

東京都立大学 法科大学院  
2021年度入学者選抜（2年履修課程）

民事訴訟法・刑事訴訟法 試験問題  
（2020年10月24日実施）

試験時間 午後3時00分～午後4時00分

受験に当たっての注意事項

- (1) 受験中は、机の右上に、本学受験票を置いてください。  
机上には、上記受験票、筆記用具、時計、眼鏡、ティッシュペーパー、目薬以外の物を置くことはできません。
- (2) 筆記用具は、HB又はBの鉛筆（但し、シャープペンシルの使用は認めません。）、鉛筆削り及び消しゴムに限ります。これ以外の筆記用具を用いた場合は、0点として採点します。また、マーカーや定規等の使用も認めません（問題冊子への書込みも含む。）。
- (3) 携帯電話又はそれに類する通信機器等は身につけず、必ず電源を切って鞆等の中に入れてください。それらを時計として用いることはできません。
- (4) 耳栓、イヤホン又はそれに類するものの使用は禁止します。
- (5) 受験中の飲食は一切禁止します。ペットボトル等を持っている場合には必ず鞆の中に入れ、机の上等に置くことはしないでください。
- (6) 試験開始の合図があるまで、この問題冊子を開いてはいけません。
- (7) この問題冊子は表紙を含めて13頁あります。問題冊子を破いたり、ホチキス止めをはずしたりしてはいけません。
- (8) 答案用紙の所定の欄に、受験番号及び氏名を必ず記入した上、受験番号についてはマークしてください。  
なお、所定の欄以外の場所に氏名を記載するなど特定人の答案であることが明らかとなるような行為は一切禁止します。
- (9) 答案用紙は2枚あります。各科目1枚のみ配布します。答案用紙は、機械で読み取りますので、折り曲げたり汚損したりしないでください。また、解答すべき答案用紙の科目を間違えないように注意してください。
- (10) 試験室では監督員の指示に従ってください。不正行為があった場合又は監督員の指示に従わなかった場合には、失格となります。  
また、他の受験者の受験の妨げとなる行為が認められた場合には、監督員が、試験時間中であっても試験場からの退出を命ずることがあります。
- (11) 試験終了時刻までは、試験室から退出することはできません。トイレに行くことも原則として禁じます。緊急の場合や気分が悪くなった場合等には手を挙げてください。

## 民事訴訟法 問題

### 【問題1】

訴訟能力に関する次の1から5までの各記述のうち、最も適切なものを2つ選んで答えなさい（解答欄は、[解答番号1]及び[解答番号2]（順不同））。

1. 被保佐人である当事者は、法定代理人が代わって訴訟行為をする。
2. 未成年者であっても、婚姻していれば、訴訟能力を有する。
3. 訴訟能力を欠く者であっても、訴訟代理権を自ら授与することができる。
4. 訴訟が第一審裁判所に係属中に、訴訟能力を欠く者が訴訟行為をしたことが明らかになったときは、裁判所は、期間を定めて補正を命じなければならない。法定代理人が追認する場合は、一部を追認するのではなく、それまでに行われた全ての訴訟行為に対し追認しなければならない。
5. 訴訟能力を欠く者は、自ら単独で訴訟行為を行うことができない以上、判決の名宛人とはならず、法定代理人が判決の名宛人となる。

### 【問題2】

重複起訴の禁止と関連する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らして正しいものを2つ選んで答えなさい（解答欄は、[解答番号3]及び[解答番号4]（順不同））。

1. XのYに対する売買代金100万円の支払請求訴訟（甲訴訟）とYのXに対する貸金100万円の返還請求訴訟（乙訴訟）とがそれぞれ係属中に、甲訴訟の被告Yが、甲訴訟において、乙訴訟で請求している貸金債権を自働債権とする相殺の抗弁を主張することは、許されない。
2. XのYに対する100万円の内60万円の売買代金支払請求訴訟（「本訴」という）の係属中に、YがXに対して別訴提起した貸金40万円の返還請求訴訟において、本訴でXが請求している売買代金債権の残額40万円を自働債権として、Xが相殺の抗弁を主張することは、許されない。
3. XのYに対する貸金300万円の債務不存在確認請求訴訟（「本訴」という）の係属中に、YがXに対して、当該300万円の貸金返還請求を反訴提起した場合、本訴の訴えの利益が消失するので、本訴は、許されない。
4. XのYに対する瑕疵修補に代わる損害賠償請求訴訟（「本訴」という）の係属中に、YがXに対する未払請負代金支払請求に関し、反訴を提起した場合、Yが反訴で請求している提起している未払請負代金債権を自働債権とし、本訴で請求している瑕疵修補に代わる損害賠償債権を受働債権として、相殺の抗弁を主張することは許されない。
5. XのYに対する甲建物の所有権確認請求訴訟の係属中に、XがZに対して同一の建物の所有権の確認を求める別訴を提起することは、許されない。

### 【問題3】

XはYに対して、甲土地の所有権確認を求める訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。本件訴えに関する次の1から5までの各記述のうち、最も適切なものを2つ選んで答えなさい（解答欄は、[解答番号5]及び[解答番号6]（順不同））。

1. 訴状の請求の趣旨欄に「『Xが甲土地の所有権を有することを確認する。』との判決を求める。」との記載しかなく、請求の原因欄に甲土地の所有権の取得原因事実の記載がない場合には、請求が特定されないので、裁判長は訴状の補正を命じなければならない。
2. Xは、甲土地の所有権の取得原因として、Aのもと所有、Xの父BによるAからの買受け、Bの死亡による相続を主張した。これに対し、Yが、Aのもと所有は認めつつ、その後のXの所有権取得の経緯を単純否認した。この場合、裁判所が証拠調べの結果に基づいて、Aから甲土地を買ったのはBではなくYであることを理由として、Xの請求を棄却しても弁論主義に違反しない。
3. XがYに対して甲土地の所有権に基づいてYの登記抹消請求ができるときは、基本となる権利関係について即時確定の利益がないので、甲土地についてのXの所有権を確認する訴えの利益は認められない。
4. 本件訴えについて、Xの請求を認容する判決が確定した後に、甲土地を占有するYが甲土地を明け渡さないため、XがYに対して、Xが甲土地の所有権を有することの確認を求める訴訟を提起した場合、当該判決の既判力の作用により、Xの請求は棄却される。
5. 本件訴えについて、Xの請求を棄却する判決が確定した後に、Yが、Xに対して、Yが甲土地の所有権を有することの確認を求める訴えを提起した場合、Xは、Yが甲土地の所有権を有することを争うことができる。

### 【問題4】

当事者の欠席に関する次の1から5までの各記述のうち、誤っているものを2つ選んで答えなさい（解答欄は、[解答番号7]及び[解答番号8]（順不同））。

1. 公示送達の方法により訴状及び第一回口頭弁論期日の呼出状が送達された場合において、被告が当該弁論期日に欠席したときは、原告の主張した事実を自白したものとみなす。
2. 最初になすべき口頭弁論期日に原告が欠席していても、被告が出頭していれば、原告があらかじめ提出している訴状に記載した事項を陳述したものとみなすことができる。
3. 裁判所は、当事者双方が期日に欠席した場合においても、判決の言渡しをすることができる。
4. 当事者双方が口頭弁論期日に出頭せず、当事者が一ヶ月以内に期日指定の申立てをしないときには、訴えは却下される。

5. 裁判所は、当事者の双方が口頭弁論の期日に欠席した場合において、審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況を考慮して相当と認めるときは、終局判決をすることができる。

**【問題5】**

Xは、甲土地を前所有者であるAから買い受けたところ、Yが同土地を占有しているとして、Yに対し、所有権に基づく甲土地の明渡しを求める訴えを提起した。これに対し、Yが次の1から5までの各主張をした場合において、その主張がXの請求原因に対して、防御方法として対抗しうる抗弁を含まないものを2個選びなさい（解答欄は、[解答番号9]及び[解答番号10]（順不同））。

1. Xは、甲土地をAから買い受けた後、Bに売り渡した。
2. Xは、甲土地をAから買い受けたが、Yも甲土地をAから買い受けた上で自らに対する所有権移転登記を経由した。
3. Xは、甲土地をAから買い受けたことはなく、甲土地は、現在もAが所有している。
4. Yの占有は、XがAから甲土地を買い受ける前から、同土地をYが返還の期限を定めずに無償で使用・収益することをAが承認していることに基づく。
5. Yの占有は、XがAから甲土地を買い受けた後、同土地をXから賃借していることに基づく。

**【問題6】**

訴訟上の和解に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らして、誤っているものを2つ選んで答えなさい（解答欄は、[解答番号11]及び[解答番号12]（順不同））

1. 訴訟上の和解が成立した場合に、裁判所は、和解成立の判決を下さなければならない。判決には、訴訟終了効のほか、既判力および執行力が認められる。
2. 当事者以外の第三者も、訴訟上の和解に参加することができ、和解が成立した場合の執行力は、当事者だけではなく、当該第三者にも及ぶ。
3. 訴訟上の和解は、訴訟物である権利以外の権利をその対象に含めることができる。
4. 建物明渡請求訴訟において、被告が請求原因事実を全て認め、抗弁を提出しなかった場合であっても、当事者は、即時ではなく、建物明渡しに関し、例えば、2ヶ月の期限の猶予を認める和解をすることができる。
5. 訴訟上の和解は、訴訟係属を前提としているので、訴訟要件を全て満たさなければならない。

**【問題7】**

当事者本人の尋問に関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものを1個選びなさい

い（解答欄は、[解答番号13]）。

1. 当事者本人の尋問においては、その陳述によって自分が敗訴するおそれのあることを理由として陳述を拒絶することを正当化することができ、過料による制裁を科されることはない。
2. 職権証拠調べの禁止の原則から、裁判所は、当事者本人を職権で尋問することはできない。
3. 当事者本人を証拠方法として、見聞した事実について尋問し、供述した内容を証拠資料とする場合は、弁論ではないから、訴訟能力は必要ない。
4. 裁判所は、当事者本人の尋問を行うときは、当事者尋問の補充性から、当事者から意見を聴いたとしても、最初に当事者本人の尋問をすることはできない。
5. 当事者が未成年者の場合、訴訟能力が認められない以上、法定代理人を当事者として尋問すれば足り、当事者本人を尋問することはできない。

#### 【問題8】

民事訴訟における裁判に関する次の1から5までの各記述のうち、正しいものを1個選びなさい（解答欄は、[解答番号14]）。

1. 文書の所持者に文書の提出を命ずるには、裁判長による命令によらなければならない。
2. 決定は相当と認める方法で関係人に告知することによってその効力を生ずるが、判決は公開の法廷における言渡しをしなければならない。
3. 判決は口頭弁論を経てしなければならないが、決定は口頭弁論を経ないでなければならない。
4. 判決を言い渡した裁判所は、当該判決に計算違い、誤記その他これらに類する明白な誤りがあるとき以外は、判決言渡し後に判決を変更することができない。
5. 不法行為にもとづく損害賠償請求訴訟が提起された裁判所は、当事者からの申出がなければ、処分権主義の原則から損害額および請求原因に関し、中間判決をすることはできない。

（民事訴訟法の問題 以上）

## 刑事訴訟法 問題

### 〔第1問〕

捜査に関する次のアからオまでの各記述のうち、法令若しくは論理に従い、又は判例の立場に立って検討した場合、正しいものは何個あるか。その個数として正しいものを、後記1から5までのうちから選びなさい。(解答欄は、[解答番号1])

- ア. 司法警察職員と検察官はいずれも捜査権限を有するが、相互に独立し、かつ対等な関係にあるので、司法警察職員が検察官の指示や指揮に従う義務を負うことはない。
- イ. 重大事件の捜査について国民の協力を求めるため、捜査機関が被疑者の氏名等の捜査情報を公表したとしても、必ずしも捜査密行の原則に反するとはいえない。
- ウ. 刑事訴訟法197条1項本文は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。」と定めているが、ここにいう「取調」とは、同法198条1項本文が「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするに必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べるができる。」と定める「取り調べる」と同じ意味である。
- エ. 捜査とは、犯罪が発生したと思料される場合に、その犯人及び犯罪の証拠を発見、収集、保全する活動をいうから、弁護人が被疑者・被告人のために有利な証拠を発見、収集、保全する活動も捜査に含まれる。
- オ. 司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、刑事訴訟法に特別の定のある場合を除いては、速やかに書類及び証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならないから、事件を検察官に送致した後、司法警察員は当該事件に関し捜査を行うことができない。

1. 1個

2. 2個

3. 3個

4. 4個

5. 5個

### 〔第2問〕

次の【文章】は、いわゆるおとり捜査の適否に関する最高裁決定の一部を抜粋したものである。

この【文章】を前提とした場合、次のアからオまでの各記述のうち、明らかに誤っているものはいくつあるか。その個数として正しいものを、後記1から5までのうちから選びなさい。(解答欄は、[解答番号2])

#### 【文章】

おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見方のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、・・・麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買受ける意向を示し、被告人が取引の場に大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。したがって、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認できる。

- ア. おとり捜査については、国家が新たな法益侵害を作出する側面があると批判されることがあるが、上記【文章】の見解は、この批判を無視したものではないと考えることができる。
- イ. 上記【文章】の見解は、「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」に該当しない者を対象としたおとり捜査は違法となると明示している。
- ウ. 上記【文章】の見解は、おとり捜査が、薬物犯罪等密行性の高い犯罪類型の捜査・摘発に有効な手段であることを否定するものではないと考えることができる。
- エ. おとり捜査の適法性判断について、上記【文章】の見解を前提とすれば、捜査機関や捜査協力者が相手方（被告人）に対していかに執拗な働きかけをしたとしても、当該おとり捜査が違法と判断されることはない。
- オ. 違法なおとり捜査がなされた場合、一定の要件の下で、当該おとり捜査を通じて収集された違法薬物等各証拠の証拠能力を否定すべき場合があるとの考え方があるが、この考え方は、上記【文章】の見解と矛盾するものではない。

1. 5個            2. 4個            3. 3個            4. 2個            5. 1個

〔第3問〕

- 被疑者の逮捕と勾留に関する次のアからオまでの各記述のうち、法令若しくは論理に従い、又は判例の立場に立って検討した場合、正しいものはどれとどれか。その組合せとして正しいものを、後記1から5までのうちから選びなさい。（解答欄は、[解答番号3]）
- ア. 被疑者を通常逮捕するためには、あらかじめ逮捕状を請求する必要があるが、この逮捕状を請求する権限を有する捜査機関は検察官、検察事務官又は司法警察職員であり、請求の相手方は裁判官である。
- イ. 被疑者を緊急逮捕した場合には、直ちに緊急逮捕状を請求する必要があるが、この緊急逮捕状を請求する権限を有する捜査機関は検察官、検察事務官又は司法警察職員であり、請求の相手方は裁判官である。
- ウ. 通常逮捕に関する刑事訴訟法199条2項ただし書及び刑事訴訟規則143条の3には、「明らかに逮捕の必要がないと認めるときは」通常逮捕が認められない旨規定しているが、現行犯逮捕についても、これらと同様の規定がある。
- エ. 被疑者を勾留するには、原則として逮捕が先行していなければならないが、検察官は、死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由がある場合で、急速を要する場合には、逮捕されていない被疑者について勾留請求をすることができる。
- オ. 被疑者の逮捕については、刑事訴訟法及び刑事訴訟規則に、同一の被疑者を同一の被疑事実に基づいて再逮捕することを認める趣旨の規定があるが、被疑者の勾留については、同一の被疑者を同一の被疑事実に基づいて再度勾留することを認める趣旨の規定はない。

1. ア, イ            2. イ, ウ            3. イ, エ            4. イ, オ            5. ウ, オ

〔第4問〕

次の【文章】は、搜索差押許可状の執行手続の適否に関する最高裁決定の一部を抜粋したものである。

この【文章】の空欄（アからトまで）に、次の【語群】（aからuまで）の中から適切な語句を選んで埋めた上で、下記の各小問に答えなさい。なお、【語群】のうち一つの語句が、【文章】中の複数の空欄に入ることはないものとする。（解答欄は、〔解答番号4〕及び〔解答番号5〕）

【文章】

原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、警察官らは、（ア）に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、（ア）が宿泊している（イ）客室に対する（ウ）を（ア）在室時に（エ）することとしたが、（ウ）（エ）の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある（ア）において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに（オ）を（カ）隠匿するおそれがあったため、（イ）の支配人から（キ）を借り受けた上、（ク）を告げることなく、施錠された上記客室のドアを（キ）で開けて室内に入り、その後直ちに（ア）に（ウ）を（ケ）して搜索及び差押えを実施したことが認められる。

以上のような事実関係の下においては、（ウ）の（ケ）に先立って警察官らが（イ）客室のドアを（キ）で開けて入室した措置は、搜索差押えの（コ）を確保するために（サ）であり、社会通念上（シ）な態様で行われていると認められるから、刑法222条1項、111条1項に基づく（ス）として許容される。また、同法222条1項、110条による（ウ）の（ケ）は、（セ）の公正を担保するとともに、処分を受ける者の（ソ）に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の（エ）に着手する（タ）の（ケ）を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の（エ）に着手して入室した上その（チ）に（ケ）を行うことは、（ツ）にもとめるものではなく、搜索差押えの（コ）を確保するために（テ）とらざるべきである。

【語群】

- |           |        |        |            |
|-----------|--------|--------|------------|
| a. 執行     | b. ホテル | c. 必要  | d. 搜索差押許可状 |
| e. 差押対象物件 | f. 破棄  | g. 呈示  | h. マスターキー  |
| i. 相当     | j. 被疑者 | k. 実効性 | l. 手続      |
| m. 人権     | n. 違法  | o. 適法  | p. 直後      |
| q. 法意     | r. 前   | s. 処分  | t. 来意      |
| u. やむを得ない |        |        |            |

小問（1） 上記【文章】の空欄中アからコまでには、上記【語群】aからuまでの中からそれぞれどの語句が入るか。その組合せとして正しいものを、次の1から5までのうちから選びなさい。（解答欄は、〔解答番号4〕）

1. アにaが入り、イにbが入る。
2. ウにeが入り、エにgが入る。
3. オにeが入り、カにfが入る。
4. キにhが入り、クにqが入る。
5. ケにlが入り、コにkが入る。



小問(2) 上記【文章】の空欄中サからトまでには、上記【語群】aからuまでの中からそれぞれどの語句が入るか。その組合せとして誤っているものを、次の1から5までのうちから選びなさい。(解答欄は、[解答番号5])

1. サにcが入り、スにsが入る。
2. セにlが入り、ソにmが入る。
3. タにpが入り、チにrが入る。
4. ツにqが入り、テにuが入る。
5. トにoが入り、シにiが入る。

〔第5問〕

公訴の提起に関する下記の各小問に答えなさい。(解答欄は、[解答番号6]及び[解答番号7])

小問(1) 次のアからエまでの各記述は、公訴の提起に関する原理原則の根拠規定を示したものである。これら各根拠規定と、後記1から5までに示した原理原則とを結び付けた場合、根拠規定のないものが一つある。それはどれか。後記1から5までのうちから一つ選びなさい。(解答欄は、[解答番号6])

- ア. 刑事訴訟法247条「公訴は、検察官がこれを行う。」  
イ. 同法248条「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」  
ウ. 同法256条6項「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し、又はその内容を引用してはならない。」  
エ. 同法257条「公訴は、第一審の判決があるまでこれを取り消すことができる。」

1. 起訴変更主義
2. 起訴独占主義
3. 起訴法定主義
4. 起訴便宜主義
5. 起訴状一本主義

小問(2) 次のアからオまでの各記述は、上記小問(1)1から5までに示した原理原則に関連するものである。これら各記述と、上記小問(1)1から5までに示した原理原則とを結び付けた場合、正しい対応関係になる組合せはどれか。後記1から5までのうちから一つ選びなさい。(解答欄は、[解答番号7])

- ア. その例外としては、付審判請求・準起訴手続がある。  
イ. 訴追権者の恣意的な権限濫用を阻止できる利点がある。  
ウ. 犯罪者の改善更生の観点からみて訴追する価値のある者だけを厳選して訴追することが可能となる反面、訴追権者の独善や権限濫用のおそれがあると指摘される。  
エ. 公訴の提起そのものに関する原理原則ではないが、公訴の提起に関する検察官の広い裁量を認める場合、これと平仄を合わせる意味で採用される原理原則である。  
オ. その例外としては、公判手続の更新がある。

1. アと起訴状一本主義
2. イと起訴便宜主義
3. ウと起訴法定主義
4. エと起訴変更主義
5. オと起訴独占主義

〔第6問〕

次の【文章】は、自白の証拠能力に関する最高裁判決の一部を抜粋したものである(なお、個人名等原文のままでは差し障りがある箇所については、仮名を用いた。)

この【文章】の空欄(アからチまで)に、次の【語群】(aからuまで)の中から適切な語句を選んで埋めた上で、下記の各小問に答えなさい。なお、【語群】のうち一つの語句が、【文章】中の複数の空欄に入ることはないものとする。(解答欄は、[解答番号8]及び[解答番号9])

【文章】

所論は、第一審判決の事実認定に用いられた(ア)の(イ)に対する供述調書(昭和四〇年十一月九日付警部補F1作成)中の(ア)が妻S子と共謀して本件拳銃および実包を所持した旨の(ウ)は、刑訴法(エ)の「その他(オ)されたものでない疑のある(ウ)」にあたり、証拠とすることができないものであるのかかわらず、右(ウ)に(カ)があるとした原判決の判断は、憲法三八条一、二項の解釈を誤り、憲法三一条にも違反するというのである。

よつて検討するに、原判決が認定した所論供述調書の作成経過は、次のとおりである。すなわち、当初F2警察署での取調では、(ア)の妻S子は、自分の一存で本件拳銃等を買受けかつ自宅に隠匿所持していたものである旨を供述し、(ア)も、本件拳銃は妻S子が勝手に買ったもので、自分はそんなものは返せといつておいた旨を述べ、両名共(ア)の犯行を(キ)していたものであるところ、その後K地方検察庁における取調において、検察官Mは、まず(ア)に対し、実際はS子が行ったような自供をしていないのかかわらず、同人が本件犯行につき(ア)と共謀したことを自供した旨を告げて(ア)を説得したところ、(ア)が共謀を認めるに至つたので、

(ア)をS子と交替させ、S子に対し、(ア)が共謀を認めている旨を告げて説得すると、同人も共謀を認めたので直ちにその調書を取り、更に同人を(ア)と交替させ、再度(ア)に対しS子も共謀を認めているがまちがいないかと確認したうえ、その調書を取り、(ア)が勾留されているF2警察署の警部補F1に対し、もう一度(ア)を調べ直すよう指示し、同警部補が(ア)を翌日取り調べた結果、所論主張の(ア)の(イ)に対する供述調書が作成された、というのである。

思うに、(ク)手続といえども、憲法の保障下にある(ケ)手続の一環である以上、刑訴法一条所定の精神に則り、(コ)の維持と個人の(サ)の保障とを全うしつつ(シ)に行なわれるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり(ス)を用いて被疑者を(セ)に陥れ(ウ)を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも(ス)によつて被疑者が(ソ)を受け、その結果(タ)の(ウ)が誘発されるおそれのある場合には、右の(ウ)はその(カ)に疑いがあるものとして、(チ)を否定すべきであり、このような(ウ)を証拠に採用することは、刑訴法(エ)の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない。

これを本件についてみると、原判決が認定した前記事実のほかに、M検察官が、(ア)の取調にあたり、「奥さんは自供している。誰がみても奥さんが独断で買った。参考人の供述もある。こんな事で二人共処罰される事はない。男らしく云うたらどうか。」と説得した事実のあることも記録上うかがわれ、すでに妻が自己の単独犯行であると述べている本件

被疑事実につき、同検察官は（ア）に対し、前示のような（ス）を用いたうえ、もし（ア）が共謀の点を認めれば（ア）のみが処罰され妻は処罰を免れることがあるかも知れない旨を暗示した疑いがある。要するに、本件においては前記のような（ス）によつて被疑者が（ソ）を受け、（タ）の（ウ）が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によつて得られた（ア）の検察官に対する（ウ）およびその影響下に作成された（イ）に対する（ウ）調書は、いずれも（カ）に疑いがあるものといわなければならない。

しかるに、原判決は、これらの点を検討することなく、たやすく、本件においては（タ）の（ウ）を誘発するおそれのある事情が何ら認められないとして、（ア）の前記各（ウ）の（カ）を認め、（ア）の（イ）に対する供述調書を証拠として（ア）を有罪とした第一審判決を是認しているのであるから、審理不尽の違法があり、これを破棄しなければいちじるしく正義に反するものというべきである。

【 語群 】

- |          |           |          |        |
|----------|-----------|----------|--------|
| a. 検察官   | b. 司法警察員  | c. 被告人   | d. 否認  |
| e. 自白    | f. 三一九条一項 | g. 三八条一項 | h. 任意性 |
| i. 任意に   | j. 捜査     | k. 刑事    | l. 適正  |
| m. 基本的人権 | n. 公共の福祉  | o. 虚偽    | p. 拷問  |
| q. 錯誤    | r. 偽計     | s. 心理的強制 | t. 証明力 |
| u. 証拠能力  |           |          |        |

小問（１） 上記【 文章 】の空欄中アからコまでには、上記【 語群 】 aからuまでの中からそれぞれどの語句が入るか。その組合せとして誤っているものを、次の1から5までのうちから選びなさい。（解答欄は、[解答番号8]）

1. アにcが入り、イにbが入る。
2. イにbが入り、ウにeが入る。
3. エにfが入り、オにiが入る。
4. カにiが入り、キにeが入る。
5. クにjが入り、ケにkが入る。

小問（２） 上記【 文章 】の空欄中サからチまでには、上記【 語群 】 aからuまでの中からそれぞれどの語句が入るか。その組合せとして正しいものを、次の1から5までのうちから選びなさい。（解答欄は、[解答番号9]）

1. サにnが入り、シにlが入る。
2. シにlが入り、セにdが入る。
3. スにpが入り、ソにsが入る。
4. ソにhが入り、チにtが入る。
5. タにoが入り、サにmが入る。

〔第7問〕

次の【文章】は、訴因変更の要否に関する最高裁決定の一部を抜粋したものである（なお、個人名等原文のままでは差し障りがある箇所については、仮名を用いた。）。

この【文章】を前提とした場合、次のアからオまでの各記述のうち、明らかに誤っているものはどれとどれか。その組合せとして正しいものを、後記1から5までのうちから選びなさい。（解答欄は、〔解答番号10〕）

【文章】

本件のうち殺人事件についてみると、その公訴事実は、当初、「被告人は、N男と共謀の上、昭和63年7月24日ころ、青森市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において、H男に対し、殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ、そのころ窒息死させて殺害した」というものであったが、被告人がN男との共謀の存在と実行行為への関与を否定して、無罪を主張したことから、その点に関する証拠調べが実施されたところ、検察官が第1審係属中に訴因変更を請求したことにより、「被告人は、N男と共謀の上、前同日午後8時ころから午後9時30分ころまでの間、青森市安方2丁目所在の共済会館付近から前記最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において、殺意をもって、被告人が、H男の頸部を絞めつけるなどし、同所付近で窒息死させて殺害した」旨の事実に変更された。この事実につき、第1審裁判所は、審理の結果、「被告人は、N男と共謀の上、前同日午後8時ころから翌25日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、N男又は被告人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法でH男を殺害した」旨の事実を認定し、罪となるべき事実としてその旨判示した。

まず、以上のような判示が殺人罪に関する罪となるべき事実の判示として十分であるかについて検討する。上記判示は、殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか、実行行為者が「N男又は被告人あるいはその両名」という択一的なものであるにとどまるが、その事件が被告人とN男の2名の共謀による犯行であるというのであるから、この程度の判示であっても、殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、それが構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものというべきであって、罪となるべき事実の判示として不十分とはいえないものと解される。

次に、実行行為者につき第1審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。訴因と認定事実とを対比すると、前記のとおり、犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をするとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、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るものではないと認められ、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より不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。

そこで、本件について検討すると、記録によれば、次のことが認められる。第1審公判においては、当初から、被告人とN男との間で被害者を殺害する旨の共謀が事前に成立していたか、両名のうち殺害行為を行った者がだれかという点が主要な争点となり、多数回の公判を重ねて証拠調べが行われた。その間、被告人は、N男との共謀も実行行為への関与も否定したが、N男は、被告人との共謀を認めて被告人が実行行為を担当した旨証言し、被告人と

N男の両名で実行行為を行った旨の被告人の捜査段階における自白調書も取り調べられた。弁護人は、N男の証言及び被告人の自白調書の信用性等を争い、特に、N男の証言については、自己の責任を被告人に転嫁しようとするものであるなどと主張した。審理の結果、第1審裁判所は、被告人とN男との間で事前に共謀が成立していたと認め、その点では被告人の主張を排斥したものの、実行行為者については、被告人の主張を一部容れ、検察官の主張した被告人のみが実行行為者である旨を認定するに足りないとし、その結果、実行行為者がN男のみである可能性を含む前記のような択一的認定をするにとどめた。以上によれば、第1審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえないから、実行行為者につき変更後の訴因で特定された者と異なる認定をするに当たって、更に訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない。

したがって、罪となるべき事実の判示に理由不備の違法はなく、訴因変更を経ることなく実行行為者につき択一的認定をしたことに訴訟手続の法令違反はないとした原判決の判断は、いずれも正当である。

- ア. 訴因と、実際に立証され裁判所が認定した事実との間でどの程度のずれが生じた場合に訴因変更手続を要するかという問題については、法律構成のずれに重点を置く考え方と、事実のずれに重点を置く考え方とがあるが、上記【 文章 】の見解は、事実のずれに重点を置く考え方に立っていると見える。
- イ. 訴因の機能については、裁判所に対して審判対象の範囲を確定する機能と、被告人に対して防御の範囲を明確化する機能の2つがあると分析されるが、上記【 文章 】の見解は、これら2つの機能のうちいずれかを否定するものではない。
- ウ. 上記【 文章 】の見解は、殺人罪の共同正犯の訴因において、実行行為者が誰であるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、検察官において実行行為者を明示すべき義務を負うものとし、もし検察官においてその点を明示しない場合には訴因が特定されていないことになる」と述べている。
- エ. 上記【 文章 】の見解は、「少なくとも、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るものではないと認められ、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より不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではない」と述べるが、これに対しては、具体的な審理の過程で被告人の防御活動が奏功すれば、ほとんどの場合、訴因変更手続を経ることなく判決で訴因と異なる事実を認定できることになってしまうとの批判が可能である。
- オ. 上記【 文章 】の見解によれば、当初の訴因では被告人が単独でH男を殺害したものとされていた場合に、裁判所が被告人及びN男が共謀の上でH男を殺害し、その殺害の実行行為者が被告人であることを認定する場合であったとしても、原則として訴因変更手続を経る必要はないことになる。

1. ア, イ      2. イ, ウ      3. ウ, エ      4. ウ, オ      5. エ, オ

(刑事訴訟法の問題 以上)