

論文式試験問題集
[刑事訴訟法]

[刑事訴訟法]

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】

- 1 A県警は、捜査協力者より、A県警と敵対関係にある広域指定暴力団B組の構成員である甲が自動けん銃ベレッタナノ（全長14.3センチメートル）1丁を自宅にて所持し、その買主を探している、との情報提供を受けた。
- 2 そこで、A県警の警察官P、Q及びRは、銃刀法違反の被疑事実により、甲方を捜索場所とする捜索差押許可状の発布を受けた上で、甲方に赴いた。
もともと、甲方はマンションの一室であり、甲方の玄関も施錠されていたため、警察官Pは、甲方の玄関の呼び鈴を鳴らした上で、「宅配便です。」と声をかけ、甲にドアを開けさせた。
- 3 甲がドアを開けた瞬間、警察官P、Q及びRは、甲方内に押し入り、リビング中央部まで進み、リビングの状況を目視で一通り確認した上で、甲に対し、捜索差押許可状を呈示し、甲方内の捜索を開始した。
- 4 その上で、警察官P、Q及びRは、リビング隣の寝室に立ち入ったところ、居合わせた乙を発見した。
すると、乙が慌てて内胸ポケットに何かを詰め、そのまま退出しようとしたことから、警察官P、Q及びRは、乙に対し、内胸ポケットの中身を見せるよう、求めた。しかし、乙は無言で座り込んでしまった。
そのため、寝室に警察官Qを残し、警察官P及びRは、ひとまず他の部屋を捜索することとした。
- 5 警察官P及びRがリビングに戻ると、甲は、携帯電話機を取り出して、ボタンを押して発信するような動作をしているところであった。
これを見た警察官Rは、B組本部事務所は甲方から車で5分程度の距離に位置したことから、「捜索中やけん。他の者には連絡はできんもんな。せんでくれ。誰が来ても自宅のガサに入れるわけにはいかんよ。」と言って、甲を制止した。これに対し、甲は「別にええやろうが。」と言って不満な態度を示したものの、携帯電話機で外部の者に連絡を取ることを断念した。
- 6 その後、捜索は難航し、自動けん銃ベレッタナノ1丁を発見するには至らなかったことから、警察官Qは、改めて、乙に対し、内胸ポケットの中身を見せるよう、求めた。しかし、乙は、「何できさんに見せんといけないんじゃ。」と言って、これを拒否した。
そこで、警察官Qは、乙の内胸ポケットに手を差し入れて捜索したところ、自動けん銃ベレッタナノ1丁を発見したので、これを差し押さえた。

【設問１】

以上の警察官P，Q及びRの行為の適法性について論じなさい。

【設問２】

【事例】の5の箇所が「警察官P及びRがリビングに戻ると，甲は，携帯電話機を取り出して，ボタンを押して発信するような動作をしているところであった。これを見た警察官Rは，B組本部事務所は甲方から車で5分程度の距離に位置したことから，甲から携帯電話機を無理矢理奪い取った。これに対し，甲は『返せや。』と言って携帯電話機の返還を求めたが，警察官Rはこれを拒否した。」との事実関係であった場合，この警察官Rの行為の適法性について論じなさい。

以 上

2022年1月30日

担当：弁護士 柳原佑多

参考答案
[刑事訴訟法]

第1 設問1 1 警察官Pが「宅配便です。」と声をかけ、甲にドアを開けさせたことについて (1) 警察官Pは「宅配便です。」と虚偽の事実を告げ、甲にドアを開けさせているが、かかる行為は「必要な処分」(刑事訴訟法(以下略する。)222条1項, 111条1項)として適法か。 (2) 法が搜索差押行為そのものを許可した以上、その目的を達成するのに必要な付随的行為も併せて包括的に許可したものと考えられ、111条1項はこのことを確認する規定である。そのため、同項に列挙された開錠、開封に限定されず、搜索・差押えの目的を実現するために必要な付随的行為であれば、「必要な処分」として広く許容される。 もともと、あくまで搜索・差押えの目的を実現するために必要な付随的行為である以上、比例原則の観点から、「必要な処分」は、搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどめられなければならない。 (3) 本件でこれを見るに、本件の搜索差押行為は、甲が自宅において自動けん銃ベレッタナノ1丁(以下「本件けん銃」という。)を所持したという重大事案を被疑事実とするものである。甲が搜索・差押えを知れば、本件けん銃を居室から投棄する等して、罪証を隠滅するおそれがあったといえる。そのみならず、甲が本件けん銃を用いて、警察官P、Q及びRや同じマンションに居住する住民を殺傷するおそれさえあったといえる。そのため、罪証隠滅の防止及び近隣住民等の安全確保という観点から、甲に来意を悟られないようにするために、「宅配便です。」と虚偽の事実を告げ、甲にドアを開けさせる必要性が高かったといえる。 他方で、警察官P、Q及びRは、虚偽の事実を述べたというにとどまり、	玄関ドアの破壊等、何らかの有形力を行使して押し入ったわけではない。そのため、プライバシー権等に対する侵害の程度は小さいといえる。 したがって、警察官Pは「宅配便です。」と虚偽の事実を告げ、甲にドアを開けさせたことは、搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどまっており、「必要な処分」として適法である。 2 警察官P、Q及びRが甲方内に押し入り、リビング中央部まで進んだ段階で、甲に対して搜索差押許可状を呈示したことについて (1) 警察官P、Q及びRが甲方内に押し入った後に甲に対して搜索差押許可状を呈示しているが、これは222条1項, 110条に反しないか。搜索差押許可状の提示時期について、明文の定めがないことから、この点が問題となる。 (2) 110条が搜索差押許可状の提示を要求する趣旨は、搜索・差押えの対象者に対し、裁判官によって事前に許可された搜索・差押えの範囲を知らせ、その範囲外の搜索・差押えが行われた場合に不服申立て等をなす機会を与える点にある。そのため、令状の執行に着手する前に搜索差押許可状が呈示されなければならないのが原則である。 もともと、令状の執行に着手する前に搜索差押許可状を呈示していたのでは、搜索・差押えの目的を実現することができない場合も存することから、そのような場合には、可及的速やかに搜索差押許可状を呈示すれば足りると解する。 (3) 本件でこれを見るに、上記のとおり、甲が搜索・差押えを知れば、本件けん銃を居室から投棄する等して、罪証を隠滅するおそれがあったといえる。そのみならず、甲が本件けん銃を用いて、警察官P、Q及びRや
--	--

同じマンションに居住する住民を殺傷するおそれさえあったといえる。そのため、令状の執行に着手する前に搜索差押許可状を呈示していたのでは、搜索・差押えの目的を実現することができなかったといえる。 そして、警察官P、Q及びRは、甲方に押し入ると、そのリビング中央部まで進み、リビングの状況を目視で一通り確認し、甲が本件けん銃を保持することができない体制を整えた上で、直ぐに甲に対して搜索差押許可状を示しているので、その呈示は可及的速やかなものであったといえる。 したがって、警察官P、Q及びRが甲方内に押し入った後に甲に対して搜索差押許可状を呈示したことは、222条1項、110条に反せず、適法である。 3 警察官Rが携帯電話機で通話しようとした甲を制止したことについて (1) 警察官Rは携帯電話機で通話しようとした甲を制止しているが、かかる行為は「必要な処分」として適法か。 (2) 「必要な処分」として適法か否かについては、第1の1の(2)と同様の基準で判断する。 (3) 本件でこれを見るに、甲はA県警と敵対関係にある広域指定暴力団B組の構成員であり、B組本部事務所は甲方から車で5分程度の距離に位置していることから、甲が携帯電話機で外部の者と通話することを許せば、B組の関係者が甲方に押しかけて来て、搜索を妨害する行為に出る可能性があったといえる。そのため、甲の携帯電話機による通話を制限する必要性は高かったといえる。 他方で、警察官Rは、「搜索中やけん。他の者には連絡はできんもんな。せんでくれ。」等と言って、あくまでも説得を試みたに過ぎず、携帯電話機	を取り上げる等、何らかの有形力を行使して、甲の携帯電話機による通話を制限したわけではない。そのため、行動の自由等に対する侵害の程度は小さいといえる。 したがって、警察官Rが携帯電話機で通話しようとした甲を制止したことは、搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどまっており、「必要な処分」として適法である。 4 警察官Qが乙の内胸ポケットに手を差し入れて搜索したことについて (1) 警察官Qは乙の内胸ポケットに手を差し入れて搜索しているが、かかる行為は、甲方を搜索場所とする搜索差押許可状の執行として適法か。搜索・差押えの対象者ではない第三者、場所ではなく身体に対する搜索であることから、この点が問題となる。 (2) 搜索差押許可状は、搜索・差押えの対象者に対する権利・利益の侵害が許容されるかを裁判所が判断して発布されるものであり、その執行は搜索・差押えの対象者限りでされることが想定されている。また、刑事訴訟法は、「搜索すべき場所、身体若しくは物」(219条I項)と規定し、場所に対する搜索と身体に対する搜索とをあえて書き分けているが、これは、場所に対する搜索と身体に対する搜索とでは、被侵害利益が異なり、別途の考慮が必要になるためである。したがって、搜索・差押えの対象者方を搜索場所とする搜索差押許可状をもって、搜索・差押えの対象者ではない第三者、場所ではなく身体に対する搜索をなすことは許されないのが原則である。 もっとも、搜索場所に現在する者が差押対象物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足る相当な理由がある場合には、搜索・差押えの
--	--

実効性を確保する必要があること、その者の身体・着衣に対する搜索も、搜索・差押えの対象者方に対する搜索と同視することができることから、搜索・差押えの対象者方を搜索場所とする搜索差押許可状をもって、搜索・差押えの対象者ではない第三者、場所ではなく身体に対する搜索をなすことが許されると解する。

(3) 本件でこれを見るに、警察官P、Q及びRが乙を発見した際、乙は、慌てて内胸ポケットに何かを詰め、そのまま退出しようとした。本件けん銃は、全長が14.3センチメートルであり、内胸ポケットに入れることが可能なサイズであるし、警察官Qが繰り返し内胸ポケットの中身を見せるよう求めているにもかかわらず、頑なにこれを拒否する乙の態度に鑑みれば、乙が甲方に存在した本件けん銃をその着衣に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があったといえる。

したがって、警察官Qが乙の内胸ポケットに手を差し入れて搜索したことは、甲方を搜索場所とする搜索差押許可状の執行として適法である。

第2 設問2

- 1 警察官Rは、甲が外部の者と通話するのを阻止するために、甲から携帯電話を奪い取っているが、かかる行為は「必要な処分」として適法か。
- 2 「必要な処分」として適法か否かについては、第1の1の(2)と同様の基準で判断する。
- 3 本件でこれを見るに、上記のとおり、甲はA県警と敵対関係にある広域指定暴力団B組の構成員であり、B組本部事務所は甲方から車で5分程度の距離に位置していることから、甲が携帯電話機で外部の者と通話することを許せば、B組の関係者が甲方に押しかけて来て、搜索を妨害

する行為に出る可能性があったといえる。そのため、甲の携帯電話機による通話を制限する必要性はある程度高かったとはいえる。

もともと、警察官Rは、有形力を行使して、甲から携帯電話機を無理矢理奪い取って、その占有を取得しているが、これは、いわば差押えに匹敵する行為といえる。しかも、警察官Rは、甲に対し、外部の者と通話しないようにと説得を試みてすらいない。他にも、甲がB組の関係者と思われる人物に連絡しようとしている様子が窺われた際に、甲による携帯電話機のボタン操作を制止したり、甲が携帯電話機を容易に操作できない場所に置くよう、指示したり、場合によっては、甲に代わって携帯電話機の電源を切る等の対応があり得たが、警察官Rはこれらの対応を一切していない。そのため、行動の自由等に対する侵害の程度は極めて大きいといえる。

したがって、警察官Rが甲から携帯電話を奪い取ったことは、搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどまっていなため、「必要な処分」として許容されず、違法である。

以 上

2022年1月30日

担当：弁護士 柳原佑多

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
〔設問1〕	(39)		
警察官Pが虚偽の事実を告げ、甲に玄関ドアを開けさせたことについて(11点)	<11>		
条文(222条1項, 111条1項)の指摘		1	
「必要な処分」の解釈の適示		4	
当てはめ		6	
警察官P, Q及びRが甲方に立ち入り, リビングまで進んだ後, 甲に対して搜索差押許可状を呈示したことについて(10点)	<10>		
条文(222条1項, 110条)の指摘		1	
令状の提示時期につき明文の定めがないことの指摘		1	
事前呈示が原則であることの指摘		2	
事後的な提示であっても許容される場合があることの指摘		2	
当てはめ		4	
警察官Rが甲による携帯電話機を用いた外部の者との接触を阻止したことについて(8点)	<8>		
「必要な処分」の問題であることの指摘		2	
当てはめ		6	
警察官Rが乙の内胸ポケットに手を差し入れて搜索したことについて(10点)	<10>		
搜索・差押えの対象者方を搜索場所とする搜索差押許可状をもって, 搜索・差押えの対象者ではない第三者の身体に対する搜索をなすことは許されないのが原則であることの指摘		4	
搜索・差押えの対象者方を搜索場所とする搜索差押許可状をもって, 搜索・差押えの対象者ではない第三者の身体に対する搜索をなすことが例外的に許容される場合があることの指摘		2	
当てはめ		4	
〔設問2〕	(6)		
当てはめ		6	
裁量点	(5)	5	
合 計	(50)		

刑事訴訟法 解説レジュメ

【始めに】

本問は、奈良地裁葛城支部平成28年5月9日判決及び福岡高裁平成24年5月16日判決を参考として作成したものです。

本問では、①令状の提示時期、②「必要な処分」の意義、③場所に対する搜索令状をもって、居合わせた第三者の身体を搜索することができるか（搜索令状の効力の及ぶ範囲）という典型的な論点しか問われておらず、その論理は、予備試験の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の合格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、搜索・差押えの対象者が搜索中に外部の者と接触しようとしたのを阻止したという、あまり馴染みのない事実関係に関する当てはめも充実させる必要があります。

【論点】

- ①令状の提示時期（刑事訴訟法（以下略する。）222条1項、110条）
- ②「必要な処分」の意義（222条1項、111条1項）
- ③場所に対する搜索令状をもって、居合わせた第三者の身体を搜索することができるか（搜索令状の効力の及ぶ範囲）

【解説】

1 論点①（令状の提示時期）について

- (1) 222条1項、110条は、捜査機関による搜索差押令状の執行に当たっては、「処分を受ける者」に対して搜索差押令状を呈示しなければならない旨を規定しています。

もっとも、同項が令状の提示時期については定めていないことから、いつ令状を呈示すれば良いのか、ということが問題となります。

- (2) この点、最高裁平成14年10月4日判決は、「同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」旨を判旨しています。

要するに、同判決は、手続の公正の担保及び処分を受ける者の人権への配慮という110条の趣旨に鑑みれば、令状の執行に着手する前に呈示しなければならないのが原則であるものの、搜索・差押えの実効性を確保するためにやむを得ない場合によっては、事後的な呈示も許容される、ということを示しています。

また、同判決は、「前記事情の下においては」と判旨しており、警察官が入室後直ちに令状を呈示し、不必要な遅延は行われなかったという事情も、適法であるとの判断の前提にしていると考えられることから、事後的な令状呈示が許容される場合の規範を定立するに当たっては、「可及的速やかに搜索差押許可状を呈示」しているか否かという要素も組み込んだ方が良いでしょう。

2 論点②（「必要な処分」の意義）について

- (1) 222条1項, 111条1項は, 捜査機関による搜索差押令状の執行については, 錠を外し, 封を開き, その他「必要な処分」をすることができる旨が規定されており, 本問では, この「必要な処分」の解釈が問題となります。
- (2) 111条の意義については, 諸説あるところですが, 法が搜索差押行為そのものを許可した以上, その目的を達成するのに必要な付随的行為も併せて包括的に許可されていると考えるのが有力的な見解であり, これによれば, 111条は確認規定に過ぎないということになります。つまり, 111条によって許容される処分は, 同条1項に列举された開錠, 開封に限定されるものではなく, 搜索・差押えの目的を実現するために必要な付随的行為であれば, 「必要な処分」として広く許容されると解されています。

もっとも, 「必要な処分」についても, 捜査比例の原則は妥当するから, 無制限に認められるというものでは当然なく, 搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどめられなければなりません。

なお, 大阪高裁平成6年4月20日判決は, 警察官が宅配便を装って被疑者にドアを開けさせたという事案に関し, 「ごく短時間で証拠隠滅ができる薬物犯罪において, 搜索に拒否の態度をとるおそれのある相手方であって, その住居の玄関扉等に施錠している場合は, そもそも, 正直に来意を告げれば, 素直に開扉して搜索に受忍的協力的態度をとってくれるであろうと期待することが初めからできない場合であるし, 開扉をめぐっての押し問答等をしている間に, 容易に証拠を隠滅される危険性があるから, 捜査官側に常に必ず所論のいうような手順をとることを要求するのは相当でない。このような場合, 捜査官は, 令状の執行処分を受ける者らに証拠隠滅工作に出る余地を与えず, かつ, できるだけ妨害を受けずに円滑に搜索予定の住居内に入って搜索に着手でき, かつ搜索処分を受ける者の権利を損なうことがなるべく少ないような社会的に相当な手段方法をとることが要請され, 法は, 前同条(作問者注: 111条)の『必要な処分』としてこれを許容しているものと解される。」旨を判旨しています。

3 論点③（場所に対する搜索令状をもって, 居合わせた第三者の身体を搜索することができるか(搜索差押令状の効力の及ぶ範囲)）について

- (1) 本件の搜索差押令状が甲方に対するものであることから, 同令状をもって甲方に居合わせた乙の身体を搜索をすることができるのが問題となります。
- (2) 搜索差押令状は, 搜索・差押えの対象者に対する権利・利益の侵害が許容されるかを裁判所が判断して発布されるものであり, その執行は搜索・差押えの対象者限りでされることが想定されています。そのため, 搜索場所に居合わせた第三者を搜索の対象とすることはできないのが原則です。

また, 刑事訴訟法が「搜索すべき場所, 身体若しくは物」(219条1項)と規定し, 場所に対する搜索と身体に対する搜索とをあえて書き分けていることから明らかなように, 場所に対する搜索と身体に対する搜索とは, 被侵害利益が異なり, 別途の考慮が必要になります。そのため, 場所に対する搜索差押令状によって身体を搜索することはできないのが原則です。

もっとも, 場所に対する搜索の際に, 搜索場所に居合わせた者が差押対象物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足る相当な理由がある場合には, 本来行えたはずの搜索・差押えのための原状回復措置として, 場所に対する搜索差押令状をもって, 搜索場所に居合わせた第三者の身体・着衣を搜索することができると解されています。

なお, 東京高裁平成6年5月11日判決は, 「場所に対する搜索差押許可状の効力は, 当該搜索すべき場所に現在する者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足る相当な理由があり, 許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の

着衣・身体を捜索する必要がある具体的な状況の下においては、その者の着衣・身体にも及ぶものと解するのが相当である（もとより「捜索」許可状である以上、着衣・身体への捜索に限られ、身体への検査にまで及ばないことはいうまでもない。）。」旨を判旨しています。

4 参考裁判例について

《奈良地裁葛城支部平成28年5月9日判決》

3 本件捜索差押の違法性に関する主張について

(1) 事実認定

証人C等の関係証拠によれば、本件捜索差押の経緯、状況等について以下の事実が認められる。

ア Cら警察官約5名は、別件銃刀法違反の事案（けん銃所持事案）による捜索差押許可状に基づき、元被告人方での捜索差押を実施するべく、5月2日午前7時頃、元被告人方マンションに臨場した。

イ Cは、被疑事実がけん銃所持事案であり、元被告人方内にけん銃等が存在する可能性があることから、証拠隠滅防止及び捜査員の安全確保の観点から、元被告人方の外で被告人に声掛けをし、それを契機に捜索差押を実施するために、元被告人方マンション出入口のインターフォンを使って被告人方に連絡を取り、被告人に対し、1階のポストが壊されている、管理会社から連絡をもらって修理に来たなどと虚偽の事実を述べた。

被告人は、これを不審に思い、管理会社に連絡するなどしてCの申出が虚偽であることを確認したため、この申出に応じなかった。

そこで、Cらは、あらかじめ把握していた暗証番号を用いて元被告人方マンション出入口のオートロックを解錠して、同マンション内に入り、1階のエレベータ前で待機していた。

ウ 被告人が、同日午後3時5分頃、外出するため、エレベータで1階に下りてきたところ、e警察署所属の警察官であるDが、被告人に対して、警察手帳を提示し、銃刀法違反の被疑事実による捜索に赴いた旨を告げ、被告人と共にエレベータに乗り込んで元被告人方まで行った。その後、d警察本部所属の警察官であるHが、被告人に対して、元被告人方ダイニング付近において、元被告人方居室並びに被告人の着衣及び携帯品に対する捜索差押許可状を提示して捜索に着手した。

(2) 偽計による解錠要請等について

ア 弁護人は、Cが、本件捜索差押時、元被告人方マンション出入口において、被告人に対し、インターフォン越しに「1階のポストが壊されている。」「管理会社から連絡をもらって修理に来た。」と虚偽の事実を述べて、被告人に元被告人方マンション出入口のオートロックを解錠させようとしたことについて、被告人の自己決定権を侵害しており違法である旨主張する。

イ この点について、確かに、前記(1)のとおり、Cが被告人に虚偽の事実を告げた事実が認められる。

しかしながら、本件捜索差押は、被告人が自宅においてけん銃を所持したという重大事案を被疑事実として、被疑者である被告人の住居においてけん銃等を捜索差押するというものであり、捜索差押を知った被告人が罪証を隠滅することだけではなく、保管するけん銃を使用することなども十分予想される場合であったから、本件捜索差押を行う警察官としては、被告人による罪証隠滅を防ぐと共に、警察官や近隣住民の安全を確保する必要性が高かった。他方で、Cは、インターフォン越しに

虚偽の事実を述べたというにとどまり、何らかの有形力を行使したわけでもなく、手段としての相当性を欠くものとはいえない。以上を考慮すると、Cの行為は、搜索差押許可状の執行に際して、司法警察職員が行う「必要な処分」(刑訴法222条1項、111条1項)に該当し、適法であると認められる。

ウ また、弁護人は、警察官らが、本件搜索差押に先立ち、元被告人方マンション出入口のオートロックを解錠したことが違法である旨主張するが、元被告人方のようなオートロックのマンションの一室で搜索差押えを行うには、オートロックを解錠して共用部分に立ち入らなければならないことは明らかである上、前記2のとおり、オートロックの解錠についてはマンション管理会社からの許諾があったことからすると、オートロックの解錠は、搜索差押許可状を執行する上で「必要な処分」(刑訴法222条1項、111条1項)に該当し、適法であると認められる。

(3) 搜索差押許可状の呈示時期について

弁護人は、d警察の警察官らによって、元被告人方の玄関ではなく、台所付近で搜索差押許可状の呈示がなされたことについて、令状の呈示時期としては遅過ぎると指摘する。

この点について、刑訴法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきである。しかしながら、警察官は、元被告人方マンション1階ロビーにおいて、被告人に対し、令状による搜索に赴いた旨を告げ、また、元被告人方に入室して間もなく、具体的な搜索活動の前に被告人に令状を呈示しており、手続の公正の担保や被告人の人権に一定の配慮がされている。他方で、共用部分である元被告人方マンション1階ロビーや元被告人方玄関前で警察官約5名が被告人に令状を呈示することは、他のマンション居住者による共用部分の利用を妨げ、また、被告人の名誉・プライバシーを害することになりかねない。これらの事情を考慮すると、警察官らが元被告人方内に入室した時点で搜索差押許可状の執行に着手したものとみたとしても、本件において、警察官らが、被告人方台所付近において、搜索差押許可状を呈示したことは、被告人及び第三者の権利・利益に配慮するためにやむを得ないところであり、適法と解される。

(4) 本件搜索差押時の被告人の立会について、

ア 弁護人は、本件搜索差押時において、元被告人方の各所の搜索について、被告人の立会がなされておらず、刑訴法222条1項、114条2項に反すると主張し、被告人も、本件搜索開始後、本件けん銃等が発見されるまで、ずっとダイニングの椅子に座っており、中二階での搜索には立ち会えなかったなどと弁護人の主張に沿う供述をしている。

イ この点に関し、Cは、本件搜索差押時における被告人の様子について、被告人は、主に、ダイニングの椅子に座っていたが、中二階に通じる階段を上りかけたり、風呂場や洗面所がある付近にも行ったりするなど、室内をあちこち動き回っていたと供述しているところ、写真撮影報告書(甲3)には、被告人以外の捜査員がダイニング付近の椅子に座っている様子を撮影した写真(写真6)や直立する被告人の様子が撮影された写真(写真11、12)が含まれていることなどからすれば、これと整合するC供述は基本的に信用できる一方で、これに反する被告人供述は信用できない。

ウ 前記C供述から認められる被告人の様子や元被告人方の構造等に照らすと、本件搜索差押においては、立会人である被告人が、本件搜索差押の全体的な把握が可能な状況は確保されていたといえ、本件搜索差押は、搜索場所である元被告人方の住

居権者である被告人の立会のもとでなされていたものと認められ、刑訴法222条1項、114条2項に反するものではない。

4 その他の違法主張について

弁護人は、以上の点のほかにも、いくつかの事項を取り上げて本件捜査が違法である旨主張するものの、それらの事項は、いずれも本件けん銃等の押収手続や甲1ないし11の作成経緯及び記載内容との関連性が極めて乏しく、本件けん銃等が違法収集証拠であること及び甲1ないし11が証拠能力を欠く違法収集証拠であることを推認させるものではない。

5 小括

以上のとおり、弁護人の主張はいずれも理由がなく、その他に、本件捜査について、令状主義の精神を没却するような重大な違法があったことをうかがわせるような事情も見当たらない。そうすると、本件けん銃等は違法収集証拠に該当せず、甲1ないし11の採用部分は違法収集証拠に該当せず証拠能力を有するものと認められる。

《福岡高裁平成24年5月16日判決》

3 本件捜査の適法性

- (1) 被告人方に対する捜索中に、B警察官及びA警察官が、携帯電話機で通話しようとした被告人を制止した行為について

ア B警察官は、被告人方に対する捜索を開始した後、被告人が、携帯電話機を取り出して、ボタンを押して発信するような動作をしたことから、「捜索中やけん、ほかの者に連絡はできんもんな。せんでくれ」と言って制止し、さらに、被告人が「弁護士なら良いやろ。弁護士に連絡させてくれ」と言ったのに対しても、「外部は駄目、弁護士と言いはるけど、そっちが連絡するのが本当に弁護士なのか、こっちは分からんやろうが。弁護士が来たところで、自宅のガサに入れるわけにはいかんよ」と説明して、被告人が携帯電話機を扱うのを制止したこと、また、A警察官も、被告人が「電話したい」と言い出したときに、「捜索中でもあるし、連絡はできない」と言って制止したことが認められるので、B警察官及びA警察官が、このように、携帯電話機で外部の者に連絡しようとした被告人を制止した行為の適法性が問題となる。

イ そこで検討するに、刑事訴訟法222条1項によって捜査手続に準用される同法111条1項は、「差押状又は搜索状の執行については、錠を外し、封印を開き、その他必要な処分をすることができる」と定めて、各令状の執行を担当する捜査官に対し、各令状を円滑に執行し、その目的を達成することができるように「必要な処分」をする権限を認めているところ、その具体的な内容については、警察比例の原則に照らしても、各令状の執行目的を達成するために必要であり、かつ、その方法も社会的に相当なものでなければならず、強制力を行使して被処分者に不利益を与える場合には必要最小限度の方法によらなければならないと解するのが相当である。これを本件についてみると、B警察官及びA警察官は、被告人が指定暴力団K L組の組員であると認識していたこと、しかも、指定暴力団K関係者は捜索の現場に押し付けてくることがよくあることから、被告人に外部の者との通話を許せば指定暴力団K関係者が被告人方に押し付けてきて捜索を妨害する可能性があり、また、通謀による罪証隠滅を防止する必要もあると考えたことから、被告人の行為を制止した旨供述しているところ、関係証拠によれば、指定暴力団K関係者は捜査機関に対して極めて敵対的であって、捜査官が住居等に対する搜索差押許可状を所持している場合であっても、直ぐには住居等への立入りを認めなかったり、他の組員が押し付けてきて捜査官に立会いを要求したり、屋外で大声を出して捜査官を挑発したりす

るなどの妨害行為を繰り返していることが認められる上、指定暴力団K本部事務所は被告人方から自動車を利用すれば直ぐに到着することができることに照らすと、被告人が指定暴力団Kの組員であると認識していたB警察官及びA警察官が、被告人に対して、携帯電話機で外部の者と通話することを許せば指定暴力団K関係者が被告人方に押し掛けてきて捜索を妨害する行為に出る可能性があると判断したことには相当の理由があるから、被告人の携帯電話機による通話を制限する必要があったと認めることができる。なお、この点に関して、弁護人は、仮に指定暴力団K関係者が押し掛けてきても、警察官らは刑事訴訟法222条1項によって準用される同法112条により、立入りを制限することができるから、被告人の通話を制限する必要はなかった旨主張するが、被告人方に対する捜索に従事していた警察官は十二、三名であって、多人数の指定暴力団K関係者が押し掛けてきたときは対応できないだけでなく、仮に少人数であっても、それに対応する警察官が必要となるため、やはり円滑な捜索の実施が妨げられると考えられることに照らすと、B警察官及びA警察官においては、被告人の携帯電話機による外部の者との通話を制限する必要があったと認めることができる（これに対し、本件の場合、被告人が外部の者と通話したことで、直ちに罪証隠滅の可能性が高まるとまでは認められない）。しかも、B警察官及びA警察官は、被告人に対して強制力を加えたものではなく、あくまでも説得を試みたに過ぎないことに照らすと、B警察官及びA警察官の行為は、捜索の目的を達するために必要であり、かつ、その方法も社会的に相当なものであったと認められるから、刑事訴訟法111条1項の「必要な処分」として許されるといえる。

ウ さらに、被告人が「弁護士なら良いだろう。弁護士に連絡させてくれ」と言ったときに、B警察官が被告人の通話を制止した行為についてみると、このとき、被告人は、特定の弁護士の名前を出してはいなかったこと、しかも、B警察官から、「弁護士と言いつつ、そっちが連絡するのが本当に弁護士なのか、こっちは分かんやろうが。弁護士が来たところで、自宅のガサに入れるわけにはいかんよ」と説明されただけで、それ以上、弁護士に連絡させてほしいとの申し出はしていなかったことからすれば、被告人が真実弁護士に連絡を取ろうとしていたのか疑わしいだけでなく、刑事訴訟法112条に基づいて上記のような説明をして説得行為に及んだB警察官の行為が不適切であったともいえない。しかも、被告人はB警察官の説得を受けて、それ以上携帯電話機で弁護士に連絡しようと試みてはいなかったことに照らすと、このときに被告人の弁護人依頼権が侵害されたとみることはできない。

- (2) 本件採尿令状の執行中に、A警察官が、捜査用車両内において、被告人から携帯電話機を預かった行為、その後、F警察官、A警察官及びB警察官が被告人からの携帯電話機の返却要求を拒んだ行為、さらに、診察室内において、A警察官が被告人に返却した携帯電話機から電池を外させた行為について

ア A警察官は、本件強制採尿令状の執行に着手し被告人を捜査用車両に乗せてC病院に向かう途中、被告人が携帯電話機を出して連絡しそうになったことから、「強制採尿の令状の執行中だからできないよ」と注意し、被告人も一旦は引つ込めたものの、また携帯電話機を出してダイヤルしそうな感じだったので、「携帯電話をこっちに貸しなさい」と言って被告人から携帯電話機を預かったことが認められるところ、A警察官は、そのような行為に及んだ理由について、被告人が携帯電話機で外部と連絡して指定暴力団K関係者を呼び寄せ、C病院に向かっている捜査用車両の進行を妨害されたり、同病院に押し掛けてきて被告人を奪還されたり、強制採尿の手続を妨害されたりするのを防止するためだった旨供述している。そして、上述したとおり、指定暴力団K関係者においては捜査機関による捜索差押許可状等の執行を妨

害しようとする行動に出ることがよくあること、しかも、被告人をC病院に搬送している捜査用車両に乗り込んでいる警察官は5名しかいなかったこと、被告人方からC病院まで、指定暴力団K本部事務所からC病院までは、自動車を利用すれば直ぐに到着できる位置にあること、そのため多数の指定暴力団K関係者が押し付けてくれば被告人を奪還される恐れがなかったとはいえないだけでなく、指定暴力団K関係者が押し付けてきても、本件強制採尿令状によってはC病院への立入りを制限することができないため、同令状の円滑な執行が妨害される危険性は高かったことにも照らすと、被告人が捜査用車両内において携帯電話機で外部の者と連絡をとることを制止する必要性は、被告人方に対する捜索のときよりも大きかったといえることができる。しかしながら、このとき、A警察官がとった方法についてみると、A警察官は、被告人に「携帯電話をこっちに貸しなさい」と言ったら、被告人が「分かりました」と言って携帯電話機を差し出したので預かり、その後C病院に着くまでの間、被告人から携帯電話機を返してくれと言われたことはなかった旨供述して、被告人から携帯電話機を預かったのはあくまでも被告人の任意の意思に基づくものであったと主張しているものの、他方において、B警察官は、捜査用車両でC病院に向かっていているとき、被告人が電話をさせてくれと言ってA警察官がこれを制止している声が聞こえ、さらにA警察官が「預かっとかけん」と言ったとき被告人の「返してくれ」と言うのが聞こえたので、A警察官が被告人から携帯電話機を取り上げたのだなと思った旨供述していることにも照らすと、A警察官が強制力を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた可能性も否定することができない（なお、この点について、F警察官は、A警察官と被告人との間で「携帯をいじるのを止めるように」とのやり取りがあった後、A警察官が被告人から携帯電話機を預かったが、その後被告人から携帯電話機を返すように求める場面があったかどうかは記憶していない旨述べるに過ぎない）。そうすると、A警察官が強制力を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた行為はもはや説得の域を超えているといわざるを得ないこと、また、それはいわば差押えにも匹敵する行為であること、しかも、刑事訴訟法111条1項において許される「必要な処分」は強制力を用いて被処分者に不利益を与える場合には必要最小限の方法によらなければならないと解されることからすれば、A警察官としては、被告人から強制力を用いて携帯電話機を取り上げてその占有を取得するのではなく、まず、被告人が、指定暴力団K関係者と思われる人物に連絡しようとしている様子が窺われるときには、携帯電話機のボタン操作を止めさせるために被告人の行為を制止したり、携帯電話機を被告人が容易に操作できない場所に置くように指示したり、場合によっては被告人に代わって携帯電話機の電源を切るなどの行為に出るべきであったといえることができるから、A警察官が直ぐに強制力を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた行為が同条の「必要な処分」に当たると認めることはできず、違法といわざるを得ない。そして、捜査用車両内で、F警察官が、隣に座っていた被告人から、携帯電話機を返却するように要求されたのに、これを拒否して引っ張り合いをした行為、さらに、これを知ったA警察官及びB警察官が、被告人に対して、本件強制採尿令状を執行中であることを告げて、携帯電話機の返却を要求する被告人を制止した行為は、正に被告人の意思に反して強制的に携帯電話機に対する占有を保持し続けようとしたものであるから、もはや刑事訴訟法111条1項の「必要な処分」には当たらないことが明らかであって、違法というべきである。

なお、これに対して、診察室内において、A警察官が、被告人に対して、「連絡はできないよ。電池を外したらいいよ」と言ってF警察官に指示して被告人に携帯電

話機を返させた行為は、何ら強制力を行使したものではないから、刑事訴訟法111条1項の「必要な処分」に当たると解することができる。

イ　ところで、1審判決は、A警察官、F警察官及びB警察官の上記各行為に関して、被告人の携帯電話機にD事務所の電話番号が登録されていたことを根拠に、「被告人がD弁護士と連絡をとろうとしていた事実は否定できない」とした上で、警察官らの行為は「被告人のいわば弁護人依頼権を侵害するものである」と判示しているが、被告人は、被告人方において、B警察官に対して「弁護士なら良いだろう。弁護士に連絡させてくれ」と言ったときに、B警察官から「弁護士と言いつつ、そっちが連絡するのが本当に弁護士なのか、こっちは分からんやろうが。弁護士が来たところで、自宅のガサに入れるわけにはいかんよ」と説明され、それ以降、弁護士に連絡させてくれとの申し出は全くしておらず、捜査用車両内において、A警察官から携帯電話機を取り上げられたときも、F警察官に対して携帯電話機の返却を求めて引っ張り合いをしたときも、携帯電話機の返却を求める理由については説明しておらず、ましてや「D弁護士に連絡するから携帯電話を返してくれ」とも「弁護士に連絡するから携帯電話を返してくれ」とも言ってなかったこと、しかも、被告人の携帯電話機には、D事務所の電話番号や他の弁護士の電話番号だけでなく、指定暴力団K関係者の電話番号も多数登録されていたことのほか、上記1の(4)で指摘したように、被告人が、逮捕された後の弁解録取の手続では国選弁護人の選任を依頼し、本件で起訴された後もD弁護士を選任していないことなどの事情をも併せ考えると、被告人が、A警察官から携帯電話機を取り上げられたときやF警察官に携帯電話機の返却を要求したときに、真実D弁護士ほかの弁護士に連絡する意図を有していたと認めるには疑問が残るといわざるを得ない。また、仮に、このとき被告人がD弁護士ほかの弁護士に連絡するために、A警察官から携帯電話機を取り上げられたことに抗議し、あるいはF警察官に対して携帯電話機の返却を要求していたとしても、被告人はその旨をA警察官やF警察官に伝えていなかったことに加え、A警察官及びF警察官は、被告人が、B警察官に対して弁護士に連絡したいとの申し出をしていたとの報告は受けていなかったこと、しかも、被告人は、その後弁護士に連絡させてくれとの申し出を全くしていなかったことにも照らすと、A警察官、F警察官及びB警察官において、被告人が弁護士に連絡しようとしていることを知る由もないから、警察官らの上記各行為が、故意に、被告人の弁護人依頼権を侵害したとみることはできない。

以　上

2022年1月30日

担当：弁護士 柳原佑多

最優秀答案

回答者 KI 39 点

第1 設問1について

1. 警察官 P の「宅配便です。」と声をかけ、甲にドアを開けさせた行為について
(1) まず、宅配便の配達員を装う偽計手段を用いることは「必要な処分」(222条1項, 111条1項)として許容されるか。「必要な処分」の意義が問題となる。

ア. この点について、捜査比例の原則(197条1項)から、「必要な処分」とは、
①執行の目的を達成するために必要であり、②社会的にも相当と認められる処分をいうと解する。

イ. これを本件についてみると、被疑事実は銃刀法違反であるところ、情報提供によると甲の所持するけん銃は、全長14.3センチメートルの自動けん銃ベレッタナノであり、小型である。このことからすると、甲が瞬時に隠滅することも容易である。そのため、証拠隠滅の機会を与えないようにすべく、捜査機関Pが宅配便を装って、甲にドアを開けさせる必要があった(①充足)。

また、Pはドアを破壊するなどの財産的損害を与える方法や、甲の身体に対する有形力を行使することなく、はるかに穏やかな手段を用いている。よって社会的にも相当と認められる(②充足)。

(2) したがって、上記行為は「必要な処分」として許容されるから、適法である。

2. 甲がドアを開けた瞬間、甲に対して、搜索差押許可状を呈示する前に警察官 P, Q, Rは甲方内に押し入り、リビング中央部まで進み、リビングの状況を目視で一通り確認した行為について

(1) P, Q, Rは、甲に搜索差押許可状を呈示する前に甲方内に押し入っていることから、搜索差押許可状の被処分者への呈示を要請する222条1項, 110条に反し違法ではないか。令状呈示前に「必要な処分」をすることは許されるか。

ア. そもそも、同条の趣旨は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する点にある。そこで、明文はないものの、令状は事前呈示が原則であり、呈示前に執行を開始することは原則として許容されないと解する。

もっとも、常に事前呈示を要求すると、その間に証拠隠滅がされる危険が

あり、搜索差押の実効性が確保できず妥当でない。そこで、①搜索差押えの実効性確保のために必要であり、かつ、②短時分の先行にとどまるなど相当性が認められる場合には、令状呈示前であっても「必要な処分」が許されると解する。

イ．これを本問についてみると、上記の通り、本件の搜索差押えの対象物であるけん銃は隠滅が容易であり、令状を事前呈示していると、その間に証拠隠滅がなされる可能性が高い（①充足）。また、P、Q、Rは、甲方内に押し入り、リビング中央部まで進み、状況を目視で一通り確認した後すぐに令状を呈示しており、令状を呈示するまでに物色を開始したような事実はないことから、短時分の先行にとどまるといえる（②充足）。

（２）したがって、上記行為は令状提示前に行っているが222条１項、110条に反せず適法である。

3．警察官Rが、甲の携帯電話での通話を制止した行為について

（１）ア．「必要な処分」（222条１項、111条１項）として許容されるかについて先述の意義から検討する。

イ．本件において、甲が所属する広域指定暴力団B組の本部事務局が甲方から5分程度の距離に位置しており、甲がB組に連絡をとれば、B組が甲方におしかけ、捜査が困難となる可能性が高い。そのため、捜査機関であるRは甲の携帯電話での通話を制止する必要があった（①充足）。また、Rは制止させるにあたって、甲の身体に対する有形力を行使する方法は用いておらず、説得したにすぎないから、社会的にも相当と認められる方法である（②充足）。

（２）したがって、上記行為は「必要な処分」として許容されるから、適法である。

4．警察官Qが乙の内胸ポケットに手を差し入れて搜索した行為について

（１）場所に対する搜索差押許可状によって人の身体を搜索することはできるかが問題となる。

ア．この点、219条１項は明確に「場所」と人の「身体」を区別している。また、人格を有する「身体」の方が場所よりも搜索により侵害される利益は重大である。そこで、「場所」に対する搜索差押許可状により人の「身体」を搜索することは原則としてできない。

もっともその場に居合わせた者が差押目的物を身体に隠匿した場合でも一切搜索しえないとすると、搜索の必要性、真実発見（１条）が害される。そこで①差押目的物を身体に隠匿していると疑うに足る相当な理由があり、②必要性・緊急性が認められる場合には例外的に「身体」を搜索するこ

とが許されると考える。

イ. これを本件についてみると、P、Qが乙を発見した時、乙が慌てて内胸ポケットに何かを詰め、そのまま退出しようとしたことや、P、Q、Rが乙に対して内胸ポケットの中身を見せる求めにも応じなかったことから、内胸にけん銃を疑わせる行動があったといえる。よって、差押目的物を身体に隠匿していると疑うに足りる相当の理由がある（①充足）。そして、P、Q、Rの内胸のポケットを見せる求めにも応じないことから、罪証隠滅を防ぐにはそれ以外に方法がないといえるので、必要性・緊急性が認められる（②充足）。

（２）したがって、上記行為は適法である。

第２ 設問２について

Rの、甲から携帯電話を無理やり奪い取る行為は「必要な処分」（222条1項、111条1項）として許容されるか。

（１）「必要な処分」にあたるかについて先述の意義から検討する。

（２）本件において、甲が所属するB組の本部事務所が近くにあったことを考慮すれば、先述のとおり、Rは甲の通話を制止する必要性はあることから、甲から携帯電話機を奪うという手段が必要だったといえる。

しかし、甲の通話を制止すれば良いので、説得する方法や電源を切らせる等、他により甲に対して制約が弱く目的達成できる手段があることから、相当とはいえない（②不充足）。

（３）したがって、「必要な処分」にあたらず、違法である。

以 上

採点講評

(2022 年 1 月 30 日 刑事訴訟法)

第 1 設問 1 について

- 1 ①警察官 P が「宅配便です。」と声をかけ、甲にドアを開けさせた行為、及び、②警察官 P、Q 及び R が甲方内に押し入り、リビング中央部まで進んだ段階で、甲に対して搜索差押許可状を呈示した行為について

①の行為については、「必要な処分」の意義（刑事訴訟法（以下略する。）222 条 1 項、111 条 1 項）が問題となり、②の行為については、令状の呈示時期（222 条 1 項、110 条）が問題となりますが、両者を書き分けずに、一緒に論述する答案が一定数ありました。そうした答案の大部分が、実際上は、いずれか一方の問題についてしか論じておらず、点数を大幅に落としていました。そうした答案を書いてしまったという受験生の方は、本問をしっかりと復習して、両者は別次元の問題であるということを学んでいただければと思います。

また、①の行為について、「必要な処分」の意義を論じるに際し、当然、捜査であれば、何をやっても許されるというわけではなく、『『必要な処分』は、搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどめられなければならない』という歯止めをかけることとなりますが、その根拠は、捜査比例の原則（197 条 1 項本文）にあります。これは、捜査の必要性和捜査によって制約される権利利益の程度の均衡が取れていなければならない、という謂わば天秤の考え方ですので、搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどまるか否かを検討するに当たっては、捜査の必要性があるとか、捜査手法が相当であるなど論じただけでは不足、具体的な事情に則して、捜査の必要性が高いのに対し、捜査によって制約される権利利益の程度は小さいから、当該捜査は搜索・差押えの目的を実現するために必要でかつ相当な限度にとどまる、というような形式で論述しなければなりません。捜査の必要性和捜査の相当性を単に羅列した答案が散見されましたが、そうした答案は、根拠の理解に欠けるという評価を受けてしまいます。このことは、頻出の「任意捜査の限界」を論述するに当たっても、同様ですので、注意しましょう。

なお、条文適示に当たって、しっかりと 222 条 1 項を引けている答案や、110 条に令状の呈示時期が明示されていないことを指摘する答案は、数多くあり、受験生の皆さんにおいて、条文を大事にするという姿勢が定着しつつあると感じました。

- 2 ③警察官 R が携帯電話機で通話しようとした甲を制止した行為について

③の行為についても、「必要な処分」の意義（222 条 1 項、111 条 1 項）が問題となりますが、そもそも、この点を検討していない答案が数多くありました。

携帯電話機による通話阻止という行為は、受験生の皆さんにとって、あまり馴染みのない問題だったかもしれません。もっとも、これについては、問題文の【事例】5において、7行が割かれており、しかも、「搜索中やけん。他の者には連絡はできんもんな。せんでくれ。誰が来ても自宅のガサに入れるわけにはいかんよ。」「別にええやろうが。」等と具体的な会話も記載されています。このように、細かな描写が記載されているわけですから、出題者としては、③の行為について、何かしらの問題を論じて欲しいと考えている、ということに気付かなければなりませんでした。

③の行為について、丸々抜けてしまうと、本問では、8点も落としてしまうことになり、受験生の皆さんにおいて、点数が伸び悩む一因となっていました。今後は、出題者の考えを問題文から探って、点数を落とさないようにしましょう。

3 ④警察官Qが乙の内胸ポケットに手を差し入れて搜索した行為について

場所に対する搜索令状をもって、居合わせた第三者の身体を搜索することができるか、という問題の所在に気付いている答案はあまり多くありませんでした。また、居住者ではない第三者であるということを理由に、身体の搜索を原則として否定する答案も一定数存在しました。この点、刑事訴訟法が「搜索すべき場所、身体若しくは物」(219条1項)と規定し、場所に対する搜索と身体に対する搜索とをあえて書き分けていることから明らかなように、場所に対する搜索と身体に対する搜索とでは、被侵害利益が(質的に)異なり、別途の考慮が必要になりますので、場所に対する搜索差押令状によっては、居住者であろうと、第三者であろうと、その身体を搜索することはできないのが原則となります。本問を通して、このことをしっかりと整理しておきましょう。

また、当てはめにおいて、本件けん銃が小型であるということに言及することができている答案もあまり多くありませんでした(なお、①の行為に関する論述の中で、この点を指摘する答案が思いの外数多くありましたが、トイレに流す等して証拠隠滅が容易な違法薬物とは異なり、いくら小型といえども、それなりの大きさがある(トイレに流す等することのできない)本件けん銃を小型故に証拠隠滅が容易とすることには、多少無理があるように感じました。)。全長14.3センチメートルというサイズは丁度、内胸ポケットに入るようなサイズですので、出題者の意図を汲み取って、具体的に事実適示をした上で、しっかりと評価してもらいたいところでした。

なお、こういった令状の効力の及ぶ範囲の問題となる場合、令状裁判官がどのような考えであったのかという視点が肝要となりますので、今後、同種の問題を解くに当たっては、令状裁判官になったつもりで検討してみてください。

第2 設問2について

ここでは、採点講評からは少し離れますが、裁判例を引用しつつ、当てはめのコツのようなものを説明します。

本問の元ネタである福岡高裁平成24年5月16日判決は、「A警察官が強制力を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた行為はもはや説得の域を超えているといわざるを得ないこと、また、それはいわば差押えにも匹敵する行為であること、しかも、刑事訴訟法111条1項において許される『必要な処分』は強制力を用いて被処分者に不利益を与える場合には必要最小限度の方法によらなければならないと解されることからすれば、A警察官としては、被告人から強制力を用いて携帯電話機を取り上げてその占有を取得するのではなく、まず、被告人が、工藤會関係者と思われる人物に連絡しようとしている様子が窺われるときには、携帯電話機のボタン操作を止めさせるために被告人の行為を制止したり、携帯電話機を被告人が容易に操作できない場所に置くように指示したり、場合によっては被告人に代わって携帯電話機の電源を切るなどの行為に出るべきであったということが出来る」と判旨しています。

受験生として、この判旨部分から学ぶべきことは、「携帯電話機のボタン操作を止めさせるために被告人の行為を制止したり、携帯電話機を被告人が容易に操作できない場所に置くように指示したり、場合によっては被告人に代わって携帯電話機の電源を切るなどの行為に出るべきであった」として、捜査によって制約される権利利益の程度がより小さくて済む方法を具体的に挙げているという点です。受験生の皆様においても、このように具体的に論述することで、他の受験生と差をつけることができます。

私からの採点講評は以上となります。本答案練習会が受験生の皆さんの予備試験、司法試験の合格の一助になれば幸いです。一日でも早く予備試験、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

司法試験予備試験答案練習会 2022年1月30日分 得点分布表

刑事訴訟法

出席者 26名 平均点 19点

分布	人数
0	0
1～5	1
6～10	3
11～15	6
16～20	3
21～25	8
26～30	3
31～35	0
36～40	2
41～45	0
46～50	0

