

予備試験

---

平成30年 予備試験論文分析会

刑法・刑事訴訟法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 186054

LU18605



以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（住居等侵入罪及び特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲は、新たに投資会社を立ち上げることを計画し、その設立に向けた具体的な準備を進めていたところ、同会社設立後の事業資金をあらかじめ募って確保しておこうと考え、某年7月1日、知人のVに対し、同年10月頃の同会社設立後に予定している投資話を持ち掛け、その投資のための前渡金として、Vから現金500万円を預かった。その際、甲とVの間では、前記500万円について、同会社による投資のみに充てることを確認するとともに、実際にその投資に充てるまでの間、甲は前記500万円を甲名義の定期預金口座に預け入れた上、同定期預金証書(原本)をVに渡し、同定期預金証書はVにおいて保管しておくとの約定を取り交わした。同日、甲は、この約定に従い、Vから預かった前記500万円をA銀行B支店に開設した甲名義の定期預金口座に預け入れた上、同定期預金証書をVに渡した。なお、同定期預金預入れの際に使用した届出印は、甲において保管していた。
- 2 甲は、約1年前に無登録貸金業者の乙から1000万円の借入れをしたまま、全く返済をしていなかったところ、同年7月31日、乙から返済を迫られたため、Vに無断で前記定期預金を払い戻して乙への返済に流用しようと考えた。そこで、同年8月1日、甲は、A銀行B支店に行き、同支店窓口係員のCに対し、「定期預金を解約したい。届出印は持っているものの、肝心の証書を紛失してしまった。」などどうその話をして、同定期預金の払戻しを申し入れた。Cは、甲の話を信用し、甲の申入れに応じて、A銀行の定期預金規定に従って甲の本人確認手続をした後、定期預金証書の再発行手続を経て、同定期預金の解約手続を行い、甲に対し、払戻金である現金500万円を交付した。甲は、その足で乙のところへ行き、受け取った現金500万円を乙に直接手渡して、自らの借入金の返済に充てた。なお、この時点で、乙は、甲が返済に充てた500万円は甲の自己資金であると思っており、甲がVから預かった現金500万円をVに無断で自らへの返済金に流用したという事情は全く知らないまま、その後数日のうちに甲から返済された500万円を自己の事業資金や生活費等に全額費消した。
- 3 同年9月1日、Vは、事情が変わったため甲の投資話から手を引こうと考え、甲に対し、投資のための前渡金として甲に預けた500万円を返してほしいと申し入れたところ、甲は、Vに無断で自らの借入金の返済に流用したことを打ち明けた。これを聞いたVは、激怒し、甲に対し、「直ちに500万円全額を返してくれ。さもないと、裁判を起こして出るところに出るぞ。」と言って500万円を返すよう強く迫った。甲は、その場ではなんとかVをなだめたものの、Vから1週間以内に500万円を全額返すよう念押しされてVと別れた。その後すぐに、甲は、乙と連絡を取り、甲がVから預かった現金500万円をVに無断で乙への返済金に流用したことを打ち明けた。その際、乙が、甲に対し、甲と乙の2人でV方に押し掛け、Vを刃物で脅して、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書をVに無理矢理作成させて債権放棄させることを提案したところ、甲は、「わかった。ただし、あくまで脅すだけだ。絶対に手は出さないでくれ。」と言って了承した。
- 4 同月5日、甲と乙は、V方を訪れ、あらかじめ甲が用意したサバイバルナイフを各々手に持ってVの目の前に示しながら、甲が、Vに対し、「投資話を反故にした違約金として500万円を出してもらおう。流用した500万円はそれでちゃらだ。今すぐここで念書を書け。」と言ったが、Vは、念書の作成を拒絶した。乙は、Vの態度に立腹し、念書に加え現金も取ろうと考え、Vに対し、「さっさと書け。面倒かけ

## 刑 法

**刑 法**

やがって。迷惑料として俺たちに10万円払え。」と言って、Vの胸倉をつかんでVの喉元にサバイバルナイフの刃先を突き付けた。Vは、このまま甲らの要求に応じなければ本当に刺し殺されてしまうのではないかとの恐怖を感じ、甲らの要求どおり、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書を作成して、これを甲に手渡した。

そこで、甲がV方から立ち去ろうとしたところ、乙は、甲に対し、「ちょっと待て。迷惑料の10万円も払わせよう。」と持ち掛けた。甲は、乙に対し、「念書が取れたんだからいいだろ。もうやめよう。手は出さないでくれと言ったはずだ。」と言って、乙の手を引いてV方から外へ連れ出した上、乙から同ナイフを取り上げて立ち去った。

- 5 その直後、乙は、再びV方内に入り、恐怖のあまり身動きできないでいるVの目の前で、その場にあったV所有の財布から現金10万円を抜き取って立ち去った。

## 刑法 解答のポイント

甲単独の犯罪と、甲乙共同の犯罪がありますが、行為者毎に罪責を論じると論じやすいでしょう。

まず、第2段落において、甲が銀行の窓口で嘘をついて定期預金を引き出した行為については、①銀行を被害者とする詐欺罪(246条1項)と②Vを被害者とする業務上横領罪(253条)の成立を論じる必要があります。①については、甲による欺罔行為、銀行員Cの錯誤、Cによる処分行為、A銀行の損害をそれぞれ認定し、これらが一連の詐欺の故意に包摂されていることを論じる必要があります。②については、「他人の物」に関し金銭が該当するか否か、預金証書をVが保有していることから「自己の占有する」に当たるか否か、「横領した」に関し不法領得の意思の発現の時期、を論じる必要があります。なお、甲が投資会社を立ち上げる立場にあり、投資会社の設立者としての行為であることから、業務上の行為であることの認定を忘れないようにしましょう。

第3段落から第4段落において、甲がV方で500万円免除のための念書を得たことについて、③2項強盗罪(236条2項)の共同正犯(60条)の成立を論じる必要があります。サバイバルナイフをVの目の前に示したことで、Vの反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫をしたことは勿論、「財産上不法の利益」について、念書を得ることによって、債権の行使を不可能若しくは著しく困難ならしめたことを論じる必要があります。なお、処分行為の要否も2項強盗では論点になり得ますが、本件では念書作成という債権者としての処分行為の外形がありますので、処分行為の要否を特に論点として論じる必要はありません。

第4段落から第5段落において、乙がVにサバイバルナイフを示した結果、10万円を奪っていますので乙に④強盗罪(236条1項)が成立します。甲は乙を制してサバイバルナイフを取り上げ、V宅から乙を連れ出していますから、甲に共犯関係からの離脱が認められるかにみえますが、そもそも、甲乙間の共謀は念書を取るのみであり、10万円奪取は射撃外ですので甲に1項強盗罪の共同正犯等の成立は認められないでしょう。

乙については、まず、第2段落で、甲が引き出した500万円の弁済を受けていますが、引き出しに係る事情を一切知らないで受領・費消していますので、何らの犯罪も成立しないことを短く論じればよいでしょう。

また、念書を得た際の2項強盗罪の共同正犯についても、甲について論じたところと重複しますので、手短かに論じれば十分です。なお、乙は念書をVから取っても直接的な利益を得るわけではありませんが、犯行計画を自ら提案しており、実行行為にも加わっている以上、共同正犯とすることでよいでしょう。

更に、10万円を持ち去った行為については、乙が甲と共にV方にいた際にサバイバルナイフを示して「10万円払え」と言って反抗抑圧しているため、財物奪取に向けた反抗抑圧に足る暴行をしたといえます。この反抗抑圧状態は乙が再びV方に入った際も続いており、乙が10万円を持ち去ったことで強盗罪の成立を認めることとなります。なお、本件では、V方に入った後に何らの暴行・脅迫もせず奪っているものの、反抗抑圧後に乙に事後的奪取意思が生じた事例ではないので、窃盗罪の成立を認めるべきではないと考えられます。

## 刑法 解答例

### 第1 甲の罪責について

1 本件で甲は投資目的でVから預かり、預金しておいた500万円を乙への借金の返済に充てている。かかる行為に業務上横領罪（253条）が成立しないか。

まず「業務」とは社会生活上の地位に基づき反復継続して行う事務であって、委託を受けて物を占有保管することを内容とするものをいう。本件では設立後の事業資金を確保しておくためにVからお金を預かったのであるから、甲の占有は具体的な計画のされている投資事業の一環としてされている。よって甲の占有は「業務」といえる。

また投資という一定の用途を定めて寄託された金銭の所有権は寄託者に存すると考えられるので、500万円は「他人の物」といえる。

次に、横領罪における占有とは事実上の占有のみならず法律上の占有も含む。横領罪の占有は財物に対する事実上の支配に意義があるのではなく、濫用のおそれのある支配力にその重要性があるからである。本件ではたしかに甲は定期預金口座の預金証書を有していない。しかし、定期預金口座の名義人は甲であるし、預け入れに使用した届出印は甲が保管していたのであるから、銀行における本人確認等によって預金証書の再発行を受けて、500万円を容易に引き出せる地位にあったといえる。よって、甲には500万円の預金について濫用のおそれのある支配力が認められるので、甲には「占有」が認められる。

そして横領罪の占有は遺失物等横領（254条）との区別から委託

信任関係に基づくものであることが必要であるところ、本件でVは投資のための金銭として甲に交付しているため、この点は問題ない。

最後に、横領罪が委託信任関係を破壊して行われる犯罪であることを考慮に入れると、「横領」とは、委託の趣旨に反して権限なく所有者でなければできないような処分をする意思、すなわち不法領得の意思を実現する行為をさす。本件ではVから投資目的以外では500万円を消費しない約束をしていることからすれば、乙に返済する目的で預金口座から引き出した時点で、所有者でなければできないような処分をする意思が実現したといえる。よって、「横領」があったといえる。

したがって、甲に業務上横領罪が成立する。

2 次に甲は預金「証書を紛失してしまった」と嘘をついて、A銀行から定期預金口座の解約により500万円の払戻しを受けている。かかる行為に詐欺罪（246条1項）が成立することが考えられる。

まず「欺い」といえる必要があるが、預金証書を紛失したか否かは、銀行がその再発行手続きに応じるか否かという点で、経済取引的に重要な事実である。よって、「欺い」といえる。

そしてかかる欺罔行為による錯誤に基づいてA銀行は500万円を交付しているので、錯誤に基づく処分行為が認められる。

よって、A銀行に対する詐欺罪が成立する。

3 次に、甲が乙と共同してVから債権放棄の念書を書かせた点について、強盗罪（236条2項）が成立することが考えられる。

まず、甲と乙は債権放棄の念書をVに作成させることについて意思連絡を行っているので、乙と共同正犯（60条）となり、乙の行為も甲に帰責される。

次に、Vの胸倉をつかんでVの喉元にサバイバルナイフの刃先を突きつけているので、反抗抑圧に足りる「暴行」が認められる。

もっとも、本件では債権放棄の念書が書かれたことによって、財産上の利益が甲に移転したということがいえるか。

この点、1項強盗との比較から利益移転時期を明確化すべく暴行によって当分の間債権行使が不可能又は著しく困難となるようになることが必要である。

本件では、Vは脅されて債権放棄の念書を書いたのみであるが、これが脅迫による意思表示であることを証明するには、甲乙がV宅を訪れナイフによって脅迫したこと等を明確に証明する必要がある。かかる事情からすれば、Vは当分の間債権行使が不可能又は著しく困難になったといえるから、債権放棄の念書によって甲に財産上の不法の利益が移転したといえる。

よって甲に強盗罪（236条2項）が成立する。

- 4 次に本件で乙が財布から10万円を抜き去った行為について、甲が乙からナイフを取上げV方から連れ出して、乙を制したことから共犯からの離脱が問題になるようにも思われるが、以下のように甲に強盗罪（236条1項）の共謀共同正犯が成立しない。

なぜなら、本件では前述のように、犯行計画においては乙から債権

放棄の念書を作成させることについての提案はあるが、他の財物奪取について何らの提案がないのであるから、10万円の奪取は共謀の範囲外だからである。

## 第2 乙の罪責について

- 1 まず、甲から弁済を受けた500万円を受領、費消した点については、乙は詐欺、横領行為によって取得されたものであることの認識がないため、何らの罪責も負わない。

- 2 次に、Vに債権放棄の念書を書かせた行為について、強盗罪（236条2項）の共同正犯が成立する。正犯性については、乙が甲に計画を持ちかけている点や、自らVに念書の作成を脅迫し、それによって反抗抑圧状態に陥れているなど、乙の行為の主体性からすれば、正犯性が認められるといえる。

また、乙は10万円の支払いを迫ってナイフをVに突きつけ脅迫し、反抗抑圧状態に陥れている。その後、甲に制されてV方を出て、再びV方に入ったところ、Vの反抗抑圧状態は継続しており、財物奪取に向けた反抗抑圧にたる暴行又は脅迫によって10万円を奪取したといえるから、強盗罪（236条1項）が成立する。

## 第3 罪数

よって甲には①業務上横領罪、②詐欺罪、③2項強盗罪の共同正犯となり、①と②は観念的競合（54条1項前段）それと③は併合罪（45条前段）となる。乙に④2項強盗罪の共同正犯、⑤1項強盗罪が成立し、④と⑤は併合罪となる。以上

## 論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

【刑法】	論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
甲の罪責 業務上横領罪について、Vが預金証書を保有している点を踏まえて、「自己の占有する」該当性について論じた。	40.8%	30.6%	26.5%
甲の罪責 業務上横領罪について、「業務上」該当性について論じた。	38.8%	6.1%	53.1%
甲の罪責 業務上横領罪について、預金が金銭であることを踏まえて、「他人の物」該当性について論じた。	61.2%	20.4%	16.3%
甲の罪責 業務上横領罪について、不法領得の意思発現時期に言及しつつ、「横領した」ことを認定した。	51.0%	32.7%	14.3%
甲の罪責 詐欺罪につき、欺罔行為、錯誤、処分行為、損害の発生を順に論じ、これらが詐欺の故意に包摂されていることを論じた。	32.7%	49.0%	16.3%
甲の罪責 2項強盗罪につき、ナイフ等の事実を摘示して、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。	77.6%	10.2%	10.2%
甲の罪責 2項強盗罪について、「財産上不法の利益を得」たことを、念書の性質を踏まえて認定した。	57.1%	34.7%	6.1%
甲の罪責 2項強盗罪について、乙との共同正犯が成立することを認定した。	65.3%	22.4%	10.2%
甲の罪責 乙による1項強盗罪について、共謀の射程外であることを論じた。	49.0%	32.7%	16.3%
乙の罪責 甲から500万円の返済を受けたことに関して、犯罪の成否について論じた。	38.8%	12.2%	46.9%
乙の罪責 2項強盗罪について、乙がVから念書を取ることを提案したことを踏まえ、甲との共同正犯関係の成否について論じた。	49.0%	34.7%	14.3%
乙の罪責 10万円を持ち去ったことについて1項強盗罪が成立することを認定した。	73.5%	10.2%	14.3%
乙の罪責 1項強盗罪について、10万円支払を命じてサブバイバルナイフを示し、反抗抑圧状態を作出していたことについて論じた。	46.9%	32.7%	18.4%
乙の罪責 1項強盗罪について、V方に再び入った後は新たな暴行・脅迫をしていないことについて論じた。	40.8%	38.8%	18.4%
乙の罪責 1項強盗罪について、犯行抑圧状態が甲と共にV方を出て再び入って来た際も継続していたことについて論じた。	51.0%	30.6%	16.3%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

## 刑事 訴訟法

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

### 【事例】

警察官PとQが、平成30年5月10日午前3時頃、凶器を使用した強盗等犯罪が多発しているH県I市J町を警らしていたところ、路地にたたずんでいた甲が、Pと目が合うや、急に慌てた様子で走り出した。そこで、Pが、甲に、「ちょっと待ってください。」と声をかけて停止を求めたところ、甲が同町1丁目2番3号先路上で停止したため、同所において、職務質問を開始した。

Pは、甲のシャツのへそ付近が不自然に膨らんでいることに気付き、甲に対し、「服の下に何か持っていますか。」と質問した。これに対し、甲は、何も答えずにPらを押しつけて歩き出したため、甲の腹部がPの右手に一瞬当たった。このとき、Pは、右手に何か固い物が触れた感覚があったことから、甲が服の下に凶器等の危険物を隠している可能性があると考え、甲に対し、「お腹の辺りに何か持っていますね。服の上から触らせてもらうよ。」と言って、①そのまま立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ付近を右手で触ったところ、ペンケースくらいの大きさの物が入っている感触があった。

Pは、その感触から、凶器の可能性は低いと考えたが、他方、規制薬物等犯罪に関わる物を隠し持っている可能性があると考え、甲の前に立ち塞がり、「服の下に隠している物を出しなさい。」と言った。すると、甲は、「嫌だ。」と言って、腹部を両手で押さえたことから、②Qが、背後から甲を羽交い締めにして甲の両腕を腹部から引き離すとともに、Pが、甲のシャツの中に手を差し入れて、ズボンのウエスト部分に挟まれていた物を取り出した。

Pが取り出した物は、結晶様のものが入ったチャック付きポリ袋1袋と注射器1本在中のプラスチックケースであり、検査の結果、結晶様のものは覚せい剤であることが判明した（以下「本件覚せい剤」という。）。そこで、Pは、甲を覚せい剤取締法違反（所持）の現行犯人として逮捕するとともに、本件覚せい剤等を差し押さえた。

その後、検察官は、所要の捜査を遂げた上、本件覚せい剤を所持したとの事実で、甲を起訴した。

第1回公判期日において、甲及び弁護人は無罪を主張し、検察官の本件覚せい剤の取調べ請求に対し、取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。

### 【設問1】

下線部①及び②の各行為の適法性について論じなさい。

### 【設問2】

本件覚せい剤の証拠能力について論じなさい。

（参照条文） 覚せい剤取締法

第41条の2第1項 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（略）は、10年以下の懲役に処する。

## 刑事訴訟法 解答のポイント

### 1. 設問1

設問1においては、下線部①②それぞれが職務質問（警職法2条1項）に付随する所持品検査として認められるかを検討することが必要となる。下線部①②の段階では特定犯罪を対象とする捜査には至っておらず、犯罪の予防・鎮圧等を目的とする行政警察活動と評価できるからである。なお、行政警察活動ではなく、司法警察活動に移行していると認める場合は、刑訴法197条1項但書の「強制的処分」に当たらないか、当たらないならば刑訴法197条1項本文の任意捜査として相当かを検討することとなる。

まず下線部①についてであるが、職務質問に基づく所持品検査として検討するならば、警職法2条1項の要件充足性を検討する必要がある。その上で、(1)所持品検査は職務質問に付随して許容されるか、(2)「搜索に至らない程度の行為」で「強制的にわたらない」ものであるか、(3)「必要性…緊急性…を考慮し…相当」といえるか、という点を検討する必要がある。これらの点については米子銀行強盗事件判決（最判昭53.6.20/百選〔第10版〕〔4〕）に挙げられた規範を適切に示すことが求められる。結論としては職務質問に基づく所持品検査として適法となると考えられる。

次に下線部②についてであるが、これも規制薬物等犯罪に関わる物の所持についての疑いによるもので、覚せい剤所持という特定犯罪についての捜査ではない以上、行政警察活動の一環として行われている。そこで下線部1同様に米子銀行強盗事件判決の規範に沿って検討する必要がある。そして、これは「搜索に至らない程度の行為」で「強制的にわたらない」ものとはいえないように思われるので、その点を説得的に論じる必要がある。仮に「搜索に至らない程度の行為」で「強制的にわたらない」ものであるとするならば、所持品検査として相当であるかを検討する必要がある。

### 2. 設問2

設問2においては、下線部②が違法な行為であることから、本件覚せい剤は違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定されるのではないかと、という点についての検討が求められる。これを検討するに当たっては最判昭53.9.7/百選〔第10版〕〔90〕を意識する必要がある。この判例が挙げた違法収集証拠排除法則の規範自体の指摘が必要であるのは当然として、判例の事案が本問の状況と似ている部分も多いことから、羽交い絞めにした事実等判例と違う事実を意識して結論を導き出すことが求められる。

## 刑事訴訟法 解答例

## 第1 設問1

## 1 下線部①の行為の適法性

- (1) 本件において、警察官PとQは、甲に対して警察官職務執行法(以下「警職法」とする。)2条1項に基づいて職務質問を実施している。そこで、下線部①の行為は、職務質問に伴う所持品検査として適法か。
- (2) 警職法2条1項は同項所定の者を停止させて質問することができる規定のみで、所持品の検査については明文の規定はない。しかし、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果を上げる上で必要性、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付随してこれを行うことができる場合があると考えられる。この点所持品検査は、任意手段である職務質問の付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。もっとも、職務質問及び所持品検査は、犯罪の予防・鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であって、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鑑みるときは、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、強制をわたらない限り、許容される場合があると考えられる。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35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ってもこれを受けるものの権利を害するものであるから、所持品検査は、限定的な場合において、その必要性、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、具体

的状況の下で相当と認められる限度においてのみ、許容されると考える。

- (3) 下線部①の行為は、甲のシャツの上からへそ付近を触ったものであり、差押対象物を発見すべく行うものでないため、捜索には至らない。また、その行為の態様も服の上から右手で触るものにすぎず、強制をわたるものでない。

そうであっても、下線部①の行為により、甲のプライバシー権が害されるため、本件の状況の下、相当と認められるか検討する。

Pは甲のシャツのへそ付近が不自然に膨らんでいることに気づいており、甲がPらを押しのけて歩きだして、甲の腹部がPの右手に当たった際、Pは何か固いものが触れた感覚を持っている。Pらが警戒していたのは、凶器を使用した強盗等犯罪が多発している地域であって、その固いものが凶器等の危険物であると考えことは合理的であり、これを確認する必要は高い。また、当該凶器の性質によっては、人の生命身体に対する侵害を生じさせるおそれが十分にあり、この時点でそれを確認すべき緊急性も高い。対して、甲が侵害されるプライバシーの程度としては、服の上から腹部を触られる程度のものであり、路地で人とすれ違うような場合には、偶然触れられることもありうるといえ、そこまで重大なものとはいえない。そうすると、下線部①の行為によって、保護される人の生命身体に対する抽象的な危険と比較しても、甲のプライバシーの要保護性は高いとはいえず、下線部①の行為は相当であるといえる。

- (4) 以上より、下線部①の行為は職務質問に伴う所持品検査として適法である。

## 2 下線部②の行為の適法性

(1) 下線部①の行為を経て、Pは凶器の可能性が低いと考える反面、規制薬物等犯罪に関わるものを隠し持っていると考えている。もっとも、その規制薬物が何なのかまで具体的に特定はできていないため、下線部②の行為も職務質問に伴う所持品検査として適法か否かが問題となる。

(2) 下線部②の行為は、甲の承諾がないのに、甲のシャツのなかへ手を差し入れて、ズボンのウエスト部分に挟まれていたものを取り出すものであって、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、その態様において捜索に類するものである。

また、下線部②の行為の態様は、Qが背後から甲を羽交い絞めにして甲の両腕を腹部から引き離す、というものであって、甲一人に対して二人がかりで、甲をばたきだといって腹部を押さえ、明らかにしない意思を排除してなされるものである。そして、シャツの中でズボンのウエストに挟まれた部分は、外部から触れられることはまずないところであり、プライバシーの要保護性が極めて高い部分である。したがって、下線部②の行為は、甲の意思を制圧するものであり、重要なプライバシーを侵害するものであるから、強制的な行為であるといえる。

(3) 以上より、下線部①の行為は職務質問に伴う所持品検査として違法である。

## 第2 設問2

1 本件覚せい剤の証拠能力認められるか。本件覚せい剤は、下線部②の行為を経て差し押さえられているところ、下線部②の行為は上述の通り職

務質問に伴う所持品検査として違法であるから、違法収集証拠排除法則により証拠禁止されなければならない問題となる。

2 違法に収集された証拠物の証拠能力については、将来の違法捜査の抑止、司法の廉潔性の保持、適正手続の保障、の観点から、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認められる場合においては、否定されるものとする。

3 本件覚せい剤は、下線部②の行為により発見され、差し押さえられているところ、下線部②の行為は上記の通り違法である。そして、下線部②の行為は捜索に類する行為であって、侵害される甲のプライバシーが重要なものであることに鑑みると、本来的に、裁判官の令状審査による事前審査を経て、初めて許容されるべき程度のものであって、警察官が自らの判断で行うことが許容されるものとはいえない。したがって、下線部②の行為の違法は、令状主義の精神を没却するに匹敵する重大な違法であるといえる。

また、下線部②の行為は、警察官二人が力づくで甲の腹部の物を取り出すものであって、プライバシー侵害の程度が高く、このような行為により得られた証拠の証拠能力が許容されると、職務質問に伴う所持品検査が行政警察活動としてよく行われるものであることも踏まえると、警察による下線部②のような行為が広まる恐れもあり、違法捜査抑止の見地から、本件覚せい剤を証拠として許容することは相当でないといえる。

4 以上より、本件覚せい剤の証拠能力は、違法収集証拠排除法則により、認められない。以上

## 論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

【刑事訴訟法】		論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問1①	下線部①が行政警察活動の一環としての職務質問に付随する所持品検査の問題であることを指摘している。	73.5%	14.3%	8.2%
設問1①	警職法2条1項の要件該当性を検討している。	59.2%	20.4%	18.4%
設問1①	職務質問に付随して所持品検査が認められることを米子銀行強盗事件判決を意識して論じている。	59.2%	28.6%	10.2%
設問1①	捜索に至る行為か、強制にわたる行為かという点につき裁判例を意識して論じている。	55.1%	36.7%	6.1%
設問1①	所持品検査の相当性という点につき裁判例を意識して論じている。	59.2%	30.6%	8.2%
設問1②	下線部②は未だ特定犯罪への捜査にはなっておらず、行政警察活動の一環であることを論じている。	20.4%	24.5%	53.1%
設問1②	捜索に至る行為か、強制にわたる行為かという点につき裁判例の規範を意識して論じている。	49.0%	40.8%	8.2%
設問2	違法収集証拠排除法則について判例の規範を挙げて論じている。	73.5%	22.4%	2.0%
設問2	令状主義の精神を没却するような重大な違法かを具体的に検討している。	61.2%	30.6%	6.1%
設問2	将来の違法捜査抑制の見地から排除することが相当かを具体的に検討している。	46.9%	44.9%	6.1%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。



**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) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18605