

司法試験

---

2019年司法試験分析会

刑事系

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 194189

LU19418



# 2019年司法試験分析会

## 刑事系・第1問

## 令和元年司法試験 刑事系第1問 問題文

### 〔第1問〕（配点：100）

以下の【事例1】から【事例3】までを読んで、後記〔設問1〕から〔設問3〕までについて、答えなさい。

#### 【事例1】

甲（男性、25歳）は、他人名義の預金口座のキャッシュカードを入手した上、その口座内の預金を無断で引き出して現金を得ようと考え、某日、金融庁職員に成りすまして、見ず知らずのA（女性、80歳）方に電話をかけ、応対したAに対し、「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開き出した。

同日、甲は、キャッシュカードと同じ形状のプラスチックカードを入れた封筒（以下「ダミー封筒」という。）と、それと同種の空の封筒をあらかじめ用意してA方を訪問し、その玄関先で、Aに対し、「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ため、念のため、暗証番号を書いたメモも同封してください。」と言った。Aは、それを信用し、B銀行に開設されたA名義の普通預金口座のキャッシュカード及び同口座の暗証番号を記載したメモ紙（以下「本件キャッシュカード等」という。）を甲に手渡し、甲は、本件キャッシュカード等をAが見ている前で空の封筒内に入れた。その際、甲は、Aに対し、「この封筒に封印をするために印鑑を持ってきてください。」と申し向け、Aが玄関近くの居間に印鑑を取りに行っている隙に、本件キャッシュカード等が入った封筒とダミー封筒をすり替え、本件キャッシュカード等が入った封筒を自らが持参したショルダーバッグ内に隠し入れた。Aが印鑑を持って玄関先に戻って来ると、甲は、ダミー封筒をAに示し、その口を閉じて封印をさせた上でAに手渡し、「後日、こちらから連絡があるまで絶対に開封せずに保管しておいてください。」と言い残して、本件キャッシュカード等が入った封筒をそのままA方から持ち去った。

その数時間後、甲の一連の行動を不審に感じたAが前記事情を警察に相談したことから、甲の犯行が発覚し、警察から要請を受けたB銀行は、同日中に前記口座を凍結（取引停止措置）することに応じた。

翌日、甲は、自宅近くのコンビニエンスストアに行き、同店内に設置されていた現金自動預払機（以下「ATM」という。）に前記キャッシュカードを挿入して現金を引き出そうとしたが、既に前記口座が凍結されていたため、引き出しができなかった。

〔設問1〕 【事例1】における甲のAに対する罪責について、論じなさい（住居侵入罪及び特別法違反の点は除く。）。

#### 【事例2】（【事例1】の事実に続けて、以下の事実があったものとする。）

甲は、現金の引き出しができなかったため、ATMの前で携帯電話を使ってA方に電話をかけてAと会話していた。同店内において、そのやり取りを聞いていた店員C（男性、20歳）は、不審に思い、電話を切ってそそくさと立ち去ろうとする甲に対し、甲が肩から掛けていたショルダーバッグを手でつかんで声をかけた。甲は、不正に現金を引き出そうとしたことで警察に突き出されるのではないかと思い、Cによる逮捕を免れるため、Cに対し、「引っ込んでろ。その手を離せ。」と言ったが、Cは、甲のショルダーバッグをつかんだまま、甲が店外に出られないように引き止めていた。

その頃、同店に買物に来た乙（男性、25歳）は、一緒に万引きをしたことのある友人甲が店員のCともめている様子を見て、甲が同店の商品をショルダーバッグ内に盗み入れてCからとがめられているのだらうと思い、甲に対し、「またやったのか。」と尋ねた。甲は、自分が万引きをし

たと乙が勘違いしていることに気付きつつ、自分がこの場から逃げるために乙がCの反抗を抑圧してくれることを期待して、乙に対し、うなずき返して、「こいつをなんとかしてくれ。」と言った。乙は、甲がショルダーバッグ内の商品を取り返されないようにしてやるため、Cに向かってナイフ（刃体の長さ約10センチメートル）を示しながら、「離せ。ぶっ殺すぞ。」と言い、それによってCが甲のショルダーバッグから手を離して後ずさりした隙に、甲と乙は、同店から立ち去った。

【設問2】 【事例1】において甲が現金を引き出そうとした行為に窃盗未遂罪が成立することを前提として、【事例2】における乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

なお、論述に際しては、以下の①及び②の双方に言及し、自らの見解（①及び②で記載した立場に限られない）を根拠とともに示すこと。

- ① 乙に事後強盗の罪の共同正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。
- ② 乙に脅迫罪の限度で共同正犯が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

【事例3】（【事例1】の事実に続けて、【事例2】の事実ではなく、以下の事実があったものとする。）

甲は、現金の引き出しができなかったため、同店の売上金を奪おうと考え、同店内において、レジカウンター内に一人でいた同店経営者D（男性、50歳）に対し、レジカウンターを挟んで向かい合った状態で、ナイフ（刃体の長さ約10センチメートル）をちらつかせながら、「金を出せ。」と言って、レジ内の現金を出すよう要求した。それに対し、Dが「それはできない。」と言って甲の要求に応じずにいたところ、甲は、「本当に刺すぞ。」と怒鳴り、レジカウンターに身を乗り出してナイフの刃先をDの胸元に突き出したが、それでも、Dは甲の要求に応じる素振りさえ見せなかった。

同店に客として来ておりそのやり取りを目撃していた丙（女性、30歳）は、Dを助けるため、間近に陳列されていたボトルワインを手に取り、甲に向かってカ一杯投げ付けた。ところが、狙いが外れ、ボトルワインがDの頭部に直撃し、Dは、加療約3週間を要する頭部裂傷の傷害を負った。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った。

【設問3】 【事例3】において、丙がDの傷害結果に関する刑事責任を負わないとするには、どのような理論上の説明が考えられるか、各々の説明の難点はどこかについて、論じなさい。

## 令和元年司法試験 刑事系第1問 解答例

## 第1 〔設問1〕

- 1 A方から本件キャッシュカード等を持ち去った行為について
- (1) 甲が、A方において本件キャッシュカード等の入った封筒を持ち去った行為について、窃盗罪(235条)が成立しないか。
- (2)ア まず、本件キャッシュカード等が「財物」に当たるか。本件キャッシュカード等自体は金品ではなく、市場取引の対象となるものでもないため、問題となる。
- イ 「財物」は、電気窃盗罪について規定した245条が敢えて設けられていることから、可動性と管理可能性があればこれに該当すると解する。
- ウ 本件キャッシュカード等は、Aの預金口座のキャッシュカードとその暗証番号が記載されたメモ紙であるところ、これらを両方とも手元で管理していることで、いつでもAの預金口座から預金を引き出すことができるという効用がある。即ち、Aの預金口座のキャッシュカードとその暗証番号が記載されたメモ紙は、管理可能性がある。また、キャッシュカードに可動性があり、暗証番号という情報がメモ紙に化体することで、これらは有体物としての可動性もある。
- よって、本件キャッシュカード等は「財物」に当たる。
- (3)ア 次に、甲の行為は「窃取」といえるか。甲が本件キャッシュカード等を持ち去るまでに、Aに指示して印鑑を持ってこさせ、その隙にダミー封筒とすり替えて本件キャッシュカード等を封筒ごとショルダーバッグに入れているため、寧ろ詐欺罪

(246条1項)が成立するのではないかとも思われるため問題となる。

イ(ア) この点、窃盗罪の保護法益は財物に対する占有そのものであることから、「窃取」とは、相手方の意に反して財物の占有を取得する行為をいう。

(イ) 他方、詐欺罪は、(i)欺罔行為、(ii)(i)に基づく相手方の錯誤、(iii)(ii)に基づく相手方の処分行為、(iv)(iii)に基づく財物交付、(v)(i)~(iv)が詐欺の故意に包摂されていること、である。ここで、(i)欺罔行為は、詐欺罪が相手方の瑕疵ある意思に基づき処分行為を伴うことから、相手方による処分行為に向けられたものである必要がある。

ウ 本件で、甲が本件キャッシュカード等の占有を取得しているところ、これは本件キャッシュカード等を占有していたAの意に反して甲が占有を取得したものとイえる。即ち、「窃取」の定義を満たす。

また、Aに印鑑を持ってくるように伝えた際に本件キャッシュカード等の占有を取得したことは、Aが自らの意思に基づいて本件キャッシュカード等について甲に占有を移転させるためにしたものではない。即ち、Aによる処分行為に向けられたものではないから、甲による欺罔行為に当たらない。

したがって、甲の行為には窃盗罪が成立する。

- 2 Aの預金口座から現金を引き出そうとした行為について

- (1) 甲がAの預金口座から現金を引き出そうとしたものの、引き出せなかったことについて、窃盗罪の未遂罪（43条本文、235条）が成立しないか。
- (2) まず、預金の占有が誰にあるか。現金自体の占有はATMに格納されているため銀行にあるものの、銀行に対して預金債権を有しているAが銀行を介して預金を占有しているといえるから、Aに占有がある。
- (3) ア 次に、「犯罪の実行に着手」とは、法益侵害の現実的危険性を惹起する行為であるところ、甲が引出行為を試みた時点では取引停止措置が取られていたため、甲が引き出すことは不可能であったといえ、不能犯となるのではないか。
- イ 未遂犯と不能犯の区別は構成要件該当性の問題であるから、社会通念に基づく一般人の視点から判断すべきである。また、行為は主観と客観の結合したものであるので、行為者の主観も考慮すべきである。
- よって、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情に基づいて、行為時に一般人が具体的に結果発生の危険を感じるか否かで決すべきである。
- ウ 本件では、取引停止措置がなされたことを一般人は知らず、本件キャッシュカード等を有している者がATMで引出行為をすれば預金を引き出せると思うものであり、これらの事情について一般人の視点では、預金引き出しの結果発生の危険を感じるものといえる。

よって、窃盗罪の未遂犯が成立する。

## 第2 〔設問2〕

### 1 ①の立場による説明

- (1) 甲は、窃盗の実行行為に着手したため「窃盗」（238条）に当たり、逮捕を免れる目的でCから逃げようとしていたところ、乙は、甲から「こいつをなんとかしてくれ」と言われてCにナイフを示してCを威嚇して立ち去っている。これにより乙は事後強盗未遂罪の共同正犯（43条本文、238条、60条）の罪責を負わないか。乙の行為は、刃体10cmのナイフという人体の枢要部に刺されれば死に至る凶器を示し、「ぶっ殺すぞ。」と殺意を仄めかす発言を伴うものであるから、犯行を抑圧するに足りる暴行であり、強盗罪（236条1項）の実行行為に当たるため問題となる。
- (2) まず、事後強盗罪は窃盗犯のみが犯し得る身分犯である。そこで、65条の適用を検討すべきところ、65条1項は真正身分犯の成立と科刑についての規定であると解する。また、65条1項の「共犯」には、非身分者も身分者と共同して真正身分犯の保護法益を侵し得るから、共同正犯を含む。
- すると、窃盗に関与せず、窃盗犯と意思の連絡を経て逮捕免脱のための暴行のみ行った者には、65条1項を適用し、事後強盗の共同正犯となるものと解する。
- (3) 本件では、事後強盗罪の暴行をした乙は、甲が窃盗犯であることを認識した上で、甲の求めに応じてCを排除する、即ち窃盗犯

甲の逮捕免脱目的での暴行という一定の犯罪を共同して実現する意思連絡を経ていることから、事後強盗未遂罪の共同正犯となる。

2 ②の立場による説明

(1) 乙は、前述のとおり、Cの犯行を抑圧するに足りる暴行をしているところ、脅迫罪(222条1項)の共同正犯が成立するのではないか。

(2)ア 事後強盗罪の性質について検討するに、事後強盗罪は、窃盗と暴行の結合犯であることから、単に暴行のみを担当した者は事後強盗罪の主体たり得ない。

イ 次に、このように暴行のみを行った者が共同正犯となるか問題となるも、原則として否定すべきである。共犯の処罰根拠となる結果発生への因果的寄与がないからである。ただし、後行者が先行者の行為を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用した限りであれば、因果的寄与を肯定できるので、その限りで承継的共同正犯を肯定できる。

ウ 本件では、乙は甲からCの排除を求められてこれに応じたのみであり、甲が窃盗犯として何らかの財物を入手したことの分け前に与ろうとしたとの事情もないから、強盗の共同正犯とすることはできず、脅迫行為に対応した脅迫罪の限りで甲と共同正犯となる。

(3) したがって、乙には脅迫罪の共同正犯が成立する。

3 自らの見解

(1) 乙に上記①②いずれの罪が成立するかについては、事後強盗罪の罪質をいかに解するかにより左右される。

(2) 事後強盗罪は、暴行又は脅迫を伴いつつも、財産犯として窃盗及び強盗の罪の一部として規定されていることから、その本質は財産犯であるといえる。他方で、強盗は暴行又は脅迫を伴うことで人の生命・身体という法益を侵害する点で窃盗罪よりも重く処罰されるものであって、相手方の犯行を抑圧するに足りる暴行又は脅迫をした者は強盗罪の本質を担ったものとして本罪で問擬する必要がある。

すると、暴行又は脅迫のみに関与した者が、財産犯の法益侵害実現のために共同していなかったとしても、暴行又は脅迫によって強盗行為を実現した以上、重く処罰されるべきであり、単なる暴行又は脅迫の限りで処罰されるとすることは、不当である。また、前述のように身分犯でなくとも加功することで身分犯の罪を犯し得る。

よって、事後強盗罪の罪質は真正身分犯と解するべきである。

(3) したがって、乙には事後強盗未遂罪の共同正犯が成立する。

第3 [設問3]

1 (1) まず、丙が甲にボトルワインを命中させようとして投げたのに、それがDに命中してDが負傷したことで、丙に傷害罪(204条)が成立しないか。丙に故意(38条1項本文)が認められるか検討する。

(2) 故意責任の本質は、犯罪事実を認識して規範に直面したにもか

かわらず敢えてそれを破るという反規範的人格態度に対する非難可能性である。そして犯罪事実は構成要件として示されている。

よって、行為者の認識した事実と現に発生した事実とが構成要件的に符合している限り故意が認められる。

(3) 本件では、丙が甲という「人」に当てる意図でボトルワインをDという「人」に命中させているので、構成要件的に符合している。よって、丙に故意は認められ、傷害罪の構成要件を満たす。

2(1) 次に、かかる丙について違法性が阻却されるか検討するも、Dは侵害者ではないので正当防衛(36条1項)が成立しない。しかし、正当防衛の意図でした行為が第三者に生じた場合、どのような理由で丙の刑事責任を免ずるべきか。

(2) この点、客観的には緊急行為といえなくとも、主観的には完全な正当防衛と認識して行為に出ているので、故意責任を問うことができない。そこで、誤想防衛が成立し、故意責任が阻却されると解するべきである。

(3) しかし、このような正当防衛が第三者に生じた場合の処理は、問題がある。正当防衛が正対不正を根拠に違法性を阻却するのに対し、本件では、正当防衛の場面で急迫不正の侵害から保護されるべきDに結果として法益侵害が生じているのであるから、保護されるべき法益を防衛行為者自ら損なったといえる。このため、誤想防衛とすることは、後述のように補充性が要求される緊急避難に比して、容易に行為者の刑事責任を免ずることとなり、妥当でない。

3(1) また、緊急避難(37条1項)が成立すると解することはできないか。

(2) 本件で、丙は、甲にナイフを向けられているDという「他人」の「身体」に対する「現在の危難」を避けるために、唯一の手段であるボトルワインを投げつけており「やむを得ずにした行為」である。また、Dの頭部裂傷は、Dが甲にナイフで切り付けられた場合の負傷結果に比べて大きくないため法益の均衡もある。

よって、緊急避難が成立し、丙は責任が阻却されると考えられる。

(3) しかし、このような処理は問題がある。緊急避難の成立には法益の均衡が必要であるところ、それは偶然の事情に左右される。また、主観的には防衛行為をするために行動した者に、補充性や法益の均衡といった緊急避難の厳格な要件を満たさない限り犯罪が成立するとすることは故意責任の本質に照らして妥当でない。

以上

－ MEMO －

# 2019年司法試験分析会

## 刑事系・第2問

## 令和元年司法試験 刑事系第2問 問題文

〔第2問〕（配点：100）

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31年2月1日、G市内の路上において、徒歩で通行中のV（70歳、女性）が、原動機付自転車に乗った犯人からバッグを引っ張られて路上に転倒し、バッグを奪われた上、同月2日、被害時に頭部を路上に強打した際に生じた脳挫傷により死亡する強盗致死事件が発生した（以下「本件強盗致死事件」という。）。Vは、被害直後、臨場した警察官に対し、「バッグに50万円を入れていた。犯人は、ナンバーが『G市（ひらがなは不明）1234』で黒色の原動機付自転車に乗っていた。」旨供述した。
- 司法警察員P及びQが本件強盗致死事件について捜査した結果、上記ナンバーに合致する黒色の原動機付自転車は、甲（23歳、男性）名義のものほか2台あることが判明した。そこで、Pらが甲について捜査したところ、甲は、アパートで単身生活していること、平成30年12月末にX社を退職した後は無職であったこと、平成31年2月1日における甲名義の銀行口座の残高は1万円であったものの、同月2日に甲が同口座に現金30万円を入金したことが判明したが、甲方アパート駐輪場には甲名義の原動機付自転車は見当たらなかった。  
Pは、本件強盗致死事件で甲を逮捕するには証拠が不十分であるため、何か別の犯罪の嫌疑がないかと考え、X社社長から聴取したところ、同社長から、「甲は、売掛金の集金及び経理業務を担当していたが、平成30年11月20日に顧客Aから集金した3万円を着服したことが発覚して同年末に退職した。」旨の供述が得られた。そこで、Pは、同社長に対し、甲による現金3万円の業務上横領の被害届を出すよう求めたが、同社長は、被害額が少額であることや世間体を気にして、被害届の提出を渋ったため、Pは、繰り返し説得を続け、同社長から被害届の提出を受けた（以下「本件業務上横領事件」という。）。
- その後、Pらは、本件業務上横領事件の捜査を行い、上記内容のX社社長の供述調書のほか、「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。領収書は捨ててしまった。」旨のAの供述調書や、Aから集金した3万円がX社に入金されたことを裏付ける帳簿類は見当たらなかった旨の捜査報告書等を疎明資料として、甲に対する逮捕状の発付を受け、①平成31年2月28日、甲を本件業務上横領の被疑事実で通常逮捕した。同年3月1日、検察官Rは、同事実で甲の勾留を請求し、同日、甲は、同事実で勾留された。甲は、PやRによる弁解録取手続や裁判官による勾留質問において、「平成30年11月20日にAから集金したかどうかは覚えていない。」旨供述した。なお、甲の送致に先立ち、Rは、Pから、甲に本件強盗致死事件の嫌疑がある旨を聞き、同事件での逮捕も視野に入れて、両事件の捜査を並行して行うこととした。  
平成31年3月2日以降の捜査経過は、以下のとおりである（なお、その概要は、資料1記載のとおり。）。
- Pは、同月2日、3日及び5日、本件業務上横領事件について甲を取り調べたが、甲は、前同様の供述を繰り返した。また、同月4日から6日にかけて、Pは、甲に対し、任意の取調べとして行う旨を説明した上で本件強盗致死事件について取り調べたが、甲は、「やっていない。平成31年2月1日に何をしていたか覚えていない。」旨の供述に終始した。  
また、Qは、同年3月2日から6日にかけて、本件業務上横領事件及び本件強盗致死事件に関する捜査として、甲の周辺者から聞き込みを行うとともに、逮捕時に押収した甲のスマートフォンに保存されたメール等を精査した結果、甲は、平成30年秋頃、Yから借金の返済を迫られていたこと、同年11月23日にYと待ち合わせる約束をしていたことが判明した。そこで、Qは、本件業務上横領事件の犯行日の特定や被害金額の裏付けとしてYの取調べが必要と考え、Yに連絡したが、Yの出張等の都合により、平成31年3月16日にYを取り調べることとなった。  
同月7日、Rが本件業務上横領事件について甲を取り調べたところ、甲は、「事件当日は、終日、

パチンコ店のH店かI店にいたような気もする。」旨供述したことから、Rは、Pらに対し、同店での裏付け捜査を指示した。

そこで、Qは、同月8日から10日にかけて、H店及びI店において裏付け捜査したところ、H店では、防犯カメラ画像で犯行日に甲が来店していないことが確認できたが、I店では、防犯カメラが同月14日まで修理中だったため、修理後にその画像を確認することとなった。

他方、Pは、同月8日から10日にかけて、連日、本件強盗致死事件について甲を取り調べたが、甲は前同様の供述を繰り返して否認し続けた。

Rは、更に本件業務上横領事件の捜査が必要と判断し、同月10日、甲の勾留期間の延長を請求し、勾留期間は、同月20日まで延長された。

- 5 同月11日及び12日、Qが、Aの供述を客観的に裏付けるため、甲がX社の業務で使用していた甲所有のパソコンのデータを精査したところ、金額の記載はないものの、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。そこで、Pは、平成31年3月13日、取調べにおいて同データについて追及したが、甲は、「日付はとりあえず記入しただけで、その日にA方に行ったかは分からない。」旨供述した。

また、同月14日、Qが、I店の防犯カメラ画像を確認したところ、犯行日に甲が来店していないことが判明した。そこで、Pは、同月15日、取調べにおいてH店等での裏付け捜査を踏まえて追及したところ、甲は、「平成30年11月20日にAから集金したが、金額はよく覚えていない。」旨供述した。

平成31年3月16日、QがYを取り調べたところ、Yが、「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。その後、甲は、金がないと言っていたのに、平成31年2月初め頃だったと思うが、『臨時収入があったから金を返す。』と電話をかけてきて、甲から7万円の返済を受けた。」旨供述したため、Qは、その旨の供述調書を作成した。

その後、RがYに確認したところ、返済日及び金額を記載した手帳があることが判明した。そこで、Rは、同年3月19日、Yの持参した手帳を確認しながらYを取り調べ、Yが、甲から平成30年11月23日に3万円、平成31年2月6日に7万円の返済を受けた旨の供述調書を作成した。Yの上記取調べに引き続き、Rが本件業務上横領事件について甲を取り調べたところ、甲が、「平成30年11月20日にAから3万円を集金し、これを自分のものとした。その3万円はYへの借金返済に充てた。」旨供述したため、Rは、その旨の供述調書を作成した。

- 6 一方、Qは、平成31年3月15日、甲の家賃の支払状況等についてアパートの大家を取り調べ、平成30年12月以降家賃を滞納していた甲が、平成31年2月2日に2か月分の家賃として10万円を支払った旨の供述調書を作成した。

また、同年3月17日、Qが、甲の周辺者から、甲名義の原動機付自転車の所在について聞き込みをした結果、甲が、同年2月初旬に同原動機付自転車を知人に1万円で売却したことが判明した。

Pは、同年3月11日、12日、14日及び16日から18日まで、本件強盗致死事件について甲を取り調べた。Pは、X社を退職した後の生活費等の入手先や、同年2月1日の行動について追及したが、甲は、「どの店かは忘れたが、パチンコで勝った金で生活していた。」「2月1日は何をしていたか覚えていない。」旨の供述を繰り返し、同年3月17日まで否認し続けた。しかし、同月18日、甲は、Pから、家賃の支払状況や銀行口座への30万円の入金について追及されたのを契機に、本件強盗致死事件に及んだ旨自白したため、Pは、その旨の供述調書を作成した。

- 7 Rは、同月20日、甲を本件業務上横領の事実でG地方裁判所に公判請求した（公訴事実は資料2記載の公訴事実1のとおり。）。

- 8 その後、甲は、本件強盗致死の被疑事実で逮捕、勾留され、Rは、同年4月16日、甲を本件強盗致死の事実でG地方裁判所に公判請求した。同裁判所は、本件強盗致死事件と本件業務上横領事件を併合して審理することとし、公判前整理手続に付した。公判前整理手続の結果、各公訴事実に争いはなく、量刑のみが争点とされたほか、本件業務上横領事件も裁判員裁判で審理されることを考慮し、X社社長及びAの証人尋問を実施することが決定された。なお、公判前整理手続において、

弁護士から、甲の集金権限に関する主張はなかった。

しかし、公判期日において、同社長は、「これまで警察官及び検察官に話していなかったが、よく思い出してみると、甲が無断欠勤するようになったので集金等の業務を任せられないと考え、別の部署に異動させたので、平成30年11月20日当時、甲には集金権限がなかった。急な異動のため、甲が担当していたAなどのお客様への連絡が遅くなってしまった。」旨証言した。また、Aは、「平成30年11月20日に集金に来たのは甲である。当時、甲に集金権限がないことは知らなかった。甲は、いつものように、『集金に来ました。合計で3万円です。』と言ったので、甲がX社の集金担当者だと思い、X社への支払として3万円を甲に渡した。」旨証言した。さらに、甲は、被告人質問において、「確かに、平成30年11月20日当時集金権限はなく、それは分かっていたが、とにかく金が欲しかった。」旨供述した。

その後、検察官は、②資料2記載の公訴事実2のとおり訴因変更する旨請求した。なお、検察官及び弁護士から追加の証拠調べ請求はなかった。

〔設問1〕 下線部①の逮捕、勾留及びこれに引き続く平成31年3月20日までの身体拘束の適法性について、

- 1 具体的事実を摘示しつつ、論じなさい。
- 2 1とは異なる結論を導く理論構成を想定し、具体的事実を摘示しつつ、論じなさい。なお、その際、これを採用しない理由についても言及すること。

〔設問2〕 下線部②の訴因変更の請求について、裁判所はこれを許可すべきか。公判前整理手続を経ていることを踏まえつつ、論じなさい。

## 資料 1

年月日 (平成31年3月)	甲の取調べ時間		その他の捜査	
	本件業務上横領事件	本件強盗致死事件	本件業務上横領事件	本件強盗致死事件
2日	3時間		スマートフォンのデータ精査 周辺者への聞き込み	
3日	3時間			
4日		5時間		
5日	2時間	2時間		
6日		3時間		
7日	3時間			
8日		3時間	H店及びI店への 裏付け捜査	
9日		2時間		
10日		3時間		
11日		5時間	パソコンデータ精査	
12日		5時間		
13日	3時間			
14日		3時間	I店への裏付け捜査	
15日	3時間			大家の取調べ
16日		3時間	Yの取調べ	
17日		3時間		原動機付自転車に関する捜査
18日		3時間		
19日	3時間		Yの取調べ	
20日	本件業務上横領事件で公判請求			
合計時間	20時間	40時間		

## 資料2

### 公訴事実1

被告人は、X社に勤務し、同社の売掛金の集金業務等に従事していたものであるが、平成30年1月20日、同社の顧客である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、同日、G市J町1番地所在のA方付近において、自己の用途に使う目的で、着服して横領したものである。

### 公訴事実2

被告人は、平成30年1月20日、G市J町1番地所在のA方において、X社の顧客であるAに対し、真実は被告人に同社の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、「集金に来ました。合計で3万円です。」などとうそを言い、Aをその旨誤信させ、よって、同日、同所において、同人から現金3万円の交付を受け、もって人を欺いて財物を交付させたものである。

- MEMO -

## 令和元年司法試験 刑事系第2問 解答例

### 第1 〔設問1〕1

1 平成31年2月28日に逮捕され、3月1日から3月20日まで勾留したことは、208条1項・2項所定の勾留の最長期間内であるがその間に、身体拘束された甲は、被疑事実の業務上横領に関する取調べの他、強盗致死についても取調べを受けており、強盗致死を本件としつつ、業務上横領を口実とした別件逮捕・別件勾留がなされたとして、身柄拘束が違法となるのではないか。

2 この点について、本件の取調を目的としているかどうかは、客観的に外部的事情から判断するのが困難である。また、別件とされる事件について逮捕・勾留の要件を具備しているのであれば、本件についての取調は、余罪取調べの問題とすれば足りる。

よって、別件とされる事件について逮捕・勾留の要件を具備していれば、身柄拘束は適法である。

3 (1) 本件では、被疑事実である業務上横領について、逮捕・勾留の要件があるか検討する。

まず、逮捕に関し、嫌疑の相当性(199条1項本文)について、X社長による、甲がAから集金した3万円を着服して退職したとの証言と被害届があることから、認められる。次に、逮捕の必要性(199条2項但書)について、甲は無職で学校にも通わず単身生活であることから逃亡のおそれがあり、X社長に被害届を取り下げよう申し入れる等の証拠隠滅のおそれもあることから、認められる。

また、勾留の要件に関しても、嫌疑の相当性(207条1項本

文、60条1項)は、前述のようにX社長の証言と被害届があり、逃亡や罪証隠滅のおそれがあることから、勾留の理由がある。更に、勾留の必要性についても、甲が単身で無職であることに加え、身元引受人がないことから、認められる。

(2) 次に、勾留の延長についてはどうか。パソコンデータ精査やI店への裏付け捜査を行っており、それを踏まえてYへの取調べをして供述を引き出す必要があったことから、勾留の延長は必要なものといえる。よって、勾留の延長も適法である。

(3) 以上のように、甲に対する逮捕・勾留の要件を満たしていることから、甲への逮捕、勾留及びこれに引き続く身柄拘束も適法である。

### 第2 〔設問1〕2

1 (1) 前述の検討とは異なり、甲への逮捕、勾留及び引き続く身柄拘束は違法ではないか。別件逮捕・勾留の適法性をいかに解するべきか、以下、検討する。

(2)ア この点について、本件による取調等のために身柄拘束をすることは、これについて事前の司法審査を欠いていることから、実質的に令状主義に反する。また、別件による逮捕・勾留後に本件逮捕勾留がなされることも考えられるが、その場合、身柄拘束に関する厳格な法定期間を潜脱することとなる。

イ よって、別件について逮捕・勾留の要件を満たしていても、本件についての取調がなされた場合、身柄拘束が違法となり得る。具体的には、①本件についての取調状況、②別件について

の逮捕・勾留の必要性、③本件と別件の関連性等の客観的資料から、取調官の主観的目的を判断することになる。

- (3)ア 本件では、まず、①について、別件である業務上横領についての取調の合計時間は20時間、本件である強盗致死についての取調の合計時間は40時間であり、別件についての取調時間は勾留による身柄拘束中の3分の1に過ぎない。また、勾留の2日目や3日目こそ連日、別件について取調がされているが、4日目以降はほぼ毎日、本件について2～5時間の取調がなされており、身柄拘束中に別件についての取調は7日、本件についてのそれは12日である。確かに、別件についての取調を7日目まで重ねた後に、別件についての裏付け捜査を始めており、これと並行して本件についての取調を行っていることは、身柄拘束中の甲について、甲の同伴を伴う裏付け捜査以外の時間に行う余罪取調べして自然なものとも解することができるが、累計取調時間を比較しても、40時間もあり、別件に充てた20時間の2倍もあることから、総合して、取調状況は本件である強盗致死についての取調を目的とするものと評価できる。

他方、②について、前述のように、パソコンデータ精査やI店への裏付け捜査が必要であり、その後に取調を必要としたことから、業務上横領のための勾留の必要性があるといえる。

しかし、③について、別件の業務上横領と本件の強盗致死については、被疑者が甲であること、金銭目的の利欲犯であると

いう共通点があるが、別件と本件とでは、日時も場所も全く異なっており、何らかの関連性を見出すことは難しい。

- イ したがって、以上を総合すれば、別件についての勾留の必要性があるとしても、取調や裏付け捜査の状況、別件と本件の関連性が希薄であることから、別件である業務上横領を被疑事実とする逮捕・勾留に仮託した、本件である強盗致死のための身柄拘束といえる。

よって、かかる身柄拘束は違法である。

- 2(1) しかし、このような理論構成と帰結については、採用することは妥当ではないのではないか。

- (2) 前述のように、令状請求の基礎となった被疑事実について身柄拘束の要件が具備されている場合、令状発付の際に、背後にある本件についての取調目的を探知して、それを理由に令状請求を却下すべきとすることは、困難である。

また、別件について身柄拘束の要件が具備されている場合、並行して本件について取り調べる目的があるからといって、別件について逮捕・勾留して捜査を行うことの必要性を否定することも困難である。寧ろ、別件逮捕・勾留に一見して当たるがために身柄拘束を安易に違法とすることは捜査による真実発見の要請(1条)に反する。

更に、それ自体で逮捕・勾留の理由も必要性も十分にある別件についての身柄拘束が、偶然にも被疑者に重大な罪である本件の嫌疑があるが故に許されないとなるのは、やはり真実発見の要請

に反し、著しく不当である。

- (3) 以上から、前述のような、甲の逮捕、勾留及びこれに引き続く身柄拘束を違法とする見解を採用することはできない。

第3 「設問2」

1 (1) 本件での訴因変更請求に対し、裁判所はこれを許可すべきか。まず、訴因変更は「公訴事実の同一性」(312条1項)がある限りで可能であるから、公訴事実の同一性があるか検討する。

- (2) 刑事訴訟の一回的解決を図る必要がある。刑事手続に対応しなければならぬ被告人の負担を可能な限り軽減するためである。他方、無限定な訴因変更を認めることは被告人の防御活動に著しく不利益となる可能性があるため、妥当でない。公訴事実の同一性は、このような観点から判断すべきである。

よって、公訴事実の同一性があるというには、訴因変更の前後の各犯罪を構成する基本的事実関係が社会通念上同一といえる必要がある。

補充的に、訴因が変更前と変更後とで非両立関係であるかどうかにも検討すべきである。具体的には両訴因に係る事実が、併合罪(刑法45条前段)の関係であれば社会通念上同一といえず、非両立関係であるといえる。

- (3) 本件では、公訴事実1が、平成30年11月20日にA方において被告人甲が現金3万円の業務上横領をしたことを内容としているのに対し、公訴事実2は被告人甲が同年同月同日にA方において、Aに対して、甲自身に集金権限があるかのように装って、

Aを誤信させ、現金3万円を交付させたという詐欺についての公訴事実である。

両罪を比較すると、日時、場所、行為者、被害者、被害金額が一致しており、甲がX社の従業員としてA方を訪れて3万円を入手したという基本的な事実関係が社会通念上同一といえる。また、このような事実関係において、甲がA方における3万円を領得することを、業務上横領と評価するか、詐欺と評価するかの違いがあるにすぎず、両罪は併合罪関係になく、即ち、これは非両立関係である。

以上から、公訴事実1と公訴事実2は公訴事実の同一性があることから、312条1項との関係で訴因変更は許される。

2 (1) しかし、本件での訴因変更請求は、公判前整理手続を経た後に行われるものであることから、時期的限界を超えるものであり、許されないのではないか。

- (2) この点、原則として、訴因変更の時期的制限はないのが原則である。当事者主義的訴訟構造(256条6項、298条1項、312条1項)をとる法の下では、訴因変更請求の権限と責任が検察官にあるからである。

他方、公判前整理手続は当事者双方が公判でする予定の主張を明らかにして、証明に用いる証拠の取調請求や証拠の開示、必要に応じた主張の追加・変更をすることで、事件の争点を明らかにし、証拠を整理するものである。そして、これ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えるようにするための

制度であることに、公判前整理手続の趣旨がある。

よって、公判前整理手続を経た後の公判では、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。

(3)ア 本件では、公判前整理手続では量刑のみが争点とされ、甲の集金権限に関する主張がなかった。

しかし、その後の公判期日において、X社社長は、平成30年11月20日時点で甲に集金権限がなかったことを証言し、Aも、同日の甲に集金権限がなかったことを知らなかったこと、甲が同日にいつものように集金に来たと述べたこと、Aが甲を集金担当者だと思ってX社への支払として3万円を甲に渡したことを証言している。このような証言から、甲の行為が詐欺罪の構成要件に該当し得ることが公判期日において初めて判明しているものであり、甲が詐欺罪を犯した可能性が高まったといえるから、審判対象たる公訴事実を詐欺に切り替える必要がある。また、被告人である甲の防御活動の便宜の観点からも、訴因を業務上横領から詐欺に切り替えなければ、甲が不意打ちを食らう可能性が高い。

イ すると、このような証言を承けて訴因を業務上横領である公訴事実1から詐欺である公訴事実2に変更することは、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行えるようにするための制度である公判前整理手続の趣旨を没却するものではない。

よって、本件での訴因変更請求を裁判所は許可すべきである。

以上

- MEMO -



**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。

LU19418