

## 令和4年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

### 1 出題の趣旨、ねらい

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

### 2 採点方針

本問では、具体的事例について、甲に横領罪の成立を認めるための理論上の説明やその当否を問うとともに、乙の罪責やその理論構成を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力、特定の立場が依拠する考え方を分析してその当否を検討する能力、結論の妥当性やその導出過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

いずれの設問の論述においても、各設問の内容に応じ、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて適切な理論構成の下に妥当な結論を導くこと、その導出過程が論理性を保持していることが求められる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じ、そうでない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、設問1では、窃盗犯人であるAから盗品であるB所有の普通自動二輪車（以下「本件バイク」という。）の保管を委託された甲が、Aを困らせるために本件バイクを隠匿した行為に関し、横領罪の成立を認める立場から、(1)甲は、Aに頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」すれば横領罪が成立する、(2)甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」に当たるという各主張がなされた場合の各主張の当否を論じる必要があった。

主張(1)においては、横領罪における「占有」が他人からの委託に基づく占有に限られることを前提に、窃盗犯人Aとの委託関係も保護に値するかが問題になることを、主張(2)においては、物の効用に基づいた利用処分とはいえない隠匿行為も「横領した」に当たると考えることの当否が問題になることを、それぞれ的確に指摘した上で、自説の論拠や他説への批判などを踏まえつつ、各主張の当否を論じた答案は高い評価を受けた。他方、いずれの主張においても、問題の所在を正確に理解しないまま、本件において検討すべき論点に即した論述がなされていない答案は低い評価にとどまった。

設問2では、まず、Aが甲を殴打しようとしていたところを偶然目撃した乙が、Aが甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思い込んで甲を助けようと考え、Aの背後から、サバイバルナイフ（以下「本件ナイフ」という。）でAの右上腕部を突き刺し、Aに傷害を負わせた行為について、傷害罪の成否を論じる必要があったが、出題の趣旨でも記載したとおり、甲は、Aからの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいたことから、乙の正当防衛の成否を検討するに当たっては、被侵害者甲と防衛者乙のいずれを基準に正当防衛状況を基礎付ける侵害の急迫性を判断すべきかが問題となる。そこで、かかる問題の所在を端的に示しつつ、根拠とともに自らの立場を示し、それに基づいて侵害の急迫性を検討する必要がある。被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を検討する場合、本件事案において、どのような事情が重視されて一定の結論を導くのか、その思考過程を明確に示すことが不可欠であり、本件においては侵害が十分に予期されているところ、C公園に出向く必要がないにもかかわらず、喧嘩闘争を覚悟の上で包丁を準備したという事情等を端的に示して侵害の急迫性を否定する答案は高い評価となったが、一定の視点を提示することなく、問題文の事実関係をそのまま書き写して結論を導くにとどまる答案は低い評価となった。そして、Aの甲に対する急迫不正の侵害が否定された場合、乙はこれが存在すると認識していることから、乙に故意犯が成立するのか否かが問題となるところ、かかる問題の所在を示した上で、本件事案に沿って、

乙の認識を前提としても乙の対抗行為が相当といえるかを踏まえて、違法性を基礎付ける事実の認識が認められるか否かを検討して故意犯の成否を論じ、さらに、刑法第36条第2項に基づく刑の減免の可否についても、適切に論じられている答案は、高い評価を受けた。

次に、乙が、Aの右上腕部を本件ナイフで突き刺した後、Aから追い掛けられて逃げ出したところ、進路前方の道路脇に停められていたD所有の原動機付自転車（以下「本件原付」という。）を見付け、Aの追跡を振り切るためにDに無断で本件原付を発進させた行為について、窃盗罪の成否を論じる必要があったところ、乙の行為は、客観的には、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため」の行為であり、緊急避難の成否が問題になるものの、これに先行する事情として、乙自らが、乙自身の法益に対する「現在の危難」を招いたという事情が存在するため、かかる事情があるにもかかわらず、自己が招いた危難を回避するために、無関係の第三者Dに侵害を加えることが緊急避難として正当化されるかが問題となる。かかる問題の所在を示した上、緊急避難や違法性の本質を意識しつつ、いわゆる自招危難として緊急避難が否定されるための具体的な判断基準を示し、本件の具体的な事実関係に即して緊急避難の成否を論じられている答案は高い評価を受けたが、自招危難が問題になることに触れないまま淡々と緊急避難の要件該当性を論じるにとどまる答案は、低い評価となった。

### 3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

#### (1) 全体について

本問では、前述2のとおり、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付けを意識した上、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要があつたが、論じる必要のない論点を論じる答案や必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案が相当数見られた。規範定立部分については、論証パターンの書き写しに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない点についてまで論証パターンの一環として記述を行うものもあった。さらに、そもそも論点の基本的な理解自体が不十分ではないかと不安を覚える答案や、条文の文言に即して解釈する姿勢が不十分な答案が目に付いた。

また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出したりだけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載する答案も少なからず見られた。これは、論点の正確な理解とも関係するところであり、一定の事実がいかなる法的意味を有するかを意識しつつ、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

#### (2) 各設問について

##### ア 設問1について

###### (ア) 主張(1)の当否

主張(1)においては、横領罪における「占有」が委託に基づく占有に限されることを前提に、窃盗犯人Aとの委託関係も保護に値するかが問題になることから、本件において委託に基づく「占有」が認められるか否かを、問題の所在として端的に示すことが求められるところ、具体的にいかなる要件に関する問題と捉えているのか明らかでないもののほか、本件バイクの他人物性を論じたり、あるいは、本件バイクが実質的にはAの物であると論じるなど、横領罪の成立要件に関する適切な理解を欠いた答案が散見された。また、本件ではAは窃盗犯人であり、所有者から正当な権限を与えられていない者からの委託の要保護性が問題になるにもかかわらず、本件の具体的な事情を考慮することなく、所有者以外からの委託も保護されるかのみを問題とする答案も散見された。また、主張(1)を正当化するために、窃盗犯人の占有も保護されることを援用する答案が目立ったが、主張(1)の論拠とするためには、例えば窃盗犯人の占有が保護されることとの均衡として、窃盗犯人からの委託も保護されるべきで

あるなど、横領罪の罪質の理解に基づいた論述が求められるところであった。

なお、本問は、Aの罪責を問うものではないにもかかわらず、Aの窃盗罪の成否を縷々論じる答案もあった。

(イ) 主張(2)の当否

主張(2)においては、隠匿行為が「横領した」に当たるか、すなわち横領罪においても財物の効用に基づく利用処分が必要かが問われていることから、まず横領行為の意義として、受託者が委託の趣旨に反し占有物に対しその権限を越えた行為をすれば全て横領となると考えるのか（越権行為説）、不法領得の意思を発現する行為を要求するのか（領得行為説）を明らかにした上、領得行為説に立つ場合には、横領罪における不法領得の意思の内容として、窃盗罪などの他の領得罪と同様に、客体をその効用に基づいて利用、処分する意思まで必要と考えるか否かを論じる必要があったが、本問が横領行為の該当性を問うていていることを無視して、横領行為の意義に一切触れないまま、専ら不法領得の意思の内容のみを論じる答案が少なからずあった。また、本問では、財物の効用に基づく利用処分が必要かが問題になっているのに、特段の問題意識もなく、隠匿も所有者でなければできないような処分であるとして「横領」該当性を肯定する答案が散見されたほか、保管場所の変更は委託の趣旨に反するものではないとして、財物の効用に基づく利用処分の要否に全く触れないまま「横領」該当性を否定する答案も相当数あった（甲の行為は単なる保管場所の変更ではなく、Aを困らせるため、Aが発見できない場所に隠匿する行為である以上、これを委託の趣旨に反する処分ではないと評価することは、事案の分析として適切とはいえない。）。さらに、横領罪における不法領得の意思につき、最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁等は、「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」としており、その定義上利用処分意思が要求されていないように読めるところ、不法領得の意思の内容につき同判例の定義を引用しながら、何の説明もなく利用処分意思を必要とするかのような当てはめをする答案や、窃盗罪と横領罪の不法領得の意思の異同を全く意識せずに、経済的な利用処分意思を欠くとして、不法領得の意思を否定する答案も散見された。

(ウ) 本設問は、前述のとおり、主張(1)と主張(2)という異なる論点に関する主張の当否をそれぞれ問うものであるが、問題文を誤解したせいか、主張(1)と主張(2)を、同じ論点に関する対立する見解と捉える答案や設問の主張とそれに対する解答がかみ合わない答案など、出題の趣旨を正確に把握できていない答案も少なからず見られた。

なお、設問の指示に従わず、甲の罪責を論じたり、あるいは、各主張の当否を具体的に明らかにしていない答案も残念ながら散見された。

イ 設問2について

(ア) 乙がAに傷害を負わせた行為の罪責

乙がAに傷害を負わせた行為について、正当防衛の成否を検討するに当たっては、被侵害者甲と防衛者乙のいずれを基準に正当防衛状況を基礎付ける侵害の急迫性を判断すべきかが問題となるところ、このような問題意識を明確に示している答案は多くはなかった。もっとも、答案の中には、本件が他人のための正当防衛が問題になる事案であることを端的に指摘した上で、例えば侵害の急迫性は被侵害者の要保護性に関する要件であることを根拠に、侵害の急迫性の有無を被侵害者甲の事情を基準に判断するなど、正当防衛の趣旨に遡って検討を加える秀逸なものも散見された。

被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を検討する場合、甲は、Aからの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいることから、判例（最決平成29年4月26日刑集71巻4号275頁）が指摘する事情を踏まえつつ、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討することが考えられるところ、同判例を踏まえて適切な検討ができていた答案はそれは

ど多くはなく、同判例に依拠しつつも、専ら積極的加害意思の有無のみを検討するなど、同判例の趣旨を正確に把握できていない答案が散見された。前記判例によれば、仮に積極的加害意思が認められないとしても、行為全般の状況に基づいて急迫性が否定される余地があるのであるから、同判例に依拠して論ずるか否かはともかく、重要な判例の趣旨については正確な理解が望まれるところであった。

甲に対する急迫不正の侵害の検討に際して、包丁を突き出した甲に対して拳を振り上げたAの行為について正当防衛が成立するか否かを検討する答案も散見されたが、そもそもAは甲の顔面を殴打しようとしているところ、甲の対抗行為にひるむことなく、殴打行為を継続しようとしているのであるから、拳を振り上げる行為だけを切り取って正当防衛の成否を検討すること自体、適切な事案分析とはいえない。また、Aの行為が不正の侵害であっても、甲について侵害の急迫性の要件を満たさない場合は十分に考えられるのであるから、Aの対抗行為が不正か否かに絞って検討することも適当とはいえない。

次に、Aの甲に対する急迫不正の侵害が否定されると考えた場合、防衛者である乙はこれが存在すると誤信した上で、主觀的には防衛行為に及んでいることになるため、かかる誤信に基づいて対抗行為に及んだ乙に故意犯が成立するか否かについて論じることが必要であったが、乙に誤想（過剰）防衛が成立するかという問題提起や検討をするにとどまり、これが成立する場合にいかなる帰結が導けるかに言及できていない答案が散見された。誤想（過剰）防衛は、講学上の概念にすぎず、これに該当すると評価されたとしても、そこから直ちに何らかの帰結が導き出されるものではないことは明らかであって、これらの答案は、講学上の概念や用語がいかなる意味を持つものかを理解しないまま、無自覚に論証パターンを記述しているにすぎないと懸念を抱かせるものであった。通説の立場から故意犯の成立を認めるためには、乙の本件行為が、乙の認識した事実を前提としても「やむを得ずにした行為」とは評価できないことを指摘する必要があるが、具体的な事実関係に即して、この点を明確に示すことができた答案からは、刑法の基本的な理解が修得されているとの印象を受けた。

本事例において、正当防衛状況を肯定する答案は少数であったが、中には、Aによる急迫不正の侵害を肯定しながら誤想（過剰）防衛の成否を検討する答案や、正当防衛の要件のうち相当性以外の要件充足性を肯定しながら、相当性の要件を満たさないことから正当防衛は成立しないと論じるのみで過剰防衛の成否に全く言及しない答案など、論理的整合性や刑法の基本的な理解が疑われる答案も少なからず見られた。

#### (イ) 乙が本件原付を乗り去った行為の罪責

乙がDの原付を乗り去った行為については、窃盗罪の成否が問題となるところ、宅配業務に従事している最中のDの原付を勝手に乗り去り、適当な場所に放置する意図があった以上、本件で不法領得の意思が認められることは明らかであるから、その旨を端的に記せば十分であるにもかかわらず、本件で不法領得の意思が認められるかを延々と論ずる答案が散見された。既に述べたように、事案解決にとっての重要度や議論の必要性に応じて論ずべき内容を取り捨選択しつつ、メリハリを付けて論ずることが必要である。

次に、乙による本件原付の窃取行為に関する緊急避難の成否については、乙が自らの不法な傷害行為によって招いた危難に対して避難行為に出ることが許容されるかという問題を検討することが不可欠であるが、この問題について言及を欠く答案が多かった。また、乙による本件原付の窃取行為が、正当な利益を有する第三者に向けられたものであることを理解せず、正当防衛の成否を論ずる答案も少数ながら見られた。自招危難をめぐる論点まで正確に理解しておくことは期待できないかもしれないが、少なくとも本件の事実関係を丁寧に読み込めば、乙自身が自らの不法な傷害行為によって招いた危難に対して避難行為に出ることが許容されるかが問題となり得ることを指摘した上で自分なりの考えを示すことは十分に可能なはずである。具体的な事実関係を正確に把握し、問題点を的確に抽出する能力を涵養する

ことが重要であることを改めて強調しておきたい。

(3) その他

例年指摘している点でもあるが、用語の間違いがある答案や、文字が乱雑で判読しづらい答案、基本的用語の漢字に誤記がある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者において判読が不能な記載箇所は採点対象にできないことに十分に留意して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書くことが望まれる。

(4) 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」と認められる答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、各設問に關係する事実關係を的確に分析した上で、各設問の出題の趣旨や採点方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、問題文に現れた事實を具体的に指摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。

「良好」と認められる答案とは、各設問の出題の趣旨及び前記採点方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せずに妥当な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事實の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、各設問の出題の趣旨及び前記採点方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものと示すことができている答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、各設問の出題の趣旨及び前記採点方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に關係のない法解釈論を延々と展開しているもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているものなどである。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、刑法の基本概念の理解を前提に、論点の所在を把握するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に整理し、犯罪論の体系的処理の手法を身に付けることが重要である。

一般的に重要と考えられる論点を学習するに当たっては、犯罪成立要件との関係で、なぜその点が問題となっているのかを明確に意識しつつ、複数の見解の根拠や難点等に踏み込んで検討することなどを通じて、当該論点の理解を一層深めることが望まれる。また、刑法各論の分野においても、各罪を独立して学習するだけではなく、例えば、財産犯であれば、財産犯全体に共通する総論的、横断的事項や各犯罪類型の区別基準や相違点を意識した学習が望まれる。これらの論点に関する理解を深めた上で、事案の全体像を俯瞰しつつ、一定の事實を法的に評価し、その解決において必要となる問題点を適切に抽出するための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

さらに、これまでにも繰り返し指摘しているところであるが、判例を学習する際には、その結論や判旨のフレーズのみを機械的に暗記するような学習法は慎むべきであり、当該判例の前提となっている具体的事實を意識し、当該判例の趣旨やその結論に至るまでの理論構成を理解することが必要である。

法曹実務家には、現実に生起する多様な事案に対処するため、その具体的な事實關係を正確に分

析して問題の所在を発見するとともに、法律学の基本的な理解に基づいて、柔軟に考え抜いて適切な問題解決を提示し、それを自らの言葉で平易に表現することが求められている。司法試験で問われている能力もこれと実質的に異なるものではない。このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、刑法上の諸論点に関する問題意識（なぜ問題となるのか）を喚起しつつ、その理解を深め、さらに、判例の学習等を通じ具体的な事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く妥当な結論やそれを支える理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

## 令和4年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）

### 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、その法的解決に重要な具体的事實を抽出して分析した上、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き出すとともに、その過程を筋道立てて説得的に論述することが求められている。これを通じて、法律実務家になるために必要な刑事訴訟法に関する基本的学識、事案分析能力、法解釈・適用能力、論理的思考力、論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

〔設問1〕は、大麻密売の疑いのある者として把握されていた甲に対するおとり捜査の適法性を問うものである。ここでは、おとり捜査の意義に関する理解を示し、その法的性質及び適法性の判断基準に関する自己の見解について、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえつつ論じた上で、事例に現れた具体的事實を的確に抽出、分析し、おとり捜査の適法性を論じることが求められる。

〔設問2－1〕は、非現住建造物等放火事件の犯行態様の一部について公訴事実と裁判所の心証との間にずれが生じた事例について、裁判所が現訴因のまま自己の心証に従って判決をすることができるか否かを問うものである。ここでは、訴因の本質を踏まえつつ、訴因変更の要否に関する判断枠組みについて自己の見解を示した上で、事例に現れた具体的事實を的確に抽出、分析し、訴因変更の必要性について論じることが求められる。次に、〔設問2－2〕は、共謀共同正犯において、検察官が冒頭陳述で釈明した共謀の日にちと裁判所が心証を形成した共謀の日にちとの間にずれが生じた事例について、裁判所がその心証に従って判決をすることができるか否かを問うものである。ここでは、まず、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるのかが問題となり、仮にそれが訴因の内容にならず、それゆえ本件は訴因変更が問題となる場面ではないとした場合でも、被告人の防護との関係で裁判所の採るべき措置がないかについて、設問に現れた具体的事實を的確に分析して論じることが求められる。他方で、検察官の釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるといた場合には訴因変更の要否の問題となり、設問に現れた具体的事實を的確に評価して論じることが求められる。

採点に当たっては、このような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。

前記各設問は、いずれも、捜査及び公判に関して刑事訴訟法が定める制度・手続及び関連する判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかはおのずと把握できるはずである。

〔設問1〕は、おとり捜査の適法性について判断した最高裁判例（最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁。以下「平成16年決定」という。）を始めとするおとり捜査に関する正しい知識や理解があれば説得的な論述が可能だと思われる。〔設問2〕については、訴因変更の要否について判断した最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁、最決平成24年2月29日刑集66巻4号589頁。前者につき、以下「平成13年決定」と、また、後者につき、以下「平成24年決定」という。）や、共謀共同正犯において、裁判所が審理における争点として顕在化させることなく、検察官の釈明内容と異なる日にちに被告人が謀議へ関与した旨を認定したことの適法性が問題となつた事案に関する最高裁判例（最判昭和58年12月13日刑集37巻10号1581頁。以下「昭和58年判決」という。）など、法科大学院の授業でも取り扱われる基本的な判例を正確に理解していれば、十分解答は可能であろう。

### 2 採点実感

各参考委員の意見を踏まえた感想を記す。

(1) おおむね出題の意図に沿った論述をしていると評価できる答案としては、次のようなものがあった。

[設問1] では、平成16年決定を意識しつつ、おとり捜査の意義に関する理解を示した上で、おとり捜査の法的性質及び適法性の判断基準について、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえて自己の見解を示し、本設問におけるおとり捜査の対象となった事件の内容、捜査の状況、捜査機関による甲への働きかけの態様、これに対する甲の言動など事例に現れた具体的な事実を的確に拾い上げ、それぞれの事実の持つ意味を的確に評価して説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

[設問2-1] では、本問が訴因変更の要否の問題であることを把握した上で、訴因の本質を踏まえつつ、平成13年決定で示された訴因変更の要否に関する判断枠組みを的確に示し、その判断枠組みに従って、また、平成24年決定に示された判断も意識しつつ、まず、第1段階の検討として、放火の態様の変更が罪となるべき事実の特定に必要不可欠な事実の変動に該当するか否かを論じ、これに該当しないとして、次に、放火の態様が訴因に明示されていることを踏まえ、これが一般的に被告人の防御にとって重要な事実に該当するか否かを論じ、これに該当するとして、例外的に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く、かつ、被告人にとって不利益であるといえない場合であるかについて、設問に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析し、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

[設問2-2] では、公訴事実には共謀の日にちが記載されていないことを踏まえ、検察官が冒頭陳述で釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるのかという問題の所在を的確に把握した上で、共謀共同正犯において、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因になるのかという問題について、まず、一般的に検察官が釈明した内容が訴因の内容になるのか、なるとすればどのような場合に訴因の内容になるのかについて論じ、さらに、共謀共同正犯における共謀の日にちがこれに該当するのかについて論じた上で、共謀の日にちがこれに該当せず、したがって訴因変更は不要であるとしつつも、裁判所が被告人の防御の利益を考え、何らかの措置を講じる必要があるのではないかという問題を的確に示し、昭和58年判決を意識しつつ、どのような場合に被告人に対する不意打ちとして許されないかについて論じ、事例に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して、当てはめを行い、説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

(2) 他方、そもそも、法原則・法概念の意義や関連する判例の判断基準等についての記述が不十分・不正確で、当該項目についての理解が不足していると見ざるを得ない答案や、法原則や法概念の意義や関連する判例の判断基準等として記述された内容自体には問題がないものの、これらを機械的に暗記して記述するのみで、具体的な事実に対してそれらの法原則・法概念や判断基準等を的確に適用することができていない答案、具体的な事実に対する洞察が表面的で、その抽出が不十分であったり、その事実の持つ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。

[設問1] では、おとり捜査の適法性を論じるに当たり、おとり捜査には、定義規定がなく、平成16年決定も、おとり捜査の意義について示した上で適法性を論じているのであるから、前提として、おとり捜査の意義に関する理解を示す必要があるところ、これを示さず、あるいは、的確な理解を示さないまま、おとり捜査の適法性を論じる答案が少なからず見受けられた。また、おとり捜査については、刑事訴訟法に明文規定がなく、平成16年決定も刑事訴訟法第197条第1項に基づき任意捜査として許容される場合がある旨判示していることから、おとり捜査の法的性質を論じることが求められるところ、大半の答案がおとり捜査の法的性質について論じているものの、その内容としては、強制捜査と任意捜査の区別の基準に関する一般論を大きく展開する一方で、おとり捜査が違法とされる実質的理由との関係を意識した論述ができている答案は少なかった。さらに、おとり捜査の適法性を判断する基準についても、おとり捜査の法的性質を任意捜査であるとした上で、任意捜査の限界の一般論としての必要性や相当性を提示するにとどまる答案が少なからず見受けられ、おとり捜査が違法とされる実質的理由を十分に踏まえて適法性

の判断基準及び判断要素を示している答案は少なかった。すなわち、おとり捜査を任意捜査であるとし、任意捜査であっても何らかの法益を侵害するおそれがあるために制約があるとした上で一般的に比例原則の適用を論じるにとどまり、おとり捜査の必要性に対置される権利・利益に関する論述が欠如し、あるいは、その論述が不十分な答案が多く見受けられた。ここでは、おとり捜査が実質的に違法とされる理由について、不公正な捜査方法であるからとする考え方、国家が犯罪を創出し法益侵害を生じさせるからとする考え方、人格的自律・個人の尊厳に対する侵害があるからとする考え方などがあることを踏まえ、こうしたおとり捜査によって侵害され得る権利・利益を踏まえつつ、捜査の必要性との関係で比例原則を問題とする必要があるところ、その点を踏まえた答案は少なかった。また、平成16年決定に対する理解が不正確と思われる答案も少なからず見受けられた。すなわち、平成16年決定は、「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、通常の捜査方法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。」としているところ、答案の中には、特に理由を示すことなく、前記判文にある「少なくとも」という文言を度外視し、同判文に記載された要素を充足する場合にのみおとり捜査が許されるとするものや、比例原則から必要性、相当性の要件を充足する必要がある旨記載した後、特に理由を示すことなく、平成16年決定が挙げた前記要素を要件として記載するものなど、それらの要素がおとり捜査の適法性判断に当たっていかなる意味で考慮されるのかについて正確に理解していないと考えられる答案が多く見受けられた。また、具体的な事実の抽出、評価においても、事実の拾い上げ自体が不十分な答案や、自己の結論と整合する事実を中心に拾い上げ、反対の結論に導き得る事実の拾い上げが不十分な答案が見受けられた。さらに、事実の羅列にとどまる答案や、一応事実を抽出、評価しているものの、例えば、捜査機関による甲への働きかけが強いと評価するにとどまり、働きかけが強いことが違法方向に作用する理由について、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえた論述ができていないなど、事実に対する評価が不十分な答案が見られた。また、平成16年決定にいう「機会があれば犯罪を行う意思」の理解が不十分なため、これを故意と同一のものと考え、故意の有無という観点で評価している答案があったほか、事実と判断基準との結び付きが不十分な答案も見受けられた。さらに、本設問では、司法警察員Pは、甲からまずサンプルとして100グラムの大麻を譲り受けた際に甲を逮捕することができたものの逮捕せず、甲が10キログラムの大麻を持参したところで逮捕しているところ、この点について、おとり捜査が違法とされる実質的理由に遡って的確に検討している答案は少なかった。

[設問2-1]では、多くの答案が訴因変更の要否の問題であることを把握した上で、訴因変更の要否に関する判断枠組みについて自己の依って立つ見解を示すことはできていたが、その一方で、設問において、罪となるべき事実の記載が判示として十分かについて論じる必要はない旨記載されているにもかかわらず、判決が犯行態様を「何らかの方法」と認定している点を捉えていわゆる概括的認定の問題について論じる答案や、訴因変更の要否について論じることなく公訴事実の同一性の有無という訴因変更の可否の問題のみを論じる答案も少なからず見受けられた。同様に、訴因変更の要否について論じることなく、訴因の特定について論じる答案が見られた。また、訴因変更の要否について論じる答案については、おおむね平成13年決定を意識し、訴因と心証との間にずれの生じている事実が、罪となるべき事実の特定に必要不可欠な事実か否かという第1段階の検討と、被告人の防御にとって重要な事実か否かという第2段階の検討に分けて論じている答案が多かったものの、その内容を正確に理解していない答案も少なからず見受けられた。例えば、前記のとおり平成13年決定は、第2段階の検討において訴因変更が不要となる例外を示しているところ、この例外を第1段階の検討において適用している答案が見られた。また、平成13年決定は、第2段階の検討において、一般的に被告人の防御にとって重要な事実か否かだけでなく、当該事実が訴因として明示されていることを要素として挙げているところ、特

に理由を示すことなく、その点に触れない答案も多く見受けられた。さらに、平成13年決定の判断枠組みを的確に使うことができていない答案が見受けられた。例えば、第1段階の検討において、着火の方法が「石油ストーブを倒した」から「何らかの方法」に変わったことについて、十分な理由を示すことなく、それが罪となるべき事実の特定に必要不可欠な事実の変動であるとする答案や、第2段階の検討において、十分な理由を示すことなく、被告人の防御にとって重要な事実の変動とはいえないとする答案、あるいは、前記のとおり平成13年決定によれば、第2段階の検討において、例外として訴因変更が不要とされる場合が示されているところ、特に理由も示さないまま、その点について論じていない答案もあった。さらに、前記第2段階の検討における例外に該当するか否かの検討において、本設問では、裁判所が証人である火災科学の専門家に対する補充尋問において、石油ストーブを倒す方法以外での着火の可能性について質問し、これに対し、同証人が可燃物に火をつけて散布された灯油に着火させることも考えられる旨証言し、同尋問終了後には、裁判所が検察官及び弁護人に対し、放火の態様に関して追加の主張、立証の予定があるか確認する手続を探っているところ、こうした事実を評価できていない答案や、被告人が放火の態様を争っていないから不意打ちの問題は生じないと評価するなど、不意打ちの理解が不十分な答案も散見された。

〔設問2-2〕では、共謀の日にちは訴因に明示されておらず、検察官が冒頭陳述において明らかにしたにすぎないところ、この点を意識せず、検察官の釈明した共謀の日にちが当然に訴因の内容になるかのように、最初から訴因変更の要否を論じる答案が多数あった。この点は、平成13年決定の示した第2段階の検討において、当該事実が訴因に明示されていることを要素としていることを理解していないため、〔設問2-1〕では、放火の態様が公訴事実に明示されていたのに対し、〔設問2-2〕では、公訴事実において、共謀の日にちが明示されてないという両者の違いに気付かなかったとも考えられる。また、逆に、検察官が共謀の日にちを釈明で明らかにしているにもかかわらず、共謀の日にちが訴因に明示されていないことから訴因の内容になっていないとして、検察官の釈明の効果を論じない答案も見られた。さらに、本設問では、甲は共謀のみに関与し、検察官が主張する共謀の日にちにはアリバイがある旨主張し、その日の共謀の有無をめぐり当事者間で攻撃防御が繰り広げられていたにもかかわらず、裁判所がそれとは異なる共謀の日にちを認定したことが被告人に対する不意打ちにならないかが問題となるところ、そのような問題意識がないまま、共謀の日にちは訴因に明示されていないことから被告人にとって不意打ちにならないとする答案や、当事者間で共謀をめぐって争われていることから被告人に不意打ちにならないとする答案など、不意打ちの意味を理解していないと思われる答案も散見された。さらに、〔設問2-1〕では、訴因変更の要否について論じず、〔設問2-2〕において、初めて訴因変更の要否を論じる答案も見られた。

### 3 答案の評価

#### (1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、平成16年決定を意識しつつ、おとり捜査の意義に関する的確な理解を示すとともに、その法的性質及び適法性の判断基準について、おとり捜査が違法とされる実質的な理由についての自己の見解を踏まえて的確に論じた上で、事例に現れた具体的な事実を的確に拾い上げ、おとり捜査が違法とされる実質的な理由を意識しながら、これらを的確に分析、評価しながら適法性を検討している答案であり、〔設問2-1〕については、本設問が訴因変更の要否の問題であることを捉え、訴因の本質について論じた上で、平成13年決定に対する正確な理解を前提に、訴因変更の要否に関する判断枠組みを示し、各検討段階において、平成24年決定に示された判断も意識しながら、設間に現れた具体的な事実を的確に抽出、分析して結論を導いている答案であり、〔設問2-2〕については、検察官の釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるか否かについて的確に論じた上で、これを否定する場合であっても、裁判所の措置が被告

人に対する不意打ちにならないかという点を問題とし、昭和58年判決を意識しながら、どのような場合に不意打ちとして許されないかという問題を的確に捉えた上で、事例に現れた具体的事実を的確に評価して結論を導いている答案である。

(2) 「良好の水準」にあると認められる答案

〔設問1〕については、おとり捜査の意義に関する理解を示し、その法的性質及び適法性の判断基準について論じているものの、おとり捜査が違法となる実質的理由との関係については、やや物足りなさが残り、また、設間に現れた具体的な事実を抽出し、適法性の判断基準に当てはめているものの、抽出した事実に対する評価については、やや不十分な答案であり、〔設問2-1〕については、訴因変更の要否の問題であることを把握し、平成13年決定を意識しつつ、訴因変更の要否に関する判断枠組みについて論じているものの、平成13年決定の判断枠組みに対する理解がやや不正確なものや、設間に現れた具体的な事実について、例えば、平成13年決定に従って検討しているものの、各検討段階における具体的な事実の分析、評価にやや物足りなさが残る答案であり、〔設問2-2〕については、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因になるかについて触れているものの、その論述にやや物足りなさが残るほか、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因の内容にならないとしても、どのような場合に不意打ちとして許されないことになるのかについての論述に不十分さが残る答案である。

(3) 「一応の水準」に達していると認められる答案

〔設問1〕については、おとり捜査の意義、法的性質及び適法性の判断基準については一応示した上、事例に現れた具体的な事実を当てはめて結論を導き出すことはできており、論述の過程において、おとり捜査が違法とされる実質的理由についての一応の理解がうかがわれるものの、おとり捜査の適法性の判断基準及び具体的な事実への当てはめの両面において、おとり捜査が違法とされる実質的理由を踏まえた論述という面で不十分さがあり、おとり捜査の特性や本設間に現れた具体的な事実の抽出・評価に不十分さが認められる答案であり、〔設問2-1〕については、訴因変更の要否の問題であることは把握し、訴因変更の要否に関する判断枠組みについて一応示した上で、事例に現れた具体的な事実に当てはめて結論を導き出すことはできているものの、平成13年決定に関する理解が不正確で、設間に現れた具体的な事実の分析、評価も不十分な答案であり、〔設問2-2〕については、被告人に対する不意打ちが問題になることは把握し、事例に現れた具体的な事実を評価して結論を導き出しているものの、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因になるのかについての検討が不十分な答案である。

(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

前記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事訴訟法上の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述しているだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案等、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。例を挙げれば、〔設問1〕では、おとり捜査の適法性の判断基準を示さないまま、事例に現れた具体的な事実を評価しておとり捜査の適法性に関する結論を導くような答案、〔設問2-1〕では、訴因変更の要否について論じることなく、いわゆる概括的認定の問題や訴因変更の可否についてのみ論じるような答案、〔設問2-2〕では、検察官が釈明した共謀の日にちが訴因の内容になるかについて検討せずに訴因変更の要否について論じ、かつ、事例に現れた具体的な事実について十分な検討をしないまま、不意打ちの問題は生じないとするような答案、特に理由もなく〔設問2-1〕で訴因変更の要否を論じないで、〔設問2-2〕で訴因変更の要否を論じる答案などがこれに当たる。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においても、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的について、基本的な最高裁判例を踏まえて、原理原則に遡り、基本から深くかつ正確に

理解すること、それを踏まえて、関係条文や判例法理を具体的な事例に当てはめて適用する能力を身に付けること、自説の立場から論述の整合性に配慮しつつ論理立て分かりやすい文章で表現できる能力を培うことが強く求められる。また、刑事訴訟法においては、刑事実務における手続の立体的な理解が不可欠であり、通常の捜査・公判の過程を具体的に想起できるように、実務教育との有機的連携を意識し、刑事手続の各局面において、裁判所、検察官、弁護人の法曹三者が具体的にどのような立場からどのような活動を行い、それがどのように関連して手續が進んでいくのかなど、刑事手續が法曹三者それぞれの立場から動態として積み重ねられていくことについて理解を深めていくことが重要である。