

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、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
9	程度はさほど大きくもない。
10	
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時と深夜であつたことに照らせば、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、甲の身体の自由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

優秀答案

回答者：T.M.

設問 1

一 下線部①の行為の適法性

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（警職法2条1項）」。

甲は、平成30年5月10日午前3時ころ、凶器を使用した強盗等犯罪が多発しているH県I市J町の路地でたたずんでおり、Pと目が合うや、急に慌てた様子で走り出している。Pと目が合ったとしても、何らの犯罪を犯していなければ、特にあわてる必要はないと考えられるところ、甲の上記の挙動は「異常な挙動」に当たる。深夜であり、人目につかない時間帯であることや、強盗等犯罪が多発している場所であることから合理的に判断して、甲は、強盗等の「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がある者」に当たる。したがって、Pの職務質問は適法である。

下線部①は、所持品検査に当たる。所持品検査は、口頭での質問と密接に関連し、その実を上げるために必要かつ有効な行為であるから、それに付随するものとして行うことができる。所持品検査は、同意に基づいて行うのが原則であるが、流動する警察事象に適切に対応すべき警察官の職務に照らし、捜索に至らない程度の有形力の行使は、強制に渡らない限り、所持品検査においても許容される。

コメントの追加 [TM1]: 論述の量はともかく、職務質問開始の適法性について検討できているのはとても良いと思います。

その程度は、「必要な最小の限度（警職法1条2項）」である必要があるところ、捜査の必要性及び緊急性、捜査によって保護されるべき公共の利益と害される被疑者の利益の権衡から、具体的状況において相当と認められる限度において許容されると考える。

搜索とは、占有者の意思に反して、証拠物に対する占有を捜査機関の下に移転させる捜査をいうところ、本件行為により甲の所持品の占有はPらに移転していないから、搜索に至っていない。そして、強制とは、「強制の処分（197条1項但し書き）」と同義であり、相手方の意思を制圧し、重要な法益に制約を加える捜査手法をいうところ、Pが甲のシャツの上からへそ付近を右手で触った行為はこれに当たらない。

同所は凶器を使用した強盗等犯罪が多発する地域であり、職務質問及び所持品検査により、これらの犯罪が行われることを未然に防止し、もって地域住民の財産及び生命・身体という公共の利益を保護すべきである。午前3時と深夜であり、人通りもまばらな同所において、一旦犯人を逃すと検挙が困難と言えるところ、捜査の必要性・緊急性も認められる。一方、Pの所持品検査は、甲の同意なくシャツの上からへそ付近を右手で触ったものである。これは、甲が所持しているものの大きさや硬さなどを手の感触で把握しようとするものである。甲には所持品に対するプライバシーの利益が認められるものの、これに対する制約の程度はそれほど強いものとは言えない。

コメントの追加 [TM2]: 判例を意識した正確な論述だと思えます。

コメントの追加 [TM3]: 必要な事実を拾った上で適切に評価できていると思えます。

以上より、Pらの本件行為は、具体的状況において相当と認められ、適法である。

二 下線部②の行為の適法性

本件行為も職務質問に付随する所持品検査に当たるところ、その適法性を、上述した判断枠組みに基づき判断する。

上述する行為をいうところ、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行為は、その意思に反して証拠物の占有を捜査機関に移転させる行為すなわち捜索に当たる。捜索をするには、原則として捜索許可状の発付を要するのに（218条1項）、Pらはこれを経っていない。

したがって、本件行為は、無令状での捜索に当たり、違法である。

設問2

設問1で検討したとおり、本件覚せい剤は、無令状で行われた違法な捜索差押えに基づいて収集された証拠である。このように、違法な手段により収集された証拠の証拠能力につき、法は明文の規定を欠くところ、その証拠能力が常に認められるかが解釈上問題となる。

違法な手段により収集された証拠の証拠価値に変動はないが、司法の廉潔性の維持及び適正手続の保障（憲法31条）、将来における違法捜査抑制の見地からは、証拠能力を排除する場合を認めるべきである。したがって、（ア）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（イ）これを証拠として許容する

コメントの追加 [TM4]: 内容は良いと思います。

①の場合との対比を出せるとより良いと思います。

コメントの追加 [TM5]: 問題の所在を端的に示せています。

ことが、将来における違法な捜査抑制の見地から相当でないと認められる場合には、例外的に、証拠能力が否定されると考える（違法収取証拠排除法則）。

下線部②の行為は、無令状で行われた捜索差押えであり、令状主義の精神を没却するような重大な違法があることが明らかに認められる（ア）。本件覚せい剤を覚せい剤所持罪（覚せい剤取締法41条の2第1項）の証拠とすることを許容すれば、覚せい剤所持の嫌疑のある被疑者がいる場合、捜索差押許可状の発付を求めることなく、捜査機関が被疑者を羽交い絞めにし、衣服の中に手を差し入れて覚せい剤を取り出すような将来の違法捜査を助長することになる。これは、将来における違法な捜査抑制の見地から相当でないと認められる（イ）。

したがって、本件覚せい剤の証拠能力は認められない。

以上

全体をとおしてとても良く書けており、実力の高さを感じました。論証も正確であてはめも要点を押さえて検討できており、十分な合格答案だと思います。正直指摘することがないです。

この調子で頑張ってください。

武藤



表

試験科目	試験地
刑事訴訟法	明治大学

優秀答案

回答者: T.G.

刑事訴訟法 1 頁

第1 説明

一. 下線部の適法性

(以下「警職法」で示す)

1. 下線部は、職務質問 (警察官職務執行法2条1項) に伴う所持品検査にあつたが、当該検査は適法か。

2. 本件、職務質問は「何らかの犯罪を犯し、若しくは犯すおそれがある」として行われ、^{甲は}凶器を使用し強盗等犯罪が多数発生している地区において、警察官の目撃台に急いで慌てた様子が見られる。上記行為は、警察官に見つけられた^{甲は}何らかの事柄があることを合理的に推測できるとし、相当な理由が認められる。以上を以て、Pは職務質問は適法である。

3. 次に所持品検査の警職法に限定がなされたが、職務質問の~~結果~~実効性を確保するため、これに付随する行為として許容される (警職法2条1項)。~~すなわち、上記のように任意に検査を行うことは許されず、~~原則として所持品の承諾を伴う必要があるが、承諾が無い場合には、捜索に至らない行為は、強制にわたらない限り許容される。具体的には捜査の必要性、緊急性、害防止利益等の考慮の上で具体的な状況下において相当といえる中で判断する。

本件において、Pは甲のシャツの上から1つ付近のポケットから~~所持品~~現金を抜き出した。この行為は、~~衣服の内部を探索してはならない~~が、上記行為は捜索に至らない限り、強制にわたらないといえる。また、上記の事案は現行法に於ける犯罪発生状況、甲の奔馳不審、不可抗力で甲の身体に接触した際、不審物に気づく。を考慮すると、所持品検査の必要性、緊急性の程度が高いといえる。一方、



※

	<div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="border: 1px solid black; width: 20px; height: 30px; margin: 0 auto;">A</div> <div style="border: 1px solid black; width: 20px; height: 30px; margin: 0 auto;">B</div> <div style="border: 1px solid black; width: 20px; height: 30px; margin: 0 auto;">C</div> </div>
--	---

23 服の下から身体に接触する行為は、日常生活において「おしよこ」起る
 24 行為に類し、おしよこ、侵害行為の判断の重要性は低い。

25 したがって ① は果敢的状況下において相当である。

26 4. おつ ① は違法である。

27 二. ② 下腹部 ② について、

28 1. ② について、甲は「おしよこ」所持品検査が行われていた。違法性。上記
 29 基準に依り判断する。

30 2. おしよこ、② については、Pが「服の下に隠している物を取り出す」とい
 31 言っている、甲は「おしよこ」、と「おしよこ」腹部を両手で押さえており、甲の明示に
 32 する拒否が認められる。これは「おしよこ」が、Qは甲の背後から羽交い絞めに
 33 して甲の両腕を腹部から押し離している。したがってQの当該行為は
 34 甲の明示の意思に反する行為に類し、意思を制圧する行為である。

35 次にPは、Qの行為を利用して、甲のシャツの中心を差込み、ボタン
 36 のウエスト部分に銀針状の物体を取り出している。これは、他人から見
 37 られるように「おしよこ」の衣服の内部を一般的網羅的に探索する行為
 38 である。甲の「おしよこ」を侵害する探索に依る。
 39 したがって②は、探索に類する行為に類し、強制に依る行為である。

40 3. おつ ② は違法である。

41 設問2.

42 1. 本件覚醒剤の捜査 ② に依り得るべきではない。違法収集証拠に
 43 して排除すべき。

44 2. この点、証拠の収集に違法性が認められる場合のみならず、証拠物自体の価

【注意事項】

1 答案用紙の種類

本答案用紙は、刑事訴訟法の答案用紙です。判事の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、無効となりますので、注意してください。なお、試験時間中に答案用紙の取換えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取換えの申出は一切認めません。)

2 答案用紙の取扱い

答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に直書に記す。
- (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(たばこペン)で記す。
- (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場合は、答案用紙の表裏を書き込んで答案を作成した場合同様に記載することは認めません。
- (4) 答案用紙の裏面には何も記載しないでください。
- 4 その他
解答欄に受験者の氏名又は特定人の署名であること

以下は...

刑事訴訟法 3 頁

45 通の要らぬ。また本案の系用と明らかになる見地(刑訴法197条)

46 からは、既に排除されるに相当である。(か) 憲法14条の平等の原則を採

47 用する中で、国民の司法に對する信頼を損うおそれがある。さらに将来に於て

48 憲法捜査抑止の観点に、排除するに相当する。令状主義の精神と見做すお

49 たらざるを。両者の調和を図るために、① ~~憲法が有する~~ ^{憲法が有する} かつ② 刑

50 事に於ける憲法捜査抑止等の観点より排除が相当と認めらるる場

51 合に、証拠が排除されるべき。

52 3. 本件に於いて、②の憲法は、強制処分(197条)及び任意(書)に於ける令状

53 (218条)に於ける令状の執行に於けるに於けるに於て。すなわちこの憲法は

54 ~~令状が有する~~ ^{令状が有する}、令状主義に違反する重大な憲法侵害に於て、^{かつ} 将来

55 の憲法捜査抑止の観点から排除が相当であると見做す。

56 4. および本件冤罪防止の証拠排除に、証拠能力は認めらるべき。

以下

講評

答案作成お疲れ様でした。

全体的によく書けていたと思います。

特に、設問1について職務質問開始の適法性については論じられていない受講生が多かったので、論じられていたのは非常に良かったと思います。

承諾なき所持品検査の適法性要件について、「搜索に至らない行為は、強制にわたらない限り許容される。具体的には…」と論じていましたが、必要性、緊急性、相当性の要件は、強制にわたらないという要件を具体化したものではなく、あくまで独立した要件なので書き方には気をつけた方が良いと思います。

あてはめについて、「服の上から身体を触る行為は、日常生活においてしばしば起こりうる行為であり」という評価を書かれていますが、服の上からであっても身体を触る行為が日常的に行われているとは言い難いのでこれは言い過ぎかなと思います。あてはめの方法については、判例の言い回しなどを参考にすると良いと思います。

引き続き頑張ってください。

武藤

優秀答案

回答者 T.G.

第1 設問1

一. 下線部①の適法性

1. 下線部①は、職務質問（警察官職務執行法（以下、「警職法」とする）2条1項）に伴う所持品検査にあたるが、当該捜査は適法か。
2. まず、職務質問は「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」のある場合認められる。本件では、甲は凶器を使用した強盗等犯罪が多発している地区において、警察官と目が合うや、急に慌てた様子で走り出している。上記行動は、警察官に見つかり甲において何らかの不都合が生じる合理的に推測できるため、「相当な理由」が認められる。したがって、Pによる職務質問は適法である。
3. 次に所持品検査は警職法に根拠がないが、職務質問の実効性を確保するために、これに付随する行為として許容される（警職法2条1項）。そして、上記のように任意処分に付随するため許容される以上、原則としては所持人の承諾を得る必要があるが、承諾が無い場合でも、捜索に至らない行為は、強制にわたらない限り許容される。具体的には捜査の必要性、緊急性、害される利益等も考慮した上で具体的状況下において相当といえるかで判断する。

本件において、Pは、甲のシャツの上からへそ付近を右手で触っているが、衣服の内部を探索したわけではないため、上記行為は捜索に至るものではなく、強制にわたらないといえる。また、上記のように現場付近における犯罪多発の状況、甲の挙動不審、不可抗力で甲の身体に触れた際の不審物認知を考慮すると、所持品検査の必要性、緊急性の程度は高いといえる。一方で、服の上から身体に触れる行為は、日常生活においてしばしば起こりうる行為であり、プライバシーの侵害される利益の重要性は低い。

したがって、①は具体的状況下において相当といえる。

4. よって①は適法である。

二. 下線部②について

1. ②においても、甲に対する所持品検査が行われているが適法か。上記基準により判断する。

2. まず、②においては、Pが「服の下に隠しているものを出しなさい。」と言ったところ、甲は「嫌だ。」と言って腹部を両手で押さえており、甲の明示による拒否が認められる。これにもかかわらず、Qは甲を背後から羽交い締めにして甲の両腕を腹部から引き離している。したがって、Qの当該行為は甲の明示の意思に反する行為であり、意思を制圧するものといえる。

次にPは、Qの行為を利用して、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が、これは、他人から見られることを想定していない衣服の内部を一般的に搜索するものといえ、甲の重要なプライバシーを侵害する搜索にあたる。

したがって②は、搜索に至る行為あり、かつ強制にわたる行為といえる。

3. よって②には違法である。

設問2

1. 本件覚醒剤は上記②により得られたものであるが、違法収集証拠として排除されないか。

2. この点、証拠の収集に違法が認められる場合であっても、証拠物自体の価値は変わらない。そのため事案の真相を明らかにする見地（刑事訴訟法（以下法名略）1条）からは、直ちに排除することは適当でない。しかし、違法収集証拠も○用することで、国民の司法に対する信頼を損なう恐れがある。さらに将来における違法捜査抑止のために、排除することが望ましい。

そうだとすると、両者の調和を図るために、①令状主義の精神を没却するような違法であり、かつ②将来における違法捜査抑止等の観点より排除が相当と認められる場合に、証拠が排除されると考える。

3. 本件において、②の違法は、強制処分（197条1項但し書）にあたり令状（218条）によらなければ行うことのできないものにあたる。そうだとすると違法は令状主義に違反する重大な違法であるといえ、かつ将来の違法捜査抑止の観点から排除が相当であるといえる。

4. よって本件覚醒剤は証拠排除され、証拠能力は認められない。

以 上