

本件について、逮捕・勾留の要件が備わっている場合別件逮捕・勾留は
本件基準説に立てば適法か？

取調べ受忍義務：余罪の取調べ受忍義務があるのか

第1 設問1の1について

①：5行目から6行目の記載について

→本件の問題の所在の理解を示すため、「別件逮捕勾留」を捜査機関が行った
ことが問題であることを示した方が、より良いと思います。

②：8行目「から」と「本件取調べ目的」の記載について

→身体拘束における時間制限と、令状主義の潜脱に因果関係はありますでし
ょうか。

- ・本来は許されないはずの身体拘束を伴う措置を、司法審査という手続を踏む
ことで特別に許可するもの・・・令状主義
- ・令状主義に基づき身体拘束を許すにしても、過重な身体拘束とならないよう
に、刑訴法が厳格な時間制限を定めること
- ・再逮捕再勾留の禁止

など

本件基準説に立脚する場合、別件での逮捕は、上記の様な問題が発生するた
めに、別件逮捕勾留は、「捜査機関が別件での逮捕勾留を実質的に本件の取調べ
のために利用する意図・目的がある」場合には、違法であるのではないでし
ょうか。

上記の点をしっかりと説明して、本件基準説に立脚する場合の規範を定立する
必要があると思います。

③：10行目から13行目の判断基準について

→実務ではそうでしょうが、今回は、少なくとも捜査機関が別件逮捕勾留に至
った思考過程が記載されています。司法試験では、記載されていること＝事実
なので、この点は特に記載を要せず、捜査機関の意図についても記載して評価
した方が、より説得的であると思います。

④：19行目の記載について

→取調べは、身体拘束をして初めて可能となる捜査ではないです。任意で取り

調べる限り合法です（上記の記載だと、身体拘束を受けていない在宅事件は、一律取調べ不可となっています）。

* 全体的に、事情の拾い上げが不足しているように感じられます。

日付がしっかり書かれていることから、その時の捜査の内容・必要性をしっかり書く。あてはめの事情を出題趣旨で確認
逮捕・勾留・勾留延長の段階で、何の捜査が残っているのかを精査するのが重要

第2 設問1の2について

①：31行目の「別件基準説」との記載について

→書かれている規範を見る限り、実体喪失説に読めます。別件基準説は、別件についての逮捕勾留の要件（逮捕の理由と必要性）がある限り、本件の取り調べをするための目的があっても、別件逮捕勾留は違法とはならないとする見解の説明として、用いられることが多いと思います。

なお、この見解には、別件逮捕勾留の理由と必要性がない場合、違法なのは当然であり、違法な別件逮捕勾留という独自の概念を否定するものとの批判があるため、この見解は、本件取り調べの問題は、余罪取り調べの限界論で考察することになります。

まあ、別件基準説の1つの類型だとはおもいますが、念のため。

②：35行目の記載について

→被害品の3万円が証拠になることはありますか？例えば、現金で1万円を窃取して相当の時間が経過している場合、（券番号等が控えられ、それを被疑者が持っている等の特殊な状況を除き）通常証拠とはなりません。

そのため、お金がないはずの被疑者が事件後に急に返済したことや、アリバイがないこと（パチンコ店での裏付け捜査）等の間接事実の積み上げにより、捜査機関は被疑者の犯人性を立証しようと捜査している点に注意が必要です。

③：3頁目の7行目の記載について

→上記の点にも関係しますが、間接事実を積みあげることにより、被疑者の犯人性を立証しようとするとき「Yが甲から返済を受けた事実」は、どこまで立証の観点で重要でしょうか。

それよりも、3月10日時点では、甲がアリバイ主張するパチンコ店での防カメの捜査や、A（取引先社長）の供述を裏付けるためのパソコンデータの精

査等の捜査が終わっていないこと、また加えて上記のYの供述もとれていない等、複数の捜査が未了であり、かつその点について罪証隠滅のおそれや、逃亡のおそれ（この時点ではまだ否認）があることから、勾留延長が許可されたと考える方が自然です。

やむを得ない事由のあてはめは、客観的証拠から基礎付ける。

第3 設問2について

①：25行目

→「訴因と罰条」の変更が必要となると明記した方がよいと思います。

②：30行目から32行目の記載について

→二重処罰の禁止を理由に挙げていますが、コンパクト過ぎて理解が及んでいるのか判断が難しかったです。

刑訴法は、「公訴の提起があった事件について、更に同一裁判所に公訴が提起されたとき」には、判決で公訴を棄却することとし（338条3号）、また、「確定判決を経たとき」には、判決で免訴の言い渡しをすることとしています（337条1項）。こうした二重起訴の禁止や一事不再理効の規定は、「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」とする憲法39条の規定を担保するものとして、理解することができます。

すなわち、刑訴法は、一つの刑罰権は一つの有罪判決によって行使されることを目指しています。

ただ、実際の訴訟では、訴訟経過や証拠関係に照らして、設定された当初訴因を変更する必要がある場合があります。

この際に、変更の程度が一つの刑罰権の範囲内のものであれば、当然、別訴を提起させるべきではなく、訴因変更手続をとることによって、同一訴訟手続で処理すべきであり（別訴を提起したとしても、公訴棄却の判決が出ることが予想されますし、そもそもそういった訴訟を併存させることが二重処罰の危険性を生じさせるものとなります。）。他方、変更の程度が著しく、一つの刑罰権の範囲に入らない場合については、別訴によらなければならないとする方が、手続的に安定するし、合理的であるといえます。

つまりは、一つの刑罰権の範囲内→訴因変更、一つの刑罰権の範囲外→別訴提起という整理を刑訴法は予定していると考え、一つの刑罰権の行使に当たって、2つ以上の訴訟が併存することを防止し、もって、二重処罰の危険が生じることを回避することが訴因変更の目的だ。と言い換えることができます。

これを、「公訴事実の同一性の範囲内で訴因変更が許される」という制度に当てはめて言い換えると、「刑訴法は、公訴事実の同一性を欠く場合には、別

訴を提起させ、公訴事実の同一性がある場合には、訴因変更を用いて同一訴訟内で処理すべきとすることによって、一つの刑罰権の行使に当たって、2つ以上の訴訟が併存することを防止し、もって、二重処罰の危険が生じることを回避することをその趣旨・目的としている」ということになります。

上記の説明をコンパクトにまとめた規範とすべきですが、「二重処罰の禁止の危険が生じるので、かかる危険を回避する点」との説明だけでは、少し不十分であるのご理解頂けると幸いです。

③：33行目から34行目

基本的事実関係の同一性は、主にこういった基準で判断するのか（日時や場所等）は規範レベルで記載した方がよいでしょう。

④：39行目について

→適用法条は問題ではありません。渡辺さんの二重の処罰の禁止を理由とするならば、一つの刑罰権の行使と言えるものなのかどうか重要です。同じ日時、財物の対象も同じで、ただ、集金権限が異なるだけであれば、一つの刑罰権の行使と言えるものと評価できるでしょう。

そと、非両立基準を立てたのであれば、本件は非両立であるかどうかの検討の記載も必要でしょう。

⑤：公判前整理手続を経ていることについて

→1つの筋としては、アリだと思います。この手のものは、趣旨→規範→あてはめの形式になっていれば点が来るので、OKと思います。