

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〕に答えなさい。

【事例】

- 1 警察官Kは、覚せい剤密売人Aを取り調べた際、Aが暴力団組員甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがある旨供述したので、甲を検挙しようと考えたが、この情報及び通常の捜査方法のみでは甲の検挙が困難であったため、Aに捜査への協力を依頼した。Aは、この依頼を受けて、事前にKから受け取ったビデオカメラをかばんに隠し、平成24年3月10日午前10時頃、喫茶店において、甲に「覚せい剤100グラムを購入したい。」と申し込み、甲は、「100グラムなら100万円だ。今日の午後10時にここで待つ。」と答えた。Aは、Aと会話している甲の姿及び発言内容を密かに前記ビデオカメラに録音録画し、Kは、Aからその提供を受けた。
- 2 Kは、同日正午頃、Aから提供を受けた前記ビデオカメラを疎明資料として裁判官から甲の身体及び所持品に対する搜索差押許可状の発付を受け、甲の尾行を開始したところ、甲が同じ暴力団に所属する組員の自宅に立ち寄った後、アタッシュケースを持って出てきたため、搜索差押許可状に基づく搜索を行った。すると、甲の所持していたアタッシュケースの中から覚せい剤100グラムが入ったビニール袋が出てきたことから、Kは、甲を覚せい剤取締法違反で現行犯逮捕した。

〔設問〕

【事例】中の1記載の捜査の適法性について、問題点を挙げ、論じなさい。

担当：76期司法修習生 向田光佑

1 KがAに捜査を依頼して、甲に覚せい剤の売買を働きかけた行為について

(1) 上記捜査は、捜査機関またはその依頼を受けた第三者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働きかけ、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する捜査手法であり、おとり捜査に当たる。かかる捜査が「強制の処分」(197条1項ただし書)にあたるか、同文言の意義が問題となる。

ア この点、「強制の処分」については、強制処分法定主義(同項ただし書)・令状主義(憲法35条)という民主的・司法的統制がなされていることに鑑み、強制処分該当性はこのような厳格な規定が妥当する場合に限定すべきである。

そこで、「強制の処分」とは、相手方の医師に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると考える。

イ 本件において、甲はあくまで自発的に覚せい剤の売買を行っており、自らの意思で動いているものといえる。そのため、捜査機関による甲の意思決定をめぐる法益を直接侵害するといったような重要な権利利益の侵害は認められない。

ウ したがって、上記捜査は、「強制の処分」には当たらない。

(2) ア もっとも、おとり捜査の働きかけ行為は、捜査機関が対象者に実行させようとしている犯罪類型の保護法益を侵害する実質的・具体的な危険を生じさせる点で実体的に違法な活動であるから、比例原則(197条1項本文)の適用は厳格になされるべきである。

そこで、おとり捜査は、必要性、緊急性を考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると考える。

イ 本件において、上記行為が対象とする犯罪は、覚醒剤取締法違反という薬物犯罪であり、直接の被害者がいない犯罪である。また、薬物犯罪は、密行性が高く証拠隠滅も容易であるため、Aからの情報提供及び通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である犯罪である。さらに、Aの供述によると、甲はすでにAに対して覚醒剤の有償譲渡を持ちかけていたのであるから、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者である。このような者に対し、覚せい剤の購入を申し込んだにすぎず、捜査機関が犯罪を行う意思を誘発したわけではない。

ウ 以上のことから、上記捜査は、具体的状況の下で相当な捜査といえる。

(3) よって、上記捜査は任意捜査として適法である。

2 KがAをして、Aが喫茶店での甲と会話をしている最中に、甲との会話内容を秘密裏に録音させた点について

(1) 上記捜査は「強制の処分」に当たるか。上述の規範により検討する。

ア 甲は、A との会話が録音されていることを知っていれば、本件の会話を行わなかったと思われるから、上記捜査は甲の推定的意思に反しているといえる。しかし、対話内容の秘密は対話当事者間においては原則として相手方の処分に委ねられることから、本件録音のように会話の一方当事者 A の承諾の下に行われる秘密録音は、完全な意味でのプライバシー侵害とはいえない。そのため、重要な権利利益を侵害するとはいえない。

イ したがって、右捜査は強制処分には当たらない。

(2) それでは、上記捜査は任意捜査として適法か。上述の規範により検討する。

ア 本件において、A からの情報提供により甲には覚醒剤取締法違反の嫌疑があった。前述の通り、かかる犯罪は密行性が高く、証拠保全を行う緊急の必要性も高い。そのため、上記捜査を行う緊急の必要性があるといえる。

次に、甲において想定される不利益としては、自らの会話内容を知られることがないというプライバシー権が考えられる。もっとも、喫茶店は他の客に会話の内容が聞かれてもおかしくない空間であり、対話内容の秘密に対する期待もさほど高度のものとはいえない。また、前述の通り、対話内容の秘密については一方当事者である A がこれを放棄していることから、甲の被る不利益は強いものとはいえない。

イ したがって、上記捜査を行う必要性が甲の被る不利益を上回り、具体的状況の下で相当といえる。

(3) よって、上記捜査は任意捜査として適法である。

3 K が A をして、A が喫茶店で甲と会話をしている最中に、甲の姿をかばんに隠したビデオカメラで撮影し録画させた点について

(1) 上記捜査は「強制の処分」に当たるか。上述の規範により検討する。

ア まず、甲が撮影・録画を知っていれば、これに応じることはないと考えられるから、上記捜査は甲の推定的意思に反している。次に、上記撮影による被侵害利益として、みだりに容ぼう等を撮影されない自由が想定されるどころ、前述の通り、撮影は多くの客が自由に出入りでき、上記権利の期待が減少している喫茶店で行われている。このような場所は、公道等と同じく、人が他人から容ぼう等を撮影されることを受忍せざるをえない場所と言えるから、プライバシーがある程度放棄されているといえる。そのため、このような空間でビデオ撮影・録画を行ったとしても、被撮影者の重要な権利利益を侵害するものとはいえない。

イ したがって、上記捜査は強制処分には当たらない。

(2) それでは、上記捜査は任意捜査として適法か。

ア 本件において、前述の通り、密行性の高く証拠隠滅が容易な犯罪を対象としていることから、捜査は困難であり、捜査の緊急の必要性は高い。また、証拠の少ない本件において

は、ビデオ撮影を行うことにより、写真撮影に比べて甲の容ぼうがより明瞭に写されるから、ビデオ撮影をする合理的な理由があるといえる。また、上記捜査は喫茶店で行われており、他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所での撮影・録画である。そのため、甲への権利侵害の程度はさほど大きくない。

イ したがって、上記捜査を行う必要性が甲の被る不利益を上回り、具体的状況の下で相当といえる。

(3) よって、上記捜査は任意捜査として適法である。

以上

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会ゼミ 解説レジュメ

第1 予備試験・司法試験における刑事訴訟法の特徴

1 予備試験

予備試験論文式における刑事訴訟法は、論点の把握が容易である問題が多く、問題文を読んだだけで何を論じさせたいのかが明確であるものが多い（例外として、一事不再理効が出題された令和2年がある）。そのため、問題設定や規範定立の段階で差がつくことは少なく、あてはめ段階でどれだけ問題文の事情が拾えるか否かで勝負が決まることが多い。

ただし、近年の刑事訴訟法においては、問題文で誘導がされることが多く、注意が必要である。

(例) 「P が甲を刑事訴訟法第 212 条第 2 項に基づき本件住居侵入、強盗傷人の被疑事実で逮捕した。」という行為の適法性を論じさせる問題 (R3 予備試験設問 1)

→この場合、法 212 条 1 項の現行犯逮捕について論じる必要はなく、同条 2 項の準現行犯逮捕についてのみ論ずれば足りる。

(例) 「甲の承諾を得ることなく、無施錠の同キャリーケースのチャックを開けて、その中を捜索し」という行為の適法性を論じさせる問題 (R4 予備試験設問 1)

→強制処分該当性が問題になりそうだが、この行為の前に令状発付を受けていること、「捜索し」という文言が用いられていることから強制処分該当性は明らかである。そのため、強制処分該当性は論じる必要がない。

このような問題文での誘導に正確に乗ることができない場合、書く必要のない論点をダラダラと書いてしまうことになり、他の受験生に比べて大きなロスとなる可能性が高い。

2 司法試験

司法試験においても、予備試験と同じく、論点の把握が容易である問題が多く、規範定立段階で差がつくことは少ないと考えて良い。

予備試験と異なる点としては、①公判前整理手続における判例の知識などの細かい知識が問われることがあること、②分量がとにかく多いこと、③間違った論点を書いてしまっても他の問題でリカバリーが効くことの3点が挙げられる。

第2 出題の意図

本問は、おとり捜査、秘密録音及びビデオ撮影の強制処分該当性・任意処分としての適法性という刑事訴訟法における典型分野の検討を求めるものである。本問は、平成24年度の予備試験の問題であるが、強制処分該当性を正面から問う問題が近年の予備試験において出題されていないことから、来年度以降の出題可能性が高い分野といえるため、出題した。

本問は、問題文を一読すれば論ずべき論点を把握することは容易と思われるため、本番で同様の問題が出題された場合にはあてはめ段階での勝負となる。問題文も短く、拾うべき事実は全部拾い、適切に評価を行うことが求められる。

第3 強制処分該当性・任意処分の限界についての枠組みの確認（最重要！）

「強制の処分」(197条1項ただし書)の意義 (※文言解釈の問題として論じること！)

この点、強制処分については、強制処分法定主義 (197条1項ただし書)・令状主義 (憲法35条) という民主的・司法的統制がなされている。そのため、強制処分該当性は、このような厳格な規定が妥当する場合に限定すべきである。

そこで、「強制の処分」とは、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いうと考える。具体的には、相手方の意思に反して、重要な権利・利益の制約を伴う処分を意味すると考える。

(※問題となる行為が明らかに強制処分なら、ここまで大展開はしない)

○あてはめ

①相手方の意思に反すること

・明示の意思、黙示の意思、推定的意思を使い分けること！(明示はやだと言ってる、黙示はやだとは言ってないが拒否反応を示している、推定的意思は、そもそも捜査に気づいていないが、知っていたら拒否するであろう場合(写真撮影など))

②重要な権利・利益の制約を伴う処分であること

・宅配便の荷物のX線検査・・・内容物を具体的に特定することも可能であり、内容物を見られないというプライバシーを大きく侵害するから、検証としての性質を有する。検証許可状ないX線検査は、令状主義に反し違法(権利の'質'に着目)

◎結論

強制処分に当たる→明文規定あるか検討して、あるなら令状発付の要件満たすかを検討。なければ強制処分法定主義に反し違法(あるいは令状がなければ令状主義(憲法33, 35条)との関係で違法)

強制処分に当たらない→任意捜査の限界へ↓

任意処分の限界

当該捜査が任意処分であるとしても、一定の権利・利益を制約する以上、捜査比例の原則（197条1項本文）の下、必要性、緊急性などを考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると考える。

○あてはめ

- ① 必要性・緊急性の認定・・・事案の性質（重大性）、嫌疑の程度、被疑者の態度など
e.g.酒気があるので呼気検査するよう説得する必要、当該犯罪の法定刑が〇〇年と重い、証拠保全の必要性が高い
- ② 不利益性の認定・・・被侵害利益の性質・程度 e.g.呼気検査による甲の不利益
- ③ ①と②を比較衡量する・・・e.g.呼気検査による甲の不利益のほうが小さい
その上で、①が②を上回るのであれば、具体的状況のもとで相当といえ、許容

第4 問題の検討

1 KがAに捜査を依頼して、甲に覚せい剤の売買を働きかけた行為について

(1) おとり捜査該当性

ア 本問においては、Kの上記行為がおとり捜査といえるかを認定する必要がある。

[参考]

「【事例1】記載のおとり捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。」
(令和4年司法試験刑事系第2問 設問1)

<令和4年司法試験 採点実感>

〔設問1〕では、おとり捜査の適法性を論じるに当たり、おとり捜査には、定義規定がなく、平成16年決定も、おとり捜査の意義について示した上で適法性を論じているのであるから、前提として、おとり捜査の意義に関する理解を示す必要があるところ、これを示さず、あるいは、的確な理解を示さないまま、おとり捜査の適法性を論じる答案が少なからず見受けられた。

→おとり捜査が問題となる事案においては、まずおとり捜査の意義に関する理解を示す、すなわち、おとり捜査の定義について論述する必要がある。

イ おとり捜査の定義

捜査機関またはその依頼を受けた第三者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働きかけ、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕

等により検挙する捜査手法

(2) おとり捜査の判断枠組み

おとり捜査については、基本的に①強制処分該当性→②任意処分の限界という、刑訴法におけるオーソドックスな判断枠組みが妥当する。

ただし、以下の点に注意が必要である。

その1：おとり捜査が問題となる場面においては、①強制処分該当性は大展開しないことが多い。あくまで勝負は②任意処分の限界であることを意識した論述を心がけること。

その2：②任意処分の限界においては、平成16年決定の3要件（要素）の位置づけに注意すること。平成16年決定に従って3要件を意識した論述が求められる。

その3：②任意処分の限界の論証については、通常の任意処分の限界の論証とは異なった理由付けが求められる。

おとり捜査の適法性の判断枠組み

1.強制処分該当性

(1)規範

(2)犯人は自らの意思で動いており、意思決定をめぐる法益を直接侵害するような「強制」の要素を伴わないから、任意処分にとどまる。(犯意誘発型でも強制処分ではない)

2.任意処分の限界

(1)規範

もともと、おとり捜査の働きかけ行為は、捜査機関が対象者に実行させようとしている犯罪類型の保護法益を侵害する実質的・具体的な危険を生じさせる点で実体的に違法な活動であることから、比例原則(197条1項)の適用は厳格になされるべきである。

そこで、必要性、緊急性などを考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると考える。

(2)あてはめ

①直接の被害者がいない犯罪の捜査において、②通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、③機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行う場合に適法となる。

③で、犯意誘発型・機会提供型のどちらであるかを認定する。犯意誘発型は、犯意がない者に犯罪を行わせるのであるから、ほぼ③要件を満たさず、違法となる。

機会提供型：すでに犯意を有している被誘惑者に犯行の機会を提供する類型

犯意誘発型：被誘惑者に働きかけて犯意を発生させて犯罪を実行する類型

e.g. 覚せい剤の場合

- ① 薬物犯である⇒直接の被害者はいない犯罪だからこそ証拠が少ないことが多く、おとり捜査が必要となる。
- ② 捜査協力者からの情報によっても、住居や覚せい剤の隠匿場所などを知ることが困難
- ③ 甲はすでに覚せい剤の有償譲渡を企図して買い手を求めていた。(機会提供型)

3.おとり捜査が違法とされた場合

・証拠については、違法収集証拠排除法則が問題となる。

(3) 本問についての検討

・平成16年決定の3要件を意識したあてはめ

- ① 覚醒剤取締法違反という薬物犯罪であり、直接の被害者がない犯罪である
- ② 薬物犯罪は、密行性が高く証拠隠滅も容易であるため、Aからの情報提供及び通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である犯罪である
- ③ Aの供述によると、甲はすでにAに対して覚醒剤の有償譲渡を持ちかけていたのであるから、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者である。このような者に対し、覚せい剤の購入を申し込んだにすぎず、捜査機関が犯罪を行う意思を誘発したわけではない。

2 KがAをして、Aが喫茶店で甲と会話をしている最中に、甲との会話内容を秘密裏に録音させた点について（秘密録音）

(1) 秘密録音の判断枠組み

通常の①強制処分該当性→②任意処分の限界という処理方法が妥当する。

(3) 本問の事例についての検討

ア ① 強制処分該当性

(ア) 相手方の意思に反するか

録音が意思に反するか否かは本文に記載がない。しかし、録音がされていることを知っていれば、薬物取引の会話などするはずがないから、本件録音が甲の推定的意思に反していることは明らか。

(イ) 重要な権利利益を実質的に制約するか

想定される被侵害利益としては、会話の秘密についてのプライバシー権が考えられる。しかし、①甲は会話の秘密性を放棄し、対話内容を相手のAの支配下に委ねたこと、②会話の一方当事者のAが会話の秘密性を放棄していること、という2点から、「重要な権利利益」への侵害はないと認定し、「強制的処分」には当たらないとする。

イ ② 任意処分の限界

(ア) 必要性・緊急性

- ・薬物犯罪という密行性が高く、証拠隠滅が容易な犯罪
- ・捜査機関は、Aから甲についての供述を得られただけであり、他に何かしらの証拠を持っているわけではない。すなわち、甲に薬物の売買についての話をさせて、覚醒剤取締法違反で検挙するための証拠としたい。

→ある程度高い必要性が認められる。

(イ) 不利益性

- ・喫茶店は他の客に会話の内容が聞かれてもおかしくない空間であり、対話内容の秘密に対する期待もさほど高度のものとはいえない。
- ・対話内容の秘密については一方当事者であるAがこれを放棄している。

→甲の被る不利益は小さい。

(ウ) 必要性・緊急性と不利益性を比較衡量すると、必要性・緊急性の方が上回るから、具体的状況の下で相当といえる。

3 KがAをして、Aが喫茶店で甲と会話をしている最中に、甲の姿をかばんに隠したビデオカメラで撮影し録画させた点について（ビデオ撮影）

(1) ビデオ撮影について

ビデオ撮影は、上記2で述べた秘密録音と同時になされているものであるが、行為としては別個のものと考え、別立てで検討することとなる。

(2) 判断枠組み

通常の①強制処分該当性→②任意処分の限界という処理方法が妥当する。

※「写真撮影」の論点との異同

(3) 本問の事例についての検討

ア ① 強制処分該当性

(ア) 相手方の意思に反するか

撮影・録画が意思に反するか否かは本文に記載がない。しかし、甲が撮影・録画について知っていれば、薬物取引の会話などするはずがないから、本件ビデオ撮影が甲の推定的意思に反していることは明らか。

(イ) 重要な権利利益を実質的に制約するか

想定される被侵害利益としては、自分の容ぼう・姿態をみだりに撮影されないというプライバシー権が考えられる。しかし、本件ビデオ撮影は喫茶店という不特定多数が利用するパブリックな場所でなされており、個人の家の中で撮影したわけではない。そのため、「重要な権利利益」への侵害はないと認定し、「強制的処分」には当たらないとする。

イ ② 任意処分の限界

(ア) 必要性・緊急性

- ・薬物犯罪という密行性が高く、証拠隠滅が容易な犯罪
- ・捜査機関は、Aから甲についての供述を得られただけであり、他に何かしらの証拠を持っているわけではない。
- ・写真ではなくあえてビデオを撮影する必要性（これを認定できると上位合格レベル）としては、①写真撮影と異なり、機器の操作回数が少ないから撮っていることが相手にわかりにくい、②録音+写真だと、同一日時同一の場所において甲が発言したという正確性が担保できない可能性がある。それに比べて録音+ビデオ撮影であれば、録音と同じ音声を記録することにより、同一日時同一の場所においてなされた録音であることがわかり、録音の正確性を担保できる。

→ある程度高い必要性が認められる。

(イ) 不利益性

・喫茶店は他の客に容ぼう・姿態を見られてもおかしくない空間であり、自分の容ぼうを撮影されることを受忍せざるをえない場所である。

→甲の被る不利益は小さい。

(ウ) 必要性・緊急性と不利益性を比較衡量すると、必要性・緊急性の方が上回るから、具体的状況の下で相当といえる。