

【総合評価：B】

第1 雑感

1 答案全体

全体として、捜査法についてはもう少し復習しておくと思います。ただ刑事訴訟法は周りもかなりできるため、A答案にはまだのっていない印象です。ただ刑事訴訟法で足を引っ張るということはありませんので、この調子で守りに行くと良いと思います。当てはめに力点をおいて、あまり規範定立に紙面を割かないようにする方が、点数が取れるように感じます。

2 設問について

(1) 設問1

・1ページ目2行目～

ここは疑義あるところですが、出題趣旨上はおとり捜査の定義を挙げるべきようです。私は設問で「下線部の捜査は適法か」ではなく、「おとり捜査は適法か」という問題のため、おとり捜査であることが前提となっている問いなので、定義付けは不要なんじゃないかなと感じていました。個人的にはそこまで減点要素ではないように思いますが、出題趣旨で言われている以上、書かないといけないのかなと思います。相対的にも、多くの受験生がおとり捜査の定義を書くように思いますので、ここは書いておいた方が無難でしょう。

考えた結果、捜査として明文の規定がないものは、定義を書いておくのが良いと思います。おとり捜査以外など、有名なものがGPS捜査等。

・1ページ目4行目～

明文がないことから、強制処分法定主義に違反し違法なのかどうかという違法の根拠を捉えられています。ここは令状主義に反して違反なのか、強制処分法定主義に反して違反なのかを捉えていない答案が多い中、違法の根拠を捉えており良い書き方だと思います。

・1ページ目5行目～

趣旨から「強制的処分」の定義を導こうとする姿勢OK。趣旨も内容として端的で良いと思います。強制的処分の定義は、判例準拠で書けていますね。

・1ページ目10行目～

意思制圧基準の則って書くとして、ここで深く考えすぎた気がします。17行目まで規範として書いていますが、当てはめでしっかり拾えれば点数として付きますので、そこまで考慮要素を展開して書く必要はありません。多くの答案は、この意思制圧の当てはめでこんなに紙面を割かず、5行程度で認定しています。

・3ページ目8行目～

甲の意思決定の自由に対して大きく影響を与えたわけではないことを具体的に認定できています。ただ、これは②の基準にも絡んでしまうため、①で書きすぎだと思います。

・3 ページ目 10 行目～

自己決定権（憲法 13 条後段参照※判例上は自己決定権が 13 条後段で保障されるとは言っていないため「参照」に留めています。）について記述されているのは O K。ただ、具体的事実をもう少し認定するべきだと思います。甲は機会を提供されたに過ぎないことから、自己決定権を侵害されたまでいえるのかどうかです。

強制的処分については該当しないとして、任意捜査として適法かどうかの規範にうつり、そこから具体的な認定（国家が犯罪に関与する性質を踏まえた当てはめ）をしてほしいところでした。捜査の必要性や緊急性等の考慮で、おとり捜査の判例の基準を用いることができます。単純に強制的処分だけで終わらせず、設問 1 まるまるの問題ですから、任意捜査でしっかり認定する問題だな、という感覚があると良かったです。①で書きすぎた箇所を、任意捜査の論点としておとり捜査特有の問題を意識して認定していれば、A 答案水準でした。

(2) 設問 2

・3 ページ目 19 行目～

訴因変更の要否が問題となることに気付いています。また、訴因の定義 O K。訴因の定義を受けて、訴因変更の要否の論証もしっかり書けています。違法の根拠も O K。

2 段階の枠組みも理解しています。以下、論証を挙げておきますね。参考にしてください。

訴因変更の要否については、最決平 13 年 4 月 11 日刑集 55 巻 3 号 127 頁(百選 45 事件)の基準があります。

【訴因変更の要否 論証例】

訴因として掲げられた事実と裁判所が証拠により心証を得た事実は食い違っている。この場合に、訴因変更の手続を経ずに、心証を得た事実を認定することはできるか。

訴因制度の趣旨は、審判対象の範囲を識別するとともに、その裏返しとして被告人に防御範囲を明示することにある。したがって、①「罪となるべき事実」(256 条 3 項)、すなわち刑罰法令の構成要件に該当する具体的事実が変動したときは、訴因変更の手続を経ることを要し、②「罪となるべき事実」にあたらぬ事実でも、被告人の防御にとって重要な事実が変動したときは、検察官がそれを明示した以上、原則として訴因変更手続を経ることを要する。もっとも、②の場合、具体的な訴訟経過に照らして、被告人にとって不意打ちとならず、かつ認定事実が訴因事実と比べて不利益とならない場合には、例外的に訴因変更手続を経ることを要しない。

※訴因変更について、①の場合は絶対必要、②の場合は原則必要、例外ありの 3 段階あるという意識を持つと良いでしょう。

・4 ページ目 13 行目～

1 段階目、罪となるべき事実の変更にはあたらないことを具体的に示しています。

・ 5 ページ目 4 行目～

2 段階目、被告人の防御の範囲に重要な事項かどうかについて判断ができています。ここについては、放火の態様について、被告人による実行が不可能なケースもあり得るため、防御に重要といえないかを検討できるとなお良かったです。ただ、ここはあまり周りが上手く記述できているとはいえないため、本答案の記述でも十分です。重要なのは、上記枠囲みの論証に沿って、一定の結論を出しているかどうかで、本答案はそのレベルには達しています。

もし被告人の防御の範囲にとって重要な事項といえれば、例外として不意打ちや不利益があるかどうかを検討することになりますね。

・ 5 ページ目 20 行目～

ここは平成 29 年予備試験でも出題された、訴因変更は不要だとしても、争点顕在化措置が必要な場合かどうかという問題でした。ほとんどの受験生がここは十分に論じていないし、訴因変更が必要として考えるのであれば、本答案の書き方でも問題ないように思います。ただ、争点顕在化措置についての論点については理解しておいてください。

ここは刑法というより刑法で問題になりますが、共犯の条文の書き方は、60 条が先にきますので、そこも注意してください。

第 2 採点者からのコメント

答案作成お疲れ様でした。R4 刑事訴訟法本試験は、設問 1 でおとり捜査の問題、設問 2 で訴因に関する問題でした。このような問題では、設問 1 についてどの程度書けたかにより合格・不合格の差がつきます。問題を見た時に、設問 1 や設問 2 でどのような分野からの出題かで、その求められる質がわかります。本答案では、設問 1 で任意捜査の問題として捉えられていなかったで、その点を意識すること、少なくとも、おとり捜査特有の問題点を指摘することができている必要があります。ここができていないと、かなり差がついてしまいますので、注意してください。設問 2 については、周囲もあまりできていない印象ですので、正確な理解を現段階でするよりかは、伝聞等の周囲ができるところをしっかりと書けるように復習すると良いでしょう。

以上