

講義録レポート

講義録コード

20-11-9-501-08

講 座	司法試験講座	セミナー	2010年新司法試験 刑事系第1位答案 徹底分析セミナー
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 11月 3日		
講師名	林香織先生	内 訳	※レポート 含まず
		板書 枚数	0枚
		補助レジュメ 枚数	25枚
		その他 ()	0枚

授業構成	セミナー 110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	●刑事系第1位答案徹底分析レジュメ (25枚)		
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			

TAC/Wセミナー 司法試験講座

2011 年合格目標 新司法試験

特別企画 無料公開セミナー

刑事系第 1 位答案 徹底分析

TAC  セミナー / 新司法試験

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

CONTENTS

平成22年度論文式試験問題刑事系第1問.....	3
第1問出題趣旨.....	6
第1問再現答案.....	9
平成22年度論文式試験問題刑事系第2問.....	13
第2問出題趣旨.....	17
第2問再現答案.....	21
総合コメント.....	25

〔第1問〕

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てからは、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の病室に來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を続け、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がながらも、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にではなく、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が付き、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りと推測された。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。

【出題趣旨】

本問は、A病院の入院患者Vが薬の誤投与に起因して死亡したという具体的事例について、Vを看護していた妻の甲、担当していた看護師乙及び薬剤師丙の罪責を問うことにより、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事案に法規範を適用する能力及び論理的思考力を試すものである。

第1に、甲の罪責については、甲がVの異状を認識しながら、看護師乙ら病院関係者に連絡することなく放置し、結局Vを死亡させたことについて、いかなる刑法上の罪が成立するかが問題となる。

まず、甲が乙による巡回を妨害するなどの積極的な行為に及んでいるので、甲の行為を不作为、作為のいずれととらえるのが問題となる。

不作为とする場合は、不作为による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪の成否が問題となる。両罪を区別する基準として、殺意の有無によるとする考え方、作為義務の程度によるとする考え方などがあるが、いずれの立場に立ったとしても、後述する殺意の有無など関連する事実を認定しつつ、事案への当てはめを行うことが求められる。

次に、不作为による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪の成否を検討する場合には、作為義務ないし保証人的地位の発生根拠（基礎付け事情）に関する考え方を示すことが必要となる。作為義務の発生根拠については、多元的に理解するのが一般であり、法令、契約及び条理のほか、先行行為、事実上の引受け、排他的支配領域性に求めるなどの様々な考え方があり、それらを踏まえて自らの見解を明らかにすることになる。

甲に対する作為義務の有無の検討においては、単に甲がVと夫婦関係にあり、民法上の扶助義務を負うことだけで足りるとするのではなく、甲が午後2時に乙の巡回（容体確認）を妨害したことなど、具体的事情を丁寧に拾いつつ、その事情が作為義務の発生根拠との関係でどのような意味を持つのか明らかにする必要がある。また、VがA病院に入院中の患者であり、Vに対する看護義務は第一次的には乙ら病院側にあることを踏まえ、どのような事情があれば甲に作為義務が認められるかを論ずることが肝要である。

甲に作為義務が認められるとしても、その作為義務の内容、作為可能性・容易性についても検討する必要があるほか、甲の不作为とVの死亡という結果との間の因果関係について、不作为犯の特殊性を踏まえつつ、事例に即して論ずることになる。

さらに、甲に対して不作为による殺人罪の成立を肯定するためには、殺意(故意)の検討が必要

となる。甲は、Vの危険な状態を認識しながらも、Vの介護から解放されたいと思う一方で、長年連れ添ったVを失いたくないという複雑な気持ちを抱き、その間で感情が揺れ動いているので、結果の発生に対する認識・認容が必要とする認容説（判例）など自らの立場を明らかにしながら、具体的事例における当てはめを行うことになる。

殺意を認定する場合には、その成立時期についても留意する必要がある。なぜなら、殺人罪が成立するには、殺意が肯定されることに加え、作為義務の発生時期、救命可能性が認められる時期（午後2時20分まで）との関係も踏まえ、これらがすべて満たされる必要があるからである。

第2に、乙丙の罪責については、乙と丙が医師Bの処方したとおりのE薬ではなくD薬を投与した上、乙がBの指示どおりにVの容体確認をしなかったため、Vが死亡するに至っていることから、乙丙それぞれについて業務上過失致死罪の成否を検討することになる。

まず、前提として、業務上過失致死罪（刑法第211条第1項）の「業務」についての判例の理解を踏まえつつ、これを、看護師、薬剤師という乙、丙それぞれの仕事の特性を考慮しつつ当てはめを行うことになる。

次に、過失犯の理論について、事案の解決に必要な限度で簡潔に自らの考え方を明らかにした上、事例に即して、乙丙に課せられる具体的な注意義務の内容を特定する必要がある。特に、乙については、誤った薬の投与という行為だけでなく、医師Bに指示されたとおりの巡回を行わなかったことも認められるので、それぞれの行為について具体的な注意義務を検討すべきである。

その上で、問題文中の具体的事情を摘示しつつ、乙丙のVの死亡という結果に対する予見可能性や、結果回避可能性・結果回避義務違反について検討すべきである。

さらに、乙丙に対してV死亡の結果の責任を問うためには、乙丙の薬品の投与に係る過失行為の後に甲の（不作為による殺人行為又は保護責任者遺棄行為という）故意行為が介在している（丙の場合は、それに加えて乙の過失行為も介在している。）ことから、因果関係の有無が問題となる。因果関係については、相当因果関係説、最近の判例の立場とされる客観的帰属論的な考え方など見解は様々あるところ、自らのよって立つ考え方を明らかにした上、当てはめを行うことになる。その際、介在している甲の行為は、故意行為とはいえ、不作為であって、因果の流れに物理的に影響を及ぼしたとまでは言い難いという点をどのように評価するかがポイントとなろう。

最後に、こうした検討を経た上で、甲乙丙の罪数判断を示す必要がある。

なお、乙丙の関係については、過失犯の共同正犯を肯定する見解に立つ場合には、乙丙間に業務上過失致死罪の共同正犯が成立する余地があるが、その場合、乙と丙が共通の注意義務を負っているといえるかが問題となるほか、乙丙の各過失行為と結果との間に単独犯として因果関係がそれぞれ認められるとの結論に至った場合に、共同正犯を認める実益は何かという問題意識も必要となろう。乙丙間における信頼の原則の適用についても問題となり得るが、看護師、薬剤師のそれぞれに独立して適正な薬であることの確認が求められているような体制下で、同原則を適用することの相当性が認められるか否かを検討する必要があるだろう。

論述においては、刑法解釈上の論点に関する判例・学説の基本的な事項についての正確な理解に基づき、複雑な事案を解きほぐしていくという分析作業を行うとともに、事案の解決に必要な範囲で論点に関する自らの見解とその論拠を簡潔に示すことが求められる。いわゆる論点主義に陥ることなく、具体的事案を虚心に分析、検討し、結論の妥当性も勘案しながら、事案に現れた事情を丁寧に拾い、その持つ意味を明らかにしていくという粘り強い論述が求められて

いる。

1 第1 甲の罪責

2 1 甲はVが薬によるアレルギー反応を起こし、容体が悪化しているの
3 を知りながら必要な救助をせずに放置し、結果としてVが死亡してい
4 るので、不作為の殺人罪(刑法(以下略す)199条)が成立しないか。

5 (1) 本件では、甲はVを助けなかった不作為の他に、乙に嘘を言っ
6 て巡回を妨害したり、看護師詰所に赴いて同様の嘘を言うという
7 作為を複数行っている。しかし、これらの作為はそれ自体Vの死
8 亡を引き起こす性質のものではなく、「助けない」という不作為とい
9 わば裏表をなすものとみるべきである。

10 よって、結果発生から最も直近の甲が確定的に犯意を抱いた時
11 点のVを助けないという不作為を対象にして罪責を検討する。

12 本件では、甲は午後2時から2時15分までの間に、Vの生死
13 を運命に委ねることに決めており、この時点で犯意を確定させた
14 といえるから、この時点のVを救助しないという不作為について
15 検討する。

16 (2) 甲がVを助けなかったという不作為は殺人の実行行為にあたる
17 か。

18 ア 思うに、実行行為とは、法益侵害の具体的現実的危険を有する
19 行為をいい、不作為によってもこの危険は実現しうる。もっとも、
20 刑法の自由保障機能を確保するため、処罰範囲を適正に画する必
21 要がある。

22 よって、不作為が実行行為にあたるためには、作為によって実
23 現したのと構成要件の同価値性を有する場合に限ると解すべきで
24 ある。そして、これにあたるかは①作為義務、②作為の可能性・
25 容易性の観点から検討する。

26 イ これを本件についてみると、まず、甲はVの病室内におり、そ
27 の容体の悪化を認識している唯一の存在であるから、Vを救助で
28 きるのは甲しかいないという意味で排他的支配を有している。ま
29 た、甲は乙の巡回を妨害するための虚言を弄した際に、しばらく
30 自分がVの様子を見るかのように言っており、Vについて危険の
31 引き受けがあると評価できる。さらに、甲はVの妻として扶助義
32 務(民法752条)を負っている。

33 以上より、甲には容体の悪化したVを助ける作為義務があると
34 いえる(①)。

35 ウ 次に、甲は病院内にいるのであるから、Vの容体悪化を看護師
36 等に知らせて救助を求めることは可能であり、かつ容易といえる
37 (②)。

38 エ よって、①②の要件を満たし、甲の不作為は、作為によって殺
39 人を実現すると構成要件の同価値性を有するといえ、殺人の実
40 行行為性が認められる。

41 (3) 次に、本件では結果としてVはD薬投与に基づくアレルギー
42 反応による呼吸困難に伴ってショック死するという死亡の結果が生
43 じている。この死の結果と甲の不作為との間に因果関係が認められ
44 るか。

45 不作為犯における因果関係は、期待される行為をしていれば結果
46 が発生しなかったかという点で仮定的判断をいれざるをえないが、

a 最初に問題を読んで過失犯が出ていることに驚き、急遽刑訴から書くことにした。

b 罪責を検討する対象行為の摘示。これまで書いたことがないようなことだったので自信がなかったが、素直に考えたことを書いた。

c 不真正不作為犯については、準備していた論証を条件反射的に書いた。刑事系は規範はコンパクトに、あてはめを厚くという方針だったので、作為義務の発生根拠をずらずら並べることはしなかった。ただ出題趣旨では検討して欲しかったようである。

d 順に排他的支配、危険の引き受け、法令上の義務、である。不作為犯という時点で作為義務の発生根拠となる要素を思い浮かべながら問題文を読み、事実を拾っていく。

e 不作為の因果関係といえは救命可能性についての情報なので、問題文にこれがある時点で書くことは決定する。

47 合理的な疑いを入れない程度に確実であることを要すると解すべき
48 である。

49 本件では、罪責検討の対象となる甲の不作为の時点は午後2時から
50 2時15分の間に、犯意を確定させた時点であるが、本件では遅
51 くとも2時20分までに医師等がVの異変に気づけば、直ちに救命
52 措置が開始可能で、Vは救命されたものといえるから、甲が期待さ
53 れる行為をしていれば結果が発生しなかったと合理的疑いをいれな
54 い程度に確実といえる。

- 55 (4) よって、因果関係が認められる。
56 (5) それでは、本件で甲に殺人の故意が認められるか。
57 (6) 故意とは構成要件該当事実の認識・認容をいい、結果が生じて
58 もやむをえないという未必的なものでも足りる。

59 本件では、甲はVが薬のアレルギー反応を起こしていることを
60 知り、このままVが死ねば先の見えない介護生活から解放される
61 し、Vにとっても幸せなのではないかと思いつつも、長年連れ添
62 ったVを失いたくないという気持ちや、2名分の年金受給額が減
63 少するのは嫌だという相反する思いを抱いている。

64 しかし、その後甲は、Vの容体がさらに悪化していることを知
65 り、速やかに救命措置が開始されればVはまだ助かるだろうと思
66 い、現に看護師等に救いを求めることは容易な状況であるにもか
67 かわらず、ことの成行きに任せて放置しようと思意している。さ
68 らに、このように決意した後甲は検温表に虚偽の記載をし、看護
69 師詰所に行って他の看護師が様子を見にくることもないよう虚偽
70 を述べるなど、Vの救助の機会をさらに奪うような行為をしてい
71 るから、甲にはVが死んでもいいと思っていたことが推認できる。

72 以上を踏まえると、甲には少なくとも未必の殺意があると認め
73 られる。

- 74 (7) 以上より、甲には殺人罪が成立する。

75 第2 乙の罪責

76 1 乙はVに点滴を行うにあたり、アンプルがE薬であるかの確認を怠
77 り、アレルギー反応を引き起こすE薬であると気づかず点滴した結
78 果、Vはアレルギー反応を引き起こしてショック死しているから、業
79 務上過失致死罪(211条1項)が成立しないか。

80 (1) 本件では、乙は上記薬の誤投与の他に、定期の巡回を怠るなど
81 複数の過失行為があるとみうる。そこで、Vの直接の死因となっ
82 た誤投与の過失を中心とする一連の過失行為とみて罪責を検討す
83 る。

84 (2) 思うに、過失とは客観的注意義務違反をいい、①予見可能性を
85 前提とする②予見義務違反、③結果回避可能性を前提とする④結
86 果回避義務違反を内容とする。

87 ア これを本件についてみると、まず、乙は看護師であるから、丙
88 から渡された薬が何らかの原因によって医師が指示したのと別の
89 ものではないか予見する可能性はあったといえる(①)。

90 イ しかるに、乙は丙の仕事ぶりを信頼していたことからそのよう
91 な考えに全く至ることなく漫然と投薬しており、予見義務違反が
92 認められる(②)

f 判例理解として「十中八九」という文言はミスリードだと思うので、あえて使わなかった。

g ここの問題文から逆算。甲の内心がこれでもかと書いてあり、あえてどっちつかずだったので、逆方向に働く事実にも目を配り、丁寧に検討した。

h ここは正直迷ったが、結果はあくまで一つであり、同一人の複数の行為でそれぞれ罪責を検討すると複雑になりそうだったので苦肉の策として一つの行為とみた。

i あてはめ重視なので、理論的対立には踏み込まなかった。ただ過失犯のあてはめをした経験はほとんどなかったもので、規範を欠いた後しばらく筆が止まってしまった。

- 93 ウ そして、アンプルのラベルにはD薬と明記され、乙は投薬の際
 94 に薬を確認すればD薬であると容易に気づけたはずであり、仮に
 95 投薬をしてしまってもその後も定期の巡回をすることによってV
 96 の異変に察知でき、Vの死亡結果を回避する可能性があるといえ
 97 る (3)
- 98 エ それでは、乙に結果回避義務違反が認められるか。
- 99 (ア) 本件では、丙が薬の取り違いミスをするという過失が競
 100 合しており、薬剤師である丙の方が専門家であるから、乙
 101 は看護師として渡された薬を投与すれば足りると思える。
 102 しかし、A病院では、薬の誤投与を防ぐため、医師の
 103 薬の処方が適切か、その通りの投薬がされているかを薬剤
 104 師、看護師がそれぞれ個別に確認することになっている。
 105 しかも、乙は薬のアレルギーが命にかかわることを熟知
 106 し、VがD薬に対するアレルギー体質を有することを入院
 107 当初に確認して知っていたのである。そうすると、看護師
 108 は薬剤師の処方が正しいと軽信することはゆるされず、し
 109 っかりと自分の目で薬を確認するべき義務があったという
 110 べきである。よって、薬のチェックを怠り漫然と点滴した
 111 乙には上記義務の違反がある。
- 112 (イ) また、乙は甲がVの容体をみてくれるものと信じて巡回
 113 をしないているが、医師はVの容体が急変する可能性がある
 114 ため、看護師による慎重な経過観察が必要と判断し、乙
 115 に指示しているのである。そうすると、たとえば甲がVの妻
 116 であり、従前から甲が来院した際には、Vの世話を任せて
 117 巡回を控えめにしていたという経緯があるとしても、素人
 118 である甲にVを任せて巡回を怠ることは上記医師の指示に
 119 反するものといえ、義務違反が認められる。
- 120 (ウ) よって、乙には投薬時の薬の確認と、定期巡回を怠った
 121 点に結果回避義務違反が認められる (4)。
- 122 オ 以上より、乙には過失がある。
- 123 (3) そして、同条における「業務」とは、人が社会生活上の地位に
 124 基づき反復継続して行うものであって、人の生命身体に危険を有
 125 するものをいう。
 126 乙は看護師という地位に基づき、患者への薬の施用を含む医療
 127 行為を反復継続しており、これは一歩間違えば患者の生命に危険
 128 が及ぶことも十分ありうる性質のものであるから、「業務」にあた
 129 る。
- 130 (4) その結果、Vのショック死という結果が生じている。乙の過失
 131 とこれの間に因果関係が認められるか。
 132 乙の誤投与によってVがアレルギー反応を起こし、その後の巡
 133 回を怠った結果ショック死することは社会通念上相当といえる。
 134 もっとも、Vの死の結果発生には、甲の故意行為が介在している
 135 が、甲の行為はVを助けなかったという不作為であり、その原因
 136 力は弱いものといえ、結論は変わらない。
- 137 (5) 以上より、乙には業務上過失致死罪が成立する。
- 138 第3 丙の罪責

j 分からないなりに、とにかく自分の立てた規範に丁寧にあてはめようと心がけた。他の受験生も過失犯については似たり寄ったりの状況だろうと思ったので、良い意味で開き直れたと思う。

k 結果回避義務違反の有無が最も重点を置くべき部分だったので、2つの行為の両方についてしっかり検討した。

l 問題文一読時点で、多分何かに使えると思ってチェックしていた事実。信頼の原則的な発想で用いた。

m 刑法も条文の文言の定義が大事だと思っていたので、特に各論分野では準備していた。今年はあまり生かせなくて残念。

n ここの現場で考えた。このままのペースだと時間的に間に合わないで短く済ませたいという政策的判断もあるが、不作為犯の共犯は原則幫助として考える、と言ったときに、原因力が弱いから、という説明があったような気がしたため、これを利用した。

139 1 丙はVに処方する薬として乙にE薬を渡すべきであったところ、た
140 またまE薬用の引き出しに混入していたD薬に気づかず渡してしま
141 い、結果としてVが死亡しているから、業務上過失致死罪が成立しな
142 いか。

143 (1) 丙の過失の有無につき上記と同じ基準で判断する。

144 ア まず、丙は専門知識を有する薬剤師であり、DとEは同じ外観
145 のアンプルに入れているのであるから、丙は薬が誤っていない
146 いか予見可能性があったといえる(①)。

147 イ しかし、丙はアンプルの薬名を確認することなく漫然と乙に
148 渡しており、予見義務に違反している(②)。

149 ウ そして、丙が薬の確認をしていれば、乙の誤投与もありえな
150 かった以上結果回避可能性はあったといえる(③)。

151 エ また、A病院において状のような医師、薬剤師、看護師の各々
152 において薬の施用について確認するという体制が取られていたこ
153 とに鑑みると、薬剤師としては、医師の投薬の指示の適切性及び
154 看護師に渡す際の薬名を確認する義務があったといえる。

155 しかし、丙はBの処方に間違いはないと轻信し、薬の適否やV
156 のアレルギー体質の確認も怠った上、アンプルのラベルの確認す
157 ら怠っており、結果回避義務違反があるといえる(④)。

158 オ 以上より、丙に過失が認められる。

159 (2) 丙の上記の過失は「業務」上のものといえる。

160 (3) 本件では結果としてV死亡の結果が生じているが、これには乙
161 の点滴の誤投与等の過失も介在しているため、丙の過失との間に
162 因果関係が認められるか。

163 ア 刑法上の因果関係の判断は、処罰範囲を適正に画するため、行
164 為の有する危険が結果へと現実化したかによってすべきである。
165 具体的には、①行為の有する危険性、②介在事情の異常性、③介
166 在事情の結果への寄与度を総合考慮して行う。

167 イ 本件では、丙が薬を乙に渡しても、それ自体ではVにアレルギー
168 反応は生じえないが、看護師に薬を渡せば通常速からず乙に点
169 滴される等することが予想されるので、Vの生命に対する危険が
170 小さいということとはできない(①)。

171 ウ 次に、看護師が薬の確認を怠り、誤投与し、なおかつ定期の巡
172 回を怠るという過失行為をすることは、A病院の上記の体制及び
173 乙は医師Bから直接指示を受けていたことを踏まえると、異常性
174 が高いといえる(②)。

175 エ そして、Vは乙の点滴によってD薬によるアレルギー反応を起
176 こしており、結果に直接的な寄与を果たしたのは乙の過失ともい
177 え、また丙が乙の過失を誘発したわけではない。

178 しかし、丙の薬の確認ミスがなければ乙の誤投与もありえな
179 かった以上、丙の寄与度は軽微ということとはできない(③)。

180 オ 以上より、丙の過失の有する危険はVの死という結果に現実化
181 したものだといえ、因果関係が認められる。

182 (4) よって、丙に業務上過失致死罪が成立する。

以上

o 基本的には乙と同じように一つ一つ検討したが、後の因果関係をしっかり書きたかったので、かなりコンパクトにまとめた。

p 因果関係の論証は準備しているものをそのまま。「危険の現実化」だけでは大ナタすぎてしっかりしたあてはめができないので前田先生の3要素を使っている。

q 原因行為も介在事情も過失行為ということ
で、結論はかなり迷ったが、元凶はやはり丙のミスかなと思い、肯定した。

r 甲乙丙間の罪数の検討は、良く分からなかったのと時間がなかったので触れなかった。また、乙丙の過失の共同正犯もちらりと頭をよぎったが、両者の注意義務の内容が明らかに異なるのですぐに検討から除外した。

〔第2問〕

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にあって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こ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履歴や着信履歴を確認したが、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、頻繁に発着信履歴のある電話番号「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履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 「とば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300万円払ってくれ。」

丙女 「そんなお金は持っていません。」

甲 「婚約者なんだろ。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が終了した（なお××部分は聞き取れず）

【出題趣旨】

本問は、捜査・公判に関する具体的事例を示して、そこに生起する刑事手続上の問題点の解決に必要な法解釈、法適用にとって重要な具体的事実の分析・評価及び具体的帰結に至る過程を論述させることにより、刑事訴訟法等の解釈に関する学識、適用能力及び論理的思考力を試すものである。

事例は、暴力団幹部らによるけん銃の組織的な密売事件を素材とし、設問1は、警察官が、暴力団A組幹部である被疑者甲がA組の組事務所であるアパート前公道上のごみ集積所に投棄したごみ袋や、自宅マンションのごみ集積所に投棄したごみ袋から発見したメモ片を持ち帰り復元する行為、さらに捜索差押許可状に基づいて差し押さえた携帯電話の消去されていたデータを復元・分析する行為について、その適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第221条の定める遺留物の領置、同法第218条第1項の定める捜索、差押え及び検証についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

刑事訴訟法第221条は、被疑者その他の者が遺留した物を令状なく領置することを認めているが、設問1の捜査①及び②では、本問のごみが遺留物といえるか、いえるとして捜査機関は何らの制限なくこれを領置することができるか問題となり、捜査③では、消去されたデータの復元・分析が捜索差押許可状の効力として許されるか、それとも新たな権利侵害に該当し別個の令状を必要とするか問題となるため、この問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論ずる必要がある。

法の文言解釈と事例への適用においては、同条における遺留物がなぜ令状なくして取得可能なのかという制度の趣旨に立ち返り、占有取得の過程に強制の要素が認められないからこそ令

状を要しないとされている遺留物とは、遺失物より広い概念であり、自己の意思によらず占有を喪失した場合に限られず、自己の意思によって占有を放棄し、離脱させた物も含むなどと定義した上で、具体的事例の捜査①及び②のいずれについても、投棄されたごみが遺留物に該当するか否かをまず検討し、その上で、当該ごみが遺留物に該当するとしても、排出者がごみを排出する場合における「通常、そのまま収集されて他人にその内容を見られることはないという期待」がプライバシー権として権利性を有するか否かを検討し、さらに、同権利性が認められるとしても、本件事例においてなお要保護性が認められるか否かを論ずるべきである。

こうした法解釈の枠組みの中で、本件事例の具体的状況下におけるごみの領置の必要性及び相当性を検討してその適法性を論ずることになるが、いずれも事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論ずべきである。個々の適法又は違法の結論はともかく、具体的事実を事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの事実が持つ法的な意味を的確に分析して論じなければならない。例えば、捜査①については、けん銃密売事件という重大犯罪でありながら組織的に、かつ、巧妙な手段により行われていたため通常の捜査方法では摘発が困難であったという捜査の必要性に加えて、ごみ袋が投棄されたのがだれもが通行する場所であったという具体的状況や、他者が拾うことも予想される公道上のごみ集積所から、甲がごみ袋を置いたのを現認した上で、同ごみ袋を持ち帰ったという手段の相当性を検討するべきであるし、捜査②については、ごみ集積所がマンション敷地内にあるが、管理者の同意なしに敷地内に立ち入る行為の法的意味をどのように評価すべきか、その際、そこは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、だれでも出入りすることが可能であったという事実をどのように評価するか、その場所に投棄されたごみの遺留物性及びプライバシー権の要保護性の有無を、捜査①との違いを意識しながら検討して論じる必要がある。また、捜査③では、消去されたデータの復元とは、消去によって可視性がなくなったデータを可視性がある状態にするものであり、元々のデータを破壊、改変等するものではないといった具体的事実の分析をし、その上で、令状裁判官の審査を経た当初の携帯電話に対する搜索差押許可状がどこまでの効力を持つものかという観点から論ずるべきである。

設問2は、被疑者甲と捜査協力者である乙及び丙女との会話を録音したICレコーダーや携帯電話を再生して反訳した捜査報告書について、その要証事実との関係での証拠能力を問うことにより、伝聞法則の正確な理解と具体的な事実への適用能力を試すものである。さらに、その前提として、本問では、おとり捜査や秘密録音といった捜査手法がとられていることから、それらの適法性が捜査報告書の証拠能力に影響し得るため、併せてそれらの適法性についても問い、これらの捜査の適法性についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試している。

まず、前提となる捜査の適法性については、おとり捜査の意義を定義し、おとり捜査一般の問題の所在や適法性の判断基準を示した上で、いわゆる機会提供型か犯意誘発型かというだけでなく、本件で当該捜査手法をとるべき必要性・補充性や働きかけ行為の相当性を考慮し、設問で与えられた具体的事実を踏まえて、本件における乙を通じての被疑者甲へのけん銃譲渡の働きかけが適法であるか否か詳細に検討する必要がある。また、会話の一方当事者の同意がある場合における通話及び会話の秘密録音については、例えば、会話当事者の一方が録音に同意している場合には、その会話内容は相手方の支配下に置かれたものであり、会話の秘密性は放棄したものと評価され、要保護性は、通信傍受のような会話当事者のいずれの同意もない場合に比べて低下しており、任意捜査としてその適法性を判断するなど、この問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論じた上で、録音①、②及び③のそれぞれの状況

における具体的事実を踏まえて適法性を論ずるべきである。

これら前提となる捜査の適法性を論じた後、捜査報告書の証拠能力を検討することになるが、本問では、検察官が、「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」という立証趣旨を設定して本件捜査報告書の証拠調を請求したところ、弁護人は、これに不同意の意見を述べている。本件捜査報告書は、作成者である司法警察員KがICレコーダーや携帯電話の録音内容を聞いた上で、これを反訳したものであり、捜査官が五官の作用によって事物の存在及び状態を観察して認識する作用である検証の結果を記載した書面に類似した書面として、刑事訴訟法第321条第3項により、作成者Kが公判廷で真正に作成されたものであることを供述すれば証拠能力が付与されるという捜査報告書全体の性質をまずは論ずる必要がある。

その上で、本件捜査報告書には、甲乙間及び甲丙女間の会話部分並びに乙によるその会話内容の説明部分が含まれていることから、これらの部分の証拠能力について、更に伝聞法則の適用があるか否かを要証事実との関係で検討する必要がある。要証事実を的確にとらえれば、甲乙間及び甲丙女間の会話部分については、会話内容が真実かどうかを立証するものではなく、甲乙間及び甲丙女間でそのような内容の会話がなされたこと自体を証明することに意味があり、会話の存在を立証するものであるから、この会話部分は伝聞証拠には該当しないとの理解が可能であろう。これに対して、乙による説明部分については、正に乙が知覚・記憶し、説明した会話の内容たる事実が要証事実となり、その真実性を証明しようとするものであるから、伝聞証拠に該当すると解した上で、伝聞例外を定める刑事訴訟法第321条第1項第3号によりその証拠能力の有無を検討することになる。同号の各要件については、乙の死亡や会話部分にはけん銃という言葉など聞き取れない部分があること、乙による説明は会話に引き続きなされており、その内容は直前の会話内容と整合するとともに、乙方でりんごの箱とともに発見されたけん銃2丁などの客観的状況とも整合するといった具体的事実を的確に当てはめ、その証拠能力を検討しなければならない。

いずれの設問についても、正確な法的知識を当然の前提としながら、法解釈論や要件を抽象的に論じるだけでなく、事例中に現れた具体的事実関係を前提に、法的に意味のある事実の的確な把握と要件への当てはめを行うことが要請されている。

MEMO

第1 設問1

1 捜査①

(1) Pらがゴミ袋を警察署に持ち帰った行為は、「領置」(刑事訴訟法(以下略す)221条)にあたり適法か。

(2) 思うに、「領置」が捜索差押許可状なくして許されるのは、その対象が誰の占有にも属しない遺留物、又は任意提出された物であって、保護に値する利益を欠くからである。

そこで、本件回収行為が「領置」にあたるかは、ゴミ袋について誰の占有にも属さず、かつ他に令状主義によって保護すべき重要な利益がなく、「遺留」物にあたるかによって判断する。

(3) まず、本件では甲はゴミ袋を誰でも自由に往来できる公道上のゴミ集積所においているから、もはや甲の支配権が及んでいるとはいえず、ゴミ袋に対する占有を放棄したものと見える。

もっとも、ゴミ袋を回収されて中を確認されると、個人の私生活の一端が明かされるプライバシー侵害の危険があり、また通常人は捨てたゴミを誰かに回収されてあげられないことを期待しているといえる。

確かに、このような期待は一定程度保護に値するとしても、ゴミについてのプライバシーは、住居内の物に対するそれと比べると要保護性は格段に低いというべきである。よって、令状主義を妥当させ、捜索差押えによらしめるべきといえるほど重要な利益ということとはできない。

(4) 以上より、ゴミ袋は「遺留」物にあたり、令状による必要はなく、本件回収行為は「領置」として適法である。

2 捜査②

(1) 次に、Pらが甲のマンションの敷地内にある専用のゴミ集積所に立ち入り、ゴミ袋を回収した行為についても「領置」行為として適法かが問題となる。

(2) 上記に基準に従って判断する。まず、ゴミ袋を回収されて中を見られないという期待的利益は、捜査①と同様令状主義を妥当させるべき重要な利益とはいえない。

(3) 次に、占有の有無について検討する。この点甲はゴミ袋を放棄している以上占有を認めることはできない。

もっとも、本件のゴミ集積所はマンションの敷地内にあるから、なお管理者の占有に属しているといえないか。

この点、ゴミ集積所は管理の主要部分となる居住部分の建物棟とは少し離れた場所の倉庫内にあり、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であったから、管理者の排他的支配は及んでいないとも思える。

しかし、マンション敷地内にある以上、無関係な第三者がみだりに立ち入ることを管理者が許容するとは考えられず、集積所内にあるゴミについて管理者がなお支配しているといえる。

(4) 以上より、本件ゴミ袋はなお管理者の占有に属しており、「遺留」物にあたらない。よってこれを回収するには、「領置」によることはできず、他者の占有を奪って捜査機関の下に移転させる「差押え」(218条1項)によらなければならないから、令状なくしてなされた本件回収行為は違法である。

3 捜査③

Pらは押収した乙の携帯電話の記録が消去されていたため、その復元・分析を図っている。押収された物についても「必要な処分」(222条1項本文前段・111条2項)をなしうる
ところ、携帯電話のような電子機器については、それ自体よりも中のデータこそ証拠としての価値が高いので、この復元・分析も証拠収集のための「必要な処分」にあたると考えられ

a 刑法は過失で面食らったので刑訴から書きだした。

b 判例は知っていたので、すぎに領置の条文は出てきたが、本件で判例をどのように生かせばいいのかわからなかった。

c 趣旨はその場で考えた。あてはめに使えそうな事実から逆算して、①占有と②他の利益(ゴミ袋からプライバシーを連想し、これを念頭においた)を要素とする規範を定立。ただ、オーソドックスに必要な相当性で書くべきだったかと思う。

d あやふやながら判例がこんなことを言っていたかな、と思い書いた。

e ゴミ袋自体ではなく、メモ片。問題文を読み違えた。

f 刑法の窃盗罪で占有の有無という論点があるが、それを参考に考えた。

g 結論は正直分からず、捜査①が公道だったということで、その対比から結論を決めた。

h 必要な処分はすぐ思いついたが、あまり深く検討することはできなかった。

47 る。
48 以上より、捜査③は「必要な処分」として適法である。

49 第2 設問2

50 1 前提となる捜査

51 (1) おとり捜査

52 ア 本件では、乙の捜査協力を得て、甲に接触して証拠を収集し、あるいはけん銃の売買
53 をしたところを検挙するという捜査方法が用いられている。このようにいふゆえにおとり
54 捜査は刑罰法に明文の定めがなく、令状もなくされているので、これが「強制的処分」
55 (197条1項但書)に当たる場合には、強制処分法定主義、令状主義に反し違法となる。

56 イ そこで、「強制的処分」の意義が問題となる。

57 (ア) 科学技術が発達し、捜査にも応用されると、有形力の行使を伴わなくともブ
58 ライバシー等重要な利益の侵害がありえ、国民の権利利益の保護が必要となる。
59 他方で捜査の実効性の要請も無視できないから、両者の調和の観点から、「強制的
60 処分」とは、①個人の意思を制圧し(真実を知っていれば拒絶するであろう
61 場合も含むと解する)、②強制的に捜査目的を実現するため身体、住居、財産に
62 制約を加える行為など、特別の定めがない限り許されないものをいうと解する。

63 (イ) これを本件についてみると、相手方である甲はおとり捜査と知っていれば当
64 然拒絶するといえ、①の要件を満たす。

65 もっとも、おとり捜査は特に相手方の身体、住居、財産に制約を加えるもの
66 ではないから、②の要件を満たさない。

67 (ウ) よって、おとり捜査は「強制的処分」にあたらない。

68 ウ そこで、任意処分(197条1項本文)として適法性を検討する。

69 (ア) 任意処分であっても何らかの利益侵害のおそれはあるし、さらにおとり捜査
70 については、国家が犯罪を作出するという面があるので、捜査の公正性、司法
71 の廉潔性の観点から問題がある。そこで、おとり捜査を行う必要性、緊急性が
72 あり、具体的状況の下相当といえる方法、態様による限り許容されると解すべ
73 きである。

74 (イ) 本件についてみると、まず、けん銃の組織的密売は、国民の生命に危険を及
75 ぼしかねない重大な犯罪であり、甲の嫌疑は濃厚であった。また、密売は密行
76 性があるうえ、甲らは暴力団に属する者のみを対象とし、宅配便を引渡の手段
77 に利用するなど、慎重な方法をとっていたから、他の代替手段によっては証拠
78 を入手することが困難な状況にあったから、おとり捜査を行う必要性はある。

79 (ウ) 次に、上記のとおりけん銃密売を早期に検挙できないと、国民の生命に危害
80 が及ぶおそれがあるから、甲らを検挙するためおとり捜査を行う緊急性も認め
81 られる。

82 (エ) そして、おとり捜査の態様、方法をみると、捜査協力者乙は自ら甲に電話を
83 かけ、けん銃の売買をもちかけているものの、甲は特に強く拒むことなく交渉
84 に応じており、乙が執拗に働きかけて甲にけん銃を売らせようとしたとはいえ
85 ない。また、Pらが乙に甲に強く働きかけるよう指示したなどという事情もな
86 い。そうすると、本件おとり捜査は既に犯意を有していた甲に対し機会を提供
87 したものにすぎず、その方法、態様は相当といえる。

88 (オ) 以上より、本件おとり捜査は任意処分として適法である。

89 (2) 秘密録音

90 ア また、本件では乙、丙の協力を得て、会話の一方当事者の承諾を得たうえで行う秘密
91 録音が行われている(録音①②③)。これらは令状なしで行われているので、「強制的の処
92 分」にあたるか問題となる。

i 今年の設問2は伝聞
だけでなく捜査の適法性
まで聞く盛りだくさんな
内容であり、また本件の
事案では結論的にも不当
でないと思ったので、結
論は適法にしようと考え
ていた。

j 以下強制処分にあた
るかあたらないとして
任意捜査として適法か、
といういつもの流れに従
って書いた。

k 単に判例の規範を貼
るだけでは駄目だと思っ
ていたので、長くなるの
は覚悟しながらきちんと
理由まで書いた。

l 単なる任意捜査の検
討ではなく、おとり捜査の
特殊性を反映したかった。
ただ二分論はあてはめで
事実がうまく使えないし、
判例も採用していないの
で、機会提供か犯意誘発か
は相当性の一要素に落と
し込んだ。

m 自分なりに必要性の
要素のイメージがあり(犯
罪の重大性、嫌疑の濃淡、
代替手段の有無など)、お
とり捜査となった時点で
それらを思い浮かべなが
ら問題文を読み、事実を拾
っていく。

93 (ア) 上記と同じ基準によって検討すると、まず、会話の相手方である甲は、録音さ
94 れていると分かれば拒否したと考えられ、①を満たす。

95 そして、秘密録音は会話の自由、またプライバシーを侵害するおそれがあるが、
96 会話の内容は、相手の自由な処分に委ねられているものということができるから、
97 このような利益は重要な権利益とはいえない。

98 (イ) よって、②を満たさず、「強制的処分」にあたらない。

99 イ そこで、任意処分として上記の基準により適法性を検討する。

100 (ア) まず、上記のおとり捜査と同様事件の重大性、密行性、代替手段の不存在とい
101 う事情から秘密録音を行う必要性、緊急性が認められる。

102 (イ) 次に録音の相当性を検討する。

103 録音①は乙から電話をかけてものであるが、乙は流る甲にことさらけん銃密売
104 の話をさせるため働きかけたという事情はなく、相当性は認められる。

105 録音②は、誰でも入れ、隣のテーブルにいる人に会話が開くことも十分あ
106 りうる喫茶店内での甲乙の会話を録音したものであり、乙が特に働きかけたとい
107 う事情はなく、甲は自発的に話しているので、相当といえる。

108 録音③は甲の方から乙の携帯電話にかけられた電話について、Pがとっさの機
109 転を利かせて丙の協力を得て録音したものであり、この時も甲は自発的に話して
110 いるので、録音の手段方法が相当性を逸脱するとはいえない。

111 (ウ) 以上より、本件録音①②③は任意処分として適法である。

112 2 捜査報告書の証拠能力

113 (1) まず、前提となる捜査に違法はないから、違法排除はされない。

114 (2) もっとも、本件捜査報告書は公判期日における供述に代わる書面として伝聞証拠に
115 当たり、原則として証拠能力が否定されないか(320条1項)。

116 (3) 思うに、伝聞法則の趣旨は、人の供述は知覚・記憶・表現の過程のそれぞれにおい
117 て誤りが混入するおそれがあるにもかかわらず、反対尋問(憲法37条2項前段)によ
118 って吟味できないから、信用性が乏しい点に求められる。

119 よって、伝聞証拠とは、公判期日における供述に代わる書面又は公判期日外におけ
120 る他の物の供述を内容とする供述であって、原供述の内容の真実性を立証する場合を
121 いうと解する。伝聞証拠に当たるかは、要証事実との関係で決まる。

122 (4) 本件についてみると、録音テープ自体は、機械的正確性をもってなされ、供述の要
123 素もないから、非供述証拠にあたる。もっとも、本件捜査報告書は録音データを聞いた
124 Kによって作成され、書面化されている点で伝聞性があり、また録音されている会
125 話内容の真実性を立証しようとする場合には、さらに伝聞性が認められる。

126 (5) まず、報告書全体の伝聞性について検討すると、Kは録音データを再生し、聴覚を
127 もってその内容を認識した上、書面化しており、このような捜査は検証としての性格
128 を有する。そして、任意でされる検証も、強制処分としての検証と任意か強制かの違
129 いはあれその本質に違いはないから、321条3項の「検証」に含まれる。

130 よって、Kが公判廷で文書が真正に作成されたこと、すなわちKが作成したという
131 名義の真正と、検証を真摯に行ったという作成の真正を証言した場合には、捜査報告
132 書全体の伝聞性が解除される。

133 (6) 次に、書面の録音①②③に相当する部分について検討する。

134 ア まず、本件の立証趣旨は、甲乙間のけん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙間の会話の存
135 在と内容であり、甲は乙に対しけん銃を譲渡したこと自体を争っているから、要証事実
136 は甲乙間の譲渡の事実と考えられる。

137 イ まず、録音①については、甲と乙の会話と、その直後の乙の供述に分けられる。

138 (ア) 前者について、乙は「やはり物を購入したい」といい、甲は「分かった」と

n 秘密録音について
は、百選でも様々な見解
が紹介されており、定説
はないようだったので、
自分なりの考えを準備し
ておいた。

o 3つの場面それぞれ
について検討すると長く
なるので、意識してあて
はめはコンパクトにし
た。少なくとも一つの事
実を拾えればよしとし
た。

p 伝聞の論証は用意し
ていたものを書いたが、
答案構成段階では資料が
添付されていることに気
づかず、これを書いたあ
とに気づいてかなり焦っ
た。慌てて構成しなまし
たので、以下の内容はか
なり怪しいと思う。

q そもそも「反証」が
どういう扱いになるのか
分からなかったが、聞い
て移している以上五感の
作用かなと思い検証とし
た。

r 報告書で困ったの
は、細かい部分にたくさ
ん分けることができてし
まうので、一つ一つ検討
すべきかということ。以
下では一つ一つ検討した
が、出題趣旨によると会
話部分と乙の供述部分と
いう大まかに二つに分
け、むしろ伝聞例外の要
件をしっかり検討して欲
しかったように思う。

s 伝聞では要証事実を
確定しない以上何も論じ
ることができないのでま
ずはこれを確定。

139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184

答えているが、これはけん銃の譲渡の合意そのものではなく、交渉の約束の合意にすぎないから、言葉の存在自体をもっては要証事実を直接立証できない。
もっとも、甲乙のこのような言葉自体からその後譲渡がなされたことが推認できるから、このように使用する限りで要証事実の立証に役立つ。よって、甲乙の発言は内容の真実性は問題とならず、非伝聞にあたり、直ちに証拠能力を有する。

t 今になって思えば、やや細かく見過ぎかなとも思う。

(イ) 次に、乙の供述は、上記会話を要約したもので、けん銃譲渡の交渉の約束をしたことを内容としている。これも約束をしたことから譲渡の事実を推認できるが、それには乙の供述内容の真実性を立証する必要があるため、伝聞にあたる。

u こも自分なりの結論。妥当かどうかはわからなかったが、せめて規範→あてはめという形式は徹底した。

乙は被告人以外の第三者であるから、321条1項3号の伝聞例外の要件を満たす必要がある。乙は死亡しており、供述不能の要件を満たす。

次に、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」とは、事実認定に著しい差異が生じることをいうところ、甲乙間のけん銃譲渡についての交渉の約束の存在は、上記のとおり甲乙の発言自体によって立証でき、これをもって足りるから、乙の供述を欠いても事実認定に著しい差異が生じないといえる。

v 論述が不十分なまま終わってしまった。譲渡の事実の推認はできるかもしれない。

よって不可欠性の要件を欠き、証拠能力は認められない。

ウ 次に、録音②についても、甲乙の会話自体と、その後の乙の供述の二つの部分がある。

(ア) 前者については、譲渡の合意には目的物と代金についての合意が必要であるところ、甲の発言のうち、「2丁なら×××××」と代金にあたると思われる部分は聞き取れていない。よって、甲の条件の提示と、乙の「わかったよ」との応答の存在自体では譲渡の合意を立証できない。

w 規範は準備した通りに書けたが、あてはめではあまり事実を拾うことができなかった。今思えば虚偽供述のおそれは捨てきれないかもしれない。

(イ) 後者の乙の供述はけん銃譲渡の合意内容をいうものであり、この内容の真実性を立証することにより、要証事実を立証できる。よって、この乙の供述部分は伝聞にあたり、321条1項3号の伝聞例外に当たる必要がある。

供述不能と不可欠性の要件は満たす。次に、「特信性とは、2号との対比により絶対的特信性をいう。これは証拠能力の要件であるから、外部的付随事情を下に判断すべきである。もっとも、これを推知するために供述内容を斟酌することも許される。

本件では、乙はおとり捜査の協力者として供述しており、あえて虚偽をいう理由もないこと、直前の会話内容を要約して供述していることから、特信性が認められる。

(ウ) 以上より、乙の供述部分の証拠能力が認められる。

エ 録音③については、甲の「物は届いたんだろう。…あんたが代わりに300万円払ってくれ」との発言内容から、甲が乙にけん銃を300万円で売り、送ったことを証明することができる。すなわち、供述内容の真実性を立証するためのものであるから、甲の供述は伝聞にあたる。

x ここは誤り。発言の存在自体が問題となるため非伝聞。

甲は被告人であり、322条1項の伝聞例外の要件を満たす必要がある。そして、甲の供述内容は犯罪事実の自白にあたり、「不利益な事実の承認」にあたる。任意性についても、録音③の会話は甲から電話をかけてきたのであり、会話相手を乙の婚約者と知って自発的に話しているので、任意性に疑いがあるとはいえない。

以上より、甲の供述部分の証拠能力は認められる。

以上

再現者の総合コメント

＜第1問＞

まさかの過失犯に呆然。とりあえず、不作為犯かなと思った点についていつも通り書く。過失犯は一般論をおぼろげな知識で書くが、あてはめの仕方がよくわからずかなり怪しい感じに。

＜第2問＞

設問2の証拠の方にも捜査の混ざっており、捜査の分量が多かった気がした。伝聞は途中まで添付資料に気づかずあせる。報告書のどこが重点なのかよくわからず薄く広く書いてしまった。