

司法試験受験生応援・特別無料講座

2017 緊急!【成績通知】答案分析会

◆ 刑事系再現答案集 ◆

辰巳専任講師・弁護士

柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

● 目 次 ●

◆ 刑事系第 1 問再現答案	1
★合格者再現答案 A 評価 (甲さん)	1
●合格者再現答案 C 評価 (乙さん)	5
◆ 刑事系第 2 問再現答案	9
★合格者再現答案 A 評価 (甲さん)	9
●合格者再現答案 D 評価 (丙さん)	13

平成29年論文式試験刑事系第1問

★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 刑事系科目139点台）★

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 1. A名義のクレジットカードで時計XとYを購入した行為に詐欺罪
3 (刑法(以下略)246条)が成立しないか。

4 (1) 詐欺罪が成立するには、①「欺」く行為、②①にもとづく錯誤、
5 ③②にもとづく交付、④財物の移転、⑤財産的損害である。

6 ア 「欺」く行為、とは、財産の交付にむけて人を錯誤に陥らせる
7 ことであり、交付の判断の基礎となる重要な事実を偽る必要がある。

8 本件では、他人名義のクレジットカードを用いることは規約上
9 禁じられており、加盟店は利用者が会員本人であることを確認す
10 る善管注意義務があるため、仮に不正利用者と取引した場合は善
11 管注意義務違反が問われるおそれがある。そのため、クレジット
12 カードが本人名義であることは、交付の判断の基礎となる重要な
13 事実である。そして、甲はこれを偽りあたかも自己がAであるか
14 のようにふるまってA名義のクレジットカードを用いて、Cに甲
15 がAであると錯誤に陥らせている。よって、これは「欺」く行為
16 にあたる(①充足)。

17 イ Cは甲がA本人であると誤信して、財物たるXYを交付し、移
18 転されている(②③④充足)。

19 ウ 詐欺罪は財産犯であるから財産的損害が書かれざる構成要件と
20 して必要である。財産的損害とは本当のことを知っていれば交付
21 しなかった場合、その交付自体を指す。

22 本件では甲がA本人でないことを知っていれば、規約に反する
23 交付行為はしなかったと考えられるため、XYを交付した時点で
財産的損害が発生する。

P.2 エ 以上より、詐欺罪の構成要件に該当する。

3 (2) 甲には特に故意を欠くところもないので、詐欺罪が成立する。

4 2. 売上表用紙にAの署名をした行為に有印私文書偽造罪(159条1
5 項)が成立しないか。

6 (1) 同罪が成立するには、①行使の目的、②他人の印章もしくは署名
7 を使用して、③権利義務若しくは事実証明に関する文書もしくは図
8 画を④偽造することが必要である。

9 (2) AはCに交付するために売上用紙に署名しているので行使の目的
10 が認められる(①充足)。また、他人たるAの「署名」を使用して
11 いる(②充足)し、売上表用紙は「権利義務に関する文書」である
12 (③充足)。

13 そして「偽造」とは、文書の名義人と作成者との人格の同一性を
14 偽ることであり、名義人とは文書から読み取れる意識内容の主体、
15 作成者とは当該記載内容を表示させた主体をいう。本件では、名義
16 人はAであるところ、作成者は甲なので人格の同一性が偽られてお
17 り、「偽造」がある。

18 (3) 以上より、有印私文書偽造罪が成立する。

19 3. 同文書をCに交付した行為は、偽造文書を真正な文書として相手方
20 に認識又は認識可能な状態に置いているので偽造文書行使罪が成立す
21 る。

22 4. Aに勝手にYを購入した行為に横領罪(252条)あるいは背任罪
23 (247条)が成立しないか。

交付が財産的損害であること
の言及までできている
が、それ以外はタイトルを
除き、C評価の答案と大き
な差はない。

C評価の答案では言及して
いる自署性にも言及がな
い。しかし、A評価となっ
ていることから、この点を
除いてもA評価の答案の方
が点数が高いということに
なる。

C評価の答案と差はない

P.3

- (1) 横領と背任は法条競合のため、まず横領罪から先に検討する。
横領罪は①自己の占有する②他人の物を③横領することが必要である。「占有」とは法律上の占有を含み、非預金者であれば正当な払戻し権限がある場合のみ「占有」が認められる。本件では、甲はAのクレジットカードを用いており、他人名義のカードの利用が本来認められないことに照らせば、甲はAの預金口座内の金銭を「占有」していない(①不充足)。よって、横領罪が成立しない。

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

- (2) 次に、背任罪を検討する。背任罪が成立するためには、①他人のために他人の事務を処理する者が②自己若しくは第三者の利益を図り(図利加害目的)③その任務に背く行為をして④本人に財産上の損害を加えたことである。

本件で甲はAのクレジットカードで購入するという他人の事務を処理しており(①充足)、交際相手にプレゼントするという第三者の利益を図った(②充足)。そして、Xを購入するという権限を逸脱して、Yを購入すると言う任務違背行為をして(③充足)、Aに50万円の財産的損害を与えた(④充足)。

よって、背任罪が成立する。

5. 乙とともにAに体当たりし、押さえつけた行為および、乙がAを殴った行為について傷害罪(204条)が成立しないか。

20

- (1) そもそも、上記一連の行為は1つの行為として評価できるか。

行為の一体性は、時間的場所的接着性、攻撃態様、防衛の意思の有無から判断して社会通念上一個の行為と言える場合に認められる。

本件では、甲乙が2度体当たりし、乙がAを殴るまでの一連の行為は、同一の場所でわずか15分ほどの間に行われたものである。また、Aは甲乙に押さえつけられた後も、攻撃の意思を失っておらず、「絶対に許さない。覚悟しろ」などと攻撃的な言葉を叫び続けていた。そして、上記一連の行為はもっぱら甲の身体を守るという防御のために行われていた。

以上より、上記一連の行為はAの攻撃に対する一つの防御行為と言える。

- (2)ア 傷害罪は結果的加重犯であるところ、基本犯たる故意犯に重い結果についての高度な危険性が内包されている。そこで、甲乙に①暴行の共謀②加重結果たる傷害③①と②の因果関係が認められれば、結果的加重犯たる傷害罪の共同正犯が認められる。

まず、甲と乙に暴行の共謀が認められるか。甲乙は「一緒にAを止めよう」「一緒にAを抑えよう」という共謀の下、上記一連の行為を行っている。たしかに、乙がAを殴った行為については「一緒にAを殴ろう」という共謀はなかったものの、一連の行為が1つの防御行為と評価できることからすれば、甲と乙には甲の身体をAから守る防御行為をするという共謀があったといえる。よって、①を充足する。

次に、顔面を石で殴ると言う暴行によってAは鼻骨骨折と言う生理的機能を害する傷害結果が発生している(②③充足)。

イ よって、甲は傷害罪の構成要件に該当する。

- (3) 甲乙の行為はAによる甲の顔面を殴ろうとした暴行に対する正当防衛(36条)として違法性が阻却されないか。

ア 「急迫不正の侵害」とは法益侵害の切迫した危険性をいうところ、Aは甲の顔面を殴ろうとしており、前述のような攻撃的な言動を繰り返しているから攻撃意欲は旺盛と認められ、甲の身体に対する切迫した危険があった。

イ 「ため」という文言、偶然防衛の否定から防衛の意思が必要で

法条競合に触れた上で自身の見解を述べている。C評価の答えは法条競合に触れずに「仮に」として仮定で論じており、採点者によっては減点された可能性がある。

「Aに体当たりし、押さえつけた行為および、乙がAを殴った行為」として、出題趣旨に応じて行為を分けた上で、行為の一体性を検討している。C答案と異なり、共謀の射程が及ぶことを前提にしたため、違法性阻却事由の錯誤を検討しているが、この点はどちらの結論であっても合否には影響を与えないと思われる。

P.5

2

3

4

5

あり、防衛の意思とは急迫不正の侵害を認識しつつこれを避けようとする単純な心理状態である。甲は甲の身体を守るために行動しており、防衛の意思が認められる。

ウ 甲は甲の身体と言う「自己…の権利を防衛するため」に行動している。

エ では「やむを得ず」にした行為と言えるか。必要性・相当性から判断する。そして、一部実行全部責任の観点から、客観的要件は甲乙の行為を総合して判断する。

Aはすでに自分より体重が重く体格のいい男2人から抑えられている。それにもかかわらず、その顔面を石で殴るということは、顔面は身体の中核である頭部であることからすれば、生命を害しかねない危険な行為であり明らかに相当ではない。よって、「やむを得ず」にしたとはいえない。

(4) もっとも、甲は乙の殴打行為を認識しておらず、違法性阻却を基礎づける事実について誤信があり、違法性阻却事由の錯誤として責任故意が阻却されないか。

ア 故意責任の本質は、規範の問題に直面し反対動機の形成が可能であったのに、あえて実行行為に及んだ点に対する道義的非難である。

また、規範の問題に直面するためには、構成要件該当事実及び違法性を基礎付ける事実の認識が必要である。

したがって、違法性を基礎付ける事実の認識に誤認がある場合、故意は認められない。では、甲には違法性阻却事由の錯誤があるか。甲の主観では違法性阻却事由を満たしているか検討する。

イ 急迫不正の侵害、防衛の意思、自己の権利の防衛については(3)と同様である。では「やむを得ず」にした行為といえるか。

Aは甲乙に体当たりされても再び体を起こし、甲を殴ろうとしてきたことから、Aの身体を押さえつける必要はあった。たしかに、二人がかりで押さえつけているが、Aの攻撃意欲が旺盛であったことに照らせば、二人がかりで押さえつけたことによって直ちに相当性を欠くとは言えない。甲の身体の利益を守るために、Aの身体を拘束して自由を奪うことは法益が均衡しているといえる。よって、相当性も認められるため「やむを得ず」にした行為といえる。

ウ 以上より、甲には違法性阻却事由の錯誤が認められる。

(4) 甲は責任故意を欠くので傷害罪は成立しない。

6. 乙と共謀してAの財布を持ち帰った行為

(1) 上記行為に窃盗罪が成立するか。

財布は財産的価値を有する「財物」である。

「窃取」とは、人が占有する物を占有者の意思に反して自己または第三者の占有に移す行為であり、Aが占有する財布をその意思に反して自己の占有に移している。

毀棄隠匿罪と区別するため不法領得の意思が必要である。不法領得の意思とは、権利者を排除して、他人の財物を自己の所有物として、その経済的用法に従いこれを利用・処分する意思である。本件で甲は財布中の現金をもらい自己の借金に充てようと考えていたので、同意が認められる。

(2) もっとも、甲はAが死んだと考えており、窃盗罪の故意がないのではないか。

窃盗罪の故意としては、被害者の占有を害する認識が必要である。占有とは占有の意思と事実から判断すべきところ、死者には物の支

○評価よりは論述は丁寧だが、評価を分けるほどの差はない。

11 配が観念できない以上、占有は否定される。他方で、被害者を死亡
12 させた者との関係では、時間的場所的に近接する限りで、一連の行
13 為として規範的にみて、なお生存中の占有が保護に値する。

14 したがって、占有侵害の認識というには、「自らが殺害した被害
15 者から、その直後に財物を奪う」という認識があれば足り、本件で
16 はこれを満たす。

17 (3) よって、窃盗罪が成立する。器物損壊と窃盗は、その物の権利を
18 害し、占有者から奪う点で法益および行為態様が共通するから、乙
19 とは器物損壊の限度で共同正犯となり、甲には単独で窃盗犯が成立
20 する。

21 7. Cに対する詐欺罪、私文書偽造罪、同行使罪とAに対する背任とは
22 罪観念的競合である。窃盗罪とは併合罪となる。

23 第2 乙の罪責

P.8 1. 甲との一連の暴行によりAに傷害を負わせた行為

2 (1) 甲での検討の通り、傷害罪が成立する。

3 (2) 相当性を欠く過剰防衛なので、36条2項により任意的に減免さ
4 れる。

5 2. 甲と共謀してAの財布を持ち帰った行為

6 (1) 乙は、強盗に見せかけるために財布を持ち帰ろうとしている。よ
7 って、不法領得の意思が存在しないので、窃盗罪(235条)が成
8 立しない。

9 (2) 乙は上記行為により物の効用を害しているので器物損壊罪(26
10 1条)が成立し、甲と共同正犯になる。

11 3. 傷害罪と器物損壊罪は併合罪となる。

12

以上

甲の箇所で行為の一体性を肯定し、共謀の射程が甲に及ぶとした関係で甲のところで相当性も検討できているため、ここでは過剰防衛となると端的に指摘すればよい。他方、C答案では共謀の射程を外していた関係で、乙の箇所で行為の一体性と相当性を検討する必要があった。

器物損壊罪まで検討できている

平成29年論文式試験刑事系第1問

● 合格者再現答案 C評価（乙さん）●

Memo

P.1 第1 甲の罪責

2 1 本件クレジットカードを腕時計Yの購入に用いようとしたことについて

3
4 甲は本件クレジットカードをAとの約束に反するにもかかわらず腕時計Yの購入に用いている。甲に横領罪（252条1項）が成立しないか。

5
6 占有とは、濫用のおそれのある支配状態をいうため、事実上の占有及び法律上の占有をいう。

7
8 甲は、本件クレジットカードをAから受け取り所持していたことから事実上の「占有」がある。

9
10 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、「他人の物」といえる。

11
12 横領とは不法領得の意思の発現をいい、委託信任関係に背き、所有者でなければできないような処分を行うことをいう。

13
14 Aは本来、所有者であるB信販会社の規約により他人への譲渡、貸与等が禁止されているにもかかわらず、甲に貸与している。そのため、腕時計Xを購入するためだけの委託は法的保護に値しないとも思える。

15
16
17
18
19
20
21
22
23 もっとも、本件クレジットカードの利用によるB信販会社の立替払後、AはB信販会社から利用代金を請求されることとなるから、なおその委託信任関係は保護に値するといえる。そして、甲は会員でないにもかかわらず、本件クレジットカードを利用して、所有者でなければできないような処分をしている。

P.2 よって、甲には横領罪が成立する。

2 仮に横領罪が成立しなくとも、Aから利用を許された範囲を超えて、クレジットカードを用いていることから、その事務の信任関係に背き、第三者である交際相手の利益を図る目的で、任務に背く行為をしたといえる。そして、甲には、Aに対して腕時計Yの代金を返済できる見込みがなかったことから、財産上の損害を与えたといえ、背任罪（247条）が成立する。

3
4
5
6
7
8 2 売上票用紙の署名欄にAの名前を記入したことについて

9
10 甲はAではないにもかかわらず、売上票用紙にA本人としてその名前を書いている。甲に有印私文書偽造罪（159条1項）が成立しないか。

11
12 甲は、本人であるかのように示すために記入していて、「行使の目的」がある。また、Aの名前を記入しているため、他人の署名を使用している。

13
14
15 売上票用紙は、クレジットカードの利用者が本人であるかを確認するために用いられることから、社会生活に交渉を持つ文書といえ、「事実証明に関する文書」といえる。

16
17
18 偽造罪は文書に対する公共の信頼を保護するためにあり、「偽造」とは文書の作成者と名義人の人格の同一性を偽ることをいう。

19
20 名義人は、文書の内容から看取される主体をいう。

21
22
23 売上票用紙はクレジットカードの利用者の自書が予定されている文書であり、本件クレジットカードはA名義であることから、その内容から看取される主体はAとなる。そのため、作成者である甲と

「仮に横領罪が成立しなくとも」「背任罪」「が成立する」といった仮定は不要である。代わりに、背任罪と横領罪が法条競合の関係であることを触れるとA評価相当の答案となる。

自署性にも触れているが、Aの承諾があったことを明確に触れていない。この点を指摘すれば、点数が何点か入る。但し、A評価の答案は、自署性が要求されるかどうかすら言及がないのにA評価とされている。

P.3 名義人Aの人格の同一性が認められず、「偽造」といえる。
 2 よって、甲には有印私文書偽造罪が成立する。
 3 3 売上票用紙をCに手渡したこと
 4 甲は偽造した有印私文書を、A本人であるかのように示すために
5 Cに交付している。したがって、有印偽造私文書を「行使」したといえ、有印偽造私文書行使罪（161条1項、159条1項）が成立する。
 7
 8 4 本件クレジットカードを使用したことについて
 9 甲は、本件クレジットカードの名義人Aであるかのように装い使用している。甲に1項詐欺罪（246条1項）が成立しないか。
10 欺く行為とは、財物交付の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。
 12
 13 本件クレジットカードは、B信販会社の規約により、その会員である名義人のみが利用できることとされている。加えて、他人への譲渡、貸与等が禁じられ、加盟店も利用者の本人確認を行うことが義務付けられている。そのため、名義人でない者が本件クレジットカードを利用した場合、加盟店側は本人確認を怠ったとして、B信販会社から立替払いを拒否されるおそれがあった。そうであるならば、本件クレジットカードの名義人であるかのように装うことは、
20 加盟店である時計店の店主Cにとって財物交付の基礎となる重要な事項を偽ることといえる。
 21
 22 また、本件クレジットカードはあくまで本人利用以外予定されていないことから、これを所持し、手渡すことは本人であることを挙動によって示すものといえる。
P.4
 2 したがって、甲は財物交付の基礎となる重要な事項を偽って、
 3 欺く行為が認められる。
 4 Cは、甲の欺く行為によって、甲がA本人であると誤信し、販売価格10万円の腕時計Xと販売価格50万円の腕時計Yを甲に交付している。
 6
 7 よって、甲にCに対する1項詐欺罪が成立する。
 8 5 Aに対する体当たりについて
 9 甲は乙と一緒にAに対して体当たりをしている。そのため、有形力を行使して、暴行をしている。よって、甲は暴行罪の共同正犯の構成要件に該当する（60条、208条）。
 11
 12 それでは、甲に正当防衛（36条1項）が成立しないか。
 13 「急迫不正の侵害」とは、法益侵害の危険が現実差し迫っていることをいう。
 14
15 Aは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すという危険な行為をまさに行おうとしている。Aはわざわざ、
 16 甲と乙を追いかけて、「この野郎。」と氣勢を強く迫っていることから、甲の身体に対する法益侵害の危険が現実差し迫っていたといえる。
 18
20 「防衛するため」とあることから、正当防衛には防衛の意思を要する。これは、急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な回避意思をいう。
 21
 22 甲は、殴られるのを回避しつつ、これ以上Aから暴行を受けるのを避けようとして、止めるために体当たりをしている。そのため、急迫不正の侵害を認識しつつ、避けようとする単純な回避意思がある。よって、防衛の意思も認められる。
P.5
 2 正当防衛は正対不正の関係にあることから、「やむを得ずにした行為」とは、結果の相当性ではなく、手段として必要最小限の行為

A評価相当

「本件クレジットカードを使用したこと」が問題なのではなく、判例からすれば「本件クレジットカードを使用して腕時計Xと腕時計YをCに交付させたこと」が問題である。このようなタイトルにするか、あるいは、A評価答案のように「A名義のクレジットカードで時計XとYを購入した行為」というタイトルにすればA評価相当の答案となる。

体当たりと押さえつけた行為を分けて検討しているが、問題文からすれば、①体当たりして押さえつけた行為、②乙が石で殴った行為、の2つを分けて検討すべきであった。押さえつけた行為について逮捕を論じたことが「刑事責任が実際上問題とならないようなささいな点を取り上げて延々と論述するもの」(H23採点実感)という印象を与えたものと思われる。
 「体当たりして押さえつけた行為」としてまとめた上で、暴行罪の成否(正当防衛が成立するとすればよい)を論じれば、A評価相当となる。

をいう。

甲は、Aと年齢も28歳と同じであり、乙が若干身長や体重からしてがっちりしていて、その乙と二人がかりではあるものの、体当たりという穏当な有形力の行使にとどまっている。また、Aはわざわざ甲を追いかけてきて殴りかかってくるほど、攻撃意識が強く、甲の顔面という危険な部位を拳骨で殴りかかろうとしていて、話し合いで説得できるような状況ではなかった。そうであるならば、二人がかりであるとしても体当たりをすることは、Aからの侵害を避けるために必要最小限度の行為といえる。よって、「やむを得ずにした行為」といえる。

以上から、甲には正当防衛が成立し、暴行罪の共同正犯は成立しない。

次に、甲と乙はAが一度倒れた後も、体当たりをしている。これは暴行罪の構成要件に該当する。

もっとも、Aは「この野郎。」と言いながら、再び拳骨で甲の顔面を殴ろうとしていて、急迫不正の侵害がまだ継続しているといえ、二回目の体当たりについても甲の身体を守るために「やむを得ずにした行為」として正当防衛となる。よって、暴行罪は成立しない。

P.6 6 Aを押さえつけた行為について

甲は乙と共に倒れたAを二人で押さえつけている。甲に逮捕罪の共同正犯が成立しないか（60条、220条）。

甲は、乙と二人がかりで、Aの上にまたがり、押さえつけて動けなくしている。そのため、「不法に人を逮捕」しているといえる。甲は逮捕罪の構成要件に該当する（60条、220条）。

もっとも、甲はいまだ立ち上がり暴れようとするAを落ち着かせるために押さえつけていて、5で述べた行為と一体のものとして正当防衛（36条1項）が成立しないか。一体であるかどうかは、侵害自体の継続性、一つの防衛意思といえるかといった点から判断する。

Aは二回目の体当たりにより、仰向けに倒れたものの、「なにをするんだ。この野郎。」と大声で言いながら、立ち上がろうとしていた。そのため、Aの攻撃意思はいまだなくなっているといえず、侵害はなお継続していたといえる。

また、甲は乙と共に、Aから殴られるのを防ぐために押さえつけることとしていて、5における暴行と同様にAの暴行を防ぐための1つの防衛意思に基づくものといえる。そして、押さえつけた行為についても、二人がかりでのしかかっているものの、殴ることや蹴ることをせず、外傷を与えるものでなく、なお穏当なものであった。したがって、逮捕行為は5で述べた防衛行為と一体のものとして正当防衛となる。

7 乙がAを石で殴ったことについて

乙はAを石でその顔面を殴っている。これにより、全治約一か月間を要する鼻骨骨折というAの生理的機能が害されているため、「傷害」といえる。この結果は、乙が石で殴ったことによるもので因果関係もあり、殴ろうと思っていたことから故意も認められる。よって、乙はAに対する傷害罪（204条）となる。

それでは、甲についても乙との共謀共同正犯として傷害罪（60条、204条）となるか。

共同正犯に一部実行全部責任が認められるのは、相互利用補充関係によって犯罪を実行することにある。そのため、①共謀、②正犯意思、③基づく実行行為がある場合には共謀共同正犯が成立する。

甲は乙に対して「一緒にAを押さえよう。」と持ちかけ、乙もA

甲の罪責の箇所なのに、最初の段落で乙の傷害罪を検討しており、読み手が混乱する。「甲について乙との共同正犯として傷害罪が成立するか。乙が石で殴った行為についてまで共謀の範囲に含まれるかが問題となる」と最初に書けばA評価相当の答案となる。

11 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 P.8 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18

が暴れるのを防ぐために押さえつけることにしか意思の連絡がない。また、乙は自発的にAを殴って気絶させようとして、落ちていた石でAの顔面を殴りつけていて、甲はこれをまったく認識していなかった。したがって、甲と乙においてはAを石で殴りつけるということについて共謀があったとはいえない。よって、甲に傷害罪の共謀共同正犯は成立しない。

8 Aの財布を取って現金を抜き取ったことについて
甲は、Aの財布を取って、その現金を抜き取っている。甲に窃盗罪（235条）が成立しないか。

甲は、Aの財布という「他人の財物」をその占有を排除して自らの占有に入れている。したがって、「窃取」も認められる。そして、自らのものにしようとしていることから不法領得の意思も認められる。

そして、甲は、Aを死んでいるものと思っていたが、死者であっても一連の行為からみてなお生前の占有を保護すべき場合があるといえ、このような錯誤は具体的事実の錯誤にすぎず、いまだ窃盗の一般的抽象的認識があるといえ、故意も認められる。よって、甲には窃盗罪が成立する。

第2 乙の罪責

1 Aを殴ったことについて
上述のように、乙は、Aを石で殴ったことについて傷害罪が成立する。

2 Aの財布を捨てようとしたことについて
乙は甲と財布を取ろうとしていたものの、不法領得の意思がないことから、窃盗罪は成立しない。

第3 罪数

甲には、横領罪、有印私文書偽造罪、同行使罪、1項詐欺罪、窃盗罪が成立する。有印私文書偽造罪と同行使罪は牽連犯（54条1項後段）となり、1項詐欺罪と観念的競合（54条1項前段）となる。後のは併合罪（45条）となる。

乙は傷害罪となる。

以上

A評価相当

甲のところで長々と論じている体当たりと押さえつけた行為について、一切言及がない。項目を設けた上で、「上述のように正当防衛が成立するため、暴行罪は成立しない」とすればA評価相当の答案となる。

甲と一緒にいった体当たりと押さえつける行為と殴った行為について、防衛行為として一体とならないかの検討がない。「乙は防衛の意思の下で一連の行為として当該行っている。したがって、全体として過剰防衛が成立する」といった論述を加えればA相当の答案となる。

器物損壊罪が成立する旨を一言加えればA相当の答案となる。

罪数は言及さえできていれば、大きな差はつかない。

平成29年論文式試験刑事系第2問

★ 合格者再現答案 A評価（甲さん 刑事系科目139点台）★

Memo

P.1 設問1

2 第1 捜査①について

3 1. Qらは窓を割って侵入しているがこの行為は「必要な処分」（22
4 2条1項，111条1項）として許されるか。

5 (1) 「必要な処分」とは，捜索のために必要かつ社会通念上相当な処
6 分をいう。

7 (2) 本件では，甲が覚せい剤前科3犯であり，複数人から甲から覚せい
8 剤を買った旨の証言が出ていること，甲がKマンションの路上で
9 茶封筒と言う中身の見えにくい物を用いて何らかのやり取りをして
10 いることから，甲が覚せい剤の密売をしている嫌疑が高い。また，
11 覚せい剤はトイレに流すなどで容易に隠匿可能であり，甲がドアチ
12 ェーンをかけたまま対応することが多いことにかんがみれば，Qら
13 がドアから訪問という正攻法をとると，チェーンで対応している隙
14 に同居者に覚せい剤を隠匿させる可能性も十分考えられる。よって，
15 正攻法以外の方法を取る必要がある。

16 一方，窓ガラスを割ることはガラスが飛散し，内部にいる者の身
17 体を傷つけかねない危険な行為である。さらに，甲宅は賃貸物件で
18 あるから，大家の財産権を害することになる。そして，大家からマ
19 スターキーを借りてドアチェーンをクリッパーで切る等より権利侵
20 害性の低い方法が考えられる以上，本件行為は相当性を欠く。

21 2. よって，「必要な処分」とならず違法である。

22 第2 捜査②について

23 1. Qらは被疑者甲の同居人である乙の形態物であるバッグを同意なく
P.2 捜索しているが，これが被疑者を甲とした場所に対する搜索差押令状
2 (218条1項)によって許容されるか。

3 (1) この点，令状裁判官は，その場所に通常存在する物のプライバシー
4 侵害について事前に審査しているため，通常存在する物に対する
5 プライバシーの利益は場所に対するそれに包摂されているといえる。
6 よって，場所に対する令状は，その場所における備品に対しても及
7 ぶ。そして，物が携帯されているかその場に置かれているかは偶然
8 の事情にすぎないから，その場に通常存在する者の携帯物もその場
9 に存在する備品・付属物と同視でき，令状の効力が及ぶ。

10 したがって，携帯物の搜索も許される。

11 (2) 本件で乙は甲と同居している内妻であり，通常存在することが予
12 定された者だから，その携帯物であるハンドバックにも令状の効力
13 が及ぶ。

14 2. もっとも，乙は被疑者ではないため，「被疑者以外の者の…物…」
15 について搜索するときは「押収すべき物の存在を認めるに足りる状
16 況」が必要である（222条1項，102条2項）。

17 本件では，たしかに乙は甲の内妻という近い立場であるが，乙は搜
18 索に突入した際にすでにハンドバックを手を持っているので，押収
19 すべき物をハンドバックに隠匿したと疑うに足る事情もなく，「押
20 収すべき物の存在を認めるに足りる状況」はない。

21 3. よって，捜査②は違法である。

22 第3 捜査③について

23 1. Qらは丙のポケットを搜索しているが，場所に対する搜索差押令状

捜査①

令状の事後提示の論点に言
及してなくてもA評価とな
っている。

捜査②

同居人に令状の効力が及ぶ
のかを令状裁判官がどこま
で審査しているから論じ
られている。ここがD評価
との違いである。

- P.3 (218条1項)によって身体の搜索は許容されるか。
- 2 (1) 刑訴法は搜索の対象としての「人の身体」と「場所」とを区別して規定している(222条1項, 102条)。場所の搜索と身体の搜索とでは侵害される権利の質が異なることから、場所に対する令状によって人の身体を搜索することはできないのが原則である。
- 5 もっとも、その者が搜索中又は搜索直前に搜索・差押えの目的物を隠匿したことが十分に疑われる客観的な事情があった場合には、令状に基づく「必要な処分」である原状回復措置の一環として、その者の身体を相当な方法で搜索できると解する。
- 10 (2) 本件では、たしかに丙は甲宅に頻繁に出入りしており、ポケットを気にするという不自然な挙動がみられる。しかし、丙はPらが突入した際にすでにポケットの中に手をつっ込んでおり、搜索後に何かを進退に隠匿したと言う客観的な事情は存在しない。
- 14 よって、**捜査③**は違法である。

捜査③
偶然居合わせた者の身体の搜索の論点について言及できている。

15 設問2

- 16 第1 (1)について
- 17 1. 違法収集証拠
- 18 (1) 前述の通り**捜査①～③**は違法捜査であり、それによって得られた証拠は適性手続、司法の廉潔性、将来の違法捜査抑止の見地から違法収集証拠として排除すべきである。具体的には①令状主義の精神を没却するほどの重大な違法があり②将来の違法捜査抑止の見地から相当でない場合は証拠排除できる。
- 20 (2) 本件では、Pらは令状主義を潜脱しようと意図したわけでもなく多少の行き過ぎた捜査にすぎないため、その違法性は重大と言えず、相当性を欠くともいえない。
- 23 (3) よって、違法収集証拠として排除されない。

設問2-1
違法収集証拠排除法則は出題趣旨にない。しかし、出題趣旨である弾劾証拠を検討できている。このように多少、無駄なことを書いてもA評価は目指せる。

P.4

- 2 (3) よって、違法収集証拠として排除されない。
- 4 2. 伝聞証拠

- 5 (1) 証拠1から証拠4は供述録取書であり「公判廷における供述に代」わる書面として伝聞証拠にあたり証拠能力が否定されるのではない(320条1項)。
- 6 伝聞法則の趣旨は、供述は、知覚・記憶・叙述という証拠化の過程で誤りが混入する恐れがあるため、反対尋問などによる真実性の担保が必要であるにも関わらず、伝聞証拠に対してはこれをなさない点にある。

10 よって、伝聞証拠とは公判廷外の供述を内容とする証拠で要証事実との関係で内容の真実性が問題になるものをいう。

14 本件証拠1から4は供述録取書と言う公判廷外の供述を内容とするので、要証事実との関係で記載内容の真実性が問題になる場合は伝聞証拠に当たり、伝聞例外(321条以下)を満たさない限り原則証拠能力が否定される。

- 18 (2) もっとも、Sは甲証言の証明力を争うため、すなわち弾劾証拠(328条)として証拠1, 2, 4の取り調べを請求している。

20 ア まず、弾劾証拠として証明力を争うために用いられる「証拠」は自己矛盾供述に限られるか。

22 この点、「証拠」の範囲を広く解してしまうと、実質証拠として用いえない証拠が実質証拠として機能することになり、伝聞証拠法則が骨抜きになってしまう。

P.5 2 一方、自己矛盾供述の場合、その供述の存在自体で証明力を減殺することができる点で、真実性が問題とならず非伝聞だから、上記のおそれは無い。

5 そこで、「証拠」とは自己矛盾供述に限られると解する。

6 本件では、甲の供述を弾劾するためなので、甲の供述録取書で
7 ある証拠1と証拠2が自己矛盾供述にあたる。

8 イ 次に、弾劾証拠が供述録取書の場合、署名押印が必要か。

9 自由な証明による弾劾は、犯罪事実について厳格な証明を要求
10 したことの意義を損なうから、厳格な証明に使用される証拠の場合、
11 その証明力を左右する補助事実も厳格な証明が必要である。

12 よって、供述録取書の場合、録取家庭の正確性を担保するため
13 に署名押印が必要であり、これを欠く録取書による弾劾は厳格な
14 証明があるといえず許されない。

15 本件では、証拠1には甲の署名押印がないため、弾劾証拠として
16 用いえない。

17 (3) 以上より、証拠2のみ弾劾証拠として328条によって証拠能力
18 が認められる。

19 第2 (2)について

20 1. 証拠3を回復証拠として用いることができるか。

21 (1) そもそも、弾劾された証拠の証明力を回復する証拠は、「証明力
22 を争う」証拠にあたるか。

23 ア これは、実質的には弾劾証拠の証明力を減殺するものである。

P.6 24 また、その証拠の存在自体が弾劾証拠の証明力を減殺する点で、
2 25 真実性が問題とならず非伝聞だから、伝聞法則を骨抜きにする恐
3 れもない。

4 ゆえに、回復証拠は「証明力を争う」証拠といえる。

5 イ 本件で、証拠3は証拠2と異なり、丁の覚せい剤密売の関与を
6 認めている点で矛盾供述といえ回復証拠にあたりうる。

7 (2) そして、証拠3も証拠2と同じく甲の自己矛盾供述であり、また
8 甲の署名押印もあるため、328条の要件を満たす。

9 (3) 以上より、証拠3を回復証拠として用いることができる。

10 以上

設問2-1

矛盾した供述の存在は供述の信用性を低下させる。つまり、矛盾供述だから回復証拠になるというわけではないはずである。その意味でこの論述では多くの点数は望めない。しかし、A評価となっていることからすれば、ここができていなくても問題はなかったということである。

・・MEMO・・

平成29年論文式試験刑事系第2問

● 合格者再現答案 D評価（丙さん） ●

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 捜査①の適法性

3 (1) Qらが甲方のベランダの柵を乗り越え、窓ガラスを割って解錠した行為は、甲方への捜索差押許可状（218条1項）の執行のために行われたものであるから、「必要な処分」（222条1項，111条1項）として許されるかが問題となる。

4
5
6
7 (2) 「必要な処分」とは、社会通念上相当な行為をいうが、かかる相当性は当該処分の必要性及び緊急性と処分により失われる利益及び態様を考慮して判断する。

8
9
10 (3) 本件で発付された甲方への捜索差押許可状の被疑事実は、甲の覚せい剤の営利目的譲渡であり、社会的に重大な犯罪である。また、かかる被疑事実につき、覚せい剤の所持で逮捕された複数の者たちが甲から覚せい剤を購入したとの証言をしていることから、甲が犯人であるという嫌疑は濃厚である。そして、甲らの譲渡はKマンション付近で行われていることから、甲方がその譲渡の拠点となっている疑いが強い。したがって、甲方への捜索をすべき高い必要性が認められる。

11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

捜査①

令状の事後提示について論述できていない。もっとも、今回は、この論点を落とした受験生が多かったことからすれば、D評価の原因とはいえない。捜査①はA評価相当といってよい。

P.2

2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

そして、実際にPが甲方の玄関から立ち入ろうと呼び鈴を鳴らしたら、甲がドアチェーンをかけて玄関を開けている。このままでは、玄関からの立ち入りに時間がかかってしまい、甲らによる証拠隠滅のおそれがあるといえる。したがって、Qらがベランダの柵を乗り越えて、窓ガラスを割って解錠して甲方へ立ち入る高い必要性及び緊急性があったといえる。

Qらのかかる行為は、甲に無許可でベランダから甲方に立ち入るほか、窓ガラスを割るため、甲のプライバシー侵害及び財産的損害を伴うものである。もっとも、甲方へのプライバシー侵害は、すでに甲方への捜索差押許可状が発付されており、これから執行されようとしていることから、ある程度予定されているものである。また、財産的損害としても、解錠するのに必要な程度に窓ガラスを割っただけであり、不相当な損害を生じているものでもない。そして、Qらの行為はPが玄関から立ち入れないことを確認したうえでやむを得ず行われたものである。

これらの事情を総合すると、Qらの行為は社会通念上相当なものといえ、「必要な処分」として許されるといえる。

14 (4) よって、捜査①は適法である。

2 捜査②の適法性

1 (1) Pは乙が所持していたハンドバッグを捜索しているが、甲方への捜索差押許可状の効力がかかるハンドバッグに及んでいるかが問題となる。

2 (2) 「場所」に対して発付された捜索差押許可状の効力は原則として、その場に居合わせた者の「身体」や所持品には及ばない。なぜなら、法2

P.3

1 9条1項では、「場所」と「身体」や「物」を分けて搜索差押許可状の対象としており、場所についてのプライバシーの利益と身体や物に対するプライバシーの利益とは別個のものと捉えているからである。

2
3
4 もっとも、その場に居合わせた者によって、本来搜索が許されている
5 「場所」に存在していた物の現状が変更されることで、その搜索が許されなくなるとするのは、その令状発付の目的を達成することができなくなり、妥当でない。そこで、そこに居合わせた者の「身体」や所持品であっても、本来搜索の許される「場所」にあった物を所持しており、それが押収すべき物である蓋然性が認められる場合（222条1項、102条2項参照）には、かかる物を搜索するに必要な限度で、「身体」やその所持品に対する搜索も、「場所」に対する搜索差押許可状よって許されるといえる。

6
7
8
9
10
11
12
13 (3) Pが搜索をしたのは、甲方の居間に居合わせた乙が所持していたハンドバッグである。そもそも、乙は甲の内妻として甲方に居住していることから、その所持品は甲方に存在していたものといえる。また、乙は搜索中に不自然にハンドバッグを持って玄関に向かっており、かかるハンドバッグの中には、甲ら覚せい剤の譲渡に関する証拠物が存在している蓋然性が認められるといえる。

14
15
16
17
18
19 したがって、ハンドバッグには甲方への搜索差押許可状の効力が及ぶといえる。

20
21 (4) よって、**捜査②**も適法である。

22
23 **3 捜査③の適法性**

24
25 (1) Qは、丙のズボンのポケットに手を差し入れているところ、丙の身体に対する搜索をしているといえるが、かかる搜索は甲方への搜索差押許可状により許されるといえるか。

26
27 (2) 上述の規範にしたがい検討する。

28
29 (3) 丙は、先述の乙と異なり、甲方に居住している者ではない。そうすると、丙の所持物が甲方に存在していたものとは考えられないようにも思える。しかし、丙は甲方に頻繁に出入りしており、甲方は先述のように甲らの覚せい剤譲渡の拠点となっている疑いが強い。そうすると、丙が何かしら甲の覚せい剤譲渡に関与している疑いも強いといえる。そして、丙は搜索中に、ズボンの上から右ポケットを触るなど、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不審な様子が見られている。そして、Qにポケットの中身を尋ねられると、それに応えずトイレに向かうなど明らかに何かを隠している素振りを見せている。上述のように丙が甲方を拠点とする覚せい剤譲渡に関与している疑いからすれば、丙の右ポケットには、本来甲方に存在していた何かしらの証拠物が存在している蓋然性が認められるといえる。

30
31
32 そして、Qは丙のズボンの右ポケットのみを搜索していることから、必要な限度でのみ搜索を行っているといえる。

33
34 (3) したがって、Qがした丙の身体への搜索は、甲方への搜索差押許可状により許されるといえる。

35
36 (4) なお、Qは丙の右腕をつかんで右ポケットから丙の右手を引き抜いているが、かかる行為は社会通念上相当なものなので、上記搜索に「必要な処分」として許されると考える。

37
38 (5) 以上より、**捜査③**も適法といえる。

39
40 **P.5 第2 設問2**

41
42 **1 小問1**

43
44 (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できるか。各証拠に証拠能力が認められるかが問題となる。そして、各証拠はすべて「書面」であることから伝聞法則

捜査②

同居人に令状の効力が及ぶかの問題である。ところが、「その場に」（偶然）「居合わせた者」という**捜査③**の問題という形で論述している。ここがDの原因である。**捜査②**は配点がほとんどなかったといってよい。ここを修正するべきである。たとえば、令状主義について説明した上で、「同居人の物は通常、その場所に置かれているため、場所についての裁判官の令状審査が及ぶ。したがって、それを搜索時に所持していたとしても令状の効力に基づき搜索が可能である」と論述すればよい。

A 評価相当

の適用（320条1項）について検討する。

(2) 伝聞証拠とは、公判廷外での供述を内容とするもので、要証事実との関係でその内容の真実性が問題となるものをいう。なぜなら、供述には知覚・記憶・表現の各過程に誤りが入りやすいにも関わらず、公判廷外での供述には、反対尋問や偽証罪による威嚇や裁判所による供述態度の観察など、真実性の吟味をすることができないためである。

(3) まず、証拠1はPが作成した書面であり、甲から録取した供述の内容が記載されている。かかる証拠の要証事実、甲が記載通りの供述をしたことと考えられるから、その内容の真実性が問題になるといえる。したがって、証拠1は伝聞証拠に当たる。

次に、証拠2はRが作成した書面であり、甲から録取した供述の内容が記載されている。かかる証拠の要証事実、記載内容通りに乙が供述をしたことといえるから、その内容の真実性が問題になるといえる。したがって、証拠2も伝聞証拠に当たるといえる。

そして、証拠4はQが作成した書面であり、乙から録取した供述の内容が記載されている。かかる証拠の要証事実、記載内容通りに乙が供述したことといえるから、その内容の真実性が問題になるといえる。したがって、証拠4も伝聞証拠に当たるといえる。

(4) では、伝聞例外の適用はあるか。各証拠ごとに検討する。

ア 証拠2について

(ア) まず、証拠2から検討するに、証拠2は司法警察員であるPが作成したものであるため、法321条1項3号の適用が問題となるも、甲は供述不能でないし、甲の供述は変遷していることから絶対的特信状況もあるといえない。したがって、法321条1項3号の適用は認められない。

(イ) では、法328条の適用はどうか。

「証明力を争うため」といえるには、供述証拠の内容が自己矛盾供述に当たることをいうと解する。なぜなら、自己矛盾供述に当たる場合には、そのような矛盾供述をしたこと自体が供述証拠の証明力を減殺するものであることから、実質的には非伝聞証拠であるといえるためである。

そこで証拠2は、甲の覚せい剤につき丁の関与はなかったとする供述を内容とするものである。一方、甲は公判廷での供述（甲証言）では、甲の覚せい剤譲渡について丁が関与していたことを内容としている。そうすると、証拠2と甲証言は自己矛盾供述に当たるといえる。

したがって、証拠2は甲証言の「証明力を争うため」に証拠とすることができるといえるため、法328条の適用があるといえる。

(ウ) よって、証拠2は証拠能力が認められるため、裁判所は証拠決定をしてよい。

イ 証拠1について

(ア) 証拠1についても法321条1項3号の適用が問題となるも、甲は供述不能でないし、甲の供述の録取書であるにもかかわらず、甲の署名・押印がないことから、その適用は認められない。

(イ) では、法328条の適用はどうか。

証拠1も、証拠2と同じく、甲の覚せい剤譲渡に丁が関与していないという甲の供述を内容としていることから、甲証言と自己矛盾供述に当たり、「証明力を争うため」に証拠とできるように思える。

しかし、証拠1については、甲の署名・押印がなく、かかる矛盾供述をしたのか自体に信用性が担保されていない。そうすると、録取をしたPの伝聞過程に誤りが入っているおそれは依然残っている

設問2-1

出題趣旨である弾劾証拠について検討できており、この点はA評価相当といえる。

- 11 といえるから、実質的に非伝聞証拠であるとはいえない。
12 したがって、法328条の適用はできない。
13 (ウ) よって、証拠1は証拠能力が認められないため、裁判所は証拠決
14 定できない。
- 15 **ウ** 証拠4について
16 (ア) 証拠4についても、法321条1項3号の適用が問題となるも、
17 乙は供述不能でないことから、同号の適用はできない。
18 (イ) 法328条についても、乙の証言は甲証言の自己矛盾供述とはな
19 りえないことから、その適用はできない。
- 20 (ウ) よって、証拠4も証拠能力は認められないため、裁判所は証拠決
21 定できないといえる。
- 22 2 小問2
23 (1) 裁判所は証拠3を証拠として取り調べることができるか。
24 **P.8** (2) 証拠3も公判廷外での甲の供述を内容とする「書面」であり、要証事
2 実甲がそのように供述したことといえるが、その内容の真実性が問題
3 になるため、伝聞証拠に当たる。
4 (3) しかし、甲は供述不能ではないため、法321条1項3号の適用はで
5 きない。
6 (4) そこで、法328条の適用ができないか。
7 Rは、「甲証言の証明力を回復するため」に証拠3を提出しているこ
8 とから、甲証言についての「証明力を争うため」に提出しているといえ
9 そうである。
- 10 しかし、「証明力を争うため」とは実質的に非伝聞証拠となる自己矛
11 盾供述に限られている。また、甲証言自体の証明力は、本来甲証言に対
12 する尋問等で吟味されるべきであって、その例外を不用意に広げるべき
13 ではない。
- 14 そうすると、甲証言と同内容の供述を内容とする証拠3は、自己矛盾
15 供述とはいえず、「証明力を争うため」に証拠とすることはできない。
16 したがって、法328条の適用はできない。
17 (5) よって、裁判所は証拠3を証拠決定できない。
- 18 以上

設問2-2

自己矛盾供述に執着して
いるが、そもそも非伝聞
的な用い方をすれば弾劾
証拠とできるというのが
一番のポイントであるこ
とからすれば、自己矛盾
供述か否かがポイントで
あるわけではない。非伝
聞的な用い方であれば回
復証拠も弾劾証拠に含め
ることができる論述す
べきである。もともと、
A評価の答案もあまりそ
こはできていないので、
A評価の答案との差はな
い。