

刑事政策

【出題趣旨】

「刑事政策」を学修するに際しては、我が国の憲法が刑事手続をどのように規律しようとしているのか、その基本原理を理解しておくことが必要である。

上述した趣旨から、小問(1)は、まず、我が国の刑事手続を規律する基本原理について、憲法及び刑訴法の条文に照らしつつ論じることができるのか、その理解の正確性及び程度を確認することを目的とした出題を行った。

そして、小問(2)は、小問(1)で論じた基本原理が、具体的な手続でどのように実現されているのかを、「行政手続」との関係を題材に問うことで、刑事手続の基本原理に基づき具体的に生じている問題を考察する力があるか、リーガルマインドを問うことを目的とした出題を行った。

【採点基準】

小問(1) まず我が国が多様な捜査活動を規律するに当たって、捜査活動を、「個人の意思を制圧し、重大な権利侵害」が伴う強制処分と、それ以外の処分である任意処分に区分し、それぞれの区分に応じて要件を設定し、規律を加えていることを指摘する必要がある。そして、強制処分を規律するに当たっては197条1項ただし書により、事前の法律の定めによらなくてはならないとする強制処分法定主義や、権利侵害の小さい任意処分を原則とする任意処分の原則といった、捜査活動を規律する諸原理が定められていることを、条文を示しながら説明していることが求められる。

その上で、①強制処分を規律するに当たっては憲法33条・35条の規定が関連すること、②憲法は個人の人権保障を基調とする一方で、これを無制約に認めるものではなく、捜査の必要性との調整を行い、憲法33条・35条を規定していること、③憲法33条・35条は、具体的な嫌疑に基かない一般探索的捜索などの政府による捜査権限の濫用がなされないように、実体要件を定め、かつ、実体要件が処分前に存在することを担保するために令状要件を課し、②の趣旨を具体化していること、④任意処分に関しても、強制処分と比べ程度は低い権利侵害を伴う点から無制約に許されるものではなく、憲法33条・35条の趣旨を及ぼして、必要性、緊急性等を考慮した上で、具体的な状況の下で相当といえる場合にのみ許容されうることを説明できていることが求められる。

その他、憲法38条1項が保障する黙秘権・自己負罪拒否特権保障への言及が考えられる。この場合、黙秘権・自己負罪拒否特権保障の根拠条文、内容、趣旨、両権利の違い等への説明が求められることになる。

小問(2) 憲法33条・35条、憲法38条1項等に定められる諸権利は、刑事手続において保障されるものである。もっとも、行政手続において行われる調査においても、後に刑事責任を問われうる事項を明らかにする場合もある。また、行政手続においても、刑訴法上の捜索・押収などと同等の強制力を有する処分が行われる場合もあり、これら権限を行政手続という名目の下で刑事手続よりも緩やかな要件・手続で認めることは妥当ではない。そこで、行政手続においても刑事手続上の諸原理が及ぶ若しくは、その趣旨が及ぶ場合があると考えられている。このような刑事手続上の基本原理と行政手続との関係を説明することがまず求められる。

その上で、刑事手続上の基本原理の趣旨が及び、刑事手続上と同様の厳格な規律受ける行政調査を具体的に説明する必要がある（例えば、犯則事件を調査するための臨検、捜索・差押えには事前の令状発布が求められる）。その行政調査の内容・性質に照らして、なぜその行政調査が、刑事手続上の手続と同様の手続を踏むことを求められているのかを論証することが求められる。

また、行政手続において刑事手続上の原理が及びうる場合でも、行政目的達成する必要性から、例外が認められ、刑事手続上保障される権利が縮減する場合が認められている

(最大昭 47・11・12 刑集 26 卷 9 号 554 頁、最判平 28・12・9 刑集 70 卷 8 号 806 頁等を参照)。なぜこのような例外を認め得るのかについて、具体例を用いながら論証を行うことが求められる。