

司法試験

平成28年本試験徹底分析会

刑事系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 166087

LU16608

平成28年本試験分析会

刑事系・第1問

平成28年司法試験 刑事系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

以下の事例に基づき、甲、乙、丙及び丁の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（45歳，男性）は暴力団組織である某組において組長に次ぐ立場にあり，乙（23歳，男性）及び丙（20歳，男性）は甲の配下にある同組の組員で，乙は丙の兄貴分であった。甲は，某組の組長から，まとまった金員を工面するように指示を受けていたところ，配下の組員Aの情報によって，Aの知人であるV（40歳，男性）が，一人暮らしの自宅において，数百万円の現金を金庫に入れて保管していることを知った。
- 2 甲は，Vの現金を手に入れようと計画し，某年9月1日，乙に対し，「実は，組長からまとまった金を作れと言われていた。Aの知人のVの自宅には数百万円の現金を入れた金庫があるらしい。Vの家に押し入って，Vをナイフで脅して，その現金を奪ってこい。奪った現金の3割はお前のものにしていい。」と指示した。乙は，その指示に従うことにちゅうちょを覚えたが，組内で上の立場にいる甲の命令には逆らえないと考えるとともに，分け前も欲しいと思い，甲に対し，「分かりました。」と言った。甲は，乙に対し，現金3万円を渡して，「この金で，Vを脅すためのナイフなど必要な物を買って準備しろ。準備した物と実際にやる前には報告をしろ。」と言った。乙は，甲から受け取った現金を使って，玄関扉の開錠道具，果物ナイフ（刃体の長さ約10センチメートル。以下「ナイフ」という。），奪った現金を入れるためのかばん等を購入した上，甲に対し，準備した物品について報告した。
その後，乙は，一人で強盗をするのは心細いと思い，丙と一緒に強盗をしようと考えた。乙は，丙に対し，「甲からの指示で，Vの家に行って押し込み強盗をやるんだが，一緒にやってくれないか。」と言って甲から指示を受けた内容を説明した上で，「俺がナイフで脅す。それでもVが抵抗してくるようだったら，お前はVを痛めつけてくれ。9月12日午前2時に実行する。その時間にVの家に来てくれ。お前にも十分分け前をやる。」と言った。しかし，丙は，その日は用事があったことから，乙の頼みを断った。乙は，「仕方ない。一人で何とかなるだろう。」と考え，単独で犯行に及ぶことを決意した。なお，乙は，甲に対し，丙を強盗に誘ったことについては言わなかった。
- 3 乙は，同月12日未明，事前に準備したナイフ等を持ってV方に向かい，V方で甲に電話をかけ，「これからV方に入ります。」と伝えた。しかし，甲は，乙からの電話の数時間前に，今回の計画を知った某組の組長から犯行をやめるように命令されていたので，乙に対し，「組長からやめろと言われた。今回の話はなかったことにする。犯行を中止しろ。」と言った。乙は，多額の現金を入手できる絶好の機会であるし，手元にナイフ等の道具もあることから，甲にそのように言われても，今回の犯行を中止する気にはならなかったが，甲に対し，「分かりました。」とだけ返事をして，その電話を切った。
- 4 乙は，その電話を切った直後の同日午前2時頃，準備した開錠道具を使用してV方の玄関扉を開錠し，V方に入った。乙は，Vが寝ている部屋（以下「寝室」という。）に行き，ちょうど物音に気付いて起き上がったVに対し，準備したナイフをその顔面付近に突き付け，「金庫はどこにある。開け方も教えろ。怪我をしたくなければ本当のことを言え。」と言った。これに対し，Vが金庫のある場所等を教えなかったため，乙は，Vを痛めつけてその場所等を聞き出そうと考え，Vの顔面を数回蹴り，さらに，Vの右足のふくらはぎ（以下「右ふくらはぎ」という。）をナイフで1回刺した。Vは，乙からそのような暴行を受け，「言うとおりにしないと，更にひどい暴行を受けるかもしれない。」と考えて強い恐怖心を抱き，乙に対し，「金庫は6畳間にあります。鍵は金庫の裏にあります。」と言った。それを聞いた乙は，右ふくらはぎを刺された痛みから床に横たわっているVを寝室に残したまま6畳の部屋（以下「6畳間」という。）に向かった。

5 丙は、予定よりも早く用事が済んだため、兄貴分である乙が強盗するのを手伝おうという気持ちで新たに生じるとともに、分け前がもらえるだろうと考え、V方に行った。丙は、V方の玄関扉が少し開いていたので、同日午前2時20分頃、その玄関からV方に入り、寝室でVが右ふくらはぎから血を流して床に横たわっているのを見た。

その後、丙は、6畳間にいた乙を見付け、乙に対し、「用事が早く済みました。手伝いますよ。」と言った。乙は、丙に対し、「計画どおりVをナイフで脅したけど、金庫の在りかを教えなかったから、ふくらはぎを刺してやった。あれじゃあ動けねえから、ゆっくり金でも頂くか。お前にも十分分け前はやる。」と言い、丙も、Vは身動きがとれないので簡単に現金を奪うことができるし、分け前をもらえると考えたこともあり、これを了解して「分かりました。」と言った。

乙は、Vから聞き出した場所にあった鍵を取り出して、これを使って6畳間の金庫の扉を開錠した。そして、乙と丙は、二人で同金庫の中にあつた現金500万円を準備したかばんの中に入れ、その後、同日午前2時30分頃、そのかばんを持ってV方から出た。なお、Vは、終始、丙が来たことには気付いていなかった。

乙は、V方から出た後、某組事務所に行き、甲に対し、言われたとおり犯行を中止した旨の虚偽の報告をした。その後、乙は、Vから奪った現金のうち150万円を丙に分け前として渡し、残りの350万円を自分のものとした。

6 盗みに入る先を探して徘徊中の丁（32歳、男性。なお、甲、乙及び丙とは面識がなかった。）は、同日午前2時40分頃、V方前を通った際、偶然、V方の玄関扉が少し開いていることに気付いた。丁は、V方の金品を盗もうと考え、その玄関からV方に入り、6畳間において、扉の開いた金庫内にX銀行のV名義のキャッシュカード1枚（以下「本件キャッシュカード」という。）があるのを見付け、これをズボンのポケットに入れた。そして、丁が、更に物色するため寝室に入ったところ、そこには右ふくらはぎから血を流して床に横たわっているVがいた。丁は、その様子を見て驚いたものの、「ちょうどいい。手に入れたキャッシュカードの暗証番号を聞き出し、現金を引き出そう。」と考え、Vに近付いた。

Vは、丁に気が付き、「何かされるかもしれない。」と考えて、丁に対して恐怖心を抱いた。丁は、横たわっているVのそばにしゃがみ込んでVの顔を見たところ、Vが恐怖で顔を引きつらせていたので、「強く迫れば、容易に暗証番号を聞き出せる。」と考えた。そこで、丁は、Vをにらみ付けながら、「金庫の中にあつたキャッシュカードの暗証番号を教えろ。」と強い口調で言った。Vは、丁が間近に来たことでおびえていた上、丁からそのように言われ、「言うことを聞かなかったら、先ほどの男にされたようなひどい暴力をまた振るわれるかもしれない。」と考えて、更に強い恐怖心を抱き、丁に対し、「暗証番号は××××です。」と言った。

7 丁は、その暗証番号を覚えると、V方から逃げ出し、同日午前3時頃、V方近くの24時間稼働している現金自動預払機（以下「ATM」という。）が設置されたX銀行Y支店にその出入口ドアから入り、同ATMに本件キャッシュカードを挿入した上、その暗証番号を入力して、同ATMから現金1万円を引き出した。

8 Vは、同日午前5時頃、乙から顔面を蹴られたことによる脳内出血が原因で死亡した（なお、乙がVの右ふくらはぎを刺した行為とVの死亡とは関連がない。）。

平成28年司法試験 刑事系第1問 解答例

第1 乙の罪責について

1 住居侵入罪（刑法130条）について

甲は、V方の住居権者であるVの承諾等の正当な理由なく、Vの住居に侵入しているため、住居侵入罪が成立する。

2 強盗致死罪（刑法236条1項、同法240条）について

乙が、某年9月12日に、V方で、Vの顔面を蹴り、ふくらはぎをナイフで刺す等の暴行を加え、500万円の現金を奪取したうえ、V死亡の結果を生じたことにつき、強盗致死罪が成立する。

(1) 構成要件該当性

強盗致死罪の構成要件は、財物奪取に向けられた暴行脅迫を行い、これによって生じた反抗抑圧状態を利用して財物を奪取したこと及び強盗の機会に相手方を死亡させたことである。

ア 財物奪取に向けられた暴行脅迫について

強盗罪という暴行脅迫とは、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることを要する。当該暴行の態様は、容易に助けを求めることもできないV方という密室のなかで、刃体の長さ約10センチメートルという殺傷能力の高い凶器を用いて「怪我をしたくなかったら」金庫の開け方を教えろなどと、ナイフを用いてVに攻撃を加えることを示唆したうえに、実際に人体の急所である顔面を蹴ったうえ、ふくらはぎをナイフで刺したのであるから、当該暴行脅迫はVの反抗を抑圧するに十分だったといえる。そして、乙は当該暴行をVから現金を奪う手段として行っている。

イ 反抗抑圧について

Vは、上記のとおり乙から暴行を受けたため、乙の要求に従わなければ更に暴行を受けるかもしれないという強い恐怖心を抱いたのだから、乙の暴行によって反抗抑圧状態に陥ったといえる。

ウ 財物奪取について

乙は、自己の暴行脅迫によってVが反抗抑圧状態に置かれたことを利用して、V所有の500万円をVの意思に反して占有移転したのであり、財物を奪取したといえる。

エ 相手方の死亡結果について

乙がVの顔面を蹴ったことで、Vは脳内出血を起し死亡した。

(2) 違法性阻却事由及び責任阻却事由がないこと

違法性阻却事由は存在しないうえ、乙は上記構成要件該当事実を全て認識予見して行っているため故意が認められるのであり、責任阻却事由も存在しない。なお、乙はVに上記暴行を加える際に、Vに死亡結果が生じることの認識認容はなかったのであるから、殺人の故意は認められない。

(3) 小括

よって、乙には強盗致死罪が成立する。

3 結論

以上より、乙には住居侵入罪と強盗致死罪が成立し、両者は牽連犯（刑法54条1項）となる。

第2 甲の罪責について

1 住居侵入罪（刑法130条）及び強盗致死罪（刑法236条1項、同法240条）の共同正犯（同法60条）について

第1で述べたとおり、乙にはVを被害者とする強盗致死罪が成立しているところ、乙が強盗を行うにあたって、当初甲が犯行を計画・指示し、この後乙の犯行の意欲を消滅させなかったことについて、住居侵入罪及び強盗致死罪の共同正犯が成立する。

(1) 共同正犯の成立要件を充足することについて

共同正犯とは、構成要件該当事実を複数人で共同惹起することなので、共同正犯が成立するためには各共犯者間で共謀が行われたこと及び当該共謀に基づく実行行為が存在することを要する。

ア 共謀の存在について

共謀とは、複数名が特定の犯罪を行うため、共同意思のもとに一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議のことであり、①当該犯罪を自己のものとして行う意思（正犯意思）と②相互に利用補充しあう旨の意思連絡という2つの要素によって成り立つ。

(ア) 正犯意思について

甲は、某年9月1日、自己の責務として金員を工面する目的で、強盗を行うことを決意し、乙に対し被害者をVとすること、V方に侵入してナイフでVを脅して現金を奪うといった具体的計画を示し、ナイフ等必要物品の購入費用を与えた。加えて、甲は乙の取り分を3割としており、自己の取り

分を多く設定している。これらの事情から、甲は当該犯罪を自己のものとして計画実行しようとしているといえ、正犯意思が認められる。

(イ) 意思連絡について

甲と乙は、当該犯行について相談を行い、計画を共有することで相互に利用補充しあう意思を形成していたと考えられるため、意思連絡があったといえる。

イ 謀議に基づく実行行為が存在することについて

乙の罪責の項で述べたとおり、乙は住居侵入罪及び強盗致死罪の実行行為を行っているところ、乙は上記謀議によって当該行為を決意し、新たな決意によることなく実行に至ったのであるから、当該実行行為は謀議に基づくといえる。

(2) 甲に共犯からの離脱が認められないことについて

甲は、上述のとおり自ら犯行を計画し、当該計画に従って乙が果物ナイフ等を購入し準備していることを知りながら、今正にV方に強盗に入ろうとしている乙に対し、「犯行を中止しろ」と申し向けたのみで、犯行道具を回収するなど、謀議がなかった状態にまで回復しなかったのであるから、実行の着手前に共犯者に対して中止の意思表示をし、共犯者からその了解を得たとはいえ、共犯からの離脱は認められない。

(3) 結果的加重犯の共同正犯について

共同正犯が、共犯者の行為を相互に利用補充するものである以上、共犯者の一人の行為から発生した加重結果についても因果的

寄与が認められ、加重結果まで含めて共同正犯が成立する。

2 結論

以上より、甲には住居侵入罪と強盗致死罪の共同正犯が成立し、両罪は牽連犯（刑法54条1項）となる。

第3 丙の罪責について

1 住居侵入罪（刑法130条）について

乙と同様、丙も住居権者であるVの承諾なくV方に侵入しているの
であり、住居侵入罪が成立する。

2 窃盗罪（刑法235条）の共同正犯（同法60条）について

丙は、乙がVに対し暴行を加えVの犯行を抑圧し、Vから金庫の在
り処を開き出した後乙と合流し、V方金庫内の現金500万円をVの
承諾なく持ち出しており、窃盗罪の共同正犯が成立する。

(1) 共同正犯の成立要件を充足することについて

窃盗罪とは、他人の意思に反して、他人の占有下にある財物を
占有移転するものである。乙及び丙は、Vの意思に反して、Vの
占有下にある現金500万円の占有を取得しており、窃盗罪の構
成要件を充足する。丙は、当該行為にあたり、自ら乙に「手伝い
ます」と言い犯行への加担を明示し、乙から「十分分け前はや
る」との提示を受けて、分け前を得るという自己の利益のために
本件犯行に及んだのであるから、乙丙間の共謀と、丙の正犯意思
が認められるのであり、丙は窃盗の共同正犯の成立要件を充足す
る。

(2) 強盗罪及び強盗致死罪の共同正犯が成立しないことについて

共同正犯とは、構成要件該当事実を共同して惹起したことであ
り、各々自己が因果性を有する範囲でその責任を負う。そのため、
共犯者の一部が犯行を開始した後に加担した者については、
加担前の事実について因果性を有することがあり得ない以上、加
担後の事実についてのみ罪責を負う。

丙が乙の犯行に加担した時点で、既に乙はVに対し暴行脅迫を
加え、Vを犯行抑圧状態に置いていたのであるから、丙は自己の
加担前の事実にあたる当該行為について、何ら責任を負わないこ
ととなり、加担後に行われた財物の占有移転の限度で責任を負
う。

(3) 違法性阻却事由及び責任阻却事由がないこと

丙には、違法性阻却事由は認められない。また丙は自己の行為
について認識認容があったのであるから、故意が認められる。

(4) 小括

よって、丙には窃盗罪の共同正犯が成立する。

3 結論

以上より、丙には住居侵入罪及び窃盗の共同正犯が成立し、両者は
牽連犯（刑法54条1項）となる。

第4 丁の罪責について

1 住居侵入罪（刑法130条）について

乙、丙と同様、丁も住居権者であるVの承諾なくV方に侵入してい
るため、住居侵入罪が成立する。

2 2項強盗（刑法236条2項）について

丁がV名義のキャッシュカードを取得後、Vを睨みつけて暗証番号を教えるよう申し向け、Vから暗証番号を聞き出した行為につき、2項強盗罪が成立する。

(1) 構成要件該当性

2項強盗の構成要件は、財物奪取に向けられた相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行脅迫を用いて、相手方を犯行抑圧状態に陥らせ、これに乗じて財産上の利益を得ることである。

ア 暴行脅迫及びこれによる反抗抑圧状態について

丁は、Vからキャッシュカードの暗証番号を聞き出す目的で行った脅迫行為は、Vを睨みつけ、暗証番号を教えるよう申し向けたのみであるが、既に乙によってふくらはぎをナイフで刺され、同所から逃亡することも困難な状態にあった以上、当該行為はVの反抗を抑圧するに足りるものであったといえる。そして、現実にはVは更に暴行を受けることを恐れ、反抗抑圧状態に陥った。

イ 財産上の利益の移転について

丁が当該脅迫によって取得したのは、キャッシュカードの暗証番号のみであるが、既にキャッシュカードを窃取した後に当該カードの暗証番号を取得することは、ATMを用いて容易に現金を取得できる状態を作出することであるため、これをもって財産上の利益の移転があったといえる。

(2) 違法性阻却事由及び責任阻却事由

丁には違法性阻却事由はない。また、丁は上記構成要件該当事

実について認識予見があったのであるから故意も認められる。

(3) 小括

以上より、丁には2項強盗罪が成立する。

3 窃盗罪（刑法235条）について

丁は、上記窃取行為によって取得したキャッシュカードをATMに挿入し、Vから聞き出した暗証番号を入力して現金1万円を引き出したのであり、当該行為に窃盗罪が成立するため、以下詳述する。

(1) 構成要件該当性

窃盗罪の構成要件要素は、不法領得の意思をもって他人の意思に反して他人の占有する財物の占有を移転することである。

丁は、取得した現金を自己のものとして使用収益する意思をもって、銀行の占有下にある現金を、銀行の意思に反して自己の下に占有を移転しているのであるから、構成要件を充足する。

(2) 違法性阻却事由及び責任阻却事由

丁には、違法性阻却事由はなく、丁は上記構成要件該当事実について認識予見があったのであるから、故意も認められる。

(3) 小括

よって、丁には窃盗罪が成立する。

4 結論

以上より、丁には住居侵入罪、2項強盗罪、窃盗罪が成立し、住居侵入と2項強盗罪が牽連犯となり、両罪と窃盗罪は併合罪（刑法45条）となる。

以上

- MEMO -

平成28年本試験分析会

刑事系・第2問

平成28年司法試験 刑事系第2問 問題文

〔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たばこを取り出したが、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、甲車の捜索差押許可状及び甲の尿を差し押さえるべき物とする捜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、採尿と車内を捜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

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りしていたが、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警察署まで自動車ですら約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時からにしていただきたい。」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わりますので、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市〇町〇番の乙方で、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市〇町〇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、何と書いていましたか。

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)

平成28年司法試験 刑事系第2問 解答例

第1 設問1について

1 職務質問に伴う有形力行使の許容性について

職務質問（警職法2条1項）とは、犯罪予防または鎮圧のため対象者を停止させて質問することであり、任意手段として許容される（同条3項）。職務質問に伴う有形力の行使も一定程度認められると解されるが、職務質問があくまでも任意手段であることから、強制にわたるものであってはならず、また、当該行為が強制手段にあたらない場合であっても、停止行為の必要性、緊急性とこれによって侵害される対象者の利益を比較衡量のうえ、具体的状況のもとで相当とみられる限度で適法とされる。

2 Pらの各行為の適法性について

(1) 午前11時から午前11時25分にかけての質問及び停止行為について

Pは、平成27年7月1日午前11時、甲について目の焦点が合わず大量の汗をかくなど覚せい剤使用者特有の様子を発見したことから、職務質問を開始し、甲に薬物検査を行うよう求め、説得の間同所にとどまるよう求めた。この際Pは、甲が午前11時、午前11時20分、午前11時25分の3回に渡って同所を徒歩で離れようとしたことから、甲の進路上に立ってその進路を塞いでいる。これに対し甲は、「仕方ねえ」（午前11時）、「警察に行くくらいなら、ここにいる」（午前11時20分及び25分）と言い、甲車運転席に戻っている。

Pは上記の甲の様子から甲が覚せい剤を使用しているとの嫌疑

を抱き、甲に覚せい剤取締法違反の前科があることから、嫌疑を抱いている。そのため、甲を同所に留め置き、道路交通の安全確保と薬物検査の説得のため質問を継続する必要性が認められるうえ、一旦甲を解放すると再度甲の身柄を確保して捜査を行うことが困難となる以上、同時点で質問及び停止行為を続ける緊急性が認められる。他方、甲はPの説得に応じ甲車内に留まることに納得しているため、被侵害利益はないに等しい。よって、質問及び停止行為の必要性緊急性が被侵害利益を上回り、適法となる。

(2) 午前11時30分の停止行為について

同日午前11時30分、Pが甲に同所で令状発付を待つよう求めたところ、甲は拒絶して徒歩で同所を離れようとした。そこでPは、甲の進路を塞ぐため甲の前に両手を広げて立ち、甲がPの体に接触しても、それ以上甲が前に進めないよう足を踏ん張って制止した。そのため甲は「仕方ねえな」と言って甲車に戻った。

同時点でPは、甲が上述の覚せい剤使用者に固有の症状を呈しているのみならず、甲が注射器を所持し「献血に使った」と不合理な弁解をしていたことから、覚せい剤の使用について一層強い嫌疑を抱いている。そのため、当該時点では午前11時25分までの段階に比べ、甲の身柄を同所に留め置き、道路交通の安全確保と薬物検査の説得のため質問を継続する必要性が強まっている。また、同時点で甲を解放した場合に捜査の継続が困難となる以上、同時点で質問及び停止行為を継続する緊急性も認められる。他方、甲はPの説得に応じ自発的に甲車に戻っており、当該

行為のみをみると移動の自由に対する制約は生じておらず、また、甲がPの身体に接触したことが有形力の行使にあたるとはいえ、極めて軽微なものである以上、被侵害利益は小さい。よって、Pによる質問及び停止行為の必要性緊急性がこれによって侵害される甲の利益を上回り、適法となる。

(3) 午後1時及び午後4時の停止行為について

Pは、同日午後1時と午後4時の2回に渡って、甲が同所を離れるのを防止するため、徒歩で前進する甲の前に両手を広げて立ちふさがり、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を甲車運転席前まで押し戻し、甲車内に座っているよう求めている。Pの各行為の後甲は、同所への留め置きに対し不満を口にしたものの、自発的に甲車運転席に座っている。

上記各行為時点において、甲の嫌疑は何ら解消されていないため、道路交通の安全確保と薬物検査実施の説得のため、質問を継続する必要性と、一旦甲を解放することなく同時点で質問及び停止行為を行うべき緊急性が認められる。他方、Pは甲がPの身体に触れたところ、胸部及び腹部を用いて甲の身体を甲車運転席まで押し戻しているため、有形力を行使して甲の移動の自由を制約したといえることができる。しかし、Pの行使した有形力は、甲を2、3メートル移動させる程度のものに過ぎず、軽微なものである。そして、最終的に甲は不満を述べながらも自ら甲車運転席に座ったのであるから、同時点のみをみると甲の移動の自由に対する制約も大きいとはいえない。そのため、上記各行為は、質問及

び停止の必要性緊急性が被侵害利益を上回り、適法となる。

(4) 甲を午後4時30分まで留め置いた行為

Pらは午前11時の職務質問時から、午後4時まで職務質問のための停止行為として、同所に甲を留め置いている。

甲を同所に留めて質問及び停止行為を継続する必要性及び緊急性については上述のとおり認められる一方で、5時間30分に渡って継続的に甲の移動の自由に制約を生じている。この間Pは、甲の様子、前科及び所持品等から甲について覚せい剤使用の嫌疑を深め、薬物検査に向け令状発付の手続きを行い、同所にて令状を受け取ったのが質問開始から5時間30分後だったのであり、徒に留め置きを長期化させたものではない。また、Pらにとって予想困難な交通渋滞も相まって留め置き時間が長くなったに過ぎない。そのため、道路交通の安全確保及び薬物検査実施の説得のため質問及び停止行為を継続する行為は、これによって生じた甲の移動の自由の制約と比較しても、その必要性及び緊急性が優越すると考えられるため、社会的相当性を逸脱するものではなく、適法である。

第2 設問2について

1 接見指定の要件について

刑訴法は、憲法の定める弁護人を依頼する権利（憲法37条3項）の実効性確保のため、被疑者被告人と弁護人の接見交通権を認める（刑訴法39条1項）一方で、例外的に「捜査のため必要がある」ときは捜査機関において接見の日時場所を指定することを許容している

(同条3項)。

ここでいう「捜査のため必要がある」場合とは、接見指定が例外的に認められた措置であることから、接見を認めると捜査に顕著な支障が出る場合に限定される。具体的には、現に取調べや実況見分等を行っている場合及び間近い時期にこれらが予定されている場合をいう。

2 Sによる各接見指定の適法性について

(1) 接見を午前11時からと指定した行為について

Tは、午前9時50分に、40分後である10時30分より接見を行いたいとSに申し入れた。これに対してSはTの求めより30分遅い午前11時を接見開始時刻として指定している。

当該接見指定の理由は、Tの接見申入れ時点において、既に甲の身柄を用いて弁解録取手続を開始しており、Tの希望時間までに同手続を終え甲の身柄を移動させることが困難だったことによる。そのため、Sの接見指定は現在及び極めて近接した将来について、弁解録取のため甲の身柄を必要とする最小限についてされたものであり、捜査の必要がある場合に該当し、適法である。

(2) 接見を午後零時30分からと指定した行為について

Sは、弁解録取手続を終えた後、急遽取り調べを行うこととして、Tの接見希望に対し開始時刻を1時間30分遅らせ、午後零時30分とするよう指定した。

Sは、当初予定していた弁解録取手続を終了後、取調べを行うこととしていたところ、同時点において、既にTが接見を希望しており、甲の取調べを実施した場合、Tと甲の接見が接見指定時

刻より遅れることを認識していた。弁解録取手続時の甲の様子を見て、その後の取調べの必要を生じたとはいえ、当該接見が甲の初回接見であって、弁護人選任手続を行うなど重要な権利利益の保護のため特に重要なものである以上、最初の接見指定段階で予定されていなかった取調べの実施が接見より優先されると認めることはできない。そのため、弁解録取手続に引き続き取調べの実施は「捜査の必要がある場合」には該当せず、違法となる。

第3 設問3について

1 想定される要証事実

公判前整理手続において、乙が甲に薬物を譲渡した際、乙に当該薬物が覚せい剤であることの認識を有していたかが争点とされた。そのため、検察官は甲の③発言の要証事実は、「乙が甲に薬物を譲渡した際、当該薬物が覚せい剤であることの認識を有していた」だと考えられる。

2 甲発言の証拠能力について

伝聞証拠とは、「公判期日外における他の者の供述を内容とする供述」であって、その内容の真実性が問題となるもの(刑訴法320条1項)をいう。

本件においては、外形的に甲③発言が存在すれば、乙が甲に譲渡した薬物を覚せい剤であると認識していたことの立証が可能であり、甲が逮捕された場合に、乙も刑務所に行くことになるか否かといった点について、真実性を吟味する必要がない。

よって、甲③発言は伝聞証拠にあらず証拠能力が認められる。

第4 設問4について

1 尋問又は陳述が「相当でない」場合の意義

刑訴法295条1項は、尋問又は陳述が「相当でない」ときは、訴訟関係人の本質的権利を害しないかぎり、これを制限できると規定する。

公判前整理手続を行った事件については「やむを得ない事由」（刑訴法316条の3第1項）がない限り、新たな証拠調べ請求ができないとされている一方で、新たな主張については何ら明文の規定が置かれていないことから、公判期日における主張内容については制限されないと解される。しかし、公判前整理手続を行った趣旨を没却しないため、弁護士及び被告人は公判整理手続終了までに弁護方針を決定し、主張内容を明らかにするべきであると考えられる。そこで、弁護士がこのような努力をせず、漫然と公判前整理手続を終え、公判期日において新たな主張をした場合には、当該主張は「相当でない」ものとして刑訴法295条1項により制限されることもありうると解される。

2 乙が公判期日において戊方にいたと主張することの相当性

乙は、公判前整理手続終了後に戊から手紙が届き、これによって犯行当日戊方にいたことを思い出したため、当該期日において新たに当該事実を主張することとしたのである。公判前整理手続において、裁判官からアリバイの具体的内容について求釈明が行われ、この時点では乙は丙方にいたと主張し、「犯行当日乙は乙方にいたか、丙方にいたか」という争点整理が行われている。そのため、戊から乙に手紙が

交付されることは予想不可能だったのであるから、これによって喚起された記憶に基づき新たな主張をすることは、公判前整理手続の趣旨を没却するものではなく、主張自体が制限されるものではないとはいえ、公判期日前に主張を変更する旨の申入れをすべきであったのであり、これをせずに漫然と新たな主張に基づき質問を続行することは相当性を欠くといえる。しかし、ここで新たなアリバイ主張について、陳述を制限した場合、乙の裁判の帰趨に重大な影響を及ぼす事項について審理を尽くさないこととなるため、被告人の防御という乙の本質的権利を害することとなる。

よって、裁判長は乙の供述を制限することはできない。

以上

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) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16608