

予備試験

論文過去問 最修講義

刑事系

H24



209-1900-1028-17

TAC W セミナー / 司法試験

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲は、中古車販売業を営んでいたが、事業の運転資金にするために借金を重ね、その返済に窮したことから、交通事故を装って自動車保険の保険会社から保険金をだまし取ろうと企てた。甲は、友人の乙及び丙であれば協力してくれるだろうと思い、二人を甲の事務所に呼び出した。甲が、乙及び丙に対し、前記企てを打ち明けたところ、二人はこれに参加することを承諾した。三人は、更に詳細について相談し、①甲の所有する普通乗用自動車（以下「X車」という。）と、乙の所有する普通乗用自動車（以下「Y車」という。）を用意した上、乙がY車を運転して信号待ちのために停車中、丙の運転するX車を後方から低速でY車に衝突させること、②その衝突により、乙に軽度の頸部捻挫の怪我を負わせること、③乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、必要以上に長い期間通院すること、④甲がX車に付している自動車保険に基づき、保険会社に対し、乙に支払う慰謝料のほか、実際には乙が甲の従業員ではないのに従業員であるかのように装い、同事故により甲の従業員として稼働することができなくなったことによる乙の休業損害の支払を請求すること、⑤支払を受けた保険金は三人の間で分配することを計画し、これを実行することを合意した。
- 2 丙は、前記計画の実行予定日である×月×日になって犯罪に関与することが怖くなり、集合場所である甲の事務所に行くのをやめた。甲及び乙は、同日夜、甲の事務所で丙を待っていたが、丙が約束した時刻になっても現れないので、丙の携帯電話に電話したところ、丙は、「俺は抜ける。」とだけ言って電話を切り、その後、甲や乙が電話をかけてもこれに応答しなかった。甲及び乙は、丙が前記計画に参加することを嫌がって連絡を絶ったものと認識したが、甲が丙の代わりにX車を運転し、その他は予定したとおりに前記計画を実行することにした。そこで、甲はX車を、乙はY車をそれぞれ運転して、甲の事務所を出発した。
- 3 甲及び乙は、事故を偽装することにしていた交差点付近に差し掛かった。乙は、進路前方の信号機の赤色表示に従い、同交差点の停止線の手前にY車を停止させた。甲は、X車を運転してY車の後方から接近し、減速した上、Y車後部にX車前部を衝突させ、当初の計画どおり、乙に加療約2週間を要する頸部捻挫の怪我を負わせた。甲及び乙は、乙以外の者に怪我を負わせることを認識していなかったが、当時、路面が凍結していたため、衝突の衝撃により、甲及び乙が予想していたよりも前方にY車が押し出された結果、前記交差点入口に設置された横断歩道上を歩いていたAにY車前部バンパーを接触させ、Aを転倒させた。Aは、転倒の際、右手を路面に強打したために、加療約1か月間を要する右手首骨折の怪我を負った。その後、乙は、医師に大げさに自覚症状を訴えて、約2か月間、通院治療を受けた。
- 4 甲及び乙は、X車に付している自動車保険の保険会社の担当者Bに対し、前記計画どおり、乙に対する慰謝料及び乙の休業損害についての保険金の支払を請求した。しかし、同保険会社による調査の結果、事故状況について不審な点が発覚し、保険金は支払われなかった。

出題の趣旨

本問は、甲、乙及び丙が、故意に人身事故を発生させ、保険金をだまし取ろうと企てたが、丙は、犯罪に関与することを恐れて実行行為に参加せず、甲、乙が故意に人身事故を惹起して、乙及び通行人Aに傷害結果を生じさせ、乙の慰謝料及び休業損害について保険金請求を行ったものの保険金は支払われなかったという事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、被害者の承諾、方法の錯誤、共謀の意義、共犯関係からの離脱、傷害罪における「人」の意義等に関する基本的理解とその事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

最修ポイント

1 「承諾」を整理する

→被害者の承諾は、個人的法益に対する罪との関係で問題となり、①構成要件該当性を阻却するもの（窃盗罪、器物損壊罪、逮捕監禁罪等）、②違法性を阻却するもの（傷害罪（通説）等）、③犯罪の成否に影響を与えないもの（13歳未満の者に対する性交等罪等）、④承諾の存在が構成要件要素であるもの（承諾殺人罪、同意堕胎罪等）に分かれる

→なお、私文書偽造罪は社会的法益に対する罪であるから、名義人の承諾（替え玉受験の事例等）は問題状況が異なる

2 論述にメリハリを付ける

→本問で、甲・乙に詐欺未遂罪が成立することは、明らかであるため、答案全体のバランスとの関係では、この点についての要件・当てはめは、簡潔に済ます

→反対に、丙についての共謀共同正犯の成否及び共謀関係の解消は、メイン論点となるから丁寧に論じる

→なお、共謀関係の解消を論ずる前提として、（共謀）共同正犯が成立していることが必要であるから、共謀関係の解消の論点に飛びつかない

3 共同正犯の成立要件を確認する

→試験対策上は、成立要件を実行共同正犯と共謀共同正犯とで区別する必要はない

→正犯性（正犯意思）を共謀とは別個の要件とする立場もある

→実行行為に準ずる重大な寄与を独立の要件とする立場もある

4 「離脱」と「解消」の違いを確認する

→共謀関係からの「離脱」は事実行為、共謀関係の「解消」は法的評価とされている

講師作成答案例

1 第1 甲の罪責

2 1(1) 甲は、X車をY車に衝突させて(以下「行為1」)、乙に加療約2週
3 間を要する首のねんざを負わせているから、行為1は、傷害罪(刑法
4 (以下「法」)204条)の構成要件に該当する。もっとも、乙は、甲が
5 X車をY車に衝突させて、乙に軽度の首のねんざを負わせることを承
6 諾しているため、違法性阻却が認められるかが問題となる。

7 (2) 傷害罪の被害者の承諾がある場合に、傷害罪の違法性阻却が認めら
8 れるためには、承諾を得た動機・目的、傷害の手段・方法及び損傷の
9 部位・程度等を考慮して、社会的相当性の限度を超えていないことが
10 必要であると解する。

11 (3) 確かに、乙のねんざ自体は軽度のむち打ち症にとどまり、損傷の程
12 度は軽い。しかし、承諾を得た目的は保険会社から保険金を詐取する
13 という違法行為を行う点にあり、また、傷害の方法も交差点での車同
14 士の衝突という高度の危険性を有するものである。そうすると、社会
15 的相当性の限度を超えているといえるから、違法性阻却は認められな
16 い。したがって、行為1には傷害罪が成立する(罪①)。

17 2(1) 甲は、行為1によりAに加療約1か月間を要する右手首骨折を負わ
18 せており、Aに対しても傷害罪の客観的構成要件該当性が認められる。

19 (2) もっとも、甲は、乙以外の者に怪我を負わせることを認識していな
20 かったため、傷害罪の故意が認められるかが問題となる。

21 故意責任の本質は、規範に直面したのに行為に及んだことに対する
22 道義的非難にあるところ、規範は構成要件として与えられている。し
23 たがって、構成要件の範囲内で、行為者の認識事実と実現事実が符合
24 していれば、故意は阻却されないと解する。なお、構成要件の範囲内
25 で故意は抽象化されるため、故意の個数は問題とならない。

26 甲は、乙という「人」を傷害する認識を有しながら、Aという「人」
27 を傷害したから、認識事実と実現事実が傷害罪の構成要件の範囲内で
28 符合する。したがって、Aに対する傷害罪の故意も認められる。

29 (3) よって、行為1には、Aに対する傷害罪も成立する(罪②)。

30 3 甲は、自作自演の事故の損害には保険金が支払われないため、これを
31 秘して、保険会社の担当者Bに対し、保険金の支払を請求しており(以
32 下「行為2」)、人を欺く行為(法246条1項)に当たる。しかし、同保
33 険会社は、事故に不審点を発見し、保険金を支払っていない。したがっ
34 て、行為2には詐欺未遂罪(法250条・246条1項)が成立する(罪③)。

35 4 以上より、甲には、罪①から③が成立し、①及び②は観念的競合(法
36 54条1項前段)となり、これと③が併合罪(法45条前段)となる。そ
37 して、②及び③は、乙との共同正犯(法60条)となる。

38 第2 乙の罪責

39 1 乙は、X車をY車に衝突させることにより、自己の首のねんざという
40 「傷害」を負っている。しかし、法204条の「人」は、行為者本人以外
41 の自然人をいうから、自傷行為には傷害罪の構成要件該当性が認められ
42 ない。したがって、乙に対する傷害罪は成立しない。

43 2 乙は、X車に衝突されたY車をAに接触させ(以下「行為3」)、Aに
44 骨折を負わせているため、傷害罪の客観的構成要件該当性が認められる。

[刑事訴訟法]

次の【事例】を読んで、後記〔設問〕に答えなさい。

【事 例】

- 1 警察官Kは、覚せい剤密売人Aを取り調べた際、Aが暴力団組員甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがある旨供述したので、甲を検挙しようと考えたが、この情報及び通常の捜査方法のみでは甲の検挙が困難であったため、Aに捜査への協力を依頼した。Aは、この依頼を受けて、事前にKから受け取ったビデオカメラをかばんに隠し、平成24年3月10日午前10時頃、喫茶店において、甲に「覚せい剤100グラムを購入したい。」と申し込み、甲は、「100グラムなら100万円だ。今日の午後10時にここで待つ。」と答えた。Aは、Aと会話している甲の姿及び発言内容を密かに前記ビデオカメラに録音録画し、Kは、Aからその提供を受けた。
- 2 Kは、同日正午頃、Aから提供を受けた前記ビデオカメラを疎明資料として裁判官から甲の身体及び所持品に対する搜索差押許可状の発付を受け、甲の尾行を開始したところ、甲が同じ暴力団に所属する組員の自宅に立ち寄った後、アタッシュケースを持って出てきたため、搜索差押許可状に基づく搜索を行った。すると、甲の所持していたアタッシュケースの中から覚せい剤100グラムが入ったビニール袋が出てきたことから、Kは、甲を覚せい剤取締法違反で現行犯逮捕した。

〔設 問〕

【事例】中の1記載の捜査の適法性について、問題点を挙げ、論じなさい。

出題の趣旨

本問は、覚せい剤取締法違反被疑事件における内偵捜査を題材として、おとり捜査及びその際のビデオカメラによる録音録画の適法性を検討させることにより、強制捜査の意義、おとり捜査、秘密録音及び秘密録画のそれぞれの問題点、許容されると考えた場合の適法性の判断基準について、基本的な知識の有無及び具体的事案に対する応用力を試すものである。

最修ポイント

- 1 逮捕・勾留・捜索・差押え等の典型的な捜査方法（強制処分）以外の捜査方法の適法性が出題された場合、①強制処分該当性、②任意処分としての適法性という二段階の検討を行う
 - ①の違法がある場合、違法収集証拠として排除可能性の検討の必要性が強くなる
 - ②のみの検討で済ますと、配点があった①の検討不足により、点数が伸びない
 - ①の検討は、当該処分の性質から行い、必要性・緊急性を考慮してはならず、②の検討では、必要性・緊急性を考慮する
- 2 おとり捜査に関する判例（最決平 16.7.12）の規範を確認する
 - 「少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見込みのみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法 197 条 1 項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。」
- 3 捜査方法を被侵害利益の観点から分解して検討する
 - ビデオカメラでの撮影（録音録画）は、会話内容のプライバシーを侵害する秘密録音とみだりに容ぼう等を撮影されない自由を侵害する秘密録画という二つの捜査方法の性質を有するから、分けて検討する
- 4 秘密録音は、捜査官が会話当事者双方に秘して行う盗聴でない限り、違法とはならず、また、違法であるとしても録音テープ等の証拠能力を否定する程度には至らない、という相場観がある
 - 任意処分としての秘密録音の適法性判断の考慮要素としては、「録音の目的、対象、手段方法、対象となる会話の内容、会話時の状況等の諸事情」（東京地判平 2.7.26）や「録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡など」（千葉地判平 3.3.29）が挙げられる

講師作成答案例

1 第1 おとり捜査の適法性

2 1 本件では、捜査機関である警察官Kから依頼を受けたAが、甲に対し、
3 その身分・意図を秘して覚せい剤をAに譲渡するよう働き掛け、これに
4 応じた甲が覚せい剤を準備して所持していたところをKが現行犯逮捕し
5 ているから、おとり捜査に当たる。

6 2 おとり捜査は、「強制の処分」(刑訴法197条1項但書)に当たるとす
7 れば、これを定める規定がないから強制処分法定主義に反し、また、無
8 令状であるから令状主義(憲法33条、35条)にも反することになる。
9 そこで、強制処分に当たるかが問題となる。

10 強制処分とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等の重要な権
11 利利益に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為をいうと解する。
12 なぜなら、強制処分法定主義と令状主義の両面からの厳格な法的規制に
13 服させる必要が認められる捜査手段に限定すべきだからである。

14 本件で、覚せい剤を売却するか否かに係る甲の意思決定の自由は重要
15 な権利利益といえる。しかし、Aの働きかけは、甲の意思を制圧するも
16 のではない。したがって、強制処分には当たらない。

17 3 もっとも、任意処分(刑訴法197条1項本文)であるとしても、おと
18 り捜査は、相手方の意思決定の自由を侵害する危険性があり、また、国
19 家が犯罪を創出する危険性を伴うものでもある。そこで、おとり捜査は、
20 ①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、②通常の見方
21 のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、③機会があれば犯罪を行
22 う意思があると疑われる者を対象とするものであるときは、任意処分と
23 して許容されると解する。

24 本件では、①覚せい剤取締法違反という薬物犯罪が捜査対象であり、
25 ②Aの甲から覚せい剤の購入を持ち掛けられたことがあるという情報及
26 び通常の見方のみでは甲の検挙が困難であった。そして、③甲は、
27 Aに覚せい剤の購入を持ち掛けたことがあり、Aから午前10時に覚せい
28 剤100グラムの購入を申し込まれたのに対して、その日の午後10時に
29 譲渡することを承諾しており、常に覚せい剤の売却準備をしていたとい
30 えるから、機会があれば覚せい剤の譲渡をする意思があったことが疑わ
31 れる。したがって、本件おとり捜査は、任意処分として許容される。

32 4 以上より、本件おとり捜査は適法である。

33 第2 秘密録音の適法性

34 1 Aは、Aと会話している甲の発言内容を密かにビデオカメラで録音し
35 ている(以下「本件録音」)。そして、Aは、私人であるが、Kの依頼に
36 基づき、Kから受け取ったビデオカメラで本件録音をしているから、本
37 件録音は、Kの捜査の一環といえ、捜査機関の行為と同視すべきである。

38 2 まず、本件録音が強制処分に当たる場合、令状を欠く検証(刑訴法218
39 条1項)として令状主義に反するから、強制処分該当性を検討する。

40 確かに、甲は、本件録音を認識していれば、これを拒否していたはず
41 であるから、その意思に反するといえ、意思の制圧が認められる。しか
42 しい、甲は、Aに対する関係では自己の会話が聞かれることを認めており、
43 会話に係るプライバシーを放棄し、その会話内容をAの支配下に委ねて
44 いたといえるところ、本件録音は、Aの同意に基づくものである。そう

45 すると、甲の会話に係るプライバシーは、要保護性が低く、重要な権利
46 利益に当たらない。したがって、本件録音は、重要な権利利益を制約し
47 ていないから、強制処分に当たらない。

48 3 もっとも、**任意処分であるとしても**、録音に同意していない甲の会話
49 に係るプライバシーを侵害する危険性がある。そこで、**秘密録音は、そ
50 の必要性、緊急性等を考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる
51 限度において許容されると解する。**

52 本件では、覚せい剤密売人Aが暴力団組員甲から覚せい剤の購入を持
53 ち掛けられたことがある旨供述している。この供述は、Aが報復等を受
54 ける危険性があるため相当の覚悟がなければできないものであるから、
55 その信用性は高く、甲の嫌疑は濃厚であった。しかし、Aによる情報及
56 び通常の捜査方法のみでは甲の検挙が困難であったから、覚せい剤取引
57 への関与を裏付ける甲の発言を確保するため、本件録音を行う緊急の必
58 要性があった。また、対象となる会話の内容は、覚せい剤譲渡に係るも
59 のに限定されているのに対し、本件は暴力団絡みの薬物事犯の可能性が
60 あり、その組織性・密行性から、秘密録音によらなければ有力な証拠の
61 収集が困難であるという公益上の必要性が高かった。そうすると、本件
62 録音の際、AがKの依頼を受けていることを甲に秘して覚せい剤の購入
63 を申し込むという偽計的手段を用いて甲に発言させたことを考慮しても、
64 本件録音は、相当と認められる限度のものとして許容されると考える。

65 4 以上より、本件録音は適法である。

66 第3 秘密録画の適法性

67 1 Aは、Aと会話している甲の姿を密かにビデオカメラで録画している
68 (以下「本件録画」)。そして、本件録画は、本件録音と同様、捜査機関の
69 行為と同視すべきである。

70 2 そこで、まず、**強制処分に当たるかを検討する。**

71 確かに、甲は、本件録画を認識していれば、これを拒否していたはず
72 であるから、その意思に反するといえ、意思の制圧が認められる。しか
73 しい、本件録画は、営業中の喫茶店での甲の姿を撮影したものである。と
74 すると、甲は、自己の行動をそこに入り出る他人の目にさらしており、
75 これを他人に見られないというプライバシーは有さず、みだりに容ぼう
76 等を撮影されない自由を有するにとどまる。そして、この自由の重要性
77 は必ずしも高くなく、重要な権利利益に当たらない。したがって、本件
78 録画は、重要な権利利益を制約していないから、強制処分に当たらない。

79 3 もっとも、**任意処分であるとしても**、**秘密録画は、その必要性、緊急
80 性等を考慮した上、具体的状況の下で相当と認められる限度において許
81 容されると解する。**

82 甲の覚せい剤取引への関与が認められるためには、前述した秘密録音
83 の必要性、緊急性等に加えて、録音された声の主体と甲との同一性が確
84 認されなければならないから、本件録画の必要性は高かった。他方、本
85 件録画の手段が盗撮であるとしても、喫茶店という公の場でのみだりに
86 容ぼう等を撮影されない自由が制約されているにすぎない。そうすると、
87 本件録画は、相当と認められる限度のものとして許容されると考える。

88 4 以上より、本件録画は適法である。 以上

MEMO

MEMO

