

第18講 捜査(4)—— 証拠の収集と令状主義

◆学習のポイント◆

- 1 証拠の収集の論点では、証拠物の押収手続が適法か違法かが主に問題となる。手続理解編で学んだ令状主義の重要性と、客観的証拠を確保する必要性とをどのように調整すべきかを考えながら、判例・学説を理解していこう。
- 2 捜索・差押えといった強制処分でも、比例原則による適法性判断がなされる場合があるが、任意処分の場合（→16講）と区別しながら理解しよう。
- 3 令状によらない捜索・差押えの問題では、代表的な判例・裁判例が批判的に検討されている。その理由を理解した上で、自己の見解を論証できるようにしよう。
- 4 強制採尿については判例の理解が重要である。学説が指摘する判例の問題点も理解しつつ、判例の考え方を正確に論証できるようにしよう。強制採血・嘔下物の押収との違いも整理しておこう。

1 令状による証拠物の収集

(1) 基本的な考え方

令状主義の趣旨（→2講2(2)・3講1(2)ア）からすれば、令状による証拠物の捜索・差押えが許される範囲はできる限り厳格に制限すべきであり、さもないと捜査機関による権限の逸脱や濫用を招き、令状主義を形骸化させかねない。

しかし、捜査対象者の権利侵害を生じさせやすい身体の拘束および取調べを中心とした捜査を避けるためには、捜査機関に証拠物を中心とした客観的証拠を重視する捜査を実施させる必要がある。捜索・差押えは、逮捕・勾留といった身体の拘束に比較すれば、対象者の権利・利益を侵害・制約する程度は大きくないから、身体の拘束に先行して捜索・差押えを実施させること

には合理性もある。そうすると搜索・差押えは、**捜査の初期段階**で行われることが多くなり、搜索を実施してみないと差し押さえるべき物があるか否かもわからない場合が多くならざるをえない。それにもかかわらずあまりに厳格な制限をすれば、**搜索・差押えによる証拠物の確保が困難**になる。

以上からすると、**令状主義**により**搜索・差押えが許される範囲を厳格**に考えつつ、**搜索・差押えによって証拠物を確保する必要性**とどのように調整するかが、本講での基本的な考え方といえる。

(2) 「搜索する場所および押収する物」の明示

【設問1】都教組事件

搜索差押許可状の「罪名」欄に「地方公務員法違反」とのみ記載し、「差し押さえるべき物」欄に、「会議事録、闘争日誌、指令、通達類、連絡文書、メモその他本件に関係あると思料される一切の文書および物件」と記載した場合、どのような問題が生じるか。

ア 問題の所在

最大決昭33・7・29刑集12巻12号2776頁〈百選 A5〉をモデルにした事案である。この設問では、まず①**搜索差押許可状における目的物の特定の程度**が問題となる。令状主義の趣旨からすると、令状には「押収する物」が明示されていなければならない。「本件に関係あると思料される一切の物」といった概括的な記載は、この明示の要請を充たしているといえるのであろうか。これとも関連して、次に②**搜索差押許可状に「罰条」または「被疑事実」**を記載する必要性が問題となる。3講1(2)ウで学習したように、搜索差押許可状には「罪名」を記載すればよく、「被疑事実」の記載は求められていない(219条1項)。しかし地方公務員法違反や覚醒剤取締法違反のような特別法違反では、多様な「罰条」があつて(例えば覚醒剤であれば「所持」、「使用」または「譲渡」など)、「罪名」だけ記載しても「罰条」や「被疑事実」は不明である。特に①で「本件に関係ある……一切の物」といった概括的な記載を認めるならば、「本件」の内容を明らかにするためにも「罰条」や「被疑事実」の記載が必要になるのではないかが問題となる。

イ 判例の理解

前掲・最大決昭33・7・29は【設問1】のような記載について、**具体的な例示に付加されたものであつて、許可状に記載された事件に関係があり、かつ例示の物件に準じられるような闘争関係の文書、物件を指すことが明らか**

捜索差押許可状

被疑者の氏名 及び年齢	S 平成 9年 11月 22日 生
被疑者に対する 覚せい剤取締法違反(同法第41条の3第1項第1号,第19条) 被疑事件 について、下記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。	
捜索すべき場所, 身体又は物	被疑者の身体
差し押さえるべき物	被疑者の尿
捜索差押え に関する条件	<p>1 強制採尿は、医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない。</p> <p>2 強制採尿のために必要があるときは、被疑者を F 市 H 区 Y町12番34号 F総合病院 又は採尿に適する最寄りの場所まで連行することができる。</p>
有効期間	令和 2年 2月 17日まで
<p>有効期間経過後は、この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には、これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても、捜索又は差押えの必要がなくなったときは、直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
令和 2年 2月 10日 F 地方裁判所 裁判官 J	
請求者の官公職氏名	F 県中央警察署 司法警察員警部補 K

* 令状発付後の任意提出の申出

強制採尿は「最終的手段」であるから、仮に強制採尿令状の発付を受けたとしても、それを知った被疑者が翻意して自ら尿を提出する旨申し出た場合には、強制採尿を実施せずに尿を提出させるべきである。ただし、この場合も任意提出・領置の手続によるのではなく、あくまで捜索・差押えとして押収したものと取り扱う必要がある。実務上はこうした例も少なくないが、被疑者が時間稼ぎのために尿を提出すると申し出ているような場合にまで、捜査機関側が強制採尿を控えて自ら提出する機会を与え続ける必要はない（東京高判平24・12・11判タ1400号367頁）。

(2) 採尿場所までの連行

【設問14】福島採尿のための連行事件

警察官は、自動車を運転しているAに覚醒剤使用の疑いがあったため、停止させて職務質問をしたところ、Aがエンジンを空ふかしするなどしたことから、車内に腕を差し入れて、エンジンキーを引き抜いて取り上げた（17講【設問2】参照）。職務質問を開始してから約20分後、警察官はAに覚醒剤の前科4犯があることを確認したため、警察署までの任意同行を求め、警察車両に乗るように説得したが、Aは「自分で自動車を運転させてくれるのでなければ行かない」と言って拒否し続けた。

職務質問開始から約4時間30分が経過した後、警察官はAに対して令状を請求する旨告げて、令状請求の準備を開始し、裁判官に対してAの身体および自動車に対する捜索差押許可状と強制採尿令状の発付を請求し、その約1時間30分後に令状が発付された。令状発付から約40分後、警察官がAの身体に対する捜索を開始するとともに、強制採尿令状を示したところ、Aは興奮して激しく抵抗して暴れ、その後も収まらなかったため、その約45分後、警察官2名がAの両腕を制圧した状態で警察車両に乗車させて病院に向かい、医師により強制採尿を実施した。

当該採尿に至るまでの手続で問題になりうる点を検討せよ。

ア 問題の所在

【設問14】は、「職務質問のための停止」でも検討した最決平6・9・16刑集48巻6号420頁〈百選2〉をモデルにしたものである（→17講【設問2】）。最高裁は、本件の具体的状況に照らして、エンジンキーを取り上げた措置を適法と判断したことは、前述した。引き続き問題となるのは、①警察官が職務質問開始から約6時間半にわたってAを現場に留め置いた行為と、②強制採尿をするためにAを病院まで連行した行為の適法性である。

第27講 証拠法(4)——伝聞法則

◆学習のポイント◆

- 1 伝聞法則と憲法との関係について、具体例を踏まえて整理・理解しよう。
- 2 伝聞証拠に当たるか否かの区別とその根拠について、具体例を挙げながら整理・理解しよう。その際には、供述証拠か否か、伝聞法則の趣旨に反しないか否かを意識しながら検討しよう。
- 3 共謀の立証に関する事例を検討することで、種々の場面における伝聞証拠性の判断の枠組みを理解しよう。

1 伝聞法則の検討の視点

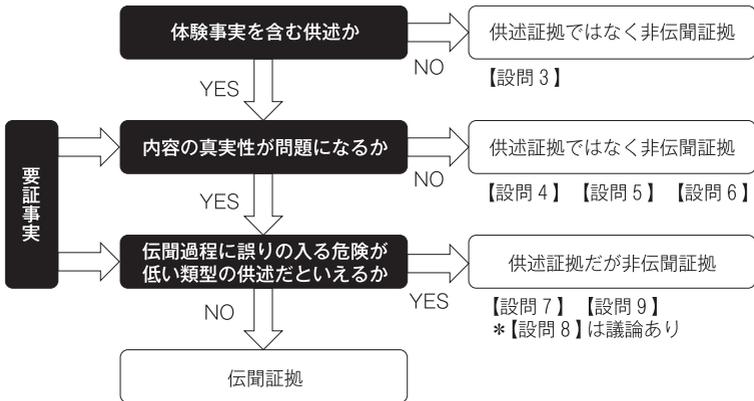
(1) 伝聞証拠性の判断

ア 伝聞法則の趣旨と伝聞証拠性の判断枠組み

手続理解編（10講）で学んだように、供述は、供述者の過去の体験事実が知覚・記憶・表現・叙述の各過程を経て公判廷において顕出される場所、上記各過程には誤りが介在する。そのため、刑訴法320条1項は、直接主義・証人審問権の保障の観点から、公判期日外の供述を内容とする証拠で、その供述に含まれる事実の真実性が問題になる場合には、伝聞証拠として原則的に証拠能力を否定している（伝聞法則→10講1）。

このことを裏返せば、①原供述者の供述中に、体験事実が含まれていない場合には、そもそも知覚・記憶・表現・叙述という過程がないため、伝聞証拠に当たらない。②原供述者の供述内容どおりの事実があるがなかろうが証拠価値がある場合（原供述者の供述内容が虚偽だとしても証拠価値がある場合）、つまり供述証拠として用いていない場合には、供述に含まれる事実の真実性が問題になっていないため、原供述者を証人として取り調べる意味がなく、伝聞証拠に当たらない。③議論のあるところであるが、原供述者の供述に含まれる事実の真実性が問題になる場合であっても（つまり供述証拠

に当たる場合であっても)、当該供述の知覚・記憶・表現・叙述の過程に誤りが介在する可能性が認められない場合には、非伝聞証拠とする余地がある。このように、伝聞証拠か否かの判断は、伝聞法則の趣旨が強く結びついている。



イ 伝聞証拠の典型

【設問 1】

《事例 4》において、被告人 Z によるあんパンの窃取行為を目撃した甲が、公判期日外に、スーパー R の店長である D に対して、「Z が店内のあんパンをエコバッグの中に入れて店外に持ち出した」と供述した。これを聞いた D は、公判期日に証人として甲から聞いた内容を証言した。Z の犯人性と犯行態様が要証事実である場合、D の証言に証拠能力はあるか。

【設問 1】は教室設例であるが、Z による窃取行為の有無が争点であり、D の証言によって Z の犯人性や実行行為を認定しようとするならば、証拠能力は認められない。なぜならば、320 条 1 項によれば、原供述者甲を証人として公判期日に出廷させ、甲が体験した目撃情况等を尋問することで、甲の供述どおりに「Z があんパンを店内で窃取し、店外に持ち出した」のか否かについて、甲の知覚・記憶・表現・叙述の各過程の正確性をテストし、供述に含まれる事実の真実性を確認すべきだからである。そのため、D の供述に含まれている原供述者甲の供述証拠は、その内容の真実性を担保できず、伝聞証拠として証拠能力を否定されるべきことになる。

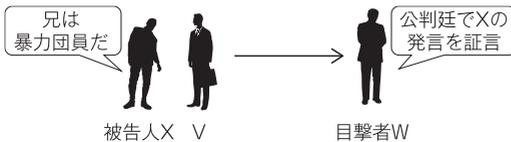
もっとも、後述するように、供述に含まれる事実の真実性が問われる供述

聞証拠ではない。「この金でうちによろしく」という発言が存在したこと自体が証明されれば、金銭の譲渡が贈賄行為であったことが立証できる点で、Xの発言の存在自体が要証事実となっているのである。なお、Wの知覚・記憶・表現・叙述は、公判廷での尋問を通じて正確性が担保されているので、伝聞法則の問題にはならない。

(2) 内容の真実性が問題となるか①——犯罪事実の一部を構成する発言である場合

【設問4】暴力団員発言脅迫事例

脅迫被告事件において、被告人Xが「俺の兄は暴力団員だ」と被害者Vに対して述べていた様子を目撃したWが、証人として公判廷に出庭し、Xの上記発言を述べた。要証事実が脅迫行為の存在である場合、Wの証言は伝聞証拠に当たるか。



公判期日外の言葉それ自体が、犯罪事実の一部を構成するものとして、要証事実となる場合は、非伝聞証拠で

ある。例えば、脅迫・強盗事件等における脅迫的な言葉、詐欺事件における欺罔の言葉、名誉毀損事件における名誉毀損的な言葉である。これらは、発言内容が真実であろうとなかろうと、その発言が存在すること自体で構成要件を充足することになる。つまり、要証事実発言の中身どおり的事实があったかどうかではなく、あくまで発言が存在したかどうかである。

【設問4】の場合、Xの兄が本当に暴力団員か否かは、脅迫行為の認定のためには無関係であり、Xの発言内容の真実性は問題となっていない。「俺の兄は暴力団員だ」と述べたこと自体が、その発言内容の真偽に関係なく、脅迫行為に当たる。このように、公判期日外の供述ではあるが、供述に含まれている事実の真実性を立証するための供述証拠ではなく、非伝聞証拠と評価される。

(3) 内容の真実性が問題となるか②——発言の存在自体が間接事実である場合

【設問5】責任能力争点事例

傷害被告事件において、被告人Xが事件時に「機械仕掛けの巨大な城が動いて

いた」と被害者Vに対して述べていた様子を目撃したWが、証人として公判廷に出廷し、Xの上記発言を述べた。要証事実がXの責任無能力である場合、Wの証言は伝聞証拠に当たるか。

ア 発言の存在から責任能力の欠如を推論する場合

【設問5】のように、被告人の責任能力が争

われているときに、被告人の是非弁別の判断能力を証明するために示される公判期日外の被告人の言葉や、証人の信用性を弾劾するための公判期日外の自己矛盾供述などは、供述に含まれる事実が真実か否かは重要ではなく、供述が存在していること自体に意味がある。

これらはいずれも、公判期日外の供述に含まれている事実の真実性が問題とならない類型である。具体的に考えてみると、【設問5】は、実際にXが述べるとおりに「機械仕掛けの巨大な城が動いていた」か否かは、問題ではない。つまり、発言内容どおりの事実があったか否かは焦点ではない。「機械仕掛けの巨大な城が動いていた」という言葉が発せられたこと自体から、Xの発言時の是非弁別能力等がなかったことを推論しようとしているのである（ただし、Xに詐病の疑いがあるなど、叙述に真摯性が認められないときは、このような推論は成り立たない）。したがって、Xの発言は供述証拠ではないため、非伝聞証拠である。

イ 自己矛盾供述の存在から信用性を否定する場合

同様に、公判において「被告人Aが事件発生時刻前後に事件現場にいた」と供述した証人たる甲が、捜査段階において「被疑者Aは事件発生時刻前後には事件現場では見なかった」と供述していた場合、甲は自ら矛盾した供述をしている。この場合は、捜査段階において矛盾した自己の供述が存在すること自体から、甲がAの目撃の有無についてその時々で供述を変遷させており信用できないことが推論できる。このような場合は、もはや甲が供述どおりにAを事件現場で目撃したか否かは重要ではなく、矛盾した供述が存在していることが重要である以上、非供述証拠である。したがって、捜査段階の甲の供述は、非伝聞証拠である（→詳細は、29講5(1)）。

このように、公判期日外の言葉が存在すること自体が、他の事実の間接証拠や補助証拠になっている場合（発言が存在することによって、発言内容と



は無関係の他の事実の存在を推論できる場合や、発言の信用性を低下させる場合)は、非伝聞証拠である。

(4) 内容の真実性が問題となるか③——発言の存在から当該発言を聞いた第三者の認識を推論する場合

【設問6】偽造契約書事例

XとYが共謀して偽造された契約書を行使したという偽造私文書行使被告事件において、Yは契約書が偽造であるとは知らなかったと主張している。目撃者Wは、公判廷に証人として出廷し、「以前に、Yとともに、Xが『この契約書は偽物だ』と言っているのを聞いた」と証言した。契約書が偽造であることは他の客観的証拠により立証済みであり、要証事実が「文書が偽造であるとYが認識していた事実」である場合、Wの証言は伝聞証拠に当たるか。



【設問6】において、

Xの発言を聞いたYの認識を立証する場合、Xの発言の存在が立証されれば、実際に契約書が偽造されたもので

あるか否かは別として（他の証拠で立証済みである）、Xの発言を聞いたYが、「契約書が偽物だ」と認識したであろう旨を推論できる。この場合、Xの発言が真実か否かを問題とすることなく、Yの偽造の認識を証明できる。そのため、Xの供述内容の真実性が問題となっておらず、供述証拠ではない。したがって、Wの証言は非伝聞証拠である。

* 原供述者Xの認識の立証

【設問6】において、「Xが偽造であることを認識していた事実」を要証事実とする場合には、Xの「この契約書は偽物だ」という原供述は伝聞証拠であろうか。契約書が偽造であるという客観的事実と一致した発言をXが行っていることを理由として、Xが偽造だと認識していたであろう旨を推論する場合には、Xの知覚・記憶・表現・叙述の正確性は問題となっていないため、非供述証拠だと判断できる（ただし、このような推論が成り立つのは、客観的事実とXの発言が偶然の一致とはいえないような場合に限られる）。したがって、非伝聞証拠である。次に述べる現在の精神状態に関する供述とは、認識だけが要証事実である点で、推論の構造が異なる。この点について、注意が必要であろう。