

2021 年度前期 東北大学法科大学院 基幹刑事訴訟法
第 1 回 強制捜査と任意捜査 レジюме

(1) 強制捜査と任意捜査

(a) 総論

●捜査に必要な「取調」(刑訴法 197 条 1 項本文)

【設問 1-1】

刑訴法 197 条 1 項本文の「取調」という文言の意味は、刑訴法 198 条 1 項の「取り調べる」、同条 2 項の「取調」という文言の意味と同じか。仮に異なるとすれば、具体的にどのように異なるか。

※刑訴法 197 条 1 項本文の「取調」は、同項但書の「強制的処分」及びそれ以外の処分の両者を包摂する文言であるから、広く_____を指す¹。

【設問 1-2】

刑訴法において「取調」という用語が登場する場合、それらは各々どのような意味で用いられているか。㊦刑訴法 197 条 1 項、㊧刑訴法 198 条 1 項、223 条 1 項、㊨刑訴法 282 条 1 項、㊩刑訴法 43 条 3 項における用例の意味を比較・検討しなさい²。

【設問 1-3】

ある捜査手段が、その性質上、強制処分(刑訴法 197 条 1 項但書の「強制的処分」)に当たらない(任意処分に当たる)と解されるとしよう。この場合、捜査機関は、「この法律に特別の定」がなくとも当該手段を用いることになるが、これは、当該手段については、およそいかなる条文上の根拠も不要ということの意味するのか。

¹ 酒巻『刑事訴訟法(第 2 版)』23 頁、宇藤=松田=堀江『刑事訴訟法(第 2 版)』35 頁、『大コメ刑訴(第 2 版)(第 4 巻)』146 頁〔馬場義宣=河村博〕、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」58 頁。

² 『条解刑訴(第 4 版増補版)』368 頁。

【設問 1-4】

例えば、警察官が、被疑者の足取りを追うために、被疑者を尾行したり、被疑者の自宅付近やその他の場所で張込みを行いたいと考えているとしよう。このような尾行や張込みは、強制処分に当たるか。仮に当たらないとすれば、現行法上、このような尾行や張込みは、どのような条文上の根拠により行われることになるのか（あるいは、およそいかなる条文上の根拠も不要なのか）。

【設問 1-5】

最(一小)決平成 16・7・12 刑集 58 卷 5 号 333 頁 [24] は、おとり捜査（のうち同決定が言及する類型）につき、どのような条文上の根拠により行われるものと判示しているか（あるいは、およそいかなる条文上の根拠も不要と判示しているか）。

【設問 1-6】

ある捜査手段が、その性質上、強制処分に当たらない（任意処分に当たる）と解されるとしよう。この場合、捜査機関は、「この法律に特別の定」がなくとも当該手段を用いることになるが、そうである以上、捜査機関は、当該手段を用いるにあたり、およそいかなる制約も受けないことになるのか。この点につき、刑訴法 197 条 1 項本文は、どのように規定しているか。〔※詳細については、レジュメ 24 頁以下の「(c) 任意処分の適法性」を参照。〕

●強制処分法定主義（刑訴法 197 条 1 項但書）

【設問 2-1】

現行刑訴法が強制処分法定主義を採用しているのは、どのような理由によるものか³。

- ①強制処分の具体的な要件・手続を明示的に法定することにより，捜査機関による捜査活動を統制し，個人の法益に対する不当な侵害を防止する（自由主義的側面）
- ②強制処分の許容性及び具体的な要件・手続については，裁判所ではなく，国民の代表者からなる立法院を通じて，国民自身が決定する（民主主義的側面）

※強制処分と強制捜査，任意処分と任意捜査という用語は，相互に区別されることなく互換的に用いられる傾向があるが，厳密には，強制処分を用いる捜査を強制捜査，任意処分を用いる捜査を任意捜査と呼ぶ⁴。

【設問 2-2】

現行刑訴法が規定する強制処分には，具体的にどのようなものがあるか。

【設問 2-3】

強制処分に当たる捜査手段の許否については，令状主義による規律のみで足りる（強制処分の許否については，令状裁判官が判断すれば足りる）とは考えられないか。立法論として，例えば，刑訴法 197 条 1 項但書を，「強制の処分は，この法律に特別の定のある場合でなくとも，裁判官の発する令状により，これをすることができる」と改正することは妥当か。

【設問 2-4】

強制処分法定主義に例外は認められるか。「この法律に特別の定のある場合⁵」（刑訴法 197 条 1 項但書）でなくとも，強制処分を行うことが許される場合はあるか。仮にあるとすれば，具体的にどのような場合か。〔※設問 2-5 も参照。〕

³ 後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」59 頁。

⁴ 宇藤＝松田＝堀江『刑事訴訟法（第 2 版）』46 頁，後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」3 頁。

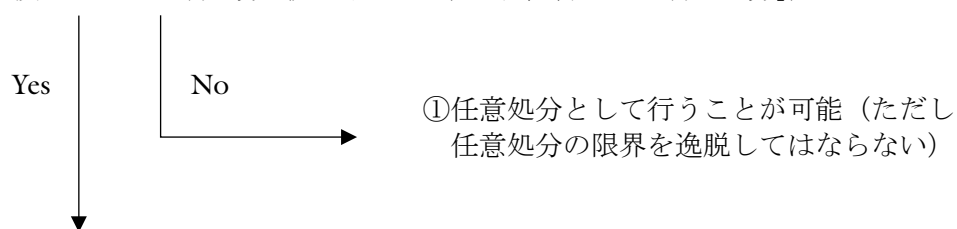
⁵ 「この法律に特別の定のある場合」とは，刑訴法 197 条 1 項本文とは異なる特別の規定により個別に根拠付けられていることを意味する（後掲・池田『強制処分法定』の根拠と適用基準」15 頁）。

【設問 2-5】

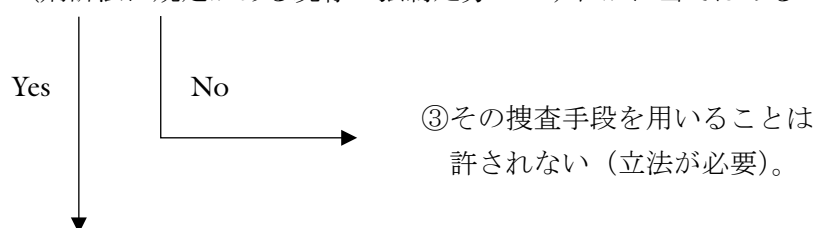
科学技術の進展により、新しい捜査手段が開発されたが、その捜査手段は、その性質上、強制処分に当たると解さざるをえない一方、刑訴法に規定されている既存の強制処分のいずれにも当たらないと解さざるをえないとしよう。この場合、その捜査手段を用いることは絶対に許されないのか。

※判例・通説の考え方

その捜査手段は強制処分（刑訴法 197 条 1 項但書の「強制の処分」）に当たるか？



その捜査手段に関する刑訴法の規定（刑訴法 197 条 1 項但書の「特別の定」）は存在するか？（刑訴法に規定がある既存の強制処分のいずれかに当てはめることは可能か？）



②既存の強制処分に関する刑訴法所定の要件・手続に従って行うことが可能

【設問 2-6】

最高裁は、いわゆる強制採尿が強制処分であることを前提としつつ、一定の条件を付記した捜索差押許可状に基づく強制採尿を認め（最(一小)決昭和 55・10・23 刑集 34 卷 5 号 300 頁 [119])、さらに、当該令状の効力として、対象者を採尿場所に強制的に連行することができるとしているが（最(三小)決平成 6・9・16 刑集 48 卷 6 号 420 頁 [122])、このような創造的解釈は強制処分法定主義の趣旨に反しないか。

【設問 2-7】

最高裁は、通信・会話の傍受・録音が強制処分であることを前提としつつ、通信傍受法の制定以前に、一定の限定的な状況のもとにおいて、検証許可状に基づく電話等の通信・会話の傍受・録音を認めていたが（最(三小)決平成11・12・16刑集53巻9号1327頁[128]）、このような創造的解釈は強制処分法定主義の趣旨に反しないか。

【設問 2-8】

最高裁は、いわゆる GPS 捜査が強制処分であることを前提としつつ、「GPS 捜査について、刑訴法 197 条 1 項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい」と判示しているが（最(大)判平成 29・3・15 刑集 71 巻 3 号 13 頁 [基礎資料 1 頁]）、このように解すべき理由につき、どのように述べているか。

【設問 2-9】

学説においては、「197 条 1 項但書きは、既成の強制処分〔逮捕・勾留、搜索・差押え等〕は各々の規定のとおり法定の令状主義に従う、という意味のもの〔である〕。それ以外の新しいタイプの強制処分〔通信傍受や写真撮影等〕については、端的に規定がないことになる。しかし、その規制の考え方としては、強制処分である以上、実質的な令状主義の精神は、197 条 1 項但書きの趣旨にてらし、妥当すべきである。そして、その性質により、写真〔撮影〕の場合は既存の強制処分よりゆるやかな規制で足りる〔実質的な令状主義の精神が妥当する限り、刑訴法に「特別の定」がなくとも行うことができる〕⁶」という見解が主張されている。

この見解が説くところの、「実質的な令状主義の精神は……妥当すべきである」というのは、具体的にどのような意味か。また、この見解（実質的な令状主義の精神が妥当する限り、刑訴法に「特別の定」がない強制処分であっても行うことができるという見解）は妥当か⁷。

⁶ 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（1996年）72頁。実質的に同旨の見解として、渥美東洋『刑事訴訟を考える』（1988年）7頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（2010年）13頁。

⁷ この点に関する詳細な検討として、後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」25～32頁。

●令状主義

【設問 3-1】

現行憲法及び現行刑訴法が令状主義を採用しているのは、どのような理由によるものか。

- ①対象者の重要な法益の侵害の許否を、捜査機関ではなく、中立的な立場にある裁判官による事前の司法審査にかからしめるという要請
- ②処分の対象者に対して、当該処分の具体的内容と、当該処分が裁判官の司法審査に基づくものであることを事前に示すという要請

【設問 3-2】

憲法 33 条は、逮捕につき、どのようなかたちで令状主義を定めているか。また、通常逮捕に関する刑訴法 199～203 条は、憲法 33 条の要請を、どのようなかたちで具体化しているか。

※逮捕状のサンプルとして、司法研修所監修『刑事第 1 審公判手続の概要——参考記録に基づいて（平成 21 年版）』（2009 年）97 頁に収録されているものを配布するため、適宜参照のこと。

【設問 3-3】

憲法 35 条は、捜索・押収につき、どのようなかたちで令状主義を定めているか。また、捜索・差押え（差押えは押収の一種である）に関する刑訴法 218～219 条は、憲法 35 条の要請を、どのようなかたちで具体化しているか。

※捜索差押許可状のサンプルとして、法務省法務総合研究所編『事件記録教材（第 2 号：殺人未遂被疑事件）』（2009 年）153 頁に収録されているものを配布するため、適宜参照のこと。

【設問 3-4】

強制処分に当たる捜査手段の許否については、強制処分法定主義による規律のみで足りる（強制処分の許否については、具体的な要件・手続を厳格に法定することを通じて捜査機関をコントロールすれば足りる）とは考えられないか。

【設問 3-5】

令状主義に関する前記①の要請（設問 3-1）に例外は認められるか。裁判官が令状を発付していない場合であっても，強制処分を行うことが許される場合はあるか。仮にあるとすれば，具体的にどのような場合か。

【設問 3-6】

令状主義に関する前記②の要請（設問 3-1）に例外は認められるか。裁判官が令状を発付している場合，当該令状を被処分者に対して事前に呈示することなく強制処分を行うことが許される場合はあるか。仮にあるとすれば，具体的にどのような場合か。

●任意捜査の原則（犯罪捜査規範 99 条）

同じ目的を達成するための捜査手段として、任意捜査と強制捜査の両方が可能な場合は、任意捜査を選択すべきである、という考え方

※任意捜査の原則が議論されるためには、任意捜査と強制捜査の両方が可能な状況が存在しなければならない。例えば、捜査の初期段階においては任意捜査が行われることが多いが、これは、単に、強制捜査の要件が満たされない（任意捜査しか選択肢がない）ことが多いからである。このような場合は、そもそも、任意捜査と強制捜査のいずれを行うべきか、という選択の問題が生じないのであるから、任意捜査の原則が適用される前提が欠けることになる。

【設問 4-1】

刑訴法 219 条 1 項は、捜索の対象として「場所、身体若しくは物」を挙げているところ、犯罪捜査規範 108 条は、このうちの「場所」に対する捜索につき、「人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶につき捜索をする必要があるときは、住居主又は看守者の任意の承諾が得られると認められる場合においても、捜索許可状の発付を受けて捜索をしなければならない」と規定している。

犯罪捜査規範がこのような規定を置いている（任意の承諾に基づく「場所」の捜索を禁止している）のは、どのような理由によるものか⁸。

【設問 4-2】

刑訴法 219 条 1 項は、捜索の対象として「場所、身体若しくは物」を挙げているところ、犯罪捜査規範は、このうちの「身体」（着衣等）と「物」（所持品や自動車等）については、任意の承諾に基づく無令状の捜索を禁止する規定を置いていない⁹。

犯罪捜査規範が、任意の承諾に基づく「身体」や「物」の捜索を禁止していないのは、どのような理由によるものか。

⁸ 酒巻『刑事訴訟法（第 2 版）』27～28 頁、後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」10 頁、後掲・池田「捜査に対する被処分者の同意の意義と有効性」6 頁。詳細な検討として、末広陽一「承諾による捜索の適法性」高麗邦彦＝芹澤政治編『令状に関する理論と実務Ⅱ』76 頁（2013 年）、村瀬均「承諾による捜索は許されるか」新関雅夫ほか編『増補令状基本問題（下）』283 頁（1996 年）。

⁹ なお、捜索の問題からは離れるが、犯罪捜査規範 107 条は、女子の身体に対する身体検査（検証の一種）につき、「女子の任意の身体検査は、行ってはならない。ただし、裸にしないときはこの限りではない」と規定し、対象者の承諾がある場合であっても、裸にしたうえでの身体検査を禁止している（そのような身体検査は、刑訴法 218 条 1 項後段の身体検査令状により行う必要がある）。

【設問 4-3】

仙台中央警察署の警察官Kらは、令和 2 年 10 月 1 日午前 8 時頃、殺人事件の被疑者 X が宿泊していた仙台市内のホテルの居室に赴き、X に対し、「警察署に同行のうえ取調べに応じてほしい」と申し向けたところ、X が同行を承諾したため、ホテルをチェック・アウトさせて中央署に同行し、午前 8 時 30 分頃、同署の取調室において取調べを開始した。取調べは長時間に及んだが、午後 10 時頃、X は犯行を自白した。

X の自白により通常逮捕の要件が満たされたと判断した K は、X に対する逮捕状を請求しよう考えたが、取調べの終了間際になり、X は、「賃料の不払いによって賃貸アパートを退去させられた後、ホテルやインターネット・カフェを転々としてきたが、もう所持金が 500 円しか残っていない。どこにも泊まる場所がないので、警察署の独居房に泊めてほしい」と強く希望した。

そこで、K は、逮捕状の請求を取りやめ、X の任意の承諾に基づき、それから同月 23 日午後 2 時に X が殺人罪と死体遺棄罪の訴因により起訴されるまでの間、同署の留置施設の独居房に X を宿泊させた（22 泊）。

このような K の措置（「承諾留置」と呼ぶ）は適法か¹⁰。

¹⁰ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」9～10 頁。

(b) 強制処分と任意処分の区別

●最(三小)決昭和 51・3・16 [1] 以前の見解

㊦有形力の行使や法的義務の賦課を伴う処分が強制処分に当たるとする見解¹¹

㊧有形力の行使や法的義務の賦課を伴わなくとも、個人の法益をその者の承諾を得ずに侵害する処分は強制処分に当たるとする見解¹²

【設問 1】

強制処分の定義（強制処分と任意処分の区別）に関する㊦や㊧の見解は、それぞれどのような問題（弱点）を抱えているか。具体例を挙げつつ説明しなさい。

●最(三小)決昭和 51・3・16 刑集 30 卷 2 号 187 頁 [1] による強制処分の定義

【設問 2-1】

被告人は、当初、どのような犯罪の嫌疑により、警察署に任意同行されているか。〔※判例の学習にあたり、当該事案の具体的な内容を確認することの意義については、レジュメ 21～23 頁を参照。〕

【設問 2-2】

その後、公判段階においてその適法性が問題となるところの、警察官が被告人に対して行使した有形力の内容は、具体的にどのようなものか。

【設問 2-3】

被告人は、警察官による有形力の行使（設問 2-2）に対し、どのように反応しているか。その結果、被告人は、どのような犯罪事実（被疑事実）により現行犯逮捕されているか。

¹¹ 団藤重光『條解刑事訴訟法（上）』（1950年）361頁、平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）82頁。なお、法的義務の賦課を伴う処分については、義務履行を直接的・間接的に強制する手段がある（義務違反に対する制裁がある）場合（例えば、刑訴法 226～228 条に基づく証人尋問）のみが強制処分に当たるとする見解と、そのような手段がない場合（例えば、刑訴法 197 条 2 項に基づく捜査関係事項照会）も強制処分に当たるとする見解の対立がある。

¹² 田宮裕編『刑事訴訟法 I』（1975年）129～130頁、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（1996年）71頁。

【設問 2-4】

被告人は、どのような犯罪事実（公訴事実）により起訴されているか。

【設問 2-5】

本決定は、冒頭、「原判決の事実認定のもとにおいて法律上問題となるのは、〔本件における警察官による有形力の行使〕が、任意捜査において許容されるものかどうか、である」という問題設定を行ったうえで、強制処分と任意処分の限界を論じている。

この点、本件における警察官による有形力の行使が「任意捜査において許容されるものかどうか」（任意処分として適法か否か）という問題は、どのような争点を解決するために検討されているのか。警察官による有形力の行使が「任意捜査において許容されるものかどうか」（任意処分として適法か否か）を決することにより、どのような争点に関するどのような結論が導かれることになるのか。〔※本問については、設問 2-4 が手がかりとなる。〕

【設問 2-6】

本決定は、どのように強制処分を定義しているか。

- ① _____
- ② _____
- ③ _____
- ④ _____

【設問 2-7】

本決定は、強制処分と任意処分の区別につき、具体的な事案の評価を行った部分（「これを本件についてみると……」と始まっている段落）において、①の要素につき、どのような当てはめを行っているか。また、その当てはめは妥当か。

【設問 2-8】

本決定は、強制処分と任意処分の区別につき、具体的な事案の評価を行った部分（「これを本件についてみると……」と始まっている段落）において、②の要素につき、どのような当てはめを行っているか。また、その当てはめは妥当か。

- 最(三小)決昭和 51・3・16 [1] 及び最(大)判平成 29・3・15 [基礎資料 1 頁] を手がかりに再構成されるべき強制処分の定義

個人の意思を制圧し、重要な権利・利益を実質的に侵害・制約する処分

㊦「個人の意思を制圧し」

ここにいう「意思を制圧し」とは、端的に「意思に反し」という意味であり¹³、対象者の同意・承諾がないことを指す¹⁴。対象者に知られることなく密行的に行われる処分については、現実の「意思」を確認することは不可能であるから、「意思の制圧」の有無は、最(大)判平成 29・3・15 に従い、「合理的に推認される個人の意思」に反するか否かにより判断する。

㊧「重要な権利・利益を実質的に侵害・制約する」

被侵害法益の重要性（当該法益の性質・内容）と法益侵害の程度（当該法益がどの程度侵害・制約されるか）の双方を加味する¹⁵。

※元来、最(三小)決昭和 51・3・16 は、捜査官と対象者が直接対面する状況のもとで行われる処分（対面型）につき、「意思の制圧」という文言を用いていた。他方、電話傍受に関する最(三小)決平成 11・12・16 刑集 53 卷 9 号 1327 頁 [128] や、エックス線検査に関する最(三小)決平成 21・9・28 刑集 63 卷 7 号 868 頁 [143] は、対象者に知られることなく密行的に行われる処分（密行型）につき、「通話当事者双方の同意を得ずに」、「荷送人や荷受人の承諾を得ることなく」と判示しており、「意思の制圧」という文言を用いていなかった。これを受け、学説上は、対面型の処分については「意思の制圧」が問題となるが、密行型の処分については「意思の制圧」は問題にならない、という区別を論ずる見解も主張された経緯がある¹⁶。

↓

その後、最(大)判平成 29・3・15 刑集 71 卷 3 号 13 頁 [基礎資料 1 頁] は、GPS 捜査の強制処分該当性につき、「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品

¹³ 後掲・川出「GPS 捜査」22 頁。

¹⁴ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」9 頁、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」63 頁。

¹⁵ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」12 頁、川出『判例講座 [捜査・証拠篇]』6 頁、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」66 頁。

¹⁶ 後掲・川出「任意捜査の限界」26～32 頁。

に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、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として、刑事法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる（〔最(三小)決昭和 51・3・16〕参照）」と判示するに至った。

↓

まず、本判決は、密行型の処分である GPS 捜査につき、「合理的に推認される個人の意思に反して」行われるものとしたうえで、最(三小)決昭和 51・3・16 のいう「個人の意思を制圧して」行われる処分として位置付けている¹⁷。したがって、今後は、捜査の種類を問わず、対面型と密行型のいずれについても、端的に「意思の制圧」の有無を検討すれば足りる¹⁸。

↓

次に、本判決は、最(三小)決昭和 51・3・16 の「身体、住居、財産等に制約を加え」という文言を、「憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」と言い換えているが、これは、あくまでも GPS 捜査によって侵害される法益の性質に言及したものであり、あらゆる強制処分に妥当する一般論として、被侵害法益が「憲法の保障する」ものであることを要求する趣旨ではないと解される¹⁹。したがって、今後とも、従来の有力な学説に従い、「重要な権利・利益を実質的に侵害・制約する」という表現を用いれば足りる。

¹⁷ 酒巻『刑事訴訟法（第2版）』34～35頁。

¹⁸ 伊藤雅人＝石田寿一「判解」『解説（平成29年度）』45頁：「本判決は、対象者が気付かないうちに行われる捜査手法である GPS 捜査について、『合理的に推認される個人の意思に反して』するものであることを指摘してこれを『個人の意思を制圧』するものとした上で、強制の処分に当たると判示したことから、基本的には、物理的な有形力の行使等が直接に相手方に向けてなされるような場合か否かを分けずに、『相手方の意思に反して』重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合に強制処分となる多数説〔井上説〕に依っているものと考えられる」。

川出敏裕「GPS 捜査」同『刑事手続法の論点』（2019年）22頁：「〔最(大)判平成 29・3・15〕により、昭和 51 年決定のいう『個人の意思を制圧する』というのは、『個人の意思に反する』という意味であって、あらゆる捜査行為に適用されるものであることが明らかにされたといえよう」。

¹⁹ 前掲・伊藤＝石田「判解」51頁：「本判決は、『重要な法的利益』の前に『憲法の保障する』という文言を入れているが、本件で問題とされた被侵害利益が後記のとおり憲法 35 条の保障するものであったことから、被侵害利益が重要なものであるということを簡明に説明できるため、このような表現を取ったものであって、強制処分として認められるためには被侵害利益がすべからず憲法の保障するものでなくてはならないことを意味するものではないと解される」。

前掲・川出「GPS 捜査」22頁：「本件において侵害された権利利益が憲法 35 条という特定の条文によって保障されているものであったことに加えて、憲法上保障されたものであるほうが、重要な法的利益といたやすいため、そのような表現をしたものにとどまり、憲法上保障されていることが論証できなければ、重要な法的利益にはあたらないということまで述べたものではないであろう」。

※司法試験の出題趣旨によれば、論文答案において強制処分²⁰の定義（強制処分と任意処分の区別に関する基準）を提示する場合、「基準の結論部分を記述しただけでは法解釈とは言えず、不十分である²⁰」とされ、「同決定〔最(三小)決昭和51・3・16〕に留意しつつ、強制処分に対する規律の趣旨・根拠を踏まえながら、強制処分と任意処分とを区別する基準を提示することが求められる²¹」。

↓

学生²²の答案の中には、強制処分の定義を提示するにあたり、なぜそのような定義が採用されるべきなのかという理由につき全く検討のないものや、「真実発見と人権保障の調和の観点から（刑訴法1条）」といった極めて抽象的かつ無内容な理由を示すにとどまるものが多く、司法試験の採点実感においても繰り返し注意が喚起されている²²。

²⁰ 『平成19年出題趣旨』6頁：「法解釈の部分では、刑事訴訟法等の関連規定の構造と、これを解釈した最高裁判所の判例の示す『強制』手段の定義や判断基準の背後にある基本的な考え方、——例えば、なぜ「強制」の処分には特別な根拠規定が要請されているのか、また、「強制」に当たらない任意処分であっても常に許容されるわけではなく、具体的状況において一定の限界があり得ると解されている理由や趣旨——を論じた上で、そこから強制捜査と任意捜査の区別基準や、任意手段の必要性・緊急性や相当性等の具体的な適法性判断基準を導き出すことが求められている。基準の結論部分を記述しただけでは法解釈とは言えず、不十分である。」

²¹ 『平成30年出題趣旨』7頁。

²² 『平成27年採点実感』3頁：「強制処分と任意処分の区別の基準について、多くの答案が、『個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え』るかどうかという最高裁判例〔最(三小)決昭和51・3・16〕の示す基準や、『相手方の意思に反して、重要な権利・利益を制約する処分かどうか』という現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していた。……〔しかし〕強制処分のメルクマールとして、『権利・利益の制約』に着目するとすればそれはなぜか、なぜ『重要な』権利・利益に限られるのか、なぜ『身体、住居、財産等』という判例の文言を『重要な権利・利益』と等置できるのか等の点について、十分な理由付けに欠ける答案が少なくなかった。例えば、『重要な』権利・利益とされる理由について、現在の有力な学説は、現に刑事訴訟法が定めている強制処分との対比（それらと同程度に厳格な要件・手続を定めて保護するに値するだけの権利・利益）や前記最高裁判例で被制約利益として例示されている『身体、住居、財産』が憲法第33条及び同法第35条が保障するような重要で価値が高いものであることなどから、単なる権利・利益の制約ではなく、一定の重要な権利・利益の制約を意味すると解するものであるが、このような点まで意識して論じられている答案は少なく、『真実発見と人権保障の調和』というような極めて抽象的な理由を示すにとどまるものが目立った。」

『平成30年採点実感』7頁：「法原則・法概念の定義や関連する判例の表現を機械的に暗記して記述するのみで、なぜそのような定義や表現を用いるのかを当該法原則・法概念の趣旨に遡って論述することができてない答案……が見受けられた。」同7～8頁：「強制処分と任意処分を区別する基準に関し、多くの答案が、『個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え』るかどうかという昭和51年決定が示した基準や、『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』かどうかという現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していたが、これらの基準の文言を誤って理解している答案が少数ながら見られたほか、判例が示した基準による場合、『個人の意思を制圧』するということにはどのような意味合いがあるのか、『身体、住居、財産等』の制約に着目するのはなぜか、あるいは、現在の有力な学説の示す基準による場合、なぜ『重要な』権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか、そこでいう『重要な権利・利益』と、『身体、住居、財産等』という判例の文言とはどのような関係にあるのかなど、それぞれの文言が用いられている趣旨について十分な理由付けに欠ける答案も少なくなかった。そして、以上に述べたことは、平成29年大法廷

↓

学生の答案の大多数は、例えば、伝聞証拠の定義については、伝聞法則の趣旨に即して、なぜそのような定義が採用されるべきなのかという理由を含む記述を行うのが通常であり、これとの均衡を考えれば、強制処分²³の定義につき理由付けを求めるとしても、決して過大な要求とはいえないはずである。

↓

もとより重厚長大な論証は不要であり、例えば、「有形力の行使を伴わずに法益を侵害しうる捜査手段（写真・ビデオ撮影、X線検査等）を念頭に置くと、それを伴う処分を強制処分と解するのは妥当ではなく²³、また、現行刑訴法が令状主義を含む法定の厳格な要件・手続を課している既存の強制処分（身体、住居、財産等の要保護性の高い法益を侵害する逮捕・勾留、搜索・差押え等）との均衡を考慮すると、法益の種類・性質や法益侵害の程度を問わず、およそ意思に反する全ての法益侵害を強制処分と解するのは妥当ではない²⁴。そこで、刑訴法 197 条 1 項但書の「強制の処分」とは、(a) 個人の意思を制圧し、(b) 重要な法益を実質的に侵害・制約する処分をいうものと解する」等と記述すれば足りよう（強調したい箇所に傍点を付すのも文章作成技術の 1 つである）。なお、対象者に知られることなく行われる処分（密行型）の適法性が問題となる事例に関しては、「なお、対象者に知られることなく密行的に行われる処分に関する意思の制圧の有無は、合理的に推認される個人の意思に反するか否かにより決する」等と書き添えるのが妥当であろう²⁵。

判決の示した『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』か否か、という基準を用いる場合にも基本的に妥当する。」

²³ この部分は、『平成 27 年採点実感』3 頁のいう「強制処分のメルクマールとして、〔有形力の行使の有無ではなく〕『権利・利益の制約』に着目するとすればそれはなぜか」という問題、『平成 30 年採点実感』7 頁のいう「『身体、住居、財産等』の制約に着目するのはなぜか」という問題を意識したものである。

²⁴ この部分は、『平成 27 年採点実感』3 頁のいう「なぜ『重要な』権利・利益に限られるのか、なぜ『身体、住居、財産等』という判例の文言を『重要な権利・利益』と等置できるのか」という問題、『平成 30 年採点実感』7～8 頁のいう「なぜ『重要な』権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか、そこでいう『重要な権利・利益』と、『身体、住居、財産等』という判例の文言とはどのような関係にあるのか」という問題を意識したものである。

²⁵ この部分は、この種の事例につき、『平成 30 年採点実感』7 頁のいう「『個人の意思を制圧』するということにはどのような意味合いがあるのか」という問題を意識したものである。

●最(三小)決昭和 51・3・16 以降～最(大)判平成 29・3・15 以前の学説の状況
——重要法益実質的侵害説と意思制圧説の対抗関係

①重要法益実質的侵害説²⁶

最(三小)決昭和 51・3・16 を踏まえた強制処分²⁷の意義につき、⑦対象者の意思に反し、
①重要な権利・利益を実質的に侵害・制約する処分と位置付ける見解

⑦「対象者の意思に反し」

最(三小)決昭和 51・3・16 の「意思を制圧し」という要素を、「明示又は黙示の意思に反し」と読み換え²⁷たうえで²⁷、ここにいう「意思に反し」とは、同意・承諾がないことを指すものと解する²⁸。

↓

この見解のもとでは、まず、①捜査官と対象者が直接対面する状況のもとで行われる処分(対面型)につき、⑦対象者が明示的な反対意思を表明したにもかかわらず行われた場合は、当該処分は明示の意思に反するものと評価され、①対象者が明示的な反対意思を表明したわけではないものの、その同意・承諾がないと解される場合は、当該処分は黙示の意思に反するものと評価されることになる²⁹。他方、②対象者に知られることなく密行的に行われる処分(密行型)の場合は、当該処分は黙示の意思に反するものと評価されることになる³⁰。最(三小)決昭和 51・3・16 の文言に即して言い換えれば、これ

²⁶ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」9～17頁。

²⁷ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」11頁。

²⁸ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」9頁：「相手方の意思に反しても実施する(実力を用いて直接強行する場合のみならず、法的な義務を負わせるなど間接的な形で実現を図る場合をも含む)というときにはじめて、『強制』といえるのである。同意ないし承諾とは権利・利益の放棄を意味し、従って、当の権利・利益の主体が同意ないし承諾する場合には、その権利・利益の侵害ということがそもそも問題とならないからだといってもよい」。なお、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」63頁。

²⁹ 「明示又は黙示の意思」という表現のうち、「黙示の意思」については、密行型の処分を念頭に置いたものあり(後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」11頁)、対面型の処分を念頭に置いたものではない。もっとも、対面型の処分についても、「明示の意思」が表明されない場合は、「黙示の意思」が問題となりうる(後掲・池田「捜査対象者の同意と捜査手法の適否」238頁)。

³⁰ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」11頁：「いま一つ問題となるのは、『意思の制圧』が強制処分であることの一つの基準となるとして、それが文字どおり現実に相手方の反対意思を制圧することまで要求するものなのかどうかである。この点で、通信・会話の傍受などは、対象となる会話の当事者に知られずに実施するものであり、当事者が知らない以上、反対するということは考えられず、従って、その意思を制圧するということもないから、任意処分だとする見解が一部にある。しかし、それは、当事者が知らないから反対せず、従って制圧の必要もないというだけのことであり、本陣が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のこ

らの3つの場合は、いずれも「意思の制圧」があるという評価になる。

↓

このように「意思を制圧し」を「意思に反し」（同意・承諾がない）と等置する見解のもとでは、多くの場合に「意思の制圧」が認められることになる。このため、強制処分該当性の判断に際しては、法益要件の充足の有無（被侵害法益は「重要な法益」に当たるか否か、仮に当たるとして、当該法益が「実質的」に侵害・制約されているか否か）こそが決定的な判断基準となる。

④「重要な権利・利益を実質的に侵害・制約する」

被侵害法益の重要性（当該法益の性質・内容）と法益侵害の程度（当該法益がどの程度侵害・制約されるか）の双方を考慮する。

↓

「およそ何らかの権利や利益の制約があれば強制処分だというわけではなく、やはり、そのような〔強制処分に関する現行刑訴法の各種規定に見られるような〕法定の厳格な要件・手続によって保護する必要があるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分ということになるものと解すべきであろう³¹⁾」。

【設問3】

重要法益実質的侵害説をとる場合、最(三小)決昭和51・3・16 [1] が警察官の制止行為を強制処分に当たらないと判断した理由は、どのように説明されることになるか³²⁾。

とを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきである。……その意味では、①の要因〔意思の制圧〕は、『相手方の明示または黙示の意思に反すること』と言い直す方が適切だと思われる。

³¹⁾ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」12頁。川出『判例講座〔捜査・証拠篇〕』6頁：「〔この見解によれば〕強制処分に該当するといえるための権利・利益の制約には、権利・利益の質（重要であること）と、制約の程度（実質的であること）の両面からの限定がかかることになる」。

³²⁾ 後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」19～20頁、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」64頁。

②意思制圧説³³

判例は対面型の処分と密行型の処分につき異なる基準を使い分けているという理解のもと、前者の強制処分については、⑦対象者の意思を制圧し、④権利・利益を侵害・制約する処分と解する一方、後者の強制処分については、重要法益実質的侵害説と同様に解する見解

⑦「対象者の意思を制圧し」

最(三小)決昭和 51・3・16 の「意思を制圧し」という要件は、対面型の処分についてのみ妥当するものであり、そして、「意思を制圧し」とは、単に「意思に反し」(同意・承諾がない)という程度では足りず、当該処分に対する物理的抵抗を排除するなど、処分の方法・態様が文字どおり意思を「制圧」する(反対意思を圧服する)程度のものであることが要求されると解する³⁴。

④「権利・利益を侵害・制約する」

対面型の処分については、被侵害法益の重要性(当該法益の性質・内容)や法益侵害の程度(当該法益がどの程度侵害・制約されるか)を考慮しない³⁵。

【設問 4】

意思制圧説をとる場合、最(三小)決昭和 51・3・16 [1] が警察官の制止行為を強制処分に当たらないと判断した理由は、どのように説明されることになるか³⁶。

³³ 後掲・川出「任意捜査の限界」26～32頁。

³⁴ 後掲・川出「任意捜査の限界」27頁は、意思制圧説を「意思を制圧するというのは、意思に反するというよりも程度の高いものを想定しているという考え方」と定義したうえで、「このような解釈によれば、本決定〔最(三小)決昭和 51・3・16〕が示す強制手段か否かの基準は、警察官の行為が、①相手方の権利、利益を制約し、かつ、②その行為の方法ないし態様が、相手方の意思を制圧する程度のものであるか否かということになる。つまり、強制捜査と任意捜査とを区分するポイントは、侵害された権利、利益の質ではなく、行為の方法ないし態様だということになる」とする。

³⁵ 後掲・川出「任意捜査の限界」27頁。もっとも、同 30頁は、「意思に反するにとどまらず、意思を制圧するにまで至っている場合については、それだけで重大な権利の制約がなされるのであり、その意味で、制約される権利の質ということが、そこに組み込まれているのだという解釈も可能であろう」とする。

³⁶ 後掲・川出「任意捜査の限界」27頁、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」64～66頁。

●強制処分該当性が認められる場合のさらなる検討の順序

ある処分が強制処分と評価される場合、当該処分の適法性に関するそれ以降の検討の順序としては、まず、強制処分法定主義の観点から、①当該処分に関する刑訴法の根拠規定が存在するか否か（当該処分を既存の強制処分のいずれかに当てはめることは可能か）を検討することになる³⁷。〔※レジュメ 4 頁も参照。〕

↓

仮に、この点につき消極に解される場合（例えば、当該処分の内容が「検証」として行いうる範囲を超えるものと解される場合）、刑訴法に規定されていない強制処分が行われていることになるから、強制処分法定主義に反するものとして、直ちに違法という評価が導かれる³⁸。

↓

他方、仮に、この点につき積極に解される場合（例えば、当該処分の内容が「検証」に当たると解される場合）、強制処分法定主義の要請はクリアされることになるが、次の段階として、②当該処分（例えば、検証）に関する刑訴法所定の要件・手続が満たされているか否かを検討することになり、その要件・手続が満たされていれば適法、満たされていないければ違法という評価になる³⁹。例えば、当該処分（その性質上、「検証」と評価されるもの）が無令状で行われている場合、逮捕に伴う無令状の検証に関する刑訴法 220 条 1 項 2 号の要件を満たしていれば適法、満たしていなければ、令状主義に反し、違法という評価になる。

↓

以上のような 2 段階の検討が求められることにつき、平成 30 年の出題趣旨は、「P〔警察官〕らの捜査活動が強制処分に至っていると評価される場合には、現行法の法的規律の在り方に従ってその適否（法定された既存の強制処分の類型に該当するか否か、これに該当する場合には法定された具体的及び手続的要件を充足するか否か）を検討することが必要となる⁴⁰」としている。また、平成 27 年の採点実感は、「強制処分である場合、強制処分法定主義（刑訴法第 197 条第 1 項ただし書）からは、【捜査②】のような捜査手段を直接定めた明文規定は存在しないことから、法定の根拠規定を欠くため違法となるのではないかが問題となる。そして、法定の根拠規定の有無に関して、【捜査②】が強制処分たる『検証』に当たるといえるかを検討し、『検証』に当たらないとすれば、根拠規定を欠くため〔強制処分法定主義に反し〕違法となり、『検証』に当たるとすれば、本件では令状（検証許可状）を得ることなく行ったため〔令状主義に反し〕違法となる

³⁷ 宇藤＝松田＝堀江『刑事訴訟法（第 2 版）』38 頁，45 頁。

³⁸ 酒巻『刑事訴訟法（第 2 版）』33 頁，宇藤＝松田＝堀江『刑事訴訟法（第 2 版）』45 頁。

³⁹ 酒巻『刑事訴訟法（第 2 版）』32 頁，宇藤＝松田＝堀江『刑事訴訟法（第 2 版）』45 頁。

⁴⁰ 『平成 30 年出題趣旨』17 頁。

との結論が導かれることとなる。しかし、そのような検討を行った答案は限られており、単純に『令状なく行っているから違法』としたり、『強制処分だから違法』とするような答案が多く見受けられた⁴¹⁾としている。

※学生の答案の中には、ある捜査を強制処分と評価するにあたり、例えば、「本件捜査は強制処分に当たり、かつ無令状で行われているから、強制処分法定主義に反し、違法である」等と論ずるものも多く見受けられる。しかしながら、ある捜査が強制処分に当たる（かつ無令状で行われている）という事実は、必ずしも、当該捜査が強制処分法定主義に反するという評価を基礎付けるものではない。

↓

例えば、任意同行・留め置きが強制処分（実質的な無令状逮捕）に当たると評価される場合や、所持品検査が強制処分（実質的な無令状捜索）に当たると評価される場合、このような捜査は、実質的に逮捕や捜索に当たる処分を無令状で行ったという点において、令状主義に反するものであるが、逮捕や捜索は刑訴法に規定されている処分である以上、強制処分法定主義に反するものではない。

↓

これに対して、例えば、最(大)判平成 29・3・15 が判示するとおり、GPS 捜査が強制処分に当たり、かつ、当該処分の内容が検証として行いうる範囲を超えるものと解される場合は、刑訴法に法定されていない処分（それゆえ検証許可状の発付を受けても許容されない処分）が行われていることになるから、強制処分法定主義に反することになる。

↓

強制処分法定主義違反を論ずる答案の多くは、このような区別を意識せず、ある捜査が無令状の強制処分に当たる→当該捜査は強制処分法定主義に反する、と機械的に暗記している結果、強制処分法定主義と令状主義を混同した不正確な理解に陥っている。司法試験の採点実感においても、この種の答案につき注意が喚起されている⁴²⁾。

⁴¹⁾ 『平成 27 年採点実感』5 頁。

⁴²⁾ 『平成 27 年採点実感』5 頁。

● 事案の具体的な内容を確認することの意義——平成 18 年司法試験過去問を例として

学生の中には、判例の学習にあたり、判例が提示した一般的な判断基準（最(三小)決昭和 51・3・16 についていえば、強制処分¹の定義や任意処分²の限界に関する判示部分）やそれに関する論証パターンを暗記することばかりに注力し、〈事案の具体的な内容を確認する〉という作業を全く行わない者（『百選』や『判例教材』中の「事実」に関する記述を全く読もうとしない者）が少なくない。このような学生は、レジュメ 10～11 頁の各設問のうち、設問 2-6（強制処分の定義）については滔々と論ずることができる一方、設問 2-1 から設問 2-5（前提となる具体的な事実関係）については殆ど関心を示さず、例えば、設問 2-2（警察官が被疑者に対して行使した有形力の具体的な内容）につき問われると、途端に返答に窮してしまうのが通常である。

↓

しかしながら、事案の具体的な内容に即して法的な議論を展開する（事案の具体的な内容に即して判例を内在的に理解する）という姿勢は、あらゆる法律家に求められる最低限の前提であり、そうであるからこそ、司法試験の設問においても、毎年、「事実を摘示して論じなさい」（平成 18 年）、「具体的事実を摘示しつつ論じなさい」（平成 19 年～平成 30 年、令和 2 年）、「具体的事実を摘示しつつ、論じなさい」（令和元年）〔途中で読点が挿入されている〕という注記が付されているのである。また、出題趣旨や採点実感においても、「判例を学ぶに当たっては、そこに示された規範〔一般的な判断基準〕ばかりに目を向けるのではなく、その判例が前提とする具体的事情を分析し、判例法理の射程距離を意識することが必要である⁴³」として注意が喚起されているところである。

↓

前記のような学習の癖が付いてしまうと、司法試験の事例問題に取り組む際、問題文を読んでも事案の内容を読み解くことができず、その結果、そもそも検討すべき論点を適切に把握できなかつたり、あるいは、検討すべき論点それ自体は概ね把握できたとしても、判例の一般的な判断基準を機械的に書き写すにとどまるなど、具体的な事実³に即した検討ができなくなる危険が高い。

↓

従来⁴の出題傾向を踏まえる限り、刑訴法の事例問題（特に捜査の適法性を問う問題）は、既存の重要な最高裁判例や下級審裁判例の事案をアレンジして作題されているものが大半を占めており、元の素材となっている事案を想起することができ（想起すべきなのは、判示の内容ではなく、事案の内容である）、かつ、当該事案と試験事案の大まかな共通点や相違点を見定めることができれば、比較的容易に解答しうる場合が殆どである。それゆえ、純粋な試験対策という観点からも、判例の学習に当たり、〈事案の具体的な内容を確認する〉作業を行っておくことが効果的である。

⁴³ 『平成 25 年採点実感』 32 頁。

↓

具体例を見てみよう。例えば、平成18年の司法試験では、問題文（「3」という番号が付されている事実群の一部）において、以下のような事実が与えられたうえで、設問1は、「この事例の……3 記載の捜査の適法性について、問題点を挙げ、事実を摘示して論じなさい」というものになっている。

そのため、Y警部補は、甲がA銀行B支店における強盗致傷事件の犯人ではないかと考え、甲に対して、実は、さっきこの近くで銀行強盗があったんですよ。あなたはその件について何かご存じですね。ちょっと、署までご同行願えませんか。」と聞いたところ、甲は何も答えなかったが、X巡査は、このとき、甲の顔色が変わると同時にその耳が赤くなったのを確認した。その直後、甲は、X巡査とY警部補の間をすり抜けるようにして逃げようとしたので、X巡査が、甲の左腕を右手でつかんだところ、甲は、これを振り払うや、X巡査の顔面を右手のこぶしで1発強く殴った。そこでY警部補は、同日午後4時20分、甲に対し、「お前を公務執行妨害で逮捕する。」と言って甲を制圧しようとしたが、甲は、左腕でボストンバッグを抱え込むようにしながら、右腕を振り回すなどして激しく抵抗したため、さらに、X巡査及び警察官3名も応援して、警察官合計5名で暴れる甲の体を押さえ付けて制圧し、甲を逮捕するとともに、左腕からボストンバッグを引き離した。

判例の学習に際し、〈事案の具体的な内容を確認する〉作業を積み重ねておけば、このような問題文を読んだ瞬間、直ちに最(三小)決昭和51・3・16の事案を想起することができる。『判例教材』の「事実」中に記されているとおり⁴⁴、同決定の事案は、下記のような事実関係を含むものである。

同人〔酒酔い運転の嫌疑により警察署に任意同行され取調べを受けている被疑者X〕が「マッチを取ってくる」と言いながら、急に椅子から立ち上がって、出入口の方へ小走りに行きかけたので、P〔巡査〕は、Xが逃げ去るのではないかと思い、同人の左斜め前に近寄り、「風船をやってからでいいではないか」と言って、両手で同人の左手首を掴んだところ、Xは、すぐさまPの両手を振り払い、その左肩や制服の襟首を右手で掴んで引っ張り、左肩章を引きちぎった上、右手拳でPの顔面を1回殴打した。Pは、その間、両手を前に出して止めようとしていたが、Xがなおも暴れるので、これを制止しながら、Qと2人

⁴⁴ 『判例教材』における「事実」の記述は、個々の判例・裁判例の事実認定に関する判示部分の原文を殆どそのまま転載するか（最(三小)決昭和51・3・16を始めとする重要な最高裁判例については、このような編集方針がとられることが多い）、その内容を要約したものである。

でXを元の椅子に腰かけさせ、その直後に、公務執行妨害罪の現行犯人としてXを逮捕した。

前述の問題文と比較すれば、その類似性は一目瞭然であろう。最(三小)決昭和 51・3・16 の事案において、Xは、公務執行妨害罪の被疑事実により現行犯逮捕され、同事実により起訴されているが、同罪の成否(有罪・無罪)につき判断するためには、その前提として、妨害の対象となった公務(P巡査が「両手で同人[X]の左手首を掴んだ」行為)の適法性につき検討する必要がある。最高裁は、あくまでもこのような争点を念頭に置きつつ、「原判決の事実認定のもとにおいて法律上問題となるのは、出入口の方へ向った被告人の左斜め前に立ち、両手でその左手首を掴んだP巡査の行為が、任意捜査において許容されるものかどうか、である」という問題設定を行っているのであり、そして、あくまでもこのような問題を解決するために、強制処分と任意処分の区別や任意処分の限界に関する検討を行っているのである。

↓

このような同決定の事案との類似性に気付くことができれば、平成18年司法試験の問題についても、解答の方向性を容易に特定することができる。まず、前記の問題文において、甲は、公務執行妨害罪の被疑事実により現行犯逮捕されているが、当該逮捕の適法性(公務執行妨害罪の成否)につき判断するためには、その前提として、妨害の対象となった公務(「X巡査が、甲の左腕を右手でつかんだ」行為)の適法性につき、それが強制処分に当たるか否か、仮に強制処分に当たらず、任意処分にとどまるとして、任意処分として適法か否か、という判断枠組に即して検討することになる。

↓

事案の内容を読み解き、検討すべき論点を適切に把握したうえで、指導的な判例の判断基準を具体的な事実に適用する能力は、日頃から〈事案の具体的な内容を確認する〉という作業を積み重ねておかない限り、絶対に身に付くことはない。『百選』や『判例教材』の使用にあたっては、以上の点に留意する必要がある。

(c) 任意処分の適法性

●最(三小)決昭和 51・3・16 刑集 30 卷 2 号 187 頁 [1] の判断基準

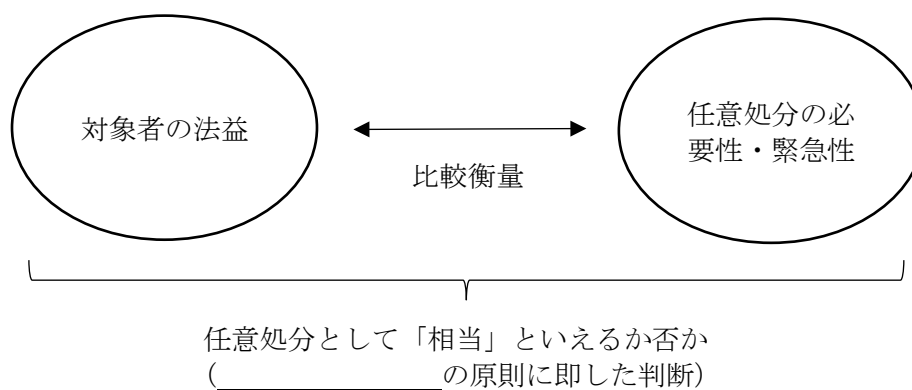
【設問 1-1】

ある捜査手段が、その性質上、任意処分に当たると解されるとしよう。この場合、捜査機関は、「この法律に特別の定」(刑訴法 197 条 1 項但書)がなくとも当該手段を用いることになるが、そうである以上、捜査機関は、当該手段を用いるにあたり、およそいかなる制約も受けないことになるのか。

この点につき、本決定は、どのように判示しているか。また、本決定は、どのような条文上の根拠に基づき、そのように判示していると解されるか。

【設問 1-2】

本決定は、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれ」、「必要性」、「緊急性」、「具体的状況のもとで〔の〕相当〔性〕」という各々の要素を、どのような関係のもとに位置付けていると解されるか⁴⁵。



⁴⁵ 設問の下の図のように解する見解として、調査官解説である香城敏磨「判解」『解説(昭和 51 年度)』75 頁のほか、酒卷『刑事訴訟法(第 2 版)』35～36 頁、宇藤＝松田＝堀江『刑事訴訟法(第 2 版)』37～38 頁、川出『判例講座〔捜査・証拠篇〕』11～13 頁、後掲・井上「強制捜査と任意捜査の区別」7 頁、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」66～67 頁、後掲・大澤「判批」『百選(第 10 版)』5 頁、古江『事例演習(第 2 版)』19～20 頁。

【設問 1-3】

本決定は、上記の図のような理解とは異なり、むしろ、任意処分の適法性を基礎付ける事情として、「必要性」と「緊急性」に加えて、さらに手段・方法の「相当〔性〕」をも要求している（「必要性」、「緊急性」、「相当〔性〕」は、任意処分が適法と評価されるための3つの並列的な要件である）、とは考えられないか⁴⁶。

【設問 1-4】

任意処分が適法とされるためには、「緊急性」が認められることが必要不可欠か。

※最(三小)決昭和 51・3・16 は「必要性」と「緊急性」を区別しているが、「緊急性」は、論理的には、当該処分を「緊急」に行う「必要性」を意味するから、「必要性」を基礎付ける1つの要素として位置付けることが可能である⁴⁷。

↓

後述のとおり（レジュメ 27 頁）、捜査比例の原則の内容につき、平成 27 年の出題趣旨は、「当該捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性との間の合理的権衡」、平成 28 年の出題趣旨は、「任意処分の相当性として、特定の捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要との間の合理的権衡（いわゆる「比例原則」）が求められる」、平成 30 年の出題趣旨は、「具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量する〔もの〕と整理しており、「必要性」と「緊急性」を区別していない（「緊急性」は「必要性」を基礎付ける1つの要素として位置付けられている）。

【設問 1-5】

仮に、捜査機関の処分が、本決定の第 1 段階の判断基準に即して検討した結果、強制処分に当たらないと評価されたとしても。そして、当該処分につき、本決定の第 2 段階の判断基準に即して検討した結果、「具体的状況のもとで相当と認められる限度」を超え、「任意捜査において許容され〔ない〕」（任意処分として違法）という評価が行われたとしても。

この場合、当該処分は、「任意捜査において許容され〔ない〕」（任意処分として違法）

⁴⁶ このように解する見解として、田宮裕「判批」警察研究 51 卷 6 号 73 頁（1980 年）、80 頁。

⁴⁷ 宇藤＝松田＝堀江『刑事訴訟法（第 2 版）』37 頁、川出『判例講座〔捜査・証拠篇〕』13 頁、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」66 頁。

と評価されたことにより、遡って、強制処分に当たる（違法な強制処分が行われた）と評価されることになるのか⁴⁸。

【設問 1-6】

本件において問題となる対象者（被疑者）の「法益」は何か。また、本決定は、法益侵害に関する具体的な事情として、どのようなものに言及したうえで、どのように評価しているか。また、その評価は妥当か。

【設問 1-7】

本決定は、本件における任意捜査の「必要性」、「緊急性」を基礎付ける具体的な事情として、どのようなものに言及したうえで、どのように評価しているか。また、その評価は妥当か。

⁴⁸ 『平成 26 年採点実感』 39 頁は、問題となる捜査の適法性につき、「強制手段を用いるものではないことを前提に任意処分としての相当性を問題としたはずなのに、相当性を逸脱していることを理由に強制処分に該当するとの結論を導くような答案も見られた」とする。

※前記の設問1-3の学説に影響を受けたものであるかは不明であるが、学生の答案の中には、任意処分の適法性を検討するにあたり、「必要性」、「緊急性」、「相当性」という要素を3つの並列的な要件と解したうえで、各々につき順次検討を加えるものが少なからず見受けられる。司法試験の採点実感においても、「〔任意処分の適法性に関する〕判断基準については、前記最高裁判例〔最(三小)決昭和51・3・16〕の判示に表れる『必要性』、『緊急性』、『相当性』というキーワードを平面的に羅列することどまり、『具体的状況のもとで相当と認められる』かどうかの判断構造の理解が十分とはいえない答案も見られた⁴⁹⁾として注意が喚起されている。

↓

このような検討手法は理論的に妥当ではなく、司法試験の出題趣旨や採点実感の要求にも反する。例えば、平成27年の出題趣旨は、「当該捜査手段〔任意処分〕により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性との間の合理的権衡を吟味しなければならない⁵⁰⁾」、平成28年の出題趣旨は、「任意処分の相当性として、特定の捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要との間の合理的権衡（いわゆる「比例原則」）が求められる⁵¹⁾」、平成30年の出題趣旨は、「任意処分の許容性の判断に当たっては、いわゆる『比例原則』から、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量することになる⁵²⁾」として、前記の設問1-2の判断枠組に依拠すべき旨を明らかにしている。

⁴⁹⁾ 『平成27年採点実感』4頁。同旨、『平成28年採点実感』3頁。

⁵⁰⁾ 『平成27年出題趣旨』16頁：「前記の区別〔強制処分と任意処分の区別〕につき、〔問題となる捜査〕は任意処分であるとの結論に至った場合には、次の段階として、当該捜査が任意捜査として許容される限度のものか否かについて検討することになり、前記最決〔最(三小)決昭和51・3・16〕の判示も踏まえ、当該捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性との間の合理的権衡を吟味しなければならない。当該捜査手段を用いる必要性を検討するに当たっては、対象となる犯罪の性質・重大性、捜査対象者に対する嫌疑の程度、当該捜査によって証拠を保全する必要性・緊急性に関わる具体的事情を適切に抽出・評価する必要がある。」

⁵¹⁾ 『平成28年出題趣旨』16頁。

⁵²⁾ 『平成30年出題趣旨』17～18頁：「任意処分の許容性の判断に当たっては、いわゆる『比例原則』から、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量することになる。この点、昭和51年決定も、『強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるから、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で、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。』と判示しており、同決定に留意しつつ、任意処分の適否の判断方法を提示することが求められる。」

●違法とされる捜査の種類

最(三小)決昭和51・3・16 [1] の判断基準を踏まえると、ある捜査が違法とされる場合、①〈違法な強制捜査〉(例えば実質的な無令状逮捕や無令状捜索・差押え・検証に当たるもの)として評価される場合と、②違法な強制捜査には当たらないが、任意捜査の限界を逸脱した〈違法な任意捜査〉として評価される場合に分かれることになる⁵³。

↓

違法収集証拠排除法則は、①②の双方に適用される。実際、排除法則に関するリーディング・ケースである最(一小)判昭和53・9・7刑集32巻6号1672頁[539]は②の事例である。同判決は、排除法則の適用につき、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」の有無を検討しており、「令状主義の精神」に言及している以上、その前提として、①という評価を行っているのではないかと思うかもしれない。確かに、排除法則のロジックは①の場合に典型的に妥当するが、このことは、排除法則の適用が①の場合に限定されることを意味するわけではない⁵⁴。捜査機関が、令状主義との抵触を回避するため、ある捜査を任意捜査として行うことを選択したが、当該捜査が(違法な強制捜査には当たらないが)任意捜査の限界を逸脱したものと評価される場合、その過程において「令状主義の精神」が「没却」されたか否かは問題になりうるからである。例えば、任意同行や所持品検査が(違法な強制捜査には当たらないが)任意捜査の限界を逸脱したと評価される場合、当該同行や当該検査の態様が逮捕や捜索にどの程度類似しているかに応じて、「令状主義の精神」が「没却」されたか否かが問題になる。

⁵³ 川出『判例講座〔捜査・証拠篇〕』13頁。なお、後掲・大澤「強制捜査と任意捜査」67頁：「〔昭和51年決定の第2段階〕の基準に従い、任意処分として具体的状況のもとで相当と認められる限度を越えたと判断される処分は、違法である。ただし、任意処分として違法であるからといって、強制処分となるわけではない点には注意が必要である。強制処分か任意処分かは、相手方の意思に反し、その重要な権利・利益を実質的に侵害・制約するかどうかで区別され、権利・利益の侵害・制約について、強制に至らない限度のものと判断された処分について、任意処分として、その相当性が問題とされる。相当性が問われる場面では、強制に至らない限度の権利、利益の侵害・制約しかないことがすでに前提となっているから、仮に相当性が否定されたとしても、そのことによって、処分の性質が強制処分に転化することはあり得ない。それは、あくまでも違法な任意処分とされることになるのである」。

⁵⁴ 酒巻『刑事訴訟法(第2版)』37頁は、「『具体的状況のもとで相当』とは認められない合理的権衡状態からの逸脱、すなわち捜査手段の違法性には、『程度』が想定できるから、それが任意捜査権限の重大明白な逸脱と認められる場合には、違法な強制処分が行われた場合と同様に、これを『重大な違法』と評価すべきである」とする(同525頁も参照)。さらに、大澤裕＝川上拓一「任意同行後の宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力(東京高判平成14・9・4判時1808号144頁)」法学教室312号75頁(2006年)、87頁〔大澤発言〕：「〔排除法則における〕重大な違法は常に違法な強制捜査でなければならないという定まったルールがあるわけでもありません」。

(2) 写真撮影・ビデオ撮影

●最(大)判昭和 44・12・24 刑集 23 卷 12 号 1625 頁 [134]

【設問 1-1】

本判決は、本件における無令状の写真撮影につき、強制処分と任意処分のいずれに当たると解しているか。この点につき、本判決のどのような判示部分が手がかりとなるか。

【設問 1-2】

捜査機関が、被写体となる人物の承諾を得ることなく、公道上を歩いている当該人物の様子を写真撮影する場合、このような行為により、誰のどのような法益が侵害されることになるのか。この点につき、本判決は、どのように判示しているか。

【設問 1-3】〔自習に委ねる〕

最(大)判平成 29・3・15 刑集 71 卷 3 号 13 頁 [基礎資料 1 頁] は、最(三小)決昭和 51・3・16 刑集 30 卷 2 号 187 頁 [1] による強制処分の定義を、「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として、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分」と言い換えている。

同判決(最(大)判平成 29・3・15)と本判決(最(大)判昭和 44・12・24)の双方を踏まえると、捜査機関が、被写体となる人物の承諾を得ることなく、公道上を歩いている当該人物の様子を写真撮影する行為は、「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」であり、強制処分に当たる、ということになるのか。

【設問 1-4】

捜査機関が、被写体となる人物の承諾を得ることなく、高層マンションの最上階にある自宅内にいる当該人物の様子を、同マンションから 300 メートル離れた高層ビルの屋上から望遠レンズを使用して写真撮影したとしよう。

本判決(の基礎にあると解される考え方)を前提とする場合、このような写真撮影は、強制処分と任意処分のいずれに当たるか。このような写真撮影により、誰のどのような法益が侵害されることになるかを踏まえつつ、検討しなさい。

【設問 1-5】

本判決は、無令状の写真撮影の許容性に関する判示部分において、「身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑訴法 218 条 2 項 [現行法 3 項] のような場合のほ

か、次のような場合には……」と判示しているが、刑訴法 218 条 3 項による写真撮影は、強制処分と任意処分のいずれに当たるか。

【設問 1-6】

仮に、本件の写真撮影が強制処分に当たる場合、それが許容されるためには、当該処分の根拠規定となる「特別の定」が必要となる（刑訴法 197 条 1 項但書）。この点、現行刑訴法において、強制処分としての写真撮影を無令状で行うことを許容した規定は存在するか。仮に存在するとして、本件の写真撮影は、当該規定の要件を満たすか。

【設問 1-7】

本判決は、無令状の写真撮影が許容されるための要件につき、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」と判示しているが⁵⁵、このような事情は、どのような意味において、無令状の写真撮影の許容性を基礎付ける事情となりうるのか。

【設問 1-8】

本判決は、無令状の写真撮影が許容されるための要件につき、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」と判示しているが、これは、あらゆる事例に関する一般論として、無令状の写真撮影が許容されるのは、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」に限られる（当該事情は、あらゆる事例において、無令状の写真撮影が許容されるための不可欠の要件である）、という趣旨か。

【設問 1-9】

本判決は、無令状の写真撮影が許容されるための要件につき、「しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われるとき」と判示しているが、このような判断基準は、任意処分の限界に関する最(三小)決昭和 51・3・16 [1] の判断基準と同じか。本判決が「かつ」という文言を用いているのは、「必要性」と「緊急性」に加えて、さらに方法の「相当〔性〕」をも要求する趣旨か。〔※レジュメ 24～25 頁の設問 1-2, 1-3 を参照。また、レジュメ 33 頁の設問 2-11 も参照。〕。

⁵⁵ 最(二小)判昭和 61・2・14 刑集 40 卷 1 号 48 頁 [141] も、「〔本件の〕写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ」と判示している。

●最(二小)決平成 20・4・15 刑集 62 卷 5 号 1398 頁 [139]

【設問 2-1】

本決定は、本件における無令状のビデオ撮影につき、強制処分と任意処分のいずれに当たると解しているか。この点につき、本決定のどのような判示部分が手がかりとなるか。

【設問 2-2】

捜査機関が、被写体となる人物の承諾を得ることなく、公道上を歩いている当該人物の様子をビデオ撮影する場合、このような行為により、誰のどのような法益が侵害されることになるのか。この点につき、本決定は、どのように解していると考えられるか。

【設問 2-3】〔自習に委ねる〕

最(大)判平成 29・3・15 刑集 71 卷 3 号 13 頁 [基礎資料 1 頁] は、最(三小)決昭和 51・3・16 刑集 30 卷 2 号 187 頁 [1] による強制処分の定義を、「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として、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分」と言い換えている。

同判決(最(大)判平成 29・3・15)と本決定(最(二小)決平成 20・4・15)の双方を踏まえると、捜査機関が、被写体となる人物の承諾を得ることなく、公道上を歩いている当該人物の様子をビデオ撮影する行為は、「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」であり、強制処分に当たる、ということになるのか。

【設問 2-4】

捜査機関が、被写体となる人物の承諾を得ることなく、高層マンションの最上階にある自宅内にいる当該人物の様子を、同マンションから 300 メートル離れた高層ビルの屋上から望遠レンズを使用してビデオ撮影したとしよう。

本決定(の基礎にあると解される考え方)を前提とする場合、このようなビデオ撮影は、強制処分と任意処分のいずれに当たるか。このようなビデオ撮影により、誰のどのような法益が侵害されることになるかを踏まえつつ⁵⁶、検討しなさい。

⁵⁶ 『平成 30 年採点実感』8 頁:「下線部①の捜査〔ビデオ撮影〕によって制約を受ける権利・利益の内容について一切触れない答案や、抽象的に『プライバシー』とのみ述べ、甲のいかなる『プライバシー』の制約が問題となるのかについて具体的に指摘できていない答案も見られた。」

【設問 2-5】

本決定は、本件のビデオ撮影の適法性を認めるにあたり、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ」と判示しているが、このような事情は、どのような意味において、本件撮影の適法性を基礎付ける事情となりうるのか。

【設問 2-6】

無令状の写真撮影が許容されるための要件につき、例えば、東京地判平成元・3・15判時 1310 号 158 頁 [135] は、「被撮影者がその犯罪を行なったことを疑わせる相当な理由のある者に限定される場合」と判示しているほか、京都地決平成 2・10・3 判時 1375 号 143 頁 [136] も、「被撮影者がその犯罪を行った犯人であることを疑わせる相当な理由のある者に限定されて [いる場合]」と判示しており、いずれも、被写体たる人物が当該犯罪を行ったことを疑わせる「相当な理由」を要求している。

本決定が、これらの裁判例と異なり、必要となる嫌疑の程度につき、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ」と判示し、「相当な理由」よりも低い「合理的な理由」をもって足りるとしているのは、どのような理由によるものか。[※レジュメ 36 頁の設問 4-2-b も参照。]

【設問 2-7】

本決定は、本件のビデオ撮影の適法性を認めるにあたり、「いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるもの」と判示しているが、このような事情は、どのような意味において、本件撮影の適法性を基礎付ける事情となりうるのか。

【設問 2-8】

本決定は、本件のビデオ撮影の適法性を認めるにあたり、「いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるもの」と判示しているが、これは、公道上を歩いている者や不特定多数の者が出入りする場所にいる者は、最(大)判昭和 44・12・24 [134] のいう「その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」を保障されない（あるいは、保障されるとしても、その要保護性は相対的に小さくなる）、という趣旨か⁵⁷。

⁵⁷ 『平成 30 年採点実感』8 頁：「下線部①の捜査〔ビデオ撮影〕では、容ぼう等をビデオカメラで撮影されている甲が公道上にあり、同所では他人から容易にその容ぼう等を観察され得る状況にあ

【設問 2-9】

最(大)判昭和 44・12・24 [134] のいう「その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」の保障の有無又は要保護性の程度は、被写体となる人物が自宅内にいる場合と公道上を歩いている場合で異なるか。この点につき、本決定は、どのように解していると考えられるか。

【設問 2-10】

例えば、警察官が、公道上を歩いている被疑者をビデオ撮影していたところ、これに気付いた被疑者が警察官に近付き、「カメラを止めろ」と明示的に意思表示したとしよう。警察官がビデオ撮影をなおも続行した場合、本決定を踏まえると、当該行為は強制処分と任意処分のいずれに当たるか。

【設問 2-11】

本決定は、本件のビデオ撮影の適法性を認めるにあたり、「以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」と判示しているが、このような判断基準は、任意処分の限界に関する最(三小)決昭和 51・3・16 [1] の判断基準と同じか。本決定が「かつ」という文言を用いているのは、「必要〔性〕」に加えて、さらに方法の「相当〔性〕」をも要求する趣旨か。[※レジュメ 24～25 頁の設問 1-2, 1-3 を参照。また、レジュメ 30 頁の設問 1-9 も参照。]

【設問 2-12】

本決定は、本件のビデオ撮影の適法性を認めるにあたり、「以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」と判示しているが、本決定が最(三小)決昭和 51・3・16 [1] の掲げる「緊急性」要件に言及していないのは、同決定と異なる判断基準に依拠していることを意味するのか。[※レジュメ 25 頁の設問 1-4 を参照。]

ることを理由に、直ちに、甲の『みだりにその容ぼう等を撮影されない自由』は放棄されているとするものなど、『観察』されることと『撮影』されることの違いを意識していないと思われる答案も少なくなかった。」

【設問 2-13】

本決定は、「〔本件〕各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という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、これに必要な限度において〔行われたものであり〕……以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」と判示している。

しかしながら、本決定が述べるような捜査目的を達成するためには、写真撮影を行えば十分であり、ビデオ撮影（動画の撮影や音声の録音を通じてより多くの情報を取得するものであり、写真撮影と比較して法益侵害の程度が相対的に高い）という方法を用いる必要は認められない、とは考えられないか。この点につき、第 1 審判決は、どのように判示しているか。

●東京高判昭和 63・4・1 判時 1278 号 152 頁 [137]

【設問 3-1】

第 1 審証拠決定は、山谷通りにおいて暴力団 B 一家と山谷争議団の間の衝突事件が発生した昭和 60 年 10 月 19 日以降、本件の監視カメラ（昭和 60 年 5 月 8 日に設置）による撮影は、どのような目的のために行われていたものと判示しているか。

【設問 3-2】

本判決は、最(大)判昭和 44・12・24 [134] の射程に言及したうえで、本件のビデオ撮影が「犯罪捜査のため」に行われたものであることを前提として、その適法性を検討しているが、「現に犯罪が行われる以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画すること」は、「捜査」といえるか。

この点につき、学説上は、行政警察活動（犯罪の予防・鎮圧を目的とする活動）と捜査（犯罪の訴追・処罰を目的とする活動）の区別を強調したうえで、未だ発生していない将来の犯罪については、その予防・鎮圧のみが問題となるのであるから、本件のようなビデオ撮影が捜査（強制処分・任意処分の如何を問わず）として許容される余地はない、という趣旨の見解が主張されることがある⁵⁸。このような見解は妥当か。

【設問 3-3】

本判決は、本件における無令状のビデオ撮影につき、強制処分と任意処分のいずれに当たると解しているか。この点につき、本判決のどのような判示部分が手がかりとなるか。

【設問 3-4】

本判決は、将来の犯罪に関する捜査として無令状のビデオ撮影が許容されるための要件につき、「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合」と判示しているが、これは、あらゆる事例に関する一般論として、将来の犯罪に関する捜査として無令状のビデオ撮影が許容されるのは、「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合」に限られる（当該事情は、あらゆる事例において、将来の犯罪に関する捜査として無令状のビデオ撮影が許容されるための不可欠の要件である）、という趣旨か。

⁵⁸ 村井敏邦「判批」判例評論 360 号 61 頁（1989 年）、64 頁。

●東京地判平成17・6・2判時1930号174頁 [138]

【設問4-1】

本判決は、本件における無令状のビデオ撮影につき、強制処分と任意処分のいずれに当たると解しているか。この点につき、本判決のどのような判示部分が手がかかりとなるか。

【設問4-2】

本件のビデオ撮影は、未だ発生していない将来の犯罪に関する捜査として行われたものであるが、本判決は、その許容性につき、東京高判昭和63・4・1 [137]（「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合」という事情に注目）とは異なり、「本件ビデオカメラの撮影が、弁護人が指摘するような犯罪発生 of 相当高度の蓋然性が認められる場合にのみ許されるとするのは相当ではなく、また、被告人に罪を犯したと疑うに足りる相当な理由が存在する場合にのみ許されるとするのも厳格に過ぎると解される⁵⁹。むしろ、被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由の存在をもって足りると解すべきである」と判示している。

【設問4-2-a】

本判決が、未だ発生していない将来の犯罪に関する捜査としての無令状のビデオ撮影の許容性を検討しているにもかかわらず、将来における「犯罪発生 of ……蓋然性」ではなく、過去において「被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由」という事情に注目しているのは、どのような理由によるものか。

【設問4-2-b】

本判決が、必要となる嫌疑の程度につき、「被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由」と判示し、「相当な理由」よりも低い「合理的な理由」をもって足りるとしているのは、どのような理由によるものか。〔※レジュメ32頁の設問2-6も参照。〕

⁵⁹ 既に発生した過去の犯罪に関する捜査としての無令状の写真撮影の許容性につき、被写体たる人物が当該犯罪を行ったことを疑わせる「相当な理由」のある者に限定される場合、という要件を定立するものとして、東京地判平成元・3・15判時1310号158頁 [135]、京都地決平成2・10・3判時1375号143頁 [136]。

(3) 搜索・差押えの際の写真撮影

●最(二小)決平成2・6・27刑集44巻4号385頁 [175]

【設問1-1】

仮に、本件において、捜査官が、本件搜索差押許可状が適法に執行されたことを立証する目的で、その執行に際し、別途（同じ被疑事実に基づく）検証許可状の発付を受けることなく、搜索・差押えを実施している状況（例えば、捜査官が被処分者に対し搜索差押許可状を呈示している様子や、捜査官が個々の部屋を搜索している様子など）を写真撮影したとしよう。

このような写真撮影は、強制処分と任意処分のいずれに当たるか。仮に、強制処分に当たる場合、このような写真撮影は適法か。この点につき、原判決（東京地決平成2・1・11刑集44巻4号392頁 [基礎資料5頁]）及び藤島裁判官の補足意見は、どのように判示しているか。〔※判例教材は、原判決の引用にあたり、不適切な省略を行っているため、基礎資料を参照のこと。以下同じ。〕

【設問1-2】

仮に、本件において、捜査官が、被疑者名義の預金通帳（令状記載の差押え目的物に当たる物件として差し押さえられている）が保管されていた場所や状態等を立証する目的で、本件搜索差押許可状の執行に際し、当該通帳の差押えに先立ち、別途（同じ被疑事実に基づく）検証許可状の発付を受けることなく、当該通帳が発見された状況（例えば、机の引き出しの中に当該通帳が保管されている様子）を写真撮影したとしよう。

このような写真撮影は、強制処分と任意処分のいずれに当たるか。仮に、強制処分に当たる場合、このような写真撮影は適法か。この点につき、原判決及び藤島裁判官の補足意見は、どのように判示しているか。

【設問1-3】

仮に、本件において、捜査官が、本件搜索差押許可状の執行に際し、被疑者名義の預金通帳（令状記載の差押え目的物に当たる）を差し押さえる代わりに、別途（同じ被疑事実に基づく）検証許可状の発付を受けることなく、当該通帳の全てのページを写真撮影したとしよう。

このような写真撮影は、強制処分と任意処分のいずれに当たるか。仮に、強制処分に当たる場合、このような写真撮影は適法か。

【設問 1-4】

本件において、捜査官は、捜索差押許可状の執行に際し、捜索場所で発見された「印鑑、ポケット・ティッシュペーパー、電動ひげ剃り機、洋服ダンス内の背広」を写真撮影しているが、原判決は、これらの物件につき、「本件捜索差押許可状記載の『差し押えるべき物』のいずれにも該当せず」と判示している（本決定も、この点に関する原判決の認定を是認している）。

【設問 1-4-a】

このような写真撮影は、強制処分と任意処分のいずれに当たるか。この点につき、本決定は、どのように判示しているか。

【設問 1-4-b】

仮に強制処分に当たると解する場合、このような写真撮影は適法か。この点につき、原判決及び藤島裁判官の補足意見は、どのように判示しているか。

【設問 1-5】

本決定は、「〔本件の〕写真撮影は、それ自体としては_____としての性質を有すると解されるから、刑訴法 430 条 2 項の準抗告の対象となる『押収に関する処分』には当たらない」と判示している。

この点、本件の写真撮影は、捜索場所に所在する物の占有を取得するものではないとしても、当該物件に関する情報を取得するという点において、「押収」に当たる、とは考えられないか。

【設問 1-6】

例えば、捜索場所で発見されたノートが、令状記載の差押え目的物に当たらず、差押えが許されないものでありとしよう。本決定を前提とすると、捜査官が当該ノートを差押えた場合は刑訴法 430 条 2 項に基づく準抗告が可能である一方、捜査官が当該ノートの全てのページを写真撮影した場合は同項に基づく準抗告が不可能である、ということになるが、このような結論は妥当か。この点につき、藤島裁判官の補足意見は、どのように判示しているか。

(4) エックス線検査

●最(三小)決平成 21・9・28 刑集 63 卷 7 号 868 頁 [143]

【設問 1-1】

荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物につき、捜査機関が、宅配便業者の承諾を得たうえで、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、荷物の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場合、このような行為により、誰のどのような法益が侵害されることになるのか。この点につき、第 1 審判決及び本決定は、どのように判示しているか。

【設問 1-2】

荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物につき、捜査機関が、宅配便業者の承諾を得たうえで、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、①荷物に触れず目視によりその外観を観察する（それにより、例えば、荷送伝票の記載を読んで荷送人・荷受人の氏名・住所等の情報を収集する）場合、②荷物の外表に触れてその寸法や重量を測定する場合、③荷物を開封して内容物を見分する場合、これらの行為は、それぞれ強制処分と任意処分のいずれに当たるか。

【設問 1-3】

宅配便業者が、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、捜査機関の求めに応じて、運送過程下にある荷物を捜査機関に（一時的にせよ）提出することは、適法か。

【設問 1-4】

第 1 審判決（控訴審判決も同旨）は、本件のエックス線検査につき、どのような判断枠組のもと、どのような理由を挙げたうえで、強制処分と任意処分のいずれに当たると判示しているか。〔※設問 1-6, 1-7 も参照。〕

【設問 1-5】

本決定は、本件のエックス線検査につき、どのような判断枠組のもと、どのような理由を挙げたうえで、強制処分と任意処分のいずれに当たると判示しているか。〔※設問 1-6, 1-7 も参照。〕

【設問 1-6】

本件のエックス線検査が強制処分と任意処分のいずれに当たるかという点につき、第 1 審判決（控訴審判決も同旨）と本決定が依拠している判断枠組は同じか。仮に異なるとすれば、具体的にどのように異なるか。

【設問 1-7】

本件のエックス線検査が強制処分と任意処分のいずれに当たるかという点につき、第 1 審判決（控訴審判決も同旨）と本決定が異なる結論に達しているのは、どのような理由によるものか。

◆今回の講義に関連する教科書・参考書の範囲

- ・酒巻匡『刑事訴訟法（第2版）』（2020年）
 - 第1編第1章（19～38頁）
 - 第1編第5章III-3（3）（123～124頁）
 - 第1編第6章I（135～142頁）
 - 第1編第7章II（156～163頁）

- ・三井誠編『判例教材刑事訴訟法（第5版）』（2015年）
 - 最(三小)決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁 [1]
 - 最(大)判平成29・3・15刑集71巻3号13頁 [基礎資料1頁]
 - 最(大)判昭和44・12・24刑集23巻12号1625頁 [134]
 - 最(二小)決平成20・4・15刑集62巻5号1398頁 [139]
 - 東京高判昭和63・4・1判時1278号152頁 [137]
 - 東京地判平成17・6・2判時1930号174頁 [138]

- ・川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（2016年）
 - 第1講（1～20頁）
 - 第12講III（261～266頁）

- ・古江頼隆『事例演習刑事訴訟法（第2版）』（2015年）
 - 第1講（11～29頁）

※講義の受講に先立ち、酒巻『刑事訴訟法』及び三井『判例教材』の関連範囲に目を通したうえで、レジユメの設問を事前に検討しておくこと。講義では、受講者が十分な予習を行ってきたことを前提として、レジユメの設問を中心に質疑応答を行う。「自習に委ねる」と付記した項目については、講義では検討を省略する。基礎資料の判例・裁判例については、予習・復習のいずれの段階においても、アンダーラインを引いた箇所のみを読めば足りる。なお、レジユメの脚注に引用してある各種の文献のほか、川出『判例講座』、古江『事例演習』、レジユメの末尾に掲げてある参考文献（後掲）は、予習に際して読み込む必要はなく、必要に応じ、復習に際して参照すれば足りる。

※講義では、まず、レジユメ10～28頁につき、ごくごく簡単に復習した後、レジユメ29～36頁につき、時間をかけて検討する。その他の箇所は、講義では検討を省略し、全て自習に委ねる。また、後記のとおり、講義の最後に、平成19年の司法試験の過去問を検討する。

◆今回の講義に関連する司法試験の過去問

- ・平成 19 年司法試験論文式試験：刑事系科目第 2 問
講義の最後に設問 1（ビデオ撮影の適法性）につき検討を加えるので、問題文に目を通したうえで講義に臨むこと（答案を作成する必要はない。次回以降も同じ）。
- ・平成 21 年司法試験論文式試験：刑事系科目第 2 問
自習に委ねる。設問 1（写真撮影の適法性）を解くためには、検索・差押えの際の写真撮影（レジュメ 37～38 頁）という論点を押さえておくことが不可欠の前提となる。
- ・平成 27 年予備試験論文式試験：刑事訴訟法
自習に委ねる。設問 1 は、写真撮影の適法性を問うものである。
- ・平成 30 年司法試験論文式試験：刑事系科目第 2 問
自習に委ねる。設問 1 は、ビデオ撮影の適法性を問うものである。

◆参考文献

- ・大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室 439 号 58 頁（2017 年）
- ・大澤裕「判批（最(三小)決昭和 51・3・16)」『百選（第 10 版）』4 頁（2017 年）
- ・井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」同『強制捜査と任意捜査（新版）』2 頁（2014 年）
- ・池田公博「捜査対象者の同意と捜査手法の適否」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』233 頁（2019 年）
- ・池田公博「捜査に対する被処分者の同意の意義と有効性」研修 863 号 3 頁（2020 年）
- ・川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生＝佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下）』23 頁（2006 年）
- ・酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢 162 巻 1＝6 号 91 頁（2008 年）
- ・川出敏裕「『強制処分』の概念とその規律——現状と今後の課題」刑法雑誌 58 巻 3 号 3 頁（2020 年）
- ・池田公博「『強制処分法定』の根拠と適用基準」刑法雑誌 58 巻 3 号 14 頁（2020 年）
- ・井上正仁「令状主義の意義」同『強制捜査と任意捜査（新版）』58 頁（2014 年）
- ・笹倉宏紀「『令状主義』の射程と機能」刑法雑誌 58 巻 3 号 34 頁（2020 年）
- ・長沼範良「写真撮影」『争点（第 4 版）』90 頁（2014 年）
- ・酒巻匡「判批（最(二小)決平成 20・4・15)」『百選（第 9 版）』20 頁（2011 年）

- ・池田公博「写真・ビデオ撮影」法学教室 364 号 10 頁 (2011 年)
- ・渡辺直希「判批 (大阪地判平成 30・4・27)」警察学論集 71 卷 10 号 164 頁 (2018 年)
- ・堀田さつき「判批 (さいたま地判平成 30・5・10)」警察公論 73 卷 11 号 85 頁 (2018 年)
- ・前田和孝「判批 (大阪高判平成 30・9・25)」警察公論 75 卷 7 号 84 頁 (2020 年)
- ・星周一郎「捜査における継続的ビデオ撮影の許容性」刑ジャ 59 号 58 頁 (2019 年)
- ・井上正仁「捜索・差押えの際の写真撮影と準抗告」同『強制捜査と任意捜査 (新版)』436 頁 (2014 年)
- ・井上正仁「梱包内容のエックス線検査」同『強制捜査と任意捜査 (新版)』428 頁 (2014 年)

2021年度前期 東北大学法科大学院 基幹刑事訴訟法
第1回 強制捜査と任意捜査 基礎資料

●最(大)判平成29・3・15刑集71巻3号13頁

窃盗，建造物侵入，傷害被告事件
最高裁判所大法廷平成28年（あ）第442号
平成29年3月15日判決

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

弁護人亀石倫子ほかの上告趣意のうち，憲法35条違反をいう点は，後記のとおり，原判決の結論に影響を及ぼさないことが明らかであり，判例違反をいう点は，事案を異にする判例を引用するものであって，本件に適切でなく，その余は，憲法違反をいう点を含め，実質は単なる法令違反の主張であって，刑訴法405条の上告理由に当たらない。

以下，所論に鑑み，車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査（以下「GPS捜査」という。）の適法性等に関する原判決の判断の当否について，判断を示す。

1 事案の概要

原判決及び第1審裁判所の平成27年6月5日付け決定によれば，本件においては，被告人が複数の共犯者と共に犯したと疑われていた窃盗事件に関し，組織性の有無，程度や組織内における被告人の役割を含む犯行の全容を解明するための捜査の一環として，平成25年5月23日頃から同年12月4日頃までの約6か月半の間，被告人，共犯者のほか，被告人の知人女性も使用する蓋然性があつた自動車等合計19台に，同人らの承諾なく，かつ，令状を取得することなく，GPS端末を取り付けた上，その所在を検索して移動状況を把握するという方法によりGPS捜査が実施された（以下，この捜査を「本件GPS捜査」という。）。

2 第1審及び原審の判断の要旨

(1) 第1審裁判所は，本件GPS捜査は検証の性質を有する強制の処分（刑訴法197条1項ただし書）に当たり，検証許可状を取得することなく行われた本件GPS捜査には重大な違法がある旨の判断を示した上，本件GPS捜査により直接得られた証拠及びこれに密

接に関連する証拠の証拠能力を否定したが、その余の証拠に基づき被告人を有罪と認定した。

(2) これに対し、原判決は、本件GPS捜査により取得可能な情報はGPS端末を取り付けた車両の所在位置に限られるなどプライバシーの侵害の程度は必ずしも大きいものではなかったというべき事情があること、被告人らの行動確認を行っていく上で、尾行や張り込みと併せて本件GPS捜査を実施する必要性が認められる状況にあったこと、本件GPS捜査が強制の処分当たり、無令状で行った点において違法と解する余地がないわけではないとしても、令状発付の実体的要件は満たしていたと考え得ること、本件GPS捜査が行われていた頃までに、これを強制の処分と解する司法判断が示されたり、定着したりしていたわけではなく、その実施に当たり、警察官らにおいて令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとまでは認め難いこと、また、GPS捜査が強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないことなどを理由に、本件GPS捜査に重大な違法があったとはいえないと説示して、第1審判決が証拠能力を否定しなかったその余の証拠についてその証拠能力を否定せず、被告人の控訴を棄却した。

3 当裁判所の判断

そこで検討すると、原判決の前記2(2)の説示に係る判断は是認できない。その理由は、次のとおりである。

(1) GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。

(2) 憲法35条は、「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」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、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として、刑法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。

(3) 原判決は、GPS 捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないと説示しているところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点についても検討する。

GPS 捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑事法上の「検証」と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、「検証」では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて捜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS 捜査は、GPS 端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS 捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑事法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法222条1項、110条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。

これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑事法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑事法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの的確な条件の選択が行われたい限り是認できないような強制の処分を認めることは、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。

以上のとおり、GPS 捜査について、刑事法197条1項ただし書の「この法律に特別の定のある場合」に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑事法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。

(4) 以上と異なる前記2(2)の説示に係る原判断は、憲法及び刑事法の解釈適用を誤っており、是認できない。

4 しかしながら、本件GPS 捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した

第1審判決は正当であり、第1審判決を維持した原判決の結論に誤りはないから、原判決の前記法令の解釈適用の誤りは判決に影響を及ぼすものではないことが明らかである。

よって、刑訴法410条1項ただし書、414条、396条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官岡部喜代子、同大谷剛彦、同池上政幸の補足意見がある。

裁判官岡部喜代子、同大谷剛彦、同池上政幸の補足意見は、次のとおりである。

私たちは、GPS捜査の特質に着目した立法的な措置が講じられることがあるべき姿であるとの法廷意見に示された立場に賛同するものであるが、今後立法が具体的に検討されることになったとしても、法制化されるまでには一定の時間を要することもあると推察される。それまでの間、裁判官の審査を受けてGPS捜査を実施することが全く否定されるべきものではないと考える。

もとより、これを認めるとしても、本来的に求められるべきところとは異なった令状によるものとなる以上、刑訴法1条の精神を踏まえたすぐれて高度の司法判断として是認できるような場合に限定されよう。したがって、ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査のため、対象車両の使用者の行動の継続的、網羅的な把握が不可欠であるとの意味で、高度の必要性が要求される。さらに、この場合においても、令状の請求及び発付は、法廷意見に判示された各点について十分配慮した上で行われなければならないことはいうまでもない。このように、上記のような令状の発付が認められる余地があるとしても、そのためには、ごく限られた特別の事情の下での極めて慎重な判断が求められるといえよう。

検察官榊原一夫、同宇川春彦 公判出席

(裁判長裁判官 寺田逸郎 裁判官 岡部喜代子 裁判官 大谷剛彦 裁判官 大橋正春 裁判官 小貫芳信 裁判官 鬼丸かおる 裁判官 木内道祥 裁判官 山本庸幸 裁判官 山崎敏充 裁判官 池上政幸 裁判官 大谷直人 裁判官 小池裕 裁判官 木澤克之 裁判官 菅野博之 裁判官 山口厚)

●東京地決平成2・1・11 刑集44 卷4 号392 頁

搜索差押許可状の発付及び差押処分に対する準抗告申立事件

東京地方裁判所刑事第七部

平成二年一月一日

抗告申立人 嶋田道子

主 文

本件各準抗告を棄却する。

理 由

一 申立の趣旨及び理由の要旨

本件申立の趣旨及び理由は、申立人代理人作成の準抗告申立書記載のとおりであるから、ここにこれを引用するが、要するに、

1 申立人の住居には、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況がなかったから、本件搜索差押許可の裁判は違法であり、したがって、これを取消す旨の決定を求める、

2 本件搜索差押に当たって、司法警察員が不必要な強制手段を用いたこと、刑事訴訟法二二二条、一一四条の規定する立会が実質的にはなかったこと、司法警察員が本件搜索差押許可状に記載がなく本件被疑事実と何ら関連性のない物を写真撮影し、その内容をメモしたこと及び司法警察員が差押の必要性のない物を押収したことから、本件搜索差押は違法であり、したがって、本件差押処分を取消す旨の決定を求める、

3 右写真撮影は違法であるから、本件搜索差押の際の写真撮影により得られたネガ及び写真を廃棄し、又は申立人に返還する旨の決定を求める、
というものである。

二 当裁判所の判断

1 一件記録及び当裁判所の事実取調の結果によれば、以下の事実を認めることができる。すなわち、

東京北簡易裁判所裁判官は、平成元年十一月二日、司法警察員の請求により、被疑者高橋秀敏に対する建造物侵入未遂被疑事件について、東京都北区田端三丁目六番三号司荘二階一号室申立人方居室及び階段等共用部分を搜索し、右事件の犯行を計画したメモ類並びに被疑者の生活状況を示す預貯金通帳、領収証、請求書、金銭出納帳及び日記帳を差押えることを許可する旨の搜索差押許可状を発付した。司法警察員は、右搜索差押許可状により、同月八日、右申立人方居室において、搜索を行い、高橋秀敏名義の預金通帳二通及び同人依頼にかかる振込金受取書二通（以下、これらを「本件差押物件」という。）を差押えるとともに、右搜索差押の際、写真撮影を行い、同室内で発見した手帳の内容のメモを取った。

2 右事実並びに一件記録及び当裁判所の事実取調の結果に基づき申立人の主張について以下検討する。

(一) まず、本件申立のうち搜索許可の裁判の取消を求める点は、搜索許可の裁判は刑

事訴訟法四二九条の準抗告の対象とされていないから、不適法であり、搜索許可の裁判の適否は、搜索に基づき発見された物に対する差押処分の適否を判断する際に検討されるべき事柄である。また、差押許可の裁判の取消を求める点は、前記のとおり、本件搜索差押許可状に基づいて既に司法警察員が申立人方居室を搜索し差押処分を行っていることが明らかであるから、右差押処分の適否を判断するのに必要な限度で差押許可の裁判の適否を審査すれば足り、それ以上に右裁判の適否を全般的に審査してこれを取消す利益はないと言ふべきであって、不適法である。

そして、当裁判所の実事取調の結果によれば、本件差押物件はいずれも平成元年一二月二五日その所有者高橋秀敏に対して還付されたことが明らかであるから、本件差押処分の取消を求める準抗告はその対象を失い申立の利益を欠くに至ったと言ふほかなく、したがって、所論指摘の点につき判断するまでもなく不適法として棄却を免れない。

★ (二) 次に、本件写真撮影の適否について検討するのに、搜索差押の際に捜査機関が、証拠物の証拠価値を保存するために証拠物をその発見された場所、発見された状態において写真撮影することや、搜索差押手続の適法性を担保するためその執行状況を写真撮影することは搜索差押に付随するものとして許されるものと解すべきところ、本件写真撮影の対象となった物件のうち、後記のものを除いては、その写真撮影はいずれも本件搜索差押に付随する写真撮影として許容されるものであって違法ではない。

本件写真撮影にかかる印鑑、ポケット・ティッシュペーパー、電動ひげ剃り機、洋服ダンス内の背広は、本件搜索差押許可状記載の「差し押えるべき物」のいずれにも該当せず、かつ、これらの物件の写真が、床面に並べられ、あるいは接写で撮影されており搜索差押手続の適法性の担保にも資するものではないことから、これらの写真撮影は、右の搜索差押に付随する写真撮影として許容される範囲を逸脱し、違法であると言わなければならない（なお、申立人は被疑者所有の時計及びライターが写真撮影されたと主張し、その旨の申立人作成の報告書が提出されているところ、一件記録及び当裁判所の実事取調の結果によっても右事実の存否は必ずしも明確ではないが、仮に申立人の主張どおりであるとすれば、右写真撮影も前同様違法と言わなければならない。）。

ところで、申立人は、違法な写真撮影により得られたネガ及び写真の廃棄又は申立人への返還を求めているのであるが、このような準抗告の申立は、いずれも刑事訴訟法四三〇条、四二六条の文理等に照らして同法の認めていない不適法なものと言ふべきであるから、この点において右申立も棄却を免れない。

3 以上のとおり、本件準抗告の申立は、いずれも不適法であるから、刑事訴訟法四三二条、四二六条一項により棄却することとして、主文のとおり決定する。

[23]

逮 捕 状 (通常逮捕)	
被疑者	氏 名 青 木 真 吾 年 齢 昭和33年5月1日生 住 居 水戸市若宮町4丁目13番47号 金子アパート206号室 職 業 小林方 無 職
罪 名	住居侵入, 現住建造物等放火
被疑事実の要旨	別紙のとおり
引致すべき場所	茨城県水戸北警察署又は逮捕地を管轄する警察署
有効期間	平成21年12月 2日まで
有効期間経過後は, この令状により逮捕に着手することができない。この場合には, これを当裁判所に返還しなければならない。 有効期間内であっても, 逮捕の必要がなくなったときは, 直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。	
上記の被疑事実により, 被疑者を逮捕することを許可する。 平成21年11月25日 水 戸 簡 易 裁 判 所 裁 判 官 源 泰 徳 ㊟	
請求者の官公職氏名	茨城県水戸北警察署 司法警察員 警部 佐川敏明
逮捕者の官公職氏名	茨城県水戸北警察署 司法警察員 警部補 加納哲也
逮捕の年月日時及び場所	平成21年11月27日 午後 2時50分 茨城県水戸北警察署 ㊟で逮捕
記名押印	司法警察員 警部補 加納哲也 ㊟
引致の年月日時	平成21年11月27日 午後 2時50分
記名押印	司法警察員 警部補 加納哲也 ㊟
送致する手続をした年月日時	平成21年11月29日 午前 8時40分
記名押印	司法警察員 警部 田村信夫 ㊟
送致を受けた年月日時	平成21年11月29日 午前 9時20分
記名押印	水戸地方検察庁 検察事務官 春田 憲 ㊟

[庁印省略]

(別紙) 被疑事実の要旨

被疑者は、大橋尚子が所有し、現に飯塚光雄らが居住する水戸市松ヶ崎1丁目7番8号所在の木造モルタルトタン葺き2階建て共同住宅である都荘に放火しようと企て、平成21年10月29日午後8時ころ、都荘102号室飯塚方居室内に侵入した上、同居室6畳間北側隅に積まれた段ボール箱に簡易ライターで点火して火を放ち、同建物の柱及び長押等に燃え移らせ、もって現に人が住居に使用している前記建物1階部分約0.7平方メートルを焼損したものである。

捜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	加 木 了 介 昭和29年 2月 9日 生（54歳）
罪 名	殺 人 未 遂
捜 索 す べ き 場 所 ， 身 体 又 は 物	横浜市中区永江町190番地 桜荘A号室 被疑者 加木了介 方居室内
差 し 押 え る べ き 物	本件犯行に使用された 果物ナイフ 1丁
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	横浜中央警察署 司法警察員警視 前 原 正 勝
有 効 期 間	平成 20年 12月 28日 まで
<p>有効期間経過後は、この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には、これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても、捜索又は差押えの必要がなくなったときは、直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
<p>被疑者に対する上記被疑事件について、上記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平成20年12月22日 横 浜 簡 易 裁 判 所 裁判官 永 島 久 弘 ㊟</p>	

注意 本様式は、実際の様式とは若干異なります。

平成19年 司法試験 論文式試験 刑事系科目

〔第2問〕(配点：100)

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】

1 A市B町は、約1キロメートル四方に広がる住宅街であるが、B町内では、平成19年3月7日午前1時10分ころ、P駐車場において、駐車車両1台から不審火が発生し、続いて、同年3月16日午前3時45分ころ、Q駐車場において、駐車車両1台から不審火が発生した。各不審火は、幸い早期に発見、消火されたため、出火元の車両各1台を焼損したにとどまり、他の車両や住宅等への延焼を免れた。

P及びQ駐車場は、いずれもB町内の住宅密集地にあり、多数の木造住宅が各駐車場に隣接していた。また、いずれも、管理人が常駐しておらず、だれでも自由に出入りすることができる屋根のない駐車場であり、出火当時、焼損した各車両に隣接する駐車区画を含め合計数台の車両が駐車されていたが、焼損した各車両はいずれもC社製高級外車であった。

また、それら車両には、いずれも、そのドアに鋭利な金属様の物で付けたと認められる長さ数十センチメートルの複数のひっかき傷があった上、火元の前部バンパー付近からベンジンの成分が検出された。ベンジンは、石油を蒸留して得られる、揮発性が高く引火しやすい液体であり、染み抜きの溶剤やカイロの燃料等に用いられている。さらに、出火した各車両及びその周辺には、自然発火の原因となるようなものはなく、出火前には、ドアのひっかき傷も、前部バンパー付近にベンジンが付着するような事情もなかった。

警察は、いずれの不審火も、ベンジンを用いた放火であるとの疑いを強め、捜査を行った結果、Q駐車場付近の住人が、同駐車場における出火前日の同年3月15日午前3時ころ、B町内に居住する甲が一人で同駐車場内をしばらく歩き回った上で立ち去るのを目撃していたこと、甲は同駐車場に駐車区画を賃借していないことが各判明した。

そこで、甲について捜査したところ、甲は、B町のほぼ中心に位置する2階建てのDアパート1階の1室に一人で居住している25歳の男性であり、同年2月初めころから、週に2、3日、昼間の数時間、同町内のクリーニング店において、洗濯作業補助のアルバイトをしていることが判明したが、それ以上には犯人の特定につながる証拠は得られなかった。

2 その後、同年3月21日午前2時35分ころ、B町内のR駐車場に駐車中のC社製高級外車が焼損する不審火が発生した。

同駐車場も、B町内の住宅密集地にあつて、多数の木造住宅がこれに隣接していた上、管理人が常駐しておらず、だれでも自由に出入りすることができる屋根のない駐車場であった。また、同駐車場は、出火当時、十数台の駐車車両でほぼ満杯であった。焼損した車両の右側ドアには、出火前にはなかった長さ約30センチメートルないし50センチメートルの5か所のひっかき傷が残っていた上、火元の前部バンパー付近から出火前には付着するような事情がないベンジンの成分が検出された。出火した車両及びその周辺には、自然発火の原因となるようなものはなかった。

3 そこで、警察がB町内及びその周辺の駐車場を調べたところ、同年3月22日、B町内のS、T及びU駐車場並びにB町周辺の数箇所の駐車場に、いずれもC社製高級外車が駐車されていることが判明した。

S、T及びU駐車場は、いずれも、管理人が常駐していない屋根のない駐車場であり、だれでも自由に駐車場内に入出入りすることが可能であった。各駐車場は、B町内の住宅密集地にあるため、夜間の人通りが極めて少ない上、出入口を除く三方を、隣接する多数の木造住宅に囲まれていて、出入口に面した各公道の幅員は5メートル程度であり、犯人に気付かれることなく各駐車場付近に警察官を張り込ませることは極めて困難であった。また、各駐車場には、夜間、空き区画がないほどに車両が駐車されており、それらの中にいずれもC社製高級外車各1台が含まれていた。

警察がR駐車場付近の聞き込み捜査等を継続したところ、同年3月25日になって、付近の住人が、同年3月21日の出火直後に、R駐車場から約200メートル離れた路上で、甲とよく似た人物が、右手にその容量が500ミリリットル程度の瓶を持ち、R駐車場方向からその反対方向に向かって走り去ったのを目撃していたこと、甲がアルバイトしているクリーニング店では、同年2月中旬以降、染み抜き剤として用いているベンジン500ミリリットル入り瓶数本を紛失していたこと及び甲が、同年3月中旬、友人Eに対し、「確か、R駐車場にはC社製の車があったよね。」などと話していたことが各判明した。

そこで、警察が改めて甲方周辺の状態を確認したところ、Dアパート1階にある甲方居室は公道に面しており、甲方玄関ドアから外に出るとすぐに公道であったが、その公道の幅員は約5メートルであって、甲に気付かれることなく警察官が張り込んで甲方の人の出入りを監視するのは極めて困難であった。また、Dアパートに隣接して木造2階建ての民家F方が建っており、F方2階のベランダからは、甲方玄関ドアは見通せないものの、甲方玄関ドアから公道上に出てきた人物を見通すことができた。

- 4 警察は、同年3月23日、B町内のS、T及びU駐車場付近の各電柱にビデオカメラを設置した。

警察は、ビデオカメラ設置に当たっては、各駐車場の管理人及び電柱を管理する電力会社の承諾を得たが、駐車場利用者の承諾は得ていなかったし、ビデオ撮影・録画に関するいかなる令状も取得していなかった。

S駐車場では、付近の電柱にビデオカメラ2台を設置し、うち1台のビデオカメラは、公道から見える同駐車場出入口を画面の中心にとらえており、その撮影範囲には、駐車車両や同出入口前の公道は含まれていなかった。また、もう1台のビデオカメラは、公道から見えるC社製高級外車を画面の中心にとらえており、その撮影範囲は、同車両の車体全体を含んでいたほか、その左右に隣接する駐車車両の車体の一部を含んでいた。各ビデオカメラは、日没後も、付近街灯の明かりのため、撮影範囲内の人物の顔、服装の色・特徴等を鮮明に撮影することが可能であった。

T及びU駐車場付近に設置されたビデオカメラ各2台、合計4台の設置場所、設置状況、撮影範囲等は、S駐車場のそれらと同様であった。

警察は、同年3月24日以降、毎日午前零時から午前5時までの間、各ビデオカメラを作動させ、各駐車場の様子を撮影・録画した。

- 5 また、警察は、甲方玄関ドア前の公道上を撮影するため、隣家のFの承諾を得て、同年3月26日、F方2階のベランダにビデオカメラ1台を設置した。

同ビデオカメラは、画面の中心に、甲方玄関ドアから出た直後又は同方に入る直前の人物の公道上の姿をアップでとらえており、その撮影範囲には、甲方玄関ドア等は含まれておらず、撮影範囲の横幅は甲方前公道の幅員の約3分の1であったが、その撮影範囲を歩行する通行人があれば、その姿も撮影・録画される状況になっていた。同ビデオカメラは、日没後も、付近街灯の明かりのため、撮影範囲内の人物の顔、服装の色・特徴等を鮮明に撮影することが可能であった。

そして、警察は、同年3月27日以降、毎日午前零時から午前5時までの間、同ビデオカメラを作動させ、甲方玄関ドア前の公道上を撮影・録画した。もちろん、ビデオ撮影・録画について、甲の承諾も、Dアパートの他の住人や付近住人の承諾も得ていなかったし、これに関するいかなる令状も取得していなかった。

- 6 警察は、撮影当日、各駐車場や甲方前で撮影・録画したビデオテープを回収し、警察署内で再生して録画した映像を精査した。また、警察は、これらのビデオ撮影・録画に当たっては、録画した映像の中に本件捜査上必要なものがなかった場合には、事後に、そのビデオテープを次の撮影に使用して上書き録画することで、不要な映像を消去することとしており、現に、不要な映像は、この方法で消去されていた。

- 7 同年3月28日午前3時30分ごろ、甲方から徒歩約20分の距離にあるS駐車場において、

C社製高級外車が炎上した。火は幸い早期に発見、消火されたため、同車両を焼損したにとどまり、他の車両や住宅等への延焼は免れたが、S駐車場には、出火当時、炎上した車両の左右の駐車区画を含め合計10台の車両が駐車中であり、炎上した車両と直近の木造住宅との距離は約2メートルであった。また、同車両の前部バンパー付近からベンジンの成分が検出された。

警察が、S駐車場の2台のビデオカメラで撮影・録画していたビデオテープを再生したところ、同年3月28日午前3時30分ころ、同駐車場に一人の男性が立ち入り、C社製高級外車に近寄ると、折りたたみ式ナイフ様の物で同車両右側ドアに数回にわたってひっかき傷を付けた上、持参した瓶の中の液体を同車両の前部バンパー付近に振り掛け、ライターでこれに点火して逃走した様子が録画されていた。その放火犯人は、帽子をかぶり、黒色ジャンパーと紺色ズボンを着用し、口元に白色マスクを着け、軍手様の物をはめた手に500ミリリットル程度の容量のある瓶1本を持っていたが、帽子やマスクのため、その人相までは判別できなかった。

警察が、甲方前の公道上を撮影・録画していたビデオテープを再生したところ、同年3月28日午前3時7分、甲方方向から公道上に出てきた直後の甲の姿が、同年3月28日午前3時55分、公道上を歩いてきて甲方方向に向かう甲の姿が、それぞれ録画されていた。その際、甲はマスクをしていなかったため、その顔が明確に判別できた上、甲が着用していた帽子、ジャンパー、ズボン等の色・特徴や甲の体格は、S駐車場の放火犯人のそれらと酷似していた。

そこで、警察は、甲方の捜索差押許可状を取得し、同年4月2日、甲の立会いの下、甲方を捜索し、室内から、帽子、黒色ジャンパー、紺色ズボン、白色マスク、500ミリリットルのベンジン空き瓶、折りたたみ式ナイフ及びライター各1点を発見して押収し、さらに、同年4月2日、S駐車場における建造物等以外放火の容疑で、甲を通常逮捕した。

8 その後、警察が捜査したところ、甲は、C社日本法人に就職しようとしたが不採用とされたことを逆恨みして、平成16年3月3日、屋根のない駐車場において、無関係の第三者が所有するC社製高級外車のドアに折りたたみ式ナイフで複数のひっかき傷を付けた上、同車両の前部バンパー付近にベンジンを散布してこれに火をつけて、同バンパー付近を焼損したが、公共の危険の発生はなかったという器物損壊事件により、同年6月10日、G地方裁判所において、懲役1年6月、3年間執行猶予の有罪判決を受けたという前科を有していた。

9 甲は、S駐車場における放火の犯人であることを否認したが、検察官は、甲の勾留中に所要の捜査を遂げて、平成19年4月20日、甲をS駐車場における建造物等以外放火の事実で起訴した。

裁判所で開かれた第一回公判期日において、甲は、「自分は犯人ではない。」旨述べて犯行を否認し、甲の弁護人も同趣旨の主張を行った。

〔設問1〕 この【事例】のビデオ撮影・録画の適法性について、【事例】中の1から7までの記載に表れた具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 甲を被告人とする建造物等以外放火被告事件の公判において、【事例】中の8記載の事実を、同被告事件の犯人は甲であるとの認定に用いることが許されるか否かについて論じなさい。

平成21年 司法試験 論文式試験 刑事系科目

〔第2問〕(配点：100)

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。なお、【資料1】の供述内容は信用できるものとし、【資料2】の搜索差押許可状は適法に発付されたものとする。

【事例】

- 1 警察は、平成21年1月17日、軽自動車(以下「本件車両」という。)がM埠頭の海中に沈んでいるとの通報を受け、海中から本件車両を引き上げたところ、その運転席からシートベルトをした状態のVの死体が発見された。司法解剖の結果、Vの死因は溺死ではなく、頸部圧迫による窒息死であると判明した。警察が捜査すると、埠頭付近に設置された防犯カメラに本件車両を運転している甲野太郎(以下「甲」という。)と助手席にいるVの姿が写っており、その日時が同年1月13日午前3時5分であった。同年1月19日、警察が甲を取り調べると、甲は、Vの頸部をロープで絞めて殺害し、死体を海中に捨てた旨供述したことから、警察は、同日、甲を殺人罪及び死体遺棄罪で逮捕した。勾留後の取調べで、甲は、Vの別居中の妻である乙野花子(以下「乙」という。)から依頼されてVを殺害したなどと供述したため、司法警察員警部補Pは、その供述を調書に録取し、【資料1】の供述調書(本問題集8ページ参照)を作成した。
- 2 警察は、前記供述調書等を疎明資料として、殺人、死体遺棄の犯罪事実で、搜索すべき場所をT化粧品販売株式会社(以下「T社」という。)事務所とする搜索差押許可状の発付を請求し、裁判官から【資料2】の搜索差押許可状(本問題集9ページ参照)の発付を受けた。なお、同事務所では、T社の代表取締役である乙のほか、A及びBら7名が従業員として働いている。

Pは、5名の部下とともに、同年1月26日午前9時、同事務所に赴き、同事務所にいたBと応対した。乙及びAらは不在であり、Pは、Bを介して乙に連絡を取ろうとしたが、連絡を取ることができなかったため、同日午前9時15分、Bに前記搜索差押許可状を示して搜索を開始した。Pらが同事務所内を搜索したところ、電話台の上の壁にあるフックにカレンダーが掛けられており、そのカレンダーを外すと、そのコンクリートの壁にボールペンで書かれた文字を消した跡があった。Pらがその跡をよく見ると、「1/12△フトウ」となっており、「1/12」と「フトウ」という文字までは読み取ることができたが、「△」の一文字分については読み取ることができなかった。そこで、Pらは、壁から約30センチメートル離れた位置から、その記載部分を写真撮影した【写真①】。
- 3 同事務所内には、事務机等のほかに引き出し部分が5段あるレターケースがあり、Pらがそのレターケースを搜索すると、その3段目の引き出し内に預金通帳2冊、パスポート1通、名刺10枚、印鑑2個、はがき3枚が入っていた。Pが、Bに対し、その引き出しの使用者を尋ねたところ、Bは、「だれが使っているのか分かりません。」と答えた。そこで、Pらがその預金通帳2冊を取り出して確認すると、1冊目はX銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年6月6日からであり、現在も使われているものであった。2冊目はY銀行の普通預金の通帳で、その名義人はAとなっていて、取引期間が平成20年10月10日からであり、現在も使われているものであった。X銀行の預金口座には、不定期の入出金が多数回あり、その通帳の平成21年1月14日の取引日欄に、カードによる現金30万円の出金が印字されていて、その部分の右横に「→T.K」と鉛筆で書き込まれていたが、そのほかのページには書き込みがなかった。また、Y銀行の預金口座には、T社からの入金が決定的にあり、電気代や水道代などが定期的に出金されているほか、カードによる不定期の現金出金が多数回あった。その通帳には書き込みはなかった。次に、Pらがその引き出し内にあるパスポートなどを取り出し、それらの内容を確認すると、パスポートの名義が「乙野花子」で、名刺10枚は「乙野花子」と印刷されており、はがき3枚のあて名は「乙野花子」となっていた。印鑑2個は、いずれも「A」と刻印されていて、X銀行及びY銀行への届出印と似ていた。Pらは、その引き出し内にあったものをいずれも元の位置に戻した上、その引き出し内を写真撮影した。
- 4 引き続き、Pらは、X銀行の預金通帳を事務機の上に置き、それを写真撮影しようとする

Bは、「それはAさんの通帳なので写真を撮らないでください。」と述べ、その写真撮影に抗議した。しかし、Pらは、「捜査に必要である。」と答え、その場で、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真②】。さらに、Pらは、Y銀行の預金通帳を事務机の上に置き、同様に、その表紙及び印字されているすべてのページを写真撮影した【写真③】。なお、Pらは、X銀行の預金通帳を差し押さえたが、Y銀行の預金通帳は差し押さえなかった。

5 次に、Pらは、パスポート、名刺、はがき及び印鑑を事務机の上に置き、パスポートの名義の記載があるページを開いた上、そのページ、名刺10枚、はがき3枚のあて名部分及び印鑑2個の刻印部分を順次写真撮影した【写真④】。なお、Pらは、そのパスポート、名刺、はがき及び印鑑をいずれも差し押さえず、捜索差押えを終了した。

6 その後、捜査を継続していたPらは、平成21年2月3日、甲の立会いの下、M埠頭において、海中に転落した本件車両と同一型式の実験車両及びVと同じ重量の人形を用い、本件車両を海中に転落させた状況を再現する実験を行った。なお、実験車両は、本件車両と同じオートマチック仕様の軽自動車であり、現場は、岸壁に向かって約1度から2度の下り勾配になっていた。

Pらは、甲に対し、犯行当時と同じ方法で実験車両を海中に転落させるよう求めると、甲は、本件車両を岸壁から約5メートル離れた地点に停車させたと説明してから、その地点に停車した実験車両の助手席にある人形を両手で抱えて車外に持ち出した。甲は、その人形を運転席側ドアまで移動させてから車内の運転席に押し込み、その人形にシートベルトを締めた。そして、甲は、運転席側ドアから車内に上半身を入れ、サイドブレーキを解除した上、セレクトレバーをドライブレンジにして運転席側ドアを閉めた。すると、同車両は、岸壁に向けて徐々に動き出し、前輪が岸壁から落ちたものの、車底部が岸壁にぶつかったため、その上で止まり、海中に転落しなかった。甲は、同車両の後方に移動し、後部バンパーを両手で持ち上げ、前方に重心を移動させると、同車両が海中に転落して沈んでいった。その後、Pらが海中から同車両を引き上げ、その車底部を確認したところ、車底部の損傷箇所が同年1月17日に発見された本件車両と同じ位置にあった。

7 Pは、この実験結果につき、実況見分調書を作成した。同調書には、作成名義人であるPの署名押印があるほか、実況見分の日時、場所及び立会人についての記載があり、実況見分の目的として「死体遺棄の手段方法を明らかにして、証拠を保全するため」との記載がある。加えて、実況見分の経過として、写真が添付され、その写真の下に甲の説明が記載されている。

具体的には、岸壁から約5メートル離れた地点に停止している実験車両を甲が指さしている場面の写真、甲が両手で抱えた人形を運転席に向けて引きずっている場面の写真、甲が運転席に上半身を入れて、サイドブレーキを解除し、セレクトレバーをドライブレンジにした場面の写真、同車両の前輪が岸壁から落ちたものの車底部が岸壁にぶつかってその上で同車両が止まっている場面の写真、甲が同車両の後部バンパーを両手で持ち上げている場面の写真、同車両が岸壁から海中に転落した場面の写真、同車両底部の損傷箇所の位置が分かる写真が添付されている。そして、各写真の下に「私は、車をこのように停止させました。」「私は、助手席の被害者をこのように運転席に移動させました。」「私は、このようにサイドブレーキを解除してセレクトレバーをドライブレンジにしました。」「車は、このように岸壁の上で止まりました。」「私は、このように車の後部バンパーを持ち上げました。」「車は、このように海に転落しました。」「車の底には傷が付いています。」との記載がある。

8 その後、同年2月9日、検察官は、被告人甲が乙と共謀の上、Vを殺害してその死体を遺棄した旨の公訴事実で、甲を殺人罪及び死体遺棄罪により起訴した。被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、殺人、死体遺棄の犯人ではない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官が、前記実況見分調書につき、「被告人が本件車両を海中に沈めることができたこと」という立証趣旨で証拠調べ請求したところ、弁護人は、その立証趣旨を「被告人が本件車両を海中に沈めて死体遺棄したこと」であると考え、証拠とすることに不同意の意見を述べた。

〔設問 1〕 〔写真①〕 から 〔写真④〕 の写真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。

〔設問 2〕 【事例】 中の実況見分調書の証拠能力について論じなさい。

【資料 1】

供 述 調 書

本籍，住居，職業，生年月日省略

甲 野 太 郎

上記の者に対する殺人，死体遺棄被疑事件につき，平成21年1月24日〇〇県〇〇警察署において，本職は，あらかじめ被疑者に対し，自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げて取り調べたところ，任意次のおり供述した。

- 1 私は，平成21年1月13日午前2時ころ，V方前の道で，Vの首をロープで絞めて殺し，その死体を海に捨てましたが，私がそのようなことをしたのは，乙からVを殺すように頼まれたからでした。
- 2 私は，約2年前に，クリーニング店で働いており，その取引先に乙が経営していたT化粧品販売という会社があったため，乙と知り合いました。私は，次第に乙に惹かれるようになり，平成19年12月ころから，乙と付き合うようになりました。乙の話では，乙にはVという夫がいるものの，別居しているということでした。
- 3 平成20年11月中旬ころ，私は，乙から「Vに3000万円の生命保険を掛けている。Vが死ねば約2000万円ある借金を返すことができる。報酬として300万円をあげるからVを殺して。」と言われました。私は，最初，乙の冗談であると思いましたが，その後，乙と話をするたびに何回も同じ話をされたので，乙が本気であることが分かりました。そのころ，私にも約300万円の借金があったため，報酬の金が手に入ればその借金を返すことができると思い，Vを殺すことに決めました。そこで，平成21年1月11日午後9時ころ，乙から私に電話があったとき，私は，乙に「明日の夜，M埠頭で車の転落事故を装ってVを殺す。」と言うと，乙から「お願い。」と言われました。
- 4 1月12日の夜，私がV方前の道でVを待ち伏せしていると，翌日の午前2時ころ，酔っ払った様子のVが歩いて帰ってきました。私は，Vを殺すため，その後ろから首にロープを巻き付け，思い切りそのロープの端を両手で引っ張りました。Vは，手足をばたつかせましたが，しばらくすると，動かなくなりました。私が手をVの口に当てると，Vは，息をしていませんでした。
- 5 私は，Vの服のポケットから車の鍵を取り出し，その鍵でV方にあった軽自動車のドアを開け，Vの死体を助手席に乗せました。そして，私は，Vが運転中に誤って岸壁から転落したという事故を装うため，その車を運転してM埠頭に向かいました。私は，午前3時過ぎころ，M埠頭の岸壁から少し離れたところに車を止め，助手席の死体を両手で抱えて車外に持ち出し，運転席側ドアまで移動して，その死体を運転席に押し込み，その上半身にシートベルトを締めました。そして，私は，運転席側ドアから車内に上半身を入れ，サイドブレーキを解除し，セレクトレバーをドライブレンジにしてからそのドアを閉めました。すると，その車は，岸壁に向けて少しずつ動き出し，前輪が岸壁から落ちたものの，車の底が岸壁にぶつかってしまい，車がその上で止まってしまいました。そこで，私は，車の後ろに移動し，思い切り力を入れて後ろのバンパーを両手で持ち上げ，前方に重心を移動させると，軽自動車であったため，車が少し動き，そのままザッブーンという大きな音を立てて海の中に落ちました。私は，だれかに見られていないかとドキドキしながらすぐに走って逃げました。
- 6 その後，私は，乙にVを殺したことを告げ，1月15日の夕方，乙と待ち合わせた喫茶店で，乙から報酬の一部として現金30万円を受け取り，その翌日の夕方，同じ喫茶店で，乙から報酬の一部として現金20万円を受け取りました。

甲 野 太 郎 指印

以上のとおり録取して読み聞かせた上，閲覧させたところ，誤りのないことを申し立て，欄外に指印した上，末尾に署名指印した。（欄外の指印省略）

前 同 日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警部補

P

㊦

【資料2】

捜 索 差 押 許 可 状	
被 疑 者 の 氏 名 及 び 年 齢	甲 野 太 郎 昭和 32 年 9 月 29 日生
罪 名	殺 人, 死 体 遺 棄
捜 索 す べ き 場 所 , 身 体 又 は 物	〇〇県〇〇市桜が岡6丁目24番4号日本橋ビル1階 T化粧品販売株式会社事務所
差 し 押 さ え る べ き 物	本件に関連する保険証書, 借用証書, 預金通帳, 金銭出納帳, 手帳, メモ, ノート
請 求 者 の 官 公 職 氏 名	司法警察員警部補 P
有 効 期 間	平成 21 年 2 月 1 日まで
<p>有効期間経過後は, この令状により捜索又は差押えに着手することができない。この場合には, これを当裁判所に返還しなければならない。</p> <p>有効期間内であっても, 捜索又は差押えの必要がなくなったときは, 直ちにこれを当裁判所に返還しなければならない。</p>	
<p>被疑者に対する上記被疑事件について, 上記のとおり捜索及び差押えをすることを許可する。</p> <p style="text-align: center;">平成 21 年 1 月 25 日 <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> 簡 易 裁 判 所 <input type="checkbox"/> 裁 判 官 某 <input type="checkbox"/></p>	

平成27年度 予備試験 論文式試験

[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】

甲は、平成27年2月1日、L県M市内の路上において、肩が触れて口論となったVに対し、携帯していたサバイバルナイフで左腕を切り付け、1か月間の加療を要する傷害を負わせた。司法警察員Pらは、前記事実で逮捕状及び搜索差押許可状（搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容は、後記のとおり）の発付を受けた上、同月2日、甲を立ち回り先で逮捕した。また、Pらは、同日、甲と同居する乙を立会人として、甲方の搜索を行った。

甲方の搜索に際し、Pは、玄関内において、乙に搜索差押許可状を呈示するとともに、部下の司法警察員Qに指示して、呈示された同許可状を乙が見ている状況を写真撮影した(①)。続いて、Pは、玄関脇の寝室に立ち入ったが、同寝室内には、机とベッドが置かれていた。Pは、Qに指示して、同寝室内全体の写真を撮影した上、前記机の上段の引出しを開けたが、その際、引出し内の手前側中央付近に、血の付いたサバイバルナイフを発見し、その左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証を認めた。Pは、その状況を写真撮影することとし、Qに指示して、前記サバイバルナイフ及び運転免許証等を1枚の写真に収まる形で近接撮影した(②)。Pは、引き続き、前記机の下段の引出しを開けたところ、覚せい剤の使用をうかがわせる注射器5本及びびんのビニール小袋1枚を認めた。そこで、Pは、Qに指示して、前記注射器及びビニール小袋を1枚の写真に収まる形で近接撮影した(③)。その後、Pは、前記サバイバルナイフを押収し、搜索を終了した。

前記サバイバルナイフに付いた血がVのもものと判明したことなどから、検察官Rは、同月20日、L地方裁判所に甲を傷害罪で公判請求した。甲は、「身に覚えがない。サバイバルナイフは乙の物だ。」旨供述して犯行を否認している。

(搜索すべき場所及び差し押さえるべき物の記載内容)

搜索すべき場所 L県M市N町〇〇番地甲方

差し押さえるべき物 サバイバルナイフ

〔設問1〕

【事例】中の①から③に記載された各写真撮影の適法性について論じなさい。

〔設問2〕

Pは、搜索終了後、「甲方の寝室内には、机及びベッドが置かれていた。机には、上下2段の引出しがあり、このうち、上段の引出しを開けたところ、手前側中央付近に、サバイバルナイフ1本が置かれており、その刃の部分には血液が付着していた。そして、同サバイバルナイフの左横に、甲名義の運転免許証及び健康保険証があった。」旨の説明文を記した上、【事例】中の②の写真を添付した書面を作成した。Rは、同書面によって前記サバイバルナイフと甲との結び付きを立証したいと考えた。同書面の証拠能力について論じなさい(②に記載された写真撮影の適否が与える影響については、論じなくてよい)。

平成30年 司法試験 論文式試験 刑事系科目

〔刑事系科目〕

〔第2問〕（配点：100）

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】

- 1 平成30年1月10日午前10時頃、A工務店の者と名乗る男が、H県I市J町のV方を訪問し、V（70歳、女性）に対し、無料でV方の修繕箇所の有無を点検する旨申し向け、Vの了解を得て、V方を点検した。その男は、実際には特段修繕を要する箇所などなかったにもかかわらず、Vに対し、「屋根裏に耐震金具は付いていますが、耐震金具に不具合があって、そのまま放っておくと、地震が来たら屋根が潰れてしまいます。すぐに工事をしないと大変なことになります。代金は100万円です。お金を用意できるのであれば、今日工事をすることも可能です。」などと嘘を言ってVをだまし、V方の屋根裏の修繕工事を代金100万円で請け負った。その男は、Vから、「昼過ぎであれば100万円を用意できるので、今日工事をしてほしい。」と言われたため、同日午後1時頃、再度、V方を訪問し、Vから工事代金として現金100万円を受領し、領収書（以下「本件領収書」という。）をVに交付した。その後、その男は、V方の修繕工事を実施したかのように見せ掛けるため、形だけの作業を行った上で、Vに対し、工事が終了した旨告げて立ち去った。

本件領収書の記載内容は【資料1】のとおりであり、㊸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たものであった。

- 2 Vは、同日午後7時頃、Vの長男WがV方を訪問した際に前記工事の話をしたことを契機に、詐欺の被害に遭ったことに気付き、Wから、犯人が言った内容を記載しておいた方がよいと言われたため、その場で、メモ用紙にその内容を記載した（以下「本件メモ」という。）。

本件メモの記載内容は【資料2】のとおりであり、全ての記載がVによる手書き文字であった。

翌11日、V及びWは、警察署に相談に訪れた。Vは、司法警察員Pに対し、本件領収書及び本件メモを提出した上で、「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。Wは、Pに対し、「提出したメモは、昨夜、母が、私の目の前で記載したものです。そのメモに書かれていることは、母が私に話した内容と同じです。」と説明した。

- 3 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、同月15日午前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く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、①P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。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。

Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「この映像の男は、犯人に似ているような気がしますが、同一人物かどうかは自信がありません。」と述べた。

その後の捜査の結果、A工務店の代表者が甲という氏名であること及び前記映像に映っている男が甲であることが判明した。

Pらは、引き続き本件事務所を1週間にわたって監視したが、甲の出入りは何度か確認できたも

の、他の者の出入りはなかったため、A工務店には甲のほかに従業員はいないものと判断して監視を終えた。

Pらは、その監視の最終日、甲が赤色の工具箱を持って本件事務所に入っていくのを目撃した。Pらは、同工具箱に「A工務店」と書かれたステッカーが貼られていることが確認できれば、甲が犯人であることの有力な証拠になると考えたが、ステッカーが小さく、甲が持ち歩いている状態ではステッカーの有無を確認することが困難であった。そこで、Pらは、同事務所内に置かれた状態の工具箱を確認できないかと考えた。しかし、公道からは同事務所内の様子を見ることができなかつたので、玄関上部にある採光用の小窓から内部を見ることができないかと考へ、向かい側のマンションの管理人に断つた上で同マンション2階通路に上がったところ、同小窓を通して同事務所内を見通すことができ、同事務所内の机の上に赤色の工具箱が置かれているのが見えた。そして、Pが望遠レンズ付きのビデオカメラで同工具箱を見たところ、同工具箱の側面に、「A工務店」と記載された小さな円形のステッカーが貼られているのが見えたことから、②Pは、同ビデオカメラで、同工具箱を約5秒間にわたって撮影した。Pが撮影したこの映像には、同事務所内の机の上に工具箱が置かれている様子が映っているのみで、甲の姿は映っていなかつた。

Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「犯人が持っていた工具箱は、この映像に映っている工具箱に間違いありません。」と述べた。

その後、Pは、Vの供述調書を作成するためにVの取調べを実施しようとしたが、その直前にVが脳梗塞で倒れたため、Vの取調べを実施することはできなかつた。Vの担当医師は、Vの容体について、「今後、Vの意識が回復する見込みはないし、仮に意識が回復したとしても、記憶障害が残り、Vの取調べをすることは不可能である。」との意見を述べたため、Pは、Vの供述調書の作成を断念した。

4 Pらは、同年2月19日、甲を前記1記載の事実に係る詐欺罪で通常逮捕するとともに、本件事務所等の捜索を実施し、甲の名字が刻された認め印等を押収した。そして、甲は、同月21日、検察官に送致され、引き続き勾留された。

甲は、検察官Qによる取調べにおいて、「V方に行ったことはありません。」と述べて犯行を否認した。

その後、捜査を遂げた結果、本件領収書から検出された指紋が、逮捕後に採取した甲の指紋と合致するとともに、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致したことなどから、Qは、同年3月12日、甲を前記詐欺の事実で公判請求した。

5 甲は、同年4月23日に行われた第1回公判期日において、前同様の弁解を述べて犯行を否認した。

Qは、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致する旨の鑑定書、本件領収書から検出された指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書、Vから本件メモ及び本件領収書の任意提出を受けた旨の任意提出書等のほか、③本件メモ及び④本件領収書の取調べを請求した。Qは、本件メモの立証趣旨については、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」、本件領収書の立証趣旨については、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」であると述べた。

弁護人は、前記鑑定書、前記捜査報告書及び前記任意提出書等については同意したが、本件メモについては不同意、本件領収書については不同意かつ取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。その後、Wの証人尋問が実施され、Wは、前記2のWがPに対して行った説明と同旨の証言をした。

〔設問1〕 下線部①及び②の各捜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。

〔設問2〕

1. 下線部③の本件メモの証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

2. 下線部④の本件領収書の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法を複数想定し、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、本件領収書の作成者が甲であり、本件領収書が甲からVに交付されたものであることは、証拠上認定できるものとする。

【資料1】

領収書	
V 様	平成30年1月10日
¥ 1,000,000 (税込) 但 屋根裏工事代金として 上記正に領収いたしました	〒 〇〇〇-〇〇〇〇 H県I市K町1-2-3 TEL 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇 A工務店 代表 甲 ㊞

【資料2】

1 / 10

(今日午前10時、A工務店と名乗る男性が訪問してきた。そのとき言われたこと。)

屋根裏に耐震金具は付いているが、耐震金具に不具合がある。

地震が来たら、屋根が潰れる。すぐに工事しないと大変なことになる。

工事代金は100万円。

お金が用意できるのであれば、今日工事をすることも可能。