

【研究ノート】

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—

渡 辺 修

(一) 東京地裁決定の紹介

(二) 合衆国の情況

(三) 我が国の判例

(四) 我が国の学説

(五) 報道の自由と公正な裁判との調整（実体）

(六) 報道の自由と公正な裁判との調整（手続）

結び

(一) 東京地裁決定の紹介

一 昭和五三年三月二六日、成田空港開港阻止闘争に際し、空港管理棟侵入事件が発生した。右事件は、その後、凶器準備集合罪、航空危険罪等に問われ、東京地裁、千葉地裁に起

ビデオテープの証拠能力 渡辺

訴された。東京地裁での審理にあたり、検察官は犯行現場を撮影、報道したテレビニュースのビデオ録画テープを証拠として申請してきた。東京地裁は、これを証拠として採用するにあたり、ビデオテープの証拠能力について次のように判示した（東地決昭五五年三月二六日判例時報九六八号二七頁、以下、五五年決定とする）。

まず、テレビニュースのビデオ録画は報道の自由、取材の自由を侵害するものではないとする。つまり、

①「一般に放映されているテレビニュースを磁気録画装置を使用して録画することが押収に該当しないことは多言を要しないところであり、また、法令により特に禁止

(四七三) 一五三

された場合以外は、テレビニュースとして一般に放映されたものを、何人が受信し、録画しようとも、なんら違法視される筋合いのものではなく、捜査機関においてテレビニュース等を録画すること、それ自体が報道の自由や取材の自由を侵害するとは考えられないし、更に、本件テレビニュースが著作権法上の著作物に該当するとしても、捜査機関が捜査の目的又は刑事裁判に使用する証拠を収集する目的等でそれを録画することは、同法四二条により許されているものと解される」とする。

次に、ビデオテープの証拠能力につき以下のように述べている。

④「本件ビデオテープは、テレビニュースの映像すなわちその放映に使用されたテレビフィルムの写しであるから、右ビデオテープの証拠能力を肯定するためには、写しの真正なることと原フィルムの証拠能力が肯定されなければならぬ。ところで、テレビフィルムは、光学的・科学的原理を応用して機械的・科学的に作成され、供述の要素を含まないものであるから、非供述証拠と考えるべきであり、立証事実との関連性が明らかになれば証拠として採用できるものと解すべきである」。

問題は、右の関連性をどのようにして立証するのかである。

①「原フィルムの撮影者・編集者を証人として尋問することが可能であれば、それが関連性を立証するための証拠方法として最良の方法と考えたが、証人Dの当公判廷における供述によれば、NTVでは右撮影者や編集者も明らかにしないばかりか、本件ビデオテープを本件犯罪事実の立証に使用することに関し、一切の協力を拒否する意向を示していることがうかがえる」。

そこで、ビデオ録画した者の供述により、ニュースを「機械的に正確に録画したもの」であるとし、さらに、その他の証人の供述、実況見分調書、写真撮影報告書その他の写真により犯行現場を写したものであることを認め、関連性があるとして⁽¹⁾⁽²⁾いる。

二 テレビのビデオ録画装置の利用は今や市民生活に浸透しており、これを利用することには市民感情を逆撫でする異常さはない。しかし、捜査機関が証拠収集目的でテレビニュースを録画撮りするとき、そのなげなげさ、容易さのために報道の自由の侵害のおそれという重大な法的問題がほやけてしまふ危険がつきまとうのである。そこで、本研究は、合衆国におけるビデオテープ・写真の利用の現状を紹介しつつ、我

が国における犯行現場を撮影したビデオテープの証拠能力（これは現場写真とも共通する）につき右の問題視角から若干の考察をおこなうことを目的としている。

(1) 千葉地裁でもやはりニュースのビデオテープの証拠能力を肯定し証拠に採用した（毎日新聞昭五五・三・四）。

右決定に対してはNHKが口頭で抗議をしている。他に、「リモコンカメラ」判例タイムズ四〇七号（昭五四）一

六〇頁、本田正義「テレビのビデオテープの証拠能力」法律のひろば三三卷五号（昭五五）七二頁参照。右決定の評釈として、河上和雄「放映されたニュースのビデオテープの証拠能力」捜査研究二九卷七号（昭五五）二二頁。

(2) 評釈として、坪内利彦「公正な裁判と取材の自由」警察学論集三三卷九号（昭五五）一一九頁、増井清彦

「ビデオテープの証拠採用と報道の自由」法律のひろば三三卷七号（昭五五）一〇頁。

(3) 本決定と証拠排除の申立適格について、拙稿「証拠排除と申立適格」(一)神戸学院法学一二卷一号、二号（昭五六）参照。

(二) 合衆国の情況

ビデオテープの証拠能力 渡辺

一 まず、写真・ビデオテープの利用状況について概観してみよう。写真技術が実用化されるようになったのは、一八三九年の「ダゲロタイプ」写真法（銀板写真）の開発以来である。合衆国では、すでに一八四三年に逮捕者の顔写真作成のため、右の写真技術が利用されている。法廷では、一八六〇

年に書面の拡大写真が証拠として提出され、一八七一年には被害者の同一性を確認するのに写真が用いられたと報告されている。映画等の利用としては、一九四五年にカリフォルニア州で八ミリカメラを用いて酒酔い運転で逮捕した者の動作をフィルムにおさめる実務がはじめられ、以後、他の警察本部でも実用化が試みられていることである。この結果、酒酔い運転につき警察官の証言やアルコールの血中濃度等の検査結果を証拠とするだけでは、有罪率が、〇%〜5%乃至三〇%〜四〇%であるのに対し、フィルムを用いると、八五%〜九五%になったとも報告されている。ビデオテープは一

九五二年の研究発表後、一九五六年に「回転ヘッド方式」のものが開発され、にわかに実用化の一途をたどることとなり、刑事手続上も写真とともに多用されているようである。

(1) 「写真」『世界大百科事典』一四卷（昭四七）二二二頁。

(2) A. MOENSSENS/F. E. INBAU, SCIENTIFIC EVIDENCE

(四七五) 一五五

IN CRIMINAL CASES, at 561 (1978).

(3) *Id.*, at 509—510.

(4) *Id.*, at 525.

(5) 「ビデオテープ」『世界大百科事典』二五巻(昭四七)四七七頁。

(6) *Cf.*, Raburn, *Videotapes in Criminal Courts: Prosecutors on Camera*, 17 *Crim. L. Bulletin* 405 (1981)

二 こうした科学装置が、主に犯罪捜査手続上どのように活用されているのか幾つか例示してみよう。

例えば、贈収賄罪摘発のため捜査官がとり捜査をおこなう、事実経過をビデオテープにおさめることがおこなわれている⁽¹⁾。最近では、連邦議員に対する同罪検査を目的として、FBIがおこなった「アブスキヤム作戦」(Operation ABS CAM)が有名である。本件では、連邦議員らがアラブ系資産家の代理人を装う捜査官から金員をうけとっている情況のビデオ録画がなされた⁽²⁾。現在、右事件は「わたしの抗弁」の成否をめくり法廷で争われている⁽³⁾。

他に、往診に来た医師が治療行為に藉口してわいせつ行為をおこなおうとした現場を、事前に被害女性の同意を得てそ

の部屋にセットしたビデオ装置で録画した事例がある⁽⁴⁾。また、同種事案にすぎ、事前に裁判官からビデオ録画による監視を許す令状の発付がなされた事例もある⁽⁵⁾。

ラインアップの公正さを証明するためにフィルムが利用されることもあるし⁽⁶⁾、やむを得ない警察による被疑者の取調べ状況及び特に自白をおこなった前後の経緯を映画・ビデオなどにおさめようとする実務も古くからみられる⁽⁷⁾。

(1) *See, e.g.*, *United States v. Palmioti*, 254 F. 2d 491 (2d Cir. 1958).

(2) *See, e.g.*, *The FBI Sting on Capitol Hill, Newsweek*, Feb. 18, 1980; *Abseam Presents: 'Take the Money...'*, *Newsweek*, Aug. 25, 1980; *Abseam: Twist in the Plot, Newsweek*, Nov. 24, 1980; *Putting Abseam on Trial, Newsweek*, Jan. 26, 1981. なお、上原正夫「ABSCAM裁判—政界汚職の摘発をめぐる」判例タイムズ四三二一—四三三二号(昭五六)四〇頁。

(3) 「わたしの抗弁」を認め無罪とした例として、*United States v. Jannotti*, 28 *CrL* 224 (USD.C. 1980)。しかし、多くの被告人が有罪とされようとしている。*See, e.g.*, *Seeking Divorce, MAINICH DAILY NEWS*, Jan.

13, 1981; Abscam Jury Finds Ex-Rep. Kelly Guilty, MAINICH DAILY NEWS, Jan. 28, 1981; Senator Williams Guilty, NEWSWEEK, May 11, 1981. Cf., Livermore, Abscam Entrapment, 17 CRIM. L. BULL. 69 (1981).

(4) *Avery v. Maryland*, 15 Md. App. 520, 292 A. 2 d 728 (1972).

(5) *People v. Teicher*, 29 CrL 2202 (NY Ct. App. 1981).

(6) *States v. Newman*, 4 Wash. App. 588, 484 P. 2 d 473 (1971).

(7) See, e.g., *People v. Hayes*, 71 P. 2d 321 (Cal 1937); *Paramore v. States*, 229 So. 2d 855 (Fla. 1969); *Hendricks v. Swenson*, 456 F. 2d 503 (8th Cir. 1972); *States v. Lindsey*, 507 S.W. 2d 1 (Mo. 1974); *Williams v. States*, 542 P. 2d 554 (Okla. 1975).

三 以上の写真、映画、ビデオフィルム等の証拠能力の要件は、必ず考えられてくるのである。例えば、⁽¹⁾「インネス事件」⁽²⁾

ビデオテープの証拠能力 渡辺

は、「自由の状況を映画におおめてこのフィルムが証拠として提出されたが、そうした自由の証拠提出方法は対質権、反対尋問権、自己負罪拒否権、デュープロセスいずれをも侵害せず、また、宣誓なき証言、伝聞証拠にも該当しないとする。結局、「事実を主張されている事柄を正確に再現しているかどうか」のみを問題とし、これを肯定して証拠の許容性を認めよう。⁽¹⁾

また、「ヒューマン事件」では、「ラインアップ」のビデオテープの証拠能力との関連で次のように述べている。すなわち、

「証人が、当該写真は、何日、何処で、どのような事情の下でうつされたものであるかという疑問に対して、ある程度の答え (some indication) を示すことができない、また、当該写真が被写体を正確に映していることを示すことができればよいのである。なお、その証人は必ずしも撮影者本人でなくともよい」⁽²⁾

つまり、合衆国では、「写真・ビデオテープの証拠能力については、被写体が物、被害者、被告人、犯罪現場など何であれ、立証事実との「関連 (relevant)」が認められればよいとされているのである。⁽³⁾⁽⁴⁾

(1) *People v. Hayes*, 71P. 2d 321 (Cal. 1937).

(2) *States v. Newman*, 4 Wash. App. 588, 484 P. 2d 473 (1971).

(3) A. MOENSSENS/F.E. INBAU, *op. cit.*, at 540, 558, 561; MCCORMICK'S HANDBOOK OF THE LAW OF EVIDENCE at 530—534 (2d ed. 1972); C.F. MCCORMICK/F.W. ELLIOT/J.H. SUTTON, *CASES AND MATERIALS ON EVIDENCE*, at 627—640 (5th ed. 1981).

(4) 松尾浩也「写真の証拠能力」上智法学論集五卷二号(昭三六)七七頁。

(三) 我が国の判例

一 我が国判例上、テレビニュースのビデオ録画テープの証拠能力の要件をめぐり微妙な対立がみられる。

(1) まず、ビデオフィルムを非供述証拠または証拠物とみなし、関連性の立証を証拠能力の要件とする立場がみられる。

東京地裁昭四五年九月二一日判決・刑裁月二巻九号九七〇頁(判例①)では、学生集団による凶器準備集合罪事件において、検察官がニュースのビデオテープを証拠として提出した。裁判所は、これを事実認定上の資料とはしなかったが、ビデオテープの証拠能力についての見解を示している。まず、写

真・ビデオテープともに「証拠物」であるとした上で、その証拠能力と報道の自由との関係について次のように述べている。

「放映とは、受信者を特定せず、受信したい者は何人でも自由に受信することを妨げないこと及びその放映したものをいかに利用しても差支えないことを前提として電波を発散することであるから、法令により特に禁止した場合同外は、何人がこれを受信し、使用しても何ら放送、放映の権利を害するものではない(購入し、又は配達された新聞の時事報道の写真を犯罪の用に供する場合を除き、どのように使用しても妨げないのと同様である)。本件ビデオテープは東京放送から放映されたニュースの映像を受信した警察官がこれを複写したもので、表現の自由を何ら侵害するものではないのみならず、時事報道に関する放映映像の複写利用を禁ずる特定の規定はないから、何ら証拠能力が否定されるいわれはない。」

この判決は、先述の五五年決定と同様に、放映済みのテレビニュースのビデオテープは、報道の自由に対する侵害を伴うものではなく、いはば両者は無関係であり、この点がビデオテープの証拠能力に影響を及ぼすことを否定している。

(2) これに対して、札幌高裁昭四七年一月十九日判決・刑裁月四卷一、二号一九四七頁(判例②)では、北大本館の封鎖解除の状況を撮影したニュースのビデオテープの証拠能力が争われたが、判決は非供述証拠説に立ちながら、証拠能力の判断に際して報道の自由との利益衡量を経ることを求めている。

判決は、博多駅事件最高裁決定を引用し、

①「本件の如きビデオテープを証拠として使用することが許容されるか否かは、審判の対象とされている犯罪の性質、態様、軽重、ならびにビデオテープの証拠としての価値等を考慮するとともに、これによって報道機関の取材の自由が妨げられる程度、これが報道の自由におよぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せらるべきである」とした。

具体的には、本件犯罪が警察官の現在する建物に火を放った「現住建物放火」という「重大な」ものであること、被告人らは建物屋上にいたので行動を終始目撃した者がいないこと、捜査機関のヘリコプターから写したフィルムよりも報道機関が放映したものを録画したテープのほうが明瞭であることなどを指摘し、「証拠として利用することの価値は、相当

ビデオテープの証拠能力 渡辺

に高い」とする。他面、報道機関側の不利益はどうか。

②「本件ビデオテープは：報道機関が放映したものを録画したものに基づき、これを証拠として利用されることにより報道機関の受ける不利益は、将来の取材活動が場合によっては妨げられるおそれがある、ということにどまるのであるから、報道機関としても、公正な裁判の実現のため、かかる程度の不利益は受忍しなければならない」とする。

判例②は、判例①がビデオ録画と報道の自由とは無関係としたのに比すると、一般論として両者の比較衡量をおこない、具体的にも少くとも「将来の取材活動」が妨げられるおそれを認めたことは注目に値するといえようか。

(3) 大阪地裁昭四八年四月一六日決定・判例時報七一〇号一二頁(判例③)は、大阪御堂筋デモ事件につき、放映されたテレビニュースのビデオテープの証拠調請求を却下している。

まず、犯罪行為を撮影したテレビフィルムの証拠としての性格について、次のように論じている。

④「テレビフィルムの作成過程のうち、レンズによる結像、フィルムの感光、その現像等の光学的化学的過程は、

(四七九) 一五九

高度の科学的正確性を備え、もとより人の供述過程ではなく、かような光学的化学的過程そのものについての反対尋問のあり得ないことは勿論である。しかし、その作成過程を全体としてみれば、撮影者により観察された対象の再現、報告という性質を有し、必ず撮影者の価値判断にもとづく被写体の選択および撮影条件の設定ならびに編集者の取捨選択にもとづく編集等の過程を伴ない、光学的化学的過程の高度の科学的正確性にもとづく事実再現の正確性もこれらの撮影編集過程の如何に依存し、撮影条件の如何により、あるいは撮影者編集者の主観的意図の介在等により、事実を正確に再現し得なくなる危険の存在することが明らかである。

かくして、一面で「高度の科学的正確性」を認めつつも、ニュースフィルム固有の「撮影編集過程」にまつわる特殊性に鑑みて、「撮影者編集者に対する反対尋問による吟味の必要性を否定することができない」と判断したものと思われる。ただ、後述する非供述証拠か供述証拠かという問いには必ずしも明確には答えていない。では、そうしたテレビフィルム証拠調べの方法はどうか。

㊤「かようなテレビフィルムを刑法三二一条一項三号

の書面に準ずるものと解するのは相当でなく、同法三二一条を類推適用し、同法三二六条一項による証拠とすることの同意のない限り、撮影者および編集者が公判において証人として尋問を受け、撮影および編集の過程について供述したときに限って証拠能力を認めるべきものであると解する」。

最後に、本件についての判断を示している。

㊤「当裁判所は、職権で、読売テレビ放送株式会社に対し、右テレビフィルムの撮影者および編集者の氏名等を照会したが、その氏名その他これを特定するに足りる事項を明らかにすることができず、従って右テレビフィルムの撮影者および編集者を証人として尋問し得ないので、右ビデオテープを刑法三二一条三項によって、証拠として採用するに由なく（撮影者編集者不明であるから同法三二一条一項三号準用の余地もない）、他にその証拠能力を認めるべき根拠はない」。

判例㊤は、判例㊠の関連性立証説に対して、三二一条三項類推適用説を採用した。ただ、判例㊠㊡と異なりビデオ録画と報道の自由との関わりには何等言及していない。もっとも結果的には、ニュース撮影者・編集者の証人尋問を不可欠の

要件とすることにより報道の自由に対する手厚い保護を与える役割を果たしたといえなくもない。

二 次に、テレビニュースのビデオテープ以外の写真・フィルム等に目を転じてみよう。従来、捜査機関が、報道関係者の撮影したものと思料される写真を入手し、これを撮影者不明として公判に提出する例がみられる。裁判所は、かかる写真につき、非供述証拠と関連性立証説により証拠能力を認められている（福岡高裁昭三十九年五月四日判決・高刑集一七巻四号三二九頁Ⅱ判例④、東京地裁昭五二年九月一三日判決・判例時報八七〇号一四頁Ⅱ判例⑤）。

例えば、判例④は、判例③と対照的に、次のように述べている。

「右写真を入手した警察官…は、証人尋問…に際し、そのフィルムの入手先、撮影者につき、公務員としての職務上の秘密を理由にその証言を拒否したため、撮影者のみならず…当該写真の撮影に関する諸条件の詳細は明らかになされていないが、右の諸条件は現場写真が証拠能力を取得するためには必ずしも必要ではなく、その証拠力を判断するに際し、これを考慮すべきものと解するのが相当である」。

ビデオテープの証拠能力 渡辺

右写真の関連性については、「他の証拠によりその写真が何時、何処で、如何なる情景を撮影したものであるかゞ証明されたとき」(判例④)乃至「自由な証明により本件との関連性が明らか」なとき(判例⑤)としている。従って、ここでは、報道の自由に対するなにかの配慮も(判例①②)、報道目的の写真撮影の特殊性(判例③)も、一切考慮されていない点が注目されよう。

三 警察官が、犯行現場を撮影した場合はどうであろうか。

(1) 東京地裁昭三六年四月二六日決定・下刑集三巻三・四号三九三頁(判例⑥)では、警察官による犯行現場の映画フィルムの証拠能力が問題となった。

決定は、まずこうした証拠収集方法につき論じている。

④「司法警察職員が予め犯罪の行われることを予想してその証拠蒐集のため現場付近に待機し、現に犯罪行為が行われているという判断のもとにこれを撮影したという事情は、これが直ちに本件各フィルムの証拠能力を否定する根拠となるものではない。すなわち、かかる事情のもとに行われた撮影も捜査活動として権限を逸脱した不当なものとはいいがたく、刑事訴訟におけるフェアプレイの精神に反するものとも必ずしもいいがたいから、本

件各フィルムを証拠として採用することも、右のような事情のもとに撮影されたことの一事をもつてしては、これが憲法および刑事訴訟法の要請する法の正当な手続および公平な裁判所の理念に反することになるものでもとよりない。

次に、映画フィルムの証拠としての性格につき論じている。

⑩「当裁判所としては、フィルムを…証拠物または証拠書類という概念に一義的にあてはめて考えること自体誤りであると考ええる。すなわち、犯罪事実をそのまま記録したフィルムは、事実↓観察↓記憶↓記憶の再生↓表現という形式をとることにおいて、いわゆる目撃証人の供述と非常に類似した性格を持つているが、その反面、フィルム自体に対する反対尋問というものは論理上ありえないこと、および、記憶から表現までの過程が主として機械の手に委ねられているため、証言と対比して記憶が対象に忠実かつ詳細で、記憶の再生も正確かつ明確でありうるということをその本質的な特徴としている。…結局、右に述べた両面の性格を総合して考えれば、本件各フィルムは、これまで法の予想していた一定の類型のいずれにも属しない特殊な証拠であると解するのが相当

である」。

この結果、その証拠能力の判断にあたり、やや特別の配慮が必要になってくる。つまり、

⑪「右のような供述証拠と類似する構造のうちに本質的に作成者の主観的意図の介在の可能性を許容すること、とりわけ観察から記憶および記憶からの記憶の再生という二つの過程のうちに撮影者または編集者の故意もしくは過失による主観的評価ないし作為の加えられる危険性を包含することを否定できず、その意味でフィルムは単なる証拠物などと異り、関連性あるものでも直ちに無制限に証拠とすることは許されないというべきであるが、他方においては、それ自体には反対尋問の余地なく、機械的な記憶↓記憶の再生でありうるという非供述証拠性も無視しえず、これを証拠とすることが証拠書類と同様伝聞法則により原則として禁止されているというのも正当でない」。

そこで、具体的な証拠採用手続としては、

⑫「相手方の同意（刑事訴訟法第三二六条の準用）のある場合は別として、一般には、刑事訴訟法第三二一条第三項を類推適用し、撮影者および編集者が公判廷におい

て証人として尋問を受け、右に述べたような諸点についてこれが正当に行われたものであることを供述することが必要であると解する」。

本件では、撮影者本人の証言を得て、証拠能力を肯定したが、その前提として、捜査方法としての映画撮影の当否(判旨④)を考慮に入れた点は、判例①②の主旨とも共通しよう。また、判例③同様に三二一条三項類推適用説を採用したが、フィルム「特殊な証拠」としての性格を率直に指摘している点は、判例③よりも歯切れがよく明快であったといえようか。

(2) その後、東京地裁昭四〇年二月一八日決定・下刑集七卷二号二六六頁(判例⑦)は、警察官撮影の現場写真につき、「光学的・化学的原理による機械的・科学的過程」の面を重視し、非供述証拠と解した。しかし、これに対し、京都地裁昭五一年三月一日決定・判例時報八二九号一一二頁(判例⑧)は、判例③判旨④、判例⑥判旨⑥と同一の判断を示し、結局、「右写真の表現せんとする意味内容が明確化されその誠実性、客観性が保障されて被告人の防禦権も全うされる」ようにするため、

「刑法三二一条三項を類推適用し、同法三二六条によ

ビデオテープの証拠能力 渡辺

る同意のないかぎり、単なる関連性の立証では足りず撮影者を公判廷において証人として尋問しその作成の過程について供述し真正が立証されたときに限る」とする。

これは、判例③ともにもっとも厳しく証拠能力の要件を絞るものといえようか。

(3) 現在、科学技術の発達により、全く自動的に犯行現場を写真撮影する機器が作製され、主にスピード違反検挙に活用されているが、かかる撮影者を想定しえない現場写真の証拠能力はどうであろうか。¹⁾

東京簡裁昭五五年一月一日判決・判例時報九五五号二二頁(判例⑨)は、いわゆるオービスⅢによるスピード違反の写真につき次のように述べている。

『速度違反認知カード』のうち『測定記録写真』欄の外部の状態に関する写真は現場写真であり、それ自体いわゆる非供述証拠であるが、これを添付して作成した速度違反認知カードは刑事訴訟法三二一条三項の『司法警察員の検証の結果を記載した書面』にあたり、同条所定の条件のもとに証拠能力が決められるべきものと解する。

そしてオービスⅢが捕捉し自動的に撮影した写真は、それだけで犯罪事実の日時、場所、測定速度、車両のナン

テープレートの運転者の容ぼう等を一枚の印画紙内に写し出し、犯罪事実と犯人との結びつきを如実に顕わすものであるから、証拠価値は大きく、その証明力も高いものと言わなければならない。

結局、本カードの場合、オービスⅢによる現場写真が証拠価値を占め後日作成する他の調書の部分は従たる意味しかない。そうした写真につき、右決定は「犯罪事実と犯人との結びつきを如実に顕わすもの」であり、関連性を認め、そのことにより調書そのものの証拠能力ありと判断したといえようか。^②

四 東京地裁五五年決定は、以上のような従来の判例を踏まえて、テレビニュースのビデオテープにつき、報道の自由との関係については、判例①同様に無関係とし(決定要旨④)、テレビフィルムの証拠としての性格については判例①②④⑤⑦⑨と同様に非供述証拠と解し、関連性の立証で足るとした(決定要旨⑩)。このようにみると、判例全体としては、ビデオテープ、映画フィルム、写真などの証拠能力につき非供述証拠に関連性立証説が大勢を占めているように思われる^③。そこで、以下、学説の状況を含めつつ若干考察を試みたい。

(一) 拙稿「犯罪捜査と写真撮影(ノート)——オービス

Ⅲ判決を契機として——」神戸学院法学二二巻二号(昭五五)一頁。

(2) すでに、桂正昭「写真の証拠能力」法律のひろば一〇巻五号(昭三三)二三頁は、こうした事態を予測してか、「人工装置写真」について、関連性立証説を主張している。なお、青柳文雄・伊藤栄樹・柏木千秋・佐々木史朗・西原春夫編集『註釈刑事訴訟法』第三巻(昭五三)三五一頁(西原)参照。

(3) 判例の集大成として、警備法令研究会編『体系警備判例要録』第三巻(昭五五)四二三頁以下。

四 我が国の学説

一 ビデオフィルム・写真の証拠能力を考える場合、証拠としての性質と証明政策の二面から問題がでてくるように思われる。

まず、事物の性質上、これを供述証拠ととらえるのか、非供述証拠または証拠物ととらえるのかという問題がある。現在、ビデオ録画装置、写真機等の科学機器は一般市民の日常生活上も一応の科学的・機械的正確さを有するものと受けとめられている。それゆえ、判例⑥判旨⑥のように、これを人

間の通常精神活動になぞらえ、この面から供述証拠とすることは、ややもすれば一般的・常識的な経験則とはなれてしまふことにもなりかねない。ただ、供述証拠説の「真の理由は、証拠の性質からというよりも、むしろ、写真に無制限に証拠能力を認め、それが事実認定の資料とされた場合の被告人の不利益を考慮することと思われる」⁽³⁾。しかし、この点は端的に証明政策上考慮するほうが妥当である。また、非供述証拠説による関連性立証が安易すぎるので(例、判例①④⑤⑨、東京地裁五五年決定)、三二二条三項の類推適用により規制することもねらいとしているといってもよいであろう。しかし、この点も関連性の要件自体を厳格に考えていくのが妥当ではなからうか。⁽⁴⁾

- (1) 供述証拠説として、実務関係では、刑事判決研究会「新刑事訴訟研究室」判例タイムズ一一号(昭二六)四六頁、藤井一雄・小野慶二「最近における刑事手続上の諸問題」判例タイムズ一八号(昭二七)一四頁、横川敏雄『刑事裁判の研究』(昭二八)一六四頁、松尾翼「録音テープの証拠能力 付・映画フィルム⁽⁵⁾の証拠能力」法律時報資料版八号(昭三六)二四頁。学者としては、鴨良弼『刑事証拠法』(昭三七)三三二頁、高田卓爾「現場写

ビデオテープの証拠能力 渡辺

真の証拠能力」判例評論七四号(昭三九)四三頁、松岡正章「ビデオテープの証拠能力」判例評論一七九号(昭四九)一四二頁、石川才顕『刑事訴訟法講義』(昭四九)二七六頁、高田卓爾『刑事訴訟法』(改訂版・昭五四)二二〇頁等。

(2) 非供述証拠説として、後掲注(7)から(10)参照。

(3) 金隆史「写真」『証拠法大系I』(昭四五)一三四頁。

(4) 写真の性質につき、田中和夫「写真証拠」法政研究二〇巻二一四号(昭二八)二〇頁。

二 証明政策上、ビデオフィルム・写真等については、「客観的事実の正確な再現がそこなわれる危険」⁽⁵⁾、場合によっては「著しいゆがみ」を生じるおそれがあるが(同旨、判例③④、判例⑥⑦)、これにどう対処するのが問題となる。写真の場合には、被写体の選択、撮影条件の設定(カメラ、フィルムの種類、日時、天候、場所、撮影角度、距離など)、レンズによる結像、フィルムの感光、現像、焼付などの過程でどうしても撮影者の主観と作為が入る(判例⑧)。また、「テレビニュースのばあい、原フィルムを、そのニュース価値によって取捨選択し、編集したうえで、放映するのが通常とされ

(四八五) 一六五

ており……わずか四分間のそれでは、現場の状況を全体として客観的にとらえていないのではいかとの疑問が当然に起りえよう。もちろん、さらに、テレビニュースをビデオ録画におさめる過程でも同種のおそれがつきまとう。

(1) 従来の非供述証拠説は、これを要証事実との「関連性」の要件によりチェックしようとしている。しかし、関連性立証の程度についてはニュアンスを異にする主張がいくつつかみうけられる。

④説 まず、フィルム of 映写、写真そのものによつて関連性立証上充分であることを認める立場がある。現場写真を「純然たる証拠物の写真と同様」として証拠能力を認める説がその典型といえようか(判例⑧)は、この趣旨か。この立場では、先に指摘した問題は証明力の問題とし(判例⑤)、証拠能力そのものには制限をおかぬ趣旨といえる。

⑨説 これに対して、大方の論者は次のように説く。

「撮影者を公判期日に証人として尋問し、それが真正に撮影されたものであることを明らかにすること、すなわち具体的には、いつ・どこで・いかなる方法で撮影されたものかを明らかにすることによつてなすのを原則とすべきであるが、撮影者不明の場合や撮影者を公判期日に尋

問することのできない特別な事情のある場合においては、他の証拠によりこの点の証明があればよいと解する」。

判例上もこうした立場に立つものがある(判例④⑤)。この説は、「撮影者の尋問は必須の要件ではないが、関連性の立証をある程度厳格に要求することによって写真証拠の無制限の使用を避ける必要がある」との認識に立脚している。さて、本説は、一面で、「これをおし進めると、伝聞法則を視界に入れ、写真作成者に対する反対尋問を経たのち証拠として許容するという積極説に到達する」ともいえる。他面、写真・フィルム自体による関連性立証の可能性が全くないではない。その意味で、④説にも通ずる面も残っており、いささか流動的である。

⑩説 そこで、⑨の立場を今少し厳格にし、「撮影者その他の作成関与者に対する尋問を行なうことが重要だ、という認識」に立ちつつも、「すべての写真について一律に三二二条三項の遵守を要求する必要はない。写真の危険性には、撮影の条件と被写体の種類とによつて、著るしい差等がありうるから、危険度の低いものについては、何らかの証拠能力ある証拠で、関連性が立証されれば足りるとしてよいであろう」とする説もある。「要は、裁判官の健全な裁量的判断であつ

て、実定法的には三二一条三項の準用という形をとるにせよ、その要否を弾力的に決定してゆくことが望ましい」とする⁽¹⁴⁾。

①説 ①説をさらに一步すすめて、「撮影者・録音者の供述を求め、反対尋問の機会を与えるか、偽造・修正の可能性の欠如を立証した場合でなければ、証拠能力を認めるべきではあるまい」との説もある⁽¹⁵⁾。前段を重視する限り、供述証拠同様に撮影者不明のとき証拠能力は否定される。ただ、後段の解釈如何では①説と同旨ともとれる。

(2) ④説、②説では 特定の立証事実を一応写していること（自然的関連性）の証明は保証されている。しかし、犯行現場というショックな被写体の存在は、フィルム・写真に對する一般的、常識的な正確さへの信頼のため、事件全体に照らして当該事実を客観的、合理的に再現しているか否かという冷静な批判的吟味の眼をくもらせがちである。様々な撮影・編集条件によるゆがみへの正しい配慮もしくくなる。別の面からは、「捜査機関作成の検証調書に添附された写真より以上の証拠能力を認める理由も必要もないと思われる⁽¹⁶⁾」。そこで、一方でいわば合理的、科学的、関連性のような要件を求め、他方で検証調書添附の写真とのバランス上、撮影条件、撮影過程（さらにニュースについては編集過程）の吟味を不

ビデオテープの証拠能力 渡辺

可欠とすることも考えられる。この場合には、撮影者本人（ニュースのビデオ録画テープについては、原フィルムの撮影者、ニュースの編集者及び録画撮りした者）の証人尋問を要することとなる。①説は、現場、フィルム、写真の場合には、「危険度」が高いので、かかる解釈を支持するものと思われる。②説も同様といえる。以上の限りでは、供述証拠の主張する三二一条三項類推適用説（判例③判旨④、判例⑥判旨⑤、判例⑧⁽¹⁷⁾）に結論として同一となる。

(5) 松岡・注(1)一四五頁。

(6) 横井大三『証拠 刑訴裁判例ノート(2)』(昭四六)二〇頁。

(7) 松岡・注(1)一四五頁。

(8) 粟本一夫『新刑事訴訟法上の諸問題』(昭二七)九五頁、同「写真・録音テープの証拠能力と証拠調」『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(3)』(昭三三)一六〇頁、小野清一郎・横川敏雄・横井大三・粟本一夫『改訂刑事訴訟法』(昭四一)七〇九頁(粟本)。

(9) 同旨、長谷川成二『証拠調の手続』『法律実務講座(刑事編)』第六卷(昭三〇)一三六一頁、本田正義、桂正昭『伝聞法則の例外』『同上』第八卷(昭三一)一九三

(四八七) 一六七

九頁、桂正昭「写真の証拠能力」法律のひろば一〇巻五号(昭三三)一三三頁、藤野豊「フィルム⁽¹⁾の証拠能力」法学セミナー六九号(昭三六)六八頁、横井・注(5)一七頁、青柳文雄『刑事訴訟法通論』(下)(五訂版・昭五一)三四五頁、三三三頁、河上・前掲注(1)(一五五頁)三三頁。

(10) 平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法』(中)(昭四九)六八九、六九〇頁(鈴木)。

(11) 同旨、平野竜一『刑事訴訟法』(昭三三)二二二頁、団藤重光『新刑事訴訟法網要』(七訂版・昭四二)二七五頁、三井誠「写真・録音テープの証拠能力」高田卓爾・小野慶二編『刑事訴訟法の基礎』(昭五〇)二二三頁、香城敏磨「写真」『刑事訴訟法判例百選(第三版)』(昭五一)一八〇頁、森野俊彦「ビデオテープの証拠利用について」法律時報四八卷一号(昭五一)八六頁。

(12) 三井・注(11)二四頁。

(13) 松尾(前掲注(4)一五八頁)八四頁。

(14) 松尾(前掲注(4)一五八頁)八六、八七頁。

(15) 渥美東洋『刑事訴訟法要諦』(昭四九)四一一頁。

(16) 高田卓爾『刑事訴訟法』(昭三四)二四九頁。同旨、

石川・注(1)二七七頁。

(17) 注(1)掲記の文献参照。

(四) 報道の自由と公正な裁判との「調整」(実体)

証明政策上、第二に問題となるのは、写真撮影やニュースのビデオ録画による基本的人権侵害のおそれをどうチェックする⁽¹⁾のである。ここでも複雑な利益対立が生じてくる。

一 まず、警察官自ら犯罪現場のビデオ録画・映画撮影(判例⑥)、写真撮影(判例⑦⑧)をおこなっている場合につき考えてみよう。現在の実務上、これらは強制処分とは扱われておらず、現場警察官の事実上の裁量に委ねられているのに等しい。その結果、市民の肖像権、プライバシーの保護が著しく侵害されかねない。しかるに、判例⑦や⑧説②説の採用する関連性立証説は、ややもすればこうした重大な人権侵害の問題を隠蔽してしまふ役割を果たすおそれがないではない。警察官が不法な密行捜査、かくし撮りなどをおこない撮影者不明の写真として証拠申請をなしたとき、これらの立場では、こうした撮影方法の妥当性について充分なチェックをおこなえないようにみうけられるからである。逆に、判例⑧が三二一条三項類推適用説に立ち、撮影者不明のとき写真の証拠能

力を否定するとしたことは、警察官による不法な撮影行為を抑制していくのに間接的に役立っている。語を補えば、今のところ、こうした撮影行為が事前の司法的抑制をうけない現状を踏まえて、事後にそうしたフィルム・写真の証拠能力の吟味の段階でいくらか司法的チェックをかけていこうとする工夫ともいえる。また、この方向を押し進めると、こうした撮影行為をストリートに令状主義に浴せしめることが必要になってくるともいえる。従来からも、実務上、デモ行進、労働争議などビデオ・写真などを用いなければ事件の全体を明らかにしにくいときなどは、事前に鑑識担当、採証班を配置しているようにみうけられる。従って、全く緊急、突発的な事態でもない限り、少くとも右のような事件類型については事前の令状発付をうける余裕はあろうし、そうする必要性も高いように思われる。こうした点を考慮してか、学説でも、⁽²⁾ 検証令状によるべきことを求める立場がみられる。

かくして、捜査機関による撮影行為の濫用を抑制するために、まず、検証令状によることを原則とするともに、公判での証拠調では、現場での撮影態様を明らかにするため撮影者本人の証人尋問をおこなうのが妥当であろう。この面からも、三二一条三項類推適用説を根拠づけようか。

(1) 最高裁昭四四年二月二十四日判決・刑集二三卷一七号一六二五頁。拙稿(前掲注(1)一六四頁)七頁以下参照。

(2) さしあたり、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(昭五五)八四頁。

二 問題は、捜査機関が、報道目的で作成された犯行現場のフィルム・写真等を報道機関から入手し、証拠として利用する場合である。上記段落一では、「国家と被告人」との対立という図式を基本とすれば足りたが、ここでは、「国家―被告人―報道機関―国民一般」という複雑な対抗関係を当初から念頭に入れておく必要がある、利害関係も錯綜する。

(1) ④ 捜査機関が報道関係者の任意の協力をえてフィルム・写真等の証拠の提出をうけ、撮影者不明として公判廷に出す例がみられる(判例④⑤)。しかし、こうした報道機関の態度には重大な疑義が生じる。報道機関は「その本質と機能とが『国民の公器』たること」にあるはずである。⁽¹⁾ そうとすれば、

「とくに報道機関を通じて国民はその判断の材料たる事実をうけとるのであり、いわば国民全体の知る権利を現

実化させるのが報道の自由である。報道機関は、その意味で国民全体の利益の受託者であり、安易に提出に応ずることはその自殺行為であるのみならず、国民からうけた信託の違反となる⁽²⁾。

すなわち、報道機関の任意提出は、結局、報道機関が捜査機関と一体化し、自ら積極的に、その下請け機関となり国民監視をおこなうようになることを意味しないではない。そして、判例④⑤の関連性立証説は、この点の問題に目を閉ざすものともいえるのである。

④ また、報道機関が協力を承諾した上で、形式上捜索・押取令状の発付をうけておく例も報告されている⁽³⁾。しかし、この場合にも④で述べたのと同じの疑義がある。加えて、報道機関が「協力しない」とき、被疑者や一般市民に対すると同様に令状捜索、押取をおこなえることを前提としている点⁽⁴⁾でも疑問がある。こうした証拠保全手続は、報道の自由、取材の自由、取材源秘匿権すべてに対する重大な脅威となると指摘されているからである⁽⁵⁾（後述(六)二(1)③、(3)参照）。

⑤ 本五年決定、判例①②は、警察官によるテレビニュースのビデオ録画という方法で、報道機関が報道目的で取材作成した資料の証拠保全をおこなうことを適法と解している。

こうした証拠保全の手段は、報道の自由と抵触することとないであろうか。これが、次の問題である。

(2) ④ 右問題に対する回答の一つは、報道機関に証拠使用の判定権を与えるものである⁽⁶⁾であろうか。この見解は、博多駅事件テレビフィルム提出命令の当否をめぐる議論の中で主張されたものであるが、基本的にはニュースのビデオ録画の場合にも及ぼせようか。

しかし、判定権を持つ報道機関の範囲の確定は困難であるという疑問もさりながら⁽⁷⁾、この見解が報道機関に「取材結果の処分権」⁽⁸⁾を与える点で疑問である。(1)④⑤で指摘したように、報道機関が報道の自由を「放棄」して捜査の下請け機関となることを放置することになりかねないからである。報道機関の自主的判断に任せる見解は、その根拠を国民の知る権利、「国民の公器」などにおいている。しかし、そうであるのなら、むしろ、報道機関は常に証拠利用を拒否する義務、こそ負うべきであろう。また、報道機関が「ケースバイケース」により証拠提出に応じることを許すことは、裁判上の証拠価値、事件の重大性、処罰の必要性などの判断をなんらかの形で報道機関がおこなうことを前提とするものでもあろう。しかし、報道機関は司法機関ではない。担うべき役割は明確に

区別しておく必要がある。

ただ、こうした見解は、被告人の無罪立証のために報道機関の協力が許されるという考え方に強い根拠を与えようとはいえようか。この説の論者は、報道の自由とは「国家権力に対する批判の自由」を国民に担保するためのものであるとしているからである。⁽⁹⁾

⑨ いずれにせよ、公正な裁判の実現との調整は、裁判所が担い、報道機関は報道の自由、取材の自由を擁護する役割に徹するべきであると考えるほうが妥当であろう。では、その「調整」の中味は何であろうか。

まず、ニュースのビデオ録画と報道の自由とはいわば「無関係」とする立場がある。その理由として、ビデオ録画は「押収」ではないこと（五五年決定④）、判例①、著作物に該当せず、また著作物であっても裁判に使用する目的であれば著作権侵害にならないこと（五五年決定④）、受信の自由、受信したものの利用の自由（判例⑩⁽¹⁰⁾）、取材対象側も捜査機関を含む国民一般への公開を認識して取材に応じていることなどが指摘されている。さらに、その奥底には、憲法二一条の保護範囲からの距離感があるようである。つまり、放映済みニュースのビデオ録画は、報道の自由そのものの侵害ではな

く、「将来の取材活動の自由」だけが問題となるのであり、憲法二一条からはいわば「遠い」とみるのである。⁽¹²⁾

しかし、この「無関係説」は、結局、報道機関が国民の眼から客観的にみると事実上、捜査の下請けをしているという現実は何等の考慮も払わない点で疑問である。確かに、妨げられる「権利」は「将来の取材活動の自由」であろう。しかし、ビデオテープを証拠として利用するその時点で、右権利の「主体」の性格が変質させられているのである。その意味で、こうしたわりきり方は妥当ではあるまい。⁽¹³⁾

⑩ そこで、判例②のように比較衡量をおこなう立場がで

てくる。(1)もともと、利益衡量説そのものに対する批判もある。端的に、「本来的に比較できぬものを比較する結果、このアプローチは客観性に乏しく恣意的になりやすい」といわれ、また、「放送会社が現実を受ける取材の自由に対する制約」は立証不能であり「常に実体的真実の発見が優先するという図式」に至り易いともされる。しかし、かかる欠点を補うために、様々なファクターの摘出をして、それぞれのファクターがいかなる価値をどの程度有しているのか分析することは無駄ではあるまい。右批判論者も「現実の問題としては、抽象的に

は両者を比較衡量するとし、具体的には、犯罪事実を念頭にしながら、当該テレビニュースの証拠としての必要性、重要性、補充性（他の証拠によって立証できるか）等を一方的に判断することによって、比較衡量をしたという形をとらざるをえない」ことまでは認めているのである。⁽¹⁶⁾とすると、なおのこと基準の精緻化が必要となる。⁽¹⁷⁾

(ii)では、そうした利益衡量の趣味はどうあるべきか。まず、何よりも「報道機関の取材したものは、原則として証拠に利用しないという基本的前提から出発するべきであろう」。⁽¹⁸⁾逆にいえば、報道機関に報道の自由、取材の自由に対する侵害の存在の証明をする举证責任を負わせることは許されない。テープを証拠とし、有罪立証に使用することは許されない。侵害のないこと、若しくは、これを正当化する事情の存在を証明すべきである。

こうした前提の下に、ビデオフィルムの証拠採用上、衡量すべき要素として、①事件の重大性、②当該テープが有罪立証できる唯一の証拠か否か、③他の警察側の写真、フィルム等でも有罪立証が可能ではないか否かなどをまず指摘できる。さらに、③との関わりで、④他の証拠を収集する充分な努力をしたか否かも考慮されるべきである。また、⑤被告人の無

罪立証の場合、⑥付審判手続の場合には証拠採用の必要性が高いといえようか。⁽¹⁹⁾

(iii)五五年決定も、原則としては無関係説に立ちつつも、④、⑤、⑥で指摘した諸点を考慮してか次のように述べている。

「捜査機関がもつばらテレビニュースを立証に利用するような運用になることは、国民の『知る権利』と表裏一体の報道・取材の自由の重大性及び法の適正な手続の要請にかんがみ、避けられるべきである。したがって、本件のようなビデオテープを証拠として採用すべきかどうかの判断に当たっては、安易にその必要性を認めるべきではなく、当該事件が重大であって、他に適切な証拠がないような場合において、補充的に、証拠として採用できると解するのが相当である」。

(3) こうして、報道の自由と公正な裁判の調整については、裁判所が利益衡量により判断するのが妥当であり、報道機関は報道の自由を守る役割のみ担うべきであることが明らかとなった。ところが、ビデオ録画が利用されるとき、報道機関はこれを知ることでもできずに放置されてしまう。右の役割を演ずべき手続上の「場」が与えられないまま、場合により、裁判所は、報道の自由よりも公正な裁判の実現が優越すると

し、証拠利用を許してしまうのである。五五年決定も、その例である。そこで、五五年決定も認める「法の適正な手続の要請」を、利益調整の「実体」面だけでなく、調整をおこなう「場」の保証においても生かせないかという疑問がでてくるのである。言葉をかえると、報道機関が所持・保管する資料の証拠保全「手続」として何が妥当かという問題である。この点は、節を改めて考察してみよう。

- (1) 庭山英雄「裁判の公正と報道の自由」毎日新聞昭四四年一月一日（夕刊）。
- (2) 伊藤正己「報道の自由と裁判——フィルム提出問題をめぐって」朝日新聞昭四四年九月二三日（夕刊）。
- (3) 石川弘「報道写真・テレビフィルムによる立証の動向と問題点」ジュリスト四三九号（昭四四）四三頁。
- (4) 博多駅事件テレビフィルム提出命令については、最高裁の特別抗告棄却後、福岡地裁が数度にわたり提出を請求した後、やむを得ず令状による搜索・押収をおこなうという形で結着がついている（福岡地裁昭四五年八月二五日決定・刑裁月二卷八号八八一頁参照）。
- (5) 注(4)の事態に対する批判として、橋本公亘、何初彦、伊藤正己各談話・読売新聞昭四五年三月四日（夕刊）。

ビデオテープの証拠能力 渡辺

刊）、小林直樹談話・毎日新聞昭四五年三月四日（夕刊）、鴨良弼「フィルム差押えを悲しむ」朝日新聞昭四五年三月四日（夕刊）。報道関係者もこうした搜索・差押に抗議するとともに、社説でも批判論を展開している。社説「遺憾なTVフィルムの差押え」朝日新聞昭四五年三月五日、社説「報道の自由に国民的関心を」毎日新聞昭四五年三月九日。

- (6) 庭山注(1)、伊藤注(2)、斉藤文男「取材活動の規制」石村善治・奥平康弘編『知る権利』（昭四九）一二二頁。新聞協会編集委員会「統一見解」毎日新聞昭四四年一〇月二〇日（夕刊）。
- (7) 横田耕一「取材フィルムの提出命令と取材の自由」『憲法判例百選I』（昭五五）八〇頁。
- (8) 滝井繁男「報道機関の所持するフィルムの検証と報道の自由」判例タイムズ二七七号（昭四七）六二頁。
- (9) 庭山・注(1)。
- (10) 増井（前掲・注(2)一五五頁）一七頁。
- (11) 坪内（前掲・注(2)一五五頁）一三三頁。
- (12) 河上（前掲・注(1)一五五頁）二八頁、坪内（前掲・注(2)一五五頁）一三三頁。

- (13) 尾吹善人「表現の自由と取材の自由」『憲法の争点』(昭五三)七九頁。
- (14) 横田・注(7)八一頁。
- (15) 河上(前掲・注(1))一五五頁)二七頁。
- (16) 河上(前掲・注(1))一五五頁)二七頁。
- (17) 佐藤幸治『憲法』(昭五六)三六五頁。
- (18) 鈴木茂嗣「報道の自由と公正な裁判」『マスコミ判例百選』(昭四六)一五頁。
- (19) 以上につき、鈴木茂嗣「報道機関に対するフィルム提出命令と報道の自由」判例タイムズ二四二号(昭四五)一〇三頁、森野俊彦「ビデオテープの証拠利用について」法律時報四八巻一号(昭五一)八六頁参照。
- (六) 報道の自由と公正な裁判との「調整」(手続)
報道機関の所持・保管するニュースフィルム・写真等の証拠保全手続として何が妥当かという問題は、現在、合衆国でも議論がさかんである。そこで、まず、その状況を概観した上で、我が国の問題を考察してみよう。
- 一 (1)合衆国では、報道機関を含めて被疑者以外の第三者の所持する証拠の保全には、従来、「提出命令(subpoena)」が

用いられていた。こうした実務は、いわゆる「純粹証拠押収禁止ルール(Mere evidence rule)」を背景としていた。右ルールは、一九二二年のグーレッド事件で確立したものである。本判決は、これを次のように論じている。

「刑事手続または懲戒手続上相手方の不利益に用いるため証拠を保全することを唯一の目的とするときには、相手の住居、事務所に入入り、あるいは、書類を取得する手段として搜索令状を用いることはできない。担し、国家または原告が押収しようとしている物件につき一定の利益を有し、または、これを所有する権限のある場合、並びに、警察権が適法に行使され、この結果、当該物件を被告人が所持することが違法となり、これを押収することができると定められた場合に限り、令状による搜索・押収をおこなう権限を行使することができる。」

かくして、政府所有物、贓品等の犯罪の果実、税金支払を回避するための隠匿物資、禁制品並びに「犯罪の道具」を例外として、証拠としての価値しかない「純粹証拠」にあたる物件に対して、搜索・押収令状を発することができないとされたのである。このルールは、証拠自体の性質に着目して令状搜索の範囲を限定したものであるが、その間接的效果とし

て、被疑者以外の第三者に対しては搜索令状を発しえないとの理解を導いたのである。⁽⁴⁾

(2)しかし、一九六七年に至り、ヘイドン事件はこれをオーパールールした。⁽⁶⁾本件の武装強盗発生当日、被害会社付近にいた目撃者が、犯人の衣服、特徴、逃げ込んだ家を確認し、警察がこの情報をもとにしてその家へ赴き、家人の許しをえて家宅搜索をおこなった。そして、被告人を逮捕した他、犯人が着ていたのと似た衣服類、武器等を押収したものである。連邦地裁は、被告人の人身保護申立を却下したが、控訴審は、衣服の押収が「純粹証拠禁止ルール」に反することを認めた。裁量上訴が許され、連邦最高裁は、左のように論じた。

① 第一に、イギリスに遡るコモン・ローの歴史上、確かに、搜索・押収の権利は、犯人逮捕と有罪証明の証拠を収集するという目的だけでは足りず、「国家のより優越的利益の適法な主張」つまり「なんらかの財産的利益」の主張を要していたとする (at 303)。そのため、犯罪の果実 (贓品)、犯罪の道具、禁制品などが押収の対象となるとされていた。しかし、その後、修正四条の保護法益は大きく変化し、「本条の主たる目的は、財産の保護よりも、プライバシーの保護にある」とされてきている (at 304)。第二に、判例上、犯罪証明の目

ビデオテープの証拠能力 渡辺

的だけで政府が押収をおこなうことが認められているとし、血液強制採取を適法としたシュマーバー事件を引用している。かくして「純粹証拠押収禁止ルール」を認めたグリーンレッド事件の前提はくずれているとする (at 306—307)。

② また、純粹証拠と犯罪の「道具」、果実、禁制品とを區別することは、修正四条の文言上求められていないし、いずれを対象とする搜索であれプライバシーの侵害は同じく生じるとする (at 301)。結局、「両者の區別は、全く非合理的である。何故なら、事情により、同一の『書類および所有物』がある事件では『純粹証拠』となり、他の事件では『犯罪の道具』となるからである」とする (at 302)。それゆえ、結局、「押収物件と犯罪との間に……関連 (nexus) が存在していなければならない」が、この要件で足るとする。つまり、搜索・押収に際して、『純粹証拠』については、その求められる証物が特定の逮捕または有罪証明の役に立つと信ずるに足りる理由か否かという視点によって、相当の理由の有無を吟味しなければならない」とする (at 307)。

③ 本件の押収物件である衣服は、「その性質上、『供述的 (testimonial)』でもなく、『会話的 (communicative)』でもない」とする。それゆえ、その証拠としての提出は、修正

五条の自己負罪拒否権の侵害ともならざるとする (at 302—303)。

(3) ハイドン事件は、修正四条における財産的利益分析からブライバシー分析へという法解釈方法上の変化を背景としたものであり、より具体的には、証拠の性質ではなく捜索・押収の態様の分析を証拠の許容性判断の基準とするアプローチを示したものである。同時に、こうしたアプローチは、当時の合衆国における犯罪の急増という文脈に置くと、きわめてフラクティカルな役割をも担ったといえる。この時期、連邦最高裁も、犯罪の急増を意識してか、修正四条に関する一連の判例上捜査の便宜に資する判断を多く示していった。(9) ハイドン事件も、こうした流れの二つであるといえる。とまれ、この結果、捜索・押収権限は拡大されることとなったのであり、やがて一九六八年には立法上この趣旨が採り入れられ、「令状は、犯罪の証拠を組成する物を捜索・押収するために発することができると規定されるに至っている。(11)

- (1) *Gould v. United States*, 255 U.S. 298 (1921).
- (2) *Id.*, at 309.
- (3) *Cf.*, *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).
- (4) See, *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547,

- 98 S. Ct. 1970, 1990 (*Stevens, J.*, dissenting, 1978).
- Cf.*, *Owens v. May*, 141 Ga. 796, 82 So. 132 (1914);
- Commodity MFG. Co., Inc., v. Moore*, 198 N.Y.S. 45 (1923); *Bacon v. United States*, 449 F. 2 d 933 (9th Cir. 1971).

(5) *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

(9) 松尾浩也『刑事訴訟の原理』(昭四九) 二二二頁。渥美東洋『捜査の原理』(昭五四) 六六頁。

(7) *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

(8) Note, *Formalism, Legal Realism, and Constitutionally Protected Privacy under the Fourth and Fifth Amendments*, 90 HARV. L. REV. 945, 953, 959, 967—971 (1977).

- (6) See, e.g., *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966) (秘密捜査官が被疑者の信頼をよそその不利益証拠を収集することは、修正四条、五条に反しない); *McCray v. Illinois*, 386 U.S. 300 (1967) (被告人は逮捕の根拠たる情報の提供者の氏名を知る権利はない); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) (盗聴が修正四条に適用される場合があること); *Terry v. 修正四条に適用される場合があること*); *Terry v.*

Ohio, 392 U.S. 1 (1968) (ストップ・フリスタを「相
折の理由」がなぐとよ適法とす⁽⁹⁾): Alderman v. United
States, 394 U.S. 165 (1969) (被告人は、第三者に対す
る違法な搜索を理由として証拠排除を申立てる「適格」
を欠くとし、排除法則の適用範囲を限定した)。

(9) Israel, Criminal Procedure, The Burger Court,
and the Legacy of the Warren Court, 75 MICH. L.
REV. 1319, 1344 (1977).

(11) 18 U.S.C. § 3103 a (1968). Cf. Fed. Rules Cr.
Proc. rule 41(b), 18 U.S.C.A (1976).

二 前段(3)で指摘した時期には、他方で、報道機関が報道
目的で作成した資料等を刑事裁判に積極的に利用しようとす
る傾向もみられた⁽¹⁾。例えば、連邦レベルでは、一九六〇年か
ら一九六九年の間に報道機関に対して発された提出命令は一
二件あまりであったが、一九六九年から一九七八年の間には
約五〇〇件ほど発されているとの報告もある⁽²⁾。こうした捜査
の便宜を重視する流れの結果として、一九七一年、スタンフ
ォードデイリー新聞社に対する搜索・押收令状の発付、その
執行という事件が生じたのである。

ビデオテープの証拠能力 渡辺

スタンフォードデイリー事件の事実関係をまずみてみよう。

一九七一年、スタンフォード大学で病院の占拠と警察官に
よる排除という事態が生じたが、その際、病院付近で警察官
数名が襲撃され負傷する事件が発生した。事件後、学生新聞
であるスタンフォードデイリー紙に病院占拠者と警察官との
衝突を写した写真が載ったが、その内容からみて、撮影者が
右の襲撃現場付近にいたらしいことが判明し、そこで、搜索
・押收令状の発付をえてこれを執行したものである。これに
対し、新聞社側が処分の違法性の確認と将来の同種処分の差
止めを求めて訴えを提起した。

(1) 連邦地裁は、差止め命令は発しなかったが、処分の違法
性を確認した⁽³⁾。

④ 第一に、次のような原則を宣明した。

「本裁判所は、第三者と犯罪の被疑者とは、修正一条
の利益が問題になるときにはとくに、前者が厚い
保護をうけることができる。マジストレイトに
提出された宣誓供述書が当該物件の隠滅がなされると信
ずるに足りる適当な理由または文書提出命令(subpoena
duces tecum) がその他の理由で『執行不能(impracti-
cal)』であることを証明していない限り、第三者の所持

(四九七) 一七七

する物件の搜索はそれ自体が不合理であり、それゆえ、修正四条に反する」。

④ 提出命令が執行不能か否かについては、単なる命令不遵守の事実だけでは足りない。

「現状維持命令をも発しているのにも拘わらず、当該物件が破壊され、または、他の州へ運ばれ、若しくは、適切な命令をえる時間のないことが明らかなきに限り、マジストレイトは文書提出命令が執行不能であると信ずべき相当の理由を認定すべきである」。

⑤ 第三者に対する搜索令状発付を原則として不合理とするのは次の理由による。「社会がプライバシーに置いている途方もなく大きい価値」を考えると、その侵害は「必要性」のあるときに限られるべきである。そして、被疑者以外の者に関するほとんどの場合、「よりドラスティックでない手段 (less drastic)」として提出命令があるとす。提出命令と搜索令状を比べると、前者は、人の家や事務所、机を捜しまわることはなく、侵害度が高らかに少ない。次に、第三者が不法な搜索をうけたとき、排除法則による救済はうけられないのであり、「第三者の修正四条の権利が侵害されないように保証する別の安全装置が必要なのである」。この点では、

「搜索令状に対しては、侵害の発生前に不服申立をする機会がないのに対し、提出命令については、要求されている物件の提出に先立ち、その却下 (quash) 申立をつねにおこなるのであり、この手続上の差異は重要である」。かくして、「被疑者以外の者については、搜索令状よりも提出命令をつねに優先して用いるべきである」とする。

⑥ 第二に、プレスに対するときには、先述の提出命令執行不能の認定要件を一層厳しくし、「①重要な証拠物件の隠滅、または、州外への運搬がなされること、かつ、②現状維持命令が効果のないことについて明らか証拠が存在しているごくまれな情況」とする。この文脈でも、プレスの取材活動等に対して、搜索令状と提出命令とがどの程度の脅威を与えるかが対比されている。提出命令では、指定物件のみ提出すれば足りるが、搜索令状によれば、令状に差押えるべき物と記載されていない資料、写真をみる機会が与えられることになるし、該当の写真等を発見するため「あら捜し」をせざるをえなくなる。この結果、秘匿すべき情報源が明らかにされ、取材活動に脅威が生じる。また、このため、プレスの側が自己規制に至ることも考えられるとする。

こうして、地裁は、第三者については、いはば「提出命令

優先主義 (subpoena—first rule)⁽⁴⁾ともいふべき立場をとり、プレスについては、事実上搜索・押収令状の発付、執行を禁止するに等しい立場をとった。そして、これらの点から本件の令状発付は違法としたのである。

(2) しかし、ホワイト判事による最高裁の法廷意見では、こうした提出命令優先主義、報道機関に対する搜索・押収禁止といった考え方はともに厳しく批判されるのである。

④ 第一に、次のような原則を明らかにしている。

「現行法上、犯罪の果実、道具、または証拠を発見できると信ずべき相当の理由があるとき、第三者の占有にかかるといふものであるか否かを問わず、財産を搜索するために令状を発することができ、修正四条では、第三者に対しては、搜索令状を原則として発してはならないと示唆する文言はなんらみられない」。

判決は、右の見解を裏づける判例等を紹介した上で、地裁の判断に対する批判として、搜索令状と提出命令との対比についての評価を次のように述べている。

⑤ まず、第三者か被疑者か否かに拘わらず、刑法を執行し、証拠を発見する州の利益は同一である。また、地裁は、第三者たる財産の所有者が一見したところ無辜の者であることを

根拠として搜索令状を禁止している。しかし、その第三者が、現に自己の財産上に禁制品その他の違法な物件の所在することを認識しているときには、令状発付を正当化するのに充分な程度に「有責的 (culpable)」といえるし、そうした物件の所在を知らず、あるいは、それが犯罪の果実、道具、証拠であることを知らなかったとしても、令状執行時にはその点を知ることとなる。とすると、その時点で、その物件の搜索に異議申立を認め、あるいは、証拠等をそのまま保留しておくことを認め、さらに、提出命令によるべき旨の主張を許すとすることは疑問である。

⑥ 提出命令によることは、一方で、犯罪捜査に重大な妨げが生じるとする。この点で、地裁は、「被疑者以外の第三者は、いったん提出命令の発付をうけると、証拠を保持し、最終的には法に従った対応をする」という「仮定」に基づいている。しかし、これには難点がある。すなわち、

「搜索令状は、捜査の初期に用いられることが多い。おそらく、犯行全体が確認される以前であらうし、犯人全員を探知し、あるいは探知しうるに至る前であることも確実であろう。従って、犯罪の果実、証拠を有している一見罪なき第三者も全く無実であるとは限らない。無実

であったとしても、犯人とならなかの関わりがあったり同情したりすることもある。そのとき、その第三者が友人を罪に落とす物件を保持・保管しておくであろうと信頼することはできない。また、少くともその証拠により害をうける者に当局がその所在を知ったと連絡することはないと信頼することもできないのである。いずれにせよ、実際の犯人が当該財物に接近する可能性もあり、文書提出命令を用いてその適法性を争訟する機会を与えるなどにより遅延するときには、第三者の善意、悪意に拘わらず、容易に証拠の消滅に至りうるのである。」

㊦ また、他方で、提出命令は司法部と関わりなく発せられ、相当の理由の証明を必要としない点で、搜索令状よりも取得が容易であって、プライバシーの保護にとってさほど価値がないとする。

㊧ 次に、地裁は、「新聞社が右の第三者であるときには、修正一条に由来する別個の要因が付け加わり、これによって搜索令状を禁止し文書提出命令のみ認めるといふほぼ絶対的なルールが正当化される」と判示したとしつつ、この点につき、次のように批判している。

確かに修正四条の歴史は、王権と出版権との争いの歴史で

あった。しかし、だからといって、地裁の認める制度が要求されているわけではない。憲法の起草者等は、上記の争いを熟知した上で搜索を合理性テストに服させ、中立のマジストレイトが発する令状によってこれをおこなうことを求めたのであり、プレスが関わる場面であっても、搜索そのものを禁止してはいないし、提出命令が執行不能であることの特別の証明、搜索場所の所有者が犯罪に関与していることなどを必要とはしなかったのである。

㊨ また、マジストレイトでは、新聞発行を現実に妨げるような態様、範囲、侵害度を伴う搜索を妨げないとする理由はない。さらに、特定性と合理性の要件により、警察が新聞社のファイル類を一般的に捜し回り、通常の編集・公表の判断をおこなう妨げとなる機会はなくなるであろう。従ってまた、「情報源が消滅し、プレス自ら令状による搜索をおそれニュースの自己規制をするとは……信じられない。」

㊩ 以上、要するに、

「本最高裁は、表現の自由の事前規制を科すような命令は、告知と聴聞の機会を欠き違法法であると判断してきている。……しかし、保護をうけると思料される物件は、必ずしも刑事裁判で用いるため、令状により押収するこ

とはできないものではない。そうした押収が全て事前規制にあたるものではないし、むしろ、そのほとんどが事前規制を科すものではないとさえいえる。……本件の搜索令状は、公けの場で撮影したニュース用の写真を押収するために発されているが、このように、犯罪の証拠を求めて新聞社を搜索する令状については事前規制の現実のおそれはないし、また、デイリー紙の発行、それによる思想の伝達に対しては直接の制約を一切伴っていない。また、そうした令状のもたらす危険は、中立的なマジストレイトが、修正四条の下での自己の責務を尽くすことにより避けられるのであるし、現に、マジストレイトは、搜索を合理的な範囲にとどめる手段を自由に用いうるのである」。

④ もちろん、修正四条は、立法、行政上、令状手続の濫用を防ぐ「非憲法的な保護」を設けることまで禁止しているものではないが、「修正四条は、新聞社の搜索令状につき憲法上の一般の障壁を設け、一般的なルールとして提出命令によることを求め、あるいは、搜索令状発付に関して告知と聴聞を事前に求めているとは解しない」とする。

(3) ステewart判事の反対意見は、「警察による新聞社の

ビデオテープの証拠能力 渡辺

搜索はプレスの自由の妨げとなることは自明である」とするものである。

① 搜索行為による新聞社の機能に対する物理的妨害が、そのもっとも直接的で明白な修正一条の侵害である。

② 新聞社に対する事前の予告なき搜索がプレスの自由を与えるより重大な負担は、「取材源からえた情報や、取材源そのものの同一性が開示される可能性」である。つまり、

「搜索令状では、警察が新聞社のファイルを捜し回り、令状記載の物件を見つけたらまで全ての文書を読むことを認めることになる。他方で、提出命令は、新聞社自身が要求されている特定の文書のみを提出することを認めるものである。それゆえ、前者は、後者と異なり、搜索の目的と全く関連性のない秘密情報源による情報を不必要に開示することになる。さらに、警察官が、新聞社に対して予告なくガサ入れをおこなえるという認識が広まると、秘密ニュースソースの利用が抑止される効果をもたらす。その究極の結果は、国民にとって重要な情報の流れが途絶えるというものであり、これは修正一条と完全に相反するものである」。

③ 結局、修正一条の自由を侵害するおそれのあるとき、事

前にこれを評価するため、「司法部に對する對審の聴聞(adversary judicial hearing)」が一般に必要であるが、捜索令状はこれを保証するものでないのに対し、提出命令は却て申立により右の聴聞をうけることができるのである。

(4) ステューブンス判事の反対意見は、ヘイズン事件以前、第三者の所持する証拠については提出命令手續によつていたとし、「この手続は、憲法的次元のものである。無辜の市民が、書類やそれを所持していることにつき有するプライバシーの利益は、修正一四条の保護する自由の一側面である。故に、この自由の剝奪とは告知と不服申立の機会を与えることが憲法上の一般的ルールである」とする。かくして、提出命令優先主義に賛成し、「無辜の市民に對する予告なき捜索の唯一説得力ある正当化事由は、告知がなされるに相手が捜索の目的物を隠匿・破壊するおそれがある」とし、「本件では、予告なき捜索の必要性を示していなかつて、これを不合理とするのである。

(1) See, e.g., Note, Search and Seizure of the Media: A Statutory, Fourth Amendment and First Amendment Analysis, 28 STAN. L. REV. 957 (1976).

(2) Note, Zurcher v. Stanford Daily: The Legis-

ative Debate, 17 HARV. J. ON LEGISLATION, 152, 153 n. 6 (1980).

(3) Stanford Daily v. Zurcher, 353 F. Supp. 124 (1972). Cf., Recent Cases, 86 HARV. L. REV. 1317 (1973).

(4) Note, op. cit., 17 HARV. J. ON LEGISLATION, at 174.

(5) Zurcher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547, 98 S. Ct. 1970 (1978).

Cf., Comment, The Theory of Probable Cause and Searches of Innocent Persons; The Fourth Amendment and Stanford Daily, 25 UCLA L. REV. 1445 (1978); Comment, Fourth Amendment—Search Warrants and the Right to Free Press, 69 J. CRIM. L. & C. 528 (1978); Johnson, Freedom of the Press: The Rights of Newsgathering, 1979 ANNUAL SURVEY OF AMERICAN LAW 629; Case Comment, 20 BOSTON COLLEGE L. REV. 783 (1979). 曾根俊文「行政調査と令状主義——アメリカにおける最近の判例紹介——」京大法学院誌院生論集八号(昭五五)一三三頁。

三 スタンプォードデイリー事件後、第九五期、九六期の連邦議会では、被疑者以外の者に対する搜索令状発付を立法により制限しようとする各種の法案が提出されたようである。

内容もバラエティーに富み、ステュワート判事のように(前段二③)、主としてプレス関係者を保護しようとするもの、ステイブンス判事のように(前段二④)、第三者一般を保護しようとするもの、かつての「純粹証拠押収禁止ルール」のように一定の物件を搜索・押収の対象外とするものなどがみられると報告されている。もつとも、いまのところこの種立法は制定されるに至っていない。⁽¹⁾

ALIは、一九七五年の「アレインメント前手続模範法案」において、ヘイドン事件に従い、搜索令状により「犯罪その他の法律違反の実行についての証拠その他の情報」を搜索・押収することは認めている。しかし、ヘイドン事件は、純粹証拠押収禁止ルールをオーバールールしつつも、「証拠価値のある物件の性質上、合理的な搜索・押収の客体にならない物が他に残されているかどうかの問題」は保留する一方、問題となった衣服等が「供述的」でないことを指摘していた⁽²⁾。(一②③参照)。この間隙を利用し、次のような制限を設けた⁽³⁾。

ビデオテープの証拠能力 渡辺

「押収不能の書面 (Documents not Subject to Seizure) 筆跡のサンプル、および、証拠としての価値が供述的内容以外の点にあるその他の書類、記録の類を除き、次のものは、押収可能な物件には……含まれない。個人的な日記、信書、自分一人だけで使用し若しくは家族の一員または犯罪計画上の関係を除くその他の個人的または親密な人間関係の相手とのコミュニケーションのためだけに使用する目的で作成した書類、記録の類。但し、その実質的な目的が犯罪計画の促進にある場合を除く。」

右規定では、報道機関そのものは保護されてはいないものの、少くとも、搜索・押収によっては侵害しえない個人のプライバシー領域を保証しようとする趣旨といえる。この限りでは、スタンプォードデイリー事件最高裁判決をも限定する役割を果たしえないではない。⁽³⁾

このように、現在、第三者一般、報道機関につき何程か搜索・押収の権限を制限しようとする動きもある。これと、最高裁の立場とが、今後どのように絡み合っていくのか注目される⁽⁴⁾ところであろう。

(一) See, Comment, The Constitutionality of Congressional Legislation to Overrule *Zurcher v. Stan-*

ford Daily, 71 J. Crim L. & C. 147 (1980).

(c) A.L.I., Model Code of Pre-Arraignment Procedure, § 210. 3 (2) (Official Draft, 1975).

(c) Op. cit., Commentary to § 210. 3, at 502-507.

(4) Cf., Note, The Right of the Press to Gather Information, 71 COLUM. L. REV. 838 (1971); Murasky, The Journalist's Privilege: Branzburg and its Aftermath, 52 TEX. L. REV. 829 (1974); Note, The Newsman's Privilege After Branzburg: The Case for a Federal Shield Law, 24 UCLA L. REV. 160 (1976).
 なお、他は Gerstein, The Demise of Boyd: Self-Incrimination and Private Papers in the Burger Court, 27 UCLA L. REV. 343 (1979).

四 (1)スタンフォードレイリー事件は、(a)(1)(b)及び同注(4)(c)でも指摘したように、報道機関に対する令状捜索・押収の持つ問題を浮き彫りにしている。この点では、本件の捜索行為は、地裁の認定によると「完璧」なものであったとされ、地裁(二)(1)(c)、「ステewart判事(二)(3)(c)」の指摘するように、報道の自由、取材の自由に対する侵害は大き

なものであったといえる。これに対し、連邦最高裁は、令状捜索により、報道済みの写真を押収することは、報道の自由の事前規制にも現実の制約にもならないとして(二)(3)(4)、適法とした。これは、我が国の判例①、五五年決定④などの無関係説と近いといえようか。しかし、少くとも、提出命令に比し、告知と聴聞の保証を欠く点は否めない(二)(1)(c)。連邦最高裁も、修正一条の表現の自由の侵害に先立ち、「告知と聴聞」が必要なことは認めている(二)(3)(4)。とすれば、マジストレイト独自の判断で捜索令状記載事項を限定していくよりも、率直に利害関係人たる報道機関の事前の聴聞をおこなうほうがより手厚い保護を与えることになるのは確かである。かかる手段として、すでに、提出命令による実務が従来からも行なわれていたことを併わせ考えると(二冒頭部参照)、連邦最高裁の論理は、連邦地裁の提出命令優先主義を否定するのに十分な説得力を欠くやにも思われる。ただ、連邦地裁やステイブンス判事のように、これを広く第三者一般に及ぼす点(二)(1)(4)、(4)は、少くとも我が国従来の捜査の伝統に照らして考えるときは、いささか奇異な感がなくもない(但し、三参照)。ただ、我が国の令状実務のルーズさを反省する上で、参考にはできると思われる。

(2) 次に、我が国における報道の自由と公正な裁判との「調整」をめぐる諸問題（とくに、(五)二(1)④⑤、(3)）を考えると、合衆国における提出命令優先主義（(六)二(1)③）には聞くべきものがあるかと思われる。もちろん、右の考え方が、大陪審制度、大陪審の広範な犯罪捜査権⁽¹⁾、大陪審による起訴前の提出命令の制度、裁判所侮辱罪による間接強制などを背景としたものである点、並びに、第三者に対する提出命令による証拠保全が実務上定着している点を看過しえない。また、かかる大陪審が検察官のいいなりになっているという運用上の問題点も忘れてはならない。その意味で、提出命令優先か捜索令状かというアメリカにおける争いをストレートに我が国にとりこむことはもちろんできまい。ただ、こうした議論の大枠を参考にしながら、少くとも、我が国に存在する起訴後の提出命令の制度（刑訴法九九条）については、次のように見ることはできまいか。つまり、かつて、博多駅事件でテレビフィルムの提出命令をきっかけとして、報道の自由と公正な裁判をめぐる問題が、法的な問題となりえたとともに、幅広い国民の関心を喚起しえたが、その理由は、正に、「提出命令」といういわば古典的な証拠保全手続が用いられたからである。すなわち、連邦地裁（二(1)④⑤）やステュワート

ビデオテープの証拠能力 渡辺

判事（二(3)⑥）の認めるように、提出命令によると、報道の自由の侵害に先立ち、「告知と聴聞」の機会が保証されたに等しく、報道機関は不服申立をおこなう機会が与えられることになる。合衆国と比較すると、我が国の提出命令は、起訴後に限られること、令状によらないこと、間接強制の手段はなく、命令不遵守のときは捜索・押収によるとされていることなどの限界はある。しかし、さしあたり、その運用如何では、報道の自由と公正な裁判の「調整」をする手続上の「場」を与え、「手続的正義」を実現する役割を果たしえないものでもない。

逆に、裁判所によるビデオテープの利用は、そのなげなさの陰でこうした「手続的正義」を軽視する結果を招いているともいえる。五五年決定においても、検察官がニュースのビデオテープの証拠申請をした段階で、報道機関に対し原ニュースフィルムの提出命令を発することもできたのではないかとも思われる。

(3) 現行法は、テレビニュースをビデオ録画などの科学装置を利用して証拠保全することも、そうしたビデオテープを証拠として取調べることも予定していなかった（判例⑥判旨③）。その意味で、東京地裁五五年決定は、法の間隙をついた問題

をはらむものである。従って、かかるビデオテープの証拠としての性質(四一)、関連性立証の程度(四二(1))、三二一条三項類推適用の如何(四二(2))、報道の自由と公正な裁判との「調整」(四二)、その手続上の「場」の保証の問題(四二(3))、(四四(1))などの諸点につき、いずれの解釈をとるにせよ、なにがしか「政策的、実践的な決断」⁽⁸⁾を要するのであり、つまりは、なにがしか「立法的」とならざるをえない側面をもつ。その限りで、いずれの解釈もいくぶん不安定といわざるをえないように思う。

そこで、立法論としては、一方で、報道機関の所持・保管する報道目的のニュースフィルム、写真等を刑事裁判で証拠として使用する必要のあるとき、かかる証拠保全の手段として、搜索・押収という態様によることを禁止することが必要ではなからうか(これを、報道機関による搜索・押収を受けない権利として規定できようか)。他方、かかる証拠を一切利用できないとする⁽⁹⁾ことも、いきすぎである。しかし、利用の前提として、報道の自由と公正な裁判との利益調整をする適切な手続上の「場」を保証しておくことが必要であり、かかる方法として提出命令を用いるようにすることができないであろうか。そして、その不服申立(準抗告)の手続につい

ては、被告人、弁護士、検察官の立会を認めるものとする⁽¹⁰⁾ことが必要と思われる。他に、提出命令は令状によること、起訴前にも発しようとする⁽¹¹⁾ことなども必要かと思われる。

他面、先の解釈論上の限界を認識しつつも、テレビニュースのビデオフィルムの証拠能力を判断するにあたっては、まず提出命令発付によりせめて博多駅事件と同程度に、手続的正義を保証した上で、報道の自由と公正な裁判との妥当な利益衡量をおこなうのが相当と思われる。この二点は、憲法上の「証拠禁止」の適用基準と見ることでもできるし、ビデオテープそのものに着目して、「憲法的関連性」ともいうことができようか。とまれ、前者の手続的正義を欠いた本件五五年決定には、強い疑問が残る。

- (1) See, Note, *The Grand Jury as an Investigatory Body*, 74 HARV. L. REV. 590 (1961).
- (2) L.B. ORFIELD, *CRIMINAL PROCEDURE UNDER THE FEDERAL RULES*, Vol. 2, Rule 17, at 569-720 (1966).
- (3) See, e.g., *United States v. Alewelt*, 532 F. 2 d 1165 (7 th Cir. 1976); *United States v. Palmer*, 536 F. 2 d 1278 (9 th Cir. 1976).
- (4) D. FELLMAN, *THE DEFENDANT'S RIGHTS TODAY*,

at 67-71 (1976); 2 LAFAYE, SEARCH & SEIZURE, at 188-213 (1978).

(5) 『最決昭四四年一月二六日刑集二三卷二一号一四九〇頁。』

(6) さしあたり、座談会「刑事司法と報道の自由——博多駅事件をめぐって」ジュリスト四三九号(昭四四)一五頁。

(7) 平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法』(上巻)(改訂版・昭五〇)三三四頁以下(高田)。

(8) 永井紀昭『映画フィルム』『証拠法大系』(昭四五)一四二頁。

結 び

かつて、バックナー教授は、合衆国刑事司法を分析するため、「適正手続モデル」と「犯罪抑制モデル」という二つのモデルを設定した。前者は、適正手続の確保、司法的抑制の強調による人権擁護、「法的有罪の法理」の貫徹に力点を置き、これに対し、後者のめざすのは、文字通り犯罪の抑制であり、そのための捜査の効率性と必要性、司法部による「事実とし

ビデオテープの証拠能力 渡辺

ての有罪」の重視である。教授は、また、両者を「障害物競争 (obstacle course)」と「工場の流れ作業 (assembly line)」⁽¹⁾⁽²⁾とに例えた。右のモデル論分析には、種々の問題があるもの⁽³⁾、そこで析出された刑事訴訟をめぐるとの価値観の相克には参考にすべきものが少なくない。そこで、こうした分析視角から今一度問題をふりかえってみよう。

冒頭で紹介したように(二参照)、最近、アメリカでは、ビデオ装置、写真が犯罪捜査上いろいろな目的で利用されている。また、報道機関の所持する写真に対する捜索・押収も適法とされている。他方、それらのビデオテープ、写真の証拠能力については、判例上、関連性説が定着している。ところで、こうした科学装置導入の意味するところは、捜査の効率化―証拠保全の合理化に他ならない。また、関連性立証説やスタンフォードディリー事件最高裁判決の意味は、かかる捜査の効率化に対する司法部の承認であるとみることもできる。つまり、大雑把にいえば、以上の動向は、刑事司法の「犯罪抑制モデル」化とみれなくもない。

我が国の状況についても同じ分析があてはまるように思う。テレビニュースのビデオ録画による証拠保全方法、判例の関連性立証説(とくに、判例①②、また、④⑤)は、捜査から

判決言渡しに至る刑事手続の流れをスムーズにし、事件の処理を迅速に効率的におこなおうとするポリシー上に位置づけられないではない。そして、その反面として、こうした迅速さ、効率性と矛盾する、プライバシーの権利、「令状主義」に反する「不法な搜索・押収をうけない権利」、報道の自由及びこれらを保証するための「手続的正義」などが、刑事事件処理上のマイナス・ファクターとしてしか扱われないおそれが

でてくることも考えられるのである。こうした状況を、先のモデル論を参酌しつつ、我が国固有の特徴を加味して、刑事司法の「精密司法」化と評価することもできようか。つまり「精密な捜査にもとづき、丹念に真実の発見に努め、確実なふるいわけにもとづく慎重な訴追活動」⁽⁵⁾重視の方向である。

このようにみえてくると、捜査の科学化は、一面で自由中心捜査を是正し、捜査を「弾劾化」していく面もあるが、反面、「手続的正義」に裏打ちされていなければ、結局は、現代型、実体的真実発見主義―必罰主義にいきつくことになりかねない。東京地裁五五年決定も、こうした傾向をいくらか示したもののよう⁽⁶⁾にみれなくもない。では、かかる現代型、実体的真実発見主義―必罰主義に対してどのような歯止めが必要であるうか。従来、捜査の分野において、いわば「障害物」と

考えられていたものとして、令状主義、強制処分法定主義、任意捜査の原則などがあった。こうした古典的原則が、科学捜査の実用化、定着化という現代的な文脈でいかなる機能を果たしえ、あるいは、いかなる修正を施さねばならないのかを丹念に吟味することが、今、差し迫った課題であるように感じられてならない。

(1) H. PACKER, THE LIMITATIONS OF THE CRIMINAL SANCTION, at 149 (1968).

(2) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(昭五四)一一九頁。

(3) 鴨良弼「刑事訴訟と方法論——とくにH・パッカーの方法論について——」研修三六八号(昭五四)一二頁、福井厚「いわゆるモデル論の意義」『刑事訴訟法の争点』(昭五四)二〇頁。鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(昭五五)一七頁。

(4) 松尾浩也『刑事訴訟の原理』(昭四九)八九頁、二六五頁。

(5) 三井誠「刑事訴訟の課題」(下)ジュリスト七三三号(昭五六)一一一頁。

(6) 田宮裕『捜査の構造』(昭四六)二三頁。