

司法試験

---

平成26年再現答案分析会(刑事系科目)

再現答案集

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 150413

LU15041



平成 26 年再現答案分析会  
刑事系科目 再現答案集

## 再現答案 Aさん 刑事系第1問 (128.65点 126~144位)

## 第1 甲の罪責

甲がAに授乳等をせず放置したことに、殺人罪（199条）が成立しないか。

- 1 まず、作為の形で規定されている犯罪を不作为でも処罰できるかどうか問題となるが、不作为によっても犯罪を行うことは可能であるし、不作为と作為は表裏一体であるので、不作为で処罰しても罪刑法定主義に反することにはならない。もっとも、不作为はその範囲が拡大しすぎるおそれがあるから合理的な範囲に限定する必要がある。そこで、作為と構成要件的に同価値といえること、すなわち作為義務がある保障人的地位にあり、作為が可能かつ容易であることを要する。そして、作為義務のないようであるが、法令契約条理などから発生するとする見解があるが、刑法以外での義務から刑法上も義務があると直ちに解することはできない。先行行為を根拠とする見解もあるが、有利な行為を行っている場合にそれを処罰する根拠とすることは不当になるときもあり、また、先行行為がなくても保護すべき義務があると認められる場合もあるのだから先行行為だけを根拠とはできない。不作为は作為の裏返しであるから、原則として、不作为によって結果発生への因果を支配していたと言えることが必要である。もっとも、行動の自由も保障されるべきであるから、この排他的支配に加えて、先行行為や、法令契約等の義務を考慮して作為義務の有無を検討する。
- 2 甲は、Aの母親であり、監護義務を負うが、刑法上もこの親子関係という身分関係は重視すべきである。そして、丙が同居しているもの

の、丙はAの面倒を途中からみなくなっていたのであるから、甲に排他的支配も認められる。そして、授乳等をすれば回復するのであるから、作為の可能性容易性もある。したがって、甲の不作为は殺人罪の実行行為と言える。

- 3 そして、Aは死亡している。もっとも、この結果との間に因果関係があるか。因果関係は、応報や一般予防の観点から要求され、行為の危険とは関係ない事情から結果が発生した場合には、否定される。Aの死因はタクシーに衝突されたことでの脳挫傷であり、甲の不作为がこれを誘発したものでもないし、死因が明らかに別のものであるから、甲の不作为の危険が現実化したものではない。したがって、因果関係が否定される。

もっとも、7月3日昼頃には、Aの脱水症状や体力消耗は深刻なものとなり、病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能な状態となったので、少なくともこの時点で結果に至る現実的危険性があり、実行の着手があったといえる。

- 4 甲は、Aが死ぬかもしれないことを認識し、死んでもかまわないと思っているから、故意が認められる。
- 5 また、甲は、3日からAを殺害するのをやめようと考え、授乳を再開しているから中止犯（43条但し書き）にならないか。

「自己の意思により」という任意性の要件は問題なくみだす。「犯罪を中止した」といえるかが問題である。中止犯は、犯罪を中止し、危険を消滅させたことに対する政策的な規定である。そこで、中止行為というのは危険を消滅させるものでなければならない。したがっ

て、着手後かどうかではなく、放置していたら因果の進行で危険が発生する場合には、危険を消滅させる積極的な作為が求められる。Aは3日の時点では授乳では助からず、病院に連れて行く必要があったのであるから、病院に連れて行くことが危険を消滅させる行為であるところ、甲はこれを行っていない。したがって、中止行為の要件をみたまず、中止犯とならない。

以上より、甲には殺人未遂罪（203条・199条）が成立する。

## 第2 丙の罪責

丙が、Aを放置した行為に、殺人未遂罪が成立しないか。

- 1 丙に作為義務が認められるか。丙は親権者でないが、父親に準じた関係にある。もっとも、3日までの時点では、甲が第1次的にAの世話をする立場にあることを考慮すれば、排他的支配が認められず、作為義務を負わないと解する。しかし、3日には、甲の母親が電話をかけてきた際、訪問を阻止する行為を行っており、Aの死について、自ら排他的支配をつくりだしたといえる。したがって、作為義務が肯定できる。

この時点では、Aは病院に連れて行かないと助からなかったのだから、作為の容易性があったかどうかは問題であるが、授乳等をさせ、それでも助からなければ病院に連れて行くことは通常であるから、なお容易性は認められる。

したがって、丙の放置は殺人罪の実行行為に当たる。

- 2 もっとも、丙は、自らはAを助ける責任がないと思っていたので、故意を欠くのではないか。保障人的地位は構成要件要素であるところ

ろ、構成要件事実を認識していなければ、規範に直面せず反対動機が形成可能であったとは言えないのだから、故意が阻却されるのが原則である。しかし、保障人的地位のような規範的構成要件要素は、それを基礎付ける事実の認識があればたり、その評価は法律の錯誤として故意を阻却しないと解する。丙は、Aが授乳等されず衰弱しており、なにをすれば助けられるかについても認識していたのだから、故意に欠けることはない。

- 3 したがって、丙にも殺人未遂罪が成立する。
- 4 そして、甲と共同正犯（60条）になるのではないか。共同正犯は、片面的共同正犯を認める見解もあるが、意思連絡を典型とする相互の結びつきが、共同正犯には不可欠の要素だと解する。したがって、甲は、丙まったく知らないだろうとっていて、相互的な結びつきがないため、共同正犯は成立しない。

## 第3 乙について

- 1 住居侵入罪（130条前段）

乙は、甲方に侵入しているところ、これが住居権者の意に反した立ち入りといえるか。甲方は、乙名義で借りたアパートであり、乙が1か月前まですんでいたことから住居権が乙にも認められるのではないかとも思われる。

しかし、住居権は実際に住んでいるかどうかを原則として考えるべきであり、乙名義といえども、もう来ないことを約束させられて鍵を置いて1か月でていたのだから既に住居権は失われたといえる。したがって、住居侵入罪が成立する。

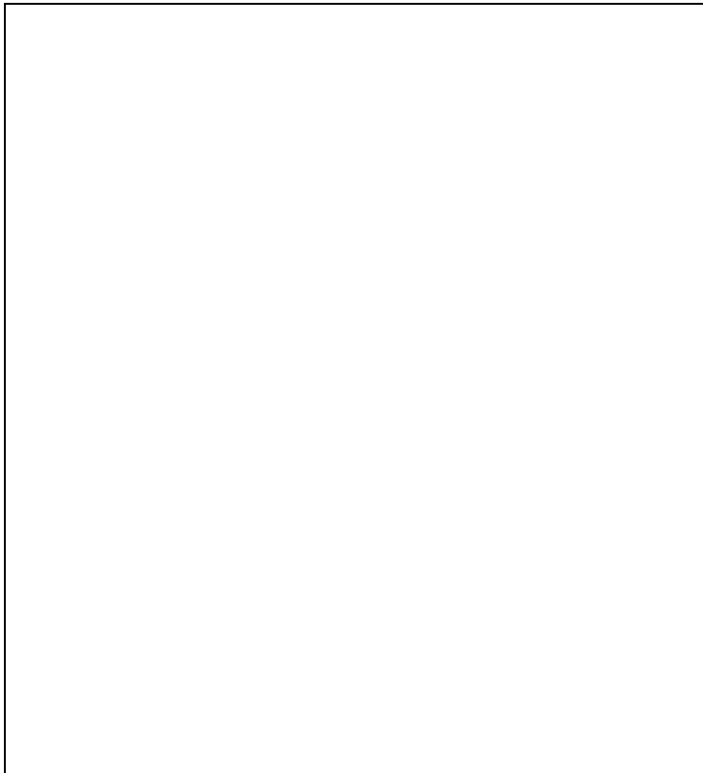
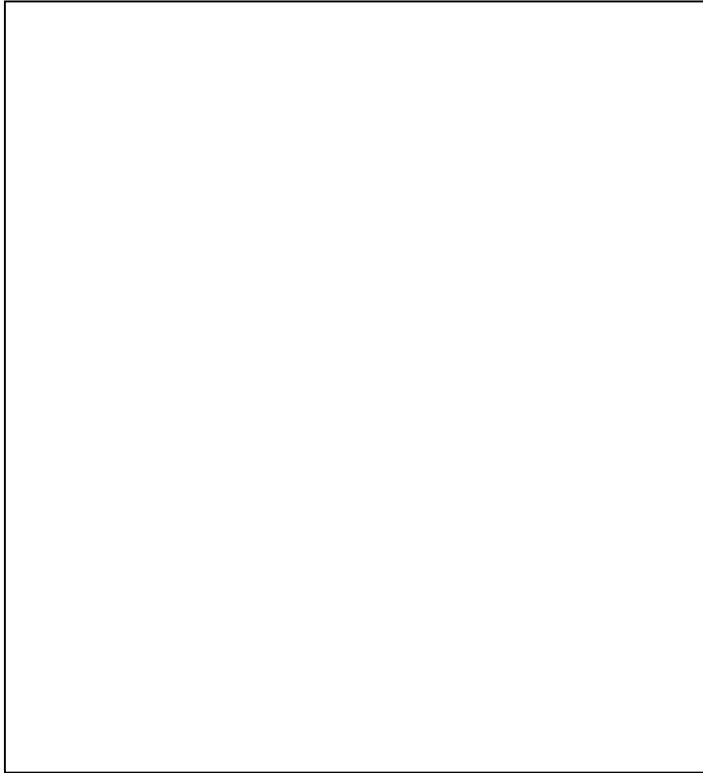
2 未成年者略取罪（224条）

丙は、Aを連れ去っているから、未成年者を略取したといえる。ここで、丙も親権者であるから、親権者にも成立するかが問題となる。子の平穏な生活を考えると、原則として、親権者であっても成立するが、例外的に、現に面倒をみている親権者が監護を著しく怠り子に危険が生じており、それを防ぐために自らの手元に置こうとする場合には、違法性が阻却されると解する。丙は自分で育てたいとして略取したのであり、子の危険は認識していなかったから違法性は阻却されない。

もっとも、緊急避難（37条）が成立しないか。Aには生命の危険が生じており、「現在の危険」は肯定できる。しかし、丙には避難の意思がなく、補充性も肯定できない。したがって、成立しない。

以上より、丙には住居侵入罪と未成年者略取罪が成立し、手段目的の関係にあるから牽連犯（54条1項後段）となる。

以上



再現答案 Aさん 刑事系第2問 (128.65点 126~144位)

## 第1 設問1 1

## 1 ①について

取り調べの適法性の判断基準について検討する。まず、「強制の処分」（197条1項但し書き）にはあたってはならないから、実質的逮捕その他強制的手段を用いる方法でなされてはならない。実質的逮捕該当性の判断は被疑者の同意を中心に考えるべきであるが、その他の事情も考慮して客観的に判断する。次に、任意処分（同条本文）だとしても、無制限に許されるわけではなく、事案の性質、容疑の程度、被疑者の態度等を考慮して具体的状況のもとで相当といえるものでなければならない。その理由として、被疑者が取り調べに応じていても自己決定権が害されるという見解があるが、応じるか応じないかの二択であるから自己決定権を持ち出すべきでない。取り調べに応じた結果受ける不利益との比較考量として、相当といえるものでなければならぬと解する。

まず、①を開始するまでの段階で実質的逮捕等の強制手段が用いられていなかったか検討する。甲は、10日Pに同行を求められてM警察署に出頭しているが、素直に応じているから任意同行（198条1項本文）として適法である。そして、その日Hホテルに宿泊させているが、これは翌日の取り調べの要求に対して甲が提案したものであり、ホテルには自費で泊まり、自ら歩いていき、監視はなく、翌日1人で出頭しているのだから、Pがしたのは、単に甲にホテルを紹介したにすぎず、実質的逮捕にあたらぬ。

そして、①の取り調べは、午前10時頃から午後9時すぎまで長時

間にわたっているが、夜9時の時点まで甲が、取り調べの中止を訴えたり、取調室からの退去を希望したりすることはなかったのだから、同意があり、実質的逮捕にはあたらない。そして、殺人事件という重大事件であること、被害者のものと思われる指輪を甲が質入れしていたことから甲が事件に関わっている疑いは強いこと、甲は指輪について供述を変遷させていたことから、取り調べの必要性は高く、任意捜査としても適法である。また、午後6時以降は、殺人及び窃盗の事実を認めたことから、特に取り調べの必要性が高く、すでに長時間取り調べがなされ、夜にわたることを考慮しても、適法である。

## 2 ②について

まず、②以前の段階で実質的逮捕等の強制手段が用いられていなかったか検討する。12日の取り調べを終えた後、Pはホテルにもう1泊することを要求している。これに対し、甲は難色を示したものの、渋々応じているのでこのことから直ちに実質的逮捕にはならない。もっとも、ホテルの客室はふすまをはさんでQら3名の捜査官が入り口に近い側の和室に泊まり、甲が部屋をでるためにはこれを通らなければならない状態だった。そして、7階にあることから、捜査官の監視の程度は強いものである。甲は、同室に捜査官が宿泊することに強く反対しているのであり、諦めているものの同意があったとはいえない。そして、下級審裁判例ではあるが、こんにやく商殺害事件では、同室に宿泊していた事例で実質的逮捕の認定をしていたが、同室に宿泊するというのは、プライバシーという重要な権利利益を強く制約するものであるから、実質的逮捕にあたらぬと解する。したがって、違法



となる。

仮に、実質的逮捕にあたらなくても、甲が殺人及び窃盗の事実を認め、監視する必要性が高度にあったとしても、甲の被る不利益が過大であり、任意捜査として違法となると解する。

## 第2 設問2について

③は、甲が被告人となってからの取り調べである。被疑者段階で身柄拘束されている者に取り調べ受忍義務があるかどうかはともかく、被告人となってからの取り調べについては規定はない。当事者主義の観点から、被告人の段階となった以降は、検察官と対等の立場にたつたのであり、取り調べに応じる義務はないというべきである。検察官も、取り調べによらずに公判で事案を明らかにすべきである。もっとも、真に任意応じているのなら取り調べをなすことも許される。この場合にも、被告人の防御を不当に制約するものであってはならない。

検察官が甲を取り調べることになったのは、甲が窃盗を行っていない可能性が高くなったことによる。W方にあったVの宝石箱から検出された指紋の一つが乙のものと合致するとともに、乙が供述した質屋からルビーのペンダントが発見され、そのペンダントがVの所有物に間違いないことが判明したことから、乙が窃盗を行った疑いは相当程度高い。そうすると、甲を無実の罪で起訴していることになるので、取り調べを行う必要が高い。また、甲がV殺害に使用したとするゴルフクラブに乙の指紋が検出されたことから、乙が殺害を行った可能性も否定できない。したがって、甲の取り調べの必要性がかなり高いといえる。そして、甲は取り調べを受けなくてもよいし、供述拒否もできることを告げ

られたうえで任意に応じている。弁護人が立ち会っていないものの、まだ第1回公判前整理手続期日前で証拠調べ等が行われていなかったのだから甲の防御を不当に制約することもない。したがって、③は適法である。

## 第3 設問3について

公訴事実第1の日時を3日午後1時頃に変更（312条1項）し、第2を「2月2日午後7時頃、U建設会社従業員寮の甲の居室において、乙から盗品と知りつつダイヤモンドの指輪を無償で譲り受けた。」に変更すべきである。

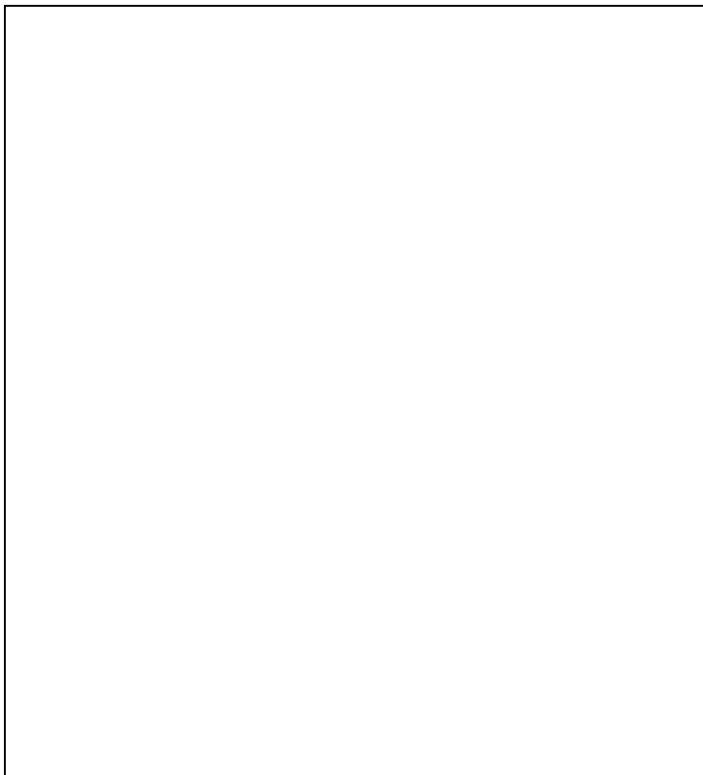
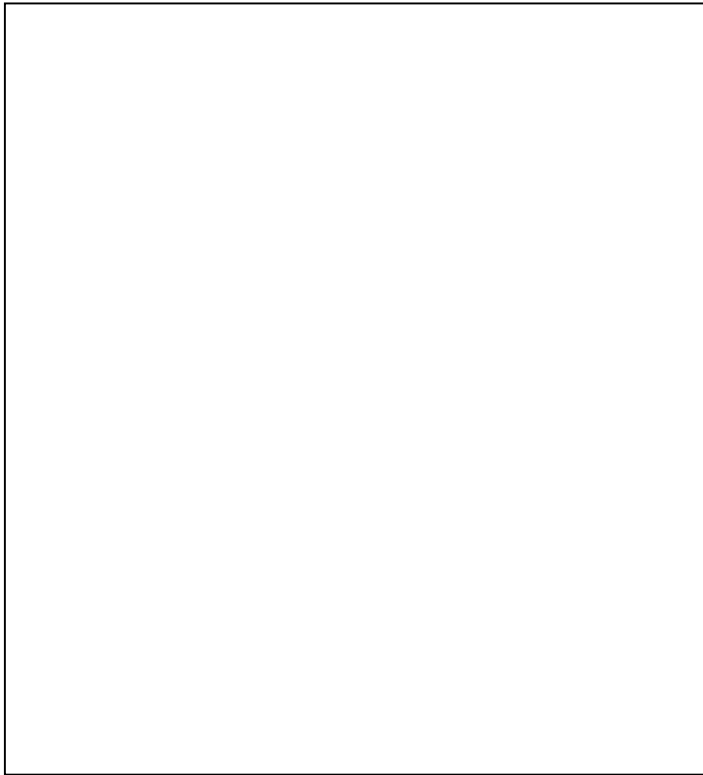
まず、訴因変更が必要か検討する。訴因の特定に不可欠な事実と異なった事実を認定する場合には変更が必要である。そして、そうでないときも、一般的に被告人の防御にとって重要な事実の場合は、変更するのが原則であり、例外的に、具体的な防御の状況にかんがみて、被告人にとって不利益でなく不意打ちでもない事実を認定する場合は不要である。第1段階は、審判対象の明確化と被告人の防御のためという訴因の特定（256条3項）の趣旨によるものであり、第2段階は、争点明確化の見地から必要とされる。そして、訴因の特定に不可欠な事実は、特定の構成要件に該当し、他の犯罪事実と区別できるのであればたり、「できる限り、日時、場所及び方法」によって特定するというのは不可欠の事項ではない。したがって、殺人の日時変更は第1段階からは不要であるが、防御上日時が違うというのは一般的に重要であり、かつ具体的な防御がまだなされていないのだから不利益、不意打ちでないといえず、訴因変更を要する。窃盗から盗品譲り受けに変更するのは構成要件

が変化するので、第1段階の観点から訴因変更が必要である。

次に、訴因変更ができるか問題となる。殺人は問題ない。「公訴事実の同一性」の範囲内で変更でき、基本的事実の共通性から判断し、非両立基準を補充的に用いて判断すると、同一客体に対する近接した日時での窃盗と盗品譲り受けは基本的事実が共通しているし、非両立であるから、公訴事実の同一性が認められる。もっとも、訴因変更の趣旨は、別訴で起訴されて有罪となって二重処罰となることを防ぐことにあるから、この観点から判断するべきである。これによっても、窃盗と盗品譲り受けは罪質が共通し、同一客体について近接した日時でともに処罰すると二重処罰となるから、公訴事実の同一性が認められる。

したがって、訴因変更できる。

以上



## 再現答案 Bさん 刑事系第1問 (116.61点 412~458位)

## 第1 甲の罪責

- 1(1) 甲は、「Aに授乳しなければ数日で死亡するだろう」と考えながら、Aを殺害しようと思ひ、7月1日朝を最後に、一切の授乳等をせず、結果Aは死亡している。この行為につき、不作為の殺人罪（刑法199条）が成立しないか。
- (2) そもそも、このようないわゆる不真正不作為犯の成立を認めることは、罪刑法定主義（憲法31条）に違反しないか。この点、刑法199条は「人を殺した者」と定めているにすぎず、そこには禁止規範のみならず命令規範も含まれていると解しうするため、在家法定主義違反は生じない。
- (3)ア もっとも、不作為による構成要件該当性を認めると、処罰範囲が拡大しすぎるおそれがあり、自由保障の見地から問題がある。そこで、不作為による殺人罪の構成要件該当性は、作為による殺人罪と構成要件的同価値性が認められる場合に限定する必要性がある。そして、その限定基準としては、①甲に作為義務が認められること、②甲に作為可能性が認められることという要件を求めることで、作為と構成要件的に同価値の不作為のみを補足するべきである。
- イ ②作為可能性につき、これは期待される作為をとることが容易であったかどうかによって判断するところ、7月2日昼前に生命の危険が生じている時点で適切に授乳することは容易であったといえるし、7月3日昼すぎ以降、もはや病院で適切な治療を受けさせない限り救命することが不可能な状態に陥ってか

らも、病院につれていくことは容易であったといえる。よって、これは認められる。

- ウ(ア) ①作為義務につき、判例は法令、契約、事務管理、慣習、条項などに基いてこれを判断しているが、それにとどまらず生命の危険を生ぜしめる先行行為を自らしたといえるか、不作為者と被害者との間に継続的保障関係があったといえるか、被害者の生命が不作為者の排他的支配下にあったか、保護法益としての生命が不作為者に依存していたといえるかなどの観点から総合的に判断するべきである。

(イ) 確かに、Aは甲と丙とともに甲方に住んでいたのであり、甲一人にのみAの生命が排他的に依存していたとはいえない。しかしながら、甲は、Aの実の母親であり、親権者である（民法818条1項）以上、Aを看護する民法上の義務（820条）をおっている。また、甲はAが3月1日に生まれてからずっとAの世話をしてきたのであり、甲とAの間には継続的保障関係が存在していたといえる。したがって、甲には①作為義務が認められるといえる。

- (4) 以上より、甲の不作為は作為による殺人と構成要件的に同価値と評価しえるため、本行為には殺人罪の実行行為性が認められる。
- 2(1) この結果、Aは死亡している。しかしながら、Aの死因は乙によるAの連れ出し、その結果としてのタクシー事故による脳挫傷である。このような場合、上述の甲の殺人の実行行為との間に因果関係

が認められるか。

- (2)ア そもそも、Aの死因が乙の連れ出し、タクシー事故による脳挫傷である以上、甲の不作为とAの死亡の関係について「あれなければこれなし」という条件関係すら認められない。しかしながら、仮にAがタクシー事故にあわず、その時点でAに適切な治療を受けさせていたとしても、Aが助かる可能性はなく、Aは甲の不作为による衰弱によって確実に死亡していたという事実がある。この場合、いかに処理するか。

イ Aがタクシー事故にあわなかったとしてもAが死亡していたという関係がある以上、偶然おこったタクシー事故により甲の不作为とAの死亡との間の因果関係をこれによって否定するのは妥当ではない。よって、この場合には条件関係公式を修正して考えるべきである。

- (3) そして、不作为の因果関係については「期待される作為をすれば十中八九助かったであろう」といえることが必要である。本件において、7月3日の昼以降は、最後の授乳から48時間以上が経過しており、仮にこの時点で適切な治療を受けさせていれば「十中八九助かったであろう」とはいえない。（事実3の③より）しかしながら、7月2日の昼前、Aに生命の危険が生じた時点で、授乳を再開すれば回復したであろうと十中八九いえる（事実3の②、③より）ため、やはり本件において甲とAの死の間の因果関係は認められるといえる。

3(1) では、甲に殺人罪の故意は認められるか。甲は、自分が親権者で

あり、自分が授乳しないとAは死亡するであろうということは認識しているし、当初は「Aを殺害しよう」とまで考えているのであるから、殺人罪の故意にかけるところはないとも思える。

- (2) しかしながら、7月3日夕方、殺すことを思いとどまり、病院には連れて行かなかったものの、「授乳を続ければ、少しずつ元気になるだろう」と考えたことをどう評価すべきか。この点、Aがこの時点で相当衰弱しておりわずかししか母乳を飲まなかったこと、甲はAが早く快復するためには病院に連れて行くことが必要であると考えていることから、少なくともAの死亡について未必の故意は未だに認められるといえる。警察に通報されるかもしれないという恐怖から病院に連れて行かずとも「少しずつ元気になるだろう」と思ったとしても、そのような身勝手な考えから故意が阻却されるものではない。

- (3)ア もっとも、甲としては、不作为から衰弱による死亡という因果経過を予見していたと思われるが、実際にはタクシー事故による脳挫傷という因果経過をたどって死亡している。このような因果関係の錯誤は故意を阻却するものといえるか。

イ 故意においては、因果関係が存在するということが重要であり、甲がその因果関係の存在を認識している以上、因果経過の錯誤によって故意が阻却されることはない。

4(1) 7月3日夕方になってAを殺害するのをやめようと考え、Aへの授乳を再開したことについて、甲はいわゆる中止犯（43条後段）とならないか。

- (2) 中止犯とは、あくまでも未遂犯に認められるものであり、本件では上述のとおり甲の実行行為とAの死亡との間に因果関係が肯定される以上、甲は殺人既遂犯である。とすれば、中止犯の成立はありえない。
- (3) また、仮に本件が未遂犯で中止犯の成立の可否が問題となるとしても、「犯罪を中止した」（43条後段）といえるためには真摯な努力が必要であるから、通報されることを恐れて病院に連れて行かず、単なる授乳再開しかしていないためこの要件を満たさない。
- (4) 以上より、中止犯は成立しない。

5 以上より、甲には不作為の殺人既遂罪が成立する。（199条）

## 第2 丙の罪責

1 (1) 丙は、7月2日にはAの生命の危険の発生、甲がAを殺害しようとしていることに気づき、「このままではAは確実に死亡することになる」と思いながら、一切Aの救助措置をとらず、Aに救助措置をとるようにも言わず、甲の母親がきてAを救助する可能性すら嘘をついて断念させたりしている。この点、この行為につき、不作為による殺人罪が成立し、甲の殺人既遂罪と共同正犯（199条、60条）が成立しないか。甲は「丙は私の意図に気づいていないに違いない」と思っているため、いわゆる片面的共同正犯の成否が問題となる。

(2) 共同正犯が一部実行全部責任をおう（60条）とされているのは、①共同実行の意思をもって、②互いの行為を相互に利用補充しあい、犯罪を実現するからである。とすれば、その意思が片面的

な場合には、共同実行の意思があったともいえないし、その意思に気づいていないものは相手の行為を利用補充して犯罪を実現したともいえない。したがって、片面的共同正犯は、およそ成立しえない。

2 (1)では、甲の殺人既遂罪につき、不作為の幫助（62条1項）は成立しないか。

(2) 幫助犯の処罰根拠は、正犯の実行行為による法益侵害につき、物理的・精神的に促進・寄与したといえるからである。そして、このような物理的・精神的な法益侵害への寄与・促進は、正犯が幫助行為に気づいていないときでも生じうるものである以上、片面的な幫助犯は成立しうる。

(3)ア また不作為による幫助についても、期待された作為をしないことで正犯の実行行為の促進となることがある以上、肯定すべきである。もっとも、処罰範囲拡張の見地から、上述した①作為義務②作為可能性によってその成立範囲を限定することは必要である。

イ ②作為可能性につき、7月2日の昼の時点で、甲に対しAに授乳をするようにいうことは簡単であったといえるし、7月3日昼以降も、Aと甲とともに甲方で暮らしていた以上、病院にAを連れて行くことも容易であったといえる。

ウ ①作為義務について、確かに丙はAと何の親戚関係もないし、甲と同棲を開始した直後はAの世話をしていたが6月20日以降は何の面倒もみていないため、継続的保障関係にあった

とも言い難い。しかしながら、甲の生命の危険が生じており、甲方にはAと甲と丙しか住んでいなかったこと、そして甲のA殺害の意図を察知している以上、Aの生命は殺害しようとしている正犯の甲を除き丙に依存していたといえることから、不作為の幫助犯を認めるのに必要な①作為義務は認められるといえる。

(4) そして、7月2日昼前の時点で、甲としては「丙が何かいってきたらAを殺すことは諦めるしかない」と思っていたことや、7月3日の昼にAを溺愛している甲の母親が甲方を訪問してくるのを嘘をいって断念させていることから、甲の一連の不作為、期待される行為をしなかったことは精神的・物理的に甲のA殺害の促進・これに寄与しているといえる。

3 故意についてはどうか。

(1) このままではAが確実に死亡することになると思っていることから、甲の死への故意は認められる。問題は、「Aは自分の子供でもない」「Aに授乳しないのは甲の責任だ」と思っていることである。これは、作為義務を負うのはあくまで甲であり、自身は何の作為義務も負うものではないと思っていると考えられるが、これは故意との関係上どう評価されるか。いわゆる作為義務の錯誤が問題となる。

(2)ア 作為義務の錯誤については、作為義務の基礎となる事実についての錯誤は事実の錯誤として、基礎となる事実は認識しているものの作為義務はないと考えた場合には法律の錯誤として処理すべ

きである。

イ 本件では、甲の生命の危険、甲方にはAを除くとAを殺害しようとしている甲と自分しかいないこと、甲に対して助言をせずそのまま放置すると確実にAが死亡することになると思っていることから、作為義務の基礎となる事実については認識していると思われる。したがって、このような認識をしつつ、自身に作為義務はないとおもった場合であり、法律の錯誤であるから、甲の故意は阻却されない。

4 以上より、丙には不作為の殺人罪の幫助が成立する。（199条、62条1項）

### 第3 乙の罪責

1 住居侵入罪（130条前段）の成否

(1) 7月4日昼、甲らが外出している間に甲に無断で甲方に立ちいった行為につき、住居侵入罪（130条前段）が成立しないか。

(2)ア 「侵入」とは、住居権者の意思に反する立ち入りのことをいう。本件において、住居権者は誰か、甲方のアパートの借用名義は未だに乙となっていることをどう考えるかと関連して問題となる。

イ(ア) 確かに、同アパートの借用名義が未だに乙となっていること、立ち入りには持っていた合鍵をつかって、玄関のドアから入ったことなどから、乙が住居権者であり、住居権者の意思に反する立ち入りとは言えないとも思える。

(イ) しかしながら、甲方には5月1日以降ずっと甲が住んで

いたこと、それ以降乙が甲方に入ったことはなかったこと、甲には「二度とアパートには来ないで。」と言われていたこと、乙の立ち入り目的がAの連れ去りという穏当とはとても言えないものであったこと、合鍵も乙が甲に無断で隠し持っていたことであることを考えると、甲と同棲していた丙に住居権を認めるかどうかはともかく、住居権者は甲であり、乙は住居権者とはいえないと思える。

(ウ) とすると、このような穏当な目的でない、甲に無断での立ち入りは、住居権者の意思に反した立ち入りといえ、本行為には住居侵入罪が成立する。

## 2 未成年者略取罪（224条）の成否

(1) Aは4ヶ月の赤ん坊であり、「未成年者」にあたることは問題ない。そして、「略取」とは、暴行または脅迫等の手段を用いて、被拐取者をその生活環境から離脱させ、自己または第三者の支配下に置くことをいうところ、乙のA連れ出し行為もこれにあたるといえる。

(2)ア もっとも、乙自身Aの親権者であることから、本罪の違法性阻却が認められるとは言えないか。本罪の保護法益が何か等も関係して問題となる。

イ(ア) 本罪の保護法益は、客体を未成年者に限っていることから①親権者の親権・監護権および②被拐取者の身体の安全の両側面が認められると考えられる。

(イ) 本件においては、確かに乙はAの親権者であるが、同時

に甲もAの親権者であり、乙の「自分の手でAを育てたい」という身勝手な思いから連れ去ることは乙が親権者であることを差し引いても許されないと思える。

しかしながら、上述のとおり、甲はAを殺害しようとしていたのであり、このような甲の親権が刑罰的保護に値するとはとてもいえない。さらに、②被拐取者たるAの身体の安全についても、Aを殺害しようと目論む甲の養育下でのAの身体の安全は、もはや認められないといえる。したがって、本件事情の下では、乙の連れ出し行為についての未成年者略取罪は、違法性阻却により成立しない。

3 以上より、乙には住居侵入罪（130条前段）が成立する。

以上



— MEMO —

## 再現答案 Bさん 刑事系第2問 (116.61点 412~458位)

## 設問1 1について

## 第1 起訴前取調べの適法性の判断枠組みについて

- 1(1) 刑事訴訟法197条1項但書は強制処分法定主義を、また法定した強制処分についても逮捕、勾留、捜索、差押え等については令状主義を定めている。(199条、218条等)とすると、起訴前取調べにおいても、令状なくして強制処分が行われてはならないことは明白であり、まずは本件取調べ①、②において強制処分が行われていないかどうかを考える必要がある。
- (2) より具体的には、(i) 取調べの前段階としての任意同行、滞留が実質的逮捕といえるようなものではないか、(ii) 取調べ中において強制処分が行われたと言えるような事情がないかを審査することになる。本件事情下においては、もっぱら(i)が問題となる。
- (3) (i)の判断について、強制処分とは、相手方の明示または黙示の意思に反して、重要な権利利益を侵害する処分をいう(井上説)をいうところ、実質的逮捕があったかどうかについては、甲の明示または黙示の意思に反して、身体・移動の自由が侵害されているというかどうかを、任意同行が求められた時間・態様、出頭中の様子、滞留中の監視の有無、捜査官の関わり程度、取調べ中の様子など様々な要素を考慮して判断する必要がある。
- 2(1) 仮に1の審査が終わり、取調べが任意処分だといえるとしても、取調べにおいて任意捜査の限度を超える不当な捜査が行われてはならない。そこで事案の性質、被疑者の容疑の程度、取調べ中の被疑

者の態様などに基づき、取り調べが社会通念上相当と認められる方法、態様および限度で行われたと言えるかどうかを検討する必要がある。(判例同視)

- (2) この規範の意味については、取調べにおいても被疑者の法益侵害は観念しうるとして捜査比例原則のひとつの現れであるとする見解、取調べにおいては取調べを受けることを承諾している以上被疑者の法益侵害は想定し得ないとして単なる行為規範であると位置づける見解など見方はわかる。

3 いずれにせよ、以上2段階の審査を行う必要がある。

## 第2 取調べ①について

- 1 まず、平成26年2月11日に始めに甲に任意同行を求めた点につき、実質的逮捕があったかについては、その時刻が午後1時頃という常識的な時刻であったことや、甲が素直にこれに応じていることから、実質的逮捕があったとはいえない。
- 2 2月11日夜～12日朝にかけての滞留について、実質的逮捕といえないか。
- (1) 確かに、始めに翌日に出頭してほしいとPが述べたとき、甲が出頭に難色を示したことや、滞留場所となったビジネスホテルHを紹介したのはPである。

しかしながら、Pから捜査の必要性があるため協力してほしいと説得されて、近くに泊まる場所を紹介して欲しいと言い出したのは甲であること、Hを紹介したところ甲は捜査員の同行などなくして自らビジネスホテルHまで歩いて行ったこと、当該ホテ

ルには、甲の自費負担で泊まったこと、甲の宿泊中に同ホテルに捜査員を派遣したりすることもなく監視等もなかったこと、翌朝も捜査員の同行なく甲は一人で出頭してきていることなどを考慮すると、本件滞留が甲の意思に反してその身体・移動の自由を奪ったものとはいえない。

3 では、取調べ①が任意処分の限界を超えたものとはいえないか、上述の規範を用いて検討する。

(1) 本件事件は、殺人および窃盗という極めて重大性の高いものである。そして、その盗まれたダイヤモンドの指輪を甲がM市内の質屋に質入れしたということから、少なくともこの指輪の窃盗に関して、ひいては殺人に関しても、甲が関わっている可能性は高く、容疑の程度も強い。そして、取調べ開始から2月12日夜9時ごろに至るまで、甲が取調べの中止、退去を訴え希望することもなかったのである。さらには、Pは、取調べ中には適時食事や休憩を甲に与えていたという事情もある。とすると、本件取調べが、朝から夜まで一日中続いていたものだとしても、事案の重大性、容疑の大きさ、被疑者が取調べ中に反抗したという事情もない今回においては、なお社会通念上相当と認められる方法、態様ないし限度をもって行われたといえる。

4 以上より、取調べ①は適法である。

### 第3 取調べ②について

1(1) 平成26年2月12日夜～2月13日朝にかけての滞留は実質的逮捕とはいえないか。甲は、はじめは連泊することを嫌がっていた

が、最終的には説得され、「分かりました。そうします。」といていること、同室に警察官が泊まることにも諦めて就寝していることから、甲の意思に反した実質的逮捕はなかったとも思える。

(2) しかしながら、そもそも甲としては連続して仕事を休むと勤務先に迷惑になるため帰して欲しい、「必ず出頭する」と約束しており、これまで素直に任意同行・取調べに応じてきた甲を連続して出頭させる必要性は高くない。そして、最終的な同意もPからの説得に応じて渋々ながらしたものであること、ビジネスホテルHに泊まったのも第2とは違い警察の費用での宿泊であったこと、当該ホテルへの移動も警察車両によって送り届けられたものであること、嫌がる甲を尻目に、鍵のかからないふすまで仕切られただけの隣の部屋にQら司法警察員が止まっていることから事実上の監視があったといえること、翌朝の出頭も甲は警察車両に乗せられて出頭させられてきていることなどから、第2と違い、本件滞留の時点で甲の意思に反して身体・移動の自由は奪われていたものといえる。したがって、本件滞留は実質的逮捕にあたるものといえる。

2(1) 仮に、本件滞留が実質的逮捕にあたらなとして、取調べにおいて任意捜査の限界を超えたものといえないか。上述のとおり、事案の重大性、甲の容疑の高さ、そしてこの日も甲が取調べ開始から逮捕まで取調べの中止、退去を訴えたりすることはなかったこと、Pも適時食事や休憩をとらせていたことなどを考えると、連日の昼夜にわたる取調べがあったといえども、なお本件取調べが社会通念上相当と認められる方法、態様ないし限度を超えたものといえることは

できない。

- 3 以上より、仮に2月12日夜～翌13日朝の滞留が実質的逮捕といえないのであれば、取調べ②は適法である。ただし、この滞留が実質的逮捕であると認定され、取調べ②も違法であるとされる可能性が非常に高い。

設問1 2について

第1 起訴後取調べの適法性の判断枠組みについて

- 1 (1) 起訴後は、被告人としての当事者としての地位を重視して、捜査機関や相手方当事者である検察官による強制処分は原則として避けられるべきである。
- (2) 取調べについては、あくまで質問に対し被疑者・被告人が任意に答える任意処分であり、一切許されないと考えるべきではない。
- 他方で、実務においては身体拘束されている被疑者については、198条1項但書を根拠に取調受任義務が認められていること、一応は任意処分であるが実質的に被疑者・被告人側から自発的に取り調べをやめるように求めることを期待するのは難しいという原状があることから、事実上強制処分的な性格を有する側面もあることは否定できない。
- (3) そこで起訴後取調べは、あくまで純粋任意に、被告人からなされる限度で適法であると考えべきである。検察官は、起訴後取調べをする際には最大の注意を払ってそれが純粋任意に行われることを確保すべきであり、例えば弁護士の立会いのもとで行われているなどの状況があれば、状況的にもその取調べの純粋任意性を担保でき

る。

第2 取調べ③について

- 1 本件取調べに際し、検察官Rは、弁護士を立ち会わせることなくこれを行っており、違法であるとも思える。
- 2 しかしながら、本件取調べの前に、Rは「嫌なら取調べを受けなくてもよいし、取り調べを受けるとしても、言いたくないことは言わなくてもよい」とわざわざ告げている。ここに、Rとして被告人甲の当事者としての地位に配慮し、あくまでも純粋任意の取り調べのみを行おうという意図が読み取れる。
- さらに、本件取調べの供述内容は、甲が窃盗の罪を認める供述から（刑法235条、10年以下の懲役または50万円以下の罰金）これを覆し、盗品等無償譲受の罪（刑法256条1項、3年以下の懲役）の罪を認める供述に変更するものであり、法定刑からもわかるとおり、甲自身に有利な供述に以前の供述を覆すというものである。
- 3 以上の事情から、弁護士の立会いはなくとも、本件取調べにおいては純粋任意の供述であったと認めることができるから、取調べ③は適法である。

設問2について

第1 立証方針の場合の公訴事実

検察官が④の方針を前提とすると、公訴事実は、「被告人は第1 平成26年2月2日午後7時頃、S県T市〇町・・・のU建設会社従業員寮の甲の居室において、乙から盗品と知りつつ、V所有の指輪1個を無償で譲り受けた。第2 平成26年2月3

日午後1時頃、（以下、資料公訴事実記載の第1と同じのため省略）」ということになる。

## 第2 訴因変更の可否

- 1 検察官は、訴因変更請求をする権限を有する（312条1項）が、④の方針を前提とした場合に、本件公訴事実記載の訴因から訴因変更をする必要があるか。
- 2(1) 訴因変更の可否については、従来から訴因の被告人への防御対象提示機能に着目し、いわゆる具体的防御説と抽象的防御説とよばれる対立が論じられてきた。
  - (2) しかしながら、訴因とは検察官が裁判所に対して判断を求める「罪となるべき事実」の具体的な主張であり、その第1次的機能は被告人に対する防御対象提示よりも裁判所に対する審判対象画定機能にある。とすると、訴因変更の可否は、まずはア審判対象画定の見地から必要不可欠な事実についてズレが生じたといえるかどうかから判断されるべきであり、肯定されれば訴因変更が必要と解するべきである。そして、アの見地からは訴因変更が必要とはいえなくても、イ被告人の防御の利益から、重要な事実についてズレがある場合にも訴因変更は原則として必要となると解するべきであり、ウ具体的審理経過に即して被告人の防御の利益が十分に図られている場合には例外として訴因変更は不要である。
- 3 資料公訴事実記載の訴因第2（窃盗）→設問2について、第1記載の第1（盗品等無償譲受）の認定について
  - (1) これについては時間、場所、犯罪の方法・態様のみならず、その

該当構成要件までもにズレが生じており、審判対象画定の見地から必要不可欠な事実についてまでズレが生じたといえる。（上述ア）したがって、訴因変更が必要である。

- 4 資料公訴事実記載の訴因第1（殺人）→設問2について、第1記載の第2（殺人）の認定について
  - (1) これについては、被害者、場所、殺害方法・態様等は一致しており、日時のみにはズレがある場合といえる。とすると、ア審判対象画定の見地から必要不可欠な事実についてのズレはない。しかしながら、イ犯罪時刻というのは、被告人のアリバイ事実の立証などに重要な意味をもちうるものであり、被告人の防御の利益からも重要な事実についてズレがあるといえる。ウ 具体的審理経過に照らすと、被告人は自らの殺人の罪を認めている以上、被告人の防御の利益は図られているとも思えるが、未だ公判期日前であり、被告人がこれから供述を覆す可能性があることも考えると、例外として訴因変更が不要な場面に該当するともいえない。
 

したがって、訴因変更が必要である。

## 第3 訴因変更の可否

- 1 訴因変更は、「公訴事実の同一性を害しない限度において」（312条1項）認められるが、本件で上述した訴因変更は「公訴事実の同一性」の範囲内にあるといえるか。
- 2 本件のようないわゆる狭義の公訴事実の同一性の判断においては、新旧訴因を比較して、①日時・場所・罪質等の基本的事実関係が社会通念上同一といえるかどうか、②①の基準で判断がつかなければ、新

旧訴因において法律上の非両立関係、択一関係がみとめられるかどうかを補完的基準として用いて判断すべきである（判例同旨）。なお、新訴因については設問2について、第1に示した第1、第2をそのまま新訴因として考えることとする。

2 旧訴因第1（殺人）→新訴因第2（殺人）について

- (1) 本件においては、時刻こそ異なるものの、場所、被害者、殺人という構成要件、殺害方法、殺害態様などすべて一致しており、①基本的事実関係が社会通念上同一であるといえる。
- (2) よって、この訴因変更は可能である。

3 旧訴因第2（窃盗）→新訴因第1（盗品等無償譲受）について

- (1) これについては、財産犯という罪質、被害物件としてのV所有のダイヤモンドの指輪は一致するものの、日時・場所・犯罪の方法等は異なっている。とすると、①の基準では判断がつかない。

そこで、②法律上の非両立関係、択一関係があるかどうかを考えると、実体法上、窃盗犯などの本犯については盗品等無償譲受罪は成立しないとされており、まさに法律上の非両立関係、択一関係にあるといえることができる。

- (2) 以上より、この訴因変更は可能である。

第4 以上から、検察官としては、④の方針を前提とすると、資料公訴事実記載の訴因第2（窃盗）を設問2について、第1記載の訴因第1（盗品等無償譲受）に、資料公訴事実記載の訴因第1（殺人）を設問2について、第1記載の訴因第2（殺人）に、それぞれ訴因変更請求（312条1項）をするべきである。

以上

— MEMO —

## 再現答案 Cさん 刑事系第1問 (106.95点 903~956位)

## 第1 甲の罪責

- 1 Aに授乳をせず、病院に連れて行くこともせずに、Aを死亡させたことにつき、殺人罪（刑法（以下省略）199条）の罪責を負うか。
- (1) まず実行行為があるか。Aは作為行為をせず不作為をしているにすぎないから、不真正不作為犯の実行行為性が問題になる。
- ア この点、実行行為とは構成要件の結果発生の現実的危険性を有する行為であるところ、不作為においてもかかる危険性を観念できる。
- そこで、自由保証機能との調和の観点から、①作為義務②作為可能性・容易性から作為との構成要件の同価値性があるなら、実行行為を認める。
- イ(ア) 本間において、甲はAの母親であり、監護義務を負っている（民法820条）。
- また、幼児であるAの他には甲と乙しかアパートに住んでいないため、Aを救助できるのが甲乙のみで、排他的支配がある。
- したがって、甲には、授乳をしたり、病院に連れて行く作為義務がある（①）。
- (イ) そして、甲は健康状態に問題がないからAに授乳することは可能で、かつ一緒に住んで側にいるから授乳は容易であった。
- また、Aは生後4ヶ月の幼児で小さいから女性の甲でも抱えて病院に連れて行くことが可能かつ容易だった。

- したがって、作為可能性・容易性がある（②）。
- (ウ) よって、生後4ヶ月と生命力の弱いAに授乳や病院に連れて行くことをしなかった不作為は、生命に危険のある行為で、作為との同価値性がある。
- ウ 以上より実行行為がある。
- (2) Aが死亡していて、死という結果が発生している。
- (3) では、因果関係があるか。Aの死因はタクシーとの衝突による脳挫傷であるため問題になる。
- ア この点、因果関係は偶発的結果の帰責を排除する概念であるから、(i)条件関係に加えて、(ii)行為の危険が現実化したといえることが必要である。
- そして、不作為犯においては、(i)条件関係は不作為に合わせたものとすべきなので、期待された作為がなされれば結果の発生しないことが合理的疑いを超える程度に確実であることが必要と解する。
- イ(ア) 本間において、授乳をやめた7月1日朝から48時間を経過する3日の朝までは、授乳を再開すればAは快復するため、授乳という作為をすれば死という結果が発生しないことが合理的疑いを超える程度に確実といえる。
- また、3日朝から、授乳をやめて72時間を超えない4日朝までは、病院で適切な治療を受ければAは救命されるので、病院に連れて行けば結果の発生しないことが合理的疑いを超える程度に確実といえる。



したがって、(i)条件関係がある。

(イ) 一方、危険の現実化といえるかが、死因がタクシー事故の脳挫傷のため問題になる。

確かに、死因はタクシー事故による脳挫傷で、甲の不作为による衰弱が死因となっていないため、不作为の危険が現実化したといえないとも思える。

しかし、仮にタクシー事故がなく病院に行ったとしてもAが助かる可能性はなく、2日後には確実に死亡していたところ、タクシー事故はAの死亡を早めたに過ぎない。

したがって、死亡が確実にあった以上不作为による死亡の危険が現実化したというべきで、(ii)危険の現実化といえる。

(ウ) よって、因果関係がある。

(4) では、構成要件的故意があるか。

この点、甲は6月末日頃にはAの殺害を決意しているところ、授乳をやめた7月1日の朝の時点で殺意たる構成要件の故意がある。

そして、確かに3日夕方にはAの殺害をやめようと考えているものの、Aが衰弱していて病院に連れて行く必要がある状態にあると認識しつつも病院に連れ行っておらず、生命の危険のある不作为であると認識して行っているから、この時点でも殺意が継続している。

したがって、構成要件的故意がある。

2 以上より、甲は殺人罪の罪責を負う。

## 第2 丙の罪責

1 丙は、甲に授乳をするように言うなどの措置をせず、Aを病院に連れて行くこともせず、Aを死亡させたことにつき、殺人罪の共同正犯(60条)あるいは幫助犯(62条1項)の罪責を負うか。

(1) そもそも、丙は殺人罪の共同正犯あるいは幫助犯となり得るか。作為をしたのではなく不作为であるため問題になる。

ア この点、共同正犯の一部実行全部責任の根拠は相互利用補充関係にあるところ、不作为であってもかかる関係を観念できる。

また、幫助とは犯行を容易にすることであるが、不作为であっても容易にすることができる。

そこで、自由保証機能との調和から、①作為義務②作為可能性・容易性から作為との同価値性があればなり得ると解する。

イ(ア) 本問において、確かに、丙は甲と異なりAとの親子関係はない。

しかし、丙はA甲と同居しているところ、Aに対する救済措置を取れるのは丙甲しかおらず、排他的支配がある。

また、Aを溺愛している甲の母親に嘘をつき来ないようにさせているところ、排他的支配を自ら作出したといえる。

そして、丙はAのおむつ交換や入浴などの育児に協力していたこともあるところ、同居により親子に類似した関係

を形成しており、条理上の作為義務があるといえる。

したがって、①作為義務がある。

(イ) 一方、甲は丙が何か言ったら諦めようと考えていたから、丙が甲に授乳させることは可能かつ容易だった。

また、甲の母親はAを溺愛していて、Aの衰弱を見れば病院に連れて行くことが確実だから、甲の母親と共にAを病院に連れて行くことが可能かつ容易だった

したがって、②作為が可能・容易である。

(ウ) よって、丙の不作为は、生後4ヶ月と生命力の弱いAを死亡させるにつき作為と同価値の危険性があり、共同正犯あるいは幫助犯となり得る。

(2) では、共同正犯と幫助犯のどちらとなるか。

ア この点、共同正犯の一部実行全部責任の根拠は相互利用補充関係にあるところ、「共同」（60条）というには、意思の疎通が必要で、片面的共同正犯は成立しないと解する。

イ 本問において、甲は丙に気づかれぬようにAを殺害しようと決意しており、その後も丙が気づいていないと考えていたから、甲丙間に意思の疎通はなく「共同」といえず、共同正犯は成立しない。

ウ しかし、「幫助」（62条1項）とは犯行を物理的・心理的に促進させることであるところ、Aに授乳するに言う措置をせず、Aに嘘をつき家に来させなかったことで、犯行を物理的に促進させている。

したがって、幫助犯となる。

(3) そして、因果関係は前述のように(i)条件関係と(ii)危険の現実化から判断する。

本問において、丙が言えば甲を授乳をしたし、甲の母親が家に来ていれば病院に連れていくはずだから、作為をすれば結果発生しないことが合理的疑いを超える程度に確実で(i)条件関係がある。

また、甲同様に死因がタクシー事故によるものでも危険の現実化(ii)がある。

したがって、因果関係もある。

(4) そうだとしても、丙はAが自分の子でないし甲の責任だと考えていることから、構成要件の故意が阻却されないか。作為義務の錯誤が問題になる。

ア この点、故意責任の本質は規範に直面したにも関わらず行為に出たことに対する道義的非難にあるところ、規範は構成要件の形で与えられるから、構成要件の認識が必要である。

ただし、裁判官の評価が必要な規範的構成要件たる作為義務等は、素人的な意味の認識があれば規範に直面できるので、その程度で故意が認められる。

イ 本問において、確かに、丙は自分がAの親ではないから責任は甲にあると考えている。

しかし、自分が生後四ヶ月と生命力の弱いAと同居している事実は認識しているところ、Aの生命を守るために何らかの作

為をすべき立場にあるという素人的な認識はある。

したがって、構成要件の故意がある。

2 以上より、丙は殺人罪の幫助犯の罪責を負う。

### 第3 乙の罪責

1 まず、甲方に立ち入ったことにつき住居侵入罪（130条前段）の罪責を負うか。

(1) 甲に無断で立ち入ったことが「侵入」にあたるか。甲方は乙名義で契約されているため問題になる。

ア この点、住居侵入罪の保護法益は住居の管理権者の意思にあるところ、管理権者の意思に反した立ち入りが「侵入」にあたる。

イ 本問において、名義が乙であることから、乙も住居の管理権者であるとも思える、

しかし、現在は甲丙Aが同居していて乙に生活実態はなく、家賃も甲が支払っているから乙は経済的負担もないので、乙は管理権者でなくなり、甲のみが管理権者である。

そして、甲は乙に「二度と来ないで」と言い、乙が合鍵を所持することも知らなかったから、乙が甲に無断で立ち入ることは、管理権者甲の意思に反した立ち入りといえ、「侵入」にあたる。

(2) また、管理権者が甲のみになっているから甲方は「人の住居」にあたり、名義人とはいえ管理権者でないから「正当な理由がない」といえる。

(3) したがって、かかる罪責を負う。

2 次に、Aを甲方から連れ去ったことにつき、未成年者略取罪（224条前段）の罪責を負うか。

(1) この点、保護法益は保護者の意思にあるところ、「略取」とは、保護者の意思に反して無理やり奪うことをいう。

本問において、乙もAの親ではあるものの、母親で保護者の甲の意思に反して無断で連れ去っているから「略取」といえる。

(2) また、自分の子供とはいえAと同居している甲に無断で連れ去ることは社会的に相当な手段でないから違法性阻却もされない。

(3) したがって、かかる罪責を負う。

3 以上より、住居侵入罪と未成年者略取罪の罪責を負い、両者は併合罪となる。

以上

## 再現答案 Cさん 刑事系第2問 (106.95点 903~956位)

## 第1 設問1

## 1 小問1

## (1) 一般論について

ア まず、刑事訴訟法（以下省略）197条1項但書により、法律による特別の定めのない「強制の処分」にあたれば捜査は違法となる。

この点、同条但書の趣旨は、権利侵害の強度な手段に立法府の判断及び司法府の判断（令状主義、憲法35条）を経ることを要求し、もって、人権侵害を防止する点にある。

したがって、「強制の処分」とは、権利侵害の強度な手段、すなわち①個人の意思を制圧し②身体・住居・財産等に制約を加えるものであると解する。

イ そして、「強制の処分」にあたらなくても、捜査比例の原則（憲法13条参照）から、(i)捜査の必要性、(ii)緊急性、(iii)(i)(ii)と被侵害利益を衡量して相当、といえなければ、任意捜査の限界を超えて違法になると解する。

## (2) 取調べ①について

ア 「強制の処分」にあたり違法か。

(ア) この点、甲は11日の取り調べの際に翌日の出張に難色を示したものの、説得されると「1日くらい…応じてよい」と承諾し、12日も捜査官の同行なく1人で自らの意思で出頭しているから、自らの意思で取り調べに応じているといえる。

また、取調べ開始後も、甲が中止を訴えたり退去を希望したことはなかったことから、取調べ開始後も甲は自らの意思で取調べに応じているといえる。

(イ) したがって、甲は自らの意思で応じているから、①個人の意思を制圧とはいえず、「強制の処分」にあたらぬ。

イ 任意捜査の限界を超えて違法か。

(ア) この点、殺人事件という重大事件だから捜査の必要性があり(i)、被害を防止すべき緊急性がある(ii)。

(イ) 一方、確かに甲は11日には翌日の出頭に難色を示しているが、結局は説得されて承諾しており、出頭を強制されていない。

また、宿泊を伴っているものの、甲の側から宿泊の提案がなされ、しかも歩いていき自費で、捜査員の派遣もないことから、宿泊中の監視や制約はなされておらず、身体の自由の侵害はない。

そして、取り調べ中も適宜食事や休憩が取られ体力に配慮されているから、身体に対する侵害の程度は小さい。

したがって、必要性・緊急性がある中で、被侵害利益の侵害の程度が小さいから、相当な手段である(iii)。

(ウ) よって、限界を超えておらず適法である。

ウ 以上より、取り調べ①は適法である。

## (3) 取調べ②について

ア 「強制の処分」にあたり違法か。

(ア) この点、確かに一旦寮に帰りたいたいと述べているものの、結局は説得されて渋々ながらも宿泊を承諾したから、自らの意思で宿泊に応じたといえる。

また、宿泊に際して警察官に帰ってほしいと訴えているものの、結局は説得されて承諾しているから、宿泊の態様についても自由意思で応じたといえる。

そして、ホテルから警察署へは警察車両で出頭しているが、甲が出頭に際して抵抗したことはないから、徒歩20分もかかることに配慮して行われたものといえ、甲の自由意思による出頭であることに変わりはない。

(イ) したがって、甲は自らの意思で応じているから、①個人の意思を制圧とはいえず、「強制の処分」にあたらぬ。

イ 任意捜査の限界を超えて違法か。

(ア) この点、殺人事件という重大事件だから捜査の必要性があり(i)、被害を防止すべき緊急性がある(ii)。

(イ) 一方、確かに、甲が取調べの中止を訴えたりしたことはなく、食事等も適宜取られていたことからすると、甲の意思の侵害がなく、体力への配慮もされているから、侵害の程度は小さいとも思える。

しかし、甲が宿泊した6畳和室から通路に出るには必ず8畳和室を通らなければならない、8畳和室には捜査員が3名も待機していることから、甲が捜査員に知られることなく部屋の外に出ることはできない状況で、移動の自由への侵害の程

度が大きい。

また、和室間はふすまで仕切られるだけで錠がかからない構造だから、甲は部屋の中にもいつ捜査員に覗かれるかわからない状況なので、他人に知られたくないと思う行動は取ることができず、行動の自由の侵害が大きい。

そして、ホテルが警察費用で確保されていることから、甲には費用を出してもらっていることによる遠慮が生じ、行動が制約されることになる。

したがって、必要性・緊急性はあるものの、被侵害利益の侵害の程度が大きいので、相当とはいえない(iii)。

(ウ) よって、任意捜査の限界を超えて違法である。

ウ 以上より、取調べ②は違法である。

## 2 小問2

(1) 取調べ③は適法か。起訴後拘留中の取調べで問題になる。

ア この点、起訴後は被告人は公判における一方当事者としての地位を有することになるところ、公判においては公判を通じて当事者の平等を図るという公判中心主義が妥当することになる。

したがって、起訴後に被告人が取調べの対象となると捜査側主導に行われることにより当事者の平等が害され公判中心主義に反するから、起訴後拘留中の取調べは原則として違法になると解する。

しかし、(iv)被告人が任意に応じた場合で、かつ、(v)弁護

人が側にいる場合など被告人にも一方当事者としての地位が保障されている場合には、当事者の平等が害されないので、例外的に取調べが適法になると解する。

イ 本問において、確かに、検察官Rは「嫌なら取調べを受けなくてもよい」「言いたくないことは言わなくてもよい」と甲に述べて甲の自由意思を尊重しているところ、甲自らそれに応じたので、(iv)被告人が任意に応じた場合、にあたる。

しかし、Rは弁護士を立ち会わせることなく取調べを行っている。この点、被告人は法律の知識を有せず相手方当事者の検察官とは法的知識に差があるため、法律の専門家たる弁護士の力を借りることで、法的知識の均衡が取れ、当事者としての地位が保障されることになる。したがって、弁護人の立ち会いがないため、(v)一方当事者としての地位が保障されている場合にあたらない。

(2) よって、取調べ③は違法である。

## 第2 設問2

1 検察官は盗品無償譲受罪を認定させるために、訴因変更（312条1項）の措置を講じるべきか。まず訴因変更の要否が問題になる。

(1)ア 審判対象は検察官の主張する具体的犯罪事実たる訴因であるが、訴因には審判対象を確定する機能と被告人の防御機能がある。

そして防御機能は公判を通じて実現されるものであり、第一次的な機能は識別機能であるから、審判対象確定に必要な事実

に変化があれば訴因変更が必要になると解する。

イ この点、訴因とは特定の構成要件に該当する具体的犯罪事実だから、構成要件該当事実は審判対象確定に必要な事実にあたる。

また、識別機能が第一次的機能だから、他の犯罪事実と区別するための事実も審判対象確定に必要な事実である。

(2) 本問において、資料の公訴事実は被告人が指輪を窃取したという窃盗罪（刑法235条）を構成する事実であるが、検察官が立証したいのは乙から指輪を無償で譲り受けたという盗品無償譲受罪（刑法256条1項）を構成する事実である。

したがって、別の構成要件を構成する事実に変化するため、審判対象確定に必要な事実に変化がある。

(3) よって、訴因変更が必要である。

2 では、訴因変更が可能か。「公訴事実の同一性」の限度で認められるため（312条1項）、その該当性が問題になる。

(1) この点、審判対象は訴因であるから、公訴事実の同一性とは、一回的解決の要求と被告人の防御の利益を調和する観念にすぎない。

したがって、被告人の防御の利益より紛争の一回的解決を優先すべき場合、すなわち基本的事実関係に同一性があれば「公訴事実の同一性」があると解する。

また、両事実が非両立の場合にも結局は一つの実事ということになるから、非両立なら基本的事実関係が同一になるといえる。

(2) 本問において、窃盗罪を犯した者は、それにより法益侵害が尽く

されているので、不可罰的事後行為として盗品等譲受罪で処罰されることはない。

したがって、両事実は非両立となり、基本的事実関係が同一で、「公訴事実の同一性」がある。

(3) よって、訴因変更が認められる。

3 以上より、訴因変更の措置を講じるべきである。

以 上

## 再現答案 Dさん 刑事系第1問 (96.57点 1603~1699位)

## 第1 甲の罪責

甲は、Aの救命に必要な措置をせず、Aを死亡させたため、殺人罪（199条）が成立しないか。

- 1 不作為であっても法益を侵害することはできるから、一定の場合には不作為による殺人罪の成立を認めるべきである。もっとも、処罰範囲限定のために、不作為犯の成立には作為義務を要求すべきである。

作為義務の存否は、①法益に対する危険を排他的に支配していたかどうか、②その危険は意識的に引き受けたものなのか③作為可能性があったかを考慮して決する。

①Aは甲方という密室にいること、丙はAに対して無関心になっていたことから、Aの生命に対する危険は甲が排他的に支配していたといえる。②また、甲はAの肉親で日ごろからAの世話をしているから、Aの生命を預かるべき地位にあったといえ、危険を意識的に引き受けたといえる。③甲がAを病院に連れて行くことに特に困難な事情はなく、作為可能性もある。

以上から、甲は、Aを病院に連れて行き適切な措置を受けさせるといふ作為義務を負っていたのに、これを怠り、作為義務に違反したといえるから、殺人罪の実行行為が認められる。

- 2 では、甲の実行行為とAの死との間に因果関係はあるか。

不作為の場合、因果関係としては十中八九救命できたという可能性が必要である。Aは7月3日夕方の時点では授乳等がされなくなつてから48時間以上経過しているが、病院で措置を受けさせれば救命できたのだから、十中八九の救命可能性があったといえる。

なお、Aの死因が脳挫傷であり、タクシーの衝突という事情が介在していることから、因果関係が否定されるとも思える。しかし、甲の実行行為がAの生命に対する高度の危険性を有していたこと、タクシーの衝突の時点ですでにAの救命は不可能であつて、かかる事情はAの死期を少し早めたに過ぎないことから、因果関係は否定されない。

- 3 そして、因果関係が否定されない以上、甲に中止犯（43条但書）も成立せず、授乳したという事情は情状（66条）として考慮されるにとどまる。

- 4 そして、甲は6月末ごろからAの殺害を決意し、その意思は継続しているから殺意も認められる。

以上から、甲に殺人罪が成立する。

## 第2 丙の罪責

丙は、甲がAを殺害しようとしていることを知りつつ、見て見ぬふりをしており、殺人幫助罪（199条、62条）が成立しないか。

- 1 まず、丙は甲の母に嘘を言うなどして救命を妨害しており、作為犯として考えることも不可能ではないが、この行為も結局はAを見殺しにするという目的に向けられているから、不作為として捉えるべきである。

- 2 では、不作為の場合でも「幫助した」といえるか。幫助とは正犯による犯罪の実行を容易にする行為をいうが、不作為によつても、正犯の犯行を容易にすることはできる。ただ、幫助という概念がもともと



広範であり、不作為となれば尚更である。

そこで処罰範囲限定のために、「幫助した」といえるには正犯の犯行を阻止する義務に違反したことが必要と考える。その義務の存否については、第1の1で述べた基準で判断する。

①甲方という密室において、甲がAを殺そうとしている以上、それを止められるのは丙しかいないから排他的支配があるといえる。②丙はAの親ではないものの同居しており、Aのおむつ交換などの世話もしていたから、Aの生命に対する危険を引き受けたといえる。③甲に対して、授乳や病院への搬送を進言することが困難とはいえないから作為可能性もある。

以上から、丙は、甲に対して犯行をやめるよう進言し犯行を阻止する義務を負っていたのに、これを怠っているから、「幫助した」といえる。

- 3 ここで、甲が「丙は自分の意図に気づいていない」と考えていることから、いわゆる片面的幫助の成否が問題となる。

幫助においては正犯の犯行を容易にすることこそが重要であって、共同正犯（60条）と異なって意思連絡は不要である。よって片面的幫助も認められるから、甲が丙の意図に気づいていない点は結論に影響しない。

- 4 そして、丙は「授乳しないのは甲の責任だ」と考えているから、作為義務の認識がなく故意阻却されないかも問題となる。

故意責任の本質は規範に直面し反対動機を形成すべくにもかかわらずあえて犯行に及ぶことに対する非難にある。そして規範は構成要件

として与えられているから、故意としては構成要件事実の認識が必要である。

ただし、作為義務の存否はいわゆる規範的構成要件であり、一般人に裁判官と同等の認識を要求するのは困難だから、反対動機形成に足る程度の素人的認識で足りる。

丙は、Aが頻繁に足をばたつかせるなどしていて、生命の危機があることには気づいていたのだから、自分が甲の犯行を阻止すべき地位にあるとの素人的認識はある。よって故意阻却されない。

以上から、丙には、殺人幫助罪が成立する。

### 第3 乙の罪責

- 1 甲方への立ち入りについて

乙に住居侵入罪（130条）が成立するか。

- (1) まず、甲方は甲らの起臥寝食の場所として「住居」にあたる。  
 (2) では、「侵入」といえるか。侵入とは管理権者の意思に反した立ち入りをいう。

甲方は乙名義であること、乙は合鍵を所持していたことから甲にも管理権はあるが、甲乙は別居していること、甲は乙に二度と来るなどと言っていること、現在住んでいるのは甲であって乙ではないことに照らすと、甲の管理権が優先されると考える。よって、管理権者は甲として捉えるべきであり、乙の立ち入りはその意思に反しているため、侵入に当たる。

- (3) もっとも、後述のように「正当な理由」があるため、結局住居侵入罪は成立しない。

2 Aの連れ去りについて

(1) 乙がAを連れ去った行為は、未成年者略取罪（224条）の構成要件に該当する。

(2) もっとも、乙は親権者であるため、正当行為（35条）として違法性阻却されないか。

刑法の目的は法益保護のみならず社会的倫理秩序の維持にもあるから、違法性とは社会的相当性を欠いた法益侵害である。すなわち、正当行為とは、社会的相当性を有する行為である。

具体的には①目的が正当であり、②手段が必要かつ③相当性を有することが必要である。

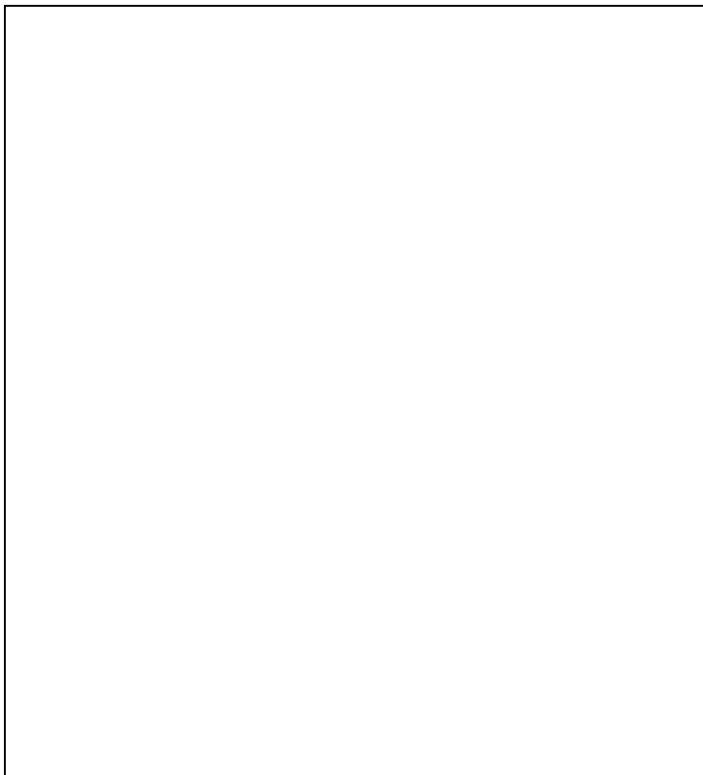
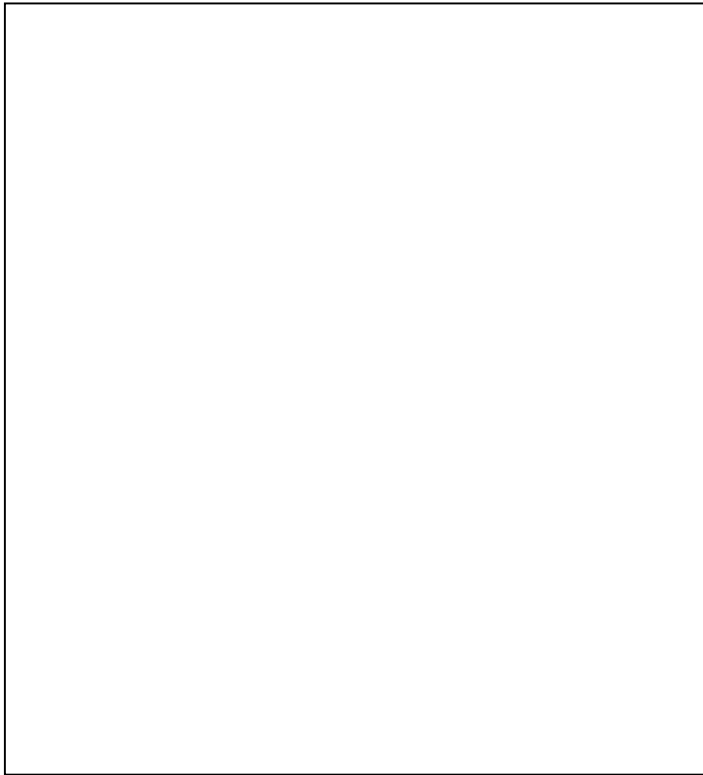
①乙は自らの親権（民法820条）の保全のためという正当な目的を有している。②甲による監護は期待しがたい状況にあったため必要性が認められるし、③抱きかかえるという行為態様は危険ではないから、相当といえる。

よって、乙の行為は正当行為として違法性阻却される。そうである以上、「正当な理由」ありとして住居侵入罪も成立しないことになる。

第4 罪数

甲には殺人罪、丙には殺人幫助罪が成立し、乙には犯罪が成立しない。

以上



## 再現答案 Dさん 刑事系第2問 (96.57点 1603~1699位)

## 第1 設問1

## 1 取り調べ①について

- (1) 取り調べ①は、「強制の処分」（197条1項但書）にあたり違法ではないか。

強制の処分とは、特別の定めがない限り許容できないほど人権侵害の恐れが強い処分をいい、具体的には、個人の意思を制圧し、その身体・住居・財産等に制約を加える処分をいう。

取り調べ①については、甲は、一度は出頭に難色を示したものの、結局は一日ぐらいなら応じてよいと返答しているし、出頭の際も一人で自主的にしていることから、「意思の制圧」はなかったといえる。よって、取り調べ①は「強制の処分」にはあたらない。

- (2) もっとも、任意の処分といえども比例原則による制限を受ける。そのため、任意の取り調べは、事案の性質、嫌疑の程度、被疑者の態度等の事情を考慮し、社会通念上相当な範囲でのみ認められる。

本問では、窃盗と殺人という事案は重大である。そして、甲は盗まれたダイヤモンドを質入れしたことが判明しており、Wによると多額の借金を抱えていたことから、少なくとも窃盗に関与しているという嫌疑が相当強いといえる。

そして、ホテルHはPが紹介したものの、そもそもホテルへの宿泊は甲の方から提案したこと、甲は自ら歩いて行き、自費で宿泊したこと、Pは捜査員を同行させたり、ホテルに捜査員を派遣したりしなかったこと、取り調べの際は適宜食事や休憩を取らせ

たこと、甲が取り調べの中止や退去を希望したことはなかったことなどに照らすと、甲は、自らすすんで積極的に取り調べに応じていたと認められるから、甲の意思決定の自由に対する制約の様子はそれほど強くないといえる。よって取り調べ①は、社会通念上相当といえる。

以上より、取り調べ①は適法である。

## 2 取り調べ②について

- (1) 取り調べ②についても、甲は渋々ながら「わかりました」と言って取り調べに応じているから、意思の制圧とまでは言えず、「強制の処分」とはいえない。

- (2) そこで、さらに、任意の取り調べとして適法といえるかを検討する。

たしかに、2月12日の時点で甲がVを殺して指輪を盗んだ旨自白していることから、甲の嫌疑がさらに高まり、取り調べの必要性が高まったことは否定できない。

しかし、甲は、「社長に相談したい」といったんは取り調べを拒否する態度を示している。また、今回、Hホテルの宿泊費は警察が出したこと、甲の客室はホテルの7階であり、甲のいる6畳和室から通路に出るためには警察官3名のいる8畳和室を通らなければならないから、甲としては常に警察官に監視されている状況にあったこと、出頭の際も警察車両に乗せられていたことに照らすと、甲は、取り調べを断りたくても断ることの難しい状況に置かれていたといえるから、当日に取り調べの中止や退去を訴え

たことがないとしても、その意思の自由に対する制約はかなり強いと言わざるを得ず、社会通念上相当とはいえない。

したがって、取り調べ②は、任意の取り調べとしては限界を越え違法である。

### 3 取り調べ③について

かかる取り調べは甲が起訴された後で行われているが、そもそも被告人を取り調べることは適法か。

刑訴法には被告人の取り調べを直接定めた規定はなく、また、被告人を取り調べの客体とすることは当事者主義に反する恐れがあることも否定できない。

しかし、本来、任意の捜査は自由に行えるはずであり（197条1項本文）、当事者主義を没却しない程度の取り調べは許容されると解される。

そこで、被告人の取り調べは、①必要性があり②任意性を確保していれば適法と解する。

①起訴後、乙がW方でダイヤの指輪を盗んだ旨自白したこと、指輪を甲に譲渡した旨供述したこと、Vの宝石箱から乙の指紋が発見されたことから、甲が窃盗の犯人ではない可能性が浮上しており、取り調べの必要性があった。②Rは甲に対して、嫌なら取り調べに応じなくてよいし、言いたいことは言わなくてよい旨告げているから任意性は確保されている。なお、弁護人の立ち会いが無くても任意性は否定されない。

以上から、取り調べ③は適法である。

## 第2 設問2

検察官は、当初の公訴事実（訴因）とは異なる事実を公判で立証しようと考えているため、訴因変更の請求（312条1項）をすべきではないか。

### 1 訴因変更の要否

そもそも訴因変更なしに検察官の方針通りの有罪判決をできるなら、訴因変更請求の意味が無いから、まずは訴因変更の要否を検討する。

訴因とは後半での審判対象たる具体的な犯罪事実の記載であり、裁判所に審判対象を示し、被告人に防御の対象を示す機能を持つ。

そうすると、事実の食い違いが生じる場合には訴因変更を要するということになりそうであるが、常に必要とすると訴訟不敬罪となり不合理である。

そこで、①審判対象たる事実が変動する場合には常に訴因変更必要、②①の事実には当たらないが、被告人の防御にとって重要な事実が訴因で明示され、それが変動する場合には原則として訴因変更が必要、③ただし②の事実が変動しても、具体的な訴訟の経過に照らして被告人にとって不意打ちでなく、より不利益でない場合は訴因変更が不要となると解する。

以下、公訴事実の第1と第2で分けて検討する。

#### (1) 公訴事実第1について

公訴事実第1については日時が2月2日から3日かという違いしかなく、いずれにせよ殺人罪を構成するから①の観点からは訴因

変更不要である。

ただし日時は一般的に被告人の防御にとって重要なので②の観点から原則として訴因変更が必要になるはずであるが、本件では甲が自ら犯行の日付は3日であると述べているから不意打ちにならず、またいずれにせよ罪責に影響しないから、より不利益になるともいえない。結局、③の観点から訴因変更は不要となる。

(2) 公訴事実第2について

窃盗と盗品等無償譲受罪は全く別の犯罪であるから審判対象が異なり、①の観点から訴因変更が必要である。

以上より、公訴事実第2についてのみ訴因変更が必要である。

2 訴因変更の可否について

訴因変更は、公訴事実の同一性の範囲でのみ行うことができる。ここでいう公訴事実の同一性とは、訴因変更の限界を画する機能概念であり、基本的な事実関係が同一であれば満たされる。

基本的な事実関係の同一性は、日時・場所・行為等の共通性のほか、両方の事実が非両立の関係にあるかどうかを考慮して決する。

ここで、公訴事実第2と検察官が立証しようとする事実とは時間に6時間の開きがあり、場所も全く異なるものの、同一の指輪を客体としており、実体法上どちらかしか成立しえないという非両立の関係にあるといえる。

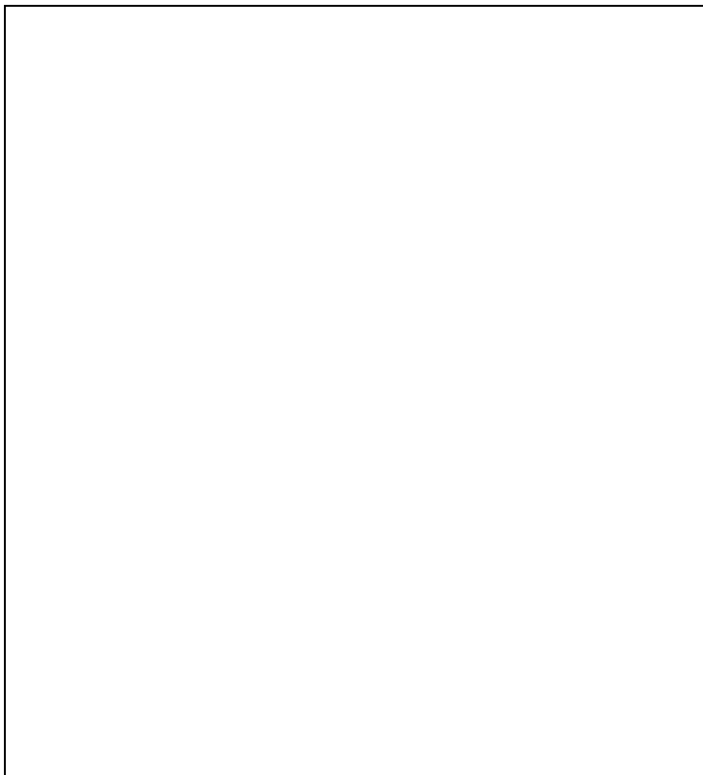
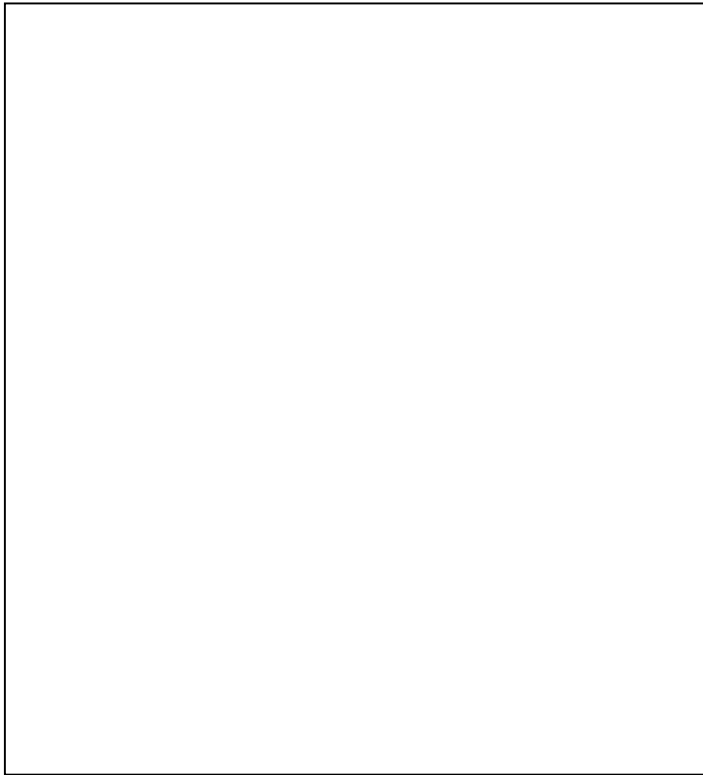
よって、公訴事実の同一性があるから訴因変更は可能である。

3 結論

以上より、検察官は、公訴事実第2について訴因変更の請求をすべ

きである。

以 上



## 再現答案 Eさん 刑事系第1問 (85.08点 2568~2657位)

## 第1 甲の罪責

- 1(1) A死亡させたことについて殺人罪（199条）が成立するか。甲が授乳等をやめたという不作為について実行行為性が認められるか。
- (2) 実行行為とは、結果発生の現実的危険性のある行為をいうところ、不作為であっても法益侵害の現実的危険性があれば、実行行為として認められると解する。もっとも、結果と因果関係のある不作為をすべて実行行為とすると処罰範囲が無限定となることから、作為との同価値性が認められることを要する。具体的には、①作為義務の存在、②作意の容易性・可能性を要する。
- そして、(i) 法令、(ii) 契約・事務管理、(iii) 条理・慣習から総合的に考慮して、作為犯と同視できる場合に①が認められると解する。
- (3) 本問では、甲はAの母親であり法令上Aを保護する義務があるから、①を満たす。また、甲はこれまでAに授乳等を施してきた母親であり授乳等を再開することは容易かつ可能であったといえるから、②も満たす。
- よって、甲の不作為の実行行為性は認められる。
- 2(1) もっとも、Aはタクシーとの衝突により死亡しているところ因果関係が認められるか。
- (2) この点について、因果関係の意義は偶然の結果を帰責させない点にある。そうだとすれば、因果関係が認められるかは、条件関係を前提に、行為の危険性が結果に現実化したかにより決せられると解

すべきである。

具体的には、本問のように行為後の介在事情が問題となる場合、まず(i)当該行為の危険性、(ii)介在事情の結果発生への寄与度を検討する。そして、本問のように(i)が結果発生の直接の原因となっていない場合、(iii)当該行為の介在事情への影響が大きいといえるときには、介在事情を当該行為が支配したと評価できることから、当該行為の危険性が現実化したといえ、因果関係が肯定される。

- (3) これを本問についてみると、甲は7月1日朝から3日の夕方までの72時間授乳等をしなかったところ、通常このような場合には病院で適切な治療を受けさせても救命することが不可能となるとされているから、甲の不作為の危険性は高かったといえる(i)。

他方、タクシー運転手による衝突が、A死亡の直接の原因となっており、介在事情の結果発生への寄与度は高いといえる(ii)。

しかし、乙が手を挙げてタクシーを拾おうとしたことにより衝突がおきているところ、乙は、Aが上記甲の不作為によりひどく衰弱していることに気がついたためにタクシーを拾っている。そうだとすれば、甲の不作為が介在事情を支配していたといえる(iii)。

よって、甲の不作為が結果に現実化したといえ、因果関係が認められるといえる。

- 3(1) 甲は7月3日夕方から授乳等を再開していることから中止犯（4



3条ただし書）が成立しないか。

- (2) この点について、中止犯は、刑の必要的減免という報償を与えることにより、法益侵害結果発生を防止することにある。そうだとすれば、結果が発生してしまった場合には適用がないと解すべきである。
- (3) 本問では、上述のとおり結果が発生しているから、甲に中止犯の適用はないといえる。

よって、甲には殺人罪が成立する。

## 第2 丙の罪責

### 1 片面的共同正犯（60条）

- (1) 丙は甲のA殺害意図を察知して、自分もAが死んでしまえばいいと思い、見て見ぬふりをしていることから、甲のA殺人について共同正犯が成立しないか。
- (2) この点について、共同正犯が正犯として処罰される根拠は、共犯同士が互いに相互利用補充関係にあるからである。  
 そうだとすれば、意思連絡のない片面的共犯は、相互利用補充関係にあるとはいえず、共同正犯とはなりえないと解する。
- (3) 本問では、甲は丙が自己の意図に気がついていることを認識しておらず、意思の連絡がない。よって、丙は共同正犯とはなりえないといえる。

### 2 不作為による幫助（62条1項）

- (1) そうだとしても、丙は幫助犯とならないか。
- (2) この点について、幫助とは実行行為を容易にすることをいうとこ

ろ、正犯との間に意思の連絡がなくとも、実行行為を容易にすることは可能である。また、62条の文言上意思の連絡は要求されていない。したがって、片面的幫助犯は成立しようと解する。

- (3) 本問でも、丙に幫助犯が成立しうる。

### 3 不作為による幫助（62条1項）

- (1) 丙は単に見て見ぬふりをしているのみであるから、幫助行為が認められるか。
- (2) この点について、幫助とは正犯者の実行行為を容易にすることをいうところ、他人の犯罪行為を認識しながら、作為義務に反して不作為にとどまることは、犯罪行為を容易ならしめるといえる。そこで、①作為義務の存在、②作為の容易性・可能性がある場合には、幫助行為が認められると解する。
- (3) 本問では、丙も約1ヶ月間はAと同居して、そのうち20日間はAのおむつ交換や入浴などをして育児に参加していたことから、条理上、Aに授乳等をする義務が認められる(①)。そして、たしかに、丙は男性であり自己が授乳することは不可能であるものの、甲に声をかけて授乳等を促すことは容易であったから、作為の容易性・可能性も認められる(②)。

よって、幫助行為があったといえる。

### 4(1) では、因果関係が認められるか。

- (2) 幫助は、正犯の実行行為を容易にすれば足りるから、幫助行為と正犯結果との因果関係までは要せず、幫助行為と正犯の実行行為との間に因果関係が存すれば足りる。

(3) 本間についてみると、甲は丙に声をかけられれば授乳等を再開するつもりであったから、丙の不作为と甲の不作为との間に因果関係が認められる。

したがって、因果関係が認められる。

5 よって、丙には殺人罪の幫助犯（199条、62条2項）が成立する。

### 第3 乙の罪責

1 (1) 乙が甲方アパートに立ち入った行為について住居侵入罪（130条前段）が成立するか。甲方アパートは乙名義のままであり、また乙は合鍵を持っていたため「侵入」といえるか問題となる。

(2) 「侵入」とは、住居権者の意思に反する立ち入りをいう。

(3) 本間では、確かに、名義は乙のままであるものの、家賃は甲が支払っているから、乙は住居権者ではなく、実際に居住している甲及び丙が住居権者といえる。そして、甲は乙に対して「二度とアパートに来ないで。アパートの鍵は置いていって。」と言われており、甲が乙の立ち入りを拒絶していること、乙の合鍵所有を認めていないことは明白であるから、乙の甲方への立ち入りが甲の意思に反していることは明らかである。

よって、乙には住居侵入罪が成立する。

### 2 未成年者誘拐罪

(1) 乙は、自分の子であるAを甲方から連れ出しているところ、「略取」にあたるか。

甲と乙は離婚しておらず、乙はAの親権者（民法条）であるこ

とから問題となる。

(2) この点について、本罪は未成年者の心身の保護を目的としていることから、民法上の親権者であっても、事実上当該未成年者を監護している生活環境から連れ去る行為は「略取」にあたりと解する。

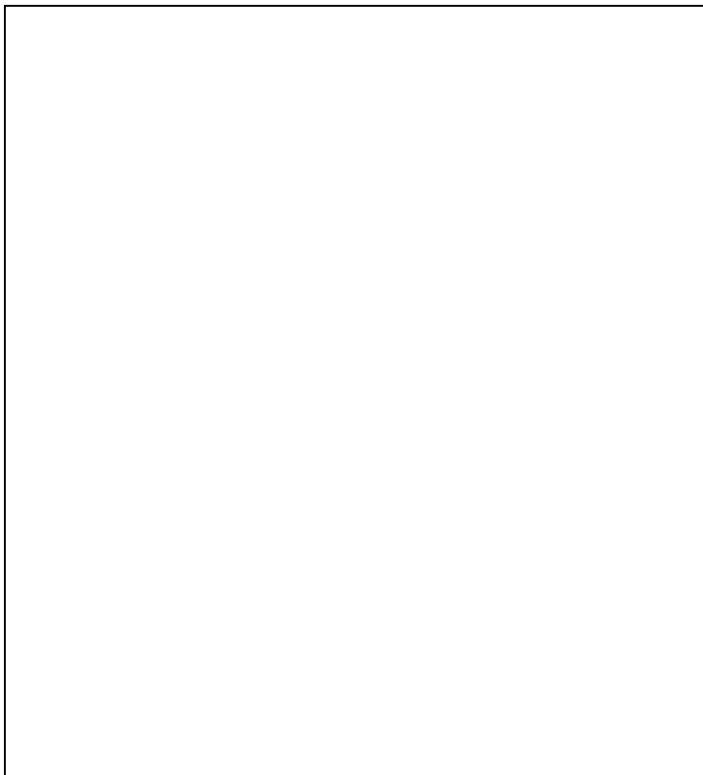
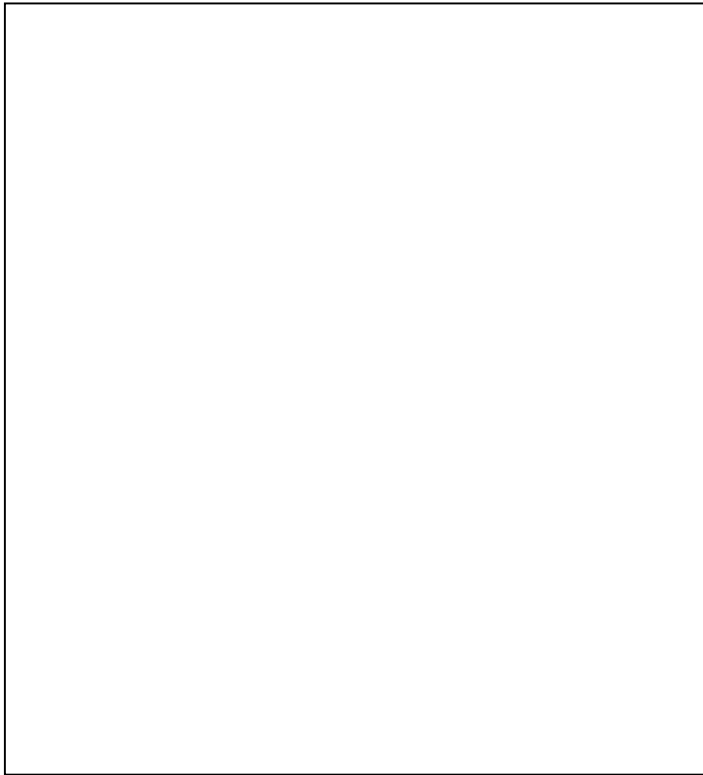
(3) 本間では、乙は5月1日から甲と別居しており、同日からすでに2ヶ月間は甲が甲方においてAを監護していたものであるから、そのような場所からAを連れ去る行為は「略取」に当たるといえる。

よって、乙には未成年者略取罪が成立する。

### 3 罪数

住居侵入罪と未成年者略取罪の併合罪（45条前段）となる。

以上



## 再現答案 Eさん 刑事系第2問 (85.08点 2568~2657位)

## 第1 設問1

## 1 小問1

- (1) 取調べ①②は、被疑者取調べであり任意捜査（刑法197条1項本文）としてなされているところ宿泊を伴っている。このような捜査は適法か。
- (2) この点について、任意捜査であっても比例原則（警察官職務執行法1条2項）による制約を受けることから、そのような捜査を行う必要がありかつ社会通念上相当と認められるかぎりにおいて適法と解すべきである。

そして、宿泊を伴う取調べの場合の相当性判断は、(i) 宿泊に至った経緯、(ii) 取調べの状況、(iii) 帰宅可能性、(iv) 宿泊費用の負担、(v) 宿泊先までの行き来の方法、(vi) 宿泊先での監視等の状況等を考慮して実質的逮捕に至っているか否かにより判断すべきである。

## (3)ア 取調べ①

これを本問についてみると、まず、本件は殺人、窃盗事件という重大犯罪であること、甲は窃盗の被害品であるダイヤの指輪を質入れした事実を認めていること、11日の取調べ中、甲は指輪の入手経路について供述を変遷させていることから、甲の取調べを引き続き行う必要が高いといえる。

次に、甲が宿泊したのは、甲がPに対して「泊まるところを紹介してほしい」と言ったことに端を発しており、Pから働きかけたわけではない(i)。

取調べは、供述拒否権の告知（198条2項）を告げた上で、適宜食事や休憩をとらせながら行われており、適切な態様で行われたものであった(ii)。

また、甲の住居は隣のS県であり、帰宅にはタクシーを使う必要があつて、宿泊するほうが甲に便宜であった(iii)。

さらに、甲は自ら宿泊費用を負担しており、捜査機関の関与は限定的といえる(iv)。

甲は、宿泊先まで自ら徒歩で移動し、翌朝も自ら徒歩で出頭しているから、宿泊先との行き来は甲自らの意思によるものといえる(v)。

宿泊先は単なるビジネスホテルで、捜査員が監視したなどの事情もない(vi)。

そうだとすれば、実質的逮捕に至っていたとはいえ、社会通念上相当といえる。

したがって、取調べ①は適法といえる。

## イ 取調べ②

上述の事情に加えて、12日の取調べで甲が殺人及び窃盗の事実を認めていることから、さらに詳細な取調べをする必要性があつたといえ、捜査の必要性があるといえる。

取調べは①と同様、供述拒否権の告知を行った上で、適宜食事や休憩をとらせており適切なものであるし、甲が取調べの中止や退去を申し出た事情もない(ii)。

しかし、取調べ①と異なり、Pが甲に対して宿泊を提案し、甲

は仕事に支障があるという理由でいったん断ったにもかかわらずPに説得されて渋々応じたものであり、今回の宿泊は捜査機関の強い要求に基づいてなされたといえる（i）。

また、今回は、宿泊費を捜査機関が負担している（iv）。

さらに、宿泊先であるHホテルまで警察車両で送迎しており、甲はPらの監視下で宿泊先までの行き来をしている（v）。

そして、宿泊先では隣の部屋で司法警察職員3名が宿泊し甲が外へ出るためには同部屋を必ず通らなければならなかったこと、二つの部屋はふすまで仕切られており鍵がかけられないことから、これに対して甲が抗議したところ、なんらの改善もされなかったのであるから、今回の宿泊の態様は、甲の移動の自由やプライバシーへの制限が著しかったといえる。（vi）。

これらの事情を総合すると、取調べ②は、司法警察員による監視の程度が高く移動の自由等が著しく制限された宿泊を伴うものであって、実質的な逮捕と評価できるから、社会通念上相当とはいえない。

よって、捜査②は違法であるといえる。

## 2 小問2

- (1) 取調べ③は公訴の提起後に行われているところ、このような取調べは適法か。
- (2) この点について、起訴後は被告人も当事者として検察官と対等な立場に立つのであるから、公判廷で攻撃防御をすることが原則である。したがって、被告人質問によるべきとも思える。

しかし、真実発見の要請（1条）から、公訴提起後の取調べが全く許されないとするのは妥当でない。

そこで、被告人取調べも、これを行う必要性が高く、被告人の防御の利益を害さない場合には任意捜査（197条1項本文）として可能であると解する。

- (3) 本問について見ると、甲を起訴後、乙の取調べで乙が被害品であるダイヤの指輪をしたことを供述していることから、甲が同指輪を窃取していない可能性があり、再度甲に取調べをする必要性が高いといえる。

また、Rの取調べは「取調べを受けなくてもよい」「言いたくないことは言わなくてもよい」と告げた上で行われており、甲の防御権に配慮した態様でなされていた。また、取調べは上述のとおり甲の窃盗罪成立を否定する可能性についてなされていて、甲の防御の利益を害する内容のものではない。

そうだとすれば、Rの取調べは任意捜査として適法といえる。

よって、取調べ③は適法といえる。

## 第2 設問2

- 1 資料の公訴事実とRのたてた立証方針は、構成要件を異にしており訴因の特定のために必要な事実が変動しているから、訴因変更を要する。そこで、検察官は訴因変更請求（312条1項）の措置をとる必要があるところ、公訴事実とRの立証方針は「公訴事実の同一性」の範囲内といえるか。
- 2 この点について、公訴事実の同一性とは、犯罪を構成する事実関係

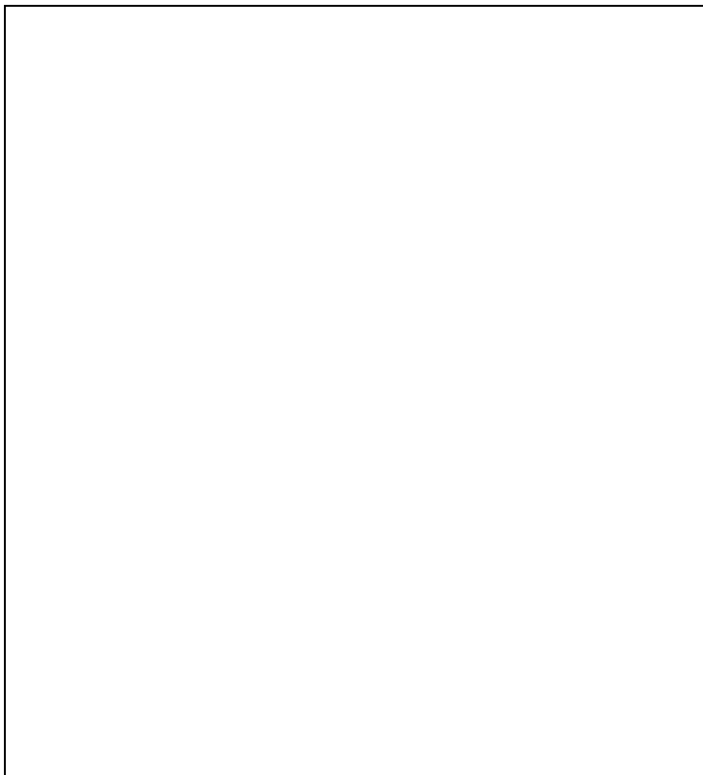
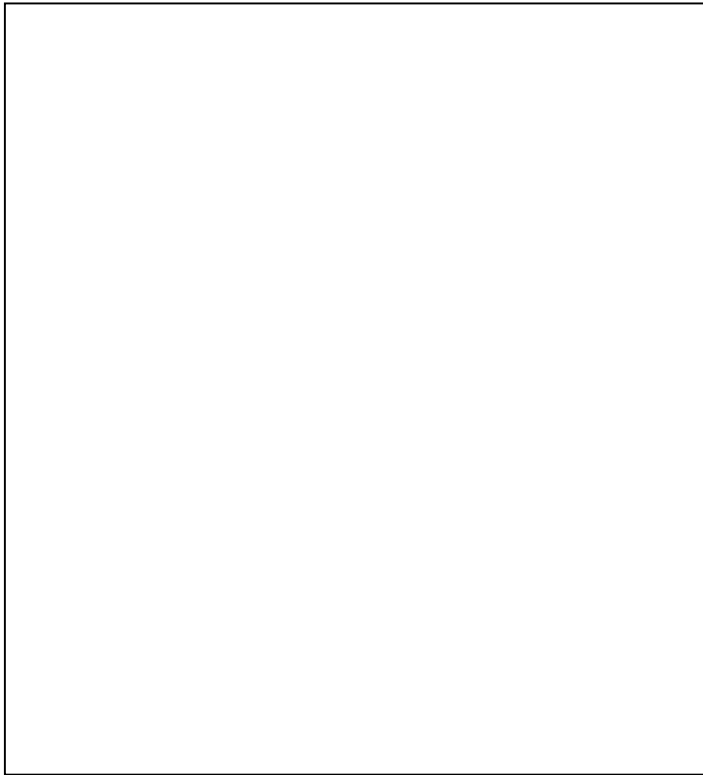
の基本的部分が社会通念上同一事実と認められるかにより判断される。具体的には、両訴因が背後にある社会的事実を照らして、両立しえない関係にあるか否かにより判断する。

- 3 本問についてみると、まずV殺人に関しては、公訴事実と立証方針ではその日時を異にしているが、同一人物の殺害は1度のみ可能であるから、両事実は社会的事実を照らして両立し得ないといえる。よって、公訴事実の同一性の範囲内と認められる。

次に、ダイヤの指輪に関して、公訴事実では窃盗罪、立証方針では無償譲受罪であるし、日時も異なる。しかし、同一物について本犯は盗品等無償譲受罪の行為者とはなりえない。また、同一人物が窃取した被害品を同日の6時間後に無償で譲り受けることはあり得ない。したがって、両事実は社会的事実を照らして両立し得ないといえ、公訴事実の同一性が認められる。

よって、検察官は訴因変更請求をすべきである。

以 上



**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU15041