

論文式試験問題集〔刑事系科目第1問〕

[刑事系科目]

[第1問] (配点: 100)

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、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 A合同会社（以下「A社」という。）は、社員甲、社員B及び社員Cの3名で構成されており、同社の定款において、代表社員は甲と定められていた。

2 甲は、自己の海外での賭博費用で生じた多額の借入金の返済に窮していたため、知人であるDから個人で1億円を借り受けて返済資金に充てようと考え、Dに対し、「借金の返済に充てたいので、私に1億円を融資してくれないか。」と申し入れた。

Dは、相応の担保の提供があれば、損をすることはないだろうと考え、甲に対し、「1億円に見合った担保を提供してくれるのであれば、融資に応じてもいい。」と答えた。

3 甲は、A社が所有し、甲が代表社員として管理を行っている東京都南区川野山〇一〇一〇所在の土地一筆（時価1億円相当。以下「本件土地」という。）に第一順位の抵当権を設定することにより、Dに対する担保の提供を行おうと考えた。

なお、A社では、同社の所有する不動産の処分・管理権は、代表社員が有していた。また、会社法第595条第1項各号に定められた利益相反取引の承認手続については、定款で、全社員が出席する社員総会を開催した上、同総会において、利益相反取引を行おうとする社員を除く全社員がこれを承認することが必要であり、同総会により利益相反取引の承認が行われた場合には、社員の互選により選任された社員総會議事録作成者が、その旨記載した社員総會議事録を作成の上、これに署名押印することが必要である旨定められていた。

4 その後、甲は、A社社員総会を開催せず、社員B及び社員Cの承認を得ないまま、Dに対し、1億円の融資の担保として本件土地に第一順位の抵当権を設定する旨申し入れ、Dもこれを承諾したので、甲とDとの間で、甲がDから金1億円を借り入れることを内容とする消費貸借契約、及び、甲の同債務を担保するためにA社が本件土地に第一順位の抵当権を設定することを内容とする抵当権設定契約が締結された。

その際、甲は、別紙の「社員総會議事録」を、他の抵当権設定登記手続に必要な書類と共にDに交付した。この「社員総會議事録」は、実際には、平成××年××月××日、A社では社員総会は開催されておらず、社員総会において社員B及び社員Cが本件土地に対する抵当権設定について承認を行っていなかったにもかかわらず、甲が議事録作成者欄に「代表社員甲」と署名し、甲の印を押捺するなどして作成したものであった。

Dは、これらの必要書類を用いて、前記抵当権設定契約に基づき、本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記を行うとともに、甲に現金1億円を交付した。

なお、その際、Dは、会社法及びA社の定款で定める利益相反取引の承認手続が適正に行われ、抵当権設定契約が有効に成立していると信じており、そのように信じたことについて過失もなかった。

甲は、Dから借り入れた現金1億円を、全て自己の海外での賭博費用で生じた借入金の返済に充てた。

5 本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記及び1億円の融資から1か月後、甲は、A社所有不動産に抵当権が設定されていることが取引先に分かれれば、A社の信用が失われるかもしれないと考えるようになり、Dに対し、「会社の土地に抵当権が設定されていることが取引先に分かると恥ずかしいので、抵当権設定登記を抹消してくれないか。登記を抹消しても、土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりしないし、抵当権設定登記が今後必要になればいつでも協力するから。」などと申し入れた。Dは、抵当権設定登記を抹消しても抵当権自体が消滅するわけではない

し、約束をしている以上、甲が本件土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりすることはなく、もし登記が必要になれば再び抵当権設定登記に協力してくれるだろうと考え、甲の求めに応じて本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記を抹消する手続をした。

なお、この時点において、甲には、本件土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりするつもりは全くなかった。

- 6 本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記の抹消から半年後、甲は、知人である乙から、「本件土地をA社からEに売却するつもりはないか。」との申入れを受けた。

乙は、Eから、「本件土地をA社から購入したい。本件土地を購入できれば乙に仲介手数料を支払うから、A社と話を付けてくれないか。」と依頼されていたため、A社代表社員である甲に本件土地の売却を持ち掛けたものであった。

しかし、甲は、Dとの間で、本件土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりしないと約束していたことから、乙の申入れを断った。

- 7 更に半年後、甲は、再び自己の海外での賭博費用で生じた多額の借入金の返済に窮するようになり、その中でも暴力団関係者からの5000万円の借入れについて、厳しい取立てを受けるようになったことから、その返済資金に充てるため、乙に対し、「暴力団関係者から借金をして厳しい取立てを受けている。その返済に充てたいので5000万円を私に融資してほしい。」などと申し入れた。

乙は、甲の借金の原因が賭博であり、暴力団関係者以外からも多額の負債を抱えていることを知っていたため、甲に融資を行っても返済を受けられなくなる可能性が高いと考え、甲による融資の申入れを断ったが、甲が金に困っている状態を利用して本件土地をEに売却させようと考え、甲に対し、「そんなに金に困っているんだったら、以前話した本件土地をA社からEに売却する件を、前向きに考えてみてくれないか。」と申し入れた。

甲は、乙からの申入れに対し、「実は、既に、金に困ってDから私個人名義で1億円を借り入れて、その担保として会社に無断で本件土地に抵当権を設定したんだ。その後で抵当権設定登記だけはDに頼んで抹消してもらったんだけど、その時に、Dと本件土地を売ったり他の抵当権を設定したりしないと約束しちゃったんだ。だから売るわけにはいかないんだよ。」などと事情を説明した。

乙は、甲の説明を聞き、甲に対し、「会社に無断で抵当権を設定しているんだったら、会社に無断で売却したって一緒だよ。Dの抵当権だって、登記なしで放っておくDが悪いんだ。本件土地をEに売却すれば、1億円にはなるよ。僕への仲介手数料は1000万円でいいから。君の手元には9000万円も残るじゃないか。それだけあれば暴力団関係者に対する返済だってできるだろ。」などと言って甲を説得した。

甲は、乙の説得を受け、本件土地を売却して得た金員で暴力団関係者への返済を行えば、暴力団関係者からの取立てを免れることができると考え、本件土地をEに売却することを決意した。

- 8 数日後、甲は、A社社員B、同社員C及びDに無断で、本件土地をEに売却するために必要な書類を、乙を介してEに交付するなどして、A社が本件土地をEに代金1億円で売却する旨の売買契約を締結し、Eへの所有権移転登記手続を完了した。甲は、乙を介して、Eから売買代金1億円を受領した。

なお、その際、Eは、甲が本件土地を売却して得た金員を自己の用途に充てる目的であることは知らず、A社との正規の取引であると信じており、そのように信じたことについて過失もなかった。

甲は、Eから受領した1億円から、乙に約束どおり1000万円を支払ったほか、5000万円を暴力団関係者への返済に充て、残余の4000万円については、海外での賭博に費消した。

乙は、甲から1000万円を受領したほか、Eから仲介手数料として300万円を受領した。

【別 紙】

社員総会議事録

1 開催日時

平成××年××月××日

2 開催場所

A合同会社本社特別会議室

3 社員総数

3名

4 出席社員

代表社員 甲

社員 B

社員 C

社員Bは、互選によって議長となり、社員全員の出席を得て、社員総会の開会を宣言するとともに下記議案の議事に入った。

なお、本社員総会の議事録作成者については、出席社員の互選により、代表社員甲が選任された。

言己

議案 当社所有不動産に対する抵当権設定について

議長から、代表社員甲がDに対して負担する1億円の債務について、これを被担保債権とする第一順位の抵当権を当社所有の東京都南区川野山〇一〇一〇所在の土地一筆に設定したい旨の説明があり、これを議場に諮ったところ、全員異議なくこれを承認した。

なお、代表社員甲は、特別利害関係人のため、決議に参加しなかった。

以上をもって議事を終了したので、議長は閉会を宣言した。

以上の決議を証するため、この議事録を作成し、議事録作成者が署名押印する。

平成××年××月××日

議事録作成者 代表社員甲 印

論文式試験問題集〔刑事系科目第2問〕

[刑事系科目]

[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 平成23年10月3日、覚せい剤取締法違反の検挙歴を有する者がH県警察I警察署を訪れ、司法警察員Kに対し、「昨日（同月2日）、H県I市J町にある人材派遣会社のT株式会社の社長室で、代表取締役社長甲から、覚せい剤様の白色粉末を示され、『シャブをやらないか。安くするよ。』などと覚せい剤の購入を勧められた。自分は断ったけれども、甲は、裏で手広く覚せい剤の密売を行っているといううわさがある。」旨の情報提供をした。そこで、司法警察員Kは、部下に、T株式会社についての内偵捜査を命じた。同社は、H県I市J町○丁目△番地に平屋建ての事務所建物を設けて人材派遣業を営んでおり、代表取締役社長の甲以外に数名の従業員が同事務所で働いていることが判明した。また、司法警察員Kの部下が同事務所を見張っていたところ、かつて覚せい剤取締法違反で検挙したことのある者数名が同事務所に出入りしているのが確認できた。その後、司法警察員Kは、部下に、同事務所に出入りしている人物1名に対する職務質問を実施させたが、その者はこれに応じなかつたため、司法警察員Kは、証拠隠滅を防ぐには、すぐにT株式会社に対する捜索差押えを実施する必要があると考えた。そこで、司法警察員Kは、同月5日、H地方裁判所裁判官に、被疑者を「甲」、犯罪事実の要旨を「被疑者は、営利の目的で、みだりに、平成23年10月2日、H県I市J町○丁目△番地所在のT株式会社において、覚せい剤若干量を所持した。」として捜索差押許可状の発付を請求した。これを受けて、H地方裁判所裁判官は、捜索すべき場所を「H県I市J町○丁目△番地T株式会社」、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、電子秤、ビニール袋、はさみ、注射器、手帳、メモ、ノート、携帯電話」とする捜索差押許可状を発付した。

2 司法警察員Kらは、同月5日午後3時、T株式会社事務所に赴き、応対に出た同社従業員のWに対し、「警察だ。社長のところに案内してくれ。」と告げて同事務所に入り、Wの案内で社長室に入ったところ、そこには、甲及び同社従業員の乙の2名がいた。司法警察員Kらは、甲に前記捜索差押許可状を呈示した上で、捜索に着手し、同社長室内において、電子秤、チャック付きの小型ビニール袋100枚、注射器50本のほか甲の携帯電話を発見してこれらを差し押された。

捜索が継続中の同日午後3時16分、T株式会社事務所に宅配便荷物2個が届き、Wがこれを受領した。同宅配便荷物は、1個が甲宛て、もう1個は乙宛てであったが、いずれも差出人は「U株式会社」、内容物については「書籍」と記載されていた上、伝票の筆跡は酷似し、外箱も同じであった。Wは、これを社長室に届け、甲宛ての荷物を甲に、乙宛ての荷物を乙に渡した。甲は、手に持った荷物に貼付されていた伝票を見た後、乙の顔を見て、「受け取ってしまったものは仕方がないよな。今更返せないよな。」などと言い、この荷物を自分の足下に置いた。これに対し、乙も、甲の顔を見ながら、「そうですね。仕方ないですね。」などと言い、同じく、受け取った荷物を自分の足下に置いた。このやり取りを不審に思った司法警察員Kは、甲及び乙に、「どういう意味か。」と聞いたが、甲及び乙は、いずれも、無言であった。

司法警察員Kは、差し押された甲の携帯電話の確認作業を行ったところ、丙なる人物から送信された「ヅツを送る。いつものようにさばけ。10月5日午後3時過ぎには届くはずだ。二つに分けて送る。お前宛てのは、お前1人でさばく分、乙宛てのは、お前と乙の2人でさばく分だ。10日間でさばき切れなかったら、取りあえず送り返せ。乙にも伝えておけ。」と記載されたメールを発見した。さらに、司法警察員Kは、甲から乙宛てに送信した「丙さんから連絡があった。10月5日午後3時過ぎには、新しいのが届く。2人でさばく分も来る。その日、午後3時前には社長室に来い。ヅツが届いたら2人で分ける。」と記載されたメールを発見するとともに、乙から送信された「分かりました。その頃に社長室に行きます。」と記載されたメー

ルを発見した。この間、司法警察員Kが、伝票に記載されていた「U株式会社」の所在地等について部下に調べさせたところ、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ものであることが判明した。

このような経緯から、司法警察員Kは、これらの宅配便荷物2個には、いずれも、覚せい剤が入っていると判断し、甲及び乙に対し、それぞれの荷物の開封を求めた。しかし、甲及び乙は、いずれも、「勘弁してください。」と言い、その要請を拒否した。その後も司法警察員Kは、同様の説得を繰り返したが、甲及び乙は応じなかった。

そこで、司法警察員Kは、同日午後3時45分、乙宛ての荷物を開封した【検査①】。その結果、荷物の中から大量の白色粉末が発見された。次いで、司法警察員Kは、甲宛ての荷物を開封したところ、こちらからも乙宛ての荷物の半分くらいの量の白色粉末が発見された。司法警察員Kは、これらの白色粉末は覚せい剤だと判断し、甲及び乙に、「これは覚せい剤だな。売るためのものだな。覚せい剤かどうか調べさせてもらうぞ。」と言った。これに対し、甲は、「ばれてしまったものは仕方がない。調べるなり何なり好きにしていい。」と言い、乙も、「仕方ないな。俺宛てのものも調べてもいい。」などと言った。そこで、司法警察員Kは、部下に命じて、各荷物に入っていた白色粉末が覚せい剤か否か試薬を用いて調べさせたところ、いずれも覚せい剤である旨の結果が出たことから、同日午後3時55分、甲及び乙を、いずれも営利目的での覚せい剤所持の事実で現行犯逮捕し、それぞれに伴う差押えとして、各覚せい剤を差し押された。

- 3 司法警察員Kは、甲及び乙による覚せい剤密売の全容を明らかにするためには、乙の携帯電話や手帳等を押収する必要があると考え、乙に対し、これらの所在場所を確認したものの、乙は無言であった。そこで、司法警察員Kは、甲にも確認したが、甲は、「さあ、どこにあるか知らない。隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。でも、更衣室もロッカーも、社長の俺が管理しているけど、中の荷物は乙のものだから、乙に聞いてくれ。」などと言った。これを受けて、司法警察員Kが、乙に対し、ロッカーの中を見せるよう求めたところ、乙は、「俺のものを勝手に荒らされたくない。」と述べて拒否した。

そこで、司法警察員Kは、乙に対する説得を諦め、部下を連れて社長室に隣接している更衣室に入った。乙と表示のあるロッカーは、施錠されていたことから、司法警察員Kは、乙に対し、鍵を開けるよう言ったが、乙は応じなかった。そのため、司法警察員Kは、同日午後4時20分、社長室の壁に掛かっていたマスターキーを使って同ロッカーを解錠し、検索を実施した【検査②】。同ロッカーには、乙の運転免許証が入った財布が入っており、乙のロッカーであることは確認できたものの、差し押さるべき物は発見できず、司法警察員Kらは検索を終了した。

- 4 その後、司法警察員Kら及び事件の送致を受けたH地方検察庁検察官Pが所要の検査を行った。甲及び乙は、事実関係を認め、密売をするために覚せい剤をT株式会社社長室で所持していたこと、甲宛ての覚せい剤は甲1人で密売するためのもの、乙宛ての覚せい剤は甲と乙が2人で密売するためのものであることなどを述べた。一方で、甲及び乙は、各覚せい剤について、密売組織の元締である丙から送られたもので、10日間の期限内に売り切れなかつた分は丙に送り返さなければならなかつたこと、覚せい剤の売上金は、その9割を丙に送金しなければならず、自分たちの取り分は合わせて1割だけであったことなどを述べた。また、甲宛ての宅配便荷物内に入っていた覚せい剤は100グラム、乙宛ての宅配便荷物内に入っていた覚せい剤は200グラムであった。

同月26日、検察官Pは、甲について、営利の目的で、単独で、覚せい剤100グラムを所持した事実（公訴事実の第1事実）、及び、営利の目的で、乙と共に謀して、覚せい剤200グラムを所持した事実（公訴事実の第2事実）で、H地方裁判所に起訴した（甲に対する公訴事実は【資料1】のとおり）。また、検察官Pは、乙についても、営利の目的で、甲と共に謀して、覚せい剤

200グラムを所持した事実で、H地方裁判所に起訴し、甲及び乙は、別々に審理されることとなった。

なお、検察官Pは、甲及び乙を起訴するに当たり、両名について、丙との間の共謀の成否を念頭に置いて捜査し、丙が実在する人物であることは確認できたものの、最終的には、丙及びその周辺者が所在不明であり、これらの者に対する取調べを実施できなかったことなどから、甲及び乙と、丙との間の共謀については立証できないと判断した。

5 同年11月24日に開かれた甲に対する第1回公判期日で、甲及びその弁護人Bは、被告事件についての陳述において、公訴事実記載の客観的事実自体はこれを認めたが、弁護人Bは、覚せい剤は、密売組織の元締である丙の手足として、その支配下で甲らが販売を行うことになっていたもので、公訴事実の第1事実及び第2事実いずれについても、丙との共謀が成立することを主張し、その旨の事実を認定すべきであるとの意見を述べた。引き続き、検察官Pは冒頭陳述を行い、甲らが丙から覚せい剤を宅配便荷物により交付されたことについて言及したものの、それ以上、甲らと丙との関係には言及しなかった。

証拠調べの結果、裁判所は、公訴事実について、①甲らが、営利の目的で、同日同所において、各分量の覚せい剤を所持した事実自体は認められる、②各覚せい剤の所持が、丙との共謀に基づくものである可能性はあるものの、共謀の存否はいずれとも確定できない、③仮に甲らと丙との間に共謀があるとした場合、甲らは従属的立場にあることになるから、甲らと丙との間に共謀がない場合よりは犯情が軽くなる、と考えた。

論告・弁論を経て、裁判所は、同年12月8日に開かれた公判期日において、【資料1】の公訴事実に対し、格別の手続的な手当てを講じないまま、弁護人Bの主張どおり、【資料2】の罪となるべき事実を認定し、甲に有罪判決を宣告した。

〔設問1〕 下線部の〔捜査①〕及び〔捜査②〕の適法性について、具体的な事実を摘要しつつ論じなさい。〔捜査②〕については、捜索差押許可状に基づく捜索としての適法性及び乙の現行犯逮捕に伴う捜索としての適法性の両者を論じなさい。

なお、甲の携帯電話の差押え及びその中身の確認までの一連の手続の適法性については問題がないものとする。

〔設問2〕 裁判所が、【資料1】の公訴事実の第1事実に対し、【資料2】の罪となるべき事実の第1事実を認定したことについて、判決の内容及びそれに至る手続の適否を論じなさい。

なお、取り調べられた証拠の証拠能力及び裁判所によるその証明力の評価並びに公訴事実の罪数評価については問題がないものとする。

(参考条文) 覚せい剤取締法

第41条の2 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第42条第5号に該当する者を除く。）は、10年以下の懲役に処する。

2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

3 (略)

【資料1】

公訴事実

被告人は

- 第1 営利の目的で、みだりに、平成23年10月5日、H県I市J町
○丁目△番地T株式会社社長室において、覚せい剤である塩酸フェ
ニルメチルアミノプロパンの粉末100グラムを所持し
第2 (以下、省略)
たものである。

【資料2】

罪となるべき事実

被告人は

- 第1 丙と共に謀の上、営利の目的で、みだりに、平成23年10月5日、
H県I市J町○丁目△番地T株式会社社長室において、覚せい剤で
ある塩酸フェニルメチルアミノプロパンの粉末100グラムを所持
し
第2 (以下、省略)
たものである。

