

2015最新合格者再現答案大分析会・刑事系講師作成レジュメ

辰巳専任講師・弁護士
本多 諭先生御作成

＜刑 法＞

【本問の論点】

甲の罪責について

第1 新薬の情報の入った書類を持ち出した行為について

1 検討する罪名

(1) 業務上横領罪と窃盗罪

窃盗罪は他人の占有を侵害するものなので、両者の区別の基準は、甲に占有があるか否かになります。

なお、窃盗罪及び業務上横領罪と背任罪の区別の基準は、書類10枚に財物性があるか否かになりますが、後述の通り、本問で甲が持ち出した書類10枚は、情報と化体して財物性が認められるので、背任罪は検討しなくてもいいでしょう。

(2) あてはめ

A社は、互いに他の部から独立した部屋で業務を行っていること、甲は財務部経理課に所属が変わったこと、後任の部長に引き継ぎも済ませていることなどから判断するといいいでしょう。

2 窃盗罪の問題点

(1) 情報の財物性

判例は、情報媒介物の財物性について、情報媒介物の財物性は媒体に化体された情報の価値をも含めて判断されるべきである（東京地判昭59.6.28）としております。

(2) あてはめ

新薬の書類は、A社が最近開発した新薬に関する情報が化体されており、最近開発した情報はライバル社にとって有益な価値を有すると考えられますので、そこから判断することになります。

第2 Cのかばんを取り上げた行為について

1 検討すべき罪名

(1) 強盗致傷罪と窃盗罪

強盗罪が成立するためには、「相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行」が必要となります。この暴行が認められない場合は窃盗罪になります。

窃盗罪の場合は、傷害罪の成立も問題となります。

(2) あてはめ

甲は53歳でCは35歳であるので、Cの方が若くて体力的に優れていること、素手と素手であること等が考慮要素となります。

2 違法性阻却事由の錯誤

(1) 自救行為あるいは正当防衛行為

甲は、かばんがCにより盗まれたと考えて、これを取り返そうとしており、自救行為あるいは正当防衛として違法性が阻却されると考えております。

そして、現在、「急迫不正の侵害」がある場合は、正当防衛となり、侵害行為が終了している場合は、自救行為と考えられます。

(2) 違法性阻却事由の錯誤（論証）

故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず、あえて行為に及んだ反規範的意思活動への責任非難である。自己の行為が正当防衛（自救行為）に当たるとして許されるものと考えている以上規範に直面しておらず、反対動機の形成が可能な程度の犯行事実の認識はない。

従って、違法性阻却事由の錯誤は、事実の錯誤として故意を阻却すると考える。

乙の罪責について

第1 新薬の書類を持ち出すよう甲に依頼したこと

1 検討すべき共犯関係

(1) 共謀共同正犯か教唆犯か（正犯か従犯か）

本問は、正犯意思を有していたかという点で区別すると、あてはめがやりやすいです。

自己の犯罪として行う意思があった場合は正犯で、他人の犯罪として行う意思があった場合は、従犯となります。

(2) あてはめ

本件では、乙から犯行を持ちかけていること、乙はその書類を自分の為に使用したいと考えていること、甲に報酬や海外の支店長のポストを用意すると約束していること等から、判断するといいいでしょう。

2 抽象的事実の錯誤

(1) 法定的符合説の論証例

錯誤が異なった構成要件間にわたる場合には、原則として行為者は規範に直面しているとはいえ、構成要件の故意は阻却される。

しかし、構成要件が異なっても、両者が①保護法益や②行為態様等の点で社会通念上重なり合っているときには、その限度で行為者は規範に直面しているといえる。

(2) あてはめ

業務上横領罪は、委託信任関係をも保護の対象としているが、結局のところ窃盗罪と同じく財産犯であり、他人の財産権の保護を図ろうとする点では、保護法益は重なり合っています。

また、書類を持ち出すという点においては、行為態様は重なり合いが認められるといえるでしょう。

丙の罪責について

第1 甲のかばんを持ち去った行為について

1 検討すべき罪名

(1) 窃盗罪と占有離脱物横領罪

財物に対する占有があったか否かが問題となります。

占有があるか否かの判断要素としては、占有の意思と占有の事実が認められるかで判断します。

(2) あてはめ

自動販売機に向かった甲とかばんとの距離、かばんから離れた時間、甲がかばんから離れた理由などから判断することになるでしょう。

2 不法領得の意思

判例によりますと不法領得の意思とは、①権利者を排除し、他人の物を自己の所有物とし、②その経済的用法に従って利用、処分する意思をいうものと解されております。

丙は、留置施設に入って寒さを凌ごうと考えておりますので、①②共に認められない可能性があります。

＜刑事訴訟法＞

【本問の論点】

設問1について

第1 捜査①の適法性について

1 強制処分か任意処分か

捜査①は、Fマンションの隣室のベランダで、乙の同意なく乙の会話を秘密に録音しておりますので、これが強制処分に該当すると違法な捜査になります。

強制処分法定主義は、捜査権の濫用による不当な人権侵害を防止することを趣旨とすることから、秘密録音は相手方のプライバシー権を侵害するものであれば強制処分に該当すると考えられます。

本件では、マンションのベランダで携帯電話を用いて通話すれば、隣室のベランダにも聞こえる可能性が高いこと、電話の相手方の声は録音されていないこと、本件事件についての会話であったこと、録音時間が短いこと等からプライバシー権を侵害するとまではいえないと判断できます。

2 任意捜査の限界

任意捜査の限界について、判例は、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである（最決昭51.3.16）。としておりますので、この規範をベースにあてはめをしていくことになります。

本件は、いわゆるオレオレ詐欺という世間の関心が集まっている重大な事件であること、Vの他にも被害者が多数存在する可能性が高いこと、隣室のベランダでICレコーダーを使用して会話を録音したものであり、通常聞こえる範囲のものであること、等から判断することになります。

第2 捜査②について

1 強制処分か任意処分か

捜査②も、捜査①と同様に、秘密録音が問題となりますので、強制処分となるか否かについて、捜査①の規範から考えます。

本件では、壁の振動を増幅させて音声として聞き取り可能にする機械を使用しているため、捜査①と異なり通常聞こえない音声までも録音していること、録音時間が1

0時間と長いこと、事件と関係のないものも録音していること等から捜査①と異なり、プライバシー権を侵害している可能性が高いと考えられます。

2 任意捜査の限界

捜査②を強制処分と解すると、令状を得ていないので、任意捜査の限界の論点は書かないこととなります。

設問2について

第1 証拠収集における違法性

1 甲の自白について

甲は、捜査官から起訴猶予にしてやると言われて自白しており、いわゆる約束による自白ですので、任意性に問題があります。

2 乙の逮捕について

甲の自白に基づき乙に対する逮捕状が発付されておりますので、乙の逮捕も違法なものと考えられます。

3 乙の自白について

上述したように乙の自白は、違法な身柄拘束中の自白となります。

違法な身柄拘束中の自白について、判例は

「捜査官が違法な身柄の拘束を意図的に利用したと認められるとき、身柄拘束の要件がないことが一見明白であるときのように身柄の拘束の違法性が著しく、右の憲法およびこれを承けた刑事訴訟法上の規定の精神を全く没却するに至るほどに重大であると認められる場合には、その身柄拘束中の供述がたとえ任意になされたとしても、その供述の証拠としての許容性を否定すべきものと解するのが相当であるが、その違法が右の程度に至らない瑕疵に止まる場合においては、その供述の証拠としての許容性は違法拘束中になされたことの一事をもって直ちに否定されるものではない（福岡高那覇支判昭49.5.13）」としております。

本件では、捜査官は乙を逮捕したいがために約束による自白をしていること、身柄の拘束は人権侵害が重大であること、乙は逮捕されなければ自白をしなかったであろうこと等からは、違法の瑕疵は重大で証拠能力が否定されることとなります。

他方、乙は「甲が自白したのでしょうから話します」と供述しており、任意に自白していること等からは、刑事訴訟法上の規定の精神を全く没却するに至る程重大とはいえ、乙の自白の証拠能力は認められることとなります。

4 本件文書及び本件メモについて

乙の自白に証拠能力が認められない場合、乙の自白に基づくHマンション705号室の搜索差押えにより得られた、本件文書及び本件メモの証拠能力が否定される場合があります。

判例は、色々ありますが、規範のある判例として、第1次証拠の収集方法の違法の程度、収集された第2次証拠の重要性の程度、第1次証拠と第2次証拠の関連性の程度等を考慮して総合的に判断すべき（最判昭58.7.12）としたのがあります。その他、受験生にとって有名な最判平15.2.14の判例等を参考にして規範を作成するといいいでしょう。

本件は、乙は任意に自白していること、第2次証拠は重要なものであること、重大事件であることなどから証拠能力を肯定していくことになると思います。

第2 伝聞法則について

1 伝聞証拠

本件文書及び本件メモの証拠収集過程において証拠能力が認められたとしても、伝聞証拠に該当すると証拠能力が認められない可能性があります。

そこで、要証事実との関係で本件文書及び本件メモが伝聞証拠に該当するかを検討いたします。

2 要証事実

(1) 本件文書

要証事実をどのように認定するかですが、検察官の立証趣旨、証拠の内容等から判断していくことになります。

問題文に、「Rは、丙と乙との共謀を立証するため」と記載してありますので、本件文書の要証事実は「乙と丙との共謀の存在」になります。

そして、本件文書は詐欺のマニュアルであるため、丙が本件文書を作成し、乙に渡していたことが間接事実となり、当該間接事実から乙と丙との共謀は推定されます。本件文書には丙の指紋があること、乙が本件文書を他人から渡されたと供述していることから、上記間接事実が推定される証拠となります。これは、本件文書の内容の真実性とは関係がありません。

従って、非伝聞となります。

(2) 本件メモ

本件メモの要証事実も「乙と丙との共謀の存在」になります。

そして、本件メモには、「1/5 丙から t e l」と記載があり、続いて詐欺についての指示が記載してありますので、本件メモの間接事実は丙からの詐欺の指示に

なります。

本件メモの内容は、本件文書と異なり、必ずしも明確な詐欺の指示があったとまでは判断できないため、丙の発言内容の真実性が問題となります。

従って、本件メモは丙の発言部分につき再伝聞となり、321条1項3号書面として、伝聞例外の要件を検討することになります。