

【問題1】 刑法（各論）

設問1 次の犯罪の構成要件を記せ。（10分）

- 1 窃盗罪（刑法235条）
- 2 強盗罪（刑法236条1項）
- 3 強盗利得罪（刑法236条2項）
- 4 事後強盗罪（刑法238条）
- 5 横領罪（刑法252条1項）
- 6 背任罪（刑法247条）

※答案で、問題提起のあとに構成要件を書くことを意識して記載してみよう。

設問2 次の事例における甲の罪責を論ぜよ（特別法違反は除く。）。（30分）

甲（28歳）は、かねてから恨みを抱いていた会社の同僚であるV（27歳）に仕返しをしてやろうと企み、Vの自宅を燃やそうと考えた。Vの自宅は、郊外にある木造2階建ての一軒家で、Vが1人で生活をしている。

甲は、令和元年7月1日午前3時頃、Vの自宅に赴き、Vが自宅内にいないことを確かめた上で、火をつけた新聞紙を屋根の上に放り投げたところ、Vの自宅の屋根は燃焼を始め、火は屋根から高さ1メートルほどにまで大きくなった。しかし、甲の行為を見たAがすぐに呼んだ消防車がかけつけ、火は消防車到着後5分ほどで消し止められた。

なお、このとき、Vは旅行中で、自宅には誰もいない状態であった。

[問題1]刑法(各論)

設問1 次の犯罪の構成要件を記せ。

- 1 窃盗罪(刑法235条)
- 2 強盗罪(刑法236条1項)
- 3 強盗利得罪(刑法236条2項)
- 4 詐欺罪(刑法247条1項)
- 5 横領罪(刑法252条1項)
- 6 背任罪(刑法247条)

<答案例>

- 1 窃盗罪(刑法235条)
①「他人の」占有する、②「財物」を、③「窃取」すること、④故意、⑤不法領得の意思である。
- 2 強盗罪(刑法236条1項)
①「暴行又は脅迫を用いて」、②「他人の」占有する、③「財物を」、④「強取した」こと、⑤故意、⑥不法領得の意思である。
- 3 強盗利得罪(刑法236条2項)
①「暴行又は脅迫を用いて」、②財産上不法の利益を得たこと(他人にこれを得させたこと)、③故意、④不法領得の意思である。
- 4 詐欺罪(刑法247条1項)
①欺罔行為(人を欺いて)、②錯誤、③交付、④受領、⑤損害、⑥因果関係、⑦故意、⑧不法領得の意思である。
- 5 横領罪(刑法252条1項)
①委託信任関係に基づく、②「自己の占有」する、③「他人の物」を、④「横領」したこと、⑤故意である。
- 6 背任罪(刑法247条)
①「他人のためにその事務を処理する者」が、②図利加害目的をもって、③任務違背行為をし、④財産上の損害を加えたこと、⑤故意である。

設問2 次の事例における甲の罪責を論ぜよ（特別法違反は除く。）。

甲（28歳）は、かねてから恨みを抱いていた会社の同僚であるV（27歳）に仕返しをしてやろうと企み、Vの自宅を燃やそうと考えた。Vの自宅は、郊外にある木造2階建ての一軒家で、Vが1人で生活をしている。

甲は、令和元年7月1日午前3時頃、Vの自宅に赴き、Vが自宅内にいないことを確かめた上で、火をつけた新聞紙を屋根の上に放り投げたところ、Vの自宅の屋根は燃焼を始め、火は屋根から高さ1メートルほどにまで大きくなった。しかし、甲の行為を見たAがすぐに呼んだ消防車がかけつけ、火は消防車到着後5分ほどで消し止められた。

なお、このとき、Vは旅行中で、自宅には誰もいない状態であった。

<答案例>【※1】

- 1 甲は、Vの自宅の屋根の上に火をつけた新聞紙を放り投げた結果（以下、「本件行為」）、屋根が燃焼するに至っている。この行為に現住建造物等放火罪が成立しないか（刑法108条）。
- 2 同罪の成立要件は、①現に人が住居に使用し又は現に人がいる（現住性）、②「建造物」等に、③「放火」して、④「焼損」したこと、⑤故意である。
- 3 これを本件についてみる。

- (1) まず、①現住性については、犯人以外の者が日常生活する場所として利用されていることをいい、現に人がいるかどうかは問わない。Vの自宅は、Vが日常生活をする場所として利用していたのだから、現住性は認められる。【※2】

- (2) 次に、②Vの自宅は木造2階建ての一軒家なので、建造物に当たる。【※3】

- (3) そして、③「放火」とは、目的物の焼損を発生させる現実的危険のある行為をいう。甲は、木造建築であるVの自宅の屋根の上に火をつけた新聞紙を放り投げている。木は燃えやすい素材であるから、本件行為によってVの自宅が焼損する現実的危険性が存在する。したがって、甲は「放火」したといえる。

- (4) では、甲の本件行為により、Vの自宅は、④「焼損」したといえるか。【※4】

放火罪の保護法益は、不特定・多数人の生命・身体・財産である。そして、木造建築が主流のわが国では、建造物が独立して燃焼すれば、不特定・多数人の生命・身体・財産に対する危険が生じる。したがって、「焼損」とは、火が建造物等に燃え移り、独立して燃焼する状態になったことをいう。

本件では、甲の放火により、Vの自宅の屋根は燃焼を始め、火は屋根から高さ1メートルほどにまで大きくなっているから、Vの自宅は独立して燃焼する状態になったといえる。したがって、Vの自宅は「焼損」したといえる。

- (5) 最後に、⑤「故意」については、甲はVの自宅を燃やしてVを殺害しようと考えているから、Vの自宅が焼損することを認識・認容しているといえるから、認められる。【※5】

- 4 以上より、甲の本件行為には、現住建造物等放火罪が成立する。

以上

【コメント】

全体を通じて、構成要件を挙げて、1つ1つ当てはめているだけのシンプルな構造である（見での通り、「2」では構成要件を挙げている。設問1は、この点の練習問題のつもり。）。しかし、その1つ1つに細かい工夫を施しているの、よく読んでほしい。以下、※を付した部分についてのコメントである。

※1：「1」は問題提起（事実の摘示→問題提起）、「2」は構成要件（大規範）定立、「3」は各構成要件ごとに小規範→事実の摘示→評価→（小規範に対応した）結論、「4」は「1」の問題提起に対応した結論の記載をしている。意識して読んでみよう。

→なお、問題提起では、「どの行為につき犯罪が成立するのか」という行為の特定が極めて重要である。これをミスすると、その後のあてはめもボケてきてしまう。問題文を読むときは、どの行為に犯罪が成立するのかを意識して読むことが大切。

※2：最初に「①現住性については～」と書いておくと、読み手に「これからこの人はこの点について書くんだな」という予測可能性をつけることができるので、強くオススメする（ナンバリングのタイトルで「現住性」と書いても足りる。）。

また、内容については、Vの一軒家の自宅に放火しているので、現住性は大きな問題ではない。しかし、問題文に「Vは旅行中で、自宅には誰もいない状態」とわざわざ書いてあるので、事情を拾うためにも定義からきちんと記載した。ただし、それほど大きな問題はないので、法的三段論法を維持しつつ、端的に記載する。

※3：もちろん、「建造物」等の定義を書いてあてはめる、というのが理想的ではある。しかし、一軒家が建造物に当たるのは明らかなので、答案例では大きく展開していない。

※4：「焼損」という概念が解釈論を必要とする抽象的なものである。また、「焼損」したときが既遂時期なので、未遂・既遂の分水嶺となる重要な概念である。そのため、いつ既遂になったのかを厳格に特定するため、論証を展開し、事実を拾って記載する必要がある。

※5：故意についても、甲はVの自宅を燃やそうと考えて放火したことから、明らかである。そのため、本来あるべき「小規範→事実→評価→小規範に対応した結論」のうち、小規範と評価を除いた簡略バージョンで記載している（∵甲はVの自宅を燃やそうと考えて放火したという問題文自体が評価的な表現だから）。

〔問題2〕 刑事訴訟法

設問1

警察官Pは、集団による連続強盗事件の犯行グループの一員である疑いの濃厚な甲の容ぼうと、甲宅に常時出入りする者の容ぼうを写真撮影してこれを被害者等に示し、犯人の特定を行おうと考えた。そこで、Pは、甲宅向かいのビルの一室を借り受け、望遠レンズを装着したカメラを設置し、そこから甲宅内にいる甲の容ぼうを撮影した（本件撮影①）。

また、Pは、甲宅から出てきて路上を歩行している乙の容ぼうも撮影した（本件撮影②）。

これらの写真撮影は適法か。

設問2

Xは、Vに対する強姦致死罪で起訴されたが、自分は犯人ではないと言い、犯人性を否認した。そこで、検察官Pは、Vの友人であるWについて、立証趣旨を「Vの被害前の言動状況」として、その証人尋問を請求し、採用された。証人Wは、検察官の質問に対して、「Vは、生前、『Xは嫌いだ。いやらしいことばかりするから』と言っていた」と証言した（以下、「本件証言」という。）。

本件証言に証拠能力はあるか。

[問題2] 刑事訴訟法

設問 1

警察官 P は、集団による連続強盗事件の犯行グループの一員である疑いの濃厚な甲の容ぼうと、甲宅に常時出入りする者の容ぼうを写真撮影してこれを被害者等に示し、犯人の特定を行おうと考えた。そこで、P は、甲宅向かいのビルの一室を借り受け、望遠レンズを装着したカメラを設置し、そこから甲宅内にいる甲の容ぼうを撮影した（本件撮影①）。

また、P は、甲宅から出てきて路上を歩行している乙の容ぼうも撮影した（本件撮影②）。これらの写真撮影は適法か。

<答案例> ※ 1

1 本件撮影①

- (1) P は、自宅の居間にいる甲の容貌を写真撮影している。本件撮影①は、強制処分に当たらないか（刑事訴訟法 197 条 1 項但書。以下、条数のみ）。これが強制処分に当たるとすれば、法律の根拠がなければ違法となるから問題となる。【※ 2】
- (2) 197 条 1 項ただし書の趣旨は、人の重要な権利利益を侵害する処分には国民の授權を要するという点にある。したがって、強制処分とは相手方の同意を得ないでなされる重要な権利利益の侵害を伴う処分をいう。【※ 3】
- (3) 本問では、P は、甲の承諾を得ないで、自宅内にいる甲の容貌を撮影している。自宅内は、自宅外とは異なり、誰かに見られることを想定していないのが通常である。したがって、プライバシー侵害の程度は高く、甲の侵害される権利利益は重要なものであるから、本件撮影①は強制処分に当たる。
- (4) そして、写真撮影は、五感により物の性質・形状を認識するものだから、検証の性質を持つ。よって、本件撮影①をなすにあたっては、検証令状によるべきであった（218 条 1 項）。しかし、P は、検証令状なくして本件撮影①をなしているから、本件撮影①は、違法である。【※ 4】

2 本件撮影②

- (1) では、路上を歩行中の乙を撮影した本件撮影②は、強制処分に当たるか。先述の規範に当てはめる。
- 確かに、P は、乙の承諾を得ないで、その容貌を撮影している。しかし、公道上では、プライバシーに対する期待権が減少しているから、本件撮影②によって乙の重要な権利利益が侵害されたとはいえない。したがって、本件撮影②は、強制処分に当たらず、任意処分にとどまる。
- (2) もっとも、任意処分といえども、被処分者の人権侵害のおそれはあるから、「目的を達するため必要な」範囲（197 条 1 項本文）、すなわち必要かつ相当な範囲にとどまらなければならない。

本問では、連続強盗事件の被害者等に、犯人と甲及び乙の同一性を確認させる必要性は

ある。また、その手段としても、乙の容ぼうの写真を撮影するにとどまり、ビデオ撮影や甲の自宅以外の場所での撮影などもしていないから、手段も相当である。

(3) 以上より、本件撮影②は適法である。

以上

【コメント】

- ※1：強制処分と任意処分の区別の問題は、分かりやすく言えば、「①権利侵害が重大か（強制処分）、②重大でないとしても必要最小限の制約か」の2段階で捜査の違法性を判断するものである。この問題は、任意同行・任意取調、おとり捜査、証拠収集における科学的捜査（写真撮影、ビデオ撮影、録音）など、刑訴法上いろいろなところで問題となる。いずれのケースでも、①強制処分性→②任意処分性の流れで検討する。今回の答案練習で、そのスタイルを身に付けてほしい。
- ※2：この記載があると、令状が要るはずなのに取得していないことへの理解が示せる。
- ※3：通説的な表現で記載しているが、判例の規範（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する行為など特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段）を用いて記載しても当然問題ない。あてはめは重複する。
- ※4：この記載を充分にできる受験生はそれほど多くないだろう。書けそうで意外と書けない。

設問2

Xは、Vに対する強姦致死罪で起訴されたが、自分は犯人ではないと言い、犯人性を否認した。そこで、検察官Pは、Vの友人であるWについて、立証趣旨を「Vの被害前の言動状況」として、その証人尋問を請求し、採用された。証人Wは、検察官の質問に対して、「Vは、生前、『Xは嫌いだ。いやらしいことばかりするから』と言っていた」と証言した（以下、「本件証言」という。）。
本件証言に証拠能力はあるか。

<答案例>

1 伝聞証拠該当性【※1】

- (1) 本件証言は、伝聞証拠に当たるか（刑事訴訟法320条1項。以下、条数のみ）。仮に伝聞証拠に当たれば、原則として証拠能力が否定されることから問題となる。
- (2) そもそも、320条1項の趣旨は、知覚・記憶・叙述という過程に誤りが入りやすいため、反対尋問等による信用性テストを経ない限り、原則として供述証拠に証拠能力を認めないとする点にある。したがって、要証事実との関係で供述内容の真実性が問題となるときは、その証拠は伝聞証拠に当たる。【※2】
- (3) これを本問についてみる。【※3】

本件証言の立証趣旨は、Vの被害前の言動状況である。そして、Xは犯人性を否認していること、及び「VはXからいやらしいことばかりされていた」ことが立証されれば、Xの犯人性を合理的に推認させることから、本件証言の要証事実は、「XがVにいやらしいことばかりしていたこと」である。

この要証事実との関係では、Vの発言内容の真実性が問題となるから、本件証言は、伝聞証拠に当たり、原則として証拠能力を認めることはできない。

2 伝聞例外【※4】

もともと、Wの証言内容は、Vの発言なので、324条2項の準用する321条1項3号の適否が問題となる。

321条1項3号の要件は、①供述不能、②証拠の不可欠性、③絶対的特信状況である。本件では、①Vは死亡しているものの、②・③に当たる事情はないから、321条1項3号の要件を満たさない。

3 結論

以上より、本件証言には証拠能力はない。

以上

【コメント】

- ※1：伝聞法則の問題は、伝聞証拠該当性→伝聞例外の順で書く。
- ※2：原則として、伝聞の問題が出たら、ここまではお決まりのパターン。一度深く理解したら、条件反射的にここまで書けるようにしておこう。
- ※3：ここからのあてはめが最も難しいところ。伝聞性のあてはめでは、①立証趣旨の確認とその吟味、②要証事実の確認（or 要証事実からどういう推認過程を経るのか）、③推認態様を見て供述内容の真実性が問題になるか、を検討する。このうち、②において、その証拠がどのように機能するのかを意識する必要がある。そうしないと、推認過程を書くことが出来ないからである。

つまり、その証拠が、直接証拠なのか、間接証拠なのか、補助証拠なのかが問題となる（それぞれの定義は各自で調べておくこと）。犯行現場の目撃証言なら、直接証拠となりうるだろうし、本問のような場合なら間接証拠となりうる。また、証人の視認可能性（その現場をきちんと見ることが出来たかどうか）であれば、補助証拠となりうる。

なお、1年次の期末試験レベルでは、いきなり②から検討を始める場合もあるかもしれない。大切なのは、①～③の過程で、一体何をしようとしているのかを正しく理解することである。本質を理解していれば、聞き方を変えられても答えられる。
- ※4：本問では伝聞例外は明らかに不成立なので、書かなくてもよいが、伝聞例外の書き方の参考までに書いておいた。