

司法試験

---

平成26年再現答案分析会(刑事系科目)

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 150406

LU15040



## 刑事系第1問 問題文

### 〔刑事系科目〕

#### 〔第1問〕（配点：100）

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、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 甲（23歳、女性）は、乙（24歳、男性）と婚姻し、某年3月1日（以下「某年」は省略する。）、乙との間に長男Aを出産し、乙名義で借りたアパートの一室に暮らしていたが、Aを出産してから乙と不仲となった。乙は、甲と離婚しないまま別居することとなり、5月1日、同アパートから出て行った。乙は、その際、甲から、「二度とアパートには来ないで。アパートの鍵は置いていって。」と言われ、同アパートの玄関の鍵を甲に渡したものの、以前に作った合鍵1個を甲に内緒で引き続き所持していた。甲は、乙が出て行った後も名義を変えずに同アパート（以下「甲方」という。）にAと住み続け、自分でその家賃を支払うようになった。甲は、5月中旬頃、丙（30歳、男性）と知り合い、6月1日頃から、甲方において、丙と同棲するようになった。
- 2 丙は、甲と同棲を開始した後、家賃を除く甲やAとの生活に必要な費用を負担するとともに、育児に協力してAのおむつを交換したり、Aを入浴させるなどしていた。しかし、丙は、Aの連日の夜泣きにより寝不足となったことから、6月20日頃には、Aのことを疎ましく思うようになり、その頃からおむつ交換や入浴などの世話を一切しなくなった。
- 3 甲は、その後、丙がAのことを疎ましく思っていることに気付き、「このままAがいれば、丙との関係が保てなくなるのではないか。」と不安になり、思い悩んだ末、6月末頃、丙に気付かれぬようにAを殺害することを決意した。Aは、容易に入手できる安価な市販の乳児用ミルクに対してはアレルギーがあり、母乳しか飲むことができなかったところ、甲は、「Aに授乳しなければ、数日で死亡するだろう。」と考え、7月1日朝の授乳を最後に、Aに授乳や水分補給（以下「授乳等」という。）を一切しなくなった。

このときまで、甲は、2時間ないし3時間おきにAに授乳し、Aは、順調に成育し、体重や栄養状態は標準的であり、特段の疾患や障害もなかった。通常、Aのような生後4か月の健康な乳児に授乳等を一切しなくなった場合、その時点から、①約24時間を超えると、脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、②約48時間後までは、授乳等を再開すれば快復するものの、授乳等を再開しなければ生命の危険が次第に高まり、③約48時間を超えると、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となり、④約72時間を超えると、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。なお、甲は、Aを殺害しようとの意図を丙に察知されないように、Aに授乳等を一切しないほかは、Aのおむつ交換、着替え、入浴などは通常どおりに行った。

- 4 7月2日昼前には、Aに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じた。丙は、その頃、Aが頻繁に泣きながら手足をばたつかせるなどしているのに、甲が全くAに授乳等をしないことに気付き、甲の意図を察知した。しかし、丙は、「Aが死んでしまえば、夜泣きに悩まされずに済む。Aは自分の子でもないし、普通のミルクにはアレルギーがあるから、俺がミルクを与えるわけにもいかない。Aに授乳しないのは甲の責任だから、このままにしておこう。」と考え、このままではAが確実に死亡することになると思いながら、甲に対し、Aに授乳等をするように言うなどの措置は何ら講じず、見て見ぬふりをした。

甲は、丙が何も言わないことから、「丙は、私の意図に気付いていないに違いない。Aが死んでも、何らかの病気で死んだと思うだろう。丙が気付いて何か言ってきたら、Aを殺すことは諦めるしかないが、丙が何か言ってくるまではこのままにしていよう。」と考え、引き続き、Aに授乳等をしなかった。

- 5 7月3日昼には、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。同日昼過ぎ、丙は、甲が買物に出掛けている間に、Aを溺愛している甲の母親から電話を受け、同日夕方にAの顔を見たいので甲方を訪問したいと言われた。Aは、同日夕方に病院に連れて行って適切な治療を受けさせれば、いまだ救命可能な状態にあったが、丙は、「甲の母親は、Aの衰弱した姿を見れば、必ず病院に連れて行く。そうならば、Aが助かってしまう。」と考え、甲の母親に対し、甲らと出掛ける予定がないのに、「あいにく、今日は、これからみんなで出掛け、帰りも遅くなるので、またの機会にしてください。」などと嘘をつき、甲の母親は、やむなく、その日の甲方訪問を断念した。
- 6 7月3日夕方、甲は、目に見えて衰弱してきたAを見てかわいそうになり、Aを殺害するのをやめようと考え、Aへの授乳を再開し、以後、その翌日の昼前までの間、2時間ないし3時間おきにAに授乳した。しかし、Aは、いずれの授乳においても、衰弱のため、僅かしか母乳を飲まなかった。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たが、病院から警察に通報されることを恐れ、「授乳を続ければ、少しずつ元気になるだろう。」と考えてAを病院に連れて行かなかった。
- 7 他方、乙は、知人から、甲が丙と同棲するようになったと聞き、「俺にも親権があるのだから、Aを自分の手で育てたい。」との思いを募らせていた。乙は、7月4日昼、歩いて甲方アパートの近くまで行き、甲方の様子をうかがっていたところ、甲と丙が外出して近所の食堂に入ったのを見た。乙は、甲らが外出している隙に、甲に無断でAを連れ去ろうと考え、持っていた合鍵を使い、玄関のドアを開けて甲方に立ち入り、Aを抱きかかえて甲方から連れ去った。
- 8 乙は、甲方から約300メートル離れた地点で、タクシーを拾おうと道路端の歩道上に立ち止まり、そこでAの顔を見たところ、Aがひどく衰弱していることに気付いた。乙は、「あいつら何をやっていたんだ。Aを連れ出して良かった。一刻も早くAを病院に連れて行こう。」と考え、走行してきたタクシーに向かって歩道上から手を挙げたところ、同タクシーの運転手が脇見をして乙に気付くのが遅れ、直前で無理に停車しようとしてハンドル及びブレーキ操作を誤った。そのため、同タクシーは、歩道に乗り上げ、Aを抱いていた乙に衝突して乙とAを路上に転倒させた。
- 9 乙とAは直ちに救急車で病院に搬送され、乙は治療を受けて一命をとりとめたものの、Aは病院到着時には既に死亡していた。司法解剖の結果、Aの死因は、タクシーに衝突されたことで生じた脳挫傷であるが、他方で、Aの衰弱は深刻なものであり、仮に乙が事故に遭うことなくタクシーでAを病院に連れて行き、Aに適切な治療を受けさせたとしても、Aが助かる可能性はなく、1日ないし2日後には、衰弱により確実に死亡していたであろうことが判明した。

## 分析

- 1 例年どおり、事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じること  
を求める問題が出題されています。平成22年度の刑法論文式試験において、不真正不作為犯は正面か  
ら出題されており、同年度の出題趣旨が参考になると思われま。

### 2 甲の罪責について

- (1) 甲のどの行為を実行行為として把握すべきか

最初にして最大の難問は、甲のどの行為を実行行為として把握すべきかという点です。具体的には、(1)授乳しないという不作為のみを実行行為として把握すべきか、(2)授乳しないという不作為及び病院に連れて行き適切な治療を受けさせないという不作為を実行行為として把握すべきか問題となります。これによって、この後の答案の論述内容が大きく異なります。

(1)の構成を採用する理由として、①人を刃物で刺し、病院にすぐに運び込めば助かる傷害を負わせたが、病院に運び込まずに放置して現場を立ち去り被害者を死亡させた場合、通常、作為による殺人既遂罪が成立すると構成し、病院にすぐに運び込まなかったことを独立に不作為犯として論じないこと（もし、これを独立して不作為ととらえると、病院に運び込めば助かる時点があったおおよそ全ての事例において、不作為犯を検討することになり得るが、それは不自然なように思われます。）、②問題文の事実において、「授乳等を一切しなくなった場合」と出題者が授乳しないことを不作為としてとらえることを想定しているかのような記述がなされていること、③事実6で中止犯を論じやすいという答案政策上の判断等を挙げることができます。

これに対して、(2)の構成を採用する理由として、①不真正不作為犯における不作為とは、法益を守るために「期待された作為をしなすこと」であるところ、法益が生命である場合には、授乳すれば生命侵害を回避できる時点においては、授乳することが「期待された作為」であり、病院に連れて行かなければ助からない時点においては、病院に連れて行くことが「期待された作為」であるから、両方を実行行為として把握すべきであること、②具体的に不作為犯の実行行為とされるのは、個々の「作為義務違反」の態度であること（高橋則夫ほか・理論刑法学入門・35頁）等を挙げることができます。

どちらの立場を採るにせよ、丙の所で論じる不作為の内容と整合する論述となるように注意する必要があります。答案では、(2)の構成で論じています。

- (2) 殺人（未遂）罪と保護責任者遺棄（致死）罪の区別

本問では、甲の不作為により、最終的にAが死亡しているため、因果関係は後で検討するとして、殺人（未遂）罪（199, 203・199）と保護責任者遺棄（致死）罪（218, 219）のいずれに問責すべきか問題となります。

これについては、①殺意の有無で区別する見解、②具体的危険状態下での不作為か抽象的危険状態下での不作為かで区別する見解、③継続的養育義務違反か一回救命義務違反かで区別する見解があります。通説・判例は、①の見解を採り、殺意がある場合には、殺人罪が成立し得るという立場を採っています（大判大4.2.10、大谷・各論・第4版・80頁、松原・93頁）。

平成22年度の出題趣旨では、以下のようにコメントされています。「両者[不作為による殺人罪又は保護責任者遺棄致死罪]を区別する基準として、殺意の有無によるとする考え方、作為義務の程度によるとする考え方などがあるが、いずれの立場に立ったとしても、後述する殺意の有無など関連する事実を認定しつつ、事案へのあてはめを行うことが求められる。」

本問では、①甲は、丙がAのことを疎ましく思っていることに気づき、「このままAがいれば、丙との関係が保てなくなるのではないか。」と不安になり、思い悩んだ末、6月末頃、丙に気付かれないようAを殺害することを決意したこと、②甲は、「Aに授乳しなければ、数日で死亡するだろう。」と考え、7月1日の朝の授乳を最後に、授乳を一切しなくなったこと、③7月2日昼前に、甲は、丙が何も言わないことから、「丙は私の意図に気付いていないに違いない。Aが死んでも、

何らかの病気で死んだと思うだろう。丙が気付いて何か言ってきたら、Aを殺すことは諦めるしかないが、丙が何か言ってくるまではこのままにしていよう。」と考えたことなどの事実からは、甲に殺意を認めることができます。よって、殺人（未遂）罪を検討することになります。

(3) 不真正不作為犯の実行行為性

ア 罪刑法定主義との関係

不真正不作為犯の処罰は作為の形で規定した刑罰法規を不作為に適用する点で、罪刑法定主義に抵触するのではないかと問題となります。

この点については、刑法典の規定は、「人を殺すな」という禁止規範だけでなく、「人を救助しなさい」という命令違反も含んでいるため、罪刑法定主義違反とはならないと解されています。司法試験では、具体的な事実の摘示・評価に力点を置くべきで、罪刑法定主義との関係を答案であえて論じる必要はないように思われます。

イ 不真正不作為犯の実行行為性の要件

不真正不作為犯の実行行為の内容として、作為義務と作為可能性・容易性が要求されます。作為義務と作為可能性・容易性がある場合の不作為のみが作為による実行行為と同視でき、不作為による実行行為と認められるからです（大塚裕文ほか・基本刑法I・88頁）。

なお、実行行為とは、結果発生の現実的危険性を有する行為をいうため、不作為の実行行為性は結果発生の危険性が現実的なものとなった時点で肯定されます。具体的には、甲がAに授乳しなくなってから24時間を超え、脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じた7月2日昼前の時点で実行の着手があったとすべきでしょう。

ウ 作為義務について

作為義務の発生根拠については、かつては、法令、契約及び先行行為などの条理に基づいて認められるとする形式的3分説が有力でした。

しかし、刑法上の作為義務は道徳的なものではなく法的な義務でなければならないから、条理を根拠として直ちに作為義務を肯定することはできない（佐伯・総論の考え方・84頁）とか、法令、契約、先行行為は、作為義務の根拠になり得るが、それだけでは作為義務の根拠として十分ではないとの指摘がなされています。

現在では、(1)排他的支配+危険の創出又は危険増加が保障人的地位の根拠となるとする佐伯教授の見解や(2)事実上の引受け、危険の創出、排他的支配、法令、契約、及び先行行為などを総合的に考慮して作為義務を判断する多元説が有力です。

本問では、甲の作為義務の根拠として、①甲がAの母親であり、親権者としてAを監護・養育する義務があること（民法818 I、820）（法令に基づく義務）②Aは、甲方という閉ざされた空間で生活し、自分では動くことすらできないうえ市販のミルクも飲めない体質であり、Aに授乳することのできる甲だけがAの生命侵害の結果の発生を支配しているといえること（排他的支配）等から、作為義務を認定してよいでしょう。

エ 作為の容易性

甲がAに授乳すること、病院に連れて行き適切な治療を受けさせることについて、何らの障害もないため（授乳しようとする丙から暴力を振るわれるという要素はない）、作為の容易性・可能性は認められます。

よって、甲の行為に不作為の殺人（未遂）罪の実行行為性が認められます。

(4) 不作為の因果関係について

ア 不作為の条件関係

Aは、タクシーに衝突されて脳挫傷で死亡しています。では、この結果を甲に帰責することができるでしょうか。因果関係の有無が問題となります。

不作為の場合、無から有は生じないため、作為の事例における「あれなければこれなし」という基準で条件関係を判断することはできず、「期待された作為があったならば、結果が生じなかったであろうという関係」が認められるかどうかで判断することになります。すなわち、判例（最

決平元. 12. 15／百選 I [第 6 版] [4] ) によれば、不作為による因果関係を認めるためには、結果回避可能性が要求されることとなります（詳しくは、高橋則夫ほか・理論刑法学入門・日本評論社・33頁～64頁参照）。

#### イ 危険の現実化について

大塚裕文ほか・基本刑法 I・99頁には、「川で溺れている人を救助すべき義務を負う者が、救助せず放置している間に、その人が第三者により射殺された場合には、溺死の危険は射殺という結果へと現実化したとはいえないから、因果関係は否定される。この場合、直ちに救助していたのであれば第三者に射殺されることはなかった（結果回避の確実性があった）のであれば、条件関係は認められる。しかし、危険の現実化が否定されるため、因果関係を認めることはできないのである」との記述があります。本問をこの場合とパラレルに考えて、条件関係を肯定し、相当因果関係を否定するという形で論述を展開することも可能であると思われます。実際、答案例もそのように構成しています。判例には、不作為について危険の現実化の有無を検討し、肯定したものがあつたことに注意しておきましょう（最決平24. 2. 8／三菱自動車脱輪事件）。

山口教授は、結果が発生する直接的な原因となつたのが犯人の実行行為後に介入した行為であつた場合には、そのような行為が介入することがありうるのかが、それが犯人の行為によって誘発されたものかなどの考慮によって判断され、それが肯定される時、犯人の実行行為と結果との間に因果関係が認められることになる旨、指摘しておられます（山口厚・基本判例に学ぶ刑法総論・20頁）。

本件では、脳挫傷による死亡の直接的な原因となつたのは実行行為後に介入したタクシー運転手の過失行為であるため、この類型に該当します。そのため、タクシー運転手の過失行為の介入が甲の不作為によって誘発されたものかなどを考慮して相当因果関係を判断することになります。

具体的には、①乙がAを甲方から奪い去つた後、急に乙が呼んだタクシーがAに衝突してくること自体、極めて想定し難い事態であること、②乙は、Aが衰弱していることを知つたため、Aを助けようと思つて、甲方に立ち入つてAを連れ出したのではなく、単に、「俺にも親権があるのだから、自分で育てたい。」と思つて、Aを連れ出していること、③乙が甲方から300メートル離れた時点で、Aの衰弱に気付く前から、タクシーを拾おうとしていたことからすると、タクシー事故は、授乳しなかつたことや病院に連れて行き適切な治療を受けさせなかつたという不作為から誘発されたと評価することはできないこと等を論述すればよいでしょう。

#### (5) 中止犯の成否について

因果関係を否定した場合、甲は、7月3日夕方、Aへの授乳を再開しているため、中止犯の成否が問題となります。

#### ア 中止犯の法的根拠について

刑の減免の根拠については、実行に着手した行為者に対して犯罪を中止するインセンティブを与えたものとする政策説、故意が主観的違法要素であることを前提として、一度生じた故意を放棄し、自ら結果を防止したことによって、行為の違法性が減少するとする違法減少説、自己の意思により中止行為をした場合は行為者に対する非難可能性が減少するという責任減少説などがあります（これらの説の全部、あるいは二つを併用して考慮する見解もあります）。以下では、責任減少説に従つて考えることにします。

#### イ 任意性について

中止犯が成立するためには、「自己の意思により」（43ただし書）といえることが必要です。

「自己の意思により」の判断基準としては、やろうと思えばやれたのにあえて中止した場合に任意性を認める主観説、中止が広義の後悔（悔悟、憐れみ、憐憫、同情、反省など）に基づく場合に限り任意性を認める限定主観説、一般人なら中止するかどうかを基準として任意性を判断する客観説等があります。

本件では、目に見えて衰弱してきたAを見てかわいそうになり、Aを殺害するのをやめようと考えて、授乳を再開しているので、主観説、限定主観説、客観説いずれの立場からも任意性を肯定することができます。

ウ 中止行為について

中止犯が成立するためには、「犯罪を中止した」（43ただし書）といえることが必要です。

これについては、①結果発生の危険を消滅させるのに必要な行為をしていれば十分であるとする見解と②結果発生防止のための真摯な努力まで要求する見解とが対立しています。裁判例（大阪高判昭44.10.17/百選I〔第6版〕〔71〕）は、②の見解に立つものが多いといえます。責任減少説を徹底すると②の見解を採ることになります。

本件では、甲が授乳をやめてから48時間が経過しており、Aを救助するには、病院で適切な治療を受けさせる必要があります。

しかるところ、甲は、Aが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たにもかかわらず、病院から警察に通報されることを恐れる余り、勝手に「授乳を続ければ、少しずつ元気になるだろう。」と考えて、Aを病院に連れて行かなかったというのであり、到底、Aの生命侵害を防止するための真摯な努力を行ったとは認められません。よって、中止犯は成立しません。

(6) 結論

甲には殺人未遂罪が成立します。

### 3 丙の罪責について

丙については、7月2日昼前には、Aに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、Aが頻繁に泣きながら手足をばたつかせるなどしているのに、甲が全くAに授乳等をしないことに気づき、甲の意図を察知しながら、「Aが死んでしまえば、夜泣きに悩まされずに済む。Aは自分の子でもないし、普通のミルクにはアレルギーがあるから、俺がミルクを与えるわけにもいかない。Aに授乳しないのは甲の責任だから、このままにしておこう。」と考え、このままではAが確実に死亡することになると思いながら、甲に対し、Aに授乳等をするように言うなどの措置は何ら講じず、見て見ぬふりをした行為について、不作為の殺人未遂罪（203・199）もしくは保護責任者遺棄罪（218）の成否が問題となります。因果関係については、甲で採った結論と同一の結論とすべきでしょう。以下、因果関係が認められないことを前提に検討します。

(1) 殺人未遂罪と保護責任者遺棄罪の区別

判断基準や学説の対立については、甲の箇所を参照して下さい。

殺意の有無で区別する見解に立つと、本問では、(ア)丙は、「Aが死んでしまえば、夜泣きされずに済む。」と考えていること、(イ)このままでは、Aが確実に死亡することになることを認識していることから、殺意を認めることができ、不作為の殺人未遂罪の成否を検討すべきこととなります。

(2) 検討すべき丙の行為について

丙の行為として検討すべきは、大きく、①事実4において、7月2日昼前に、Aに脱水症状や体力消耗による生命の危険が生じ、Aが頻繁に泣きながら手足をばたつかせるなどしているのに、甲の意図を察知して、このままにしておこうと考え、甲に対し、Aに授乳等をするよう働きかけなかった行為と、②事実5において、7月3日昼に、Aの脱水症状や体力消耗が深刻なものとなり、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てから、Aの顔を見たいと甲方訪問を希望した甲の母に嘘をついて、甲方訪問を断念させ、Aを病院に連れて行かなかった行為とに分けることができます。

このように大きく分けて考察する理由としては、(1)①については、甲がAに授乳しなくなってから、24時間経過後48時間経過前であり、甲がAに授乳を再開すれば、Aの生命侵害の危険を回避することができるのに対し、②については、甲がAに授乳しなくなってから、48時間経過後であり、



病院で適切な治療を受けさせない限り救命が不能であり、丙の行為を連続した不作為にとらえた場合、丙の行うべき作為の内容に変化が生じていると考えられること、(2)①については、丙の実行行為は不作為で争いがないと思われませんが、②については、丙の実行行為が作為か不作為か自体争いがあると思われること（平成22年度の出題趣旨では、積極的に嘘をいって巡回を妨害した行為について、「まず、甲が乙による巡回を妨害するなどの積極的な行為に及んでいるので、甲の行為を不作為、作為のいずれにとらえるのが問題となる。」と述べられています。この出題趣旨においては、実行行為を不作為と作為のいずれにとらえるべきかの判断基準は示されていないので、自分なりに説得的な判断基準を提示して論じる必要があります。）を挙げることができます。

筋としては、(a)事実4、事実5いずれについても丙の連続した一連の不作為を実行行為として、分けずに論じる、(b)事実4については、甲に授乳するよう促さないという不作為を、事実5については、病院に連れて行き適切な治療を受けさせないという不作為を実行行為として、分けて論じる、(c)事実4については、甲に授乳するよう促さない不作為を、事実5については、丙の実行行為を甲の母親に嘘を言った作為として、分けて論じるというように大きく分けることができます。以下では、(b)の筋に沿って論じることにします。

- (3) 甲が授乳しなくなってから24時間経過後48時間経過前（7月2日の昼前から7月3日の朝までの間）について

ア 作為義務について

本問では、①丙は、甲と同棲を開始した後、家賃を除く甲やAとの生活に必要な費用を負担するとともに、育児に協力してAのおむつを交換したり、Aを入浴させたこと（事実上の引受け）、②閉ざされた空間であるアパートの中にいる乳児Aは、自分では動くことができないため、Aの生命は、母乳を与えることのできる甲が排他的支配を有しており、甲に母乳を与えるよう促すことのできる丙も、法益侵害に至る因果経過を具体的に支配しているといえること等の事実を摘示・評価して丙の作為義務を認めるべきであると思われま。

イ 作為の容易性について

甲が殺意を抱いたのは、「このままAがいれば、丙との関係が保てなくなるのではないかと不安になったのが原因であること、甲の意思が、「丙が気付いて何か言ってきたら、Aを殺すことは諦めるしかない」というものであることからすると、丙が甲に一言授乳するよう申しければ、甲は授乳を再開し、Aの生命侵害の危険を除去することは容易だったといえます。したがって、作為の容易性を認めることができます。よって、不作為による殺人未遂の実行行為性は認められません。

- (4) 7月3日昼ころ（Aが授乳しなくなってから48時間経過後）について

ア 作為義務

事実上の引受けと排他的支配という点は7月2日昼前と共通しているため、作為義務を認めることができます。

イ 作為の容易性について

丙がAを病院へ連れて行き適切な治療を受けさせることは容易といえます。よって、不作為による殺人未遂の実行行為性は認められません。

- (5) 不作為による共同正犯の成否

これについては、甲の認識が、「丙は、私の意図に気付いていないに違いない。」というものであるため、甲丙間に不作為によるAの殺人未遂についての共謀の事実を認めることはできません。

また、片面的共同正犯の肯否については、客観的にも主観的にも各自が相互に利用・補充し合って結果を実現するところに共同正犯の本質があるから、共同実行の意思が各自に存在しない限り共同正犯の成立する余地はないとして、否定説を採るのが通説です（大塚裕文ほか・基本刑法I・375頁）。判例も片面的共同正犯を否定しています（大判大11.2.25）。よって、不作為の殺人未遂罪の共同正犯を認めることはできません。

- (6) 不作為の幫助犯、もしくは単独正犯の成否について

ア 片面的共同正犯否定説を前提とすると、不作為による殺人（未遂）罪の幫助犯もしくは単独正犯が成立します。そこで、両者の区別基準が問題となります。

この点については、①作為義務に違反した以上、不作為犯の実行行為性が認められるから、原則として正犯とすべきであるとする見解、②背後の不作為者には行為支配がないことから、原則として、幫助犯を認める見解、③保護者的保障人の場合には正犯であり、監督者的保障人の場合には幫助犯であるとする見解等があります（高橋・総論・第2版・491頁）。これらのいずれかの立場をベースに、不作為の同時犯という事例の特殊性も加味したうえで、正犯か幫助犯かを決していくことになると思われます。

イ 参考となる裁判例（札幌高判平12.3.16）

事案：被告人Aは、内縁の夫Bが、自分の連れ子であるCに対して、その顔面、頭部を殴りし転倒させるなどの暴行を加え死亡させた際、それを制止することなく放置した。Aが身を挺して制止すれば、A自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難いものの、Bの暴行をほぼ確実に阻止し得たことは明らかであった。

判旨：「後述する不作為による幫助犯の成立要件に徴すると、原判決が掲げる『犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した』という要件は、不作為による幫助犯の成立には不要であるというべきであるから、実質的に、作為義務がある者の不作為のうちでも結果阻止との因果性の認められるもののみを幫助行為に限定」すべきとし、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される。」

ウ 当てはめ

(ア) 甲が授乳しなくなってから24時間経過後48時間経過前（7月2日の昼前から7月3日の朝までの間）について

- ①丙は、Aの実親ではないため、保護責任者的地位ではなく、監督者的地位にすぎないこと、  
②Aにはミルクアレルギーがあり、丙が市販の乳児用のミルクを飲ませることはできないため、Aの生命を救うための作為（母乳の提供）は甲しかなし得ないことから、この段階では丙は不作為の幫助犯にとどまると認定することができます。

(イ) 7月3日昼ころ（Aが授乳しなくなってから48時間経過後）について

この段階では、①丙は、甲の母親から電話を受け、同日夕方にAの顔を見たいので甲方を訪問したいと言われた時に、ただちに病院に連れて行って適切な治療を受けさせれば救命可能であったにもかかわらず、「あいにく、今日は、これからみんなで出掛け、帰りも遅くなるので、またの機会にしてください。」などと嘘をつき、甲の母親の訪問を断念させるなど、積極的な関与を行っていること、②上記札幌高判の事案と異なり、丙が甲の不作為を止めるうえで、丙に何ら障害はなかったこと等から丙は不作為の単独正犯と認定することができます。

結論として、不作為の幫助が正犯に吸収され、丙には不作為による殺人未遂罪の単独正犯が成立します。

この他、3(2)における丙の行為の把握の仕方いかんによっては、すべてを一体として判断して、丙を不作為の幫助犯とする、あるいは丙を不作為の正犯とするという結論もあり得ます。

#### 4 乙の罪責について

乙が、甲らが外出している隙に、甲に無断でAを連れ去ろうと考え、持っていた合鍵を使い、玄関のドアを開けて甲方に立ち入り、Aを抱きかかえて甲方から連れ去った行為について、住居侵入罪（130前段）と未成年者略取罪（224）の成否が問題となります。

(1) 住居侵入罪の成否について

130条は、「正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。」と規定しています。

ア 本罪の行為の「侵入」の意義については、住居等の平穩を害する態様での立ち入りをいうとする平穩侵害説と、住居者等の意思に反する立ち入りをいうとする意思侵害説とが対立しています。

この点について、判例は、「刑法130条前段にいう『侵入し』とは、他人の看守する建造物等に管理権者の意思に反して立ち入ることをいうと解すべきであるから、管理権者が予め立ち入り拒否の意思を積極的に明示していない場合であっても、該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立ち入りの目的などからみて、現に行われた立ち入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは、他に犯罪の成立を阻却すべき事情が認められない以上、同条の罪の成立を免れないというべきである。」として、意思侵害説に立っています。

イ そこで、住居権者が誰かを確定する必要があります。アパートの名義が乙のものであることから、乙が住居権者であるとの考え方もあり得ます。しかし、家賃は甲が負担していることからすると、アパートの実質的な所有権・管理権は甲にあるというべきです。この点については、西田教授の「住居権とは、事実上の支配・管理をいうのであるから、居住者は原則として平等の住居権を有するとしても、現実に在宅する者の意思が基準となると考えられるべきであろう。」という指摘が参考になると思われます（西田・各論・第6版・101頁）。

次に、乙と甲は、Aを出産してから不仲になり、別居することとなり、5月1日、乙が乙名義のアパートから出て行く際、甲から、「二度とアパートには来ないで。アパートの鍵は置いていって。」と言われた事実からすると、甲は、今後、承諾なくして、乙が甲の住むアパートに立ち入ることを拒否する意思を積極的に示したものと評価することができます。すなわち、甲の意思としては、およそ乙が甲の承諾なくアパートに立ち入る物理的可能性を除去するよう要請したとみるべきなので、乙が甲に渡したアパートの鍵で甲の住むアパートに立ち入ることのみならず、合鍵により立ち入ることも甲の意思に反する立ち入りといえます。よって、乙には住居侵入罪が成立します。

## (2) 未成年者略取・誘拐罪の成否について

224条は、「未成年者を略取し、又は誘拐した者は、3年以上7年以下の懲役に処する。」と規定しています。

### ア 主体について

本罪の主体については、条文上は特に限定はありませんが、保護法益をいかに解するかにより、監護権者が主体となるかどうかは左右されます。

この点について、保護法益を、①被拐取者の身体の自由であると解する見解、又は②被拐取者の身体の自由及び親権者等の監護権と解する見解に立てば、監護権者も未成年者略取誘拐罪の主体となり得ます（通説）。他方、③親権者等の監護権のみを保護法益とする見解に立てば、監護権者は本罪の主体から排除されることとなります（大谷・各論・第4版・98頁、高橋・各論・102頁）。

答案作成上は、①又は②の見解に立ち、乙が主体となり得ることを前提に論述していくべきでしょう。

### イ 行為について

略取と誘拐とを併せて「拐取」といい、「拐取」とは、人をその生活環境から離脱させて、自己又は第三者の実力的支配下に移すことをいいます。このうち、暴行又は脅迫を手段とする場合が「略取」であり、欺罔又は誘惑を手段とする場合が「誘拐」です。

Aは、生後4か月の乳児ですから、「未成年者」に該当します。また、乙は、欺罔又は誘惑手段を用いずに、単に有形力を行ってAを連れ去り、自己の支配下に移したため、乙の行為は「略取」に該当します。

### ウ 故意について

乙は、客体が乳児（未成年者）であること、自己の行為が略取に当たることを認識しており、未成年者略取罪の故意も認められます。

エ 違法性阻却について

違法性阻却を検討するに当たっては、本問との関係で参考となる判例（最決平17.12.6/百選Ⅱ[第6版][13]）があります。まず、この判例の事案と決旨を紹介します。

事案：被告人Aは、別居中の妻Bが養育している2歳の長男Cを連れ去ることを計画し、Cの通っている保育園の前で、Cを迎えに来ていたD（Bの母親）が自動車にCを乗せる準備をしている際に、Cを抱きかかえて、自分の自動車に乗せ走り去った。

決旨：「被告人は、Cの共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穩に生活していたCを、祖母のDに伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される……本件において、被告人は、離婚係争中の他方親権者であるBの下からCを奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものというとはできない。また、本件行為態様が粗暴で強引なものであること、Cが自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められないのであり、未成年者略取罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

この判例に従うならば、本件で乙の行為に違法性が阻却されるかの検討に際しては、乙が監護権者の1人であることを考慮するとともに、乳児の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情を検討することになります。

この点については、乙は、「俺にも親権があるのだから、Aを自分の手で育てたい。」と思ってAを連れ去っただけであり、衰弱しているAを助けようと思ってAを連れ去ったわけではないこと（乙が、Aの衰弱に気付いたのは、甲方から約300メートル離れた地点で、タクシーを拾おうと道路端の歩道上に立ち止まったときである。）を重視すれば、乙の行為の違法性は阻却されません。

他方、乙の主観的な意図はともかく、客観的には、衰弱しているAを救命する行為であることを考慮すれば、乙の違法性が阻却されると考えることも可能です。

乙の行為を偶然防衛といえるかどうかはともかくとして、乙にAを救助する意思を要求するか否かは、偶然防衛において、行為者に防衛の意思を要求するか否かの対立により犯罪の成否が影響されるのと同様に考えることができます。

(3) 過失致死罪の成否

乙がAを連れ去っていなければ、タクシー衝突事故でAは死ななかつたでしょうから、乙に過失致死罪が成立するかが問題となります。もっとも、この点について、手を挙げて呼んだタクシーが急に衝突することは乙に予見できないでしょうから、乙に過失はないといえます。よって、過失致死罪（210）は成立しません。

(4) 罪数処理

乙には住居侵入罪と未成年者略取誘拐罪が成立し、両罪は牽連犯（54 I 後段）となります。

## 刑事系第2問 問題文

〔刑事系科目〕

〔第2問〕（配点：100）

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

- 1 L県警察は、平成26年2月9日、Wから「自宅で妻のVが死亡している。」との通報を受けた。同日、L県M警察署の司法警察員Pらは、L県M市N町にあるW方に臨場したところ、Vは頭部を多数回殴打されて死亡しており、Wは「私は、本日、2週間にわたる海外出張から帰宅した。帰宅時、玄関の鍵が掛かっておらず、居間に妻の死体があった。家屋内は荒らされていないが、妻のダイヤモンドの指輪が見当たらない。」と供述した。
- 2 Pらは、Vに対する殺人・窃盗事件として捜査を開始し、その一環として、Wが供述する指輪について捜査したところ、同月10日、M市内の質屋から、同月3日午前中に甲がダイヤモンドの指輪を質入れたとの情報を得た。そこで、Pがその指輪を領置し、Wに確認したところ、Wは「指輪は妻のものに間違いない。甲は、私のいとこで、多額の借金を抱えて夜逃げしたが、時々金を借りに来ていた。」と供述した。そして、甲が、隣県であるS県T市所在のU建設会社で作業員として働き、同社敷地内にある従業員寮に居住していることが判明したことから、Pは、同月11日、同所へ赴き、午後1時頃、寮から出てきた甲に対し、「M市内の質屋にダイヤモンドの指輪を質入れたことはないか。」と言ってM市所在のM警察署までの同行を求め、甲は素直にこれに応じた。
- 3 P及び甲は、同日午後4時頃、M警察署に到着し、Pはその頃から、同署刑事課取調室において、甲に供述拒否権があることを告げ、その取調べを開始した。甲は、当初、「私がダイヤモンドの指輪を質入れたことは間違いないが、その指輪は拾ったものである。」と供述したが、同日午後7時頃、「指輪は、私がW方から盗んだものである。」と供述した。さらに、Pは、甲に対し、V死亡の事実を告げて、甲の関与について尋ねたものの、甲は「私は関係ない。」と答え、同日午後10時頃には、「先ほど指輪を盗んだと言ったのは嘘である。私は、Vを殺していないし、指輪を盗んでもいない。指輪は知人からもらった。」と供述を変遷させた。
- 4 この時点で夜も遅くなっていたため、Pは取調べを中断することとしたが、翌日も引き続き甲を取り調べる必要があると考え、甲に対し、「明日朝から取調べを再開するので、出頭してほしい。」と申し向けた。すると、甲は、翌日はS県内の建設現場で働く予定があるとして出頭に難色を示したものの、Pから、捜査のため必要があるので協力してほしい旨説得され、「1日くらいなら仕事を休んで、取調べに応じてもいい。しかし、今から寮に帰るとなると、タクシーを使わなければならない。安いホテルに泊まった方が安上がりだと思うので、泊まる所を紹介してほしい。」と述べた。そこで、Pが、甲に対し、M警察署から徒歩約20分の距離にあるビジネスホテル「H」を紹介したところ、甲は、Hホテルまで自ら歩いて行き、同ホテルに自費で宿泊した。なお、Pは、甲に捜査員を同行させたり、甲の宿泊中に同ホテルに捜査員を派遣したりすることはしなかった。  
翌12日午前10時頃、捜査員が同行することなく、甲が1人でM警察署に出頭したので、Pは、前日に引き続き、同署刑事課取調室において、甲に供述拒否権があることを告げ、①甲の取調べを開始した。甲は、当初、殺人及び窃盗への関与を否認したものの、Pが適宜食事や休憩を取らせながら取調べを継続したところ、同日午後6時頃、甲は、殺人及び窃盗の事実を認め、「指輪を質入れた日の前日の昼頃、W方に金を借りに行ったが、Wは不在で妻のVがいた。居間でVと話をするうち口論となり、カッとなって部屋にあったゴルフクラブでVの頭などを多数回殴り付けて殺害した。殺害後、Vがダイヤモンドの指輪を着けていたことに初めて気づき、その指輪を盗んだ。ゴルフクラブは山中に捨てた。」と供述するとともに、ゴルフクラブの投棄場所を記載した図面を作成した。また、Pは、甲の上記供述を記載した甲の供述録取書を作成した。なお、取調べ開始からこの時点まで、甲が取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。

5 この時点で午後9時になっていたので、Pは取調べを中断することとし、甲に対し、「ゴルフクラブを捨てた場所に案内してもらったり、更に詳しい話を聞きたいので、ホテルにもう1泊してもらい、明日も取調べを続けたいがよいか。」と申し向けた。これに対し、甲は「宿泊する金がないし、続けて仕事を休むと勤務先に迷惑をかけることになるので、一旦寮に帰って社長に相談したい。落ち着いたら必ず出頭する。」と述べたものの、Pから「社長には電話で相談すればいいのではないか。宿泊費は警察が出すので心配しなくてもよい。」と説得され、渋々ながら「分かりました。そうします。」と答えた。

そこで、Pは警察の費用でHホテルの客室を確保した。同客室は同ホテルの7階にあり、6畳和室と8畳和室が続いていて、奥の6畳和室からホテルの通路に出るためには、必ず8畳和室を通らなければならない、両室の間はふすまで仕切られているだけで、錠が掛からない構造であった。Pは、部下であるQら3名の司法警察員に対し、警察車両で甲をHホテルまで送り届けて上記客室の6畳和室に宿泊させ、Qら3名の司法警察員は同客室の8畳和室で待機するよう指示した。甲は、Qらと共に上記客室に到着し、Qらも宿泊することを知ると、「人がいると落ち着かない。警察官は帰ってほしい。せめて私を個室にして警察官は別室にいてもらいたい。」と訴えた。しかし、甲は、Qから「ふすまで仕切られているのだから、別室と同じようなものだろう。私達は隣の部屋にいてだけで、君の部屋をのぞくようなことはしない。」と説得されると、諦めて6畳和室で就寝し、Qら3名の司法警察員は8畳和室で待機した。

翌13日午前9時頃、甲が警察車両に乗せられてM警察署に出頭したので、Pは、前日に引き続き、同署刑事課取調室において、甲に供述拒否権があることを告げ、②甲の取調べを開始したところ、甲は前夜同様に、Vを殺害して指輪を窃取した旨供述した。そこで、Pは、甲にゴルフクラブの投棄場所まで案内するように求め、これに応じた甲を警察車両に乗せ、甲の案内で山中まで赴いたところ、同所から血のついたゴルフクラブが発見された。Pは、これを領置した上、Wに確認を求めたところ、Wは、同クラブは特注品であり、自宅にあったものに間違いのない旨供述した。また、同クラブからは数個の指紋が検出され、そのうち一つが甲の指紋と合致した。Pは、これらの捜査を踏まえて甲に対する殺人及び窃盗の被疑事実で逮捕状を請求し、裁判官から逮捕状を得た上、同日午後4時、M警察署において甲を通常逮捕した。なお、この日も、Pは、甲に適宜食事や休憩を取らせ、甲は、取調べ開始から逮捕まで、取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。

6 甲は、逮捕後の弁解録取においても両被疑事実を認め、翌14日午前9時、検察官に送致された。甲は、検察官Rによる弁解録取においても両被疑事実を認め、Rは、殺人及び窃盗の被疑事実により甲の勾留を請求し、同日、勾留状が発付された。甲は、その後も両被疑事実を認め、「2月2日午後1時頃、借金を申し込むためにW方に行ったがWは不在だった。Vと口論となり、Vから『Wの金ばかり当てにしている甲斐性なし。』などと罵られ、カッとなってゴルフクラブでVを殴り殺した。その後、Vがダイヤモンドの指輪を着けていたことに初めて気づき、金に換えようと思ってその指輪を盗んだ。ゴルフクラブは山中に捨てた。」と供述した。Rは、その他所要の捜査を遂げ、延長された勾留期間の満了日である同年3月5日、甲を殺人罪及び窃盗罪により起訴した（公訴事実は【資料】のとおり。）。

7 同月8日、別の窃盗事件により勾留中の乙が、警察による取調べにおいて、W方でダイヤモンドの指輪及びルビーのペンダントを窃取し、ダイヤモンドの指輪は友人の甲に無償で譲渡し、ルビーのペンダントは自ら質入れた旨供述した。警察がこの供述に従い捜査したところ、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、そのペンダントは、VがWの出張中に購入したものであり、Vの所有物に間違いのないことが判明した。さらに、甲がV殺害に使用したと供述するゴルフクラブから検出された数個の指紋のうち、一つは乙のものと合致することが判明したが、乙は「室内で金目の物を探しているうちに、ゴルフクラブに私の指紋が付いたと思う。私はV殺害には関係ない。」と供述した。

上記事情を把握したRは、第1回公判前整理手続期日前である同月24日、甲が勾留されているL拘置所において、甲に対し、「君が起訴されている事件につき、もう一度、取調べを行うが、嫌なら取調べを受けなくてもよいし、取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。」と告げ、甲が取調べに応じる旨述べたので、Rは、弁護士を立ち会わせることなく、③甲の取調べを開始した。Rは、甲に対し、「乙という人物を知っているか。殺人・窃盗事件に乙が関係しているのではないか。」と質問したところ、甲は、しばらく逡巡していたものの、「乙は友人で、借金を肩代わりしてもらったことがある。今回の殺人事件に乙は関係していないが、実は、ダイヤモンドの指輪は私が盗んだのではなく、乙が盗んだものである。以前、私は、乙に、資産家であるいこのWについて話したことがあった。2月2日午後7時頃、乙が寮の私の部屋に来て、『今日、W方から盗んできた。』と言ってダイヤモンドの指輪をただでくれた。私は、2月3日午前中にその指輪を質入れしたが、期待していたほどの金にならなかったため、Wから借金をしようと考え、その日の午後1時頃にW方に行った。しかし、Wはおらず、Vと口論になり罵られてカッとなって、ゴルフクラブでVを殺した。金目の物を探したり盗んだりすることなく、直ちにその場から逃げてゴルフクラブを捨てた。殺害の方法はこれまで話してきたとおりであり、私一人でしたことである。そして、私は、乙には日頃から世話になっていたことから、乙をかばうために、ダイヤモンドの指輪を私が盗んだと嘘をつき、それとつじつまを合わせるために、Vを殺したのは質入れの前日だということにした。」と供述した。

その後、Rは、乙をも取り調べるなど所要の捜査を遂げた結果、甲及び乙の各供述に矛盾はなく、本件の真相は、甲が、平成26年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、同月3日午後1時頃、W方居間において、単独で、Vを殺害した事件であると認め、④公判において、その旨立証するとの方針を立てた。

- 〔設問1〕 1. 【事例】中の4及び5に記載されている①及び②の甲の取調べの適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。
2. 【事例】中の7に記載されている③の甲の取調べの適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

- 〔設問2〕 検察官は、④の方針を前提とした場合、【資料】の公訴事実に関し、どのような措置を講じるべきかについて論じなさい。

【資料】

## 公 訴 事 実

被告人は

- 第1 平成26年2月2日午後1時頃、L県M市N町〇丁目△番地のW方居間において、Vに対し、殺意をもって、ゴルフクラブでその頭部等を多数回殴打し、よって、その頃、同所において、同人を頭部打撲に基づく脳挫滅により死亡させて殺害し
- 第2 前記日時場所において、同人所有の指輪1個を窃取したものである。



## 分析

### 1 出題形式について

出題形式は、例年どおり設問が2つ用意されています。また、本問の設問1では小問が2つ用意されていますが、問われている捜査の個数としては3つであり、これは昨年度の問題で問われていた捜査の個数と同様です。

出題の内容としては、これも例年どおり、設問1は捜査分野から、設問2は公訴・公判分野から出題されています。そして、設問2では主として訴因変更の可否が問われていますが、訴因変更は、平成24年度刑事系科目第2問において訴因変更の要否が問われていました。なお、公訴・公判分野で出題回数が最も多い伝聞証拠の証拠能力は、今年度は出題されませんでした。

### 2 設問1について

#### (1) 小問1について

ア まず、①及び②の甲の取調べの適法性を判断するに当たっては、高輪グリーン・マンション殺人事件最高裁決定（最決昭59.2.29/百選〔7〕）の判断枠組みを示して検討していくのが妥当と思われます。すなわち、①及び②の甲の取調べの適法性を判断するに当たっては、まず、(a)「強制手段」性の有無（実質逮捕かどうか）について検討し、「強制手段」に当たらないとした場合には、次に(b)任意捜査の限界について検討することとなるでしょう。

まず、(a)「強制手段」性の有無（実質逮捕かどうか）については、(i)任意同行を求めた時間・場所、(ii)任意同行の方法、(iii)任意同行の必要性の有無、(iv)逮捕の条件を具備していたか、(v)任意同行後の取調べ時間・場所、(vi)任意同行後の取調べの方法、(vii)任意同行後の食事・休憩等の状況、(viii)監視態勢（調査官解説では挙げられていない考慮要素ですが、百選解説では考慮要素として挙げられています。）等の諸事情を総合し、社会通念に従って、被疑者を実質的に逮捕した状態においたものかどうか判断すべきであるとされています。もっとも、これらの判断要素は、上記最高裁決定の調査官解説によれば、任意同行と実質逮捕の始期を検討する場合の判断要素とされており、本問では主として取調べの適法性が問われていることからしますと、これらの諸事情をフルで論述して大展開する必要性は高くないように思われます。そこで、本問では、上記判例が判示するように、「強制手段、すなわち、『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手段』」（最決昭51.3.16/百選〔1〕）かどうかを端的に検討できれば十分だといえます。

次に、(b)任意捜査の限界について、上記判例は、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」と判示しています。

イ それでは、①の甲の取調べの適法性について検討していきます。①の甲の取調べの適法性を検討するに当たって、指摘・評価の可能な事実及びその事実に対応する判断要素は、以下のものが考えられます（以下の事実をすべて摘示しなければならないという趣旨ではありません。）。

- ・甲の嫌疑がVに対する殺人・窃盗事件であること→(iii)任意同行の必要性の有無、「事案の性質」
- ・平成26年2月11日午後1時頃、S県T市所在のU建設会社敷地内にある従業員寮から出てきた甲に対し、「M市内の質屋にダイヤモンドの指輪を質入れしたことはないか。」と言ってM市所在のM警察署までの同行を求め、甲は素直にこれに応じたこと→(i)任意同行を求めた時間・場所、(ii)任意同行の方法、「個人の意思」の「制圧」
- ・「甲は、私のいとこで、多額の借金を抱えて夜逃げしたが、時々金を借りに来ていた。」とのWの供述や、甲によるVのダイヤモンドの指輪の質入れの事実→(iii)任意同行の必要性の有無、「被疑者に対する容疑の程度」

- ・ Pが甲に対し、「明日朝から取調べを再開するので、出頭してほしい。」と申し向けたこと、甲がPの申し向けに対して、翌日はS県内の建設現場で働く予定があるとして出頭に難色を示したが、Pから捜査のため必要があるので協力してほしい旨説得されたこと、甲が「1日くらいなら仕事を休んで、取調べに応じてよい。しかし、今から寮に帰るとなると、タクシーを使わなければならない。安いホテルに泊まった方が安上がりだと思うので、泊まると頃を紹介してほしい。」と述べたこと、Hホテルまで自ら歩いて行き、同ホテルに自費で宿泊したこと→「被疑者の態度」
- ・ 2月11日時点の取調べにおいて、当初、甲は「私がダイヤモンドの指輪を質入れたことは間違いないが、その指輪は拾ったものである。」と供述したが、その後「指輪は、私がW方から盗んだものである。」と供述し、さらに「先ほど指輪を盗んだと言ったのは嘘である。」「指輪は知人からもらった。」と供述したこと、及びV死亡の事実について「私は関係ない。」「私は、Vを殺していない」と供述したこと→「被疑者の態度」
- ・ 甲がHホテルまで自ら歩いて行き、同ホテルに自費で宿泊する際、Pが甲に捜査員を同行させたり、甲の宿泊中に同ホテルに捜査員を派遣したりすることはしなかったこと→(viii) 監視態勢
- ・ 翌12日午前10時頃、捜査員が同行することなく、甲が1人でM警察署に出頭したこと→(ii) 任意同行の方法、「諸般の事情」
- ・ Pは、甲に供述拒否権があることを告げていること→(vi) 任意同行後の取調べの方法、「諸般の事情」
- ・ ①の取調べ時、Pが適宜食事や休憩を取らせながら取調べを行ったこと→(vii) 任意同行後の食事・休憩等の状況、「諸般の事情」
- ・ ①の取調べがM警察署刑事課取調室において2月12日午前10時頃から午後9時頃まで行われたこと、甲はその間、取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こと→(v) 任意同行後の取調べ時間・場所、「被疑者の態度」

これらの事情を具体的に摘示・評価しつつ、説得的に①の甲の取調べの適法性を検討することが求められているといえます。結論としては、①の甲の取調べは「強制手段」には当たらず、任意捜査としての限界も超えていないとして適法であると考えられます。

ウ 次に、②の甲の取調べの適法性について検討していきます。②の甲の取調べの適法性を検討するに当たっては、以下の事実を指摘して評価すべきであると考えられます。

- ・ 甲の嫌疑がVに対する殺人・窃盗事件であること→(iii) 任意同行の必要性の有無、「事案の性質」
- ・ ①の取調べにおいて、甲は、殺人及び窃盗の事実を認め、「ゴルフクラブでVの頭などを多数回殴り付けて殺害した。殺害後、Vがダイヤモンドの指輪を着けていたことに初めて気づき、その指輪を盗んだ。ゴルフクラブは山中に捨てた。」と供述したこと、ゴルフクラブの投棄場所を記載した図面を作成したこと、上記供述を記載した甲の供述録取書を作成したこと→(iii) 任意同行の必要性の有無、(iv) 逮捕の条件を具備していたか、「被疑者に対する容疑の程度」
- ・ 2月13日の取調べをしたい旨言われた際、甲が、「宿泊する金がないし、続けて仕事を休むと勤務先に迷惑をかけることになるので、一旦寮に帰って社長に相談したい。落ち着いたら必ず出頭する。」と述べたこと→「個人の意思」の「制圧」, 「被疑者の態度」
- ・ 甲の居宅がL県の隣県であるS県T市にあること、タクシーで帰ることが可能な距離であること→「諸般の事情」
- ・ Pの「社長には電話で相談すればいいのではないかと。宿泊費は警察が出すので心配しなくてもよい。」と説得され、渋々ながら「分かりました。そうします。」と答えたこと→「個人の意思」の「制圧」, 「被疑者の態度」

- ・ Pは、警察の費用でHホテルの客室を確保したこと→「個人の意思」の「制圧」, 「諸般の事情」
- ・ Pが確保した客室は、6畳和室と8畳和室が続いていて、甲が就寝した6畳和室からホテルの通路に出るためには必ず司法警察員が待機していた8畳和室を通らなければならなかったこと→(viii) 監視態勢, 「個人の意思」の「制圧」, 「制約」の有無, 「諸般の事情」
- ・ 甲が就寝していた6畳和室と司法警察員が待機していた8畳和室との間は、ふすまで仕切られているだけで、錠がかからない構造であったこと→(viii) 監視態勢, 「個人の意思」の「制圧」, 「制約」の有無, 「諸般の事情」
- ・ 司法警察員が警察車両で甲をHホテルに送り届けたこと→「個人の意思」の「制圧」, 「諸般の事情」
- ・ 甲が、「人がいると落ち着かない。警察官は帰ってほしい。せめて私を個室にして警察官は別室にいてもらいたい。」と訴えたこと→「個人の意思」の「制圧」, 「被疑者の態度」
- ・ Qから、「ふすまで仕切られているのだから、別室と同じようなものだろう。私達は隣の部屋にいてだけで、君の部屋をのぞくようなことはしない。」と説得されると、甲が諦めて6畳和室で就寝し、Qら3名が8畳和室で待機したこと→(viii) 監視態勢, 「個人の意思」の「制圧」, 「制約」の有無, 「被疑者の態度」
- ・ 13日午前9時頃、甲が警察車両に乗せられてM警察署に出頭したこと→(ii) 任意同行の方法, 「個人の意思」の「制圧」, 「諸般の事情」
- ・ 2月13日の取調べにおいても、前日に引き続きVを殺害して指輪を窃取した旨供述したこと→「被疑者に対する容疑の程度」
- ・ 甲の案内した場所から血のついたW宅にあったゴルフクラブが発見され、Wは同クラブは自宅にあったものに間違いのない旨供述し、同クラブから甲の指紋が検出されたこと→「被疑者に対する容疑の程度」
- ・ Pは、甲に供述拒否権があることを告げていること→(vi) 任意同行後の取調べの方法, 「諸般の事情」
- ・ Pは、適宜食事や休憩を取らせながら取調べを継続したこと→(vii) 任意同行後の食事・休憩等の状況
- ・ 甲が、取調べ開始から逮捕まで、取調べの中止を訴えたり、取調べからの退去を希望したりすることはなかったこと→「個人の意思」の「制圧」, 「被疑者の態度」
- ・ 寮に帰りたくないでホテルに泊めてもらいたい旨の答申書を甲が捜査官に差し出したという事情はないこと→「個人の意思」の「制圧」, 「被疑者の態度」

これらの事情を具体的に摘示・評価しつつ、説得的に②の甲の取調べの適法性を検討することが求められているのは、①の甲の取調べと同様です。結論としては、②の甲の取調べは「強制手段」には当たらないにしても、任意捜査としての限界を超えているかどうかについては適法・違法いずれの結論もあり得ると思われま

## (2) 小問2について

③の甲の取調べは、いわゆる起訴後取調べです。本問では、(a)検察官Rが甲に「嫌なら取調べを受けなくてもよいし、取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」と告げたこと、(b)甲は取調べに応じる旨述べたこと、(c)甲の弁護人の立会いなくしてRの取調べが行われていること、(d)乙の供述から新事実が発見され、甲に改めて事情を聴く必要性が生じたこと等を踏まえた論述が望ましいといえます。③の甲の取調べにつき、適法・違法いずれの結論を採るにせよ、これらの具体的な事実を摘示し、かつ具体的な評価を加えて説得的な論述をすることが求められているといえます。

この点について、判例（最決昭36.11.21）は、「起訴後においては被告人の当事者たる地位にかんがみ、捜査官が当該公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けなければならない」としつつ、「刑訴197条は、捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることが

できる旨を規定しており、同条は捜査官の任意捜査について何ら制限していないから、同法198条の『被疑者』という文字にかかわりなく、起訴後においても、捜査官はその公訴を維持するために必要な取調をおこなうことができる」旨述べています。

この判例の立場に従えば、本問では、(a)検察官であるRは「嫌なら取調べを受けなくてもよいし、取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」と甲に告げ、(b)甲は取調べに応じる旨述べていますから、③の取調べは任意取調べとして適法という結論になると考えられます。また、上記判例の立場に加え、(d)乙の供述から新事実が発見されたため甲に改めて事情を聴く必要性が生じたことを指摘・論述できれば、より説得的に、③の取調べを適法とすることができそうです。

もっとも、(c)甲の弁護人の立会いなくしてRの取調べが行われているという事情を重視し、③の甲の取調べを違法と考える結論もあり得るでしょう。下級審レベルでは、原則として弁護人の立会いを要するとするもの（東京地決昭50.1.29）があり、この立場に立つと違法という結論もあり得ることとなります。

### 3 設問2について

本問では、甲の被告事件は公判前整理手続に付されていますから、検察官としては、刑訴法316条の5第2号に基づき、訴因の変更を行うこととなります。

そして、設問2では、主として訴因変更の可否（狭義の同一性）について検討する必要が求められていると考えられますが、前提として、訴因変更の要否も検討する必要があると思われ（ただし、本問において訴因変更が必要となることは明らかなので、大きく展開する必要はないように思われます）。

訴因変更の可否について、刑訴法312条1項は、「公訴事実の同一性」を害しない限度で訴因変更を許さなければならないとしています。そこで、「公訴事実の同一性」の意義を明らかにし、訴因変更の可否の判断基準を明示することが必要です。

そして、いずれの見解に立つかを理由を付して明らかにした上で、訴因変更が可能かどうかを本問に即して具体的に論述することとなります。基本的事実同一説（判例）に立つ場合には、起訴状の訴因と変更後の訴因に示される両事実の基本的事実関係（日時・場所・方法等）が同一ないし近接しているかどうか、一方が認められれば他方は認められないといえるかどうか（非両立性基準）を検討することとなるでしょう。その際には、【資料】の公訴事実が「第1」「第2」とあるので、各々、具体的な訴因変更の措置の内容を示すことが必要となります。

まず、公訴事実「第1」では、殺人罪にかかる日時に変更があります（「2月2日」から「2月3日」）。また、公訴事実「第2」では、窃盗罪から盗品等無償譲受け罪に変更されるとともに、その犯行日時及び場所が変更されることとなります。

これらの訴因変更の可否につき、自己の定立した判断基準に沿って、具体的に検討することが求められます。なお、公判前整理手続は、「事件の争点及び証拠を整理するための公判準備」（316の2I）であることを踏まえると、訴因変更をしないまま手続に入っても十分な争点整理は望めませんから、訴因変更は、公判前整理手続の中でできる限り解決しておくことが望ましいとされています。この点を踏まえつつ、訴因変更の可否の検討ができればより評価を得られたものと考えられます。







**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。

LU15040