

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】

平成29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vがサバイバルナイフでその胸部を刺されて殺害される事件が発生し、犯人はその場から逃走した。

Wは、たまたま同所を通行中に上記犯行を目撃し、「待て。」と言いながら、直ちに犯人を追跡したが、約1分後、犯行現場から約200メートルの地点で見失った。

通報により駆けつけた警察官は、Wから、犯人の特徴及び犯人の逃走した方向を聞き、Wの指し示した方向を探した結果、犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートル離れた路上で、Wから聴取していた犯人の特徴と合致する甲を発見し、職務質問を実施したところ、甲は犯行を認めた。警察官は、①甲をVに対する殺人罪により現行犯逮捕した。なお、Vの殺害に使用されたサバイバルナイフは、Vの胸部に刺さった状態で発見された。

甲は、その後の取調べにおいて、「乙からVを殺害するように言われ、サバイバルナイフでVの胸を刺した。」旨供述した。警察官は、甲の供述に基づき、乙をVに対する殺人の共謀共同正犯の被疑事実で通常逮捕した。

乙は、甲との共謀の事実を否認したが、検察官は、関係各証拠から、乙には甲との共謀共同正犯が成立すると考え、②「被告人は、甲と共謀の上、平成29年5月21日午後10時頃、H県I市J町1丁目2番3号先路上において、Vに対し、殺意をもって、甲がサバイバルナイフでVの胸部を1回突き刺し、よって、その頃、同所において、同人を左胸部刺創による失血により死亡させて殺害したものである。」との公訴事実により乙を公判請求した。

検察官は、乙の公判前整理手続において、裁判長からの求釈明に対し、③「乙は、甲との間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」旨釈明した。これに対し、乙の弁護人は、甲との共謀の事実を否認し、「乙は、同日は終日、知人である丙方にいた。」旨主張したため、本件の争点は、「甲乙間で、平成29年5月18日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議があったか否か。」であるとされ、乙の公判における検察官及び弁護人の主張・立証も上記釈明の内容を前提に展開された。

〔設問1〕

①の現行犯逮捕の適法性について論じなさい。

〔設問2〕

- ②の公訴事実、訴因の記載として罪となるべき事実を特定したものといえるかについて論じなさい。
- ③の検察官の釈明した事項が訴因の内容となるかについて論じなさい。
- 裁判所が、証拠調べにより得た心証に基づき、乙について、「乙は、甲との間で、平成29年5月11日、甲方において、Vを殺害する旨の謀議を遂げた。」と認定して有罪の判決をすることが許されるかについて論じなさい（①の現行犯逮捕の適否が与える影響については、論じなくてよい）。

2023年9月4日
担当：弁護士 門馬憲吾

参考答案
[刑事訴訟法]

第1 設問1

1 まずWは犯人を一度見失っているところ、甲は「現に罪を行い終わった者」（法212条1項）にあたるか。

(1) 令状主義（憲法33条、213条）の例外として現行犯逮捕が認められた趣旨は、犯罪と犯人が明白で誤認逮捕のおそれがないからである。そこで「現に罪を行い終わった者」とは、犯行と逮捕の時間的場所的接着性を前提に、逮捕権者にとって犯罪と犯人が明白な場合をいう。

(2) 本件では犯行から逮捕まで30分を要している上、犯行現場からも2キロメートル離れているのだから、時間的場所的接着性は認めがたい。また、Wは一度犯人を見失っており、逮捕までの間に、犯人と他人を混同する危険性は極めて高い。甲が、Wから聴取した犯人の特徴と合致をしており、かつ、犯行を自白していたとしても、これらはいずれも供述証拠であり、客観的な証拠がない中で、その信用性の判断が難しいことから、誤認逮捕のおそれは否定できない。

(3) よって逮捕権者にとって犯罪と犯人が明白とまではいえず、甲は「現に罪を行い終わった者」にあたらぬ。

2 次に、本件では212条各項に該当する事情もない。

3 以上、現行犯逮捕は違法である。

第2 設問2. 1

1 公訴事実は「できる限り日時、場所」を特定しなければなら

ないところ（256条3項）、「共謀の上」との記載で特定されたといえるか。

(1) 訴因の機能は、裁判所の審判対象の範囲を確定することにある。被告人の防御は、釈明（規則208条1項）等、訴状提出以後の手續で対応すれば足りる。そこで訴因の特定は、いかなる構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的であり、かつ、他の犯罪事実から識別できることを要する。

(2) この点、共謀の本質は相互の心理的因果性であり、日時や場所によって該当する構成要件が変わるものではないから、構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的である。また実行行為が日時・場所・方法等で特定している場合は、他の犯罪事実と識別することは可能であり、本件の訴因にはこれらの事実が具体的に記載されている。

(3) よって「共謀の上」との記載で訴因は特定されたものといえる。

2 その他、殺人の実行行為は、日時、場所および方法が具体的に記載されている。

3 以上、②の公訴事実は、訴因の記載として罪となるべき事実を特定したものといえる。

第3 設問2. 2

1 検察官による、共謀の日時、場所および方法に関する釈明は訴因の内容となるか。

2 この点、前述のとおり、訴因の機能は、審判対処の範囲を確定することであり、共謀の日時等は、審判対象の範囲の確定に不可欠な事項ではなく、すでに訴因自体は特定されている。

3 よって訴因の内容とはならない。

第4 設問2. 3

1 裁判所が、V 殺害の謀議の日時を、検察官の釈明とは異なる5月11日と認定することは許されるか。乙は、謀議の日時を検察官が釈明した5月18日を前提にアリバイ主張をしており、乙の防御権を侵害しないか。訴因の内容とならない点についても裁判所は何らかの義務を負うかが問題となる。

2 被告人の防御権の確保の見地より、裁判所の認定が被告人の防御権を不当に侵害する場合は、適切な訴訟指揮（294条）を欠くものとして、訴訟手続の法令違反となる（379条参照）

3 本件では、そもそも実行行為者でない乙の有罪の正否は、謀議の存在の有無にかかっているところ、乙は、検察官による平成29年5月18日の謀議の釈明を前提に、丙方にいたというアリバイを主張して、防御権を行使していた。それにもかかわらず、裁判所より平成29年5月11日に謀議を遂げた旨の認定がされた場合、乙はアリバイ主張等の防御の機会を奪われたといえ、被告人の防御権が不当に侵害されたといえる。

4 よって裁判所が、下線部③の内容を認定して有罪判決することは、違法となり許されない。

2023年9月4日

担当：弁護士 門馬憲吾

採点基準

50点

（設問1：15点、設問2(1)10点、設問2(2)5点、設問2(3)10点、裁量点：10点）

設問	項目	配点	点数
設問1	問題提起	2	
	規範	3	
	当てはめ	8	
	結論	1	
	212条各項該当性	1	
設問2.1	問題提起	2	
	規範	2	
	当てはめ	4	
	結論	1	
	殺人部分の訴因の特定の程度	1	
設問2.2	問題提起	1	
	検討	3	
	結論	1	
設問2.3	問題提起	3	
	規範	2	
	当てはめ	4	
	結論	1	
裁量点		10	
合計点		50	

【コメント】

令和5年度 刑事訴訟法ゼミ 解説レジュメ

- 2017年度予備試験過去問 -

令和5年8月29日

弁護士 門馬 憲吾

第1 基本的な考え方

刑事訴訟法1条 この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。

- 1 「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ」とは、刑事法令の適正な実現と相まって、適正手続（憲法31条）の原則を意味。
- 2 「事案の真相を明らかにし」とは、実体的な真実（事実）発見を意味する。「事実」は「証拠」によって認定されなければならない（法317条）。事実認定の正確性の確保は、刑事手続の最も基本的な到達目標である。これを実現するための規律として、①証拠法則と②当事者追行主義がある。

(1) ①証拠法則は、正確な事実の認定を確保し、誤った判決をできる限り避けるため、主に典型的に信用性の乏しい資料を犯罪事実認定の素材から除去する趣旨。具体例は、自白法則や伝聞法則が挙げられる。

(2) ②当事者追行主義とは、裁判所ではなく当事者が手続遂行の主導権を持つ方式である。具体的に、⑦刑事裁判における審理・判決の対象を設定する権限は、裁判所ではなく、検察官にある。また、④公判手続の中心をなす証拠調べを請求する権限は、原則として、当事者たる検察官、被告人または弁護人にある。

当事者追行主義の背後にある目標は、裁判所を中立的判断者としての仕事に集中させること。すなわち、⑦検察官が審理判決の対象を設定することで、裁判所の活動がそれ以外の「事実」探求に向かうことを制限する。また、④当事者による証拠調べ請求を原則とす

る方式も、裁判所が積極的に事案解明を試みる指向を限定する。以上によって、裁判所は中立的判断者としての活動に集中できる¹。

第2 答案作成時のポイント

- 1 問題分の具体的事情をひたすら拾う。事実の引用→評価→認定という手順を守る。判例との事案の比較は+α。
- 2 考査員が聞きたいポイントを厚く書く。結論が分かり切っている点、著名判例がある点、及び、争点とならない点は、端的に書く。
- 3 対比の視点は必須。2つの行為があった場合は、時間、場所だけではなく具体的な態様まで言及する。

第2 本問のポイント

1 設問1

- (1) 明白性を判断する資料として、判例²は、逮捕時における具体的状況に基づき客観的に判断すれば足りるとしており、逮捕者による犯行の現認によるのみではなく、「逮捕者が直接覚知した諸般の状況」から合理的に判断して現行犯人であることを認定できればよいとされている。
- (2) 「逮捕者が直接覚知した諸般の状況」には、被害者、被疑者らの供述も含まれる。もっとも被害者の供述の信用性をその場で直ちに評価することは困難であるから、供述に加えて客観的な事情が必要（他説もあり）。
- (3) 本問の決定的なポイントは、Wが犯人を一度見失っている点。現行犯逮捕が認められた趣旨に立ち返って論じる。
- (4) 逆の結論もあり得る。

2 設問2. 1

- (1) 訴因の機能は、裁判所の審判対象の範囲を確定すること。当事者に審判対象を確定させるという当事者追行主義。
- (2) 被告人の防御権は、公判の諸手続にて考慮される。

3 設問2. 2

訴因の特定のために必要な事実は当然に訴因の内容となる。逆に、訴因の特定に必要なでない事実は訴因の内容とならない。

¹ 以上、「刑事訴訟法」酒巻匠（有斐閣、2015年）1頁～12頁

² 最決昭和41年4月14日

4 設問2. 3

- (1) 対象の事実が、①訴因の一部とならない場合は、争点顕在化の問題（本問）、②訴因の一部となる場合は、訴因変更の要否の問題。すなわち①争点逸脱認定（379条）か、訴因逸脱認定（378条3号）か。
- (2) 訴因の防御機能の問題。識別機能との対比を意識して論じる。
- (3) 本問の認定を許容すると、当事者主義の実現、すなわち裁判所が中立的な判断者となっているかを考える。

以上

最優秀答案

表

試験科目	試験地
刑事訴訟法	明治大学

回答者: R.T. 46点

刑事訴訟法
1頁

第1設問

1. ①の現行犯逮捕(刑事訴訟法(以下法を省略)213条)は適法か。現行犯逮捕の要件について明文なく問題とする。

2 現行犯逮捕は逮捕状^{理由}なく逮捕することと認められる(199条1項本文)とす、その趣旨は、逮捕者にとって被逮捕者が犯人であることと明白のため、正当な理由なき逮捕が行われるおそれの少い点にある。

とす、①逮捕者にとって被逮捕者が犯人であることと明白であることおよび②犯行と逮捕の着手の間に時間的接着性がある~~こと~~れば、現行犯逮捕は適法と解可す。

3 本件では、^{犯行の}確かに目撃者Wが犯行を目撃後、直ちに犯人を追跡した。とて犯人の特徴を伝え逮捕者たる警察官に伝達した。甲は犯人の特徴を伝えず、しかも犯行を認めないため、甲が犯人であることと明白とは思えず。Lや、Wは犯人を追跡後見失っているし、警察官は犯人による犯行を目撃していない。また、犯人と特徴を伝達する人物は他に多数いることと考えられるから、逮捕状なく逮捕が許される程逮捕者として被逮捕者たる甲が犯人であることと明白とはいえない(①不足)。

また、逮捕の着手は犯行時刻から30分後であるが、30分間追跡を続けた事情も乏しく、時間的接着性を認められない(②不足)。

よって、現行犯逮捕は不適法である。

4 なお、甲は犯人として追呼されておらず(212条2項1号)、贓物や凶器等を所持せず(同1号)、身体や衣服に血痕等の証拠もない(同3号)、たゞに誰何されて逮捕^{職務質問}に任じられている(同4号)から、212条2項各号

※	A B C
---	-------

に該当する事情はなかったため、準現行犯逮捕を認められなかった。

第2設問2

1. 小問1

(1) ②の公訴事実²は、²共謀の事実³につき、「甲と共謀の上」といふ記載を
 添えておらず、訴因の特定(256条³項)として十分ではないか。

(2) 訴因は検察官の主張する具体的犯罪事実であるとする、裁判所に対し
 審判を求めらるる事項を確定する機能(識別機能)および被告人に対して
 防御に必要な事項を示す機能(防御機能)の2つを有する。とり、
 防御機能は、公判前整理手続など、その後の手続にも補うことができ、
 識別機能が重要な機能といえる。そのため、他の犯罪事実と識別でき
 るに足る程度に記載されていれば、訴因の特定として十分と解する。

(3) 共謀の事実につき、共謀の日時・場所・方法が~~特~~明示されていないが、
 訴因には実行行為の日時・場所・方法の記載がある。実行行為に於ける
 共謀は、1個以上存在し、以上、実行行為の日時・場所・方法が明示
 されていれば、共謀につき日時・場所・方法の日時・~~場所~~他の犯罪事
 実との識別は可能といえる。

また、共謀は密会で行われることより、具体的に日時・場所・方法を特
 定することは困難であるとする、法が「できる限り」(256条3項)と定めていると、
 共謀の日時・場所・方法の明示を求めない趣旨といえる。

(4) よって、訴因の特定として十分であるから、罪に該当する事実を特定して
 いる。

2. 小問2



裏

(注意事項)

- 1 答案用紙の種類
本答案用紙は、刑事訴訟法の答案用紙です。
刑法の答案を本用紙に記載して提出した場合には、試験時間内に申出があった場合を除き、零点となりますので、注意してください。
なお、試験時間中に答案用紙の取違えに気付いた場合には、試験監督員の指示に従ってください(試験時間終了後の答案用紙の取違えの申出には一切応じません。)
- 2 答案用紙の取扱い
答案用紙の取替え、追加配布はしませんので、汚したり曲げたりしないでください。

3 答案作成上の注意

- (1) 答案は横書きとし、解答欄の枠内に頁数に従って書
 - (2) 答案は、黒インクのボールペン又は万年筆(ただし、となりませ)
 - (3) 答案を訂正するときは、訂正部分が数行にわたる場
 - (4) 答案用紙の表裏を書き違えて答案を作成した場合に
 - (5) 答案用紙の※印の欄には何も記載しないでください
- 4 その他
解答欄に受験者の氏名又は特定人の答案であると判

刑事訴訟法 3 頁

45
46
47
48
49
50
51
52

1) 訴因記載の公訴事実について補充なし争点形成のため裁判長は
訴訟当事者に対し釈明を求めらるることから(刑事訴訟規則208条1項)。
よって、釈明された事項につき、それが訴因の特定に必要な事項である
は、^{訴因}訴因の~~本~~記載としての不十分性ゆえに公訴事実の判決(338条4号)を
~~その~~ ~~本~~ ~~案~~ ~~に~~ ~~照~~ ~~り~~ ~~て~~ ~~再~~ ~~度~~ ~~起~~ ~~訴~~ ~~せ~~ ~~ら~~ ~~る~~ ~~の~~ ~~は~~ ~~正~~ ~~当~~ ~~な~~ ~~と~~ ~~し~~ ~~て~~、訴因の内容と異なる
他方、訴因の特定に必要な事項については、訴因の内容と異なる
と解する。 ^{釈明の内容に}

53
54

(2) 本件で、^本謀議の日時・場所以については訴因の特定に必要な事項ではない
ため、訴因の内容と異なる。

3 小問3

55
56
57
58
59
60

(1) 裁判所は、検察官が釈明し、争点とした平成29年5月18日に謀
議があったか否かという争点と日付において異なる謀議の存在を決定し
ている。謀議の日時は訴因の特定に必要な事項ではないため、訴因の
変更は不要であるが、争点とした争点異なる決定をするため、^{争点}争点逸脱
認定して、訴え不成立の旨を告げる(379条)。

61
62
63

(2) この点について、争点としていた事実を裁判所が自ら措置と
らずに認定することは、当事者に対して不意打ちを与えるし、被告への防衛
権を侵害する。

64
65
66

よって、被告人として裁判所による認定の予決可能性や審理経過
に照らし、防衛権を不当に侵害する場合には、^{争点}争点逸脱
認定して訴え不成立と解する。

(3) 本件では、被告人たる乙は平成29年5月18日に甲方においてVを殺害





き進めてください。なお、解答欄の枠外（着色部分及びその外側の余白部分）に記載した場合には、当該部分は採点されません。
 インクがプラスチック製消しゴム等で消せないものに限り、）で記載することとし、これ以外で記載した場合には無効答案として採点
 合は斜線で、1行の場合には横線で消して、その次に書き直してください。
 には、表が白紙のときは「裏に記載」、それ以外の場合は「裏から記載」とだけ、試験時間中に表の解答欄に記載してください（試験時
 所される記載のある答案は無効答案として零点となります。

67 好旨の講議があるに反して、争点を形成し、同日の行動や講
 68 議の有無 については乙の主張面において争点を主張立証していたと見られ
 69 る。この点、裁判所が乙の同間前の講議の有無を決定することは、
 70 乙の予測に反するものといえ主張立証が十分にある機会のため、事
 71 実を決定する点で不当な防衛権侵害といえる。
 72 (4) よって、上記裁判所の認定は、適切に訴訟指揮を欠き争点逸
 73 脱認定として言われない。

以上

刑
事
訴
訟
法
4
頁

最優秀答案

回答者 R.T. 46点

第1 設問1

1. ①の現行犯逮捕（刑事訴訟法（以下法名省略）213条）は適法か。現行犯逮捕の要件につき明文なく問題となる。

2. 現行犯逮捕は、逮捕状なくして逮捕することが認められる（199条1項本文）ところ、その理由は、逮捕者にとって被逮捕者が犯人であることが明白なため、正当な理由なき逮捕がなされるおそれが小さい点にある。

そこで、①逮捕者にとって、被逮捕者が犯人であることが明白であること、および②犯行と逮捕の着手の間に時間的接着性があれば、現行犯逮捕は適法と解する。

3. 本件では、確かに犯行の目撃者Wが犯行を目撃後、直ちに犯人を追跡した。そして犯人の特徴をとらえ逮捕者たる警察官に伝達した。甲は犯人の特徴と合致し、しかも犯行を認めているため、甲が犯人であることが明白とも思える。しかし、Wは犯人を追跡後見失っているし、警察官は犯人による犯行を目撃していない。また、犯人と特徴が合致する人物は他に多数いることが考えられるから、逮捕状なき逮捕が許される程逮捕者にとって被逮捕者たる甲が犯人であることが明白とはいえない（①不充足）。

また、逮捕の着手は犯行時刻から30分後であるが、30分間追跡を続けていた事情もなく、時間的接着性も認められない（②不充足）。

よって、現行犯逮捕は不適法である。

4. なお、甲は犯人として追呼されておらず（212条2項1号）、贓物や兇器等を所持せず（同2号）、身体や被服に血痕等の証跡もなく（同3号）、さらに誰何されて逃走せず職務質問にも応じている（同4号）から、212条2項各号に該当する事情はないため、準現行犯逮捕も認められない。

第2 設問2

1. 小問1

（1）②の公訴事実、乙の共謀の事実につき、「甲と共謀の上」としか記載さ

れておらず、訴因の特定（256条3項）として不十分ではないか。

(2) 訴因は、検察官の主張する具体的犯罪事実であるところ、裁判所に対し審判を求める事実を画定する機能（識別機能）および被告人に対して防御が必要な事項を示す機能（防御機能）の2つを有する。そのうち、防御機能は、公判前整理手続など、その後の手続でも補うことができるため、識別機能が重要な機能といえる。そのため、他の犯罪事実と識別するに足る程度に記載されていれば、訴因の特定として十分と解する。

(3) 共謀の事実につき、共謀の日時・場所・方法が明示されていないが、訴因には実行行為の日時・場所・方法の記載がある。実行行為にかかる共謀は1個しか存しない以上、実行行為の日時・場所・方法が明示されていれば、共謀につき日時・場所・方法の明示がなくとも他の犯罪事実との識別はされているといえる。

また、共謀は密会で行われることも多く、具体的に日時・場所・方法を特定することは困難であるところ、法が「できる限り」（256条3項）と定めているのも、共謀の日時・場所・方法の明示まで求めない趣旨といえる。

(4) よって、訴因の特定として十分であるから、罪となるべき事実を特定したものといえる。

2. 小問2

(1) 訴因記載の公訴事実について補充ないし争点形成のため裁判長は訴訟当事者に対し釈明を求めることができる（刑事訴訟規則228条1項）。

そして、釈明された事項につき、それが訴因の特定に必要な事項であれば、当初の訴因の記載としての不十分性ゆえに公訴棄却の判決（338条4号）として再度起訴させるのは迂遠なため、訴因の内容となると解する。

他方、訴因の特定に不必要な事項については、訴因の内容とはならないと解する。

(2) 本件で、釈明の内容たる共謀の日時・場所については訴因の特定に必要な事項ではないため、訴因の内容とはならない。

3. 小問3

(1) 裁判所は、検察官が釈明し、争点とされた平成29年5月18日に謀議があったか否かという事実と日付において異なる謀議の存在を認定しようとしている。謀議の日時は訴因の特定に必要な事実ではないため、訴因の変更は不要であるが、争点とされた事実と異なる認定をするため、争点逸脱認定として、許されないのではないか（379条）。

(2) この点について、争点となっていない事実を、裁判所が何らの措置をとらずに認定することは、当事者に対して不意打ちを与えるし、とりわけ被告人の防御権を侵害する。

そこで、被告人にとって裁判所による認定の予測可能性や審理経過に照らし、防御権を不当に侵害する場合には、適切な訴訟指揮（294条）を欠く争点逸脱認定として許されないと解する。

(3) 本件では、被告人たる乙は、平成29年5月18日に甲方においてVを殺害する旨の謀議があったか否かについて争点を形成し、同日の行動や謀議の有無ないしは乙の主観面について主張・立証していたものと思われる。ところが、裁判所がその1週間前の謀議の存在を認定することは、乙の予測に反するものといえ主張立証する機会がなかった事実を認定される点で不当な防御権侵害といえる。

(4) よって、上記裁判所の認定は、適切な訴訟指揮を欠く争点逸脱認定として許されない。

以 上