

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、訴因変更をしないう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、事実に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』No.34

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