

高等司法研究科 法律文書錬成講座 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)

A

第1 X方居室内の搜索差押え

1 ~~場所にある物で~~ Xのポケットから ~~普通手~~ ^(Xの身体) を搜索しているが、
当該搜索は、X方居室を搜索場所とする令
状により行うことができるか問題となる。

5 (1) ~~二点~~ 場所のプライバシーと人の身体のプライバ
シーは異質のものであり、令状審査すは裁判官
が、場所の令状審査において、人の身体の搜索を
行うことは予想しているといえない。また、219条1項
は、搜索の対象を、「場所」と「身体」とで区別して
10 あり、異なる~~検索対象~~ ^{搜索対象} であることと想定し
ているといえる。

したがって、原則、場所に対する令状で~~その~~
場にいる人の身体を搜索することは~~認められない~~ ^{認められない}。

15 (2) もっとも、場所にある物を、その場にいる者が
身体に隠した場合、当該物は、本来、搜索差押
えの対象であったのであるから、原状を回復す
る必要がある。それができなければ、身体に隠す
ことで容易に、搜索差押えを妨害でき、~~実効性~~ ^{実効性}
を確保することができないからである。

20 したがって、場所にある物を、その場にいる者が
隠匿したと疑うに足る相当な理由がある場合、
搜索差押えの実効性確保に「必要な処分」(111条
1項準、222条1項)として、~~その者の~~ ^{その者の} 必要かつ相
当な範囲で身体を搜索することと解する。

25 (3) Xのスホンの後ろポケットは、不自然にふくらんで
おり、毎通常、携帯しないような何らかの物を所
持している疑いがあるといえる。 ^{隠して}

1 ページ

裏面へ

そして、内容物を見せるよう要求してもこれに応じないことからすると、~~見~~見られてはまずい物を持っていると推測され、それが証拠物であり可能性は高い。

一方で、Kは、取りたすぞと告げたとえ、特段の有形力を用いず、物を取り出してあり、手段も相当なものといえる。~~Xのポケットから~~

(4) 以上から、Kの上記行為は、必要かつ相当な範囲で行われており、「必要な処分」として適法である。

また、差押え物も、令状記載の物件であり、「取引内容」との記載から、「のみ行為」との関連性を肯定できる(99条1項、222条1項)。

したがって、搜索差押えの執行自体は適法といえる。

第2 別件搜索差押えの該当性

1 つきに、上記搜索差押え~~手差~~が~~別~~業務上横領罪の捜査のため利用されたものとして、別件搜索差押え~~として違法でないか問題となる。~~

(1) 別件搜索差押えは、搜索差押え請求の要件が満たせない事件の捜査のため(本件)、~~該当~~要件を満たした別件の搜索差押えを利用して、捜査を行うものである。

本件においては、業務上横領罪(以下「本件」という)の捜査のため、競馬法違反事件(以下「別件」という)の捜査を利用したものではないか問題となる。

(2) 搜索差押えは、対象事件の起訴不起訴の判断に必要な資料を収集するための捜査であり、他の事件に利用すること~~を認め~~べきではない。(210条1項)

また、搜索差押えに令状を必要とするのは、公正中立な立場の裁判官に、搜索差押えの正当事由を判断させることで、捜査機関の権限濫用を防止

高等司法研究科 法律文書錬成講座 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)

し、一般の探索的搜索を~~防止~~^{所及}、対象者の人権保障を図る点にある。*

別件~~捜査~~^{捜査}上記取旨からすると、別件の~~目的~~^{目的}で~~科~~搜索は、差押えは、正当事由の判は行なく、行われるもので^{令状主義の趣旨に反する。}_{概は濫用搜索の抑制を防止す}したがって、別件搜索差押えは違法と解する。

(3) もっとも、別件で利用する目的を有するかは、捜査機関の主観に属するもので、外部から認識することは困難である。

そこで、別件搜索差押えに該当するかは、搜索差押えに至る経緯、~~別件搜索~~^{別件}の必要性、差押え物の利用状況、証拠価値、~~捜査の状況~~^{捜査の状況}その他の捜査状況、~~起訴不起訴~~^{起訴不起訴}に至る経緯等を総合的に考慮して判断する。

2 (1) 本件搜索が行われる1か月前には、Xのみ行為を行っていたことは判明していたにもかかわらず、搜索が行われるまで、Xの取調べ等はされていなかった。*
* Kは、のみ行為で、Xを起訴しようとしていたのであれば、不必要に問隔が空いており、不自然なものといえる。

20 (2) また、X以外ののみ行為、参加者については家宅搜索も取調べも行われていない。Xと他の参加者で異なる点は、横領~~の~~嫌疑があること以外に見当たらないことからすると、「のみ行為」ではなく横領の嫌疑があったことからXを搜索したとの疑いをもたず。

25 (3) そして、Kは、上記搜索差押えを行ったにも

3 ページ

裏面へ

かかわらず、同事件について起訴をしていない。

上記事実とあわせて考えると、さらに、のみ行為を起訴する意図があったとは思えない。

(4) 一方、捜査が行われた日の1か月前に、本件の通報があり、Kは、必要な捜査を進めていた。

捜査が行われ、~~1か月前~~^{12月}までの1か月間の捜査状況を見て、本件を捜査^{のみ}が行われ、別件の捜査は行われていなかったという状況であり、本捜査を本件の捜査のため行、たと見ると自然といえる。別件での捜査の必要性はない

(5) 検察官は、別件の捜査差押えで差し押さえた証拠物を、本件の証拠物として取り調べを行っており、~~差押え物は、~~別件は起訴されていないことからすると、差押え物は、主として、本件のために利用されていたといえる。

3、以上を総合的に評価すると、Kは、捜査差押えを別件の捜査のためでなく、主として本件の捜査のために利用していたものといえる。

4 したがって、(1)の捜査差押えは、別件捜査差押えとして、令状主義を没却する重大な違法があると認める。

以上

※5

※1 ポイントを押さえた、端的な問題提起ができていて良いです。

※2 令状主義の観点からの搜索・差押えの範囲の限界，捜査の実効性確保の観点からの例外の許容など，明晰に書かれておりとても良いと思います。

※3 一読しただけでは，本文と引用条文との関係が，いま一つ分かりませんでした。刑事訴訟法218条1項の「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」という文言が，対象事件での利用に限定した搜索・差押えを要請しているという解釈を採られているのかとも思いましたが，文言上一義的にそうとも言えませんので，この点については説明の補充が必要だと思います。

※4 問題文中の事実を適示するだけでなく，それについての評価を加えて分析ができており，優れた解答になっています。

※5 捜査の適法性の問題と証拠排除の問題を区別して理解なさっているのは，とても良いです。ただ，本問では，設問上，証拠法上の評価を問われているわけではありませんので，この点を論じる必要はないと思います。

総評：令状主義の原則に照らした規範定立と丁寧な事実分析に基づくあてはめができており，とても良いと思います。この調子でがんばってください。

以上

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

評価(ABCD)

B

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑事訴訟法			

1. 本件令状の適法性 — ~~※1~~

(1) そもそも、適法に発せられた令状によらなければ、捜索差押えを適法に行うことができないから、問題となる。

(2) 捜索・差押令状においては、差押えるべき物・捜索すべき場所を特定し記載しなければならぬ(刑事訴訟法(以下、法令名略)219条1項)。

(3) 本件令状には、捜索すべき場所につき「A市〇〇町△△マンションX氏居室」、差し押さえるべき物につき「本件に関連するメモ、ノート類、通信文、預金通帳、印鑑、新聞等」と記載されている。これらは対象を特定するのに充分であると考える。

(4) よって、本件令状は適法に発せられているといえる。

2. 本件令状執行の適法性 — ~~※2~~

(1) 令状は、処分を受ける者に示されなければならぬ(222条1項、110条)。

(2) 設例において、Kが令状を呈示した旨の記述はない。そこで、以下、令状呈示が適法に行われたという前提を検討する。

3. 「X氏居室」に対する令状で、「身体」を捜索したことの適法性

(1) 刑事訴訟法において、「場所」に対する捜索と「身体」に対する捜索が別個に規定されていること、場所と身体では捜索によって侵害されるプライバシーの性質が異なることから、原則として、「場所」に対する令状で、その場に居合わせた人の「身体」を捜索することは許されない。

/ ページ
裏面へ

3 (1) しかし、捜査の柔軟性確保の観点から、① 奸悪者が捜索の対象となっている物を直前に隠匿した可能性があり、② 身体に対する捜索を行う必要性及び緊急性を考慮したうえで、相当な態様で行われたと認められる場合には、例外的に許容されると解する。

(2) 本件において、Xは本件令状記載の被疑者であるから証拠を隠匿する可能性が高いといえる。さらに、Xのスボンの後ろポケットが不自然に膨らんでいたことから、何らかの証拠をポケット内に隠した可能性が高いといえる(①充足)。

Kは、Xに対して、内容物を取り出して見せるように要求したが、Xがこれに応じる気持がなかったため、任意に内容物を提出せよとはできなかった。そこで、捜索の必要性があり、といえる。また、スボンの後ろポケットに入る程度の物であれば廃棄等も比較的容易であると考えられることから、捜索の緊急性も認められる。さらに、Kは、「それなら任ちが悪い、取り出すぞ。」と告げた上で捜索に及んでいるから、捜索の態様も相当であるといえる(②充足)。

(3) 以上より、Kの上記捜索は適法であると思われる。

4. Kが通帳2冊と印鑑1本を差し押えたことの適法性

(1) 219条1項が、捜索、差押の対象を特定することを要請した趣旨は、被処分者の利益保護のため、あらかじめ裁判所の審理にかからせその適法性を担保することにある。

そこで、差押えることのできる物は、① 令状に記載された物であり、かつ② 被疑事実に関連する物であると解する。

※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。

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

評価(ABCD)

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑事訴訟法			

4 (2) 預金通帳と印鑑については令状に記載されている(①充足)。

そして、預金通帳については、~~捜査官~~ Bの取引内容欄にBの記載があった。捜索の1月半前に、Bが約30名を相手方として競馬の「のみ行為」を行っていたとして逮捕され、Xも同行為に相手方として参加していたことが判明していたこととあわせると、本件Bの取引は「のみ行為」の馬券代の振り込みである可能性が高い。そこで、預金通帳は被疑事実との関連性があるといえる(②充足)。また、印鑑についても、のみ行為の取引に使用された可能性があるので、被疑事実との関連性があると思われる(②充足)。

(3) 以上より、上の上記差押は適法と思われる。

5 別件捜索、差押の適法性

(1) そうだとしても、Xの弁護人の主張によれば、上の上記捜索差押はXの業務上横領罪罪状に関する証拠収集のためになされたとも思われるから、別件捜索、差押として違法ではないか。

(2) この点について、たとえ別件について適法な手続が~~と~~とられていたとしても、本件についての令状審査の事実的潜脱にあたる場合には、当該捜索、差押は違法であると解する。

(3) 本件において、捜索の約1ヵ月前に、S警察署にXが勤務する会社において侵入

3 ページ
裏面へ

5 (3)

れ金の一部を着服している旨の匿名の通報があり、~~これは~~ X の生活状況、借金、預金等の捜査を進めていたこと、業務上横領罪の犯罪としての重大性に鑑みると、~~本件~~^{かかる事件}についての証拠収集はこれによって重要なるものであったといえる。

一方、若菜馬法違反被疑事件に関しては犯罪の事実が~~判明した~~判明したにもかかわらず、X 及び他の参加者に付して捜索・差押えを~~その日の間に行わなかった~~^{行っていない}ことも~~判明した~~判明した。また、~~捜索後~~^{本件}、軽微な事件であるとはいえず起訴されていないことも鑑みると、本件捜索は専ら業務上横領に関する証拠収集を目的としていたものと考えられ、令状審査を実質的に潜脱するものであったと考えられる。

(4) 以上より、この捜索・差押えは、別件捜索差押として違法である。

以上

※1 適法な搜索・差押えであるというためには、適法に令状が発付されていることが前提となりますので、理論的には、本問において令状の適法性を検討することは正当です。ただし、試験では、設問において特段問題とならないと思われる論点については配点がなされませんので、その意味で、ここの記載は無益的なものになってしまっていると思います（搜索すべき場所や物の特定としては十分であると考えられるからです）。このあたりは慣れもあると思いますので、今後も色々な問題で試してみてください。

※2 この点も、「※1」と同様、論述の必要性はないと思います。

※3 「場所」と「身体」について、法文上の区別があるというご指摘は正当ですので、できれば、条文を挙げて論じていただきたいところです。

※4 捜査の実効性確保という視点は重要です。他方で、捜査法においては、関係者の権利・利益の保護というのも重要な観点ですので、規範（どのような場合に身体に対する搜索を行うことが認められるか）を定立するに際しては、後者の観点も指摘するほうが望ましいです。

※5 事実を適切に適示、分析できていると思います。

※6 おそらく読みやすさの配慮から、解答がページを跨ぐ際に、あらためてナンバリングをしてくださっていると思うのですが、このような形式は一般的ではないように感じますので、次のように改めた方が良いのではないのでしょうか。

2 頁冒頭 「3(1)」⇒トル

3 頁冒頭 「4(2)」⇒「4」

4 頁冒頭 「5(3)」⇒トル

※7 「令状審査の実質的潜脱にあたる場合」というだけでは、具体的にどのような場合が該当するのか分かりにくいです。刑事訴訟法の解釈では人権上の配慮が強く求められるため、可能な限り抽象的な規範定立は避け、なるべく具体的な規範を立てたうえで論じるようにしてみてください。

総評：冒頭の「1」「2」の点については、おそらく配点がない論述になってしまい、限られた解答時間を考えると、もったいないです。他方で、事実については適切に適示・分析することができています。論述のメリハリをつけることと、法の趣旨に従って具体的な規範を定立するよう心がけると、より評価の高い解答ができると思います。がんばってください。

以上

高等司法研究科 法律文書錬成講座 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)
C

1. Xの身体捜索について。本件では捜索・差押えの対象に物のみで列挙した令状を携えてXの居室の捜索を行い、その際Xのポケットから同意なく通帳と印鑑を取り出した。これは適法な行為か。

5 (1) 憲法35条~~母~~、刑訴法(以下「法」とする)218条は、捜索・差押えにおいて司法(裁判所)の発付する令状を必要とする。また、法218条後段より、身体の検査は身体検査令状によらなければならない。1頂

10 (2) 捜索・差押え令状にはこれを行う「場所」が明記される。この「場所」に包摂され、かつ対象の被疑事実と関連するものは、捜索することが許される。たとえば被疑者が手に持っているバッグなどが挙げられる。しかし、その「場所」にしようとも人の身体は、身体を捜索することを認めた令状が必要ではない。人の身体は、「場所」に「包摂」されないからである。*1

15 (3) 本件において、KはXの居室を捜索していたところ、Xのズボン後ろポケットが不自然にふくらんでいるとして、Xが同意しないままポケットから通帳2冊と印鑑を取り出した。KはXの身体を捜索するための令状を持っていなかったにもかかわらず、このようなXの意思に反するXの身体への捜索を行ったのである。*2

20 (4) よって、Kのこの行為は違法である。ただし、ポケットから取り出した程度では、令状主義の趣旨を没却するような重大な違反にはあたらないと考えられる。

25 2. 別件捜査による捜索・差押えについて。Kらは1の通り捜索し発見した通帳・印鑑を差押えている。これは令状に記載された競馬法違反被疑事件が金銭に関わる犯罪だから

全く関連がないとはいえない。とそのため、くらが横領事件の捜査
目的でこれを捜索・差押えしたのではないなら、印鑑・通帳は
（の通り）違法な捜索によるものであっても軽微なものだから、その
差押えについて問題にはならない。しかし、くらが予め横領事件の
5 捜査をする目的だった場合、くらの捜索・差押えは、とは別に
違法となるか。〔実際、通帳と印鑑は差押えの材料として令状に記載されている。〕

(1) 憲法35条と法218条が令状主義を定めていることは既述の
通りである。

(2) 令状主義の趣旨とは、正当な理由がある捜索・差押え
10 かどうかを具体的に司法が中立な立場から審査し、かつ、
範囲を明確にすることによって捜査機関の権限濫用を
防ぐためである。これに対し、別件についての令状をもって
捜索を許されながら、本件すなわち本当に捜査している事件に
関わるものを捜索・差押えしようというのは、本件とその捜索
15 差押えの正当な関連性の審査がされず、かつ捜査機関の
実質的に自由な捜索・差押えを許してしまう。そのため、
別件捜査による捜索・差押えは、令状主義の趣旨を
くわえすものであって、許されない。

(3) 本件において、Xの弁護人の主張によれば、捜査機関は
20 1ヶ月前からXの取調べが可能であつたのにしておらず、また
主犯たるBは逮捕後不起訴となっており、他の参加者にも
全く捜査の手は及んでいなかった(a)。このことから、くらは
元々Xをのみ行為に参加したこと追及するつもりがなく、
ましてや家宅捜索・差押えをする必要がなかったと考えられる。
25 他方、くらはXが業務上横領をしているとの嫌疑をもって
約1ヶ月間捜査を進めていた(b)。これらを合わせて考えると、
くらは横領事件の捜査にあつてX宅の捜索差押令状を
取ることがまた難しいなどといった事情があり、Xが競馬法
違反被疑事件に関わっていたのを奇貨として、これについて
30 令状を取り、横領事件の捜査のためにX宅を捜索し

高等司法研究科 法律文書錬成講座 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)

5	通帳・印鑑も差押えたものである。
	(4) 以上より、 <u>くらによる捜索・差押えは令状主義の趣旨に</u>
	<u>反する別件捜査に基づく</u> それらということが出来る。すなわち、
	<u>くらの捜索・差押えは違法である。</u>
10	
15	
20	
25	

※1 「被疑者が手に持っているバッグ」の搜索は「人の身体」の搜索でないけれど、「被疑者が着ているズボンのポケット」の搜索は「人の身体」の搜索であるとの前提に立たれているのだと思います。けれど、これは必ずしも自明のこととは言えません。「人の身体」として別途令状が必要となる場合を区別する基準（プライバシー侵害の程度や差押えの実行性確保の観点など）を立てたうえで、事案を分析するようにしてみてください。

※2 捜査の適法性の問題と証拠排除の問題を区別して理解なさっているのは、とても良いです。ただ、本問では、設問上、証拠法上の評価を問われているわけではありませんので、この点を論じる必要はないと思います。

※3 違法な搜索によって差し押さえられた物については、原則として違法な証拠として扱われるのが一般的な理解だと思います。

※4 この点は、問題文中に記載がないので、記載しないほうが良いのではないのでしょうか。試験では、事実関係について場合分けを行う必要があることはあっても、基本的に、問題文にない事実を前提として記載することは避けるべきです。

総評：別件搜索・差押えの観点については、令状主義の観点から規範を導き出し、適切に当てはめができていたと思います。令状による搜索・差押えの範囲の論述について、同じように分析ができるようになると、より評価が高くなるのではないかと思います。がんばってください。

以上

