

2019 司法試験論文本試験 刑事訴訟法出題大予想

2年連続ズバリ的中！ 危ない重要判例速まくり & 旧司法試験・予備試験過去問からの出題予想

【司法試験論文式試験刑事系科目第2問（刑事訴訟法）の出題予想】

毎年辰巳法律研究所では、試験中休み（今年は5月17日（金））における学習の便宜のために教材を提供しておりますが、今年も論文式試験刑事系科目第2問（刑事訴訟法）の出題を予想し、①「危ない重要判例速まくり」と題して、実務上・学術上重要で、今年の本試験における出題可能性が高い判例をセレクトして掲載致しました。また、②今年の本試験で出題可能性が高い「伝聞証拠と非伝聞証拠の区別」を問うた平成22年度旧司法試験刑事訴訟法第2問及び「訴因変更の要否等」を問うた平成29年予備試験論文式試験刑事訴訟法の問題文、出題趣旨、解答例を掲載させていただきます。

なお、一昨年配布させていただきました同教材に掲載した平成20年度旧司法試験刑事訴訟法第2問（弾劾証拠）及び昨年配布させていただきました同教材に掲載した平成22年度旧司法試験刑事訴訟法第2問（伝聞証拠と非伝聞証拠の区別）は、ズバリ的中しております。

【出題予想のポイント】

- ① まず、刑事系科目第2問（刑事訴訟法）の本試験問題は、毎年のように判例を素材ないし参考にして作成されており、判例対策が合格の鍵となります。そこで、その実務上・学術上の重要性にもかかわらず本試験で未だ出題されていない判例や、出題の周期性に鑑み再度出題されてもおかしくない重要判例を掲載致しました。なお、掲載に際しては、平成31年司法試験考査委員である佐藤隆之教授、堀江慎司教授執筆の判例解説・論文等も参考に致しました。
- ② また、今年の本試験問題においても引続き堀江慎司教授が考査委員であることから、「伝聞証拠と非伝聞証拠の区別」が問われる可能性があります。そこで、昨年同様、平成22年度旧司法試験刑事訴訟法第2問を掲載させていただきます。なお、掲載させていただいた解答例は、元東京高検検事・元司法研修所教官・弁護士の新庄健二先生にご監修頂きました。

さらに、出題の周期性に鑑み、訴因変更の要否なども出題可能性が高いテーマと思われます。そこで、訴因変更の要否などに関して正面から問うた平成29年予備試験論文式試験刑事訴訟法の問題文・出題趣旨・辰巳作成解答例を掲載させていただきます。受験生の皆様の本試験でのご健闘をお祈り申し上げます。

令和元年5月15日（水）

辰巳法律研究所

する記載部分」(以下「本件メモ」という。)の証拠開示命令を請求した。

- (4) 本件大学ノートは、B警察官が私費で購入して仕事に利用していたもので、B警察官は、自己が担当ないし関与した事件に関する取調べの経過その他の参考事項をその都度メモとしてこれに記載しており、勤務していた新宿警察署の当番編成表をもこれに貼付するなどしていた。

本件メモは、B警察官がAの取調べを行う前ないしは取調べの際に作成したものであり、B警察官は、記憶喚起のために本件メモを使用して、Aの警察官調書を作成した。

なお、B警察官は、本件大学ノートを新宿警察署の自己の机の引き出し内に保管し、練馬警察署に転勤した後は自宅に持ち帰っていたが、本件事件に関連して検察官から問い合わせがあったことから、これを練馬警察署に持って行き、自己の机の引き出しの中に入れて保管していた。

- (5) 原々審である東京地方裁判所は、本件メモの提示を受けた上で、その証拠開示を命じたため、その命令の適否が争われている。(決定文より)

【決定要旨】

「以上の経過からすると、本件メモは、B警察官が、警察官としての職務を執行するに際して、その職務の執行のために作成したものであり、その意味で公的な性質を有するものであって、職務上保管しているものというべきである。したがって、本件メモは、本件犯行の捜査の過程で作成され、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が容易なものに該当する。また、Aの供述の信用性判断については、当然、同人が従前の取調べで新規供述に係る事項についてどのように述べていたかが問題にされることになるから、Aの新規供述に関する検察官調書あるいは予定証言の信用性を争う旨の弁護人の主張と本件メモの記載の間には、一定の関連性を認めることができ、弁護人が、その主張に関連する証拠として、本件メモの証拠開示を求める必要性もこれを肯認することができないではない。さらに、本件メモの上記のような性質やその記載内容等からすると、これを開示することによって特段の弊害が生ずるおそれがあるものとも認められない。

そうすると、捜査機関において保管されている本件メモの証拠開示を命じた原々決定を是認した原判断は、結論において正当として是認できるものというべきである。」

◆ 公判前整理手続後の訴因変更 ◆

平成28年の論文本試験では、初めて公判前整理手続が問われました。この点、東京高判平20・11・18(高刑集61-4-6)は、公判前整理手続の制度趣旨から公判前整理手続後の訴因変更に関して判示しており、平成28年の出題趣旨と重なるところがあり、出題可能性のあるものと思われます。

- ・西野吾一「判批」刑事訴訟法判例百選(第10版)P.130~131
- ・宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(リーガルクエスト)(有斐閣、第2版、2018)P.320~321(松田岳士執筆)
- ・『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック3 刑事系』(辰巳法律研究所、2019)P.263

■ 東京高判平20・11・18(高刑集61-4-6)

【判旨】

「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。

これを本件についてみると、公判前整理手続において確認された争点は、『被告人が、本件交通事故を引き起こして逃走した犯人であるかどうか』という点であり、本件交通事故を起こした犯人ないし被告人に業務上の注意義務違反があったかどうかという点については、弁護人において何ら具体的な主張をしていなかった。なお、弁護人は、公判前整理手続の過程において、被害者が自損事故により自ら転倒して死亡した旨を主張予定書面に記載しているものの、被害者運転の原動機付自転車（以下『被害者車両』という。）と本件交通事故を起こした自動車（以下『犯行車両』という。）が接触するという本件交通事故が発生していることを前提に、犯行車両の運転者に業務上の注意義務違反がなかった旨を具体的に主張するものではない。公訴事実の内容である過失を基礎付ける具体的事実、結果を予見して回避する義務の存在、当該義務に違反した具体的事実等に対して、弁護人において具体的な反論をしない限り、争点化されないのであって、実際にも争点とはなっていない。公判前整理手続における応訴態度からみる限り、本件交通事故が発生していることが認定されるのであれば、犯行車両の運転者に公訴事実記載の過失が認められるであろうということを暗黙のうちに前提にしていたと解さざるを得ない。検察官が訴因変更請求後に新たに請求した実況見分調書2通は、公判前整理手続において、当初請求したものの、追って撤回した証拠であって、業務上の注意義務違反の有無が争点とならなかったために、そのような整理がされたものと考えられる。

ところが、公判において、本件交通事故の目撃者等の証拠調べをしてみると、本件交通事故の態様が、訴因変更前の公訴事実が前提としていたものとは異なることが明らかとなったため、検察官は、原審の指摘を受け、前記のとおり、訴因変更請求をした。

そして、その段階でその訴因変更請求を許可したとしても、証拠関係は、大半が既にされた証拠調べの結果に基づくものであって、訴因変更に伴って追加的に必要とされる証拠調べは、検察官立証については前記のとおり極めて限られており、被告人の防御権を考慮して認められた弁護側立証を含めても、1期日で終了し得る程度であった。

…以上によれば、本件は、公判前整理手続では争点とされていなかった事項に関し、公判で証人尋問等を行った結果明らかとなった事実関係に基づいて、訴因を変更する必要性が生じたものであり、仮に検察官の訴因変更請求を許可したとしても、必要となる追加的証拠調べはかなり限定されていて、審理計画を大幅に変更しなければならなくなるようなものではなかったといえることができる。

そうすると、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し、権利濫用にも当たらないといえるべきである。検察官の本件の訴因変更請求を許可した原審には、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反は認められない。」

◆ 違法収集証拠排除法則 ◆

違法収集証拠排除法則は、その出題の周期性に鑑み、そろそろ出題される可能性が高いものと思われます。また、いわゆる違法性の承継論と毒樹の果実論に関しては、近時、優れた内容の論文（井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀

次に、丙は、飽くまでも主観的には、甲による急迫不正の侵害からDを防衛するという正当防衛の認識で反撃行為を行っているのであるから、主観的認識（正当防衛）と客観的事実（正当防衛の要件が充足されていない）との間に齟齬があるといえ、かかる状況は誤想防衛と類似することから、誤想防衛の一種に当たり、故意等が阻却されるなどの説明が考えられる。もっとも、本事案で、Dに対する急迫不正の侵害は現に存在している上、誤想に基づいて防衛行為に出たわけではないため、丙の行為を誤想防衛とみるのは困難と考えられる上、具体的符合説（具体的法定符合説）による処理の場合と同様に、過失犯の成立を否定することは困難と考えられ、そうした点が難点といえる。

さらに、緊急状況下で丙に期待可能性を認めることが困難であるから、責任が阻却されるとの説明が考えられるが、期待可能性は根拠規定のない超法規的な責任阻却事由である上、その有無の判断基準が明確でないとの難点がある。

〔第2問〕

本問は、強盗致死、業務上横領事件を素材として、捜査公判に関連する具体的事例を示し、各局面で生じる刑事手続上の問題点、その解決に必要な法解釈、法を適用するに当たって重要な具体的事実の分析・評価及び具体的帰結に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問1〕は、路上で発生した強盗致死事件（本件）について、警察官及び検察官は、甲が犯人ではないかとの嫌疑を抱き、同事件の捜査を視野に入れて、甲を業務上横領事件（別件）の被疑事実で逮捕・勾留し、同勾留期間中には、甲に対し、強盗致死事件の取調べを行っていることから、甲の逮捕・勾留が、いわゆる別件逮捕・勾留に当たり違法と評価されないかが問題となる。〔設問1-1〕では、いわゆる別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性の判断基準について、まず、自己の拠って立つ理論構成を示した上、【事例】の具体的事実に当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論ずることが求められる。次に、〔設問1-2〕では、自己の結論とは異なる結論を導く理論構成を示し、【事例】の具体的事実に当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じた上、その理論構成を自己が採用しない理由についても言及することが求められる。

いわゆる別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性の判断基準については、大別すると、逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実（別件）を基準に判断する見解（別件基準説）と、実質的に当該被疑事実とは別の犯罪事実（本件）についての身体拘束と評価し得るかという観点から判断する見解（本件基準説）とに分かれており、さらに、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるかという点をめぐり、別件についての逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を充足しているかを重視する考え方、別件の起訴・不起訴の判断に必要な捜査がいつ完了したかを重視する考え方、逮捕・勾留に当たっての捜査官の意図・目的を重視する考え方、逮捕・勾留の期間がいずれの事件の捜査のために利用されている（いた）かを重視する考え方などが主張されている。〔設問1-1〕では、まず、いわゆる別件逮捕・勾留の適法性について、いかなる基準ないし観点から判断するのか、そして、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるのかについて、その根拠も含め、自己の理論構成を明示し、【事例】の具体的事実の中から重要な事実自己の理論構成を当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性について論じることが求められる。

本問の検討に当たり、考慮されるべき要素として、以下のものを挙げることが可能であろう。

- ① 逮捕・勾留の理由とされた被疑事実である業務上横領事件について、逮捕（刑事訴訟法第199条第1項、同条第2項但書、刑事訴訟規則第143条の3）、勾留（刑事訴訟法第207条第1項により準用される同法第60条第1項）及び勾留延長（刑事訴訟法第208条

第2項)の要件の充足

- ② (強盗致死事件を捨象した場合における)業務上横領事件それ自体の重要性(立件ないし起訴の見込み)
- ③ 逮捕・勾留請求時の捜査状況
- ・ 強盗致死事件については、甲が犯人との嫌疑はあったが、逮捕できるだけの証拠はなかった
 - ・ 業務上横領事件は、強盗致死事件の捜査の過程で発覚したものであり、警察官は、被害届の提出を渋る被害者を繰り返し説得して、業務上横領事件の被害届を提出させた
- ④ 業務上横領事件で逮捕・勾留した捜査官の意図
- ・ 警察官は、強盗致死事件で甲を逮捕するには証拠が不十分であったため、甲を逮捕できる他の犯罪事実はないかと考えていた
 - ・ 検察官も、甲を強盗致死事件で逮捕することを視野に入れて、捜査することを考えていた
- ⑤ 別件と本件の重大性、別件と本件との関連性
- ・ 「本件」は人が死亡している強盗致死事件であり、「別件」は被害金額が3万円の集金横領事件である
 - ・ 強盗致死事件(路上のひったくり強盗)と業務上横領事件(集金横領)との間に関連性はない
- ⑥ 逮捕・勾留後の取調べの状況
- ・ 勾留期間中の取調べ日数は、業務上横領事件の取調べが、3月19日まで断続的に行われ、合計7日である一方、強盗致死事件の取調べは、3月18日までほぼ連日、合計12日にわたっており、取調べ時間の合計も、業務上横領事件の取調べは合計20時間である一方、強盗致死事件の取調べは合計40時間にわたっている
 - ・ 甲は当初、強盗致死事件について否認しており、警察官による追及の結果、3月18日に自白した(自ら積極的に本件を自白したものではない)
- ⑦ 逮捕・勾留後の業務上横領事件の捜査状況
- ・ 甲は、弁解録取時、犯行を否認し、3月7日には、パチンコ店にいた旨のアリバイ主張をし、同月15日には、Aからの集金事実は認めたが、具体的な金額については否認し、同月19日に横領金額も含め自白した
 - ・ 勾留期間中、甲の弁解に対応した裏付け捜査(パチンコ店の防犯カメラの捜査、甲のパソコンの精査、Yの取調べなど)が継続的に行われており、捜査官の懈怠による捜査の遅延もない

以上の考慮要素の中から、自己の拠って立つ理論構成において着目・重視すべきものを取り出し、具体的事実を摘示しながら、甲の逮捕・勾留の適法性について論じることになる。

次に、〔設問1-2〕では、自己の結論と異なる結論を導く理論構成を示した上(ここでは、結論と理論構成の双方が異なるものを示さなければならないことに留意する必要がある)、その理論構成において着目・重視すべき考慮要素に関わる具体的事実を摘示しながら、甲の逮捕・勾留の適法性について論じることになる。また、当該理論構成を採用しない理由については、いわゆる別件逮捕・勾留の適法性の判断基準に関する各見解に対し、それぞれ指摘や批判もあるところであり、そのような指摘や批判を踏まえつつ、具体的に論述することが求められる。

〔設問2〕は、訴因変更の可否及び許否を問う問題である。【事例】において、検察官は、甲がAから集金し、X社のために保管していた3万円を横領したという業務上横領罪の訴因(公

訴事実1)で起訴したが、審理の途中で、甲がAから集金名下で3万円をだまし取ったという詐欺罪(公訴事実2)へ訴因変更を請求している。訴因の変更は、「公訴事実の同一性を害しない限度において」認められる(刑事訴訟法第312条第1項)ことから、本問の解答に当たっては、公訴事実の同一性の意義・判断基準についての理論構成を示した上、具体的事実に当てはめることが求められる。加えて、本問の訴因変更請求は、公判前整理手続を経た裁判員裁判の審理の中で行われているため、公判前整理手続後の訴因変更が許されるかについて、公判前整理手続の制度趣旨に照らした論述が求められる。

公訴事実の同一性の意義については、従来から、「単一性」と「狭義の同一性」に分けられているが、本件で問題になるのは「狭義の同一性」である。「狭義の同一性」の判断基準について、判例は、変更前後の両訴因の間の「基本的事実関係が同一か」という観点から判断しており、その判断に当たっては、犯罪の日時、場所の同一性や近接性、行為、客体、被害者等の事実の共通性に注目している。また、事実の共通性に加えて、両訴因が両立しない関係にあること(非両立性)に言及するものもある。そこで、関連する判例の立場や学説を踏まえつつ、「公訴事実の同一性」の判断基準について、その根拠も含め、自己の理論構成を示した上で、【事例】の両訴因(公訴事実1と公訴事実2)の間に、公訴事実の同一性が認められるかの確に論じることが求められる。

次に、訴因変更の請求が許される手続段階について、刑事訴訟法は特に制限を付しておらず、公判前整理手続が導入された平成16年の同法改正においても、公判前整理手続後の証拠調べ請求が制限された(刑事訴訟法第316条の32)のとは異なり、訴因変更の請求に関する制限は設けられていない。

しかし、公判前整理手続は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため、事件の争点及び証拠を整理する手続であり、公判前整理手続を経た事件については、同手続で策定された審理計画に従い、集中的かつ迅速な審理が進められることとなるが、公判前整理手続後に訴因変更がなされると、変更後の訴因について、当事者双方の追加立証が必要となる場合も考えられ、公判前整理手続で策定された計画どおりに審理ができなくなるおそれがある。

もとより、公判前整理手続に付された事件においても、証拠調べの結果、公判前の当事者の主張と異なる事実が明らかとなることは、制度上織り込み済みであるとはいえ、公判前整理手続に付しながら、その意味を失わせるような訴因変更の請求を許すことは不合理であるから、訴因変更の請求に対する制限を基礎付ける根拠として、公判前整理手続の制度趣旨を援用することが説得的だということができるであろう(「公判前整理手続を経た後の公判においては、充実した公判審理のための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は許されない」とした下級審裁判例として、東京高判平成20年11月18日・高刑集61巻4号6頁がある。)。本問においても、公判前整理手続の制度趣旨を論じた上で、これを踏まえた訴因変更の許否について判断基準を示し、【事例】の具体的事実に当てはめて、検察官の訴因変更請求が許されるかを丁寧に論じることが求められる。そして、検討に当たっては、公判前整理手続の中で訴因変更を請求することが可能であったか(検察官が訴因変更の必要性を意識する契機があったか)、また仮に訴因変更を許した場合、公判前整理手続で策定された審理計画の大幅な変更が必要となるかといった点が重要な考慮要素となるであろう。

【選択科目】

〔倒産法〕

〔第1問〕

本問は、株式会社が破産手続開始決定を受けた場合の具体的事例を基に、債権者の権利行使の在