

設問 1

1 甲の弁護人は【鑑定書】の取調べに異議がある旨の意見を述べているため、鑑定書の取調べに違法が認められるか問題となる。

2 まず、Pが職務質問を開始した行為について、適法性を検討する。Pは事前にH県I市内のアパート2階の201号室を拠点として覚せい剤の密売が行われているとの情報を得ており、201号室から出てきた人物と甲が何らかの物品を受け渡す様子を目撃しているため、何らかの犯罪を犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由があるといえる(警職法2条1項)。このため、Pは甲に対して職務質問をすることができる。

2(1)次に、Pが甲の承諾を得ず、いきなり本件カバンのチャックを開け、その中に手を差し入れ、その中を覗き込みながらその在中物を手で探った行為について、適法性が問題になる。この点、Pは上記行為を職務質問に付随する所持品検査として行っているところ、所持品検査は行政警察活動の一種であるが、捜査活動たる司法警察活動との連続性にかんがみ、同様の規律を及ぼすべきである。したがって、捜査比例の原則により、必要性、緊急性などを考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度でなければ違法になる。

(2)本件は、覚醒剤の密売に関わる重大な事件である。Pは覚せい剤の密売が行われている情報を得ており、拠点と疑われる場所から出てきた人物と甲が何らかの物品をやり取りする様子を目撃し、また甲が覚醒剤取締法違反の前科があることが判明している。さらに、甲はPの職務質問を受けて、甲が異常に汗をかき、目をきょろきょろさせ、落ち着きがないなど、覚せい剤常用者の特徴を示していたため、甲が覚せい剤を譲り受け(覚醒剤取締法41条の2)、使用していた(同法19条柱書)として、覚せい剤取締法違反の疑いが相当程度高まっていた。それにもかかわらず、甲は捜査に非協力的な姿勢を見せ、封筒の中に現金が入っているとし、覚醒剤が入っていると認めず、Pから走って逃げだそうとした。覚醒剤は粉状であり、その場に散布するなどして証拠の隠滅が容易という性質をもつため、Pは覚醒剤を証拠として早急に確保する必要があった。もっとも、チャックのしまったかばんはプライバシー保護の要請が強く、甲を制止させ、説得を続けるという行為も可能であったと考えられる状況において、承諾を得ずかばんを開け、中を手で探るという行為は相当性を欠くと評価できる。

したがって、上記行為は任意捜査として許されず、違法である。

3(1)次に、Pが搜索差押許可状を得て、覚醒剤様の白色結晶入りのチャック付きポリ袋を差し押さえた行為について、前述の任意捜査の違法が当該行為にも影響を及ぼし、当該行為にも違法性が承継されないか問題となる。

(2)先行行為と後行行為は別個のものであるが、影響が全くないとすると、司法の廉潔性・将来の違法捜査の抑制・適正手続の確保(憲法31条)という違法収集証拠排除法則の趣旨を没却する。そこで、先行手続と、その後の証拠収集手続とが一体の手続と評価し得るような

コメントの追加 [尚小1]: 問題文は、証拠能力について論じなさいとなっているので、まずは証拠能力を認めるにあたって問題となりうる点、証拠能力が否定されることがあるのであればどのような根拠、理論によるものかを指摘するのがスマートかなと思います。終盤で登場する証拠能力と違法収集証拠の関係性について最初に書いたほうがいいんじゃないかなと思います。いきなりPの職務質問の適法性を書かれても採点者はなぜ職務質問の適法性の記載が必要なのかわからず混乱してしまいます。

コメントの追加 [尚小2]: 条文の指摘良いです。

コメントの追加 [尚小3]: 最判昭和53年9月7日は、まず職務質問に付随する所持品検査については明文規定はないけど質問に密接に関連し職務質問の効果を上げる点で必要かつ有効であるから所持品検査自体は可能と判示しています。

①そもそも所持品検査を行うことは可能なのか、②可能であるとして承諾なき所持品検査が許されるのはどのような場合かという思考過程です。

②の記載はありますが、①についても論じるとよいと思います。

コメントの追加 [尚小4]: 刑事訴訟法197条1項

コメントの追加 [尚小5]: 最判昭和53年9月7日は、「搜索」との関係性にも言及しているのでそこも意識できるといいと思います。

コメントの追加 [尚小6]: 所持品検査の必要性、緊急性を基礎づける事実はたくさん引用できていますが、結論を違法とするのであれば、相当性を欠くことをもつと書く必要があると思います。

鞆を開けて中身を見ただけでなく手を入れて探っているのは本来令状を必要とする搜索と同視できるのではないかなど単に「プライバシー」というワードだけでは弱いように思います。

場合、具体的には、両手続が「同一目的」で、後行手続が先行手続の「直接利用」の関係にある場合又は先行手続と後行手続が密接な関連を有する場合には、先行手続の違法が証拠収集手続に承継される。

(3)この点、任意捜査と差押えの目的は証拠の確保であり、同一目的といえる。また、Pは捜索差許可状の発付の請求に際して、捜査報告書①及び捜査報告書②を疎明資料として提出しているが、捜査報告書②の記載内容は甲の承諾を得ずにかばんのチェックをあけて中を探るという違法な行為によって得た情報である。また、Pの当該違法な行為については記載されておらず、裁判官もこの情報を看過して捜索差押令状を発布している。このため、先行手続と後行手続が密接な関連を有し、瑕疵の治癒も認められないから、任意捜査の違法性は差押手続にも承継される。

4 (1)次に、鑑定書は結晶が覚醒剤である旨を示すが、結晶入りのチェック付きポリ袋は上記のとおり、違法に収集された証拠であるから、証拠として用いることができるのか問題となる。

(2)この点、違法収集証拠排除法則につき明文はないが、司法の廉潔性・将来の違法捜査の抑制・適正手続の確保の要請と真実発見(刑訴法1条)の調和の見地から、①令状主義の精神を没却するような重大な違法があり(違法重大性)、かつ、②証拠として採用することが将来における違法捜査を抑止する見地から相当でない(排除相当性)場合には証拠能力が否定される。

(3)本問では覚醒剤の密売に関する重大な事件である。また、Pとしても、令状主義潜脱の意図をもって、かばんを開け、中を探ったわけではなく、証拠確保の必要性に迫られて当該行為を行ったのである。このため、当該行為の違法が重大であるとはいえず、また仮に違法が重大であるとしても、証拠獲得のための違法捜査が頻発している等の事情は何えず、排除相当性も認められない。したがって、鑑定書は証拠能力が認められる。

設問2

第1 捜査①について

1 ビデオ撮影については、これを許容する明文規定を欠くため、強制処分であるとすれば、令状が必要となる(197条1項ただし書)。

2 「強制の処分」は強制処分法定主義と令状主義の両面にわたり厳格な法的制約に服させる必要があるものに限定されるべきである。また、「強制」という文言から、利益侵害の態様がかかる法益をはく奪する程度まで至っている必要がある。したがって、「強制の処分」とは、個人の意思を抑圧し、身体、住居、財産等の重要な権利・利益に制裁を加えて捜査目的を実現する行為を指すと解する。

3 この点、喫茶店内では容姿を人にさらすのが通常であり、プライバシーの要保護性は減少する。したがって、喫茶店で容姿を撮影されたとしても、重要な権利利益が実質的に侵害・制約されたとはいえず、そのような写真撮影・ビデオ撮影は任意処分としてなし得る。

コメントの追加 [尚小7]: これは冒頭に書くべきだと思います。

他の科目もそうですが、基本があつてこそその発展、原則があつてこそその例外です。

違法性の承継が↑で出てきていますが、違法性の承継も違法収集証拠分野の発展形です。違法収集証拠排除原則の話が出てないのに違法性の承継の話が出てくるのは論理的におかしいと思います。

コメントの追加 [尚小8]: 再チャレ勉強会でも話しましたが本問ではいろんな事情・評価が可能な設問となっているのでこの部分をもっと膨らませてたくさん書けるといいと思います。その際には肯定要素と否定要素を両方拾って評価する必要があります。

鑑定書の立証上の重要性、報告書②だけでなく報告書①も存在していること、捜査の違法は捜査過程ではなく捜査の端緒(すべての始まり)時点の違法せあること、報告書②の記載を省いた(隠滅しようとした)など指摘できることたくさんあると思います。

コメントの追加 [尚小9]: プライバシーの侵害の程度から論述が始まっていますが、捜査①によって制約を受けるのは乙のプライバシー権であるということをまず指摘する必要があると思います。

まず、①どんな権利が制約されているのか、その権利はどういった性質・重要性のものを論じたうえで、②その権利がどの程度制約されているのかを論じるべきかなと思います。

4 もっとも、任意処分であっても、捜査比例の原則から、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なければならない。

本問では、Pの捜査により、覚醒剤密売の拠点と疑わしい201号室の名義人が乙であり、乙には首右側に小さな蛇のタトゥーがあること、また、Pの捜査により乙の顔と極めて酷似している男性が201号室を出入りしていることが判明しており、当該男性と乙の同一性を確認するため、当該男性のタトゥーを撮影する必要がある。Pはが撮影した時間は全体で約20秒と短時間である。また、タトゥーが首右側という、見え隠れしやすい位置にあるため、写真で撮影するのは難しく、動画により撮影する必要があると認められる。

5 よって、捜査①は適法である。

第2 捜査②について

1 捜査②では、Pは201号室の玄関ドアやその付近の共用通路を2か月間一日24時間にわたり、撮影し続けている。アパートの玄関ドアは公道側に向かって設置されており、ドアや共用通路は公道からも見ることができるため、プライバシーの保護の程度は低いと考えられるが、当該動画には、玄関ドアが開けられるたびに、玄関内側や奥の部屋に通じる廊下が映りこんでいるため、プライバシー要保護性の高い室内を撮影するものとして、強制処分に該当しないか。

2 上記の通り、室内の撮影はプライバシー要保護性が高く、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由(憲法13条)のみならず、私的領域に侵入されることのない権利(憲法35条)をも侵害する。もっとも、本問ではアパートへ出入りする者を確認するため、主に玄関ドアとその付近の共有通路を撮影しているのであって、ドアを開けた時に偶然室内にいる者の姿が映ったとしても、そのプライバシー保護の要請は高いとはいえない。したがって、重要な権利利益の制約が認められず、捜査②についても任意捜査によってなし得る。

3 捜査②では、公道の反対側のビルの2階において、同ビルの所有者及び管理会社の承諾を得て、撮影を行っている。公道からの撮影では、201号室に出入りする人物に気づかれることなく、撮影するのは困難であったため、同ビルから撮影する必要性が認められる。また、本件は覚醒剤密売の事件で、また組織的犯罪の疑いのある重大な事件であり、乙とその他の男性らとの共犯関係、覚醒剤の搬入状況などの組織的な覚醒剤密売の実態を明らかにするために、覚醒剤密売の拠点と疑わしいアパートの出入りの状況を長時間にわたり記録する必要がある。このため、2か月間一日24時間と長時間にわたる撮影であっても、相当な手段として許容される。

4 よって、捜査②は適法である。

コメントの追加 [尚小10]: 事実の引用だけでなく評価も書き加えられていいと思います。

プライバシー侵害の程度やPが目視するのでは足りないのかなど他にも拾える事実、違法方向の主張もいろいろ考えられると思います。

コメントの追加 [尚小11]: この点についても、なぜ撮影が必要なのか長期間の必要があるのかなどもっと分析して評価していく必要があると思います。

設問2は強制処分/任意処分というめちゃくちゃ代表的な論点なので法律論の部分では差はつかないので事実の指摘、分析、評価(反対の立場の主張も書きつつ)をする必要があります。

コメントの追加 [尚小12]: 刑法と同様ですが、基本的な定義や原則、前提となる事実の認定を飛ばして論理が展開している部分が見受けられます。

「有無をまず指摘したうえで程度を論じる」や「なぜそれを論じる必要があるのかをまず書く」など、前提部分というちゃんと順序立った記述をする必要があるように思います。

知識や書いてある内容にはそんなに問題点は感じられませんが、論述が飛んでるような部分が多いのかなと思います。