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】

警察官PとQが、平成30年5月10日午前3時頃、凶器を使用した強盗等犯罪が多発しているH県I市J町を警らしていたところ、路地にたたずんでいた甲が、Pと目が合うや、急に慌てた様子で走り出した。そこで、Pが、甲に、「ちょっと待ってください。」と声をかけて停止を求めたところ、甲が同町1丁目2番3号先路上で停止したため、同所において、職務質問を開始した。

Pは、甲のシャツのへそ付近が不自然に膨らんでいることに気付き、甲に対し、「服の下に何か持っていますか。」と質問した。これに対し、甲は、何も答えずにPらを押しのけて歩き出したため、甲の腹部がPの右手に一瞬当たった。このとき、Pは、右手に何か固い物が触れた感覚があったことから、甲が服の下に凶器等の危険物を隠している可能性があると考え、甲に対し、「お腹の辺りに何か持ってますね。服の上から触らせてもらうよ。」と言って、①そのまま立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ付近を右手で触ったところ、ペンケースくらいの大きさの物が入っている感触があった。

Pは、その感触から、凶器の可能性は低いと考えたが、他方、規制薬物等犯罪に関わる物を隠し持っている可能性があると考え、甲の前に立ち塞がり、「服の下に隠している物を出しなさい。」と言った。すると、甲は、「嫌だ。」と言って、腹部を両手で押さえたことから、②Qが、背後から甲を羽交い締めにして甲の両腕を腹部から引き離すとともに、Pが、甲のシャツの中に手を差し入れて、ズボンのウエスト部分に挟まれていた物を取り出した。

Pが取り出した物は、結晶様のものが入ったチャック付きポリ袋1袋と注射器1本在中のプラスチックケースであり、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、P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〕

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 覚せい剤を、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。

1
第1 設問1
2
1 ①の行為の適法性について
3
(1) 甲は、警察官 P と目が合うや、急に慌てた様子で走り出している
4
ことから「異常な挙動…から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し」
5
たと「疑うに足りる相当な理由」(警察官職務執行法(以下「警職法」
6
という。)2条1項)があると認められる。
7
したがって、Pによる職務質問は適法である。
8
(2)ア Pは、立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ付近を甲の承諾
9
なく右手で触っていることから、承諾のない所持品検査にあたる
10
が、適法か。警職法は所持品検査について何ら規定していないた
11
め、その可否と限界が問題になる。
12
イ 所持品検査は、職務質問効果を上げるうえで必要かつ有効なもの
13
として、職務質問に付随して所持人の承諾を得て行うことができる
14
のが原則である。もっとも、犯罪の予防・鎮圧という行政警察活動
15
の目的の実効性を確保するために、所持人の承諾がない場合でも、
16
(i) 捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、(ii)
17
所持品検査の必要性・緊急性、個人の法益と公益の均衡などを考慮
18
して具体的状況のもとで相当と認められている限度で許容される
19
と解する。
20
ウ 本件についてみると、Pの行為は、外部から見えるシャツを上か
21
ら触ったにすぎず、所持品が何であることを確認するにとどまる行為
22
であり、甲のプライバシーに対する侵害の程度も低い。
23
したがって、①の行為は、捜索に至らない程度のものであると

1	いえる(i 充足)。
2	次に、甲は、職務質問に対し何も答えずにPらを押しのけて、歩
3	き出すという不審な行動をとっており、また、腹部には硬いものが
4	あった。そして、職務質問を行った場所は凶器を使用した強盗等犯
5	罪が多発していた地域であり、かつ、時間も午前3時と深夜であっ
6	たことに照らせば、甲が危険物を所持しているか確認する必要性が
7	認められる。また、甲は、職務質問を逃れようとその場を立ち去る
8	ような態度をとっており緊急性も認められる。そして、上記のとおり、
9	Pは、甲のシャツの上から触れたにすぎずプライバシー侵害の
10	程度はさほど大きくもない。
11	エ したがって、Pの行為は、具体的状況のもとで相当と認められる。
12	(3) 以上より、①の行為は、所持品検査として適法である。
13	2 ②の行為の適法性について
14	(1) ②も所持品検査にあたるが、適法か。
15	(2) ア 前述の基準に基づいて検討する。
16	イ まず、②の行為について、Pは、甲のシャツの中に手を差し入れ
17	てズボンのウエスト部分に挟まれていた物を取り出している。かかる
18	行為は、証拠物の発見を目的とする態様であり、また、衣服の中
19	は、通常外部から見ることができず、かつ、肌と接触していること
20	から、プライバシーの要保護性も高い。
21	したがって、②の行為は、①の場合とは異なり、高度のプライ
22	バシー侵害を伴うものであるから、捜索にあたる。
23	また、Qは、腹部を両手で押さえる甲を、背後から羽交い締め

1	
2	して両腕を引き離している。かかる行為は、甲の身体の自由に対
3	する侵害の程度が大きいものであり意思を制圧するに足りるもの
4	であるから、強制にわたる行為であるといえる。
5	(3) したがって、②の行為は、所持品検査として、違法である。
6	第2 設問2
7	1 本件覚せい剤は、前述のとおり、違法な所持品検査によって取得され
8	たものである。そのため、本件覚せい剤は、違法収集証拠として、証拠能
9	力が否定されないか。
10	2(1) この点、司法の廉潔性の維持及び将来の違法捜査抑止の要請にか
11	んがみ、(i)証拠収集手続に令状主義の精神を没却するような重大
12	な違法があり、(ii)これを証拠として許容することが将来における
13	違法捜査抑止の見地からして相当でないと認められる場合は、その
14	証拠能力が否定されると解する。
15	(2) 本件についてみると、前述のとおり、Pらは、②の所持品検査に
16	あたり、令状を取得していないにもかかわらず、捜索を行い、甲の
17	プライバシーという重要な権利・利益を侵害している。また、警察
18	官であるPは、強制的に所持品検査を行うことが違法であることは
19	認識できたはずであるにもかかわらず、これを無令状で行っている。
20	加えて、②の行為の際には、甲が凶器を所持している可能性は低か
21	ったのであるから特段緊急を要する場面でもなかったといえる。
22	したがって、本件における証拠収集手続には、令状主義の精神を
23	没却するような重大な違法があると認められる(i充足)。
	そして、本件覚せい剤の証拠能力を許容すれば令状主義の精神を

1	没却する捜査が将来にわたって繰り返されるおそれがある。
2	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
3	ける違法捜査抑止の見地からして相当でないと認められる(ii 充足)。
4	
3	以上より、本件覚せい剤の証拠能力は否定される。
5	
6	以上
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	

刑事訴訟法ゼミ資料

2023年5月31日

担当：武藤

第1 自己紹介

2018年12月 予備試験合格

短答の得点

憲法：24 行政：19 民法：18 商法：20 民訴：22 刑法：28 刑訴：25

一般：27 合計：183

論文の評価

憲法：B 行政：B 民法：A 商法：B 民訴：F 刑法：A 刑訴：A 一般：D

法実：F

2021年1月 司法試験合格

2022年5月 弁護士登録（74期）

第2 予備試験の論文式試験

- ・試験時間：70分/問（刑事系は2問で2時間20分）
- ・答案の最大枚数：4枚
- ・問題文：約2ページ
⇒時間内に事案を処理して答案に表現することが求められる。
完璧な答案は目指さない。

第3 問題の解き方(時間の使い方)

①問題文を読む

②答案構成

③答案用紙への記入

⇒自分が答案1枚書くのにどれくらいの時間がかかるかによって変わってくる。

Ex. 1枚12分→答案構成22分

1枚15分→答案構成10分

自分がどれくらいの量を書くことができるのか把握するのが重要

※合格点と取るためには最低でも3枚(約2,000字程度)は書けた方がよい。

第4 今回の問題

平成30年刑事訴訟法⇒捜査，証拠両分野からの出題

設問 1 ⇒所持品検査 設問 2 ⇒違法収集証拠排除法則

第 5 設問 1

出題の趣旨

本問は、深夜、強盗等犯罪の多発する地域を警ら中の警察官が、甲に停止を求めて職務質問した際、①立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ付近に触れるとの方法、及び②背後から甲を羽交い締めにした上、甲のシャツの中に手を差し入れ、ズボンのウエスト部分に挟まれていたプラスチックケースを取り出すとの方法により所持品検査を実施したところ…、上記各所持品検査の適法性について検討させる…。

設問 1 においては、最高裁判所の判例（最判昭和 53 年 6 月 20 日刑集 32 卷 4 号 670 頁等）に留意しつつ、対象者の承諾のない所持品検査が許容されることがあるか否かについて、その根拠も含めて検討した上、これが肯定されるとして、いかなる態様の行為がいかなる状況において許容されるのか、その基準を提示し、本問における各所持品検査の適法性について論述することが求められる。

1 本問で論じるべき点

- ・所持品検査の適法性・その根拠
- ・許容性と基準
- ・①と②のあてはめ

2 所持品検査の検討の前提として

検査の対象者に対する職務質問の開始自体が適法か、不審事由が認められるか忘れずに検討する。

「甲は、警察官 P と目が合うや、急に慌てた様子で走り出している」

⇒異常な挙動…から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し」と「疑うに足りる相当な理由」（警職法 2 条 1 項）が認められる。

3 所持品検査の適法性・その根拠

- ・検討の実益

職務質問については明文の規定あるものの、所持品検査については明文がないためその法的根拠を解釈で明らかにする必要がある。

- ・判例⇒肯定説

所持品検査は、口頭の職務質問に密接に関連するものであるとして、警職

法2条1項を根拠として肯定

4 許容性と基準

・所持品検査

⇒職務質問に付随するものであるから所持人の承諾を得て行うのが原則であるが承諾がなければ一切行うことができないのか。

・判例（限定説）

犯罪の予防・鎮圧という行政警察活動の目的の実効性を確保するために、所持人の承諾がない場合でも、(i) 捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、(ii) 所持品検査の必要性・緊急性、個人の法益と公益の均衡などを考慮して具体的状況のもとで相当と認められている限度で許容される。

1 段目の審査⇒強制処分たる捜索に至っているか

2 段目の審査⇒任意処分の限界を超えていないか

5 ①と②のあてはめ

・①の行為

(i)

外部から見えるシャツを上から触ったにすぎず、所持品が何であることを確認するにとどまる行為であり、甲のプライバシーに対する侵害の程度も低い。

(ii)

甲は、職務質問に対し何も答えずにPらを押しのけて、歩き出すという不審な行動をとっており、また、腹部には硬いものがあつた。そして、職務質問を行った場所は凶器を使用した強盗等犯罪が多発していた地域であり、かつ、時間も午前3時と深夜であったことに照らせば、甲が危険物を所持しているか確認する必要性が認められる。また、甲は、職務質問を逃れようとその場を立ち去るような態度をとっており緊急性も認められる。そして、上記のとおり、Pは、甲のシャツの上から触れたにすぎずプライバシー侵害の程度はさほど大きくもない。

結論

適法

・②の行為

(i)

Pは、甲のシャツの中に手を差し入れてズボンのウエスト部分に挟まれて

いた物を取り出している。かかる行為は、証拠物の発見を目的とする態様であり、また、衣服の中は、通常外部から見ることができず、かつ、肌と接触していることから、プライバシーの要保護性も高い。

Qは、腹部を両手で押さえる甲を、背後から羽交い締めにして両腕を引き離している。かかる行為は、甲の身体に対する侵害の程度が大きいものであり意思を制圧するに足りるものであるから、強制にわたる行為であるといえる(不充足)。

結論

違法

第6 設問2

出題趣旨

本件覚せい剤の発見をもたらした上記②の方法による所持品検査が違法であることを前提に、最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁等）に留意しつつ、**違法に収集された証拠物の証拠能力が否定される場合があるか否か**、否定される場合があるとしていかなる**基準**により判断されるべきかを提示した上、**本件覚せい剤の証拠能力**について論述することが求められる。

1 本問で論じるべき点

- ・違法に収集された証拠物の証拠能力が否定される場合があるか
- ・基準
- ・本件覚せい剤の証拠能力

2 違法に収集された証拠物の証拠能力が否定される場合があるか

- ・適正手続の保障
- ・司法の廉潔性
- ・将来の違法捜査の抑制

3 基準(最判S53.9.7)

- (i) 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、
- (ii) 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抑止の見地からして相当でないと認められる場合は、その証拠能力が否定される。

※上記(i)(ii)は重畳要件であるが、違法の重大性が肯定されれば、特段の事

情のない限りは、違法捜査の抑止のため排除が相当であるといえるため、(i)の違法の重大性の要素は、(ii)排除の相当性の要素にもなり得る。

4 本件覚せい剤の証拠能力

・(i)の要件

Pらは、②の所持品検査にあたり、令状を取得していないにもかかわらず、捜索を行い、甲のプライバシーという重要な権利・利益を侵害している。また、警察官であるPは、強制的に所持品検査を行うことが違法であることは認識できたはずであるにもかかわらず、これを無令状で行っている。加えて、②の行為の際には、甲が凶器を所持している可能性は低かったのであるから特段緊急を要する場面でもなかったといえる。

・(ii)の要件

本件覚せい剤の証拠能力を許容すれば令状主義の精神を没却する捜査が将来にわたって繰り返されるおそれがある。

・結論

証拠能力否定

第7 まとめ

出題されている論点としては、さほど難しいものではない。

それが故に、論証の正確性、適切なあてはめをすることが合格答案の水準として求められるものではないかと思われる。

質問や相談等ありましたらご連絡ください。

以上