

#### 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、犯行の現行犯的状态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法要件として、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。

## 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。

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。

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

平成24年予備試験参考

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

基礎応用 31頁 [論点2]、論  
証集 10頁 [論点3]

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、甲車の搜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする搜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

例えば、①薬物事犯の疑いがある者に対し、警察署で尿を提出させるための説得の手段として、被害者を留め置いたり、②被疑者が説得に応じない場合に、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、①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「強制の処分」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。

(2) 職務質問から捜査への移行

基礎応用 37 頁・1、論証集 12 頁・1

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、㉞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、㉟「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なに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

(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)