

司法試験

2019年司法試験分析会
刑事系
講師オリジナルレジュメ

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 194479

LU19447

第1問 [刑 法]

<分析例>

[設問1]

第1 Aに対する詐欺罪(246条1項)の成否

1 「人を欺いて」(欺罔行為)

欺く行為(欺罔行為)は、これにより相手方が錯誤に陥り、財産的処分行為をするに至らせるような性質のものである必要がある。

⇒ 相手方を錯誤に陥れる行為であっても、それが相手方をして錯誤に基づく財産的処分行為をさせるもの(錯誤に基づく処分行為に向けられたもの)でなければ、本罪にいう「人を欺く」行為に当たらない。

- ・ 甲が、金融庁職員に成りすまして、Aに対し、電話で「あなたの預金口座が不正引き出しの被害に遭っています。うちの職員がお宅に行くのでキャッシュカードを確認させてください。」と告げ、Aの住所及びA名義の預金口座の開設先を聞き出した上、A方を訪問し、その玄関先で「キャッシュカードを証拠品として保管しておいてもらう必要があります。後日、お預かりする可能性があるので、念のため、暗証番号を書いたメモも同封してください。」「この封筒に封印するために印鑑を持ってきてください。」等と申し向けた行為(以下、「甲の虚言等」という。)
- ・ 甲の虚言等を信用したAは、本件キャッシュカード等を甲に手渡した上、玄関近くの居間に印鑑を取りに行った

↓ (評価)

- ・ A方玄関先は未だAの支配領域内であるところ、Aは本件キャッシュカード等を封筒に入れるために一時的に甲に手渡したものであり、すぐ戻るつもりで一旦Aの面前から離れたに過ぎない。
- ・ Aの認識としても、本件キャッシュカード等の支配を甲に終局的に移転したという意識(占有移転の認識)はなかった。

⇒ 本件キャッシュカード等について、Aの意思に基づく占有移転は観念できない。

そうすると、甲の虚言等は、Aによる処分行為を導く性質を有するもの（処分行為に向けられたもの）と評価することはできず、「人を欺く行為に当たらない。

2 結論

以上より、Aに対する詐欺罪は成立しない。

- ※ 窃盗罪と詐欺罪の区別基準として「処分行為の有無」が挙げられるが、処分行為が欠ける場合には、①処分行為に向けた欺罔行為は存在するが、何らかの事情により処分行為には至らなかった場合（結果不発生）と②そもそも処分行為に向けられた欺罔行為が存在しない（処分行為を導く性質がないため欺罔行為とは評価できない）場合（実行行為不存在）の2つがあり、本問は後者の問題である。前者の場合は詐欺未遂罪の成立可能性を残すが、後者の場合は窃盗罪のみが成立し得ることになる。なお、参考判例1ないし5は、いずれも後者が問題となった事案であり、参考判例1、2は窃盗罪の成立を肯定したのに対し、参考判例3、4及び5は詐欺罪の成立を肯定している。
- ※ 参考判例3は、犯人の虚言を信じた被害者が現金入りの風呂敷包みを玄関に置いたまま便所に行ったところ、その隙に犯人が現金を持ち去った事案について詐欺罪の成立を肯定した原審を是認した。しかしながら、この事案において被害者の意思に基づく占有の終局的移転があったと評価することは困難であり、現在、同判例の結論は支持されていない。また、同判例自身、判示において「原判決が…（被害者が）被告人Xの判示の欺罔手段に基き判示の現金を同被告人の自由に支配できる状態に置く意思で判示の玄関上り口に置いたものと認定したことの当否は格別」とわざわざ留保を付けていることからしても、最高裁として積極的に処分行為を認定した判例と位置付けるべきではない（この当時は窃盗罪と詐欺罪で法定刑に差異がなかったことから、いずれの罪が成立するか自体によって被告人にとって大きな不利益となることもなかったため、原判決を破棄するに至らなかったに過ぎないと理解すべきであろう）。
- ※ 甲は段階的に嘘を重ねて本件キャッシュカード等を領得していることから、詐欺罪の実行の着手時期についての最新判例（参考判例6）を想起した受験生がいたかもしれない。しかしながら、同判例は、あくまで「段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画」を前提として、未だ被害者に現金交付を求める文言を述べていない段階の行為に詐欺罪の実行の着手を肯定したものであり、甲の犯行計画において「Aに財物を交付させる行為」が存在しない（その意味で、詐欺罪の実行行為を計画したものと評価できない）本件とは事案が異なる（そもそも本問では本件キャッシュカード等の領得を完遂していることから、実行の着手時期を問題とする実益が乏しい）。
- ※ なお、主に高齢者を狙って組織的に敢行される特殊詐欺犯罪の一類型として本問のような犯行態様の事件は現実にはしばしば発生しているが（その場合、検挙されるのはほとんどが“受け取り役”である。）、実際、この類型の事件では、警察からの送致段階から一貫して詐欺罪ではなく窃盗罪で処理されているのが通例であり、これが現在の実務上の取り扱いであるといえよう。

第2 Aに対する窃盗罪（235条）の成否

1 「他人の財物」

本件キャッシュカード等は、A名義の銀行口座から預金を引き出す際に用いるものであり、日常生活において一定の財産的価値を持つものと評価することができる。

→ Aの占有保管する「他人の財物」に当たる。

2 「窃取」

上述のとおり、Aが本件キャッシュカード等を甲に手渡し、一時的に玄関から離れた時点においても、本件キャッシュカード等に対するAの事実上の支配は失われていない。

→ 甲が本件キャッシュカード等を入れた封筒を自ら持参したショルダーバッグ内に隠し入れた上、そのままA方から持ち去った行為は、Aの意思に反してAの上記事実上の支配を侵奪したものであるから、「窃取」に当たる。

3 故意及び不法領得の意思

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。また、本件キャッシュカード等を用いてA名義の預金口座から預金を引き出して現金を得る目的で上記窃取に及んだものであるから、不法領得の意思も認められる。

4 結論

以上より、Aに対する窃盗罪が成立する。

※ なお、本問は、設問で「Aに対する罪責」のみを論述することと指定されているから、甲がその後にATMから現金を引き出そうとした行為についてB銀行に対する犯罪の成否を検討、論述する必要はないとの趣旨であろう（判例は、不正に入手したキャッシュカードを用いてATMから現金を引き出す行為については、銀行に対する窃盗罪の成立を肯定する。）。仮に本問の事案でB銀行との関係でも犯罪の成否の検討が求められた場合は、いわゆる預金の占有や不能犯論が問題となる。

〔設問2〕

第1 事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場からの説明（小問①）

1 身分犯説＋真正身分犯説

(1) 事後強盗罪を窃盗犯人という身分を有する者を主体とする身分犯であると解すると（身分犯説）、脅迫行為のみに共謀加担した乙は、本罪の実行行為の全部を甲と共同したものであるが、「窃盗」犯人たる身分を欠く者となる（共犯と身分の処理）。

(2) 65条について、同条1項は真正身分犯の成立と科刑、同条2項は不真正身分犯の成立と科刑を規定したものと解し、かつ、同条の「共犯」には共同正犯も含まれると解することを前提として、本罪を真正身分犯と捉えた場合（真正身分犯説）、乙には、65条1項の適用により事後強盗の罪の共同正犯が成立する。

2 結合犯説＋承継的共同正犯（全面）肯定説

- (1) 事後強盗罪を窃盗行為と暴行・脅迫行為とが一体となった結合犯であると解すると（**結合犯説**），乙は，本罪の実行行為の一部につき途中から加功したものであり，共謀加担前の甲による窃盗行為の責任を負うか否かが問題となる（**承継的共同正犯**）。
- (2) 承継的共同正犯について，**犯罪共同説**を強調する立場から，先行者の実行の着手から後行者の関与後の行為までの犯行全体が不可分一体の構成要件の実現である以上，後行者は先行者による行為及びその結果についても全面的に共犯として責任を負うべきであると解すると（**全面肯定説**），乙には，共謀加担前の甲の窃盗行為についても帰責され，事後強盗の罪の共同正犯が成立する。

第2 脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からの説明（小問②）

1 身分犯説＋不真正身分犯説

事後強盗罪を身分犯と解した上で（**身分犯説**），暴行・脅迫罪を基本犯とする加重類型であると捉えると（**不真正身分犯説**），65条についての上記第1，1(2)の解釈を前提として，乙には，65条2項の適用により脅迫罪が成立し，罪名が異なる共同正犯者間においては構成要件が重なり合う限度で共同正犯が成立すると解すると（**部分的犯罪共同説**），乙には，脅迫罪の限度で共同正犯が成立する。

2 結合犯説＋承継的共同正犯限定肯定説（or 否定説）

事後強盗罪を結合犯と解した上で（**結合犯説**），承継的共同正犯について，**因果的共犯論**を強調する立場から，後行者が共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持った場合に限り，犯罪全体について共同正犯が成立すると解すると（**限定肯定説**），乙が甲による窃盗行為の効果を利用したものと認めるのは困難であるから，乙は，共謀加担後の脅迫行為についてのみ責任を負うこととなり，**部分的犯罪共同説**を前提として，乙には，脅迫罪の限度で共同正犯が成立する。

- ※ **事後強盗罪の構造**について明確に判示した最高裁判例はないが、下級審裁判例（**参考判例 7, 8**）は、いずれも本罪が身分犯であることを前提として65条を適用している。なお、65条について、上記第1, 1(2)の解釈論が判例の立場といえるが（**参考判例 9**）、これと異なり「同条1項は真正身分犯及び不真正身分犯についての共犯の成立の規定であり、同条2項は不真正身分犯についての科刑の規定である」と解すると、本罪を不真正身分犯であると捉える立場（**不真正身分犯説**）に立った場合でも、乙には65条1項により事後強盗の罪の共同正犯が成立し、同条2項によって脅迫罪の刑が科されることになるため（**参考判例 8**はこの理論構成を採用している。）、このような説明をする場合は小問①の立場となる。
- ※ **身分犯説**は、以上の見解の他にも、窃盗犯人が財物の取り返しを防ぐ目的の場合は65条1項の構成的身分であり、逮捕を免れ又は罪責を隠滅する目的の場合は65条2項の加減的身分であるとする見解（**複合的身分犯説**）がある。この見解によれば、本問の甲は逮捕を免れる目的であるから甲の「窃盗」の身分について65条2項が適用されることになる。
- ※ **結合犯説**は、上記のとおり**承継的共同正犯の成否**を問題とするが、**参考判例 10**は、**因果的共犯論**の立場を強調し、共謀加担前に先行者が既に生じさせていた法益侵害結果について「被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはない」と判示して、共謀加担前の先行者の行為及び結果の後行者への帰責を原則として否定している。この判例によれば、本問において、乙の共謀及びそれに基づく脅迫行為が共謀加担前の甲の窃盗行為（による法益侵害）と因果関係を有すると評価するのは困難であろう（とりわけ本問は甲による窃盗が未遂であるから、その後の乙の脅迫行為が「既に領得した財物の確保」という点に因果関係を有したとの評価をする余地もない。）。
- ※ なお、**承継的共同正犯否定説**においても、後行者の行為が共謀加担前の先行者の行為も含めた単一不可分の構成要件の実現に役立っていると評価でき、その限りで幫助犯の因果性は肯定し得るとして、承継的従犯の限度で犯罪結果の帰責を肯定する見解がある（**承継的従犯肯定説**）。この見解によれば、本問の乙には、脅迫罪の限度で甲との共同正犯が成立することになるが、同時に事後強盗罪の甲への幫助犯が成立し、両罪は観念的競合として処理されることになる（本問で結合犯説に立つ場合、この見解を「自らの見解」として論述するという答案構成もあり得る。）。
- ※ 以上のように、本問は、「**事後強盗罪の構造**」、「**共犯と身分の処理（65条の趣旨）**」、「**承継的共同正犯の成否**」という3つの問題について、それぞれいかなる立場から説明するのかによって様々な説明のバリエーションが想定され得る。もっとも、本問は「異なる結論を導くそれぞれの理論構成」を説明させる趣旨の問題であって、「同一の結論を導く複数の理論構成」を比較検討させる趣旨の問題ではない（設問3）が後者の趣旨である。したがって、小問①, ②については、それぞれの結論を導く理論構成を1つ説明すれば足りるのである。その上で、「自らの見解（①及び②で記載した立場に限られない）」を示して、最終的な「乙の罪責」を検討する必要がある。

第3 Cに対する事後強盗罪の甲との共同正犯（60条、238条）の成否（自らの見解）

1 共謀

- ・ 乙は、友人である甲が店員Cともめている様子を見て、甲が商品をショルダーバッグ内に盗み入れたものと誤認した。
- ・ 甲は、上記乙の誤認を認識しつつ、乙が自己の逃走に協力してくれるものと期待して、「こいつをなんとかしてくれ。」と言った（以下、「甲の依頼」という。）。
- ・ 甲の依頼に対し、乙は、甲が窃取した商品が取り返されることを防ぐべく、後述するCに対する脅迫行為に及んだ。

→ 上記甲の依頼に乙が応じた時点で、甲及び乙は、窃盗犯人である甲が被害者による財物の取り返しを防ぎ又は逮捕を免脱するために、乙において被害者に対してその反抗を抑圧する程度の暴行又は脅迫を加えることについて、相互に認識、認容した上でその旨の黙示的な意思連絡を遂げたものと認められる。

2 「窃盗」(身分)

- ・ 甲は、ATMから現金を引き出そうとし、窃盗の実行に着手した者であるから「窃盗」に当たる。

3 「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ」、「逮捕を免れ」(目的)

- ・ 甲にはCによる逮捕を免れる目的があり、乙には窃盗犯人である甲が財物の取り返されることを防ぐ目的があるから、各々238条所定の目的が認められる。

4 共謀に基づく「脅迫」(実行行為)

(1) 反抗抑圧

- ・ 上記共謀に基づいて、乙がCに対し、所携のナイフを示しながら「離せ。ぶっ殺すぞ。」と申し向けた行為は、刃体の長さが約10センチメートルもの十分な殺傷力のあるナイフを用法上の凶器として用いて相手方の生命に危害を加える姿勢を示すものであり、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の挙動による脅迫に当たる。

(2) 窃盗の機会

- ・ 上記脅迫は、甲が窃盗の実行に着手した直後に、同一現場において行われたものであり、窃盗の機会継続中に行われたものと認められる。

5 既遂時期

本罪は「強盗として論ずる」ものとされるところ、強盗罪は財物取得時に既遂に達することから、本罪においても財物取得時、すなわち、窃盗が既遂に達した時点で既遂となるものと解する。

→ 甲は、財物であるATM内の現金を取得しておらず、本罪は未遂にとどまる。

- ※ **事後強盗罪の既遂・未遂の基準**について、窃盗の既遂・未遂を基準とするのが判例の立場であるが(参考判例11), この立場は、窃盗行為を本罪の実行行為とは捉えない**身分犯説**の立場とは整合しないとの批判がある。他方、暴行・脅迫が行われれば窃盗が未遂であっても本罪は既遂に達すると解すると、本罪の未遂が成立する余地は事実上存在しなくなる。そこで、本罪を身分犯と位置付けながら、窃盗が既遂の場合でも暴行・脅迫が功を奏せず財物が取り返されたときは本罪の未遂の成立を認める(すなわち、結果的に財物を取得したか否かを基準とする)見解等が主張されている。

6 故意

- ・ 乙は、甲による窃盗の客体が商品であり、かつ、同罪が既遂に達したものと認識している。

→ 現実に発生した事実と行為者が認識した事実とが法定の範囲内で一致すれば足りることから(法定的符合説)、ATM内の現金を客体とする事後強盗未遂罪についての故意は阻却されない(構成要件的に重なり合う未遂罪の限度で故意が認められる。)

- ※ 乙が窃盗既遂と認識している点については、既遂構成要件と未遂構成要件とは別個の構成要件(故意の認識対象となる事実が異なる)と考えると**抽象的事実の錯誤**となるが、既遂罪の故意は未遂罪の故意を包摂すると考えるとそもそも事実の錯誤と捉える必要はない。

7 共犯と身分

もともと、本罪は「窃盗」犯人であることを身分とする身分犯であるところ、乙は「窃盗」の身分を欠くことから、本罪の共同正犯が成立するか否かが問題となる。

→ 本罪は財産犯であるから、暴行・脅迫罪を基本犯とする加重類型と解するのは妥当ではなく、「窃盗」犯人という「身分によって構成すべき犯罪」(65条1項)であると解する。また、真正身分犯においても、非身分者は身分者と共同して違法な法益侵害結果を惹起することが可能であるから、同項の「共犯」には、共同正犯も含まれると解する。

⇒ 乙には、65条1項により事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する。

8 結論

以上より、(B銀行に対する窃盗未遂について)Cに対する事後強盗未遂罪の甲との共同正犯(65条1項、60条、243条、238条)が成立する。

〔設問3〕 丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとする理論上の説明

説明1：構成要件該当事実の認識（構成要件の故意）を欠く（方法の錯誤）

(1) 丙が、ボトルワインを投げ付け、Dの頭部に直撃させ、よって同人に加療約3週間を要する頭部裂傷の傷害を負わせた行為（以下、「丙の暴行」という。）は、客観的にはDに対する傷害罪（204条）に当たる。

(2) もっとも、丙は甲に向かってボトルワインを投げ付けたものであり、主観的にはDに対する暴行の認識を欠く（方法の錯誤）。

犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解する。ただし、上記法定の範囲内の符合か否かは、法益主体（被害者）の個別性・具体性を考慮に入れて判断するべきである（**具体的法定符合説**）。

甲とDはその身体という法益の主体として別個の存在であるから、この具体性を考慮すれば構成要件的に同一の評価を受ける事実とはいえない。したがって、丙はDに対する暴行の認識を欠き、Dに対する傷害罪に該当する事実の認識（構成要件の故意）が認められない。

(3) 以上より、Dに対する傷害罪は成立しない。なお、ボトルワインを投げ付ける行為は、丙が採り得る唯一の手段であり、その結果としてDが傷害を負う事態は不可避であったといえるから、丙に注意義務違反は認められず、過失傷害罪（209条）も成立しない。

〔説明1の難点〕

行為者が単に構成要件的に同一の評価を受ける事実を認識すれば当該犯罪について反対動機の形成可能性が肯定されるのであるから、法益主体（被害者）の個別性・具体性を考慮すべきではない（**抽象的法定符合説**）。甲とDとはいずれも構成要件的に「人」（204条）という同一の評価を受ける事実であるから、甲という「人」に対する暴行の事実を認識した上で暴行行為に及んだ以上、丙の認識しなかったDという「人」に対してその結果が発生した場合にも、その結果について故意があるというべきである。

説明 2 : 正当防衛が成立する

- (1) 丙の暴行は、客観的にDに対する傷害罪に当たり、丙にはその認識、認容も認められる。
- (2) もっとも、丙は、甲がナイフをDの胸元に突き出して現金を要求しているという「急迫不正の侵害」に対して、Dの生命、身体及び財産を「防衛するため」(防衛の意思)、ナイフという殺傷力を有する凶器を用いる甲に対してボトルワインを投げ付けるという必要最小限度の防衛手段で対抗したものであり、丙の暴行は「やむを得ずにした行為」と認められるから(相当性)、正当防衛(36条1項)が成立する。
- (3) 以上より、Dに対する傷害罪は成立しない。

[説明 2 の難点]

丙はDとの関係で「正対不正」の関係がない(法確証の利益がない)。すなわち、不正の侵害を全く行っていないDに対する暴行を客観的に正当防衛と評価することはできない。

説明 3 : 緊急避難が成立する

- (1) 丙の暴行は、客観的にDに対する傷害罪に当たり、丙にはその認識、認容も認められる。
- (2) もっとも、丙は、甲がナイフをDの胸元に突き出して現金を要求しているという、Dの生命、身体及び財産に対する「現在の危難」を「避けるため」(避難の意思)、自己の採り得る唯一の手段として丙の暴行に及んだものであるから、丙の暴行は「やむを得ずにした行為」と認められ(補充性)、かつ、Dに負わせた傷害結果は、避けようとしたDの生命、身体に対する害を超えなかったものと認められるから(法益の権衡性)、緊急避難(37条1項本文)が成立する。
- (3) 以上より、Dに対する傷害罪は成立しない。

[説明 3 の難点]

危難を受忍するか他者へ転嫁するかという二者択一の状況が生じていない以上、丙の暴行は客観的に緊急行為性を欠く行為であり、避難に向けられた行為とはいえない(緊急避難にとって本質的な法益衝突の契機が存在しない)。また、丙の暴行はDの法益を保全することに役立っておらず、緊急避難とするのは相当でない。

説明4：違法性を基礎付ける事実の認識（責任故意）を欠く（誤想防衛）

- (1) 丙の暴行は、客観的にDに対する傷害罪に当たり、丙にはその認識、認容も認められる。
- (2) Dは何ら不正の侵害を行っておらず、Dへの暴行は「急迫不正の侵害」に対する防衛行為とは認められないから正当防衛は成立しない。また、そもそも客観的に緊急行為性を欠く行為であり、緊急避難も成立しない。
- (3) もっとも、丙は、主観的には甲によるDの身体等に対する「急迫不正の侵害」からDを「防衛するため」、「やむを得ずにした」相当な防衛行為との認識で丙の暴行に及んだものであり、丙の認識した事情を基礎とすれば正当防衛が成立するから、違法性を基礎付ける事実の認識（責任故意）を欠く。故に、丙に故意非難を向け得る主観的事実が存在しないというべきであるから、誤想防衛の一種として、故意責任を肯定することはできない。
- (4) 以上より、Dに対する傷害罪は成立しない。なお、説明1(3)のとおり、過失傷害罪（209条）も成立しない。

[説明4の難点]

丙は、Dから急迫不正の侵害を受けていると誤信したわけではなく、Dに対する暴行に正当防衛が成立すると誤信したわけでもないから、「誤想防衛」と評価することは困難である。また、Dに対する傷害罪に該当する事実の認識があること（**抽象的法定符合説**）を前提とすると、丙には過剰事実（防衛行為が相当とされる範囲を超えて過剰な法益侵害を惹起する事実）の認識があったことになり、違法性を基礎付ける事実の認識を欠くとはいえない。

- ※ 本問は「丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わない」という結論を導く理論構成及びその難点を論述させるものであるが、問題文に「各々の説明」とあることから、上記の結論を導く理論構成を複数挙げた上で比較検討する視点が求められている。想定される理論構成としては、大きく分けて、(1)違法性阻却事由（正当防衛又は緊急避難）を認めて違法性を阻却する構成（説明2，3）と錯誤論（方法の錯誤又は誤想防衛）により故意を阻却する構成（説明1，4）の2つがあり得る。もっとも、後者の構成によれば、過失犯の成立の余地が残るため、「傷害結果に関する刑事責任を負わない」という結論を導くには、さらに過失犯の成否を検討した上でその成立をも否定する必要がある。
- ※ **参考判例12**は、**誤想防衛説**に立って傷害致死罪の成立を否定したが、他方で、**方法の錯誤**の処理について同判例が法定的符合説に立ちながら、救助すべき「人」と暴行の故意を向けた「人」とは「構成要件の評価の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえず、…およそ故意の符合を認める根拠に欠ける」と判示した点については法定的符合説の前提に反するとの批判が強い（**参考判例13**参照、判例はいわゆる**抽象的法定符合説**の立場であると評されている。）。

以上

<参考判例>

1【広島高判昭 30.9.6（窃盗罪と詐欺罪の区別①）】窃盗罪

「論旨は、原判示第二の窃盗の点は横領又は詐欺罪となるは格別窃盗罪は構成しないというのであるけれども、原判示挙示の証拠によれば、当時被告人は所論のように、顧客の如く装いV方店舗に到り、同人に対し上衣を見せてくれと申し、同人が店の右側にかけてあつた国防色上衣を下して見せると、被告人はこれに手を通して着たところ、あんたには小さいようだということ、これ位はせわないといったが、一寸小便に行つて来ると申しこれを着たまま表へ出て逃走したものであることが明らかであるところ本件はVが右のように上衣を被告人に交付したのは、被告人に一時見せるために過ぎないのであつて、その際は未だVの上衣に対する事実上の支配は失われていないものというべく、従つて被告人が右上衣を着たまま表へ出て逃走したのは即ち同人の右事実上の支配を侵害しこれを奪取したものに外ならないと認むべきものである。従つて原判決が被告人の右の所為を以て窃盗罪に問擬したのは正当であり、これを以て横領又は詐欺罪であるというのは当たらない。」

2【東京高判昭 49.10.23（窃盗罪と詐欺罪の区別②）】窃盗罪

「原判決挙示の証拠によれば、被告人は老人（V）が生活扶助金を受取りに銀行に行くのを見て、これについて行き、同人がその普通預金口座に振り込まれた生活扶助金の払戻手続をするそばにいて、銀行の預金係の呼出に応じて逸早く預金係のところへ行き、引換票の提示を求められるや老人を手で招き、同人の差し出す引換票と引換えに右預金係が生活扶助金三万四三七〇円をカウンターの上に差出すや、素早くこれを受取り銀行の外に出てしまったことが認められ、なるほど銀行の預金係は被告人を老人の代りに金を受取りに来たものと誤信してこれを差出し、被告人は老人の附添いのように装い、これを受取ったことが窺われるが、右のように銀行において係員から本人が払戻請求をした金を本人の目の前で本人の代りに受取るように装い受取ったとしても、直ちに人を欺罔し任意の交付を受けて財物を騙取したとはいえず、右金の占有は、なお銀行にあり、いまだその占有は被告人に移転していないと認めるのが相当であり、而して被告人が銀行あるいは本人の承諾を得ないでこれを持ったまま銀行の外に出てしまったことによりはじめてその金を自己の事実上の支配に移し、従つてこれに対する銀行の占有を侵奪したものと解するのを相当とする。それ故、原判決が被告人の所為を以て窃盗罪に問擬したのは正当であつてこれを以て所論のように詐欺罪であるというのは当たらないから、論旨は理由がない。」

3【最判昭 26.12.14（窃盗罪と詐欺罪の区別③）】詐欺罪

「刑法二四六条一項に定むる財産の騙取とは犯人の施用した欺罔手段により、他人を錯誤に陥れ、財物を犯人自身又はその代人若しくは第三者に交付せしむるか或はこれ等の者の自由支配内に置かしむることを謂うのであつて（論旨引用の大正一二年（れ）一二七二号同年一月二〇日大審院判決大審院判例集二巻八一六頁）原判決も亦本件について「被告人Xが判示Vに虚言を弄し、同人をしてその旨誤信させた結果同人をして任意に判示の現金を同被告人の事実上自由に支配させることができる状態に置かせた上でこれを自己の占有内に収めた事実であるから刑法二四六条一項に該る」と判断しているのであつて、大審院判決と相反する判断を示めたものではない。（前記判決を除くその他の引用に係る大審院判決は何れも本件に適切でない。）されば原判決が本件について右Vが被告人Xの判示の欺罔手段に基き判示の現金を同被告人の自由に支配できる状態に置く意思で判示の玄関上り口に置いたものと認定したことの当否は格別、原判決が大審院判例と相反する判断をしたとの論旨は理由のないこと明らかである。」

4【東京地判八王子支部平 3.8.28（窃盗罪と詐欺罪の区別④）】詐欺罪

「検察官は、「いわゆる「試乗」は、自動車販売店である被害者が、サービスの一貫として、顧客になると予想される者に対し、当該車両の性能等を体験して貰うことを目的に行っているものであつて、試乗時間は一分ないし二〇分程度を、その運転距離も試乗を開始した地点の周辺が予定されており、そのため試乗車には僅かなガソリンしか入れていないこと、試乗車にもナンバープレートが取り付けられており、仮に勝手に乗り回されても、直ちに発見される可能性が極めて高いことなどからすると、試乗に供された車輛については被害者の事実上の支配が強く及んでおり、被告人の試乗車の乗り逃げ行為によって初めて、被害者側の事実上の支配を排除して被告人が自己の支配を確立したと見るべきであり、窃盗罪が成立する

ことは明らかである。」旨主張する。

確かに、試乗目的は、検察官の指摘するところであって、被害者の試乗車に対する占有の意思に欠けるところはなく、かつ、前記二の2のように自動車販売店の営業員等が試乗車に添乗している場合には、試乗車に対する自動車販売店の事実上の支配も継続しており、試乗車が自動車販売店の占有下にあるといえるが、本件のように、添乗員を付けずに試乗希望者に単独試乗させた場合には、たとえ僅かなガソリンしか入れておかなくとも、被告人が本件でやったように、試乗者においてガソリンを補給することができ、ガソリンを補給すれば試乗予定区間を外れて長時間にわたり長距離を走行することが可能であり、また、ナンバープレートが取り付けられていても、自動車は移動性が高く、前記二1で認定のとおり、殊に大都市においては多数の車輛に紛れてその発見が容易でないことからすれば、もはや自動車販売店の試乗車に対する事実上の支配は失われたものとみるのが相当である。

そうすると、添乗員を付けなかった本件試乗車の被告人による乗り逃げは、被害者が被告人に試乗車の単独乗車をさせた時点で、同車に対する占有が被害者の意思により被告人に移転しているので、窃盗罪は成立せず、従って、主位的訴因ではなく予備的訴因によって詐欺罪の成立を認めたものである。

5【東京高判平 12.8.29（窃盗罪と詐欺罪の区別⑥）】詐欺罪

「被告人は、前記薬局から商品を詐取する意図のもとに、客を装って同薬局を訪れては機会を狙ううち、テレホンカードを騙し取る意思で、店番をしてした前記B子に対し、八〇枚購入する旨の嘘の注文した上、さらに数日後これを受け取りに赴き、枚数を確認するようにと同人から販売ケースの上に差し出されたテレホンカードを手を取った際、右2（三）掲記の嘘を付いて、その旨誤信した同人に、テレホンカードの店外持ち出しを了解・容認させたもので、もし、B子が被告人の申し出の嘘を見破っていたら、テレホンカードの店外持ち出しを容認せず、直ちに右申し出を拒むとともに、即時その場で代金の支払いを要求したことは明らかである。これを要するに、B子は、被告人の一連の虚言により、被告人が近所の家具店の者であって、テレホンカードを購入してくれるものと誤信し、直ぐ戻って来て代金を支払う旨の被告人の嘘に騙されて、注文されたテレホンカード八〇枚を被告人に交付したものと認められる。したがって、被告人の行為は、詐欺罪に該当することが明らかである。

この点につき、原判決は、[1] B子は、枚数を確認させようとして、テレホンカードを被告人の前の販売ケースの上に置いたのであって、その処分を被告人に委ねたとは認められないから、B子の右所為は、詐欺罪における被欺罔者の処分行為に当たらない、[2]「今若い衆が外で待っているから、これを渡してくる」などと言って店番の女性の気をそらし、その隙に乗じてテレホンカードを持ち去った旨の被告人の捜査段階における供述は、被告人に應對したB子の原審証言とも合致して信用でき、これに反する被告人の原審公判供述は採用できないとして、本件は窃盗に当たるという結論を導いている。

しかしながら、被告人が、テレホンカードの詐取を意図していたことは、右2に認定した被告人の言動から明らかである。そして、被告人に應對したB子の原審証言には、テレホンカードを盗まれた旨述べた部分があるけれども、これは代金を払わずに持ち去られた事態をそのように表現したものと認められるのであって、その供述の要点は、被告人の言葉に注意を逸らした隙に、テレホンカードを盗まれたというのではなく、同人は、被告人が販売ケースの上のテレホンカードを手を取って店外に持ち出すのをその場で認識していたが、被告人がセカンドバッグを店内に残したままであることを見て取り、その際の被告人の右2（三）掲記の言葉を信じて、被告人の右の行動を了解・容認したというにある。すなわち、同人は、欺かれて、テレホンカードを被告人に交付したものとすべきである。原判決の判断は首肯できない。」

6【最判平 30.3.22（詐欺罪の実行の着手）】

「本件における、上記（1）イ記載の各文言は、警察官を装って被害者に対して直接述べられたものであって、預金を下ろして現金化する必要があるとの嘘（1回目の電話）、前日の詐欺の被害金を取り戻すためには被害者が警察に協力する必要があるとの嘘（1回目の電話）、これから間もなく警察官が被害者宅を訪問するとの嘘（2回目の電話）を含むものである。上記認定事実によれば、これらの嘘（以下「本件嘘」という。）を述べた行為は、被害者をして、本件嘘が真実であると誤信させることによって、あらかじめ現金を被害者宅に移動させた上で、後に被害者宅を訪問して警察官を装って現金の交付を求める予定であった被告人に対して現金を交付させるための計画の一環として行われたものであり、本件嘘の内容は、その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なもの

であったと認められる。そして、このように段階を踏んで嘘を重ねながら現金を交付させるための犯行計画の下において述べられた本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる。このような事実関係の下においては、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において、被害者に現金の交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があったと認められる。」

7【大阪高判昭 62.7.17（事後強盗罪の構造①）】真正身分犯説

「共犯者二名が被告人の犯行に関与するようになったのが、窃盗が既遂に達したのちであったとしても、同人らにおいて、被告人が原判示マスコットを窃取した事実を知った上で、被告人と共謀の上、逮捕を免れる目的で被害者に暴行を加えて同人を負傷させたときは、窃盗犯人たる身分を有しない同人らについても、刑法六五条一項、六〇条の適用により（事後）強盗致傷罪の共同正犯が成立すると解すべきであるから（なお、この場合に、事後強盗罪を不真正身分犯と解し、身分のない共犯者に対し更に同条二項を適用すべきであるとの見解もあるが、事後強盗罪は、暴行罪、脅迫罪に窃盗犯人たる身分が加わって刑が加重される罪ではなく、窃盗犯人たる身分を有する者が、刑法二三八条所定の目的をもって、人の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を行うことによってはじめて成立するものであるから、真正身分犯であって、不真正身分犯と解すべきではない。従って、身分なき者に対しても、同条二項を適用すべきではない。）、傷害罪の限度でのみしか刑法六〇条を適用しなかった原判決は、法令の解釈適用を誤ったものといわなければならない」

8【東京地判昭 60.3.19（事後強盗罪の構造②）】不真正身分犯説

「被告人Xは、被告人Yが事後強盗罪の構成要件の一部である窃盗を終了してから、被告人Yの行った窃盗の結果を十分認識して、窃盗にかかる金銭（飲み代）の取還を防ぐべく、被告人Yと意思相通じて被害者に暴行を加え、その結果傷害が生じているので、承継的共同正犯として強盗致傷の罪責を負うとの考え方もあり得ようが、事後強盗罪は、窃盗という身分を有する者が主体となる身分犯の一種であって、被告人Xはその身分がないのであるから、本件では承継的共同正犯の問題ではなく、共犯と身分の問題として把握すべきであり、この解決が本件事案の実態に即しているものと考える。それ故、身分のない被告人Xには、刑法六五条一項により強盗致傷罪の共同正犯となるものと解するが、その刑は、同法六五条二項によって傷害の限度にとどまると判断するのが相当である。」

9【大判大 2.3.18（共犯と身分）】

「刑法第65条第1項ハ犯人ノ身分ヲ以テ構成要件トセル犯罪ニ加功シタル者ハ身分ナキ者ト雖モ共犯トシテ処分スルコトヲ規定シタルモノニシテ犯人ノ身分ヲ以テ単ニ刑ノ軽重ノ原因トセル犯罪ニ付テハ何等關係ナキ条項ナレハ賭博常習者ノ犯罪ヲ幫助シタル場合ニ於テハ同条項ヲ適用スヘキモノニ非ス」

10【最判平 24.11.6（承継的共同正犯）】

「被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。原判決の上記2の認定は、被告人において、CらがAらの暴行を受けて負傷し、逃亡や抵抗が困難になっている状態を利用して更に暴行に及んだ趣旨をいうものと解されるが、そのような事実があったとしても、それは、被告人が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえないものであって、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する上記判断を左右するものではない。そうすると、被告人の共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果を含めて被告人に傷害罪の共同正犯の成立を認めた原判決には、傷害罪の共同正犯の成立範囲に関する刑法60条、204条の解釈適用を誤った法令違反があるものといわざるを得ない。」

（裁判官千葉勝美の補足意見）

「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので（法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない。）、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである。」

11【最判昭 24.7.9（事後強盗罪の既遂時期）】

「窃盗未遂犯人による準強盗行為の場合は、準強盗の未遂を以つて問擬すべきものであることは当然であるにかゝらず、原審はその擬律において刑法第二三八条同第二三六条を適用し、以つて準強盗の既遂をもつて問擬したのは違法である。けだし、窃盗未遂犯人による準強盗は、財物を得なかつた点において、恰かも強盗の未遂と同一の犯罪態様を有するに過ぎないものである。」

12【大阪高判平 14.9.4（防衛行為と第三者侵害）】

「上記のとおり、被告人が本件車両を急後退させる行為は正当防衛であると認められることを前提とすると、その防衛行為の結果、全く意図していなかったVに本件車両を衝突・轢過させてしまった行為について、どのように考えるべきか問題になる。不正の侵害を全く行っていないVに対する侵害を客観的に正当防衛だとするのは妥当でなく、また、たまたま意外なVに衝突し轢過した行為は客観的に緊急行為性を欠く行為であり、しかも避難に向けられたとはいえないから緊急避難だとするのも相当でないが、被告人が主観的には正当防衛だと認識して行為している以上、Vに本件車両を衝突させ轢過してしまつた行為については、故意非難を向け得る主観的事情は存在しないというべきであるから、いわゆる誤想防衛の一種として、過失責任を問ひ得ることは格別、故意責任を肯定することはできないというべきである。

ところで、原判決は、前記のように特段の理由を示していないが、被告人にAに対する暴行の故意があったことを認め、いわゆる方法の錯誤により誤ってVを轢過したととらえ、法定的符合説にしたがってVに対する傷害致死の刑責を問うものようである。本件においては、上記のように被告人のAに対する行為は正当防衛行為でありVに対する行為は誤想防衛の一種として刑事責任を考えるべきであるが、錯誤論の観点から考察しても、Vに対する傷害致死の刑責を問うことはできないと解するのが相当である。すなわち、一般に、人（A）に対して暴行行為を行ったが、予期せぬ別人（B）に傷害ないし死亡の結果が発生した場合は、いわゆる方法の錯誤の場面であるとして法定的符合説を適用し、Aに対する暴行の（構成要件の）故意が、同じ「人」であるBにも及ぶとされている。これは、犯人にとって、AとBは同じ「人」であり、構成要件の評価の観点からみて法的に同価値であることを根拠にしていると解される。しかしこれを本件についてみると、被告人にとってVは兄であり、共に相手方の襲撃から逃げようとしていた味方同士であつて、暴行の故意を向けた相手方グループ員とでは構成要件の評価の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえず、暴行の故意を向ける相手方グループ員とは正反対の、むしろ相手方グループから救助すべき「人」であるから、自分がこの場合の「人」に含まれないのと同様に、およそ故意の符合を認める根拠に欠けると解するのが相当である。この観点からみても、本件の場合、たとえAに対する暴行の故意が認められても、Vに対する故意犯の成立を認めることはできないというべきである。

したがって、Vに対する傷害致死罪の成立を認めることはできない。」

13【最判昭 53.7.28（具体的事実の錯誤）】

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもつて足りるものと解すべきである（大審院昭和六年（れ）第六〇七号同年七月八日判決・刑集一〇巻七号三一二頁、最高裁昭和二年（れ）第三〇三〇号同二年七月一日第三小法廷判決・刑集四巻七号一二六一頁参照）から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかつた人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである。」

第2問 [刑事訴訟法]

<分析例>

[設問1]

第1 逮捕、勾留及びこれに引き続く身体拘束の適法性 (小問1)

1 別件逮捕・勾留の適法性判断基準

- ・ Pは、本件強盗致死事件（以下、「本件」という。）で甲を逮捕するには証拠が不十分であるため、本件業務上横領事件（以下、「別件」という。）の被疑事実で甲を逮捕し、それに引き続く身体拘束（以下、「本問身体拘束」という。）を本件の取り調べに利用している。

⇒ 逮捕、勾留の要件は、いずれの事実を基準に判断すべきか？

別件基準説

逮捕・勾留の手続は、特定の被疑事実を基礎になされることが予定されている（事件単位の原則，200条，203条，204条，207条1項，60条1項，64条等参照）。

→ 令状請求の段階における司法審査は、身体拘束の基礎となる被疑事実（別件）についてのみなされるものであり、上記事件単位の原則によれば、逮捕状請求を受けた事実（別件）につき逮捕の理由と必要があるのであれば、裁判官は逮捕状を発しなればならない（199条2項参照）。

⇒ 捜査機関が本件の取調べを行う目的を有していたとしても、そのことをもって、別件による逮捕・勾留が違法となることはない。

2 本問身体拘束の適法性

(1) 身体拘束の要件の検討

① 逮捕の適法性

ア 逮捕の理由：「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」（199条1項）

- ・ 甲が勤務していたX社社長の供述

「甲は、平成30年11月20日に顧客Aから集金した3万円を着服した」

- ・ 顧客Aの供述:「平成30年11月20日,自宅に集金に来た甲に3万円を渡した」
- ・ 帳簿類においてAから集金した3万円がX社に入金された記録がない

イ 逮捕の必要:「明らかに逮捕の必要がないと認めるとき」でない(199条2項但書)

- ・ 甲は,23歳,男性,アパートで单身生活をしており,現在は無職
 - ・ X社の元社員,かつ,Aの自宅住所を知っている
- 「逃亡する虞がなく,かつ,罪障を隠滅する虞がない」(規則143条の3参照)
とはいえない。

② 勾留の適法性

ア 勾留の理由

- i)「罪を犯したと疑うに足りる相当な理由」(207条1項,60条)→上記(1)ア
- ii)60条各号該当性

- ・ 上記(1)イ+甲は「覚えていない」旨の供述 → 2号及び3号該当

イ 勾留の必要(207条1項,87条1項)

- ・ 身体拘束による甲の不利益を考慮しても,相当性を欠くと認める事情なし

③ 勾留延長の適法性:「やむを得ない事由」(208条2項)

- ・ 犯行日の特定や被害金額の裏付けとしてYの取り調べが必要であったところ,Yの都合により3月16日にYの取調べが実施される予定であった
 - ・ 甲の供述したアリバイの裏付け捜査として,パチンコ店I点の防犯カメラ画像の確認が必要であったところ,同カメラが3月14日まで修理中であったため,修理後に画像を確認する予定であった
- 勾留満期である3月10日の時点では,勾留延長して更に捜査を遂げなければ,別件について起訴又は不起訴の決定をすることが困難であったと認められる。

(2) 取り調べ状況等の捜査のあり方からの検討

本件の取調べがあくまで別件の捜査に付随し,これと並行して行われる限り違法とはいえない。

もつとも、本件の取調べが上記の限度を大きく超えているのに対し、身体拘束の基礎となっている別件の捜査がほとんど行われない状況にある等、当該身体拘束が別件による勾留としての実体を喪失した場合

⇒ 当該身体拘束の要件（勾留の理由と必要）を欠くに至ったというべきであるから、その時点から違法な身体拘束となる（別件基準説からの**実体喪失説**）。

〈勾留の実体を判断するための事情〉

ア 勾留期間の本件取調べへの流用の程度

- ・ 勾留期間を通じて取調べの合計時間は、別件が20時間、本件が40時間、とりわけ、3月8日ないし12日、同月16日ないし18日は本件取調べのみ
- ・ 他方、別件の取調べも断続的に継続しており、最終的には満期前日の3月19日にも実施している

イ 本件と別件の関連性

- ・ いずれも金銭を領得する犯罪であり、類型的に動機の共通性が認められる
- ・ 上記の動機を裏付ける甲の経済状況（借金、収入等）に関する証拠は、両事件に共通する証拠となる

ウ 甲の供述状況及び捜査の進行状況

- ・ 甲は、勾留当初は「覚えていない」旨の供述をしていたところ、3月2日ないし6日、甲の周辺者からの聞き込み捜査及び甲のスマートフォンに保存されたメール等の精査が実施され、その結果、甲はYから借金をしていたこと等が判明した
- ・ その後、3月7日「事件当日は、終日、パチンコ店のH店かI店にいた」旨のアリバイを主張する供述をしたことから、同月8日ないし10日、上記供述の裏付け捜査が実施された
- ・ 他方、同月11日及び12日、Aの供述を裏付けるため、甲所有のパソコンデータの精査が実施され、その結果、A宛ての平成30年11月20日付け領収書のデータが発見された

- ・ 同月14日、I店の防犯カメラ画像の確認を実施した結果、犯行日に甲が来店していないことが判明したところ、甲は「Aから集金したが金額は覚えていない。」旨供述を
変遷させた
 - ・ 3月16日、Yの取調べを実施したところ、「甲に10万円を貸していたが、平成30年11月23日に3万円の返済を受けた」旨の供述を得た
 - ・ その後、同月19日、上記Yの供述を裏付ける証拠として、返済日及び金額の記載された手帳を確認した上で再度Yの供述調書を作成し、同日、甲が自白するに至った
- ⇒ 以上の各事情によれば、甲の取調べを含む別件についての捜査、すなわち、別件について起訴又は不起訴の終局処分を決するために必要な証拠収集は、勾留当初から勾留延長満期である3月20日の前日まで、進行、継続していたのであり、その間、本件の取調べが合計40時間にわたり実施されているものの、かかる取調べはあくまで別件の捜査に付随し、これと並行して行われたものと認められる。
- ⇒ 本問身体拘束が別件による身体拘束としての実体を失い、違法な身体拘束となつたとは認められない。

- ※ 本問の検挙手順について、平成23年出題趣旨によれば、「いわゆる別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性については、別件基準説と本件基準説を中心に多様な考え方があるところであり、まずは何を基準に適法性を判断するのか、この問題に関する各自の基本的な立場を刑事訴訟法の解釈として論じる必要がある。その上で、本件事例の具体的状況下における逮捕・・・及びこれらに引き続く身体拘束について、それぞれ法定の要件（刑事訴訟法第199条、第212条、第207条第1項により準用される第60条等）を満たすかどうか、さらに、いわゆる別件逮捕・勾留に関する各自の立場に照らした場合に適法かどうかを、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出、分析しながら論じるべきである。」と述べられているのが参考になる。
- ※ 別件逮捕・勾留について、「専ら、いまだ証拠の揃っていない「本件」について被告人を取調べる目的で、証拠の揃っている「別件」の逮捕・勾留に名を借り、その身柄の拘束を利用して、「本件」について逮捕・勾留して取調べるのと同様な効果を得ることをねらいとしたもの」と言及した判例がある（参考判例1）。もっとも、同判示部分は、傍論であり、そのような「目的」や「ねらい」があつてはじめて適法か違法かが問題となり得ることを念のため付言したに過ぎず、違法性の判断基準を示した先例とは位置付けられていない。
- ※ 別件逮捕・勾留の違法性の判断基準について、学説において別件基準説と本件基準説とが対立しているところ、下級審裁判例も分かれている（参考判例2、3参照）。もっとも、参考判例4は本件基準説に立ちながら、勾留後の取調べの状況を問題としており、他方、参考判例5は、別件基準説に立ちながら、別件につき逮捕・勾留の要件が備わっているにもかかわらず勾留中の捜査状況から身体拘束が違法となる余地を認めたものと評されている。このように、別件逮捕・勾留に関する問題の主眼は、従来は、主に令状請求段階における捜査機関の意図・目的の取り扱いを巡る対立であったが、近時は、身体拘束中の捜査の実体をどのように評価、判断するかという問題として展開されているといえる。

- ※ **別件基準説**の視点からは、当該身体拘束が「別件による逮捕・勾留としての実体を喪失した」と評価される場合、別件について逮捕・勾留の必要性が消滅する（身体拘束の要件が欠ける）に至ったことから、当該身体拘束は違法となる、という考え方が導かれる（**実体喪失説**）。ここで注意すべきは、この立場からは「別件による逮捕・勾留としての実体があるか」が端的に問われているのであり、「実体として本件による逮捕・勾留であるか」が問われているのではない、ということである（この点で**本件基準説**の視点とは異なる。）。すなわち、この立場によれば、別件による逮捕・勾留としての実体を喪失すればその時点で違法なのであり、その実体が本件による逮捕・勾留であったか否か（令状主義の潜脱の有無）は、違法判断の核心ではない。もっとも、この立場からも、「実体として本件による逮捕・勾留」であったという事情まで認定されれば、令状主義の潜脱という評価に結び付けることができるため、違法性の程度の判断、具体的には、当該取調べで得られた供述証拠に対する違法収集排除法則の適用の場面において、上記認定が重要な意味を持ち得る。**参考判例5**も、「本来主眼となるべき**旅券不携帯事件ないし不法入国事件の捜査は、ほとんど行われぬ状況にあったというべきであるから、右勾留期間延長後は、旅券不携帯事件による勾留としての実体を失い」と述べて、別件による勾留としての実体喪失を認定した上で、単に違法な身体拘束状態を利用して行われた余罪取調べを違法とする判断を示すにとどまらず、さらに進んで、「実質上、強盗致傷事件を取り調べるための身柄拘束となったとみるほかはない。」と述べ、実体として本件による勾留となっていたことまで認定し、結論として「取調べの違法は、憲法及び刑法の所期する**令状主義の精神を没却するような重大なもの**」であると評価して、当該取調べによって作成された供述調書の証拠能力を否定している。**
- ※ **実体喪失の有無**について、本問では、Yを取り調べて同人の供述調書を作成した3月16日の時点で、別件についてこれ以上捜査を遂げる必要性はなくなっており、同月17日以降の身体拘束は別件による勾留としての実体を喪失したのではないかとの見方もあり得るかもしれない。しかし、捜査機関は、この時点では未だYの供述を裏付ける重要な証拠物である手帳の交付を受けておらず、その内容の確認も取れていなかったところ、同月16日時点でのYの供述内容は甲から借金の返済を受けた時期について一部記憶が不明確な部分があったのであるから、将来公判でYが証人として証言する事態に備えて、同人の手帳を確認した上でその供述の裏付けを取る必要があったことは否定できない。また、同月19日に検察官Rが行った甲の取調べは、勾留延長後の唯一の検事調べの機会であり、上記Yの供述や手帳の内容を踏まえて改めて甲に別件について事情を聴取するための重要な取調べであったといえる（なお、身柄事件において、被疑者の検察官面前調書を作成していない時点で検察官が起訴・不起訴の判断を決するということは通常は想定できない。）。これらの事情をも考慮すると、同月16日以降も、なお別件について終局処分を決するための所要の証拠収集活動は継続していたのであり、このような「別件の**捜査**」が行われている限り、たとえ「本件の**取調べ**」が集中的に行われていたとしても、必ずしも「別件による逮捕・勾留としての実体」が失われるものではないであろう。

第2 異なる結論を導く理論構成による検討（小問2）

1 別件逮捕・勾留の適法性判断基準

本件基準説

未だ重大な本件について被疑者を逮捕・勾留する理由と必要性が十分でないのに、主として本件について取り調べる目的で、軽微な乙事件につき被疑者を逮捕・勾留する場合

→ 形式的には別件に基づくものではあるが、実質的には本件に基づく身体拘束というべき

⇒ 未だ逮捕・勾留の理由と必要性の認められない本件に対する取調べを主たる目的として、別件により被疑者を逮捕・勾留することは、令状主義を実質的に潜脱し、違法である。

2 本問身体拘束の違法性

〈捜査機関の意図・目的を推認させる事情〉

- ・ 本問身体拘束に先立って、Pは、甲名義の原動機付自転車がVの供述する本件の犯人が犯行時に使用していた原動機付自転車とナンバー及び色が一致したこと、本件の犯行日の翌日である2月2日に甲が自己の銀行口座に現金30万円を入金したこと等から、本件の嫌疑により甲に対する捜査を進めていた
- ・ Pは、未だ本件で甲を逮捕するには証拠が不十分であるため、別の犯罪の嫌疑を捜査したところ、X社社長の供述から別件の嫌疑が発覚した
- ・ 同社長は、当初、被害金額が少額である等の理由から積極的に被害届を提出しなかったが、Pが繰り返し同人の説得を続けた結果、被害届の提出を受けたことを端緒として別件が立件されるに至った
- ・ Pは、別件を検察官Rへ送致するに先立ち、甲に対する本件にかかる嫌疑をRへ伝えており、Rは、本問身体拘束当初から、本件での逮捕も視野に入れて本件の捜査も並行して行うことを指揮していた
- ・ 現に、本問身体拘束の初期段階である3月4日から本件の取調べが開始されており、満期日までに合計40時間という、別件の取調べの実に2倍の長時間が本件の取調べに費やされ、とりわけ、3月8日ないし12日及び同月16日ないし18日は専ら本件取調べのみが実施された
- ・ 甲は、当初から本件への関与を否認していたところ、本問身体拘束期間中、本件の取調べ以外にも本件に関する捜査は進められ、甲から「平成31年2月6日に7万円の返済を受けた」旨のYの供述及びその返済日と金額の記載のあるYの手帳、家賃を滞納していた甲が本件犯行日の翌日である平成31年2月2日に滞納分の家賃として10万円を支払った旨のアパートの大家の供述及び同年2月初旬に甲名義の原動機付自転車を甲が知人に売却した旨の聞き込み捜査結果等の証拠を収集した上、それらを踏まえて本件の取調べを実施した結果、3月18日、甲は本件への関与を自白するに至った

⇒ 以上の各事情によれば、捜査機関は、甲の逮捕状を請求した時点において、被害者の死亡した重大事件であるが未だ逮捕・勾留の要件を具備していなかった本件に対する取調べを主たる目的として、被害額3万円と比較的軽微な事件であるが逮捕・勾留の要件を具備していた別件により甲を逮捕・勾留し、現にその身体拘束を本件の取調べに利用したものと認められる。

⇒ 本問身体拘束は、実質的には本件に基づく身体拘束というべきであるから、令状主義を実質的に潜脱したものとして違法である。

3 本件基準説による構成を採用しない理由

(1) そもそも令状請求の段階における司法審査は、身体拘束の基礎となる被疑事実（別件）についてのみなされるものであり、捜査機関が他の事実（本件）について取調べを行う意図・目的を有していたとしても、それを裁判官が事前に審査することは制度上困難である。仮に本件についての嫌疑の存在とそれを取り調べようとする捜査官の意図の存在を裁判官が審査しなければならないとすれば、事件単位の原則に反するおそれがある。

(2) そこで、上記2のように捜査機関の意図・目的を事後的な身体拘束期間中の取調べ状況等から判断（推認）するとしても、捜査機関が専ら又は主として本件の取調べをする意図・目的を有していることから、その逮捕・勾留の実質を本件に基づく身体拘束と評価して令状主義の潜脱に結び付けることには論理の飛躍がある。

すなわち、逮捕・勾留は、被疑者の身体を拘束することにより逃亡や罪証隠滅を防止するための制度であるところ、被疑者として取調べる必要があることは逮捕・勾留の要件とはされていないのであるから、捜査機関において、被疑者として取調べをする予定があったか否かにかかわらず、また、いかなる事実の取調べをする意図であったかにかかわらず、その逮捕・勾留が、基礎となっている事実についての被疑者の逃亡や罪証隠滅を防止する機能を果たす以上は、その制度目的を達するのであり、これを違法とする理由はない。

したがって、事件単位の原則に従って審査した結果、別件について逮捕・勾留の理由も必要もあると認められた場合に、たとえ捜査機関に本件取調べの意図・目的があったとしても、それをもって逮捕・勾留の要件を欠き身体拘束が違法となると解することはできない。

〔設問 2〕

第 1 訴因変更の可否

「公訴事実の同一性」(312 条 1 項)

＝一事不再理(337 条 1 号)・二重起訴禁止(338 条 3 号)の効力の及ぶ範囲を画する機能

⇒ ある訴因と別の訴因との間において、犯罪を構成する基本的事実関係が社会通念上同一であると認められる場合、両訴因は一個の刑罰権の対象となる事実というべきであるから、「公訴事実の同一性」が認められると解する。

具体的には、罪質の密接関連性、犯行日時、場所等の近接性、被害者や被害品の同一性、犯行態様の共通性等に照らして、基本的事実関係の同一性を判断する(共通性)。

もともと、両訴因の事実関係に明白な共通性が認められない場合であっても、一方の事実が認められるときは他方の事実を認め得ない関係にある場合には、両訴因は基本的事実関係において同一であると解する(非両立性)。

〈本問の検討〉

変更前訴因

罪 質：領得罪(占有移転なし)

日 時：平成 30 年 11 月 20 日

場 所：G 市 J 町 1 番地所在の A 方付近

被 害 者：X 社

被 害 品：現金 3 万円

犯行態様：A から売掛金の集金として受け取った現金 3 万円を同社のため業務上預かり保管中、自己の用途に使う目的で、着服して横領した

変更後訴因

罪 質：領得罪（占有移転あり）

日 時：平成30年11月20日

場 所：G市J町1番地所在のA方

被 害 者：A

被 害 品：現金3万円

犯行態様：売掛金を集金する権限がないのに、これがあるように装い、Aをその旨誤信させ、同人から現金3万円の交付を受けた

⇒ 変更後訴因の基本的事実は、甲がAにおいてX社に支払うべき売掛金3万円を同人から不法に領得したとの事実であり、変更前訴因の事実とは、犯罪の日時、場所において近接し、しかも同一の財物に対するいずれも領得罪である。また、両訴因の被害者は形式的には異なるものの、変更後訴因においても被害金3万円について経済的な損害が生じている主体はX社であるから、実質的な被害者も共通している。

したがって、両訴因は基本事実関係において異なるところがなく、「公訴事実の同一性」が認められる。

- ※ **訴因変更の可否**について平成26年採点実感において、「判例は、「公訴事実の同一性」につき、基本的事実関係が同一であるか否かを判断基準とし、基本的事実関係の同一性の判断においては、犯罪の日時、場所、行為の態様・方法・相手方、被害の種類・程度等の事実関係の共通性に着目して結論を導くものと、変更前の訴因と変更後の訴因の非両立性に着目して結論を導くものが見られるが、答案の多くが、これらの基準に言及していた。もっとも、基本的事実関係の同一性と訴因の非両立性との関係については、明確に整理されていないものも少なくなかった。」と指摘されていた。採点実感の指摘する「共通性」に着目した判例が**参考判例6**であり、「非両立性」に着目した判例が**参考判例7ないし11**である。もっとも、非両立性に着目した判例も、「一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解する」、「両立しない関係にあると認められるから、基本的事実関係において同一である」ということが出来る」等と述べており、非両立性は基本的事実関係の同一性を肯定する理由の一つとして位置付けられている。これは、判例が、一見すると両訴因間における犯行の日時、場所、態様等の重なり合いが乏しく、「共通性」の視点からは基本的事実関係の同一性が明確ではない場合に判断基準として明確な「非両立性」に着目したものと理解される。
- ※ 本問の両訴因は、“公訴事実記載の日時、場所において甲がX社の売掛金の集金としてAから現金3万円の交付を受けた上で、その3万円を領得した”という1つの（共通の）社会的事実について「甲の集金権限の有無」という法的な視点から別々の（異なる）訴因として構成されたものに過ぎないと

考えることができる。本問のように両訴因間における犯行の日時、場所、態様等についての重なり合いを肯定しやすい場合、非両立性に着目するまでもなく基本的事実関係の同一性を肯定できる（**参考判例6**参照）。もっとも、仮に共通性が明確には認められないと考えたとしても、両訴因の本質的な違いは領得時点における甲の集金権限の有無の点のみであるところ、それは“権限有り＝業務上横領”又は“権限なし＝詐欺”のいずれかであり両立しないのであるから、非両立性の視点からも基本的事実関係の同一性は肯定される。

- ※ なお、**訴因変更の要否**は、**平成26年出題趣旨**によれば、「裁判所が訴因と異なった事実を認定するに当たり、検察官による訴因変更手続を経る必要があるか（訴因変更手続を経ずに訴因と異なる事実を認定することの適否）」という問題である。本問は、現に検察官から訴因変更請求がなされている事案であるから、訴因変更の要否を問題とする実益は乏しい。そもそも審判対象の設定・変更権限は検察官の専権であるから、現になされた訴因変更の請求に対して裁判所が「訴因変更は不要である。」と応答することはできない（312条1項は、「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、…訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない。」と規定している。）。

第2 公判前整理手続後の訴因変更の許否

公判前整理手続後の訴因変更

→ 「公訴事実の同一性を害しない」（312条1項）限り、条文上、制限なし

⇔ 証拠調べ請求の制限に関する316条の32参照

ただし、公判前整理手続の趣旨

＝ 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

⇒ 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、権限濫用にあたり許されないものと解する。

〈本問の検討〉

- ・ 公判前成立手続の結果、変更前の訴因について争いはなく量刑のみが争点とされた
 - ・ 公判前整理手続において、弁護人から甲の集金権限に関する主張はなかった
- 弁護人は、甲の集金権限の有無を争っていなかった（「甲に集金権限がないから無罪である」旨の主張をしていなかった）のであるから、仮に甲に集金権限がない場合にも無罪の認定とはならないことを暗黙のうちに前提にしていたと解される。

- ・ 公判において、X 社社長の証人尋問を実施したところ、本件当時、甲には集金権限がなかったことが明らかとなったことから、検察官は訴因変更請求をした
 - ・ 変更後訴因については、A の証人尋問において「甲による欺罔行為」及び「A の錯誤に基づく財物交付」の事実について A が証言し、他方、甲の被告人質問において「甲の故意」について甲が自白したことから、検察官としても特段追加の立証を必要とせず、現に、検察官及び弁護人双方から追加の証拠調べ請求はなかった
- 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、追加的証拠調べは必要ではなく、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。
- ⇒ 本件訴因変更請求は、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ず、権利濫用に当たらない。

第3 結論

以上より、本件訴因変更請求について、裁判所はこれを許可すべきである。

※ 公判前整理手続後の訴因変更の許否について、参考判例 1 2は、「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」との一般的基準を示したものであるが、その問題の本質は、「検察官の訴追権限の濫用・信義則違反の有無」にあると理解されている（同判例も「権限濫用にも当たらない」と指摘している。）。したがって、その許否の判断については、訴因変更請求に至った経緯における検察官の帰責性の有無という観点が必要であるとの指摘がある。すなわち、公判前整理手続において検察官において訴因変更の要否を検討する契機があり、予備的に訴因変更請求を予め行っておくべきであったにもかかわらず、漫然とそのような対応を怠り、その結果、公判段階で訴因変更請求するに至った場合、そのような請求は権限濫用・信義則違反と評価し得る。この観点から検討すると、本問において、検察官は捜査段階での X 社社長の供述に基づいて甲を業務上横領罪で起訴したところ、公判前整理手続において被告人から罪体（甲の集金権限の有無）に関する主張がなく、専ら量刑のみが争点として整理されたため、検察官において予め罪体に関する訴因変更の要否を検討する契機は乏しかったといえる。このような場合、検察官の訴因変更請求を訴追権限の濫用・信義則違反と評価するのは困難であろう。

以上

<参考判例>

1【最決昭 52.8.9（別件逮捕・勾留）】

「してみると、第一次逮捕・勾留は、その基礎となつた被疑事実について逮捕・勾留の理由と必要性があつたことは明らかである。そして、「別件」中の恐喝未遂と「本件」とは社会的事実として一連の密接な関連があり、「別件」の捜査として事件当時の被告人の行動状況について被告人を取調べることは、他面においては「本件」の捜査ともなるのであるから、第一次逮捕・勾留中に「別件」のみならず「本件」についても被告人を取調べているとしても、それは、専ら「本件」のためにする取調というべきではなく、「別件」について当然しなければならない取調をしたものにほかならない。それ故、第一次逮捕・勾留は、専ら、いまだ証拠の揃っていない「本件」について被告人を取調べる目的で、証拠の揃っている「別件」の逮捕・勾留に名を借り、その身柄の拘束を利用して、「本件」について逮捕・勾留して取調べるのと同様な効果を得ることをねらいとしたものである、とすることはできない。」

2【東京地決昭 49.12.9（別件基準説）】

「別件逮捕及び別件逮捕中の被疑者について本件の取調べをすることの許否並びにその限度について。
(1) まず、この点については、〔1〕本件についての捜査の意図を伴つた別件による被疑者の身柄拘束の許否の問題と、〔2〕別件による身柄拘束中の被疑者について、本件の取調べをすることの許否及びその限度という問題とを、区別して考える必要がある。ところで、右〔1〕の問題に限定して考える限り、右のような身柄拘束の許否は、当然のことながら、別件について逮捕勾留の要件があるか否かによつて決せられるべきである。したがつて、別件による逮捕勾留の実質的要件が満たされていない場合は、そもそも被疑者をこれにより逮捕勾留することのできないことは当然であるが、右要件が満たされる限り、右身柄拘束の期間内に、捜査官が併せて本件についての捜査をする意図を有するからといつて、そのことだけで、別件による逮捕勾留が許されなくなるということはない。もつとも、別件について、形式的には一応逮捕勾留の要件があるように見える場合でも、捜査官が、これをもつばら本件の捜査に利用する意図であつて、ただ別件に藉口したに過ぎないような場合には、ひるがえつて、別件による逮捕勾留の必要性ないし相当性が否定され、結局、右のような理由による身柄拘束それ自体が許されないこととなる。」

3【金沢地七尾支判昭 44.6.3（本件基準説）】

「被疑者の逮捕・勾留中に、逮捕・勾留の基礎となつた被疑事実以外の事件について当該被疑者の取調べを行うこと自体は法の禁ずるところではないが、それはあくまでも逮捕・勾留の基礎となつた被疑事実の取調べに附随し、これと併行してなされる限度において許されるにとどまり、専ら適法に身柄を拘束するに足りるだけの証拠資料を収集し得ていない重大な本来の事件（本件）について被疑者を取調べ、被疑者自身から本件の証拠資料（自白）を得る目的で、たまたま証拠資料を収集し得た軽い別件に藉口して被疑者を逮捕・勾留し、結果的には別件を利用して本件で逮捕・勾留して取調べを行つたのと同様の実を挙げようとするが如き捜査方法は、いわゆる別件逮捕・勾留であつて、見込捜査の典型的なものというべく、かかる別件逮捕・勾留は、逮捕・勾留手続を自白獲得の手段視する点において刑事訴訟法の精神に悖るものであり（同法六〇条一項、刑事訴訟規則一四三条の三参照。）また別件による逮捕・勾留期間満了後に改めて本件によつて逮捕・勾留することが予め見込まれている点において、公訴提起前の身柄拘束につき細心の注意を払い、厳しい時間的制約を定めた刑事訴訟法二〇三条以下の規定を潜脱する違法・不当な捜査方法であるのみならず、別件による逮捕・勾留が専ら本件の捜査に向けられているにもかかわらず、逮捕状あるいは勾留状の請求を受けた裁判官は、別件が法定の要件を具備する限り、本件についてはなんらの司法的な事前審査をなし得ないまま令状を発付することになり、従つて、当該被疑者は本件につき実質的には裁判官が発しかつ逮捕・勾留の理由となつている犯罪事実を明示する令状によることなく身柄を拘束されるに至るものと言うべく、結局、かかる別件逮捕・勾留は令状主義の原則を定める憲法三三条並びに国民に拘禁に関する基本的人権の保障を定める憲法三四条に違反するものであると言わなければならない。」

4【浦和地判平 2.10.12（事件単位説）】

「1 身柄拘束の経過

被告人が、不法残留の嫌疑で、九月九日の深夜吉川警察署に現行犯逮捕され、同月一日引き続き同警察署付属の代用監獄に勾留され、勾留満期日である同月二〇日、右事実により浦和地方裁判所に起訴されたこと（以下、右身柄拘束を「第一次逮捕・勾留」又は、「別件勾留」という。）、更に、その翌日である二一日本件現住建造物等放火の事実により通常逮捕され、引き続き勾留された上、同年一月一日起訴されたこと（以下、右身柄拘束を「第二次逮捕・勾留」又は「本件勾留」という。）は、既に認定したとおりである。

2 第一次逮捕・勾留の適否について

そこで、まず、第一次逮捕・勾留の適否について考えるに、被告人の所持していたパスポートの記載からして、被告人に関する不法残留罪の嫌疑は明白であったこと、不法残留罪は改正前の出入国管理及び難民認定法においても、その法定刑が「三年以下の懲役若しくは禁錮又は三〇万円以下の罰金」であって、必ずしも軽微な犯罪とはいえないこと、被告人が住居が不安定でしかも無職の外国人であって、身元が安定していなかったことをも考慮すれば、第一次逮捕・勾留が逮捕・勾留の理由や必要性を全く欠く、それ自体で違法・不当なものであったとまでは認められない。しかし、他方、捜査当局による被告人の第一次逮捕・勾留の主たる目的が、軽い別件による身柄拘束を利用して、重い本件放火の事実につき被告人を取り調べる点にあったことも明らかである。すなわち、不法残留罪は、近年外国人の不法就労が社会問題となって以来、当地方裁判所管内では公判請求される例が多いが、その法定刑等からみて、いわゆる重大犯罪とはいえず、逮捕・勾留の法律上の要件があっても、必ずしも身柄の拘束をしなければならないものではない上、そもそも、これらの者について、刑事手続を発動するか行政手続（強制退去手続）のみで済ますか自体も、当局の裁量に属する事項と解されているのであって、現に本件においても、吉川警察署は、被告人を放火の犯人として突き出してきた被害者Dやその友人のCについて、両名がいずれも不法残留者であり、特にDは、自宅のアパートが燃やされてしまった関係で、住居が安定しておらず、勤め先も解雇されていることを知りながら、右両名を逮捕したり、被疑者として取り調べたりしていないのである（なお、当裁判所管内以外の地域の中に、不法残留罪については原則として刑事手続を発動せず、行政手続のみで処理しているところがあることは、当裁判所に顕著な事実である。）。右の点に加え、被告人が別件により逮捕されるに至った経緯（放火の犯人として突き出されたことを契機とすること）及びその後の取調べの状況（前記第六の五記載のとおり、不法残留罪に関する取調べは、勾留請求後、請求日を含む当初の三日間で実質上すべて終了し、残りの勾留期間は、ほぼ全面的に放火の取調べにあてられていること）等を総合すれば、捜査当局が、本件たる放火の事案につき、未だ身柄を拘束するに足りるだけの嫌疑が十分でないと考えたため、とりあえず嫌疑の十分な軽い不法残留罪により身柄を拘束し、右身柄拘束を利用して、主として本件たる放火につき被告人を取り調べようとする意図であったと認めるほかになく、このような意図による別件逮捕・勾留の適法性には問題がある。

…（中略）…当裁判所は、違法な別件逮捕・勾留として許されないのは、前記のような典型的な別件逮捕・勾留の場合だけでなく、これには「未だ重大な甲事件について被疑者を逮捕・勾留する理由と必要性が十分でないのに、主として右事件について取り調べる目的で、甲事件が存在しなければ通常立件されることがないと思われる軽微な乙事件につき被疑者を逮捕・勾留する場合」も含まれると解するものである。このような場合の被疑者の逮捕・勾留は、形式的には乙事実に基づくものではあるが、実質的には甲事実に基づくものといつてよいのであって、未だ逮捕・勾留の理由と必要性の認められない甲事実に対する取調べを主たる目的として、かかる乙事実の嫌疑を持ち出して被疑者を逮捕・勾留することは、令状主義を実質的に潜脱し、一種の逮捕権の濫用にあたりと解される。そして、右のような見解のもとに、本件について検討すると、吉川警察署は、被告人を警察に突き出してきたDやCが不法残留者で、特にDについては、逮捕・勾留の要件が明らかに存在していると思われるにもかかわらず、両名に対する刑事手続を発動せず、不法残留の事実について何らの捜査を行っていない（もちろん、逮捕・勾留もしていない）ことからみて、被告人についても、もし放火の嫌疑の問題がなかったならば、不法残留の事実により逮捕・勾留の手続をとらなかつたであろうと考えられるのに、主として、未だ嫌疑の十分でない放火の事実について取り調べる目的で、不法残留の事実により逮捕・勾留したと認められるのであるから、本件は、まさに当裁判所の定義による違法な別件逮捕・勾留に該当する場合であるといわなければならない。

従って、本件における被告人の身柄拘束には、そもそもの出発点において、令状主義を潜脱する重大な違法があるので、右身柄拘束中及びこれに引き続く本件による身柄拘束中に各作成された自白調書は、すべて証拠能力を欠くと解するのが相当である。

3 余罪取調べの限界について

前記のとおり、当裁判所は、違法な別件逮捕・勾留の範囲につき、検察官とはやや見解を異にするものであるが、仮に違法な別件逮捕・勾留に関し検察官の定義に従った場合であっても、右別件による身柄拘束を利用して行う本件についての取調べの方法に一定の限界があると解すべきことは、また、別個の問題であって、適法な別件逮捕・勾留中の本件についての取調べが無条件に許容されることにはならない。これは、逮捕・勾留について、我が刑事訴訟法が、いわゆる事件単位の原則をとることにより、被疑者の防禦権を手続的に保障しようとしていることから来る当然の帰結である。

別件で適法に勾留されている被疑者に対する余罪の取調べがいかなる限度で許されるかについては、これまでも種々の角度から論ぜられてきたが、当裁判所は、右余罪の取調べにより事件単位の原則が潜脱され、形骸化することを防止するため、これが適法とされるのは、原則として右取調べを受けるか否かについての被疑者の自由が実質的に保障されている場合に限ると解するものである（例外として、逮捕・勾留の基礎となる別件と余罪との間に密接な関係があって、余罪に関する取調べが別件に関する取調べにもなる場合は別論である。）。刑事訴訟法一九八条一項の解釈として、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務があり、取調べに応ずるか否かについての自由はないと解するのが一般であるが（右見解自体に対する異論にも傾聴すべきものがあるが、ここでは実務を強く支配している右の見解に従って論を進める。）、法が、逮捕・勾留に関し事件単位の原則を採用した趣旨からすれば、被疑者が取調べ受忍義務を負担するのは、あくまで当該逮捕・勾留の基礎とされた事実についての場合に限られる（すなわち、同項但書に「逮捕又は勾留されている場合」とあるのを、「取調べの対象となる事実について逮捕又は勾留されている場合」の趣旨に理解する）というのが、その論理的帰結でなければならない。もしそうでなく、一旦何らかの事実により身柄を拘束された者は、他のいかなる事実についても取調べ受忍義務を負うと解するときは、捜査機関は、別件の身柄拘束を利用して、他のいかなる事実についても逮捕・勾留の基礎となる事実と同様の方法で、被疑者を取り調べ得ることとなり、令状主義なかんずく事件単位の原則は容易に潜脱され、被疑者の防禦権の保障（告知と聴聞の保障、逮捕・勾留期間の制限等）は、画餅に帰する。従って、捜査機関が、別件により身柄拘束中の被疑者に対し余罪の取調べをしようとするときは、被疑者が自ら余罪の取調べを積極的に希望している等、余罪についての取調べを拒否しないことが明白である場合（本来の余罪の取調べは、このような場合に被疑者の利益のために認められた筈のものであり、現実に行われている余罪の取調べの大部分も、かような形態のものである。）を除いては、取調べの主題である余罪の内容を明らかにした上で、その取調べに応ずる法律上の義務がなく、いつでも退去する自由がある旨を被疑者に告知しなければならないのであり、被疑者がこれに応ずる意思を表明したため取調べを開始した場合においても、被疑者が退去の希望を述べたときは、直ちに取調べを中止して帰房させなければならない。

5 【東京地判平 12.11.13（実体喪失説）】

「三 別件逮捕勾留の適否について

1 弁護人の主張は、要するに、被告人に対する旅券不携帯事件及び偽造公文書行使事件による逮捕勾留はいずれも、専ら強盗致傷事件の取調べを目的として行われた違法なものであるから、同事件に関する被告人の自白調書一七通（乙7ないし23）はいずれも、違法な別件逮捕勾留期間中又はその影響の下に得られたものであるというのである。

そこで以下、被告人の右自白調書が得られた取調べの適否について判断するについて、旅券不携帯事件及び偽造公文書行使事件による逮捕勾留の理由及び必要性の問題とその逮捕勾留期間中における被告人の取調べ状況等を中心とする捜査のあり方の問題とを分けて検討することとする。

2 逮捕勾留の理由及び必要性等の検討

…（中略）…

以上のとおり、旅券不携帯事件及び偽造公文書行使事件による被告人の逮捕勾留にはそれぞれ理由及び必要性が認められ、また、旅券不携帯事件の勾留期間の延長についても延長すべきやむを得ない事由の存在を否定できないから、右の諸点に関する限り、旅券不携帯事件及び偽造公文書事件による逮捕勾留に違法はないということができる。

3 捜査のあり方等からの検討

(一) 旅券不携帯事件による逮捕（七月八日）から勾留期間延長（勾留満期は同月一九日）まで
…（中略）…

同月一六日に、伊藤検事が旅券不携帯事件及び不法入国事件について被告人を取り調べているほか、同月一八日には、不法入国事件に関する被告人の供述調書が作成されるとともに、捜査本部がAダッシュ及びA名による退去強制歴並びに被告人自身の退去強制歴に関する各捜査関係事項照会回答書を入手していることも考慮すると、旅券不携帯事件による逮捕から勾留期間延長までの間は、被告人に対する強盗致傷事件の取調べは、あくまで旅券不携帯事件及び不法入国事件の取調べに付随し、これと並行して行われている程度にとどまっていたものといえるから、その間の強盗致傷事件の取調べに違法があるとはいえない。

(二) 旅券不携帯事件による勾留期間延長（七月二〇日）から偽造公文書行使事件による逮捕（同月二九日）まで

…（中略）…

ア 以上のとおり、旅券不携帯事件による勾留期間の延長後は、被告人に対して前記（2）ア認定のように、ほぼ連日、相当長時間に及ぶ取調べが続けられており、しかも、その大半が強盗致傷事件の取調べに費やされていたのに対し、不法入国事件に関しては、被告人を若干取り調べた点を除けば、捜査本部が積極的に捜査を行った形跡がなく、同月二四日までに、不法入国による立件が絶望的となるような状況に陥っていたこと、さらに、被告人は、強盗致傷事件について、頑強に否認を続けて、自白した後も、取調べに抵抗を続けていたことがうかがわれるのである。

イ そして、旅券不携帯事件による勾留期間延長から偽造公文書行使事件による逮捕までの間の右のような捜査のあり方からすると、右期間中における強盗致傷事件の取調べは、旅券不携帯事件による逮捕勾留期間中に許された限度を大きく超えているのに対し、本来主眼となるべき旅券不携帯事件ないし不法入国事件の捜査は、ほとんど行われなかった状況にあったというべきであるから、右勾留期間延長後は、旅券不携帯事件による勾留としての実体を失い、実質上、強盗致傷事件を取り調べるための身柄拘束となったとみるほかはない。したがって、その間の身柄拘束は、令状によらない違法な身柄拘束となったものであり、その間の被告人に対する取調べも、違法な身柄拘束状態を利用して行われたものとして違法というべきである。

ウ この点、検察官は強盗致傷事件について、被告人の日本における生活痕跡等を示すという意味で旅券不携帯事件と密接に関連する事実であり、同事件の逮捕勾留期間中にも広く取り調べることができる旨主張するが、同事件は、旅券不携帯事件との関連性があるとはいえず、不法入国事件とも、不法入国後の生活状況として関係するにすぎないものであって、関連性は希薄というほかないから、検察官の右主張はその前提を欠くものである。

エ そして、前記イで指摘した旅券不携帯事件による勾留期間延長から偽造公文書行使事件による逮捕までの間の被告人取調べの違法は、憲法及び刑訴法の所期する令状主義の精神を没却するような重大なものであり、かつ、右取調べの結果得られた供述調書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からも相当でない認められる以上、右期間中に得られた被告人の供述調書、すなわち、七月二四日付け（乙7）及び同月二七日付け（乙8）各警察官調書並びにその間に被告人を同事件に関し現場に引き当たりをして得られた同月二九日付け捜査報告書（甲50）の証拠能力はすべて否定されるべきものと解するのが相当である。」

6 【最判昭 28.5.29（狭義の公訴事実の同一性）共通性】詐欺罪と横領罪と占有離脱物横領罪

「論旨は、本件において、主たる詐欺の訴因と、予備的に追加せられた横領の訴因と、原判決が認定した遺失物横領の事実とは、犯罪の日時、場所及び方法を異にし、その間公訴事実の同一性を認め得ないから、引用の判例に違反し、且つ審判の請求を受けない事件について判決をした違法があると主張する。しかるところ、右詐欺の基本事実は被告人がX信用組合においてYに支払うべき預金払戻金三万五千元を不法に領得したとの事実であり、これと原審が認定した占有離脱物横領の事実とは、犯罪の日時、場所において近接し、しかも同一財物、同一被害者に対するいずれも領得罪であつて、その基本事実関係において異なるところがない。それ故、第一審が訴因の変更手続を経て横領と認定し、原審がこれを占有離脱物横領と認定しても公訴事実の同一性に欠くところはない。」

7【最判昭 29.5.14（狭義の公訴事実の同一性）非両立性①】窃盗罪と盗品等有償処分あっせん罪

「右二訴因はともにVの窃取された同人所有の背広一着に関するものであつて、ただこれに関する被告人の所為が窃盗であるか、それとも事後における赃物牙保であるかという点に差異があるにすぎない。そして、両者は罪質上密接な関係があるばかりでなく、本件においては事柄の性質上両者間に犯罪の日時場所等について相異の生ずべきことは免れないけれども、その日時の先後及び場所の地理的關係とその双方の近接性に鑑みれば、一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解するを相当とすべく、従つて公訴事実の同一性の範囲内に属するものといわなければならない。」

8【最判昭 33.5.20（狭義の公訴事実の同一性）非両立性②】業務上横領罪と自己株式取得

「ところで記録によつて所論の同一性の関係を検討してみると、原審の認定したように、本件株式一万株に関する事実関係は、被告人Xが本件会社の社長として会社のために右株式を取得し、右株式は会社の所有に帰したと認めるのが相当であり、したがつて右株式の対価としてYに支払つた金五〇万円は、事実、会社の資金がそのまま使用されたと認めるべきであつて、この事実は、本件の五〇万円を被告人Xに対する貸付金とした等の被告人らの事後の処理方法によつて変るものではない。されば本件五〇万円が会社資金中から支出された金員であることは両者異なることなく、またこの金員の支出が、被告人X個人の株式取得のためになされた業務上横領行為であるか、あるいは商法四八九条二号前段に違反する会社の自己株取得のためになされた支出行為であるかは、いずれも被告人Xの会社社長としての行為に関するものである以上、同一事実の表裏をなすものにほかならない。それゆえ本来の訴因と追加請求の訴因とは択一的関係にあつて公訴事実の同一性を害するものでないとした原審の判断は相当である。」

9【最判昭 34.12.11（狭義の公訴事実の同一性）非両立性③】業務上横領罪と窃盗罪

「所論は、第一次第一審における被告人は家畜商として馬二頭の売却方を依頼せられその売却代金中三万円を着服横領したものであるという業務上横領の訴因と、第二次第一審において別件として公訴を提起された被告人は右の馬二頭を窃取したものであるという窃盗の訴因とは、事実の同一性があるから、本件窃盗の公訴は既に公訴の提起があつた事件につき更に同一裁判所に公訴が提起されたときにあたり、刑訴三三八条三号に違反し、引いて憲法三九条後段の一事不再理の原則に違反するというにある。

よつてこの点を考えてみるに…（中略）…、前者が馬の売却代金の着服横領であるのに対し、後者は馬そのものの窃盗である点並びに犯行の場所や行為の態様において多少の差異はあるけれども、いずれも同一被害者に対する一定の物とその換価代金を中心とする不法領得行為であつて、一方が有罪となれば他方がその不可罰行為として不処罰となる関係にあり、その間基本的事実関係の同一を肯認することができるから、両者は公訴事実の同一性を有するものと解すべく、従つて第一次第二審の判決がその同一性を欠くものと判断したのは誤りであるといわなければならない。」

10【最決昭 53.3.6（狭義の公訴事実の同一性）非両立性④】加重収賄罪と贈賄罪

「所論にかんがみ、職権により判断するに、「被告人甲は、公務員乙と共謀のうえ、乙の職務上の不正行為に対する謝礼の趣旨で、丙から賄賂を受受した」という枉法収賄の訴因と、「被告人甲は、丙と共謀のうえ、右と同じ趣旨で、公務員乙に対して賄賂を供与した」という贈賄の訴因とは、收受したとされる賄賂と供与したとされる賄賂との間に事実上の共通性がある場合には、両立しない関係にあり、かつ、一連の同一事象に対する法的評価を異にするに過ぎないものであつて、基本的事実関係においては同一であるということが出来る。したがつて、右の二つの訴因の間に公訴事実の同一性を認めた原判断は、正当である。」

11【最決昭 63.10.25（狭義の公訴事実の同一性）非両立性⑤】覚せい剤使用罪

「なお、所論にかんがみ職権により判断すると、本件昭和六〇年一月八日付起訴状記載の訴因は、「被告人は、『Aちゃん』ことB某と共謀の上、法定の除外事由がないのに、昭和六〇年一月二六日午後五時三〇分ころ、栃木県芳賀郡a町b番地の被告人方において、右Bをして自己の左腕部に覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン約〇・〇四グラムを含有する水溶液約〇・二五ミリリットルを注射させ、もつて、覚せい剤を使用した」というものであり、また、検察官が第一審裁判所において変更を請求した訴因は、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和六〇年一月二六日午後六時三〇分ころ、茨城県下館市

a 番地の b 所在スナック『C』店舗内において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン約〇・〇四グラムを含有する水溶液約〇・二五ミリリットルを自己の左腕部に注射し、もつて、覚せい剤を使用した」というものである。そして、記録によれば、検察官は、昭和六〇年一〇月二八日に任意提出された被告人の尿中から覚せい剤が検出されたことと捜査段階での被告人の供述に基づき、前記起訴状記載の訴因のとおり覚せい剤の使用日時、場所、方法等を特定して本件公訴を提起したが、その後被告人がその使用時間、場所、方法に関する供述を変更し、これが信用できると考えたことから、新供述にそつて訴因の変更を請求するに至つたというのである。そうすると、両訴因は、その間に覚せい剤の使用時間、場所、方法において多少の差異があるものの、いずれも被告人の尿中から検出された同一覚せい剤の使用行為に関するものであつて、事実上の共通性があり、両立しない関係にあると認められるから、基本的事実関係において同一であるといふことができる。したがつて、右両訴因間に公訴事実の同一性を認めた原判断は正当である。」

12【東京高判平 20.11.18（公判前整理手続後の訴因変更）】

「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つ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つ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、争点化されないものであつて、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、追つて撤回した証拠であつて、業務上の注意義務違反の有無が争点とならなかつたために、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、本件交通事故の様子が、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つたため、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つて、訴因変更に伴つ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つた。

3 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つた事実関係に基づいて、訴因を変更する必要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つたといふことができる。

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ふ趣旨を没却するようなものとはいへないし、権利濫用にも当たらないといふべきである。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。」

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19447