

第 問

第1. 設問1

1. 逮捕, 拘留における身体拘束は, 実体法失説に於て適法であると
解せよ。以下, 検討する。

(1) 事案について

本事案は, 業務上横領罪(以下「別件」という)の令状に於て, 甲
を逮捕し拘留を行い, その拘留中に甲が関与した乙の疑われる
強盗致死罪(以下「本件」という)の取調べも行った上, 両罪を起
訴したものである。

問題提起

(2) 逮捕の適法性

ア) 刑事訴訟法(以下略)197条1項は強制処分とするためは令状を
必要とする旨を定めている。この趣旨は, 逮捕が身体拘束を伴うこと
より被疑者の重要な権利(憲法31条参照)を侵害するものであるため,
身体拘束について, 司法審査を要するに憲法31条を具体化するこ
とである。2項, 司法審査を経ない不適切な手続に於て逮捕から被
疑者を保護するものと考えられる。

イ) 本事案では, Pは別件についての令状を得て甲を逮捕している。別
件の令状に於いても司法審査を経ている。逮捕については適切な手
続に於て行われたといえる(199条1項)。

ここが論点

~~新 甲は本件について令状を得ていない。~~

ウ) したがって, 甲の逮捕は適法である。

(3) 拘留の適法性

ア) 拘留は逮捕よりも身体拘束期間が長期に及ぶため, 身体拘束
の必要があるかにより慎重に判断しなければならない。

理由は?

第

問

ここは
減点
大きい

この判断は、別件についての逮捕状を下の判断からしてあり、取調への
態様から別件の令状の实体を喪失させている場合には、実質的に
令状主義を看過しているから適正手続違反にあるといえる。

1) 本事件における取調への態様は、たしかに別件の20時間であ
るに對し、本件は40時間である。これは本件について別件の倍取調へて
いることである。主体的に本件を取調へていると考えられる。関係性!

しかし、別件については防犯カメラの画像入手に時間をかけていた
という捜査上の事情があった。それ、本件と別件の取調への2〜3
日ごとに交替で行われており、取調へ官も本件についてはあり、別件
についてはなしに分かれている。

さらに、別件の取調への中で本件に関する全員の話題もあったりと財
産犯と共通していることから、両罪の取調へは重なる部分が多い。この
ため、本件と別件とは明確に区分して取調へを行うことは難しい。

もっとも、別件の取調へが終了した後に、本件について取調へする場
合には、別件の令状を免脱しているといえるところ、別件の取調へが
3月19日に終わっていたのに、本件の取調へは3月18日に既に終わっていた。
そのため、別件の令状を免脱しているとはいえない。

2) したがって、取調への態様から、別件の令状を喪失の实体を喪失さ
せているとはいえない。← 結論ありきでは?

3) よて、実質的な令状主義の看過はあり、同様に適正である。

2. 本件基準法により、身体拘束が不適法と解する見解について、以下検
討する。

1) 逮捕・拘留による適正手続を要求するのは、被疑者への権利侵害

これが規範?

?

客を最少限にするにわかれあう。つまり、本来、身体拘束の必要がない軽微な別件において、未だ逮捕する証拠のない本件の取調べを行う意図により別件逮捕・拘留した場合は、不要な身体拘束を及ぼしているといえる。このような場合は、適正手続を定められた拘束と皮肉なものもあり、本件に比して逮捕状がないうち、別件による逮捕・拘留は不適法であると解する。

(2) この点、別件逮捕が行われた経緯は、^{本件に}甲を逮捕する証拠が不十分だったことから、別件の犯罪事実が^{本件に}必要となり被害届が出されていなかった別件^に振り起されたものである。 **評価**

たとえば、~~別件~~別件の被害者であるX社長は、横領金も3万円と少額だったことや世間体と見れば、被害届を出す必要と断っていた。これにもかかわらず、Pが被害届を出すよう再三求められた。こうした被害届が出されている。つまり、本来、別件事件は、逮捕に際し身体拘束がなされるほど軽微なものだったといえる。 **軽微性の問題?**

対して、本件は強盗致死事件と重大である証拠が不十分であり身体拘束に及ぶにわかれ、そこで、別件の取調べに際して本件を取調べるとして目的に別件の身体拘束を図られたものである。

したがって、~~本件の取調べを行う意図により別件に逮捕が行われており、不要な身体拘束が及ぼされている。~~ **目的の有無が論点では?**

(3) 52. 本件に比して逮捕状がないうち、別件による逮捕・拘留は不適法である。

3. 本件基準となる理由

41. 適正手続は、司法審査を経るべき行為であることを目的としていから、被疑者

か、身体拘束に及びたか、令状を収め、事実を重視するに依る。そのた
め、別件にも令状を出している以上、当然に逮捕に及ぶもの。よって、逮捕
に及ぶかは、令状を交付した後の事情に依り、身体拘束に及びた以降
の事情を判断するに依る。

よって、身体拘束以前の事情も含めて適法性を判断している当該
見解は妥当しない。← **どういう問題か?**

第2. 設問2.

1. 許因変更の可否.

(1) 許因変更は「公許事実の同一性を認め、限度において」(312条1項)
行うことである。この「公許事実の同一性」が要求されるのは、旧許因と
新許因が構成要件と重なる場合には、許因変更を認めなければ
二重処罰の危険を生じているためである。

(2) よって、公許事実の同一性の判断にあたっては、両許因の間の基本的事
実関係が同一かと判断し、補充的に両許因が両立しない関係にある
かと判断するに依ると解する。 **「許因」の定義を確認**

(3) この点、旧許因は業務上横領罪であり、新許因は詐欺罪である
と云う。両罪は、X社に對する所有権侵害か、Aに對する侵害かは異な
るが、共に罪財産的侵害であり、甲に被害があるかどうかは
X社の内部的な事情に依る。つまり、甲がX社にAから3万円
を奪ったという基本的な事実関係は同一であるといえる。 **両立性は?**
~~甲の行為と乙の行為は同一の行為であるから、両立性はないと云う。~~
~~また、甲の行為は詐欺罪の構成要件であるから、乙の行為は横領罪の構成要件であるから、両立性はないと云う。~~

よって、「公許事実同一性」は認められる。

第

問

(4). 本. 被告人におき 甲も権限がないこと分かって受領したことを認め
ており. 訴因変更しても被告の防御権を侵害するといえない。

(5) ~~もまた~~

規範とズレ

2. 公判前整理手続との関係

(1) 本問では公判前整理手続に付与されている。この公判前整理手続は、
あらかじめ事件の争点及び証拠を整理することにより、公判審理を継続
的、計画的かつ迅速なものにして、充実した公判審理を実現する
ことと目的とする制度である。

条文

問題提起

そのため、公判で訴因変更すること、公判前整理手続により明確
にされた争点や証拠整理の趣意に基いて。そこで争点の相違
程度や証拠の流用をどうするかといった事由に基づいて
訴因変更が認められるか判断する必要がある。

(2) 本問は、X社に對する業務上横領罪(刑法253条)から、Aに對する詐
欺罪(刑法286条1項)に変更されたことである。

この点、業務上横領罪の争点は 甲に受領権限があったかどうか
争点であるのに対し、詐欺罪は欺罔に基づき交付行為があったか否か
が争点となる。

変わったから問題なのでは?

さらに、これらの両罪の争点は全く異なっている。しかし、X社社長とA
は証人尋問されており、証拠の流用はなさうという。また、具体的
な証拠内容は、3万円の現金が甲に交付されたことと争点の甲、X社社長、
Aの意図であり、争点にこの尋問内容は 大抵変わらないといえる。

(3) したがって、争点は異なるものの、証拠は流用されるから、公判前
整理手続も趣意に基いて、充実した公判審理を実現すること

規範とズレ

1 仮立つと考えられる。

2 仮立つと考えられる。

3 (4) 上記、合判前整理を継続して行っている。許因変更は223といふ

4 る。

5 3. 以上のことにより、裁判所は許因変更を認めべきである。

6 以上。

(第 問)