

司法試験

平成29年本試験徹底分析会

刑事系

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 17393 1

LU17393

平成29年本試験分析会

刑事系・第1問

平成29年司法試験 刑事系第1問 問題文**〔第1問〕（配点：100）**

以下の事例に基づき、甲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に気付かれぬようにして、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。

- MEMO -

平成29年司法試験 刑事系第1問 解答例

第1 甲の罪責

1 私文書偽造罪（159条1項）について

甲は、B信販会社が発行するA名義のクレジットカードの利用申込にあたって作成する売上票用紙の「ご署名（自署）」欄（以下「署名欄」という。）にAの氏名を記入し、時計店店主Cに提出している。当該行為には、以下に詳述するとおり、有印私文書偽造罪が成立する。

(1) 構成要件該当性

ア 構成要件

私文書偽造罪の構成要件は、①行使の目的をもって②他人の署名を利用して③権利、義務若しくは事実関係に関する文書を④偽造することである。

イ 行使の目的があること

甲は、自ら作成した売上票用紙を時計店店主Cに提示し、これによって真正な文書として使用することを意図して売上票用紙の署名欄に署名しているのであり、行使の目的が認められる。

ウ 他人の署名を用いていること

甲は、売上票用紙の署名欄にAの氏名を記入しているのだから、「他人の署名」を用いているといえる。

エ 権利、義務若しくは事実関係に関する文書であること

文書とは、文字その他の可視的・可読的符号により、一定期間永続する状態で、物体の上に意思または観念を表示したものをいうところ、売上票用紙は紙上に文字を用いて、クレジットカードを利用する旨の意思を示したものであり、文書性をみだす。また、当該意思内容は、B信販

会社とAとの間の債権債務関係の発生を示すものであり、権利義務に関する文書に該当する。

オ 偽造したこと

甲は、売上票用紙に自己と別人格であるAの署名をしている。当該行為は、実際に売上票用紙に意思表示をした主体である作成者と、当該売上票用紙の効果の帰属主体である名義人の同一性を偽る行為であり、偽造にあたる。

なお、名義人であるAは、Xを購入する限度で当該クレジットカードの使用を認めていることから、甲が売上票用紙にAの署名をすることにつき、名義人が事前に許諾していたものである。しかし、B信販会社の規約が、会員である名義人のみが当該クレジットカードを利用できると定めていることから、文書の性質上作成名義人以外の者が売上票用紙を作成することは規約上許されない。そのため、Aによるクレジットカード使用の許諾は甲の有印私文書偽造罪成立を妨げない。

カ 小括

以上より、甲が売上票用紙にA名義の署名をした行為は、私文書偽造罪の構成要件を充足する。

(2) 小括

違法性阻却事由は存在せず、甲には構成要件該当事実認識認容があり、故意があったと認められるため、私文書偽造罪が成立する。

2 偽造私文書等行使罪（161条1項）について

甲は、偽造私文書である売上票用紙をCに真正なものとして提示し、使用している。当該行為は、偽造私文書の行使にあたる。

甲には、違法性阻却事由が存在せず、構成要件該当事実を認識認容しており、故意があったと認められるため、偽造私文書等行使罪が成立する。

3 詐欺罪（246条1項）について

甲は、B信販会社が発行するA名義のクレジットカードを用いて、時計店において腕時計X（時価10万円相当）及び腕時計Y（時価50万円相当）を購入している。以下に詳述するとおり、当該行為については、時計店を被害者とする詐欺罪が成立する。

(1) 構成要件該当性

ア 詐欺罪の構成要件は、①人を欺く行為の存在②①によって相手方が錯誤に陥ったこと③②によって相手方が処分行為を行ったことである。

イ 人を欺く行為の存在について

人を欺く行為とは、取引の相手方が真実を知っていれば財産的処分行為を行わないような重要な事実を偽ることをいう。Cは、B信販会社規約によって、利用者が会員本人であることを善良なる管理者の注意義務をもって確認することを求められているため、甲が会員Aでないことを知っていれば、当然甲に対してX及びYを販売しなかったと考えられる。よって、甲が売上票用紙にAの氏名を記載することで、会員Aであると自称した行為は、人を欺く行為に該当する。

ウ 相手方が錯誤に陥ったことについて

Cは、売上票用紙に記載された署名を確認し、「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」たのであるから、錯誤に陥ったといえる。

エ 相手方が処分行為を行ったことについて

ここでいう処分行為とは、欺く行為によって生じた瑕疵ある意思表示に基づいて財物の占有が終局的に移転することをいう。財産上の価値をもつX及びYの占有がCから甲に移転したことは、財物の終局的な占有移転に該当する。そして、当該占有移転は、甲がAの氏名を記載した売上票用紙をCに提示したことで、Cが甲を本件クレジットカードの名義人であるAと誤信したことに基づく。よって、欺く行為と因果関係のある処分行為の存在が認められる。

オ 小括

以上より、甲が売上票用紙にAの氏名を記載してCに提示し、X及びYの交付を受けた行為は、詐欺罪の構成要件を充足する。

(2) 小括

甲には、違法性阻却事由は存在せず、構成要件該当事実を認識認容しており、故意があったと認められるため、詐欺罪が成立する。

4 背任罪（250条）について

甲は、AからXを購入する限度でA名義のクレジットカードを使用することにつき許諾を受けたものであるから、A名義のクレジットカードを用いて商品を購入するという他人固有の事務を本人に代わってするものといえる。甲は、AからX購入の限度を超えて本件クレジットカードを使用しないということを期待されているにも関わらず、本件クレジットカードを用いてXのみならずYまで購入している。当該行為は、甲本人の利益を図るものであり、図利目的で任務違背行為をしたといえることができる。これによって、Aは許諾の範囲を超えてYの代金相当額である50万円の債務を負うこととなるため、財産上の損害を被っている。

甲には、違法性阻却事由及び責任阻却事由が存在しないため、背任罪が成立する。

5 傷害罪及び窃盗罪について

甲は、乙とともにAに対して体当たりをするなどし、A全く動かなくなった後にAの財布を奪うことを思いつき、Aの財布に入っている現金4万円を自己のものとするため、財布ごとポケットにしまっている。当該行為は、暴行によって生じた反応抑圧状態下での財物の占有移転に該当するが、当該暴行が財物奪取に向けられたものでないことから、強盗罪は成立しない。そこで、以下、暴行行為と財物の占有移転行為は別個独立のものとして論じる。

(1) 暴行罪（208条）について

ア 構成要件について

甲は、乙とともにAに体当たりをして、路上に仰向けに倒れたAの腰辺りにまたがり、Aの両上腕部を真上から両手で押さえつけている。当該行為は、Aの身体に対する有形力の行使であり、暴行罪の構成要件を充足する。

なお、甲は乙の間で、Aに体当たりして転倒させ、路上に倒れているAの身体を押さえつけるという範囲でのみ意思連絡が存在しており、乙が石でAを殴った点については何ら共謀が存在しないのであるから、当該行為について甲は責任を負わない。

イ 違法性阻却事由について

甲は、上記行為をAに殴られることを防ぐためにしているのであって、正当防衛（36条1項）に該当することにつき、以下詳述する。

(ア) 急迫不正の侵害について

急迫不正の侵害とは、人の法益に対する違法な侵害が差し迫っている状態をいう。Aは、甲の顔面を殴ろうとして、向け右手原告を突き出したのであるから、甲の身体の安全という法益に対する違法な侵害が差し迫っているといえることができる。

(イ) 自己又は他人の権利を防衛するため

甲は、上記行為によって、実際にAによる身体の安全に対する侵害を排除する効果を生じているので、「防衛のため」にした行為といえる。

(ウ) やむを得ずした行為であること

侵害の回避のためにした行為は、侵害回避のために必要最小限度のものでなければならない。甲の行為は、身長体重において、Aと同等である甲が、A及び甲より身長体重において勝る乙とともにAに体当たりをし、転倒したAの身体を路上に押さえつけるものではあるが、甲はこれによってAが暴れるのを防いだけであり、これ以上にAの身体の安全に危害を加えるものではない。そのため、当該行為は侵害回避のために必要最小限度のものであったとえる。

ウ 小括

以上より、甲による上記行為は違法性が阻却され、犯罪にあたらな

(2) 窃盗罪について

甲は、Aの占有する現金4万円につき、自己のものとして費消する意思をもって、自己の占有下に移転しているのであるから、当該行為は窃

盗罪の構成要件を充足する。なお、甲はAの財布及び現金を取得する時点で、Aが既に死亡したと認識しているが、甲は甲及び乙の行為によって今まさにAが死亡した直後であると認識していたのであるから、甲との関係においてはAは身につけている財物の占有を失わない。

当該行為につき違法性阻却事由は存在せず、また、甲は上記事実を全て認識認容しているのであるから、窃盗の故意も認められる。

以上より、甲には窃盗罪が成立する。

6 罪数

有印私文書偽造罪、同行使及び詐欺罪はそれぞれ牽連犯（54条1項後段）となる。上記一連の行為と背任罪は自然的観察のもの、行為者の動態が社会的見解上一個のものとして評価することが可能なため、観念的競合（54条1項後段）となる。これらと窃盗罪は併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責

1 傷害罪（204条）について

乙は、Aを石で殴り失神させているのであり、以下詳述するとおり、当該行為には傷害罪が成立する。

(1) 構成要件該当性

傷害罪とは、身体に対する有形力の行使をもって、対象者の身体の完全性を害することをいう。乙は、Aに対して石で顔面を1発殴るという有形力を行使しており、これによってAを失神させているのであるから、構成要件を充足する。

(2) 違法性阻却事由について

乙は、Aを路上に押さえつけた後も、更にAが「甲、お前をぶん殴っ

てやる。絶対に許さない。」などと大声で罵り、力を込めて身をよじらせていたのであり、当該時点で未だ甲の身体の安全に対する差し迫った危険が解消されたということとはできない。そのため、急迫不正の侵害の存在は認められる。しかし、Aが甲の身体の安全を侵害することを防ぐために、既に路上に同等以上の体格を持つ男性二名で押さえつけているにも関わらず、石という凶器を用いて顔面という人体の急所を殴る行為は、必要最小限度のものということとはできない。そのため、当該乙の行為は、過剰防衛（36条2項）となる。

(3) 小括

乙に責任阻却事由は存在せず、乙がAの顔面を石で殴って失神させた行為には、傷害罪が成立するものの、その刑は減免される。

2 器物損壊罪（261条）について

乙は、Aの財布につき、廃棄する意思で甲が持ち去ることを提案し、甲をしてこれを実行させている。当該行為は、Aの財布及び財布の効用を害する行為に該当し、違法性阻却事由及び責任阻却事由が存在しないため、器物損壊罪が成立する。

なお、甲は財布在中の現金4万円につき、自己のために費消する意思を有しているが、この点について甲乙は意思連絡をしていないため、共謀があったということとはできず、乙は窃盗罪の共同正犯にならない。

3 罪数

乙に成立する傷害罪と器物損壊罪は、併合罪となる。

以上

- MEMO -

平成29年本試験分析会

刑事系・第2問

平成29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 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>

平成29年司法試験 刑事系第2問 解答例

第1 設問1

1 下線部①について

Qらは、平成28年9月15日付けで発付された搜索差押令状の執行（刑訴法【以下省略】208条）として、甲方へ進入するため、甲方の掃き出し窓のガラスを割って解錠している。当該行為は、搜索差押えの実施にあたって「必要な処分」（222条、111条1項前段）に該当し、適法であることにつき、以下詳述する。

(1) 「必要な処分」として許容されることについて

「必要な処分」には、条文上解錠行為を含むとされているものの、ガラスを割るなどの解錠に伴う法益侵害を無制限に許容する趣旨ではなく、その適否は捜査比例の原則に則り、具体的処分行為によって制約される法益と、当該処分行為の必要性の比較衡量によって決せられる。

Qらは、甲方の掃き出し窓のガラスを割ることで、甲の財産権を制約している。ただし、窓ガラスは容易に交換が可能であることから、制約の程度は重大ではない。他方、甲方には乙及び丙が在室している可能性が高いことから、甲が郵便配達員に対応したのと同様に、Pらに対してドアチェーンをかけたまま対応した場合、室内への進入が遅れ、乙及び丙によって証拠物が隠匿されるおそれがある。特に、覚せい剤取締法違反の決定的証拠である覚せい剤は、洗面台に流すなど容易に隠匿できる物品であることから、搜索開始と同時に在室者全員の動きを封

じる必要性が高い。

よって、ガラスを割る行為も、上記必要性のもとでは社会通念上相当な態様のもとして許容される。

(2) 令状提示前に行われたことについて

搜索差押えにあたっては、処分を受ける者に対して、令状を提示することが要求される（222条、110条）。当該規定の趣旨が、処分を受ける者に対して処分内容を了知させ、手続の明確性と公正と担保し、不服申立などの機会を確保することにあることからすると、原則として処分開始前、則ち搜索場所に立ち入る前に令状を提示することが要求される。他方、令状の事前提示は、令状主義を定める憲法35条1項の直接の要請ではないことから、事前提示することで引き続き搜索差押えが損なわれるおそれがある場合には、搜索着手後に令状提示をすることも認められる。

本件においては、上述のとおり、在室者によって証拠が隠滅される可能性が高く、早期に在室者の行動を制止する必要性が認められるため、搜索着手後に令状を提示することも許容される。

(3) 結論

以上より、令状提示前に甲方の掃き出し窓のガラスを割って解錠し、甲方に進入した行為は、「必要な処分」として適法である。

2 下線部②について

搜索差押令状には、「搜索すべき場所、身体若しくは物」を明記することとされており（219条、憲法35条1項）、「場所」と「物」は別個に記載すべきものとされている。しかし、特定の場所に存在する物品に関するプライバシーは、場所に対するプライバシーに包含されるものであり、特定の場所に対する搜索処分につき令状が発付された場合には、特段の事情がない限り、令状記載の場所内に存在し管理権者、住居権者の支配管理下にあったものについても搜索が許容されていると解される。

搜索開始段階から乙が所持していたハンドバッグは、甲の内妻であって、甲方の住居権者のひとりである乙の所有物であり、もともと甲方に存在する蓋然性が認められる。当該物品は、たまたま乙が所持していたことをもって、搜索場所から離脱しているとはいえない。そして、乙が所持するハンドバッグの搜索は、乙の身体の搜索を伴うものではなく、当該物品の搜索にとどまるため、これを許容したとしても、乙に生じる権利侵害は小さい。当該ハンドバッグ及びその内容物についても、甲方を搜索場所とする令状の効果が及ぶ。

よって、Pが乙のハンドバッグの中身を搜索した行為は適法である。

3 下線部③について

上述のとおり、法は搜索の対象を、「場所」「身体」「物」と区別している。そして、人の身体については、その者がいる場所に対するプライバシーとは別個独立のプライバシーの権利が認め

られる。更に、人の身体に関するプライバシーは、人格の尊厳といった要素も含むものであるため、特に保護すべき価値の高い権利だといえる。そのため、搜索場所に対する令状の効力として同所に居合わせた人物の身体の搜索を行うことは、同所の居住者であるか否かを問わず認められない。

よって、Qが丙のズボン右ポケットに手を差し入れ、紙片を取り出した行為は、令状によらない身体の搜索にあたり、違法である。

なお、搜索場所にもともと存在した差押目的物を身体に隠匿したことの現認がある場合あるいはその高度の蓋然性が認められる場合には、これを現状に復することも搜索差押えの実施に「必要な処分」に該当する。丙のズボン右ポケットは、丙の右手を抜いた後も膨らんでいたことから、物品が入っていることが予想される。そして、丙が時折ズボンの上から右ポケットに触れるなど、同所を気にする素振りや、室内を歩き回るなどの落ち着かない様子を見せていたことから、本件と関連する証拠を所持している可能性は否定できない。しかし、Qらは、丙が甲方にあった物品をポケットに入れる等の行動を現認したのではなく、丙のポケット在中物はもともと丙が甲方に持ち込んだ丙の所有物である可能性も十分に認められる。そのため、Qの上記行為は、もともと甲方にあった高度の蓋然性が認められる物品について、搜索差押えの実効性確保のため現状に復するためのものということとはできず、「必要な処分」として正当化されない。

第2 設問2

1 小問1について

公判期日における供述に代えて書面を証拠とすることは、偽証罪（刑法169条）の告知や裁判官による供述態様の観察による真実性の担保がなく、相手方に反対尋問の機会が保障されていないことから、法に定める例外を除いて証拠として採用することはできない（320条1項）。当該趣旨より、伝聞証拠として証拠能力を否定される供述証拠は、立証趣旨との関係でその真実性が問題となるものに限定される。これに対し、公判期日における「供述の証明力を争う」ために用いる場合には、321条から324条に定める伝聞例外に該当しなくとも、証拠として採用できる（328条）とされている。これは、自己矛盾供述の存在それ自体をもって公判供述の信用性を争う場合、いずれの供述が真実であるかを問うことなく、供述の存在それ自体をもって公判供述の信用性を減殺することが可能であるため、そもそも伝聞証拠に該当しないことを確認するものである。そこで、法文上は証拠の内容に限定は付されていないものの、「供述の証明力を争う」ための証拠として採用できる供述証拠は、上記趣旨に合致するものに限定される。これを前提に、以下、各証拠の証拠能力につき詳述する。

(1) 証拠1について

証拠1は、公判廷外における甲の供述をPが録取した書面である。証拠1における甲の供述内容は「甲ら覚せい剤の密売グ

ループに丁が関与していない」というものであり、「甲による覚せい剤の密売に丁が関与している」という内容の甲証言と矛盾するものである。自己矛盾供述の存在は、証言内容の真実性を問うことなく、その存在のみをもって証言の証明力を減殺するものであり、当該供述自体は立証趣旨との関係で真実性が問題とならない。

しかし、証拠1の甲証言部分は、Pによる録取過程を経たものであり、録取過程において伝聞性が問題となる。そのため、P作性にかかる供述録取書としては刑訴法に定める伝聞例外に該当し、または甲による326条の同意や甲の供述について録音テープが存在する等、甲の署名押印が存在するのと同程度に録取の正確性が立証された場合のみ証拠として許容される。しかし、本件においては甲の署名押印が存在しないため、321条1項3号該当せず、また、上述のような甲の署名押印に代わる録取過程の正確性を担保する事情も存在しないため、証拠1を328条として証拠として採用することはできない。

(2) 証拠2について

証拠2は、「甲らに覚せい剤を供給しているのは丁ではなく、丁への送金も覚せい剤の売上の分配ではない」という内容であり、「甲らの覚せい剤の密売に丁が関与している」という内容の甲証言と矛盾するものである。証拠1の項で論じたとおり、自己矛盾供述の存在それ自体をもって証言の証明力を減殺する場合、立証趣旨との関係で証言内容の真実性が問題となる

ものではないため、伝聞証拠に該当しない。

そして、証拠2については、甲の署名押印が存在するため、Pによる録取過程の正確性も担保されている。

よって、証拠2は証拠として採用することができる。

(3) 証拠4について

証拠4は、乙の公判廷外における供述を録取したものであって、その内容は「丁は甲らの覚せい剤密売に関与していない」というものである。そのため、「甲らの覚せい剤密売に丁が関与していた」という内容の甲証言と、供述内容において矛盾するものではある。しかし、甲と乙は別人格であり、甲と乙が異なる証言をしたことのみをもって、甲証言の証明力を減殺することはできない。則ち、乙供述をもって甲証言の証明力を減殺するためには、乙供述について、「丁が甲らの覚せい剤密売に関与したこと」という立証趣旨との関係で真実性が問題とされることとなる。そのため、乙供述は伝聞証拠に該当し、「供述の証明力を争う」ための証拠として採用することはできない。

なお、証拠4は乙の署名押印こそ備えているものの、供述者の死亡や心身の故障等、供述者が公判期日において供述することができない場合又は公判期日において矛盾する供述をした場合に該当しないため、321条1項3号によって証拠として採用することもできない。

2 小問2について

証拠3は、甲の公判廷外の供述を録取した書面であって、その

内容は「甲に覚せい剤を供給していたのは丁であること、丁が覚せい剤の売上の5割を取得していたこと、丁が甲らの覚せい剤密売グループのトップであってこと」である。これは、「丁が甲らの覚せい剤密売グループに関与していた」という甲証言と整合し、「甲に覚せい剤を供給していたのは丁ではない」とする証拠2と矛盾するものである。Sが証拠3を証拠請求する趣旨は、甲証言以前に、甲証言と矛盾する供述があったことが証拠2によって立証された後に、甲証言と合致する供述があったことをもって甲証言の証明力の回復を求めることにある。証拠1及び証拠2の項で述べたとおり、自己矛盾供述の存在それ自体をもって公判供述の証明力を減殺する場合、いずれの供述が真実であるかを問わないのに対し、過去に同旨の供述があったことをもって公判供述の証明力を回復しようとする場合、当該供述が真実であったことの心証を形成するに等しい結果が生じる。そのため、供述証拠を公判供述の証明力を回復するために用いる場合には、立証趣旨との関係で真実性が問題となっているのであり、そもそも伝聞証拠に該当しないということとはできない。

328条の趣旨は小問1の項で述べたとおりであり、伝聞証拠に該当する以上、「供述の証明力を争う」ための証拠として採用することはできない。

以上

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17393