

# 被害・犯行状況を再現した実況見分調書等の 証拠能力

(最高裁平成17年9月27日第二小法廷決定，上告棄却，刑集  
59巻7号753頁，判時1910号154頁，判タ1192号182頁掲載)

伊 藤 博 路

## 一 事実の概要

事案は，被告人が電車内で行った痴漢行為に対する大阪府公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例違反被告事件（以下，「条例違反事件」という。）と，痴漢行為で逮捕されたことに腹を立てた被告人が，連行された警察署交番の出入口引き戸ガラスを足蹴にしてガラス1枚を損壊した器物損壊被告事件である。本件で問題となったのは，条例違反事件について警察官が作成した実況見分調書と写真撮影報告書である。

本件実況見分調書は，警察署の通路において，長いすの上に被害者と犯人役の女性警察官が並んで座り，被害者が電車内で隣に座った犯人から痴漢の被害を受けた状況を再現し，これを別の警察官が見分し，写真撮影するなどして記録したものである。同調書には，被害者の説明に沿って被害者と犯人役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真12葉が，各説明文付きで添付されている。うち写真8葉の説明文には，被害者の被害状況についての供述が録取されている。

本件写真撮影報告書は，警察署の取調室内において，並べて置いた2脚のパイプいすの一方に被告人が，他方に被害者役の男性警察官が座り，被告人が犯行状況を再現し，これを別の警察官が写真撮影するなどして，記録した

ものである。同報告書には、被告人の説明に沿って被告人と被害者役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真10葉が、各説明文付きで添付されている。うち写真6葉の説明文には、被告人の犯行状況についての供述が録取されている。

第一審公判において、検察官は、立証趣旨を「被害再現状況」とする実況見分調書及び立証趣旨を「犯行再現状況」とする写真撮影報告書の証拠調べを請求した。これに対して、弁護人が、本件実況見分調書及び本件写真撮影報告書（以下、あわせて「本件両書証」という。）について、いずれも証拠とすることに不同意との意見を述べたため、本件両書証の共通の作成者である警察官の証人尋問が実施された。同証人尋問終了後、検察官は、本件両書証につき、いずれも「刑訴法321条3項により取り調べられたい」旨の意見を述べ、これに対し弁護人はいずれも「異議あり」と述べたが、裁判所は、これらを証拠として採用して取り調べた。

第一審判決は、本件両書証をいずれも証拠の標目欄に掲げ、被告人を有罪とした。また、原審裁判所は、事実誤認の控訴趣意に対し、「証拠によれば、一審判決第1の事実を優に認めることができる」と判示し、本件両書証を含めた証拠を判断の資料にして控訴を棄却した。これに対して被告人が上告したのが本件である。最高裁は、弁護人の主張をいずれも適法な上告理由に当たらないとしながら、本件両書証の証拠能力について職権で判断し、いずれもその一部について証拠能力が欠けるとしたが、これらを除いてもその他の証拠によって有罪の認定ができるとして、上告を棄却した。

## 二 判旨

「本件両書証は、捜査官が、被害者や被疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして、これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ、立証趣旨が『被害再現状況』、『犯行再現状況』とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要

証事実になるものと解される。このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については、刑訴法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである。もっとも、写真については、撮影、現像等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。

本件両書証は、いずれも刑訴法321条3項所定の要件は満たしているものの、各再現者の供述録取部分については、いずれも再現者の署名押印を欠くため、その余の要件を検討するまでもなく証拠能力を有しない。また、本件写真撮影報告書中の写真は、記録上被告人が任意に犯行再現を行ったと認められるから、証拠能力を有するが、本件実況見分調書中の写真は、署名押印を除く刑訴法321条1項3号所定の要件を満たしていないから、証拠能力を有しない。」

### 三 研究

#### 1 はじめに

本件<sup>(1)</sup>両書証については、第1に、いかなる要件のもとで証拠能力を認められるのが問題となる。捜査機関作成の検証調書などについては、刑訴法321条3項のもとに、「その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したとき」に、証拠能力が認められる。捜査機関が任意処分として行う検証活動の結果を記載した実況見分調書が含まれるかが問題となるが、検証調書との間に相違はないとして<sup>(2)</sup>、積極的に解するのが通説・判例<sup>(3)</sup>である<sup>(4)</sup>。また、書面の表題が写真撮影報告書等という場合であっても、内容が実況見分に係るものであるときは実況見

分調書と同一視してよい<sup>(5)</sup>。このように、その内容が実況見分調書と評価できる本件両書証は、刑訴法321条3項によって証拠能力が認められると解される。

第2に、本件両書証自体については実況見分調書としての証拠能力が認められるとしても、それに含まれる内容によって証明しようとする事実が、五官の作用によって認識した検証（実況見分）の結果にとどまらない場合、すなわち、そこに本件両書証の作成者以外の者の供述が含まれ、その内容の真実性が要証事実となる場合には、改めてその部分の証拠能力について検討しなければならない。本件では、写真の証拠能力および現場指示と現場供述の証拠法上の取扱いが問題となるため、以下にこの点を中心に検討を加える。

## 2 写真の証拠能力

写真の証拠能力については、その写真が検証調書・実況見分調書等に添付された供述証拠の一部として用いられる場合には、本体の供述証拠の証拠能力の問題として考えればよい<sup>(6)</sup>。しかし、犯行の状況等を撮影したいわゆる現場写真のように独立して用いられる場合には問題がある。現場写真については、従来、供述証拠あるいは非供述証拠と見るかについて議論がある。写真は、対象を機械的に写し取るものであり、科学的・機械的正確性を肯定できる。しかし、その作成過程である撮影や現像に人為的操作が加わるので、撮影者が対象の状況を報告する報告文書と見ることもできる。この立場からは、写真は供述証拠となり伝聞証拠であるから、撮影者の証人尋問を必要とすることになる<sup>(7)</sup>。これに対して、非供述証拠説は、写真と犯罪事実の関連性が立証されれば証拠能力を肯定できるとする。裁判例を見ると、下級審は、供述証拠説、非供述証拠説に分かれていたが<sup>(8)</sup>、昭和59年に最高裁は、現場写真は、非供述証拠に属し、当該写真自体またはその他の証拠により事件との関係を認めうる限り、証拠能力を具備するものであって、これを証拠として採用するためには、必ずしも撮影者らに現場写真の作成過程ないし事件と

の関連性を証言させることを要するものではないと判示し、非供述証拠説に立つことを明らかにした<sup>(9)</sup>。

ところで、実務では、写真について証拠とすることの同意の有無を一応確かめ、同意が得られなければ、多くの場合撮影者を尋問して、写真の作成過程を明らかにした後、その採否を決めている<sup>(10)</sup>。このような運用を前提とすれば、両説の間に実質的に大きな差異はないこととなろうが、問題は撮影者らに対する証人尋問を不可欠と見るかどうかにある<sup>(11)</sup>。人為的操作が加わる危険がないではないが、この点は自然的関連性の問題として考えるべきであり<sup>(12)</sup>、また写真のもつ正確性に着目すれば、非供述証拠説が妥当であろう<sup>(13)</sup>。

他方、写真であっても、被告人や被害者が捜査官の求めに応じて犯行状況を再現した様子を撮影した一連の写真は、行動で示された供述と見ることができ、供述録取書と同様の性質をもつので、供述証拠と解される<sup>(14)</sup>。

本件実況見分調書は、警察署の通路において、被害者が痴漢の被害を受けた状況を再現し、これを別の警察官が見分し、写真撮影するなどして記録したものであるが、同調書には、被害者の説明に沿って被害者と犯人役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真12葉が、各説明文付きで添付されている。また、本件写真撮影報告書は、警察署の取調室内において、被告人が犯行状況を再現し、これを写真撮影するなどして、記録したものであるが、同報告書には、被告人の説明に沿って被告人と被害者役警察官の姿勢・動作等を順次撮影した写真10葉が、各説明文付きで添付されている。

最高裁は、「再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである」と判示し、写真の場合には、署名・押印は不要であるとしたうえで、「本件写真撮影報告書中の写真は、記録上被告人が任意に犯行再現を行ったと認められるから、証拠能力を有するが、本件実況見分調書中の写真は、署名押印を除く刑訴法321条1項3号所定の要件を満たしていないから、証拠能力を有しない」とした。

まず、本件両書証については、最高裁がいうように「立証趣旨が『被害再現状況』、『犯行再現状況』とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実になるものと解される」とするならば、それらに含まれる一連の写真は、被害・犯行再現状況を記録したものであるから供述の性質をもつと見るべきであろう。現に行われている犯行状況のありのままの様子を撮影した現場写真の場合には、写真からそのような事実があったこと自体を認定するための非供述証拠として許容されうるといえよう。しかし、本件の写真は、人によって再現された内容が真実であったかが問題となるから、供述証拠と見るべきであろう。なお、写真撮影時にそのような記録が作成されたこと（その存在）自体を要証事実と見ることもできようが、人による行為の内容の真実性が問題とならざるを得ないため、非供述証拠的使用は認められるべきでない<sup>(15)</sup>。

次に、供述証拠と見た場合に、被告人が犯行を再現した本件写真撮影報告書中の写真について、その内容は不利益な事実の承認に当たるから、その任意性が問題となる。他方、被害者が犯行を再現した本件実況見分調書中の写真は、刑訴法321条1項3号の要件を満たさなければならない。最高裁は、前者については、任意性を肯定し、その証拠能力を認め、後者については、署名・押印を除く要件を満たしていないとして、証拠能力を否定したが、正当であろう<sup>(16)</sup>。

### 3 現場指示と現場供述の証拠法上の取扱い

本件両書証には、写真とともに説明文が添付され、それには被害者・被告人の被害・犯行状況についての供述も録取されている。この点に関して、昭和36年に最高裁は、実況見分において「立会人の指示、説明を求めるのは、要するに、実況見分の一つ的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とは性質を異にし、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とは異なる」とし、さらに「たとえ立会人として被疑者又は被疑者以外の者の指示説明を聴き、その供述を記載した実況見分調書を一体として、即ち右供述部分をも含めて証拠に引用する場合においても、右は該指示説明に基く見分の結果を記載した実況見分調書を刑訴321条3項所定の書面として採証するに外ならず、立会人たる被疑者又は被疑者以外の者の供述記載自体を採証するわけではない」と判示し、立会人が実況見分の対象を指示する指示説明部分について、非供述証拠としての性質を有しており、調書と一体をなすものとして、その証拠能力を肯定した<sup>(17)</sup>。学説上も、実況見分の対象を確定する必要からなされ、その作成過程の記録自体と評価しうる指示説明の性質を非供述証拠と解する立場が多数説であるといつてよいように思われる<sup>(18)</sup>。

実務では、立会人の指示説明の記載が検証（実況見分）の動機、手段を示すためのものとして必要な範囲にとどまっているときは、これを「現場指示」と呼び、その範囲を超えるものであるときは「現場供述」と呼ぶのが通例であるとされる<sup>(19)</sup>。「現場指示」とは、検証（実況見分）をすべき地点ないしは物自体を確定する必要からなされる説明で、純粹に検証（実況見分）の対象を指示することだけを内容とするものであるが、「現場供述」は、現場の状況を見つつ、あるいはそれを指示させつつ事件当時のことを供述させると、供述がより正確になり、聞く側でも正確に理解できる、という理由からなされる説明で、いわば現場を利用した過去の事実の供述にほかならないものである<sup>(20)</sup>。

もっとも、「現場指示」と「現場供述」の区別は必ずしも明確ではなく、区別する実益について疑問も指摘されている。すなわち、「Aがけん銃を発射したのはこの地点です」というのは現場指示で、「この地点でAがけん銃を発射しました」というのは現場供述であるといわれるが、検証又は実況見分すべき地点を特定するためになされたものであれば、どちらも現場指示というべきであろう。さらに、立会人の指示説明が検証（実況見分）調書と一体のものとして、刑訴法321条3項で証拠採用された場合には、指示説明の

みでその内容の真実性の認定に用いることができないのであって、検証（実況見分）の手段、動機と無関係なものであれば、単に無益な記載ということになる、というのである<sup>(21)</sup>。

確かに、両者の区別が困難となる場合もあろう。また、「現場指示」であれ、「現場供述」であれ、立会人の指示説明のみでその内容の真実性の立証に用いるためには、刑訴法326条1項、321条1項2号、3号、322条1項等により証拠能力が認められなければならないので<sup>(22)</sup>、結論としては、当該記載事項が、その内容の真実性を問題とする場合には、改めて伝聞例外への該当性を検討することとなろう。つまり、その内容の真実性が問題となる供述を、実況見分調書と一体のものとして証拠能力を認めてよいのかという点が問題とされるように思われる<sup>(23)</sup>。

現場指示については、再現状況の詳細を明らかにするため、あるいはその結果を示すものとして実況見分調書の一部として証拠能力を肯定されよう。この場合、その内容の真実性は問題とならない。しかし、これを超えて、再現状況の内容の真実性が要証事実となる場合には、実況見分調書の証拠能力とは別に証拠能力を検討しなければならない<sup>(24)</sup>。本件両書証に含まれるのは、「被疑者及び被疑者以外の者の供述としてこれを録取」したものであり、本決定では、被害者・被告人の被害・犯行状況についての供述が録取された内容を含む説明文について、「各再現者の供述録取部分については、いずれも再現者の署名押印を欠くため、その余の要件を検討するまでもなく証拠能力を有しない」とし、その証拠能力を否定した。本件再現者の供述を録取した部分は、そのような供述のとおり的事实があったかどうかの問題となるため、改めて伝聞例外への該当性を検討する必要がある。本決定でこの点を問題とし、その証拠能力を否定したことも正当であろう。

#### 4 伝聞証拠と立証趣旨の関係

伝聞証拠か否かは、要証事実との関係で相対的に決せられるものであるが、



立証趣旨を制限して証拠採用する場合が認められることもあり、その判断は必ずしも容易ではない。最高裁の判示事項からは、「再現されたとおりの犯罪事実の存在」と「被害再現状況」、「犯行再現状況」とを分けて考えることができるとの前提があると解される。その上で本決定では、立証趣旨との関係ではその内容の真実性が問題とならないものであっても、実質的に見て、その点が問題とされるため、伝聞法則の適用を受ける場合があるとした。ここに本決定の意義がある<sup>(25)</sup>。そこで、立証趣旨との関係を考えてみる必要があろう。

証明しようとする事実と証拠との関係を意味する立証趣旨には幅があるため、立証趣旨を制限することが可能となる。立証趣旨は、立証の範囲を画する機能をも有する。このように、立証趣旨を制限することは可能であるが、立証趣旨自体が幅を持つものであるため、真の要証事実はなにかという実質論によってその範囲が変化しうる。「被害再現状況」、「犯行再現状況」との立証趣旨は、そのような再現がなされたこと自体を立証しようとするものと解される。他方、本件両書証の内容の重要な部分は、被害者・被告人の供述証拠と評価される写真あるいは供述録取書である。本決定の立証趣旨では、自白調書等をその内容の真実性とは別に、そのような供述がなされたこと自体を立証趣旨として証拠能力を認めることが伝聞法則に抵触して許されないのと同様に<sup>(26)</sup>、非供述証拠として証拠能力を認めることはできないであろう<sup>(27)</sup>。このように、非供述証拠としての立証趣旨であっても、要証事実との関係で供述証拠としての使用と切り離して考えることが困難な場合には、供述証拠としての証拠能力判断が求められるべきである。理論上、必ずしも非供述証拠の使用の可能性自体を否定されるのではなく、微妙な問題であるが、このような実質的考慮は、伝聞例外の厳格な適用、伝聞法則の形骸化の防止の観点から、必要とされよう。なお、本決定では、実質論が証拠能力の厳格化の方向で働いたが、これは反対の方向でも働きうる。もっとも、緩和化の方向で働く場合には、伝聞法則と抵触することになるろう。

## 5 おわりに

本決定では、写真及び説明文について供述証拠に当たると解し、実況見分調書としての証拠能力とは別に伝聞例外の適用を求めている。他方、実況見分調書自体は、伝聞例外として証拠能力が肯定されているのに、その内容の重要な一部となっている部分が証拠能力を否定されることには、問題も少なくないように思われる<sup>(28)</sup>。本決定は、裁判所・検察官・弁護人にこのような調書の取扱い<sup>(29)(30)</sup>、また捜査機関に対して調書の慎重な作成への注意を促すものと評価されよう<sup>(31)</sup>。

なお、現在その実施のための準備が進められている裁判員制度との関係では、本決定は、特に、実況見分調書中の被害者の被害再現状況を記録した部分について321条1項3号に基く証拠能力判断を必要としていることから、原則として証人としての証言を求め、公判中心主義の原則に立ち返ることを目指すものともいえるように思われる。

### 注

- (1) 本決定の評釈として、川上拓一・研修689号3頁（2005年）、松本時夫・研修690号3頁（2005年）、正木祐史・法学セミナー612号130頁（2005年）、上田信太郎・受験新報658号28頁（2005年）、渡辺咲子・刑事法ジャーナル3号112頁（2006年）、渡辺修・甲南法務研究No.2 39頁（2006年）、加藤克佳・平成17年度重要判例解説207頁（2006年）、公文孝佳・法律時報79巻2号120頁（2007年）がある。なお、廣瀬健二「演習 刑事訴訟法」法学教室308号131頁（2006年）も参照。
- (2) 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』（有斐閣、1996年）384頁など。
- (3) 最判昭和35年9月8日刑集14巻11号1437頁。
- (4) 反対説も有力に主張されている。白取祐司『刑事訴訟法 [第4版]』（日本評論社、2007年）379頁参照。
- (5) 松本・前掲注（1）6頁。
- (6) 香城敏磨「写真」刑事訴訟法判例百選 [第3版]（1976年）181頁、藤永幸治ほか編『大コメンタール刑事訴訟法第5巻Ⅰ』（青林書院、1994年）280頁 [中山善房]。
- (7) このように供述証拠説に立つと、検証調書に関する321条3項が準用ないし類推

- 適用されることになる。なお、供述証拠説に立つ裁判例のうち、その理由を比較的詳細に判示するものとして、京都地判昭和51年3月1日判時829号112頁参照。
- (8) 非供述証拠説が通説である。これまでの判例・学説の議論状況の詳細について、例えば、平良木登規男「現場写真の証拠能力」警察学論集55巻2号188頁（2002年）、山田道郎「写真・録音テープ・ビデオテープ」刑事訴訟法の争点〔第3版〕（2002年）188頁、山名京子「現場写真の証拠能力」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（2005年）194頁を参照。
- (9) 最決昭和59年12月21日刑集38巻12号3071頁。
- (10) 石井一正『刑事実務証拠法〔第4版〕』（判例タイムズ社、2007年）170頁。
- (11) 高橋省吾・最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度35事件578頁、八束和廣「写真」刑事訴訟法判例百選〔第4版〕（1981年）191頁参照。
- (12) 田宮・前掲注（2）328頁。
- (13) なお、供述証拠説は321条3項の準用ないし類推適用により証拠能力を規制することも狙いとしているともいえようが、この点は関連性の要件を厳格にするという方向で考えるべき問題であろう。渡辺修「ビデオテープの証拠能力—東京地裁ビデオテープ証拠採用決定を契機として」神戸学院法学12巻3号165頁（1981年）。
- (14) 石井・前掲注（10）171頁。なお、本決定で判示されているように、録取の機械の正確性から再現者の署名・押印は不要と解される。
- (15) もっとも、立証趣旨を被告人の犯行再現行動自体が存在することとして、他の自白調書とあわせて捜査段階における自白の変遷過程を知るためにこれを用いる場合には、非供述証拠としての使用として認められよう。榎本巧「犯行再現ビデオテープの証拠能力」大阪刑事実務研究会編『刑事証拠法の諸問題（上）』（判例タイムズ社、2001年）187、193—194頁参照。
- (16) なお、このような再現写真は、再現者の供述証拠であるとともに関係者の位置関係等の客観的な状況を明らかにしているから、検証（実況見分）の性質をあわせもつため、刑訴法321条3項の要件をも充たす必要があると解される。石井・前掲注（10）172頁。本決定では、実況見分調書としての証拠能力が認められるとして、そこに含まれる再現写真の証拠能力を検討していると解せられよう。
- (17) 最判昭和36年5月26日刑集15巻5号893頁。本判決の最高裁調査官解説として、栗田正・最高裁判所判例解説刑事篇昭和36年度36事件131頁がある。
- (18) 川上・前掲注（1）9頁。
- (19) 松本・前掲注（1）7頁。
- (20) 中野次雄「検証調書中立会人の指示説明を記載した部分の証拠能力」平野龍一＝

松尾浩也編『実例法学全集 刑事訴訟法』（青林書院新社，1963年）357頁参照。

- (21) 石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務（下）[新版]』（新日本法規，2005年）156頁〔石丸俊彦＝服部悟〕。
- (22) 前注157頁。
- (23) なお、被告人の供述が大部分を占めている実況見分調書は、作成者の真正に作成された旨の証言を得ても、刑訴法321条3項による証拠能力は認められないとした裁判例がある。仙台高判昭和50年5月29日速報50年8号。これは、実質的に被告人の供述調書と評価されたことによるものと思われる。このような場合には、実況見分調書と一体として、321条3項による証拠能力を具備することはできないことは当然であろう。
- (24) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 [第3版増補版]』（弘文堂，2006年）707頁参照。
- (25) 上田・前掲注（1）29頁。
- (26) 他方、例えば、自白の任意性判断に関して、「自白に変遷が無いこと」を立証趣旨とする場合には、非供述証拠として許容されよう。
- (27) 伝聞証拠の非供述証拠の使用について、拙稿「伝聞証拠の非供述証拠の使用についての一考察」寺崎嘉弘＝白取祐司編『激動期の刑事法学—能勢弘之先生追悼論集』（信山社，2003年）167頁も参照。
- (28) この点に関して、渡辺咲子・前掲注（1）120頁は、その判断が「実質において」というものであるため、実務に少なからぬ争い、混乱をもたらすおそれなしとしない、と指摘される。
- (29) 川上・前掲注（1）13頁。
- (30) 川上・前掲注（1）12頁は、本件では、検察官としては、本件実況見分調書について、弁護人の同意が得られなかった場合には、まず弁護人に対して不同意の理由を確かめて、弁護人が争おうとしている真の争点に絞った的確な立証を行うべきであったと思われる、と指摘される。
- (31) 川上・前掲注（1）14頁、松本・前掲注（1）3頁参照。