

2013年合格目標 司法試験

**平成24年本試験
再現答案分析会**

刑事系レジュメ

TAC  セミナー 司法試験講座

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

平成 24 年本試験 再現答案分析会・刑事系レジュメ

目 次

刑法

問題	1
出題趣旨	5
再現答案 Aさん (125.56 点)	9
Bさん (127.68 点)	13
Cさん (86.98 点)	17

刑事訴訟法

問題	21
出題趣旨	26
再現答案 Aさん (125.56 点)	29
Bさん (127.68 点)	33
Cさん (86.98 点)	37

＜再現答案作成者の論文総合得点・順位＞

	論文総合得点	論文総合順位
Aさん	511.17 点	55 位
Bさん	484.21 点	142 位
Cさん	366.78 点	2320 位

平成24年司法試験論文式試験問題 刑事系第1問（刑法）

〔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ー〇ー〇〇所在の土地一筆（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会議事録作成者が、その旨記載した社員総会議事録を作成の上、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「社員総会議事録」を、その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「社員総会議事録」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きをした。

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が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、「会社が無断で抵当権を設定しているんだったら、会社が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1000万円でもいいから。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 1 0 0 0 万円を支払ったほか、5 0 0 0 万円を暴力団関係者への返済に充て、残余の 4 0 0 0 万円については、海外での賭博に費消した。

乙は、甲から 1 0 0 0 万円を受領したほか、E から仲介手数料として 3 0 0 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〇－〇－〇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

平成 24 年司法試験論文式試験問題出題趣旨 刑事系第 1 問

本問は、A 合同会社（以下「A 社」という。）所有の土地（以下「本件土地」という。）に対する A 社代表社員甲による A 社に無断での抵当権設定行為並びに甲及び甲の知人乙による本件土地の A 社に無断での売却行為という具体的事例について、甲乙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甲が、自己の D に対する債務を担保するため、本件土地に、A 社定款で必要とされている社員総会の承認決議を経ないまま、被担保債権を D の甲に対する債権とする抵当権を設定し、抵当権設定登記を行った（以下「抵当権設定行為」という。）、②甲が、抵当権設定行為を行うため、A 社社員総会が開催された事実はなく、抵当権設定行為に対する社員総会の承認決議が存在しないにもかかわらず、A 社社員総会において、抵当権設定行為に対する承認決議が行われた旨記載された社員総会議事録と題する文書を作成し、D に交付した（以下「社員総会議事録作成行為等」という。）、③甲が、乙の勧めに応じて、売却代金を自己の用途に費消する目的で、本件土地を E に売却した（以下「売却行為」という。）というものである。各行為に対する甲及び乙の罪責を論じる際には、事実関係を的確に分析した上で、構成要件該当性、共同正犯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。

(1) 抵当権設定行為についての甲の罪責

本問において、甲は、「A 社の委託に基づき業務上本件土地を占有する者」とであると同時に「A 社の委託に基づき A 社の財産上の事務を処理する者」に該当することになる。したがって、抵当権設定行為についての甲の罪責を検討する際には、まず、業務上横領罪を検討すべきか背任罪を検討すべきかが問題となる。

この点について、横領罪の保護法益を「物（個別財産）の所有権及び委託信任関係」、背任罪の保護法益を「全体財産及び委託信任関係」と捉え、両罪の保護法益に重なり合いを認め、法益侵害が一つであることから、両罪の関係は法条競合であり、重い横領罪が成立すると考える見解からは、まず業務上横領罪の成否を検討することになる。他の見解に立つ場合であっても、簡潔に自己の見解を定立した上で、その見解と論理的に矛盾しない説得力のある論述を展開する必要がある。

本問において、抵当権設定行為について業務上横領罪の成否を検討する場合、業務上横領罪における客観的構成要件要素の意義をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている各種事情を的確に当てはめていく必要がある。本問で特に問題となるのは、抵当権設定行為が横領行為に該当するか否かについてであろう。この点について、判例は、一貫して横領罪の成立を認めている。なお、業務上横領罪の成否を検討した場合には、同罪の既遂時期についても言及すべきである。

本問において、抵当権設定行為について背任罪の成否を検討する場合も業務上横領罪の成否を検討する場合と同様、客観的構成要件要素をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている事情を的確に当てはめていく必要がある。

(2) 社員総会議事録作成行為等についての甲の罪責

社員総会議事録作成行為等については、私文書偽造、同行使罪の成否を検討すべきである。

本問において、私文書偽造、同行使罪の成否を検討する場合も、客観的構成要件要素の意義をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている各種事情を的確に当てはめていくことが必要となるが、本問で特に問題となるのは、偽造に当たるか否かという点である。偽

造の定義を前提に、社員総会議事録と題する文書の作成名義人及び作成者について論述していく必要がある。この点について、判例として、最決昭和45年9月4日刑集24巻10号1319頁が参考となる。この判例の考え方に従えば、本問における作成名義人は社員総会ということになる。また、最決平成15年10月6日刑集57巻9号987頁の考え方に従って、本問における作成名義人を社員総会議事録作成権限が付与された甲と考えることも可能であろう。なお、本問においては、有印私文書偽造、同行使罪が成立するのか、無印私文書偽造、同行使罪が成立するのかについても言及すべきである。

(3) 売却行為についての甲の罪責

売却行為については、A社に対する関係で成立する犯罪と、Dに対する関係で成立する犯罪とを区別して検討する必要がある（なお、後述するように、売却行為については、乙との共同正犯の成否が問題となる。）。

A社に対する関係で成立する犯罪を検討する際には、抵当権設定行為と同様、業務上横領罪を検討すべきか背任罪を検討すべきかが問題となるが、抵当権設定行為について成立する犯罪を検討する際に定立した規範と矛盾なく論述を展開する必要がある。抵当権設定行為について業務上横領罪の成立を認めた場合、売却行為についても業務上横領罪の成否を検討することになる。この場合、問題となるのは、横領物に対する横領が認められるか否かである。この点については、最判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁が参考になる。この判例は、横領物の横領は不可罰的事後行為であるとしてきた従来の判例を変更し、横領物の横領を認めたものと理解できる。他方、抵当権設定行為について背任罪の成立を認めた場合、売却行為について、背任罪が成立するのか業務上横領罪が成立するのかは、抵当権設定行為について背任罪の成立を認めた理由によって異なることとなるので、論理矛盾のない論述を展開することが求められる。

Dに対する関係で成立する犯罪としては、背任罪を検討すべきである。この場合も、背任罪の客観的構成要件要素をそれぞれ正確に理解した上で、問題文中に現れている事情を的確に当てはめていく必要がある。本問で特に問題となるのは、甲が他人のために事務を処理する者に当たるか否かである。この点について、最判昭和31年12月7日刑集10巻12号1592頁及び最決平成15年3月18日刑集57巻3号356頁が参考となる。

(4) 甲に成立する犯罪の罪数処理

甲に成立する複数の犯罪について、的確な罪数処理を行うことが求められる。特に、甲について、2個の業務上横領罪の成立を認めた場合の罪数処理については、上記平成15年4月23日最判がこの点に関する判断を示していないことから、同一主体による同一客体、同一保護法益に対する侵害行為の罪数処理をどのように行うかについて、説得力のある論述を行うことが求められる。

(5) 売却行為についての乙の罪責

売却行為については、甲のみではなく、乙が関与していることから、乙に売却行為について甲に成立する犯罪の共同正犯が成立するか、あるいは教唆犯、幫助犯が成立するにとどまるのか検討する必要がある。乙は、実行行為自体を行っていないため、いわゆる共謀共同正犯の成否が問題となるが、検討を行う際には、問題文中に現れている具体的な事実を丁寧に拾い上げて、共謀の成否（特に犯罪を行う意思の相互認識、相互利用補充意思）及び乙の正犯性を論じる必要がある。すなわち、共謀の成否に関して言えば、①乙は、甲がA社に無断で本件土地に抵当権を設定してDから1億円を借りているという事実を認識した上で、甲に本件土地の売却を勧め、甲もこれを了承していること、②乙は、甲の売却行為を利用して仲介手数料という利益を得ることを、甲は、乙の売買仲介行為を利用して売却利益を得ること

を、それぞれ企図していることなどの事実が共謀の成否の判断にどのような影響を及ぼすかを論じる必要があるし、正犯性に関して言えば、①乙は仲介手数料という利益を得ることを企図して売却行為に関わっていること、②乙は現実に売却行為により1300万円の利益を得ていること、③乙は売却行為の仲介という重要な行為を行っていること、④甲の犯意は乙が誘発したものであることなどの事実が正犯性の判断にどのような影響を及ぼすかを論じる必要がある。さらに業務上横領罪及び背任罪はいずれも身分犯であることから、身分犯に非身分者が加功した場合の処理を的確に行う必要がある。この点に関しては、各種見解があり、判例としては、最判昭和32年11月19日刑集11巻12号3073頁が参考となるが、いずれの見解に立ったとしても、自己の見解を簡潔に述べた上で、自己の見解と矛盾しない結論を導く必要がある。なお、乙に成立する複数の犯罪についても、的確な罪数処理を行うことが求められる。

本問で論述が求められる問題点は、いずれも刑法解釈上の基本的な問題点であり、これらの問題点についての基本的な判例・学説の知識を前提に、具体的な事案の中から必要な事実を認定し、結論の妥当性も勘案しつつ、法規範の当てはめを行うことが求められる。常日頃から、基本的な判例・学説の学習等を積み重ねることはもちろんであるが、特に判例を学習する際には、単に結論のみを暗記するような学習ではなく、判例の事案の内容や結論に至る理論構成などを意識し、結論を導くために必要な事実を認定し、その事実に理論を当てはめる能力を涵養することが望まれる。

MEMO

平成24年司法試験論文式試験 刑事系第1問 合格者Aさんの再現答案(刑事系125.56点)

第1 甲の罪責

1 甲がDのために本件土地に抵当権を設定した行為について、甲に
業務上横領罪(253条)が成立するか。

- (1) 「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復継続して行う事務をいう。甲はA社の代表社員であり、A社では、A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ことから、甲が本件土地に抵当権を設定することも、「業務」に含まれる。
- (2) 横領罪における占有とは、自己が占有することにより処分可能性を有するということに他ならないので、「占有」には法律的支配も含まれる。

本件では、甲がDから1億円の融資を受ける見返りにDのために抵当権を設定するもので、利益相反取引(会社法595条1項)に該当する。そして、A社の定款では、利益相反取引の場合、他の社員の承認が必要とされているが、本件ではその承認がない。そこで、甲には本件土地に抵当権を設定する処分権限がなく「占有」が認められないとも思える。

しかし、利益相反取引において他の社員の承認がないとしても、取引の安全の見地から原則として取引は有効であり、例外的に取引相手方が、他の社員の承認がないことについて悪意または有過失と認められる場合にのみ無効となるに過ぎない。

したがって、甲にはなお処分可能性があったといえ、「占有」が認められ、甲にとって本件土地は「自己の占有する他人の物」に当たる。

- (3) 業務上横領罪が成立するには、占有離脱物横領罪(254条)との区別の観点から、占有について委託信任関係があることが必要である。

本件では、甲とA社とは委任関係にあるため、この委託信任関係も認められる。

- (4) 「横領」とは、不法領得の意思の一切の発現行為をいい、不法領得の意思とは、他人の物の占有者が、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

抵当権の設定というのは、所有権者のみがなしえる処分行為であって、前述の通り甲とA社との関係は委任関係であり、代表社員の甲が勝手に本件土地に抵当権を設定することは委託の任務に背くものといえる。

したがって、甲がDと本件土地について抵当権設定契約を締結した時点で不法領得の意思の発現行為であるといえ、「横領」に当たる。

- (5) そして、甲には上記の事実について故意も認められる。

- (6) よって、甲には業務上横領罪が成立する。なお、甲には背任罪(247条)の構成要件にも該当するが、業務上横領罪とは法条競合の関係に立ち、重い業務上横領罪が成立するため、別途検討しない。

2 甲は、その後Dに対して抵当権設定登記の抹消を依頼して、抹消させているが、この時点において甲は本件土地を売却したり他に抵

業務上横領罪について、
ちょっと書きすぎまし
た。もう少し、コンパ
クトに書ければよかった
です。

横領と背任の関係につ
いて先を書くか迷いま
したが、典型的に横領罪
が成立する場面だった
ので、なお書きにしまし
た。

47 当権を設定するつもりはなかったのに、この行為については何らの
48 犯罪が成立しない。

- 49 3 甲が「社員総会議事録」の議事録作成者欄に「代表社員甲」と署
50 名し押捺した行為について、甲に有印私文書偽造罪（159条1項）
51 が成立するか。

52 (1) 「偽造」とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをい
53 う。本件では、代表社員甲であることについて人格の同一性を偽
54 っているわけではないので、「偽造」に当たらないとも思える。

55 しかし、本件文書は利益相反取引につき他の社員が承認をした
56 ことを表し、これを取引相手方に交付することで、利益相反取引
57 につき承認があったことを証明する文書であることから、この文
58 書の性質上、社員の互選により選任された者が名義人であると思
59 えるべきである。

60 そうすると、「社員総会議事録」の名義人は、A社の社員の互
61 選により選任された甲であり、本件での作成者はA社の社員の互
62 選により選任されていない甲であるため、やはり人格の同一性を
63 偽っているものというべきである。

64 したがって、本件の甲の行為は「偽造」にあたる。

- 65 (2) 「社員総会議事録」は「事実証明に関する文書」に該当し、本
66 件ではこれをDに交付するためという「行使の目的」も認められ
67 る。

- 68 (3) そして、甲には上記事実について故意も認められるため、甲に
69 は有印私文書偽造罪が成立する

- 70 4 甲は、上記の文書についてDに交付しているので、同行使罪（161
71 条）が成立する。

- 72 5 甲は、本件土地をEに対して売却しているが、かかる行為につい
73 て業務上横領罪（253条）が成立するか。

74 (1) 本件では、前述の通りDのために抵当権を設定した行為につい
75 て業務上横領罪が成立しているので、そもそも本件土地の売却は
76 不可罰的事後行為となり業務上横領罪は成立しないとも思える。

77 しかし、抵当権を設定したとしても、業務上横領罪の構成要件
78 を充たす限り、なお新たな所有権侵害が認められるため、不可罰
79 的事後行為とはならず、共罰的事後行為となるに過ぎない。

80 したがって、本件でも業務上横領罪は成立する。

- 81 (2) 本件土地は前述同様、甲にとっては「自己の占有する他人の物」
82 であることに変わりはなく、また売却をする行為は所有者でなけ
83 ればできない行為であり、委託の任務にも背いているため「横領」
84 にあたる。なお、利益相反取引にあたるが承認を得ていない点に
85 ついては、前述同様横領罪を否定する理由とならない。

- 86 (3) そして、甲は上記行為について故意も認められる。

- 87 (4) したがって、甲には業務上横領罪が成立する。

- 88 6 本件土地についてEに売却し、Eに所有権移転登記手続きを完了
89 した行為について、Dに対する背任罪（247条）が成立するか。

90 (1) 本件では、甲はDに対して抵当権設定登記の抹消を依頼した際、
91 登記が必要であればいつでも協力すると約束している。その意
92 味で甲はDが必要と言えば抵当権設定登記手続きをするという

この辺の規範がちゃんと
思い出せず、うろ覚えの
まま書きました。

- 93 事務を処理する者にあたり「他人のためにその事務を処理する者」
94 に該当する。
- 95 (2) そして、この売却は自己の借金の返済に充てるためのものであ
96 り、「自己…の利益を図」る目的といえる。
- 97 (3) 所有権の移転登記手続きを完了すれば、DはEに対して抵当権
98 の存在を対抗することができないことになり（民法 177 条）、甲
99 はDに対して抵当権設定登記をすることができなくなるので、甲
100 の行為は「任務に背く行為」といえる。
- 101 (4) Eに対する所有権移転登記手続きの完了の結果、前述の通りD
102 はEに対して抵当権を対抗することができなくなるため、「財産
103 上の損害」も認められる。
- 104 (5) 甲には、上記の事実について故意も認められるため、甲には背
105 任罪が成立する。
- 106 7 以上より、甲には①抵当権設定したことにつき業務上横領罪、②
107 有印私文書偽造罪、③同行使罪、④売却したことにつき業務上横領
108 罪、⑤Dに対する背任罪が成立し、②と③は目的と手段の関係にあ
109 るため牽連犯（54 条 1 項後段）となり、その他とは併合罪（45 条）
110 となる。なお、①と④は共罰的事後行為となるので、いずれか一方
111 のみを訴追できることになる。

共罰的事後行為の罪数処
理が良く分からず、かな
り適当になりました。

112 第2 乙の罪責

- 113 1 甲が本件土地をEに売却した行為について業務上横領罪が成立す
114 るが、乙に共同正犯（60 条）が成立しないか。
- 115 (1) 判例上、不動産の二重譲渡の事案において第2譲受人は共同正
116 犯となりうるとされているが、本件の乙は取引の直接の相手方で
117 はなく仲介人に過ぎない。しかし、この取引によって乙は甲から
118 1000 万円、Eから 300 万円を仲介手数料として受領する関係にあ
119 るため、利益を得られるという点で直接の相手方と共通している。
120 したがって、乙も直接の相手方と同視しうするため、共同正犯は
121 成立しうる。
- 122 (2) もっとも、二重譲渡の事案において第2譲受人が共同正犯とな
123 るためには、単純悪意では足りず背信的悪意者である必要がある。
124 これは、民法上、単純悪意者は自由取引競争の範囲内として「第
125 三者」（民法 177 条）に当たるため刑法上も保護されるべきであ
126 り、しかし背信的悪意者であれば「第三者」に当たらないため、
127 刑法上も保護の必要性がないためである。
- 128 本件の乙は、甲から本件土地についてDのために抵当権が設定
129 されていることを聞かされており悪意者であるといえるが、それ
130 以上にDを恨んだり嫌がらせ目的で甲に対してEへの売却を強
131 く勧めたりしているわけではない。したがって、乙は背信的悪意
132 者と同視できない。
- 133 (3) よって、乙には業務上横領罪の共同正犯は成立しない。
- 134 2 もっとも、乙は甲に対して売却をするように唆しているため、こ
135 れは、「教唆」（61 条 1 項）に当たる。
- 136 そして、業務上横領罪は業務者という不真正身分と占有者という
137 真正身分の犯罪であるが、65 条はその文言を素直に解釈し 1 項は真
138 正身分犯の成立と科刑、2 項は不真正身分犯の成立と科刑を規定し

乙が仲介者であり、直接
の相手方ではないとい
う点を強調しようと思
ったのですが、この辺は
創作しました。

たものと考えるべきである。

したがって、本件では 65 条 1 項、2 項により単純横領罪の教唆犯が成立する。

3 では、Dに対する背任罪の共同正犯は成立するか。

(1) まず、前述同様に乙は仲介者であり取引の相手方ではないものの、この仲介によって手数料を手に入れられる関係にあるため、取引の相手方と同視できる状況にあるため、共同正犯が成立する。

(2) しかし、背任罪の共同正犯が成立するためには、事務処理者は一定の働きかけがあっても一般に違法行為をしないことが期待されているのであるから、強い働きかけがあることが必要である。

ここも判例の規範をうろ覚えでした。

本件では、甲はEへの売却をいったん断っているにもかかわらず、乙が甲に対して売却をすれば借金の返済もできるし、抵当権登記をしていないDが悪いと言い、渋る甲を説得しているため、この強い働きかけが認められる。

そして、共同正犯が成立するには意思連絡があり、重要な役割を果たしたことが必要であるが、本件では意思連絡もあり、上記のとおり乙の働きかけは重要な役割に当たる。

(3) 背任罪は事務処理者であることが犯罪の成立に必要な真正身分であるが、本件では 65 条 1 項により乙には背任罪の共同正犯が成立する。

4 以上より、乙には①単純横領罪の教唆犯、②背任罪の共同正犯が成立し、両者は併合罪（45 条）となる。

以 上

総合コメント

文書偽造は張っていた分野だったので、来たか、という感じでした。

ただ、DやEへの詐欺罪について検討を忘れてしまったのが痛かったです。

後半は時間がなくて、かなりあっさりとしか書けませんでした。

<時間配分>

答案構成：25 分

答案作成：95 分

<使用した参考書・問題集>

井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008）

西田典之『刑法・各論』第5版

刑法事例演習教材

事例から刑法を考える

平成24年司法試験論文式試験 刑事系第1問 合格者Bさんの再現答案(刑事系127.68点)

第1 甲の罪責

1 甲が「社員総会議事録」の議事録作成者欄に「代表社員甲」と署名、
2 作成し、Dに交付した行為について、有印私文書偽造罪(刑法(以下
3 略)159条1項)、同行使罪(161条1項)が成立しないか。

4 (1) 有印私文書偽造罪の成否

5 ア 事実証明に関する文書

6 実社会生活に交渉を持つ事項を証明するに足りる文書をいう。

7 社員総会議事録は、社員総会が有効に成立したことを証明する
8 文書であり、これに当たる。

9 イ 偽造

10 (ア) 偽造とは、名義人と作成者の人格の不一致をいう。そして、
11 名義人とは、当該文書から一般人が認識する意思や観念の表
12 示主体をいう。また、作成者とは、文書の意思や観念を表示
13 させた主体をいう。

14 (イ) 本件における社員総会議事録の名義人も作成者も甲である
15 から偽造に当たらないとも思える。しかし、A社定款におい
16 て、社員総会議事録は、社員の互選により選任された社員議
17 事録作成者でなければ署名押印できないとされているのであ
18 るから、名義人は、社員議事録作成者たる代表社員甲である。
19 他方、文書の意思や観念を表示させたのは、社員議事録作成
20 者ではない代表社員甲である。甲は、A社社員総会を開催せ
21 ず、他の社員B及びCの承認を得ておらず、社員の互選によ
22 り選任されていないからである。

23 (ウ) したがって、名義人と作成者の人格の不一致があり、偽造
24 といえる。

25 ウ 他人の印章を使用して

26 社員議事録作成者ではない代表社員甲は、社員議事録作成者た
27 る代表社員甲たる印章を使用していることからこれに当たる。

28 エ 行使の目的

29 真正な文書として使用する目的をいう。甲は、社員議事録が真
30 正な文書であり有効な社員総会が成立していることを示す目的で
31 使用しており、これに当たる。

32 オ したがって、有印私文書偽造罪が成立する。

33 (2) そして、甲は、偽造文書をDに交付して、真正な文書として行使
34 しているため、偽造私文書行使罪が成立する。

35 2 甲が本件土地に抵当権を設定、登記した行為について業務上横領罪
36 (253条)が成立しないか。

37 (1) 「自己の占有する」

38 横領罪は奪取罪と異なり濫用のおそれのある支配力が重要である
39 から、ここでの「占有」は、事実上の支配のみならず、法律上の
40 支配を含む。

41 本件についてみると、A社においては、その所有する不動産の処
42 分・管理権は代表社員が有しており、実際、本件土地についても、
43 代表社員である甲が管理していた。したがって、甲には「占有」が
44 あり、「自己の占有する」といえる。

45 (2) 「業務上」

成立する罪責が多かった
ので、法解釈にはあまり
踏み込まず、三段論法で
淡々と構成要件に当ては
めることを意識した。

業務とは、社会生活上の地位に基づき、反復、継続して行われる事務であって、物の占有を内容とする事務をいう。甲は、A社の代表社員として管理していたのであるから、これにあたり、業務上といえる。

(3) 委託信任関係に基づく

甲はA社からの委託信任を受けて本件土地を管理している。

(4) 「他人の物」

本件土地は、A社の所有物であり、「他人の物」である。

(5) 「横領」

不法領得の意思を実現する一切の行為をいう。横領罪における不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

甲は、1億円という多額の債務の担保として本件土地に抵当権を設定、登記している。そしてこれは、A社定款では、社員の債務の担保という利益相反行為を行う場合、全社員の出席する社員総会を開催した上、関係社員以外の社員全員の承認が必要であるにもかかわらず、甲は、社員総会を開かず、他の社員の承認を得ないまま行われている。当該行為は、A社の委託の任務に背いて、権限がないのに所有者でなければできない処分をする意思を実現する行為である。したがって、「横領」といえる。

(6) 上記のように、不法領得の意思があり、構成要件の結果発生認識、認容たる故意もある。

(7) 以上より、業務上横領罪が成立する。

3 Dに対し、有効な社員総会があるとして1億円を交付させた行為について、詐欺罪(246条)が成立しないか。

(1) ①欺罔行為

相手方がその点に錯誤がなければ財産的処分行為をしなかったであろうような財産上重要な事実を偽ることをいう。

Dは、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。」と言っているので、有効な担保の存在がなければ融資という財産的処分行為をしなかったといえ、財産上重要な事実といえる。甲は、偽造した議事録を交付することにより開催していない社員総会を開催したかのように装い、有効な担保が成立したかのように偽っているため欺罔行為がある。

(2) ②錯誤

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、錯誤に陥っている。

(3) ③処分行為、④財物の取得

Dは、甲に現金1億円を交付し、甲は財物たる1億円を取得している。

(4) ①②③④の間に因果関係がある。

(5) 第1順位の抵当権設定登記がなされている以上財産的損害が生じていないとも思える。しかし、詐欺罪は、個別財産に対する罪であるから、交付した1億円自体が損害である。

(6) ①②③④は故意に包摂されている。また、多額の借入金の返済のために行っているため、不法領得の意思もある。

(7) 以上より、詐欺罪が成立する。

事実をできるだけ拾って評価するように心がけた。ただ、評価する時間がなく、事実を拾うだけになっているところも多かった。

- 93 4 甲が本件土地をEに売却した行為について業務上横領罪が成立しないか。
- 94 (1) 業務上自己の占有する他人の物であることは前述と同様である。
- 95 (2) しかし、既に担保権が設定されているため、委託信任関係がある
- 96 といえるか、横領後に横領が成立するかが問題となる。
- 97 既に、抵当権設定行為によって、委託信任関係が破壊され、保護
- 98 すべき委託信任関係が存在しないとも思える。
- 99 しかし、融資から1か月後、Dは、甲の申し出を受け入れ、抵当
- 100 権設定登記を抹消している。Eへの売却は、当該抹消から半年以上
- 101 経っていることを考えると、その間に客観的、外形的には、保護す
- 102 べき委託信任関係が復活していると解される。
- 103 したがって、保護すべき委託信任関係がある。
- 104 (3) また、本件土地をEに売却することは、委託の任務に背いて権限
- 105 がないのに所有者でなければできないような処分であるので、「横領」
- 106 にあたる。
- 107 (4) 以上より、業務上横領罪が成立する。
- 108 5 本件土地をEに売却する行為は、Eに対する背任罪(247条)が成
- 109 立しないか。
- 110 (1) 甲は抵当権設定者であり、抵当権者のために損害が生じないよう
- 111 にする抵当権設定契約上の義務がある。したがって、「他人のための」
- 112 事務処理者である。
- 113 (2) 本件において、甲は、登記を抹消してもらう際、土地を他に処分
- 114 したりしないとDと約束しており、処分しない任務がある。これに
- 115 違反し、Eに売却する行為は「任務に背く行為」である。
- 116 (3) 抵当権設定登記を抹消している本件において、第三者に処分され
- 117 ると、Dは、抵当権を第三者に対抗できないため(民法177条)、経
- 118 済的見地から財産上の損害がある。
- 119 (4) 甲は、暴力団関係者からの5000万円の借金返済のために本件土地
- 120 をEへ売却しており、図利加害目的がある。
- 121 (5) 以上より、背任罪が成立する。
- 122 6 A社との正規の取引だと偽ってEに1億円を交付させた行為につい
- 123 て詐欺罪が成立しないか。
- 124 (1) 欺罔行為
- 125 Eは、乙に対し、本件土地をA社から購入したいとしており、A
- 126 社との正規の取引でなければ売買代金を支払わなかったと考えられ
- 127 る。したがって、A社との正規の取引であることは、財産上重要な
- 128 事実であり、A社に無断で売却しているにもかかわらず、当該事実
- 129 を隠し、売却のための必要な書類をEに交付した行為は、当該事実
- 130 を偽る欺罔行為があったといえる。
- 131 (2) 錯誤
- 132 Eは、A社との正規の取引であると錯誤に陥っている。
- 133 (3) 処分行為、財産取得
- 134 Eは、乙を介して売買代金1億円を交付し、甲は、これを受領し
- 135 ている。
- 136 (4) 1億円の土地を1億円で買っていることから、財産的損害がないと
- 137 も思えるが、1億円という個別財産の減少があるので、損害がある。
- 138 (5) 因果関係があり、故意に包摂されている。また、甲は、借金返済

時間がなく、あっさりとし
た認定しかできなかった。

のために行っているため、不法領得の意思がある。

(6) 以上より、詐欺罪が成立する。

第2 乙の罪責

1 Eに対する業務上横領罪の共同正犯の成否 (65条1項)

(1) 共同正犯の処罰根拠は、共同実行の意思の下、利用補充し合って犯罪を実現する点にある。そうであれば、共同正犯が成立するためには、①共謀が存在し、②①に基づく共謀者の一部による実行行為、③正犯意思が必要である。

(2) 乙は、甲に対し、「会社が無断で抵当権を設定しているのであれば、無断で売却市とも一緒だよ。」とEへの売却を説得し、甲はこれに同意して決意していると考えられるため、業務上横領罪についての共謀がある (①)。

(3) 共謀者の一人である甲は、これを実行している (②)。

(4) 甲が賭博が原因で暴力団から借金していること、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りながら、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ており、本件土地の売却について積極的に自己の利益となるよう利用する意思があったといえる。甲は、乙から本件土地の売却の申し入れを受けた当初、Dとの約束があったため売却する意思はなく断っている。また、甲は、乙から本件土地の売却の申し入れを受けた当初、Dとの約束があったため売却する意思はなく断っている。その後、前述のように抵当権設定も売却も一緒だと乙が甲を説得したことにより、甲は、犯意を生じたといえ、乙は犯罪の実現に積極的に関わっている。さらに、仲介手数料1000万円という利益を得る約束もできている。以上からすれば、乙は、自己の犯罪として業務上横領罪を犯しているといえ、正犯意思がある (③)。

(5) 乙には共同正犯が成立する。そして、業務上横領罪は、占有者、業務という二重の身分犯であるから、65条1項で業務上横領罪が成立し、2項で単純横領罪により処断される。

2 Eに対する詐欺罪の共同正犯の成否 (60条)

乙は、以前、本件土地の売買に関し、EからA社と話を付けてくれと頼まれており、A社との正規の取引であることがEにとって重要な事実であることを知っていた。それにもかかわらず、A社の正規の取引を経ずにEに売却することを甲と共謀し (①)、甲が実行し (②)、前述のように積極的に自己の利益のために売却する意思があり、代金を得ている (③)。

したがって、詐欺罪の共同正犯が成立する。

第3 罪数

1 甲

①有印私文書偽造罪、②同行使罪、③業務上横領罪、④Dに対する詐欺罪、⑤業務上横領罪の共同正犯、⑥Dに対する背任罪、⑦Eに対する詐欺罪の共同正犯が成立し、①②④は、手段と結果の関係にあり牽連犯 (54条1項後段)、③と⑤は、同一の法益に対するものであり包括一罪、⑤⑥⑦は観念的競合 (54条1項前段)、これらは併合罪 (45条) となる。

2 乙

①業務上横領罪の共同正犯、②Eに対する詐欺罪の共同正犯が成立し、観念的競合となる。

以上

時間がなかったので、事実が多くて書いて欲しいな、正犯意思等を中心に書くしかなかった。

総合コメント

とにかく、罪数が多く、最初に丁寧に論じていると時間が足りなくなり、最後にいくにしたがって、論述が粗くなってしまった。

<時間配分>

答案構成：25分

答案作成：95分

<使用した参考書・問題集>

行政法：事例研究、事案解析の作法

民法：事例演習教材

会社法：事例演習教材

民訴：解析

刑法：事例演習教材

刑訴：ロースクール刑訴、事例演習刑事訴訟法

罪数が多すぎて、時間がな
い中処理にとまどった。

背任罪の共同正犯を書く
時間がなかった。でも、一
言でも認定しておけばよ
かった。

平成 24 年司法試験論文式試験 刑事系第 1 問 不合格者 C さんの再現答案 (刑事系 86.98 点)

第 1 甲の罪責

1 抵当権設定について

(1) A社の代表役員甲は、A社が所有する本件土地に、Dの甲に對する1億円の債務を担保するため抵当権を設定し、その登記も了しているところ、甲に業務上横領罪が成立するか検討する(刑法(以下略)253条)。

(2) 本件土地は、A社の所有であるが、甲が代表役員として管理していたのであるから、甲が占有する他人の物であるといえる。

そして、「横領」とは、委託信任関係に背いて所有者でなければできないような処分等をする意思(不法領得の意思)の発現をいうところ、抵当権の設定は、所有者でなければできないような処分であるから、甲が本件土地に抵当権を設定し登記をさせたことは、「横領」に当たる。

また、甲は、A社代表役員としての社会生活上の地位に基づき本件土地を管理していたのであるから、業務性も認められる。

(3) よって、甲には、業務上横領罪が成立する。

2 社員会議事録作成等について

(1) 甲は、真実は社員総会がないにもかかわらず、これがあるかのような社員会議事録を作成し、「代表社員甲」と署名し、甲の印を押捺しているところ、このような資格の冒用が、有印私文書偽造罪となるかが問題となる(159条1項)。また、これが同罪の客

(2) 本件の社員総会議事録は、直接権利義務に関する文書ではないが、「事実証明に関する文書」とは、社会生活上に交渉を有する事項を証明する文書をいうところ、抵当権設定を適正に行うために必要な書類であり(会社法595条1項参照)、抵当権設定登記の際にも必要書類とされているから、社会生活上に交渉を有する事項を証明するものとして、「事実証明に関する文書」に当たる。

また、「偽造」(有形偽造)とは、名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいうところ、本件の社員総会議事録の名義人、及び作成者は、「代表社員甲」であり人格が同一であるとも思われる。しかし、社員総会議事録によれば、甲は、決議に参加せず、社員B及びCが決議をしたことを表しており、甲は、単に議事録作成者とされているにすぎないから、客観的な社員総会議事録の観念の表示主体たる名義人は、A社(議事録作成権限がある甲)といえる。他方で、作成社は、甲(議事録作成権限のない甲)であり、人格の同一性に偽りがあるから、「偽造」に当たる。

そして、甲に故意や行使の目的も認められ、実際にそれを行っ

(3) よって、甲には、有印私文書偽造罪、同行使罪(161条1項)が成立し、両罪は牽連犯となる(54条1項後段)。

3 Eへの所有権移転について

(1) 甲が、Eに対して本件土地を売却し移転登記をさせたことにつき、前記抵当権設定と同様に業務上横領罪が成立するか、いわゆる横領後の横領が認められるかが問題となる。

また、甲は、Dとの間で本件土地を売却等しない旨を約してい

あまり問題とはならないので、もっと端的に書くかと思ったが、何となく不安になり、一通りのことを書いておくことに。

問題の所在が意味不明に。

この部分を書き終わった時点で、名義人を「A社」ではなく「議事録作成権限ある甲」にすべきだと思ったが、書き直すのは大変なので、放置することに。

背任罪を検討するか悩んだが、問題文にそれなりの事実が記載されていたので、逆算的に書くことに。

るところ、甲に担保価値維持義務があるといえるが、これがDに
対する背任罪となるか (247 条)、甲が他人の事務処理者といえる
かが問題となる。

(2) 横領後の横領 (E との関係) について

ア 委託物の一部につき不法領得の意思の発現により横領する
ことが可能であり、殊に不動産においては、その交換価値 (担
保物権) を横領することが可能である。このような一部横領が
認められる以上、その後の横領も認められるといえる。また、
一部横領があっても「自己の占有する他人の物」であることに
変わりはなく、委託信任関係が消滅するものでもない。したが
って、横領後の横領も認められる。

判例を意識しつつ、横領
後の横領が認められるこ
とを端的に記載。

イ 甲は、前述のようにA社所有の本件土地を委託に基づき占有
している者であり、本件土地を売却し移転登記をさせて横領し
ている。また、業務性も認められ、故意、不法領得の意思に欠
けるところもない。

罪数処理を後でまとめる
と面倒なので、ここでし
てしまう。

ウ よって、甲には、業務上横領罪が成立する。

エ もっとも、前記抵当権設定の同罪と上記所有権移転の同罪と
は、被害者 (A 社) 及び保護法益 (本件土地所有権) が同一で
あるから、包括一罪となると解される。

(3) 担保価値維持義務違反 (D との関係) について

ア 背任罪が成立するためには、「他人のためにその事務を処理
する者」、すなわち他人の事務処理者でなければならない (247
条)。ここでいう他人の事務処理者とは、信任関係に基づき他
人の事務を処理する者をいうが、その本質は、いわば他人の権
利義務を直接左右しうる地位にある者をいうと解される。

かすかな記憶を頼りに、
規範を定立した。

イ 確かに、担保価値維持義務は、甲とDとの契約に基づくもの
で、甲の義務にすぎないとも思われる。しかし、Dは、抵当権
設定登記がなければ抵当権を第三者に対抗することができず
(民法 177 条)、甲が本件土地を善意無過失のEに売却すること
で、Dの優先弁済権 (抵当権) が消滅してしまうのであるから、
甲は、Dの権利を直接左右しうる地位にある者として、他
人の事務処理者に当たるといえる。

そして、本件土地の売却によりDの担保価値 (1 億円) が消
滅して損害を被らせている。また、甲に故意や図利加害目的も
認められる。

ウ よって、甲には、背任罪が成立する。

第2 乙の罪責

1 横領罪の共同正犯の成否

(1) 乙は、上記甲による本件土地の売却につき、その事情を認識し
た上で、その仲介をしているところ、乙にも横領罪の共同正犯が
成立するかが問題となる (252 条 1 項、60 条、65 条 1 項)。なお、
非身分者による業務上横領罪に対する共同正犯については、横領
罪を真正身分犯として、横領罪が成立すると解すべきである (65
条 1 項)。

色々書いても仕方ないと思
い、簡単にしか書かない。

(2) 一般に、横領罪の相手方に共同正犯が成立するには、自由競争
が妥当することから、高度な認識等の主観と積極的な働きかけ等

いわゆる論点に飛びつい
てしまい、前提たる「共
謀」がないことに後に気
付く。

の客観から、共同加功したものといえなければならないとされる。
このことは、仲介者であっても異ならないと解される。なぜなら、
仲介者においても自由競争が妥当するからである。したがって、
いわば自由競争の範囲を逸脱するような行為があれば、共同正犯
となるといえる。

仲介者なので、どのよう
に解するか、自分なりの
見解をその場ででっち上
げる。

(3) 乙は、甲がすでに抵当権設定の横領をしたこと等の事情の説明
を受けて認識した上、甲が借金の返済に困っていることに乗じて、
甲に対し、Eへ本件土地を売却することを説得して甲に決意させ
ていることから、乙には、高度な認識や積極的な働きかけが認め
られ、そのような行為は自由競争を逸脱したものであり、共同加
功したものといえる。

時間に追われ、当てはめ
が薄くなってしまおうと
思い、最低限のキーワー
ド的な文言は書こうと
意識する。

(4) よって、乙には、甲との共同正犯として横領罪が成立する。

2 背任罪の共同正犯の成否

(1) 背任罪についても、信義則に反するような加功は、自由競争か
ら逸脱するから、共同正犯が成立する(247条、60条、65条1項)。

(2) 乙は、前記のように、事情を認識した上で、甲に対し説得して
いるのであって、これが信義則に反し、共同加功したものといえ
る。

(3) よって、乙には、甲との共同正犯として背任罪が成立する。

以 上

時間がないなか、途中答
案にならないよう、とり
あえず書くだけ書く。

総合コメント

問題を見たとき、書くことが多々思いついたため、なるべく
強弱をつけて書くことを意識した。ただ、全体的にバラン
スを失った感が否めない。また、いわゆる論点(横領後の横
領、横領の共犯等)のみに飛びついてしまったため、当ては
めも薄く、書き負けた答案になってしまった。

<時間配分>

答案構成：約 30 分

答案作成：約 90 分

139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184

平成24年司法試験論文式試験問題 刑事系第2問（刑事訴訟法）

〔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町〇丁目△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入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、同事務所に入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ったため、司法警察員Kは、証拠隠滅を防ぐには、すぐにT株式会社に対する搜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町〇丁目△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。」として搜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、搜索すべき場所を「H県I市J町〇丁目△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」とする搜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、甲に前記搜索差押許可状を呈示した上で、搜索に着手し、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えた。

搜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、差し押さえ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「ブツを送る。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。ブツが届いたら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〔捜査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か程度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。覚せい剤かどうか調べさせてもらおうぞ。」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い。」と言い、乙も、「仕方がないな。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えた。

- 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、捜索を実施した〔捜査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、差し押さえるべき物は発見できず、司法警察員Kらは捜索を終了した。

- 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が所要の捜査を行った。甲及び乙は、事実関係を認め、密売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った分は丙に送り返さなければならなかったこと、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【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1 月24 日に開かれた甲に対する第1 回公判期日で、甲及びその弁護士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、弁護士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1 月28 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、弁護士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、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。〔捜査②〕については、搜索差押許可状に基づく搜索としての適法性及び乙の現行犯逮捕に伴う搜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。

(参照条文) 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。

平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨 刑事系第2問

本問は、覚せい剤取締法違反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、司法警察員がT株式会社事務所を捜索すべき場所とする捜索差押許可状に基づき、捜索実行中に同事務所社長室に届いた従業員乙宛ての宅配便荷物を開封したこと（捜査①）及びその荷物の中から覚せい剤を発見し、乙を現行犯逮捕した後に同事務所更衣室に設置された乙の使用するロッカー内を捜索したこと（捜査②）に関し、その適法性を論じさせることにより、刑事訴訟法第218条第1項の定める捜索差押許可状に基づく捜索及び同法第220条第1項第2号の定める逮捕に伴う捜索について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。

同法第218条第1項は、司法警察職員は裁判官の発する令状により捜索することができるとしているが、令状には、被疑者の氏名、罪名、差し押さえるべき物、捜索すべき場所、有効期間等が記載されているのであり、捜査機関は、裁判官がその捜索差押許可状によって明示・許可した範囲内でのみ捜索できる。本事例において、H地方裁判所裁判官は、特定の有効期間を付して捜索すべき場所を「H県I市J町〇丁目△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のであるから、捜査機関に対し、特定の有効期間内において、被疑事実（平成23年10月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤、メモ、ノート等の差押えをするために、T株式会社の管理する同事務所を捜索することを許可したのであり、捜査機関は、その許可された範囲内でのみ捜索を行うことができる。

このような令状による捜索の仕組みを踏まえた上で、捜査①の事例への適用に当たっては、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係、乙宛ての荷物であることとT株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係、平成23年10月5日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実（同月2日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係に分けて論ずることが必要であり、いずれの検討においても、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら評価、検討すべきである。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、有効期間との関係においては、捜索すべき場所に存在する物は、通常その場所の管理権に属することから、裁判官は、捜索すべき場所に存在する物（かばん、アタッシュケース等移動させることが可能な物を含む。）についても捜索すべき場所と一体のものとして併せて捜索する正当な理由を判断していること、捜索差押許可状の有効期間内であれば司法警察員Kは、いつでも適法に捜索差押えを行うことができ、たとえ令状発付後捜索開始前に持ち込まれた物であってもその捜索差押えは適法であること、捜索開始（令状呈示）の前後で適法違法が分かれるとすると、司法警察員Kが乙宛ての荷物が届けられた後に捜索を開始すれば適法に差し押さえることができるのにたまたま捜索開始が早かったために違法になること等を考慮し、裁判官がどの時点における捜索する正当な理由を審査しているのか、各自の見解を説得的に論ずる必要がある。なお、この点に関しては、最高裁判例（最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁）が存在するから、同判例の内容を踏まえた上で各自の見解を展開することが望ましい。

また、T株式会社の管理権との関係においては、被疑事実は代表者甲に対するものであること、荷物の宛名は乙であるが、送付先はT株式会社であること、同社は人材派遣業を営んでおり、裁判官にとっても同社事務所に従業員がいると当然予想されたところ、現に令状発付前から同社事務所で従業員が働いていることが判明していたこと、乙は同社の従業員であること、甲の携帯電話に残されたメール内容等によれば、甲と乙は共同して覚せい剤を密売しており、丙から甲が乙宛ての荷物の中身を分けるように指示されていて甲が乙宛ての荷物の管理・支配を委ねられているとうかがえること等を検討し、乙宛ての荷物にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか論ずる必要がある。

さらに、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性との関係においては、被疑事実の中に営利目的が含まれていること、甲が同社事務所社長室で覚せい剤取締法違反の検挙歴ある者に覚せい剤を売ろうとし、同社事務所に同検挙歴のある者数名が出入りして被疑事実についても常習的犯行の一環であると推測されること、前記メール内容等から甲、乙が覚せい剤を共同して密売していることがうかがえ、被疑事実についても乙が共犯者である可能性があること、このメール内容等と符合するように指定された日時場所に甲宛てと乙宛ての2つの荷物が同時に届き、それぞれの伝票の筆跡が酷似し、記載された内容物はいずれも書籍であるだけでなく、同一の差出人名でその所在地の地番が実在せず電話番号も未使用であること、荷物が届いた際の甲、乙の会話内容が不審であり、司法警察員Kから荷物の開披を求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する覚せい剤が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち搜索差押許可状に基づく搜索も同様に、乙使用のロッカーであることとT株式会社の管理権との関係、乙使用のロッカーであることと被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずることが必要である。そして、T株式会社の管理権との関係では、前記のとおり、通常、裁判官は搜索すべき場所に存在する備品等の物や会社事務所に従業員がいることを含めて当該場所を搜索する正当な理由を判断していること、乙は同社の従業員であること、乙がロッカーの鍵を所持し搜索時に施錠していたとはいえ、同ロッカーは同社が管理しており同事務所社長室にマスターキーがあったこと等を検討し、同ロッカー内にT株式会社の管理権が及んでいるかどうか、同社から貸与された乙による事実上のロッカーの使用がT株式会社の管理権とは別に独立して保護に値するものかどうか論ずる必要があるし、被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係では、捜査①で述べた事情に加え、現に乙宛ての荷物の中から覚せい剤が発見されたこと、司法警察員Kの質問に対して甲が「隣の更衣室のロッカーにでも入っているんじゃないの。」と答えたこと、司法警察員Kから同ロッカーの中を見せるように求められても乙は拒絶したこと等を検討し、被疑事実と関連する乙の携帯電話と手帳等が存在する蓋然性があるかどうか論ずる必要がある。

捜査②のうち現行犯逮捕に伴う搜索については、なぜ「逮捕する場合において」令状なくして搜索を行うことができるのかという制度の趣旨に立ち返り、「逮捕の現場で」の解釈を明確にした上で、各自の見解とは異なる立場を意識して事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論ずるべきである。例えば、更衣室は同じT株式会社事務所にあるだけでなく、社長室の隣室であること、同じ同社の管理権が及んでいること、逮捕された被疑者は乙であり、ロッカーも乙以外の他人が使用するものではなかったこと等を検討し、逮捕の現場といえるかどうか論ずる必要がある。また、現行犯逮捕の被疑事実との関連性についても触れるべきであろう。

設問2は、裁判所が甲と丙の共謀を認める方が甲にとって犯情が軽くなると考え、証拠上、共謀の存否はいずれとも確定できないのに、格別の手続的な手当てを講じないまま判決で公訴

事実に記載されていない丙との共謀を認定したことに関し、そのような判決の内容及びそれに至る手続の適法性を論じさせることにより、有罪判決における犯罪の証明、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）の意義及び訴因変更の要否について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。

裁判所が、証拠上、共謀の存否がいずれとも確定できないのに、被告人にとって共謀の存在が情状の上で有利であることを理由に共謀を認定できるかについては、共謀を認定すべきであるとする考え方（本事例の裁判所の立場）、「単独又は共謀の上」と択一的に認定すべきであるとする考え方及び訴因どおり単独犯を認定すべきであるとする考え方の3つの考え方があり得るところであり、まずは、本事例において判決でどのような事実を認定すべきなのか、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ずる必要がある。その上で、いずれの立場に立つにせよ、共同正犯と単独犯とはいかなる関係に立つのか、判決において証拠によって証明されてもいない共謀の事実を存在するものとして認定してよいのか、有罪判決における「犯罪の証明」とは何をいうのか、「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、本来存否に合理的な疑いが残る場合に事実が存在すると認定できないことを意味するものではないのか、共謀の存在は必ずしも被告人に有利になることばかりとは限らないのであり事案ごとの犯情の軽重により共謀の事実があったりなかったりしてよいのか、共謀を認定しない限り丙の存在を甲に有利な情状として考慮することは許されないのか等の理論的に想定し得る諸点について、各自の見解とは異なる立場を意識して自説を説得的に展開し、事例中の判決の内容が適法か否か論ずる必要がある。

また、訴因変更の要否については、かつて、いわゆる具体的防御説と抽象的防御説を中心に多様な考え方があったところ、近時、審判対象を画定するのに必要な事項が変動する場合には、被告人の防御にとって不利益か否かにかかわらず、訴因変更が必要である、審判対象を画定するために必要な事項でなくとも、被告人の防御にとって重要な事項につき検察官が訴因に明示した場合に、裁判所がそれと実質的に異なる認定をするには原則として訴因変更を要するが、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとって不利益であるとはいえない場合には、訴因変更をせずに訴因と異なる認定をしてよいとする最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁）が現れるに至っているのであるから、同判例の内容を踏まえた上で説得的に各自の基本的な立場を明らかにし、訴因変更の要否の一般的な基準を定立する必要がある。

そして、本事例の具体的状況下における当てはめを行うことになるが、本事例が、同判例の事案と様々な点で異なるものであることは明らかであるから、本事例における具体的事実の分析、評価に関しては特に留意を要する。本事例においては、共同正犯と単独犯については構成要件が同一なのか異なるのかということ、処罰する際に適用すべき法条として刑法第60条が新たに加わること、検察官の主張する訴因には一切共謀に関する記載がないこと、裁判所が認定した事実は弁護人が第1回公判期日の罪状認否で主張した事実と同一であること等を検討し、訴因変更を要するか否か論ずる必要がある。なお、論述に当たり共謀の存否は訴因の本質的要素ではなく罪となるべき事実には属しないとの結論を採る場合には、共謀の事実の存否については罪となるべき事実には属し厳格な証明を要するとした最高裁判例（最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁）が存在するから、同判例の内容を意識して論述することが望ましい。

平成24年司法試験論文式試験 刑事系第2問 合格者Aさんの再現答案（刑事系125.56点）

第1 設問1

1 捜査①の適法性

- (1) まず、本件では荷物の送り先の乙の承諾がなく任意捜査として適法とならない。そして、荷物の開封はまさに捜索として強制処分となるため、捜査①が適法となるためには、甲に対する捜索差押許可状の令状の効力が及んでいる必要がある。
- (2) 本件で、乙宛ての荷物はK等が捜索を開始した後に、T株式会社へ運び込まれており、そもそもこの荷物に令状の効力が及ぶのかが問題となる。

確かに、裁判所が令状を審査する際、捜索時に捜索場所に捜索すべき物が存在するかどうかについて審査をしており、捜索開始後に運び込まれた物については令状審査が及んでいないとも思える。

しかし、開始後に運び込まれた荷物であっても、受領者がその荷物を受領した場合には、その場所の中の物に含まれることになるといえる。また令状には有効期間が規定されており、K等の捜索が翌日であったような場合には令状の効力が及ぶことは明らかであるため、それとの均衡を考えれば、やはり受領すれば差し押さえるべき物に含まれうると考えるべきである。

本件では、乙宛ての荷物について従業員のWが受け取り、その後社長室にいた乙に渡し、乙が受領しているため差し押さえるべき物に含まれうることになる。

- (3) もっとも、本件の捜索差押許可状は、被疑者「甲」とされており、乙は捜索対象者ではない。そして、乙宛ての荷物の中には乙のプライバシー権の保護の観点から、管理権は甲ではなく乙にあるといえる。

したがって、乙宛ての荷物について令状の効力が及ぶといえるためには、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」がある必要がある（222条1項、102条2項）。

本件では、乙宛ての荷物を受け取った乙が、甲と受け取ったものは仕方がない、という旨の会話をするなど不審な点があった。また差し押さえた甲の携帯電話には、平成23年10月5日午後3時過ぎには届く旨の丙からメールがあり、また乙から甲へ、丙からの物が届く時間に社長室へ向かう旨のメールがあった。そのメールの状況と、実際に甲と乙宛ての荷物が届き、乙が社長室にいた時間が一致することからすると、この乙宛ての荷物の中には、覚せい剤が入っている蓋然性が高かったといえる。

したがって、本件では乙宛ての荷物の中には「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」があったといえ、令状の効力が及ぶというべきである。

- (4) よって、捜査①は甲に対する捜索差押許可状の令状により行われた捜索として適法である。

2 捜査②の適法性

- (1) まず、乙の使用していたロッカーの中を捜索したことにつき、当初の捜索差押許可状により適法とならないか。
- ロッカーについては社長の甲が管理していた物とはいえ、この

あてはめが上手くまとめられずに、ごちゃごちゃしてしまった。

ロッカーは施錠がされていたことからすれば、やはりロッカーの中には乙のプライバシー権が及んでいるものといえ、ロッカーの中の管理権は乙にあるというべきである。

そうすると、前述同様102条2項により「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が必要となるが、本件ではあくまでこのロッカーの中に乙の携帯電話や手帳等が存在する可能性があるにとどまり、高い蓋然性があったとはいえず、102条2項の要件を充たさない。

したがって、当初の搜索差押許可状によっては、適法に搜索することはできない。

(2) 次に、本件では乙は覚せい剤所持の事実で現行犯逮捕されている(213条、212条)。そこで、この逮捕に伴う搜索差押としてロッカーの中を搜索することが適法とならないか(220条1項)。このロッカーが「逮捕の現場」にあたるかが問題となる。

220条1項が令状によらずに搜索差押をすることが許容されているのは、無令状による搜索差押によるプライバシー等の法益侵害よりも逮捕場所に存在する蓋然性が類型的に高い証拠の保全を優先したことによる。

このように考えると「逮捕の現場」とは、証拠が存在する蓋然性が認められる場所つまり被逮捕者の管理権が及ぶ範囲と考えるべきである。

したがって、更衣室は逮捕した場所の隣であり、乙の管理権が及んでいる場所であるといえ、「逮捕の現場」に含まれるというべきである。

(3) Kはマスターキーを使ってロッカーのカギを開錠しているが、この行為は鍵を壊すよりも被害は少なく、「必要な処分」(222条1項、111条1項)として許容される。

また、社長室の壁から鍵を取ったことに関しても、やはり「必要な処分」にあたる。

(4) よって、捜査②は乙の逮捕に伴う搜索差押として適法となる。

第2 設問2

1 まず、本件では単独犯の訴因で、共同正犯の事実を認定しているが、この際訴因変更(312条1項)をしていない。

そこで、本件では訴因変更をする必要があったか否かが問題となる。

(1) 訴因は、審判対象を画定させ他の犯罪を識別するとともに、その裏返しとして被告人の防御に資するという機能を有する。

そうすると、①審判対象画定の見地から、罪となるべき事実の特定にかけるような場合には訴因変更が必要となる。また、②①の観点から訴因変更が必要でないとしても、訴因事実と異なる認定事実が一般的に、被告人の防御にとって重要な事項である時には、原則として訴因変更手続きが必要であり、③ただし、被告人の防御の具体的状況等の心理の経過に照らし、被告人に不意打ちかつ不利益にならない場合には、例外的に訴因変更手続きは不要と考える。

(2) 本件では、単独犯であっても共同正犯であっても、甲は実行犯

社長室の部屋に掛かっていた鍵を、甲の承諾を得て使ったのかどうか書いて無くて、とりあえず「必要な処分」としました。
触れなくてもよかったところなのかもしれません。

である点は変わりがなく、正犯である点も異ならないため、罪となるべき事実の特定に欠ける点はないというべきである。

したがって、①の観点からの訴因変更は必要ではないというべきである。

- (3) もっとも単独犯か共同正犯かというのは被告人の防御にとって重要な事項であるから、②の観点から訴因変更が原則として必要となると考えるべきである。

そして、丙との共謀の点については検察官は冒頭陳述において、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、それ以上に甲らと丙との関係には言及していないため、争点となっていない。しかし、共謀の事実については被告人である甲側が主張しているため、訴因変更をしなくても被告人にとって不意打ち、不利益にはならないというべきである。

したがって、本件で訴因変更の手続きをしなかったとしても違法とならない。

- 2 次に、裁判所は、共謀の存否はいずれも確定できないとの心証を抱いていたにも関わらず、共謀の事実を認定している。そこで、これは「犯罪の証明」(336 条)があったといえるか。

- (1) 336 条が「犯罪の証明」がない限り無罪とするのは、被告人無罪推定の原則のあらわれである。したがって、「犯罪の証明」とは、合理的な疑いを超える程度の証明がなければならない。

- (2) そうすると、本件では共謀の存否についていずれとも確定できていないのに、共謀の事実を認定しており 336 条に反するとも思える。

しかし、裁判所の心証としては共謀があったとするほうが、甲らは従属的立場にあるとして、共謀がない場合よりも犯情が軽くなると考えており、むしろ共謀があったと認定したほうが被告人に有利である。

したがって、本件で共謀の事実の存否が明らかでないにもかかわらず、共謀の事実を認定することは、例外的に利益原則に反せず適法と考えるべきである。

- (3) よって、判決の内容も適法である。

以上

ここは、①の観点から訴因変更必要とすべきでした。

ここはミスです。

仮に①をクリアした場合でも、③は被告人側が主張して争点になっていない以上は不利益、不意打ちになる、としても良かったかなと思います。

この辺はよくわかりません。
完全に創作です。

139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184

総合コメント

捜査は、平成19年の判例が出たか、という感じでした。
また、今年は伝聞ではなくて訴因が出ると言われていたの
で、訴因の問題が出てあまり驚きませんでした。
ただ、最後の択一的認定のあたりは、よくわかりませんで
した。

＜時間配分＞

答案構成：30分

答案作成：90分

＜使用した参考書・問題集＞

上口裕『刑事訴訟法』

古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』

大澤他『ケースブック刑事訴訟法』

平成 24 年司法試験論文式試験 刑事系第 2 問 合格者 B さんの再現答案（刑事系 127.68 点）

第 1 設問 1

1 捜査①について

(1) 本件では、搜索差押許可状が発付されているため、K の行為が搜索差押許可状の効力として（刑事訴訟法（以下略）218 条 1 項）許されるか問題となる。

まず、令状の効力として許されるためには、①令状記載の場所にある物に対するものである必要がある。また、令状主義（憲法 35 条、218 条 1 項等）の趣旨は、公平な立場の裁判官に捜査の必要性和人権に及ぼす影響を判断してもらい、捜査による不当な人権侵害を防止することにある。そこで、「必要なとき」とは、②必要性、③相当性、④被疑事実との関連性がある場合をいう。

(2) ①令状記載の場所にある物

ア まず、当該宅配便は、搜索時には搜索場所である T 社にはなかったものであるから、本件搜索差押許可状で搜索することができるか問題となる。

令状主義の趣旨が、事前審査による人権侵害防止であるとすれば、新たな管理権侵害といえない場合には、令状主義に反せず、令状の効力として許されると解する。

そして、搜索は、令状の効力が生じている間は、いつ行われるかわからないのであるから、たまたま搜索開始時になくとも、その後搜索場所に届いたものであれば、裁判官の事前審査は及んでいるといえ、新たな管理権の侵害はないと考える。

本件についてみると、乙宛ての荷物は、搜索開始時には T 社にはなかったが、搜索中に届いているため T 社に存在する物として裁判官の事前審査が及んでいると解される。したがって、新たな管理権侵害はなく、令状主義に反しないから、この点においては令状の効力として搜索することができる。

イ 次に、被疑者ではない乙宛ての荷物について搜索することができるか。

令状主義の趣旨からすれば、場所に対する搜索差押許可状としての事前の審査が及んでいれば、新たな管理権侵害はないと解すべきである。

本件についてみると、宅配便は乙宛てであり、被疑者である甲宛てではないため、甲とは異なる新たな管理権侵害があるとも思える。しかし、乙は T 社の従業員であるから、乙宛ての荷物であっても T 社に送られてくる荷物は甲の管理権が及んでいると解する。したがって、裁判官としても、T 社に送られてくる荷物については、被疑者宛ての者でなくとも事前審査が及んでいるといえ、新たな管理権侵害はないと考える。

したがって、この点でも令状の効力が及ぶ。

(3) ②必要性

ア 本件において、警察署に訪れた者によると、甲は、覚せい剤の密売を手広く行っているとの情報があった。覚せい剤所持罪は、重大犯罪であり、証拠隠滅しやすい特質のある犯罪である。また、内偵捜査によると、かつて覚せい剤取締法違反で検挙したことのある者を数名出入りしており、その内の一人は職務質

設問 1 と設問 2 で事情の量が圧倒的に設問 1の方が多かったので、答案の分量も時間も設問 1の方に多めに使おうと思った。

本番では、関連性などの要件と共に論じたかもしれませんが、記憶が曖昧です。

搜索は被疑事実との関連性ではないと思ったが、蓋然性という言葉が出ず、断念。

47 問に応じなかったため、証拠隠滅の可能性が高まっていた。
48 イ したがって、証拠隠滅を防ぐため、甲の事務所を捜索する必
49 要性がある。

50 (4) ③相当性

51 Kは、覚せい剤が入っていると思われる宅配便の開封を求め、
52 拒否されたために必要な範囲で開封している。したがって、相当
53 性がある。

54 (5) ④被疑事実との関連性

55 乙宛ての荷物は、甲宛ての物と共に届き、甲、乙共に「仕方が
56 ない」等と不審な言動をしていた。甲の携帯電話からは、丙から
57 「ブツを送る。…さばけ」等と覚せい剤の処理の指示と思われる
58 メールがあった上、乙に伝えておけとの指示があった。それに呼
59 応して、甲は、乙に対して荷物が届いたら「社長室に來い。ブツ
60 が届いたら二人で分ける」とのメールをしていた。これらの事情
61 から、社長室で甲乙が丙から届いたブツを受け取り、分ける予定
62 があったことがうかがえる。そして、甲宛て、乙宛ての荷物の伝
63 票にいずれも差出人「U株式会社」、内容「書籍」と記載されて
64 おり、伝票の筆跡は酷似していること、外箱も同じであったこと
65 から、同一人物が甲、乙に荷物を送ったことが合理的に推認され、
66 10月5日午後3時に届くはずとの丙の甲宛てのメールと同一の
67 日時に荷物が届いていることから、甲乙宛ての荷物は、丙から送
68 られてきた「ブツ」であると考えられる。

69 さらに、伝票の差出人「U株式会社」は実在せず、電話番号も
70 現在使用されていない物であった。そうすると、丙が実在しない
71 U株式会社の名を偽って荷物を送っているといえ、何らかの秘密裏
72 に送りたい物であったと推認できる。

73 以上からすれば、当該宅配便の荷物は、丙が、覚せい剤を入れ
74 て甲及び乙に送ったものと考えられ、覚せい剤所持罪との関連性
75 がある荷物である。

76 (6) 以上より、当該荷物には令状の効力が及び、捜査①は適法であ
77 る。

78 2 捜査②について

79 (1) 搜索差押許可状に基づく搜索としての適法性

80 ア 搜索について

81 (ア) 甲は、乙に覚せい剤と思われるブツに関するメールを送
82 っており、甲と乙は共謀して覚せい剤を所持していると考え
83 えられるから、乙の携帯電話や手帳を搜索する必要性、相
84 当性、関連性がある。

85 (イ) では、ロッカーは令状記載の場所といえるか。ロッカー
86 の搜索には令状の効力が及んでいるか、新たな管理権侵害
87 があるといえるかが問題となる。

88 確かに、ロッカーの中の物は乙のプライバシー権が及ぶ
89 物であり、乙の管理権が及んでいるといえる。もっとも、
90 ロッカーは、搜索場所であるT社内にあるものであり、社
91 長である甲が管理しているものである。そうであるとすれ
92 ば、ロッカーについても事前審査が及んでいるといえ、新

規範を立てたものの、あてはめる事情がなかったもので、いらなかったかとも思いながらあてはめた。

事情が多く上がっていたが、論述する順番等流れを出すことが難しいと思いながら書いた。

93 たな管理権侵害はないと考える。したがって、令状の効力
94 が及び、搜索は適法である。

95 イ 解錠について

96 捜査機関は、搜索の実効性を確保するため、錠をはずす等「必
97 要な処分」をすることができる（222 条 1 項、111 条 1 項）。

98 本件のロッカーの解錠も、ロッカーの搜索の実効性を確保す
99 るためであるから、「必要な処分」としてすることができる。

100 (2) 現行犯逮捕に伴う搜索（220 条 1 項 2 号）としての適法性

101 ア 搜索について

102 (ア) ロッカーが「逮捕の現場」といえるか問題となる。

103 法は、逮捕現場には証拠の存在する蓋然性が高く、合理
104 的な証拠収集といえるため、令状主義の例外として、逮捕
105 に伴う搜索を許容している。したがって、当該趣旨からす
106 れば、「逮捕の現場」とは、被疑者の管理権が及ぶ範囲をい
107 うものと解する。

108 (イ) 本件についてみると、ロッカー内は、乙の所有物が入っ
109 ており、乙のプライバシー権の及ぶ範囲であるから、被疑
110 者である乙の管理権の範囲内といえることができる。なお、
111 令状に基づく搜索と矛盾すると思われるが、令状の事前審
112 査は、乙の管理権がロッカーにあることを認めたうえで、
113 さらに甲の管理権も及んでいるために事前審査が及び、新
114 たな管理権侵害がないとするものであり、矛盾しないと考
115 える。

116 以上より、搜索は適法である。

117 イ 解錠について

118 解錠についても、搜索の実効性確保のため「必要な処分」と
119 して適法にすることができる。

120 第 2 設問 2

121 1 判決の内容について

122 (1) 裁判所は、共謀の存否はいずれとも確定できないにもかかわらず、
123 丙との共謀を認定している点で、「犯罪の証明がない」にもか
124 かかわらず、有罪にしたとして、336 条に反しないかが問題とな
125 る。いわゆる秘められた択一的認定が問題となる。

126 (2) 択一的認定は、原則として許されない。336 条の文言に反する
127 うえ、疑わしきは被告人の利益にという利益原則にも反するから
128 である。もっとも、①認定された事実が公訴事実に含まれる関
129 係にあり、②被告人の不利益とならない場合には、犯罪の証明が
130 ないとはいえず、利益原則にも反しないため、336 条に反しない
131 と解する。

132 (3) 本件についてみると、甲らが営利目的で覚せい剤を所持した事
133 実とは認められている。そして、共謀がある場合には、ない場合よ
134 り犯情が軽くなるから、共謀による所持は、単独犯に含まれる
135 (①)、共謀の認定は被告人甲の不利益とはならない (②)。

136 したがって、本件判決内容は、336 条に反せず、適法である。

137 2 手続の適否について

138 (1) 被告人甲は、覚せい剤所持罪の単独犯で公訴提起されているに

令状の効力で甲の管理権
内と書いたことと矛盾す
ると思われると思い、念
のため書いた。

最初、問題文を読んだと
きは訴因変更の論点し
か思い浮かばなかった
が、判決の内容と手続の
適否の 2 つをなぜ聞い
ているのだろうと思っ
て、読み直したら、択一
的認定の問題があるこ
とに気付いた。

択一的認定は書き馴れ
ていなかったが、皆もそ
うだと思って、基本から
最低限のことだけ書こ
うと思った。

にもかかわらず、覚せい剤所持罪の共謀が認定されているため、訴因逸脱認定（378条3号）とならないか、訴因変更の要否が問題となる。

② 当事者主義構造をとる法（256条6項、298条1項等）の下では、審判の対象は、一方当事者たる検察官の主張する具体的犯罪事実としての訴因である。そして、すべての事実の変化について訴因変更することは困難である。そこで、訴因変更が必要な事実の変化とは、まず、訴因の機能が審判対象の確定にあることから、審判対象の確定に不可欠な事実が変化する場合には訴因変更が必要であると解する。また、そうでなくとも、争点明確化による不意打ち防止の観点から、訴因で明示されている等被告人の防御にとって重要な事実に変化がある場合、原則として訴因変更を要すると解する。もっとも、例外的にそれが被告人に不意打ちを与えるものでなく、かつ、不利益とならない場合には、例外的に訴因変更を必要としないと解する。

③ 本件についてみると、まず、実行正犯である甲にとって、共謀存否は審判対象の確定に必要不可欠とはいえない。しかし、第1回公判期日において、弁護人Bが、甲が丙の手足として販売しており、丙との共謀が成立することを主張しており、争点として明示されており、甲の防御にとって重要な事実であるから原則として訴因変更を要すると考える。もっとも、共謀の認定は、既に前述のように第1回公判期日において弁護人が主張する事実であること、共謀の存在は、ない場合よりも甲の犯情が軽くなることから、被告人に不意打ちを与えるものでなく、かつ、不利益とならない。したがって、訴因変更は必要ないから、訴因逸脱認定とはならず、適法である。

以上

縮小認定かどうか、平成13年の判例の第1段階で切れるのかどうかで迷ったが、13年判例を使って、第2段階で切らないと事情が使えないと思い、そのように論述した。

総合コメント

設問1は、とにかく事情がたくさんあったので、できるだけ使うことに努めた。

設問2は、訴因は出題の予想はあったが、やはり伝聞ではないことに多少の動揺はあった。

<時間配分>

答案構成：35分

答案作成：85分

<使用した参考書・問題集>

行政法：事例研究，事案解析の作法

民法：事例演習教材

会社法：事例演習教材

民訴：解析

刑法：事例演習教材

刑訴：ロースクール刑訴，事例演習刑事訴訟法

平成24年司法試験論文式試験 刑事系第2問 不合格者Cさんの再現答案（刑事系86.98点）

第1 設問1

1 捜査①の適法性

(1) Kらは、被疑者を甲、搜索場所をT社などとする搜索差押許可状（以下、「本件令状」という。）の発付を受けて、T社において搜索・差押えをしているが（刑事訴訟法（以下略）218条1項）、捜査①は、乙宛の荷物に対するものであるから、同物にも本件令状の効力が及ぶかが問題となる。なお、同物に本件令状の効力が及ぶのであれば、必要な処分として開封することもできる（222条1項、111条1項）。

判例の事案とは異なり、ここが争点とは思いますが、簡単に済ましてしまう。

(2) 令状の効力が及ぶためには、その場所に包摂されなければならない。

本番では、ここが争点であると思いますが、ここに時間を費やす。

また、令状には、被疑者を明示しなければならず（219条1項）、令状の効力は、被疑者の管理権の及ぶ範囲に限られるのが原則である。ただし、被疑者以外の者の物であっても、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合には、搜索することができる（222条1項、102条2項）。

(3) 乙宛の荷物は、T社従業員が受領し、乙に渡されて社長室に置かれたのであるから、その場所に包摂されたものといえる。

当てはめる事情が多くあがっていたので、とりあえず事実認定・評価をした。

また、甲の携帯電話の丙からの受信メールには、「ブツを送る。」などと記載されており、内偵捜査等から覚せい剤所持の事実が疑われており、しかも既に電子秤、チャック付き小型ビニール袋100枚、注射針50本が発見・差し押さえられていることにも鑑みれば、その「ブツ」が覚せい剤を意味すると合理的に判断することができるといえる。

そして、「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。…乙宛てのは、…」と記載され、その日時、個数等は、Kらが認識した事実と一致する。また、宅配便荷物は、甲及び乙宛の2つであり、いずれも差出人、内容物が同一であると記載され、伝票の筆跡も酷似し、外箱も同じであることから、これが丙なる人物から送られてきたものといえることができる。

さらに、甲から乙への送信メールには、「午後3時には社長室に来い。」などと記載されているところ、その日時や場所どおりに甲及び乙は社長室にいたこと、加えて宅配便を受領した際の両者の不審な言動からすれば、乙宛の荷物の中に、甲の物を含む覚せい剤の存在を認めるに足りる状況があるといえる。

(4) よって、捜査①は適法である。

2 捜査②の適法性

(1) 本件令状に基づく搜索としての適法性

ア 捜査②は、乙が拒否したにもかかわらず、乙のロッカーを解錠して搜索をするものであるから、捜査①と同様に、本件令状の効力が及ぶかが問題となる。

イ 搜索場所内にある物といえども、施錠されるなどして他者の管理権に属する場合には、令状の効力は及ばない。

ウ 乙のロッカーは、T社内にあるとしても、それが施錠されており、乙の管理権に属するものといえる。たとえ甲及び乙による覚せい剤密売の全容を明らかにする必要があるとしても、

問題に「令状に基づく搜索」について検討しろと書かれていたので、とりあえず書いた。個人的には、明らかに違法であると思ったので、ろくに検討せずに書いてしまった。

47 それをもって乙のロッカー内を捜索できる理由とはならない。
48 また、甲が更衣室及びロッカーを管理しているとしても、その
49 中身は乙の物であり、乙のプライバシー権も存するところ、乙
50 の管理権内にあることに変わりはなく、本件令状の効力は及ば
51 ない。

52 エ よって、本件令状に基づく捜査②は違法である。

53 (2) 現行犯逮捕に伴う捜索としての適法性

54 ア 乙は、覚せい剤所持で現行犯逮捕されているところ(212条
55 1項, 213条)、「逮捕の現場」で捜索・差押えをすることがで
56 きるが(220条1項2号)、乙のロッカー内も「逮捕の現場」と
57 して捜索することができるかが問題となる。

58 イ 「逮捕の現場」で捜索等ができるのは、逮捕の現場には証拠
59 の存する蓋然性が高く、他方で、新たな権利侵害のおそれが高
60 いため、事前の司法判断を経る必要がないからである。そのた
61 め、「逮捕の現場」とは、令状が発付されたならば捜索等がで
62 きる範囲内(同一の管理権内)であると解される。

63 ウ 乙のロッカーは乙の管理権に属するものである。そして、同
64 ロッカーは、乙が逮捕されたT社社長室に隣接する更衣室にあ
65 り、証拠の存在する蓋然性も高く、仮に乙に対する令状が発付
66 されたならばロッカー内も捜索等ができるといえる。なお、ロ
67 ッカーの解錠も、必要な処分として許される(222条1項, 111
68 条1項)。

69 よって、現行犯逮捕に伴う捜査②は適法である。

70 第2 設問2

71 1 公訴事実の第1事実では(資料1)、覚せい剤取締法違反につき、
72 甲の単独正犯とされているのに対し(同法41条の2第1項, 2項)、
73 罪となるべき事実では(資料2)、丙との共謀が認定されてい
74 ところ(刑法60条参照)、これを訴因変更することなく認定するこ
75 ができるかが問題となる(312条1項参照)。

76 2 審判対象は、訴因であるところ(256条3項参照)、訴因外の事実
77 を認定することは許されない。ただし、訴因内の事実を認定するこ
78 とは、いわゆる縮小認定として許容される。

79 3 確かに、共謀共同正犯の認定は、新たに共謀の事実を認定するも
80 のであるから、許されないと思われる。

81 しかし、被告人が全ての実行行為を行っている場合には、共犯者
82 の有無にかかわらず、いずれにせよ被告人に犯罪が成立するのであ
83 る。また、それが被告人にとって不意打ちとならず、かつ、不利益
84 となるものではないならば、そのような認定も許されると解される。

85 4 裁判所は、「①甲らが、営利の目的で、…覚せい剤を所持した事実
86 は認められる」として、覚せい剤取締法違反の実行行為の全部を認
87 定しているのである。

88 また、甲の弁護士から丙との共謀が成立することを主張し、その
89 旨の事実を認定するよう意見が述べられたことから、裁判所は、「②
90 各覚せい剤の所持が、…共謀の存否はいずれとも確定できない」が、
91 「③仮に甲らと丙との間に共謀があるとした場合、…犯情が軽くな
92 る」と考えたのであり、甲にとって不意打ちでもなく、また、不利

答案作成中に、何か違う
気がしつつ、時間的にも
後戻りができないので、
簡単に書いて次へ。

証拠法(特に伝聞)だと
思い込んでいたため、問
題を見た瞬間、訴因の出
題に慌てる。

他の受験生が書きそうな
ことは、とりあえず簡単
にでも書いておこうと書
いてみる。

「このような判例があっ
たな」と思いつつ、まさ
かの訴因でろくに書け
ず。

93 益となるものでもない。

94 5 よって、裁判所が公訴事実の第 1 事実（資料 1）に対し、罪とな
95 るべき事実の第 1 事実（資料 2）を認定することは許される。

96 6 なお、検察官 P は、甲らと丙との関係には言及しなかったのであ
97 るから、裁判所としては、P に対し、釈明を求めるべきであったと
98 いえる。

何を書いてよいか分から
ず、何を思ったか求釈明
を書いた。

99 以 上

100 総合コメント

101 証拠法（特に伝聞）が出題されると思い込んでいたために、
102 問題を読んだ瞬間、訴因であることに気づき、ひたすら焦る。
103 疲労した脳と焦りで、捜査（設問 1）の答案作成にも悪影響
104 が。訴因に関しても、事前の準備が不十分であったため、曖
105昧な答案になってしまった。

106 <時間配分>

107 答案構成：約 35 分

108 答案作成：約 85 分

139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184