

明治大学法曹会 2021 年予備試験論文対策 柳原ゼミ

問題文(刑事訴訟法オリジナル問題)

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

令和2年12月13日午後5時頃、警察官PとQが自身の勤務する交番付近を警らしていたところ、路上を歩いていた甲が、警察官Pと目が合うや、急に慌てた様子で道を引き返した。そのため、警察官Pが甲に対して「ちょっと待ちなさい。」と声をかけると、甲は走り出してしまった。警察官PとQは、甲を追いかけることとし、100メートル程走った地点で甲に追いついたため、「停まりなさい。」と言って、停止を求めたところ、甲はようやく停止した。そこで、警察官PとQは、甲に対し、職務質問を開始した。

甲の右腕に注射痕があったことから、警察官Qが、甲に対し、氏名・住所のほか、違法薬物の利用の有無を聞いたところ、甲は俯くだけで何も答えなかった。また、甲がチャックの閉められたカバンを抱きかかえるようにして持っていたことから、警察官Qが、甲に対し、「そのカバンの中身は何だ。」と聞いたが、これに対しても甲は俯くだけで何も答えなかった。すると、突然、甲は警察官PとQを押しつけて歩き出したため、甲のカバンが警察官Pの手に一瞬当たった。この時、Pは、手に何か固い者が当たった感触があったことから、「触るからね。」と言って、①甲のカバンを外から手で触ったところ、ペンケース位の長さの筒状の物体が入っている感触があった。

Pは、カバンの中に注射器が入っているものと考え、甲に対し、「カバンの中身を出しなさい。」と言った。すると、甲は、「嫌だ。友人に電話する。」と言って、誰かに電話をかけた後、カバンを抱きかかえたままうずくまってしまった。その10分後、甲の友人と思われるXが現場にやってきた。甲は、Xを目にすると、「これ、預かっておいてくれ。」と言いながら、持っていたカバンを渡そうとして、Xに向かってこれを投げた。しかし、カバンは、Xまで届かず、甲とXの中間地点で落下した。警察官Qは、直ぐに、カバンを拾い上げ、「開けるからな。」と言って、②カバンのチャックを開披し、カバンの内部を一瞥もせずに手を差し入れ、中身を全て取り出した。なお、カバンが落下した当時、人通りは全くなく、また、カバンが落下した地点は甲から2メートル程離れた地点であり、警察官Qはカバンが落下してから約5秒後にこれを拾い上げた。

警察官Qが取り出した物の中には、結晶様のものが入ったチャック付きポリ

袋と注射器1本があり、検査の結果、結晶様のものは覚せい剤であることが判明した（以下「本件覚せい剤」という。）。そこで、警察官Qは、甲を覚せい剤取締法違反（所持）の現行犯人として逮捕するとともに、本件覚せい剤等を差し押さえた。

その後、検察官は、所要の捜査を遂げた上、本件覚せい剤を所持したとの事実で、甲を起訴した。

第1回公判期日において、甲及び弁護人は、無罪を主張し、検察官の本件覚せい剤の取調べ請求に対し、取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。

〔設問1〕

下線部①及び②の各行為の適法性について論じなさい。

〔設問2〕

下線部②の行為が違法であることを前提として、本件覚せい剤の証拠能力について論じなさい。

（参照条文）覚せい剤取締法

第41条の2第1項 覚醒剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（略）は、10年以下の懲役に処する。

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

参考答案

第1 設問1

1 下線部①の行為について

- (1) 下線部①の行為はいわゆる所持品検査に当たるが、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も、所持品検査は、職務質問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するものと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必要がある。

ここで、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、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる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。」と規定する。

本件では、甲は、警察官Pと目が合うや、急に慌てた様子で道を引き返し、警察官Pが甲に対して「ちょっと待ちなさい。」と声をかけると、走り出している。

したがって、甲は「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、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる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 所持品検査が任意捜査である職務質問に付随して認められるものである以上、所持人の承諾を得て行われなければならないのが原則であるが、所持品検査の犯罪の予防・鎮圧等という行政警察目的を達成する必要があることから、所持人の承諾を得ていない場合であっても、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査として許容され得る。

捜索に至らないか、また、強制にわたらないかは、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個人の意思を制圧し、②身体、住居、財産等の重要な権利に制約を加える行為に当たるか否かによって判断される。そして、合理的に推認される個人の意思に反していれば、個人の意思を制圧したものと評価することができる。

イ 本件では、甲は自身のカバンに対する所持品検査を拒否する旨を明言していない。もっとも、警察官Qが、甲に対し、「そのカバンの中身は何だ。」と聞いたが、これに対しても甲は俯くだけで何も答えず、カバンを抱きかかえたまま警察官PとQを押しつけて歩き出しているのだから、その態度から、甲がカバンの中身の開示を拒んでいることは明らかである。したがって、下線部①の行為は、合理的に推認される甲という個人の意思に反し、甲という個人の意思を制圧するものといえる。

しかし、警察官Pは、甲のカバンを外から手で触っただけであり、そのような態様によっては、甲のカバン内部の品目等を具体的に特定することは著しく困難である。したがって、下線部①の行為は、甲のプライバシー権という重要な権利に制約を加えるものとはいえない。

ウ よって、下線部①の行為は、捜索には至っておらず、また、強制にもわたっていない。

- (3)ア もっとも、甲のプライバシー権への制約が認められる以上、捜索には至っておらず、また、強制にもわたっていないとしても、あらゆる行為が許容されるわけではなく、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、具体的状況の下で相当と認められる限度で許容されるものと解する。

イ 本件では、甲が、警察官Pと目が合うや、急に慌てた様子で道を引き返し、警察官Pが甲に対して「ちょっと待ちなさい。」と声をかけると、走り出しており、逃走を図ったものと考えられること、甲の右腕に注射痕という違法薬物を利用する者特有の特徴があったこと、警察官Qが、甲に対し、違法薬物の利用の有無や所持するカバンの中身を聞いても、甲が何も答えなかったことから、甲には、違法薬物を使用若しくは所持している嫌疑が相当程度あったものといえる。また、違法薬物はトイレに流す等してその隠匿が容易であることから、罪証隠滅を防止するという観点から、その場で所持品検査をする必要性、緊急性が存在したといえる。したがって、下線部①の行為を行うことによって得られる利益は相当程度大きかったといえる。

他方で、上述のとおり、警察官Pは、甲のカバンを外から手で触っただけであり、そのような態様によっては、甲のカバン内部の品目等を具体的に特定することは著しく困難であるし、甲の身体や身体に密着するような部分といったプライバシー性の高い箇所に触れたわけでもない。そのため、下線部①の行為によって甲のプライバシーが制約される程度は小さいといえる。したがって、下線部①の行為を行うことによつ

て失われる利益は相当程度小さかったといえる。

ウ よって、下線部①の行為は具体的状況の下で相当と認められる限度にとどまるものといえる。

(4) 以上より、下線部①の行為は適法である。

2 下線部②の行為について

(1) 下線部②の行為が、捜索に至らないか、また、強制にわたらないかにつき、下線部①の行為と同様、1の(2)のアの基準に従って判断する。

(2)ア 本件では、甲は、Xに向かってカバンを投げる直前まで、カバンを抱きかかえたままうずくまっており、また、警察官PとQではなく、友人Xに対し、「これ、預かっておいてくれ。」と言いながら、カバンを投げているのだから、その態度から、甲がカバンの中身の開示を拒んでいることは明らかである。

したがって、下線部②の行為は、合理的に推認される甲という個人の意味に反し、甲という個人の意味を制圧するものといえる。

イ また、甲のカバンは、チャックが閉められており、外部からは中を見ることができない状態であったのであり、甲が、Xに向かってカバンを投げた後も、その状態に変化はなかった。

そして、被告人は、Xを呼び出した上、「これ、預かっておいてくれ。」と言いながらXに向かってカバンを投げたのであるから、被告人がカバンの占有を放棄する意思がなかったことは明らかであるし、カバンが落下した地点は甲から2メートルしか離れておらず、警察官Qはカバンを拾い上げるまでは約5秒というごく短時間であったことからすると、場所的・時間的近接性からも、地面にカバンが落ちた後も、甲のカバンに対する占有は継続していたとみるべきである。加えて、カバンが落下した当時、人通りは全くなかったのだから、何者かがカバンを持ち去るようなおそれもなかった。そのため、甲はカバンを管理し得る状態を失ったわけではないのであるから、カバンに対するプライバシー保護の必要性が低下していたとはいえない。

したがって、下線部②の行為当時も、依然として、甲のカバン内部のプライバシー性の高かったといえる。

よって、下線部②の行為は、甲のプライバシー権という重要な権利に制約を加えるものといえる。

(3) 以上より、下線部②の行為は、捜索に至り、強制にわたっているにもかかわらず、捜索令状等を取得することなく行われているのだから、令状主義に反し、違法である。

- 1 本件覚せい剤は、上述のとおり、令状主義に反する違法な下線部②の行為によって収集された証拠である。そのため、違法収集証拠排除法則により、本件覚せい剤の証拠能力が否定されないかが問題となる。
- 2 収集方法に違法があっても、証拠物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その証拠価値に変わりはないことからすると、収集方法に違法があれば直ちに証拠能力を否定するというのは、真相究明の要請に反することとなる。他方で、個人の基本的人権を保障するために刑事手続に関して厳格な要件を定めた憲法33条、35条、刑事訴訟法の諸規定の趣旨に鑑みれば、その証拠能力を無条件に肯定することはできない。

そこで、証拠収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、かつ、これを証拠として許容することが将来における違法捜査の抑制の見地から相当でないといえる場合に、違法収集証拠排除法則により、その証拠能力が否定されると解する。

- 3(1) 本件では、上述のとおり、下線部②の行為は、捜索に至り、強制にわたっているにもかかわらず、捜索令状等を取得することなく行われているのだから、真つ向から令状主義に違反する違法な証拠収集手続であったといえる。

したがって、証拠収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があるといえる。

- (2) 確かに、覚せい剤所持罪は懲役10年以下の法定刑の重大犯罪であり、また、覚せい剤それ自体が同罪の極めて重要な証拠であることは否定しようがない。

しかし、本件覚せい剤は令状主義違反の下線部②の行為から直接発見された行為であり、違法な証拠収集手続と証拠獲得の因果性は極めて密であるし、下線部②の行為がなされなければ、本件覚せい剤が収集されることはなかったものと考えられる。また、警察官Qは、近くに甲がいるにもかかわらず、「開けるからな。」と一方的に告げるだけで、甲の承諾を得ようともしていないばかりか、カバンの内部を一瞥もせずに、中身を全て取り出しているところ、このような態様の所持品検査が、捜索に至っており、捜索令状なくしては許されないことは、通常の警察官であれば容易に判断することができたのであって、単に、強制捜査と任意捜査との区別、任意捜査として許される限界についての判断を誤ってしまったものではなく、令状主義に関する諸規定を遵守しようとする警察官Qの意識のなさが強くうかがえる。

したがって、本件覚せい剤を証拠として許容することは将来における違法捜査の抑制の見地から相当でないといえる。

4 以上より、違法収集証拠排除法則により、本件覚せい剤の証拠能力は否定される。

以上

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

採点基準

1 設問1について（31点）

- ・下線部①の行為について（22点）

職務質問の根拠規定・・・2点

職務質問の要件の検討・・・2点

強制処分該当性

規範定立・・・5点

当てはめ・・・4点

任意捜査の限界

規範定立・・・5点

当てはめ・・・4点

- ・下線部②の行為について（9点）

強制処分該当性の当てはめ・・・9点

*強制処分該当性は否定して任意捜査の限界の当てはめが論述されている場合は、その部分も含めて10点を上限として採点する。

2 下線部②の行為について（14点）

違法収集証拠排除法則

規範定立・・・5点

当てはめ・・・9点

3 裁量点（5点）

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

解説

【はじめに】

本問は、東京高裁平成30年3月2日判決を元ネタとして、平成30年度予備試験の出題形式を参考に作成したものです。

本問では、所持品検査と違法収集証拠排除法則という典型的な論点しか問われておらず、その論理は、予備試験に合格可能性のある受験生であれば、当然に抑えているところとなります。そのため、本問において他の受験生に一步先んじて予備試験合格の水準に達するためには、規範定立に当たって不足なく論述することは当然として、所持品検査の前提たる職務質問について丁寧に論述するとともに、所持品検査や違法収集証拠排除法則に関する当てはめを充実させる必要がありました。

そして、参考答案の所持品検査や違法収集証拠排除法則に関する当てはめは、上記東京高裁平成30年3月2日判決を意識して論述したのですが、参考答案に記載しているとおり、所持品検査に関する当てはめを充実させるためには、甲がカバンをXに向かって投げたが、これが途中で落下してしまった、という本問の特殊性に着目する必要があるが、また、違法収集証拠排除法則に関する当てはめを充実させるためには、捜査官の意図・主観にまで着目する必要がありました。

【論点】

- ①所持品検査
- ②違法収集証拠排除法則

【解説】

1 論点①（所持品検査）について

(1) 所持品検査の法的根拠

職務質問が行われるに際し、警察官が対象者の所持品の不審を抱く場合に、当該所持品の検査が行われることがあります。もっとも、職務質問については警察官職務執行法2条1項という根拠規定があるのに対し、所持品検査については明確な根拠規定が存在しないことから、所持品検査の法的根拠をどこに求めるべきかが問題となります。なお、警察官は、「刑事訴訟に関する法律により逮捕されている者については、その身体について凶器を所持しているかどうかを調べることができ」（警察官職務執行法2条4項）、また、「銃砲刀剣類等を携帯し、又は運搬していると疑うに足りる相当な理由のある者が、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがあると認められる場合において

は、銃砲刀剣類等であると疑われる物を提示させ、又はそれが隠されていると疑われる物を開示させて調べることができ」（銃砲刀剣類所持等取締法24条の2）ですが、これらの規定は、限定的な場合に関するものであって、一般的な所持品検査の根拠規定とはなりません。

この点、最判昭和53年6月20日判決は、「警職法は、その二条一項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、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附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。」との立場を示しています。すなわち、所持品検査は、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れば、警察官職務執行法2条1項の職務質問に附随してこれを行うことができる、ということになります。

これに対しては、学説上、職務質問に付随して所持品検査を行うことが許されるのは、あくまでも職務質問の適切な実施を確保するために必要な場合に限られるところ、そのような場合は、例えば、職務質問の対象者が凶器を所持している可能性があるなど、警察官に対して所持品によって危害が加えられることを排除する目的で行われる場合等に限られるのであって、「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」であるとしても、犯罪の嫌疑を追及する目的での所持品検査は許容されない、との批判が存在します。もっとも、法曹実務家を目指す皆様においては最判昭和53年6月20日判決の立場に立つべきであるということは言うまでもありません。

(2) 所持品検査のリーディングケースである最判昭和53年6月20日判決の判断枠組み

ア 最判昭和53年6月20日判決は、まず、「所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、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べきである。」と判旨しています。

最判昭和53年6月20日判決が所持品検査のリーディングケースである以上、本問でも、かかる判旨に従って所持品検査の適法性を論じなければなりません。

ただ、かかる判旨において、どのような態様の所持品検査が「搜索に至」るものなのか、「強制にわた」るものなのかにつき、一般的な判断基準が示されていません。

もっとも、搜索が「強制の処分」（刑事訴訟法197条1項ただし書）に当たり、また、警察官の行為が「強制にわた」るか否かにつき、判例が対象者の承諾の有無にその判断基準を求めていることが明らかであることから、所持品検査が「搜索に至」っているか、所持品検査が「強制にわた」っているかは、併せて、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、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手段を意味する」（最判昭和51年3月16日）という強制処分該当性の一般的な判断基準に従って判断すればよいと考えられます。

実際に、本問の元ネタである東京高裁平成30年3月2日判決においても、「本件バッグに対するプライバシー保護の必要性」を問題としており、上記の強制処分該当性の一般的な判断基準に準拠しています。

なお、東京高裁平成28年8月23日判決が「強制処分であるか否かの基準となる個人の意思の制圧が、文字どおり、現実に相手方の反対意思を制圧することまで要求するものなのかどうか」が問題となるが、当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当するというべきである」と判旨しているとおり、合理的に推認される個人の意思に反していれば、「個人の意思を制圧した」と評価することができます。

イ 最判昭和53年6月20日判決は、次に、「所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について搜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、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、これによつ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。」と判旨しています。

最判昭和53年6月20日判決が所持品検査のリーディングケースである以上、本問でも、かかる判旨に従って所持品検査の適法性を論じなければなりません。

かかる判旨は、任意捜査の限界に関する裁判例によく見られる一般的な記載ですが、任意捜査の限界を論述するに当たっては、その根拠が、捜査によって得られる利益と、それによって制約される市民の権利・利益が合理的な均衡を保っていなければならないという捜査比例の原則にあることを意識しなければなりません。すなわち、犯罪の嫌疑の程度、所持品検査の必要性・緊急性、捜査行為によって制約される人権の性質・程度を羅列して論じるのではなく、捜査行為によって得られる利益がどの程度であるかの検討の中で犯罪の嫌疑の程度、所持品検査の必要性・緊急性を論じ、捜査行為によって失われる利益がどの程度であるかの検討の中で捜査対象者の権利の性質・程度を論じた上で、合理的な均衡が保たれているかを論じなければなりません。

(3) 本問の特殊性（下線部②の行為）

下線部①の行為の適法性については、所持品検査の基本的な理解を問うた問題ですが、下線部②の行為の適法性については、甲はXに向かってカバンを投げたが、カバンは途中で落下し、警察官Qはこれを拾い上げて所持品検査を実施した、という他の問題ではあまり見られない特殊な事情があることから、かかる事情に着目した上で、強制処分該当性の当てはめを論述してもらいたい問題でした。

本問では事情を少し弄ってはいますが、この点につき、本問の元ネタ裁判例である東京高裁平成30年3月2日判決は、「本件バッグは、ファスナーが閉まっており、外からでは中を見ることができない状態であったと認められ、被告人が、Xに向かって本件バッグを投げた後も、その状態に変化はなかったことが、関係者の供述からうかがえる。被告人は、Xを呼び出し、『預かっていてくれ』『Dに渡してくれ』などと言いながらXに向かって本件バッグを投げたのであるから、被告人が本件バッグをXに渡そうとしていたこと、原判決が説示するように被告人が本件バッグの占有を放棄する意思がなかったことはいずれも明らかであり、本件バッグが落ちたのが被告人から約4メートル先の地面であったこと、警察官が本件バッグを拾い上げるまではごく短時間であったことなどからすると、場所的・時間的近接

う考え方をいいます。

違法収集証拠排除法則について、最判昭和53年9月7日判決は、「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当である」とした上で、「証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的な人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法三五条が憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法三一条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な搜索の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」と判旨しています。

最判昭和53年9月7日判決が違法収集証拠排除法則のリーディングケースである以上、本問でも、かかる判旨に従って本件覚せい剤の証拠能力を論じなければなりません。

なお、仮に違法な証拠収集行為がなかったとしても、当該証拠は他の合法的な手段によって確実に発見され収集されたであろうという場合には、当該証拠の証拠能力認めてよいという考え方が存在します。これを不可避的発見の法理といいます。かかる考え方によれば、当該証拠が他の合法的な手段によって確実に発見され収集されたであろうという事情は、違法な証拠収集行為と当該証拠との間の因果性を希釈するものとして、当該証拠の証拠能力を肯定する一要素として考慮されることとなります。参考答案の「本件覚せい剤は令状主義違反の下線部②の行為から直接発見された行為であり、違法な証拠収集手続と証拠獲得の因果性は極めて密であるし、下線部②の行為がなされなければ、本件覚せい剤が収集されることはなかったものと考えられる。」との記載は、この不可避的発見の法理を意識したものとなります。

(2) 本問の特殊性

本問では、警察官Qは、甲のカバンについて所持品検査を行うに際し、「開けるからな。」と言うだけで、カバンの内部を一瞥もせず、カバンが落下してからわずか約5秒後に、その中身を全て取り出しています。このような警察官Qによる所持品検査の態様からして、令状主義に関する諸規定を遵守しようとする警察官Qの意識のなさが強くうかがえますので、この点を「これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる」か否かの検討の中で論じられなければなりませんでした。

本問では事情を少し弄ってはいませんが、本問の元ネタ裁判例である東京高裁平成30年3月2日判決でも、「被告人は『預かっていてくれ』などと言いながらXに向かって本件バッグを投げたのであるから、Xが受取を承諾したわけではなかったとしても、被告人の意思としては本件バッグをXに渡すつもりであり、被告人の本件バッグに対する占有は継続していたと認められる。そして、その状況を見ていた周囲の警察官は、その点について十分認識できたと認められる。にもかかわらず、警察官らは、それまで所持品検査を頑なに拒否していた被告人が約4メートルしか離れていない場所にいるのに、被告人の承諾を得ようともせず本件バッグを開披しているのであり、しかも中を一べつするに留まらず、全ての内容物を一つ一つ取り出し、取り出した封筒の中に入っていた本件覚せい剤まで取り出して、その写真撮影までしているのである。したがって、この場合、本来令状なしに捜索をすることが許される場合でないことは、通常の警察官であれば容易に判断できたと認められる。にもかかわらず、被告人が本件バッグを投げた1分後に、Xの立会いを求めたとはいえ、本件バッグを開披して中を見たことは、警察官らの令状主義に関する諸制度を潜脱する意思があったことを強くうかがわせるものである。原判決は、警察官らに令状主義に関する諸規定を潜脱しようとする意図があったとは認められないと判断しているが、上記の事情に照らせば、その判断は是認できない。」と判旨されています。

このように、違法収集証拠排除法則を論じるに当たっては、「これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる」ことという要件の検討の中で、捜査官の意図・主観にも言及する必要がある場合があります。

以上

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）

採点講評

(2021年1月31日 刑事訴訟法)

第1 設問1について

1 かなり多くの答案が「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る。具体的には、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、具体的状況の下で相当と認められる限度で許容される。」と論じており、この点は非常に残念でした。

かかる答案では、何故、「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る」ことが「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、具体的状況の下で相当と認められる限度で許容される」ことに具体化されるのか不明です。

そもそも、所持品検査のリーディングケースである最判昭和53年6月20日判決が「もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について捜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、**捜索に至らない程度の行為であつても**これを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、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、これによつ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。」と判旨する以上、まずは捜索に至らない程度の行為といえるのか、次に具体的状況のもとで相当と認められるのかを検討すべきでしょう。

2 具体的状況のもとで相当と認められるのかの検討の中で、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を羅列して論じている答案も数多く見受けられました。

「所持品検査の必要性、緊急性、これによつ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」との規範を導き出す根拠としては、(捜査)比例(の)原則が挙げられるところですので、所持品検査によって得られる利益と所持品検査によって失われる利益との間でバランスが取れているのかという視点を持って当てはめをしなければ、規範の根拠を理解していないということ(根本的な理解ができていないこと)を露見することとなってしまいます。

そのため、任意捜査・処分の限界を論じるに当たっては、所持品検査によつ

て得られる利益と所持品検査によって失われる利益との間でバランスが取れているのかという視点を持って当てはめをしなければなりません。

3 本問では、「甲は、Xを目にすると、『これ、預かっておいてくれ。』と言いながら、持っていたカバンを渡そうとして、Xに向かってこれを投げた。しかし、カバンは、Xまで届かず、甲とXの間で落下した。」、「カバンが落下した当時、人通りは全くなく、また、カバンが落下した地点は甲から2メートル程離れた地点であり、警察官Qはカバンが落下してから約5秒後にこれを拾い上げた。」といった事情が記載されていました。

しかし、これらの事情を全く無視している答案が数多く見受けられました。受講生の皆様としては、これらの事情が何を意味するのかよく分からなかったというところかと思いますが、よく分からないから無視するというのではなく、良く分からないからこそ、これらの事情と向き合ってどうにか処理するという姿勢が重要となります。その粘りがなければ、予備試験、司法試験に合格することは困難でしょう。

第2 設問2

規範定立に関しては、多くの答案でよく書けていました。もともと、①証拠収集手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があるか、②これを証拠として許容することが将来における違法捜査の抑制の見地から相当でないといえるかのうち、①だけしか書いておらず、②が書けていない答案も少し見受けられました。②が書いていないとなると、規範部分の点数が欠けることになるだけでなく、当てはめ部分の点数も伸びなくなるので、予備試験、司法試験に合格するための最低条件として、規範はしっかりと書けるようにしなければなりません。

また、捜査官の主観・意図に言及することができている答案が一定数見られ、この点は素晴らしかったですが、その中には、②ではなく、①の検討の中で、捜査官の主観・意図に言及している答案がありました。これは判例の読み込み不足に起因するようには思いますので、刑事訴訟法に関しては、特に、判例がどのような当てはめをしているのかということにも注意して判例を読み込むようにしましょう。

第3 最後に

「甲は、Xを目にすると、『これ、預かっておいてくれ。』と言いながら、持っていたカバンを渡そうとして、Xに向かってこれを投げた。しかし、カバンは、Xまで届かず、甲とXの間で落下した。」、「カバンが落下した当時、人通りは全くなく、また、カバンが落下した地点は甲から2メートル程離れた地点であり、警察官Qはカバンが落下してから約5秒後にこれを拾い上げた。」といった事情を全く無視している答案が数多く見受けられたことからして、受講生の皆様は作問者と対話するという姿勢に少し欠けるように感じました。作問者が

問うていること（作問者が書いて欲しいこと）に答えるという姿勢を大事にしてください。その姿勢を持って答案練習会に参加することが予備試験，司法試験合格への近道です。予備試験，司法試験で捻りが全くない問題が出ることはおよそあり得ません。予備試験，司法試験に合格するためには，その捻りに真摯に向き合うことが肝要です。

採点講評は比較的辛口となってしまいましたが，受講生の皆様がいち早く予備試験，司法試験に合格することを心よりお祈りしております。

以上

弁護士柳原佑多（新銀座法律事務所）