

司法試験

---

H29本試験講師答案公表会(刑事系)

矢島純一 LEC専任講師

平成29年6月10日(土)

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





論文式試験問題集 [刑事系科目第 1 問]

[刑事系科目]

[第1問] (配点：100)

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（建造物侵入罪及び証拠隠滅罪並びに特別法違反の点は除く。）。

- 1 会社員甲（28歳，男性，身長165センチメートル，体重70キログラム）は，毎月25日，勤務先から給料23万円を支給されていたが，預貯金はなかった。甲は，某年8月25日に支給された給料の大半を遊興に費消したため，9月10日には，手持ちの金がほとんどなくなってしまった。
- 2 甲は，9月12日午後1時，自宅近くのショッピングモール内にある時計店で，以前から欲しかった限定品の腕時計X（販売価格10万円）が，1個だけ販売されているのを見つけた。甲は，手持ちの金がなかったため，勤務先会社の同僚A（28歳，男性，身長170センチメートル，体重65キログラム）から金を借りて腕時計Xを購入しようと考えた。甲は，同日午後1時5分，同時計店内でAに電話をかけ，「腕時計Xを買いたいので10万円貸してほしい。」と頼んだところ，Aからは金がないと言われて断られた。しかし，甲は，どうしても腕時計Xが欲しかったため，引き続きAに対して，「クレジットカードを貸してくれないか。そのクレジットカードで腕時計Xを買いたい。使った分の金は9月25日の給料で支払うし，腕時計Xを買うほかには絶対使わない。」と頼んだ。Aは，甲の言うことを信じ，甲に対して，B信販会社が発行したA名義のクレジットカード（以下「本件クレジットカード」という。）を腕時計Xを購入するためだけに利用することを条件として貸すことにした。なお，本件クレジットカードは，B信販会社が所有するものであり，B信販会社の規約には，会員である名義人のみが利用でき，他人への譲渡，貸与等が禁じられていることや，加盟店は，利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている。
- 3 同日午後2時，甲は，Aと会って本件クレジットカードを受け取り，同日午後3時，前記時計店に戻った。甲は，同時計店に戻った後に新たに見つけた腕時計Y（販売価格50万円）を，交際相手へプレゼントするために購入したいと考えた。甲は，本件クレジットカードを腕時計Xを購入するためだけに利用するというAとの約束に反すること，今後，Aに合計60万円を支払うことができる確実な見込みがないことをそれぞれ認識しつつ，同日午後3時15分，応対した同時計店店主Cに対し，腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込んだ。その際，甲は，Cに対し，A本人であると装って本件クレジットカードを手渡した上，Cの求めに応じ，B信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載がある売上票用紙の「ご署名（自署）」欄にAの名前をボールペンで記入して手渡した。Cは，その署名を確認し，甲がA本人であって，本件クレジットカードの正当な利用権限を有すると信じ，甲に対して，腕時計Xと腕時計Yを合計60万円で売却した。甲は，購入した腕時計Xと腕時計Yを持って同時計店を出た後，同日午後5時，交際相手と会って，同人に腕時計Yをプレゼントした。
- 4 甲は，同日午後6時，Aと会って本件クレジットカードを返却した。その際，甲は，Aに対して，本件クレジットカードを利用し，腕時計X以外にも，交際相手へプレゼントするために腕時計Yを購入したこと，それらの購入金額の合計が60万円であったことを話した上で，「60万円は絶対支払う。」と言った。Aは，甲が約束を破り，本件クレジットカードを利用して腕時計Yを購入したことから甲に対する怒りを覚えたものの，「使ってしまったものは仕方がない。金の支払を受けられれば良い。」と思い，甲から60万円が支払われるのを待つことにした。
- 5 その後，甲は，Aに支払う60万円を用意するため，複数の知人に借金を申し込んだが，誰からも金を借りられず，60万円を用意できないまま9月25日の給料日を迎えた。甲は，同日，Aに対して，「来月まで支払を待ってほしい。」と頼んだ。Aは，甲の頼みを聞いて，10月25日の給

料日まで甲の支払を待つことにした。その後も、甲は、Aに支払う60万円を用意するため、複数の知人に借金を申し込んだが、誰からも金を借りられず、60万円を用意できないまま10月25日の給料日を迎えた。Aは、同日以降、何度も、甲に対して60万円を支払うように求めたが、甲は、適当な理由をつけてAに金を支払わなかった。そのためAは、甲に対する怒りを募らせた。

11月10日、A名義の銀行口座から、腕時計Xと腕時計Yの代金60万円を含む本件クレジットカードの9月分の利用代金が引き落とされた。高額の出費のため生活費に困ったAは、甲に対する怒りを更に募らせ、甲に対して60万円を支払うように強く求めた。甲は、Aの甲に対する怒りがかなり強くなっていることを知り、同月15日、複数の金融業者から借りて現金60万円を用意し、これをAに支払った。しかし、Aの甲に対する怒りは収まらず、Aは、顔を合わせるたびに甲に対して、「さんざん迷惑掛けやがって。これで済んだと思うなよ。」などと嫌みを言っていた。

6 甲は、11月20日午後8時、知人乙（25歳、男性、身長175センチメートル、体重75キログラム）と飲食店で飲食していたところ、偶然、Aが同店にやって来た。Aは、甲を見付けると、甲に対して、「のんきに飯なんか食いやがって。金もないくせに。」などと嫌みを言い始めた。甲は、Aの言動に嫌気がさし、同店から徒歩で15分の所にある、甲が一人で暮らす甲宅で乙と飲食し直すことにし、同日午後8時5分、Aに気付かれないようにして、乙と同店を出た。

7 Aは、同日午後8時10分、甲が同店から出たことに気付いて怒り、同店から出て甲を追い掛け、同日午後8時15分、人気のない暗い路上で、乙と歩いている甲に追い付いた。Aは、甲に対して、「こそこそ逃げやがって、この野郎。」と言いながら、甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出した。これに気付いた甲は、Aの右手の拳骨をかわしながら、このままではAから殴られると考え、これを防ぐため、乙に対して、「一緒にAを止めよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、「分かった。」と答えた。そこで、甲と乙が正面からAに体当たりしたところ、Aは路上に尻餅を付いた。しかし、Aは、すぐに立ち上がり、「この野郎。」と言いながら、再び右手の拳骨で甲の顔面に殴りかかろうとした。甲と乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、再び正面からAに体当たりしたところ、Aが路上に仰向けに倒れた。倒れたAは、「なにをするんだ。この野郎。」と大声で言いながら、立ち上がろうとした。その様子を見た甲は、しばらくAを押さえ付けておけばAが落ち着き、Aから殴られることもなくなるだろうと考え、乙に対して、「一緒にAを押さえよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、甲に対して、「分かった。俺は上半身を押さえるから、下半身を押さえてくれ。」と答えた。

甲は、仰向けに倒れているAの両膝辺りにAの足先の方向を向いてまたがり、Aの両足首を、真上から両手で力を込めて押さえ付けた。乙は、仰向けに倒れているAの腰辺りにAの頭の方向を向いてまたがり、Aの両上腕部を、真上から両手で力を込めて押さえ付けた。しかし、Aは、身体をよじらせながら、「離せ。甲、お前をぶん殴ってやる。絶対に許さない。覚悟しろ。」と甲を大声で罵り、更に力を込めて体をよじらせた。乙は、Aのその様子を見て、甲がAから殴られるのを防ぐためには、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えた。そこで、乙は、Aの腰辺りにまたがってAの右上腕部を真上から左手で力を込めて押さえ付けたまま、Aの左上腕部に右膝を力を込めて押し当てた上、傍らに落ちていた石（直径10センチメートルの丸形、重さ800グラム）を右手で拾い、右手に持ったその石で、Aの顔面を力を込めて1発殴った。するとAは失神し、全く動かなくなった。なお、甲は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識していなかった。また、乙は、Aの顔面を右手に持った石で殴り付けた際、Aを殺そうともAが死ぬかもしれないとも考えていなかった。

8 甲と乙は、Aが全く動かなくなったためAから離れた。甲は、乙から、右手に持った石でAの顔面を殴ったことを聞いた。甲と乙は、鼻から血を流して全く動かないAの様子を見てAが死んでしまったと思った。甲は、乙に対して、「Aは結婚して妻も子供もいるのにどうしよう。」と言った。乙は、近くに人がいないことを確認した上、甲に対して、「Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けよう。Aの財布を探して捨ててしまおう。」と言った。甲は、乙に対して、「そうしよう。」と

答えたものの、「財布は捨ててもいいが、もったいないから中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考えていた。しかし、甲は、乙にその考えを話さなかった。甲と乙は、財布を探した。甲は、Aのズボンのポケット内に財布1個があるのを見つけたので、乙に財布を見つけたことを話した上、同ポケットから同財布を取って中を確認したところ、同財布には1万円札4枚の合計4万円が入っていた。甲は、同財布に現金4万円が入っていたことを乙に話した上、現金入りの同財布を、甲の上着ポケットにしまった。乙は、甲が現金入りのまま同財布を捨ててくれると思っていた。

甲と乙は、そのまま甲宅へ向かい、同日午後8時30分、甲宅に到着した。乙は、同日午後9時、帰宅するために甲宅を出た。甲は、同日午後9時5分、甲宅において、上着ポケットにしまったままの現金入りの同財布を取り出して現金4万円を抜き取り自分のものとし、同財布は甲宅の押し入れ内に隠した。

- 9 Aは、同日午後10時頃、失神したまま路上に倒れていたところを通行人に発見され、通報により到着した救急隊員により病院に搬送された。Aは、乙に石で顔面を殴られたことから、全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負った。

[刑事系科目]

[第1問] (配点: 100)

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい。（建造物侵入罪及び証拠隠滅罪並びに特別法違反の点は除く。）

注意する!

- 1 会社員甲（28歳、男性、身長165センチメートル、体重70キログラム）は、毎月25日、勤務先から給料23万円を支給されていたが、預貯金はなかった。甲は、某年8月25日に支給された給料の大半を遊興に消費したため、9月10日には、手持ちの金がほとんどなくなってしまった。
- 2 甲は、9月12日午後1時、自宅近くのショッピングモール内にある時計店で、以前から欲しかった限定品の腕時計X（販売価格10万円）が、1個だけ販売されているのを見付けた。甲は、手持ちの金がなかったため、勤務先会社の同僚A（28歳、男性、身長170センチメートル、体重65キログラム）から金を借りて腕時計Xを購入しようと考えた。甲は、同日午後1時5分、同時計店内でAに電話をかけ、「腕時計Xを買いたいので10万円貸してほしい。」と頼んだところ、Aからは金がないと言われて断られた。しかし、甲は、どうしても腕時計Xが欲しかったため、引き続きAに対して、「クレジットカードを貸してくれないか。そのクレジットカードで腕時計Xを買いたい。使った分の金は9月25日の給料で支払うし、腕時計Xを買うほかには絶対使わない。」と頼んだ。Aは、甲の言うことを信じ、甲に対して、B信販会社が発行したA名義のクレジットカード（以下「本件クレジットカード」という。）を腕時計Xを購入するためだけに利用することを条件として貸すことにした。なお、本件クレジットカードは、B信販会社が所有するものであり、B信販会社の規約には、会員である名義人のみが利用でき、他人への譲渡、貸与等が禁じられていることや、加盟店は、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが定められている。
- 3 同日午後2時、甲は、Aと会って本件クレジットカードを受け取り、同日午後3時、前記時計店に戻った。甲は、同時計店に戻った後に新たに見付けた腕時計Y（販売価格50万円）を、交際相手へプレゼントするために購入したいと考えた。甲は、本件クレジットカードを腕時計Xを購入するためだけに利用するというAとの約束に反すること、今後、Aに合計60万円を支払うことができる確実な見込みがないことをそれぞれ認識しつつ、同日午後3時15分、応対した同時計店店主Cに対し、腕時計Xと腕時計Yの購入を申し込んだ。その際、甲は、Cに対し、A本人であると装って本件クレジットカードを手渡した上、Cの求めに応じ、B信販会社の規約に従い利用代金を支払う旨の記載がある売上票用紙の「ご署名（自署）」欄にAの名前をボールペンで記入して手渡した。Cは、その署名を確認し、甲がA本人であって、本件クレジットカードの正当な利用権限を有すると信じ、甲に対して、腕時計Xと腕時計Yを合計60万円で売却した。甲は、購入した腕時計Xと腕時計Yを持って同時計店を出た後、同日午後5時、交際相手と会って、同人に腕時計Yをプレゼントした。
- 4 甲は、同日午後6時、Aと会って本件クレジットカードを返却した。その際、甲は、Aに対して、本件クレジットカードを利用し、腕時計X以外にも、交際相手へプレゼントするために腕時計Yを購入したこと、それらの購入金額の合計が60万円であったことを話した上で、「60万円は絶対支払う。」と言った。Aは、甲が約束を破り、本件クレジットカードを利用して腕時計Yを購入したことから甲に対する怒りを覚えたものの、「使ってしまったものは仕方がない。金の支払を受けられれば良い。」と思い、甲から60万円が支払われるのを待つことにした。
- 5 その後、甲は、Aに支払う60万円を用意するため、複数の知人に借金を申し込んだが、誰からも金を借りられず、60万円を用意できないまま9月25日の給料日を迎えた。甲は、同日、Aに対して、「来月まで支払を待ってほしい。」と頼んだ。Aは、甲の頼みを聞いて、10月25日の給

料日まで甲の支払を待つことにした。その後も、甲は、Aに支払う60万円を用意するため、複数の知人に借金を申し込んだが、誰からも金を借りられず、60万円を用意できないまま10月25日の給料日を迎えた。Aは、同日以降、何度も、甲に対して60万円を支払うように求めたが、甲は、適当な理由をつけてAに金を支払わなかった。そのためAは、甲に対する怒りを募らせた。

11月10日、A名義の銀行口座から、腕時計Xと腕時計Yの代金60万円を含む本件クレジットカードの9月分の利用代金が引き落とされた。高額の出費のため生活費に困ったAは、甲に対する怒りを更に募らせ、甲に対して60万円を支払うように強く求めた。甲は、Aの甲に対する怒りがかなり強くなっていることを知り、同月15日、複数の金融業者から借りて現金60万円を用意し、これをAに支払った。しかし、Aの甲に対する怒りは収まらず、Aは、顔を合わせるたびに甲に対して、「さんざん迷惑掛けやがって。これで済んだと思うなよ。」などと嫌みを言っていた。

6 甲は、11月20日午後8時、知人乙(25歳、男性、身長175センチメートル、体重75キログラム)と飲食店で飲食していたところ、偶然、Aが同店にやって来た。Aは、甲を見付けると、甲に対して、「のんきに飯なんか食いやがって。金もないくせに。」などと嫌みを言い始めた。甲は、Aの言動に嫌気がさし、同店から徒歩で15分の所にある、甲が一人で暮らす甲宅で乙と飲食し直すことにし、同日午後8時5分、Aに気付かれないようにして、乙と同店を出た。

7 Aは、同日午後8時10分、甲が同店から出たことに気付いて怒り、同店から出て甲を追い掛け、同日午後8時15分、人気のない暗い路上で、乙と歩いている甲に追い付いた。Aは、甲に対して、「こそこそ逃げやがって、この野郎。」と言いながら、甲の顔面を殴ろうとして、右手の拳骨を甲の顔面に向けて突き出した。これに気付いた甲は、Aの右手の拳骨をかわしながら、このままではAから殴られると考え、これを防ぐため、乙に対して、「一緒にAを止めよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、「分かった。」と答えた。そこで、甲と乙が正面からAに体当たりしたところ、Aは路上に尻餅を付いた。しかし、Aは、すぐに立ち上がり、「この野郎。」と言いながら、再び右手の拳骨で甲の顔面に殴りかかろうとした。甲と乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、再び正面からAに体当たりしたところ、Aが路上に仰向けに倒れた。倒れたAは、「なにをするんだ。この野郎。」と大声で言いながら、立ち上がろうとした。その様子を見た甲は、しばらくAを押さえ付けておけばAが落ち着き、Aから殴られることもなくなるだろうと考え、乙に対して、「一緒にAを押さえよう。」と言った。乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、甲に対して、「分かった。俺は上半身を押さえるから、下半身を押さえてくれ。」と答えた。

甲は、仰向けに倒れているAの両膝辺りにAの足先の方を向いてまたがり、Aの両足首を、真上から両手で力を入れて押さえ付けた。乙は、仰向けに倒れているAの腰辺りにAの頭の方を向いてまたがり、Aの両上腕部を、真上から両手で力を入れて押さえ付けた。しかし、Aは、身体をよじらせながら、「離せ。甲、お前をぶん殴ってやる。絶対に許さない。覚悟しろ。」と甲を大声で罵り、更に力を入れて体をよじらせた。乙は、Aのその様子を見て、甲がAから殴られるのを防ぐためには、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えた。そこで、乙は、Aの腰辺りにまたがってAの右上腕部を真上から左手で力を入れて押さえ付けたまま、Aの左上腕部に右膝を力を入れて押し当てた上、傍らに落ちていた石(直径10センチメートルの丸形、重さ800グラム)を右手で拾い、右手に持ったその石で、Aの顔面を力を入れて1発殴った。するとAは失神し、全く動かなくなった。なお、甲は、乙が石を拾ったことや乙が右手に持った石でAの顔面を殴り付けたことを全く認識していなかった。また、乙は、Aの顔面を右手に持った石で殴り付けた際、Aを殺そうともAが死ぬかもしれないとも考えていなかった。

8 甲と乙は、Aが全く動かなくなったためAから離れた。甲は、乙から、右手に持った石でAの顔面を殴ったことを聞いた。甲と乙は、鼻から血を流して全く動かないAの様子を見てAが死んでしまったと思った。甲は、乙に対して、「Aは結婚して妻も子供もいるのにどうしよう。」と言った。乙は、近くに人がいないことを確認した上、甲に対して、「Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けよう。Aの財布を探して捨ててしまおう。」と言った。甲は、乙に対して、「そうしよう。」と

Aによる  
侵害が  
継続

防衛の意  
思を継続



答えたものの、「財布は捨ててもいいが、もったいないから中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考えていた。しかし、甲は、乙にその考えを話さなかった。(甲)と(乙)は、財布を探した。甲は、Aのズボンのポケット内に財布1個があるのを見つけたので、乙に財布を見つけたことを話した上、同ポケットから同財布を取って中を確認したところ、同財布には1万円札4枚の合計4万円が入っていた。(甲)は、同財布に現金4万円が入っていたことを乙に話した上、現金入りの同財布を、甲の上着ポケットにしまった。(乙)は、甲が現金入りのまま同財布を捨ててくれると思っていた。

甲と乙は、そのまま甲宅へ向かい、同日午後8時30分、甲宅に到着した。乙は、同日午後9時、帰宅するために甲宅を出た。(甲)は、同日午後9時5分、甲宅において、上着ポケットにしまったままの現金入りの同財布を取り出して現金4万円を抜き取り自分のものとし、同財布は甲宅の押し入れ内に隠した。

- 9 Aは、同日午後10時頃、失神したまま路上に倒れていたところを通行人に発見され、通報により到着した救急隊員により病院に搬送された。Aは、乙に石で顔面を殴られたことから、全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負った。

平成29年度 司法試験 刑法

作成者 東京リーガルマインド LEC専任講師 矢島純一

解答例 H29. 6. 7版 (出題の趣旨の発表前のもの)

以下の解答例は、試験直後に作成した者で、出題の趣旨が発表される前のものです。出題の趣旨が発表する前の学習にお役立てください。今年の刑法は、論じるべきことが多く、8枚の答案用紙の中では書ききれないことも少なくありません。そこで、学習の便宜上、深い理解ができるように、8頁の解答例の他に、若干長めの丁寧な解答例も添付しておきます。

## 第1 甲の罪責

### 1 クレジットカード使用についての詐欺罪の成否

- (1) 甲が、A本人と偽ってA名義のクレジットカードを使用して腕時計X及び腕時計YをCに交付させた行為について詐欺罪(246条)が成立するかを検討する。
- (2) このような事例では、1項詐欺と2項詐欺のどちらが成立するかという問題が生じるため、**何を損害**と捉えるべきかがまず**問題**となる。まず、利用規約で名義人以外の者による使用が禁止され、加盟店は、利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することが求められていることからすると、加盟店は、その確認義務の不履行を理由に、信販会社から立て替え払いを拒絶される危険を負いながら交付した商品が損害になると考える。また、このように解することは、詐欺罪が、欺かれなければ交付しなかった財産そのものを損害とみる個別財産に対する罪であることとも整合する。以上より、甲の行為は、加盟店を被害者とし、商品を客体とする1項詐欺罪の成否が問題となる(246条1項)。
- (3) ア 1項詐欺罪は、財物を処分させるために欺く行為をして錯誤に陥らせた上で、その錯誤に基づく処分行為により財物を交付させることで成立する。
- イ **欺く行為**とは、財物の交付という財産的な処分行為に向けられたもので、相手方が真実を知っていれば財産的処分を行わないような**重要な事実を偽ること**をいう。前述のとおり、規約で本人以外の者によりカード利用が禁止され、加盟店であるCは、前記善良な管理者の注意義務をもって甲によるカード使用が名義人Aによるものなのかを確認する立場にあることからすると、Cは、甲がカードの名義人Aでないことを知っていれば腕時計XとYを処分しなかったといえる。この点については、甲によるカード利用がAに許諾されていても結論は変わらない。したがって、甲がAになりすまして

カードを利用して腕時計X及びYの購入を申し込んだことは、前記重要な事実を偽ったものとして欺く行為に当たる。

Cは、甲の欺く行為により、甲をA本人と誤認して腕時計XとYを交付しているため、欺く行為による錯誤に陥り、その錯誤に基づく処分行為をして、甲に財物の交付をしたといえる。また、甲には、自己使用や交際相手にプレゼントするために腕時計を領得する意思があったため、故意や不法領得の意思も認められる。

ウ 以上より、腕時計XとYにつき1項詐欺罪の構成要件を充足する。そして、本罪の客体は2個の腕時計であるが、被害法益や被害者の同一性や、時間的場所的に機会の同一性が認められるため、2個の詐欺罪の成立を認める必要はなく、包括して1個の1項詐欺罪が成立する。

## 2 有印私文書偽造罪、同行使罪の成否

(1) 甲が、売上票用紙のご署名欄にAの名前をボールペンで記入してCに手渡した行為について、有印私文書偽造罪(159条1項)、同行使罪(161条1項)が成立するかを検討する。

(2) ア 売上票用紙は、信販会社が加盟店に立て替え払いをする前提としてクレジットカードで商品が購入されたことを証するものであり、実社会生活に交渉を有する事項を証明するに足りる文書として私文書に当たる。

イ 「偽造」とは、文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいう。そして、他人の利用が許されないクレジットカードにかかる売上票用紙は、文書の性質上、カードの名義人の自署性が要求されるため、名義人Aによる名称使用の承諾は無効となる。したがって、甲が、売上票にA名義で署名をしたことは、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽るものとして、名義人Aの署名のある有印私文書を偽造したといえる。

ウ 甲は、上記偽造文書をあたかも名義人であるA本人が作成した真正な文書として装う目的で作成しているため、真正な文書として他人が認識しうる状態に置く目的が認められる。したがって、行使の目的も認められる。

エ 以上より、甲は、行使の目的をもって、有印私文書を偽造したといえるため、有印私文書偽造罪が成立する。

(3) 甲が、上記売上票を、A本人が作成した文書かのようにしてCに示した行為は、有印の偽造私文書を、真正な文書として他人が認識しうる状態に置いたものとして、偽造有印私文書行使罪が成立する。

## 3 腕時計Yの代金債務をAに負担させたことにつきAに対する背任罪の成否

(1) 甲が腕時計Xを買うためにAから使用を許されたA名義のクレジットカードを用いて腕時計Yを買って代金相当額の損害をAに与えた行為につき背任罪(247条)が成立するかを検討する。

(2) ア AがA名義のクレジットカードを使用して買い物をするを甲に許すことは、違

法な財産上の事務処理の委託といえるが、そのような事務でも、財産秩序の維持の観点から刑法上は保護に値する。そして、A名義のカードで買い物をすることは名義人であるAの事務といえるのであり、甲はその事務を委託されたのであるから、甲は、背任罪の主体たる他人のための事務処理者に当たる。

イ 背任罪は本人との委託信任関係に違反して財産侵害をすることを処罰するものであることから、「任務に背く行為」とは、本人との信任関係を破壊して本人の財産に損害を与える行為をいうと考える。本件クレジットカードを使用して10万円の腕時計Xを買うことをAから許諾された甲が、腕時計Xのみならず、Aの許諾なく50万円の腕時計Yまで買ったことは、本人との信任関係を破壊して本人の財産に損害を与える行為として任務に背く行為をしたといえる。

ウ 甲の上記行為により後日、腕時計Yについての利用代金がA名義の銀行口座から引き落とされたことから、本人Aに財産上の損害を生じさせたといえる。

エ 甲が上記行為におよんだのは、交際相手にプレゼントするためであったため、自己又は第三者の利益を図る目的も認められる。

オ 以上より、他人のための事務処理者に当たる甲が、自己又は第三者の利益を図る目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を与えたといえるため、甲に背任罪が成立する。

#### 4 Aに対する傷害罪の共同正犯の成否

##### (1) 暴行行為(第1行為)について

ア まず、甲が乙と共にAに体当たりをしたり押さえつけたりして暴行をした行為について、暴行罪の共同正犯(60条、208条)が成立するかを検討する。

イ 共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、共同正犯者各人が構成要件の結果に因果性を与え、結果に重大な寄与を果たしたところに求められると考える。そして、二人以上の者が意思の連絡のもとに特定の犯罪の共謀をし、その共謀に基づく実行行為がされたときは前記処罰根拠が妥当し、共同正犯が成立すると考える。

ウ 本問をみるに、Aから拳骨で殴りかかれた甲は、乙に対して、「一緒にAを止めよう。」「一緒にAを押さえよう。」などと言って、これに承諾した乙と共に、Aに体当たりをしたり、倒れたAを押さえつけたりしていることから、少なくとも、甲と乙は、意思の連絡のもとにAを暴行(208条)することについての共謀と、共謀に基づく実行行為が認められる。したがって、甲の行為は、暴行罪の共同正犯の構成要件に該当する。

エ もっとも、甲らによる暴行行為は、Aが拳骨で甲の顔面を殴りかかろうとした急迫不正の侵害に対して、その侵害を防ぐためにされたもので、防衛の意思のもとにされたものであるため、正当防衛が成立しうる(36条1項)。Aと体格が近い甲が、乙の加勢を得て、A1人に対して暴行行為をしているものの、その態様は、殴りかかろうとしてきたAに体当たりをしたり、押さえつけたりするなど、Aによる侵害を防ぐた

めの防衛手段として必要かつ相当なものであり、やむを得ずした行為といえる。したがって、暴行罪については正当防衛が成立し、同罪は成立しない。

(2) **傷害行為(第2行為)について**

ア 乙が石でAの顔面を殴って全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせた行為について、甲に、傷害罪の共同正犯(60条, 204条)が成立するかを検討する。

イ(ア) 乙は、石でAの顔面を殴って、全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせたが、甲はこのことを知らなかったため、乙のこの行為が甲乙間の共謀に含まれているかが問題となる。

(イ) 確かに、乙は、甲と乙に押さえつけられてもなお甲に対する侵害を継続しようとするAを見て、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えて対応したものであるから、乙のかかる行為は、Aを止めるためにAを暴行するとの甲乙間の当初の共謀の内容に含まれているとの見方もありえる。

しかし、甲は、Aに殴りかかれた当初、乙に対して「一緒に止めよう。」「一緒に押さえよう。」と述べたことからすると、Aとそれほど年齢や体格が変わらない甲と、Aよりも若く体格も良い乙の二人がかりで、地面に倒れているAにまたがり押さえつけた状況で、それ以上激しい暴行をAに加える意図は当初からなかったといえる。したがって、その後に乙が傍らに落ちていた800グラムもの重さがある石を拾って、人の身体の枢要部ともいえるAの顔面を力を込めて殴ることについては、甲乙間に共謀はなく共謀の射程外のものといえる。

(ウ) したがって、乙がAの顔面を意思で殴った行為は、甲乙間の共謀に基づくものではないため、甲に帰責することはできない。

ウ よって、甲については、傷害罪の共謀共同正犯の構成要件の該当性が否定され、傷害罪は成立しない。

**注：**上記の論述は、共謀の射程内であるとして、共同正犯として乙の行為を甲に帰責し、甲についても傷害罪の共謀共同正犯の構成要件該当性を認めた上で、正当防衛又は過剰防衛の成否を検討してもよいであろう。

5 Aに対する窃盗罪の成否

(1) 甲がAの財布の中の現金をもらって借金の返済に使おうと考えてAの財布をAのズボンのポケットの中からとりだしてその場から持ち去った行為は、客観的には、占有者の意思に反して財物の占有を奪うものとして窃盗罪の構成要件に当たる。

(2) 甲は、Aが死亡したと勘違いしていたため、死者には占有意思がなく占有が認められないこととの関係で、甲に占有侵奪の認識としての窃盗罪の故意がないとも思える。しかし、自らの行為で被害者を死に至らせた場合に時間的場所的接着性が認められる限り行為者との関係で被害者の生前の占有が保護されると考えられることから、自らの行為で被害者を死に至らせたことや、行為後の時間的場所的接着性を認識している甲には、前記のように保護された占有を侵害することについての認識があるものとして窃盗罪の

**故意が認められる**と考える。

- (3) 不可罰的な使用窃盗と可罰的な窃盗罪との区別や、窃盗罪と毀棄隠匿罪とを区別するために、窃盗罪が成立するには、権利者排除意思と経済的用法に従って物を利用処分する意思が必要と考える。甲は財布内の現金を借金返済に使おうと考えていたことから、権利者排除意思及び利用処分意思が認められるため、不法領得の意思も認められる。
- (4) 以上より、甲には**窃盗罪**が成立する。

## 6 罪数

以上より、甲には、①1項詐欺罪、②有印私文書偽造罪、③同行使罪、④背任罪、⑤窃盗罪が成立する。②有印私文書偽造罪と③同行使罪、及び、③同行使罪と①詐欺罪は(通例)類型的にみてそれぞれ手段と結果の関係にあるため順次、牽連犯となる(54条1項後段)。①1項詐欺罪と④背任罪は1個の行為によるものといえるので**観念的競合**(54条1項前段)となる。以上の科刑上一罪となる罪と、⑤窃盗罪は、それぞれ別個の行為によるものとして**併合罪**(45条前段)となる。最後に、窃盗罪については、乙の罪責で述べたとおり、乙に成立する器物損壊罪の範囲で乙と共同正犯となる(部分的犯罪共同説)。

## 第2 乙の罪責

### 1 Aに対する傷害罪の共同正犯の成否

#### (1) 暴行行為(第1行為)について

甲の罪責のところ述べてとおり、乙が、甲と共に、Aに体当たりをしたり押さえつけたりして暴行をした行為は、**暴行罪**の共同正犯の**構成要件に該当**するが、**正当防衛**が成立し、**同罪は成立しない**。

#### (2) 傷害行為(第2行為)について

ア 甲の罪責で述べたとおり、乙が石でAの顔面を殴って全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせた行為は、**傷害罪**の共同正犯の**構成要件に該当**する。

イ(ア) 乙に正当防衛が成立するかを検討する。

(イ) 甲はAに拳骨で殴りかかれ、Aが倒れて甲と乙に押さえつけられてもなお、Aは「お前をぶん殴ってやる。」などと言いながら力を込めて体をねじらせるなどしていたことから、Aによる**急迫不正の侵害は終始継続**していたといえる。

(ウ) 乙は、Aを石で殴った際に、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えていたため、乙には、Aの甲に対する急迫不正の侵害行為を認識しつつ、それを避けようとする単純な心理状態として**防衛の意思**が認められる。

(エ) 上記(1)と(2)の暴行傷害行為は、急迫不正の侵害の連続性、時間的場所的な連続性、防衛意思の連続性が認められるため、正当防衛又は過剰防衛の判断は、上記各暴行を**全体的に考察**すべきと考えるところ、特に、Aによる素手の侵害行為に対して、甲と乙が二人がかりでAを押さえ付けた上で、乙が800グラムもの重さがある石で、身体の枢要部分であるAの顔面を殴る行為は、武器対等の原則を逸脱し、

**防衛手段として過剰で不相当**といえる。したがって、乙の行為は、正当防衛として「やむを得ずにした行為」とはいえない。

(オ) したがって、甲には**正当防衛は成立しない**。

ウ 以上より、防衛手段の相当性が認められないため、乙に正当防衛は成立しないが、**傷害罪の過剰防衛(36条2項)が成立**し、情状により刑が減輕又は免除される。

注：乙の罪責について、第1暴行は正当防衛により暴行罪は不成立になり、第2暴行のみの罪責だけを検討しても結論として傷害罪の過剰防衛となりそうである。**そうすると、最判平 9.6.16 (本レジュメの末尾に判旨を掲載)**を参考にした上記論述例のとおり、第1暴行と第2暴行について全体として1個の傷害罪についての過剰防衛が成立すると論じても、結論として、傷害罪の過剰防衛になる点で変わりがない。**そのため**、本問においては、上記1(2)(エ)の論述のところで、端的に、第2暴行による傷害罪が過剰防衛になるということだけ指摘してもよさそうである。

## 2 器物損壊罪の成否

(1) 乙は、Aを殺害してしまったと勘違いして、Aが強盗に襲われたように装うために、甲と共謀して、その共謀に基づき甲にAの財布を持ち去らせている。利用処分意思がない乙には不法領得の意思がないため、乙は甲に成立する窃盗罪の共同正犯の罪責を負わない。もっとも、乙が甲にAの財布を持ち去らせた行為は、物の効用を滅失させるものとして器物損壊罪(261条)に当たる。しかし、**実行行為をしていない乙に器物損壊罪の成立が認められるためには、共同正犯を根拠に実行行為者たる甲の行為を乙に帰責**できなければならない。そこで、窃盗罪と器物損壊罪という異なる罪名での共同正犯の成立を認められるのが問題となる。

(2) 60条が共同正犯を、「共同して犯罪を実行した者」と規定しており、文言上、同一の犯罪を共同した場合を前提としていると考えられることや、構成要件の結果の共同惹起という共同正犯の本質は、本来、同一の犯罪を共同惹起した場合に妥当すると考えられる。したがって、基本的には、共同正犯者間で罪名が一致することが求められる。もっとも、保護法益や行為態様から構成要件の重なり合いが認められる範囲で、「共同して犯罪を実行」したといえるし、構成要件の結果の共同惹起があったといえる。したがって、この範囲で共同正犯が認められると考える(部分的犯罪共同説)。

そして、窃盗罪と器物損壊罪は、不法領得の意思の要否について違いがあるが、ともに、個人の財産を保護法益とし、行為が占有者による財物の使用に支障を生じさせるという点で、保護法益と行為態様から構成要件の重なり合いが認められる。

(3) したがって、乙には窃盗罪と構成要件の重なり合いが認められる**器物損壊罪の範囲**で甲と**共同正犯**が成立する。

## 3 罪数

以上より、乙には、傷害罪の過剰防衛と器物損壊罪の共同正犯が成立し、両罪は別個

作成者 LEC専任講師 矢島純一 (但し, 出題の趣旨の公表前に作成したもの)

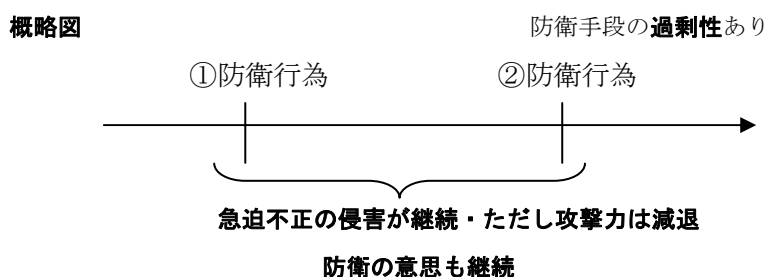
の行為によるものとして併合罪となる。

以上



\*参考資料

- ・正当防衛に当たる第1暴行をした結果、侵害者の攻撃力が減退していたものの侵害の継続性がなお認められる状況で防衛手段に過剰性が認められる第2暴行にでた事例で、最高裁は、第1暴行と第2暴行との間の防衛の意思の継続性があることを認め、2つの防衛行為を一連の行為とみて全体を過剰防衛とした(最判平9.6.16)。



\*最判平9.6.16 侵害の継続性がある状況での一連の防衛行為と質的な過剰防衛

[判旨]

一 原判決及びその是認する第一審判決の認定並びに記録によれば、**本件事案の概要**は、次のとおりであることが明らかである。

すなわち、**被告人**は、肩書住居の文化住宅A2階の1室に居住していたものであり、同荘2階の別室に居住する**B**(当時56歳)と日ごろから折り合いが悪かったところ、平成8年5月30日午後2時13分ころ、同荘2階の北側奥にある共同便所で小用を足していた際、突然背後からBに長さ約81センチメートル、重さ約2キログラムの鉄パイプ(以下「鉄パイプ」という)で頭部を1回殴打された。続けて鉄パイプを振りかぶったBに対し、被告人は、それを取り上げようとしてつかみ掛かり、同人ともみ合いになったまま、同荘2階の通路に移動し、その間2回にわたり大声で助けを求めたが、だれも現れなかった。その直後に、**被告人**は、Bから鉄パイプを取り上げたが、同人が両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで1回殴打した【注：①防衛行為】。そして、再度もみ合いになって、**B**が、被告人から鉄パイプを取り戻し、それを振り上げて被告人を殴打しようとしたため、**被告人**は、同通路の南側にある1階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。被告人は、階段上の踊り場まで至った際、背後で風を切る気配がしたので振り返ったところ、**B**は、通路南端に設置されていた転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていた。しかし、**B**がなおも鉄パイプを手に握っているのを見て、被告人は、同人に近づいてその左足を持ち上げ、同人を手すりの外側に追い落とし【注：②防衛行為】、その結果、同人は、1階のひさしに当たった後、手すり上端から約4メートル下のコンクリート道路上に転落した。Bは、被告人の右一連の暴行により、入院加療約3箇月間を要する前頭、頭頂部打撲挫創、第2及び第4腰椎圧迫骨折等の傷害を負った。

二 原判決及びその是認する第一審判決は、**被告人**がBに対しその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及んだ当時、同人が手すりの外側に上半身を乗り出した状態になり、容易には元に戻りにくい姿勢となっていたのであって、被告人は自由にその場から逃げ出すことができる状況にあったというべきで

あるから、その時点でBの急迫不正の侵害は終了するとともに、被告人の防衛の意思も消失したとして、被告人の行為が正当防衛にも過剰防衛にも当たらないとの判断を示している。

しかしながら、前記一の事実関係に即して検討するに、Bは、被告人に対し執ような攻撃に及び、その挙げ句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、Bは、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追いつき、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、Bの被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当時もなお継続していたといわなければならない。さらに、それまでの一連の経緯に照らすと、被告人の右行為が防衛の意思をもってされたことも明らかというべきである。したがって、被告人が右行為に及んだ当時、Bの急迫不正の侵害は終了し、被告人の防衛の意思も消失していたとする原判決及びその是認する第一審判決の判断は、是認することができない。

以上によれば、被告人がBに対しその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及んだ当時、同人の急迫不正の侵害及び被告人の防衛の意思はいずれも存していたと認めるのが相当である。また、被告人がもみ合いの最中にBの頭部を鉄パイプで1回殴打した行為についても、急迫不正の侵害及び防衛の意思の存在が認められることは明らかである。しかしながら、Bの被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を1回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約4メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一步間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を1回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない。

そうすると、被告人の暴行〔注：前記一連の暴行〕は、Bによる急迫不正の侵害に対し自己の生命、身体を防衛するためその防衛の程度を超えてされた過剰防衛に当たるというべきであるから、右暴行について過剰防衛の成立を否定した原判決及びその是認する第一審判決は、いずれも事実を誤認し、刑法36条の解釈適用を誤ったものといわなければならない。

1  
**第1 甲の罪責**

2  
1 クレジットカード使用についての詐欺罪の成否

3  
(1) 甲が、A本人と偽ってA名義のクレジットカードを使用して腕時計X及び腕時  
4  
計YをCに交付させた行為について詐欺罪(246条)が成立するかを検討する。

5  
(2) このような事例では、1項詐欺と2項詐欺のどちらが成立するかという問題が  
6  
生じるため、**何を損害**と捉えるべきかがまず**問題**となる。まず、利用規約で名義  
7  
人以外の者による使用が禁止され、加盟店は、利用者が会員本人であることを善  
8  
良な管理者の注意義務をもって確認することが求められていることからすると、  
9  
加盟店は、その確認義務の不履行を理由に、信販会社から立て替え払いを拒絶さ  
10  
れる危険を負いながら交付した商品が損害になると考える。また、このように解  
11  
することは、詐欺罪が、欺かれなければ交付しなかった財産そのものを損害とみ  
12  
る個別財産に対する罪であることとも整合する。以上より、甲の行為は、加盟店  
13  
を被害者とし、商品を客体とする1項詐欺罪の成否が**問題**となる(246条1項)。

14  
(3)ア 1項詐欺罪は、財物を処分させるために欺く行為をして錯誤に陥らせた上で、  
15  
その錯誤に基づく処分行為により財物を交付させることで成立する。

16  
イ **欺く行為**とは、財物の交付という財産的な処分行為に向けられたもので、相手  
17  
方が真実を知っていれば財産的処分を行わないような**重要な事実を偽ることを**  
18  
いう。前述のとおり、規約で本人以外の者によりカード利用が禁止され、加盟店  
19  
であるCは、前記善良な管理者の注意義務をもって甲によるカード使用が名義人  
20  
Aによるものなのかを確認する立場にあることからすると、Cは、甲がカードの  
21  
名義人Aでないと知っていれば腕時計XとYを処分しなかったといえる。この点  
22  
については、甲によるカード利用がAに許諾されていても結論は変わらない。し  
23  
たがって、甲がAになりすましてカードを利用して腕時計X及びYの購入を申し

1	込んだことは、前記重要な事実を偽ったものとして <b>欺く行為</b> に当たる。
2	Cは、甲の欺く行為により、甲をA本人と誤認して腕時計XとYを交付してい
3	るため、欺く行為による <b>錯誤</b> に陥り、その <b>錯誤に基づく処分行為</b> をして、甲に <b>財</b>
4	<b>物の交付</b> をしたといえる。また、甲には、自己使用や交際相手にプレゼントする
5	ために腕時計を領得する意思があったため、故意や不法領得の意思も認められる。
6	ウ 以上より、腕時計XとYにつき <b>1項詐欺罪</b> が成立する。
7	2 有印私文書偽造罪、同行使罪の成否
8	(1) 甲が、売上票用紙のご署名欄にAの名前をボールペンで記入してCに手渡した行
9	為について、有印私文書偽造罪（159条1項）、同行使罪（161条1項）が成
10	立するかを <b>検討</b> する。
11	(2)ア 売上票用紙は、信販会社が加盟店に立て替え払いをする前提としてクレジット
12	カードで商品が購入されたことを証するものであり、 <u>実社会生活に交渉を有する</u>
13	<u>事項を証明するに足りる文書として私文書</u> に当たる。
14	イ 「 <b>偽造</b> 」とは、 <u>文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいう</u> 。そし
15	て、他人の利用が許されないクレジットカードにかかる売上票用紙は、 <u>文書の性</u>
16	<u>質上、カードの名義人の自署性が要求されるため、名義人Aによる名称使用の承</u>
17	<u>諾は無効となる</u> 。したがって、甲が、売上票にA名義で署名をしたことは、 <u>文書</u>
18	<u>の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽るものとして、名義人Aの署名のあ</u>
19	<u>る有印私文書を偽造</u> したといえる。
20	ウ 甲は、上記偽造文書をあたかも名義人であるA本人が作成した真正な文書とし
21	て装う目的で作成しているので、 <u>真正な文書として他人が認識しうる状態に置く</u>
22	<u>目的が認められる</u> 。したがって、 <u>行使の目的</u> も認められる。
23	エ 以上より、甲は、行使の目的をもって、有印私文書を偽造したといえるため、

1	<b>有印私文書偽造罪</b> が成立する。
2	(3) 甲が、上記売上票を、A本人が作成した文書かのようにしてCに示した行為は、
3	有印の偽造私文書を、 <u>真正な文書として他人が認識しうる状態に置いたものとして</u> 、
4	<b>偽造有印私文書行使罪</b> が成立する。
5	3 腕時計Yの代金債務をAに負担させたことにつきAに対する背任罪の成否
6	(1) 甲が腕時計Xを買うためにAから使用を許されたA名義のクレジットカードを
7	用いて腕時計Yを買って代金相当額の損害をAに与えた行為につき <b>背任罪</b> （247
8	条）が成立するかを <b>検討</b> する。
9	(2)ア AがA名義のクレジットカードを使用して買い物をすることを甲に許すこと
10	は、違法な財産上の事務処理の委託といえるが、そのような事務でも、財産秩序
11	の維持の観点から刑法上は保護に値する。そして、 <u>A名義のカードで買い物をす</u>
12	<u>ることは名義人であるAの事務</u> といえるのであり、 <u>甲はその事務を委託されたの</u>
13	であるから、 <u>甲は、背任罪の主体たる他人のための事務処理者</u> に当たる。
14	イ 本件クレジットカードを使用して10万円の腕時計Xを買うことをAから許
15	諾された甲が、腕時計Xのみならず、 <u>Aの許諾なく50万円の腕時計Yまで買っ</u>
16	<u>たことは、本人との信頼関係を破壊して本人の財産に損害を与える行為として任</u>
17	<b>務に背く行為</b> をしたといえる。
18	ウ 甲の上記行為により後日、腕時計Yについての利用代金がA名義の銀行口座か
19	ら引き落とされたことから、 <u>本人Aに財産上の損害</u> を生じさせたといえる。
20	エ 甲が上記行為におよんだのは、交際相手にプレゼントするためであったため、
21	<b>自己又は第三者の利益を図る目的</b> も認められる。
22	オ 以上より、他人のための事務処理者に当たる甲が、自己又は第三者の利益を図
23	る目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を与えたといえるため、

1	甲に <b>背任罪</b> が <b>成立</b> する。
2	
4	Aに対する傷害罪の共同正犯の成否
3	(1) <b>暴行行為（第1行為）</b> について
4	ア まず、甲が乙と共にAに体当たりをしたり押さえつけたりして暴行をした行為
5	について、暴行罪の共同正犯（60条、208条）が成立するかを <b>検討</b> する。
6	イ <u>共同正犯の一部実行全部責任の根拠は</u> 、共同正犯者各人が構成要件的结果に <b>因</b>
7	<b>果性</b> を与え、 <u>結果に重大な寄与</u> を果たしたところに求められると考える。そして、
8	<u>二人以上の者が意思の連絡のもとに特定の犯罪の共謀をし、その共謀に基づく実</u>
9	<u>行行為</u> がされたときは前記処罰根拠が妥当し、 <b>共同正犯</b> が成立すると考える。
10	ウ 本問をみるに、Aから拳骨で殴りかかれた甲は、乙に対して、「一緒にAを
11	止めよう。」「一緒にAを押さえよう。」などと言って、これに承諾した乙と共に、
12	Aに体当たりをしたり、倒れたAを押さえつけたりしていることから、 <u>少なくとも</u>
13	<u>も、甲と乙は、意思の連絡のもとにAを暴行（208条）することについての共</u>
14	<u>謀と、共謀に基づく実行行為</u> が認められる。したがって、甲の行為は、 <b>暴行罪の</b>
15	<u>共同正犯の構成要件に該当</u> する。
16	エ もっとも、甲らによる暴行行為は、Aが拳骨で甲の顔面を殴りかかろうとした
17	<b>急迫不正の侵害</b> に対して、 <u>その侵害を防ぐためにされたもので、防衛の意思</u> のも
18	<u>とにされたものであるため、正当防衛</u> が成立しうる（36条1項）。Aと体格が
19	近い甲が、乙の加勢を得て、A1人に対して暴行行為をしているものの、その態
20	様は、殴りかかろうとしてきたAに体当たりをしたり、押さえつけたりするなど、
21	Aによる侵害を防ぐための防衛手段として <u>必要かつ相当</u> なものであり、 <b>やむを得</b>
22	<b>ずした行為</b> といえる。したがって、 <b>暴行罪</b> については <b>正当防衛</b> が <b>成立</b> し、同罪は
23	成立しない。

1	(2) <b>傷害行為（第2行為）</b> について
2	ア 乙が石でAの顔面を殴って全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせ
3	た行為について、甲に、傷害罪の共同正犯（60条、204条）が成立するかを
4	<b>検討</b> する。
5	イ(ア) 乙は、石でAの顔面を殴って、全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を
6	負わせたが、甲はこのことを知らなかったため、乙のこの行為が甲乙間の共謀
7	に含まれているかが <b>問題</b> となる。
8	(イ) 確かに、乙は、甲と乙に押さえつけられてもなお甲に対する侵害を継続しよ
9	うとするAを見て、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考えて対応した
10	ものであるから、 <u>乙のかかる行為は、Aを止めるためにAを暴行するとの甲乙</u>
11	<u>間の当初の共謀</u> の内容に含まれているとの見方もありえる。
12	<b>しかし</b> 、 <u>甲は、Aに殴りかかられた当初、乙に対して「一緒に止めよう。」</u> 、
13	<u>「一緒に押さえよう。」と述べたことからすると、Aとそれほど年齢や体格が</u>
14	<u>変わらない甲と、Aよりも若く体格も良い乙の二人がかりで、地面に倒れてい</u>
15	<u>るAにまたがり押さえつけた状況で、それ以上激しい暴行をAに加える意図は</u>
16	<u>当初からなかったといえる。したがって、その後に乙が傍らに落ちていた80</u>
17	<u>0グラムもの重さがある石を拾って、人の身体の枢要部ともいえるAの顔面を</u>
18	<u>力を込めて殴ることについてまでは、甲乙間に<b>共謀はなく共謀の射程外</b>のもの</u>
19	といえる。したがって、乙がAの顔面を意思で殴った行為は、甲乙間の共謀に
20	基づくものではないため、甲に帰責することはできない。
21	ウ よって、甲については、傷害罪の共謀共同正犯の構成要件の該当性が否定され、
22	<u>傷害罪は成立しない。</u>
23	5 Aに対する窃盗罪の成否

1  
① 甲がAの財布の中の現金をもらって借金の返済に使おうと考えてAの財布をA  
2  
のズボンのポケットの中からとりだしてその場から持ち去った行為は、**客観的には**  
3  
占有者の意思に反して財物の占有を奪うものとして**窃盗罪**の構成要件に当たる。

4  
② 甲は、Aが死亡したと勘違いしていたため、死者には占有意思がなく占有が認め  
5  
られないこととの関係で、甲に占有侵奪の認識としての**窃盗罪の故意がない**とも思  
6  
える。**しかし**、自らの行為で被害者を死に至らせた場合に時間的場所的接着性が認  
7  
められる限り行為者との関係で被害者の生前の占有が保護されると考えられるこ  
8  
とから、自らの行為で被害者を死に至らせたことや、行為後の時間的場所的接着性  
9  
を認識している甲には、前記のように保護された占有を侵害することについての認  
10  
識があるものとして**窃盗罪の故意が認められる**と考える。

11  
③ 甲は財布内の現金を借金返済に使おうと考えていたことから、権利者排除意思及  
12  
び利用処分意思が認められるため、**不法領得の意思**も認められる。

13  
④ 以上より、甲には**窃盗罪**が成立する。

14  
6 以上より、甲には、①1項詐欺罪、②有印私文書偽造罪、③同行使罪、④背任罪、  
15  
⑤窃盗罪が成立する。②有印私文書偽造罪と③同行使罪、及び、③同行使罪と①詐  
16  
欺罪は（**通例**）**類型的**にみてそれぞれ**手段と結果の関係**にあるため**順次**、**牽連犯**と  
17  
なる（54条1項後段）。①1項詐欺罪と④背任罪は1個の行為によるものといえ  
18  
るので**観念的競合**（54条1項前段）となる。以上の科刑上一罪となる罪と、⑤窃  
19  
盗罪は、それぞれ別個の行為によるものとして**併合罪**（45条前段）となる。窃盗  
20  
罪については、後述のとおり、乙に成立する器物損壊罪の範囲で**共同正犯**となる。

## 21 第2 乙の罪責

22 1 Aに対する傷害罪の共同正犯の成否

23 (1) **暴行行為（第1行為）**について



1	甲の罪責のところで述べたとおり、乙が、甲と共に、Aに体当たりをしたり押し
2	えつけたりして暴行をした行為は、 <b>暴行罪</b> の共同正犯の <b>構成要件に該当</b> するが、 <b>正</b>
3	<b>当防衛</b> が成立し、 <b>同罪は成立しない</b> 。
4	(2) <b>傷害行為（第2行為）</b> について
5	ア 甲の罪責で述べたとおり、乙が石でAの顔面を殴って全治約1か月間を要する
6	鼻骨骨折の傷害を負わせた行為は、 <b>傷害罪</b> の共同正犯の <b>構成要件に該当</b> する。
7	イ(ア) 乙に正当防衛が成立するかを検討する。
8	(イ) 甲はAに拳骨で殴りかかれ、Aが倒れて甲と乙に押しえつけられてもなお、
9	Aは「お前をぶん殴ってやる。」などと言いながら力を込めて体をねじらせるな
10	どしていたことから、Aによる <b>急迫不正</b> の侵害は終始継続していたといえる。
11	(ウ) 乙は、Aを石で殴った際に、Aを痛めつけて大人しくさせるしかないと考え
12	ていたため、乙には、Aの甲に対する急迫不正の侵害行為を認識しつつ、それ
13	を避けようとする単純な心理状態として <b>防衛の意思</b> が認められる。
14	(エ) 上記(1)と(2)の暴行傷害行為は、 <b>急迫不正の侵害の連続性、時間的場所的な</b>
15	<b>連続性、防衛意思の連続性</b> が認められるため、 <b>正当防衛又は過剰防衛の判断は、</b>
16	<b>上記各暴行を全体的に考察</b> すべきと考えるところ、 <b>特に、Aによる素手の侵害</b>
17	<b>行為に対して、甲と乙が二人がかりでAを押しえ付けた上で、乙が800グラ</b>
18	<b>ムもの重さがある石で、身体の枢要部分であるAの顔面を殴る行為は、武器対</b>
19	<b>等の原則を逸脱し、防衛手段として過剰で不相当</b> といえる。したがって、乙の
20	行為は、正当防衛として「 <b>やむを得ずにした行為</b> 」とはいえない。
21	(オ) したがって、 <b>甲には正当防衛は成立しない</b> 。
22	ウ 以上より、防衛手段の相当性が認められないため、乙に正当防衛は成立しない
23	が、 <b>傷害罪の過剰防衛（36条2項）が成立</b> し、任意的に刑が減刑・免除される。

1	2 器物損壊罪の成否
2	(1) 乙は、Aを殺害してしまったと勘違いして、Aが強盗に襲われたように装うため
3	に、甲と共謀して、その共謀に基づき甲にAの財布を持ち去らせている。利用処分
4	意思がない乙には不法領得の意思がないため、乙は甲に成立する窃盗罪の共同正犯
5	の罪責を負わない。もっとも、乙が甲にAの財布を持ち去らせた行為は、物の効用
6	を滅失させるものとして器物損壊罪（261条）に当たる。しかし、 <b>実行行為をし</b>
7	<b>ていない乙</b> に器物損壊罪の成立が認められるためには、 <b>共同正犯</b> を根拠に <b>実行行為</b>
8	者たる <b>甲の行為を乙に帰責</b> できなければならない。そこで、窃盗罪と器物損壊罪と
9	いう <b>異なる罪名</b> での <b>共同正犯</b> の成立を認められるのかが <b>問題</b> となる。
10	(2) 60条が共同正犯を、「共同して犯罪を実行した者」と規定しており、文言上、
11	同一の犯罪を共同した場合を前提としていると考えられることや、構成要件的結果
12	の共同惹起という共同正犯の本質は、本来、同一の犯罪を共同惹起した場合に妥当
13	すると考えられる。したがって、基本的には、共同正犯者間で罪名が一致すること
14	が求められる。もっとも、 <b>保護法益</b> や <b>行為態様</b> から <b>構成要件の重なり合い</b> が認めら
15	<b>れる範囲</b> で、「共同して犯罪を実行」したといえるし、構成要件の結果の共同惹起
16	があったといえる。したがって、この範囲で <b>共同正犯</b> が認められると考える。
17	そして、窃盗罪と器物損壊罪は、不法領得の意思の要否について違いがあるが、
18	ともに、 <b>個人の財産を保護法益</b> とし、 <b>行為が占有者による財物の使用に支障を生じ</b>
19	<b>させる</b> という点で、 <b>保護法益</b> と <b>行為態様</b> から <b>構成要件の重なり合い</b> が認められる。
20	(3) したがって、乙には窃盗罪と構成要件の重なり合いが認められる <b>器物損壊罪の</b>
21	<b>範囲</b> で甲と <b>共同正犯</b> が成立する。
22	3 以上より、乙には、 <b>傷害罪の過剰防衛</b> と <b>器物損壊罪の共同正犯</b> が成立し、両罪は
23	別個の行為によるものとして <b>併合罪</b> となる。 以上

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】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

- 1 平成28年9月1日に覚せい剤取締法違反（所持）により逮捕されたAは、同月4日、司法警察員Pの取調べにおいて、「所持していた覚せい剤は、逮捕される3日前の夜、H県I市J町の路上で、甲から買ったものである。」旨供述した。Pが甲について捜査したところ、甲は、覚せい剤取締法違反の前科3犯を有する者であり、現在、H県I市J町〇丁目△番地所在のKマンション101号室（以下「甲方」という。）を賃借し、居住していることが判明した。また、A以外にも、その頃、覚せい剤取締法違反（所持）で逮捕された複数の者が、覚せい剤を甲から買った旨供述していることも判明した。そこで、Pが、司法警察員Qらに、甲方への人の出入り及び甲の行動を確認させたところ、甲方には、甲とその内妻乙が居住しているほか、丙が頻繁に出入りしていること、甲が、Kマンション周辺の路上で、複数の氏名不詳者に茶封筒を交付し、これと引換えに現金を受領するという行為を繰り返していることが判明した。

これらの事情から、Pは、甲が自宅を拠点に覚せい剤を密売しているとの疑いを強め、覚せい剤密売の全容を解明するためには甲方の搜索差押えを実施する必要があると考えた。Pは、同月15日、H地方裁判所裁判官に対し、甲に対する覚せい剤取締法違反（Aに対する営利目的の譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を請求した。H地方裁判所裁判官は、同日、搜索すべき場所を「甲方」とし、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、茶封筒、ビニール袋、注射器、手帳、ノート、メモ、通帳、携帯電話機」とする搜索差押許可状を発付した。

Pは、Qから、甲が玄関のドアチェーンを掛けたまま郵便配達員に應對していたとの報告を受け、甲方の搜索の際、呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができたとしても、ドアチェーンが掛かったままの可能性が高く、その場合、玄関から室内に入るのに時間が掛かり、甲らが証拠隠滅を図るおそれが高いと考えた。そこで、これに備えて、Qらが、甲方ベランダの外にあらかじめ待機し、Pの合図でベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入ることとした。

- 2 Pは、同月17日、甲方を搜索することとし、同日午後1時頃、QらをKマンション1階甲方ベランダの外に待機させた上、甲方玄関先の呼び鈴を鳴らした。すると、甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたので、Pは、直ちにQに合図を送った。①Pから合図を受けたQらは、ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠し、甲方に入った。居間には、乙が右手にハンドバッグを持った状態で、また、丙がズボンの右ポケットに右手を入れた状態で、それぞれ立っていた。その間に、Pは、携行していたクリッパーでドアチェーンを切断して玄関から甲方に入った。Pは、居間において、甲に搜索差押許可状を示した上、Qらと共に、甲方を搜索し、居間のテーブル付近において、電子秤1台、ビニール袋100枚、茶封筒50枚、注射器80本及び携帯電話機5台を発見し、これらを差し押さえた。

Pらによる搜索中、居間に立っていた乙が、ハンドバッグを右手に持ったまま玄関に向かって歩き出した。それを見たPが、乙に対し、「待ちなさい。持っているバッグの中を見せなさい。」と言ったところ、乙は、「私のものなのに、なぜ見せないといけないんですか。嫌です。」と述べてこれを拒否し、そのまま玄関に向かった。そこで、②Pは、「ちょっと待て。」と言いながら乙の持っていたハンドバッグをつかんでこれを取り上げ、その中身を搜索した。その結果、Pは、同ハンドバッグ内から、多数の氏名・電話番号が記載された手帳1冊及び甲名義の通帳1通を発見し、これらを差し押さえた。

他方、丙は、ズボンの右ポケットに入れていた右手を抜いたが、右ポケットが膨らんだままであったほか、時折、ズボンの上から右ポケットに触れるなど、右ポケットを気にする素振りや、落ち着きなく室内を歩き回るなどの様子が見られた。そこで、Qは、丙に、「ズボンの右ポケットに何

が入っているんだ。」と尋ねたが、丙は答えなかった。その後、丙は、右手を再び右ポケットに入れてトイレに向かって歩き出した。これに気付いたQは、丙に、「待ちなさい。右ポケットには何が入っている。トイレに行く前に、ポケットに入っているものを出して見せなさい。」と言って呼び止めた。これに対し、丙は、黙ったままQの脇を通り抜けてそのままトイレに入ろうとした。そこで、③Qは、丙の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから丙の右手を引き抜いたが、丙が右手に何も持っていなかったことから、更に丙のズボンの右ポケットに手を差し入れ、そこから5枚の紙片を取り出した。Qがその紙片を確認したところ、各紙片に、覚せい剤を売却した日、相手方、量及び代金額と思われる記載があったことから、これらを差し押さえた。

その後、Pらは、押し入れ内から、ビニール袋に入った覚せい剤1袋(100グラム)を発見し、同日午後3時頃、甲、乙及び丙を覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)で現行犯逮捕した上、逮捕に伴う差押えとして、同覚せい剤を差し押さえた。

3 甲ら3名は、同月19日、覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

甲ら3名は、取調べにおいて、いずれも被疑事実を認めた上で、平成27年11月頃から覚せい剤の密売を開始し、役割を分担しながら、携帯電話で注文を受けて覚せい剤を密売していたことなどを供述した。また、通帳等の記載から、甲ら3名の覚せい剤密売による売上金の5割相当額が甲名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金されていることが判明した。甲は、当初、丁の覚せい剤密売への関与を否定したが、その後、丁の関与を認めるに至り、丁に対する前記送金は覚せい剤の売上金の分配であると供述した。乙は、丁の関与を一貫して否定し、丙は、丁のことは知らないと供述した。以上の過程で、【資料】記載の〔証拠1〕ないし〔証拠4〕が作成された。

検察官Rは、延長された勾留の満了日である平成28年10月8日、甲ら3名を覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)により、H地方裁判所に公判請求した。

4 Pは、甲の供述等に基づき、同月19日、丁を覚せい剤取締法違反(甲ら3名との営利目的の共同所持)で通常逮捕した。丁は、「甲、乙のことは知っているが、丙のことは知らない。覚せい剤を甲らと共同で所持したことはない。甲は、毎週、私名義の預金口座に現金を送金してくれているが、その理由は分からない。昔、甲が、私の所有する自動車を運転中に事故を起こしたことがあり、その弁償として送金してくれているのではないか。」と供述し、事件への関与を否認した。

丁は、同月21日、覚せい剤取締法違反(甲ら3名との営利目的の共同所持)の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

丁は、その後も否認を続けたが、Rは、捜査の結果、延長された勾留の満了日である同年11月9日、丁について、甲ら3名と共謀の上、営利の目的で、覚せい剤100グラムを所持したとの事実で、H地方裁判所に公判請求した。

Rは、丁の辩护人Sに対し、〔証拠3〕を含む検察官請求証拠を開示するとともに、甲の証人尋問が予想されたことから、〔証拠1〕、〔証拠2〕及び〔証拠4〕を含む、甲及び乙の供述録取書等を任意開示した。

5 丁に対する覚せい剤取締法違反被告事件の第1回公判期日において、丁は、「身に覚えがない。甲が覚せい剤の密売をしていたかどうかも知らない。」と陳述して公訴事実を否認し、Sは、検察官請求証拠のうち、〔証拠3〕について不同意との証拠意見を述べた。そこで、Rは、丁と甲らとの共謀を立証するため、甲の証人尋問を請求し、H地方裁判所は、第2回公判期日においてこれを実施する旨の決定をした。

第2回公判期日において、甲の証人尋問が実施され、甲は、「私は、以前、覚せい剤取締法違反により懲役2年の実刑判決を受け、平成27年6月に刑務所を出所した。すると、丁が刑務所に迎えに来てくれて、『しばらくはのんびり生活したらいい。』と言って50万円をくれた。同年8月頃、丁から、『何もしていないんだったら手伝わないか。』と言われ、覚せい剤の密売を手伝うようになった。同年10月下旬、丁から、『覚せい剤を仕入れてやるから、自分たちで売ってこい。俺の取

り分は売上金の5割でいい。あとは自由に使っていい。』と言われたので、同年11月頃から、内妻の乙や知人の丙と一緒に覚せい剤を密売し、毎週、売上金の5割を丁名義の口座に振り込み、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。丁からは、1か月に1回の頻度で、密売用に覚せい剤100グラムを受け取っていた。」旨供述した（以下「甲証言」という。）。

第3回公判期日において、④Sは、甲証言の証明力を争うため、〔証拠1〕、〔証拠2〕及び〔証拠4〕の各取調べを請求した。

〔設問1〕 下線部①ないし③の捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

1. 裁判所は、下線部④で請求された各証拠について、これらを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。
2. 仮に、前記1において、裁判所が甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとする。その場合、Rが「甲証言の証明力を回復するためである。」として、改めて〔証拠3〕の取調べを請求したとき、裁判所は、これを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。

（参照条文） 覚せい剤取締法

- 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。
- 2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。
  - 3 （略）

【資料】

	供述者	作成日付 (平成28年)	証拠方法 作成者	供述要旨等
証拠1		9月21日	捜査報告書 P	<p>本職が、本日、被疑者甲から聴取した供述の要旨は以下のとおりである。</p> <p>「密売グループの構成員は、私、乙、丙の3名である。私が密売グループのトップであり、乙、丙に密売の手伝いをさせていた。丁は私の知り合いだが、覚せい剤の密売には関与していない。」</p> <p>[甲の署名・押印なし。]</p>
証拠2	甲	9月22日	供述録取書 P	<p>私が覚せい剤の密売に関与するようになったのは、平成27年になってからである。密売用の覚せい剤は、私が知り合いの暴力団組員から定期的に仕入れていた。その知り合いの組員は丁ではない。</p> <p>丁名義の預金口座に現金を送金したのは、借金の返済のためであり、覚せい剤の密売による売上金を分配したものではない。</p> <p>[甲の署名・押印あり。]</p>
証拠3	甲	10月5日	供述録取書 R	<p>私は、平成27年8月頃、丁から、覚せい剤の密売を手伝うように言われた。その後、丁の指示で、同年11月頃から、乙、丙と共に覚せい剤の密売を開始した。密売グループのトップは丁であり、丁から1か月に1回の頻度で覚せい剤100グラムを受領し、これを1グラムずつ小分けして密売していた。丁の指示で、毎週、売上金の5割を私名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金し、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。</p> <p>警察では、私が密売グループのトップであり、丁は関係がないと供述したが、これは嘘である。嘘をついた理由は、丁が密売グループのトップだと正直に話したら、丁から報復を受けると思い、怖かったからだ。しかし、ここで正直に話さないと、出所後、また丁の下で覚せい剤の密売をすることになると思い、勇気を出して正直に供述することにした。</p> <p>[甲の署名・押印あり。]</p>
証拠4	乙	9月27日	供述録取書 Q	<p>密売グループの構成員は、私、甲及び丙の3名だけであり、丁は関係ない。丁名義の預金口座への送金は、甲の丁に対する借金の返済である。</p> <p>[乙の署名・押印あり。]</p>

[刑事系科目]

[第2問] (配点: 100)

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

- 1 平成28年9月1日に覚せい剤取締法違反(所持)により逮捕されたAは、同月4日、司法警察員Pの取調べにおいて、「所持していた覚せい剤は、逮捕される3日前の夜、H県I市J町の路上で、甲から買ったものである。」旨供述した。Pが甲について捜査したところ、甲は、覚せい剤取締法違反の前科3犯を有する者であり、現在、H県I市J町O丁目△番地所在のKマンション101号室(以下「甲方」という。)を賃借し、居住していることが判明した。また、A以外にも、その頃、覚せい剤取締法違反(所持)で逮捕された複数の者が、覚せい剤を甲から買った旨供述していることも判明した。そこで、Pが、司法警察員Qらに、甲方への人の出入り及び甲の行動を確認させたところ、甲方には、甲とその内妻乙が居住しているほか、丙が頻繁に出入りしていること、甲が、Kマンション周辺の路上で、複数の氏名不詳者に茶封筒を交付し、これと引換えに現金を受領するという行為を繰り返していることが判明した。

これらの事情から、Pは、甲が自宅を拠点に覚せい剤を密売しているとの疑いを強め、覚せい剤密売の全容を解明するためには甲方の搜索差押えを実施する必要があると考えた。Pは、同月15日、H地方裁判所裁判官に対し、甲に対する覚せい剤取締法違反(Aに対する営利目的の譲渡)の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を請求した。H地方裁判所裁判官は、同日、搜索すべき場所を「甲方」とし、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、茶封筒、ビニール袋、注射器、手帳、ノート、メモ、通帳、携帯電話機」とする搜索差押許可状を発付した。

Pは、Qから、甲が玄関のドアチェーンを掛けたまま郵便配達員に應對していたとの報告を受け、甲方の搜索の際、呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせることができたとしても、ドアチェーンが掛かったままの可能性が高く、その場合、玄関から室内に入るのに時間が掛かり、甲らが証拠隠滅を図るおそれが高いと考えた。そこで、これに備えて、Qらが、甲方ベランダの外にあらかじめ待機し、Pの合図でベランダの柵を乗り越えて掃き出し窓のガラスを割って甲方に入ることとした。

- 2 Pは、同月17日、甲方を搜索することとし、同日午後1時頃、QらをKマンション1階甲方ベランダの外に待機させた上、甲方玄関先の呼び鈴を鳴らした。すると、甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたので、Pは、直ちにQに合図を送った。①Pから合図を受けたQらは、ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って錠解し、甲方に入った。居間には、乙が右手にハンドバッグを持った状態で、また、丙がズボンの右ポケットに右手を入れた状態で、それぞれ立っていた。その間に、Pは、携行していたクリッパーでドアチェーンを切断して玄関から甲方に入った。Pは、居間において、甲に搜索差押許可状を示した上、Qらと共に、甲方を搜索し、居間のテーブル付近において、電子秤1台、ビニール袋100枚、茶封筒50枚、注射器80本及び携帯電話機5台を発見し、これらを差し押さえた。

Pらによる搜索中、居間に立っていた乙が、ハンドバッグを右手に持ったまま玄関に向かって歩き出した。それを見たPが、乙に対し、「待ちなさい。持っているバッグの中を見せなさい。」と言ったところ、乙は、「私のものなのに、なぜ見せないといけないんですか。嫌です。」と述べてこれを拒否し、そのまま玄関に向かった。そこで、②Pは、「ちょっと待て。」と言いながら乙の持っていたハンドバッグをつかんでこれを取り上げ、その中身を搜索した。その結果、Pは、同ハンドバッグ内から、多数の氏名・電話番号が記載された手帳1冊及び甲名義の通帳1通を発見し、これらを差し押さえた。

他方、丙は、ズボンの右ポケットに入れていた右手を抜いたが、右ポケットが膨らんだままであったほか、時折、ズボンの上から右ポケットに触れるなど、右ポケットを気にする素振りや、落着きなく室内を歩き回るなどの様子が見られた。そこで、Qは、丙に、「ズボンの右ポケットに何



が入っているんだ。」と尋ねたが、丙は答えなかった。その後、丙は、右手を再び右ポケットに入れてトイレに向かって歩き出した。これに気付いたQは、丙に、「待ちなさい。右ポケットには何が入っている。トイレに行く前に、ポケットに入っているものを出して見せなさい。」と言って呼び止めた。これに対し、丙は、黙ったままQの脇を通り抜けてそのままトイレに入ろうとした。そこで、Qは、丙の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから丙の右手を引き抜いたが、丙が右手に何も持っていないことから、更に丙のズボンの右ポケットに手を差し入れ、そこから5枚の紙片を取り出した。Qがその紙片を確認したところ、各紙片に、覚せい剤を売却した日、相手方、量及び代金額と思われる記載があったことから、これらを差し押さえた。

その後、Pらは、押し入れ内から、ビニール袋に入った覚せい剤1袋(100グラム)を発見し、同日午後3時頃、甲乙及び丙を覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)で現行犯逮捕した上、逮捕に伴う差押えとして、同覚せい剤を差し押さえた。

3 甲ら3名は、同月19日、覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

甲ら3名は、取調べにおいて、いずれも被疑事実を認めた上で、平成27年11月頃から覚せい剤の密売を開始し、役割を分担しながら、携帯電話で注文を受けて覚せい剤を密売していたことなどを供述した。また、通帳等の記載から、甲ら3名の覚せい剤密売による売上金の5割相当額が甲名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金されていることが判明した。甲は、当初、丁の覚せい剤密売への関与を否定したが、その後、丁の関与を認めるに至り、丁に対する前記送金は覚せい剤の売上金の分配であると供述した。乙は、丁の関与を一貫して否定し、丙は、丁のことは知らないと供述した。以上の過程で、【資料】記載の〔証拠1〕ないし〔証拠4〕が作成された。

検察官Rは、延長された勾留の満了日である平成28年10月8日、甲ら3名を覚せい剤取締法違反(営利目的の共同所持)により、H地方裁判所に公判請求した。

4 Pは、甲の供述等に基づき、同月19日、丁を覚せい剤取締法違反(甲ら3名との営利目的の共同所持)で通常逮捕した。丁は、「甲、乙のことは知っているが、丙のことは知らない。覚せい剤を甲らと共同で所持したことはない。甲は、毎週、私名義の預金口座に現金を送金してくれているが、その理由は分からない。昔、甲が、私の所有する自動車を運転中に事故を起こしたことがあり、その弁償として送金してくれているのではないか。」と供述し、事件への関与を否認した。

丁は、同月21日、覚せい剤取締法違反(甲ら3名との営利目的の共同所持)の被疑事実によりH地方検察庁検察官に送致され、同日、勾留された。

丁は、その後も否認を続けたが、Rは、捜査の結果、延長された勾留の満了日である同年11月9日、丁について、甲ら3名と共謀の上、営利の目的で、覚せい剤100グラムを所持したとの事実で、H地方裁判所に公判請求した。

Rは、丁の弁護士Sに対し、〔証拠3〕を含む検察官請求証拠を開示するとともに、甲の証人尋問が予想されたことから、〔証拠1〕、〔証拠2〕及び〔証拠4〕を含む、甲及び乙の供述録取書等を任意開示した。

5 丁に対する覚せい剤取締法違反被告事件の第1回公判期日において、丁は、「身に覚えがない。甲が覚せい剤の密売をしていたかどうか知らない。」と陳述して公訴事実を否認し、Sは、検察官請求証拠のうち、〔証拠3〕について不同意との証拠意見を述べた。そこで、Rは、丁と甲らとの共謀を立証するため、甲の証人尋問を請求し、H地方裁判所は、第2回公判期日においてこれを実施する旨の決定をした。

第2回公判期日において、甲の証人尋問が実施され、甲は、「私は、以前、覚せい剤取締法違反により懲役2年の実刑判決を受け、平成27年6月に刑務所を出所した。すると、丁が刑務所に迎えに来てくれて、『しばらくはのんびり生活したらいい。』と言って50万円をくれた。同年8月頃、丁から、『何もしていないんだったら手伝わないか。』と言われ、覚せい剤の密売を手伝うようになった。同年10月下旬、丁から、『覚せい剤を仕入れてやるから、自分たちで売ってこい。俺の取

り分は売上金の5割でいい。あとは自由に使ってい。』と言われたので、同年11月頃から、内妻の乙や知人の丙と一緒に覚せい剤を密売し、毎週、売上金の5割を丁名義の口座に振り込み、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。丁からは、1か月に1回の頻度で、密売用に覚せい剤100グラムを受け取っていた。」旨供述した（以下「甲証言」という。）。

第3回公判期日において、④Sは、甲証言の証明力を争うため、証拠1、証拠2及び証拠4の各取調べを請求した。

〔設問1〕 ② 下線部①ないし③の捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 ②

1. 裁判所は、下線部④で請求された各証拠について、これらを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。
2. 仮に前記1において、裁判所が甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとする。その場合、Rが「甲証言の証明力を回復するためである。」として、改めて「証拠3」の取調べを請求したとき、裁判所は、これを証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか否かを論じなさい。

（参照条文） 覚せい剤取締法

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。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 （略）

【資料】

	供述者	作成日付 (平成28年)	証拠方法 作成者	供述要旨等
証拠1		9月21日	捜査報告書 P	<p>本職が、本日、被疑者(甲)から聴取した供述の要旨は以下のとおりである。</p> <p>「密売グループの構成員は、私、乙、丙の3名である。(私)が密売グループのトップであり、乙、丙に密売の手伝いをさせていた。(丁)は私の知り合いだが、覚せい剤の密売には関与していない。」</p> <p>[甲の署名・押印なし。]</p>
証拠2	(甲)	9月22日	供述録取書 P	<p>私が覚せい剤の密売に関与するようになったのは、平成27年になってからである。密売用の覚せい剤は、(私)が知り合いの暴力団組員から定期的に仕入れていた。その知り合いの組員は丁ではない。</p> <p>丁名義の預金口座に現金を送金したのは、借金の返済のためであり、覚せい剤の密売による売上金を分配したものではない。</p> <p>[甲の署名・押印あり]</p>
証拠3	(甲)	10月5日	供述録取書 R	<p>(私)は、平成27年8月頃、(丁)から、覚せい剤の密売を手伝うように言われた。その後、(丁)の指示で、同年11月頃から、乙、丙と共に覚せい剤の密売を開始した。密売グループのトップは丁であり、(丁)から1か月に1回の頻度で覚せい剤100グラムを受領し、これを1グラムずつ小分けして密売していた。(丁)の指示で、毎週、売上金の5割を私名義の預金口座から丁名義の預金口座に送金し、私が3割、乙及び丙が1割ずつ受け取っていた。</p> <p>警察では、私が密売グループのトップであり、丁は関係がないと供述したが、これは嘘である。嘘をついた理由は、丁が密売グループのトップだと正直に話したら、丁から報復を受けると思い、怖かったからだ。しかし、ここで正直に話さないと、出所後、また丁の下で覚せい剤の密売をすることになると思い、勇気を出して正直に供述することにした。</p> <p>[甲の署名・押印あり。]</p>
証拠4	(乙)	9月27日	供述録取書 Q	<p>密売グループの構成員は、私、甲及び丙の3名だけであり、丁は関係ない。丁名義の預金口座への送金は、甲の丁に対する借金の返済である。</p> <p>[乙の署名・押印あり。]</p>

1  
第1 設問1

2  
1 捜査①

3  
(1)ア ①の捜査のうち、掃き出し窓のガラスを割って解錠した措置が、捜索差押許可  
4  
状の執行についての「必要な処分」（222条1項、111条1項）として適法と  
5  
なるかを**検討**する。

6  
イ 執行についての必要な処分とは、令状の執行行為それ自体に限らず、執行のた  
7  
めに不可欠な行為も含まれると考えられるが、人権制約に歯止めをかける必要が  
8  
ある。そこで、「必要な処分」とは、捜索差押えの執行目的を達成するため必要、  
9  
かつ、手段として社会通念上相当といえるものをいうと考える。

10  
ウ 本問をみるに、甲は覚せい剤取締法違反の前科が3犯あることや、覚せい剤取  
11  
締法違反で逮捕された複数の者が、甲から覚せい剤を買った旨供述し、甲が複数  
12  
の氏名不詳者に茶封筒を交付しこれと引き替えに現金を受領していたことから、  
13  
甲は覚せい剤譲渡を日常的にしていることが強く疑われる。そして、Qの情報に  
14  
よると、甲が玄関のドアチェーンを掛けたまま郵便配達員に対応していたことか  
15  
らすると、Pが呼び鈴をならすなどして甲にドアを開けさせた場合、甲は、ドア  
16  
チェーンを掛けたままのドア越しに警察官の姿を認めて、警察官がドアチェーン  
17  
を切断する前に覚せい剤をトイレに流して証拠隠滅を図るおそれが高い。そのた  
18  
め、令状の執行目的を達成するためには、甲に気づかれないように甲方に立ち入  
19  
る必要がある。したがって、Pの前記行為は捜索差押えの執行目的を達成するた  
20  
め必要なものといえる。また、甲に気付かれないように甲方に立ち入るには、ド  
21  
アを破壊する方法もありうるが、それよりも損害が少ない掃き出し窓を割って開  
22  
錠したことは、執行目的を達成するための手段として社会通念上相当といえる。  
23  
よって、①の捜査のうち、掃き出し窓のガラスを割って解錠した措置は「必要

1	な処分]として <b>適法</b> である。
2	(2)ア ①の捜査のうち、 <u>搜索差押許可状を事前に示さずに令状の執行に着手した措置</u>
3	の適法性を検討する。
4	イ 搜索差押許可状を処分を受ける者に示すことを要求した法（222条1項、1
5	10条）の <b>趣旨</b> は、 <u>処分を受ける者に裁判官が許可した搜索差押えの範囲を了知</u>
6	<u>させて防御の機会を保障するところにある</u> 。この趣旨から、明文にはないが、 <u>令</u>
7	<u>状を示す時期は、原則として、搜索差押えに着手する前</u> でなければならないと考
8	える。もともと、令状の事前呈示は憲法上の要請ではないため、 <b>事前呈示をする</b>
9	<b>と令状の執行目的を達成することができないおそれがあるときは、令状の執行に</b>
10	<b>着手後、直ちに令状を呈示</b> すれば、法の趣旨に反せず適法と考える。
11	ウ 本問をみるに、前述の状況から、Pが甲宅に立ち入る前に令状を甲に示すと、
12	甲に証拠を隠滅されるおそれが高いため、 <u>令状の事前呈示をすると令状の執行目</u>
13	<u>的が達成することができないおそれがあったといえる</u> 。Pは甲宅に入った後、居
14	間で甲に令状を呈示しているため、 <b>令状の執行に着手後、直ちに令状を呈示</b> した
15	といえる。したがって、①の捜査のうち、 <u>搜索差押許可状を事前に示さずに令状</u>
16	<u>の執行に着手した措置は<b>適法</b></u> である。
17	(3) 以上より、 <u>捜査①は<b>適法</b></u> である。
18	<b>2 捜査②</b>
19	(1) 被疑者甲方を搜索すべき場所とする搜索差押許可状により、甲の内妻乙が持って
20	いたハンドバッグを搜索した捜査②が令状による搜索として <b>適当</b> といえるかを <b>検</b>
21	<b>討</b> する。
22	(2) 裁判官は、搜索を許可する令状発付の「 <b>正当な理由</b> 」（憲法35条1項）として、
23	令状の有効期間内に、令状記載の搜索すべき場所と同一の管理権に服する場所に、

1 被疑事実に関連する物が存在する蓋然性があると判断して令状を発付している。こ  
2 のことから、令状による搜索が適法といえるためには、〔①〕搜索した場所が令状  
3 記載の搜索すべき場所と同一の管理権に服していることや、〔②〕搜索した場所に  
4 被疑事実に関連する差押え対象物が存在する蓋然性が認められることが必要と考  
5 える。

6 また、令状を発付した裁判官は、搜索すべき場所に居住する被疑者や同居人の所  
7 持品についても搜索すべき場所と一体のものとして併せて搜索する「正当な理由」  
8 （憲法35条1項）を判断して、搜索すべき場所で日常的に生活する者の所持品も  
9 含めたプライバシーの保護を解除しているといえる。このことから、令状記載の搜  
10 索すべき場所に居住する被疑者や同居人の所持品についても、令状の効力が及ぶと  
11 考える。

12 〔③〕本問をみるに、甲方を搜索すべき場所とする本問令状の効力は被疑者甲と同居す  
13 る乙の所持品にも及びうるところ、乙は甲方内でハンドバッグを右手に持っていた  
14 ので、〔①〕搜索対象となったハンドバッグは、令状記載の搜索すべき場所と同一  
15 の管理権に服しているといえる。

16 また、乙は、前述のとおり覚せい剤を譲渡していることが疑われる甲と同居する  
17 内縁の妻であり、日ごろから、甲の覚せい剤譲渡に関与している可能性がある。そ  
18 の上、Pからハンドバッグを見せるよう求められた乙がそれを拒否して玄関に向か  
19 っていることから、乙はハンドバッグの中に覚せい剤などの差押え対象物を隠し持  
20 っていることが疑われる。したがって、〔②〕搜索した場所に被疑事実に関連する  
21 差押え対象物たる覚せい剤が存在する蓋然性が認められる。

22 以上より、前記要件①及び②を満たすため、捜査②は令状による搜索として適法  
23 である。

1  
3 捜査③

2  
(1) Qが丙の右腕を引っ張りポケットから右手を引き抜いたり、丙のズボンのポッケ  
3  
ットに手を差し入れて紙片を取り出したりした捜査③が、令状による搜索として適法  
4  
といえるかを検討する。

5  
(2) 令状による搜索が適法といえるためには、前記①及び②の適法要件を満たす必要  
6  
があるところ、その要件を満たしさえすれば、場所に対する令状で、その場に居合  
7  
わせた者の身体を搜索できるのかが**問題**となる。

8  
まず、刑訴法219条1項は、搜索すべき「場所」と「身体」を区別して規定し  
9  
ている上に、身体に対するプライバシーと場所に対するプライバシーは異質であり  
10  
包摂関係にあるとはいえない。ましてや、裁判官は、令状発付時に搜索すべき場所  
11  
にたまたま居合わせた者の所持品や身体を、搜索すべき場所と一体のものとして搜  
12  
索の「正当な理由」を判断しているとはいえない。したがって、**原則**として、場所  
13  
に対する令状で、その場に居合わせた者の身体を搜索することはできない。

14  
もっとも、その場に居合わせた者が、搜索中や搜索開始直前に搜索場所にあった  
15  
搜索対象物を隠匿している疑いが十分にあるときは、その物にはもともと令状の効  
16  
力が及んでいるといえるため、令状執行の妨害を排除するための「必要な処分」（2  
17  
22条1項、111条1項）として、**必要かつ相当**な範囲で原状回復措置をするこ  
18  
とが許容されると考える。

19  
(3) 本問をみるに、Pが甲方に入った時点で、丙は既にズボンのポケットに手を入れ  
20  
ていたので、Pは、丙が差押え対象物を隠匿した状況を現認していない。しかし、  
21  
令状記載の差押え対象物には、メモなどのポケットに隠匿できる類のものが含まれ  
22  
ている。そして、丙がズボンの右ポケットから手を抜いてもなおポケットが膨らん  
23  
だままであったことや、時折、丙が右ポケットを気にする素振りをし、落ち着いたな



1 く室内を歩き回るなどの様子が見られた上に、Qからポケットの中身を見せるよう  
2 要求されたのに対して、黙ったままQの脇を通り過ぎてトイレに入ろうとするなど、  
3 不自然なところが多い。これら事実から、丙は、メモ等の差押え対象物をズボンの  
4 右ポケットに隠匿している疑いが十分にあるといえる。したがって、本問令状の効  
5 力は丙のポケット内の物に及ぶ。そして、このような状況で、Qが、丙の右腕をつ  
6 かねで引っ張り、右ポケットから丙の右手を引き抜き、右手に何ももっていないと  
7 分かるや、更に丙のズボンのポケットに手を差し入れて5枚の紙片を取り出す行為  
8 は、差押え対象物の原状回復に必要であり、必要以上の有形力を行使したともいえ  
9 ないため、令状執行のための原状回復措置として**必要かつ相当**なものといえる。  
10 以上より、捜査③は適法である。

## 11 第2 設問2

### 12 1 小問1

13 (1)ア Sが下線部④の各証拠を、甲証言を争うために証拠調べ請求しているため、裁  
14 判所は、これら各証拠が328条の証明力を争う証拠に当たるとして取り調べる  
15 旨の決定をすることができるかを検討する。  
16 イ 328条の証拠は、本来伝聞証拠に当たりうるものを伝聞例外の要件を満たさ  
17 ないまま証拠とすることを許容するものなので、伝聞法則を没却しないためにも、  
18 供述内容の真実性が問題となるような利用は許さない。**328条**は、公判期日に  
19 おける供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述を  
20 したこと自体の立証を許すことにより、公判期日におけるその者の供述の信用性  
21 の減殺をを図ることを許容する趣旨のものとする。そのため、328条により許  
22 容される証拠は、信用性が争われる公判供述をした者自身の自己矛盾供述に限ら  
23 れると考える。そして、自己矛盾供述が存在することについて確かな根拠がない



1	のに公判供述の証明力を減殺することは許容されるべきではないので、 <u>公判供述</u>
2	をした者が別の機会に公判供述と矛盾する供述をしたこと自体を立証するには、
3	刑訴法が定める <b>厳格な証明</b> を要すると考える。
4	(2) <b>証拠1</b> について
5	<u>証拠1</u> の甲の供述は、丁が覚せい剤の密売に関与していない旨のもので、丁が
6	覚せい剤の密売の首謀者である旨の <u>甲の公判供述</u> と内容は矛盾するため、 <u>甲自身</u>
7	の <u>自己矛盾供述</u> に当たる。
8	しかし、 <u>証拠1</u> の捜査報告書は、 <u>P</u> が甲の供述を録取して調書に記載した供述
9	録取書としての性格があり、供述を録取した者が原供述者の供述を録取した <u>伝聞</u>
10	<u>過程</u> と、原供述者自身の供述の <u>伝聞過程</u> の <b>2つの伝聞過程</b> がある。このような書
11	面については、 <b>書面に記載</b> された <b>供述内容</b> が <b>原供述者の供述のとおり</b> であること
12	を <b>担保</b> し、 <u>供述</u> を録取した者が原供述者の供述を録取した <u>伝聞過程</u> を <b>解除</b> するた
13	めに <b>原供述者の署名又は押印</b> が <b>要求</b> される（ <b>321条1項柱書</b> ）。 <u>328条</u> の証
14	拠といえども、このような伝聞過程を解除することは予定していないため、 <u>この</u>
15	<u>ような書面で自己矛盾供述の存在</u> について <b>厳格な証明</b> がされたといえるために
16	は、 <b>原供述者の署名又は押印</b> が必要と考える。
17	以上のことから、 <u>甲の署名又は押印がない証拠1</u> によっては、甲の公判廷外で
18	の <u>自己矛盾供述</u> が存在すること自体を <b>厳格な証明</b> により証明したとはいえない。
19	したがって、裁判所は、 <u>証拠1</u> を <u>328条</u> の証拠として取り調べる旨の決定をす
20	ることは <b>できない</b> 。
21	(3) <b>証拠2</b> について
22	<u>証拠2</u> の甲の供述は、丁が覚せい剤の密売に関与していない旨のもので、丁が
23	覚せい剤の密売の首謀者である旨の <u>甲の公判供述</u> と内容は矛盾するため、 <u>甲自身</u>

1	の自己矛盾供述に当たる。そして、証拠2の供述録取書には甲の署名又は押印が
2	ある。そのため、甲の自己矛盾供述の存在自体が厳格な証明により証明されたこ
3	とになる。したがって、裁判所は、証拠1を328条の証拠として取り調べる旨
4	の決定をすることができる。
5	(4) 証拠4について
6	証拠4の供述は、丁が覚せい剤の密売に関与していない旨のもので、丁が覚せい
7	剤の密売の首謀者である旨の甲の公判供述と内容は矛盾する。しかし、証拠4
8	は、甲の自己矛盾供述ではない。したがって、裁判所は、証拠4を328条の証
9	拠として取り調べる旨の決定をすることはできない。
10	2 小問2
11	(1) Rは、甲証言が小問1の328条の証拠により弾劾されたため、甲証言の証明力
12	を回復するために証拠3の取り調べ請求をしている。このような意味での回復証拠
13	が、328条の証明力を争うための証拠として許容されるかが問題となる。
14	(2) この点、328条の「証明力を争う」とは、公判供述の証明力を減殺することの
15	みを意味し、減殺された証明力を回復することはこれに含まないとの見方もありえ
16	る。しかし、弾劾証拠により証明力を減殺された証拠の証明力を回復することも「証
17	明力を争う」といえる。また、回復証拠は、それを実質証拠として用いるのではな
18	く、公判供述が弾劾された場合に、その公判供述と同内容の供述が存在すること自
19	体を証明して公判供述の証明力を回復する補助証拠として用いるにすぎないので、
20	伝聞法則を没却することもない。以上のことから、回復証拠も328条の証明力を
21	争うための証拠として許容されると考える。
22	(3) 本問をみるに、証拠3は、丁が覚せい剤の密売の主導的役割を果たしている旨の
23	甲の供述であり、小問1の証拠で弾劾された甲の公判供述の内容と同内容のもので

1	ある。したがって、証拠3は、甲の公判供述が弾劾された場合に、その公判供述と
2	同内容の供述が存在すること自体を証明して公判供述の証明力を回復する補助証
3	拠として用いるにすぎないため、328条が許容する回復証拠に当たる。
4	よって、裁判所は、これを証拠調べ決定することができる。
5	以上
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	









**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) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17398