合には、本件領収書は公判廷外でなさ

れた供述の内容たる事実を推認するために用いるものとはいえず、320条1項の書面に該当しない。

3 よって、本件領収書の証拠能力は認められる。

第2 領収書に記載された内容たる事実を要証事実とする場合

1 この場合、公判廷外でなされた甲の供述の内容たる事実を推認するために本件領収書は用いられるといえる。

よって、本件領収書は320条1項の書面に該当し、伝聞証拠にあたるため、証拠能力は否定されることになる。

2 (1)もっとも、当該書面が322条1項の書面に該当し、証拠能力が認められないか。

(2) 本件領収書は甲によって作成された供述書である。

そして、同書面からは、甲がVから屋根裏工事代金として100万円を受領したとの事実を推認することができる。当該事実は詐欺の交付行為に該当するものであり、甲の犯人性を推認するものであるから、「被告人に不利益な事実の承認を内容とするもの」というべきである。

また、当該書面は甲が自らの意思で作成したものといえるから、「任意でされたものでない疑がある」とはいえない。

(3) 以上のことから、当該書面は322条1項書面に該当する。

3 よって、証拠能力が認められる。

以上