

# 刑事訴訟法 平成 29 年予備試験

## 問題文

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。

- 3 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。）。

## 第1 設問1

1 ①は現行犯逮捕（刑事訴訟法（以下略）213条）として適法か。「現  
2 行犯人」に甲が当たるか問題となる。

3 2 Wは犯行目撃の約1分後犯人を見失っており、その後警察官が甲を  
4 発見しているため、1 甲は「現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者」  
5 にはあたらない。（212条1項）

6 (1) では、「左の各号の一にあたる者」（212条2項柱書）といえる  
7 か。

8  
9 まず、2 上述のようにWは犯人を見失っているため「犯人として追呼  
10 されているとき」にはあたらない。（同項1号）次に、Vの殺害に使用  
11 されたナイフはVの胸部に刺さった状態で発見されたため、「贓物又は  
12 明らかに犯罪の用に供したと思われる凶器その他の物を所持してい  
13 る」といった事情もない（同項2号）。また、甲は職務質問の実施によ  
14 り犯行を認めていることから、「誰何されて逃走しようとするとき」に  
15 もあたらない。（同項4号）

16 ここで、212条2項の趣旨は、準現行犯逮捕は現行犯逮捕に比べ  
17 て犯罪と犯人の明白性が劣るため、これを担保する為にある。<sup>3</sup> そこ  
18 で、「身体又は被服に……証跡があるとき」とは、目撃者が供述した犯  
19 人の特徴と一致することも含むと解する。

20 したがって、Wから聴取していた犯人の特徴と合致する甲は「身体  
21 又は被服に犯罪の顕著な証跡がある」といえ、甲は「左の各号の一に  
22 あたる者」といえる。

<sup>1</sup> メインをアッサリと否定しているため、かなりの大ダメージを負っている。対策としては①判例（論点）から考える②事実から考える③準現逮の帰結から考える辺りになるだろうか

<sup>2</sup> コンパクトに事実を拾いながら全要件を検討しようという論述の仕方はGOOD

<sup>3</sup> これはアクロパティックすぎる論述。少なくとも、予備試験刑事訴訟法は基本問題を「そのまま」出題してくるので、現場で自分の知らない規範をでっちあげることはないと考えておいてよい

23 (2) 次に、甲は「4 罪を行い終わってから間がないと明らかに認められ  
24 た」といえるか。

25 ア 213条、憲法33条が現行犯での無令状逮捕を認めた<sup>4</sup> 趣旨は、  
26 現行犯逮捕は誤認逮捕のおそれが少なく、また逮捕する必要性、緊  
27 急性が認められる点にある。かかる趣旨に鑑み、「罪を行い終わって  
28 から間がないと明らかに認められる」とは<sup>5</sup> 犯罪と犯人の明白性が認  
29 められることを意味すると解する。

30 イ 本件において、Wは犯行目撃の1分後に犯人を約200メートル  
31 の地点で見失っている。そこで、通報により駆けつけた警察官がW  
32 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  
33 向を探した結果、犯行から約30分後、犯行現場から約2km離れた  
34 路上でWの供述と合致する特徴の甲を発見している。<sup>6</sup> 確かに約3  
35 0分経てば、交通機関を用いて2kmより先の地点に行くことは可  
36 能であり、時間的場所的接着性という観点のみではかかる明白性は  
37 認められない。<sup>7</sup> もっとも、<sup>8</sup> 警察官はWから犯人の特徴及び犯人の  
38 逃走した方向を聴取しており、逃走方向で2kmという近接した場  
39 所で30分後に特徴の一致した者を発見するというのは、目撃され  
40 た犯人と同一人物である可能性が極めて高いといえる。

41 ウ したがって、甲には犯罪と犯人の明白性が認められ、「罪を行い終  
42 わってから間がないと明らかに認められる」といえる。

43 3 以上より、甲は「現行犯人」といえ、①の現行犯逮捕は適法である。

## 第2 設問2の1

<sup>4</sup> （以下は212条1項で論じるべき事項であるが）条文文言や趣旨に着目している点、三段論法、フォーマットの固定といった観点はGOOD

<sup>5</sup> 犯罪の明白性と犯人の明白性は分けてあてはめる

<sup>6</sup> 論旨が不明

<sup>7</sup> しかし

<sup>8</sup> 客観事情がないので、これだけで明白性を認定するのは厳しいと思われる

- 45 1 <sup>9</sup>②の「公訴事実」は「罪となるべき事実」を「特定」したものといえ  
46 るか（256条3項）。
- 47 2 <sup>10</sup>当事者訴訟構造（256条1項、298条1項、312条1項）のも  
48 と、審判対象は訴因であり、訴因とは検察官の主張する犯罪事実であ  
49 る。訴因の機能は、審判対象の画定、被告の防御にある。もともと、審  
50 判対象が画定すれば被告人の防御対象は明らかとなると、被告人の防御  
51 については冒頭陳述（296条）等で配慮されている。したがって、訴  
52 因の第一次的な機能は審判対象の画定である。そこで、「特定」したとい  
53 えるには、特定の構成要件に該当することが訴因の記載から明らかであ  
54 り、他の犯罪事実との区別がつくことが必要と解する。
- 55 3 乙はVに対する殺人の共謀共同正犯で起訴されており、<sup>11</sup> 構成要件は  
56 「共同して」「人」を「殺した」である。（刑法199条、60条）②に  
57 おいては「甲と共謀の上」「Vに対し殺意をもって……突き刺し……よっ  
58 て……殺害した」とあるため、当該構成要件をみたま。また、Vへの殺  
59 人は1つしかあり得ないため、他の犯罪との区別もつく。
- 60 4 以上より、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  
61 したものといえる。

### 第3 設問2の2

- 63 1 釈明事項は、当該事項が審判対象の画定に必要なものであれば当然に  
64 訴因の内容となる。
- 65 2 ③では、「乙は、甲との間で、平成29年5月18日甲方において、V  
66 を殺害する旨の謀議を遂げた。」とあり、釈明事項は共謀の日時である。

<sup>9</sup> 事実レベルでの問題の所在を一言示すとよりよい問題提起になる

<sup>10</sup> 論証は正確でGOOD

<sup>11</sup> 刑法から構成要件を抜き出し、実際の記載も正確に抜き出しているGOOD

<sup>12</sup> 「共謀の上」でいいのかが問題

67 これは明らかに審判対象の画定に必要なとはいえず、当該事項は訴因の内容  
68 とならない。

### 第4 設問2の3

- 70 1 裁判所は「平成29年5月11日……謀議を遂げた」と認定し、「平成  
71 29年5月18日……謀議を遂げた」旨の検察官による釈明と別の認定  
72 をすることはできるか。
- 73 2 <sup>13</sup>当事者主義的訴訟構造のもと、審判対象は訴因であるから、裁判所は  
74 訴因を当事者たる検察官、被告人の主張と異なる認定をすることは許さ  
75 れない。もともと、訴因以外的事实については、自由心証のもと他の事  
76 実を認定することも許されると解する。
- 77 3 第3で述べたように、③の釈明は訴因に組みこまれない。したがっ  
78 て、裁判所は証拠調べで得た心証にもとづき「5月11日……謀議を遂  
79 げた」と認定して有罪の判決をすることが許される。

<sup>13</sup> 争点顕在化措置について正確に規範を論じたい

<sup>14</sup> 以上

<sup>14</sup> 全体的に三段論法等の論述の基本は身につけていることがわかる答案であるがゆえに、設問1で大きく外したのが勿体ない