

第 1 問

本問は、いずれも、家屋ないしその周辺に灯油を散布したが直接客体に対する着火行為は行われなかった事案に関する 2 つの裁判例、福岡地判平成 7 年 10 月 12 日判タ 910 号 242 頁と千葉地判平成 16 年 5 月 25 日判タ 1188 号 347 頁とに取材し、放火罪を素材に「実行の着手」に関する理解と、事実の異同に応じた丁寧な法的評価の能力とをみようとしたものである。

放火罪における実行の着手時期をめぐっては、近時の判例・学説において、構成要件的结果発生の現実的な危険に関する判断を基本に、その危険性判断の具体的なあり方が問題となっている。法科大学院の共通到達目標にも、「(放火罪を含む) 主要な犯罪類型における実行の着手時期を具体的事例に即して説明することができる」との項目が挙げられているほか、司法試験においては「事例に即した」判断が繰り返し求められている。一橋大学法科大学院の未修者教育においてもこの点に注意していることから、既修者に期待される知識・技能として、「実行の着手」時期についての一般的理解と、その具体的運用能力を試すこととしたものである。ただし、事実評価の前提には種々の知識が必要であり、その中には万人の常識にはなっていない事情もあるので、裁判例で判断に際して用いられた基礎認識を問題文に付した。つまり、放火罪構成要件を含めて法的な基礎知識が求められるのは当然として、本問においては、知識の質や量を問うのではなく、基礎的な知識と判断材料とを用いて、整理され説得力のある認定評価を行うことが主眼である。

まず、(1) の事例と (2) の事例とで、現住建造物の焼損に至る危険性がどれだけ現実のものになっていたかを、具体的事実と前提となる認識とを組み合わせる作業を行うことになる。また、問題文にも明記したとおり、両事例の結論が分かれるならば(前提認識によれば判断が分かれる方が自然であろう)、結論を分ける事情を的確に指摘することが必要となる。たとえば判例の基準(いわゆる独立燃焼説)によるなら、媒介物を離れて客体が独立して燃焼を開始し継続する状態であったとの判断が基礎づけられるかを検討することになる。

実行の着手「時期」が問題であるから、灯油の散布段階、新聞紙や紙類など媒介物への着火と建造物という放火罪の客体への着火の段階などを意識して構成要件該当結果実現の危険性を判断するのは適切な態度として評価されるが、及第水準としては、解答時間や紙幅の制約を考慮し、それら各々を検討するまでの必要はなく、最終段階に視点を置く検討がなされていれば足りるものとした。

なお、放火罪の既遂時期と実行の着手時期とが混乱されやすいようであったので、一言すると、既遂時期を「独立燃焼」に求めるとき、実行の着手を「独立燃焼」の時期とすることの不当性は明らかであろう。客体の独立燃焼に至らせる行為がなされるか、独立燃焼に至る危険が現実的なものになっているか、といったことが実行の着手の問題である。また、刑法 108 条や 109 条 1 項のいわゆる抽象的危険犯における「公共の危険」についても正確な理解が期待される。

第 2 問

文書偽造罪に関する基本的な理解を問う問題である。

小問 1 では、第 1 に、行使の目的の有無、事実証明に関する文書の意義、有印性、有形偽造性(名義人と作成者に齟齬が生じているか)、偽造か変造かに関して、条文の文言とそこから導かれる解釈を確認したうえで、着実に当てはめる必要がある。第 2 に、本問ではプリント・アウトが行われていないため、ファックス送信前の書面について偽造文書性を検討する必要がある。送信前の書面は一見して改竄したことの分かるものになっているが、それでもなお偽造が行われたと評価すべきかに関して、偽造の意義及びそれを判断するに当たり、文書の行使方法を考慮するか否かを検討し、問題に当てはめる必要がある。第 3 に、罪数処理についても一言言及する必要がある。

小問 2 では、プリント・アウトした書面について偽造罪という文書といえるかが問題となる。原本ではなく、その機械的な複写物について文書性が肯定できるかについて、判例を意識しつつ検討し、当てはめを行う必要がある。

問題 3

問 1 について、憲法 38 条 1 項による自己負罪拒否特権の保障を踏まえて、刑訴法 198 条 2 項が被疑者に対して、刑訴法 291 条 3 項・311 条 1 項が被告人に対して保障する包括的黙秘権ないし供述拒否権の意義および効果についての基本的理解を問うものであった。

検察官の意見は、黙秘から犯罪事実の存在を不利益に推認することが「合理的」な推認であり、そのように推認すべきとするものであった。この意見について、黙秘権の保障の意義を確認したうえで、その保障のもと、黙秘から犯罪事実の存在を推認することが許容されるのか、許容されないとすれば、なぜ犯罪事実の不利益推認が供述の「強要」といえるのか、などを説明することになる。また、翻って、黙秘から犯罪事実の存在を推認することが「合理的」な推認といえるのかについても言及してもらいたい。

問2について。検察官の意見は、逮捕以降、被告人は「事件当時、現場にはいなかった」とだけ供述し続けてきたところ、審理最終段階の被告人質問になってはじめて具体的なアリバイ主張をしたのであるから、この具体的なアリバイ主張の信用性は認められないとするものであった。

第1に、手続の初期段階から具体的なアリバイ主張をしていなかったことをもって、後のアリバイ主張の信用性を低く評価することが許されるならば、被告人は手続当初から具体的なアリバイ主張を事実上せざるをえないこととなって、そうなると被疑者・被告人には手続を通じて包括的黙秘権が保障されているところ、この保障の趣旨に反しないのかが問題となる。これについては、信用性を低く評価したとしても、手続の後の段階で被告人が具体的なアリバイ主張をする場合に、その主張をより早い段階からすべきことを求めることになるに過ぎず、そのようなアリバイ主張をするかどうかは被告人の自由な選択に委ねられているから、黙秘権との抵触という問題は生じないとする考えもありえよう。

第2に、被告人の当初の供述は、後の具体的なアリバイ主張と矛盾する供述ではないところ、具体的なアリバイ主張をしたのが手続最終段階であったという主張の「時期」のいかんをもって、供述の信用性を評価することが許されるのかが問題となる。それは合理的な推認であって、自由心証主義（刑訴法318条）のもとで許されるという意見もありえよう。これに対して、主張の「時期」からその信用性を評価することは、いわば民事訴訟において認められている「弁論の全趣旨」からの事実の認定を認めることとなって、証拠による事実認定を厳格に要求する刑訴法の証拠裁判主義（刑訴法317条）に抵触するとの意見もありえよう。