

論文式試験問題集
〔刑事訴訟法〕

【刑事訴訟法】

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】

司法警察員Kは、平成30年8月1日午後9時頃、宝石店「ジュエリー高海」にて、窃盗事件（以下、「本件窃盗事件」という。）が発生した旨の通報を受けたため、同店に臨場し、同店店主Vより事情を聴取した。Vからは、「閉店後に業務が残っていることを思い出し店に帰ったところ、入口のドアが何かでこじ開けられているのに気づいた。泥棒に入られているのではないかと思い、恐る恐る店に入ったところ、2人の男が中において、ショーウィンドウとレジの周辺でゴソゴソとしているのを見た。1人はショーウィンドウの辺りにいて、暗がりであったために容姿は見えなかった。もう1人はレジの周辺において、レジの照明で良く容姿が見えた。40歳くらいの男で、身長165センチくらい、小太り、服の正面にセイウチのキャラクターが描かれたTシャツを着ていた。2人の男は、私が入ってきたことに気付くと、『やばいぞ。逃げろ。』と声を上げ、店の裏口から逃げていった。2人が逃走した後の店内を確認したところ、ショーウィンドウから宝石10点が無くなっており、レジからは現金20万円（1万円札20枚）が無くなっていた。」旨が述べられた。

Kは、上記供述を基に付近を探索していたが、事件発生から1時間が経過した頃、「ジュエリー高海」から約5キロメートル離れた、パチンコ店「パーラー松浦」前路上で、前記犯人の人相風体に似た、セイウチのキャラクターが描かれたTシャツを着た男性甲を発見した。

Kが、上記事件について質問をしたところ、甲は犯行を否認したが、間もなく同所に駆け付けたVが、「甲が犯人で間違いない。」旨を述べたため、Kは、甲の同意の下で甲の所持していたカバンを確認したところ、中から1万円札20枚が発見された。甲は、「この金は今日が給料日だったので持っていた。好きなスーパー海物語をやるためにパチンコに来たところだ。」旨を弁解したが、Kは、甲が犯人である旨を確信し、①甲を窃盗罪により現行犯逮捕した。

その後、捜査機関によって、甲の共犯者についても捜査が進められ、甲と共に本件窃盗事件を行ったのは、「ジュエリー高海」の元従業員の乙であるとの確信が得られた。

そこで、検察官Pは、乙について、②「被告人は、甲と共謀の上、平成30年8月1日午後9時頃、静岡県沼津市内浦三津…所在の「ジュエリー高海」において、現金金20万円及び宝石計10点を窃取した。」との公訴事実で、公判請求した。

乙は、冒頭手続で公訴事実を否認し、「自分が『ジュエリー高海』の元従業員であることは事実であるが、この事件の2日前に、甲の自宅で飲み会をしていた際、甲に求められて、『ジュエリー高海』の話を少ししたくらいで、それ以外は何も知らない。」旨を述べ、その後の公判審理では乙の実行行為への関与が争点となった。

【設問1】（配点：25点）

司法警察員Kによる、下線部①の逮捕の適法性を論ぜよ。

【設問2】（配点：25点）

乙について、下線部②の訴因に対し、裁判所は審理の結果、甲との共謀は認められず、乙の弁解通り、平成30年7月30日、沼津市添地町内の甲宅で、甲に「ジュエリー高海」の情報を与え、甲らの犯行を容易にしたとの窃盗幫助の事実が認められるに過ぎないと心証を得た。

裁判所は訴因変更手続を経ることなく窃盗幫助の事実を認定することができるか。

以上

2019年4月7日

担当：弁護士 井口賢人

參考答案
[刑事訴訟法]

第1 設問1

1 本問で、Kは、甲を窃盗罪により現行犯逮捕（刑事訴訟法（以下、「法」という。）第213条）している。しかしながら、本件窃盗事件と、Kによる逮捕行為との間には、時間及び場所の点で隔絶があり、同現行犯逮捕が、要件を満たすか問題となる。

2 この点、Kによる逮捕行為の時点では、本件窃盗事件についての犯行が終了していることは明白であるため、本問で問題となるのは、甲が、「現に罪を行い終わった者」（法第212条第1項）に該当するか否かである。

同文言について解釈するに、現行犯逮捕が令状主義の例外として、事前ないし事後の裁判官の判断を介在させずに逮捕を行うことを認めているのは、犯罪直後においては迅速な対応をすべき必要性や緊急性があり、他方で犯罪が現に行われているか犯行直後である場合で、犯罪と犯人の明白性が認められる客観的状況が存在する場合には、誤認逮捕の危険性が少ないためである。

かかる趣旨からすれば、「現に罪を行い終わった者」とは、特定の犯罪の実行を終了した直後の犯人、或いはそれにごく近接した段階における犯人をいうものと解することができる。

そして、これについての該当性判断においては、逮捕者を基準として時間的接着性や場所的接着性その他の要素などを総合考慮し、犯罪と犯人の明白性を担保する客観的な状況が存在するか否かで決することになる。

(3) なお、かかる客観的な状況の存否の判断において、物的証拠が供述証拠かを区別する合理性は無いため、被害者等の供述についても他の判断資料と同様に総合考慮の判断要素となる。

3 本問についてみるに、本件窃盗事件とKによる現行犯逮捕との間には、約1時間の時間が経過しており、場所も約5キロメートル離れているため、両時点に大きな隔絶があり、既に犯罪の現行性は失われている。

また、犯罪と犯人の明白性についても、Vの供述する人相風体は比較的ありふれた特徴に過ぎ、犯人と甲を直接結びつけるに足る内容ではなく、その他、犯人性を基礎付ける事実、被害額と甲の所持している現金との金種及び数量が一致しているに過ぎないため、甲の弁解を排斥し得る内容であるとはいえない。

以上からすれば、甲は「現に罪を行い終わった者」に当たらない。

4 なお、念のために準現行犯逮捕（法212条第2項）についても検討するに、本問において同条2項各号への該当性は無い。

5 以上より、本問におけるKの甲に対する現行犯逮捕手続は、現行犯逮捕の要件を満たさず違法である。

第2 設問2

1 本問で乙は、窃盗の共同正犯の事実で起訴されているが、裁判所は審理の結果、乙については窃盗幫助事実が認められるに過ぎないとの心証を得ているところ、下線部②の訴因と、裁判所の心証との間に齟齬があるため、同心証を認定事実とするには、訴因

変更が必要となるのではないかが問題となる。

2 この点、訴因とは検察官が主張する具体的事実であり、刑事裁判における審判対象は訴因である。かかる理解を前提とすれば、訴因と認定事実との間に、具体的事実に関する食い違いがあれば訴因変更が必要であると解すべきであるが、僅かな食い違いにも全て訴因変更が必要であるとすれば極めて煩瑣であるし、他方で訴因の機能たる審判対象画定機能と、被告人の防御範囲限定機能を害さないような食い違いであれば、訴因変更の必要性は無いと考える。

そのため、訴因変更が必要となるのは、訴因と認定事実との間に、重要な差異又は実質的な差異が生じた場合のみであると解する。

その上で、上記重要な差異又は実質的な差異の判断においては、訴因の機能の要請から、①審判対象の画定に関する事項について訴因と認定事実との間に差異が無いかを判断し、仮にこれに差異が無いとしても、争点明確化による被告人への不意打ち防止の要請から、②訴因と異なる認定事実が一般的に被告人の防御にとつて重要な事項であるときは原則として訴因変更を要するが、③例外的に被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、かかる食い違いが被告人に不意打ちを与えないと認められ、かつ判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるといえない場合には訴因変更は不要であると解する。

3 上記理解を前提に本問をみるに、乙に関する訴因は窃盗の正犯事実であり、他方で裁判官の得心証は窃盗幫助事実であって、両者は包摂・非包摂の関係にあるといえるから、審判対象の画定という点において、訴因と心証事実との間に差異は無いといえる。

しかしながら、本問で裁判官が得心証は、乙が甲に対して、本件窃盗事件の2日前に「ジュエリー高海」に関する情報提供をしたとの内容であるから、同事実について乙としては、甲からどのような経緯でどのような情報を求められたかや、甲に対していかなる情報を提供したか、それらを幫助と評価することができるか等の点について防御を尽くそうとするのが通常である。すると、正犯性が問題となっている下線部②の訴因に対する防御とは、全く別の防御が必要になるのであるから、下線部②の訴因と、裁判官の心証との食い違いは一般的に被告人の防御にとって重要な事項の食い違いであるといえ、原則的に訴因変更が必要となる差異であるといえる。また、本件の審理経過をみるに、主要な争点は乙による本件窃盗事件の実行行為への関与であり、幫助に関する事実については、冒頭手続で乙が述べたに過ぎないものであって、乙からの防御が尽くされているとは認められない。

4 以上からすれば、下線部②の訴因と、本問で裁判官が得心証との食い違いは、訴因変更を要するものであり、訴因変更をしないままにこれを認定することはできない。

以上

2019年4月7日

担当：弁護士 井口賢人

予備試験答案練習会(刑事訴訟法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(25)		
問題提起(現行犯逮捕の指摘)		2	
条文(法213条, 212条1項)の指摘ができていますか		1	
規範定立(犯罪の現行性, 犯罪と犯人の明白性の指摘)	※	5	
犯罪と犯人の明白性の判断要素の指摘		3	
V供述を判断資料とし得るかに関する検討		1	
あてはめ		5	
準現行犯逮捕の可否に対する言及 ※準現行犯逮捕を中心に述べた答案については, 15点を上限として, 上記項目に準じて点数を与える。		1	
○結論		2	
○裁量点		5	
〔設問2〕	(25)		
問題提起(訴因と認定事実の食い違いについて)		2	
訴因変更が必要となる場合の解釈		3	
規範定立(H13年決定の規範を理解しているか)		5	
縮小認定への言及		3	
あてはめ		5	
○結論		2	
○裁量点		5	
合計	(50)	50	

刑事訴訟法 解説レジュメ

第1 出題の趣旨

設問1は、現行犯（準現行犯）逮捕の適法性を問う設問である。現行犯逮捕の適法性は論文式試験において頻出の論点であり、同論点に関する知識の再確認をしてもらおうと共に、事実摘示、事実評価及びあてはめの練習をしてもらいたいと考えて出題した。規範定立に当たっては、何故、令状主義の例外として現行犯逮捕が認められているのかについて趣旨に遡って規範定立をすることが求められる。また、事実摘示及びあてはめにおいては、具体的事情の下で令状主義の例外処分を認め得る状況が存するか否かを正確に論述することが求められる。

設問2は、いわゆる訴因変更の要否を問う設問である。同点については、重要判例として最決平成13年4月11日が存在するため、同判例に従って規範定立をすることが必須となろう。同規範を前提に、訴因事実と心証事実とが、包摂・被包摂の関係にあると思える本問において、訴因変更が必要か否かについて説得的な論述をすることが求められる。

なお、本答練を踏まえて受講生が刑事訴訟法の理解を深めてもらえるよう関連問題も記載したので各自で検討されたい。

第2 設問1

1 問題点

本問でKは、下線部①記載の通り、甲を現行犯逮捕（以下、「本件逮捕」という。）しているが、本件窃盗事件の発生から本件逮捕までの間には、1時間程度の時間が経過している上、逮捕場所も「ジュエリー高海」から約5キロメートル離れた「パーラー松浦」前の路上である。本件窃盗事件から本件逮捕までの間に、継続追呼その他の事情は無く、両時点は隔離しているように思えるところ、本件逮捕が現行犯逮捕の要件を満たしているかが問題となる。

2 解釈

現行犯逮捕の根拠条文は、刑事訴訟法（以下、「法」という。）第213条及び第212条第1項である。この点、規範定立においては、法第213条の「現行犯人」の定義規定が、法第212条第1項であるから、同条文の解釈をしていることを前提として指摘しなくてはならない。

ところで、現行犯逮捕が令状主義の例外として裁判官の判断を介在せずに逮捕を行うことを認めているのは、犯罪と犯人が逮捕者にとって明白である場合には、誤認逮捕のおそれが少ないことによるものである。

そのような理解を前提とすると、現行犯逮捕の要件は、①犯罪の現行性、②犯罪と犯人の明白性であると解釈することができる。（その他、逮捕の必要性も要件となる（通説・判例）が、本問では問題とならないであろう。）

その上で、本件については、甲が第212条第1項の「現に罪を行い終わった者」に該当するか否かが問題となるが、上記の趣旨からして、「現に罪を行い終わった者」とは、特定の犯罪の実行行為を終了した直後の犯人、或いはそれにごく近接した段階における犯人であると解することができる。

一般的な理解としては、「犯罪の生々しい痕跡が残り、犯罪が終わったばかりの状態」等と比喩的に表現されており、逮捕者を基準として、時間的接着性や場所的接着性その他の要素等を総合考慮し、犯罪と犯人の明白性を担保する客観的状況が存在するかを判断することになる。

3 あてはめ

本問では、逮捕者であるKにとって犯罪と犯人の明白性があるといえるかが問題となるが、Kは本件窃盗事件については何ら目撃をしておらず、甲が1万円札20枚を持っていることと、Vの供述のみを根拠としてこれを肯定することができるかを検討しなくてはならない。

これについて検討するに、そもそも場所的にも時間的にも本件窃盗事件とKの逮捕とは大きく時点が隔絶しており、本件窃盗事件と甲との間に、時間的場所的接着性は無い。その他に、甲の犯人性を肯定し得る客観的・外部的状況は、甲が1万円札20枚を持っているという事実だけであるが、たまたま被害額と、金種、数量が一致しているというだけでは犯人の明白性を肯定することはできないであろう。また、Vの供述を、客観的状況を補充する認定資料となしうと解しても、人相風体等が似ているというだけでは、犯人の明白性を肯定するには至らないと思われる（【参考】東京高判昭和60年4月30日）。

4 準現行犯逮捕について

なお、上記で法第212条第1項に当たらないとしても、法第212条第2項（準現行犯）に当たらないかについて一応言及する必要がある。

もともと、本問においては、法第212条第2項各号が掲げるいずれの場合にも該当しないことは明らかなため（同一券種、同一数量の紙幣というだけでは、贓物とは認定できないであろう。）、結論としては、法第212条第2項を根拠としても、Kによる甲の逮捕は適法とはされないものと考えられる。

5 関連問題

(1) 本件で、甲が宝石を窃取したものであり、Kが甲のカバンから発見した宝石10点が、いずれもジュエリー高海から無くなった宝石と同一のシリアルナンバーを有する宝石であった場合はどうか。

→法第212条第2項2号該当性が認められ準現行犯逮捕の問題となる。

(2) 本件で、検察官が甲について勾留請求をした場合、令状裁判官は勾留の可否をどのように判断すべきか。

→逮捕手続選択の過誤であるが、重大な違法であり勾留請求は却下されよう。

【参考】京都地決昭和44年11月5日

(3) 本件について勾留請求が却下された場合、本件窃盗事件について甲を再逮捕することは許されるか。

→消極説、積極説いずれもある。各自参考文献を参照されたい。

【参考】後掲「増補 令状基本問題」(上)問題36、後掲「別冊 判例タイムズ 令状に関する理論と実務 I」18

第3 設問2

1 問題点

本問では、乙について下線部②の通り本件窃盗事件の共同正犯の訴因で公判請求されているが、裁判官は、正犯性は認定できず、窃盗幫助の事実にとどまることの心証を得ている。

この点、訴因事実と心証事実との間に事実の食い違いがあれば訴因変更を行うべきであるが、他方で正犯の事実（訴因事実）と幫助の事実（心証事実）は、包摂・被包摂の関係にあるとも思えるため、本件において訴因変更が必要となるかが問題となる。

2 解釈

(1) 訴因変更の要否に関して

審判対象に関する訴因対象説と、訴因に関する事実記載説を前提とすれば、訴因と心証事実との間に食い違いがあれば、訴因変更手続を経ないと事実を認定できないと考えるのが、素直な帰結であるが、僅かな食い違いでも訴因変更手続が必要であるとすれば煩瑣であるし、訴因の機能を書さない食い違いであれば訴因変更手続を経なくても、心証事実を認定しても問題が無いとも考えられる。そのような点から、現在の通説は、事実重要な差異又は実質的な差異が生じた場合に訴因変更が必要であると解している。問題は、かかる差異をいかなる基準によって判断するかである。

(2) 最決平成13年4月11日

この点について、最決平成13年4月11日（以下、「平成13年決定」という。）は、まず、①審判対象の範囲の画定に関する事項について訴因と異なる認定をするには訴因変更が必要であること（以下、「第一段階の基準」という。）、それ以外の事項でも②訴因と異なる認定事実が一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるときは原則として訴因変更を要すること、例外として③被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、訴因変更を要しないことを判示している（以下、「第二段階の基準」という。）。

同判決の原文や理解については、各自で学習されたいが、第一段階の基準については、訴因の機能（審判対象の画定と、被告人の防御範囲の限定）の視点から導かれるもので、第二段階の基準については争点明確化による不意打ち防止の要請から導かれるものと一般に理解されている。

(3) 縮小認定の議論と平成13年決定

ところで、本問は、訴因（窃盗の正犯）と、心証（窃盗幫助）とが、包摂・被包摂の関係にあるとも思われるので、いわゆる縮小認定（【参考】最判昭和26年6月15日参照）についても問題となる。

この点、縮小認定の場合に訴因変更を要しない理由は、裁判所の認定事実が訴因事実に含まれているときには、検察官により認定事実についても黙示的・予備的に主張されているとみられ、また、定型的に被告人の防御に不利益を与えることが無いという点にある。かかる趣旨に鑑みると、縮小認定は訴因の記載通りの認定の一態様であると理解できるから、平成13年決定における第一段階の基準の埒外になるといえる。

しかしながら、この場合であっても第二段階の基準のベースとなる争点明確化による不意打ち防止の要請は妥当するため、縮小認定の事案であっても具体的な防御に支障が無かったか否かの判断は必要となるであろう。もっとも、この場合には訴因変更手続を経由せずとも、争点顕在化措置を採った上で公判審理を行い、これを認定すれば足りるという理解もある。

3 あてはめ

本問についてみるに、窃盗の共同正犯と窃盗幫助とは、包摂・被包摂の関係にあるので、縮小認定が許されるという理解もあり得る（【参考】最判昭和29年1月21日）。

他方で、幫助犯の訴因には幫助に当たる具体的事実の記載が必要とされているが（最決昭和33年3月27日）、傍線部②の訴因は「共謀の上」という抽象的な記載にとどまっており、具体的な幫助行為は記載されていないため、具体的な幫助行為について検察官による黙示的・予備的な主張がないとも考えられる。また、実質的にみて本件で心証事実となっている幫助行為は本件窃盗事件2日前の関与であり、本件窃盗事件の正犯への関与とは争点が大きく異なり、被告人の防御態様が大きく変わる可能性がある。本問では、かかる幫助行為を争点とした上で十分な攻撃

防御を尽くしたという事情が無い場合、訴因変更が必要になるという理解もあり得るであろう
（【参考】名古屋高判平成18年6月26日、福岡高判平成20年4月22日）。

結論はいずれもあり得ると思われるが、いずれの理解を採るにせよ訴因の機能等に遡って、説得的な論述をする必要がある。

4 関連問題

(1) 審判対象画定のために必要な事項について、訴因変更がなされないまま新たな事実が認定されて判決がなされた場合、弁護人はいかなる法令を根拠に控訴するか。

→法第378条3号（絶対的控訴事由）

(2) 訴因の記載として不可欠ではないが、訴因に記載され被告人の防御にとって重要な事項について、訴因変更がなされないまま新たな事実が認定されて判決がなされた場合、弁護人はいかなる法令を根拠に控訴するか。

→法第379条（相対的控訴事由／訴訟手続の法令違反）

【参考文献】

植村立郎（2017）「骨太刑事訴訟法講義」法曹会

井上正仁ほか（2011）「刑事訴訟法判例百選〔第9版〕有斐閣

佐々木正輝（2008）「捜査法演習 理論と実務の架橋のための15講」立花書房

古江頼隆（2011）「事例演習刑事訴訟法」有斐閣

新関雅夫ほか（2013）『増補 令状基本問題（上）』判例時報社

高麗邦彦ほか（2012）「令状に関する理論と実務（I）」『別冊判例タイムズ』No34

太田茂（2017）『実践 刑事証拠法』成文堂

椎橋隆幸ほか（2018）『実務家に必要な刑事訴訟法 入門編』弘文堂

以上

2019年4月7日

担当：弁護士 井口賢人

最優秀答案

回答者 K O 35点

第1 設問1について

1. 原則として、被疑者を逮捕するには令状が必要である（憲法33条，法199条1項）。しかし，本問では逮捕状を得ていないので違法になるとも思える。
2. もっとも，現行犯人として無令状での逮捕が許容されないか（212条1項，213条）。
 - (1) この点について，同項により無令状での逮捕が認められている趣旨は，犯罪と犯人が明白であり誤認逮捕へおそれが低いためである。

そこで，①逮捕者にとって犯罪と犯人が明白で，②現行性が認められ，③逮捕の必要性があれば，現行犯逮捕も認められると解する。

そして，①については，逮捕者が犯罪を現認していなくても，被害者の供述等，逮捕者が認識した事情を合理的に判断して明白といえれば足りると解する。
 - (2) 本件では，犯人の人相風体が服の絵（セイウチ）やVの証言からすると逮捕者にとって，犯罪と犯人が明白といえる。

そして，甲は犯行を否認しているので，罪証隠滅や逃亡のおそれもあり逮捕の必要性も認められる。

しかし，事件発生から1時間経過しており場所も犯行現場から5キロメートル離れているので，時間的場所的接着性が認められず，現行性が認められない。
 - (3) したがって，同項による逮捕は認められない。
3. そうだとしても，事件発生から1時間，犯行場所から5キロメートルという距離はなお時間的場所近接性があり準現行性が認められるので，同条2項により適法な逮捕とならないか。各号該当性を検討する。
 - (1) 任意に応じた所持品検査で，1万円札20枚が発見されたが贓物（同項2号）にあたるか問題となるも，甲の弁解にも一応筋が通っており，甲の持ち物であることを否定できない。そこで，同号該当性は認められない。
 - (2) 確かに同じセイウチTシャツを着ているが，「犯罪の顕著な証跡」（同項3号）とはいえない。

(3) そして、犯行を否認はしているものの「逃走しよう」としているわけではないので4号にも該当しない。

(4) したがって、同項によっても、逮捕へ適法性は認められない。

4. 以上より、Kによる本問逮捕は違法である。

2 設問2について

1. 訴因変更の手続を経ることなく窃盗幫助の事実を認定することができるためには、訴因変更が不要であるといえなければならない。そこで、訴因変更の要否が問題となる。

(1) この点について、審判対象は一方当事者たる検察官の主張する具体的事実である訴因であるので、事実に変化があれば訴因を変更すべきである。

もっとも、些細な事実の変化にすぎない場合にまで、訴因変更を要すると、訴訟不経済であるので、訴因の機能から、訴因変更が必要な場合を限定すべきである。

そこで、審判対象を限定する機能から、審判対象の画定に必要な事実に変化があった場合には訴因変更が必要になると解する。

次に、防御範囲を示す機能から、原則として被告人の防御に重大影響を及ぼす場合には、訴因変更が必要となる。

もっとも、審理の具体的経過に照らして被告人に不意打ちを与えるものでなく、認定と訴因を比べて、被告人にとってより不利益といえない場合には、例外的に訴因変更は不要と解する。

(2) 本件では、訴因が窃盗罪の共犯であり、認定は同罪の幫助であるところ、幫助は共犯に完全に包含される関係にあるといえるので、審判対象の画定に必要な事実について変化があったとはいえない。

また、審理の具体的経過をかんがみると、乙自身が弁解した旨を基礎に裁判所は心証を形成しているので、被告人に不意打ちを与えるものとはいえない。

そして、共犯が認定された場合には、「すべて正犯」(刑法60条)とされるところ、幫助犯の場合は「従犯」(同62条1項)となり、その刑は「正犯の刑を減輕する」(同63条)ので被告人にとってより不利益となるとはいえない。

(3) したがって、訴因変更は不要と解する。

2. 以上より、裁判所は訴因変更手続を経ることなく窃盗幫助の事実を認定することができる。

以 上

採点講評

(2019年4月7日 刑事訴訟法Ⅱ)

第1 全体について

全体についてですが、出題者としては比較的簡単な問題を出したつもりだったのですが、思いの外に全体の点数は低かった印象です。

設問1については出題の意図が伝わりづらかった点があるかもしれませんが、少なくとも設問2は典型論点です。設問2が取れていなかった人は、要復習と言わざるを得ません。

解説講義で述べた通り、本問は古江頼隆先生の『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣2011（初版））の設問のうち、頻出論点と思われる設問4と設問15を元ネタにしており、難易度をロースクール卒業レベルに合わせる意図で、ロースクール生の大半が読んでいる（少なくとも私の在学当時は殆どの受験生が読んでいました。）演習問題集から引っ張ってきています。予備試験合格は、ロースクール卒業と同程度の実力があるという前提ですから、予備試験受験生としては解けなくてはならない問題かと思えます。

出来が悪かったと感じた方は、十分に復習されると良いかと思えます。

第2 設問1について

1 全体

設問1は、解説講義でも述べた通り、出題者の意図としては現行犯逮捕の可否を出題したつもりでした。というのも、準現行犯で検討しようにも、明らかに2項各号への該当性がないためです。

しかしながら、確かに1項の現行犯逮捕でも、凡そ適法と認められがたい事例ですので、現行犯と準現行犯のいずれを中心に検討したかでは差がつかないように採点しました。

さて、皆様の解答ですが、殆どの受験生が準現行犯逮捕を中心に検討されていました。これは、犯罪と逮捕時点とで、時間と場所が大きく隔絶していたことによるものかと思いますが、そうすると2項各号への該当性の有無で引っかかるはずですが、ここで該当性無しとして否定してくれていれば問題ないのですが、やや無理筋の理屈で該当性を認めている答案が散見されました。

解説レジュメでは現行犯逮捕の話をしているので、以下、準現行犯の話を少々述べようと思えます。

2 各号該当性

(1) 1号

いわゆる継続追呼を認めている答案がいくつかありました。確かに、解説レジュメで挙げた、東京高判昭和60年4月30日の下級審は、似たような事案で継続追呼を認めているので、全くあり得ない解釈ではないと思いますが、少なくとも同事件の高裁では否定されています。

そもそも同号が他の各号と比べてもっとも犯罪と犯人の明白性を担保しているとされるのは、被逮捕者が犯人であることを明確に認識している者が、逮捕を前提として犯行時から同人を連続して追跡していることに根拠があります。要するに、今、目の前で犯行を行った犯人を、ずっと追っかけているのであれば見間違いの可能性が低いという話です。

本件は、被害者が犯人を追跡していたという事情はありません。この時点で、本来、同号の想定している事案とは大きく異なります。

ですので、同号該当性を認めるのは厳しいと言わざるを得ません。

(2) 2号

一番多かったのは贓物所持を認める答案であり、そういった答案が一定程度あることは予想していました。この場合のネックは、現金に色が無いということです。甲が持っていた20万円は、確実に被害品だといえるのでしょうか。甲と犯人の特徴が一致しているという話はあるのですが、まずは被害品と所持品が一致しているといえるのが大前提です。現金の番号でも控えていない限りは難しいでしょう。

ちなみに、甲が不合理な弁解をしているという指摘をしている答案もありました。これは刑事実務基礎の犯人性認定における近接所持等の議論も同様なのですが、これらはいくまでも“盗品を持っている者が”、“その入手経緯を合理的に弁解できない場合”、“盗品を持っていることによる犯人性の推認について、その者の弁解が推認を妨げないので、犯人性を強く推認できる”という考え方です。変なことを言っている奴だから、犯人に違いないという論法ではなく、まずは“盗品を持っている”ことが認定できないとだめです。

余談ですが、パチンコ店の営業時間は条例で決まっており、だいたい23時くらいに閉まります。景品交換の時間を考えると、閉店ギリギリまでいる人は少ないので22時にパチンコに来る人はあまりいないでしょうし、給料日だったとしても（給料日があるってことは、取っ払いの仕事ではないでしょうし。）、なんで全額現金で持っているんだという話もあるので、甲の弁解が不合理であること自体は否定しません。

ただ、この現金が被害品と同一かどうかは別問題ですので、やはり本問の事情だけでは贓物と認定できないかと思います。

(3) 3号

セイウチのTシャツが「犯罪の顕著な証跡」とあるという答案もありました。これは上二つと異なり、条文の文理からして違うと思います。あくまでも犯罪の顕著な証跡ですので、特徴の一致という話ではなく、証跡と犯罪とが関係していなければなりません。和光大の内ゲバ事件では、顔面の新しい傷跡が3号該当事

由として挙げられていますが、これは内ゲバという特殊な状況（内ゲバをご存じない在学生の方は、リトル革命家による実写版スマブラくらいに思っておいてください。）があるという前提で、目の前にいる人物が暴行傷害を行っていた（内ゲバに関与していた）ことが、“新しい傷跡”から分かるという話です。特徴が一致しているとかではなく、当該犯罪に関与しているからこそ生じているといえるもの（証跡）が、外見上見受けられるか否かという話です。

例えば、以前から頬に十字傷のある侍が、逆刃刀で人をぶん殴ったとしても、V供述と頬の十字傷の一致のみをもって3号該当性を認めることはできないでしょう。

(4) 時間的・場所的接着性について

答案を読んでいて、時間的・場所的接着性が言いつばなしになっている答案が多い印象を受けました。1時間だから短いとか、5キロだから近いとかだと説得力が微妙ではないでしょうか。

何故、時間的・場所的接着性が要求されているのか、考えてみてください。

212条2項は、条文構造的に「次の各号の一に当たる者が」、「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるとき」とあります。要するに、“犯人っぽい奴（各号該当性）が、犯罪から間がない（時間的接着性）ときは、現行犯人（目の前で犯罪をやった奴）に準じて考えてもいいよね”という条文であり、裏を返せば“例え犯人っぽい奴だとしても、犯人っぽい根拠が時間の経過によってそうでもなくなったらダメよ”と言っています。

だとすれば、この要件で考えるべきは、各号該当性が持っている犯人の推認力を弱めるだけの時間経過があるかどうかです。

継続追呼でいえば、時間が経過したり場所が離れたりするにつれて、尾行のプロでもない限り集中力が切れて犯人を取り違える可能性が出てきます。贓物所持でいえば、時間が離れると贓物が犯人から第三者の手にわたる可能性が出てきます。犯罪の証跡でいえば、時間が離れると他の事情で傷跡が付いたり不鮮明になったりする可能性があるわけです。

なので、時間的・場所的接着性を検討せよという話は、上記のような推認力を弱めるだけの時間間隔があったかなかったかと訊かれているわけで、単に短いとか近いとかそういう話をしているわけではありません。

仮に本問が贓物所持でいける事案だとすれば（解説レジュメの関連問題のように、甲が、被害品とシリアルナンバーが一致する宝石を持っていたようなケースだとすれば）、犯人（甲が犯人だとして）は、犯行から1時間後に5キロ先にいたわけです。徒歩所要時間を分速80メートル程度とすれば、1時間で5キロ移動って結構ギリギリなわけで、贓物を第三者にパスしている時間的余裕は無さそうです。ならば、贓物を持っている奴は第三者ではなく犯人である可能性が極めて高いといえ、時間的接着性がある（犯行当時の状況が継続している）と評価できそうです。

上記の解釈は、あくまでも私見なのでどこまで参考になるかわかりませんが、何が言いたいかという、要件を何となく検討したり、問題文の事情を何となく書き写したりするのではなく、もう一步踏み込んでくださいという話です。準現

行犯に限った話ではなく、法律要件というものは、趣旨から導かれて存在しているわけなので、その意味をきちんと考えてください。

(5) あてはめについて


あてはめについては、各答案にコメントしたつもりですが、全体的な話をする
と、どの規範とどの事実が対応しているのかよく分からないという答案や、評価
のステップが飛んでいる答案が散見された印象です。

ステップが色々すっ飛んで「<問題文の事情>であることからすると現行犯人
性を肯定できる。」といった答案がボチボチありました。

上記の2号該当を肯定する流れだとしても、「<問題文の事情>からすれば、被
害品と甲の所持していた〇〇は同一物であると評価でき、刑訴法第212条2項
2号の『贓物』であると認定できる。」「<問題文の事情>からすれば、徒歩で移
動した場合に当該贓物が犯人から第三者の手にわたる可能性は低く、犯行当時の
状況が継続しているといえ、時間的接着性が肯定できる（罪を行い終わってから
間がないと明らかに認められる。）。」「よって、甲は刑訴法第212条2項にいう
現行犯人に当たるため、Kは、同法213条を根拠に甲を現行犯人逮捕すること
ができる。よって①の逮捕は適法である。」のように、一定のステップを踏んで回
答するのがいいかと思います。

また、本件は事例の部分で判例を参考にしていないので、あまり書きようがない
のですが、特定の判例を意識した事例問題の場合は、当該特定の判例との対比
を書くと、説得力が増します。ちょっと上級編ですが、頭の片隅に置いておいて
ください。

3 セイウチのキャラクターについて

なお、本問とは全く関係がありませんが、甲（犯人も？）が着用していたTシャ
ツに描かれていた「セイウチのキャラクター」は、沼津市にある「三津（みと）シーパ
ラダイス」のご当地キャラクター「うちっちー」（次頁図参照）をイメージしたもの
です。本問の地名や店名等から名称等の元ネタが分かった方は容易に想起できたか
と思います（全くの余談であり、本問を解く上では必要のない情報です。）。


【ゆるキャラ®グランプリ実行委員会ホームページ

<<http://www.yurugp.jp/vote/detail.php?id=00003101>>より引用】

第3 設問2について

私が想定していたよりもかなり出来が悪かった印象です。基本的には解説レジュメに書いた通りですので、設問2については解説レジュメをご参照ください。

あてはめに関して捕捉しますと、単に包含関係から訴因変更不要とする答案が多かったです。審判対象画定の基準から変更不要というのは分かるのですが、そこで終わっている答案や、被告人の防御について検討していても正犯より従犯のほうが、刑罰が軽いので不利益ではないという答案が殆どでした。

さて、設問を読んでいて、「これって本当に幫助になるのだろうか。」とは疑問になりませんでしたか。乙は被害店の話をしただけと言っており、正犯の犯行を容易にしたかは問題文からサッパリ分かりません。実務でこんな乱暴な訴訟進行は無いでしょうが、問題の都合上、本公判では、全く幫助に触れていないという問題文にしたつもりです。そうなるから軽いから良いとかいう問題ではなく、そもそも乙に犯罪が成立するかどうかすら怪しい事案なのに、“軽いからいいでしょ”という理由で有罪にされては乙はたまったものではありません。

乙が審理経過の中で幫助について具体的に防御を尽くしていたかどうか、そこを考えてほしい問題でした。

第4 その他

1 字について

今回、答案を読んでいて、致命的に字が汚いという答案は無かったのですが、やはり字が荒れ気味の答案は存在します。一度、採点を担当するとわかりますが、字が丁寧な答案と、字が荒れている答案では印象が全く異なりますし、日本語なのかルーン文字なのか分からないレベルになってくると、その部分を採点の対象から外さざるを得ません。字が汚い自覚がある人は気を付けてください。(なお、私の採点コメントの字が最も汚い気がします。臆病炎気味であったため、お許しください。)

2 論点が分からない場合について

また、論点が分からない場合に、上手く工夫して守りの答案が書けている人とそうでない人は明確に差が出ます(実際、今回の問題で明確な差が出ています)。そもそも現行犯逮捕を知らないとか、訴因が何だか分からないとかだと流石に勉強不足なのでどうにもなりません。普通、最低限度の基礎知識は皆さんお持ちのはずです。

まずは、定義と趣旨(≡何故、そんな条文があるのか。)に遡ってください。その上で、問題文を素人的に考えて、これは定義に反するぞとか、趣旨からするとこれは当てはまらないのではないかと、そういった疑問にぶつかるはず。それが論点です。

普段の勉強からそういう意識で臨んでほしいのですが、分からないときはそのように定義や趣旨から論点を抉り出していくという技術が必要です。予備試験だと、比較的典型論点が出題されているのでいいのですが、司法試験本試験ではそういつ

た論点発掘の技術が無いと合格できません。分からないときは、基礎に戻る、そういった意識を持ってください。

3 刑訴や刑事実務について

これも全くの余談ですが、刑訴や刑事実務の問題を出題すると、被疑者は有罪（かつ、罪証隠滅は当然に企んでおり、余罪すら起こしそうな超危険人物）という前提で解答される方が非常に多い印象があります。

出題の傾向から言ってもやむを得ない部分もありますし、修習（検察，刑裁）でも問題の傾向がそうなっているので、受験生の皆様を責める話ではないのですが、原則は無罪推定ですので、問題文は虚心坦懐に読んでください。

いずれの刑事系科目も、何とか力技で被疑者を有罪にする or 捜査活動を適法にする科目では無いはずなので、中立公平な目線で問題文を読み、法律家としての結論を解答をしていただくのが重要かと思います。

第5 結語

以上が、今回の講評です。試験直前期ということもあり、かなり厳しいコメントをした答案もありましたが、ご容赦ください。

もちろん、今年に合格してほしいのですが、仮に今年落ちれば来年の予備試験，仮に今年受ければよりレベルの高い本試験と、諦めない限り法律の勉強は続いていくわけですので、長い目で考えていただければと思います。

最後になりますが、試験直前期の日曜日という貴重なお時間に、私の答練に来ていただけたことに感謝いたします。

皆様，頑張ってください。合格祝賀会でお会いしましょう。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2019年4月7日分 得点分布表

刑事訴訟法Ⅱ

出席者 18名 平均点 19.8点

