

司法試験

平成30年本試験徹底分析会

刑事系

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 184265

LU18426

平成30年本試験分析会

刑事系・第1問

平成30年司法試験 刑事系第1問 問題文

〔第1問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記の〔設問1〕から〔設問3〕までについて、具体的な事実を指摘しつつ答えなさい。

【事例1】

- 1 甲（男性、17歳）は、私立A高校（以下「A高校」という。）に通う高校2年生であり、A高校のPTA会長を務める父乙（40歳）と二人で暮らしていた。
- 2 7月某日、甲は、他校の生徒と殴り合いのけんかをして帰宅した際、乙から、顔が腫れている理由を尋ねられ、他校の生徒とけんかをしたことを隠そうと思い、とっさに乙に対し、「数学の丙先生から、試験のときにカンニングを疑われた。カンニングなんかしていないと説明したのに、丙先生から顔を殴られた。」とうそを話したところ、乙は、その話を信じた。
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思い、丙が甲に暴力を振るったことを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た。そこで、乙は、PTA役員会を招集した上、同役員会において、「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。」と発言した。なお、同役員会の出席者は、乙を含む保護者4名とA高校の校長であり、また、A高校2年生の数学を担当する教員は、丙だけであった。
- 3 前記PTA役員会での乙の発言を受けて、A高校の校長が丙やその他の教員に対する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。丙は、同校長に対し、甲に暴力を振るったことを否定したが、当分の間、授業を行うことや甲及び乙と接触することを禁止された。

〔設問1〕 【事例1】における乙の罪責について、論じなさい（業務妨害罪及び特別法違反の点は除く。）。

なお、乙には、公益を図る目的はなかったものとする。

【事例2】

- 4 丙は、甲及び乙との接触を禁止されていたが、乙に対し、前記PTA役員会での乙の発言の理由を直接尋ねたいと考え、8月某日午後10時に乙を町外れの山道脇の駐車場に呼び出した。
乙は、丙と直接話をするに当たり、甲が丙から顔を殴られたことについて、甲に改めて確認しておこうと思い、甲に対し、「今日の午後10時に山道脇の駐車場で丙と会うことになった。あの話は本当だよな。」と尋ねた。甲は、乙と丙が直接話合いをすることを知り、このまうそをつき通すことはできないと思い、乙に対し、うそであることを認めて謝った。乙は、甲がうそをついていたことに怒り、「なぜ、うそをついたんだ。」と怒鳴りながら、甲の顔を複数回殴って叱責した。
- 5 同日午後10時頃、乙は、自動車を運転して、前記駐車場まで行き、同駐車場に自動車を駐車して自動車から降りると、同駐車場において、既に到着していた丙と向かい合って、話を始めた。そして、丙が乙に前記PTA役員会での乙の発言の理由を尋ねたところ、乙は、「息子もうそだと認めたので、この話は、これで終わりだ。」と言い、一方的に話を終わらせ、自己の自動車の方に向かって歩き出した。丙は、乙の態度に納得できずに「まだ話は終わっていない。」と言って乙を追い掛けたところ、乙は、急いで自動車に乗り込もうとした際、石につまずいて転倒し、額をコンクリートブロックに強く打ち付け、額から血を流して意識を失った。丙は、乙が額から血を流して意識を失ったことに驚き、その場から立ち去った。

6 甲は、乙と丙の話合いがどうなったかが気になり、同日午後10時30分頃、バイクを運転して前記駐車場に向かい、同駐車場で倒れている乙を発見した。甲は、同駐車場に止めたバイクにまたがったまま、乙に「親父。大丈夫か。」と声を掛けたところ、これにより乙が意識を取り戻して立ち上がった。乙は、甲が同駐車場にいることには気付かず、自己の自動車を駐車した場所に向かおうとしたが、意識がはっきりとしていなかったため、その場所とは反対方向の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。

山道脇の駐車場には、街灯がなく、夜になると車や人の出入りがほとんどなかった。さらに、乙が転倒した場所は、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かった。もっとも、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。

7 甲は、バイクから降りて、乙に近づいて乙の様子を見ており、乙の怪我が軽傷であることを、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。また、乙が崖近くで転倒した時点で、同駐車場に駐車中の乙の自動車の中に乙を連れて行くなどすれば、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。

しかし、甲は、丙から顔を殴られたという話がうそであることを認めて謝ったのに、乙から顔を複数回殴られ叱責されたことを思い出し、乙を助けるのをやめようと考え、乙の救助は一切行うことなく、その場からバイクで走り去った。

8 その後、甲が自宅に到着した頃、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、後頭部を岩に強く打ち付け、後頭部から出血して意識を失った。この時点で、乙の怪我の程度は重傷であり、乙が意識を失ったまま崖下に放置されれば、その怪我により乙が死亡する危険があった。

9 同日午後11時30分頃、乙は、意識を取り戻し、自己の携帯電話機で119番通報を行い、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。

【設問2】 【事例2】における甲の罪責について、以下の(1)及び(2)に言及しつつ、論じなさい
(特別法違反の点は除く。)

- (1) 不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。
- (2) 保護責任者遺棄等罪(同致傷罪を含む。)にとどまるとの立場からは、不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場に対し、どのような反論が考えられるか。

【設問3】 【事例2】の6から9までの事実が以下の10及び11の事実であったとする。

10 甲は、乙と丙の話合いがどうなったかが気になり、同日午後10時30分頃、バイクを運転して山道脇の駐車場に向かい、同駐車場で意識を失って倒れている丁を発見した。丁は、甲とは無関係な者であるが、その怪我の程度は重傷であり、そのまま放置されれば、その怪我により死亡する危険があった。

甲は、丁の体格や着衣が乙に似ていたこと、同駐車場に乙の自動車が駐車されていたこと、夜間で同駐車場には街灯がなく暗かったことから、丁を乙と誤認した。

11 甲は、重傷を負った乙が死んでも構わないと思いつつ、乙と誤認した丁の救助を一切行うことなく、その場からバイクで走り去った。その後、丁は、意識を取り戻し、自己の携帯電話機で119番通報を行い、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。

なお、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。また、同駐車場には、丁以外にも負傷した乙が倒れており、甲は、乙の存在に気付いていなかったが、

丁を救助するために丁に近づけば、容易に乙を発見することができた。

この場合、甲には無関係の丁を救助する義務は認められないので殺人未遂罪は成立しないとの主張に対し、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、甲に同罪が成立すると反論するには、どのような構成が考えられるかについて、論じなさい。

- MEMO -

平成30年司法試験 刑事系第1問 解答例

第1 〔設問1〕

- 1 乙のPTA役員会における「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。」との発言により、乙は名誉棄損罪(230条1項)の罪責を負うのではないか。以下、検討する。
- 2(1) まず、乙の発言は「事実を摘示」するものであるか。
 - (2) 本罪の保護法益は人の社会的評価であるから、「事実」とは、人の社会的評価を損なうおそれがある事実をいう。
 - (3) 本件で、乙の発言は、A高校2年生の数学担当教員が丙のみであることから、乙の発言における教員は丙であると特定でき、生徒を殴ったとの事実は、教師としての適格性に疑問を持たれる点で社会的評価を損なうおそれがあるものである。よって、乙の発言は「事実を摘示」といえる。
- 3(1) 次に、乙の発言は「公然と」事実を摘示するものであるか。本件では、乙が4人の保護者と校長という少数の者にのみ伝えているので、問題となる。
 - (2) 本罪は人の社会的評価を法益とする抽象的危険である。このため、「公然」とは秘密でないことをいう。そして、特定人でも多数の者にする発言は、公然といえるし、少数の特定人に対する発言でも、伝播可能性があれば公然といえる。
 - (3) 本件では、乙がPTA役員と校長という特定かつ少数の者に対して発言しているところ、彼等は学校の運営に強い影響力を持つ立場にあり、乙が「徹底的に調査すべきである」と述べていることから、乙の発言内容である、2年生の数学担当教員が乙の子を殴った

との事実が、A高校において聞き取り調査が行われる蓋然性が認められる。

よって、乙の発言は、伝播可能性があるといえる。

- 4 また、乙に故意があるかについて、本罪の故意とは、自らの行為が人の社会的評価を低下させるおそれがあることの認識であるところ、乙は、この点について認識があるので、故意も認められる。
- 5 さらに、乙の発言は、公共の利害に関する事実に係るものではなく、丙への恨みを晴らそうとしていたため、目的も専ら公益を図ることにあったとはいえない。よって、230条の2の適用はない。
- 6 なお、本件では侮辱罪(231条)が成立するようにも思われるところ、侮辱罪は、231条の文言から、事実の摘示の有無によって名誉棄損罪と区別されると解し、乙の発言は事実を摘示するものであるから、侮辱罪が成立することはない。
- 7 以上より、乙は名誉棄損罪の罪責を負う。

第2 〔設問2〕

- 1 不作為による殺人未遂罪(203条、199条)の成否の検討
 - (1) 甲が乙に対する救助を一切を行わなかったところ、乙は崖下に転がり落ち、出血して意識を失い、死亡する危険が生じていた。かかる甲は、不作為による殺人罪の罪責を負うか。
 - (2) 不作為の殺人罪は刑法に規定されていない。そこで、不真正不作為犯としての殺人罪の成立を検討すべきところ、そもそも、作為犯として定められた犯罪について、明文なく不作為犯を認めることができるか。

イ 実行行為は法益侵害の現実的危険を有する行為であって、不作為によっても結果発生危険性を生じさせることができる以上、実行行為性は認められる。尤も、構成要件の自由保障の観点から、不作為による実行行為性が認められる範囲を限定する必要がある。

ウ よって、構成要件的同価値性を要求し、その要素として、①作為義務の有無、②作為の可能性・容易性をもって判断する。また、因果関係の判断についても作為犯と異に解する理由がないから、結果回避可能性の存在を前提に、合理的な疑いを超える程度に確実に結果が回避できたと評価し得なければ、因果関係は認められない。

(3)ア(ア) まず、①について検討する。

(イ) 作為義務の有無は、先行行為、社会継続的保護関係、引き受け行為等による排他的支配の存在を考慮して認定する。

(ウ) 本件で、甲は乙の子であり、親子は扶助し合うべき関係である(民法877条)。また、誰もいない山道脇の駐車場で倒れている乙に対して声をかける等、乙の負傷を知る唯一の者であるから、親である乙を救護する義務がある。

確かに、乙が甲の目の前で転倒した際に、乙は甲の存在を認識しておらず、甲の言動によって乙の行動が左右されたわけではない。しかし、乙の姿は山道や駐車場から見えず、乙の存在に気付いた甲しか乙を救助できない、乙の生

命への排他的支配関係がある。

よって、作為義務が認められる。

イ 次に、②について検討する。乙が崖近くで転倒した時点で、駐車中の乙の自動車の中に乙を連れて行く等すれば、乙が崖下に転落することを確実に防止できたし、甲は17歳と大人に相当する身体能力を有しているため、容易に連れていけたと考えられ、救助行為をすることは容易であった。このため、②も肯定される。

ウ 以上を踏まえ、構成要件的同価値性を検討する。乙が転倒した場所は、草木に覆われており、乙が甲の存在を認識できないくらい周囲は暗く、すぐそばが崖になっているため崖下の岩場に転落する危険があり、意識がはっきりとしていない乙が周囲を認識できない状況で崖下の岩場に落ちれば、それが5メートルと高低差が大きくなくても、身体の枢要部を強く打つ等により乙の生命の危険が具体的に存在しているといえる。確かに、二度目の転倒時の乙は軽傷で、この負傷によって死亡する危険はなかったが、最初の転倒で意識がはっきりせず、甲の存在をも気付かずに行動していた乙が適切な行動をとることは期待できず、周囲に助ける者もないことから、乙の生命に対する危険は小さくなかったといえる。よって、甲の生命に対する危険は大きく、作為による殺人罪と構成要件的同価値性がある。

(4) また、因果関係についても、甲が乙を救助していれば乙の崖下への転落を容易かつ確実に防止できた以上、結果回避可能性があるた

め、因果関係が認められる。

(5) 更に、故意についても、以上の事実関係を認識したうえで甲が救助しなかった以上、乙の生命が失われることを認識・認容していたものとして、未必の故意が認められる。

(6) 以上から、甲は不作为の殺人未遂罪の罪責を負う。

2 保護責任者遺棄致傷罪(218条、219条)の成否の検討

(1) 他方、保護責任者遺棄致傷罪が成立するとも思われ、要件を検討する。

(2) まず、乙は身体機能に障害がある者であるから「病者」に当たる。また、必要な保護をしていない。よって、要件を満たす。

(3) そして、死亡結果が生じた場合でも219条が傷害罪との比較で重い刑に処するとしており、不作为によって生命への危険が生じた場合を殺人罪等で間擬するべきではない。このため、不作为による殺人未遂罪ではなく、保護責任者遺棄致傷罪が成立するという考え方があり得る。

(4)ア 以上に対し、殺人未遂罪と保護責任者遺棄致傷罪のどちらが成立するか。両罪の区別をどのように解するべきかが問題となる。

イ この点、両罪は故意で区別されるべきである。両罪の保護法益は生命で共通し、作為義務の内容も変わらないところ、保護責任者遺棄致傷罪は結果的加重犯であって、殺人罪と区別する要素は故意以外に考えられないからである。

ウ 本件では、殺人罪の検討において甲に故意が認められる以上、甲の殺人罪の成立を検討するべきであり、保護責任者遺棄

致傷を問題とすべきでない。

(2) よって、保護責任者遺棄致傷罪は成立しない。

3 結論

以上より、甲は不作为による殺人未遂罪の罪責を負う。

第3 〔設問3〕

1 未遂犯と不能犯の区別について

(1) 本件では、甲が、救護義務のない丁について、救護義務がないものと誤信して救護せずに立ち去っている。丁については、甲による何らの先行行為や引き受け行為がない以上、作為義務がないといえる。

ここで、甲は、丁に対して、作為義務がない以上、丁に対する殺人罪の構成要件的同価値性がない不作为をしたものといえるから、不能犯でしかないと思えるが、そのような甲について不作为による殺人未遂罪が成立するか。

(2)ア 不能犯が不処罰となる根拠は、法益侵害の現実的危険性がないからである。

よって、不能犯と未遂犯の区別は、法益侵害の危険性の有無で決する。

イ そして、危険性の有無の判断は、行為時に一般的に認識し得た事情、及び行為者が特に認識していた事情を基礎に、一般人の視点で具体的危険の有無を判断する。構成要件は一般人への行為規範であり、また、基礎事情として特に行為者が知っていた事情を取り込むことが責任非難の点で必要だからである。

(3)ア 本件では、駐車場に倒れていた丁について、一般人の視点では丁が重傷であって怪我を放置すれば死んでしまう状態にあり、甲以外にこれを助ける者がおらず、駐車場が山道脇にあるため通りかかる者が気づいて救護する可能性も低いことから、これを放置することは、一般人の視点で生命の危険があるものといえる。

イ そして、甲の認識の限りで、倒れている丁を乙だと誤信しているところ、このような行為者自身が特に有していた認識も基礎に入れて一般人の視点で見れば、丁だと誤信された乙を放置することで乙の生命への危険が生じていたことは、〔設問2〕で述べた通りである。

ウ 以上より、一般人の視点を基礎にしつつ、甲の視点も考慮に入れると、甲が丁を放置したことは、丁の生命への危険が現実化しており、作為による殺人罪と構成要件的同価値性があるといえる。

よって、不能犯ではなく、未遂犯が成立し得る。

2 錯誤について

(1) 甲は、丁を乙だと誤信して放置していることから、錯誤に陥っており、甲は殺人罪の故意(38条1項本文)が欠けるのではないか。

(2) 故意責任の本質は、犯罪事実を認識して反対動機を形成できるのに、あえて犯罪に及んだことへの道義的非難可能性であり、犯罪事実が刑法上は構成要件として類型化されているから、構成要件該当事実の認識がある限り、故意が認められる。

(3) 本件では、甲が丁を乙だと誤信しているものの、「人」を救護せ

ずに放置するという点で構成要件の重なりがある。このため、故意は阻却されない。

3 結論

以上より、甲は殺人未遂罪が成立する。

以 上

- MEMO -

平成30年本試験分析会

刑事系・第2問

平成30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30年1月10日午前10時頃、A工務店の者と名乗る男が、H県I市J町のV方を訪問し、V（70歳、女性）に対し、無料でV方の修繕箇所の有無を点検する旨申し向け、Vの了解を得て、V方を点検した。その男は、実際には特段修繕を要する箇所などなかったにもかかわらず、Vに対し、「屋根裏に耐震金具は付いていますが、耐震金具に不具合があって、このまま放っておくと、地震が来たら屋根が潰れてしまいます。すぐに工事をしないと大変なことになります。代金は100万円です。お金を用意できるのであれば、今日工事をすることも可能です。」などと嘘を言ってVをだまし、V方の屋根裏の修繕工事を代金100万円で請け負った。その男は、Vから、「昼過ぎであれば100万円を用意できるので、今日工事をしてほしい。」と言われたため、同日午後1時頃、再度、V方を訪問し、Vから工事代金として現金100万円を受領し、領収書（以下「本件領収書」という。）をVに交付した。その後、その男は、V方の修繕工事を実施したかのように見せ掛けるため、形だけの作業を行った上で、Vに対し、工事が終了した旨告げて立ち去った。

本件領収書の記載内容は【資料1】のとおりであり、㊸の部分にA工務店の代表者として甲の名字が刻された認め印が押されているほかは、全てプリンターで印字されたものであった。

2 Vは、同日午後7時頃、Vの長男WがV方を訪問した際に前記工事の話をしたことを契機に、詐欺の被害に遭ったことに気が付き、Wから、犯人が言った内容を記載しておいた方がよいと言われたため、その場で、メモ用紙にその内容を記載した（以下「本件メモ」という。）。

本件メモの記載内容は【資料2】のとおりであり、全ての記載がVによる手書き文字であった。

翌11日、V及びWは、警察署に相談に訪れた。Vは、司法警察員Pに対し、本件領収書及び本件メモを提出した上で、「100万円の詐欺の被害に遭いました。犯人から言われた内容は、被害当日にメモに書きました。犯人は中肉中背の男でしたが、顔はよく覚えていません。ただ、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ことは覚えています。ステッカーは、直径5センチメートルくらいの小さな円形のもので、工具箱の側面に貼られていました。」と説明した。Wは、Pに対し、「提出したメモは、昨夜、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。」と説明した。

3 Pらが所要の捜査を行ったところ、本件領収書に記載された住所には、実際にA工務店の事務所（以下「本件事務所」という。）が存在することが判明した。

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。また、同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、公道からは同事務所内を見ることができなかった。

Pらは、同月15日午前10時頃、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の様子を見ていたところ、同事務所の玄関ドアの鍵を開けて中に入っていく中肉中背の男を目撃した。その男が甲又はA工務店の従業員である可能性があると考え、①Pは、同日午前11時頃、その男が同事務所から出てきた際に、同車内に設置していたビデオカメラでその様子を撮影した。Pが撮影した映像は全体で約20秒間のものであり、男が同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が、容ぼうも含めて映っているものであった。

Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「この映像の男は、犯人に似ているような気がしますが、同一人物かどうかは自信がありません。」と述べた。

その後の捜査の結果、A工務店の代表者が甲という氏名であること及び前記映像に映っている男が甲であることが判明した。

Pらは、引き続き本件事務所を1週間にわたって監視したが、甲の出入りは何度か確認できたものの、他の者の出入りはなかったため、A工務店には甲のほかに従業員はいないものと判断して監

視を終えた。

Pらは、その監視の最終日、甲が赤色の工具箱を持って本件事務所に入って行くのを目撃した。Pらは、同工具箱に「A工務店」と書かれたステッカーが貼られていることが確認できれば、甲が犯人であることの有力な証拠になると考えたが、ステッカーが小さく、甲が持ち歩いている状態ではステッカーの有無を確認することが困難であった。そこで、Pらは、同事務所内に置かれた状態の工具箱を確認できないかと考えた。しかし、公道からは同事務所内の様子を見ることができなかつたので、玄関上部にある採光用の小窓から内部を見ることができなかつたので、向かい側のマンションの管理人に断った上で同マンション2階通路に上がったところ、同小窓を通して同事務所内を見通すことができ、同事務所内の机の上に赤色の工具箱が置かれているのが見えた。そして、Pが望遠レンズ付きのビデオカメラで同工具箱を見たところ、同工具箱の側面に、「A工務店」と記載された小さな円形のステッカーが貼られているのが見えたことから、②Pは、同ビデオカメラで、同工具箱を約5秒間にわたって撮影した。Pが撮影したこの映像には、同事務所内の机の上に工具箱が置かれている様子が映っているのみで、甲の姿は映っていなかつた。

Pがその映像をVに見せたところ、Vは、「犯人が持っていた工具箱は、この映像に映っている工具箱に間違いありません。」と述べた。

その後、Pは、Vの供述調書を作成するためにVの取調べを実施しようとしたが、その直前にVが脳梗塞で倒れたため、Vの取調べを実施することはできなかつた。Vの担当医師は、Vの容体について、「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。」との意見を述べたため、Pは、Vの供述調書の作成を断念した。

- 4 Pらは、同年2月19日、甲を前記1記載の事実に係る詐欺罪で通常逮捕するとともに、本件事務所等の捜索を実施し、甲の名字が刻された認め印等を押収した。そして、甲は、同月21日、検察官に送致され、引き続き勾留された。

甲は、検察官Qによる取調べにおいて、「V方に行ったことはありません。」と述べて犯行を否認した。

その後、捜査を遂げた結果、本件領収書から検出された指紋が、逮捕後に採取した甲の指紋と合致するとともに、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致したことなどから、Qは、同年3月12日、甲を前記詐欺の事実で公判請求した。

- 5 甲は、同年4月23日に行われた第1回公判期日において、前同様の弁解を述べて犯行を否認した。

Qは、本件領収書の印影と前記認め印の印影が合致する旨の鑑定書、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、Vから本件メモ及び本件領収書の任意提出を受けた旨の任意提出書等のほか、③本件メモ及び④本件領収書の取調べを請求した。Qは、本件メモの立証趣旨については、「甲が、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」、本件領収書の立証趣旨については、「甲が平成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」であると述べた。

弁護人は、前記鑑定書、前記捜査報告書及び前記任意提出書等については同意したが、本件メモについては不同意、本件領収書については不同意かつ取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。その後、Wの証人尋問が実施され、Wは、前記2のWがPに対して行った説明と同旨の証言をした。

【設問1】 下線部①及び②の各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. 下線部③の本件メモの証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。
2. 下線部④の本件領収書の証拠能力について、立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法を複数想定し、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、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は、証拠上認定できるものとする。

【資料1】

		領収書	
V	様	平成30年1月10日	
		〒 〇〇〇-〇〇〇〇	
		H県I市K町1-2-3	
		TEL 〇〇〇-〇〇〇-〇〇〇〇	
		A工務店 代表 甲 印	

¥ 1,000,000 (税込)
但 屋根裏工事代金として
上記正に領収いたしました

【資料2】

1 / 10

(今日午前10時、A工務店と名乗る男性が訪問してきた。そのとき言われたこと。)

屋根裏に耐震金具は付いているが、耐震金具に不具合がある。

地震が来たら、屋根が潰れる。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。

お金が用意できるのであれば、今日工事をする 것도可能。

- MEMO -

平成30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

(1)ア Pによる撮影が、「強制の処分」(197条但書)に当たるとすれば、当該行為について明文の規定がないため違法になる可能性がある。そこで、Pによる撮影が強制処分に当たるかが問題となる。

イ 科学捜査が発展した現代では、有形力行使の有無を基準とするのでは、プライバシー等の法益が侵害されることを防げず、妥当でない。

したがって、強制処分とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等の重要な権利・利益に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為等、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。

ウ(ア) 確かに、被撮影者の同意なく容貌を撮影することは、本人が知れば反対すると考えられるため個人の意思を制圧し、プライバシー権を制約していると思われる。

しかし、住居内に比べ、公道上では、個人の容貌に関するプライバシー保護への期待は減少している。そうすると、公道に面した本件事務所の玄関ドアから出てくる姿をビデオ撮影することは、プライバシー権の重大な侵害とはいえない。

(イ) よって、Pによる撮影は強制処分に当たらない。

(2)ア もっとも、強制処分に当たらなくとも、任意捜査として適法

か。

イ 任意捜査でも人権侵害のおそれはある。また、197条1項本文で「必要な」とあるから捜査比例の原則が妥当するのであり、無制約になし得るわけではない。

したがって、必要性・緊急性があるのを前提に、具体的状況の下で相当と認められる限度で許容される。

ウ(ア) 本件では、被害額が100万円と高額な詐欺事件において交付された領収書に書かれた住所にある本件事務所から出て来た人物は被疑者の可能性が高いため、その容貌を被害者が確認できるよう記録する必要がある。また、本件事務所の関係者の容貌が事務所から出てくる瞬間は、直ちに記録しておく必要があるため、緊急性がある。

(イ) そして、かかる必要性・緊急性との比較で、撮影場所が公道に面した玄関、撮影時間は約20秒と短く、要保護性が小さい権利の制約態様が小さいため、具体的状況の下で相当といえる。

よって、任意捜査として、Pによる撮影は適法である。

2 下線部②について

(1) Pによる撮影は、強制処分に当たるか。

(2)ア 本件では、ビデオカメラを向けたのは、本件事務所の採光用の小窓である。小窓は、公道に面した玄関上部にあるものの、外部からそれを通じて本件事務所内を見ることは容易ではない。また、撮影のためにPがいた場所は、マンションの2階通路である

から、マンションの管理人の同意があっても、公道と同視することはできない。更に、撮影によって工具箱のステッカーが見えているということは、本件事務所の細部が見えてしまう危険があり、甲を含めた本件事務所の関係者のプライバシー権という重要な権利を制約する。しかも、これを甲が知れば、拒否する蓋然性が極めて高く、甲の推定的意思を制圧しているものといえる。

イ 確かに、撮影時間が約5秒と短いものの、本件事務所の中がどのようなものか明らかになってしまう方法の撮影は、強制処分としての性質を否定できるものではない。

ウ よって、Pによる撮影は、強制処分に当たる。

- (2) そして、かかる撮影は、五官の作用で人、物、場所の形質・性状を感知する捜査手法であるから、検証(218条1項)という強制処分に当たる。

しかし、必要な令状を欠いて行っているため、Pによる撮影は令状主義(憲法35条1項)に反し、違法である。

第2 〔設問2〕1

- 1(1) 本件メモは書面であるから、これを証拠とすることは、甲の同意(326条)がない以上、原則としてできない(320条1項)。そこで、伝聞例外(321条以下)により証拠能力が認められないか。
- (2) 320条1項が伝聞証拠の証拠能力を原則否定したのは、供述証拠が知覚、記憶、叙述の各過程を経て顕出されるため、各過程で典型的に誤りが介在し易く、公判廷における反対尋問(憲法37条2項)によって、真実性を担保する必要があるからである。

そこで、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となる場合に伝聞証拠に当たるものと解する。

- (3)ア 本件メモの立証趣旨は、甲が、平成30年1月10日にVに対して本件メモ記載内容の文言を申し向けたこと、である。そして、甲の起訴事実が詐欺罪であって、甲がV方に行ったことがないと否認している以上、要証事実が、甲がVに対して、V方において、詐欺罪の実行行為としての耐震工事が必要であるとして、耐震工事契約をするよう持ち掛けたことである。

イ すると、本件メモ記載の内容通りに、甲がVに発言したことが要証事実であり、そのように発言したことの真実性が問題となる。

ウ よって、本件メモは伝聞証拠となり、原則、証拠能力が否定される。

- 2(1) では、伝聞例外によって本件メモの証拠能力が認められないか。本件メモは、作成者がVであって、被告人以外の者であるから、321条1項3号により証拠能力が認められないか。
- (2) まず、「供述者が…身体の故障」により「供述することができないことが必要である(321条1項3号本文)。

本件では、Vが脳梗塞で倒れ、取調べを実施できず、担当医師も「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。」との意見を述べており、かかる要件を満たす。

- (3) 次に、「供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」も

のである必要がある(同号本文)。

本件では、甲が、V方に行ったことを否認しているため、甲がVに対して詐欺行為を行ったことを証明するためには、Vが、甲から本件メモ記載内容の働きかけをされたことが真実であることを明らかにすることが必要不可欠である。このため、かかる要件を満たす。

- (4) また、「その供述が特に信用すべき状況の下にされた」ものである必要がある(同号但書)。これは、裁判官でも検察官でもない者が作成している以上、典型的に信用性が低いことから、絶対的特信状況を要するものである。

本件では、Vが記憶の鮮明な、甲がV方に来た当日のうちに、自主的に作成したのが本件メモであるから、内容的に誤りが入り込む危険性が特に小さい。このため、絶対的特信状況が認められ、要件を満たす。

- (5) 以上より、本件メモは321条1項3号の要件を満たすから、証拠能力が認められる。

第3 〔設問2〕2

1 非供述証拠として用いる場合

- (1) 本件領収書は書面であるから、320条1項によって証拠能力が認められないのが原則である。
- (2) しかし、前述の伝聞証拠か否かの区別において、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題とならない場合は伝聞証拠とならない。

- (3)ア 本件で、立証趣旨は、「甲が平成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」であり、本件領収書から検出された指紋が甲の指紋と一致しており、印影も甲の認め印と一致していることから、本件領収書の存在自体によって、甲がVから100万円を詐取したことを立証できる。即ち、本件領収書の存在自体が要証事実となる。

イ すると、本件メモは伝聞証拠とならず、非供述証拠となる。

よって、本件領収書の使用方法は、物証として使用することが考えられ、この場合、本件領収書を甲に示すことで(306条1項)証拠調べをすることができ、証拠能力が認められる。

2 供述証拠として用いる場合

- (1) 他方、供述証拠として用いる場合、本件領収書の立証趣旨から要証事実をどのように解するか。
- (2) 本件では、本件領収書の内容そのものが要証事実と解する場合に、その真実性が問題となり、伝聞証拠となる。即ち、甲がVから平成30年1月10日に100万円を屋根裏工事代金として受領したことが真実であるかどうか問題となる。
- (3)ア では、この場合、甲から同意がない以上、どのようにして伝聞例外が認められるか。本件領収書は、甲がVから100万円を受領したことを記載するものであるから、作成者は甲であり、322条1項により証拠能力が認められるか検討する。なお、本件領収書は作成上の定型性がないため、323条2号で伝聞例外とすることはできない。

イ(ア) まず、「被告人に不利益な事実の承認を内容とする書面」(322条1項本文)に当たるか。

本件領収書は、甲がV方に行ったことがないとして犯行を否認しており、にもかかわらず、本件領収書において甲が100万円を受領したことを記載しているというのは、被告人たる甲にとって不利益な事実であって、これを認める内容だから要件を満たす。

(イ) また、「任意にされたものでない疑いがある」(322条1項但書)ものでない必要があるところ、甲が自ら作成したものと考えられるため、「任意にされたものでない疑い」はない。

(ウ) 以上より、322条1項の要件を満たし、本件領収書は証拠能力が認められる。

以上

- MEMO -

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。

LU18426