

2019 年 12 月 19 日実施

以下の【設例】を読み、【設問】に答えなさい。

【設例】

かねてから「内縁の夫 A がクスリを打って深酒をするたびに殴る蹴るの暴行を加えるので、やめさせてほしい」、と知人の女性 B から相談を受けていた警察官甲は、平成 30 年 5 月 22 日午後 2 時ころ、B から「A がまた暴れている。お腹や顔を殴られた。このままでは殺されるかもしれないから助けてほしい」との通報があったのを受けて B 方に赴いた。ところが甲が駆けつけたときには A は車で外出した後であった。そこで甲は、パチンコに出かけたという A を探すことにした。同日午後 2 時 30 分ころ、甲はパチンコ店の駐車場で A の車を発見し、A に「奥さんに頼まれた。警察署で話をしたいからついて来い」と申し述べて A を A の運転する車で警察署に出頭させた。

甲は A の車を警察署の駐車場に止めさせ、警察署内の会議室に A を同行した。会議室内で所持品の提示を求めたところ、A はこれを拒否した。この態度から甲は、A が何らかの薬物を所持しているのではないかと疑いを抱き、B に対する暴行と覚せい剤取締法違反の被疑事件として立件して、A の着衣および所持品を搜索しようと考え、搜索差押令状を請求することとした。この令状請求の時間を利用して、甲は A に対する説諭を続けたが、A は甲の話をもとに聞こうとしなかった。

そこで甲は、同行から約 2 時間後に上記令状が警察署に届けられたのを受けて、A に令状を示して搜索を実施した。すると、A の所持していたセカンドバッグの中から注射器が発見された。この注射器について甲が試薬による検査を実施したところ、覚せい剤の成分が付着していることが判明した。A は、「B とのことで話があるというからついてきたんや。こんなのだまし討ちやないか」と抗議したが、甲は A の抗議を無視し、引き続いて搜索差押令状を根拠に A が乗ってきた自動車内の搜索を実施し、車内から覚せい剤と思われる白色の粉末の入ったガラスケース 2 本を差押えた。

甲がこのガラスケースを示し、「今も覚せい剤打ってんのと違うか」と尋ねたところ、A はこれを認めておとなしくなり、5 月 22 日午前中に覚せい剤を打ったこと、その影響下で B に食事のことで難癖をつけ、腹部及び顔面を手拳で殴打したことを認める自白調書が作成された。A はその後、求められた尿検査にも素直に応じ、鑑定の結果、尿中から覚せい剤成分が検出され、鑑識課員により、その旨の報告書が作成された。

検察官は、以上の捜査の結果を受けて、A を B に対する暴行と覚せい剤取締法違反（覚せい剤の所持及び使用）の事実で起訴した。

【設問】

- 1 設例中のガラスケースの差押えについて適法性を検討しなさい。
- 2 設例中の A の尿を鑑定した結果を記載した報告書について、その証拠能力を検討しなさい。

出題趣旨

設問1は、「Aの着衣および所持品」を捜索対象とした令状で、警察署の駐車場に停められていたAの車の中を捜索し、車内から発見されたガラスケースを差押えることができるか、を問うものである。これを論じる前提として、まずこの令状の発付が適法に行われたといえるか、が問題となるので、令状発付までの経緯を踏まえた検討を加えてほしいところである（ただし、この問いに対しては、令状の効力の問題としてのみ検討を加え、令状の発付に至る捜査の問題点を設問2の方で論じる答案があるかもしれないので、その場合は減点対象にしない扱いでよい）。以下検討すべき設例中の事実関係を挙げる。

- ①Bからの通報を受けてAを警察署に同行したこと
- ②令状請求から発付までの間、説諭のためにAを警察署内に留め置いたこと
- ③令状発付の要件を満たしていたか（「正当な理由」（犯罪の嫌疑）、対象の特定、処分の必要性等）
- ④所持品の中から発見された注射器の試薬検査
- ⑤警察署の駐車場に停められていたAの車について、令状の効力が及ぶか

このうち、①については、Bから暴行の事実について通報があったことを端緒として捜査活動が開始されたこと、警察署へはAに自分で車を運転させて同行していることを指摘すれば、任意処分（刑訴法197条1項本文）として説明できる。②については、所持品検査を拒否したAの態度から、違法薬物等の所持が疑われる状況であったとは指摘できるであろう。しかし、警察官は、約2時間の間、所持品の提示を求めて説得を続けたのではなく、Bからの以前から寄せられていた相談や、当日の暴行について説諭を続けていたのであるから、令状発付までの間、説諭を口実に退出を許さなかった（事実上身体を拘束していた）との評価も可能である。このような評価を前提とすれば、Aを約2時間、警察署内に留め置いたことは違法ということになる。③については、Aについて薬物の所持ないし使用の嫌疑がどの程度あったかを、所持品検査を拒否したことだけでなく、Bから寄せられた情報も加味して考えることになる。④については、「所持品」から注射器が発見されたのであるから、これが「差押えるべき物」に当たるか否かを確認するために試薬分析をしたことは、刑訴法111条（222条で準用）の「必要な処分」として説明できる。問題は主要な論点である⑤であるが、設問の前提は、発付された令状は、「Aの着衣及び所持品」を対象とし、Aの車は「捜索すべき場所」としては明示されていない、ということである。ここから直ちに令状の効力が及ばない場所の捜索であって違法である、という結論をとることもあり得る。しかし、Aの「所持品」と車の管理者が同一であること、すでに覚せい剤使用の痕跡が注射器から見つかったこと、Aは警察署に到着するまでその車に乗っていたこと等から、令状に明示された「所持品」にAの車が含まれるとの説明もあり得るかもしれない（相当苦しい説明にはなるが）。

設問2は、上記の警察署内への留め置きやAの車の捜索が違法であるとした場合、車の中から発見され、差押えられたガラスケースを示してAに対して取調べを行い、その途中でAが提出した尿を鑑定して得られた鑑定（技官の報告書）に証拠能力を認めることができる

か、を問うものである。問題となるのは違法収集証拠排除法則である。同法則については、直接的に証拠能力否定する明文規定がないので、なぜ証拠価値に影響を与えない収集過程の違法が証拠能力を否定する根拠になるのかについての説明は必須である。根拠規定として援用し得るのは、憲法 31 条（クリーンハンドの原則）、35 条（令状主義、刑訴法 218 も援用可）、将来の違法捜査の抑制という政策的理由に基づく裁判所の裁量権（刑訴法 294 条の訴訟指揮権、刑訴規則 190 条の証拠決定の権限）等である。これに加えて刑訴法 1 条の「実体的真実主義」を根拠に挙げる向きもあるが、これはむしろ相対的排除（「公共の低紙の維持」と「基本的人権の保障」のバランス）を導くための根拠規定と考えるべきであろう。

排除の基準については、ほとんどの者が判例を援用して相対的排除の考え方を示すであろう。その際、「令状主義の精神を没却するような」違法の重大性と将来の違法捜査抑制の見地から見た「排除の相当性」が挙げられるので、これらの基準の意味を正しく理解しているかどうかとも評価のポイントになる。

なお、本問の設例では、鑑定書の作成手続自体には違法はなく、その前の尿の入手やさらにそれ以前の尿の獲得を可能にした警察署への留め置きが違法が問題となるので、派生証拠に対する証拠排除（毒樹の果実の証拠排除）の基準も問題となる。そこでは、捜査手続の違法と派生証拠獲得との因果性の程度（「同一目的・直接利用の関係」や「違法性の継受」といった説明）、元の捜査手続の違法の程度と排除相当性が論じられるであろう。派生証拠を排除しない理由として、「不可避的発見」とか「独立入手源」の例外が挙げられることがあるので、これらの例外がなぜ認められるべきなのかという説明もしてほしいところである。