

令和6年司法試験 刑事系第2問（刑事訴訟法）

問題文

〔第2問〕（配点：100）

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】

1 H県警察I警察署の司法警察員Pは、同県I市内のアパート（以下「本件アパート」という。）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たことから、令和5年9月16日午後8時頃、本件アパートに赴いたところ、本件アパート201号室から出てくる人物を目撃したため、同人を尾行した。すると、同人は、I市内の路上において、左手に手提げかばん（以下「本件かばん」という。）を持っていた男性（後に甲と判明した。以下「甲」という。）と接触し、封筒（以下「本件封筒」という。）を甲に手渡し、甲は、本件封筒を本件かばんに入れた。これを目撃した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、甲が本件アパートから出てきた人物と別れた後、甲に対する職務質問を開始した。

2 Pが「ちょっといいですか。名前を教えてくださいませんか。」と尋ねたところ、甲が氏名を名のったことから、Pは無線で甲の前科を照会した。その結果、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。引き続き、Pが「先ほど封筒を受け取ってかばんに入れましたよね。封筒の中身は何ですか。」と尋ねたところ、甲は、「貸していたお金を返してもらっただけです。」と答えた。しかし、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、「封筒の中を見せてもらえませんか。」と言った。

すると、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、すぐに追いついて甲の前方に回り込んだ。甲は、立ち止まって、「何で追い掛けてくるんですか。任意じゃないんですか。」と言ったが、Pは、「何で逃げたんだ。そのかばんの中を見せろ。」と言いながら、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。そして、Pが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。Pが同注射器を取り出し、甲に対し、「これは何だ。一緒に署まで来てもらおうか。」と言ったところ、甲は警察署への同行に応じた。そこで、Pは、同注射器を本件かばんに戻した上、同日午後8時30分頃、甲をI警察署まで任意同行した。

3 I警察署への任意同行後、甲が本件かばんやその在中物の任意提出に応じなかったことから、Pは、搜索差押許可状を取得して、本件かばんやその在中物を差し押さえる必要があると考えた。そこで、Pは、甲に職務質問を実施した経緯に関する捜査報告書（以下「捜査報告書①」という。）及び注射器発見の経緯に関する捜査報告書（以下「捜査報告書②」という。）を作成した。

捜査報告書①には、覚醒剤の密売拠点と疑われる本件アパートから出てきた人物から甲が本件封筒を受け取って本件かばんに入れたこと、甲には覚醒剤取締法違反（使用）の前科があること、甲が覚醒剤常用者の特徴を示していたこと及び甲は本件封筒の中を見せるように言われると逃げ出したことが記載されていた。これに対して、捜査報告書②には、本件かばんのチャックを開けたところ注射器が入っていた旨記載されていたが、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。

- 4 Pは、同日午後9時30分頃、捜査報告書①及び捜査報告書②等を疎明資料として、H地方裁判所裁判官に対し、「搜索すべき場所、身体又は物」を甲の身体及び所持品、「差し押さえるべき物」を本件かばん及びその在中物並びに覚醒剤等とする搜索差押許可状の発付を請求し、その旨の搜索差押許可状の発付を受けた。

同日午後10時30分頃、Pが同許可状に基づき搜索を実施したところ、本件かばん内側のサイドポケットから本件封筒が発見された。Pがこれを取り出して中身を確認すると、覚醒剤様の白色結晶入りのチャック付きポリ袋が入っていたことから、Pは、同結晶の簡易検査を実施した。その結果、同結晶から覚醒剤の陽性反応が出たことから、Pは、同日午後11時頃、覚醒剤取締法違反（所持）の事実で甲を現行犯逮捕するとともに、同許可状に基づき、同結晶入りのチャック付きポリ袋を差し押さえた。

その後、同結晶の鑑定が実施され、同結晶が覚醒剤である旨の【鑑定書】が作成された。同月27日、甲は、覚醒剤取締法違反（所持）の事実で、H地方裁判所に起訴された。

検察官は、第1回公判期日において、前記【鑑定書】の証拠調べを請求したが、甲の弁護人は、前記【鑑定書】の取調べに異議がある旨の意見を述べた。

- 5 他方、Pが本件アパート201号室に関する捜査を実施したところ、同室の賃貸借契約の名義人が乙であること、乙には覚醒剤取締法違反（所持）の前科があり、その前科に係る事件記録の捜査報告書によれば、乙の首右側に小さな蛇のタトゥーがあることが判明した。

Pは、同年9月27日午後11時30分頃、本件アパート201号室の玄関ドアが見える公道上において、本件アパートの張り込みを開始した。Pは、同月28日午前1時30分頃に男性1名が、同日午前2時頃に別の男性2名がそれぞれ本件アパート201号室に入る様子を目撃した。Pは、これらの男性のうち、同日午前1時30分頃に本件アパート201号室に入った男性の顔が乙の顔と極めて酷似していたことから、同男性の首右側にタトゥーが入っているか否か及びその形状を確認できれば、同男性が乙であると特定できると考えた。

同日午前8時頃、Pが本件アパート201号室から出てきた同男性を尾行したところ、同男性は本件アパート付近の喫茶店に入店した。そこで、Pは、同男性が乙であることを特定する目的で、同喫茶店において、同店店長の承諾を得た上で、店内に着席していた同男性から少し離れた席から、ビデオカメラを用いて、同男性を撮影した【捜査①】。Pが撮影した映像は、全体で約20秒

間のものであり、そこには、小さな蛇のタトゥーが入った同男性の首右側や同男性が椅子に座って飲食する様子のほか、その後方の客の様子が映っていた。

Pが同映像に映る男性の容貌及び首右側の小さな蛇のタトゥーの形状を乙のそれと突き合わせたところ、その特徴が一致したことから、同日午前1時30分頃に本件アパート201号室に入った男性は乙であると特定することができた。

- 6 さらに、Pは、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ると考えた。しかし、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。

一方、その公道の反対側には3階建てのビルが建っており、同ビル2階の部屋の公道側の窓からは、本件アパート201号室の玄関ドアが見通せた。そこで、Pは、同年10月3日、同ビルの所有者及び管理会社の承諾を得て、同ビル2階の前記窓のそばにビデオカメラを設置し、同日から同年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【捜査②】。

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に通じる廊下が映り込んでいた。

- 7 その後、Pは、乙及び2名の男性が毎日おおむね決まった時間に同室に出入りする様子が記録されていた前記ビデオカメラの映像等を疎明資料として、本件アパート201号室の搜索差押許可状を取得し、同室の搜索を実施したところ、同室内から大量の覚醒剤等が発見されたことから、乙らを覚醒剤取締法違反（営利目的所持）の事実で現行犯逮捕した。

〔設問1〕

【鑑定書】の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

下線部の【捜査①】及び【捜査②】のビデオ撮影の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

（参照条文） 覚醒剤取締法

第19条 次に掲げる場合のほかは、何人も、覚醒剤を使用してはならない。

一 （以下略）

第41条の2 覚醒剤を、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。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 （略）

第41条の3 次の各号の一に該当する者は、10年以下の懲役に処する。

- 一 第19条（使用の禁止）の規定に違反した者
- 二 （以下略）

解説

第1 はじめに

1 傾向と対策

本問は、覚醒剤取締法違反を素材として、設問1では、甲から押収した覚醒剤の鑑定書の証拠能力を論じさせることにより、所持品検査の限界及び違法収集証拠排除法則に対する理解と適用を、設問2ではビデオ撮影の適法性を問うことにより、強制処分と任意処分を区別する基準、強制捜査又は任意捜査の適否の判断方法についての理解と適用を試すものである（出題趣旨参照）。

設問1に関する論点のうち、所持品検査の限界については、H18 司、H30 予で出題実績がある。また、違法収集証拠排除法則については、H18 司、H22 司、R2 司、H30 予で出題実績がある。派生証拠の証拠能力に関しては、H27 司で出題実績がある。

設問2に関する論点のうち、強制処分該当性&任意処分の限界の判断枠組みが問題となるものについては、H19 司、H22 司、H26 司、H27 司、H28 司、H30 司、R2 司、R4 司、H24 予、等多数存在する。特にビデオ撮影の適法性については、H19 司、H30 司で出題実績がある。

このように、本問の論点はいずれも過去に出題実績があることから、一般論部分は概ね書けると自信を持っている受験生も多いと思われるが、多くの受験生がある程度のことは書いてくるため、理解が不正確又は表面的だと意外に差が開いてしまう分野でもある。また、一般論（処理手順）の不正確さがあてはめにも影響するため、さらに差が開いてしまう。そのため、「自分では書けたつもりなのに点数が思ったほど伸びなかった」となりがちな分野である。

したがって、対策としては、①過去問対策（特に出題趣旨・採点実感の読み込み）を行い、問題の所在・処理手順・判断基準を正確に押さえ、どのような書き方をすれば点数が伸びるかを研究する、②あてはめで特に差が開きやすいため、どのような事実を拾いどのように評価すれば点数が伸びるのかを研究することが肝要である。

2 採点実感に基づく答案作成上の注意点

上述したように、深い理解を示せないと点数が伸びないため、前提として、以下に挙げるような答案に該当していないか自身の答案を確認していただきたい。

【悪い答案の例】

①規範レベルの知識がそもそも不十分であるケース

- ☐ 「法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等についての記述が不十分・不正確で、当該項目についての理解が不足していると見ざるを得ない答案」（採点実感）

②規範レベルの知識は問題ないが当てはめレベルで課題があるケース

- ☐ 「法原則や法概念の意義や関連する判例の判断基準等として記述された内容自体には問題がないものの、これらを機械的に暗記して記述するのみで、具体的事実に対してそれらの法原則・法概念や判断基準等を的確に適用することができていない答案」（採点実感）

- 「具体的事実に対する洞察が表面的で、その抽出自体が不十分、抽出した事実の持つ意味の分析が不十分・不適切な答案」（採点実感）

第2 設問1

1 判断枠組みの提示

本問で「鑑定の対象となった覚醒剤は、裁判官が発付した搜索差押許可状により差し押さえられたものであり、差押手続それ自体には違法性が認められないものの、これに先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、甲所持のかばん（以下『本件かばん』という。）のチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り上げていることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを適切に把握した上で、その証拠能力の有無について論じる必要がある」（出題趣旨。下線は筆者。以下同じ。）。

【良い答案の例】

- 「覚醒剤の差押手続に先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、本件かばんのチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り出していることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを明確に論じ……ている答案」（採点実感）

【悪い答案の例】

- 「Pが注射器を発見した行為の違法性が覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力にどのような影響を与えるのかという点が問題となるところ、このような問題の所在を十分に把握できていない答案」（採点実感）

2 職務質問の適法性

出題趣旨等には職務質問の適法性に関する言及はないが、後述するように、所持品検査は職務質問に付随する行為として許容される以上、所持品検査の適法性を検討する前提として職務質問の適法性についても一応言及できると望ましいであろう（もっとも、答案例では紙幅の都合上省略している。）。

Pは、本件アパート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、本件アパートに赴いたところ、本件アパート201号室から出てくる人物を目撃したため、同人を尾行した。するとPは、同男性が、I市内の路上において、左手に本件かばんを持っていた男性（甲）と接触し、本件封筒を甲に手渡し、甲が、本件封筒を本件かばんに入れたことを目撃した。そこで、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。Pは、甲が氏名を名づけたことから、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。また、Pが引き続き質問したところ、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た。以上の事情に照らせば、甲の「異常な挙動」等から、「何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由」（警察官職務執行法（以下「警職法」という。）21）があるといえる。

したがって、職務質問自体は適法である。

3 所持品検査の適法性

(1) 問題の所在

警察の活動には、司法警察活動（犯罪の訴追を目的とするもの）と行政警察活動（犯罪の予防鎮圧等を目的とするもの）がある。Pが注射器を発見した手続の法的性質は所持品検査であると考えられるところ、所持品検査は犯罪の予防鎮圧等を目的とするものであり行政警察活動に位置付けられる。所持品検査については明文の規定を欠くため、いかなる場合に許容されるのかが問題となる。答案作成に当たっては、まず、Pが注射器を発見した手続の法的性質が所持品検査であることを明示しよう。

(2) 法的根拠・判断枠組み

ア 所持品検査の法的根拠

所持品検査が行政警察活動であるとする、行政法理論上の法律の留保原則との関係で法律上の根拠を要することになるが、所持品検査について定める明文は存在しない。

そこで、所持品検査の法的根拠をどこに求めるかが問題となる。

最判昭 53.6.20【百選4】は、「警職法は、その2条1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」と述べて、警職法2条1項が所持品検査の法的根拠となることを示している。答案作成においては、理由づけとして上記下線部を引用し、端的に法的根拠を示すことが必要である。

【良い答案の例】

- 「Pが注射器を発見した行為の性質を所持品検査と捉え、最高裁判所の判例……や関連する警職法の条文の解釈などを意識した法解釈を示し……ている答案」（採点実感）

イ 判断枠組み

その上で、同判例は、「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……。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、搜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。もっとも、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、所持品について搜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、搜索に至らない程度の行為であっ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って、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」と判示している。

ただ、同判例は、いかなる場合に「搜索」に当たるのか、いかなる場合に「強制にわたる」のか、の判断基準を示しているわけではない。

この点に関し判例は、「所持品であるバッ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行為」(最判昭 53.6.20【百選4】)や、「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」行為(最決平 15.5.26【百選3】)については、搜索該当性に触れることなく適法とする一方で、「上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したうえ検査した行為」(最判昭 53.9.7【百選88】)については、その態様において搜索に類するとして、所持品検査の限度を逸脱する違法なものと判示した。これらの判例からは、携行物の中に手を差し入れて内部を探索するまでに至ると「搜索」に当たるとして許されないことになると考えられよう。

【悪い答案の例】

- ☐ 「Pが注射器を発見した行為の性質を行政警察活動と司法警察活動のいずれと捉えているのかが不明確なまま、漫然と刑訴法第197条第1項但し書の『強制の処分』の意義を論じる答案」(採点実感)

(3) あてはめ

本件所持品検査の態様は、Pが、甲の承諾を得ずに、「何で逃げたんだ。そのかばんの中を見せろ。」と言いながら、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り、本件かばんの中に入っていた書類を手で持ち上げ、その下から注射器を発見したというものである。これは、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探索するものと評価でき、その態様において「搜索」に至る行為といっていよう。

【良い答案の例】

- ☐ 「具体的事情を挙げて、これに適切な法的評価を加える答案」(採点実感)

(4) 結論

したがって、本件所持品検査は、令状なき搜索として令状主義(憲35、刑訴218I)に反し、違法である。

4 違法収集証拠排除法則・派生証拠の証拠能力

(1) 判断枠組み

ア 「次に、Pが注射器を発見した手続が違法であるとした場合には、かかる手続の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力にどのような影響を及ぼすのかという点が問題となることから、違法収集証拠排除法則についての基本的な理解及び鑑定書という派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、本件事例の具体的事実を適

切に評価して結論を出すことが求められる。この点については、違法収集証拠排除法則に関する最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁〔注：【百選88】〕）を踏まえて、違法収集証拠が排除される根拠（適正手続の保障、司法の廉潔性の保持、将来の違法捜査の抑止）、排除の判断基準、その際に考慮される要素等を論じる必要がある」（出題趣旨）。

「また、派生証拠の証拠能力については、違法性の承継論、毒樹の果実論、派生証拠にも端的に違法収集証拠排除法則を適用する考え方など、様々な立場があるが、いずれの立場に立つにせよ、自説及びその論拠を説得的に論じる必要がある」（出題趣旨）。

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について、平成27年出題趣旨は、「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（……昭和61年最判〔注：後掲最判昭61.4.25〕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とが見られる」とし、最判昭61.4.25【百選89】は、前者の考え方によるものといえるのに対し、最判平15.2.14【百選90】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述べている。

イ 本問では、あくまで鑑定書の証拠能力が問われているところ、鑑定書の取得手続（本件押収手続）自体に違法な点はないから、鑑定書の証拠能力を否定するためには、上記にあるような複数の理論構成のいずれかから説明することが必要である。

第1に、先行手続が違法である場合には後行手続も違法性を帯びる結果（違法性の承継論）、違法な後行手続によって取得した証拠（鑑定書）は違法収集証拠排除法則の適用によりその証拠能力が否定されると説明する方法（違法性の承継論→違法収集証拠排除法則パターン）である（H27出題趣旨にいう「前者の考え方」）。

第2に、違法な先行手続により得られた証拠（捜査報告書①②）は違法収集証拠排除法則の適用によりその証拠能力が否定される結果、かかる第1次証拠からの派生証拠である鑑定書の証拠能力も否定される（毒樹の果実論）と説明する方法（違法収集証拠排除法則→毒樹の果実論パターン）である。

第3に、派生証拠にも端的に違法収集証拠排除法則を適用する方法である（H27出題趣旨にいう「後者の考え方」に近いと思われる。）。

以下、順に見ていく。

【良い答案の例】

- ☐ 「最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日……）を踏まえて、違法収集証拠排除法則の根拠・排除の要件・考慮要素及び派生証拠の証拠能力に関する自説を示している答案」（採点実感）

【悪い答案の例】

- 「覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力が問題となっていることから、違法収集証拠排除法則のみならず、派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことが求められていたところ、そもそも、派生証拠の証拠能力が問題となっていることに気付いていない答案」（採点実感）
- 「派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことなく、漫然と違法収集証拠排除法則を当てはめる答案」（採点実感）

(2) 違法性の承継論→違法収集証拠排除法則パターン

ア 違法性の承継論

(7) 問題の所在

証拠能力の有無が問題となっている証拠の直接の証拠収集手続に違法な点はないが、それに先行する手続に違法がある場合、後行手続も違法性を帯びるか（【手続と手続の関係】）。

【悪い答案の例】

- 「違法性の承継論を採るのであれば、本件は、Pが本件かばんのチェックを開けて手を差し入れてその在中品を探った上、注射器を取り出したという違法な先行手続が行われ、引き続いて、捜査報告書①及び同②を疎明資料とする搜索差押許可状に基づき、覚醒剤（及びその鑑定書）という証拠が獲得（後行手続）された事案であると捉え、違法な先行手続の結果が後行手続に利用されていることを根拠に、後行手続に違法性が承継されたと考えて、違法収集証拠排除法則の適用の有無を検討することになるのに、違法が証拠に承継されるといった説明」（採点実感）をする答案

(4) 規範定立

直接の証拠収集手続に違法がなくても、これと強い因果性を有する先行手続が違法である場合に違法収集証拠排除法則が適用されないとすれば、同法則の趣旨が全うされない。そこで、先行手続が違法な場合において、先行手続と後行手続との間に強い因果性があるときは、先行手続の違法の程度を十分考慮して後行手続の違法性を判断すべきであると解される。

この点、最判昭 61.4.25【百選 89】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」と判示している点が参考になる。

なお、その後、最判平 15.2.14【百選 90】は、両手続に密接関連性があるか否かという実質的な観点から判断しており、「同一目的」「直接利用」は、先行手続と後行手続の密接関連性を判断するファクターの1つに過ぎないとする見方が有力である。

(ウ) あてはめ

本件において、職務質問及び所持品検査（先行手続）と、それに引き続く甲の任意同行及び本件押収手続（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ているといえる。また、本件押収手続に係る令状は、甲の任意同行後に作成された捜査報告書①及び②を疎明資料として請求されたものであり、同報告書①及び②がなければ発付されなかったといえるから、後行手続は先行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える。

(I) 結論

したがって、後行手続たる本件押収手続も違法性を帯びる。

イ 違法収集証拠排除法則

(7) 問題の所在

本件押収手続が違法だとすると、これにより得られた鑑定書の証拠能力は否定されるのではないか、違法収集証拠排除法則の適否が問題となる。

(4) 規範定立

違法収集証拠排除法則とは、証拠採取手続に違法があった場合に、その結果得られた証拠の証拠能力を否定するという原則である。違法収集証拠排除法則には明文の規定はないが、i 司法の廉潔性の保持、ii 将来における違法捜査の抑止、及び iii 適正手続保障（憲31）を理論的根拠として認められると考えられている。

この点について、判例（最判昭 53.9.7【百選 88】）は、「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っても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである〔注：実体的真実発見の要請〕。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると〔注：適正手続保障の要請〕、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①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」と判示している。

また、最判昭 61.4.25【百選 89】も昭和 53 年最判を引用し、「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」と判示している。

判例が違法収集証拠排除法則の理論的根拠をどのように捉えているのかは不明確であり、また、要件①②の関係をどう捉えているのかも不明確であるため、学説上様々な解釈が存在する。①と②は選択的な要件(①又は②)だとする見解(A説)、①と②は重疊的な要件(①かつ②)だとする見解(B説)など様々主張されているが、試験対策上はB説で良いだろう。B説の中でも、排除法則の理論的根拠につき、要件①がi司法の廉潔性の保持、要件②がii将来における違法捜査抑止に対応しているとみる見解が有力である。

(ウ) ①違法重大性

違法の重大性を検討するに当たっては、まず、客観的な側面として、i法規からの逸脱の度合い、ii違法行為により侵害された利益の性質・程度、iii違法行為がなされた状況(緊急性の有無)、iv他の適法な押収の可能性の有無、次に、主観的な側面として、v令状主義潜脱の意図の有無、vi違法行為を糊塗する意図の有無等の諸般の事情を総合衡量して判断する。

本件では、甲に薬物事犯の前科があることが判明していること、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、Pが本件バッグの在中物の確認を求めると逃走したことからすれば、本件バッグの在中物が覚醒剤であるとの嫌疑は高まっていたといえ、本件所持品検査の必要性・緊急性が認められる(iii)。

もっとも、上記で検討したように、本件所持品検査の態様は、本件バッグの在中物を手で探るものであるところ、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為といえ、捜索に該当するものである(i、ii)。また、甲は任意の所持品検査を拒否していたにもかかわらず、Pは半ば強引に本件バッグを開披して中を見たのであるから、Pに令状主義を潜脱する意図があったことを推認させる(v)。実際に、その後にPが作成した捜査報告書②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のであるから、Pが意図的にかかる事実を記載しなかったとみるのが自然であり、Pにおいて本件所持品検査が違法であることを認識していたことを示すものといえる(vi)。

したがって、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違法があるといわざるを得ないから、本件押収手続も重大な違法性を帯びる(①充足)。

(I) ②排除相当性

排除相当性を検討するに当たっては、i違法行為と証拠獲得との因果性、ii手続違反がどの程度頻発しているか、iii事件の重大性、iv証拠の重要性等の諸般の事情を総合衡量して判断するとされるが、要件①が認められる場合には通常、要件②も認められるというべきである。もっとも、仮に重大な違法行為が偶発的なもので、将来における反復可能性がないような場合には、違法捜査抑止の観点から排除する必要もなく、証拠能力が認められる余地もある。

本件の違法行為は、偶発的なものであると評価できる事情はないから、将来における違法捜査抑止の見地からも相当でないと認められるだろう（②充足）。

なお、最判昭 61.4.25【百選 89】は、「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ぜ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」としながら、「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応答しなかっ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って、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」と判示し、証拠能力を肯定している。

【悪い答案の例】

- 「先行手続の違法の重大性のみを検討したりするなど、違法性の承継論の論理が示されていない答案」（採点実感）

(3) 違法収集証拠排除法則→毒樹の果実論パターン

ア 違法収集証拠排除法則

(7) 問題の所在

次に、違法な先行手続により得られた証拠（捜査報告書①②）は違法収集証拠排除法則の適用によりその証拠能力が否定される結果、かかる第1次証拠からの派生証拠である鑑定書の証拠能力も否定される（毒樹の果実論）と説明する方法（違法収集証拠排除法則→毒樹の果実論パターン）について検討する（【証拠と証拠の関係】）。

(4) 規範定立

違法収集証拠排除法則の一般論については、上記(2)イを参照されたい。

(5) 当てはめ

上記(2)イのとおり、本件所持品検査には重大な違法があり、また、将来の違法捜査抑止の観点からも排除することが相当といえるから、これにより得られた本件捜査報告書①及び②の証拠能力は否定されるだろう。

イ 毒樹の果実論

(7) 問題の所在

違法収集証拠から派生して証拠が発見・収集された場合、当該証拠（派生証拠）の証拠能力はどう判断されるべきか。

【悪い答案の例】

- 「毒樹の果実論を採るのであれば、第1次証拠と第2次証拠の間の関連性の程度が基準となるはずなのに、違法な「手続」と「証拠」の間の関連性の程度を基準としている答案」（採点実感）

(イ) 規範定立

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骨抜きにするため妥当ではない。他方で、実体的真実発見の要請の見地からすると、違法収集証拠と何らかの関連性があれば全て証拠能力を否定するというのも妥当でない。そこで、i 第一次的証拠の収集方法の違法の程度、ii 収集された第二次的証拠の重要さの程度、iii 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と解される（最判昭 58.7.12 伊藤正已裁判官補足意見）。

なお、毒樹の果実論に立つ場合には、どの証拠が第一次的証拠と考えられるのかに留意しながら論述する必要がある。本件所持品検査において注射器が発見されているが未回収であるため、本件捜査報告書①及び②が第一次的証拠となる点に留意しよう。

(ウ) 当てはめ

i 第一次的証拠の収集方法の違法の程度

上記の通り、本件所持品検査は、令状主義の精神を没却する重大な違法がある。

ii 収集された第二次的証拠の重要さの程度

白色結晶が覚醒剤である旨の鑑定書は、甲が覚醒剤取締法違反（所持）の罪を犯したことを立証し得る唯一の証拠であるから、その重要性は高いといえる。

iii 第一次的証拠と第二次的証拠との関連性の程度

第二次的証拠たる覚醒剤及び鑑定書は、第一次的証拠たる本件捜査報告書①及び②を疎明資料として発付された本件令状に基づく本件押収手続により発見されたものであるから、関連性は認められるとも思える。

しかし、令状審査という適法な司法審査の介在により、両証拠間の関連性は希釈されるのではないか（希釈化の法理）。

本問では、搜索差押許可状の請求に当たって、捜査報告書①及び②が疎明資料として提出されているところ、同①には、覚醒剤の密売拠点であると疑われるアパートから出てきた人物から甲が封筒を受け取っているなど、覚醒剤を所持している可能性が高いことをうかがわせる事情が記載されている一方で、同②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から注射器を発見したことが記載されていない。仮に①②を別個の捜査報告書とみるのであれば、捜査報告書①の作成経緯には特段違法な点はないため、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希釈されたと見る余地がある。しかし、捜査報告書①②はともに職務質問・所持品検査という一連の先行手続に関する捜査報告書であるから、これを別個の捜査報告書と見るのは妥当とはいえないだろう。そのように考えれば、全体として1つの捜査報告書が令状発付の唯一の疎明資料となるのであるから、両証拠間の関連性が希釈されたとはいえず、なお密接な関連性を有するといえる。

【悪い答案の例】

- 「Pの行為ないし注射器との密接関連性を議論するに当たって、どの立場に立つにせよ、疎明資料として用いられた捜査報告書①には、覚醒剤の密売拠点であると疑われるアパートから出てきた人物から甲が封筒を受け取っているなど、覚醒剤を所持している可能性が高いことをうかがわせる事情が記載されている一方で、捜査報告書②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から注射器を発見したことが記載されていない点につき、これらの事実がどのような意味を有するのかを丁寧に検討する必要があるところ、これらの事実に触れずに、Pが注射器を発見した行為は令状主義に反するから重大な違法があるなどと安易に結論付ける答案」（採点実感）

(4) 派生証拠にも端的に違法収集証拠排除法則を適用するパターン

この見解は、①違法性の承継を認定することが理論上不可欠のものとはいえないこと、②違法な一次証拠の派生証拠と捉える必然性もないことを理由として、端的に違法手続と因果性を有する証拠の証拠能力の有無を検討するというものである。

最判平 15.2.14【百選 90】は、採尿手続に先行する逮捕手続に重大な違法があったと認定した上で、採尿手続により得られた尿及び鑑定書について、「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」と判示し、尿及び鑑定書の証拠能力を否定している。もっとも、本判例の事案は、逮捕手続が別の被疑事実に関する手続であり、採尿手続との間に「同一目的・直接利用」の関係を認めることが困難だったことや、逮捕手続自体は証拠採取手続ではなく、逮捕によって収集された一次証拠が存在しないことから尿及び鑑定書を「派生証拠」と捉えることも困難であったという事情があり、違法性の承継論や毒樹の果実論を採用できない背景があったとの指摘もある。

第3 設問2

1 問題の所在

本問は捜査①②ともに、ビデオ撮影の適法性を問うものである。一般にビデオ撮影は、一定の場所・物・人の身体につき、その存在や形状・状態・性質等を五官の作用によって認識する行為といえるから、検証の性質を有するといえる。検証は強制処分 of 1つであり、令状に基づいて行われるのが原則である。令状なき検証も例外的に許容される場合があるが（218Ⅲ、220）、本件各ビデオ撮影はこれらの条文に該当しない。そこで、仮に各ビデオ撮影が「強制の処分」（197 I ただし書）に該当するのであ

れば、無令状で実施されている捜査①及び捜査②は令状主義に反し違法となるところ、「強制の処分」の意義をいかに解するかが刑訴法上明らかでなく問題となる。

【良い答案の例】

- 「各ビデオ撮影が検証類似の性質を有すること、無令状での検証は刑訴法第218条第3項及び同法第220条に規定されているだけであることを踏まえ、これらの条文に該当しない各ビデオ撮影が同法第197条第1項但し書の「強制の処分」に該当するなら、無令状で実施されている【捜査①】及び【捜査②】は令状主義に違反して違法となるため、強制処分の意義、任意処分としての適法性の限界が問題となることを明確に論じ……ている答案」（採点実感）

【悪い答案の例】

- 強制処分性が問題となる理由が示されていない答案
- 「当該捜査が強制処分か任意処分かを検討するに当たり、それが実定法上のいかなる規定・原則との関係で問題になるかをおよそ意識していない答案」（H30 採点実感）

2 強制処分該当性

(1) 規範定立

ア 強制処分法定主義の趣旨

規範を定立するに当たっては、以下に示す「判例や関連する刑訴法の条文〔注：197 I ただし書〕の解釈などを意識しつつ、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論述することが求められる」（出題趣旨）。そのため、いずれの見解に立つとしても、強制処分法定主義（197 I ただし書）の趣旨から論じることが肝要である。

強制処分法定主義の趣旨は、強制処分が個人の重要な権利利益を侵害するものであるため、国民の代表者からなる立法機関において捜査機関の権限を明定することにより、不当な人権侵害を防止する点にあるとされている。答案作成に当たっては、判断基準を導く理由づけとしてこの点に触れるべきである。

【悪い答案の例】

- 「刑事訴訟法第197条第1項ただし書の「強制の処分」の解釈論として論じつつも、同項ただし書のいわゆる強制処分法定主義の意義についての理解を十分に示せていない答案」（H30 採点実感）

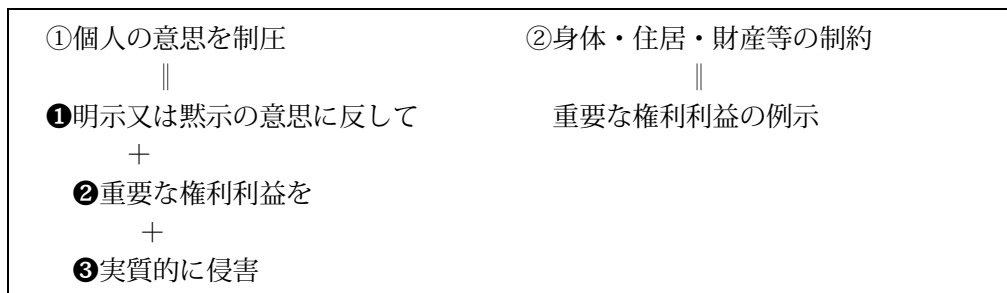
イ 判例における強制処分の意義

最決昭51.3.16【百選1】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、①個人の意思を制圧し、②身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、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」と判示している。

ウ 学説の理解

この判例の読み方については、さまざまな学説が対立しているが、大別すると、①の点を重視するのか、②の点を重視するのか、で見解が分かれている。

(7) ①の点を重視する見解（意思制圧説）



①「個人の意思を制圧」の意味について、「制圧」という語感からすれば、明示された拒絶の意思を排除して処分を実施することを意味するとも思えるが、密行的になされる捜査手法との関係では、処分の存在を知り得ない対象者が拒絶の意思を明示することはあり得ず、これを制圧することも考えられない。したがって、密行的な捜査手法の強制処分性を論じるに際しては、①の要素は考慮されないとの理解も成り立ち得るところであり、現に最高裁は、最決昭和 51 年以降に示された、電話検証や、梱包荷物に対するエックス線検査についての判断の中で、それぞれの強制処分性を肯定するに当たっては、①の要素に言及していない。もっとも、最大判平 29.3.15【百選 31】は、処分の存在を知り得ない者を対象に実施される GPS 捜査との関係でも、それが対象者の意思を制圧して行われる処分であることを明言した上でその強制処分性を肯定した。同判例からは、少なくとも明示の拒絶意思を制圧する可能性がない態様で行われる処分（密行的になされる処分）だからといって、強制処分性を否定する理由にはならない。また、仮に、明示された拒絶の意思を排除して処分を実施する場合のみを「制圧」と解すると、被処分者が気絶している場合にはおよそ強制処分ではなくなることになるが妥当でないといえる。そこで、「個人の意思を制圧し」とは、現に明示された意思を制圧している場合だけでなく、相手方に反対意思の形成機会を与えず、相手方の重要な権利・利益を実質的に侵害する場合は、明示された意思を制圧するものと価値的に同視できるため、かかる場合も含むと解される。

あてはめに際しては、以下の検討手順を踏まえるといよい。

①（明示又は）黙示の意思に反することを認定する

当該処分が合理的に推認される個人の意思に反することを示す。

②憲法上保障される重要な権利利益の侵害があるかを検討する

憲法上保障される基本的人権か否かがメルクマールとなる。この点に関し、最大判平 29.3.15【百選 31】が、「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」と判示している点が参考になる。

③被侵害利益が重要であればあるほど、黙示の拒絶意思はより強固のものと合理的に推認されるから、明示的な拒絶意思を制圧した場合と価値的に同視

でき、「個人の意思を制圧」したと言えることになる（公道にいる対象者をビデオ撮影する場合と自室にいる対象者をビデオ撮影する場合を比べると、ともにみだりに容貌等を撮影されない自由を侵害し得るが、後者の権利の方がより重要といえるだろう。）。

②「身体、住居、財産等」とは、代表的な権利・利益を例示したものであり、「制約を加えて」とは、これらの権利がいずれも憲法 33 条や 35 条が保障する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いうべき重要な権利・利益に対する制約があることを意味している。

(4) ②の点を重視する見解（重要な権利利益侵害説）

①個人の意思を制圧	②身体・住居・財産等の制約
①明示又は黙示の意思に反して (通常合理的意思に反する)	②重要な権利利益を +
	③実質的に侵害

判例の定義を敷衍し、「強制的処分」とは、①相手方の明示又は黙示の意思に反して、②重要な権利・利益を実質的に制約する処分をいうと解する見解も有力である。

①については、判例にいう「意思を制圧し」を「意思に反して」と読み替えたものである。このように読み替えられる理由としては、少なくとも相手方の意思に反することは強制処分である以上当然の前提であることが挙げられている。このような理解からは②の検討が重要視される。

あてはめの際には、被処分者が明示的に拒絶の意思を示していればそれを指摘し、明示的な拒絶がない場合でも、通常は被処分者の推定的承諾が認められることはないだろうから、その点を指摘すればよい。

②について、「重要な」権利・利益とされる理由について、現在の有力な学説は、現に刑事訴訟法が定めている強制処分との対比（それらと同程度に厳格な要件・手続を定めて保護するに値するだけの権利・利益）や最決昭 51.3.16【百選 1】で被制約利益として例示されている「身体、住居、財産」が憲法第 33 条及び同法第 35 条が保障するような重要で価値が高いものであることから、単なる権利・利益の制約ではなく、一定の重要性を求めているのだと説明される（H27 採点実感参照）。

あてはめに際しては、上記②③を順に検討すればよい。

【良い答案の例】

- ☐ 「刑訴法の条文の解釈や関連する最高裁判所の判例（最決昭和 51 年 3 月 16 日……、最決平成 20 年 4 月 15 日……等）を意識した法解釈を示し……ている答案」（採点実感）

【悪い答案の例】

- ☐ 「自説の根拠が説得的に論じられていない答案」（採点実感）

- 「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が、これらの基準の文言を誤って理解している答案」(H30 採点実感)
- 「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」(H30 採点実感、H27 採点実感参照)

(2) あてはめ—捜査①

あてはめの際には、各ビデオ撮影により侵害される権利・利益の性質を踏まえた論述が求められる。

捜査①は、喫茶店内において対象者の明示的な承諾なく、対象者の容貌等をビデオ撮影するというものであって、対象者が捜査機関から容貌等を撮影されることについて承諾することは通常考え難いことから、相手方の黙示の意思に反する(❶)。

また、何人も個人の私生活上の自由(憲13後段)の1つとして、対象者の承諾なしにみだりにその容貌・姿態を撮影されない自由を有するところ(最大判昭44.12.24参照)、捜査①は、対象者にかかる自由を制約し得るものといえる(❷)。もっとも、不特定多数の客が集まる喫茶店内は、他人から容貌等を観察されることをある程度受任せざるを得ない場所といえるから、かかる自由の要保護性は低下するといえる。そのため、重要な権利利益を実質的に制約するとはいえない(❸)。

したがって、捜査①は、「強制の処分」に当たらない。

【良い答案の例】

- 「事例中に現れた具体的事情を的確に抽出、分析して結論を導いている答案」(採点実感)

【悪い答案の例】

- 「各ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益を単に『プライバシー』と論述するのみでその内実に対する理解が示されていない答案」(採点実感)
- 「判例のいう『個人の意思の制圧』の側面については、ビデオカメラによる撮影が撮影対象者に認識されることなく行われており、現実には撮影者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」(H30 採点実感)

- 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、本件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、対象者のいかなる「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（H30 採点実感参照）

(3) あてはめ—捜査②

玄関ドアの開閉に伴って部屋の内部が不可避免に見えてしまうという点について、私的領域へ介入されない自由が侵害され得るが、実質的に侵害されていると評価するか否かによって強制処分性に関する結論が変わり得るといえる。

ア 強制処分性を肯定する場合の例

捜査②におけるビデオ撮影の態様は、本件アパート 201 号室の玄関ドアが開けられるたびに、玄関内側や奥の部屋に通じる廊下が映り込むというものであって、対象者が捜査機関から私的領域たる部屋内部を撮影されることについて承諾することは通常考え難く、推定的承諾があったともいえないから、相手方の黙示の意思に反する（①）。

次に、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される（最大判平 29.3.15【百選 31】）ところ、上記態様からすれば、住居という私的領域に侵入されることのない権利を侵害し得るものであるから、重要な権利利益を侵害し得る（②）。

では、実質的な侵害があるといえるか。確かに、本件アパート 201 号室の玄関ドアは公道に面していることからすれば、一定程度公道の通行人から観察されることもありえ、上記自由の要保護性は低いとも思える。しかし、本件アパート 201 号室は 2 階にあるのだから、日常的に通行人から観察され得るとまでは言い難いといえ、上記自由の要保護性はなお高い。加えて、捜査②で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に通じる廊下が映り込んでいた。確かに、部屋内部が一部映像に映り込んだとしても、それだけでは、内部の詳細な状況まで把握することは困難といえる。しかし、捜査②は、令和 5 年 10 月 3 日から同年 12 月 3 日までの 2 か月もの長期に渡り、毎日 24 時間 201 号室の玄関ドアを撮影し続けるものである。乙らは捜査②の継続中、201 号室を出入りし同玄関ドアを開けることが予想されるところ、その出入りのたびに、反復継続的に部屋内部が撮影され、部屋内部に関する情報が蓄積していくことになる。そうすると、P は部屋内部の様子に関し相当具体的に認識することが可能になり、捜査②は乙らの私的領域に深く侵入するものといえる。したがって、重要な権利利益を実質的に侵害するといえる（③）。

よって、「強制的処分」に当たる。

【悪い答案の例】

- 「ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益につき、撮影されているのが玄関ドアの開閉に伴って不可避免に見えてしまう部分であることなど

の事情を捨象し、単に『私的領域への侵入』という言葉や撮影期間の長さだけをもって強制処分と結論付ける答案」(採点実感)

イ 強制処分性を否定する場合の例

捜査②におけるビデオ撮影の態様は、本件アパート201号室の玄関ドアが開けられるたびに、玄関内側や奥の部屋に通じる廊下が映り込むというものであって、対象者が捜査機関から私的領域たる部屋内部を撮影されることについて承諾することは通常考え難く、推定的承諾があったともいえないから、相手方の黙示の意思に反する(❶)。

また、確かに、撮影の態様は、同室玄関ドアが開けられるたびに、玄関内側や奥の部屋に通じる廊下が映り込むものであったが、玄関や廊下は、居室や寝室に比べて特に秘匿性の高い部分とは言えないし、玄関は公道に面していたことからすれば、通行人や訪問者に玄関内部を観察され得ることがあることは乙らにとっても十分想定し得るものであるから上記権利の要保護性は低い。したがって、重要な権利利益の侵害があるとまでは評価できない(❷不充足)。

よって、「強制の処分」に当たらない。

(4) 強制処分に当たると判断した場合の処理—令状の種類

捜査②が「強制処分に至っていると評価する場合には、法定された強制処分の類型に該当するか否か等を検討する必要がある」(出題趣旨)。

一般にビデオ撮影は、一定の場所、物、人の身体につき、その存在や形状、状態、性質等を五官の作用(特に視覚)によって認識する行為といえるから、検証の性質を有するといえる。したがって、検証令状が必要となるところ、令状なく実施されている捜査②は、令状主義に反し違法となる。

3 任意処分の限界

(1) 判断枠組み

捜査①及び②が強制処分に当たらないと評価する場合であっても、各捜査活動により何らかの権利・利益を侵害し又は侵害するおそれがあるため、無制約に許容されるものではなく、任意捜査において許容される限界内のものか否かを検討することになる。

最決昭51.3.16【百選1】は、「強制手段にあたらない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」と判示している。

この許容性については、同判例を踏まえれば、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権利・利益の侵害の内容・程度と、同目的を達成するために当該手段を採用の必要性とを比較衡量し、具体的状況の下で相当と認められるか否かを検討することになる。

【悪い答案の例】

- 「刑訴法の条文、比例原則、昭和51年決定や平成20年決定などを踏まえて、特定の捜査手段により対象者に生じ得る権利・利益の侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するために当該手段を採る必要性とを比較衡量し、具体的状況のもとで相当と認められるか否かを検討することになるところ、昭和51年決定をあらゆる任意処分^①の適法性を判断する一般原則であるかのように、漫然と、必要性、緊急性及び相当性を列挙する答案」(採点実感)

(2) あてはめ

本問では、以上の「解釈の枠組みを適切に示した上で、本件事例の具体的状況下におけるビデオ撮影の適法性を論述することになるが、その際には、……事例中に現れた具体的事実を的確に抽出し、分析して結論を導く必要がある。すなわち、各ビデオ撮影の適否の結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの事実が持つ意味を的確に評価して論じなければならない」(出題趣旨)。

ア あてはめの際に参考となる裁判例

① 最決平 20.4.15【百選9】

同判例は、捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容貌、体型等をビデオ撮影した行為について、「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り、いずれも、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うべきである」と判示している。同判例は、強制処分該当性には触れていないが、当該撮影が任意処分であることを前提に判断したものと解されている。

② さいたま地判平 30.5.10

同裁判例は、約7か月間、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時間連続で撮影した行為の適法性が問題となった事案である。本件撮影は、平成27年7月21日に発生した盗品等運搬事件につき逮捕状が出されていた(被告人とは別人の)Aの逮捕に向けて、Aの所在確認及び行動パターン把握のために行われたものであり、その撮影範囲は、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。

このような事案において、同裁判例は、「本件撮影が類型的に強制処分に当たるとまではいえないものの」、「前記の事情を前提に検討すると、まず、……本件撮影開始時点において、A 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 A の所在や行動パターンを把握する必要がある、そのためには被告人方前をビデオ撮影する必要があったことが認められる」が、「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」と判示している。

イ 捜査①について

捜査①については、喫茶店における当該ビデオ撮影により制約を受ける権利・利益の内容や性質、その制約の程度がいかなるものであるのかを明示し、アパートに出入りする人物と乙の同一性を明らかにするという捜査目的を達成するための手段として、目視や写真撮影ではなくビデオ撮影という方法を用いることの意味を踏まえた論述が求められることになる。

(7) ビデオ撮影の必要性・緊急性に関する事情

- ・本件アパート 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たこと
- ・P が本件アパート 201 号室に関する捜査を実施したところ、同室の賃貸借契約の名義人が乙であることが判明したこと
- ・乙には覚醒剤取締法違反（所持）の前科があること

→以上の事実から、捜査機関において乙が覚醒剤の密売に関与してい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る。

- ・乙の首右側に小さな蛇のタトゥーがあることが判明したこと
- ・P が本件アパートの張り込みを開始したところ、本件アパート 201 号室に入った男性の顔が乙の顔と極めて酷似していたこと

→以上の事実から、同男性の首右側にタトゥーが入っているか否か及びその形状を確認できれば同男性が乙であると特定できることから、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必要性があったといえる。

- ・乙の首右側に小さな蛇のタトゥーがあることが判明したこと

→目視だけでは同一性を基礎付けるための客観的な証拠として足りないこと、写真撮影では、タトゥーが小さく、かつ、首右側にあるため、対象者の姿勢や動き方次第では同一性を判別することが困難であることから、ビデオ撮影

によりある程度の時間、断続的に撮影してその同一性を判断するための証拠を確実に押さえる必要があった。

(イ) 制約を受ける権利・利益の内容や性質に関する事情

・喫茶店の管理権

→同店店長の承諾を得ている以上、侵害しない。

・乙の後方の客の様子が映っていたこと

→当該客の容貌等を撮影されない自由を侵害しないかも問題となり得るが、不特定多数の客が集まる喫茶店内において被告人の容貌等を撮影することを目的としてなされたものであり、通常、人が他人から容貌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ものであるし、同店を管理する店長の承諾も得ているため、要保護性は減少しているといえる。

・乙の容貌等を撮影されない自由

→不特定多数の客が集まる喫茶店内において被告人の容貌等を撮影することを目的としてなされたものであり、通常、人が他人から容貌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ものであるから、要保護性も減少している。

・撮影時間が約 20 秒であること

→タトゥーが小さく、かつ、首右側にあるため、対象者の姿勢や動き方次第では同一性を判別することが困難であることから、ビデオ撮影によりある程度の時間、断続的に撮影してその同一性を確実に押さえる必要があるところ、約 20 秒という時間はそのために必要最小限度といえる。

【悪い答案の例】

- ☐ 「捜査の必要性や、目視や写真撮影ではなくビデオ撮影という方法を採用の必要性について十分検討せず、主に喫茶店という場所の公共性のみをもって相当性を認めるにとどまっている答案」(採点実感)

ウ 捜査②について

「【捜査②】については、【捜査①】において制約を受ける権利・利益の内容や性質との相違、捜査目的の相違、ビデオ撮影の期間や態様の相違を意識しつつ、

【捜査①】の場合と同様、制約を受ける権利・利益の内容や性質、その制約の程度がいかなるものであるのかを明示し、アパートに出入りする人物と乙との共犯関係、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という捜査目的を達成するための手段として、約2か月間にわたって24時間継続撮影するという方法を用いることの意味や、その際に玄関内部や奥の部屋に通じる廊下が映り込んでいたことの意味などを踏まえた論述が求められることになる」(出題趣旨)。

(7) ビデオ撮影の必要性・緊急性に関する事情

- ・本件アパート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たこと
- ・本件アパートに出入りしている男性が乙だと判明したこと

- ・組織的な覚醒剤密売は密行性が高いため秘密裏に捜査を進める必要があること
- 以上の事情からすれば、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し、その状況をビデオ撮影することにより証拠化する必要があるといえる。
- ・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一方で、その公道の反対側には 3 階建てのビルが建っており、同ビル 2 階の部屋の公道側の窓からは、本件アパート 201 号室の玄関ドアが見通せたこと
- 気付かれてしまっは上記捜査の目的を達成できないため、秘密裏にビデオ撮影を行う必要性もあったといえる。
- (4) 制約を受ける権利利益の内容や性質に関する事情
- ・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に通じる廊下が映り込んでいたこと
- 単純に公道上でのみ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い。
- ・約 2 か月間、毎日 24 時間撮影し続けたこと
- 約 2 か月という長期間にわたり、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いえる。
- ・本件アパート 201 号室の玄関ドアは公道側に向かって設置されていたこと
- ある程度公道の通行人等から観察されることもあれば、要保護性は低いといえる。
- ・本件アパート 201 号室は 2 階にあること
- 通行人から日常的に観察され得るとは言い難いから、なお要保護性は高いといえる。

【悪い答案の例】

- ☐ 「玄関ドアの開閉に伴って住居の内部が見えてしまっている点に全く配慮されていない答案」(採点実感)
- ☐ 「捜査の必要性やビデオ撮影という方法を採用の必要性について十分検討せず、撮影期間の長さだけに着目して違法と結論付ける答案」(採点実感)
- ☐ 「単純に強制処分に該当するから違法、あるいは、強制処分に該当するのに令状を取得していないから違法として、なぜ違法なのか、なぜ令状が必要なのかについての説明がない答案」(採点実感)

出題趣旨

本問は、覚醒剤取締法違反を素材として、捜査及び公判に関する具体的事例を示し、各局面で生じる刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに具体的結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法（以下「刑訴法」という。）に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問1〕は、甲から押収した覚醒剤の鑑定書の証拠能力を論じさせることにより、所持品検査の限界及び違法収集証拠排除法則に対する理解と具体的事案への適用能力を試すものである。

本問では、鑑定の対象となった覚醒剤は、裁判官が発付した搜索差押許可状により差し押さえられたものであり、差押手続それ自体には違法性が認められないものの、これに先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、甲所持のかばん（以下「本件かばん」という。）のチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り上げていることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを適切に把握した上で、その証拠能力の有無について論じる必要がある。

まず、Pが注射器を発見した手続については、その法的性質は警察官職務執行法（以下「警職法」という。）上の職務質問及びそれに付随する所持品検査であると考えられることから、所持品検査の限界が問題となるところ、所持品検査の適法性が争われた事案に関する最高裁判所の判例（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁）や関連する警職法の条文の解釈などを意識しつつ、具体的事情を挙げて、これに適切な法的評価を加えて論じる必要がある。

次に、Pが注射器を発見した手続が違法であるとした場合には、かかる手続の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力にどのような影響を及ぼすのかという点が問題となることから、違法収集証拠排除法則についての基本的な理解及び鑑定書という派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、本件事例の具体的事実を適切に評価して結論を出すことが求められる。

この点については、違法収集証拠排除法則に関する最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁）を踏まえて、違法収集証拠が排除される根拠（適正手続の保障、司法の廉潔性の保持、将来の違法捜査の抑止）、排除の判断基準、その際に考慮される要素等を論じる必要がある。また、派生証拠の証拠能力については、違法性の承継論、毒樹の果実論、派生証拠にも端的に違法収集証拠排除法則を適用する考え方など、様々な立場があるが、いずれの立場に立つにせよ、自説及びその論拠を説得的に論じる必要があろう。

そして、こうした解釈の枠組みの下で、所持品検査の違法性の判断から覚醒剤の鑑定書の証拠能力の判断に至る過程を論じることになるが、その際には、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出し、分析して結論を導く必要がある。そして、証拠能力を認めるか、それとも認めないかという結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列するのではなく、それぞれの事実が持つ意味を的確に評価して論じなければならない。例えば、本問では、搜索差押許可状の請求に当たっ

て、捜査報告書①及び同②が疎明資料として提出されているところ、同①には、覚醒剤の密売拠点であると疑われるアパートから出てきた人物から甲が封筒を受け取っているなど、覚醒剤を所持している可能性が高いことをうかがわせる事情が記載されている一方で、同②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から注射器を発見したことが記載されていない点につき、これらの事実がどのような意味を有するのかを丁寧に検討することが求められる。また、派生証拠の証拠能力については、自説との論理的整合性が求められており、例えば、毒樹の果実論に立つ場合には、どの証拠が一次証拠と考えられるのかに留意しながら論述する必要がある。

〔設問2〕は、いずれもビデオ撮影の適法性を問うものである。すなわち、【捜査①】では、覚醒剤の密売所の疑いのあるアパートの一室に出入りする人物と乙の同一性を確認するために、同アパートから出てきた人物が入った喫茶店において、同人の容ぼうをビデオカメラで撮影しており、【捜査②】では、乙と同アパートに出入りする人物との共犯関係、覚醒剤の搬入状況などの組織的な覚醒剤密売の実態を明らかにするために、近隣のマンションの一室から同アパートの一室の玄関ドアやその周辺を継続撮影しているところ、こうした撮影行為の適法性を問うことにより、強制処分と任意処分を区別する基準、強制捜査又は任意捜査の適否の判断方法についての理解と、その具体的事実への適用能力を試すものである。

この点に関し、写真撮影やビデオカメラによる撮影の適否が問題となった事案に関する最高裁判所の判例は、それらの撮影が強制処分に該当するか否かを明示的に判断することなく、当該事案においては令状によらずに適法にこれらを実施することが許されるとしている（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）。他方、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」と判示している（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁、以下「昭和51年決定」という。）。本問においても、これらの判例や関連する刑訴法の条文の解釈などを意識しつつ、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論述することが求められる。

その上で、まず、【捜査①】及び【捜査②】が強制処分か否かを検討することになるが、その際には、各ビデオ撮影により侵害される権利・利益の性質を踏まえた論述が求められる。そして、これらの捜査が強制処分に至っていると評価する場合には、法定された強制処分の類型に該当するか否か等を検討する必要がある。

他方、任意処分にとどまると評価する場合であっても、各捜査活動により何らかの権利・利益を侵害し又は侵害するおそれがあるため、無制約に許容されるものではなく、任意捜査において許容される限界内のものか否かを検討することになる。この許容性については、昭和51年決定を踏まえれば、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権利・利益の侵害の内容・程度と、同目的を達成するために当該手段を採る必要性とを比較衡量し、具体的状況の下で相当と認められるか否かを検討することになる。

本問では、こうした解釈の枠組みを適切に示した上で、本件事例の具体的状況下におけるビデオ撮影の適法性を論述することになるが、その際には、〔設問1〕と同様、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出し、分析して結論を導く必要がある。すなわち、各ビデオ撮影の適否の結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの事実が持つ意味を的確に評価して論じなければならない。

【捜査①】については、喫茶店における当該ビデオ撮影により制約を受ける権利・利益の内容や性質、その制約の程度がいかなるものであるのかを明示し、アパートに出入りする人物と乙の同一性を明らかにするという捜査目的を達成するための手段として、目視や写真撮影ではなくビデオ撮影という方法を用いることの意味を踏まえた論述が求められることになる。また、【捜査②】については、【捜査①】において制約を受ける権利・利益の内容や性質との相違、捜査目的の相違、ビデオ撮影の期間や態様の相違を意識しつつ、【捜査①】の場合と同様、制約を受ける権利・利益の内容や性質、その制約の程度がいかなるものであるのかを明示し、アパートに出入りする人物と乙との共犯関係、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という捜査目的を達成するための手段として、約2か月間にわたって24時間継続撮影するという方法を用いることの意味や、その際に玄関内部や奥の部屋に通じる廊下が映り込んでいたことの意味などを踏まえた論述が求められることになる。

採点実感

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判において生じる刑事手続上の問題につき、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に必要な法解釈・法適用に当たって重要な具体的事実を抽出して分析した上、これに的確な法解釈により導かれた法解釈を適用して、一定の結論を論理的かつ説得的に論述することが求められており、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法（以下「刑訴法」という。）に関する基本的学識、事案分析能力、法解釈適用能力、論理的思考力及び論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、甲から押収した覚醒剤の鑑定書の証拠能力を論じさせることにより、所持品検査の限界及び違法収集証拠排除法則に対する理解と具体的事案への適用能力を試すものである。ここでは、鑑定の対象となった覚醒剤が裁判官発付の搜索差押許可状により差し押さえられたものであり、差押手続それ自体には違法性が認められないものの、これに先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、甲所持の手提げかばん（以下「本件かばん」という。）のチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り出していることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを適切に把握した上で、Pが注射器を発見した手続の適法性につき、具体的事情を挙げながら、これに適切な法的評価を加えて論じる必要がある。そして、この点に関する自己の結論をもとに、違法収集証拠排除法則に対する基本的な理解及び鑑定書という派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、本件事例の具体的事実を適切に評価して結論を出すことが求められる。

〔設問2〕は、【捜査①】では、覚醒剤の密売所の疑いのあるアパートの一室に出入りする人物と乙の同一性を確認するために、同アパートから出てきた人物が入った喫茶店において、同人の容ぼうをビデオカメラで撮影した行為【捜査①】、乙及び同アパートに出入りする人物との共犯関係、覚醒剤の搬入状況などの組織的な覚醒剤密売の実態を明らかにするために、近隣のマンションの一室から同アパートの一室の玄関ドアやその周辺を継続撮影した行為【捜査②】について、各撮影行為の適法性を問うものである。ここでは、写真撮影やビデオカメラによる撮影の適否が問題となった事案に関する最高裁の判例に留意しつつ、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及び任意処分の限界を論述することが求められる。

採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

前記各設問は、いずれも、捜査及び公判に関して刑訴法が定める制度・手続及び関連する判例の基本的な理解（なぜ判例がそのような論理構成・判示をしているのかという理由も含めて）に関わるものであり、既に公表済みの出題の趣旨で挙げた最高裁判例など法科大学院の刑事手続に関する授業でも取り扱われる基本的な判例

を正確に理解していれば、本事例において何を論じるべきか自ずと把握することができ、十分解答は可能であろう。

2 採点実感

各考査委員の意見を踏まえた感想を記す。

- (1) おおむね出題の意図に沿った論述をしていると評価できる答案としては、次のようなものがあった。

〔設問1〕では、覚醒剤の差押手続に先行する手続において、Pは甲の承諾を得ることなく、本件かばんのチャックを開けた上、いきなり本件かばんの中に手を差し入れて探り、注射器を取り出していることから、この点の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となることを明確に論じ、Pが注射器を発見した行為の性質を所持品検査と捉え、最高裁判所の判例（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁等）や関連する警察官職務執行法の条文の解釈などを意識した法解釈を示し、具体的事情を挙げて、これに適切な法的評価を加える答案が見受けられた。また、Pが注射器を発見した手続が違法であると結論付け、その違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力にどのような影響を及ぼすのかという点につき、最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。以下「昭和53年判決」という。）を踏まえて、違法収集証拠排除法則の根拠・排除の要件・考慮要素及び派生証拠の証拠能力に関する自説を示した上、事例中に現れた具体的事情を的確に抽出、分析して結論を導いている答案が見受けられた。

〔設問2〕では、各ビデオ撮影が検証類似の性質を有すること、無令状での検証は刑訴法第218条第3項及び同法第220条に規定されているだけであることを踏まえ、これらの条文に該当しない各ビデオ撮影が同法第197条第1項但し書の「強制的処分」に該当するなら、無令状で実施されている【捜査①】及び【捜査②】は令状主義に違反して違法となるため、強制処分の意義、任意処分としての適法性の限界が問題となることを明確に論じた上で、これらの論点につき、刑訴法の条文の解釈や関連する最高裁判所の判例（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「昭和51年決定」という。）、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁（以下「平成20年決定」という。）等）を意識した法解釈を示し、事例中に現れた具体的事情を的確に抽出、分析して結論を導いている答案が見受けられた。

- (2) 他方、そもそも、法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等についての記述が不十分・不正確で、当該項目についての理解が不足していると感じるを得ない答案や、法原則や法概念の意義や関連する判例の判断基準等として記述された内容自体には問題がないものの、これらを機械的に暗記して記述するのみで、具体的事実に対してそれらの法原則・法概念や判断基準等を的確に適用することができていない答案、具体的事実に対する洞察が表面的で、その抽出自体が不十分、抽出した事実の持つ意味の分析が不十分・不適切な答案が見受けられた。

例えば、〔設問1〕では、そもそも、Pが注射器を発見した行為の違法性が覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力にどのような影響を与えるのかという点

が問題となるところ、このような問題の所在を十分に把握できていない答案が見受けられたほか、Pが注射器を発見した行為の性質を行政警察活動と司法警察活動のいずれと捉えているのかが不明確なまま、漫然と刑訴法第197条第1項但し書の「強制の処分」の意義を論じる答案などが見受けられた。次に、違法収集証拠排除法則については、覚醒剤の鑑定書という派生証拠の証拠能力が問題となっていることから、違法収集証拠排除法則のみならず、派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことが求められていたところ、そもそも、派生証拠の証拠能力が問題となっていることに気付いていない答案、派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことなく、漫然と違法収集証拠排除法則を当てはめる答案、違法収集証拠排除法則や派生証拠の証拠能力に関する判断枠組みを示すことはできているものの、昭和53年判決が証拠物に関する判示であることや手続的価値の重要性を説いているにもかかわらず、こうした議論を踏まえない論述に終始する答案が少なからず見受けられた。さらに、覚醒剤の鑑定書の証拠能力に関する結論を導く際には、派生証拠の証拠能力に関する自説と論理的に整合する当てはめが求められていたところ、例えば、派生証拠の証拠能力に関して、違法性の承継論を採るのであれば、本件は、Pが本件かばんのチャックを開けて手を差し入れてその在中品を探った上、注射器を取り出したという違法な先行手続が行われ、引き続いて、捜査報告書①及び同②を疎明資料とする捜査差押許可状に基づき、覚醒剤（及びその鑑定書）という証拠が獲得（後行手続）された事案であると捉え、違法な先行手続の結果が後行手続に利用されていることを根拠に、後行手続に違法性が承継されたと考えて、違法収集証拠排除法則の適用の有無を検討することになるのに、違法が証拠に承継されるといった説明をしたり、先行手続の違法の重大性のみを検討したりするなど、違法性の承継論の論理が示されていない答案、毒樹の果実論を採るのであれば、第1次証拠と第2次証拠の間の関連性の程度が基準となるはずなのに、違法な「手続」と「証拠」の間の関連性の程度を基準としている答案などが相当数見受けられた。加えて、派生証拠の証拠能力の当てはめにおいては、Pの行為ないし注射器との密接関連性を議論するに当たって、どの立場に立つにせよ、疎明資料として用いられた捜査報告書①には、覚醒剤の密売拠点であると疑われるアパートから出てきた人物から甲が封筒を受け取っているなど、覚醒剤を所持している可能性が高いことをうかがわせる事情が記載されている一方で、捜査報告書②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から注射器を発見したことが記載されていない点につき、これらの事実がどのような意味を有するのかを丁寧に検討する必要があるところ、これらの事実に触れずに、Pが注射器を発見した行為は令状主義に反するから重大な違法があるなどと安易に結論付ける答案が少なからず見受けられた。

次に、〔設問2〕では、多くの答案が強制処分の意義に言及し、各ビデオ撮影につき、強制処分か否か、任意処分であるとしたらその適法性の限界を超えているか否かを論じることができていたものの、例えば、〔設問2〕において強制処分性や任意処分としての限界が問題となる理由が示されていない答案が少なからず見受けられたほか、強制処分か否かについては、自説の根拠が説得的に論じられていない答案や、各ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益を単に「プライバシー」と論述するのみでその内実に対する理解が示されていない答案が相

当数見受けられた。また、任意処分としての適法性の限界については、刑訴法の条文、比例原則、昭和51年決定や平成20年決定などを踏まえて、特定の捜査手段により対象者に生じ得る権利・利益の侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するために当該手段を採る必要性とを比較衡量し、具体的状況のもとで相当と認められるか否かを検討することになるところ、昭和51年決定をあらゆる任意処分の適法性を判断する一般原則であるかのように、漫然と、必要性、緊急性及び相当性を列挙する答案が数多く見受けられた。さらに、各ビデオ撮影の適法性に関する当てはめでは、【捜査①】については、捜査の必要性や、目視や写真撮影ではなくビデオ撮影という方法を採用の必要性について十分検討せず、主に喫茶店という場所の公共性のみをもって相当性を認めるにとどまっている答案、【捜査②】においては、ビデオ撮影によって侵害されている権利・利益につき、撮影されているのが玄関ドアの開閉に伴って不可避免に見えてしまう部分であることなどの事情を捨象し、単に「私的領域への侵入」という言葉や撮影期間の長さだけをもって強制処分と結論付ける答案、逆に、玄関ドアの開閉に伴って住居の内部が見えてしまっている点に全く配慮されていない答案、捜査の必要性やビデオ撮影という方法を採用の必要性について十分検討せず、撮影期間の長さだけに着目して違法と結論付ける答案、単純に強制処分に該当するから違法、あるいは、強制処分に該当するのに令状を取得していないから違法として、なぜ違法なのか、なぜ令状が必要なのかについての説明がない答案など、具体的事実の抽出、分析が不十分な答案が相当数見受けられた。

3 答案の評価

(1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを明示し、判例や条文の解釈などを意識しつつ、Pが注射器を発見した行為の適法性を検討し、違法収集証拠排除法則や派生証拠の証拠能力に関する自説を明示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析して自説と整合的かつ説得的な当てはめをして結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となることを明示し、これらの解釈論を説得的に論述した上、事例中に現れた具体的事情、例えば、各ビデオ撮影により侵害された権利・利益の内容や程度の違いや各撮影の目的・必要性等を的確に抽出、分析して結論を導いている答案である。

(2) 「良好の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを意識した上、Pが注射器を発見した行為の適法性を論じる際には一応の法解釈を示し、当てはめにおいては、不十分であるものの、事例中に現れた具体的事実を一応抽出、分析し、違法収集証拠排除法則については、その根拠や排除の要件を明示し、派生証拠の証拠能力に関する自説を論じた上で、不十分であるものの、事例中に現れた具体的事実を一応抽出し、分析して結論を導いている答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となることは意識できており、これらの解釈論を一応論述した上、事例

中に現れた具体的事情を不十分ながらも抽出し、分析して結論を導いている答案である。

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、本件が違法収集証拠排除法則の問題であることを一応は把握できているものの、Pが注射器を発見した行為の性質を意識することなく同行為の適法性を検討し、当てはめにおいても、事例中に現れた具体的事実の抽出、分析が不十分である上、派生証拠の証拠能力に関する自説の論述が不十分で、いかなる立場に立っているのか不明確であり、当てはめにおいても、自説と整合しない当てはめに終始し、具体的事実の抽出、分析も事実をただ書き写すだけの不十分な答案である。

また、〔設問2〕については、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界が問題となる理由が意識できていない上、条文の解釈や判例を意識することなく不十分な法解釈しか示すことができず、当てはめにおいても、各ビデオ撮影により乙のいかなる権利・利益が侵害され、どの程度侵害されているのかという点に対する配慮が不十分であり、物足りなさを感じさせる答案である。

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事法上の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に論述しているだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案など、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。

例を挙げれば、〔設問1〕であれば、所持品検査の限界や違法収集証拠排除法則の根拠・排除の要件を論述することなく、事例中に現れた事情をただ書き写して結論付ける答案がこれに当たる。また、甲の弁護人の証拠意見を踏まえれば、本件の争点が違法収集証拠排除法則の適用の有無であることは明らかであるのに、伝聞法則の論述を全面的に展開する答案もこれに当たる。また、〔設問2〕であれば、強制処分の意義や任意処分としての適法性の限界を論述することなく、事例中に現れた事情をただ書き写して結論付ける答案がこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においても、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的について、最高裁判所の基本的な判例を踏まえて、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に理解し、条文や関連する判例の解釈論を論じられるようにすること、それを踏まえて、具体的事例を法的に分析し、問題の所在をその理由とともに正確に把握できるようにすること、これらの解釈論に具体的事例を当てはめて適用する能力を身に付けること、自己の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立てて分かりやすい文章で表現できる能力を培うことが強く求められる。また、刑事訴訟法においては、刑事実務における手続の立体的な理解が不可欠であり、通常の捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判官、検察官、弁護人の法曹三者が具体的にどのような立場からどのような活動を行い、それがどのように関連して手続

が進んでいくのかなど、刑事手続が法曹三者それぞれの立場から動態として積み重ねられていくことについて理解を深めていくことが重要である。

模範答案

1

第1 設問1—鑑定書の証拠能力

1 問題の所在

本問で鑑定の対象となった覚醒剤は、裁判官が発付した捜索差押許可状により差し押さえられたものであり、差押手続それ自体には違法性が認められない。しかし、これに先行する手続の違法性が覚醒剤の鑑定書の証拠能力に与える影響が問題となる。

2 先行手続の適法性

(1) Pが注射器を発見した手続の法的性質は、警察官職務執行法（以下「警職法」という。）上の職務質問及びそれに付随する所持品検査であると考えられる。所持品検査自体は明文の根拠はないが、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、警職法2条1項による職務質問に付随してこれを行うことができると解する。

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行うのが原則である。もっとも、所持品検査は行政警察活動の一種ではあるが、捜査活動である司法警察活動との連続性に鑑みて同様の規律を及ぼすべきである。そこで、所持人の承諾がない場合であっても、捜索に至らない程度の行為は強制にわたらない限り、所持品検査の必要性、緊急性、これにより害される個人の利益と得られる公共の利益との権衡等を考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容されると解する。

(2) 本件では、Pが、甲の承諾を得ずに、「何で逃げたんだ。そのかばんの中を見せろ。」と言いながら、いきなり本件かばんのチャックを開け、その中

2

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り、本件かばんの中に入っていた書類を手で持ち上げ、その下から注射器を発見している。これは、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探索するものといえ、その態様において「捜索」に至る程度の行為といえる。

(3) したがって、本件所持品検査は、令状なき捜索として令状主義（憲法35条、刑事訴訟法（以下「法」という。）218条1項）に反し、違法である。

3 違法収集証拠排除法則

(1) 本件所持品検査が違法だとすると、これにより得られた捜査報告書①及び②の証拠能力は否定されるのではないか、違法収集証拠排除法則の適否が問題となる。

(2) 同法則について明文の規定はないが、i 司法の廉潔性の保持、ii 将来における違法捜査の抑止、及びiii適正手続保障（憲法31条）と実体的真実発見（法1条）の調和の観点から、①令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、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は、その証拠能力は否定されると解する。

(3) 本件では、甲に薬物事犯の前科があることが判明していること、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、Pが本件バッグの在中物の確認を求めると逃走したこと等の事情からすれば、本件バッグの在中物が覚醒剤であるとの嫌疑は相当程度高まっていたといえ、本件所持品検査の必要性・緊急性が認められる。

3

しかし、本件所持品検査の態様は、本件バッグの在中物を手で探るものであるところ、これは一般にプライバシー侵害の程度の高い行為といえ、上記の通り、搜索に該当するものである。また、甲は任意の所持品検査を拒否していたにもかかわらず、Pは半ば強引に本件バッグを開披して中を見たのであるから、Pに令状主義を潜脱する意図があったことを推認させる。実際に、その後にPが作成した捜査報告書②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のであるから、Pが意図的にかかる事実を記載しなかったとみるのが自然であり、Pにおいて本件所持品検査が違法であることを認識していたことを示すものといえる。

したがって、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違法があるといわざるを得ない（①充足）。

また、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（②充足）。

- (4) したがって、本件捜査報告書①及び②は、違法収集証拠として証拠能力を否定すべきである。

4 毒樹の果実論

- (1) 違法収集証拠から派生して証拠が発見・収集された場合、当該派生証拠の証拠能力は認められるか。
- (2) 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骨抜きにするため妥当ではない。他方で、実体的真実発見の要請の見地からすると、

4

違法収集証拠と何らかの関連性があれば全て証拠能力を否定するというのも妥当でない。そこで、i 第一次的証拠の収集方法の違法の程度、ii 収集された二次的証拠の重要さの程度、iii 第一次的証拠と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解する。

- (3) 確かに、押収した白色結晶が覚醒剤である旨の鑑定書は、甲が覚醒剤取締法違反（所持）の罪を犯したことを立証し得る唯一の証拠であるから、その重要性は高い（ii）。しかし、上記の通り、本件所持品検査には令状主義の精神を没却する重大な違法がある（i）。

もっとも、令状審査という適法な司法審査の介在により、両証拠間の関連性は希釈されるのではないか。

本件では、搜索差押許可状の請求に当たって、捜査報告書①及び②が疎明資料として提出されているところ、同①には、覚醒剤の密売拠点であると疑われるアパートから出てきた人物から甲が封筒を受け取っているなど、覚醒剤を所持している可能性が高いことをうかがわせる事情が記載されている一方で、同②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から注射器を発見したことが記載されていない。仮に同①②を別個の捜査報告書とみるのであれば、同①の作成経緯に特段違法はないため、同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希釈されたとみる余地もある。しかし、同①②はともに職務質問・所持品検査という一連の先行手続に関する捜査報告書であるから、これを別個の捜査報告書とみるのは妥当でない。そうだとすれば、全体として1つの捜査報告書が令状発付の唯一の疎明資料となるのであるから、同①②と鑑定書間の関連性が希釈されたとはいえず、なお密接な関連性を有するといえる

5

(iii)。

(4) 以上より、鑑定書の証拠能力は否定される。

第2 設問2

1 問題の所在

捜査①及び②はともにビデオ撮影であるところ、一般にビデオ撮影は一定の場所、人の身体等につき、その状態、性質等を五官の作用によって認識する行為といえ、検証類似の性質を有する。そこで、仮に各ビデオ撮影が「強制の処分」(法197条1項ただし書)に該当するのであれば、検証令状(法218条1項)を要するところ、無令状での実施は令状主義に反し違法となることから、「強制の処分」の意義をいかに解するかが問題となる。

2 捜査①

(1) 強制処分該当性

ア 強制処分法定主義(法197条1項ただし書)の趣旨は、強制処分が個人の重要な権利利益を侵害するものであるため、国民の代表者からなる立法機関において捜査機関の権限を明定することにより、不当な人権侵害を防止する点にある。そこで、「強制の処分」とは、①相手方の明示又は黙示の意思に反して、②重要な権利・利益を実質的に制約する処分をいうと解する。

イ 本件において、対象者が捜査機関から容貌等を撮影されることについて通常同意するとはいえないから、相手方の黙示の意思に反するといえる(①)。また、何人も個人の私生活上の自由(憲法13条後段)の1つとして、対象者の承諾なしにみだりにその容貌・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と

6

いえる。しかし、不特定多数の客が集まる喫茶店内は、他人から容貌等を観察されることは受任せざるを得ない場所であるから、かかる自由の要保護性は弱まるといえる。そのため、重要な権利利益を実質的に制約するとはいえない。

ウ したがって、捜査①は、「強制の処分」に当たらない。

(2) 任意処分の限界

ア 強制処分に当たらないとしても、何らかの法益を侵害するおそれがあるから、捜査比例の原則(法197条1項本文)に照らし、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と解する。

イ 本件アパート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たこと、同室の賃貸借契約の名義人が乙であること、乙には覚醒剤取締法違反(所持)の前科があること、本件は組織的な関与が疑われる覚醒剤密売の事案であること等からすれば、覚醒剤事犯について前科のある乙が覚醒剤密売に関与していると疑いを持つ合理的な理由が存在する。そして、乙が本件アパートを拠点として覚醒剤の密売をしていることを裏付ける必要があるところ、乙の首右側に小さな蛇のタトゥーがあることが判明したこと、Pの見張り中に同室に出入りした男性が乙の顔と極めて酷似していたことから、その男性の首右側を確認し、タトゥーが入っているか否か及びその形状を確認し、その男性が乙であることを特定する必要があった。もっとも、写真撮影の方法では、首元の小さなタトゥーを正確に録写することは困難といえ、ある程度の時間継続して対象男性の容貌等をビデオ撮影することによりタトゥー部分を確

7

実に録写する必要があったといえる。

他方で、実際に撮影した映像は、対象男性が喫茶店で椅子に座って飲食する様子のみであって秘匿性の高いものとはいえないし、撮影時間も全体で約20秒間と短い。後方の客の様子が映っているものの、喫茶店内という通常他人から容貌等を観察されることをある程度受忍せざるを得ない場所であることに加え、喫茶店は不特定多数人が集まる公共的な場所であることから他人の写り込みは不可避免的に伴うものといえること、喫茶店店長の承諾を得て撮影されていることからすれば、他人のプライバシー権や店舗管理権に対する侵害は存在しないといえる。

したがって、ビデオ撮影の必要性・緊急性は被侵害利益の程度を上回るため、相当性が認められる。

ウ 以上より、捜査①は、任意処分として適法である。

3 捜査②—強制処分該当性

(1) 上述の基準に従い判断する。

(2) 捜査②におけるビデオ撮影の態様は、本件アパート201号室の玄関ドアが開けられるたびに、玄関内側や奥の部屋に通じる廊下が映り込むというものであって、対象者が捜査機関から私的領域たる部屋内部を撮影されることについて承諾することは通常考え難いから、相手方の黙示の意思に反する。

また、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される。上記態様からすれ

8

ば、捜査②は、住居内のプライバシー権（憲法13条後段）のみならず、住居という私的領域に侵入されない自由をも侵害し得るものであるから、重要な権利利益を侵害し得る。

では、実質的な侵害があるといえるか。確かに、本件アパート201号室の玄関ドアは公道に面していることからすれば、一定程度公道の通行人から観察されることもありえ、上記自由の要保護性は低いとも思える。しかし、本件アパート201号室は2階にあるのだから、日常的に通行人から観察され得るとまでは言い難いといえ、上記自由の要保護性はなお高い。加えて、捜査②は、令和5年10月3日から同年12月3日までの2か月もの長期に渡り、毎日24時間玄関ドアを撮影し続けるものである。捜査②の継続中、乙らは本件アパート201号室を幾度となく出入りし、同玄関ドアを開閉することが予想されるところ、その出入りのたびに部屋内部が撮影され、部屋内部に関する情報が徐々に蓄積していくことになる。そうすると、Pは部屋内部の様子に関して相当程度具体的に認識することが可能になるため、捜査②の態様は、乙らの住居に関する私的領域に深く侵入するものと評価でき、重要な権利利益を実質的に侵害するものといえる。

(3) 以上より、捜査②は「強制の処分」に当たる。

(4) そして、ビデオ撮影は、上述のように検証の性質を有するから、検証令状が必要となる。しかし、捜査②は令状なく実施されているため、令状主義に反し違法となる。

以 上