

司法試験

令和6年司法試験分析会
刑事系
講師オリジナルレジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 247160

LL24716

第1問 [刑 法]

【参考答案例】

[設問1]

甲の罪責

第1 甲が、Aの頭部を拳で殴り、その場に転倒した同人の腹部を繰り返し蹴る暴行を加え、よって同人に肋骨骨折等の傷害を負わせた行為（以下、「本件暴行」という。）にAに対する傷害罪（204条）が成立する。

第2 Aに対する強盗罪（236条1項）の成否

1 A所有の本件財布（現金6万円在中）は「他人の財物」に当たる。

なお、本件暴行後、甲がAに「持っているものを見せろ。」と言ったことから、Aが本件財布を上着ポケットから取り出してAの手元に置いた後、甲は本件財布を拾って中身を確認しているところ、Aの認識としては、本件暴行により既に抵抗する気力を失っていたため甲の指示に従って所持品を甲に見せることに応じたものに過ぎず、この時点で、本件財布の占有がAの意思に基づいて甲に移転したものと認められない。したがって、甲が後述する本件奪取に及んだ時点において、本件財布はなおAの占有する財物であったと認められる（※1）。

2 「強取」

(1) 甲は、本件暴行によりAの反抗を抑圧した時点ではAの所持品を奪うつもりはなかったことから、甲が本件財布を自分のズボンのポケットに入れた行為（以下、「本件奪取」という。）が「強取」に当たるか否かについて検討する（※2）。

強盗罪（236条1項）は相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫を手段として財物を奪取することによって成立する犯罪であるから、その暴行・脅迫は財物奪取の目的をもってなされることを要する。したがって、財物奪取以外の目的で暴行・脅迫を加え相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じ、これを実行に移した場合、強盗罪が成立するというためには、強盗の手段としての新たな暴行・脅迫がなされることが必要である。ただし、本罪が相手方の反抗抑圧状態を招来し、これを利用して財物を奪取する犯罪であることからすれば、上記新たな暴行・脅迫は、自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させる程度のもので足り、それ自体反抗抑圧状態を招来するに足りると客観的に認められる程度のものである必要はないと解する（※3）。

(2) 上述のとおり、本件暴行は財物奪取の目的をもってなされたものではなく、財物奪取に向けられた行為であるとはいえない。もっとも、甲が本件奪取に先行してAに肋骨骨折等の重傷を負わせる程の激しい暴行を加えている関係上、Aとしては更に暴行を加えられるかもしれないと考え易い状況にあるわけであるから、その後の甲の些細な言動もまたAの反抗を抑圧するに足りる脅迫となり得る。しかるところ、甲は本件財布の中身を確認したところ、現金6万円が入っているのが分かり、その現金がにわかに欲しくなったことから、Aが恐怖で抵抗できないことを知りながら、Aに「この財布はもらっておくよ。」と申し向けている。そうすると、そもそも被害者に傷害を負わせた犯人が暴行後もなお被害者の面前に居続けることそれ自体が被害者をしてなお従前の畏怖状態を継続させるに足りる挙動であるといえることに加え、そのような状況で申し向けた上記文言は、もしAが抵抗した場合には更なる危害を加えかねない旨の黙示の告知を伴うものというべきである。現に、Aは、本件財布を甲に渡したくなかったが、上述のとおり本件暴行により抵抗する気力を失っていたことから、上記甲の言動に対して何も答えられずにいた。

以上の事情からすれば、上記甲の所為は、自己の先行行為である本件暴行によって作出したAの反抗抑圧状態を継続させる程度の挙動による新たな「脅迫」に当たる。

(3) 甲は、上記「脅迫」を含む一連の行為により、Aの意思に反して本件財布の占有を取得したものであるから、本件奪取は「強取」に当たる。

3 甲は、上記各事実を認識、認容して本件奪取に及んでいることから本罪の故意が認められる。また、上記のとおり、現金欲しさから本件奪取に及んだものであるから不法領得の意思も認められる。

4 以上より、本罪が成立する。

第3 罪数

甲には、①Aに対する傷害罪（204条）及び②Aに対する強盗罪（236条1項）が成立し、両罪は併合罪（45条前段）となる（※4）。

乙の罪責

第1 Aに対する強盗利得罪（236条2項）の成否

1 乙は、本件財布を甲から譲り受けた後、本件財布に本件カードが入っていることに気が付き、Aの預金を引き出して奪おうと考えたところ、乙が、本件カードを本件財布から取り出して、倒れたままのAに見せつつ、持っていたバタフライナイフの刃先をAの眼前に示しながら、「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え。」と言った行為（以下、「本件行為」という。）が、本罪の実行行為に当たるか否かについて検討する。

(1) 「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるか否かについて（※5）

ア 強盗利得罪（236条2項）は、相手方の反抗を抑圧するに足りる「暴行又は脅迫」を手段として財産上の利益を得ることにより成立し、必ずしも相手方の意思による処分行為を要するものではない（※6）。

もっとも、本罪における「暴行又は脅迫」が「財産上不法の利益を得」ることに向けられたものというためには、同行為による「利益」（同条2項）の移転が「財物」（同条1項）の取得（占有移転）と同視し得る程度に具体的かつ現実的な財産上の利益を得るものであると認められることを要する（※7）。

イ キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、現金自動預払機（以下、「ATM」という。）の操作により、機械的な本人確認手続を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるのであるから、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといえる。したがって、本件カードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体具体的かつ現実的な財産上の利益とみるのが相当である。

また、本罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があれば足りると解される。本件においては、乙が、ATMを通してAの口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、Aは、自らの預金を乙によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、本件カードを取得した乙がAからその暗証番号を聞き出した場合には、乙は、本件カードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通してAの口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得るものというべきである。

ウ 以上より、本件行為は、財産上の利益の移転に向けられた行為であるといえ、「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たる。

(2) 乙は、殺傷力の高いバタフライナイフを用法上の凶器として用いた上、Aの眼前という致命傷を負わせ得る身体の枢要部付近に同ナイフを示しながら、更にAの殺害を仄めかす文言を申し向けているところ、現に、Aは、預金を奪われなくなかったものの、拒否すれば殺されると思い、仕方なく暗証番号を答えようとしたのであるから、これらの事情からすれば、本件行為は、社会通念上一般に相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の挙動による脅迫であったと認められる。

(3) 以上より、本件行為は本罪における「脅迫」に当たる。

3 もっとも、Aは本件カードを自宅に保管中の別のキャッシュカードと見誤っていたため、本件カードの暗証番号と異なる4桁の数字を答えていることから、乙は、上述したAの口座から預貯金の払戻しを受け得る事実上の地位を得るに至らなかったといえ、現に「財産上不法の利益を得」たものとは認められない。

したがって、本罪は未遂にとどまる。

4 乙は、上記各事実を認識、認容して本件行為に及んでいることから本罪の故意が認められる。また、上記のとおり、Aの預金を奪取しようとして本件行為に及んだものであるから不法領得の意思も認められる。

5 以上より、Aに対する強盗利得未遂罪（243条、236条2項）が成立する。

第2 ATM設置者（銀行）に対する窃盗未遂罪（243条、235条）の成否

1 乙は本件カードを使ってAの預金を引き出そうと思い、ATMに本件カードを挿入し、Aが答えた4桁の数字を入力して預金を引き出そうとしたが（以下、「本件引出行為」という。）、間違った暗証番号を続けて2回入力したことからATMに不正な操作と認識されて取引が停止されたため、現金奪取の目的を遂げなかったところ、異なる暗証番号による預金の引出しはそもそも初めから不可能であったことから、本件引出行為により本罪の「実行に着手」（43条本文）したといえるか否かについて検討する（※8）。

(1) 未遂罪の処罰根拠は法益侵害の客観的危険性を惹起した点に求められることからすれば、「犯罪の実行に着手」とは、法益侵害の実現に至る客観的危険性を含む行為が開始されることをいう。危険発生の有無については、構成要件が一般人を基準にした社会通念に基づく違法行為の類型であると同時に行為者を非難すべき有責行為の類型であることから、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた客観的事情を基礎として、一般人の立場から結果発生の現実的危険性が認められるか否かを判断すべきである（具体的危険説）。

(2) 上述のとおり、本件カードの暗証番号と異なる4桁の数字を答えており、当該番号を入力しても本件カードを用いて現金を引き出すことはできないことから、客観的には本罪の結果発生は不可能であったといえる。しかしながら、Aが答えた4桁の数字が本件カードの暗証番号と異なる数字であったという事実は、一般人において認し得ず、乙も認識していなかったのであるから、かかる事実を法益侵害の危険性の判断に際しての基礎とすることは許されない。そうすると、乙が本件カードを用いてATM設置者（銀行）の意思に反してATMから現金を引き出そうとした行為を外形的に観察すれば、「窃取」に当たり、窃盗の既遂に至る現実的危険性があったといえることができる。

(3) 以上より、乙は本件引出行為により本罪の「実行に着手」したと認められる。

2 乙は、本罪に該当する上記事実を認識、認容して本件行為に及んでいることから本罪の故意が認められる。また、上記のとおり、Aの預金を奪取しようとして本件行為に及んだものであるから不法領得の意思も認められる。

3 以上より、本罪が成立する。

第3 罪数

乙には、①Aに対する強盗利得未遂罪（243条、236条2項）及び②ATM設置者（銀行）に対する窃盗未遂罪（243条、235条）が成立し、両罪は併合罪（45条前段）となる。

[設問2]

第1 丙による暴行について正当防衛の成否 [小問(1)]

1 丙がCの胸倉をつかんで、Cの顔面を拳で1回殴った行為（1回目殴打）及びその後、再びCの顔面を拳で1回殴った行為（2回目殴打）は、不法な有形力の行使であるから「暴行」（208条）に当たる。なお、両暴行は、同一の故意に基づく同一現場における同一客体に対する連続した一連の「暴行」であると認められる（以下、「丙の暴行」という。）

2 正当防衛（36条1項）の成否

(1) 「急迫不正の侵害」とは、法益に対する違法な侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることをいう。

1回目殴打に先行して、丙はCから一方的に顔面を拳で数回殴られて、その場に転倒したところ、その後もCが丙に対して続けて殴りかかってきた。また、2回目殴打に先行して、なおもCが丙に殴りかかってきた。以上の状況から、丙の身体に対する「急迫不正の侵害」が存在し、かつ、上記一連の丙の暴行の間その侵害が継続していたものと認められる。

(2) 「防衛するため」にした行為というためには、当該行為が防衛の意思をもってなされることが必要であるところ、丙は、一連の暴行の途中で発奮しながらなお終始一貫してCによる侵害から身を守るために暴行に及んでおり、防衛の意思が認められる。

(3) 「やむを得ずにした行為」とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己又は他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであって、相当性を有するものであることをいう。

Cによる侵害は、上記のとおり素手による複数回の殴打であるのに対し、丙の暴行も、いずれも拳でCの顔面を殴打したというものであり、何ら凶器を用いておらず、現にCに傷害結果を生じさせていないことからしても、Cの身体、生命に危害を加え得る危険な行為態様であったとまでは認め

められない。また、丙とCはいずれも壮年で年齢も近く、体力面においていずれか一方が特に優位であったとも認められない。

これらの事情からすれば、一連の丙の暴行は、防衛手段として必要最小限度のものにとどまるというべきであり、相当性が認められる。

3 以上より、丙の暴行に正当防衛が成立する（※9）。

第2 甲及び丁の罪責

1 甲に暴行罪の共同正犯が成立するか否かについて [小問(2)②]

(1) 共同正犯（60条）の当否

「共同して犯罪を実行した」とは、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思のもとに一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思（正犯意思）を実行に移すことを内容とする謀議をなし（共謀）、よって犯罪を実行した事実（共謀に基づく実行）が認められることをいう。なぜならば、この場合、相互に他人の行為を自己の犯罪遂行の手段として利用して犯罪を実行することにより、各自が犯罪の実現に因果性を有したものと認められるからである。

ア 甲は、自らはCに対する暴行に及んでいない。しかしながら、Cから電話で罵倒されたことに激高し、C方に出向き、直接文句を言おうと決意し、その際、粗暴な性格の丙を連れて行けば、Cから暴力を振るわれた際に、丙がCにやり返してCを痛め付けるだろうと考えて、丙を呼び出し、丙に「この後、Cとの話合いに行くから、一緒に付いて来てほしい。」と言って頼んだ上で丙を同行させたのであるから、甲は丙の暴行を誘発する状況を主導的に作出した者であり、正犯性（正犯意思）が認められる。他方、丙は、Cと面識はなく、当初は甲に付いて行くだけだと思っていたに過ぎず、甲の上記依頼に対して丙が了承した時点では、Cに対する暴行についての意思連絡（事前共謀）を遂げたものとは認められない。もっとも、その後、C方前において、丙が上記Cによる侵害を受けた際、甲は、丙にCを痛め付けさせようと考え、丙に「俺がCを押さえるから、Cを殴れ。」と言ったところ、それを聞いて丙は、甲の言うとおりに、Cを殴るのもやむを得ないと思ったことで反撃を決意したものであり、かかる時点で、甲及び丙は、丙がCに対して暴行に及ぶことについての意思連絡（現場共謀）を遂げたものと認められる（以下、「本件共謀」という。）。

イ 本件謀に基づいて、丙は、上述した一連の丙の暴行に及んだ。また、甲は、上記各事実についての認識、認容に欠けることなく、本罪の故意が認められる。

ウ 以上より、甲はCに対する暴行罪の共同正犯（60条、208条）に当たる。

(2) 正当防衛（36条1項）の成否

ア 誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するかについて（※10）

刑法第36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものであることからすれば、正当防衛を否定すべき事情は被侵害者を基準として判断されることとなる。

たしかに、上述したCによる侵害を実際に受けたのは丙であり、かつ、甲自身はCによる侵害に対し何ら対抗行為を行っていない。しかしながら、上述のとおり、丙の暴行は甲丙間の共謀に基づく行為であり共同正犯として甲にも客観的に帰責されることから、いわば甲自身によって行われたものと看做される。そうすると、先行するCによる侵害は甲との関係でも認められると解すべきであり、それに対する甲による対抗行為を観念し得る。したがって、被侵害者であり、かつ、対抗行為者である甲を基準として正当防衛の成立要件を判断すべきである。

イ 違法性の判断が共犯者間で異なることがあるかについて（※11）

違法性の本質は、行為規範に違反して法益侵害を惹起する点にあるところ（行為無価値論）、行為規範違反としての違法要素は本来的に各人に固有の事情であることから、少なくとも主観的違法要素については、共犯者間において、これを具備する者とそうでない者との間で違法性の判断が異なることがあり得ると解すべきである（違法の相対化）。

ウ 甲に正当防衛が成立するか否かについて

上述した本条の趣旨からすれば、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきであり、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨ん

だときなど、上記の趣旨に照らし対抗行為が許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を欠くというべきである（※12）。

甲は、Cから電話で罵倒されたことに激高し、C方に出向き、直接文句を言おうと決めたと同時に、粗暴な性格のCから殴られるかもしれないと考え、そうなった場合には、むしろその機会を利用してCに暴力を振るい、痛め付けようと考えていた。また、上述のとおり、丙に同行を求めた理由も、粗暴な性格の丙を連れて行けば、Cから暴力を振るわれた際に、丙がCにやり返してCを痛め付けるだろうと考えたからであった。現に、CがC方の窓から甲が丙と一緒にいるのを確認し、甲が手下を連れて来たものと思腹を立て、「ふざけるな。」と怒鳴りながら玄関から出た際も、その様子を見た甲は、事前に予想していたとおりCが殴ってくると思、後方に下がった上で、丙から2メートル離れてCが丙の顔面を殴打する様子を見ながら、丙にCを痛め付けさせようと考え、丙に「俺がCを押さえるから、Cを殴れ。」と言って本件共謀を遂げている。

以上の事実関係によれば、甲は、Cの攻撃を予期し、その機会を利用して丙をしてCに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、甲の対抗行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。そうすると、丙のCに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかった丙にとっては急迫不正の侵害であるとしても、甲にとっては急迫性を欠くものであって、甲に正当防衛は成立しない。

(3) 以上より、甲にCに対する暴行罪の共同正犯（60条、208条）が成立する。

2 丁に暴行罪の幫助犯が成立するか否かについて [小問(2)①]

(1) 幫助犯（62条1項）の当否

ア 上述のとおり、丙の2回目殴打はCに対する暴行罪の実行行為に当たる。

イ 「幫助」とは、有形、無形の方法により正犯の犯罪の実行を容易にする一切の行為をいう。

丁は、偶然、本件バイクを運転してC方前を通り掛かり、丙がCの胸倉をつかんでいる様子を見て、Cが先に丙を殴った事実を知らないまま、一方的に丙がCを殴ろうとしていると思ったことから、丙がCを殴り倒した後、丙がその場から逃走するのを手助けしようと思、丙に「頑張れ。ここで待っているから終わったらこっちに來い。」と声を掛けたところ、丙は、それを聞いて発奮し、Cに対する2回目殴打に及んでいる。そうすると、上記丁の声掛けは、丙の2回目殴打を心理的に促進したものと認められ、「幫助」に当たる。

また、上記の丁の認識からすれば本罪の故意に欠けることはない。

ウ 以上より、丁は丙の2回目殴打についてCに対する暴行罪の幫助犯（62条1項、208条）に当たる。

(2) 正当防衛（36条1項）の成否（※13）

ア 誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するかについて

上述のとおり、正当防衛を否定すべき事情は被侵害者を基準として判断されるべきところ、丁は丙との間で共謀を遂げたものではなく、丙の2回目殴打が共謀に基づく行為として丁に客観的に帰責されることはない。そうすると、丁に対する侵害は観念することができず、また、丁による対抗行為も観念し得ない。したがって、正犯（実行行為者）である丙を基準として正当防衛の成否を判断すべきである。

イ 違法性の判断が共犯者間で異なることがあるかについて

狭義の共犯の処罰根拠は、正犯の実行行為を介して法益侵害ないしその危険を惹起する点に求められることからすれば、正犯に構成要件該当性及び違法性が認められる場合に限って狭義の共犯の成立が認められると解すべきである（制限従属性説）。そうすると、正犯について違法性が阻却される場合には、その共犯としての処罰の可能性が排除されることになり、違法性の判断が共犯者間において異なることはない（違法の連帯性）。

ウ 丁に幫助犯が成立するか否かについて

上述のとおり、正犯である丙に正当防衛が成立し、2回目殴打の違法性が阻却されることから、当該実行行為を幫助した丁に幫助犯は成立しない。

(3) 以上より、丙の2回目殴打について丁に暴行罪の幫助犯（62条1項、208条）は成立しない。

3 上記1及び2における説明相互の整合性について

共同正犯は、共犯者全員が一次的責任を負うこと（一部実行全部責任）をその本質とし、各人の行為の責任が相互に全部帰属することになるから、各共犯者は対等の立場にあって主従の関係は存在しない。これに対して、狭義の共犯は、正犯に対する二次的責任を負うことをその本質とし、教唆者・幫助者は正犯の行為の責任に従属する関係にある。そうだとすれば、狭義の共犯においては共犯従属性に関する制限従属性説が厳格に妥当し、違法の相対性が否定されるのに対し、共同正犯においては共犯従属性が必ずしも妥当せず、違法の連帯性を徹底することなく、一定の場合には違法の相対性を肯定し得ると解される。したがって、上記1及び2における説明は相互に矛盾しない。

以上

[論点解説]

[設問1]

1 占有（移転）の有無

Aが本件財布を手元に置いた時点又は甲がそれを拾った時点で本件財布の占有がAから甲に移転した（又はAの占有が失われた）と評価するのであれば、その後の甲の領得行為に少なくとも奪取罪（移転罪）は成立しなくなる（占有離脱物横領罪が成立し得るにとどまる）ことから、前提として上記時点におけるAの占有（移転）の有無を確認する必要がある。参考判例1は、被告人の虚言を信じた被害者Vが現金入りの風呂敷包みを玄関に置いたまま便所に行ったところ、その際に被告人が現金を持ち去ったという事案について、被告人が「Vに虚言を弄し、同人をしてその旨誤信させた結果同人をして任意に判示の現金を同被告人の事実上自由に支配させることができる状態に置かせた上でこれを自己の占有内に収めた」として詐欺罪の成立を肯定した原審を是認した。もっとも、同判例の事案において被害者の意思に基づいて占有が「終局的に移転」したと評価することは困難というべきであり、現在、同判例の結論は支持されていない。実際、近時の裁判例である参考判例2は、いわゆる“すり替え窃盗”の事案において「被害者は…本件被害カード入り封筒を被告人のいる被害者方玄関に置いたままにして玄関から離れるなどしたとは認められるが、他方で、前記キャッシュカード2枚を被告人に手渡すなどはしておらず、その場所は被害者方自宅建物内である上、玄関を離れた時間は比較的短く、その目的は取ってきたのりを用いて玄関で本件被害カード入り封筒に封をするためであることも明らか…であるから、結局、被害者は本件被害カード入り封筒を被告人に交付するに至らなかったというべきである」と判示している。

2 事後的奪取意思

財物奪取以外の目的で暴行・脅迫を加えた後の段階で初めて財物を奪取する意思を生じ、奪取行為に及んだ場合（いわゆる事後的奪取意思）、当初の暴行・脅迫は財物奪取に向けられたものではなく、手段性を欠くことから、原則として「暴行又は脅迫を用いて」に当たらず、窃盗罪が成立するにとどまることとなり、例外的に、この場合に強盗罪が成立し得るのは、奪取意思を生じた後に、財物奪取の手段としての「新たな暴行・脅迫」と評価できる事情がある場合に限られる。参考判例3が「当初は財物奪取の意思がなく他の目的で暴行または脅迫を加えた後に至って初めて奪取の意思を生じて財物を取得した場合においては、犯人がその意思を生じた後に改めて被害者の抗拒を不能ならしめる暴行ないし脅迫に値する行為が存在してはじめて強盗罪の成立がある」と判示し、また、参考判例4は「財物奪取以外の目的で暴行、脅迫を加え相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じ、これを実行に移した場合、強盗罪が成立するというためには、単に相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取するだけでは足りず、強盗の手段としての暴行、脅迫がなされることが必要である」と判示しており、同様に、参考判例5も「強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後に、新たに財物取得の意思を生じ、前記暴行・脅迫により反抗が抑圧されている状態に乗じて財物を取得した場合においては、強盗罪が成立するには、新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要である」と判示しているのは、いずれも上記の趣旨を明らかにしたものである。

3 新たな暴行・脅迫

他方で、被害者の反抗抑圧後にその状態を利用して財物を奪取した事案において、判例はこの「新たな暴行・脅迫」を比較的緩やかに認定する傾向がある。例えば、参考判例3は「その後の暴行・脅迫は通常の強盗罪の場合に比し程度の弱いもので足りることが多い」と指摘しており、同様に、参考判例4は、（新たな暴行・脅迫について）「その程度は、…自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させるに足りる暴行、脅迫があれば十分であり、それ自体反抗抑圧状態を招来するに足りると客観的に認められる程度のものである必要はない」と判示しているところ、このような場面で実務上しばしば用いられる認定手法が、いわゆる“挙動による脅迫”である。すなわち、被害者側から見れば、自己に激しい暴行・脅迫を加えて反抗抑圧状態に陥れた犯人が、その後もなお自己の面前に留まって存在し続けているということ自体が、いわば被害者に対する「脅迫」（被害者を畏怖させる挙動）であると評価し得る。参考判例3も「前に被告人が暴行・脅迫を加えている関係上、被害者としてはさらに暴行・脅迫…を加えられるかもしれないと考え易い状況にあるわけであるから、被告人のささいな言動もまた被害者の反抗を抑圧するに足りる脅迫となりうることに注意する必要がある」と判示している。

4 強要罪の成否

なお、甲がAに「持っているものを見せろ。」と言って本件財布を手元に置かせた行為については、その時点では財物奪取の意思を欠く（財物取得に向けられた行為ではない）ことから財産犯の実行行為とは評価できず、強盗未遂罪又は恐喝未遂罪ではなく**強要罪**が成立し得ることになる。もつとも、かかる行為も含めて本件財布を奪取した一連の行為につき最終的に強盗罪の成立を肯定する場合はそれに吸収されることになるであろうから、この点について別途検討する実益に乏しいと思われる。他方、「新たな暴行・脅迫」を否定して本件奪取につき甲に窃盗罪を成立させる場合は、先行する強要罪との併合罪となり得ると解される。

5 財産上の利益移転

利益移転が問題となる事例において、まず、相手方の反抗を抑圧する程度の「暴行又は脅迫」を認定した上で、次いで、“「財産上不法の利益を得」たか否か”と問題提起をする論述が散見されるところ、このような問題提起の仕方は、実行行為を認定した上で結果発生の有無を問題とするものと解される。しかしながら、ここでの問題の所在は“現に財産上の利益が移転したか否か”（2項強盗が既遂か未遂か）という点ではない。236条2項における「前項の方法」とは「暴行又は脅迫を用いて」（同条1項）を指すところ、強盗罪における「暴行又は脅迫」は、あくまで“財産犯の実行行為”である以上、「**財物**」（同条1項）又は「**財産上不法の利益**」（同条2項）を取得することに向けられたものであること（「用いて」、**手段性**）が要件となる。ところが、「財物」の占有移転の場合とは異なり、「財産上不法の利益」は、その移転に物理的な現象を伴わないため移転性自体が不明確であり、上記の**手段性の要件**の判断が困難である、という点がここでの問題の所在である。すなわち、1項における「財物」の取得（占有移転）の場合と同視できる程度の、「**具体的かつ現実的な財産的利益**」及びその「**移転**」を観念し得ない状況において、どれ程強度の暴行・脅迫を行っても、その行為は利益移転に向けられた行為であるとは評価できず、したがって、およそ財産に対する法益侵害を惹起する危険性が認められないため、そもそも強盗利得罪を構成し得ない（“財産犯としては不能犯”）ということになる。このように利益移転性に関するそもそもの問題の所在は、利得罪の既遂時期の点ではなく“**財産犯としての実行行為性**”の点にあるのであり、これが否定されると2項強盗の未遂罪も成立し得ない（財産犯以外の強要罪等が成立し得るに過ぎない。）という点に注意を要する。平成28年出題趣旨においても、「Vのカードの暗証番号が刑法上保護されるべき財産上の利益に該当するか否か…その結論としては、暗証番号の**利益性**を肯定すれば**2項強盗罪**あるいは**2項恐喝罪**が、これを否定すれば**強要罪**等が成立する」と指摘されていた。本問の設定において「乙がAから暗証番号を聞き出す行為が財産犯における「**財産上不法の利益**」を得ようとする行為に当たるか」という点にも触れること」という表現で検討事項が指示されているのも、上記の問題の所在を明確に意識した論述を求める趣旨であろう。

6 処分行為の要否

強盗利得罪の実行行為の認定においては、それが利益移転に向けられた行為か否か（「暴行又は脅迫」の手段性）が不明確であることから、**利益移転性のメルクマール**が必要となることから、同じく財産上の利益を客体とする利得罪（2項犯罪）である詐欺利得罪（246条2項）及び恐喝利得罪（249条2項）と同様に、強盗利得罪についても**相手方の意思に基づく処分行為**を要求するのであれば、利益移転性の判断は明確になるといえる。しかしながら、相手方の（瑕疵ある）**意思に基づく**財物・利益の移転を本質とする**交付罪**である詐欺罪及び恐喝罪と異なり、**盗取罪**である強盗罪の本質は、相手方の**意思に反する**財物・利益の移転という点にあることから、強盗罪においては、その成立要件としておよそ相手方の意思に基づく処分行為を観念する余地はない。**参考判例6**は、強盗利得罪の成立に「必ずしも相手方の意思による処分行為を強制することを要するものではない」と判示しており、その後の判例も一貫して**処分行為不要説**に立脚している。

7 利益移転の直接性

「**具体的かつ現実的な財産的利益**」及びその「**移転**」を観念し得るか否かについては、個別具体的な事案に応じて当該**利益の具体性**及びその**移転の確実性**を判断せざるを得ない。例えば、**参考判例7**は、企業の実質的経営者を殺害して、その後自己が実質的経営者の地位に就任したという事案について、「単なる殺人罪ではなく奪取罪の1つである2項強盗殺人罪が成立するためには、1項強盗罪における財物の強取と同視できる程度に、その殺害行為自体によって、被害者から「財産上の利益」を強取したといえる関係にあることが必要」と判示した上で、経営権承継には所定の選任手続が必要である以上、

「被害者を殺害すること自体によって、それが行為者に移転するという関係を想定することは困難」であり、仮に被害者の殺害後に被告人が「経営上の権益」を実質的に掌握した事実があったとしても、それは被害者の殺害によって「直接得られた利益というよりも、…事実上得られた利益にすぎない」と指摘して利益移転性を否定している。このように同判例は直接移転性の有無を利益移転性のメルクマールとして用いているところ、同様に、参考判例 8の原審も「刑法 236 条 2 項の「財産上不法の利益」について、「移転性」のある利益に限られ、同項に該当するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要である」と解した上で、被告人が被害者から窃取したキャッシュカードの暗証番号を聞き出したとしても、「キャッシュカードの暗証番号に関する情報が本件被害者と被告人との間で共有されるだけで、本件被害者の利益が失われるわけではない」として利益移転性を否定し結論として強要罪の成立を認定しており、ここでも利益の直接移転性を重視する判断が示されている。

これに対して、参考判例 8の控訴審は「2 項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があれば足りる」と述べて直接移転性の要件を緩和した上で、「被告人が、…預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2 項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない」と判示し、他方で、「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、キャッシュカードを窃取した犯人が被害者からその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は…同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべきである」と述べて利益移転性の要件を肯定している。もっとも、同判例の判示する「預貯金の払戻しを受け得る地位」による「預貯金の支配」というような観念的な支配概念（いわゆる“預金の占有”）は、従来の判例においては非移転罪である横領罪を成立させる場面に限って認められてきたものであり、同判例がこの考え方を移転罪（奪取罪）である強盗罪にも及ぼした点については理論的な批判もある。

8 不能犯

不能犯と未遂犯の区別について、今日、具体的危険説と修正された客観的危険説が対立している。具体的危険説は、行為の当時、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた客観的事情を基礎として、一般人の立場からみて犯罪が実現される危険性の有無を判断する見解であり、主に行為無価値論から主張される。これに対して、客観的危険説は、行為時に存在した客観的事情を基礎に行為の危険性を判断する見解であり、主に結果無価値論から主張されるが、この立場からはおよそ結果不発生の事案ではそもそも危険発生がなかったという結論になり得ることから、修正された客観的危険説は、結果不発生の場合、現実に存在した事実（結果不発生の原因事実）の代わりに、いかなる事実が存在すれば結果発生があり得たかを検討し、このような「仮定的事実の存在可能性」を事後的に判断することによって行為の危険性の有無を判断する。近時、振り込め詐欺事案において、いわゆる“騙されたふり作戦”を開始した後に共犯関係に入った者に詐欺未遂罪の共同正犯が成立する否かが問題となった事案において、参考判例 9は「実際には結果発生が不可能であっても、行為時の結果発生の可能性の判断に当たっては、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎とすべきである」と判示し、同様に、参考判例 10の原審も「本件で「騙されたふり作戦」が行われていることは一般人において認識し得ず、被告人ないし本件共犯者も認識していなかったから、これを法益侵害の危険性の判断に際しての基礎とすることは許されない。被告人が本件荷物を受領した行為を外形的に観察すれば、詐欺の既遂に至る現実的危険性があった」と判示しているところ、これらは不能犯論における具体的危険説の立場を明示的に援用して判断したものと解される。

なお、修正された客観的危険説によれば、本問における結果不発生の原因事実は、まさしく「Aが答えた4桁の数字が本件カードの暗証番号と異なる数字であったという事実」であるところ、それはAが「暗がりて本件カードを自宅に保管中の別のキャッシュカードと見誤っていたため」に過ぎず、周囲の状況や環境次第では「Aが本件カードの暗証番号を答えた」という仮定的事実が存在した可能性が認められることから、やはり本件引出行為の危険性は肯定されるであろう。

[設問2]

9 防衛行為の一体性

丙は2回の暴行に及んでいるところ、途中で侵害が終了したという事情（平成23年試験問題参照）や後行の暴行が過剰であったという事情（平成29年試験問題参照）は存在しない。したがって、本問で防衛の意思の連続性等を考慮して「防衛行為の一体性」を検討する実益は乏しいであろう。

10 正当防衛の判断基準者

令和4年出題趣旨においては、「侵害の回避が十分に可能であるのに積極的な態度で侵害に臨んだ者は、侵害にあえて身をさらすことでそれを受け入れているのでその侵害に対する要保護性を欠き、刑法第36条の趣旨が妥当しないと考えれば、正当防衛を否定すべき事情は専ら被侵害者を基準として判断されることとなる」と説明されている。もっとも、令和4年試験問題は、被侵害者と防衛行為者との間に共犯関係が存在しない事案であり、それ故、上記出題趣旨において「本事例では、被侵害者と防衛者が同一でないことから、いずれを基準に侵害の急迫性を判断すべきか」が問題の所在となると指摘されている点に注意を要する。すなわち、同問題の事案では「防衛者に対する侵害」を観念する余地がないことが前提となっていた。

これに対して、本問は参考判例11（フィリピンパブ事件）と同様に、実行行為者と背後者とは共謀して侵害への対抗行為に及んでいる点で令和4年試験問題とは事案が異なる。この場合、背後者も一体的に侵害を受けているという評価が可能であり、かつ、共謀に基づく実行行為を「背後者による対抗行為」とであると観念し得る。本問でも、背後者である甲自身も被侵害者であり、かつ防衛行為者である（この意味で、被侵害者と防衛者は同一となる）と考えた上で、参考判例11と同様、背後者甲の主観的事情を基準として正当防衛の成否を判断する余地がある。

11 違法の相対性

参考判例11は「被告人は、Vの攻撃を予期し、その機会を利用してYをして包丁でVに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、VのYに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったYにとっては急迫不正の侵害であるとしても、被告人にとっては急迫性を欠く」と判示しているところ、同判例の趣旨については、行為無価値論の立場から要求される主観的違法要素について違法の相対性を肯定したものと解する余地がある。

これに対して、違法性の本質を法益侵害の惹起のみに求める結果無価値論を徹底する立場によれば、同一の法益侵害結果の惹起に関する違法評価は共通であるとして違法の人的相対化は否定されることになる（違法の連帯性）。もっとも、結果無価値論の立場からも、正当防衛状況に関する参考判例12等の判例法理の背後にある「自らの行為によって緊急状況を作出した者に正当防衛による法的保護を与えるべきではない」との価値判断を根拠として、「違法性阻却の前提状況を不必要に作出した関与者」については例外的に違法性阻却の効果が個別的に作用する（違法の連帯性が否定される）余地を認める見解も主張されている。この見解による場合、本問では、まず、アの点について、専ら実行行為者（現実の対抗行為を行った者）である丙を基準に判断すると解した上で、イの点について、丙に成立する正当防衛（小問(1)参照）の効果の甲への連帯作用を否定する例外的な事情があるか否か（甲が上記“違法性阻却の前提状況を不必要に作出した関与者”と評価されるか否か）という観点から、甲の正当防衛の成否について検討することとなろう。

12 急迫性の考慮要素

侵害の急迫性の要件について、参考判例12は「対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべき」との一般論を述べた上で、侵害を予期した上で、「行為者がその機会を利用して積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき」（参考判例13の類型）は、あくまで急迫性が否定される具体的な場面の一つの類型に過ぎないものとして位置付けているところ、同判例の示した急迫性の考慮要素（①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性、⑥侵害場所にとどまる相当性、⑦対抗行為の準備の状況、⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑨行為者が侵害に臨んだ状況及び⑩その際の意思内容等）に照らして判断した場合、必ずしも積極的加害意思まで認められない事案であっても、「刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさない」と判断される場合があり得ることになる。令和4年採点実感においても「前記判例によれば、仮に積極的加害意思が認められないとしても、行為全般の状況に基づいて急迫性が否定される余地があ

る」と指摘されている。もっとも、本問の事案では、甲に事前の**侵害の予期**及びCに対する**積極的加害意思**が認められることは明らかであり、従前の**参考判例 13**と同様、端的にこれらの甲の主観的事情を指摘すれば急迫性を否定することができることから、**参考判例 12**の示した他の考慮要素について詳細に検討する必要性は乏しいであろう。

13 要素従属性

制限従属性説を根拠として適法行為に対する狭義の共犯の成立を否定する場合、“正犯が違法でなければおよそ狭義の共犯は成立しない”のであり、これを敢えて犯罪成立要件論から説明するのであれば、共犯構成要件である「犯罪」(61条1項)又は「正犯」(62条1項)該当性が否定されるということになろう。そうすると、このように理解する立場からは、本問で結論として丁に幫助犯の成立を否定する場合、その理由として“丙に正当防衛が成立することから、連带的に丁にも正当防衛が成立する”とか“丁についての正当防衛の成否は丙を基準に判断する”という説明を要するわけではない。この立場からは、「丙に正当防衛が成立することを前提に」した時点で丁の犯罪不成立が導かれるのであるから、その前提の下ではもはや丁について「誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するか」を問うことに意味はなく、本問の設問の問い方は、若干誤導的であったと思われる。

これに対して、**要素従属性**について、正犯の行為が構成要件に該当すれば足りるとする**最小限従属性説**の立場によれば、狭義の共犯についても違法の相対性を肯定し得る。その場合、本問の設問に対しても、「丁を基準として正当防衛の成立要件を判断する」と論じた上で、丁はそもそもCによる侵害の存在を認識しておらず、およそ防衛の意思を欠くことから、丙についてのみ正当防衛が成立し、丁については正当防衛が成立しないとの結論を導くことができるであろう。

<参考判例>

1【最判昭 26.12.14 (窃盗罪と詐欺罪の区別①)】

「刑法二四六条一項に定むる財産の騙取とは犯人の施用した欺罔手段により、他人を錯誤に陥れ、財物を犯人自身又はその代人若くは第三者に交付せしむるか或はこれ等の者の自由支配内に置かしむることを謂うのであつて(論旨引用の大正一二年(れ)一二七二号同年一月二〇日大審院判決大審院判例集二卷八一六頁) 原判決も亦本件について「被告人Xが判示Vに虚言を弄し、同人をしてその旨誤信させた結果同人をして任意に判示の現金を同被告人の事実上自由に支配させることができる状態に置かせた上でこれを自己の占有内に収めた事実であるから刑法二四六条一項に該る」と判断しているのであつて、大審院判決と相反する判断を示めたものではない。(前記判決を除くその他の引用に係る大審院判決は何れも本件に適切でない。) されば原判決が本件について右Vが被告人Xの判示の欺罔手段に基き判示の現金を同被告人の自由に支配できる状態に置く意思で判示の玄関上り口に置いたものと認定したことの当否は格別、原判決が大審院判例と相反する判断をしたとの論旨は理由のないこと明らかである。」

2【京都地判令元 5.7 (窃盗罪と詐欺罪の区別②・すり替え窃盗)】

「(2) この点について、関係証拠から認められる事実は以下のとおりである。

〔1〕被告人は、事件前日、氏名不詳者らから紹介された、警察官を装い他人宅を訪れてキャッシュカードをポイントカードとすり替える方法により持ち去るなどして報酬を得る仕事をすることになった。

〔2〕被害者は、事件当日、警察官を名乗る男から、電話で、金融機関の口座から現金が不正に引き出される恐れがあるので、捜査に協力する必要がある、被害者方を訪問する警察官にキャッシュカードを渡してほしいなどと言われ、これに応じることとした。〔3〕被告人は、前記仕事の一環として、同日、警察官を装い被害者方を訪れ、玄関内で、用意した封筒を被害者に渡してその中に本件被害品であるキャッシュカード2枚を入れさせた(以下、これらを「本件被害カード入り封筒」という。)。〔4〕被告人は、本件被害カード入り封筒を、あらかじめ用意したポイントカード2枚入りの封筒(以下「本件偽カード入り封筒」という。)とすり替える機会を作るために、被害者に印鑑を取ってくるよう求めたが、予期に反して、被害者はその場で印鑑を取出した。〔5〕被告人は、今度のはのりを取って来るよう求めると、被害者は本件被害カード入り封筒を玄関に置き、のりを取りに玄関から離れた。〔6〕被告人は、その隙に、本件被害カード入り封筒を本件偽カード入り封筒とすり替え、戻ってきた被害者に本件偽カード入り封筒にのりで封をさせ、大事に保管するようなどに指示して、本件被害カード入り封筒を所持して被害者方から立ち去ったが、被害者は、両封筒がすり替えられたことには気づかず、本件偽カード入り封筒には前記キャッシュカード2枚が在中するものと認識していた。〔7〕被告人による〔3〕ないし〔6〕の行動は、いずれもイヤフォンにつながる携帯電話を通じて、氏名不詳者からの指示を受けて行ったものであった。

(3) 以上の事実によれば、本件は、端的にいえば被害者による財物の交付が一度もなく、欺いて被害者の注意を逸らし、その間に、財物の占有を取得する場合に当たるとみるのが自然であり、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立するというべきである。子細にみても、被害者は、一方で、警察官を名乗る者からの電話を信じ、警察官を装い被害者方を訪れた被告人に前記キャッシュカード2枚を渡すつもりはあり、被告人の指示に応じてのりを取りに行くために本件被害カード入り封筒を被告人のいる被害者方玄関に置いたままにして玄関から離れるなどしたとは認められるが、他方で、前記キャッシュカード2枚を被告人に手渡すなどはしておらず、その場所は被害者方自宅建物内である上、玄関を離れた時間は比較的短く、その目的は取ってきたのりを用いて玄関で本件被害カード入り封筒に封をするためであることも明らかで、被害者において警察官であると信じていた被告人が本件被害カード入り封筒を勝手に持ち去りあるいはすり替えるなどする可能性を想定していたとは考え難く、そのような事態を容認していたともいえず、さらには、被害者は被告人が立ち去った後も前記キャッシュカード2枚が手元にあるものと信じていたのであるから、結局、被害者は本件被害カード入り封筒を被告人に交付するには至らなかったというべきである。」

3【東京高判昭 48.3.26 (事後的奪取意思①・挙動による脅迫)】

「同条項の強盗罪は相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行または脅迫を手段として財物を奪取することによつて成立する犯罪であるから、その暴行または脅迫は財物奪取の目的をもつてなされるものでなければならぬ。それゆえ、当初は財物奪取の意思がなく他の目的で暴行または脅迫を加えた後に至つて初めて

奪取の意思を生じて財物を取得した場合においては、犯人がその意思を生じた後に改めて被害者の抗拒を不能ならしめる暴行ないし脅迫に値する行為が存在してはじめて強盗罪の成立があるものと解すべきである（もつとも、この場合は、被害者はそれ以前に被告人から加えられた暴行または脅迫の影響によりすでにある程度抵抗困難な状態に陥っているのが通例であろうから、その後の暴行・脅迫は通常の強盗罪の場合に比し程度の弱いもので足りることが多いであろうし、また、前に被告人が暴行・脅迫を加えている関係上、被害者としてはさらに暴行・脅迫（特にその前者）を加えられるかもしれないと考え易い状況にあるわけであるから、被告人のささいな言動もまた被害者の反抗を抑圧するに足りる脅迫となりうることに注意する必要がある。しかし、いずれにしても、さらに暴行または脅迫の行なわれることを要することに変わりはない。）」

4【大阪高判平元.3.3（事後的奪取意思②・暴行脅迫の程度）】

「強盗罪は相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を手段として財物を奪取することによって成立する犯罪であるから、その暴行、脅迫は財物奪取の目的をもってなされることが必要であると解される。従って財物奪取以外の目的で暴行、脅迫を加え相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じ、これを実行に移した場合、強盗罪が成立するというためには、単に相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取するだけでは足りず、強盗の手段としての暴行、脅迫がなされることが必要であるが、その程度は、強盗が反抗抑圧状態を招来し、これを利用して財物を奪取する犯罪であることに着目すれば、自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させるに足りる暴行、脅迫があれば十分であり、それ自体反抗抑圧状態を招来するに足りると客観的に認められる程度のものである必要はないものというべく、これと同旨の原判決の判断は正当である。」

5【東京高判平 20.3.19（事後的奪取意思③・緊縛状態の継続）】

「強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後に、新たに財物取得の意思を生じ、前記暴行・脅迫により反抗が抑圧されている状態に乗じて財物を取得した場合において、強盗罪が成立するには、新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要であると解されるが、本件のように被害者が緊縛された状態にあり、実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合には、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立すると解すべきである。すなわち、緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫には当たらないとしても、逮捕監禁行為には当たりうるものであって、被告人において、この緊縛状態を解消しない限り、違法な自由侵害状態に乗じた財物の取得は、強盗罪に当たるといふべきなのである。」

6【最判昭 32.9.13（強盗利得罪における処分行為の要否）】

「判例違反及び法令違反を主張するところであり、所論のとおり大審院明治四三年（れ）第八五〇号同年六月一七日判決は、刑法二三六条二項の罪の成立するがためには犯人が他人に財産上作為又は不作為の処分を強制することを要し、債務の履行を免れる目的をもって単に債権者を殺害するがごときは同罪をもつて論ずることを得ないものとしている。しかし、右二三六条二項の罪は一項の罪と同じく処罰すべきものと規定され一項の罪とは不法利得と財物強取とを異にする外、その構成要件に何らの差異がなく、一項の罪における同じく相手方の反抗を抑圧すべき暴行、脅迫の手段を用いて財産上不法利得するをもつて足り、必ずしも相手方の意思による処分行為を強制することを要するものではない。…この意味において前示明治四三年判例は変更されるべきである。」

7【神戸地判平成 17.4.26（財産上の利益移転①・経営上の権益）】

「人を殺害することにより、犯人が被害者の有していた何らかの財産上の利益を取得する結果になることはままたり得ることであって、犯人がそれを意図していたからといって、このような場合全てに2項強盗殺人罪の成立を認めることは、あまりにその成立範囲を拡大するものといわざるを得ない。単なる殺人罪ではなく奪取罪の1つである2項強盗殺人罪が成立するためには、1項強盗罪における財物の強取と同視できる程度に、その殺害行為自体によって、被害者から「財産上の利益」を強取したといえる関係にあることが必要と解される。」

この点、2項強盗殺人罪の典型例である、債務を免れるために債権者を殺害した場合のように、行為者と相手方間に予め一定の法律関係がある場合には、相手方を殺害することによって、まさにその債権者たる相手方から債務者たる行為者に利益が移転したと認めることは、比較的容易といえる。

これに対し、本件における「経営上の権益」、すなわちFが有していた、Gグループのトップとして同グループ全体を経営する地位は、創業者でありオーナーでもある同人の一身専属的な意味合いを強く持っているが、F自身の意思により選んだ後継者にその地位をある程度包括的に承継させることは考えられないではない。しかし、その「経営上の権益」なるものは、Fが死亡した場合には、被告人Aに引き継がれる可能性が高かったとはいえ、両者の間に当然にそのようになる一定の法律関係等が存していたわけではない。…このような経過からしても、殺害行為自体によって、Fから「経営上の権益」が移転したとはいえない。

…そうすると、本件では、被告人Aは、Fの殺害後、その後継者として「経営上の権益」を、実質的にはおおむね掌握したとみられるものの、それはFから直接得られた利益というよりも、Fが死亡したことにより、被告人Aの同グループ内での地位が相対的に上がったことによって、事実上得られた利益にすぎないというべきである。

そして、上記のとおり、「経営上の権益」などというものについて、包括的な承継が全く観念できない訳ではないとしても、本件においては、被害者を殺害すること自体によって、それが行為者に移転するという関係を想定することは困難であることからすれば、本件の事実関係のもとでは、検察官の主張する「経営上の権益」は刑法236条2項の「財産上の利益」に当たらないと解するのが相当である。

よって、本件において、被告人5名に2項強盗殺人罪は成立しない。」

8【東京高判平 21.11.16 (財産上の利益移転②・キャッシュカードの暗証番号)】

「論旨は、要するに、…公訴事実について、原判決は、〔1〕被告人が本件被害者から窃取に係るキャッシュカードの暗証番号を聞き出したとしても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められないとし、また、〔2〕刑法236条2項の「財産上不法の利益」について、「移転性」のある利益に限られ、同項に該当するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であると解した上で、被告人が上記のとおり暗証番号を聞き出したとしても、キャッシュカードの暗証番号に関する情報が本件被害者と被告人との間で共有されるだけで、本件被害者の利益が失われるわけではないから、被告人が「財産上不法の利益を得た」とはいえないとして、強盗罪の成立を否定し、強要罪が成立するにすぎないとしているが（原判示第1の2）、…原判決は事実を誤認し、かつ刑法236条2項の解釈を誤った結果、その適用を誤ったものであり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであるというのである。

1〔1〕の点について

…キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した場合、犯人は、現金自動預払機（ATM）の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになる。このようにキャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、キャッシュカードを窃取した犯人が被害者からその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は、被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではないものの、同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべきである。

…したがって、被告人が本件被害者から本件口座の暗証番号を聞き出しても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められないとした原判決は、法令の適用の前提となる事実の認定ないし評価を誤ったものというべきである。

2〔2〕の点について

原判決は、刑法236条2項の財産上の利益は移転性のあるものに限られるというのであるが、2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があ

れば足りると解される…。そして、本件においては、被告人が、ATMを通して本件口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない。

…したがって、刑法236条2項の財産上の利益は移転性のあるものに限られ、2項強盗の罪が成立するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であるとする原判決は、同項の解釈を誤ったものというべきである。」

9【名古屋高判平 28.9.21（騙されたふり作戦①）】

「不能犯の考え方は、行為者が犯罪を実現する意思で行為をしても、結果発生がおよそ不可能な場合には刑事処罰の対象としないという考え方であり、未遂犯として処罰を加えるか、不能犯として不処罰とするかが問題となるものである。このように、不能犯の考え方が、結果発生が不可能と思われる場合に、未遂犯として処罰すべきか、未遂犯としても処罰すべきではないかを分ける機能を有するものであり、結果発生が不可能になる事由や時期も様々であることに鑑みれば、単独犯だけでなく、共犯の場合、それも共犯関係に後から入った場合でも、不能犯という言葉を使うかどうかはともかく、同じような判断方法を用いることは肯定されてよい。単独犯で結果発生が当初から不可能な場合という典型的な不能犯の場合と、結果発生が後発的に不可能になった場合の、不可能になった後に共犯関係に入った者の犯罪の成否は、結果に対する因果性といった問題を考慮しても、基本的に同じ問題状況にあり、全く別に考えるのは不当である。結果発生が当初から不可能な犯罪を実行しようとした者に、後から犯罪実行の意思を持って加担した者がいた場合、原判決の立論では、仮に、当初から実行しようとした者については未遂犯が成立するとしても、後から関与した者は常に処罰されないことになると思われるが、そのような結論は正当とは思われない。また、原判決は、不能犯は犯罪の成否自体を問題にするというが、そこでは全体としての詐欺罪のみを問題にしていると思われる。仮に、本件の被告人について、詐欺を行うことについての意思の連絡があった場合は、詐欺という犯罪に加担する意思を持って現金等を受領しようとしたが、実際は既にその結果が発生することはない状態にあったことから、まさに、自己の行為が詐欺未遂罪として処罰されるのか、結果発生が不可能になっていたとして刑事処罰を免れるかが問題になっている、換言すれば、共犯者の一人については、犯罪の成否が問題となっている場面なのである。このような場合に不能犯の考え方をを用いて判断するのは、必要かつ妥当であると考えられる。

したがって、この点についての原判決の結論は是認できない。

そして、実際には結果発生が不可能であっても、行為時の結果発生の可能性の判断に当たっては、一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎とすべきである。そうすると、仮に、被害者が、被告人がEからの荷物受領の依頼を受ける以前に既に本件荷物の発送を終えていたとしても、被害者が警察に相談して模擬現金入りの本件荷物を発送したという事実は、被告人及び氏名不詳者らは認識していなかったし、一般人が認識し得たともいえないから、この事実は、詐欺既遂の結果発生の現実的危険の有無の判断に当たっての基礎事情とすることはできない。本件通話の時点で氏名不詳者らは、実際に現金を受け取る意思であったと認められるから、詐欺の犯意は失われておらず、被告人が氏名不詳者らとの間で共謀したとみられれば、被告人に詐欺未遂罪が成立することとなる。

なお、被告人がEからの依頼を受けて被害金を受領する行為が本件詐欺の実行行為に当たるかは一問の問題であるが、仮にこれが実行行為に当たらないとしても、当該受領行為は、財物の騙取を実現するための重要な行為であり、通謀の上これを分担したのであれば、正犯者といえる程度に犯罪の遂行に重要な役割を果たしたものとして、少なくとも共謀共同正犯には当たり得るものと考えられる。」

10【最決平 29.12.11（騙されたふり作戦②）】

「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかににかかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」

〔(原審) 福岡高判平 29.5.31〕

「本件では、被告人と本件共犯者との共謀が最終の欺罔行為に先立って成立していたことを認めるだけの証拠はないから、被告人は、詐欺罪における構成要件該当事実のうち財物交付の部分のみに関与したという前提で犯罪の成否を検討せざるを得ない。

したがって、問題は、〔1〕財物交付の部分のみに関与した被告人につき、いわゆる承継的共同正犯として詐欺罪の成立を認めうるか、〔2〕認めうるとして、「騙されたふり作戦」が実行されたことが同罪の成否に影響するか、の2点ということになる。

3 先ず、〔1〕の点についてみると、このような時期・方法による加担であっても、先行する欺罔行為と相俟って、財産的損害の発生に寄与しうることは明らかである。また、詐欺罪における本質的な保護法益は個人の財産であって、欺罔行為はこれを直接侵害するものではなく、錯誤に陥った者から財物の交付を受ける点に、同罪の法益侵害性があるというべきである。そうすると、欺罔行為の終了後、財物交付の部分のみに関与した者についても、本質的法益の侵害について因果性を有する以上、詐欺罪の共犯と認めてよいし、その役割の重要度等に照らせば正犯性も肯定できる。

次に〔2〕の点をみる。原判決は、被害者が詐欺を見破って「騙されたふり作戦」に協力した結果、本件欺罔行為と被告人による本件荷物の受領との間には因果関係が認められず、被告人が詐欺罪の結果発生の危険性に寄与したとはいえなくなるから、同罪は成立しないという。そして、その危険性を判断するに際しては、「犯人側の状況と共に、それに対応する被害者側の状況をも観察し得る一般人」を想定した上、そのような一般人の認識内容を基礎とするという基準を設けるのである。

しかし、この危険性に関する原判決の判断は是認することができない。本件では、被告人が加担した段階において、法益侵害に至る現実的危険性があったといえるか、換言すれば、未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性があったか否かが問題とされるところ、その判断に際しては、当該行為時点でその場に置かれた一般人が認識し得た事情と、行為者が特に認識していた事情とを基礎とすべきである。この点における危険性の判定は規範的観点から行われるものであるから、一般人が、その認識し得た事情に基づけば結果発生の不安感を抱くであろう場合には、法益侵害の危険性があるとして未遂犯の当罰性を肯定してよく、敢えて被害者固有の事情まで観察し得るとの条件を付加する必然性は認められない。

そうすると、本件で「騙されたふり作戦」が行われていることは一般人において認識し得ず、被告人ないし本件共犯者も認識していなかったから、これを法益侵害の危険性の判断に際しての基礎とすることは許されない。被告人が本件荷物を受領した行為を外形的に観察すれば、詐欺の既遂に至る現実的危険性があったということができる。そして、被告人に詐欺の故意、本件共犯者との共謀及び正犯性が認められることはいずれも前記のとおりであり、被告人については詐欺未遂罪の共同正犯が成立する。」

11【最決平 4.6.5（共同正犯と過剰防衛）】（フィリピンパブ事件）

「原判決は、以上の事実関係の下に、Yについては、積極的な加害の意思はなく、Vの暴行は急迫不正の侵害であり、これに対する反撃が防衛の程度を超えたものであるとして、過剰防衛の成立を認めたが、一方、被告人については、Vとのけんか闘争を予期してYと共に「アムール」近くまで出向き、Vが攻撃してくる機会を利用し、Yをして包丁でVに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、VのYに対する暴行は被告人にとっては急迫性を欠くものであるとして、過剰防衛の成立を認めなかった。

これに対し、所論は、Yに過剰防衛が成立する以上、その効果は共同正犯者である被告人にも及び、被告人についても過剰防衛が成立する旨を主張する。

しかし、共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。

原判決の認定によると、被告人は、Vの攻撃を予期し、その機会を利用してYをして包丁でVに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、VのYに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったYにとっては急迫不正の侵害であるとしても、被告人にとっては急迫性を欠くものであって（最高裁昭和五一年（あ）第六七一号同五二年七月二日第一小法廷決定・刑集三一巻四号七四七頁参照）、Yについて過剰防衛の成立を認め、被告人についてこれを認めなかった原判決は、正当として是認することができる。

12【最決平 29.4.26（急迫性の考慮要素）】

「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく（最高裁昭和45年（あ）第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁参照）、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容意思等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。

前記1の事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行情事を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。」

13【最決昭 52.7.21（侵害の予期及び積極的加害意思）】

「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。」

第2問 [刑事訴訟法]

【参考答案例】

〔設問1〕鑑定書の証拠能力

第1 問題の所在

甲の弁護人は、本問の鑑定書（以下、「本件鑑定書」という。）の証拠調べ請求に対して、取調べに異議がある旨の意見を述べているところ、かかる意見は、本件鑑定書はその収集過程に違法な手続が介在しているため証拠能力を否定すべきとの趣旨であると解されることから、本件鑑定書の証拠能力が違法収集証拠排除法則の適用により否定されるか否かが問題となる。もっとも、本件鑑定書における鑑定対象である覚醒剤（以下、「本件覚醒剤」という。）の直接の収集手続は、裁判官から捜索差押許可状（以下、「本件令状」という。）の発付を受けた上で実施した甲の身体及び所持品の捜索・差押え（以下、「本件押収手続」という。）であるところ、本件押収手続それ自体に違法な点はない。そこで、以下、本件鑑定書の証拠能力について、まず、本件押収手続の前提となった先行手続の適法性を検討し、次いで、先行手続の適否が本件鑑定書の証拠能力に及ぼす影響について検討する。

第2 先行手続の適法性

1 職務質問について（※1）

- (1) 司法警察員Pが甲に対し、氏名及び所持品について質問し、所持品の内容物の確認を求めた行為（以下、「本件質問等」という。）の適法性について検討する。

警察官職務執行法（以下、「警職法」という。）2条1項の規定する職務質問は、主として犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察活動である。もっとも、同項は「何らかの犯罪を犯し…ている」、「既に行われた犯罪について…知っている」との規定からして、犯罪の嫌疑の確認や犯人の特定、検挙等のための捜査の一環として行われる質問等の場合にも適用される。

- (2) Pは、本件アパート2階の201号室を拠点として覚醒剤の密売が行われているとの情報を得ていたところ、本件アパート201号室から出てきた人物がI市内の路上において甲と接触し、本件封筒を甲に手渡し、甲は、本件封筒を本にかばんに入れたのを目撃した。そこで、Pは、本件封筒の中には覚醒剤が入っているのではないかと疑い、甲に対する職務質問を開始した。その後、Pは無線で甲の前科を照会した結果、甲には覚醒剤取締法違反（使用）の前科があることが判明したことから、引き続き、本にかばんの内容物について甲に質問したところ、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、覚醒剤常用者の特徴を示していたため、Pは、本件封筒の中に覚醒剤が入っているとの疑いを更に強め、甲に対し、本にかばんの在中物の確認を求めた。

以上の事情からすれば、甲が「犯罪を犯し」たと「疑うに足る相当な理由」が認められることから、本件質問等は同項の職務質問として適法である。

- (3) 本件質問等の過程で、甲がいきなりその場から走って逃げ出したので、Pは、これを追い掛け、すぐに追い付いて甲の前方に回り込んで甲の逃走を阻止した行為は、未だ甲に対し何ら有形力を行使するものではなく、職務質問を継続するために必要かつ相当な行為と認められるから、同項の「停止させ」る行為として適法である。

2 所持品検査について（※2）

- (1) Pが本にかばんの在中物を手で探った行為（以下、「本件所持品検査」という。）の適法性について検討する。

所持品検査は、職務質問（警職法2条1項）における口頭による質問と密接に関連し、その効果を上げるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、任意手段である職務質問の付随行為として許容される。したがって、所持人の承諾を得てその限度においてこれを行うのが原則である。もっとも、職務質問ないし所持品検査が犯罪の予防、鎮圧等を目的とする警察官の職務行為であって（警職法1条1項、2条1項参照）、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき警察の責務に鑑みると、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、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場合があると解する。

(2) Pが甲に対し本件バッグの在中物の確認を求めたところ、上記のとおり、甲がその場から逃走を試みたことから、Pはそれを阻止した上で「何で逃げたんだ。そのかばんの中を見せろ。」と言いながら、即座に所持品検査を開始したものであり、本件所持品検査は、甲の承諾を得ずに行われたものである。他方で、本件所持品検査の態様は、Pがいきなり本件かばんのチャックを開け、その中に手を差し入れ、その中をのぞき込みながらその在中物を手で探った上、本件かばんの中に入っていた書類を手で持ち上げたところ、その下から注射器が発見されたというものである。そうすると、かかる行為は、本件バッグに外側から触れて内容物の形状を確認する程度の行為にとどまるものではなく、まさしく証拠物の発見を目的として本件バッグを開披した上で内容物を執拗に探索する行為であり、その態様において「搜索」に至る行為というべきである(※3)。したがって、本件所持品検査は、令状によらない搜索として令状主義(刑訴法218条1項)に違反する。

(3) 以上より、本件所持品検査は違法である。

第3 先行手続の適否と証拠能力の有無

1 違法収集証拠排除法則の適用(※4)

(1) 違法に収集された証拠物の証拠能力について規制する直接の規定はないところ、証拠物は、押収手続が違法であっても、その証拠価値に影響がないことから、これを直ちに排除することは実体的真実発見の要請(刑訴法1条参照)から相当ではない。他方、事案の真相の究明も、個人の基本的人権を保障し(憲法35条参照)、適正な手続のもとでされなければならない(憲法31条参照)。したがって、実体的真実発見の要請と適正手続保障の要請との調和の観点から、①証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法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、②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と認められる場合においては、その証拠能力を否定すべきものと解する。

(2) 本件所持品検査の違法性の程度(※5)

たしかに、甲には薬物事犯の前科があることが判明しており、Pが職務質問をした際に覚醒剤常習者の特徴を示していたことに加え、Pが本件バッグの在中物の確認を求めると、逃走したのであるから、本件バッグの在中物が覚醒剤であるとの疑いは相当に高まっていたといえ、本件バッグに対する所持品検査の必要性、緊急性は高いものであったと認められる。

しかしながら、上述のとおり、本件所持品検査は、令状を得ることなく、甲の承諾がないのに、甲の所持する本件かばんのチャックを開け、その中に手を差し入れ、その中をのぞき込みながらその在中物を手で探ったものであるところ、かかる行為は一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において搜索に等しいものであるから、職務質問に付随する所持品検査として許容される限度を超えた搜索を行ったものというべきである。

他方、甲は逃走した時点で任意の所持品検査を拒否する挙動を示しており、この場合、本来令状なしに搜索をすることが許される場合でないことは、通常の警察官であれば容易に判断できたと認められる。それにもかかわらず、Pは即座に本件バッグを開披して中を見たのであるから、当初から、真摯に所持品検査に応じるよう説得する手間を省き、甲の承諾の有無にかかわらず、それらを検査しようとの意図のもと、甲が明示の拒絶をしても、それを無視して、検査に及んだといわざるを得ず、かかる経緯は、Pに令状主義に関する諸制度を潜脱する意思があったことを強くうかがわせる。現に、その後Pが甲をI警察署に任意同行した上で作成した捜査報告書には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から同注射器を発見して取り出したことは記載されていなかったところ、これはPが意図的にかかる事実の記載を省いたものと考えざるを得ず、このことは、P自身が本件所持品検査に過程に重大な問題があり違法であることを十分認識していたことの証左といえることができる。

以上より、本件所持品検査の違法の程度は、令状主義の精神を没却するような重大なものであったといえるべきである。

2 先行手続の違法と証拠能力(※6)

本件鑑定書の鑑定資料である本件覚醒剤は、甲に職務質問を実施した経緯に関する捜査報告書①及び注射器発見の経緯に関する捜査報告書②等を疎明資料として請求、発付された本件令状に基づく本件押収手続により、発見、収集された証拠物である。そこで、先行手続の違法がその後押収された証拠物の証拠能力に及ぼす影響について検討する。

[解答例Ⅰ] (違法性の承継) (※7)

- (1) 証拠物についてその直接の収集手続が、先行する違法な一連の手続に引き続いて行われた場合、当該収集手続（後行手続）の適法・違法は、先行する一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。具体的には、①先行手続と後行手続が同一目的に向けられたものであり、②後行手続が先行手続によりもたらされた状態を直接利用してなされたものである場合、違法な先行手続に引き続いて行われた後行手続も違法性を帯びるものと解する。
- (2) 本件質問等及び本件所持品検査は一連の手続であるところ（先行手続）、それに引き続く甲の任意同行、その後の本件押収手続（後行手続）は、いずれも甲に対する覚醒剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、甲は先行手続により注射器が発見されたことにより、警察署への同行に応じているといえる。

他方、その後の後行手続は、司法審査を経て発付された本件令状によってされたものであることから、それに先行する手続との関係が問題となる。しかるところ、上記のとおり、本件令状は甲の任意同行の後に作成された上記捜査報告書①及び②等を疎明資料として請求されたものであり、同報告書がなければ発付を受けられなかったものと考えられることから、結局、後行手続もそれに先行する手続によってもたらされた状態を直接利用してなされたものというべきである。したがって、違法な本件所持品検査に引き続いて行われた本件押収手続も違法性を帯びるものと解する。

なお、上記捜査報告書①及び②は形式的には別個の疎明資料として作成されているものの、上記のとおり、それぞれの報告内容に係る先行手続は一連の手続であることから、実質的には両者で一体の疎明資料であると評価すべきである。

- (3) 上述したとおり、本件所持品検査の違法の程度は令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ず、本件押収手続もかかる重大な違法を帯びるものと解される。そして、このような違法な手続により収集された証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである。したがって、本件押収手続により収集された本件覚醒剤の証拠能力は認められず、また、それに関する本件鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。

3 以上より、本件鑑定書の証拠能力は認められない。

[解答例Ⅱ] (派生証拠・「毒樹の果実」) (※8)

- (1) 違法収集証拠（第一次証拠）に基づいて獲得された派生証拠について、その直接の収集手続に重大な違法がないことを理由に証拠能力を肯定することは、違法収集証拠排除法則の趣旨を没却することになり相当ではない。他方で、実体的真実発見の要請からすれば、それが単に違法に収集された第一次証拠と何らかの関連性を有する証拠であるということのみをもって一律に証拠排除すべきではない。したがって、派生証拠について第一次証拠と同様にその証拠能力を否定すべきか否かについては、第一次証拠の収集手続の違法の程度、両証拠間の密接関連性、証拠の重要性等を考慮して総合的に判断すべきものと解する。

- (2) 上記捜査報告書①及び②（第一次証拠）は、上述した違法な所持品検査を含む一連の先行手続を実施した経緯に関して作成されたものであり、違法に収集された証拠というべきである。次に、本件覚醒剤（派生証拠）は、上述のとおり本件令状に基づく本件令状手続により発見されて差し押さえられたものであるが、本件令状は第一次証拠を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである。

もっとも、派生証拠が第一次証拠以外の他の疎明資料も相俟って令状が発付され、執行した結果として獲得された物であれば、適法な司法審査の介在により、両証拠間の関連性が希釈される場合があると解される（※10）。しかしながら、本件令状の疎明資料とされた上記捜査報告書①及び②は形式的には別個の疎明資料として作成されているものの、それぞれの報告内容に係る職務質問及び所持品検査は一連の手続であることから、実質的には両者で一体の疎明資料であると評価すべきである。そうだとすれば、本件令状は実質的には第一次証拠を唯一の疎明資料として発付されたものというべきであり、本件令状の発付により両証拠間の関連性が希釈されたものと認めることは相当ではない。したがって、本件覚醒剤は違法に収集された第一次証拠と密接な関連を有する証拠であるというべきである。

(3) 上述したとおり、本件所持品検査の違法の程度は令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような重大な違法手続により収集された第一次証拠に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、本件覚醒剤は、その証拠としての重要性等諸般の事情を考慮してもなお証拠能力を否定すべきであり、また、それに関する本件鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。

3 以上より、本件鑑定書の証拠能力は認められない（※9）。

[設問2]

第1 捜査①の適法性

1 強制処分該当性（※11）

(1) 捜査①は、喫茶店内において、店内に着席していた対象者から少し離れた席から、ビデオカメラを用いて対象者の容ぼう等を撮影したものである。以下、捜査①が「強制的処分」（197条1項但書）に当たるか否かについて検討する。

強制処分法定主義（197条1項但書）の趣旨は、一般的・類型的に個人の身体財産等に対する重大な侵害を伴う捜査活動については人権侵害の危険が特に大きいことから、捜査機関がそのような行為をするには法律（刑事訴訟法）の根拠を必要とし、その規定する厳格な要件及び手続によらなければならない旨を規律した上で、当該行為について原則として令状主義（憲法33条、同35条1項、刑事訴訟法199条1項本文、同218条1項等参照）の制約を及ぼす等して、もって人権保障の徹底を図る点にある。そうすると、同項但書の「強制的処分」とは、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など、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をいうものと解すべきである。

[解答例Ⅰ]（意思制圧基準）

ア 捜査①は、対象者に認識されることなく行われたものであり、現実に対象者である乙から拒絶意思は明示されていない。また、あくまで不特定多数の客が集まる喫茶店内において乙の容ぼう等を撮影したものとどまることから、対象者の黙示の拒絶意思もそれほど強固なものであるとは評価できない。したがって、捜査①は「個人の意思を制圧」するものとはいえない。

イ 捜査①は、対象者のみだりにその容ぼう等を撮影されない自由を制約し得るものであるものの、その制約は上記の態様、程度にとどまることから、「身体、住居、財産等」の重要な権利・利益を侵害するものとはいえない。

(2) 以上より、捜査①は「強制的処分」に当たらない。

[解答例Ⅱ]（重要利益侵害基準）

ア 捜査①は、店舗内における対象者の撮影であるところ、対象者において捜査機関から容ぼう等を撮影されることについての推定的承諾があったものとはいえないことから、合理的に推定される当事者の意思に反するものである。もっとも、相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分に該当するというべきである。

イ 何人も、個人の私生活上の自由（憲法13条）の一つとして、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するところ、捜査①は、対象者のかかる自由を制約し得るものである。もっとも、不特定多数の客が集まる喫茶店内は、他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所であるから、対象者の上記利益に対する要保護性は一定程度弱まるといえる。したがって、捜査①は、憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものではない。

(2) 以上より、捜査①は「強制的処分」に当たらない。

2 任意捜査の相当性（※12）

(1) 捜査①が強制処分に当たらないとしても、上記のとおり、乙のプライバシーを制約する側面があることから、捜査比例の原則（197条1項本文参照）に照らし、任意処分として許容される範囲にとどまるか否かについて検討する。

強制処分当たらない場合であっても、被処分者の法益を侵害し又は侵害するおそれがあることから、任意捜査が状況の如何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、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮したうえ、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と解すべきである。

ア 本件は、組織的な関与が疑われる覚醒剤密売の事案であり、密行性の高い犯罪類型であるところ、その犯行の拠点として情報提供のあった本件アパート201号室の賃貸借契約の名義人が乙であったこと、乙には覚醒剤取締法違反（所持）の前科があることからすれば、撮影の対象者である乙が覚醒剤密売に関与しているとの疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められる。また、現に乙が本件アパートを拠点としていることを裏付ける必要があったところ、乙の首右側に小さな蛇のタトゥーがあることが判明していたことから、捜査機関としては、本件アパートに出入りする男性の首右側に同様の形状のタトゥーが入っていることを確認し、同男性が乙であることを特定する必要があった。もっとも、上記タトゥーの形状からして、対象者の容ぼう等を写真撮影する方法では、撮影時の対象者の態勢等によっては首にある小さなタトゥーを発見、確認することができない可能性もあることから、これを確実に証拠として保存するためには、一定の時間継続して、乙の容ぼう等をビデオ撮影するという捜査方法を採用する必要があったと認められる。これらの事情からすれば、捜査①を実施すべき高度の必要性、緊急性が認められる。

イ 他方で、捜査①によって現に対象者である乙の容ぼう等を撮影したものであるところ、実際に撮影した映像は、対象者が喫茶店で椅子に座って飲食する様子のみであり、撮影時間も全体でわずか約20秒間にとどまっている。また、同映像には対象者の後方の客の様子も映っていたものの、上述のとおり、捜査①は、不特定多数の客が集まる喫茶店内という、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所における撮影であることに加え、捜査①を実施するにあたり喫茶店の店長の承諾を得ており、同店の管理権に対する侵害はない。これらの事情からすれば、捜査①による乙の上記利益の制約は、上述した捜査①を実施すべき高度の必要性、緊急性を考慮すれば、やむを得ないものと認められる。

(2) 以上より、捜査①は、本件の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れたものと認められる。

3 以上より、捜査①は適法である。

第2 捜査②の適法性

1 強制処分該当性

(1) 捜査②は、公道上での張り込みにより本件アパート201号室への人の出入りの様子を監視することが困難であったところ、本件アパートと公道を挟んで反対側に建っている2階の部屋の公道側の窓から本件アパート201号室の玄関ドア付近が見通せたことから、同窓のそばにビデオカメラを設置し、令和5年10月3日から同年12月3日までの間、毎日24時間、本件アパート201号室の玄関ドアやその付近の共用通路を撮影し続けたものであり、撮影された映像には、同室玄関ドアが開けられるたびに、玄関内側や奥の部屋へ通じる廊下（以下、「玄関内側等」という。）が映り込んでいた。以下、捜査②が「強制的処分」に当たるか否かについて検討する。

【解答例I】（意思制圧基準）（※13）

ア 上記「個人の意思を制圧」とは、法益侵害の態様が、被処分者の利益を完全に侵害し、剥奪する程度に至っている状態を意味する。したがって、現に表明された拒絶意思を制圧する場合に限らず、拒絶意思を表明する機会を与えずに執行する処分であっても、被処分者を抵抗不能の状態に置いて捜査目的を一方的に実現する性質を帯びている場合には、黙示の拒絶意思を制圧するものというべきである。

捜査②は、対象者の動向監視・把握のための継続的なビデオ撮影であるところ、公道上から観察し得る玄関ドアやその付近を撮影対象とする場合であっても、それが一定期間にわたり常時網羅的に撮影するものであれば、その性質上、玄関ドアが開けられるたびに個人のプライバシーが強く保護されるべき居室内の状況の撮影を可能にするものといえる。そうすると、対象者においてこのような捜査を受容する推定的承諾があったものとはいえず、むしろ、玄関内側等を含めた居室内での動向等を撮影されることに対して強固な拒絶意思が黙示されていたものと合理的に推認される。他方、かかる態様による撮影は、対象者に許否の有無を言わず、一方的に捜査機

関の必要とする情報を取得する点において、対象者のプライバシーないし管理権に対する侵害の程度は権利剥奪といえるほどに甚だ強度なものであり、まさしく現に被処分者が拒絶意思を明示したにもかかわらずそれが制圧された場合と同等の法的評価が与えられるべきである。したがって、捜査②は、「個人の意思を制圧」して一方的に捜査目的を実現する性質を帯びている。

イ 居室内は、玄関内側等も含めて個人の行動の自由やそれに関するプライバシーの保障が強く要請される私的領域としての性質が認められるところ、公道上から観察し得る玄関ドア及びその付近の撮影であっても、それが一定期間にわたり常時網羅的に撮影するものであれば、玄関が開けられるたびに必然的に本来であればその場所へ立ち入らない限り確認し得ない情報の取得を実質的に可能にする点で、「住居」に対する捜索から保護されるべき個人のプライバシーと同様の権利の侵害が認められる。したがって、捜査②は、「身体、住居、財産等」の重要な権利・利益を侵害するものといえる。

(2) 以上より、捜査②は「強制的処分」に当たる。

[解答例Ⅱ] (重要利益侵害基準) (※14)

ア 当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表示された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、合理的に推認される当事者の意思に反する場合も「個人の意思を制圧」する場合に該当するというべきである。

捜査②は、玄関内側等を含めた居室内の状況の撮影を含むものであり、対象者においてこのような捜査を受容する推定的承諾があったとはいえないことから、合理的に推認される当事者の意思に反するものというべきである。したがって、捜査②は、「個人の意思を制圧」するものといえる。

イ 上記「身体、住居、財産等に制約」とは、例示された被侵害利益がいずれも憲法 33 条及び 35 条の保障する重要な人権であることからすれば、法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合、すなわち、憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものであることを意味する。他方、憲法 35 条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、捜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べきである。

しかるところ、アパートの居室内は、玄関内側等も含めて個人の行動の自由やそれに関するプライバシーの保障が強く要請される私的領域としての性質が認められる。他方で、公道上から観察し得る玄関ドアやその付近を撮影対象とする撮影であっても、それが一定期間にわたり常時網羅的に撮影するものであれば、その性質上、玄関が開けられるたびに必然的に本来であればその場所へ立ち入らない限り確認し得ない情報の取得を実質的に可能にする点で、居室内部への無形的な方法による侵入に当たると評価すべきである (※15)。そうすると、かかる撮影は、対象者の「私的領域に「侵入」されることのない権利」を現に侵害するものといえる。したがって、捜査②は、憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものである。

(2) 以上より、捜査②は「強制的処分」に当たる。

2 捜査②は、捜査機関が五官の作用によって対象の存在、状態等を認識し保全する処分であるから、「検証」としての性質を有する強制処分に当たると解されるところ、検証許可状の発付を受けることなくこれを実施していることから、令状主義 (憲法 35 条、218 条 1 項) に違反する (※16)。

3 以上より、捜査②は違法である (※17)。

以上

[論点解説]

[設問1]

1 職務質問と所持品検査

先行手続の適法性として本問で特に問題となるのは、後記所持品検査の点であるが、後述のとおり、所持品検査の法的性質を職務質問の付随行為と解した上で、その根拠規定を警職法2条1項に求める場合、そもそも職務質問が同項の要件を具備していることが所持品検査の適法性の前提となることから、職務質問及びそれに伴う停止措置の適法性についても前提として言及しておくべきであろう。

なお、職務質問（警職法2条1項）の主たる性質は行政警察活動であるが、それが捜査の端緒となって特定の犯罪の嫌疑が明確となり、そのまま捜査に発展移行することは実際には頻繁にあり得るところ、その場合、行政警察活動が捜査へ移行した時点を明確に定めることは困難であり、二つの警察作用は密接不可分の関係にある。また、「何らかの犯罪」という文言は、特定の犯罪の嫌疑がある場合を排除する趣旨ではなく、初めから特定の犯罪の嫌疑が生じている者を対象に職務質問を行う場合もあり得るところ、そのような職務質問の性質は、捜査（司法警察活動）そのものといえる。本問でも、覚醒剤密売についての情報を得た捜査機関が内偵捜査を進める過程で目撃した捜査対象者に対して警察官が職務質問等を行っている。このように見てみると、捜査についての適法性判断枠組みが職務質問等の場合と異なることの方がむしろ不自然、不合理であり、捜査について示された判例の判断枠組みは、職務質問等についても同様に妥当すると解される。

2 所持品検査の適法性

所持品検査については、そもそもこれを直接許容する明文の根拠規定が存在しないことから、その許容性（法的根拠）が問題となる。参考判例1（米子銀行強盗事件）は、「所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合がある」と判示し、所持品検査の根拠条文として警職法2条1項を挙げている。すなわち、判例は、警察官が対象者に対して不審事由の解明のために質問することを警職法2条1項が認めている以上、その目的を達成し又はその実効性を確保するために必要不可欠とされる合理的で最小限度の措置は、「職務質問の付随行為」として、当然に同項によって併せ許容されている、と解釈している。その上で、所持品検査の許容範囲（適法要件）について、同判例は、第1基準（強制処分該当性）として、「捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある」と判示し、更に、第2基準（任意処分の相当性）として「所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容される」と判示しているところ、捜査に関する判例の判断枠組み（参考判例11参照）と実質的に同一の基準を提示したものと解される。

なお、強制処分該当性（第1基準）について、参考判例1の提示する①「捜索に至るか否か」と②「強制にわたるか否か」という基準は別個独立の判断であると解されており、この判示は、所持品検査が強制処分に該当する場合には2つの類型があることを示すものと考えられる。すなわち、①に該当するのは、検査行為それ自体の態様（プライバシー侵害の程度）が典型的に「捜索」に至っている場合であり、②に該当するのは、検査行為それ自体の態様は捜索に至らないが、その際に、強度の有形力を行使して対象者の抵抗を物理的に排除するような場合である、と理解することができる。参考判例2は、警察官4名が覚せい剤所持の嫌疑を抱いた対象者の自動車の内部を「懐中電灯を用い、座席の背もたれを前に倒し、シートを前後に動かすなどして…丹念に調べた」行為について、「職務質問に付随して行う所持品検査として許容される限度を超えたもの」と認定しているところ、このような行為はその態様が典型的に「捜索」に至っていると評価すべきものであり、①に該当する場合といえる（なお、同判例の原審は、「その態様、実質等においてまさに捜索に等しい」と明言している。）。これに対して、参考判例3は、所持品検査それ自体の態様については、「床に落ちていたのを拾ってテーブル上に置いておいた財布について、二つ折りの部分を開いた上ファスナーの開いていた小銭入れの部分からビニール袋入りの白色結晶を発見して抜き出したという限度にとどまる」と述べて「適法に行い得るものであった」としているところ、たしかに、このような行為の態様にとどまるのであれば①には該当しない。しかし、その一方で、上記検査の過程で「警察官らが約30分間にわたり全裸の被告人をソファーに座ら

せて押さえ続け、その間衣服を着用させる措置も採らなかつた行為」は、「職務質問に付随するものとして、許容限度を超えて」と認定しているところ、仮に所持品検査を実施する過程で対象者の意思を制圧してその抵抗を排除したのであれば、②に該当する場合として所持品検査そのものが違法と判断されることになる（同判例も「そのような状況の下で実施された上記所持品検査の適否にも影響する」と述べている。）。

3 所持品検査と捜索の識別

判例は、どのような場合が「捜索に至る」のかについて明確な基準を示していない。参考判例4は「内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した」という行為について、「一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するもの」と判示した上で、**比例原則（第2基準）**を適用した結果、「相当な行為とは認めがたい」と判断している。しかしながら、上記のような類型の行為は、類型的に「捜索に至る」行為そのものと判断すべきであったという批判もある。いずれの判断であっても結論として違法になるのであれば両者の識別にこだわる実益は乏しいとの指摘もあるが、証拠法領域において、第2基準で**比例原則違反**と評価される（にとどまる）場合とそもそも第1基準で**令状主義違反**と（まで）評価される場合では、所持品検査の結果発見、収集された証拠物の証拠能力について、**違法収集証拠排除法則の適用（違法の重大性の判断）**において異なる結論を導く可能性があり得ることから、捜査法領域におけるこの識別はなお重要な問題である。一般論としては、所持品に対するプライバシー侵害の程度によって区別される、ということになるところ、一応の視点として、「証拠品の発見を目的とする“探索”は捜索、所持品の単なる“確認”は所持品検査」（“探す・調べる”までやるか、“見る・触れる”にとどまるか）というメルクマールがある。もっとも、多分に感覚的な基準であることは否めず、判断の微妙さは解消できないとの指摘もある。

4 違法収集証拠排除の基準

参考判例4は、(1)「証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑法二八条一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」があること（**違法の重大性**）、(2)「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と認められる場合」であること（**排除の相当性**）の2つを証拠排除の基準として提示している。この2つの基準について、(1)「違法の重大性」は**司法の廉潔性・無瑕性保持の要請**に基づくものであり、(2)「排除の相当性」は**違法捜査の抑制の要請**に基づくものであると考えられ、両基準はそれぞれ別々の独立した根拠に基づくものと理解される。もっとも、同判例の判示からすると、両基準は並列的な要件ではなく、重疊的な要件であると解されている。すなわち、政策的判断として証拠排除されるのは、司法の廉潔性・無瑕性保持の観点からも、違法捜査抑制の観点からも、いずれの意味でも排除すべきと認められるような場合に限定される、というのが判例の基本的な考え方であると指摘できる（もっとも、両基準の具体的な適用としては、「違法の重大性」が認められれば、通常は「排除の相当性」も認められると考えられており、両基準の関係をどのように解するかによって証拠排除の結論を異にするという場面は現実には想定し難い。）。

5 違法の重大性

違法性の程度を判断する際の考慮要素として、①**手続違反の程度**、②**手続違反の状況**、③**手続違反の認識**が挙げられる。

第1に、①**手続違反の程度**について、一般論としては、**第1基準（強制処分該当性）**において強制処分と判定されて**強制処分法定主義違反**又は**令状主義違反**として違法と判断される場合の方が、**第2基準（任意捜査の相当性）**において**比例原則違反**として違法と判断される場合よりも違法性の程度は大きいといえる。参考判例5の原審においては、「令状を得ることなく、被告人の承諾なく、職務質問に付随する所持品検査として許容される限度を超えた捜索を行った」と認定されており、所持品検査が強制処分である「捜索」に至っていたことを前提として、同判例は「本件における無令状捜索の違法の程度は重大であって、将来の違法捜査の抑制の見地からしても、本件覚せい剤等の証拠能力は否定される」と判示している。もっとも、判例（とりわけ最高裁判例）においては、“強制処分の範疇をできるだけ狭く限定的に解する”という傾向がある。参考判例4も、まずは捜査法領域において、所持品検査の適法性について、プライバシー侵害の程度で「捜索に類するもの」と認定した上で「相当な行為とは認めがたい」と判断しており、この事案で認定された手続違反は令状主義違反ではなく、比例原則違反にとどまる。その上で、証拠法領域では、「所持品検査として許容される限度をわざわざ超えて行われたに過ぎない」と述べて「証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえない」と判示し、押

収品（覚せい剤）の証拠能力を肯定している。このように、判例においては、捜査法領域における“違法と判定する場合はできるだけ令状主義違反ではなく比例原則違反にとどめる”という傾向が、証拠法領域において違法収集証拠の証拠能力を救済する結論を導くためのいわば重要な“仕掛け”となっているように思われる。

第2に、②**手続違反の状況**については、当該手続を実施する**必要性・緊急性**等の客観的事情が考慮される。違法の重大性を肯定した**参考判例5**は「本件バッグについて所持品検査をする緊急性までは認められない状況で、被告人が占有を継続していることが明らかな本件バッグを、被告人の承諾なく開披して、その内容物を取り出し、写真撮影するというプライバシー侵害の程度が大きい態様で行った」と認定し、他方、違法の重大性を否定した**参考判例6**は「職務質問の要件が存在し、かつ、**所持品検査の必要性と緊急性が認められる状況のもとで、…行われたに過ぎない**」と言及しています。ここで、注意すべきは、第1基準による強制処分該当性の判断の際には、必要性・緊急性という個別具体的事情は考慮されない（してはならない）という点である。すなわち、第1基準で強制処分に該当すると判定する場合、捜査法領域における「違法性の有無」の判断（設問2参照）と、証拠法領域における「違法性の程度」の判断では考慮すべき事情を区別する必要がある。

第3に、③**手続違反の認識**として、捜査機関に**令状主義潜脱の意図**があったか否かという主観的事情が考慮される。最高裁として初めて違法収集証拠の証拠能力を否定する判断をした**参考判例7**は、客観的事情である「逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない…という手続的な違法に加えて、「警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、…逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしている」という捜査機関の意図及び態度を認定した上で、「本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない」と判断した。同様に、**参考判例8**も、警察官作成の現行犯人逮捕手続書や捜索差押調書に「被告人が拒絶したものの所持品検査を実施したことは記載されておらず、むしろ被告人の明示の承諾を受けて所持品検査を実施した旨記載されていること」、「警察官が、原審公判廷において、本件財布、本件ポーチ及び本件缶の開披いづれについても、被告人の明示の承諾があった旨証言していること」を挙げ、これらの行為が捜査機関において「所持品検査における…警察官の言動に問題があり違法であることを十分認識していたことの証左」ということができると指摘している。このように、捜査機関に違法行為を行う意図がある場合には違法の重大性が一層高まると評価され得る。他方、違法の重大性が否定された各判例においても、「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく」（**参考判例4**）、「令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえない」（**参考判例6**）、等と言及されていることから、捜査機関の意図という主観的事情は違法の重大性を否定する際にも考慮されている。これらの判例の判断は、言うならば、“故意犯は排除し、過失犯は救済する”というものであるところ、このような判断に対しては、捜査機関の意図（違法行為の認識）は、手続違反の違法性を高める方向でのみ考慮されるべき事情であり、そのような意図がない場合に違法性の程度が低いと評価する方向で考慮すべきではない、との指摘もある。

6 先行手続の違法と派生証拠の証拠能力

平成27年出題趣旨において「派生証拠の証拠能力をどのような判断枠組みで考えるかが問題になる。この点については、**最判昭和53年9月7日（刑集32巻6号1672頁）**が一般論として採用する**違法収集証拠排除法則**を前提に、最高裁及び下級審による多数の裁判例が蓄積されているところ（代表的な判例としては、**最判昭和61年4月25日刑集40巻3号215頁**、**最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁**等が存在する。）、本設問の解答に当たっても、それらを踏まえつつ、本問の具体的事例に即した検討・論述がなされることが望ましい。派生証拠の証拠能力の判断枠組みとしては、大別すると、先行手続の違法の後行手続への承継という枠組みのもと、先行手続と後行手続との間に一定の関係（前記昭和61年最判によれば、同一目的、直接利用関係）が認められる場合には、先行手続の違法の有無、程度も考慮して後行手続の適法・違法を判断するという考え方と、そのような違法の承継というステップを踏むことなく、先行手続の違法の内容・程度と、先行手続と証拠（証拠収集手続）との関連性の程度とを総合して判断するという考え方が見られる。前記昭和61年最判は、前者の考え方によるものといえるのに対し、前記平成15年最判については、後者の考え方に親和的であるとの見方もある。」と説明されている。本問においても、以下に示す複数の理論構成が想定されるであろう。

7 違法性の承継

第1の理論構成は、「手続と手続の関係」を問題とするアプローチである。このアプローチは、ある証拠物が違法収集証拠であるとするには、あくまで当該証拠物の直接の収集手続に違法が認められる必要があるとの理解を前提とする。その上で、当該証拠物の直接の収集手続である後行手続が先行手続の違法性を承継するか否かを判断し、先行手続に引き続いて行われた後行手続も違法性を帯びる場合（**違法性帶有論**）、後行手続によって収集された証拠物も違法収集証拠と評価する、というアプローチで検討する。**参考判例9**は、証拠物（尿）の直接の収集手続である「採尿手続自体は、何らの強制も加えられないことなく、被告人の自由な意思での応諾に基づき行われている」ことから適法であるという事案であった。そこで、それに先行する任意同行等の一連の手続について、「一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされている」という事情を指摘して、「採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である」と判示した。そして、一連の先行手続が違法であると認定した上で、「これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びる」と判断している。このように先行手続と後行手続の関係を検討し、「**同一目的・直接利用**」関係があるような場合には後行手続は先行手続の違法性を「帯びる」（帶有する）と評価する判断枠組みによれば、最終的には後行手続も違法と認定されるため、その結果収集された証拠物はそれ自体がまさしく違法収集証拠そのものであると評価されることになる。これが上記平成27年出題趣旨の示す前者の考え方である。

8 派生証拠（毒樹の果実）

第2の理論構成は、「証拠と証拠の関係」を問題とするアプローチである。すなわち、違法な手続によって収集された証拠（第一次証拠）に基づいて発見された派生証拠についても、同様に排除法則の趣旨を及ぼし、その証拠能力を否定する（いわゆる「**毒樹の果実**」論）。このような派生証拠について、その直接の収集手続に違法がないとの理由で一律に証拠能力を肯定するとすれば排除法則は骨抜きとなる。特に違法捜査抑止の観点からすれば、派生証拠にも排除の効力を及ぼさなければ、抑止の効果が十分に達成されない。したがって、派生証拠も一定の場合には排除することが排除法則の帰結であると解される。他方で、派生証拠が違法収集証拠に由来するという理由で一律に証拠能力を否定してしまうと、捜査活動が一連の手続の積み重ねであることに照らしても、結論の妥当性を欠くことになる。そこで、第一次証拠と派生証拠との間の**関連性**をメルクマールとして排除効を及ぼすべきか否かを判断し、この関連性の判断に際しては、①派生証拠の発見・獲得が、違法手続と無関係な独立の適法手続の成果であったといえるか否か／違法手続がなくとも他の適法手続によって確実かつ必然的であった（はずだ）といえるか否か（**独立入手源の法理／不可避的発見の法理**）、②派生証拠の発見・獲得に至る過程に一定の事情が介在したため両証拠の繋がりが希薄になっていたといえるか否か（**希釈の法理**）等が考慮される。**参考判例10**における**伊藤裁判官補足意見**は、「いわゆる「**毒樹の実**」として、いかなる限度で第一次的証拠と同様に排除されるかについては、…第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第二次的証拠の重要さの程度、第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべき」と述べており、基本的に上記の判断枠組みを採用したものと解される。また、**参考判例7**は、先行手続である逮捕に重大な違法が認められることを前提として、違法収集証拠として証拠能力が否定された第一次証拠（尿及び尿鑑定書）を疎明資料として発付された捜索差押許可状に基づく捜索により発見、押収された派生証拠（覚せい剤）について、「証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠」であると述べた上で、結論として「関連性は密接なものではない」として証拠能力を肯定しており、違法収集証拠と派生証拠の「**密接関連性**」を判断するという枠組みを採用している。同判例は、密接関連性を否定した理由として、派生証拠の収集過程（捜索・差押え）について、「司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること」及び「逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであること」という事情を挙げており、「**希釈の法理**」や「**不可避的発見の法理**」の観点から密接関連性の検討がなされたものといえる（なお、同判例は、上記の「密接関連性」が否定されるという点に加えて、「その他、これらの**証拠の重要性**等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない」という旨を判示しており、「**証拠の重要性**」が違法収集証拠の証拠能力判断の考慮要素となることを示している。）。

9 違法手続の因果性

なお、第3の理論構成として、「手続と証拠の関係」を問題とするアプローチもある。このアプローチは、最終的に獲得された証拠の証拠能力の判断に際して、(1)その直接の収集手続の違法性（違法性の承継）を認定することが理論上不可欠の前提となるわけではなく、また、(2)違法に収集された第一次証拠の証拠能力を問題とした上でその「派生証拠」として捉えることが必然的というわけでもない、との理解を前提とした上で、端的に、違法手続と因果性を有する証拠についてどのような範囲で証拠能力が否定されるのかを検討すれば足りる、と考えるアプローチである。**参考判例7**は、採尿手続（任意提出）に先行して行われた逮捕手続に重大な違法があると認定した上で、尿及び尿鑑定書について「重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠である」と述べて、これらの証拠の証拠能力を否定した。ここでいう「密接関連性」は、違法な「手続」（逮捕）と「証拠」（尿及び尿鑑定書）との関係を問題としており、違法手続の因果性を意味するものである。たしかに、この事案では、(1)逮捕は別の被疑事実（窃盗）の捜査活動として行われた手続であり、先行手続である逮捕と後行手続である採尿（任意提出）との間に「同一目的・直接利用」関係を認定することは困難であった。また、(2)先行手続である逮捕それ自体は証拠収集手続ではなく、違法な先行手続によって収集された証拠（第一次証拠）が存在しないことから、尿及び尿鑑定書を「派生証拠」と捉えることも適切ではなかった。このような事案は、端的に「手続と証拠の関係」を問題とするアプローチに馴染むものであったといえる。上記平成27年出題趣旨の示す後者の考え方は、「関連性」を問題とするものであるが、「先行手続と証拠（証拠収集手続）との関連性」という表現が用いられていることから、「証拠と証拠との関連性」を問題とする本来的な「毒樹の果実」論ではなく、違法手続の因果性アプローチに近い判断枠組みを念頭に置いたものである。もっとも、証拠排除を認めた**参考判例7**においては、逮捕と尿及び尿鑑定書との間の「密接関連性」を肯定する理由として、「本件採尿は、本件逮捕の当日にされたもの」であるという事情しか挙げられていないことから、判例の採用する“手続と証拠との密接関連性”（違法手続の因果性）の判断基準は、なおその内容が不明瞭であると指摘されている。

10 希釈要因の検討

ところで、平成27年採点実感において「関連性の密接度の検討に当たっては、特に、希釈要因となり得る事情の検討が重要である。この点では、…前記最判平成15年の判示を踏まえれば、二度の令状審査・発付…が介在している点が問題となる。」と指摘されている。本問においても、捜査報告書①及び②等を疎明資料とした令状審査・発付という介在事情をどのように評価するかが問題となるところ、違法な所持品検査に関連する疎明資料は捜査報告書②である。ここで、仮に捜査報告書①と②を別個独立の疎明資料と捉えるのであれば、違法収集証拠以外の（適法な）疎明資料である捜査報告書①に基づく令状審査・発付の介在により派生証拠との密接関連性が相当程度希釈されたものと評価する余地が生じる。しかしながら、捜査報告書①と②は職務質問及び所持品検査という連続した一連の先行手続に関する報告書であるから、内容的に不可分一体と見るべきであり、それぞれ別個の疎明資料として扱うのは適切ではないというべきであろう（これを別個に扱うことが許容されるとすれば、例えば、違法手続を含む先行手続に関する記載内容を1通の捜査報告書にまとめて作成した場合と違法な手続に関連する内容だけ切り離して別の報告書に記載して作成した場合とで希釈の有無の結論が異なり得ることになり、希釈法理が脱法的に運用されるおそれがあるため妥当ではないと思われる。）。

[設問2]

11 強制処分の意義

強制処分の意義（第1基準）について、平成30年出題趣旨は「最高裁判所は、「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、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など、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を意味する」と判示しており（…以下「昭和51年決定」という。）、同決定に留意しつつ、強制処分に対する規律の趣旨・根拠を踏まえながら、強制処分と任意処分とを区別する基準を提示することが求められる。」と述べている（なお、平成28年及び平成27年出題趣旨にも同様の指摘がある。）。したがって、少なくとも論述において「昭和51年決定」（参考判例11）の趣旨を全く無視した解釈論を展開することはできない。その上で、強制処分と任意処分の区別基準に関し、平成30年採点実感は「強制処分と任意処分を区別する基準に関し、多くの答案が、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加える」かどうかという昭和51年決定が示した基準や、「相手方の意思に反して、重要な権

利・利益を実質的に制約する処分」かどうかという現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していた」と述べる一方、「判例が示した基準による場合、「個人の意思を制圧」するということにはどのような意味合いがあるのか、「身体、住居、財産等」の制約に着目するのはなぜか、あるいは、現在の有力な学説の示す基準による場合、なぜ「重要な」権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか、そこでいう「重要な権利・利益」と、「身体、住居、財産等」という判例の文言とはどのような関係にあるのかなど、それぞれの文言が用いられている趣旨について十分な理由付けに欠ける答案も少なくなかった。そして、以上に述べたことは、平成29年大法廷判決の示した「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」か否か、という基準を用いる場合にも基本的に妥当する。」と指摘している。さらに、本間のような対象者に認識されない状況下で行う類型の処分（盗聴・盗撮）について、「基準への当てはめに関し、判例のいう「個人の意思の制圧」の側面については、…現実に甲の反対意思が制圧された事実がないことのみを指摘して、個人の意思の制圧を否定し、そのことから直ちに、強制処分には該当しないと結論付けるなど、判例の理解を誤っているのではないかと疑われる答案が散見された。」、「強制処分に該当すると結論付ける答案…の中には、「個人の意思の制圧」の側面について、これに全く言及しないまま強制処分との結論を導いているものや、特に理由を示すことなく「意思の制圧」があるとするものも散見された。」、「また、判例のいう「身体、住居、財産等への制約」又は有力説のいう「重要な権利・利益の実質的制約」の側面については、…捜査によって制約を受ける権利・利益の内容について一切触れない答案や、抽象的に「プライバシー」とのみ述べ、甲のいかなる「プライバシー」の制約が問題となるのかについて具体的に指摘できていない答案も見られた。」と指摘されていた。以上のような出題趣旨等の説明からすると、「昭和51年決定が示した基準（意思制圧基準）」又は「現在の有力な学説の示す基準（重要利益侵害基準）」のいずれを採用する場合であっても、結局のところ、参考判例11の判示する①「意思の制圧」の側面と②「身体、住居、財産等の制約」の側面について、どちらか一方の側面のみを論じれば足りるというのではなく、両側面ともに検討する必要がある。

「昭和51年決定が示した基準（意思制圧基準）」を用いる場合、まず、①「制圧」の側面において、「侵害の態様・程度」を分析して「意思の制圧」を認定する。次に、②「制約」の側面において、「身体、住居、財産等の制約」として具体的にどのような利益が制約されているのかを分析する。なお、「意思の制圧」が肯定される場合、そもそもそのような捜査手段は被処分者の自由な意思決定（自己決定権）を剥奪するものである以上、憲法13条の保障する基本的人権を侵害するものといえる。したがって、意思が制圧されたにもかかわらず「重要な法的利益の侵害」が発生しないという事態は生じ得ないのであり、理論的には①の側面の検討のみで強制処分該当性の結論は導かれる。もっとも、②の側面について、少なくとも、いかなる権利・利益の制約が問題となるのか（被制約利益の内容及びその重要性）を具体的に指摘しておく必要がある。

「現在の有力な学説の示す基準（重要利益侵害基準）」を用いる場合、まず、①「制圧」の側面において、「意思の制圧」を「意思に反する」と読み替えた上でそれを指摘する。次に、②「制約」の側面において、「侵害対象の重要性・侵害結果の重大性」を分析して「憲法の保障する重要な法的利益の侵害」を認定する。もっとも、およそ処分の適法性が問題となっている場面において、①の側面で「意思に反する」ことが否定される（被処分者の推定的承諾が認められる）ような事案は想定し難いことから、強制処分該当性の結論は、実質的には②の側面における「憲法の保障する重要な法的利益の侵害」か否かの検討のみで判断されることになる。

12 任意捜査の限界

任意捜査の相当性（第2基準）について、平成30年出題趣旨は「任意処分の許容性の判断に当たっては、いわゆる「比例原則」から、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る法益侵害の内容・程度と、特定の捜査目的を達成するため当該捜査手段を用いる必要性とを比較衡量することになる。この点、昭和51年決定も、「…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。」と判示しており、同決定に留意しつつ、任意処分の適否の判断方法を提示することが求められる。」と説明している（なお、平成28年及び平成27年出題趣旨にも同様の指摘がある。）。その上で、比例原則を適用する際に考慮すべき事情として、「当該捜査手段を用いる必要性を検討するに当たっては、対象となる犯罪の性質・重大性、捜査対象者に対する嫌疑の程度、当該手段によって達成される捜査目的等に関わる具体的事情を適切に抽出し、評価する必要がある。」と指摘している。

13 意思制圧基準—「意思の制圧」の認定—

意思制圧基準における「意思の制圧」とは、現に明示された意思を制圧している事実状態のみを指すものではなく、その処分¹の性質が、相手方の明示又は黙示の強固な拒絶意思をおよそ無視して捜査目的を専断的、一方的に実現する性質を帯びていることを意味する、と解される（現に明示された拒絶意思の制圧のみを問題とする基準であると解すると、相手方が抵抗意思を失っている場合や気絶している場合には、あらゆる処分が強制処分ではなくなるという不当な結論となる。）。その上で、当該処分が本質的に上記のような性質を帯びている場合には、法益侵害の態様・程度が“権利剥奪”に至っているものとして強制処分と判断されることになる。具体的には、当該法益侵害に対して相手方の推定的承諾がない限り、「黙示の拒絶意思」を観念し得るところ、被侵害利益が重要なものであるほど、その黙示された拒絶意思は強固であると評価される。例えば、公道上や店舗内における撮影の場合（参考判例 12・13 参照）と居室内の盗撮・盗聴（平成 27 年・平成 30 年試験問題参照）の場合とでは、後者の方がプライバシーの要保護性（被侵害利益の重要性）が高く、黙示された拒絶意思もより強固なものであると合理的に推認されるところ、そのような相手方の意思が処分の可否を決する可能性を全面的に否定された状態に置かれた（有無を言わず捜査目的を専断的、一方的に実現した）のであれば、それは、まさしく拒絶意思を明示したにもかかわらず、それが制圧された場合と法的に同等の評価が与えられるべきであると解することになる。

14 重要利益侵害基準—「重要な法的利益」の認定—

近時、GPS 捜査について強制処分該当性を肯定した参考判例 14 は、参考判例 11 を引用した上で「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²に当たる」と判示しているところ、同判例は、文言上は「個人の意思を制圧」という表現を用いているものの、前後の文脈からすれば、これは「合理的に推認される個人の意思に反して」を言い換えているに過ぎず、意思制圧基準のように「意思の制圧」の意味内容に実質的に踏み込んで検討、判断しているわけではない（このような言い換えをするのは、むしろ重要利益侵害基準からの説明である。）。同判例において、強制処分該当性の結論を決定付けたのは、憲法 35 条の保障に「私的領域に「侵入」されることのない権利」が含まれるという憲法解釈を前提として、GPS 捜査が「私的領域に侵入する捜査手法」であることから、「憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」（すなわち、憲法 35 条 1 項の規定する「住居」への「侵入」と同等の法益侵害結果を惹起する）と判断した部分であり、これはまさしく“侵害対象の重要性・侵害結果の重大性”に着目する重要利益侵害基準からの論証であったといえる。

15 撮影の継続時間の考慮の適否

なお、強制処分該当性（第 1 基準）について、本問のように捜査機関による撮影という「処分類型」が強制処分の性質を帯びているか否かを判断する場面において、行為の継続時間（の長短）という事情（量的要素）を「侵害の程度」を示す事情として考慮することが適切か否かについては議論がある。平成 27 年出題趣旨は「通常の人³の聴覚では室外から聞き取ることのできない乙方居室内の音声を、本件機器を用いて増幅することにより隣室から聞き取り可能とした上で、これを約 10 時間にわたり聴取・録音する」というものであり、…乙の「住居」に対する捜索から保護されるべき個人のプライバシーと基本的に同様の権利の侵害が認められ、その侵害の程度も重いと評価できる。…強制処分か任意処分かの区別を検討するに当たっては、この点に関する具体的事実を考慮しつつ、丁寧な検討と説得的な論述をなすことが求められる。」と述べており、強制処分該当性の判断において量的要素を「侵害の程度」を示す事情として考慮することが想定されているようにも読める。しかしながら、撮影・録音という「処分類型」が強制処分性を有するか、という形で典型的な強制処分該当性を判断する場面において、例えば、居室内（私的領域内）の撮影が強制処分の“性質”を有すると判断される場合、そのような処分の典型的な性質は、本来、具体的な撮影の継続時間や撮影回数という量的要素によって左右されるものではない（結果として撮影した写真の枚数が 1 枚であったか 100 枚であったかによって、1 回（1 枚）の撮影行為の典型的な“性質”が変わることはない。）。ここでは、撮影対象が「私的領域」であったか否かが当該処分の典型的な性質を判断する上で重要なものであり、撮影時間や撮影回数はこの判断とは関係がないといえる。このように考える場合、「処分類型」としての強制処分該当性を判断する際に、具体的な行為の継続時間や行為回数といった量的要素を「侵害の程度」として考慮することは必ずしも適切ではないと思われる。本問においても、強制処分該当性の判断において「2 か月間、毎日 24 時間、撮

影し続けた」という事情を指摘するのであれば，“長期にわたり撮影が行われたのであるから侵害の程度が大きい”というように「**侵害の程度**」を示す量的要素として指摘するのではなく、あくまでそのような“一定期間常時撮影する”という類型の処分が「**個人の行動を継続的、網羅的に把握すること**」による「**公権力による私的領域への侵入を伴う**」（参考判例 14 参照）ことになる、という「**処分の性質**」を示す事情として指摘するのが適切であろう（なお、これに対して、**任意捜査の相当性（第 2 基準）**の判断においては、このような量的要素がまさしく「**侵害の程度**」（不利益の内容・程度）を検討する際に考慮すべき事情となる。）。

16 強制処分の適法性

強制処分該当性と**強制処分の適法性**は理論上別個の問題であり、後者についてはいかなる理由で違法と評価されるのかを法的根拠と共に示す必要があるところ、強制処分の適法性（違法性）を判断する基準は、①**強制処分法定主義違反**、②**令状主義違反**の 2 つである。論述する際、「強制処分だから違法である」と述べるのみでは不十分であり、あくまで「強制処分だから…（強制処分法定主義違反又は令状主義違反）となるので違法である」と違法事由を的確に指摘する必要がある。

なお、強制処分該当性及び強制処分の適法性の判断においては、その判断に際して個別具体的な事案における当該処分の**必要性・緊急性**は考慮されない（してはならない）、という点に注意を要する。前者の判断はあくまで処分の「**性質**」の判断であるから、ある強制処分が高度の必要性・緊急性が認められる状況下では例外的に任意処分として扱われる、などということはありません（処分の「**性質**」に“原則と例外”は存在しない）。また、後者の判断では上記のとおり**強制処分法定主義**と**令状主義**への適合性のみが問題となるのであり、これらに違反する以上直ちに違法と判定され、ここでも、具体的な事案における当該処分を実施すべき必要性・緊急性という事情により適法性を判定する（処分を正当化する）余地はない（たとえどれほど高度の必要性・緊急性が認められるような事情があったとしても、特別の根拠規定がなければ、あるいは原則として令状がなければ、相手の身体を拘束したり、所持品を押収したりすることはできない）。このように、いずれの判断においても当該処分の必要性・緊急性という事情は無関係である。もっとも、具体的な事案における必要性・緊急性という事情は、当該処分の結果得られた証拠の証拠能力を問題とする場面において、**違法収集証拠排除法則**を適用して“**違法性の程度**”（**違法の重大性**）を判断する上では考慮すべき事情となり得る（設問 1 参照）。

17 動向把握のための常時ビデオ撮影

なお、参考判例 15 は、本問と同様の継続的なビデオ撮影による対象者の動向を把握する捜査について、強制処分ではなく任意処分として位置付けた上で、処分の**必要性・相当性**を検討している。本問の捜査②についても、あくまで公道上から観察し得る範囲（公的空間）の撮影にとどまると評価した上で、強制処分該当性を否定するのであれば（参考判例 12 参照）、次いで、任意処分として**比例原則**を適用することになる。その場合には、処分の**必要性・緊急性**を基礎付ける具体的な事情として「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、本件アパート 201 号室への人の出入りの様子を監視する必要」があったところ、「同室の玄関ドアは幅員約 5 メートルの公道側に向かって設置されていた上、同ドア横には公道上を見渡せる位置に腰高窓が設置されていたことから、同室に出入りする人物に気付かれることなく、同室の玄関ドアが見える公道上で張り込んで同室の様子を間断なく監視することは困難であった」という事情を指摘し、他方で、「2 か月間、毎日 24 時間、撮影し続けた」という事情について、まさしく「**侵害の程度**」（**不利益の内容・程度**）を示す事情として考慮した上で、任意処分としての相当性を検討することになろう。なお、参考判例 15 は「個人宅の出入りが約 7 か月半…という長期間にわたり、ほとんど常時撮影されていたものであって、撮影によって取得された情報が集積されるにつれて、生活状況等を把握される度合いも当然に高くなっていったものといえ、この期間の長さにも照らしても、本件撮影によるプライバシー侵害の度合いは他の事案と比べて高かった」と指摘し、結論として、「本件撮影が典型的に強制処分に当たるとまではいえないものの、…その撮影の必要性が相当程度低下していたことは明らかで、それにもかかわらず長期間にわたって撮影を継続し…プライバシー侵害の程度が高いものであったと評価できることを考慮すれば、本件放火事件当時の撮影は、任意捜査として相当と認められる範囲を逸脱した違法なものであった」と認定している（ただし、同判例の事案における撮影についてはむしろ強制処分とされるべきであったとの批判もある）。

<参考判例>

1【最判昭 53.6.20（所持品検査①）】（米子銀行強盗事件）

「警職法は、その二条一項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について捜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、捜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、所論の X 巡査長の行為は、猟銃及び登山用ナイフを使用しての銀行強盗という重大な犯罪が発生し犯人の検挙が緊急の警察責務とされていた状況の下において、深夜に検問の現場を通りかかった A 及び被告人の両名が、右犯人としての濃厚な容疑が存在し、かつ、兇器を所持している疑いもあつたのに、警察官の職務質問に対し黙秘したうえ再三にわたる所持品の開披要求を拒否するなどの不審な挙動をとり続けたため、右両名の容疑を確める緊急の必要上されたものであつて、所持品検査の緊急性、必要性が強かつた反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバツグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法二条一項の職務質問に附随する行為として許容されるとした原判決の判断は正当である。」

2【最決平 7.5.30（所持品検査②）】

「一 原判決の認定によれば、本件捜査の経過は、次のとおりである。…（中略）…

2 X 巡査が、本件自動車を運転していた被告人に対し職務質問を開始したところ、被告人が免許証を携帯していないことが分かり、さらに、照会の結果被告人に覚せい剤の前歴五件を含む九件の前歴のあることが判明した。そして、X 巡査は、被告人のしゃべり方が普通と異なっていたことや、停止を求められながら逃走したことなども考え合わせて、覚せい剤所持の嫌疑を抱き、被告人に対し約二〇分間にわたり所持品や本件自動車内を調べたいなどと説得したものの、被告人がこれに応じようとしなかったため、A 警察署に連絡を取り、覚せい剤事犯捜査の係官の応援を求めた。

3 五分ないし一〇分後、部下とともに駆けつけた A 警察署 Y 巡査部長は、X 巡査からそれまでの状況を聞き、皮膚が荒れ、目が充血するなどしている被告人の様子も見て、覚せい剤使用の状態にあるのではないかとの疑いを持ち、被告人を捜査用の自動車に乗車させ、同車内で X 巡査が行ったのと同様の説得を続けた。そうするうち、窓から本件自動車内をのぞくなどしていた警察官から、車内に白い粉状の物があるという報告があつたため、Y 巡査部長が、被告人に対し、検査したいので立ち会ってほしいと求めたところ、被告人は「あれは砂糖ですよ。見てくださいよ。」などと答えたので、同巡査部長が、被告人を本件自動車のそばに立たせた上、自ら車内に乗り込み、床の上に散らばっている白い結晶状の物について予試験を実施したが、覚せい剤は検出されなかった。

4 その直後、Y 巡査部長は、被告人に対し、「車を取りあえず調べるぞ。これじゃあ、どうしても納得がいかない。」などと告げ、他の警察官に対しては、「相手は承諾しているから、車の中をもう一回よく見る。」などと指示した。そこで、X 巡査ら警察官四名が、懐中電灯等を用い、座席の背もたれを前に倒し、シートを前後に動かすなどして、本件自動車の内部を丹念に調べたところ、運転席下の床の上に白い結晶

状の粉末の入ったビニール袋一袋が発見された。なお、被告人は、X 巡査らが車内を調べる間、その様子を眺めていたが、異議を述べたり口出しをしたりすることはなかった。…（中略）…

二 以上の経過に照らして検討すると、警察官が本件自動車内を調べた行為は、被告人の承諾がない限り、職務質問に付随して行う所持品検査として許容される限度を超えたものというべきところ、右行為に対し被告人の任意の承諾はなかったとする原判断に誤りがあるとは認められないから、右行為が違法であることは否定し難いが、警察官は、停止の求めを無視して自動車で逃走するなどの不審な挙動を示した被告人について、覚せい剤の所持又は使用の嫌疑があり、その所持品を検査する必要性、緊急性が認められる状況の下で、覚せい剤の存在する可能性の高い本件自動車内を調べたものであり、また、被告人は、これに対し明示的に異議を唱えるなどの言動を示していないのであって、これらの事情に徴すると、右違法の程度は大きいとはいえない。」

【(原審) 東京高判平成 6.7.28】

「本件検索についてみると、…S 巡査部長の「車をもう一回よく見ろ。絶対これは何かあるはずだ」などという指示に基づき、M 巡査ら警察官四名が、本件自動車内に乗り込むなどした上、懐中電灯や集光ライトを用い、座席の背もたれを前に倒したりシートを前後に動かすなどして車内を丹念に調べたというものであるから、本件検索は、その態様、実質等においてまさに搜索に等しいものである（なお、S 巡査部長も、原審公判廷における証言中で、「それで、じゃあ、被告人に、おい車をとりあえず調べるぞということで、現場の警察官らに、相手は承諾しているから、車をもう一回よく見ろと、絶対これは何かあるはずだというふうに指示しまして、搜索をお願いしました。」と供述している部分があり、その際の警察官らの意識も搜索をするというものであったことを窺わせる。）。したがって、被告人の承諾がない限り、本件検索は、所持品検査としての限界を越えたものであって、許されないものであったというべきである。」

3 【最決平 15.5.26 (所持品検査③)】

「職務質問に付随して行う所持品検査は、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、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場合がある（最高裁昭和 5 1 年（あ）第 8 6 5 号同 5 3 年 9 月 7 日第一小法廷判決・刑集 3 2 卷 6 号 1 6 7 2 頁参照）。

前記の事実経過によれば、財布に係る所持品検査を実施するまでの間において、被告人は、警察の許可を得て覚せい剤を使用している旨不可解なことを口走り、手には注射器を握っていた上、覚せい剤取締法違反の前歴を有することが判明したものであって、被告人に対する覚せい剤事犯（使用及び所持）の嫌疑は、飛躍的に高まっていたものと認められる。また、こうした状況に照らせば、覚せい剤がその場に存在することが強く疑われるとともに、直ちに保全策を講じなければ、これが散逸するおそれも高かったと考えられる。そして、眼前で行われる所持品検査について、被告人が明確に拒否の意思を示したことはなかった。他方、所持品検査の態様は、床に落ちていたのを拾ってテーブル上に置いておいた財布について、二つ折りの部分を開いた上ファスナーの開いていた小銭入れの部分からビニール袋入りの白色結晶を発見して抜き出したという限度にとどまるものであった。以上のような本件における具体的な諸事情の下においては、上記所持品検査は、適法に行い得るものであったと解するのが相当である。

なお、警察官らが約 30 分間にわたり全裸の被告人をソファーに座らせて押さえ続け、その間衣服を着用させる措置も採らなかった行為は、職務質問に付随するものとしては、許容限度を超えており、そのような状況の下で実施された上記所持品検査の適否にも影響するところがあると考えられる。」

4 【最判昭 53.9.7 (所持品検査④・違法収集証拠排除法則①)】

「ところで、警職法二条一項に基づく職務質問に付随して行う所持品検査は、任意手段として許容されるものであるから、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、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場合があると解すべきである（最高裁判所昭和五二年（あ）第一四三五号同五三年六月二〇日第三小法廷判決参照）。

これを本件についてみると、原判決の認定した事実によれば、X 巡査が被告人に対し、被告人の上衣左側内ポケットの所持品の提示を要求した段階においては、被告人に覚せい剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められ、また、同巡査らの職務質問に妨害が入りかねない状況もあつたから、右所持品を検査する必要性ないし緊急性はこれを肯認しうるところであるが、被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である。

…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、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。」(同法一条)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変わら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、ことに憲法三五条が、憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、捜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捜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法三一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、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一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、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と認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、原判決の認定した前記事実によれば、被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した K 巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性及び緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわざわざ超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」

5【東京高判平 30.3.2 (所持品検査⑤・違法収集証拠排除法則②)】

「2 本件バッグに対する開披、内容物の取出し、写真撮影について

(1) 原判決の判断

原判決は、概要、以下のように判示した。

弁護人は、警察官らが、その後の職務質問中に、被告人が持っていた本件バッグを知人に渡そうとして投げたところ、警察官が、地面に落ちた本件バッグについて、被告人の承諾なく、開披し、本件覚せい剤を探し出し、写真撮影をするなどしたのは、違法な捜索であると主張するところ、…警察官らが、その後、地面に落ちた本件バッグを開披し内容物を取り出して写真撮影をするなどした行為は、令状を得ることなく、被告人の承諾なく、職務質問に付随する所持品検査として許容される限度を超えた捜索を行ったというべきであるから違法であるし、本件覚せい剤は、上記捜索によって発見されたものであるから、本件覚せい剤及び本件鑑定書は、違法な捜索と密接に関連する証拠である。

しかし、本件の捜索は違法であるものの、〔1〕本件バッグに対するプライバシー保護の必要性は相当程度低下していたこと、〔2〕所持品検査の必要性、緊急性は高かったこと、〔3〕警察官らに令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があつたとは認められないことを考慮すると、違法の程度は必ずしも重大で

あるとはいえ、本件覚せい剤等を証拠として供することが将来の違法捜査の抑制の見地から相当ではないとも認められないから、証拠能力は肯定できる。

(2) 当裁判所の判断

原判決の上記〔1〕ないし〔3〕の判断は、論理則、経験則等に照らして不合理であり、結論として本件覚せい剤等の証拠能力を肯定したことは是認できない。

以下、詳述する。

〔1〕本件バッグに対するプライバシー保護の必要性について

…そうすると、被告人が本件バッグを投げたことにより、警察官が拾い得る状況になったとはいえ、被告人と本件バッグとの場所的近接性、被告人が投げて地面に落下してから警察官が本件バッグを拾うまでの時間的近接性、さらには被告人が本件バッグを投げた後も、そこにそのまま留まっており、現場から離れようとするような態度を示した形跡がないことからすれば、被告人には、Bが占有を取得しない限り、本件バッグの占有を継続する意思があり、仮に何者かが本件バッグを持ち去ろうとするようなことがあれば、それを止めることもできる状況にあり、自らの意思に基づいて本件バッグを管理し得る状態を失ったわけではないのであるから、本件バッグに対するプライバシー保護の必要性は低下していたとは評価できない。原判決は、本件バッグに関し、自らの意思で支配が及びにくい状況を作り出したのであるから、そのまま手にしていた場合に比べて、プライバシーの保護の必要性は相当程度低下していたと判断しているが、それは上記のような事情を考慮することなく、単に本件バッグを投げたことによって生じた客観的状況のみを根拠に判断したもので、その評価は相当ではない。

〔2〕所持品検査の必要性、緊急性について

まず、所持品検査の必要性について見ると、本件車両は別の車両のナンバープレートが装着されていたのであるから、盗難車である可能性があるし、ナンバープレートからその所有者が判明されないようにされていたことからすると、何らかの犯罪行為に使用された可能性もあり、本件車両の使用者は、本件車両の窃盗や、本件車両を使用した何らかの別の犯罪と関わりがあることが強く推認されるところ、被告人は、本件車両のドアロックを解錠したのであるから、本件車両の使用者であると認められる。しかも、被告人は、警察官が声をかけようと接近すると、逃走したのであるから、窃盗その他、何らかの犯罪と関わりがある疑いは更に高まっていたといえる。さらに、被告人が人定事項の聴取や所持品検査を拒否していたことからすると、被告人が手に持っていた本件バッグに何らかの犯罪に関わる物品や禁制品が在中している疑いは相当高いものとなっていた。その上、被告人は、携帯電話で呼び出したBに向かって、「預かっていてくれ」などと言って本件バッグを投げたことからすれば、本件バッグには、何らかの犯罪に関わる物品や禁制品が在中している疑いは更に高まったと認められる。そうすると、本件バッグに対する所持品検査の必要性は高いものであったと認められる。

もともと、a警察官らは、地域の警察官から、被告人に覚せい剤事犯の犯罪歴があることを聞いて把握していたものの、定かではなかったのである種の情報として捉えていたというにすぎず、被告人に覚せい剤取締法違反の前歴があることが判明したのは本件バッグ内から白色結晶状粉末を取り出した後のことであり、a警察官自身、本件バッグ内に在中していると疑いを持っていたのは「何かしらの禁制品」というものにすぎない。したがって、当時警察官らは、より具体的に覚せい剤等の違法薬物など薬物事犯に関わる証拠物であるとの疑いまではもっていなかったものであり、本件バッグに対する所持品検査の必要性は、何らかの犯罪に関わる物品や禁制品が在中している疑いの限度で認められるにすぎない。原判決は、この点について、本件バッグ内に覚せい剤等の違法薬物が入っている疑いが相当強まっていたと判断しているが、前提となる事実を誤認している。

次に、所持品検査の緊急性について見ると、本件バッグは、Bの手前約1メートルの場所に落ちたのであるから、Bが本件バッグを手にして逃走すれば、本件バッグが持ち去られてしまう危険性があつたことは否定できない。しかしながら、…Bが本件バッグを手にして持ち去ってしまう現実的な危険性は高いものではなかったと認められる。しかも、警察官らは、被告人が、本件バッグをBの方に投げた午後4時49分のわずか1分後である午後4時50分には、本件バッグを開披して内容物の確認を開始しており、この間、被告人に対して承諾を求めて更に説得を続けることもしていない。

そうすると、被告人の周囲に多くの警察官がいたことも含め、本件当時の現場の状況からすれば、被告人がBの方に向かって投げた本件バッグをBや第三者が持ち去る危険性はさほど高くなく、本件バッグの中身を至急確かめなければならないような緊急性があつたとは認められない。また、当時の現場の状況に

において、被告人が、銃器や爆発物等の危険物を所持している可能性が高かったとは認められないから、その意味での緊急性も認められない。原判決は、この点について、本件バッグ内に覚せい剤等の違法薬物が入っている疑いが相当強まっていたので、警察官が所持品検査をする必要性、緊急性は高かったと判断しているが、既に検討したように、当時警察官らが有していた嫌疑はそこまで具体的ではなかったし、所持品検査をする緊急性が高い理由については特に指摘しておらず、原判決の判断は是認できない。

〔3〕警察官らの令状主義に関する諸規定を潜脱する意図について

前記のとおり、…被告人の本件バッグに対する占有は継続していたと認められる。そして、その状況を見ていた周囲の警察官は、その点について十分認識できたと認められる。にもかかわらず、警察官らは、それまで所持品検査を頑なに拒否していた被告人が約4メートルしか離れていない場所にいるのに、被告人の承諾を得ようともせず本件バッグを開披しているのであり、しかも中を一べつするに留まらず、全ての内容物を一つ一つ取り出し、取り出した封筒の中に入っていた本件覚せい剤まで取り出して、その写真撮影までしているのである。したがって、この場合、本来令状なしに捜索をすることが許される場合でないことは、通常の警察官であれば容易に判断できたと認められる。にもかかわらず、被告人が本件バッグを投げた1分後に、Bの立会いを求めたとはいえ、本件バッグを開披して中を見たことは、警察官らの令状主義に関する諸制度を潜脱する意思があったことを強くうかがわせるものである。原判決は、警察官らに令状主義に関する諸規定を潜脱しようとする意図があったとは認められないと判断しているが、上記の事情に照らせば、その判断は是認できない。

〔4〕まとめ

以上検討したとおり、本件における一連の警察官らの行動は、本件バッグについて所持品検査をする緊急性までは認められない状況で、被告人が占有を継続していることが明らかな本件バッグを、被告人の承諾なく開披して、その内容物を取り出し、写真撮影するというプライバシー侵害の程度が大きい態様で行ったものである。また、本件証拠上、警察官らは、被告人が占有を放棄する意思ではないことが明確に認識できる状況で、令状もなく本件バッグを開披し、内容物を取り出し写真撮影をしているのであって、単に、強制捜査と任意捜査との区別、任意捜査として許される限界についての判断を誤ってしまったのではなく、令状主義に関する諸規定を遵守しようとする意識のなさが強くうかがえる。

したがって、本件における無令状捜索の違法の程度は重大であって、将来の違法捜査の抑制の見地からしても、本件覚せい剤等の証拠能力は否定されるべきものであり、本件覚せい剤に関する本件鑑定書も同様に証拠能力を欠くものである。

6【最決昭 63.9.16（違法収集証拠排除法則③）・違法の重大性（否定例）】

「本件所持品検査は、被告人の承諾なく、かつ、違法な連行の影響下でそれを直接利用してなされたものであり、しかもその態様が被告人の左足首付近の靴下の脹らんだ部分から当該物件を取り出したものであることからすれば、違法な所持品検査といわざるを得ない。次に、…採尿手続自体は、被告人の承諾があつたと認められるが、前記一連の違法な手続によりもたらされた状態を直接利用して、これに引き続いて行われたものであるから、違法性を帯びるものと評価せざるを得ない（最高裁昭和六〇年（あ）第四二七号同六一年四月二五日第二小法廷判決・刑集四〇巻三号二一五頁参照）。

三 所持品検査及び採尿手続が違法であると認められる場合であつても、違法手続によつて得られた証拠の証拠能力が直ちに否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、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と認められるときに、その証拠能力が否定されるというべきである（最高裁昭和五一年（あ）第八六五号同五三年九月七日第一小法廷判決・刑集三二巻六号一六七二頁参照）。

これを本件についてみると、職務質問の要件が存在し、所持品検査の必要性和緊急性とが認められること、X 巡査部長は、その捜査経験から被告人が落とした紙包みの中味が覚せい剤であると判断したのであり、被告人のそれまでの行動、態度等の具体的な状況からすれば、実質的には、この時点で被告人を右覚せい剤所持の現行犯人として逮捕するか、少なくとも緊急逮捕することが許されたといえるのであるから、警察官において、法の執行方法の選択ないし捜査の手順を誤つたものにすぎず、法規からの逸脱の程度が実質的に大きいとはいえないこと、警察官らの有形力の行使には暴力的な点がなく、被告人の抵抗を排するためにやむを得ずとられた措置であること、警察官において令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があつたとはいえないこと、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での

応諾に基づいて行われていることなどの事情が認められる。これらの点に徴すると、本件所持品検査及び採尿手続の違法は、未だ重大であるとはいえず、右手続により得られた証拠を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でない認められないから、右証拠の証拠能力を肯定することができる。」

7【最判平 15.2.14（違法収集証拠排除法則④・派生証拠の密接関連性）・違法の重大性（肯定例）】

「以上の事実を前提として、原審が違法収集証拠に当たるとして証拠から排除した被告人の尿に関する鑑定書、これを疎明資料として発付された捜索差押許可状により押収された本件覚せい剤、本件覚せい剤に関する鑑定書について、その証拠能力を検討する。

（1）本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でない認められるから、その証拠能力を否定すべきである（最高裁昭和51年（あ）第865号同53年9月7日第一小法廷判決・刑集32巻6号1672頁参照）。

（2）前記のとおり、本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。

したがって、原判決の判断は、上記鑑定書の証拠能力を否定した点に関する限り、相当である。

（3）次に、本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし、被告人方を捜索すべき場所として発付された捜索差押許可状に基づいて行われた捜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記捜索差押許可状は上記（2）の鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである。

しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された捜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての捜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと上記（2）の鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。」

8【大阪高判平 28.10.13（違法収集証拠排除法則⑤・違法性の承継）・違法の重大性（肯定例）】

「所持品検査の違法性及びその程度並びに各鑑定書の証拠能力について

（1）これまでみたとおり、乙川警察官は、本件自動車について、その車内を見ることは被告人の了解を得ていたものの、その助手席の上に置かれていた本件財布及び本件ポーチは、いずれもチャックが閉じられており、一見して個人的な物が在中していることが明らかな物であって、それらが被告人のものであると分かったにもかかわらず、被告人の承諾を得ることなく、本件財布及び本件ポーチを開披して、その在中物を取り出し、本件ポーチ内から取り出した本件缶も被告人の承諾を得ずに開披して、本件覚せい剤を発見した。

（2）所持人である被告人の承諾を得ずに行われた上記の所持品検査が例外的に許容される場合であったか否かを検討する。

乙川警察官が所持品検査を開始した当時の状況は、被告人には「警察官に知られたくない何らかの犯罪を犯しているのではないかの疑い」が認められたにすぎず、嫌疑は抽象的なものにとどまり、その程度も濃厚とは言い難いものであったから、所持品検査の必要性が高かったとはいえない。また、乙川警察官が所持品検査を開始した当初、被告人は、着衣の中の所持品検査に素直に応じ、乙川警察官が外側からポケットを触ることに抵抗することもなく、車内検索についても他人の車だからと正当な理由を述べていったんは拒否したものの、本件自動車の所有者が了解すると、素直にこれに応じている。さらに、被告人は、

日中のパチンコ店駐車場屋上で自動車の修理をしていたのであるから、客観的に、乙川警察官らから逃走することが容易な状況にあったわけではない。これらの事情に照らせば、被告人が所持品検査を拒否した場合に、乙川警察官において、所持品検査に応じるよう説得していたのでは、その実効性が阻害されるおそれがあったとは認められず、所持品検査の緊急性があったとはいえない。

そして、乙川警察官による所持品検査は、個別的にみた場合、チェック等で閉じられた本件財布等を開披し、その中を確認し、その在中物を取り出しているから、いずれも捜索に類似する行為である上、一連のものとしてみた場合には、本件自動車内にある被告人の所持品を手当たり次第に無断で検索しようとするものであり、被告人のプライバシーを侵害する程度の高い行為というべきである。

このように、本件においては、所持品検査の必要性は高くなく、その緊急性がない状況であるにもかかわらず、被告人の承諾を得ないまま、捜索に類似し、かつ、被告人のプライバシーを侵害する程度の高い行為が行われたのであるから、これらの所持品検査は相当な行為とは認め難く、職務質問に付随する所持品検査の許容限度を逸脱した違法なものというべきである。…

(3) 所持品検査の違法性の程度及び各鑑定書の証拠能力について検討する。

既に説示した、被告人の承諾を得ずに行われた所持品検査の必要性、緊急性の有無、程度、所持品検査の態様等からすれば、本件の所持品検査がその許容限度を逸脱する程度は大きいといわざるを得ない。

加えて、乙川警察官の言動からすれば、同警察官は、対象物が被告人の手元から離れて本件自動車の助手席に置かれており、物理的に容易に検査することができる状態にあることに乗じて、当初から、真摯に所持品検査に応じるよう説得する手間を省き、被告人の承諾の有無にかかわらず、それらを検査しようとの意図のもと、被告人が明示の拒絶をしても、それを無視して、検査に及んだといわざるを得ない。…また、乙川警察官作成の現行犯人逮捕手続書（当審職1）や丙山警察官作成の捜索差押調書（当審職2）には、被告人が拒絶したものの所持品検査を実施したことは記載されておらず、むしろ被告人の明示の承諾を受けて所持品検査を実施した旨記載されていること、乙川警察官や丙山警察官が、原審裁判廷において、本件財布、本件ポーチ及び本件缶の開披いずれについても、被告人の明示の承諾があった旨証言していることは、両警察官が所持品検査における乙川警察官の言動に問題があり違法であることを十分認識していたことの証左といえることができる。

これらの事情を総合すれば、乙川警察官らが所持品検査の過程において、被告人に対してパトカーに誘導した以外に有形力を行使した形跡がないことを考慮しても、乙川警察官による本件覚せい剤発見に至る一連の所持品検査の違法の程度は、令状主義の精神を没却するような重大なものであったというべきである。そして、このような所持品検査により発見された物やその鑑定書を証拠として許容することは、警察官から声を掛けられた者が、通常以上に緊張狼狽した様子を見ただけで、具体的な犯罪の嫌疑が存在せず、所持品検査の必要性が高いわけでも、所持品検査の緊急性があるわけでもないのに、承諾のないまま、所持品の開披や在中品の取り出しなどの所持品検査を許容することにつながりかねないのであり、将来における違法な捜査の抑制の見地からしても相当でないというべきである。

(4) そうすると、本件の所持品検査には重大な違法があり、将来における違法捜査の抑制の見地からしても、本件覚せい剤の証拠能力は否定されるべきものであり、本件覚せい剤に関する鑑定書も同様に証拠能力を認めることはできない。また、本件覚せい剤は違法な所持品検査に基づいて発見されているのであるから、本件覚せい剤の所持を被疑事実とする現行犯逮捕も違法というべきところ、被告人の尿は、本件覚せい剤が発見されたことを重要な疎明資料として発付された強制採尿令状に基づき（当審職3）、現行犯逮捕による身柄拘束状態を利用して差し押さえられているから（原審甲3）、その差押えは、本件覚せい剤を違法に発見したことを直接利用してなされたものでそれ自体も違法というべきである。そして、被告人の尿を差し押さえた違法の程度が、本件覚せい剤を発見した際の違法の程度よりも低減する特段の事情は存しないから、被告人の尿を差し押さえた違法の程度も重大というべきである。したがって、被告人の尿の鑑定書についても証拠能力は否定されるべきである。」

9【最判昭 61.4.25（違法収集証拠排除法則⑥・違法性の承継）】

「本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断

するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手続が違法であると認められる場合でも、それをもって直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書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と認められるときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである（最高裁昭和五一年（あ）第八六五号同五三年九月七日第一小法廷判決・刑集三二巻六号一六七二頁参照）。以上の見地から本件をみると、採尿手続前に行われた前記一連の手続には、被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、被告人宅からの任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、被告人の退去の申し出に応えず警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない。しかし、被告人宅への立ち入りに際し警察官は当初から無断で入る意図はなく、玄関先で声をかけるなど被告人の承諾を求める行為に出ていること、任意同行に際して警察官により何ら有形力は行使されておらず、途中で警察官と気付いた後も被告人は異議を述べることなく同行に応じていること、警察官において被告人の受験の申し出に回答しなかつたことはあるものの、それ以上に警察署に留まることを強要するような言動はしていないこと、さらに、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づき行われていることなどの事情が認められるのであつて、これらの点に徴すると、本件採尿手続の帶有する違法の程度は、いまだ重大であるとはいえず、本件尿の鑑定書を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないと認められないから、本件尿の鑑定書の証拠能力は否定されるべきではない。

10【最判昭 58.7.12（違法収集証拠排除法則⑦・「毒樹の果実」論）】

【裁判官伊藤正己の補足意見】

「ところで、このような違法収集証拠（第一次的証拠）そのものではなく、これに基づいて発展した捜査段階において更に収集された第二次的証拠が、いわゆる「毒樹の実」として、いかなる限度で第一次的証拠と同様に排除されるかについては、それが単に違法に収集された第一次的証拠となんらかの関連をもつ証拠であるということのみをもつて一律に排除すべきではなく、第一次的証拠の収集方法の違法の程度、収集された第二次的証拠の重要さの程度、第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべきものである。

…本件勾留質問は、裁判官が、捜査に対する司法的抑制の見地から、捜査機関とは別個の独立した職責に基づいて、受動的に聴取を行ったものであり、またこれに対する被告人の陳述も任意にされたと認められるのであるから、その手続自体が適法であることはもとより、この手続に捜査官が支配力を及ぼしたとみるべき余地はなく、第一次的証拠との関連性も希薄であつて、この勾留質問調査を証拠として許容することによつて、将来本件と同種の違法捜査の抑止が無力になるとか、司法の廉潔性が害されるとかいう非難は生じないと思われる。…

また、消防機関は、捜査機関とは独立した機関であり、その行う質問調査は、効果的な火災の予防や警戒体制を確立するなど消防活動に必要な資料を得るために火災の原因、損害の程度を明らかにする独自の行政調査であつて、犯人を発見保全するための犯罪の捜査ではないから、消防機関が右行政目的で行つた質問調査が、捜査機関によつて違法に収集された第一次的証拠を資料として発付された逮捕状、勾留状による被疑者の身柄拘束中に、当該被疑者に対して行われたとしても、そこに捜査と一体視しうほどの密接な関連性を認めて、その質問に対する任意の供述の証拠能力を否定すべきものとする必然性のないことは、裁判官による勾留質問の場合と同様である。…

以上のように右勾留質問調査及び消防官調査は第一次的証拠との関連の程度が希薄であることに加え、本件の事案も重大であり、右各調査は証拠としても重要であること等を総合考慮すれば、これらの証拠能力を否定することは、違法収集証拠の排除の目的を越えるものであるというべきである」

11【最決昭 51.3.16（強制処分の意義・任意捜査の限界）】

「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、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、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など、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を意味するものであつて、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。ただ、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のであるから、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、具体的な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。」

12【最大判昭 44.12.24（公道上における写真撮影）】

「憲法13条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであって、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものといふべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法2条1項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。

そこで、その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑法218条2項のような場合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくとも、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになっても、憲法13条、35条に違反しないものと解すべきである。」

13【最決平 20.4.15（店舗内におけるビデオ撮影）】

「前記事実関係及び記録によれば、捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、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れたものといえ、捜査活動として適法なものといふべきである。」

14【最大判平 29.3.15（GPS 捜査）】

「(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、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ふべきである。

(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）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。

（3）原判決は、GPS捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないと説示しているところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点についても検討する。

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の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。

これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。

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。」

15【さいたま地判平 30.5.10（動向把握のための長期間に及ぶ常時のビデオ撮影）】

「（2）本件撮影の概要

関係各証拠によれば、本件撮影は、〔1〕平成27年10月4日から平成28年5月19日までの間、被告人方近隣の私人管理場所の中にビデオカメラを設置し、データを保存する外付けハードディスクの交換時を除いて24時間連続で撮影を行ったこと、〔2〕撮影範囲は、主に被告人方前の公道及び被告人方玄関であったが、被告人方玄関ドアが開いた際には、ドアの内部の様子が映り込んでおり、ドアの内部の様子が撮影されていた時間が連続約25分間に及ぶこともあったこと、〔3〕警察官は、外付けハードディスクを交換した後、人や車の動きのある部分をパソコンにダウンロードして保存しており、この際明らかに無関係な郵便配達人等の映像は除いていたが、事件と関係のない人や車等の映像でも残されていたものがあったことが認められる。…

（3）本件撮影の違法性について

ア 前記の事情を前提に検討すると、まず、平成27年10月の本件撮影開始時点において、■が被告人

方に立ち寄る可能性があったこと、逮捕のために■の所在や行動パターンを把握する必要があり、そのためには被告人方をビデオ撮影する必要があったことが認められる。もっとも、■証人は、本件捜査の一番の目的は■の逮捕である、あるいは本件撮影には■の逮捕以外の捜査目的はなかった旨を述べているが、本件撮影開始の少し後には、■がほぼ毎日被告人方に立ち寄っていることが確認できており、警察も同年11月には逮捕する態勢を取ったというのに、同年12月に1度、平成28年1月に1度逮捕に失敗しただけで、その他逮捕に向けた具体的対応を取っていなかったというのは理解できない。そうすると、逮捕のために本件ビデオ撮影がどこまで必要であったのか、そもそも■の逮捕のためというのが本件撮影の真の目的であったのかについても疑問があるが、■証人の証言する目的を前提にしたとしても、平成28年の初め頃までしか■の立ち寄りが確認できておらず、■を被告人方において逮捕できる可能性が低下し、本件撮影を継続する必要性は相当程度減少していたのに、同年5月19日まで漫然と本件撮影を続けていた点において、警察の対応は不適切であったと言わざるを得ない。

イ また、本件撮影範囲は、主に公道上及び玄関ドア付近の外部から観察し得る場所ではあったが、不特定の者が行き来することが想定されない特定の敷地内に設置されたビデオカメラから撮影されたものであった上、被告人方の玄関ドアを開けた際にはその内部が映り込むなどしており、玄関内部の映像が不鮮明で人の様子等が明確には認識できなかったとはいえ、単純に公道上等のみを撮影した場合に比べるとプライバシー侵害の度合いが高かったものと認められる。また、個人宅の出入りが約7か月半（本件各証拠の内容である映像が撮影された時点までの期間と考えても約5か月間）という長期間にわたり、ほとんど常時撮影されていたものであって、撮影によって取得された情報が集積されるにつれて、生活状況等を把握される度合いも当然に高くなっていったものといえ、この期間の長さにも照らしても、本件撮影によるプライバシー侵害の度合いは他の事案と比べて高かったと認められる。加えて、本件撮影が被告人自身に対する嫌疑からなされたわけではなかったことからすると、この点は被疑者自身が自宅前付近を撮影される場合とは異なった考慮がされるべきである。以上の事情等からすれば、本件撮影による被告人や被告人の家族に対するプライバシー侵害の度合いは、それなりに高いものであったと認められる。

ウ そして、本件撮影後に警察官は、外付けハードディスクを交換した際に一部の映像のみをパソコンにダウンロードして保存しており、その他の映像は消去していたというのであるが、映像のどの部分を保存するかについて警察内部で明確な基準が定められていなかった上、人や車の動きがある映像は、郵便局員や新聞配達員等の明らかに捜査に関係しないと認められるものを除いて保存するようにされていたというのであり、実際、被告人や被告人方の来客の映像のほか、明らかに関係のない近隣住民、通行人や通行車両が写っている映像も保存され続けていた。■証人は、保存後に映っているものが無関係だと判明した場合、それ以後は保存しないようにしていたなどと証言するが、明らかに事件と関係のない女兒や男児等の通行人の映像が消去されずに保存され続けていたこと等からすると、プライバシーに対する配慮はしていたという趣旨の■証言には疑問がある。いずれにしても、警察官において、事件との関係性についてきちんと検討することなく、漫然と映像を保存し続けていたと認められることからすると、本件ではプライバシー侵害の度合いを下げるための十分な配慮がなされていたとはいえない。

エ 以上アないしウで検討してきた事情を基に考えれば、本件撮影が類型的に強制処分にあたるとまではいえないものの、少なくとも平成28年の初め頃以降はその撮影の必要性が相当程度低下していたことは明らかで、それにもかかわらず長期間にわたって撮影を継続したこと自体不適切であった上、しかも本件撮影方法は他の類似事案と比べるとプライバシー侵害の程度が高いものであったと評価できることを考慮すれば、本件放火事件当時の撮影は、任意捜査として相当と認められる範囲を逸脱した違法なものであったと認められる。

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2024 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL24716