

## 採点実感から見る合格答案の要件

### 刑事訴訟法

2020年3月

担当講師 国木 正

#### 平成31年採点実感

##### 1 採点方針等

- ・ 本年の問題も昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、捜査・公判の過程に現れた刑事手続上の問題点を的確に把握し、その法的解決に必要な具体的事実を抽出・分析した上、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導くとともに、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めるものである。法律実務家として求められる事案分析能力、法解釈・適用能力、事実認定能力、論理的思考力、論述能力及び刑事訴訟法に関する基本的学識等を試すための問題である。

- ・ 採点に当たっては、出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

〔設問1〕は、路上で発生した強盗致死事件（本件強盗致死事件）について、警察官及び検察官は、甲が犯人ではないかとの嫌疑を抱き、同事件の捜査を視野に入れて、甲を業務上横領事件（本件業務上横領事件）の被疑事実で逮捕・勾留した上、勾留中に本件強盗致死事件の取調べを行っていることから、いわゆる別件逮捕・勾留に当たり、違法と評価されないかを問うものである。まず、〔設問1-1〕において、別件逮捕・勾留に関する捜査手法の適法性の判断基準について、自己の拠って立つ理論構成（自説）を示し、本事例の具体的事実に当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、次に〔設問1-2〕において、自己の結論とは異なる結論を導く理論構成（反対説）を示し、本事例の具体的事実に当てはめて、甲の逮捕・勾留の適法性を論じ、さらに、その理論構成を採用しない理由についても論じることが求められる。

- 自説について理論立てて記述し、それとの関係で問題文中の具体的事実を指摘するだけでなく、自説とは異なる結論となる他説について理論立てて記述し、それとの関係で問題文中の具体的事実を指摘した上で、なぜ後者の説を採用しないかについても記述することが求められている。

〔設問2〕は、訴因変更の可否及び許否を問う問題である。検察官は、公判審理の途中で、甲がAから集金し、X社のために保管していた3万円を横領したとい

う業務上横領罪の訴因（公訴事実1）から、甲がAから集金名目で3万円をだまし取ったという詐欺罪（公訴事実2）の訴因への変更を請求している。訴因変更の「可否」について、訴因の変更は、「公訴事実の同一性を害しない限度において」（刑事訴訟法第312条第1項）認められることから、公訴事実の同一性（公訴事実の同一性の意義は、従来から、「単一性」と「狭義の同一性」に分けられているが、本件で問題となるのは「狭義の同一性」である。）の意義・判断基準についての理論構成を示した上、上記両訴因について公訴事実の同一性が認められるかを具体的事実当てはめて論ずることが求められる。次に、訴因変更の「許可」について、検察官の訴因変更請求は、公判前整理手続を経た審理の中で行われているところ、公判前整理手続後の訴因変更が許されるか否かについて、公判前整理手続の制度趣旨に則った論述が求められる。

→ いわゆる狭義の同一性が問題となることを指摘し、それについてどのように判断するかという基準を記述して、それとの関係で問題文中の具体的事実を指摘することが求められている。また、公判前整理手続を経た公判審理において行われた訴因変更であるという点に着目し、公判前整理手続の制度趣旨に照らして、それが許されるかを記述することが求められている。

〔設問1〕のいわゆる別件逮捕・勾留と呼ばれる捜査手法の適法性は、種々の裁判例及び学説において論じられている。その判断基準は、逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実（別件）を基準に判断する見解（別件基準説）と、実質的に当該被疑事実とは別の犯罪事実（本件）についての身体拘束と評価し得るかという観点から判断する見解（本件基準説）という、視座を異にする二つの考え方に大別され、さらに、どのような場合に逮捕・勾留が違法となるかという点をめぐり、別件についての逮捕・勾留の要件（犯罪の嫌疑、身体拘束の必要性）を充足しているかを重視する考え方、別件の起訴・不起訴の判断に必要な捜査がいつ完了したかを重視する考え方、逮捕・勾留に当たっての捜査官の意図・目的を重視する考え方、逮捕・勾留の期間がいずれの事件の捜査のために利用されている（いた）かを重視する考え方などが主張されている。解答に当たっては、これらの主要な考え方を踏まえて自説・反対説の理論構成を提示した上で（なお、これには、適法性の判断基準のみならず、その基準を導く理論的根拠を示すことも含まれる。）、それぞれの理論構成の下で重視すべきであろう具体的事実を本事例の中からの的確に抽出して、結論を導くことが求められる。自説の理論構成の提示と具体的事実への当てはめのみならず、反対説の理論構成の提示とその当てはめをも求めている趣旨は、別件逮捕・勾留の適法性の論点に関する諸学説を闇雲に暗記することを求めるものではなく、別件逮捕・勾留の適法性について、視座を異にする二つの考え方を検討するよう求めることで、両者の考え方にどのような違いがあり、なぜそうした違いが生じるのか、すなわち別件逮捕・勾留の問題が議論される本質的理由がどこにあるのかについて深く理解でき

ているかを問う趣旨である。さらに、そのような理解を前提に、自己の拠って立つ理論構成を示すに当たって、自説の正当性のみならず、反対説に対する批判・反論を論じさせることにより、別件逮捕・勾留の問題への対処についての理解の深さも問う趣旨である。

→ 様々な見解を闇雲に追いかけるのではなく、ある見解とある見解の相違点はどこにあるか、相違するのはなぜかを意識して学習することが求められている。この学習の際は、見解ごとに重視する具体的事実が異なる可能性があることにも気を向ける必要がある。採点実感は、別件逮捕・勾留という論点との関係で、他説に対する批判・反論を問うことが当該論点への理解を問うことにもなると主張する。しかし、このことは、なにも別件逮捕・勾留という論点にとどまらない。

(共犯者間の意思連絡を共謀と把握するか、謀議行為それ自体を共謀と把握するかという問題がある。いずれを採用するかによって、様々な論点への対処が異なり得る。例えば、いずれを採用するかによって、Aに対する現行犯逮捕が適法かどうかの説明が異なる可能性があるし、またある証拠が伝聞法則が適用される伝聞証拠にあたるかどうかの説明が異なる可能性もある。)

〔設問2〕に関し、訴因変更の可否、すなわち公訴事実の同一性の有無の判断基準のうち、本件で問題になるいわゆる「狭義の同一性」の有無の判断基準については、判例は、変更前後の両訴因の間の「基本的事実関係が同一か」という観点から判断しており、その判断に当たっては、犯罪の日時、場所の同一性や近接性、行為、客体、被害者等の事実の共通性に着目するもののほか、事実の共通性に加えて、両訴因が両立しない関係にあること（非両立性）に言及するものもある。解答に当たっては、法科大学院の授業でも取り上げられる主要な判例や学説を踏まえ、自らの採用する判断基準を、そうした判断基準を導く理論的根拠をも明らかにしながら提示した上で、当該基準を本案の具体的事実に的確に当てはめ、結論を導くことが求められる。理論的根拠を論じる際には、現行刑事訴訟法における訴因変更の制度の意義・機能や、それを公訴事実の同一性という概念によって限界づける実質的理由を検討することが、また、具体的事実への当てはめに際しては、例えば、判例の判断基準に則して言えば、本案の両訴因におけるどの具体的事実がどのような意味で「同一」の「基本的事実関係」であると言えるのか、あるいは両訴因が具体的にどのような意味で「両立しない」のか等を検討することが求められる。

→ 司法試験の答案においても、理論的根拠を記述して答案を作成することが求められている。このことは、これまでの採点実感でも繰り返し述べられているとおりである。

・ 訴因変更の許否と公判前整理手続との関係については、下級審の裁判例はあるものの、

受験生にとっては若干なじみのない論点であったかもしれない。しかし、公判前整理手続が設けられた趣旨及び公判前整理手続とその後の公判審理の関係や、動的な刑事裁判手続において、訴因変更がその後の審理手続にどのような影響をもたらすかについて思いを致せば、問題点は自ずと浮き彫りになってくるはずであり、その上で、本事案において訴因変更が請求されるに至った経緯及び変更を許した場合に予想される審理の内容等を具体的に検討して論述すれば、十分に解答可能な問題であると思われる。

→ 下級審にまで手を伸ばして学習することを求めるものではない。採点実感は、本問題が、公判前整理手続を経た事件を前提としていること、そして公判期日において訴因変更がされたことに気づいた上で、公判前整理手続の制度趣旨を理解していれば、十分に回答が可能であったと主張している。

本問題は、公判前整理手続を経た事件において、公判前整理手続の制度趣旨に照らせば特別な考慮が必要ではないかを問うものであるが、本問題を離れて、公判前整理手続を経た裁判員裁判事件において、裁判員裁判及び公判前整理手続の制度趣旨に照らせばどのような特別な考慮が必要であるかをあらかじめ検討しておくことは非常に有益である。

## 2 採点実感

(1)

・ 問題解決に必要な法解釈に関する自己の見解を論述するに当たり、機械的に暗記した判例や学説の表現、判断基準を記述するのみで、そのような表現・基準が用いられていることの意味や、自己の見解を妥当とする理由付けについて、理論的に掘り下げた論述ができていない答案や、判例や学説の議論についての理解が不十分であるために、理論構成において論理矛盾を来していたり説明不足であったりする答案、自己が示した判断基準を具体的事実に的確に適用することができていない答案、そもそも、具体的事実の抽出が不十分であったり、その意味の分析が不十分・不適切であったりする答案が見受けられた。

→ 自分で定立した基準については、自分で責任をもって運用することが求められている。規範部分をいわゆる論証の暗記によって記述できたとしても、それに引き続く問題文中の具体的事実の指摘が粗雑であれば、規範部分についての無理解を露呈してしまうことになり、結果として点数を引き下げることになる。

(2)

・ [設問1] について、大多数の答案が、本件においていわゆる別件逮捕・勾留の適否が問題になることを指摘していたものの、別件逮捕・勾留の適法性についての判断基準を述べ、それを本事案の事実に当てはめるにとどまり、なぜそのような判断基準を採用するのかについての理論的根拠の説明が不十分であり、それゆえ別件逮捕・勾留の問題