

講義録レポート

講義録コード

20-11-9-503-02

講 座	司法試験講座	セミナー	新司法試験 「2010年本試験合格・不 合格再現答案分析会」 (刑事系)
目標年	2011年合格目標 新司法試験		
用 途	☒ 個別DVD ・ ☐ 集合DVD ☐ WEB通信 ・ ☐ カセット通信 ・ ☐ DVD通信 ・ ☐ 資料通信 ・ ☐ DL通信		

収録日	2010年 9月 19日		
講師名	刑事系：羽広政男先生	内 訳	※レポート 含まず
		板書 枚数	0枚
		補助レジュメ 枚数	54枚
		その他 ()	0枚

授業構成	刑事系 120分		
実施テスト	有 ・ ☒ 無		
対応テスト	<ミニテスト>	() 第	回
	<答練・演習>	() 第	回
使用教材	●新司法試験 2010年本試験 合格・不合格再現答案分析会		
配布教材	●教材(テキスト・問題集) ()		
	●補助レジュメ () _____枚	講義録添付 (有・ ☒ 無)	
	●その他 () _____枚	講義録添付 (有・ ☒ 無)	
備考			

新司法試験 2010 年本試験 合格・不合格再現答案分析会

刑事系

CONTENTS

平成22年度論文式試験問題刑事系第1問	55
講師室監修答案	61
合格者Aさん再現答案	65
合格者Bさん再現答案	69
合格者Cさん再現答案	73
不合格者Dさん再現答案	77
平成22年度論文式試験問題刑事系第2問	81
講師室監修答案	87
合格者Aさん再現答案	91
合格者Bさん再現答案	95
合格者Cさん再現答案	99
不合格者Dさん再現答案	103

平成 22 年度新司法試験論文式試験問題

刑事系 第1問(配点:100)

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 V（78歳）は、数年前から自力で食事や排せつを行うことができない、いわゆる寝たきりの要介護状態にあり、自宅で、妻甲（68歳）の介護を受けていたが、風邪をこじらせて肺炎となり、A病院の一般病棟の個室に入院して主治医Bの治療を受け、容体は快方に向かっていた。

A病院に勤務し、Vを担当する看護師乙は、Vの容体が快方に向かったからは、Bの指示により、2時間ないし3時間に1回程度の割合でVの病室を巡回し、検温をするほか、容体の確認、投薬や食事・排せつの世話などをしていた。

一方、甲は、Vが入院した時から、連日、Vの病室を訪れ、数時間にわたってVの身の回りの世話をしていた。このため、乙は、Vの病状に何か異状があれば甲が気付いて看護師等に知らせるだろうと考え、甲がVの病室に来ている間の巡回を控えめにしていた。その際、乙は、甲に対し、「何か異状があったら、すぐに教えてください。」と依頼しており、甲も、その旨了承し、「私がいる間はゆっくりしていてください。」などと乙に話し、実際に、甲は、病室を訪れている間、Vの検温、食事・排せつの世話などをしていた。

- 2 Vは、入院開始から約3週間経過後のある日、午前11時過ぎに発熱し、正午ころには39度を超える高熱となった（以下、時刻の記載は同日の時刻をいう。）。Bは、発熱の原因が必ずしもはっきりしなかったものの、このような場合に通常行われる処置である解熱消炎剤の投与をすることにした。ところが、Vは、一般的な解熱消炎剤の「D薬」に対する強いアレルギー体質で、D薬による急性のアレルギー反応でショック死する危険があったため、Bは、D薬に代えて使用されることの多い別の解熱消炎剤の「E薬」を点滴で投与することにし、午後0時30分ころ、その旨の処方せんを作成して乙に手渡し、「Vさんに解熱消炎剤のE薬を点滴してください。」と指示した。そして、高齢のVの発熱の原因がはっきりせず、E薬の点滴投与後もVの熱が下がらなかったり容体の急変等が起こる可能性があったため、Bは、看護師によるVの慎重な経過観察が必要であると判断し、乙に、「Vさんの発熱の原因がはっきりしない上、Vさんは高齢なので、熱が下がらなかったり容体が急変しないか心配です。容体をよく観察してください。半日くらいは、約30分ごとにVさんの様子を確認してください。」と指示した。

- 3 Bの指示を受けた乙は、A病院の薬剤部に行き、Bから受け取った前記処方せんを、同

部に勤務する薬剤師丙に渡した。

A病院では、医師作成の処方せんに従って薬剤部の薬剤師が薬を準備することとなっていたが、薬の誤投与は、患者の病状や体質によってはその生命を危険にさらしかねないため、薬剤師において、医師の処方が患者の病状や体質に適合するかどうかをチェックする態勢が取られており、かかるチェックを必ずした上で薬を医師・看護師らに提供することとされていた。仮に、医師の処方に疑問があれば、薬剤師は、医師に確認した上で薬を提供することになっていた。

ところが、乙から前記処方せんを受け取った丙は、Bの処方に間違いはないものと思い、処方された薬の適否やVのアレルギー体質等の確認も行わずに、E薬の薬液入りガラス製容器（アンプル）が多数保管されているE薬用の引き出しからアンプルを1本取り出した。その引き出しには、本来E薬しか保管されていないはずであったが、たまたまD薬のアンプルが数本混入していて、丙が取り出したのは、そのうちの1本であった。しかし、丙は、それをE薬と思い込んだまま、アンプルの薬名を確認せず、それを点滴に必要な点滴容器や注射針などの器具と一緒にVの名前を記載した袋に入れ、前記処方せんの写しとともに乙に渡した。

なお、D薬のアンプルとE薬のアンプルの外観はほぼ同じであったが、貼付されたラベルには各薬名が明記されていた。

また、D薬に対するアレルギー体質の患者に対し、D薬に代えてE薬が処方される例は多く、丙もその旨の知識を有していた。

- 4 A病院では、看護師が点滴その他の投薬をする場合、薬の誤投与を防ぐため、看護師において、薬が医師の処方どおりであるかを処方せんの写しと対照してチェックし、処方や薬に疑問がある場合には、医師や薬剤師に確認すべきこととなっており、その際、患者のアレルギー体質等については、その生命にかかわることから十分に注意することとされ、乙もA病院の看護師としてこれらの点を熟知していた。

しかし、丙から前記のとおりアンプルや点滴に必要な器具等を受け取った乙は、丙がこれまで間違いを犯したことがなく、丙の仕事ぶりを信頼していたことから、丙が、処方やVの体質等の確認をしなかったり、処方せんと異なる薬を渡したりすることを全く予想していなかったため、受け取った薬が処方されたものに間違いはないかどうかを確認せず、丙から受け取ったアンプルが処方されたE薬ではないことに気付かなかった。また、乙は、VがD薬に対するアレルギー体質を有することを、Vの入院当初に確認してVの看護記録にも記入していたが、そのことも失念していた。

そして、乙は、丙から受け取ったD薬のアンプル内の薬液を点滴容器に注入し、午後1時ころからVに対し、それがE薬ではないことに気付かないままD薬の点滴を開始し

た。その際、Vの検温をしたところ、体温は39度2分であったため、乙は、Vのベッド脇に置かれた検温表にその旨記載して病室を出た。

乙は、Bの前記指示に従って、点滴を開始した午後1時ころから約30分おきにVの病室を巡回することとし、1回目の巡回を午後1時30分ころに行い、Vの容体を観察したが、その時点では異状はなかった。この時のVの体温は39度で、乙はその旨検温表に記載した。

- 5 午後1時35分ころ、甲が来院し、Vの病室に行く前に看護師詰所（ナースステーション）に立ち寄ったので、乙は、甲に、「Vさんが発熱したので、午後1時ころから、解熱消炎剤の点滴を始めました。そのうち熱は下がるとは思います、何かあったら声を掛けてください。私も30分おきに病室に顔を出します。」などと言い、甲は、「分かりました。」と答えてVの病室に行った。甲は、Vが眠っていたため病室を片付けるなどしていたところ、午後1時50分ころ、Vが呼吸の際ゼイゼイと音を立てて息苦しそうにし、顔や手足に赤い発しんが出ていたので、慌ててVに声を掛けて体を揺すったが、明りょうな返事はなかった。

Vは、数年前に、薬によるアレルギー反応で赤い発しんが出て呼吸困難に陥って次第に容体が悪化し、やがてチアノーゼ（血液中の酸素濃度低下により皮膚が青紫色になること）が現れるに至ったが、医師の救命処置により一命を取り留めたことがあった。甲は、その経過を直接見ており、後に医師から、「薬に対するアレルギーでショック状態になっていたので、もう少し救命処置が遅れていれば助からなかったかもしれない。」と聞かされた。このような経験から、甲は、Vが再び薬によるアレルギー反応を起こして呼吸困難等に陥っていることが分かり、放置すると手遅れになるおそれがあると思った。しかし、甲は、他に身寄りのないVを、Vが要介護状態になった数年前から一人で介護する生活が続け、肉体的にも精神的にも疲れ切っており、退院後も将来にわたってVの介護を続けなければならないことに悲観していたため、このままVが死亡すれば、先の見えない介護生活から解放されるのではないかと思った。また、甲は、時折Vが「こんな生活もう嫌だ。」などと嘆いていたことから、介護を受けながら寝たきりの生活が続けるより、このまま死んだ方がVにとっても幸せなのではないかとも思った。

他方、甲は、長年連れ添ったVを失いたくない気持ちもあった上、Vが死亡すると、これまで受け取っていた甲とVの2名分の年金受給額が減少するのも嫌だとの思いもあった。

このように、甲が、これまでの人生を振り返り、かつ今後の人生を考えて、これからどうするのが甲やVにとって良いことなのか思い悩んでいた午後2時ころ、乙が、巡回のため、Vの病室の閉じられていた出入口ドアをノックした。しかし、心を決めかねて

いた甲は、もうしばらく考えてからでもVの救命は間に合うだろうと思い、時間を稼ぐため、ドア越しに、「今、体を拭いてあげているので20分ほど待ってください。夫に変わりはありません。」と嘘を言った。

乙は、その言葉を全く疑わずに信じ込み、Vに付き添って体を拭いているのだから、Vに異状があれば甲が必ず気付くはずだと思い、Vの容体に異状がないことの確認はできたものと判断し、約30分後の午後2時30分ころに再び巡回すれば足りると思え、「分かりました。30分ほどしたらまた来ます。」とドア越しに甲に言って立ち去った。

6 乙が立ち去った後、甲がVの様子を見ると、顔にチアノーゼが現れ、呼吸も更に苦しそうに見えたことなどから、甲は、Vの容体が更に悪化していることが分かった。

甲は、しばらく悩んだ末、数年前にVが同様の症状に陥って助かった時の前記経験から、現時点のVの症状ならば、速やかに救命処置が開始されればVはまだ助かるだろうと思いながらも、事態を事の成り行きに任せ、Vの生死を、医師等の医療従事者の手ではなく、運命にゆだねることに決め、その結果がどうなろうとその運命に従うことにした。

その後、甲は、乙の次の巡回が午後2時30分ころに予定されていたので、午後2時15分ころ、検温もしていないのに、検温表に午後2時20分の検温結果として38度5分と記入した上、午後2時30分ころ、更に容体が悪化しているVを病室に残して看護師詰所に行き、乙に検温表を示しながら、「体を拭いたら気持ち良さそうに眠りました。しばらくそっとしておいてもらえませんか。熱は下がり始めているようです。何かあればすぐにお知らせしますから。」と嘘を言ってVの病室に戻った。

7 乙は、他の患者の看護に追われて多忙であった上、甲の話と検温表の記載から、Vの容体に異状はなく、熱も下がり始めて容体が安定してきたものと信じ込み、甲が付き添っているのだから眠っているVの様子をわざわざ見に行く必要はなく、午後2時30分ころに予定していた巡回は行わずに午後3時ころVの容体を確認すれば足りると判断した。

午後2時50分ころ、甲は、Vの呼吸が止まっていることに気付き、Vは助からない運命だと思って帰宅した。

午後3時ころ、Vの病室に入った乙が、意識がなく呼吸が停止しているVを発見し、直ちに、Bらによる救命処置が講じられたが、午後3時50分にVの死亡が確認された。

8 その後の司法解剖や甲、乙、丙及び他のA病院関係者らに対する事情聴取等の捜査の結果、次の各事実が判明した。

(1) Vの死因は、肺炎によるものではなく、D薬を投与されたことに基づく急性アレルギー反応による呼吸困難を伴うショック死であった。

(2) 遅くとも午後2時20分までに、医師、看護師等がVの異変に気付けば、当時のA

病院の態勢では直ちに医師等による救命処置が開始可能であって、それによりVは救命されたものと認められたが、Vの異変に気付くのが、それより後になると、Vが救命されたかどうかは明らかでなく、午後2時50分を過ぎると、Vが救命される可能性はほとんどなかったものと認められた。

なお、本件において、Vに施された救命処置は適切であった。

- (3) VにE薬に対するアレルギーはなく、VにE薬を投与してもこれによって死亡することはなかった。

なお、BのVに対する治療方針やE薬の処方及び乙への指示は適切であった。

- (4) E薬用の引き出しには数本のD薬のアンプルが混入していたが、その原因は、A病院関係者の何者かが、D薬のアンプルを保管場所にしまう際、D薬用の引き出しにしまわず、間違っ、E薬用の引き出しに入れてしまったことにあると推測された。しかし、それ以上の具体的な事実関係は明らかにならなかった。

<MEMO>

刑事系第1問 講師室監修答案

第1 甲の罪責

1 甲が虚偽の体温を記入した2時15分の時点において救助を求めずに放置した不作為について、Vの死亡結果に対する殺人罪（刑法199条）あるいは保護責任者遺棄致死罪（218条、219条）が成立しないか。

(1) 実行行為

法益保護の観点から、不作為であっても、(7)法的作為義務および(イ)作為可能性を考慮して、作為との構成要件実現と同価値性が認められる場合には、実行行為性が認められると考える。

そして、不作為の場合における殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別につき、両者は保護法益の点で異なる（前者が「生命侵害」、後者が「生命・身体に対する危険」）ので、法的作為義務の内容・程度（作為との同価値性）及び故意によって区別される。

(7) 作為義務の有無及びその内容・程度は、①被害者との関係、②先行行為の存否、③法益に対する排他的支配の有無及び程度等を総合的に考慮して判断し、より高度の作為義務が認められる場合には、殺人罪が成立する。

①につき、甲は「Vの妻」として民法上の扶助義務（民法752条）を負っていた。②につき、後述のように、乙・丙の誤投薬という先行する過失行為が存在するものの、甲自身も、乙からVの世話について信頼を得ていたことを利用し、午後2時ごろの時点で積極的に嘘を告げてVの救助を遅らせ

るという先行行為を行っている。

③につき、看護師乙が30分ごとに乙の病室を巡回することになっていた点は排他性を否定する事情であるが、Vの病室は個室であった上、甲は午後2時ごろの嘘によって午後2時30分ごろまでの約30分間、完全に2人きりの状況を作出しており、Vの生死に対する排他的支配が認められる。

したがって、甲には遅くとも2時15分の時点において救助を求めるべき義務が発生しており、その不履行はVの生命に対する現実的危険性を有するので、より高度の作為義務である。よって、保護責任者遺棄致死罪ではなく、殺人罪の作為義務が発生したといえる。

(イ) 作為可能性

甲はナースコール等の方法によってVを救助することが可容易かつ可能な状況にあった。

以上より、甲の不作為には殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) 結果

VはD薬の投与による急性アレルギー反応で死亡した。

(3) 因果関係

本件では、午後2時20分までに医師、看護師等の救命措置がなされていれば、Vは救命されたといえるから、甲に作為義務の認められる2時15分の時点で甲がVの救助を求めていれば十中八九、Vの死亡結果は発生しなかったであろうといえる。よって、因果関係が認められる。

(4) 故意

甲は、乙が立ち去った2時ころの時点で、Vのアレルギー反応を放置すればVが死亡するという現実的危険を経験的に認識しながら、Vの生死を運命にゆだねることに決めており、死の結果の認容が認められるから、殺人罪の犯意が認められる。甲はこの犯意を継続させていたといえるので、2時15分の時点における死の結果の認識・認容、すなわち殺人罪の未必的故意が認められる。

(5) よって、甲にはVに対する殺人罪（199条）が成立する。

第2 乙の罪責

乙は、Vに対する業務上過失致傷罪あるいは業務上過失致死罪（211条1項前段）の罪責を負うか。

1 乙が薬名を確認せずに点滴を開始した行為（作為）について

(1) 業務性

点滴行為は、看護婦という社会生活上の地位に基づいて反復継続して行われ、薬の副作用やアレルギー反応によって人の生命を侵害する危険性があるので、「業務」に当たる。

(2)過失行為

ア 予見可能性

肯定される。乙は、Vのアレルギー体質を失念していたので、「D薬」による死亡という具体的な因果経過の予見可能性を有しないものの、「薬」一般の投与行為につき副作用やアレルギー反応による生命侵害の危険を熟知していた以上、因果の基本的

部分に対する予見可能性が認められる。

イ 結果回避義務違反

乙は、薬剤師丙の仕事ぶりを信頼して薬名の確認をしなかったものであり、結果回避義務が否定されないか。信頼の原則とも関連して問題となる。

A病院の薬剤師は、薬の適合性等をチェックした上で医師・看護師らに提供するという義務を負っていたが、看護師も自ら、薬剤師の処方についてもチェックする義務を負っており、乙自身もその重要性を熟知していた。よって、このような場合まで信頼の原則を適用すべきではなく、乙には結果回避義務違反が認められる。

(2) 結果

Vは、D薬に対する急性アレルギー反応という生理的機能障害（致傷）によって死亡した（致死）。

(5) 因果関係

乙が薬名の確認をした上で点滴をしていれば、VがD薬の投与によって死亡することもなかったので、条件関係は肯定される。もっとも、上記甲の故意行為の介在によって因果関係が否定されないか。

まず、薬名の不確認それ自体が誤投与による生命・身体危険をはらむので、少なくとも致傷との関係では因果関係が肯定される。

次に、致死との関係について検討する。妻という近親者の乙

95

100

105

110

115

が、積極積極的に嘘を告げてVを救助しなかったことは異常な事態であるが、本件では、午後2時ころの時点におけるVの容体不確認という乙自身の過失行為が介在している点も考慮すべきである。すなわち、乙が信頼を置いていた甲の嘘を信用した点については無理がないともいえるが、78歳と高齢のVが事件当日に高熱を出していたこと、医師Bが30分ごとにVの容体をよく確認すべき旨の指示をしていたことから、乙は、自らがVの容体を確認すべき義務を怠ったといえる。そして、乙がVに点滴を開始せず、容体確認を行っていれば、十中八九、Vは死亡しなかったであろうといえるから、乙との関係では因果関係が認められる。

(5) よって、乙には業務上過失致死罪が成立し、後述するように、丙との共同正犯（60条）となる。

第3 丙の罪責について

丙は、薬名を確認せずに乙に薬を渡した行為（作為）について、Vに対する業務上過失致傷罪あるいは業務上過失致死罪（211条1項前段）の罪責を負うか。

1 単独犯として

(1) 業務性

薬を渡す行為は、薬剤師の地位に基づいて反復・継続して行われ、薬名の確認を怠れば、患者の生命・身体に対する危険性を有するので、「業務」に該当する。

(2) 過失

ア 予見可能性

肯定される。丙はVのアレルギー体質を認識しておらず、VのD薬による死を具体的に予見することはできなかったものの、薬剤師として薬一般に対する患者のアレルギー反応による死を予見することは可能であったといえる。

イ 結果回避義務違反

丙は、E薬用の引き出しからE薬であると信じてアンプルを取り出しており、また、A病院では薬を渡された看護師が処方と薬を確認すべき組織的体制になっていたことから、丙の結果回避義務は否定されないか。信頼の原則とも関連して問題となる。

この点、丙は自ら薬の適否やアレルギー体質等の確認を行うべき義務を負っていたにもかかわらず、これを怠っており、仮に丙が当該義務を履行していれば、乙もVのD薬に対するアレルギー体質とE薬処方の適否を慎重に確認しえたといえるから、このような場合にまで信頼の原則を適用することはできない。

よって、丙には結果回避義務違反が認められる。

(3) 結果

Vは、D薬の投与による急性アレルギー反応（致傷）によって死亡した（致死）。

(4) 因果関係

条件関係は肯定されるが、甲の故意行為および乙の過失行為

120

125

130

135

140 が介在の介在により、因果関係が否定されないか。
ア 乙の過失行為の介在について s
A 病院では看護師自身が薬剤師の処方について確認すべきことが明確化されていたとはいえ、それが現実に行なわれないことは十分にありえ、異常な事態とまではいえないから、容体悪化（致傷）との関係で因果関係が肯定され、少なくとも V に対する業務上過失致傷罪が成立する。
145 イ 甲の故意行為の介在について
異常な事態であるといえる。そして、乙とは異なり丙自身の過失行為が介在していないので、丙との関係では因果関係が否定される。
150 よって、単独犯としては、業務上過失致死罪は成立しない。
2 共同正犯として
もっとも、乙との過失の共同正犯（60 条）として業務上過失致死罪が成立しないか。
155 (1) 一部実行全部責任の原則の根拠は相互利用補充関係にあるから、過失犯においても、共同義務の共同違反を肯定しうる場合には共同正犯を肯定しうる。
本問丙の薬を手渡す行為と乙の点滴行為は、同時的な行為ではない。しかし、薬名の確認は患者の生命・身体に対する危険防止する上で必要かつ重要な行為であるから、医師や看護師、薬剤師等は、処方から投与までの一連の流れにおいて誤投薬を防止すべきすべき「共同の義務」を有しているといえる。した
160

がって、乙丙の各行為は、各々の義務のみならず当該「共同の義務」に違反するものである。よって、乙と丙には共同義務の共同違反が認められる。
165 (3) 結果
V は D 薬に対するアレルギー反応により死亡した。
(4) 因果関係
乙と丙との間に共同正犯が成立する以上、乙の過失行為も考慮することができる。よって、丙との関係でも V の死亡結果との因果関係を肯定することができる。
170 (5) 以上より、丙には業務上過失致死罪の共同正犯（60 条）が成立する。

以上

刑事系第1問 合格者A再現答案

第1 甲の罪責

1 以下の通り、甲はVに対する殺人罪（刑法199条）が成立する。なお、これは最後に述べる通り、単独犯である。

2 実行為

5 (1) 以下の通り、甲がVを助けるために看護婦の助けを呼ばなかったことは、不作為による実行為にあたる。

10 (2) 不作為が実行為にあたるといえるためには、①作為義務が存在し、②危険を不作為によって支払っていたこと、が必要であると解する。①によって多数の助けることが出来た者と助けるべきだった者とを区別し、②によって結果の発生現実的危険性の有無を判断するためである。

(3) 作為義務

本件において、甲はVの妻であり、Vが生命の危機にある場合には助ける義務を負っているといえる（民法752条参照）。従って、作為義務はあるといえる。

(4) 危険の支配

15 甲は看護婦に対して、2度こたつてVに異常がないことを告げており、医療従事者の目が見えない状況でVをおいているといえる。従って、Vが治療によって助かるか否かは甲が助けを呼ぶか否かに依存していたのであり、Vの生命の危機を助けを世場合という不作為によって支払っていたといえる。

(5) 結論

20 以上より甲が助けを呼ばなかったことは、不作為による実行為にあたる。

3 因果関係・結果

(1) 因果関係ありといえるためには、①条件関係、②行為の危険性が結果で現実化したといえること、の2つが必要である。

(2) 条件関係

25 不作為における条件関係は、期待された作為をなしていれば、結果を防止できたか否かで判断する。

本件で、午後2時20分に甲が助けを呼ぶという期待された作為をなして、救命処置によりVは救命されたものと認められる。従って、条件関係はあるといえる。

30 なお、午後2時50分の段階では、救命不可能なもの、それより前の時点の作為により結果が防止できた場合には、前の時点の不作為によって結果が発生したと見ることが出来るので、結論に影響はない。

(3) 行為の危険性が結果で現実化したか

35 甲の行為は、そのまま治療を受けさせないまま死に至る可能性のある甲を、看護婦に対する應へより、自己の存で治療を受けさせるか否かを決定できる状態におき、そのまま治療を受けさせなかったというものである。

このような行為は、治療を受けないことによって、甲が死亡する危険を有するものであり、実際、甲は治療を受けないことで死亡しているのだから、行為の危険性が結果で現実化したものである。

(4) よって、Vが死亡したという結果、そして甲の行為と結果との因果関係はある。

4 殺意（故意）

40 (1) 殺意の有無は、①行為の危険性の認識、②行為以前の動機、③行為後の行動を考慮して判断すべきである。

(2) 行為の危険性の認識

45 甲は看護婦、Vがアレルギーで危険な状態になったときの経験から、救命措置を直ちに施さなければVが死亡することを認識していたといえる。従って、これを放置するという行動は、Vを死にせしめる危険性を有するものであり、甲はそのことを認識しつつ、

	放置をしていたものといえる。 従って、この点は殺意ありとの判断を支える。
50	(3) 犯行前の動機 甲は、介護を悲観して、Vの死亡により介護から解放されたいと願っており、Vの死亡を積極的願っているといえる。また、Vが「こんな生活はもう嫌だ」と述べたのを思い出し、Vにとっても死亡した方が幸せだと考え、やはりVの死亡を望んでいるといえる。 他方、甲はVへの愛着や、V死亡による年金受給額の減少を嫌だとも思っており、必ずしも全面的にVの死亡を望んでいるわけでもないといえる。
55	結局、これらの点からは、甲の殺意の有無判断できない。
	(4) 犯行後の行動 甲は、V死亡後、助けを呼ぶこともなく、立ち去っており、Vの死亡を食い止めるためで残した形跡はない。 従って、この点は殺意ありとの判断を支える。
60	(5) 結論 ②犯行前の動機からはなんともいえないものの、甲は、①危険な行為を認識しつつ行い、③死亡という結果を当然のものとして受け止める行動を取っていることからして、甲は、Vの死亡を積極的願っているとまではいえないものの、死んでも仕方ない、すなわちVの死を未必的に認識・認容していたものといえ、いさゆる未必の故意があったものといえる。
65	従って、甲は故意（殺意）があったといえる。
	5 結論 以上より甲は殺人罪（199条）が成立する。
	第2 丙の罪責

70	1 以下の通り、丙は業務上過失致傷罪（211条1項）が成立する。なお、これは後述するように丙の単独犯である。
	2 実行行為 丙は、E薬の代わりに、D薬を乙に手渡ししている。そして、この行為は、アレルギーをもつ患者たるVがこれを点滴されることで、アレルギー症状という健康状態の不変（傷害）を引き起こし、死亡させる危険を有する行為であるといえ、実行行為にあたる。
75	3 因果関係・結果 (1) 条件関係 丙がD薬をE薬と間違えたければ、そもそも乙はこれをVに点滴することはなかったのだから、明らかに条件関係はある。
80	(2) 行為の危険性が結果で現れたか 丙の行為は、乙が間違えた薬を点滴してしまうというミスを経発させる危険性を有する行為であり、実際、乙はそのまま薬を注射しており、それにより、Vに傷害・死亡が生じているから、乙が薬の確実性を怠ったことは因果関係を否定しない。
85	しかし、甲の放置行為の介在によって、死亡との因果関係は否定される。すなわち、丙の行為の危険性は、医療従事者等の不注意によって、間違えた薬の点滴を経発し、そしてそれが気づかずにVが死亡することに留まるのであって、間違えた薬を点滴によるアレルギー症状を甲が故意をもってあえて放置するという事態までを引き起こすものではないといえる。
	患者の身がめ故意で患者を放置して死亡させるという事態は、極めて異常な事態であり、むしろVの死亡は、甲の行為によって引き起こされたものといえる。
90	従って、丙の行為の危険性がVの死亡で現れたとはいえない。
	(3) まとめ

95

4 業務

丙は薬剤師であり、これに業務にあたるとは明らかである。

5 過失

(1) 過失とは、注意義務があるにも関わらず、それに違反することを指す。

100

(2) 本件において、丙は医療従事者であり、患者の生命への危機を防ぐため、薬が正しく渡されているかどうかをチェックする義務があったといえる。そして、実際にも、ラベルをチェックしていたとすれば、薬が間違っていることに気が付いたのに、それを怠ったのだから、注意義務の違反があったといえる。

(3) 従って、過失ありといえる。

6 結論

105

以上より、丙は業務上過失致傷罪（211条1項）が成立する。

第3 乙の罪責

1 以下の通り、乙は業務上過失致傷罪（211条1項）が成立する。なお、これは後述の通り、乙の単独犯である。

2 実行行為

110

乙は、①間違った薬（D薬）を確認せずに点滴するという行為と、その後、②Vを甲に任せて、確認を怠ったという行為を行っている。そして、①はアレルギーをもったVIにとっては死亡を引き起こす危険性を有する行為であり、実行行為にあたるといえる。②についても、病状悪化したVIにとって、治療を受けられずに放置させ、そのまま死亡に至る危険性を有する行為であり、実行行為にあたるといえる。

115

3 因果関係・結果

(1) 条件関係

点滴をしなれば、または乙が甲にまかせっきりにしなれば、Vの死亡を防げたのだから、条件関係あることは明らかである。

(2) 行為の危険性が結果で現れたか

120

VIが間違ったD薬を点滴することはアレルギー症状より、死亡に至らしめる危険性を有する行為である。また、甲にまかせっきりにして、見回りをしないことは、Vの容態の変わり気こかず、そのまま死亡させる危険性を有する行為である。

問題は、甲の故意による放置をどのように評価するかである。

125

甲の故意によって治療を受けさせない状況でVを追い込んでいるが、これは乙がきちんと見回らなかったことで起因する行為であるといえる。すなわち、甲は乙に対して、2度こわつてVIに異状なしと嘘をついているが、そのたびごとに乙は甲を信じて、甲に任せており、このような乙の態度が甲をして「看護師はチェックしないから、このままVを放置できる」を思わせたのであり、甲の行為は乙の行為によって誘発されたものとみることが出来る。

130

従って、行為の危険性がVの死亡という結果で現れたと見ることが出来る。

(3) 結論

よって、乙の行為はVの死亡との間に因果関係がある。

4 過失

135

乙は、正しい薬かどうかを確認する義務と、巡回をする義務を負っていた。そして両者を果たすことは可能であったにも関わらず、それをしなかったのであり注意義務違反ありといえる。

なお、乙が甲を誤認して、Vを任せたことをどう評価するかであるが、VIは医療について知識をもたない素人であり、そのようなVIに任せたとしても、患者の生命は守られるとはいえないから、乙が巡回をする義務を免れるものではない。

従って、過失ありといえる。

140 5 結論

以上より、乙は業務上過失致死罪（211条1項）が成立する。

なお、間違った薬を点検する行為と、巡回を怠る行為は、いちおうは別個の行為であるが、両者は、時間的・場所的に接合しており、かつ、Vの生命に対する危険をもたらす行為として、刑法的には1つの行為と見るべきである。

145 第4 罪数

1 甲の殺人罪、乙の業務上過失致死罪、丙の業務上過失致傷罪は、いずれも単独犯である。

2 甲について

まず、甲については、乙や丙となんら意を通じたわけでもないし、共犯関係がないから、単独犯である。

150 3 乙と丙について

乙と丙について、過失の共犯犯となるかが問題となる。

過失の共犯犯は自体認められてもよいと考えるが、過失の共犯犯が認められるのは、お互いに注意義務を果たさせる義務を負っているのに、相互それ怠って結果を引き起こしたと見られる場合である。

155 本件で、丙は乙が薬を確認しているかどうかをチェックすべき義務を負っておらず、共犯して注意を怠ったとはいえない。また、乙と丙、それぞれの行為は時間的に接合しておらず、同時に行われているわけではない。

従って、乙と丙は共犯犯とならず、単独犯となる。

以上

165

170

175

180

刑事系第1問 合格者B再現答案

第1 甲の責任

1 甲が成立しうる罪責

(1) 甲は直接Vに対する加害行為をしていないから、Vの死亡について作爲犯としての責任を負わない。

しかし、甲はVの妻であり、後述するようにVの生命を保護すべき保証人的地位があったといえるにもかかわらず、Vの容態変化を医療関係者に伝えず、これによりVは治療を受けず死亡している。このように、不作為によりVの死亡に關与したことについて、甲は保

保責任者重体致死罪（刑法218条）ないし不作為による殺人罪（199条）が成立しうる。

(2) 上記2罪についての法的問題

ア 不作為殺人罪の成立要件

まず、「人を殺した」という作爲犯として規定された殺人罪について不真正不作為犯を認めることが罪刑法定主義の観点から認められるか問題となるが、199条は人を死亡させることを禁じる規定であり、その中不作為によることを排除するものではないから、不真正不作為犯を認めることは問題ない。

もっとも、無限に不真正不作為犯を肯定することは政策原理を過度に拡張させてしまうため、作爲犯と同視できるような要件を満たした上でのみ肯定されなければならない。具体的には、①自ら引き受け、あるいは第三者から引き受けるべき危険について排他的な支配を持ったことから生じる作爲義務、②作爲によって結果回避できること（結果回避可能性）、③作爲の容易性の3つが要件として認められると解する。

イ 殺人罪と保責任者重体致死罪の区別基準

不作為殺人罪と保責任者重体致死罪はともに不作為で人を死なせた場合に成立するから、その区別基準が問題となる。

この点、両罪の保責任の趣意は区別し難いから、殺人の故意があるかどうかによって

両罪を区別するべきであると考ええる。

2 不作為行為の検討

(1) 1時35分頃から2時までの間の行動

ア 甲は、1時35分頃に病室で寝て、1時50分頃にVの容態変化を認識したが、これを乙らに伝えず、2時頃巡回してきた乙を部屋に入れないようにした。この点について、甲にいかなる罪が成立しうるか。

イ 殺意の有無

甲は、過去にVが同様の症状で陥った経験から、Vの容態変化が薬によるアレルギー反応によるもので、放置すると死亡するおそれがあることを認識していた。それにもかかわらず、介護への疲れや、Vの幸せのことを考え、Vが死亡することを容認した上で容態について病院側で知らせなかったのであるから、殺人について未必の故意が認められるとも思われる。

しかし、他方で甲はVへの愛情や年金減少へのおそれから、Vが死亡することに対する否定的感情も有していたことが認められる。また、この時点ではVの容態変化を知らせるかどうかわかり難いこととなり、Vに治療を受けさせないことを決意するに至っていないこと、この時点であればVはまた助かるだろうと考えていること（事実6も参照）などからして、利益衡量の見地からも、この時点で未必殺意を認められないものと解すべきである。

ウ 保責任者重体致死罪の構成要件該当性

甲は、入院中継続的にVの介護をしており、またVの妻として法律上も扶養義務を負っているから（民法877条1項）、Vを保護する責任のある者といえる。

そして、甲は、病者であるVに治療を受けさせないことで、生存が必要な保養をしなかったものであり、これによりVは死亡するに至ったから、保責任者重体致死罪の構成

	要件を全て充足する。
	エ 以上より、甲は保護責任者遺棄致死罪が成立する。
50	② 2時以降の間の行動
	ア その後甲はVの容態悪化を認識しつつ、なおこれを乙らに伝えず、2時30分に巡回に行かれるはずの乙に虚偽記入した検温表を提示するなどして巡回をさせず（なお後述の通り、この点で犯罪は成立しない）、さらにVを置いてそのまま帰宅した。この点についていかなる罪責が成立しうるか。
55	イ 殺意の有無
	2時に乙が立ち去ってから、甲はVの容態悪化を認識した上で、今ならまだ助かると思いつつも、Vに治療を受けさせないことを決意し、Vの生死を運命に任せようと思意している。Vの死に危険の多いものであるとの認識も踏まえれば、これはVの救命を放棄したものであり、Vが死亡してもよいという未必の殺意を認めるに十分である。
60	よって、甲は遅くとも、上記決意の上で検温表に虚偽記載をした2時15分以前の段階で、殺人の故意を有していたといえる。
	ウ 不作為殺人罪の成立要件
65	(ア) まず①作為義務について見るに、甲は上記の通り保護責任者としての地位に基づきVの生命保護を引き受けた者であり、またVの容態悪化を知っていたのは個室にいた甲だけであったから、Vの死亡への因果関係を排他的に支配していたといえるから、保護の引受けに基づく排他的支配による作為義務肯定される。
	(イ) 続いて②の結果回避可能性について、これは作為の因果関係と対応するものであるから、利益原則の見地より十中八九結果が回避できるといえるはずはならない。本件では、このような結果回避可能性が認められるのは2時20分までであり、それ
70	以降はVの救命が確実とは言えず、この要件を満たさない。しかし、上述の通り、遅くとも2時15分まではVに殺意を有しており、その段階でVの容態悪化を乙らに伝えて速やかに救命することはできたから、それにより確実な結果回避できたといえる。よって、結果回避可能性もあったといえる。
75	(ウ) そして、Vの容態悪化について乙らに関係者に伝え、救命措置をさせることは極めて容易であったから、③作為容易性も優り認められる。
	エ 以上より、甲は不作為の殺人罪が成立する。
	3 また、甲は検温表に虚偽の記載をし、これを乙に提示しているが、この虚偽記載は私文書についての無形偽造にすぎないから、私文書偽造罪等（159条）は成立しない。
	4 結論
80	(1) 以上より、甲はVについての保護責任者遺棄致死罪（218条）と殺人罪（199条）が成立し、両罪が同じ主犯に対して重疊した意思決定に基づきされているから、包括一罪として前者が後者に吸収される。
85	(2) また、後述のように乙と丙もVの死亡について過失が成立するから、これら罪との共同関係の問題となりうるが、甲と乙丙の間では共謀がなく、また甲は乙丙の過失結果をいかに一方的に利用したにすぎず、乙丙の過失を促進したものでないから、共犯としての罪責を負わない。
	第2 乙の責任
	1 乙に成立しうる犯罪
90	(1) 乙は、Vに於いて殺意を有していたものでないが、E薬がVのアレルギーを引き起こすD薬と取り違えられていることに気づかずにそのまま漫然とこれを点検してVにアレルギーを引き起こし、また30分毎の巡回をせずにVの異常を察知しなかったため、Vは治療が遅れて死亡している。このような点について、Vには業務上過失致死罪（211条1項）が

- 成立しうる。
- 95 (2) 過失とは結果の認識・予見可能性をいうものであるから、その成立には、主観的要件である結果の認識・予見可能性と、それを前提とした客観的要件としての結果回避義務違反が必要であると解する。以下、乙の各行為についてこれらの有無を検討する。
- 2 D薬を投与した行為
- 100 (1) 乙が取り違えに気づかずにいまD薬を乙に投与したことは、乙の業務としての行為であるが、この点で過失が認められるか。
- (2) 予見可能性
- ア 結果の認識・予見可能性は、因果関係の基本的部分について要求されると解する。本件では、乙はVがD薬にアレルギー体質を持っていたことを失念していたとはいえず、確信がもたれていたし、一般的に薬がアレルギーや副作用により患者を死に至らしめる危険も有することは予想しうるといえるから、Vが誤った薬の投与で死亡するという基本的因果関係については予見しえたといえる。
- 105 イ もっとも、本件では乙は薬剤師の丙を信用していたから、丙が誤った薬を交付したものであることを前掲で動機した乙について、薬の誤投与という事態を予見することはできず、またそのような危険を想定する義務がなかったとも考える。
- しかし、丙は薬剤師として薬の専門的知識を有しているとはいえ、単純な薬の取り違えについては専門性と関係なく生じうるから、丙への信用が合理的であったとしても、上記予見可能性が否定されるものではない。
- 110 (3) 結果回避義務違反
- そして乙は、ラベルを見れば処方と異なるD薬が渡されていることが分かったはずであるのに、薬と処方せんの写真とを対照して確認するというA病院の規定を守らず、D薬を漫然とVに投与したのであるから、薬の取り違えによる危険を防ぐ義務を違反したとい
- 115

- える。
- (4) 以上より、乙は薬の投与行為について業務上過失致傷が成立する。
- 3 巡回をしなかった点
- 120 (1) 乙が甲の言葉より命令されていず巡回を怠ったことが、過失となるか。
- (2) この点、巡回を怠ることでVの危険を察知できずVを死なせるということの予見可能性が問題となる。
- 本件では、乙はVの突然や昏倒などを理由として医師Bから30分毎の巡回を命じられているから、これに違反すればVの容態変化を見逃してVの救命がかわつたということには予見しえたと思われる。
- 125 しかし、本件で乙が巡回をしなかったのはVの妻である甲が入室しなくてよいと言われ、また甲が虚偽に示された検温表を示して巡回不要と申し出たからである。甲は入院中継続的にVの介護をしており、乙は甲に対して何かあれば知らせるよう伝えており、甲もそのようにして乙に口直ししてきている。このような甲の介護状況からして、乙としては、甲がVの容態変化を隠し、虚偽の検温表を示してまで救命措置を怠ることは想像しがたいし、またそのように甲を信じることは合理的といえる。
- 130 (3) よって、乙が甲の言葉に従って巡回をしなかったことでVの容態変化を見逃すということについては予見可能性がなく、あるいは甲がVの観察を委ねたことで結果回避義務が充足されたといえるから、巡回をしなかったことにつき過失は否定される。
- 4 結論
- 135 以上より、乙は本薬について業務上過失致死罪（211条1項）が成立する。
- これと、後述する丙の過失犯との共同関係について、過失の共同正犯が成立問題となる。この点、過失犯の規定も60条により修正されて共同正犯が認められるといえるし、過失行為を共同犯とすることも十分考えられるから、過失の共同正犯が成立しうると考える。そ

140

して、本件でも、丙による薬の取り違えと、それをそのまま投与した乙の行為が相まってVが死亡しているから、過失の共同正犯が成立しているといえる。

よって、業務上過失致死罪は丙との共同正犯の関係で立つ。

第3 丙の罪責

1 過失の成否

145

(1) 丙についても、薬を取り違えたまま乙に渡した点について、業務上過失致死罪の成否が問題となる。なお、丙が業務上薬を渡していることに争いもない。

(2) 予見可能性

150

丙は薬剤師であり、その副作用やアレルギー作用のあることについて当然知っているはずであるから、誤った薬を交付して投与されることで患者Vを死亡させることがあることは当然予見可能であった。丙がBの処方を用いてアレルギー体質などについて確認しなかったことはこれを左右するものではないし、本件では一般にD薬がアレルギーを持つ者に対して代用されるE薬が処方されていたのであるから、専門家たる薬剤師としてはアレルギーのあることを当然で予見すべきであったといえる。

155

また、薬の取り違えが起る可能性についても、薬の補付は必ずしも薬で通じていないA病院関係者が行うものであって作業ミスの可能性は十分考えられるし、特にD薬とE薬が同じ解熱消炎剤でありアンプルの外観もほぼ同じであるから、誤って混入される可能性は高く、両薬の特徴などを知っていた丙はその取り違えについても十分予見しえたと考えられる。

160

(3) 結果回避義務違反

しかるに、丙はBにVのアレルギー体質などをチェックする義務を怠り、取り違えてアレルギーが起る可能性について特に意識することなく、アンプルの薬名を確認することなくD薬を乙に交付している。このように、然るべきチェックやラベルの確認を

怠った点に、結果回避義務違反が認められる。

2 結論

165

以上より、丙は業務上過失致死罪が成立し、前述の通りこれは乙との共同正犯となる（60条211条1項）。

以上

170

175

180

刑事系第1問 合格者C再現答案

甲の罪責について

5 甲は、目の前でVが苦しんでいるにもかかわらずそれを放置しているが、当初甲は様々な心の葛藤を抱えているものの、2時15分の段階でVの精子を運命にゆだねることを決めており、過去にVが数年前に薬によるアレルギー反応でチアノーゼを呈し医師の救命措置により一命を取り留めたことがあり、甲はその経過を直接見ており、のちに医師から「薬に対するアレルギーでショック状態になっていたので、もう少し救命措置が遅れていれば助からなかったかもしれない」ことを聞かされていたことと合わせ鑑みると、少なくとも放置を決意した段階で死の結果について認識、認容があり少なくとも殺人罪(刑法199条)の未必の故意が認められる。

10 そこでかかる不作為に殺人罪が成立しないか、不作為に実行行為性が認められるかが問題となる。

15 実行行為とは、構成要件の結果発生の危険のある行為をさすから不作為にもかかる危険性が認められる場合には実行行為性が認められる。

20 もっとも不作為という性質上、刑法の自由保障機能にかんがみその範囲は限定すべきであり具体的には、作為義務の存在、作為が容易かつ可能であること、当該不作為が作為と構成要件的同価値性が認められる必要がある。

これを本問についてみると、甲はVの妻であり、また甲が見舞いに来ている間は看護師による巡回も控えめにされていると

25 いう状況を確認していることと合わせ鑑みると少なくとも条理上、救護するための行動をとる作為義務がある。Vが様態を悪化したのは、救命措置が可能な態勢の整っている病院内だから看護師に知らせるなど救護は容易かつ可能である。さらに、乙が巡回のため病室内に入ろうとしたのに対して虚言を用いてそれを排しており、加えて検温表に症状が少し改善している虚偽の記載をし、そっとしておくよう虚言を用い3時まで巡回を事実上困難にしてVの生命を自己の支配下に置いているから、Vを放置するのは極めて悪質で構成要件的同価値性を有している。

30 以上から甲の上述の不作に殺人罪の実行行為性が認められる。

35 またおそくとも2時20分までに医師が異変に気づき救命措置が行われれば、救命が可能であったのであるから、必要な作為が行われていれば結果発生防止が十中八、九可能であると言えるから因果関係も認められる。

40 よって甲には殺人罪が成立しその罪責を負う。

乙の罪責について

乙にはVの死について何らの故意もないから業務上過失致死罪(211条1項)が成立しないかが問題となる。

45 まず過失についてであるが、高速度交通の発達した現代において一定の行為規範を守っている場合には刑罰から開放すべきであるから、結果予見義務違反を前提とした結果回避義務違反

に過失の本質がある。

50 これを本問についてみると、A病院では薬の誤投与を防ぐため処方箋との整合性についてチェックすることを看護師に義務付けており、乙もそれについて熟知しているが、結局それを怠っているから過失が認められる。なおそのような確認は極めて基本的な義務であるから、丙が今までミスがないからといってそれを信頼するのは相当とは言えず、信頼の原則の適用はない。

55 さらに、乙は巡回によるVの体調をチェックしてV死亡の結果を回避すべき義務があるにもかかわらずそれを怠っているからこの点についても過失がある。確かに妻である甲から前述のように虚言を申し向けられており、チェックできなかったこともいたしかたない側面があることも否定できないが、医師であるBからVの容態観察を念入りに行うよう指示されており、医学的知識の十分でない甲の虚言をそのまま受け入れることは妥当でないからやはり過失は否定できない。

60 このように過失が競合する場合には直近の過失である、Vの容態を確認しなかったという過失を刑法上の過失として問擬する。

65 なぜなら前述の過失の本質から、結果回避すべきであるのにそれを怠ったという点が問題となるからである。

また乙は看護師であるから「業務」という要件も満たす。

さらに乙の過失とV死亡との間に因果関係も認められる。

以上から乙には業務上過失致死罪が成立し、その罪責を負う。

70 丙の罪責について

丙にも乙と同様、V死亡について業務上過失致死罪が成立しないかが問題となる。

75 A病院では薬剤師が処方箋との整合性についてチェックを行うことが義務付けられていたにもかかわらず丙はそれを怠りD薬をE薬として乙に手渡しており、過失がある。

もっともその後乙が処方箋との整合性について確認を怠るという過失が介在しているがこのような場合にも丙の過失と死の結果との間に因果関係は認められるか。

80 因果関係は構成要件であるところ、構成要件は社会通念に基づく違法有責行為を類型化したものだから、その該当性も社会通念に従って行うべきである。

85 よって因果関係は条件関係の存在を前提として、当該行為から結果が生じるのが社会通念上相当と言えるかによって判断する。この相当性の判断基底については、構成要件が一般人に対する行為規範であるから一般人が認識しうる事情を基礎とすべきである。また行為とは主観と客観の統合体であるから、その主観面である行為者が認識していた事情も加味すべきである。

90 これを本問についてみると、乙の確認義務はどの病院でも行われているような基本的なものであり、それを怠るのは一般人は認識できず、丙もそれを認識しているとは言えないからかかる事情は排除して判断する。もっとも、D薬に対するアレルギー体質の患者に対して、D薬にかえてE薬が処方される例は多

95

く、丙もその旨の知識を有し実際E薬の処方箋を受け取っていた以上、VがD薬に対するアレルギー症状を有していたことは認識していたというべきだからこれは判断基底に含まれる。

100

以上から丙の過失がなければ、Vは死亡せず条件関係があり、D薬にアレルギーをもつ者に対して、D薬を注射するよう手渡す過失によってアレルギー症状を生じさせ死亡の結果を引き起こすのは社会通念上相当であるから因果関係が認められる。

丙は薬剤師であるから「業務」という要件も満たす。

よって丙には業務上過失致死罪が成立しその罪責を負う。

以上

105

110

115

120

125

130

135

140

145

150

155

160

165

170

175

180

刑事系第1問 不合格者D再現答案

第一 甲の罪責

1 甲は午後1時50分頃にVのアレルギー反応に気づいたが、その後看護師を呼ぶなどの行動をとらなかった。そのためVは急性アレルギー反応による呼吸困難を伴うショックにより死亡している。甲に殺人罪（刑法199条）が成立しないか。

2 まず、甲は午後1時50分頃にVのアレルギー反応に気づいた時点で、未必の殺意があったと認められる。なぜなら、まず甲は、数年前にVがアレルギー反応により赤い発疹が出て呼吸困難に陥った後にチアノーゼに至る経過を直接見ており、医師からもう少し救命措置が遅れていれば助からなかった旨聞いていたので、Vのアレルギー反応がいずれは死に至る危険なものであることを認識していた。しかもVは快方に向かってはいたものの肺炎で入院しており、数年前よりアレルギー反応による死亡の危険性が高かったといえ、甲はこのことも認識していたといえる。そして放置すると手遅れになるおそれがあると思っており、Vの死亡の危険性を認識していたといえ、甲に殺意が認められる。

3 では、アレルギー反応に苦しむVを放置したという不作為も実行行為といえるか。

この点、①作為義務のある者が、②作為が可能かつ容易であるにも関わらずかかる作為をとらなかったために結果が発生し、③不作為が作為と同価値といえる場合には、構成要件該当性の現実的危険があるといえるので、不作為も実行行為にあた

ると考える。

本件では、①甲はVの妻であり扶養義務があったので作為義務があった。そして、②甲は看護師を呼ぶこともできたし、また容易であった。さらに、③甲は普段から病室を訪れVの世話をしており、看護師乙も甲がいる間は巡回を控えめにしていた。かかる状況の下、甲は嘘を言って乙を病室から遠ざけ、さらには虚偽の検温結果を記載し乙がこないようにした。これはVを自己の排他的領域においたといえ、かかる不作為は作為と同価値といえる。よって、甲の不作為は実行行為といえる。

4 そして、かかる不作為の結果Vがアレルギー反応による呼吸困難を伴うショックにより死亡することは社会通念上相当といえ、因果関係も認められる。

5 以上より、甲に殺人罪が成立する。

第二 丙の罪責

1 丙はアンプル名を確認することなくD薬を乙に渡している。その結果D薬を投与されたVはアレルギー反応により死亡している。業務上過失致死罪（211条1項前段）が成立しないか。

2 「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復・継続する行為のうち人の生命・身体の安全に影響するものをいうが、丙は薬剤師として反復・継続して薬剤を取り扱っており、人の生命・身体の安全に影響するものといえるので、薬の取扱いは「業務」といえる。

3 では、丙に過失があるか。

過失は客観的注意義務違反であり、予見可能性を前提とした結果回避義務違反である。

本件では、丙は薬剤師であり、薬の誤投与により患者の病状や体質によってはその生命を危険にさらしかねないことを認識しており、Vについても、E薬と間違えてD薬を投与することによりアレルギー反応でVの生命が危険にさらされることは予見できたといえる。しかるに丙はアンプルの薬名を確認することなくD薬を乙に渡している。これは、アンプル名を確認して処方通りのE薬を渡すべきところを漫然とD薬を渡すことによってアレルギー反応でVを死に至らしめており、結果回避義務に反したといえる。よって、丙に過失がある。

4 次に、丙の過失とVの死亡の間に因果関係があるか。

この点、①行為自体の危険性が大きく、②介在事情の異常性が低く、③結果に対する行為の寄与度が大きい場合に、因果関係が認められると考える。

本件では、①アンプル名を確認しなかったという丙の過失は、Vのアレルギー反応を惹起し死に至らしめる可能性の高い危険な行為であり、行為自体の危険性が大きい。もっとも、②妻たる甲がVのアレルギー反応を知りながら医師・看護師らに隠したということは通常想定できるものではなく、著しく不自然・不相当である。よって、介在事情の異常性が低いとはいえない。そして、③かかる異常な介在事情により結果が発生した場合は行為の結果に対する寄与度が大きいとはいえない。従って、丙

の過失とVの死亡の間に因果関係はない。

5 以上より、丙に業務上過失致死罪は成立しない。

もっとも、丙の過失によりD薬を投与されることによってVは赤い発疹ができており、これはVの生理的機能を害した傷害といえる。そしてかかる傷害の結果は甲の介在事情に関わらずD薬の投与それ自体から生じるものなので、丙の過失との因果関係は否定されない。よって、丙に業務上過失致傷罪が成立する。

第三 乙の罪責

1 乙は丙から渡された薬を処方されたものか確認せずVに投与している。そしてVは急性アレルギー反応による呼吸困難を伴うショックにより死亡している。乙に業務上過失致死罪が成立しないか。

2 乙は看護師という社会生活上の地位に基づき反復・継続して患者に薬を投与しており、薬の投与は患者の生命に影響するので「業務」にあたる。

3 そして、看護師として薬が処方されたものと違って患者がアレルギー反応を起こすことは予見できたといえる。しかるに乙は薬の確認をせずにVに投与しており、結果回避義務に反しており「過失」もある。なお、いくら丙がこれまで間違いを犯したことがなかったとしても、やはり直接患者に投与する看護師が薬を確認すべきであるので、そのことによって「過失」は否定されない。

4 では、因果関係は認められるか。

95 本件では、①直接患者に薬を投与する立場にある乙が薬を確認しなかった過失は、Vのアレルギー反応を惹起し死に至らしめる可能性の高い危険な行為であり、行為自体の危険性が大きい。もっとも、②妻たる甲がVのアレルギー反応を知らながら医師・看護師らに隠したということは通常想定できるものではなく、著しく不自然・不相当である。よって、介在事情の異常性が低いとはいえない。そして、③かかる異常な介在事情により結果が発生した場合は行為の結果に対する寄与度が大きいとはいえない。従って、乙の過失とVの死亡の間に因果関係はない。

100
105 5 従って、乙に業務上過失致死罪は成立しない。もっとも、乙の過失によりD薬を投与されることによってVは赤い発疹ができており、これはVの生理的機能を害した傷害といえる。そしてかかる傷害の結果は甲の介在事情に関わらずD薬の投与それ自体から生じるものなので、乙の過失との因果関係は否定されない。よって、乙に業務上過失致傷罪が成立する。

110

115

120

125

130

135

140

145

150

155

160

165

170

175

180

平成 22 年度新司法試験論文式試験問題
刑事系 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 暴力団 A 組は、けん銃を組織的に密売することによって多額の利益を得ていたが、同組では、発覚を恐れ一般人には販売せず、暴力団に属する者に対してのみ、電話連絡等を通じて取引の交渉をし、取引成立後、宅配等によりけん銃を引き渡すという慎重な方法が採られていた。司法警察員 P らは、A 組による組織的な密売ルートを解明すべく内偵捜査を続けていたが、A 組幹部の甲がけん銃密売の責任者であるとの情報や、甲からの指示を受けた組員らが、取引成立後、組事務所とは別の場所に保管するけん銃を顧客に発送するなどの方法によりけん銃を譲渡しているとの情報を把握したものの、顧客が暴力団関係者のみであることから、甲らを検挙する証拠を入手できずにいた。

平成 21 年 6 月 1 日、P らは、甲らによるけん銃密売に関する証拠を入手するため、A 組の組事務所であるアパート前路上で張り込んでいたところ、甲が同アパート前公道上にあったごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。そこで、P らは、同ごみ袋を警察署に持ち帰り、その内容物を確認したところ、「5/20 1丁→N.H 150」などと日付、アルファベットのイニシャル及び数字が記載された複数のメモ片を発見したため、この裁断されていたメモ片を復元した〔捜査①〕。

さらに、同月 2 日、P らは、甲が入居しているマンション前路上で張り込んでいたところ、甲が同マンション専用のごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。なお、同ごみ集積所は、同マンション敷地内にあるが、居住部分の建物棟とは少し離れた場所の倉庫内にあり、その出入口は施錠されておらず、誰でも出入りすることが可能な場所にあった。そこで、P らは、同集積所に立ち入り、同所において、同ごみ袋内を確認したところ、「5/22 1丁→T.K 150」などと記載された同様のメモ片を発見したため、このメモ片を持ち帰り復元した〔捜査②〕。

P らが復元した各メモ片の内容を確認したところ、甲らが、同年 5 月中に、10 名に対して、代金総額 2250 万円で合計 15 丁のけん銃を密売したのではないかとの嫌疑が濃厚となった。

- 2 その後、P らは、更なる内偵捜査により、A 組とは対立する暴力団 B 組に属する乙が、以前に甲からけん銃を入手しようとしたものの、その代金額について折り合いがつかずにけん銃を入手できなかったため、B 組内で処分を受け、甲及び A 組に対して強い敵意を抱いているとの情報を入手した。

そこで、P は、同年 6 月 5 日、乙と接触し、同人に対し、もう一度甲と連絡を取って

けん銃を譲り受け、甲を検挙することを手伝ってほしい旨依頼したところ、乙の協力が得られることとなった。この際、Pは、乙に対し、電話で甲に連絡をした際や直接会って話をした際には、甲との会話内容をICレコーダーに録音したいこと、さらに会話終了後には、引き続き、乙にその会話内容を説明してもらい、それも併せて録音したい旨を依頼し、乙の了解を得た。

同月7日午前11時ころ、乙は、乙方近くのE公園において、自らの携帯電話から甲の携帯電話に電話をかけ、甲に対し、「前には金額で折り合わなかったが、やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」などと言い、甲から、「分かった。値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」などとの話を引き出した。乙の近くにいたPは、この会話を乙の携帯電話に接続したICレコーダーに録音し、さらに、同会話終了後にされた「自分は、平成21年6月7日午前11時ころ、E公園において、甲と電話で話したが、甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後1時ころ、F喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」という乙による説明も録音した〔録音①〕。

翌8日午後1時ころ、待ち合わせ場所のF喫茶店において、甲と乙は、けん銃の譲渡について話合いをした。その際、甲と乙は、代金総額300万円でけん銃2丁を譲渡すること、けん銃は後日乙の指定したマンションへ宅配便で配送すること、けん銃の受取後、代金を直接甲に支払うことなどを合意するに至った。隣のテーブルにいたPは、このけん銃譲渡に関する会話をICレコーダーに録音し、さらに、甲が同店を立ち去った後にされた「自分は、平成21年6月8日午後1時ころ、F喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で、りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め、その時渡すことになった。」という乙による説明も録音した〔録音②〕。

- 3 翌9日以降、Pらは、乙がけん銃を受け取ったことを確認し次第、甲をけん銃の譲渡罪で逮捕し、関係箇所を捜索しようと考え、度々乙と電話で連絡を取り、甲からけん銃2丁が配送されてきたか否か確認を続けた。しかし、同月14日午後9時ころ、Pらは、乙が電話に出なくなったことから不審に思い、乙の生命又は身体に危険な事態が発生した可能性があることからその安全を確認するため、乙方マンション管理人立会いの下、乙方に立ち入ると、乙が居間において、頭部右こめかみ付近から出血した状態で死亡しているのを発見した。乙の死体付近にはけん銃2丁が落ちており、その近くには開封された宅配便の箱があり、その中を確認するとりんごが数個入っていた。また、机上には乙の物とみられる携帯電話1台があった。Pらは、甲によるけん銃譲渡の被疑事実について、裁判官から

搜索差押許可状の発付を得た上で、発見したけん銃2丁及び携帯電話1台を押収した。さらに、Pらは、押収した乙の携帯電話の発信歴や着信歴を確認したが、すべて消去されていたため、直ちに科学捜査研究所で、消去されたデータの復元・分析を図った〔捜査③〕。その結果、頻繁に発着信歴のある電話番号「090-7274-△△△△」が確認され、さらにこの契約者を捜査すると丙女であることが明らかとなった。なお、Pらは、乙方では遺書等を発見できず、押収したけん銃2丁には乙の右手指紋が付着していたものの、乙が死亡した原因を自殺か他殺か特定できなかった上、捜査の必要から、乙死亡についてマスコミ発表をしなかった。また、宅配便の箱に貼付されていた発送伝票の発送者欄には、住所、人名及び電話番号が記載されていたが、捜査の結果、それらはすべて架空のものであることが明らかとなった。

- 4 翌15日午後7時ころ、Pらが乙の携帯電話を持参して丙女方を訪ねると、丙女は、当初は乙を知らないと供述したものの、Pらが乙の携帯電話の電源を入れ、丙女の携帯電話番号の発着信歴が頻繁にあったことを告げると、ようやく、乙と約2年前から交際していたことを認め、乙から、今回警察の捜査に協力していることやそのためにA組の甲からけん銃を譲り受けることを打ち明けられていたなどと供述した。そのような事情聴取を継続中に、突然、乙の携帯電話の着信音が鳴った。Pらは、着信の表示番号が以前に乙から教わっていた甲の携帯電話番号であったので、甲からの電話であると分かり、とっさに、丙女から、電話に出ること及び会話の録音についての同意を得た上で、丙女に電話に出てもらうとともに、乙の携帯電話の録音機能を使用して録音を開始した。すると、甲と思われる男の声で、「もしもし、甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」との話があり、丙女が、乙が死亡してしまったこと、自分は乙の婚約者であることを告げると、甲と思われる男は、「婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」などと強く言ってきた。Pがメモ紙に代金は警察が用意するので待ち合わせ場所を決めるようにと記載して示すと、丙女は、その記載に従って、「分かりました。代金は、乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」などと言い、同月17日に甲とF喫茶店で待ち合わせるようになった。Pは、電話終了後、乙の携帯電話の録音機能を停止して再生し、丙女と甲と思われる男の会話内容が録音されていることを確認した〔録音③〕。
- 5 同月17日午後3時ころ、丙女がF喫茶店に赴いたところ、甲が現れたので、Pらは、甲をけん銃2丁の譲渡罪で緊急逮捕した。

甲は勾留後、否認を続けたが、検察官は、本件けん銃2丁、甲乙間及び甲丙女間の本件けん銃譲渡に関する〔録音①〕、〔録音②〕及び〔録音③〕を反訳した捜査報告書【資料】、丙女の供述等を証拠に、同年7月8日、甲をけん銃2丁の譲渡罪で起訴した。

被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、乙に対してけん銃2丁を譲り渡したことはない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官は、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」を立証趣旨として、前記捜査報告書を証拠調べ請求したところ、弁護人は、不同意とした。

〔設問1〕下線部の〔捜査①〕から〔捜査③〕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〕【事例】中の捜査報告書の証拠能力について、前提となる捜査の適法性を含めて論じなさい。

【資料】

捜 査 報 告 書

平成21年6月18日

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 警視

P 殿

〇〇県〇〇警察署

司法警察員 巡査部長

K ㊟

被疑者

甲

(本籍、住居、職業、生年月日省略)

上記の者、平成21年6月17日、銃砲刀剣類所持等取締法違反被疑事件の被疑者として緊急逮捕したものであるが、被疑者は、乙及び丙女との間で電話等による会話をしており、その状況を録音したICレコーダー及び携帯電話を本職が再生して反訳したところ、下記のとおり判明したので報告する。

記

1 平成21年6月7日午前11時ころ～午前11時5分ころ、電話による通話等

(1)乙 「もしもし、乙ですが、この間は申し訳なかったね。」「やはり、物必要なんだ。前には金額で折り合わなかったが、やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」

甲 「今更何言ってるの。物って何のことよ。」

乙 「とぼけないでくださいよ。×××のことですよ。」

甲 「前は、高過ぎるとか、ほんとに良い物なのかとか、うるさかったじゃない。うちのは×××とは違うんだよ。」

乙 「悪かったね。やはりどうしても欲しいんだ。助けてほしい。」

甲 「分かった。うちの回転×××の×××は物が良いので、値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」

乙 「よく分かったよ。明日1時に前回と同じF喫茶店でどうだい。」

甲 「分かった。明日会おう。」

ここで、甲乙間の会話が終了し（なお×××部分は聞き取れず）、引き続き、乙の声で、

(2)乙 「自分は、平成21年6月7日午前11時ころ、E公園において、甲と電話で話したが、甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後1時ころ、F喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」

との話が録音されていた。

2 同月8日午後1時ころ、F喫茶店における会話等

(1)乙 「お久しぶり。この前は悪かったね。」

甲 「だから、この間の条件で買ってあげばよかったんだよ。うちの条件は前回と同じ、1丁150万円、2丁なら×××××、物がいいんだからびた一文負けられないよ。」

乙 「分かったよ。それでいいよ。物どうやって受け取るんだい。」

甲 「うちのやり方は、直接渡したりはしないんだ。そこでパクられたら、所持で逃げようないからね。あんたのマンションへ宅配便で送るよ。りんごの箱に入れて、一緒に送るから。受け取ったら、×××渡してくれよ。場所はまた連絡する。」

乙 「それでいこう。頼むね。」

ここで、甲乙間の会話が終了し（なお×××部分は聞き取れず）、引き続き、乙の声で、

(2)乙 「自分は、平成21年6月8日午後1時ころ、F喫茶店で甲と直接話合いをした。

甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で、りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め、その時渡すことになった。」との話が録音されていた。

3 同月15日午後7時15分ころ～午後7時20分ころ、電話による通話

甲 「もしもし、甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」

丙女 「私は、乙の婚約者の丙女です。乙は死んでしまいました。」

甲 「ええ。死んだ。本当かよ。どうして死んだんだ。××か。」

丙女 「分かりません。でも、遺書はありませんし、近くにけん銃が落ちていました。」

甲 「それはお気の毒だ。でも物は届いたんだろう。それなら、あんたが代わりに30

0万円払ってくれ。」

丙女 「そんなお金は持っていません。」

甲 「婚約者なんだろう。婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」

丙女 「分かりました。代金は、乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」

甲 「本当に用意できるのか。それじゃあ。明後日の17日午後3時、F喫茶店に金を持ってきてくれ。××には言うなよ。」

丙女 「分かりました。必ず行きます。」

ここで甲丙女間の会話を終了した（なお××部分は聞き取れず）

刑事系第2問 講師室監修答案

第1 設問1

1 捜査①の適法性について

- (1) ごみ袋を持ち帰った点につき、無令状でなされた差押（強制処分）として、違法か。強制処分と任意処分の区別が問題となる。

強制処分とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現行為する行為など、特別の根拠規定がなければ許容されることが相当でない手段を意味する。

ごみ袋は、不要物として排出され、その占有権を放棄したものと認められるから、強制処分ではなく任意捜査の性質を有し、221条による「遺留物」の「領置」にあたる。

- (2) もっとも、任意捜査であっても、適正手続の要請（憲法31条）から、(7)必要性・緊急性なども考慮した上、(i)具体的状況のもとで相当といえることが必要である。

本件は、(7)暴力団によるけん銃の組織的密売事件であり、社会的に重大で取締の必要性の高い事件であること、取引が暴力団関係者のみを対象として密行的な手段で行われていたために証拠を入手できずにいたことなどから、捜査の必要性が認められる。ごみ袋は翌朝には回収されてしまうので、緊急性も認められる。(i)不特定多数人が通行する公道上に置かれたごみ袋は、室内にあるごみ袋と異なり、プライバシーを保護すべき程度は低い。よって、221条による領置として適法である。

- (3) また、メモ片の復元行為は、領置の目的達成に必要な行為であり、新たなプライバシー侵害を伴うこともないので、222条1項、111条2項による押収物についての「必要な処分」として適法である。

2 捜査②の適法性について

- (1) 捜査②では、①と異なり、Pらがメモ片を入手するために無令状でごみ集積所に立ち入ってごみ袋を持ち帰った点につき、適法性が問題となる。

捜査①で示した基準により判断する。ごみ集積所はマンションの敷地内にある以上、マンション管理者の管理権が及んでいるから、その倉庫内に立ち入ることは、マンション管理者の意思を制圧し、その管理権という重要な権利を制約する。出入口が施錠されておらず、誰でも出入り可能であったとしても、マンション居住者以外の部外者が立ち入ることは想定されていないと考えられる。よって、当該立ち入りおよびごみ袋の持ち帰りは、無令状でなされた搜索差押えに該当し、違法である。

- (2) そして、メモ片の復元も、倉庫への立ち入り行為と密接に関連するから、違法である。

3 捜査③の適法性について

無令状でなされたデータの復元・分析行為につき、押収物についての「必要な処分」（刑訴法222条1項、同法111条2項）として適法といえるか。

「必要な処分」とは、押収の目的を達成するのに必要かつ相

当な処分をいうと解する。

- 50 電話連絡等を通じての取引を行っていたA組からけん銃を譲り受けた乙の携帯電話の着信履歴や発信履歴を復元し、事件の手がかりを得る必要性は大きい。また、消去されたデータは携帯電話と一体をなすものなので、新たなプライバシー侵害はなく、乙がすでに死亡していることからしても、乙のプライバシー保護の要請はそれほど高くない。科学捜査研究所という専門機関による復元である点からも、相当性を肯定しうる。よって、捜査③は、適法である。

55 第2 設問2について

本問捜査報告書（以下、「捜報」という。）の証拠能力は認められるか。

1 法律的関連性（伝聞証拠性）

- 60 本問捜査報告書（以下、「本問捜報」という。）は、公判廷外のKおよび甲、乙、丙らの供述を内容とする書面なので、伝聞証拠（320条）として証拠能力が否定されないかが問題となる。

- (1) 320条の趣旨は、反対尋問権の保障による供述の真実性の担保にあるから、伝聞証拠とは、要証事実との関係でその内容の真実性の証明が問題となる公判廷外供述を意味する。
- 65 (2) まず、本問捜報はKが甲、乙、丙女らの会話の入った録音テープを反訳したものであり、まさに検察官の主張する立証趣旨である「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間および甲丙女間の会話の存在と内容」との関係で、Kの記載内容の真実性が

- 70 問題となるから、伝聞証拠にあたる。

もっとも、録音の再生・反訳は、五官の作用によって物の状態を認識する検証に類する性質を有するから、本問捜報は実況見分調書としての性質を有する。よって、321条3項により、Kが公判期日において証人として作成の真正を供述した場合には、証拠能力が認められうる。

- 75 (3) なお、録音は、記録・再生過程が機械的になされ、その正確性が担保されているので、320条の趣旨が当てはまらず、同条の「書面」あるいは「供述」にあたらない（非伝聞。）。

- (4) さらに、甲、乙および丙女らの供述部分も、公判廷外供述であるので、伝聞証拠性が問題となる。

80 ア 要証事実

本問捜報の1(1)(2)部分はけん銃譲渡に関する謀議の事実を、2(1)(2)はけん銃譲渡の合意の事実を、3は乙が甲との合意に基づいてけん銃をりんごと一緒に送付した事実を要証事実とするもので、各要証事実の立証によって乙のけん銃譲渡の公訴事実を証明するものと考えられる。

85 イ 伝聞証拠性

1(1)、2(1)、および3における甲、乙、丙の供述は、供述内容の真実性は題とならず、「供述が存在する事実」それ自体によって上記各要証事実の存在を推認させるものであるから、非伝聞である。

90 これに対し、1(2)の「甲は自分にけん銃を売ることについて

95

の話合いに応じてくれた。」旨の乙供述は、けん銃譲渡に関する謀議の事実の存否に関するものであり、2(2)の「甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった」旨の乙供述は、けん銃譲渡の合意の事実の存否に関するものであって、その供述内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠にあたる。

ウ 伝聞例外

100

そこで、本問捜報の1(2)、2(2)部分につき、321条1項3号による伝聞例外の要件を満たす必要があるが、乙は甲に恨みを持っていたこと、捜査官から依頼されて供述していることから、甲を陥れるために虚偽の供述をするおそれがあるといえ、絶対的特信状況が認められない。

105

(5) 以上より、1(1)、2(1)、3部分については、321条3項の要件を満たす限りにおいて証拠能力を認めうる。

2 証拠禁止にあたらないこと

(1) 録音行為について

110

捜報の1(1)、2(1)、3に対応する①～③の「録音」は、いずれも甲の承諾なしに行われた秘密録音であり、その適法性が問題となる。

この点、会話内容の秘密性等のプライバシー権の処分は会話の相手方にゆだねられており、当事者の一方の同意がある場合にはプライバシー権の要保護性は高くないので、強制処分ではなく任意捜査にあたると考える。本問における①、②、③の録音は、いずれも甲の会話の相手方たる乙、丙女の同意を得てい

るので、任意捜査である。

(2) おとり捜査について

120

さらに、Pらが乙を利用して甲にけん銃譲渡の取引を働きかけるおとり捜査の手法を用いた上で録音がなされている点も問題となる。

領置したメモ等の記載から、甲が抽象的にけん銃譲渡の犯意を有しており、Pらは犯罪の機会を提供したにすぎないから、本問おとり捜査は任意捜査である。

(3) そこで、①、②、③の各録音につき、その前提となるおとり捜査の態様も加味した上で、(7) 必要性・緊急性、(i)相当性の基準によって適法性を判断し、(v)証拠能力の有無を判断する。

ア 録音①について

125

(7) 事案の重大性や証拠未収集の状況から、会話を録音して証拠化する必要性・緊急性が認められる。

(i) ①の録音は、携帯電話にICレコーダーを直接接続している点でプライバシー侵害の程度が高く、二度も譲渡をしぶるような発言をした甲に対して執拗に働きかけて会話を引き出している点においても、相当性に欠ける。よって、任意捜査として違法である。

130

(v) もっとも、違法収集証拠として排除されるのは、捜査の必要性和適正手続の調和の観点から、(a)令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、かつ、(b)これを証拠として許容することが将来の違法捜査抑止の見地から相当でないと認

140

められる場合であると解する。

本問では、(a)甲がもともと抽象的な犯意を有していたとはいえ、甲は、上記乙の執拗な働きかけによって、乙への譲渡についての具体的な犯意を生じさせており、その違法は重大である。(b)Pらは乙を積極的に利用しており、これを証拠として許容すれば、将来、同様の違法捜査が繰り返される危険性が高く、相当でない。

145

よって、①を反訳した捜報1(1)部分の証拠能力は否定される。

イ 録音②について

(ア) 必要性・緊急性については①と同様である。

150

(イ) 「喫茶店」での会話は秘密性が放棄されており、プライバシー侵害の程度が低く、相当性も肯定される。

(ウ) もっとも、②は、①と密接な関連を有するので、その違法性を承継する。ただ、甲乙間の譲渡の合意自体は甲自身の自由な意思決定に基づいてなされていることから、(a)重大な違法とまではいえない。よって、②を反訳した捜報2(1)部分について証拠能力を認めうる。

155

ウ 録音③について

(ア) 乙が死亡し、発送伝票からも手掛かりがつかめない状況で、甲からの電話に出て録音する以外には有力な証拠収集手段がなかったといえ、高度の必要性と緊急性が認められる。

160

(イ) Pらが、乙所有であった電話に第三者である丙女を応答させ、待ち合わせ等についての指示を出すなど詐術的な手段が

165

用いられている点が問題となる。しかし、着信表示番号から甲からの電話であることを確認して応答させたこと、高度の必要性・緊急性に照らして、相当性が認められる。

(ウ) よって、③を反訳した捜報3の部分について証拠能力を認めうる。

以上

170

175

180

刑事系第2問 合格者A再現答案

第1 設問1

1 捜査①について

(1) 以下の通り、この捜査は適法である。

(2) 強制捜査

ア 仮に捜査①が強制捜査にあたるとすれば、無令状で強制捜査をなしたものと、令状主義違反（刑訴法218条等）となる。

しかし、以下の通り、捜査①は強制捜査にあたらない。

イ 強制捜査にあたるには、①私人の明示・黙示の意思に反して、②重要な権利を制約するものであることが必要である。

ウ 本件において、ゴミ袋を持ち帰り、それを開封するといった行為は、甲らの望まぬところであり、①甲らの黙示の意思に反するのは明らかである。

エ しかし、本件でゴミ袋は公道に捨てられたものであり、何人であっても、それを開封することが出来ることからすれば、プライバシーとして秘匿されるべき利益は相当程度減少していると考えられる。

従って、②重要な権利が制約されている、とまではいえない。

オ よって、強制捜査には当たらない。

(3) 任意捜査の限界

ア 任意捜査（19条1項本文）については、私人の権利を侵害しないため、①必要性を考慮した上で、②具体的状況にお

いて相当な態様に留めなければならない。

イ 必要性

本件においては、①拳銃の売買は重大な犯罪であり、②甲らは暴力団であり、甲らが拳銃売買を行っているという情報もかなり集まっており、嫌疑は相当に濃厚であるといえる。また、③密行性が高く計画的な犯行であり、証拠も入手できていなかったことからすれば、ゴミから証拠物を発見しようとして、ゴミを持ち帰り、開封するなどといった行為の必要性は高い、といえる。

ウ 相当性

そして、①公道上におかれ、プライバシーの利益が相当に減少していること、②その場で開封しては甲らに気づかれるおそれがあること、からすれば持ち帰ることは相当である、といえる。

また、開封によって、拳銃販売を記したと思われるメモが発見された以上、それを復元することも相当な行為といえる。

エ 以上より任意捜査の限界は超えない。

(4) 以上より、捜査①は適法である。

2 捜査②について

(1) 以下の通り、捜査②は適法である。なお、捜査①と重複する点は省略する。

(2) 強制捜査

50

捜査①と同様の判断により、強制捜査には当たらない。

捜査①と違うのは、集積所が公道ではなく、マンションの敷地内の倉庫にあることであるが、①施錠されておらず、誰でも入ることが出来、実質的には公道に等しく、プライバシーの程度は相当に減少しているといえること、②居住部分ではなく、住居に対するプライバシーを考慮する必要がないこと、からすれば、重要な権利の制約がなされているとはいえない。

よって、強制捜査には当たらない。

55

(3) 任意捜査の限界

ア 必要性

60

捜査①で述べたところに加えて、①捜査①によって得られたメモより嫌疑はさらに濃厚になっていること、②捜査①と同様ゴミの中にメモが入っている可能性は高く、ゴミから証拠物を探すという捜査手法の有効性が確認されていることからすれば、捜査①よりも必要性は高いといえる。

イ 相当性

65

捜査①に述べたところに加えて、①まず中身を確認して、それから持ち帰るという順序を踏んでおり、持ち帰る必要があるか否かを慎重に判断しており、捜査①よりも権利侵害の可能性が低いこと、②集積所に立ち入ってはいるものの、強制捜査で述べたところと同様プライバシーの侵害の程度は強いものではなく、③強制手段を使用していない。

捜査①よりも必要性の高い本件においては、相当性は優に

70

満たされる。

ウ 以上より、任意捜査としても適法である。

3 捜査③について

(1) 以下の通り適法である。

(2) 強制捜査

75

ア 以下の通り、強制捜査には当たらない。

イ 乙は既に死亡しており、その意思というものは観念できない。

ウ また、乙は既に死亡しており、その利益も観念できない。

80

仮に死者の利益といったものを観念するとしても、本件では、既に死亡した乙の携帯のデータを復元・分析したに留まるのであって、積極的な財産権侵害はない。

また、適法に搜索差押許可状によって携帯電話の占有を取得している以上、そのデータを復元することは、性質上、検証にあたるものとして当然に可能なものである。なぜなら、搜索差押許可状によって検証までの利益は処分することが許されていると解されるからである。

85

エ 以上より強制捜査には当たらない。

(3) 任意捜査の限界

ア 必要性

90

乙の死亡によって、拳銃売買の捜査は極めて困難となっており、このような状況のもとでは、携帯電話の分析は、乙が誰と連絡を取っていたかを知り、拳銃売買の相手方を特定す

るための捜査を続行するためのほぼ唯一の手段といえることから、必要性は高いといえる。

イ 相当性

相当性についても、①財産権を侵害するわけでもなく、単に携帯電話のデータを分析するだけであり、それほど強度の侵害があるとはいえないこと、②乙は既に死亡しており、プライバシーの利益は相当に減少していること、③消去されたデータを復元することは、データを失わせるものではなく、やはり相当性を逸脱しているとは見れないこと、からすれば、相当性は認められると解する。

ウ 以上より任意捜査としても適法である。

第2 設問2

1 以下、捜査報告書中の項立てに従って、1(1)、2(2)、などと記述する。

2 1(1)について

(1) 捜査の適法性

ア 強制捜査

録音①はいわゆる秘密録音にあたるものとして違法ではないかが問題となるも、会話の一方当事者たる乙自身が録音に協力しているのであり、乙自身が会話の内容を他人にしゃべることは自由であり、会話内容の秘匿の利益（プライバシー）が相当に失われていることからすれば、重要な権利利益の侵害はないといえ、強制捜査には当たらない。

イ 任意捜査の限界

また、既に述べた通り、拳銃売買の嫌疑の濃厚性など高度の必要性を考慮し、そしてプライバシー利益の減少もあわせ考えれば、相当性も認められ、任意捜査の限界も超えない。

ウ おとり捜査

またいわゆるおとり捜査にあたり、違法となるかどうかが問題となるも、本件で、甲は積極的売買を交渉するなど、機会さえあれば拳銃売買を行う意思を有していたものであり、違法なおとり捜査にはあたらない。

(2) 証拠能力

伝聞証拠にあたるかどうか問題となる。

伝聞法則は、供述内容の知覚・記憶・叙述の過程に混入した誤りを、反対尋問でチェックする必要がある場合に適用があると解する。すなわち、供述の真実性が要証事実となる場合には伝聞法則が適用されるものの、供述の存在自体が要証事実となる場合には、非伝聞だと解する。

1(1)は、いわゆる現場録音であり、その供述内容の真実性が問題となっているのではなく、その供述があったこと事態が問題となっているものであるから、非伝聞である。

もっとも、テープの内容を書き起こしているのだから、その点については、伝聞性が認められ、321条3項の要件、すなわちKによる真正作成の供述がなされなければならない。

140

3 1(2)について

(1) 捜査の適法性

1(1)と同様である。

(2) 証拠能力

145

1(2)については、1(1)で録音が出来なかった会話部分を、乙が再現したものとして、実質的にみれば要証事実、「拳銃を売」との会話があったことである。

従って、乙の発言内容の真実性が問題となり、321条1項3号の要件を満たす必要がある。また、テープを書き起こしている、321条3項の要件を満たす必要もある。

150

321条1項3号については、乙は死亡しており、供述は不能である。また、拳銃を売との合意が成立したことは、犯罪事実の証明に不可欠である。

よってKの真正作成の供述がなされれば、証拠能力は認められる。

155

4 2(1)について

(1) 捜査の適法性

1(1)(2)と同様である。

(2) 証拠能力

1(1)と同様である。

160

5 2(2)について

(1) 捜査の適法性

1(1)(2)、2(1)と同様である。

165

(2) 証拠能力

要証事実、拳銃売買の対価であると解される。とすれば、乙の発言内容の真実性が問題になるといえ、321条1項3号、321条3項の要件を満たす必要がある。これ以降は、1(2)と同様である。

6 3について

(1) 捜査の適法性

170

これについては、警察官らが丙女に対して「分かりました。代金は支払います」などといわれたことがおとり捜査にあたる余地はあるもの、甲は自ら代金を支払えなどと自主的に発言しており、違法なおとり捜査には当たらない。

(2) 証拠能力

175

1(1)、2(1)と同様である。

以上

180

刑事系第2問 合格者B再現答案

【設問1】

1 捜査①②について

(1) 捜査①②については (i)甲が捨てたゴミ袋を捜査官が無断で入手した点、(ii)ゴミ袋の中であった裁断されていたメモ片を無断で復元した点の2つが問題となりうるので、以下検討する。

5 ② (i)ゴミ袋の入手について

ア 甲が捨てたゴミ袋を捜査官が入手した行為は、令状なくして物の所有権を取得する領置（刑法221条）に当たると見える。しかし、同条が領置の対象物を遺留物や任意で提出された物としており、ゴミ袋はこれに当たらないように見えるから、本件捜査は無令状で他人の物を差し押さえたものとして、違法とも思われる。

10 この点、領置が無令状での物の取得を認めるのは、その所有権放棄された客體としての取得であり、侵害利益がないからであるから、それと同じ実質を有するゴミの取得についても、領置の規定が類推適用され、適法に取得することはできると解すべきである。

15 イ もっとも、任意の領置といえども、プライバシー等何らかの利益を制約する可能性はあるから、基本的人権の保障の観点から（1条）、比例原則に基づき捜査の必要性・緊急性と被害利益を比較衡量して社会通念上相当な範囲にとどまる限りで許容されるものとする。

(3) 領置に関する捜査①の評價

ア 領置規定の類推適用があるか

20 捜査①では、甲が公道上で捨てたゴミ袋が持ち帰られている。公道が往來可能な場所であり、かかる場所にゴミとして物を置いた場合、もはや取りに帰ることは考えられず、他人の手が致しても仕方ないという意思が見て取れるから、所有権放棄されているといえる。よって、221条の類推適用により領置できる。

イ 相当性の評価

(ア) 必要性・緊急性

25 ゴミ袋領置が本件嫌罪は、はん銃の組織的販売という、規模が大きく、凶器の供給で他の犯罪を誘発する点で簡易の必要性が極めて高い犯罪であり、内情情報などから甲の関与が強くうかがわれている。一方、本件ではA組の捜査が進行しており、顧客が暴力団関係者のみであることから、証拠に乏しく、甲のゴミ袋を証拠として調べる必要性が強く認められる。

また、ゴミ袋はしばらくすると収集されて処分されるため、直ちに入手して調べる緊急性が認められる。

(イ) 被害利益

30 他方、捜査①のゴミ袋は、甲よりゴミ袋の所有権が放棄されており、公道で捨てられたことからプライバシーへの期待はほとんど認められず、その被害は軽微といえる。

(ウ) 以上より、捜査①の領置行為は必要性・緊急性が被害利益に大きく勝るから、社会通念上相当といえ、領置は適法となる。

(4) 領置に関する捜査②の評價

35 ア 領置規定の類推適用があるか

捜査②では、甲が居住するマンションのゴミ集積所に捨てたゴミ袋の内容物が持ち帰られている。甲がゴミとして捨てた点では①捜査と共通しており、集積所は誰でも立ち入れることから、甲による所有権の放棄が認められる。

40 他方、捜査②では公道と異なり、マンション管理人が管理しているゴミ集積所から持ち出されているから、管理人との関係（所有権侵害）がありうるのではあるが問題となる。しかし、ゴミ集積所は管理されているとはいえ施錠はなく誰でも立ち入り可能であったのであり、集積所はゴミとしてそのまま処分が予定され、対象物が資源ゴミであったなどの事情もないから、管理人との関係でも所有権侵害の実質はない。よって、領置規定の類推が認められる。

イ 相当性

45 捜査②でも、捜査①と同様、A組の犯罪に関連して高い捜査の必要性が認められる。また、捜査②では捜査①により甲のはん銃売買関与が発覚するメモ片が見つかり、嫌罪はさらに高まっているとい

- える。
- 他方、甲はごみの所有権を放棄しており、誰でも出入りできる集荷所にごみを捨てているから、プライバシー侵害が認められず、施設されていない場所への一時の立入りにつきは、マンション管理人の関係でも侵害は乏しい。
- よって、相当性は認められ、領置は適法となる。
- (4) (ii) メモ片復元行為について
- ア メモ片の復元は、証拠物を証拠として利用可能とするための「必要及び」として許容される(222条・111条)。ただし、これもプライバシーなどの権利を侵害する可能性があるから、比例原則に基づく相当性が要求されるものと考ええる。
- イ そこで相当性について検討するには、捜査の必要性・緊急性について見たところと同様、極めて高いものがある。さらに本件では、[520 1丁-NH 150]など、けん銃1丁をイニシャルNHに150万円、5月20日に売却したという、けん銃売買の記録をうかがわせる記載のされたメモ片が大量であったから、これらメモ片と組織的犯罪との関連性が強く疑われる。また、あえて裁断されていることから、証拠隠滅の意図も見え、証拠物として復元すべき必要性・緊急性は極めて大きい。
- これに比して、メモ片はごみとして捨てられており、焼却などできたのを裁断することとまっているものであるから、これを復元されることもやむを得ないと考えていたと見てよく、甲のプライバシー侵害はさほど大きくない。よって、相当性は認められる。
- (5) 以上より、捜査①②が持ち帰りの点でも復元行為の点でも適法である。
- 65 2 捜査③について
- (1) 捜査③では、押収された携帯電話のデータを復元・分析した行為は是非問題となる。これは、差押物としての「必要及び」であるから(222条・111条、捜査①②の復元行為と同様、相当性について検討する必要がある。
- (2) 相当性の評価

- 70 ア 必要性・緊急性
- 捜査③の押収は、前記の通り緊急必要性が大きいA組の組織的犯罪について、捜査①②を経ても未だに甲の真面目な示す証拠がない中でようやく得た協力者乙の、甲のおとり捜査のやりとりの記録を入手するために必要である。そして、消去されたデータには、同機にまつての甲の関与を示す、乙が連絡した相手の記録である発信履歴が含まれているから、これを復元することはけん銃売買捜査との関係で高い必要性が認められる。
- さらに、本件では乙が首魁としており、乙が暴力団関係者であることから、他殺の可能性が十分考えられる。他殺の場合、それ自体が殺人罪(刑法199条)という重罪であり、またA組の証拠隠滅行為の可能性もあり、協力者であった乙がわざわざ携帯のデータを消すことも考えられぬから、これら犯罪の証拠隠滅としてデータが消去されたおそれもある。よって、殺人等の犯罪捜査のためにも、捜査③の復元行為が必要であったといえる。
- イ 被侵害利益
- 他方、発信データの復元は、乙と通話した相手方の情報を明らかにするものであるから、これら相手方のプライバシーを侵害するおそれがある。もっとも、このデータは通話内容そのものを復元するものではないし、連絡したという事実が乙の携帯に残ること相手方も知っていたといえるから、これを復元等により見られぬという利益は大きくない。
- ウ 以上より、復元行為が社会通念上相当な範囲にとどまるといえる。
- (3) よって、捜査③は適法である。
- [疑問2]
- 1 前捜査の適法性について
- 90 (1) 本件捜査報告書は、協力者乙が甲でけん銃売買を働かす、その際甲と会話を録音した結果などを元で作成されている。これら捜査が適法な場合、捜査報告書の証拠能力に影響しうるから、この適法性について以下検討する。

- ② 秘密録音の適法性
- ア 秘密録音の法的性質
- 95 本件では、会話一方当事者の乙ないし丙女の同意を得た上で、会話相手方の甲が無断でその会話録音している。これは、220条1項2号の規定により、無令状で録音したものとして厳禁捜査とも思えるが、憲法31条以下が国家の捜査権を当然前提としており、刑罰法197条1項B書も軽微な部分について全て法定を要するという無理を定めたものと解せられ、①相手方の意思で反して②重要な権利利益を制約しない処分であれば、任意処分として許容されるものと解する。
- 100 秘密録音は、相手方が秘密で会話を録音しているから、その黙示の意思で反して相手方のプライバシーを制約しているといえる。しかし、会話の内容自体は相手方もこちら話者に開示することを認めており、捜査官はその話者の了解を得て録音しているのであるから、ここではプライバシーが体系的に制約されているとはいえず、また重要な権利利益の制約に至っていないと解すべきである。よって、秘密録音は任意処分である。
- 105 もっとも、任意処分であっても何らかの権利利益を制約するおそれはあるから、前記で見たとおり、比例原則の統制に照し、社会通念上の相当性が認められると考える。
- イ 相当性の評価
- (ア) 必要性・緊急性
- 110 本件秘密録音は、前記の通り極めて捜査の必要性が高く、また捜査が困難な状況で犯罪を犯して、協力者乙や丙女の同意を得て、容疑者甲との会話を証拠として記録するために行われているから、強い必要性が認められる。また、会話内容録音しないまま黙示の証拠とならないから、これを録音すべき緊急性も認められる。
- (イ) 被害権利益
- 115 これに対して、秘密録音は相手方甲が無断でされているから、そのプライバシーを侵害すること否めぬ。しかし、前記の通り、甲は会話の内容自体は話者に委ねているし、会話において甲が特定の

- 発言を録音することもなかった。また、6月8日の録音では、誰が開示するか分からない喫煙店で会話をされており、甲の会話の秘密への期待はそれほど高くなかったと認められる。
- ウ 以上より、本件秘密録音は社会通念上相当な範囲にとどまる任意処分として適法である。
- ③ おとり捜査の評価
- 120 ア 本件では、乙の協力を得て、甲が金錠を売るよう働きかけさせ、もって甲が金錠販売をさせている。これも、いわゆるおとり捜査であり、相手の意思決定の自由を完全に制約するものではないから、重要な権利利益の制約ではなく任意処分でもあるものの、国家が犯罪を作り出すという側面から、その相当性について慎重な検討を要する。
- イ そこで相当性について見ると、前記の通り本件では捜査すべき金錠販売について他の操作方法では十分に証拠が集まらなかったという事情があり、そのため乙を介して甲が行為を働かされたものである。これに当たり、乙は甲が犯罪を犯す必要がなく、甲が自発的に金錠販売に就いたものであるし、金錠の販売は犯罪者乙であるからこれによって新たな犯罪が誘われる危険性はない。
- よって、本件おとり捜査は犯罪創出の実質を欠き、相当なものとして適法であるといえる。
- (4) 以上より、前記捜査が適法な点はない。
- 130 2 本件捜査報告書の証拠能力ー総論
- (1) 本件捜査報告書は書面であり、320条1項の伝聞規則の適用を受ける。そして、本件捜査報告書は司法警察職員Kが録音を反映したという検証結果を記載した書面であるから、321条3項の書面として、Kの真正である旨の供述により伝聞例外として証拠能力が認められる。
- 135 もっとも、本件捜査報告書は、甲らの会話内容を記録したものであるから、その会話内容の真実性は前提とする場合には、各供述者との関係で伝聞例外の要件を満たす必要があると解される。伝聞規則の趣旨は、伝聞証拠では供述者の知覚・記憶・表現過程の各過程で誤りが含まれる危険があるため、これを反対尋問等でチェックする機会を保障することにあるから、書面が供述をその内容とする場合、その供述者との関係でかかる機会が代えるための例外要件が認められなければならないからである。

140

② よって、以下では、要証事実との関係で、伝聞法則にも拘わらず証拠能力が認められるかどうかを検討する。

なお、本件では録音自体の存在・内容を立証趣旨とするが、立証趣旨については裁判所の裁量的に評価して決すべきである。証拠の評価は裁判所に委ねられているし、立証趣旨の明示は審理の便宜のためされるべきであらうからである。

3 本件捜査報告書の証拠能力一各論

145

(1) 反証1（6月7日）の内容

ア 甲の会話との関係

反証1での甲の会話は、聞き取れなかった部分が多く、それ自体としてけん銃買渡を立証する意義を有するものではない。よって、この点について証拠能力を問題とする必要はない。

イ 乙の会話との関係

150

一方、乙の会話については甲との会話内容「甲がけん銃を売ることについての話し合いも決まっていた」というのは、それが真実であれば甲からの銃買渡の申出であったことを証明することになるから、捜査官に対する第三者の供述として321条1項3号の要件を満たさなければ証拠能力が認められない。

そこで同様の要件を検討すると、本件では乙は死亡しており、供述不能要件を満たす。また、その内容が甲からの銃買渡を証明するものであり、捜査の困難さからその他有効な証拠もないため、犯罪事実の存在の証明で欠くことができないものといえる。そして、特言性については会話状況や内容から認定される客観的事実の推察より判断すべきところ、問題となる反証内容が甲との会話の後、協力者である乙が会話内容を任意で選択して記録したものであるから正確といえ、喫緊の捜査で伝えられたという客観的事実にも拘わらず、特言性があるといえる。

155

もっとも、本件反証は供述者乙の署名押印（321条1項1号）が欠けるが、これは供述内容と記録内容の同一性を担保するためのものであるところ、本件では反証は録音内容をそのまま再現したものであり、録音の分析等により同一性も検証できることから、署名押印は不要と考える。

160

以上より、乙の会話部分は321条1項3号の要件を満たし、証拠能力が認められる。

(2) 反証2の内容

ア 甲の供述との関係

165

反証2の甲の供述内容は「1丁150万円」などとけん銃らしきものの売却を申し出る部分についてはその存在自体がけん銃買渡の申出をうかがわせる証拠価値を有する。また、「りんごの箱に入れて（乙の）マンションで宅配便で送る」旨の内容は、乙がりんごとともにけん銃2丁が宅配便で送付されていた客観的事実と符合から、甲が乙にけん銃を送付したことを推察させるものである。これらはいずれも、会話内容の真実性との関係なく甲の行為を証明するものであるから、非伝聞であり、伝聞法則によらず証拠価値を肯定できる。また、甲の発言であるかどうかという点についても、乙による「甲と話した」旨の供述部分や、録音内容の分析などによって甲が発言したと分かるから、関連性も肯定できる。

170

イ 乙の供述との関係

反証2の乙の供述部分は、甲がけん銃の取引について取り決めた旨の内容であり、反証1部分と同様に321条1項3号の要件を満たすから、証拠能力が肯定される。

175

(3) 反証3の内容

ア 甲の供述との関係

反証3の甲の供述内容は、「物かりんごと一緒に届いたところから300万円を支払え」というものであり、前述した客観的事実と合わせると、けん銃の対価として300万円を要求した事実という、けん銃買渡の証明につながるものといえる。これも、内容の真実性との関係なく、要求したこと自体が証明で役立つものであるから、非伝聞として証拠能力が認められる。関連性についても、通話記録などから甲が相手と分かるので、問題はない。

180

イ 丙女の供述との関係

反証3の丙女の供述は、甲の行為を示す意味を持っていないから、検討するまでもない。

4 以上より、本件捜査報告書の補強捜査を考え合わせても証拠能力を肯定できる。

以上

刑事系第2問 合格者C再現答案

設問 1 について

1 捜査①

捜査の適法性の前提として、捜査①が強制処分にあたらないか、その意義と関連して問題となる。

5 この点争いあるも、科学技術が発達しそれが捜査に応用されるようになった現代において秘密裏に人権が侵害される恐れがあるから、物理力によると否とを問わず個人の人権を侵害するような処分を問題とすべきである。しかし、強制処分法定主義(刑事訴訟法 197 条 1 項但書)にかんがみ、強制処分にあたるとそれが適法となるためには厳格な要件を満たさなければならないからそのような厳格な要件を課してまで保護すべき重要な権利を制約する処分が強制処分であると解する。

10 これを本問についてみると、捜索の対象はゴミ袋であるところ、甲はそれを捨てているのであり、所有権が放棄されているし、その場所も公道であり高度の要保護性のある法益があるとはいえないから任意処分である。

15 もっとも任意処分といえども、デュー・プロセスの要請(憲法 31 条)が妥当するから絶対無制約ではなく、必要性、緊急性などを考慮し具体的状況の下相当と認められる場合に限り適法となる。

20 内偵捜査により甲が拳銃密売に関与している嫌疑が存在するものの、取引成立後、組事務所とは別の場所に保管する拳銃を顧客に発送するなどの方法により拳銃を譲渡するという慎重な

25 方法が採られているため、甲らを検挙する証拠を入手できずにいたから、さらなる証拠回収のためにゴミ袋の中から取引に関与することを明らかにする証拠を収集する必要がある。拳銃密売事件は重大犯罪であり、これを野放しにすれば拳銃が蔓延り日本が拳銃社会になってしまうからそれを防ぐためには甲を早期に検挙する必要がある緊急性が認められる。また前述のように捜査の対象となっているゴミ袋は甲が捨てたものであり、おかれた場所も公道上であり保護すべき法益はないから相当性も認められる。

よって、捜査①は適法である。

2 捜査②

35 捜査②は適法か、強制処分にあたるかをまず検討する。

40 捜査の対象は①と同じくゴミ袋であり甲は所有権を放棄して言えるし、場所も居住部分の建物棟から少し離れた場所の倉庫内であり、その出入口は施錠されておらず、だれでも出入りすることが可能な場所で室内などとは明らかに違いがあるから、捜査②が重要な権利を制約するとまでは言えず任意処分である。

任意処分といえどもデュー・プロセスの要請がある以上捜査①で検討したのと同様の要件を満たすかを検討する。

まず必要性・緊急性については捜査①と同様認められる。

45 しかし、ゴミ集積所はマンションの敷地内にあるし、倉庫という建造物の中にあり外部から容易に認識できないような場所

だからこれを行動と同視したりそれに準じるようなものと扱うことはできない。このような場所での搜索はマンション管理人の管理権や他の住人のプライバシーへも重大な影響を与えるから相当とは言えない。

よって捜査②は違法である。

3 捜査③

捜査③の適法性を検討する前提として、乙の携帯電話を押収するのは強制処分であるから令状が必要であるが、本問ではそれを得ているからこの点については問題ない。

ではその適法に押収された携帯電話のデータを復元することはできるか。

この点、令状の目的達成のために必要性が認められる処分を行えないとしたのでは令状の目的を達成できず妥当でないし、裁判官としても相当性のある処分の可否も含めて審査しているというべきであるから必要性、相当性が認められる場合には必要な処分(222条1項、111条2項)として適法になしうると解する。

これを本問についてみると、乙は携帯を利用して甲と拳銃密売についてやり取りをしているから携帯に重要な証拠が存在した可能性が高くデータ復元の必要性が認められる。また乙は捜査の協力者であり、乙が生きていれば復元に同意した蓋然性が高く相当性もある。

以上から捜査③は必要な処分として適法である。

設問2について

1 総論

刑罰権の存否を画する実体法上の事実の有無を判断するには慎重な審理が要求されるから、証拠には証拠能力が要求され、具体的には自然的関連性、法律的関連性があり、証拠禁止にあたらなければならない必要がある(317条)。本問捜査報告書はこれらの要件を満たし証拠能力が認められるか、以下検討する。

2 自然的関連性

本問捜査報告書では聞き取れない部分があり自然的関連性が認められるか微妙なようにも思える。

しかし乙による会話内容の説明は鮮明であるし、聞き取れた他の部分も、少なくとも乙と取引をしたという譲渡罪の構成要件の一つを明らかにするのに最低限度の証明力を有しているから自然的関連性は問題なく認められると解する。

3 法律的関連性

本問捜査報告書に法律的関連性が認められるか、伝聞証拠(320条1項)にあたらぬかが問題となる。

供述証拠は知覚・記憶・表現の各過程で誤りが生じやすく反対尋問によってチェックを経るのが理想的であることから、伝聞証拠とは反対尋問を経ない供述証拠であると解する。

これを踏まえ本問についてみると、検察官の立証趣旨は会話の存在などとされており、供述内容の真実性については問題とならない以上伝聞証拠にならないようにも思えるが、立証趣旨

95

は証拠採否のための参考であり拘束力はないから実質的に判断すべきであり、本問においてはまさに実質的な立証趣旨は甲による拳銃譲渡の事実であるから、内容についての真実性が問題となり、供述者への反対尋問によるチェックを経るべきところそれを経ていないから伝聞証拠にあたり、弁護人の同意(326条1項)なき本問において、法律的関連性は認められないのが原則である。

100

しかし一切認められないとするのでは真実発見の見地より妥当でないから、伝聞例外(321条以下)の要件を満たせば例外的に法律的関連性が認められる。

105

なお、捜査報告書に記録する前提として録音過程が存在し、録音再生の各過程で人為的操作が加わるからこの部分についても伝聞が問題となるようにも思えるが、録音は機械的方法によりその場の音声を正確に記録するものであり、通常の供述証拠と比べて極めて正確であるから非伝聞といえこの点については問題ない。

110

以上を踏まえ伝聞例外の要件を検討すると、まず甲の発言部分は322条1項の要件を満たすかがポイントとなるが、その内容は乙との取引の存在をうかがわせるものであり、これは譲渡罪の構成要件の一つであるから不利益な事実の承認にあたる。また取引の場で自主的に発言しているのであるから任意性も問題ない。加えて捜査報告書作成者のKの署名押印があり記録化の正確性は担保できる。なお甲の署名押印がないが前述の

115

ように録音は正確であるから録音の正確性について甲によるチェックは不要で署名押印も不要だからこの点については問題ない。

120

よって、甲の発言部分については322条1項の要件を満たし法律的関連性が認められる。

125

これに対して、乙丙の供述部分については321条1項3号の要件を満たすかが重要となるところ、録取した内容とまったく同じものがICレコーダー及び携帯電話内に存在している以上、それを提出すれば足り、あえて捜査報告書にして提出する必要性もないから「犯罪事実の存否の証明に欠くことができないもの」にはあたらない。

よって乙丙の発言部分については法律的関連性が認められず、証拠能力はない。

4 証拠禁止

130

違法な捜査によって収集された証拠は、将来における違法捜査の抑止、適正手続きの要請、司法への信頼確保の見地から一定の場合証拠能力が排除される(違法収集証拠排除法則)から、本問捜査報告書もかかる法則により証拠禁止とされないか、捜査の適法性を以下検討する。

135

まず、取引を装って甲に近づきいわゆるおとり捜査を行っているがこれは適法か。

おとり捜査は相手方の意思に強制を加えるものではないから強制処分にはあたらず任意処分であるが、デュー・プロセスの

140

要請から必要性・相当性を満たす必要がある。この時おとり捜査は国が罠を仕掛け犯罪を作り出すという側面があるからその適法性は厳格に判断し、事案の性質、嫌疑の程度などから格別の必要性が要求される。また相当性についても犯意を誘発させるような態様や、犯意を有する者に機会を提供するにすぎない場合も常軌を逸したような強い働きかけの場合には認められない。

145

これを本問についてみる、拳銃密売事件は密行性が高く、また前述のような犯行の慎重な態様からして格別の必要性があり、甲は継続的に拳銃を密売しておりすでに範囲を有しているからいわゆる機械提供型といえるが常軌を逸したような働きかけもないから相当性もある。

150

よって本問おとり捜査は適法である。

最後に、捜査報告書のネタ元は甲の同意なくしたなされた秘密録音であるがこれは適法か。

155

会話の性質上、自己が話した内容をどう利用するかは相手方にゆだねているというべきである。とするならば、自己が話した内容を秘密にすることを期待し、かつその期待が合理的ならばその内容についてのプライバシーには高度の要保護性が生じ、会話当事者の一方の同意のみで録音をすることは強制処分となる。

160

本問では、確かに、会話の内容は密売に関するもので甲は秘密にすることを期待しているといえるが、その内容は違法なも

ので秘密への期待は合理的とは言えないから、会話当事者の一方の同意を得て行われた録音は任意処分である。

では任意処分として適法か。

165

必要性・緊急性については、捜査①や捜査②で検討したのと同じく認められる。相当性についても乙丙それぞれの同意がある以上不相当なプライバシー侵害があるとは言えず認められる。

よって秘密録音は適法であり、証拠禁止にあたらない。

170

5 結論

以上から捜査報告書のうち、甲の発言部分は証拠能力が認められる。

以上

175

180

刑事系第2問 不合格者D再現答案

第一 設問 1

1 捜査①の適法性

(1) Pらはゴミ袋を持ち帰り内容物を確認し裁断されたメモ片を復元している。これが「強制の処分」(刑事訴訟法 197 条 1 項ただし書)にあたれば法律の定めがない以上違法である。では、「強制の処分」にあたるか。「強制の処分」の意義が問題となる。

この点、有形力の行使を伴わない新しい処分が行われる現代の捜査においては、「強制の処分」とは、重要な権利利益を侵害する処分であると考ええる。

本件では、ゴミ袋内のゴミは通常であれば他人に見られることを想定しておらず個人の生活に密接なプライバシーを含むので、ゴミ袋を持ち帰り内容物を確認することはプライバシーという重要な権利利益の侵害を伴うとも思える。しかし、ゴミは所有者が既に所有権を放棄したものであり、特に公道上のゴミは通行人等が自由に持ち去ることもありうるのでプライバシーの保護の程度は低い。よって、ゴミ袋を持ち帰り内容物を確認したとしても重要な権利利益が侵害されたとはいえない。また、内容物の確認の際に裁断されたメモを復元したとしても、プライバシーの保護の程度は変わらないので重要な権利利益の侵害はない。よって、捜査①は「強制の処分」にあらず、法律の定めがなくとも適法である。

(2) もっとも、任意処分も無制限ではなく、必要性・緊急性が

ある場合に具体的状況の下で相当と認められる範囲でのみ許される。

本件では、暴力団によるけん銃密売という組織的な重大犯罪が対象となっており、内偵捜査でも甲らを検挙する証拠が入手できず、捜査①を行う必要性があった。また、けん銃は人の生命を奪う凶器であり密売を検挙する緊急性もあった。そして、かかる状況の下で、既に所有権が放棄されたゴミについて、公道上から持ち帰り内容物を確認することは、軽微なプライバシー侵害を伴うにすぎず、相当な範囲内の捜査である。よって、任意処分として適法である。

(3) 以上より、捜査①は適法である。

2 捜査②の適法性

(1) Pらはマンションの集積場に立ち入り同所においてゴミ袋内を確認し、メモ片を持ち帰り復元している。「強制の処分」にあたるか。

集積所はマンションの敷地内にありマンション専用のものであるので、Pらの立ち入りを許容しておらずプライバシー侵害を伴う。しかし、建物棟とは少し離れた倉庫内にあり施錠されず誰でも出入りできるようになっていたため、プライバシーの保護性は低い。よって、「強制の処分」にあたらない。また、ゴミ袋内を確認すること及びメモを復元することは捜査①と同様に「強制の処分」にはあたらない。

(2) また、捜査①と同様に、甲らを検挙する証拠を入手するた

め必要性・緊急性ある状況の下軽微なプライバシー侵害を伴うにすぎない相当な範囲で行われるため、任意処分としても適法である。

50 (3) 以上より、捜査②は適法である。

3 捜査③の適法性

(1) P らは押収した乙の携帯電話の消去されたデータの復元・分析を図っている。捜索差押許可状によりかかる処分が許されるか。

55 この点、「差押」(218 条 1 項)とは物の現状を維持したまま占有を移転するものに限られる。とすると消去されたデータの復元・分析は「差押」には含まれない。しかし、差押の実効性を確保するために、かかる処分は差押に「必要な処分」(222 条 2 項・111 条 1 項)として捜索差押許可状によりなしうると考える。

60 本件では、乙の携帯電話は捜索差押許可状により押収されており、消去されたデータの復元・分析も「必要な処分」として捜索差押許可状によりできる。

(2) よって、捜査③は適法である。

65

第二 設問 2

1 本件の捜査報告書(以下、「本件報告書」という。)について前提となる捜査に違法がある場合、その証拠能力は否定されるか。

70 この点、適正手続(憲法 31 条)、司法の廉潔性、人権保護(刑事訴訟法 1 条)の観点から、前提となる捜査に違法がある場合、得られた証拠の証拠能力は否定されるべきである。もっとも、軽微な違法により証拠能力を否定すると真実発見(1 条)が害される。そこで、令状主義の精神を没却するような重大な違法

75 であり、将来の違法捜査抑止の観点から証拠として排除すべき場合にのみ、証拠能力が否定されると考える。

2 では、本件報告書の前提となる捜査に違法があるか。

(1) 本件報告書は録音①②③を反訳したものであり、録音①②③をする過程で P の接触により乙が甲にけん銃購入を持ちかけている。これはいわゆるおとり捜査として許されず違法なのではないか。

80 この点、おとり捜査のうちでも犯意ない相手方に対し働きかけ犯意を誘発するものは、相手方の意思決定の自由という重要な権利利益の侵害を伴うので「強制の処分」として許されない。もっとも、既に犯意を固めた者に機会を提供するにとどまるものは「強制の処分」にあらず、任意処分として必要性・緊急性がある場合に相当な範囲で行われるなら適法と考える。

85 本件では、確かに P が乙に接触し甲にけん銃を売る話を持ちかけさせている。しかし、甲は以前にも乙に対してけん銃を売ろうとしており、代金額の折り合いがつかなかっただけなので、既にけん銃販売の犯意を有していたといえる。よっ

90

95

て、Pらは機会を提供したにすぎず、任意処分である。そして、甲らを検挙する証拠が入手できず暴力団関係者の協力の下に捜査を進める必要があり、けん銃という凶器の拡散を防ぐため緊急性もあった。そして、Pらの監視の下に乙が捜査に協力する一環としてけん銃を購入するにすぎず、乙からけん銃が拡散したり被害者が出るおそれはなかったのも、相当な範囲内といえる。なお、乙は死亡しているがおり捜査によるものとは断定できず、相当性を否定するものではない。

100

よって、かかる捜査は適法である。

105

- (2) また、会話を録音している点も問題となる。しかし、会話においては相手に話した時点で会話の内容を委ねたことになるので、一方当事者の同意がある以上、他方当事者に会話の秘密を保護する必要性はない。よって一方当事者の同意があれば適法である。

本件では、乙及び丙女の同意を得ており適法である。

110

- 3 よって、本件報告書の証拠能力は、前提となる捜査の違法性によって否定されることはない。

115

もっとも、本件報告書は公判における反対尋問を経ない内容の真実性が問題となる伝聞証拠であり、知覚・記憶・叙述の過程に誤りが混入しやすいため原則として証拠能力が認められない(320条1項)。しかし、信用性の情況的保証がある伝聞例外(321条以下)にあたれば証拠能力が認められる。では、本件報告書は伝聞例外にあたるか。

120

本件報告書は甲乙丙の発言内容を含んでいる。この点、録音は機械的操作によるもので本人の声により正確性の担保がされているため署名・押印は不要である。そしてまず甲の発言内容については、甲に不利な内容のものであるので322条1項により証拠能力が認められる。また乙について、乙は死亡しており公判において供述できず、また他に証拠がなく本件報告書は甲の犯罪事実の存否の証明に欠くことができない。さらに携帯電話での会話を忠実に録音したものなので、絶対的特信情況も認められる。よって、乙の発言内容については321条1項3号により証拠能力が認められる。もっとも丙については、証拠としての不可欠性及び絶対的特信情況は認められるが、丙が公判で供述不能である事情はないので、321条1項3号を満たさず、証拠能力は認められない。

125

130

- 4 以上より、甲乙の発言部分については証拠能力が認められるが、丙の発言部分については証拠能力が認められない。

135

<MEMO>