

論文式試験問題集  
[刑事訴訟法]

## 【刑事訴訟法】

### 【事例】

甲は、a「被告人は、法定の除外事由がないのに、平成29年6月9日ころから同年6月23日までの間、A県E市F町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を吸引し又は自己の身体に注射若しくは服用し、もって覚せい剤を使用したものである。」との公訴事実でA地方裁判所に起訴された。このような記載となっているのは、強制採尿の結果、甲の尿から覚せい剤の成分が検出され、甲による覚せい剤の使用は明らかであるものの、弁護人からのアドバイス等もあり、取調べ中甲が黙秘を続けていた上、甲の自己使用を目撃した者もおらず、自己使用の具体的な日時、場所、方法等は明らかにならなかったためである。

この公判において、A地方検察庁検察官Sは、甲の尿鑑定の結果を記載した鑑定書（以下「本件鑑定書」という。）を証拠として取調べ請求するつもりであった。ところが、本件鑑定書について、甲の弁護人が甲の採尿手続は違法であり、本件鑑定書は違法収集証拠に当たる旨の主張をしたため、事件は公判前整理手続に付された。なお、本事件は裁判員裁判対象事件ではない。

公判前整理手続において、本件の争点は、(1)甲が公訴事実記載の日時ころ覚せい剤を使用したか、(2)採尿手続が違法であり、本件鑑定書は違法収集証拠に当たるか、の2点と整理され、本件鑑定書の証拠調べ請求と捜査にかかわった司法警察員Kらの証人尋問請求が行われた。なお、その手続の中で、Sは、本件公訴事実につき、本件鑑定書の結果に対応する1回の覚せい剤使用行為を起訴する趣旨であると述べていた。

その後、同年7月6日に第1回公判期日が行われ、その日は冒頭手続とKら司法警察員の証人尋問で終了した。ところが、同月13日の第2回公判期日までの間に、以下の事実が生じた。同月6日に覚せい剤自己使用の被疑事実につき乙が逮捕、勾留されたところ、乙は、取調べにおいて、同年6月22日、A県G市H町にある乙方の居間で、友人の甲と共にガラス瓶内の覚せい剤を炙って吸引する方法で覚せい剤自己使用を行った旨を供述した。また、乙が任意提出した尿の鑑定結果によると、乙は同年6月21日ころから同年7月5日までの間に覚せい剤を摂取した可能性が高い。なお、G市はE市の西に隣接する市ではあるが、H町はG市の西端、F町はE市の東端にあり、両者は離れている。

以上の事実につき報告を受けたSは、乙の供述は乙自身の尿鑑定の結果が陽性であることも踏まえると信用でき、また甲側の違法収集証拠の主張との関係で有利であると考えて、甲の第2回公判期日において、公訴事実について、b「被告人は、乙と共謀の上法定の除外事由がないのに、平成29年6月22日A県G市H町の乙方において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を吸引し、もって使用したものである。」という訴因に変更する請求をした。これに対し、甲の弁護人は、下線部aの訴因から下線部bの訴因への変更は刑事訴訟法312条1項に反するものであるし、既に公判前整理

手続を経ているのに訴因変更の請求をすることは、公判前整理手続を無意味にするものであって許されないとの意見を述べている。

〔設問1〕

下線部 a は訴因の記載として適法であるか否かを論じなさい。

〔設問2〕

下線部 b の訴因変更請求は許されるか否かを、甲の弁護人の意見を踏まえつつ論じなさい。なお、訴因の特定には問題がないことを前提とする。

(参考条文) 覚せい剤取締法

第1条 この法律は、覚せい剤位の濫用による保健衛生上の危害を防止するため、覚せい剤及び覚せい剤原料の輸入、輸出、所持、製造、譲渡、譲受及び使用に関して必要な取締を行うことを目的とする。

第19条 左の各号に掲げる場合の外は、何人も、覚せい剤を使用してはならない。

(以下略)

第41条の3 次の各号の一に該当する者は、10年以下の懲役に処する。

一 第19条(使用の禁止)の規定に違反した者

参考答案  
[刑事訴訟法]

### 第1 設問1

1 下線部 a の訴因は、日時等につき概括的記載をしている。かかる訴因は特定されておらず、刑事訴訟法（以下法令名略）256条3項に反し、違法ではないか。

2 訴因の機能は審判範囲の画定及びそれにより被告人の防御の範囲を定めることにある。そこで、訴因を特定、明示したといえるためには、①他の犯罪と識別し、かつ、②被告人の行為が犯罪構成要件に該当することを判定するに足りるだけの具体的事実を記載する必要があると解する。そして、同条項が日時、場所、方法につき「できる限り…特定し」と規定することに鑑みれば、日時等を明らかにすることができない特殊な事情がある場合は、日時等の記載は概括的なもので足りると考えるべきである。

3 (1) 下線部 a の記載でも、覚せい剤自己使用罪という特定の構成要件に該当することは明白である(②)。

(2) 覚せい剤の複数回の使用はそれぞれ別個に自己使用罪が成立し、併合罪（刑法45条前段）になるため、日時等の記載が概括的な下線部 a の訴因は複数回の使用行為を含み得る点で、他事件との識別が不十分のようにも思われる。

しかし、覚せい剤自己使用罪は密行性が高く、被害者も存在しない犯罪であるから、目撃者の証言によって日時等を特定するのは困難である。また、尿鑑定からは幅のある特定しかできず、甲は黙秘を続けていた。これらの事情からすれば、本件では日時等を明らか

にすることができない特殊な事情が存在し、概括的記載で足りるといえる。

さらに、本件では検察官 S が下線部 a の訴因について本件鑑定書の結果に対応する1回の使用行為を起訴する趣旨であると述べている。これは下線部 a 中の幅のある日時でされた自己使用行為のうち最後の1回のみを起訴する趣旨の発言であり、このような釈明も併せて考えれば、他事件との識別はなされているといえる(①)。

4 よって、下線部 a の訴因は256条3項に反せず、適法である。

### 第2 設問2

1 公訴事実の同一性について

(1) 訴因変更は、「公訴事実の同一性」(312条1項)が認められる場合、許される。

(2) 「公訴事実の同一性」とは、公訴事実が単一又は同一(狭義)であることをいう。

そして、312条が「公訴事実の同一性」を要求する趣旨は、無制限に訴因変更が認められるとすると、被告人の防御の利益が害されるので、被告人の防御の利益を保護することにある。

そこで、公訴事実の同一性とは、新旧両訴因における日時・場所・罪質等の基本的事実が社会通念上同一である場合をいい、具体的には、①事実的共通性及び、それを補完する②非両立性から判断すべきである。

(3) 旧訴因における犯罪の日時は平成29年6月9日ころから同月23日

である一方、新訴因における日時は平成29年6月22日であり、旧訴因で限定された期間内に内包されている関係といえ、日時について共通性を失わせるような変更はない。

犯罪の場所は旧訴因では「E市F町内及びその周辺」である一方、新訴因では「G市H町」である。F町とH町は離れているものの、E市及びH市が隣接していることからすると、H町は「E市F町内及びその周辺」に含まれていると考えられるので、両者は共通している。

犯罪の様子は、旧訴因では覚せい剤を「吸引し又は自己の身体に注射若しくは服用し」とされている一方、新訴因では覚せい剤を「吸引し」としており、旧訴因で限定された方法の中に内包されているので、共通性を失わせるような変更はない。

したがって、新旧訴因の事実的共通性は認められる(①)。

また、Sは本件鑑定書の結果に対応する1回の覚せい剤使用行為を起訴する趣旨であると述べていることから、新旧訴因のそれぞれの覚せい剤使用が両立しないことは明らかである(②)。

(4) 以上から、公訴事実が同一であり、「公訴事実の同一性」は認められ、訴因変更が許される。

## 2 公判前整理手続後の訴因変更の可否について

(1) 公訴事実の同一性に問題はないとしても、下線部bの訴因変更請求(312条1項)は公判前整理手続の後にされたものであるが、このような訴因変更請求は許されるか。

(2) たしかに、公判前整理手続後であっても訴因変更請求を制限する

明文の規定は存在しない。

しかし、審判対象たる訴因の変動を求める訴因変更請求は、事件の争点を明らかにし、証拠を整理することによって、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速的に行おうとする公判前整理手続の趣旨を没却する危険がある。

したがって、充実した争点整理や審理計画の策定がされた趣旨を没却するような訴因変更請求は許されないと考える。

(3) ア 乙の供述と尿鑑定は公判前整理手続後に存在が判明したものであり、公判前整理手続中に訴因変更を請求することは不可能であった。そして、実際には乙の供述が判明した直近の公判期日に請求されており、その時期は適切といえる。

イ 本件ではi)覚せい剤の使用自体とii)本件鑑定書の違法収集証拠該当性の2点に争点が絞られている。

i)について、第2の1(3)のとおり、新訴因の犯罪の日時及び犯罪事実はいずれも旧訴因に内包されているので、新訴因に対応した被告人の防御がなされていたと推測できる。

ii)について、本件では、甲の尿鑑定の違法収集証拠該当性は争点となったまま、乙の尿鑑定書及び乙の証言の証拠調べを追加するのみであるから、必要となる追加証拠調べは限定的であり、審理計画を大幅に変更しなければならないものではない。

(4) 以上から、下線部bの訴因変更請求は公判前整理手続の趣旨を没却するようなものではなく、許される。 以上

# 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
<b>設問1</b>	<b>(15)</b>		
問題提起 刑訴法256条3項の問題であることの指摘		2	
規範定立 ・ 訴因の機能についての指摘 ・ 256条3項が「日時、場所、方法につき「できる限り…特定し」と規定していること等、日時等の記載が概括的なもので足りる理由の指摘		4	
具体的検討 ・ 特定の構成要件に該当することが明らかかどうかの検討 ・ 他事件との識別可能性についての検討 — 複数の覚せい剤自己使用行為の罪数評価、覚せい剤自己使用罪は日時等を特定するのは通常困難であること、尿鑑定からは幅のある特定しかできず、自白も存在しない以上、日時等に幅が生じることはやむを得ないこと等		8	
結論の明示		1	
<b>設問2—訴因変更の可否(公訴事実の同一性について)</b>	<b>(13)</b>		
問題提起		1	
規範定立 ・ 刑訴312条の趣旨の指摘 ・ 最決昭53.3.6に沿った規範		4	
具体的検討 ・ 事実的共通性 — 犯罪の日時の同一性、犯罪の場所の同一性、犯罪の態様の同一性等 ・ 非両立性 — 検察官Sが本件鑑定書の結果に対応する1回の覚せい剤使用行為を起訴する趣旨であると述べていること		7	
結論の明示		1	
<b>設問2—訴因変更の可否(公判前整理手続後の訴因変更について)</b>	<b>(12)</b>		
問題提起		1	
規範定立 ・ 公判前整理手続後の訴因変更請求を制限する明文の規定は存在しないことの指摘 ・ 公判前整理手続の趣旨の指摘 ・ 公判前整理手続の趣旨を没却するような訴因変更請求は許されないという規範の定立		4	
具体的検討 ・ 乙の新たな証人尋問と乙の鑑定書の取調べが必要になることの指摘 ・ 乙の供述と鑑定書の取調べの必要性が明らかになった時期 ・ 新たな証拠調べによって生じる被告人の防御の負担 ・ 審理計画への影響		6	
結論の明示		1	
裁量点	<b>(10)</b>	10	
<b>合計</b>	<b>(50)</b>	50	

## 刑事訴訟法 解説レジュメ

### 1. 出題趣旨

訴因の特定及び訴因変更の可否について出題した。

これらの論点は刑訴法の主要論点であるが、受験生の勉強があまり進んでいないと、指導する中で感じるが多かったので今回出題した。

そのため、設問1と設問2の前半部分（公訴事実の同一性）は典型論点をそのまま出題しているので、今年の予備試験合格を狙う受験生であれば、しっかりと得点してほしい。他方で、設問2の後半部分（公判前整理手続後の訴因変更の可否）は現場問題なので、設問1や設問2の前半部分（公訴事実の同一性）で検討した訴因の機能や趣旨から規範を立て、事例中の事実を的確に評価してほしいと考えて作問した。なお、現場問題であるため、弁護人の反論という形で問題文中に丁寧な誘導を付してあるので、万が一この論点を落とした受験生は問題文をより丁寧に読むよう反省してほしい。

### 2. 設問1

#### (1) 問題の所在

下線部 a の訴因は、覚せい剤自己使用の日時、場所、方法につき概括的記載をしているが、このような訴因は「訴因を明示」しておらず、「できる限り…罪となるべき事実を特定」すべきとする刑事訴訟法（以下略）256条3項に反し、違法ではないか問題となる。

#### (2) 論点：訴因の特定（256条3項）

訴因の機能は審判範囲の画定及びそれにより被告人の防御の範囲を定めること  
→訴因を特定、明示したといえるためには、①他の犯罪と識別し、かつ、②被告人の行為が犯罪構成要件に該当することを判定するに足りるだけの具体的事実を記載する必要  
その上で、①及び②それぞれにつき、特定の程度としては、上記の趣旨からして、できる限り詳細に特定すべき（原則）

もっとも、同条項が「日時、場所、方法につき「できる限り…特定し」と規定することに鑑みれば、日時等を明らかにすることができない特殊な事情がある場合は、日時等の記載は概括的なもので足りると考えるべき（例外）

#### (3) 具体的検討

ア まず、覚せい剤取締法19条が使用方法で構成要件を分けていないことに鑑みれば、方法の記載が概括的な本件でも、覚せい剤自己使用罪という特定の構成要件に該当することは明白である（②）。

イ 次に、判例は覚せい剤の使用について、複数回の使用は併合罪の関係にあると解する。そうであれば、日時、場所、方法の記載が概括的な下線部 a の訴因は複数回の使用



行為を含み得る点で、2個以上の刑罰権の発生事由が記載されており、他事件との識別が不十分ではないか、問題となる。

しかし、覚せい剤自己使用罪は密行性が高く、被害者も存在しない犯罪であるから、目撃者の証言によって日時等を特定するのは通常困難であるし、本件でも目撃証言は存在しなかった。したがって、尿鑑定の結果や自白によって日時等を絞り込むことになるが、尿鑑定からは幅のある特定しかできず、本件で甲が黙秘を続けていた以上、自白も存在しなかった。これらの事情からすれば、本件では日時等を詳らかにすることができない特殊な事情が存在し、「できる限り」の特定をもってしても概括的記載しかできなかった場合に当たるといえるだろう。

さらに、本件では検察官Sが下線部aの訴因について本件鑑定書の結果に対応する1回の使用行為を起訴する趣旨であると述べているが、これは最後の1回の使用行為のみを含むものと考えられるので、他事件との識別はされているといえる(①)。

### 3. 設問2 (公訴事実の同一性)

#### (1) 問題の所在

検察による訴因変更が許されるかどうか、すなわち訴因変更の可否が問題となる。

#### (2) 論点：訴因変更の可否

312条が「公訴事実の同一性」を要求する趣旨は、無制限に訴因変更が認められるとすると、被告人の防御の利益が害されるので、被告人の防御の利益を保護することにある。

→公訴事実の同一性とは、新旧両訴因における日時・場所・罪質等の基本的事実が社会通念上同一である場合をいい、具体的には、①事実的共通性(日時・場所・被害者・客体など基本的事実の共通性・近接性)及び、それを補完する②非両立性(一方の事実が認められると他方の事実が認められない関係にあること)から判断すべき

#### (3) 具体的検討

参考答案のとおり

### 4. 設問2 (公判前整理手続後の訴因変更の可否)

#### (1) 問題の所在

下線部bの訴因変更請求は、公判前整理手続(316条の2以下)の後にされたものであるが、このような訴因変更請求は公判前整理手続の趣旨を没却し、許されないのではないかと問題となる。

#### (2) 論点：公判前整理手続後の訴因変更の可否

「公判前整理手続は、当事者双方が公判においてする予定の主張を明らかにし、その証明に用いる証拠の取調べを請求し、証拠を開示し、必要に応じて主張を追加、変更するなどして、事件の争点を明らかに、証拠を整理することによって、充実した公判

の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うことができるようにするための制度である。このような公判前整理手続の制度趣旨に照らすと、公判前整理手続を経た後の公判においては、充実した争点整理や審理計画の策定がされた趣旨を没却するような訴因変更請求は許されないものと解される。」(東京高判平20. 11. 18 (百選〔第10版〕56事件))

(3) 具体的検討

上記の判例を参考に、使用行為自体に関する争点整理がそこまで詰められていないかったこと、新たな証拠調べの負担が重いものとはいえないこと、裁判員裁判対象事件ではないこと、変更請求の時期が適切であることなどを総合考慮すれば、本件の訴因変更請求は、公判前整理手続における充実した争点整理や審理計画の策定という趣旨を没却するようなものとはいえないという結論にたどり着くのではないかと思われる。

参考文献

- ・ 刑事訴訟法判例百選 (第10版) 43, 56
- ・ 酒巻匠『刑事訴訟法』(有斐閣、2015)
- ・ 趣旨規範ハンドブック3 刑事系〔第5版〕(辰巳法律研究所、2015)