

論文式試験問題集  
[刑事訴訟法]

## [刑事訴訟法]

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

### 【事例】

司法警察員Kらは、六本木一丁目駅先の路上で大麻取引が行われているとの情報に接し、令和3年〇月〇日午後10時頃、同所付近を警らしていた。すると路上を対向して歩行してきたAが、Kらの姿を見て、急に向きを変え、急ぎ足でもと来た道を戻り始めたので、Kらは、同人に対して声をかけた。Aは観念したようにその場にとどまったので、Kらは同人に対して職務質問を始めた。Kらは、職務質問の過程で、Aの目に大麻常習者に独特な赤みがあることに気づいた。そこで、Aについて犯歴照会を行ったところ、同人には大麻取締法違反の前科が複数あることが判明した。

KがAに対して、「大麻を持っているのではないか。所持品検査に協力して欲しい。」旨を求めたところ、Aはこれを拒否しつつ自身の下半身付近を気にする素振りを見せた。

①そこでKは、「ここに何か隠しているのではないか。」旨を述べ、突如、Aの陰部付近を掴んだ。これに対してAは、激昂して抵抗し、以降は問いかけにも黙秘して応じなくなった。これによりKは、Aが下着の中に大麻を隠しているものと確信し、②Kら数名でAを取り囲んだまま、Aに対し「下着を脱いで中を見せろ。」旨を述べて、その後も10分に渡り同様の求めを続けた。同求めに対してAは当初は拒否したものの、最終的には、やむを得ず自らズボンと下着を降ろし、公道上で自身の陰部を露出させた。そこでKは、ラップに包まれた乾燥大麻様の植物が下着内に縫い付けられているのを発見した。Kは、Aの同意の下で同乾燥大麻様の植物を取り出して簡易検査したところ陽性反応があったため、Aを大麻取締法違反(所持)の被疑事実で逮捕し、同植物を差し押さえた。その後、Aの所持品の捜索を行ったところ、同人のカバン内からも乾燥大麻が発見されたので、Kはこれも差し押さえた。

その後もAの所持品の捜索が続いていたが、Kらが目を離したすきに、Aは、突如、自身の頭にかぶっていたカツラを外して、中に入っていたラップに包まれた乾燥大麻様の植物(以下、「本件嚙下物」という。)を取り出して飲み込んだ。Kが、「今のはなんだ。」旨を問うと「ハッピーですよ。俺、ビーガンなんで。」等と意味不明の回答をした。

その後、Kは逮捕・勾留されて5日程度が経過しているが、本件嚙下物は腸管周辺に引っかかったものと思われ、現時点では自然に排泄される様子はなく、他方で、本件嚙下物の存在によってAの体調が害されている様子もない。

〔設問1〕（配点：30）

Kの下線①及び②の捜査の適法性を論ぜよ。

〔設問2〕（配点：20）

Kは、本件嚙下物が乾燥大麻であると確信し、「医師により、医学的に相当と認められる方法により行うこと」との条件が付された捜索差押許可状（以下、「条件付捜索差押許可状」という。）及び鑑定処分許可状の発付を受け、本件嚙下物を、内視鏡を用いた異物摘出術（注：肛門から内視鏡を深く挿入し、ピンセット状の器具（鉗子（かんし））を用いて摘出する方法（以下、「本件手法」という。))によってAの体内から摘出して、これを差し押さえようと考えて令状請求をしようとしている。

かかる令状請求を受けた裁判官は、これらの令状を発付すべきか論ぜよ。

なお、論述に当たっては、Kの令状選択の適否と、本件の事情の下で令状を発付すべきかの2点について検討せよ。

以 上

2021年4月4日

担当：弁護士 井口賢人

参考答案  
[刑事訴訟法]

## 第1 設問1

1 Kは、Aに対して大麻所持等の嫌疑を抱き、下線①、②の行為を行っている。かかる行為にAの同意は無く、所持品検査に関連して行われたこれらの行為が、任意捜査として適法か問題となる。

2 まず、所持品検査の適法性について検討する。警察官職務執行法（以下、「警職法」という。）2条1項は行政警察活動としての職務質問を認めているが、所持品検査は職務質問の内容と密接に関連し、その効果を上げるうえで必要性、有効性の認められる限度で、職務質問に付随する行為として認められるものと解する。

本問で、Kらは、Aに大麻常習者特有の目の赤みを発見したこと、AがKらの姿を見て進行先を変えたことから、大麻所持の嫌疑を生じて職務質問をしているのであって、職務質問は適法であり、これと関連する限度では所持品検査も認められるものと解する。

3 もっとも、所持品検査は任意捜査であるため対象者の承諾を得て行われるのが原則であるが、警職法2条1項は、対象者が承諾しない場合であってもなお、一定程度の侵害的行政活動ができるという意味の創設的規定であると解せば、対象者の承諾が得られない場合であっても所持品検査が認められる場合もあるものと考ええる。

具体的には、捜査に至らない程度の行為については、所持品検査の必要性、緊急性を考慮の上で、具体的な状況のもとで相当と認められる限度の所持品検査は許容されるものと解する。

4 これを前提に、下線①、②の行為について検討する。

(1) 捜索とは、対象者の意思に反してそのプライバシー等に制約を加えて強

制的に対象物等を探索する行為をいうものと解する。

下線①の行為は、Aの同意を得ずに、陰部付近というプライバシーへの配慮が強く求められる部分に触れる行為であって、これを受けたAが激昂していることからしても、同行為は、Aの意思に反して、プライバシーに制約を加えたものと評価できる。また、下線①の行為時点で、Kは、Aの下着内に何らかの物が隠されていることに確信を持っておらず、同行為によって物を発見しようとしたのであるから、強制的に対象物等を探索しているものといえる。

よって、下線①の行為は強制処分たる捜査に当たり、無令状で行われているために違法である。

(2) ア 下線②の行為は、Aに下着を脱ぐように求める行為であり、強制するには身体検査令状が必要な行為とも思える。しかし、下線②の行為は、あくまでもAへの働きかけに過ぎず、最終的にAが自らの意思でこれに応じていることからすれば、意思に反するとまではいえず強制処分に当たるとまではいえない。

イ もっとも、任意処分として違法ではないか。この点、Aの目には大麻常習者に独特な赤みがあること、同人がKらの姿を見て急ぎ足で元来た道に戻ろうとしたこと、同人に大麻取締法違反の前科が複数あること、職務質問の場所付近で大麻の取引が行われているという情報があったことからすれば、Aが大麻を所持している可能性は一定程度あり、Aが下半身付近を気にする素振りをしていたことからすれば、下半身付近に何らかの物が隠されていないかを捜査する必要性はあるといえる、しかしながら、Aが職務質問開始後に立ち去ろうとしたこと

等はなく、その場で下着を脱がせることに緊急性は無い。また、職務質問の場所は公道であって、この場所で陰部を露出させることは、Aに多大な精神的苦痛を与えるものであり、例えば、下着内をKらにのみ見せるように求めることや、よりプライバシーが確保された場所に任意同行を求め、下着を脱ぐことを求めることもできたのであって、下線②の行為は相当性を欠く。

ウ よって、下線②の行為は任意捜査として違法である。

## 第2 設問2

### 1 令状選択の適否

(1) Kは、本件手法を、条件付搜索差押許可状及び鑑定処分許可状の併用によって実現しようとしているが適切か。

(2) この点、いわゆる強制採尿においては、尿が、排せつ物としていずれ体外に自然に排泄される無価値物であることから条件付搜索差押許可状が用いられており、強制採血のように身体の構成物を採取する場合は、身体検査令状及び鑑定処分許可状を併用すべきものとする。

これを前提に、本件嚙下物の性質について検討すると、本件嚙下物は身体の構成物ではなく、異物が体内に取り込まれたに過ぎないから、強制採尿の場合に準じて、条件付搜索差押許可状によることが適切であると考えられる。しかしながら、本件手法はその搜索差押が体内に及び、手技の過程で身体に損傷を与える危険性を孕んでいることや、高い専門性が必要であることに鑑みると、その執行に際して、専門性と慎重な手続が要請される鑑定処分としての身体検査の性質も有しているといえるから、鑑定処分許可状を併用すべきと考える。

(3) 従って、Kの令状選択は適切である。

### 2 令状発付の可否

(1) 本件手法は、対象者に対して多大な精神的・身体的苦痛を与えるものであるから、捜査の必要上やむを得ない場合にのみ認められるものとする。具体的には被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重大性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らして、犯罪捜査上やむを得ないと認められる場合に最終的手段として行われるべきものと解する。

(2) 本問についてみるに、Aに生じている嫌疑は、大麻所持であり、軽微な犯罪であるとはいえない。しかしながら、Kの大麻所持については、下着やカバンから発見された乾燥植物によっても立証が可能であるところ立証上重大なものとは認められない。また、本件嚙下物は、現時点では排泄されていないものの、下剤の投与等の手段によって排泄される可能性もあるといえ、代替手段が存在しないともいえない。かかる事情に鑑みると、本件手法による捜査に、犯罪捜査上やむを得ないと認められるまでの事情はない。

(3) よって、Kの令状請求は却下されるべきである。

以上

2021年4月4日

担当：弁護士 井口賢人

# 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 |
|--|-------------|----|----|
| <b>〔設問1〕</b>   | <b>(30)</b> |    |    |
| ○問題提起  |             | 2  |    |
| 職務質問の適法性   |             | 1  |    |
| 所持品検査が職務質問付随行為として認められることへの言及等  |             | 2  |    |
| 規範定立   |             | 5  |    |
| 下線①の行為に関するあてはめ   |             | 6  |    |
| 下線②の行為に関するあてはめ   |             | 6  |    |
| 結論   |             | 2  |    |
| ○裁量点   |             | 6  |    |
| <b>〔設問2〕</b>   | <b>(20)</b> |    |    |
| ○問題提起(令状選択の適否)   |             | 1  |    |
| 本件手法について条件付捜索差押許可状が必要であること   |             | 3  |    |
| 本件手法について鑑定処分許可状の併用が求められること   |             | 3  |    |
| 令状選択の適否に関する結論  |             | 1  |    |
| ○問題提起(令状発付の可否)   |             | 1  |    |
| 規範定立   |             | 3  |    |
| あてはめ   |             | 3  |    |
| 令状発付の可否に関する結論  |             | 1  |    |
| ○裁量点<br>(※なお、本件手法自体が認められないとする答案の場合、上記得点項目に関わらず記述内容に応じて15点を限度とした評価をする。) |             | 4  |    |
| <b>合 計</b>   | <b>(50)</b> |    |    |

# 刑事訴訟法 解説レジュメ

## 第1. 出題の趣旨

本問は、捜査分野に関する基本的な知識及びそれを前提とした発展的な思考を問うものである。やや変わった事例であるという印象をもった受講生もいたと思われるが、本問は東京高判令和元年7月16日(参考判例①)及び千葉地判令和2年3月31日(参考判例②)という直近の裁判例をモデルとしている。とりわけ設問1で問題となっている行為は、モデル判例から引いているのであって、出題者の創作ではない。事件は出題者の執務室ではなく現場で起きている。

設問1は、所持品検査の限界に関する問題である。典型論点であり、予備試験のレベルからすれば比較的簡単な問題なのではないかと思われる。

他方、設問2は参考判例②をモデルにしているが内容を大幅に改変しており、回答の上で参考にするべき判例は最判昭和55年10月23日(参考判例③)である。参考判例③は百選掲載の基本判例であるが、論文式での出題をあまり想定していなかった受講生もいたかもしれない。後述の通りに結論が出ていない内容でもあるため、それなりに難しい問題かと思うが、参考判例③の理解を深めて欲しいという意図で出題した。

## 第2. 設問1

### 1 問題の所在

Kは、Aに対して警職法2条1項の職務質問を行っている。その後、Aが下半身のどこかに大麻を隠しているのではないかと考えて下線①の行為に及んでいるところ、同行為は(少なくともKの主観的には)一種の所持品検査として行われたものと考えられる。

また、下線②の言動は、Aが下着内に隠匿した大麻を、提出させようとすることに主眼があるのであるから、こちらも所持品検査の一環として理解するのが相当であろう。

所持品検査については基本判例として米子銀行強盗事件があるので、その判旨をきちんと理解しておく必要がある。

なお、規範定立の前に、所持品検査は、職務質問に付随する行為であることからして、職務質問の適法性に一言触れる必要がある(違法な職務質問がなされていれば、付随する所持品検査も違法になると考えられる。)

その上で、所持品検査が認められる根拠にも一言程度触れる必要がある(学説には、法律上の根拠を欠くことから所持品検査違法説も存在する)。

#### ◎最判昭和53年6月20日(米子銀行強盗事件)

「所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に付随してこれを行うことができる場合があると解するのが相当である。」

「(所持人の承諾のない所持品検査であっても) 捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解するべきである。」「かかる行為は限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ許容されるものと解すべきである。」

## 2 規範定立

規範定立に当たっては、上述の米子銀行強盗事件を踏まえた規範定立をして欲しい。

この点、注意して欲しいのは、所持品検査の枠組みで論ずる場合、直接に根拠となる法規は警職法2条1項である。行政警察活動であるために、刑法197条1項但書の解釈はダイレクトには用いることができない。

米子銀行強盗事件の規範は、第一段階は警職法2条3項が強制処分を禁止していることから導かれるもので、第二段階は警察比例の原則（警職法1条2項）から導かれているので、最決昭和51年3月16日の規範をダイレクトに持ち込んでではないことに注意する必要がある。（内容は酷似しているので最終的に定立すべき規範はそれほど変わらないが、行政警察活動と、司法警察活動で状況が違うことは把握しておいてほしい。）

## 3 あてはめ

### (1) 下線①の行為

上記の規範を用いて、下線①の行為について検討することになるが、留意すべきは、第一段階の枠組みでは必要性や緊急性は問題にならないということである。第二段階の枠組みではじめて、必要性、緊急性、相当性という馴染みのある規範が出て来るので、この点を忘れてはならない。

参考答案是、第一段階の枠組みで強制処分に当たるものとした。例えば、吉田町覚せい剤事件（最判昭和53年9月7日）では、ポケット内の覚せい剤について、ポケットの中に手を入れて取り出した行為について、強制処分には当たらないが、違法であると判示している。かかる判断の理由については、ポケットが膨らんでいて中に何かが入っていることが捜査官の主観から明白であることを前提に、その中身を確認するために“これを取り出した”という行為であることから、探索行為ではないという意味で捜索には当たらないと判断されたものと思われる。いわゆるタッチアンドフリスクの議論も、外形から中身の存在が明らかである場合の話である。

本件はこれと異なり、Aの下着内に何かがあるかどうか自体が不明の状態、Aの陰部付近に外部から触れて、“物の存在の有無を確認した”という事案であってまさに捜索行為がなされている。

なお、参考答案の捜索の定義は、出題者が昭和51年判例や「強制処分」の定義に関する学説を参考に作ったものであるので、一般的な定義という訳ではない。参考答案是、「意思に反して」としているが、前述の昭和51年判例のメルクマールは「意思を制圧して」である。本件を含め有形力行使のケースでは判例に忠実に「意思を制圧して」という基準の方が良いかもしれない。意思制圧基準で論ずる場合、本件で触られているのは陰部であって、プライバシー保護の要請が高く通常は他人に触られたくない場所であり、一般的に考えてAには黙示的な拒絶意思があったと考えられるが、Kの下線①の行為は、そのAの拒絶意思を意に介さずに捜査目的を実現しようとしている点で、意思の制圧があるものと考えて良いと思われる。

以上が出題者の考えではあるが、強制処分には当たらないものの、任意捜査として違法という考え方もあり得る。この場合は、Aの陰部付近に何らかの物があるかはこの時点では不明であること、Aに対して事前に告知することなく（承諾を得ようともせず）陰部を掴んでいること、下線部①の行為は路上で行われており任意同行その他の方法でプライバシーが確保できる場所に移動させることも可能であったこと等の点を、どのように評価するかということになるであろう。

なお、後掲のモデル判例でも同様の行為（股間を掴むのは金融庁の仕事と思われがちだが、警察の捜査でも行われたようだ。）が違法とされている。これに鑑みても、下線①の行為を適法とするのは難しいように思われる。

## (2) 下線②の行為

下線②の行為を所持品検査と理解した場合は、下線①の行為と同様の規範で検討することになる。

下線①の行為同様に、強制処分に当たるという考え方もあり得るが、KらがAに対して、下着を脱ぐよう求めたのは10分程度のことであり、最終的にはAが自身の意思で下着を脱いだことからすれば、直ちに強制処分に当たるといえるかは微妙なところである。

とはいえ、Aについて、大麻所持の嫌疑がある程度存在する（必要性）にせよ、KらがAを留め置いており、Aも下線①の行為を発端に黙秘してはいるもののその場から逃げ去るような様子もなく（緊急性の欠缺）、方法としても、下着の中のものを出すように求めるとか、パンツの中を見させて欲しいとか、或いはよりプライバシーが確保された場所へ移動してパンツを脱ぐように求めるとか、より緩やかな方法で捜査をすることも可能であったにもかかわらず、公道上で陰部を露出させるというのは、最終的にはAの意思によって行われている（Kらが有形力行使したものではない）にせよ、相当性を欠くものと言わざるを得ないだろう。

以上からすれば、任意捜査として違法という結論になるのではないと思われる。

## ◎参考判例①

### 1 概要

覚醒剤使用の事案において、捜査官が、被告人の陰部付近に薬物が隠匿されているのではないかと考えて、令状が無いのに陰部付近の捜索を行い、続けざまに、被告人に対して公道上でパンツを脱ぐように要求し、実際に被告人がパンツを脱ぐに至らせ、これらの手続的違法を糊塗するために、令状請求の疎明資料にはこれらの事実を歪めた記載を行った事案。

なお、主たる争点は、上記のような行為が行われたかどうかという事実認定に関するもので、違法か否かの評価の争いではない。最終的には、重大な違法として尿の鑑定書が違法収集証拠として排除されている。

### 2 判断

#### (1) C警察官が着衣の上から被告人の陰部付近を触ったことの適法性について

「被告人は、同警察官からの要求に応じて、着衣の上からの身体検査を承諾し、それに応じていたが、陰部付近を触られることまで承諾していたとは認められないところ、着衣の上からとはいえ、被疑者に何ら断ることなく陰部付近を触るという行為は、個人のプライバシーに対する配慮を欠いた不適切なもので、実質的に無令状で被告人の身体に対する捜索を実施するに等しいものである。」(中略)「したがって、C警察官が着衣の上から被告人の陰部付近を触った行為は、職務質問に付随する所持品検査として許容される範囲を超えた違法なものであるといわざるを得ない。」

#### (2) 被告人が公道上で陰部を露出するに至った経緯の適法性について

「プライバシーが確保された状況においてパンツの中を確認させてもらうように要請するなど、他に採り得る手段があり、特段の緊急性が認められないにもかかわらず、公道上でパンツを脱ぐように求めた同警察官の言動は、被告人のプライバシーや羞恥心に対する配慮を著しく欠いたものであり、その結果、実際に被告人が公道上でパ

パンツを下げ、陰部を露出するに至ったことを踏まえると、同警察官が有形力を行使したわけではないものの、その言動は違法であるとの評価を免れない。」

#### 4 結論

以上を前提に、参考答案では下線①、②のいずれの行為も違法としている。いずれの結論を取るにせよ説得力のある論述が求められる。

全くの余談だが、下着の中に違法薬物を隠すというのは比較的よくある話である（勝新太郎氏を想起する方もいるかもしれない）。また、違法薬物を隠す場合に、咄嗟に飲むというのもボチボチ起きることである。違法捜査は許されるべきではないが、本件のKの着眼点自体は特段おかしい話ではない。

### 第3. 設問2

#### 1 問題点等

設問2は参考判例②をモデルとしているが、同判例内で問題となった、内視鏡による異物の採取という捜査手法は、判例内でも「新たな法律問題が問われているというべきであって、当該強制処分に係る令状を請求する捜査官やこれを審査して令状を発付する裁判官には、その身体への侵襲の大きさに鑑み、慎重な検討が求められていることは明らかである。」と言及され、要するに、このような捜査手法が認められるか自体について結論が出ていない。

しかしながら、検討事項としては、①そもそもこのような捜査手法が認められるかを検討し、仮にできるとすれば、②いかなる令状によって行うか、③どのような事情の下で認められるかの3点である。

なお、前記①を検討するには捜査手法の具体的な内容に言及する必要があるが、本問の問題文には詳細な内容を記述していないので、本問でこの点に関する論述をするのは難しいのではないかと思う。ただし、捜査手法自体が認められないという見解についても、自らの知識を用いて説得的な論述がなされている場合には内容に応じて点数を付けるつもりである（ちなみに、強制採尿の論点についても、学説では、人権擁護の観点から絶対否定説が根強いところ、より強度の身体侵襲が行われる本件手法について、絶対否定説は十分にあり得る見解である。）。

もっとも、出題者の意図としては、前記②、同③を中心に論述して欲しいので、問題文でそのように誘導したつもりである。

#### 2 令状選択の適否

本問でKは、本件手法を用いるに当たって、条件付搜索差押許可状及び鑑定処分許可状の発付を求めている。これは、後述する参考判例②の立場（同事案の捜査官は、身体検査令状の発付も受けていたが、判旨では要否への言及が避けられた。）でもある。

回答に当たっては、強制採尿に関する令状（条件付搜索差押許可状／参考判例③の立場）と、強制採血に関する令状（身体検査令状＋鑑定処分許可状／実務通説）を思い浮かべた上で、本件手法がどちらに近いのかという思考をするのが良いだろう。

強制採尿において、条件付搜索差押許可状が必要となるのは、尿が排泄される不要物であるという理解を前提としている。強制採血の場合は、血液が身体の構成物であることから身体検査令状を用いるということになっている。

本問では、本件嚙下物は、明らかにAの身体にとって異物なので、上の理解からすれば条件付捜索差押許可状が必要となろう。

次に、鑑定処分許可状を併用する必要があるかという問題が出てくる。

この点、身体検査令状は、直接強制が可能である（刑訴法222条I、同139条）が行為主体は捜査機関である。また、行為としても、せいぜい身体の外表面検査や、それと同視できるレベルの体腔検査しかできない。他方、鑑定処分許可状によるならば、第三者を行為主体として身体内部への侵襲行為が許容され得るが、直接強制は認められない（刑訴法222条Iに、172条の準用は無い。また、168条viは鑑定処分に直接強制を予定していない（139条を準用していない。））

参考判例③は、このような議論状況の下で、条件付捜索差押許可状（捜索差押の強制力と、鑑定処分の医師が行為主体になって身体侵襲をする効力）という新たな令状の類型を創出したものと理解されている。

ただ、参考判例③を注意深く読むと、強制採尿について「医師等これに習熟した技能者によって適切に行われる限り、身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく、仮に障害を起こすことがあっても軽微なものにすぎないと考えられるし」と評価していることに気づく。要するに、強制採尿は、医師が行っている限り、それほど健康被害が生じないことを前提にしているので、「条件付」で足り、鑑定処分許可状までは不要という理屈であろうと思われる。

他方、本件手法は、内視鏡が体腔内に深く入るし、鉗子で中の異物を摘出するという点で、強制採尿のそれよりも侵襲の程度が強い。また、内視鏡を入れる前にレントゲン等を用いて体腔内を検査しなくてはならず、強制採尿の場合と比較しても、より専門性が求められるし、複数の専門家の関与も必要となり得る。

この点で、強制採血が併用説を前提にしていることを想起すると、本件手法を行うに当たっても、条件付捜索差押許可状と、鑑定処分許可状の併用が必要であろうという考えになるかと思われる（後掲令状基本問題下310頁、後掲別冊判例タイムズ116頁～117頁等、多数説）。

以上の通りであるから、参考答えは、Kの令状選択の適否は適切と判断した。

しかしながら、上述の通りに結論の出ていない問題であるし、他説もあり得るので、いずれの見解であっても、参考判例③を意識して説得的な論述ができていれば、相応の評価をする。

### 3 本件事情の下で令状発付をすることの可否

令状発付の可否については、参考判例③の基準を用いて、本件の具体的な事情の下で、本件手法の是非を検討して欲しい。

#### ◎参考判例②

「(内視鏡による異物の取り出しは、身体的・精神的負担を伴う侵襲であることから)それが①身体的・精神的な負担を伴う侵襲の程度等に照らしてそもそも許されるか、許されるとして、②強制採尿を許容した(参考判例③)で指摘された諸事情に照らして捜査上真にやむを得ないといえるかが、当然に令状審査の対象となり、対象者の身体の安全や人格的利益の保障との関係で①の審査も重要である。」として、最終的には、内視鏡を用いた嚙下物の採取の可否を検討するにあたり、身体への侵襲の程度や手技のリスクに関する疎明が不足しているとして、本件の事情の下では、内視鏡による異物の採取行為は違法であるとした。

なお、参考判例に先立ってなされた証拠決定では、「昭和55年決定(参考判例③)は、強制採尿の特質に照らして許されると判示したにすぎないとみるべきであって、強制採尿と異

なる方法での体腔内の異物捜索をすることの可否が問題となる場合には、個々の手法が持つ身体的安全等に対し及ぼす影響、屈辱感、精神的打撃等の程度も踏まえ慎重な検討を要するというべきである。」、「(内視鏡による異物の採取にリスクがあることからして)これが強制処分として許されるかについては慎重な検討を要するといえるが、対象者が受ける屈辱感などの精神的打撃に限ってみれば、意に反して尿道にカテーテルを挿入する強制採尿の場合と大きな差がないと見る余地がないではない。加えて、例えば誘拐事件の被害者の所在を示す証拠を体内に隠匿したことが明らかで、その取得についての高度の緊急性必要性が認められる場合等を想定すると、このような場合にまで絶対に内視鏡による異物の強制採取が許されないと解するには躊躇を覚える。」(中略)「以上によれば、本件異物の強制採取に係る本件各令状は、強制処分として許容できるかに関する疎明資料を欠いていてその実質的審査を欠き、かつ、最高裁指摘の諸事情に照らして犯罪捜査上真にやむを得ないと認められないまま発付されたものと認められる。したがって、実質的な審査や要件を欠く本件各令状により実施された強制処分である本件異物の強制採取には重大な違法がある。」

### ◎参考判例③

「被疑者に対する右のような方法(カテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法)による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由は無く、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重大性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合には、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり、ただ、その実施にあたっては、被疑者の身体的安全とその人格の保護のため十分な配慮が施されるべきものと解するのが相当である。」

本件では、参考判例③のような規範を定立しておくのが良いであろう。

正確に規範を引用できるのであればそれが望ましいが、仮に難しかったとしても、参考判例③の規範の核心部分が比較衡量であることを理解した上で、そのような規範を立て、かつ参考判例③では「最終的手段」と表現されていることに鑑みて、各要件について厳格かつ慎重な検討を行うことに言及できれば、実践的な規範定立としては十分であろう。

Aの嫌疑は大麻取締法違反(違法所持)であり、Aに複数の前科があることからしても軽微な犯罪とはいえない。しかしながら、証拠採取の必要性ということでは、Aは他にも大麻を複数所持しており、これらは発見されているところ、本件嚥下物を採取し、かつこれが大麻だったとしても、Aが所持していた大麻のグラム数が変化するに過ぎないのであって、必要性が重大とまでは言えない。また、参考判例②とは異なり、本件ではAに下剤が投与された等の事情は無い。本件のように、被疑者が証拠を嚥下した場合は、自然排せつ後に、排せつ物から採取した証拠を差し押さえるのが一般的である(実務上、捜索差押許可状と鑑定処分許可状の併用によって、医師をして下剤等を投与させ、排泄を促すこともある)。従って、これらの手法が試みられていない本件の事情の下では、代替手段が不存在であるともいえない。

これらの事情に鑑みると、本件の事情の下では、令状発付は認められないと結論付けるのが自然なように思われる。

以上

**【参考文献】**

- 植村立郎（2017）「骨太刑事訴訟法講義」法曹会  
井上正仁ほか（2011）「刑事訴訟法判例百選〔第9版〕有斐閣  
佐々木正輝（2008）「捜査法演習 理論と実務の架橋のための15講」立花書房  
古江頼隆（2011）「事例演習刑事訴訟法」有斐閣  
新関雅夫ほか（2013）「増補 令状基本問題（下）」判例時報社  
高麗邦彦ほか（2012）「令状に関する理論と実務（Ⅱ）」『別冊判例タイムズ』No.35  
椎橋隆幸ほか（2018）「実務家に必要な刑事訴訟法 入門編」弘文堂

2021年4月4日

担当：弁護士 井口賢人

## 最優秀答案

回答者 SH 34点

### 第1 設問1

#### 1. 下線①について

(1) 下線① a 行為は、いわゆる所持品検査にあたる。職務質問については、警察官職務執行法（以下「警職法」という。）2条1項において、規定されているものの、所持品検査については、明文の規定がないため、その許容性が問題となるが、所持品検査は、職務執行の実効性を確保するために不可欠であることから、警職法2条1項の職務質問に付随して行うことができる。そのため、所持品検査が許容されるためには、その前提たる職務質問が警職法2条1項の要件を満たしていることが必要である。

警職法2条1項は、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは…相当な理由のある者…を停止させて質問することができる。」と規定している。

本件では、Aは、Kらの姿を見て、急に向きを変え、急ぎ足で、もと来た道に戻り始めている。したがってAは、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは…相当な理由のある者」といえ、職務質問は、警職法2条1項の要件を満たしている。

(2) ア. 所持品検査が職務質問の付随行為として許容されるものである以上、所持人の承諾を得て行うことが原則である。しかし、承諾がない場合、一切の所持品検査ができないとすれば、犯罪の予防・鎮圧といった行政警察活動の目的を達成することができない。よって、所持人の承諾を得ていない場合も、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査として許容されうる。

捜索に至らないか、また強制処分にわたらないかは、強制処分が、刑事訴訟法において、要件、内容、効果、が定められなければならないという強制処分法定主義（197条1項ただし書）と裁判官による事前審査を要求する令状主義（憲法35条1項）という厳格な規律に服することから、①相手方の明示又は、黙示の意思に反して、②身体、住居、財

産等の重要な権利に制約を加えるか否かによって判断される。

イ. 本件では、KがAに対して、「所持品検査に協力して欲しい。」旨の求めに対して、Aはこれを拒否しているので、①相手方の明示又は黙示の意思に反しているといえる。また、KはAが下半身付近を気にする素振りを見せていたことから、突如、Aの陰部付近を掴んでいる。いくら、外部からとはいえ、陰部は身体の中で最もデリケートな箇所であり、他人に触れられたくない箇所でもある。よって、KがAの陰部を掴んだ行為は、②身体の重要な権利に制約を加えるものといえる。

ウ. したがって、下線①の行為は、搜索若しくは、強制処分にあたる行為として、所持品検査としては、許容されず、違法である。

## 2. 下線部②について

(1) ア. 前述の1.(2)ア.の規範に基づき判断する。

イ. 本件では、Kら数名で、Aを取り囲み、Aに対して、「下着を脱いで、中を見せろ。」と述べて、10分に渡り、同様の求めを続けているのであるから、Aの明示又は、黙示の意思に反しているといえる(①充足)。しかし、Kらは、Aを取り囲んで、「下着を脱いで中を見せろ。」と求めているだけであり、Aの重要な権利に制約を加えているわけではない(②不充足)。よって、下線②の行為は、搜索に至っておらず、また強制にわたっていない。

(2) ア. もっとも、搜索に至っておらず、また強制にわたっていないとしても、捜査比例の原則から、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで、相当と認められる限度で、許容されるものとする。

イ. 本件では、AはKらの姿を見て、急に向きを変えて急ぎ足で、もと来た道に戻ろうとしていたこと、職務質問の過程で、Aの目に大麻常習者に独特な赤みがあることに気付いたこと、Aには、大麻取締法違反の前科が複数あったこと、Aに下半身付近を気にする素振りがあったことから、大麻所持の嫌疑があり、Aに対し、「下着を脱いで中を見せろ。」と要求することも、必要性、緊急性があったものと認められる。しかし、10分間にわたり、Aを取り囲む行為は、直接的な身柄の拘束に近く、法的に許容されるものとはいえず、Kらの行為は、違法な有形力の行使といえる。

ウ．したがって、下線②の行為は、具体的状況のもとで、相当と認められるものとはいえず、違法である。

## 第 2 設問 2

### 1. K の令状選択の適否

(1) K は、本件嚙下物を本件手法を用いて、A の体内から、摘出しようと条件付搜索差押許可状及び、鑑定処分許可状の発付を受けているが、相当といえるか。一般に身体を検査する令状には、①搜索令状(218条1項前段)、②身体検査令状(218条1項後段)、③鑑定処分許可状(225条)があり、その選択の適否が問題となる。

(2) ①搜索令状による身体検査は、あくまで通常の搜索と同程度のプライバシー侵害を伴う処分しかなしえない。具体的には、着衣のまま、外表を検査できるにとどまる。よって、本件のように、身体の内部に対する侵襲行為たる本件手法を行うことはできない。

(3) ②身体検査令状はどうか。

ア．身体検査令状は、その発付請求において身体検査を必要とする理由や、被検査者の健康状態を示さなければならず(218条4項)、また裁判官は、相当と認める条件を付することもできる(同条5項)。そこでこのように発付手続が厳格な身体検査令状によれば、被検査者を裸にして体腔内の検査まで行うことができる。もっとも、身体検査を行う主体は、あくまで捜査機関であるので、身体への危険を伴うような医学的知識経験が必要な検査まで行えないと考える。

イ．本件において、本件手法は、内視鏡を用いた異物摘出術であるので、医師しかなし得ないので、医学的知識経験が必要な検査といえ、身体検査令状により行うことはできない。

(4) ア．③鑑定処分許可状によることはできるか。

イ．鑑定処分は、医師等の専門家が捜査機関から、委託されて行うべきものである。よって、身体への侵襲を伴うような医学的知識経験が必要な検査まで行うことができると考える。

したがって、本件においては、鑑定処分許可状によるべきである。

ウ．もっとも、鑑定処分許可状では、被検査者を直接強制することはできない。そこで直接強制を可能にするため、身体検査令状(222条1項が139条を準用)を併用すべきである。

(5) 本問において、条件付捜索差押許可状及び鑑定処分許可状が併用されているので、Kの令状選択を適当といえる。

2. 令状を発付すべきか。

(1) 本件手法により、本件嚙下物を摘出しなくても、Aのカバン内から、乾燥大麻が発見されており、Kは、これを差し押さえているので、このような本件の事情のもとで、令状を発付する必要はないと考える。

(2) したがって、本件の事情の下で令状は発付すべきではない。

以 上

第1. 設問1

1. 下線①に付いて.

4). 下線①の行為は、いかなる所持品検査にあたる。職務質問に付いては警察官職務執行法(以下「警職法」という。)2条項において規定されるもの。所持品検査に付いては、明文の規定が付いたためその許容性が問題となるが所持品検査は、職務執行の緊急性を確保するために不可欠であることから、警職法2条項上で行うことが許される。よって、所持品検査が許容されるためには、その前提たる職務質問が警職法2条項の要件を満足していることが必要である。

警職法2条項は「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断し何らかの犯罪を犯し、若しくは…相当の理由のある者…を停止させ質問するに付て得る。」と規定している。

本件では、Aは、Kの姿を見、急に向きを変え、急足で走って来り道に戻り始める。よってAは、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断し何らかの犯罪を犯し、若しくは…相当の理由のある者…と認め、職務質問は、警職法2条項の要件を満足している。」丁寧な文112-30

2) 下所持品検査が職務質問の付随行為として許容されるその2点以上、所持人の承諾を得ずに行うことが原則である。しかし承諾を得ない場合、一切の所持品検査が許容されるのは「犯罪の予防・鎮圧」として行政警察活動の目的達成のために行われ、即ち所持人の承諾を得ない場合、捜索に至る程度の行為は、強制処分(行政的)より、所持品検査として許容される。

捜索に至る行為は、既に強制処分(行政的)に付いては、強制処分が刑事訴訟法

規範はまじりて  
良か、否か又  
しあべし。

※

1) おいて、要件効果の定められた行政的強制処分(197条1項(1)の書)と裁判官による事前審査を要する令状主義(憲法35条項)との厳格な規律に服するに付、①相手方の明示又は黙示の意思に反して②身体・信託財産等の重要な権利に制約を加えるか否かによって判断される。

1. 本件では、KがAに対して「所持品検査」を求めたこと、自ら求めたこと、Aはこれを拒否していること①相手方の明示又は黙示の意思に反してと認め、AはAが下所持品検査に同意する素振りを見せていることから、突如、Aの陰部付近を掴んでいく。よって外部からと認め、陰部は身体の中で最もデリケートな箇所であり、他人に触れられることは<sup>②</sup>本人の重要な権利に制約を加える行為に相当する。

よってAの下線①の行為は、捜索若しくは強制処分にあたる行為として所持品検査として許容され、違法である。

2. 下線部②について.

1). 下線部の1.(2)の規範に基づき判断する。

1. 本件では、Kが急足でAを制圍外Aに対して、下着を脱いで中を見せようとする。よって、10秒に限り、同様の行為を続け得るのであるから、Aの明示又は黙示の意思に反してと認め(1)充足。また、しかし、Kは、Aを制圍外で「下着を脱いで中を見せよう」と求めた行為は、Aの重要な権利に制約を加えている行為に付いて(2)充足。よって下線①の行為は、捜索に至る行為に相当する行為に付いては、

2) 2) 2). 捜索に至る行為は、既に強制処分(行政的)に付いては、捜索行為の原則から、所持品検査の必要性、緊急性、これに付いて争われる個人の法益と保護される公益の利益を比較して考慮し、是種状況に於て、相当に認められる限度で許容されるもの



# 採点講評

(2021年4月4日 刑事訴訟法)

## 第1 全体について

今回は例年よりも採点が早かったため、採点講評として話すべきことは解説講義の際に殆どお話ししました。

ただ、重要な点については、文章にしておく方が良いかと思うので、重複にはなりません。採点講評として書かせていただきます。

## 第2 設問1について

解説講義でも述べた通り設問1の規範定立の場面で、米子銀行の判例若しくは最決昭和51年3月16日（以下、「S51判例」。）の理解が不十分だと思われる答案が、相当数ありました。ここは捜査分野の基本中の基本なので、ご自身の基本書等でよく確認するようにしてください。

一応、簡単に補足することにします。

細かい説明は省きますが、これらの規範では第1段階として「強制処分（刑訴197条1項但書）に当たるかどうか」を判断し、第2段階で「任意処分として相当かどうか（刑訴197条本文に捜査比例の原則を適用したものと整理するのが一般的です。）」を判断することとしています。

第1段階は強制処分法定主義や令状主義の要請からくる規範で、第2段階は捜査行為が侵害的行政行為であるために警察比例（捜査比例）の原則が妥当することからくる規範です。

ですので、第1段階の枠組みに違反するときというのは“強制処分として令状を取ってやるべき行為を、令状なしにやってしまった。”という話であるのに対し、第2段階の枠組みに違反するときというのは“任意処分ではある（令状を取る必要がある場面ではない）が、任意処分としてバランスを欠いてやり過ぎてしまっている＝任意処分として違法”という話です。要するに、これらはそれぞれレベルの違う話をしていきます。

ある行為が強制処分か否か（第1段階の基準）というのは、S51判例によれば、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない」行為を指していま

す。この定義を見れば分かる通り、これは処分の「性質」で決まります。必要性やら緊急性やらの事情は出て来ません。

他方で、第2段階の基準は、任意処分としてやり過ぎじゃないのか？という問題意識ですから、捜査比例の原則の要請から、必要性・緊急性と、被侵害利益の性質・程度との衡量をして、最終的に“(任意処分として)相当性のある処分”と言えるかを判断します。

ここまでは、S51判例の話で、あくまでも司法警察活動の話です。

本問は、所持品検査と整理する限り、行政警察活動です。しかしながら、米子銀行の判例では、上記と同様の規範を立てています。何故そうなるのかという点に対しては、第1段階の基準は、警職法2条3項が強制処分は刑訴法の規定によらなければならないと定めていることからの帰結で、第2段階の基準は「警察比例の原則」が一般原理として共通するからです。

ですので、上の規範が書けている場合でも、刑訴法の条文解釈として行っている場合は、厳密には誤っているということになります。

再三になりますが、これは捜査分野の基本中の基本ですから、ここを誤っている答案は気をつけてください。

また、第2段階の基準のあてはめで気になったのは、問題となっている行為に関する必要性・緊急性・相当性をきちんと検討できていない答案です。

大麻所持の嫌疑があるというところまでは良いですが、大麻所持の嫌疑があるからといって、何故いきなり股間を掴んで良いのでしょうか。普通、そこに物は入っていないでしょう。それに、Aは逃げようともしていませんし、複数の警官に囲まれていて、仮に下着の中に大麻を隠していたとしても、いきなり隠滅なんか常識的にできませんよね。なのに、いきなり股間を掴んだり、その場で裸にしようとしたり、いずれも“そのタイミングでやらなければならない事情”というのはいったいあったのでしょうか。これに対して明確に答えられないのに、安易に緊急性を肯定している（或いは、必要性が認められれば当然に緊急性も認められるものだと考えている。）のであれば大いに問題だと思います。この辺りは、もう少し工夫して論じて欲しかったところです。

解説で述べたように、米子銀行の判例の“施錠されていないバッグのチャックを開披して中を一瞥する行為”、“アタッシュケースをこじ開けて中を確認する行為”や、吉田町覚醒剤事件のような“上半身のポケット等に外側から触れて、物の存在を確認する行為”や、“上着の内側ポケット内に何らかの物品があることを前提に、そのポケット内に手を差し入れて中の物品を取り出す行為”等と比較して、本件の行為がどうかというのを検討して欲しいというのは、もう少し発展的な話ですが、あてはめの復習として考えてみてください。

### 第3 設問2について

こちらは解説で述べた通り難問ですので、解説レジュメをざっと読んでおいてくれれば幸いです。

なお、解説で触れられなかった身体への悪影響に関する議論について補足します。元ネタとなった参考判例②でも例示的に「例えば Condom 等に包まれた違法薬物を嚥下した場合において、その後当該薬物が体内で漏出するなどして生命の危険が迫っているようなとき、つまり救命するために医術的措置を取る医療上の必要性が認められる場合には、外科的措置を含めた救命措置が許される」と判示し、最決平成17年7月19日を参照判例として掲げています。

ここで掲げられている最決について紹介すると、被告人がナイフで刺されたため、医師がその治療のために尿検査をしようとした（刺創が腎臓に達すると血尿が出るのでその確認のため）ところ、被告人は一旦拒んだものの、その後も医師は治療の必要性を説得し続け、最終的には被告人に麻酔をかけて縫合手術を実施する際に、カテーテルの挿入に対して被告人が拒絶しなかったため、医師は、被告人が麻酔によって眠っている間に医療上の検査のために採尿しました。

さて、当該医師は、被告人が興奮状態で支離滅裂な発言をしていることから薬物使用の疑いもあると考えており、この採取した尿に簡易検査を行ったところ、覚醒剤反応があったので、警察に通報しました。その後、警察官は当該尿を差押許可状によって差し押さえたというのがこの事例です。

この事例は、被告人に生命の危険が生じていたこと、採尿の主体はあくまでも医師であり、治療の必要性から行ったものという特色があります。この事例において最高裁は、採尿行為は医療上の必要性から行われた適法なもので、その後の通報、差押にも何ら違法はないという判断をしています。

この事例にあるように、本件嚥下物によって、Aの身体に悪影響が出ていて、生命の危険が迫っているような場合、即ち医療上の必要性がある場合には、本件手法のような行為が行われることもあり得るでしょうが、本件ではAの体に何らの影響も出ていません。

そもそも、本件嚥下物の捜査をしたいKが、「お前の体の健康の為だから、捜索を受け入れろ。」とあってAに対して本件手法を行っていいはずがありません。捜査の必要性と、Aの身体保護の必要性を混同させています。

従って、身体保護のロジックは少なくとも本問では使えないということになります（この論述を排除するために、設問文でAの身体に異常が出ていないことを書いています。）。

## 第4 その他

設問の作りの影響もあると思いますが、今回、問題提起の記載が無い答案が非常に多かったです。

答案作成上の作法であるという形式的な理由もありますが、これから自分が何を論ずるのか、その論述がなぜ必要となるのかを端的に表すのが問題提起であり、この部分で結構実力が見えるので、書くようにしてください。

## 第5 最後に

以上が本問の採点で感じたことです。なお、私の中では細かい採点基準がやんわりとあるのですが採点の順番によって微妙にズレがあることは否定できません。そのため、2～3点の違いはご容赦頂けると幸いです。

だいたいイメージとしては、20点未満の答案は主に知識面で問題があった答案、20点～25点が知識はある程度充足しているが、問題分析、あてはめ、論述等の点で不足がある答案。25点以上は及第点の答案。30点オーバーの答案は2通しかありませんが、これは概ね私の出題の意図に沿った解答をしてくれている答案です。仮にこれが本番の試験であれば、25点以上であれば、この科目については合格のレベル、30点オーバーなら他の受験生との比較でアドバンテージになり得るくらいのレベルです。

質問は随時受け付けますから、メールを頂ければ回答します。

直前期で多忙な中、ご参加ありがとうございました。皆様の合格を祈念しております。

以上

# 司法試験予備試験答案練習会 2021年4月4日分 得点分布表

## 刑事訴訟法

出席者 19名 平均点 22.2点

| 分布    | 人数 |
|-------|----|
| 0     | 0  |
| 1~5   | 0  |
| 6~10  | 1  |
| 11~15 | 1  |
| 16~20 | 6  |
| 21~25 | 5  |
| 26~30 | 4  |
| 31~35 | 2  |
| 36~40 | 0  |
| 41~45 | 0  |
| 46~50 | 0  |

