

司法試験

---

# 令和3年司法試験分析会

## 刑事系

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 215105

LU21510



# 令和3年司法試験分析会

## 刑事系・第1問

## 令和3年司法試験 刑事系第1問 問題文

### 〔第1問〕（配点：100）

以下の【事例1】及び【事例2】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕について、答えなさい。

#### 【事例1】

- 1 甲及びその後輩の乙は、それぞれ金に困り、2人で腕時計販売店に押し入って腕時計を強奪しようとして計画していた。甲は、腕時計販売を業とするA株式会社（以下「A社」という。）が直営するB腕時計店（以下「B店」という。）で働いている親友の丙に対し、警備体制に関する情報の提供など上記計画への協力を求めた。
- 2 丙は、B店の副店長として自ら接客に従事するほか、アルバイトの採用や従業員の勤怠状況の管理を行い、B店の帳簿作成や売上金管理等の業務も担当していた。売上金管理業務として、丙には、各営業日の閉店後、当日の売上金額をA社本社に報告することのほか、各営業日の開店前に、前日の売上金をA社名義の預金口座に入金することが義務付けられていた。また、商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定について、丙に権限はなく、全て店長Cの承認を得る必要があるとされていた。

B店の売場に陳列されている商品は、ショーケース内に保管されていたが、その陳列方法は全て丙が決定していた。このショーケースは、接客に必要なときを除いて常時施錠され、その鍵は、C及び丙のみが所持していた。また、B店の売場及び従業員控室には、複数の防犯カメラが設置され、その様子が常時くまなく音声付きで撮影録画されていたほか、警備会社を通じ、警察に非常事態の発生を知らせるための押しボタン式通報システムも設置されていた。

- 3 金に困っていた丙は、甲からの話を聞いて、いっそのことB店の腕時計が強奪されたように装い、これを自分たちのものにしようと思い付き、某月1日、甲に対し、前記2の事実関係を説明した上、「午前11時の開店時は、普段だとめったに客も来ないし、明後日は俺しかいないから、その時、店に来て刃物を出して、ショーケースを開けると言ってくれ。俺は後で怪しまれないように拒むふりをするけど、最後はショーケースを開けるから、すぐに時計を持って行ってくれ。ただ、俺も通報しないわけにはいかないから、急いで逃げろよ。時計は後で分けよう。それと、会ったことのない乙は信用できないから、今の話は内緒にしてくれ。」と持ち掛けたところ、これを甲は承諾した。
- 4 甲は、同月2日、丙と内通している事実を秘したまま、乙に対し、「明日、俺がB店の開店と同時に中に入って店員に刃物を突き付けて時計を奪い取ってくる。その間、お前は近くに停めた車で周囲を見張り、俺が戻って来たらすぐに車を出してくれ。帰ってから時計を分けよう。」と持ち掛けたところ、これを乙は承諾した。
- 5 甲は、同月3日午前10時59分、乙の運転する自動車でB店前路上に到着し、同日午前11時、その開店と同時に、覆面をかぶり、サバイバルナイフ（刃体の長さ約20センチメートル。以下「本件ナイフ」という。）及びボストンバッグ（以下「本件バッグ」という。）を持って同車から降り、B店に向かった。

甲は、B店内に入ると、丙に対し、本件ナイフを示し、「殺されなくなかったら、これに時計を入れろ。」と言い、ショーケース内に陳列されている腕時計を本件バッグに入れるように要求した。これに対し、丙は、前記通報システムを作動させ、甲に対し、「通報したから警察が来るぞ。」と言い、上記要求を拒否するふりをしたので、甲は、丙に対し、「いいからやれ。刺すぞ。」と語気を強めて言った。その直後、丙は、ショーケースを解錠し、その中にあった腕時計100点（時価合計3000万円相当）を甲から受け取った本件バッグに入れ、これを甲に差し出した。甲は、同日午前11時3分、本件バッグを丙から受け取ると、B店内から出て前記車両

に乗り込み、乙の運転する同車で逃走した。

乙は、甲が前記車両を降りてから戻って来るまでの間、通行人が甲を警戒したり、警察官らが駆けつけたりする様子があれば、これを甲に知らせるつもりで、同車運転席から周囲を見張っていた。

- 6 甲は、同日、乙に対し、その取り分として前記腕時計100点のうち20点（時価合計400万円相当）を手渡し、さらに、同月4日、丙に対し、その取り分として残りの腕時計のうち40点（時価合計1300万円相当。以下「本件腕時計40点」という。）が入った本件バッグを手渡した。
- 7 丙は、同月5日、本件バッグを交際中の丁の自宅に隠すこととし、これをその押し入れ内にしまおうと、丁に対し、「バッグの中は見るな。しばらく預かっておいてくれ。」と言った。これに従い、丁は、本件バッグを押し入れ内に放置していたが、同月10日、片付けのため本件バッグを手を持った際、想像以上の重量であったので、不審に思い、その中を見たところ、本件腕時計40点を発見した。その時、丁は、本件腕時計40点全てに値札が付いていたことから、丙が自分のものにするためにB店から無断で持ち出した商品であろうと認識したが、丙のために、本件バッグを預かり続けることとし、これを元の位置に戻した。丁は、同月25日に本件バッグを丙に返すまでの間、これを押し入れ内に置き続けた。

【設問1】 【事例1】における甲、乙、丙及び丁の罪責について、論じなさい（住居等侵入罪（刑法第130条）及び特別法違反の点は除く。）。

【事例2】（【事例1】の事実が続いて、以下の事実があったものとする。）

- 8 乙は、甲から受け取った腕時計20点を換金したが、浪費して再び金に困り、同月30日午後7時、甲に電話を掛け、「時計をもっと分けてください。」などと執ように迫った。甲は、当時、自宅で丙と飲酒中であったが、乙の態度を面倒に感じ、酒の勢いもあって、「実は、B店の店員と通じてやったんだ。今も一緒に飲んでいる。残りは俺とそいつで半分ずつに分けたから、お前にやる分はもうない。」と言った。これを聞いた乙は、興奮し、「そんなのうそでしょ。」と言った。甲は、「うそだと思えば、うちに来いよ。」と言い、電話を切った。甲は、乙の態度に立腹し、丙に状況を説明した上、「乙は生意気だから、懲らしめてやろう。多少怪我をさせても構わない。俺が木刀で殴ってやる。その時、乙を押さえていてくれ。」と言ったところ、最初は嫌がっていた丙も、最終的にはそれに応じた。
- 9 甲は、自宅物置内から木刀を持ち出し、丙と共に自宅前で乙を待っていたところ、同日午後8時、乙が到着するや否や、丙が背後から乙を羽交い締めにした。甲は、「お前、調子に乗るなよ。」と言い、乙の頭部を木刀で1回殴った。すると、乙は、「やめてください。やめてくれないなら、全部警察にばらしますよ。」と言い出した。乙の発言について、甲は、乙の真意でないと考えたが、丙は、そのように考えず、乙に暴行を加え続けて警察に真相を話すのを思いとどまらせようと考え、「もっと痛い目に遭わないと分からないのか。」と言い、乙の顔面や腹部を手拳で多数回殴った。
- これを見た甲は、丙の余りの勢いに驚き、丙に対し、「乙が警察にばらすはずはない。落ち着け。」と言い、丙をいさめて暴行を終了させようとした。しかし、丙は、暴行を提案した甲から止められたことに立腹し、甲の頭部を手拳で殴ったところ、転倒した甲が頭部を路面に打ち付けて気絶した。丙は、そのことを認識しつつ、この機会に、乙に暴行を加えて警察に真相を話さないと約束させようと考え、同日午後8時5分、甲から取り上げた木刀で乙の頭部を1回殴ったところ、乙は逃げ出した。
- 10 乙は、全治約3週間を要する頭部裂傷のほか、全治約1週間を要する顔面打撲及び腹部打撲の傷害を負った。そのうち全治約3週間を要する頭部裂傷の傷害は、甲又は丙の木刀による殴打行

為のいずれか一方だけによって形成されたことは明らかであるが、いずれの殴打行為から形成されたものか不明であった。

【設問2】 【事例2】における甲の罪責に関し、以下の(1)及び(2)について、答えなさい。なお、(1)及び(2)のいずれについても、自らの見解を問うものではない。

- (1) 甲は乙の頭部裂傷の傷害結果に関する刑事責任を負わないとの立場からは、その結論を導くために、どのような説明が考えられるか。論点ごとに論拠を示しつつ説明すること。
- (2) 甲は乙の頭部裂傷の傷害結果に関する刑事責任を負うとの立場からは、前記(1)の説明に対し、どのような反論が考えられるか。論点ごとに論拠を示しつつ反論すること。

— MEMO —

## 令和3年司法試験 刑事系第1問 解答例

## 第1 〔設問1〕

## 1 甲の罪責について

- (1) 甲はB店から腕時計100点を奪っているので、強盗罪(236条1項)の罪責を負うとも思える。しかし、甲はB店の副店長である丙と内通して強盗を装ったに過ぎず、丙の犯行を抑圧するための暴行をすることの故意がない。このため、強盗罪は成立しない。

- (2)ア そこで、腕時計100点を持ち去ったことから窃盗罪(235条)の成立を検討すべきである。

イ(ア) まず、「窃取」とは、本罪の保護法益が財物の占有であることから、相手方の意思に反して財物の占有を奪うことをいう。

- (イ) 本問では、腕時計100点についてB店の副店長として丙が陳列方法を決定し、保管していた。このため、財物の占有を丙がしていたといえる。すると、占有主体の同意の下、甲が財物の占有を取得したことから、「窃取」に当たらないとも思える。

しかし、腕時計100点の保管に必要なショークエースの鍵は、丙の他にB店の店長Cも所持していたこと、商品の仕入れ、店外への持ち出し及び価格設定についてはCに決定権があったことから、売却以外の方法で商品を処分する権限はCにあり、腕時計100点の占有はCにもあったといえる。よって、

腕時計100点を甲が後述の丙の協力によりショークエースから本件バッグに入れたことで、Cの意思に反して占有を取得した。

- (ウ) よって、甲は腕時計100点を「窃取」した。

ウ 次に、金に困っている甲としては腕時計100点を換金する目的があると考えられるので、権利者Cを排除して経済的用法に従い処分する意図があるといえ、不法領得の意思が認められる。

エ また、以上の事実関係を認識しているので故意(38条1項本文)もある。

オ 以上より、甲は窃盗罪の罪責を負い、後述のように乙及び丙と共同正犯となる。

## 2 乙の罪責について

- (1) 乙は甲と窃盗罪の共同正犯となるか。  
 (2) 共同正犯の要件は(i)特定の犯罪を共同実行しようとする旨の意思の連絡、(ii)意思の連絡に基づいて実行行為乃至その重要部分を行うこと、(iii)正犯意思である。

- (3)ア(ア) まず、(i)について、甲からは腕時計の強奪を持ち掛けられており、強盗を共同実行する意図であった。このため、窃盗罪の実行犯の甲との間で意思の連絡があったといえるか問題となる。

(イ) この点、異なる犯罪の間でも、重なり合う限度で実行行為の共同が認められる。そして、窃盗罪と



強盗罪は、財物の占有を相手方の意思に反して奪う点で構成要件の重なりがある。このため、窃盗罪の限度で犯罪共同の意思の連絡がある。

イ 次に、(ii)について、乙は自動車を運転して甲をB店まで運び、甲がB店にいる間は見張りを行い、甲が腕時計を持ってB店から出て来た際は自動車に乗せて走り去っている。このような乙の行為は、甲が確実に財物を持ち去って逃げるために必要不可欠といえ、実行行為の重要部分を行ったといえる。

ウ そして、乙は金に困っており、腕時計を山分けすることを甲と約束しているので、自己の犯罪として行おうとしており、正犯意思がある。

- (4) なお、乙に窃盗罪の故意があるか問題となるが、故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず敢えて犯行に出たことへの非難可能性にある。そして、規範は構成要件として与えられている。

よって、行為者が認識した事実と現実に発生した事実が構成要件及び保護法益で重なる限りで故意が認められる。

前述のように、強盗罪と窃盗罪は構成要件で重なりがあると共に、個人の財産という点で保護法益の重なりがある。よって、窃盗罪の故意が認められる。

- (5) 以上より、乙は窃盗罪の罪責を負い、甲との間で共同正犯となる。

### 3 丙の罪責について

- (1) 丙は窃盗罪の罪責を甲との間で共同正犯として負うか。  
 (2) ア (i)について、強盗に遭ったように装ってB店から腕時計を持ちだすことを合意し、窃盗罪の意思連絡がある。  
 イ (ii)について、丙は甲に脅されているように装ってショークースの鍵を開けているが、これは、ボタン式通報システムと防犯カメラが完備されたB店において迅速に腕時計100点を持ち去るために必要不可欠な行為である。よって、実行行為を共同したといえる。  
 ウ (iii)について、丙は腕時計を山分けする意思であったから、自己の犯罪のためとして正犯意思がある。  
 (3) よって、丙は窃盗罪の罪責を甲との間で共同正犯として負う。

### 4 丁の罪責について

- (1) 丁は、本件腕時計40点の入った本件バッグを受領した時点では本件腕時計やそれが党員であることを知らないが、盗品等保管罪(256条2項)の罪責を負うか。  
 (2) ア 本罪の保護法益は被害者の追及権であるから、盗品を保管する限り追及権を侵害することとなり、また、処罰根拠には本犯助長的性格もあるところ、知情後に盗品を補完し続けることで本犯を助長する。このため、本罪は継続犯であるから、盗品としての知情後に保管し続ける

ことも「保管」に当たる。

イ 本件で、丁は本件腕時計40点全てに値札が付いていることを見たので、盗品であることを認識している。そして、認識後も本件バッグを預かり続けていることから、盗品であることを認識して「保管」したといえる。

(3) 以上より、丁は盗品等保管罪の罪責を負う。

## 第2 〔設問2〕

### 1 (1)の立場について

(1) 甲、丙それぞれによる木刀による殴打（以下、それぞれ第1暴行、第2暴行という）のうち、いずれが乙の傷害結果をもたらしたか不明であるため、これら単独の暴行それぞれとの因果関係が欠ける。

(2)ア まず、第1暴行は、甲が木刀で乙を殴り、その際に丙が乙を押さえつけることを甲丙間で合意しているため、暴行罪の意思の連絡に基づき、暴行しており、暴行罪の共同正犯の構成要件を満たす。他方、第2暴行は甲が気絶した後に丙のみで行われたので、共犯からの離脱が認められないか。

イ 共犯の処罰根拠は特定の犯罪を相互に利用・補充し合って行うことにあるから、その解消が共犯からの離脱に必要である。そして、着手後においては結果防止への行為が必要である。即ち、①離脱の意思表示と残余共犯者の了承、②結果防止のための積極的行為が要件となる。

ウ まず、①について、丙が乙を手拳で殴ったのを見て、甲は丙を諫めて暴行を終了させようとしており、甲は黙示的に離脱の意思表示をしており、残余共犯者の丙は、立腹したとはいえ、殴ったのは甲を犯行する仲間として認めないものといえるので、黙示的に承諾しているといえる。次に、②について、木刀を持って暴行を主導した甲としては乙を羽交い絞めにした丙に暴行終了を指示すれば、この時点での結果防止のための積極的行為をしたといえる。

以上より、甲は共犯から離脱したのであり、第2暴行について丙との間で共同正犯とならない。すると、第1暴行は甲・丙が、第2暴行が丙のみがそれぞれ罪責を負い、いずれの暴行から乙の傷害結果が生じたか因果関係が不明であるから、疑わしきは被告人の利益に、との原則の下、甲は乙の傷害結果について罪責を負わない。

(2)ア しかし、同時傷害の特例（207条）の適用により、甲は乙の傷害結果について罪責を負わないか。

イ この点、207条は複数人の暴行による傷害結果が生じたのに誰も罪責を負わない不当性を解決するための規定であるから、傷害結果につき罪責を負う者がいる場合には適用されない。

ウ 本件で、第1暴行と第2暴行のいずれかにより乙の傷害結果が生じたことが明らかであり、丙が両暴行の罪責

を負うのであるから、傷害結果について罪責を負う者がいないとはいえない。よって、207条の適用はなく、甲は乙の傷害結果について刑事責任を負わない。

## 2 (2)の立場について

(1)ア 木刀で殴る主体は異なるものの、乙を木刀で殴って懲らしめる点、乙に怪我をさせても構わないとする点で、第2暴行は第1暴行についてした甲丙間の共謀の射程内である。このため、丙が甲を殴って気絶させたことにより共犯からの離脱が認められるか問題となる。

イ 共犯の処罰根拠である、共犯者間の相互利用・補充が物理的に除去される必要があるため、前述の要件を必要としつつ、②について、離脱者が主導的立場である場合、共謀関係がなかった状態に復元することを必要とする。

ウ 本問で、①については前述のように、甲による黙示の離脱の意思表示と丙による承諾があるといえる。しかし、甲が木刀を用意して丙に犯行を持ち掛ける等、暴行の共犯関係を主導した以上、甲は、丙を納得させて帰宅させる等、乙への暴行の共謀関係のなされる前の状態に復元すべきであったところ、それはなされていない。

よって、共犯からの離脱は認められない。このため、甲は第2暴行についても罪責を負い、両暴行につき罪責を負う以上、乙の傷害結果について刑事責任を負う。

(2)ア 仮に、共犯からの離脱が認められても、207条の適用を受けないか。

イ 本条は、複数人による暴行では生じた傷害の原因の暴行の特定が困難な場合が多いことに鑑み、共犯関係がない場合に結果を帰責させる趣旨である。

よって、各暴行が傷害を生じさせる危険性を有するものであること及び同一の機会に行われたものである場合に、207条が適用される。

ウ 本件では、第1暴行も第2暴行も、木刀で乙の頭部を殴るものであるから、頭部裂傷の傷害を生じさせる危険性を有する。また、両暴行はいずれも甲宅でなされ、第1暴行が午後8時、第2暴行が午後8時5分と近接した時間でなされており、同一の機会になされたといえる。

よって、207条が適用されるから、甲は乙の傷害結果について刑事責任を負う。

以上

－ MEMO －

# 令和3年司法試験分析会

## 刑事系・第2問

## 令和3年司法試験 刑事系第2問 問題文

〔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】

- 令和2年8月4日午前9時30分、H県I市内の一戸建て家屋に住む女性V（当時77歳）の自宅に電話が掛かってきた。電話を掛けてきた男は、S銀行の職員を装い、Vに対し、「Vさんの預金口座が犯罪組織に利用されており、このままでは預金が全て引き出されてしまいます。本人確認が必要ですので、これから私が質問する内容に正確にお答えください。」と言った。Vは、S銀行I支店に多額の預金をしていたこともあって、電話の相手をS銀行の職員であると信じ、尋ねられるままに、住所がH県I市K町3丁目45番地、生年月日が昭和18年4月10日、夫と死別し、一人暮らしで、一人息子は他県に住んでいること、S銀行I支店に約2000万円の預金があり、台所の食器棚にいわゆるタンス預金として現金500万円があることを話した。電話の相手は、Vに対し、「午前中に私どもの職員がお宅に伺います。」と伝え、電話を切った。  
その2時間後、S銀行の職員を装った1名の男がV方を訪れ、Vによって玄関ドアの鍵が開けられると同時にV方内に押し入り、いきなりVの顔面に催涙スプレーを吹き付けた。そして、同男は、持っていたロープでVの身体を後ろ手に緊縛し、さらに、持っていたガムテープで、Vの鼻を塞がないようにしてその口を塞いだ上、台所の食器棚から現金500万円を取り出してこれを強奪した。その後、同男は、ロープでVの両足を縛り、逃走した（以上の事件を、以下「本件住居侵入強盗」という。）。
- その30分後、たまたまV方を訪れたVの息子が、ロープで緊縛されて倒れているVを発見し、直ちにVを助けるとともに、110番通報をした。  
その後、H県警察は、事件当時V方周辺に駐車されていた不審車両に関する情報を基に、犯行の際に使用されたレンタカーを割り出し、同車を借りたのが甲であることを突き止めた。  
H県警察司法警察員Pらは、甲方の搜索差押許可状の発付を受けた上で、同許可状に基づき、令和2年8月5日午前9時から、H県M市内にある一人暮らしの甲方の搜索を実施し、引き続き、甲をH県M警察署に任意同行した。そして、Pらが本件住居侵入強盗について甲から事情を聴くと、甲は、「Vさん方に押し入り、Vさんを縛り上げて500万円を奪ったのは私です。」と述べた。そこで、Pは、その旨を録取した供述調書1通を作成した。  
また、甲は、「私は、乙の指示で今回の強盗を行い、500万円は乙に全額手渡しました。私たちは、H県I市内のAビル21号室をアジトとしており、そこには私と乙だけが出入りし、そこから乙が強盗のターゲットになる相手に携帯電話で電話を掛けていました。昨日は、午前10時30分、乙に呼び出されてそのアジトに行きました。そして、乙から、Vさんに関する情報や犯行に使う道具などについて印字された紙を見せられ、その説明を受けました。その後、私はVさんの家に向かったのです。」「アジトには、パソコンとプリンターのほか、強盗のターゲットになる人の氏名と電話番号の入った名簿データが保存されているUSBメモリがあります。その名簿には、Vさんの氏名と電話番号もあるのではないかと思います。このUSBメモリは、パスワードが掛けられていて、一度でも間違えると初期化されてしまいます。パスワードは8桁の数字で、乙しか知りません。また、乙の背後には、警察と敵対し、捜査に一切協力しない指定暴力団である丙組がいて、乙は、その幹部に、犯行で得た金の一部を貢いでいます。」と供述したものの、「私が乙や丙組のことを警察に話したと分かると、私の身が危ないので、調書の作成には応じられません。」と述べたことから、以上の供述についての供述調書は作成されなかった。
- 同月5日午後1時、Pらは、甲を、乙及び氏名不詳者と共謀の上、本件住居侵入強盗に及んだ旨の被疑事実で通常逮捕するとともに、裁判官に対し、同被疑事実で、乙名義で借りていることが判明した前記Aビル21号室の搜索差押許可状の発付を請求した。裁判官は、「搜索すべき場所」を

「H県I市N町2丁目3番4号Aビル21号室」とし、「差し押さえるべき物」を「被害品と認められる現金、本件に関係ありと史料される名簿、マニュアル、メモ、名刺、パーソナルコンピュータ及びその付属機器類、電磁的記録媒体、携帯電話機及び付属の充電器」とする搜索差押許可状を発付した。

Pらは、同許可状に基づき、同日午後4時、同室に居合わせた乙立会の下、同室の搜索を開始し、まず、パーソナルコンピュータ及びプリンターを差し押さえるとともに、①丙組の幹部丁の名刺1枚（「丙組若頭丁」と印刷されたもの）を差し押さえた。続いて、Pらは、【資料1】のとおり印字されたメモ（以下「本件メモ1」という。）を発見したことから、これを差し押さえた。さらに、Pらは、白色USBメモリ1本及び黒色USBメモリ1本を発見した。これを見た乙は、Pらに対し、「USBメモリの中身を調べずに全部持って行くのですか。パスワードは全部『2222』にしていますから、この場で確認してください。」と申し出たが、Pらは、②前記USBメモリ合計2本について、いずれもその内容をその場で確認することなく差し押さえた。

なお、同室から、携帯電話機は1台も発見されなかった。

4 Pらは、前記搜索を終えると、乙にH県M警察署への任意同行を求め、これに応じた乙は、同日午後7時30分、同署において、甲及び氏名不詳者と共謀の上、本件住居侵入強盗に及んだ旨の被疑事実で通常逮捕された。

5 翌6日、Pらは、差し押さえた前記USBメモリ2本につき、H県警察本部の専門職員の協力を得てその内容の確認作業をした。

すると、前記黒色USBメモリには8桁のパスワードによるロックが掛かっており、一致しないパスワードが入力されると直ちに初期化されてしまう設定がされていることが判明した。そして、同USBメモリのロックを解除すると、Vの氏名と電話番号を含む、多数の者の氏名と電話番号が記載された名簿データや、本件メモ1の記載内容と同一内容のデータが保存されていることが明らかになった。また、同データに対する捜査の結果、本件メモ1が作成されたのが同月4日午前10時20分であったことも明らかになった。

一方、前記白色USBメモリについては未使用であることが判明し、また、差し押さえた前記パーソナルコンピュータ及びプリンターにも本件住居侵入強盗に関するデータが残存していないことが判明したため、Pらは、同月6日中にこれらを乙に還付した。

6 甲は、逮捕後一貫して自己が本件住居侵入強盗を実行したことは認めたが、乙及び丙組の関与をうかがわせる事項は一切供述せず、本件メモ1についても供述を拒んだ。

他方、乙は、逮捕後一貫して黙秘した。

その後、H地方検察庁検察官Qは、甲及び乙について、兩名共謀の上、本件住居侵入強盗に及んだ旨の公訴事実で公訴を提起したが、裁判所は、公訴事実に対する認否の見込みを踏まえ、併合審理することなく、それぞれ個別に審理することとした。

7 甲は、自己の公判で、自己が本件住居侵入強盗を実行したことは認めたが、乙及び丙組の関与をうかがわせる事項は一切供述せず、本件メモ1についても全く供述しなかった。

8 他方、乙は、自己の公判において、「全く身に覚えがない。甲と住居侵入や強盗の共謀をしたことも一切ない。」旨述べて公訴事実を否認した。

その後の証拠調べ手続において、③Qが、甲乙間において本件住居侵入強盗に関する共謀が存在することを立証するため、本件メモ1の証拠調べ請求をしたところ、乙の弁護人は、「不同意ないし取調べに異議あり。」との証拠意見を述べた。

その後、甲の証人尋問が実施され、甲は、自己が本件住居侵入強盗を実行したことについては証言したが、本件メモ1の記載事項を含め、乙との共謀に関する事項については、一切の証言を拒絶した。

【設問1】 下線部①及び②の各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〕

1. 下線部③で証拠調べ請求された本件メモ1の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、本件メモ1が乙作成のものであることは証拠上認定できるものとする。
2. 仮に、本件メモ1及びその記載と同一内容のデータのいずれもが発見されず、他方で、甲方の前記捜索時に、【資料2】記載のとおりの手書きのメモ（以下「本件メモ2」という。）が、机の施錠された引き出し内にあった甲使用の手帳の令和2年8月4日のページの部分に挟んである状態で発見され、差し押さえられたものとする。また、甲は、捜査段階及び自己の公判を通じて、本件メモ2について全く供述しなかったものとする。

乙の公判の証拠調べ手続において、④Qが、甲乙間において本件住居侵入強盗に関する共謀が存在することを立証するため、本件メモ2の証拠調べ請求をしたところ、乙の弁護人は、「不同意ないし取調べに異議あり。」との証拠意見を述べた。その後、甲の証人尋問が、甲と乙との間及び甲と傍聴人との間の双方に遮へい措置を講じて実施された。甲は、自己が本件住居侵入強盗を実行したことについては証言したが、本件メモ2の記載事項及びその作成経緯を含め、乙との共謀に関する事項については、「私は、誰から何と言われようと証言しませんし、今後も絶対に証言することはありません。」と述べ、一切の証言を拒絶した。

下線部④で証拠調べ請求された本件メモ2の証拠能力について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。ただし、本件メモ2が甲作成のものであることは証拠上認定できるものとする。





## 令和3年司法試験 刑事系第2問 解答例

### 第1 〔設問1〕

#### 1 ①の差押えについて

(1) 本問で、Pらは「丙組若頭丁」と印刷された名刺1枚を差押えている。この差押えは、捜索差押え許可状に基づく（218条1項）ものであり、令状の「差し押さえるべき物」のうち「名刺」に該当する。

(2) ア しかし、被疑者は甲及び乙であり、丙の名刺を差し押さえることができるか。218条1項が「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」という条件を規定していることから、必要性があるか問題となる。

イ この点、必要性は、当該対象に対し捜索・差押えにより得られる捜査上の利益を考慮して判断する。具体的には、犯罪の軽重、捜査対象物の証拠としての価値、証拠隠滅のおそれの有無を考慮する。

ただし、犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅棄損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし明らかに差押えの必要がない場合には、差押は認められない。

ウ 本問でこれを検討するに、まず、被疑事実は住居侵入強盗であり、法定刑が5年以上の有期徒刑という重大犯罪であり、しかも高齢者に銀行員だと信じ込ませて襲うという卑劣な手口であり犯情も重い。

次に、名刺1枚の証拠価値について、確かに、被疑者が住居侵入強盗をする際に銀行員を装った名刺を用いることはあり得るものの、暴力団幹部である丙組若頭丁の名刺は、被疑事実との関連性がないとも思える。しかし、実行犯甲によれば、甲に犯行を指示した乙の背後には、警察と敵対して捜査に一切協力しない指定暴力団丙組があり、乙は犯行で稼いだ金の一部を、その幹部に貢いでいる、とのことが判明している。そうだとすると、本件住居侵入は暴力団丙組の関与があると考えられ、その幹部である若頭丁と乙の交際をこの名刺1枚が推認するものといえ、犯行の背後関係を明らかにすることに役立ち、証拠価値は高い。

また、名刺1枚なので燃やしたり破棄したりすることが容易であるし、甲が乙や丙組のことを警察に話したことが分れば甲の身が危ないとのことであり、だとすれば乙がこれを証拠隠滅する可能性が高く、証拠隠滅のおそれは大きい。

さらに、本問では、差押えによって乙が受ける不利益の程度は小さく、明らかに差押えの必要がないとはいえない。

(3) したがって、差押え①は必要性があり、適法である。

#### 2 差押え②について

(1) かかる差押えは、USBメモリ2本についてなされてお

り、「差し押さえるべき物」のうち「電磁的記録媒体」に該当するが、中身を確認することなくなされていて、その内、白色USBメモリの中には、被疑事実と関係するデータは記録されていなかったことが後に分かっている。そこで、このような差押えは適法か。

(2)ア 電磁的記録媒体は、文書と異なり、そのままでは可読性がなく、大量の情報を記録できる一方、内容の消去も容易であるから、現場で被疑事実との関連性を確認することは容易でなく、証拠隠滅の恐れも大きい。

イ よって、令状により差し押さえようとする電磁的記録媒体の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められている場合に、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険がある場合は、内容を確認することなく当該電磁的記録媒体を差し押さえることができる。

ウ 本問で、甲によれば、アジトにあるUSBメモリには、強盗のターゲットになる人の氏名と電話番号の入った名簿データが保存されていることを供述している。このため、2つのUSBメモリには、被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる。

他方、乙は、捜索差押えの現場で、Pらに「USBメモリの中身を調べずに全部持って行くのですか。パスワード

ードは全部『2222』にしていますから、この場で確認して下さい。」と申し出ている。しかし、甲が、そのUSBメモリには一度でも間違えると初期化されるパスワードが掛けられていること、そのパスワードが8桁で乙しか知らないことを供述していることから、このような乙の申し出は、その場でPらが誤ったパスワードを入力させてUSBメモリを初期化させることで名簿データを破壊しようとする意図でなされたと強く推認できる。このため、被疑事実に関連する情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があったといえる。

(3) したがって、②の差押えは適法である。

## 第2 〔設問2〕1

1 本件メモリは「書面」（320条1項）であり、乙の弁護人は異議を述べている（326条1項）ことから、伝聞証拠として原則として証拠能力が認められないのではないかが問題となる。

2 (1) 伝聞法則の趣旨は、供述証拠が知覚、記憶、叙述という過程を経ることから、各過程に誤りが生じやすい。このため、供述により事実認定する場合、反対尋問によるチェックを要する。

よって、供述内容の真実性が要証事実との関係で問題となる場合に、伝聞証拠に該当し、証拠能力が認められな

い。

(2)ア 本問で、検察官の立証趣旨は甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀の存在である。そして、甲は乙の関与をうかがわせる事項を一切供述せず、乙も甲との間で住居侵入や強盗の共謀をしたことが一切ないと供述している。このことから、要証事実、立証趣旨の通り、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀の存在である。

イ 次に、本件メモ1に記載された内容は、甲による本件住居侵入強盗の被害者の氏名、住所生年月日、生活状況、銀行預金額、自宅保管の預金額やその保管場所、犯行に用いる道具と拘束方法とが実際の犯行と一致している。そして、本件メモ1は乙が作成し、作成されたのは8月4日午前10時20分であったことが判明している。他方、甲による本件住居侵入強盗は同日午前9時30分の2時間後である午前11時30分と考えられる。そして、甲が本件住居侵入強盗の実行犯であることから、乙が本件メモ1を作成したのは、乙が本件住居侵入強盗を実行するための具体的な犯行計画を指示すべく、自ら犯行計画を明らかにするために作成したものといえる。

すると、このような経緯で作成された本件メモ1の存在から、甲乙間で本件住居侵入強盗の共謀がなされたこ

とが推認できるのであり、本件メモ1の内容の真実性が要証事実との関係で問題になっていない。

ウ よって、本件メモ1は伝聞証拠に該当せず、証拠能力が認められる。

### 第3 「設問2」2

1 (1) 本件メモ2は「書面」であり、乙の弁護人が異議を述べていることから、伝聞証拠に該当し、証拠能力が認められないのではないかと。前述の基準に従い、伝聞証拠に該当するか検討する。

(2)ア 本問で検察官の立証趣旨は、甲乙間における本件住居侵入強盗の共謀の存在である。そして、甲は乙の関与をうかがわせる事項を一切供述せず、乙も甲との間で住居侵入や強盗の共謀をしたことが一切ないと供述している。このことから、要証事実、立証趣旨の通り、甲乙間における本件住居侵入強盗に関する共謀の存在である。

イ 本件メモ2は、本件住居侵入強盗の実行犯である甲が作成したことが判明しており、メモの内容は、「乙から指示されたこと」として、本件住居侵入強盗の被害者の氏名、住所、生活状況、銀行預金額、自宅で保管する預金額とその保管場所、犯行に必要な道具が現実の犯行と一致し、拘束方法については、「後ろ手」に「両あし」を縛ったこと、鼻を出して口を塞いだこと、が現実の犯

行と一致している。

このような本件メモ2は、冒頭の「乙から指示されたこと」とあることから、甲が乙から犯行計画として指示された内容を記載したものであって、備忘のため、乙からの指示後に作成されたといえる。

すると、甲乙間における本件住居侵入強盗の共謀の存在を要証事実とすることとの関係では、本件メモ2の内容である、甲が乙から2行目以下の内容を犯行計画として指示されたことの真実性が問題となるといえる。

ウ したがって、本件メモ2は伝聞証拠に該当する。

2(1) では、本件メモ2は伝聞例外として証拠能力が認められないか。乙を被告人とする裁判において、本件メモ2は「被告人以外の者」(321条1項柱書)である甲が作成したことが判明しているので、321条1項3号により証拠能力が認められるか検討する。

(2)ア 甲は供述を拒絶しているが、「供述することができない(同号本文)、即ち供述不能といえるか。

イ 伝聞例外は、供述証拠であっても証拠能力を認める必要性と信用性の情況的保障がある場合に例外的に証拠能力を認める趣旨である。そこで、321条1項3号の供述不能は、例示列举であるから、供述不能の事由を供述者の意思にかかわらない場合に限定すべきいわれはなく、供述拒否の決意が堅く、翻意して尋問に応じること

はないといえる場合には、供述拒否が立証者側の証人との通謀等で作為的になされたといった事情がない限り、「供述することができない」といえる。

ウ 本問で、甲は、捜査段階で「私が乙や丙組のことを警察に話したと分かったら、私の身が危ないので、調書の作成には応じられません」と述べていて以後も甲乙間の共謀を供述しない。命の危険を訴えているので決意は堅く、翻意して尋問に応じることはないといえる。また、供述拒否が検察官側の通謀によりなされたともいえない。よって、供述不能である。

(3) 次に「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」に当たるか。本問では、甲乙間の共謀の事実を甲が一切供述しないため、他に証拠がなく、本件メモ2が両名の共謀の立証に不可欠といえ、「犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」といえる。

(4) また、特信情況(321条1項3号但書)については、絶対的特信情況が必要である。即ち、作成時の情況下では真実を記載することが要求・期待されていることに照らして検討する。本問では、乙から指示されて間もない時点で作成したので、乙の犯行指示を正確に記載したと考えられ、真実を記載することが要求される。このため、絶対的特信情況がある。

(5) よって、本件メモ2は証拠能力が認められる。 以上

－ MEMO －



**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) 2021 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU21510