

目次

強制捜査と任意捜査

- 第1問 エックス線検査・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・1
- 第2問 会話の両当事者の同意を得ないで行われた会話録音（平成27年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・9
- 第3問 会話の一方当事者の同意を得て行われた会話録音（平成22年司法試験設問2参考）・・・・・・・・・・17
- 第4問 ビデオカメラによる撮影（平成30年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・25
- 第5問 おとり捜査（平成24年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・33
- 第6問 留め置き（平成28年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・39

捜査の端緒

- 第7問 職務質問のための有形力の行使（平成18年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・47
- 第8問 所持品検査（平成30年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・53

逮捕・勾留

- 第9問 現行犯逮捕（平成29年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・59
- 第10問 準現行犯逮捕（令和3年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・65
- 第11問 再逮捕・再勾留（平成28年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・73
- 第12問 再勾留（令和5年予備試験設問2参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・81
- 第13問 別件逮捕・勾留（平成23年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・87
- 第14問 逮捕前置主義（令和5年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・95

取調べ

- 第15問 任意同行後の取調べ（平成26年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・103
- 第16問 実質的逮捕（令和1年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・109
違法逮捕に引き続く勾留請求

捜索・差押え

- 第17問 場所に対する捜索許可状に基づく（令和4年予備試験参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・115
- 第18問 場所に対する捜索許可状に基づく身体捜索（平成29年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・121
- 第19問 令状呈示後に捜索場所内に搬入された物に対する捜索（平成24年司法試験設問1参考）・・・・129
- 第20問 差押許可状における「罪名」の記載（平成23年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・135
差押許可状における「差し押さえるべき物」の概括的記載（同上）
- 第21問 差押許可状における「差し押さえるべき」への該当性（平成23年予備試験設問2参考）・・・・143
- 第22問 差押許可状における「差し押さえるべき」への該当性・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・149
別件差押え
- 第23問 電磁的記録媒体をその内容を確認することなく差し押えることの可否（令和3年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・157
- 第24問 捜索・差押えに「必要な処分」（平成29年司法試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・165
令状の事前呈示の原則（同上）
- 第25問 捜索現場での写真撮影（平成27年予備試験設問1参考）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・173
- 第26問 逮捕に伴う捜索・差押え（基本事例）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・181

第27問	逮捕に伴う捜索・差押え（第三者の身体の捜索）	189
第28問	逮捕に伴う捜索・差押え（自宅から逃走した被疑者の身体を公道上で捜索することの可否）	195
第29問	逮捕に伴う捜索・差押え（逮捕地点から被疑者を移動させた上で行われた被疑者の身体・所持品の捜索）	201
第30問	遺留物の領置（平成22年司法試験設問1参考）	209
第31問	任意提出物の領置（令和5年司法試験設問1参考）	217

被疑者の防御活動

第32問	接見指定の可否・内容（令和3年予備試験設問2参考）	225
------	---------------------------	-----

公訴時効

第33問	併合罪の関係にある事実についてなされた訴因変更請求による公訴時効の停止	233
------	-------------------------------------	-----

訴因の特定

第34問	訴因の特定に必要な不可欠な事実（識別説VS防御説）	239
第35問	一連の暴行による複数の傷害が包括一罪を構成する場合における訴因の記載の方法	247
第36問	覚せい剤自己使用罪の日時・場所・方法についての幅のある記載	255

訴因変更の要否

第37問	殺人罪の共謀共同正犯の訴因において訴因と異なる実行行為者を認定する場合（平成25年予備試験設問2参考）	263
第38問	単独犯の訴因において共同正犯と認定する場合（平成24年司法試験設問2参考）	271
第39問	放火の方法について訴因と異なる認定をする場合	277
第40問	縮小認定（殺人罪の訴因→傷害致死罪で認定）	283
第41問	共謀の成立日時について検察官の釈明内容と異なる認定をする場合（平成29年予備試験設問2参考）	289

訴因変更の可否

第42問	窃盗罪→盗品無償譲受罪（平成26年司法試験設問2参考）	297
第43問	住居侵入罪→住居侵入罪及び窃盗罪	305

裁判所の審判対象

第44問	横領後の横領	311
------	--------	-----

公判前整理手続

第45問	公判前整理手続終了後における被告人側の新たな主張・供述等（平成28年司法試験設問4参考）	319
------	--	-----

証拠能力

第46問	同種前科証拠による犯人性の立証（平成28年予備試験設問2参考）	327
------	---------------------------------	-----

自白

第47問	約束自白（平成27年司法試験設問2参考）	337
	第三者の不任意自白の証拠能力（同上）	
第48問	偽計自白（平成21年旧司法試験第2問参考）	345
	不任意自白の派生的証拠（同上）	
第49問	反復自白（平成21年旧司法試験第2問参考）	351
第50問	補強法則（被告人の自白）	357
第51問	補強法則（共犯者の自白）	365

伝聞法則

第52問	伝聞証拠に当たる被告人の供述書	371
	伝聞証拠に当たる第三者の証言	
第53問	心理状態の供述（平成23年司法試験設問2参考）	379
第54問	捜査報告書全体の性質（平成23年司法試験設問2参考）	385
	メールの存在・内容自体が要証事実となる場合（同上）	
第55問	捜査報告書全体の性質（平成22年司法試験設問2参考）	391
	会話の存在・内容自体が要証事実となる場合（同上）	
第56問	要証事実を定める際の立証趣旨の拘束力	397
	絶対的特信情況	
第57問	犯行計画メモ（平成27年司法試験設問2参考）	405
第58問	領収書（平成30年司法試験設問2参考）	411
第59問	ビデオテープ	417
第60問	ビデオテープ（平成17年旧司法試験第2問参考）	423
第61問	再伝聞（平成23年司法試験設問2、平成20年司法試験設問1参考）	429
	特信書面（平成20年司法試験設問1参考）	
	絶対的特信情況（平成23年司法試験設問2、平成20年司法試験設問2参考）	
第62問	検面調査の相対的特信情況（司法試験プレテスト参考）	437
第63問	共犯者の供述（平成23年司法試験設問2参考）	443
第64問	実況見分調書全体の性質（平成21年司法試験設問2参考）	449
	現場指示と現場供述の違い（同上）	
	要証事実を定める際の立証趣旨の拘束力（同上）	
第65問	実況見分調書全体の性質（平成25年司法試験設問2参考）	459
	現場指示と現場供述の違い（同上）	
第66問	弾劾証拠（平成20年旧司法試験第2問、平成29年司法試験設問2参考）	467
第67問	回復証拠（平成29年司法試験設問2参考）	475

違法収集証拠排除法則

第68問	違法性承継論・毒樹の果実論（大津事件参考）	481
------	-----------------------	-----

犯罪の証明

第69問	概括的認定（平成25年予備試験設問2参考）	491
------	-----------------------	-----

一事不再理効

- 第70問 盗品無償譲受罪（前訴）→窃盗罪（後訴）・・・・・・・・・・ 497
- 第71問 普通の傷害罪（前訴）→普通の傷害罪（後訴）（令和2年予備試験設問2参考）・・・・・・・・ 505
- 第72問 常習傷害罪（前訴）→普通の傷害罪（後訴）（令和2年予備試験設問2参考）・・・・・・・・ 511

第 1 問

(事案)

司法警察員 P は、内偵捜査により、甲が覚せい剤密売をしているとの疑いが生じたため、宅配便業者の営業所の長の承諾を得た上で、甲宅宛ての宅配便荷物（以下「本件荷物」という。）について外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察した（以下「本件エックス線検査」という。）。

本件エックス線検査は、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であり、これにより、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された。

なお、本件エックス線について、荷送人や荷受人甲の承諾は得ていない。

(設問)

本件エックス線検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。

(解説)

1. 出題の概要

第1問は、エックス線検査の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

ア. 「強制の処分」に関する規律

「強制の処分」は、刑事訴訟法に「特別の定」がある場合に限り、そこに定められた要件・手続に従ってのみ行うことができる(197条1項但書)。

基本的に、被疑者の会話録音、被疑者の容ぼう・姿態の撮影など、「強制の処分」に該当するか否かが不明瞭である捜査行為が行われた場合には、まず初めに、①強制処分法定主義との関係で、当該捜査行為の「強制の処分」該当性を検討することになる。検討の結果、「強制の処分」に該当する場合には、次に、②当該捜査行為について刑事訴訟法に「特別の定」(根拠規定)があるかを確認し、③「特別の定」がある場合には、「特別の定」の一環として規定されている令状主義の要請を満たしているか否かを確認する。

他方で、「強制の処分」に当たらない場合には、④捜査比例の原則との関係で、任意捜査の限界を論じることになる。

イ. 強制処分法定主義と令状主義の関係

(ア) いかなる場合に強制処分法定主義や令状主義に違反するのか

・ある捜査活動が「強制の処分」に該当した場合に、それが現行刑訴法で法定されている強制処分の類型に該当するのであれば、当該捜査活動には刑訴法上の「特別の定」があることになるから、強制処分法定主義(197条1項但書)には反しない。もっとも、現行刑訴法で定められている既存の強制処分の全てについて、その手続(要件)として令状主義が定められているから(憲法35条、刑訴法218条等)、当該捜査活動が現行刑訴法で法定されている「強制の処分」の類型に該当するにもかかわらずその類型に応じた令状に基づかないで行われたのであれば、令状主義に反するという意味で違法となる。

・ある捜査活動が「強制の処分」に該当した場合に、現行刑訴法で法定されている強制処分の類型に該当しないのであれば、当該捜査行為は、現行刑訴法上に「特別の定」がない「強制の処分」として、強制処分法定主義に反することになる。もっとも、令状主義違反とはならない。

(イ) 問題提起の仕方

強制処分法定主義は刑事手続上当該処分を用いることが一

基礎応用 9 頁、論証集 3 頁

基礎応用 9～10 頁、論証集 3

頁

一般的に許されるかに関する規律であるのに対し、令状主義は強制処分法定主義をクリアする強制処分を行う権限の個別具体的事案における発動を規律するものである。

しかも、令状主義の規律が及ぶのは、現行刑訴法で法定されている既存の強制処分の類型に該当するものだけである。

そうすると、「強制の処分」が第一次的に服することになる規律は強制処分法定主義であり、令状主義は、「強制の処分」のうち現行刑訴法で法定された既存の強制処分の類型に該当するものとの関係に限り第二次的に顕在化する規律にとどまる、という整理になる。

したがって、①『「強制の処分」に当たるのであれば、刑事訴訟法上の「特別の定」が必要である（197条1項但書）』という、強制処分法定主義との関係における問題提起が先行することになる。

①の問題提起を書いた後で、②「強制の処分」該当性を検討し、③「強制の処分」該当性が肯定される場合には、当該処分が刑訴法で法定された強制処分の類型に該当するのかを検討する。そして、③の検討において、法定された強制処分の類型に該当する場合には、強制処分法定主義には違反しないが、令状主義との関係でその類型に応じた令状が必要とされるから、無令状であるなど、その類型に応じた令状に基づかずに当該処分が行われたのであれば、令状主義違反となる。

(2) 「強制の処分」の判断基準

ア. 3つの判断基準

「強制の処分」の判断基準には、①昭和51年決定が示した「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」を意味するとする意思制圧説、②現在の有力な学説である「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分」を意味するとする重要権利利益実質的侵害説、③平成29年大法廷判決が示した「合理的に推認される「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」を意味するとする見解がある（平成30年司法試験採点実感）。

論文試験では、有形力行使類型（物理的な有形力の行使等、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされるような場合）では①意思制圧説を用い、盗聴等類型（相手方が認識していない状態で行われる処分）では②重要権利利益実質的侵害説を用いるという、二元的理解を前提とすれば足りる。

イ. ②重要権利利益実質的侵害説

(ア) 昭和51年決定との関係

基礎応用 10 頁、論証集 3 頁

最決 S51.3.16・百 1

最大判 H29.3.15・百 31

昭和 51 年決定は、「強制の処分」の要素として、「個人の意思を制圧」及び「身体・住居・財産等に制約」を挙げている。

本決定が「意思を制圧」について言及したのは、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされており、意思の制圧がその結果として生じる権利・利益の制約に差異をもたらすという事案だったからである。

強制処分については、その要件・手続を法律で定めることが必要とされている（197 条 1 項但書）うえ、現に法定されているものの要件・手続が令状主義と結合した厳格なものとなっている（憲法 35 条等）ことに照らせば、そのような保護に見合うだけの重要な権利・利益を実質的に制約する処分であることを要するというべきである。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反し、その重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(イ) 当てはめのポイント

(i) 「個人の意思に反する」

被侵害権利・利益を想定した上で、㉞その侵害を伴い得る捜査行為について承諾（現実の承諾、黙示の承諾）があるか否か→㉟現実の意思に反するか否か→㊱黙示の意思（合理的に推認される意思）に反するか否かという流れで検討する（事案によっては、㉞・㉟の検討を飛ばすことも可能である。）。

(ii) 「重要な権利・利益を実質的に制約する」

ここでは、㉞被侵害権利・利益の要保護性→㉟被侵害権利・利益の重要性→㊱被侵害権利・利益の制約が実質的であること、という流れで検討する（事案によっては、㉞の検討を飛ばすことも可能である。）。

㉟では、基本的に、憲法 35 条によって保障される「住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」と、憲法 35 条によって保障される「住居、書類及び所持品」に準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利を基準として判断する。

㊱では、制約の程度・態様に着目する。

(3) エックス線検査

平成 21 年決定は、エックス線検査が「強制の処分」に当たると解している。

事案：警察官は、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、宅配便業者の営業所の長の承諾を得ただけで、A 社事務所に配達される予定の宅配便荷物について外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察するという方法でエックス線検査を行った。

要点：本決定は、「本件エックス線検査は、…その射影によって荷物

基礎応用 12 頁 [論点 2]、論証集 3 頁 [論点 2]

最決 H21.9.28・百 30、基礎応用 14 頁 [判例 1]、論証集 4 頁 [判例 1]

の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。」と述べた。¹⁾

本件エックス線検査は、宅配便業者の承諾を得て実施されたものである。もっとも、本決定は、被侵害利益を内容物に対するプライバシーと捉えているから、内容物に対するプライバシーの主体は荷送人や荷受人であって宅配便業者ではない以上、宅配便業者の承諾により強制処分該当性を否定することはできない。

本決定は、本件エックス線検査を「検証」に当たると解している。本件エックス線検査は、警察官らがエックス線検査装置の助けを借りつつ視覚により荷物の内容物の形状や材質を観察するものであるから、「検証」に当たるとの解釈は素直である。もっとも、本件では、現場検証のように対象物の性状が認識されればそれで事足りたわけではない。特に、5回目のエックス線検査は監視付移転による薬物事犯の捜査の一環として薬物の在中をあらかじめ把握する行為にほかならず、その実質は「捜索」ではないかとの疑問も呈しうる。

なお、エックス線検査のため一時的に荷物を持ち出す行為は、検証という強制処分（あるいはその令状）の本来的効力ないし「必要な処分」（222条1項・129条）として許容されよう。

¹⁾ 強制処分該当性は、裁判所の事後的な違法判断において問題となるものであるにとどまらず、当該捜査行為を行うためには法律上の特別の根拠及び令状が必要であるかという捜査機関側の行為規範にも関係するものであるから、事前の予測判断としての判断枠組みにより判定されるべきものである。

このように、「強制的処分」該当性の判断は、事前の予測判断という性質上、捜査行為を抽象化・一般化して行われるという意味で、類型的な判断である。

そのため、個別事案における必要性・緊急性が考慮されないどころか、法益侵害の内容も類型的に把握されることになる。すなわち、強制処分該当性の判断においては、事前の予測判断が可能となる程度にまで捜査行為を抽象化一般化し類型的に把握する必要がある、事前の予測判断ができなくなる個別事情は考慮されないのである。

だからこそ、宅配便荷物のエックス検査の「強制的処分」該当性を肯定した最高裁決定は、「内容物によっては」「その品目等を相当程度具体的に特定することも可能」であるという判断にとどめており、実際に品目等をどの程度具体的に特定できたのかということにまでは立ち入っていない（基礎応用13頁・3）。

(参考答案)

1. 本件エックス線検査が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である(197条1項但書)。

(1)「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2)まず、本件荷物には荷送人及び荷受人甲のプライバシー権が帰属しているところ、本件エックス線検査は荷送人及び荷受人甲の承諾を得ないで行われているから、本件エックス線検査について荷送人及び荷受人甲の現実の承諾はない。また、荷送人及び荷受人甲のいずれにおいても、宅配便荷物については、内容物を確認されずに荷送人から荷受人に宅配されることを前提にしているから、荷送人及び荷受人甲の黙示の承諾があったともいえない。したがって、本件エックス線検査は、荷送人及び荷受人甲の意思に反する。なお、本件エックス線検査は宅配便業者の営業所の長の承諾を得て行われているが、同長は宅配便に係るプライバシー権を処分できる立場にはないから、同長の承諾をもって本件エックス線検査が被処分者の意思に反するものではないと説明することはできない。

次に、前記の通り、宅配便荷物については、荷送人及び荷受人のいずれにおいても、内容物を確認されずに荷送人から荷受人に宅配されることを前提にしているから、その内容物についての秘匿性が高といえ、そこには憲法35条1項で保障される「住居、書類及び所持品」に準ずる私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシー権が帰属している。

そして、本件エックス線検査は、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー権を大きく侵害する性質のものであるから、荷受人及び荷受人甲の上記意味での重要なプライバシー権を実質的に制約するものである。

したがって、本件エックス線検査は「強制の処分」に当たる。

2. 本件エックス線検査は強制処分法定主義に服するところ、これは視覚的作用により宅配便荷物の内容物の形状や材質を認識して保全するものだから、刑訴法上の「検証」に当たる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。

もっとも、「検証」は令状主義に服するから(憲法35条1項、刑訴法218条1項)、本件エックス線検査は、検証許可状なくして行われた点で令状主義違反として違法である。以上

第 2 問

(事案)

司法警察員 P らは、何者かにより V が殺害される事件が発生し、捜査を進める過程で、甲が何者かと共謀して V を殺害したとの疑いが生じたため、甲が V 殺害について共犯者と会話をする可能性があると考えた。そこで、P らは、甲と共犯者との間における V 殺害についての会話内容を録音しようと考えた。

P らは、甲方 (F マンション 5 0 1 号室) の隣室である F マンション 5 0 2 号室が空室であったことから、同室を賃借して引渡しを受け、同室に待機して甲の動静を探ることにした。

P が、F マンション 5 0 2 号室ベランダに出た際、甲も、甲方ベランダに出て来て、携帯電話で通話を始めたが、直ぐに甲方内に戻った。

P らは、同 5 0 2 号室の居室の壁越しに甲方の居室内の音声を聞き取ろうとしたが、壁に耳を当てても音声は聞こえなかった。そこで、P らは、隣室と接する壁の振動を増幅させて音声として聞き取り可能にする機器 (以下「本件機器」という。) を使用することにし、本件機器を同 5 0 2 号室の居室の壁の表面に貼り付けると、本件機器を介して甲方の居室内の音声を鮮明に聞き取ることができた。そして、P らは、約 1 0 時間にわたり、本件機器を介して甲方の居室内の音声を聞き取りつつ、本件機器に接続した I C レコーダにその音声を継続して録音した (以下「本件録音」という。)

(設問)

本件録音の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第2問は、会話の秘密録音（のうち会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合）の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

会話の秘密録音には、会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合と、会話の一方当事者の同意を得た上で聴取・録音する場合とがある。

いずれの秘密録音についても、学説の重要権利利益実質的侵害説により「強制の処分」該当性を判断し、「強制の処分」該当性が否定された場合には任意捜査の限界を論じるという手順により適法・違法を判断することになる。

(2) 会話の両当事者に内密に行われる秘密録音

ア. 「強制の処分」

まず、秘密録音は甲乙双方に内密に行われているため、甲や乙の現実の承諾はない。また、自宅は閉鎖性の高い私的領域であるため、会話当事者は自宅内での会話の内容を他者から聴取されたり録音されたりすることについて受容していないのが通常であるから、秘密録音は合理的に推認される甲や乙の意思に反する。

次に、秘密録音の被侵害権利は会話内容についてのプライバシー権であり、これについては、撮影行為に準じて考えて、会話の場所に注目して、(i) みだりに会話内容を録音されない自由という意味でのプライバシー権の制約にとどまるのか、それとも(ii) 「住居、書類及び所持品」又はこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利という意味での重要なプライバシー権まで制約するのかを問題にするべきである。例えば、公道など、開放性があるために他人から会話内容を聴取されること自体は受忍すべき場所における会話を録音したにとどまる場合には、(i) が制約されるにすぎないから、被侵害権利が「重要な権利・利益」に当たるとはいえず、秘密録音は「強制の処分」に当たらない。これに対し、自宅など閉鎖性の高い私的領域内における会話を録音した場合には、(i) のみならず(ii) まで制約されているといえるから、被侵害権利が「重要な権利・利益」に当たるとはいえる。その上で、録音の鮮明性、時間などを考慮して、録音による重要なプライバシーに対する制約が「実質的な制約」に至るのであれば、「強制の処分」に当たる。

そして、秘密録音が「強制の処分」に当たる場合、秘密録音は、聴覚的作用により会話の存在・内容等を認識することにより証拠として保全するものであるため、刑訴法上の「検証」に当たることになる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。もつ

平成 27 年司法試験設問 1 参考

基礎応用 29 頁(4)ア、論証集

9 頁(4)ア

とも、「検証」は令状主義に服するから（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条 1 項）、検証許可状なくして行われたのであれば令状主義違反として違法となる。

イ. 任意捜査の限界

秘密録音が「強制の処分」に当たらない場合には、昭和 51 年決定の判断基準に従って、任意捜査の限界を論じることになる。

(ア) 捜査比例の原則に従った比較衡量判断

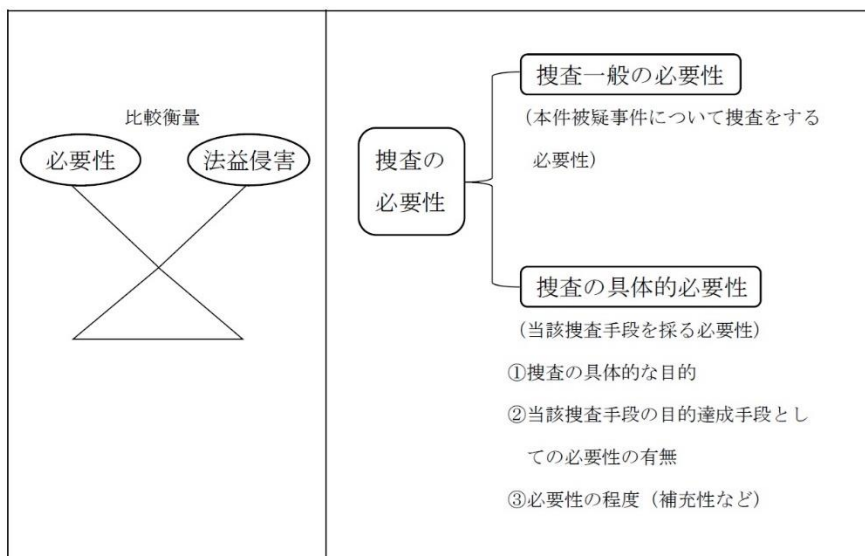
昭和 51 年年決定は、任意捜査の限界について、「強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」と述べている。

「具体的状況のもとで相当といえる」が上位規範であり、これは、当該捜査手段の必要性と対象者に生じる法益侵害とを比較衡量し、両者間に合理的権衡が保たれていることを意味する。

すなわち、「具体的状況のもとで相当といえる」が上位規範、「必要性」の存在は上位規範の前提要件（最低・必要条件）、「必要性」の程度は上位規範の考慮要素、「緊急性など」は「必要性」の程度を基礎づける一要素、という整理になる。

以上を前提として、任意捜査の限界は、捜査の必要性の有無 → 捜査の必要性の程度 → 法益侵害の有無・大小 → 捜査の必要性と法益侵害との合理的権衡の有無という流れで論じる。

[図]



(イ) 比較衡量判断の方法

(i) 「必要性」の存否・程度

まず初めに、比較衡量の天秤の片側の皿に乗る「必要性」の存否・程度を検討する。

基礎応用 17 頁 [論点 1]、論証集 6 頁 [論点 1]、最決 S51.3.16・百 1、

基礎応用 17 頁・2、論証集 6 頁・2

④ 「必要性」の中身

捜査の「必要性」は、①捜査一般の必要性（当該被疑事件について捜査する必要性があること）と、②当該捜査手段の具体的必要性（特定の捜査目的を達成するために当該捜査手段を用いる必要性）からなる。必要性とは、ある目的を達成する手段としての必要性であるから、①と②のいずれにおいても、前提として、目的の存在及びその正当性が要求される。

①捜査一般の必要性は、公訴を提起・維持するために必要な証拠を収集・保全することという捜査一般の目的を前提として論じられる。被疑事件の重大性は、第一次的には、捜査一般の必要性に関するものとして考慮される。^{1) 2)}

②当該捜査手段の具体的必要性とは、特定の捜査目的を達成するために当該捜査手段を用いる必要性、換言すると、当該捜査手段が特定の捜査目的を達成する手段として役に立つことを意味する。

⑤ 「必要性」の程度

①・②により「必要性」があるといえる場合には、さらに、①・②の程度から「必要性」の程度を明らかにする。

①の程度は、事件の性質・重大性、嫌疑の程度、証拠の収集・保全の状況等から判断される。

②の程度は、⑦捜査目的を達成できるより侵害的でない他の手段を容易に採り得たとはいえないこと（補充性）、⑧緊急に捜査を行う必要性（緊急性）、⑨当該捜査手段により得られることが見込まれる情報や証拠の重要性等から判断される。³⁾

(ii) 「法益侵害の内容・程度」

「必要性」の存在・程度まで認定したら、天秤の反対側の皿に乗る「法益侵害の内容・程度」を検討する。

¹⁾ 捜査一般の目的は、公訴の提起ないし維持の準備にある。例えば、最初から公訴提起の可能性がないことが明らかな事件については、①が否定される。他方で、親告罪について告訴（訴訟条件）がない場合であっても、告訴が将来得られる可能性があるときには、それに備えて捜査をする必要性は否定されていないが、当該犯罪が親告罪とされている趣旨に配慮して慎重に捜査を進めるべきである。これまでの捜査によって既に当該事件について公訴を提起・維持するのに十分な証拠が収集・保全されるに至ったときには、さらなる捜査の必要性が否定されることもある（リークエ 35～36 頁参照）。

²⁾ 例えば、これまでの捜査によって既に当該事件について公訴を提起・維持するのに十分な証拠が収集・保全されるに至っているのであれば、さらなる捜査の必要性を欠くとして、①が否定される（リークエ 36 頁参照）。

³⁾ ⑧緊急性は、時間的な意味で「今やっておく必要がある」という意味で、必要性の高さを根拠づけるものである（リークエ 37 頁）。例えば、証拠が散逸する蓋然性がある事案や、会話内容や現行犯の状況などのように直ちに録音・録画等をしなければ消失してしまう性質の証拠を獲得しようとする事案では、証拠を緊急に保全する必要性が認められる（緑 59～60 頁、平成 27 年採点実感）。

「法益侵害の…程度」としては、「重要な権利・利益の実質的な侵害」に当たらない法益侵害の中で、どの程度の法益侵害として評価されるのかということの問題にする。

(iii) 法益侵害と必要性との間の合理的権衡

最後に、「法益侵害の内容・程度」が前に認定した必要性との間で合理的権衡が保たれているものにとどまっている（あるいは、とどまっていない）として、「具体的状況の下で相当と認められる限度」という上位規範の充足性について結論を示す。

(ウ) 当てはめのポイント

秘密録音が被疑事件に関する会話内容を証拠として保全することを目的としていることから、秘密録音の必要性が認められるためには、少なくとも、①その場所で、その時間に、対象者が被疑事件に関する会話をする蓋然性が認められることを要する。また、②秘密録音では、被疑事件に関する会話は、それがなされるのと同時に消失していくものであるから、消失前に証拠として保全するために録音をする緊急の必要性もあるとの理由から、緊急性が認められる。

他方で、③秘密録音によるプライバシー侵害の大小では、⑦会話内容の内密性（会話内容が私生活や人格権にかかわるような内密性のあるものであるか）、⑧会話の場所の閉鎖性又は開放性（他人から会話を聴取されることを容認すべき場所であるかどうか）、⑨秘密録音の時間などが考慮される。

なお、①ないし③は、会話の一方当事者の同意を得て行われる秘密録音の場合も妥当する。

(参考答案)

1. 本件録音が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である(197条1項但書)。

(1) 「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2) まず、本件録音について甲の現実の承諾ない。また、自宅は秘匿性の高い私的領域であるから、居住者は、そこでの会話内容を他者から聴取されたり録音されることについては受容していないのが通常である。したがって、本件録音は甲の意思に反する。

次に、甲方の居室内は、甲の支配領域である上、ベランダなどと異なり閉鎖的な空間である。そのため、甲方の居室内における甲の通話の内容については、憲法35条1項が保障している「住居」等の私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシーが及んでいる。

そして、本件録音は、人間の聴力を大きく超えた収音能力を備えた本件機器をもって、約10時間にもわたって、居室内の通話内容を鮮明に聴取・録音するものであるから、捜査機関が居室内に盗聴器を設置して継続的・網羅的に居住者等の私的領域に侵入しているに等しいものであると評価できる。そのため、本件録音は、上記意味での重要なプライバシーを実質的に制約するものであるともいえる。

したがって、本件録音は、「強制の処分」に当たる。

2. 本件録音は、聴覚の作用により甲の通話の存在・内容等を認識して保全するものであるから、刑訴法上の「検証」に当たる。したがって、強制処分法定主義には違反しない。

もっとも、「検証」は令状主義に服するから(憲法35条1項、刑訴法218条1項)、本件録音は、検証許可状なくして行われた点で令状主義違反として違法である。 以上

第3問

(事案)

司法警察員P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、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の近くにいた司法警察員Pは、喫茶店において、上記の会話内容をICレコーダーに録音した(以下「本件録音」という)。なお、本件録音については、捜査への協力の一環として、事前にAから承諾を得ていた。

(設問)

本件録音の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、本件録音の適法性の前提として、おとり捜査の適法性について言及する必要はない。

(解説)

1. 出題の概要

第3問は、会話の秘密録音（会話の一方当事者の同意を得た上で聴取・録音する場合）の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

平成24年予備試験参考、平成22年司法試験設問2参考

2. 解答のポイント

(1) 問題の所在

会話の秘密録音には、会話の両当事者に内密に聴取・録音する場合と、会話の一方当事者の同意を得た上で聴取・録音する場合とがある。

いずれの秘密録音についても、学説の重要権利利益実質的侵害説により「強制の処分」該当性を判断し、「強制の処分」該当性が否定された場合には任意捜査の限界を論じるという手順により適法・違法を判断することになる。

(2) 会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音

基礎応用 30 頁(4)イ、論証集 9 頁(4)イ

ア. 「強制の処分」

会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音については、話者のプライバシーの主要な要素である会話内容の秘密性が会話の相手方に委ねられていることから、話者の一方の同意により会話録音による完全な意味でのプライバシー侵害はなくなるため、被侵害権利・利益は「重要な権利・利益」に当たらないとの理由から、「強制の処分」に当たらないと解されている。

このように、会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音については、上記の理由から一律に「強制の処分」に当たらないと解されているため、少なくとも「強制の処分」該当性では、会話の場所（閉鎖性の高い私的領域であるか否か）や録音の方法（人間の聴力を超える集音能力を有する特殊な機器の使用の有無など）に着目して具体的に論じる必要はない。

平成3年千葉地判も、「一般に、対話者の一方当事者が相手方の知らないうちに会話を録音しても、対話者との関係では会話の内容を相手方の支配に委ねて秘密性ないしプライバシーを放棄しており、また、他人と会話する以上相手方に対する信頼の誤算による危険は話者が負担すべきであるから、右のような秘密録音は違法ではなく、相手方に対する信義とモラルの問題に過ぎないという見方もできよう。しかし、それは、相手方が単に会話の内容を記憶にとどめ、その記憶に基づいて他に漏らす場合に妥当することであって、相手方が機械により正確に録音し、再生し、さらには話者（声質）の同一性の証拠として利用する可能性があることを知っておれば当然拒否することが予想されるところ、その拒否の機会を与えずに秘密録音することが相手方のプライバシーないし人格権を多かれ少なかれ侵害することは否定できず、いわんやこのような録音を刑事裁判の資料とすることは司法の廉

千葉地判 H3.3.29・百10

潔性の観点からも慎重でなければならない。したがって、捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべきである。」として、会話当事者の一方の同意を得て行う秘密録音は「強制の処分」に当たらないと解している。

(イ) 任意捜査の限界

秘密録音が「強制の処分」に当たらないことを論じた後は、昭和51年決定の判断基準に従って任意捜査の限界を論じることになる。

秘密録音が被疑事件に関する会話内容を証拠として保全することを目的としていることから、秘密録音の必要性が認められるためには、少なくとも、①その場所で、その時間に、対象者が被疑事件に関する会話をする蓋然性が認められることを要する。また、②秘密録音では、被疑事件に関する会話は、それがなされるのと同時に消失していくものであるから、消失前に証拠として保全するために録音をする緊急の必要性もあるとの理由から、緊急性が認められる。

他方で、③秘密録音によるプライバシー侵害の大小では、④会話内容の内密性（会話内容が私生活や人格権にかかわるような内密性のあるものであるか）、⑤会話の場所の閉鎖性又は開放性（他人から会話を聴取されることを容認すべき場所であるかどうか）、⑥秘密録音の時間などが考慮される。

ウ. 裁判例

事案：被告人 X は、中核派の構成員であり、千葉土地収用委員会委員である A にその職を辞させるため、同人宅に電話し、土地収用委員会を辞めなければ A やその妻に危害を加える旨を告げることで A を脅迫したとして、職務強要罪（刑法 95 条 2 項）で起訴された。

千葉地判 H3.3.29・百 10

この事件の捜査の過程で、警察官 P らは、X の所属する中核派の事務所（三里塚闘争会館）を令状捜索した際に、ネクタイピン型のマイクを自己着用ネクタイの真ん中に装着し、小型録音機を小型バックの中に携帯して、同会館内の各所で立会人となった A らとの会話を同人らに気付かれないようにしてカセットテープに録音した。

判旨：「・・・略・・・捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のも

とで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべきである。

これを本件について検討するに、録音の経緯、状況は前述のとおりであって、千葉県収用委員会委員等に対する電話による脅迫事件について、三里塚闘争会館において令状により適法に捜索差押をする際に、その事件の犯人が中核派の構成員である容疑が濃厚であり、同会館内には右構成員が在所していたことから、右事件に関連する証拠として被告人を含む中核派構成員の音声を録音する必要があったこと、被告人は相手方が警察官であること及び右捜索差押の被疑事実の概要を了知した上で警察官との会話に応じていること、その会話は捜索差押の立会いに関連することのみでプライバシーないし人格権にかかわるような内密性のある内容ではないこと、録音を担当した警察官らは捜索差押担当の警察官に対する被告人の会話を被告人に気付かれないようにその側で録音してただけで、被告人に強いて発言させるために何ら強制、偽計等の手段を用いていないことが認められる。

以上の諸事情を総合すれば、被告人を含む中核派構成員らが本件犯行を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある上、本件録音の全過程に不当な点は認められず、また、被告人の法益を侵害する程度が低いのに比し、電話による脅迫という事件の特質から秘密録音（わが国では、いまだこれに関する明文の規定がない。）によらなければ有力証拠の収集が困難であるという公益上の必要性が高度であることなどにかんがみると、例外的に本件秘密録音を相当と認めて許容すべきであると解される。」

(参考答案)

1. 本件録音が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である(197条1項但書)。

(1) 「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2) 本件録音は、会話の一方当事者の同意を得て行われた会話録音である。話者のプライバシーの主要な要素である会話内容の秘密性が会話の相手方に委ねられていることから、話者の一方の同意により会話録音による完全な意味でのプライバシー侵害はなくなる。したがって、本件録音は、個人の重要な権利・利益を制約するとはいえず、「強制の処分」に当たらない。

そうすると、本件録音は「特別の定」の有無にかかわらず強制処分法定主義に反しない。また、無令状でも令状主義に反しない。

2. では、任意捜査(197条1項本文)としても適法か。

(1) 任意捜査であっても、捜査比例の原則により、必要性、緊急性なども考慮した上で具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要な」捜査として適法であると解する。

(2) Aの供述から、暴力団組員甲がAに対して覚せい剤の購入を持ち掛けた事実が認められる。そうすると、Aから覚せい剤を購入する旨の申込みを受けた場合に甲が了承する可能性が高いから、喫茶店において甲・A間で覚せい剤密売に関する会話がなされる蓋然性が高い。したがって、喫茶店における甲・A間の会話内容を甲による覚せい剤密売に関する証拠として録音して保全する必要性がある。

また、覚せい剤密売が暴力団の資金源となることが多いため、甲については、Aに対して一度だけ覚せい剤の購入を持ち掛けたことがあるだけでなく、暴力団の資金調達の一環として、組織的かつ常習的に、不特定多数の者に対して覚せい剤を密売していた疑いが認められる。このような覚せい剤密売は暴力団の資金源になり得るうえ、覚せい剤の利用者を増大させることで社会秩序を破壊し得るから、早急に犯人を検挙する必要性がある。しかも、覚せい剤密売では、秘密裏に行われるという性質上、犯人検挙に繋がる証拠を獲得するのが困難であり、実際にAからの情報だけでは甲を検挙することが困難であった。これらの事情に、通常の見方のみでは甲を検挙することが困難であったことも考慮すると、おとり捜査を行った上で、喫茶店における甲・A間の会話内容を甲による覚せい剤密売に関する証拠として録音して保全する必要性が高かったといえる。

しかも、覚せい剤密売に関する会話は、それがなされるのと同時

に消失していくものであるから、消失前に証拠として保全するために録音をする緊急の必要性もある。

他方で、喫茶店は、住宅のように閉鎖性の高い場所ではなく、少なくとも周囲にいる他者から会話を聴取されること自体は容認される場所であるから、そこでの会話の内容に関するプライバシーの要保護性は低いといえる。

このことに、会話内容は覚せい剤密売に関することのみであり、プライバシーないし人格権にかかわる内密性のある内容ではないことも併せ考慮すれば、本件録音による法益侵害は大きくなく、前記必要性との間で合理的権衡を失するものではないから、具体的状況のもとで相当であるといえる。

したがって、本件録音は任意捜査の限界を超えるものではなく、適法である。 以上

第 4 問

(事案)

1. 近年、高齢者を狙ったリフォーム詐欺が横行しており、司法警察員 P らは、V (70 歳、女性) 及びその長男 W から、V が何者かによるリフォーム詐欺に遭い、リフォーム代金として 100 万円を騙し取られたとの被害申告を受けた。その際、V は、P らに対し、犯人から受け取った領収書 (㊟の部分に A 工務店の代表者として甲の名字が刻された認め印が押されているほかは、全てプリンターで印字されている。以下「本件領収書」という。) を提出した上で、「100 万円の詐欺の被害に遭いました。犯人から言われた内容は、被害当日にメモに書きました。犯人は中肉中背の男でしたが、顔はよく覚えていません。ただ、犯人が、『A 工務店』と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていたことは覚えています。ステッカーは、直径 5 センチメートルくらいの小さな円形のもので、工具箱の側面に貼られていました。」と説明した。
2. P らが所要の捜査を行ったところ、本件領収書に記載された住所には、実際に A 工務店の事務所 (以下「本件事務所」という。) が存在することが判明した。

本件事務所は、前面が公道に面した平屋建ての建物で、玄関ドアから外に出るとすぐに公道となっていた。また、同事務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下ろされており、両隣には建物が接しているため、公道からは同事務所内を見ることができなかった。

P らは、午前 10 時頃、本件事務所付近の公道上に止めた車両内から同事務所の玄関先の様子を見ていたところ、同事務所の玄関ドアの鍵を開けて中に入っていき中肉中背の男を目撃した。その男が甲又は A 工務店の従業員である可能性があると考え、P は、同日午前 11 時頃、その男が同事務所から出てきた際に、同車内に設置していたビデオカメラでその様子を撮影した (以下「本件撮影」という。)。P が撮影した映像は全体で約 20 秒間のものであり、男が同事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿が、容ぼうも含めて映っているものであった。

(設問)

下線部の本件撮影の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第4問は、犯人特定のためのビデオカメラによる撮影の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) ビデオカメラによる撮影

例えば、被疑者の犯人性を判断することや、犯行の現行犯的状况を証拠として保全することを目的として、被疑者の容ぼう・姿態がビデオカメラで撮影されることがある。

(2) 適法性判断

ア. 「強制の処分」

初めに、強制処分法定主義や令状主義との関係で、ビデオカメラによる撮影が「強制の処分」(197条1項但書)に当たるかが問題となり、この場合における「強制の処分」該当性は、写真撮影と同様、学説の重要権利利益実質的侵害説(具体的には、被疑者の意思に反して重要な権利利益を実質的に制約するものであるか否か)により判断される。

まず、ビデオカメラによる撮影が被疑者の意思に反するか否かが問題となる。この点については、写真撮影と同様に考えてよい。例えば、被疑者が認識していない状態で、公道上での被疑者の容ぼう・姿態がビデオカメラにより撮影された事案であれば、開放性のある公道では他人から容ぼうを観察されること自体は一般的に容認されているといえる一方で、そこにいる者として、他人から容ぼうを観察されることを超えて他人から撮影されることまでは容認していないのが通常であるとの理由から、合理的に推認される被疑者の意思に反すると論じることになる。

次に、「重要な権利・利益の実質的な制約」についても、写真撮影と同様に考えてよい。すなわち、公道上での容ぼう・姿態を撮影したにとどまるのであれば、(i)公道上でみだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由が制約されているにとどまるため、被侵害権利たるプライバシーが「重要な権利」に当たらないとの理由から、「強制の処分」該当性が否定される。実際に、平成20

決定は、公道(及びパチンコ店内)における被害者の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影した事案において、「強制の処分」該当性が認められないことを前提として、任意捜査の限界について判示している。

これに対し、「住居」等、通常、人が他人から容貌等を観察されることがなく、他人から見られていないとの合理的期待が認められる私的領域内における被疑者を撮影する場合には、(i)に加えて、(ii)憲法35条の保障対象である「住居、書類及び所持品」やこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利とい

平成30年司法試験設問1参考

基礎応用26頁(3)イ、論証集
8頁(3)

最決 H20.4.15・百9

う意味での重要なプライバシー権が制約されることになるから、「強制の処分」に該当することになる。例えば、屋外から望遠レンズを用いて住居内に居る人の容貌等を撮影する場合や、室内に隠しカメラを設置して住居内に居る人の容貌等を撮影する場合がこれに当たる（なお、厳密には、重要なプライバシー権が「実質的に制約」されているといえて初めて、「強制の処分」該当性が認められる。）。

ビデオカメラによる撮影についても、仮に「強制の処分」に当たった場合には、刑訴法上の「検証」に位置付けられるため強制処分法定主義には違反しないが、令状主義に服するため検証許可状なく行われたのであれば令状主義違反として違法となる。

イ. 任意捜査の限界

ビデオカメラによる撮影が「強制の処分」に当たらない場合、任意捜査の限界が問題となる。

京都府学連事件大法廷判決は、公道上における写真撮影の任意捜査としての適用要件として、①現行犯的状况があること、②証拠保全の必要性和緊急性があること、③撮影方法が相当であることの3つを挙げている。

ビデオカメラによる撮影の場合には、①現行犯的状况（＝「現に犯罪が行われもしくは行われたのち間がないと認められる場合」）を欠くのが通常であるため、仮に①ないし③を撮影行為全般の絶対的要件であると理解するならば、ビデオカメラによる撮影については任意捜査としての適法性が原則として否定されることになる。

もっとも、平成20年決定は、犯人特定目的に基づき公道上及びパチンコ店内における被疑者の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影した事案において、京都府学連事件大法廷判決は警察官による人の容ぼう・姿態の撮影が現行犯的状况の認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したものではないと述べた上で、⑦被疑者が犯人である疑いを持つ合理的な理由の存在（＝合理的嫌疑の存在）が認められる場合に、④犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するために（ex 防犯ビデオに写っていた人物の容貌・体型等と被疑者の容貌・体型等との同一性の有無）、⑤これに必要な限度において、⑥通常、人が他人から容貌等を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所で行われたのであれば、任意捜査として適法であるとしている。

ここでは、京都府学連事件大法廷判決が適法要件として挙げる①現行犯的状况が、⑦合理的嫌疑の存在に置き換わっている。

この現行犯的状况は、撮影という捜査手段を用いる一般的必要が高度に認められる一場面の例示にすぎないのであって、上記大法廷判決が現行犯的状况に限って撮影行為を許容する趣旨であ

最大判 S44.12.24・百9版9

最決 H20.4.15・百9

るとは解されない。

また、昭和 51 年決定が示した任意捜査の適法性の判断枠組みは、当該捜査行為の必要性とこれによる法益侵害との比較衡量によるものであるから、事案ごとに適法要件に違いが生じることが許容され、ある判例・裁判例において判示中に明示されていない要素を別の事案において考慮することは必ずしも否定されないし、判示中に明示されている要素がある別の事案で適法性を認める上での不可欠の要件になるとも限らないといえる。

したがって、犯人特定のための公道上及びパチンコ店内におけるビデオカメラによる撮影については、上記㉗～㉜を任意捜査の適法要件とすることができ、これは京都府学連事件大法廷判決に抵触するものではない。

なお、必要性の当てはめでは、犯人特定の目的を達成するために甲を対象としてビデオカメラで撮影する必要性について丁寧に論じることが重要である。平成 30 年司法試験の採点実感は、本問の類題において、『必要性』とは、特定の具体的な捜査手段を用いる必要性を指し、本問についてこの点を論じるに当たっては、なぜ『甲を』『ビデオカメラで撮影する』必要があるか、すなわち前者については甲を被写体として選択する理由となるその嫌疑の内容及び程度について、後者については捜査手段としてビデオカメラによる撮影という方法を採用する必要性について、これにより達成すべき捜査目的との関係を踏まえて検討すべきであるが、甲の嫌疑の内容及び程度を基礎付ける具体的事実を指摘できていない答案や、本問のような、いわゆるリフォーム詐欺が重大犯罪であることといった、本件の捜査一般の必要性に関わる事情を指摘するにとどまる答案が散見された。」としている。

(参考答案)

1. 本件撮影が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である(197条1項但書)。

(1) 「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。

(2) まず、開放性のある公道では他人から容ぼうを観察されること自体は一般的に容認されているものの、そこにいる者としては、他人から容ぼうを観察されることを超えて他人から撮影されることまでは容認していないのが通常である。したがって、本件撮影は甲の意思に反する。

次に、本件撮影により、甲の容ぼうについてのプライバシーが制約される。撮影の対象は、事務所という私的領域の玄関先であるとはいえ、開放性のある公道における人の容ぼうにすぎない。このような容ぼうについては、みだりに容貌等を撮影されない自由が及んでいるにとどまり、憲法35条1項によって保障される「住居」等の私的領域に侵入されないという意味での重要なプライバシーが及んでいるとはいえない。

したがって、本件撮影は、個人の重要な権利・利益を制約するものではないから、「強制の処分」に当たらない。

(3) そうすると、本件撮影は、「特別の定」の有無にかかわらず強制処分法定主義に反しないし、無令状でも令状主義(憲法35条1項、刑訴法218条1項)に反しない。

2. では、任意捜査(197条1項本文)として適法か。

(1) 任意捜査であっても、捜査比例の原則により、必要性、緊急性なども考慮した上で具体的状況のもとで相当といえる場合に、「必要な」捜査として適法であると解する。

そして、京都府学連事件大法廷判決が要件として挙げている現行犯的状况は、撮影という捜査手段を用いる必要性が高度に認められる一場面の例示にすぎないから、絶対的な要件ではないと解する。

(2) まず、高齢者を狙ったリフォーム詐欺という近年多発している重大事件である本件詐欺事件について捜査をする一般的必要性がある。

次に、本件詐欺事件は、その性質上、第三者の目撃供述がないのが通常であるし、Vも犯人の顔をよく覚えていないため、犯人を特定する必要がある。

さらに、本件詐欺事件においてVが犯人から受け取った本件領収書の㊦部分にはA工務店の代表者として甲の名字が刻された認め印が押されているとともに、本件領収書に記載された住所には上記

の認め印の印影と一致する A 工務店の事務所（本件事務所）が存在していた。しかも、被害者 V は、本件メモにおいて、犯人が「A 工務店」と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていたと供述している。これらの事実から、A 工務店の代表者甲又はその従業員が犯人である可能性が認められるから、犯人を特定するために、V が説明した犯人の容貌と A 工務店の代表者甲又はその従業員の容貌が一致するかどうかを確認する必要がある。

そして、本件事務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下ろされており、両隣には建物が接しているため公道から本件事務所内を見ることができない状況にあった。このような状況下で、周囲に気が付かれることなく、V が説明する犯人の特徴と比較することができる程度に具体的且つ正確に本件事務所を出入りする人物の特徴を把握するためには、本件事務所付近の公道上に止めた車両内に設置されたビデオカメラによる撮影・録画という本件撮影を行うことが必要であったといえる。

加えて、本件におけるリフォーム工事詐欺は、判断能力が低下している高齢者を狙い打ちしている点及び全国的に横行している点で悪質・重大な犯罪であるといえ、その犯人に関する証拠の価値は高いといえるから、その証拠を収集・保全するために本件撮影を実施する必要性は高い。

他方で、撮影対象が公道上の容貌にとどまり本件事務所内は含まれていないこと、撮影時間が約 20 秒にとどまること、及び望遠レンズを用いていないことからすれば、本件撮影によるプライバシー侵害は前記必要性和合理的権衡が認められる限度にとどまるといえる。

したがって、本件撮影は、具体的状況のもとで相当といえ、任意捜査として適法である。 以上

第 5 問

(事案)

1. 司法警察員 P 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 P から受け取ったビデオカメラをかばんに隠し、令和 4 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、P は、A からその提供を受けた。
2. P 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、P は、甲を覚せい剤取締法違反で現行犯逮捕した。

(設問)

(事案) 中の 1 記載の捜査の適法性について論じなさい。

なお、ビデオカメラによる録音録画については、論じなくてよい。

(解説)

1. 出題の概要

第5問は、おとり捜査の適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

平成24年予備試験参考

2. 解答のポイント

(1) おとり捜査の意義

おとり捜査とは、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、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掛け、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」捜査手法をいう。

基礎応用 31頁(5)、論証集 10頁(5)、最決 H16.7.12・百11

この定義によれば、捜査機関やその協力者による積極的な働き掛けが必要であるから、積極的な働き掛けをすることなく、相手方が犯罪に出るところを待って検挙するという手法は、おとり捜査ではないことになる。

おとり捜査は、機会提供型（捜査機関やその協力者による働き掛け行為の時点までに、対象者が、過去に同種同態様の犯行を反復継続している等、機会があれば犯行に出る見込みがあった場合）と、犯意誘発型（そのような事情がなかった場合）に分類される。

(2) 適法性判断

おとり捜査の適法性も、「強制の処分」該当性→任意捜査の限界という枠組みを前提として論じることになる。

ア. 「強制の処分」

おとり捜査については、刑事訴訟法に「特別の定」がないから、これが「強制の処分」に該当するのであれば、強制処分法定主義（197条1項但書）に違反することとなる。

基礎応用 31頁 [論点2]、論証集 10頁 [論点3]

確かに、おとり捜査は、犯罪を行わない自由を侵害するという意味で、憲法13条が保障している人格的自律権を侵害とも思える。

しかし、対象者は犯罪が禁止されていることを理解した上で自らの意思で犯罪を実行しているのだから、働き掛けをしている者の身分や意図について錯誤があるにすぎず、(法的保護に値する)意思決定の自由が侵害されているとはいえないと解すべきである。

したがって、おとり捜査は、重要な権利・利益を制約するものではないから、「強制の処分」に当たらない。

よって、おとり捜査は、強制処分法定主義に反しない。

イ. 任意捜査の限界

おとり捜査には、捜査の公正に反するうえ、刑罰法規の保護法益の侵害が生じるという問題点がある。そこで、おとり捜査の適法性は、①おとり捜査を許すべきといえるだけの必要性がある、かつ、②捜査の公正・法益侵害という問題を考慮した上で相当と

基礎応用 32頁 [論点3]、論証集 11頁 [論点3]

いえる場合に肯定されると解する。

①おとり捜査の必要性は、㉗対象者に対する嫌疑、㉘対象犯罪の重要性、㉙証拠の収集・保全の状況（収集・保全済みの証拠だけで対象者を犯人として検挙できるか）、㉚補充性（通常の捜査方法のみでは対象者を犯人として検挙することが困難）を要素とする。これらのうち、㉗・㉚の認定は必須である。

②おとり捜査の相当性は、㉛捜査の公正に反する程度・㉜法益侵害性の2点から判断される。㉛では、捜査機関側による対象者に対する働きかけ・関与の程度が問題となり、機会提供型・犯意誘発型の区別は㉛として考慮される。㉜では、直接の被害者の有無、現実の間の被害者の有無、被害法益の内容・性質、現実の被害の程度・態様などを考慮する。

平成16年決定は、薬物事犯における機会提供型のおとり捜査の適法性が問題となった事案において、「少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、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、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ことは、刑法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。」と述べ、おとり捜査の適法要素として、㉞直接の被害者がいない犯罪・㉟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として行われ・㊱補充性（通常の捜査方法のみでは犯人の検挙が困難）を挙げている。もっとも、本決定は、「少なくとも」㉞～㊱の要素が備わっている場合にはおとり捜査が許されると述べており、この場合に限っておとり捜査が許されるわけではない。例えば、㉞については、法益侵害が軽微で、直ちに回復が可能である場合などは、直接の被害者がいる犯罪についても、おとり捜査が許容される余地が残されており、また、㉟についても、他の要素との関係で、犯意誘発型のおとり捜査が適法に行いうる場合があるのかは明らかではない（犯意誘発型の場合、働き掛けの態様が強度にならざるを得ないがゆえに、典型的に相当性を欠くという理解もありうるし、相当性以前の問題として、機会があれば犯罪を行う意思があるという疑いさえない者につき、そもそも、おとり捜査を行う必要性が認められるのかという疑問もあろう。）。

最決 H16.7.12・百11

判例講座 I 247～248 頁

(参考答案)

1. 司法警察員 P は、甲を覚せい剤密売の犯人として検挙するために、捜査協力者 A をして、甲に対して覚せい剤の密売を持ち掛けており、これはおとり捜査に該当する。おとり捜査が「強制の処分」に当たるなら、これについて刑事訴訟法上「特別の定」が必要である（197 条 1 項但書）。
 - (1) 「強制の処分」には刑訴法上の特別の根拠規定が必要とされる上、現に法定されている強制処分の要件・手続は令状主義と結合した厳格なものである。

そこで、「強制の処分」とは、個人の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を意味すると解する。
 - (2) おとり捜査では、対象者は犯罪が禁止されていることを理解した上で自らの意思で犯罪を実行しているため、法的保護に値する意思決定の自由の侵害はない。

したがって、おとり捜査は、個人の権利・利益を制約するものではないから、「強制の処分」に当たらない。

よって、おとり捜査は、特別の根拠規定がなくても強制処分法定主義に反しない。また、無令状でも令状主義（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条 1 項）に反しない。
2. もっとも、任意捜査（197 条 1 項本文）として適法といえるか。
 - (1) おとり捜査は、それを許すべきといえるだけの必要性和、捜査の公正・法益侵害という問題を考慮した上での相当性がある場合に、任意捜査として適法であると解する。
 - (2) A の供述から、暴力団組員甲が A に対して覚せい剤の購入を持ち掛けた事実が認められる。そして、覚せい剤密売が暴力団の資金源となることが多いため、甲については、A に対して一度だけ覚せい剤の購入を持ち掛けたことがあるだけでなく、暴力団の資金調達の一環として、組織的かつ常習的に、不特定多数の者に対して覚せい剤を密売していた疑いが認められる。このような覚せい剤密売は暴力団の資金源になり得るうえ、覚せい剤の利用者を増大させることで社会秩序を破壊し得るから、早急に犯人を検挙する必要がある。しかも、覚せい剤密売では、秘密裏に行われるという性質上、犯人検挙に繋がる証拠を獲得するのが困難であり、実際に A からの情報だけでは甲を検挙することが困難であった。これらの事情に、通常の方法のみでは甲を検挙することが困難であったことも考慮すると、甲を検挙するためにおとり捜査を行うことを許すべきといえるだけの必要性が認められる。

他方で、甲が A に対して覚せい剤購入を持ち掛けたことがあるという事実から、甲には機会があれば覚せい剤密売を行う意思があったといえる。しかも、A からの「覚せい剤 100 グラムを購入したい。」との申込みに対し、甲が難色を示すことなく「100 グラムなら 100

万円だ。今日の午後 10 時にここで待つ。」と答えている。これらの事情から、本件おとり捜査は、甲の犯意を誘発するものではなく、機会があれば覚せい剤密売を行う意思を有していた甲に対して覚せい剤密売の機会を提供したにとどまるものであるうえ、機会提供のための働き掛けも執拗なものではなかったといえる。そのため、捜査の公正さに反する程度は小さい。さらに、覚せい剤密売が少なくとも直接の被害者がいない犯罪であることからすれば、生じた法益侵害も大きくない。したがって、本件おとり捜査は、態様の相当性もあり、適法である。

以上

第 6 問

(事案)

1. 司法警察員 P 及び Q は、令和 4 年 7 月 1 日午前 10 時 45 分、「G 県 H 市内の路上に停車中の自動車内に、大声で叫ぶ不審な男がいる。」との住民からの通報を受け、同日午前 10 時 55 分、通報のあった路上にパトカーで臨場したところ、停車中の自動車の運転席に甲を認め（以下、同自動車を「甲車」という。）、その後方にパトカーを停車させた。甲は、エンジンの空吹かしを繰り返して発進せず、全開の運転席窓から大声で意味不明な言葉を発していた。P が甲に対し、「どうしましたか。」と声を掛けると、甲は、「何でもねえよ。」と答えた。P は、甲から運転免許証の提示を受け、Q に対し、甲の犯歴を照会するよう指示した。
2. 甲には、目の焦点が合わず異常な量の汗を流すなど、覚せい剤使用者特有の様子が見られた。また、同日午前 11 時、甲には、覚せい剤取締法違反の有罪判決を受けた前科がある旨の無線連絡があった。そこで、P は、甲につき、覚せい剤の使用及び所持の疑いを抱いた。

P は、甲から尿の提出を受ける必要があると考え、Q を甲車助手席側路上に立たせ、自らは甲車運転席側路上に立ち、甲に対し、「違法薬物を使っていないかを確認するので、H 警察署で尿を出してください。」と言った。甲は、「行きたくねえ。」と言い、甲車を降りて H 警察署とは反対方向に歩き出し、2、3メートル進んだが、P は、「どこに行くのですか。」と言って甲の前に立ち、進路を塞いだ。すると、甲は、「仕方ねえ。」と言い、甲車運転席に戻った。その後、P は、甲の左肘内側に赤色の真新しい注射痕を認めて、覚せい剤使用等の疑いを強め、「その注射痕は何ですか。H 警察署で尿を出してください。」と言ったが、甲は、「行きたくねえ。献血の注射痕だ。」と言った。

P は、H 警察署に連絡を取り、応援警察官 4 名を臨場させるよう求め、同 4 名は、同日午前 11 時 15 分に 2 台のパトカーで到着した。P は、これらのパトカーを P が乗って来たパトカーの後方に停車させた上、同 4 名をそのままパトカー内で待機させた。甲は、同日午前 11 時 20 分及び午前 11 時 25 分の 2 度にわたり甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだが、その都度 P は、「どこに行くのですか。H 警察署で尿を出してください。」と言って甲の前に立ち、進路を塞いだ。その都度甲は、「警察に行くくらいなら、ここにいる。」と言い、甲車運転席に戻った。その後、甲は、甲車助手席上のバッグからたばこを取り出したが、その際、P は、同バッグ内に注射器を認めた。そこで、P が甲に対し、「その注射器は何ですか。見せてください。」と言うと、甲は、「献血に使った注射器

だ。見せられない。」と言った。Pは、同注射器の存在や甲の不自然な言動から、覚せい剤使用等の疑いを一層強め、甲車の捜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする捜索差押許可状を請求することとした。

(設問)

(事案) 中の2に記載されている司法警察員Pらが甲を留め置いた措置の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第6問は、被疑者の留め置きの適法性に関する基本的な理解を問う問題である。

平成28年司法試験設問1参考

2. 解答のポイント

(1) 被疑者の留め置き

被疑者が説得に応じない場合には、裁判所に強制採尿令状を請求し、他の司法警察員が現場に同令状を持って来るまでの間、同令状を執行する被疑者の所在を確保しておくことを目的として、被疑者の留め置きが行われることがある。本問における留め置きも、これに当たる。

基礎応用 20 頁(1)イ、論証集 8 頁(1)

被疑者の留め置きについては、①まず初めに、強制処分法定主義や令状主義との関係で、司法警察員が被疑者を公道上に留め置いたことが「強制的処分」(197条1項但書)に当たるかが問題となり、この場合における「強制的処分」該当性は昭和51年決定の意思制圧説(具体的には、被疑者の意思を制圧してその行動の自由に制約を加えるものであるか否か)により判断される。

次に、②「強制的処分」に当たらない場合には、捜査比例の原則に従って、任意捜査の限界について論じることになる。

基礎応用 37 頁・1、論証集 12 頁・1

(2) 職務質問から捜査への移行

Pらによる甲の留め置きに先行して職務質問が行われているため、適法性が問われている留め置きは、職務質問を行うための「停止」行為(警職法2条1項)という行政警察活動と、捜査という司法警察稼働のいずれに当たるかが問題となる。

職務質問は、⑦過去に行われた犯罪のみならず、将来行われるであろう犯罪も対象としており、その点で犯罪の予防も目的とした制度である。また、④「何らかの」犯罪(警職法2条1項)といういまだ特定されていない犯罪をも対象としている点でも、特定の犯罪の解明・訴追を目的とする捜査とは異なる。

もっとも、職務質問は、過去の特定の犯罪に対する嫌疑に基づいて行われることもある。

そうすると、行政警察活動である職務質問と司法警察活動の区別が曖昧である事案が生じ得る。こうした事案では、具体的な嫌疑に基づき、特定の被疑事件に関する証拠の収集・保全を目的とした活動に至っているのであれば、特定の犯罪事件に関する公訴の提起・維持の準備を目的とした司法警察活動たる捜査に至っていると認定すべきである。

事案2の段階で、Pは、覚せい剤使用者特有の様子及び覚せい剤取締法違反の有罪判決を受けた前科に関する認識を通じて、甲について覚せい剤の使用・所持の疑いを抱き、かかる具体的な嫌疑に基づき、尿の任意提出という覚せい剤使用罪の証拠の収集・

保全を目的として、甲の留め置きを開始している。

したがって、事案2における留め置き（以下「本件留め置き」という。）の段階で、事案1の行政警察活動としての職務質問から特定の犯罪の証拠の収集・保全を目的とした司法警察活動としての捜査に移行している。

よって、甲の留め置きについては、捜査として、「強制の処分」該当性→任意捜査の限界という枠組みにより判断することとなる。

（3）裁判例

事案：警察官 P・Q は、12月26日午前11時5分頃、覚せい剤使用の容疑のある X が運転する車両を停止させ、午前11時10分頃から X に対する職務質問を開始したところ、X が目をキョロキョロさせ落ち着かない態度で素直に質問に応じず、エンジンを空ふかししたり、ハンドルを切るような動作をしたため、X 運転車両の窓から腕を差し入れ、X 運転車両のエンジンキーを引き抜いて取り上げた。

P らは、午前11時25分頃、X が覚せい剤取締法違反の前科4犯がある旨の無線連絡を受け、午後5時43分頃まで、X に対し職務質問を継続するとともに、警察署への任意同行を求めた。これに対し、X は、自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行をかたくなに拒否し続けた。

P らは、車に鍵をかけさせるためにエンジンキーをいったん X に手渡したところ、X が車に乗り込もうとしたので、両脇から X を抱えてこれを阻止した。

X は、エンジンキーを P らに戻し、以後、P らは、X にエンジンキーを返還しなかった。

この間、X は、その場の状況に合わない発言をしたり、騒いだりしていた。

午後5時45分頃、強制採尿令状の呈示が行われ、X が激しく抵抗したことから、X を病院に連行の上、午後7時40分頃から52分頃までの間に医師による X の尿採取が行われた。

本件では、尿の鑑定書の証拠能力との関係で、①P らが X からエンジンキーを取り上げた行為の適法性、②その後、P らが、X の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が X による運転を阻止し、約6時間半以上も X を本件現場に留め置いた措置の適法性、③違法収集証拠排除法則の3点が問題となった。

判旨：①「職務質問を開始した当時、X には覚せい剤使用の嫌疑があったほか、幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ、かつ、道路が積雪により滑りやすい状態にあったのに、X が

最決 H6.9.16・百2、基礎応用

21頁 [判例1]

自動車を発進させるおそれがあったから、前記の X 運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警察官職務執行法 2 条 1 項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法 67 条 3 項に基づき交通の危険を防止するため採った必要な応急の措置に当たるといえることができる。」

②「これに対し、その後 X の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が X による運転を阻止し、約 6 時間半以上も X を本件現場に留め置いた措置は、当初は前記のとおり適法性を有しており、X の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても、X に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、X の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものであるとして違法といわざるを得ない。」

③「しかし、右職務質問の過程においては、警察官が行使した有形力は、エンジンキーを取り上げてこれを返還せず、あるいは、エンジンキーを持った X が車に乗り込むのを阻止した程度であって、さほど強いものでなく、X に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また、路面が積雪により滑りやすく、X 自身、覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに、X があくまで磐越自動車道で宮城方面に向かおうとしていたのであるから、任意捜査の面だけでなく、交通危険の防止という交通警察の面からも、X の運転を阻止する必要性が高かったというべきである。しかも、X が、自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行をかたく拒否するという態度を取り続けたことを考慮すると、結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるといえることができ、右のような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。これら諸般の事情を総合してみると、前記のとおり、警察官が、早期に令状を請求することなく長時間にわたり X を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが、その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。…（中略）…そうであるとすると、X から採取された尿に関する鑑定書の証拠能力を肯定することができ、これと同旨の原判断は、結論において正当である。」

(参考答案)

1. 事案2の段階で、Pは、覚せい剤使用者特有の様子及び覚せい剤取締法違反の有罪判決を受けた前科に関する認識を通じて、甲について覚せい剤の使用・所持の疑いを抱き、かかる具体的な嫌疑に基づき、尿の任意提出という覚せい剤使用罪の証拠の収集・保全を目的として、甲の留め置きを開始している。

したがって、事案2における留め置き（以下「本件留め置き」という。）の段階で、事案1の行政警察活動としての職務質問から特定の犯罪の証拠の収集・保全を目的とした司法警察活動としての捜査に移行している。

そこで、以下では、捜査として適法性を検討する。

2. 本件留め置きが「強制の処分」（刑事訴訟法197条1項但書）に当たるのであれば、それは令状なく甲を逮捕したものとして逮捕令状主義（憲法33条、刑訴法197条1項本文、199条）に違反する。

(1) 刑訴法所定の逮捕等の強制処分は、相手方の意思を制圧する態様でその権利利益を侵害するため、厳格な手続・要件に服せしめられている。

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を意味すると解する。

(2) Pは、午前11時、午前11時20分及び午前11時25分の3度にわたり、「どこへ行くのですか。」「H警察署で尿を提出してください」と言って、甲車を降りて歩きだした甲の前に立ち、その進路を塞いだ。これにより、甲の行動の自由が制約されている。

しかし、これらはいずれも口頭による説得行為にとどまるものであり、有形力の行使を伴うものではない。また、甲は、抵抗することなく説得に応じて甲車の運転席に戻っている。

したがって、本件留め置きは、甲の意思を制圧して行動の自由を制約するものとはいえず、「強制の処分」に当たらない。

よって、本件留め置きは、逮捕令状主義には違反しない。

3. 次に、任意捜査（197条1項本文）の限界を超えないか。

(1) 任意捜査であっても、比例原則の適用を受けるから、必要性、緊急性なども考慮した上で具体的状況のもとで相当といえる場合に限り適法である。

(2) 午後11時、覚せい剤使用者の特有の様子及び前科に関する無線連絡により甲に覚せい剤使用及び所持の疑いが認められたから、H警察署で尿を提出してもらうための説得を行うために、甲を留め置く必要があった。また、その際に有形力は行使されていない上、留め置いた時間は午前11時から午前11時30分までの30分間だけであるから、甲の行動の自由の侵害は小さいといえる。

したがって、本件留め置きは、その必要性とこれによる行動の自

由の侵害との間の合理的均衡が保たれているといえ、具体的状況の下で相当であるから、適法である。 以上

第7問

(事案)

1. 司法警察員PとQが、令和4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。
2. 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づき、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いますね。服の上から触らせてもらうよ。」と言って、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、刃物等の凶器であると考えても矛盾しない形状の物が入っている感触を得た。そのため、Pは、甲が刃物等の凶器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、逃げようとしたため、Pが甲の左腕を右手で掴んだところ、甲は、これを振り払うや、Pの顔面を右手のこぶしで1発強く殴ったため。その直後、Pらは甲を公務執行妨害の被疑事実で現行犯逮捕した。

(設問)

下線部の行為の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

なお、所持品検査の適法性については論じなくてよい。

(解説)

1. 出題の概要

第7問は、職務質問のための有形力行使に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

(1) 職務質問

警職法2条1項は、「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る相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知つていると認められる者を停止させて質問することができる。」として、挙動不審（これは「不審事由」ともいう。）を要件として警察官が職務質問をすることができる旨を定めている。

(2) 職務質問のための有形力行使

ア. 職務質問の要件

警職法2条1項の挙動不審（不審事由）は、職務質問自体の適法性のみならず、「職務質問に付随して…行うことができる」とされる所持品検査及び職務質問を行うために「停止させ…る」行為としての有形力行使の適法性の前提要件という意味でも検討を要する。

イ. 有形力行使の可否

警職法2条1項及び2項は、職務質問及びそのために停止させること・任意同行を求めることを定めている。他方で、警職法2条3項は、「刑事訴訟に関する法律によらない限り、身柄を拘束され、又はその意思に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない。」と定めている。ここに挙げられている「身体を拘束」・「意思に反して…連行」・「答弁を強要」は例示であって、要するに、警職法2条3項は、職務質問及びそれに付随する行為は任意処分として許容されうるにとどまり、強制にわたってはならないことを定めているのである。これらの規定との関係で、職務質問を行うための「停止」行為としての有形力を行使することの可否が問題となる。

まず、警職法2条3項が同条項所定の行為について「刑事訴訟法に関する法律の規定によらない限り…されることはない」と規定していることから、刑訴法上の「強制の処分」（刑訴法197条1項但書）に当たるような行為は警職法によっては許容されない強制処分であるとされているといえる。そこで、職務質問を行うための「停止」行為（警職法2条1項）は、①強制にわたらないものであることを要すると解する。

次に、警察比例の原則（警職法1条2項参照）の適用により、上記停止行為は、①強制にわたらないものであっても、②職務質

平成30年予備試験設問1参考、平成18年司法試験設問1参考

基礎応用37頁・2、論証集12頁・2

基礎応用39頁「論点1」、論証集12頁「論点1」

問及びこれを行うための停止行為の必要性・緊急性、個人の法益
と公共の利益との権衡などを考慮して具体的状況のもとで相当
と認められる限度において許容されると解する。

(参考答案)

1. 下線部の行為は、職務質問のために「停止させ…る」(警職法 2 条 1 項) 行為であるから、その適法性の前提として職務質問の要件を満たすことを要する。

H 県 I 市 J 町では凶器を利用した強盗等の犯罪が多発していることと、同町の路地にたたずんでいたところ P と目が合うや急に慌てた様子で走り出したという甲の不審な挙動から、甲は「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者」に当たる。

したがって、P が下線部の行為に先行し、甲に対し「服の下に何か持っていますか。」と質問したことは、職務質問として適法である。

よって、下線部の行為の適法性の前提要件を満たす。

2. 次に、職務質問のために「停止させ…る」行為として有形力を行使することの可否及び限界が問題となる。

- (1) 警職法 2 条 3 項が刑法によらなければ強制処分が許されないと規定しているため、停止行為は、①強制にわたってはならないと解する。

また、警察比例の原則(警職法 1 条 2 項参照)の適用により、停止行為は、②職務質問及びこれを行うための停止行為の必要性、緊急性、個人の法益と公共の利益との権衡などを考慮して具体的状況のもとで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 が甲の左腕を右手で掴んだ行為は、甲がこれを振り払うことができていることから、甲の意思を制圧する態様のものではなく、強制にわたるものではない(①)。

また、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、甲の腹部が P の右手に一瞬当たった際に、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て、甲のシャツの上からへそ付近を右手で触ったところ、刃物等の凶器であると考えても矛盾しない形状の物が入っている感触を得た。これにより、P は、甲が刃物等の凶器を隠し持っている可能性があると考えた。J 町では凶器を利用した強盗等の犯罪が多発していることも踏まえると、P の考えには合理性があり、甲には服の下に刃物等の凶器を隠している疑いが認められる。そのため、甲による凶器を利用した犯罪を未然に防止するために、甲が服の下に隠している物を確認するべく、甲に対する職務質問を継続する必要性が高かった。しかも、甲が逃げようとしたのだから、それを阻止するために甲の左腕を掴む必要性もあった。しかも、下線部の行為によって実現され得る公益は、甲が凶器を利用した強盗・傷害といった重大犯罪を未然に防止するという要保護性の高いものであるのに対し、甲の左腕を右手で一瞬掴むことによる甲の法益侵害は小さいから、両者間の権衡も保たれている。

したがって、下線部の行為は、具体的状況の下で相当といえる(②)。

よって、下線部の行為は、職務質問のために「停止させ…る」行為として適法である。 以上

第 8 問

(事案)

司法警察員 P と Q が、令和 4 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 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いますね。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、② Q 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。

(設問)

下線部①及び②の各行為の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(解説)

1. 出題の概要

第8問は、所持品検査に関する基本的な理解を問う問題である。

2. 解答のポイント

警職法が所持品検査について規定していないため、所持品検査の可否・限界が問題となる。

(1) 可否

昭和53年判決は、①「警職法は、その2条1項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。」と述べ、明示的な根拠規範(警職法2条1項)を有する職務質問と所持品検査との間の密接関連性及び必要性・有効性を理由として、所持品検査の根拠規範を警職法2条1項の解釈することで、「警職法…2条1項…による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。」と解している。

このように、所持品検査は職務質問の付随行為として行い得るものであるため、その前提要件として、「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る相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っていると認められる者」という警職法2条1項所定の職務質問の挙動不審要件(不審事由要件)

(2) 限界

昭和53年判決は、「所持品検査は、任意手段である職務質問の付随行為として許容されるのである」との理由から、②「所持品検査は、…所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であること」、③「職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であって、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でな」としても、「搜索に至る「程度の行為」及び「強制にわたる」行為は一切許されない旨を述べた。

その上で、④「所持人の承諾のない…所持品検査」について、「所持品について搜索及び押収を受けることのない権利は憲法35条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であってもこれを受ける者の権利を害するものである」との理由から、所持品検査にも警察比例の原則(警職法1条2項)を適用することで、「搜索

平成30年予備試験設問1参考

米子銀行強盗事件・最判 S53.6.20・百4、基礎応用41頁[論点2]、論証集13頁[論点2]

に至らない程度の行為」であり「強制にわたらない」所持品検査は、「限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである。」として、㉗捜索に至らない程度の行為は、㉖強制にわたらない限り、㉗所持品検査の必要性・緊急性、個人の法益と公益との権衡などを考慮して具体的状況のもので相当と認められる限度で許容されると解している。

㉗「捜索に至らない程度の行為」は、所持品に係るプライバシー侵害の程度によって判断されるものであり、㉖「強制にわたらない」は、所持品に係るプライバシー侵害の程度においては捜索とまではいえないが、その際に、強度の有形力が行使されたような場合を意味する。

㉗は、警察比例の原則から導かれる判断枠組みであり、相当性判断における比較衡量の一方の秤には「所持品検査によって害される個人の法益」（＝「憲法 35 条の保障する」「所持品について捜索及び押収を受けることのない権利」）が乗り、もう一方の秤には「所持品検査の必要性」が乗る。

「所持品検査の必要性、緊急性」は、㉘容疑犯罪の軽重、㉙容疑の濃淡、㉚凶器所持の疑いの有無、㉛所持品検査の行われた時刻・状況等によって判断される。

他方で、「所持品検査…によって侵害される個人の法益」では、「携行中の所持品」ことに施錠されていないそれは、身につけている所持品或いは住居内にある所持品に比べてプライバシー保護の必要性が低いため、このように、所持品検査の許容限度は、同じバッグの開披行為であってもバッグの所持の態様によって異なるという点に留意する必要がある。また、「所持品検査…によって保護されるべき公共の利益」は、容疑犯罪の犯人の検挙、ひいては同一犯人による再犯の防止、社会不安の解消等を意味する。

(参考答案)

1. 下線部①は、所持人甲の承諾に基づかない所持品検査である。

(1) 所持品検査は、警職法2条1項に根拠を有する職務質問との間で密接関連性及び必要性・有効性を有するから、職務質問に附随して行う余地があると解する。

H県I市J町では凶器を利用した強盗等の犯罪が多発していることと、同町の路地にたたずんでいたところPと目が合うや急に慌てた様子で走り出したという甲の不審な挙動から、甲は「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者」に当たる。したがって、下線部①の所持品検査に先行するPによる甲に対する職務質問は適法である。

よって、P・Qは、同職務質問に付随して甲に対する所持品検査を行い得る。

(2) では、所持人の承諾を得ない所持品検査は許されるか。

ア. 所持品検査は任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て行うのが原則である。

もっとも、犯罪の予防・鎮圧という行政警察活動の目的の実効性を確保するために、所持人の承諾がない所持品検査も、㉞捜索に至らない程度の行為は、㉟強制にわたらない限り、㊱所持品検査の必要性・緊急性、個人の法益と公益との権衡などを考慮して具体的状況のもとで相当と認められる限度で許容されると解する。

イ. 下線部①は、甲のシャツの上からへそ付近を右手で触るにとどまるため、これによる甲の所持品に係るプライバシー侵害は軽微であるから、捜索に当たらない(㉞)。また、甲の意思を制圧するような有形力行使もないから、所持品検査を強制したともいえない(㉟)。

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、甲の腹部がPの右手に一瞬当たった際に、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ていた。J町では凶器を利用した強盗等の犯罪が多発していることも踏まえると、Pの考えには合理性があり、甲には服の下に凶器等の危険物を隠している疑いが認められる。そのため、甲による凶器等の危険物を利用した犯罪を未然に防止するために、甲が服の下に隠している物を確認すべき緊急の必要性が認められる。他方で、前記の通り下線部①によるプライバシー侵害は軽微であるから、下線部①の必要性とこれによるプライバシー侵害の権衡も保たれている。したがって、下線部①は、具体的状況のもとで相当といえる(㊱)。

よって、下線部①は、所持品検査として適法である。

2. 下線部②も、所持人甲の承諾に基づかない所持品検査であるから、

前記㉞ないし㉟に即してその適法性を判断する。

下線部㉠のうち、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、物にまつわるプライバシーのみならず身体にまつわるプライバシーまで侵害するものであるため、プライバシー侵害の程度が高いから、捜索に至っている(㉞)。

下線部㉠のうち、Qが背後から甲を羽交い絞めにして甲の両脇を腹部から引き離した行為は、実際に甲が腹部を押さえていた両手を引き離されていることから、相当強度な有形力を伴うものであるといえるため、甲の意思の制圧を伴う強制にわたっている(㉟)。

Pは、下線部㉠の際に、ペンケースくらいの大きさの物が入っているとの感触から、凶器の可能性は低いと考える一方で、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ていた。人の生命・身体に対して直接的な危険をもたらす凶器に比べて、規制薬物等の危険性は高くないと考えられるため、甲のシャツの中身を確認する必要性は、前述した㉞及び㉟における大きな法益侵害との間で権衡があるほど高度なものとはいえない。したがって、下線部㉠は、仮に㉞及び㉟に該当しなくても、具体的状況のもとで相当とはいえない(㉞)。

よって、下線部㉠は、所持品検査として違法である。 以上

(参考文献)

- ・「リーガルクエスト 刑事訴訟法」第3版(著:宇藤崇・松田岳士・堀江慎司-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法講義」第7版(著:池田修・前田雅英-東京大学出版会)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」第2版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」第2版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「刑事訴訟法」第2版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」第2版(著:緑大輔-日本評論社)
- ・「捜査法演習」初版(著:佐々木正輝・猪俣尚人-立花書房)
- ・「刑事公判法演習」初版(編:廣瀬健二-立花書房)
- ・「事例演習刑事訴訟法」第3版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第5版(監修:松尾浩也、編集代表:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「プラクティス刑事裁判」平成27年3月(司法研修所刑事裁判教官室)
- ・「刑事訴訟法判例百選」第11版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4年度(有斐閣)
- ・「判例教材 刑事訴訟法」第5版(編:三井誠-東京大学出版会)
- ・「法律学の争点シリーズ 刑事訴訟法の争点」第3版(編:松尾浩也・井上正仁-有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2023(日本評論社)
- ・「法学教室」2006.Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)