

## 2019年度同志社大学大学院司法研究科

### 前期日程入学試験問題解説

#### 刑事訴訟法

#### 1 解説

##### (1) 出題の趣旨

本問は、職務質問の適法性と違法収集証拠の証拠能力という捜査法と証拠法に関する基本問題を問うことにより、行政警察活動としての職務質問における有形力行使の限界、違法収集証拠排除法則についての基本的な知識及び理解並びに具体的事案における応用力を試すものである。加えて、刑訴訟法に関する基本的知識を習得しているかどうかを問うため、証拠法に関する重要な法準則である自白補強法則の基本的な理解をも問っている。

##### (2) 問（1）について（職務質問の適法性）

###### ア 下線①の行為の適法性

下線①の行為は、警察官において、特定の犯罪の嫌疑が生じていない段階において、不審事由の解明という行政警察目的で行った職務質問である。

###### イ 適法性に関する判断枠組み

当然のことながら、（設問）が要求しているとおり、根拠条文である警察官職務執行法（以下「警職法」という。）2条1項を指摘し、その要件である「異常な挙動」等から「合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足る相当な理由」を挙げ、その要件該当性の判断を述べる必要がある。

さらに、本件では、警察官が、職務質問に伴い、対象者の承諾なく、ホテルの部屋のドアを押し開け、廊下と部屋の境に足を踏み入れるという有形力を行使していることから、その適否が問題となる。

任意処分である職務質問において、〈1〉有形力を行使できるのか、また〈2〉その限界はどこにあるのかが問題となるところ、まず、〈1〉の許容性の問題に関しては、個人の権利又は自由を制限する活動については法律の根拠を必要とする侵害留保原則との関係をどう考えるかが重要となる。

この問題に関しては、警職法の「停止させて」の文言に求める見解（東麻布職務事件・東京高判昭49・9・30刑月6巻9号960頁、判例教材(5版)9頁参照）もあるが、本事例では、対象者を「停止させる」ために前記有形力を行使したわけではないことに注意を要しよう。

そこで、本事例に似た事例を扱った最高裁判例である、瑞穂町ラブホテル覚せい剤所持事件・最一小決平15・5・26刑集59巻5号670頁、百選(10版)3事件、判例教材(5版)31頁が、「被告人の行動に接した警察官らが無銭宿泊や薬物使用の

疑いを深めるのは、無理からぬところであって、質問を継続し得る状況を確保するため、内ドアを押し開け、内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れ、内ドアが閉められるのを防止したことは、警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問に付随するものとして、適法な措置であったというべきである。」との判示し、いわゆる学説上の職務質問付随行為説に立脚したと解されることが参考となる。

次に、〈2〉有形力行使の限界については、前記最高裁判例も、直接その判断枠組みを判示していないが、この問題については、(設問)が要求しているとおおり、「警察比例原則」により解決することが考えられる。警察比例原則の定義については、「警察活動は、公共の安全と秩序を維持する上で容認することができない障害を除くためにのみ、しかもそのために必要最小限度で人の自由を制限できるとする原則」(「手段の必要最小限度性」を指摘するもの。警職法1条2項参照)あるいは「警察権の行使が、個々の事案において、公共の安全と秩序の維持という目的達成のために必要なものであって、かつ、それによる自由の侵害が、目的たる利益と均衡を失するものであってはならないとする原則」(「均衡性」を指摘するもの。所持品検査に関する米子銀行強盗事件・最三小判昭53・6・20刑集32巻4号670頁、百選(10版)4事件、判例教材(5版)27頁参照)などがあるが、いずれでも良いであろう。

なお、さらに、警職法2条3項の解釈を行って、行使された有形力が、いわゆる強制処分に該当する程度のものに至ってはならないことを論じる答案があれば加点とした。

(イ) 下線①の行為に対する当てはめ

警職法2条1項の不審事由の要件については、支配人Aの通報による、対象者甲の入れ墨などの暴力団員らしい風貌、不自然なチェックアウトの遅れ、不可解な言動の存在などから、薬物犯罪等の何らかの犯罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があり、その要件充足が肯定でき、職務質問の開始自体の適用性は認めうる。

次に、警察官Kが、ドアを押し開け足を踏み入れてドアが閉められるのを防止したとの有形力の行使については、(停止させる行為ではないものの)職務質問を実施継続するための状況を確保するための行為であり、職務質問に付随する行為として、警職法2条1項により許容する余地のある行為と認められる。

問題は、警察比例原則の観点から、その限界を超えていないかであるが、前記のとおり、職務質問が始まったばかりであり、その継続の必要性があったこと、Kの行為は、継続するための状況を確保するための行為として、ほかに取り得る手段もなく、過剰なものでもないことから、手段として必要最小限度のものと評価でき、具体的状況の下で相当であるとの評価もあり得よう。

イ 以上のとおり、下線①の行為については、根拠条文（警職法 2 条 1 項）、同条所定の要件への当てはめを行った後、職務質問付随行為説、警察比例原則などの法的判断枠組みを示しつつ、本事例への当てはめを行って適法・違法の判断を示すこととなろう。

### (3) 問（2）について（違法収集証拠の証拠能力）

#### ア 問題の所在

本件覚せい剤については、その押収等の過程に、（設例）における裁判所の判断として記載されているとおり、警察官Kらの違法な行為が存在しており、違法な証拠収集行為により得られた証拠物（違法収集証拠）であることが、その証拠能力にいかなる影響を及ぼすか。

#### イ 違法収集証拠排除法則

違法に収集された証拠物の証拠能力に関し、我が国の憲法、刑訴法には直接の規定はないものの、大阪天王寺覚せい剤事件・最一小判昭 53・9・7 刑集 32 卷 6 号 1672 頁、百選(10 版)90 事件、判例教材(5 版)580 頁)が、刑訴法 1 条の解釈を行って、「証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである」としつつも、「他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人權の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 3 5 条が、憲法 3 3 条の場合及び令状による場合を除き、住所の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 3 1 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に憲法 3 5 条及びこれを受けた刑訴法 2 1 8 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり（※「違法の重大性」）、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる場合（※「排除相当性」）においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」旨判示し、違法収集証拠排除法則を採用した。

本問にあつても、昭和 53 年判例が創設した同排除法則を述べて、その排除基準（①違法の重大性、②排除相当性の二つの要件）の適用により解決すべきである。

解釈論を展開するに当たっては、明文の規定はないものの刑訴法 1 条の解釈によって導かれること、排除法則の趣旨（例えば、司法の無瑕性保持と将来の違法捜査の抑止）、二つの排除要件の関係（重量要件か並列的的要件か）などにも言及することが

望ましい。

#### ウ 本件覚せい剤への当てはめ

警察官Kらによる本件覚せい剤の押収等の手続にあつては、まず、Kらが、甲の承諾も格別の令状（捜索許可状、逮捕状）もないのに、通常、宿泊客に第一次管理権のあるホテルの客室に強引に立ち入った上、室内をくまなく搜索しており、法律の特別の根拠規定に基づかずに「強制の処分」（法197条1項但書き）である搜索（法218条）を行ったという点で法規からの逸脱は大きい。かかる搜索行為によって、甲の管理権、プライバシーが大きく損なわれており、法益侵害も大きい。警察官であるKらは、かかる行為が令状に基づかなければ違法であることを承知の上で行ったと言わざるを得ず、令状潜脱の意図も看取できる。本件覚せい剤は、違法な搜索によって発見されたものであり、違法行為との因果性が強く、それだけ違法の影響が強く受ける。

以上から、本件覚せい剤の押収等の過程における違法は、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるとの評価となる。

次に、①違法の重大性と②排除相当性の要件が重畳要件であるとの見解に立つならば、当然に、排除相当性の要件充足も検討する。本事例では、確かに、覚せい剤所持罪は事案として軽微ではなく、本件覚せい剤も同犯罪を立証する証拠として重要ではある。しかし、本件のような職務質問を端緒として搜索等に至る覚せい剤事犯捜査は希有なものではなく、同種違法捜査が繰り返されるおそれもあることから、同捜査によって得られた証拠物を証拠として許容することは、将来の違法捜査抑止の見地からも相当ではないといえよう。

以上のとおり考えるならば、本件覚せい剤は、前記排除法則の適用により、証拠能力は否定されるべきであるとの結論となる。

#### (4) 問（3）について（自白補強法則）

自白補強法則とは、被告人を自白だけで有罪とすることはできず、これを補強する証拠（補強証拠）を要するという法準則である（憲法38条3項、法319条2項・3項）。

その趣旨につき、多数説は、①裁判官による自白偏重の防止、つまり、法は、自白についてはその証拠価値の類型的な高さの故に、裁判所がその証明力を過大評価する危険があるため、誤判防止のために補強証拠を要求した、と解しているが、さらに、副次的に、あるいは並列的に、②捜査官による自白強要の弊害の防止を理由として挙げる見解もある。このような趣旨から、証拠の証明力は裁判官の自由な判断に委ねられるのとする自由心証主義（法318条）の例外として、憲法・刑事訴訟法が、自白補強法則を定めたものと解されるところである。

本事例に則して指摘すべきことは、（設例）における裁判所の判断の箇所を示されているとおり、ここでいう「自白」には公判廷における自白も含むのかどうかである。

この問題について、判例（最大判昭 23・7・29 刑集 2・9・1012，百選(10 版) A34，判例教材(5 版)519 頁）が、憲法 38 条 3 項の解釈として、「公判廷における被告人の自白が、裁判所の自由心証によつて真実に合するものと認められる場合には、公判廷外における被告人の自白とは異り、更に他の補強証拠を要せずして犯罪事実の認定ができると解するのが相当である。すなわち、前記法条のいわゆる「本人の自白」には、公判廷における被告人の自白を含まないと解釈するを相当とする。」と判示しているが、これに対し、刑訴法は、明文において公判廷自白についても補強証拠を要求していること（法 319 条 3 項）に注意を要する。

## 2 評価

- (1) 事例に対する解決を求める問（1）及び問（2）については、前記述べた重要判例を踏まえて、問題解決に必要な一般的基準を法解釈により定立した上、本件事案から適切に具体的事情を抽出して当てはめて結論を示すことが必要である。これまでの入試説明でも繰り返し説明してきたとおり、法解釈や判断基準を示すことなく、問題文中の事実を並べて、これらを総合して適法（違法）であると述べるにとどまる答案は、法的三段論法を理解しないものとして低い評価にとどまる。
- (2) まず、適法性が問われている警察官の行為の法的性質を的確に捉え、適用すべき規定を的確に指摘する必要がある。職務質問の適法性を問う問（1）にあつては、本事例の警察官の行為（下線①）が行政警察活動であることを当然の前提しなければならないところ、行政・司法警察活動（捜査）かどうか曖昧なもの、警職法上の行為に、なぜ刑訴法の捜査の規定が適用されるのか何ら説明のないまま、捜査比例原則（法 197 条 1 項本文の「必要な取調」）が当然適用されるかのように論じている答案もあつた。
- (3) ここで解決に用いるべき判断基準については、指導判例が存在している場合には、これに依拠することが求められることは、実務家を養成する法科大学院の入試問題の性格上当然であろう。

例えば、問（2）についていえば、昭和 53 年判例は、あくまで「押収等の手続」に違法のある「証拠物」に関し排除法則を採用したものであり、したがって、何の説明もないまま「違法収集証拠」一般に関し排除法則が存在するかのような論述は、判例が創設した違法収集証拠排除法則と単なる学説上のそれとを混同するものであり、高い評価は得られない、ということである。また、いわゆる「違法の重大性」の要件のみ挙げ、「排除相当性」を挙げない答案も、判例の規範を正確に述べていないことになる。

なお、問（2）に関し、「逮捕に伴う無令状捜索」（法 220 条 1 項，3 項）の適否と捉え同条項の解釈適用のみ論じる答案、いわゆる「違法の承継論」に力点を置いて述べる答案があつた。これは本事例における警察官の違法が、差押えに先立つ発見手続に違法があることに着目してのことと思われ、上記処理が論理的にあり得ないわけではないものの、指導判例である上記昭和 53 年判例が、違法な所持品検査により覚せい剤が発

見され、現行犯逮捕後、同覚せい剤が同逮捕に伴う「差押え」により押収された事案において、発見手続と差押え手続を一体的に評価し、「逮捕に伴う無令状搜索」（法 220 条 1 項, 3 項）や違法承継論に言及しないまま、違法収集証拠排除法則の適用に入っていることに注意する必要がある。

- (4) 重要概念の説明を求める問（3）にあっては、正確な定義、根拠規定を述べることが必須であるが、さらに、趣旨、適用範囲（本件では、補強法則が公判廷自白に及ぶのか）を述べることが望ましい。
- (5) 本問では、前記のとおり、刑訴法の基本的事項に関する理解を問うものであるので、前記で言及した、いわゆる百選掲載レベルの主要な最高裁判例について基準のみならず事案・処理も含めて的確に理解すること、重要概念（警察比例原則、自白補強法則）の基本的知識などを答案に反映することにより、十分な合格水準に達したものである。