

## <目標>

- ① 複数犯パターン（例外：1-2-2）の使い方を確認する。
- ② 放火罪・詐欺罪の構成要件の使い方、抽象的事実の錯誤（構成要件：故意）の処理方法を確認する。
- ③ 中止犯の処理方法を確立する。

### ※法務省が公表している出題趣旨

本問は、数年来の遊び仲間である甲と乙が共謀して、各々の自宅建物に掛けてある火災保険金をだまし取ろうと考え、甲が一人で暮らす甲宅内と、乙が内妻Aと二人で暮らす乙宅（Aは旅行のため留守）と木造の渡り廊下で繋がっている物置内にそれぞれ発火装置を設置したところ、甲宅内に設置した発火装置から出た火はその床板を燃やしたところで消え（なお、同発火装置の設置及び発火の際、甲宅には甲の知人Bがいたが、甲及び乙はBの存在に全く気付かなかった）、乙宅の物置内に設置した発火装置から出た火は、本件を後悔して物置に戻ってきた乙によって消し止められ、発火装置下の段ボール箱及び同箱内の衣服の一部を燃やしたにとどまったことから、甲と乙は火災保険金の請求を諦めたという事例を素材として、事実を的確に分析する能力を問うとともに、放火罪、抽象的事実の錯誤、中止犯の成否及びこれが成立する場合に共犯へ及びばす影響等に関する基本的理解と事例への当てはめが論理的な一貫性を保って行われているかを問うものである。

## <重要条文>

- 1 放火及び失火の罪（刑法108条～）、差押え等に係る自己の物に関する特例（115条）
- 2 共同正犯（60条）
- 3 未遂減免（43条）

## <答案作成上のアドバイス>

- ① 放火罪の構成要件の使い方など、予備論文H23刑法と重なる内容を、単独犯ではなく甲乙対等型の共同正犯で処理することが求められる問題です。甲乙の主観にズレがあるといった事情もないので、構造的にかなりシンプルな問題です。
- ② ただ、予備論文H23刑法でも使った115条を、本問で使いこなすことができないと、甲宅への放火につき、乙は他人所有非現住建造物放火罪（109条1項）の主観、甲は自己所有非現住建造物放火罪（同条2項）の主観とズレが生じ、処理が複雑で時間を浪費することになってしまうのが、最大のポイントだったかもしれません。
- ③ 予備H28論文は、他の科目に比べると、本問が最も得点しやすかったといえるので、全科目の総合点を合格ラインに届かせるには、本問でしっかりと点数を確保しておきたかったところです。

## <解答過程>

👉 甲乙の犯罪っぽい行為は、どれだろうか？（検察官側の言い分）

⇒①甲と乙が、二人で製作作業をして、某年9月5日、同じ性能のXY発火装置を完成させた行為（事例2ラスト）

②甲と乙が、同月8日午後7時、二人で、甲宅内にX発火装置を運び込んで甲宅の1階の居間の木製の床板上に置き、同日午後9時に発火するように設定した行為（事例4第1文）

③甲と乙が、同日午後7時30分、二人で、乙物置内にY発火装置を運び込んで、乙物置内の床に置かれていた、洋服が入った段ボール箱（いずれも乙所有）上に置き、同日午後9時30分に発火するように設定した。行為（事例4第2段落冒頭）



より直接的な行為者は、甲乙の誰だろうか？

⇒判別できない。



対等型の共同正犯として、行為ごとに検討する。

甲乙の行為①②③には、どんな犯罪が成立しそうだろうか？（検察官側の法的構成）

→主観面と客観面を総合して考える。 ∵行為＝主観＋客観

＋できる限り重い犯罪から検討する。 ∵検察官の視点≧被害者の視点

⇒①下記②③に成立する放火（既遂）罪の予備罪の共同正犯（113条、60条）

∵客観・主観：下記②③の放火罪の準備。

②③

(a) 放火罪(108条～)の共同正犯(60条) ∵客観：“甲と乙は…発火”、主観：“放火”を共謀（事例2）

↑できる限り重い犯罪から検討する。

(b) 詐欺未遂罪（250条・246条1項）の共同正犯（60条）

∵客観：“甲と乙は…保険会社に対する保険金の支払の請求をしなかった”（事例7）

主観：“甲宅と乙宅に放火した後、正当な請求と見せ掛けて、甲宅と乙宅にそれぞれ掛けて

ある火災保険の保険金の支払を請求して保険会社から保険金をだまし取…ることにした”

（事例2）

※上記客観面から、明らかに「人を欺く」実行行為がなく不成立とみるべきだが、問題文で事例

“7”というナンバリングまでしている事情を使う処理なので、少しは配点があるだろう。



構成要件にあてはめる。

※②(a)では、故意（38条1項本文）の検討プロセスで、抽象的事実の錯誤等が問題となる。

∵：“甲と乙は、Bが甲宅にいることには気付かなかった”

↑客観≠主観↑

※③(a)では、

・乙宅の「現住」性 ∵：“Aは、同日昼、旅行に出掛けて乙宅を留守にした”（事例3）

・「放火」した乙物置と乙宅との一体性

∵：“なお、乙物置は、乙宅とは屋根付きの長さ約3メートルの木造の渡り廊下でつながって”

（事例4）

等が問題となる。



違法性・責任阻却事由（行為者側の反論）はない。



放火罪が成立する。

乙の言い分：事例6

乙の法的構成：中止犯（43条但書）←未遂（同条本文）



複数の犯罪が成立したら、吸収・包括一罪を検討した上で罪数処理（54条1項→45条）。

※①は、②(a)・③(a)に吸収・包括されるので、論じる実益はあまりない。

# 1 刑法における4段階アルゴリズム（4A）の具体化

## 1-1 単独犯パターン

1 当事者確定 : 検察官 vs 行為者

### < 検 察 官 > 側

- 2 言い分 : 「<行為者>の(犯罪?)行為 = 犯罪 → 刑罰を！」  
 複数いる場合↑ ↑主観(意思)・客観(時間・場所、行為態様等)を総合して特定  
 より直接的な行為者から
- 3 法的構成 : 犯罪(条文)選択 ←主観(故意等)・客観(結果、実行行為等)を総合。



答案書き出し：「<行為者>が、～した行為に、…罪(条文番号)が成立しないか。」

- 4 あてはめ：上記3で選択した犯罪の構成要件の定義・解釈にあてはめる。
- (1) 実行行為：法益侵害(構成要件の結果発生)の現実的危険ある行為
  - (2) 結果 ※×なら未遂(43条本文→44条→各則)⇒下記(4)(5)の検討
  - (3) 因果関係 ※×なら未遂(43条本文→44条→各則)⇒下記(4)(5)の検討  
 =条件関係：(実行)行為(1)なければ結果(2)なし  
 +相当因果関係：(実行)行為(1)から結果(2)が生じることが社会通念上相当
  - (4) 構成要件の故意＝「罪を犯す意思」(38条1項本文) ※故意責任の本質から解釈  
 (構成要件の過失：38条1項但書) ∴上記(1)で検討済
  - (5) その他(主体・客体、目的など)

### ●..... < 行 為 者 > 側 .....

- 2 言い分 : (1)「犯罪じゃない！」(2)「刑を軽くしろ・免除しろ！」
- 3 法的構成
- (1) 犯罪成立阻却事由
    - ア 違法性阻却事由(正当防衛:36条→緊急避難:37条→法令・正当業務行為:35条→被害者の同意等)  
 ※違法性の本質から解釈 = 総則的 = 超法規的
    - イ 責任阻却事由(責任故意:38条→責任能力:39条1項・41条→期待可能性) ※責任の本質から解釈 = 超法規的
  - (2) 刑の減免事由 = 超法規的
    - ア 中止犯(43条但書) ←未遂犯(同条本文)
    - イ 心神耗弱(39条2項:限定責任能力)
    - ウ 親族等間の犯罪に関する特例(105条、244条、257条) etc.
- 4 あてはめ

### ●..... < 裁 判 所 > .....

※行為と結果(法益侵害)が密接といえる複数の犯罪は、軽い方が重い方に吸収されるor包括一罪。

- 3 法的構成 : 罪数処理←個人に複数の犯罪が成立した場合
- (1) 科刑上一罪(54条1項)
    - ア 観念的競合(前段):複数の犯罪が、「一個の行為」による場合
    - イ 牽連犯(後段):複数の犯罪が、罪質上通例「手段」「結果」の関係にある場合
  - (2) 併合罪(45条):原則
- 4 あてはめ

## 1-2 複数犯パターン

### 1 原則

- (1) より直接的な行為者Xにつき、**単独犯パターン**（前記1-1）で検討  
※判別できない場合や、これでは書きにくい場合→下記2
- (2) < 検察官 >側：Yが上記(1)の行為に関与する行為をした（言い分）  
ア 間接正犯（単独犯：法的構成）の成否を検討（あてはめ）  
①X（被利用者）に規範的障害なし  
②Y（利用者）がX（被利用者）を一方向的に支配・利用  
→①②を総合考慮して、満たすといえるなら、Yの上記行為にXの行為が延長される  
→延長されたYの行為について、**単独犯パターン**（前記1-1）で検討  
イ 共犯（修正された構成要件）  
(ア) ①②を満たさない→**共同正犯（60条：法的構成）**が成立しないか？（あてはめ）  
①「正犯」意思＝自己の〔犯罪〕として積極的・主体的に犯行を実現しようとする意思  
②「共同して犯罪を実行した」行為（共同実行行為）  
(a)「共同して犯罪を実行」する**意思**＝相互利用補充の**意思**  
(b)「共同して犯罪を実行した」**事実**＝相互利用補充の**事実**  
③（構成要件的）故意（38条1項本文）  
(イ) 共同正犯が成立しない→Yにつき、**教唆犯（61条：法的構成）**が成立しないか？  
(1項：あてはめ）  
①被教唆者Xの「犯罪…実行」行為＝上記(ア)で検討済み→不要  
②「人を教唆」行為＝Xに特定の犯罪の実行を決意させる行為  
③上記①・②間の因果関係（「して」）  
④教唆故意（38条1項本文：構成要件的故意）＝①・②の認識・認容  
(ウ) 教唆犯が成立しない→Yにつき、**幫助犯（62条：法的構成）**が成立しないか？  
(1項：あてはめ）  
①「正犯」Xの実行行為＝上記アで検討済み→不要  
②「幫助した」＝上記①を容易にした  
③幫助故意（38条1項本文：構成要件的故意）＝①・②の認識・認容
- (3) < 行為者 >側  
ア 共犯関係からの離脱  
イ 犯罪成立阻却事由→**刑の減免事由**は、単独犯パターン（前記1-1）と同様。
- (4) < 裁判所 >：罪数処理は、単独犯パターン（前記1-1）と同様。

### 2 例外

- (1) < 検察官 >側：XYの（犯罪？）行為全体（言い分）につき、  
**対等型の共同正犯（60条：法的構成）**の成否を検討（あてはめ）。
- ①「正犯」意思  
②「共同して犯罪を実行した」行為（共同実行行為）  
(a)「共同して犯罪を実行」する**意思**＝相互利用補充の**意思**  
(b)「共同して犯罪を実行した」**事実**＝相互利用補充の**事実**  
③結果  
④上記②・③間の因果関係  
⑤（構成要件的）故意（38条1項本文）
- (2) < 行為者 >側、< 裁判所 >については、上記1と同様。

## 2 主要な事実認定要素

### 2-4 共同正犯の成立要件

一般に、共同正犯が成立するためには、①正犯意思（正犯性）、②（特定の犯罪行為に関する明示又は黙示の）意思連絡、③前記①②に基づく実行行為が必要であるとされる。

ここで、“共謀”の内容として、①②を求める考え方（司法研修所）と、②のみで足りるとする考え方がある。前者は、正犯として処罰するにふさわしい意思連絡のみを「共謀」として認定すべきであるとする。両者は、事実認定の説明の仕方に若干の違いはあるものの、結論において特に差異はなく、実務上も、このようなアプローチの違いが明確に意識されているとは言い難い。

#### 2-4-1 正犯意思（正犯性）

まず、①正犯意思（正犯性）の認定について説明する。

正犯性の認定に関しては、（ア）共同正犯は、正犯意思、すなわち“自己の犯罪”として行う意思の有無によって教唆犯及び幫助犯から区別されるとする見解、（イ）被疑者・被告人が客観的に重要な役割を果たしたといえるかによって区別されるとする見解、及び（ウ）正犯意思の有無及び被疑者・被告人の果たした役割を総合的に考慮して区別されるとする見解などがある。

ただ、正犯意思（共同実行意思）は観念的であるため、被疑者・被告人の果たした役割から客観的な事情から推認するほかなく、いずれの見解に立つ場合であってもそれほど大きな差異はない。

#### 1 被疑者・被告人と実行行為者との関係

##### (1) 被疑者・被告人が他の共犯者（特に実行行為者）よりも支配的地位（上位の立場）にあること

∴他の共犯者（実行行為者）は、支配的地位（上位の立場）にある被疑者・被告人による支配力・影響力を受けて犯行に及んだものと考えられ、被疑者・被告人の犯行に対する積極的な関与をうかがわせるからである。

※もともと、地位の上下に関する事実は、その単体としての推認力は弱く、その地位ゆえに他の共犯者にどのような具体的支配力・影響力を及ぼしたのか、という点を検討することがより重要である。

##### (2) 被疑者・被告人が他の共犯者に対して犯行を勧誘したこと

∴犯行に対する積極的な意欲がうかがわれるからである。

##### (3) 被疑者・被告人と共犯者がともに犯罪行為を容認するような性格の組織に所属している場合において、実際に行われた犯行が当該組織の性格に親和的なものであること

∴その組織の一員として、共同して犯罪を実行する意思を有していたことをうかがわせるからである。

※もともと、この事実の推認力は弱く、具体的な意思連絡行為の内容や、被疑者・被告人の実際に果たした役割等に関する事実に関する検討を行う必要がある。

#### 2 被疑者・被告人の動機

##### (1) 肯定方向：犯行に関し、相応の経済的利益の分配合意が存在し、又はそれに対する期待が存在することや、被疑者・被告人が被害者に対する悪感情を有すること

∴自己の犯罪として犯罪を遂行する動機となる事情だからである。

##### (2) 否定方向

ア 事前の分け前分配の合意がないことや分配金が犯行による利益分配として（他の共犯者に比して）著しく少額であること

：被疑者・被告人には、積極的に犯行に加担する動機が存在しなかったことを伺わせるからである。

イ 被疑者・被告人の行為が共犯者への義理立てや報恩の念に基づくものであること

：他人の犯罪に協力する意思を有していたに過ぎないことを推認させるからである。

### 3 意思連絡行為

(1) 肯定方向：意思連絡行為が存在し、その際に被疑者・被告人が積極的な役割を果たしていること

：他の共犯者に影響力・支配力を及ぼすものであり、積極的に犯行に加担する意思のあらわれといえるからである。

(2) 否定方向：被疑者・被告人が意思連絡行為に関与していないか、その関与度が低いこと

：積極的に犯行に関与する意思がないか、又は弱いことをうかがわせるからである。

※意思連絡が黙示的なものである場合には、被疑者・被告人や他の共犯者の諸行動から、その有無及び内容を認定する必要がある。

### 4 役割分担あるいは犯行への寄与

被疑者・被告人が、犯罪の遂行過程において果たした役割（ex. 犯行の一部担、実行行為者の犯行に対する激励、協力又は犯行中の見張り、犯行方法の教示、犯行道具の貸与、自己に代わる実行行為者の紹介、資金の提供）が重要であること

：一般的に、刑罰を科される可能性のある犯罪行為に関し、他人のためにその重要な役割を分担することは考え難いからである。

※被疑者・被告人の果たした役割が重要であっても、他の要素との関係で正犯意思が否定される場合がある（ex. 共犯者に対する恩義がある場合等）。逆に、被疑者・被告人がそれほど重要でない行為を担当していると見られる場合でも、実行者との強い組織上の一体性などから意思を共通にしているものと認められる場合には、正犯意思が肯定されることもある。

### 5 犯行前後の行動

(1) 肯定方向

ア 被疑者・被告人が、報酬ないし分け前と思しき相応の経済的利益を收受していること

：経済的利益の收受に関する合意が存在したことを推認させ、積極的に犯行に加担する動機を有していたことをうかがわせるからである。

イ 被疑者・被告人が実行行為者からの報告を受けたり、当該犯行後に、犯行と密接に関連する行為（証拠隠滅行為等）に参加していること

：被疑者・被告人が、犯行に対する積極的な関心を有していたことをうかがわせるからである。

※犯行によって得られた利益の收受がある場合であっても、それが生活費や単なる謝礼として收受され、犯行の分け前として收受されたものでないときは、正犯意思を肯定する方向には働かない。

(2) 否定方向

ア 財産犯等、犯行による利得が生ずる犯罪において、分け前の分配がないこと

：被疑者・被告人には、積極的に犯行に加担する動機がなかったことをうかがわせるからである。

イ 被疑者・被告人が実行行為者からの報告を受けていないこと

- ∴被疑者・被告人が、犯行に対する関心をそれほど寄せていなかったことをうかがわせるからである。
- ※もつとも、共犯者との関係や犯罪の性質により、正犯意思を否定する方向に働かない場合がある。

## 2-4-2 意思の連絡

次に、②（特定の犯罪行為に関する明示又は黙示の）意思連絡は、以下のような間接事実から推認される。これらの間接事実は、前記2-4-1で取り上げたものとその多くが共通する。もつとも、要証事実の違いにより、各事実の有する意味が異なることには注意が必要である。

### 1 被疑者・被告人と実行行為者との関係

- ＝被疑者・被告人と共犯者がともに犯罪行為を容認するような性格の組織に所属している場合において、実際に行われた犯行が当該組織の性格に親和的なものであること
- ∴組織の構成員として、明示又は黙示に相互の意図を理解していたことをうかがわせるからである。

### 2 被疑者・被告人と共犯者との接触

- ＝被疑者・被告人と共犯者との間における接触の機会（会合、集会、打ち合わせ、電話・メール・手紙によるやり取りなど）があったこと
- ∴被疑者・被告人と共犯者が互いの意思を認識し得る機会を有していたことを意味するからである。
- ※もつとも、当該事実の単体としての推認力は弱く、被疑者・被告人と他の共犯者との間における接触の内容がどのようなものであったのが重要である。

### 3 被疑者・被告人の動機

- ＝被疑者・被告人が犯行に加担する動機（経済的利益の分配等に関する約束の存在、被害者に対する悪感情等）を有していたこと
- ∴一般に、動機がある者はそうでない者に比べて、利害を共通にする者と意を通じて犯行に及ぶ可能性が高いからである。

### 4 犯行前後の行動

- (1) 被疑者・被告人が犯行前に当該犯行を容易にするような行動（犯行に必要な道具や情報の提供等）をとっていること
  - ∴一般に、犯行計画を知らずにこのような行動に出ることは不自然であり、考え難いからである。
- (2) 被疑者・被告人が犯行後に当該犯行と関連ある行動（ex. 報酬・分け前と思しき利益の收受、証拠隠滅行為、実行行為者からの報告、当該犯行後のこれと密接に関連する行為への参加）をとっていること
  - ∴一般に、このような行動は、犯行前の意思連絡に基づいて、計画的に行われることが多いからである。

講師作成答案例

- 1 1 甲乙が、甲宅内にXを運び込んで置き、発火するよう設定した行為 1  
 2 に、現在建造物放火罪の共同正犯（108条、60条）が成立しないか。  
 3 **①** 数年来の遊び仲間である四捨五入すればどちらも40歳の甲乙は、働かず  
 4 に遊びに使う金を手に入れたと考え、その相談をした数日後に、さ  
 5 らに話し合いをし、設定した時間に発火し、その火を周囲の物に燃え移  
 6 らせる発火装置を製作し、これを使って甲乙宅に放火後、正当な請求  
 7 と見せかけて、甲乙宅にそれぞれかけてある火災保険金の支払を請求  
 8 して保険会社から保険金をだまし取り、これを折半することにした。  
 9 ここで甲乙は、積極・主體的に同罪の犯行を実現しようとする「正  
 10 犯」意思と、「共同して」甲乙宅につき同罪を「実行」する意思（併せ  
 11 て共謀）を抱いたといえる。  
 12 その後甲乙が、XYを完成させたうえ、甲乙宅放火日をAが旅行に  
 13 出かけて乙宅を留守にしている某年9月8日の夜に決めたことで、上  
 14 記共謀が具体化されたといえる。  
 15 (2) 甲宅に一人暮らしの犯人甲は「人」にあたらないが、行為1時、B  
 16 が2階で寝ていた甲宅は、「現に人がいる建造物」だった。  
 17 (3) 行為1は、Xを2時間後に発火させ、その火を周囲の甲宅1階居間  
 18 の木製床板に燃え移らせて、木造の甲宅を「焼損」させる結果発生  
 19 の現実的危険ある「放火」行為といえる。  
 20 甲乙ともに「同日夜」7時にした同行は、上記①の共謀に基づく  
 21 といえることから、甲乙が同罪を「共同～実行した」事実である。  
 22 (4) 放火罪は、目的物の燃焼により公共の危険を生じさせる罪だから、  
 23 目的物の燃焼とその継続可能性を要す。とすると、「焼損した」とは、  
 24 火が媒介物から離れて、目的物が独立に燃焼した、と解すべきである。  
 25 本問では、同日夜9時にXが設定どおりに作動して発火し、その火  
 26 がXそばの木製床板に燃え移り媒介物から離れた。  
 27 そして、同床板の表面約10cm四方まで燃え広がった時に甲宅の一部  
 28 が独立に燃焼したといえる（木製なのでその継続「可能性」も否定で  
 29 きない）から、「焼損した」といえる。  
 30 (5) 前記①の意思を有していた甲乙は、行為1時、甲宅にBが現在して  
 31 いると気づかなかつたが、故意（38条1項本文）責任の本質は規範に  
 32 直面したのにあえて行為をしたことに対する非難にあり、規範は構成  
 33 要件として与えられているから、構成要件の範囲内で主観と客観が符  
 34 合すれば、故意が認められると解すべきである。  
 35 本問で、乙はもちろん、甲宅を火災「保険に付したもの」（115条）  
 36 と認識していた甲も、「他人所有」非現住建造物放火罪（109条1項）  
 37 の主観だった。これと冒頭の罪（客観）とは、客体の現住性のみ異な  
 38 り、保護法益は公衆の生命・身体・財産、行為態様は「放火」と、実  
 39 質的に重なり合うから、軽い同罪の限度で故意がある。  
 40 (6) よって、甲乙には、同罪の共同正犯が成立する。  
 41 2 甲乙が、乙物置にYを運び込んで置き、発火するよう設定した行為 2  
 42 に、現住建造物放火罪の共同正犯（108条、60条）が成立しないか。  
 43 (1) 犯人乙は「人」でないが、行為2時にAが一時旅行に出かけ留守に  
 44 していた乙宅は、「現に」Aが「住居に使用している建造物」といえる。

**コメントの追加 [中村 充1]:** 事例1・2の事情をフル活用して、甲乙間の事前共謀について論じたが、その事情を使わずとも、行為1・2を「甲と乙」が「共同して…実行した」ことは明らかなので、共同正犯の構成要件へのあてはめとしては不要（加点）。

**コメントの追加 [中村 充2]:** 甲乙が数年来の遊び仲間であることは、出題趣旨冒頭に事例の要約として書かれていたので、甲乙間の人間関係が対等型の共謀の認定要素として加点されそう。

**コメントの追加 [中村 充3]:** これを実際に行った行為に、行為1・2に成立する放火罪の予備罪の共同正犯（113条、60条）が成立するが、その延長上にある重い非現住建造物放火罪に吸収されるので、時間に余裕があれば軽く触れるくらい。

**コメントの追加 [中村 充4]:** 直接的には詐欺罪の共謀だが、8行目の「これを折半することにした」だけ書いても「これ」が何を指すのかわからないし、放火罪の共謀の認定要素の1つたる動機（経済的利益の分配合意）を具体化した事情といえるから、書いた方が加点になるだろう。

**コメントの追加 [中村 充5]:** 共謀成立後、これが具体化されたとみられる事情も使うと、少しは加点が期待できる。

**コメントの追加 [中村 充6]:** これについての論述が「全く」ない再現答案は、軒並みF評価になっていた。実行行為は犯罪構成要件要素の中でも最重要とみられているかもしれない。

**コメントの追加 [中村 充7]:** 共同正犯は、単独実行行為を共同実行行為に「修正した構成要件」。

**コメントの追加 [中村 充8]:** 独立燃焼継続可能性≠「焼損した」を否定し、未遂にしたA評価の再現答案も複数見られた。どちらでもいいのだろう。

**コメントの追加 [中村 充9]:** ここで115条を使いこなせないと、甲乙の主観にズレが生じ、処理が難しくなっただろう（cf. <答案作成上のアドバイス>②）。

45 ア **そして、現住建造物放火罪が非現住建造物放火罪よりも重く処罰**  
46 **される根拠は、建造物内部にいる人の生命・身体に対する危険を伴**  
47 **う点にある。とすると、現住建造物への延焼の危険がなければ、人**  
48 **の生命・身体に対する危険がないから、「建造物」の①物理的一体性**  
49 **の判断で、延焼可能性を考慮すべきである。**

50 **また、物理的一体性が認められなくても、②機能的一体性が認め**  
51 **られれば、そこに居住者等が行き来する可能性があり、上記危険が**  
52 **生ずるから、機能的一体性も考慮すべきである。**

53 イ **本間で①木造の乙物置は、木造の乙宅と約3mと長くない屋根付き**  
54 **木造渡り廊下でつながっており、両者間で延焼可能性が高いといえ**  
55 **るし、②A等が長くない同廊下を通して乙宅・乙物置間に行き来す**  
56 **る可能性があったから、両者は機能的一体性もあったといえる。**

57 ウ **とすると乙物置は、乙宅と一体といえる。**  
58 (2) **行為2は、Yを2時間後に発火させ、その火を直下の洋服入り段ボ**  
59 **ール箱→木造の乙物置の床に燃え移らせて、乙物置+(渡り廊下+)乙**  
60 **宅(上記1)「焼損」結果発生の実現的危険ある「放火」行為といえる。**  
61 (3) **甲乙ともに“同日夜”7時にした同行為は、前記1(1)の共謀に基づく**  
62 **といえるから、甲乙が同罪を「共同～実行した」事実である。**

63 (4) **ただ、Yから出た火が前記2)の箱に燃え移り、その一部と同箱内の**  
64 **洋服の一部が燃えたのみで、乙物置+(渡り廊下+)乙宅には燃え移ら**  
65 **ず焦げた箇所もなかったから、「焼損」しておらず、甲乙は同「罪の実**  
66 **行に着手してこれを遂げなかった」(43条本文・44条、112条)。**

67 (5) **甲乙には、前記1)イの事情を認識していたことや行為2の態様から、**  
68 **同罪の故意が認められるので、同未遂罪の共同正犯が成立する。**

69 (6) **だが乙は、中止犯(43条但書)として刑が必要的に減免されないか。**  
70 ア **同規定の趣旨は、自発的意思により犯罪を中止することで、責任**  
71 **が減少する点にあるから、「自己の意思により」とは、自発的意思に**  
72 **よりと解すべきである。**

73 **本間で乙は、乙宅付近でうろつき様子を伺っており、乙宅を離れ**  
74 **ることもできたのに、「このままだと自分の家が燃えてしまうが、や**  
75 **はりAには迷惑を掛けたくない。それに、その火が隣の家に燃え移**  
76 **ったら危ないし、近所にも迷惑を掛けたくない。こんなことはやめ**  
77 **よう」と後悔し、自発的意思により消火活動をしたといえる。**

78 イ **また、Yが設定どおりに作動・発火時に実行行為2は既に終了し、**  
79 **法益侵害の実現的危険が生じたから、結果発生を防ぐ真摯な努力ま**  
80 **でしないと、責任減少に値する「犯罪～中止」行為とはいえない。**

81 **本間で乙は、火を消し止めるまで数分間、消火器で消火活動をし**  
82 **たから、結果発生を防ぐ真摯な努力をしたといえる。**

83 ウ **よって中止犯は、乙には成立するが、主観的な責任減少は個別的**  
84 **にみるべきだから、甲には成立しない。**

85 3 **前記1・2の罪は、どちらも公共危険犯だが、2kmも離れた甲宅・乙物**  
86 **置の内部で成立したにとどまり、同一視できる公共の危険が生じていな**  
87 **いので、包括一罪でなく併合罪(45条)となる。**

以上

**コメントの追加 [中村 充10]:** この点の解釈論(4A論文解法パターン講義(刑法)の講師作成答案例のコピペ)をここまで厚く書いていた再現答案はほぼなかった(加点)ので、例えば最初の重罰根拠からいきなり53~57行目のような具体的検討に入る等で足りたといえる。

**コメントの追加 [中村 充11]:** ①物理的一体性が認められても、②機能的一体性を検討してはいけないわけではない(加点)。

**コメントの追加 [中村 充12]:** 行為2は明らかに「焼損」していない。

**コメントの追加 [中村 充13]:** 未遂の場合にも故意の検討を忘れない。

**コメントの追加 [中村 充14]:** 出題趣旨にあった言葉。これが認められれば、ほぼ争いなく「自己の意思により」が肯定される。

**コメントの追加 [中村 充15]:** 本問では、中止行為と結果不発生との因果関係が認められることが明らかなので、その要否を論じる必要はない。

**コメントの追加 [中村 充16]:** 中止犯の趣旨ないし本質と整合性ある形で甲への効果を論じるのは、リンク系の加点事由と考えていいが、手元に来た再現答案では半数強が触れていた。

**コメントの追加 [中村 充17]:** “甲乙は保険金支払請求をせず火災保険金詐取目的の行為1・2しかしていないから、保険会社(の担当者)の錯誤等を誘発する現実的危険ある「人を欺く行為(246条1項)はない。”は、配点も小さいだろうし、答案を88行以内に収めるため省略。

**コメントの追加 [中村 充18]:** 手元に来た再現答案の2割弱しか触れていなかった(加点)。

**コメントの追加 [中村 充19]:** 72条2・3号(「法律上の減輕→併合罪加重」)から、中止犯の後に罪数処理が条文上正しい。

## <目標>

- ① 捜査パターン（強制処分ルート）・証拠能力パターンの使い方を確認する。
- ② 悪性格証拠排除法則、伝聞例外のうち323条の使い方を習得する。
- ③ 逮捕・勾留、伝聞法則、伝聞例外のうち326条の使い方を確認する。

### ※法務省が公表している出題趣旨

本問は、犯人がV方に侵入し、彫刻1点を窃取し、手製の火炎瓶を用いて同方への放火に及んだ事件について、上記被疑事実で逮捕・勾留されるも処分保留で釈放された甲が、再逮捕・再勾留された後、同事実で公判請求され、検察官が同種前科の内容が記載された判決書謄本の証拠調べ請求を行ったとの事例において、同一被疑事実による再逮捕・再勾留の可否及び前科証拠による犯人性の立証の可否並びにこれらが認められる場合の要件を検討させることにより（なお、前科証拠による犯人性の立証の可否等に関し、最判平成24年9月7日刑集66巻9号907頁参照。）、被疑者に対する身柄拘束処分及び証拠の関連性に関する各問題点について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

## <重要条文>

- 1 通常逮捕（刑事訴訟法199条～）、被疑者勾留（207条～）
- 2 再逮捕（199条3項、規則142条1項8号）
- 3 伝聞法則（320条）、伝聞例外～当事者の同意（326条）・特信書面（323条）

## <答案作成上のアドバイス>

- ① 設問1・2とも、事前準備がものをいう問題でした。

このうち設問1については、論文対策講義・教材等で扱われていないとおかしい“典型”問題ですから、ここである程度の点数を確保したかったところです。

他方、設問2の悪性格証拠排除法則については、(新)司H19論文刑事系第2問設問2や司法短答H25刑事系第35問（+同H22刑事系第38問ア）で出題済みですが、同法則の規範定立（過程）を“正確に”書けていた再現答案はごくわずかで、この点で合否が分かれてはいませんでした。これは、(新)司論文過去問を予備論文で正確に使いこなせるほど潰している予備論文受験生がほとんどいないことの証拠ともいえるでしょう。ただ、今回出題されて予備論文過去問という予備論文受験生の“共通問題”となった以上、今後は、同法則の規範定立（過程）を正確に書けなければ合格ラインに達しないことも考えられます。

- ② 設問1・2とも、H27に引き続き、法律実務基礎科目（刑事）で問われてきたような事実認定が求められるのが本問の特徴といえます。

これまでも刑訴法の内容が法律実務基礎科目（刑事）で問われることは結構ありましたが、本問のように、法律実務基礎科目（刑事）の内容が刑訴法に“侵食”してくる可能性が充分にあります。そのような出題で、「法律実務基礎科目（刑事）の内容を刑訴法の論文答案でしっかり書く必要ない」などと思いつくことなく、書く余裕がある限りしっかり書いて加点を稼いでください（ただし、あくまで加点事由にとどまるでしょうが）。

## <解答過程>

### [設問1]

👉 捜査機関の(違法っぽい)行為は?

⇒ “適法性について論じなさい” とされている “①の逮捕及び勾留”

👉 「捜査」(189条2項:法的構成)に当たるか?(あてはめ)

⇒逮捕・勾留だから当然当たる。

👉 「強制の処分」(197条1項但書:法的構成)に当たるか?(あてはめ)

⇒逮捕・勾留だから当然当たる。

→各種強制処分のうち、通常「逮捕」(199条～)・被疑者「勾留」(207条～)に当たる。

∴例外的な緊急逮捕(210条)・(準)現行犯逮捕(212条)に当たる事情なし。

→「法・定」手続?

・逮捕・勾留の理由と必要性(199条・規則143条の3、207条1項・60条・87条1項参照)

・再逮捕再勾留禁止の原則 ∴身柄拘束期間の厳格な制限(203条～)を没却。

→不当な蒸し返しでなければOK(ex)新たな重要証拠・拘束理由の出現、事件の重大性

→あてはめ

## 〔設問2〕

“②の判決書謄本を…立証…に用いることが許されるかについて論じなさい” →証拠能力パターン (1-1-3)



### 1 ②は、国家刑罰権の存否・範囲を画す「事実の認定」に用いる証拠

∵甲が本件公訴事実の犯人であるという、国家刑罰権の存否を画す「事実」の立証に用いることが許されるかが問われている。

⇒ (a) 適式な証拠調べ手続を経た

(b) 証拠能力ある

「証拠」(317条) でなければならない。

### 2 (b) 証拠能力

#### (1) 自然的関連性 : ○

∵同種前科等により同じ犯罪をまた犯したという推論は、経験則上合理性がないとまではいえない。

(3) 証拠禁止 ⇨ 違法収集証拠排除法則 : 問われていない ∵②の収集過程がそもそも問題文にない。

#### (2) 法律的関連性

ア 自白法則 (319条1項、憲法38条2項) は関係ない ∵②≠「自白」

イ 悪性格証拠排除法則⇒検討必要 ∵②=甲の“本件前科の内容が記載”

ウ 伝聞法則 (320条1項)

⇒同条項の文言 (ないし伝聞証拠の定義) に **あてはめ**



伝聞「書面」に当たるとしたら…

あてはまりそうな伝聞例外規定の検討 (**法的構成**)

○まず、被告人甲側の同意 (326条)

※甲側から同意が得られる可能性について、問題文の事情を使って検討できると、加点が期待できる。



あとは、321条から順に、あてはまりそうな条文を探す。

○323条1(・3)号→文言に **あてはめ**

# 1 刑事訴訟法における4段階アルゴリズム（4A）の具体化

## 1-1 事例問題

### 1-1-1 捜査パターン

<使用場面> 捜査（の端緒）が問われている場面。

#### 1 捜査機関側の（違法っぽい）行為をピックアップ

(cf) 行為者の（犯罪っぽい）行為をピックアップ@刑法

※まずは細かく分けて検討し、まとめた方がよいと判断したら、混乱しない限度でまとめる。

#### 2 「捜査」（189条2項）に当たるか？

##### [(1) 「捜査」に当たる]

→ 「強制の処分」（197条1項但書：法的構成）に当たるか？（あてはめ）

##### ア 「強制の処分」に当たる

→ 「この法律に特別の定のある場合でなければ…できない。」（197条1項但書）法的構成

→ 「法…定」された各種強制処分の定義にあてはめ

→あてはまらない ⇒違法

→あてはまった ⇒「法…定」された手続 = 条文（法的構成）にあてはめ

※ここで、様々な解釈問題が生じやすい。

##### イ 「強制の処分」に当たらない = 任意処分・捜査

→① 「捜査…の目的を達するため」

② 「必要」

③ 相当 ∵ 「適正」（1条）「手続」（憲法31条）の見地

「な取調をすることができる。」（197条1項本文）

=捜査全般

##### [(2) 「捜査」に当たらない]

→警察官職務執行法・警察法など行政警察法 ∵ 法律による行政の原理

※結局、上記(1)と同様の処理 ∵ 捜査に移行する可能性大、権利利益の制約の点で区別理由なし・困難。

→ 「この法律」 = 刑事訴訟法 「に特別の定…なければ、強制の処分…できない」（197条1項但書）

→行政警察法に基づく場合は任意処分しか認められない。

⇒(1)アなら違法

⇒(1)イと同様に処理

### 1-1-3 証拠能力パターン

<使用場面> 裁判所が〇〇を「証拠とすることができるか」「証拠として取り調べることができるか」といった場面。

#### 1 国家刑罰権の存否・範囲を画す「事実の認定」

- ①適式な証拠調べ手続を経た
- ②証拠能力ある「証拠による」(317条)

#### 2 ②証拠能力

- (1) **自然的関連性** : 要証事実について最小限度の証明力があること
- (2) **法律的関連性** : 類型的に証拠の証明力の評価を誤らせるおそれがないこと
  - ア 自白法則 (319条1項、憲法38条2項)
  - イ 伝聞法則 (320条1項) →伝聞例外 (321条～)
  - ウ 悪性格証拠排除法則
- (3) **証拠禁止** (手続の適正の見地から政策的に証拠排除) に当たらないこと
  - 違法収集証拠排除法則 (1条、憲法31条)

(参考) 4 A条解テキスト(刑訴法)317条の説明の引用。

#### 4 悪性格証拠排除法則

- (1) **趣旨** : 裁判官に不当な偏見による類型的誤判のおそれ、被告人に不当な不意打ち、争点拡散のおそれ。

#### (2) 同種前科を事実認定に用いる場合

ア 原則: 法律的関連性なし。

※同種前科等により同じ犯罪をまた犯したという推論は、経験則上合理性がないとまではいえず、自然的関連性は否定できない。

イ 例外

(ア) 犯罪の主観的要素を立証する場合→犯罪の客観的側面が立証済で、かつ確定した前科なら可。

∵犯罪の主観的要素は立証困難。

∵同種犯罪を行っているから偶然・過失ではないという認定は合理的であり、誤判のおそれ小。

(イ) 被告人の犯人性を立証する場合

→前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるなら可。

∵犯人性は立証困難。

∵被告人に犯罪を犯すような悪性格があることから被告人の犯人性を立証するのではない。

## 2 主要な事実認定要素

### 2-1 犯人性

犯人性とは、被疑者・被告人が事件の犯人であることをいう。犯人性を認定するための直接証拠としては、被疑者・被告人の自白や目撃供述（犯人による犯行を目撃し、かつ、犯人が被疑者・被告人と同一人である旨の供述）などがある。このような直接証拠がない場合には、下記のような間接事実から推認していくこととなる。

#### 1 犯行関連物品、現場遺留品等と被疑者・被告人との結びつき

＝事件に関係する物品（犯行供用物件、被害金品等）、犯行現場に遺留された物品（指掌紋、足跡、血痕、体液等）が、被疑者・被告人との関連を有すること

∴被疑者・被告人の所持品等が犯行に用いられた可能性があることや、被疑者・被告人が事件時犯行現場にいた可能性があることを意味するからである。

※近接所持：犯行後、被疑者・被告人が盗品や凶器など犯行に関連する物品を所持していたこと

∴盗品や凶器などは、犯行時には犯人が所持しているはずのものであり、被疑者・被告人が犯罪と無関係にこのような物を所持するに至ることは通常考え難いので、入手経路についての合理的な弁解がない限り、被疑者・被告人が犯人であり、犯行時から継続してそれらを所持していることをうかがわせるからである。

※このような推認が働く前提として、被疑者・被告人が所持している物件が盗品や凶器と同一物である必要がある。そもそも当該物件が犯行関連物件であるかどうか疑わしい場合には、このような推認は働かない。

※当該所持が犯行と時間的（・場所的）に近接しているほど、他に犯人がおり、その者から經由して盗品や凶器を取得した可能性が低くなるから、被疑者・被告人自身犯人である可能性が高まる。

#### 2 犯行の機会

＝被疑者・被告人に犯行を実現する機会があったこと（被疑者・被告人が事件の発生当時犯行現場付近にいたこと、犯行前後に犯行現場又はその付近にいたこと等）

∴被疑者・被告人が犯行を行うことが可能であったことを意味するからである。

⇔被疑者・被告人が事件の発生当時、犯行現場又はその付近にいなかったこと（アリバイ）

∴被疑者・被告人が犯行を行うことは不可能であったことを意味するからである。

#### 3 犯行方法

＝被疑者・被告人が、当該犯行において用いられた手段により犯行を実現し得ること

（犯行遂行能力、技能、土地勘、金品の管理等の立場、被害者と被疑者・被告人との関係等）

∴被疑者・被告人が、犯行を実現することが可能であったことを意味するからである。

※このような推認が意味をもち得るのは、犯行手段が特殊であり、それを行うためには一定の技能が必要である場合（したがって、それをなす者が相当程度限定されている場合）において、被疑者・被告人がそのような技能を有している場合に限られる。

#### 4 犯行前後の被疑者・被告人の事件に関する言動

##### (1) 犯行前（前足）

＝被疑者・被告人が、犯行前に、事件に関連する言動（犯行準備、犯行計画、罪証隠滅のための布石、逃亡準備、犯行事前打ち明け等）をとっていたこと

∴被疑者・被告人が、犯行前の時点において、当該犯行に及ぶ意思を有していたことをうかがわせるからである。

##### (2) 犯行後（後足）

＝被疑者・被告人が、犯行後に、事件との関係をうかがわせるような言動（犯行による利益の享受（犯行以外の原資が不明の現金所持、借金返済等）、罪証隠滅、アリバイ工作、逃亡、犯行打ち明け等）をとっていたこと

∴被疑者・被告人が、犯行を契機としてこれらの行動をとり、又はこれらの行動をとらざるを得なくなったことをうかがわせるからである。

#### 5 動機・目的

＝被疑者・被告人が、当該犯行に及ぶ動機・目的を有していたこと

(ex) 殺人罪における被害者との陰悪な関係、財産犯における被疑者・被告人の経済的困窮

∴犯行の動機・目的を有する者は、それを有しない者に比べて、犯行を実現するために犯行に及ぶ可能性が高いからである。

※主観的なものなので、外部的な事情から推認されることになる。

講師作成答案例

1 第1 設問1 : 適法である。

2 1 甲が本件被疑事実で、①一度逮捕・勾留後釈放されたのに、また①  
3 逮捕・勾留をするのは、再逮捕・再勾留禁止の原則に反しないか。

4 同原則の根拠は、逮捕・勾留が不当に蒸し返されると身柄拘束期間  
5 の厳格な制限(刑訴法203条～)を没却する点にあるが、再逮捕の余  
6 地はあり(199条3項、規則142条1項8号)、真実発見(法1条)の  
7 ための捜査の必要性も否定できない。とすると、不当な蒸し返しでな  
8 ければ、再逮捕・再勾留が例外的に認められると解すべきである。

9 2(1) ①時にも、W供述(甲と利害関係ないWが、誘導・示唆等なく写  
10 真面割りで断定的にしたので信用できる)から、甲がV方玄関内か  
11 ら火の手が上がる直前に、慌てた様子で同所から出てきて走り去っ  
12 た事実が認められた。しかし、これは甲が、本件被疑事実を実現す  
13 る機会があったことと、同事実を契機として逃亡したことを伺わせ  
14 ることを示すにとどまり、甲の犯人性の推認力は弱かったといえる。

15 そして甲は、20日間と本件被疑事実では最長の勾留期間(208条)  
16 中一貫して同事実を否認し、他に甲の犯人性を示す証拠は発見され  
17 なかったため、処分保留で釈放された。

18 (2)ア しかし、警察官が甲釈放後も捜査を続けていたところ、甲が平  
19 成28年3月5日に、V方で盗まれた彫刻1点を古美術店に売却し  
20 ていた事実が判明した直後に①に至った。これは甲が、流通・入  
21 手にくい彫刻という盗品を、本件被疑事実と近接した4日後に  
22 所持していたことを示す。同店はH県から離れたL県内にあるが、  
23 車や電車等を使えば4日間もあれば容易に着けるし、①時には友  
24 人から依頼されて売却した旨の甲の主張すらない。

25 とすると甲が、これを本件とは無関係に所持に至ることは考え  
26 にくく、その入手経路の合理的弁解もないので、これを盗んでか  
27 ら継続的に所持している犯人であることを強く推認させる。

28 また、これに前記1)の事実を併せると、甲が同一機会の住居侵  
29 入・放火の犯人であることも強く推認させる。

30 よって、重要な事実が発見されたといえる。

31 イ また、本件被疑事実、住居侵入罪(刑法130条)、現住建造物  
32 放火罪(108条)、窃盗罪(235条)で構成されており、これらが  
33 住居侵入罪をかすがいとして科刑上一罪となったとしても、最も  
34 重い108条の「死刑または無期若しくは5年以上の懲役」が処断  
35 刑となる重大事件といえる。

36 (3) したがって、①再逮捕だけでなく、①で既に最長勾留期間を経た  
37 再勾留についても、不当な蒸し返しとはいえないと考える。

38 ③ なお①につき、前記2(1)・(2)アから、甲が住居侵入・窃盗・放火「罪  
39 を犯したことを疑うに足りる相当な理由」(刑訴法199条、207条1項・  
40 60条1項柱書)が認められる。

41 また上記2(2)イに加え、本件前科(懲役6年の実刑)ある甲は本件  
42 被疑事実で有罪となるとさらに重罰となる可能性が高いので、その逃  
43 亡のおそれがある(同条項3号、規則143条の3)し、盗品等の罪証  
44 隠滅のおそれもある(60条1項2号、規則143条の3)。

コメントの追加[中村充1]: 分量削減のため、結論先出し形式にした。

コメントの追加[中村充2]: 再逮捕・再勾留を不当な蒸し返しでないとする要素たる“新重要証拠”は、以前の証拠収集状況との比較になる(加点)。また、28～29行目の伏線でもある。

コメントの追加[中村充3]: 一応このように書けるが、実務では、写真面割による“冤罪”ないし誤認逮捕等が最近でも相次いで報道された。この見地から、W供述の信用性は認められないとすることも考えられないではない。しかしそうすると、①11～13行目の事実が認められず、甲が住居侵入・放火の犯人であることの推認(28～29行目)が難しくなり、必ずしも重大事件とはいえない窃盗についてのみ新重要証拠が発見されたにとどまることになる。とすると、仮に身柄拘束期間の短い再逮捕は可能だとしても、既に最長勾留期間を経た再勾留は認められないとの結論になりそう。

コメントの追加[中村充4]: 近接所持の法理の丁寧な(加点)説明。

コメントの追加[中村充5]: ①逮捕・勾留の適法性につき結論を出すには、その理由と必要性の検討も要すが、①逮捕・勾留が認められた以上、さらに逮捕・勾留の理由を認めやすくする事情2(2)アが切った①逮捕・勾留については、当然その理由(と必要性)が認められると考えられる…といった論述をするのも一手(いずれにせよ加点)。また、①逮捕・勾留の理由と必要性の論述は、答案例38行目で“前記2(1)・(2)ア”、41行目で“上記2(2)イ”を流用していることから分かるように、内容がかなり重なる。そのため、①逮捕・勾留の理由と必要性を先に論じると、再逮捕・再勾留禁止の原則についての論述内容が、38～45行目と同様、かなり薄くなる。それでも点差は生じないと思うが、多くの受験生が書いてくる(だろう)同原則について先に論じる方が無難だし、加点事由にとどまる①逮捕・勾留の理由と必要性は後回しにした方が得点効率も良い。

45 その上、「勾留の必要」性 (87 条 1 項参照) を否定する事情もない。

46 第 2 設問 2

47 1 被告人の前科証拠を犯人性認定に用いることは、原則として許され  
48 ないと考えるべきである。被告人に犯罪を犯すような悪性格があると  
49 いった不当な偏見による類型的誤判のおそれがあるだけでなく、前科  
50 は審判対象でないため、被告人に不当な不意打ちとなりうるし、争点  
51 も拡散しかねないからである。

52 しかし、被告人の犯人性は否認されると立証困難なことも多いから、  
53 前科証拠から認められる事実が①顕著な特徴を有し、②それが起訴に  
54 係る犯罪事実と相当程度類似することから、③それ自体で両者の犯人  
55 が同一であることを合理的に推認させるなら、上記弊害がないので許  
56 されると考える。

57 (1) ②本件前科と本件公訴事実、住居に侵入して彫刻を盗みその住  
58 居に放火した点で同じだから、相当程度類似するとはいえよう。

59 しかし、①住居侵入して比較的高価な彫刻を盗むのは、利欲犯た  
60 る窃盗では顕著な特徴とはいえないし、その住居に放火するのも罪  
61 証隠滅等の動機が同われ顕著な特徴とはいえない。

62 また、本件前科と本件公訴事実、約 6 年間も空いてきた各 1  
63 件ずつの犯行にすぎないから、この点も顕著な特徴とはいえない。

64 (2) ただ、甲の自白を証拠とできるなら、②本件前科と本件公訴事  
65 実、ウイスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を使用して放火  
66 した点も同じだから、上記よりさらに相当程度類似するといえる。

67 しかし、①ウイスキー瓶にガソリンを入れた手製の火炎瓶を作  
68 る人は多数いるだろうから、やはり顕著な特徴とはいえない。

69 2 よって原則どおり、本問証拠を本問立証に用いることは許されない。

70 3(1) なお、本問証拠は、その記載内容たる前科の真実性が証明され  
71 ば、甲が公訴事実の犯人であることの認定につながるから、同供述  
72 内容の真実性を証明するための「供述」証拠である。

73 この供述証拠は、知覚・記憶・表現・叙述の各過程に介入するお  
74 それのある真実に反する内容を、公判廷において反対尋問 (憲法 37  
75 条 2 項前段) 等でチェックしなければ、類型的に誤判の危険がある。

76 しかし、上記判決謄本は「公判期日における供述」代える「書面」  
77 であり、その内容たる供述は公判廷で反対尋問を経ていないといえ  
78 るから、証拠能力がないのが原則である (320 条 1 項: 伝聞法則)。

79 (2) ただし、「迅速」に「事案の真相を明らかに」する (1 条) ため、  
80 反対尋問に代わる信用性の情況的保障、証拠としての必要性があれば、  
81 伝聞例外が認められている (321 条～)。

82 まず、公判前整理手続で、甲とその弁護人は、甲の犯人性を否認  
83 する旨の主張をしているから、本問のように甲の犯人性立証に用い  
84 られる可能性ある本問証拠には、同意 (326 条) しないだろう。

85 ただ本問証拠は、裁判官という「公務員がその職務上証明〜でき  
86 る事実についてその公務員の作成した書面」(323 条 1 号) にあたる。

87 以上

**コメントの追加 [中村 充6]:** 悪性格証拠排除法則の規範定立 (過程) を「正確に」書けていた再現答案はごくわずか。①特徴②類似というキーワードが含まれる(かつ基礎的事項に難点ない)規範が書けていたら、あてはめにもそう困らず合格ラインに達した印象。

**コメントの追加 [中村 充7]:** 最決平 25. 2. 20 についての『最高裁判所判例解説 刑事篇 (平成 25 年度)』(法曹会) P32~33 によると、このような時間的間隔も①“顕著な特徴”の検討対象となりうる。

**コメントの追加 [中村 充8]:** そもそも甲の自白を調書にとる等で証拠化したとの事情すらないので、安易に甲の自白内容をあてはめに使うべきではないと思うのだが、この点に配慮していた再現答案はまぼ皆無。もし甲の自白を調書にとっていたら、その証拠能力 (319 条 1 項→320 条 1 項・322 条 1 項: H26) が認められ、かつ補強証拠 (319 条 2 項: 設問 1 で検討した甲の盗品近接所持を示す証拠? これも、どのような証拠なのか問題文に明示されていない) をはじめとして信用性 (=証明力の土台) も認められることを論じて初めて、甲の自白を資料として使えることになる。しかし、上記のとおり、自白の証拠化や補強証拠が不明なので、ここまで問われているとは思えない。

**コメントの追加 [中村 充9]:** ここまでしっかり書いていた再現答案はほとんどなかったの、加点事由にとどまる (伝聞法則・例外の論述全体が加点事由にとどまるかもしれない)。

**コメントの追加 [中村 充10]:** これも加点事由にとどまるが、同意 (326 条) の可能性についての論述は、それに使える問題文の事情が毎回それなりにあることや、実務上重要であることから、そう大きくはないが確実に加点があると考えられる。

**コメントの追加 [中村 充11]:** これに当たるか迷ったら、総則的な 3 号にしておくのが無難だったろう。