

慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）  
2026 年度入学試験（2025 年実施） 法学既修者コース 法律科目試験 出題趣旨

【憲法】

本問は、最決令和 6 年 12 月 4 日判例集未登載の事例をもとにして作成されたものである。ただし、解答に際して元になった判例・裁判例を知っている受験者が有利になることがないように、事例を大幅に改変している。

本問は、表現の自由と人格権との衝突が問題となった事案であり、具体的には、人格権の侵害を理由として出版の差止めが認められるかが問われている。したがって、本問の解答に当たっては、同様の問題が争われた北方ジャーナル事件判決（最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 巻 4 号 872 頁）との異同が意識されているかがポイントとなる。この点、表現の自由に対する事前抑制であるという点を強調すれば、同判決が提示した厳格な基準が本件にも妥当することになる。他方で、北方ジャーナル事件が「公共的事項に関する表現の自由」が問題になっていた事案であることに着目すると、本件がそのような場合に妥当するとは言い難いようにも思われる。このように、判断枠組みの定立に際しては、本問の事案がどのような事案類型に該当するかを説得的に論じる必要がある。

続いて問題になるのは、かかる判断枠組みをどのように本件に適用するかについてである。この点については、出版によって侵害される X の法益や、差止めによって規制される Y の自由がどのような性質を有しているかを、問題文に即して説得的に論じることが求められている。その際には、自身が定立した判断基準が適用されているかどうかや、問題文を引き写しただけの答案になっていないかといった点にも注意してほしい。

なお、本件においては Y の学問の自由との関係も問題になり得よう。ただ、その場合には、本件において Y の研究発表の自由が制約されていると言えるかについて、説得的に論じることが必要となろう。

## 【民法】

問題 1 は、無償契約における契約目的と、それが契約終了にどのように影響するのかについて多角的な検討を求めるものである。問題 1 全体を通じて、すぐに特定の争点に飛びつくのではなく、本件契約 1・2 の法的性質を踏まえた明文規定による解決可能性を検証し、どのようにその争点に行き着くのかの思考過程を示すことが望ましい。X による甲土地の所有権移転の抹消登記手続の請求に関して言えば、その過程で、贈与（民 549）による所有権移転（民 176）、書面によらない贈与の解除（民 549 本）、履行の終了による解除不可（民 549 ただし書）などに言及するものである。そのうえで、本問にみられる事後的な忘恩行為に関しては、一定の関係維持等を受贈者の義務と構成し、負担付贈与（民 553）の義務不履行による解除（民 541 または民 542 I ⑤など）を認める判例（最判昭和 53・2・17 判タ 360 号 143 頁）がある。この点に関しては、本問の事実のなかで、どのような契約目的や動機が、いかなる機序で義務として契約内容に組み込まれたかが問題となる。他の論理を用いた解答（解除条件〔民 127 II〕や事情変更の原則〔民 1 II も参照〕など）も評価の対象となりうる。ただし、基礎事情錯誤（民 95 I ②）に依拠する場合、表示要件（民 95 II）のみならず、本問の事実において、果たして「契約時点」の「基礎」事情の認識に真実に反する錯誤があったか否かに留意し、説得的に論じることが必要となる。

丁建物に関する X の請求については、まず、Y の利用権原に関して、本件契約 2 の法性決定が問題となる。少額の負担も、建物使用の対価としてのものでない限り使用貸借（民 593）と認定される（最判昭 41・10・27 民集 20・8・1649）。本件契約 2 の使用目的は居住目的であり、ただちに民法 597 条 2 項、同法 598 条 1 項の終了原因は認められないものの、使用貸借関係の基礎となる信頼関係が崩壊した場合に民法 598 条 1 項の類推適用を説く判例がある（最判昭和 42・11・24 民集 21・9・2460）。このほか、本件契約 2 を賃貸借と法性決定した解答や、民法 598 条とは別の終了原因を検討した解答などもあるが、それぞれにおける事実の分析視点、論述の充実度や説得性に依拠して一定の評価を与えている。

問題 2〔設問 1〕は、損害賠償の範囲（民 416）に関する問題である。ここでも、明文の根拠を明らかにしつつ、履行に代わる損害賠償請求権の成立要件（民 415 I、415 II ①）、履行不能の意義（民 412 の 2 I）、遅滞中の履行不能の処遇（民 413 の 2 I〔および、民 415 I ただし書〕）などに言及して、前提が整理されていることが望ましい。そして、本問でありうるいくつかの賠償額の選択肢について、民法 416 条の解釈論を踏まえた検討を行うことが必要となる。例えば、判例（大連判 15・5・22 民集 5・386、最判昭 37・11・16 民集 16・11・2280 など）に即して言えば、416 条 1 項および 2 項の規定構造の理解（「通常損害」や「特別の事情によって生じた損害」の意義、相当因果関係論との関係など）、価格高騰事情の評価、予見主体などである（なお、損害事実説による別の論理の組み立ても可）。なお、中間最高価格については利益取得が確実といえる事情が必要であるが（大連判 15・5・22 民集 5・386）、本問ではその前に転売契約が締結されている。他方で、転売利益については、目的物

の性質や当事者の属性なども踏まえる必要があり、一概に通常損害(民 416 I)か特別損害(民 416 II)を断定できない側面がある。いずれかに分類するうえでの視点と理由が重要である。

問題 2〔設問 2〕は、一旦、履行不能になったものが、履行可能に転じた場合、債権者・債務者それぞれの立場において、なお本来の履行に固執することが認められるかが問題となっている。まず、現行民法 415 条 2 項各号の構造上、履行に代わる損害賠償請求権を求めるにあたり、履行請求権が損害賠償請求権に転化することは要件とされていないこと(履行不能の場合にも、履行請求権が当然消滅するのではなく、あくまで履行請求権の限界を迎えるに過ぎない〔民 412 の 2 I も参照〕)の認識が出発点となる。そのため、一見、債権者は履行請求が可能であり、債務者も本来の履行を優先することが認められるようにも思える。この帰結を補強するうえで、(同一の問題ではないが)追完請求権の優位性(民 562 I・563 I)、種類物特定後の不能と債務者の変更権などの視点を介在させる考えもありうる。他方で、債権者(①)が一旦、履行に代わる損害賠償を求める挙に出たことをいかに評価するか(例えば、黙示の解除の意思表示〔民 540 I〕の認定や、民 1 II)、履行不能についての債務者(②)の帰責事由の態様をいかに評価するかなどを問題とすることも可能である。

## 【刑法】

### 第1問

主要な問題点について、出題趣旨を説明する。

#### (1) A の腹部の打撲傷

最高裁平成 20 年 5 月 20 日決定（刑集 62 巻 6 号 1786 頁）は、つぎのような判断を示している。

「被告人は、A から攻撃されるに先立ち、A に対して暴行を加えているのであって、A の攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、A の攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである」

本問においては、上記の最高裁決定を前提にしたうえで、本問の事実関係をどのように評価すべきかの解答が求められている（なお、上記の最高裁決定とは異なる立場、あるいは、異なる事情への着目に基づいて解答する場合には、最高裁決定とは異なる立場・事情を選択した理由を明記することが求められる）。

#### (2) B の大腿部の打撲傷

最高裁昭和 53 年 7 月 28 日判決（刑集 32 巻 5 号 1068 頁）は、つぎのような判断を示している。

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解すべきである……から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかった人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである」

「被告人が人を殺害する意思のもとに手製装薬銃を発射して殺害行為に出た結果、被告人の意図した巡査 A に右側胸部貫通銃創を負わせたが殺害するに至らなかったのであるから、同巡査に対する殺人未遂罪が成立し、同時に、被告人の予期しなかった通行人 B に対し腹部貫通銃創の結果が発生し、かつ、右殺害行為と B の傷害の結果との間に因果関係が認められるから、同人に対する殺人未遂罪もまた成立〔する〕」

本問においては、上記の最高裁判決を前提にしたうえで、本問の事実関係をどのように評価すべきかの解答が求められている。その際には、原審判決におい

て、上記の「巡査 A」「通行人 B」に成立する犯罪が 54 条 1 項前段の関係にあるとする判断が示され、その判断が最高裁によっても維持されたことを踏まえることが求められる。

- (3) なお、(1)についての ①考え方の違い、②事情に対する評価の違い等によっては、上記以外の問題についての解答が必要になる場合もある。そのことを的確に示したうえで、その問題に対する解答が記されている答案は、相応に評価した。

これに対して、必ずしも解答する必要がない問題について長々と論じている答案も散見されたが、それらの答案については、適宜、減点等の措置を講じた。

## 第 2 問

主として、窃盗罪における「占有」の意義および抽象的事実の錯誤に関する基本的な理解を問うものである。すなわち、①被害品であるタブレット PC の持ち主である B に占有が認められるか、②認められるとして、X は、「持ち主はすでに電車に乗ったのだろうと思って」領得しており、主観と客観に不一致が認められることから、その処理が問題となる。

### (1) 「占有」について

X がタブレット PC を領得した時点で、カウンター上の被害品に B の占有が認められるかについて、「占有」の意義およびその判断基準を明らかにしつつ、問題文から事情を抽出して検討することが求められる。その前提として、「窃取」あるいは「他人の財物」の解釈を通じ、「占有」が窃盗罪の成立要件であることを明らかにしておく必要がある。検討に当たっては、不特定多数人が出入りする場所に所持品を置き忘れた事件の判例（最判昭和 32・11・8 刑集 11 巻 12 号 3061 頁、最決平成 16・8・25 刑集 58 巻 6 号 515 頁等）を念頭に、B に占有の事実や占有の意思が認められるかについて、対象となる財物の大きさや形状、当該財物の置かれている場所の状況、当該財物が置かれた後、領得するまでの時間や領得時点における財物を置いた者との距離等（時間的・場所的接着性）に着目し、問題文から事情を抽出しながら丁寧に論述することが求められる。本問では、X が領得した時点で、B は被害品から約 15 メートル先の、これを見通せる位置にいたこと、約 5 分後に置き忘れたことに気付いてすぐに戻っている（置き忘れた場所を記憶していた）ことなどの事情を総合すれば、B の占有を肯定するのが相当であろう。

### (2) 抽象的事実の錯誤について

X は、被害品の持ち主はすでに電車に乗ったのだろうと思っていたため、占有を離れた物を領得する認識であったと評価できる。そこで、①の検討で B の占有を認定すると、X の主観と客観との間に食い違いが生じる。いわゆる抽象的事実の錯誤の問題として、刑法 38 条 2 項により重い窃盗罪は成立しないことを指摘

した上で、法定的符合説に立って、異なる2つの構成要件の基本的部分たる保護法益と行為態様の共通性に着目し、実質的に重なり合う場合には、軽い罪の成立を認めることとなろう。窃盗罪と遺失物等横領罪とでは、構成要件上、客体に対する被害者の「占有」の有無が異なるため、形式的には構成要件上の重なり合いが認められないものの、窃盗罪では、占有の背後にある所有権も保護されていると解されるし、行為態様は、財物を不法に領得する点で共通することから、実質的な重なり合いを肯定できる。したがって、軽い遺失物等横領罪の成立を認めることになろう。

(3) 採点上の寸評

「占有」の意義とその判断基準に関する基本的な理解を示せていない答案が多かった。また、問題文では、XがAに尋ねるなどして被害品の持ち主が近くにいるか慎重に確認し、すでに電車に乗ったのだらうと判断したことについて詳述されていたにもかかわらず、抽象的事実の錯誤の問題に触れていない答案も少なくなかった。

## 【商法】

本問は、取締役の競業取引規制違反を理由に、会社法 423 条 1 項に基づく損害賠償請求の可否を問うものであり、同項の各要件（①取締役の任務懈怠、②会社の損害、③①と②の相当因果関係、④取締役の故意または過失）を明示したうえで、各要件を満たすかについて丁寧に検討することが求められる。

①取締役 B による任務懈怠の有無については、前提として、具体的な法令（定款、株主総会決議）の違反または善管注意義務違反が任務懈怠に該当すると解される。そうすると、B は、甲社の取締役会の承認を得ずに、乙社を設立したうえで、同社の代表取締役として、甲社がサービス提供の準備を進めていた海外留学用の英語教室の運営を近畿地方で始めているため、これが競業取引規制（会社法 356 条 1 項 1 号・365 条 1 項）に違反する場合は、そうした法令違反が任務懈怠に該当することになる。そこで、競業取引規制違反の有無を検討することになるところ、まずは会社法 356 条 1 項 1 号の「自己または第三者のために」の意義について説明したうえで、本問にあてはめることが求められる。次に、乙社は、甲社が運営開始に向けて準備を進めていた海外留学用の英語教室を近畿地方で運営していることから、このような行為が同号の「事業の部類に属する取引」に該当するかについて、進出の準備を進めている事業や地域についての競業取引該当性に関する規範を明確に説明したうえで、本問にあてはめることが求められる。

その上で、②甲社の損害、および、③取締役 B の任務懈怠と当該損害との間の相当因果関係の有無について検討すべきである。会社の損害額については、原則として、会社が実損害額に関する主張立証責任を負うが、競業取引規制に違反した場合には、競業取引によって取締役又は第三者が得た利益の額が取締役の任務懈怠によって会社の被った損害額と推定される（会社法 423 条 2 項）ことを示したうえで、本問にあてはめることが求められる。本問において、乙社は、甲社の取締役会の承認を得ることなく、甲社の「事業の部類に属する取引」である海外留学用の英語教室の運営を行うことで、令和 6 年に 3,000 万円の純利益を計上していることから【事実 4】、甲社には、取締役 B の任務懈怠によって 3,000 万円の損害が生じていると推定されることになる。また、本問においては、④取締役 B の故意又は過失についても、問題なく認められる。

なお、上記のような損害額の推定を覆す事情の有無も問題になる。この点については、かかる事情はないとする解釈も考えられる一方、甲社は令和 7 年 4 月を目処に事業開始を計画していたのに対し、乙社が事業を開始したのは令和 6 年 1 月であるため、令和 6 年 1 月から令和 7 年 3 月までの間は甲社に損害が生じていないとみることもできることがそのような事情に該当するという解釈も考えられる。

## 【民事訴訟法】

### 問 1

主として弁論主義に関する理解を問う問題である。本問では、裁判所が当事者の主張のない「本件事実」を判決の基礎とすることができるか否かが問題となっており、弁論主義の中でもいわゆる主張原則（第1テーゼ）に関する理解が問われている。弁論主義の主張原則に関する基本的な理解を踏まえ、「本件事実」が弁論主義の適用のある事実であるか否かを適切に分析し、結論を導くことが期待されている。

### 問 2

主として既判力に関する理解を問う問題である。本問では、前訴当事者の一方が、前訴判決確定後の後訴において前訴の判決内容を再び争う主張をしており、このような後訴当事者の攻撃防御方法が前訴判決の既判力によって遮断されるか否かが問題となっている。既判力の客観的範囲、既判力の作用、既判力の時的限界等についての基本的な理解をもとに、必要に応じて場合を分けて考えるなど、具体的に考察することが期待されている。



## 【刑事訴訟法】

【設問】は、職務質問に伴う所持品検査、違法収集証拠の証拠能力に関わる問題を取り上げ、刑事訴訟法の学習上の基本的事項を正確に理解した上で、警察官の活動の適否、違法収集証拠の証拠能力の有無について、その検討に必要な判断枠組みや判断基準を適切に用いつつ、妥当な結論を導く力を有しているか、確認するものである。

本【事例】は、職務質問に伴う所持品検査に関する著名な先例である、最判昭和 53 年 6 月 20 日（刑集 32 巻 4 号 670 頁〔米子銀行強盗事件〕）（以下、「判例Ⅰ」という）の事案に手を加えたものであり、違法収集証拠排除法則（以下、「排除法則」という）の採用を宣言した判例としては、最判昭和 53 年 9 月 7 日（刑集 32 巻 6 号 1672 頁）（以下、「判例Ⅱ」という）が存在する。本問は、これらの重要判例の説示についての正確な理解を確認するものでもある。

## 【設問 1】

### 1 行政警察活動と捜査

本【事例】の警察官の行為の適法性を検討するには、まず、その行為がいかなる目的で行われた、いかなる性質を有する活動であるかを判定することが必要である。捜査の端緒となる警察官の行為は、行政警察活動、捜査（司法警察活動）のいずれに該当するか、また双方に該当する場合にはそのいずれに着目してその適法性を検討するかにより、その行為を規律する法が異なり、その適否を判断する手順にも違いが生じるからである。

特定の犯罪についてその事案を解明（し、犯人を訴追、処罰）することを目的とする場合には、（司法警察職員の資格・権限で行われる）捜査に該当し、刑事訴訟法がこれを規律するのに対して、犯罪を未然に防止し、また発生した犯罪を早期に鎮圧することを目的とする場合には、行政警察活動に該当し、行政法がこれを規律する（捜査の端緒となる活動との関連では、特に警察官職務執行法が重要である）。

本【事例】における警察官らの一連の活動は、E 銀行に対する銀行強盗という特定の犯罪の犯人の訴追、処罰を目的とする捜査としての性質を有する一方、拳銃や登山用ナイフを使用した銀行強盗事件が発生し、凶器を所持した犯人が逃走中であることから、住民の生命・身体に対する危険を早期に解消すること（犯罪の予防・早期鎮圧）を目的とする、行政警察活動としての性質も有する。

捜査、行政警察活動の性質が併存する場合、いずれかにつき要件を満たせば、適法な活動と評価することができるから、K 巡査部長が行った所持品検査が、その時点において、いかなる性質を有するか、その目的に照らして判定、選択して論じることとなる。

以下では、本【事例】のもとになっている判例Ⅰが、類似した状況で実施された所持品検査につき、職務質問に伴うものとして検討しているため、その説示を参照しながら、行政警察活動としての適法性について説明を試みる。

## 2 警察官の活動の法的根拠とその適否に係る判断枠組み

判例Ⅰは、所持品検査の適法性の検討に当たり、「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」と説示する。

行政警察活動には行政法が適用され、行政法の領域には、国民の権利・利益を侵害する活動には、(任意処分、強制処分の別を問わず、)法律の根拠を要求する「侵害留保原理」が妥当するため、所持品に係るプライバシーの権利(その根拠として、憲法13条のみを挙げる答案が散見されたが、明示的に、「所持品」を対象として、「侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を保障するのは、憲法35条1項である。判例Ⅰの説示も参照)を侵害する所持品検査には個別に法的根拠(根拠規範)が要求される。この点、判例Ⅰは、明文の規定がないことを認めつつ、所持品検査と職務質問との結びつきを指摘して、所持品検査の権限を警察官職務執行法2条1項に読み込むことができるとしている。

そして、所持品検査は、職務質問の効果を上げるための付随行為であることから、職務質問に対する規律に服することとなる(前提として、職務質問が適法であることが必要である)。判例Ⅰは、職務質問は「任意手段」だとするが、これは、警察官職務執行法2条3項が、㉗停止、㉘同行要求、㉙質問につき、刑事訴訟法の規定によらない限り、㉚「身柄[の]拘束」、㉛「意に反[する]連行」、㉜「答弁[の]強要」に及ぶことを許さないことに基づく(㉗㉘㉙の行為が行き過ぎた形の㉚ ㉛ ㉜)の行為は、いずれも刑事訴訟法上の「強制の処分」[197条1項ただし書]に該当することから、強制処分一般を禁止していると解される)。対象者の承諾がない場合に、判例Ⅰが、検査に関して、「搜索に至らない」こと、「強制にわたらない」ことを要求するのは、行き過ぎた検査は強制処分たる「搜索」になってしまうし、検査が任意手段である以上、検査のためにとられる措置が「強制」にわたることもまた許されないからである。

さらに、任意処分の範疇にとどまる行為であっても、検査が所持品に係るプライバシーの権利の侵害を伴う以上、無制約に許されるわけではない。警察官職務執行法1条2項の定める「警察比例の原則」により、「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」(判例Ⅰ)こととなる。

なお、K巡査部長の行為を捜査と位置付けて検討する場合も、それが令状によらないものである以上、任意処分の枠内で行われる必要があることには違いがない。また、任意処分の範疇にとどまると評価した場合、捜査比例の原則による相当性判断を要する。

## 3 K巡査部長の行為に対する評価

Xについては、逃走中の銀行強盗の犯人との人相・着衣の一致などから不審事由が認められ、職務質問の要件が存在する。

K巡査部長の行為は、侵害されるプライバシーの権利の性質や侵害の程度、あるいは、検査の態様に着目した場合、リュックサックの施錠されていないチャックを開披し（行為①）、中に手を差し入れて内容物を逐一取り出す（行為②）、という2つの部分に分けることができる。

チャックを開披すると、その隙間からリュックサックの中身が見える状態になるが、判例Iは、ボーリングバッグの「施錠されていないチャックを開披し、内部を一瞥」する行為を「搜索」に至らないものとみている。これに倣えば、行為①は、Xの意思に反していることは明らかであるが、例えば、リュックサック内部への侵入を伴わず、確認可能な内部の様子も限定されているから、所持品に係るプライバシーの権利の侵害の程度が低く、搜索（強制処分）とはいえない、あるいは、リュックサックの内部を限なく調べたり、中身を逐一確認したりするものではないことから、その態様において搜索とはいえない、とすることとなろう。これに対し、プライバシーの権利の内容を、所持品の内部への侵入を受けないこと、また所持品の内容物について知られないことと捉える場合には、そもそも外部から見えない状態にあるリュックサックの中身を、一部であるとはいえ露出させること自体、権利の本質に関わる侵害だと評価することもできるであろう。

いずれの立場によるとしても、搜索の意義を明確に示した上で、これに該当するか否かを、理由を明らかにしながら説明することが求められる。

続く行為②についての検討は、搜索の意義に即して、行為①に対する評価と整合するように行う必要がある。リュックサックの中身を逐一取り出すことは、リュックサックの内部に侵入して、内部の状態や内容物を把握する行為であり、上記の、所持品に係るプライバシーの権利の侵害、検査の態様、いずれに着目する立場からも、搜索に該当するとの評価に至るものと思われる。

行為②については、なお任意処分の範疇にとどまるとの評価も見られた。しかしながら、行為②は、所持品に係るプライバシーの権利について、それ以上の侵害を観念することが困難な部類のものといえるから、いかなる行為であれば、強制処分たる搜索に該当することとなるのか、搜索の意義や所持品に係るプライバシーの権利の本質に関する自らの理解をいっそう丁寧に説明することが必要となろう（答案では、「施錠されていないチャックを開ける程度」の行為、あるいは、「リュックサックに右手を差し入れる程度」の行為しかしていないから任意処分にとどまる、といった記述が散見されたが、本【事例】中の事実を引き写しただけでは不十分であり、その行為によって、いかなる権利が侵害されたかを特定した上で、それがどの程度侵害されたのかが説明されなければ、その行為に対する法的評価を示したとはいえない）。

また、行為①②双方につき、リュックサックのチャックが施錠されていないことを重視して、権利の要保護性を低いとしたり、チャックを開披して中身を一瞥することには默示的な

承諾があるとしたりする議論も見られた。しかしながら、リュックサックのチャックを閉めるのは、内容物が飛び出すのを防ぐとともに、内容物について知られないためであろうし、そもそもXは一貫して開披を拒絶する意思を明確に示していたのであるから、本件において黙示的な承諾を論じる余地はないというべきである。そして、リュックサックが施錠されているという事情についても、内容物について知られたくないという意思が強いことや権利の要保護性が（相対的に）高いことを示すとはいっても、施錠されていない（又はそもそも錠がない）ことをもって、権利の要保護性が一般的に低いとはいえないであろう。

憲法 35 条 1 項は、保護の対象として、「所持品」とともに、「住居」も挙げている。この機会に、警察官が玄関に鍵のかかっていない住居に立ち入った場合（最判昭和 61 年 4 月 25 日〔刑集 40 巻 3 号 215 頁〕）や自動車に乗り込んで車内を調べた場合（最決平成 7 年 5 月 30 日〔刑集 49 巻 5 号 703 頁〕）についても、その適法性を検討してみるとよいと思う。

## 【設問 2】

### 1 問題の所在

検察官が証拠調べを請求した現金、帯封は、それらが入っていたアタッシュケースについて実施された検査が違法であった場合、判例Ⅱによれば、違法収集証拠として、その証拠能力が否定（証拠として排除）される可能性がある。

そのため、①現金、帯封の発見、取得の直接の原因となっているK巡査部長の行為が適法か、②違法であった場合には、いかなる根拠から、いかなる基準により、収集された証拠物の証拠能力を判断するか、そして、③その基準に照らして、現金、帯封に証拠能力が認められるか、が問題となる。

### 2 K巡査部長の行為に対する評価

アタッシュケースの検査の適法性についても、【設問 1】で論じた、警察官の活動の適否に係る判断枠組みに則して判断することとなるが、判例Ⅰは、ボーリングバッグの開披に引き続いて、本【事例】と同様の方法で行われたアタッシュケースの開披について、（銀行強盗の犯人の一人に対する緊急逮捕に伴う令状によらない）「搜索手続と同一視」できると評価している。

開披を拒絶するXの意思は明確であり、アタッシュケースの構造上、上蓋部分を開くと、逐一内容物を取り出さなくても、中身を一覧できる状態となるため、所持品に係るプライバシーの権利の侵害は実質的であるし、開披に先立ち、鍵の部分にドライバーを差し込んでこじ開けているため、アタッシュケースは用を成さなくなっており、検査のための措置によっても財産権の実質的な侵害が生じている。

「搜索」に至っている上、「強制」にもわたっており、強制処分に該当するとの評価は動かないであろう。

なお、アタッシュケースの検査を、その後に行われたXの緊急逮捕に伴う搜索（220 条 1

項2号。鍵の部分の破壊は、搜索に「必要な処分」〔222条1項・111条1項〕に該当し得る）として構成し、これを適法とする答案も散見されたが、本【事例】では、アタッシュケースを開披する前の段階で、Xについて緊急逮捕することができるほどの嫌疑は認められず、開披した後、現金や帯封が発見されたことで飛躍的に嫌疑が高まったというべきであろう。緊急逮捕に伴う搜索については、逮捕への着手に先行することが許される（最大判昭和36年6月7日〔刑集15巻6号915頁〕）としても、搜索の時点で逮捕の要件が整っていることが必要である。判例Ⅰの事案では、ボーリングバッグの開披により、大量の紙幣が発見され、緊急逮捕の嫌疑が基礎付けられたが、本【事例】では、リュックサックにおよそ犯行とは無関係の物しか入っていなかったという違いに注意すべきである。

### 3 排除法則の根拠と証拠排除の基準

#### （1）排除法則の根拠

違法に収集された証拠物の証拠能力については明文の定めがないため、その排除の根拠を明らかにすることにより、排除法則を基礎付ける必要がある。

収集手続に明白で著しい違法があり、発見された証拠を被告人の公判において使用することが、手続全体の適正さを失わせる程度に至っているならば、証拠の排除は、適正手続の保障（憲法31条）に基づいて要請される（憲法レベルの排除法則）。

さらに、違法収集証拠の使用が、適正手続の保障に抵触しない場合であっても、一律に違法収集証拠の使用を認めるならば、違法な捜査（や行政警察活動）が繰り返され、将来にわたり国民の権利が侵害されるおそれがある。また、裁判所が違法収集証拠の使用を認めると、あたかも裁判所が、違法な手段に及んだ捜査機関の行為を容認、加担したかのごとき外観を生じさせ、司法の無瑕性やそれに対する国民の信頼を傷つけるおそれもある。これらの弊害を防ぐために有効とされるのが、証拠の排除である。

もっとも、将来の違法捜査の抑止の手段は証拠排除だけではない（「警察教養」や監察・指導の徹底、懲戒、損害賠償、刑事罰）し、違法の宣言により、裁判所の、捜査機関の活動に対する否定的評価自体は明白となっている。一方、証拠物は、収集方法の適否にかかわらず、その証拠価値に変わりはなく、その排除は事案の真相解明に重大な影響を与え得る。軽微な違法を理由に重要な証拠が排除され、重大犯罪の犯人が処罰を免れること（事案の真相に反する無罪判決）によっても、司法に対する信頼は傷つけられるであろう。

このように、上述した証拠排除を基礎付ける要請（価値）は、いかなる犠牲を払ってでも貫徹（尊重）されるべきだとはいえないことから、将来の違法捜査抑止や司法の無瑕性の維持という要請と、事案の真相解明の要請との権衡が追求されることとなる。

対抗する価値を衡量し、その均衡点を模索することは、「公共の福祉の維持と基本的人権の保障を全うしつつ、事案の真相を明らかに」することを目的として掲げる刑事訴訟法1条の趣旨にも合致する。判例Ⅱが、「〔証拠排除〕の問題は、刑訴法の解釈に委ねられている」と解した上で、排除法則を根拠付けるに当たり、その1条に言及するのは、そうした考慮に

よるものと思われる（刑事訴訟法レベルの排除法則）。

この点、排除法則の根拠として、司法の無瑕性の維持、将来の違法捜査の抑止とともに、憲法レベルの排除法則を基礎付ける「適正手続の保障」を並列的に指摘する答案が少なくなかったが、憲法に基づく証拠排除としてどのような場合が想定されているか、教科書を確認してみるとよいだろう。

## （２）証拠排除の基準

証拠排除の基準は、排除法則の根拠から導かれる必要がある。

判例Ⅱは、「㉞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、㉟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。」（丸囲み文字を付加）とするが、判断基準を構成する要件㉞は、司法の無瑕性の維持の要請と、要件㉟は、将来の違法捜査の抑止の要請とそれぞれ親和的である。

このうち、要件㉟の「排除の相当性」は、対抗する価値の衡量によって導かれるのに対し、要件㉞は、「重大な違法」の存在、という、（さらに他の事情の考慮を要しないという意味で）一義的な形で提示されている。これは、判例Ⅱが、予め司法の無瑕性の維持と事案の真相解明という対抗する価値の間で衡量を行い、証拠価値を有する証拠物を排除するには、典型的に、最小限、その収集手続に「令状主義の精神を没却するような重大な違法」が必要だとする閾値を設定した（衡量の均衡点を示した）ものと理解することができる。

そして、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」を伴う証拠収集手続はまた、それが将来繰り返される事態を抑止する必要も高い。要件㉟では、事案の真相解明の要請をも勘案しながら、「排除の相当性」を判定することとなろう。

## 4 本件現金、帯封の証拠能力

本件現金、帯封の証拠能力は、判例Ⅱによれば、上記 3 の基準に則して判断されることとなるが、判断過程の合理性を担保するため、要件㉞、㉟ともに、いかなる要素を考慮して、当該評価に至ったのかを示すことが求められる。

学説の整理するところによれば、要件㉞については、違法の重大性を基礎付ける要素として、（i）手続違反の程度（本来実施可能であった適法な手段からの逸脱の程度、侵害された法的利益の質、侵害の程度）、（ii）手続違反の有意性（違反の認識の有無、計画性の有無）、要件㉟については、将来の違法捜査の抑止の必要を基礎付ける要素として、（iii）手続違反の頻発性（当該違反が繰り返し行われるおそれの有無・程度）、（iv）当該証拠と手続違反との間の因果性の程度、また事案の真相解明の必要を基礎付ける要素として、（v）証拠の重要性、（vi）事件の重大性などが考慮されることとなろう（答案では、証拠排除の根拠と考慮要素の結びつきに関する説明が明らかに不合理なものも散見された）。

本【事例】においては、本来任意処分の枠内でしか許されないアタッシュケースの検査が、検査のための措置ともども強制処分の域に達しており、無令状でこれらの処分を実施できる状況にもないとする、適法な手段からの乖離は大きく、権利の侵害も、重要な法的利益である所持品に係るプライバシーの権利や財産権の本質に及んでいることとなる。たとえば、職務質問の要件が存在し、検査がその必要性和緊急性が認められる状況の下で実施されているとしても、またK巡査部長について、令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図までは認められないと評価するとしても、重要な法的権利に対する配慮・尊重を欠いたまま過大な権限行使に及んだことをもって、違法の重大性を肯定することは可能であろう。

そして、違法の重大性が肯定されるとすれば、こうした活動を抑止する必要は高く、それが繰り返し行われ得る類いのものであれば、抑止の必要はさらに高まるが、本件証拠を排除した場合、犯行の立証に重要な証拠が失われる結果、凶器を用いた銀行強盗という重大事犯の犯人と目される者が処罰を免れることとなる。この点に関する考慮は、排除の相当性判断に影響し得ると思われる。

答案では、違法の重大性を指摘、強調する一方で、証拠の重要性や事件の重大性といった要素には言及しないものが少なからず見られた。手続に対する違法判断と証拠排除の結論とを直結させない相対的排除法則の下で、判断の説得性を高めるには、証拠排除の必要と証拠排除の結果生じる不都合の両面に目配りした上で、丁寧に衡量を行うことが欠かせないであろう。

最後に、本【事例】において、所持品検査が違法となり、収集された証拠が排除されたとした場合、警察官らはどのように対応すればよかったのだろうか。時間内に一定の結論を出すことが求められるという試験の制約のないところで、いま一度考えてみてほしいと思う。