

平成28年司法試験再現答案

刑事系科目

第2問 刑事訴訟法

整理番号	ランク
1	確認中
2	確認中
3	C
4	A
5	A
6	A
7	確認中

見 本

H28 刑訴.

9/22 (木). 10:13 ~ 12:13.

第 1 問

設問1.

1(1)Pは甲が賞せい育イ使用者特有の様子があることから、甲に任意で尿検査を受けよう留め置いている。2の段階でPは横任意で甲を留め置いている。そこで、強制処分性の有無が問題となる(197条1項)。

(2)強制処分とは、個人の意思を制圧し、必要性・相当性の範囲を超え処分をいう。~~この場合~~強制処分は、法律上の根拠を要するため、任意処分であるとして、強制にわたる処分をした場合、197条1項に反する。Pは、甲に対し尿を提出して谷欠い旨を要求しているのに対し、甲は行きたくないと述べた上で、進路を防がれるとイチャイチャといって自車に戻っている。Pは、甲が自車から出たときに、進路に妨さるから尿の提出を求めているが、甲は自ら自車に戻っている点から、甲の意思が制圧されて自車に戻っているとはいえない。また、Pは応援ハイクーを呼んでいるものの、甲の車を取り囲んで外に出られてよくさせたようにしている。したがって、甲の意思は制圧されておらず、留め置きは任意処分である。

2.(1)甲に対する捜索許可状が請求された後の強制処分性について検討する。

午前11時30分からは、捜索許可状を取得するためにPは甲を留め置いている。許可状が発付されたのは午後4時30分であり、交通渋滞で1時間多くかかっている点を見ても、5時間甲を留め置くという長時間甲を留め置いている。その間甲は、~~自車から出ては~~「はちねえ」といって自ら自車に戻ったり、車内で自由に弁護士に30分間も通話することが可能で

見 本

(第 2 問)

あった状態である。このことから、甲は~~意思~~自らの意思や~~自由~~行動の自由が全くない状態ではなかったといえる。

しかし、甲車は前後（X-トリルの位置に）10トカーが停車しており、容易に重付け~~ず~~、~~甲~~ ない状態のまま5時間も留めおかれている。さらに、^{Pらは}甲車から降りた甲に対し、「待ちなさい」というだけでなく、車に「座ってなさい」と述べており、具体的な行動を甲に指示している。また、^{Pらは}歩きはじめた甲を~~身体~~身体で押し戻しており、甲は徐々に「帰れぬのか」といった発言をしていることから、~~甲車から降り~~て自由に帰宅することは許されてない状況だと考えたものと推認することができる。甲は、弁護士に相談した上で、帰宅したい旨申し出ており、~~留め置き~~帰宅したい意思を明確に示している。~~にもかかわらず~~ Pらは甲の意思にこれに対するPらの行動は、甲の帰宅の意思を無視する行動であり、甲の自由な意思や行動を制圧しているといえる。

よって、Pらの留め置きは強制処分として（97条1項^{但書}）に反し違法である。

設問2. 弁護士となる者からの

1. ① ^{について}の状況は、弁解録取中の接見の申し出に対するSの対応が問題となる。

初回の接見は、接見は、被疑者と弁護士とが今後の捜査や取調べに対して、防衛権を行使するための~~重要な~~権利である。弁解に、被疑者に対する初回接見は、外界との連絡や情報を遮断された被疑者にとって~~自身~~自身の権利を守るため重要な権利といえる。したがって、捜査中であつたとしてもなるべく直近の可能な範囲で接見を認め、捜査の

① では、TがSに対し最初の弁解である弁解録取中にTEして

見 本

第 1 問

1 いる。Tは10時30分から申し出ているが、弁解録取がすでに9時45分から
2 はじまっている状況である。また、~~T~~ Tが接見を申し出ているH警察署
3 ~~から~~ まで、T検察庁からH車で30分かかることからすれば、弁解録取が
4 終了する時間と移動にかかる時間をふまえた~~金曜~~ 11:00からという
5 Sの接見指定は合理的な範囲内といえる。①の措置は適法である。
6 2、次に②は、11:00からの初回接見の予定があるにもかかわらず、10時
7 25分から取調べを開始し、10時30分に接見を変更した旨のSからの
8 申し出である。

9 ~~初回接見は、弁~~ 捜査機関は、甲の言葉から自白の可能性を察しており、
10 取調べを開始している。~~捜査を迅速に進めるためには、~~ 甲は賞せい刑所解
11 の被疑事実である。賞せい刑は密室で取りこまされ、本人の自白が捜査
12 に~~必要~~ においては重大な証拠となる犯罪類型である。したがって、
13 犯罪の捜査では、本人の自白は~~重要~~を得ることは捜査の必要性が
14 高いといえる。

15 しかし他方で、甲とTの初回接見は、甲が捜査機関から取調べを
16 受ける前の~~時間~~ 間に指定されている。賞せい刑事件であり、甲が
17 自白を引き出される可能性も高いことからすれば、事前に甲の防御の
18 ためTと打ち合わせをする必要性が高い。また、甲とTの接見は初回
19 接見であり、取調べ中でもないのに、勝手に時間を動かすことは、
20 甲の防御権を侵害するもので許されまい。よって、②の措置は違法
21 である。

22 3. 設問3.

23 1、③の証言中には、乙の発言が含まれている。よって、公判期日外におけ

見 本

る他の者の供述を内容とする供述にあたるかが問題となる(320条1項後段)。

供述証拠は、人の言知覚・記憶・叙述の各過程で甚だしいなどの誤りが介入しやすい。この場合、~~供~~供述者に対する反対尋問権を行使することで、誤りをチェックすることができる。他方で、供述証拠が供述過程を経ない場合~~に~~^{すなわち}供述自体が存在したか否かが~~争点~~要証事実となる場合もある。このとき、供述内容が過去の~~事実~~事実の有無を問題として~~は~~~~な~~~~ら~~~~ず~~~~は~~~~な~~~~ら~~~~ば~~、誤りのチェックは不要となり、非伝聞として証拠能力を有する。

第 2 問 2. ③の発言からは、乙は~~真~~せいぜい~~乙~~乙(は)いっておらず、甲乙間で何かしら違法な行為をしているという認識を乙が有していたことが伺える。したがって要証事実~~は~~、甲乙は一緒に違法な~~こと~~に手を染めている認識を乙が有していたことが挙げられる。

3. 要証事実との関係で~~甲~~、乙の発言はビニール袋を2袋渡した時点~~で~~~~、乙が有していた認識~~の乙の体験的供述である。乙~~が甲に対する~~~~供述を含むものであり、過去の乙の過去の過去の事実~~発言から伺える過去の事実が本当に存在したかどうかは問題員と~~な~~なっている。乙が③の発言をしたという事実の存在~~によって~~~~、要証事実~~が問題と~~な~~なっていることから、③の乙の~~発言~~発言は非伝聞である。したがって証拠能力が認められる。

設問4.

1. ④の質問~~は~~及びこれに対する乙の供述は、295条1項により制限することができるかが問題となる。

(第 1 問)

295条1項は、訴訟関係人のする尋問や陳述を制限することによって、重複する内容の質問~~を~~、関係のない質問を減らし、迅速かつ争点に対象を絞った裁判をすることを目的とする規定である。また、公判前整理手続きも、事前に争点や証拠調~~査~~ハモの内容を明らかにしておくことで、迅速な裁判をすることを目的としている。したがって、公判前整理手続きで明らかにした事実~~や~~を後の公判において被告人が証言を変えた場合、迅速な裁判の実現と被告人の防御権との関係で~~問題となる~~。295条を解釈する。

2. 乙は公判前整理手続きで、^{6月28日}丁県内の両方において、何をしていたかは覚えていないと述べている。これに対して公判では丁県内の住所が明らかになり、戊方でテレビを見ていたと述べている。④の質問は、テレビを見ていたことが乙が述べたことを受けての発言である。この証言は、6月28日の行動について、場所と一緒にいたのは丙であることは述べられていたが、丙が本名であるかわからず、結局丁県内に居たことだけが明らかである。これに対し公判廷では、丁県内の名前や住所が明らかになり、何をしていたかを具体的に示したものであり、重複も矛盾もしていない。したがって乙の供述は295条1項により制限できない。

平成 28 年司法試験「刑訴法」

設問 1

1 Pらが甲を留め置いた行為は適法か。Pらが現場に駆け付けた際、甲はエンジンの空吹き、大声を出す、目の焦点が合わず大量の汗をかく、というように覚せい剤使用者特有の様子が見られた。警察官は犯罪があると思料するとき、捜査をすることができる（189条2項）。したがって、Pらが覚せい剤使用、所持をしていると思料できる甲に対し捜査することができる。

2 強制処分該当性

もっとも、捜査は強制処分であってはならない（197条1項但書）。強制処分とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制限を加えて強制的に捜査目的を実現するなど、特定の根拠規定がなければ相当とは認められない処分をいう。

本件では、Pらは、甲の前に立ち進路をふさぐ行為、甲車をはさむように警察車両を停車させる行為、甲の進路をふさぎ押し戻す行為がなされ、この留め置きは約5時間にも至った。しかし、いずれの行為についても甲は不満は言うものの、「仕方ねえ」と一応の同意を口にしている。そして、それらの行為は甲の心身の自由を全く奪うほどでもない。したがって、上記行為は強制処分にはあたらない。

3 捜査比例の原則

もっとも、強制処分に至らない任意捜査であっても何らかの法益侵害が生じる可能性はある。そこで、捜査比例の原則（197条1項本文）から、捜査の必要性を考慮の上、具体的状況のもとで相当と認められる限度で認められると解する。

甲の覚せい剤使用者特有の様子に加え、新たに甲の腕に注射痕、バック内の注射器の存在等、甲への嫌疑はさらに強まっている。したがって、甲の尿検査の必要性は強いといえる。そのために、どこかへ移動しようとする甲の前に立ちふさぎ、尿検査への協力を説得することは相当な方法といえる。また、車をはさむように停車させることも、甲に覚せい剤使用の嫌疑が濃厚であり自動車の運転自体が危険でもあるから相当な方法といえる。しかし、徒歩で移動しようとする甲を何度も有形力をもって押し戻し甲を留め置く行為は、実質的に拘束に等しい。しかも、その時間は5時間とかなり長時間に及ぶ。既に搜索差押令状の請求をしている段階であり、令状の到着が遅れているとしても、それは捜査機関の都合にすぎない。したがって、甲を押し戻して留め置きし、その時間が5時間に及ぶ本件では、相当性を欠くといえる。

よって、本件の留め置きは違法である。

設問 2

1 身体拘束を受けている被疑者は弁護人との接見交通権を有している（39条1項）。被疑者の防御権を確保し、弁護人依頼権（憲法37条3項）を実効あらしめるためである。

もつとも、捜査の実効性を確保するために、捜査機関は接見指定をすることができる（39条3項）。その要件は、（i）捜査のため必要があるとき、（ii）公訴の起訴前、（iii）被疑者の防御権を不当に制限するようなものでないことを要する。では、Sによる①②の接見指定は要件を充たし適法か。

2 ①について

（i）「捜査のため必要があるとき」とは、捜査に顕著な支障がある場合をいう。すなわち、取調中や間近に取調べが迫っている場合、実況見分や検証を行っている場合をいうと解する。本件では、Tが接見を申し入れた際、甲は弁解録取（204条1項）の途中であった。弁解録取は、被疑事実について甲が意見する手続きである。その際に作成させる弁解録取書は事後の公判において有力な証拠となり得る。しかし、刑事訴訟手続きについて素人の甲にとっては、その重要性は分からず、捜査機関の誘導に応じ安易に被疑事実を認めてしまう可能性もある。したがって、弁解録取手続は被疑者を防御権の行使するため、事前に弁護人と接見し助言をすべき必要性は高い。他方、弁解録取手続は被疑者のための手続であるから取調べそのものではない。したがって、本件では接見を認めたとしても捜査に顕著な支障があるとはいえない（（i）不充足）。

また、要件（iii）について、捜査機関は特に初回接見は、弁護人の防御権を確保するための重要な機会であるので、接見指定は慎重であるべきである。そして、例え短時間であっても接見の機会を設けるよう配慮すべきである。それにも関わらず配慮なく接見指定をすれば、不当な接見指定であるといえる。本件では、Sは甲にとって最初の接見であるにもかかわらず、短時間の接見を認めるなど甲に対する配慮なく弁解録取手続を続けた。したがって、不当な接見指定であるといえる（（iii）不充足）。

以上のように、本件①の接見指定は、公訴提起前であるものの（（ii）充足）、要件を充たさず違法である。

3 ②について

Sは取調べが間近に迫っていることを理由に午前11時からのTの接見を延期した。したがって、捜査のために必要な接見指定であるとも思える。しかし、Tは当初、弁解録取手続後の接見を認めていたのであり、取調べは予定しておらず取調べが間近に迫っているとはいえない。また、取調べ前に弁護人と接見することは被疑者の防御権の確保のために重要である。したがって、本件では接見を認めたとしても捜査に顕著な支障があるとはいえない（（i）不充足）。

Sは、甲が弁解録取後に自白をほのめかした後、予定を変更し接見指定を行った。Sにとっては、甲に接見を認めたら否認を維持される可能性がある。そのためSは甲の自白による供述調書を得るために接見指定を行ったといえる。したがって、本件の接見指定は、甲の防御権を妨害する不当な接見指定であるといえる（（iii）不充足）。

以上のように、本件②の接見指定は、公訴提起前であるものの（（ii）充足）、要件を充

たさず違法である。

設問3

③は、甲の証言中の乙の供述を公判の証拠資料として用いようとしているので供述証拠である。そして、供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述に誤りが混入しやすいので、反対尋問等の方法で信用性チェックをする必要がある。もっとも、公判廷外の供述を内容とする公判廷における供述又は書面で、供述内容の真実性を立証するために証拠として提出される伝聞証拠は、信用性チェックをすることができないことから、例外（321条以下）にあたらぬ限り、原則として証拠能力が認められない（320条1項）。しかし、伝聞証拠は、要証事実との関係で決せられ、供述内容の真実性を要証事実とする場合は伝聞証拠となる。これに対し供述そのものの存在があったか否かが問題となるときは、供述過程に誤りが混入する危険はないから非伝聞となる。では、③は伝聞証拠となり証拠能力が認められないか。

まず、③の供述の要証事実が問題となる。本件の争点は、乙が「乙方」で覚せい剤を渡したことに付き乙は否認しており問題となっている。そして、③は、乙が甲に対し、乙方からの帰り道を指示している。すなわち、③の供述が存在するということは、覚せい剤を渡した場所が乙方であることを推認させる。したがって、③の供述の存在は、「乙が甲に覚せい剤を渡した場所は乙方である」との要証事実を推認させる。すなわち、③は、供述の存在が問題となるので非伝聞である。よって、③は伝聞証拠ではないから、証拠能力は認められる。

設問4

本件では、事件の争点及び証拠を整理するため公判前整理手続きに付された（316条の2）。そして、公判前整理手続きで、Sは犯行場所を「乙方」とであると主張し（316条の13）、乙側は、犯行時間に乙方にいたことを否認し、「丙方」にいた旨主張した（316条の17）。そして、犯行時間に「乙方」において乙が甲に覚せい剤を譲り渡したかが争点となった。では、公判において犯行場所を「戊方」と主張する乙の供述④を、裁判官が295条1項により制限することはできるか。

裁判官は、供述が「相当でない」とときには、訴訟関係者の「本質的な権利を害しない限り」、供述を制限することができる。

公判前整理手続きは、公判において争点や証拠が散逸しないことを目的とする。したがって、手続きにおいて確認した争点や証拠（316条の24）について、これに反する供述を公判ですることは、争点や証拠が散逸することから原則として「相当でない」。しかし、争点や証拠が公判前手続きの主張と異なったとしても、被告人の本質的な権利に関わる場合は、被告の防御権を確保する必要があることから、供述を制限することは被告人の本質的な権利を害する。

本件では、乙は犯行場所を「丙方」ではなく「戊方」と供述した。犯行場所は、乙のア

リバイに関わり、犯行を否認する乙にとって重要な事実である。したがって、犯行場所に関する乙の供述を制限することは、乙の本質的な権利を害することであるといえ許されない。したがって、裁判官は295条1項に基づき、乙の④の供述を制限することはできない。

以上（7頁と3分の1）

平成 28 年 刑事系第 2 問(刑事訴訟法)

再現答案

設問 1

P らの甲を留め置いた措置について、その適法性を検討する。

1、「強制の処分」(刑事訴訟法(以下、法令名略)197 条 1 項但書き)

留め置きについて、刑訴法は根拠規定を置かない。

P らの留め置きが「強制の処分」に該当するならば、P らの行為は法令の根拠なく行われたことになる。それ故、P らの留め置きが「強制の処分」に該当するか否か検討する。

「強制」という文言から、対象者の意思に反しなければ「強制の処分」には該当しないことになる。そして、刑訴法 197 条 1 項は、一定の行為について国民が法令の根拠を必要としたとの趣旨である。それ故、「強制の処分」とは、対象者の明示または黙示の意思に反し、対象者の重要な権利を侵害する処分をいう。

(1)、甲は、平成 27 年 7 月 1 日午前 10 時 55 分から午後 4 時 30 分に至るまで、P らにより留められている。この間、午前 11 時、午前 11 時 20 分、午前 11 時 25 分、午前 11 時 30 分、午後 1 時、午後 4 時の 6 度にわたり、現場を離れようとした。もっとも、いずれも甲は「仕方ねえ。」「帰れねえのか。」などといい、現場にとどまった。

そうすると、甲は留め置き中最終的には P らの説得に応じており、受け入れているといえる。したがって、P らの留め置きは、甲の意思に反しない。

(2)、甲は、留め置きにより自由に移動することができなかった。それ故、甲は、移動の自由(憲法 22 条 1 項)が害されている。

さらに、甲は、午後 1 時、午後 4 時、P らの制止を受けており、移動の自由が現実には害されている。しかし、P らの制止も足を踏ん張ったり、胸部及び腹部の前方につきだしながら押し戻したりしたに過ぎない。これは、P らの受け身的対応に過ぎず、甲を無理やり動かしたわけではない。

そうすると、甲の移動の自由が積極的に害されたとは言えない。

したがって、P らの留め置きは、甲の重要な権利を侵害したとまでは言えない。

よって、P らの留め置きは、「強制の処分」に該当しない。

2、任意処分の限界

P らの留め置きは、任意処分である。

任意処分は法令の根拠を要さないが、「必要」(197 条 1 項本文)に応じてなさねばならない。したがって、任意処分は無制限に許されるものでなく、必要性、緊急性なども考慮し、具体的状況の下で相当といえる限度のものでなければ違法となる。

(1)、P らは、甲の覚せい剤使用及び所持の疑いで留め置かれている。甲は大声で叫ぶ不審な男がいるとの通報が指す人物であると考えられる。そして、目の焦点が合わないなど覚せい剤使用者特有の様子があった。また、注射痕もある。甲には覚せい剤取締法違反の前科があり、再び覚せい剤を使用することも考えられる。そうすると、甲は覚せい剤使用等の疑いが強く、留め置いて更に質問を重ねる必要がある。

甲が普通有することのない注射器を持つことも判明し、甲の覚せい剤使用等の疑いはますます強度な

ものとなった。

以上に照らすと、Pらの留め置きは、終始その必要性があった。

(2)、覚せい剤は、時の経過とともに排出されるものである。それ故、甲を一度逃すと事案解明ができなくなる恐れがあった。したがって、Pによる留め置きは緊急性がある。

(3)、Pらの留め置きは、午前10時55分から、午後4時30分に至るまで5時間30分程度にわたる。これは、比較的長期の拘束といえる。

もっとも、これは質問、令状請求のため経過した時間であり、その他の捜査をしていたわけではない。そして、1時間通常より時間を要していたとしても、渋滞というやむを得ない事由による長期化である。

また、甲は留め置き中Rと連絡を取ったり、煙草を取り出したりするなど、比較的自由が許されている。

甲車はパトカーに挟まれていたものの、甲車前後1メートルの位置にパトカーがあったに過ぎない。甲車の移動が完全に封じられたわけではない。

上述の通り、甲に対するPらの行為も消極的なものに過ぎず、数回現場を去ろうとする甲を説得するためのやむを得ない行為であった。

以上に照らせば、Pらの留め置きは、具体的状況に照らして相当性を有するものといえる。

よって、Pらの留め置きは適法である。

設問2

1、①の措置

Sは、Tに対して、接見を午前11時からとし、「時間」(39条3項)を「指定」した。この措置につき適法性を検討する。

(1)、「捜査のために必要」

39条3項の趣旨は、制限時間ある被疑者の身体拘束中に実行的捜査をなす点にある。一方、憲法37条3項は弁護人依頼権を保障する。これを実質化するためには、弁護人に依頼した後に援助を受ける必要がある。それ故、憲法37条3項は、弁護人に支援を受ける権利も保障する。そうすると、接見指定は、制限的にされなければならない。

したがって、「捜査のために必要」とは、被疑者が現に取り調べを受ける、または間近にその予定がある、そして被疑者の身体を必要とする捜査をするなど、捜査の中断により捜査に顕著な支障が生じる場合を指す。

Sの接見指定は、Sによる弁解録取(205条1項)中であった。これは、捜査手続きの中で必要不可欠な手続きである。そして、中断することができない。それ故、Tとの接見を許すことは、甲に対する捜査に顕著な支障が生じる。

よって、Sの接見指定は、「捜査のために必要」があった。

(2)、「防禦の準備をする権利を不当に制限する」(39条3項但書き)

もっとも、初回接見は、弁護人等と防禦方針を確認する、アドバイスを受けるなど被疑者の防御活動にとって非常に重要なものである。したがって、初回接見を接見指定する場合は、できる限り間近の時間を指定しなければ、「防禦の……制限する」といえる。

Sの接見指定は、午前11時からとのものである。これは、Tの接見申出から1時間10分後である。Sは中断できない弁解録取に30分、T指定のH警察署移送に約30分かかると考えた。そうすると、午前

11 時からとの接見指定は、接見実現のための間近の時間である。

したがって、S の接見指定は、「防禦の……制限する」ものではない。

以上より、①の措置は、適法である。

2、②の措置

S は、午前 10 時 25 分に、午後 0 時 30 分以降に接見をしてほしいとの接見時間の変更を T に伝えた。これの適法性を検討する。

接見時間の変更は、上記初回接見の重要性に照らせば、やむを得ない理由に基づくものでなければならぬ。そうでなければ、接見時間の変更は、「防禦の……制限する」ものとなる。

S が接見時間の変更を T に伝えた理由は、甲の自白を調書化しようとしたことにある。甲は自白しようか迷っており、これは T にアドバイスを受けるべき事由である。しかし、S は捜査機関、訴追側の有利となるよう、一方的に T に変更を伝えている。また、T は S に電話をかけるなど、変更に抗議の意思を示し拒絶している。そうすると、S の接見時間の変更は、甲が弁解録取で事故を起こしたなどのやむを得ない理由に基づくものでない。

したがって、S の接見時間の変更は、甲の「防禦の……制限する」ものとなる。

よって、②の措置は、違法である。

設問 3

1、伝聞証拠

③の証言は、乙の覚せい剤取締法違反被告事件における甲の証言(304 条)である。

これが伝聞証拠(320 条 1 項)に当たれば、原則として証拠能力が否定される。

伝聞証拠とは、公判廷外における供述を内容とする証拠で、その供述の内容の真実性を立証するために用いる証拠をいう。伝聞証拠該当性は、立証事項により判断する。

(1)、立証事項

乙の事件は、争点整理がされており、(2)乙に、覚せい剤であるとの認識があったかが争点となっている。つまり、乙の事件では、乙の故意が問題となっている。下記の検討に照らせば、甲の③証言は、乙の故意が要証事実となっている。

一般的に、遠回りして返れとの言は、警察に見つかりたくない違法事由、不審事由がある場合に発せられる。また、刑務所行きとの言は、違法行為をしている認識があるときに発せられる。③証言は、乙が「遠回りでも L 通りから帰れよ。」「俺も刑務所行き」との内容であり、乙が違法行為をしている認識を有することを推認させる。つまり、③証言は、乙が覚せい剤譲渡の故意を有していたことを推認させる。

したがって、③証言は、乙がその通りの発言をしたことを立証事項とする。

(2)、伝聞

これは、乙の供述内容の真実性が問題となる。したがって、③証言は、伝聞証拠である。

よって、伝聞例外規定が適用されない限り、③証言は証拠能力を有しない。

2、伝聞例外

③証言は、乙という「被告人」(324 条 1 項)に該当する。したがって、324 条 1 項、322 条 1 項の要件を充たせば、③証言は例外的に証拠能力が認められる。

(1)、「不利益な事実の承認」

乙の発言は、自らが違法行為をしていると認識していることを内容とする。これは、乙にとって、「不

利益な事実の承認」に当たる。

(2)、「任意にされたものでない疑」

「任意にされたものでない疑」がある場合に証拠とできないと規定する趣旨は、虚偽承認による誤判防止を図る点になる。そうすると、虚偽承認が誘発されるおそれのある状況下でされた不利益事実の承認は、「任意にされたものでない疑」にある自白となる。

乙の発言は、乙の自宅で甲に対して行われたものである。自宅内であるから第三者に聞かれる心配もないし、甲は共犯者となるから不審事由がない。そうすると、乙の発言は、虚偽承認が誘発されるおそれのある状況下でされた承認ではない。

したがって、乙の発言は、「任意にされたものでない疑」がない。

以上より、甲の証言には、324 条 1 項、322 条 1 項が適用される。

甲の証言の証拠能力は認められる。

設問 4

U の乙に対する質問は、「訴訟関係人の被告人に対する供述を求める行為」(295 条 1 項)である。

295 条 1 項の趣旨は、訴訟を効率よく進行させ、訴訟経済を図る点にある。したがって、「相当でない」(295 条 1 項)行為とは、従前の訴訟状態を無にするような行為をいう。

まず、公判前整理手続中、乙と U は、平成 27 年 6 月 28 日は丙方にいたと主張していた。これは、乙が乙方にいなかったというアリバイの主張である。

公判前整理手続の結果、争点(1)は平成 27 年 6 月 28 日乙方にいたかどうかとなっている。争点は、丙方にいたかではなく、乙方にいたかどうかである。

乙が公判期日で供述しようとした内容は、犯行日とされる日に戊方にいたというものである。これは、従前の丙方にいたという主張を覆すものである。

以上の点に照らすと、乙の供述は、丙方、戊方にいたという違いがあるものの、乙方にいなかったという点では一致している。乙が公判期日で従前と異なる供述をしていた理由は、戊から手紙が届くというきっかけから当日戊方にいたことを思い出したという一応合理的なものである。手紙が届いたのは前回の公判期日後であるから、公判前整理手続で敢えて隠していたということもない。そうすると、乙の供述に基づく U の乙に対する質問は、従前の訴訟状態を無にするような行為とまではいえない。

したがって、U の乙に対する質問は「相当でない」とはいえない。

よって、U の質問および乙の供述を 295 条 1 項により制限することはできない。

以上

第1 設問1.

1. 司法警察員Pは、逮捕状を請求せずに、甲を一定の場所に留め置いた。
(以下、「本件措置」という。) 当該本件措置は~~違法~~が「強制の処分」(刑
2 ~~強制処分該当性~~ 訴訟法(以下法典名省略) 197条1項本文)に当てる
場合には、法律が特別の定めがある場合となければ、本件措置を行うこ
は違法である。 乙は、本件措置は「強制の処分」に当てるか。

(1) まず、「強制の処分」とは相手方の明示又は黙示の意思に反して、相手方の
重要な権利を制限する処分であると解する。

(2) 本件において、本件措置は平成27年7月1日午前11時から、16時30分まで
にかけて行われた。

~~前11~~
11時^前の留め置きに於いて、甲は自ら甲車運転席に戻っている。また、
11時25分に甲車から降りて歩き出した際も、P^キに止められ、自ら甲車運
転席に戻っている。11時30分にも、甲は再び降車し、P^キは両手を上げて
甲の進路を塞ぎ、甲がPの体に接触する足を踏ん^キ込ませ^キていたが、
それ以上甲の体には触れず、甲も自発的に甲車運転席に戻った。

これらの事情から、11時30分までは、本件措置は甲の明示の意思に反してい
ない。

午後1時^{以降}における留め置きでは、Pは、甲が甲車を降車し歩き出すと、両手
を上げて甲が前に進めないようにするだけでなく、胸部及び腹部を前直
突を出しながら、甲の体を甲車運転席まで押し戻している。当該行為に対して、

甲は「車から降りたのはこのか」「帰ったのはこのか」等発言しているが、Pは暴行を及
ぼしたりして無理無理その場から離れようとはしていない。

これらの事情から、午後4時^{以降}30分までは、~~本件措置は~~甲の黙示の意思に反していない。

(3) 次に、甲は本件措置により、甲車運転席から離れることができなかったため移動の自由が制限されていることも認められる。

もつても、甲は午後零時30分に携帯電話を用いて弁護士Rの連絡を取っていた。また、午後4時頃にも、甲は電話をかけるなどしており、運転席から離れること~~は~~以外の行動の自由は制限されなかった。

したがって、本件措置により、行動の自由という重要な権利は制限されていない。

(4) よって、本件措置は「強制の処分」に当たらない。

2 次に、強制処分に当たらないとしても、適正手続（憲法31条）の観点から、~~必要~~ 全体的な任意処分が適法となるわけではない。では、本件措置は、任意処分として適法か。

(1) 適法な任意処分とは、必要かつ、具体的状況の下社会通念上相当な処分であると解する。

(2) 本件において、午前11時にPが~~甲車~~^前甲車の停止する場所へ訪れた際、甲には、目の焦点が合わず異様な量の汗を流すなど、寛せい消使用者特有の様子が見られた。また、午前11時、甲には寛せい剤取締法違反の有罪判決を受けた前科がある旨の悪徳連絡があった。この事情から甲は現在も寛せい剤を使用している可能性があり、Pとしては、使用の有無を調べる必要があった。甲に対する嫌疑は、甲の左肘内側に青色の真新しい注射痕があったことや、午前11時25分頃に甲のバック内に注射器を認められたことから、甲に対する嫌疑はますます高まっていた。

また、寛せい剤は証拠隠滅が容易であり、一度被疑者を取り止せば、犯罪の嫌疑の有無を確かめることは困難となる。

これらの事情から、Pは本件措置を行う必要性があったと言える。

(3) 本件手段の相当性については、午前11時30分までは、Pは甲の前に立ち、両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの体に接触しても、特に^乙甲を以て甲には触れなかった。また午後1時頃から16時頃にかけては、甲の胸部及び腹部を前方に突き出して、甲を~~暫~~甲車庫敷地に沈めたが、殴ったりはしておらず、甲を留めるための必要最小限度の有形の行使であった。

そして、PがQに於いて、午前11時30分に各令状の請求を指示し、Qは同日午後4時30分に、~~請状を~~工簡易裁判所に到着した。許可状の請求手続は通常より時間多し、時間を変えたが、これは交通渋滞というPとQにはいかんともし難い事情に~~よ~~が原因であった。そのため、~~Pが午前~~午前11時から、午後4時30分までという長期にわたる本件措置はどうか、不当に長い時間であったとはいえない。

よって、相当性も認められる。

(4) 以上より、本件措置は、任意処分としても適法である。

第2設問

1. 下級部①の措置、適法性について。

(1) 本件では、検察官Sによって、39条3項に基づき接見指定が行われて、
このでは、下級部①での接見指定は適法か。

(2) まず、39条1項では、被告人又は被疑者の接見交通権が保障され、
憲法37条3項が弁護人依頼権を保障していることとの関係上、接見交通権も憲法上の権利といえる。そのため、原則、接見交通権は確保されなければならない。

もって、真実発見の見地から、捜査の実効性を確保することも重要で、

34条3項において、「捜査のため必要があるとき」は接見指定が例外的に許されるという。

「捜査のため必要があるとき」とは、間近の時に取調べ^等の予定があるが、接見を認めることにより、捜査に重大な支障が生じる場合に解する。

特に初回接見は被疑者^{の弁護}にとって重要である以上、検察官は接見の機会をできる限り早く確保するように配慮する義務が課せられていると解する。

また、接見指定は、権限、権利を不当に制限してはいけな(34条3項但書)。

(3) 本件において、弁解録取(205条1項)は、検察官が被疑者を受け取り、最初に行われる手続である。^{これ}が接見を申し出た際、弁解録取の^前手続^{である}以上、「捜査のため必要があるとき」に該当する。

また、^{34条3}が接見を申し出たのは午前9時50分である~~こと~~。午前9時45分から弁解録取の間隔^が15分^で終了した約30分を要し、さらに、~~再~~世帯接見希望地である警察署に申し出て30分を要することから、5は午前11時に接見指定をした。当該時間には捜査に

必要の最小限度の時間を見込んで行われており、被疑者が^いの^の準備をする権利を不当に制限するとはいえない。

(4) よて、上掲①の接見指定は、34条3項に該当し適法である。

2 下線部②の適法性について

(1) 下線部②の接見指定については適法か。

(2) この点、午前10時20分に弁解録取手続が終了した後、^{5分}甲が自由を

しようとしていると察し、この機会に自由を得たいと考えた。そこで、午前10時25分に新たに取調べの機会を設け、接見指定を午後4時30分以降とした。

甲は逮捕された後、未だ初回接見が行われておらず、和解録取手続が終了した段階で、Sは接見の機会を設けるよう配慮する義務があった。にもかかわらず、これを行っていないことから、下級②における接見指定²¹²に「捜査のため必要があるとき」には当たらない。

(3) よ、え、違法である。

第3設問3

1 下級部③の証言の証拠能力について、当該証言が伝聞証拠であれば、原則証拠能力は認められない(320条1項1。では、下級部③の証言は伝聞証拠に当たるか。

(1) 伝聞証拠とは、公判庭外の供述であり、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となる供述証拠である。解釈する。

320条で伝聞証拠の証拠能力が否定されている趣旨は、供述証拠は人の知覚、記憶、叙述の各過程を経て形成される~~ため~~、各過程には誤りが存在するおそれがあり、その信用性を確かめる必要があること、伝聞証拠にはこれをなし得ないからである。[2]

(2) 事件において、争点(2)では、平成27年6月28日に、乙方において、乙が甲に、貸し金を譲り渡した際に、貸し金に~~対する~~この認識があったか問題とな~~ら~~ず、~~して~~、下級部③のような発言をしていることにより、乙が甲に渡したものが、警察に付かるものであることを認識していたことを推認できる。そこで、~~争点(2)の關係で、~~乙が発言をしていること自体が要証事実となり、当該事実が争点(2)の間接事実となる。

よ、て、証言の内容の真実性は、要証事実との関係で、問題とならない。

(3) 以上より、伝聞証拠には当たらず、関連性に認められれば、証拠

能力は認められる。

第4設問4.

公判前整理手続に付した本件には、316条の32が適用される。

そして、公判前整理手続では、そのアライバが争点となっており、下院部④の争点もアライバにかけられるものである。そのため、下院部④の争点については、公判前整理手続において「やむを得ない事由」によって請求できないが、これのことはない。

そのため、295条1項により、争点は制限される。

以上。

<反省>

- 設問1、2 長すぎ。どの科目も後3が分量足りない

- 設問3は、争点1との関係では非伝聞 - 争点2との関係では伝聞→伝聞例外に落して行かなくてはならなかったと思う。設1、2で時間かけて、3-4の答案構成がおろそかになった。

- 設1、2も、基本のフレーズを反身的に書けるあかんに、書けず。初回接見の判例を覚えていなかった。

刑事系科目第2問

第1．設問1　留め置き行為の適法性

1．Pらによる本件留め置き行為は、甲について適法に職務質問を開始し、甲が異常な鼓動を繰り返していたこと、覚せい剤使用者特有の様子があり、前科も発覚したことから、甲に覚せい剤使用罪の具体的な嫌疑が生じてからなされており、司法警察活動といえる。

2．Pらによる本件留め置き行為は「強制の処分」（197条1項但書）に当たり、法律に特別の根拠がなければならず、違法ではないかが問題となる。

（1）「強制の処分」とは、相手方の意思を制圧してその身体、自由、財産を制約して強制的に捜査目的を実現する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ものをいう。強制処分に当たるかどうかは、相手方の意思に反して重要な権利利益に制約を加えるものかどうかによって判断する。

（2）本件において、Pらは午前11時からおよそ5時間にわたって甲を留め置いており、この間、甲は「いやだ」などと言っているから、甲の意思に反しているといえる。もっとも、Pらは両手で進路をふさぐ、胸部または腹部を使って甲の体を甲車運転席前まで押し戻す程度の有形力しか行使しておらず、逮捕と同視できるものではない。また、甲も最終的に「帰れねえのか」と言いながら甲車運転席に座るなど、渋々ながら応じている。

（3）よって、重要な権利利益に制約を加えたとは言えず、「強制の処分」には当たらない。

3．任意処分として「必要な取調」（197条1項本文）を超えるのではないか。

（1）任意処分としての捜査であっても何らかの権利利益を制約する可能性がある以上、捜査比例の原則から、捜査の必要性、緊急性を考慮して具体的状況のもと相当な限度で行うことができないとどまる。留め置き行為の適法性が問題となる場合には、時間が主要な考慮要素となるが、採尿令状請求目的であることも考慮すべきである。なぜならば、採尿令状の請求のためには医師をして相当な方法で行わせるために一定の時間を要することも考えられるからである。

（2）本件では、甲には上記の用に重大な犯罪である覚せい剤使用及び所持の嫌疑があり、注射痕や注射器も発見されているため嫌疑は濃厚である。よって、甲を留め置いて尿の提出を受ける必要性が高いといえる。他方で、前記のように5時間にわたる長時間の留め置き行為は通常では許容できない。しかし、本件では留め置きが長引いているのは甲が尿の任意提出を拒みつつも、「仕方ないな」などと言いつつ甲車運転席に戻り説得に応じるような態度を見せるということを繰り返したためである。また、甲は留め置かれている間に弁護士と連絡を取るなど行動の自由の制限は最小限にとどまっているといえる。さらに、Pは遅滞なく甲の尿および甲車の搜索差押許可状の請求に着手しており、通常より1時間の時間を要しているものの、交通渋滞のためであるからPに帰責性はない。

（3）よって、上記の事情によれば、Pによる留め置きは、相当な限度であるといえ、適法である。

第2．設問2

1．措置①

(1) SのTに対する措置①はTの接見の申出になされたものであるから、「接見」に関する「日時、場所及び時間」の「指定」(39条3項)であると考えられる。そこで、Sによる接見指定が「捜査のために必要がある」ときであり、被疑者の防御権の「不当な制限」に当たらないかが問題となる。

(2) 「捜査のために必要」といえるか。

同条の趣旨は、弁護人依頼権(憲法34条)に由来する重要な権利である接見交通権(39条1項)と、厳格な時間制限(203条以下)の下で被疑者の身体を拘束して捜査を遂げなければならない捜査の必要性の調和を図った点にある。よって、「捜査のために必要」とは、中断により捜査に顕著な支障が生じる場合、すなわち、間近い時に取調べ等が予定されている場合をいう。本件において、弁解録取手続の最中であったことから、現に被疑者を取り調べ中であるため、「捜査のために必要」があると認められる。

(3) 「不当な制限」に当たるか。

初回接見は被疑者が弁護人に助力を得て弁護人依頼権を実質化するための重要な機会であるから、検察官にはなるべく早く初回接見が実現するように協力する義務があり、このような義務に違反してなされた接見指定は、「不当な制限」に当たる。本件において、9時50分に弁護人Tの10時30分からのH署での接見申し入れに対して、弁解録取手続が終わる予定である10時20分から30分かけてH署に移送した後、11時からの接見を指定している。このことから、Sによる接見の指定は合理的であり、「不当な制限」には当たらない。

(4) よって、措置①は適法である。

2．措置②

(1) ①と同様に、「捜査のために必要」に当たるか、「不当な制限」に当たるかによって判断する。

(2) 「捜査のために必要」について、午前10時25分の時点において、甲が自白しようとしているため、Sは甲をさらに取り調べることとしており、まじかい時に取調べの予定があるといえるため、「捜査のために必要」であるといえる。

(3) 「不当な制限」について、甲はいまだ弁護士とは接見していない、初回接見であるため、検察官は甲とTの接見が早期に実現するように協議し、協力する義務があるところ、Sは一度Tと11時の接見を約束したにもかかわらず、Tの期待を故意に裏切り、一方的に午後0時30分以降に変更して取り調べを開始しているため、故意に上記義務に違反しており、「不当な制限」に当たる。

(4) よって、措置②は違法である。

第3．設問3

1. 甲の証言③は、「公判期日外における他の者の供述を内容とする証拠」(320条1項後

段)たる伝聞証拠に当たり、証拠能力を否定されないか。

2. 同条の趣旨は、反対尋問等による供述内容の真実性の担保のない供述証拠について誤判防止のために証拠能力を否定する点にある。よって、「証拠」とは、公判廷外供述のうち、内容の真実性が問題となるものを言い、要証事実との関係で相対的に決する。

3. 本件では、乙が甲に覚せい剤を譲り渡したかどうか、乙に覚せい剤についての認識があったかどうか争点となっているため、証言③は「お前が捕まったら、俺も刑務所行き」などという乙の発言から、乙が手渡している薬が逮捕される可能性のある、覚せい剤を含む違法な薬物であること、及び乙がそれを認識していたことを立証し、乙の覚せい剤譲渡の事実、および故意を推認させるものである。このように、乙の発言内容の真実性ではなく、乙がそのような発言をしたこと自体に証拠価値が認められるのであるから、乙の発言部分は伝聞証拠たる「証拠」には当たらない。

4. よって、証拠能力は認められる。

第4. 設問4

1. 295条1項により、「相当でないとき」は「本質的な権利を害しない限り」弁論を制限できる。

2. いかなる場合が「相当でないとき」に当たるか。

同条は裁判長による訴訟指揮権の発動を規定したものであるから、広く解釈されるべきである。そして、公判前整理手続がなされた場合においては、同手続による審理の迅速、充実化の目的と争点整理を行った趣旨を没却しないため証拠調請求が制限される(316条の32第1項)のであるから、争点整理において主張されなかった争点についての陳述が「相当でない」ものとして制限されうる。

本件において、公判前整理手続において裁判所からアリバイ主張について釈明を受けた乙及びウは丙方にいたことをアリバイとして主張しており、戊方にいたかどうかは争点となっていない。よって、戊方にいたことを前提とする④の質問は「相当でない」場合に当たる。

3. 「本質的な権利を害しない」といえるか。

公判前整理手続に付された場合であっても、「やむを得ない」場合であれば証拠調請求が許される場合があるのであるから、これについての陳述は制限すべきでない。よって、やむを得ない事情があるにもかかわらず陳述を制限することは、被告の防御権という本質的な権利を害するといえる。

本件では、公判前整理手続の後において戊から手紙が届き、戊方にいたことを思い出していることから、新たな証拠が発見されたといえ、「やむを得ない事由」があるとして証拠調請求が認められる可能性がある場合といえる。そして、公判前整理手続における乙の主張は覚えていない部分も多くあいまいなものであったのであるから、丙を尋問するなどして乙に防御を尽くさせる必要がある。

よって、陳述制限することは「本質的な権利を害しない」とは言えないため、制限するこ

とはできない。

以上。

刑事系 第2問

第1 設問1

1. Pらが甲を留め置いた措置は、「強制の処分」（刑事訴訟法（以下略）197条1項但書）に当たるにもかかわらず法律の根拠なく行われており違法でないかが問題となる。

強制処分法定主義は、国民の人権侵害となる捜査につき、国民代表機関による法定を求めることにより、無制限な人権侵害を防止するものである。そこで、「強制の処分」とは、相手方の意思を制圧し、重要な権利利益を侵害する捜査をいう。

2. 本件では、まずPらが覚せい剤等の差押令状を請求するまでの段階において、Pらは甲の前に立ち塞がり、進路を塞いで甲の動きを制している。もっとも、この行為は、甲の身体を拘束するものではなく、甲の意思を制圧する程度には至っていない。したがって、この段階での措置は強制の処分には当たらない。

また、Pらが覚せい剤等の差押令状を請求してからの段階において、Pらはパトカーで甲車を挟むようにして停車させ、甲車が簡単に移動できないようにした上、警察官4名を甲車周辺に立たせ、Pは甲車運転席側路上に立っている。そして、甲が移動しようとする、Pは甲の前に立ち、両手を広げて進路を塞ぎ、甲がPの身体に接触すると、足を踏ん張り、それ以上甲が進めないように制止している。さらに、胸部及び腹部を前方に突き出しながら、甲を甲車まで押し戻すなどの行為を2回行っている。この行為は、甲の行動の自由を制約しうるものではあるが、いまだ甲の身体を拘束し、身体の自由を奪うというものではないため、甲の意思を制圧して甲の身体的自由を侵害するものであるとはいえない。したがって、本件措置は強制の処分には当たらない。

以上より、本件Pらの措置は任意捜査である。

3. もっとも、任意捜査であったとしても、何らかの権利利益を侵害するおそれがあることから、無制約には認められず、捜査の必要性、緊急性を考慮して、具体的状況のもと相当な場合にのみ許される。

4. 本件では、まずPらが覚せい剤等の差押令状を請求するまでの段階において、甲には目の焦点が合わず以上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ていたこと、そして覚せい剤取締法違反の有罪判決を受けた前科があることが判明していたことからすれば、覚せい剤所持という重大犯罪の嫌疑を明らかにするという捜査の必要性が発生しているといえる。そして、甲の左肘内側には赤色の真新しい注射痕があったこと、甲のバッグの中には注射器があったことから、甲が覚せい剤を使用した疑いはより強まっている。したがって、捜査の必要性が高いといえる。

さらに、甲には真新しい注射痕があったことからすれば、覚せい剤を使用したのが比較的近接した時間にあると考えられるが、覚せい剤の体内での残存期間を考慮すれば、尿検査によって覚せい剤使用の有無を明らかにする緊急性が高い。

また、Pらがとった措置の態様としても、甲の前に立ち、進路を塞ぐという甲の行動の自由

を制約する程度の低いものであるから、捜査の必要性を考慮すれば相当な措置であったといえる。

次に、P らが覚せい剤等の差押令状を請求してからの段階においては、甲が覚せい剤を使用した疑いが一層強まっており、甲の注射器や尿を差押えてその嫌疑を明らかにする必要性がより高まっていたといえる。また、甲は何度も移動しようと甲車から離れようとしていたのであるから、逃亡のおそれがあり、令状の執行により尿検査を即座に行う必要性があることからすれば、緊急性も認められる。

そして、P らがとった措置は、甲の前に立ち、両手を広げて進路を塞ぎ、身体で甲を押し戻すというものであり、これによって甲は甲車に戻るほかなくなっているものの、甲は「仕方ない」「帰れねえのか」などというのみであり、その移動の自由が奪われているものとはいえない。したがって、令状の執行の高度の必要性・緊急性を考慮すれば、甲の行動の制約は相当でなかったとはいえない。

以上より、本件 P らの措置は任意捜査として適法である。

第 2 設問 2①

1. 接見指定の要件は、i 捜査のため必要があるときであること、ii 公訴提起前であること、iii 被疑者の防御権を不当に制約するものでないことである。

2 (1) まず i について、接見指定は、被疑者の接見交通権（憲法 34 条）保障と刑罰権行使のための捜査の必要性との調和の観点から認められたものであり、被疑者の接見交通権の保障を全うするため、捜査の必要性については厳格に解すべきである。したがって、捜査のため必要があるときとは、現に被疑者を取り調べ中であるとか、間近い時に取り調べ予定があるなど、弁護人の申し出通りに接見を認めたのでは、捜査に著しい支障がでる場合をいうと解する。

本件では、T が接見を申し出た時点では、甲の弁解録取手続きの最中であり、弁護人の申し出通りに接見を認めたのでは捜査に著しい支障がでる場合に当たる。したがって、捜査の必要性が認められる（i）。

(2) 次に、本件は公訴提起前である（ii）。

(3) さらに、接見指定が認められる場合であっても、被疑者の接見交通権保障の観点から、接見指定の内容として、被疑者の防御権を不当に侵害するものであってはならない。

本件では、弁解録取手続きが終わる予定の 11 時に接見指定をしており、即座に接見ができるのであるから、被疑者の防御権を不当に侵害するものとはいえない（iii）。

3. 以上より、①の対応は適法である。

第 3 設問 2②

1. ②も接見指定に当たることから、①と同様の要件を満たすか否かについて検討する。

2 (1) まず i について、弁解録取手続きは終了したものの、甲は S に対してお話ししたいことがあると申し出ており、甲が自白しようか迷っている様子であったため、甲の自白を聞き出すため、取り調べを行う必要性があったといえる。そして、この機会を逃せば、弁護人との接見に

より甲が翻意し、自白を得ることはできなくなる可能性が高い。そのため、この時点での接見を認めると捜査に著しい支障をきたすものといえる（i）。

（2）次に、接見指定の内容の適否について、一般的には被疑者の初回接見については、弁護人から取り調べへの対応等につきアドバイスをもらう最初の機会であり、接見交通権が保障された趣旨からすれば重要な意義を有するものである。そのため、弁護人が接見を申し出た以上は、短時間でも接見が可能な機会があればその機会に接見を認めなければ被疑者の防御権を不当に侵害するものとなると解する。

本件では当初は午前11時での接見指定がなされていたところ、午後零時半以降の接見指定に変更されている。しかし、弁解録取手続が終了した後、その後の取り調べまでの間に接見を行うことができたのであるから、その機会に接見をなさせるべきであり、さらなる接見指定を行った措置は被疑者の防御権を不当に侵害するものであるといえる（iii）。

3. よって、②の措置は違法である。

第4 設問3

1. ③の証言は、公判廷外の供述を内容とする供述であるから、伝聞証拠（320条1項）として証拠能力が否定されないかが問題となる。

2. そもそも伝聞法則は、伝聞証拠が知覚・記憶・叙述の過程を経て公判廷に顕出されることから、その過程に誤りが混入するおそれがあるにもかかわらず、反対尋問等による真実性の担保がなされていないことから、その証拠能力を否定するものである。したがって、伝聞証拠とは、公判廷外の供述を内容とする公判廷における供述または書面のうち、その真実性が問題となるものをいう。そして、真実性が問題となるか否かについては、要証事実との関係で相対的に決せられる。

3. 本件において、証言③によって立証される要証事実、争点（2）における乙の覚せい剤であることの認識である。なぜなら、③における乙の供述内容は、甲に手渡したものが警察に見つかれば警察に捕まるものであるとの認識を示すものであり、乙が甲に渡したビニール袋に入っているものについて、乙自身が薬であると言っていることと合わせると、違法な薬物であるとの認識がうかがえるからである。そして、このような発言をしたこと自体によって、乙の違法な薬物であるとの認識が立証できるため、乙の供述内容の真実性は問題とならず、伝聞証拠には当たらない。

よって、③の証言については証拠能力が認められる。

第5 設問4

1. 295条1項が「事件に関係のない事項」につき供述を制限することができるとしているのは、争点を明確化し、審理の充実を図ることを目的とするものであると考えられる。そして、公判前整理手続も事前に争点を明確化し、審理の充実を図ることを目的とするものであるから、公判前整理手続によって整理された争点とは関係のない事項については原則として「事件に関係のない事項」として供述が制限される。他方、争点と関連し、その後新たに明らかになった事

実に基づく供述については事件に関係がないとはいえず、その供述は制限されない。

2. 本件では、争点は、平成 27 年 6 月 28 日における乙のアリバイである。このアリバイにつき、公判前整理手続において、乙はその当時丙方にいたとして乙のアリバイを立証しようとしていたものの、その後公判廷においては、戊方にいたというアリバイの主張に変わっている。そして、④の供述は、この戊方にいたというアリバイの立証に関するものであり、公判整理手続後に戊からの手紙が届いたことにより乙の記憶が明らかになったものである。そのため、争点である乙のアリバイと関連し、公判整理手続以後に明らかになった事実に基づく供述であるといえる。

3. 以上より、④の供述については制限されない。

以上

刑訴法

第1 設問1

1.留め置きを、当初のものと、令状請求の準備段階に二分する。

(1) 当初の留め置き

ア 身体を拘束する逮捕は逮捕状を要するところ(199条1項)、これは実質逮捕にあたり、令状を伴っていないので違法ではないか、①意思制圧②身体拘束の強度で判断する。

①について、甲は仕方ないといってPに塞がれる状況を認めているようにみえる。その後も「警察に行くくらいなら、ここにいる」と、立ち去らない旨の発言をしている。したがって意思制圧はない。

②について、最初PQそれぞれが運転席側、助手席側に立ち、Pが立ち塞がったりしただけであり、身体拘束の程度は弱い。

その後も甲一人に対してPが立ち塞がったりしただけで時間も11時から計算してわずか30分ほどで長いといえない。したがって身体拘束の程度は弱い。

以上より実質逮捕にあたらない。

イ それでは任意処分として相当なものか(197条1項本文)。逮捕にあたらない任意捜査も無制限に許されるわけではないから、必要性、緊急性に照らして相当な範囲内かどうか問題となる。

甲を路上にとどませる必要性としては、意味不明な発言、覚せい剤使用者特有の様子、前科から、覚せい剤使用が疑われ、任意に尿検査を促す必要性があった。やはり最初から強制的に尿検査するのではなく任意にさせるのが、任意捜査の原則(197条1項本文)からも妥当である？さらには新しい注射痕も見つかりなおさらである。

緊急性については、覚せい剤はいずれ体外に排出されるので早く検査に持ち込むべき緊急性があった。

これら必要性、緊急性との関係での相当性があるか検討するとこの時点では押し戻したりせず、立ち塞がって口頭で戻るよう促しているだけでありあまり拘束していない。また甲もあまりかたくなにPに反抗せず、従う様子であったし、短時間でもある。したがって相当な範囲内である。

よって適法である。

(2)令状請求の準備段階のとどめおき

ア こちらも、同様に実質逮捕にあたらないか①意思制圧②身体拘束の強度で判断する。

イ ①について、甲は待つように言われ「嫌だ」と拒否表明している。次に甲は歩き出したものの進めず「仕方ねえな」といっており、出られないことを承諾しているかにみえる。もっとも、これはPが体で甲を通せなうしたことを受けての発言なので真意に

沿った承諾とはいえない。

さらに、再度甲が歩き出した時制止され「降りられねえのか」といったり「帰れねえのか」といっているので、承諾があるかにみえるが、はさこれらの発言も受け入れたというより自分のおかれた状況を描写したにすぎず、承諾を表すものでない。

したがって①意思制圧が認められる。

次に②について、Pらは甲車の前後にパトカーを止め、発進できなくしている。そうすると、自分の車を置いて立ち去るわけにはいかず、甲はここにいることを余儀無くされる。さらに四名が周囲に立ち、立ち去りにくくしている。甲が進もうとすると、Pが両手を広げ足をふんばり制止しているのである。甲としては、自分が無理に進むと公務執行妨害罪にあたりうることから、迂闊にすすめず、かなり身体拘束の度合いが強い。

その後も甲が進もうとすると胸部、腹部を突き出し、運転席前まで押し戻している。これは実力をもって対象者に強制的に移動を強いており身体拘束の度合いが強い。

最後に、時間的にも許可状請求を、指示した11時30分から16時30分まで5時間にも及び、路上にいる時間として長すぎる。

以上より身体拘束の強度は高い。

ウ よって実質逮捕にあたり違法である。

第2 設問2

1. ①の措置について

(1) これは39条3 1項の接見指定であるが、接見は憲法34条に由来する権利であるし39条1項から接見できるのが原則であるので準限定説による。捜査機関が現に、または間近い時に被疑者を取り調べたり検証に立ち会わせる必要がある場合に「捜査のため必要があるとき」にあたると解する。とりわけ初回の接見は憲法保障の始点なので特に配慮すべきである。

(2) Tは9時50分に接見したい旨の架電をしたものの、現にその時弁録がなされており更に約30分要したのである。したがって捜査のため必要があるときにあたり、接見指定は適法である。

2. ②の措置について

前述の準限定説によるが、これはTの初回の接見である。それゆえ特に配慮を要する。また、Sは自分を取り調べるのであるから融通がきく。そこで短時間の接見でよいから許すべきだった。

それをしておらず、一方的に時間変更しており、捜査のため必要があるときにあたらず違法といえる。

第3 設問3

1. 下線部③の証言は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述（伝聞証拠）にあたり、320条1項により証拠能力が認められないのではないか。

(1)そもそも伝聞証拠が証拠能力を有しないのは知覚、記憶、叙述の各過程で誤りが入りうるため、反対尋問の保障のもと公判廷で直接尋問すべきだからである。

そして伝聞証拠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その内容の真実性を立証するために用いられるものを指す。これは要証事実との関係で判断される。

(2) 本件の甲の証人尋問の下線部③証言について、要証事実乙が、警察に捕まってしまうような違法な薬を甲に渡したと認識していたことである。立証構造としてはこのことを立証することで、乙は覚せい剤であるとの認識があったことを推認させる構造である。

以上を前提にすると、立証に際して実際に検問をやっているかどうか、など乙の供述内容の真実性に立ちいる必要はない。発言自体に警察への言及があったりすることで、乙が、警察に捕まってしまうような違法な薬を甲に渡したと認識していたことを推認させる。

(3) よって非伝聞といえ、証拠能力が認められる。

第4 設問4

1. 295条1項「その他相当でないとき」として、公判前整理手続きの趣旨を没却する場合が考えられる。

公判前整理手続きは争点証拠を整理するものである、これを没却するとき、これにあたる。316条の32が公判前整理手続き後の証拠調べ請求を制限しているのも同じ趣旨からである。そして、手続きを没却するとは、公判前整理手続きの経過、結果に矛盾するような尋問を新たにすることを指すと解する。

2. 本件では公判前整理手続きで弁護側は乙が平成27年6月28日乙の家におらず丙方にいたと主張している。そして下線部④の尋問は戊方にいたことを前提としている。そうすると、手続きの経過に矛盾するかに思える。

もっとも、公判前整理手続きでは丙が本名かはわからないとされており、丙の本名が戊の可能性もある。よって戊の家にいたことを尋問しても経過に矛盾するようなものでなく公判前整理手続きの趣旨を没却しない。

3. よって尋問は制限しえない。

以上