

スタンダード論文答練ガイドンス

2015 最新合格者再現答案 **大** 分析会

◆ 刑 事 系 ◆

辰巳専任講師・弁護士

本多 諭 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
★合格者甲さんの答案 .....	1
●合格者乙さんの答案 .....	5
■不合格者丙さんの答案 .....	9
◆ 刑事系第2問再現答案 .....	13
★合格者甲さんの答案 .....	13
●合格者乙さんの答案 .....	17
■不合格者丙さんの答案 .....	21

※ なお、本ガイダンス配付レジュメの再現答案「合格者甲さん」「合格者乙さん」「不合格者丙さん」は、各科目（公法系・民事系・刑事系）を通して同一人物です。

## 平成27年論文式試験刑事系第1問

## ★ 合格者甲さんの答案 ★ (高いレベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

- P.1 第1 甲が新薬の書類を持ち出した行為について
- 2 1(1) 甲に窃盗罪(刑法(以下略)235条)が成立しないか問題  
3 となる。
- 4 (2) 「他人の財物」とは、他人の占有する財物をいう。本件では、  
5 新薬の書類はA社新薬開発部の暗証番号によって開閉する金庫  
6 に保管されており、A社の占有する財物であるといえる。よっ  
7 て、「他人の財物」といえる。
- 8 (3) 「窃取」とは、占有者の意思に反して、財物を自己又は第三  
9 者の占有に移転させることをいう。本件では、甲は、12月3  
10 日まで新薬開発部長として金庫の暗証番号を把握し、これを開  
11 閉することが予定されている地位にあった。しかし、甲が新薬  
12 の書類を持ち出した12月15日の時点において、甲は財務部  
13 経理課に所属が変わっており、12月3日に後任の新薬開発部  
14 の部長に暗証番号を伝える等引継ぎを行っているため、この地  
15 位を失っている。また、A社における新薬開発部と財務部は各  
16 部においてその業務上の情報を管理し、互いに他の部から独立  
17 した部屋で業務を行っているから、財務部に所属する甲は、A  
18 社において新薬開発部の金庫を暗証番号によって開閉すること  
19 が予定されていない地位にあるといえる。そうであるにもかかわらず、  
20 甲は、12月15日、新薬開発部の部屋に誰もいない  
21 間に金庫に暗証番号を入力して金庫を開け、無断で新薬の書類  
22 を持ち出し、A社の本社ビルを出ているから、新薬の書類をA  
23 社の意思に反して自己の占有に移転させたといえる。よって、  
P.2 「窃取」したといえる。
- 2 (4) また、故意(38条1項)及び不法領得の意思も問題なく認められる。  
3
- 4 (5) 以上から、甲に窃盗罪が成立する。  
5
- 2(1) 乙に窃盗罪の共謀共同正犯(60条)が成立しないか問題となる。  
6
- 7 (2) 共謀共同正犯の成立要件は、①共謀、②共謀に基づく実行行為、③正犯性である。  
8
- 9 (3)(ア) まず、本件では、12月1日、乙が甲に対し新薬の「書類を持ち出して私に下さい」と提案し、甲が「分かった。」と  
10 いてこれに承諾しているため、新薬の書類の持出しにつき  
11 事前の明示の共謀があった。もっとも、この時点において、  
12 甲は新薬開発部の部長であり、A社において暗証番号によっ  
13 て金庫を開閉することが予定されている地位にあったから、  
14 甲が濫用のおそれのある支配力をもって新薬の書類を持ち出  
15 すことを計画したものと見える。したがって、当該共謀は業  
16 務上横領(253条)の共謀である。  
17
- 18 (イ) ここで、甲は上記共謀に基づいて客観的には窃盗を行っている。一方で、乙は上記共謀後、甲が財務部に所属するに至ったことを、甲が新薬を持ち出す時点において知らなかったため、甲が横領行為をするものと認識していた。そこで、乙に故意が認められるか問題となる。  
19  
20  
21  
22  
23 客観的な事実と認識した事実が異なる構成要件にまたがる

- P.3 場合、それらの構成要件に実質的な重なり合いが認められる  
2 限り、軽い罪の限度で故意が認められる（38条2項参照）。  
3 横領と窃盗は財物を保護法益としており、この点で共通し  
4 ている。また、両者はその身分において違いがあるだけで、  
5 他人の財物を領得し、自己の支配下に移転するという行為態  
6 様においても共通している。したがって、両罪の構成要件に  
7 は実質的な重なり合いが認められ、軽い罪である窃盗の故意  
8 が認められる。  
9 (ウ) したがって、共謀が認められる (①)。
- 10 (4) そして、甲は上記共謀に基づいて窃盗を行っているから、共  
11 謀に基づく実行行為が認められる (②)。  
12 (5) ③正犯性は、犯罪実現において果たした役割や自己の犯罪と  
13 して行う意思の有無によって判断する。本件では、乙は甲の大学  
14 時代の後輩であるから、甲に対して支配的な地位にあるとい  
15 うわけではない。しかし、乙は甲に対して自分から新薬の書類  
16 の持出しを提案し、犯行計画の立案者となっている。また、乙  
17 は、甲に対し、新薬の書類と引換えに300万円を支払い、乙  
18 が営業部長を務める製薬会社の海外の支社長として迎え入れる  
19 と告げ、甲が新薬の書類を持ち出すように積極的に促しており、  
20 犯罪実現において重要な役割を果たしているといえる。また、  
21 乙は、新薬の書類を手に入れることができれば、現在勤める会  
22 社の経営陣に加わることができるかもしれないと考えており、  
23 犯罪実現に対する強い動機がある。したがって、乙は積極的に  
P.4 犯罪を実現する意図を有しており、自己の犯罪として行う意思  
2 が認められる。したがって、正犯性も認められる。  
3 (6) 以上から、乙には窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。  
4 第2 丙が甲のかばんを交番に持って行った行為について  
5 1 (1) 丙に窃盗罪が成立しないか問題となる。  
6 (2) 「他人の財物」といえるか、すなわち甲に甲のかばんの占有  
7 が認められるか検討する。窃盗罪における占有とは、財物に対  
8 する事実上の支配をいう。これは、領得行為時における占有の  
9 事実及び占有の意思から、社会通念に従い判断する。  
10 まず、甲のかばんは、A3サイズの書類が入る大きさで、容  
11 易に人目につくような大きさでのかばんであるから、回復困難  
12 となりにくい性質の財物であるといえる。次に、甲のかばんが  
13 丙に持ち去られた時点で、甲は自動券売機に向かって立ってい  
14 いた。たしかに、自動券売機に向かって立つと、甲のかばんが置  
15 いてある待合室は見えない位置にあり、待合室は誰でも利用す  
16 ることができたから、甲のかばんは甲の支配下を離れたとも思  
17 える。しかし、自動券売機と待合室の出入口は直線距離で20  
18 メートルしか離れておらず、歩いて1分にも満たない短い距離  
19 しか離れていない。よって、甲が自動券売機からすぐに待合室  
20 に戻って甲のかばんを手元に置くことのできる位置関係にあっ  
21 たといえる。また、待合室の出入り口は1つで、四方がガラス  
22 張りになっていたから、甲はすぐに待合室に近付き甲のかばん  
23 が持ち出されたりしていないか、甲のかばんを持ち出そうとす  
P.5 る不審者はいないか等を容易に監視できる状況にあったといえ  
2 る。したがって、客観的物理的な支配関係も認められ、占有の  
3 事実があるといえる。  
4 また、甲のかばんは甲所有のものでそれ自体2万円と高額な  
5 ものであるし、中には乙に300万円と交換してもらうことの

6 できる価値を有する新葉の書類が入っており、甲にとって非常  
7 に重要なものであるから占有の意思は強かったといえる。また、  
8 自動券売機では切符を購入していたにすぎず、甲は1分足らず  
9 ですぐに待合室に戻ることを予定しているといえるから、占有  
10 の意思は継続して認められる。よって、占有の意思も認められる。  
11 したがって、甲の占有が認められるから、「他人の財物」で  
12 あるといえる。

13 (3) 本件で、丙は、甲のかばんを無断で交番まで持ち出しており、  
14 甲の意思に反して占有を移転させたといえるから、「窃取」し  
15 たといえる。

16 (4) 次に、不法領得の意思が認められるか検討する。不法領得の  
17 意思とは、①権利者を排除して他人の物を利用する意思及び、  
18 ②毀棄・隠匿目的以外の何らかの用途に従い利用処分する意思  
19 のことをいう。

20 本件で、丙は、甲のかばんを待合室から50メートルも離れた  
21 交番まで持ち去り、警察官に引き渡しているから、権利者で  
22 ある甲が許容しない態様で甲のかばんを利用する意思があった  
23 といえる。よって、①は認められる。また、丙は、甲のかばん  
P.6 を持って交番へ行き、逮捕されて留置施設で寒さをしのぐ目的  
2 2 4 0 条で甲のかばんを窃取しており、毀棄隠匿以外の一定の用途に従  
3 2 4 0 条で甲のかばんを利用処分する意思も認められる。よって、②  
4 も認められる。

5 したがって、不法領得の意思は認められる。

6 (5) また、本件で故意は問題なく認められる。

7 (6) 以上から、丙に窃盗罪が成立する。

8 第3 甲がCのかばんを取り上げて、Cに傷害を負わせた行為について

9 1 (1) 甲に強盗致傷罪（240条・236条1項）が成立しないか  
10 問題となる。

11 (2) 「暴行又は脅迫」は、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度  
12 でなければならぬ。本件で、Cは身長175センチ体重65  
13 キロであり、身長170センチ体重75キロと体格で勝る甲が  
14 かばんの持ち手を引っ張るのは、Cの反抗を抑圧するに足りる  
15 有形力の行使であるといえる。よって、「暴行」が認められる。

16 (3) また、甲はCのかばんの持ち手を引っ張ってそのかばんを取  
17 り上げ、これを持ってホームに行き電車で飛び乗っているから、  
18 暴行によりCの反抗を抑圧して、その意思に反してCのかばん  
19 を自己の占有に移したといえる。よって、「強取」したといえる。

20 (4) 240条は強盗の機会に死傷結果の発生が伴う事態が刑事学  
21 上少なくとも鑑み規定されたものであることを考えると、  
22 「負傷した」とは、強盗の機会に致傷結果が生じたことをいう。  
23 本件では、Cは甲からかばんを引っ張られた弾みで通路に手を  
P.7 付き、手のひらを擦りむいて加療1週間の傷害を負っているから、  
2 強盗の機会に生じた致傷結果であるといえる。よって、  
3 「負傷した」といえる。

4 (5) 甲は、C所有のかばんを甲のかばんと考え、これを取り返そ  
5 うとしてCのかばんを取り上げるに至っているから、当該行為  
6 を自救行為（35条）であると認識している。そこで、甲の故  
7 意が阻却されないか問題となる。

8 故意があるというには、行為の違法性を基礎づける事実の認  
9 識が必要である。したがって、行為者が違法性阻却事由を認識  
10 しているに過ぎない場合は、違法性の評価を受ける事実の認識

11 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 P.8 2 3 4

が欠け、故意が阻却される。もっとも、誤信につき相当の理由があるといえない場合には過失犯が成立する。

本件では、甲は、Cが甲のかばんを盗んだものを思い込み、Cからかばんを取り返そうとしてC所有のかばんを取り上げているから、甲には自救行為の認識しかない。よって、故意が阻却される。そして、C所有のかばんは、甲のかばんとブランド・色・大きさの同じものであり、外観から甲がC所有のかばんを自分のものだと思い込むこともやむを得ない。また、甲は、Cに対してかばんを返すように繰り返し述べているにも拘わらず、Cは甲を無視して全く取り合わなかったので、中身を確認して甲のかばんでないことを認識する機会もなかった。また、Cが電車に乗ってしまえば、二度とCに会うことができないと考えられるため、C所有のかばんを自分のかばんと思い込む甲は、これを取り返す緊急の必要性があったといえる。したがって、甲の誤信につき相当な理由が認められる。よって、過失犯も成立しない。

(6) 以上から、甲に強盗致傷罪は成立しない。

5 第4 罪数

- 6 1 甲には窃盗罪一罪が成立する。乙との共同正犯となる。
- 7 2 乙には窃盗罪一罪が成立する。甲との共同正犯となる。
- 8 3 丙には窃盗罪一罪が成立する。

以 上

## 平成27年論文式試験刑事系第1問

## ● 合格者乙さんの答案 ● (標準的レベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

## P.1 第一 甲の罪責

2 一 新薬開発部室に立ち入った行為について

3 1 かかる行為について、甲に建造物侵入罪(刑法(以下略)130  
4 条)が成立しないか。5 2 同罪の成立要件は(ア)「正当な理由なく」(イ)「人が看守する建造  
6 物」に(ウ)「侵入」することである。7 3(1) まず(イ)について、A社はその本社ビル内において、互いに他の  
8 部から独立した部屋で業務を行う形をとっていた。このことからす  
9 ると、A社本社ビルの各部室は、その部の人間以外の無関係者の立  
10 ち入りをさせないという管理体制がとられていたといえる。  
11 1212 (2) 次に(ウ)について、「侵入」とは、住居権者の意思に反する態様で  
13 の立ち入りをいうところ、3(1)で述べたような管理体制をA社がとっ  
14 ていていることからすれば、新薬開発部及びA社にとって、同部の人間ま  
15 たはそれらから許可を得た人間以外の立ち入りは、同部の意思に反す  
16 る態様の立ち入りといえることができる。よって、甲が、すでに新薬開  
17 発部から財務部経理課に所属が変わった後に、無断で新薬開発部室に  
18 立ち入ったことは「侵入」にあたる。19 (3) 最後に(ア)について、甲の立ち入りは新薬の書類を盗み出す目的で、  
20 「正当な理由」はないので満たす。

21 よって、甲の行為について、建造物侵入罪が成立する。

22 二 甲が新薬の書類を盗み出した行為について

23 1(1) この行為について、窃盗罪(235条)と業務上横領罪(253  
P.2 条)とのいずれが成立するか。2 (2) 両罪の違いは、財物に対する占有の有無である。通常、上下関係の  
3 あるなかでの財物の占有は上位者にあるが、高度な信頼関係に基づく  
4 処分権限の委託があれば、下位者にも占有が認められる。5 (3) 本件において、甲は新薬開発部長時代には、同部の業務全般を統括  
6 し、新薬の書類を管理する業務を担当していた。実際にも、同書類を  
7 保管する金庫の暗証番号も管理していた。このことからすると、同時  
8 代には甲はA社から部長としての地位に基づく高度な信頼関係により、  
9 新薬の書類の処分権限を委ねられていたといえることができる。10 しかし、12月3日をもって甲は財務部経理課に異動し、金庫の暗  
11 証番号を後任の部長に引き継ぐなどしており、これによって新薬の書  
12 類の処分権限を失ったといえる。よって、甲には財物の占有がなかつ  
13 たから、窃盗罪が検討されるべきである。

14 2 同罪の成立要件は(ア)「他人の財物」を(イ)「窃取」することである。

15 3(1) まず(ア)について、新薬の書類はA社の新薬開発部室の金庫に保  
16 管されているものであり、また新薬の書類は新薬の開発方法が記載  
17 されているもので、経済的価値を有する。したがって、新薬の書類  
18 はA社が占有する財物であるので「他人の財物」にあたる。19 (2) 次に(イ)について、「窃取」とは占有者の意に反して財物を自己ま  
20 たは第三者の占有下に置くことであるが、甲が12月15日に、新薬  
21 開発部の部内会議が始まって同部の部屋に誰もいなくなったことを確  
22 認し、甲のカバンに新薬の書類を入れ、そのまま同室を立ち去った行  
23 為について、Aの意思に反して新薬の書類を自己の占有下に置いたと

P.3

いえるから「窃取」といえる。

2 よって甲には窃盗罪が成立する。後述するとおり、乙との間で横領  
3 罪の範囲で共同正犯となる。

4 三 CからC所有のかばんを奪った行為について

5 1(1) かかる行為について、強盗罪(236条)と窃盗罪とのいずれが成  
6 立しうるか。

7 (2) 両罪の区別は、「暴行」(236条)すなわち、社会通念上相手の反  
8 抗を抑圧するに足る程度の暴行があるかどうかという客観的基準による。

10

9 (3) 本件において、Cは35歳の男性で、身長は175センチ、体重は  
10 65キログラムである。一方で甲は53歳の男性で身長は170セン  
11 チ、体重は75キログラムである。Cの方が年齢的・体格的にも優れ  
12 ているといえ、また甲がCに対して加えた有形力も、Cのかばんの持  
13 ち手をつかんで引っ張る程度の行為で、殴る蹴るなどの暴行を加えた  
14 わけではないから、甲のCに対する有形力の行使は、社会通念上Cの  
15 反抗を抑圧するに足る程度の暴行があると客観的に判断することはで  
16 きない。したがって、甲には窃盗罪が検討されるべきである。

17 2 同罪の成立要件は(ア)「他人の財物」を(イ)「窃取」することである。

18 3(2) まず(ア)について、Cのかばんは、C所有で、かつCが占有してい  
19 るかばんであるから、「他人の財物」にあたる。

20

20 なお、甲がCのかばんを、甲のかばんと誤信したことによって構成  
21 要件の故意が阻却されないか問題となるも、窃盗罪の保護法益は財物  
22 の所有のみならず占有をも含むから、甲が、Cのかばんを甲のかばん  
23 と誤信しようと、Cがこれを占有していることを認識していた以上は、  
構成要件の故意は阻却されない。

P.4

2 (2) 次に(イ)について、甲はCから、Cのかばんの持ち手を引っ張るこ  
3 とでCの意思に反してCのかばんを自己の占有下においており、「窃  
4 取」したといえる。

5 4(1) しかしながら、甲は、Cが自己のかばんを盗んだと考えこれから取  
6 り戻すためにかかる行為に出ており、主観的には自救行為のつもりで  
7 ある。そこで、違法性阻却事由の錯誤である誤想自救行為として責任  
8 故意が阻却されないか。

9 (2) 誤想自救行為の成立要件は、侵害がないことから、(ア)緊急性(イ)  
10 自救意思(ウ)相当性である。

11 (3) 本件についてこれをみるに、(ア)について、甲がCからCのかばん  
12 を奪い返したのは、甲のかばんが盗られた午前11時16分のわずか  
13 2分後の11時18分であり、かなり近接していることから緊急性は  
14 高いといえ、満たされる。また(イ)について、甲は自分の盗まれたか  
15 ばんを取り戻す意図でこの行為を行っているから、満たす。(ウ)につ  
16 いても、甲はCに殴る蹴るなどもしておらず、かばんの持ち手をつか  
17 んで引っ張るなどをしてのみであるから、相当性も満たしている。  
18 よって、誤想自救行為として責任故意が阻却されるべきであり、甲の  
19 責任は問えず、甲には窃盗罪が成立しない。

20

第二 乙の罪責

21 一 甲が新葉の書類を盗んだ行為との共犯関係について

22 1(1) 甲がA社から新葉の書類を盗んだ行為について、乙になんらかの共  
23 犯が成立しないか。まず、甲が実行行為に出る前の段階で乙と甲との  
P.5 間には業務上横領罪の共謀が成立していないか。

2 (2) 共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、相互利用補充関係のもとで  
3 犯罪結果に対して因果性を有する点にある。したがって、実行行為を  
4 行っていないものも、(ア)意思連絡(イ)正犯性(ウ)共犯者の一部によ  
5 る実行行為があれば、共同正犯(60条)足りうる。



6 (3) まず(ア)について、本件においては、乙と甲は、甲が所属するA社  
7 新薬開発部の新薬の書類を盗み出すということについて謀議を行って  
8 いる。甲は、この時点で、新薬の書類について業務上これを占有する  
9 地位にあったのだから、この時点で業務上横領罪についての意思連絡  
10 があったということができる。

11 また(イ)について、正犯性とは、自己の犯罪として重要な役割を担  
12 ったかを基準として判断されるが、乙は「その書類を持ち出して私に  
13 下さい。私はその書類を我が社の商品開発に活用したい。成功すれば  
14 私は将来、我が社の経営陣に加わることができる。その書類と交換に、  
15 私のポケットマネーから300万円を甲先輩に払いますし、甲先輩を  
16 海外の支社長として我が社に迎え入れます」と自ら積極的に甲に対し  
17 て働きかけており、その犯罪の成功によって自らが利益を得る立場に  
18 あったということができる。したがって、乙は自己の犯罪として重要  
19 な役割を担ったといえ、正犯性も認められる。

20 したがって、この時点で、甲と乙に業務上横領罪の共謀が成立する。

21 (4) また、乙は業務上占有する身分を有していない。ここで、65条は  
22 文理から1項が真正身分犯、2項が不真正身分犯に関する規定である。  
23 そして、業務上横領罪は、業務上という不真正身分と占有という真正  
P.6 身分からなる複合身分犯であるから、真正身分を有していない乙には  
2 単純横領罪の範囲で共同正犯たりうる。

3 2(1) 上述のとおり、共謀共同正犯が成立するには、共謀成立後に(ウ)実  
4 行行為が行われなければならない。しかし、本件においては業務上横  
5 領罪の共謀があったのに対して、甲によって窃盗罪の実行行為が行わ  
6 れている。では、いかなる範囲で乙に犯罪が成立するか、共謀の射程  
7 および共犯の錯誤が問題となる。

8 (2) まず共謀の射程が及ぶかは、その実行行為にでることが共謀の内容  
9 から社会通念上当然であるかによって判断される。甲は実行行為  
10 時に占有身分を失っていたとはいえ、新薬の書類を新薬開発部室から  
11 盗み出すという行為態様は同じであり、業務上横領罪の共謀からも、  
12 かかる窃盗の実行行為に出ることは社会通念上当然といえる。よって、  
13 共謀の射程は及ぶ。

14 (3) 次に、共犯の錯誤について、主観と客観とを比較して、後者が大で  
15 あっても、両者に保護法益と行為態様の重なり合いが認められれば、  
16 前者についての実行行為性を肯定できる。

17 本件において、乙の主観は単純横領であり、客観は甲が実行行為に  
18 出た窃盗である。両者はまず行為態様の点において、他人の財物を不  
19 法領得するという点で共通している。

20 また保護法益についても、横領罪は所有権、窃盗罪は所有権と占有  
21 権を保護法益とするから、所有権侵害の点で重なり合う。

22 よって、乙には、横領罪の範囲で構成要件該当性が認められるから、  
23 横領罪が成立し、甲の窃盗罪と、横領罪の範囲で共同正犯となる。

### P.7 第三 丙の罪責について

#### 2 一 甲のかばんを持ち去った行為について

3 1(1) まず、この行為について窃盗罪と占有離脱物横領罪(254条)の  
4 いずれかが成立しないか。

5 (2) 両罪の区別は、財物の占有の有無にある。占有は占有の事実および  
6 意思からなる。そして、時間的場所的近接性、置き忘れた場所の状況、  
7 見通し状況、置き忘れた者の認識・行動を考慮しつつ検討する。

8 (3) 本件において、まず、甲のかばんがある待合室から甲のいる自動券  
9 売機までの距離は20メートルしかなく、甲がかばんを置いてからは  
10 1分しか経っていない。したがって、時間的場所的近接性は高い。

11 また、置き忘れた待合室についても、たしかにだれでも立ち入ること  
12 ができる場所ではあるが、甲が待合室に入ってから丙が入るまで、  
13 ほかに誰も利用者はおらず、占有は弛緩しにくい状況であった。

14 また、見通し状況についても、自動券売機の位置から待合室は角度的に視認困難であるものの、待合室はガラス張りで、外からも確認し  
15 やすい構造となっており、占有は弛緩しにくいといえる。

16 さらに認識・行動についても、甲はかばんを忘れてしまったわけ  
17 ではなく、あくまで券売機に行くために一時的にそこに置いただけであ  
18 るから、占有は弛緩しにくい。

19 以上より、占有の事実及び意思ともに認められるから、占有は認定  
20 されるので、丙には窃盗罪を検討する。

21 2 同罪の成立要件は(ア)「他人の財物」を(イ)「窃取」することである。

22 3(1) まず(ア)について、甲のかばんが甲の占有する財物であることは間  
23 違いないから、「他人の財物」にあたる。

24 P.8 (2) では(イ)についてどうか。「窃取」とは、不法領得の意思実現行為  
25 であるから、権利者を排除して所有者として振る舞う意思と、その財  
26 物を経済的用法にしたがって利用処分する意思が必要である。本件に  
27 ついてみるに、丙の犯行動機は「逮捕されて留置施設で寒さをしのぐ  
28 こと」にあった。また実際に丙は甲のかばんをとるや、50メートル  
29 離れた交番に直ちに出現している。これらの事実から、丙には、上記  
30 の振る舞う意思や利用処分する意思はなかったといえるから不法領得  
31 の意思に欠け「窃取」とはいえない。

32 10 したがって丙には、器物損壊罪(261条)が成立する。

#### 33 第四 罪数

34 11 1 まず、甲について、建造物侵入罪、窃盗罪が成立する。そして窃盗罪に  
35 ついて、乙と横領罪の範囲で共同正犯となる。

36 12 2 また、乙については横領罪の共謀共同正犯が成立する。

13 15 3 丙について、器物損壊罪が成立する。

14 以上

## 平成27年論文式試験刑事系第1問

## ■ 不合格者丙さんの答案 ■

Memo

- P.1 第1 甲が新薬開発部の部屋に入った行為につき建造物侵入罪（130条前段）が成立するか。
- 2
- 3 1 まず、A社内は部屋ごとに独立しており、管理者が異なることから、新薬開発部の部屋も独立した一つの「建造物」にあたる。
- 4
- 5 2 そして、「侵入」とは、管理権者の意思に反して立ち入る行為をいうところ、甲はすでに新薬開発部の部長ではなくなり、本件部屋に自由に出入りできる地位ではなくなっている。さらに、本件部屋は部長の引き継ぎにより新たな部長の管理権のもとにある。また、甲は本件部屋にある新薬の書類を外部に流出させる目的を有しており、これを管理権者たる部長が知れば立ち入りを拒むはずである。したがって、甲の立ち入りは管理権者の意思に反しており、「侵入」にあたる。また、違法性阻却事由もなく「正当な理由」もなく故意もある。
- 6
- 7
- 8
- 9
- 10 3 よって、甲に本罪が成立する。
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15 4 また、かかる侵入は乙との共謀により「共同」（60条）してなされているから、乙にも本罪の共同正犯（60条）が成立する。
- 16
- 17 第2 甲が新薬の書類10枚を甲のカバンに入れた行為につき業務上横領罪（253条）が成立するか。
- 18
- 19 1 まず、「業務上自己の占有する」とは財産につき管理権の濫用のおそれのある権限を有することをいう。本件において、甲は新薬開発部の部長を退き、新たな部長に本件書類の管理権を引き継いでおり、すでに甲にその管理権はないから、甲は本件書類を「業務上自己の占有する」とはいえない。
- 20
- 21
- 22
- 23
- P.2 2 したがって、甲に本罪は成立しない。
- 2
- 3 3 しかし、甲の当該行為につき、窃盗罪（235条）が成立するか。
- 4
- 5 (1) まず、「他人の財物」とは他人の占有する物をいう。本件において、上述のように本件書類の占有は新部長のもとにあるから、本件書類は「他人の財物」にあたる。
- 6
- 7 (2) そして、「窃取」とは、①他人の意思に反して、②他人の占有する財物を、③自己または第三者の占有下に移転させることをいう。
- 8
- 9 本件において、本件書類はA社の企業秘密であるから、甲がこれを外部に流出させるために持ち出すことは占有する新部長の意思に反する（①充足）。そして、上述のように暗証番号により施錠された金庫により、新部長は本件書類を占有している（②充足）。また、本件部屋には会議で社員が誰も存在しなかったことから一度本件書類を手にとれば、他者に取り返されるおそれはなく、10枚と薄いため甲のカバンに入れれば外部からその存在を発見できない。したがって、甲が本件書類を甲のカバンに入れた時点で自己の占有下に移転させた（③充足）として既遂となる。
- 10
- 11
- 12
- 13
- 14
- 15 以上より「窃取」したといえる。
- 16
- 17 (3) また、甲に故意や不法領得の意思も認められる。
- 18
- 19 (4) よって、甲に窃盗罪が成立する。
- 20
- 21
- 22 4 次に、甲の本件書類の持ち出しは乙との計画によりなされているから、乙に窃盗罪を「共同」したとして本罪の共同正犯が成立
- 23

P.3

するか。

(1) まず、「共同」とは①共謀の存在として① - 1 特定の犯罪を行う意思連絡と① - 2 正犯意思、及び、②共謀に基づく実行が必要となる。

(2) 本件において、甲と乙が本件書類の持ち出しを計画した段階では甲は新薬開発部の部長であり、本件書類の「業務上自己の占有」(253条)があった。したがって、甲と乙の間では業務上横領罪を行う意思連絡(①-1充足)が存在した。そして、これは乙が営業で使うためにおこなっているため利益の主体といえ正犯意思もある(①-2)。したがって、乙には業務上横領罪の共謀が認められる(①充足)。

では、甲が実際に実行したのは窃盗罪にあるため、②共謀に基づくといえるか。共謀の射程が問題となる。

そもそも、共同正犯の処罰根拠は自己または共犯者の行為を介して法益侵害を共同惹起する点にある。したがって、共同惹起したといえるために、共謀に内包される危険性が実行行為に現実化したといえる必要がある。

本件において、業務上横領罪と窃盗罪は保護法益が財産である点で共通するが、窃盗罪は他人の意思に反して占有を奪取する点で手段の対応が業務上横領罪に比べて強い。そして、業務上横領罪は自己の占有があることから誘惑が強いが、窃盗罪はかかる手段の強さからこれを犯す抵抗感是非常に強い。また、乙は甲の持ち出しが窃盗によるものと認識していない。したがって、乙の共謀は甲が本件書類を占有するからこそ行ったものとしてその危険は業務上横領罪に限られる。したがって、その危険は窃盗罪に現実化したとはいえず、独自に甲が行ったものといえ、共謀の射程は及ばない(②不充足)。

(3) よって、乙に本罪の共同正犯は成立しない。

第3 乙が甲に「所属が…交換しましょう」といった行為に盗品等有償譲受け罪(256条2項)が成立するか。

1 まず、本件書類は「盗品」にあたる。

2 しかし、本罪の保護法益が追求権であることから「譲り受け」とは占有の移転を要する。本件では、本件書類の占有はまだ乙に移転していないため「譲り受け」たといえない。

3 よって、甲に本罪は成立しない。

第4 丙が甲のカバンを持った行為につき窃盗罪(235条)が成立するか。

1 まず、甲は本件カバンから離れているが、本件カバンの占有が甲に認められ、「他人の財物」にあたるか。占有の有無は事実上の支配と占有の意思の相関関係により判断する。

本件において、本件カバンは待合室の出入り口付近に置かれているが、たしかに、ここから約20メートル離れた位置に甲は移動していたことから甲の手の届く関係になく事実上の支配は弱いとも思える。しかし、甲がカバンのもとを離れて丙に取られた時点までの時間は1分に過ぎず、すぐに甲はカバンのもとに戻れる距離感にあった。そして、甲の券売機の位置から本件カバンは死角になって見えないが、待合室はガラス張りの上、丙以外に人もいないことから、甲の位置から本件カバンまでの間の見通しは良く、ちょうど死角となっている位置にカバンがわかるから、すぐにこれを回収する位置関係にある。したがって甲の事実上の支配はそれほど弱くない。また、甲は切符を買うために一時カバンを

P.5

2  
3  
4  
5

- 6 離れたに過ぎず、本件カバンの存在を認識している上、その場所  
7 も正確に認識している。したがって、占有の意思は強い。
- 8 以上より、甲は本件カバンを占有しているといえ、本件カバン  
9 は「他人の財物」にあたる。
- 10 2 そして、丙は①甲の意思に反して②甲の占有する本件カバンを  
11 持ち去っており、待合室を出た時点で甲から取り返されるおそれ  
12 はなくなるため、③自己の占有下に移転したとして「窃取」した  
13 といえ、この時点で既遂となり得る。
- 14 3 もっとも、不法領得の意思とは経済的用法に従って利益を得る  
15 意思を必要とするところ、甲は逮捕されることを目的に本件カバ  
16 ンを持ち去っており、本件カバンから生ずる利益を得る意思はな  
17 いから、不法領得の意思は認められない。
- 18 4 よって、丙に本罪は成立しない。
- 19 5 しかし、「損壊」（261条）とは物の効用を害する一切の行為  
20 をいうところ、丙の本件カバンの持ち去りにより、甲は本件カバ  
21 ンを利用することができなくなったことから、本件カバンの効用  
22 を害するといえ、「損壊」したといえる。
- 23 よって、甲に器物損壊罪（261条）が成立する。
- P.6 第5 甲がCからカバンを取り上げた行為につき強盗罪（236条1  
2 項）が成立するか。
- 3 1 まず、甲はCのカバンを一瞬のうちに引っ張ったのみで「暴行  
4 又は脅迫」をしていないため強盗罪が成立しない。
- 5 2 では、かかる行為に窃盗罪（235条）が成立するか。
- 6 (1) まず、本件カバンはCが占有するため「他人の財物」にあた  
7 る。そして、甲は①Cの意思に反して②Cの占有する本件カバ  
8 ンを③奪い取って自己の占有に移転させたため、「窃取」した  
9 といえる。また故意と不法領得の意思も認められる。したがっ  
10 て構成要件はみたす。
- 11 (2) 次に、Cは甲のカバンを盗んでいないため「急迫不正の侵  
12 害」（36条1項）はなく正当防衛は成立しない。
- 13 (3) よって、甲に本罪が成立する。
- 14 第6 甲がCのカバンを引っ張ってCに「傷害」を負わせたため傷害  
15 罪（204条）が成立する。
- 16 第7 罪責
- 17 1 甲に建造物侵入罪の共同正犯と窃盗罪の牽連犯（54条1項後  
18 段）が成立し、窃盗罪と傷害罪との間で併合罪（45条前段）が  
19 成立する。
- 20 2 乙に住居侵入罪の共同正犯が成立する。
- 21 3 丙に器物損壊罪が成立する。

以上

・・MEMO・・

## 平成27年論文式試験刑事系第2問

## ★ 合格者甲さんの答案 ★ (高いレベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

## P.1 設問1

## 第1 捜査①の適法性

1 (1) まず、乙の電話による会話を録音する捜査①が「強制の処分」(197条1項但書)にあたらぬか、あたるとすれば令状なき強制処分として違法となるため問題となる。

2 (2) 「強制の処分」とは、個人の意思に反して、重要な権利利益を制約する処分をいう。

3 本件では、捜査①は乙に無断で乙の会話を録音しているの  
4 で、乙の意思に反した処分であるといえる。しかし、捜査①  
5 で録音した乙の会話は、乙がベランダで電話していた会話で  
6 ある。ベランダでの電話における会話は、隣人等の不特定多  
7 数人にその会話が聞こえることが予定されているものである  
8 から、プライバシーの要保護性は低い。したがって、重要な  
9 権利利益の制約は認められず、捜査①は「強制の処分」にあ  
10 たらぬ。

11 2(1) 次に、捜査①が任意捜査(197条1項)であるとしても、  
12 乙の電話における会話を録音しており、一定の乙のプライバ  
13 シーの制約がある。したがって、捜査比例の原則から、捜査  
14 の必要性・緊急性と被侵害利益の内容・程度を比較衡量して、  
15 具体的事情の下で相当と認められる場合に適法となると解する。

16 (2) 本件では、詐欺未遂事件の現行犯人として逮捕された甲が  
17 「知らない男から頼まれた」など第三者の関与を示唆する  
18 発言をしていることや、甲の携帯電話機の通話記録に乙から  
19 の頻繁な着信があったことからすれば、乙は甲の共犯者であ  
20 る疑いがあった。そして、乙はFマンションに一人で居住し  
21 ており、仕事もせず、外出を控え、周囲を警戒していたため、  
22 その疑いは強いものといえる。また、詐欺未遂は重大な犯罪  
23 である上に、甲は被疑事実を一貫して否認しており、乙が実  
24 際に甲の共犯者か否かを確認する緊急の必要性があった。し  
25 したがって、外出を控える乙の部屋から聞こえる会話を録音す  
26 る必要性は高かったといえる。そして、捜査①は乙の内容を  
27 ICレコーダーで正確に録音するものであり、乙のプライバ  
28 シーの制約が認められる。もっとも、その時間はわずか約3  
29 分間と短い。また、乙の会話はベランダでなされていたもの  
30 であり、隣人等に聞かれないことを期待できるような状況に  
31 あったとはいえない。実際に、乙の声は仕切り板を隔てた5  
32 02号室の隣室にいたPにも聞こえている。これは、Pらが  
33 乙の動静を探るために隣室を賃借していた場合でも変わると  
34 ころはない。したがって、乙のプライバシーの制約の程度は  
35 小さい。また、録音に際して、電話の相手方の声は録音され  
36 ていなかったことから、第三者のプライバシー制約も認めら  
37 れない。

38 以上から、捜査①は任意捜査として相当と認められる。

39 3 以上から、捜査①は適法である。

## 第2 捜査②の適法性

40 1(1) 捜査②についても、「強制の処分」にあたらぬか検討する。

- P.3 (2) 本件では、捜査②は乙に無断で乙方の音声を録音している  
2 ため、乙の意思に反した処分であるといえる。Fマンション  
3 502号室は乙の住居であり、乙方の居室内の会話は壁に耳  
4 を当てても乙方の居室内の音声を聞こえなかったのであるから、  
5 乙方の居室内の音声をベランダでの会話と異なり、隣人  
6 等の不特定多数人に聞かれることを予定していないといえる。  
7 よって、乙方の居室内の音声のプライバシーの要保護性は高  
8 いものといえる。そして、10時間という長時間にわたり、  
9 本件機器を介して乙方の居室内の音声を鮮明に聞き取り、I  
10 Cレコーダーで当該音声を正確に録音しているから強度のプ  
11 ライバシー制約が認められる。したがって、重要な権利益  
12 の制約が認められる。  
13 よって、捜査②は「強制的処分」にあたる。  
14 (3) 以上から、捜査②は違法である。

15 設問2

16 第1 自白法則(319条1項・憲法38条2項)との関係

- 17 1(1) 本件文書及び本件メモは、甲や乙の自白に基づいて取得し  
18 た令状によって差し押さえられた証拠物であるから、甲や乙  
19 の自白が任意性を欠く場合に、任意性を欠く自白の派生的証  
20 拠の証拠能力が認められるかが問題となる。  
21 (2) この点、虚偽排除を根拠とする自白法則とは異なり、違法  
22 証拠排除に根拠を持つ違法収集証拠排除法則の適用によって、  
23 不任意自白の派生的証拠の証拠能力を否定する余地はある。  
P.4 もっとも、約束による自白の場合、捜査に違法があるとま  
2 では認められないから同法則の適用の余地はない。しかし、同  
3 法則の適用の余地がないからといって、不任意自白の派生的  
4 証拠を全て許容するのであれば、自白法則の意義が損なわれ  
5 る。そこで、不任意自白との因果性の程度や、派生的証拠の  
6 重要性、事案の重大性、捜査官の意図などを総合考慮して派  
7 生的証拠の証拠能力を否定する余地があると解すべきである。  
8 (3) そこで、まず、甲の自白が「任意にされたものでない疑い  
9 のある自白」、すなわち不任意自白といえるか否かを検討する。

10 自白法則の根拠は、自白には虚偽を含む可能性が典型的に  
11 高いことに求められる。したがって、不任意自白といえるか  
12 どうかは、典型的に供述に虚偽を含おそれがあるか否かとい  
13 う観点から判断される。そして、約束による自白の当該判断  
14 においては、①利益供与の主体の権限及びその認識、②利益  
15 供与の内容・方法、③因果関係が考慮される。

16 本件では、①甲に対し、「起訴猶予にしてやる」と直接告  
17 げたのは起訴不起訴の決定権限を有していない司法警察員Q  
18 である。もっとも、Qは、甲に対し、「検察官は～起訴猶予  
19 にしてやる」と言っており、甲は、起訴不起訴の決定権限を  
20 持つ検察官によって起訴猶予処分がなされることを明確に認  
21 識していたといえる。したがって、Qは自白をすれば、実際  
22 に起訴猶予処分がなされることを強く期待する状態にあった  
23 といえる。また、②利益供与の内容は「起訴猶予」という具  
P.5 体的かつ明確な内容であり、Qの心理に与える影響は直接的  
2 2で大きいといえる。また、甲が受ける自己の起訴猶予という  
3 利益は、共犯者である乙の関与を供述しない利益を上回るも  
4 のであるといえる。したがって、当該利益供与の内容・方法  
5 は甲の虚偽の供述を誘発するおそれが高い。そして、③実際



6 に甲は自己が不起訴処分になることを期待して自白をしている  
7 から、因果関係も認められる。

8 以上からすれば、甲の自白は、典型的に供述に虚偽を含む  
9 おそれがあり、不任意自白であるといえる。

10 (4) 次に、乙の自白が不任意自白といえるか検討する。

11 320条1項は、証拠能力を否定すべき不任意自白を「強  
12 制」等外部的要因によるものに限定している。したがって、  
13 外部的要因によらない自白は320条1項によって証拠能力  
14 が否定されることが予定されておらず、自白法則の適用はない。

15 本件では、乙は、甲の自白の内容を知らされておらず、甲  
16 が自白したと察して自ら自白している。したがって、乙の自  
17 白は、外部的要因による自白とはいえ、自白法則の適用は  
18 ない。よって、乙の自白は不任意自白とはいえない。

19 (5) 以上から、任意性を欠く自白は、甲の自白だけである。も  
20 っとも、甲の自白に基づく捜索差押許可状によって証拠物は  
21 押収されていない。本件文書及び本件メモは、直接的には乙  
22 の自白に基づく令状によって差し押さえられているため、甲  
23 の自白と本件文書及び本件メモの因果性は弱いといえる。し  
P.6 たがって、詐欺事件という事件の重大性や証拠としての重要  
2 性は認められるが、不任意自白の派生的証拠として本件文書  
3 及び本件メモの証拠能力を否定すべきとはいえない。

4 (6) 以上から、自白法則との関係では証拠能力に問題はない。

## 5 第2 伝聞法則（320条1項）との関係

### 6 1 本件文書について

7 (1) 伝聞証拠とは、公判期日外における供述に代えた書面で、  
8 要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるものをいう。  
9 (2) 本件では、丙は一貫して公訴事実を否認しており、また、  
10 甲も取調べにおいて丙の関与については一切の供述をしな  
11 かったため、丙と乙の共謀の事実を立証する必要がある。

12 そうすると、本件文書は、それ自体固有の証拠価値を有す  
13 る非供述証拠であると考えられ、伝聞証拠ではない。なぜなら、  
14 ①本件文書は乙の利用していたHマンション705号室  
15 から発見されており、乙の手書き文字が記載されているから、  
16 本件文書は乙の支配下にあったといえること、②本件文書に  
17 記載されている内容は、Vの受けた詐欺未遂の犯行内容と酷  
18 似しており、甲及び乙の詐欺の犯罪計画に用いられたと推認  
19 できること、③本件文書から丙の指紋が検出されており、本  
20 件文書を手に取って見ており、当該犯罪計画に対する関与が  
21 推認できることから、本件文書の存在自体によって丙と乙の  
22 共謀の事実を合理的に推認することが可能だからである。

23 (3) したがって、本件文書には証拠能力が認められる。

### P.7 2 本件メモについて

2 (1) 本件メモについても、丙は一貫して公訴事実を否認して  
3 おり、また、甲も取調べにおいて丙の関与については一切の  
4 供述をしなかったため、丙と乙の共謀の事実を立証する必要  
5 があることは同様である。

6 そうすると、要証事実は本件メモの存在自体であり、供述  
7 内容の真実性は問題とならないから、伝聞証拠には当たらない。  
8 なぜなら、①本件メモは、Hマンション705号室から  
9 発見されており、乙の手書き文字が記載されているから、本  
10 件文書は乙の支配下にあったといえること、②Pが乙の会話

## 最新合格者再現答案大分析会

11                   を録音したのと同時刻に、乙が丙に電話をかけていることが  
12                   判明しており、本件メモも丙からの電話内容を通話しながら  
13                   書き記したものと推認できることから、本件文書の存在自体  
14                   によって丙と乙の共謀の事実を合理的に推認することが可能  
**15**                   だからである。

16                   (2) したがって、本件メモには証拠能力が認められる。

17                   以 上

---

## 平成27年論文式試験刑事系第2問

## ● 合格者乙さんの答案 ● (標準的レベルと思われる答案が多い合格者)

Memo

## P.1 【設問1】

2 第一 捜査①について

3 一 強制処分該当性について

4 1 まず、捜査①は「強制の処分」(刑訴法(以下略)197条1  
5 項但し書き)に該当しないか。該当する場合、令状主義(218  
6 条、憲法35条等)または強制処分法定主義(197条1項但し  
7 書き)に違反するため、問題となる。8 2 「強制の処分」とは、科学技術の発達による無形的な権利侵害  
9 のおそれがあること、および、令状主義、強制処分法定主義とい  
10 った事前規制に服させる必要があるかはその被侵害利益が重要な  
11 ものに限定すべきであることから、(ア)相手の意思を抑圧し(黙  
12 示の意思に反する場合も含む)(イ)住居・身体・財産等の重要な  
13 権利利益を侵害するもの、をいう。14 3 本件についてみるに、捜査①では乙が居住するFマンション5  
15 01号室の隣室かつ空室であった502号室のベランダから、乙  
16 が501号室のベランダに出て携帯電話で通話をするところを3  
17 分間にわたってICレコーダーで録音している。18 まず(ア)について、ベランダは室外であるものの、乙の501  
19 号室の管理権の及ぶ範囲における私的な通話であることから、こ  
20 れがICレコーダーで他人に録音されることについては、同意は  
21 ないといえるから、黙示の意思に反しているため、満たす。22 しかし(イ)についてみると、ベランダは室外であり、その通話  
23 時の声が仕切りを挟んだ隣室ベランダにいる住人等に聞かれるこ  
24 とは想定されうるものであり、捜査①も、単にこのような通常の  
25 住人等が隣室ベランダから乙の会話を耳に入れたものと権利侵害  
26 性において異なるところはない。27 その点で室内の会話が録音されるものと比較するとプライバシー  
28 (憲法13条)や住居権の保護の必要性はかなり低くなってい  
29 るということが出来る。よって、重要な権利利益の侵害はなく  
30 (イ)は満たされない。

31 よって、捜査①は「強制の処分」に該当しない。

32 二 任意処分の限界について

33 1 だとしても、捜査①は任意処分の限界を超えないか。任意処分  
34 の限界の判断基準が問題となる。35 2 捜査①が任意処分であるにしろ、一定のプライバシー侵害があ  
36 ることは疑いがないので、「必要な」(197条1項本文)限度で  
37 のみ許される。「必要な」限度といえるかについては、捜査比例  
38 の原則から、必要性・緊急性を踏まえたうえで、具体的状況下  
39 において相当といえるかどうかを基準に判断する。

40 3 本件において、まず必要性および緊急性をみる。

41 平成27年2月4日、L県M市内のVを被害者とするいわゆる  
42 オレオレ詐欺の事案が発生し、金の受け取り役である甲が詐欺未  
43 遂の現行犯人として逮捕されている。甲は「自分は受け取り役で、  
44 知らない男からこれを頼まれた」と述べていること、また、甲が  
45 逮捕前に乙と頻りに携帯電話で通話し、かつ、逮捕後も乙から頻  
46 りに連絡があったこともわかっている。これらのことから、この

P.3

事件には甲のほかにも共犯者がおり、乙がそのひとりなのではないか、Vに対して電話をした人物が乙なのではないかと考えられる。そのため、乙の携帯電話での通話をICレコーダーで通話することで、その声を証拠として保全しておくことや、その他のオレオレ詐欺の共謀などが携帯電話を用いてなされるおそれがあることからこれを事前に把握し、犯罪発生を防止する必要がある。したがって、捜査の必要性は高いといえる。また、この事件は複数犯による組織的犯行が疑われるため、乙をはじめとする共犯者の身柄をなるべく速やかに拘束して次なる犯罪の発生を防ぐ必要も高いことから、捜査の緊急性も高いといえる。

では、これらの必要性・緊急性を踏まえた上で、捜査①は具体的状況下で相当なものといえるか。

捜査①は、上述のとおり、乙が居住するFマンション501号室の隣室かつ空室であった502号室のベランダから、乙が501号室ベランダで携帯電話で通話をするところを3分間にわたってICレコーダーで録音するものである。しかも、ICレコーダーには、乙の「甲が逮捕されました」という声が録音されたのみで、電話の相手の声は録音されていない。強制処分該当性の部分でも述べたとおり、このような権利侵害は、隣室に居住する通常の住人がベランダに出た際、乙の会話をたまたま耳にする場合におこる程度のもとは異なるところはなく、必要性・緊急性と比して、その相当性は十分に高いといえることができる。

したがって、捜査①は任意処分としても適法である。

P.4

## 第二 捜査②について

### 一 強制処分該当性について

1 捜査①についてと同様、捜査②についても、強制処分該当性が問題となる。とくに捜査②では、五官の作用によって物の性状ないし存否を認識する強制処分である「検証」にあたり、令状主義に反するのではないかが問題となる。

2 捜査①で用いたものと同様の判断基準によって、強制処分該当性を判断する。

3 まず、捜査②は、本件機器を使用し、これを502号室の居室の壁の表面に貼り付け、乙方の居室内の音声を鮮明に聞き取り、かつ、これを10時間にわたりICレコーダーに音声録音を行うというものである。

(ア)について、まず、乙が自身の居室内での会話や通話を他人に聞かれることなど到底想定ないし同意していると考えられないから、黙示の意思に反するといえ、満たす。

また(イ)について、本件機器を用いて乙方の居室内の会話を鮮明に聞き取りこれを録音するというのは、実質的には、無断で乙方の居室に立ち入り、その上で乙の会話や通話を聞いてそれを録音するものと権利侵害の大きさに関してなら異なることはない。その点で、プライバシーおよび住居権の侵害の度合いは非常に大きいものといえ、重要な権利利益を侵害しているといえる。そして、捜査②は、本来は「検証」として検証許可状を得て行われるべきものである。

よって、捜査②は強制処分に該当し、これを無令状で行ったことは令状主義(219条)に反し、違法である。

### 【設問2】

#### 第一 不任意自白の問題について

一 甲の自白について

- 6 1 まず、同月16日になされた甲の自白は、不任意自白（319  
7 条1項）にあたるとして証拠排除されないか。されるとすると、  
8 それをはしごとして得られた乙の自白や、本件文書・本件メモに  
9 ついても、反復自白ないし派生証拠として排除される可能性がある  
10 ため問題となる。
- 11 2 同項が任意性のない自白の証拠能力を認めない趣旨は、不任意  
12 自白が虚偽のおそれが高く、これを排除して誤判を防止すること  
13 にある。したがって、同項によって排除される自白は、典型的に  
14 虚偽自白を誘発しやすい外部的誘引があり、かつ、これと因果関  
15 係のある自白をいう。
- 16 3 甲の自白についてこれを見る。まず、甲の自白は、「検察官は、  
17 改悛の情を示せば起訴猶予にしてやると言っているから、共犯者  
18 が誰かも含めて正直に話せ」旨のQからの申し向けによって行わ  
19 れている。これに関して、起訴猶予処分という利益内容は、取調  
20 を受ける者にとって相当強力な利益であって、「虚偽であっても  
21 自白して、起訴猶予してもらおう」という心理状態を作出させ  
22 やすいものである。また、利益主体がQという司法警察員により  
23 なされているものの、Qは検察官のRの発言を代弁する形でこの  
P.6 申し向けを行っている以上、利益主体の点についても、虚偽自白  
2 の誘発力は高い。したがって、典型的に虚偽自白を誘発しやすい  
3 外部的誘引はあるといえる。また、この申し向けによって甲は、  
4 不起訴処分を期待して否認から自白に直ちに転じており、因果関  
5 係も認められる。
- 6 よって、甲の自白は、319条1項によって、排除される。
- 7 二 乙の自白について
- 8 1 では、乙の自白はどうか。乙は、甲が自白したものと察して自ら  
9 も自白に転じているため、反復自白の一種として、同項によって  
10 証拠排除されないか。
- 11 2 反復自白が証拠排除されるのは、虚偽自白である先行自白をもた  
12 らした外部的誘引と、因果関係を有するためである。したがって、  
13 反復自白が証拠排除されるか否かは、この外部的誘引と因果関係  
14 があるかに尽きる。
- 15 3 本件についてこれを見るに、乙は自ら甲が自白したものと察して、  
16 自らも自白を行っている。しかし、甲の自白を誘発した外部的誘  
17 引については、一切知ることがない状態でこの自白を行っている  
18 のだから、因果関係はない。よって、乙の自白は一種の反復自白  
19 として排除されない。
- 20 三 本件文書及び本件メモについて
- 21 1 本件文書・本件メモは、甲の自白の派生証拠として証拠排除され  
22 ないか。
- 23 2 しかし、319条1項が虚偽自白を排除する趣旨である以上、派  
P.7 生する物的証拠であっても、これが虚偽のおそれありということ  
2 にはならないため、排除されない。
- 3 3 したがって、本件文書および本件メモについて、これらは甲の虚  
4 偽自白の派生証拠として排除されることはない。
- 5 第二 違法収集証拠排除法則について
- 6 1 では、甲の自白が違法収集証拠として排除されないか。されると  
7 すると、本件文書・本件メモは、毒樹の果実や違法の承継の論理に  
8 よって証拠排除されるおそれがある。
- 9 2 違法収集証拠として排除されるかどうかは(ア)違法の重大性(イ)  
10 排除の相当性によって判断される。

11 3 本件についてみるに、まず(ア)について、たしかに甲に対してQ  
12 は起訴猶予をだしにして自白を促している。このような行為が捜査  
13 上不適切なものであるとはいうことができても、これが令状主義を  
14 没却するような重大な違法性を有しているとはまではいうことができ  
15 ない。よって(ア)を満たさず、甲の自白は違法収集証拠として排除さ  
16 れない。

17 第三 伝聞法則について

18 一 本件文書について

19 1 本件文書は、伝聞証拠(320条)として排除されないか。  
20 2 同条の趣旨は、供述証拠は知覚記憶表現の過程で誤りが入りや  
21 すいために、反対尋問によってその真実性をテストすることにあ  
22 る。したがって、伝聞証拠にあたるかどうかは、(ア)公判廷外供  
23 述証拠であり、(イ)要証事実との関係性においてその内容の真実  
P.8 性が問題となるものをいう。

2 3 まず本件文書について、要証事実はなにか。立証趣旨は、丙と  
3 乙との共謀である。そして本件文書について、その記載内容どお  
4 りに犯行が遂行されている事実、丙の指紋が発見されている事実  
5 からすると、丙が記載内容たる犯行計画について少なくとも強い  
6 関心を持っていたとすることができる。そして、本件文書の電話  
7 番号部分については乙が手書きで記入している。これらのことから  
8 すると、本件文書は、丙と乙とが本件文書をみながら犯行計画  
9 を話し合っていた際に用いられていたものと考えられ、本件文書  
10 の存在自体が両者の共謀の事実を推認させる証拠であるとい  
11 うことができる。

12 よって、要証事実は本件文書の存在及び内容であり、(イ)につ  
13 いて、その内容の真実性は問題とならないから、本件文書は非伝  
14 聞証拠である。よって、証拠能力は認められる。

15 二 本件メモについて

16 本件メモについても、本件文書と同様、乙が丙と電話をしながら  
17 その内容をメモに残したものであり、そのメモの存在自体が両者の  
18 共謀を推認させるものである。よって、要証事実は本件メモの存在  
19 及び内容となり、(イ)を満たさないから非伝聞証拠である。よって  
20 証拠能力は認められる。

21 以上

## 平成27年論文式試験刑事系第2問

## ■ 不合格者丙さんの答案 ■

Memo

## P.1 第1 設問1

## 2 1 ①の録音の適法性について

3 (1) 本件において、Pが乙の会話を盗聴してこれをICレコーダーに録音したことは「強制の処分」(197条1項但書)にあたり、検証(218条1項)にあたるにもかかわらず令状なくこれをを行ったとして令状主義違反の違法がないか。

4  
5  
6  
7 (2) まず、「強制の処分」とは、個人意思を制圧し、身体住居  
8 財産などに制約を加えて強制的に捜査の目的を達成することをいう。

9  
10 本件において、本件録音は、Pの電話での会話の内容を盗聴するものであり、電話の内容は特に自宅の内部ではその秘匿性がみとめられるため、かかる会話がプライバシー権により保障される。とすると、本件録音は乙に無断で行っているから、乙の意思に反するものとも思える。しかし、Pが会話していた場所は自宅のベランダであり、5階にあることから公道上の人に内容を聴かれるおそれはないが、隣室のベランダにいる者に対してはPの声が大きければ十分に会話の内容が聞こえる。したがって、隣室のベランダにいる者に対しては会話の内容のプライバシーの期待度は低いものといえる。そして、Pは隣室のベランダにおいて、何ら機械を使わず仕切り板越しに会話を聞いているだけであり、相手方の声までは録音していないことから、Pのプライバシー権への制約は弱い。

11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23 したがって、①の録音はPの意思を制圧して行ったものとは  
P.2 ではないえず、「強制の処分」にあたらないため、令状主義違反の違法はない。

2 (3) もっとも、乙のプライバシー権の侵害のおそれは存在するため、捜査比例の原則の見地から、当該捜査の必要性緊急性を考慮した上で、具体的状況の下で社会通念上相当な手段といえる場合には任意捜査(197条1項本文)として適法となる。

3 本件では、甲の逮捕の前後において甲の電話に着信していることのみから乙が共犯者であると嫌疑を抱いており、電話していたこと自体は特に嫌疑となる事情ではないことから、乙の捜索を行う嫌疑はそれほど高くないものであり、①録音の必要性も高いものではなかった。そして、たしかに乙の本件会話につきプライバシー権の期待は低くなっているが、ベランダといえども公道上ではなく自宅の内部であるといえるから、乙がプライバシーを放棄しているとまではいえない。そして、隣室のベランダにいる人に生活音などが聞こえるとしても、これは通常耳で聞くことを想定し、録音という記録の残る形での盗聴を想定していないから、乙のプライバシー権の制約はある程度強い。

4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19 したがって、乙の不利益が捜査の必要性を超えるため、相当な手段とはいえず、任意捜査の限界を超えて違法である。

## 20 2 ②の録音の適法性について

21 (1) ②の録音についても「強制の処分」にあたるとして令状主義に反しないか検討する。

22  
23 本件において、②の録音は乙がベランダではなく自室の中に

- P.3 いる音を盗聴しようとするものであり、自室内は誰に対しても  
2 会話の内容を秘匿する意思が強い。そして、②の録音は本件機  
3 器を用いて人の聴覚では認識できない音を録音しており、乙が  
4 隣室の人に声が聞こえると想定している範囲をはるかに超える。  
5 したがって、②の録音は乙のプライバシー権を強く制約するた  
6 め、乙に録音を避ける合理的意思が推認され、かかる意思を制  
7 圧した捜査といえる。  
8 以上より、②の録音は「強制の処分」にあたる。  
9 (2) よって、検証令状が必要なにもかかわらず無令状で行う令  
10 状主義違反があり、違法である。
- 第2 設問2  
11 1 証拠収集上の問題点  
12 (1) 本件において、(1)本件文書、及び、(2)本件メモにつき、その  
13 前の手続きである甲の自白採取の段階で違法があったとして、  
14 違法収集証拠排除法則により証拠能力が否定されないか。  
15 (2) まず、司法の廉潔性、適正手続の保護、将来の違法捜査抑止  
16 の観点から、当該証拠はその採取過程に①憲法や刑訴法の基本  
17 原則に反する重大な違法があり、②証拠排除することが将来の  
18 違法捜査抑止の観点から相当である場合に違法収集証拠排除法  
19 則により証拠能力が否定される。そして、違法な捜査により得  
20 られた証拠と本件証拠との間に手続きが介在しても両者の因果  
21 性のつながりによりかかる要件を検討する。  
22 (3) では、甲の自白に①重大な違法はないか。不起訴の約束自白  
23 であるため「任意」(319条1項)性を欠くとして違法となら  
P.4 ないか。  
2 この点、自白法則(319条1項)の趣旨は、典型的な虚偽  
3 自白の誘発を防止し、かつ、供述の自由の侵害を防止する点に  
4 ある。したがって、「任意」性を欠くとは、典型的に虚偽の自  
5 白を誘発するものか、または、供述の自由を侵害するかにより  
6 判断する。  
7 本件において、甲に不起訴処分をQが約束していることから  
8 心理的圧迫が強く①典型的に虚偽の自白を誘発するものである  
9 といえるが、これに該当しても虚偽の自白を防止するだけで違  
10 法性を認定するものではないから、かかる点が①を構成するとは  
11 いうえない。また、約束自白も供述者の意思により自白してい  
12 るから供述の自由を侵害するものともいえない。  
13 したがって、「任意」性を欠くとして①をみたすことはない。  
14 (4) よって、証拠収集上の問題はありますが、違法収集証拠排除法則  
15 により証拠能力が否定されない。
- 2 証拠自体の問題点  
16 (1) 本件文書について  
17 ア まず、本件文書の何者かの供述過程が「書面」(320条  
18 1項)にあたり、伝聞法則により証拠能力が否定されないか。  
19 イ そもそも、「書面」とは①公判廷外の供述のうち、②要証  
20 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。  
21 ウ 本件文書は何者かの①公判廷外の供述にあたる。  
22 エ 次に、本件公判は、丙について、乙との間で詐欺未遂罪の  
23 共謀をしたのか否かが丙の否認などから争点となっている。  
P.5 そして、本件文書には詐欺のマニュアルと考えられる内容が  
2 記載されており、この文書からは丙の指紋と乙の直筆の文字  
3 が存在することから、丙と乙が共にこの文書に目を通した可  
4  
5



6 能性が高い。とすると、丙と乙の間で詐欺の謀議行為の手段  
7 として本件文書を利用したと強く推認できる。したがって、  
8 謀議行為に利用した本件文書の存在自体を要証事実とするこ  
9 により、丙の共謀の存在を推認する意味を有するとして、  
10 その内容は問題とならない (②不充足)。  
11 オ したがって、本件文書は「書面」にあたらないため、証拠  
12 能力は否定されない。  
13 カ よって、本件文書に証拠能力が認められる。  
14 (2) 本件メモについて  
15 ア まず、本件メモは乙の直筆で書かれていることから乙の供  
16 述を記したものであり、乙の供述過程として公判廷外の供述  
17 である (①充足)。  
18 イ 次に乙の供述過程について、丙から電話で伝えられた乙が  
19 詐欺に協力している内容であり、これは丙の供述の内容が要  
20 証事実となつてのその内容の真実性が丙の共謀の存在を認定  
21 するには問題となるため、「書面」(320条1項)にあたる。  
22 したがって、伝聞法則により、乙の供述過程は証拠能力が  
23 原則として認められないが、321条1項3号により伝聞例  
P.6 外が認められるため、証拠能力が認められうる。  
2 ウ そして、乙の供述には丙の供述過程も含まれるところ、こ  
3 れも丙の共謀の存在を立証するには丙の供述の内容を要証事  
4 実としてその真実性が問題となるため伝聞証拠にあたるため  
5 原則として証拠能力が認められない。  
6 しかし、これは再伝聞として324条1項準用による32  
7 2条1項により伝聞例外が認められる。  
8 エ よって、本件メモに証拠能力が認められる。  
9 以 上