

予備試験

---

平成29年 予備試験論文分析会  
刑法・刑事訴訟法  
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 175256

LU17525



## 平成29年 予備試験論文分析会

### 刑法・刑事訴訟法の講師レジュメ

今回の分析会では、別冊のスタッフ作成レジュメ（刑法・刑事訴訟法・法律実務基礎科目〔民法・刑法〕）の他に、私が作成した本レジュメを配布しています。本レジュメには、刑法と刑事訴訟法に関する事項を記載しています

平成29年7月30日

LEC専任講師 矢島純一

#### ・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。

#### ・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。

・条文の略記：I = 1項 ① = 1号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段

\*論点抽出

第1 甲の罪責

1 甲が殺意を持って致死量が10ミリリットルの劇薬Xを8ミリリットル注入したワイン一本を宅配業者を介してV宅に配達させたがVが不在だったため不在票だけをV宅のポストに投函させた**行為**につき、殺人未遂罪（203, 199）が成立するか？

(1) 注入した毒が致死量に足りない点で殺人罪は不能犯か？

→致死量わずかに足りないだけであり、そもそもVに心臓疾患があろうかなかろうが、Vの体調しだいではVが死亡する可能性もあったといえるような事案であることを考慮すると、従来の多数説である具体的危険説や近時の有力説となっている客観的危険説のいずれを採用しても不能犯にはならないであろう。

注：スタッフ解答例は具体的危険説から不能犯の成立を否定している。

(2) 宅配業者を利用した離隔犯の事案で劇薬XがV宅に届けられなかった点で殺人罪の実行の着手が認められないか？

→スタッフ解答例を参照

注：スタッフ解答例は、以上の不能犯、離隔犯に関わる2つの事実関係を検討した結果、殺人未遂罪の成立を否定し、殺人予備罪（201）の成立にとどめている。

2 甲が事情を知らない乙に致死量が6ミリリットルの劇薬YをVに注射させて殺害しようと考えて、劇薬Yが6ミリリットル入った注射器を乙に渡してVに注射するよう指示し、乙をしてVに3ミリリットル注射させてVを急性心不全で死亡させた**行為**につき、殺人罪（199）の間接正犯が成立するかが問題となる。

(1) 間接正犯の実行の着手の有無

→問題文に、乙に「刑事上の過失」があったとあるため、過失犯を利用した間接正犯の成否が問われている。

他人の過失行為を利用して犯罪を実現しようとする場合には、被利用者には予見可能性を前提とする結果回避義務があり利用者の指示どおりに行動しない可能性があることから、他人を一方的に利用して**犯罪の結果実現過程を支配**〔注：「行為を支配」とする見解でもよい〕したものとはいえず、間接正犯の実行行為性が認められないのではないかとの問題意識がある。この点については、事案を検討して、甲が、正犯意思をもって、他人を一方的に利用して**犯罪の結果実現過程を支配**したと評価できるのであれば、殺人罪の実行の着手が認められる。

## (2) 因果関係の有無

→甲に殺人罪の実行の着手が認められるとしても、甲が殺人既遂の罪責を負うには、甲の実行行為とVの死の結果発生との間に因果関係が肯定される必要がある。因果関係の存否は、最近の判例の考え方といわれている危険の現実化説から判断するとよい。

本問において、甲は、致死量は6ミリリットルであるが心臓疾患があるYを殺害するには3ミリリットルで足りる劇薬Yを6ミリリットル注入した注射器を情を知らない乙に渡して、乙をしてVに3ミリリットルの劇薬Yを注射させた行為は、それ自体、劇薬Yの影響で心臓発作を引き起こしてVを殺害するだけの危険な行為があるといえるため、Vの心臓発作による死の結果は、甲の行為に含まれる危険が現に発生した結果として現実化したものとして因果関係が肯定されると考えられる。

## (3) 殺意

→丁寧に論じるなら、構成要件の客観面が満たされることを認定した後に、構成要件の主観面として、甲に殺意があることを簡単に指摘するとよい。

## (4) 因果関係の錯誤

→現実の因果経過（3ミリリットル注射して殺害）と甲が意図した因果経過（確実に殺害するために6ミリリットル注射して殺害）に食い違いがあるため、甲には因果関係の錯誤があることになる。

因果関係の錯誤については、どの見解に立っても、結論として因果関係の錯誤を理由に故意が阻却されることは実際上なく、議論の実益がそれほどないため、長々と書きすぎないように注意する。

本問では、甲の実行行為とVの死の結果発生との間に客観的な因果関係が認められ、甲の因果関係に関する錯誤は同一構成要件内の事実の錯誤にすぎないため故意を阻却しないということに関係に指摘しておけばよい。

注：スタッフ解答例は、解答例に文章が入りきらなかったせい因果関係の錯誤に一切触れていない。その気持ちは分からなくもない。しかし、少ないながらもこの論点に点数が振られているはずなので、できれば上記のように簡単に指摘しておきたい。

## (5) まとめ

以上の検討の結果、甲には殺人罪が成立する。

## 3 罪数

甲のVに対する劇薬Xを用いた殺人未遂又は殺人予備行為は、劇薬Xを買った8月2日から宅配業者に配達させた8月25日の間に行われている。一方、甲のVに対する

劇薬Yを用いた殺人行為は8月26日にされている。

上記2個の行為が時間的場所な近接性や行為態様の近接性からVの生命という同一の法益を1回侵害していると評価できる場合は、第1行為により成立した犯罪と第2行為により成立した犯罪を包括して重い殺人罪のみ成立（包括一罪）すると考えるのが通常である。**一方**、本問では、特に、第1項と第2行為とで用いた毒薬が異なるため、殺害の準備行為としては、それぞれ別個のものとして評価して併合罪として扱うこともありえる。

注：スタッフ解答例は、併合罪としている。

## 第2 乙の罪責

- 1 乙が注射器の中の薬剤が何なのかを確認しないまま劇薬YをVに注射してVを死亡させた行為については、医師である乙が、業務上の過失によりVを死亡させたものとして業務上過失致死罪（211 前段）が成立する。

この点については、問題文に、乙に「Vの死の結果について刑事上の過失」があることが明記されているため、過失の内容等を長々と検討する必要はない。

→スタッフ解答例を参照

- 2 乙が市役所に提出すべき死亡診断書に虚偽の死因を記載してVの母Dに交付した行為については、虚偽診断書作成罪（160）が成立する。

→スタッフ解答例を参照

- 3 上記1の死亡診断書の作成行為については、他人である甲の刑事事件に関する証拠を偽造したものとして証拠偽造罪（104）が成立するかが問題となる。

証拠偽造罪の偽造の客体は、他人の刑事事件に関する証拠であり、自己の刑事事件に関する証拠が含まれていないところ、本問乙の行為は、自己の業務上過失致死罪という自己に関する刑事事件の証拠を偽造する側面があるため、乙に証拠偽造罪が成立するかを検討しなければならない。

→スタッフ解答例を参照

- 4 上記2の行為については、罰金以上の刑に当たる罪を犯した者を隠避したものとして犯人隠避罪（103）も成立しうる。

隠避：蔵匿以外の方法で官憲による発見を免れさせる一切の行為

注：スタッフ解答例では、解答例に書ききれないせいか、犯人隠避罪の成否には触れていない。

5 乙が、内容虚偽の死亡診断書を事情を知らないDをしてC市役所に提出させた行為について、虚偽診断書の行使罪（161 I）の間接正犯が成立する。

→スタッフ解答例を参照

## 6 罪数

乙には、①業務上過失致死罪、②虚偽診断書作成罪、③証拠偽造罪、④犯人隠避罪、⑤虚偽診断書行使罪が成立し、②と⑤は手段と目的の関係にあるためけん連犯（54 I 後段）となり、②、③、④は1個の行為が2個以上の罪名に触れるものとして観念的競合（54 I 前段）となり、これらと①は、それぞれ別個の行為によるものとして併合罪（45 前段）となる。

★設問 1 の基本知識の確認 [矢島の速修インプット講座のテキストから抜粋]

## 現行犯逮捕 (212 I)

### (1) 意義

→現に罪を行い、又は現に罪を行い終わった者は現行犯人として、逮捕状なくして逮捕することができる (憲法 33, 刑訴法 212 I, 同 213)。現行犯逮捕が令状主義の例外として許容される趣旨は、現行犯の場合は被逮捕者が特定の犯罪の犯人であることが明白 (犯罪と犯人が明白) で、誤認逮捕のおそれがないことに求められる。

### (2) 現行犯逮捕の実体的な適法要件

・現行犯逮捕の実体的な要件 ●

- ① 現行犯性 (時間的接着性)
- ② 犯罪と犯人の明白性 (嫌疑の明白性)
- ③ 逮捕の必要性

(4) 軽微の罪 (30 万円以下の罰金, 拘留, 科料) の場合は、住居不定, 氏名不詳, 逃亡のおそれのどれかに該当することが必要となる。

・現行犯逮捕が適法といえるためには、現行犯逮捕が誤認逮捕のおそれがないといえることが必要である。そこで、現行犯逮捕をするには、被逮捕者が特定の犯罪の犯人であることが明白といえなければならず、②犯罪と犯人の明白性 (嫌疑の明白性)が要求される。○

・現行犯逮捕が令状主義の例外として許容される趣旨が、現行犯の場合は被逮捕者が特定の犯罪の犯人であることが明白 (犯罪と犯人が明白)で、誤認逮捕のおそれがないことに求められることからすると、誤認逮捕のおそれがないといえることを担保するために、犯罪と犯人の明白性は、逮捕の現場における客観的的外部状況等から、逮捕者自身が認識していることが必要である。判例も結論は同旨である。(京  
都地決昭 44. 11. 5)。●

★設問1の考え方の方向性

設問①の現行犯逮捕は、被疑事実となっている本問殺人事件の犯行から約30分後、犯行現場から約2キロメートル離れていたため、①現行犯性の要件を満たしているとはいにくく、さらに、甲を現行犯逮捕した警察官は、甲の犯行を自ら認識していたわけではなく、目撃者Wから事前に聴取していた犯人の特徴や犯人が逃走した方向に関する供述を根拠に甲を逮捕したにすぎないため、②犯罪と犯人の明白性の要件も欠く。したがって、①の現行犯逮捕は適法要件を満たさず違法である。

★設問2小問1の基本知識の確認 [矢島の速修インプット講座のテキストから抜粋]

## 第2章 公訴の提起

### 1 公訴の提起～起訴状の記載事項

#### (1) 意義

→公訴の提起は、裁判所に起訴状を提出してするところ (256 I)，起訴状には、①被告人を特定するに足りる事項，②公訴事実，罪名を記載しなければならない (256 II ①～③)。◇

#### (2) 公訴事実

→起訴状には公訴事実を記載しなければならない (256 II ②)。

・公訴事実は訴因を明示して記載しなければならず，訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してしなければならない (256 III)。○

#### (3) 訴因

##### ア 意義

→訴因とは、検察官が主張する、特定の犯罪の構成要件にあてはまる具体的事実をいう。●

##### ・訴因の機能

訴因には次の2つの機能がある。

① 訴因は、検察官が審判を求めている起訴状記載の訴因とそれ以外の事実を区別することで審判対象を画定する機能を有する (識別機能)。●

注：画定機能→正 確定機能→誤

② 訴因には被告人の防御対象を明らかにする意義がある (防御機能)。●

- ・ 訴因の識別機能と防御機能との関係をどのように捉えるかについて、現在の判例実務は、訴因の第1次的で最も重要な機能は審判対象の範囲を画定しこれを明確にするという識別機能にあるものと捉えている（最決平 13.4.11，最決平 24.2.29等）。この見解からは、このような考え方は識別説といわれている。識別説からは、訴因の識別機能により審判対象が画定されれば、その限度で訴因の防御機能（告知機能）が果たされることになるとして、訴因の防御機能は2次的な機能と位置付けられる。

○

## イ 訴因の特定の対象

→256条3項は「訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない」と規定している。これによれば、訴因として特定されなければならないのは、「罪となるべき事実」であり、これを「日時、場所、方法」により特定する必要がある。●

- ・「罪となるべき事実」とは、特定の犯罪の構成要件にあてはまる具体的事実をいう。これには、未遂罪、共同正犯、教唆犯、幫助犯などの修正された構成要件に該当する事実も含まれる。○

## ウ 訴因の特定の程度

→訴因は、「罪となるべき事実」を、できる限り日時、場所及び方法をもって特定しなければならない（256Ⅲ）。訴因の特定の程度について、識別説からは、〔① 特定の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度の具体的事実を摘示し、〔② 他の犯罪事実と識別しうる程度に特定されている必要があり、かつ、それで足りると解されている。○

- ・ 以上まとめると識別説からは、次の①及び②の要請を満たすことが必要である。●
  - ① 特定の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度の具体的事実を摘示する（被告人の行為が特定の構成要件を充足することが分かるように具体的な事実を摘示する）こと。
  - ② 他の犯罪事実と区別（識別）できる程度の具体的事実となっていること。
- ・ 上記①及び②の事実以外の事実で被告人の防御にとって重要な具体的事実は、識別説からは訴因の特定に必要な事項には当たらない（反対説＝防御権説）。○

・ **例えば**、被告人AのVを被害者とする殺人罪（刑法199条）の単独犯の訴因でい  
えば、犯行の日時を具体的に特定できる証拠がなかったために、「被告人Aは、平成  
29年8月1日から同月15日頃の間、V方において、殺意をもって、何かひも  
状のもをVの首に巻きつけてその両端を引っ張り、よってVを窒息死させて死亡さ  
せた。」として犯行の日時にある程度幅がある訴因を起訴状に記載したとしても、こ  
れら事実により、被告人の行為が、人を殺したとの殺人罪の構成要件該当が明らか  
になるため、「罪となるべき事実」の摘示に欠けるところはない。また、Vを被害者  
とする殺人罪は1個しかありえない性質の事件であることや、証拠の収集が困難が  
あった事情を考慮すると、「できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実  
を特定」（256Ⅲ）したといえる。○

また、**例えば**、量販店で販売されているガム1個を万引きした事案では、被告人  
が、ガム1個をポケットに入れて窃取するという窃盗罪（刑法235条）の構成要  
件に該当する具体的事実の他に、日時、場所を特定しなければ被告人の他の万引き  
の事実と識別できないため、日時、場所の摘示が必要となる。

・ 共謀共同正犯の訴因の特定 ◇

共謀共同正犯の成立要件につき判例（練馬大法廷事件）が採用しているとされる2  
要件説に立つと、**共謀共同正犯**の構成要件（刑法60条）に該当するのに必要な事  
実は、特定の犯罪の**共謀の事実**と、共謀者のうちのいずれかの者による共謀に基づ  
く実行行為により結果が発生した事実となる。

補足すると、共謀共同正犯は一部実行全部責任として共謀者全員に犯罪結果を帰  
責するものであるため、「共謀者のうちの誰かが実行行為をしたという事実」は訴因  
の特定に必要であっても、「共謀者のうちの誰が実行行為をしたかという事実」まで  
は訴因の特定に必要な事実とはいえない。また、共謀共同正犯における実行行為は  
法的にみると1つの共謀に基づきされているものといえるため、共謀の日時、場所、  
方法までは訴因の特定に必要な不可欠な事実には含まれないと解されている。

例えば、甲、乙、丙を被告人とする殺人既遂罪の共謀共同正犯（刑法60条、1  
99条）の事例であれば、甲らがVを殺害する旨の共謀をした事実と、その共謀に  
基づき前記共謀者のうちいずれかの者がVを包丁で刺すという実行行為にでてVを  
死亡させた事実が訴因の特定に必要な事実となる。

★設問2小問2の考え方の方向性

(4) 訴因が特定されていない場合における裁判所が採るべき措置

→起訴状の公訴事実欄に記載された訴因の特定に不備がある場合に裁判所が採るべき措置は次のとおりとなる。△

- ・訴因の特定に不可欠な事項が起訴状に記載されていない場合は、公訴提起の手續が訴因の特定を要求する256条3項の規定に違反して無効であるものとして、338条4号により判決で公訴棄却される。ただし、公訴棄却判決には一事不再理効がなく再起訴が可能なので、訴訟経済を考慮して、裁判所は、いきなり公訴棄却判決をするのではなく、検察官に対して、訴因を補正させるために釈明を求める義務があり（**義務的な釈明**）、また、検察官も釈明する義務があると解されている。△

この点について、最高裁も、「訴因の記載が明確でない場合には、検察官の釈明を求め、もしこれを明確にしないときにこそ、訴因が特定しないものとして公訴を棄却すべきもの」としている（**最決昭33.1.23**）。

なお、検察官が、釈明して訴因を特定したときは、その釈明内容が訴因の内容を構成し、裁判所はそのまま審理を続けることになる。

- ・なお、裁判所は、争点を明確にするために、訴因の特定に不可欠とはいえない事項であっても被告人の防御に重要な事項（識別説からは訴因の特定に不要な事項）について、検察官に対して、裁量的・任意的に釈明することができる。△

検察官が、上記事項を任意に釈明したとしても、訴因の内容とはならない。**ただし**、裁判所は、検察官が任意に釈明した事項と異なる事実を認定するときは、被告人に対する不意打ち防止のために、当事者に釈明するなどして、事前に争点を明確化・顕在化して裁判所が認定しようとする事項について審理をする必要がある。

関連問題：予備論文 H25, H29

★設問 2 小問 3 の考え方の方向性

### 3 訴因変更の要否

#### (1) 訴因変更の要否の判断基準

→訴因変更の要否の判断枠組みを示した重要判例がある（**最決平 13. 4. 11**）。H24 と H26 の司法論文の**出題の趣旨**には、この平成 13 年決定を踏まえて判断枠組みを定立することを示唆する記載がある。

〔論証例〕 **訴因変更の要否** 13 年決定を踏まえたオリジナル論証例 ●

刑訴法は訴因の設定を検察官の権限として**当事者主義**を採用していることに鑑みると、**訴因の第 1 次的な機能**は、検察官が審判を求めている起訴状記載の訴因とそれ以外の事実を区別することで**審判対象を画定する識別機能**にあるといえる。そして、審判対象が画定されることで、**副次的に**、被告人に対する防御の範囲を明確にするという**防御機能**が実現されると考える。このような**訴因の機能にかんがみると**、①**審判対象を画定**するのに**必要な事項が変動**する場合には被告人の防御にとって不利益か否かにかかわらず**訴因変更が必要**と考える。また、②**審判対象の画定に必要な事項でなくとも**、**被告人の防御にとって重要な事項**を検察官が**訴因に明示**した場合は、裁判所がそれと実質的に異なる認定をするには**原則として訴因変更を要する**と考える。もっとも、③前記②の場合でも**被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過**に照らし、**被告人に不意打ちを与えて被告人の防御活動を無にするものではなく、かつ**、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて**被告人にとって不利益とならない場合には**、**訴因変更をせず**に訴因と異なる認定ができると考える。

→訴因変更の要否の判断枠組みを示した平成 13 年決定に則して本問を考えると、まず、共謀の日時は審判対象の画定に必要な事項ではないため①の観点からは訴因変更が必要な場合に当たらない。次に、共謀の日時は、被告人の防御に重要な事項であるが、これを検察官が訴因として明示していないため、②として訴因変更が必要となる場合に当たらない。したがって、裁判所が小問 3 の事実を認定して有罪判決を言い渡すには、本問では**訴因変更は不要**である。ただし、**不意打ち防止のために争点の顕在化が必要**となる。

## ・争点の顕在化

争点の顕在化を問題とした判例を紹介する。共謀共同正犯の事例で、謀議の日時が特定されないまま起訴され、その後、検察官が冒頭陳述において謀議の日時が3月12日から3月14日までの間として釈明したところ、被告人が、3月13日夜のアリバイを主張し、その点に関して当事者の攻撃防御が集中していたのに、控訴審が、1審でも控訴審でも争点とされていなかった12日夜の謀議の存在を認定した。最高裁は、12日夜の謀議の存否を控訴審における争点として顕在化させた上で十分に審理を遂げる必要があります、これをせずに前記のような認定をしたことは被告人に不意打ちを与えその防御権を不当に侵害し違法とした（最判昭58.12.13・よど号事件）。

例えば、上記事案であれば、裁判所が、当事者に求釈明をして、3月12日夜の謀議の有無について審理を尽くさせるべきであったといえる。

**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) 2017 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU17525