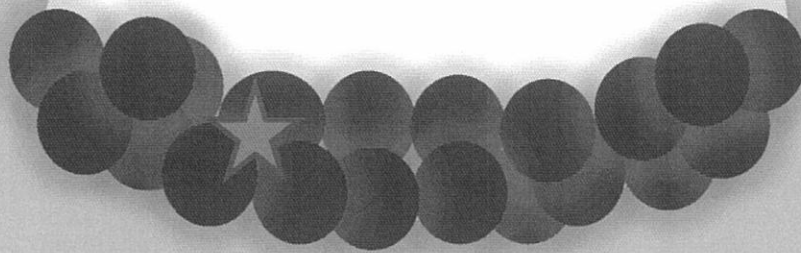


平成 25 年度 司法試験（論文式試験）

（中村充講師の）

出題趣旨分析セミナー



成 績 付 再 現 答 案 レ ジ ュ メ

< 刑 事 系 >

TACw セミナー 司法試験講座

< T A C > 無断複製・無断転載等を禁じます。

刑事系目次

第 1 問

問題	．．．．．	1
出題趣旨	．．．．．	3
再現答案①	．．．．．	7
再現答案②	．．．．．	11

第 2 問

問題	．．．．．	17
出題趣旨	．．．．．	23
再現答案①	．．．．．	27
再現答案②	．．．．．	31

〔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 暴力団組長である甲（35 歳）は、同組幹部の A（30 歳）が対立する暴力団に情報提供していることを知り、A の殺害を決意した。

甲は、A に睡眠薬を混入させた飲料を飲ませて眠らせた上、A を車のトランク内に閉じ込め、ひとけのない山中の採石場で車ごと燃やして A を殺害することとした。甲は、A を殺害する時間帯の自己のアリバイを作っておくため、A に睡眠薬を飲ませて車のトランク内に閉じ込めるところまでは甲自身が行うものの、採石場に車を運んでこれを燃やすことは、末端組員である乙（20 歳）に指示して実行させようと計画した。ただし、甲は、乙が実行をちゅうちょしないよう、乙にはトランク内に A を閉じ込めていることは伝えないこととした。

- 2 甲は、上記計画を実行する当日夜、乙に電話をかけ、「後でお前の家に行くから待ってろ。」と指示した上、A に電話をかけ、「ちょっと話があるから付き合え。」などと言って A を呼び出した。甲は、古い自己所有の普通乗用自動車（以下「B 車」という。）を運転して A との待ち合わせ場所に向かったが、その少し手前のコンビニエンスストアに立ち寄り、カップ入りのホットコーヒー 2 杯を購入し、そのうちの 1 杯に、あらかじめ用意しておいた睡眠薬 5 錠分の粉末を混入させた。甲は、程なく待ち合わせ場所に到着し、そこで待っていた A に対し、「乗れ。」と言い、A を B 車助手席に乗せた。甲は、B 車を運転して出発し、走行中の車内で、上記睡眠薬入りコーヒーを A に差し出した。A は、甲の意図に気付くことなくこれを飲み干し、その約 30 分後、昏睡状態に陥った。甲は、A が昏睡したことを確認し、ひとけのない場所に B 車を止め、車内で A の手足をロープで縛り、A が自由に動けないようにした上、昏睡したままの A を助手席から引きずり出して抱え上げ、B 車のトランク内に入れて閉じ込めた。なお、上記睡眠薬の 1 回分の通常使用量は 1 錠であり、5 錠を一度に服用した場合、昏睡状態には陥るものの死亡する可能性はなく、甲も、上記睡眠薬入りコーヒーを飲んだだけで A が死亡することはないと思っていた。

- 3 その後、甲は、給油所でガソリン 10 リットルを購入し、B 車の後部座席にそのガソリンを入れた容器を置いた上、B 車を運転して乙宅に行った。甲は、乙に対し、「この車を廃車にしようと思うが、手続が面倒だから、お前と何度か行ったことがある採石場の駐車場に持って行ってガソリンをまいて燃やしてくれ。ガソリンはもう後部座席に積んである。」などと言い、トランク内に A を閉じ込めた状態であることを秘したまま、B 車を燃やすよう指示した。乙は、組長である甲の指示であることから、これを引き受けた。甲が以前に乙と行ったことがある採石場（以下「本件採石場」という。）は、人里離れた山中にあり、夜間はひとけがなく、周囲に建物等もない場所であり、甲は、本件採石場の駐車場（以下「本件駐車場」という。）で B 車を燃やしても、建物その他の物や人に火勢が及ぶおそれは全くないと認識していた。

- 4 甲が乙宅から帰宅した後、乙は、一人で B 車を運転し、甲に指示された本件採石場に向かった。乙の運転開始から約 1 時間後、A は、B 車のトランク内で意識を取り戻し、「助けてくれ。出してくれ。」などと叫び出した。乙は、トランク内から人の声が聞こえたことから、道端に B 車を止めてトランクを開けてみた。トランク内には、A が手足をロープで縛られて横たっており、「助けてくれ。出してくれ。」と言って乙に助けを求めてきた。乙は、この時点で、甲が自分に事情を告げずに B 車を燃やすように仕向けて A を焼き殺すつもりだったのだと気付いた。乙は、A を殺害することにちゅうちょしたが、組長である甲の指示であることや、乙自身、日頃、A からいじめを受けて A に恨みを抱いていたことから、A をトランク内に閉じ込めたまま B 車を燃やし、A を焼き殺すことを決意した。乙は、A が声を出さないように A の口を車内にあったガムテープで塞いだ上、トランクを閉じ、再び B 車を運転して本件採石場に向かった。乙は、A の口をガムテープで塞いだものの、鼻を塞いだわけではないので、それによって A が死亡するとは思っていなかった。

- 5 乙は、その後、山中の悪路を約 1 時間走行し、トランク内の A に気付いた地点から距離にして約 20 キロメートル離れた本件駐車場に到着した。A は、その間に、睡眠薬の影響ではなく上記走行による車酔いによりおう吐し、ガムテープで口を塞がれていたため、その吐しゃ物が気管を塞ぎ、本件駐車場に到着する前に窒息死した。
- 6 本件駐車場は、南北に走る道路の西側に面する南北約 20 メートル、東西約 10 メートルの長方形の砂利の敷地であり、その周囲には岩ばかりの採石現場が広がっていた。本件採石場に建物はなく、当時夜間であったので、人もいなかった。乙は、上記南北に走る道路から本件駐車場に入ると、B 車を本件駐車場の南西角に B 車前方を西に向けて駐車した。本件駐車場には、以前甲と乙が数回訪れたときには駐車車両はなかったが、この日は、乙が駐車した B 車の右側、すなわち北側約 5 メートルの地点に、荷台にベニヤ板が 3 枚積まれている無人の普通貨物自動車 1 台（C 所有）が B 車と並列に駐車されていた。また、その更に北側にも、順に約 1 メートルずつの間隔で、無人の普通乗用自動車 1 台（D 所有）及び荷物が積まれていない無人の普通貨物自動車 1 台（E 所有）がいずれも並列に駐車されていた。しかし、本件駐車場内にはその他の車両はなく、人もいなかった。当時の天候は、晴れで、北西に向かって毎秒約 2 メートルの風が吹いていた。また、B 車の車内のシートは布製であり、後部座席には雑誌数冊と新聞紙が置いてあった。乙は、それら本件駐車場内外の状況、天候や車内の状況等を認識した上、「ここなら、誰にも気付かれずに B 車を燃やすことができる。他の車に火が燃え移ることもないだろう。」と考え、その場で B 車を燃やすこととした。乙は、トランク内の A がまだ生存していると思っており、トランクを開けて確認することなく、B 車を燃やして A を殺害することとした。乙は、B 車後部座席に容器に入れて置いてあったガソリン 10 リットルを B 車の車内及び外側のボディに満遍なくまき、B 車の東方約 5 メートルの地点まで離れた上、丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれを B 車の方に投げ付けた。すると、その火は、乙がまいたガソリンに引火し、B 車全体が炎に包まれて A の死体もろとも炎上した。その炎は、地上から約 5 メートルの高さに達し、時折、隣の C 所有の普通貨物自動車の左側面にも届いたが、間もなく風向きが変わり、南東に向かって風が吹くようになったため、C 所有の普通貨物自動車は、左側面が一部すすけたものの、燃え上がるには至らず、その他の 2 台の駐車車両は何らの被害も受けなかった。

【出題趣旨】

本問は、暴力団組長の甲が、同組幹部の A を車のトランク内に閉じ込め、車ごと燃やして殺害しようとの計画の下、自ら A を自己所有車 B（以下「B 車」という。）のトランク内に閉じ込めた上、その事情を秘して配下組員の乙に指示して B 車に放火させたが、その前に A がトランク内で死亡していた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、A を呼び出して自ら運転する B 車の助手席に乗車させた上、A に睡眠薬入りコーヒーを飲ませて昏睡させ、その手足をロープで緊縛して B 車トランク内に閉じ込めた後、②配下組員の乙に対し、それらの事情を秘したまま、ひとけのない山中の採石場の駐車場で B 車を燃やしてくるよう指示して B 車を引き渡し、③その指示を受けた乙が、上記採石場に向けて B 車を運転中、A の存在に気付く、甲の A 殺害計画を察知したものの、自らの A への恨みもあり、A を B 車ごと燃やして殺害することを決意し、A の口をガムテープで塞いでトランクを閉じ、再び B 車を発進させて上記採石場に向かったところ、④A は、同所に至る前に車酔いによりおう吐し、その吐しゃ物に気管を塞がれて窒息死したが、⑤乙は、これに気付かず、周囲にひとけや建物はないが、B 車に隣接して他人所有自動車 3 台が並列に駐車された上記採石場の駐車場において、他車に火が燃え移ることはないだろうと考えながら、B 車にガソリンをまいて火を放ち、B 車を全焼させた、というものである。各行為に対する甲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、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) 乙の罪責について

ア 殺人罪についての検討

本問において、A は、前記のとおり、乙が企図したよりも早い段階である B 車走行中に窒息死しているが、このような場合にも、乙に殺人罪が成立するののかについての検討が必要となる。この点については、殺人罪の構成要件要素の意義を正確に示した上で、問題文中の各種事情を的確に当てはめることが必要となるが、本問で特に問題となるのは、構成要件の実現が早すぎた場合の実行の着手時期等をどのように考えるのかという点である。この点については、最判平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 巻 3 号 187 頁が参考になる。すなわち、乙が A の口をガムテープで塞いでトランクを閉じて B 車を走行させた行為を第 1 行為とし、前記採石場の駐車場で B 車に火を放つ行為を第 2 行為とし、この判例のような考え方に従うのであれば、同判例が挙げる実行着手を判断するための考慮要素、すなわち、①第 1 行為が第 2 行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったこと、②第 1 行為に成功した場合、それ以降の犯罪計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められること、③第 1 行為と第 2 行為との間が時間的場所的に近接していることの各要素を示すなどした上、各種事情を的確に当てはめ、第 1 行為時に殺人罪の実行着手が認められるかを検討することが必要である。第 1 行為時に殺人罪の実行着手を認めた場合、更に因果関係や故意の存在についての言及も求められる。また、この判例の考え方に従わない場合も、同判例を意識しつつ、殺人罪の実行着手時期等についての自己の見解を説得的に論証した上で、的確な当てはめを行うことが求められる。

イ 監禁罪等についての検討

本問において、前記アの第 1 行為については、監禁罪の成否を検討することが望まれる。加えて、第 1 行為により A が死亡した点については、監禁致死罪の成否も問題となろう。そして、監禁罪又は監禁致死罪（以下「監禁罪等」という。）が成立すると考え、かつ、前記アの検討において、前記判例の考え方に従った上で殺人既遂罪の成立を認める場合には、監禁罪等と殺人既遂罪との関係についての言及が求められる。

ウ 建造物等以外放火罪についての検討

本問において、乙が B 車にガソリンをまいて火を放ち、B 車を全焼させた点については、刑法第

110 条の建造物等以外放火罪の成否が問題となる。この点についても、同罪の構成要件要素を的確に示しつつ、問題文中の各種事情を的確に当てはめることが必要となり、①「放火」「焼損」の意義及び当てはめ、②B 車への放火行為が所有者である甲の指示によるものであることから、刑法第 110 条第 2 項にいう「自己の所有に係るとき」に該当するか否かの検討が求められる。そして、同罪は、公共の危険の発生を要するところ、乙が B 車に放火した場所は、ひとけのない山中の採石場の駐車場であり、B 車の周囲には、他人所有の車両が 3 台駐車されていたものの、建造物等もなかったことから、本問において、公共の危険が発生したといえるかにつき、その意義や判断基準を明らかにした上で的確な当てはめを行うことが求められる。この点については、刑法第 110 条の公共の危険とは、同法第 108 条及び第 109 条に規定する建造物等への延焼の危険のみに限られず、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当である旨判示した最決平成 15 年 4 月 14 日刑集 57 巻 4 号 445 頁が参考になる。この判例の考え方に従う場合には、同判例に示された公共の危険の意義等を示した上、問題文中の各種事情を具体的に指摘して丁寧に当てはめる必要がある。また、この判例と異なる考え方に立つ場合には、同判例を意識しつつ、公共の危険の意義等についての自己の見解を説得的に論証した上で、的確な当てはめを行うことが求められる。上記検討において、公共の危険が発生したと認めた場合には、乙が他車両に火が燃え移ることはないだろうと思ひ放火に及んでいることから、更に公共の危険発生の認識の要否についての論述が求められる。この点については、最判昭和 60 年 3 月 28 日刑集 39 巻 2 号 75 頁等の判例が参考になる。

(2) 甲の罪責について

ア 殺人罪についての検討

本問において、甲は、A 殺害の意図で、A を B 車トランク内に閉じ込めていることを秘したまま、乙に対し、B 車に火を放つよう指示したが、乙は、走行中にトランク内の A の存在に気付いた上で、A 殺害を決意し、前記経過で A を死亡させるに至っており、甲についても、A を死亡させた点につき、殺人罪の成否の検討が求められる。この点については、大きく分けて、①甲を実行行為者とする殺人罪の成否の検討、②乙との共犯関係の検討が、それぞれ求められる。

まず、①については、間接正犯の成否が問題となり、乙が A の存在に気付いた時点で、乙の道具性が失われるか否かの検討が求められる。乙の道具性が失われると考える場合には、間接正犯における実行の着手時期いかにによって、予備か未遂かなど、甲の罪責に違いが出てくることから、この点に関する自己の見解を明らかにした上で、的確な当てはめを行うことが望まれる。他方、乙の道具性が失われないと考える場合には、因果関係や故意についても、的確な当てはめを行い、実行行為者として甲に成立する罪責を明らかにする必要がある。

次に、②についてであるが、①の検討において、乙の道具性が失われるとの考え方に立った場合には、実行行為者としては、甲に殺人既遂の責めを負わせることができない。そこで、A 死亡の結果について、甲と乙との共犯関係、すなわち片面的共同正犯の成否や間接正犯の意図で教唆の結果を生じさせた場合の擬律についての検討が求められる。他方、乙の道具性が失われず、甲に実行行為者として殺人既遂罪が成立するとの考え方に立った場合にも、乙との共犯関係について検討することが望まれる。

イ 監禁罪等についての検討

本問において、甲は、A を B 車に乗車させて疾走させ、更には、A に睡眠薬入りコーヒーを飲ませて昏睡させ、ロープで緊縛してトランク内に閉じ込めるなどしているが、これらの行為について、監禁罪の成否を検討することが必要である。また、生命身体加害目的誘拐罪の成否も問題となり得る。監禁罪の成否については、A は、トランク内で意識を取り戻すまでは、監禁されているとの認識もなく、移動しようとの意思も生じていなかったことから、そのような場合の監禁罪の成否や成立時期が問題となり、監禁罪の保護法益である「移動の自由」についての自己の見解を明らかにし、的確な当

てはめを行うことが望まれる。さらに、上記行為に監禁罪が成立すると考えた場合、乙に B 車を引き渡した後も継続して監禁罪が成立するのかが問題となり（特に、乙が A の存在に気付いた後が問題となろう。）、加えて、甲についても、A が死亡した点について、監禁致死罪の成否が問題となろう。そして、甲に監禁罪等が成立すると考え、かつ、前記アの検討において、甲に殺人既遂罪等の成立を認める場合には、これらと監禁罪等との関係についての言及が求められる。

ウ 建造物等以外放火罪についての検討

本問において、甲は、乙に B 車を燃やすよう指示したのであるから、前記 (1) ウの検討において、乙に建造物等以外放火罪の成立が認められると考えた場合、甲にも同罪が成立するか否か、共謀共同正犯の成否の検討が求められる。また、甲は、前記採石場の駐車場に B 車以外の他車両が駐車されていることさえ認識がなかったものであるところ、(1) ウにおける公共の危険発生の認識の要否についての自己の見解及び当てはめと整合する的確な当てはめが必要となろう。

(3) 罪数処理

前記 (1) 及び (2) の検討において、甲乙に、複数の犯罪が成立すると考えた場合、それら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。

本問で論述が求められる問題点は、いずれも、刑法解釈上、基本的かつ著名な問題点であり、これら問題点についての基本的な判例や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、論理的な整合性はもちろん、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。基本的な判例や学説の学習が重要であることはいうまでもないが、特に判例学習の際には、単に結論のみを覚えるのではなく、当該判例の具体的事案の内容や結論に至る理論構成などを意識することが必要であり、そのような学習を通じ、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

第 1 乙の罪責

1 (1) 乙は A をトランクに閉じ込め、焼死させる意図で B 車に火をつけて
2 ている。殺人罪（199 条）が成立しないか。

早すぎる構成要件の実現と公共の危険の認定の問題だと思った。監禁、死体損壊については最初から見落としてしまっていた。

3 (2) 本件では、A は窒息死している。そこで、乙が A をトランクに閉
4 じ込めた時点で殺人罪の実行行為に着手したといえないか。実行の着
5 手の時期が問題となる。

口にガムテープを貼り付けたうえでトランクに閉じ込めた行為を実行行為とすべきだった。

6 実行の着手は未遂犯（43 条）と予備を区別するものである。そ
7 して、未遂犯の処罰根拠は法益侵害の危険を発生させたところにあ
8 る。そうだとすると、法益侵害の現実的危険が発生した時点で実行
9 の着手を認めるべきと解する。そして、法益侵害の現実的危険が発
10 生したかは行為者の計画を考慮して、実行行為と時間的場所的に接
11 近しているか、必要性はあるか、特別な障害があるかを考慮すべき
12 である。

クロロホルムの判例を意識したつもりだが、うる覚えだった。

13 本件において、A をトランクに閉じ込めた地点から本件駐車場で B
14 車に火を放った本件駐車場までは約 1 時間が経過、20 キロメートル
15 離れているに過ぎず、時間的場所的には接近しているといえる。また、
16 A は 30 歳の若い男であり、乙が 20 歳の若い男であったとしても抵
17 抗される可能性は十分にある。したがって、車に放火して A を焼死
18 させるためには、A の手足がロープで縛られた状態でトランクに閉じ
19 込める必要がある。さらに、手足がロープで縛られた状態でトランク
20 に閉じ込められていると、車に放火して焼死させることに何ら障害と
21 なるものはない。

22 したがって、A をトランクに閉じ込めた時点で A 殺害の実行の着手
23 が認められる。

24 (3) もっとも、A は吐瀉物により窒息死している。そこで、A をトラン
25 クに閉じ込めた行為と A の死に因果関係が認められるか。

危険の現実化説を採ろうかと思ったが、実行行為後の介在行為がないので相当因果関係説を採ることにした。

26 因果関係の機能は偶然による処罰を排除するところにある。そうだ
27 とすると、行為と結果に社会的に相当な関係があれば因果関係を認め
28 ることができる。そして、因果関係は構成要件要素であるから、客観
29 的に判断すべきである。よって、判断規程となる事実は実行行為時に
30 存在する全事情を考慮すべきである。

31 本件において、手足を縛られた上程でトランクの中に閉じ込めら
32 れた状態で山中の悪路を 1 時間走行すると揺れにより嘔吐することは
33 十分にありうることである。そして、ガムテープで口をふさがれた
34 者が嘔吐すると吐瀉物が気管を塞ぐことにより窒息死することは
35 社会通念上相当であるといえる。

36 したがって、A をトランクに閉じ込めた行為と A の死には因果関
37 係が認められる。

38 (4) ここで、乙は A を B 車ごと焼死させる意図であったが、実際には
39 窒息死している。そこで、乙に故意（38 条 1 項）は認められるか。
40 因果関係の錯誤が問題となる。

41 この点について、行為者の予見した内容が現実起こった結果が相
42 当因果関係の範囲内であれば故意を認めることができると解する。相
43 当因果関係の範囲内であれば行為者は規範に直面しているといえ非
44 難が可能であるからである。

45 本件において、A をトランクに閉じ込めることと、A が窒息死した
46

47 のは相当因果関係の範囲内にある。したがって、故意が認められる。
48 (5) 以上により、乙に殺人罪が成立する。

条文の引用を誤ってしまった。

49 2 (1) 乙は B 車に火を放って燃やしている。そこで、建造物等以外放火
50 罪（109条2項）が成立しないか。

51 (2) 乗用車は108条、109条の物に該当しない。また、乙は B 車
52 の所有者である甲から B 車を燃やすように依頼されており、115
53 条の事由にも該当しない。よって、自己所有の建造物等以外の物であ
54 る。

規範を明確に定立することができなかった。

55 (3) では、「公共の危険」が生じたか。「公共の危険」とは火力により多
56 数の生命、身体および財産に危険をもたらすことである。そうすると、
57 財産である自動車に延焼する危険が生じた場合でも「公共の危険」が
58 発生したと解する。

混乱してしまった。また、B 車に可燃物が大量にあるという事情を使い切ることができなかった。

59 本件においては、B 車の北側 5メートルの地点に燃えやすいもので
60 あるベニヤ板を積んだ C の自動車がある。また、さらに C 車の北側
61 1メートルずつの間隔で D および E の自動車が駐車されている。そ
62 して北西に向かって風が吹いている。そして、B 車にガソリンをま
63 いて火をつけると、高さ 5メートルもの炎が上がり C の自動車の左側
64 面に届いている。したがって、ベニヤ板に引火して、C、D、E の自
65 動車に延焼する危険が生じているといえる。したがって、公共の危険
66 が発生しているといえる。

公共の危険の認識の有無の論点を書き忘れてしまった。

67 (4) 以上により、乙に建造物等以外放火罪が成立する。

68 第 2 甲の罪責

69 1 (1) 甲は A を睡眠薬で昏睡させた上で B 車のトランクに閉じ込めた上、
70 乙に B 車に火をつけるように指示して A を焼死させようとした。殺
71 人罪が成立しないか。

実行行為の着手の有無により間接正犯の未遂になるのかどうかという論点を書き落とした。

72 (2) もっとも、本件においては甲は乙に A がトランクに入っているこ
73 とを秘して上記指示をしているが、前述のように乙は A の存在を認
74 識した上で行為している。そこで、間接正犯の意図で教唆犯（61条
75 1項）の結果を生じさせている。

76 この点について、間接正犯も教唆犯も他人を利用して法益の侵害
77 を発生させている。とすると、教唆犯の範囲で重なり合いが認めら
78 れ、非難が可能であるといえる。したがって、教唆犯が成立すると
79 解する。

体系的におかしな記載をしてしまった。

80 (3) 本件において A に睡眠薬を飲ませる行為は、A に抵抗されずに焼
81 死させるために必要であり、また、睡眠薬を飲ませて昏睡させると A
82 を焼死させるのに特別な障害はないといえる。したがって、殺人罪の
83 間接正犯の実行の着手が認められる。そして、乙は A を上述のよう
84 に殺害している。したがって、殺人罪の教唆犯（199条、61条1
85 項）が成立する。

共同正犯と教唆の区別が問われていたと思われるが、見落としてしまった。

86 2 (1) 甲は乙に B 車に放火するように指示している。建造物等以外放火
87 罪の教唆犯（109条2項、61条1項）が成立しないか。

88 (2) ここで、甲は本件駐車場で B 車を燃やしても建物その他の物や人
89 に加勢が及ぶおそれは全くないとの認識であり、公共の危険が生じる
90 認識を有していないといえる。しかし、109条1項の文言は「よっ
91 て」としており、結果的加重犯であると解される。そうだとすると、
92 公共の危険が生じる認識は不要であると解すべきである。

93 （3）以上により建造物等以外放火罪の教唆犯が成立する。

94 第 3 罪数

95 1 乙に殺人罪，建造物等以外放火罪が成立しこれは併合罪（4 5 条）の関
96 係となる。

97 2 甲に殺人罪の教唆犯，建造物等以外放火罪の……（途中答案）

98

99

100

101

102

103

104

105

106

107

108

109

110

111

112

113

114

115

116

117

118

119

120

121

122

123

124

125

126

127

128

129

130

131

132

133

134

135

136

137

＜総合コメント＞

構成している段階では、典型論点を組み合わせた問題だな、と思った。甲の罪責については、間接正犯の実行行為の着手時期について深く考えずに客観的には教唆が成立するが、主観的には間接正犯だろうと決めつけていた。

書きながら、間接正犯の実行の着手時期が問題となるのに気づいたが、動揺してしまい処理方法が全く思い浮かばなかった。残り時間がないので、スルーして書き進むことにした。

結果、混乱していることがありありと読み取れる答案となってしまった。

最悪の答案だと思う。

＜時間配分＞

答案構成：40 分

答案作成：80 分

第 1 甲の罪責

1 甲は、A に睡眠薬を飲ませて車のトランク内に閉じ込め、乙をして A を採石場に運ばせしめ、車ごと燃やして A を殺す計画のもと、A を殺害している。この計画を乙に指示して行為について、殺人罪（刑法（以下、省略する。）199 条）が成立するか。

普通なら実行行為を行っている被利用者たる乙から書くべきだろう。しかし、甲のところでクロロ当てはめをしたかったから、甲から検討。

2 (1) 前提として、乙が途中で A の存在に気づきながらも、自らの判断で A を殺害していることから、間接正犯が成立するか問題となる。

(2) この点、間接正犯とは、他人を自己の意のままに使って、その動作や行為をあたかも一種の道具として自己の犯罪に利用し、構成要件の予定する法益侵害の現実的危険性を生じさせるものである。そこで、主観的には、行為者は、故意のほか、他人を道具として利用しながら特定の犯罪を自己の犯罪として実現する意思を有し、客観的には、行為者が被利用者の行為を道具のように一方的に支配・利用して犯罪を行う必要がある。

簡単に認定。
刑事事例演習教材の「カネカネキンコ」意識。

このうち、道具性については、道具たる他人との関係、働きかけの程度・内容、年齢、判断能力、及び利益の帰属との要素から判断する。

(3) たしかに、甲と乙の間には、暴力団組長と、その末端組員という主従関係が認められ、乙は甲の指示を断ることが出来ないと考えられ、間接正犯が成立するようにも見える。

しかし、当時 B は 20 歳で是非弁別の能力があり、35 歳の男に命じられたとしても、殺人が違法だという判断はできた。また、甲による指示命令自体は「燃やしてくれ」と依頼するものであり、B の意思を抑圧するに足る程度のものではなかった。さらに、トランクの中の A に気付いた乙は、自らの意思により A 殺害の実行を決意した上、声が出ないようにガムテープで口を塞ぎ、臨機応変に対処して殺人を完遂している。そのうえ、乙自身が日頃から A からいじめを受け、恨みを抱いており、独自の動機も有していた。

このような事情の下では、同組幹部の A が対立する暴力団に情報提供していることを知った甲に A を殺害する正犯意思があったといえども、道具性が否定され、甲につき本件殺人の間接正犯は成立しない。

念のため、検討。

3 (1) そして、指示した時点で、甲は、乙が実行をちゅうちょしないよう、トランク内に A を閉じ込めていることは伝えておらず、乙はトランク内の V の存在知らないため V 殺害の正犯意思を有していなかったため、甲は乙の正犯意思を認識することはできなかった。そのため、甲乙間で黙示の共謀も認められず、共同正犯ともならない。

(2) そこで、教唆犯とならないか。客観的には教唆犯となるが、甲としては、間接正犯の故意であったため、問題となる。

この点、間接正犯の故意と教唆犯の故意は、他人を利用し犯罪を実現するという点で共通する。また、被利用者を利用した行為支配の程度の強さから、教唆の故意は間接正犯の故意に包含されているといえる。よって、教唆犯の限度で実質的な重なり合いが認められ、たとえ甲が想定していたものと異なる過程を経て殺人がなされていても、殺人罪の教唆犯となる。

故意を客観的構成要件よりも先に検討するのは体系的に違和感があるが、論点なので先に検討。

(3) よって、教唆犯の故意は認められる。

4 実行行為

(1) 甲は A に睡眠薬を飲ませて車のトランク内に閉じ込め（以下「第 1 行為」という。）、A を殺害したが、甲は、第 1 行為後に乙をして A を採石場に運ばせしめ、車ごと燃やして A を殺す（以下「第 2 行為」という）計画であり、第 1 行為自体では、その睡眠薬の量からして昏睡状態に陥るものの死亡する可能性は無かった。そのため、本件第 1 行為が殺人罪の実行の着手（43 本文）にあたるか問題となる。

間接正犯や教唆ならば、実行行為は乙への指示ではないかとの疑いを持ちつつ、ひたすら手を動かす。ここで、一貫性が無いと指摘されないように、第 1 の 1 で問題となる行為を長めに書いた。

(2) この点、未遂犯の処罰根拠は、法益侵害の現実的・具体的危険を惹起させた点にあり、実行行為とは法益侵害の現実的危険性を有する行為のことをいう。

47 そのため、「実行の着手」も、法益侵害の惹起の現実的・具体的危険を有する行為を開
48 始した時点に認められる。そして、実行行為は主観と客観の統合体であり、行為の危険性
49 は行為者の意図を考慮しなければ判断できないので、犯行計画も考慮する。

50 そして、先行行為が、法益侵害を直接惹起する後行行為に密接な行為で、先行行為の開
51 始時点で法益侵害に至る客観的な危険性が明らかに認められる場合には、先行行為の時点
52 で実行の着手が認められると言える。

53 具体的には、①先行行為が後行行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであ
54 り、②先行行為に成功した場合、それ以降の犯罪計画を遂行する上で障害となるような特
55 段の事情がなく、かつ、③両者の時間的場所的近接性が認められる場合には、密接な行為
56 といえ、実行の着手といえる。

- 57 (3) 本件では、①第 1 行為は、A は 30 歳と働き盛りの男であり、力づくで A を殺害する
58 ことは困難といえ、A に逃げられることなく車ごと焼死させるとの第 2 行為を確実かつ容
59 易にために必要不可欠なものである。そして②睡眠薬を飲ませて A を昏睡状態に陥らせ
60 た場合、それ以降の計画を遂行する上で障害となるような特段の事情はない。さらに、③
61 第 1 行為と第 2 行為は引き続き行われることになっており、車で移動するため、時間にし
62 て 2 時間半、距離にして 50 キロメートルほどであり、時間的場所的接着性が認められる。

- 63 (4) したがって、先行行為が、法益侵害を直接惹起する後行行為に密接な行為といえ、第 1
64 行為の時点で実行の着手があったといえる。

- 65 5 そして、A は死亡しており、結果が生じている。

66 6 因果関係

- 67 (1) もっとも、採石場への移動途中で A が意識を取り戻し、乙が、A の口を車内にあった
68 ガムテープで塞いだうえで採石場へ運ぶという第三者の行為が介在している。そのため、
69 因果関係が否定されるのではない。

- 70 (2) この点、因果関係とは、行為が有した危険が結果発生に結びついたか否かを判断し、結
71 果について行為者に帰責するための要件である。

72 そこで、因果関係は、条件関係の存在を前提に、行為の危険性が結果へ現実化したか否
73 かで判断すべきである。具体的には、実行行為に存する危険の大小と、介在事情の結果へ
74 の寄与の大小を比較して判断し、後者が前者よりも大きい場合には、その介在事情が実行
75 行為によって誘発されたものかとの意味での介在事情の異常性を考慮して、危険の現実化
76 の有無を判断する。

- 77 (3) 本件では、前提として、甲が第 1 行為をしなければ A は死ななかったと言え、条件関
78 係は認められる。

79 そして、実行行為に存する危険としては、A を昏睡させるにとどまるものにすぎず、
80 手足をロープで縛りトランクへ閉じ込めたとしても、後に車ごと放火されて初めて死の
81 危険を現実化させるものといえ、危険の程度としては小さい。

82 一方で、口をガムテープで塞ぎ、トランクに閉じ込めたまま山中の悪路を約 1 時間走
83 行する行為は、たとえ鼻を塞いでいないとしても、車酔いによるおう吐にて吐しゃ物が
84 気管を防ぎ、窒息死させる危険性を有し、その程度も高度であると言える。

85 この点、乙と甲は暴力団の末端組員と組長という関係にあり、たとえ、甲から乙へト
86 ランク内に A が閉じ込められていることと、A 殺害計画が伝えられていないとしても、
87 乙が A の存在に気付いた場合には、甲の計画を推測し、A の殺害に向けた行動に出ると
88 いえる。実際に、乙は一旦 A を殺害することをちゅうちょしたが、組長である甲の指示
89 を守ろうと、A を焼き殺すために必要な行動に出ている。

90 したがって、介在行為が当初の行為の有する結果発生の実現的危険性を上回る危険性
91 を発生させているものの、介在行為は当初の行為の影響により誘発されたものといえ、
92 当初の行為の有する結果発生の実現的危険性が実現したといえる。よって、因果関係は

否定すると監禁致傷とか
検討しなくてはならない
から、なんとか肯定。

認められる。

7 故意

(1) 本件では、上記睡眠薬入りコーヒーを飲んだだけで A が死亡することはないと思って
いたため、第 1 行為の時点で、甲に殺人罪の故意（38 条 1 項本文）があるといえるか問
題となる。

(2) この点、故意責任の本質は、規範に直面して認識、認容しておきながら、敢えて犯罪を
行ったという反規範的人格態度に対する道義的避難にある。そして、規範とは、構成要件
として与えられる。

そのため、殺人罪の故意とは、当該行為によって人が死亡することについて認識認容
があることをいう。

そして、上記①から③につき認識、認容している場合には、第 1 行為時点において第 2
行為を通じて構成要件の結果が発生することを認識認容しているので、構成要件の故意の
存在を肯定することができる。

(3) 本件では、同組幹部の A が対立する暴力団に情報提供していることから、甲は A 殺害
を決意し、第 1 行為、第 2 行為を通じて A を殺害することを計画し、上記①から③を認
識し、認容していると言える。この際、因果関係に錯誤があったとしても、故意の存在
には影響しない。

よって、第 1 行為の時点で殺人罪の故意が認められる。

8 以上より、A を殺害する計画の下で A を殺した行為について殺人罪の教唆犯が成立する。

9 その他に、乙に依頼して古い自己所有の普通乗用自動車である B 車の放火させた行為につ
いて、自己所有建造物等以外放火罪の共謀共同正犯（110 条 2 項、60 条）が成立しない
かが問題となるが、成立しない。なぜならば、放火につき共謀があり、正犯意思もある、乙
による共謀に基づく実行があったものの、甲は、本件採石場には、夜間はひとけがなく、周
囲に建物等もない場所で、B 車を燃やしても、建物その他の物や人に火勢が及ぶおそれは全
くないと認識しており、周りに車等が無い採石場にて燃やすことについてのみ認識し、認容
しており、故意がないといえるためである。この結論は、「公共の危険」につき認識不要との
見解を前提としているものであり、故意と公共の危険の認識とを別のものと考えた結果のも
のである。

また、睡眠薬にて A を昏睡状態に陥れた行為につき、A の生理的機能を害したものと
して、傷害罪が成立し、トランクに閉じ込めた行為につき、A の現実的移動の自由を害したもの
として監禁罪が成立するが、いずれも殺人罪の教唆犯に吸収される。

第 2 乙の罪責

1 A の口をガムテープで塞いだまま山中の悪路を約 1 時間走行し、おう吐せしめて気管を詰ま
らせて窒息死させた行為につき、殺人罪（199 条）が成立するか。

2 まず、上記行為は、それ自体人の窒息死という結果を生じさせる現実的危険性を有するもの
といえ、たとえ、採石場にて車ごと燃やして殺害することを予定していたとしても、殺人罪
の実行行為に該当する。

3 そして、A は死亡していて、結果は生じ、実行行為の危険が現実化したものと言え、A のお
う吐という事情が介在していても、実行行為との因果関係も認められる。

4 また、故意については、甲と同様の基準で判断する。

本件では、①A の手足を縛り車のトランクに閉じ込めているものの、大声を出して助けを求
められては、採石場に着く前に A の存在が外部に発覚し、殺害を遂行できなくなるといえる
ため、口を塞ぐという先行行為は、車ごと燃やすとの後行行為を確実かつ容易にために必要
不可欠なものである。そして、口を塞ぎ声を出せないようにした場合、それ以降の計画を遂
行する上で障害となるような特段の事情はない。さらに、先行行為と後行行為は引き続き行
われることになっており、車で移動するため、時間にして 1 時間、距離にして 20 キロメー

「乙から検討した人たちは
今頃は因果関係の錯誤を検
討しているんだろうなあ」と、少し会場の
体感を感じる。

甲の採石場への認識の事
情がわざわざ書いてあっ
たから、認識必要説なら
ばその部分が評価できる
のだろうと考えた。しか
し、必要説に立った場合、
乙の罪責に影響しそうだ
から、不要説に立ちつつ、
当該事情を評価したく
て、このような記述にな
った。

塞いで運転すること自体
の危険性が高度との評
価。軽微としてクロロの
話を実行行為の時点です
ることも考えたが、故意
のみでいいと判断。

「乙から書いた人は 5
0 分前にはここを検討
しているんだろうなあ
」と、少し疎外感。

トルほどであり、時間的場所的接着性が認められる。

したがって、これらの事情を認識し、認容していた乙には、それによって A が死亡するとは思っておらず、のちの行為により焼死させることを予定していても、殺意が認められるといえる。この際、因果関係に錯誤があったとしても、故意の存在には影響しない。

5 よって、A に対する殺人罪が成立する。

6 (1) 次に、甲が所有権を放棄した B 車を焼損し、公共の危険を生じさせた行為について、自己所有建造物等以外放火罪（110条2項）が成立しないかが問題となる。

(2) まず、乙に対して甲が B 車を廃車する旨を伝えており、甲が所有権を放棄したといえるため、110条1項でなく、2項の適用が問題となる。

そして、乙は、ガソリン10リットルを B 車にまき、丸めた新聞紙にライターで火をつけてこれを B 車の方に投げ付けているため、「放火」したといえる。

さらに、「焼損」とは、媒介物を離れて独立して燃焼するに至ることをいうが、ガソリンに引火し、B 車全体が炎に包まれ、地上から約5メートルの高さにも炎があがっていることから、独立して燃焼するに至り、「焼損」したといえる。

(3) そのうえ、「公共の危険」とは、108条及び109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命、身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれる。

本件では、乙が駐車した B 車の右側約5メートルの地点に、荷台にベニヤ板が3枚積まれている無人の普通貨物自動車1台（C 所有）が並列に駐車されていて、当時の天候は、晴れで、北西に向かって毎秒約2メートルの風が吹いていたことから、時折、C 所有の普通貨物自動車の左側面にも炎が届き、左側面が一部すすけさせた。そのため、不特定の建造物等以外の財産に対する危険が生じたと言え、「公共の危険」が生じたと言える。

(4) また、この「公共の危険」についての認識が必要であるかの点につき、自己所有物を焼損すること自体には何らの法益侵害性もなく、109条2項、110条2項の放火罪は公共危険の発生により初めて法益侵害性・違法性が認められるのだから、責任主義の見地からは、公共危険の認識が当然要求されるとの見解もあるが、判例と同様に不要と考える。

本件では、乙は「他の車に火が燃え移ることもないだろう」と考えており、公共の危険の認識がないものの、同罪の成立につき影響しない。

(5) そして、乙には、B 車を放火することを認識し、認容しているため、自己所有建造物等以外放火罪の故意が認められる。

(6) したがって、B 車を燃やした行為につき、自己所有建造物等以外放火罪が成立する。

7 その他、A の死体を燃やした行為につき死体損壊が、A をトランク内に閉じ込めた行為につき監禁罪が成立するものの、殺人罪に吸収される。

第3 罪数

1 甲につき、A に対する殺人罪の教唆犯（199条、61条1項）が成立する。

2 乙につき、①A に対する殺人罪（199条）、②自己所有建造物等以外放火罪（110条2項）が成立し、両者は併合罪（45条前段）となる。

以上

初めての出題だから、みな予備校答案のような書き方になるだろうと思ひ、事実の引用し忘れないように意識して、手堅い答案を作成。

<総合コメント&時間配分>

08:30 着席

中日明けで体調は良い。

直前

模試、賄賂、放火の論点を眺める。手の運動に、クロロホルムの論証を書いてみる。

09:15 問題配布

・表紙の3「1 ページから3 ページ」。短いから、人数は2人、総論重視と予想。

09:30 開始（青シールはがし失敗。朝に弱い。）

・配点なし、甲と乙の2人。「計画」、「指示」、「燃え上がり」との記載に模試的中を予感。

09:31 検討、条文さがし

《思い出した模試》

●間接正犯と共犯の区別・他人を道具として利用し犯罪を実現する場合、道具理論、行為支配説、規範的障害説

①実行行為者の是非弁別能力の有無、②意思抑圧の程度、③実行者の行動の自主性

●実行の着手と早すぎた構成要件の実現…クロロ

《実行の着手+既遂結果の発生》&因果関係の錯誤でも故意ありとして既遂犯の成立

●間接正犯と教唆犯の錯誤

●第三者の行為が介在した場合の因果関係

●第三者の過失行為の介入と因果関係…トランクに積めずに助手席に座らせる

・甲と乙、どちらから書くべきか。普段ならば、間接正犯なので、非利用者⇒利用者とする。教唆でも、正犯⇒共犯だから、乙から書く答案が多いだろう。

だが、「薬を飲まされて昏睡状態となり縛られている」という事情の評価を十分にした後、乙の検討をしたい。違和感はあったが、前提として、間接正犯と教唆の話をして、クロロの規範を甲で指摘しよう。甲を50分かけて論じることを決定。

・利用者基準と被利用者基準を意識すると、甲の実行行為につきクロロを使うと論理的一貫性が無いと指摘されそう。事実を多く使うので一貫性と、どちらが多く点をもらえるか。

・実行行為が何個で、どこまでを一人の行為と見るべきか。傷害、監禁は加算。

・親分&子分、組長&末端組員だけど、スワット事件みたいに黙示の意思の連絡もない。共同正犯ではない。正犯意思も検討。

・直前答練でも放火の「公共の危険」は出題されていたみたいだ。あれも、公共の危険の認定の後に、必要説と不要説の対比だったらいい。取り敢えず判例指摘しつつ、車の位置関係や風向き、数字を全部拾おう。甲の認識を指摘しても、さほど加算はないだろうから、認識不要説を採用。

・採石場だけど、市街地につき述べた判例の射程が及ぶのか。まあ「公共の危険」ありにしないと認識の要否の論点を書けないから、認めるべきだろう。

09:50 答案構成終了

第1 甲の罪責 約60分で答案作成

第2 乙の罪責 約35分で答案作成

第3 罪数 約1分で答案作成

11:30 終了

MEMO

〔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 25 年 2 月 1 日午後 10 時、W は、帰宅途中に H 市内にある H 公園の南東側入口から同公園内に入った際、2 名の男（以下、「男 1」及び「男 2」とする。）が同入口から約 8 メートル離れた地点にある街灯の下で V と対峙しているのを目撃した。W は、何か良くないことが起こるのではないかと心配になり、男 1、男 2 及び V を注視していたところ、男 2 が「やれ。」と言った直後に、男 1 が右手に所持していた包丁で V の胸を 2 回突き刺し、V が胸に包丁が刺さったまま仰向けに倒れるのを目撃した。その後、W は、男 2 が「逃げるぞ。」と叫ぶのを聞くとともに、男 1 及び男 2 が、V を放置したまま、北西に逃げていくのを目撃した。

そこで、W は、同日午後 10 時 2 分に持っていた携帯電話を使って 110 番通報し、前記目撃状況を説明したほか、「男 1 は身長約 190 センチメートル、痩せ型、20 歳くらい、上下とも青色の着衣、長髪」、「男 2 は身長約 170 センチメートル、小太り、30 歳くらい、上が白色の着衣、下が黒色の着衣、短髪」という男 1 及び男 2 の特徴も説明した。

この通報を受けて、H 県警察本部所属の司法警察員が、同日午後 10 時 8 分、V が倒れている現場に臨場し、V の死亡を確認した。

また、H 県警察本部所属の別の司法警察員は、H 公園付近を管轄する H 警察署の司法警察員に対し、H 公園で殺人事件が発生したこと、W から通報された前記目撃状況、男 1 及び男 2 の特徴を伝達するとともに、男 1 及び男 2 を発見するように指令を発した。

- 2 前記指令を受けた司法警察員 P 及び Q の 2 名は、一緒に、男 1 及び男 2 を探索していたところ、同日午後 10 時 20 分、H 公園から北西方向に約 800 メートル離れた路上において、「身長約 190 センチメートル、痩せ型、20 歳くらい、上下とも青色の着衣、長髪の男」、「身長約 170 センチメートル、小太り、30 歳くらい、上が白色の着衣、下が黒色の着衣、短髪の男」の 2 名が一緒に歩いているのを発見し、そのうち、身長約 190 センチメートルの男の上下の着衣及び靴に一見して血と分かる赤い液体が付着していることに気付いた。そのため、司法警察員 P らは、これら男 2 名を呼び止めて氏名等の人定事項を確認したところ、身長約 190 センチメートルの男が甲、身長約 170 センチメートルの男が乙であることが判明した。その後、司法警察員 P は、甲及び乙に対し、「なぜ甲の着衣と靴に血が付いているのか。」と質問した。

これに対し、甲は、何も答えなかった。

一方、乙は、司法警察員 P 及び Q に対し、「甲の着衣と靴に血が付いているのは、20 分前に H 公園で V を殺したからだ。二日前に俺が、甲に対し、報酬を約束して V の殺害を頼んだ。そして、今日の午後 10 時に俺が V を H 公園に誘い出した。その後、俺が『やれ。』と言って V を殺すように指示すると、甲が包丁で V の胸を 2 回突き刺して V を殺した。その場から早く逃げようと思い、俺が甲に『逃げるぞ。』と呼び掛けて一緒に逃げた。俺は、甲が V を殺すのを見ていただけだが、俺にも責任があるのは間違いない。」などと述べた。

その後、同日午後 10 時 30 分、前記路上において、甲は、司法警察員 P により、刑事訴訟法第 212 条第 2 項に基づき、乙と共謀の上、V を殺害した事実で逮捕された【逮捕①】。また、その頃、同所において、乙は、司法警察員 Q により、同項に基づき、甲と共謀の上、V を殺害した事実で逮捕された【逮捕②】。

その直後、乙は、司法警察員 P 及び Q に対し、「今朝、甲に対し、メールで V を殺害することに対する報酬の金額を伝えた。」旨述べ、所持していた携帯電話を取り出し、同日午前 9 時に甲宛てに送信された「報酬だけど、100 万円はどうだ。」と記載されたメールを示した。これを受けて、司法警察員 Q は、乙に対し、この携帯電話を任意提出するように求めたところ、乙がこれに応じたため、この携帯電話を領置した。

- 3 他方、司法警察員 P は、甲の身体着衣について、前記路上において、逮捕に伴う搜索を実施し

ようとしたが、甲は暴れ始めた。ちょうどその頃、酒に酔った学生の集団が同所を通り掛かり、司法警察員 P 及び甲を取り囲んだ。そのため、1 台の車が同所を通行できず、停車を余儀なくされた。

そこで、司法警察員 P は、同所における搜索を断念し、まず、甲を 300 メートル離れた I 交番に連れて行き、同交番内において、逮捕に伴う搜索を実施することとした。司法警察員 P は、甲に対し、I 交番に向かう旨告げたところ、甲は、おとなしくなり、これに応じた。

その後、司法警察員 P と甲は、I 交番に向かって歩いていたところ、同日午後 10 時 40 分頃、前記路上から約 200 メートル離れた地点において、甲がつまづいて転倒した。その拍子に、甲のズボンのポケットから携帯電話が落ちたことから、甲は直ちに立ち上がり、その携帯電話を取ろうとして携帯電話に手を伸ばした。

一方、司法警察員 P も、甲のズボンのポケットから携帯電話が落ちたことに気付き、この携帯電話に乙から送信された前記報酬に関するメールが残っていると思い、この携帯電話を差し押さえる必要があると判断した。そこで、司法警察員 P は、携帯電話を差し押さえるため、携帯電話に手を伸ばしたところ、甲より先に携帯電話をつかむことができ、これを差し押さえた【差押え】。

なお、この差押えの際、司法警察員 P が携帯電話の記録内容を確認することはなかった。

その後、司法警察員 P は、甲を I 交番まで連れて行き、同所において、差し押さえた携帯電話の記録内容を確認したが、送信及び受信ともメールは存在しなかった。

4 甲及び乙は、同月 2 日に H 地方検察庁検察官に送致され、同日中に勾留された。

その後、同月 4 日までの間、司法警察員 P が、差し押さえた甲の携帯電話の解析及び甲の自宅における搜索差押えを実施したところ、乙からの前記報酬に関するメールについては、差し押さえた甲の携帯電話ではなく、甲の自宅において差し押さえたパソコンに送信されていたことが判明した。

また、司法警察員 P は、同月 5 日午後 10 時、H 公園において、W を立会人とする実況見分を実施した。この実況見分は、W が目撃した犯行状況及び W が犯行を目撃することが可能であったことを明らかにすることを目的とするものであり、司法警察員 P は、必要に応じて W に説明を求めるとともに、その状況を写真撮影した。

この実況見分において、W は、目撃した犯行状況につき、「このように、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した。」と説明した。司法警察員 P は、この説明に基づいて司法警察員 2 名（犯人役 1 名、被害者役 1 名）を W が指示した甲と V が立っていた位置に立たせて犯行を再現させ、その状況を約 1 メートル離れた場所から写真撮影した。そして、後日、司法警察員 P は、この写真を貼付して説明内容を記載した別紙 1 を作成した【別紙 1】。

また、W は、同じく実況見分において、犯行を目撃することが可能であったことにつき、「私が犯行を目撃した時に立っていた場所はここです。」と説明してその位置を指示した上で、その位置において「このように、犯行状況については、私が目撃した時に立っていた位置から十分に見ることができます。」と説明した。この説明を受けて司法警察員 P は、W が指示した目撃当時 W が立っていた位置に立ち、W が指示した甲と V が立っていた位置において司法警察員 2 名が犯行を再現している状況を目撃することができるかどうか確認した。その結果、司法警察員 P が立っている位置から司法警察員 2 名が立っている位置までの間に視界を遮る障害物がなく、かつ、再現している司法警察員 2 名が街灯に照らされていたため、司法警察員 P は、司法警察員 2 名による再現状況を十分に確認することができた。そこで、司法警察員 P は、W が指示した目撃当時 W が立っていた位置、すなわち、司法警察員 2 名が立っている位置から約 8 メートル離れた位置から、司法警察員 2 名による再現状況を写真撮影した。そして、後日、司法警察員 P は、この写真を貼付して説明内容を記載した別紙 2 を作成した【別紙 2】。

司法警察員 P は、同月 10 日付けで【別紙 1】及び【別紙 2】を添付した実況見分調書を作成した【実況見分調書】。

- 5 甲及び乙は、勾留期間の延長を経て同月 21 日に殺人罪（甲及び乙の共同正犯）により H 地方裁判所に起訴された。なお、本件殺人につき、甲は一貫して黙秘し、乙は一貫して自白していたことなどを踏まえ、検察官 A は、甲を乙と分離して起訴した。

甲に対する殺人被告事件については、裁判員裁判の対象事件であったことから、H 地方裁判所の決定により、公判前整理手続に付されたところ、同手続の中で、検察官 A は、【実況見分調書】につき、立証趣旨を「犯行状況及び W が犯行を目撃することが可能であったこと」として証拠調べへの請求をした。これに対し、甲の弁護人 B は、これを不同意とした。

〔設問 1〕【逮捕①】及び【逮捕②】並びに【差押え】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〕【別紙 1】及び【別紙 2】が添付された【実況見分調書】の証拠能力について論じなさい。

実 況 見 分 調 書

平成 25 年 2 月 10 日

H 警察署

司法警察員

P

㊞

被疑者甲ほか 1 名に対する殺人被疑事件につき、本職は、下記のとおり実況見分をした。
記

- 1 実況見分の日時
平成 25 年 2 月 5 日午後 10 時から同日午後 11 時まで
- 2 実況見分の場所、身体又は物
H 公園
- 3 実況見分の目的
 - (1) W が目撃した犯行状況を明らかにするため
 - (2) W が犯行を目撃することが可能であったことを明らかにするため
- 4 実況見分の立会人
W
- 5 実況見分の結果
別紙 1 及び別紙 2 のとおり

以上

【別紙 1】

司法警察員 2 名が犯行状況を再現した写真
(約 1 メートル離れた場所から撮影したもの)

立会人（W）は、「このように、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した。」と説明した。

【別紙 2】

司法警察員 2 名が犯行状況を再現した写真
(約 8 メートル離れた場所 [W が指示した位置] から撮影したもの)

立会人 (W) は、「私が犯行を目撃した時に立っていた場所はここです。」と指示し、その位置において「このように、犯行状況については、私が目撃した時に立っていた位置から十分に見ることができます。」と説明した。

本職も、W が指示した位置から司法警察員 2 名が犯行を再現している状況を目撃することができるか確認したところ、本職が立っている位置から司法警察員 2 名が立っている位置までの間に視界を遮る障害物がなく、かつ、再現している司法警察員 2 名が街灯に照らされていたため、司法警察員 2 名による再現状況を十分に確認することができた。

そこで、本職は、これらの状況を明らかにするため、W が指示した位置から司法警察員 2 名による再現状況を写真撮影した。

【出題趣旨】

本問は、殺人事件の捜査・公判において生じる刑事手続法上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用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、法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 P 及び Q が、男 2 人組による殺人事件発生の約 30 分後、その現場から約 800 メートル離れた路上において、甲及び乙を発見し、両名を同事件の犯人としてそれぞれ準現行犯逮捕した手続（甲につき、【逮捕①】、乙につき【逮捕②】）、その後、司法警察員 P が、逮捕されている甲の身体着衣を捜索するため、甲を逮捕の現場から約 300 メートル離れた交番に連行する途中、転倒した甲のズボンポケットから落ちた携帯電話を差し押さえた手続（【差押え】）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 212 条第 2 項が定める準現行犯逮捕及び同法第 220 条が定める令状によらない差押え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。

現行犯人（同法第 212 条第 1 項）及び現行犯とみなされる者（同条第 2 項）が、裁判官の令状審査を経るまでもなく何人も逮捕状なくして逮捕することができるとされている理由は、逮捕を行う者が、いずれも逮捕時の状況から被逮捕者が特定の犯罪の犯人であることが明白であると判断できるからであり、犯人であることの判断の客観性が保障されているからである。準現行犯の場合には、現行犯のように「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった」状況にはないから、「罪を行い終わってから間がない」という犯行との時間的接着に加えて、刑事訴訟法第 212 条第 2 項各号の要件により、犯罪と犯人の明白性の保障が図られている。【逮捕①】及び【逮捕②】の適法性を論じるに当たっては、このような準現行犯の構造を踏まえ、設問の事例においていかに犯罪と犯人の明白性が客観的に保障されるのかを意識しながら、準現行犯の要件該当性を論じる必要がある。

【逮捕①】については、当然の前提として、特定の犯罪（本件では、平成 25 年 2 月 1 日午後 10 時に H 公園で発生した V に対する殺人事件）との関係で、甲の準現行犯の要件該当性を論じる必要がある。例えば、甲の着衣及び靴に血が付着していたことについて、これが同項第 3 号の「被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」に該当すると言うためには、なぜ、V に対する殺人事件の証跡と言えるのかを論じる必要がある。また、「罪を行い終わってから間がない」ことについては、単に、犯行時と逮捕時との客観的な時間間隔及び距離関係を指摘するだけでは足りず、本件事案のような時間的・場所的近接性が、いかに犯罪と犯人の明白性に結び付くのかを論じる必要がある。さらに、準現行犯逮捕も、現行犯逮捕と同様に、逮捕時の状況から犯罪と犯人の明白性につき逮捕者の判断の客観性が保障されていることが必要であるとの視点からは、乙の自白を、犯罪と犯人の明白性の判断資料として良いかも問題となる。また、V の通報内容も、逮捕者である P が直接認識したものではないから、その通報内容を前提として犯罪と犯人の明白性を判断してよいかも問題となり得る。もっとも、準現行犯の場合、現行犯人の現認とは異なり、犯行時と逮捕時とがある程度時間的に隔離していることが想定されているから、逮捕者が直接現認した状況のみから犯罪と犯人の明白性を判断できることまで要求されているとは考え難く、通報内容等を犯罪と犯人の明白性の判断資料とすることは当然の前提とされていると言えよう。

【逮捕②】は、典型的な準現行犯逮捕の事案を素材として、前記のとおり準現行犯の趣旨及び構造を正確に理解し、これを踏まえた適切な事実関係の抽出と評価が求められる。これに対し、【逮捕②】は、このような準現行犯逮捕の趣旨及び構造を前提として、応用事例に対して自ら法理論を展開する能力が試されている。乙は、甲に対して V の殺害を指示したものの、自らは実行行為に及んでいない上、逮捕時においては、乙自身の身体又は被服には犯罪の顕著な証跡が存在しない。しかし、乙は、逮捕時に、被服に血を付着させた甲と同行していたのであり、この状況を、乙との関係でも同法第 212 条第 2 項第 3 号の該当事由であると考えることができないか問題となる。また、乙が実行行為に及んでいない以上、乙と甲との間の共犯関係自体が、逮捕時の状況から明白であると判断できるのかについても検討しなければならない。確かに、乙は、逮捕時に共犯関係も含めて犯行を自白しているが、前述のとおり逮捕時の状況から犯人性の判断の客観性が保障されている必要があるから、「自白している以上、甲の共犯であることは明

白である。」などという短絡的な論理が通用しないことは言うまでもなく、乙の供述内容を認定資料に加えるとしても、あくまで逮捕時の状況に加味して犯人性を判断する一資料と位置付けるべきであろう。逮捕②を適法と考えるか違法と考えるかはともかくとして、前述の準現行犯逮捕の趣旨及び構造を踏まえ、適法・違法を論じる必要がある。

設問 1 の【差押え】は、逮捕に伴う無令状差押えであるが、逮捕の地点から約 200 メートル離れた地点において実施されている点が、同法第 220 条第 1 項第 2 号の「逮捕の現場」という要件との関係で問題となる。この点に関しては、最高裁判例（最決平成 8 年 1 月 29 日刑集 50 巻 1 号 1 頁）があるから、同判例の内容を踏まえた上で自説を展開すべきであろう。同判例は、「逮捕の現場」で直ちに被逮捕者の身体を搜索し差押手続を実施することが適当でなかった場合に、できる限り速やかに被逮捕者を身体の搜索・差押えを実施するのに適当な最寄りの場所まで連行した上で行われた差押手続につき、「刑訴法 220 条 1 項 2 号にいう『逮捕の現場』における差押えと同視することができる」としたものであるが、なぜに「同視することができる」のかについての法理論までは説示しておらず、この点については各自が法理論を展開することが求められる。また、設問の事例では、司法警察員 P は、甲を連行するに当たり、逮捕の地点から約 300 メートル離れた 1 交番をもって、差押えを実施するのに適当な最寄りの場所であると判断したはずであるが、実際には、同交番に向かう途中において差押えを実施しており、この点についても、各自が展開すべき法理論との整合性に配慮する必要がある。また、甲の携帯電話を差し押さえる前提として、同携帯電話が逮捕被疑事実である V に対する殺人事件と関連性を有するものであることが必要であり、具体的事実関係を抽出した上で関連性の有無を論じる必要がある。さらに、その後の捜査において携帯電話と殺人事件との関連性が無いことが判明した場合に、遡って差押えの適法性が問題となり得るのかについても触れることが望ましい。

設問 2 は、実況見分調書の証拠能力を問うものであるが、【別紙 1】においては、目撃者 W の説明に基づき、W が目撃した犯行状況を司法警察員 2 名が再現した写真が貼付され、かつ、犯行状況に関する W の説明内容が記載されており、【別紙 2】においては、W が目撃時に立っていた位置から前記再現状況を撮影した写真が貼付され、見通し状況についての W 及び司法警察員 P の説明内容が記載されている。検察官は、実況見分調書の立証趣旨を「犯行状況及び W が犯行を目撃することが可能であったこと」としていることから、【別紙 1】が「犯行状況」という立証趣旨に、【別紙 2】が「W が犯行を目撃することが可能であったこと」という立証趣旨にそれぞれ対応することはすぐに理解されよう。このように、設問 2 は、性質の異なる内容を含む実況見分調書につき、その証拠能力を論じさせることにより、伝聞法則の基礎的理解を問うものである。

【別紙 1】は、司法警察員 P が作成した実況見分調書としての性質に加え、W の供述を録取した書面としての性質をも有しているが、論述に当たっては、【別紙 1】で立証しようとする事項が犯行状況そのものであることから、W の供述内容の真実性が問題となっていることを踏まえ、前述のとおり書面の性質を論じ、伝聞法則の例外規定が適用されるためには、いかなる要件が求められるのか、本件事案ではその要件が満たされているかを論じていく必要がある。また、【別紙 1】は、W の供述内容を記載した部分と、W の供述に基づき司法警察員 2 名が犯行状況を再現した場面を撮影した写真部分とから構成される。写真については、記録過程が機械的操作によってなされることから、W の供述を録取する過程の正確性は問題とならないようにも見えるが、他面、写真に写っている人物が W 自身ではなくその供述に基づいて実演をした司法警察員 2 名であることから、W の供述に基づいて司法警察員 2 名が犯行状況を再現する過程自体において、供述どおりの再現になっていることが担保されていないと見る余地もあり得よう。いずれにせよ、このような問題点をも踏まえつつ、供述記載部分と写真部分とを分けて論じることが求められている。なお、このように犯行状況の再現内容を記載した実況見分調書の証拠能力についても、最高裁判例（最決平成 17 年 9 月 27 日刑集 59 巻 7 号 753 頁）があり、同決定を踏まえつつ論じる必要がある。

【別紙 2】については、「W が犯行を目撃することが可能であったこと」という立証趣旨に対応するものであるが、このことから、【別紙 2】によって具体的にいかなる事実が要証事実となるのかを論じる必

要があり，その中で，Wの供述部分はその真実性を立証することになるのか否か，真実性が問題とならないと考えるのであればその理由を論じる必要がある。このような検討を踏まえた上で，伝聞法則の適用される場合か否かを論じることが求められている。

MEMO

1 設問 1

1 逮捕①の適法性

(1) 逮捕①が準現行犯逮捕（刑訴法（以下略）212条2項）として適法といえるには、i 同項各号に該当すること、ii 犯行との時間的場所的近接性、iii 犯行と犯人の明白性が必要である。iiiが要件となるのは、現行犯が令状主義の例外とされているのは（憲法33条）、犯行と犯人の明白性が認められるため誤認逮捕のおそれが少ないとされているからであるところ、現行犯とみなされる準現行犯についても現行犯に準じる犯行と犯人の明白性を求めるべきだからである。

あまり意識したことがなかったが、準現行犯にも明白性を要求しないと問題文中の事情が使えないため、不確かながら、不文の要件として掲げた。

(2) 甲は、一見して血と分かる血液様の赤い液体をその着衣・靴（「被服」）に付着しているため、包丁を使った犯行である本件では、その返り血を浴びたと推認されることから、「犯罪の顕著な証拠」（212条2項3号）に該当する（i）。

時間の節約のため、具体的な数値（身長190cm等）は割愛したが、問が「具体的事実を摘示しつつ」とある以上、よくなかったかもしれない。

また、犯行現場であるH公園の入り口での目撃情報とPらが発見した男2人の身長、体格、年齢、服装、髪型が一致すること、犯行現場と場所的・時間的離隔が符合する場所でPらに発見されていること、赤い血液様の明らかに死傷事件の犯行に深く関わっていると思われるにもかかわらず、甲からは何ら合理的な説明がないこと、それに対して、共犯者と目される乙が犯行を自供しその供述内容が犯行現場での目撃情報と一致すること（乙が「やれ」「逃げるぞ」と述べた点）からすると、甲には現行犯に準じる犯行と犯人の明白性が認められる（ii）

そして、犯行からは時間にして20分、距離にして約800m程度しか離れていないため、時間的・場所的・近接性も認められる（iii）。

(3) したがって、逮捕①は準現行犯逮捕として適法である。

共謀共同正犯と現行犯逮捕は答練でも書いた憶えがあるが、準現行犯逮捕も同様に考えた。

2 逮捕②の適法性

(1) 逮捕①と同様の要件を充足するか検討する。逮捕②では、乙には血液様の液体を被服に付着していないため、212条2項各号に該当しないとも思えるため問題となる。

ここをいかに乗り越えるかが本件の問題の所在と考えた。

(2) この点、甲との共謀の事実が認められれば、甲の3号該当性を以って、上記iの要件を充たすことになる。乙を準現行犯逮捕するには、共謀の事実も犯行と犯人の明白性を基礎付ける事実として明らかにされなければならない。もっとも、隠密裏になされることも多い共謀それ自体を直接に証明することは困難なので、客観的事実を間接事実として推認するほかない。

共謀の事実も明白性の対象となるかの問題。

明白性の対象となるとしてもどのように認定するかの問題。

本件では、甲でみた事実、とりわけ、乙のPらに対する自供で犯行現場で乙が述べた言葉と目撃情報が一致すること、被害者の被害部位等も一致することからすれば、甲と乙とは本件犯行を共謀し、乙は甲の犯行を傍で見ていたと客観的に推認できる。

他に挙げ得る事実があったのかもしれないが、時間が気になり、適当に切り上げてしまった。

したがって、共謀がなされたことは明らかであるといえる。

(3) したがって、かかる明白性（ii）が架橋することで212条2項各号が認められ（i）、甲でみたように時間的・場所的・近接性（iii）も認められる逮捕②は準現行犯逮捕として適法である。

お決まりのパターンの問題と思いきや、以外に書きにくいと感じた。

3 差押えの適法性

(1) 甲は準現行犯逮捕されているため、本件差押えは逮捕に伴う搜索差押え（220条1項2号、同3項）として適法といえるか。

(2) 220 条 3 項が無令状の搜索差押えを許容するのは、逮捕の現場には証拠が存在する蓋然性が高いこと、逮捕という身体拘束という強力な処分が行われることとの均衡にあるので、「逮捕の現場」(220 条 1 項 2 号)とは逮捕が行われた場所に対し同一の管理権が及ぶ範囲をいうが、一般的には上記のようにいえても、逮捕の現場で搜索差押えを行うことが被処分者の不利益になったり、その場で搜索差押えを行うことが著しく不都合であるなどの特段の事情があるときは、例外的に搜索差押えに適する最寄の場所に移動してこれを行うことも、逮捕の現場で行われた搜索差押えと同視しうるといえる。

本件では、逮捕の現場と本件差押えが行われた路上とは 200 m 程度離れているため、「逮捕の現場」には当たらないとも思える。しかしながら、逮捕の現場で甲が暴れ始めたばかりでなく、酒に酔った学生の集団が野次馬として P や甲らを取り囲んでいたというのであるから、それらによる何らかの妨害等が予想されることは難くなく、その場で搜索差押えを行うことが著しく不都合であったといえ、また、そうした衆人環視の中で搜索差押えを行うことは甲のプライバシーを侵害しかねないため被処分者の不利益の程度が無用に大きい。そのため、逮捕現場から 300 m 離れた I 交番で搜索差押えを実施することとしたことは I 交番で搜索差押えが行われていれば逮捕の現場と同視しうるものであったといえる。そして、本件差押えはその移動中に行われたものであるから、I 交番で行われた場合と同視しうる。

本問の特殊性なので、規範段階で考慮すべきであったと思われるが、余裕がなかったので、あてはめの事情としてしか考慮できなかった。

(4) また、逮捕からは時間にして 20 分程度しか経過していないのであるから時間的接着性も認められ「逮捕する場合」といえる。

必要性は関係なかったかもしれない。

(5) そして、本件は殺人事件であるが、差押物件が携帯電話であるため、差押えの必要性ないし関連性(222 条 1 項、99 条 1 項)があるかが問題となるも、本件では、逮捕後、乙から携帯メールで甲との間で本件犯行の報酬についての連絡がなされた旨の自供がなされ、現に乙の携帯電話が任意提出されていたことからすると、甲の携帯電話にもそれに対応するメールが残っている可能性が極めて高いといえるので、差押えの必要性・関連性は認められる。

蛇足かも。

なお、結果的(事後的)に乙との間のメールは存在しなかったことは、上記判断を左右するものではない。差押えの必要性・関連性は差押えの時点で肯定できれば足りるからである。

最初見たときは、お約束の問題なので楽勝と思ったが、実際に書いてみると、時間が厳しく、答案の骨格しか示せなかった。また、調書自体と別紙を分けたのは構成として良くなかった。

(6) 以上より、本件差押えは適法である。

設問 2

1 実況見分調書自体の証拠能力

(1) 本件実況見分調書は、検察官の立証趣旨(規則 189 条 1 項参照)に照らせば、供述代用書面であるため、伝聞証拠(320 条 1 項)であることは明らかである。

(2) そして、実況見分は五官の作用をもって事物の性状等を認識する処分である「検証」(321 条 3 項)と共通の性格を有すること、実況見分も「検証」同様、専門的な訓練を受けた捜査官によって行われること、口頭での報告よりも文書での報告が適することから、実況見分調書も検証調書(321 条 3 項)に含まれるといえる。

せめて「内容の真実性が問題となる」くらいは書いた方がよかったと反省。

そこで、同条項の要件を充たせば伝聞例外として証拠能力が認めら

れる。

作成の真正とは、作成名義の真正と記載の真正を意味する。本件では、P が自らが実況見分を行ったこと（作成名義の真正）と、実況見分を行ったところを正確に記載したこと（記載の真正）を供述すれば、伝聞例外として証拠能力が認められる。

現場指示と現場供述というキーワードをきちんと出すべきだった。

2 別紙 2

検察官の立証趣旨からすれば、立会人 W の供述部分、写真いずれも、犯行を目撃できたことを要証事実とするものであるから、実況見分を行う動機ないし手段としての意味を有するので、別紙 2 については、上記 1 の要件を充たせば、本件調書の一部として証拠能力が認められる。

もう少し別紙の記載内容を具体的に示して検討すべきだった。

3 別紙 1

当事者主義の見地から検察官の立証趣旨を踏まえたとしても、W の供述、写真いずれも、犯行を目撃できたことではなく、甲が犯行を犯したことそれ自体を要証事実とするものであるため、検察官の立証趣旨には意味がないといわざるを得ない。

もう少し別紙の記載内容を具体的に示して検討すべきだった。

そのため、伝聞例外として証拠能力が認められるには、321 条 1 項 3 号の要件を充たす必要があるところ、W の供述部分については、本件調書には W の署名押印がないため、その余の要件を検討するまでもなく、これを充たさないで、証拠能力は認められない。

判例同様、一応、供述部分と写真部分とは分けて検討した。

そして写真の部分については、写真が機械的正確性を有するため、署名押印は必要ないため、i 供述不能、ii 証拠の不可欠性、iii 供述時の絶対的特信状況があれば伝聞例外として証拠能力を認めうる。

以上

ここで止めるのは良くなかったかもしれないが、いかなせん時間不足。

＜総合コメント＞

試験開始直後に問題をざっとみた段階では、例年になく易しいかもと感じたが、実際、書き進むと意外と書きにくいと感じた。設問 1 に時間を取られ、設問 2 はかなり薄くなってしまい最低限のことしか書けなかった。周りも同様に出来ていないことを祈るのみ。

＜時間配分＞

答案構成：30 分

答案作成：90 分

第 1 設問 1

1 逮捕①の適法性

(1) 逮捕①は、司法警察員 P が、刑事訴訟法 212 条 2 項（以下、法典名は省略する。）に基づき、V を殺害した事実で甲を準現行犯逮捕した、というものである。そこで、逮捕①が 212 条 2 項の要件を満たしているかを検討する。

(2) 212 条 2 項に基づく準現行犯逮捕が認められるためには、①212 条 2 項各号のいずれかに該当すること、②罪を行い終わってから間がないと明らかに認められること、が必要である。このうち、②については、時間的場所的近接性を考慮しつつ、その他の状況をも勘案して判断すべきである。

(3) 要件①について

本件では、甲の上下の着衣及び靴に一見して血と分かる赤い液体が付着しており、「被服に犯罪の顕著な証拠があるとき」（212 条 2 項 3 号）の要件を満たす（要件①充足）。

(4) 要件②について

本件では、司法警察員 P が甲を発見したのは、平成 25 年 2 月 1 日午後 10 時 20 分であって、V 殺害の犯行時刻である同日午後 10 時からわずか 20 分後である。加えて、甲の発見場所は、犯行現場である H 公園から北西方向に約 800 メートル離れた路上であって、徒歩でも簡単に移動できるような近距離である。そうすると、時間的場所的近接性が認められる。さらに、甲の特徴は、目撃者 W が見た男 1 の特徴である身長約 190 センチメートル、痩せ形、20 歳くらい、上下とも青色の着衣、長髪、と完全に一致している。以上より、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められること」、という要件を満たす（要件②充足）。

(5) 以上より、逮捕①は、212 条 2 項の要件を充足し、適法である。

2 逮捕②の適法性

(1) 逮捕②は、司法警察員 Q が、212 条 2 項に基づき、甲と共謀の上 V を殺害した事実で乙を準現行犯逮捕した、というものである。そこで、逮捕②が 212 条 2 項の要件を満たしているかを検討する。

(2) 212 条 2 項に基づく準現行犯逮捕が認められるためには、①212 条 2 項各号のいずれかに該当すること、②罪を行い終わってから間がないと明らかに認められること、が必要である。このうち、②については、時間的場所的近接性を考慮しつつ、その他の状況をも勘案して判断すべきである。

(3) 要件①について

本件では、乙は他人から犯人として追跡を受けていたわけではなく、凶器その他の犯罪の用に供したと思われる物を所持していたわけでもなく、身体や被服に犯罪の顕著な証拠があるわけでもなく、誰何されて逃走しようとする行動もとっていない。そうすると、乙は 212 条 2 項各号のいずれの要件をも充足していないように思われる。

しかし、212 条 2 項各号の趣旨は、犯罪と犯人の明白性がある場合に限って準現行犯逮捕を許容する点にある。

そうだとすれば、212 条 2 項 1 号における、「犯人として追呼されているとき」には、他人に犯人として追跡を受けている場合のみならず、犯罪の嫌疑を受けている者自身が自らの犯行を自認する場合であってその内容に犯罪と犯人の明白性が認められるときも含まれるものと解する。

本件では、乙は、「二日前に俺が、甲に対し、報酬を約束して V の殺害を頼んだ。そして、今日の午後 10 時に俺が V を H 公園に誘い出した。その後、俺が『やれ。』と言って V を殺すように指示すると、甲が包丁で V の胸を 2 回突き刺して V を殺した。」と、自己が甲と共謀の上、V を殺害した事実につき自認する発言をしている。かかる自認の発言内容は、犯行時刻、犯行現場が W の目撃内容と一致していること、実行犯たる甲が上下の着衣及び靴に一見して血と分かる赤い液体が付着しており 212 条 2 項 3 号の要件を満たすものであること、及

問題文の事柄はなるべく使おうと努めた。

ここは、全く自信がない。類推適用のようなことをしてよいのかとても不安だったが、他に思いつかないし、結論としては適法となるのだろうと思って、書いた。

47 びその甲と乙と一緒に歩いていたこと、などの事情を総合すると、その内容に犯罪と犯人の
48 明白性が認められる。

49 以上より、乙は 212 条 2 項 1 号の要件を満たす。（要件①充足）

50 (4) 要件②について

51 本件では、司法警察員 Q が乙を発見したのは、平成 25 年 2 月 1 日午後 10 時 20 分であつて、V 殺害の犯行時刻である同日午後 10 時からわずか 20 分後である。加えて、甲の発見場所
52 は、犯行現場である H 公園から北西方向に約 800 メートル離れた路上であつて、徒歩でも
53 簡単に移動できるような近距離である。そうすると、時間的場所的近接性が認められる。さら
54 以上に、乙の特徴は、目撃者 W が見た男 2 の特徴である、身長約 170 センチメートル、小太り、
55 30 歳くらい、上が白色の着衣、下が黒色の着衣、短髪、と完全に一致している。以上より、
56 「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められること」、という要件を満たす（要件②
57 充足）。

58 (5) 以上より、逮捕②は、212 条 2 項の要件を満たし、適法である。

59 3 差押えの適法性

60 (1) 本件における司法警察員 P による甲の携帯電話の差押えは、まず、甲を 300 メートル離れた
61 I 交番に連れて行き、同交番内において逮捕に伴う搜索（220 条 1 項 2 号）を実施する
62 ため、P が甲と共に I 交番に向かって歩いていたところ、甲を逮捕した午後 10 時 30 分
63 から 10 分後の午後 10 時 40 分に、路上から約 200 メートル離れた地点において、甲が転倒
64 して携帯電話が落ちた際になされたものである。

65 そこで、P による差押が 220 条 1 項 2 号の要件を満たすかが問題になる。

66 (2) 「逮捕する場合」（220 条 1 項柱書）

67 一般に、220 条 1 項が無令状での搜索差押えを許容した趣旨は、被疑者を逮捕する状況下
68 では証拠存在の蓋然性が高い点にある。

69 そうすると、「逮捕する場合」とは、被疑者の逮捕の直後であることは要せず、証拠存在
70 の蓋然性が保存された時間内であれば足りるものと解する。

71 本件では、甲と一緒に歩いていた乙が、逮捕直後に P と Q に、「今朝、甲に対し、メール
72 で V を殺害することに対する報酬の金額を伝えた。」旨述べ、所持していた携帯電話を取り
73 出し、甲宛てに送信された「報酬だけど、100 万円でどうだ。」と記載されたメールを示し
74 ている。そうすると、同内容のメールが甲の携帯電話にも存在する蓋然性が高く、甲の携帯
75 電話は甲乙間での共謀を推認させる証拠となるものである。

76 しかし、司法警察員 P が甲の携帯電話を差し押さえたのは午後 10 時 40 分であり、甲が
77 準現行犯逮捕された午後 10 時 30 分から約 10 分経過しているため、逮捕の直後とはいえない。
78

79 もっとも、甲の携帯電話を逮捕直後に搜索差押えできなかったのは、甲が暴れ始めた上、
80 酒に酔った学生の集団が同署を通りかかり P や甲を取り囲んだことから、おとなしくなった
81 甲と 300 メートル離れた I 交番に向かって歩いていたためである。その間に、甲が携帯電
82 話をいじったりしたような事情はなく、約 10 分後であっても甲の身体周辺は逮捕時におけ
83 る証拠存在の蓋然性が保存されていたといえる。

84 以上より、「逮捕する場合」の要件を満たす。

85 (3) 「逮捕の現場」（220 条 1 項 2 号）

86 前述の通り、220 条 1 項が無令状での搜索差押えを許容した趣旨は、被疑者を逮捕する状
87 況下では証拠存在の蓋然性が高い点にある。

88 そうだとすれば、「逮捕の現場」とは、証拠存在の蓋然性が高いと考えられる逮捕現場と
89 管理権の同一性のある範囲内を指すのが原則である。

90 もっとも、かかる原則を貫くと、被疑者が暴れた上で逃走したような場合に被疑者の身体
91 を搜索差押えできないことになり妥当でない。
92

規範が良くわからなかった。そもそも、このような問題設定で書くべきなのかもよくわからなかったが、問題文の事情だけは使いければ、多少の点は入ると信じて書いた。

そこで、逮捕現場とは離れた場所であっても、離れた場所に移動する必要がある場合であって、かつ、証拠存在の蓋然性に反しないときには、例外的に当該場所も「逮捕の現場」に当たると解する。

本件では、P が甲の逮捕現場において、甲の身体着衣について逮捕に伴う搜索を実施しようとしたが、甲は暴れ始めた。また、その頃、酒に酔った学生の集団が同所を通りかかり、P と甲を取り囲んだ。そのため、1 台の車が同所を通行できず、停車を余儀なくされた。そうすると、P がその逮捕現場で逮捕に伴う搜索差押えを続行することは、周囲の者や通行車両に弊害をもたらす状況にあったといえるため、300 メートル離れた I 交番に連れていく必要性があったといえる。

また、P が甲の携帯電話を差し押さえた場所は、甲の逮捕現場から約 200 メートル離れた地点であって、その間甲が身体着衣をさわるなどの事情がないため逮捕現場における証拠存在の蓋然性は維持されていたといえる。

以上より、本件差押えがなされた場所も「逮捕の現場」にあたる。

(4) 「必要があるとき」(220 条 1 項柱書)

220 条 1 項柱書が上記要件を課した趣旨は、不必要または不相当な無令状搜索差押えを防止する点にある。

そこで、「必要があるとき」とは、搜索差押えを実施することが必要かつ相当である場合をいうと解する。

本件では、前述の通り、乙から甲へ共謀を推認させるメールを送信した旨の発言があり、実際、乙の携帯電話には甲宛てに送信された報酬に関するメールが存在している。そうすると、V 殺害についての共謀の成立を立証するためには、同一内容のメールの存在が必要であり、その証拠存在の蓋然性がある甲の携帯電話を差し押さえる必要性があった。

また、甲は I 交番に向かって歩いていたら、つまずいて転倒した際に甲のズボンのポケットから携帯電話が落ちたことから、P はこれを甲より先につかんだものであって、甲に有形力行使をした事情はないため、方法として相当性がある。

以上より、「必要があるとき」の要件を満たす。

(5) 以上より、本件差押えは適法である。

第 2 設問 2

1 実況見分調書それ自体の証拠能力

(1) 本件では、公判前整理手続（316 条の 2 以下）に付されたところ、検察官 A が実況見分調書につき、立証趣旨を「犯行状況及び W が犯行を目撃することが可能であったこと」として証拠調べの請求をしたのに対し、甲の弁護人 B はこれを不同意（316 条の 16 第 1 項・326 条）としている。そうすると、仮に実況見分調書が伝聞証拠（320 条 1 項）であれば、伝聞例外（321 条以下）に当たらない限り証拠能力が付与されない。

一般に、伝聞法則（320 条 1 項）が規定された趣旨は、供述証拠は知覚・記憶・叙述の各過程を経て公判廷に顕出されるところ、その各過程に誤りが入る危険があるから反対尋問によって内容の真実性を担保する点にある。

そこで、伝聞証拠とは、裁判所の面前において反対尋問を経ない供述証拠であって、供述内容の真実性が問題となるものをいう。

本件では、検察官の立証趣旨が「犯行状況及び W が犯行を目撃することが可能であったこと」であり、これが要証事実となる。かかる事実は、実況見分調書の存在それ自体によって立証することはできず、別紙 2 に添付された実況見分の結果の内容が真実であることが前提となって初めて立証されるものである。

以上より、実況見分調書は伝聞証拠にあたり、伝聞例外（321 条以下）に当たらない限り証拠能力は付与されない。

(2) では、いかなる伝聞例外として検討されるべきか。321 条 3 項が実況見分調書に準用され

この要件は検討するべきかよくわからなかったが、現場で条文に書いてあったので、短めみ書くことにした。

条文を探すのに 5 分もかけてしまい後悔した。条文は、分からない時は、書き終わってから、戻ってくるべきだと後悔した。

るかが問題となる。

321 条 3 項の趣旨は、検証の結果を記載した書面は捜査機関によって作成されたものであり正確性が高いと判断されることから伝聞例外を許容する点にある。

そして、実況見分調書は、捜査機関が五感の作用によって認識した内容を調書にしたものであって、正確性の高さにおいては検証調書と異なるところはない。

そこで、実況見分調書についても 321 条 3 項が準用されると解する。

本件では、実況見分調書は司法警察員 P が実況見分の結果を記載した書面であり、321 条 3 項の要件を満たせば証拠能力が付与される。そうすると、P が法廷において実況見分調書の名義および内容について「真正に作成されたものであることを供述」した場合には、321 条 3 項の要件を満たす。

(3) 以上より、実況見分調書それ自体は、321 条 3 項により証拠能力が認められる。

2 別紙 1 の証拠能力

(1) それでは、実況見分調書に添付された別紙 1 についても、同様に 321 条 3 項によって証拠能力が付与されるのか。

(2) 検察官の立証趣旨によれば、犯行状況を明らかにするために 1 メートル離れた場所から撮影した写真を添付するものであり、実況見分調書から独立した証拠にならないようにも思える。

しかし、犯行内容の真実性を伴わない犯行状況それ自体であれば、後述の別紙 2 で十分に立証可能であり、あえて別紙 1 を添付する必要はない。

むしろ、本件では、本件殺人の実行犯とされる甲が一貫して黙秘していることからすると、検察官の立証趣旨とは別に、別紙 1 の実質的な要証事実、犯人の一人が、被害者に対し、右手に持った包丁を胸に突き刺した事実であるといえる。これは、内容の真実性が問題となるから独立して伝聞証拠となる。

そこで、別紙 1 に証拠能力が付与されるためには、321 条 3 項の要件のほかに、321 条 1 項 3 号の要件を具備する必要があると解する。

(3) 本件では、犯行の目撃者である W が、死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明などにより公判準備において供述することができないという事情はみあたらない。そうすると「供述することができず」（321 条 1 項 3 号）の要件を満たさない。

また、W は犯行を午後 10 時という夜間に、H 公園の入り口から約 8 メートル離れた犯行現場を目撃したものであって、別紙 1 のような約 1 メートルの至近距離で目撃したのではない。そうすると、かかる外部的事情からは、別紙 1 の W の供述が「特に信用すべき状況の下になされたもの」（321 条 1 項 3 号）であるとはいえない。

(4) 以上より、別紙 1 については、証拠能力が認められない。

3 別紙 2 の証拠能力

(1) 別紙 2 は、約 8 メートル離れた場所から犯行状況を再現した写真とその説明が記載されたものである。犯行再現がなされた午後 10 時から午後 11 時において、H 公園という十分な照明のないと思われる場所で、約 8 メートル離れた場所で犯行を再現したとしても、別紙 1 とは異なり、犯人の一人が被害者に対し右手に持った包丁を突き刺した事実を具体的に確認することはできないため、その犯行内容の真実性は問題とならず、W が指示した位置から犯行再現状況を目撃することができるか否かが明らかになるにすぎない。

そうすると別紙 2 の要証事実、「W が犯行を目撃することが可能であったこと」であり、別紙 2 は前述の実況見分調書の一部であり独立して証拠となるものではない。

(2) なお、写真は、機械的正確性をもって作成されるものであり非供述証拠であるため、別途伝聞例外の要件を検討する必要はない。

(3) 以上より、別紙 2 は、実況見分調書の一部として 321 条 3 項により証拠能力が認められる。

以上

平成 17 年判例は過去問（平成 21 年本試験）ですでに出題されていたので、出題されるとは思っていません。このような、項目を立てていいかも分らなかった。分析的に考える姿勢を示そうと思ったが、うまくいったか不明。

時間不足で三段論法を守れなかった。

＜総合コメント＞

刑事訴訟法はいつも時間不足になってしまうので、答案構成を簡単に済ませる作戦に出た。なんとか、最後まで書けたが、内容的には自信がない。規範も判例の規範を正確には書けなかったが、すくなくとも問題文の事実に食らいつく姿勢だけは示そうと努めた。

＜時間配分＞

答案構成：35 分

答案作成：85 分