

民事訴訟法

1 について

(1)は、裁判の形式には判決、決定、命令があり、文書提出命令の形式が決定であること（223 条 1 項）を踏まえ、文書提出命令の命令は提出を命じるという内容に着目した名称であることを理解して、解答する必要がある。基本的なことがらと思われるが、残念ながら全く理解できていない答案が多かった。

(2)は、①否認、②自白（179 条）、③沈黙、④不知の4つの対応があること、このうち、③の場合は自白が擬制され（159 条 1 項本文）、④の場合は否認と推定されること（同条 2 項）を理解して、解答する必要がある。(1)に比べれば、ある程度は書けていたが、正確に書ける答案は多くはなかった。

2 について

この事案の訴訟物は、所有権に基づく返還請求権としての建物明渡請求権である。したがって、請求原因は、基本的に原告Xの所有と被告Yの占有であるが、Yの占有については、Yが自白しているので問題はない。

Xの所有については、Yが、A新築、A X間売買、X B間売買を主張し、Xがそのすべてを否認している。そのうちのA新築、A X間売買は、本来Xの所有を基礎付ける請求原因としてXが主張しなければならない事実を、Yが主張し、それをXが否認していることになるから、いわゆる不利益陳述となる。この場合、主張共通の原則から証拠によってそれらの事実を認定することに問題はないから、設問のうちの①の認定は適法であるということになる。

これに対して、②にあるようなX C間売買は、いわゆる所有権喪失の抗弁となるものであり、主張が出ていないと、弁論主義第1テーゼから証拠により認定することはできない。Yは、所有権喪失の抗弁としてX B間売買を主張しているが、これはX C間売買の事実とは異なるから、X C間売買の事実の主張があったとすることはできない。したがって、②の事実を認定することは、弁論主義に違反し許されないことになる。

答案では、処分権主義の問題としたものや自由心証主義の問題としたものがあるなど、残念なものが多かった。なお、①について、不利益陳述のことをおおよそ知らないと思われるものが目立った。いずれにしても、要件事実論の基礎は十分身に付けてほしいものである。

以上

刑事訴訟法

I

(1)

電磁的記録差押えの方法として、刑事訴訟法で定められているのは、以下の3つであり、そのいずれかを説明すればよい。

第一に、記録命令付差押え（刑訴法 99 条の 2）である。記録命令付差押え令状（刑訴法 218 条 1 項）に基づき、関連するデータをハードディスク等に記録することをプロバイダ等に義務づけて、それを差し押さえるという方法である。

第二に、記録媒体の差押えの代替処分（刑訴法 110 条の 2、刑訴法 222 条 1 項）である。令状執行者が、電磁的記録を他の記録媒体に複写・印刷・移転するか、あるいは差押えを受ける者に他の記録媒体への複写・印刷・移転を行わせたうえで、他の記録媒体の方を差し押さえるという方法である。

第三に、電気通信回線で接続している記録媒体からの複写（刑訴法 218 条 2 項）である。データがネットワークを利用して差押え対象コンピュータと離れた場所にある記録媒体に保存されている場合に、そのデータを差押え対象コンピュータまたは他の記録媒体に複写したうえで、差し押さえるという方法である。

(2)

被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があり、かつ、定まった住居を有しないか、逃亡または罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があること。（73 字）

以上の実体的要件の説明は必須だが、そのうえでさらに、逮捕前置などの手続的要件を加えてもよい。

II

本事例は、検察官が「Yを実行行為者」とする訴因で起訴しているにもかかわらず、裁判所が、訴因変更手続を取ることなく、「甲を実行行為者」とする判決を下している。訴因変更が必要な事例であったとすれば、当該裁判所の下した判決は違法となるから、訴因変更の要否が問題となる。

訴因変更の要否については、最決平成 13 年 4 月 11 日（刑集 55 卷 3 号 127 頁）によって、判例としての規範が確立されているから、同決定の規範を定立し、本件事案に当てはめて解答するのが、もっとも順当な解答方法となろう。同決定による規範のポイントは以下の 4 点にまとめられる。

第一に、訴因には審判対象特定機能と防御権保障機能という 2 つの機能がある。

第二に、2 つの機能のうち、審判対象特定機能が訴因の主たる機能であることから、審判

2022 年度履修免除試験講評

立命館大学法科大学院

対象画定に必要な事実は、本来の訴因事実として、必ず特定・訴因変更が必要である。

第三に、審判対象画定にとって必要な事実に該当しなくても、被告人の防御上重要な事実は、争点明確化のために、明示することが望ましく、かつ、訴因として明示した場合、事後に防御上重要な事実を変更するときには訴因変更の手続を取る必要がある。

第四に、ただし、防御上重要な事実の明示は、もともとは訴因の記載として不可欠なものではないから、被告人に不意打ちを与えるものではなく、かつ、認定事実が被告人にとってより不利益でない場合には、訴因変更手続を取ることなく別の事実を認定することができる。

そのうえで、以上の規範を本事案に当てはめると、以下のような結論が得られる。

まず、本事例における実行行為の有無は、V に対する殺人の共同正犯の成否には影響しないので、本来の訴因事実には当たらない。したがって、実行行為者の変更は必ず訴因変更が必要というわけではない。

しかしながら、甲は共謀を争っており、実行行為を行ったか、共謀のみを行ったのかは、防御の方法に重大な違いをもたらすから（例えば、アリバイ主張すべき日時・場所が異なることを想起せよ）、争点として明示する必要がある。本事案では、起訴状で実行行為者を Y と特定しているのだから、あとから実行行為者を変更する場合には、原則として、訴因変更手続を取らなければならない。

それでは、本事例において、例外的に、不意打ちにならず、訴因変更手続を経ることなく、甲を実行行為者と認定することができるだろうか。

この点、甲は共謀についてしか防御していないし、Y の証言によっても、「共謀していない」という防御は達成されたので、それ以上に防御する必要はない。Y は「Y は実行していない」とも証言しているが、この証言によって「甲が実行した」という主張が自動的に成立することはなく、仮に自動的に成立したとしても、あるいは、「甲による実行」が推測されるところとしても、検察官が「甲が実行行為者である」との新たな主張をしない限り、甲は、実行について防御する必要はない。「甲による実行」について、甲が防御したという事実は事例中には出てきていないから、「甲による実行」を認定することは不意打ちに当たり、違法と言わざるを得ない。

以上のあてはめで特に注意すべきであるのが、Y が実行行為を否定しているので、甲が実行した可能性がでてきたことを甲は Y 証言から当然、推測できるから、甲を実行行為者と認定しても不意打ちには当たらない、というあてはめは、明確に誤りであるということである。証拠調べを行った証拠から得られる情報から、いくら被告人が、検察官が主張した訴因とは異なる事実が成立する可能性があると感じたとしても、検察官が当該「異なる事実」を主張していない以上、異なる事実について先回りして防御しなければならない義務は一切存在しない。仮にそのような義務を被告人に負わせるとしたら、訴因制度自体の否定でしかない。また、そのような義務を被告人に負わせた場合には、被告人の“防御”活動は、検察官の主張の誤りを救済し、有罪判決を得る手助けをする結果にしかならないのだから、もはや防

2022 年度履修免除試験講評

立命館大学法科大学院

御活動とは言えず、防御権行使に対する明確な侵害に当たるのである。

解答では、以上の点を誤って理解している答案もいくつか見られた。ただし、その点の誤り以上に多かったのが、そもそも本事例は、訴因変更の要否が問われていることを正しく捉えられていない答案であった。

とりわけ、答案のなかに、自由心証主義を論じていたものが散見された。しかし、自由心証主義違反かどうかは、そもそも検察官が裁判所によって認定された事実について主張・立証していることが前提として成立していなければ、論点にならない。なぜなら、自由心証主義（の限界）とは、検察官の主張立証に対する裁判所による評価の合理性を問うものだからである。

一方で、答案のなかには、訴因変更の要否が問われていることを正しく把握したうえで、判例の規範（いわゆる識別説）にはよらず、防御権説に立って規範を定立し、あてはめていた答案も見られた。防御権説によるべき理由を説得的に説明したうえで、自ら立てた規範を本事例に適切に当てはめていた答案もあり、このような答案については高く評価した。

いずれにしても、刑事裁判においては、検察官の主張のみが審判の対象である。この基本的約束事が、訴因の各論点にどのような帰結をもたらすのかを常に意識しながら、学習を進めていってほしい。

以上