

平成 20 年度旧司法試験口述試験 刑事系 (2 日目)

質問	答え	内心の動き
	ノック 2 回。	
ベルの音。	(ドアを開け、室内に入り、両手で閉めてから) 失礼します。(お辞儀)	
ん。何番？	(椅子の横まで移動し) ×組 3 番です。宜しくお願いします。(お辞儀)	
はい。じゃあ座って。	はい、失礼します。(椅子を引いて座る)	
(向かって右に座っている先生) では、私から刑法についてお尋ねします。事案を口頭で言うので良く聞いて下さい。	はい。	この主査はあまりフレンドリーな感じではないなあ。圧迫ではなさそうだけれど。
甲が、身代金目的で、X の子供 Y (10 歳) を誘拐しようと計画し、乙にこれを伝えたが、身代金目的であることは伝えなかった。甲乙は計画に従い Y を誘拐し、甲の自宅に Y を監禁したところ、逮捕された。 事案はよろしいですか。	はい。	「身代金」という言葉を聞き戸惑うが、どうせ誘拐罪は他の受験生も押さえてないに決まっているので腹をくくる。
甲と乙の罪責はどうなりますか。	はい、まず甲には身代金目的誘拐罪と監禁罪、乙には未成年者…	
えっと、ちょっと待って、身代金目的誘拐罪。と？	と、監禁罪です。	
はい。乙は？	乙には未成年者誘拐罪と監禁罪が成立します。	
では、身代金目的略取誘拐罪の構成要件を言って下さい。	はい、身代金目的で、略取・誘拐することです。	そのままだろ、と自分で言っていて突っ込みたくなる。「安否を憂慮する者の憂慮に乗じて」という言葉が出てこなかった。
そうですか。では、略取と誘拐の定義は。	はい、略取とは、欺罔・誘惑を用いて、被拐取者を…	
略取？	…あ、違います、今のは誘拐です。誘拐が、欺罔・誘惑を用いて被拐取者を自己の実力支配下に移すことです。	言い間違ってしまった。
はい。略取は？	欺罔・誘惑ではなく、有形力を行使して被拐取者を支配下に移すことです。	
暴行・脅迫とかですね。 では、先ほどおっしゃって頂いた「身代金目的」というのは、刑法上の身分に当たりますか。	はい、当たります。	
身分とは何ですか。	はい、一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係たる特殊な地位又は状態を言います。	判例で。
身分と犯罪について規定した条文が刑法にありますか、何条ですか。	65 条です。	

そこには何と書いてありますか。	1 項は「身分によって構成する犯罪に加功した者は、身分のない者であっても共犯とする」(主査領く)、2 項は「身分によって刑の軽重がある場合は、身分のない者には通常の刑を科する」とあります。	おっ、さっき待機室で覚えたばかりだ。やや不正確になったが、問題ないだろう。
はい。「身分によって構成すべき犯罪」を何と言いますか。	はい、真正身分犯です。	
「身分によって特に刑の軽重がある場合」は。	不真正身分犯です。	なめられてるのか？
では、真正身分犯と不真正身分犯の具体例を挙げて下さい。	はい、真正身分犯には、例えば公務員しか主体になり得ない犯罪として、公文書偽造罪があります。	他にも聞かれそうだな。
うん、他には。	はい、他には…、えー…、堕胎罪の…いえ、あれは不真正身分犯でして…、えー…逃走罪における看守者…も、不真正身分犯で…	やっぱり来た。やばい、さっき見たばかりなのに思い出せない…
まあ、公務員が主体なら他に賄賂罪とかあるよね。	あっ、はい、そうです。	しまった…。
不真正身分犯は。	はい、今申し上げた業務上堕胎、自己堕胎、他に保護責任者遺棄罪などがあります。	
あなたは、身代金目的誘拐罪は真正身分犯と不真正身分犯のどちらだと考えますか。	えー、基本犯を未成年者略取罪として刑が加重される、不真正身分犯と考えます。	さっき、乙に未成年者誘拐が成立って言ったよな。
ええと、じゃあ被拐取者が成年だった場合は。	えー、その場合は真正身分犯になります。	黙示の誘導に従っておこう。しかし、犯人が相手を未成年者だと思ったが実は成年だった場合にはどうなるんだろう？頼むから聞かないでくれ。
65 条の解釈について、いくつか説がありますが、あなたはどのような説に立ちますか。	はい、私は、1 項が真正身分犯の成立と科刑、2 項が不真正身分犯の成立と科刑について定めていると考えます。	もし理由を聞かれても、条文を素直に読むとそうなりますとしか言えないぞ。
他にはどのような説がありますか。	はい、1 項は違法身分、2 項は責任身分に適用されるとする説もあります。	この説についてはほとんど何も知らない、突っ込まれたらやばい。
他にはありますか。	はい、1 項が真正身分犯の成立および科刑と不真正身分犯の成立、2 項が不真正身分犯の科刑について規定したとする説があります。	合っているかどうか自信がないが、択一知識で乗り切るしかない。
では、あなたの説を、本件の甲と乙にあてはめて下さい。	はい、身代金目的誘拐罪は不真正身分犯ですので、身分のない乙については 2 項が適用されまして、基本犯である未成年者誘拐罪が成立し、未成年者誘拐罪の科刑で処断されます。甲には身代金目的誘拐罪が成立し、同罪の科刑で処断されます。	落ち着いてあてはめよう。
では、えー、先ほどおっしゃって頂いた学説、まあ違法・責任身分というの	はい、えー、甲は身代金目的誘拐罪が成立し、科刑も同様です。一方、乙は	

は置いておいて、1項が真正身分犯と不真正身分犯を通じた犯罪の成立および真正身分犯の科刑、2項が不真正身分犯の科刑を定めたものだという説、この説からすると本件の甲と乙の罪責はどうなりますか。	65条1項によって身代金目的誘拐罪が成立し、2項によって未成年者誘拐罪の限度で科刑されることになると思います。	
ではですね、甲は身代金目的だったが、乙がわいせつ目的を有していた場合、どの範囲で共同正犯が成立しますか。	はい、未成年者誘拐罪の範囲で共同正犯となります。	
その理由は？	えー、その範囲で重なり合っているからです。	ちょっと手抜きな回答だが、突っ込まれたら部分的犯罪共同説を説明すればいいかな。
重なり合っていると。はい。 では、話を少し変えまして。誘拐罪については、状態犯か継続犯かという点で争いがあるところですが、あなたはこの点についてどのように考えますか。	はい、私は継続犯と考えます。	そんな問題があったような気もする。
その理由は？保護法益との関係で説明してみて。	はい、えー、誘拐罪の保護法益には被拐取者の自由と監護権者の監護権がありまして…	
うん、あなたはどちらを重視するの。	はい、えー、私は監護権を重視します。	
そうですか。監護権を重視すると、普通は状態犯という結論になるんでしょうね。	あつ、はい、そうでした、失礼しました。	択一知識が抜けてたな。
では、先ほどの事例で監禁罪も成立するとおっしゃっていたけれど、誘拐罪と監禁罪の罪数関係はどうなりますか。	はい、併合罪と考えます。	別個の行為でしょう。
判例は何と言っていますか。	えー、牽連犯と言っていたように記憶しております。	知らない。
そうですか。では終わります。	ありがとうございました。	最後まで反応薄かったなあ。
(向かって左に座っている先生) それでは私から刑事訴訟法をお聞きます。	よろしくお願いします。	意外と声が大きい人だ。
事例は今の刑法の続き、まあ同じと考えて下さい。誘拐ね。 パトロール中の警察官が、道を歩いていると、甲の自宅に甲と乙と Y がいるのが見えた。警察官は、令状なくして甲乙を逮捕することはできますか。	はい、令状なくして逮捕できる場合は現行犯・準現行犯・緊急逮捕のみでして、この場合は現行犯逮捕できると考えます。現に罪を行っている者です。	
現に罪を行っている。現行犯逮捕が無令状で許される理由は何ですか。	はい、現行犯の場合には犯人と嫌疑が明白であり、時間的場所的接着性があるため、司法審査を経なくても捜査機関の権限濫用がおこらないと考えら	

	れるからです。(実際にはもっと詰まりながら答えた)	
その、捜査機関の権限濫用がおこらないってどういうの？	えー、はい、捜査機関にとって犯人と嫌疑が明白なので、誤認逮捕のおそれがない、ということです。	
明白性というのはどう判断しますか。	えー、現に罪を行ったものだというのが、一般人にとって知り得たか、あるいは逮捕者が特に知っていた場合に認められると考えます。	判断基準のことだと勘違いして、あらぬ規範を口走る。
警察官が知らなくてもいいということ？	いえ、警察官が特に知っていることが必要です(というようなことをごによごによ)。	
まあ、逮捕者にとっての明白性が必要と言うことね。	あ、はい、そうです。	なんだ、その話だったのか。
では、警察官が現行犯逮捕できるとして、警察官はその家の中にまで入って行って甲を逮捕することはできますか。	はい、220条1項1号によってできます。(即答するとおっという顔をされる)	過去問にあったような。
うん、そうだね。では、警察官ではなくて、これが私人だった場合はどう？	えー、私人はできません。	
(意外そうな顔をして) できない。それはなぜ？	はい、220条1項1号の主体は捜査機関に限定されているからです。	確かそうだったよな。
んー、あ、えーと、まず、私人は現行犯逮捕ができるの？前提としてね。現行犯逮捕自体が。	あつ、はい、当然できます。失礼しました。	
それで、じゃあ家に入っていくことはできる？今答えてもらっちゃったけど。	はい、私人は220条1項1号の主体ではありませんので、家の中に入っていくことまではできません。	主体を正確に言えればポイントが高いのだろうけど、仕方ない。
うん、条文上はね。でもそれだと不都合じゃない？何かできないかな。	えー、その場で警察に通報することができますので、問題はないと思います。	
そうだね。うーん、他に何かある？	他には、えー…	他の受験生が試験委員に教示して頂いたところによれば、住居に侵入しても正当防衛として違法性が阻却されるらしい。(正当行為と答えた受験生には「隣に何か条文がない？」と誘導されていたそうである)
(笑いながら) まあ、これはいいや。じゃあ、ちょっとシチュエーションを変えますね。警察官が甲の自宅に入ったところ、居間の机の上に、犯行計画を書いたメモと、白い粉(＋注射器もあったかも)があった。さらに居間とは仕切られている隣の寝室に、折りたたみ式のナイフがあった。警察官はこれらを差し押さえることができますか。まず結論だけ答えて下さい。(指	はい、メモとナイフは差し押さえることができますが、白い粉はできません(即答)。	合理性説からすると、メモは問題なく含まれる。ナイフについて、まず場所的限界はクリア、物的限界についても合理性説を拡張し逮捕完遂のために必要な範囲で含まれると解するのでこれもOK。ただ白い粉は物的限界を超えるのでアウト。

を折りながら) メモと、粉と、ナイフね。		
はい。まず、差し押さえできる根拠は。	220 条 1 項 2 号です。	
どういう内容が規定されていますか。	はい、えー、検証・捜索・差押えなどができる、と・・・	
あ、いやいや、要件というか。	あ、はい、逮捕の現場と、逮捕する時、です。	
逮捕する場合、ね。はい。逮捕に伴う捜索差押が認められている趣旨について学説が分かれています、あなたはどんな説を採りますか？	はい、私は合理性説を採ります。	
その根拠は？	逮捕の現場においては被疑事実に関係する証拠が存在する蓋然性が高いということと、人の身体を拘束するという処分すら認められるためにそれより軽微な侵害である物的証拠の収集は当然に認められるという点にあります。(実際にはもっと詰まりながら答えた)	
ほかの説は？	はい、緊急処分説があります。	
その内容は。	えー、令状主義の例外を厳格に考え、逮捕の完遂に必要な限度でのみ差押え等ができるという説です。	他説はあまり詳しく知らないのだが。
もうちょっと具体的に言うത്？どんなものが差し押さえできるの。	はい、凶器などが含まれます。	
ほかには？緊急処分っていうくらいだからね。	えー、緊急の処置としまして・・・。	具体例が思いつかない。
逃走具は？	あ、はい、含まれます。	主査は緊急処分説なのかなあ。
はい。あなたは寝室にあるナイフも差押えができるとおっしゃったけど、寝室は居間とは仕切られている場所なのがいいの？	はい、合理性説からしますと、同一の管理処分権が及ぶ場所には証拠存在の蓋然性が高いために、寝室も逮捕の現場に含まれるからです。	
では、白い粉を差押えできないとする理由は。	はい、白い粉は被疑事実である誘拐罪と関連しているとは言えないため、物的限界の範囲を超えるからです。	
では、捜査機関が白い粉を差し押さえる方法は何かありますか。	はい、任意提出を受けて領置すること、現行犯逮捕をしてそれに伴う捜索差押えをする方法、新たに令状請求をしそれによって差押える方法があり、その間は出入り禁止処分を採ることができます。(早口)	
えー、はい、そうですね。 では、またちょっとシチュエーションを変えます。甲と乙が逮捕され、共同被告人として公訴提起された、という場合を考えてください。捜査段階にお	えー、検察官面前調書は伝聞証拠ですので原則として証拠能力が否定されますが、伝聞例外にあたる場合にはできます。	共同被告人か。典型だけど、伝聞と絡められるとややこしい未知の問題に遭遇しそうだ。原則論から進めてみよう。

いて甲は犯行を否認しましたが、乙は犯行を自白し、その旨の検察官面前調書が作成されました。しかし、公判廷において、乙は犯行を否認しました。まず、乙の検察官面前調書を乙に対して証拠とすることはできますか。		
うん。具体的には？	はい、321条1項2号です。	たしか乙は自白→否認だから・・・相反供述か。
えっ？（副査も顔を上げてこっちを見る）	えっ、と、失礼しました、えー、321条1項2号ではなく、えー・・・	検面調書＝1項2号じゃない？とすると？混乱して頭が真っ白になる。
うん、落ち着いて考えてみて。乙の検察官面前調書を、乙に対して使えますか。	はい、（約1秒目を瞑る）あっ、乙自身の供述ですので、322条です！	気づいてみれば単純な話だ。
そうですね。322条の要件は？	はい、供述者の署名押印、自己に不利益な事実の承認であること、供述に任意性があることです。	
うん、任意性が必要なのね。では、同じ検面調書を甲に対して証拠とすることはできますか。	あ、はい、こちらが321条1項2号です。	
はい。321条1項2号の要件は？	はい、供述不能であること、もしくは相反供述か実質的不一致供述であり、相対的特信状況があること、です。（副査が頷く）	
はい。検察官面前調書を採用する前に何かすることはありますか。	はい、被告人または弁護人に同意の有無を確認します。	
不同意だったとしたら。	乙に被告人質問をします。	証人尋問、ではないな。
乙を証人とすることはできませんか。	被告人は証人適格を欠くので、できません。	
うん。被告人が証人適格を欠く理由は？	はい、証人は一般的供述義務を負うため、被告人を証人として尋問できるとしますと、被告人に保障されている黙秘権を侵害してしまうためです。	
では乙を証人にすることは一切できない、ということですか？	いえ、弁論を分離した場合にはできます。	
うん。弁論を分離。でも、そこで乙が証言拒絶したらどうするの？	その場合は321条1項2号前段事由にあたりますので、検面調書を用いることができます。	
じゃあ乙が改めて犯行を否認した場合は。	この場合は相反供述ですので後段事由にあたります。	
うん。あの、2号前段書面とする場合に何か問題はありますか。	問題としましては、えー、供述不能事由が例示列举か、ということでしょうか？	漠然とした質問だな。
あー、そうだね。	はい、私は例示列举と解します。	
それはなぜ？	はい、同号前段は、供述ができない場合を、その一、死亡や心身の故障、国外にいるといった・・・（ごによごに	

	よ)	
えっと、伝聞例外が証拠能力を認められる理由って何ですか？	はい、一般的理由としましては、証拠とすべき必要性および信用性の情况的保障が認められるからです。	
うん、だから証拠とすべき必要性が高いってことだね。	あ、あ、そうです、はい。	言われてしまった。
うん。(副査と顔を見合わせ) はい、では以上です。	(席を立て) ありがとうございます。(お辞儀)	
	(ドアの前まで移動し) 失礼します。(お辞儀)	