

司法試験

平成30年本試験徹底分析会
刑事系
講師オリジナルレジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 184425

LU18442

第 1 問 [刑 法]

<分析例>

設問 1 名誉毀損罪（230 条 1 項）の成否

1 名誉毀損罪の当否

(1) 「公然」

不特定又は多数人が認識できる状態

→ 摘示の相手方は特定少数人であっても、伝播して間接的に不特定又は多数人が認識できるようになる場合も含まれる（「伝播性の理論」）

- ・ 摘示の相手方＝乙以外の保護者 3 名と A 高校の校長 → 特定少数人
- ・ 乙は、丙が甲に暴力を振るったこと A 高校の PTA 役員会で問題にし、そのことを多くの人に広めようと考えて発言し、現に、乙の発言を受けて、A 高校の校長が聞き取り調査を行った結果、A 高校の教員 25 名全員に丙が甲に暴力を振るったとの話が広まった
→ 多数人への伝播可能性

(2) 「事実を摘示」

- ・ 「2 年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。徹底的に調査すべきである」との発言 → 人の社会的評価を害するに足りる事実の摘示

(3) 「人の名誉を毀損」

特定人の社会的評価が害される危険を生じさせる行為があれば足り、それが現実に害されることは必要ではない（抽象的危険犯）

- ・ A 高校 2 年生の数学を担当する教員は丙だけ
→ 上記発言の対象が丙であることが特定可能

(4) 故意

→ 乙が、摘示した事実が真実であると認識しているとしても、本罪の構成要件該当事実の認識は否定されない（「その事実の有無にかかわらず」）

2 230条の2適用の可否

- ・ 乙に公益を図る目的はなかった → 否定
- ※ 本問は、問題文に「乙には、公益を図る目的はなかったものとする」とあることに加え、問題文中に「真実であることの証明」に関する事情が何ら存在しないことから、230条の2の適用をおよそ問題としない趣旨であると思われる（同条3項の適用については公益目的が要件とされないが、丙は私立高校の教員であるため、「公務員…に関する事実」に当たらず、同項適用の余地もない。）。なお、同条の法的性格を**処罰阻却事由**と捉えて違法性判断とは切り離し、相当な表現行為については、別途、**正当行為（35条）による違法性阻却**の余地を認める見解もあるが、乙は、「かねてから丙に対する個人的な恨みを抱いていたことから、この機会に恨みを晴らそう」という不当な動機をもって本件発言に及んでいることからすれば、35条による違法性阻却も認められない。

3 真実性の誤信 参考判例1

- ※ 名誉毀損罪は、摘示した事実について「その事実の有無にかかわらず」成立するものであるから、事実を真実と誤信した場合でも本罪の構成要件該当事実の認識（構成要件の故意）は否定されない。ただし、230条の2の法的性格を**違法性阻却事由**と捉える見解からは、230条の2が適用される事実関係を認識していた場合、**違法性阻却事由の錯誤**として、違法性を基礎付ける事実の認識（責任故意）を欠く（故意責任が阻却される）と評価する余地がある。もっとも、230条の2は「真実であることの証明があったとき」と規定していることから、上記錯誤が典型的に問題となるのは、訴訟において真実性の証明に失敗した場合である（参考判例1は「たとい刑法二三〇条ノ二第一項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも」と判示している。）。本問は、乙が真実性の証明に成功したか、失敗したかについて何ら問題文に事情がないことから、そもそも上記錯誤を論じる必要性は乏しい。また、仮にこれを問題とする場合でも、乙は、「目的が専ら公益を図ることにあった」（同条1項）ことの認識を欠くため、違法性を基礎付ける事実の認識を欠いていた（正当化事由の前提事実を認識していた）と評価する余地はないであろう。

4 結論

以上より、名誉毀損罪（230条1項）が成立する

設問2 甲の罪責

第1 不作為による乙に対する殺人未遂罪（203条，199条）が成立するとの立場からの説明 [小問(1)]

1 実行行為 参考判例2・3・4

不作為による場合であっても，作為による場合と同価値と認められる場合には，殺人罪の実行行為性が認められる（不真正不作為犯）

具体的には，(1)重要な法益に対する侵害の危険が切迫した状態において，(2)法的な作為義務が存在し，(3)結果発生防止のための作為が容易かつ可能であり，結果発生防止の蓋然性（救命可能性）が認められる限り，当該不作為には作為による場合と同価値の実行行為性を肯定できる

⇒ 法的作為義務の存在については，①法令上の地位のみならず，②先行行為による法益に対する危険発生への寄与の有無・程度，③排他的支配（支配領域性）の有無・程度等の事情から総合的に判断する

(1) 重要な法益に対する侵害の危険の切迫性

- ・ 乙が崖近くで転倒した時点では，乙の怪我の程度は軽傷であり，その怪我により乙が死亡する危険はなかった
 - ・ しかし，乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており，崖から約5メートル下の岩場に乙が転落する危険があった
 - ・ 現に，乙は甲が立ち去った後に意識を取り戻した際，崖に向かって体を動かしたため，崖下に転がり落ち，後頭部を岩に強打し，後頭部から出血して意識を失い，死亡する危険があるほどの重傷を負った
- 乙が崖近くで転倒した時点において，その後に乙が意識を取り戻した場合にも身体の動きを制御できずにすぐそばの崖から転落し，後頭部を強打するなどして死亡する具体的な危険が発生していたといえ，この時点で，乙の生命という重要な法益に対する侵害の危険は切迫していたと認められる

(2) 法的作為義務

① 法令上の地位

- ・ 甲は乙の子として扶助義務（民法 730 条）を負う地位にあった

② 先行行為による危険の創出・寄与

- ・ 甲が駐車場で倒れている乙を発見し、乙に「親父。大丈夫か。」と声をかけたところ、これにより乙は意識を取り戻して立ち上がったが、意識がはっきりとしていなかったため、崖に向かって歩き出し、約 10メートル歩いた崖近くで転倒して意識を失った

→ 甲が上記の声掛けによって乙に一旦は意識を取り戻させた結果、乙はもともと転倒していた位置から崖近くまで移動し、すぐそばが崖となっている危険な場所で再び転倒していることからすれば、甲は、自己の先行行為によって乙の生命に具体的な危険が生じる状況を誘発した者と認められる

③ 排他的支配の有無・程度

- ・ 乙が駐車場で再度転倒した午後 10時30分過ぎ頃、駐車場にいた者は甲と乙のみであったところ、山道脇の駐車場には、街灯がなく、夜になると車や人出入りがほとんどなかったことに加え、乙が再度転倒した場所は、草木に覆われており、山道及び同駐車場からは倒れている乙が見えない位置であった

→ 乙が崖近くの場所で転倒していることを他者が認識することは困難であり、甲はそれを認識している唯一の者として、乙をその排他的な支配領域内に置いていたものと認められる

⇒ 以上より、甲は、乙が崖近くで転倒した時点において、駐車場に駐車中の乙の自動車の中に乙を連れていくなどして崖から十分に離れた場所まで乙を移動させてその身体の安全を確保し、乙がその場で意識を取り戻して崖から転落することを防止すべき法的作為義務があった

※ **不作為による殺人**について、判例が作為義務を認定して実行行為性を肯定する場合、作為義務の具体的な内容としては、「直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務」（参考判例2）、「暴行による創傷の悪化を防止し、その生命を維持するため、同女をして医師による治療を受けさせるべき法的作為義務」（参考判例3）、「救急車を呼ぶなどして病院に搬送して医師による医療行為を受けさせる作為義務」（参考判例4）等、いずれも被害者の救命・救護に向けた積極的措置を講じる義務が認定される。これに対して、本問において、甲が乙の救助を行わずに現場から立ち去った時点では、乙は軽傷を負っていたに過ぎず、その怪我によって死亡する危険もなかったのであるから、医師による救命措置等は不要であった。したがって、甲の作為義務の肯定する場合でも、上記各判例で認定されたような“治療を受けさせる義務”を認定することはできず、せいぜい“乙を安全な場所まで移動させる義務”のような内容のものにとどまると思われる。しかしながら、この程度の内容の義務に違反したことをもって作為による場合と同価値の殺人の実行行為と評価することには疑問が生じるであろう。そもそも、本問では、甲が立ち去った時点において、乙の生命に対する具体的な危険が生じていたと評価することは困難であろうし（小問(2)参照）、また、駐車場で乙へ声を掛けたことを甲の先行行為と捉えるとしても、かかる行為が乙の生命の危険へ寄与した程度は低いであろう（乙は自ら転倒したことが原因で危険な状況に陥ったことは明らかである。）。このような状況において、殺人罪の実行行為（作為義務）を認定することが妥当であるとは言い難い（小問(1)の具体的な配点は明らかではないが、本事例で殺人の実行行為（作為義務）を認定する作業を求めることが司法試験（実務家登用試験）の出題として適切であったとは思われない。）。

(3) 作為の可能性・容易性及び救命可能性

- ・ 乙が崖近くで転倒した時点で、駐車場に駐車中の乙の自動車の中に乙を連れていくなどすれば、乙が崖下に転落することを確実に防止することができたし、甲は、それを容易に行うことができた

2 結果不発生

- ・ 乙は、意識を取り戻した上で119版通報を行い、臨場した救急隊員により救助され、搬送先の病院で緊急手術を受けて一命を取り留めた

※ 本問は、死亡結果不発生の事案であるから、因果関係の認定は問題とならない。

3 故意（未必の殺意） 参考判例2・3・5

- ・ 甲は、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖下の岩場に乙が転落する危険があることを認識していたにもかかわらず、乙から顔を複数回殴られ叱責されたことを思い出し、乙を助けるのを止めようと考えた

→ 乙がその場で意識を取り戻した場合に崖から転落して死亡するかもしれないという事態について、やむを得ないものとして認容していたと推認される

※ 不真正不作為犯においては、主観面の要件として必ず**未必の故意**（「認識」だけでなく「認容」）が認定されるのが判例の特徴である（参考判例5も、既発の火力を「認容する意思」と判示している。）。特に殺人罪の場合、実行行為（作為義務違反）の認定に付随して必ず**未必の殺意**が意識的に認定されている（参考判例2、3参照）。これは、当該義務に殺意（死亡結果の認識・認容）をもって違反した事実があることによって、当該不作為を保護責任者遺棄や過失致死の実行行為と区別された殺人の実行行為として認定することが可能となるからである（小問(2)参照）。ところが、本問においては、甲が乙の死亡結果を認容していたことを示す事情が問題文中に存在しない（これを認定するためには、上記のような推認をして（強引に）認定する他ないであろう。）。このことは、〔設問3〕においては、問題文に「甲は、重傷を負った乙が死んでも構わないと思いつつ」という事情（死亡結果の認容を示す事情）が明示されていることと対照的である（逆に言えば、〔設問2〕ではこのような事情が示されていない以上、未必の殺意が認定できない筋合いとなるはずである。）。この意味においても、本事例で殺人未遂罪を認定することには無理がある。

4 結論

以上より、乙に対する殺人未遂罪（203条、199条）が成立する

第2 保護責任者遺棄等罪（同致死傷罪）にとどまるとの立場からの反論 [小問(2)]

反論1：乙の生命に対する具体的な危険は発生していない（実行行為性）

- ・ 乙が崖近くで転倒した時点では、乙の怪我の程度は軽傷であり、その怪我により乙が死亡する危険はなかったが、他方、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖から約5メートル下の岩場に乙が転落する危険があった
- 甲が立ち去った時点においては、乙が意識を取り戻した際に誤って崖から転落する可能性があったに過ぎず、乙の生命に対する危険はなお抽象的なものにとどまっていたというべきであり、殺人罪の実行行為（作為義務の発生）を基礎付けるほどの生命侵害の危険の切迫性は未だ認められない
- ⇒ 甲に作為義務は発生せず、甲の不作為は殺人罪の実行行為性を欠く

反論2：甲には**未必的な殺意**が認められない（故意） 参考判例6

- ・ 甲は、乙の怪我が軽傷であると認識していたことに加え、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖下の岩場に乙が転落する危険があることを認識していたに過ぎない
- 乙が死亡することについて、甲は消極的にも認容していたとはいえない
- ⇒ 甲は**未必的な殺意**を欠く

※ 不作為による殺人（未遂）罪と保護責任者遺棄（致死傷）罪との区別について、まず、殺人未遂罪は具体的危険犯であるのに対し、保護責任者遺棄罪は抽象的危険犯であるから、そもそも生命に対する具体的危険が発生していない場合には、保護責任者遺棄罪しか成立し得ない。そのような場合は、殺人罪の実行行為性を基礎付けるほどの作為義務（高度の救命義務）を肯定することはできず、病者等を「保護する責任」を肯定し得るにとどまる。このように、生命に対する具体的な危険が発生していない場面においては、両罪は義務の内容によって区別できるのである。これに対して、生命に対する具体的な危険が発生している場合、両罪の義務は「救命義務（生命に対する危険を防止する措置を講じるべき義務）」という共通の内容となるため、客観面における義務の内容によって区別することはできない。この場合、両罪は主観面の事情により区別されることになり、未必的な殺意（死亡結果に対する認識・認容）まで認められる場合にはじめて殺人（未遂）罪が成立することになる（参考判例6）。小問(2)においては、上記のような区別に従って、まずは、(1)乙の生命に対する具体的な危険が生じていないから甲に殺人罪の実行行為性を基礎付ける作為義務は発生しない、と反論し、さらに、(2)仮に、乙の生命に対する具体的な危険が生じていた（殺人の実行行為性が肯定される）としても、甲は乙の死亡結果について認容まではしていないから未必的な殺意がない、と反論することになろう。そして、まさしくこのような認定の方が、小問(1)における認定よりも本事例の事実に対する評価としては適切であると思われる。

第3 乙に対する保護責任者遺棄致傷罪（218条，219条）の成否

1 「病者」

- ・ 乙は、転倒して額をコンクリートブロックに強く打ち付け、額から流血して意識を失っていた者であり、甲に声を掛けられて一旦は意識を取り戻したものの、再び転倒して意識を失ったのであるから、「病者」に当たる

2 「保護する責任」

- ・ 甲は乙に対して法令上の扶助義務（民法 730条）を負うことに加え、上述した乙の転倒現場の状況に照らして、この時点で乙を救助し得る人物は甲以外には存在しなかったのであるから、乙の生命・身体の安全が甲に依存する関係にあり、条理上も「保護する責任」が認められる

3 「遺棄」 参考判例7

本条の「遺棄」は、被遺棄者を危険な場所に放置する行為（置き去り）も含まれる

- ・ 甲が、乙の救助を行うことなく乙が転倒した場所からバイクで走り去った行為は「遺棄」に当たる

4 故意

- ・ 甲は、上記各事実の認識・認容に欠けるところはない

5 「よって人を死傷させた」(加重結果との因果関係) 参考判例 8

- ・ 上記甲の立ち去り行為の後、乙は意識を取り戻して起き上がろうとしたが、崖に向かって体を動かしたため、崖下に転がり落ち、後頭部を岩に強打し、後頭部から出血する傷害を負った

→ 甲が乙に必要な救護をせずに立ち去った行為は、それ自体が、自力で立ち上がって移動することが困難な状態にあった乙をして、誤って崖下へ転落する事態を惹起する危険性を有するものであり、乙の過失による転落という事情が介在したとしても、それは上記甲の行為に誘発されたものというべき

⇒ 甲の立ち去り行為と乙の傷害結果との間の因果関係が認められる

6 結論

以上より、乙に対する保護責任者遺棄致傷罪(218条, 219条)が成立する

設問3 殺人未遂罪（203条，199条）の成否

1 実行行為

(1) 実行行為性（危険性）判断の基礎事情

客観：第三者（丁）に対する放置行為 → 殺人罪非該当可能性なし（不能犯）

主観：親（乙）に対する放置行為 → 殺人罪該当可能性あり

⇒ いかなる事情を基礎にして行為の現実的危険性（実行行為性）を判断するか？

<考え方Ⅰ> 具体的危険説（危険判断の基礎事情を擬制する見解）

一般人が認識し得た事情（＋行為者が特に認識していた客観的事情）を認定

→ その事情を基礎として行為がなされたら結果発生 of 危険があったか否かを判断

（本問）

・ 甲と同じ立場にいる一般人でも，丁を乙と誤認する可能性が十分に存在した

一般人の認識可能性 = 一般は，面前で倒れている人を乙と認識する可能性

⇒ “甲の面前で倒れている乙” を放置する行為と（擬制）して危険性を判断

<考え方Ⅱ> 修正客観的危険説（危険判断の基礎事情を抽象化する見解）

客観的全事情をもとに結果不発生 of 原因事情を認定

→ どのような事実が存在したら結果発生があり得たか（仮定的事実の存在可能性）を判断

（本問）

結果不発生（作為義務不発生） of 原因事情 = 倒れていたのが丁であったこと

→ 仮に倒れているのが乙であったら結果発生（作為義務発生）があり得た

・ 同駐車場には，丁以外にも負傷した乙が倒れており，丁を救助するため丁に近づけば，

容易に乙を発見することができた

仮定的事実の存在可能性 = 倒れているのが丁でなく乙であったという事実は存在する

可能性があった

⇒ “甲の面前で倒れている人（乙を含む）” を放置する行為と（抽象化）して危険性を判断

※ 不能犯は、**方法の不能**、**客体の不能**、**主体の不能**の3類型があるとされる。本問について、甲の面前で倒れていた相手が丁であった（乙ではなかった）が故に不能犯であると捉えれば、行為の客体が存在しないために結果の発生が不可能な場合として**客体の不能**といえる。これに対して、丁との関係では甲に作為義務が発生し得ず、甲は不作为犯における身分（保証人的地位）を欠くが故に不能犯であると捉えれば、行為の主体を欠くために結果の発生が不可能な場合として**主体の不能**ともいえる。もっとも、いずれの類型に当たるとしても、結局のところ、問題の所在は、“甲の行為の危険性（実行行為性）をどのような事情を基礎として判断するか”という点に集約されるのであるから、本事例がいずれの類型に当たるのか自体を議論することの実益は乏しい（なお、主体の不能については「幻覚犯」としておよそ不可罰とする見解があり、この見解に立つのであれば、いずれの類型に当たるのかにより結論が異なり得ることになるが、本問では殺人未遂罪が成立するとの立場からの立論（反論）が求められていることから、この見解に立つことはできない。）。

(2) 実行行為性（危険性）の判断

① 重要な法益に対する侵害の危険の切迫性

- ・ “甲の面前で倒れている乙”（考え方Ⅰ）／“甲の面前で倒れている人（乙を含む）”（考え方Ⅱ）の怪我の程度は重傷であり、そのまま放置されれば、その怪我によって死亡する危険があった

→ 甲が発見した時点で、“甲の面前で倒れている乙”（考え方Ⅰ）／“甲の面前で倒れている人（乙を含む）”（考え方Ⅱ）の生命という重要な法益に対する侵害の危険は切迫していたと認められる

② 法的作為義務

- ・ 親に生じた危難について子は親を救助する義務を負う（前提）

→ 甲は、親である“甲の面前で倒れている乙”（考え方Ⅰ）／“甲の面前で倒れている人（乙を含む）”（考え方Ⅱ）を救命するため、119番通報を行うなどして直ちに必要な医療措置を受けさせるべき法的作為義務があった

※ **作為義務の発生根拠**として、法令、契約・事務管理、慣習・条理により形式的に発生すると解する学説もあるが、判例は、①**先行行為による危険の創出及び②事実上の引き受け等による排他的支配の設定**という具体的な事実関係により基礎付けられる実質的な要件であると解している（参考判例2ないし4参照）。本問において、甲は乙の子として扶助義務（民法730条）を負う地位にあるものの、上記のような判例の認定に照らせば、かかる法令上の地位のみによって殺人罪における作為義務を基礎付けることはできない。本問は、設問において「親に生じた危難について子は親を救助する義務を負うとの立場を前提に…論じなさい」とあることから、甲が乙に対する作為義務を負うことは前提として論述することを求めるものである（作為義務を基礎付ける具体的な事情を論じる必要はない）が、現実の事案においてはこれを前提とすることはできないのであり、むしろこの義務の存否自体が最も重要な争点となることに留意すべきである。

③ 作為の可能性・容易性及び救命可能性

- ・ 甲が“甲の面前で倒れている乙”（考え方Ⅰ）／“甲の面前で倒れている人（乙を含む）”（考え方Ⅱ）を発見した時点で、119番通報を行うなどして救助にあたること
が格別困難であったと認められる事情はなく、また、その時点で病院に搬送すれば緊急手術により一命を取り留めることが可能であった。

2 結果不発生

- ・ “甲の面前で倒れている乙”（考え方Ⅰ）／“甲の面前で倒れている人（乙を含む）”（考え方Ⅱ）は、甲が立ち去った後、臨場した救急隊員により救助され、一命を取り留めた

3 故意

- ・ 甲は、乙が死んでも構わないと思いつつ、その場から立ち去った
→ 乙の死亡結果を認容していたものであり、未必的な殺意が認められる

※ 甲が主観的には丁ではなく乙を放置する認識であった点について、**具体的事実の錯誤（客体の錯誤）**は問題とならないであろう。なぜなら、**錯誤論**として客観（丁に対する殺人未遂）と主観（乙に対する殺人未遂）の不一致を問題とするのであれば、その前提として客観的に「丁に対する殺人未遂罪」に該当する必要があるが、本問においては、丁との関係で甲に作為義務が発生し得ない以上、甲は客観的に「丁に対する殺人未遂罪」に該当しないからである。すなわち、本問では、丁に対する関係では、甲には（いかなる立場からも）殺人未遂罪は成立しないことを前提として、“甲が認識した客体である乙に対する関係で危険性（実行行為性）が肯定できるのか”という点が検討されるのであり、これが**不能犯論**である（錯誤論が“発生した結果（危険）に対応する認識を認めて良いか”という問題であるのに対し、不能犯論は、“認識に対応する結果（危険）の発生を認めて良いか”という問題である。）。例えば、甲が乙を殺害する意思で、田んぼに立っている案山子を乙だと思ってピストルで発砲したところ、一般人から見て案山子を乙だと認識し得た場合（**具体的危険説**）／その場に立っているのが案山子ではなく乙である可能性があった場合（**修正客観的危険説**）、いずれも案山子の損壊という結果しか生じていないにもかかわらず、甲の行為は「乙に対する殺人未遂罪」に該当すると判断されることになるが、これは、あくまで甲の認識に対応した“乙に対する危険発生の有無”を判断したものである（この場合の客観面の認定を「案山子に対する殺人未遂罪」とは評価しない。）。故に、主観面において、もはや錯誤論（客観面が器物損壊、主観面が殺人という抽象的事実の錯誤）を展開する余地はないのである。同様に、本問においても錯誤論は問題とならず、結論として甲に成立する犯罪は、「乙に対する殺人未遂罪」である（なお、本問では、“現実に乙が丁のそばに倒れていた”という事情がない限り、修正客観的危険説からは乙に対する殺人未遂罪は成立しないであろう。これに対して、具体的危険説によれば、一般人が丁を乙と誤認する可能性がある限り、たとえば、乙が家で寝ていた場合であっても乙に対する殺人未遂罪が成立し得ることになり、近時、このような具体的危険説の判断方法については疑問が呈されている。）。

4 結論

以上より、乙に対する殺人未遂罪（203条、199条）が成立する

以上

<参考判例>

1【最大判昭 44.6.25（真実性の錯誤）】

「刑法二三〇条ノ二の規定は、人格権としての個人の名譽の保護と、憲法二一条による正当な言論の保障との調和をはかつたものというべきであり、これら兩者間の調和と均衡を考慮するならば、たとい刑法二三〇条ノ二第一項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名譽毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である。」

2【最決平 17.7.4（不作為による殺人①）】（シャクティ事件）

「以上の事実関係によれば、被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解する」

3【東京地判八王子支部昭 57.12.22（不作為による殺人②）】

「一 作為義務について

…1、前掲の関係各証拠によれば、(一) 七月一三日における暴行の様子は、前認定のとおり、かなり強力なものであったこと、(二) 同日ないし一六日の暴行によつて、Vは、その顔面、頭部及び肩部に合計一箇所以上の創傷を被り、その中には、長さ約二センチメートルの鼻骨々折を伴う鼻根部正中の創や長さ二・三センチメートルの唇を貫通した下口唇の創など、それ自体、かなりの重傷というべきものがあること、(三) …右のような創傷に対して縫合などの治療が施されない場合は、これが細菌の感染を受けて化膿性の炎症を起こす高度の蓋然性が存し、その結果、化膿菌が血中に入つて敗血症等の重篤な症状を来たすなどして死亡する可能性の存すること、このような事実が認められるのであつて、これらを総合すれば、被告人兩名は、自己の行為によりVを死亡させる切迫した危険を生じさせた者と認められる。

2、また、前掲の関係各証拠によれば、…以上の事実が認められ、右各事実を総合すれば、本件犯行に至るまでの被告人兩名とVとの関係は、単なる飲食店の経営者とその従業員というに止まらず、被告人兩名が、Vに対し、その全生活面を統御していたと考えられるのであつて、同女が被告人兩名の「家畜」であつたとの検察官の論旨はいささか誇大に過ぎるにしても、これに近い支配服従関係にあつたことは否めないと認められ、また、七月一三日以後、被告人兩名において、受傷したVの救助を引受けたうえ、同女を、その支配領域内に置いていたと認めるのが相当である。

3、前認定のとおりVの創傷の程度及び七月一四日ないし一六日の同女の病状、更に、後述のとおり、その任意性、信用性に疑いをさしはさむ余地がないと認められる、被告人兩名の各供述調書によれば、被告人らが、いずれもVに対し医療行為が必要であると認識し、同月一六日には、同女の死を予見していたと認められることからすると、被告人らが、すでに同月一四日には、同女の創傷が医師による適切な医療行為を必要とする程度の重いものであることを認識し、更に、遅くとも、同月一六日には、同女の死を予見しえ、また予見していたと認めるのが相当である。

以上1ないし3の各事実のほか、本件当時、被告人らがVをして、医師による治療を受けさせることが格別困難であつたと認められる事情も存しないことを総合考慮すれば、被告人らには、Vに対し、七月一三日ないし一五日の暴行による創傷の悪化を防止し、その生命を維持するため、同女をして医師による治療を受けさせるべき法的作為義務があつたというべきである。

二 不作為について

…前掲の関係各証拠によれば、1、当時、Vが必要としていた処置は、創傷の消毒・縫合、症状に即応した抗生物質の投与、持続点滴などであつたこと、2、被告人らがなした右のような薬品の投与は、しなによりまし、といった程度のものであり、被告人らも、Vの病状に鑑み、医師による適切な医療的処置を必要としていることを認識しながら自己の犯罪発覚を恐れ、単なる気休め程度の考えで、そのような行為

をするにとどめていたこと、3、被告人らが、同女をして、右1記載の処置を受けさせることは容易であったこと、が認められる。これらを総合すれば、前認定のとおり、被告人らに課せられた作為義務の内容は、自ら与えた創傷の悪化を防止すべく、医師による適切な治療を受けさせること、というものであり、本項冒頭記載のような行為を被告人らがしていたことのみをもつて、右作為義務を果たしたとは到底認められないばかりか、前認定のような被告人らとVとの関係、被告人らが七月一三日以後同女を支配内においていたことも考え合わせると、病状が悪化していくにもかかわらず適切な医療措置を講じさせないという不作為は、不作為による殺人の実行行為と評価できる。

三 殺意について

…結局、Vの病状、これをめぐる被告人らの言動などのほか、被告人兩名も、捜査段階においては、七月一六日に同女の死を予見し、これもやむをえないと思つた旨供述していることに鑑みれば、被告人らは、それぞれ、同日に、未必的殺意を抱いていたと認めるのが相当である。

4【札幌地判平 21.11.30（不作為による殺人③）】

「(1) 本位的訴因においては、不作為による殺人罪の成否が問題となるころ、不作為による殺人罪が成立するためには、特に、法的な作為義務、作為の可能性・容易性及び救命可能性が必要である。

ア 作為義務について

上記のとおり、被告人は、午後9時30分ころ、Bが意識を回復しないまま失禁したことを認識し、さらに、9時40分ころから、意識回復のないまま約10分間にわたっていびきをかくのを認識したことが認められる。

そして、被告人は、当時4歳であったBと同居し、母親であるAと共にBの生活を統御していたところ、自己の暴行という先行行為によって、Bの生命に具体的かつ重大な危険を生じさせたこと、Bの手当は被告人とAに全面的に委ねられた立場にあったことが認められる。

そうすると、救急車を呼ぶなどして病院に搬送して医師による医療行為を受けさせる作為義務があったものと認められる。

イ 作為の可能性・容易性について

当時、被告人らは札幌市中央区内に住んでいたところ、同区では、救急車を呼んでから現場に到着するまで平均約5分であり、救急車を呼んでから病院に到着するまでは平均約25分〔甲54、55、57（捜査報告書）〕である。119番通報して救急車を呼んで、病院に搬送してもらったり、自ら病院に連れて行くなどすることの障害となるような事情は全くなく、このような作為は可能かつ容易であったことも明らかである。…（中略）…

(8) 救命可能性についてのまとめ

以上に検討してきたところを総合するに、…しかしながら、他方、M医師は、救命可能性を否定しており、これまでにみてきたとおり、その論拠とする知見等に解剖所見や文献等と矛盾する点は見当たらず、これを不合理ということはできない。M医師は、受傷直後からの意識喪失状態をも重視しているものと考えられるところ、受傷直後の意識状態等については、医師による正確な判断ではないこと、医学的に意識状態等を判断するために重要と考えられることについて、そのような事実があったにもかかわらず、素人的に重要な事実とは考えなかったために供述していないことも考えられることなどから、これをAらの供述にあるままに受け取ることは慎重であるべきにしても、M医師もそのような点を踏まえた上で所見を示したものとイえること、そして、このような検討によっても、解剖所見等と矛盾する点は見当たらないこと、受傷後のBの状態については、除皮質硬直状態にあったということが素直とも思われることなどからすれば、既にみてきたとおり、M医師の所見の信頼性も否定し難いというべきである。

本件において、Bを救命できたというには、少なくとも合理的疑いが残るといわざるを得ない。

…（中略）…

(10) 殺人未遂罪の成否

以上に検討してきたところによれば、Bが意識を回復せず、失禁したりいびきをかくようになっていた9月20日午後9時50分ころの時点から救急車を呼ぶなどの行為をしたとしても、救命可能性や延命可能性があったとまでは認められない。そうすると、本件は、殺人罪の実行行為性を欠くものと解されるから、殺人未遂罪も成立しない。

5【最判昭 33.9.9（既発の火力を認容する意思）】

「第一審判決認定事実によれば、被告人はふと右仮睡から醒め右事務室へ入り来つて右炭火からボール箱入原符に引火し木机に延焼しているのを発見したところ、その際被告人が自ら消火に当りあるいは判示宿直員三名を呼び起こしその協力をえるなら火勢、消火設備の関係から容易に消火しうる状態であつたのに、そのまま放置すれば火勢は拡大して判示営業所建物に延焼しこれを焼燬するに至るべきことを認識しながら自己の失策の発覚のおそれなどのため、あるいは右建物が焼燬すべきことを認容しつつそのまま同営業所玄関より表に出で何等建物への延焼防止処置をなさず同所を立ち去つた結果、右発燃火は燃え広がつて右宿直員らの現在する営業所建物一棟ほか現住家屋六棟等を焼燬した、というのである。すなわち、被告人は自己の過失により右原符、木机等の物件が焼燬されつつあるのを現場において目撃しながら、その既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思をもつてあえて被告人の義務である必要かつ容易な消火措置をとらない不作為により建物についての放火行為をなし、よつてこれを焼燬したものであるということが出来る。されば結局これと同趣旨により右所為を刑法一〇八条の放火罪に当たるとした原判示は相当であり、引用の大審院判例の趣旨も本判決の趣旨と相容れないものではなく、原判決には右判例に違反するところはない。」

6【大判大 4.2.10（殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別）】

「養育ノ義務ヲ負フ者カ殺害ノ意思ヲ以テ故ラニ被養育者ノ生存ニ必要ナル給与ヲ為サスシテ之ヲ死ニ致シタルトキハ刑法第 1 9 9 条ノ罪ヲ構成シ単ニ其義務ニ違背シテ生存ニ必要ナル給与ヲ為サス因テ之ヲ死ニ致シタルトキハ刑法第 2 1 8 条、第 2 1 9 条ノ罪ヲ構成スルモノトス」

7【最判昭 34.7.24（「遺棄」の意義）】

「刑法二一八条にいう遺棄には単なる置去りをも包含すと解すべく、本件の如く、自動車の操縦者が過失に因り通行人に前示のような歩行不能の重傷を負わせながら道路交通取締法、同法施行令に定むる救護その他必要な措置を講ずることなく、被害者を自動車に乗せて事故現場を離れ、折柄降雪中の薄暗い車道上まで運び、医者を呼んで来てやる旨申欺いて被害者を自動車から下ろし、同人を同所に放置したまま自動車の操縦を継続して同所を立去つたときは、正に「病者ヲ遺棄シタルトキ」に該当するものというべく、原判決には所論の如く法令の解釈を誤つた違法はない。」

8【最決平 4.12.17（因果関係・誘発型）】（夜間潜水事件）

「右事実関係の下においては、被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至つた行為は、それ自体が、指導者らの適切な指示、誘導がなければ事態に適切した措置を講ずることができないおそれがあつた被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであり、被告人を見失つた後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行動があつたことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであつて、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げないというべきである。」

第2問 [刑事訴訟法]

<分析例>

[設問1] 捜査①及び②の適法性

<検討の流れ>

1 強制処分該当性 参考判例 1・2・3・4

【第1基準：意思制圧／重要権利侵害】 → 無令状検証（218条1項）＝違法

↓ ×

○

2 任意捜査の適法性 参考判例 5・6・7・8

【第2基準：捜査比例の原則（必要性、緊急性、相当性）】 → 違法

↓ ○

×

適法

※ **強制処分と任意処分の区別基準**について、参考判例1は、強制処分とは、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等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相当でない手段」を意味すると判示した。参考判例1の理解を巡っては、判示の前段に重点を置く**意思制圧基準**と、後段に重点を置く**重要権利侵害基準**の対立がある。意思制圧基準は、法益を侵害する態様・程度が「意思に反する」程度ではなく「意思を制圧する」程度に至っているか（＝権利の完全な侵害（剥奪）と同視できる程度に至っているか）を判断する基準であり、重要権利侵害基準は、「意思を制圧し」とは「意思に反する」と同程度の意味に捉えた上で、専ら侵害対象となる権利・利益が重要か否かという観点から強制処分性を判定していく基準である。もっとも、参考判例1は「**物理的な有形力の行使が直接的に相手方に向けてなされる類型（第1類型）**」の事案であった点に留意が必要である。これに対し、本問のように、「**相手方が認識しない状況下で処分（盗聴、盗撮等）を行う類型（第2類型）**」において、強制処分該当性をいかにして判断すべきかが問題となる。類型的な捜査活動の性質の違いに着目し、参考判例1の射程を第1類型に限定した上で、第2類型については、重要権利侵害基準で判断するという考え方もあり得る（なお、**通信傍受、エックス線検査**について強制処分性を肯定した参考判例2、3は、参考判例1を引用していない。）。これに対して、「意思の制圧」とは、現に明示された意思を制圧している事実状態のみを指すのではなく、その処分の性質が、明示又は黙示の強固な拒絶意思をおよそ無視して捜査目的を一方的に実現する性質を帯びていることをいうものであり、当該処分が本質的にそのような性質を帯びている場合には強制処分性が肯定されると理解することにより、第2類型についてもなお意思制圧基準の枠内で判定するという考え方もある。なお、その後、参考判例4が、**GPS捜査**について（参考判例1を引用した上で）「個人の意思を制圧して憲法の保障する**重要な法的利益を侵害するもの**として、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たる」と判示したことから、少なくとも現在の判例は、捜査類型に応じて基準を使い分けるといった立場ではない、と理解する余地がある。論述においては、いずれの基準を用いる場合であっても、その基準の内実に対する正確な理解を示す必要がある（意思侵害基準では、「意思を制圧し」の意味内容を明らかにした上で侵害の態様・程度を認定する必要があり、他方、重要権利侵害基準では、侵害対象となる「憲法の保障する重要な法的利益」を具体的に認定する必要がある。）。

【1】捜査①の適法性

1 強制処分該当性

- ・ 本件事務所は、前面が公道に面した平屋建ての建物で、玄関ドアから外に出るとすぐに公道となっていた
- ・ 本件事務所付近の公道上に止めた車両内から同事務所の玄関先をビデオカメラで撮影
- ・ 対象者が事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿を、対象者の容ぼうも含めて撮影した

<意思制圧基準>

公道上における観察・記録・保存

- 対象者の黙示の拒絶意思は強固なものとは評価できない
- ⇒ 意思を制圧して一方的に捜査目的を実現する性質を帯びるものではない

<重要権利侵害基準>

「個人の私生活上の自由」（憲法13条）の一つとして、何人も、「その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」を有する

ただし、公道は、他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所

- ⇒ 上記利益に対する要保護性は一定程度弱まる

2 任意処分の適法性

必要性（緊急性）

- ・ 被害金額が100万円にも上る詐欺事件
- ・ 本件犯行の際に犯人がVに交付した領収書には、「A工務店」の代表者「甲」の押印があり、かつ、領収書に記載された住所には、実際にA工務店の事務所が存在することが判明した
- ・ VはPに対し、犯人は「中肉中背の男」であり、「『A工務店』と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていた」旨供述した
- ・ Pらは、A工務店の事務所へ入って行く中肉中背の男を目撃した

⇒ 重大事件について、撮影の対象者が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、捜査①は、本件詐欺事件の捜査に関し、被害者の現認した犯人の容ぼう、体型等と対象者の容ぼう、体型等との同一性の有無の確認（いわゆる「面割り」）を実施するために必要不可欠な証拠資料を入手するために行われたものと認められる

相当性

- ・ 上述のとおり、公道上という、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所における撮影である
- ・ Pが撮影した映像は全体で約20秒間にとどまっている
- ・ 対象者の容ぼうを撮影したものであるが、対象者が事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を開けた後、振り返って歩き出す姿を映したのみであること

⇒ 捜査①は、上記捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものと認められる

【2】捜査②の適法性

1 強制処分該当性

- ・ 事務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下ろされており、両隣には建物が接しているため、公道からは事務所内の様子を見ることができなかった
- ・ 向かい側のマンション2階通路に上がったところ、事務所玄関上部にある小窓から事務所の内部を見通すことができたため、望遠レンズ付きビデオカメラで撮影
- ・ 事務所内の机の上に置かれた工具箱を5秒間撮影
- ・ 甲の容ぼうは写っていなかった

<意思制圧基準>

対象者の管理する建物内部の通常外部からは見えない場所の様子を望遠レンズで撮影する行為 → 当該捜査を受容する推定的承諾があるものとは到底評価できない

⇒ 対象者に許否の有無をも言わず、一方的に捜査機関の必要とする情報を取得する点において、プライバシー侵害の程度は権利剥奪といえるほどの強度なものであり、意思を制圧して一方的に捜査目的を実現する性質を帯びている

- ※ **公道上の写真撮影**の場合と**居室内の盗撮**の場合とでは、後者の方がプライバシーの要保護性が高いが故に黙示された拒絶意思もより強固なものであると合理的に推認される。そして、その意思が処分の可否を決する可能性を全面的に否定された状態に置かれたのであれば、それは、まさしく拒絶意思を明示したにもかかわらず、それが制圧された場合と法的に同等の評価が与えられるべきである、と考えることができる。このように理解すれば、本問のような類型の捜査行為の強制処分該当性についても**意思制圧基準**の枠内で判定することが可能となる。

<重要権利侵害基準>

自己の管理する建物内 = 個人のプライバシーが強く保護されるべき場所・空間

→ 通常、他人から容ぼう等を観察されることがなく、他人から見られていないとの合理的期待が認められる領域内の状況を撮影 = 私的領域への侵入を伴う

⇒ 「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」（憲法13条）が侵害・制約され得ることに加えて、「私的領域に「侵入」されることのない権利」（憲法35条）という重要な法益が現に侵害・制約される

- ※ **GPS 捜査**に関する参考判例4は、盗撮・盗聴等の捜査類型（上記第2類型）における被侵害利益の内容をより具体的に検討し、「**私的領域への侵入**」の有無という視点から強制処分性を判定しようと試みたものと理解することができる。すなわち、従前の判例が、この類型の捜査行為についての強制処分性の指標として、単に「プライバシーを侵害する」（**通信傍受**に関する参考判例2）、「プライバシー等を大きく侵害する」（**エックス線検査**に関する参考判例3）としか判示していなかったのに対し、上記判例は、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」（=「**私的領域**」）を記録・保存する（=「**侵入する**」）場合（居室内の盗撮等）は、憲法35条の保障する権利を侵害する（例えば、望遠レンズ付きのカメラを用いて盗視したのであれば、居室内に忍び込んで隠しカメラを設置した場合と同等の法益侵害と評価される）という点において強制処分であり、他方、「他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所」（参考判例8参照）における記録・保存（公道上の撮影等）は、そのような「私的領域への侵入」（憲法35条の保障する権利の侵害）を伴わないが故に任意処分となる、との指標を示したものとイえる。そして、このように理解する場合、強制処分性の判定にとっての核心は、当該捜査行為が「私的領域への侵入」を伴う性質を帯びているか否かという視点であり、対象者の「容ぼう等を撮影されない自由」（憲法13条）が現に侵害されたか否かは必ずしも決定的な指標ではないといえる。例えば、公道上の撮影であっても、現に対象者の容ぼうが撮影されている以上は上記法益に対する侵害結果が発生していることは明らかであるが任意処分にとどまるとされるのに対し、GPS 捜査は、その性質上対象者の容ぼう等を記録・保存する処分ではないが強制処分とされる。本問においても、Pらは事務所内に持ち込まれた工具箱に「A 工務店」と書かれたステッカーが貼られていることを確認し、その証拠を保全するために捜査②に及んだものであり、そもそも建物内にいる甲の容ぼうを撮影する目的はなく、現に甲の容ぼうは撮影されていないが、上記の理解によれば、捜査②の撮影の性質が「私的領域への侵入」を伴うものと評価される限り、強制処分であると判定される余地があろう。

※ 以上の分析例に対して、捜査②について強制処分該当性を否定する結論もあり得る。すなわち、参考判例4は、強制処分性の根拠として、上記「公権力による私的領域への侵入を伴う」という性質とともに、「個人の行動を継続的・網羅的に把握することを必然的に伴う」ことから「個人のプライバシーを侵害し得る」という性質も指摘しているところ、捜査②の撮影は、その撮影範囲が事務所の小窓を通して見通すことができる範囲にとどまっております、また、撮影時間も約5秒にとどまっていることから、GPS 捜査とは異なり、対象者の行動を継続的・網羅的に監視する性質を帯びているとまではいえない。強制処分性の判定にとってこの視点を重視するのであれば、捜査②はなお任意処分にとどまると判定することも可能であろう（更に、このような考え方に対しては、例えば、エックス線検査は、対象物を継続的・網羅的な監視する性質の処分ではないが強制処分とされており、やはりこの視点は決定的なものではないとの反論もあり得る。そもそもビデオ撮影の強制処分該当性の判定に、“撮影時間の長さ（継続性）”という要素を考慮するのであれば、仮に居室内の様子を1枚だけ写真撮影（盗撮）したに過ぎない場合にどのように判定されるのか疑問が生じることになる。）。以上のように、捜査②は、参考判例4の趣旨・射程を理解する上での分水嶺となるような事例といえ、その強制処分該当性については肯定・否定いずれの結論もあり得るであろう。論述においては、結論そのものの当否よりも、結論に至った思考過程（とりわけ参考判例4の趣旨・射程に対する理解及び捜査②の性質についての評価）が正確・的確に示されているかという点が重要であったと思われる。なお、捜査②を任意処分にとどまるとした場合、捜査①と同様に、引き続き任意捜査の適法性を判定することになる。捜査比例の原則の適用にあたっては、まず、必要性として、「その後の内偵捜査により事務所に出入りしている人物がA工務店の代表者である甲であることが判明したこと」、「Pらは甲が赤色の工具箱を持って事務所へ入って行くのを目撃したこと」、「Vは犯人が『A工務店』と書かれたステッカーが貼られた赤色の工具箱を持っていた」旨供述しているところ、甲と犯人の同一性を確認し、その証拠を保全するためには、甲が持ち歩いている赤色の工具箱に『A工務店』と書かれたステッカーが貼られていることを確認し、記録・保存する必要があったこと」等の事情が指摘できるであろう。これに対して、相当性としては、「約5秒間にわたって工具箱を撮影したにとどまること」、「向かいのマンションの管理人に断った上で行っていること」、他方で「公道からは見ることができない建物内部の様子について望遠レンズを用いて秘かに撮影するという態様であること」等の事情を考慮することになる。

〔設問 2〕 本件メモ及び本件領収書の証拠能力

<伝聞証拠の意義> 参考判例 9・10

伝聞証拠＝要証事実（証拠により証明すべき事実、296条本文参照）を直接体験した者の公判
期日外における供述（原供述）を内容とする供述証拠（書面・供述）であって、原
供述の内容（原供述者が知覚・記憶・表現した事実）の証明の用に供される証拠

※ 伝聞証拠の意義について、出題趣旨によれば、「Wが知覚・記憶してノートに記載した事実の真实性を前提とするものであるから、これが「伝聞証拠」…である」（平成 20 年出題趣旨）、「同メールは、Bが知覚、記憶し、表現した内容たる事実が要証事実となり、その真实性を証明しようとするものであるから、伝聞証拠に該当する」（平成 23 年出題趣旨）等と述べられている。判例においても、参考判例 9 は、伝聞法則とは「その供述内容の真实性の証明に供する場合、すなわち原供述者の直接に知覚した事実が要証事実である場合にのみ、これを証拠として使用することができないことを意味する」ものであり、「記載された供述内容の真实性の証拠に供せられたものでなく、その内容の真偽と一応無関係に、その供述がなされたこと自体が要証事実となつている」には適用がない旨を判示した。同様に、参考判例 10 は、「およそ供述とは心理的過程を経た特定の事項に関する言語的表現であり、表意者の知覚、記憶の心理的過程を経た過去の体験的事実の場合と、右のような知覚、記憶の過程を伴わない、表現、叙述のみが問題となるところの、表意者の表現時における精神的状態に関する供述（計画意図、動機等）の場合とがあつて」、後者の場合には伝聞法則の適用がない旨判示している。したがって、伝聞証拠該当性の判断にあたっては、当該供述証拠について証拠構造を分析、把握したうえで、要証事実を原供述者の直接体験した事実（知覚、記憶し、表現した事実）とする場合であるか否かを検討、判断することが重要である。

<争点及び証拠の整理>

[争点]

甲の弁解：「V 方に行ったことはありません」（全部否認）

→ 犯人性＋罪体（犯罪事実の有無）がいずれも争点（被告人の供述以外の証拠による立証が必要）

＝「平成 30 年 1 月 10 日、V 方において、甲が（＝犯人性）、V に対し V 方の耐震金具に不具合がある旨虚偽の事実を申し向け、V 方屋根裏の修繕工事代金として 100 万円を交付させた（＝罪体）」事実

[証拠]

- ・ 本件領収書の印影と A 工務店事務所から押収された甲の認印の印影が合致する旨の鑑定書（証拠①）
- ・ 本件領収書から検出された指紋と甲の指紋が合致する旨の捜査報告書（証拠②）

犯人側の事情：犯行現場において犯人がVに本件領収書を交付した事実

→ Vが本件領収書を所持していた事実から推認

被告人側の事情：本件領収書が甲により作成された事実

→ 本件領収書に甲の認印の印影及び指紋が存在する事実（証拠①・②）
から推認

⇒ 犯人と甲の同一性（甲の犯人性）を推認させる間接事実

第1 本件メモの証拠能力 [小問1]

1 伝聞証拠該当性

立証趣旨：甲が（＝犯人性），平成30年1月10日，Vに対し，本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと（＝**罪体：欺罔行為の存在・内容**）

↓

しかしながら，本件メモと甲との結び付きを示す証拠がない限り，本件メモから甲の**犯人性**を推認することはできない（メモに記載された「A工務店と名乗る男」が「甲」であることはこのメモ自体からは推認できない）

⇒ 本件メモは，**罪体**（犯人が，Vに対し，メモに記載されたとおりの内容の文言を申し向けた事実）を立証するための証拠

具体的な要証事実

＝「1月10日，A工務店と名乗る男が，Vに対し，「耐震金具に不具合がある。すぐに工事しないと大変なことになる。工事代金は100万円」等と申し向けたこと」
（**欺罔行為の存在・内容**）

⇒ Vが直接体験した事実（知覚，記憶し，表現した内容）をVの公判外供述から証明する場合 ＝ **伝聞**

2 伝聞例外要件の検討

V（被告人以外の者）の作成した供述書 = **321条1項3号書面**

① 供述不能

- ・ Vは脳梗塞で倒れ，担当医師からは「今後，Vの意識が回復する見込みはないし，仮に意識が回復したとしても，記憶障害が残り，Vの取調べをすることは不可能である。」との意見が述べられている

② 不可欠性

- ・ 犯行目撃者なし，録音等の客観的証拠なし
→ 欺罔行為の内容についてはVの供述以外に有効な証明手段がない

③ 絶対的特信事情

- ・ 被害に遭った当日，被害体験から約6時間後にV自身が作成したメモ
→ 記憶が鮮明で良く保存されている時期に作成された
- ・ 被害に遭った翌日，Vが警察官に本件メモを提出した
→ 事後的に第三者により内容が変更・改ざんされた可能性なし
- ・ W証言：「提出したメモは，被害当日の夜，母が，私の目の前で記載したものです。そのメモに書かれていることは，母が私に話した内容と同じです。」
→ 被害者が自己の家族に初めて被害を申告した際の内容（初期供述）と一致する内容のメモ

第2 本件領収書の証拠能力 [小問2]

立証趣旨：甲が（＝犯人性）平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと（＝罪体：財物交付の存在・内容）

1 立証上の使用方法1：証拠物（甲の証拠意見：異議あり）

（自然的）**関連性**があれば証拠能力あり

- ・ 本件領収書の作成者が甲であり、本件領収書が甲からVに交付されたものであることについては、証拠上（証拠①・②等）から認定できる

⇒ 関連性あり

証拠物として証明できる事実（証拠価値）

(1) 「**本件領収書の存在**」（＝甲が作成し、Vに交付した領収書が現実存在すること）

⇒ 甲の**犯人性**を推認させる間接事実の裏付け証拠

(2) （本件領収書の記載に対応する）「**金銭授受の事実**」（＝甲がVから100万円を受領したこと）

→ 領収書が交付された事実が証明された場合、当該領収書の記載内容に対応する「**金銭授受の事実**」を推認することは可能

⇒ **罪体（財物交付の存在・内容）**を証明する証拠

※ **領収書**は、それが交付された事実とそこに記載された金銭が授受された事実が対応関係にあるという特質があることから、**記載内容の真実性から独立した証拠価値**があり、証拠物として使用する場合であっても、（記載内容の真実性を問題とせずに）「**金銭授受の事実**」を証明することが可能であると考えられている。すなわち、一般の供述書とは異なり、領収書は相手方に交付されることを前提として作成されるものであるところ、「そのような記載のある領収書の存在」の証明に加えて、（他の証拠から）「その領収書が相手方に交付された事実」が証明された場合、当該領収書の記載内容に相当する「**金銭授受の事実**」を推認する（金銭授受の事実がなければ領収書が交付されることはないはずであるから、金銭授受の事実が記載された領収書が存在し、それが相手方に交付された事実があるということは、そこに記載された金銭授受の事実があったはずだ、という推認をする）ことは経験則に適う合理的な推認であると考えられるのである。このように考えるのであれば、本問で、本件領収書を証拠物として使用する場合であっても「甲がVから100万円を受領した事実」まで立証することが可能となろう。たしかに、本問では、「本件領収書の存在」については他の証拠（証拠①・②）によっても十分証明できる（甲の弁護人も証拠①・②に同意している以上、「本件領収書の存在」については争っていない）ことから、本件領収書を証拠物として「本件領収書の存在」を立証する（裏付ける）こと自体にはあまり大きな意味があるとはいえず、検察官とし

ては、本件領収書によって「金銭授受の事実」まで証明できなければ立証上意味がないと考えられる（このことは検察官の掲げた立証趣旨からも窺える。）。もっとも、本問では、本件領収書を書証（伝聞証拠）として使用した上でその内容の真実性を問題とする場合であっても、結論として伝聞例外要件を具備して証拠能力を獲得することから（下記2参照）、たとえ証拠物として使用した場合の証拠価値が限定されたとしても、検察官の掲げる最終的な立証命題である「甲がVから100万円を受領した事実」を証明することは可能であり、実際には上記の議論の実益が大きいとは言えないと思われる。

2 立証上の使用方法2：書証（甲の証拠意見：不同意）

(1) 伝聞証拠該当性

具体的な要証事実

＝「平成30年1月10日、甲がVから屋根裏工事代金として100万円を受領したこと」（財物交付の存在・内容）

⇒ 甲が直接体験した事実（知覚・記憶・表現した内容）を甲の公判外供述から証明する場合 ＝ **伝聞**

(2) 伝聞例外要件の検討

ア 特信文書 ＝ **323条書面** **参考判例11**

- ・ 継続性なし（金銭授受の都度作成されるもの）
→「業務の通常の過程で作成された書面」（2号）に当たらない
- ・ 署名又は実印なし
→「特に信用すべき状況の下に作成された書面」（3号）に当たらない

イ 甲（被告人）の供述書 ＝ **322条1項書面**

① 不利益事実の承認

- ・ 甲がVから100万円を受領した事実（詐欺罪における財物交付）を内容とする書面

② 任意性

- ・ 甲による作成過程において特に任意性を疑うべき事情なし

以上

<参考判例>

1【最決昭 51.3.16（強制処分の意義・任意捜査の限界）】

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等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相当でない手段を意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」

2【最決平 11.12.16（通信傍受）】※通信傍受法施行前（刑訴法 222 条の 2 参照）

「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分であるが、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではないと解すべきであつて、このことは所論も認めるところである。そして、重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従つてこれを行うことも憲法上許されると解するのが相当である。」

3【最決平 21.9.28（エックス線検査）】

「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつて、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであつて、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない。」

4【最大判平 29.3.15（GPS 捜査）】

「(1) GPS 捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。」

(2) 憲法 35 条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たる（最高裁昭和 50 年（あ）第 146 号同 51 年 3 月 16 日第三小法廷決定・刑集 30 巻 2 号 187 頁参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされてい

る処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。

(3) 原判決は、GPS 捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないと説示しているところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点についても検討する。

GPS 捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の「検証」と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、「検証」では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて搜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS 捜査は、GPS 端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS 捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法222条1項、110条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。

これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確な条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」と規定する同項ただし書の趣旨に浴うものとはいえない。

以上のとおり、GPS 捜査について、刑訴法197条1項ただし書の「この法律に特別の定のある場合」に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS 捜査が今後も広く用いられる有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。」

5 【最大判昭 44.12.24（公道上における写真撮影）】（京都府学連デモ事件）

「ところで、憲法一三条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものといふべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法二条一項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真撮影の際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。

そこで、その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑訴法二一八条二項のような場合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。

すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである。」

6【最判昭 61.2.14（自動速度監視装置による写真撮影）】

「速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいつて緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法一三条に違反せず、また、右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外できない状況にある同乗者の容ぼうを撮影することになつても、憲法一三条、二一条に違反しないことは、当裁判所昭和四四年一二月二四日大法廷判決（刑集二三卷一二号一六二五頁）の趣旨に徴して明らかである」

7【東京高判昭 63.4.1（現に犯罪が行われる時点以前の撮影）】

「所論は、原審取調べにかかるビデオカセットテープ一巻は、最高裁昭和四四年一二月二四日判決・刑集二三卷一二号一六二五頁の要求している写真撮影の要件を具備していない条件のもとで撮影、録画されたものであるから、憲法一三条の保障する、何人もその承諾なしにみだりにその容貌等を撮影されない自由を不法に侵害して収集された、いわゆる違法収集証拠に他ならず、証拠能力を認めるに由ないものであるにもかかわらず、かかる証拠に証拠能力を認めて事実認定の用に供した原審の措置は、判決に影響を及ぼすことの明らかな訴訟手続の法令違反があるというのである。

たしかに、その承諾なくしてみだりにその容貌等を写真撮影されない自由は、いわゆるプライバシーの権利の一コロラリーとして憲法一三条の保障するところというべきであるけれども、右最高裁判例は、その具体的事案に即して警察官の写真撮影が許容されるための要件を判示したものにすぎず、この要件を具備しないかぎり、いかなる場合においても、犯罪捜査のための写真撮影が許容されないとする趣旨まで包含するものではないと解するのが相当であつて、当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもつて行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許されると解すべきであり、本件ビデオカセットテープの撮影、録画された際の具体的事実関係がかかる諸要件を具備しているものであることは、原判決ならびに原判決の援用する原審の昭和六二年二月二〇日付証拠採用決定が適切に説示しているとおりと いわなければならない。

8【最決平 20.4.15（ビデオ撮影）】

「所論は、警察官による被告人に対する前記各ビデオ撮影は、十分な嫌疑がないにもかかわらず、被告人のプライバシーを侵害して行われた違法な捜査手続であり、また、前記ダウンベスト及び腕時計の各領置手続は、令状もなくその占有を取得し、プライバシーを侵害した違法な捜査手続であるから、前記鑑定書等には証拠能力がないのに、これらを証拠として採用した第1審の訴訟手続を是認した原判決は違法である旨主張する。

しかしながら、前記事実関係及び記録によれば、捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである。」

9【福岡高判昭 28.12.24（伝聞証拠の意義①）】

「本件において該封書が証拠として使用された意味内容を考察するに、その存在又は状態が証拠となつて
いるのみでなく、その記載の意義も証拠となつているものと見られるけれども、該文書はそれに記載され
た事実の証拠として用いられたもの、すなわち記載された供述内容の真実性の証拠に供せられたものでな
く、その内容の真偽と一応無関係に、その供述がなされたこと自体が要証事実となつている…（中略）。
それで、該封書は所謂伝聞証拠と異り、証拠能力を有する書面として、刑事訴訟法第三百二十一条第一項
第三号所定の要件を充足すると否にかかわらず、これを証拠として採用し得るものといわねばならな
い。然し伝聞証拠及び書証の証拠能力が否定される所以は、反対尋問の吟味を受けない供述は真実性が乏
しいという点にあるのであつて、それはその供述内容の真実性の証明に供する場合、すなわち原供述者の
直接に知覚した事実が要証事実である場合にのみ、これを証拠として使用することができないことを意味
するに止まり、あらゆる伝聞供述を含むものではないと解すべきであり、従つて本件封書は前に説示のご
とき意味において証拠に供されている以上、これを刑事訴訟法第三百二十条に規定する伝聞法則の適用を
受ける証拠書類に該当しないといふことができるからである。」

10【大阪高判昭 57.3.16（伝聞証拠の意義②）】

「ところで、およそ伝聞証拠か否かは、要証事実の如何により異つてくるものと解されるところ、右余事
部分を除く本件メモ紙の表面の記載は、右の如く本件犯行についての事前の共謀にあつて、その計画の
内容を具体化するため記載した書面であると認められ、その要証事実も、右の記載に相応する事前共謀の
存在さらには原判決が右メモ紙は事前の計画書として証拠価値を有するとしうえで、原審で取調べた各
証拠によって認められる、他の外形的事実と本件メモの記載とを総合して、被告人が右メモ紙にAとして
与えられた役割を履行したものと認めていることに照らし、被告人の本件への関与の事実も含むものと解
される。

そうすると、本件メモ紙の表面の右余事部分を除く記載部分は、右の要証事実との関連から、伝聞証拠
（伝聞供述）というべきであると思料されるのであるが、およそ供述とは心理的過程を経た特定の事項に
関する言語的表現であり、それには表意者の知覚、記憶の心理的過程を経た過去の体験的事実の場合と、
右のような知覚、記憶の過程を伴わない、表現、叙述のみが問題となるところの、表意者の表現時におけ
る精神的状態に関する供述（計画意図、動機等）の場合とがあつて、本件の事前共謀に関するメモは、そ
の時点における本件犯行に関する計画という形で有していた一定の意図を具体化した精神的状態に関す
る供述と考えられる。

そして、右の精神的状態に関する供述については、その伝聞証拠としての正確性のテストとして、その
性質上必ずしも反対尋問の方法による必要はなく、その表現、叙述に真し性が認めらる限り、伝聞法則の
適用例外として、その証拠能力を認めるのが相当であると解されるところ、原審で取調べた各証拠によつ
て認められる本件メモ紙の押収時の状況、右メモ紙が組織活動の過程において作成されていること、その
記載内容である計画そのものが現に実行されていること等から、その記載の真し性は十分これを認めるこ
とができる。

11【東京地決昭 56.1.22（領収書の証拠能力）】

「領収証が法三二三条三号所定の書面に該当するものとは到底認められない。蓋し、領収証の如きは、た
とえ本人の業務に関連して発行される場合であっても、業務の通常過程で自己の業務施行の基礎として
順序を追い継続的に作成されるものではなく、その交付を受ける相手方のために個々にその都度作成さ
れるものであるから、それが他の商業帳簿類たとえば入金伝票と同時に同一内容の複写として作成される
ような特段の事情のある場合（…）を除いては、法三二三条二号所定の業務過程文書に該当しないのはも
とよりのこと、書面自体の性質上これらと同程度に典型的に信憑性の高い文書として、同条三号により証
拠能力を認めるに由ないものだからである。」

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) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18442