

論証CHECK基本論点講座 5月ガイダンス

# やっぱり論点をどう書くか 事前準備は必要です

【刑事訴訟法編】

辰巳専任講師・弁護士

宍戸 博幸 先生

## 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 一 目 次 一

|   |   |
|---|---|
| ■ 講師作成レジュメ .....                                  | 1 |
| ■ 平成 28 年司法試験論文式試験問題<br>刑事系科目 第 2 問 (刑事訴訟法) ..... | 5 |

**第1 2016年司法試験について**

1 司法試験の出題傾向

- (1) 基本知識の正確な理解と論述が求められている
- (2) 択一科目が減少したことの影響

2 2016年司法試験論文試験（刑訴）

- (1) 職務質問に伴う有形力行使が問題となった事案（設問1）
- (2) 合格に直結する勉強方法

**第2 講座の進め方**

- 1 条文，基本知識，基本判例の確認
- 2 判例をベースにした必要十分な論証の確認
- 3 論証の使い方，あてはめのポイントを伝授

(別紙)

1 強制処分の定義 (刑訴法197条1項)

個人の意思を制圧し、身体・住居・財産等の重要な権利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できない手段。

2 任意処分の限界に関する判断基準

必要性、緊急性を考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度であること。

※捜査の適法性判断における思考過程

- ①強制か任意か —— 強制にあたる ——→ 無令状で行えば違法  
↓強制にあたらない/任意処分であっても権利侵害のおそれ有り
- ②任意処分の限界 —— 相当な範囲を超える → 違法  
↓相当な範囲を超えない  
適法

3 職務質問に伴う有形力行使 (警職法2条1項「停止させて」の問題)

職務質問は、何らかの犯罪を行ったと疑うに足る相当な理由のある者等を停止させて質問することである (警職法2条1項)。職務質問は、強制の処分として行ってはならないので任意の手段によらなければならない (同条3項)、有形力の行使が許されないのが原則である。しかし、職務質問は犯罪の予防鎮圧を目的とする行政警察活動として、迅速に行われる必要があるから、必要かつ相当な限度で許される。

(要素) ①有形力行使の必要性

- ・嫌疑の程度・具体性から導かれる職務質問の必要性
- ・不審事由の内容・程度
- ・解明すべき犯罪の性質 (重大性)

②有形力行使の相当性

- ・対象者の対応
- ・相手方の不利益

を考慮して、具体的状況のもとで相当と評価できるかによって判断すべき。

【例題1】

警察官が、覚せい剤使用の疑いがある被疑者が車両を運転しているところを発見して停止させ、職務質問を開始した。当時、現場付近の道路は積雪で滑りやすい状態であった。被疑者が目をきよろきよろさせ、落ち着かない様子で素直に質問に応じず、エンジンを空ふかししたりハンドルを切る動作をしたため、警察官は被疑者運転車両の窓から車内に手を差し入れてエンジンキーを引き抜いて取り上げた。

以上の事実関係のもとで、警察官の行為は適法か。

【解答】

エンジンキーを取り上げた行為は、職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であり適法。

- (理由) ①被疑者には覚せい剤使用の嫌疑があった  
②被疑者には覚せい剤使用をうかがわせる異常な言動があった  
③積雪により道路が滑りやすい状態にあった  
④被疑者が自動車を発進させるおそれがあった

【例題2】

例題1の職務質問は午前11時10分頃開始された。その後、警察官が任意同行を求めるも、被疑者はこれを拒否し続けた。そのため、警察官は被疑者にエンジンキーを返還せず、被疑者が車に乗り込もうとするところを両脇から抱えて阻止する等した。警察官は、午後3時26分頃、車及び被疑者に対する搜索差押許可状の発付を請求し、午後5時43分頃、同各許可状に基づき現場において搜索差押えが行われた。この間、被疑者は場にそぐわない発言をし、騒ぐ等していた。

以上の事実関係のもとで、警察官の行為は適法か。

【解答】

被疑者の運転を阻止し、約6時間半以上現場に留め置いた措置は、任意捜査として許容される範囲を逸脱し違法。

- (理由) 任意同行を求めるための説得行為として限度を超え、被疑者の移動の自由を長時間にわたり奪った。

#### 4 所持人の承諾を得ない所持品検査の適法性

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を考慮し、具体的な限度のもとで相当と認められる限度で許容される。

※所持品検査の適法性判断基準

##### ①所持品検査の根拠

警職法2条1項は職務質問権限を規定するのみで所持品検査について明文で規定していない(所持品検査の根拠規定がない)。

↓しかし、

所持品検査は、口頭による質問と密接に関連し、職務質問の効果を上げる上で必要性、緊急性が認められる。

↓そこで、

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。

##### ②所持品検査の原則

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認められる。

↓そのため、

原則：所持人の承諾を得てその限度で行うべき

##### ③例外

↓しかし、

職務質問及び所持品検査は、流動する事象に対応し迅速適正に行うべき

↓

所持人の承諾がなければ一切許容されないとするのは相当でない

↓そこで、

捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り許容される場合がある。

##### ④例外が許容される基準

↓もっとも、

所持品を捜索・押収されない権利(憲法35条)を害するおそれがある

↓

必要性、緊急性、利益の権衡などを考慮して、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。

論文式試験問題集 [刑事系科目第2問]

【刑事系科目】

【第2問】（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記【設問1】から【設問4】に答えなさい。

【事例】

1 司法警察員P及びQは、平成27年7月1日午前10時45分、「G県H市内の路上に停車中の自動車内に、大声で叫ぶ不審な男がいる。」との住民からの通報を受け、同日午前10時55分、通報のあった路上にパトカーで臨場したところ、停車中の自動車の運転席に甲を認め（以下、同自動車を「甲車」という。）、その後方にパトカーを停車させた。甲は、エンジンの空吹かしを繰り返して発進せず、全開の運転席窓から大声で意味不明な言葉を発していた。Pが甲に対し、「どうしましたか。」と声を掛けると、甲は、「何でもねえよ。」と答えた。Pは、甲から運転免許証の提示を受け、Qに対し、甲の犯歴を照会するよう指示した。

2 甲には、目の焦点が合わず異常な量の汗を流すなど、覚せい剤使用者特有の様子が見られた。また、同日午前11時、甲には、覚せい剤取締法違反の有罪判決を受けた前科がある旨の無線連絡があった。そこで、Pは、甲につき、覚せい剤の使用及び所持の疑いを抱いた。

Pは、甲から尿の提出を受ける必要があると考え、Qを甲車助手席側路上に立たせ、自らは甲車運転席側路上に立ち、甲に対し、「違法薬物を使っていないかを確認するので、H警察署で尿を出してください。」と言った。甲は、「行きたくねえ。」と言い、甲車を降りてH警察署とは反対方向に歩き出し、2、3メートル進んだが、Pは、「どこに行くのですか。」と言って甲の前に立ち、進路を塞いだ。すると、甲は、「仕方ねえ。」と言い、甲車運転席に戻った。その直後、Pは、甲の左肘内側に赤色の真新しい注射痕を認めて、覚せい剤使用等の疑いを強め、「その注射痕は何ですか。H警察署で尿を出してください。」と言ったが、甲は、「行きたくねえ。献血の注射痕だ。」と言った。

Pは、H警察署に連絡を取り、応援警察官4名を臨場させるよう求め、同4名は、同日午前11時15分に2台のパトカーで到着した。Pは、これらのパトカーをPらが乗って来たパトカーの後方に停車させた上、同4名をそのままパトカー内で待機させた。甲は、同日午前11時20分及び午前11時25分の2度にわたり甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだが、その都度Pは、「どこに行くのですか。H警察署で尿を出してください。」と言って甲の前に立ち、進路を塞いだ。その都度甲は、「警察に行くくらいなら、ここにいる。」と言い、甲車運転席に戻った。その後、甲は、甲車助手席上のバッグからタバコを取り出したが、その際、Pは、同バッグ内に注射器を認めた。そこで、Pが甲に対し、「その注射器は何ですか。見せてください。」と言うと、甲は、「献血に使った注射器だ。見せられない。」と言った。Pは、同注射器の存在や甲の不自然な言動から、覚せい剤使用等の疑いを一層強め、甲車の搜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする搜索差押許可状を請求することとした。

3 Pは、同日午前11時30分、Qに対し、前記各許可状を請求するよう指示し、Pらが乗って来たパトカーでH警察署に向かわせ、甲に対し、「今から、採尿と車内を搜索する令状を請求する。令状が出るまで、ここで待っていてくれ。」と言ったが、甲は、「嫌だ。」と言った。

Pは、応援警察官が乗って来た2台のパトカーを、甲車の前後各1メートルの位置に、甲車を挟むようにして停車させ、甲車が容易に移動できないようにした上、前記応援警察官4名を甲車周囲に立たせ、自らは甲車運転席側路上に立った。その後、甲は、甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだが、Pは、甲の前に立ち、「待ちなさい。」と言って両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、それ以上甲が前に進めないように制止した。すると、甲は、「仕方ねえな。」と言いながら甲車運転席に戻った。

甲は、同日午後零時30分、甲車運転席で、携帯電話を用いて弁護士Rと連絡を取り、「警察に囲まれている。どうしたらいいんだ。」などと、30分間通話した。甲は、同日午後1時、「弁



護士から帰っていいと言われたので、帰るぞ。」と言い、甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだ。Pは、甲の前に立ち、「待ちなさい。」と言って両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、足を踏ん張り、それ以上甲が前に進めないように制止し、更に胸部及び腹部を前方に突き出しながら、甲の体を甲車運転席前まで押し戻し、「座っていなさい。」と言った。すると、甲は、「車から降りられねえのか。」と言いながら、甲車運転席に座った。その後、甲は、甲車運転席で電話をかけたかしていたが、同日午後4時、再度、甲車を降りて歩き出し、2、3メートル進んだ。Pは、両手を広げて甲の進路を塞ぎ、甲がPの体に接触すると、胸部及び腹部を前方に突き出しながら、甲の体を甲車運転席前まで押し戻し、「座っていなさい。」と言った。甲は、「帰れねえのか。」と言いながら甲車運転席に座った。

一方、Qは、H警察署で、前記各許可状を請求する準備を行った後、I簡易裁判所裁判官に対し前記各許可状を請求し、その発付を受け、同日午後4時30分、甲車が止まっていた前記場所に到着した。なお、この間、交通渋滞のため、通常より1時間多くの時間を要した。Pは、Qからすぐに前記各許可状を受け取り、甲立会の下、甲車の捜索を開始した。

4 Pは、前記注射器1本を押収するとともに、甲車助手席上のバッグ内からビニール袋に入った約0.2グラムの覚せい剤1袋を発見して押収し、甲を覚せい剤所持の被疑事実で現行犯逮捕した。甲は、H警察署において、任意に尿を提出し、後日、覚せい剤の成分が検出された。また、改めて行った前科照会の結果、甲には、平成25年4月、覚せい剤取締法違反（使用及び所持）により、懲役1年6月（3年間執行猶予）の有罪判決を受けた前科があることが分かった。

5 甲は、逮捕後の弁解録取手続において、「バッグ内の覚せい剤は、誰かが勝手に入れたものだ。」と弁解して被疑事実を否認した。甲は、平成27年7月3日午前9時30分、I地方検察庁検察官に送致され、検察官Sは、同日午前9時45分から弁解録取手続を開始した。甲はまだ弁護士とは接見しておらず、甲の弁護士選任届も提出されていなかった。弁護士Tは、同日午前9時50分、Sに電話し、甲を取調室に残して別室で応対したSに対し、「私は、甲の妻から依頼を受け、甲の弁護人になろうと考えている。今日の午前10時30分から、H警察署で、甲と接見したい。」と言った。Sは、弁解録取手続終了まで更に約30分を要し、I地方検察庁からH警察署まで自動車約30分を要することから、Tに、「今、弁解録取の手続中です。接見は、午前11時からにさせていただきます。」と伝えた(①)。Tは、「仕方ないですね。しかし、午前11時には、必ず接見させてください。」と言った。

Sによる弁解録取手続において、甲は、前記同様の弁解をして否認し、同手続は、同日午前10時20分に終了したが、その直後、甲は、「実は、お話ししたいことがあります。ただ、今度有罪判決を受けたら刑務所行きですよ。」と言った。Sは、甲が自白しようか迷っていると察し、この機会に自白を得たいと考えた。そこで、同日午前10時25分、Sは、甲を取調室に残し、別室で、Tに電話をかけ、Tに、「これから取調べを行うことにしました。午後零時には取調べを終えますので、接見は、午後零時30分以降に変更していただきたい。」と伝えた(②)。Tは、「予定どおり接見したい。」と主張して譲らなかったが、Sは、電話を切って取調室に戻り、取調べを開始した。その取調べにおいて、甲は、「平成27年6月28日、知り合いの乙方で、乙から覚せい剤2袋を2万円で買い、1袋分を注射器で使用し、残りを持っていた。」旨、覚せい剤所持の事実のほか、その入手状況及び覚せい剤使用の事実についても自白し、甲の自白調書が作成された。取調中、Tは、当初の予定どおり接見できるよう求めてSに電話をかけたが、Sは、電話に出なかった。甲は、同年7月3日午後零時30分、H警察署に戻り、Tは、すぐに甲と接見した。

Sは、その後、必要な捜査を遂げ、甲を覚せい剤取締法違反（使用及び所持）によりI地方裁判所に公判請求した。

6 Pは、前記甲供述等に基づき、甲に対する覚せい剤譲渡の被疑事実で、乙を通常逮捕した。乙は、「甲に風邪薬をあげたことはあるが、覚せい剤など見たこともない。甲に覚せい剤を売った

とされる平成27年6月28日、私は、終日、外出して自宅にはいなかった。」旨弁解して被疑事実を否認した。乙は、I地方検察庁検察官に送致され、Sは、必要な捜査を遂げ、乙を「平成27年6月28日、G県H市O町O番の乙方で、甲に覚せい剤約0.4グラムを代金2万円で譲り渡した。」との公訴事実により、I地方裁判所に公判請求した。

7 乙に対する覚せい剤取締法違反被告事件は、事件の争点及び証拠を整理する必要があるとして、公判前整理手続に付された。乙及びその弁護人Uは、同手続において、当初、前記弁解と同様の主張をしたが、裁判所から、「アリバイ主張について可能な限り具体的に明らかにされたい。」との求釈明を受け、「平成27年6月28日は、終日、丙方にいた。その場所は、J県内であるが、それ以外覚えていない。『丙』が本名かは分からない。丙方で何をしていたかは覚えていない。」旨釈明した。その結果、本件争点については、「(1)平成27年6月28日に、乙方において、乙が甲に覚せい剤を譲り渡したか。(2)その際、乙に、覚せい剤であるとの認識があったか。」と整理され、甲の証人尋問及び被告人質問等が実施されることが決まった。

8 第1回公判期日において、乙及びUは、公訴事実を否認し、公判前整理手続でしたのと同様の主張をした。

また、同期日に実施された甲の証人尋問において、甲は、【資料】のとおり証言した。

9 第2回公判期日に実施された被告人質問において、乙は、Uの質問に対し、「平成27年6月28日は、J県M市△町△番の戊方にいました。」と供述した。Uからの「丙方ではなく、戊方にいたのですか。」との質問に対し、乙は、「前回の公判期日後、戊から手紙が届き、丙方ではなく、戊方でテレビを見ていたことを思い出しました。」と供述した。そこで、Uは、乙に対し、「あなたが当日戊方にいたことに関し、これから詳しく聞いていきます。まず、戊方で見ていたテレビ番組は何ですか。」と質問した(④)。これに対し、Sは、「弁護人の質問は、公判前整理手続において主張されていない事実に関するものであり、制限されるべきである。」と述べて異議を申し立てた。

【設問1】 【事例】中の2及び3に記載されている司法警察員Pらが甲を留め置いた措置の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【設問2】 検察官Sによる下線部①及び②の各措置の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【設問3】 【資料】に記載されている下線部③の証言の証拠能力について、想定される要証事実を検討して論じなさい。

【設問4】 被告人乙が戊方にいたことを前提とする弁護人Uの下線部④の質問及びこれに対する乙の供述を、刑事訴訟法第295条第1項により制限することができるか。公判前整理手続の経過及び結果並びに乙が公判期日で供述しようとした内容を考慮しつつ論じなさい。

#### (参照条文) 覚せい剤取締法

第19条 左の各号に掲げる場合の外は、何人も、覚せい剤を使用してはならない。

(以下略)

第41条の2 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。

(以下略)

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

(以下略)

【資料】

検察官：あなたが平成27年7月1日に所持していた覚せい剤は、どのように入手したのですか。

甲：平成27年6月28日に、知り合いの乙から、乙の自宅で、2万円で買いました。

検察官：どのようないきさつで、乙から覚せい剤を買うことになったのですか。

甲：乙から、電話で、「いい薬があるけど、買わないか。」と言われたからです。「いい薬」と言われ、覚せい剤だとピンとききました。それで乙の自宅に行ったのです。

検察官：あなたが覚せい剤を買ったとき、乙は、何と言っていましたか。

甲：乙は、覚せい剤だとは言っていませんでした。しかし、乙は、私にビニール袋に入った覚せい剤を2袋渡して、「帰るときは、K通りから帰るなよ。あそこは警察がよく検問をしているから、遠回りでもL通りから帰れよ。お前が捕まったら、俺も刑務所行きだから気を付けろよ。」(③)と言いました。

弁護人：異議があります。ただ今の甲の証言は、伝聞証拠です。

(以下略)

## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371 (代表) ☎0120-319059 (受講相談)  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690 (代表)

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400 (代表)

京都本校：〒604-8152 京都市中京区烏丸通錦小路上ル手洗水町670京都フクトクビル6F  
TEL075-254-8066 (代表)

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941 (代表)

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040 (代表)

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内

TEL086-236-0335