

論文式試験問題集
[刑法・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】

司法警察員Pは、Aが覚醒剤を密売しているとの情報を得て、内偵捜査を進めた。その結果、その拠点
は、Aが妻甲及び息子乙と同居するアパート1階にあるA方居室であるとの疑いが強まった。

そこで、Pは、令和3年11月13日、Aを被疑者とする前記覚醒剤営利目的譲渡被疑事件に関し、捜
索すべき場所をA方居室、差し押さえるべき物を「覚醒剤、注射器、計量器等」とする搜索差押許可状の
発付を受けた。

Pは、同月15日、他の司法警察員らと共に、A方居室付近に赴き、同日午後1時30分頃、玄関扉を
少し開けて顔を出した甲に対して、搜索を実施する旨告げた。

Pは、Aが不在であったため、甲を立会人としてA方居室の搜索を実施することとし、甲に対して、前
記搜索差押許可状を呈示して搜索を開始した。その際、甲が同室玄関内において、コートを着用し、靴を
履いてキャリーケースを所持していたことから、Pは、甲が同室内から覚醒剤の密売に関する物を同キ
ャリーケースに入れて持ち出そうとしていたのではないかと疑いを抱き、甲に対し、再三にわたり、
同キャリーケースを開けて中を見せるように求めた。しかし、甲は、同キャリーケースの持ち手を握っ
たまま、これを拒否した。そこで、Pは、①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、その中を搜索し、覚醒剤や注射器を発見した。

その後、Pは、他の司法警察員らと共に、同室の搜索を継続し、同室から覚醒剤、注射器及び計量器を
発見した。そして、その頃、乙がボストンバッグを所持して同室に帰宅した。乙が同室内に入った後も同
ボストンバッグを手放さなかったことから、Pは、同ボストンバッグ内にも覚醒剤の密売に関する物が
入っているのではないかと疑いを抱き、乙に対し、再三にわたり、同ボストンバッグを開けて中を見
せるように求めた。しかし、乙は、同ボストンバッグを両腕で抱きかかえて、これを拒否した。そこで、
Pらは、②乙を羽交い締めにした上、乙から同ボストンバッグを取り上げて、その中を搜索し、覚醒剤を
発見した。

〔設問〕

下線部①及び②の各行為の適法性について論じなさい。なお、前記搜索差押許可状は適法に発付され
たものとする。

(参照条文) 覚醒剤取締法

第41条の2 覚醒剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第42条第5号に該当する
者を除く。）は、10年以下の懲役に処する。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期徒刑に処し、又は情状により1年以上の有期
懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 (略)

採点基準

明大法曹会 予備試験対策答案練習会 論文対策ゼミ＜R8.9.6 刑事訴訟法＞

担当講師：弁護士 外山大地

第1 捜査①

●基本論点

・「場所」に対する搜索差押許可状により、「物」であるキャリーケースを搜索することはできるかについての適示・・・5点

・規範定立・・・3点

・あてはめ・・・2点

・甲の携帯物を搜索することが許されるかについての適示・・・5点

・規範定立・・・3点

・あてはめ・・・2点

●加点事由

・令状の事前呈示（222条1項、114条2項）について触れている。

・キャリーバッグの中身を搜索する必要があることに触れている。

・その他（条文の適切な適示等）

第2 捜査②

●基本論点

・令状呈示後の「場所」に存在するに至った物に対して令状の効力が及ぶかについての適示・・・5点

・規範定立・・・3点

・あてはめ・・・2点

・乙を羽交い絞めにした行為が「必要な処分」として許されるかについての適示・・・5点

・規範定立・・・3点

・あてはめ・・・2点

●加点事由

・乙が保持しているボストンバッグに対する搜索であることについて触れている。

・ボストンバッグの中身を搜索する必要があることに触れている。

・その他（条文の適切な適示等）

以上

第1 捜査①

1 まず、Pは、A方居室への捜索にあたり、事前にA方の「住居主」である甲に対して令状を提示しているため、令状呈示の要件を満たしている（刑事訴訟法（以下法名省略）222条1項、114条2項）。

2 もっとも、捜索差押許可状はA方居室という「場所」を対象に発布されているところ、捜査①ではPは、甲が所持していたキャリーケースである「物」に対して捜索が行われている。

そこで、A方居室という「場所」を対象に発布された捜索差押許可状により、「物」であるキャリーケースを捜索できるかが問題となる。

（1）そもそも捜索差押えを行うにあたり、捜索差押許可状が求められる趣旨は、捜索差押えにあたり、被処分者のプライバシーと財産権を保護し、もって被処分者の管理権への侵害を限定する点にある。

そうすると、捜索場所となっている被処分者の管理権が及ぶ範囲は、捜索差押許可状の効力が生じているという。

したがって、場所に対する捜索差押許可状は、被処分者の管理権が及ぶ捜索場所に存在する物においても効力が及ぶと解する。

（2）捜索場所は、「A方居室」であるところ、甲がキャリーケースを保有していた場所は同室玄関内である。

したがって、「物」であるキャリーケースは、捜索差押許可状の効力が及ぶ「A方居室」に存在するものであるから、捜索差押許可状の効力が及び、捜索できるとも思える。

3 もっとも、キャリーケースは、被処分者であるAが保有していた物ではなく、同居人の甲が所持していたものである。そこで、被処分者以外の者が所持する物についても捜索差押許可状の効力が及び捜索できるかが問題となる。

（1）そもそも、捜索場所に居住する者の所持していた物は、所持されているか、その場所に置かれているかの違いのみで、所持されているという偶然の事情によっても捜索の必要性は変わらない。

したがって、被処分者以外の者が所持する物についても捜索差押許可状の効力が及ぶ。

（2）本件では、甲はAの妻であり捜索場所に居住する者にあたる。

したがって、甲が保有していたキャリーケースに捜索差押許可状の効力が及ぶ。

4 そして、Aは覚醒剤営利目的譲渡被疑事件の被疑者であるところ、差し押さえの対象である「覚醒剤、注射器、計量器等」は、個別に包装ができ、キャリーケースという収納物にすることが容易なものである。しかも、被疑事件の性質上、他者に覚せい剤を「譲り渡し」て売するためには（覚醒剤取締法第41条の2第1項、2項）、一度にまとめて覚せい剤等を持ち出すために、容量が比較的大きいキャリーケースを選択することは十分に考えられる。

そうすると、被疑事件との関係で、キャリーケースの中に覚醒剤等が入っている可能性は極めて高いといえ、キャリーケースを捜索する必要性が認められる（218条1項前段）。

5 以上の点から、捜査①は適法である。

第2 捜査②

1 まず、乙はPが令状呈示後に帰宅したものであることから、ボストンバッグの捜索は、令状呈示後に行われたものである。乙が所持していたボストンバッグを捜索ことはできるか。令状の効力が令状呈示時の「場所」に存在した物に限定されるかが問題となる。

（1）そもそも、令状に基づく捜索差押えの範囲が令状呈示した時点における場所に存在する物に限定しなければならないとする明文上の根拠はない。また、捜索中に捜索場所に存在するに至った物について捜索差押えを行ったとしても、新たな管理権の侵害が生じているわけではない。

したがって、令状呈示時に「場所」に存在した物に限定されず、提示後に「場所」に搬入された物にも令状の効力が及ぶ。

（2）ボストンバッグは、A居室に搬入された物といえ令状の効力が及ぶ。なお、ボストンバッグは被処分者ではない乙が所持していたものであるが、乙はAの息子であって、捜索場所に居住する者にあたり、上記「3」と同様の理由から、乙が保有していたボストンバッグにも捜索差押許可状の効力が及ぶ。

2 そして、キャリーケースと同様に、被疑者であるAと同居している乙が所持していたボストンバッグに覚醒剤等を収容している可能性は高いといえることから、捜索の必要性も認められる（218条1項前段）。

3 もっとも、Pらは、ボストンバッグを捜索するにあたり、中身をみせることを拒否した乙を羽交い締めにするという有形力を行使している。乙を羽交い絞めにした行為は、「必要な処分」（222条1項、111条1項）として許されるか。

（1）「必要な処分」として許されるためには、捜索の必要性を考慮した上で、社会通念上相当と認められる限度において許容されると解する。

（2）Pらが乙を羽交い絞めにしたのはボストンバッグの中身を捜索するためであるが、上記の通りボストンバッグの中身を捜索する必要性が認められる。一方、Pらの羽交い絞めの方法は、両腕でボストンバッグを抱きかかえた乙からボストンバッグを取り上げるために、抱きかかえた乙の両腕を一時的にバッグから外す程度のものであるといえる。

つまり、乙への有形力の行使は、時間にして一瞬のものであり、その態様も乙に傷害を負わすといった重大な身体への侵害はなく、乙の身体への制約の程度は低いといえる。

したがって、捜査の必要性に比して、乙の被侵害利益は低いといえることから、乙を羽交い絞めにした行為は、社会通念上相当であるとして、「必要な処分」として許される。

4 以上の点から、捜査②は適法である。

以上

解説

明大法曹会 予備試験対策答案練習会 論文対策ゼミ＜R8.9.6 刑事訴訟法＞

担当講師：弁護士 外山大地

解説

第1 捜査①

「場所」（刑訴法219条1項）に関する論点として、①令状呈示時後に搬入された物、②捜索場所に居る人の身体、③捜索場所に居る人の携帯品に及ぶかについて整理しておきましょう。

今回は捜索場所に居る甲がキャリーケースを携帯していた点について触れる必要があります。単に「場所」に含まれるとするだけでは不十分であり、甲が携帯していた点についても触れられているか答案を見直してみましょう。

？同居人甲ではなくAの友人がキャリーケースを携帯していたら結論は変わるか。

？甲が携帯していた物がキャリーケースではなく携帯電話であったら、同じ結論になるか。

第2 捜査②

令状呈示時後に搬入された物については、殆どの受験生が気づく論点であるため、論証含めて必ず書けるようにしましょう。

「必要な処分」（222条1項、111条1項）は、あてはめで差が出るところになります。規範として、「社会通念上相当」と書く場合、行為態様のみを取り上げて「相当」であると認定するのは正確ではなく、捜査の必要性（及び緊急性）と行為を受ける者の被侵害利益を比較して、前者が後者を上回る場合に「相当」といえることになります。

この考え方は、任意処分の適法性を検討する際にも同じ考え方があてはまります。

？令状呈示後に搬入された物が段ボール箱の宅配便の荷物だったら結論は変わるか。

以上

最優秀答案

回答者：O・K さん

第 1 下線部①の行為の適法性

1 本件において発付されている搜索差押許可状は、A 方居室という場所を対象にしている。これに対し、下線部①で搜索しているキャリーバッグは、物である。そこで、本件令状の効力の及ぶ範囲が問題となる【○：適切な記載です】。

2 この点、裁判官のなす場所を対象とする令状の審査は、当該場所の管理権を搜索により侵害することの可否を考慮してなされている。このことから、場所を対象とする令状の効力は、当該場所に通常存在していると考えられる物に対しても及ぶ【○：簡潔に書けております】。

3 下線部①で搜索しているキャリーバッグは、A の妻甲が所持していた。そして、甲は A と同居していた。このことから、当該キャリーバッグは、A 方に通常存在していると考えられる【△：誤りではありませんが、「令状の範囲である玄関に存在している。」などと記載した方がより規範と整合するかと思います】。

4 したがって、本件令状の効力は、下線部①で搜索しているキャリーバッグに及ぶ。

5 次に、キャリーバッグのチャックを開ける行為が、搜索に際し「必要な処分」と認められ、222 条 1 項、111 条 1 項により適法となるかが問題となる【△：本問ではチャックを開ける行為も問題にならないわけではありませんが、「同居人である甲が所持していた物」という事実も令状の効力との関係で特に問題になると考えられます。復習の際は、その点も確認しておきましょう】。

6 この点、捜査目的達成に資する行為であり、且つ相当性を有する行為であれば、不当な人権侵害とならない。結果、搜索に際し「必要な処分」と認められる。

7 キャリーバッグのチャックを開けることは、差し押さえるべき物の有無を確認するために必要である。このことから、捜査目的達成に資する行為と評価できる。また、キャリーバッグのチャックを開けることは、物理的損壊を伴わない。このことから、相当性を有する行為と評価できる【○：認定できております】。

8 したがって、キャリーバッグのチャックを開ける行為は、搜索に際し「必要な処分」と認められ、適法となる。

9 結論として、下線部①の行為は適法である。

第 2 下線部②の行為の適法性

1 下線部②で搜索の対象となった、乙の所持するボストンバッグは、搜索開始後に、A 方居室に持ち込まれている。そこで、搜索開始時点において搜索対象場所に存在していなかった物に対し、令状の効力が

及ぶかが問題となる【○：適切な記載です】。

2 この点、令状の有効期間内におけるいかなるタイミングで捜索を行うかは、捜査機関に委ねられている。このことから、令状の有効期間中に捜索対象場所に持ち込まれた物に対しても、令状の効力は及ぶ。

3 乙の所持するボストンバッグは、捜索実施中に、捜索対象場所たる A 方居室に持ち込まれている。このことから、本件ボストンバッグは、令状の有効期間中に捜索対象場所に持ち込まれたと評価できる【○：適切な記載です】。

4 したがって、本件令状の効力は、下線部②で捜索しているボストンバッグに及ぶ。

5 次に、本件ボストンバッグを捜索するに際し、P らが乙を羽交い締めにした行為が、不当な有形力の行使として、違法とされないかが問題となる。

6 この点、捜査目的達成に資する行為であり、且つ相当性を有する行為であれば、不当な人権侵害とならない。結果、捜索に際し「必要な処分」と認められる【△：すでに条文は引用されておりますが、可能であれば繰り返し引用しましょう】。

7 乙がボストンバッグを両脇で抱きかかえたままであれば、ボストンバッグ内における差し押さえるべき物の有無を確認することはできない。このことから、乙とボストンバッグを引き離すべく、乙を羽交い締めにする行為は、捜査目的達成に資する行為と評価できる。また、人を羽交い締めにする行為は、通常人の身体に傷害を生じさせる危険性の低い態様の有形力行使である。このことから、相当性を有する行為と評価できる【○：「相当」であるか否かは、羽交い絞めのみを見て判断するのではなく、捜査の必要性との比較の下、羽交い絞めという行為が適切であったかどうかを検討する必要があります。この点を意識して記載ができております】。

8 したがって、P らが乙を羽交い締めにした行為は、捜索に際し「必要な処分」と認められ、適法となる。つまり、不当な有形力の行使とはならない。

9 結論として、下線部②の行為は適法である。

講評

- ・点数 35 点
- ・講師コメント

全体的にコンパクトにまとめることができております。

設問 1 について、どのような点が問題となるか復習しておきましょう。