

司法試験

平成29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 174518

LU17451

第 1 問 [刑 法]

<分析例>

甲の罪責

第 1 C に対する詐欺罪 (264 条 1 項) の成否

甲が、時計店店員 C に対し、本件クレジットカードの名義人 A に成り済まして同カードを提示して、腕時計 X 及び Y の購入を申し込み、C をして、甲が A 本人であり、同クレジットカードについて正当な利用権限を有するものと誤信させ、よって、C から X 及び Y の交付を受けた行為

1 欺罔行為 (「人を欺いて」) **参考判例 1 - 3**

- ・ 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使用でき、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 (規約における禁止、加盟店の確認義務)
- ・ 現に、C は甲の署名を確認し、利用者が名義人本人であることを確認した上で、X 及び Y の交付に応じている (加盟店における運用の徹底)

→ C が X 及び Y の交付に応じた動機は、甲が名義人 A 本人であると信じたから

= “甲が名義人 A 本人であるか否か” は C において X 及び Y の「**交付の判断の基礎となる重要な事項**」に当たる

⇒ 甲が本件クレジットカードを提示して、X 及び Y の購入を申し込む行為は、自己が名義人 A 本人であって同カードの正当な利用権限を有することを積極的に表示するものであり、**挙動による欺罔行為**に当たる

※ **他人名義のクレジットカードの不正使用の事案**において、**参考判例 1**は、当該加盟店において名義人以外の者によるクレジットカードの利用行為には応じない運用が徹底されていたこと、当該クレジットカードの会員規約上、会員である名義人以外の者の利用が禁じられており、加盟店は、利用者が名義人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等が規定されていること等の当該事案における**個別具体的な取引の運用、実態**を分析、指摘したうえで、名義を偽って名義人本人に成り済ます行為を挙動による欺罔と認定した。すなわち、当該加盟店における**個別具体的な取引の運用、実態**として、加盟店における本人確認が厳格に行われており、本人以外の者に

はクレジットカードを利用させていなかったという事情があるのであれば、名義を偽ってクレジットカードを使用する行為が欺罔行為となり得る。なぜなら、そのような取引の運用、実態がある以上、その加盟店にとって「利用者が名義人本人である」という事実は、加盟店が個別の取引に応じるか否かの重要な判断事項であった（加盟店は利用者が名義人本人であると信じたからこそ当該取引に応じた）といえ、名義を偽ること自体が、その重要な事項に関する判断を誤らせる、すなわち、財産的処分行為をさせるような錯誤に陥れる行為であるといえるからである。なお、欺罔行為を上記のように認定する場合、たとえ名義人の許可の範囲内でクレジットカードを使用した場合であっても本罪該当性を否定することはできないことになる。故に、本問においても、名義人Aの許可の範囲内で購入した腕時計Xについても詐欺罪の成立を肯定することになる。

※ もっとも、仮に判例の指摘したような具体的な取引の運用、実態がない場合であれば上記行為は欺罔行為に当たらないと評価される余地がある。例えば、当該加盟店における実際の取引の運用、実態として、本人確認をいい加減に済ませているような加盟店であれば、「利用者が名義人本人である」か否かは、加盟店が個別の取引に応じるか否かの重要な判断事項であったとは評価できず、たとえ名義を偽ったとしても、錯誤に陥れて財物を交付させたとはいえない。このことを端的に表しているのが、暴力団員であることを秘したゴルフ倶楽部施設利用の事案に関する2つの判例（参考判例2、3）である。特に参考判例3の事案では、当該ゴルフ倶楽部は、ゴルフ場利用約款において暴力団員による施設利用を禁止しており、出入口に立看板を設置するなどして暴力団員による施設利用を拒絶する意向を示してはいたものの、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は特段講じていなかった。また、実態としても、暴力団員の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、暴力団排除が必ずしも徹底されていなかった。参考判例3は、このような事実関係を指摘した上で、被告人による「施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらない」と判示している。この2つの判例からも明らかなように、暴力団員であることを秘して施設利用申込みをする行為という、客観的には全く同一の行為を行った場合であっても、当該取引当事者における個別具体的な取引の運用、実態如何によって、欺罔行為に該当するか否かの評価が分かれることになる。これを本問について見ると、B信販会社規約により、本件クレジットカードの名義人以外の者による利用禁止及び加盟店の確認義務が定められていたことが認められる。もっとも、さらに進んで、本問の時計店においてクレジットカード取引の際にカード利用者について本人確認を行う運用が徹底されていたか否かについては、問題文の事情からは必ずしも明らかになっていない。ただし、現に店員Cは甲の署名を確認した上で甲が名義人A本人であると認識（誤認）してX及びYの売却に応じていることから、少なくとも本問の時計店が本人確認のための措置を「特段講じていなかった」と評価されることはないであろう。

2 錯誤に基づく交付（「財物を交付させた」）

3 財産的損害

- ・（B信販会社から時計店への立替払いが行われたことを前提として）A名義の銀行口座から、腕時計X及びYの代金60万円を含む本件クレジットカードの利用代金が引き落とされた → 実質的な財産上の損害は？

個別財産に対する罪 ⇒ CによるX及びYの交付それ自体が損害

※ 取引行為において相当対価を取得した相手方に実質的な損害が生じているのか、という観点から詐欺罪の処罰範囲を適正なものに限定すべきであるとの問題意識は、従来、学説において、「**形式的個別財産説**」と「**実質的個別財産説**」の対立という枠組みで論じられてきた。もっとも、全体財産に対する罪である背任罪と異なり、条文上「財産上の損害」が規定されていない詐欺罪において、

いわば「書かれざる構成要件」として（実質的な）「財産的損害」の要件を付加する解釈上の根拠に乏しい。他方で、詐欺罪も財産犯である以上、およそ財産的被害の実態が生じていない場面において、何らかの告知を欠いた取引行為がおよそ詐欺罪を構成すると解するのは妥当性を欠く。そこで、**参考判例1ないし3等**の一連の判例は、上記の問題意識について、「財産的損害」という要件を要求するアプローチではなく、「欺罔行為」の対象を限定する（「取引に応じる」判断の基礎となる重要な事項）か否かを判断する際に実質的な法益侵害性の有無を重要な間接事実として考慮する」というアプローチを採用したものといえる。本問においても、このような判例のアプローチを採用するのであれば、上記1で詳述した検討を経て欺罔行為の対象の重要性（「取引に応じる」判断の基礎となる重要な事項）を認定したのであれば、それとは別個に実質的な法益侵害の有無という観点から「財産的損害」についての解釈論及び認定を展開する必要はないといえよう。

4 故意

- ※ 甲は、少なくとも腕時計Xについては名義人Aの許可の範囲内で取引しており、当該取引について後日Aの銀行口座から決済されるものと認識しているが、**参考判例1**のとおり欺罔行為を認定する場合、「名義を偽ってクレジットカードを使用する行為」についての認識に欠けるところはない以上、本罪の故意は阻却されない。

第2 有印私文書偽造罪及び同行使罪（159条1項、161条1項）の成否

1 「権利、義務若しくは事実証明に関する文書」

- ※ 「権利、義務…に関する文書」とは権利義務の発生、変更、消滅の要件になる文書又はその原因となる事実について証明力のある文書をいい、「**事実証明に関する文書**」とは社会生活に交渉を有する事項を証明するに足りる文書をいう。本問の売上票用紙は、売買契約書のような処分証書ではないが、前者の文書の意味を広く捉えればこれに当たると解することもできる。もっとも、仮に前者に当たらないとしても、クレジットカード取引の事実を証明する手段として後者の文書に当たるとは明らかであるから、いずれの文書に当たるとかを議論すること自体に大きな実益はない。

2 「偽造」 参考判例4・5

名義人：文書の表示から一般人に認識される意思主体 = A

作成者：文書の内容を表示させた意思主体 = 甲 or A?

→ 甲がA名義を使用してクレジットカード取引を行うことについてAの許可あり（**名義人の承諾**）= 真正文書？

- ・ 本件売上票用紙には、B信販会社の規約（名義人以外の者による利用禁止）に従い利用代金を支払う旨及び「ご署名（自署）」という記載がある

↓

文書の性質上、厳格に**自署性の要求される文書**

⇒ 名義人Aの承諾を得たとしても、甲が他人名義を冒用して作成したものと評価される

3 「他人の…署名」(有印)

「ご署名(自署)」欄にAの名前を署名

4 「行使の目的」/「行使した」

売上票用紙をCに手渡した上で、本件クレジットカード取引を行う(目的)

第3 Aに対する横領罪(252条1項)又は背任罪(247条)の成否

※ 横領罪と背任罪が交差する領域について、平成24年出題趣旨によれば「まず、業務上横領罪を検討すべきか背任罪を検討すべきかが問題となる。」との記載がある。本問においても、甲が本件クレジットカードを用いてAの許可の範囲を超えて腕時計Y(販売価格50万円)を購入した行為について、両罪の関係を法条競合と捉える場合、まず、重い横領罪の成否から検討することになろう。

1 委託信任関係(の要保護性)

※ 両罪の罪質は委託信任関係に対する違反を内容とする点で共通するところ、両罪の成否を検討する前提として、そもそもAの甲に対する委託が保護に値するのかが問題となり得る。すなわち、会員が非会員にカードを利用させることは、クレジットカードの規約上禁止されている(それ故、他人名義のカードを用いて商品を購入することは加盟店に対する詐欺罪を構成し得る)のであるから、加盟店及び信販会社側から見れば、規約に違反して甲に本件クレジットカードを預けたAもいわば“加害者側”の者である。この問題について、例えば、盗品の保管・あっせん等を委託された者が当該委託に違背して財物(盗品)を領得した場合、当該委託信任関係は保護に値しないという理由で委託物横領罪の成立を否定する見解等が有力に主張されている。もっとも、本問の場合、盗品の横領の場合と異なり、Aが預けたクレジットカードを甲が利用することが加盟店に対する詐欺罪を構成し得るとしても、横領罪又は背任罪の被害客体であるAの銀行口座内の預金自体は適法な財産であるといえることから両罪の成立を肯定する余地はある、と考えることができるであろう。

2 横領罪の成否

※ まず、横領罪の成否を検討する場合、「自己の占有する」の要件が問題となる。すなわち、甲は、本件クレジットカードを用いて、実質的には引き落とし口座内の預金を自己のために費消しているともいえることから、Aの銀行口座内の預金を「占有」しているか否かを検討する必要がある。本罪の「占有」は委託財産に対する法律上又は事実上の支配力を意味するところ、近時、判例法理において、この「占有」の範囲は拡大しており、例えば、参考判例6は、“キャッシュカードを所持する者”について、“横領罪との関係においては、預金口座の名義人に正当な払戻し権限がある場合に、預金債権に対する管理、占有ひいては銀行が事実上占有する金銭に対する預金額の限度での法律上の占有という観念を容れる余地がある”と判示している。このように本罪の「占有」を広く観念的に把握するのであれば、本問のような“クレジットカードを所持する者”についても、引落し口座内の預金に対する占有を肯定する余地がないとはいえない。もっとも、確かに甲はAから預かったクレジットカードによる商品購入を通じて、Aの銀行口座内にある預金を事実上処分し得る地位にあるが、その実質は、商品購入に伴う代金支払(決済)債務をAに負担させた反射的效果に過ぎない。その意味で、当該口座内の預金の払い戻し(引き出し)を為し得る(預金を直接的に利得し得る)地位にある“キャッシュカードを所持する者”とは異なり、クレジットカードを所持するのみでは、未だ口座内の預金を処分し得る権限を有しているとの評価は困難であると考えられる。そうすると、本問でも、Aの銀行口座内の預金に対する甲の「占有」は否定されることになろう。

- ※ なお、クレジットカード自体を財物（客体）としてその横領と構成する余地もあり得る。もっとも、その場合、本件クレジットカードの所有権の帰属するB信販会社を被害者とする犯罪を成立させることになるが、B信販会社はAの銀行口座からの引き落としにより代金全額の決済を受けているという本間の事実関係において、実態として被害を被っているのがAであることは明らかである以上、上記のような構成による結論は、被害の実態に沿う妥当なものとはいえないであろう。

3 背任罪の成否

- ※ 次に、横領罪の成立を否定して背任罪の成否を検討する場合、「他人のためにその事務を処理する者」の要件が問題となる。本条の文言から「その事務」とは他人の事務を指すというのが一般的な理解である。すなわち、「他人のために」処理していても、それが専ら「自己の事務」にとどまり、「他人の事務」としての側面を欠けば、本罪を構成することはなく、その義務違反は単なる債務不履行に過ぎない。もっとも、判例は、この事務処理者の範囲を拡張して捉える傾向があり、例えば、**参考判例7**は、**二重抵当**の事案等において背任罪の成立を肯定している。そこで、本間においても、Aから預かったクレジットカードを用いて商品で購入するという甲の行為について、「Aの事務」としての側面を観念し得るかが検討される必要がある。確かに、甲は専ら自己の利益のために本件クレジットカードを利用しており、Aもそのことを前提として甲にクレジットカードを預けているのであるから、甲の行為について“Aの計算”で行われる事務としての側面は存在しない。もっとも、背任罪は横領罪が成立しない間隙を埋める補充的な犯罪であり、上記のような判例の傾向も踏まえれば、本間の事務も“Aの名義”で行う事務であるという側面において、なお「Aの事務」であると評価する余地はあろう。

4 成立範囲（被害額）

- ※ 最後に、上記いずれかの罪の成立を肯定する場合、その成立範囲（被害額）をどのように捉えるかが問題となり得る。甲は、Aに対して「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。」と頼んでAから本件クレジットカードを借りていることから、もともとのAからの委託の内容は、①腕時計X（販売価格10万円）の購入以外に本件クレジットカードを利用しないこと、②甲が利用した分の代金は、クレジットカードの決済（Aの銀行口座からの引落し）の前に甲が現金でAに支払うこと、を前提とするものであったといえる。ところが、甲は、本件クレジットカードを利用して腕時計Y（販売価格50万円）も購入し、結果として、合計60万円をAの銀行口座から決済させている。そこで、被害額をどのように評価するかを検討する必要があるが、甲によるクレジットカード利用行為は、あくまでAの許可した金額（10万円）の範囲内である限りAの意思に反しないものと考えるのであれば、被害額はAの許可の範囲を超えてAの口座から決済させた50万円であると評価することになろう。もっとも、上記の委託の趣旨からすれば、たとえ10万円分のみ利用する（上記①に違反しない）場合であっても、決済前に甲から現金で確実な支払いを受けられないのであれば、なおAの意思に反する取引である（上記②に違反する）と評価する余地がある。本間において、甲は、Aに（許可された10万円を含む）合計60万円を約束の期日までに支払うことできる確実な見込みがないことを認識しつつ本件クレジットカードを利用しており、結果として60万円全額について支払い不能に陥って同額をAの銀行口座から決済させている。そうすると、甲の行為は、10万円分についてもAの委託の趣旨に違背するものであった（すなわち、甲は、合計60万円を不可分一体的に領得した又は任務違背により財産上の損害を与えた）と評価することもできるであろう。
- ※ なお、甲は、決済後の11月15日に上記60万円を全額Aに支払っている。もっとも、これは被害弁償として重要な量刑事情（情状）ではあるが、犯罪の成否とは無関係な事情である。
- ※ 他人名義のクレジットカード不正使用において、名義人に対する横領罪又は背任罪の成否については、上述のとおり、いずれの犯罪の成否を検討するに当たっても、その要件認定上困難な問題が生じる。故に、実務上は、この類型の事件は専ら加盟店に対する詐欺罪を認めることで解決が図られたものとして扱われる（名義人に対する財産罪としては立件されない）傾向があると指摘できる。

第4 Aに対する暴行罪の乙との共同正犯（60条，208条）の成否

1 体当たり行為

(1) 共謀（第1共謀）

甲：「一緒にAを止めよう。」

乙：「分かった。」

⇒ 甲及び乙は，Aに有形力を行使して反撃することについての意思連絡を遂げた

(2) 共謀に基づく実行（第1暴行及び第2暴行）

・第1共謀に基づいて，甲及び乙は，共同して，2回，正面からAに体当たりした

⇒ 上記一連の暴行は，Aに対する暴行罪の共同正犯に当たる

(3) 正当防衛（36条1項）の成否

ア 「急迫不正の侵害」

・第1暴行に先行して，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

・第2暴行に先行して，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（**侵害の継続性**）

イ 「防衛するため」（防衛の意思）

・甲及び乙は，甲がAから殴られるのを防ごうと考え，上記一連の暴行に及んだ

ウ 「やむを得ずにした行為」（防衛行為の相当性）

・2度の体当たりは，いずれもAに尻餅を付かせる，Aを路上に仰向けに倒す程度の攻撃力に過ぎなかった

⇒ 上記一連の暴行（第1暴行及び第2暴行）に正当防衛が成立する

※ 甲及び乙がAに対し2回にわたり体当たりをした行為は，厳密には暴行罪の構成要件に2回該当することになるが，別個に検討したとしても，いずれの行為にも正当防衛が成立することになるから，別個に検討する実益に乏しい。なお，この段階で「一連の行為」と評価するのは，あくまで客体（法益）の同一性，動機や行為態様の連続性等を根拠とする**実行行為の一体性**の認定であり，後述のとおり乙において問題となり得る**防衛行為の一体性**の認定ではない。

2 押さえ付け行為

(1) 共謀 (第2共謀)

甲：「一緒にAを押さえよう。」

乙：「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。」

⇒ 甲と乙は、Aの身体を押さえ付けることについての意思連絡を遂げた

(2) 共謀に基づく実行 (第3暴行)

- ・第2共謀に基づいて、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、乙は、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

⇒ Aに対する暴行罪の共同正犯に当たる

(3) 正当防衛 (36条1項) の成否

ア 「急迫不正の侵害」

- ・第3暴行に先行して、倒れたAは、「なにすんだ。この野郎。」と大声で言いながら、立ち上がろうとした (侵害の継続性)

イ 「防衛するため」 (防衛の意思)

- ・甲及び乙は、甲がAから殴られるのを防ごうと考え、第3暴行に及んだ

ウ 「やむを得ずにした行為」 (防衛行為の相当性)

- ・優位な体力差、体格差なし ⇔ 人数差あり (2対1)

甲：28歳、男性、身長165センチメートル、体重70キログラム

乙：25歳、男性、身長175センチメートル、体重75キログラム

A：28歳、男性、身長170センチメートル、体重65キログラム

- ・押さえ付けた部位は、Aの両上腕部、両足首のみであり、Aの身体、生命に危害を加え得る行為態様 (例えば、頸部を押さえ付ける等) ではない

⇒ 第3暴行に、正当防衛が成立する

第4 Aに対する傷害罪の乙との共同正犯（60条，204条）の成否

1 共謀に基づく実行 参考判例8

後述のとおり，乙が石でAの顔面を殴打する行為（第4暴行）に及んだ

→ 乙の第4暴行は，第2共謀に基づくものといえるか？

- ・押さえ付け行為と殴打行為は行為態様が異なるものの，乙は第3暴行によってAを押さえ付けた状態のまま，その状態を利用して第4暴行に及んでいる（客観面：行為態様の連続性）
- ・乙は，終始一貫して，甲がAから殴られるのを防ごうとして，第3暴行及び第4暴行に及んでいる（主観面：動機の連続性）
- ・第2共謀を遂げた際，意思連絡の内容として，Aに傷害を負わせ得る過剰な行為を制限するような制約は特になかった（行動を制限する制約の有無）

⇒ 乙の第4暴行も，なお第2共謀に基づくものと認められる

※ 共犯者の1名が正当防衛行為後に行った追撃行為についての他の共犯者への客観的帰責の可否に関して，平成23年出題趣旨において，「この点については，共謀の捉え方，正当防衛行為の共謀をどのように考えるかによって複数のアプローチが考えられる。一つの考え方は，第1場面における乙丙の共謀の範囲に，第2場面でのナイフによる切り付けが含まれるかを問題とし，同共謀はあくまで正当防衛行為の限度でしか成立しておらず，乙の切り付け行為は共謀の範囲外であるとして，丙は責任を負わないとするものである。別の考え方では，第1場面における共謀には，素手によるナイフを用いるかという暴行の手段に関する限定はなく，第2場面でのナイフ切り付けも共謀の範囲内であることを前提として，丙が共犯関係から離脱しているかを問題とする。」と述べられている。そして，参考判例9は，上記出題趣旨の前者のアプローチを採用したものと評されている。本問についても前者のアプローチを採るのであれば，甲及び乙の第2共謀の内容は正当防衛行為に限定されていたものであるから，正当防衛の成立しない第4暴行についてはそもそも共謀の因果性が及び得ない（第4暴行は第2共謀に基づいて実行されたものとは評価できない）という分析をする余地もあろう。もっとも，上記出題の趣旨の記述は，追撃行為について，その行為の時点では「急迫不正の侵害」が終了しており，それ自体は正当防衛も過剰防衛も成立しない状況が前提となっている点に注意を要する（参考判例9も，追撃行為それ自体は防衛行為と評価できない事案であった。）。これに対して，本問は，後述するとおり，乙による第4暴行の時点においてなおAによる甲に対する侵害が継続していたと評価できる事案であり，そうであれば第4暴行それ自体も防衛行為と評価できるのであるから，上述した出題趣旨及び参考判例9の趣旨は必ずしも妥当しない。むしろ，本問では，乙の第4暴行が第2共謀に基づく（甲への客観的帰責が肯定される）ことを前提に，後述するとおり，甲が乙の過剰行為について認識を欠いていたことから，その主観的帰責の可否（故意責任の有無）を検討することが出題の趣旨に沿うものであったと思われる。

2 故意（構成要件該当事実の認識）

- ・ 甲は、第3暴行（押さえ付け行為）を継続していることから、Aに対して有形力を行使すること（暴行）についての認識に欠けるところはない
- ※ 甲は、後述のとおり乙の第4暴行を認識していないが、本罪の故意は暴行の認識で足りるところ、乙と共同して引き続きAに対して有形力を行使すること（押さえ付け行為を継続すること）についての認識は認められることから、乙が現実に行った具体的な暴行の手段についての認識を欠く点は、**具体的事実の錯誤**に過ぎない。

3 正当防衛又は過剰防衛（36条1項又は2項）の成否 参考判例10

(1) 「急迫不正の侵害」

- ・ 後述のとおり、乙の第4暴行の時点において、Aによる「急迫不正の侵害」は、（乙との関係で）継続していた
 - ・ 乙が第4暴行に及ぶ以前の時点において、甲が、Aの更なる攻撃を**予期**し、その機会を利用して**積極的な加害の意思**で侵害に臨んだと認められる事情はない
- ⇒ 上記第4暴行時点において継続していたAによる侵害は、甲との関係でも急迫性を欠くものではない

(2) 「防衛するため」（防衛の意思）

- ・ 現に乙が第4暴行に及んだ時点においても、甲に積極的加害意思はない

(3) 「やむを得ずにした行為」（防衛行為の相当性）

- ・ 後述のとおり、乙の第4暴行は防衛行為の相当性を欠き、過剰防衛が成立する
- ※ 共同正犯と過剰防衛の効果については、**参考判例10**が参考になる。同判例は、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべき」と判示し、各行為者について積極的加害意思の有無という主観面の事情を個別的に判断した上で、共犯者の一方について過剰防衛の成立を否定している。なお、本問においては、甲に積極的加害意思は認められないため、後述のとおり乙の第4暴行の時点でAによる侵害が継続していると認定した場合、甲との関係でも「急迫不正の侵害」が肯定されることになろう。その場合、甲について防衛行為の相当性をどのように判断するかが問題となる。たしかに、甲自身の行為のみを捉えれば、何らAに対して過剰行為は行っていない。もっとも、乙による第4暴行が甲との共謀に基づくものである限り、甲は乙の当該行為についても客観的に帰責されるのであるから（**共謀共同正犯**）、結局、乙の行為が相当性を欠く場合、甲についても過剰防衛が成立することになろう（甲の行為の相当性は、いわば乙の行為も甲自身の行為と看做した上で判断される、ということになる。）。

4 故意責任の有無 参考判例 11・12

・甲は、乙が石を拾ったことや乙が石でAの顔面を殴り付けたこと（第4暴行）を全く認識していなかった（甲は、乙の第3暴行までしか認識していない）

→ 甲の認識していた事実を基礎とし、第4暴行時点で甲が置かれていた状況等を考慮すれば、甲の認識上、乙のAに対する行為は、防衛行為の相当性を有する

⇒ 防衛行為が過剰であることを基礎付ける事実の認識に欠け、傷害罪の**故意責任**を問うことはできない（**誤想防衛**）

・なお、甲は乙と背中合わせで反対方向を向いている体勢であり、乙の行為を全く見ることができなかったといえ、現に、乙が石を拾ったことすら認識していなかった

⇒ 乙が第4暴行に及ぶことについて予見可能性があったとは認められず、過失傷害罪（209条）も成立しない

※ **違法性阻却事由の錯誤**について、平成27年出題趣旨によれば、「**違法性阻却事由に関する錯誤**の刑法上の位置付けについて、論拠を示して論ずることとなる。具体的には、**故意責任が認められる理由**を示し、誤想防衛ないし誤想自救行為が故意責任にどのように影響するのかを論ずることとなろう。その上で、甲の認識していた事態が正当防衛ないし自救行為の要件に該当するかを個別具体的に検討する必要がある。…誤想防衛ないし誤想自救行為として、傷害罪の故意を否定する場合、さらに、侵害について誤信した点についての過失を検討する必要がある。これに過失があるとすれば、過失傷害罪が成立することとなろう。」と述べられている。なお、**誤想防衛**には、①客観的に「急迫不正の侵害」が存在しない場合（客観的には正当防衛も過剰防衛も成立しない場合）と②客観的に「急迫不正の侵害」が存在するが、防衛行為の相当性を欠く場合（客観的には過剰防衛が成立する場合）の2つの類型がある。上記平成27年出題趣旨は、①の類型の誤想防衛に関するものであるのに対し、本問は、②の類型の誤想防衛である（**参考判例 11・12**参照）。いずれの類型においても、行為者の認識していた事実を基礎とし、行為者の認識していた事態が正当防衛の要件に該当するのであれば、故意責任を問うことはできず、過失責任が問題となり得るに過ぎない。

第5 Aに対する窃盗罪（器物損壊罪の限度で乙との共同正犯、235条、60条、261条）

の成否

1 共謀（第3共謀）

乙：「Aの財布を探して捨ててしまおう。」

甲：「そうしよう。」

⇒ 甲及び乙は、Aの財布を持ち去ることについての意思連絡を遂げた

2 共謀に基づく実行

・上記共謀に基づき、甲は、Aのズボンのポケット内から取った財布1個（現金4万円在中）を、自身の上着ポケットにしまったまま、現場を立ち去った。

⇒ Aの占有する財物（「他人の財物」）について、Aの意思に反して自己にその占有を移転したものであり、「窃取」に当たる

3 故意 参考判例13

・甲は、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、窃盗罪に該当する事実を認識していたといえるか（占有離脱物横領罪（254条）の故意にとどまるか）？

・上述のとおり、甲は、Aを失神させた行為（甲の認識においてはAを死亡させた行為）である乙の第4暴行について、客観的には乙との共犯関係に基づいて帰責される者

・第4暴行の直後、その現場において、Aの所持していた財布を奪取した

⇒ 甲の認識した事実を基礎としても、Aが生前有していた財布の占有は、甲との関係で、その死亡直後においてもなお継続して保護に値するというべきであり、甲が、第4暴行を利用して財布を奪取した行為は、全体的に考察して、Aの財布に対する占有を侵害したものに当たる

⇒ 甲は、窃盗罪に該当する事実を認識していたものと認められる

※ 死者の占有について、参考判例13は、“被害者を殺害した犯人との関係において、殺害行為と時間的・場所的に近接した範囲内における奪取行為である限り、被害者の生前の占有はなお継続して保護される”との法理を示したものと理解されている。すなわち、この判例法理によれば、「殺害した犯人」と無関係の第三者との関係においては、いかに被害者の死亡と時間的・場所的に近接して行われた奪取行為であっても、占有離脱物横領罪を構成するにとどまることになる。そこで、本問の甲をいかに評価するかが問題となり得る。すなわち、甲の認識した事実において、Aを死亡させた行為は乙の第4暴行であるが、甲は、この乙の第4暴行について犯罪の成立が否定されることから、Aを「殺害した犯人」とはいえないとも評し得る。もっとも、乙の第4暴行を甲との共謀に基づいて実行された行為であると認定する場合、甲は乙の第4暴行について少なくとも客観的には帰責される者であるから、殺害行為と無関係の第三者とはいえず、その後の財物奪取行為に関する限り、なお「殺害した犯人」と同視される、と評価することは可能であろう（これに対して、乙の第4暴行が共謀に基づく行為ではないと認定するのであれば、甲は「殺害した犯人」と無関係の第三者ということになるから、甲の認識に窃盗罪の故意を認定することは困難となるう。）。

4 不法領得の意思

- ・ 甲は、「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。」と考えていたところ、財布を持ち去った後、現金4万円を抜き取って自分のものとし、財布は甲宅の押し入れに隠した

※ 甲は、少なくとも財布については罪証隠滅目的のために持ち去ったものであり、乙と同様、**利用処分意思**を欠くと評価する余地がある。これに対して、財布も現金4万円を領得する手段として奪取したものであるとすれば、本件の客体を財布と現金に分けて個別的に分析することは妥当ではなく、甲は、財布についても現金と不可分一体的に領得したものと評価することも可能である。実務上も、このような事案の場合に、財布についても一体的に窃盗の客体に含めて起訴される例は多い。

第6 罪数

- ① Cに対する詐欺罪（264条1項）
- ② 有印私文書偽造罪（159条1項）
- ③ 偽造私文書行使罪（161条1項）
- ④ Aに対する〔横領罪（252条1項）／背任罪（247条）〕
- ⑤ Aに対する窃盗罪（器物損壊罪の限度で乙との共同正犯，235条，60条，261条）

⇒ ①・③・④が観念的競合（54条1項前段），これと②が牽連犯（54条1項後段）

これらと⑤が併合罪（45条前段）

※ 甲及び乙が共謀してAの財布を持ち去った行為は、Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けようとして行われたものであるところ、これは客観的にも傷害犯人である乙の「隠避」（「蔵匿」以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れさせる行為）に当たることから、**犯人隠避罪（103条後段）の成否**も問題となり得る。もっとも、本問は、冒頭柱書の設問で**証拠隠滅罪（104条）の成否**が検討対象から明示的に除外されているところ、**共犯者による犯人隠避罪の成否**（自己を隠避する行為が不可罰であることから、共犯事件の場合の共犯者が「罪を犯した者」（103条）に該当するかという問題）は、**共犯者による証拠隠滅罪の成否**（共犯事件の場合は共犯者にとって「自己の刑事事件」との側面を含むことから、共犯事件が「他人の刑事事件」（104条）に該当するかという問題）とほぼ共通の問題意識を含むものである。そうすると、出題者の意図が後者についてのみ特に出題の趣旨から除外したものであった（前者の検討はなお依然として要求されていた）と解釈する合理的理由も乏しいように思われる。いずれにしても、本問は検討すべき問題点が極めて多岐にわたっており、その中で犯人隠避罪の検討の重要性（配点）が高いとは思われないので、本分析例においては検討を除外した。なお、**平成28年採点実感等**において、「論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。」、「重要性の点において軽重があり、その重要度に応じて論じる必要があったが、これを考慮することなく、必ずしも重要とは思われない論点に論述の多くを費やした答案も見受けられた。」と指摘されている。

乙の罪責

第1 Aに対する暴行罪の甲との共同正犯（60条，208条）の成否

上述のとおり，第1共謀に基づく第1暴行及び第2暴行（体当たり行為），第2共謀に基づく第3暴行（押さえ付け行為）について，正当防衛（36条1項）が成立する

第2 Aに対する傷害罪の甲との共同正犯（60条，204条）の成否

1 殴打行為

- ・上述のとおり第2共謀に基づいて，乙は，右手に持った石で，Aの顔面を力を込めて1発殴打した（第4暴行）
- ・第4暴行によって，Aは全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負った

⇒ Aに対する傷害罪の共同正犯に当たる

※ なお，乙は，上記殴打行為の際，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のがあるから，**未必の殺意**は認定できない。

2 正当防衛又は過剰防衛（36条1項又は2項）の成否

(1) 「急迫不正の侵害」（侵害の継続性） 参考判例14

・第4暴行に先行して，上述のとおり，Aは甲及び乙の第3暴行により身体を押さえ付けられた状態であった

・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

→ Aの甲に対する**加害の意欲は，おう盛かつ強固**であり，甲の身体に対して**更なる危害を加える可能性**があった

⇒ Aの甲の身体に対する急迫不正の侵害は，乙が第4暴行に及んだ時点でもなお継続していた

(2) 「防衛するため」（防衛の意思）

・乙は，上記A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，第4暴行に及んだ

(3) 「やむを得ずにした行為」(防衛行為の相当性) 参考判例 1 4

- ・ Aの甲に対する侵害は、甲の顔面を殴ろうとするものであり、Aが甲及び乙に身体を押さえ付けられた時点では、その攻撃力はかなり減退していた
- ・ 他方、第4暴行は、直径10センチメートル、重さ800グラムで相当重量のある石を凶器として用いて(凶器の性質)、乙の顔面という身体の枢要部を(創傷の部位)、力を込めて殴り付ける(攻撃の態様)というものであり、一步間違えばAに相当重篤な傷害結果を負わせかねない危険なものであった(行為の危険性)
- ・ 現に、Aは第4暴行により鼻骨骨折という重傷を負った(結果の重大性)
- ・ 既に2人がかりでAの身体を押さえ付けている状態であるから、人気のない路上とはいえ、後に通行人が現れて助けを求められるようになるまでその状態を継続することで、侵害を排除することは可能であった(他の侵害排除手段)

⇒ 第4暴行は、Aの侵害に対する防衛手段として必要最小限度のものとは認められず、相当性を欠く行為 = 「防衛の程度を超えた行為」として過剰防衛が成立する

- ※ 防衛行為の相当性について、平成23年出題趣旨において「最も問題となるのは相当性の要件であるが、乙が重傷を負ったという結果の重大性だけでなく、振り落としという行為が防衛手段として必要最小限度か否かを吟味する必要があり、甲に利用可能な他の侵害排除手段があったかどうか、振り落とし行為の危険性と比べて、乙はその時点で既にナイフを持っておらず素手だったことなどの具体的事情を考慮する必要がある。」と述べられている。
- ※ 乙の殴打行為について、防衛行為の一体性(量的過剰防衛)を検討した受験生も少なからずいたのではないと思われる。もっとも、その場合、問題の所在を適切に把握しておく必要がある。すなわち、平成23年出題趣旨によれば、「乙が甲の前腕部をナイフで切り付けた行為が、第1場面における乙の反撃行為と一体のものとして(量的)過剰防衛となるか、それとも、第1場面における暴行とは別個の行為として傷害罪が成立するか検討する必要がある。最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁が、上記と同様の事例において、まず第2の暴行について正当防衛の成否を検討し、次いで、第1の暴行と第2の暴行の一体性を、時間的・場所的連続性、侵害の継続性、反撃行為者の防衛の意思の有無等の観点から検討しているのが参考になる。」と述べられている。また、上記出題趣旨に引用されている参考判例15は、防衛行為の一体性を検討する前提として、第1暴行により転倒した被害者が「被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかった」と認定して「第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。」と述べている。このように、防衛行為の一体性が問題となる場合、侵害が終了している状況(後行行為それ自体には正当防衛又は過剰防衛が成立しない状況)が前提となっている。すなわち、量的過剰防衛(防衛行為の一体性)は、「後行行為それ自体には正当防衛(過剰防衛)が成立する余地がないにもかかわらず全体として1個の過剰防衛と評価すべきなのはどうか」という点が問題の所在であり、それは、端的に言えば、「実質的に一個の意思決定(防衛の意思)に貫かれ、客観的にも同一機会における一連の行為といえる場合には、当該一連の行為全体に対して責任非難の減少を認めるべき」と考えることができるからである。したがって、量的過剰防衛(防衛行為の一体性)を論述する場合、必ずその

前提である**侵害の終了**を認定するようになさなければならない。これに対して、**参考判例 1 4**は、後行行為の時点において「被告人に対する**加害の意欲は、おう盛かつ強固**」であったこと（**加害意欲の程度**）及び「間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、**再度の攻撃に及ぶことが可能**であった」こと（**再度の攻撃可能性**）という、侵害者の主観面と客観面の両方の事情を指摘して、被告人に対する「急迫不正の侵害」は、（後行行為の時点でも）「**なお継続していた**」と認定している。そして、このように**侵害の継続**している状況下において行われた後行行為であれば、そもそもそれ自体も防衛行為として評価される筋合いであるから、**質的過剰防衛**の事案であると整理することになる。その場合、少なくとも、後行行為から傷害結果が発生している事案については、防衛行為の一体性を問題とする実益は生じない（先行行為に正当防衛が成立していることを前提として、一体性を肯定すれば後行行為は先行行為と一体として傷害罪の過剰防衛であり、他方、否定しても後行行為それ自体が傷害罪の過剰防衛であるから、被告人の刑責に差異をもたらさない。）。したがって、本問においても、乙の第4暴行の時点でAの甲に対する侵害が終了していたと認定するのであれば、**量的過剰防衛**として第3暴行と第4暴行の**防衛行為の一体性**を検討する必要があるが生じるが、他方、侵害が継続していたと認定するのであれば、**質的過剰防衛**として端的に第4暴行について**防衛行為の相当性**を検討すれば足りるであろう。

第3 Aに対する器物損壊罪の甲との共同正犯（60条、261条）の成否

1 共謀（正犯意思）

乙は、後述する罪証隠滅目的で、近くに人がいないことを確認した上で、甲に対してAの財布を持ち去ることを自ら積極的に提案し、上述の意思連絡を遂げた

⇒ 自己の犯罪を実現する意思（正犯意思）をもって第3共謀を遂げたものと認められる

2 共謀に基づく実行

上述のとおり、甲がAの財布及び現金4万円（以下、「財布等」という。）を奪取した行為（以下、「本件奪取」という。）は、「窃取」に当たる

⇒ 乙にとっても、第3共謀に基づいて客観的には窃盗罪の共同正犯に該当する事実が実現されたことになる

3 故意及び不法領得の意思 **参考判例 1 6**

- 乙も、甲と同様、Aが死亡したものと誤信していたが、上述のとおり、乙の認識した事実を基礎としても、乙は自ら第4暴行を行った者である以上、Aの財布等に対する占有侵害の事実の認識は肯定される

- もっとも、乙は「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。」と述べて、本件奪取を甲に持ちかけており、現に甲が財布等を奪取した後も、甲が現金入りのまま財布を捨ててくれると思っていた

→ 乙は、専らAに対して第4暴行に及んだ自らの犯行についての罪証を隠滅する目的で本件奪取に関与したものであり、奪取した財布等について廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった

⇒ 乙には、財布等に対する不法領得の意思を認めることはできない

4 共犯の錯誤 参考判例 17

- ・ 上記乙の認識は、Aによる財布等の利用を阻害し、その効用を侵害するものとして、器物損壊罪の故意にとどまる

[構成要件の重なり合い]

保護法益の共通性：窃盗罪も究極的な保護法益は所有権

行為態様の共通性：器物損壊罪のうち占有侵害を伴う類型の限度で窃盗罪と共通する

⇒ 乙には、両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で、軽い器物損壊罪の共同正犯の故意が認められ、同罪の限度で甲との共同正犯となる

- ※ 共犯の錯誤の事例では、**抽象的事実の錯誤**の問題と同時に、**罪名従属性（行為共同説か犯罪共同説か）**の問題が生じる。具体的には、「現実に発生した事実と異なる構成要件該当事実を認識していた者にどのような罪が成立するか」が前者の問題であるのに対し、各人に成立する罪名が決まった場合に、「異なる罪名についても共同正犯関係を肯定して良いか」という問題が後者の問題である。もっとも、両問題は、現在の判例の考え方に従えば、いずれも**構成要件の実質的重なり合い**が判断基準となることから（前者における**法定的符合説**及び後者における**部分的犯罪共同説**）、両者を分断的に論じる実益は乏しい。答案上でも両者の問題を一体的に論じることで足りると思われる。
- ※ 以上の分析例に対し、①共謀を遂げた時点において、共犯者間において意思内容の不一致が生じていた場合と、②共謀成立時点において共犯者間の意思内容に不一致はなかったものの、実行行為の時点において共犯者間の意思内容に不一致が生じ、当初の意図とは異なる結果が実現された場合（**参考判例 17**の事案）とを区別し、②については**錯誤論**により処理するが、①については**共謀の認定において共犯者間の認識の齟齬を検討するアプローチ**もあり得る。すなわち、共謀とは、相互的な意思連絡に基づく共同犯行の合意である以上、共謀時点で共犯者間の認識に食い違いがあれば、そもそも共謀が成立しないのではないかとの問題意識から、そのような場合に共謀（意思連絡）を遂げたと認定できるのは、両罪の構成要件が重なり合う範囲においてであると考えられることになる。したがって、この考え方によれば、主観面の**錯誤（故意）**の問題以前に、客観面の**共謀の認定**において構成要件の重なり合いが検討されることになる。このアプローチに従った場合、本問においては、甲と乙とが意思連絡を遂げた時点において、両者の認識が異なっていることから、いかなる範囲で共謀が認定できるのかを検討することになる。甲の認識した窃盗と乙の認識した器物損壊について、両罪の構成要件が重なり合う器物損壊の限度で意思連絡（共謀）を遂げたと認定することになる。その上で、客観面において、この器物損壊の共謀に基づいて甲がAの財布等を奪取したことを認定する。次に、主観面においては、乙の認識の齟齬について既に共謀の認定において検討されていることから、故意の認定において構成要件の重なり合いの検討を繰り返す必要はなく、上記器物損壊の共謀に基づく甲の奪取行為についての認識をもって器物損壊罪の共同正犯の故意を認定すれば足りる。結論として、乙には、Aに対する器物損壊罪の共同正犯が成立することになる。

第4 罪数

① Aに対する傷害罪の甲との共同正犯（60条，204条）

② Aに対する器物損壊罪の甲との共同正犯（60条，261条）

⇒ ①と②は併合罪（45条前段）

なお，①は過剰防衛（36条2項）として刑の任意的減免を受ける

以 上

<参考判例>

1【最決平 16.2.9（他人名義のクレジットカード不正使用）】

「1 原判決及びその是認する第1審判決並びに記録によれば、本件の事実関係は、次のとおりである。

(1) Aは、友人のBから、他人名義の本件クレジットカードを預かって使用を許され、その利用代金については、Bに交付したり、所定の預金口座に振り込んだりしていた。

その後、本件クレジットカードを被告人が入手した。その入手の経緯はつまびらかではないが、当時、Aは、バカラ賭博の店に客として出入りしており、暴力団関係者である被告人も、同店を拠点に賭金の貸付けなどをしていたものであって、両者が接点を有していたことなどの状況から、本件クレジットカードは、Aが自発的に被告人を含む第三者に対し交付したものである可能性も排除できない。なお、被告人とBとの間に面識はなく、BはA以外の第三者が本件クレジットカードを使用することを許諾したことはなかった。(2) 被告人は、本件クレジットカードを入手した直後、加盟店であるガソリンスタンドにおいて、本件クレジットカードを示し、名義人のBに成り済まして自動車への給油を申込み、被告人がB本人であると従業員を誤信させてガソリンの給油を受けた。上記ガソリンスタンドでは、名義人以外の者によるクレジットカードの利用行為には応じないこととなっていた。(3) 本件クレジットカードの会員規約上、クレジットカードは、会員である名義人のみが利用でき、他人に同カードを譲渡、貸与、質入れ等することが禁じられている。また、加盟店規約上、加盟店は、クレジットカードの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などが定められている。

2 以上の事実関係の下では、被告人は、本件クレジットカードの名義人本人に成り済まし、同カードの正当な利用権限がないのにこれがあるように装い、その旨従業員を誤信させてガソリンの交付を受けたことが認められるから、被告人の行為は詐欺罪を構成する。仮に、被告人が、本件クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されており、かつ、自らの使用に係る同カードの利用代金が会員規約に従い名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない。したがって、被告人に対し本件詐欺罪の成立を認めた原判決は、正当である。」

2【最決平 26.3.28（暴力団員であることを秘したゴルフ倶楽部施設利用①）】

「1 原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は次のとおりである。…（中略）…

本件ゴルフ倶楽部においては、ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり上記のとおり暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させるなどの方策を講じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認するなどして暴力団関係者の利用を未然に防いでいたところ、本件においても、被告人が暴力団員であることが分かれば、その施設利用に応じることはなかった。

2 以上のような事実関係からすれば、入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるAが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している上、利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから、同伴者が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込む行為は、その同伴者が暴力団関係者でないことを従業員に誤信させようとするものであり、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによって施設利用契約を成立させ、Aと意を通じた被告人において施設利用をした行為が刑法246条2項の詐欺罪を構成することは明らかである。」

3【最判平 26.3.28（暴力団員であることを秘したゴルフ倶楽部施設利用②）】

「1 原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は次のとおりである。

(1) 被告人は、暴力団員であったが、同じ組の副会長であったDらと共に、平成23年8月15日、予約したB倶楽部に行き、フロントにおいて、それぞれがビジター利用客として、備付けの「ビジター受付表」に氏名、住所、電話番号等を偽りなく記入し、これをフロント係の従業員に提出してゴルフ場の施設利用を申し込んだ。その際、同受付表に暴力団関係者であるか否かを確認する欄はなく、その他暴力団関

係者でないことを誓約させる措置は講じられていなかったし、暴力団関係者でないかを従業員が確認したり、被告人らが自ら暴力団関係者でない旨虚偽の申出をしたりすることもなかった。…（中略）…

（２）B倶楽部及びCクラブは、いずれもゴルフ場利用細則又は約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定していたし、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に「暴力団関係者の立入りプレーはお断りします」などと記載された立看板を設置するなどして、暴力団関係者による施設利用を拒絶する意向を示していた。しかし、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかった。また、本件各ゴルフ場と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていたというのであって、本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではない。

２ 上記の事実関係の下において、暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般の利用客と同様に、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した「ビジター受付表」等をフロント係の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該ゴルフ場の施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない。そうすると、本件における被告人及びDによる本件各ゴルフ場の各施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらないというべきである。

なお、Cクラブの施設利用についても、ビジター利用客である被告人による申込み行為自体が実行行為とされており、会員であるEの予約等の存在を前提としているが、この予約等に同伴者が暴力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問もあり、また、被告人において、Eに働き掛けて予約等をさせたわけではなく、その他このような予約等がされている状況を積極的に利用したという事情は認められない。これをもって自己が暴力団関係者でないことの意味表示まで包含する挙動があったと評価することは困難である。」

4【最決昭 56.4.8（名義人の承諾①）】

「交通事件原票中の供述書は、その文書の性質上、作成名義人以外の者がこれを作成することは法令上許されないものであつて、右供述書を他人の名義で作成した場合は、あらかじめその他人の承諾を得ていたとしても、私文書偽造罪が成立すると解すべきである。」

5【東京高判平 11.5.25（名義人の承諾②）】

「一般旅券発給申請書は、その性質上、申請に基づき公的機関による手続が開始され、申請者本人に一般旅券という重要な公文書を発行するかどうかを審査するという公の手続内において用いられる文書であつて、本来申請者本人が他人の名義を用いて右申請書を作成し、提出することなど法令上許されていないものなのであり、したがって、また、一般旅券の発行対象について人違いがないようにその対象者は申請書の作成名義人その人であることが要求され、作成名義人である署名者本人が自署することを必要とする文書とされているのである。そうすると、本件のように、他人であるXが申請者である被告人にX名義の申請書を作成することを承諾していたとしても、被告人の前記所為につき有印私文書偽造、同行使の罪が成立することは明らかである。」

6【東京高判平 6.9.15（預金の占有）】

「もともと、預金口座の名義人と銀行との関係は、前者に正当な払戻し権限がある場合であっても、債権債務関係が成立しているだけであつて、銀行の現金自動支払機内の現金について預金口座の名義人が事実上これを管理するとか、所持するとか、占有するとかいう立場にはなく、右現金は、銀行（現実には、当該銀行の支店長）の管理ないしは占有に属すると解するのが相当である。もっとも、横領罪との関係においては、預金口座の名義人に正当な払戻し権限がある場合に、預金債権に対する管理、占有ひいては銀行が事実上占有する金銭に対する預金額の限度での法律上の占有という観念を容れる余地がある。しかし、本件は、送金した銀行側の手違いにより、誤って被告人の預金口座に入金があったに過ぎず、被告人に右預金について正当な払戻し権限のない場合であるから（このことは、受入れ銀行の側に何らの過誤がない場合も同様である。）、自動支払機内の現金について、所論のいうように、被告人が管理者であるとか、被告人がこれを所持（支配）していたということのできないことはもとより、被告人が法律上の占有を取得

することもないと解される。したがって、本件については、横領罪の成立する余地はなく、詐欺罪が問題とならないことも明らかであり、銀行の現金に対する占有を侵害したのものとして、窃盗罪が成立するといふべきである。そうすると、被告人がキャッシュカードで引き出した現金について、AR銀行新宿西口支店長等の管理に属すると認めた上、窃盗罪の成立を認めた原判断は正当であり、その他、所論に即し逐一検討しても、この点に関する原判決の判断に、所論の事実誤認、法令適用の誤りないし訴訟手続の法令違反はない。」

7【最判昭 31.12.7（二重抵当）】

「論旨第一は、背任罪の成立要件たる事務は他人の事務であることを要件とする。しかるに本件第一番抵当権者たるべきVに対する被告人の抵当権設定の登記義務は設定者である被告人固有の事務であつて他人の事務ではないのに、原審が被告人の所為を背任罪に問擬したのは刑法二四七条の解釈適用を誤つた違法があり、且つ憲法三一条、一一条違憲の判決であると主張する。しかし抵当権設定者はその登記に関し、これを完了するまでは、抵当権者に協力する任務を有することはいうまでもないところであり、右任務は主として他人である抵当権者のために負うものといわなければならない。この点に関する原判決の判示はまことに正当である。所論はひつきよう登記義務の性質に関し独自の見解を主張するものであつて、違憲の主張はその前提を欠く、論旨は採用できない。

論旨第二は、背任罪は、財産上の損害を加えることを成立の要件とする。しかるに原判決は本件犯罪時における本件抵当物件の価額と両根抵当による借入債務額との関係を何等審査せずして、漫然背任罪の要件たる損害の事実を肯定したのは、審理不尽、理由不備、同そご、事実誤認の各違法があり、延いて憲法三一条、一一条違憲の違法があると主張する。しかし、抵当権の順位は当該抵当物件の価額から、どの抵当権が優先して弁済を受けるかの財産上の利害に関する問題であるから、本件被告人の所為たるVの一番抵当権を、後順位の二番抵当権たらしめたことは、既に刑法二四七条の損害に該当するものといわなければならない。されば所論の点の審査如何は何等本件犯罪の成否に消長を来すものではない。所論は背任罪の要件たる損害につき独自の見解を主張するものであり、違憲の主張はその前提を欠くものである。論旨は理由がない。」

8【東京高判昭 60.9.30（共謀の射程）】

「問題は、その点よりも、A以下の者による実行行為が〈プリンスホテル謀議〉に基づくものといえるかどうかという点にある。さきの設例では、右謀議に基づくZ拉致の実行に伴う殺害行為であつた。この場合であれば、殺意を有する者が一人だけでなく、実行行為担当者全員が殺意を有し、しかも相互に共謀を遂げていたとしても、結論は変らない。殺害の共謀に関与していた者には殺人の、その余の謀議関与者には傷害致死の刑責が認められる。然るに、A以下の者の実行した行為態様は、Zの自宅に侵入し、有無を云わずZ及び抵抗した同居人を殺害するというものであつて、最早、拉致の謀議に基づく実行行為中における殺害という類型にはあてはまらないものである。客観的な行為態様のみならず、実行担当者の主観的な意識の面をも併せ見れば、そのことは一層明瞭に看取することができる。すなわち、Z方に対する襲撃は、もともとH組代貸としての面子に拘泥しており、前夜来のEの執拗な煽動によつて一層これを痛感させられていたAにおいて、二〇日早朝、Zの所在が判明したことを契機として決意し、被告人に面倒を見てもらえる訳じやないというSの反対を、これは被告人のためではなく、代貸としての男の意地のために行くんだと抑えたいうえ、その趣旨に賛同したE、F、上板橋駅前から合流して同様に賛同したC、Dの四名を指揮して決行したものであつて、実行グループに属する者たちには、最早〈プリンスホテル謀議〉に基づく拉致の実行という意識はなかつたのである（前記第三の二の9の〔1〕ないし〔3〕参照）。

そうだとすれば、さきの設例の場合とは事実を異にすることが明らかであつて、本件においては、被告人に対し、傷害致死罪の限度においても、その刑責を問い得ないものといふべきである。」

9【最判平 6.12.6（共謀の範囲・正当防衛）】

「本件のように、相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現時と侵害終了後とに分けて考察するのが相当であり、侵害現時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現時にお

ける防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを検討すべきであって、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである。」

10【最決平 4.6.5（共同正犯と正当防衛・過剰防衛）（フィリピンパブ事件）】

「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであって、共同正犯者の一人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。」

原判決の認定によると、被告人は、Vの攻撃を予期し、その機会を利用してYをして包丁でVに反撃を加えさせようとしていたもので、積極的な加害の意思で侵害に臨んだものであるから、VのYに対する暴行は、積極的な加害の意思がなかったYにとっては急迫不正の侵害であるとしても、被告人にとっては急迫性を欠くものであって（最高裁昭和五一年（あ）第六七一号同五二年七月二一日第一小法廷決定・刑集三一巻四号七四七頁参照）、Yについて過剰防衛の成立を認め、被告人についてこれを認めなかった原判決は、正当として是認することができる。」

11【大阪地判平 23.7.22（誤想防衛）「相当性（防衛行為の過剰性を基礎付ける事実）」の誤信】

「以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たるAの攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。」

もともと、人の急所である首を締めるという行為は、人の生命を侵害する重大な危険を含む行為であるから、Aの攻撃に対する防衛行為としては許容範囲を超え、相当性に欠けるものであった。

しかし、本件では、上記のとおり、被告人にAの首を締めているという認識があったと認定することはできず、被告人はAの首の辺りを腕で押さえ込み、Aの動きを封じようとする認識にとどまっていたという前提で判断せざるを得ない。そして、このような被告人の認識していた事実を基礎とし、本件事件当時被告人が置かれていた状況等を考慮すれば、被告人の認識上、被告人がAに対してした行為は、Aの攻撃から身を守る防衛行為として許容範囲を超えておらず、相当性を有するものと認められる。そうすると、被告人は、防衛のため相当な行為をするつもりで誤ってその限度を超えたものであり、防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識に欠けていたのであるから、被告人の行為は誤想防衛に当たり、被告人に対し、Aに対する傷害致死罪の故意責任を問うことはできない。

以上のとおり、被告人の本件行為は、防衛行為としての過剰性を基礎づける事実の認識を欠くものであり、誤想防衛として罪にならないものであるから、刑事訴訟法336条により、被告人に対し無罪の言渡しをする。」

12【東京地判平 14.11.21（誤想防衛）「相当性（防衛行為の過剰性を基礎付ける事実）」の誤信】

「急迫不正の侵害に対して反撃行為を行った場合、客観的には、それが防衛行為の相当性の範囲を逸脱して過剰防衛とみられる場合であっても、その行為者において、相当性判断の基礎となる事実、すなわち、過剰性を基礎づける事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、行為者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできない。そして、複数の者が、そのような反撃行為を共同して行った場合、相当性判断の基礎となる事実の認識の有無は、各人について個別に判断すべきものと解されるから、そのうちの一人の反撃行為が、防衛行為の相当性の範囲を逸脱したものであり、そのような反撃行為により生じた結果につき、客観的には、共同して反撃行為を行った他の者の行為との間の因果関係を否定し得ない場合であっても、共同して反撃行為を行った者において、相当性判断の基礎となる事実に関し錯誤があり、その認識に従えば相当性の範囲を逸脱していないときには、誤想防衛の一場合として、その者に対し、生じた結果についての故意責任を問うことはできないものというべきである。」

13【最判昭 41.4.8（死者の占有）】

「被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかったが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者が身につけていた時計を奪取したのであって、このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護する

のが法の目的にかなうものというべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく、窃盗罪を構成するものと解するのが相当である」

14【最判平 9.6.16（侵害の継続性・防衛行為の相当性）】

「原判決及びその是認する第一審判決は、被告人がV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V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、V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、V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、被告人に追い付き、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、V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、V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V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Vの頭部を鉄パイプで一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、Vの被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打した上、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四メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一歩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一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。…（中略）…

そうすると、被告人の暴行は、V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、刑法三六条の解釈適用を誤ったものといわなければならない。」

15【最決平 20.6.25（防衛行為の一体性③）否定例】

「前記1の事実関係の下では、第1暴行により転倒した甲が、被告人に対し更なる侵害行為に出る可能性はなかったのであり、被告人は、そのことを認識した上で、専ら攻撃の意思に基づいて第2暴行に及んでいるのであるから、第2暴行が正当防衛の要件を満たさないことは明らかである。そして、両暴行は、時間的、場所的には連続しているものの、甲による侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし、被告人が前記発言をした上で抵抗不能の状態にある甲に対して相当に激しい態様の第2暴行に及んでいることにもかんがみると、その間には断絶があるというべきであって、急迫不正の侵害に対して反撃を継続するうちに、その反撃が量的に過剰になったものとは認められない。そうすると、両暴行を全体的に考察して、1個の過剰防衛の成立を認めるのは相当でなく、正当防衛に当たる第1暴行については、罪に問うことはできないが、第2暴行については、正当防衛はもとより過剰防衛を論ずる余地もないのであって、これにより甲に負わせた傷害につき、被告人は傷害罪の責任を負うというべきである。以上と同旨の原判断は正当である。」

16【最決平 16.11.30（不法領得の意思）】

「他方、本件において、被告人は、前記のとおり、郵便配達員から正規の受送達者を装って債務者あての支払督促正本等を受領することにより、送達が適式にされたものとして支払督促の効力を生じさせ、債務者から督促異議申立ての機会を奪ったまま支払督促の効力を確定させて、債務名義を取得して債務者の財産を差し押さえようとしたものであって、受領した支払督促正本等はそのまま廃棄する意図であった。このように、郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である。そうすると、被告人に不法領得の意思が認められるとして詐欺罪の成立を認めた原判決は、法令の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない。」

17【最決昭 54.4.13（共犯の錯誤）】

「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人Xら七名のうちのYが前記福原派出所前でA巡査に対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人Xら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。すなわち、Yが殺人罪を犯したということは、被告人Xら六名にとつても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといつて、被告人Xら六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかつたのであるから、被告人Xら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない。」

第2問 [刑事訴訟法]

<分析例>

[設問1]

第1 甲方に立ち入った措置（捜査①）の適法性

1 搜索差押許可状の執行に先立つ措置

⇒「必要な処分」（222条1項，111条1項）として許容されるか？ 参考判例1・2

- ① 搜索差押えの実効性を確保するために必要であること（必要性）
- ② 社会通念上相当な態様であること（相当性）

<検討>

(1) 必要性

- ・ 覚せい剤取締法違反（所持）により逮捕されたAを含む複数の者が、覚せい剤を甲から買った旨供述している
- ・ 甲が、Kマンション（甲方）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（→営利目的譲渡の嫌疑）

→ 嫌疑の程度（被疑事実の内容）

- ・ 甲は覚せい剤取締法違反の前科3犯を有する者（→本件で有罪となれば実刑判決の可能性）
- ・ 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との報告があり、搜索の際、呼び鈴を鳴らしてドアを開けさせたとしても、ドアチェーンが掛かったままである可能性が高かった

→ 証拠隠滅の可能性（差押対象物件に係る破棄隠匿のおそれ、被搜索者の協力態様）

- ・ 密行性の高い薬物事犯→搜索差押の対象である薬物は、有罪立証に不可欠な物的証拠
- ・ 他方、撒き散らして捨てたり、洗面所等で流したりするなどして、ごく短時間で容易に隠滅することができる

→ 薬物事犯の特殊性（差押物件の重要性、証拠隠滅の容易性）

(2) 相当性

- ・ 掃き出し窓のガラスを割って開錠した措置は、居住者である甲に財産的損害を与えるものである（→掃き出し窓は、居室から取り外し可能な動産であり、ガラス窓自体の財産的価値は高価であるとはいえない）
- ・ 居室にいた甲らの身体に対し有形力を行使するものではない

→ **被侵害利益の内容、侵害の程度（財産的損害の内容）**

⇒ 窓ガラスを割って解錠し、立ち入った措置は、「必要な処分」として許容される

※ **搜索差押許可状の執行に先立つ措置の適法性**について、平成20年出題趣旨によれば、「搜索差押許可状の呈示に先立って搜索場所であるマンションの甲方の窓ガラスを割って入室した措置について、刑事訴訟法第111条第1項（同法第222条第1項により捜査段階に準用）の「必要な処分」といえるのか否かにつき、この規定の趣旨・目的を踏まえて、事例中に現れた具体的事実を前提に、被疑事実の内容、差押物件の重要性、差押え対象物件に係る破棄隠匿のおそれ、財産的損害の内容、被搜索者の協力態様などの諸事情を具体的に論じて、その適否に関する結論を導かなければならない。」と指摘されている。

2 令状の呈示時期

- ・ 甲方へ立ち入った直後に令状呈示（→令状を示した時点では、Pらは未だ室内に立ち入ったのみであり、具体的な搜索活動は開始していなかった）
- ・ 甲方内には甲の他に内妻乙や丙がいたことから、その動静を把握する必要があった

⇒ 甲方に立ち入った直後に令状の呈示を行うことは、222条1項、110条の法意にもとるものではなく、**搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ない措置**

／ 甲方への立入りは、**搜索活動の準備行為ないし現場保存的行為**というべきであり、搜索行為そのものは令状呈示後に行われている

※ **令状の呈示時期**については、条文が明確な規定を置いていないことから専ら解釈に委ねられるところ、**参考判例1**は、「同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきである」と判示している。もっとも、これは合理的な範囲で事前呈示を不要とする**例外**を許容する趣旨であり、例えば、令状を呈示している間に、被処分者による搜索差押の目的物が損壊、隠滅される危険がある場合に、まずはその危険を排除した上で、その後令状の呈示を行うことは認められる。本問においても、上記1で指摘した事情から、甲による罪証隠滅の危険性が具体的に認められる状況であったといえる。したがって、Pらが甲方へ立ち入った時点で令状の執行の着手があったことを前提とすれば、その直後に令状を呈示した措置は、「**搜索差押**

えの実効性を確保するためにやむを得ない措置」として許容されるであろう。他方、参考判例2のように、令状呈示前に立ち入った措置は、「搜索活動というよりは、むしろその準備行為ないし現場保存的行為というべき」であるとしたうえで、搜索そのものは令状の呈示後に着手していることを理由に適法とすることもできるであろう。

- ※ なお、平成20年出題趣旨において、「令状呈示の時期の適否についても、関連規定の有無等を指摘し、令状呈示の趣旨等を論じた上、事例中に現れた具体的事実関係を前提にして、事前呈示の要請と現場保全の必要性等に係る諸事情を具体的に摘示した上、結論を導かなければならない。」と述べられている。もっとも、出題の形式として、平成20年試験問題は、本問のように問題文における警察官の具体的な措置（行為）の部分に下線を引いた上で下線部の措置の適法性を問うという形式ではなく、問題文全体の事情を検討して「甲方の搜索の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。」という設問であったため、令状呈示の時期の適否についてまで論述が求められていることは比較的明確であった。これに対して、本問では、捜査①が令状呈示前の措置であることは明らかであるが、問題文の事情のうち令状の呈示行為の部分には下線部が引かれていないため、設問の趣旨として令状呈示の時期の適否についてどの程度の検討を求めるものであったかは若干不明確であったといえる。いずれにしても、答案全体のバランスを考慮して、適切な分量で検討することを心がける必要があると思われる。

第2 乙の携帯物の搜索（捜査②）及び丙の身体に対する搜索（捜査③）の適法性

1 「場所」に存在する「物」（捜査②：同居人の携帯物） 参考判例3

(1) 令状の効力範囲

令状主義の原則 憲法35条：「搜索する場所…を明示する令状」

法219条1：「搜索すべき場所、身体若しくは物」を記載した令状

⇒ 「場所」、「身体」、「物」を区別し、それぞれに関するプライバシーを別個に保護する趣旨

↓

「場所」、「身体」、「物」に対する搜索許可状は、それぞれ別個に発付されるべき

もっとも、住居内にある「物」に関するプライバシー（管理権）は、その住居（「場所」）に関するプライバシー（管理権）に包摂されている

→ 後者に対する侵害について審査した上で令状を発付した裁判官の司法審査は、前者に対する侵害にも及んでいる

⇒ 住居を「搜索すべき場所」とする搜索許可状により、その住居内にある物（住居の管理権者である居住者及びこれに実質的に準じる地位にある同居人の管理する物）を搜索することも許される

※ 上記令状主義の原則を導き出す根拠として、**102条(222条1項による準用)**の「身体、物又は住居その他の場所」という文言を挙げる見解もある（同条は「場所」の例示として、身体、物、住居を挙げていることから、同条の「場所」は法219条の「場所」よりも広い概念である。）。もっとも、同条は、同文言に掲げられたものが全て搜索の対象となり得る旨を規定したものに過ぎず、これらの搜索を実施するためにそれぞれ別個の令状が必要となるという趣旨まで含むものではないとも考えられることから、**憲法35条及びこれを受けた法219条1項**を上記原則の根拠とする見解はなお有力である。

<検討>

- ・ 乙は、甲方の居住者である甲の内妻として甲方に同居しており、甲方の管理権者に実質的に準じる地位にある者である
- ・ 甲方の搜索に着手した時点から、乙は終始ハンドバッグを握持していたものであり、当該ハンドバッグは乙の管理する物である（第三者が甲方に置いた物ではない）

⇒ 本件令状に基づき乙が携帯するハンドバッグについても搜索できる

(2) 令状執行の要件 (222条1項, 102条1項)

- ・ 乙は、搜索実施中にハンドバッグを持ったまま玄関に向かって歩き出した
- ・ Pが、乙に対し、バッグの中身を見せるように言ったところ、これを拒否する態度を示した

→ 乙の不審な挙動及び捜査への非協力的な態度からすれば、乙が携帯しているハンドバッグ内には、本件令状による差押対象物（とりわけ本件令状記載物件のうち未発見である「覚せい剤」及び「手帳、ノート、メモ、通帳」）が隠匿されている蓋然性が肯定される

⇒ 「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が認められる

※ 捜査機関が具体的に令状を執行する段階においても**102条**の制約に服する（**222条1項による準用**）。本問において、乙は被疑者以外の者であるから、乙の携帯物に本件搜索差押許可状の効力が及ぶことを前提としても、そよそ「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（**証拠物存在の蓋然性**）がない場合は、その物の中を搜索することはできない（**102条2項**）。もっとも、上記の事情からすれば、乙の携帯するハンドバッグ内に証拠物存在の蓋然性が認められることは明らかであろう。

2 「場所」に現存する人の「身体」(捜査③：第三者の着衣・身体) 参考判例 4・5

(1) 令状の効力範囲

住居に対するプライバシーと「身体」に対するプライバシーは、法益が異質

→ 後者が前者により包摂されている(=裁判官の司法審査を受けた権利侵害の範囲に含まれている)とはいえない

⇒ 住居を「搜索すべき場所」とする搜索許可状により、住居内にいる者の「身体」を搜索することは許されない

もつとも、① 搜索場所に現在する者が搜索の目的物(「差し押さえるべき物」)をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる十分な状況があり、

② 直ちにその目的物を確保する必要性と緊急性がある場合

⇒ その目的物は、もともと搜索・差押えの対象物(搜索差押許可状の効力が及ぶ「物」)であったといえる以上、例外的にその者の「身体」を搜索することが許される

<検討>

・ 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上、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

→ 上記措置は、プライバシー侵害の程度が高く、その態様において搜索に至る程度の行為である

他方、丙は、覚せい剤密売の拠点であるとの疑いのある甲方に頻繁に出入りしている者

・ Pらが甲方へ立ち入った時点で、丙はズボンの右ポケットに右手を入れた状態であったところ、その後右手を抜いたが、右ポケットは膨らんだままであった

・ 甲方の搜索執行中、丙は、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

・ Qからポケットの内容物について尋ねられたが、丙は、答えなかった

・ その後、丙は、再び右手を右ポケットに入れてトイレに向かって歩き出したところ、Qに呼び止められても、黙ったままトイレに入ろうとした

→ 丙の不審な挙動及び捜査への非協力的な態度からすれば、丙の着衣である右ポケット内には、本件令状による差押対象物（とりわけ本件令状記載物件のうち未発見である「覚せい剤」及び「メモ」）が隠匿されていることが疑われ（①）、丙により当該証拠が隠滅される具体的な危険性があるため、直ちにこれを確保する必要性、緊急性が認められる（②）

⇒ 本件令状により丙の着衣・身体についても捜索できる

※ 上記の措置については、「必要な処分」（222条1項、111条1項）としての**妨害排除措置**であると説明する見解もある（「**必要な処分**」説）。この見解は、捜索場所にいる者が差押対象物を隠匿所持している場合であっても、「場所」と「身体」に関する法益の異質性は払拭できないことを根拠とする。もっとも、「必要な処分」とは、「場所」に対する「捜索状の執行について」（111条1項）必要とされる処分を意味するところ、差押対象物を隠匿所持している者の「身体」を捜索する場合、それにより差押対象物が発見されるのであり、その時点で捜索は終了するはずである（「必要な処分」説は、いわば“差押対象物を探すための「必要な処分」として差押対象物を探す”と述べているに等しい。）。その場合、もはや別途「場所」に対する捜索が執行されることはないのであるから、このような措置は、「場所」に対する捜索を執行することに他ならない結果をもたらす措置である。各参考判例が、「場所に対する捜索差押許可状の効力は、…その者の着衣・身体にも及ぶ」（参考判例4）、「場所に対する捜索令状によりその人の身体に対しても強制力を用いて捜索をすることができる」（参考判例5）と判示しているのは、上記の措置が「必要な処分」ではなく「場所」に対する捜索そのもの（としての「身体」に対する捜索）であるとの趣旨をいうものと理解される。（令状効力説）。

※ なお、「**必要な処分**」説は、あくまで捜索に対する“妨害”行為を「必要な処分」によって排除するという考え方である。もっとも、捜索現場に居合わせた者が捜索を契機として差押対象物を隠匿したのではなく、捜索とは無関係に捜索開始以前から身体に差押対象物を所持していた場合、その者には差押対象物を捜査機関へ積極的に提供する義務がない以上、このような事態は捜索に対する“妨害”行為とは評価できないことになろう。本問においても、Pらが捜索に着手した時点で既に丙はポケット内に差押対象物である紙片（「メモ」）を入れていた状態であった（Qに取り出されるまで一度もポケットの中身を取り出していない）ことから、捜索開始前から既にポケット内に入れて所持していた紙片をQに提出しなかったことをもって、捜索に対する“妨害”と評価することができるか否かが問題とされる余地がある。「必要な処分」説によれば、仮に丙の対応が“妨害”行為とは評価できない場合、捜査機関としては任意捜査としての所持品検査を行い得るに過ぎないということになろう（これに対して、客観的に“妨害”結果を生じさせている（差押目的物の発見を妨げている）点において捜索開始後に隠匿した場合と異ならない、という説明の仕方もあり得る。）。

(2) 令状執行の要件（222条1項、102条1項）

上記(1)の事情からすれば、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が認められる

〔設問 2〕

第 1 〔証拠 1〕, 〔証拠 2〕 及び 〔証拠 4〕 の許容性 (小問 1)

証明力を争うための「証拠」(328 条) の意義 参考判例 6

法 328 条の趣旨

＝ 公判期日におけるある者の供述が、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
の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をし
たという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨

⇒ 328 条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供
述 (自己矛盾供述) が、同人の供述書、供述を録取した書面 (刑訴法が定める要件を満
たすものに限る。)、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し
得る証拠の中に現れている部分に限られる

< 検討 >

弁護士 S は、甲証言の証明力を争うため、証拠 1、2 及び 4 の各取調べを請求

⇒ 甲が知覚・記憶し、表現した事実の真実性を立証するために用いるものではない

→ 328 条により許容されるか？

甲証言の要旨

- ・ 平成 27 年 8 月頃、丁から覚せい剤の密売の手伝いを誘われた
- ・ 同年 10 月下旬、丁が仕入れる覚せい剤の密売を指示され、その際、丁の取り分が売
上金の 5 割とされた
- ・ 同年 11 月頃から、乙及び丙と共に覚せい剤を密売し、毎週、売上金の 5 割を丁名義
の口座に振込み、残りを甲が 3 割、乙及び丙がそれぞれ 1 割ずつ受け取っていた
- ・ 丁からは、1 か月に 1 回の頻度で密売用覚せい剤 100 グラムを受け取っていた

証拠 1

- ・ 甲の「丁は…覚せい剤の密売には関与していない」との供述部分 ⇒ **自己矛盾供述**

P作成の捜査報告書の性質は？

- 甲の供述録取書？

→ 甲の署名・押印がないため刑事法の定める要件を満たすものではない

- 甲の発言を聴取したPの供述書？

→ Pの公判供述と同視し得る証拠（321条1項3号の要件を具備する書面）ではない

⇒ 328条により許容される「証拠」に当たらない

※ **〔証拠1〕**（P作成の捜査報告書）は、甲の自己矛盾供述を聴取したPの作成した書面である。そうすると、弁護人Sの立証趣旨である「甲が公判期日における証言と矛盾する供述をしていたこと」を立証するためには、その前提として、「Pが甲の矛盾供述を聞いたこと」というPの直接体験（知覚・記憶・表現）した事実の真実性を立証しなければならない。この事実の性質は、甲の供述の信用性判断のための**補助事実**であるところ、このような補助事実の証明方式については、これを純粋な「訴訟法的事実」と捉えて「自由な証明」で足りるとする考え方もあり得る。他方、犯罪事実の認定が証拠の証明力の判断に大きく依存することから「厳格な証明」を要すると考えた場合、「Pが甲の矛盾供述を聞いたこと」の証明は、まさしくPの直接体験（知覚・記憶・表現）した事実の真実性を立証することに他ならず、かかる事実が同人の公判期日外における供述（書面）の内容となっているのであれば、伝聞法則の適用を受けることになる。**参考判例6**は、「別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑事法が定める厳格な証明を要する趣旨である」と述べ、「刑事法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑事法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られる」との趣旨を明らかにした。すなわち、この判例の見解に従えば、自己矛盾供述は、当該供述について「供述内容の真実性」の証明のために用いられるものではないから、当該供述自体は伝聞法則の適用を受けないが、その証人が「別の機会に矛盾する供述をしたという事実」（証人が本当にその矛盾供述をしたのか、証人が述べたことがそのまま再現されているのか）については、刑事法の定める要件を満たす証拠によって証明されなければならないことになる。本問について検討すると、まず、〔証拠1〕は、その内容としては「甲の供述録取書」というべきものであるが、甲の署名・押印を欠くため、「供述を録取した書面（刑事法が定める要件を満たすものに限る。）」には該当しない（録取の点の伝聞性を払拭し、その正確性を担保するため「刑事法が定める要件」が「署名・押印」である）。したがって、〔証拠1〕は、甲から聴取した内容を記載した「Pの供述書」と見ざるを得ない。そうすると、甲の矛盾供述の存在が第三者Pの供述の内容となっている場合であるから、甲が「別の機会に矛盾する供述をしたという事実」をPが公判廷において供述する（**「同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述」**）のが原則となる。これに対して、本問のように上記事実をPの公判期日外における供述（書面）で立証するのであれば、結局、321条1項3号の要件を満たす必要がある（伝聞例外の要件が充足された場合、当該書面は上記判例のいう「同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述」と「**同視し得る証拠**」になる。**再伝聞に関する参考判例7**参照。）。このように、〔証拠1〕の証拠能力を検討するにあたっては、“甲の供述内容の真実性”は問題とならないが、この書面が甲の署名・押印を欠いていることにより、“Pの供述内容の真実性”を問題とせざるを得ず、これに「厳格な証明」を要するとする判例の立場からは、上記「**同視し得る証拠**」といえない限り証拠能力は肯定されない点に十分に注意する必要がある。

証拠 2

- ・ 甲の「覚せい剤は…知り合いの暴力団組員から仕入れていた。その知り合いの組員は丁ではない。」「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」との供述部分 ⇒ **自己矛盾供述**

○ 甲の供述録取書 → 甲の署名・押印があり、刑訴法の定める要件を満たすもの

⇒ 328 条により許容される「証拠」に当たる

※ なお、本問は、裁判所が「証拠として取り調べる旨の決定をすることができるか」が問われているため、問いに対する答えとしては、「できる」又は「できない」となる。もっとも、実際の裁判実務では、上記のような書面について必ずしも証拠調べ決定がなされるわけではない（特に裁判員裁判では供述調書の取調べをできる限り行わない運用がなされている。）。すなわち、ある者の公判供述の信用性を減殺するために、最も効果的な方法は反対尋問（判断者の面前における弾劾）であるから、自己矛盾供述を弾劾に用いる場合も、まずは尋問者が反対尋問においてその自己矛盾供述の存在を法廷に顕出することになる。その結果、弾劾が成功した場合（反対尋問によって甲の自己矛盾供述の存在が明らかになった場合）、もはやその弾劾証拠について書証として証拠調べを行う必要はなくなるのである。（なお、主に刑事弁護実務の現場では、法 328 条は、証人の自己矛盾供述を利用して反対尋問を効果的に行うために設けられた規定であるとの理解から、同条の「証拠とすることができる」とは「法廷にその内容を顕出することができる」という意味であって、当該証拠を証人に示したり、内容を朗読したりして尋問に利用することは規則 199 条の 11 第 1 項による制約を受けないとの見解も主張されている。）。

証拠 4

- ・ 乙の「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。」との供述部分 ⇒ **他者矛盾供述**（自己矛盾後述ではない）

⇒ 328 条により許容される「証拠」に当たらない

※ 証人の公判供述の証明力は、それと反する内容の第三者の公判期日外の供述が存在すること自体によって低下することではなく、当該第三者の供述の内容の真实性を前提として初めて証明力が減殺され得る。そうすると、328 条によってこれを証拠とすることを許容した場合、弾劾証拠として提出された第三者供述が実質証拠として機能することとならざるを得ず、伝聞法則の趣旨が没却されることになる。したがって、328 条の「証拠」に他者（第三者）矛盾供述は含まれないと理解されている（限定説、参考判例 6 参照）。

第2 「証拠3」の許容性（小問2）

「証明力を争う」（328条）の意義 参考判例8

<検討>

検察官R：第1回公判期日で証拠3を証拠調べ請求 → 弁護人S：不同意

→ 321条1項2号の要件を具備しない限り、実質証拠としては許容されない

↓

証拠2が証明力を争う証拠として取り調べられたことを前提として)

検察官R：「甲証言の証明力を回復するため」として改めて証拠3を証拠調べ請求

証拠3=甲証言と一致する内容の供述が含まれる甲の供述録取書(甲の署名・押印あり)

→ 「公判供述と一致する供述がなされていること」自体が要証事実

⇒ 自己矛盾供述による弾劾が先になされている場合，自己一致供述の回復証拠としての利用は，328条の「証明力を争う」場合に該当する

- ※ 自己一致供述について回復証拠としての利用を許容する場合、参考判例6との関係が問題となる。同判例は、「矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、…信用性の減殺を図ることを許容する趣旨」と判示しているところ、これを文言通り捉えれば、328条によって許容されるのは自己矛盾供述に限られ、自己一致供述は含まれない、とも理解し得る。このように理解する場合、回復証拠は328条によっては許容されないものの、上記のとおり「供述の存在」を要証事実とする場合であって伝聞証拠に当たらないから証拠能力が認められる、という説明となろう。これに対して、同判例は、あくまで弾劾証拠としての利用（信用性を減殺するための利用）の場合に限定した判示であると理解すれば、回復証拠としての利用の場合は自己一致供述も328条の「証拠」に含まれる、と理解することは参考判例6と矛盾しない。なお、参考判例8は、「……証明力を争うためには、これを証拠とすることができる」（328条）という規定の文言の解釈として、証明力回復のための証拠を除外すべき根拠に乏しいと判示している。
- ※ これに対して、公判での証言の証明力を単に増強するために（先行する弾劾証拠を前提とせずに）、自己一致供述の取調べを請求する場合（増強証拠）、これも「供述の存在」を要証事実とする場合ではあるものの、当該証拠によって証言の証明力が高まるというためには、当該証拠の内容が真実であることが前提となる（単に嘘を繰り返しているだけだとしたら証明力が高められることにはならない）以上、実質証拠として機能することにならざるを得ないから、328条によっては許容されない（「証明力を争う」場合には該当しない）と解されている。
- ※ なお、[証拠3]の内容は、前段と後段から構成されているところ、甲の証言と一致する供述を内容とするのは前段部分のみであり、後段は、甲の供述の変遷理由（当初虚偽の供述をした理由及びその後真実の供述をするに至った理由）を内容としている。参考判例6が、「刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書…証拠の中に現れている部分に限られる」と判示していることからすれば、[証拠3]についても328条により許容されるのは、厳密には、前段部分のみということとなろう（実務上、該当部分以外をマスキングした形式の抄本が提出されることが通例である。）。しかしながら、仮に前段部分のみを証拠として取調べて、「甲は検察官の取調べの際には公判での証言と同じ内容の供述をしていた」

ということが証明されても、それだけでは〔証拠 2〕によって弾劾された公判証言の信用性を回復することにはならない（それ故、そもそも 328 条による回復証拠としての利用を許容しない見解もある）。すなわち、供述の変遷がある場合、その変遷について合理的な理由が説明されることで初めて供述の信用性が回復されるのであるから、〔証拠 3〕についていえば、P が真に立証（証拠化）したいと考えているのは、供述の変遷理由の述べられている後段部分のはずである。本問が、このような問題意識をもって〔証拠 3〕を前段と後段に分けた上で検討することを求める趣旨の出題であったかは判然としない（実際、多くの受験生も〔証拠 3〕については前段と後段を分断せずに一體的に証拠能力を判定したと思われる）。しかしながら、少なくとも実務上は、〔証拠 3〕については後段部分の証拠能力こそが甲の証言の証明力にとって最も重要であると考えられる（仮に裁判所が 328 条によって〔証拠 3〕の後段部分まで証拠として採用した場合、少なくとも弁護人からは異議が出されるであろう）。なお、実際の公判では、通常は反対尋問において証人の供述の変遷が指摘されることになるが、反対尋問により証人の供述の変遷が明らかとなった場合、再主尋問でその変遷についての合理的な理由を証人に説明させる（ための質問がなされる）ことが多い。

以上

<参考判例>

1【最決平 14.10.4（「必要な処分」／令状の提示時期①）】

「原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、警察官らは、被疑者に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状を被疑者在室時に執行することとしたが、搜索差押許可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテルの支配人からマスターキーを借り受けた上、来意を告げることなく、施錠された上記客室のドアをマスターキーで開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に搜索差押許可状を呈示して搜索及び差押えを実施したことが認められる。

以上のような事実関係の下においては、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑法222条1項、111条1項に基づく処分として許容される。また、同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」

2【大阪高判平 6.4.20（「必要な処分」／令状の呈示時期②）】

「刑事訴訟法は、捜査官が、搜索差押許可状に基づき搜索差押をする際は、その処分を受ける者に対し当該令状を示さなければならないと規定しており（二二二条一項、一一〇条）、その趣旨は、搜索差押手続きの公正を保持し、執行を受ける者の利益を尊重することにあるから、搜索差押の開始前に、その執行を受ける者の要求の有無にかかわらず、捜査官が令状を示すのが原則であることはいうまでもない。他方、法は、搜索を受ける者に対しても、それなりの受忍的協力的態度に出ることを予定し、かつ、捜査官が、処分を受ける者に直接面と向かい令状を提示できる状況があることを前提にしているものと解される。しかし、現実には、相手方が、受忍的協力的態度をとるどころか、捜査官が搜索差押に来たことを知るや、玄関扉に施錠するなどして、令状を提示する暇も与えず、捜査官が内部に入るまでに、証拠を隠滅して搜索を実効のないものにしてしまうという行為に出ることがないではない。ことに薬物犯罪における搜索差押の対象物件である薬物は、撒き散らして捨てたり、洗面所等で流すなどして、ごく短時間で容易に隠滅することができるものであり、この種犯罪は、証拠隠滅の危険性が極めて大きい点に特色があり、かつ、搜索を受ける者が素直に搜索に応じない場合が少なくないという実情にある。ところで、法は、搜索を受ける者が受忍的協力的態度をとらず、令状を提示できる状況にない場合においては、捜査官に対し令状提示を義務付けている法意に照らし、社会通念上相当な手段方法により、令状を提示することができる状況を作出することを認めていると解され、かつ、執行を円滑、適正に行うために、執行に接着した時点において、執行に必要な不可欠な事前の行為をすることを許容しており（一一一条）、例えば、住居の扉に施錠するなどして令状執行者の立入りを拒む場合には、立ち入るために必要な限度で、錠をはずしたり破壊したり、あるいは扉そのものを破壊して、令状の提示ができる場に立ち入ることも許していると解される。所論は、刑事訴訟法一一一条の「必要な処分」も、来訪の趣旨と令状発付の事実を告げて開扉を求め、これに対する明らかな拒絶や罪証隠滅の具体的行為が認められた際に初めて可能となるのであって、当初より虚偽を述べて開扉させたのは違法であると主張する。しかし、一般論として、そのような手順で搜索しても証拠を隠滅される危険性がないときは、所論のいうとおりの手順をとるべきであろうことは論を待たないが、ごく短時間で証拠隠滅ができる薬物犯罪において、搜索に拒否的態度をとるおそれのある相手方であって、その住居の玄関扉等に施錠している場合は、そもそも、正直に来意を告げれば、素直に開扉して搜索に受忍的協力的態度をとってくれるであろうと期待することが初めからできない場合であるし、開扉をめぐっての押し問答等をしている間に、容易に証拠を隠滅される危険性があるから、捜査官側に常に必ず所論のいうような手順をとることを要求するのは相当でない。このような場合、捜査官は、令状の執行処分を受ける者らに証拠隠滅工作に出る余地を与えず、かつ、できるだけ妨害を受けずに円滑に搜索予定の住居内に入って搜索に着手でき、かつ搜索処分を受ける者の権利を損なうことがなるべく少ないよう

な社会的に相当な手段方法をとることが要請され、法は、前同条の「必要な処分」としてこれを許容しているものと解される。

本件は、覚せい剤取締法違反の被疑事実により覚せい剤等の搜索差押を行ったものであるところ、その搜索場所は、当該事件の被疑者である被告人の住居であるうえ、被告人は、覚せい剤事犯の前科二犯を有していることに照らすと、被告人については、警察官が同法違反の疑いで搜索差押に来たことを知れば、直ちに証拠隠滅等の行為に出ることが十分予測される場合であると認められるから、警察官らが、宅急便の配達を装って、玄関扉を開けさせて住居内に立ち入ったという行為は、有形力行使したものでも、玄関扉の錠ないし扉そのものの破壊のように、住居の所有者や居住者に財産的損害を与えるものでもなく、平和裡に行われた至極穏当なものであって、手段方法において、社会通念上相当性を欠くものとははいえない。

次に、捜査官は、搜索現場の室内に立ち入る場合、それに先立ち令状を適式に提示する必要があるが、令状の提示にはある程度時間を要するところ、門前や玄関先で捜査官が令状を提示している間できても、その隙をみて、奥の室内等捜査官の目の届かぬところで、その処分を受ける者の関係者等が、証拠隠滅行為に出て搜索の目的を達することを困難にすることがあり、そのようなおそれがあるときには、搜索差押の実効を確保するため令状提示前ないしはこれと並行して、処分を受ける者の関係者等の存否および動静の把握等、現場保存的行為や措置を講じることが許されるものと解される。

本件の場合、厳密にみれば、警察官らは、令状の提示前に各室内に立ち入っており、Pは、玄関を入ったところにある台所の次の部屋で、住居全体を見渡せる位置にある四畳半間まで入ってから、同所で被告人に搜索差押許可状を示したことが認められるが、Pら警察官は、「警察や。切符出とんじゃ」等と言いながら屋内に入っており、令状による搜索差押のために立ち入ることを告げていること、令状を示した時点では、警察官らは、まだ室内に立ち入ったのみで、具体的な搜索活動は開始していなかったこと、同住居内には、被告人のほか、妻や同居人等複数の者がいて、その動静を把握する必要があったことなどの点をも考えると、これら令状提示前の数分間（被告人は、原審公判廷で一、二分間と供述する）になされた警察官らの室内立ち入りは、搜索活動というよりは、むしろその準備行為ないし現場保存的行為というべきであり、本来の目的である搜索行為そのものは令状提示後に行われていることが明らかであるから、本件においてPら警察官がとった措置は、社会的に許容される範囲内のものと認められる。」

3【最決平 6.9.8（「場所」に対する搜索差押許可状の効力①）－住居内にある「物」（同居人の携帯品）】

「警察官は、被告人の内妻であったYに対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、同女及び被告人が居住するマンションの居室を搜索場所とする搜索差押許可状の発付を受け、平成三年一月二三日、右許可状に基づき右居室の搜索を実施したが、その際、同室に居た被告人が携帯するボストンバッグの中を搜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記搜索差押許可状に基づき被告人が携帯する右ボストンバッグについても搜索できるものと解するのが相当である」

4【東京高判平 6.5.11（「場所」に対する搜索差押許可状の効力③）－住居内にいる者の「身体」】

「場所に対する搜索差押許可状の効力は、当該搜索すべき場所に現在する者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の着衣・身体を搜索する必要があると認められる具体的な状況の下においては、その者の着衣・身体にも及ぶものと解するのが相当である。」

5【東京地判昭 63.11.25（場所に対する搜索差押許可状の効力④）－住居内にいる者の「身体」】

「刑訴法が、搜索状の方式として搜索すべき場所と人の身体とを明確に区別していること、及び、場所という一定の空間と人格を有する人の身体とは強制処分を行う際に自ずから差異があることなどからして、特定の場所を搜索の対象とする搜索令状によって、その場所に現在する人の身体に対しても当然に搜索を行うことができるとまでは解することができないものの、当該搜索場所に対する搜索の目的を遺漏なく達成する必要があるので、捜査官において、搜索場所に現在する人が搜索の目的物（差し押さえるべき物）を所持していると疑うに足りる十分な状況があり、直ちにその目的物を確保する必要性と緊急性があると認めた場合には、場所に対する搜索令状によりその人の身体に対しても強制力を用いて搜索をすることができるものと解すべきである。」

6【最判平 18.11.7 (刑訴法 328 条により許容される証拠)】

「刑訴法 328 条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。

そうすると、刑訴法 328 条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。

本件書証は、前記 W の供述を録取した書面であるが、同書面には同人の署名押印がないから上記の供述を録取した書面に当たらず、これと同視し得る事情もないから、刑訴法 328 条が許容する証拠には当たらないというべきであり、原判決の結論は正当として是認することができる。」

7【東京高判昭 30.4.2 (再伝聞)】

「なるほど刑事訴訟法第三百二十四条は被告人以外の者の公判準備又は公判期日に於ける供述で、被告人又は被告人以外の者の供述を内容とするものの証拠能力について規定するが、検察官に対する供述調書中に現われている伝聞事項の証拠能力につき直接規定はない。しかし供述者本人が死亡とか行方不明その他刑事訴訟法第三百二十一条第一項各号所定の事由があるとき、その供述調書に証拠能力を認めたのは、公判準備又は公判期日に於ける供述にかえて書類を証拠とすることを許したものに外ならないから、刑事訴訟法第三百二十一条第一項第二号により証拠能力を認むべき供述書調中の伝聞に亘る供述は公判準備又は公判期日における供述と同等の証拠能力を有するものと解するのが相当である。換言すれば、検察官供述調書中の伝聞でない供述は刑事訴訟法第三百二十一条第一項第二号のみによつてその証拠能力が決められるに反し、伝聞の部分については同条の外同法第三百二十四条が類推適用され、従つて同条により更に同法第三百二十二条又は第三百二十一条第一項第三号が準用されて証拠能力の有無を判断すべきであり、伝聞を内容とする供述はそうでない供述よりも証拠能力が一層厳重な制約を受けるわけであるが、検察官に対する供述調書中の伝聞に亘る供述なるが故に証拠能力が絶無とはいえない。」

8【東京高判昭 54.2.7 (回復証拠)】

刑訴法三二八条の弾劾証拠とは、供述証拠の証明力を減殺するためのもののみでなく、弾劾証拠により減殺された供述証拠の証明力を回復するためのものをも含むものと解するのが相当である。けだし、同法三二八条には「……証明力を争うためには、これを証拠とすることができる。」とあり、規定の文言上証明力回復のための証拠を除外すべき根拠に乏しいばかりでなく、右のように解することがすなわち攻撃防禦に関する当事者対等・公平という刑訴法の原則、さらに真実の究明という同法の理念にもよく適合するからである。同条の弾劾証拠を証明力減殺のためのものに限定する所論の見解には賛同できない。

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。

LU17451