

司法試験

令和4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 227764

LU22776

令和4年司法試験分析会

刑事系・第1問

令和4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 Aは、某月1日、立ち寄ったホームセンターの駐車場において、エンジンキーが付いたままの状態ですべて止まっていたB所有の普通自動二輪車（以下「本件バイク」という。）を発見し、これを自由に乗り回したいと考え、Bに無断で本件バイクを発進させて走り去った。

2 Aは、本件バイクに偽造ナンバープレートを装着しようと思い、これを手に入れるまでの間、本件バイクを人目に付かない場所に隠しておこうと考えた。

そこで、Aは、友人甲の自宅にシャッター付きのガレージがあることを思い出し、当分の間、甲に頼んで同ガレージに本件バイクを保管させようと考えた。Aは、同日、本件バイクを運転して甲宅に行き、甲に「これは俺のバイクなんだが、今まで使っていた駐車場が使えなくなってしまったので、しばらく預かってくれないか。」と頼んだところ、甲はこれを承諾し、本件バイクを上記ガレージに入れた。

3 甲は、本件バイクの保管を続けていたが、同月5日夜、Aと電話で話をした際、ささいなことから激しい口論となった。甲は、Aと仲違いしたまま電話を切ったが、怒りが収まらなかったことから、Aを困らせるため、Aに無断で本件バイクを別の場所に移動させて隠そうと考えた。

甲は、自宅から約5キロメートル離れた場所にある甲の実家の物置内に本件バイクを移動させればAに見付からないだろうと考え、同月6日未明、自己が所有する軽トラックの荷台に本件バイクを積み込むと、同トラックを運転して実家まで行き、同物置内に本件バイクを隠して帰宅した。なお、甲は、怒りにまかせて本件バイクを上記物置内に移動させて隠したが、本件バイクをその後どうするかは考えていなかった。

〔設問1〕 【事例1】の甲に横領罪（刑法第252条第1項）の成立を認める立場から後記(1)及び(2)の各主張がなされたとする。各主張の当否について、それぞれ簡潔に論じなさい。

- (1) 甲は、Aに頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」（同項）すれば横領罪が成立する。
- (2) 甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」（同項）に当たる。

【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。）

4 Aは、偽造ナンバープレートを手に入れたことから、本件バイクを回収しようと考え、同月10日午後8時頃、甲に電話を掛け、「今日これからバイクを取りに行く。」と言った。これに対し、甲は、笑いながら、「あのバイクはここにはないよ。ざまあみろ。俺を怒らせたお前が悪いんだぞ。」と言った。Aは、甲の発言を聞いて激怒し、甲に殴る蹴るなどの制裁を加えようと考え、強い口調で甲に、「いい度胸をしているじゃないか。8時半にC公園に来い。覚悟しておけよ。」と言った。これに対し、甲も、「おう、行ってやるよ。」と怒鳴って電話を切った。

甲は、高校時代にAと同じ不良グループに所属しており、Aが短気で粗暴な性格で、過去にも怒りにまかせて他人に暴力を振ったことが数回あったことを知っていたため、Aの前に姿を現せば、Aから殴る蹴るなどの暴力を振られる可能性が極めて高いだろうと思ったが、甲も頭に血が上っていたことから、自宅にあった包丁（刃体の長さ15センチメートル。以下「本件包丁」という。）をズボンのベルトに差して準備した上で、C公園に向かい、Aを待ち構えていた。

Aは、同日午後8時30分頃、C公園に到着し、甲の姿を見るなり、「お前、ふざけんなよ。」

ポコポコにしてやるからな。」と怒鳴り声を上げた。これに対し、甲は、「できるものならやってみろ。この野郎。」と大声で言い返した。

5 Aは、甲の態度に逆上し、甲に至近距離まで接近すると、右手の拳を突き出して甲の顔面を殴打しようとした。甲は、Aの拳をかわしながら、本件包丁をベルトから抜いて、Aに向けて突き出した。Aは、これをかわし、ひるむことなく更に甲の顔面を殴打しようとして拳を振り上げた。

6 ちょうどその頃、甲の勤務先の後輩乙は、偶然にC公園に来て、前記5のとおり、Aが甲を殴打しようとしているのを目撃し、とっさに甲を助けようと考えた。

乙は、護身用に携帯していたサバイバルナイフ（刃体の長さ18センチメートル。以下「本件ナイフ」という。）を取り出して、直ちにAの背後に回り、同日午後8時31分頃、何の警告もせずにAの右上腕部を狙って本件ナイフを同部に強く突き刺し、Aに加療約3週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせた。

このとき、乙は、前記1から4までの各事実を知らず、また、甲が本件包丁を持っていることも認識しておらず、Aが甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思い込んでいた。

7 Aは、すぐに後方を振り向き、乙に刺されたことを認識した。Aは、「誰だ、お前。何をしやがる。」と怒鳴りながら、乙を蹴り付け、ひるんだ乙は本件ナイフをその場に落とした。乙は、Aから更に殴る蹴るなどの暴力を振るわれてしまうと思って怖くなり、走って逃げ出した。これを見たAは、乙を捕まえて痛み付けようと考え、「待て。この野郎。」と叫びながら、走って乙を追い掛けた。

乙は、逃げながらAが背後から追跡してきているのを見て、このままではすぐに追い付かれて暴力を振るわれてしまうと思っていたところ、進路前方の道路脇に、飲食物の宅配業務に従事していたDがエンジンを掛けたままで一時的に停めていたD所有の原動機付自転車（以下「本件原付」という。）を見付けた。このとき、Dは、配達のために付近のマンション内に立ち入っていたことからその場にいなかった。

Aは乙よりも足が速く、乙がAの追跡を振り切るためには、本件原付を運転して逃げるのが唯一採り得る手段であったところ、乙は、本件原付を使ってAの追跡を振り切り、安全な場所まで移動したら本件原付をその場に放置して立ち去ろうと考えた。乙は、同日午後8時33分頃、Dに無断で本件原付を発進させ、Aの追跡を振り切った。

8 甲、乙及びAは、いずれも20歳代の男性であり、各人の体格に大差はなかった。

〔設問2〕 【事例2】における乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

令和4年司法試験 刑事系第1問 解答例

第1 〔設問1〕について

1 主張(1)について

- (1) B所有の本件バイクをAが盗んだものであるから、盗品が横領罪（252条）の客体となるかが問題となる。
- (2) 横領罪の保護法益は、所有権及び委託信任関係である。このため、盗品であっても、それが受寄者からみて明らかに他人の物を委託者との信任関係を破って領得する以上、保護法益を害することとなる。よって、盗品であっても、委託信任関係に基づいて占有している場合、横領罪の客体となる。
- (3) 本件では、甲がAから本件バイクの保管を頼まれて保管していたのであるから、委託信任関係に基づく占有がある。よって、本件バイクは横領罪の客体となる。

したがって、主張(1)は妥当である。

2 主張(2)について

- (1) 甲は、本件バイクを怒りに任せて甲の実家の物置に隠しているが、かかる行為が「横領した」といえるか。
- (2) 横領行為とは、自己の占有する他人の財物について、不法領得の意思を発現する行為である。そして、横領罪における不法領得の意思とは、前述の保護法益から、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、権限がないのに、所有者でなければできないような処分をする意思をいう。
- (3) 本件では、甲は怒りに任せて本件バイクを実家の物置に

隠しているが、これは、本件バイクの所有者でなければ、権限なしにできない処分行為である。そのことを認識して隠した以上、甲には横領罪の不法領得の意思があり、それを発現する行為をしたといえる。

したがって、主張(2)は妥当である。

第2 〔設問2〕について

1 本件ナイフでAの右上腕部を強く突き刺したことについて

- (1) 乙が本件ナイフでAの右上腕部を強く突き刺したことで、Aに加療約3週間の傷害を負わせている。かかる乙の行為は、人の身体の生理的機能を障害する行為であるから、傷害罪（204条）の構成要件に該当する。

- (2)ア しかし、乙は、Aが甲を殴打しようとしているのを目撃し、とっさに甲を助けようとしたのであるから、正当防衛（36条1項）が成立しないか。

イ まず、「急迫不正の侵害」とは、法益侵害の危険が差し迫っていることをいう。

Aは甲の顔面を殴打しようとして拳を振り上げているので、このままでは甲はAに顔面を殴られ負傷するところであった。このため、法益侵害の危険が差し迫っているといえ、「急迫不正の侵害」がある。

ウ 次に、防衛の意思の要否とその内容が問題となる。36条1項の文言から、防衛の意思が必要であり、その内容は、急迫不正の侵害を認識してこれを避けようとする

単純な心理状態をいう。

本件では、乙がAに殴打されようとしている甲を助けようと考えたのであるから、他人であるAへの急迫不正の侵害を認識して、これを避けようとする心理状態であったといえる。よって、防衛の意思が認められる。

エ しかし、「やむを得ずにした行為」といえるか。防衛行為の相当性が問題となるところ、正当防衛における防衛行為は、侵害を排除するために必要かつ相当な行為をいう。

本件では、乙が何の警告もせずにAの上腕部を狙って本件ナイフを強く突き刺している。確かに、顔面を拳で殴られようとしている状況では、顔面を殴られると、当たり所によっては甲の生命の危険があるので、法益侵害の重大な危険が差し迫っているといえる。しかも、乙がいきなりAの右の上腕部を強く突き刺すことは、上腕部が急所ではなく、かつ、Aが殴ろうとするのを止めるために効果的であったので、必要性があるものとも思える。

しかし、甲はAに対し本件包丁を向けていたのであり、素手の相手に対して刃物を以て立ち向かっていたのであるから、乙が更に本件ナイフという刃物を使ってAを攻撃する必要はなく、防衛行為としての必要性を欠くものといえる。午後8時30分という夜間のC公園で、

例えば後ろからいきなりAに声を掛ければ、Aの甲への攻撃は一時的にせよ止まり、甲は殴打される状況を脱することができたと考えられる。また、本件ナイフの刃体が18cmと殺傷力が高く、これを強く突き刺すことは、特に攻撃力の大きな用法で攻撃したものといえる。このため、必要性と相当性がない。

したがって、乙の行為は、防衛行為として過剰であり、正当防衛は成立しない。乙の行為には36条2項により過剰防衛が成立し、刑が任意的に減輕され得ると考えられる。

(3)ア しかし、乙は、Aを本件ナイフで突き刺した際に、甲も本件包丁を持っていて喧嘩闘争状態にあることを認識していなかった。このため、乙は急迫不正の侵害の内容についての誤認があり、誤想過剰防衛が成立するのではないか。

故意責任の本質は、行為者が構成要件該当事実を認識しながら敢えて犯罪行為に及んだ点への反規範的人格の態度への非難可能性である。正当防衛状況について、防衛行為をした者の状況認識が客観的事実と異なっていたとしても、過剰性を基礎づける事実関係を認識していれば、故意責任を問い得る。

本件では、乙は、背後からAの右上腕部であることを認識して本件ナイフで強く突き刺している。このような

行為自体は、前述のように、他の方法があったのに敢えて攻撃性の強い方法を用いたものといえるのであり、このように過剰性を基礎づける事実関係について乙は認識している。したがって、故意責任を問い得る。

イ そして、このような場合に、36条2項の適用の有無が問題となる。

36条2項の法的性質は、緊急時の避難可能性が減少することによる責任減少であると解する。このため、護送過剰防衛においても、緊急時において行き過ぎがあることへの非難可能性が減少するといえる。

よって、36条2項により刑の任意的減軽があり得る。

2 本件原付を無断で発進させてAを振り切ったことについて

(1)ア 乙は、Dに無断で本件原付を発進させている。かかる行為により窃盗罪(235条)が成立しないか。

イ まず、本件原付はD所有であり、「他人の財物」であるといえる。

ウ 次に、本件原付にはDの占有があるか。Dがその場にいなかったことから問題となる。

「窃取」とは、窃盗罪の保護法益が他人の財物への事実上の占有であることから、「他人の財物」は他人が占有していることが要件となる。そして、占有とは、財物に対する事実上の支配をいう。

本件では、Dが本件原付をつかって飲食物の宅配業務に従事しており、配達のために付近のマンション内に立ち入っていたため、本件原付を一時的に停めていたのである。このため、Dはすぐに本件原付のある場所に戻ることが想定されており、本件原付を奪おうとする者がいれば、すぐにでも追いかけて取り戻せる状況であった。このため、Dによる占有が本件原付に認められる。

エ 次に、乙が本件原付を無断で発進させた行為は、本件原付が人の走る速度よりも速く移動できることから、Dによる取戻しを不可能にする点で占有を奪う行為である。よって、「窃取」に当たる。

オ ただ、安全な場所に移動したら放置する意思であったから、不法領得の意思があるか問題となる。

不法領得の意思は、一時使用や毀棄罪との区別をする必要から、権利者を排除して財物を経済的用法に従って利用・処分する意思である。

本件では、自己のものにしようとはしていないが、本件原付に乗って移動することで経済的用法に従って利用している。また、放置する乗り捨て行為は、本件原付の権利者であるDを排除する行為であるといえる。よって、不法領得の意思がある。

カ 以上から、乙の行為は窃盗罪の構成要件に該当する。

(2)ア しかし、乙が本件原付を無断で発進させたのは、Aの

追跡を振り切るためであった。そこで、乙に緊急避難が（37条1項本文）成立しないか。

イ まず、「現在の危難」があるか。乙は「さて。この野郎」と言って追いかけてくるAから逃げており、Aが甲に殴りかかり正に暴力をふるおうとする状況であったことから、次は暴力的な乙がAを次に殴ろうとすると考えられ、「現在の危難」がある。

次に、「避けるため」との文言から、避難意思が必要であり、その意思は危難を避ける単純な意思である。本件では、Aの追跡を振り切るため、という目的から、そのような避難意思があるといえる。

また、「やむを得ずした行為」とは、避難のため必要最小限度の行為であり、危難により侵害される法益と避難行為により侵害される法益との権衡が必要である。

本件では、Aにすぐに追いつかれて暴力を振るわれてしまう以上、人が走るよりも移動速度で有利な手段は本件原付以外に周囲にないことから、避難のための必要最小限度の行為といえる。また、危難により侵害される法益は乙の身体の安全であり、避難行為により侵害される法益はDの財産権であるから、法益の権衡があるといえる。

以上より、緊急避難の要件を充たす。

ウ しかし、Aの追跡は、乙が本件ナイフで乙を突き刺し

たことが原因である。この場合、自招避難に当たするため、緊急避難が成立しないのではないか。

緊急避難は、違法性阻却事由であるから、避難行為をすることが社会的に相当な状況でなければならない。そこで、形式的には緊急避難行為時に緊急避難の要件を充たしていても、避難行為が社会的相当性を欠き実質的に違法性を有する場合に、正当化できない。よって、避難行為が社会的相当性を欠く場合、緊急避難が成立しない。

本件では、乙がAをいきなり本件ナイフで突き刺したことで、Aが憤激して乙を追跡しているから、Aの追跡は乙が原因である。そのような状況で他人の本件バイクを無断で利用する行為は、社会的相当性を欠くといえる。よって、緊急避難は成立せず、窃盗罪の罪責を乙は負う。

3 以上より、乙は、傷害罪と窃盗罪の罪責を負い、両罪は併合罪（45条前段）となり、前者は刑が任意的に減輕され得る。

以上

— M E M O —

令和4年司法試験分析会

刑事系・第2問

令和4年司法試験 刑事系第2問 問題文**〔第2問〕（配点：100）**

次の各【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】

- 1 H県警察I警察署の司法警察員らは、過去の大麻事件の捜査過程から大掛かりな大麻密売の疑いのある者として氏名不詳者（以下「甲」という。）の存在を把握した。甲は、契約名義の異なる携帯電話を順次使用しており、身元や所在地は関係者の供述からも不明であった。
- 2 ところが、令和3年11月2日、I警察署の司法警察員Pは、大麻所持の罪で1年間服役した後出所した暴力団X組の組員Aから、「以前は話せなかったが、私が逮捕された際に所持していた大麻は、甲から入手したものである。当時、甲は大麻を栽培し、紹介を受けた者に対して密売していた。先日、甲から出所祝いの電話があった。また私に大麻を売ろうとしているのではないかと思った。私は暴力団や大麻とは縁を切りたいので、情報を提供して警察に協力することにした。」旨言われた。

Pらは、甲がAにかけてきた電話番号の契約名義人を捜査したが、実在しないことが判明した。そこで、Pらは、Aを介してPを大麻の買い手として甲に紹介させた上、まずは少量の大麻をサンプルとして持参させて、甲との信頼関係を構築するとともに、甲に大麻密売の意思があることを確認することとした。そして、その際には甲を逮捕せず、その後甲が多量の大麻を持参したときに現行犯人として逮捕し、甲による大掛かりな大麻密売の全容解明につなげることにした。
- 3 同月20日、Aは、Pの依頼を受けて甲に電話をし、甲が今でも大麻を密売していることを確認した上で、大麻の買い手としてPを紹介し、Pから聞いた電話番号を甲に伝えるとともに、甲の使用する携帯電話の番号をPに伝えることの承諾を得た。同日、Aから連絡を受けたPは、甲に電話をかけ、「大麻を5キロ欲しいが、まずは100グラムをサンプルとして手に入れて、その質を確認したい。」旨述べた。これに対し、甲は、「Aの紹介でもあるし、サンプルの件は分かった。しかし、安全に取引できる場所があるのか不安なので、気が進まない。この間、知り合いの密売人も捕まった。」旨述べた。そこで、Pは、甲に対し、「K県J市内に私がオーナーを務める宿泊施設がある。そこなら安全だ。」旨述べたところ、甲は、これに応じたが、「危険を感じたら行かない。」旨述べた。その後、Pは、K県J市内にある宿泊施設を手配した。
- 4 同月23日、Pは、前記施設の一室でAを伴って甲と会い、甲から、乾燥大麻100グラムを譲り受けた。そして、2日後に同じ場所で残り的大麻と代金の授受を行うことになった。その場で、甲からは「10キロ程度なら扱うこともある。」旨の話が出ていた。Pが甲と別れた後、I警察署の司法警察員らは甲を尾行したが、途中で見失った。
- 5 同月24日、甲からPに電話があり、「明日の取引は取りやめたい。」旨告げてきた。Pが繰り返しその理由を尋ねると、甲は、「密売人の摘発が続いているようで、嫌な予感がする。」旨述べた。これに対し、Pは、「自分は長年X組と交遊があり、X組との取引も続けてきたので不安を感じる必要はない。サンプルの質が良かったので、約束した代金の1.5倍の代金を払う。」旨述べた。それでも甲が渋る態度を示したことから、Pは、「この前、10キロ程度の大麻なら扱うこともあると言っていたが、同じ単価で10キロをまとめて買ってよい。現金はすぐに用意できるので心配ない。取引の場で先に金を見せてもよい。」旨述べ、具体的な金額を提示した。

すると、甲は、また連絡すると言って電話を切った。Pは、直ちにAに電話をかけ、甲とのやり取りを伝え、甲から電話があった際の対応について指示した。その後、甲がAに電話をかけ、X組とPとの関係を尋ねたのに対し、Aは、Pの指示に従い、Pは古くからX組と交遊し、取引もある信用できる人物である旨告げた。これを聞いた甲は、Pに再び電話をして、「よく

分かった。大麻を 10 キロ売ることにするが、必ず先に金を見せてほしい。」旨述べた。

- 6 同月 25 日、P は、前記施設の一室で甲に対し、見せ金として用意していた現金を見せた。すると、甲は、一旦退室した後、大型トランクに入れた 10 キログラムの乾燥大麻を持って部屋に戻ってきた。そこで、P は、隣室で待機していた同署の司法警察員らと共に、その場で甲を大麻の営利目的所持の現行犯人として逮捕し、逮捕に伴い前記乾燥大麻を差し押さえた。

〔設問 1〕

【事例 1】記載のおとり捜査の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

【事例 2】（【事例 1】の事実に続けて、以下の事実があったものとする。）

- 7 甲を逮捕した翌日の令和 3 年 1 月 26 日、H 県 I 市内の家屋（以下「本件家屋」という。）が柱や床を残して全焼した。捜査の結果、甲が B 所有の空き家である本件家屋を大麻栽培拠点としており、それが放火された疑いが濃厚となった。そして、その実行犯として乙が浮上し、I 警察署の司法警察員らは、同年 1 月 2 日、乙を非現住建造物等放火事件の被疑者として同署に任意同行した。

乙は、同日、取調べにおいて、本件家屋 1 階 1 2 畳間の全面に灯油を散布した上、点火した石油ストーブを蹴り倒して着火させ、本件家屋に放火したこと、その際、本件家屋内には自分しかいなかったことを供述し、その旨録取した供述調書 1 通が作成され、同日中に通常逮捕された。その後、乙は、黙秘に転じた。

本件家屋について実施された検証等の捜査の結果、本件家屋 1 階 1 2 畳間の床下から焼け落ちた床部分と石油ストーブが発見されるとともに、焼け残った同室の床部分から広範囲にわたり灯油が検出され、また、同ストーブには転倒時の自動消火装置がなく、乙が供述していた方法で灯油に着火できることが判明した。

検察官は、同月 23 日、乙を本件家屋に対する非現住建造物等放火の罪で起訴した（公訴事実は【資料 1】のとおり。）。

- 8 乙は、第 1 回公判期日の冒頭手続において、「放火はしていない。その日、部屋にいて、煙臭いと感じ、石油ストーブを見ると、傍らの乾燥大麻が燃えていた。布をかぶせても火が消えなかったので、そのまま逃走した。灯油をまいてもいない。」旨弁解し、弁護人も同旨の主張をした。

公判において、火災科学の専門家の証人尋問が実施され、検察官及び弁護人の尋問を通じて、「焼け残った床面の広い範囲から灯油が検出されたことからすると、人為的に灯油がまかれたと考えるのが自然である。」「今回の火災については、被告人が捜査段階で話していたように、室内に灯油を散布した上で、点火した石油ストーブを倒して灯油に着火させたと考えて矛盾はない。」旨証言した。これに対し、裁判所が、補充尋問において、石油ストーブを倒す方法以外での着火の可能性について質問すると、同証人は、「例えば、可燃物に火をつけて散布された灯油に着火させることも可能と考えられる。」旨証言した。同証人尋問の終了後、裁判所は、検察官及び弁護人に対し、放火の態様に関して追加の主張、立証の予定があるかを確認したが、いずれもその予定はない旨回答した。

裁判所は、証拠調べが終わった時点で、乙が室内に灯油を散布し、その灯油に何らかの方法により着火させたことは認定できるが、乙が石油ストーブを倒して着火させたとはまでは認定できないとの心証を得た。その後、論告、弁論においても、検察官及び弁護人は当初の主張を維持し、被告人も従前と同旨の陳述をして、裁判所は結審した。

〔設問 2〕

- 1 裁判所が、前記の心証に至った理由を説示した上で、【資料1】の公訴事実に対して【資料2】の罪となるべき事実を認定し、判決をすることが許されるかについて論じなさい。

なお、罪となるべき事実の記載が判示として十分かについて論じる必要はない。

- 2 【事例2】につき、仮に、乙が捜査段階において、「令和3年11月1日に、本件家屋内で、甲が逮捕されたときには同家屋に放火するように甲から指示されていたので、その指示に従って同家屋の室内に灯油をまいた上、点火した石油ストーブを蹴り倒して放火した。」旨述べ、これを踏まえ、検察官が甲を本件家屋に対する非現住建造物等放火の罪で起訴したとする（公訴事実【資料3】のとおり。）。

甲は、捜査段階から一貫して乙との共謀を否認し、弁護人も、第1回公判期日の冒頭手続において同旨の主張をした。検察官は、裁判長からの求釈明に応じて、冒頭陳述で、共謀が成立した日にちを令和3年11月1日、共謀が成立した場所を本件家屋内であるとそれぞれ明らかにした。これに対し、弁護人は、冒頭陳述で、「検察官が乙との共謀が成立したと主張する日は、甲は、一日中、K県L市内にある自宅にいて、本件家屋には行っていない。」旨述べてアリバイを主張した。証人尋問において、乙は、「同月1日、甲から放火の指示を受けた。」旨証言し、これに対し、弁護人は、その証言の信用性を弾劾する反対尋問をした。裁判所も、アリバイの主張を念頭に、その日の甲及び乙の行動について補充尋問をした。甲は、被告人質問においても同日のアリバイを述べ、検察官及び裁判所も、同日中の行動について甲に質問した。

裁判所は、その後の証拠調べの結果をも踏まえ、甲から乙に対して前記のような指示があったことに疑いはないが、その日にちについては、同月1日ではなく同月2日であり、乙はそれを取り違えて供述しているとの心証を得た。その後、論告、弁論において、検察官及び弁護人は、従前と同様の主張をし、被告人も従前と同旨の陳述をして、裁判所は結審した。

この場合、裁判所が、前記の心証に従い、事実認定の理由として、共謀が成立したのは同月2日である旨説示した上で、【資料3】のとおりの実事実を罪となるべき事実として認定し、判決をすることが許されるかについて論じなさい。

なお、罪となるべき事実の記載が判示として十分かについて論じる必要はない。

(参照条文) 大麻取締法

- 第24条の2 大麻を、みだりに、所持し、譲り受け、又は譲り渡した者は、5年以下の懲役に処する。
- 2 営利の目的で前項の罪を犯した者は、7年以下の懲役に処し、又は情状により7年以下の懲役及び200万円以下の罰金に処する。
- 3 (略)

【資料 1】 公訴事実

被告人は、令和 3 年 1 1 月 2 6 日午後 2 時頃、H 県 I 市 O 町 Δ 丁目 × 番地所在の現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない B が所有する家屋（木造スレート葺 2 階建て、床面積合計約 9 8 . 6 平方メートル）内において、同家屋 1 階 1 2 畳間に灯油をまいた上、点火した石油ストーブを倒して火を放ち、その火を同家屋の壁、天井等に燃え移らせ、よって、同家屋を全焼させて焼損したものである。

【資料 2】 罪となるべき事実

被告人は、令和 3 年 1 1 月 2 6 日午後 2 時頃、H 県 I 市 O 町 Δ 丁目 × 番地所在の現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない B が所有する家屋（木造スレート葺 2 階建て、床面積合計約 9 8 . 6 平方メートル）内において、同家屋 1 階 1 2 畳間に灯油をまいた上、何らかの方法で火を放ち、その火を同家屋の壁、天井等に燃え移らせ、よって、同家屋を全焼させて焼損したものである。

【資料 3】 公訴事実

被告人は、乙と共謀の上、令和 3 年 1 1 月 2 6 日午後 2 時頃、H 県 I 市 O 町 Δ 丁目 × 番地所在の現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない B が所有する家屋（木造スレート葺 2 階建て、床面積合計約 9 8 . 6 平方メートル）内において、同家屋 1 階 1 2 畳間に灯油をまいた上、点火した石油ストーブを倒して火を放ち、その火を同家屋の壁、天井等に燃え移らせ、よって、同家屋を全焼させて焼損したものである。

令和4年司法試験 刑事系第2問 解答例

第1 〔設問1〕

- 1(1) 本件おとり捜査が、「強制の処分」(197条1項但書)に当たるか。おとり捜査が当たるとすれば、法律上の根拠が必要となることから問題となる。
- (2) 科学捜査が発達した現代では、物理的強制のみならず、プライバシー侵害などを防止する必要性と捜査の必要性との調和の観点から範囲を画するべきである。よって、「強制の処分」とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない捜査手法をいう。
- (3) おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働きかけ、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する捜査手法である。これは相手方に対して詐術的な働きかけとなるものの、相手方が自分自身の意思で行動している以上、個人の意思を制圧するものではない。本件でも、Pは甲に対して大麻の取引を持ちかけつつも、甲に脅迫的言辞を用いたわけでもないのであるから、甲の意思を制圧したとまではいえない。
- よって、本件おとり捜査は、「強制の処分」に当たらない。
- 2(1) ただ、任意捜査として本件おとり捜査が違法にならない

か(197条1項本文)。

- (2)ア 任意捜査であっても、相手方の何らかの権利を制約するおそれがあるため、無制限に認められるべきではない。
- そこで、必要性和緊急性を考慮して、具体的状況で相当といえるものである限りで適法である。
- イ おとり捜査については、捜査機関側が、相手方に働きかけて犯意を発生させて犯罪を実行させることは相当といえないが、既に犯意を有している相手方に犯行の機会を提供するものであれば、相当といえるものと解する。
- (3)ア 本件では、薬物犯罪は密航性が高いので、おとり捜査によって取引現場を押さえる必要性が高い。また、大麻の密売は、それが大麻が流通して多くの人を使用することで薬物が社会に蔓延することから、速やかに売人を逮捕する必要があるため、緊急性も十分にある。
- イ では、相当性はどうか。本件では、11月23日と25日にPが甲と接触していることから、それぞれについて検討する。
- まず、11月23日について、甲は、Pからの電話に「気が進まない。」と答えている。しかし、Pが「危険を感じたら行かない。」と答えていることから、Pは逮捕される等の可能性を考慮しつつも、当時、甲が大麻の密売をしていることはAが電話したことで明らかになっ

ていることから、営利目的の大麻譲渡という犯罪をする意思自体は、抱いていたといえる。

このため、11月23日の、Aを介したPの甲への接触は、あくまで甲がサンプルとしての大麻譲渡の犯意を有していた状況で、機会を提供したに過ぎない。よって、同日のおとり捜査は、前述の必要性・緊急性を踏まえると、相当性のあるものといえる。

次に、11月25日についてはどうか。確かに、し、11月24日にも渋る態度を示していたので、甲に犯意がなかったところをPが強引に密売をさせようとしたとも思える。しかし、Pが10kgまとめて買ってよいと言うと、甲はまた連絡すると答えているので、そもそも大麻を密売する意思があったものの、それをどのような状況で行うかについて決め切っていなかったに過ぎない。すると、Pは、甲が犯行に踏み切りやすいよう、甲にとって密売を安心して行える場所を提供したに過ぎないといえる。

よって、11月25日についても、既に犯意を有している甲に対して、犯行の機会を提供したものに過ぎないのである。このため、前述の必要性や緊急性も考慮すれば、相当性がある。

ウ したがって、本件おとり捜査は任意捜査として適法である。

第2 〔設問2〕 1

1 【資料1】の公訴事実に対して、【資料2】の罪となるべき事実を認定し、判決許される。前者では「転化した石油ストーブを倒して」とあるのに対し、後者では「何らかの方法で」とあり、放火の実行行為の認定が異なるため、訴因変更が必要となるのではないかが問題となる（312条1項）。

2(1) まず、訴因の意義についてどのように解すべきか。

訴因は検察官による具体的犯罪事実の主張であるから、事実に食い違いが生じた場合には訴因変更が必要である。次に、事実認定が誤っていれば法的評価が正しくても誤判のおそれがある。被告人の防御の利益は事実の存否にあるため、十分に防御活動ができるためには事実に変化が生じた場合に訴因変更すべきである。

よって、訴因は犯罪事実そのものを記載したものであり、事実が変われば訴因変更手続が必要となる。

(2) そして、訴因の機能は、第1次的には裁判所が行う審判対象の画定にあり、第2次的な機能は、被告人に対して防御の対象を明確化することである。

したがって、審判対象画定のために必要な事項が変動する場合には常に訴因変更が必要であり、審判対象画定のために必要な事実ではなくても、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であれば原則として訴因変更が必要だが、具体的審理経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるもの

3(1) 「放火」は、非現住建造物等放火罪（刑法109条1項）の構成要件である。放火の実行行為が審判対象である点では変わらないので、審判対象の画定という観点からは、訴因変更は必要ない。

(2) 次に、被告人の防御活動への不利益の観点から検討するには、実行行為の行為態様がどのようなものであるかは、被告人の防御活動上、重要であるといえる。そのため、原則として訴因変更が必要となる。

他方、本件では、火災科学の専門家の証人尋問における証言は、「人為的に灯油がまかれたと考えるのが自然である。」とあり、放火の実行犯と考えられる乙が灯油をまいたと認定し得る。また、当初に放火方法として審理されていた、石油ストーブを倒して着火する方法との関係で、補充尋問においては石油ストーブを倒す方法以外での着火の可能性について、「例えば、可燃物に火をつけて散布された灯油に着火させることも可能と考えられる」と証言がある。このため、証拠調べの結果から、室内に被告人がストーブを倒して放火したことまでは認定できないが、灯油を散布した、何らかの方法で着火させたことは認定できるという状況である。そして、補充尋問の後、裁判所が検察官及び弁護人に対して、放火の態様に関して追加主張、立証の予定があるかを確認しても、いずれもその予定はない旨回答しているのであるから、被告人は、何らかの方法で着

火させたことについての防御活動をなし得る状況であった。

このため、「何らかの方法で火を放ち」と認定することは、具体的審理状況において、被告人の防御活動に不利益を及ぼさない。

(3) したがって、訴因変更をすることなく、【資料1】の公訴事実に対して、【資料2】の罪となるべき事実を認定し、判決をすることが許される。

第3 〔設問2〕2

1 乙を実行犯として【資料3】の公訴事実により、甲が非現住建造物放火罪の共謀共同正犯として起訴されている場合において、共謀が成立した日は11月2日であるとし、【資料3】のとおり的事実を罪となるべき事実として認定し、判決することができるか。

2(1) 訴因変更の要否については、〔設問2〕1において述べた規範を用いる。

(2) 本件では、共謀が放火に先立って行われたことが明らかにされているので、非現住建造物放火罪の共謀共同正犯の事件としての審判対象は明確になっている。このため、訴因の第1次的機能である審判対象画定の観点からは、訴因変更の必要はない。

また、共謀が何月何日になされたかは、公訴事実において明らかにされていないため、訴因の内容となっていない

い。

したがって、訴因変更は必要ないものといえる。

- 3(1) 加えて、裁判所は、訴因変更を要しない事実であっても、審理全体を通して争点を明確化することによって不意打防止をすべきである。このため、被告人の防御活動の便宜に配慮しなければならない。

よって、被告人に防御活動上の不意打ちのおそれがある場合には、裁判所には争点顕在化の義務があり、これを履行せずに心証通りの認定をし、判決することは許されない。

- (2) 本件では、11月1日に共謀があったとの乙の主張に対し、審理の結果、甲から乙に放火の指示があったのは11月2日であったとの心証を裁判所が得ている。これは、甲からの指示が11月2日であったのに、それを乙が取り違えているためである。すると、実質的には、甲が被告人質問において11月1日のアリバイを述べ、検察官及び裁判所が同日中の行動について甲に質問しているというように、審判の争点は、11月1日に甲乙間の共謀がなされたか否かに集中していたといえる。

このため、11月2日に甲のアリバイがあったか否かを争点とするよう検察官への求釈明がなされ、争点が顕在化されていれば、11月2日に共謀があったとの認定をすることができる。しかし、そのような求釈明もなされてい

いのであるから、裁判所は争点顕在化義務を怠ったものといえる。

- (3) したがって、裁判所が、共謀が成立したのは11月2日である旨判示した上で、【資料3】のとおり的事实を罪となるべき事実として認定し、判決することは許されない。

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) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22776