

2024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 第1問の解説

(1) 出題の趣旨

本問は、捜査機関において、被疑者の承諾も格別の令状もなく、被疑者使用の自動車にGPS端末を密かに装着するというGPS捜査を行ったところ、結局は、公道等における位置情報しか得られなかったとの事例において、そのGPS捜査の適法性を問うことにより、関係する条文の理解、法解釈能力及び解釈で導いた判断枠組みを具体的事案に適用できるかという法適用能力を試すものである。このGPS捜査の適法性に関しては、**大阪GPS捜査事件・最大判平29・3・15刑集71・3・13、判時2333・4、百選（10版）30事件**という指導判例があるので、これを踏まえた法解釈が求められる。

(2) 問題の所在について

本問では、覚醒剤密売の嫌疑のある被疑者甲に対し、「車両に使用者らの承諾なく密かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査」（前記・大阪GPS捜査事件・平成29年判例による）であるGPS捜査が行われている。

このようなGPS捜査は、捜査機関が対象者の位置情報を密かに取得するものでプライバシー侵害等の法益侵害が想定されるところ、その規律を規定した明文の規定は存在しない。

そこで、ある捜査活動が、対象者の権利利益を侵害していると思料されるにもかかわらず、その承諾なくかつ所定の令状に基づくこともなく実施された場合には、その適法性が問題となるが、直接的にこれを規律する特定の各論的規定がない場合、その適法性判断基準については、捜査に関する総則的規定である法197条1項の解釈によって導くほかはない。

同条項は、その但書きにおいて、捜査上、強制処分（法文は「強制の処分」）は、刑訴法にそれを許す特別の規定がある場合に限って用いることができるとする原則である強制処分法定主義を規定していることから、ある捜査活動の適法性が問題となった場合、まずは、強制処分を用いた捜査（強制捜査）か、それ以外の処分（任意処分）を用いた捜査（任意捜査）かを判断することが第一関門となる。もし、強制捜査に該当すると判断されれば、刑訴法の特別の根拠規定があるかどうか、あるならばその規定の要件を充足しているかどうかで適法性が判断されることになる。

ところが、法は、「強制の処分」（法197条1項但書き）の意義については何ら規定を置いていないことから、問の指示にあるとおり、この点は解釈により明らかにする他はない。

(3) 法解釈①～強制処分の意義

ア 指導判例・昭和51年判例

強制処分の一般的意義を示したと理解され、以後、強制捜査と任意捜査の区別問題に関する指導判例として位置付けられているのが、下記昭和51年判例である。同判例は、道路交通法違反（酒酔い運転）の被疑者に対し、警察署において呼気検査を受けるよう説得中、被疑者が出て行こうとしたため、その手首

を掴んで制止しようとした警察官の行為の適法性が問題なったものである
〔1〕 岐阜呼気検査拒否事件・最決昭 51・3・16 日刑集 30 卷 2 号 187 頁，百選(10 版)1 事件，判例教材(5 版)2 頁，CB(5 版)1 頁

【判示】（強制処分の意義・部分）

「原判決の事実認定のもとにおいて法律上問題となるのは，出入口の方へ向かった被告人の左斜め前に立ち，両手でその左手首を掴んだK 巡査の行為が任意捜査において，許容されるものかどうか，である。

捜査において強制手段を用いることは，法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら，ここでいう強制手段とは，有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく(①)，個人の意思を制圧し(②)，身体，住居，財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など(③)，特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段(④)を意味するものであって，右の程度に至らない有形力の行使は，任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。」

イ 重要利益侵害説による判例理論の理解

(ア) 判例判示の解釈の必要性

この昭和 51 年判例によれば，強制処分とは，単に有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく「個人の意思を制圧し，身体，住居，財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」（判示②③部分）ということになる。

しかし，判例は，このような強制処分の定義を示すに当たり，何ら根拠を明示していない。

また，「意思を制圧し」とは，語義どおり「反対意思を抑圧して」と解すべきなのか，さらには，「身体，住居，財産等」の「等」に何が含まれるのかなどが次ぎに問題となる。

なぜなら，本問のようなGPS 捜査の場合，昭和 51 年判例の事案のように対象者の面前で有形力を行使しているのと異なり，その捜査を対象者の認識のないところで密かに実施することから「反対意思を抑圧して」ということは考えられないし，また，使用車両の位置情報を取得されないというプライバシーの利益が，上記「等」に含まれるのか直ちに明白とはいえないからである。したがって，これらの点は，さらに判例文言を解釈でその意味を明らかにする必要がある。

(イ) 重要利益侵害説

ここで，意思制圧説という見解は，強制処分の定義として，相手方の権利，利益を制約し（「重要な」「実質的な」との限定を付さない），かつ，その行為の態様が，相手方の意思を制圧する程度のものであるか否かであるとす。この見解は，「意思を制圧し」の意義について，語義どおりに理解し，上記定義については，専ら有形力行使事案におけるものと位置付けることになる。

これに対し，昭和 51 年判例の判示について，強制処分と結びつけられた法的効果の重さ〔強制処分法定主義〕と，現に法定された強制処分の要件・手続の厳格さ〔令状主義との結合〕とに照らし，強制処分とは，対象者の明示又は黙示の意思に反して，法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害を伴うものであると理解する重要利益侵害説（井上正仁・井上=酒巻・刑訴の争点・56 頁，大澤裕・百選

(10版)5頁)が通説的見解である。

同見解によれば、上記定義は、有形力行使事案に限らず、密かに法益侵害が行われるプライバシー侵害型のものにも妥当し、「意思を制圧して」とは、「意に反して」の意義であり、法益侵害を観念するためのものであり(本人に承諾があれば法益放棄があり法益侵害でなくなる)、そうだとすれば、「当事者の合理的に推認される意思に反する」場合も、法益侵害評価の観点からも同価値といえるので、「意に反して(意思を制圧して)」に該当することになる。

したがってまた、昭和51年判例の「身体、住居、財産」とは、憲法が保障する重要な法的利益の例を挙げているものであって、そこでいう「等」とは、身体・住居・財産という、憲法が不可侵のものとして保障する法益に匹敵するような重要な権利・利益を指すものと解される場所である。

ウ 平成29年判例による「強制処分」の意義

前記大阪GPS捜査事件・平成29年判例の下記判示部分も、このような重要利益侵害説による昭和51年判例判示の理解を裏付けている。

[2] 大阪GPS捜査事件・最大判平29・3・15刑集71・3・13, 判時2333・4, 百選(10版)30事件

【判示】

「そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に密かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる(最高裁昭和50年(あ)第146号同51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照)・・・」

(4) 法解釈②～GPS捜査の適法性

ア GPS捜査の法的性質に関する見解

(ア) 任意処分説

車両の位置情報自体は一般的に要保護性の高い情報ではなく、通常の張り込みや尾行等の方法に比して特にプライバシー侵害の程度が大きいものではないとして任意処分と捉える(大阪GPS捜査事件・第1審1月決定等)。さらに下記の裁判例も同様である。

[3] 広島高判平28・7・21(TKC25543571)

【判示】

「・・・車両は、通常、公道を移動し、不特定多数の者の出入り可能な駐車場に駐車することが多いなど、公衆の目にさらされ、観察されること自体は受忍せざるを得ない存在である。車両の使用者にとって、その位置情報は、基本的に、第三者に知られないですますことを合理的に期待できる性質のものではなく、一般的にプライバシーとしての要保護性は高くない。

そうすると、少なくとも、本件のような類型のGPS捜査は、その性質上、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う捜査活動とはいえず、刑訴法197条1項ただし書にいう強制の処分には該当せず、**任意処分**

(任意捜査)と解するのが相当である。」

(4) **二分説**

尾行等の補助手段として用いられる限り、侵害されるプライバシーの要保護性はそれほど高いものではなく、任意処分としてみることができるが、運用次第では、その性質上、自動車の断片的な位置情報にとどまらない要保護性の高い対象者のプライバシーまで幅広く侵害する危険を内包しており、典型的にかかる危険性を現実化させるに至れば強制処分となるとする(中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」刑事法ジャーナル48・56など)

イ 平成29年判例～強制処分説

ところが最高裁は、平成29年判例において、任意処分説や二分説を排斥し、GPS捜査について一律に強制処分である旨判示した。

[2] **大阪GPS捜査事件・最大判平29・3・15刑集71・3・13,判時2333・4,百選(10版)30事件**

【判示】

「(1)GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、**個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする**。このような捜査手法は、**個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから**(※本稿注1)、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような**侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うもの**というべきである(※本稿注2)。

(2)憲法35条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、**前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反して**(※本稿注3)**その私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分**に当たる(※本稿注4)**(最高裁昭和50年(あ)第146号同51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照)**とともに、**一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分**と解すべきである(※本稿注5)。」

ウ 判例理論の検討

(7) GPS捜査における法益侵害

最高裁は、GPS捜査につき、①個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わる情報も含めて取得されること、②対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを指摘し(※本稿注1)、

このような**位置情報の精度の高さ、プライバシー要保護性の高い情報の取得可能性にかんがみ、③個人の行動を継続的、網羅的に把握する**との点で、個人のプライバシー侵害の高い捜査手法であると捉えている（※判示本稿注1部分参照）。

そして、判例は、憲法35条が「住居の不可侵」のみならず個人のプライバシーの保障をその目的としているのであれば、その保護領域（保障対象）が「住居、書類及び所持品」に限定されねばならない理由はなく、プライバシー保護の必要性でそれらに匹敵する（準ずる）「私的領域」に侵入されることのない権利まで含まれると判示したものと解される（柳川重規「位置情報の取得」刑事法ジャーナル59・38、伊藤＝石田・曹時71・6・134）。

その上で、判例は、前記GPS捜査の特性にかんがみ、「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である」とし、「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる」とした。すなわち、GPS捜査は、「合理的に推認される個人の意思に反して」すなわち対象者の意に反して、憲法35条が保障する「私的領域に侵入されない権利」という重要な利益を侵害するので強制処分であると判示したものと解される。

(イ) 強制処分該当性の判断方法

前記任意処分説や二分説は、例えば、公道から公に監視できる位置（例「青空駐車場」）までの車両の位置情報は、尾行（通常、任意捜査と位置付けられる）による目視でも得られるものであることから、GPS捜査でそのような秘匿性の高くない情報を得たに過ぎない場合には、任意処分と位置付けるべきとの思考があるものと解される。

ところが、最高裁は、「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う」としており（伊藤＝石田・曹時71・6・139）、GPS捜査の性質を抽象的・類型的に把握して判断しており、二分説のような事案ごとの類型区分をする手法を否定し、その結果、一律に強制処分であるとした。

これは、学説が指摘するところの強制処分該当性における類型的・抽象的判断の必要性（酒巻・刑訴(2版)32頁、33頁、伊藤＝石田・曹時71・6・135、笹倉宏紀ほか「強制・任意・プライバシー〔続〕」法時90・1・68〔笹倉発言〕）に通じるところがあり、また「宅配物に対するエックス線検査」という限度で捜査行為を抽象化して判断した**平成21年判例（大阪宅配便エックス検査事件・最三小決平21・9・28刑集63巻7号868頁、百選(10版)29事件、判例教材(5版)201頁）**を想起させるものである。

(4) 本事例への法適用

ア 強制処分説

強制処分の意義に関し、昭和51年判例判示を重要利益侵害説で理解すれば、GPS捜査のような有形力行使ではない捜査であっても、同見解による強制処分の定義を用いることとなり、また、GPS捜査の法的性質について平成29年判例の見解（強制処分説）を採用するならば、本件設例における警察官Kが行ったGPS捜査は、強制処分ということになる。

イ 任意処分説

本件では、確かに、Kは尾行の補助手段としてGPS位置情報を得ようとし

ており、また、途中で甲がGPS端末に気付いて取り外したために、Kが取得した位置情報は、公道（X地点）からいわゆる青空駐車場であるY駐車場までの秘匿性の高くないものに止まっている。任意処分説や二分説に立脚すれば、現実として、重要な利益を侵害していないとして、強制処分とはいえず、任意処分を用いた任意捜査となろう。

しかし、最高裁は、平成29年判例では、このような判断手法を否定しているので、仮に、任意処分との判断を採用するならば、平成29年判例を踏まえて、その判断手法を批判するなどの論述が必要であろう。

その上で、任意捜査の限界に関する判断枠組み、すなわち比例原則による規律（昭和51年判例は、「強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」とする）を論じた上で、必要性（尾行等の他の手段では覚醒剤隠匿場所が判明しなかったこと）、相当性（現実には秘匿性の高くない位置情報しか得ていないこと）などを指摘して適法性を判断することになろう。

(5) 結論

ア 強制処分説

強制処分説に立てば、本件GPS捜査は、強制処分であり、判例が判示するとおり、「一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難である」から「令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである」。

現行法下において、検証許可状によりGPS捜査が行い得るかについては議論も有るところであり、平成29年判例の補足意見もその許容性の余地を認めているが、法廷意見は、下記のとおり、原則的には、否定的である。

[2] **大阪GPS捜査事件・最大判平29・3・15刑集71・3・13, 判時2333・4, 百選(10版)30事件**

【判示】

「GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の「検証」と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、**「検証」では捉えきれない性質を有することも否定し難い。**仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて捜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS捜査は、GPS端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、**GPS端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、**裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、**事前の令状呈示を行うことは想定できない。**刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法222条1項、110条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保され

ていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。

・・・以上のとおり、GPS捜査について、刑訴法197条1項ただし書の「この法律に特別の定めのある場合」に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。」

本設例の解答としては、本件GPS捜査については、「特別の根拠規定」が刑訴法にないということで、強制処分法定主義違反として違法であると指摘することでよいであろう。

イ 二分説等

任意処分説又は二分説に立てば、任意捜査として相当といえるかどうかであり、相当と判断した場合には、法197条1項本文に基づく任意捜査として適法という結論もあり得よう。

2 問題2～違法収集証拠排除法則

(1) 設問の意図

本来、問題1において、平成29年判例の見解を採用するならば、本件GPS捜査は違法ということになり、K作成の位置情報に関する捜査報告書は、違法収集証拠となる。その証拠能力については、憲法や刑訴法にも規定がなく、解釈で導くことになる（もっとも、解答時間を考慮し、問題の所在や法適用についての論述までは求めず、問題1とは別に、知識問題として、違法収集証拠の判断枠組みである違法収集証拠排除法則の説明を求めるに止めた。）。

(2) 昭和53年判例による違法収集証拠排除法則

ア 講学上の違法収集証拠排除法則

講学上の違法収集証拠排除法則（以下「排除法則」ともいう。）とは、違法な捜査手続によって収集・獲得された証拠の証拠能力を否定し、事実認定の資料から排除する法準則をいう（田宮・刑訴〔新版〕397、酒巻・刑訴（2版）507頁）。この法則は、アメリカにおいて連邦最高裁判例において採用され展開されてきたものであるが（田宮・刑訴〔新版〕397頁）、我が国の刑訴法には、これを明文で定めた規定はない。

イ 昭和53年判例

しかし、我が国の最高裁は、下記昭和53年判例において、証拠物に関して排除法則を一般論として採用した。

[3] 大阪天王寺覚せい剤事件・最一小判昭53・9・7刑集32・6・1672、百選(10版)90事件、判例教材(5版)580頁

【判示】

「(一) 違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ（※注1）、刑訴法は、「刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、「刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」（同法1条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのため

には事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、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。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権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35条が、憲法33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31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（※注2）、証拠物の押収等の手続に憲法35条及びこれを受けた刑法218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（※→**排除の相当性**）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。」

ウ 留意点

あくまで、設問が解答指示しているのは、講学上の排除法則ではなく、判例が採用するそれであることに意識した上で、判例の採用する排除法則を述べる際には、

- 明文の規定がないこと、
- 証拠物に関する判示であつて、証拠物には収集過程に違法があつても証拠価値に変わりがないこと、
- 刑法1条・条文解釈論による理由付け（「令状主義の精神を没却するような」の要件が導かれる理由なども含む）を述べること
- 2つの要件（①違法の重大性、②排除相当性）を摘示すること、
- 排除法則の実質的な根拠（司法の廉潔性（無瑕性）保持、将来の違法捜査抑制）を補充する
- 2つの要件の関係及び理由などに留意する必要がある。

3 評価

（全体として）

- (1) 第1問は、事例に対する解決を求める出題形式であることから、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) 前記のとおり、刑法の基本的事項に関する理解を問うものであるため、基本書や百選掲載レベルの判例についての的確に理解すること、教科書で述べられている重要概念（強制処分、「意思の制圧」、GPS捜査等）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。

（個別論点について）

- (1) （問題の所在）第1問では、GPS捜査が対象者の承諾なく令状もなく実施

されているので、まずは法 197 条 1 項但書きの「強制の処分」の解釈問題であることを押さえる必要がある。

- (2) (法解釈) 本件では、法 197 条 1 項但書きの解釈論を展開するに当たっては昭和 51 年判例(百選掲載の最高裁・指導判例のひとつ)が示した判断枠組みを踏まえて論じる必要があるが、ただ判示文言を機械的に暗記して吐き出すのではなく、そのような定義が導かれる根拠や判示文言(意思の制圧など)の意義を解釈論として述べる必要がある。

ところが、昭和 51 年判例の基準を述べるだけでその理由を述べて論証しないもの、同判例の基準を述べつつ理由もなく同基準の言い換えとして重要利益侵害説を述べるもの、「身体、住居、財産等」に関しプライバシーを含むのかについて言及がないもの、などもあった。

また、GPS 捜査の適法性の判断枠組みについても、任意処分説・二分説と強制処分説が対立している中で、平成 29 年判例が強制処分説を採用したことを論じる必要がある。ところが、GPS 捜査の特殊性(被侵害法益た態様など)に言及しないまま、ただ昭和 51 年判例基準に当てはめているだけの答案が目立った。もの、

- (3) (法適用)

第 1 問では、K は結局秘匿性が低い移動情報しか得てないことをどのように評価するかを意識する必要があり、平成 29 年判例が、強制処分該当性について事案ごとの具体的判断ではなく、GPS 捜査を抽象的・類型的にその特性を把握した上で判断したことの理解が示すことができれば高い評価が得られる。

これに対し、「意に反して」又は「意思を制圧して」の要件に当てはめる際、「合理的に推認される意思に反する」との指摘なく、甲から明示の承諾を事前に得てないことだけで直ちに「明示又は黙示の意思に反すること」を肯定する答案も目立った。次に「重要な」法益侵害の「実質的侵害」の該当性にあっても、判例が指摘する上記 GPS 捜査の特殊性に意識が乏しく、単に抽象的に「憲法が保障するプライバシーの利益を侵害しているので・・・」とだけ摘示するものもあった。

強制処分該当性の判断を示した後に検証許可状で実施可能かについて言及する必要があるが、「強制処分だから即違法」とするものもあった。

- (4) 第 2 問について

あくまで問われているのは、実務で採用されている、昭和 53 年判例が創設した違法収集証拠排除法則であって、その判断枠組みや理由・趣旨・二つの要件の関係などを述べる必要があるが、この点に意識がなく、単に講学上の排除法則について断片的な知識を述べるにとどまるものもあった。

本問は、違法収集証拠排除法則につき判示した基本判例(『判例百選』掲載判例である)の理解を問うものであるところ、おおむね出題趣旨に沿った記述をしていた答案が見られたほか、例えば、「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当である」という同法則の性格付けを欠く答案、排除根拠として「憲法 31 条の適正手続の保障」を挙げる答案、排除要件の「令状主義の精神を没却するような重大な違法」を、「令状主義を没却する重大な違法」、「令状主義を逸脱する重大な違法」、「令状主義に反する重大な違法」、「令状主義の趣旨を没却するような重大な違法」と、また、「これを証拠として許容することが、・・・相当でないと認められ

る場合」を，「許容しないことが・・・相当である場合」と記述するなど，的確な説明をしているとはいえない答案があった。