

1 第1 設問1

2 1 事例1において、乙が、A高校のPTA役員会で、「2年生の数学を担当する教員がう
3 ちの子の顔を殴った」(以下「本件発言」と発言した行為につき、名誉毀損罪(刑法(以
4 下略)230条1項)が成立するか。

5 2 「事実を摘示し」について

6 (1) 「事実を摘示し」とは、名誉毀損罪の保護法益が人の外部的名誉にあることに鑑み、
7 人の外部的名誉を低下させるに足る程度の具体的な事実を摘示することをいい、そ
8 の事実が真実であるか否かを問わない。

9 (2) 本件では、乙の本件発言の事の発端は、甲が、乙に対し、他校の生徒とけんかをし
10 たことを隠すために、とっさに「丙先生から顔を殴られた。」とのうその話をしたか
11 らである。すなわち、丙が甲の顔を殴ったという事実は存在しない。

12 そして、乙の本件発言は、「2年生の数学を担当する教員」を対象としているとこ
13 ろ、明示的に誰を指しているかは明らかにしていない。

14 しかし、A高校においては、2年生の数学の担当教員は丙のみであることからする
15 と、乙の本件発言は、黙示的にA高校2年生の数学の担当教員である丙を対象として
16 いたといえる。そして、その丙が、うちの子すなわち甲の顔を殴ったとなれば、丙の
17 A高校内での社会的地位は下落するといえる。そうすると、丙の外部的名誉を低下さ
18 せるに足る程度の具体的事実を摘示したといえる。

19 (3) よって、本件発言は「事実を摘示し」にあたる。

20 3 「公然と」について

21 (1) 「公然と」とは、前述の名誉毀損罪の保護法益にかんがみ、不特定又は多数の者に
22 対し事実を摘示することをいう。そして、特定の者に対してのみ事実を摘示した場合

1 も、その者を介して不特定又は多数の者に伝播する可能性があれば「公然と」に含ま
2 れる。

3 (2) 本件では、乙の本件発言行為は、A高校のPTA役員会という密室で行われており、
4 そこには乙以外の保護者3名とA高校の校長しかいなかったため、特定の者に対し
5 てのみなされている。そうすると、「公然と」とは言えないとも思える。

6 しかし、本件発言では、「徹底的に調査すべきである。」と言ったのみで、丙が甲の
7 顔を殴ったことを内密にすべきとの発言をしていない。このような場合、調査の一環
8 として、丙が甲の顔を殴ったという事実をA高校の教員や保護者に話す恐れがある。
9 現に、PTA役員会での本件発言を受けて、A高校の校長が丙やその他の教員に対す
10 る聞き取りを行った結果、A高校の教員25名全員に丙が甲に暴力をふるったとの
11 話が広まっている。そうすると、乙の本件発言行為は、保護者やA高校の校長という
12 特定の者を介して、不特定又は多数の者に丙が甲に暴力をふるった事実が伝播する
13 可能性があったといえる。

14 (3) よって、「公然と」にあたる。

15 4 「人の名誉を毀損した」について

16 (1) 「人の名誉を毀損した」は、名誉毀損罪が抽象的危険犯であることにかんがみ、人
17 の外部的名誉を低下するおそれを生じさせれば足り、現実に外部的名誉が低下する
18 ことを要しない。

19 (2) 本件では、乙が本件発言行為を行えば、丙のA高校の教員としての社会的地位が低
20 下するものといえる。現に、本件発言により、A高校の教員25名全員に丙が甲に暴
21 力をふるったとの話が広まり、丙は当分の間授業を行うことや甲乙との接触の禁止
22 を受けている。

1 (3) よって、「人の名誉を毀損した」にあたる。

2 5 そして、乙には、名誉毀損罪の故意（38条1項本文参照）がある。加えて、乙に公
3 益を図る目的がなかったため、230条の2第1項の適用もない。

4 6 以上から、乙の本件発言行為につき、名誉毀損罪が成立し、その罪責を負う。

5 第2 設問2

6 1 事例2において、甲が、乙の救助を行うことなく、乙のいる駐車場からバイクで走り
7 去った行為につき、不作為の殺人未遂罪（199条、203条）が成立するか。

8 2 実行行為性について

9 (1)ア 殺人罪における実行行為とは、人の生命侵害の現実的危険性を有する行為をい
10 うところ、不作為による場合も、作為と同価値性を有するほどに結果発生の現実的
11 危険性は生じうる。

12 そこで、①作為義務、②作為可能性・容易性がある場合、かかる不作為につき実
13 行行為性が認められると解する。具体的には、①は法令・契約・条理・先行行為・
14 排他的支配・保護の引き受け等を総合考慮して判断する。

15 イ ここで、保護責任者遺棄等罪（218条）（同致傷罪（219条）を含む。）にと
16 どまるとの立場から、作為義務と「保護する責任のある者」は別異に解し、前者に
17 つき後者よりも高度の生命侵害の危険性が生じうる場合にのみこれを認めるべき
18 との反論が考えられる。

19 しかし、殺人罪も保護責任者遺棄等罪（同致傷罪を含む）も、いずれも人の生命
20 身体の安全を保護法益とする点で共通するところ、特に保護責任者遺棄等致傷罪
21 は重い結果の認識がないことを前提とした、218条の結果的加重犯たる性質を
22 有する。

1 したがって、上記反論は妥当でなく、不作為の殺人罪と保護責任者遺棄等罪（同
2 致傷罪を含む）における作為義務及び「保護する責任のある者」は同義に解し、両
3 罪は殺意の有無によって区別する。

4 (2) 本件では、甲は乙の子供であり、2人で暮らしていた。そうすると、甲は「直系血
5 族」あるいは「同居の親族」として、乙を「扶け」る義務（民法730条）を負って
6 いる。

7 また、乙は、丙と町外れの山道脇の駐車場で話し合いを行ったところ、乙が一方的
8 に丙の話を終わらせ、自己の車に向かって歩きだしたものの、石につまずいて転倒し、
9 意識を失うに至っている。かかる転倒によるケガは、いわば乙の不注意によるもので
10 あるため、このケガ自体について甲に帰責性のある先行行為は存在しない。もっとも、
11 事の発端は、甲が乙に対しうそをついたために、乙が本件発言をしたからである。そ
12 して、甲は最終的には乙に対しうそを認めて謝っているものの、乙と丙の話し合いに
13 参加することをしていない。そうすると、甲に帰責性が全くないとはいいがたい。

14 さらに、甲は、バイクで乙のいる駐車場に向かったところ、駐車場で倒れている乙
15 を発見している。そして、甲が乙に声をかけたところ、1度乙が意識を取り戻したも
16 の、崖近くで再び転倒し意識を失っている。山道脇の駐車場には街灯がなく、夜に
17 なると車や人の出入りがほとんどなかったのであり、乙が倒れていた時間も午後1
18 0時過ぎと、倒れた乙を甲以外の者が発見する可能性は低かったといえる。そして、
19 乙が崖近くで転倒した場所は、草木に覆われており、倒れていた乙を甲以外の者が発
20 見することは困難だったといえる。

21 加えて、乙は、上記時点におけるケガの程度は軽傷で、そのケガにより乙が死ぬ危
22 険はなかった。ただ、乙のすぐそばは崖となっており、崖から約5m下には岩場があ

1 ったため、仮に乙が崖下に転落するとなると、受け身をとれずに大きく衝撃を受け、
2 これにより死ぬ危険性は十分にあったといえる。そうすると、甲以外に、乙が崖下に
3 転落して死亡する事態を回避することは困難であったといえ、甲は乙の生命に対す
4 る排他的支配を及ぼしていたといえる。

5 以上を総合すると、甲は、乙を、駐車場に駐車中の乙の車の中に連れて行く等して、
6 乙を救助すべき作為義務があったといえる（①）。

7 また、甲は、上記作為を行えば、乙が崖下に転落することを確実に防止でき、かつ、
8 これを容易に行うことができたため、作為可能性・容易性があったといえる（②）。

9 (3) 以上から、甲が、乙の救助を行うことなく、乙のいる駐車場からバイクで走り去っ
10 た行為につき、不作為の殺人罪の実行行為にあたる。

11 3 もっとも、その後乙は救助され、病院にて一命を取り留めているため、死亡結果が発
12 生しておらず、殺人未遂罪の客観的構成要件に該当するにとどまる。

13 4(1) 次に、甲に殺人罪の故意は認められるか。不作為による殺人未遂罪が成立するとの
14 立場からはこれが認められると説明し、保護責任者遺棄等罪（同致傷罪を含む）にと
15 どまるとの立場からはこれが認められないと反論する。

16 (2) 故意とは、犯罪事実の認識認容をいうところ、本件では甲がバイクで走り去った後、
17 乙は崖下に転落して再び意識を失い、崖下に放置されるとそのケガにより死亡する
18 危険が生じている。もっとも、かかる事態を甲は認識していないため、殺人の認識認
19 容はなかったとも思える。

20 しかし、甲は、上記殺人罪の実行行為につき、これを認識し、かつ、認容している。
21 また、甲は、乙が崖近くで倒れた時点で、乙のケガが軽傷であることを認識していた
22 もの、これに加え崖下の岩場に乙が転落する危険があることも認識していた。その

1 中で、甲はバイクで走り去る行為に及んでいるのであり、甲としては、乙が崖下に転
2 落して死ぬことも未必的に認容していたものといえる。そうすると、乙が崖下に転落
3 して死亡する危険があったことを甲が認識していなかったとしても、乙に対する殺
4 人の認識認容は認められるといえる。

5 (3) よって、反論は妥当でなく、甲に殺人罪の故意が認められる。

6 5 以上から、甲の上記行為につき、不作為による殺人未遂罪が成立し、その罪責を負う。

7 第3 設問3

8 1 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
9 主張に対し、同罪が成立すると反論するための法的構成として、①甲に殺人罪の「実行」
10 の「着手」（43条本文）が認められること、②甲に殺人罪の故意が認められること、
11 以上が考えられる。以下、それぞれにつき検討する。

12 2 「実行」の「着手」について

13 (1) 未遂犯の処罰根拠は、結果発生 of 具体的危険性にあり、かかる危険性は社会通念に
14 従って類型化された構成要件の問題である。

15 そこで、「実行」の「着手」とは、結果発生 of 客観的危険性を生じさせたことをい
16 い、かかる危険性は、行為時において一般人が認識し得た事情及び行為者が認識した
17 事情を基礎に、一般人を基準に判断する。

18 (2)ア 本件では、甲は駐車場で意識を失って倒れている丁を発見したところ、丁の体格
19 や着衣が乙と似ており、同駐車場に乙の車があり、発見時は夜間で街灯もなく暗か
20 ったことから、丁を乙と誤認している。そして、甲と同じ立場にいる一般人におい
21 ても、丁を乙と誤認する可能性が十分に存在したとある。

22 そうすると、甲の行為時において、一般人も甲も、丁を乙と誤認していたとして、

1 かかる認識事情は危険性判断の基礎に含まれることになる。

2 イ 以上を踏まえて「実行」の「着手」についてみると、甲は、親である乙（本
3 来は丁）を救助する義務を負っていた。

4 また、夜間の山道脇の駐車場に、甲以外の人が見られる可能性は低かったものとい
5 える。そして、乙（本来は丁）のケガの程度は重傷で、そのまま放置されるとその
6 ケガにより死亡する危険があった。そうすると、甲は乙（本来は丁）の生命に対す
7 る排他的支配を及ぼしていたといえる。

8 以上からすると、甲は乙（本来は丁）を救助すべき作為義務があったといえる。

9 そして、甲は、上記作為を行うことにつき可能かつ容易であったといえる。

10 (3) よって、甲は、上記状況の中で、丁を救助することなくバイクで走り去った行為に
11 つき、不作為の殺人罪の「実行」の「着手」が認められる。

12 3 故意について

13 (1)ア まず、不作為犯における作為義務は、規範的要素を含んでいることにかんがみ、
14 素人的評価による認識があれば足りる。

15 イ また、故意責任の本質は反対動機の形成可能性にあり、規範は構成要件に具体化
16 されている。そこで、認識事実と発生事実とが同一構成要件にとどまる限り、故意
17 責任を問えると解する。

18 (2)ア 本件では、甲は乙（本来は丁）が重傷を負っていることを認識しつつ、死んでも
19 構わないと思っている。また、乙の存在に気づいていなかったものの、丁に近づけ
20 ば、容易に乙を発見できた状況にある。そうすると、素人的評価において甲に作為
21 義務の認識はあったといえる。

22 イ また、甲の認識事実乙に対する殺人、発生事実丙に対する殺人未遂であると

1 第1 設問1 について

2 1 乙がPTA役員会で、「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った」と発
3 言したことにつき、名誉毀損罪（刑法230条1項）が成立しないか。

4 2(1) 名誉毀損罪は人の外部的名誉を保護法益とする。名誉毀損罪は、①「公然と」②「事
5 実を摘示」したこと、③人の名誉を毀損したことで成立する。

6 (2) まず、「事実を摘示」につき、「うちの子の顔を殴った」旨発言しており、具体的な
7 事実を摘示している。

8 そして、顔を殴るという行為は、暴行罪（刑法208条）等に該当する違法な行為
9 である。また、社会通念上も不当な行為とされるから、人の名誉を毀損するに足りる
10 具体的事実を摘示したといえ、「事実を摘示」にあたる（②充足）。

11 (3) では、「公然と」事実を摘示したといえるか。公然と事実を摘示したというために
12 は、不特定または多数者に対し、事実の摘示がなされなければならない。

13 ア この点、乙が直接に事実を摘示したのは、PTA役員会出席者である保護者3名
14 とA高校の校長の4名である。

15 4名では多数とはいえない。また、PTA役員会出席者は、PTA役員ないしそ
16 れに準ずる者に限られると推察されるところ、事実の摘示の相手方は特定されて
17 いる。そうだとすれば、公然性を満たさないとも思える。

18 イ しかしながら、行為者が直接に不特定または多数に対し事実を摘示した場合と、
19 行為者の発言により噂として広まって結果として、不特定または多数に事実が伝
20 わった場合とで、被害者の名誉が毀損される程度は変わらない。

21 したがって、行為者が直接に事実を摘示した相手は、特定かつ少数であっても、
22 当該事実が不特定または多数に伝播する可能性がある限り、「公然」性の要件を満

1 たす（伝播性の理論）。そして、かかる可能性は、行為者が被害者の近親者等に事
2 実を摘示し、かつ他言を禁じた場合等、特段の事情がない限り、肯定されると考え
3 る。

4 ウ 本件において、直接に乙から事実の摘示を受けたPTA役員会の出席者は、丙の
5 近親者等ではなく、また、乙は他言を禁じていない。実際、教員25名という多数
6 に対し、伝播していた。

7 したがって、公然性を満たす（①充足）。

8 (4)ア さらに、「人の名誉を毀損した」といえるか。この点、名誉毀損罪は抽象的危険
9 犯であるから、現実に名誉が毀損されたことは要しない。ただし、「人」とは特定
10 人でなければならず、東京都民や九州人のような、幅のある表現では、原則として
11 ③の要件を欠く。

12 イ 本件では、「2年生の数学を担当する教員」とのみ指摘し、丙という特定人の名
13 前を指摘していない。

14 しかしながら、名誉毀損罪の保護法益が人の外部的名誉である以上、人の外部的
15 名誉の毀損のおそれがあれば良いから、直接または間接に事実の摘示を受けた者
16 の既知の事実をも考慮できる。

17 この点、A高校2年生の数学を担当する教員は丙だけであった。そして、PTA
18 役員会の保護者やA高校の教員は、かかる事実を知っていたと考えられるから、
19 「2年生の数学を担当する教員」は丙と特定できる。

20 ウ したがって、特定性を満たし、③が認められる。

21 (5) 故意（刑法38条1項）もある。

22 3 よって、乙は名誉毀損罪の罪責を負う。

1 第2 設問2について

2 1 小問(1)

3 (1) 甲に不作為による殺人未遂罪(刑法199条, 203条)が成立すると説明するには、
4 いかにも説明すべきか。

5 (2)ア これに関し、不真正不作為犯の成否について、刑法の法益保護機能の観点からはこ
6 れを肯定するのが望ましい。一方、刑法の自由保障機能の見地から、不当に処罰対象
7 が拡大するのを防ぐ必要がある。

8 そこで、①作為義務のある者が、②作為可能性・容易性が認められるにもかかわら
9 ず、当該作為を怠った場合には、作為と構成要件的に同価値といえ、不真正不作為犯
10 が成立する。

11 イ 作為義務は、法令、契約、条理により一般的義務が認められ、かつ、具体的状況の
12 下当該作為を行うべき義務が認められることを要する。

13 まず、甲は乙の子であるところ、法令上、子は親を救助すべき義務がある(民法7
14 25条1号, 730条)。

15 そして、乙が倒れていたのは山道脇の駐車場である。この点、山道脇の駐車場には、
16 街灯がなく、人の出入りもなかったため、通行人が乙を発見して救助する可能性は低
17 かった。そして、乙が転倒した場所は草木に覆われていたため、なおさら通行人が乙
18 を発見する可能性は低かった。そうだとすれば、甲は乙の法益を支配していたといえ
19 る。

20 したがって、甲には、乙を乙の自動車に連れて行く等の作為をすべき義務があった
21 (①充足)。

22 ウ そして、乙を乙の自動車の中に連れていくことを、甲は容易に行うことができた

1 (②充足)。

2 エ したがって、殺人未遂罪の実行行為が認められる。

3 (3) では、故意（刑法38条1項）が認められるか。

4 ア この点、乙が転倒した場所のすぐそばが崖になっており、崖から約5メートル下の
5 岩場に転落する危険があった。そして、甲は、このことを認識していた。

6 人が約5メートルも下に転落した場合には、死亡する危険がないとはいえない。さ
7 らに、下の地面が岩場であるから、固い地面といえ、さらに死亡する危険が増す。し
8 かも、乙は転倒により額という人体の枢要部に怪我をしていたのだから、崖下に転落
9 した場合には、この傷と相まって死亡する危険もあった。

10 イ このようなことからすれば、甲に少なくとも未必の殺意が認められる。

11 (4) 甲に殺人未遂罪が成立すると説明するには、このような説明が可能である。

12 2 小問(2)

13 (1) 甲の不作为が、保護責任者遺棄致傷罪（刑法218条、219条）にとどまるとの立
14 場からは、以下のような反論が可能である。

15 (2) まず、刑法199条の文言は、「人を殺した」となっているところ、作為のみを規定
16 しているから、不真正不作为犯は否定すべきであるとの反論である。

17 (3) つぎに、殺人罪に不作为犯が認められるとしても、未必の殺意は認められないから、
18 殺人罪の故意はない。そして、殺人罪の作為義務と保護責任は同一であり、両罪は故意
19 のみが異なるところ、保護責任者遺棄致傷罪にとどまる旨、反論する。

20 ア この点、未必の殺意があるというためには、乙が不注意により崖から転落すること
21 を認識、認容していなければならない。すなわち、不作为の殺人未遂罪は、被害者の
22 行為を利用するもので、間接正犯形態で犯すことになる。

刑事系第 2 問 合格者再現答案 A 評価(166 点台)

1 第 1 設問 1

2 1 下線部①の捜査の適法性

3 (1) 下線部①の捜査は適法か。まず、下線部①の捜査が「強制の処分」(刑事訴訟法(以
4 下略) 197条1項但書)たる「検証」(218条1項)にあたり、これを検証許可
5 状なくして行っている点で令状主義に反しないか。「強制の処分」の意義が問題とな
6 る。

7 ア 197条1項但書の趣旨は、個人の意思を制圧し、重要な権利利益を侵害制約す
8 る処分につき、法で予め要件などを定立することで、国民の行動の自由を民主的に
9 担保する点にある。

10 そこで、「強制の処分」とは、(i) 個人の意思を制圧し、(ii) 身体・住居・財
11 産等の重要な権利利益を侵害制約する処分をいい、(i) は合理的に推認される相
12 手方の意思に反するか否かで決する。

13 イ 本件では、下線部①の捜査は、本件事務所から公道に出てきた男を対象に、Pが
14 いた車内からビデオカメラで男の様子を撮影したものである。

15 もっとも、かかる捜査において、対象者である男の同意を得ていない。そして、
16 男は、公道上に姿を現したとはいえ、通常他人から勝手にその容ぼう等をビデオ撮
17 影されることについて許容しないものと考えられる。

18 そうすると、下線部①の捜査は、合理的に推認される男の意思に反するものとい
19 える(i)。

20 また、下線部①の捜査により、対象者となった男に対し、みだりに容ぼう等を撮
21 影されない自由(憲法13条)を侵害することになる。

22 もっとも、男は公道上においてその姿をビデオ撮影されているだけであり、公道

1 上の場合、通常他者の目にふれることは想定される。これは、たとえ車内という、
2 男にとって撮影されていることがわからない場所からのものであっても同様とい
3 える。そうすると、男のプライバシー権についての要保護性は低い。

4 また、上記撮影行為は、公道上で行われているものであって、令状をもって規律
5 される、私的領域に対する「侵入」（憲法 35 条 1 項）としての性質を有しない。

6 以上からすると、下線部①の捜査は、対象者となった男の重要な権利利益を侵害
7 制約する処分とはいえない（ii）。

8 ウ よって、下線部①の捜査は、「強制の処分」たる「検証」にあらず、令状主義
9 に反しない。

10 (2) もっとも、下線部①の捜査は、捜査比例の原則（197 条 1 項本文）に反しないか。

11 ア 197 条 1 項本文の趣旨は、強制手段でない捜査手法を認めつつ、なお対象者に
12 対し法益侵害が生じうるために、手段を最小限度にとどめた点にある。

13 そこで、犯罪の嫌疑の程度や撮影行為を行う必要性緊急性と、被侵害利益の性質
14 程度を較量し、具体的な状況で相当といえる範囲において、当該行為は 197 条 1
15 項本文に反しないと解する。

16 イ 本件では、P が下線部①の捜査の前に V から得ていた情報によれば、V に対す
17 る詐欺を行った犯人の顔こそよく覚えていなかったものの、犯人の特徴として、中
18 肉中背の男である旨を述べていた。また、犯人は「A 工務店」と書かれたステッカ
19 ーが貼られた赤の工具箱を持っていたとも述べており、「A 工務店」はその後の捜
20 査により本件事務所であることが明らかとなっている。そして、下線部①の捜査の
21 対象となった男は中肉中背の男で、V が述べる犯人の特徴と一致している。加えて、
22 その男は本件事務所に入っていくところを P に目撃されており、男が甲や A 工務

1 店の関係者等，Vに対する詐欺に何らかの形で関与している合理的な嫌疑がある
2 といえる。

3 また，本件では，Vに対する詐欺事件において，Vの証言や，本件メモ，本件領
4 収書以外に犯人と結びつく証拠が存在しない。かかる状況においては，Vが述べた
5 犯人が下線部①の捜査の対象者である男と一致するか否かを確認するために，男
6 の姿を撮影しておく必要性が高い。

7 さらに，Pの撮影は車内からなされているが，男の面前で撮影するとなると，男
8 が犯人であった場合にPらの意図を察知され，証拠隠滅や逃亡を図られてしまう
9 おそれがある。そうすると，かかる事態を防ぐために，下線部①の捜査を行う必要
10 性緊急性は高いといえる。

11 これに対し，下線部①の捜査により，対象者となった男のみだりに容ぼう等を撮
12 影されない自由を侵害することになる。もっとも，前述の通り，かかる権利は重要
13 でない。また，撮影時間は約20秒と短く，かつ，本件事務所の玄関ドアに向かっ
14 て立ち，振り返って歩き出す男の姿を撮影するのみで，これ以外に映していない。
15 そうすると，下線部①の捜査による被侵害利益の性質程度は弱いといえる。

16 以上を踏まえると，下線部①の捜査を行う必要性緊急性が高い一方で，被侵害利
17 益の性質程度は低いため，具体的状況下においてなお相当の範囲といえる。

18 ウ よって，下線部①の捜査は197条1項本文に反せず適法である。

19 (3) 以上から，下線部①の捜査は適法である。

20 2 下線部②の捜査の適法性

21 (1) 下線部②の捜査は適法か。下線部②の捜査が「強制の処分」たる「検証」にあたり，
22 検証許可状なく行ったとして令状主義に反しないか。前述の「強制の処分」の定義に

1 沿って検討する。

2 (2) 本件では、下線部②の捜査は、本件事務所の机上にある赤色の工具箱を対象に、ビ
3 デオカメラでこれを撮影している。下線部②の捜査に先立つ捜査においては、本件事
4 務所には甲以外に出入りする者がいなかったため、甲以外の従業員がいないものと
5 判断されている。そうすると、赤色の工具箱は、甲の所持品であったと考えられる。

6 そして、下線部②の捜査は、甲の同意なくして行われているところ、通常自己の所
7 持品についても勝手にビデオ撮影されることに同意しないものといえる。そうす
8 ると、下線部②の捜査は、合理的に推認される甲の意思に反するといえる (i)。

9 また、下線部②の捜査では、工具箱が撮影されたのみで、甲の姿は映っていない。
10 そして、かかる撮影は、採光用の小窓を通して本件事務所の内部を見通すことができ
11 たためにこれをおこなっただけである。そうすると、重要な権利利益を侵害したとは
12 いえないとも思える。

13 しかし、本件事務所の前面には腰高窓があったところ、そこにはブラインドカーテ
14 ンが下ろされており、かつ、両隣に建物が接してあったために、公道から事務所の中
15 を見ることはできなかった。そして、採光用の小窓から本件事務所の中を見ること
16 ができるものの、玄関上部に位置しており、向かいのマンションの2階通路からでない
17 と見れない状況となっている。このような構造においては、採光用の小窓から本件事
18 務所の内部を見られることを想定していなかったと考えられる。

19 そうすると、本件事務所の中は、令状でもって規律される私的領域に準じた空間で
20 あるといえ、その中にある赤色の工具箱を約5秒間にわたって撮影することも、「所
21 持品」に対する「侵入」すなわち「検証」として、重要な権利利益を侵害制約する性
22 質の処分といえる (ii)。

1 (3) よって、下線部②の捜査は「強制の処分」たる「検証」にあたるどころ、検証許可
2 状なくこれを行った点で令状主義に反し違法である。

3 第2 設問2

4 1 小問1

5 (1)ア 本件メモに証拠能力は認められるか。本件メモが伝聞証拠(320条1項)にあ
6 たるか。伝聞証拠の意義が問題となる。

7 イ 伝聞法則の趣旨は、供述証拠には知覚・記憶・表現・叙述という各過程に過誤が
8 介在しやすいところ、公判廷外供述では反対尋問等による信用性テストがなく、誤
9 判を防止する点にある。

10 そこで、伝聞証拠とは、①公判廷外供述を内容とする証拠で、②供述内容の真実
11 性を立証するために用いられるものをいい、②は要証事実との間で相対的に決す
12 る。

13 ウ 本件では、本件メモの立証趣旨(刑事訴訟規則189条1項)は「甲が、平成3
14 0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」
15 となっている。そして、甲の公判においては、甲は犯行を否認している。そうす
16 と、かかる公判での争点は、Vに対する詐欺の犯人性や詐欺の犯罪事実ということ
17 になる。

18 そして、本件では、本件メモや本件領収書等のほかに、甲がVに対して詐欺を行
19 った直接的な証拠が存在しないことからすると、要証事実は立証趣旨と同じとい
20 うことになり、かかる要証事実との関係では供述内容の真実性を立証するために
21 用いられることになる(②)。また、本件メモはVの公判廷外供述を内容とする証
22 拠である(①)。

1 エ よって、本件メモは伝聞証拠にあたるため、原則証拠能力は認められない。

2 (2)ア もっとも、本件メモにつき伝聞例外(321条以下)が認められるか。本件では、
3 弁護人が不同意としているため326条は適用されないものの、「被告人以外の者」
4 であるV「が作成した供述書」として、321条1項3号の伝聞例外が認められな
5 いか。

6 イ 供述不能要件については、本件では、Vが脳梗塞で倒れており、意識が回復する
7 見込みはなく、あるいは、記憶障害が残り、Vを取り調べるできない状況に
8 ある。そして、供述不能要件は、証拠の必要性として掲げた例示列举にすぎないも
9 のと解されていることからすると、「身体の故障」あるいはそれに準じた状況にあ
10 るといえる。

11 よって、供述不能要件を満たす。

12 ウ 「供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」とは、当該供述を証拠と
13 して用いるか否かによって事実認定に著しい差異が生じることをいう。本件では、
14 前述の通り、Vに対する詐欺の犯人性や詐欺の事実を直接基礎づける証拠が存在
15 しない。そして、本件メモは、男がVに対し詐欺を働いた行為の一部をなすもので
16 ある。そうすると、本件メモを証拠として用いるか否かによって事実認定に著しい
17 差異が生じるといえる。

18 よって、「供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」にあたる。

19 エ 「特に信用すべき状況」とは、絶対的特信状況をいう。そして、外形的客観的に
20 みて、反対尋問を要しない程度に真実を記載するものと通常期待される外部的付
21 随的事情を推知できるか否かで判断される。

22 本件では、本件メモを作成したのは、Vが男と接触した日の夜であり、時間的間

1 隔があまりない。そうすると、本件メモの作成にあたって過誤が介在するおそれが
2 高くない。

3 また、Vは、長男Wから、犯人が言った内容を記載しておいた方がいいと言われ
4 たために本件メモを作成している。ただ、Wは単に作成を促しただけで、強制の契
5 機はなく、犯人が言った内容につき誤導させるような発言をしていない。そうす
6 ると、VがWの面前で本件メモを作成している以上、虚偽の内容を記載するとは想定
7 しにくく、虚偽を記載するおそれは低い。

8 さらに、本件メモは、Vの手書きでこれを作成している。そうすると、本件メモ
9 が改ざんされた可能性はなく、虚偽を記載するおそれは低い。

10 以上を踏まえると、外形的客観的にみて、反対尋問を要しない程度に真実を記載
11 するものと通常期待される外部的付随的事情を推知できるといえる。

12 よって、「特に信用すべき情況」にあたる。

13 オ 以上から、321条1項3号の要件を満たすため、本件メモ全体につき伝聞例外
14 が認められる。

15 (3)ア もっとも、本件メモには、男がVに対して発言した供述が含まれている。かかる
16 部分については、公判廷外供述を内容とする証拠といえ(①)、かつ、甲の犯人性
17 や詐欺の事実を基礎づける直接的な証拠がないことからすると、要証事実との関
18 係で供述内容の真実性を立証するために用いられるものといえ(②)、再伝聞とな
19 る。そこで、かかる部分につき別途伝聞例外がみとめられるか。明文にないため問
20 題となる。

21 イ 伝聞証拠は「公判期日における供述に」代えて証拠とすることができないが、伝
22 聞例外が認められる場合、その中に含まれる伝聞もまた伝聞供述として扱う必要

1 がある。そして、伝聞供述につき証拠能力が認められる場合、公判廷供述と別異に
2 取り扱う理由はない。

3 そこで、再伝聞過程についても「被告人以外の者の……供述」と同視し、324
4 条を類推適用すると解する。

5 ウ 本件では、「被告人以外の者」であるVの「供述」で、かつ、「被告人」である甲
6 の「供述」を内容とするものとして、324条1項・322条1項が類推適用され
7 る。そして、男の供述は詐欺の事実を基礎づけるものとして不利益事実の承認（3
8 22条1項後段）となり、任意性を欠くような事情もない（同項但書）。

9 エ よって、324条1項・322条1項類推適用により、男の供述部分に証拠能力
10 はある。

11 (4) 以上から、本件メモに証拠能力は認められる。

12 2 小問2

13 (1) 本件領収書に証拠能力は認められるか。立証上の使用方法としては、①本件領収書
14 の記載事実から、Vの甲に対する100万円の交付や甲の犯人性を立証する場合、②
15 本件領収書の存在自体から、Vの甲に対する100万円の交付や甲の犯人性を立証
16 する場合が想定される。そこで、以下使用方法ごとに伝聞証拠に当たるかにつき検討
17 する。

18 (2) ①の場合

19 ア 本件では、本件領収書の立証趣旨は「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏
20 工事代金として100万円を受け取ったこと」である。また、本件の公判の争点は
21 前述の通りである。

22 そして、本件領収書は、甲の公判廷外供述を内容とする証拠である。また、甲が

1 Vから100万円を受け取った点につき、他にこれを直接裏付ける証拠が存在し
2 ない。そうすると、要証事実立証趣旨と同じということになり、かかる要証事実
3 との関係では供述内容の真実性を立証するために用いられるものとなる。よって、
4 ①の場合、本件領収書は伝聞証拠にあたるため、原則証拠能力を欠く。

5 イ もっとも、本件領収書につき伝聞例外が認められるか。本件では、弁護人が不同
6 意としているため326条は適用されないが、「被告人」甲「が作成した供述書」
7 として322条の要件を満たすか。

8 本件では、本件領収書は甲がVから100万円を受け取ったという事実で、甲の
9 不利益事実の承認といえる。そして、本件領収書の作成において、甲に任意性を欠
10 く事情はない。

11 ウ よって、322条の要件を満たすため、①の場合本件領収書の証拠能力は認めら
12 れる。

13 (3) ②の場合

14 ア(ア) 本件では、立証趣旨及び争点は前述の通りである。そして、公判廷外供述を内
15 容とする証拠である。もっとも、領収書は、通常金銭授受がなければ作成されな
16 い性質の書面である。

17 そして、本件領収書から検出された指紋と、甲の指紋が一致しているところ、
18 本件領収書に触れなければ指紋はつかないのだから、甲が本件領収書の作成に
19 関与したと推認できる。さらに、本件領収書の印影と甲の認め印の印影も一致し
20 ている。加えて、本件領収書が甲からVに交付されたものであることが認定され
21 ている。

22 以上からすると、本件領収書はその存在と内容自体から、甲がVから100万

- 1 円を受け取ったことを合理的に推認できる。
- 2 よって、②の場合要証事実とは本件領収書の存在と内容ということになり、かか
- 3 る要証事実との関係では供述内容の真実性は問題とならない。
- 4 (イ) 以上から、②の場合、本件領収書は伝聞証拠とならず非伝聞となる。
- 5 イ また、本件では、弁護人が異議を述べているものの、本件領収書の収集手続に違
- 6 法事由は存在しないため、かかる異議に理由はない。
- 7 ウ よって、②の場合、本件領収書に証拠能力は認められる。
- 8 以上

刑事系第2問 合格者再現答案 C 評価

1 第1 設問1

2 1 下線部①の捜査

3 (1) 下線部①の捜査は、ビデオカメラで本件事務所から出てくる甲を撮影するもので
4 ある。ビデオカメラによる撮影は、五官の作用によって対象の体格・性状等を認識し
5 記録するものであり、検証（刑事訴訟法（以下、省略する）218条1項）の性質を
6 有する。そのため、「強制の処分」（197条1項但し書）に該当すれば、令状主義（憲
7 法35条）に反し違法となるので検討する。

8 (2) 197条1項は、令状主義や強制処分法定主義（憲法33条）という憲法に由来す
9 る規定である。そのため、「強制の処分」とは、個人の意味を制圧し、憲法の保障す
10 る権利又は法的利益を制約するものをいう。また、個人の合理的な意思に反する場合
11 も「制圧」に含まれる。

12 憲法35条は、「住居、書類及び所持品」を例示し、私的領域の核心部分に対して
13 「侵入」されない権利を保障している。そして、下線部①の捜査は、甲が本件事務所
14 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を、容貌も
15 含めて撮影したというものである。このような公道上においては、自らの容貌等を他
16 人に見られること自体は甘受せざるを得ない。そのため、公道上で他人に行動や容貌
17 等を撮影されない権利というのは、私的領域の核心とはいえ、憲法の保障する権利
18 又は法的利益とはいえない。

19 よって、「強制の処分」には当たらない。

20 (3) もっとも、「強制の処分」に当たらなくとも、上記権利を制約することは否定でき
21 ない。そのため、捜査比例の原則（197条1項本文）に照らして、当該捜査を行う
22 必要性、制約される権利の程度等を考慮し、具体的状況下で相当と認められる場合に

1 限り、任意捜査として適法になるというべきである。

2 本件では、詐欺の被害者であるVが、「犯人が、『A工務店』と書かれたステッカー
3 が貼られた赤色の工具箱を持っていた」旨述べている。そして、Vが犯人から受け取
4 った領収書に記載された住所には、A工務店の事務所である本件事務所が存在して
5 いる。そのため、本件事務所の関係者が本件詐欺事件に関係している可能性が高かっ
6 た。そして、Pらが本件事務所の様子を見ていたところ、玄関ドアの鍵を開けて中に
7 入っていく中肉中背の男を目撃しており、この者がA工務店の従業員である可能性
8 が極めて高かった。そのため、この者の容貌を撮影し、Vに見せて、犯人であるか確
9 認してもらう必要性があったといえる。

10 これに対して、甲は、約20秒という短時間の間、公道上で本件事務所の玄関ドア
11 に鍵を掛けている姿を撮影されたに過ぎない。これは、周囲に居た者であれば誰でも
12 容易に目にすることができるものであり、甲の上記権利の制約の程度は軽微といえ
13 る。

14 したがって、具体的状況下において相当な態様であったといえる。

15 (4) よって、下線部①の捜査は、任意捜査として適法である。

16 2 下線部②の捜査

17 (1) 下線部②の捜査も、ビデオカメラで撮影するというものであるから、まず、上記と
18 同様の基準で「強制の処分」に当たるか否か検討する。

19 (2) 下線部②の捜査は、ビデオカメラで、本件事務所内の机上有る赤色の工具箱を撮
20 影するというものである。一般に、建物等の内部は、他人に見られることが無いとい
21 う期待がある。そして、本件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
22 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

1 ないという状況にあった。そうすると、A工務店の代表者甲としては、本件事務所内
2 部は他人に見られることはないという高度の期待を有しており、これは、私的領域の
3 核心部分に当たる権利又は法的利益といえる。したがって、本件事務所内部を撮影さ
4 れない権利は、憲法の保障する権利又は法的利益に当たる。

5 そして、Pらは、本件事務所の玄関上部にある採光用の小窓から内部を覗き見るた
6 めに、向かい側のマンションの2階通路から、望遠レンズ付きのビデオカメラを用い
7 て撮影を行っている。甲は、このように、通常覗かれるおそれのない採光用の小窓か
8 ら、目視と性質の異なる望遠レンズで内部を覗かれるということは、許容しないもの
9 といえる。したがって、甲の合理的な意思に反する。

10 (3) よって、下線部②の捜査は、個人の意思を制圧し、憲法の保障する権利又は法的利
11 益を制約するものであるから「強制の処分」にあたる。

12 (4) なお、Pらは、Vの証言と一致する、「A工務店」と記載された小さな円形のステ
13 ッカーが貼られた赤い工具箱を撮影する必要性から、約5秒間という極短時間、当該
14 工具箱のみ撮影したに過ぎず相当性があるかに思える。しかし、「強制の処分」に当
15 たる以上、捜査の必要性等を理由に正当化することはできない。

16 (5) よって、下線部②の捜査は、令状なく「強制の処分」を行うものであり、令状主義
17 に反し違法である。

18 第2 設問2

19 1 小問1

20 (1) 本件メモは、公判期日外の供述を内容とする書面であるから、伝聞証拠に当たり、
21 証拠能力が否定されないか(320条1項)検討する。同規定の趣旨は、伝聞証拠は、
22 知覚、記憶、表現・叙述の各過程に誤りが入り込む余地が高く、反対尋問等で正確性

1 を吟味すべきことにある。そのため、伝聞証拠とは、公判期日外の供述及びこれを内
2 容とする書面であって、要証事実との関係で、その内容の真実性が問題になるものを
3 いう。

4 (2) 本件メモの立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記
5 載された内容の発言を申し向けたこと」である。そして、本件メモには、Vが、A工
6 務店と名乗る男すなわち甲から、屋根裏の耐震金具に不具合があり、すぐに工事しな
7 いと大変なことになるので、100万円で工事する旨述べられたことが記載されて
8 いる。本件メモの内容が真実であれば、同日、甲がVに対して、詐欺罪（刑法246
9 条1項）の実行行為に当たる欺く行為を行ったことが推認できる。実行行為は構成要
10 件該当事実であり、立証趣旨は意味を持つ。そのため、要証事実、立証趣旨と同じ
11 である。

12 そして、本件メモの内容は正にVが知覚、記憶したものであるから、要証事実との
13 関係で、本件メモの内容の真実性が問題になるので、本件メモは伝聞証拠に当たる。

14 (3) そのため、伝聞例外の要件を満たさない限り、本件メモの証拠能力は否定される。
15 本件メモは、「被告人以外の者」であるVが作成した供述書であり、裁判官及び検察
16 官の面前における供述を録取したものではないので、321条1項3号該当性が問
17 題になる。なお、本件供述書にはVの「署名若しくは押印」が無いものの、Vが全て
18 の記載を手書きしたものであり、作成過程に伝聞が含まれないので、問題にならない。

19 「供述者」Vは、脳梗塞で倒れており、担当医師によれば、Vの意識が回復する見
20 込みはなく、仮に意識が回復したとしても、記憶障害が残り、取調べをすることは不
21 可能である。そのため、脳梗塞又は記憶障害という「精神若しくは身体の故障」のた
22 め、「公判期日において供述すること」もできないと考えるのが合理的である。

1 そして、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」とは、事実認定の結果に
2 影響を及ぼすものであることを意味する。Vは、本件詐欺事件の被害者であり、詐欺
3 の実行行為を向けられた者であって、他に目撃者が存在しない本件においては、Vの
4 証言は実行行為の存在の認定に大きく影響を及ぼすといえる。そのため、Vの「供述
5 が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」といえる。

6 「特に信用すべき状況の下にされた」とは、比較対象がない本規定においては、絶
7 対的特信状況を意味する。そして、供述時の外部的事情から客観的に判断すべきであ
8 る。本件メモは、甲がV方を訪れ本件メモ内容の発言をしたとされる、平成30年1
9 月10日午前10時頃から、約9時間後の同日午後7時頃に作成されたものである。
10 記憶も鮮明な被害直後といえ、誤りが入り込むおそれは低いといえる。もっとも、V
11 は70歳と一般的に高齢であり、メモ用紙に記載する段階で書き間違いや記憶と異
12 なる記載がなされるおそれがある。しかし、Vの息子であるWが、本件メモはWの目
13 の前で書かれており、帰宅直後にVがWに話した内容と同じである旨証言している。
14 そのため、本件メモ作成段階での書き間違いや記憶と内容のズレは生じていないと
15 いえ、Vの記憶が正確な状況の下でなされたといえる。

16 したがって、本件メモは、「特に信用すべき状況の下」で作成されたといえる。

17 (4) よって、本件メモは、321条1項3号の伝聞例外の要件を満たすので、証拠能力
18 が認められる。

19 2 小問2

20 (1) 本件領収書も、公判期日外の供述を内容とする書面であるから、伝聞証拠該当性が
21 問題になるので、上記と同様に検討する。

22 (2) 本件領収書の立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金

1 として100万円を受け取ったこと」である。そして、本件領収書には、甲が、Vか
2 ら100万円を屋根裏工事代金として領収した旨が記載されている。そのため、本件
3 領収書は、①甲がVから100万円を受け取ったことと、②Vが甲に対して、屋根裏
4 工事代金として100万円を支払ったことの証明に役立つ。

5 (3) ①については、領収書の交付が代金の支払いと同時履行（民法533条）の關係に
6 あることから、本件領収書が甲からVに交付された事実をもって、甲がVから100
7 万円を領収したことが推認できる。そのため、甲がVから100万円を受け取ったこ
8 とを要証事実とする關係では、本件領収書の存在自体が意味を有し、内容の真実性は
9 問題にならない。

10 よって、当該要証事実との關係では、伝聞証拠とならず、非供述証拠として証拠能
11 力が認められる。

12 (4) ②については、甲の欺く行為によってVが屋根裏工事代金との錯誤に陥り100
13 万円を交付したことが要証事実であり、内容の真実性が問題になる。（※以下、途中
14 答案です。）

15 以 上