



無料公開セミナー（11. 09. 24 実施）

新司法試験

「2011 年本試験 再現答案分析会」

刑事系

TAC W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 2 3 年度論文式試験問題刑事系第 1 問	1
出題趣旨	4
第 1 問再現答案	7
平成 2 3 年度論文式試験問題刑事系第 2 問	21
出題趣旨	26
第 2 問再現答案	28

【刑事系科目】

【第1問】（配点：100）

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 甲（35歳、男）は、ある夏の日の夜、A県B市内の繁華街の飲食店にいる友人を迎えに行くため、同繁華街周辺まで車を運転し、車道の左側端に同車を駐車した後、友人との待ち合わせ場所に向かって歩道を歩いていた。

その頃、乙（23歳、男）と丙（22歳、男）は、二人で酒を飲むため、同繁華街で適当な居酒屋を探しながら歩いていた。乙と丙は、かつて同じ暴走族に所属しており、丙は、暴走族をやめた後、会社員として働いていたが、乙は、少年時代から凶暴な性格で知られ、何度か傷害事件を起こして少年院への入退院を繰り返しており、この当時は、地元の暴力団の事務所に出入りしていた。丙は、乙の先を歩きながら居酒屋を探しており、乙は、少し遅れて丙の後方を歩いていた。

その日は週末であったため、繁華街に出ている人も多く、歩道上を多くの人が行き交っていたところ、甲は、歩道を対向して歩いてきた乙と肩が接触した。しかし、乙は、謝りもせず、振り返ることもなく歩いていった。甲は、一旦はやり過ぎたものの、乙の態度に腹が立ったので、一言謝らせようと思い、4、5メートル先まで進んでいた乙を追い掛けた上、後ろから乙の肩に手を掛け、「おい。人にぶつかっておいて何も言わないのか。謝れ。」と強い口調で言った。乙は、振り向いて甲の顔をにらみつけながら、「お前、俺を誰だと思ってんだ。」などと言ってすごんだ。甲は、もともと短気な性格であった上、普段から体を鍛えていて腕力に自信もあり、乙の態度にひるむこともなかったため、甲と乙はにらみ合いになった。

甲と乙は、歩道上に向かい合って立ちながら、「謝れ。」、「そっちこそ謝れ。」などと言合いをしていたが、そのうち、甲は、興奮のあまり、乙の腹部を右手の拳で1回殴打し、さらに、腹部の痛みでしゃがみ込んだ乙の髪の毛をつかんだ上、その顔面を右膝で3回、立て続けに蹴った。これにより、乙は、前歯を2本折るとともに口の中から出血し、加療約1か月間を要する上顎左側中切歯・側切歯歯牙破折及び顔面打撲等の怪我をした。

丙は、乙がついてこないで引き返し、通行人が集まっている場所まで戻って来たところ、複数の通行人に囲まれた中で、ちょうど、乙が甲に殴られた上で膝で蹴られる場面を見た。丙は、乙が一方向的にやられており、更に乙への攻撃が続けられる様子だったので、乙を助けてやろうと思い、「何やってんだ。やめろ。」と怒鳴りながら、甲に駆け寄り、両手で甲の胸付近を強く押した。

甲は、一旦後ずさりしたものの、すぐに「何だお前は。仲間か。」などと言いながら丙に近づき、丙の腹部や大腿部を右足で2回蹴った。さらに、体格で勝る甲は、ひるんだ丙に対し、丙が着ていたシャツの胸倉を両手でつかんで引き寄せた上、丙の頭部を右脇に抱え込み、「おら、おら、どうした。」などと言いながら、両手を組んで丙の頭部を締め上げた。

丙は、たまたま、近くの歩道上にしゃがみ込んでいた乙に対し、「助けてくれ。」と言った。

乙は、丙が助けを求めるのを聞いて立ち上がり、丙を助けるとともに甲にやられた仕返しをしてやろうと思い、丙の頭部を締め上げていた甲に背後から近寄り、甲の後ろからその腰背部付近を右足で2回蹴った。

甲は、それでもひるまず、丙の頭部を締め上げ続けたので、乙は、さらに、甲の腰背部付近を数回右足で強く蹴った。

そのため、甲は、丙の頭部を締め上げていた手をようやく離れた。

丙は、甲の手が離れるや、乙に向かっていこうとした甲の背後からその頭部を右手の拳で2回殴打した。

甲は、乙及び丙による上記一連の暴行により、加療約2週間を要する頭部打撲及び腰背部打

撲等の怪我をした。また、丙は、甲による上記一連の暴行により、加療約1週間を要する腹部打撲等の怪我をした。

- 2 甲は、二人組の相手に前後から挟まれ、形勢が不利になった上、周囲に多数の通行人が集まり、騒ぎが大きくなってきたので、この場から逃れようと思い、全速力で走って逃げ出した。

乙は、「待て。逃げんのか。」などと怒鳴りながら、甲の5、6メートル後ろを走って追い掛けた。

丙は、乙が興奮すると何をするか分からないと知っていたので、逃げ出した甲を乙が追い掛けていくのを見て心配になり、少し遅れて二人を追い掛けた。

乙は、多数の通行人が見ている場所で甲からやられたことで面子を潰されたと思って逆上しており、甲を痛めつけてやらなければ気持ちがおさまらないと思い、走りながらズボンの後ろポケットに入れていた折り畳み式ナイフ（刃体の長さ約10センチメートル）を取り出し、ナイフの刃を立てて右手に持った。

乙の後方を走っていた丙は、乙がナイフを右手に持っているのを見て、乙が甲に対して大怪我をさせるのではないかなどと不安になり、走りながら、「やめとけ。ナイフなんかしまえ。」と何度か叫んだ。

甲は、約300メートル離れた車道上に止めてあった自分の車の近くまで駆け寄り、車の鍵を取り出し、左手に持った鍵を運転席側ドアの鍵穴に差し込んだ。

乙は、甲に追い付き、その左手付近を目掛けてナイフで切りかかった。甲は左前腕部を切り付けられて左前腕部に加療約3週間を要する切創を負った。

その頃、甲と乙を追い掛けてきた丙は、乙が甲に切りかかったのを見て、乙を制止するため、乙の後ろから両肩をつかんで強く後方に引っ張り、乙を甲から引き離した。

- 3 甲は、その隙に車の運転席に乗り込み、運転席ドアの鍵を掛け、エンジンをかけて車を発進させた。

甲が車を発進させた場所は、片側3車線のアスファルト舗装された道路であり、甲の車の前方には信号機があり、その手前には赤信号のため車が数台止まっていた。

甲は、前方に車が止まっていたので、低速で車を走行させたところ、乙は、丙を振り払い、走って同車を追い掛け、運転席側ドアの少し開けられていた窓ガラスの上端部分を左手でつかみ、窓ガラスの開いていた部分から右手に持ったナイフを車内に突っ込み、運転席に座っていた甲の頭部や顔面に向けて何度か突き出しながら、「てめえ、やくざ者なめんな。逃げられると思ってんのか。降りてこい。」などと言って甲に車から降りてこさせようとした。

甲は、信号が変わり前方の車が無くなったことから、しつこく車についてくる乙を何とかして振り切ろうと思い、アクセルを踏んで車の速度を上げた。乙は、車の速度が上がるにつれて全速力で走り出したが、次第に走っても車に追い付かなくなったため、運転席側ドアの窓ガラスの上端部分と同ドアのドアミラーの部分の両手でつかみ、運転席側ドアの下にあるステップに両足を乗せて車に飛び乗った。その際、乙は、右手で持っていたナイフを車内の運転席シートとドアの間に落としてしまった。なお、甲の車は、四輪駆動の車高が高いタイプのものであった。

甲は、乙がそのような状態にあり、ナイフを車内に落としたことに気付いたものの、乙から逃れるため、「乙が路面に頭などを強く打ち付けられてしまうだろうが、乙を振り落としてしまおう。」と思い、アクセルを更に踏み込んで加速するとともに、ハンドルを左右に急激に切って車を左右に蛇行させ始めた。

乙は、それでも、開いていた運転席側ドア窓ガラスの上端部分を左手でつかみ、右手の拳で窓ガラスをたたきながら、「てめえ、降りてこい。車を止めろ。」などと言っていた。しかし、甲が最初に車を発進させた場所から約250メートル車が進行した地点（甲が車を加速させるとともに蛇行運転を開始した地点から約200メートル進行した地点）で、甲が何回かハンドルを急激に左に切って左方向に車を進行させた際、乙は、手で自分の体を支えることがで

きなくなり、車から落下して路上に転倒し、頭部を路面に強打した。その際の車の速度は、時速約50キロメートルに達していた。甲は、乙を車から振り落とした後、そのまま逃走した。

乙は、頭部を路面に強打した結果、頭蓋骨骨折及び脳挫傷等の大怪我を負い、目撃者の通報で臨場した救急車によって病院に搬送され、救命処置を受けて一命を取り留めたものの、意識は回復せず、将来意識を回復する見込みも低いと診断された。

〔出題趣旨〕

本問は、夜の繁華街で発生した3名によるけんかという具体的事例について、それぞれの罪責を問うことにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解、具体的な事案を分析してそれに法規範を適用する能力及び論理的な思考力・論述力を試すものである。すなわち、本問の事案は、①甲と乙とが繁華街を通行中にお互いの肩が接触したことから両者のけんかとなり、乙の仲間である丙も加わり、三者の間で殴る蹴るなどの暴行が応酬された（記述の便宜上、ここまでの場面を「第1場面」という。）、②その後、甲は走ってその場から逃げ出したが、乙がそれを追いついてナイフで甲の前腕部を切り付けた（ここまです「第2場面」という。）、③さらに、甲が車を運転して逃げようとしたところ、乙は、甲の運転する車（以下「甲車」という。）と併走し、更に甲車の運転席外側に飛び乗ってしがみついた、運転席窓ガラスの隙間からナイフを甲に突き出すなどして攻撃の氣勢を示した。これに対し、甲は、車を加速、蛇行させて乙を振り落とし、その頭部を路上に強打させて頭蓋骨骨折等の重傷を負わせた（ここまです「第3場面」という。）というものである。第1ないし第3場面における甲乙丙の各行為に対する罪責を論ずるに当たり、状況が変化していく複雑な事実関係を的確に分析した上で、殺人未遂罪等の構成要件該当性、正当防衛ないし過剰防衛の成否、共謀の成否等の事実認定上及び法解釈上の問題を検討し、事案に当てはめて妥当な結論を導くことが求められる。

(I) 甲の罪責について

第1場面において、甲が暴行を加えて乙及び丙に傷害を負わせたことは問題なく認められるであろうが、論述においては、傷害罪の構成要件、すなわち、暴行、傷害、それぞれの暴行と傷害との因果関係及び故意等が認められるかについて留意し、簡潔に論ずべきである。問題となるのは、第3場面において、甲が車を加速させた上で蛇行運転をして乙を振り落とした行為の擬律判断である。

構成要件該当性の段階では、甲が車にしがみついていた乙を蛇行運転するなどして振り落とすという危険性の高い行為に及んでいることや、乙が頭蓋骨骨折等の重傷を負って意識回復の見込みもない状態に至っていることから、傷害罪ではなく、殺人未遂罪の成否をまず検討することになる。最初に、行為の客観面として殺人の実行行為性を検討し、問題文中に表れている甲車の高さ、速度、走行距離、走行態様、路面状況及び行為によって生じた結果等の具体的な事実を丁寧に拾い上げ、それらが行為の危険性判断においてどのような意味を持つのかを明らかにする必要がある。次に、行為の主観面として殺意（故意）の有無を検討し、上記の実行行為性判断に関係する諸事情に対する甲の認識に加え、甲の内心（「乙が路面に頭などを強く打ち付けられてしまうだろうが、乙を振り落としてしまおう。」）等の事情を斟酌し、構成要件実現の認識・認容が甲にあったといえるかなどの観点から故意の有無を認定すべきである。

違法性の段階では、正当防衛又は過剰防衛の成否が問題となるので、その成立要件を事案に即して検討することが求められる。急迫不正の侵害の要件では、乙は、甲車と併走していた時点ではナイフを運転席の甲に突き出すなどしていたが、甲車から振り落とされた時点では既にナイフを車内に落としていたことから、それでもなお侵害の急迫性が認められるか検討しなければならない。この点では、「急迫性」の考え方と、「侵害行為」の範囲をどのように捉えるかが問題となる。防衛の意思の要件においては、防衛の意思必要説に立つ場合、乙を振り落とすという危険な行為をあえて行った甲に防衛の意思が認められるかを論ずるべきである。最も問題となるのは相当性の要件であるが、乙が重傷を負ったという結果の重大性だけでなく、振り落としという行為が防衛手段として必要最小限度か否かを吟味する必要がある。甲に利用可能な他の侵害排除手段があったかどうか、振り落とし行為の危険性と比べて、乙はその時点で既にナイフを持っておらず素手だったことなどの具体的事情を考慮する必要がある。相当性がないと判断すれば、甲の振り落とし行為には過剰防衛が成立することになる。

正当防衛又は過剰防衛の成立を認める上では、自招侵害の成否にも言及すべきである。甲が第1場面で乙らに激しい暴行を加えたことが、第3場面で乙の甲に対する侵害を生じさせた契機となったからである。自招侵害については、諸説があるが、判例としては最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁が参考になり、この判例の考え方に従えば、第1場面での甲の暴行と第3場面での乙の侵害との時間的・場所的近接性や、両者の侵害の程度を比較することになる。

(2) 乙の罪責

第1場面では、乙丙の一連の暴行により、甲は加療約2週間を要する頭部打撲及び腰背部打撲等の怪我を負っている。乙が甲の腰背部を複数回蹴ったことにより甲の腰背部打撲の傷害が生じたこと、丙が甲の頭部を2回殴打したことにより甲の頭部打撲の傷害が生じたことはそれぞれ認められるが、それぞれの傷害を生じさせた暴行を実行していない者の責任、つまり、丙の暴行による傷害についての乙の責任及び乙の暴行による傷害についての丙の責任の有無を判断する上で、乙丙間の（現場）共謀の成否が問題となる。

共謀を認定するに当たっては、乙と丙の関係、丙が乙に加勢した経緯、丙が「助けてくれ。」と言ったのに応えて乙が甲に暴行したこと、乙に向かっていこうとした甲の背後から丙が暴行したことなどの暴行時の具体的状況等を子細に検討する必要がある。

次に、（正当防衛行為に関する意思の合致を「共謀」と評価し得るかという問題はあるものの、）構成要件該当性の判断では傷害罪の共同正犯が成立するとしても、違法性レベルでは正当防衛の成否を更に検討する必要がある。ここでも、急迫不正の侵害、防衛の意思（特に、乙には、丙を助ける意思と甲に対する仕返しの意味が併存している点が問題となる。）、相当性の各要件について検討することになる。

第2場面においては、乙が甲の前腕部をナイフで切り付けた行為が、第1場面における乙の反撃行為と一体のものとして（量的）過剰防衛となるか、それとも、第1場面における暴行とは別個の行為として傷害罪が成立するか検討する必要がある。

最決平成20年6月25日刑集62巻6号1859頁が、上記と同様の事例において、まず第2の暴行について正当防衛の成否を検討し、次いで、第1の暴行と第2の暴行の一体性を、時間的・場所的連続性、侵害の継続性、反撃行為者の防衛の意思の有無等の観点から検討しているのが参考になる。本問では、第1場面と第2場面では時間的・場所的連続性は否定し難いものの、第2場面で乙が甲に切り付けた時点では、甲はそれ以前から全速力で逃げ出しており、もはや侵害が継続していたとは認められず、また、乙の防衛の意思も認定し難いことから、行為の一体性を否定し、傷害罪に問うことになろう。

(3) 丙の罪責

第1場面の丙の暴行について、乙との現場共謀の成否と正当防衛の成否が問題となることは乙の場合と同様である。

そして、第1場面で乙丙間に共謀が成立しているとする、第2場面での乙による甲の前腕部の切り付け行為について、丙も共犯者として責任を負うかが問題となる。

この点については、共謀の捉え方、正当防衛行為の共謀をどのように考えるかによって複数のアプローチが考えられる。一つの考え方は、第1場面における乙丙の共謀の範囲に、第2場面でのナイフによる切り付けが含まれるかを問題とし、同共謀はあくまで正当防衛行為の限度でしか成立しておらず、乙の切り付け行為は共謀の範囲外であるとして、丙は責任を負わないとするものである。別の考え方では、第1場面における共謀には、素手によるかナイフを用いるかという暴行の手段に関する限定はなく、第2場面でのナイフの切り付けも共謀の範囲内であることを前提として、丙が共犯関係から離脱しているかを問題とする。最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁は、先行行為に正当防衛が成立するときには、先行行為の共同意思からの離脱の有無を問うのではなく、後行行為の時点での新たな共謀の有無を検討し、そこで共謀が認められた場合に、先行行為と後行行為を一連の行為として考

察して防衛行為の相当性を検討すべきとする。この判例の考え方に従って本問の事案を見ると、第2場面において、丙は乙がナイフを出したのを見て「やめとけ。ナイフなんかしまえ。」と何度か叫んだり、甲に切りかかった乙を引っ張って甲から引き離すなどしたのであるから、乙丙間の新たな共謀は認められず、結局、乙の切り付け行為について丙が責任を負うことはないということになる。

いずれの考え方に立っても、論理的一貫性を保ちつつ、妥当な結論を導く必要がある。論述においては、刑法解釈上の論点についての基本的な判例・学説の知識を前提に、具体的な事案を法的に分析し、結論の妥当性も勘案しつつ、的確に事実を認定して、法規範の当てはめを行うことが求められる。常日頃から、抽象的な理論だけの勉強に偏ることなく、判例の学習等を通じて具体的な事例を題材として事実を認定し、それに理論を当てはめる力を鍛錬することが肝要である。

刑事系第1問 合格者Aさん再現答案

得点 89.06

1 第1 甲の罪責

2 1 乙に対する傷害罪（刑法 204 条）

3 甲は、乙の腹部を殴打し、髪をつかみ顔面を蹴るという不法な有形力の行使を加えており、これにより乙は前歯を折り、上顎左側中切歯・側切歯歯牙破折や顔面打撲等の生理的機能障害を負っている。よって、甲は乙を「傷害」したといえ、同罪が成立する。

7 また、甲は乙とにらみ合いになっていたが、この段階では乙は甲に対して何ら攻撃を加えていないので、正当防衛の余地はない。

9 2 丙に対する傷害罪

10 また甲は、丙の腹部や大腿部を蹴る、頭部を抱え込み両手で締め上げるという不法な有形力の行使を加えており、これにより丙は腹部打撲等の生理的機能障害を負っている。よって、甲は丙を「傷害」したといえ、同罪が成立する。

14 3 乙に対する殺人未遂罪（203 条・199 条）

15 甲は、自動車で行進中にハンドルを急に切って、車に飛び乗っていた乙を振り落としたが、丙は死亡には至らなかった。殺人未遂罪が成立しないか。

17 (1) まず、甲の車は四輪駆動の車高が高いタイプのものであり、乙が振り落とされた場合に受ける衝撃は大きかったといえる。また、甲はアクセルを踏み込み続け時速 50 キロメートルもの高速度で行進しており、乙が振り落とされた場合に受ける衝撃はかなりのものであったといえる。このような状況の下、ハンドルを急に切って乙を振り落とす行為は、落下した乙が頭部を路面に強打するなどして死亡する具体的危険を有していた。

23 したがって、甲に殺人の実行の「着手」（43 条本文）がある。

24 (2) そして、甲は、乙が路面に頭などを強く打ち付けるかもしれないと認識しており、殺意が認められる。

26 (3) もっとも、甲はナイフを持った乙に追いかけられたためかかる行為に及んだのであり、正当防衛（36 条 1 項）として違法性が阻却されないか。

28 ア 乙が追いかけてきたのはそもそも甲が乙・丙に傷害を加えたからであり、自招侵害として正当防衛の余地はないのではないか。

30 正当防衛で違法性が阻却されるのは、法確証・自己保全の利益が守られ社会通念上相当な法益侵害だったとされることによる。とすれば、自ら侵害を招いた場合はもはや法確証・自己保全の利益を守ったとはいえず、正当防衛は成立しない。具体的には、①侵害が挑発から直接惹起され、②侵害が挑発の程度を大きく超えない場合は、自招侵害として正当防衛は成立しない。

36 イ 本件では、乙は甲が乙・丙に傷害を加えた現場から甲を追い続けており、乙の侵害は甲の挑発から直接惹起されたといえる（①）。また、乙はナイフを取り出しているが、甲は体を鍛えていて腕力も強く乙・丙が2人がかりでようやく立ち向かえるほどであったので、侵害が挑発の程度を大きく超えてはいないといえる（②）。

41 よって、自招侵害として正当防衛の余地はない。

42 ウ 仮に自招侵害にあたらないとしても、甲が乙を振り落とした時点では、乙はナイフを落とし車内の甲に侵害を加えられるような状況にはなかったのだから、「不正の侵害」自体存在しなかったといえる。

45 エ 従って、正当防衛は成立しない。

46 (4) よって、甲に乙に対する殺人未遂罪が成立する。

4 以上より、甲に、①乙に対する傷害罪、②丙に対する傷害罪、③乙に対する殺人未遂罪が成立する。①③は同じ法益に対するものであるが、時間的・場所的に離隔があり別個の行為であるので、包括一罪とはならない。従って、①②③は併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責

1 甲に対する傷害罪の共同正犯（60条）

（1）乙は、「助けてくれ」という丙に応じて丙と現場共謀を遂げた上、甲の腰背部付近を蹴るという不法な有形力の行使を加えており、これにより甲は腰背部打撲という生理的機能障害を負っている。よって、乙は甲を「傷害」したといえる。

（2）もっとも、乙は、甲から傷害を加えられている丙を助けるためかかる行為に及んだのであり、正当防衛が成立し違法性が阻却されないか。

ア まず、甲は乙の頭部を締め上げるという「不正の侵害」を加えており、丙が現に締め上げられていたのだから侵害が切迫しており「急迫」性もあった。

イ また、乙はやられた仕返しをしようとも思っていたが、防衛に名をかりて甲を積極的に加害する行為までは行っていない。とすれば、防衛意思は攻撃意思とも併存しうる以上、乙に防衛の意思もあった。

ウ そして、甲は体を鍛えていて腕力もあったところ、乙は持っていたナイフも取り出さず甲の後ろから数回蹴ったに過ぎないので、防衛行為として必要最小限の程度の反撃といえ、「やむを得ない」ともいえる。

エ 従って、正当防衛が成立する。

（3）よって、乙に同罪は成立しない。

2 甲に対する傷害罪

また、乙はナイフで甲の左手付近に切りかかるという不法な有形力の行使を加え、これにより甲は切創という生理的機能障害を負っている。乙は甲を「傷害」したといえる。

そして、乙が切りかかった時点では甲は乙から逃げしており、何ら攻撃を加えていなかった。よって、正当防衛は成立しない。

よって、同罪が成立する。

3 なお、1・2について、甲の侵害がやんだ後にも乙が2の攻撃を加えたとして全体として過剰防衛（37条1項）と捉えることも考えられる。この場合、傷害罪につき任意的免除・減輕（36条2項）の余地があるので乙にとって有利である。

（1）36条2項は、攻撃にあつて動揺しているため、行き過ぎがあつてもやむを得ないとして責任の減少を認めたものである。とすれば、一つの防衛意思に基づく一連の防衛行為と評価できる場合には、全体につき責任減少の趣旨が妥当する。具体的には、①防衛意思が連続しており、②時間的・場所的接近性があり防衛行為の態様が共通しているといえる場合に、全体につき責任減少をみとめる。

（2）本件では、乙は1の時点では防衛意思を有していたものの、甲が逃げた時点以降は、面子を潰されたと逆上し、甲を痛めつけなければ気持ちがおさまらないと思っていた。とすれば、2の時点では防衛意思が攻撃意思に凌駕されていたといえ、防衛意思が連続していたとはいえない（①）。また、乙は2ではナイフを取り出し、逃げる甲に向かって一方的に切りつけている。とすれば、時間的・場所的にはたいした離隔はなくとも、積極的

93 に切りつけている以上、防衛行為の態様が共通しているとはいえない(②)。

94 よって、全体につき責任減少をみとめることはできない。

95 4 以上より、乙に、甲に対する傷害罪が成立する。

96 第3 丙の罪責

97 1 甲に対する暴行罪(208条)

98 丙は、両手で甲の旨付近を強く押すという不法な有形力の行使を加えて
99 「暴行」している。

100 もっとも、これは甲が乙に対して殴る蹴るの傷害を加えており、かかる急
101 迫不正の侵害に対して乙を防衛するため、体格で勝る甲に対し両手で強く押
102 すというやむを得ない限度で暴行を加えたに過ぎず、正当防衛が成立する。

103 よって、丙に同罪は成立しない。

104 2 甲に対する傷害罪の共同正犯

105 丙は、甲の頭部を殴打するという不法な有形力の行使を加えており、これ
106 により甲は頭部打撲という生理的機能障害を負っているため、丙は甲を傷害
107 したといえる。また、丙は乙に対し助けを求め、乙もこれに応じていること
108 から現場共謀を遂げており、丙の甲に対する傷害もかかる現場共謀に基づく
109 ものである。

110 もっとも、甲が乙に向かっていこうとしていたため急迫不正の侵害があり、
111 丙は乙を防衛するため、体格で勝る甲に対しやむを得ない限度で傷害を加え
112 たに過ぎないので、正当防衛が成立する。

113 よって、同罪は成立しない。

114 3 甲に対する傷害罪の共同正犯

115 乙はナイフで甲に切りつけ傷害を負わせているが、丙も共謀共同正犯とし
116 て傷害罪が成立するか。

117 (1) 60条の一部実行全部責任の根拠は、法益侵害に因果を与えたことにある。

118 よって、①互いの行為を利用し補充しあって特定の犯罪を実現する旨の謀
119 議をし、②自己の犯罪として、③重要な役割を果たした場合には、実行行
120 為を行っていないことも、共謀共同正犯として責任を負う。

121 (2) 本件では、丙は乙と甲に対する防衛として傷害を加える旨の現場共謀を
122 遂げている(①)。もっとも、この共謀はあくまで防衛行為の限度での共
123 謀であり、甲が逃げた時点以降の乙の行為は、共謀の射程外である。

124 そして、丙は乙を追いかけけているものの、これは乙が興奮すると何をす
125 るか分からないと心配に思っていたからであり、甲の追撃につき新たな共
126 謀が成立したともいえない。また、丙は乙に対して「やめとけ。ナイフな
127 んかしまえ。」と何度も叫んでいることから、乙もこのことを了解してい
128 たといえる。

129 よって、丙は共謀共同正犯として責任を負うことはないため、同罪は成
130 立しない。

131 4 以上より、丙には何らの犯罪も成立しない。

132

133

134

刑事系第1問 合格者Bさん再現答案

得点108.60

1 第1 甲の罪責

2 1 事実1における行為について

3 (1) ア 甲は、乙の顔面を右膝で蹴る等の人の身体に対する有形力行使であ
4 る暴行(刑法208条)を加え、乙に上顎左側中切歯破折、顔面打撲等
5 の怪我を負わせて、人の生理的機能を害する「傷害」(204条)を負わ
6 せている。

7 よって、傷害罪の構成要件に該当する。

8 イ もっとも、甲は、乙からにらまれた上ですごまれたことに対して、そ
9 れに対する反撃行為としてかかる傷害行為に及んでいる。

10 よって、正当防衛(36条1項)が成立して、違法性が阻却されないか
11 が問題となる。

12 この点、正当防衛行為につき違法性の阻却が認められるのは、当該行
13 為が社会的に相当な行為と評価出来るからである。

14 そこで、自らの違法な挑発行為に端を発する行為の場合は、形式的に
15 正当防衛の要件をみたしても、正当防衛は成立しないと考える。

16 本問での、乙の甲に対する行為は、元はと言えば、甲が乙と肩が接触
17 した後、わざわざ乙を追いつけて行って「謝れ」と強く言ったことに端
18 を発しており、甲の違法な挑発行為に基づくものと評価できる。

19 よって、かかる甲の傷害行為については、正当防衛は成立せず、乙に
20 対する傷害罪が成立する。

21 (2) 甲は、丙の腹部等を蹴る等の暴行を加えて、丙に腹部打撲等の怪我を
22 させ傷害を与えている。よって、かかる行為は、丙に対する傷害罪の構
23 成要件に該当する。

24 もっとも、甲はかかる行為を丙から胸付近を押される暴行を受けたこ
25 とに対する反撃としてなしているので、正当防衛ないし緊急避難が成立
26 しないかが問題となる。しかし、かかる甲の行為は、前述したように、
27 甲自身の違法な挑発行為に端を発する一連の行為であると評価できる
28 ので、社会的に相当な行為とは言えない。よって、かかる行為は、違法
29 性を阻却されず、丙に対する傷害罪が成立する。

30 2 事実3における行為について

31 ア 乙を車から振り落として頭蓋骨骨折等の大怪我を負わせた行為につ
32 いて、殺人未遂罪(199条・203条)が成立するか。

33 まず、四輪駆動の車高が高いタイプの車から、時速50キロメート
34 ルの速度で、固いアスファルトの路上に振り落とす行為は、路面に頭
35 を打ち付ける等して人の死の結果が生じる現実的危険性を有する行
36 為であるので、殺人罪の実行行為にあたる。

37 しかし、乙は一命を取り留めているので、人の死の結果は発生して
38 おらず、未遂にとどまる。

39 甲は、乙が路面に頭などを強く打ち付けることを認容しており、か
40 かる主観は乙の死の結果を認容する未必の故意(38条1項)があると
41 認められる。

42 よって、殺人未遂罪の構成要件に該当する。

43 イ また、かかる振り落とし行為がなされた時点で、乙は既に手に持っ
44 ていたナイフを車内に落としてしまっており、「急迫不正の侵害」は
45 存在せず、正当防衛は成立しない。

46 以上より、乙に対する殺人未遂罪が成立する。

47 3 罪数

48 以上に成立した各犯罪は、併合罪となる（45条前段）。

49 第2 乙の罪責

50 1 事実1における行為

51 ア 甲の腰背部を蹴って、腰背部打撲等の怪我を負わせた行為は、甲に対
52 する傷害罪の構成要件に該当する。

53 イ もっとも、かかる行為は丙の身体という「他人の権利」を防衛するた
54 めの行為として、正当防衛が成立しないか。

55 この点、乙は丙を助けるだけでなく、仕返しをするとの意思も有して
56 いるので、「防衛するため」の要件をみたすかが問題となる。

57 思うに、行為は主観と客観の統合体ゆえ、防衛行為たり得るためには、
58 主観的な防衛の意思も必要であると考え。もっとも、緊急状態である
59 ことに配慮して、防衛の意図までは不要であり、急迫不正の侵害を認識
60 しつつそれを避ける心理状態があれば足り、攻撃の意思と併存すること
61 も可能と考える。

62 本問では、乙は、甲による丙に対する頭部締め上げの暴行行為を認識
63 しつつ、これを避けようとする心理状態を有しており、仕返しという攻
64 撃の意思も併有しているが、防衛の意思が認められる。

65 また、行為態様や侵害法益の点に鑑みて、格別行き過ぎた行為とは評
66 価できないので、必要性・相当性も認められ、「やむを得ずにした行為」
67 の要件もみたす。

68 よって、かかる行為については、正当防衛が成立し、犯罪は成立しな
69 い。

70 2 事実2における行為

71 ア 甲の左前腕部を切り付けて、加療約3週間の切創を負わせた行為につ
72 き、甲に対する傷害罪の構成要件に該当する。

73 イ では、かかる行為につき、正当防衛ないし過剰防衛は成立するか。

74 この点、「急迫不正の侵害」の継続については、行為が主観と客観の
75 統合体であることに鑑み、①主観的な侵害者の攻撃の意思と、②客観的
76 な攻撃の可能性が存在することが必要であると考え。

77 本問では、甲は、その場から逃れようと全速力で走って逃げだしてお
78 り、①攻撃の意思も②客観的な攻撃の可能性も認められない。よって、
79 もはや甲による「急迫不正の侵害」の存在は認められず、正当防衛も過
80 剰防衛も成立しない。

81 よって、甲に対する傷害罪が成立する。

82 3 事実3における行為

83 甲の頭部や顔面に向けてナイフを突き出した行為につき、暴行罪が成立す
84 る。

85 4 罪数

86 以上に成立する各犯罪は、併合罪となる。

87 第3 丙の罪責

88 1 事実1における行為

89 (1) 甲の胸付近を強く押した行為は、甲に対する暴行罪の構成要件に該当
90 する。

91 もっとも、かかる行為は、乙の身体的自由という「他人の権利を防衛
92 するため」になした行為であるので、正当防衛が成立し、犯罪は成立し

刑事系第1問 合格者Cさん再現答案

得点111.60

第1 甲の罪責

1 (1) 甲が、乙の腹部を右手の拳で殴打や蹴ったりし、乙の口から出血さ
2 せ、加療約1ヶ月を要するケガさせた行為について、人の生理的機能
3 を害するものであり、傷害罪（刑法（以下省略）204条）の客観的
4 構成要件に該当し、さらに、甲には乙の身体に不法な有形力を行使す
5 ることを認識しており暴行罪（208条）の故意もあるので、結果的
6 加重犯である傷害罪の構成要件の故意も認められる。

7 (2) そして、右暴行傷害は、甲と乙との肩が接触した経緯があるが、こ
8 れは急迫不正の侵害（36条）でもなく、現在での危難（37条）で
9 もないので正当化されない。

10 (3) よって、甲の右行為について、①乙に対する傷害罪が成立する。

11 2 (1) 甲が、丙を右足で蹴ったりし、丙の頭部を締め上げることによって、
12 ケガをさせた行為について、人の生理的機能を害するものであり、さ
13 らに、暴行の故意もあるので、その結果的加重犯たる傷害罪の構成要
14 件に該当する（204条）。

15 (2) もっとも、上記暴行等は、丙が甲の胸付近を強く押した行為に対し
16 てされているため、正当防衛が成立し、違法性が阻却されるのではな
17 いか（36条1項）。

18 しかし、後述のように丙の上記行為は、丙が乙を守るために行った
19 ものであり、正当防衛として正当化されるので、不正の侵害とは言え
20 ず、正当防衛は成立しない。

21 (3) よって、②甲には丙に対する傷害罪が成立する（204条）。

22 3 (1) 次に、甲が乙が自動車につかまっている状態で、アクセルを踏み込
23 んで加速したり、蛇行運転をし、結果として乙に大けがを負わせ意識
24 不明にした行為について殺人未遂罪（203条、199条）が成立し
25 ないか。

26 (2) まず、右行為は、甲の車が車高が高いタイプであり、地面がアスフ
27 ェルトの舗装された道路で固いことからして、落ちると、乙に死の結
28 果の現実的危険性がある行為であり、殺人罪の実行行為といえる。

29 さらに、甲は、乙が頭を強く打ち付けてしまうだろうが、振り落と
30 そうと思っており、乙が地面に落とされることについて認識認容して
31 いるので、殺人罪の故意も認められる。

32 そして、結果は未遂に終わっているので、殺人罪未遂罪の構成要件
33 に該当する。

34 (3) そうだとしても、甲は、乙からの攻撃を防ぐためにやっているとも
35 思えるので、正当防衛が成立し、違法性が阻却されるのではないか（3
36 6条1項）。

37 この点、乙はナイフを持っていたが、ナイフを車内に突っ込んだ後
38 落としているので、甲の生命身体に対する急迫不正の侵害は終了して
39 いるといえ、急迫不正の侵害は認められない。

40 よって、正当防衛として違法性は阻却されず、甲には③乙に対する
41 殺人未遂罪が成立する（203条、199条）。

42 4、その後、甲がそのまま逃走し、乙を放置した行為について、保護責任者遺
43 棄罪が成立するようにも思えるが、これは、殺人罪の実行行為として評価さ
44 れ尽くしているので、別途保護責任者遺棄致死罪を構成しないので成立しな
45 い。

5、罪数

甲に成立する①と③は同じ乙を被害者とするものであり、時間的場所的に近接しているので、①が③に吸収され、それらと②は併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責

1（1） まず、乙丙間で、丙が乙に「助けてくれ」といい、それに対して乙が甲に攻撃を仕掛けた時点で、甲に対する防衛行為の共謀が成立している。

（2） そして、乙が、丙が助けを求めるのを聞いて甲の後ろから蹴った行為は、人の身体に対する不法な有形力の行使であり、甲は腹背部打撲のケガという生理的機能を害する傷害を負っているので、上記行為は、傷害罪（204条）の構成要件に該当する。

（3） ア、もっとも、右行為は、甲の丙に対する攻撃から丙を守るために行ったものであるため、正当防衛（36条1項）が成立し、違法性が阻却されるのではないか。

イ、丙は、体格で勝る甲に頭部を締め上げられたり一方的にやられているので、急迫不正の侵害がある。

ウ、さらに、防衛のための行為といえるためいはその文言から防衛の意思が必要であるところ、それは急迫不正の侵害を認識し避けようとする意思でよく、攻撃の意思と併存していてもよい。

本件では、乙は甲にやられた仕返しをしたいとも思っており攻撃の意思を有しているが、それは積極的加害意思ではなく、丙を助ける意思も併存するので、防衛の意思が認められる。また、乙の行為は、丙の身体を守るために効果がある行為であり、防衛行為といえる。

エ、また、反撃の程度として必要性及び相当性も認められるので、やむを得ずにした行為といえる。

オ、よって、正当防衛が成立し、違法性が阻却される。

2（1） 甲が丙の頭部を殴るのをやめた後、丙が頭部を右手で殴打した行為について、これは前述の乙丙間の共謀内の行為であり、甲は頭部打撲を負っているので、人の生理的機能を害する行為として、傷害罪の構成要件該当する（204条）。

（2） もっとも、甲の手が離れているものの、甲がいつまた頭をしめてくるか分からない状況にあるので、急迫不正の侵害はやんでおらず、正当防衛が認められ（36条1項）、違法性が阻却される。

3（1） 乙が、ナイフで甲に斬りかかり、甲にけがを負わせた行為について、人の生理的機能を害するものであり傷害罪の構成要件に該当する（204条）。

（2） 上記行為は、甲が車に乗って逃げようとしている段階で行われており、急迫不正の侵害や現在の危難がない状況で行われているので違法性が阻却されず、乙には、甲に対する傷害罪が成立する（204条）。

第3 丙の罪責

1、丙が、甲の胸を強く押した行為については、暴行罪の構成要件該当するが、それは、乙が甲に殴られ蹴られていることに対して乙を守るために行われたものであり、正当防衛が成立し（36条1項）、違法性が阻却されるので、犯罪として成立しない。

- 93 2、乙と共に行った防衛行為は、乙のところで記載したように、違法性が阻却
94 されるので犯罪として成立しない。
95 3、乙がナイフで甲を切りつけケガを負わせた行為については、共謀の範囲外
96 の乙の単独行為であり、丙が責任を負うことはない。

97 以上。
98
99
100

刑事系第1問 不合格者Dさん再現答案

第1 事実1について

1. 甲の攻撃について

(1) 甲は、乙に対し、腹部を右手拳で1回殴打し、さらに、その髪をつかんだ上、その顔面を右膝で3回蹴るという不法な有形力を行使した。その結果、乙は前歯2本を折ったほか、加療約1ヶ月のけがを負った。よって、かかる行為につき、傷害罪(203条)が成立する。

(2) 甲は、丙に対し、腹部や大腿部を2回蹴り、さらに、丙のシャツの胸倉を両手でつかんで引き寄せた上、その頭部を抱え込んで締め上げるといった不法な有形力を行使した。その結果、丙は加療約1週間のけがを負った。よって、かかる行為につき、暴行罪(208条)が成立する。

2. 乙の反撃について

(1) 乙は、丙を助けるべく、甲の背後から腰背部付近を右足で2回蹴り、続いて同部分を数回右足で強く蹴るという不法な有形力を行使した。よって、乙のかかる行為は、暴行罪の構成要件に該当する。

(2) しかし、かかる行為は、甲によって頭部を締めあげられていた丙を助けるために行ったものである。そこで、正当防衛(36条1項)が成立しないかが問題となる。以下、その要件を検討する。

ア 「急迫不正の侵害」

甲は、丙の頭部を締め上げていた。この行為は、上記の通り、暴行罪に該当する「不正な侵害」である。また、乙の反撃当時、甲は現に丙の頭部を締め上げていたのだから、侵害は現に行われていたといえ、「急迫」性も認められる。

イ 「やむを得ずに」

36条1項の「やむを得ずに」とは、必要かつ相当であることを意味すると解する。

本件では、丙よりも体格の勝る甲が丙を締め上げていたのだから、これに対抗して丙を解放させるためには、甲の形成を崩すべく、腰背部付近を右足で蹴るという程度の威力は必要である。また、2回蹴っただけでは甲はひるまなかったのであるから、その後強く蹴るという行為も丙の解放のためには効果的であった。したがって、乙の行為には必要性が認められる。

そして、甲の暴行行為に対して、乙も暴行行為をもって対抗するのは、法益の権衡がとれている。しかも、乙の反撃部分は、甲の腰背部付近である。同部分は、生命・身体への害が比較的小さい部分であるから、乙の反撃は、甲の攻撃に対して過剰なものとはいえない。したがって、相当性が認められる。

以上から、乙の反撃行為は、「やむを得ずに」したものと認められる。

ウ 「防衛するため」

36条1項は「防衛するため」と規定しているから、防衛の意思が要件となる。ここで、乙は、丙を助けようとする意図もあったが、同時に、甲に仕返しをしてやろうとする意図も持っていたため、防衛の意思に欠けるのではないかが問題となる。

この点については、たとえ攻撃の意思が併存していても、防衛の意図を上回るものでなければ、なお防衛の意思は失われないと解する。

本件では、確かに甲への仕返しという攻撃の意図はあった。しかし、丙が助けを求める声を聞いて乙が立ち上がったこと、上記のように乙の

47 反撃行為は必要かつ相当な範囲のものであったことから、乙の反撃行為
48 は丙の救出を主目的とするものであったことが推認される。とりわけ、
49 丙が解放されて以後は乙はもはや追撃を行わなかったことを併せ考え
50 ると、甲への仕返しの主目的であったとは考えにくい。だとすれば、乙
51 の攻撃の意図は、防衛の意図を上回るものではなかったといえる。

52 よって、乙には防衛の意思が認められる。

53 エ 以上から、乙は36条1項の要件を満たし、正当防衛が成立する。

54 3. 丙の反撃行為について

55 (1) 丙は、甲の胸を強く押し、その後、甲の頭部を背後から右手拳で2回
56 殴打するという不法な有形力を行使した。かかる行為は、暴行罪の構成
57 要件に該当する。

58 (2) しかし、かかる丙の行為は、甲にからまれていた乙を助けるために行
59 ったものである。そこで、正当防衛が成立しないか、以下、要件を検討
60 する。

61 ア 強く胸を押す行為も、頭部を殴打する行為も、いずれも攻撃を加えら
62 れている乙を助けるために行ったものであるから、「急迫不正の侵害」
63 に対し乙を「防衛するため」に行ったものであるといえる。

64 イ 強く胸を押す行為は、一方的に暴行を受けている乙を助けるために行
65 った行為である。胸を押すという行為は生命・身体への危険が小さいき
66 わめて軽微な法益侵害であり、また、体格的に丙は甲に劣っていたこと
67 を考えると、かかる行為は、軽微な侵害のもとで傷害行為を受けている
68 乙を解放させようとしたものであるから、必要かつ相当な行為といえる。

69 頭部を殴打する行為についても、甲の乙への追撃を防止するために行
70 ったものであり、その侵害の程度は決して大きくないから、必要かつ相
71 当な行為といえる。

72 ウ よって、丙は36条1項の要件を満たし、正当防衛が成立する。

73

74 第2 事実2について

75 1. 乙のナイフによる切りつけ行為について

76 (1) 乙は、甲が逃走してもなおこれを追跡し、甲に追いついてその左手付
77 近をナイフで切りかかるという傷害行為を行っている。その結果、甲は
78 左前腕部に加療3週間の切傷を負った。したがって、かかる切りつけ行
79 為は、傷害罪の構成要件に該当する。

80 なお、ナイフで切りつけようと目掛けた部分は左手にすぎず、甲の生
81 命に危険があったとは到底いえないから、乙に殺意(199条の故意)は
82 認められない。

83 (2) ア 本件では、甲は、乙・丙から逃走している。それにもかかわらず甲
84 を追撃した乙に正当防衛または過剰防衛(36条2項)は成立するだろ
85 うか。

86 36条1項または2項の成立には「急迫不正の侵害」が前提となる
87 から、侵害状態が継続しているならば正当防衛または過剰防衛の
88 成立の余地があるが、もはや侵害状態が断絶したと評価できる場合に
89 は、過剰防衛すら成立の余地はない。だとするならば、本件におい
90 ても、甲の逃走により、侵害状態が断絶したと評価できるか否かが問
91 題となる。

92 イ これを本件について見ると、まず、甲が逃走したのは、乙・丙に前

後から挟まれて形成が不利になると同時に、周囲に多数の人が集まり騒ぎが大きくなるのを恐れたためである。本件当時は、週末であったため人通りが多く、繁華街を出歩いている人が大勢いたというのであるから、いったんこのような形成に陥ってしまえば、甲にとって形成が不利なのは明かである。そして、このような不利な状況に陥ってしまえば、甲としては、もはや闘争を中断し、逃走するのが最善の手であるといえる。だとすれば、甲の逃走行為は、形成を立て直して再度の襲撃に備えるための準備行為などでは決してなく、単に戦意を喪失して闘争から離脱する意図によるものであったと解するのが自然である。乙としても、このことは客観的に認識することができたはずである。

また、甲は全速力で走って逃走している。人通りの多い繁華街においていったん全速力で逃げ出してしまえば、再び乙らを発見するのは困難であるし、また、そもそも全速力で逃走した者が再び襲撃を行ってくるとは通常考えがたい。

以上からすれば、甲はもはや闘争の意思を欠いて逃げ出したと解されるのであり、そうであるとすれば、もはや乙・丙に甲の不正侵害が降りかかることはないものと考えられる。したがって、侵害状態はもはや断絶されたものと評価できる。

ウ よって、乙は侵害が断絶したにもかかわらず甲に傷害行為を行ったものであり、過剰防衛ですら成立の余地はない。

(3) 以上から、傷害罪が成立する。

2. 丙は傷害罪の共同正犯となるか

(1) 事実1における乙・丙らの甲に対する反撃行為は、現場において共同して甲に有形力を行使したものであるから、現場共謀に基づくものである。

そうすると、その後、乙丙間の現場共謀が解消したと評価できるならば、乙の上記傷害行為は乙にのみ帰責されるものであるが、もし現場共謀が解消していないのであれば、丙はいまだ乙と共同正犯(60条)の関係に立つので、乙の傷害行為についても共同正犯として帰責されることになる。

そこで、本件において、乙丙間の事実1における現場共謀が解消したといえるかどうかが問題なる。以下、共謀が解消したといえるかどうかを、①客観的事実とともに、②関係当事者の主観的事実をも加味しながら検討する。

(2) ア 本件では、①甲が逃走したことで、上記検討のように、侵害状態は断絶したものである。そうすると、もはや防衛のために暴行をもって対抗する客観的な必要性はなくなったのであり、よって共謀を持続させるだけの客観的な必要性も消失したといえる。

②乙は、少年時代から凶暴な性格で知られ、また、何度か傷害事件を繰り返していることから、非常に短気な性格であることが窺われる。また、実際に、乙は、甲を痛めつけてやらなければ気持ちがおさまらないと逆行して、甲に危害を加えようと追跡を開始している。このように、乙としては、専ら自己の満足を図る意図で甲への追撃を考え、行動していたのであり、少なくとももはや丙の補助を必要とはしていなかった。そうだとすれば、丙の存在によって乙が心理的に影響を受

- 139 けたという関係はない。
- 140 丙としても、甲・乙を追いかけたのは、行き過ぎた乙を制止させる
- 141 ためであって、甲に追撃を加えようという意図は全くない。
- 142 イ 以上からすれば、客観的・主観的にも、乙・丙はお互いを利用して
- 143 甲に危害を加えようという関係にはない。したがって、乙丙は、もは
- 144 や物理的・心理的に影響を及ぼしあう関係にはなく、共謀は解消され
- 145 たと評価できる。
- 146 (3) よって、丙が乙の行為について共同正犯となることはなく、乙の傷害
- 147 罪について丙は責任を負わない。
- 148

149 第3 事実3について

150 1. 乙の行為について

- 151 乙は、乗車した甲に対し、窓ガラスの開いていた部分からナイフを車内に
- 152 突っ込み、甲の頭部や顔面に向けて何度か突き出しながら、甲を威嚇した。
- 153 かかる不法な有形力の行使は、暴行罪に該当する。

154 2. 甲の乙を振り落とした行為について

- 155 (1) ア このような乙の攻撃を阻止すべく、甲は、何回かハンドルを急激に
- 156 切って蛇行運転を行い、車に飛び乗っている乙を振り落とした。かか
- 157 る行為は、車に飛び乗っている乙を、時速約 50km というかなりの高
- 158 速度で振り落とすものであり、乙が地面に叩きつけられれば、打ちど
- 159 ころによっては、乙を死亡させかねないほどの危険な行為である。こ
- 160 のように、生命の安全を害するに足る危険のある行為であるから、
- 161 かかる行為は、殺人罪(199条)の実行行為といえる。
- 162 イ 甲は、乙が路面に頭などを強く打ちつけられてしまうだろうことを
- 163 認識した上で、それもやむないと考えて振り落とし行為に及んでいる。
- 164 そうすると、甲には、乙が頭を強く打ちつけて死に至る可能性を認識
- 165 しつつ、これに及んだのであるから、殺意につき未必の故意(38条1
- 166 項)が認められる。
- 167 ウ そして、乙は頭部を路面に打ちつけた結果、頭蓋骨骨折および脳挫
- 168 傷等の大けがを負ったものの、死には至っていない。
- 169 エ 以上から、甲の蛇行運転による振り落とし行為は、殺人未遂罪(203
- 170 条・199条)の構成要件に該当する。

- 171 (2) ア では、かかる甲の行為につき、乙からのナイフによる侵害を防衛す
- 172 るためのものであることから、正当防衛または過剰防衛は成立するだ
- 173 ろうか。

174 本件行為は、確かに防衛のために行われたものではある。しかし、

175 もともと甲が先制的に乙らに危害を加えたことから本件事態が発生

176 したという関係があるところ、このように自ら障害を招いた者にまで

177 36条を適用してよいのだろうか(自招防衛の問題)。

- 178 イ この点については、次のように考える。すなわち、36条が正当防
- 179 衛による違法性阻却を定めた趣旨は、違法の本質が行為無価値にもあ
- 180 ることを前提に、社会相当性を有する防衛行為を不可罰とする点にあ
- 181 る。そこで、自ら侵害を招いた場合であっても、①新たな侵害が自ら
- 182 の惹起した侵害よりも重大であり、②防衛や回避の方法に社会相当性
- 183 が認められる場合には、なお36条を適用させてよいと解する。

- 184 ウ これを本件について見るに、①甲が自ら招いた侵害は、殴る・蹴る

といった暴行ないし傷害の侵害である。これに対して、乙による新たな侵害は、ナイフによる切りつけ行為である。ナイフを車内に向けて突き出す行為は、なお暴行罪にとどまるものではあるものの、場合によっては甲に重傷を負わせかねない、きわめて危険な行為である。しかも、ナイフは、全長 10cm にも至る長さのものであるから、特に危険なものである。したがって、同行為は、甲が自ら惹起した侵害よりも重大なものといえる。

②かかる侵害に対して甲は、車を発進させて乙を振り切ろうとした。これは、一見すると合理的な逃走手段であるように思われる。しかし、自ら乙に因縁をつけて暴行を行った以上、単に逃げようとするのではなく、真摯に乙に謝罪をしようと試みることもできたはずである。このように真摯な対応をとれば、逆上した乙も気が治まり、新たな侵害が無用に発生するのを防げた可能性がある。逃走は、真摯な謝罪をしても効果がなかった場合にとれば十分なのである。そうだとするならば、甲は十分に侵害回避の努力をしたとはいえず、よって回避の方法に社会相当性を認めることができない。

したがって、甲には 36 条を適用することはできない。

(3) 以上から、甲には殺人未遂罪が成立する。

第4 罪数および結論

1. 甲には、①傷害罪、②暴行罪、③殺人未遂罪が成立し、併合罪（45 条）となる。
2. 乙には、①傷害罪、②暴行罪が成立し、併合罪となる。
3. 丙には、犯罪は成立しない。

以上

〔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22年5月1日、A女は、H県警察本部刑事部捜査第一課を訪れ、同課所属の司法警察員Pに、「2か月前のことですが、午後8時ころ、結婚を前提に交際していたBと電話で話していると、Bから『甲が来たから、また、後で連絡する。』と言われて電話を切られたことがありました。甲は、Bの友人です。その3時間後、Bが私の携帯電話にメールを送信してきました。そのメールには、Bが甲及び乙と一緒に、甲の奥さんであるV女の死体を、『一本杉』のすぐ横に埋めたという内容が書かれていました。ちなみに、『一本杉』は、H県I市内にあるJ山の頂上付近にそびえ立っている有名な杉です。また、乙も、Bの友人です。私は、このメールを見て、怖くなったので、思わず、メールを消去しました。その後、私は、このことを警察に伝えるべきかどうか迷いましたが、Bとは結婚するつもりでしたので、結局、警察に伝えることができませんでした。しかし、昨日、Bとも完全に別れましたので、警察に伝えることに踏ん切りがつかしました。Bが私にうそをつく理由は全くありません。ですから、Bが私にメールで伝えてきたことは間違いありません。よく調べてみてください。」などと言った。その後、司法警察員Pらは、直ちに、前記「一本杉」付近に赴き、その周辺の土を掘り返して死体の有無を確認したところ、女性の死体を発見した。そして、女性の死体と共に埋められていたバッグにV女の運転免許証が在中していたことなどから、女性の死体がV女の死体であることが判明した。

そこで、同月3日、司法警察員Pらは、Bから事情を聞くため、Bが独り暮らしをしているKマンション403号室に赴き、BにH県警察本部への任意同行を求めたところ、Bは、突然、司法警察員Pらを振り切ってKマンションの屋上に駆け上がり逃走を試みたが、同所から転落して死亡した。

2 同日、司法警察員Pは、死体遺棄の被疑事実で搜索差押許可状の発付を受け、部下と共に、前記Kマンション403号室を搜索し、Bのパソコンを差し押さえた。

そして、同日、司法警察員Pは、H県警察本部において、差し押さえたBのパソコンに保存されていたメールの内容を確認したところ、A女とBとの間におけるメールの通信記録しか残っていなかったが、Bが甲及び乙からV女を殺害したことを聞いた状況や甲及び乙と一緒にV女の死体を遺棄した状況等を記載したA女宛てのメールが残っていた。そこで、司法警察員Pは、このメール〔メール①〕を印刷し、これを添付した捜査報告書〔資料1〕を作成した。また、司法警察員Pは、直ちに、〔メール①〕をA女に示したところ、A女は、「〔メール①〕には見覚えがあります。〔メール①〕は、Bが作成して私に送信したものに間違いありません。Bのパソコンは、B以外に使用することはありません。私がパソコンに触れようとしただけで、『触るな。』と激しく怒ったことがありますので、Bのパソコンを他人が使用することは、絶対にないと断言できます。」などと供述した。

3 V女に対する殺人、死体遺棄の犯人として甲及び乙が浮上したことから、司法警察員Pらは、直ちに、甲及び乙の前歴及び前科を照会したところ、甲には、前歴及び前科がなかったものの、乙には、平成21年6月、窃盗（万引き）により、起訴猶予となった前歴1件があることが判明した。

また、司法警察員Pは、差し押さえたBのパソコンにつき、Bと甲との間におけるメールの通信記録、Bと乙との間におけるメールの通信記録が消去されているのではないかと考え、直ちに科学捜査研究所に、消去されたメールの復元・分析を嘱託した。

さらに、司法警察員Pらは、前記メールの復元・分析を進めている間に、甲及び乙が所在不明となることを避けるため、甲及び乙に対する尾行や張り込みを開始した。

4 その一方、司法警察員Pは、V女に対する殺人、死体遺棄事件を解明するため、甲及び乙を逮捕したいと考えたものの、まだ、〔メール①〕だけでは、証拠が不十分であると判断し、V

女に対する殺人、死体遺棄事件以外の犯罪事実により甲及び乙を逮捕するため、部下に対し、甲及び乙がV女に対する殺人、死体遺棄事件以外に犯罪を犯していないかを調べさせた。その結果、乙については、V女に対する殺人、死体遺棄事件以外の犯罪の嫌疑が見当たらなかったが、甲については、平成22年1月10日にI市内で発生したコンビニエンスストアLにおける強盗事件の2人組の犯人のうちの1名に酷似していることが判明した。そこで、同年5月10日、司法警察員Pは、コンビニエンスストアLに赴き、被害者である店員Wに対し、甲の写真を含む複数の写真を示して犯人が写った写真の有無を確認したところ、Wが甲の写真を選択して犯人の1人に間違いない旨を供述したことから、その旨の供述録取書を作成した。

その後、司法警察員Pは、この供述録取書等を疎明資料として、前記強盗の被疑事実で甲に係る逮捕状の発付を受け、同月11日、同逮捕状に基づき、甲を通常逮捕した【逮捕①】。そして、その際、司法警察員Pは、逮捕に伴う捜索を実施し、甲の携帯電話を発見したところ、前記強盗事件の共犯者を解明するには、甲の交遊関係を把握する必要があると考え、この携帯電話を差し押さえた。なお、この際、甲は、「差し押さえられた携帯電話については、私のものであり、私以外の他人が使用したことは一切ない。」などと供述した。

司法警察員Pは、直ちに、この携帯電話に保存されたメールの内容を確認したところ、Bと甲との間におけるメールの交信記録が残っており、その中には、BがV女の死体を遺棄したことに対する報酬に関するものがあつた。そこで、司法警察員Pは、同月12日、殺人、死体遺棄の被疑事実で捜索差押許可状の発付を受け、この携帯電話を差し押さえた。引き続き、司法警察員Pは、パソコンを利用して前記Bと甲との間におけるメール[メール②-1]及び[メール②-2]を印刷し、これらを添付した捜査報告書【資料2】を作成した。

甲は、同日、H地方検察庁検察官に送致された上、同日中に前記強盗の被疑事実で勾留された。なお、甲は、前記強盗については、全く身に覚えがないなどと供述し、自己が犯人であることを否認した。

- 5 同月13日、司法警察員Pの指示を受けた部下である司法警察員Qが、乙を尾行してその行動を確認していたところ、乙がH県I市内のスーパーMにおいて、500円相当の刺身パック1個を万引きしたのを現認し、乙が同店を出たところで、乙を呼び止めた。すると、乙が突然逃げ出したので、司法警察員Pは、直ちに、乙を追い掛けて現行犯逮捕した【逮捕②】。その後、乙は、司法警察員Qの取調べに対し、犯罪事実について黙秘した。そこで、司法警察員Pは、乙の万引きに関する動機や背景事情を解明するには、乙の家計簿やパソコンなど乙の生活状況が判明する証拠を収集するよりほかないと考え、同日、窃盗の被疑事実で捜索差押許可状の発付を受け、部下と共に、乙が単身で居住する自宅を捜索し、乙のパソコン等を差し押さえた。

その後、司法警察員Pは、同日中に、H県警察本部内において、差し押さえた乙のパソコンに保存されたデータの内容を確認したところ、Bと乙との間におけるメールの交信記録が残っているのを発見した。そして、その中には、[メール②-1]及び[メール②-2]と同様のBがV女の死体を遺棄したことに対する報酬に関するメールの交信記録が存在した。

乙は、同月14日、H地方検察庁検察官に送致された上、同日中に前記窃盗の被疑事実で勾留された。

- 6 甲に対する取調べは、司法警察員Pが担当し、乙に対する取調べは、司法警察員Qが担当していたところ、司法警察員P及びQは、いずれも、同月15日、甲及び乙に対し、「他に何かやっていないか。」などと余罪の有無について確認した。

すると、甲は、同日、「V女の死体を『一本杉』付近に埋めた」旨を供述したため、司法警察員Pは、同日及び翌16日の2日間、V女が死亡した経緯やV女の死体を遺棄した経緯等を聴取した。これに対し、甲は、[メール①]の内容に沿う供述をしたものの、上申書及び供述録取書の作成を拒否した。そのため、司法警察員Pは、同月17日から、連日、前記強盗事件に関連する事項を中心に聴取しながら、1日約30分間ずつ、V女に対する殺人、死体遺棄事

件に関する上申書及び供述録取書の作成に応じるように説得を続けた。しかし、結局、甲は、この説得に応じなかった。なお、司法警察員Pは、甲の前記供述を内容とする捜査報告書を作成しなかった。

一方、乙は、同月15日に余罪がない旨を供述したので、司法警察員Qは、以後、V女に対する殺人、死体遺棄事件に関連する事項を一切聴取することがなかった。

- 7 甲は、司法警察員Pによる取調べにおいて、前記強盗の犯人であることを一貫して否認した。同月21日、検察官は、甲を前記強盗の事実により公判請求するには証拠が足りないと判断し、甲を釈放した。

乙は、同月18日、司法警察員Qによる取調べにおいて、前記万引きの事実を認めた上、同月20日、弁護人を通じて被害を弁償した。そのため、同日、スーパーMの店長は、乙の処罰を望まない旨の上申書を検察官に提出した。そこで、検察官は、乙を勾留されている窃盗の事実により公判請求する必要はないと判断し、同月21日、乙を釈放した。

その一方で、同日中に、甲及び乙は、V女に対する殺人、死体遺棄の被疑事実で通常逮捕された【甲につき、逮捕③。乙につき、逮捕④。】。甲及び乙は、同月23日、H地方検察庁検察官に送致された上、同日中に前記殺人、死体遺棄の被疑事実で勾留された。なお、甲及び乙は、殺人、死体遺棄の被疑事実による逮捕後、一切の質問に対して黙秘した。また、司法警察員Pは、殺人、死体遺棄の被疑事実で搜索差押許可状の発付を受け、部下と共に、甲及び乙の自宅を搜索したものの、殺人、死体遺棄事件に関連する差し押さえるべき物を発見できなかった。その後、検察官は、Bのパソコンにおけるメールの復元・分析の結果、Bのパソコンにも、甲の携帯電話及び乙のパソコンに残っていた前記各メールと同じメールが保存されていたことが判明したことなどを踏まえ、勾留延長後の同年6月11日、甲及び乙を、殺人、死体遺棄の事実により、H地方裁判所に公判請求した。

検察官は、公判前整理手続において、捜査報告書【資料1】につき、「殺人及び死体遺棄に関する犯罪事実の存在」、捜査報告書【資料2】につき、「死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」を立証趣旨として、各捜査報告書を証拠調べ請求したところ、被告人甲及び被告人乙の弁護人は、いずれも、不同意の意見を述べた。

〔設問1〕 【逮捕①】ないし【逮捕④】及びこれらの各逮捕に引き続き身体拘束の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕 捜査報告書（【資料1】及び【資料2】）の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【資料1】

捜査報告書

平成22年5月3日

H県警察本部刑事部長

司法警察員警視正

S 殿

H県警察本部刑事部捜査第一課

司法警察員警部

P 印

死体遺棄

被疑者

B

(本籍, 住居, 職業, 生年月日省略)

被疑者Bに対する頭書被疑事件につき, 平成22年5月3日, 被疑者Bの自宅において差し押さえたパソコンに保存されたデータを精査したところ, A女あてのメールを発見したので, 同メールを印刷した用紙1枚を添付して報告する。

[メール①]

送信者: B

宛先: A女

送信日時: 2010年3月1日23:03

件名: さっきはゴメン

さっきは, 電話を途中で切ってゴメンな。今日の午後8時に甲が家に来たやろ。ここから, すごいことが起こったんや。いずれ結婚するお前やから, 打ち明けるが, 甲は, 俺の家で, いきなり, 「30分前に, 俺の家で, 乙と一緒にV女の首を絞めて殺した。俺がV女の体を押さえて, 乙が両手でV女の首を絞めて殺した。V女を運んだり, V女を埋める道具を積み込むには, 俺や乙の車では小さい。お前の大きい車を貸してほしい。V女の死体を捨てるのを手伝ってくれ。お礼として, 100万円をお前にやるから。」と言ってきたんや。甲とV女のことは知っているやろ。甲は俺の友人で, V女は甲の奥さんや。乙のことは知らんやろうけど, 俺の友人に乙というのがいるんや。その乙と甲がV女を殺したんや。俺も金がないし, お前にも指輪の一つくらい買ってやろうと思い, 引き受けた。人殺しならともかく, 死体を捨てるだけだから, 大したことないと思うたんや。その後, すぐに, 甲の家に行くと, V女の死体があったわ。また, そこには, 乙もいて, 「俺と甲の2人で殺した。甲がV女の体を押さえて, 俺が両手でV女の首を絞めて殺したんや。死体を捨てるのを手伝ってくれ。」と言ってきた。その後, 俺は, 甲と乙と一緒に, V女の死体を俺の車で一本杉まで運び, そのすぐ横の土を3人で掘ってV女の死体をバッグと一緒に投げ入れ, 土を上からかぶせて完全に埋めたんや。V女の死体を埋めるのに, 午後9時から1時間くらいかかったわ。疲れた。分かっていると思うが, このことは誰にも言うなよ。これがばれたら, 俺も捕まることになるから。そうになったら, 結婚もできんわ。100万円もらったら, 何でも好きなもの買ってやるから, 言ってな。

【資料2】

捜査報告書

平成22年5月12日

H県警察本部刑事部長

司法警察員警視正

S 殿

H県警察本部刑事部捜査第一課

司法警察員警部

P 印

殺人、死体遺棄

被疑者

甲

被疑者

乙

(いずれも、本籍、住居、職業、生年月日省略)

被疑者甲及び同乙に対する頭書被疑事件につき、平成22年5月12日、H県警察本部において差し押さえた甲の携帯電話に保存されていた甲とBとの間におけるメールの交信記録を用紙1枚に印刷したので、これを添付して報告する。

[メール②-1]

送信者： B

宛先： 甲

受信日時： 2010年4月28日22:00

件名： 早うせえ

V女の死体を埋めたお礼の100万円払え、早うせえや。
お前らがやったことをばらすぞ。

[メール②-2]

送信者： 甲

宛先： B

送信日時： 2010年4月28日22:30

件名： Re：早うせえ

もう少し待ってくれ。
必ず、お礼の100万円を払うから。

〔出題趣旨〕

本問は、殺人、死体遺棄事件を素材とした捜査・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、その解決に必要な法解釈、法を適用するに当た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思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する学識、適用能力及び論理的思考力を試すものである。

設問1は、殺人、死体遺棄(本件)事件では逮捕ができるだけの証拠はなかった甲及び乙につき、警察官が別の犯罪事実(別件)で逮捕したいと考え、甲については捜査の過程で判明したコンビニ強盗事件で、乙については尾行中に現認した万引き事件で、それぞれ逮捕、勾留したことや、その後、両名を殺人、死体遺棄事件で逮捕、勾留したことに関し、各逮捕及びこれに引き続く身体拘束の適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法の規定する逮捕、勾留の要件、そしていわゆる別件逮捕・勾留に関する法的問題の理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

いわゆる別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性については、別件基準説と本件基準説を中心に多様な考え方があるところであり、まずは何を基準に適法性を判断するのか、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る必要がある。その上で、本件事例の具体的状況下における逮捕①ないし④及びこれらに引き続く身体拘束について、それぞれ法定の要件(刑事訴訟法第199条、第212条、第207条第1項により準用される第60条等)を満たすかどうか、さらに、いわゆる別件逮捕・勾留に関する各自の立場に照らした場合に適法かどうかを、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じるべきである。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、逮捕①については、店員Wが複数の中から甲の写真を選択して犯人の1人に間違いないと供述していることなどの具体的な事情を通常逮捕の要件に当てはめて検討すべきであるし、引き続き身体拘束の適法性に関しては、甲の供述態度等を踏まえた勾留の要件の検討のほか、甲に対する取調べが、連日、強盗事件を中心に行われていたこと、平成22年5月15日に余罪の有無について確認されるや、甲は、殺人、死体遺棄の事実を認めたため、翌16日まで同事実に関する事情聴取が実施されたが、供述録取書等の作成については拒絶したこと、同月17日以降は、毎日約30分だけ供述録取書等の作成について説得が続けられていたことをどのように評価するのか、各自の立場に照らして論じるべきであるし、立場によっては、逮捕①及びこれに引き続く身体拘束を一体のものとして、具体的な取調べ状況を踏まえて適法性を検討する必要がある。

また、逮捕②については、司法警察員Qが乙の万引きを現認し、司法警察員Pが乙を追い掛けて逮捕したこと、被害額は500円相当と比較的少額ではあるが、乙には1年以内の同種前歴があることや、呼び止められて突然逃げ出したことを、現行犯逮捕又は準現行犯逮捕の要件に当てはめて検討することになるであろうし、引き続き身体拘束の適法性に関しては、同種前歴の存在や乙の生活状況等を踏まえた勾留の要件の検討のほか、乙については、同月15日に余罪はない旨供述した後は、殺人、死体遺棄事件に関する事項については一切聴取されなかったことを踏まえ、各自の立場に照らした論述が求められるし、前同様、立場によっては、逮捕②及びこれに引き続く身体拘束を一体のものとして、具体的な取調べ状況を踏まえてその適法性を論じることになる。

さらに、逮捕③及び④、そしてこれらに引き続く身体拘束については、A女の供述やV女の死体の発見、これに符合するメールの存在、甲及び乙の供述態度等を通常逮捕及び勾留の各要件に当てはめて検討するとともに、各自の立場から、実質的に同一被疑事実による逮捕・勾留の蒸し返してないかどうかを意識し、別件の取調べ状況と本件の取調べ状況を踏まえて論じることになる。

設問2は、差し押さえた証拠物(パソコン及び携帯電話)に残っていたメールを添付した捜査報告書(資料1及び資料2)について、それぞれ、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事実への適用能力を試すものである。

各捜査報告書は、いずれも、司法警察員Pが、差し押さえたパソコン及び携帯電話を精査して発見したメールを機械的に紙に印刷してそれぞれの捜査報告書に添付したものであるから、捜査官が

五官の作用によって事物の存在・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P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伝聞例外として証拠能力が付与されるという書面全体の性質を論じた上で、各捜査報告書に添付されたメールの伝聞性を論じることになる。

資料1の捜査報告書は「殺人及び死体遺棄に関する犯罪事実の存在」とする立証趣旨により証拠調べ請求が行われているところ、同報告書に添付されたBからA女宛てのメールについては、内容に甲及び乙の発言を含むものであるが、まずはメール全体のBの供述についての証拠能力を検討する必要がある。同メールは、Bが知覚、記憶し、表現した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となる。同号の各要件については、Bの死亡や甲、乙両名が黙秘していること、メールの内容がA女の供述内容や死体発見状況と合致することや、当時、A女と結婚を前提に交際していたという具体的事実を的確に当てはめることが必要となろう。

次に、「死体遺棄に関する犯罪事実の存在」を要証事実とする部分に関し、同メール中には、実際に甲及び乙とともに死体遺棄を行った旨のBの発言のみならず、Bに死体遺棄の手伝いを依頼する甲及び乙の発言内容も含まれている。この甲及び乙の発言内容についてはそれ自体の伝聞該当性の問題が生じ得ることを指摘する必要があるが、死体遺棄に関する甲及び乙のこれら発言部分は、甲及び乙の内心の状態を推認させる発言、又は死体遺棄の共謀の構成事実となる発言と見ることができるから、伝聞証拠であるか否かが問題となることを意識して論述する必要がある。

これに対し、「殺人に関する犯罪事実の存在」を要証事実とする部分に関しては、V女を殺害した旨のBに対する甲及び乙の発言内容から立証することになるが、甲及び乙のこれらの発言は、知覚・記憶・表現の過程を経るものであり、いわゆる再伝聞に該当するため、まずは刑事訴訟法第324条第1項が供述代用書面に準用できるかを意識して論じた上で、伝聞例外に該当するかどうかを検討することになる。ここでは、甲及び乙それぞれについて、自己を被告人とする関係では刑事訴訟法第322条第1項、共犯者を被告人とする関係では同法第321条第1項第3号の適用が問題となることの指摘が必要であり、前者については、甲及び乙の各発言が、いずれもV女の殺害を認めるもので、不利益な事実の承認に当たることや、死体遺棄を手伝うように依頼する際、友人のBに対して発言したものであるという具体的事実を的確に当てはめることが求められ、後者については、被告人甲の関係では供述者たる乙が、被告人乙の関係では供述者たる甲が公判で黙秘しない限りは、同号の要件を満たすことはないことを論じる必要があろう。

一方、資料2の捜査報告書は「死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」とする立証趣旨で証拠調べ請求が行なわれており、要証事実を的確に捉えれば、これは死体遺棄の事実を直接立証するものでなく、甲B間で死体遺棄についての報酬の支払請求に関するメールが存在することを情況証拠として用いることに意味があるから、伝聞証拠には該当しないとの理解が可能であろう。

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。

刑事系第2問 合格者Aさん再現答案

得点 89.06

1 第1 設問1

2 1 逮捕①

3 (1) 逮捕①は、強盗による逮捕だが、実質的には殺人・死体遺棄について
4 取り調べるための別件逮捕にあたり違法なのではないか。

5 ア この点、逮捕が実質的に本件について取り調べるための別件逮捕であ
6 る場合は、身体拘束期間を厳格に制限した（刑事訴訟法 203 条以下）令状
7 主義（憲法 33 条・刑事訴訟法 199 条 1 項）の趣旨を潜脱するものであり、
8 違法であるとする見解がある。

9 しかし、当該逮捕が実質的には本件の取調を目的としたものであるのか、
10 裁判官が逮捕状を発する際に判断することは資料もない以上、現実的には
11 不可能である。よって、別件について要件を満たす場合には逮捕自体は適
12 法とされるべきである。

13 イ では本件では、強盗につき逮捕の要件が満たされているか。

14 まず、強盗の被害者Ⅱが複数の写真から甲を犯人として選び間違いない
15 旨供述しているので、甲が強盗を犯したと「疑うに足る相当な理由」（199
16 条 1 項）がある。

17 また、強盗は重大事件で共犯者もいる以上、証拠隠滅がはかられる可能
18 性があるので、「逮捕の必要」（199 条 2 項ただし書）も認められる。

19 よって、逮捕①は要件を満たしており適法である。

20 (2) では、続く身体拘束は適法か。

21 ア 197 条 1 項ただし書の反対解釈から、身体拘束された被疑者には取調
22 受忍義務がある。よって、令状は事件ごとに発せられるのだから、事件
23 単位の原則より、余罪の取調は真に被疑者が任意に応じている場合にし
24 か許されない。

25 イ 本件では、確かに P は殺人・死体遺棄につき捜査するために、強盗で
26 甲を逮捕し甲の携帯電話を差し押さえている。しかし、これは強盗を被
27 疑事実としてされた捜索としても必要な差押えであり、ただちに余罪取
28 調にあたるとはいえない。

29 また、P は逮捕から 4 日たった 15 日に初めて余罪の有無について確
30 認しており、最初から殺人・死体遺棄について取り調べたわけではない。
31 そして、甲は P の確認に対して何ら強制されないのに自ら死体遺棄につ
32 いて供述したにすぎず、任意に応じたものといえる。甲が上申書・供述
33 録取書の作成を拒んでいることからあくまで任意の取調だったとい
34 える。そして、P は 17 日以降は強盗を中心に取調を進め、殺人・死体
35 遺棄についてはわずか 30 分ずつ書類の作成を説得したに過ぎない。ま
36 た甲は最後まで作成を拒んでいる。これらからすると、殺人・死体遺棄
37 についての取調はあくまで任意のものであったといえるので、余罪取調
38 の限界を超えたとして身体拘束が違法となることはない。

39 (3) 以上より、逮捕①及びこれに続く身体拘束は適法である。

40 2 逮捕②

41 (1) 逮捕②は逮捕の要件を満たすか。

42 ア Q は乙を現行犯逮捕（212 条 1 項）で無令状逮捕（213 条）している。

43 そして、乙は刺身パック 1 個を万引きし「現に罪を行」っており、Q 自
44 身が乙が犯人であることを現認しているので、誤認逮捕のおそれがない
45 ほど犯人性が明白といえ、現行犯逮捕の要件を満たす。

46 そして、乙は犯罪事実について黙秘しており証拠隠滅のおそれがない

- 47 ったとはいえないので、逮捕の必要もある。
- 48 イ よって、逮捕口は要件を満たし適法である。
- 49 (2) では、続く身体拘束は適法か。
- 50 ア まず、Pは乙を勾留している。しかし、乙は500円に過ぎない刺身パ
- 51 ック1個を盗んだだけであり、これだけで逃亡のおそれがあるとはいえ
- 52 ない(60条1項3号)。また、乙は定まった住居を有するので同1号に
- 53 もあたらない。さらに、犯行もQが現認しているので、証拠隠滅のおそ
- 54 れがあるともいえない(同2号)。従って、乙を勾留する理由はなく、
- 55 乙の勾留は違法である。
- 56 イ また、確かに、Qは余罪の確認について乙が余罪がないと供述したの
- 57 でそれ以上の聴取はしていないが、Pは、窃盗の動機・背景を解明する
- 58 ため乙の家計簿・パソコンを証拠として収集する必要があるとして乙宅
- 59 を搜索している。しかし、乙は500円に過ぎない刺身パック1個を盗ん
- 60 だだけであり、かかる窃盗は重大事件ともいえない。また、Qが現認し
- 61 ており乙宅を搜索するまでの証拠収集の必要があったとは考えられな
- 62 い。とすると、これは窃盗の名をかりて余罪たる殺人・死体遺棄につい
- 63 て強制処分たる搜索・差押えを行っているといえ、乙が任意に応じてい
- 64 るともいえない以上、余罪取調の限界を超え違法である。
- 65 ウ 従って、続く身体拘束は違法である。
- 66 (3) 以上より、逮捕口自体は適法だが、続く身体拘束は違法である。
- 67 3 逮捕③
- 68 逮捕③と続く身体拘束は適法であり、殺人・死体遺棄について実質的に逮
- 69 捕・身体拘束がなされたとはいえない。よって、逮捕①と続く身体拘束は再
- 70 逮捕・再勾留にあたるおそれはなく、適法である。
- 71 4 逮捕④
- 72 (1) 逮捕②は適法だが、続く身体拘束では殺人・死体遺棄について強制処
- 73 分がなされている。よって、逮捕④は実質的には殺人・死体遺棄につい
- 74 ての再逮捕(199条3項)にあたり、違法なのではないか。
- 75 ア 再逮捕自体は、法が予定しており(199条3項)適法である。
- 76 もっとも、実質的に令状主義の潜脱となるようなものは許されない。
- 77 イ 本件では、逮捕②に続く身体拘束では殺人・死体遺棄について強制処
- 78 分たる差押えがなされている。とすると、さらに逮捕④を認めると、殺
- 79 人・死体遺棄について身体拘束の期間を制限した令状主義を潜脱するこ
- 80 となってしまうので、逮捕④と続く身体拘束は許されない。
- 81 (2) 従って、逮捕④と続く身体拘束は違法である。

82 第2 設問2

83 1 資料1について

- 84 資料1は公判期日外における他の者の供述を内容とするので、伝聞法則
- 85 (320条1項)が適用され証拠能力が認められないのではないか。
- 86 (1) 320条1項の趣旨は、知覚・記憶・表現に入りやすい誤りを反対尋問
- 87 でチェックできない供述証拠について、誤判防止のため証拠能力を否定
- 88 した点にある。
- 89 とすると、資料1は「殺人及び死体遺棄に関する犯罪事実の存在」が
- 90 立証趣旨とされており、要証事実甲・乙がVを殺害して死体を埋めた
- 91 ことであるので、メール口の内容が真実かどうか問題となるので、反
- 92 対尋問によるチェックが必要であり、320条1項が適用される。

(2) もっとも、伝聞例外 (321 条以下) にあたり、例外的に証拠能力が認められないか。

ア まず、資料 1 は P の作成した捜査報告書であるが、この点については P が公判で作成の真正について証言すれば内容の真実性が担保される。

イ 次に、メール①全体について、印刷は機械的過程なので誤りが入るおそれはない。もっとも、B について反対尋問できない点について、321 条 1 項 3 号の伝聞例外を満たさないか。

まず、B は死亡しており供述不能 (同号本文前段) である。そして、甲・乙は一切黙秘しており、資料 1 は犯罪の証明に不可欠 (同号本文後段) といえる。また、A の証言から B のパソコンには B 以外誰もふれなかったこと、B 以外が B のメールアドレスを使ってメールを送信することは事実上困難であることから、外部的情况からして絶対的特信情况 (同号ただし書) があるといえる。

以上より、B に反対尋問できない点については、伝聞例外を満たす。

ウ もっとも、甲の発言部分、乙の発言部分について、さらに 322 条 1 項の伝聞例外を満たす必要がある。

まず、甲、乙の発言部分はいずれも甲・乙が V を殺したという不利益な事実を内容としている (322 条 1 項本文前段)。また、甲、乙がいずれも友人の B に対して述べたものであり、任意性もある (同項ただし書)。

そして、甲、乙の署名・押印はないが、メール①は B が結婚を約束していた A に対して送ったものであり、確かに甲、乙の発言であることを担保する状況があったといえる。よって、署名・押印に代わる情勢的保障がある。

従って、甲、乙に反対尋問できない点についても、伝聞例外を満たす。

(3) 以上より、証拠能力が認められる。

2 資料 2 について

(1) 資料 2 は「死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」が立証趣旨とされている。よって、メールの存在自体を要証事実とする点については、メールの内容の真実性が問題とならないので反対尋問は不要であり、320 条 1 項は適用されない。

(2) もっとも、甲と B の間で死体遺棄の報酬を 100 万円とする旨の合意があったことを要証事実とする点について、メールの内容の真実性が問題となり、320 条 1 項が適用される。よって、伝聞例外にあたるかどうか問題となる。

ア メール②-1 については、B に反対尋問できない点について、321 条 1 項 3 号を満たす必要がある。

そして、1 で述べたのと同様に、B は死亡し供述不能であること、証明に不可欠であること、B 以外の者がパソコンにふれることはなく、B のメールアドレスを使うこともできないので絶対的特信情况があることから、321 条 1 項 3 号を満たす。

イ メール②-2 について、甲に反対尋問できない点について、322 条 1 項を満たす必要がある。

メール②-2 は甲が B に対して死体遺棄の報酬として 100 万円支払う承諾をしたことを内容としており、甲にとって不利益な事実を内容とする。そして、友人 B にあてたものであり任意性も認められる。さらに、甲の携帯電話は甲以外使用しなかったため、甲の発言であることが担保

139 されており、署名・押印に代わる情况的保障があるといえる。よって、
140 322 条 1 項を満たす。
141 (3) 以上より、証拠能力が認められる。
142
143
144
145

刑事系第2問 合格者Bさん再現答案

得点108.60

1 第1 問1

2 1 逮捕①

3 (1) 本件逮捕①は、被疑事実である強盗事件とは異なるVに対する殺人・
4 死体遺棄事件についての証拠が不十分であるため、その取り調べ目的で
5 なされた別件逮捕として違法ではないかが、問題となる。

6 この点、別件逮捕が認められると、令状主義（憲法33条・刑事訴訟
7 法199条）を潜脱するおそれがあるので、かかる別件逮捕は違法である
8 と解する。

9 もっとも、捜査機関の主観的意図は、必ずしも外部からは明らかでは
10 ないので、逮捕後の取り調べ状況等の客観的事情を考慮して、捜査機関
11 の主観的意図が別罪の捜査目的にあると認定できる場合に当該逮捕が
12 別件逮捕として違法になると考える。

13 これをもって本問を見ると、甲については、平成22年5月11日に逮
14 捕後、余罪の有無についての確認がなされたのは、逮捕から4日も経過
15 した同月15日であり、逮捕直後から余罪である殺人等についての取調
16 べをなした訳ではない。また、15日以後も、聴取の中心は、逮捕被疑事
17 実である強盗事件に関するものが中心であり、殺人等についての取調べ
18 は1日わずか30分程度しかなされておらず、結局捜査報告書も作成さ
19 れていない。

20 また、乙についても、13日に逮捕後、15日に1度余罪について確認
21 したのみで、以後は一切Vに関する殺人等については聴取していない。

22 かかる事実を鑑みると、本件の逮捕①は、専らVに対する殺人等の事
23 件について取調べる目的でなされた別件逮捕とは評価できず、かかる別
24 件逮捕に当たる事を理由に逮捕①を違法と解することはできない。

25 (2) そして、本件では、逮捕事由である強盗被疑事件については、被害
26 者であるコンビニの店員が甲を犯人である旨間違いないと断言してい
27 るので、甲にはかかる強盗被疑事件についての相当な嫌疑と逮捕の必要
28 性は認められる（199条1項・2項・規則143条ノ3）。

29 以上より、本件逮捕①は適法である。

30 2 逮捕②

31 本件では、捜査官である司法警察員Qが、乙の万引きという窃盗犯罪行
32 為を現認している。よって、かかる乙の犯罪と犯人の明白性が逮捕者にと
33 って認められる場合に該当し、誤認逮捕のおそれはないので、「現に罪を
34 行い」（212条1項）の要件をみtas。

35 よって、本件逮捕②は適法である。

36 なお、本件の現認は、乙に対する尾行行為の過程でなされたものである
37 ので、かかる尾行行為が違法であれば、逮捕も違法になる余地がある。し
38 かし、かかる尾行行為は、任意捜査（197条1項本文）の一種として、必
39 要かつ相当性を有し、有効であると解する。よって、やはり逮捕②は適法
40 である。

41 3 逮捕③

42 本件逮捕③は、通常逮捕の要件（199条1項・2項・規則143条ノ3）を
43 みtasか。

44 まず、本件では、甲がVに対する殺人・死体遺棄に関与していることを
45 示唆するメール①が存在し、その内容と合致する形でVの死体が発見され
46 ているので、甲には同罪の相当の嫌疑が認められ、「罪を犯したことを疑

うに足りる相当な理由」が認められる。

また、本件では、甲の携帯電話にBとの間におけるVの死体遺棄の報酬に関するものを含むメールの発信記録が残っている所、かかる罪証を隠滅するおそれが認められるので、逮捕の必要性（規則143条ノ3）も認められる。

よって、通常逮捕の要件をみたすので、本件逮捕③は適法である。

4 逮捕④

逮捕④についても、通常逮捕の要件をみたすかにつき検討する。

まず、嫌疑の相当性については、逮捕③の甲と同様に、メール①及びそれと合致するVの死体発見により肯定できる。

また、乙のパソコン内に、Bとの間におけるVの死体遺棄に関するメールの発信記録が残っているので、かかる罪証を隠滅するおそれがあり、逮捕の必要性も認められる。

よって、逮捕④についても、通常逮捕の要件をみたすので、適法である。

第2 問2

1 資料①

- (1) 本件捜査報告書は、「書面」（320条1項）ゆえ、反対尋問を経ない供述証拠たる伝聞証拠として証拠能力を否定されないか、が問題となる。

この点、同条項が伝聞証拠についての証拠能力を原則として否定することの趣旨は、知覚・記憶・表現の各過程に誤りが混入しやすい供述証拠について、反対尋問（憲法37条2項前段）の機会を保障し、裁判所の類型的な誤判の危険を防止する点にある。

よって、かかる趣旨から考えて、同条項によって証拠能力が否定されるのは、供述内容の真実性が問題になり、反対尋問が意味を持つような場合に限られると考える。したがって、その意味で、同条項によって証拠能力が否定される伝聞証拠に当たるか否かは、要証事実との関係で相対的に決まると考える。

では、本件の要証事実とは何か。この点、資料①については、検察官は「殺人及び死体遺棄に関する犯罪事実の存在」を立証趣旨（規則189条1項）に証拠調べ請求しており、被告人甲及び乙がかかる事実につき否認している本件においては、かかる事実を要証事実とすることに意味があるといえる。よって、かかる甲・乙に関する殺人・死体遺棄の犯罪事実が本件資料①の要証事実であると考えられる。

このように要証事実を考えた場合、まずPの供述書としての本件捜査報告書の内容が真実であることが必要である。よって、この点で、本件報告書は、伝聞証拠に当たり、証拠能力が否定されるのが原則である（320条1項）。

もっとも、伝聞証拠といえども、真実発見（1条）の見地より、321条以下の伝聞例外の要件をみたせば、例外的に証拠能力を肯定しうる。

本件捜査報告書は、司法警察員PがBのパソコン内のメールを視覚という五官の作用で認識した結果を記載した書面であるため、「検証」調書（321条3項）にあたる。よって、Pが、作成名義及び作成過程について真正に作成した旨を供述した場合には、本件捜査報告書全体につき、証拠能力を肯定し得る。

- (2) 次に、Bの供述書としてのメールの内容自体につき、検討する。

この点、メールの内容自体につき、その内容の真実性が問題になる場合

は、別途伝聞例外の要件をメール内容自体についてもみたす必要が存することになる。

そこで、以下、メール①の該当部分ごとに検討する。

ア メール①中の「乙と甲が…殺したんや」との部分

この部分は、甲と乙の殺人の犯罪事実を示すBの供述であり、要証事実との関係でその内容の真実性が問題となる。

よって、原則として証拠能力が認められず、被告人以外の者の供述書として321条1項3号の要件をみたした場合にはじめて証拠とすることができると考える。

そこで、同条項3号の要件をみたすかにつき検討すると、まずi Bは死亡しているので、供述不能の要件をみたす。

またii本件で甲・乙について殺人・死体遺棄についての捜査報告書は作成されておらず、甲・乙の自宅を捜索した際にも差し押さえるべき関連する証拠は何も発見されていないので、本件メール①は証拠としての不可欠性が認められる。

さらに、iii本件メール①は、Bが結婚予定のA女に対して送ったものであり、嘘をつく必要性は認められず、Aもその旨断言している。加えて、かかるメールの内容は、客観的なVの死体発見の事実とも合致している。この点、同条項3号の絶対的特信状況は、証拠能力の要件ゆえ、外部的な付随事情を基礎に判断するのが原則であるが、供述内容についても外部事情を推認する限度で考慮に入れることが可能である所、前述した本件メール①の外部的事情及びその内容に鑑みれば、絶対的特信状況も肯定できる。

以上より、本部分は、伝聞例外として証拠能力が認められる。

イ 「俺は、甲と乙と一緒に…埋めたんや」の部分

かかる部分は、甲・乙の死体遺棄の犯罪事実を示すBの供述として、内容の真実性が問題になる。

この点、i必要性及びiii絶対的特信状況については、前述した部分と同様認められる。また、ii不可欠性についても、本件では死体遺棄についても殺人と同様に他に有効な証拠がないので、認められる。

よって、この部分についても、証拠能力が認められる(321条1項3号)。

ウ 甲の「乙と一緒に…殺した」との発言部分

再伝聞についても、各伝聞過程に付き伝聞例外をみたせば、証拠とできる。

本発言は、被告人の供述として322条1項の例外要件をみたす必要があることになる。

この点、本発言は自らの犯罪内容を自白するものであり、「被告人に不利益な事実の承認」にあたる。

そして、信頼できる古い友人であるBに対してなしたものである以上、何ら強制的な契機は存在せず、「任意」性(322条但書・319条1項)もみたす。

よって、かかる部分も証拠とできる。

エ 乙の「殺した」との発言部分

この部分についても、322条1項の要件を乙につきみたすので、前述ウと同様証拠能力が認められる。

139 2 資料2

140 こちらについては、メールの存在自体が、死体遺棄の犯罪事実を推認させ
141 る間接事実としての意義を有する。よって、メールの内容については、非伝
142 聞であり、伝聞例外の要件をみたまずとも、証拠とできる。

よって、捜査報告書自体に付き、P が 321 条 3 項の真正作成供述をなせば、
証拠能力が認められる。

以上

刑事系第2問 合格者Cさん再現答案

得点111.60

1 第1 設問1

2 1、逮捕①

3 (1) 逮捕①は別件逮捕に当たり違法ではないか。

4 (2) 別件逮捕とは、逮捕の要件が備わっていない本件でもつばら取り調べ
5 目的で、逮捕の要件を満たしている別件で逮捕することをいう。

6 これについては、捜査官の意図を令状審査の段階で裁判官は知ること
7 は困難であること、別件の要件が備わっているのに目的だけで別件でも
8 逮捕できなくなるのはおかしいことから別件を基準に判断すべきであ
9 る。

10 (3) 本件では、店員等の証言等から、甲が強盗をしたと疑うに足りる十分
11 な証拠があり、強盗罪で逮捕する要件を満たしているので、適法である。

12 2、①後の身柄拘束

13 (1) 1とは別に余罪取調の限界が問題となる。

14 (2) まず、刑事訴訟法（以下省略する。）198条1項ただし書きの反対
15 解釈から、勾留されている被疑者には取調受忍義務があり、逮捕勾留の
16 目的には取調が含まれていないことから、取調については事件単位の原
17 則の適用がなく、逮捕した事件以外の取調も可能であると解する。もっ
18 とも、厳格な身柄拘束期間が定められている（203条以下）趣旨を没
19 却しないようにできるだけ早く身柄拘束事件について取調、早期に被疑
20 者を釈放しない場合には、違法となる。

21 (3) 本件では、1日約30分の本件に関する取調を行っているが、それは
22 短時間であり、身柄拘束期間の趣旨を没却したとまでは言えないので、
23 違法ではない。

24 3、逮捕②とその後の身柄拘束

25 (1) 逮捕②は、乙がスーパーで万引きしたのを現認しているので、犯人及
26 び犯罪の明確性があり、さらに、直ちに逮捕しているので時間的場所的
27 接着性もあり、212条1項の要件を満たすので、現行犯逮捕として適
28 法である（213条）。

29 (2) そして、それに続く身柄拘束も何ら問題なく適法である。

30 4、逮捕③及びその後の身柄拘束

31 (1) 釈放した日に逮捕しているが、前述のように逮捕①は、殺人、死体遺
32 棄事件に流用されていないので、逮捕③は再逮捕ではなく、適法である。

33 (2) そして、その後の身柄拘束も適法である。

34 5、逮捕④及びその後の身柄拘束

35 これについても③と同様に適法である。

36 第2 設問2

37 1、資料1

38 (1) まず、資料1は伝聞証拠に当たり、証拠能力が否定されないか（32
39 0条1項）。

40 伝聞証拠の証拠能力が否定される趣旨は、供述の知覚、記憶、叙述の
41 各段階で誤りが介入するおそれがあるにもかかわらず、反対尋問による
42 チェックを受けていないことにある。

43 そこで、伝聞証拠は、立証事項との関係で内容の真実性が問題になる
44 ものに限られる。

45 本件では、資料1の捜査報告書は、殺人及び死体遺棄に関する犯罪事
46 実の存在という立証事項との関係では、書いてある内容の真実性が問題

- 47 になるので伝聞証拠に当たり、原則として証拠能力が否定される。
- 48 (2) もっとも、資料1は、検証調書に準じる実況見分調書として321条
49 3項により、作成者Pが公判廷で作成の真正について反対尋問を受け
50 ば、証拠能力が例外的に認められる。
- 51 (3) さらに、メール①については、全体としてBがAに話した内容になっ
52 ているので、別途伝聞例外の要件を満たさなければ証拠能力が認められ
53 ず、321条1項3号の要件を満たすかが問題となる。
- 54 本件では、メールには機械的正確性があるので、Bの署名押印は不要
55 である(同項柱書き参照)。そして、Bは死亡しており供述不能であり、
56 殺人事件や死体遺棄事件が、密行性が高く、かつ甲が黙秘している状況
57 では、犯罪の証明に不可欠であるといえる。また、作られた状況からし
58 て特信性も認められる。
- 59 よって、伝聞例外の要件を満たし、証拠能力が認められる。
- 60 (4) そうだとしてもメール①は、甲及び乙の供述部分が含まれているため、
61 その部分については再伝聞として322条1項の要件を満たさなけれ
62 ば証拠能力が認められない(324条1項)。なお、324条の場合に
63 は、供述者の署名押印がない場合が想定されているので、署名押印は不
64 要である。
- 65 本件では、甲及び乙の供述部分は、自己の犯罪を認めるものであり、
66 不利益な供述であるといえ、さらに、犯行直後に電話で話したことで
67 もあり、任意性も認められるので、要件を満たし、証拠能力が認められる。
- 68 (5) しかし、メール①は携帯電話を包括的に差し押さえたものであるため、
69 違法収集証拠として証拠能力が否定されるのではないか。
- 70 この点、パソコンは、性質上その場で確認することが困難なので、包
71 括差押えも許されると解する。
- 72 よって、差押えは違法ではなく、違法収集証拠として排除されること
73 はない。
- 74 2、資料2
- 75 (1) 資料1と同様に伝聞証拠に当たり、321条3項の伝聞例外の要件を
76 満たせば、捜査報告書自体は、証拠能力が認められる。
- 77 (2) メール②-1については、Bの供述なので321条1項3号の要件を
78 検討すると、前述のメール①で検討したのと同様に、要件を満たし証拠
79 能力が認められる。
- 80 (3) メール②-2は、甲の供述なので、322条1項の要件を満たす必要
81 があるが、犯行の報酬約束の存在を推認させる内容であり、不利益な供
82 述であり、さらに、任意性も認められるので、要件を満たし証拠能力が
83 認められる。
- 84 (4) また、資料1と同様に、違法収集証拠として、証拠能力が欠けること
85 はない。
- 86 以上。
- 87
- 88

刑事系第2問 不合格者Dさん再現答案

〔設問1〕

第1 逮捕①について

1. Pは、甲にV殺害および死体遺棄の疑いがあると考えながらも、これらの被疑事実で逮捕するには証拠不十分と考え、余罪を調査した。その結果、甲が強盗に関与した可能性があることが判明したため、強盗の被疑事実について逮捕状を請求・取得し、これに基づいて甲を通常逮捕した（逮捕①、刑法199条1項）。

このように、逮捕①は、殺人等という本件を意図しつつ、強盗という別件にて行った逮捕であると考えられる。このような別件逮捕は適法か。

2. この点については、逮捕に際して捜査機関がいかなる意図を有していたからかわらず、逮捕手続そのものが要件を満たしている場合には、逮捕は適法であると解する。別件逮捕であっても、適法か否かは、その後になされた取調べについて判断すれば足りる。なぜなら、逮捕状を発付するかどうかを裁判官が判断するにあたっては、裁判官は余罪すなわち別件については判断し得ないからである。

3. そこで、本件の逮捕手続について検討するに、甲は強盗事件の二人組の犯人のうちの1名に酷似していることから、甲が犯人である可能性は高い。しかも、強盗の被害者であるWに写真を見せて犯人確認を行ったところ、Wは甲の写真を選択して犯人の一人に間違いないと供述しているのであるから、甲が犯人である可能性はますます高いといえる。

そうだとすれば、甲は「罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由がある」（199条1項本文）といえる。

4. よって、逮捕①は逮捕手続の要件を満たし、適法である。

第2 逮捕②について

1. Pは、万引き行為を行った乙を現行犯逮捕している。

現行犯逮捕の要件は、①「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わつた」といえること（212条1項、現行犯性）、②犯罪と犯人の明白性、③逮捕の必要性、の3つである。なお、②は現行犯逮捕が令状主義（199条1項、憲法33条）の例外であることから要求される要件であり、③は199条3項からの要求される要件である。

2. そこで、本件についてこれを検討する。

（1） ①について、本件は乙が万引き行為を行ったのをQが現認し、突然走って逃走した乙を直ちにPが逮捕したというものである。そうだとすれば、時間的に窃盗行為と逮捕は近接しているといえる。また、Pが直ちに追跡したことから、場所的にも犯行現場と逮捕現場は近接している。

そうすると、万引き行為、すなわち窃盗の罪が現に行われたところを逮捕したものといえ、現行犯性は認められる。

（2） ②について、Qは現に乙が万引きを行うところを現認していることから、犯罪が窃盗罪であること、およびその犯人が乙であることは明白である。

（3） では、③の逮捕の必要性は認められるか。

逮捕が被疑者の身体を大きく制約するものであることに鑑みると、犯した罪がきわめて軽微な犯罪にすぎない場合には、逮捕の必要性はないと解すべきである。

本件では、乙が万引きした対象物は、500 円相当の刺身パック 1 個である。値段が 500 円という安価なものであること、そして、窃盗の目的物も刺身パック 1 個という日常品にすぎないことを考えると、本件万引きはきわめて軽微な犯罪であるといえる。警察官としては、逮捕手続きを取らなくても、最寄りの署まで任意同行を求めるなどして万引きの罪について取調べを行えば十分であって、正当な理由なく乙がこれを断ったような場合にはじめて逮捕手続きをとれば済むことである。たかだか 500 円相当の刺身パック 1 個の窃盗行為について、逮捕に伴う身体の重大な制約を乙に課すことは、いささか法益の権衡を欠き、乙に酷である。

そうだとすれば、乙の現行犯逮捕には、逮捕の理由が認められない。

3. よって、逮捕②は逮捕の要件を欠き、違法である。

第3 逮捕③について

1. 甲は、強盗を被疑事実とする逮捕①ののち、殺人等を被疑事実とする逮捕③を受けている。

両逮捕は、被疑事実を異にするものであるから、本来であれば適法となる筋合いのものである。しかし、逮捕①の取調べが実質的に殺人等に関するものと評価できる場合には、実質的には同一被疑事実について逮捕・取調べを行ったことになり、逮捕の身柄拘束の厳格な時間制約（203 条乃至 206 条）を潜脱することになるから、これを認めるべきではないのではないかと。

2. この点については、次のように考える。すなわち、再逮捕は、上記の身柄拘束の時間制約を潜脱することになりかねないから、①捜査機関をして再逮捕を余儀なくさせるだけの重大な被疑事実であって、かつ、②被疑者にとって再逮捕が不当な蒸し返しとはいえない場合に限って、再逮捕は認められると解する。

そして、先行逮捕における取調べ状況が実質的に後行逮捕の被疑事実と一致する場合には、被疑事実を異にする逮捕であっても、再逮捕に準じて考えるものとする。

3. そこで本件についてこれを検討するに、P は、先行する逮捕である逮捕①での取調べにおいて、確かに殺人等の被疑事実についても取調べを行っている。しかし、取調べに要した時間は、1 日約 30 分間ずつというきわめて短い時間にすぎない。連日、強盗被疑事実について取調べを行っていたのであり、そうだとすれば、殺人等の取調べは空き時間をぬって行った短時間のものとするのが自然である。

また、殺人等について取調べがなされることになった経緯としては、甲が自ら死体遺棄の事実について供述を行ったためである。すなわち、これを契機にして殺人等の取調べが開始されたのであり、はじめから捜査機関側に強盗での逮捕を名目として殺人等を取調べようとする態度があったものとは考えられない。

加えて、確かに甲は殺人等について上申書および供述録取書を作成するよう一定程度のはたらきかけを行ったものの、甲が説得に応じなかったことを受けて、甲の死体遺棄に関する供述につき捜査報告書は作成しなかった。このような P の態度から、P はあくまで逮捕①が強盗を理由とする逮捕であることをわきまえつつ、甲の意思を尊重していたことが窺われる。

以上の事情に照らせば、逮捕①の取調べ状況は、実質的に殺人等に関する

ものとは評価できない。

4. だとすれば、逮捕③は再逮捕にはあらず、再逮捕の可否を検討するまでもなく適法である。

第4 逮捕④について

1. 逮捕④は、殺人等を被疑事実としてなされた乙の逮捕である。このような逮捕が可能となったのは、逮捕②の際の搜索差押えにおいてメール②が発見され、これが疎明資料となったからである。

ここで、逮捕②の被疑事実が窃盗罪であるのだから、逮捕②に伴う搜索差押えにおいても、窃盗と関連のある証拠物しか対象にできないはずである。メール②は、死体遺棄に関する証拠物であり、窃盗罪とは関連性がない。だとすると、メール②を押収したことは、違法である。

そうすると、違法な差押えによって得られた証拠を疎明資料として、逮捕④がなされたことになる。このように、違法に取得した証拠を疎明資料としてなされた逮捕は適法か。

2. 違法に得られた証拠であっても、直ちにこれを一律に排除すべきではない。適正手続（憲法 31 条）、司法の廉潔性、将来の違法捜査抑止の観点から、①捜査の違法が令状主義の精神を没却する重大なものであって、②将来の違法捜査抑止の観点から証拠排除するのが相当と認められる場合には、同証拠を用いることはできないと解する（違法収集証拠排除法則）。

- 3 (1) ①について、被疑事実と関連性のない証拠を差し押さえたことは、搜索差押え令状（憲法 35 条）が被疑事実を単位としていることに反するので、令状主義違反といえる。

しかし、P が搜索差押えを行ったのは、窃盗に関する動機や背景事情を解明するために必要だと考えたからであって、窃盗被疑事実による搜索差押えの名の下に殺人等の証拠物を得ようという隠れた動機があったわけではないと考えられる。そして、かかる乙の動機や背景事情を解明するためには、乙の家計簿やパソコンなど乙の生活状況が判明する証拠を収集するよりほかはないと考えていたのであるから、パソコンについて搜索差押えを行うこと自体は適法であったといえる。P は、その過程でたまたまメール②を発見し、これを差押えたにすぎない。

そうだとすれば、P ははじめから搜索差押え令状の趣旨を没却しようとして企んでいたわけではなく、必要な捜査の一環においてたまたまメール②を発見して差押えたにすぎない。よって、令状主義の精神を没却するほどの重大な違法があったものとまでは評価できない。

- (2) よって、要件①を充たさず、メール②は証拠排除されない。

4. したがって、メール②を疎明資料として発付された逮捕状は有効である。よって、同逮捕状に基づいてなされた逮捕④は、適法である。

〔設問2〕

第1 資料1について

1. 甲の発言部分について

- (1) ア 資料1は、メール①を印刷し、これを添付した捜査報告書である。

これによれば、「30 分前に、俺の家で、乙と一緒に V 女の首を絞めて殺した。俺が V 女の体を押さえて、乙が両手で V 女の首を絞めて殺し

- 139 た」という甲の発言部分が存在する。
- 140 甲・乙は資料1について不同意(326条)としているから、もし同
- 141 発言部分が伝聞証拠にあたるのであれば、原則として証拠能力が認め
- 142 られないことになる(伝聞法則、320条1項)。そこで、同発言部分が
- 143 伝聞証拠たりうるかが問題となる。
- 144 イ 320条が伝聞証拠を排除する趣旨は、伝聞証拠には知覚、記憶、叙
- 145 述というプロセスが存在するところ、誤りが介入するおそれ大きい
- 146 ので典型的にこれを排除することにある。そこで、伝聞証拠か否かは、
- 147 要証事実が内容の真実性であるかによって判断すべきである。
- 148 ウ 本件についてこれを見るに、資料1の立証趣旨は、「殺人及び死体
- 149 遺棄に関する犯罪事実の存在」である。すなわち、上記甲の発言内容
- 150 が真実であることを証明し、以て発言内容通りの事実があったことを
- 151 証明しようとするものである。そうだとすれば、ここで問題となるの
- 152 は、甲の発言内容が正しいか否か、すなわち内容の真実性である。
- 153 よって、資料1の甲の発言部分は、伝聞証拠である。
- 154 (2) そうすると、伝聞例外に該当しなければ、証拠能力は認められない。
- 155 メール①は、BがAに対して送信したメールであるから、Bの供述書と
- 156 同視できる。そこで、伝聞例外としての321条1項3号が問題となる。
- 157 以下、同号の要件該当性について検討する。
- 158 ア まず、供述者Bは「死亡」している。
- 159 イ 次に、メール①の「送信者」欄にBの名が表れているから、署名が
- 160 ある。
- 161 ウ そして、Pは殺人等の被疑事実で捜索差押許可状の発付を受け、甲・
- 162 乙宅を捜索したものの、殺人等に関連する差し押さえるべき物を発見
- 163 できなかった。そうすると、メール①中の甲の発言部分は、「犯罪事
- 164 実の存否の証明に欠くことができない」ものといえる。
- 165 エ では、特信情況(同号但書)はあるか。特信情況は、供述に付随す
- 166 る外部的事情を中心にして判断する。
- 167 本件では、BとAは結婚を前提に交際をしていた間柄である。そう
- 168 だとすると、BがAに伝える内容は、真実である可能性が高い。とり
- 169 わけ、本件における独白の内容は、殺人および死体遺棄に関するもの
- 170 である。このような重大な犯罪に関与しているという旨は、通常であ
- 171 れば他人に告知することはない。それにもかかわらずBがAに対して
- 172 同事実を打ち明けたのは、両名が真摯な交際関係にあったことから、
- 173 BがAを信頼していたためと考えられる。
- 174 また、Aは午後8時頃にBから電話を切られたと供述しているところ、
- 175 メール①において、Bは午後8時に甲が自宅に来たと記載しており、
- 176 時間の観点でも供述内容が合致している。
- 177 以上の事情から、Bの記載したメール①には、特信情況が認められ
- 178 る。
- 179 オ よって、資料1は、321条1項3号の要件を満たす。
- 180 (3) そうだとしても、メール①中の甲の発言部分は、甲の発言をBが記
- 181 したものだから再伝聞であり、321条1項3号の充足だけでは足りな
- 182 い。すなわち、甲は被告人であるから、別途324条1項に基づき、322
- 183 条1項の要件を満たす必要がある。そこで、以下、同項の要件該当性
- 184 について検討する。

ア 甲の発言内容は、自らが殺人罪を犯したという事実を伝えるものであるから、「不利益な事実の承認」といえる。

イ そして、甲はBの友人であり、しかも本件では甲が自らB宅に赴いて上記発言を行ったというのであるから、甲は自発的に上記発言を行ったものと考えられる。そうすると、上記発言は「任意に」されたものであるといえる。

ウ よって、324条1項で準用される322条1項の要件を満たす。

(4) 以上から、甲の発言部分は、伝聞例外の要件を満たし、証拠能力が認められる。

2. 乙の発言部分について

メール①中には、殺人および死体遺棄の事実に関する乙の発言が記されている。同発言部分についても、以上と同様に、321条1項3号、324条1項、322条1項により証拠能力が認められる。

第2 資料2について

1. 甲・乙とも資料2について不同意(326条)としているため、資料2が伝聞証拠たりうるかが問題となる。

2. 資料2の立証趣旨は、「死体遺棄の報酬に関するメールの交信記録の存在と内容」である。

(1) まず、交信記録の「存在」については、メール②-1およびメール②-2の存在自体が要証事実となるから、伝聞証拠ではない。

(2) 次に、交信記録の「内容」については、メール②-1およびメール②-2の内容の真実性が問題となるから、伝聞証拠であるようにも思われる。

しかし、メールでのやりとりについては、性質上、やりとりがあったという事実から、やりとりの内容の真実性を推認することができる。すなわち、本件では、報酬に関する甲・B間のメールでのやりとりがあったという事実それ自体から、メール内容の真実性を推認することができる。

よって、交信記録の「内容」についても、メールのやりとりがあったという交信記録の存在自体が認められれば足りるのであり、したがって、伝聞証拠ではない。

3. よって、資料2は証拠能力が認められる。

以上