

第 1 刑法

■採点実感における重要な指摘の抜粋（他の科目にも妥当する指摘）

本問は、前記 2 のとおり、特に、甲の罪責を論ずるに当たって、各論点の体系的な位置付けを明確に意識した上、厚く論すべきものと簡潔に論すべきものを選別し、手際よく論じていく必要があった。すなわち、甲乙丙の罪責を論ずるに当たって検討すべき論点には、重要性の点において軽重があり、重要度に応じて論ずる必要があったが、そのような重要度を考慮することなく、本問において必ずしも重要とはいえない論点に多くを費やすなどしている答案も見受けられた。

また、本問を論ずるに当たって必要とされる論点全てに触れた答案は少数にとどまり、後述するとおり、甲の罪責について、刑法を体系的に理解することができていれば、必ず触れることができたであろう論点を落としている答案が多かった。ただし、例年に比べると、途中答案となってしまった答案は少なかったように思われた。さらに、法的三段論法の意識に乏しい答案も散見された。すなわち、甲乙丙の罪責を論ずるに当たっては、客観的構成要件該当性、主観的構成要件該当性、あるいは急迫不正の侵害の有無等を論ずる必要があるところ、そのためには、検討が必要となるそれぞれの規範を述べた上、事実を指摘して、これを当てはめる必要がある。この法的三段論法を意識せず、事実を抜き出して、いきなり当てはめるという答案が散見され、法的三段論法の重要性についての意識が乏しいのではないかと思われた。もとより、前記のように重要度に応じて記述する必要があるから、全ての論述について形式的にも法的三段論法を踏む必要はないが、少なくとも、規範定立を意識した答案が望まれる。

■問題① 平成 27 年司法試験刑法の甲の罪責部分から出題

※誤想防衛の処理を特に学んでほしい

第 1 甲の罪責の処理

1 強盗致傷罪（刑法（以下，略）240 条後段）の成否

→「強盗」の中で「暴行」要件を検討（程度，下位規範のストック）

→ひたたくり強盗に関する最決昭 45.12.22 の事案と比較しても否定すべき

2 窃盗罪及び傷害罪の成否

→「傷害」の定義

→「他人の」，「財物」，「窃取」，故意（本件説と占有説次第で結論が別れるので

論点化すると加点となる。），不法領得の意思

→「急迫」性を欠き，正当防衛は成立しない。

→以下，出題趣旨より抜粋

『甲の意図は，甲のかばんの取り返しであるから，仮に，甲の認識のとおり
の事態であった場合，甲の行為が正当化されるかどうかを検討する必要がある。
これが肯定されれば，甲は違法性阻却事由に関する事実を認識していたことに
なるし，否定されれば，その認識は違法性阻却事由に関する事実を認識してい
たということにはならない。そして，本件で問題となる違法性阻却事由は，正
当防衛ないし自救行為であるところ，そのいずれであるかは，甲の認識どおり
の事態，すなわち，C が甲のかばんを駅待合室から持ち去ったという事態が存
在すると仮定した場合，その事態が急迫不正の侵害に当たるかどうかという点
を検討することになる。そして，侵害の急迫性に関しては，窃盗罪の既遂時期
との関係を意識する必要がある。すなわち，本件において，C が駅待合室にあ
った甲のかばんを持ち去ったと仮定した場合，C は駅待合室を出て駅改札口を

通過するところであったから、窃盗は既遂に至っていると考えられるが、窃盗の既遂時期と侵害の急迫性の終了時期は必ずしも一致しないことを意識して急迫性の有無を論じることが期待されている。その結果、急迫性を肯定した場合は誤想防衛の問題となり、急迫性を否定した場合には誤解によって自救行為と認識していた場合（以下、便宜上「誤想自救行為」という。）の問題となる。これらの問題として処理する場合、違法性阻却事由に関する錯誤の刑法上の位置付けについて、論拠を示して論ずることとなる。具体的には、故意責任が認められる理由を示し、誤想防衛ないし誤想自救行為が故意責任にどのように影響するのかを論ずることとなる。その上で、甲の認識していた事態が正当防衛ないし自救行為の要件に該当するかを個別具体的に検討する必要がある。特に、甲の行為が過剰性を有する場合、誤想過剰防衛ないし誤想过剰自救行為となることから、甲の行為が、相当性、必要性を有する行為といえるかを、問題文にある具体的な事実を挙げて検討することが求められる。これらの検討の結果、過剰性が認められる場合には甲に傷害罪が成立することとなるが、誤想防衛ないし誤想自救行為として、傷害罪の故意を否定する場合、さらに、侵害について誤信した点についての過失を検討する必要がある。これに過失があるとなれば、過失傷害罪が成立することとなる。』

→窃盗の既遂時期と侵害の急迫性の終了時期については、窃盗犯人が占有を確保するまでは未だなお侵害の急迫性が継続していると評価して良いとされている（侵害の継続性についてのこの手の出題は司法予備では割りと見られる（予備 26 年、司法 25 年）ので注意しておくこと。）

第 2 丙の罪責（おまけ）

・窃盗罪

1 →客観的構成要件では占有の所在がメイン（「他人の」で論じて「窃取」で論じ

2 てもよい。事実が多いからメインになるという発想を得ることが大事。）

3 →主観的構成要件では不法領得の意思がメイン

4 →否定したら器物損壊罪（261 条）

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

■問題② 2019 年中央大学法科大学院入試問題

※なお、答案例は入試における 30 行制限を踏まえたものとなっている。答案を長く書くことより短く書くことの方が難しいので、『削り方』を学ぶ素材として使ってほしい。

第 1 甲の罪責

1 強盗致死罪（刑法（以下，略）240 条後段）の成否

(1) 甲は、当初、ハンターナイフ（刃長約 159mm・刃厚約 6.3mm）という殺傷能力の高い武器を A の胸元に突きつけ、その後は、激昂して A の顔面を殴っている。上記行為は犯行を抑圧するに足る「暴行」にあたる。財布とカバンは「他人の財物」にあたり、A の意思に反して占有を「強取」しているので甲は「強盗」といえ、A は「死」亡している。A の死因は特殊な脳の疾病に基づくが、特殊な脳の疾病に罹患している者を殴れば、転倒時に頭を打って脳に致命傷を与える危険性が認められるため、甲の行為の危険が結果に現実化したといえ、因果関係も認められる。

(2) 以上より、甲の上記行為に強盗致死罪が成立する。

2 詐欺罪（246 条 1 項）、有印私文書偽造罪（159 条 1 項）、同行使罪（161 条 1 項）の成否

(1) A という名義の偽りは重要な事実の偽りなので「欺いて」といえ、店員は錯誤に基づき機器 4 点という「財物」を「交付」している。また、甲は「行使の目的」で A という「他人の…署名を使用」して売上票用紙という「権利、義務…に関する文書」を人格の同一性を偽ることで「偽造」し、店員に提出させることで「行使」している。

(2) 上記犯罪は全て牽連犯（54 条 1 項後段）となる。計 4 回にわたり行っている

ものの、店長Cという同一被害者に対する同一機会における行為なので包括一罪となる。強盗致死罪とは併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責

1 乙が到着した時点で既にAは死亡していたが、一般人の観点からみれば、未だ客体の不能とはいえない。他方、乙は甲によるAの犯行抑圧状態を利用して承継的に財布とカバンを「強取」しているので、甲による先行行為とその結果に因果関係が認められ「共同して犯罪を実行した」といえる。故に、強盗罪の限度で共同正犯が成立する（236条1項、60条）。川にカバンを投棄した行為は不可罰的事後行為である。

2 詐欺罪、有印私文書偽造罪、同行使罪についても共同正犯が成立する。これらは牽連犯となり、強盗罪の共同正犯と併合罪となる。

以 上

■問題③ 平成 25 年司法試験

第 1 乙の罪責

1 (1) A の口を車内にあったガムテープで塞いだ行為は、人の身体に対する不法な有
2 形力の行使なので「暴行」にあたる。したがって、同行為は暴行罪（刑法（以下、
3 略）208 条）の構成要件を満たす。

4 (2) また、トランク内に閉じこめた行為は、間接的に相手方を拘束する行為なので
5 「監禁」にあたる。したがって、監禁罪（220 条）の構成要件を満たす。

6 (3) もっとも、暴行は監禁の手段として、監禁は後述の殺人の手段として行われて
7 いるので、全て後述の殺人罪（199 条）で評価されつくされている。したがって、
8 上記各行為は別罪を構成しない。

2 では、上記行為に殺人罪が成立するか。

9 (1) 乙は上記各行為（以下、併せて第一行為という。）後の B 車を燃やす行為（以
10 下、第二行為という。）によって A を殺そうと計画している。そこで、第一行為
11 の時点で第二行為の「実行に着手」（43 条本文）したといえるか。第一行為時に
12 は A に殺人罪の故意が認められないものの、第二行為時には A は殺人罪の故意を
13 抱いていることから、第一行為時に第二行為の「実行に着手」したといえれば同
14 罪の故意責任を問い得るので問題となる。

15 ア 実行行為が構成要件的結果発生の現実的危険性を有する行為を意味するこ
16 とに鑑み、「実行に着手」したと言えるためには実行行為に密接性を有し、か
17 つ、それ自体に構成要件的結果発生の危険性を認めることができる行為に着手
18 することを要すると考える。そして、密接性の判断においては行為者の計画を
19 考慮するとともに、第一行為と第二行為の時間的場所的近接性、第一行為が第
20 二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠か否か、第一行為に成功した場
21
22
23

合にそれ以降の計画遂行にあたり障害となる特段の事情の有無を考慮する。

イ まず、第一行為は、誰にも気づかれずにAを採石場まで運び、Aの抵抗や逃走を防ぐことを可能にするので、第二行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠である。次に、Aの口をふさいでトランクに閉じ込め、採石場まで運んで車ごと燃やして殺すという乙の計画の下では、夜の山中で警察官や通行人に見つかり犯罪が発覚するといった可能性が低く、第一行為に成功すればそれ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情は存しない。さらに、第一行為から第二行為までは時間にして1時間、距離にして20キロメートルと離れているものの、車を用いて移動していることからすれば、なお、時間的場所的近接性は認められる。したがって、第一行為と第二行為に密接性が認められる。

加えて、口をふさいでトランクにAを閉じ込めて山中の悪路を自動車で移動するという第一行為には、それ自体に吐き気を催させ、吐しゃ物をのどに詰まらせて窒息死させるという結果発生の現実的危険性が認められる。

ウ よって、第一行為の時点で「実行に着手」したといえる。

(2) そして、Aの死の結果が発生している。また、かかる結果と第一行為の間には、Vの行為が介在しているものの、前述した乙の行為の危険が現実化しているので因果関係も認められる。

(3) 他方、乙の認識した因果経過と現実の因果経過に齟齬が生じているため因果関係の錯誤が認められるが、両因果経過は危険の現実化の範囲で法的に符合しているため故意は阻却されない。

(4) 以上より、上記行為に殺人罪が成立する。

2 乙がB車ごとVを燃やした行為は、「死体」のAを「損壊」するものであるため死体損

壊罪（190 条）の客観的構成要件に該当する。もっとも、乙の故意は殺人罪の故意であり、国民の宗教的感情という保護法益と生命身体という保護法益に重なり合いが認められず、死体損壊罪の故意は認められない。したがって、同罪は成立しない。

3 V が B 車を燃やした行為に建造物等以外放火罪（110 条 2 項）が成立しないか。

(1) 「自己の所有に係る…物」には、共犯者の所有物であっても処分を委ねられた物であれば含まれる。B 車は甲の所有物であるが、甲は、B 車を燃やすよう乙に指示しているので、乙は甲から自己の所有物の処分を委ねられたと評価できる。したがって、B 車は乙にとって「自己の所有に係る…物」といえる。

(2) B 車は「前二条に規定する物以外の物」にあたる。

(3) 「放火」とは、焼損を惹起する行為をいう。乙が丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれを B 車の方に投げ付けた行為は、焼損を惹起するものなので「放火」にあたる。

(4) 「焼損」とは、火が媒介物から目的物に移り、独立して燃焼を継続する状態を意味する。本問では、丸めた新聞紙から B 車に火が移り B 車は炎上しているので、火が媒介物から目的物に移り、独立して燃焼を継続しているといえ「焼損」している。

(5) では、「公共の危険」が発生したといえるか。

ア 「公共の危険」とは、108 条、109 条 1 項物件に対する延焼の危険のみならず、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記物件以外の財産に対する危険をいう。そして、かかる危険は客観的に判断すべきと考える。

イ 確かに、本件駐車場は砂利の敷地であり、周囲には岩ばかりで本件採石場に建物はなく、当時夜間であったので人もいなかった。したがって、林のように火が地面を伝って周囲の人間や建物に燃え移る危険は認められない。したがっ

て、108 条、109 条 1 項物件及び不特定又は多数の人の生命、身体に対する危険は認められない。

しかし、乙が B 車を駐車した北側には C 所有の自動車、D 所有の自動車、E 所有の自動車順番に駐車されていた。したがって、同自動車は多数の人の財産とはいえなくとも、乙との関係では偶然その場に駐車されていたのであり、状況次第では誰が被害者になったか分からないという意味では不特定の財産にあたると言える。そして、C 所有の車の荷台にはベニヤ板が 3 枚積まれているので、引火した場合燃え続ける可能性が高い。また、当時の天候は晴れなので、雨により自然に鎮火することはなく、発火すればそのまま燃え続けると考えられる。さらに、北西に向かって毎秒約 2 メートルの風が吹いていたので、C 所有の自動車に火が燃え移りやすい状況だった。加えて、B 車の車内のシートは布製であり、後部座席には雑誌数冊と新聞紙が置いてあったこと、及び、乙が 10 リットルもの大量のガソリンを B 車の車内及び外側のボディーに満遍なくまいていることからすれば、B 車はかなりの火勢で燃え上がり、C 所有の自動車のベニヤ板に着火し、続けて D 所有 E 所有の自動車にも火が燃え移る危険性が非常に高かった。他方、放火時に風向きが変わっているが、再び風向きが戻ることは十分あり得ることからすれば、延焼の危険を妨げる事情とはならない。これらを総合すれば、不特定の財産に対する延焼の危険が認められる。

ウ よって、「公共の危険」が認められる。

(6) 「よって」という文言から、建造物等以外放火罪は結果的加重犯と解されるため、「公共の危険」の認識は不要と考える。

(7) よって、建造物等以外放火罪が成立し、後述のように甲と共同正犯となる。

4 罪数

1 以上より，殺人罪と建造物等以外放火罪の共同正犯が成立し，併合罪（45 条前段）
2 となる。

3 第 2 甲の罪責

4 1 殺害目的を秘して A を B 車助手席に乗せて発進した行為は，欺罔の方法により生
5 活環境から離脱させ，第三者の支配下に置くものなので「誘拐」にあたる。また，
6 甲は「生命…に対する加害の目的」を有する。したがって，同行為に生命加害目的
7 誘拐罪（225 条）が成立する。

8 2 上記行為は A を間接的に拘束するものとして「監禁」にあたり，監禁された旨の認
9 識がない点については，本罪の保護法益は行動の可能性なので，A はその可能性を
10 有している以上一時的に意識不明となっている A も「人」にあたる。したがって，
11 監禁罪が成立する。

12 3 B 車を燃やすよう指示した行為に殺人罪が成立するか。

13 (1) 上記行為は殺人罪の実行行為たりえるか。他人を利用して犯罪を実現する行為
14 が，正犯の実行行為と評価できるかが問題となる。

15 ア 他人を利用する場合であっても，一方的支配利用関係及び正犯性が認められ
16 れば，正犯の実行行為と評価できると考える。

17 イ 乙は，B 車を運転している途中で甲の意図に気付いているので，その時点で
18 道具性が失われる。したがって，一方的支配利用関係は認められない。

19 ウ よって，上記行為は正犯の実行行為と評価できない。

20 (2) また，間接正犯の場合，被利用者基準で「実行の着手」の有無を判断すべきと
21 考えるため「実行に着手」したともいえない。

22 (3) 以上より，上記行為に殺人罪は成立しない。

23 4 上記行為につき，甲は乙に自己の意図を秘して指示しているため，片面的共同正犯

1 の成否が問題となるが否定される。なぜなら，片面的共同正犯の場合，共犯者間で
2 互いの行為及び結果に因果性を与え合うことで共同して犯罪を実現するという 60
3 条の根拠が妥当せず「共同して犯罪を実行」したとはいえないからである。

4 5 そうだとすれば，甲の上記行為は，客観的には殺人罪の教唆犯（199 条，61 条 1
5 項）であるのに対し，主観的には殺人罪の間接正犯ということになる。そこで，軽
6 い教唆犯に対応する故意が認められるか。

7 (1) 故意責任の本質は，反対動機が形成可能であったにもかかわらずあえて犯罪に
8 出た態度に対する道義的非難である。かかる本質に鑑み，構成要件間に実質的な
9 重なり合いが認められる限度で故意が認められると考える。

10 (2) 殺人罪の教唆と殺人罪の間接正犯は，生命身体という保護法益の共通性が認め
11 られ，他人の行為を介して犯罪を実現するという点で行為態様も教唆の限度で共
12 通する。

13 (3) よって，殺人罪の教唆犯が成立する。

14 6 上記行為に，乙と建造物等以外放火罪の共同正犯（110 条 2 項，60 条）が成立
15 するか。甲は何ら実行行為を行っておらず，共謀共同正犯の場合も「共同して犯罪
16 を実行した」といえるかが問題となる。

17 (1) 前述の 60 条の根拠は共謀共同正犯にも妥当するため，係る場合であっても共
18 謀及び共謀に基づく実行行為が認められれば「共同して犯罪を実行した」といえ
19 ると考える。

20 (2) まず，B 車を燃やすように甲が指示し，乙が了承しているので，建造物等以外
21 放火罪の意思連絡が認められる。そして，具体的な放火場所や方法は甲が自ら指
22 示し，ガソリンを用意したのも甲なので，甲は積極的に犯罪を遂行しようとして
23 いる。また，甲は組長であり乙は末端組員なので，従属関係が認められ，一連の

計画は甲が自己の犯罪として行ったといえる。故に、正犯性が認められる。したがって、建造物等以外放火罪の共謀が認められる。

また、それに基づいて乙がB車を燃やしている。

(3) よって、乙と建造物等以外放火罪の共同正犯が成立する。

7 以上より、甲には生命加害目的誘拐罪、監禁罪、殺人罪の教唆犯、建造物等以外放火罪の共同正犯が成立する。生命加害目的誘拐罪と監禁罪は、自然的観察の下、行為者の動態が社会見解上一個と評価できるので観念的競合（54条1項前段）となり、殺人罪の教唆犯と建造物等以外放火罪が観念的競合となり、両者は併合罪となる。

以 上

■問題④ 事例から刑法を考える第4問（第2版）

1 1 段落

・Yは「B…に殴る蹴る等の暴行を加え、そのためBが負傷することもあった」の
で、かかる行為は人の生理的機能に障害を加えるものであるから、傷害罪（刑法
（以下、略）204条）が成立する。

・Xは「Yが暴行を加えることがあるのを知っていたが、事を荒立てたくないため黙
認していた」のであるから、傷害の故意は認められる。そこで問題となるのはいか
なる形式で傷害罪に問うかである。

→まず、「Yは…Xの目の前でBに暴行を加えることはなかった」のであるか
ら、XY間に共謀は認められない。片面的共同正犯を否定するのが判例通説であ
るため、XYに共同正犯は成立しない。

→そこで、Xの単独犯となるわけであるが、次に問題となるのは正犯か狭義の共犯
かである。これは正犯意思の有無で判断され、重要な役割を演じていたか、積極
的に自己の犯罪として犯罪を遂行していたか等によって総合的に判断される。本
問では、「Xは、Yが暴行を加えることがあるのを知っていたが、事を荒立てた
くないため黙認していた」にすぎず、関与の程度が弱いので正犯意思が認められ
ず幫助となる。なお、このように作為犯を阻止しない行為の評価については、現
在の通説は、不作為者と作為者を比べれば、作為者の方が犯罪実現にとって圧倒
的に重要な役割を果たしていることに鑑み、不作為者は原則として幫助にしかな
らないと考えている。1つのメルクマールとしてストックしておけばよいだろ
う。片面的幫助を認めるのが判例通説なので、次に問題となるのは不作為による
幫助の成立要件となる。この点については法的作為義務の有無、作為の期待可能
性容易性が肯定されればよく、本問の事情の下では排他的支配、監護義務がある

ことから前者が肯定され、Y に声をかける、あるいは B を遠ざける等の作為を行うことは可能かつ容易といえるので後者も肯定される。最後に、結果回避可能性（あればこれなし）にも一言触れておくことが必要となり、肯定できると考えられるので、X に不作為による傷害罪の幫助犯が成立する。

2 2 段落

・2 段落の行為については分析が難しいと感じた人が多かったのではないかと推測される。いかにして行為を切り抜くかという問題である。このような場合は、最高裁判例との比較という視点、いかにして行為を切り抜くことが最も自然で事案に即しているといえるか、行為者の客観と主観、という複合的な視点で分析することが必要となる。

→まず、検討対象となる行為を切り抜くと、XY が Z に B を預けた行為ということになる。この行為は客観的に見れば「遺棄」あるいは不作為による殺人である。そこで、殺人罪に問うためには殺意がなければならないので殺意の有無についてみると、X に殺意はなく、Y も将来的に B が死ねばよいと考えているが、この時点では「うるさい X が黙るし、目障りな B もしばらくいなくなるなら、むしろいい機会かもしれない、あとで B がどうなるかは知ったことではない」と考えているのみであって、預ける行為について殺意があるとは言えない。また、Z についても、保身のためにとりあえず B を受け取っているにすぎず、この時点で殺意までは認められないであろう。

→そこで、「遺棄」であるとして 217 条、218 条のいずれに問うべきかが問題になるが、XY は保護責任者といえる（Y は B の実親ではないが、事実上の保護者として保護責任を認め得る。）ので 218 条に問疑するべきであろう。もっとも、「遺棄」とは要保護者を場所的に移動することによって危険を創出

1 することを意味するが、XはZに預ければ治ると信じていたのであり、「危
2 険を創出する」ことの認識認容にかけ、故意は認められない。他方、YZは問
3 題文の事情からすれば認められるだろう。なお、最高裁平成17年7月4日
4 （シャクティ事件）は親族に保護責任者遺棄罪の故意を認めて犯罪成立とし
5 ているが、これは同事案の被害者がもともと入院して治療を受けており、点
6 滴等の医療措置が必要な状態にある脳内出血の病気にあったという事情があ
7 り、被告人はこれを認識していた以上、預ければ病気が治ると信じていたと
8 しても、遺棄の故意を認めざるを得ない事案だったのであり、単なる風邪を
9 ひいていたに過ぎない本事案とは事案を異にする。そして、「この時点でB
10 を病院に連れて行き、適切な治療を受けさせれば、Bの治療と究明は、まず間
11 違いなく可能だった」ので結果回避可能性もあり、Yには保護責任者遺棄致死
12 罪が成立する。

13 →但し、Yと異なり、Zは保護責任者にあたらない（契約による引き受けと考え
14 ることもできるが、預けた段階では少し早すぎる気がする。後述のように完
15 全に自己の支配下に置いた時点で保護責任者たる地位を取得したと考えるほ
16 うが自然と思われる。）ので、218条の遺棄に保護責任者でない者が加功し
17 た場合の処理が問題となる。この点については様々な考えがあるところであ
18 るが、遺棄のうち移置については不真正身分、置き去りについては真正身
19 分、不保護については真正身分と考えておけば足りる。したがって、本問で
20 は65条2項により2段落の時点ではZは単純遺棄罪の共同正犯となる（但
21 し、3段落でZに不作為による殺人未遂が成立して吸収されるので、あまり
22 意味のある議論ではない。）

23 →まとめると、2段落の時点では、Xに犯罪は成立せず、Yは保護責任者遺棄致

死罪，Z に単純遺棄罪が成立する。

3 3 段落

- ・3 段落の段階では Z に未必の殺意が生じているので 不作為による殺人の成否が問題となる。ここは不作為の実行行為性をメインに論じればよい（ここはあてはめがメインなので，事実を抽出して評価できたかが合否の分かれ目となる。）が，「2 日後の時点では，B を病院へ連れて行ったとしたら，救命の可能性があったとは断言
できず，それは五分五分といったところであった」ので結果回避可能性がなく，未
遂にとどまる。そして，部分的犯罪共同説によれば，Y とは保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる。

4 4 段落

- ・ここでは Z に不作為による死体遺棄罪が成立するか否かが問題となる。この点はあまり考えたことがない問題だと思うが，理由さえ自分なりに論じていれば結論は肯定否定どちらでもかまわない。Z は埋葬義務者ではないし，死体の監護まで引き
受けたわけではないと考えれば作為義務は否定されるであろうし，適切な治療のた
めに子供を預かるという委託の趣旨には，万が一の場合には直ちに親に引き渡す等
の監護を講じるという内容まで含まれていると考えれば作為義務を肯定できるであ
ろう。

1 第 2 刑事訴訟法

2 ■問題① 平成 26 年司法試験刑事訴訟法 アガルート答案例

3 第 1 設問 1 について

4 1 小問 1 について

5 (1) 取調べ①について

6 ア まず、任意同行及びその後の取調べ自体は任意捜査の一環として許容され
7 る（197条1項本文）。しかし、実質的逮捕に当たる場合には、令状主義
8 違反として違法となる（199条1項参照）。そして、実質的逮捕に当たる
9 か否かは、同行を求めた時刻・場所、同行の方法・態様、取調べの時間・場
10 所・方法、その間の監視状況、被疑者の対応状況等の事情を総合的に判断し
11 て、被疑者に対する意思の制圧を伴うものであるか否かによって決する。

12 本問では、まず、任意同行の状況については、午後1時という不適切では
13 ない時間帯に着手し、甲はこれに素直に應じており、捜査官が有形力を行使
14 したような事情はうかがわれない。

15 また、取調べ状況については、宿泊を伴い、2日間で合計17時間程度に
16 上るが、適宜食事や休憩をとらせながら実施されていること、甲が取調べの
17 中止や取調室からの退去を希望したことはないこと、宿泊については甲の方
18 から提案があったこと、甲自身が宿泊代を支払っていること、捜査官が監視
19 や同行をすることなく甲が1人で宿泊をし、1人でM警察署に出頭している
20 ことからすれば、任意同行及びそれに続く取調べ①に強制的要素はなく、甲
21 の意思を制圧していたものとは認め難い。

22 イ 取調べ①が強制処分に当たらないとしても、取調べは、任意捜査として許
23 容されるにすぎず、行動の自由や意思決定の自由を制約するものであるか

1 ら，比例原則の適用がある（197条1項本文参照）。すなわち，事案の性
2 質，被疑者に対する容疑の程度，被疑者の態度等諸般の事情を勘案して，社
3 会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において許される。

4 本件は，殺人及び窃盗事件という重大事件である。また，殺人・窃盗は同
5 一犯人によって実行された可能性が高いところ，甲はダイヤモンドの質入れ
6 をしており，事件との関与が強かうかがわれる。そして，甲は質入れ行為は
7 認めつつも，その入手方法については供述を変遷させており，事実関係を確
8 認する必要がある。また，目撃者がおらず，真相解明のため甲に取調べを実
9 施する必要性は高い。一方，甲は，11日の取調べ終了時に，翌日の取調べ
10 に対して一度は難色を示したものの，「1日くらいなら仕事を休んで，取調
11 べにに応じてよい。」などと述べており，捜査に協力的である。また，宿泊
12 の点についても，甲自身が宿泊場所の提供を依頼していること，自費で宿泊
13 していること，甲がHホテルに宿泊中，Pが捜査員を派遣したことはないこ
14 と，翌日は，1人でM警察署に出頭していることからして，宿泊及び翌日の
15 出頭が甲の意思や行動を強く制約しているということもできない。以上か
16 ら，宿泊を伴う連日の取調べという甲に肉体的・精神的負担を強いるもので
17 あることを勘案しても，取調べ①は，社会通念上相当と認められる方法ない
18 し態様及び限度にとどまっているといえる。

19 ウ したがって，取調べ①は適法である。

20 (2) 取調べ②について

21 ア 取調べ②についても，実質的逮捕に当たらないかを検討する必要がある。

22 まず，取調べ②の前提となる2泊目の宿泊は，取調べ①の前提となる1泊
23 目の宿泊と異なり，ホテルへの宿泊を断った甲がPに説得されたことによ

り、実現している。また、宿泊したHホテルの客室は、鍵の掛からないふすまを隔てた隣の部屋（しかも、甲がホテルの通路に出るためには必ず通過しなければならない。）に3名の司法警察員が待機している状況であり、甲はこれに対しても異を唱えているものの、やはり、捜査官による説得に応じている。さらに、甲は警察車両に乘せられてM警察署に出頭している。これらの事実からすれば、甲は宿泊及び取調べに応じざるを得ない状況におかれており、無形の圧力により、甲の意思が一定程度制約されていたといえる。

もっとも、Pらが有形力を行使したという事情はなく、渋々ながらも、甲が宿泊に応じていること、取調べ中にPが、甲に適宜食事や休憩をとらせていること、甲が、取調べ開始から逮捕まで、取調べの中止を訴えたり、取調べ室からの退去を希望したりすることはなかったことからすれば、甲の意思を制圧したとまでは認め難く、取調べ②も実質的逮捕に至っていたとはいえない。

イ では、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度にとどまっているといえるか。

確かに、上記のような客室において、警察の費用で宿泊をしていること、甲はこれに対して異を唱えていること、甲が逮捕されるまで3日間で合計25時間程度の取調べがなされていること、甲は警察車両に乘せられてM警察署に出頭していることからすれば、甲の精神的・肉体的苦痛は軽微とはいえない。

しかし、本件が重大事件であるだけでなく、取調べ②の時点では、甲がその前日、窃盗に加えて殺人の事実についても具体的に自白して供述録取書の作成に応じ、凶器の投棄場所を記載した図面を作成したことにより、その嫌

疑は取調べ①時点より非常に高まっていたといえ、事件の詳細な事情を聴取したり、山中に棄てたとされるゴルフクラブの投棄場所の実況見分に立ち会わせるなどの高度の必要もあったといえる。また、取調べは、甲に適宜食事も休憩をとらせた上で実施されており、甲に対する負担を軽減する配慮がなされており、現に取調べの中止等を希望したりすることはなかった。さらに、2泊目の宿泊では、甲と捜査官との間は、ふすまで仕切られており、警察官が甲の部屋をのぞくようなことはしないと約束しているから、監視による精神的苦痛も限定的なものであり、甲も諦めの気持ちながらも、これに説得されている。

以上のような事実からすれば、取調べ②も社会通念上相当と認められる方ではないし態様及び限度にとどまっているというべきである。

ウ 以上より、取調べ②も適法である。

2 小問2（取調べ③）について

- (1) 取調べ③は、甲が起訴され、被告人としての地位を有することになってからの取調べである。まず、198条1項は「被疑者……を取り調べることができる」としているため、そもそも、被告人を取り調べるのが問題となる。確かに、刑事訴訟法の採用する当事者主義（298条1項、312条1項等）及び公判中心主義（282条1項、303条等）の観点から、起訴後の取調べは、できる限り避けなければならない。しかし、任意捜査は、一般的に197条1項により、起訴の前後を問わず認められているのであるから、198条の「被疑者」の文言を根拠にこれを否定するのは妥当でない。そこで、公訴維持のために必要があれば、任意捜査として行われる限度で許容されると解する。もっとも、当事者主義の観点から被告人の地位を傷つけない態様の取調べであること

が必要である。また，公判中心主義の観点から，起訴後，公判廷外での証拠収集活動が第1回公判期日前に限られている（226条，227条，179条等）ことからすれば，取調べもその時点までに限られると解する。

(2)ア 本問では，未だ第1回公判期日が開かれていないから，この点で取調べが制限されることはない。

イ また，甲を起訴した3日後になって，乙がW方でダイヤモンドの指輪及びルビーのペンダントを窃取し，ダイヤモンドの指輪は友人の甲に無償で譲渡したと供述し，甲の供述及び甲に対する公訴事実と異なる事実を供述している。その上，Vの宝石箱や犯行に使われたゴルフクラブから乙のものと合致する指紋が出てきたほか，乙が供述した質屋からルビーのペンダントが発見され，そのペンダントは，Vの所有物に間違いがないことが判明するなど，客観的にも乙の供述を裏付ける証拠が出てきている。よって，公訴を維持するために，事実関係を確認する必要がある，そのために甲の取調べを実施することが必要であったといえる。

ウ また，本問では，甲の弁護人を立ち合わせていないものの，Rの告知により，甲が取調べを拒否できることを十分に知った上で，これを拒否せず取調べに応じているのであるから，甲の被告人としての地位を傷つけない態様で実施されたといってよい。

(3) 以上より，取調べ③は，任意捜査として適法である。

第2 設問2について

1 本問では，第1回公判期日前の公判前整理手続において，公訴事実と検察官の立証方針が異なっている。ここで，審判対象が訴因であることからすると，訴因を構成する具体的事実に変動があった場合には，訴因変更手続を要すると解すべ

きである。特に，訴因の機能は第一次的には審判対象の画定にあるから，そのために不可欠な事実（「罪となるべき事実」（256条3項））が変動した場合には，被告人の防御に対する影響にかかわらず，訴因変更が必要である。しかし，それ以外の事項の変動については，必ずしも訴因変更手続を要するものではない。まず，窃盗から盗品等無償譲受けへ訴因を変更すると，構成要件自体が変動することから，審判対象画定のために必要な事実が変動することとなる。そのため，検察官は訴因変更手続を請求しなければならない。一方で，殺人の日時を変更したとしても，構成要件は変動せず，また軽微な変更にとどまることから，審判対象画定のために必要な事実が変動することとなるわけではない。しかし，検察官が起訴状と異なる事実を意識的に立証する方針を採用している場合，それが証拠の提出に先立っているのであれば，起訴状の記載と食い違う限り，事実の僅かな変動であっても，訴因変更のための手続（312条1項）をとらなければならないと解すべきである。特に，公判前整理手続においては，訴因を基礎として争点が形成され，証拠の厳選が行われるから，なおさら検察官はあらかじめ立証活動と訴因事実の間で齟齬が生じるのを回避すべきである。

したがって，検察官は，訴因変更請求をすべきである。具体的には，殺人罪の訴因について「平成26年2月3日午後1時頃，……（以下同じ）」と，窃盗罪の訴因について「2月2日午後7時頃，U建設会社従業員寮の甲の居室において，W方において乙が窃取してきたV所有の指輪1個を，それが盗品であると知りながら同人からもらい受け，もって盗品を無償で譲り受け」と，訴因変更（ないし予備的訴因の追加）を請求すべきである。

2 もっとも，訴因変更は「公訴事実の同一性」（312条1項）を害さない限りにおいて認められる。では，「公訴事実の同一性」の有無をどのような判断基準

1 で判断すべきか。

2 「公訴事実の同一性」は、訴因変更の限界として、1 個の刑罰権の存否およ
3 び内容を解明する審判手続の広がり限界を画すると共に、その裏返しとし
4 て、二重起訴や一事不再理効等の及ぶ範囲を画する機能も有する（337 条 1
5 号、338 条 3 号、378 条 3 号参照）。このような機能からすれば、両訴因
6 が 1 個の刑罰権の枠内に含まれているかという観点から判断すべきである。具
7 体的には、両訴因の基本的事実関係の同一性を基本本としつつ、非両立関係の
8 有無を補充的に勘案すべきである。

9 3 (1) まず、殺人罪の訴因については、訴因事実として掲げた事実と事件の真相

10 は、日時において 1 日食い違いがあるだけで、行為、場所等その他の事実は全
11 て同じである。そうすると、直ちに社会的事実の同一性（共通性）を確認でき
12 るから、非両立性基準を持ち出すまでもなく、基本的事実関係の同一性を肯定
13 できる。

14 したがって、「公訴事実の同一性」が認められるから、訴因変更請求は許
15 される。

16 (2) 次に、窃盗罪の訴因については、日時が 1 日ずれているだけではなく、U
17 建設会社従業員寮の甲の居室における乙からの盗品等無償譲受行為が問題と
18 なっており、新旧両訴因の日時、場所、行為等の点で重なり合いが乏しく、
19 直ちに社会的事実の同一性を確認できない。もっとも、起訴後の捜査によっ
20 て、事件の真相は、甲が、平成 26 年 2 月 2 日午後 7 時頃、U 建設会社従業
21 員寮の甲の居室において、乙から盗品と知りつつダイヤモンドの指輪を無償
22 で譲り受けたものであることが判明しており、両訴因の背後にある社会的事
23 実関係に目を向ければ、ダイヤモンドの指輪は同一であることが確認されて

いる。そうすると、甲が、2月2日W方で盗まれたダイヤモンドの指輪をその1日後である同月3日午前中に持っていたなどの一連の社会的事実を巡る法的な評価が異なっているだけであって、社会的事実は同一である（非両立関係にある）と解することができる。

以上から、基本的事実関係の同一性は認められる。したがって、「公訴事実の同一性」が認められ、訴因変更請求は許される。

以上

■問題② 平成 24 年司法試験刑事訴訟法の捜査部分から出題

1 捜査①（K による乙宛て荷物の開封）の適法性

- 捜索の要件については、対象が被疑者の場合は、嫌疑（219 条 1 項，規則 156 条 1 項），必要性（218 条 1 項），管理権が及んでいること（憲法 35 条 2 項）となり（但し，嫌疑と必要性については採点実感で指摘されないので省略して良い（すべき）であろう。），対象が第三者の場合は，それに加え，被疑事実と関連する証拠物存在の蓋然性（222 条 1 項本文前段，102 条 2 項（「押収すべき物」（102 条 2 項）＝「証拠物…と思料する物」（99 条 1 項）））も必要となる。

• 時的限界の論証

→そもそも，令状裁判官は，令状の有効期間（219 条 1 項。規則 300 条）内における「正当な理由」たる証拠物存在の蓋然性を判断しており，物がいつ持ち込まれるかは問題としていない。そうだとすれば，有効期間内に場所に存在する物に関しては，その持ち込まれた時期がいつであるかを問わず，司法審査を経ていると言え，令状の効力が及ぶというべきである。また，捜査機関は有効期間内であれば，いつ捜索に着手して良いのであるから，捜索の着手時期の先後によって令状の効力が及ぶ範囲が左右され则认为するのは妥当でない。さらに，令状呈示（222 条 1 項本文前段，110 条）の趣旨は，手続きの明確性と公正を担保し，被処分者に裁判の内容を知らせる機会を与え，不服申し立ての便宜を図る点にあり，呈示行為自体に令状の効力の及ぶ範囲を限定するという機能はない。したがって，令状の有効期間内であれば令状の効力が及びうると考
える。

• 管理権

→そもそも、憲法 35 条 1 項を受けて規定された 219 条 1 項の趣旨は、令状裁判官に「正当な理由」の判断を可能ならしめ、又、執行機関の権限を限定することとで一般的探索を防ぎ、被処分者のプライバシー権（憲法 13 条後段）を保護する点にある。かかる趣旨及び「各別の」（憲法 35 条 2 項）との文言に鑑み、「場所」に対する令状の効力は当該搜索場所と同一の管理権に服する範囲に及ぶと考える。

→【－の事実】

「甲宛て」「乙宛て」「甲宛ての荷物を甲に」「乙宛ての荷物絵を乙に」「自分の足下に」

→【＋の事実】

「代表取締役社長」「従業員」「お前宛のは、お前一人でさばく分、乙宛てのは、お前と乙の二人でさばく分」「乙にも伝えておけ」（「数名の従業員が同事務所で働いていることが判明した」）

・被疑事実と関連する証拠物存在の蓋然性

→被疑事実と関連

⇒甲の平成 23 年 10 月 2 日営利目的覚醒剤所持罪

⇒「ブツを送る。」…覚醒剤

⇒「いつものようにさばけ。」…営利目的

⇒「かつて覚せい剤取締法違反で検挙したことのある者…出入り」

→証拠物存在の蓋然性

⇒「内容物については「書籍」と記載」「U 株式会社」「伝票の筆跡は酷似」「外箱も

同じ」「その地番は実在せず、また、電話番号も現在使用されていない」「今更

返せないよな」「仕方ないですね」「無言」

2 捜査②（Kによる乙のロッカーの捜索）の適法性

- 書く内容はほとんど変わらない（のではないか），ただし，218条1項の
は被疑事実が「甲の」営利目的覚醒剤所持，220条1項2号，3項の場合は被疑
事実が「乙の」営利目的覚醒剤所持という違いが生じる点には注意すべき。

- 管理権

→「施錠」「ロッカー」

→「社長室に隣接」「社長室の壁に掛かっていた」「マスターキー」「更衣室もロッカ
ーも，社長の俺が管理している」

- 被疑事実と関連する証拠物存在の蓋然性

→乙宛ての荷物から覚醒剤が発見されているという事実，「隣の更衣室のロッカ
ーにでも入っているんじゃないの」「拒否」「応じなかった」

■問題③ オリジナル問題

1 設問 1

検討の対象となる捜査自体は下線部が引かれているので特定されている。そこで、刑事訴訟法（以下、略）212 条 1 項の要件を満たすか否かを検討することとなる。まずは条文文言から問題提起を行い、規範定立を行う。規範は論パとして完全に頭に入れておくように。甲の供述も資料となっているので、供述証拠を資料とできるかについても規範段階で言及すること。本問は、単純な犯罪と犯人の明白性のあてはめのように思える。「V を刺した。」という供述、通報があった 1 時から逮捕までは 20 分しかたっておらず甲以外の者が現場に立ち入って V を刺殺するほどの時間がなかったこと、場所的同一性から、P からみた犯人の明白性は認められる。もっとも、「V がボールをもって襲い掛かってきたので、殺されると思い、自分の身を守るため、無我夢中で近くにあった果物ナイフを手に取り、V を刺した。私は何も悪くない。」という供述から、甲に正当防衛が成立することが推認される状況であった。そして、正当防衛が成立する場合、違法性が阻却されて犯罪が成立しないので、P からみた犯罪の明白性が認められないのではないかが問題となる。これが本問の特殊性である。この点については、最高裁判例があるわけではないので自分なりに理由を述べて立論できていれば結論がどうであろうとかまわない。1 つの例として、正当防衛状況の確認が容易でないこと、構成要件に該当さえすれば違法であることが推定されるのが原則であることから、正当防衛であることが明らかといえる状況でない限り、疑いがある程度では犯罪の明白性は否定されないと述べればよい（京都地判平成 24 年 6 月 7 日、大コメ 4 巻 2 版 486 頁参照）。本問では、正当防衛状況を推認させる資料は甲の供述のみであり、また、仮に甲が V の胸をナイフで刺す行為が「やむをえずした」

といえる場合、V による「不正の侵害」が相当危険なものでなければならぬと
考えられるが、「P が甲方に臨場して甲に事情を尋ねた際、甲の頭髮や衣服な
どには若干の乱れがあったものの、特段目立ったけがをしている様子は確認され
なかった」のであるからそのような危険性は判断できないといえる。したがって、
正当防衛であることが明らかといえる状況とはいえず、P からみた犯罪の明白性
は認められる。また、逮捕の必要性についても簡潔に言及すべきである。

2 設問 2

- ・書面全体については捜査報告書という題名ではあるが実質は実況見分調書なので
「書面」（320 条 1 項）→321 条 3 項準用の流れを示せばよい。

- ・「V の胸を果物ナイフで刺しました。」という供述部分については、仮にこの部
分が伝聞に当たるのであれば、この部分のみが供述録取書たる性質を有するので
別途 322 条 1 項の要件を満たさなければ証拠能力が認められないこととなる。
そこで伝聞か否かを検討することとなるが、伝聞か否かの検討に当たり最も重要
なのは事件の争点を把握して、当該供述が争点との関係でいかなる意味を持ち、
いかなる立証過程を経て当該争点を推認するのかを具体的に考えることである。

その際に立証趣旨を第 1 次的に参考にすることとなる（本問では立証趣旨を明示
していないのでここは気にしなくてもよいが、本番では明示されているであろう
から必ず参考にすること。）。そこで、本件について検討すると、本件では「公
判前整理手続において A が、甲が V を刺した事実については争わないものの、正
当防衛が成立する旨主張したことから、正当防衛の成否が争点となった」とある
ので、争点は正当防衛の要件に該当する事実の存否である。故に、よくある典型
的な事案のように「V の旨を果物ナイフで刺しました。」という供述を殺人の実
行行為との関係で伝聞に当たるなどと論じてはならない。ここでは、「V の胸を

果物ナイフで刺しました。」という供述のうち「果物ナイフで」という点に着目する必要がある。すなわち、捜査報告書は検察官から証拠調べ請求されるものであり、それは正当防衛に該当する事実の不存在を立証するためであると考えられるところ、「V の胸を果物ナイフで刺しました。」という供述の内容が真実であれば、かかる供述証拠から甲が果物ナイフで刺した事実が証明され、このことから程度が逸脱しており「やむをえずした」とはいえないという事実が推認できるということとなる。ゆえに、「V の胸を果物ナイフで刺しました。」という供述部分は間接証拠として用いられており、要証事実は果物ナイフで刺したという事実なので内容の真実性が問題となるといえる。したがって、伝聞であるが署名押印がないので証拠能力は認められない。

3 設問 3

設問 3 は弾劾証拠（328 条）としての許容性を論じればよい。自己矛盾供述であるので「証拠」にはあたる。そして、最高裁平成 18 年 11 月 7 日は厳格な照明を補強証拠にも要すると判旨しているので、特に本問で問題となるのは、要約による代筆であるため供述録取書としての性質を有する点である。この点については、署名押印がないので、録取過程の正確性が担保されているかを最高裁平成 18 年 11 月 7 日にいう「同視しうる事情」の有無によって判断しなければならないが、「言い回しや語調などの細部においては異なる部分もあった」ので正確性の担保はなく、328 条で許容されない。

■問題④ 平成 30 年司法試験刑事訴訟法の捜査部分から出題

第1 下線部①の捜査の適法性

1 下線部①の捜査が「強制の処分」（刑事訴訟法（以下，略）197 条 1 項但書）
にあたるのであれば，下線部①の捜査は「特別の定」がない限り強制処分法定主義に反し違法となる。そこで，下線部①の捜査は「強制の処分」にあたるか。その意義が問題となる。

(1) そもそも，197 条 1 項但書の趣旨は，「強制の処分」につき予め立法による明文化を行うことで捜査機関による不当な国民の権利利益の侵害を防ぐ点にある。ゆえに，「強制の処分」か否かは被処分者の権利利益が侵害されているか否かによって，判断すべきである。もっとも，権利利益が侵害されている場合全てを「強制の処分」と考えると捜査の必要性を害するため，刑事訴訟法が定める強制の処分と同程度の要件・手続を定めて保護するに値する権利利益の侵害があった場合に限定すべきである。そこで，「強制の処分」とは，相手方の明示又は黙示の意思に反して重要な権利利益を侵害する処分を言うと考え。

(2) まず，下線部①の捜査は対象者に秘密裏に行われているため，相手方の明示の意思に反してはいない。もっとも，対象者がビデオカメラによる撮影の事実を知っていたのであれば拒否すると考えられるので，合理的に推認される個人の意思に反している。したがって，下線部①の捜査は対象者の黙示の意思に反している。

次に，下線部①の捜査によって侵害されている法益は，みだりにその容貌等を撮影されない自由と考えられる。そして，同自由は人格的生存に必要な不可欠であることから，憲法13条後段で保障されている権利利益である。もっ

とも、下線部①の捜査で撮影された事務所は、前面が公道に面した平屋建ての建物で玄関ドアから外に出ると公道に面している場所なので、私的領域とは異なり、他人から容ぼうを観察されること自体は受忍せざるを得ない場所であった。そして、下線部①の捜査による撮影は、対象者が事務所の玄関ドアに向かって立ち、ドアの鍵を掛けた後、振り返って歩き出す姿を映している。したがって、下線部①の捜査は私的領域への侵入とは評価できず、20秒というやや長い時間であるとしても、重要な権利利益を侵害する処分とはいえない。

(3) よって、下線部①の捜査は「強制の処分」にあたらない。

2 もっとも、任意処分であってもみだりに容貌等を撮影されない自由を侵害することから、無制約には認められない。そこで、捜査比例の原則（197条1項本文）を及ぼし、捜査の必要性を考慮して具体的事情の下で相当といえれば適法と考える。

(1) 本件事案は、平成30年1月10日に発生した70歳の高齢の女性に対して真実は修繕箇所がないにも拘わらず屋根裏の修繕工事が必要であるかのように装うリフォーム詐欺であり、被害額は100万であることから重大な事案である。

そして、Vは、Pに対して犯人は中肉中背と述べており、下線部①の捜査によって撮影された男も中肉中背であることから、犯人と男の特徴が一致している。これだけでは男の嫌疑は弱いものの、Vによれば、犯人はA工務店の者であり、Vが受領した本件領収書の㊸の部分には、A工務店の代表者として甲の名字が刻された認め印が押されていたため、犯人は甲と思われる。そして、本件領収書の住所には実際に本件事務所が存在し、下線部①の捜査によって撮影

された男は本件事務所玄関ドアの鍵を開けたことから、男は事務所の管理権あるいは使用权を有していたといえ、従業員あるいは甲である可能性が高かった。したがって、男の本件事案における嫌疑は相当程度認められる。

そして、Vは犯人の顔をよく覚えていないのであるから、上述の男の顔を撮影し、Vに対して男がVの目撃した犯人であるかを確認する必要がある。その確認においては、写真撮影よりも動画の方が、動き方が映像に残る点で記憶喚起に長けており、代替手段は存在しない。

したがって、下線部①の捜査をする必要性が認められる

他方、下線部①の捜査による撮影は20秒とやや長いものの、前述のように同捜査による撮影は私的領域に侵入するものではない。加えて、公道の車内からの撮影であるため、公道を歩くものが見ている範囲を撮影したに過ぎない。したがって、みだりに容貌等を撮影されない自由に対する不利益は小さい。

よって、捜査の必要性が不利益を上回っており、捜査の必要性和不利益に合理的権衡が認められるので、同捜査は具体的事情の下で相当といえる。

(2) 以上より、下線部①の捜査は適法である。

第2 下線部②の捜査の適法性

1 下線部②の捜査は「強制の処分」にあたるか。

2 黙示の意思に反するか否かについては、下線部②の捜査も下線部①の捜査と同様、合理的に推認される個人の意思に反する。したがって、下線部②の捜査は対象者の黙示の意思に反している。

他方、下線部②によって侵害されている利益は、下線部①の捜査によって侵害されている利益と異なり、みだりに事務所内を撮影されない自由である。本件事

1 務所の前面の腰高窓にはブラインドカーテンが下ろされており，両隣には建物が
2 接しているため，公道からは同事務所内を見ることができない。したがって，同
3 事務所は公道とは異なり私的領域と評価することができるので，みだりに事務所
4 内を撮影されない自由は憲法35条1項で保護している住居権の不可侵と匹敵す
5 るほどに要保護性の高い権利利益といえる。下線部②の捜査は，そのような要保
6 護性の高い権利利益を向かい側のマンションの2階通路から望遠レンズ付きピデ
7 オカメラで採光用の窓を通して撮影するものであることからすれば，重要な権利
8 利益を侵害する処分というべきである。

9 3 以上より，下線部②の捜査は「強制の処分」にあたる。そして，同捜査は視覚
10 の作用で対象物の形状を認識する作用なので検証にあたる。したがって，218条
11 1項という「特別の定」があるため強制処分法定主義には反さないが，無令状で
12 行われているため令状主義に反し違法となる。

13 以 上