

司法試験

令和6年司法試験分析会

刑事系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 245814

LL24581

令和6年司法試験分析会

刑事系・第1問

令和6年司法試験 刑事系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

以下の【事例1】及び【事例2】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕について、答えなさい。

【事例1】

1 特殊詐欺グループを率いる甲（28歳、男性）は、同じグループの配下のA（25歳、男性）が資産家名簿を別の特殊詐欺グループに無断で渡したと考え、某月1日午後8時頃、人のいないB公園にAを呼び出し、Aに「名簿を他のグループに流しただろう。相手は誰だ。」と言って追及したが、Aはこれを否定した。甲は、Aがうそを言っていると思い腹を立て、Aの頭部を拳で殴り、その場に転倒したAに「殺されたいのか。」と言いながらAの腹部を繰り返し蹴って、Aに肋骨骨折等の傷害を負わせた。

甲は、Aの所持品の中に資産家名簿の流出先に関する手掛かりがあるだろうと考え、Aの所持品を奪うつもりはなかったが、甲から1メートル離れた場所で倒れたままのAに「持っているものを見せる。」と言った。Aは、既に抵抗する気力を失っていたので、A所有の財布1個（以下「本件財布」という。）を上着ポケットから取り出してAの手元に置いた。甲は、本件財布を拾って中身を見たところ、本件財布内に資産家名簿の流出先を示すものはなかったが、現金6万円が入っているのが分かり、その現金がにわかに欲しくなった。甲は、Aが恐怖で抵抗できないことを知りながら、Aに「この財布はもらっておくよ。」と言った。Aは、本件財布を甲に渡したくなかったが、抵抗する気力を失っていたので何も答えられずにいた。そこで、甲は、本件財布を自分のズボンのポケットに入れた。

2 甲は、Aの追及には時間が掛かると考え、同じグループの配下の乙（25歳、男性）に見張りを頼むこととし、電話で乙を呼び出した。同日午後8時30分頃、乙がB公園に到着すると、甲は、一旦、食事に出掛けることにして、乙に「小遣いをやるから、Aを見張っておけ。」と言った。乙は、おびえているAの様子から、甲がAに暴力を振るったことを理解し、「分かりました。」と答えた。甲は、本件財布から現金3万円を抜き取った後、「お前が自由に使っている。」と言って、本件財布を乙に手渡した。

甲がその場を立ち去ると、乙は、本件財布内の運転免許証を見て、本件財布がAのものだと理解するとともに、A名義のキャッシュカード（以下「本件カード」という。）が入っていることに気づき、Aの預金を引き出して奪おうと考えた。乙は、本件カードを本件財布から取り出して、倒れたままのAに見せつつ、持っていたバタフライナイフの刃先をAの眼前に示しながら、「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え。」と言った。Aは、預金を奪われなくなかったものの、拒否すれば殺されると思い、仕方なく4桁の数字から成る暗証番号を答えようとしたが、暗がりでは本件カードを自宅に保管中の別のキャッシュカードと見誤っていたため、本件カードの暗証番号と異なる4桁の数字を答えた。

3 乙は、Aが逃げ出す様子もなかったため、本件カードを使ってAの預金を引き出そうと思い、Aをその場に残して、付近のコンビニエンスストアに向かった。

乙は、同日午後8時45分頃、上記コンビニエンスストアに設置された現金自動預払機（以下「ATM」という。）に本件カードを挿入し、Aが答えた4桁の数字を入力して預金を引き出そうとしたが、暗証番号が間違っている旨の表示が出たため、ボタンを押し間違えたと思い、続けて同じ4桁の数字を2回入力したところ、ATMに不正な操作と認識されて取引が停止された。

〔設問1〕 【事例1】における甲及び乙の罪責を論じなさい（盗品等に関する罪（刑法第256条）、建造物侵入罪（刑法第130条）及び特別法違反の点は除く。）。なお、乙の罪責を論じ

るに際しては、乙がAから暗証番号を聞き出す行為が財産犯における「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるかという点にも触れること。

【事例2】（【事例1】の事実が続けて、以下の事実があったものとする。）

- 4 甲は、資産家名簿の流出先が以前仲間割れしたC（30歳、男性）であるとのうわさを聞き付け、同月10日午後5時頃、Cに電話をして「お前がうちの名簿を受け取っているだろう。」と言ったところ、Cから「お前が無能で管理できていないだけだ。」と罵倒されたことに激高し、C方に出向き、直接文句を言おうと決めた。その際、甲は、粗暴な性格のCから殴られるかもしれないと考え、そうなった場合には、むしろその機会を利用してCに暴力を振るい、痛め付けようと考えた。そこで、甲は、粗暴な性格の丙（26歳、男性）を連れて行けば、Cから暴力を振るわれた際に、丙がCにやり返してCを痛め付けるだろうと考えて、丙を呼び出し、丙に「この後、Cとの話合いに行くから、一緒に付いて来てほしい。」と言って頼んだ。丙は、Cと面識はなく、甲がCに文句を言うつもりであることやCから暴力を振るわれる可能性があることを何も聞かされていなかったため、甲に付いて行くだけだと思い、甲の頼みを了承した。
- 5 甲及び丙は、同日午後9時頃、C方前に行くと、甲がCに電話で「今、家の前まで来ているから出て来い。」と言って呼び出した。Cは、C方の窓から甲が丙と一緒にいるのを確認し、甲が手下を連れて来たものと思い腹を立て、「ふざけるな。」と怒鳴りながら、玄関から出た。
その様子を見た甲は、事前に予想していたとおりCが殴ってくると思い、後方に下がったが、丙は、暴力を振るわれると考えていなかったため、その場にとどまったところ、Cから顔面を拳で1回殴られた。丙は、Cに「やめろよ。」と言い、甲に「こいつ何だよ。どうにかしろよ。」と言ったが、興奮したCから一方的に顔面を拳で数回殴られて、その場に転倒した。
- 6 甲は、丙らから2メートル離れてその様子を見ていたが、丙にCを痛め付けさせようと考え、丙に「俺がCを押さえるから、Cを殴れ。」と言った。それを聞いて丙は、身を守るためには、甲の言うとおりに、Cを殴るのもやむを得ないと思った。ちょうどその時、Cが丙に対して続けて殴りかかってきたことから、丙は、甲が来る前に立ち上がり、Cの胸倉をつかんで、Cの顔面を拳で1回殴った（以下「1回目殴打」という。）。すると、Cは、一層興奮し「ふざけるな。」と大声を上げた。
- 7 その頃、丙の友人丁（28歳、男性）は、偶然、普通自動二輪車（以下「本件バイク」という。）を運転してC方前を通り掛かり、丙がCの胸倉をつかんでいる様子を見て、Cが先に丙を殴った事実を知らないまま、一方的に丙がCを殴ろうとしていると思った。けんか好きの丁は、面白がり、丙がCを殴り倒した後、丙がその場から逃走するのを手助けしようと思い、丙に「頑張れ。ここで待っているから終わったらこっちに来い。」と声を掛けた。反撃しようとしていた丙は、それを聞いて発奮し、なおもCが丙に殴りかかってきたことから、身を守るために、Cの顔面を拳で1回殴った（以下「2回目殴打」という。）。丙は、Cがひるんだ隙に、本件バイクの後部座席に座り、丁が本件バイクを発進させて走り去った。
- 8 丙による暴行（1回目殴打及び2回目殴打）によりCに傷害は生じなかった。

【設問2】 【事例2】における甲、丙及び丁の罪責に関し、以下の(1)及び(2)について、答えなさい。

- (1) 丙による暴行（1回目殴打及び2回目殴打）について、丙に正当防衛が成立することを論じなさい。
- (2) 丙に正当防衛が成立することを前提に、甲及び丁の罪責を論じなさい。その際
 - ① 丙による2回目殴打について丁に暴行罪（刑法第208条）の幫助犯が成立するか
 - ② 甲に暴行罪の共同正犯が成立するか
 について言及しなさい。なお、これらの論述に当たっては

ア 誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するか

イ 違法性の判断が共犯者間で異なることがあるか

についても、その結論及び論拠に言及し、①及び②における説明相互の整合性にも触れること。

— M E M O —

令和6年司法試験・刑事系・第1問・解答例

第1 設問1

1 甲の罪責

(1) Aの頭部を拳で殴り、転倒したAの腹部を繰り返し蹴った行為（以下「本件行為①」という。）

甲は、Aの頭部及び腹部という人の身体に対し、拳で殴り、また繰り返し蹴るという不法な有形力を行使し、暴行を加えた。また、本件行為①は一連の行為として、Aに肋骨骨折等の傷害という生理的機能の障害を生じさせた。したがって、Aは「人の身体を傷害した」といえる。また、甲には故意がある。

よって、本件行為①に傷害罪（刑法（以下、法令名を略す。204条））が成立する。

(2) Aに「この財布はもらっておくよ。」と言ひ、本件財布をズボンのポケットに入れた行為（以下「本件行為②」という。）

ア（ア） 本問において甲は、本件行為①及び、「殺されたいのか。」という甲の生命に対する害悪の告知、すなわち脅迫により、Aに抵抗する気力を失わせてその反抗を抑圧した。その後、甲は、本件財布の中の現金について財物奪取意思を生じ、本件行為②によりAから本件財布を奪取した。この場合、本件行為②につき、窃盗罪（235条）と強盗罪（236条1項）のどちらの成否を検討すべきか。

（イ） 強盗罪には、178条のように、自己が生じさせた相手方の反抗不能状態を利用する行為の処罰規定が存在しない。したがって、相手方の反抗抑圧後に財物奪取意思を生

● 東京高判昭48.3.26

じた場合、原則として窃盗罪の成否を検討すべきである。

しかし、財物奪取意思を生じた後、新たに暴行・脅迫があれば、強盗罪の成否を検討すべきである。この場合、既に反抗を抑圧されている者に対しては、軽度の暴行・脅迫により被害者は十分に反抗を抑圧されるため、暴行・脅迫は通常と比較して軽度のものでよい。

（ウ） 本問において、甲は、Aに対し本件行為①及び前記脅迫を行った上、これによりAが恐怖で抵抗できないことを知りながら、「この財布はもらっておくよ。」と発言した。かかる状況からすれば、当該発言は、Aが抵抗すれば再び暴行を加える等してAの生命・身体に害悪を生じさせることの黙示的な告知と評価でき、本件行為①及び前記脅迫と相まってAの反抗を抑圧する、軽度の脅迫にあたる。

そこで、本件行為②につき、強盗罪の成否を検討する。

イ 前述の通り、甲は「この財布はもらっておくよ。」と発言し、「脅迫を用い」た。また、甲は、Aが占有していた本件財布を、Aの意思に反して、自分のズボンのポケットに入れて自己の占有に移し、「他人の財物」を奪取した。さらに、甲の前記発言によりAは抵抗する気力を失い、その結果として、Aは本件財布を奪取したから、甲の脅迫と財物奪取との間には因果関係があり、甲は本件財布を「強取した」といえる。そして、甲には故意及び不法領得の意思がある。

ウ よって、本件行為②に強盗罪が成立する。

(3) では、本件行為①及び本件行為②について、併せて強盗致傷罪（240条前段）が成立しないか。

強盗致傷罪という傷害結果は、処罰範囲の不当な拡大を防ぐため、強盗の機会に生じた、強盗と通常密接な関連性を有する行為により発生したものと解される。しかし、本件行為①は、甲が財物奪取意思を生じる前に行った行為であるから、強盗の機会になされたものとはいえ、強盗と通常密接な関連性を有する行為でもない。よって、甲に強盗致傷罪は成立しない。

(4) 以上により、甲には傷害罪及び強盗罪が成立し、これらは併合罪（45条前段）となる。

2 乙の罪責

(1) バタフライナイフの刃先をAの眼前に示しながら、「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え。」と言い、Aから暗証番号を聞き出した行為（以下「本件行為③」という。）

ア 本件行為③に強盗利得罪（236条2項）が成立するか。

イ バタフライナイフの刃先をAの眼前に示し、「死にたくなければ、このカードの暗証番号を言え。」と言った行為は、Aの生命及び身体に対する害悪の告知であるから、乙は「脅迫を用い」といえる（同条1項）。

ウ もっとも、キャッシュカードの暗証番号を聞き出す行為は、「財産上不法の利益」を得ようとする行為に当たるか。

キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該貯金を支配するといえ

● 最判昭24.5.28

● 東京高判平21.11.16

る。とすれば、キャッシュカードの占有を取得した者が、その暗証番号を聞きだした場合、その者は事実上、当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たというべきである。

本間において、たしかに、乙は、自己が占有を取得した本件カードの暗証番号をAから聞き出そうとしており、これは、本件カードにかかる銀行口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という「財産上不法の利益」を得ようとする行為といえる。しかし、Aが乙に答えた暗証番号は、本件カードの暗証番号ではないため、乙は、本件カードにかかる銀行口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の地位を得ることはできなかつたと評価すべきである。

エ また、乙には故意及び不法領得の意思がある。

オ よって、本件行為③に強盗利得未遂罪（243条、236条2項）が成立する。

(2) ATMに本件カードを挿入し、暗証番号を入力して預金を引き出そうとした行為（以下「本件行為④」という。）

ア 本件行為④に窃盗未遂罪（243条、235条）が成立するか。

イ 乙は、本件行為④により、本間コンビニエンスストアが占有する現金という「他人の財物」を、正当な権限なくATMから取り出して自己の占有に移し、「窃取」しようとしたが、暗証番号が誤っていたため、その目的を遂げなかつた。

● ATM内の現金は、コンビニエンスストアに占有があることに注意

また、乙には故意及び不法領得の意思がある。
 ウ よって、本件行為④に窃盗未遂罪が成立する。
 (3) 以上により、乙には強盗利得未遂罪及び窃盗未遂罪が成立し、これらは併合罪（45条前段）となる。

第2 設問2 小問(1)

1(1) 1回目殴打及び2回目殴打に、それぞれ正当防衛（36条1項）が成立するか。
 (2) 1回目殴打及び2回目殴打のそれぞれに先立ち、Cは丙に殴りかかっており、丙の生命・身体に対する違法な侵害が間近に押し迫り、法益侵害の危険が現に切迫していた。したがって、各殴打の時点で「急迫不正の侵害」が認められる。
 また、丙は、各殴打の時点において、自己の生命・身体という「自己……の権利」を守るために、Cの侵害を認識し、それに対応する意思をもって、すなわち「防衛するため」に各殴打を行った。さらに、Cの顔面を拳で1回殴る行為は、Cの殴打から丙が自身の生命・身体を守るための必要最小限度の行為といえ、「やむを得ずにした行為」といえる。
 (3) よって、1回目殴打及び2回目殴打に正当防衛が成立する。

2 また、丙は、Cが殴りかかってきたため1回目殴打を行い、その直後に再びCが殴りかかってきたため2回目殴打を行った。
 かかる経緯からすれば、両殴打は時間的場所的接着性を有する。また、Cは丙に殴りかかるという行為態様を繰り返し、丙の生命・身体への侵害の危険を継続させた。さらに、丙は、近接し

● 最判平20.6.25

た時点で、自己の生命・身体を守るという防衛の意思をもって両殴打を行っており、丙の防衛の意思には主観的連続性がある。
 よって、1回目殴打と2回目殴打とは、客観的にも主観的にも関連性が強く、一体の行為として正当防衛が成立する。

第3 設問2 小問(2)

1 丁の罪責

(1) 丁は、丙に「頑張れ。ここで待っているから終わったらこっちに来い。」と声を掛けた（以下「本件行為⑤」という。）ところ、丙は、それを聞いて発奮し、2回目殴打を行った。2回目殴打は、故意あるCに対する不法な有形力の行使として暴行罪（208条）の構成要件に該当するところ、本件行為⑤に暴行罪の幫助犯（62条1項）が成立しないか。
 幫助犯の要件は、①幫助行為、②正犯行為及び結果発生、③①及び②の因果性、④幫助の故意である。
 本問において、本件行為⑤は、丙を発奮させて2回目殴打を精神的に容易にさせる幫助行為にあたる（要件①充足）。また、丙はこれを受けて2回目殴打を行った（要件②・③充足）。さらに、丙には幫助の故意がある（要件④充足）。
 よって、本件行為⑤に暴行罪の幫助犯が成立しうる。

(2) もっとも、正犯である丙には正当防衛が成立するところ、幫助犯である丁にも正当防衛が成立しないか。
 共犯の処罰根拠は、他人を通じて結果を惹起する因果性に求められるから、幫助犯の可罰性を認めるためには、正犯が違法

な行為をなしたことを要し、かつ、それで足りる。

とすれば、本間において、正犯である丙には正当防衛が成立するから、幫助犯である丁にも違法性が連帯し、丁に正当防衛が成立すると解すべきである。

(3) よって、丁は無罪である。

2 甲の罪責

(1)ア 丙は、甲の指示を受けて、1回目殴打及び2回目殴打を行った。両殴打は、故意あるCに対する不法な有形力の行使として暴行罪の構成要件に該当するところ、暴行の実行行為を行っていない甲に共同正犯（60条）が成立するか。

イ 60条の処罰根拠は、結果に対する因果性と正犯性である。そこで、①共謀、②共謀に基づく実行行為があれば、実行行為者でない者にも共同正犯が成立する。

ウ 本間において、甲は丙に「俺がCを押さえるから。Cを殴れ。」と言ったところ、丙はCを殴るのもやむを得ないと考えており、甲と丙に意思連絡が認められる。また、甲は、自分がCを押さえて丙にCを殴らせようとしており、実行行為の一部に加担する意思があり、正犯意思が認められる。したがって、甲丙間には共謀が認められる（要件①充足）。

また、丙はかかる共謀に基づき、甲がCを押さえる前ではあったものの、1回目殴打及び2回目殴打を行っており、共謀に基づく実行行為も認められる（要件②充足）。

エ よって、甲に暴行罪の共同正犯が成立しうる。

● 甲に暴行罪の共同正犯が成立するか

● 最判昭33.5.28

(2)ア もっとも、実行行為者である丙には正当防衛が成立するところ、共同正犯である甲にも正当防衛が成立しないか。

イ 共犯の処罰根拠は、前述の通り因果性に求められ、この点は共同正犯においても同じである。とすれば、共同正犯の可罰性を認めるためには、共同正犯の誰かが違法な行為をなしたことを要し、かつ、それで足りる。

したがって、違法性阻却自由である正当防衛は、原則として共同正犯間で連帯すると解すべきである。

とすれば、丁と同様に、甲にも丙の違法性が連帯し、甲に正当防衛が成立するとも考えられる。

ウ しかし、共同正犯のうち、一人に積極的加害意思があるような場合には別個に考えるべきである。なぜなら、かような主観的事情は、行為無価値的な違法要素であり、そのような違法要素は連帯しないと解すべきだからである。

本間において、甲は、Cから殴られた場合、むしろその機会を利用して、Cに暴力を振るい、痛め付けようと考えて、Cに暴力を振るう人物として丙を連れてC方に向かったものであり、積極的加害意思が認められる。

したがって、甲との関係では、Cが丙に対して殴りかかったことは「急迫」性（36条）を欠き、甲に正当防衛は成立しないと解すべきである。

(3) よって、1回目殴打及び2回目殴打につき、甲に暴行罪の共同正犯が成立する。 以上

● 誰を基準として正当防衛の成立要件を判断するか

● 違法性の判断が共犯者間で異なることがあるか

— M E M O —

令和6年司法試験分析会

刑事系・第2問

令和6年司法試験 刑事系第2問 問題文**〔第2問〕（配点：100）**

次の【事例】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事例】

- 1 H県警察I警察署の司法警察員Pは、同県I市内のアパート（以下「本件アパート」という。）2階の201号室を拠点として覚醒剤の密売が行われているとの情報を得たことから、令和5年9月16日午後8時頃、本件アパートに赴いたところ、本件アパート201号室から出てくる人物を目撃したため、同人を尾行した。すると、同人は、I市内の路上において、左手に手提げかばん（以下「本件かばん」という。）を持っていた男性（後に甲と判明した。以下「甲」という。）と接触し、封筒（以下「本件封筒」という。）を甲に手渡し、甲は、本件封筒を本件かばんに入れた。これを目撃したPは、本件封筒の中には覚醒剤が入っているのではないかと疑い、甲が本件アパートから出てきた人物と別れた後、甲に対する職務質問を開始した。
- 2 Pが「ちょっといいですか。名前を教えてくださいませんか。」と尋ねたところ、甲が氏名を名のったことから、Pは無線で甲の前科を照会した。その結果、甲には覚醒剤取締法違反（使用）の前科があることが判明した。引き続き、Pが「先ほど封筒を受け取ってかばんに入れましたよね。封筒の中身は何ですか。」と尋ねたところ、甲は、「貸していたお金を返してもらっただけです。」と答えた。しかし、甲が異常に汗をかき、目をきょろきょろさせ、落ち着きがないなど、覚醒剤常用者の特徴を示していたため、Pは、本件封筒の中に覚醒剤が入っているとの疑いを更に強め、甲に対し、「封筒の中を見せてもらえませんか。」と言った。
すると、甲がいきなりその場から走って逃げ出したので、Pは、これを追い掛け、すぐに追いついて甲の前方に回り込んだ。甲は、立ち止まって、「何で追い掛けてくるんですか。任意じゃないんですか。」と言ったが、Pは、「何で逃げたんだ。そのかばんの中を見せろ。」と言いながら、いきなり本件かばんのチャックを開け、その中に手を差し入れ、その中をのぞき込みながらその在中物を手で探った。そして、Pが本件かばんの中に入っていた書類を手で持ち上げたところ、その下から注射器が発見された。Pが同注射器を取り出し、甲に対し、「これは何だ。一緒に署まで来てもらおうか。」と言ったところ、甲は警察署への同行に応じた。そこで、Pは、同注射器を本件かばんに戻した上、同日午後8時30分頃、甲をI警察署まで任意同行した。
- 3 I警察署への任意同行後、甲が本件かばんやその在中物の任意提出に応じなかったことから、Pは、捜索差押許可状を取得して、本件かばんやその在中物を差し押さえる必要があると考えた。そこで、Pは、甲に職務質問を実施した経緯に関する捜査報告書（以下「捜査報告書①」という。）及び注射器発見の経緯に関する捜査報告書（以下「捜査報告書②」という。）を作成した。
捜査報告書①には、覚醒剤の密売拠点と疑われる本件アパートから出てきた人物から甲が本件封筒を受け取って本件かばんに入れたこと、甲には覚醒剤取締法違反（使用）の前科があること、甲が覚醒剤常用者の特徴を示していたこと及び甲は本件封筒の中を見せるように言われると逃げ出したことが記載されていた。これに対して、捜査報告書②には、本件かばんのチャックを開けたところ注射器が入っていた旨記載されていたが、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から同注射器を発見して取り出したことは記載されていなかった。
- 4 Pは、同日午後9時30分頃、捜査報告書①及び捜査報告書②等を疎明資料として、H地方裁判所裁判官に対し、「捜索すべき場所、身体又は物」を甲の身体及び所持品、「差し押さえるべき物」を本件かばん及びその在中物並びに覚醒剤等とする捜索差押許可状の発付を請求し、その旨の捜索差押許可状の発付を受けた。

同日午後10時30分頃、Pが同許可状に基づき捜索を実施したところ、本件かばん内側のサイドポケットから本件封筒が発見された。Pがこれを取り出して中身を確認すると、覚醒剤様の白色結晶入りのチャック付きポリ袋が入っていたことから、Pは、同結晶の簡易検査を実施した。その結果、同結晶から覚醒剤の陽性反応が出たことから、Pは、同日午後11時頃、覚醒剤取締法違反（所持）の事実で甲を現行犯逮捕するとともに、同許可状に基づき、同結晶入りのチャック付きポリ袋を差し押さえた。

その後、同結晶の鑑定が実施され、同結晶が覚醒剤である旨の【鑑定書】が作成された。同月27日、甲は、覚醒剤取締法違反（所持）の事実で、H地方裁判所に起訴された。

検察官は、第1回公判期日において、前記【鑑定書】の証拠調べを請求したが、甲の弁護人は、前記【鑑定書】の取調べに異議がある旨の意見を述べた。

- 5 他方、Pが本件アパート201号室に関する捜査を実施したところ、同室の賃貸借契約の名義人が乙であること、乙には覚醒剤取締法違反（所持）の前科があり、その前科に係る事件記録の捜査報告書によれば、乙の首右側に小さな蛇のタトゥーがあることが判明した。

Pは、同年9月27日午後11時30分頃、本件アパート201号室の玄関ドアが見える公道上において、本件アパートの張り込みを開始した。Pは、同月28日午前1時30分頃に男性1名が、同日午前2時頃に別の男性2名がそれぞれ本件アパート201号室に入る様子を目撃した。Pは、これらの男性のうち、同日午前1時30分頃に本件アパート201号室に入った男性の顔が乙の顔と極めて酷似していたことから、同男性の首右側にタトゥーが入っているか否か及びその形状を確認できれば、同男性が乙であると特定できると考えた。

同日午前8時頃、Pが本件アパート201号室から出てきた同男性を尾行したところ、同男性は本件アパート付近の喫茶店に入店した。そこで、Pは、同男性が乙であることを特定する目的で、同喫茶店において、同店店長の承諾を得た上で、店内に着席していた同男性から少し離れた席から、ビデオカメラを用いて、同男性を撮影した【捜査①】。Pが撮影した映像は、全体で約20秒間のものであり、そこには、小さな蛇のタトゥーが入った同男性の首右側や同男性が椅子に座って飲食する様子のほか、その後方の客の様子が映っていた。

Pが同映像に映る男性の容貌及び首右側の小さな蛇のタトゥーの形状を乙のそれと突き合わせたところ、その特徴が一致したことから、同日午前1時30分頃に本件アパート201号室に入った男性は乙であると特定することができた。

- 6 さらに、Pは、乙とその他の男性らとの共犯関係、覚醒剤の搬入状況などの組織的な覚醒剤密売の実態を明らかにするため、本件アパート201号室への人の出入りの様子を監視する必要があると考えた。しかし、同室の玄関ドアは幅員約5メートルの公道側に向かって設置されていた上、同ドア横には公道上を見渡せる位置に腰高窓が設置されていたことから、同室に出入りする人物に気付かれることなく、同室の玄関ドアが見える公道上で張り込んで同室の様子を間断なく監視することは困難であった。

一方、その公道の反対側には3階建てのビルが建っており、同ビル2階の部屋の公道側の窓からは、本件アパート201号室の玄関ドアが見通せた。そこで、Pは、同年10月3日、同ビルの所有者及び管理会社の承諾を得て、同ビル2階の前記窓のそばにビデオカメラを設置し、同日から同年12月3日までの間、毎日24時間、本件アパート201号室の玄関ドアやその付近の共用通路を撮影し続けた【捜査②】。

撮影された映像には、同室玄関ドアが開けられるたびに、玄関内側や奥の部屋に通じる廊下が映り込んでいた。

- 7 その後、Pは、乙及び2名の男性が毎日おおむね決まった時間に同室に出入りする様子が記録されていた前記ビデオカメラの映像等を疎明資料として、本件アパート201号室の捜索差押許可状を取得し、同室の捜索を実施したところ、同室内から大量の覚醒剤等が発見されたことから、乙らを覚醒剤取締法違反（営利目的所持）の事実で現行犯逮捕した。

〔設問1〕

【鑑定書】の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕

下線部の【捜査①】及び【捜査②】のビデオ撮影の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

(参照条文) 覚醒剤取締法

第19条 次に掲げる場合のほかは、何人も、覚醒剤を使用してはならない。

一 (以下略)

第41条の2 覚醒剤を、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)

第41条の3 次の各号の一に該当する者は、10年以下の懲役に処する。

一 第19条(使用の禁止)の規定に違反した者

二 (以下略)

— M E M O —

令和6年司法試験・刑事系・第2問・解答例

第1 設問1

1 本問の鑑定書（以下「本件鑑定書」という。）が作成された経緯は、概要次の通りである。

Pは、令状なくして本件かばんの中に手を入れて探り（以下「本件処分」という。）、注射器（以下「本件注射器」という。）を発見した。そこで、Pは令状に基づき本件かばんを捜索したところ、覚醒剤様の白色結晶が発見された。その後、同結晶の鑑定が行われ、本件鑑定書が作成された。

そこで、本件処分は違法であり、本件注射器は違法収集証拠であって、本件鑑定書は本件注射器の派生証拠として証拠能力が否定されないかが問題となる。

2(1) まず、本件処分の適法性を検討する。

(2) 本件処分は令状なくして行われており、甲の職務質問（警職法2条1項）に付随して行われた所持品検査と解される。

(3) そもそも、所持品検査は許されるのか、刑事訴訟法上明文がなく問題となるものの、職務質問に付随する行為として認められると解される。なぜなら、所持品検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果を上げるうえで必要性・有用性の認められる行為だからである。

(4)ア もっとも、所持品検査は、任意処分たる職務質問に付随する行為であるから、任意処分と解されるところ、行政警察活動としての任意処分も、その目的を達成するために必要最小限のものでなければならない（警察比例の原則）。そこで、

「強制的処分」（刑事訴訟法（以下、法令名を略す。）197条1項但書）である捜索に至らない程度の所持品検査は、強制にわたらない限りは、具体的状況のもと相当と認められる限度において許容されるべきと解する。

「強制的処分」とは、①個人の意思に反し、②重要な権利利益を制約する処分である。なぜなら、強制処分法定主義の趣旨は、重要な権利利益を制約する捜査手法について、国会を通じて国民自身はその要件及び手続を法定して恣意的な捜査を防止し、もって人権保障を図る点にあるためである。

イ 本問において、本件処分は、Pが、「そのかばんの中を見せる。」と言いながら、いきなり本件かばんのチャックを開け、その中に手を差し入れ、その中をのぞき込みながらその在中物を手で探ったというものである。これは、本件かばんないしその在中物に対する甲の財産権を侵害する行為である（要件②充足）。

また、Pが甲に本件かばんの中の封筒を見せるよう求めたところ、甲はいきなりその場から走って逃げだしたことから、本件かばんないしその在中物に対する財産権の侵害は、甲の意思に反すると合理的に推認される（要件①充足）。

ウ したがって、本件処分は、甲の意思に反し、本件かばんの中身を相当程度把握する行為として捜索にあたる。

よって、本件処分は、適法な所持品検査ではなく、令状なくして行われた捜索として違法となる。また、本件処分に基

● 米子銀行強盗事件／最判昭
53.6.20

● 最判昭51.3.16

づき発見された本件注射器は、違法収集証拠である。

3(1) 次に、本件鑑定書は、違法収集証拠たる本件注射器の派生証拠として証拠能力が否定されないか、検討する。

(2) そもそも、違法収集証拠排除法則は、司法に対する国民の信頼保護、将来の違法捜査抑止の観点から、明文なく認められている。そして、違法収集証拠から派生した証拠を許容すると、司法の廉潔性という違法収集証拠排除法則の趣旨を没却しかねない。そこで、違法収集証拠からの派生的証拠の証拠能力は、①第一次的証拠の違法の程度、②第二次的証拠の重要性の程度、③第一次的証拠と第二次的証拠の関連性の程度、④被疑事件の重大性など、諸般の事情を総合考慮して決すべきである。

(3)ア 本問において、第一次的証拠たる本件注射器は、前述の通り、令状なくして行われた違法な捜索により発見され、その違法は令状主義の精神を没却する重大なものである(①)。

一方、第二次的証拠たる本件鑑定書は、甲が覚醒剤を所持していたことを直接証明する重要な証拠である(②)。また、甲の被疑事件である覚醒剤取締法違反は、間接的に犯罪組織の温床となり得る重大な犯罪である(④)。

イ では、本件注射器と本件鑑定書の関連性はどの程度か。

本件鑑定書は、令状に基づく捜索差押えにより発見された覚醒剤様の白色結晶の鑑定結果を示すものである。このように、本件注射器の発見と本件鑑定書作成の間には、令状裁判官による審査が行われているから、本件注射器の違法性は令

● 最判昭53.9.7参照

● 毒樹の果実の理論

● 希釈の法理

状主義の精神を没却するとまではいえない程度に希釈され、本件注射器と本件鑑定書の関連性は弱いとも考えられる。

しかし、前記令状裁判官による審査において、Pは捜査報告書①及び②を疎明資料として提出したところ、捜査報告書②には、Pが本件かばんの中に手を入れて探り、書類の下から同注射器を発見して取り出したという、本件処分の違法性を基礎づける事情が記載されていない。とすれば、本問で、令状裁判官には本件処分の違法性をチェックする機会が与えられていない。したがって、本件注射器の違法性は、本件注射器の発見と本件鑑定書作成の間の令状裁判官による審査をもって希釈されたとはいえず、本件注射器と本件鑑定書の関連性はなお強い(③)。

(4) よって、本件鑑定書の重要性や甲の被疑事件の重大性をふまえても、本件注射器の違法性が重大であり、本件注射器と本件鑑定書に強い関連性があることから、本件鑑定書の証拠能力は否定されるべきである。

第2 設問2

1 捜査①について

(1)ア まず、捜査①は、被写体男性の身体につき、その存在や形状・状態・性質等を五官の作用によって認識する「検証」(218条1項)として「強制の処分」(197条1項但書)にあたり、令状なく行われた違法なものではないか。

イ 「強制の処分」の要件は、前述の通りである。

ウ 本問において、捜査①は、被写体男性のみだりに容貌等を撮影されない自由及びプライバシー権を侵害し、合理的に推認される同男性の意思に反する（要件①充足）。

もっとも、捜査①では、不特定多数人が利用する喫茶店内が撮影されたところ、かかる場所においては、他人から容貌を観察されること自体を受忍せざるを得ない。とすれば、同男性のみだりに容貌等を撮影されない自由やプライバシー権は、重要な権利利益とはいえない（要件②不充足）。

エ よって、捜査①は「強制の処分」にあらず、いわゆる任意処分（197条1項本文）に留まる。

(2)ア もっとも、任意処分も、その目的を達成するために必要最小限のものでなければならず（捜査比例の原則）、その限度を超えれば違法となる。そこで、任意処分であっても、具体的状況のもとで相当と認められる限度で許されると解する。

イ 本問においては、まず、本件アパート2階の201号室を拠点として覚醒剤の密売が行われているとの情報があったところ、同室の賃貸借契約の名義人は乙であり、乙には覚醒剤取締法違反の前科があった。かかる事情から、乙が覚醒剤取締法違反の罪を犯した可能性が合理的に認められる。また、覚醒剤取締法違反は、前述の通り重大な犯罪である。

次に、乙の首右側には小さな蛇のタトゥーがあり、また本件アパート2階の201号室に出入りする男性のうち一人の顔は乙の顔と極めて酷似していたところ、同男性の首右側の

● 最判平20.4.15参照

● 最判昭51.3.16

● 最判平20.4.15参照

タトゥーの有無及びその形状を確認できれば、同男性が乙であると特定できる。そこで、同男性の首右側が確認できるビデオの撮影は、乙を特定するための重要な判断に必要な証拠資料であり、これを入手する必要性は高い。

最後に、前述の通り、捜査①により被写体男性が制約される権利利益は、他人から容貌を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所における、みだりに容貌等を撮影されない自由やプライバシー権に留まる。

したがって、捜査①は、権利利益の制約が軽度にとどまる反面、高度の必要性が認められ、相当な処分である。

ウ よって、捜査①は、相当な任意処分として適法である。

2 捜査②について

(1)ア まず、捜査②は、本件アパート2階の201号室につき、その存在や形状・状態・性質等を五官の作用によって認識する「検証」として「強制の処分」（197条1項但書）にあたり、令状なく行われた違法なものではないか。

イ 「強制の処分」の要件は、前述の通りである。

ウ 本問において、捜査②は、本件アパート2階の201号室の玄関ドアやその付近の共用廊下を撮影して、同室に出入りする人物のみだりに容貌等を撮影されない自由及びプライバシー権を侵害するものであり、合理的に推認されるこれらの人物の意思に反する（要件①充足）。

エ では、捜査②は、重要な権利利益に制約を加えるか。

捜査②では、同室玄関ドアやその付近の共用廊下が撮影されたところ、同所は、本件アパート2階の住人や訪問者等の不特定多数人が利用する。一方、捜査②では、同室内部も一部撮影されたところ、同室内部は同室の住人及び訪問者のみ、すなわち特定少数人しか利用しない。とすれば、捜査②は、他人から容貌を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所を撮影したものではないとも考えられる。

しかし、捜査②で撮影された同室内部とは、同室玄関ドアが開いた時に限り見える、同室玄関内側や奥の部屋に通じる廊下のみである。そして、捜査②が行われたビル2階の部屋の公道側の窓や、同室玄関ドア前を通る不特定多数人が、当該時間に当該場所を観察することは可能かつ容易である。とすれば、捜査②は結局、他人から容貌を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所を撮影したものと評価できる。

したがって、同室に出入りする人物のみだりに容貌等を撮影されない自由やプライバシー権は、重要な権利利益とはいえない（要件②不充足）。

オ よって、捜査②は「強制の処分」にあらず、いわゆる任意処分（197条1項本文）に留まる。

(2)ア 任意処分が許容される要件は、前述の通りである。

イ 本件においては、まず、令和5年9月28日、覚醒剤の密売が行われているとの情報がある本件アパート2階の201号室同室に2人の男性が出入りしており、同男性らは覚醒剤

の密売に関わっている可能性が高いから、同男性らが覚醒剤取締法違反の罪を犯した可能性が合理的に認められる。また、覚醒剤取締法違反は、前述の通り重大な犯罪である。

ウ 次に、同室への人の出入りの様子を監視すれば、同男性らが同室に出入りする頻度・状況等が明らかとなり、ひいては同男性らと乙の共犯関係の有無や、覚醒剤の搬入状況等の組織的密売の実態等が明らかになる可能性がある。とすれば、同室への人の出入りの様子を監視する必要性は高い。

もともと、同室の玄関ドアは公道側に向かって設置されていた上、同ドア横には公道上を見渡せる位置に腰高窓が設置されていたことから、同室に出入りする人物に気付かれることなく、同室の玄関ドアが見える公道上で同室の様子を間断なく監視することは困難である。したがって、同室への人の出入りの様子を監視する方法としては、捜査②が最も適切である。

エ 最後に、前述の通り、捜査②により同室に出入りする人物が制約される権利利益は、他人から容貌を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所における、みだりに容貌等を撮影されない自由やプライバシー権に留まる。

したがって、捜査②は、権利利益の制約が軽度にとどまる反面、高度の必要性が認められ、相当な処分である。

オ よって、捜査②は相当な任意処分として適法である。

以上

れっく **LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2024 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL24581