

捜索と差押えの適法性を分けて検討しよう。

第1 まず、本件において、捜索すべき場所をX方居室とする捜索差押令状で、Xのズボンの後ろポケットを捜索していることの適否が問題になる。 適法か否かが問題です。

1 令状は、その記載に際し、「捜索すべき場所、身体若しくは物」(刑事訴訟法(以下省略)219条1項、憲法35条)を分けて記載することとされている。そして、捜索の際に、事前の令状取得を要求する(同条項、憲法35条)趣旨は、捜索を受ける相手方の権利侵害を考慮し、事前の司法審査を受けて行わせることとして、濫用的・恣意的な捜索で相手方の権利侵害が生じるのを防止する点にある。

従って、本件で、Kらの捜索令状は、捜索すべき場所をX方居室とするのみで、捜索すべき身体を記載しておらず、当該令状で、Kらが、Xの身体たるXのズボンの後ろポケットを捜索したことは、219条1項及び憲法35条に反し、違法であるようにも思える。

規定と当りあいのナンバリングは分けなべさず。

2 しかし、捜索すべき場所の令状の令状審査においては、当該捜索場所に通常属すると認められる場所についての権利侵害を考慮して、令状発付の可否が判断されていると解する。つまり、捜索すべき場所と共通の管理権に属する場所に関しては、そこに捜索すべき物が存在する蓋然性がある場合には、当該場所と同様に、捜索すべきか否かを判断して、令状が発付されているといえる。

↓2

本件において、令状記載の捜索場所は、X方居室であった。

従って、その場所の管理権者は、Xであるといえる。

よって、Xの管理権が及ぶ場所は、Kらの捜索令状で捜索すべき場所として令状審査を受けたといえる。

そして、確かに、Xの後ろポケットは、Xの身体ではあるが、捜索場所として令状に記載された、X方居室と同様に、そこは、Xの管理権が及ぶ場所である。

従って、そこに捜索すべき物が存在する蓋然性があれば、Kらの捜索令状でそこを捜索したとしても、219条1項及び憲法35条に反せず適法であるといえる。

本件で、捜索すべき物には、メモ、預金通帳及び印鑑という、ポケットに収まる大きさの物があげられているばかりか、これらの物は、ポケット等に入れて肌身離さず携帯する者も少なからずいるといえる。

よって、本件で、Xの後ろポケットには、捜索すべき物が存在する蓋然性があったといえる。

しかも、本件で、Kらは、Xの後ろポケットを捜索する際に、事前にXに任意の協力を求めた上で、それを拒否された後に、これを行い、預金通帳を見て、「取引内容」の欄に「A」および「B」の記載があったことを確かめることで、被疑事実との関連性を確認した上で差押えているから、捜索・差押の態様は、社会通念に従い、適正に行われたといえる。

以上より、本件で、Xの後ろポケットを捜索し、預金通帳2冊と印鑑を差押えたことは適法である。

被疑事実との関連性が認められれば、差押えの要件です。

第2 本件において、Kらの捜索令状に記載されたXの罪名は、競馬法違反被疑事件であったが、この捜索の際に差し押さえられた預金通帳2冊、印鑑1本は、Xを業務上横領の罪で

関連性が認められるとした理由(当りあひ)も記載しなけれ(ば)なりません。

別件捜索・差押えの論点においては、最判S 51. 11. 18 判決を

指し示すには必要です。

起訴した裁判の証拠に使用している。

従って、本件の搜索・差押は、令状に記載された罪名以外の、業務上横領の罪を本件として、その捜査のために行われた別件搜索・差押であるため、違法ではないかが問題となる。

1 搜索差押令状に「罪名」を記載する（219条1項）趣旨は、令状審査の際に、「正当な理由」（憲法35条）ある搜索・差押の範囲を、令状裁判官に示して、その事前の司法審査を受けることを可能にするとともに、搜索差押を受ける相手方に、権利侵害の範囲を示す点にある。

これに対して、令状審査の段階で、いまだ、搜索差押の令状審査を受けるだけの疎明資料が入手できない本件のためであるのに、それを秘して、既に疎明資料を入手できた別件で搜索差押令状の発付を受ける場合には、上記、219条1項の趣旨に反し、違法であると共に、憲法35条にも反し、違憲である。 *最判51.11.18判決を踏まえた規範にしましょう。*

従って、このような搜索差押令状で行われた別件搜索・差押は、違憲・違法である。

2 本件搜索が行われた日の約1月半前にXはのみ行為に相手方として参加していたことが警察当局に判明していたが、本件搜索が行われるまでXの取調べはなされておらず、その後、同事件については起訴もされていない。また、X以外の上記「のみ行為」の参加者については、家宅搜索も取調べも行われていない。

それなのに、本件搜索が行われた日の約1月前に、Xが勤務する会社において仕入れ代金の一部を着服している旨の匿名の通報があり、Kらが、Xの生活状況、借金、預金等について捜査を始めた途端、Xにだけ、「のみ行為」の捜査のためとの本件搜索・差押が行われた。

従って、本件では、匿名の通報があっただけでいまだ令状審査を受けるだけの疎明資料が入手できない本件である業務上横領の罪のためであるのに、それを秘して、既に疎明資料を入手できた別件である「ノミ行為」で、本件捜査策差押令状の発付を受けた場合といえる。

3 よって、本件搜索差押令状により行われた本件搜索・差押は、219条1項に反し、違法であると共に、憲法35条にも反し、違憲である。

以上

今後このかたは2下エ。王

1 (1)の搜索・差押え(以下、「本件搜索・差押え」と言う。)は適法か。

(1) まず、X方での搜索に際して、Xの身体は搜索すべき対象に含まれていないにも関わらず、KらはXのズボンのポケットの中を搜索して、普通預金通帳2冊と印鑑1本を差し押さえており、搜索すべき対象に含まれていないものの搜索が許されるかが問題となる。

本件搜索において、搜索すべき場所が「X方居室」となっている以上、その場所に包摂されないものの搜索を行うことは原則として許されず、別途搜索令状が必要だと考えられる。しかし、例外として、搜索場所にいる者がその場所にあるべき物を自らのポケットにしまうなどして隠匿した場合には、その者の所持品を搜索することも、搜索に対する妨害を排除するための「必要な処分」(刑事訴訟法(以下、「刑訴法」と省略する。))222条1項、111条1項)として許容されるべきである。

これを本件についてみると、確かに搜索すべき場所が「X方居室」となっているにも関わらず、その場所にいたXのポケットの中身を確認することは本件令状からすれば許されないようにも思える。しかし、Xはその居室の住人で、室内にあった差押対象物を事前に隠匿することは十分に考えられ、Kがポケットの内容物を取り出すよう要求してもそれに応じなかったという態様や、結果として差し押さえるべき物とされていた預金通帳と印鑑が見つかったことからして、KがXポケットの内容物を取り出したことは「必要な処分」として許容されるべきである。

よって、KがXのポケットの中を搜索して、普通預金通帳2冊と印鑑1本を差し押さえた点は適法である。

(2) そうだとしても、Xの弁護人が主張するように、本件搜索・差押えは競馬法違反被疑事実のためではなく、業務上横領罪の被疑事実のために行われたとして、別件搜索・差押えに当たり違法ではないか。

ここで、搜索・差押えには令状が必要である(憲法35条1項、刑訴法218条1項)。この令状主義の趣旨は、捜査機関による搜索・差押えが正当な理由に基づくことを保障し、その権限濫用を防ぐという点にある。そこで、令状に記載されていない物を差し押さえることは、令状主義に反し、許されない。また、もっぱら別罪の証拠に利用する目的で、令状に記載された物を差し押さえることも、令状主義の潜脱に繋がるため許されない。

これを本件についてみると、確かに差し押さえられた預金通帳と印鑑は、令状に差し押さえるべき物として記載されており、Xを被疑者とする競馬法違反被疑事件の証拠としてふさわしい物とも考えられる。しかし、Xの弁護人が主張する通り、本件搜索・差押えが行われた1ヶ月前にBらが同容疑で逮捕されており、Xも同行為に相手方として参加していたことが本件搜索の1カ月前までには警察当局に判明しており、その時点で必要があればXに対して本件搜索をするべきであったのに、取調べすらも行われていなかった。加えて、同事件は起訴されておらず、X以外の参加者は家宅搜索も取調べも行われておら

問題提起と結論が一致していません。
搜索と差押えは別々の行為で、392.1072条で区別されています。

令状主義の内容と趣旨に照らしてみよう。

これは関係ありません。

差押えが適法であることは被疑事実との関係性が重要で、

ず、Xだけが今さら家宅搜索を受けたのは不自然だと言える。そして、本件搜索・差押えの1カ月前にXの勤務する会社で横領の通報があり、KらはXの生活状況等の捜査を進めていたという事情も存在した。これらに鑑みると、競馬法違反被疑事件の嫌疑でX宅から預金通帳等を差し押さえる必要性は乏しく、Kらはもっぱら業務上横領罪の罪でXを逮捕する目的でそれに関連する預金通帳等を差し押さえるために本件搜索・差押えを行なったと考えられる。

そうだとすれば、本件搜索・差押えは別件搜索・差押えにあたり、令状主義を潜脱するという違法がある。

2 従って、本件搜索・差押えは違法である。

以上

今後ともがんばっていきましょう。 至

高等司法研究科 法律文書練成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑事訴訟法			

評価(ABCD)

B

1. 問題の所在(以下引用条文は刑事訴訟法)

(1) 令状による捜査・差押えの要件は、①正当な理由(憲法35条1項)、②捜査場所・物の明示(同条項)、③執行の令状(同条2項)であるところ、Xには競馬法違反の嫌疑が存在しX宅に4被疑事実にかつる対象物が存在する蓋然性が高い(10)。本件令状は、捜査場所がX宅のみであり、「本件に關するX等…」と記載され、特定もこれによる(3、4)。

よって、令状による捜査・差押えの要件は充足している。

(2) もっとも、後述するように、別件捜査・差押えにあつたのではないか、YがXのボクシングから被念図強盗を犯す行為が令状の効力として許容されるかが問題となる。

2. 別件捜査・差押え

(1) 別件捜査・差押えとは、捜査機関が専ら本件の証拠に利用する目的で、別件の令状に明示された物と捜査・差押えをすることという。

令状主義の趣旨は(218条1項、219条1項、憲法35条)事前の司法的抑制による権利保護にある。司法審査を経ないで、本件の証拠に利用する目的で、別件の令状に明示された物と捜査・差押えをすることは、令状主義の潜脱として違法となる。これにあつたか否かは、別件による捜査・差押えの必要性の有無、程度、発見・収集された証拠の別件および本件に關する関連性、別件の公訴提起の有無等を考慮して判断する。

(2) 捜査が行われた日の翌1ヶ月前に、Bが約30名と相手方として競馬の「のみ行爲」を犯したとして逮捕され、Xも同行爲に相手方として参加したことが判明した。捜査が行

差押えの適法性も指摘する必要がある。
2項、競馬法違反について被疑事実と差押えの目的物の間に関連性が認められるが、検討しているが、令状による捜査・差押えの適法性といふ点については検討が必要。

1 ページ

裏面へ

わかれ、Xの取調の必要は認められず、その後、同事件につき、家宅捜査も取調も行われていない。すると、別件にかかると捜査・差押えの必要性は乏しいため、要する事件目的のためになされたことが強く推認される。

5 しかし、警察当局に判明していたからといって、直ちにXの家の家宅捜査も取調も行わなければならない。学習性罪を考慮し、その後、捜査を行うことも捜査権の裁量の範囲といえる。そうすると、このこととて直ちに本件目的の捜査、ひいては解するべきではない。

10 そこで、別件による捜査・差押えの必要性の有無・程度を検討する。本件Xの被疑事実、馬券代相当金額15万円を提供し、相手方として参加した「のみ行為」として、原告の出入を助けるに必要があるから、預金通帳の差押えの必要性が認められる。また、当該預金通帳の届出印と

15 Xの印鑑の一致を証明することにより、Xが自由に預金が引き出せる立場にあったことが明らかとなる。そうすると、金員の出入記録からXの行動解明に寄与するものといえるから、印鑑の差押えの必要性が認められる。これらの差押物件は、Xが「のみ行為」を行ったことも立証するために重要で間接事実であるから、必要性の程度も高い。

20 次に関連性を見る。後述するように、KはXのボウリングの預金通帳2冊と印鑑1本を取り出し、内容を破損していた。A、Bの記載があったことを認め、差押えを執行している。しかし事実上、別件とは無関係な「A」の記載があったことに着目して差押えをしたと見ることもできるため、令状実質的に見れば令状記載の「預金通帳・印鑑」にはあてはまらない、少なくとも別件との関連性が低いと

25 ても考えられる。しかし、預金通帳には「B」の記載もあり、Bは現実には「のみ行為」を行ったことも理由に逮捕され

30 ている。そうすると、被疑事実にかかると令状記載の「預

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名

金庫限、印鑑」にあり、この事実を立証し、金庫の出入の履歴事実の解明に役立つ情報であることは自明である。そして、金庫の出入を解明したことは帰結として、常務と横領罪が判明する関係にある以上、現金通帳・印鑑は^{製作と本件}緊密に結び付く存在であるといえる。したがって、引付および本件に対する関係性は高い。もっとも、捜査が行われた日の約1ヶ月前に警察署に対し、Xが勤務する会社において仕入れ代金の一部を差服しての旨の匿名情報があり、Kは、Xの全財産状況や借金、預金等について捜査も進められた。そして、競馬法違反の告訴提起されたものの反面、常務と横領罪(刑法253条)では告訴提起されなかった。要するに本件目的のKの捜査差押えであることが強く推察される。

しかし、起訴便宜主義(248条)、犯罪の軽重等を考慮して重い犯罪のみで告訴提起することも裁量権の範囲内である。本件競馬法違反と常務と横領罪の関係は、併合罪であるから(刑法45条前段)併科とすることができる(刑法48条1項中)。双方で告訴提起されたがXにとりて不利なことは事実であるが、不利なことを考慮することは適当な裁量権の行使といえるため、競馬法違反を不起訴としたこととて、Xの本件目的の捜査差押えであると解するべきである。

(7) 以上の考察からすれば、本件捜査差押えは、引付捜査差押えにあらずや。

2. 今状執経に於ける履跡の適法性

(1) Kは、Xの不審の後、ボウリングが不自然に膨らんだ

2. ①に負付主、内容物を取り出して見せるよう要求した。Xは応じて内容物がなかった。Xは「それなら仕方ない。取り出す」と告げて取り出した。そこで、場所の

「場所」の捜索令状
による「場所」

に居住者の「身体」を
捜索することができると
いう問題です。

条々の文意を引用し
問題提起を丁寧
にしよう。

(2) 場所にはある捜索令状に基づいて、この場所に居住者の着衣・身体も捜索すること。法が場所と身体も捜索し得る限り(22条項前段、102条、219条1項、憲法35条)身体の自由やプライバシーの利益は住居不可侵とは異質であることか否かを許さねば。もし、場所に存在する物は、対象物が存在する蓋然性との相関において包摂されているため、居住者が場所に置いておく所持しているか、
2. ②に、令状の及ぶ範囲を導くべきではない。そこで、居住者の同意で、被疑者にかかると認められる対象物を所持している蓋然性が高いと認められる場合は、着衣・身体にも令状の効力が及ぶと解する。

(3) 本件令状は、「Xが居住」と記載されており、Xは居合わせ犯罪三犯ではあるが管理権を有する居住者である。また、Xのズボンの後ポケットが不自然に膨らんでおり、XはKの要求に応じて内容物がなかったと認める。被疑者Kに関する対象物を所持している蓋然性が極めて高い。したがって、Xの身体に令状の効力が及ぶ。

この事実から、
蓋然性が極めて
高いと認められ
当然の理由で
丁寧にしなす。

さらに、Xは取り出し行為も、Xの意思を制圧する態様のものではなく、Xのズボンに手を入れ、被疑者Kの所持品たる現金・印鑑を抜き出すという相当程度の行為にとどまらざる。

(4) ②、Kの令状動行にかかる履取は適法である。
4. 以上により、捜査・差押えは適法である。

よく書けていますので、この調子でがんばってください。以上

X ページ

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。